



제429회 국회(정기회)
제2차 법제사법위원회

형법 일부개정법률안

검 토 보 고

〈직권남용죄의 목적 추가〉

■ 신장식 의원 대표발의(의안번호 제2207432호)

2025. 9.

법 제 사 법 위 원 회

수석전문위원 정 환 철

목 차

I. 제안경위	1
II. 제안이유 및 주요내용	1
III. 검토의견	2
1. 개정안의 내용 및 취지	2
2. 개정안 검토	3
가. 직권남용죄 관련 외국 입법례	3
나. 직권남용죄 관련 입법론 및 종전 개정안 논의 경과	5
다. 검토의견	7
라. 관계기관 의견	9

I. 제안경위

1. 발 의 자: 신장식의원 등 10인
2. 발 의 일: 2025. 1. 10.
3. 회 부 일: 2025. 1. 13.

II. 제안이유 및 주요내용

현행법은 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에는 처벌하도록 하고 있음.

이에 대해 구성요건이 모호하고 불분명하다는 지적이 오랫동안 제기되어 왔음. 헌법재판소도 해당 조항에 대해 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반되지 않는다고 하여 합헌 결정을 내리긴 하였으나, 재판관 1인은 이 조항의 모호성과 광범성이 형사소추권자의 자의적인 법집행을 허용하게 되고 직무를 맡은 공무원으로 하여금 책임 있는 행동의 결정을 주저하게 하는 한편 정책적 재량에 대하여까지 부당하게 형사 책임을 부과함으로써 공무원의 정당한 권한행사를 침해하는 폐단을 초래한다는 반대의견을 제시한 바 있음(2004헌바46 결정).

이에 직권남용죄에 자기 또는 제3자에게 이익을 얻게 하거나 타인에게 불이익을 주려는 목적이라는 구성요건을 추가함으로써 해석을 명확하게 하고 공무원의 적극적이고 올바른 행동을 독려하려는 것임 (안 제123조).

Ⅲ. 검토의견

1. 개정안의 내용 및 취지

개정안은 직권남용죄에 ‘자기 또는 제3자에게 이익을 얻게 하거나 타인에게 불이익을 주려는 목적’이라는 주관적 구성요건을 추가하려는 것임(안 제123조).

현행	개정안
第123條(職權濫用) 公務員이 職權을 濫用하여 사람으로 하여금 義務없는 일을 하게 하거나 사람의 權利行使를 妨害한 때에는 5年 以下の 懲役, 10年 以下の 資格停止 또는 1千萬원 以下の 罰金에 處한다.	제123조(직권남용) -----자기 또는 제3자에게 이익을 얻게 하거나 타인에게 불이익을 주려는 목적으로 직권을----- ----- -----.

현행법 상 “직권남용”은 그 의미가 모호하고 광범위하며 추상적이어서 형사소추권자의 자의적인 법집행을 허용하게 될 수 있음. 이로 인해 공무원이 어떠한 행위가 처벌될 것인지 예측할 수 없어 책임 있는 행동 결정을 주저하게 되고, 정책적 재량에 형사책임을 부과함으로써 공무원의 정당한 권한행사를 제약하는 폐단을 초래할 수 있음.¹⁾ 따라서, “자기 또는 제3자에게 이익을 얻게 하거나 타인에게

1) 헌법재판소 2006. 7. 27. 선고 2004헌바46 결정 중 권성 재판관 소수의견

불이익을 주려는 목적”을 기준으로 직권남용죄 처벌 범위를 제한하려는 개정안의 취지가 인정됨.

2. 개정안 검토

가. 직권남용죄 관련 외국 입법례

외국 입법례를 살펴보면, 독일 형법은 공무원의 직무범죄를 사기죄, 문서위조죄, 강요죄와 같은 기본 구성요건을 충족하는 것을 전제로 공직자가 그 권한이나 지위를 남용한 경우에 가중처벌하는 범죄 형태로 규정하는데,²⁾ 우리 「형법」과 동일하게 목적을 요구하지 않음.³⁾

스위스 형법은 개정안과 유사하게 ‘자기 또는 제3자로 하여금 위법한 이익을 얻게 하거나 타인에게 불이익을 가하기’ 위한 목적으로 직권을 남용하면 직권남용죄가 성립하고, 우리 「형법」의 ‘의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해’할 것을 구성요건 요소로 두지는 않음.⁴⁾

일본 형법은 우리 「형법」과 마찬가지로 공무원이 직권을 남용

2) 장진환, 독일형법의 직권남용 규정에 대한 연구, 비교형사법연구 제23권제2호, p.10

3) 「독일 형법」

제240조(강요) ① 폭행 또는 상당한 해악을 고지하는 협박 또는 위계로 다른 사람에게 위법하게 작위, 수인 또는 부작위를 강요한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

②·③ (생략).

④ 특히 중한 경우에 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 이 경우 특히 중한 경우란 특별한 사정이 없는 한, 다음 각호에 해당하는 경우이다.

1. 임산부에게 낙태를 강요하는 경우

2. 공무원으로서 권한 또는 지위를 남용하는 경우

4) 「스위스 형법」

제312조(직권남용) 관청의 구성원 또는 공무원이 자기 또는 제3자로 하여금 위법한 이익을 얻게 하거나 타인에게 불이익을 가하기 위하여 자신의 직권을 남용한 때는 5년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다.

하여 사람에게 의무가 없는 일을 행하게 하거나 권리 행사를 방해한 때에 처벌하도록 하며, 우리 「형법」과 동일하게 목적을 요구하지 않음.⁵⁾

「국제연합 부패방지협약」에서는 개정안과 유사하게 ‘공무원 자신 또는 다른 사람이나 단체가 부정한 이익을 얻게 할 목적’으로 하는 직권 또는 직위의 남용을 구성요건으로 하여 직권남용을 범죄로 규정하도록 요구하고 있음.⁶⁾

미국 연방법은 직권·지위의 남용을 명시적으로 규정하지는 않으나, ‘법의 컬러(under color of law)’라는 개념⁷⁾을 사용하여 직권·직위를 남용하여 권리를 박탈하는 등의 행위에 대한 처벌규정을 두고 있음.⁸⁾

5) 「일본 형법」

제193조(공무원 직권 남용) 공무원이 그 직권을 남용하여 사람에게 의무가 없는 일을 행하게 하거나 권리의 행사를 방해한 때에는 2년 이하의 징역 또는 금고에 처한다.

6) 「국제연합 부패방지협약」

제19조 직권남용

각 당사국은, 공무원이 그 임무를 수행함에 있어 공무원 자신 또는 다른 사람이나 단체가 부정한 이익을 얻게 할 목적으로 고의로 직권 또는 직위의 남용, 즉 위법하게 행위를 수행하거나 수행하지 아니한 경우, 이를 범죄로 규정하기 위하여 필요한 입법 및 그 밖의 조치를 채택할 것을 검토한다.

7) ‘법의 컬러(under color of law)’는 법률의 외관·형식을 빌려 행동하는 것을 의미하며, 이는 단순히 합법적인 권한 내에서 행동하는 것뿐만 아니라, 법적인 권한을 초과하거나 남용하여 행동하는 경우도 적용됨.(미국 법무부 홈페이지 <https://www.justice.gov/crt/deprivation-rights-under-color-law>)

8) 미국연방법 18편 제242조[법의 컬러(color)로 권리 박탈]

누구든지 법률, 법령, 조례, 규칙 또는 관습의 컬러(color)로 주, 영토, 연방, 점령지 또는 컬럼비아특별구의 타인에 대하여 고의로 헌법에 의해 보장되거나 보호되는 권리, 특권 또는 면책특권을 박탈하거나, 국적 혹은 피부색 또는 인종을 이유로 자국민 처벌에 대해 규정된 것과 다르게 처벌, 제재 또는 형벌을 부과하는 경우에는 벌금형에 처하거나 1년 이하의 징역에 처할 수 있으며, 이 둘은 병과될 수 있다. (이하 생략)

나. 직권남용죄 관련 입법론 및 종전 개정안 논의 경과

직권남용죄의 개정방향과 관련 다음과 같은 입법론이 있음.⁹⁾

1) ‘남용’의 구성요건을 보완하자는 입법론

대법원 판례가 ‘남용’의 해석기준을 제공하나 여전히 기준이 모호하므로,¹⁰⁾ i) 객관적 구성요건으로 “위계 또는 위력으로써”를, ii) 주관적 구성요건으로 “자기 또는 제3자로 하여금 불법한 이익을 얻게 하거나 타인에게 불이익을 부과하기 위한 목적”을 각각 추가하여야 한다는 입장이 있음.¹¹⁾

다만, 이에 대해서는 i) ‘남용’의 개념에 이미 위계·위력이 포함되는 것으로 볼 수 있고, 폭행·협박이나 위계·위력을 사용하지 않는 직권 또는 지위 남용도 형법적 당벌성이 있다는 의견,¹²⁾ ii) 판례 상 미필적 인식만으로도 목적이 인정되어 목적 규정을 신설하더라도 직권남용죄의 오남용을 실효성 있게 통제할 수 있는지의 문제이라는 의견과¹³⁾ 공무원이 어떤 개인적 목적을 가졌는지는 양형단계에서 판단할 사항이라는 반대의견¹⁴⁾이 있음.

9) 장진환, 독일과 한국의 제3자 뇌물수수죄에 대한 비교법 연구, 비교형사법연구 제24권제2호, 2022, p.15

10) 헌법재판소 2006. 7. 27. 2004헌바46 결정에서 권성 재판관의 반대의견은 ‘남용’이라는 표지가 ‘본래의 목적에서 벗어난 부당한 사용’이라는 문언적 의미만으로는 과연 어떠한 행위가 남용에 해당하는지 판단하기가 매우 어렵다는 문제점이 있다고 지적함.

11) 강준우, 직권남용죄, 직권남용죄 개정안 마련을 위한 입법공청회 (2021. 5. 17) 자료집, p.27~28

12) 조기영, 직권남용죄의 개정방향, 비교형사법연구 제23권제2호, p.94

13) 조기영, 앞의 논문, p.94

14) 김성돈, 직권남용죄, 남용의 의미와 범위, 법조 제68권제3호, p.211; 이창섭, 직권남용죄의 성립요건에 대한 고찰, 제주법학 제15권제2호, p.247

2) ‘지위 남용’을 처벌 대상에 추가하자는 입법론

현행법이 지위 남용을 직권남용죄로 처벌하지 않을 경우 실질적 불법과 비난가능성이 오히려 더 클 수 있는 무권한자의 행위에 대해 형법적 판단을 할 수 없어 사법(司法)에 대한 국민의 신뢰에 동요를 가져올 수 있으며,¹⁵⁾ 월권행위를 처벌하지 않는 것은 형평에 반하고, 국가권력 행사의 공정성이라는 법익을 충실히 보호하기 위해서 지위 남용을 처벌대상에 추가하여 당벌적 행위를 통제할 수 있어야 한다는 입장임.¹⁶⁾

직권남용죄 관련 그간의 개정논의로는 제21대국회에서 박주민 의원 대표발의 형법 일부개정법률안(의안번호 제2114626호),¹⁷⁾ 및 송기현의원 대표발의 형법 법률 일부개정법률안(의안번호 제2123098호)¹⁸⁾이 있었음.¹⁹⁾

참고로, 현재 직권남용 외에 ‘지위의 영향력을 이용하여’ 다른 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 그 사람의 권리행사를 방해하는 행위를 처벌하는 내용의 이견태의원 대표발의 형법 일부 개정법률안(의안번호 제2206069호)이 우리 위원회에 계류 중임.

15) 조기영, 앞의 논문, p.82

16) 김성돈, 앞의 논문, p. 228; 오병두, 직권남용죄의 성립요건에 관한 검토, 형사법연구 제32권제2호, p.172; 조기영, 앞의 논문, p.90

17) 직권남용죄의 처벌 대상에 ‘지위를 이용하여’ 권리행사방해 등을 한 경우를 추가하고 미수범 처벌 규정을 신설하는 내용으로, 제21대 국회 임기만료로 폐기되었음.

18) 직권남용죄의 처벌 대상에 ‘지위를 남용하여’ 권리행사방해 등을 한 경우를 추가하는 내용으로, 제21대 국회 임기만료로 폐기되었음.

19) 2020.6.26. 발의된 형법 일부개정법률안(김남국의원 대표발의, 의안번호 제2101090호), 2020.9.10. 발의된 형법 일부개정법률안(김용민의원 대표발의, 의안번호 제2103745호), 2022.2.21. 발의된 형법 일부개정법률안(최기상의원 대표발의, 의안번호 제2114791호)

다. 검토의견

직권남용죄 구성요건인 직권 ‘남용’의 의미가 명확하지 않은 문제를 해소하기 위해 ‘목적’²⁰⁾을 구성요건으로 추가하여 직권남용죄의 처벌 범위를 명확히 하려는 개정안의 입법취지는 긍정적 측면이 있음.²¹⁾

다만, 개정안은 다음 사항을 추가 논의할 필요가 있음.

첫째, 직권남용죄 구성요건으로 일정 목적을 추가함에 따라 직권 남용죄 처벌 대상이 축소됨에 대하여 검토가 필요함.

대법원은 현행법 상 직권의 ‘남용’ 여부를 “구체적인 공무원의 직무 행위가 그 목적 및 그것이 행하여진 상황에서 볼 때의 필요성·상당성 여부, 직권행사가 허용되는 법령상 요건을 충족했는지 등 제반 요소를 고려하여 결정”하도록 기준을 제시하여 ‘남용’ 여부를 판단하기 위한 제반 요소 중 하나로 ‘목적’을 설명하고 있음.²²⁾ 그러나, 개정안과 같이 ‘목적’을 별개 구성요건으로 규정할 경우, ‘목적’이 ‘남용’과 별도로 입증되어야 하는 점에서, 행위자의 주관적 동기인 ‘목적’을 형사 소추권자가 입증하지 못하여 처벌범위가 좁아지게 되는바, 이것이

20) 현행 「형법」 상 목적범으로 내란죄(제87조, “국가권력을 배제하거나 국헌을 문란하게 할 목적”), 국기·국장모독죄(제105조, “대한민국을 모욕할 목적”), 다중불해산죄(제116조, “폭행, 협박 또는 손괴의 행위를 할 목적”), 법정·국회의장 모욕죄(제138조, “법원의 재판 또는 국회의 심의를 방해 또는 위협할 목적”), 모해위증죄(제152조, “모해할 목적”), 통화위조죄(제207조, “행사할 목적”), 음행매개죄(제242조, “영리의 목적”), 출판물 등에 의한 명예훼손죄(제309조, “비방할 목적”) 등이 있음.

21) [대법원 2021. 3. 11. 선고 2020도12583 판결]도 공무원이 그 직무권한의 행사로 인해 불이익을 받을 것을 우려하는 사람을 상대로 직무권한을 넘어서는 위법·부당한 행위를 하여 그 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 그 사람의 권리행사를 방해하는 것은 자신에게 속하는 직무권한을 위법·부당하게 행사하는 것 못지않게 국가기능의 공정한 행사에 대한 사회 일반의 신뢰를 떨어뜨리고 개인의 자유와 권리를 침해할 위험이 크다고 볼 수 있다. 그러나 별도의 입법이 없는 이상 현행법의 해석만으로 공무원의 직무권한에 속하지 않는 행위를 직권남용죄로 처벌하기는 어렵다고 판시함.

22) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2011도1739 판결, 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010도11884 판결

국민의 법감정에 부합하는지에 대해 고려할 필요가 있음.

특히, 개정안은 자기 또는 제3자에게 “이익”을 얻게 하거나 타인에게 “불이익”을 주려는 것을 목적으로 규정하고 있으나, “이익” 또는 “불이익”을 목적으로 하지 않는 공무원의 권한 남용행위도 국가 기능의 공정한 행사에 대한 사회 일반의 신뢰²³⁾를 해칠 수 있다는 점도 함께 고려하여 직권남용죄의 구성요건으로 ‘목적’을 규정할 것인지 논의할 필요가 있음.²⁴⁾

둘째, 개정안은 자기 또는 제3자에게 “이익”을 얻게 하거나 타인에게 “불이익”을 주려는 것을 목적으로 규정하여 직권남용죄의 처벌 범위를 제한하려고 하나, “이익” 및 “불이익”은 포괄적 개념으로서 ‘적법’·‘적정’하게 이익을 얻게 하거나 불이익을 주려는 목적까지 법질서에 반하는 동기라고 평가하기 어려운 점에서 이익·불이익의 위법²⁵⁾ 또는 부정²⁶⁾ 여부를 목적의 내용으로 규정할 것인지 검토가 필요함.

23) [헌법재판소 2024. 5. 30. 선고 2021헌바55 결정]에서 공무원이 직권을 남용하여 다른 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하는 것을 금지함으로써 국가기능의 공정한 행사에 대한 사회 일반의 신뢰를 보호하는 것을 전제하고 있다고 판시하였고 [대법원 2021. 3. 11. 선고 2020도12583 판결]은 국가기능의 공정한 행사라는 국가적 법익을 보호하는 데 주된 목적이 있다고 판시함.

24) [대법원 2020. 1. 30. 선고 2018도2236 전원합의체 판결]은 “구체적인 공무원의 직무행위가 본래 법령에서 그 직권을 부여한 목적에 따라 이루어졌는지”를 기준으로 직권 남용 여부를 판단하고 있음.

25) 「스위스 형법」

제312조(직권남용) 관청의 구성원 또는 공무원이 자기 또는 제3자로 하여금 위법한 이익을 얻게 하거나 타인에게 불이익을 가하기 위하여 자신의 직권을 남용한 때는 5년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다.

26) 「국제연합 부패방지협약」

제19조 직권남용

각 당사국은, 공무원이 그 임무를 수행함에 있어 공무원 자신 또는 다른 사람이나 단체가 부정한 이익을 얻게 할 목적으로 고의로 직권 또는 직위의 남용, 즉 위법하게 행위를 수행하거나 수행하지 아니한 경우, 이를 범죄로 규정하기 위하여 필요한 입법 및 그 밖의 조치를 채택할 것을 검토한다.

정리하면, 개정안은 직권남용죄의 처벌범위를 명확히 하려는 입법 취지와 함께, 범죄예방을 위한 형사정책적 측면, 국민의 법감정, 해외 입법례 및 학계 의견 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 결정할 사항으로 사료됨.

라. 관계기관 의견

법원행정처는 직권남용죄의 입법취지 및 보호법익, 직권남용죄의 구체적 적용례, 해외사례, 직권남용죄에 대한 학계의 논의 등을 종합하여 입법정책적으로 결정할 사항이라는 의견임.

문 의 처
02)6788-5056