

## 군형법상 상관모욕죄에 관한 헌법적 고찰\*

황 성 기\*\*

### <국문초록>

군형법상의 상관모욕죄는 표현의 자유의 보호범위에 해당하는 ‘모욕’이라는 표현행위를 제한한다. 따라서 상관모욕죄의 적용범위 내지 포섭범위의 확정 문제는 표현의 자유의 보호 문제이기도 하다. 그런데 표현의 자유, 특히 정치적 표현의 자유는 고도로 보장되어야 할 기본권 중의 하나이다. 따라서 군인의 정치적 표현의 자유가 위축되지 않도록 상관모욕죄의 해석 및 적용기준을 보다 구체적으로 제시할 필요가 있다. 그리고 오늘날에 있어서는 군의 특수성에 대한 지나친 경도에서 탈피하여 군형법을 비롯한 군사법제도에 있어서는 군인의 인권보장이라는 헌법적 가치의 실현에 방점을 둘 필요가 있다는 점에서, 군인의 기본권이 군 조직의 위계질서 및 통수체계 유지라는 공익에 항상 양보하는 법리나 해석은 지양할 필요가 있다. 이러한 측면에서 이 글에서는 군형법상의 상관모욕죄에 관한 대법원 및 헌법재판소의 해석의 문제점을 분석하고, 보다 가치균형적·가치조화적 관점에서 합헌적 해석기준을 제시하고자 하였다. 연구결과를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 군형법상의 상관모욕죄의 보호객체인 상관에 대통령을 포함시키는 해석은, 군인의 표현의 자유와 군 조직의 위계질서 및 통수체계 유지 간의 충돌에 있어서 균형과 조화를 이루지 못하는 해석이다. 군형법에 의한 규율의 기본전제인 명령복종관계 또는 계급·서열의 상하관계는 직업군인 상호간의 관계를 의미하는 것으로 한정적으로 해석할 필요가 있다. 따라서 군형법상의 상관모욕죄의 보호객체인 상관에서 대통령은 제외해야 한다.

둘째, 대통령을 상관에서 완전히 제외시키는 것이 힘들다고 한다면, 군통수권

\* 이 논문은 2017년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2017S1A5B4055753).

\*\* 한양대학교 법학전문대학원 교수.

자로서의 대통령과 정치인으로서의 대통령을 구분해서 적용해야 한다. 상관모욕죄의 상관에 포함되는 대통령은 군통수권자로서의 대통령에 국한해야 하고, 정치인으로서의 대통령은 제외해야 한다. 정치인으로서의 대통령을 대상으로 하는 군인의 모욕적 표현은 균형법상의 상관모욕죄가 아닌 형법상의 모욕죄로 규율해야 한다.

셋째, 사적인 영역에서 이루어지는 표현행위나 군 조직의 질서 및 통수체계 유지와 관련성이 없는 표현행위에 대해서는 상관모욕죄의 포섭범위에서 제외할 필요가 있다. 균형법상의 상관모욕죄는 군 조직의 질서 및 통수체계 유지와 관련성이 있는 공석에서 군 조직의 질서 및 통수체계 유지와 관련성이 있는 공적인 사안에 대해 이루어진 직무상 발언의 경우에만 적용되도록 한정적으로 해석해야 한다.

주제어: 균형법, 상관모욕죄, 표현의 자유, 국가안전보장, 군통수권자로서의 대통령, 정치인으로서의 대통령

目次

- I. 들어가는 말
- II. 균형법상 상관모욕죄의 연혁 및 내용
- III. 균형법상 상관모욕죄 관련 검토대상 대법원 판결례 및 헌법재판소 결정례
- IV. 균형법상 상관모욕죄의 합헌적 해석기준
- V. 나오는 말

## I. 들어가는 말

현행 군형법(軍刑法)은 제10장 ‘모욕의 죄’라는 범주 하에 제64조<sup>1)</sup> 제1항 및 제2항이 소위 ‘상관모욕죄’를, 동조 제3항 및 제4항이 상관명예훼손죄를, 제65조<sup>2)</sup>가 초병모욕죄를 규정하고 있다.

오늘날 우리 사회의 민주주의가 발전하면서 군(軍)의 민주화도 피할 수 없는 시대적 흐름 내지 시대적 과제가 되었다. 군의 민주화 과정을 거치면서, 군인의 인권 보장 문제가 우리 사회의 중요한 화두가 되었고, 그 중에서도 특히 군인의 표현의 자유 및 정치적 표현의 자유의 보장 문제가 논란이 되고 있다. 군인의 표현의 자유 및 정치적 표현의 자유와 긴장관계에 있는 가장 대표적인 군형법상의 규정이 바로 제64조가 규정하고 있는 상관모욕죄와 상관모욕훼손죄이다.

이 논문은 군형법 제64조가 규정하고 있는 상관모욕죄와 상관모욕훼손죄 중에서 상관모욕죄의 보호법익과 군인의 표현의 자유, 특히 정치적 표현의 자유 간의 균형과 조화를 도모하기 위한 합헌적 법률해석기준을 도출하는 것을 목적으로 한다. 이를 위해 우선 상관모욕죄의 연혁 및 내용을 살펴보고(Ⅱ), 상관모욕죄에 관한 판례 중 이 글에서 비판적 분석의 대상으로 삼고 있는 대법원 판결례 및 헌법재판소 결정례의 판시내용을 정리한 다음(Ⅲ), 마지막으로 대법원 및 헌법재판소의 해석의 문제점을 분석하고 합헌적 해석기준을 제시하고자 한다(Ⅳ).

- 
- 1) 제64조(상관 모욕 등) ① 상관을 그 면전에서 모욕한 사람은 2년 이하의 징역이나 금고에 처한다.
    - ② 문서, 도화(圖畵) 또는 우상(偶像)을 공시(公示)하거나 연설 또는 그 밖의 공연(公然)한 방법으로 상관을 모욕한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다.
    - ③ 공연히 사실을 적시하여 상관의 명예를 훼손한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다.
    - ④ 공연히 거짓 사실을 적시하여 상관의 명예를 훼손한 사람은 5년 이하의 징역이나 금고에 처한다.
  - 2) 제65조(초병 모욕) 초병을 그 면전에서 모욕한 사람은 1년 이하의 징역이나 금고에 처한다.

## II. 균형법상 상관모욕죄의 연혁 및 내용

### 1. 연혁

상관모욕죄의 연혁은 1948. 7. 5. 군정법률로 제정되고 1948. 8. 4. 시행된 국방경비법<sup>3)</sup>으로 거슬러 올라간다. 국방경비법이 적법하게 공포된 대한민국 법률인지 여부는 별론으로 하더라도<sup>4)</sup>, 국방경비법 제13조는 ‘정부수석, 부수석, 통위부장에 대한 불경죄’<sup>5)</sup>를, 제14조는 ‘상관에 대한 불경죄’<sup>6)</sup>를

3) 국방경비법은 1962. 1. 20.부터 시행된 균형법으로 인하여 1962. 6. 1.부로 폐지되었다.

4) “1948. 7. 12. 제정되고 1948. 7. 17. 공포된 대한민국헌법 부칙 제100조에서는 “현행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는한 효력을 가진다”라고 규정하였다. 일부 법령집 등에는 구 국방경비법이 1948. 7. 5. 남조선과도정부 법률(호수 미상)로 공포되고 1948. 8. 4. 효력을 발생한 법률로 기재되어 있다. 그리고 구 국방경비법이 1962. 1. 20. 공포된 균형법과 군법회의법에 의해 폐지되기까지 ‘현행법령’임을 전제로 재판에서 널리 적용되었음은 청구인들의 경우에서 보는 바와 같다. 그러나, 구 국방경비법이 실제 공포되었다는 관보나 제정경위에 관한 직접적인 자료는 발견되지 않고 있어서 그 성립여부나 경위에 관한 의문이 제기되고 있다. ... 미군정기의 법령체계나 제정, 공포방식은 지금과는 차이가 많은 과도기적인 것으로서 ‘법령 기타 법규’의 형식을 가진 법령이 반드시 ‘법률’보다 하위의 규범이라 할 수 없고 그 공포방식도 정형화되어 있지 않았던바, 구 국방경비법은 군정장관이 직권에 의하여 ‘법령’으로 제정한 것이거나 ‘조선경비청에 대한 규정’을 개정하는 ‘기타 법규’로서 군정청관보에의 게재가 아닌 다른 방법에 의하여 공포한 것이거나 특히 구 국방경비법 제32조, 제33조는 1946. 6. 15. 당시 이미 존재하고 있었다고 볼 수 있는 점, 대한민국 정부수립후 구 국방경비법은 1962. 1. 20. 폐지될 때까지 아무런 의심없이 국민들에 의해 유효한 법률로 취급받았고 유효한 법률이었음을 전제로 입법이 되는 등 실질적으로 규범력을 갖춘 법률로 승인된 점 등을 종합하여 볼 때, 비록 구 국방경비법의 제정, 공포경위가 명백히 밝혀지지 않기는 하나 그 유효한 성립을 인정함이 합리적이다.”(헌재 2001. 4. 26. 98헌바79, 판례집 13-1, 799, 820-826 참조)

5) 제13조(정부수석, 부수석, 통위부장에 대한 불경) 정부수석, 부수석 또는 통위부장에 대하여 모욕죄 또는 불경한 언사를 사용하는 여하한 장교든지 군법회의 판결에 의하여 과면 혹은 타 형에 처함. 기타 여하한 군법피적용자든지 차 중 범죄를 범하는 자는 군법회의 판결에 의하여 처벌함.

6) 제14조(상관에 대한 불경) 여하한 군법피적용자든지 상관에 대하여 불경한 행위를 하는 자는 군법회의 판결에 의하여 처벌함.

규정하고 있었다.

그리고 1962. 1. 20. 법률 제1003호로 제정되고 1962. 1. 20.부터 시행된 군형법<sup>8)</sup>은 ‘정부수석, 부수석, 통위부장에 대한 불경죄’를 폐지한 반면, ‘상관에 대한 불경죄’의 경우에는 제64조 제1항 및 제2항을 통해 상관모욕죄로 계승하였다. 다만 상관명예훼손죄의 경우에는, 1963. 12. 16. 법률 제1620호로 일부개정되고 1963. 12. 17.부터 시행된 제1차 개정 군형법에서 제64조 제3항(사실적시 상관명예훼손죄) 및 제4항(허위사실적시 상관명예훼손죄)으로 신설되었다.

## 2. 내용 및 특징

### (1) 내용

군형법 제64조 제1항 및 제2항이 규정하고 있는 상관모욕죄는 제1항이 규정하고 있는 상관면전모욕죄와 제2항이 규정하고 있는 상관공연모욕죄로 구분된다. 상관면전모욕죄와 상관공연모욕죄의 가장 핵심적이고도 공통된 구성요건은 ‘상관’과 ‘모욕’일 것이다. 그리고 제64조 제1항과 제2항의 차이점을 보여주는 기타 구성요건으로 ‘면전’(제1항), ‘문서, 도화 또는 우상

7) 당시 국방경비법에서는 ‘상관’을 “명령관계에 있어서 명령권을 유하는 장교를 의미함. 단 명령권이 없어도 계급상 또는 서열상 선임인 장교는 상관에 준함.”으로 정의를 내리고 있었다(제2조 제3호).

8) 이 당시 제정 군형법에 가장 크게 영향을 미친 법률은 구 일본육군형법이고, 오늘날의 군형법에서 발견되는 문제점들로는, ① 군형법은 군국주의적 엄벌주의 색채가 강한 구 일본육군형법을 거의 그대로 모방함에 따라 형량이 매우 높은 편이라는 점, ② 6·25 전쟁을 거치면서 군 내부의 요구가 충실히 반영된 군형법안이 입안되었고, 그 결과 일본육군형법의 엄벌주의적 성격이 더욱 강화되었다는 점, ③ 군형법이 형법의 특별법임에도 불구하고, 제정 군형법은 이미 1953년부터 시행되고 있던 형법전과의 체계적 조정을 거치지 않고 입법화되었다는 점, ④ 제정 이후의 대부분의 군형법 개정 내용은 다른 법률의 제·개정에 따른 법률용어의 변경이거나, 단순한 법정형의 조정, 형법이나 다른 형사특별법에 의하여 처벌되는 범죄를 군형법에서도 규율하는 정도의 개정에 그쳤다는 점 등이 제시되고 있다. 박안서, “군형법 제정의 역사적 배경과 관련 문제점”, 군사 제82호(2012), 237-239쪽.

을 공시하거나 연결 또는 그 밖의 공연한 방법'(제2항)이 존재한다. 각 구성요건의 의미는 다음과 같다.

첫째, '상관'이다. 균형법상 상관이란 "명령복종 관계에서 명령권을 가진 사람을 말한다. 명령복종 관계가 없는 경우의 상위 계급자와 상위 서열자는 상관에 준한다."고 정의되고 있다(제2조 제1호). 그리고 전자는 순정상관(純正上官), 후자는 준상관(準上官)이라고 한다. 균형법상의 각 범죄에 나오는 상관의 의미는 균형법총칙에 나오는 상관의 정의를 기초로 해석하되, 균형법각칙에 나오는 상관의 개념은 각 개별조문에 맞게 판단할 여지가 있는데, 상관면전모욕죄와 상관공연모욕죄의 보호객체인 상관은 순정상관뿐만 아니라 준상관까지 포함하는 것으로 해석되고 있다.<sup>9)</sup> 대법원은 상관모욕죄에서의 상관의 의미와 관련하여, ① 상관모욕죄에서의 상관에 대통령이 포함된다는 점<sup>10)</sup>, ② 상관모욕죄에서의 상관에는 명령복종 관계가 없는 경우의 상위 계급자와 상위 서열자도 포함되고, 상관이 반드시 직무수행 중일 것을 요하지 아니한다는 점<sup>11)</sup>을 제시한 바 있다. 한편 군인이 상관 이외의 자(상관이 아닌 군인과 민간인)를 공연히 모욕한 경우에는 형법상의 모욕죄가 적용될 수 있다.

둘째, '모욕'이다. 모욕의 개념은 형법상 모욕죄의 모욕과 동일하게 이해해야 할 것이다.<sup>12)</sup> 따라서 형법상의 모욕죄가 갖고 있는 헌법적 문제점이

9) 박철·정정균, 균형법 개정판, 진영사, 2018, 91쪽, 193쪽, 195쪽; 지대남·박경환, 군사법원론, 바른숲, 2013, 288쪽. 반면에 항명죄에서의 상관은 명령권자인 순정상관에 한하고 준상관은 포함되지 않는 것으로 해석되고 있다. 항명죄가 명령복종관계를 요구하기 때문에 여기에서의 상관은 순정상관에 한하는 것이 당연하다는 것이다. 박철·정정균, 같은 책, 125쪽.

10) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013도4555 판결.

11) 대법원 2015. 9. 24. 선고 2015도11286 판결.

12) "형법 제311조의 모욕죄는 사람의 가치에 대한 사회적 평가를 의미하는 외부적 명예를 보호법익으로 하는 범죄로서, 모욕죄에서 말하는 모욕이란 사실을 적시하지 아니하고 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것을 의미한다. 따라서 어떠한 표현이 상대방의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 것이 아니라면 설령 그 표현이 다소 무례한 방법으로 표시되었다 하더라도 이를 두고 모욕죄의 구성요건에 해당한다고 볼 수 없다."(대법원 2018. 11. 29. 선고 2017도2661 판결)

균형법상의 상관모욕죄에도 동일하게 존재할 수 있다.<sup>13)</sup>

셋째, ‘면전’이다. 면전은 얼굴을 마주 대한 상태를 의미하는 것이고, 전화를 통하여 통화하는 것은 면전에서 대화에 해당하지 않는다고 해석되고<sup>14)</sup>, 상관을 그 면전에서 모욕한 경우에는 공연성을 갖추지 아니하더라도 상관면전모욕죄가 성립한다.<sup>15)</sup>

넷째, ‘문서, 도화 또는 우상을 공시하거나 연설 또는 그 밖의 공연한 방법’이다. 공시라는 것은 불특정 또는 다수인이 볼 수 있는 상태에 두는 것을 말하고, 문서·도화·우상은 공연성에 대한 예시적 규정에 규정이므로 기타의 방법에 의한 모욕이 가능하다.<sup>16)</sup> 상관공연모욕죄에서의 ‘공연성’의 의미와 관련하여, 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태에서 상관을 모욕함으로써 성립하고, 그 공연성의 정도가 반드시 문서, 도화 또는 우상을 공시하거나 연설을 하는 방법에 상응하는 정도의 것일 필요가 없다는 것이 대법원의 입장이다.<sup>17)</sup>

13) 형법상의 모욕죄에 대해서는 헌법재판소가 두 번에 걸쳐서 합헌결정을 내린 적이 있다(헌재 2011. 6. 30. 2009헌바199, 판례집 23-1하, 337; 헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37, 판례집 25-1, 506). 그러나 2012헌바37 결정에서 반대의견은, ① 다른 사람에 대한 부정적이거나 경멸적 내용이 있는 표현은 거의 대부분 모욕에 해당하게 됨으로써 모욕에 포함되는 행위유형과 범위가 지나치게 광범위하여 표현의 자유에 대한 위축효과가 지나치게 크다는 점, ② 가벼운 모욕행위나 단순한 경멸적 감정 표현 또는 부정적 비판이나 풍자행위까지 처벌할 수 있어 표현의 자유를 지나치게 제한한다는 점, ③ 모욕행위를 일반적으로 처벌하는 것은 국제인권기준에도 어긋나고, 대의민주제를 채택하고 있는 대다수의 나라에서 표현의 자유를 보호하기 위하여 모욕이나 명예훼손을 범죄에서 제외하고 있는 입법 추세에도 역행하는 것이라는 점 등을 근거로, 형법상 모욕죄는 과잉금지원칙에 위반하여 표현의 자유를 침해한다는 의견을 제시한 바 있다(헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37, 판례집 25-1, 506, 514-518). 그리고 모욕죄는 사실상 수반하지 않는 의견과 감정의 표명에 대해서는 법적 책임을 지을 수 없다는 헌법적 원리에 반한다는 주장도 존재한다. 자세한 것은 박경신, “모욕죄의 위헌성과 친고죄 조항의 폐지에 대한 정책적 고찰”, 고려법학 제52호(2009), 263-299쪽 참조. 한편 모욕죄는 헌법상 표현의 자유나 죄형법정주의의 명확성원칙, 형법의 보충성원칙과 조화를 이룰 수 없어 입법론상 비범죄화하는 것이 바람직하다는 견해도 있다. 김성돈, 형법각론 제5판, 성균관대학교 출판부, 2018, 227쪽.

14) 대법원 2002. 12. 27. 선고 2002도2539 판결.

15) 대법원 2015. 9. 24. 선고 2015도11286 판결.

16) 이상철 외 5인, 군사법원론, 박영사, 2014, 222쪽.

다섯째, 상관모욕죄가 적용되는 발언의 성격이다. 공식 상에서의 직무상 발언에 의한 모욕뿐 아니라, 사석에서의 발언에도 적용될 수 있다는 것이 대법원의 입장이다.<sup>18)</sup>

여섯째, 상관모욕죄의 보호법익이다. 대법원은 상관모욕죄의 보호법익으로 상관에 대한 사회적 평가, 즉 외부적 명예 외에 군 조직의 (위계)질서 및 통수체계 유지도 제시한 바 있다.<sup>19)</sup> 그리고 헌법재판소는 아래에서 분석할 2013헌바111 결정에서 상관모욕죄의 입법목적은 군의 전투력을 유지·강화하여 국가의 안전을 보장하고 국토를 방위하는 것으로, 그 주된 보호법익은 ‘상관에 대한 사회적 평가’라는 개인적 법익이 아니라 ‘군 조직의 질서 및 통수체계’라는 국가적 법익에 있다고 보았다.<sup>20)</sup>

일곱째, 법정형과 관련하여, 상관면전모욕죄는 ‘2년 이하의 징역이나 금고’로 규정되어 있고, 상관공연모욕죄는 ‘3년 이하의 징역이나 금고’로 규정되어 있다.

## (2) 특징

군형법상의 상관모욕죄는 유사한 입법례인 형법상의 모욕죄<sup>21)</sup>와 비교해 볼 때, 다음과 같은 차이점 내지 특징을 지니고 있다.

첫째, 군형법상의 상관모욕죄는 상관면전모욕죄와 상관공연모욕죄로 구분하고 있지만, 형법상의 모욕죄는 공연모욕죄만 규정하고 있다.

둘째, 형법상의 모욕죄에는 벌금형이 있지만, 군형법상의 상관모욕죄에는 벌금형이 없다. 즉 법정형과 관련하여, 형법상의 모욕죄는 ‘1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만원 이하의 벌금’을 규정하고 있지만, 군형법상의 상관모욕죄는 ‘2년 이하의 징역이나 금고’(상관면전모욕죄), ‘3년 이하의 징

17) 대법원 1999. 11. 12. 선고 99도3801 판결.

18) 대법원 1967. 9. 26. 선고 67도1019 판결.

19) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013도4555 판결; 대법원 2015. 9. 24. 선고 2015도 11286 판결.

20) 헌재 2016. 2. 25. 2013헌바111, 판례집 28-1상, 42, 54.

21) 형법 제311조(모욕) 공연히 사람을 모욕한 자는 1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

역이나 금고'(상관공언모욕죄)를 규정하고 있다.

셋째, 형법상의 모욕죄는 친고죄이지만(형법 제312조 제1항), 군형법상의 상관모욕죄는 이에 관한 명시적인 규정이 없으므로 친고죄라 보기 어렵다.<sup>22)</sup>

결국 군형법 제64조 제1항 및 제2항의 상관모욕죄는, 일반인의 명예보호를 목적으로 하는 형법상의 모욕죄와 비교해 보았을 때, 세부적인 구성요건은 차치하더라도 법정형이라든지 친고죄 여부 등에서 결정적인 차이가 존재한다.<sup>23)</sup> 이러한 차이점은 전반적으로 군형법이 군대의 특수성을 감안하여 일반형법보다 강력한 처벌시스템을 유지하고 있는 것에서부터 유래한다.<sup>24)</sup>

22) 강영훈·이규찬, 군사법개설 수정판, 연경문화사, 2003, 324쪽.

23) 특히 명예훼손죄와 관련하여서는, 형법상의 사실적시 명예훼손죄의 경우에는 특수유형 위법성 조각사유(제310조)가 존재하지만, 군형법상의 사실적시 상관명예훼손죄의 경우에는 특수유형 위법성 조각사유가 별도로 존재하지 않는다는 점도 차이점들 중의 하나이다. 형법 제310조가 군형법상의 상관명예훼손죄에도 적용되는가의 문제와 관련하여, 형법 제310조의 명문상 형법 제307조에만 적용될 뿐이고, 군사회의 특수성을 반영한 군형법상의 상관명예훼손죄에는 적용되지 않는다는 견해가 있다. 이상철 외 5인, 앞의 글, 224쪽. 그런데 상관에 대한 명예훼손은 일본 군형법상에서도 존재하지 않았다고 한다. 그렇다면 상관명예훼손죄의 입법적 근거로 생각해 볼 수 있는 것으로는 형법 제310조(위법성의 조각)나 제312조(고소와 피해자의 의사)의 적용이 배제되는 정도인데, 전자는 군대 내부에서의 표현의 자유를 과도하게 제한할 우려가 있고 후자는 피해자의 의사가 형사소추에 영향을 미칠 수 없게 되어 피해자의 이익을 지나치게 침해할 가능성이 있다고 비판되고 있다. 오병두, “군형법의 문제점과 개정방향”, 형사정책 제20권 제1호(2008), 25쪽의 각주 56).

24) 군형법은 군의 조직과 질서를 침해하는 일정한 행위를 범죄로 규정하고 이에 대한 형벌을 규정하고 있는 특별형법으로서, 군형법의 기본목적은 형벌이라는 제재를 수단으로 하여 군의 조직과 질서 및 규율을 유지하고 전투력을 보존·발휘하도록 하는 것이다. 정재권, 군형법 및 군사법원법의 개선방향, 충북대학교 법학석사학위논문, 2003, 22쪽.

### III. 균형법상 상관모욕죄 관련 검토대상 대법원 판결례 및 헌법재판소 결정례

#### 1. 대법원 판결례 - 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013도4555 판결<sup>25)</sup>

피고인은 퇴근 후 자신의 집에서 SNS(트위터)에 “취새끼 사대강으로 총알 장전해서 신공항, KTX, 수돗물까지 다 해쳐먹으려는 듯! 총알이 좀 부족한지 내년엔 14조원 들여서 무기구입까지!”라는 글을 올리는 등의 방법으로 총 9회에 걸쳐 당시 이명박 대통령을 모욕하였다는 혐의로 기소되었다. 제1심인 특수전사령부 보통군사법원과 항소심인 고등군사법원은 유죄를 인정하였다.<sup>26)</sup> 상고심인 대법원에서는 균형법 제64조 제2항의 상관공연 모욕죄의 객체인 상관에 대통령이 포함되는가가 핵심쟁점이었다.

대법원은 “헌법 제74조, 국군조직법 제6조는 대통령은 국군을 통수한다고 규정하고 있고, 국군조직법 제8조는 국방부장관은 대통령의 명을 받아 군사에 관한 사항을 관장한다고 규정하고 있으며, 국군조직법 제9조, 제10조는 합동참모의장과 각군 참모총장은 국방부장관의 명을 받는다고 규정하고 있는 등 대통령과 국군의 명령복종관계를 규정하고 있고, 한편 군인사법 제47조의2의 위임에 의한 군인복무규율 제2조 제4호는 2009. 9. 29. 대통령령 제21750호로 개정되면서 ‘상관이란 명령복종관계에 있는 사람 사이에서 명령권을 가진 사람으로서 국군통수권자부터 바로 위 상급자까지를 말한다’고 규정함으로써 대통령이 상관이라고 명시하고 있다. 균형법상 상관모욕죄는 상관에 대한 사회적 평가, 즉 외부적 명예 외에 군 조직의 질서 및 통수체계 유지 역시 보호법익으로 하는 점, 상관모욕죄의 입법 취지, 앞서 본 바와 같은 법규범의 체계적 구조 등을 종합하면, 상관모욕죄에서

25) 이 판결의 제1심 판결은 특수전사령부 보통군사법원 2012. 11. 2. 선고 2012고7 판결이고, 항소심 판결은 고등군사법원 2013. 4. 12. 선고 2012노244 판결이다.

26) 제1심인 특수전사령부 보통군사법원과 항소심인 고등군사법원이 모욕의 객관적 구성요건에 해당한다고 판단한 표현은 ‘취새끼’, ‘가카새끼’, ‘아 씨발 명박이’, ‘명박이 저식새끼’ 등이다.

의 ‘상관’에 대통령이 포함된다고 보아야 한다.”는 취지로 하급심의 유죄판단을 수긍하였다.<sup>27)</sup>

## 2. 헌법재판소 결정례 - 현재 2016. 2. 25. 2013헌바111, 군형법 제64조 제2항 위헌소원

군형법상의 상관모욕죄의 위헌 여부에 관한 헌법재판소의 판단은 지금까지 한 번 이루어졌다. 바로 헌법재판소가 2016. 2. 25. 군형법 제64조 제2항에 대해서 합헌결정을 내린 2013헌바111 결정이다.<sup>28)</sup> 이 사건에서의 쟁점은 다음과 같이 크게 두 가지이다.

첫째, 군형법 제64조 제2항의 상관 중 ‘명령복종 관계에서 명령권을 가진 사람’ 부분이 명확성원칙에 위배되는지 여부이다. 이 쟁점과 관련하여, 법정의견은 “명령복종이라는 문언 자체가 일의적으로 정의될 수 없어서 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 것이지만, 심판대상조항의 적용대상자가 계급구조와 상명하복 관계를 특성으로 하는 군 조직의 군인 또는 군무원으로 한정되고, 상관에 대한 사회적 평가에 더하여 군기를 확립하고 군

27) 피고인이 군인의 신분에서 군통수권자로서의 대통령을 모욕한 것이 아니라 유권자의 신분에서 행정부 수반으로서의 대통령을 모욕한 것이라고 하는 주장의 타당성을 검토해야 할 필요가 있다는 전제 하에, 상관모욕죄가 성립하기 위해서는 상관의 외적 명예와 군 조직의 질서 및 통수체계 유지라고 하는 두 보호법익 모두에 대한 추상적 위험이라도 발생해야 하는데, 피고인의 행위에 의해 대통령의 외적 명예에 추상적 위험이 발생하였다고는 할 수 있지만, 특전사 중사가 근무시간 이외에 SNS로 대통령을 모욕하였다고 하여 군 조직의 질서 및 통수체계 유지가 침해될 수 없음은 물론이고 그에 대한 구체적 위험이나 추상적 위험도 발생하였다고 하기는 곤란하다는 관점에서, 이 대법원 판결을 비판하는 견해가 있다. 오영근, “2013년도 형법판례 회고”, 형사판례연구 제22호(2014), 550-552쪽 참조.

28) 이 헌법재판소 결정의 당해사건은 바로 대법원 2013도4555 판결의 원심사건인 고등군사법원 2012노244 사건이다. 즉 이 사건의 헌법소원심판 청구인은 항소심인 고등군사법원 2012노244 사건의 피고인으로서 항소심 계속 중 상관모욕죄를 규정한 군형법 제64조 제2항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였는데(고등군사법원 2013초기2), 이 신청이 2013. 4. 12. 항소와 더불어 기각되자 2013. 4. 18. 이 사건 헌법소원심판을 청구한 것이다.

조직의 위계질서와 통수체계를 유지하려는 상관모욕죄의 입법목적이나 보호법의 등에 비추어 이를 예견할 수 없을 정도로 광범위하다고 보기는 어려우므로, 심판대상조항은 명확성원칙에 위배되지 아니한다.”는 취지의 의견을 제시하였다. 그러면서도 위 대법원 판결과 동일하게 헌법 조항 및 관련 법령 조항들을 근거로 국군통수권자인 대통령이 상관에 해당된다는 취지의 언급도 하였다.

둘째, 균형법 제64조 제2항이 표현의 자유를 침해하는지 여부이다. 이 쟁점과 관련하여, 법정의견은 “헌법에서 국군의 정치적 중립의무를 강조하는 취지나 효과적인 국방정책의 실현방안 등을 고려할 때 군인 개인의 정치적 표현에는 제한이 따를 수밖에 없다. 군 조직의 특성상 상관을 모욕하는 행위는 상관 개인의 인격적 법익에 대한 침해를 넘어 군기를 문란케 하는 행위로서, 그로 인하여 군 조직의 위계질서와 통수체계가 파괴될 위험성이 커 이를 일반예방적 효과가 있는 균형법으로 처벌할 필요성이 있다. 단순한 결례나 무례의 수준을 넘어 상관에 대한 사회적 평가를 저하시킬 수 있는 경멸적 표현에 해당하여야만 심판대상조항의 처벌대상이 되므로 남용의 우려가 적고, 심판대상조항의 주된 보호법익이나 법정형의 상한 등을 고려할 때 심판대상조항의 법정형이 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다고 보기 어렵다. 심판대상조항으로 제한되는 행위는 상관에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정의 표현이어서 비록 그 표현에 군인 개인의 정치적 의사 표현이 포함될 수 있다고 하더라도, 군 조직의 특수성과 강화된 군인의 정치적 중립의무 등에 비추어 그 제한은 수인의 한도 내에 있다고 보인다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 군인의 표현의 자유를 침해하지 아니한다.”는 취지의 의견을 제시하였다.

반면에 반대의견은 “‘모욕’에 포함되는 행위유형은 지나치게 광범위하여 다른 사람에 대한 부정적이거나 경멸적 내용이 있는 표현은 대부분 모욕에 해당하게 되는데, 이처럼 모욕의 범위가 넓어 표현의 자유에 대한 위축효과가 지나치게 크고, 가벼운 모욕행위나 단순한 경멸적 감정 표현 또는 부정적 비판이나 풍자행위까지 처벌할 수 있어 표현의 자유를 지나치게 제한

하는 것이다. 모욕행위를 일반적으로 처벌하는 것은 국제인권기준에도 어긋날 뿐 아니라, 대의민주제를 채택하고 있는 대다수의 나라에서 표현의 자유를 보호하기 위하여 모욕이나 명예훼손을 범죄에서 제외하고 있는 입법 추세에도 역행하므로, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 표현의 자유를 침해한다. 상명하복의 위계질서가 분명한 군대 조직의 특성상 상관의 부당한 대우에 반발하여 흥분상태에서 모욕적 언행을 하는 등 형법상 모욕죄보다 다양한 상황에서 균형법상 상관모욕죄가 발생할 수 있는데도, 심판대상조항은 상관을 모욕하기만 하면 일률적으로 3년 이하의 징역 또는 금고형으로만 처벌하도록 규정하고 있어 단순 모욕행위로 군인 신분이 박탈될 수 있다. 군대의 특성상 상관모욕죄를 처벌할 필요성이 있다 할지라도 모욕의 정도를 불문하고 벌금형 없이 징역이나 금고로만 처벌하도록 하고있는 심판대상조항은 형벌과 책임 간 비례의 원칙에도 위배된다.”는 취지의 의견을 제시하였다.

#### IV. 균형법상 상관모욕죄의 합헌적 해석기준

##### 1. 상관모욕죄의 보호법익의 문제

균형법상 상관모욕죄의 보호법익은 기존의 학설이나 법원 및 헌법재판소의 입장에 따르면 상관의 외적(외부적) 명예, 군의 조직·질서 및 기율의 유지·확보<sup>29)</sup>, 군 조직의 (위계)질서 및 통수체계 유지 등으로 정리될 수 있다. 따라서 상관모욕죄의 보호법익은 크게 개인적 법익인 ‘상관의 명예’와 국가적 법익인 ‘군 조직의 질서 및 통수체계 유지’로 구분이 가능하다. 그런데 여기서 이 두 가지 법익 간의 우열이 가능한가의 문제가 등장할 수 있는데, 헌법재판소는 2013헌바111 결정에서 상관모욕죄의 주된 보호법익은 ‘상관에 대한 사회적 평가’라는 개인적 법익이 아니라 ‘군 조직의 질서

29) 균형법상 모욕죄의 보호법익은 외부적 명예와 군의 조직과 질서 및 기율의 유지·확보에 있다는 견해로는 이상철 외 5인, 앞의 글, 220쪽.

및 통수체계'라는 국가적 법익에 있다고 보았다.<sup>30)</sup>

필자는 상관모욕죄의 보호법익과 관련하여서는, 개인적 법익인 '상관의 명예'와 국가적 법익인 '군 조직의 질서 및 통수체계 유지' 두 가지 모두를 인정하는 것은 적절치 않다는 입장을 갖고 있다. 즉 상관모욕죄의 보호법익으로는 개인적 법익인 '상관의 명예'가 아니라 국가적 법익인 '군 조직의 질서 및 통수체계 유지'만을 인정해야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 두 가지 법익을 모두 상관모욕죄의 보호법익으로 인정해 버리면, 상관모욕죄의 적용범위 내지 포섭범위가 너무 포괄적이고 광범위해지는 문제점을 야기시키기 때문이다. 즉 사적인 영역에서 이루어지는 표현행위 뿐만 아니라, 군 조직의 질서 및 통수체계 유지와 관련성이 없는 표현행위도 상관모욕죄에 의해 포섭되는 문제점을 야기시키기 때문이다.

둘째, 개인적 법익인 '상관의 명예'와 관련하여서는, 균형법이 아닌 형법상의 모욕죄로도 충분히 보호될 수 있기 때문이다. 군인은 균형법의 적용대상자이기도 하지만, 군인이기 전에 일반 국민으로서 형법의 적용대상자이기도 하다. 따라서 상관의 개인적 법익인 명예보호는 형법상의 모욕죄에 의해서도 가능하다.

셋째, 균형법상의 상관모욕죄는 형법상의 모욕죄와는 달리 친고죄가 아니라는 점도 균형법 제정 당시 입법자가 상관모욕죄의 보호법익으로 개인적 법익인 '상관의 명예'를 고려하지 않았다는 추측을 뒷받침하는 논거 중의 하나가 될 수 있다.

넷째, 일반적으로 보호법익의 문제는 형법 '해석'의 문제라고 한다면, 상관모욕죄의 보호법익의 확정도 결국 상관모욕죄의 해석의 문제로 귀결된다. 그런데 상관모욕죄의 보호법익으로 개인적 법익인 '상관의 명예'를 포함시켜야 할 논리적인 필연이 존재하지 않는다면, 상관모욕죄의 보호법익

30) 헌법재판소는 이것을 근거로 모욕의 유형이나 상대방의 피해상황 등을 구체적으로 구분하지 아니하고 모든 상관 모욕행위에 대하여 일괄적으로 3년 이하의 징역형으로 처벌하도록 규정하였다는 사유만으로 법정형을 정할 입법자의 형성권이 자의적으로 행사되었다고 단정하기 어렵고, 나아가 군인에 대한 위와 같은 차별취급은 합리성 내지 정당성을 갖는다고 판단하였다. 헌재 2016. 2. 25. 2013헌바111, 판례집 28-1상, 42, 54.

으로 개인적 법익인 ‘상관의 명예’는 제외하고 국가적 법익인 ‘군 조직의 질서 및 통수체계 유지’만을 인정하는 것도 불가능한 해석은 아니다.

## 2. 군인의 표현의 자유와 군 조직의 질서 및 통수체계 유지 간의 균형·조화

균형법상의 상관모욕죄는 어떻게 보면 형법상의 모욕죄의 균형법적 입법례에 해당한다. 하지만 형법상의 모욕죄에서 발견되는 법익 충돌의 기본구조와 균형법상의 상관모욕죄에서 발견되는 법익 충돌의 기본구조는 다르다. 우선 형법상의 모욕죄는, 피해자의 명예 보호라고 하는 개인적 법익을 보호하고자 하는 그 입법취지에 비추어 볼 때, 표현의 자유와 인격권 간의 충돌, 즉 전형적인 기본권 충돌의 구조를 취하고 있는 것으로 이해된다.<sup>31)</sup> 하지만 균형법상의 상관모욕죄는 필자의 주장대로 보호법익이 국가적 법익인 군 조직의 질서 및 통수체계 유지에 있다고 한다면, 형법상의 모욕죄와는 달리 기본권 충돌의 구조가 아닌 ‘공익과 기본권 간의 충돌’ 구조를 취하게 된다. 여기서 공익은 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 기본권 제한의 목적적 한계 중의 하나인 국가안전보장과 관련된 ‘군 조직의 질서 및 통수체계 유지’이고, 기본권은 군인의 ‘표현의 자유’이다. 특히 2013도 4555 판결에서 문제된 사안은 ‘정치적 표현의 자유’이다.

31) 헌법재판소도 형법상의 모욕죄에 대해서 표현의 자유와 인격권(명예권) 간의 충돌 문제로 접근하면서, 과잉금지원칙에 따라 형법상의 모욕죄에 대해서 판단한 바 있다. “헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권에는 개인의 명예에 관한 권리도 포함된다. 심판대상조항이 공연히 타인을 모욕한 경우에 이를 처벌하는 것은 위와 같이 헌법 제10조에 의하여 보장되는 외부적 명예를 보호하기 위함이다. 그와 반면에 심판대상조항은 표현의 자유를 제한하고 있으므로 결국 심판대상조항에 의하여 명예권과 표현의 자유라는 두 기본권이 충돌하게 된다. 이와 같이 두 기본권이 충돌하는 경우 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 조화로운 방법이 모색되어야 할 것이고, 결국은 과잉금지원칙에 따라서 심판대상조항의 목적이 정당한 것인가, 그러한 목적을 달성하기 위하여 마련된 수단이 표현의 자유를 제한하는 정도와 명예를 보호하는 정도 사이에 적정한 비례를 유지하고 있는가의 관점에서 심사하기로 한다.”(헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37, 판례집 25-1, 506, 512)

정치적 기본권 내지 정치적 자유 중의 하나인 정치적 표현의 자유는 자유민주적 기본질서의 구성요소로서 다른 기본권에 비하여 우월한 효력을 가진다고 보아야 한다.<sup>32)</sup> 군인도 일반 국민의 한 사람으로서 이러한 정치적 표현의 자유를 향유한다. 물론 군인은 군 조직의 질서 및 통수체계 유지를 위하여 일반 국민보다 광범위하게 정치적 표현의 자유를 제한받을 수 있지만, 이러한 제한도 헌법 제37조 제2항에 따른 기본권 제한의 한계원리 내에서 이루어져야 한다.

그런데 군인의 정치적 표현의 자유를 제한하는 이유가 군 조직의 질서 및 통수체계 유지를 확보하기 위한 것이라면, 군인의 정치적 표현에 대한 제한의 범위와 정도는 당해 표현행위와 군 조직의 질서 및 통수체계 유지와의 상관관계의 범위와 정도에 따라 결정되어야 한다. 그렇다면 군 조직의 질서 및 통수체계 유지를 해치거나 그에 영향을 미치는 가능성과 정도에 따라 그 규제 수준을 달리 해서 접근하는 것이 군 조직의 질서 및 통수체계 유지 요청과 일반 국민으로서의 군인의 정치적 표현의 자유를 균형·조화시키는 방법이 될 것이다.

### 3. 대법원의 2013도4555 판결의 문제점

군형법상의 상관모욕죄는 국가안전보장과 관련된 ‘군 조직의 질서 및 통수체계 유지’라는 공익적 가치와 ‘군인의 표현의 자유’라는 기본권적 가치 사이의 균형과 조화가 필요한 영역이다. 특히 표현의 자유의 보호영역에 속하는 표현행위인 모욕행위를 형사처벌한다는 점<sup>33)</sup>에서, 표현의 자유가

32) “오늘날 정치적 표현의 자유는 실로 정치적 언론·출판·집회·결사 등 모든 영역에서의 자유를 말하므로, 이 권리는 자유민주적 기본질서의 구성요소로서 다른 기본권에 비하여 우월한 효력을 가진다고 볼 수 있다.”(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422, 434)

33) “표현이 어떤 내용에 해당한다는 이유만으로 표현의 자유의 보호영역에서 애당초 배제된다고는 볼 수 없으므로, ‘모욕적 표현’이 일정한 경우 타인의 명예나 권리를 침해한다고 하여도 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에는 해당하되, 다만 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한할 수 있는 것이라고 해석하여야 할 것이다. 결국 심판

지나치게 제한되지 않도록 좀 더 정밀한 판단기준이 제시될 필요가 있다. 그런데 대법원의 2013도4555 판결은 군형법상 상관모욕죄의 해석기준과 관련하여, 보호객체인 상관에 대통령이 포함되느냐의 문제만 다루고 있지, 상관모욕죄에 의해 금지되는 모욕행위의 ‘유형 혹은 범위’를 좀 더 구체화하려는 시도를 전혀 하지 않았다.<sup>34)</sup> 따라서 상관모욕죄의 적용범위와 관련하여, 상관에 대통령을 포함시키게 되면 대통령의 정책이나 국정 운영에 대한 비판이나 의견표명 자체를 원천적으로 금지하게 되는 결과가 발생하는 것은 아닌지 여부, ‘군통수권자로서의 대통령’과 ‘정치인으로서의 대통령’이 구분이 가능한지 여부, ‘정치인으로서의 대통령’이 아닌 ‘군통수권자로서의 대통령’에 대한 모욕적 표현에 국한하는 것이 가능한지 여부 등을 종합적으로 고려하여 세밀한 해석기준을 좀 더 구체적으로 제시할 필요가 있었다.<sup>35)</sup>

#### 4. 헌법재판소의 2013헌바111 결정의 문제점

헌법재판소의 2013헌바111 결정도 대법원의 2013도4555 판결의 연장선 상에서 비판의 여지가 많다.

첫째, 명확성원칙 위반 여부와 관련한 판단에서, 상관의 개념에 대통령을 포함시키는 해석방법에 있어서 대법원과 동일한 입장을 취하고 있다. 즉 헌법 제74조, 국군조직법 제6조, 제8조, 제9조, 제10조, 군인사법 제47조의2의 위임에 의한 군인복무규율 제2조 제4호를 근거로 국군통수권자인 대통령이 상관모욕죄의 상관에 해당한다는 점을 너무 쉽게 인정하고 있다. 이것을 주된 논리로 하여 심판대상조항의 명확성원칙 위반을 인정하지 않았다.

---

대상조항은 모욕행위를 처벌함으로써 일정한 내용의 모욕적 표현을 금지하고 있다는 점에서 헌법이 보장하고 있는 표현의 자유를 제한하고 있다.”(헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37, 판례집 25-1, 506, 509-510)

34) 물론 상고이유 중에 이 쟁점이 포함되어 있지 않아서 그랬을 수도 있다.

35) 황성기, “양승태 대법원의 헌법 판례 - 기본권 분야를 중심으로”, 국민과 소통하는 열린 법원 3 - 헌법·행정·조세·지식재산재판, 법원행정처, 2018, 38쪽.

둘째, 표현의 자유 침해 여부와 관련한 판단에서, ① 단순한 결례나 무례의 수준을 넘어 상관에 대한 사회적 평가를 저하시킬 수 있는 경멸적 표현에 해당하여야만 모욕에 해당한다고 하여 그 처벌의 범위를 엄격하게 해석하는 대법원의 판결에 비추어 볼 때 남용의 우려가 적다는 점, ② 국방부 통계에 의하더라도 상관모욕죄로 처벌받는 사례는 그리 많지 않다는 점, ③ 심판대상조항에 의해 금지되는 것은 상관으로서 대통령에 대한 모욕적 표현일 뿐이지 대통령의 정책이나 국정 운영에 대한 비판이나 의견표명 자체를 금지하는 것은 아니고, 굳이 모욕적 방법을 쓰지 않더라도 대통령의 정책 등에 대한 비판은 얼마든지 가능하다는 점 등을 합헌근거로 제시하였지만, 상관모욕죄에 의해 금지되는 모욕행위의 ‘유형 혹은 범위’를 좀 더 구체화하려는 합헌적 법률해석의 시도를 전혀 하지 않았다는 점은 대법원과 동일하게 비판될 수 있다.

## 5. 합헌적 해석기준

### (1) 상관모욕죄의 보호객체와 대통령

#### 1) 대통령을 상관모욕죄의 보호객체인 상관에 포함시키는 문제

위에서 살펴본 바와 같이 대법원과 헌법재판소는 균형법상의 상관모욕죄의 보호객체인 상관에 대통령이 포함된다고 해석하고 있다.<sup>36)</sup> 그런데 대통령을 상관모욕죄의 보호객체인 상관에 포함시키는 것이 과연 적절한지의 문제가 등장할 수 있다.<sup>37)</sup> 생각건대, 대통령을 상관모욕죄의 상관에 포함시

36) 대법원 2013도4555 판결의 원심사건인 고등군사법원 2012노244 판결에서 고등군사법원은 국방부장관도 대통령의 경우와 동일한 논리로 상관모욕죄의 보호객체인 상관에 포함된다고 판시하였다.

37) 대통령을 상관의 개념에 포함시켜 상관모욕죄로 처벌하면 군지휘권 확립이라는 군대의 목적을 정당화시키는 수단으로 전락하게 되고 군인의 인권이나 국민의 기본권 보장이라는 형사법의 기본원칙을 침해하므로, 상관의 개념을 추상적이고 상징적인 대통령까지 확대시킬 것이 아니라 구체적인 지시를 받고 그 명령을 전달할 수 있는 위치에 한정시키는 것이 타당하다는 견해가 있다. 류지영, “균형법상 상관모욕죄의 객체로서의 대통령과 표현의 자유”, 법학논문집 제38집 제3호(2014), 82-83쪽.

키는 해석은 다음과 같은 점들에서 문제가 있다.

① 죄형법정주의 위반 문제

군형법 자체에서는 상관에 대통령이 포함되는지에 관한 명문의 규정이 없음에도 불구하고, 헌법 제74조38), 국군조직법 제6조39), 제8조40), 제9조41), 제10조42), 기존의 대통령령인 「군인복무규율」을 대체한 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 제2조 제3호43)를 근거로 해석을 통해서 상관에 대통령을 포함시키는 것이, ‘문언의 가능한 의미’를 넘어가는 것으로서 피고인에게 불리한 확장해석이자 유추해석44)이고 따라서 엄격해석의 원칙을 포함

- 
- 38) 헌법 제74조 ① 대통령은 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 국군을 통수한다.  
② 국군의 조직과 편성은 법률로 정한다.
  - 39) 국군조직법 제6조(대통령의 지위와 권한) 대통령은 헌법, 이 법 및 그 밖의 법률에서 정하는 바에 따라 국군을 통수한다.
  - 40) 국군조직법 제8조(국방부장관의 권한) 국방부장관은 대통령의 명을 받아 군사에 관한 사항을 관장하고 합동참모의장과 각군 참모총장을 지휘·감독한다.
  - 41) 국군조직법 제9조(합동참모의장의 권한) ① 합동참모본부에 합동참모의장을 둔다.  
② 합동참모의장은 군령(軍令)에 관하여 국방부장관을 보좌하며, 국방부장관의 명을 받아 전투를 주임무로 하는 각군의 작전부대를 작전지휘·감독하고, 합동작전 수행을 위하여 설치된 합동부대를 지휘·감독한다. 다만, 평시 독립전투여단급 이상의 부대이동 등 주요 군사사항은 국방부장관의 사전승인을 받아야 한다.  
③ 제2항에 따른 전투를 주임무로 하는 각군의 작전부대 및 합동부대의 범위와 작전지휘·감독권의 범위는 대통령령으로 정한다.
  - 42) 국군조직법 제10조(각군 참모총장의 권한 등) ① 육군에 육군참모총장, 해군에 해군참모총장, 공군에 공군참모총장을 둔다.  
② 각군 참모총장은 국방부장관의 명을 받아 각각 해당 군을 지휘·감독한다. 다만, 전투를 주임무로 하는 작전부대에 대한 작전지휘·감독은 제외한다.  
③ 해병대에 해병대사령관을 두며, 해병대사령관은 해군참모총장의 명을 받아 해병대를 지휘·감독한다.
  - 43) 2015. 12. 29. 법률 제13631호로 제정되고 2016. 6. 30.부터 시행되었으며, 기존의 대통령령인 「군인복무규율」을 대체한 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」은 기존의 「군인복무규율」과 동일하게 ‘상관’을 “명령복종관계에 있는 사람 사이에서 명령권을 가진 사람으로서 국군통수권자부터 당사자의 바로 위 상급자까지를 말한다.”고 정의를 내리고 있다(제2조 제3호).
  - 44) 오영근 교수는 일반적으로 확장해석이 형법에서 허용되느냐 안되느냐를 따지는 것은 무의미하고, 중요한 것은 ‘문언의 가능한 의미’를 넘어가는 해석인가 아닌 가 하는 것이라고 한다. 따라서 문언의 가능한 의미를 넘어가는 확장해석은 확

하는 죄형법정주의에 반하는 것은 아닌지의 문제가 존재한다. 군형법 제2조 제1호는 ‘상관’을 “명령복종 관계에서 명령권을 가진 사람을 말한다. 명령복종 관계가 없는 경우의 상위 계급자와 상위 서열자는 상관에 준한다.”고 정의하고 있다. 여기서 제1문과 제2문을 국어문법적으로 비교·분석해보면, 상관에는 ① 명령복종관계가 있는 경우 명령권을 가진 상위 계급자와 상위 서열자, ② 명령복종관계가 있는 경우 명령권을 가지지만 상위 계급자와 상위 서열자가 아닌 동위나 하위의 계급자와 서열자, ③ 명령복종관계가 없는 경우의 상위 계급자와 상위 서열자와 같이 세 가지 종류의 집단을 상정할 수 있다. 그런데 여기서 주목할 것은 이들 세 가지 집단 모두 ‘계급’과 ‘서열’을 공통적으로 전제한다는 점이다. 따라서 계급과 서열 개념이 적용되지 않는 대통령을 상관에 포함시키는 것은 형법에서 금지되는 확장해석 내지 유추해석에 해당할 가능성이 높다.

## ② 문민통제원리와의 모순 문제

군과 관련된 헌법상 기본원칙 중의 하나인 문민통제원리<sup>45)</sup>와의 모순 문제가 등장할 수 있다. 이와 관련하여, 대통령의 군통수권을 규정하고 있는 헌법 제74조 제1항은 “대통령은 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 국군을 통수한다.”고 규정하고 있는바, 여기서 ‘헌법과 법률이 정하는 바’와 ‘통수’의 의미를 각각 음미해 볼 필요가 있다. 먼저 ‘통수’란 대통령이 국군의 최고사령관으로서 국가와 헌법을 수호하기 위한 책무를 다하기 위해 군령(軍令)과 군정(軍政)에 관한 권한을 행사하는 것을 말하고, ‘군령’은 국방 목적을 위하여 군을 현실적으로 지휘·명령·통솔하는 작용(용병작용)을 말하며, ‘군정’은 국방 목적을 위하여 국군을 편성·조직하고 병력을 취득·관리하는 작용(양병작용)을 말한다.<sup>46)</sup> 그리고 ‘헌법과 법률이 정하는 바’의 의미는,

장해석이기에 때문에 허용되지 않는 것이 아니라 유추해석이고 피고인에게 불리하다면 이 때문에 허용되지 않는다고 한다. 오영근, 형법총론 제2판(보정판), 박영사, 2012, 62쪽.

45) 문민우위 혹은 문민통제의 원리란 군사에 관한 최고결정권자는 군인이 아니라 문민(민간정치인)이어야 하고, 군은 문민에 의한 국가정책결정에 복종해야 할 뿐 아니라 군사에 관한 사항도 문민에 의하여 통제되어야 함을 의미한다. 권영성, 헌법학원론 개정판, 법문사, 2010, 260쪽.

군통수의 내용, 범위, 방법, 절차 등을 헌법과 국회 제정의 형식적 법률에 따른다는 것이다. 헌법이 군령과 군정에 관한 권한을 모두 군통수권이라는 이름으로 대통령에게 부여하는 것은 군령·군정일원주의(병정통합주의)를 정하는 동시에 문민통제를 실현하는 것이다.<sup>47)</sup> 따라서 군과 관련된 헌법상의 기본원칙 중의 하나인 문민통제원리가 도출되는 대표적인 헌법적 근거조항이 바로 헌법 제74조 제1항인 것이다. 문민통제원리는 군에 의한 국민의 기본권 침해를 막기 위한 민주적 통제원리로서 기능한다. 그런데 군에 대한 문민통제의 일환으로 대통령을 군통수권자로 규정하고 있는데, 상관모욕죄의 상관에 대통령을 포함시키는 것으로 해석하면, 문민통제원리가 오히려 일반 국민으로서의 군인의 기본권을 제약하는 기제로 작동하게 되는 모순이 발생하게 되는 것이다.

### ③ 모욕의 주체에 따른 차별 문제

상관모욕죄의 적용에 있어서 모욕의 주체에 따른 차별 문제가 등장할 수 있다. 예컨대 국방부장관이 대통령을 모욕한 경우 상관모욕죄로 처벌될 수 있는지의 문제를 생각해 볼 필요가 있다. 상관 개념에 대통령을 포함시키면 논리적으로나 체계적으로나 국방부장관도 상관모욕죄로 처벌되어야 한다. 또한 상관모욕죄의 보호범의인 ‘군 조직의 질서 및 통수체계 유지’를 고려한다면, 국방부장관이 대통령을 모욕한 경우에도 상관모욕죄로 처벌하는 것이 합목적적이다. 왜냐하면 특히 국방부장관은 ‘대통령의 명을 받아’ 군사에 관한 사항을 관장하고 합동참모의장과 각군 참모총장을 지휘·감독하도록 되어 있어서(국군조직법 제8조), 군 조직의 질서 및 통수체계 유지와 관련하여서는 대통령과 국방부장관은 상명하복관계에 있기 때문이다.

하지만 국방부장관은 군형법의 적용대상자인 군인에 포함되지 않을 뿐만 아니라, 군인에 준하여 적용되는 군무원 등도 아니다.<sup>48)</sup> 또한 상관모욕죄는

46) 권영성, 위의 책, 262-263쪽; 성낙인, 헌법학 제20권, 법문사, 2020, 604쪽; 한수웅, 헌법학 제10권, 법문사, 2020, 363쪽.

47) 정중섭, 헌법학원론 제11권, 박영사, 2016, 1259쪽.

48) 군형법 제1조(적용대상자) ① 이 법은 이 법에 규정된 죄를 범한 대한민국 군인에게 적용한다.

군인이 아닌 민간인에 대해서 군인에 준하여 적용되는 군형법상의 범죄에도 포함되지 않는다. 이와 같이 국방부장관이 대통령을 모욕한 경우 상관 모욕죄로 처벌할 수 없다면, 동일한 상관인 대통령을 모욕하더라도 현직 군인과 국방부장관을 차별적으로 취급하는 평등원칙 위반의 문제가 등장할 뿐만 아니라, 평등원칙 위반의 위험성도 매우 높다. 문제는 이러한 평등원칙 위반의 위험성이 바로 상관에 대통령을 포함시키는 해석으로부터 야기된다는 점이다.

④ 군인의 정치적 표현의 원천적 봉쇄의 문제

상관의 개념을 넓게 해석하는 경우 사실상 정부나 대통령을 비판하는 군인의 정치적 표현행위가 원천적으로 혹은 전면적으로 봉쇄될 수 있는 문제가 존재한다.<sup>49)</sup> 아무리 국가안전보장을 위해서 군 조직의 질서 및 통수체계 유지가 요구된다고 하더라도, 상관의 개념을 넓게 해석하는 것은 사실상 군인을 민주주의의 장 혹은 공론장에서 완전히 배제하는 결과를 초래할 수 있다. 사실 우리나라의 경우 대통령 등 정무직 공무원을 제외한 공무원은 물론 군인도 현재 정당가입이 금지되어 있다. 정당가입이 금지되어 있는 관계로, 군인이 향유할 수 있는 정치적 기본권은 참정권과 정치적 표현의 자유 영역에 국한된다. 문제는 상관의 개념에 대통령을 포함시키는 등

② 제1항에서 “군인”이란 현역에 복무하는 장교, 준사관, 부사관 및 병(兵)을 말한다. 다만, 전환복무 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 전직군로역인 군인.

49) 헌법재판소는 2013헌바111 결정에서 상관모욕죄에 의해 금지하는 것은 상관으로서 대통령에 대한 모욕적 표현일 뿐이지 대통령의 정책이나 국정 운영에 대한 비판이나 의견표명 자체를 금지하는 것은 아니고, 군이 모욕적 방법을 쓰지 않더라도 대통령의 정책 등에 대한 비판은 얼마든지 가능하다는 점을 합헌결정의 논거 중의 하나로 제시하였다. 헌재 2016. 2. 25. 2013헌바111, 판례집 28-1 상, 42, 53-54.

의 해석을 통해서 균형법상의 상관모욕죄가 군인의 정치적 표현의 자유도 위축시킬 수 있는 위험성을 갖고 있다는 점이다. 그렇다면 군인이 향유할 수 있는 정치적 기본권은 사실상 참정권에 그치게 된다. 군인의 정치적 기본권 보장의 이러한 현실이 과연 현행 헌법 및 기본권 보장의 기본이념 내지 취지와 부합하는지는 의문이다. 따라서 군인의 정치적 표현의 자유 영역에서는 어느 정도 숨통을 틔워 주는 게 필요하다. 보다 근본적으로는 ‘능동적 시민으로서의 군인’의 지위를 인정하는 것이 정말 국가안전보장에 위협을 야기하는가의 문제를 고민해 볼 필요가 있다.<sup>50)</sup>

⑤ 유사입법례와의 해석의 통일성 문제

유사입법례와의 해석의 통일성 문제도 존재한다. 현재 균형법상의 상관모욕죄와 동일한 내용을 갖고 있는 입법례로는 「의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률」상의 상관모욕죄(동법 제10조 제4항 제1호 및 제2호)<sup>51)</sup>와 「의무소방대설치법」상의 상관모욕죄(동법 제10조 제4항 제1호 및 제2호)<sup>52)</sup> 등이 있다. 재미있는 것은 「의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률」과 「의무소방대설치법」에서는 상관에 관한 정의규정이 존재하지 않는다는 점이다. 그렇다면 「의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률」과 「의무소방대설치법」상

50) 독일은 나치 제국 및 군대가 자행한 야만을 극복하는 방편으로서 군인의 능동적 시민성을 제도적으로 구현했고, 독일의 군인법제는 군인에게 표현의 자유, 결사의 자유, 정당가입권, 공직출마권까지 인정하는데, 이러한 권리 인정은 군대에서 민주적 법치주의를 관철시키는 역할을 수행한다고 평가되고 있다. 자세한 것은 이재승, “능동적 시민으로서의 군인 - 독일 군인법제를 중심으로 -”, 민주법학 제49호(2012), 121-163쪽 참조.

51) 「의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률」 제10조(벌칙) ④ 상관을 모욕하거나 상관의 명예를 훼손한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.

1. 상관을 그 면전에서 모욕한 사람: 2년 이하의 징역 또는 금고에 처한다.
2. 문서·그림 또는 우상을 공시하거나 연설 또는 그 밖의 공공연한 방법으로 상관을 모욕한 사람: 3년 이하의 징역 또는 금고에 처한다.

52) 「의무소방대설치법」 제10조(벌칙) ④ 상관을 모욕하거나 그 명예를 훼손한 자는 다음의 구분에 의하여 처벌한다.

1. 상관을 그 면전에서 모욕한 자는 2년 이하의 징역에 처한다.
2. 문서·도화 또는 우상을 공시하거나 연설 그 밖의 공연한 방법으로 상관을 모욕한 자는 3년 이하의 징역에 처한다.

의 상관모욕죄에서의 상관에 대통령이 포함되는가의 문제가 존재한다. 상정가능한 해석은 다음과 같다.

첫째, 「의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률」과 「의무소방대설치법」상의 상관모욕죄에서의 상관에 대통령을 포함시키는 해석이다(긍정설). 이러한 해석은 ① 병역법에 따른 군복무의 일환으로 의무경찰과 의무소방원이 충원된다는 점에서의 인적 자원 충원방식의 유사성<sup>53)</sup>, ② 의무경찰과 의무소방원은 군인에 준하는 신분을 갖는다는 점에서의 신분의 유사성, ③ 균형법, 「의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률」, 「의무소방대설치법」 세 가지 법률상의 상관모욕죄의 입법목적 내지 입법취지, 용어, 조문구조 등이 거의 동일하므로, 각 법률상의 상관모욕죄 규정을 다르게 해석할 필요가 없다는 점 등을 그 근거로 제시할 수 있다.

둘째, 「의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률」과 「의무소방대설치법」상의 상관모욕죄에서의 상관에 대통령을 포함시키지 않는 해석이다(부정설). 이러한 해석은 ① 균형법상의 상관모욕죄와는 달리 이들 법률 및 관련 법률에서는 상관에 대통령이 포함된다는 명문의 규정이 없다는 점, ② 의무경찰대와 의무소방대는 군대가 아니어서<sup>54)</sup> “대통령은 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 국군을 통수한다.”는 헌법 제74조 제1항은 근거가 될 수 없다는 점, ③ 의무경찰대의 또다른 구성집단인 「경찰공무원법」상의 국가경찰공무원, 의무소방대의 또다른 구성집단인 「소방공무원법」상의 소방공무원에게 「경찰공무원법」 및 「소방공무원법」에서 규정하고 있는 의무 이외에 추가적인 의무가 부과될 수 있다는 점 등을 그 근거로 제시할 수 있다.

53) 의무경찰대의 대원은 의무경찰과 「경찰공무원법」에 따른 국가경찰공무원으로 구성하고, 의무경찰은 「병역법」 제25조 제1항에 따라 전환복무된 사람 중에서 임용한다(「의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률」 제2조 제1항 및 제2조의3 제1항). 이와 마찬가지로 의무소방대의 대원은 의무소방원과 「소방공무원법」에 의한 소방공무원으로 구성하고, 의무소방원은 「병역법」 제25조 제1항 제1호의 규정에 의하여 전환복무된 자 중에서 임용한다(「의무소방대설치법」 제2조 제1항 및 제3조 제1항).

54) 의무경찰대의 임무는 간첩(무장공비 포함)의 침투거부, 포착, 섬멸, 그 밖의 대간첩작전 수행 및 치안업무 보조이고(「의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률」 제1조 제1항), 의무소방대의 임무는 화재의 경계·진압과 재난·재해발생시 구조·구급활동 등의 소방업무 보조이다(「의무소방대설치법」 제1조).

셋째, 군형법상의 상관모욕죄에서의 상관에는 대통령을 포함시키되, 「의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률」과 「의무소방대설치법」상의 상관모욕죄에서의 상관에는 대통령을 포함시키지 않는 해석이다(절충설). 이러한 해석의 근거로는, 비록 군형법, 「의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률」, 「의무소방대설치법」 세 가지 법률상의 상관모욕죄의 입법목적 내지 입법취지, 용어, 조문구조 등이 거의 동일하지만, 그렇다고 해서 적용범위 내지 포섭범위가 반드시 일치해야 하는 것은 아니므로, 각 법률의 입법목적에 따라 다르게 해석할 수 있다는 점 등을 제시할 수 있다.

생각건대, 입법연혁적으로 「의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률」과 「의무소방대설치법」상의 상관모욕죄가 군형법상의 상관모욕죄로부터 차용한 것이라는 점에서, 이 세 가지 법률상의 상관모욕죄는 구성요건, 적용범위 내지 포섭범위에 있어서 동일하게 해석해야 한다. 즉 다르게 해석해야 할 이유가 없다. 그렇다면 죄형법정주의에 이념에 따른 엄격해석의 원칙상 부정설을 취하는 것이 타당하다.

#### ⑥ 소결

결론적으로 군형법상의 상관모욕죄의 보호객체인 상관에 대통령을 포함시키는 해석은, 군인의 표현의 자유라고 하는 기본권보다는 군 조직의 위계질서 및 통수체계 유지라는 공익에 방점을 찍는 것으로서, 법익간의 충돌에 있어서 균형과 조화를 이루지 못하는 해석이다. 군형법에 의한 규율의 기본전제인 명령복종관계 또는 계급·서열의 상하관계는 직업군인 상호간의 관계를 의미하는 것으로 한정적으로 해석할 필요가 있다. 따라서 상관모욕죄의 보호객체인 상관에서 대통령은 제외해야 한다. 이런 차원에서 상관모욕죄의 보호객체인 상관에 대통령을 포함시킨 대법원의 2013도4555 판결은 변경될 필요가 있다. 그리고 상관모욕죄의 보호객체인 상관에 대통령이 포함된다는 해석을 전제로 상관모욕죄에 대해서 합헌결정을 내렸던 헌법재판소의 2013헌바111 결정도 최소한 결정이유 부분에 있어서 상관에 대통령이 포함된다는 의견은 변경될 필요가 있다.

2) ‘군통수권자로서의 대통령’과 ‘정치인으로서의 대통령’의 구분의 문제

설령 대통령을 상관에서 완전히 제외시키는 것이 힘들다고 한다면, ‘군통수권자로서의 대통령’과 ‘정치인으로서의 대통령’을 구분해서 적용해야 한다. 대통령은 군통수권자이기는 하지만 또한 정치행위를 하는 정치인(사인)으로서의 지위를 가지고 있다.<sup>55)</sup> 따라서 군통수권자로서의 대통령과 정치인으로서의 대통령을 구분하는 것이 현실적으로 가능하다면, 균형법상의 상관모욕죄의 상관에 포함되는 대통령은 군통수권자로서의 대통령에 국한해야 한다. 예컨대 군령 및 군정에 대한 최고책임자로서의 군통수권 행사에 대한 비판에 있어서 모욕적 방법을 동원했다고 한다면 상관모욕죄로 규율이 가능하다. 하지만 정치인이자 국정 최고책임자로서의 국가운영에 대한 비판에 있어서 모욕적 방법을 동원했다고 한다면 상관모욕죄로 규율해서는 안된다. 이러한 경우에는 형법상의 모욕죄로 규율해도 충분하다. 이러한 해석을 뒷받침해 줄 수 있는 논거는 아래와 같이 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」상에서의 상관의 법적 정의와 균형법상의 상관의 법적 정의의 차이점이다.

군인의 지위 및 복무에 관한 기본법상의 상관(제2조 제3호)	균형법상의 상관(제2조 제1호)
명령복종관계에 있는 사람 사이에서 명령권을 가진 사람으로서 <u>국군통수권자</u> 부터 당사자의 바로 위 상급자까지를 말한다.	명령복종 관계에서 명령권을 가진 사람을 말한다. 명령복종 관계가 없는 경우의 상위 계급자와 상위 서열자는 상관에 준한다.

「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」상에서의 상관의 법적 정의와 균형법상의 상관의 법적 정의는 기본적인 골격은 유사하지만, 미묘한 차이점이 존재한다. 그런데 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」상에서의 상관 개

55) “...대통령은 소속 정당을 위하여 정당활동을 할 수 있는 사인으로서의 지위와 국민 모두에 대한 봉사자로서 공익실현의 의무가 있는 헌법기관으로서의 지위를 동시에 갖는데...”(헌재 2008. 1. 17. 2007헌마700, 판례집 20-1상, 139, 159)

념을 군형법상의 상관 개념의 해석에 차용한다고 하더라도, 군통수권자로서의 대통령과 정치인으로서의 대통령을 구분하지 않고 군형법상의 상관의 개념에 대통령 그 자체를 포함시키는 해석은 과도한 확장해석이다. 왜냐하면 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」상에서의 상관에서는 분명히 ‘국군통수권자’라고 특정하고 있기 때문이다. 그리고 군형법상의 상관의 개념에 대통령을 포함시키는 해석을 할 때, 군통수권자로서의 대통령과 정치인으로서의 대통령을 구분해서는 안되는 논리필연적인 이유를 발견하기 어렵다. 더욱이 군형법을 통해서 정치인으로서의 대통령의 법익까지 보호해야 할 법적 근거도 찾기 힘들다. 결론적으로 대통령을 상관모욕죄의 상관에서 완전히 제외시키는 것이 힘들다고 한다면, 상관모욕죄의 상관에 포함되는 대통령은 군통수권자로서의 대통령에 국한해야 하고, 정치인으로서의 대통령은 제외해야 한다. 따라서 정치인으로서의 대통령을 대상으로 하는 군인의 모욕적 표현은 군형법상의 상관모욕죄가 아닌 형법상의 모욕죄로 규율해야 한다.

(2) 군 조직의 질서 및 통수체계 유지와 관련성이 없는 표현행위 포섭의 문제

일과 이후나 사적인 영역에서 군 조직의 질서 및 통수체계 유지와 상관 없는 사안과 관련하여 상관에 대한 모욕적인 표현이 이루어진 경우, 그러한 표현을 상관모욕죄로 규율하는 것은 문제가 없는지를 검토할 필요가 있다. 특히 대법원의 2013도4555 판결에서 문제되었던 표현은 퇴근 후 피고인의 집에서 이루어졌고, 또한 표현의 대상은 4대강 사업 등과 관련된 것이어서 사실 군 조직의 질서 및 통수체계 유지와 직접적인 관련성이 없는 사안이었다.

지금까지 상관모욕죄에 관한 일반론, 대법원의 입장, 헌법재판소의 입장 등은, ① 표현행위가 근무시간 내에 이루어졌는지 근무시간 외에 이루어졌는지를 가리지 않고 있다는 점, ② 사안의 성격상 상관모욕죄의 입법목적이나 보호법익을 해할 가능성이 낮은 일반적인 표현의 자유까지 제한할 수 있다는 점에서, 피해의 최소성 원칙에 위반하여 군인의 표현의 자유를 지

나치게 제한하고 있다. 따라서 상관모욕죄의 보호법익을 ‘군 조직의 질서 및 통수체계 유지’로 본다면, 사적인 영역에서 이루어지는 표현행위나 군 조직의 질서 및 통수체계 유지와 관련성이 없는 표현행위에 대해서는 상관모욕죄에 의해 포섭하는 것을 지양할 필요가 있고, 따라서 해석을 통해서 그 포섭범위를 제한할 필요가 있다.<sup>56)</sup>

보다 구체적으로 모욕적 방법이 인정된다고 하더라도, 당해 표현행위가 이루어진 공간이나 영역의 성격, 당해 표현행위의 내용이나 사안의 성격에 따라서, 경우의 수를 아래와 같이 세분할 수 있다.

사안의 성격 영역의 성격	공적 사안	사적 사안
공적 영역(공석)	공석에서의 공적 사안(㉠)	공석에서의 사적 사안(㉡)
사적 영역(사석)	사석에서의 공적 사안(㉢)	사석에서의 사적 사안(㉣)

우선 상관모욕죄에 관한 일반론, 대법원의 입장, 헌법재판소의 입장 등은 위의 네 가지 경우 모두가 상관모욕죄에 포섭된다는 입장을 견지하고 있는 것으로 보이는데, 이러한 해석은 너무 과도한 확장해석이다. 따라서 사적인 영역에서 이루어지는 표현행위나 군 조직의 질서 및 통수체계 유지와 관련성이 없는 표현행위에 대해서는 상관모욕죄의 포섭범위에서 제외할 필요가 있다.<sup>57)</sup> 즉, 군형법상의 상관모욕죄는 ‘군 조직의 질서 및 통수체계 유지와

56) 법익을 침해하거나 위태화하지 않는 행위들을 범죄의 구성요건으로 규정하여 금지하는 입법은 형법적으로 정당성을 획득할 수 없는데, 그 이유는 국가가 시민의 자유영역에 개입함으로써, 최소한에 그쳐야 할 형법을 확장하는 행위이기 때문이다. 장현명, “군형법과 헌법재판소”, 연세법학 제30호(2017), 183쪽.

57) 헌법재판소 2013헌바111 결정에서의 반대의견(위헌의견)은 ① 입법목적에 정당하다 하더라도 표현의 자유를 제한하는 금지규정은 그 목적에 맞게 제한적으로 설정되어야 한다는 전제 하에, 예컨대, ‘명령 복종의 관계에서 명령권을 가진 상관을 모욕하여 군의 지휘체계에 위험을 초래한 경우’ 등과 같이 구성요건을 제한적으로 규정하여 모욕죄가 안고 있는 위헌성을 최대한 제거할 필요가 있다는 점, ② 군인의 신분이기만 하면 사적 영역에서 군사와 관계없는 대통령의 정책을 비난하더라도 상관모욕죄에 해당하여 처벌받을 수 있다는 점을 전제로, 이는 입법목적에 맞지 않는 지나친 제재로 비록 군인의 신분이라 할지라도 헌법상

관련성이 있는 공석에서 군 조직의 질서 및 통수체계 유지와 관련성이 있는 공적인 사안에 대해 이루어진 직무상 발언의 경우'(㉠의 경우)에만 적용 되도록 한정적으로 해석해야 한다. 사석에서의 공적인 사안(㉡), 공석에서의 사적인 사안(㉢), 사석에서의 사적인 사안(㉣)은 상관모욕죄의 포섭범위에서 제외해야 한다.

위와 같은 한정적 축소해석이 보다 합헌적인 해석이라고 한다면, 대법원의 선례 중에서, 특히 상관모욕죄는 공석 상에서의 공적인 사안에 대한 직무상 발언에 의한 모욕뿐 아니라, 사석에서의 사적인 사안에 대한 발언에도 적용될 수 있다는 대법원의 선례(대법원 1967. 9. 26. 선고 67도1019 판결) 및 상관이 반드시 직무수행 중일 것을 요하지 아니한다는 대법원의 선례(대법원 2015. 9. 24. 선고 2015도11286 판결)는 변경될 필요가 있다.

한편 균형법 제64조 제1항이 규정하고 있는 상관편전모욕죄의 경우에는 공적 영역과 사적 영역의 구분이 가능하지만, 제2항이 규정하고 있는 상관공연모욕죄의 경우에는 공적 영역과 사적 영역의 구분이 가능하지 않거나 어렵다는 반론이 존재할 수 있다. 만약 이러한 반론이 타당하다면, 최소한 군 조직의 질서 및 통수체계 유지와 관련성이 없는 표현행위에 대해서는 상관모욕죄의 포섭범위에서 제외할 필요가 있고, 따라서 공석에서의 사적인 사안(㉢)과 사석에서의 사적인 사안(㉣)은 상관모욕죄의 포섭범위에서

---

가장 중요한 기본권 중의 하나인 표현의 자유를 이와 같이 폭넓게 제한하는 것은 과잉금지원칙에 위배됨이 분명하다는 점 등의 의견을 제시한 바 있다. 헌재 2016. 2. 25. 2013헌바111, 판례집 28-1상, 42, 56. 한편 발화자의 신분, 특히 군인 신분이라는 것을 알지 못하는 매체를 통해서 모욕적 표현이 이루어지는 경우에도 상관모욕죄를 적용하는 것이 적절한지의 문제가 존재할 수 있다. 실제로 대법원의 2013도4555 판결에서 문제되었던 표현은 SNS(트위터)를 통해서 이루어졌다. 이와 관련하여, SNS 공간은 그 본질적 특성상 사적인 성격보다 공적인 성격이 강하다는 점에서 이러한 공간에서 군인의 표현의 자유는 일정 부분 제한되어야 한다는 것을 전제하면서도, 군인은 국방의무수행자로서의 성격과 전쟁수행자로서의 성격을 동시에 지니고 있으므로, 평시 국방의무 수행시에는 전쟁수행의 필요성이라는 측면에서의 전시규제에 비추어 보다 완화된 기준이 설정되어야 한다는 의견이 제시되기도 한다. 자세한 것은 안준형, “SNS 공간에서의 군인의 표현의 자유와 그 규제에 대한 연구”, 경제규제와 법 제7권 제1호(2014), 207-225쪽 참조.

제외해야 한다. 그렇다면 사석에서의 사적인 사안에 대한 발언에도 적용될 수 있다는 대법원의 선례(대법원 1967. 9. 26. 선고 67도1019 판결)는 합헌적 해석기준을 벗어나는 위헌적인 해석을 전제하였기 때문에, 최소한 이 선례만은 반드시 폐기되어야 할 것이다.

## V. 나오는 말

균형법상의 상관모욕죄는 표현의 자유의 보호범위에 해당하는 ‘모욕’이라는 표현행위를 제한한다.<sup>58)</sup> 따라서 상관모욕죄의 적용범위 내지 포섭범위의 확정 문제는 표현의 자유의 보호 문제이기도 하다. 그런데 표현의 자유, 특히 정치적 표현의 자유는 고도로 보장되어야 할 기본권 중의 하나이다. 따라서 군인의 정치적 표현의 자유가 위축되지 않도록 상관모욕죄의 해석 및 적용기준을 보다 구체적으로 제시할 필요가 있다. 그리고 오늘날에 있어서는 군의 특수성에 대한 지나친 경도에서 탈피하여 균형법을 비롯한 군사법제도에 있어서도 군인의 인권보장이라는 헌법적 가치의 실현에 방점을 둘 필요가 있다는 점에서, 군인의 기본권이 군 조직의 위계질서 및 통수체계 유지라는 공익에 항상 양보하는 법리나 해석은 지양할 필요가 있다.<sup>59)</sup> 이러한 측면에서 이 글에서는 균형법상의 상관모욕죄에 관한 대법원

58) “표현이 어떤 내용에 해당한다는 이유만으로 표현의 자유의 보호영역에서 애당초 배제된다고는 볼 수 없으므로, ‘모욕적 표현’이 일정한 경우 타인의 명예나 권리를 침해한다고 하여도 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에는 해당하되, 다만 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한할 수 있는 것이라고 해석하여야 할 것이다.”(헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37, 판례집 25-1, 506, 509-510)

59) 군인은 평시에는 국방의무수행자의 성격을 가지고, 전시에는 전쟁수행자의 성격을 갖는다는 것을 전제로, 군인의 기본권제한을 심사함에 있어서는 당해 기본권 제한이 평시임무수행을 위해 필요한 것인지 전시임무수행을 위해 필요한 것인지를 구별해야 한다는 의견이 있다. 이러한 구별 없이 심사할 경우에는, 평시에 행해지는 제한까지도 군인이 최종적으로 수행하는 전쟁이라는 사회적 상황을 가정하고 그러한 상황에 대처하는 것은 평시부터 필요하다는 논리로 연결되어, 군인의 기본권제한은 대부분 정당화된다는 결론에 이르게 된다는 것이다. 이 의견

및 헌법재판소의 해석의 문제점을 분석하고, 보다 가치균형적·가치조화적 관점에서 합헌적 해석기준을 제시하고자 하였다. 이상에서의 연구결과를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 군형법상의 상관모욕죄의 보호객체인 상관에 대통령을 포함시키는 해석은, 군인의 표현의 자유와 군 조직의 위계질서 및 통수체계 유지 간의 충돌에 있어서 균형과 조화를 이루지 못하는 해석이다. 군형법에 의한 규율의 기본전제인 명령복종관계 또는 계급·서열의 상하관계는 직업군인 상호간의 관계를 의미하는 것으로 한정적으로 해석할 필요가 있다. 따라서 군형법상의 상관모욕죄의 보호객체인 상관에서 대통령은 제외해야 한다.

둘째, 대통령을 상관에서 완전히 제외시키는 것이 힘들다고 한다면, 군통수권자로서의 대통령과 정치인으로서의 대통령을 구분해서 적용해야 한다. 상관모욕죄의 상관에 포함되는 대통령은 군통수권자로서의 대통령에 국한해야 하고, 정치인으로서의 대통령은 제외해야 한다. 정치인으로서의 대통령을 대상으로 하는 군인의 모욕적 표현은 군형법상의 상관모욕죄가 아닌 형법상의 모욕죄로 규율해야 한다.

셋째, 사적인 영역에서 이루어지는 표현행위나 군 조직의 질서 및 통수체계 유지와 관련성이 없는 표현행위에 대해서는 상관모욕죄의 포섭범위에서 제외할 필요가 있다. 군형법상의 상관모욕죄는 군 조직의 질서 및 통수체계 유지와 관련성이 있는 공적에서 군 조직의 질서 및 통수체계 유지와 관련성이 있는 공적인 사안에 대해 이루어진 직무상 발언의 경우에만 적용되도록 한정적으로 해석해야 한다.

마지막으로 위와 같은 문제의식의 연장선상에서, 일반형법으로도 적용가능한 상관모욕죄와 상관명예훼손죄는 군형법에서 삭제하는 것도 입법론적인 관점에서 긍정적인 검토가 필요하다는 점<sup>60)</sup>을 지적하면서, 이 글을 마

도 기본권 주체로서의 군인의 자유와 권리가 불필요하게 과도하게 제한되는 것을 막기 위한 접근방법이라고 할 수 있다. 자세한 것은 이광원, “군인의 기본권 제한과 사법심사”, 법학논고 제36집(2011), 273-302쪽 참조.

60) 보편적 법익에서 개인적 법익으로의 접근 필요성, 군인이 갖고 있는 군대구성원의 지위와 국민의 지위라는 양면성 등에 비추어 볼 때, 군형법상의 범죄행위를 군과 관련있는 고유한 유형에 한정할 필요가 있고, 일반형법으로도 적용가능한 군형법상 범죄인 상관모욕죄, 초병모욕죄, 상관명예훼손죄, 군용물에 관한 죄,

치고자 한다.

(논문접수일: 2020. 5. 20. 심사개시일: 2020. 6. 9. 게재확정일: 2020. 6. 26.)

---

전지강간죄 등을 균형법에서 삭제할 필요가 있다는 견해가 있다. 정재권, 앞의 글, 32-34쪽. 그리고 상관모욕·상관명예훼손을 규정한 균형법 제64조는, ① 직무수행중인지 여부와 무관하게 처벌된다면 ‘상관의 권위’ 자체를 보호하기 위한 것으로 해석되는데, 상관의 권위라는 보호법익을 인정하기는 어렵다는 점, ② 여기에서의 상관에는 준상관도 포함된다고 해석되는데 사적인 관계에서 준상관과 접촉한 것도 균형법의 규율을 받게 하는 것은 부당하다는 점 등을 이유로, 별도로 규정할 근거는 없다는 의견이 있다. 오병두, 앞의 글, 24-25쪽.

## 참고문헌

### 1. 단행본

- 강영훈·이규찬, 군사법개설 수정판, 연경문화사, 2003.  
 권영성, 헌법학원론 개정판, 법문사, 2010.  
 김성돈, 형법각론 제5판, 성균관대학교 출판부, 2018.  
 박철·정정균, 군형법 개정판, 진영사, 2018.  
 성낙인, 헌법학 제20판, 법문사, 2020.  
 오영근, 형법총론 제2판(보정판), 박영사, 2012.  
 이상철 외 5인, 군사법원론, 박영사, 2014.  
 정재권, 군형법 및 군사법원법의 개선방향, 충북대학교 법학석사학위논문, 2003. 8.  
 정종섭, 헌법학원론 제11판, 박영사, 2016.  
 지대남·박경환, 군사법원론, 바른숲, 2013.  
 한수웅, 헌법학 제10판, 법문사, 2020.

### 2. 논문

- 박경신, “모욕죄의 위헌성과 친고죄 조항의 폐지에 대한 정책적 고찰”, 고려법학 제 52호(2009).  
 박안서, “군형법 제정의 역사적 배경과 관련 문제점”, 군사 제82호(2012).  
 류지영, “군 형법상 상관모욕죄의 객체로서의 대통령과 표현의 자유”, 법학논문집 제 38집 제3호(2014).  
 안준형, “SNS 공간에서의 군인의 표현의 자유와 그 규제에 대한 연구”, 경제규제와 법 제7권 제1호(2014).  
 오병두, “군형법의 문제점과 개정방향”, 형사정책 제20권 제1호(2008).  
 오영근, “2013년도 형법판례 회고”, 형사판례연구 제22호(2014).  
 이광원, “군인의 기본권제한과 사법심사”, 법학논고 제36집(2011).  
 이재승, “능동적 시민으로서의 군인 - 독일 군인법제를 중심으로 -”, 민주법학 제49호(2012).  
 장현명, “군형법과 헌법재판소”, 연세법학 제30호(2017).  
 황성기, “양승태 대법원의 헌법 판례 - 기본권 분야를 중심으로”, 국민과 소통하는 열린 법원 3 - 헌법·행정·조세·지식재산재판, 법원행정처, 2018.

<Abstract>

## A Constitutional Study on Insult to Superior under Military Criminal Act

Sung Gi Hwang\*

The question concerning the determination of the scope of insult to superior under the Military Criminal Act is a question of the protection of freedom of expression. However, freedom of expression, especially freedom of political speech, is one of the basic constitutional rights that must be highly guaranteed. Therefore, it is necessary to present the interpretation and application criteria of insult to superior more specifically so that the freedom of military political expression is not diminished. And today, it is necessary to deviate from the excessive concentration of the military's specificity, and to realize the constitutional value of guaranteeing the human rights of soldiers in the military justice system including the Military Criminal Act. Therefore, it is necessary to refrain from jurisprudence or interpretation in which the basic constitutional rights of soldiers always yield to the public interest of maintaining the hierarchical order of the military organization and the military command system. In this regard, this article aims to analyze the problems of the Supreme Court and the Constitutional Court's interpretation of insult to superior under the Military Criminal Act and to present constitutional interpretation standards from a more value-balanced and value-harmonic perspective. The results are summarized as follows.

First, the interpretation of incorporating the president into a superior in the insult to superior under the Military Criminal Act is an unbalanced

---

\* Professor, School of Law, Hanyang University

interpretation in the conflict between freedom of expression of soldiers and maintenance of the hierarchical order of the military organization and the military command system. The command obedience relationship as the basic premise of discipline under the Military Criminal Act is needed to interpret it limitedly as it refers to the relationship between occupational soldiers. Therefore, the president should be excluded from a superior in the insult to superior under the Military Criminal Act.

Second, if it is difficult to completely exclude the president from a superior, then the president as a command-in-chief and the president as a politician should be applied separately. The president who is included in a superior should be limited to the president as a command-in-chief and the president as a politician should be excluded. The insulting expression of a soldier targeting the president as a politician should be regulated as an insult under the Criminal Code, rather than a superior insult under the Military Criminal Act.

Third, it is necessary to exclude expressions in a private sector or expressions that are not related to the maintenance of the hierarchical order of the military organization and the military command system from the scope of superior insult. The superior insult under the Military Criminal Act should be interpreted in a limited way to apply only in the case of official comments made on public matters related to the maintenance of the hierarchical order of the military organization and the military command system in a public sector.

Key Words: Military Criminal Act, Insult to Superior, Freedom of Expression, National Security, President as Command-in-Chief, President as a Politician