



제429회 국회 (정기회)
제3차 법제사법위원회

군형법 일부개정법률안

검 토 보 고

〈위법한 명령에 대한 군인의 거부권 등〉

■ 민형배의원 대표발의(의안번호 제2207978호)

2025. 9.

법 제 사 법 위 원 회

전문위원 박 혜 진

목 차

I . 제안경위	1
II . 제안이유 및 주요내용	1
III . 검토의견	2

I. 제안경위

1. 제 안 자 : 민형배의원 등 10인
2. 제 안 일 : 2025. 2. 7.
3. 회 부 일 : 2025. 2. 10.

II. 제안이유 및 주요내용

군인은 정당한 명령에만 복종하고, 위법 또는 부당한 명령에 거부할 수 있도록 법적 근거를 마련하고자 합니다.

현행법상 군인은 상관의 부당한 지시를 하는 경우, 위법한 명령에 따르거나 항명하는 선택지밖에 없습니다. 정당한 명령이라는 단서가 명시되어 있지만 구체적 기준이 없습니다. 상관의 부당한 지시를 이행하지 않는 경우, 발생하는 불이익 등에 대한 우려로 위법한 명령을 수행하는 상황이 반복적으로 발생합니다.

실제 2024년 12월 3일 내란 당시, 계엄군의 위헌적 지시에 많은 군인들이 국회와 중앙선거관리위원회에 난입해 기관 장악 시도 등 위법한 명령을 이행하는 사태가 벌어졌습니다.

이에, 상관의 ‘위법·부당한 지시를 거부할 권리’를 법에 담고자 합니다. 아울러, 위법·부당한 명령에 대한 신고의무 및 처벌 규정도 마련했습니다. 군인이 충성하는 대상은 오로지 시민과 국가라는 기본 사명에 충실하도록 하기 위한 것입니다(안 제44조의2 신설).

Ⅲ. 검토의견

□ 개정안은 이 법의 적용 대상인 군인 등¹⁾이 상관으로부터²⁾ 위법 또는 인간의 존엄성·인권을 해치거나, 오로지 사적 목적만을 위한 것이 명백한 행위를 명령받은 경우 이를 거부할 권리를 명시하고, 그러한 명령이 있었다는 사실을 상관 또는 그 밖의 관계관에게 지체 없이 보고하도록 하고 위반시 1년 이하의 징역에 처하도록 하려는 내용으로, 군인이 위법한 명령 등을 적극적으로 거부할 수 있도록 하려는 제도적 기반을 마련하기 위한 취지로 이해된다는 점에서 그 입법 의도 및 목적은 긍정적인 것으로 판단됨.

현행	개정안
<신설>	제44조의2(거부권 등) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 명령을 받은 사람은 이를 거부할 수 있다. 1. 위법임이 명백한 행위를 내용으로 하는 명령 2. 인간의 존엄성 또는 인권을 해하는 것이 명백한 행위를 내용으로 하는 명령 3. 오로지 사적 목적만을 위한 것임이 명백한 명령 ② 제1항 각 호의 어느 하나에

현행	개정안
	<u>해당하는 명령을 받은 사람은 이를 상관 또는 그 밖의 관계관에게 지체 없이 보고하여야 한다.</u> <u>③ 제2항을 위반한 사람은 1년 이하의 징역에 처한다.</u>

□ 다만, 법체계 및 법문의 구체적 내용 등을 고려할 때 심사시 다음 사항을 고려할 필요가 있는 것으로 보임.

- 첫째, 안 제44조의2제1항은 군인이 상관의 위법한 명령 등을 거부할 수 있는 권리를 명시하려는 취지이나, 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 제36조제4항에 따라 상관은 법규 및 그 상관의 직무상 명령에 반하는 사항 또는 자신의 권한 밖의 사항 등을 명령하여서는 아니된다고 규정하고 있다는 점³⁾에서, 명령을 받는 군인의 거부권도 위 법률에 규정되는 것이 법체계상 보다 적절한 측

-
- 1) 「**군형법**」 제1조(적용대상자) ① 이 법은 이 법에 규정된 죄를 범한 대한민국 군인에게 적용한다.
 ② 제1항에서 “군인”이란 현역에 복무하는 장교, 준사관, 부사관 및 병(兵)을 말한다. 다만, 전환복무(轉換服務) 중인 병은 제외한다.
 ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 대하여는 군인에 준하여 이 법을 적용한다.
 1. 군무원
 2. 군적(軍籍)을 가진 군(軍)의 학교의 학생·생도와 사관후보생·부사관후보생 및 「병역법」 제57조에 따른 군적을 가지는 재영(在營) 중인 학생
 3. 소집되어 복무하고 있는 예비역·보충역 및 전시근로역인 군인
- 2) 개정안의 법문에는 상관의 명령이라는 점이 명시적으로 규정되어 있지 않으나, 개정안이 “상관의 정당한 명령”을 전제로 하고 있는 항명죄(제44조) 다음에 새로운 조문(안 제44조의2)을 신설하고 있다는 점을 고려하면, 상관의 위법한 명령을 전제로 하는 것으로 해석할 수 있음.
- 3) 「**군인의 지위 및 복무에 관한 기본법**」 제36조(상관의 책무) ④ 상관은 직무와 관계가 없거나 법규 및 상관의 직무상 명령에 반하는 사항 또는 자신의 권한 밖의 사항 등을 명령하여서는 아니 된다.

면이 있는 것으로 판단됨.

- 뿐만 아니라, 종래 판례가 상관의 명백한 위법 내지 불법한 명령은 직무상 명령이라 할 수 없어 이를 따라야 할 의무가 없음을 일관되게 밝혀온 점⁴⁾도 고려하여야 할 것으로 보임.

- 만약, 개정안과 같이 이 법에 거부권을 규정하는 경우, 상관의 위법한 명령에 대하여 거부한 경우 제44조의 항명죄⁵⁾가 성립하지 않거나 위법성·책임이 조각된다는 방식으로 규율하는 것이 보다 적절한 측면이 있는 것으로 보임.

- 둘째, 상관의 위법한 명령 사실을 그 상관 또는 그 밖의 관계관에게 지체없이 보고하도록 하고, 이를 위반하는 경우 위법한 명령을 받은 군인에 대하여 1년 이하의 징역을 처하도록 한 안 제44조의2

4) 대법원 1988. 2. 23. 선고 87도2358 판결 “공무원이 그 직무를 수행함에 있어 상관은 하관에 대하여 범죄행위 등 위법한 행위를 하도록 명령할 직권이 없는 것이며, 또한 하관은 소속상관의 적법한 명령에 복종할 의무는 있으나 그 명령이 참고인으로 소환된 사람에게 가혹행위를 가하라는 등과 같이 명백한 위법 내지 불법한 명령인 때에는 이는 벌써 직무상의 지시명령이라 할 수 없으므로 이에 따라야 할 의무는 없다 할 것이고(당원 1980.5.20 선고 80도306 판결 참조), 설령 치안본부 대공수사단 직원은 상관의 명령에 절대 복종하여야 한다는 것이 그 주장과 같이 불문물로 되어있다 할지라도, 국민의 기본권인 신체의 자유를 침해하는 고문행위 등이 금지되어 있는 우리의 국법질서에 비추어 볼 때 그와 같은 불문물이 있다는 점만으로는 이 사건 판시 범죄와 같이 중대하고도 명백한 위법명령에 따른 행위가 정당한 행위에 해당하거나 강요된 행위로서 적법행위에 대한 기대가능성이 없는 경우에 해당하게 되는 것이라고는 볼 수 없고 더우기 일진 기록에 비추어 볼때 위와 같은 위법한 명령이 피고인들이 저항할 수 없는 폭력이나 방어할 방법이 없는 협박에 상당한 것이라고 인정되지 않을 뿐 아니라 같은 피고인들이 그 당시 그와 같은 위법한 명령을 거부할 수 없는 특별한 상황에 있었기 때문에 적법행위를 기대할 수 없었다고 볼만한 아무런 자료도 찾아볼 수 없으므로 같은 취지로 위 피고인들의 주장을 배척한 원심의 조처는 정당하고, 논지는 이유없다.”

5) 「군형법」 제44조(항명) 상관의 정당한 명령에 반항하거나 복종하지 아니한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.

1. 적전인 경우: 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역
2. 전시, 사변 시 또는 계엄지역인 경우: 1년 이상 7년 이하의 징역
3. 그 밖의 경우: 3년 이하의 징역

제2항·제3항의 경우, 명령을 받은 군인이 특정 상관의 위법한 명령 사실을 지체없이 보고하도록 하여 신속하게 시정될 기회를 부여하고자 하려는 취지로 이해되는 측면은 있음. 그러나 이는 범인은닉·도피(「형법」 제151조6))와 같은 적극적인 행위⁷⁾를 전제로 하는 것이 아닌 단순한 불고지에 해당하는 행위를 처벌하고자 하려는 것이라는 점에서 심사시 헌법상 기본권과 관련된⁸⁾ 신중한 검토가 필요한 것으로 보임.

□ 법무부는 군인의 적법한 직무 수행을 보장하려는 입법취지에 공감하나, 구성요건을 구성하는 “위법임이 명백한 행위”, “인간의 존엄성 또는 인권을 해하는 것이 명백한 행위”, “오로지 사적 목적만을 위한 것”의 범위 및 내용이 불명확하여 명확성의 원칙 위배 우려가

6) 「형법」 제151조(범인은닉과 친족간의 특례) ① 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자를 은닉 또는 도피하게 한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

7) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2002도3332 판결 “범인은닉죄라 함은 죄를 범한 자임을 인식하면서 장소를 제공하여 체포를 면하게 하는 것만으로 성립한다 할 것이고(대법원 1983. 8. 23. 선고 83도1486 판결 참조), 죄를 범한 자에게 장소를 제공한 후 동인에게 일정 기간 동안 경찰에 출두하지 말라고 권유하는 언동을 하여야만 범인은닉죄가 성립하는 것이 아니며, 또 그 권유에 따르지 않을 경우 강제력을 행사하여야만 한다거나, 죄를 범한 자가 피고인의 말에 복종하는 관계에 있어야만 범인은닉죄가 성립하는 것은 더욱 아니다.”

8) 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 96헌바35 전원재판부 결정 “그런데 이 사건 심판대상 법률조항이 규정한 불고지죄는 국가의 존립과 안전에 손해가 되는 타인의 범행에 관한 객관적 사실을 고지할 의무를 부과할 뿐이고 개인의 세계관·인생관·주의·신조 등이나 내심에 있어서의 윤리적 판단을 그 고지의 대상으로 하는 것은 아니므로 양심의 자유 특히 침묵의 자유를 직접적으로 침해하는 것이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라 국가의 존립·안전에 손해가 되는 죄를 범한 자라는 사실을 알고서도 그것이 본인의 양심이나 사상에 비추어 범죄가 되지 아니한다거나 이를 수사기관 또는 정보기관에 고지하는 것이 양심이나 사상에 어긋난다는 등의 이유로 고지하지 아니하는 것은 결국 부작위에 의한 양심실현 즉 내심의 의사를 외부에 표현하거나 실현하는 행위가 되는 것이고 이는 이미 순수한 내심의 영역을 벗어난 것이므로 이에 대하여는 필요한 경우 법률에 의한 제한이 가능하다 할 것이다. 그리고 여러 가지 국내외 정세의 변화에도 불구하고 남북한의 정치·군사적 대결이나 긴장관계가 여전히 존재하고 있는 우리의 현실, 불고지죄가 보호하고자 하는 국가의 존립·안전이라는 법익의 중요성, 범인의 친족에 대한 형사처벌에 있어서의 특례설정 등 제반사정에 비추어 볼 때 이 사건 심판대상 법률조항이 양심의 자유를 제한하고 있다 하더라도 그것이 헌법 제37조 제2항이 정한 과잉금지의 원칙이나 기본권의 본질적 내용에 대한 침해금지의 원칙에 위반된 것이라고 볼 수 없다.”

있으므로 충분검토가 필요하다는 입장임.

- 국방부는 군인이 명령을 발령하거나 임무를 수행할 때에는 헌법과 법률을 준수하도록 함으로써 군인의 직무 수행의 적법성을 갖추도록 하려는 개정취지는 타당하나, 위법한 명령인지 여부는 객관적이고 명백하지 않은 경우가 많아 수명자가 자의적 해석에 기반하여 적법한 명령조차 거부되는 상황이 발생할 수 있다는 점, 상명하복의 군대의 특수성을 고려할 때 명령을 받는 부하에게 명령이 위법한 점에 대한 보고의무를 부과하고 위반 시 처벌하도록 하는 것은 지나친 부담을 지우는 것으로서 개정 취지에 배치된다는 점, 명령에 대한 거부권 또는 불복종 요건에 대해서는 명령 발령자의 의무와 명령 복종 의무를 규정하면서 적법한 명령의 요건을 규정하고 있는 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」에 규정하는 것이 법체계에 더 부합하는 것으로 보인다는 점 등을 고려할 때 신중검토가 필요하다는 입장임.

문 의 처

02)6788-5055
