creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

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

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

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

Disclaimer

dCollection

법학석사 학위논문

군형법 상 명령위반죄의 성립에 관한 연구

- 군무이탈자 복귀명령 위반을 중심으로 -

2023년 2월

서울대학교 대학원

법학과 형사법 전공

김 동 석

군형법 상 명령위반죄의 성립에 관한 연구

- 군무이탈자 복귀명령 위반을 중심으로 -

지도교수 이 상 원

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2022년 11월

서울대학교 대학원

법학과 형사법 전공

김 동 석

김동석의 석사 학위논문을 인준함

2023년 1월

위 원 장 한 인 섭 (인)

부위원장 홍 진 영 (인)

위 원 이 상 원 (인)

국문초록

본고는 군형법에서 규율하는 명령위반죄의 성립범위를 군무이탈자 복귀명령 위반을 중심으로 검토한다.

군형법은 일반적으로 그 인적 적용범위가 군인 또는 준군인으로 한정된다. 그러나 징병제를 시행하는 우리나라에서는 본인 또는 가족 중 누구 하나라도 군 복무를 마쳤거나, 현재 복무 중이거나 또는 장래에 그 대상이 될 수 있다는 점에서 군 사법제도는 국민적 관심의 대상이 된다. 따라서 군 사법제도를 합리적으로 운영하는 것은 군의 신뢰에도 작지 않은 영향을 미친다.

그만큼 군형법 조항에 대한 위헌성 시비도 적지 않았다. 현재까지 헌법재판소에서 심판한 군형법 대상 사건을 개별조문별로 살펴보면 본고의 논의 대상이 되는 명령위반죄가 추행죄와 함께 3건(각하사건 포함)으로 가장 많은 수를 차지하고 있다.

이를 구체적 사안에서 살펴본다. 군은 군무이탈범을 대상으로 약 5년 간격으로 반복적으로 복귀명령을 발하고 있다. 동 명령을 위반하면 군형법 제47조 소정의 명령위반죄로 처벌된다. 이는 군무이탈죄의 공소시효 10년이 완성된 경우에도 동일하게 적용된다.

헌법재판소에 군무이탈자 복귀명령 위반의 사안에 대한 헌법소원이 청구되기도 하는 등 이에 대한 문제제기는 오래 전부터 있었으나, 개별 사안에서 주요 쟁점은 명령위반죄 규정의 명확성 원칙과 위임입법의 한계를 벗어난 것인지가 되어왔다. 그러나 헌법재판소와 대법원은 일관되게 동 사안에서 명령위반죄의 성립을 인정해왔다.

이에 본고에서는 동 사안에 대하여 개괄적으로 살펴보고 명령위반죄 규정의 해석론과 죄수관계 이론을 바탕으로 성립범위를 제한할 수 있는

가능성을 검토하고자 하였다.

군무이탈범은 명령복종의무를 포섭하는 군무에서 이미 이탈된 자라는 점에서 명령위반죄의 주체가 될 수 없고, 군무이탈자 복귀명령 또한 명령의 형식적 요건, 정당성, 군 통수작용 상 필요성 측면에서 명령위반죄의 객체가 되는 정당한 명령이라고 볼 수 없다.

한편, 죄수관계 이론에 비추어 살펴보면 동 사안은 관여되는 군무이탈죄와 명령위반죄의 관계가 주목된다. 명령위반죄의 전제가 되는 명령복종의무는 군무이탈죄에 있어서 이탈의 대상이 되는 '직무'의 범위 내로 한정되고, 보호법익의 측면에서 보더라도 군무이탈죄와 명령위반죄는 통수작용에 있어서 군 병력의 사용이라는 맥락에서 동일성을 갖는다. 따라서 동 사안에서 군무이탈자 복귀명령 위반은 군무이탈죄에 대하여 불가벌적 사후행위가 되어 별도로 처벌할 수 없다.

결론적으로 군무이탈자 복귀명령 위반은 명령위반죄의 구성요건에 해당하지 않는다고 봄이 타당하고, 해당한다고 하더라도 이는 군무이탈죄의 법적 평가에 이미 모두 포함된 것이므로 설령 실제로는 공소시효의 완성에 따라 군무이탈죄로 처벌받지 아니하였다 하더라도 이를 별도로 처벌하여서는 아니 된다.

2021년을 기준으로 군에서 10년 이상 군무이탈 중인 자는 모두 6명이다. 그 수가 많다고 할 수 없으나, 본고의 논의를 통해 군 사법제도의 보다 합리적인 운영을 도모한다면 군 사법제도의 정당성과 군에 대한 신뢰 제고에 미칠 영향은 작지 않다고 본다.

주요어 : 군형법, 군무이탈, 명령위반, 군무이탈자복귀명령, 정당한명령, 불가벌적사후행위

학 번 : 2021-24752

목 차

제 1 장 서 론 ····· 1

제 1 절 문제의 제기 ····· 1

제 2 절 논문의 범위와 구성 ····· 4

제 2 장 군무이탈죄와 병역의무 ····· 6

제 1 절 군무이탈죄 개관 ····· 6

1. 입법목적 및 연혁 ····· 6

2. 구성요건 ····· 8

3. 군무이탈죄의 성격 ····· 13

4. 무단이탈죄와의 구별 ····· 15

제 2 절 군무이탈범의 병역의무 ····· 16

1. 병역의무에 관한 1960년대의 논의 ····· 17

2. 복무기간의 산정과 병역의무의 종료 ····· 20

제 3 장 군무이탈자 복귀명령의 의미 ····· 22

제 1 절 개 요 ····· 22

제 2 절 군무이탈자 복귀명령 개관 ····· 23

1. 취지 및 경과 ····· 23

2. 내용 및 성격 ····· 25

제 3 절 현행 실무의 문제점 ····· 28

1. 군무이탈죄와 명령위반죄의 경합 ····· 29

2. 항명죄와 명령위반죄의 구별 ····· 32

3. 군무이탈자 복귀명령 인식의 추정 ····· 35

제 4 장 명령위반죄 구성요건의 해당성 ·····37
제 1 절 명령위반죄 개관 ·····37
1. 입법목적 및 연혁 ·····37
2. 구성요건 ·····39
3. 항명죄와의 구별 ·····43
제 2 절 군무이탈범의 명령위반죄 주체성 ·····47
1. 군형법 피적용자 ·····47
2. 명령복종의무의 기능적 의미 ·····48
제 3 절 군무이탈자 복귀명령의 객체성 ·····51
1. 명령의 형식적 요건 ·····51
2. 정당한 명령의 의미 ·····54
3. 군 통수작용 상 필요성 ·····56
제 4 절 명령위반죄 처벌의 타당성 ·····60
1. 입법연혁적 검토 ·····60
2. 비교법적 검토 ·····62
3. 유사사례의 검토 ·····67
제 5 절 소결론 ·····73

제 5 장 군무이탈죄와 명령위반죄의 죄수 ·····75
제 1 절 개 요 ·····75
제 2 절 견해의 대립 ·····77
1. 실체적 경합설 ·····79
2. 상상적 경합설 ·····80
3. 법조경합설 ·····81
제 3 절 불가벌적 사후행위의 의미 ·····84
1. 개 요 ·····84
2. 요 건 ·····87
3. 불가벌적 사후행위의 독립적 가벌성 ·····88

제 4 절 사안의 검토 ·····91
1. 상태범으로서 군무이탈죄와 복귀명령 위반 ·····93
2. 보호법익의 동일성 ·····94
3. 보호법익 침해의 양적 비교 ·····95
4. 유사사례의 검토 ·····96
제 5 절 소결론 ·····100

제 6 장 결 론 ·····101

참 고 문 헌 ·····106
Abstract ·····115

표 목 차

[표 3-1] 시간경과에 따른 양 죄의 경합관계 ····· 30
[표 4-1] 군무이탈범의 체포기간(2017년 ~ 2021년 8월) ····· 57
[표 4-2] 국회에서의 명령위반죄 개정 논의 ····· 61
[표 4-3] 군무이탈죄와 도주죄의 비교 ····· 68
[표 4-4] 병역 종류별 병역기피(이탈) 처벌규정의 비교 ····· 71

그 림 목 차

[그림 3-1] 1967년 군무이탈자 복귀명령 ····· 25
[그림 4-1] 2021년 군무이탈자 복귀명령 ····· 51

제 1 장 서 론

제 1 절 문제의 제기

최근 군무이탈범을 쫓는 군무이탈체포조를 소재로 한 드라마 <D.P.>[1]가 과거 병영 내 존재하던 부조리 등 군(軍) 복무의 모습을 사실적으로 묘사하였다는 점에서 호평을 받으며 큰 인기를 끌었다.

군사재판에 있어서 형벌을 규율하는 실체법이 되는 군형법은 일반형법에서 범죄를 구성하지 않는 소위 '순정군사범죄'에 대해 규율하는 한편, 다른 형벌법규에 의하여 규율된 범죄에 대하여 이를 가중하여 처벌하는 소위 '비순정군사범죄'에 대한 규정 또한 두고 있는데, 위 드라마의 소재가 된 군무이탈죄는 여기서 말하는 순정군사범죄의 대표적인 예라고 할 수 있다.

군무이탈죄의 법정형은 적전, 전시, 사변 또는 계엄지역을 제외한 그 밖의 경우, 즉 평시를 기준으로 "1년 이상 10년 이하의 징역"[2]이고, 그 공소시효는 10년[3]이다. 판례[4]와 학설[5]은 군무이탈죄를 즉시범으로 이해하므로, 군무이탈범은 군무를 이탈한 행위를 함으로써 곧 완성되어 기수에 이르게 되고, 이로부터 공소시효인 10년이 지나면 공소를 제기할 수

---

1) <D.P.>, 연출 한준희, 2021, 넷플릭스.

2) 군형법(2022. 7. 1. 법률 제18465호) 제30조 제1항 제3호.

3) 군사법원법(2022. 7. 1. 법률 제18465호) 제291조 제1항 제3호.

4) 대법원 1963. 1. 17. 선고 62도236 판결; 대법원 1983. 11. 8. 선고 83도2450 판결.

5) 박찬걸, 「군형법」, 박영사, 2021, 90면; 육군본부 법무실, 「군형법 주해」, 국군인쇄창, 2011, 95면.

없게 된다.

일정 범죄에 대하여 공소시효가 완성되면 그 가벌성은 제거되는 것이고, 이는 군사범죄에 있어서도 동일하다. 그러나 현행 실무를 살펴보면 군무이탈범은 공소시효가 도과된 후에도 군형법 상 명령위반죄에 의하여 상당기간 그 가벌성이 유지된다. 각 군의 참모총장이 공소시효 완성에 따라 군무이탈죄로 처벌할 수 없는 군무이탈범의 경우를 상정하여 군무이탈자 복귀명령을 약 5년을 주기로 반복하여 발함에 따라, 공소시효가 완성된 군무이탈범이라고 하더라도 동 명령을 위반한 사실에 대하여 군형법 제47조의 명령위반죄로 처벌되기 때문이다.

군무이탈의 행위와 복귀명령을 위반하는 행위는 자연적인 관찰방법에 의하더라도 하나의 행위라고 할 수는 없고, 명령위반 행위가 군무이탈죄의 기수에 이르는 시점으로부터 상당히 경과된 시점에 행해진다는 점에서 군무이탈죄와 명령위반죄가 각각 성립한다는 견해는 외견상 타당해 보이는 지점이 있다. 헌법재판소[6]와 대법원[7] 또한 동 사안에서 명령위반죄의 성립을 긍정하고 있다.

그러나 군무이탈범이라면 누구나 명령위반죄로 처벌될 위험을 가지게 된다는 점에서 양자가 별개 범죄의 구성요건을 충족하는 별개의 행위라는 사실 만으로 이를 별도로 처벌하는 것이 타당한 것인가 하는 의문이 남는다. 동 사안에 있어서 문제의 소재는 여기에 있다.

군무이탈죄가 '군무기피의 목적'을 초과주관적 구성요건으로 요하는 목적범이자 군무이탈이 지속되는 동안 군무에서 이탈된 위법상태가 지속되는 상태범의 일유형이라는 점에 비추어, 군무이탈범의 복귀명령 위반행위를 별개의 죄로 처벌하는 것이 실질적으로 이중처벌과 다르지 않다는 비판도 제기된다.[8]

---

6) 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌바20 전원재판부 결정.

7) 대법원 1969. 2. 18. 선고 68도1846 판결 등.

8) 박달현, "군형법상 명령위반죄에 관한 형법이론적 검토", 형사정책연구 제23권

명령위반죄의 주체가 되는 군형법의 피적용자는 병역법에 따른 병역의무가 존속되는 만 40세 이전[9]까지로 한정되므로, 명령위반죄의 공소시효 5년을 고려하면 최장 만45세까지 그 가벌성이 유지된다. 우리나라 현역병의 대부분이 20대 초반에 입영[10]하는 점을 고려한다면, 군무이탈죄의 공소시효 10년에 더하여 명령위반죄로 적용되는 기간까지 20여 년간 가벌성이 유지되는 결과를 초래하게 되고 이로써 사실상 군무이탈죄에 대한 공소시효 규정은 무의미하게 된다.

과거 군사법원 또한 군무이탈범의 복귀명령 위반의 사안에 대하여 수차례 그 성립을 부정하는 판단[11]을 하기도 하면서 위헌심판을 제청하는 등 동 사안에서 명령위반죄의 가벌성을 제한하고자 하는 시도도 이어졌다. 각 사안에서는 명령위반죄를 규정하고 있는 군형법 제47조가 죄형법정주의의 명확성의 원칙 내지 위임입법의 한계를 벗어난 것인지가 주된 쟁점이 되어왔다. 그 중 91헌바20 사건[12]에서는 조승형 재판관이 반대의견으로 “군형법(軍刑法) 제47조는 정당한 명령 및 규칙의 내용이 그 명령 및 규칙을 위반함으로 인하여 사실상 이중(二重)으로 처벌하는 결과를 초래하지 아니하는 한 헌법에 위반되지 아니한다라는 결정을 함이 상당”하다는 의견을 밝힌 바 있다.

그러나 결과적으로 헌법재판소와 대법원이 수차례 동 사안에서 명령위반죄의 성립을 긍정하면서, 이에 대한 오랜 문제제기에도 불구하고 논의의 진전은 없어 보인다. 이에 본고에서는 동 사안을 다시 정리하고 새로운 쟁점을 통해 그 해결의 실마리를 모색하고자 한다.

제1호(2012), 227면.

9) 병역법 제2조(정의 등) 제2항, 제72조(병역의무의 종료) 제1항.

10) 병무청 통계에 따르면 2021년 입영한 현역병의 97.1%가 24세 이하이다(“현역병 입영현황”, 국가통계포털(KOSIS), 2022. 6. 29. 확인, https://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=144&tblId=TX_14401_A057).

11) 육군본부, 「법무50년사」, 육군인쇄창, 1996, 275면.

12) 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌바20 전원재판부 결정.

제 2 절 논문의 범위와 구성

헌법재판소는 군형법 제47조에서 규율하는 명령위반죄에 대하여 “명령의 구체적 내용이나 발령조건을 미리 법률로 정하는 것은 불가능”하다고 하면서, “구성요건의 내용에 관한 사항을 명령에 위임한 형태를 취하고 있지만 본래의 취지는 군 내부에서 명령의 절대성을 보호하기 위한 것이고 명령위반행위에 대한 형벌의 종류와 내용은 법률에서 구체적으로 정해져 있으며 그 피적용자인 군인은 이를 충분히 예측할 수 있는 지위에 있”다고 하여 동 규정을 합헌으로 판단한 바 있다.[13)]

한편, 헌법재판소와 대법원은 명령위반죄의 객체가 되는 “정당한 명령 또는 규칙”에 대하여 “그 위반에 대하여 형사처벌의 필요가 있는 것, 즉 법령의 범위 내에서 발해지는 군통수작용상 필요한 중요하고도 구체성 있는 특정한 사항에 관한 것을 의미”[14)]한다고 제한적으로 파악하여 그 집행에 있어서 합리성을 도모하고 있다는 점에서 동 규정을 합헌으로 판단한 헌법재판소의 판단은 일견 수긍할 수 있다.

그러나, 명령위반죄가 합헌이라고 전제하더라도 군무이탈범의 복귀명령 위반의 사안에서 그 적용이 구체적 타당성을 갖는지는 의문이다. 따라서 본고에서는 명령위반죄의 위헌성을 중심으로 한 기존의 논의에서 벗어나 군형법 상 명령위반죄에 대한 해석론과 죄수(罪數)관계 이론을 중심으로 그 성립의 타당성을 논하고자 한다.

다만 군무이탈범의 신분에 있어서 군무이탈죄는 대다수가 병의 신분에서 발생하고 있다는 점[15)]과 2021년 기준 장기군무이탈중인 자 9명 전

13) 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌바20 전원재판부 결정.

14) 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌바20 전원재판부 결정.

15) 2020년 보통군사법원 심판사건을 기준으로 신분별 군무이탈죄 발생률은 장교(0%, 0명), 부사관(13.9%, 5명), 병(83.3%, 30명), 군무원(2.8%, 1명)이다(국방부, 「2021 국방통계 연보」, 대한민국 국방부, 2021, 209면).

원의 신분이 병인 점[16]을 고려하여 논의의 범위는 그 대상의 신분에 있어서 현역병에 대한 것으로 한정한다.

이 글의 구성은 아래와 같다.

제2장에서는 군형법 상 군무이탈죄의 일반이론과 병역법에 따라 부과되는 병역의무에 대하여 살펴본다. 특히 군형법이 1962년 제정되고, 1964년 군무이탈자 복귀명령이 처음 발하여졌다는 점에서 그 시대적 배경이 되는 1960년대의 병역의무에 관한 사회적 논의를 정리하고, 병역법 규정을 중심으로 군무이탈자의 병역의무의 의미를 고찰한다.

제3장에서는 군무이탈자 복귀명령의 의미를 살펴본다. 이를 위해 군무이탈자 복귀명령의 연혁과 내용을 대강 정리하고, 현행 군 사법 실무에서 군무이탈범이 군무이탈자 복귀명령 위반의 사안을 다루는 모습을 비판적으로 검토함으로써 그 의미를 추단해 본다.

다음으로 제4장에서는 군형법 상 명령위반죄에 대한 해석론을 살펴보고, 이를 바탕으로 동 사안에 대하여 명령위반죄의 개별 구성요건요소를 중심으로 그 해당성을 검토한다.

이어서 제5장에서는 죄수관계이론을 바탕으로 군무이탈죄와 명령위반죄 양 죄의 관계를 살펴본다. 특히 상태범으로서 군무이탈죄의 성질에 주목하여 불가벌적 사후행위의 법리를 살펴보고, 동 사안에 있어서 불가벌적 사후행위를 통하여 명령위반죄의 성립을 제한할 수 있는지 논한다.

마지막으로 제6장에서는 본고의 전체적인 논의를 정리하고 동 사안의 해결의 실마리를 모색하는 것으로 논의를 끝맺고자 한다.

16) “탈영 18년째 ‘감감무소식’… 장기탈영병 9명, 그들은 어디에”, 세계일보 2021. 9. 19. 자.

제 2 장 군무이탈죄와 병역의무

제 1 절 군무이탈죄 개관

군형법은 제6장 군무이탈의 죄라는 범죄유형으로 제30조 내지 제33조에서 군무이탈죄, 특수군무이탈죄, 이탈자비호죄, 적진도주죄를 규정하고, 각 죄의 미수범 또한 처벌(제34조)한다.

군무이탈범이 군무이탈자 복귀명령을 위반한 사안에 있어서 군무이탈죄가 전제되므로, 이하에서는 동 사안을 논함에 앞서 군무이탈죄에 대한 일반론을 살펴보기로 한다.

1. 입법목적 및 연혁

군무이탈죄는 병력을 유지하여 군 인적자원을 보호하고 군기를 확립하기 위하여 마련된 것으로서, 주된 보호법익은 군의 실체인 군인에 대한 근무명령권이라고 한다.[17] 군무이탈죄를 규정하는 군형법 제30조의 조문은 1962년 제정 군형법에서부터 규정되어 현재까지 이어지고 있고, 수차례 군형법 개정에 있어서도 구성요건의 변화 없이 그 법정형만이 변화되어 왔다.

한편 군형법 제정 이전 군에서의 형벌을 규율하고 있던 국방경비법에서도 "경비대복무로부터 도망을 기도하는 여하한 군법피적용자든지 군법회의[18] 판결에 의하여 처벌한다"[19]고 하여 도망의 죄를 규정하고 있었던

17) 육군본부 법무실, 전게서, 92면.

점에서도 알 수 있듯이 군무이탈죄는 군형법이 규정하는 순정군사범죄의 가장 대표적인 유형으로서 오랜 연혁을 갖고 있다.

군무이탈죄의 법정형은 평시(제1항 제3호에서 규정하는 그 밖의 경우)를 기준으로 제정 당시 "3년 이하의 징역"에서 1975년 개정 구 군형법(1975. 4. 4. 법률 제2749호)을 통해 "3년 이상 10년 이하의 징역"으로 상향된 이후 1994년(1994. 1. 5. 법률 제4703호)과 2009년(2009. 11. 2. 법률 제9820호)에 이르러 각각 "2년 이상 10년 이하의 징역", "1년 이상 10년 이하의 징역"으로 하향되었다.

이처럼 군무이탈죄의 법정형이 2차례에 걸쳐 하향되어 현재에 이르게 된 이유는 군형법 상 비현실적 법정형을 합리적으로 조정한다거나, 군무이탈죄의 동기가 개인의 범죄적 소질보다는 주로 가정환경이나 외부적 요인에 의하여 발생되고 있음에도 법정형이 과중하다는 점을 고려한 것이라고 한다.[20]

반면, 군무이탈죄에 대한 공소시효는 평시(적전, 전시, 사변 또는 계엄지역 제외)를 기준으로 군형법 제정 당시 3년이었으나,[21] 이후 군형법[22] 및 군사법원법[23] 규정의 개정으로 2차례에 걸쳐 각각 7년, 10년으로 연

---

18) '군법회의'는 1987년 헌법 개정에 따라 '군사법원'으로 명칭이 변경되어 현재에 이르고 있다.

19) 국방경비법(1984. 8. 4. 군정법률, 1962. 1. 20. 군형법 부칙으로 폐지) 제9조(도망).

20) 정부 발의, "군형법 중개정법률안", 의안번호 140525(1993. 11. 17. 제안); 법제사법위원장 발의, "군형법 일부개정법률안(대안)", 의안번호 1806149(2009. 9. 28. 제안).

21) 구 군형법(1975. 4. 4. 법률 제2749호로 개정되기 전의 것) 제30조 제1항 제3호; 구 군법회의법(1988. 2. 25. 법률 제3993호로 전부개정되기 전의 것) 제284조 제1항 제5호.

22) 구 군형법(1994. 1. 5. 법률 제4703호로 개정되기 전의 것) 제30조 제1항 제3호에 의하여 군무이탈죄의 법정형이 '3년 이하의 징역'에서 '3년 이상 10년 이하의 징역'으로 상향되면서 군무이탈죄의 공소시효는 7년으로 연장되었다.

23) 군사법원법(2008. 1. 17. 법률 제8842호) 제291조 제1항 제3호 개정으로 장기 10년 이상에 해당하는 범죄의 공소시효는 10년으로 연장되었다.

장되어 왔다. 이는 앞서 개정된 형사소송법의 체계에 맞추기 위한 것으로 볼 수 있는데,[24] 형사소송법 개정 당시 공소시효를 연장하는 이유에 대해서는 과학수사의 발달로 오랜 기간이 경과한 증거의 수집도 가능하다는 점과 공소시효의 연장을 통한 강력범죄 예방의 필요성이 요구된다는 점을 내세운 바 있다.[25]

2. 구성요건

군형법 제30조에서 규정하는 군무이탈죄는 “군무를 기피할 목적으로 부대 또는 직무를 이탈한 사람(제1항)” 또는 “부대 또는 직무에서 이탈된 사람으로서 정당한 사유 없이 상당한 기간 내에 부대 또는 직무에 복귀하지 아니한 사람(제2항)”에 대하여 성립하는 범죄로서 적전인 경우(제1항 제1호), 전시, 사변 시 또는 계엄지역인 경우(제1항 제2호), 그 밖의 경우(제1항 제3호)로 구분하여 그 법정형을 달리 규정한다[26].

이하에서는 군무이탈죄의 기본적인 형태가 되는 제1항에 있어서 각 구성요건요소를 기준으로 나누어 살펴본다.

---

24) 법제사법위원장 발의, “군사법원법 일부개정법률안”, 의안번호 170856(2007. 12. 28. 제안).

25) 법제사법위원장 발의, “형사소송법 일부개정법률안(대안)”, 의안번호 177922(2007. 11. 22. 제안).

26) 군형법 제30조(군무이탈)
① 군무를 기피할 목적으로 부대 또는 직무를 이탈한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.
1. 적전인 경우 : 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역
2. 전시, 사변 시 또는 계엄지역인 경우 : 5년 이상의 유기징역
3. 그 밖의 경우 : 1년 이상 10년 이하의 징역
② 부대 또는 직무에서 이탈된 사람으로서 정당한 사유 없이 기간 내에 부대 또는 직무에 복귀하지 아니한 사람도 제1항의 형에 처한다.

가. 주 체

군형법 상 군무이탈죄의 조문은 그 적용주체에 대하여 특별히 한정하는 규정을 두고 있지 않으므로 군무이탈죄의 주체는 군형법의 피적용자인 군인[27] 또는 준군인[28]이 된다.

군사법원은 현역병이 군인 신분을 취득하는 시점에 대하여 지정된 집결지에서 병무청 직원과 군(軍) 신병교육대 담당관 사이에 인도인접이 이루어진 시점부터 군인신분을 취득하였다고 판시하면서 해당 사건의 피고인을 군무이탈죄의 주체로 인정한 바 있다.[29]

다만, 군수형자[30]의 경우 군무의 일시적 정지상태에 있으므로 군무이탈의 목적이라는 것이 존재할 수 없다고 하여, 군수형자가 미결수용실 등을 빠져나와 부대를 이탈하는 경우에는 군무이탈죄가 성립할 수 없고, 단지 형법상 도주죄(제145조 제1항, 제146조)의 성립만이 문제될 뿐이라고 한다.[31]

---

27) 군형법 제1조 제2항에 따라 군인은 “현역에 복무하는 장교, 준사관, 부사관 및 병(전환복무 중인 병은 제외)”으로 정의된다.

28) 군형법 제1조 제3항에 따라 군무원, 군적(軍籍)을 가진 군(軍)의 학교의 학생·생도와 사관후보생·부사관후보생 및 병역법 제57에 따른 군적을 가지는 재영(在營) 중인 학생, 소집되어 복무하고 있는 예비역·보충역 및 전시근로역인 군인에 대하여는 군인에 준하여 군형법을 적용한다.

29) 고등군사법원 1996. 7. 2. 선고 96노171 판결(국방부 고등군사법원, 「군사법원 판결요지집」, 국방부 고등군사법원, 2002, 3-4면에서 재인용).

30) 군에서의 형의 집행 및 군수용자의 처우에 관한 법률(2020. 2. 4. 법률 제16927호) 제2조 제1호는 군수형자를 「군사법원법」에 따라 징역형, 금고형 또는 구류형을 선고받아 그 형이 확정된 사람과 벌금이나 과료를 완납하지 아니하여 같은 법 제533조에 따라 노역장유치 명령을 받은 사람으로 정의한다.

31) 이상철 외 공저, 「군사법원론(제3판)」, 박영사, 2018, 150면; 박찬걸, 전게서, 92면.

나. 행 위

군무이탈죄에서 규율하는 행위는 '부대 또는 직무'를 '이탈'하는 것이다. 여기서 '부대'란 "군대, 군의 기관 및 학교와 전시 또는 사변 시에 이에 준하여 특별히 설치하는 기관"[32]으로서 물리적인 장소를 의미하는데 대하여 '직무'는 "직책이나 직업상에서 책임을 지고 담당하여 맡은 사무"[33]로서 추상적인 의미를 갖는다.

군무이탈죄에서 이탈의 대상으로 '직무'를 별도로 규정한 이유는 '부대'만을 규정할 경우 '부대' 외에서 근무하는 자의 이탈에 대하여는 본죄를 적용할 수 없기 때문이라고 한다.[34] 이처럼 군무이탈죄에 있어서 '직무'의 개념을 부대 외의 직무장소를 포괄하기 위해 확장된 물리적인 공간의 개념으로 이해하는 견해가 있는 한편,[35] 이를 군인이라는 신분관계에서 비롯되는 기능적인 의미에서의 제반직무로 이해하는 견해가 있을 수 있다.

대립되는 양 견해는 군무이탈죄가 기수에 이르는 시점을 달리 판단하게 되고, 부대를 이탈하지 아니한 채 직무만을 기피하는 경우 또는 군무를 기피할 목적으로 부대 내에 은거하는 경우에 있어서 군무이탈죄의 성부에 대한 결론을 달리하게 된다.

부대를 이탈하지 아니한 상태에서 그 직무의 수행만을 기피하는 경우 전자에 의하면 군무이탈죄는 성립하지 않고 직무유기죄만이 문제될 것이나, 후자에 의하면 군무이탈죄의 구성요건에 해당한다. 또한, 군무기피의 목적으로 영내에 은거하는 경우에도 전자는 군무이탈죄의 구성요건에 해

32) 군형법 제2조(용어의 정의) 제4호.
33) "직무", 표준국어대사전, 국립국어원(https://stdict.korean.go.kr, 2022. 11. 16. 확인).
34) 박찬걸, 전게서, 92면.
35) 박찬걸, 전게서, 92-93면.

당하지 않는다고 볼 여지가 있으나, 후자의 경우에는 군무이탈죄의 성립을 긍정한다.

이와 관련하여 군사법원은 과거 “군무이탈죄의 실질은 장소적인 부대의 이탈에 있지 않고, 군인이라는 신분관계에서 비롯되는 제반직무로부터의 이탈이라는 데에 있”다고 판시한 바 있다.[36] 이와 관련하여 군무이탈죄에 있어 이탈이란 현실적으로 자신이 맡은 바 군무를 수행할 수 없는 상태에 도달함으로써 완성된다[37]고 하여 군무이탈죄에 있어서 이탈의 의미를 기능적인 의미에서 파악하는 견해도 제기된다.

군형법 상에는 군무이탈죄와 유사하게 “근무장소 또는 지정장소를 일시적으로 이탈한 경우”를 규율하는 무단이탈죄를 규정하고 있다. 무단이탈죄에 있어서 이탈의 대상이 되는 “근무장소 또는 지정장소”는 군무이탈죄의 “부대 또는 직무”에 견주어 보다 물리적인 장소에 국한되는 것으로 이해되지만, 대법원은 이에 대해 “근무 또는 지정된 장소에서 멀리 떠난 경우 뿐만 아니라 동 이탈로 인하여 그에 부과된 임무를 수행할 수 없는 정도로 이탈함으로써 족하다”[38]고 판시한 바 있다.

위 대법원 판례에서 이탈의 기준으로 임무수행가능성을 제시한 것은 일종의 기능적 기준이라고 할 수 있다. 대법원의 이와 같은 판시는 무단이탈의 판단에 있어서 또한 물리적 기준과 기능적 기준을 모두 염두에 두고 있다는 점에서 의미를 갖게 되고,[39] 이는 군무이탈에 있어서 이탈의 의미를 파악하는 데도 시사점을 준다.

이를 종합하면 군무이탈죄에 있어서의 ‘이탈’이란 물리적・기능적인

---

36) 해군고등군법회의 1981. 10. 16. 선고 81노18 판결(고등군사법원, 전게서, 2002, 35면에서 재인용).

37) 박찬걸, “군형법상 군무이탈죄와 관련된 문제점과 개선방안”, 형사정책 제22권 제1호(2010.6.), 217면.

38) 대법원 1967. 7. 25. 선고 67도734 판결.

39) 정상익, “무단이탈의 의미와 적용에 관한 연구”, 법학연구 제61권 제1호(2020.2.), 177-178면.

의미에서 현실적으로 직무를 수행할 수 있는 상태, 즉 실질적인 '임무수행 가능성'으로부터의 이탈이라고 보는 것이 타당하다.

다. 군무를 기피할 목적

군무이탈죄는 '군무를 기피할 목적'을 범죄의 초과주관적 구성요건으로 하는 목적범이다. 여기서 군무라 함은 군형법 상 이와 유사한 용어로 사용되고 있는 임무, 근무, 직무 등을 포함하는 가장 광의의 개념으로,[40] 군무 기피의 목적에는 병역을 기피하려는 목적은 물론이고, 구체적 직무를 기피하거나 특정한 임무를 기피하려는 의사도 포함된다고 보는 것이 다수의 견해이다.[41][42]

군사법원은 "군무를 기피할 목적"에 대하여 "군이라는 특별권력관계상의 질서에 순응할 것이 법률 상 강제되어 있는 신분적 규율관계로부터 불법적으로 사실상 이탈하려는 의욕"이라고 정의하면서,[43] 군무기피의 목적이란 군무를 기피하겠다는 의욕이 없는 경우에도 "군무를 기피한다는 인식으로써 충분한 것"이라고 판시한 바 있다.[44]

판례 또한 "군무를 기피할 목적이라 함은 영구히 기피할 것을 목적으로 하는 것이 아니며, 군형법 피적용자가 같은 목적으로 부대 또는 직무를 이탈하여 다시는 자의로 돌아가지 않을 생각이면 족하다"고 하면

40) 박찬걸, 전게서, 94면; 육군본부 법무실, 전게서, 96-97면.

41) 박찬걸, 전게서, 94면; 육군본부 법무실, 전게서, 97면.

42) 군무이탈죄에서의 직무로부터의 이탈은 포괄적, 추상적 직무에 국한하거나 구체적인 직무를 제외한다고 볼 수 없다고 한 군사법원의 판례로는 해군고등군법회의 1981. 10. 16. 선고 81노18 판결(국방부 고등군사법원, 2002, 전게서, 35면에서 재인용).

43) 육군고등군법회의 1979. 6. 15. 선고 79고군형항180 판결(국방부 고등군사법원, 2002, 전게서, 17면에서 재인용).

44) 육군고등군법회의 1970. 12. 8. 선고 70고군형항1067 판결(국방부 고등군사법원, 2002, 전게서, 18면에서 재인용).

서,[45] “군인이 소속부대에서 무단이탈하였거나 정당한 이유 없이 귀대하지 아니한 경우에는 다른 사정이 없는 한 그에게 군무기피의 목적이 있었던 것으로 추정된다”[46]고 판시하였다.

이러한 군무기피의 목적은 군무이탈의 행위 시점에 존재하여야 한다. 따라서 군무기피의 목적이 없는 이탈의 경우에는 군형법 상 무단이탈죄의 성립이 문제될 뿐 군무이탈죄가 성립하는 것은 아니다.

3. 군무이탈죄의 성격

국내의 일반적인 견해는 군무이탈죄를 즉시범이자 상태범으로 이해하고 있다.[47] 판례 또한 “군무이탈죄는 군무를 이탈할 목적으로 부대 또는 직무를 이탈하면 곧 성립이 되는 것”이라고 하면서 “군무를 기피할 목적으로 귀대하지 아니함으로써 곧 군무이탈죄는 성립된다고 할 것이고 그 후부터는 군무이탈의 위법상태가 계속되는데 불과”하다고 하여 군무이탈범을 즉시범이자 상태범으로 이해하는 것으로 보인다.[48]

이와 같은 학계와 판례의 일관된 견해와 달리 군무이탈죄를 계속범으로 이해하는 견해도 상정해 볼 수 있겠다. 그러나 군무이탈죄는 성립에 있어서 일정한 시간의 계속을 요하지 않고 이탈과 동시에 성립하는 것이며, 군무이탈은 이탈이라는 실행행위를 전제로 하므로 이탈이 계속된다고 해서 새로운 군무이탈이 되는 것도 아니므로 군무이탈죄는 즉시범으로 이해하는 것이 타당하다고 할 것이다.

또한, 군무이탈죄를 계속범으로 이해하는 경우 군무이탈을 범한 사람

---

45) 대법원 1967. 7. 11. 선고 67도747 판결.

46) 대법원 1986. 2. 11. 선고 85도2674 판결.

47) 이와 같은 견해로는 이상철 외 공저, 전게서, 151-152면; 박찬걸, 전게서, 90면; 육군본부 법무실, 전게서, 96면 등.

48) 대법원 1976. 6. 22. 선고 76도1342 판결.

을 숨기거나 비호한 사람에 대하여 군무이탈죄의 공범으로 처단할 수 있을 것임에도, 우리 입법자가 군형법 제32조에서 군무이탈죄 내지 특수군무이탈죄를 범한 사람을 숨기거나 비호한 사람을 처벌하는 이탈자비호죄 규정을 별도로 둔 것은 입법자 또한 군무이탈죄를 즉시범으로 이해한 것으로 볼 여지가 있다.[49]

한편, 군무이탈죄와 유사한 구조를 갖는 형법 상 도주죄에 있어서 대법원은 “도주죄는 도주상태가 계속되는 것이므로 시효는 도주 중에는 언제나 진행되는 것이 아니”라는 검사의 상고주장에 대하여 “도주죄에 대하여서는 시효가 진행 안 된다는 소론은 독자적 견해에 불과”하다고 한 바 있다.[50]

49) 박찬걸, 전게서, 91면.
50) 대법원 1979. 8. 31. 선고 79도622 판결.

4. 무단이탈죄와의 구별

군형법은 제30조에서 규정하는 군무이탈죄와 별개로 하여 제79조에서 “허가 없이 근무장소 또는 지정장소를 일시적으로 이탈하거나 지정한 시간까지 도달하지 못한 사람”에 대하여 무단이탈죄로 규율하고 있다.

무단이탈죄에서 이탈의 대상을 “근무장소 또는 지정장소”로 규정한 것은 군무이탈죄에서의 이탈의 대상을 “부대 또는 직무”로 규정한 것과 대비된다.

그러나 무단이탈죄 또한 그것이 반드시 근무 또는 지정된 장소에서 멀리 떠난 경우뿐만 아니라 동 이탈로 인하여 그에 부과된 임무를 수행할 수 없는 정도로 이탈함으로써 족하다[51]는 점에서 이를 장소적인 이탈만을 규율하는 규정이라고 할 수는 없다.

군무이탈죄와 무단이탈죄는 군무기피의 목적이 있었는지 여부(제30조 제1항의 군무이탈죄의 경우)와 이탈기간의 장단(제30조 제2항의 군무이탈죄의 경우)에 따라 구별된다.[52]

제30조 제1항의 군무이탈에 있어서 군인이 소속 부대에서 무단이탈하였다면 다른 사정이 없는 한 그에게 군무기피의 목적이 있었던 것으로 추정하고 있다는 사실은 앞서 살펴본 바와 같다.[53] 이러한 견해에 따르면 군인의 이탈행위가 있는 경우에 군무이탈의 성립범위를 보다 폭넓게 확보하게 되면서 무단이탈죄의 성립범위는 상대적으로 제한된다.

---

51) 대법원 1967. 7. 25. 선고 67도734 판결.

52) 박찬걸, 전게서, 336면.

53) 본고 제2장 제1절 2. 다. 참고.

제 2 절 군무이탈범의 병역의무

군형법의 피적용자는 원칙적으로 군인 또는 준군인으로 한정되므로 군무이탈죄와 명령위반죄와 같은 군형법의 규정은 일정한 신분을 갖출 것을 요하는 신분범의 성격을 갖게 된다. 징병제를 시행하는 우리나라에서 병역의무는 일반적으로 현역병 신분의 전제가 된다. 따라서 이하에서는 먼저 군무이탈범의 병역의무에 대하여 살펴본다.

우리 헌법은 제39조에서 국방의 의무를 규정하고 있다. 제1항에서는 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다"고 규정하고 제2항에서는 "누구든지 병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다"고 규정한다.[54]

위와 같은 헌법규정을 바탕으로 병역법은 우리 국민의 병역의무에 관하여 규정하기 위한 목적으로 제정되었다.[55] 동법 제3조 제1항에서 병역의무에 대해 "대한민국 국민인 남성은 「대한민국헌법」과 이 법에서 정하는 바에 따라 병역의무를 성실히 수행하여야 한다"고 규정한다. 이러한 병역의 종류는 동법의 규정에 따라 현역, 예비역, 보충역, 병역준비역, 전시근로역, 대체역으로 구분된다.[56]

과거 판례는 군무이탈자 복귀명령과 관련된 사안에 있어서 "복무에서 이탈한 자는 그 이탈기간 중에도 현역병의 신분을 상실하는 것이 아니므로 소정의 정당한 명령을 준수할 의무가 있다"고 판시[57]함으로써 군무이

54) 이처럼 우리 헌법은 '국방의 의무'와 '병역의무'라는 표현을 구분하여 사용하고 있다. 헌법재판소는 '병역의무'와 '국방의 의무'가 동일한 것은 아니나, 병역의무는 국방의 의무의 주요한 부분을 이룬다고 판시한 바 있다.(헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2006헌마328 전원재판부 결정) 이에 따라 군무이탈범의 사안에서 '국방의 의무'와 '병역의무'를 구별하는 것은 실익이 없으므로 본고에서는 이를 구별하지 않기로 한다.

55) 병역법(2022. 1. 4. 법률 제18682호) 제1조(목적).

56) 병역법 제5조(병역의 종류).

57) 대법원 1968. 7. 16. 선고 68도660 판결.

탈범에게 현역병의 신분, 즉 병역의무가 존속한다고 하고 이에 따라 명령복종의무가 인정됨을 수긍한 바 있다.

따라서 군무이탈범의 병역의무를 고찰하는 것은 군무이탈범의 명령위반 사안을 살피는 데 있어서 중요한 기능을 한다. 따라서 이하에서는 병역의무에 대하여 규율하고 있는 병역법 등 관련법령 상의 병역의무와 복무기간 산정에 대한 규정을 살펴본다.

1. 병역의무에 관한 1960년대의 논의

아래에서는 군무이탈자 복귀명령이 처음으로 발하여진 1964년 전후에 병역의무와 관련된 논의상황을 살펴본다. 우리나라에서는 1949년 병역법이 제정되어 남성 일반의 군복무가 의무화되었지만, 이것이 곧 보편적인 징병제를 의미했던 것은 아니고, 학력 등에 따라 병역을 차등하여 배분하는 선별적 방식이 적용되었다.[58]

이후 6·25전쟁 발발 직후의 병력 동원에 있어서도 병역법에 의한 징집이 아닌 하나의 응급조치로서 제2국민병에 대한 소집을 통해 이루어지다가, 1952년 8월 26일에 이르러 비로소 국방장관이 "1952년 9월 1일을 계기하여 징병제를 실시하게 되었다"고 하는 내용의 담화를 발표한 바 있다.[59]

이러한 과정을 전후하여 학생에 대한 징집연기는 보장되었던 반면, 경제적 사유 등 병역법에서 정하는 다른 사정[60]으로 인한 징집 연기 및 면

58) 강인화, "병역을 통한 시민자격의 형성 - 1960년대 병역미필자 축출과 구제", 사회와 역사 131집(2021.9.), 3-4면.

59) 강인화, "1950년대 징병제와 한국전쟁의 전후(戰後)처리", 법과사회 62권(2019.12.), 194-195면.

60) 당시 병역법에서는 징집 연기 내지 면제의 사유로 가사사정(제21조, 제44조), 선박의 선원(제46조), 국외 체재 또는 거주(제47조), 미수복지구 거주(제48조) 등의 규정을 두고 있었다.

제 조치는 거의 작동하지 않았고, 이에 더하여 전쟁이 끝난 뒤에도 6·25전쟁 중 징집되었던 대다수가 제대 조치를 받지 못하는 등 병역의무와 관련된 문제가 누적되는 한편, 호적초본을 위조하거나 신체 일부를 훼손하는 등의 병역기피도 나타났다.[61]

당시 이러한 병력동원에 대한 불공정을 시정하라는 사회적 요구는 1950년대를 경과하면서 더욱 증폭되었고, 이와 같은 전후처리의 지연은 1960년 4·19를 전후로 사회정의를 요구하는 당사자 운동에 있어서 하나의 배경이 되었다.[62]

이러한 시대적 상황에서 당시 새롭게 등장한 박정희 정부는 병역미필 공무원을 해면(解免) 조치하고, 1961년 6월에는 이를 내용으로 하는 법률[63]을 제정하여 병역의무미필자 축출 조치의 법적 기반[64]을 마련하는 한편, 내각 공고 제1호를 통해 병역의무 불이행자 자수신고기간을 설정[65]하는 등 병역기피에 단호히 대응해나가는 모습을 내보였다.

한편으로는 군무이탈죄(1962년 군형법 제정 이전의 국방경비법 상 도망죄 포함)에 대하여 공소권을 소멸(이미 공소제기된 사건은 제외)[66]하고, 군무이탈죄에 대한 사면[67]을 2차례에 걸쳐 단행하기도 하였으며, 군은 군무이탈범이 자수하도록 거의 매년 자수기간을 운영하여 유도하는

---

61) 강인화, “1950년대 징병제와 한국전쟁의 전후(戰後)처리”, 194-198면.

62) 강인화, “1950년대 징병제와 한국전쟁의 전후(戰後)처리”, 210면.

63) 구 병역의무미필자에관한특별조치법(1962. 10. 1. 법률 제1163호 병역법 부칙 제2조로 폐지).

64) 강인화, “병역을 통한 시민자격의 형성 - 1960년대 병역미필자 축출과 구제”, 110-116면.

65) “연표와 기록(1961년)”, 국가기록원 홈페이지 연표와 기록 페이지 (https://theme.archives.go.kr/next/chronology/yearRecord.do?year=1961, 2022. 7. 29. 확인).

66) 구 특정범죄에대한공소권제한등에관한법률(2008. 12. 19. 법률 제9146호로 폐지되기 전의 것) 제2조 제1항 제2호 (나)목.

67) 일반사면령(1962. 5. 15. 각령 제749호) 제1조 제2호 (나)목; 일반사면령(1963. 12. 16. 각령 제1678호) 제2조 제4호.

한편 검거되면 엄벌하는 양면책을 썼다.[68]

당시의 상황에 비추어 보면 병역기피에 대한 강경한 정부의 입장과 달리 군무이탈에 대하여 당시 공소권을 소멸하고 사면을 단행하는 한편 자수기간을 운영하는 등 다소 유화적인 정책을 편 것은 5·16을 계기로 한 정치적 이해관계와 함께 군 병력의 부족으로 법정 복무기간을 초과한 뒤에도 계속하여 복무하는 장병이 상당하였던 점,[69] 군무이탈에 이르게 된 가장 주된 원인이 가정의 빈곤 등 가정사정이었다는 점,[70] 이를 엄벌하는 것은 불공정한 병역부과로 인한 후과로 비쳐질 수 있는 점 등이 그 계기가 되었을 것으로 추단해 볼 수 있다.

그러나 당시 군무이탈범이 연간 1만여 명[71]에 달하는 등 군무이탈이 군의 병력수급의 차원 뿐 아니라 사회적 문제로 대두되고, 자수를 독려하기 위하여 자수기간을 설정함으로써 처벌을 경감해주는 것이 오히려 군무이탈을 부추기는 면이 있음이 지적되기도 하였다.[72]

---

68) “궁핍의 시절… 탈영병 연 1만명, 참모총장이 신문에 ‘복귀명령’”, 조선일보 2014. 12. 3. 자.

69) “<육군과 해병대> 복무기간을 연장”, 조선일보 1963. 1. 29. 자; 제6대 국회 제45회 제2차, “국방위원회 회의록”, (1964. 9. 10.), 2면.

70) 당시 국방부차관은 국회에서 도망병(군무이탈범)이 발생하는 원인에 대하여 군 내부통계를 바탕으로 가정사정(약 36%), 금욕(禁慾 0.2%), 신병(身病 2%), 이성관계(異性關係 0.5%), 향수심(鄕愁心 10%), 인사불만(7.5%) 등을 꼽은 바 있다.(제6대 국회 제45회 제2차, “국방위원회 회의록”, (1964. 9. 10.), 1-2면).

71) “도망병(逃亡兵) 한 해 만여(萬餘)”, 조선일보 1966. 6. 9. 자.

72) 제6대 국회 제45회 제2차, “국방위원회 회의록”, (1964. 9. 10.), 4-5면.

2. 복무기간의 산정과 병역의무의 종료

현역은 입영한 날부터 군부대에서 복무하고, 현역병의 복무기간은 그 입영한 날부터 기산하여 각 군의 구분에 따른 소정의 기간을 복무하게 된다.[73] 그러나, 현역병으로 복무하는 동안 1년 6개월 이상의 징역 또는 금고의 실형을 선고받은 경우,[74] 본인이 아니면 가족의 생계를 유지할 수 없는 등 가사사정이 곤란하여 본인이 원할 경우[75] 등에는 전시근로역에 편입하여 평시의 병역의무를 면하게 된다.

군무이탈범의 사안을 살펴보면 복무가 시작된 이후인 이상 현역병이 복무를 이탈하여 군형법 상 군무이탈죄의 기수에 이른다고 하더라도 그 복무가 취소되거나 병역의무를 면하게 되는 것은 아니므로 군무이탈범으로서는 현역병의 신분이 상실되지 않고 존속된다.

또한 현역병이 징역・금고・구류의 형이나 군기교육처분을 받은 경우 또는 복무를 이탈한 경우에는 그 형의 집행일수, 군기교육처분일수 또는 복무이탈일수는 현역 복무기간에 산입하지 아니하므로,[76] 군무이탈범의 경우에는 입영하여 복무를 시작한 날로부터 병역법에서 정하는 복무기간을 도과한다고 하더라도 이탈이 계속되는 한 병역의무가 진행되지 아니한다.

다만 병역법은 현역・예비역・보충역의 병, 전시근로역 및 대체역의 병역의무는 40세가 되는 해의 12월 31일(예비역・보충역의 장교・준사관 및 부사관의 병역의무는 그 계급의 연령정년이 되는 해)까지로 하고, 해당 병역의무를 마치면 병 및 대체역의 경우 면역(장교・준사관 및 부사

---

73) 병역법 제18조(현역의 복무) 제1항, 제2항; 동법 시행령(2022. 11. 22. 대통령령 제33000호) 제27조 제1항.

74) 병역법 시행령 제137조 제1항 제2호.

75) 병역법 제62조 제1항.

76) 병역법 제18조 제3항.

관의 경우 퇴역)된다고 규정한다.[77] 따라서 군무이탈범 또한 40세가 되는 해의 12월 31일이 되면 복무기간을 마치지 않았다고 하더라도 병역의무가 종료되게 되고, 군무이탈범은 이 때에 이르러서야 비로소 현역병의 신분을 면하게 되는 것이다.

즉, 현역병의 신분은 군무이탈죄의 성립과 무관하게 상당기간 존속한다. 다시 말해 군무이탈범은 그 공소시효가 도과하여 가벌성이 제거된 경우에도 현역병의 신분이 상당기간 존속하게 된다.

77) 병역법 제2조(정의 등) 제2항, 제72조(병역의무의 종료) 제1항, 제2항.

제 3 장 군무이탈자 복귀명령의 의미

제 1 절 개 요

앞서 제2장에서는 군형법 제30조에서 규율하는 군무이탈죄와 병역법상 병역의무에 관하여 살펴보았다. 이를 바탕으로 본장에서는 군무이탈범의 복귀명령 위반의 사안에서 명령위반죄의 객체가 되는 군무이탈자 복귀명령의 의미를 고찰한다.

군에서 군무이탈자 복귀명령이 처음 발한 것은 1964년이다. 따라서 본장에서는 앞서 살펴본 1960년대 당시의 시대상황에 비추어 군에서 처음 군무이탈자 복귀명령을 발하였던 그 취지를 추단하여 보고, 이를 바탕으로 동 명령의 내용과 성질에 대하여 살펴본다.

이어서 현행 실무에서 군무이탈자 복귀명령 위반의 사안을 다루는 모습을 비판적으로 검토한다. 현행 실무는 군무이탈범에 대하여 군무이탈죄의 공소시효 도과 여부에 따라 구분하여 공소시효가 진행 중인 경우에는 군무이탈죄로만 의율하는 반면, 공소시효가 완성되어 가벌성이 제거된 경우에 대하여만 명령위반죄를 적용하여 처벌해왔다.

이에 대해 명령위반죄의 해석론과 죄수관계 이론을 통한 범죄 성립의 당부를 논하는 법리적인 논의는 장을 바꾸어 다루기로 하고, 본장에서는 현행 실무의 군무이탈자 복귀명령의 처리에서 비롯되는 논리적인 측면의 문제점을 정리한다.

제 2 절 군무이탈자 복귀명령 개관

1. 취지 및 경과

1964년부터 군이 군무이탈자 복귀명령을 발하게 된 경위는 정확히 알 수 없으나, 이하에서는 앞서 살펴본 1960년대 당시의 병역의무에 대한 시대적 논의상황[78]을 토대로 그 취지를 추단해 본다.

1964년의 첫 군무이탈자 복귀명령이 발해지기에 앞서 1963년 12월 14일에는 일반사면으로 1963년 11월 30일 이전에 범한 군무이탈죄가 사면되었다. 당시의 언론보도를 살펴보면 사면된 자의 처리에 있어서 군무이탈범의 경우 자진귀영만 하면 되나, 만일 귀영을 하지 않더라도 죄과를 묻지 못하게 되어 병무행정에 적지 않은 혼란을 가져왔다고 하는 익명의 국방부 당국자를 인용하여 보도[79]한 바 있다.

1964년의 군무이탈자 복귀명령이 그 대상으로 "1961년 5월 16일부터 작년 10월 30일까지 사이에 군복무를 무단이탈한 자"로 특정[80]하고 있는 점에 비추어 보아도 사면에 의해 처벌할 수 없게 된 군무이탈범을 복귀하도록 함이 군무이탈자 복귀명령을 발하게 된 계기가 되었다고 볼 수 있다.

한편 같은 해 9월 국방부는 군경합동 도망병 일제단속을 벌이면서, "민정이양 후 근무이탈자의 수가 늘어나 다른 장병의 사기를 저하시키고 또 복무연한까지도 연장케 하는 피해를 줄 뿐 아니라 국방재정 상 커다란 손해를 입혔다"고 지적하였다.[81]

---

78) 본고 제2장 제2절 1. 참고.

79) "과거(過去)는 묻지 않는다 무더기 사면혜택(赦免惠澤)", 조선일보 1963. 12. 24. 자.

80) "탈영병 자수요망", 마산일보 1964. 1. 31. 자.

81) "도망병(逃亡兵)은 군재회부(軍裁回附)", 조선일보 1964. 9. 10. 자.

당시 공정한 병역의무의 부과가 주요한 사회적 이슈가 되고, 한 해 발생한 군무이탈범의 수가 만여 명에 달하여 일부 장병들은 불가피하게 법에서 정하는 복무연한을 초과하여 복무하였다는 점에 비추어 보면 당시 정부 차원에서 군 병력의 확보를 위한 대책 마련에 나서야 할 필요성이 있었다고 보인다.

이에 비추어 보면 당시 군과 정부는 수차례에 걸친 군무이탈자 자수기간 운영[82]과 군무이탈죄에 대한 두 차례의 일반사면, 군무이탈죄에 대한 공소권 제한[83] 등 유화책[84]을 펴는 한편, 자진하여 복귀하지 아니한 군무이탈자를 명령위반죄로 처벌하도록 하는 양면책을 통하여 군 병력의 확보를 도모하고자 한 것으로 이해된다.

1962년 제정된 군형법과 구 군법회의법(1988. 2. 25. 법률 제3993호 군사법원법으로 전부개정되기 이전의 것)에 따라 당시 명령위반죄의 공소시효는 3년이었으므로, 군은 이 때부터 그 가벌성을 계속 유지하기 위하여 군무이탈자 복귀명령을 약 3년 주기로 반복적으로 발하게 되었다.

이후 2008년 군사법원법 개정에 따라 명령위반죄의 공소시효가 5년으로 변경[85]된 후에는 군무이탈자 복귀명령의 발령주기 또한 이에 맞추어 약 5년으로 변경되었고, 최근에는 2021년 4월 22일에 각 군 참모총장 명의의 군무이탈자 복귀명령이 발하여진 바 있다.

---

82) “자수기간(自首期間)을 설정(設定)”, 조선일보 1962. 1. 19. 자.

83) 구 특정범죄에대한공소권제한등에관한법률(2008. 12. 19. 법률 제9146호로 폐지되기 전의 것) 제2조 제1항 제2호 (나)목; 구 병역법(1962. 10. 1. 법률 제1163호로 개정되기 전의 것) 부칙 제30조.

84) 1963년 12월 사면 이후 국방장관은 기자회견에서 “도피 중인 군무이탈자들이 복귀하면 전혀 처벌하지 않고 잔여기간의 복무를 마치게 할 것”이라고 밝힌 바 있다.("귀영(歸營)하면 처벌(處罰)않겠다", 조선일보 1964. 1. 8. 자.).

85) 군사법원법(2008. 1. 17. 법률8842호) 제291조(공소시효의 기간).

2. 내용 및 성격

군무이탈자 복귀명령이 처음 발해지기에 앞서 1962년에는 병역법 개정으로 1961년 5월 16일 이전 범한 군무이탈죄의 공소권이 소멸된 바 있다.[86] 1964년의 복귀명령[87]이 그 대상을 "1961년 5월 16일부터 1963년 10월 30일 사이 이탈한 자"로 한정한 것은 이러한 병역법의 개정과 1963년 일반사면령을 고려하여, 일반사면된 자만을 그 대상으로 한 것이다.

그러나 병역법 규정에 의해 공소권이 소멸된 자는 그 대상에서 제외하면서도 일반사면된 자만을 대상으로 삼았다는 점에서 여기에는 다른 고려가 있었을 것으로 추측해 볼 수 있다.

근무이탈자 복귀명령

一九六一년五월十六일 이후 근무이탈자 전원은 아래요령에 의거 복귀할것

一、복귀장소…최기현병부대

二、복귀기간…六七년二월一일—六七년二월二十八일(一개월간)

三、복귀요령…최기 현병부대에 자진출두할것

四、불복귀자…근무이탈및 명령 위반죄로 의법조치한다

一九六七년一월二十六일

육군참모총장 대장 김계원

【그림 3-1】 1967년 군무이탈자 복귀명령[88]

86) 구 병역법(1971. 1. 1. 법률 제2259호로 개정되기 전의 것) 부칙 제30조.
87) "탈영병 자수요망", 마산일보 1964. 1. 31. 자.
88) "근무이탈자 복귀명령", 조선일보 1967. 1. 26. 자.

군무이탈자 복귀명령이 현재와 유사한 모습을 갖추게 된 것은 1967년에 발령된 두 번째 군무이탈자 복귀명령부터이다. 위 그림에서 1967년 복귀명령의 내용을 살펴보면 그 대상을 1961년 5월 16일 이후 근무이탈자[89]로 정하면서 1964년의 복귀명령에 비하여 그 대상을 확대하고 있다.

이에 따라 기존의 복귀명령이 사면된 군무이탈범만을 그 대상으로 하던 것에서 벗어나, 군무이탈죄의 공소시효(당시 기준으로 3년)가 완성된 군무이탈범까지 군무이탈자 복귀명령의 대상으로 포함하게 된 것이다.

이와는 대비적으로 최근의 공고를 보면, 복귀명령은 그 대상을 "1963. 12. 1. 이후 현재까지 육・해・공군에서 근무 중 군무이탈중인 자"로 명시하고 있다. 이는 1963. 11. 30. 이전에 군무이탈죄를 범하고 사면[90]된 자를 처벌하게 된다는 비판을 고려한 것으로 생각된다.

이때부터 1963년 일반사면령에 의해 사면된 자가 복귀명령의 대상에서 배제된 것이므로 처음 복귀명령이 발하여진 "사면되어 처벌할 수 없게 된 군무이탈범의 처리"라는 본래의 취지로는 더 이상 기능할 수 없게 되었고, 현재에 이르러 군무이탈자 복귀명령은 결과적으로 군무이탈범, 그 중에서도 공소시효가 완성된 군무이탈범으로 하여금 군으로 복귀하도록 하는 기능만을 담당하고 있다.

이처럼 군에서 군무이탈자 복귀명령을 발하는 목적은 군무이탈자의 자발적인 복귀를 촉진하고자 하는 것에 있다고 할 것이나, 한편으로는 군무이탈죄의 공소시효가 완성된 군무이탈범에 대한 처벌의 공백을 메우려는 의도가 있다.

국방일보는 2016년 군무이탈자 복귀명령 공고사실을 보도[91]하면서 "신성한 국방의 의무를 수행하다 근무지를 이탈해 어두운 그늘에서 불안

89) 1962. 1. 20. 군형법 제정 이전 군에서의 형벌을 규율하던 국방경비법 또한 "경비대 복무로부터 도망을 기도하는 경우"를 규율하는 도망죄 규정을 두고 있었다.

90) 일반사면령(1963. 12. 14. 각령 제1678호).

91) "군무 이탈자 복귀를 명함", 국방일보 2016. 5. 24. 자.

과 초조 속에 생활하고 있는 군무 이탈자에 대한 자진 복귀 기간을 설정"한다는 군 관계자의 발언을 소개하면서도, "군무이탈의 공소시효는 10년이며, 만료 때는 처벌이 불가하다. 그러나 공소시효가 5년인 명령위반죄를 적용하기 위해 5년마다 복귀명령을 공고한다. 이에 따라 군무이탈죄는 공소시효 없이 영원히 지속"된다고 한 바 있는데, 이러한 표현에 군무이탈자 복귀명령을 대하는 우리 군(軍)의 인식이 잘 드러나 있다.

이상에서 살펴본 바와 같이 군무이탈자 복귀명령이 그 대상으로 하는 군무이탈범은 그 중에서도 범행 시기를 제외하고 별다른 제한을 두고 있지 않으므로, 군무이탈범으로서는 기수에 이르기만 하면 이탈자의 신분이나 범행에 이르게 된 경위 내지 이탈기간 등 개별적인 사정을 불문하고 누구든지 복귀명령의 대상이 된다. 그렇다면 군무이탈이 기수에 이르고 복귀명령이 발하여지기만 하면 그 위법상태를 계속하는 이상 병역을 면하게 될 때까지 명령위반죄가 성립될 것이므로, 군무이탈죄에 있어서 공소시효 규정은 아무런 의미를 갖지 않게 된다.

제 3 절 현행 실무의 문제점

이어서 현행 군 사법 실무에서 군무이탈범을 처리하는 모습을 살펴본다. 군무이탈죄는 즉시범이므로 군인이 군무를 기피할 목적으로 부대나 직무를 이탈함과 동시에 완성되어 군무이탈죄가 성립된다.[92]

군무이탈죄의 공소시효 10년이 도과된 후에는 당연히 군무이탈죄에 대한 가벌성이 제거되어 이로써 처벌할 수 없다. 군은 이러한 경우를 상정하여 군무이탈자를 대상으로 약 5년 주기로 복귀명령을 발하고 있다. 군은 동 명령을 발하여진 뒤에도 군무이탈범이 복귀하지 아니하면 이를 명령위반죄로 의율하여 처벌한다. 이로 인한 명령위반죄의 가벌성은 군무이탈죄의 공소시효가 완성된 경우에도 계속된다. 이후 병역법 규정에 의하여 병역을 면하게 되는 만 40세가 되는 해의 12월 31일이 지나 더 이상 군형법의 적용을 받지 않고, 군사법원법 규정에 따라 군사법원의 재판권도 존재하지 않게 된 뒤에야 비로소 복귀명령을 준수하여야 할 의무가 소멸된다.

따라서 만 40세가 되는 해의 12월 31일이 지나면 군무이탈범의 명령위반 사건은 민간 수사기관으로 이송되고, 병역을 면한 시점을 기준으로 최근의 복귀명령에 대한 명령위반죄의 공소시효 5년까지 도과하고 나면 비로소 그 가벌성이 사라진다.

이상에서 살펴본 현행 실무와 관련하여 이하에서는 세 가지 문제점을 제시한다. 첫째로, 군무이탈죄와 명령위반죄의 경합관계에 있어서 모순되는 지점을 짚어보고 둘째는, 항명죄와 명령위반죄의 구별에 있어서 동 사안에 명령위반죄를 적용하는 것의 문제점을 살펴본다. 마지막으로는 군무이탈자 복귀명령에 대한 인식을 추정하는 판례의 태도를 비판적으로 살펴본다.

---

92) 박찬걸, 전게서, 91면.

1. 군무이탈죄와 명령위반죄의 경합

앞서 살펴본 바와 같이 헌법재판소는 군무이탈죄와 명령위반죄 양 죄는 “보호법익과 구성요건을 달리하는 별개의 범죄이므로 군무이탈죄의 공소시효가 완성된 자가 명령위반죄로 처벌된다고 하여 군무이탈죄에 대한 공소시효 자체가 배제되는 것이라고 할 수 없”다고 하였다.[93]

이와 같은 견해에 따르면 명령위반죄는 군무이탈죄와 별개로 독립하여 성립한다고 할 것이고, 이는 군무이탈죄의 공소시효의 도과 여부와는 무관하다고 보는 것이 논리적으로 타당하다.

즉, 군무이탈자 복귀명령이 발하여질 당시에 군무이탈범이라면 누구나 동 명령의 대상이 되므로, 동 명령을 위반한 점에 대해 명령위반죄가 적용되어 처벌된다고 이해하는 이상 이는 공소시효의 도과 여부와 무관하게 모든 군무이탈범에게 동일하게 적용된다.

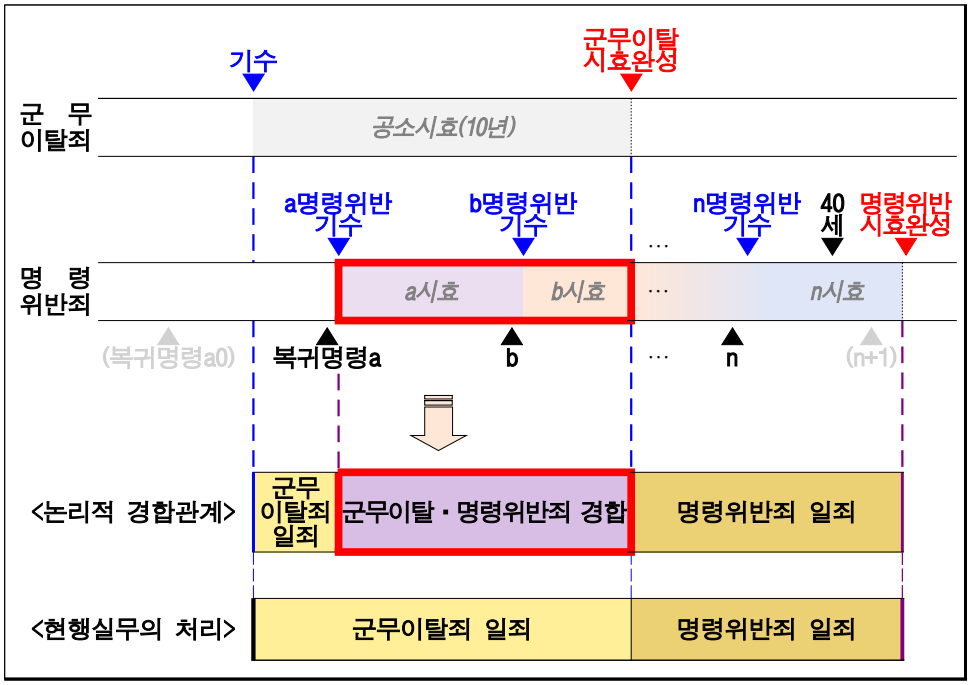
그러나 현행 실무의 모습을 살펴보면 이와 같은 설명과 부합하지 아니한다. 군(軍)에서는 일반적으로 군무이탈죄의 공소시효가 진행 중이어서 가벌적인 사안은 이를 군무이탈죄로 처단하고, 군무이탈죄의 공소시효가 완성되어 이를 처단할 수 없는 경우에야 비로소 보충적으로 명령위반죄로 의율하는 것이 하나의 관례가 되었다.[94]

관례 상 공소시효가 진행 중인 군무이탈범에 대해 명령위반죄를 적용하지 않는 이유에 대해서는 “군무이탈죄와 명령위반죄의 실체적 경합으로 의율하는 것은 너무 가혹한 처벌이며 이중처벌이 될 수도 있다는 인

93) 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌바20 전원재판부 결정.

94) 군사법원 판결 중 피고인의 군무이탈 기간에 군무이탈자 복귀명령이 발해져 이를 군무이탈죄와 명령위반죄의 경합범으로 처단할 수 있었던 것으로 보이는 사안으로는 육군 제39사단 보통군사법원 2017. 3. 9. 선고 2017고1 판결, 고등군사법원 2017. 12. 21. 선고 2017노312 판결이 확인되나, 각 사안에서는 이에 명령위반죄를 적용하지 않고 군무이탈죄 일죄 내지 여타 범죄와의 경합으로만 처단하였다(국방부 군사법원 판결문 열람서비스, https://www.hcaf.mil.kr/user/hcaf/jud/mobile.jsp, 2022. 7. 1. 확인).

식 때문”이라고 생각된다고 하면서, “이는 근본적으로 공소시효 지난 군무이탈자를 명령위반죄로 처벌하는 실무례에서 버릇되는 문제”라고 한다.[95] 그러나 죄수관계의 판단이 공소시효의 도과 여부에 따라 달라지는 것은 이를 그대로 수긍하기 어렵다. 이를 표로 도식하여 정리하면 아래와 같다.



【표 3-1】 시간경과에 따른 양 죄의 경합관계

위 표에서 군무이탈이 기수에 이른 후 첫 복귀명령(a)이 발하여져 동 명령에서 정하는 복귀기간이 도과하여 명령위반죄의 기수에 이르기 전까지는 군무이탈죄 일죄가 성립하게 되며, 군무이탈죄의 시효가 완성되어

95) 육군본부 법무실, 전게서, 109면.

가벌성이 제거된 뒤에는 명령위반죄의 공소시효 범위 내에서 명령위반죄 일죄가 성립한다.

동 사안에서 군무이탈죄와 명령위반죄가 독립하여 성립한다는 견해에 따르는 논리적 경합관계와 현행 실무의 관례가 차이를 보이는 부분은 명령위반죄의 기수가 인정되는 시점에서부터 군무이탈죄의 공소시효가 완성되기 전까지(표에서 적색 실선의 상자로 표시된 부분)이다. 논리적 경합관계에 따르면 이 때에는 군무이탈죄와 명령위반죄가 각각 성립하고, 이는 실체적 경합 관계에 있게 된다.[96] 그러나 현행 실무에서는 관례 상 이를 군무이탈죄 일죄로만 처리하고 있다.

최근에 이르러 군무이탈죄로 처벌되는 피고인에 대하여 복귀명령을 위반한 점에 대해 이를 명령위반죄와의 실체적 경합으로 인정한 군사법원의 판례도 있었다.[97] 해당 판결에서 재판부는 “군무이탈죄와 명령위반죄는 구체적인 죄목만이 차이가 날 뿐 형사처벌의 근거는 ‘군무이탈 사실’ 자체라는 점에서 동일”하여 “일회의 범행으로 이중의 처벌을 받을 위험이 있으며 그 결과 다소 가혹한 처벌이 될 수 있다”고 하면서도, 헌법재판소의 합헌결정 취지 등에 따라 그 가벌성을 인정하였다.[98]

한편, 군무이탈자 복귀명령의 대상을 살펴보더라도, 군이 그 대상을 “1963. 12. 1. 이후 현재까지 육・해・공군에서 근무 중 군무이탈 중인 자”로 한정하여 1963. 11. 30. 이전에 범한 군무이탈범을 제외하고 있는 점도 일응 논리적이지 않다. 이와 같이 군무이탈자 복귀명령 대상을 한정한 것은 당시 발령된 일반사면령을 고려한 것으로 보이는데, 양 죄가 독립하여 개별적으로 성립한다고 하는 견해에 따르면 군무이탈죄가 사면

96) 군무이탈자가 군무이탈죄의 공소시효기간 내에 체포된 경우에는 군무이탈죄와 명령위반죄 양자가 모두 성립되나, 이 둘의 관계는 상상적 경합의 관계라는 견해(박찬걸, 전게서, 104면)도 있다. 그러나 이를 일행위로 이해하는 것은 무리라고 생각된다. 보다 자세한 내용은 본고 제5장 참고.

97) 육군 제2군단 보통군사법원 2021. 3. 16. 선고 2020고74등 판결.

98) 육군 제2군단 보통군사법원 2021. 3. 16. 선고 2020고74등 판결.

되었다고 하더라도 현역병의 신분이 존속하고 군무이탈의 상태가 계속되는 한 명령위반죄의 성립이 문제되는 것은 아니기 때문이다.

이상을 살펴보면 군무이탈자 복귀명령을 위반한 군무이탈범을 명령위반죄로 처벌하는 것이 군무이탈죄와 별개의 범죄라고 하나, 현행 실무의 모습에 비추어 볼 때 양 죄가 여전히 밀접한 관련성을 갖는다는 점을 부인할 수는 없는 것이고, 그렇다면 동 명령이 그 실질에 있어서는 공소시효의 완성으로 가벌성이 제거된 군무이탈범에 대해 가벌성을 연장하기 위한 장치로 기능하고 있다고 할 수 있다.

2. 항명죄와 명령위반죄의 구별

군형법은 명령에 따르지 않는 행위를 규율하기 위하여 항명죄(제44조)와 명령위반죄(제47조)를 각각 규정하고 있다. 항명죄와 명령위반죄가 구별에 있어서 양 죄의 객체가 되는 명령은 인적 적용범위에 있어서 개별적 명령과 일반적 명령, 시적 적용범위의 측면에서 일시적 명령과 계속적 명령으로 구별된다.[99]

이러한 구분에 따르면 군무이탈자 복귀명령은 비록 그 대상에 특정인의 성명 등을 명시적으로 밝히고 있지 않으나, 명령이 발하여지는 시점을 기준으로 그 대상이 현실적으로 특정되므로 항명죄로 의율함이 타당해 보인다.

항명죄와 명령위반죄의 구별에 있어서 항명죄의 객체가 되는 개별적 명령이 되기 위해서는 작위 부작위 의무의 이행시기, 이행방법, 의무의 내용 등이 구체적이고 특정적이어야 한다는 견해[100]에 따르더라도 군무이탈자 복귀명령은 개별적 명령으로 이해하는 것이 보다 타당해 보인다.[101]

---

99) 보다 자세한 내용은 본고 제4장 제1절 2. 다. 참고.
100) 박상열, 전게논문, 21면.

판례에서 명령위반죄가 인정된 사례를 살펴보면 지휘각서 형태로 된 음주통제명령이나 군인 출입금지구역에 관한 군인복무규율[102], 허가된 장병 이외에 적과의 접촉을 금하는 DMZ 관리운용예규[103], 출입증과 허가 없이는 통문을 개폐할 수 없다고 규정한 통문개폐에 관한 GOP 근무지침[104], 순찰근무 및 철책점검에 관해 규정하는 GOP 초급간부지침서[105], 야간경계근무에 관한 군 내규 및 DMZ 운영내규[106], GOP 내에서의 병력이동은 규정된 무장을 하여 4인 이상 단체행동하라는 사단장의 명령인 근무지침이나 구두지시[107], GOP에서 소재가 확인되지 않은 인원이 발생하였을 경우의 즉시보고에 관한 중대장의 유선명령[108]이 명령위반죄의 전제가 되는 정당한 명령으로 인정된 바 있다.

군무이탈자 복귀명령과 비교하여 살펴보면 위의 명령들은 특정인에 대한 명령이 아니라 모든 장병에 해당하거나 야간 경계근무 또는 GOP 내에서의 병력이동 등 일정한 요건에 해당하는 장병들에 대하여 일반적으로 적용되는 규범이다. 따라서 해당 명령이 발하여진 이후라도 일정한 요건에 해당하게 되면 동일하게 명령의 적용대상이 된다.

반면, 군무이탈자 복귀명령은 그 대상을 특정시점부터 현재까지로 명시적으로 밝히고 있어 명령이 발하여지는 시점을 기준으로 그 대상이 특정되므로 개별적인 명령이라고 할 것이고, 따라서 명령이 발하여진 이후

---

101) 군무이탈자 복귀명령이 명령위반죄의 객체가 되는 명령이 아니라 항명죄의 전제가 되는 명령이라는 견해로는 조윤, “군형법 개정론”, 사법논집 제2집(1972.2.), 448면; 장현명, “군형법과 헌법재판소”, 연세법학 제30호(2017.12.), 196면.

102) 대법원 1970. 11. 24. 선고 70도1839 판결.

103) 대법원 1967. 7. 25. 선고 67도734 판결.

104) 대법원 1984. 10. 10. 선고 84도239 판결.

105) 대법원 1984. 2. 28. 선고 83도3362 판결.

106) 대법원 1979. 11. 13. 선고 79도2270 판결.

107) 대법원 1984. 3. 13. 선고 84도95 판결.

108) 대법원 1984. 9. 25. 선고 84도1329 판결.

군무이탈을 범하더라도 이미 발해진 명령의 대상이 될 수는 없다.

따라서 군무이탈자 복귀명령은 시적 적용범위에 있어서 명령위반죄의 객체가 되는 계속적 명령이라고 볼 수는 없고, 항명죄의 객체가 되는 일시적 명령으로 이해하는 것이 더 타당하다.

항명죄가 명령위반죄보다 중한 법정형을 규정하고 있는 현행 군형법 규정과, 항명죄와 명령위반죄의 객체를 구별하여 이해하는 다수의 견해에 따르면 특정인을 대상으로 한 상관의 명령에 해당하는 군무이탈자 복귀명령 위반에 대해 현행 실무에서 명령위반죄로 의율함은 의문이다.

항명죄의 객체가 되는 명령은 개별성을 띠고 있기 때문에 반드시 수명자에게 개별적으로 하달되어야 한다고 하는 반면, 명령위반죄에 있어서의 명령은 소정의 절차를 거쳐서 공고되기만 하면 수명자가 그러한 명령이 발령되었음을 구체적으로 인식하지 못하였다고 하더라도 그 인식의 가능성만으로도 고의가 존재하는 것으로 취급된다.[109]

한편, 군형법 상 군무이탈 및 항명죄와 유사한 구 전투경찰대설치법의 처벌조항[110]이 전제된 사안에서 하급심[111]은 전투경찰대설치법 상 항명죄는 군형법 상 명령위반죄와는 달리 그 명령이 구체적인 명령으로서 수명자가 이를 인식하여야 한다고 하면서 무죄의 선고를 한 바 있다.

이에 비추어 본다면 현재 실무에서 군무이탈범의 군무이탈자 복귀명령 위반을 명령위반죄로 의율하여 처벌함은 주관적 구성요건으로서 군무이탈죄의 고의에 대한 입증정도를 완화하기 위한 장치로 이해될 여지가 있다.

---

109) 박찬걸, 전게서, 169면; 육군본부 법무실, 전게서, 145-146면.

110) 구 전투경찰대설치법(2011. 5. 30. 법률 제10749호로 개정되기 전의 것)
제9조(벌칙) ① 근무를 기피할 목적으로 근무지를 이탈한 자나 근무지에서 이탈된 자로서 정당한 사유없이 상당한 기간내에 복귀하지 아니한 자는 3년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.
제10조(벌칙) ① 상관의 정당한 명령에 반항하거나 복종하지 아니한 자는 2년 이하의 징역에 처한다.(단서생략).

111) 서울지방법원 북부지원 1998. 11. 12. 선고 98고단2858 판결.

3. 군무이탈자 복귀명령 인식의 추정

현행 실무에서는 항명죄와는 달리 명령위반죄의 성립에 있어서는 소정의 절차를 거쳐 명령이 공고되기만 하면 수명자가 그러한 명령이 발령되었음을 구체적으로 인식하지 못하였다고 하더라도 그 인식의 가능성만으로도 고의가 존재하는 것으로 취급하고 있다.[112)113)]

판례 또한 군무이탈자 복귀명령이 "각종 통신수단에 의하여 동 명령이 전국 각지에 알려졌다면, 군무이탈중인 자는 동 명령 사실을 알 수 있었던 것"이었다고 하여 추정적 인식을 인정한다.[114)]

대부분의 경우에 명령위반죄는 일반적인 규범으로 기능하는 명령 또는 규칙에 대한 위반을 규율하는 규정이라는 점에서 판례의 태도는 일견 수긍된다. 그러나 군무이탈자 복귀명령의 경우에 있어서 동 명령에 대한 인식을 추정하는 것은 그대로 받아들이기 어렵다. 군무이탈자 복귀명령은 이미 존재하는 규범이 아니라 특정인을 대상으로 사후적으로 발하는 명령이기 때문이다. 군이 명령을 발하는 시기 또한 반드시 규칙적인 것도 아니다. 또한 군무이탈자 복귀명령은 그 내용 상 개별적 성격을 갖는다고 보는 이상 이를 구체적으로 인식할 것을 요한다고 보아야 한다.

과거 판례는 운전면허의 적성검사 기간이 초과하여 취소된 상태에서 운전한 피고인이 면허취소사실을 인식하지 못하였다고 하여 무면허운전의 성립을 부정한 바 있다.[115)] 해당 판결에서는 "운전면허취소처분의 통지에 갈음하는 적법한 공고를 거쳤다 하더라도, 그것만으로 운전자가 면허가 취소된 사실을 알게 되었다고 단정할 수는 없"다고 하면서, 이를 인식하였는지 여부는 개별 사안에서 "면허취소의 사유와 취소사유가 된

112) 박찬걸, 전게서, 169면.
113) 보다 자세한 설명은 본고 제4장 제1절 3. 라. 참고.
114) 대법원 1972. 11. 28. 선고 72도2164 판결.
115) 대법원 2004. 12. 10. 선고 2004도6480 판결.

위법행위의 경중, 같은 사유로 면허취소를 당한 전력의 유무, 면허취소 처분 통지를 받지 못한 이유, 면허취소 후 문제된 운전행위까지의 기간의 장단, 운전자가 면허를 보유하는 동안 관련 법령이나 제도가 어떻게 변동하였는지 등을 두루 참작하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다"고 판시하였다.

이에 비추어 보더라도 군무이탈자 복귀명령이 판례의 표현과 같이 전국에 알려졌다는 이유만으로 그 인식을 추정할 수 있는 것이라고 할 수 없고, 동 명령이 전국 각지에 알려졌는지도 의문이다.

군에서는 군무이탈자 복귀명령을 발할 때에 인터넷 홈페이지 알림창에 띄우는 한편 국방일보와 일간지에 공고하고, 인쇄물을 배포하는 방법으로 이를 알리고 있다.[116] 인쇄물은 주로 관공서, 버스터미널, 기차역 등지에 배포된다. 그러나 과거에 발해진 명령을 찾아보더라도 국방부 또는 각 군의 홈페이지, 관보 등에서도 이를 찾아보기 어렵다. 특히 정상적인 사회생활에서 벗어나 은거하는 군무이탈죄의 특성 상 동 명령에 대한 인식을 쉽게 긍정할 수는 없다.

일반적인 형사소송법절차에 있어서도 공시송달의 방법을 인정한다. 그러나 그 요건과 효력에는 일정한 제한을 두고 있다.[117] 동 사안에 있어서 군무이탈자 복귀명령은 형사처분의 전제가 되므로 그 인식여부는 구체적으로 검토하여야 할 것이고, 동 명령이 언론매체를 통해 알려졌다는 사실만으로 이를 쉽게 인정하여서는 아니 된다.

---

116) "군무 이탈자 복귀를 명함", 국방일보 2016. 5. 24. 자.
117) 형사소송법 제60조 내지 제65조.

제 4 장 명령위반죄 구성요건의 해당성

제 1 절 명령위반죄 개관

1. 입법목적 및 연혁

군형법은 제8장(항명의 죄)에서 항명죄(제44조), 집단항명죄(제45조), 상관제지불복종죄(제46조) 등과 함께 명령위반죄(제47조)를 두고 있다. 이러한 범죄들은 일정한 명령 또는 규칙의 위반에 대하여 엄격한 형사제재를 가함으로써 군의 조직과 운영에 있어서 필수불가결한 계급제도와 그에 따른 명령의 강제적 실현을 통한 명령·복종관계를 유지하여 군의 통수권을 확립하는 것을 목적으로 한다.[118] 한편 헌법재판소[119]는 군형법상 명령위반죄의 제정목적에 대하여 다음과 같이 설시한 바 있다.

> 군형법 제47조는 정당한 명령 또는 규칙을 준수할 의무가 있는 자가 이를 위반하거나 준수하지 아니하는 행위를 명령위반죄로 형사처벌하도록 한 것으로서, 명령 또는 규칙의 위반이나 불준수에 대하여 엄격한 제재를 가함으로써 군의 조직과 운영에 있어서 필수불가결한 계급제도와 그에 따른 명령의 강제적 실현을 통한 명령복종관계를 유지하여 군의 통수권을 확립하는 것을 목적으로 하는 규정이라 할 수 있다.

---

118) 박찬걸, "군형법상 명령위반죄의 문제점과 개선방안", 형사법연구 제23권 제3호(2011.9.), 1면.

119) 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌바20 전원재판부 결정.

엄격한 상명하복관계에 의하여 유지되는 군의 특성 상 군에서 명령에 불복하는 행위는 군의 지휘통솔을 불가능하게 하고 나아가 군의 존립 자체에 중대한 위협이 되므로, 명령위반죄는 정당한 명령 또는 규칙의 강제적 실현을 통해 군의 통수권을 확립하는 것을 그 목적으로 한다.[120]

그러나, 명령위반죄는 해당 규정이 위헌이라는 주장이 수차례 제기된 바 있고, 명령위반죄를 규정하는 군형법 제47조를 폐지하는 내용의 군형법 개정안이 제기[121]되기도 하였으나, 군형법이 제정된 이후 구성요건에 있어서 실질적인 변화[122]없이 현재에 이르고 있다.

군형법 제정 당시에 명령위반죄가 규정된 것은 당시 미국통일군사법전(UCMJ; Uniform Code of Military Justice)[123]에서 유래하였다고 알려져 있다[124]. 미국통일군사법전(UCMJ) 제92조는 명령 불이행(Failure to obey an order)이라는 표제 아래 "적법한 일반적인 명령 또는 규칙을 위반하거나 준수하지 않은 경우"를 처벌[125]한다.

---

120) 박찬걸, 전게서, 156-157면.

121) 임종인 의원 발의, "군형법 일부개정법률안", 의안번호 174085(2006. 3. 23. 제안).

122) 군형법 제정 이후 제47조 명령위반죄의 개정은 2006년(2006. 1. 1. 법률 제7845호) "아니한 때는"을 "아니한 때에는"으로, 2009년(2009. 11. 2. 법률 제9820호) "의무가 있는 자"를 "의무가 있는 사람", "아니한 때는"을 "아니한 경우에는"으로 각각 개정한 두 차례에 불과하다.

123) 미국통일군사법전(UCMJ)은 군사법에 관한 기본지침을 규정한 것으로, 우리나라의 군형법, 군사법원법, 군인사법 상의 징계에 관한 규정을 포괄한다. (박안서, "군형법의 개정방안에 관한 연구 - 인권보장과 전투력강화의 조화를 중심으로 -", 한양대학교 박사학위논문(2011.8.), 68면).

124) 박안서, "군형법의 개정방안에 관한 연구 - 인권보장과 전투력강화의 조화를 중심으로 -", 68-69면.

125) 미국통일군사법전(UCMJ) art 92.

2. 구성요건

명령위반죄는 “정당한 명령 또는 규칙을 준수할 의무가 있는 사람이 이를 위반하거나 준수하지 아니한 경우”에 성립하는 범죄이다. 다음에서 명령위반죄의 구성요건요소를 각각 살펴본다.

가. 주 체

먼저 명령위반죄의 주체는 군형법의 피적용자로서 “정당한 명령 또는 규칙을 준수할 의무가 있는 사람”으로 규정된다. 일부에서는 명령위반죄의 전제가 되는 명령은 일반적 규범이므로 준수할 의무가 있는 사람이 달리 정해져 있지 않아 이는 무의미한 표현이라고 평가하는 견해도 제기된다.[126]

그러나 명령위반죄의 전제가 되는 명령이 항명죄와는 달리 일반적 규범으로서의 명령이라고는 하나, 이를 우리 법공동체에 있어서 일반적 규범력을 갖는 법규명령이라고 할 수 없는 이상 그 대상이 특정 시기, 지역 또는 상황에 따라 한정되므로 이를 보다 명확히 규정한 것으로 이해할 수 있다.

이에 따르면 명령위반죄의 주체로서 “정당한 명령 또는 규칙을 준수할 의무가 있는 사람”이란 형식적으로 군형법의 피적용자의 신분에 해당할 뿐 아니라, 해당 명령 또는 규칙의 규범력이 미치는 지리적 내지 기능적 범위에 있는 자로 한정하여 이해하는 것이 타당하다.

126) 이상철 외 공저, 전게서, 190면; 도중진, “군형법상 명령위반죄의 효율적 개선방안”, 아주법학 제10권 제2호(2016.10.), 190면.

나. 행 위

명령위반죄의 실행행위는 정당한 명령 또는 규칙을 “위반하거나 준수하지 않는 것”을 말한다.

명령위반죄에 있어서 ‘위반’은 적극적으로 명령 또는 규칙에 위배된 행위를 하는 것이고, ‘미준수’는 소극적으로 명령 또는 규칙이 요구하는 규범내용을 실현하지 아니하는 것을 의미한다.[127]

따라서 명령위반죄의 성립에 있어서는 그 행위가 작위인지 또는 부작위인지를 구별하지 아니한다.[128] 한편, 이는 명령에 대한 반항 또는 불복종의 의사표시를 한 것만으로는 성립하지 아니하고, 해당하는 명령 또는 규칙이 결과적으로 실현되지 않았을 것을 요한다.[129]

다. 객 체

명령위반죄의 객체는 “정당한 명령 또는 규칙”이다. 군인복무기본법은 ‘명령’을 “상관이 직무상 내리는 지시”로 정의한다.[130]

일반적으로 ‘명령’이란 법규명령, 즉 대통령령, 총리령, 부령 등 행정권이 정립하는 일반적·추상적 규정으로서 법규의 성질을 가지는 것을 말하고, ‘규칙’이란 행정권이 정립하는 일반적·추상적 규정으로서 대외적 구속력을 갖는 행정규칙, 즉 법령보충적 행정규칙과 같이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한 법규명령적 효력을 갖는 것 또는 재량권 행사의 준칙으로서 자기구속적 행정관행을 이루게 되어 대외적인 구

127) 박찬걸, 전게서, 168면; 이상철 외 공저, 전게서, 191면.

128) 박찬걸, 전게서, 169면.

129) 박찬걸, 전게서, 151면.

130) 군인의 지위 및 복무에 관한 기본법(2020. 5. 27. 법률 제16584호 이하, 군인복무기본법) 제2조 제4항.

속력을 갖게 되는 것을 말한다.[131]

그러나 명령위반죄는 그 조문에서 객체가 되는 명령 또는 규칙의 형식, 발령권자, 내용 및 전달방법 등을 한정하지 않고 있고, 판례와 학계의 다수 또한 명령위반죄의 전제가 되는 명령 내지 규칙은 그 형식이나 전달방법에 특정한 요건이 필요한 것은 아니라고 한다.[132] 실무와 판례 또한 명령 또는 규칙의 발령권자 또한 행정각부의 장관 등이 아닌 각 군의 참모총장, 군단장, 사단장 등으로 확대하고 있으므로 그 전제가 되는 명령이 앞서 살펴 본 법규명령에 한정되지 않는다고 보는 것이 타당하다.[133]

판례는 이러한 '명령'의 형식적 의미에 대하여 "일정한 범위의 자에 대하여 특정 상황 하에서 당해 군부대의 명령권자가 특정 사항을 내용으로 하는 작위 또는 부작위 명령을 내린 것과 동일시할 수 있어야"한다고 판시한 바 있다.[134]

한편 '정당한'이라는 표현의 해석에 있어서는 적법성설과 정당성설의 대립이 있다. 적법성설에 따르면 명령 또는 규칙이 위법한 경우에는 이에 따르지 않아도 본죄는 성립하지 않지만, 적법한 경우에는 그 것의 정당성을 불문하고 따르지 않을 경우 본죄가 성립한다는 견해[135]이다. 반면에 정당성설에 따르면 명령 또는 규칙은 적법을 넘어 정당할 것을 요한다.[136] 따라서 적법하거나 정당하지 아니한 명령은 그 명령을 위반한다고 하더라도 명령위반죄를 구성하지 아니한다.

---

131) 박찬걸, 전게서, 159면.

132) 박찬걸, 전게서, 160-161면; 이상철 외 공저, 전게서, 189면.

133) 도중진, 전게논문, 193면.

134) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1282 판결.

135) 권기훈, "명령위반죄 적용상의 문제점에 관한 소고; 특히 군무이탈자 복귀명령과 관련하여", 군사법논문집 제9권(1990.1.), 40면; 박상열, 전게논문, 15-16면; 한위수, "군형법 제47조(명령위반)의 제문제와 판례동향에 대한 소고", 군사법연구 제2권(1984.4.), 25면.

136) 육군본부 법무실, 전게서, 144면; 이상철 외 공저, 전게서, 183면.

한편, 명령위반죄의 명령 또는 규칙은 원칙적으로 성문의 형식으로 존재하는 일반적 명령을 의미하기 때문에, 부당한 명령 또는 규칙은 존재할 수 없으므로 "정당한"이라는 수식은 의미가 없다고 하는 견해[137]도 제기된다.

이러한 논의는 명령복종관계에 있어서 수명자가 상관이 발하는 명령의 적법성 내지 정당성을 심사하도록 허용하는 것이 불가능하거나 타당하지 않다는 판단에 기초한다.[138] 그러나 전제된 명령 또는 규칙이 위법하거나 부당함이 명백한 경우가 있을 수 있음이 부인할 수 없는 사실인 이상에는 위법하거나 부당한 명령에까지 맹목적으로 이에 복종하도록 하는 것은 바람직하지 않다. 이는 군인 또한 법률준수의무가 인정된다는 점에서 더욱 그러하다.

판례는 명령위반죄의 객체가 되는 정당한 명령 또는 규칙의 의미에 대하여 아래와 같이 판시하여 그 성립범위를 다소 제한하여 파악하고 있다.[139]

> 군형법 제47조 소정의 정당한 명령 또는 규칙이라 함은, 통수권을 담당하는 기관이, 입법기관인 국회가 군형법 제47조로 위임한 것으로 해석되는 군통수작용상 중요하고도 구체성 있는 특정의 사항에 관하여 발하는, 본질적으로는 입법사항인 형벌의 실질적 내용에 해당하는 사항에 관한 명령을 뜻하고, 군인의 일상행동의 준칙을 정하는 사항 등은 이에 해당하지 아니한다고 할 것이다.

137) 도중진, 전게논문, 191면; 박찬걸, 박찬걸, "군형법상 명령위반죄의 문제점과 개선방안", 289면.

138) 류지영, "군형법상 항명죄와 죄형법정주의", 법학연구 제16권 제3호 (2016.9.), 67면.

139) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1282 판결.

3. 항명죄와의 구별

우리 군형법은 명령에 대한 위반행위를 규율하는 규정으로 항명죄와 명령위반죄를 각각 두고 있다.

항명죄는 제44조에서 “상관의 정당한 명령에 반항하거나 복종하지 아니한 사람”을 규율하는 한편, 명령위반죄는 제47조에서 “정당한 명령 또는 규칙을 준수할 의무가 있는 사람이 이를 위반하거나 준수하지 아니한 경우”를 규율한다.

양 죄의 법정형은 항명죄가 평시(적전, 전시, 사변 시 또는 계엄지역인 경우를 제외한 그 밖의 경우)를 기준으로 ‘3년 이하의 징역’인 반면 명령위반죄는 ‘2년 이하의 징역이나 금고’이다. 법정형을 규정하는 조문체계를 살펴보더라도 항명죄는 법정형을 정함에 있어 적전인 경우(제1호), 전시, 사변 시 또는 계엄지역인 경우(제2호), 그 밖의 경우(제3호)로 구분하여 그 법정형을 달리 규정하는 반면, 명령위반죄는 당시의 상황에 따른 법정형의 차등을 두지 않고 있다는 점에서 양 죄는 형식적인 측면에서 구별된다.

헌법재판소[140]는 양 죄의 구별에 있어서 “군형법 제44조가 상관의 정당한 명령에 항거하거나 복종하지 아니한 행위를 항명죄로 처벌하도록 하여 특정인에게 발하여지는 개별적 명령의 불복행위에 대하여 별도의 처벌규정을 둔 점에 비추어 보면, 이 사건 법률규정은 불특정 다수인을 피적용자로 하여 발하여지는 규범으로서의 효력을 가지는 명령 또는 규칙을 위반한 경우에 적용”된다고 하는 판시를 한 바 있다.

이를 바탕으로 이하에서는 양 죄를 구성하는 각각의 구성요건요소를 중심으로 양 죄를 비교하여 본다.

---

140) 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌바20 전원재판부 결정.

가. 주 체

앞서 살펴본 헌법재판소의 판시와 같이 항명죄는 특정인에게 발하여지는 개별적 명령의 불복행위라고 하고, 명령위반죄는 불특정 다수인을 피적용자로 하여 발하여지는 규범으로서의 효력을 가지는 명령 또는 규칙의 위반이라고 한다.

이에 따르면 명령위반죄는 수명자가 특정되는 항명죄와는 달리 정당한 권한과 절차에 따라 발령되거나 제정된 명령 또는 규칙이라면, 해당 규범의 효력범위 내에 있는 누구나 명령위반죄의 주체가 될 수 있다. 따라서 명령의 발령자 내지 제정자 또한 본죄의 주체가 될 수 있다는 점에서 구별된다.[141]

나. 행 위

명령위반죄에 있어서 그 행위태양은 항명죄의 경우와 대비된다. 구성요건에서 규정하는 표현을 빌어 살펴보면 항명죄는 “상관의 정당한 명령에 반항하거나 복종하지 아니한 경우”를 말하는 반면,[142] 명령위반죄는 “정당한 명령 또는 규칙을 위반하거나 준수하지 아니한 경우”를 말한다.[143]

항명죄에 있어서 ‘반항’이란 적극적이고 명시적인 항거를 말하고, ‘불복종’이란 소극적이고 묵시적인 거부를 말한다.[144] 한편, 명령위반죄에 있어서 ‘위반’은 적극적으로 명령 또는 규칙에 위배된 행위를 하는 것이고, ‘미준수’는 소극적으로 명령 또는 규칙이 요구하는 규범내용을 실현

141) 박찬걸, 전게서, 169면.
142) 군형법 제44조(항명).
143) 군형법 제47조(명령 위반).
144) 박찬걸, 전게서, 150면.

하지 아니하는 것을 의미한다.[145]

즉, 항명죄에 있어서 명령에 대한 반항 또는 불복종의 의사표시는 그 명령내용의 객관적인 실행여부와 무관하게 항명죄를 구성하지만,[146] 명령위반죄는 해당 명령이 객관적으로 실현되지 않았을 것을 요한다는 점에서 구별된다.

다. 객 체

요컨대 명령위반죄의 명령은 인적 적용범위에 있어서의 일반적 적용력과 시적 적용범위에 있어서의 계속적 적용력을 전제로 한다.[147]

다시 말해, 인적 적용범위의 측면에서 살펴보면 항명죄의 객체가 되는 명령은 상관이 특정인에 대하여 발하는 개별적 명령인 것에 대하여, 명령위반죄의 객체가 되는 명령 또는 규칙은 불특정 다수인을 피적용자로 하여 발하여지는 규범으로서의 효력을 가지는 명령 또는 규칙[148]으로서, 명령을 발할 당시에 수명자의 지위에 있지 아니하더라도 후에 그러한 지위에 있게 되면 당해 명령을 준수할 의무를 갖게 되는 추상적 범위 내에 자들에 대한 명령이라고 한다.[149]

한편 시적 적용범위의 측면에서 살펴보면 항명죄의 객체가 되는 명령은 즉시적이거나 일시적인 이행을 요하는 명령인 것에 대하여, 명령위반

---

145) 박찬걸, 전게서, 168면.

146) 항명죄의 성립에 있어서 명령의 성격을 구분하여 즉각적인 복종을 요구하는 명령에 있어서는 반항 또는 명령에 복종하지 않겠다는 의사표시 이외에 결과적으로 명령의 내용인 작위 또는 부작위를 실행하지 않을 것을 요하지 않지만, 즉각적인 복종을 요구하지 않는 명령에 있어서 명령에 복종하지 않겠다는 의사표시 이외에 결과적으로 명령의 내용인 작위 또는 부작위를 실행하지 않을 것을 요한다고 한다.(박찬걸, 전게서, 151면).

147) 박상열, 전게논문, 36면.

148) 박찬걸, 전게서, 154면.

149) 이만종,「명령학」, 학현사, 2005, 98면.

죄의 명령은 해당 규범이 대체되거나 폐지되지 않는 이상 효력을 갖는 상당한 기간 동안 존속하며, 장래의 특정한 상황 내지 지역 등의 일정 조건 하에서 준수되어야 할 작위 또는 부작위 의무를 규정한 것이다.

라. 주관적 구성요건요소

범죄가 성립하기 위해서는 주관적 구성요건요소를 필요로 하므로 항명죄와 명령위반죄의 성립에 있어서 이는 명령이 직접 또는 제3자를 통하여 수명자에게 하달되어 수명자가 이를 인식하였을 것을 전제로 한다. 그러나 명령위반죄에 있어서 명령은 수명자에게 직접 전달되어 반드시 이를 직접적으로 인식할 것을 요하는 것은 아니다.

명령위반죄에서는 소정의 절차를 거쳐 명령이 공고되기만 하면 수명자가 그러한 명령이 발령되었음을 구체적으로 인식하지 못하였다고 하더라도 그 인식의 가능성만으로도 고의가 존재하는 것으로 취급하고 있다.[150]

판례 또한 군무이탈자 복귀명령이 “각종 통신수단에 의하여 동 명령이 전국 각지에 알려졌다면, 군무이탈중인 자는 동 명령 사실을 알 수 있었던 것”이었다고 하여 추정적 인식을 인정하고 있다.[151]

다만, 판례는 피고인이 해외에서 체류하고 있었던 경우[152]나 교도소에서 수형생활을 하고 있었던 경우[153]에 명령위반죄의 객체가 되는 명령에 대한 인식가능성을 부정한 바 있다.

---

150) 박찬걸, 전게서, 169면.

151) 대법원 1972. 11. 28. 선고 72도2164 판결.

152) 대법원 1977. 7. 26. 선고 77도2058 판결.

153) 육군고등군법회의 1978. 3. 8. 선고 77고군형항822 판결(고등군사법원, 전게서, 2002, 80면에서 재인용).

제 2 절 군무이탈범의 명령위반죄 주체성

명령위반죄의 주체는 군형법 피적용자가 되는 군인 또는 준군인으로서 “정당한 명령 또는 규칙을 준수할 의무가 있는 사람”이다. 이하에서는 군형법 상 명령위반죄의 주체가 되기 위한 요건을 중심으로 군무이탈범의 명령위반죄의 구성요건 해당성을 비판적으로 검토하여 본다.

1. 군형법 피적용자

군형법은 제1조에서 적용대상자를 규정하고 있다. 이에 따르면 원칙적으로 군형법은 군인, 즉 “현역에 복무하는 장교, 준사관 및 병(전환복무중인 병은 제외)”에게 적용한다.[154] 한편 군무원, 군적을 가진 군의 학교의 학생·생도와 사관후보생·부사관후보생 및 병역법 제57조에 따른 군적을 가지는 재영 중인 학생, 소집되어 복무하고 있는 예비역·보충역 및 전시근로역인 군인, 즉 준군인에 대하여는 군인에 준하여 군형법을 적용한다.[155]

구체적으로 현역병의 신분을 취득하는 시기에 대하여 판례는 “병역법에 의하면 현역은 징집 등에 의하여 입영한 병 등을 말하고, 입영은 병역의무자가 징집 증에 의하여 군부대에 들어가는 것으로 규정되어 있는 바, 병역의무자가 소정의 절차에 따라 현역병 입영대상자로 병역처분을 받고 징집되어 군부대에 들어갔다면 군형법의 적용대상이 된다”고 한 바 있다.[156]

한편, 판례는 군무이탈자 복귀명령을 객체로 하는 명령위반죄의 사안

154) 군형법 제1조 제1항, 제2항.
155) 군형법 제1조 제3항.
156) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2002도740 판결.

에 있어서도 복무에서 이탈한 자는 그 이탈기간 중에도 현역병의 신분을 상실하는 것이 아니므로 군무이탈현역병을 수령자로 하는 군무이탈자 복귀명령은 정당한 명령이라고 판시한 바 있다.[157]

동 사안에서 군무이탈범 또한 현역병의 신분을 면하게 되는 것은 아니므로 원칙적으로 군형법의 피적용자가 됨은 부인할 수 없다.

2. 명령복종의무의 기능적 의미

군형법 상 명령위반죄의 조문에 규정된 주체는 정당한 명령 또는 규칙을 준수할 의무가 있는 사람이다. 여기서 명령 또는 규칙을 준수할 의무란 군형법의 피적용자가 되는 군인 또는 준군인의 지위에서 파생되는 것이므로 이와 같은 규정을 무의한 것으로 이해하는 견해도 있다.[158]

그러나 그 의미에 대하여 군인복무기본법 제25조에서 규정하는 명령복종의무에 주목할 필요가 있다. 동 조항은 “군인은 직무를 수행할 때 상관의 직무상 명령에 복종”하여야 한다고 규정한다. 이에 따르면 명령복종의무는 직무를 수행할 때 한하여 인정되고, 군인이라고 해서 언제나 상관의 명령에 구속되는 것은 아니라고 할 수 있다. 그렇다면 군형법 상 명령위반죄 조문에서 말하는 “준수할 의무가 있는 사람”이라는 표현 또한 이처럼 그 제한가능성을 선언한 것으로 이해할 수 있다.

군무이탈자는 그 요건에서부터 부대 또는 직무에서 이탈된 자를 의미한다. 즉, 직무에서 이탈된 상태이므로 직무를 수행할 때라고는 할 수 없다. 그렇다면 직무를 수행할 때 인정되는 명령복종의무를 군무이탈범에게 현역병의 신분이 존속한다는 이유만으로 군무이탈범을 구체적인 고려 없이 그대로 명령위반죄의 주체로 인정하는 것은 받아들이기 어렵다.

한편, 학계의 다수는 군수형자의 경우 군무의 일시적 정지상태에 있으

157) 대법원 1968. 7. 16. 선고 68도660 판결.
158) 이상철 외 공저, 전게서, 190면.

므로 군무이탈의 목적이라는 것이 존재할 수 없다고 하여, 군수형자가 미결수용실 등을 빠져나와 부대를 이탈하는 경우에는 단지 형법 상 도주죄(제145조 제1항, 제146조)의 성립만이 문제될 뿐[159]이라고 한다.

판례 또한 과거 병가 중에 위법한 쟁의행위에 가담한 공무원의 직무유기죄가 문제된 사안에서 병가 또한 쟁의행위의 일환으로 이루어진 것으로 보인다고 하여 직무유기죄의 성립을 긍정한 원심을 파기한 바 있다.[160]

위 판례는 직무유기죄란 “추상적인 충근의무를 태만히 하는 일체의 경우를 이르는 것이 아니고, 직장의 무단이탈, 직무의 의식적인 포기 등과 같이 그 것이 국가의 기능을 저해하며 국민에게 피해를 야기시킬 가능성이 있는 경우”를 말한다고 하면서, 병가중인 자는 구체적인 작위의무 내지 국가기능의 저해에 대한 구체적인 위험성이 있다고 할 수 없어 직무유기죄의 주체가 될 수 없다고 하였다.[161]

이에 비추어 본다면 군무이탈자 또한 군무에서 이탈하여 일시적 정지상태에 있는 이상 군무이탈범은 군무에 수반되는 명령복종의무라는 구체적인 작위의무 또한 정지되어 존재하지 아니하는 것으로 이해할 수 있는 것이고, 군무이탈자 복귀명령의 위반을 통해 국가기능이 저해될 구체적인 위험이 존재한다고 보기도 어렵다. 그렇다면 군무이탈범이 명령위반죄의 주체가 될 수 있는지에 대하여 이를 달리 볼 여지가 있다.

오히려 문언의 의미를 있는 그대로 이해한다면 군무이탈범은 은거하는 범행특성 상 일정기간이 지나면 군적에서 제외되는 군인사법 상의 행방불명자[162]로 보는 것이 보다 논리적으로 타당해 보인다.

---

159) 이상철 외 공저, 전게서, 150면; 박찬걸, 전게서, 92면.

160) 대법원 1997. 4. 22. 선고 95도748 판결.

161) 대법원 1997. 4. 22. 선고 95도748 판결.

162) 군인사법 시행규칙(2022. 7. 28. 국방부령 1091호)은 생사가 분명하지 아니하게 된 사람을 행방불명자로 정의(제70조 제2항 제3호)하고, 2년이 지나면 병적에서 제외(제73조 제1항 제3호)한다.

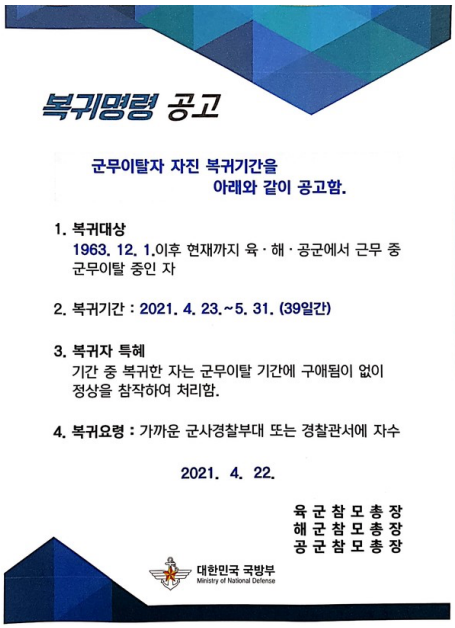
이상의 논의를 정리하면 군무가 직무를 포함하고, 명령복종의무가 직무에 포섭된다고 이해하는 이상, 군무이탈범으로서는 상관의 직무상 명령에 복종하여야 할 의무가 존재하지 않는다고 봄이 타당하다. 이는 군무이탈범에 대하여 그 이탈의 기간을 군의 복무기간에 산입하지 아니하는 병역법 규정[163]에 비추어 보아도 합리적인 방안이 될 수 있다고 생각된다.

163) 본고 제2장 제2절 2. 참고.

제 3 절 군무이탈자 복귀명령의 객체성

명령위반죄의 객체는 “정당한 명령 또는 규칙”이다. 군무이탈범에 대한 복귀명령 위반의 사안에서는 군무이탈자 복귀명령이 곧 명령위반죄의 객체가 된다. 이에 따라 이하에서는 명령위반죄 객체가 되는 정당한 명령 또는 규칙의 의미에 대한 판례의 태도와 학계의 해석을 중심으로, 군무이탈자 복귀명령이 명령위반죄의 객체가 될 수 있는지 비판적으로 검토하고자 한다.

1. 명령의 형식적 요건



복귀명령 공고

군무이탈자 자진 복귀기간을
아래와 같이 공고함.

1. 복귀대상
1963. 12. 1.이후 현재까지 육·해·공군에서 근무 중 군무이탈 중인 자

2. 복귀기간 : 2021. 4. 23.~5. 31. (39일간)

3. 복귀자 특혜
기간 중 복귀한 자는 군무이탈 기간에 구애됨이 없이 정상을 참작하여 처리함.

4. 복귀요령 : 가까운 군사경찰부대 또는 경찰관서에 자수

2021. 4. 22.

육군참모총장
해군참모총장
공군참모총장

대한민국 국방부
Ministry of National Defense

【그림 4-1】 2021년 군무이탈자 복귀명령[164]

164) “근무이탈자 자진 복귀기간 공고”, 여주신문 2021. 4. 22. 자.

앞서 살펴본 바와 같이 명령위반죄의 전제가 되는 명령에 있어서 그 형식이나 전달방법에는 제한이 없고, “일정한 범위의 자에 대하여 특정 상황 하에서 당해 군부대의 명령권자가 특정 사항을 내용으로 하는 작위 또는 부작위 명령을 내린 것과 동일시할 수 있어야” 한다.[165] 그러나 군무이탈자 복귀명령이 대법원의 판시와 같이 “작위 또는 부작위 명령을 내린 것”과 동일시할 수 있는 것인지 의문이다.

군무이탈자 복귀명령으로 돌아가 그 내용을 살펴보면 그 제목을 “복귀명령”이라고 하면서도 내용에는 군무이탈자 자진 복귀기간을 아래와 같이 공고한다고 하여 그 대상, 기간, 복귀자 특혜 및 복귀요령을 알리는 데 그치고 있다. 이는 초기의 군무이탈자 복귀명령이 “근무이탈자 전원은 아래 요령에 의거 복귀할 것”이라는 표현을 직접적으로 사용하였던 것과 대비된다.

과거 대법원은 육군참모총장의 일반명령 제37호가 전제된 명령위반죄 사안[166]에서 “구타행위에 관한 육군의 공론을 통일하여 이를 금할 것을 강조하면서 구타 및 가혹행위를 한 자의 계급에 따라 가할 제재조치에 관하여 일반적 지침을 시달한 것에 불과”하다고 하여 명령위반죄 소정의 정당한 명령에 해당하지 않는다고 판시한 바 있다. 즉, 제목과 같은 특정 표현만으로 명령에 해당하는지 여부가 결정되는 것은 아니고 그 내용이 작위 또는 부작위의 의무를 실질적으로 부과하는지 평가하여야 한다.

그 외에도 판례는 외견 상 명령 또는 규칙의 형식을 갖추지 않은 구두지시[167]나 구 군인복무규율의 규정에 대해서도 명령위반죄의 성립을 긍정한 반면, 외견 상 명령이라고 하는 사단장의 음주통제명령[168] 또는 금전거래를 금지한 인사명령[169]에 대해서는 명령위반죄의 성립을 부정한

165) 본고 제4장 제1절 2. 다. 참고.
166) 대법원 1984. 7. 24. 선고 84도265 판결.
167) 대법원 1984. 3. 13. 선고 84도95 판결.
168) 대법원 1970. 12. 22. 선고 70도2130 판결.

바 있다. 이를 보면 판례가 명령위반죄의 해당성을 검토함에 있어서 그 명령의 외견 상 형식보다는 그 실질적인 내용의 관점에서 평가하고 있는 것으로 보아야 한다.

동 사안에서 이를 살펴보면 군에서 군무이탈자 복귀명령의 내용을 초기의 그것과 달리 변경하게 된 정확한 이유는 알기 어려우나, 지금과 같이 "자진복귀 기간을 공고"한다고 하는 내용에 따르면 그 제목에서 '명령'이라는 표현을 사용하고 있다 하더라도 이를 일정한 작위 또는 부작위의 의무를 부과하는 구체적인 명령으로 이해하는 것보다는, 단지 자진하여 복귀한 자에게 특혜를 준다는 사실을 공고하는 것으로 이해하는 것이 보다 자연스럽다.

판례는 명령위반죄의 객체가 되는 명령은 "국회가 군형법 제47조로 위임한 것으로 해석되는 군통수작용상 중요하고도 구체성 있는 특정의 사항에 관하여 발하는, 본질적으로는 입법사항인 형벌의 실질적 내용에 해당하는 사항에 관한 명령"이라고 판시한 바 있다.[170]

동 사안에서 비록 군무이탈범의 복귀를 구하는 발령자의 의도가 능히 추측된다 하더라도, 형벌을 부과하는 명령위반죄의 적용에 있어서 그 객체가 되는 명령은 의미나 내용이 명확하고 구체적이어야만 한다는 점에서 군무이탈자 복귀명령을 명령위반죄의 객체가 되는 "명령 또는 규칙"의 형식적인 요건을 갖추지 못하였다고 봄이 타당하다.

---

169) 대법원 1973. 3. 9. 선고 70도2526 판결.

170) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1282 판결.

2. 정당한 명령의 의미

명령위반죄의 객체가 되는 “정당한 명령 또는 규칙”의 의미는 앞서 살펴본 바와 같다.[171] 한편, 군인복무기본법은 명령을 발할 때 “직무와 관계가 없거나 법규 및 상관의 직무상 명령에 반하는 사항 또는 자신의 권한 밖의 사항에 관하여 명령을 발하여서는 아니 된다”고 규정한다.[172] 따라서 명령위반죄의 객체가 되는 “명령 또는 규칙” 또한 직무와 관계가 없거나 법규 및 상관의 직무 상 명령에 반하는 사항 또는 발령자의 권한을 벗어날 수는 없다.[173]

군무이탈자 복귀명령의 내용을 살펴보면 동 명령은 그 복귀방법으로 가까운 군사경찰부대 또는 경찰관서에 ‘자수’하도록 하고 있다. 즉, 군무이탈자 복귀명령은 군무이탈자로 하여금 잔여복무를 위해 군으로 복귀하라는 명령이 아니라 수사기관에 자수하라는 명령인 것으로, 사실상 ‘복귀명령’이 아닌 ‘자수명령’이라고 할 수 있다.

군무이탈범을 복귀하도록 하여 군 병력을 확보하는 것이 동 명령을 발한 각 군 참모총장의 직무범위 내라고 할 수 있을지언정, 군무이탈범에게 자수하도록 하는 것이 각 군 참모총장의 직무범위에 속하는지는 의문이다. 각 군 검찰단을 지휘하는 참모총장의 지위를 너그러이 고려한다 하더라도 자수하기 위하여 수사관서에 출석하는 것이 수명자가 되는 군무이탈범의 직무범위 내에 있다고 할 수 없음은 분명하다.

특히 이는 그 내용이 실질에 있어서는 헌법 제12조에 의하여 금지되는 “자기에게 불리한 진술”을 강요하는 결과가 되므로 이로써 처벌하는 것은 타당하다고 할 수 없다. 이 점에서 헌법재판소[174]가 군무이탈자 복

171) 본고 제4장 제1절 2. 다. 참고.

172) 군인복무기본법 제24조 제1항.

173) 최관호, “명령과 복종의무의 형법규범적 내용과 한계; 군형법 제44조 항명죄를 중심으로”, 건국대학교 박사학위논문(2008.8.), 123-124면.

귀명령 위반에 대해 “군무이탈죄를 범한 자에게 자수의무를 부과하는 결과가 될 수 있다”고 하면서도, 이를 군 병력 유지를 주된 목적으로 하는 복귀명령의 부수적인 효과에 불과하다고 하면서 “형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니할 권리의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 할 수도 없다”고 한 것은 수긍하기 어렵다.

과거 대법원은 검사에 대한 검찰총장의 지시가 전제된 사안[175]에서, “상급자가 하급자에게 발하는 직무상의 명령이 유효하게 성립하기 위해서는 상급자가 하급자의 직무범위 내에 속하는 사항에 대하여 발하는 명령이어야 하는 것”이라고 하면서, 피내사 과정에 있는 검사에게 대질신문을 받도록 담당부서에 출석하라고 한 지시를 직무상의 명령으로 볼 수는 없다고 판시한 바 있다.

또한 군사법원[176]은 “일과 시작 시간에 정시 출근하라”는 상관의 명령에도 지각한 사실에 의해 항명죄로 기소된 사안에서 “지각금지명령은 법령을 준수하라는 일상적 의무에 관한 명령에 불과하고, 무단이탈죄(군형법 제79조) 등 법령위반이 되는지 여부는 별론으로 하더라도 항명죄에서 말하는 명령에 해당한다고 볼 수 없다”고 판시한 바 있다.

종합하면, 군무이탈자 복귀명령은 발령자인 각 군 참모총장의 권한 내지 수명자의 직무범위를 벗어난 명령이라고 할 것이고, 내용적으로도 본래 존재하는 법률 상 의무를 준수하라는 것에 불과하여 일상적 의무 내지 준칙에 관한 것이므로 이를 명령위반죄의 객체가 되는 정당한 명령이라고 볼 수는 없을 것이다.[177]

---

174) 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌바20 전원재판부 결정.

175) 대법원 2001. 8. 24. 선고 2000두7704 판결.

176) 고등군사법원 2013. 5. 21. 선고 2012노273 판결(국방부 고등군사법원, 「군사법원 판결요지집」, 국군인쇄창, 2015, 93-94면에서 재인용).

177) 군무이탈범으로서는 복귀명령을 기다릴 필요 없이 법상 당연히 귀대 의무가 있는 것이므로 복귀명령은 오로지 처벌을 목적으로 하는 것이라는 견해로는 김석영, “군형법 제47조(명령위반죄)는 위헌인가”, 군사법논문집 제13권(1994.4.), 23면.

3. 군 통수작용 상 필요성

이어서 군 통수작용 상 필요성의 관점에서 군무이탈자 복귀명령을 살펴본다. 군무이탈자 복귀명령에 대하여 헌법재판소[178]는 “우리나라의 특수한 안보상황에서 군병력 유지를 위하여 각군 참모총장이 군통수권에 기하여 발하는 것”이자, “군통수작용상 필요한 중요하고도 구체성이 있는 명령”이라고 판시한 바 있다.

최근 언론을 통해 공개된 국방부 자료[179]에 따르면 2021년을 기준으로 전군(全軍)에서 이탈기간이 5년 이상인 장기 군무이탈자는 9명이다. 우리 군의 상비병력이 2020년을 기준으로 약 55.5만명[180]인 점에 비추어 보면 이는 많지 않은 숫자이다. 해당 자료의 조사 당시를 기준으로 이탈기간이 군무이탈죄의 공소시효인 10년을 도과한 군무이탈자는 6명에 불과하다는 점을 고려하면 과연 이들에 대하여 복귀하라는 명령이 군 통수작용 상 필요한 것인지 의문을 갖지 않을 수 없다.

특히 공소시효가 완성된 군무이탈범의 경우 사실상 공소시효 기간인 10년 이상 군무에서 이탈되어 있던 자로서 이들을 복귀시키는 것 자체로 군의 통수작용에 의미 있는 기여를 하기는 어려워 보인다.

그렇다면 동 사안에서 군무이탈자 복귀명령을 처음 발령하던 당시에 있어서 군무이탈범을 명령위반죄로 처벌하는 것의 군 통수작용 상 필요성을 너그러이 인정한다고 하더라도, 그 필요성이 현재까지 유효하게 지속된다고 속단할 수는 없다.

한편 공소시효가 완성된 군무이탈범을 명령위반죄로 처벌하여 사실상 군무이탈죄는 공소시효 없이 처벌된다는 사실이 군에 복무하는 장병들로

178) 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌바20 전원재판부 결정.

179) “탈영 18년째 ‘감감무소식’… 장기탈영병 9명, 그들은 어디에”, 세계일보 2021. 9. 19. 자.

180) 국방부, 「2020 국방백서」, 대한민국 국방부, 2020, 100면.

하여금 군무이탈죄로 나아가지 않도록 하는 일반예방효과의 측면에서 그 필요성을 갖는다는 주장을 할 수도 있다. 군은 군무이탈 사고[181]를 예방하기 위하여 군무이탈을 하게 되면 공소시효가 도과하더라도 명령위반죄로 처벌되므로 사실상 군무이탈죄는 공소시효가 없는 범죄라고 교육하고 있는 바, 이 같은 사실이 일반 장병들로 하여금 군무이탈로 나아가지 않도록 하는 일반예방 효과를 일부 갖는 점은 부인할 수 없다.

구 분	1주 미만	1주 이상 3월 미만	3월 이상 1년 미만	1년 이상 3년 미만	3년 이상	계
인원(명)	469	44	6	0	1	520
비율(%)	90.2	8.5	1.2	0	0.2	100

【표 4-1】 군무이탈범의 체포기간(2017년 ~ 2021년 8월)[182]

그러나 위 표에서도 알 수 있듯이 2021년을 기준으로 5년간 발생한 군무이탈범 521명 중에서 519명(99.8%)이 1년 이내에 체포되었다. 체포되지 아니한 군무이탈범은 5년동안 1명에 불과하였다.[183] 일반적으로 군무이탈범의 체포기간이 짧고, 범행의 주된 원인이 가정환경 또는 복무염증 등 외부적 요인이라는 사실은, 군무이탈죄의 처리에 있어서 불기소율이 54.4%(2014년 ~ 2018년 6월 기준)로 높을 뿐 아니라, 기소된 사건 중에서

181) 부대관리훈령(2022. 5. 20. 국방부훈령 제2655호) 제185조 제1호에 따라 군(軍)은 군형법 등 각종 법규를 위반하여 군기강을 문란케 하거나 군의 명예를 실추시키는 경우를 사고의 범주에 포함하여 정의한다.

182) 언론을 통해 공개된 국방부 통계자료(“내 자신을 몽땅 잃어버린 시간…탈영”, 노컷뉴스 2022. 3. 29. 자.).

183) “내 자신을 몽땅 잃어버린 시간…탈영”, 노컷뉴스 2022. 3. 29. 자.

도 집행유예와 선고유예가 높은 비율을 차지해 실형에 이르게 되는 비율은 18.9%(기소건수 대비, 2014 ~ 2017년 기준)[184]에 불과하게 되는 이유가 된다. 이러한 상황에서 군무이탈죄의 규정은 그 법정형이 1년 이상 10년 이하의 징역에 해당하여 그 공소시효 또한 10년이 되므로, 그 실효적인 규범력이 결코 작지 않다.

이에 반하여 동 사안에서 명령위반죄의 처벌은 군무이탈범에 대한 가벌성을 유지하는 상징적인 의미만 남게 될 뿐, 동 규정의 보호법익이라고 하는 명령복종관계를 통한 군의 질서 확립으로 기능할 수는 없다.

헌법재판소는 과거 양심적 병역거부 사건[185]에서 양심적 병역거부자에 대한 형사처벌이 갖는 일반예방적 효과에 대하여 “병역기피 풍조를 방지하는 것은 양심을 가장한 병역기피자들을 정확하게 가려내어 처벌함과 동시에 군복무여건을 개선하고 병영 내 악습과 부조리를 철폐하는 등의 방법을 통하여 달성하여야 할 일이지, 양심적 병역거부자들을 처벌함으로써 달성할 성질의 것은 아니”라고 판시한 바 있다.

이에 비추어보면 동 사안에 있어서도 일반예방적 효과가 인정된다고 하더라도 이는 부수적인 것으로서, 그 효과만으로 해당 처벌조항이 정당성을 갖는다거나 군 통수작용 상 필요성이 크다고 할 수는 없다.

이와는 달리 군무이탈범은 군무이탈자 복귀명령을 준수하려면 자수하여야 한다는 점에서 이는 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다는 헌법 상 권리를 침해할 소지가 있다는 점에서 이익형량의 관점에서도 이는 타당하지 않다.

특히 국방부 또한 국방백서를 통해 군무이탈자 수의 감소를 병영문화 개선의 지표로 홍보하고 있는 점[186]에 비추어 보아도 군무이탈죄에 대한 일반예방적 효과는 병영문화의 개선 등 다른 수단을 통해서도 충분히 달

184) “육군, 최근 5년간 탈영자 1102명...실형도 90건” 뉴스핌 2018. 10. 17. 자.
185) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379등 전원재판부 결정.
186) 국방부, 「2020 국방백서」, 210면.

성할 수 있고, 오히려 그 효과도 크다고 할 수 있다는 점에서 군무이탈자 복귀명령을 통한 처벌의 일반예방적 효과만으로 동 명령의 군 통수작용 상 필요성이 크다고 할 수는 없다.

무엇보다 군 통수작용의 필요성은 명확성의 원칙과 위임입법의 한계라는 측면에서 비판받는 명령위반죄의 해석에 있어서 법원이 그 성립범위를 제한적으로 파악하는 기준으로 세운 것이라는 점에서 이를 폭넓게 인정하는 것은 자칫 군에서의 형벌권을 자의적으로 확대하여 행사하게 될 우려를 남길 수 있다.

제 4 절 명령위반죄 처벌의 타당성

1. 입법연혁적 검토

명령위반죄의 구성요건은 1962년 군형법이 최초 제정된 당시부터 지금까지 변화 없이 이어지고 있다. 그러나 군형법 상 명령위반죄에 대한 논란은 군형법 제정 초기부터 지금까지 적지 않게 이어지고 있다.

이하에서는 군형법 상 명령위반죄에 대하여 그 의미를 보다 구체화하기 위하여 동 규정에 대한 제정 배경과 이후의 개정 논의를 살펴본다. 군형법 상 명령위반죄는 앞서 살펴본 바와 같이 미국통일군사법전(UCMJ)의 규정에서 유래한 것으로 알려져 있다.[187]

그러나 1962년 기존의 국방경비법이 폐지되고 군형법이 제정될 당시에도 국방부나 각 군의 법무감실[188]이 모두 명령위반죄의 삭제를 강력히 주장한[189] 것을 비롯하여, 이후에도 지금까지 위헌성 시비[190]와 개정 및 폐지논의가 이어지고 있다.

군형법 제정 이후 현재까지 국회에서 발의되었던 명령위반죄와 관련된 군형법 개정안은 4건으로, 이 중에서 그 구성요건 상 실질적인 변화에 대한 것은 제17대 국회에서 임종인 의원이 대표 발의하였던 군형법 개정안(의안번호 174085)이 유일하다. 이를 정리하면 아래 표와 같다.

---

187) 본고 제4장 제1절 1. 참고.

188) 법무감실은 군 직제 정비에 따라 현재는 법무실로 그 명칭이 변경되었다(육군본부 직제, 2006. 1. 1. 대통령령 제19217호).

189) 이상철 외 공저, 전게서, 191면.

190) 지금까지 명령위반죄의 위헌여부에 대한 헌법재판소와 대법원의 판단으로는 대법원 1969. 2. 18. 선고 68도1846 판결; 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌바20 전원재판부 결정; 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2009헌가12 전원재판부 결정이 있었고, 모두 합헌으로 결론지었다. 이 중에서 군무이탈자 복귀명령이 전제가 된 것은 68도1846, 91헌바20 사건의 2건이다.

구 분	의안번호	제안일자	제안자	주 요 내 용	비 고
제17대	174085	2006. 3.23.	임종인의원 등 11인	폐지	임기만료 폐기
제18대	1802320	2008.11.28.	정 부	용어순화 { 자가→사람이 / 때에는→경우에는 }	대안반영 폐기
	1806149	2009. 9.28.	법제사법 위원장(대안)		**원안통과**
제20대	2015370	2018. 9. 6.	주광덕의원 등 11인	벌금형추가 (500만원이하벌금)	임기만료 폐기

【표 4-2】 국회에서의 명령위반죄 개정 논의[191]

동 개정안에 대한 논의에 있어서 임종인 의원은 “지난 3년 동안에 군형법 제47조 명령위반죄의 처벌을 보면 24건 중에서 23건이 바로 군무이탈자 복귀명령 위반”이라고 밝히면서, “명령위반죄는 군대에서 군무이탈자들에 대해서 공소시효를 배제하는 데 쓰여지고 있지 실질적으로 명령·규칙 준수하고는 관계가 없”다고 진단하고, “살인죄에 대한 공소시효도 15년 이면 완성되는데 군무이탈자 복귀명령으로 인해서 군무이탈죄는 원래 7년인데 공소시효가 한없이 계속되는 것”으로, “이제 시대의 추세에 맞게 폐지되어야 된다”라며 개정법안의 취지[192]를 밝힌 바 있다.

한편 군무이탈죄를 연혁적으로 살펴보더라도 군무이탈죄의 법정형은 완화되어 온 반면, 그 공소시효는 연장되어 왔다는 점[193]에서 이를 계속하여 처벌하여야 할 필요성은 의문을 갖게 한다.

---

191) 국회 의안정보시스템(https://likms.assembly.go.kr/bill)의 검색결과를 토대로 정리한 것임(2022. 9. 15. 확인).

192) 제17대 국회 제259회 제7차, “법제사법위원회 회의록”, (2006. 4. 18.).

193) 본고 제2장 제1절 1. 참고.

2. 비교법적 검토

군형법 제정 과정에서 명령위반죄의 규정이 미국통일군사법전(UCMJ)의 규정에서 유래하였다는 것은 앞서 살펴본 바와 같다.[194] 이하에서는 우리 제정 군형법이 계수하였던 미국통일군사법전(UCMJ)의 관련 규정을 살펴봄으로써 동 규정의 의미를 보다 명확히 이해하고, 동 사안의 해결에 있어서의 시사점을 구하고자 한다.

미국통일군사법전에서 명령에 대한 불복종을 규율하는 규정은 제90조에서부터 제92조까지이다. 제90조[195]와 제91조[196]는 각각 상급장교 내지 그에 준하는 상관(준사관, 부사관 등)의 명령에 대한 불복종을, 제92조[197]는 일반적인 명령 또는 규칙에 대한 위반을 규율한다.

이들은 구성요건 상 그 객체에 있어서 수명자에게 개별적으로 발하여진 명령(제90조・제91조)과 일반적인 명령・규칙・내무규칙 등에 대한 위반(제92조)로 구별되고, 행위태양에 있어서는 고의적인 불복종(Willful disobedience; 제90조・제91조)과 부주의(heedlessness), 태만(remissness), 분망(forgetfulness)을 포함하는 위반 내지 불이행(violate or fails to obey; 제92조)이라는 점에서 상호 구별된다.[198]

이 점에서 미국통일군사법전(UCMJ)의 제90조(제91조 또한 이 유형에 포함된다)와 제92조의 조문은 각각 우리 군형법 상 항명죄와 명령위반죄의 관계에 견주어 볼 수 있다.

---

194) 본고 제4장 제1절 1. 참고.

195) UCMJ Art.90 Assaulting or willfully disobeying superior commissioned order.

196) UCMJ Art.91 Insubordinate conduct toward warrant officer, noncommissioned officer, or petty officer.

197) UCMJ Art.92 Failure to obey order or regulation.

198) United States, Manual for COURTS-MARTIAL(2019 ed.), Washington, D.C.: Government Printing Office(2019), pp.IV-24~IV-27.

가. 적법한 명령의 의미

미국통일군사법전(UCMJ) 제90조 내지 제92조의 구성요건은 그 객체가 되는 명령이 적법할 것(lawful)을 문언 상 명시적으로 요한다. 미국통일군사법전(UCMJ) 제90조에서 말하는 적법한 명령의 의미에 대하여 군법회의 교범(MCM; Manual for Courts-Martial)[199]은 그러한 명령을 발할 수 있는 권한을 가진 장교에 의해 발하여진 것으로서, 군 임무달성에 합리적으로 필요하거나 구성원의 도덕성(morale), 규율(discipline) 또는 유용성(usefulness)을 촉진 또는 보장하는 등의 군사 상 의무와 관계된 것이면서, 명령을 받는 사람의 헌법과 법률에 따른 권리에 충돌하지 않아야 한다고 한다.[200]

한편, 제92조에서 말하는 명령의 적법성(lawfulness)에 대해서는 제90조에서 규정한 명령의 적법성 개념을 준용하면서, 명령 또는 규칙의 내용이 헌법, 법률 또는 상관의 명령에 위배되거나 발령자의 권한을 벗어나지 않아야 한다고 한다.[201]

따라서 양 죄의 적용에 있어서 명령의 적법성은 실질적으로 구별의 실익이 없다. 한편, 우리 군형법 상 명령위반죄의 객체가 되는 정당한 명령 또한 법규 및 상관의 명령에 위배되지 아니하고, 발령자의 권한을 벗어나지 않으며, 군 통수작용 상 중요하고도 구체성을 띤 것이어야 한다고 해석된다는 점[202]에서 미국통일군사법전(UCMJ) 상의 규정과 같은 맥락에서 이해된다.

---

199) 군법회의 교범(MCM)은 미국통일군사법전(UCMJ) 36조 규정의 위임에 따라 대통령이 제정한 대통령령(ordinance)이다.(지대남, “한국과 미국의 군사재판제도의 비교”, 헌법학연구 제17권 제1호(2011.3.), 371면).

200) United States, Manual for COURTS-MARTIAL(2019 ed.), p.IV-24.

201) United States, Manual for COURTS-MARTIAL(2019 ed.), p.IV-27.

202) 본고 제4장 제1절 2. 다. 내지 같은 장 제3절 2. 참고.

나. 근본적인 범죄 원칙(the ultimate offense doctrine)[203]

미국통일군사법전(UCMJ) 상 상관의 명령에 대한 불복종을 규율하는 조항의 적용에 있어서 논의되는 근본적인 범죄 원칙은 그 명령이 이미 법률, 규칙, 내무규칙(standing orders) 또는 기존의 일상적 의무로서 요구되는 행위에 대한 것일 때, 이를 명령위반이 아닌 근본적인(ultimate) 위반으로서 다뤄야 한다고 하면서,[204] 경미한 위반을 명령에 대한 불복종으로서 보다 중하게 처벌하는 것을 금지한다.[205]

이 원칙의 맥락에서 군법회의 교범(MCM)은 미국통일군사법전(UCMJ) 상 상급 장교에 대한 불복종을 규율하는 제90조의 범주에서 "사적인 목적을 달성하기 위한 것이거나 피고인이 범할 것으로 예상되는 범죄에 관한 처벌을 증대시키기 위하여 내려진 명령에 불복종한 것은 처벌할 수 없다"고 하고,[206] 제92조에서 또한 "피고인이 명령을 위반하거나 불복종한 경우, 같은 사실에 대해 보다 가벼운 형벌이 규정된 다른 특정 범죄가 있는 경우에는 동조의 형벌을 적용하지 않는다"고 규정한다.[207]

미 군법회의의 판례 또한 근본적인 범죄 원칙을 미국통일군사법전(UCMJ) 제90조 뿐만 아니라 일반적인 명령 또는 규칙에 대한 불복종을 규율하는 제92조에도 확장하여 적용하고 있다.[208]

---

203) 본고에서는 동 원칙에서 말하는 '이미 존재하는 법률 등에 따른 규범'과 '그와 내용을 같이 하는 명령'의 관계에 주목하여, 위반 행위의 본질을 이미 존재하는 규범위반에 의한 범죄로 본다는 점에서 이와 같이 번역하기로 한다.

204) United States Army(Criminal Law Department, The Judge Advocate General's Legal Center and School), Practicing Military Justice, Virginia: U.S. Army(2013), pp.5-57.

205) United States v. Hargrove, 51 M.J. 408, 409(C.A.A.F. 1999)(per curiam).

206) UCMJ Art.90(10 U.S. Code § 890) Willfully disobeying superior commissioned officer.

207) United States, Manual for COURTS-MARTIAL(2019 ed.), IV-29.

구체적 사례에서 살펴보면 미 군법회의 판례는 “손목에 찬 팔찌를 벗어라”는 중대장의 명령에 대한 위반(제90조)의 근본적인 범죄는 보다 경미한 처벌에 해당하는 복장 착용에 관한 대대 지침(directive)의 위반(제92조)으로 보아야 한다[209]고 하거나, 절도 용의자였던 피고인에게 지정된 시간에 함께 보고하도록 한 명령에 대한 위반(제92조)의 근본적인 범죄는 보다 경미한 처벌에 해당하는 무단이탈(Absence without leave)로 보아야 한다[210]고 하면서 각 사안에서 명령 불복종을 전제로 하는 제90조와 제92조의 성립을 각각 부정한 바 있다.

다. 군무이탈범의 복귀명령 위반 사안에의 시사점

미국통일군사법전(UCMJ) 제90조 및 제92조 규정의 구성요건과 그에 대한 해석론은 양 죄의 객체가 되는 명령이 구별되는 기준과 그 명령의 적법성(우리나라의 경우 정당성) 판단의 기준에 있어서 유사한 특징을 가진다.

이러한 점에서 미국통일군사법전(UCMJ)의 적용에 있어서 논의되는 근본적인 범죄 원칙은 우리 군형법 상의 항명죄 내지 명령위반죄의 판단에 있어서도 그 의미를 비추어 볼 만하다.

군무이탈범의 복귀명령 위반에 있어서 외견 상 군무이탈자 복귀명령 위반은 범죄를 구성하지만 실질에 있어서 그 위반의 내용은 이미 성립된 군무이탈죄의 위법상태를 계속하는 것에 불과하다.

---

208) United States v. Loos, 4 C.M.A. 478, No.4252(U.S.C.M.A. 2 Jul 1954); United States v. Fields, 74 M.J. 619, No. S32239(A.F.C.C.A. 24 Mar 2015).

209) United States v. Wartsbaugh, 21 U.S.C.M.A. 535, No.24829(U.S.C.M.A. 28 Jul 1972).

210) United States v. Hargrove, 51 M.J. 408, 409(C.A.A.F. 1999)(per curiam).

군무이탈죄는 상태범으로 군무이탈죄에 대한 법적 평가에는 군무에서 이탈한 위법상태의 계속이 포함되어 있다. 즉, 군무에서 이탈한 위법상태가 계속된다고 하더라도 이 것이 새로운 군무이탈죄를 구성한다고 할 수는 없다. 그렇다면 명령위반의 행위가 실질적으로 위법상태의 계속과 동일성을 갖는 이상 이 또한 군무이탈죄의 법적평가에 이미 포함된 것이고 이를 명령위반죄로 달리 처벌할 수는 없다.

동 사안에서 이를 명령위반죄로 처벌한다면 이는 법적 평가에 이미 포함된 군무이탈 상태의 계속이라는 근본적인 범죄, 즉 군무이탈죄의 가벌성의 범위를 넘어서 이를 확장하기 위한 수단으로 기능하는 데 불과하기 때문이다.

앞서 살펴본 근본적인 범죄 원칙에 빗대어 살펴보면, 군무이탈자 복귀명령의 위반은 그에 앞서 이미 존재하는 군무이탈죄에 대한 규범위반과 동일한 것이 된다. 이를 별도로 명령위반으로 처벌한다면 이는 공소시효 완성으로 가벌성이 제거된 군무이탈범에 대하여 가벌성을 연장함으로써 경미한 위반에 대해 명령을 매개로 중하게 처벌하는 것으로 볼 여지가 있다.

이에 따르면, 군무이탈범의 복귀명령 위반의 사안에 있어서 그 근본적인 범죄는 군무이탈에 불과할 뿐이므로 군무이탈의 가벌성은 별론으로 하더라도 이를 명령위반으로 처벌하여서는 아니 된다.

3. 유사사례의 검토

이하에서는 군무이탈범의 복귀명령 위반의 사안과 유사한 구조 내지 성격을 갖는 여타 범죄의 처리의 비교를 통하여 그 처벌의 타당성을 살펴본다.

가. 형법 상 도주죄

군무이탈죄를 체포 또는 구금된 자가 도주한 경우와 비교하여 살펴본다. 군무이탈죄의 전제가 되는 병역의무와 도주죄의 전제가 되는 체포 또는 구금을 동일선상에 두고 평가하는 것은 물론 바람직한 일은 아닐 것이다. 그러나 국가에 의하여 일정기간 특정 관청의 관리감독 하에 일정한 장소에 소재하여야 할 의무가 있는 상태에서 스스로 이탈하였다는 점에서 유사한 구조를 가지므로 이를 비교하여 본다.

형법 제145조는 법률에 따라 체포되거나 구금된 자가 도주한 경우(제1항)와 법령에 따라 잠시 석방된 상황에서 정당한 이유 없이 집합명령에 위반한 경우(제2항)를 도주죄로 규율한다. 도주죄의 법정형은 1년 이하의 징역으로 그 공소시효는 5년이다.[211] 한편, 수용설비 또는 기구를 손괴하거나 사람에게 폭행 또는 협박을 가하거나 2인 이상이 합동하여 도주죄를 범한 경우에는 특수도주죄로서 7년 이하의 징역에 처하게 되고, 도주죄와 특수도주죄의 미수범은 처벌한다.[212] 이러한 도주죄의 성격에 대하여 판례는 이를 즉시범으로 이해하고 있다.[213]

도주죄의 공소시효가 도과한 경우에 그 처리를 살펴보면 도주죄를 즉시범이자 상태범으로 이해하는 이상 그 가벌성은 인정되지 않는다. 또한

211) 형법 제145조 제1항, 형사소송법 제249조 제1항 제5호.
212) 형법 제149조.
213) 대법원 1991. 10. 11. 선고 91도1656 판결.

이를 별도의 죄로 의율할 수 있는 법률조항도 찾아볼 수 없다. 따라서 공소시효가 도과한 경우 도주죄로 처벌할 수는 없을 것이므로 그 이후에 신병이 확보된 경우라면 잔여형기에 대하여 형의 시효 내에서 집행할 수 있을 뿐이다. 양 죄의 차이점을 간략히 표로 정리하면 아래와 같다.

구 분	군무이탈죄 (군형법 제30조)	도주죄 (형법 제145조)
주 체	군인 등	수형자 등
신분발생 근 거	병역법에 의한 병역의무	형사소송법 및 행형법에 의한 체포 또는 구금
법 정 형	1 ~ 10년 징역(평시)	1년 이하 징역
공소시효	10년	5년
시효완성 후 처리	· 병역의무(40세) 내 잔여 기간 복무 **· 복귀명령 발령(40세限) 후 명령위반죄로 의율**	· 형의 시효 내 잔여형기 수감 **· 추가 형벌부과 없음**

【표 4-3】 군무이탈죄와 도주죄의 비교

이상을 통해 살펴보면 군형법에서 군무이탈죄를 엄히 규율하여야 할 필요성을 인정한다고 하더라도, 여타 범죄에 비추어 그 공소시효가 완성된 경우에까지 이에 대하여 명령위반죄를 매개로 하여 가벌성을 유지하여야 할 필요성이 무엇인지 의문이다.

나. 병역의 기피 또는 다른 종류의 병역의무로부터의 이탈

군무이탈죄가 군형법 피적용자인 군인 또는 준군인에게만 성립하는 소위 순정군사범죄임은 앞서 살펴본 바와 같다. 이러한 군무이탈죄는 헌법이 국민의 의무로 규정하는 국방의 의무로부터 이탈한 것이라고 볼 수 있다. 이러한 관점에서 병역법에 규정된 현역, 예비역, 보충역, 병역준비역, 전시근로역, 대체역이라는 병역의 종류[214]에 따라 사안을 비교하여 검토한다.

먼저 병역법이 규정하는 병역의 종류를 살펴보면 '현역'이 일반적이고 온전한 형태의 병역의무로 전제함을 알 수 있다.[215] 이러한 병역의무자 중에서 군형법의 피적용자는 현역과 소집되어 복무하고 있는 예비역·보충역·전시근로역인 군인이다.[216] 여기서 말하는 '소집되어 복무하고 있는 사람'이란 병력동원(훈련)소집 내지 군사교육소집의 영장을 받고 지정된 장소에서 현실적으로 병역의무에 종사하는 사람으로서 소집이 해제될 때까지의 기간 중에 있는 사람[217]을 말한다. 따라서 현역을 제외한 모든 유형의 병역의무자들은 원칙적으로 군형법이 적용되지 않으며 예비역·보충역·전시근로역의 경우 소집되어 복무하는 경우에 한시적으로 군형법의 적용을 받게 된다.

이에 따라 현역병의 신분을 취득하기 전 병역을 기피하는 경우 또는 보충역이 직장 내지 정해진 해당 분야에 복무하지 아니하는 경우에는 군

214) 병역법 제5조(병역의 종류) 제1항.

215) 병역법 제5조(병역의 종류) 제1항 각호에 따르면 일반적인 경우 예비역은 "현역을 마친사람", 보충역은 "현역병입영 대상자로 결정되지 아니한 사람", 전시근로역은 "현역 또는 보충역 복무는 할 수 없으나 전시근로소집에 의한 군사지원업무는 감당할 수 있다고 결정된 사람"으로 현역에 대하여 보충적 개념으로 정의되므로 병역법은 현역을 병역의 일반적인 유형으로 정의한다고 이해할 수 있다.

216) 군형법 제1조(적용대상자) 제2항, 제3항.

217) 박찬걸, 전게서, 20-21면.

형법이 적용되지 않고 병역법 위반[218] 여부만이 문제될 뿐이다. 병역의 종류에 따라 구분하여 각각의 병역의무 단계에서 이탈한 경우를 가정하여 이를 현역의 경우와 비교하여 살펴보면, 대한민국 국민인 남성은 18세부터 병역준비역에 편입[219]되고, 병역판정검사를 거쳐 현역, 보충역, 전시근로역 또는 병역면제의 병역처분을 받게 된다.

병역준비역, 예비역과 전시근로역의 경우 각각의 경우에 따라 현역입영 내지 소집 통지를 받은 경우를 제외한 평시에는 일반적인 사회생활을 영유하므로 병역의무에서의 이탈은 징집 또는 소집에 응하지 않는 방법으로 이루어지고, 이는 병역법 제88조 또는 제89조의2에 의하여 처벌된다.

그러나 이들은 현역에 입영하거나 예비역・보충역・전시근로역으로서 소집되지 않은 이상 군형법의 피적용자가 아니므로 명령위반죄의 주체가 될 수 없을 뿐 아니라, 명령의 객체도 되지 않음은 이론의 여지없이 명백하다. 병역의 여러 종류에 있어서 병역의 기피를 규율하는 각각의 법률조항에 대하여 상술한 차이점을 간략히 표로 정리하면 아래와 같다.

---

218) **병역법 제88조(입영의 기피 등)** ① 현역입영 또는 소집 통지서(모집에 의한 입영 통지서를 포함한다)를 받은 사람이 정당한 사유 없이 입영일이나 소집일부터 다음 각 호의 기간이 지나도 입영하지 아니하거나 소집에 응하지 아니한 경우에는 3년 이하의 징역에 처한다.(단서생략)
1. 현역입영은 3일
2. 사회복무요원·대체복무요원 소집은 3일
3. 군사교육소집은 3일
4. 병력동원소집 및 전시근로소집은 2일

제89조의2(사회복무요원 등의 복무이탈) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 3년 이하의 징역에 처한다.
1. 사회복무요원, 예술·체육요원 또는 대체복무요원으로서 정당한 사유 없이 통틀어 8일 이상 복무를 이탈하거나 해당 분야에 복무하지 아니한 사람.

219) 병역법 제8조(병역준비역 편입).

구 분	군무이탈죄 (평시)	병역법 위반	
		제88조	제89조의2
주 체	현역	현역입영 통지를 받은 사람 (병역준비역) 또는 소집 통지를 받은 사람 (예비역, 보충역, 전시근로역)	사회복무요원 등 (보충역)
이탈기간	즉시	경우에 따라 2 ~ 3일	8일
법 정 형	1 ~ 10년 징역	3년 이하 징역	3년 이하 징역

【표 4-4】 병역 종류별 병역기피(이탈) 처벌규정의 비교

군은 최종적으로 무력의 행사 곧 전투를 통해 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 임무를 수행함을 사명으로 하므로, 그에 상응하는 특별한 조직과 규율이 요구될 수밖에 없다.[220] 이에 따라 군에 직접적으로 복무하는 현역의 경우를 달리 군형법으로 엄하게 규율하여야 할 필요는 별론으로 하더라도, 이들을 군무이탈죄로 처벌함을 넘어서 그 공소시효가 완성된 뒤에도 가벌성을 유지하기 위한 목적으로 군무이탈자 복귀명령을 발하는 것이 타당한지에 대해서는 의문이다.

헌법재판소 또한 헌법 규정에 의하여 "군사법원의 조직·권한 및 재판관의 자격을 일반법원과 달리 정할 수 있다고 하여도 그것이 아무런 한계 없이 입법자의 자의에 맡겨 질 수는 없는 것이고, 사법권의 독립 등 헌법의 근본원리에 위반되거나 헌법 제27조 제1항의 재판청구권, 헌법 제11조 제1항의 평등권, 헌법 제12조의 신체의 자유 등 기본권의 본질적 내용을 침해하여서는 안될 헌법적 한계가 있다"고 한 바 있다.[221]

우리 헌법 제39조는 제1항에서 모든 국민은 법률이 정하는 바에 따라

220) 헌법재판소 1995. 10. 26. 선고 92헌바45 전원재판부 결정.
221) 헌법재판소 1996. 10. 31. 선고 93헌바25 전원재판부 결정.

국방의 의무를 진다고 규정하고 있다. 국방의 의무 내지 병역의무는 국가에 대하여 국민이 부담하여야할 의무라고 할 것이므로 이를 양적으로 비교하여 본다면 현역에서 이탈한 소위 군무이탈범은 현역의 입영을 기피한 자에 대하여 본인의 의무를 일부라도 부담한 유리한 정상이 있다고 할 수 있다.

그렇다면 군무이탈범의 공소시효가 완성된 이후에도 명령위반죄로 처벌하기 위하여 복귀명령을 발하는 것은 형평성의 측면에서도 합리적인 범위를 벗어나는 것이라고 생각된다.

제 5 절 소결론

본 장에서는 공소시효가 완성된 군무이탈범의 복귀명령 위반의 사안에 대하여 명령위반죄의 구성요건 성립 여부를 검토하고, 여타 유사한 범죄의 사례에 비추어 그 처벌의 타당성을 비판적으로 살펴보았다.

판례와 현행 실무는 일관되게 동 사안에서 명령위반죄의 성립을 긍정하고 있지만 각각의 구성요건요소를 기준으로 앞서 살펴본 바와 같이 이를 그대로 수긍하기는 어렵다.

군무이탈범은 군무에서 이탈하여 군무의 정지 상태에 있는 것이므로, 군인의 명령복종의무가 직무범위 내로 한정된다고 이해하는 이상 직무를 포괄하는 군무의 정지상태에 있는 군무이탈범은 명령위반죄의 주체가 될 수 없다고 봄이 타당하다.

동 사안에서 명령위반죄의 객체가 되는 군무이탈자 복귀명령 또한 구체적으로 작위 또는 부작위 의무를 창설하는 명령 또는 규칙의 형식적 요건을 갖추지 못하고 있을 뿐 아니라 수명자의 직무범위 내에 있지 않은 자수를 그 내용으로 하고 있다는 점, 군 통수작용 상 필요성이 크지 않다는 점에서 이를 명령위반죄의 객체가 되는 '정당한 명령 또는 규칙'으로 볼 수도 없다.

비교법적으로 살펴보더라도 동 사안에서 명령위반죄의 객체가 되는 명령의 실질적인 내용은 군무이탈죄에서 비롯된 군무에서 이탈된 위법상태를 그만두라는 것으로서 이는 미국의 군법회의 교범(MCM)에서 말하는 '근본적인 범죄 원칙'에 위배되어 이에 대해 명령위반의 죄책을 물을 수는 없다.

한편, 군무이탈자 복귀명령 위반의 행위에 대하여 항명죄가 아닌 명령위반죄로 의율함은 타당하지 않다고 하는 본고의 주장[222]에 비추어 동

222) 본고 제3장 제3절 2. 참고.

사안에서의 복귀명령 위반을 명령위반죄가 아닌 항명죄로 의율하는 경우를 상정한다고 하더라도, 항명죄 또한 명령이 정당할 것을 요한다는 점에서 위에서 살펴본 명령위반죄의 각 구성요건 해당성에 대한 검토는 항명죄에도 동일하게 적용될 수 있다.[223] 특히 항명죄의 경우 명령위반죄의 경우와 달리 객체가 되는 상관의 명령에 대한 인식을 추정적으로 인정하지 아니함으로 그 성립 가능성은 보다 제한된다.

한편, 군형법 상 군무이탈죄의 법정형이 2차례에 걸쳐 완화된 반면 그 공소시효는 연장되어 왔다는 사실과 그 배경은 앞서 살펴본 바와 같다. 이에 비추어 살펴보면 군에서 군무이탈자 복귀명령을 발하기 시작한 당시 군무이탈자가 한 해 만여 명이 발생하는 등 군 병력수급에 주요한 문제가 되고, 그 공소시효도 3년에 불과했다는 점에서 군 통수작용 내지 형사정책적 필요성이 있었다고 너그러이 이해하더라도, 현재까지 이러한 사정이 계속된다고 볼 수는 없을 것[224]이고, 군무이탈죄를 군형법 내지 형법에서 규율하는 여타 범죄와 다르게 취급하여야 할 이유도 찾아보기 어렵다.

이상을 종합하면 군무이탈범의 복귀명령 위반을 명령위반죄로 의율하여 처벌할 수는 없다고 할 것이다.

---

223) 양 죄의 구별에 대한 보다 자세한 내용은 본고 제4장 제1절 3. 참고.

224) 이와 같은 견지에서 “공소시효를 편법적으로 연장하는 복귀명령제도는 그 필요성과 의미를 상실한지 오래”라는 입장으로는, 정승환/김현주, “군형법에서 명령위반행위에 대한 구성요건의 개정방안”, 형사정책 제29권 제3호(2017.12.), 209면.

제 5 장 군무이탈죄와 명령위반죄의 죄수

제 1 절 개 요

범죄의 성립에 있어서 개별적으로 관찰할 때 수개의 행위가 각각 별개의 구성요건을 충족하는 것처럼 보이지만, 해당 구성요건의 성격이나 행위태양 등을 고려하여 이를 전체적으로 보아 1개의 범죄로 취급해야 하는 경우도 있다.[225] 이처럼 관여되는 여러 범죄혐의 중에서도 형벌의 적용대상이 될 범죄의 수를 가려내는 것이 바로 죄수론의 임무이다.

우리 형법은 제37조부터 제40조까지에 걸쳐서 이와 관련된 규정을 두고 있지만, 이는 수 개의 죄가 전제된 사안에서 그 경합관계에 대한 처리를 다루는 것으로 1죄 내지 수죄를 구분 짓는 구체적인 기준을 제시하고 있는 바는 없다. 따라서 이는 판례와 학계의 몫으로 남아 있다.

학계에서는 죄수를 결정하는 기준에 대하여 행위표준설, 의사표준설, 법익표준설, 구성요건표준설, 종합고려설 등이 논의[226]되고, 판례[227]는 죄수에 관하여 “실질적으로 1죄인가 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 한다.”고 한다.

본장에서는 이와 같은 죄수론의 견지에서 사안을 살펴본다. 군무이탈범으로서 공소시효가 완성된 자는 누구나 명령위반죄로 의율되고 있는

---

225) 황정인, “죄수판단의 기준과 불가벌적 사후행위의 판별”, 형사정책연구 제21권 제4호(2010.12.), 92면.

226) 신동운, 「형법총론(제12판)」, 법문사, 2020, 770-772면; 최병각, “법조경합의 본질과 특징”, 비교형사법연구(2016.12.), 420면.

227) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2010도8568 판결.

현행 실무 상 양 죄는 그 적용범위가 밀접하게 관계된다. 특히, 군무이탈자 복귀명령으로서 사실상 군무이탈죄의 공소시효 완성으로 얻게되는 시효이익이 배제된다는 점에서, 군무이탈범의 복귀명령 위반을 독립적으로 고찰할 때 명령위반죄를 구성하는 것처럼 보인다는 것만으로 명령위반죄의 가벌성을 인정하는 현행 실무를 그대로 수긍하기는 어렵기 때문이다.

앞서 제4장에서는 군무이탈범이 각 군 참모총장이 발하는 군무이탈자 복귀명령을 위반한 사안이 명령위반죄의 구성요건에 해당하지 않는다는 주장을 하였다. 그에 따르면 군무이탈범은 군무이탈죄의 단순일죄로 처벌될 것이므로, 양 죄의 죄수를 논할 실익이 없게 된다.

그러나 본장에서의 논의는 현행 실무와 판례의 태도와 같이 군무이탈범의 군무이탈자 복귀명령 위반의 행위가 명령위반죄의 구성요건에 해당하는 것으로 이해하더라도, 이를 죄수관계 이론에 따라 그 가벌성을 제한할 수 있는 가능성을 논하고자 하는 것이므로 본 장에서는 군무이탈범의 복귀명령 위반이 외견 상 명령위반죄의 구성요건에 해당함을 전제로 동 사안을 검토한다.

제 2 절 견해의 대립

개별 사안에 있어서 죄수는 일죄와 수죄로 구분된다.

일죄는 자연적 의미의 행위로 1개의 구성요건을 충족하는 경우(협의의 단순일죄), 1개 또는 수개의 행위가 수개의 구성요건을 충족하지만 구성요건 상호간의 관계에 따라 1개의 구성요건만 적용되거나(법조경합), 하나하나가 독자적으로 구성요건을 충족하는 수개의 행위가 포괄하여 일죄를 구성하는 경우(포괄일죄)가 포함된다.[228]

이에 대하여 수죄는 여러 개의 죄가 성립하는 경우로서, 1개의 행위가 여러 개의 죄에 해당하는 경우(상상적 경합)와 수개의 행위로 수개의 죄에 해당하면서 법조경합 또는 포괄일죄의 관계에 해당하지 않는 경우(실체적 경합)를 포함한다.[229]

이상을 정리하면 수개 범죄의 성립이 문제된 사안에서 원칙적인 방법은 이를 실체적 경합으로 처단하는 방법이라고 할 수 있다. 다만 법조경합 내지 포괄일죄가 되는 사정이 존재하면 일죄만이 성립하게 되고, 수죄가 성립하는 경우라고 하더라도 하나의 행위만이 존재하는 경우 상상적 경합으로 처단하게 된다.

군무이탈범의 복귀명령 위반의 사안에 대하여 판례가 그 죄수관계를 판시한 바는 없다. 학계에서조차 이에 대하여 확립된 원칙이 없을뿐더러 논의 자체가 극히 드물다.

그러나 동 사안을 살펴보면 양 죄 사이에서 밀접한 관계성을 인정하지 않을 수 없다. 명령위반죄의 객체가 되는 군무이탈자 복귀명령은 그 대상을 “1963. 12. 1. 이후 현재까지 육・해・공군에서 근무 중 군무이탈 중인 자”로 명시하고 있으므로 그 대상이 군무이탈범만으로 한정되고,

228) 이재상/장영민/강동범, 전게서, 552면.
229) 이재상/장영민/강동범, 전게서, 569-578면.

군무이탈범이라면 이탈자의 신분이나 범행에 이르게 된 원인 내지 이탈 기간 등 개별적인 사정을 불문하고 동 명령의 대상이 되기 때문이다.

한편, 군은 군에 복무하는 장병들을 대상으로 군법교육을 함에 있어서 군무이탈죄는 그 공소시효가 완성된다고 하더라도 각 군 참모총장의 복귀명령에 의거 명령위반죄로 처벌되므로 사실상 군무이탈죄는 공소시효가 없는 범죄라고 설명한다는 점에서 군의 인식 또한 이와 다르지 않아 보인다.

따라서 죄수론의 견지에서 동 사안을 바라보는 것은 동 사안을 이해하는 데 있어서 큰 의미를 갖는다. 이하에서는 동 사안의 죄수를 판별하기에 앞서 이에 관련된 학계의 견해를 대강 정리하여 살펴본다.

1. 실체적 경합설

동 사안과 관련하여 헌법재판소는 “군무이탈죄와 명령위반죄는 보호법익과 구성요건을 달리하는 별개의 범죄이므로 군무이탈죄의 공소시효가 완성된 자가 명령위반죄로 처벌된다고 하여 군무이탈죄에 대한 공소시효 자체가 배제되는 것이라고 할 수 없”다고 판시한 바 있다.[230]

대법원 또한 군무이탈자 복귀명령이 전제된 사안에서 “복무에서 이탈한 자는 그 이탈기간 중에도 현역병의 신분을 상실하는 것이 아니”라고 하면서 명령위반죄의 성립을 긍정하였다.[231]

동 사안에서 양 죄는 동시에 재판받는 경우가 아닐뿐더러 군무이탈죄의 공소시효가 이미 완성되어 가벌성이 제거된 경우로서, 판례가 양 죄의 죄수관계에 대하여 밝히고 있는 바는 없다. 그러나 양 죄를 별개의 범죄라고 하여 명령위반죄의 가벌성을 인정한 점에 미루어 보면 판례는 이를 실체적 경합설에 기초하여 이해하는 것으로 생각된다. 한편, 최근 군사법원은 동 사안에서 양 죄의 관계를 실체적 경합으로 인정한 바 있다.[232]

실체적 경합은 그 자체로 어떤 요건을 갖는다기 보다는 여러 범죄의 성립이 문제된 사안에서 법조경합 내지 포괄일죄에 의하여 일부 범죄의 성립이 조각되는 사정이 존재하거나 하나의 행위로 보아 상상적 경합으로 처단하는 등 예외적인 사정이 인정되지 아니하는 경우에 적용되는 원칙적인 형태라고 할 수 있다.

동 사안을 실체적 경합으로 이해하는 경우 양 죄는 각각 성립하게 되고, 그 처벌은 형법 제37조부터 제39조까지에서 정하는 바와 같다. 양 죄가 실체적 경합관계에 있다면, 군무이탈죄의 공소시효가 완성된 경우

230) 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌바20 전원재판부 결정.
231) 대법원 1968. 7. 16. 선고 68도660 판결.
232) 육군 제2군단 보통군사법원 2021. 3. 16. 선고 2020고74등 판결.

라고 하더라도 명령위반죄의 가벌성은 당연히 인정되고, 명령위반죄의 성립을 부정할 다른 이유는 없게 된다.

2. 상상적 경합설

상상적 경합은 여러 개의 죄가 성립함을 전제로 이를 하나의 형으로 처벌한다는 점에서 과형상일죄라고도 한다. 형법 제40조는 “상상적 경합”이라는 표제 하에 이를 “한 개의 행위가 여러 개의 죄에 해당하는 경우에는 가장 무거운 죄에 대하여 정한 형으로 처벌한다”고 규정한다.

상상적 경합이 인정되기 위해서는 실행행위가 일행위로 평가되어야 한다. 판례는 형법 제40조에서 말하는 “한 개의 행위”의 의미에 관하여 “법적 평가를 떠나 사회관념상 행위가 사물자연의 상태로서 1개로 평가되는 것”[233] 또는 “사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일”[234]한 경우 이를 한 개의 행위로 판단하고 있다.

동 사안에 있어서 군무이탈자가 군무이탈죄의 공소시효가 진행 중인 동안에 복귀명령에도 복귀하지 않다가 체포된 경우 군무이탈죄와 명령위반죄가 모두 성립되나, 양 죄의 관계를 상상적 경합이라고 보는 견해도 제기된다.[235]

행위의 측면에서 양 죄를 살펴보면 군무이탈죄에 있어서 부대 또는 직무에서 이탈하는 행위인 데 대하여 명령위반죄에서 위반행위는 군무이탈자 복귀명령에 대한 위반행위가 된다. 여기에서 군무이탈의 행위는 실행과 즉시에 종료되는 반면, 명령위반의 행위는 그 군무이탈범에 대해 길게는 10여 년이 지난 뒤에야 사후적으로 발해진 군무이탈자 복귀명령을 위반하는 행위를 말하는 것으로 시기적으로도 명확히 구별된다.

233) 대법원 1987. 2. 24. 선고 86도2731 판결.
234) 대법원 2004. 5. 13. 선고 2004도1299 판결.
235) 박찬걸, 전게서, 104면.

또한, 그 성질에 있어서도 이탈의 행위와 이탈 후에 복귀하라는 명령을 위반하는 행위는 성질에 있어서도 구별되므로 자연적인 관찰 방법에 의하여 볼 때 이를 한 개의 행위로 볼 수는 없다.

한편, 상상적 경합이 인정되는 경우 공소시효의 적용에 있어서 상상적 경합관계에 있는 각 죄마다 개별적으로 공소시효 완성 여부를 검토하여야 한다.[236] 따라서 동 사안에 있어서 상상적 경합이 인정된다고 하더라도 그를 근거로 동 사안에 있어서 명령위반죄의 성립을 제한할 수는 없으므로 공소시효가 완성된 군무이탈범의 복귀명령 위반의 사안에 있다는 점에서 논의의 실익 또한 없다.

3. 법조경합설

법조경합은 외관상으로는 수개의 죄가 경합하는 것으로 보이지만, 구성요건 상호간의 논리적 관계 때문에 하나의 죄만 인정되는 경우를 말하는 것으로,[237] 학계에서는 이를 특별관계, 흡수관계, 보충관계, 택일관계 등으로 구분한다.[238]

동 사안에 있어서 현행 실무에서 군무이탈죄의 공소시효가 진행 중인 군무이탈범을 명령위반죄로 의율하지 않고 공소시효가 완성된 경우에 한해서 적용하는 것은 현행 실무가 법조경합설을 따르는 것이라고 하는 견해가 제기된다.[239]

한편, 군무이탈자 복귀명령은 군무이탈죄의 공소시효가 진행되는 동안

---

236) 대법원 2006. 12. 8. 선고 2006도6356 판결.

237) 신동운, 「형법총론(제12판)」, 785면.

238) 학계의 다수는 택일관계를 법조경합의 일유형으로 제시하고 있으나, 법조경합은 양 죄가 외견 상 수개의 구성요건에 해당하는 경우인 데 반하여 택일관계는 외견상으로도 하나의 범죄만 성립한다는 점에서 법조경합으로 볼 수 없다는 견해도 있다(이재상/장영민/강동범, 「형법총론(제11판)」, 2021, 552-553면).

239) 육군본부 법무실, 전게서, 109면.

내려진 것만 유효하다고 하면서, 공소시효가 진행 중인 군무이탈죄와 명령위반죄의 관계에 있어서 명령위반죄를 보충규정으로 보아 군무이탈죄만이 성립한다고 하여 양 죄의 관계를 법조경합 중 보충관계로 보아야 한다고 주장하는 견해도 있다.[240]

법조경합을 판단하는 경우에는 흡수관계를 논하기에 앞서 특별관계와 보충관계의 해당 여부를 검토하여야 한다고 한다.[241] 법조경합의 유형을 구분 짓는 기준에 대하여 흡수관계는 흡수법의 구성요건이 피흡수법의 구성요건을 당연히 포함하는 것이 아니라는 점에서 특별관계와 구별되고, 서로 다른 범죄가 전형적으로 결합된 것이라는 점에서 보충관계와 구별된다.[242]

동 사안에 있어서 보충관계는 여러 형벌 법규가 같은 법익에 대한 서로 다른 침해단계에 적용되는 때에 적용되는 것으로, 대표적으로 예비 또는 미수와 같은 경과범죄 내지는 같은 법익에 대하여 무거운 침해 방법과 가벼운 침해 방법에 의한 법익침해의 경우에 인정된다는 점[243]에서 동 사안을 보충관계로 이해하기는 어렵다.

또한 동 사안의 전제가 되는 군무이탈죄와 명령위반죄의 경우를 비교하여 보면 양 죄의 구성요건은 어느 하나가 다른 죄의 구성요건을 포함하는 관계에 해당하지 아니하므로, 양 죄의 관계를 특별관계로 볼 수도 없다.

이어서 흡수관계의 적용가능성을 검토하여 본다.

명령위반죄의 객체는 “정당한 명령 또는 규칙”으로서 여기서 명령은 상관의 직무상 지시로 정의된다.[244] 군무이탈죄 또한 그 이탈의 대상을

240) 이상철 외 공저, 전게서, 154면.
241) 조현욱, “불가벌적 사후행위”, 비교형사법연구 제10권 제1호(2008.7.), 376면.
242) 이재상/장영민/강동범, 전게서, 555면.
243) 이재상/장영민/강동범, 전게서, 554-555면.
244) 군인복무기본법 제2조(정의) 제4호.

“부대 또는 직무”라고 하고 있고, 그 직무에는 추상적인 수준의 전체 군무뿐만 아니라 개별적 구체적 직무도 포함[245]된다는 점에서 이를 흡수관계의 맥락에서 이해할 수 있다.

한편 흡수관계에 해당하는 유형으로는 불가벌적 수반행위와 불가벌적 사후행위가 논의된다. 불가벌적 사후행위란 범죄에 의하여 획득한 위법한 이익을 확보하거나 사용·처분하는, 구성요건에 해당하는 사후행위가 이미 주된 범죄에 의하여 완전히 평가되어 별죄를 구성하지 않는 경우를 말한다.[246]

동 사안에서 군무이탈죄는 상태범으로서 군무이탈죄가 기수에 이른 뒤에도 위법적인 상태가 계속된다. 군무이탈자 복귀명령은 그 내용 상 군무이탈죄에 의해 확보된 위법상태를 계속하는 이상 준수할 수 없는 관계에 있으므로 동 사안을 불가벌적 사후행위로 볼 여지가 있다.

불가벌적 사후행위를 판별함에 있어서는 추상적인 수준을 넘어 사안의 구체적인 사실관계를 검토하여야 한다. 통상 불가벌적 사후행위는 행위자가 핵심범죄를 범하고 난 후 그를 통해 획득한 이익을 확보, 사용 또는 이용하는 경우에 인정되므로 문제되는 구성요건 간의 형식적이고 추상적인 상호관계만을 통해서는 그 인정여부를 알 수 없기 때문이다.[247]

따라서 이하에서는 절을 바꾸어 불가벌적 사후행위의 의미와 구체적 요건 및 그 효과를 살펴보고, 동 사안의 구체적 사실관계를 기준으로 그 적용가능성을 검토하여 본다.

---

245) 본고 제2장 제1절 2. 나. ~ 다. 참고.

246) 이재상/장영민/강동범, 전게서, 556면.

247) 김성돈, “법조경합의 유형과 그 판단방법”, 법조 통권 제580호(2005.1.), 61면.

제 3 절 불가벌적 사후행위의 의미

1. 개 요

불가벌적 사후행위는 범죄의 구성요건을 충족하는 행위(후행행위)가 시간적으로 그에 앞서 다른 범죄를 구성하는 행위(선행범죄)의 법적평가에 이미 포함되어 있어, 별도로 범죄를 구성하지 아니하게 되는 경우를 의미한다.[248] 상태범인 선행범죄에 있어서는, 그 선행범죄의 실행행위가 완성 내지 종료된 후에도 그것이 예정하고 있는 위법상태 하에서 이루어진 사후행위의 불법성이 선행행위에 대한 불법판단에 의해 이미 평가되어 있는 한 그 사후행위를 벌할 수 없게 된다.[249]

이러한 불가벌적 사후행위의 법리적 토대는 이중평가금지의 원칙에서 찾을 수 있다.[250] 형법은 이에 대하여 아무런 명문규정을 두고 있지 않으므로 이를 판단하는 기준은 전적으로 학설과 판례의 몫으로 남아있다.

불가벌적 사후행위의 성격에 대하여는 협의의 단순일죄로 보는 견해,[251] 법조경합 중 보충관계로 보는 견해,[252] 법조경합 중 흡수관계로 보는 견해[253] 등 일죄로 보는 견해와 이를 수죄로 보는 견해[254]가 논의

---

248) 사후'행위'에 대비되는 용어는 선행'행위'로 사용함이 대비되는 의미를 표현하기에 적합하다고 할 것이나, 선행행위는 범죄를 성립할 것을 요한다는 점에서 본고에서는 일반적인 경우 '선행범죄'라는 표현을 사용하였다.(보다 자세한 내용은 본고 제5장 제3절 3. 참고).

249) 김성규, "불가벌적 사후행위의 법적 성격 및 효과에 관한 일고찰", 경희법학 제52권 제2호(2017.6.), 259면.

250) 김봉수, "불가벌적 사후행위에 관한 연구", 원광법학 제33권 제1호(2017.3.), 175면.

251) 신동운, 「형법총론(제12판)」, 783면.

252) 김성천/김형준, 「형법총론(제6판)」, 소진, 2014, 453면.

253) 김성돈, 「형법총론(제7판)」, SKKUP, 2021, 744면; 김일수/서보학, 「새로쓴 형법총론(제10판)」, 박영사, 2004, 682-683면; 배종대, 「형법총론(제14판)」, 홍문사, 2020, 565면; 이재상/장영민/강동범, 전게서, 557면.

되나, 다수설은 이를 법조경합 중 흡수관계의 일유형으로 파악한다.

이러한 불가벌적 사후행위는 주로 재산범죄에서 논의된다. 예컨대 절도범이 타인의 재물을 절취한 이후에 이를 손괴한다고 하더라도 절도죄 외에 손괴죄는 성립하지 않는다. 이것은 선행하는 주된 범죄행위에 대한 판단에 있어서 사후행위에 대한 평가가 이미 이루어졌다고 보기 때문이다.

판례에서 불가벌적 사후행위로 인정된 사례를 살펴보면 절취한 열차 승차권을 자기 소유인양 속여 환불받은 경우[255], 장물인 자기앞수표를 취득한 후 이를 현금 대신 교부한 경우[256], 그 정을 알면서 장물보관의 뢰를 받은 자가 이를 인도받아 보관하고 있다가 임의 처분한 경우[257] 등이 불가벌적 사후행위가 인정되었다.

다만, 불가벌적 사후행위가 재산범죄에만 국한되는 것은 아니다.[258] 판례에서 재산범죄 이외의 영역에서 불가벌적 사후행위를 명시적으로 인정한 사례는 찾아보기 어려우나, 대법원[259]은 간첩죄를 범한 자가 탐지수집한 기밀을 누설한 경우, 간첩죄와 군사기밀누설죄(또는 국가기밀탐지수집죄와 국가기밀누설등) 두 가지 죄를 범한 것이 아니고, 이를 포괄하여 1죄를 범한 것으로 보아야 한다고 판시한 바 있는데, 이에 대하여 이는 조항을 달리 하는 것으로서 포괄일죄로 보기 어렵고, 기밀이 누설되어 이미 침해된 법익에 추가침해가 발생할 수 없는 것이라고 하여 불가벌적 사후행위로 보아야 한다고 하는 견해[260]가 있다.

---

254) 임웅, 「형법총론(제11판)」, 법문사, 2019, 619면; 김봉수, 전게논문, 183-184면.

255) 대법원 1975. 8. 29. 선고 75도1996 판결.

256) 대법원 1993. 11. 23. 선고 93도213 판결.

257) 대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도8219 판결.

258) 김일수/서보학, 전게서, 684면; 이재상/장영민/강동범, 전게서, 559면; 조현욱, 전게논문, 374면.

259) 대법원 1982. 4. 27. 선고 82도285 판결.

260) 김봉수, 전게논문, 195면; 이와 같은 견해로는 이재상/장영민/강동범, 전게

이와 같은 불가벌적 사후행위는 주로 그 선행범죄가 상태범인 경우 논의된다.[261] 다만, 상태범의 사후행위가 항상 불가벌적 사후행위가 되는 것은 아니기 때문에 이를 일률적으로 결정할 수 없고 불가벌적 사후행위 자체를 고찰해가면서 결정해야 한다고 한다.[262]

불가벌적 사후행위는 "선행범죄에 의해 획득한 이익을 확보·사용·처분하는 구성요건에 해당하는 사후행위가 불법의 질과 양에서 이미 저질러진 주된 범죄에 의해 완전히 평가된 것이기 때문에 따로 죄를 구성하지 않는 경우"라고 한다.[263]

이는 선행범죄에 대하여 시간적으로 후행하는 행위가 행해질 시점에까지 선행범죄에 의해 획득한 이익이 존재할 것을 전제하는 것이므로 불가벌적 사후행위의 성부에 대한 논의가 범죄가 종료된 후에도 위법상태의 계속을 예정하고 있는 상태범의 경우에 주로 논의됨은 논리적으로도 자연스럽다.

서, 559면; 조현욱, 전게논문, 374면.

261) 김일수/서보학, 전게서, 684면; 김혜경, "형법상 계속범과 상태범", 법학연구 제13권 제4호(2003.12.), 249-252면; 이용식, "불가벌적 사후행위", 검찰 제19호(1969.11.), 91면; 윤영석, "불가벌적 사후행위에 관한 연구", 서울대학교 법학석사학위논문(2014.2.), 10면.

262) 신경균, "불가벌적 사후행위", 조선대학교사회과학연구소, 사회과학연구 제12호(1989.6.), 196면.

263) 김일수/서보학, 전게서, 682-683면; 김성돈, 전게서, 720면; 이재상/장영민/강동범, 전게서, 556면.

2. 요 건

불가벌적 사후행위는 그 용어의 사용에서도 알 수 있듯이 시간적으로 앞선 선행범죄와 후행하는 행위의 존재를 전제로 한다. 이하에서는 후행하는 행위가 불가벌적 사후행위가 되기 위한 요건을 정리한다.

불가벌적 사후행위로 인정받기 위해서는 첫째, 후행행위가 구성요건에 해당하는 위법한 행위이어야 한다. 구성요건에 해당하지 않는 행위는 당연히 불가벌인 것이므로 불가벌적 사후행위를 논할 필요가 없기 때문이다.[264]

둘째, 불가벌적 사후행위는 후행행위로 인한 법익침해가 선행범죄와 동일한 법익에 대한 침해이어야 하고 셋째, 그 침해의 양을 초과하지 않아야 한다.[265] 불가벌적 사후행위는 그 불법 내지 위법성이 선행범죄에 의해 평가된 범위 내에서만 인정되는 것이기 때문이다.[266]

따라서 후행행위가 피해자를 달리하거나, 새로운 법익을 침해하거나, 선행범죄로 인한 침해의 양을 초과한 때에는 이를 불가벌적 사후행위로 볼 수 없다.

한편, 불가벌적 사후행위로 인정되어 그 가벌성이 부정된다고 하더라도 제3자에 대한 관계에 있어서는 그 법적평가를 포함하는 선행범죄가 없는 경우에 해당하여 불가벌적 사후행위가 되지 아니하므로, 사후행위에만 관여한 공범은 그 가벌성이 제거되지 아니한다.[267]

---

264) 이재상/장영민/강동범, 전게서, 557면.
265) 이재상/장영민/강동범, 전게서, 557면.
266) 조현욱, 전게논문, 374면.
267) 이재상/장영민/강동범, 전게서, 559면.

3. 불가벌적 사후행위의 독립적 가벌성

선행범죄로 인하여 처벌되는 경우 그 법적 평가에 포함되는 사후행위로 따로 처벌되지 않는다는 것은 불가벌적 사후행위의 본질적 특징이다. 그러나 선행행위에 대한 처벌이 불가능하거나 아직 처벌되지 아니하는 경우 사후행위를 독립적으로 처벌할 수 있는지에 대하여는 견해가 대립된다.

다수설은 사후행위의 가벌성에 대해 선행범죄가 처벌되지 아니하는 사유를 구분하여 선행범죄를 입증하지 못하거나 위법성 또는 책임이 조각되어 불가벌이라면 후행범죄로 독립하여 처벌할 수 있는 반면, 선행범죄가 친족상도례 등 인적처벌조각사유에 해당하거나 공소시효 완성 등의 사유로 불가벌이라면 이와 독립하여 후행범죄로 처벌할 수는 없다고 한다.[268]

선행범죄에 대하여 범죄의 입증이 없거나, 구성요건에 해당하지 아니하는 경우 또는 위법성 또는 책임이 조각되는 경우는 선행하는 행위에 의한 범죄의 성립이 없는 경우이다. 따라서 이 경우에는 불가벌적 사후행위의 전제가 되는 선행행위로 인한 범죄와 후행하는 관계로서의 행위가 없는 것이므로 독립적인 가벌성이 인정되는 예라고 하기보다는 죄수를 논할 필요가 없는 경우라고 봄이 타당하다.

불가벌적 사후행위의 독립적 가벌성을 원칙적으로 부정하는 위 다수설의 견지에서는 불가벌적 사후행위가 되기 위한 요건에 대하여 선행행위에 의하여 행위자가 처벌받을 것을 요하지 않는다고 한다. 선행범죄로 처벌되지 않음에도 후행행위를 독립적으로 처벌할 수 없는 것은 불가벌적 사후행위의 본질이 후행행위의 불법을 포함하는 선행범죄에 있기 때

---

268) 이재상/장영민/강동범, 전게서, 559면; 김정한, “불가벌적 사후행위의 본질과 처벌에 관한 실무적 고찰”, 인권과정의 통권 제429호(2012.11.), 57면; 윤영석, 전게논문, 26면; 조현욱, 전게논문, 374-375면.

문이다.[269]

이에 반하여 후행행위의 결과반가치가 선행행위의 결과반가치 내에 포섭된다고 하더라도 선행행위에 대하여 불가벌이 된 경우, 후행행위에 대하여 별도의 평가를 하더라도 이중평가가 되는 것은 아니므로 독립적 가벌성을 갖는다는 견해도 있다.[270]

그러나, 불가벌적 사후행위는 처벌되지 않는 것이 아니라 선행행위의 불법적 평가에 후행행위의 불법성도 포함되는 것[271]이라는 설명에 비추어 보면 불가벌적 사후행위가 인정되는 경우 그 독립적 가벌성은 부정하는 것이 타당하다고 생각된다.

한편, 우리 형사소송법과 군사법원법에서 규정하는 공소시효제도는 "기본적으로 죄를 범한 사람은 반드시 처벌되어야 한다는 범인필벌의 요청과 비록 죄를 범한 사람이라 하더라도 언제까지나 소추에 관하여 불안정한 상태에 두어서는 안 된다는 법적 안정성의 요청을 정책적으로 조화시킨 제도"라고 한다.[272]

헌법재판소는 이에 대해 "공소시효제도의 실질은 국가형벌권의 소멸이라는 점에서 형의 시효와 마찬가지로 실체법적 성격"을 갖는다고 하면서, 명문규정 없이 "공소시효의 정지를 인정하는 것은 피의자의 법적 지위의 안정을 법률상 근거 없이 침해하는 것"이라고 한 바 있다.[273]

이에 비추어 보더라도 단지 공소시효의 완성으로 후행행위에 대한 가벌성의 평가가 달라지는 것은 피의자의 법적 지위의 안정을 침해하는 것

---

269) 문채규, "상상적 경합과 법조경합에 있어서 과형의 문제", 형사법연구 제21호(2004.6.), 250면.

270) 임웅, "불가벌적 사후행위, 사전행위, 수반행위에 대한 형법적 고찰", 형사정책연구 제20권 제3호(2009.9.), 284면.

271) 김혜경, "범죄의 죄수판단 기준과 구조", 형사정책연구 제24권, 제1호(2013.3.), 22면.

272) 공소시효의 본질에 대한 병합설의 견해이다.(신동운, 「간추린 신형사소송법(제13판)」, 법문사, 2021, 322면).

273) 헌법재판소 1993. 9. 27. 선고 92헌마284 전원재판부 결정.

으로서 타당하지 않다고 할 것이므로, 선행범죄의 공소시효가 완성된 경우에도 불가벌적 사후행위를 독립적으로 처벌할 수 없다고 하는 다수의 견해가 타당하다고 본다.

제 4 절 사안의 검토

앞서 살펴본 불가벌적 사후행위의 법리를 동 사안에 적용하여 살펴본다. 헌법재판소는 과거 군무이탈죄와 명령위반죄의 양 죄의 관계에 대하여 양 죄는 "보호법익과 구성요건을 달리 하는 별개의 범죄이므로 군무이탈죄의 공소시효가 완성된 자가 군무이탈자 복귀명령을 준수하지 않았다는 이유로 명령위반죄로 처벌한다고 하여 군무이탈죄에 대한 공소시효 자체가 배제되는 것이라고 할 수 없"다고 판시한 바 있다.[274]

군무이탈죄와 명령위반죄는 군형법 상에서 개별적으로 규정되어 구성요건과 보호법익을 달리함은 조문의 내용과 체계로 미루어 볼 때 외견상 수긍된다. 그러나 흡수관계는 추상적인 형벌규범만의 비교가 아니라 구체적인 사례에서 문제되는 형벌법규의 실현을 이중평가금지의 관점에서 평가하는 것이라는 점[275]에서 동 사안에 있어서 불가벌적 사후행위의 논의에 빗대어 이를 살펴보는 것은 의미 있다고 할 것이다.[276]

다수의 견해에 따르면 불가벌적 사후행위로 인정되면 선행행위를 입증하지 못하거나 위법성 또는 책임이 조각되어 불가벌인 경우 후행행위를 독립적으로 처벌할 수 있는 반면, 선행범죄로 이미 처벌된 경우 또는 친족상도례에 해당하거나 공소시효가 완성되는 등을 이유로 처벌할 수 없는 경우에는 후행행위만을 독립적으로 처벌할 수 없다고 함은 앞서 살펴본 바와 같다.[277]

---

274) 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌바20 전원재판부 결정.

275) 이경렬, "죄수결정기준과 법조경합의 본질", 형사법연구 제22호(2004.12.), 103면.

276) 법조경합 중 흡수관계의 사례유형에 있어서는 추상적 단계에서 법률구성요건 간에 형식적인 중첩성이 없더라도 구체적인 행위의 불법과 책임내용을 살펴야 한다는 견해로는 김성돈, "법조경합의 유형과 그 판단방법", 57-58면.

277) 본고 제5장 제2절 3. 참고.

이에 따르면, 동 사안에 있어서 군무이탈범의 복귀명령 위반이 군무이탈죄에 대한 불가벌적 사후행위로 인정된다면 명령위반죄의 가벌성을 제한하는 결론에 이르게 되므로 구체적 타당성을 구할 수 있다.

따라서 이하에서는 군무이탈범의 복귀명령 위반의 사안에 있어서 군무이탈죄와 명령위반죄의 관련성을 살펴보고, 양 죄의 보호법익을 중심으로 그 동일성을 검토하여 불가벌적 사후행위로 볼 수 있는지 여부를 논한다.

앞서 본 장에서 살펴본 바와 같이 불가벌적 사후행위가 인정되기 위해서는 후행행위가 구성요건에 해당하는 위법한 행위일 것, 후행행위로 인한 법익침해가 선행범죄와 동일한 법익에 대한 침해일 것, 선행범죄로 인한 침해의 양을 초과하지 않을 것을 요한다.[278]

앞서 제4장에서는 동 사안에서의 군무이탈자 복귀명령 위반이 명령위반죄의 구성요건에 해당하지 않는다고 주장한 것과 달리 본장에서는 불가벌적 사후행위의 첫째 요건으로서 후행행위가 구성요건에 해당하는 위법한 행위임을 전제하고 있음은 앞서 밝힌 바와 같다.

278) 본고 제5장 제2절 2. 참고.

1. 상태범으로서 군무이탈죄와 복귀명령 위반

군무이탈죄는 범죄가 종료된 후에도 군무에서 이탈된 위법한 상태의 계속을 예정하고 있는 소위 상태범이다. 판례의 태도와 학계 다수의 견해 또한 이와 같다. 상태범으로서는 범죄성립 이후에 계속되는 위법상태를 별도로 처벌할 수는 없다.[279]

동 사안에서 명령위반죄의 객체가 되는 군무이탈자 복귀명령의 내용은 군무이탈자로 하여금 복귀를 명하는 것이다. 따라서 동 명령에 대한 위반은 복귀하지 않음으로써 실현되는데 이는 군무이탈죄에서 비롯한 군무에서 이탈된 위법상태의 계속과 그 내용에 있어서 동일하다.

군무이탈의 위법상태를 계속하면서 군무이탈자 복귀명령 준수를 기대할 수는 없고, 반대로 군무이탈자 복귀명령을 준수하면서 군무이탈의 위법상태를 계속할 수도 없다는 점에서 양자는 불가분의 관계에 있다.

즉, 군무이탈죄에서 기인한 군무이탈의 위법상태와 복귀명령 위반은 상호 동질의 것으로 볼 수 있고 군무이탈자 복귀명령 위반에 있어서 그 불법과 책임의 내용이 군무이탈의 위법상태를 초과한다고 보기는 어렵다.

따라서 상태범의 특질에 따라 군무이탈이라는 선행범죄에서 기인하는 위법상태가 이미 본죄의 평가에 포함되어 처벌할 수 없다고 하는 이상, 이와 동일성을 갖는 복귀명령 위반에 대한 평가 또한 모두 포함된 것이라고 봄이 타당하다.

또한 당직근무를 수행하지 않은 직무유기의 죄가 군무이탈죄에 흡수된다고 한 군사법원의 판례와 군무이탈죄의 성립에 요구되는 '군무기피의 목적'은 그 것이 특정한 군무이거나 불특정한 것이거나를 불문한다고 하는 다수의 견해[280]에 비추어 보면 동 사안에서 명령위반죄의 전제가

279) 본고 제2장 제1절 3. 참고.

되는 명령복종의무는 군무이탈죄에서 이탈의 대상이 되는 직무범위로 한정된다는 점에서도 양 죄가 동일성을 갖는다고 평가하지 못할 바 없다.

따라서 동 사안에서 양 죄의 관계는 추상적 규범 측면에서의 비교와 구체적인 사실관계 측면에서의 평가를 모두 고려한다고 하더라도 이를 흡수관계로 보지 못할 바 없다.

2. 보호법익의 동일성

동 사안에 있어서 군무이탈죄와 명령위반죄의 관계를 불가벌적 사후행위의 요건이 되는 보호법익의 동일성의 측면에서 살펴본다.

군무이탈죄의 보호법익은 군 병력의 유지와 군기의 확립 내지는 근무명령권에 있다고 하고, 명령위반죄의 보호법익은 명령복종관계를 통한 군의 질서 확립이라고 한다. 양자는 추상적인 성질의 것으로서 직접적인 비교가 어려우므로, 이하에서 그 의미를 보다 구체적으로 살펴본다.

여기서 군무이탈죄의 규정을 통해 유지하고자 하는 '군 병력'이란 군이 주어진 임무를 수행하는 데 필요한 전제가 되는 유형적인 도구로서 이해되고, 명령위반죄가 보호하는 '명령복종관계'란 곧, 유형적인 도구가 되는 군 병력을 통해 직무를 수행하도록 하는 기능적 의미를 갖는다.

달리 말하면, 군 병력은 군의 임무수행에 있어서 기초가 되는 인적 자원으로서 군무이탈죄가 인적 자원이 군의 현실적인 지배하에 있을 것을 요하는 규정인 데 대하여, 명령위반죄는 군의 현실적인 지배하에 있는 인적 자원을 군에서 주어진 임무로 나아가도록 하는 기능적인 장치가 된다. 이 점에서 양 죄는 군 통수권자로 하여금 군 병력의 사용을 보장하는 규정이라고 할 수 있다.

이에 대하여 군무이탈죄와 명령위반죄의 보호법익이 추상적 수준에서

280) 본고 제2장 제1절 2. 다. 참고.

동일성을 갖는다고 하더라도, 구체적 수준에서는 양자가 복무 전체로서의 군무와 개별명령의 강제적 이행을 전제로 하는 별개의 의미를 갖는다고 하여 그 동일성에 의문을 제기하는 반론을 상정해 볼 수 있다.

그러나, 흡수관계는 추상적인 형벌규범만의 비교가 아니라 구체적인 사례에서 문제되는 형벌법규의 실현을 이중평가금지의 관점에서 평가하는 것이라는 점[281]과, 동 사안에서 그 이행을 요하는 명령의 내용이 군무이탈죄로 인한 이탈의 상태를 그만두고 복귀하라는 것인 이상 이를 질적으로 동일한 것으로 봄이 타당하다.

3. 보호법익 침해의 양적 비교

군형법 상 명령위반죄의 전제가 되는 명령복종의무는 직무에 관한 것으로서 군무이탈죄에 있어서 이탈의 대상이 되는 부대 또는 직무에 흡수된다고 함은 앞서 살펴본 바와 같다.

군무이탈죄에 있어서 군무란 전체의 군무 혹은 특정하거나 특정하지 아니한 직무를 모두 포함한다.[282] 이에 대하여 명령위반죄에 있어서 명령의 복종의무는 “상관의 직무 상 명령”에 복종하여야 하는 기능적 수준의 것으로서 군무에 흡수된다.

흡수법과 피흡수법의 관계로 본다면 보호법익 침해의 정도는 흡수법이 더 크다고 할 것이고, 동 사안에서는 군무이탈죄가 여기에 해당한다.

양 죄의 법정형을 직접 비교하더라도 군무이탈죄는 평시를 기준으로 “1년 이상 10년 이하의 징역”, 명령위반죄는 “2년 이하의 징역”에 해당하므로 군무이탈죄가 보다 높게 정하고 있다.

앞서 지적한 바와 같이 동 사안을 항명죄로 의율[283]한다고 하더라도

281) 이경렬, 전게논문, 103면.
282) 본고 제2장 제1절 2. 다. 참고.
283) 본고 제3장 제3절 2. 참고.

항명죄에 전제되는 명령복종의무 또한 명령위반죄의 명령복종의무와 동일하게 평가할 수 있을 뿐 아니라, 법정형도 평시를 기준으로 항명죄는 “3년 이하의 징역”으로 규정하여 군무이탈죄의 법정형 보다 낮게 규정하고 있다.

즉, 구성요건의 내용적 측면과 법정형의 비교에 있어서도 군무이탈죄가 명령위반죄 또는 항명죄와의 관계에서 양적으로 넓은 범위를 포섭하는 것으로 평가할 수 있다.

4. 유사사례의 검토

가. 형법 상 절도죄와 손괴죄의 관계

형법은 제329조와 제366조에서 “타인의 재물을 절취한 자”와 “타인의 재물, 문서 또는 전자기록등 특수매체기록을 손괴 또는 은닉 기타 방법으로 그 효용을 해한 자”를 각각 절도죄와 손괴죄로 규율한다. 상태범인 절도죄와의 관계에 있어서 손괴죄는 강학 상 불가벌적 사후행위의 대표적인 예로 꼽힌다.[284]

절도죄의 보호법익은 소유권 및 소유권에 준하는 권리(본권)[285]라고 하고, 손괴죄의 보호법익은 기능적 소유권 내지 소유권의 이용가치[286]라고 한다. 문언 그대로 비교하자면 양자는 구분된다. 그러나 양자는 타인의 소유권이라는 공통의 범주에서 연결된다.

민법은 “소유자는 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리가 있다”고 규정한다.[287] 즉 소유권은 목적물에 대한 배타적이고

284) 김성돈, 전게서, 720면; 이재상/장영민/강동범, 전게서, 556-557면.
285) 신동운, 「형법각론(제2판)」, 법문사, 2018, 898면.
286) 배종대, 「형법각론(제11전정판)」, 홍문사, 2020, 492면.
287) 민법(2021. 1. 26. 법률 제17905호) 제211조(소유권의 내용).

전반적인 지배권이라고 할 것이고,[288] 이는 손괴죄에서 보호하는 소유권의 이용가치도 포섭한다.

동 사안을 이에 비추어 살펴보면, 군무이탈죄는 군의 임무수행에 있어서 유형적 도구로서 기능하는 군 병력에 대해 군의 형식적인 지배를 보호하는 것이라고 할 수 있고, 명령위반죄는 형식적인 지배하에 있는 군 병력에 대하여 그 군사적 활용성을 보호하기 위한 것으로서, 이는 각각 재산권의 형식적인 소유권과 사용가치로 대비되는 절도죄와 손괴죄의 관계에 대응하는 것으로 이해할 수 있다.

과거 헌법재판소는 국방의 의무에 대하여 "단지 병역법에 의하여 군복무에 임하는 등의 직접적인 병력형성의무만을 가리키는 것이 아니라, 병역법, 향토예비군설치법, 민방위기본법, 비상대비자원관리법 등에 의한 간접적인 병력형성의무 및 병력형성 이후 군작전명령에 복종하고 협력하여야 할 의무도 포함된다"고 판시[289]한 바 있다.

이를 빌어 표현한다면 군무이탈죄는 병력형성의무와 관련된 것이고, 명령위반죄는 군 작전명령에 복종하고 협력하여야 할 의무와 관련된 것으로서 국방의 의무는 이를 모두 포섭하는 것이라고 할 것이다.

정리하면 군무이탈죄는 군인이 병력형성의무에서 이탈하는 것을 규율함으로써 군 통수권을 실현의 전제가 되는 형식적 의미의 인적자원을 보호하는 규정으로, 명령위반죄는 군인이 명령복종의무에서 이탈하는 것을 규율함으로써 군 통수권의 실현의 전제가 되는 기능적 의미의 인적자원을 보호하는 규정으로 이해할 수 있다. 이에 따르면 양자는 군통수기관이 통수권을 실현함에 있어서 그 전제가 되는 군 병력의 사용을 보호하는 것으로 그 실질에 있어서 동일성을 갖는다고 할 수 있다.

---

288) 이상원, "횡령죄의 이득액과 가벌적 후행행위(하)", 저스티스 통권 제132호 (2012.10.), 241면.

289) 헌법재판소 1995. 12. 28. 선고 91헌마80 전원재판부 결정.

나. 행정청의 처분명령에 대한 위반

헌법재판소는 과거 무허가건축행위로 구 건축법 제54조 제1항에 의해 형벌을 받은 자가 그 위법건축물에 대한 시정명령에 위반한 경우 그에 대하여 과태료를 부과할 수 있도록 한 동법 제56조의2 제1항의 위헌소원[290]에서 “양자는 처벌 내지 제재대상이 되는 기본적 사실관계로서의 행위를 달리”하고, “그 보호법익과 목적에서도 차이”가 있으며, “무허가 건축행위에 대한 형사처벌시에 위법건축물에 대한 시정명령의 위반행위까지 평가된다고 할 수 없으므로 시정명령 위반행위를 무허가 건축행위의 불가벌적 사후행위라고 할 수도 없다”고 판시 한 바 있다.

이외에도 국토의 계획 및 이용에 관한 법률과 농지법 등에서 규정하는 처분 및 원상회복명령, 화물자동차 운수사업법 등에서 규정하는 업무개시명령에 대한 불복에 대해 과태료 내지 형벌을 과하는 조항도 찾아볼 수 있다.[291]

이와 같은 견지에서 군무이탈죄와 명령위반죄를 독립적으로 처벌한다고 하더라도 이를 이중처벌이라고 할 수 없다는 반론이 제기될 수 있다. 그러나 아래와 같은 이유에서 군무이탈죄와 명령위반죄의 관계를 앞서 살펴본 행정청의 처분명령에 대한 위반을 규율하는 조문과 동일선상에서 비교할 수는 없다.

먼저, 구성요건과 보호법익의 측면에서 살펴본다. 앞서 살펴본 행정청 처분명령의 경우에도 그 불복은 선행행위로 인한 상태를 계속하면서 달성된다는 점에서 군무이탈죄와 명령위반죄의 사안과 유사한 지점이 있다. 그러나 군무이탈죄와 명령위반죄의 사안에서 군무가 명령을 포섭하

290) 헌법재판소 1994. 6. 30. 선고 92헌바38 전원재판부 결정.

291) 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2022. 7. 21. 법률 제18310호) 제133조 제1항, 제142조, 농지법(2022. 8. 18. 법률 제18401호) 제11조 제1항, 제42조 제1항, 제63조 제1항 제2호, 화물자동차 운수사업법(2022. 6. 8. 법률 제18568호) 제14조, 제66조의2 제1호.

는 것과 달리 위법한 건축행위와 같이 행정청 처분명령의 전제가 되는 선행행위는 그 구성요건과 보호법익에 있어서 행정청에서 발하는 명령에 대한 불복을 포섭할 수 없다.

이에 대하여 군무이탈죄에 있어서 이탈된 추상적 의미의 '군무'와 명령위반죄의 객체가 된 군무이탈자 복귀명령에 복종하여야 하는 구체적인 직무가 서로 구분된다는 견해도 제기될 수 있겠으나, 특정 직무의 수행을 포기한 직무유기의 죄 또한 군무이탈죄에 흡수된다고 하는 군사법원의 판례는 앞서 살펴본 바와 같다.[292] 군무이탈죄에서 이탈의 대상이 된 '군무'는 특정하거나 불특정한 것을 구분하지 않으므로,[293] 양자는 동일하다고 할 수는 없을지언정 흡수관계에 있음은 부정할 수 없다.

다음으로, 행정청의 처분명령에 대한 위반을 처벌하는 규정은 그 구성요건 상 명백하게 이를 처벌하고자 하는 입법자의 결단이 있었다고 볼 수 있다. 이에 반하여 군무이탈죄와 명령위반죄의 관계에 있어서 명령위반죄는 일반적인 명령에 대한 준수를 요하는 규정이므로 이를 처벌하고자 하는 입법자의 의도는 찾아볼 수 없을 뿐 아니라 군무에서 이탈된 군무이탈범으로서는 일반적인 명령복종의무가 존재하는지도 의문이다.[294]

나아가, 행정청의 처분명령에 대한 위반의 사안에 있어서는 그 구체적 명령을 인식하였을 것을 요한다는 점에 비추어 보면 군무이탈자 복귀명령에 대해서 별다른 검토 없이 그 인식을 추정하고 있는 점도 자연스럽지 않다고 할 것이다.[295]

---

292) 본고 제2장 제1절 2. 다. 참고.

293) 본고 제2장 제1절 2. 다. 참고.

294) 군무이탈범이 명령위반죄의 주체가 될 수 있는지에 대한 검토는 본고 제4장 제2절 2. 참고.

295) 군무이탈자 복귀명령에 대한 추정적 인식을 긍정하는 판례의 태도에 대한 검토는 본고 제3장 제3절 3. 참고.

제 5 절 소결론

본 장에서는 군무이탈범의 복귀명령 위반의 사안에 있어서 군무이탈죄와 명령위반죄의 죄수관계를 검토하기 위하여 각 쟁점을 살펴보았다.

군무이탈죄에 있어서 그 이탈의 대상은 '부대 또는 직무'로 규정되고, 명령위반죄의 전제가 되는 명령복종의무는 상관의 직무 상 명령에 대한 것으로 한정[296]된다는 점에서 양 죄는 '직무'를 매개로 상호 연결된다.

이러한 관점에서 양 죄의 보호법익은 형식적·기능적 측면에서 군 통수작용의 전제가 되는 인적 전투력의 사용을 보장하기 위한 것이라는 점에서 동일성을 갖게 된다. 양 죄에 의한 법익침해를 양적으로 비교하더라도 전체 군무에서 이탈을 규율하는 군무이탈죄가 개별 직무에 속하는 명령위반을 규율하는 명령위반죄보다 넓은 범위를 포섭하고, 그 법정형 또한 높게 규정하고 있다.

군무이탈은 군무에서 이탈된 위법상태의 계속이 이미 예정되어 있는 상태범이라는 점에 비추어 본다면 동 사안에서 명령위반죄가 외견 상 별개로 성립하는 것처럼 보인다고 하나, 그 명령의 내용의 위반은 사실상 선행범죄로 인하여 계속되고 있는 군무이탈의 상태를 계속을 통해 성립하므로 이는 선행범죄인 군무이탈죄에 포섭된다고 보아야 한다.

따라서 군무이탈범의 복귀명령 위반은 군무이탈죄와의 관계에서 법조경합 중 흡수관계로서 불가벌적 사후행위가 된다. 불가벌적 사후행위가 독립적 가벌성을 갖지 않음은 앞서 살펴본 바와 같다.[297]

따라서 군무이탈범에게 군무이탈자 복귀명령이 발하여지고, 당해 군무이탈범이 동 명령을 위반하였다고 하더라도 이를 명령위반죄로 의율하여 처벌할 수는 없다.

---

296) 본고 제4장 제1절 2. 다. 참고.

297) 본고 제5장 제3절 3. 참고.

제 6 장 결 론

군은 최종적으로 무력의 행사 곧 전투를 통해 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 임무를 수행함을 사명으로 하므로, 그에 상응하는 특별한 조직과 규율의 필요성이 인정된다.[298]

미국의 육군 법무감을 지낸 바 있는 William A. Moorman은 그의 글에서 "전쟁에 있어서 군사목적을 달성하기 위하여 개인의 희생은 필수적으로 수반되는 것"이라고 하면서, "만일 지휘관이 그 부대가 명령에 복종하여 따르리라고 믿을 수 없고, 그 부대원들 상호간에 서로 신뢰할 수 없다면 전투력은 손상될 것이고 궁극적으로는 국익이 위태롭게 될 것"이라고 하여 지휘권 확립을 위한 군 사법제도의 기능에 대해 역설한 바 있다.[299]

그러나 군형법의 피적용자인 군인은 군인이기 이전에 국민의 한 사람으로서 일반 국민과 동일하게 헌법과 법률에 따른 권리를 갖는 것이고,[300] 이는 오로지 법률이 정하는 바에 따라 군사적 직무의 필요성의 범위에서 제한될 수 있을 뿐이다.[301]

더욱이 규범위반에 대한 국가의 가장 강력한 제재수단으로서 기능하는 형벌은 다른 규범체계를 동원하더라도 법익을 보호할 수 없는 경우에 비로소 개입하여야 한다는[302] 원칙은 군이라고 해서 달리 볼 수 없다.

---

298) 헌법재판소 1995. 10. 26. 선고 92헌바45 전원재판부 결정.

299) William A. Moorman, *Fifty years of military justice: does the Uniform Code of Military Justice need to be changed?*, Maxwell AFB(Alabama), The Air Force Law Review vol.48(2000), p.188.

300) 오병두, "군형법의 문제점과 개정방향", 형사정책 제20권 제1호(2008.6.), 11면.

301) 군인복무기본법 제10조(군인의 기본권과 제한).

본고의 논의를 정리하면 군무이탈범이 복귀명령을 위반하였다고 하더라도 이를 명령위반죄로 처벌할 수 없다. 군무이탈범은 명령복종의무를 포함하는 '군무'에서 이탈한 자라는 점에서 명령위반죄의 주체가 될 수 없다고 봄이 타당할 뿐더러, 군무이탈자 복귀명령은 형식적 측면에서 특정한 작위 또는 부작위 의무를 부과하는 명령으로 볼 수 없다. 또한, 각 군 참모총장과 수명자인 군무이탈범의 직무범위를 벗어나는 '자수'를 그 내용으로 한다는 점에서 군무이탈자 복귀명령을 명령위반죄의 객체가 되는 정당한 명령이라고 할 수도 없다.

또한, 군무이탈자 복귀명령이 처음 발하여지던 당시와 달리 군무이탈죄의 공소시효가 3년에서 10년으로 대폭 연장된 점과 군 병력수급 사정이 비교할 수 없을 정도로 개선된 사정에 비추어 보면 동 명령의 군 통수작용 상 필요성 또한 그로 인해 제한되는 군무이탈범의 권리와 견주어 크다고 단정할 수 없다.

한편, 양 죄를 죄수관계의 측면에서 살펴보면 동 사안에서 명령위반의 행위가 외견 상 인정된다고 하더라도, 이는 군무이탈죄가 예정하고 있는 위법상태의 계속과 동질의 것에 불과하다. 명령위반죄의 전제가 되는 명령복종의무는 군무이탈범에 있어서 이탈의 대상이 되는 군무에 포섭되는 것이고, 군무이탈죄와 명령위반죄는 군 병력에 대한 군 통수작용을 형식적인 측면과 기능적인 측면에서 보장하는 규정이라는 점에서 동질의 것으로 볼 수 있으므로 동 사안에서 명령위반의 행위는 군무이탈죄에 대한 불가벌적 사후행위로 보아야 한다.

그렇다면 군무이탈범이 군무이탈자 복귀명령을 발한다 하더라도 이를 군형법 상 명령위반죄로 의율하여 처벌할 수 없다. 불가벌적 사후행위가 되는 군무이탈범의 복귀명령 위반을 처벌할 수 없는 것은 군무이탈죄의 공소시효가 진행 중이거나 완성된 경우에도 동일하다.

---

302) 신동운, 「형법총론(제12판)」, 4-5면.

대법원 전원합의체 판결의 보충의견[303]은 법률의 해석에 대하여 아래와 같은 판시를 한 바 있다.

> 법률은 그 시대 사회 일반의 법의식을 기초로 형성되므로, 동일한 내용의 법률이라고 하더라도 시대적·사회적 상황의 변화와 법의식의 변천에 따라 구체적인 의미, 내용과 적용 범위가 달라질 수 있다. 특히 사회공동체의 윤리·도덕관념을 반영하고 있는 법률의 경우에는 입법뿐만 아니라 법률을 해석·적용하는 과정에서도 가치관이나 법의식의 변화가 영향을 끼칠 수 있다.

징병제를 시행하는 우리나라에서 군무이탈의 전제가 되는 병역의무의 공정한 부담은 그 사회적 의미가 작지 않다는 점과, 군에서 군무이탈자 복귀명령을 처음 발하게 된 1960년대의 시대상황을 너그러이 감안하더라도 현재의 시대・사회적 상황의 변화에 발맞추어 동 사안을 다시 살펴보아야 한다.

만약 공소시효가 완성된 뒤에도 병역의무가 존속하는 군무이탈범에 대하여 반드시 처벌하여야 할 필요성이 현재까지도 실재한다면, 이는 군무이탈죄의 공소시효를 연장 또는 폐지하거나, 복귀명령 위반을 구성요건으로 하는 입법적 대안을 통해 해결하여야 할 일이지 명령위반죄 규정을 통해 달성할 수 있는 것은 아니다.

최근 군무이탈범을 소재로 방영된 드라마 <D.P.>에는 “군대에 안 왔으면 탈영할 일도 없지 않았을까요?”라는 대사[304]가 나온다. 징병제의 국가에서 공정한 병역의 부담과 군 병력의 원활한 확보가 중요한 요소임은 분명하지만, 군무이탈죄는 범행에 이르게 되는 주된 동기가 개인의 범죄

303) 대법원 2022. 4. 21. 선고 2019도3047 전원합의체 판결(대법관 김재형, 노정희, 천대엽, 오경미의 보충의견).

304) <D.P.>, 에피소드 2, “일장춘몽”, 연출 한준희, 2021, 넷플릭스.

적 소질보다는 복무부적응 내지 경제적 사정 등 외부적 요인에 의한 것이라는 점[305]에서 여타 범죄와 달리 공소시효가 완성된 경우에까지 군무이탈범에게 그 책임을 묻는 것이 타당한 것인지 의문이다.

군무이탈죄에 대한 일반예방적 효과를 고려한다고 하더라도 국방부가 군무이탈자 수의 감소를 병영문화 개선의 지표로 홍보한다는 점[306]에 비추어, 공소시효가 완성된 군무이탈범에까지 가벌성을 확대하기보다는 병영문화 개선 등 인권보장의 측면에서 접근하는 것이 바람직해 보인다.

최근 군 사법제도 개혁이 이슈로 떠오르면서 '고등군사법원 폐지', '성폭력범죄 등 특정범죄의 수사 및 재판권의 이관' 등을 골자로 하는 군사법원법 개정[307]이 이루어진 바 있으며, 헌법재판소의 '양심적 병역거부 사건'[308]이나 대법원이 사적공간에서의 동성 간 성행위에 대해 군형법상 추행죄의 성립을 부정한 사건[309]이 주목을 받는 등 합리적인 군 사법제도의 운영을 구하는 사회적 요구는 갈수록 높아지고 있다.

이러한 요구에 따라 군 또한 장병의 인권을 보장하기 위한 제도 개선 등 처우 향상에 나름의 노력을 해왔고 이는 높게 평가될 만하다. 국회에서도 2016년 "법률의 구체적인 위임 없이 대통령령에서 규정하고 있는 군인의 기본권 제한, 의무 등에 관한 사항을 법률에서 직접 규율함으로써 군인의 기본권이 보장"[310]될 수 있도록 한다면서 군인복무규율을 폐지하고 군인복무기본법을 제정하는 등 군에서의 기본권 보장을 위해 여러 방면의 성취가 있었다.

---

305) "탈영 18년째 '감감무소식'… 장기탈영병 9명, 그들은 어디에", 세계일보 2021. 9. 19. 자.

306) 국방부, 「2020 국방백서」, 210면.

307) 군사법원법(2022. 7. 1. 법률 제18465호).

308) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379등 전원재판부 결정.

309) 대법원 2022. 4. 21. 선고 2019도3047 전원합의체 판결.

310) 국방위원장 발의, "군인의 지위 및 복무에 관한 기본법안(대안)", 의안번호 1918118(2015. 12. 9. 제안).

그러나 동 사안에 있어서는 이에 대한 문제제기가 오래 이어져 온 것에 비하여 구체적인 해결의 실마리는 보이지 않는다. 추측건대 이는 현재에 이르러 장기 군무이탈자의 수가 많지 않고, 사회에서 격리되어 은닉하는 군무이탈죄의 성질 상 사회적으로 주된 관심의 대상이 되지 못했기 때문으로 생각된다.

그러나 여전히 군무이탈범은 공소시효가 완성된 뒤에도 명령위반죄로 처벌될 위험에 처해있다. 동 사안의 해결은 사회적 관심으로부터 소외된 소수의 인권을 보호하는 것은 물론이고, 법률의 의미를 현재의 시대적 상황에 비추어 살핌으로써 군 사법제도의 합리성을 도모하는 것이 된다. 따라서 본고의 논의는 군 사법제도의 전환기에 서 있는 지금, 어느 때보다도 그 의미가 크다고 할 수 있다.

군 사법제도가 원칙적으로는 군인 또는 준군인만을 규율하는 특수한 영역이라고 하나, 우리나라의 경우 징병을 통해 많은 젊은이들의 군문을 거쳐 간다는 점에서 군 사법제도를 합리적으로 운영하는 것은 장병의 인권을 보호하는 것 뿐 아니라 군에 대한 국민의 신뢰를 높이는 양질의 밑거름으로도 기능할 수 있다. 이러한 점에서 본고의 논의가 군 사법제도를 공정하고 합리적으로 운영하는 계기로 기능하여, 궁극적으로는 군에 대한 국민의 신뢰 제고에 기여하는 보다 깊고 넓은 논의로 이어지기를 기대해 본다.

참 고 문 헌

1. 단행본

국방부, 「2020 국방백서」, 대한민국 국방부, 2020.

_____, 「2020 국방통계 연보」, 대한민국 국방부, 2020.

_____, 「2021 국방통계 연보」, 대한민국 국방부, 2021.

국방부 고등군사법원, 「군사법원 판결요지집」, 국군인쇄창, 2002.

_____, 「군사법원 판결요지집」, 국군인쇄창, 2015.

김성돈, 「형법총론(제7판)」, SKKUP, 2021.

김성천/김형준, 「형법총론(제6판)」, 소진, 2014.

김일수/서보학, 「새로쓴 형법총론(제10판)」, 박영사, 2004.

박찬걸, 「군형법」, 박영사, 2021.

배종대, 「형법총론(제14판)」, 홍문사, 2020.

_____, 「형법각론(제11전정판)」, 홍문사, 2020.

신동운, 「간추린 신형사소송법(제13판)」, 법문사, 2021.

_____, 「형법각론(제2판)」, 법문사, 2018.

_____, 「형법총론(제12판)」, 법문사, 2020.

육군본부, 「법무50년사」, 육군인쇄창, 1996.

육군본부 법무실, 「군형법 주해」, 국군인쇄창, 2011.

이만종, 「명령학」, 학현사, 2005.

이상철 외 공저, 「군사법원론(제3판)」, 박영사, 2018.

이재상/장영민/강동범, 「형법총론(제11판)」, 박영사, 2021.

임 웅, 「형법총론(제11판)」, 법문사, 2019.

2. 논 문

강인화, “1950년대 징병제와 한국전쟁의 ‘전후(戰後)처리’”, 법과사회 62권(2019.12.).

_____, “병역을 통한 시민자격의 형성 - 1960년대 병역미필자 축출과 구제 -”, 사회와 역사 131집(2021.9.).

권기훈, “명령위반죄 적용상의 문제점에 관한 소고 - 특히 군무이탈자 복귀 명령과 관련하여 -”, 군사법논문집 제9권(1990.1.).

김봉수, “불가벌적 사후행위에 관한 연구”, 원광법학 제33권 제1호(2017.3.).

김석영, “군형법 제47조(명령위반죄)는 위헌인가”, 군사법논문집 제13권(1994.4.).

김성규, “불가벌적 사후행위의 법적 성격 및 효과에 관한 일고찰”, 경희법학 제52권 제2호(2017.6.).

김성돈, “형법상 죄수론의 구조”, 형사법연구 제9호(1997.1.).

_____, “법조경합의 유형과 그 판단방법”, 법조 통권 제580호(2005.1.).

김정한, “불가벌적 사후행위의 본질과 처벌에 관한 실무적 고찰”, 인권과 정의 통권 제429호(2012.11.).

김혜경, “범죄의 죄수판단 기준과 구조”, 형사정책연구 제24권, 제1호(2013.3.).

_____, “형법상 계속범과 상태범”, 법학연구 제13권 제4호(2003.12.).

도중진, “군형법상 명령위반죄의 효율적 개선방안”, 아주법학 제10권 제2호(2016.10.).

류지영, “군형법상 항명죄와 죄형법정주의”, 한국법학회, 법학연구 제16권 제3호(2016.9.).

문채규, “상상적 경합과 법조경합에 있어서 과형의 문제”, 형사법연구 제

21호(2004.6.).
박달현, “군형법상 명령위반죄에 관한 형법이론적 검토”, 형사정책연구 제23권 제1호(2012.3.).
박상열, “항명죄와 명령위반죄의 구별”, 군사법연구 제1권(1982.11.).
박안서, “군형법의 개정방안에 관한 연구 - 인권보장과 전투력강화를 중심으로 -”, 한양대학교 박사학위논문(2011.8.).
박찬걸, “군형법상 명령위반죄의 문제점과 개선방안”, 형사법연구 제23권 제3호(2011.9.).
_____, “군형법상 군무이탈죄와 관련된 문제점과 개선방안”, 형사정책 제22권 제1호(2010.6.).
신경균, “불가벌적 사후행위”, 조선대학교사회과학연구소, 사회과학연구 제12호(1989.6.).
오병두, “군형법의 문제점과 개정방향”, 형사정책 제20권 제1호(2008.6.).
윤영석, “불가벌적 사후행위에 관한 연구”, 서울대학교 법학석사학위논문(2014.2.).
이경렬, “죄수결정기준과 법조경합의 본질”, 형사법연구 제22호(2004.12.).
이상원, “횡령죄의 이득액과 가벌적 후행행위(하)”, 저스티스 통권 제132호(2012.10.).
이용식, “불가벌적 사후행위”, 검찰 제19호(1969.11.).
임 웅, “불가벌적 사후행위, 사전행위, 수반행위에 대한 형법적 고찰”, 형사정책연구 제20권 제3호(2009.9.).
장현명, “군형법과 헌법재판소”, 연세법학 제30호(2017.12.).
정상익, “무단이탈의 의미와 적용에 관한 연구”, 부산대학교 법학연구소, 법학연구 제61권 제1호(2020.2.).
정승환/김현주, “군형법에서 명령위반행위에 대한 구성요건의 개정방안”, 형사정책 제29권 제3호(2017.12.).

조 윤, “군형법 개정론”, 법원행정처, 사법논집 제2집(1972.2.).
조현욱, “불가벌적 사후행위”, 비교형사법연구 제10권 제1호(2008.7.).
지대남, “한국과 미국의 군사재판제도의 비교”, 헌법학연구 제17권 제1호(2011.3.).
최관호, “명령과 복종의무의 형법규범적 내용과 한계; 군형법 제44조 항명죄를 중심으로”, 건국대학교 박사학위논문(2008.8.).
최병각, “법조경합의 본질과 특징”, 비교형사법연구(2016.12.).
한위수, “군형법 제47조(명령위반)의 제문제와 판례동향에 대한 소고”, 군사법연구 제2권(1984.4.).
한인섭, “군사법제도와 헌법개정”, 사법 통권 제7호(2009.3.).
황정인, “죄수판단의 기준과 불가벌적 사후행위의 판별”, 형사정책연구 제21권 제4호(2010.12.).

3. 외국 단행본 및 논문

United States Army(Criminal Law Department, The Judge Advocate General’s Legal Center and School), Practicing Military Justice, Virginia: U.S. Army(2013).
United States, Manual for COURTS-MARTIAL(2019 ed.), Washington, D.C.: Government Printing Office(2019).
William Winthrop, Military Law and Precedents(2nd ed.), Washington, D.C.: Government Printing Office(1920).
William A. Moorman, *Fifty years of military justice: does the Uniform Code of Military Justice need to be changed?*, Maxwell AFB(Alabama), The Air Force Law Review vol.48(2000).

4. 판　례

[헌법재판소]

헌법재판소 1993. 9. 27. 선고 92헌마284 전원재판부 결정.

헌법재판소 1994. 6. 30. 선고 92헌바38 전원재판부 결정.

헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌바20 전원재판부 결정.

헌법재판소 1995. 10. 26. 선고 92헌바45 전원재판부 결정.

헌법재판소 1995. 12. 28. 선고 91헌마80 전원재판부 결정.

헌법재판소 1996. 10. 31. 선고 93헌바25 전원재판부 결정.

헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2006헌마328 전원재판부 결정.

헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2009헌가12 전원재판부 결정.

헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379등 전원재판부 결정.

[대법원 및 하급심]

대법원 1963. 1. 17. 선고 62도236 판결.

대법원 1967. 7. 11. 선고 67도747 판결.

대법원 1967. 7. 25. 선고 67도734 판결.

대법원 1968. 7. 16. 선고 68도660 판결.

대법원 1969. 2. 18. 선고 68도1846 판결.

대법원 1970. 11. 24. 선고 70도1839 판결.

대법원 1970. 12. 22. 선고 70도2130 판결.

대법원 1972. 11. 28. 선고 72도2164 판결.

대법원 1973. 3. 9. 선고 70도2526 판결.

대법원 1975. 8. 29. 선고 75도1996 판결.

대법원 1976. 6. 22. 선고 76도1342 판결.

대법원 1977. 7. 26. 선고 77도2058 판결.

대법원 1979. 8. 31. 선고 79도622 판결.

대법원 1979. 11. 13. 선고 79도2270 판결.

대법원 1982. 4. 27. 선고 82도285 판결.

대법원 1983. 11. 8. 선고 83도2450 판결.

대법원 1984. 2. 28. 선고 83도3362 판결.

대법원 1984. 3. 13. 선고 84도95 판결.

대법원 1984. 7. 24. 선고 84도265 판결.

대법원 1984. 9. 25. 선고 84도1329 판결.

대법원 1984. 10. 10. 선고 84도239 판결.

대법원 1986. 2. 11. 선고 85도2674 판결.

대법원 1987. 2. 24. 선고 86도2731 판결.

대법원 1991. 10. 11. 선고 91도1656 판결.

대법원 1993. 11. 23. 선고 93도213 판결.

대법원 1997. 4. 22. 선고 95도748 판결.

대법원 2001. 8. 24. 선고 2000두7704 판결.

대법원 2002. 4. 26. 선고 2002도740 판결.

대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1282 판결.

대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도8219 판결.

대법원 2004. 5. 13. 선고 2004도1299 판결.

대법원 2004. 12. 10. 선고 2004도6480 판결.

대법원 2006. 12. 8. 선고 2006도6356 판결.

대법원 2011. 11. 24. 선고 2010도8568 판결.

대법원 2022. 4. 21. 선고 2019도3047 전원합의체 판결.

서울지방법원 북부지원 1998. 11. 12. 선고 98고단2858 판결.

[군사법원]

고등군사법원 1996. 7. 2. 선고 96노171 판결.

고등군사법원 2013. 5. 21. 선고 2012노273 판결.

고등군사법원 2017. 12. 21. 선고 2017노312 판결.

육군고등군법회의 1970. 12. 8. 선고 70고군형항1067 판결.

육군고등군법회의 1978. 3. 8. 선고 77고군형항822 판결.

육군고등군법회의 1979. 6. 15. 선고 79고군형항180 판결.

해군고등군법회의 1981. 10. 16. 선고 81노18 판결.

육군 제39사단 보통군사법원 2017. 3. 9. 선고 2017고1 판결.

육군 제2군단 보통군사법원 2021. 3. 16. 선고 2020고74등 판결.

[외국]

United States v. Loos, 4 C.M.A. 478, No.4252(U.S.C.M.A. 2 Jul 1954).

United States v. Hargrove, 51 M.J. 408/409, No.99-0346(C.A.A.F. 3 Sep 1999)(per curiam).

United States v. Fields, 74 M.J. 619, No.S32239(A.F.C.C.A. 24 Mar 2015).

United States v. Phillips, 74 M.J. 20 No.14-0199(C.A.A.F. 2015).

United States v. Wartsbaugh, 21 U.S.C.M.A. 535, No.24829(U.S.C.M.A. 28 Jul 1972).

5. 언론보도

“과거(過去)는 묻지 않는다 무더기 사면혜택(赦免惠澤)”, 조선일보 1963. 12. 24. 자.

“군무 이탈자 복귀를 명함”, 국방일보 2016. 5. 24. 자.

“궁핍의 시절… 탈영병 연 1만명, 참모총장이 신문에 ‘복귀명령’”, 조선일보 2014. 12. 3. 자.

“귀영(歸營)하면처벌(處罰)않겠다”, 조선일보 1964. 1. 8. 자.

“근무이탈자 복귀명령”, 조선일보 1967. 1. 26. 자.

“근무이탈자 자진 복귀기간 공고”, 여주신문 2021. 4. 22. 자.

“내 자신을 몽땅 잃어버린 시간…탈영”, 노컷뉴스 2022. 3. 29. 자.

“도망병(逃亡兵) 한 해 만여(萬餘)”, 조선일보 1966. 6. 9. 자.

“도망병(逃亡兵)은 군재회부(軍裁回附)”, 조선일보 1964. 9. 10. 자.

“육군, 최근 5년간 탈영자 1102명...실형도 90건”, 뉴스핌 2018. 10. 17. 자.

“<육군과 해병대> 복무기간을 연장”, 조선일보 1963. 1. 29. 자.

“자수기간(自首期間)을 설정(設定)”, 조선일보 1962. 1. 19. 자.

“탈영 18년째 ‘감감무소식’… 장기탈영병 9명, 그들은 어디에”, 세계일보 2021. 9. 19. 자.

“탈영병 자수요망”, 마산일보 1964. 1. 31. 자.

6. 기타자료

군사법원 판결문 검색(https://www.hcaf.mil.kr/user/hcaf/jud/mobile.jsp).

“軍形法 일부개정법률안(임종인의원 대표발의) 검토보고”, 제17대 국회 법제사법위원회(전문위원 임중호), 2006. 4.

법제사법위원장 발의, “군형법 일부개정법률안(대안)”, 의안번호 1806149(2009. 9. 28. 제안).

임종인 의원 발의, “군형법 일부개정법률안”, 의안번호 174085(2006. 3. 23. 제안).

정부 발의, “군형법 중개정법률안”, 의안번호 140525(1993. 11. 17. 제안).

제6대 국회 제45회 제2차, “국방위원회 회의록”, (1964. 9. 10.).

제17대 국회 제259회 제7차, “법제사법위원회 회의록”, (2006. 4. 18.).

“현역병 입영현황-연령별”, KOSIS. 2021. 8. 23. 작성, 2022. 6. 29. 확인, https://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=144&tblId=TX_14401_A057

Abstract

A Study on the Establishment of the Violation of Order in Military Criminal Act

Kim Dong Seok
College of Law, Criminal Law
The Graduate School
Seoul National University

Social demands to build trust in military Justice have long been raised. As such, there have been judicial reviews on the military criminal act in the constitutional court of Korea. By individual articles, the cases related to 'violation of order' had the largest number with 3(including dismissed cases). This thesis discuss the establishment of the 'violation of order' related in specific case.

Each Chief of Staff of the R.O.K. armed forces issues the order for deserter from military service to return in every 5 years. Deserters who don't return even after receiving the order are punishable for 'violation of order' in military criminal act. This punishment is also given for deserter whose statute of limitations has expired.

The argument for this case have long been continued. The major topic of this argument was whether the article ‘violation of order’ is unconstitutional. But the Constitutional Court of Korea and Supreme Court of Korea have judged that the article is constitutional and admitted the establishment of the ‘violation of order’ on this case.

But under the circumstance of this case, the conclusion that admit the establishment of the ‘violation of order’ is not easily acceptable. Accordingly, this thesis reviews challenges relating to the extent of the establishment of the article ‘violation of order’ through theory of interpretation.

The perspective of this discussion expand this issue to the theories of counting crimes. In the relationship of both articles, legal interests protected by those articles are practically equal within the bounds of ensuring authority to order military personnel. Thus, as a deserter, violation of the order is nothing but unpunishable act after ‘desertion’.

In conclusion, Deserters who don’t return even after receiving the order should not be punished for violating the order.

The number of deserter has decreased significantly compared to the past. But, this scope of this case is still valid and useful in that could helps to find a way to build trust in military justice.

keywords : Military Criminal Act, Desertion from Military Service, Violation of Order, legitimate order, Unpunishable act after crime

Student Number : 2021-24752