

직권남용죄의 남용가능성과 그 개정방향

임 상 규*

〈국문초록〉

국정농단과 사법농단 및 적폐청산을 계기로 직권남용죄가 다시 주목을 받기 시작하면서, 이에 대한 기대와 우려가 동시에 표출되고 있다. 한쪽에서는 그동안 공직사회에 만연되어 있던 직권남용의 관행을 뿌리뽑기 위해 직권남용죄의 확대적용을 희망하는 반면에, 다른 한쪽에서는 공무원들의 적극적인 직무수행을 위축시킬 것을 우려하여 오히려 그 축소적용을 모색하고 있다. 국회에는 확대적용론자들의 주장을 담은 형법개정안이 심의 중에 있고, 그 반면에 정부에서는 직권남용죄가 정치보복의 수단으로 활용되지 않도록 개정하겠다는 계획을 발표하였다.

이러한 기대와 우려에도 불구하고, 직권남용죄에 관한 대법원의 입장은 여러 오해의 소지를 내포하고 있다. 무엇보다 대법원은 ‘직권 없으면 남용 없다’는 입장을 견지하면서도, ‘남용되어 권리행사방해 등의 결과를 초래하는 것은 직권이 될 수 있다’는 순환논증을 통해 직권의 범위를 매우 유동적으로 파악하고 있다. 이에 직권남용죄의 확대적용을 희망하는 측에서는 대법원의 논지에 따르더라도 월권행위나 단순한 지위이용도 직권남용으로 볼 수 있다는 식의 해석론 내지는 입법론을 제시하기도 한다.

그러나 공무원이 자신의 지위를 이용하여 사실상의 영향력을 행사하는 것에 협력한 자는 직권남용의 피해자가 아니라, 오히려 그 공범적 성격을 갖는 가해자로 보아야 한다. 그는 그 협력을 통해 다른 이익을 추구하고, 그 협력으로 인해 피해를 입는 사람은 따로 존재하기 때문이다. 따라서 공무원의 지위이용은 직권남용으로 볼 수가 없고, 또 입법론적으로도 그 지위이용을 직권남용죄에 추가할 필요는 없을 것으로 본다.

그리고 직권의 ‘남용’개념은 단순한 재량권의 일탈남용을 의미하는 것이 아니라, 오히려 폭행·협박이나 위계·위력과 같은 범죄적 수단과 결부되어 있는 경우를 말하고, 이 범죄적 수단이 바로 형법개입의 단초가 된다고 보아야 한다. 이러한 해석이 가능하도록 직권남용죄의 가해자는 ‘강제력을 수반할 수 있는 직무를 수행하는 공무원’으로 제한하고, 이를 아예 입법에 반영하는 방안도 검토해 보아야 한다.

또한 직권남용죄의 피해자는 일반 사인(私人)들이고, 공무원들은 원칙적으로 그 피해자가 될 수 없다고 보아야 한다. 공무원은 권리가 아니라 권한행사의 주체이고, 상급자의 위법·부당한 지시에 따라 자신의 권한을 남용한 자는 직권남용의 피해자가 아니라, 오히려 그 공범에 해당할 것이기 때문이다. 이 점을 분명하게 하기 위하여 직권남용죄를 개정할 때에는 현재의 ‘사람’을 아예 ‘일반 사인’으로 바

* 경북대학교 법학전문대학원 교수/법학연구원 연구위원

꾸는 방안도 고려해 보아야 한다.

끝으로 ‘의무없는 일’은 ‘의무지어지지 않은 모든 일’로 해석되어, 직권남용죄가 결과범으로서의 성격을 잃어버리고 온전한 위법범으로 변모할 여지를 남긴다. 사정이 이러하기 때문에, 너무 큰 유동성을 가진 ‘의무’개념을 아예 삭제하는 방안도 고려해 보아야 한다. 직권남용죄에 대한 이러한 제한해석 및 그 축소적용을 위한 제한입법을 통해, 공무원들이 보다 적극적이고 또 능동적으로 일할 수 있는 길을 열어주어야 할 것이다.

주제어 : 직권남용, 일반적 직무권한, 공무원의 지위이용, 재량권 남용, 권리행사방해

• 투고일 : 2026.01.05. / 심사일 : 2026.01.23. / 게재확정일 : 2026.01.26.

I. 머리말

사실상 사문화된 것으로 평가받던 형법 제123조 직권남용권리행사방해죄(이하에서는 ‘직권남용죄’로 약칭한다)가 이른바 국정농단과 사법농단 및 적폐청산을 계기로 부활에 성공했다. 국정농단사건 이전 10년 동안은 직권남용으로 입건된 사건이 년평균 350건 정도였고, 기소인원은 년평균 12명이었는데, 2017년에는 771건이 입건되고 25명이 기소되었다.¹⁾ 직권남용죄의 이 부활에 대해서는 기대와 우려의 목소리가 함께 분출되고 있다. 과거 권위주의 시대에 묵인되어 온 직권남용의 관행을 청산하여 공직사회에 건전한 문화를 정착시킴으로써 결국 민주주의가 보다 성숙할 것으로 보기도 하지만,²⁾ 정권교체에 정치보복의 수단으로 활용될 여지가 있을 뿐만 아니라, 공무원들의 적극적이고 능동적인 직무수행을 위축시켜 결국 그 피해는 국민들에게 돌아갈 것이라고 경고하기도 한다.³⁾

1) 직권남용죄의 발생건수는 1990년대에는 100건 이하에 머물렀지만, 2016년에 1,000건(1,040건)을 돌파한 후 2022년에 2,304건으로 그 정점을 찍었다(대검찰청, 「범죄분석」 2000~2025).

2) 양경승, “직권남용죄의 보호법익과 구성요건”, 「인권과 정의」(500), 2021/9, 대한변호사협회, 171면 ; 김성돈, “직권남용죄, 남용의 의미와 범위”, 「법조」 제68권 제3호(통권 제735호), 2019/6, 법조협회, 207면에서는 “공직사회의 내부에 까지 압박해 들어간 강력한 민주화의 요구”가 “그 동안 공직사회를 가리고 있었던 단단한 베일을 벗겨냄으로써 권력기관 내부에 만년해 있던 남용적 권력행사의 민낯이 형법의 렌즈에 포착”되었다고 한다.

3) 이완규, “직권남용죄의 성립요건”, 「범죄방지포럼」 제41호, 2019/8, 범죄방지재단, 36면 ; 이중수, “공무원의 부당한 직무수행과 직권남용죄의 관계 - 직권남용죄의 보호법익과 ‘적극행정 면책이론’의 도입 논의를 중심으로 -”, 「법조」 제70권 제1호, 2021/2, 법조협회, 215면.

이러한 기대와 우려는 법해석에서도 그대로 표출되어 왔다. 심지어 직권남용죄의 ‘직권과 남용 및 의무’개념 등이 너무 모호하고 추상적이어서 죄형법정주의의 명확성원칙에 반한다고 보기도 한다.⁴⁾ 하지만 학계의 다수 의견은 직권남용죄가 명확성원칙에 위반되는 것은 아니지만, 그 남용의 여지를 차단하기 위해 직권과 남용 등의 개념을 상당히 엄격하게 해석하여 왔다.⁵⁾ 그리고 실무역시도 이 다수설과 마찬가지로 ‘권한 없으면 남용 없다’는 논리에 따라, 직권남용죄의 성립을 상당히 제한하여 왔다,⁶⁾ 사법농단 사건의 하나로 분류되는 서울지법 형사수석부장의 재판개입사건에서 1, 2, 3심이 모두 무죄를 선고한 것은⁷⁾ 기존의 이러한 실무경향이 반영된 것이라고 볼 수도 있다.

하지만 특히 이 재판개입사건의 느린 진행 및 그에 대한 무죄선고는 다수 학자들을 자극하였다. 이들은 그 재판개입을 반헌법적·반법률적 행위로서 마땅히 처벌되어야 한다는 전제 하에, 판결문의 맹점을 찾는 데 집중하였다. 앞선 대법원 판례들의 취지를 면밀히 분석하기도 하고, 또 유명 학자들의 ‘법’발견방법론을 재탐색하면서,⁸⁾ 재판개입사건에서 무죄를 선고한 각 법원의 판결이 실은 ‘제식구 감싸기’가 아니냐는 점을 드러내고자 하였다. 그리고 이들은 무엇보다 대법원의 표현들에서 사법농단사건의 유죄를 선고할 수 있는 맥락을 찾아내고, 직권남용죄를 보다 적극적으로 확대적용할 것을 주장한다. 직권남용이라는 말은 월권적 행위나 지위남용도 포괄할 수 있다고 보는 것이 그 예이다.⁹⁾

4) 헌법재판소 2006. 7. 27.자 2004헌바46 결정에서 권성 재판관은 “‘직권남용’과 ‘의무’는 그 의미가 모호하고 광범위하며 추상적인 개념으로 법원의 해석 역시 추상적인 기준만을 제시할 뿐 직권남용의 의미를 파악해 내기가 쉽지 않아, 수사기관이 그 규범 내용을 명확하게 인식하여 어떠한 행위가 이 사건 법률조항에 해당하는지를 일관성 있게 판단하기 어렵게 함으로써 자의적인 해석과 적용의 여지를 남기고 있어, 이른바 정권교체의 경우에 진임 정부에서 활동한 고위 공직자들을 처벌하거나 순수한 정책적 판단이 비판의 대상이 된 경우에 공직자를 상징적으로 처벌하는 데에 이용될 위험성도 있다”며 강한 우려를 표명하였다.

5) 김일수/서보학, 「새로쓴 형법각론」 제8판, 2015, 박영사, 637면 ; 김혜정 외 4인 공저, 「형법각론」, 2019, 피앤씨미디어, 660면 ; 박상기, 「형법각론」 제5판, 2004, 박영사, 634면 ; 이재상/장영민/강동범, 「형법각론」 제10판, 2017, 박영사, 710면 ; 임웅, 「형법각론」 제13판, 2023, 법문사, 934면 ; 정성근/박광민, 「형법각론」 제2판, 2015, 성균관대학교출판부, 791면.

6) 대법원 1991. 12. 27. 선고 90도2800 판결 ; 대법원 2005. 4. 15. 선고 2002도3453 판결 ; 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007도9139 판결 ; 대법원 2011. 9. 8. 선고 2011도7503 판결 ; 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도18646 판결 ; 대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도14303 판결.

7) 서울중앙지방법원 2020. 2. 14. 선고 2019고합189 판결 ; 서울고등법원 2021. 8. 12. 선고 2020노471 판결 ; 대법원 2022. 4. 28. 선고 2021도11012 판결.

8) 김성돈, “법이해, 법발견 방법, 그리고 직권남용죄”, 「형사법연구」 제33권 제4호, 021/12, 한국형사법학회, 112면 이하.

9) 김성돈, 전계논문(형사법연구), 126면 ; 최병천, “직권남용권리행사방해죄”, 「경찰법연구」 제17권 제2호, 2019/6, 한국경찰법학회, 43면 ; 오병두, “직권남용죄의 성립요건에 관한 검토”,

현재 국회에는 직권남용죄의 확대적용을 주장하는 학자들의 의견을 반영한 형법일부개정법률안이 발의되어 있다.¹⁰⁾ ‘직권을 남용하여’라는 현행 규정을 ‘직권을 남용·월권하거나 지위를 이용하여’로 개정하자는 것이다. 하지만 이와는 달리, 최근에 정부와 여당에서는 2026년 상반기 중에 감사원의 정책감사를 폐지함과 더불어 직권남용죄가 더 이상 남용되지 않도록 그 개정을 서두르겠다는 계획을 발표하였다.¹¹⁾ 직권남용죄가 정치보복의 수단으로 남용되지 않도록 하고, 아울러 그동안 누적된 공직사회의 피로도를 일소하고 복지부동의 자세를 반전시켜 공직사회에 활력을 불어넣겠다는 취지이다.

이처럼 한쪽에서는 직권남용죄의 확대적용을 위한 개정안을 발의하고, 또 다른 한쪽에서는 그 축소적용을 위한 법개정을 추진하는 등 직권남용죄에 대한 기대와 우려가 최고조에 이른 상황이다. 따라서 이하에서는 확대적용론자들이 주장하는 바가 무엇이고 또 그에 따를 경우 직권남용죄가 어디까지 확장될 수 있는지를 먼저 살펴본 후, 직권남용죄의 적정한 처벌범위는 어디까지인지, 그리고 이를 구현하기 위해서는 현행법을 어떻게 개정해야 할지를 한번 모색해 보고자 한다. 다만, 직권남용죄는 하나의 정치풍향계로 작동하고 있어서, 이에 대한 언급은 자칫 개인의 정치적 지향을 드러내는 일이 될 수도 있는 만큼, 이 점을 경계하면서 가능한 한 형법적 시각에 논의의 초점을 맞추어 보고자 한다.

II. 직권남용의 의미와 그 남용가능성

1. ‘직권’개념의 모호성과 불확정성

우선, 직권의 ‘남용’은 당연히 직권의 존재를 전제로 한다. 따라서 종래의 통설은 “당해 공무원의 직권과 무관한 사항이나 직권을 사칭한 경우 또는 자기

「형사법연구」 제32권 제2호, 2020, 한국형사법학회, 23면 ; 조기영, “직권남용죄의 개정방향”, 「비교형사법연구」 제23권 제2호, 2021/7, 한국비교형사법학회, 83면 ; 이창섭, “직권남용죄의 성립요건에 대한 고찰”, 「아주법학」 제15권 제2호, 2021/8, 아주대학교 법학연구소, 244면 ; 양경승, 전개논문, 171면.

10) 2025. 9. 29. 전종덕 의원이 대표발의한 이 형법일부개정법률안(의안번호 2213360호)은 현재 법제사법위원회에 회부되어 심사 중이다. 2022년에 박주민 의원이 대표발의한 형법개정 법률안(의안번호 2114626호)은 ‘직권을 남용하거나 지위를 이용하여’라고 표현하고 있었다.

11) <https://news.kbs.co.kr/news/pc/view/view.do?ncd=8312494&ref=A>. 2025. 12. 10. 검색.

의 직권과 관계없는 권한을 모용한 경우에는 직권남용죄가 성립될 수 없다”고 보았다.¹²⁾ 이미 언급한 것처럼 대법원도 ‘직권 없으면 남용 없다’는 점을 반복적으로 확인한 바 있다.¹³⁾ 이 “직권 없으면 남용 없다’는 슬로건은 직권남용죄의 성립을 부정하는 아주 간결하면서도 강력한 통제장치로 작동해 온 것이다. 하지만 대법원은 그 직권을 ‘일반적 직무권한’으로 표현하고 있는데, 이것이 과연 무엇을 의미하는지는 그리 분명하지가 아니하다.

형법에서는 특히 공무집행방해죄와 관련하여 공무원의 직무권한을 ‘추상적 직무권한’과 ‘구체적 직무권한’으로 구분하여 왔다.¹⁴⁾ 가령, 조직으로서의 경찰은 치안유지와 교통단속 및 범죄수사 등의 추상적 직무권한을 가지고 있지만, 그 조직에 속한 개별 경찰관은 직급과 직위 및 사무분장에 따라 그보다 훨씬 제한된 ‘구체적 직무권한’을 갖는다. ‘직권 없으면 남용 없다’는 논리에 따를 경우, 이 구체적 직무권한을 전제로 하면 직권남용죄의 성립범위가 좁아지고, 추상적 직무권한을 전제로 하면 그 반대가 된다. 하지만 대법원은 ‘일반적 직무권한’이 이 두 가지 중에서 무엇을 말하는지를 밝힌 바는 없다.

대신에 대법원은 “어떠한 직무가 그 일반적 직무권한에 속하는 사항이라고 하기 위해서는 그에 관한 법령상의 근거가 필요하지만, 명문이 없는 경우라도 법·제도를 종합적, 실질적으로 관찰해서 그것이 해당 공무원의 직무권한에 속한다고 해석될 수 있다”고 한다.¹⁵⁾ 이에 대하여, ‘종합적, 실질적 관찰’은 필연적으로 관찰자 별로 직무권한의 범위를 둘러싼 이견을 만들어낼 것이고, 이는 직권남용죄의 성립여부에 대한 예측가능성을 저하시키는 요인으로 작용한다고 지적하기도 한다. 따라서 직무권한은 ‘법령이 없어도’ 인정될 수 있는 것이 아니라, ‘법령의 해석’에 기초하여 그 권한의 범위를 정할 수 있어야 한다고 한다.¹⁶⁾

하지만 대법원은 ‘법령이 없어도’라고 하지 않고 오히려 ‘명문이 없어도’라고

12) 김일수/서보학, 전게서, 637면 ; 박상기, 전게서, 634면 ; 배종대, 「형법각론」, 제7판, 2010, 홍문사, 817면 이하 ; 오영근, 「형법각론」, 2002, 대명출판사, 1008면 ; 이재상/장영민/강동법, 전게서, 710면 ; 임웅, 전게서, 935면 ; 정성근/박광민, 전게서, 791면.

13) 대법원 1991. 12. 27. 선고 90도2800 판결 ; 대법원 2005. 4. 15. 선고 2002도3453 판결 ; 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007도9139 판결 ; 대법원 2011. 9. 8. 선고 2011도7503 판결 ; 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도18646 판결 ; 대법원 2019.8.29. 선고 2018도14303 판결.

14) 대법원 1991. 5. 10. 선고 91도453 판결 ; 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000도3485 판결 ; 김성돈, 「형법각론」, 제10판, 2025, 박영사, 855면 ; 오영근, 전게서, 1060면 ; 임웅, 전게서, 988면 이하.

15) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2011도1739 판결.

16) 김성돈, 전게논문(법조), 209면, 215면.

하였다. 명문이 없더라도 법령상의 근거는 있어야 한다는 의미이다. 다만, 대법원은 그 법적 근거의 유무와 관련하여 ‘종합적, 실질적 관찰’을 요구하는데, 이 흔들리는 판단은 구성요건의 보장적 기능을 해칠 수가 있다.¹⁷⁾ 하지만 이러한 흔들림은 실은 ‘법령의 해석’에서도 마찬가지이다. 법과 제도를 종합적, 실질적으로 관찰하는 것이 바로 그 ‘법령해석’의 한 방법이기 때문이다. 사실, 공무원의 직무 내지 직무권한을 남김없이 명문으로 기록할 수는 없다는 점을 감안하자면, 법과 제도를 종합적, 실질적으로 관찰하는 등의 방법, 즉 법령해석을 통해 그 권한의 범위가 정해지는 측면은 어느 정도 불가피하다고 보아야 한다.

다만, 대법원은 직무권한과 관련하여 “상대방으로 하여금 법률상 의무없는 일을 하게 하거나 정당한 권리행사를 방해하기에 충분한 것”이면, “그것은 (당해 공무원의) 직무권한에 속할 수 있다”고 한다.¹⁸⁾ 이에 대하여 “미리 확정되어 있어야 할 직무권한의 범위를 남용되었을 경우를 가정해서 거꾸로 추론”하는 문제를 지적하기도 한다.¹⁹⁾ 실제로 ‘직권 없으면 남용 없다’는 논리를 직권남용죄를 통제하는 강력한 무기로 사용하면서도 그 이면에서는 다시 ‘남용되는 것은 직권’이라고 하는 것은 순환논증이다. 만일, 직권의 범위가 남용여부에 의존하는 것이라면, ‘직권 없으면 남용 없다’는 슬로건을 포기되어야 할 것이다.

그러나 ‘직권을 남용하여’라는 문언에 비추어 볼 때, 직권남용죄는 직권의 존재를 전제로 하고, 이는 남용을 심사하기 전에 확정될 수 있는 것이라고 해야 한다. 다만, 그 직권을 ‘일반적 직무권한’으로 표현하는 것에서도 알 수 있듯이, 사무분장표에 의해 일정 범위로 제한된 구체적 직무권한이 아니라, 사전에 그 경계를 명확하게 확정할 수 없는 추상적 직무권한을 지칭하는 것으로 보아야 한다. 즉, 일반적 직무권한은 ‘당해 공무원이 담당할 수 있는 통상적 업무의 전체’를 말하고, 그 전체의 범위는 법·제도에 대한 종합적, 실질적 관찰 등과 같은 법령의 해석을 통해 확정되는 것이라고 보아야 할 것이다.

2. ‘남용’개념의 의미와 그 진폭

한편, 직권의 ‘남용’과 관련하여 대법원은 “공무원이 그의 일반적 권한에 속하는 사항에 관하여 그것을 불법하게 행사하는 것, 즉 형식적·외형적으로는

17) 따라서 구성요건단계에서는 그 ‘종합적, 실질적 관찰’보다는 가급적이면 ‘개별적, 형식적 판단’이 가능하도록 해주는 기준을 제시할 필요가 있다.

18) 대법원 2004. 5. 27. 선고 2002도6251 판결.

19) 김성돈, 전계논문(법조), 209면.

직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우”²⁰⁾가 그 남용이라고 한다. 다른 한편에서는 “공무원이 그 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 직권의 행사에 가탁하여 실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 하는 경우”도 직권남용이 된다고 한다.²¹⁾ 그리고 남용에 해당하는가의 판단 기준은 “구체적인 공무원의 직무행위가 그 목적, 그것이 행하여진 상황에서 볼 때의 필요성·상당성 여부, 직권행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등의 제반 요소를 고려하여 결정하여야 한다”고 한다.²²⁾

대법원의 이 표현 중에서, 특히 ‘그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우’와 ‘직권행사에 가탁하여 실질적으로 위법·부당한 행위를 하는 경우’는 오해의 소지가 없지 않다. ‘직권 없으면 남용 없다’고 하면서도 실은 ‘정당한 권한 이외의 행위’, 즉 월권행위도 남용이 될 수 있다는 점을 시사하기 때문이다.²³⁾ 이를 이유로, 일반적 직무권한을 구체적 직무권한으로 특정한 후, 추상적 직무권한을 행사하는 경우를 월권행위라고 하고, 추상적 직무권한조차 벗어났지만 그 직권행사와 관련성이 있는 경우, 즉 직권행사의 외관을 갖춘 경우를 준월권행위로 지칭하면서, 이 월권과 준월권행위도 남용으로 보아야 한다고 하기도 한다.²⁴⁾

이 입장은 일반적 직무권한이라는 개념이 매우 불확정적인 표지라는 전제에서, 직무권한의 범위를 보다 분명하게 확인할 수 있도록 그 일반적 직무권한을 구체적 직무권한으로 이해하고 있다.²⁵⁾ 하지만 이는 ‘직권 없으면 남용 없다’는 대법원의 입장을 비판하기 위한 하나의 설계이고, 오히려 일반적 직무권한은 이미 언급한 것처럼 추상적 직무권한으로 보아야 한다. 따라서 이 입장에서 말하는 월권행위는 직무권한‘범위 내’의 행위에 해당한다. 그리고 일반적·추상적 직무권한을 벗어난 준월권행위를 직권남용으로 보자는 주장은 명백히 ‘직권 없으면 남용 없다’는 논리에 반하는 것으로 보아야 한다.

물론, 남용이라는 개념이 갖는 의미의 진폭은 대단히 넓다. 우선 직권 ‘범위 내’에서의 재량권의 일탈남용은 물론이고, 그 직권의 오용까지 남용으로 볼 수

20) 대법원 1991. 12. 27. 선고 90도2800 판결.

21) 대법원 2004. 5. 27. 선고 2002도6251 판결.

22) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010도13766 판결 ; 대법원 2011. 7. 28. 2011도1739 판결 ; 대법원 2013. 9. 12. 선고 2013도6570 판결 ; 2018. 2. 13. 선고 2014도11441 판결 ; 대법원 2020. 1. 30. 선고 2018도2236 전원합의체 판결.

23) 김성돈, 전계논문(형사법연구), 126면.

24) 김성돈, 전계논문(법조), 221면.

25) 김성돈, 전계논문(법조), 225면.

있다. 가령, 형법 제124조의 불법체포·감금행위 및 제125조의 폭행·협박행위는 직권을 오용한 예이고, 형법은 이를 독립범죄로 규정하고 있다. 그리고 체포·감금이나 폭행·협박 외에, 위계·위력이라는 범죄적 수단과 결부된 직권행사도 남용에 해당한다. 가령, 협박에 이르지 않는 위력을 행사한다거나 혹은 (구체적) 직무권한을 가장하는 경우, 직권행사를 가장하는 경우 및 직권의 존재 자체를 가장하는 경우 등을 예로 들 수 있다.

이처럼 남용개념이 갖는 의미의 진폭은 대단히 넓지만, 이 모든 남용행위를 형사처벌의 대상인 당벌적 행위로 볼 수는 없다. 특히, 권한 ‘범위 내’의 ‘재량권 일탈남용’은 아예 형사처벌의 대상이 아니라고 보아야 한다.²⁶⁾ 왜냐하면 그 재량권의 일탈남용에 대해서는 당해 행정행위의 무효나 취소 혹은 국가배상이나 해당 공무원에 대한 징계조치와 같은 행정제재를 예정해 두고 있는데, 이에 덧붙여 최후수단으로 남아 있어야 할 형사처벌까지 동원할 필요가 있다고 보기 어렵기 때문이다. 행정행위에 대한 형사법의 과도한 개입은 공직사회를 위축시키는 등 득보다 실이 많을 수 있다는 점도 유념하여야 한다.

이처럼 권한 ‘범위 내’의 재량권 일탈남용을 직권남용죄의 ‘남용’개념에서 제외한다면, 이제 권한 ‘범위 내’나 혹은 ‘범위 외’냐는 점에 과도하게 시선을 빼앗기지 않아도 된다. 직권남용죄의 ‘남용’에 대한 논의는 그것보다 실은 공무원의 직권행사가 범죄적 수단, 즉 체포·감금, 폭행·협박 혹은 위계·위력과 결부되어 있는지의 여부에 먼저 초점을 맞추어야 한다. 이 범죄적 수단이 곧 형법개입의 단초인 것이다. 물론, 위계의 방법은 위에서 언급한 것처럼, 주로 직권 혹은 직권행사를 가장하는 경우 및 직권의 존재 자체를 가장하는 경우 등을 의미하기 때문에, 직무권한의 범위문제와 전적으로 무관한 것은 아니다.

여기에서 직권을 가장하는 경우와 직권의 존재 자체를 가장하는 경우는 구별되어야 한다. 직권을 가장한다는 것은 마치 자신의 당해 업무를 담당하고 있는 것처럼 행동하는 것으로서 구체적 직무권한을 가장하는 경우를 말한다. 이에 반해 직권의 존재 자체를 가장하는 경우는 위에서 언급된 준월권행위의 경우이다. 즉, 직권행사의 외관을 갖춘 경우를 말한다. 이는 동일한 사안을 가해자 쪽에서 혹은 피해자 쪽에서 서로 다르게 표현한 것일 뿐이다. 하지만 이는 공무원 아닌 자가 공무원의 자격을 사칭하는 경우와 본질적으로 다르지 않기

26) 이종수, 전계논문, 215면, 236면 ; 이완규, 전계논문, 38면. 이에 반해 김성돈, 전계논문(법조), 214면에서는 “대법원은 명시적으로 권한 범위 내의 권한남용, 즉 재량권 남용만을 형법상의 남용개념으로 해석한다”고 하는데, 대법원은 일반적·추상적 직무권한을 전제로 하기 때문에, 구체적 직무권한을 전제로 하는 ‘재량권의 남용’에 초점을 맞추고 있지 않다.

때문에, 이는 직권남용죄의 ‘남용’개념에서 제외되어야 한다.²⁷⁾

정리하자면, 대법원이 ‘직권 없으면 남용 없다’라고 할 때의 직권은 일반적·추상적 직무권한을 말한다고 보아야 한다. 그리고 ‘형식적·외형적으로는 직무집행으로 보이냐’라는 표현은 ‘구체적 직무권한을 행사하는 것으로 보이냐’의 의미이고, ‘직권의 행사에 가탁하여’라는 표현은 ‘직무집행의 기회에’ 혹은 ‘구체적 직무권한을 가장하여’라는 의미라고 보아야 한다. 또 ‘실질적, 구체적으로 위법·부당한 행위를 하는 경우’는 ‘구체적 직무권한을 벗어난 경우’를 말하며, 마찬가지로 ‘그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우’라는 표현도 구체적 직무권한을 벗어난 행위를 하는 경우를 의미한다고 보아야 한다.

3. 지위를 이용한 영향력 행사의 문제

직권의 존재 자체를 가장하는 경우와는 달리, 공무원이 자신의 지위를 이용하여 사실상의 영향력을 행사하는 것은 직권남용으로 볼 여지가 없지 않다. ‘영향력의 행사’라는 말이 위력이라는 범죄적 요소를 내포하고 있기 때문이다. 대법원도 “공무원이 그 직무권한의 행사로 인해 불이익을 받을 것을 우려하는 사람을 상대로 ‘직무권한을 넘어서는 위법·부당한 행위’²⁸⁾를 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”고 인정한 바 있다.²⁹⁾

하지만 대법원은 바로 이어서 “그러나 별도의 입법이 없는 이상 현행법의 해석만으로 공무원의 직무권한에 속하지 않는 행위를 직권남용죄로 처벌하기는 어렵다”고 선을 그었다.³⁰⁾ 물론, 이 단호한 선긋기와는 별개로 대법원은 재정경제원장관이 시중은행장으로 하여금 자신의 사돈회사에 대출을 해 주도록 한 것은 직권남용에 해당한다고 보았다.³¹⁾ 하지만 재정경제원장관이 금융통화

27) 이민걸, “직권남용죄에 있어서의 주체와 직권남용의 의미”, 『형사판례연구』(13), 2005/9, 한국형사판례연구회, 401면 ; 이천현/이권철/고명수, 『직권남용죄에 관한 연구』, 2022, 한국형사·법무정책연구원, 68면 ; 이창섭, 전계논문, 245면.

28) 여기에서 말하는 ‘직무권한을 넘어서는 위법·부당한 행위’는 월권행위와 지위를 이용하여 영향력을 행사하는 경우를 모두 포함한다.

29) 대법원 2021. 3. 11. 선고 2020도12583 판결.

30) 대법원 2021. 3. 11. 선고 2020도12583 판결.

31) 대법원 2004. 5. 27. 선고 2002도6251 판결.

운영위원회의 당연직 의장으로서 시중은행에 대해 사실상의 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있는 것은 사실이지만, 그렇다고 시중은행이 개별기업에 대출해 주도록 지시할 권한이 그의 직무권한에 속한다고 볼 수는 없다. 이를 인정한다면, 그것은 아마 시중은행의 경영권에 대한 중대한 침해가 될 것이다.³²⁾

대법원의 이러한 흔들리는 입장을 간파하고, 지위를 이용한 사실상의 영향력 행사도 직권남용에 포함시켜야 한다는 의견이 강하게 개진되고 있다. 그 이유는 ① 권리행사방해 등의 결과가 발생한 경우, 그것이 직권행사의 결과인지 아니면 단순히 지위이용의 경우인지를 구분하는 것이 쉽지 않고,³³⁾ 또 ② 자신의 직권을 남용하는 경우를 ‘2등급 직권남용’이라고 한다면, 지위를 이용하여 영향을 미치는 경우를 ‘1등급 직권남용’이라 할 수 있다는 것이다.³⁴⁾ 그리고 ③ 준월권행위를 남용으로 보려는 입장 역시 ‘권한 없으면 남용 없다’는 대법원의 방어막을 와해시켜 궁극적으로 지위이용을 남용에 포함시키려는 의도를 담고 있다.³⁵⁾

이 중에서 특히 세 번째 입장은 자신의 주장을 강화하기 위해 많은 지면을 ‘범이해와 법발견 방법론’에 할애한다. 형법상의 ‘남용개념은 사물논리적으로 선재하는 존재론적 개념’이 아니기 때문에, ‘규범과 사실의 시선의 상호왕래’ 속에서 ‘사회의 변화상을 포착’할 수 있도록 가소성 있게 재구성되어야 한다는 것이다.³⁶⁾ 아울러 대법원 역시 형법 258조의2 특수폭행죄의 ‘위험한 물건’과 관련하여, 자동차를 그 위험한 물건에 포함시키기도 하고³⁷⁾ 또 배제시키기도 하는데,³⁸⁾ 이는 구체적 타당성을 위해 ‘위험한 물건’이라는 개념을 매우 가소성 있게 아주 잘 다루고 있는 예라고 소개하기도 한다.³⁹⁾

32) 이민걸, 전계논문, 406면 이하. 구한국은행법(1997. 12. 31. 법률 제5491호로 개정되기 전의 것) 제31조는 “은행감독원장과 그 소속직원은 이 법에 규정된 금융기관 또는 그 기관의 임원·직원에게 대출을 요구하거나 기타 금품을 수득할 수 없다”고 규정하고 있었다는 점에서도 그 대출지시는 재정경제원장관의 직무권한이 아니라고 보아야 한다고 한다.

33) 양경승, 전계논문, 179면.

34) 조기영, 전계논문(직권남용죄의 개정방향), 83면 ; 최병천, 전계논문, 41면 이하.

35) 김성돈, 전계논문(법조), 222면 이하에서는 준월권적 남용도 남용개념에 포함시킬 수 있을을 길게 설명하고 있지만, 228면에 이르러서는 “월권적 남용을 규율하기 위해 지위 내지 직위남용행위를 일반 직권남용죄의 구성요건에 추가하는 것이 바람직하다”는 입법론을 언급하고 있는데, 이는 월권적 남용과 지위이용을 현행 ‘남용’개념에 바로 포섭하는 것이 무리라는 것을 시인하는 셈이다.

36) 김성돈, 전계논문(형사법연구), 207면, 119면.

37) 대법원 2010. 11. 11. 선고 2010도10256 판결.

38) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007도3520 판결.

39) 김성돈, 전계논문(형사법연구), 123면.

물론, 활자로 고정된 법문에 현실사례의 구체성과 특이성이 남김없이 기록되어 있는 것은 아니기 때문에, 경우에 따라서는 ‘법률과 사례간의 시선의 상호왕래’를 통해 법문의 개념을 다소 유연하게, 가소성 있게 해석하여야 할 필요가 있는 것이 사실이다. 하지만 죄형법정주의가 지배하는 형법에서는 그 유연한 해석도 실은 문언의 가능한 의미범위 내에 머물러야 한다. 형법이 ‘위험한 물건을 휴대하여’라고 하고 있는데, 휴대할 수도 없는 자동차를 ‘이용한 경우’까지 특수폭행죄로 처벌할 수는 없다.⁴⁰⁾ 실무의 이러한 법적용은 해석을 방자하여 입법으로 나아가는 것이기에, 이는 칭찬이 아닌 경계의 대상으로 삼아야 한다.

‘위험한 물건을 휴대하여’라는 법문을 임의적으로 ‘위험한 물건을 이용하여’로 해석할 수 없듯이, ‘직권을 남용하여’라는 법문을 ‘지위를 이용하여’로 무작정 확대해석할 수는 없다. 독일 형법 제240조는 직권남용과 지위이용을 강요죄의 가중사유로 다루고 있는데,⁴¹⁾ 이러한 입법례를 놓고 보더라도 직권남용에 무작정 지위이용을 포함시킬 수 없다는 점은 분명하다. 설령, 직권남용이 2등급 남용이고 지위이용이 1등급 남용이라고 보더라도 마찬가지이다. 이러한 가치판단은 그 전제와 판단자에 따라 얼마든지 가변적으로 바뀔 수 있는 만큼,⁴²⁾ 꼭 필요하다면 입법을 촉구하는 선에 머물러야 할 것이다. 하지만 이 입법적 해결방안 역시 그것이 바람직한 것인지는 의문이다.

독일의 경우는 그 지위이용이 폭행·협박과 결부되어 있어서 직권남용과 지위이용을 엄밀히 구별할 필요가 없다. 그러나 우리의 직권남용은 폭행·협박 외에 위계·위력과 결부될 수도 있기에, 직권남용과 지위이용은 엄격히 구별되어야 한다. 즉, 직권의 위계·위력적 행사에 ‘속아서 혹은 심리적으로 제압되어’ 권리행사를 방해당한 경우와 사실상의 영향력 행사를 의미하는 ‘지위이용에 협력한 경우’는 사안의 성격 자체가 판이하다. 전자는 범죄의 피해자라고 한다면, 후자는 사실상 공범에 가깝다. 이 후자는 직권행사가 문제되는 경우가

40) 대법원도 실은 ‘휴대’를 ‘소지하거나 몸에 지니는 것’으로 좁게 이해한다(대법원 2017. 3. 30. 2017도 771 판결). 이는 김성돈 교수의 경우도 마찬가지이다(김성돈, 형전개서, 102면). 그럼에도 유독 자동차가 문제되는 경우에만 ‘휴대하여’를 ‘이용하여’로 넓게 해석하는데, 자동차의 특수성을 이유로 법문의 가능한 의미범위를 그리 쉽게 뛰어넘어도 좋은 것은 아니다.

41) Sinn, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, Bd.4: §§185-262, 4.Aufl., C. H. BECK, 2021, §240, Rn.170 ; Valerius, Beck'sche Online-Kommentare Strafgesetzbuch: StGB, 53.Ed., C. H. BECK, 2022, §240, Rn.6.

42) 하태훈, “형법법규의 해석과 죄형법정원칙”, 『형사판례연구』(11), 2003, 한국형사판례연구회, 19면 이하.

아니라는 점을 알면서도, 다른 어떤 이익을 위해 그 지위이용에 협력한 것이어서, 이 협력으로 인해 피해를 입는 사람은 따로 존재한다.

물론, 구체적인 사례에서 직권의 존재 자체를 알았는지를 확정하는 것은 쉬운 일이 아닐 수 있지만, 이는 어디까지나 사실확정의 문제이다. 적어도 직권행사가 아니라 지위이용임을 알고 그것에 협력한 사람까지 형법이 보호할 필요는 없다. ‘지위이용이 1등급, 직권남용은 2등급 남용’이라는 주장은 공직자의 권한행사를 과도하게 악마화하여 그 협력자조차 피해자로 둔갑시키는 일이다. 그리고 권리행사방해 등의 결과가 발생한 경우, 그것이 직권행사의 결과인지 아니면 단순히 지위이용의 경우인지를 구분하는 것이 쉽지 않다는 주장도 실은 사실인정의 어려움을 이유로 불법에 협력한 자를 피해자로 둔갑시키는 것이다. 사실상의 영향력을 매개로 형성된 불법의 커넥션에 형법이 개입하여 어느 일방을 비난하고 다른 일방을 두둔하지 말아야 한다면, 지위이용을 입법화하는 것에는 극히 신중하여야 할 것이다.

Ⅲ. 직권남용죄의 개정시에 고려해 보아야 할 사항

1. 목적범으로 전환할 필요성과 문제점

직권남용죄가 남용되고 있다면, 그것은 무엇보다 ‘직권과 남용’ 개념을 지나치게 느슨하게 완화 내지 확대해석하는 것에 기인한다. 들불처럼 번져간 적폐청산의 강한 요구에 실무가 상당히 흔들렸고, 여기에 가세한 일부 학자들이 ‘권한 없으면 남용 없다’는 마지막 방어막마저 허물고자 월권행사나 지위이용에 초점을 맞추고 이를 ‘남용’ 개념에 포함시키려는 시도를 통해 그 남용의 방아쇠를 당겨버렸다. 이와 더불어 한 때 공직사회에서 권장되던 적극행정 및 그 면책제도⁴³⁾는 구호에 그치고, 급기야 정부에서는 직권남용죄를 개정하겠다고 나섰다. 하지만 직권남용죄의 남용은 법조문이 잘못되었기 때문이 아니라 실은 그에 대한 그릇된 해석에 기인하는 만큼, 이러한 해석을 차단할 수 있는 방안에 초점을 맞추어야 한다.

직권남용죄의 축소적용을 지향한다면, 가장 먼저 떠올려 볼 수 있는 것이

43) 감사원법 제34조의3은 “불합리한 규제의 개선 등 공공의 이익을 위하여 업무를 적극적으로 처리한 결과에 대하여 그의 행위에 고의나 중대한 과실이 없는 경우에는 이 법에 따른 징계 요구 또는 문책 요구 등 책임을 묻지 아니한다”고 규정하고 있다.

직권남용죄를 목적범으로 전환하는 것이다. 실제로 2021년에 개최된 국회공청회에서는 이 방안이 제안되기도 하였다. 즉, “공무원이 자기 또는 제3자로 하여금 불법한 이익을 얻게 하거나 타인에게 불이익을 부과하기 위한 목적으로 위계 또는 위력으로써 직권이나 지위를 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다”는 것이다.⁴⁴⁾ 스위스 형법 제312조의 직권남용죄도 목적범의 형식을 띄고 있다.⁴⁵⁾

대법원 역시 직권의 ‘남용’ 여부와 관련하여 행위자의 목적을 고려하라고 한다. 즉, “구체적인 직무행위의 목적, 그 행위가 당시의 상황에서 필요성이나 상당성이 있는 것이었는지 여부, 직권 행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등의 여러 요소를 고려하여 결정하여야 한다”는 것이다.⁴⁶⁾ 이러한 입장에서 대법원은 피고인(검사)이 수사목적이라는 명분을 내세웠지만 실제로는 개인적 목적을 위해 교도관에게 수용자를 호송하게 한 것은 직권남용이 된다고 보았다.⁴⁷⁾ 대법원의 이 입장과 궤를 같이하여, 추구하는 목적과 투입된 수단 사이의 상호관계성을 토대로 직권의 남용여부를 판단하여야 한다는 견해도 주장되고 있다.⁴⁸⁾

그러나 현행법 하에서 행위자의 주관적 목적을 고려하라는 것은 오해의 소지가 없지 않다. 범죄사실에 대한 인식·인용이라는 행위자의 고의 외에 별개의 (초과)주관적 목적을 요구하는 것은 직권남용죄를 과도한 심정형법에 빠뜨릴 수 있다는 통렬한 지적에 유의하여야 한다.⁴⁹⁾ 물론, 위 피의자 호송사례에서 대법원이 초점을 맞춘 것은 행위자의 주관적 목적(가령, 데이트)이 아니라, 그것이 직권행사의 객관화된 목적(즉, 수사)에서 벗어났다는 점이다. 이러한 구분 자체가 불가능한 것은 아니지만, 구성요건단계에서 어떠한 목적을 고려하여

44) 이수진 의원이 2021. 5. 17. 개최한 ‘직권남용죄 개정안 마련을 위한 입법공청회’를 말한다.
 45) 스위스 형법 제312조는 “관청의 구성원 혹은 공무원이 자기 또는 타인의 불법이익을 위하여 혹은 타인에게 불이익을 가하기 위하여 직권을 남용한 때에는 5년 이하의 자유형이나 벌금형에 처한다”고 규정하고 있다.
 46) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010도13766 판결 ; 대법원 2011. 7. 28. 2011도1739 판결 ; 대법원 2013. 9. 12. 선고 2013도6570 판결 ; 2018. 2. 13. 선고 2014도11441 판결 ; 대법원 2020. 1. 30. 선고 2018도2236 전원합의체 판결 ; 대법원 2021. 3. 11. 선고 2020도12583 판결.
 47) 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005도6966 판결.
 48) 조기영, “직권남용과 블랙리스트”, 『비교형사법연구』 제20권 제2호, 2018/7, 한국비교형사법학회, 41면. 실질상 부당한 목적을 위해 형식상 부당한 수단을 투입한 경우에 직권남용이 성립하고, 또 실질상 부당한 목적을 위해 형식상 정당한 수단을 투입한 경우에도 직권남용죄의 성립이 가능하다고 한다.
 49) 김성돈, 전계논문(법조), 212면.

야 한다면, 차라리 그 범죄를 아예 목적범으로 바꾸는 것도 고려해 볼 여지가 있다.

이 목적범으로 전환하는 것에 대해서는 ‘직권남용죄가 너무 축소’적용될 것을 우려하기도 하지만,⁵⁰⁾ ‘실효성이 없을 것’이라는 의문을 제기하기도 한다. 직권남용죄를 목적범으로 전환하더라도 대법원이 그 목적에 대해서는 미필적 인식으로도 족하다고 보기 때문에⁵¹⁾ 직권남용죄를 실효성 있게 통제할 수 없다는 것이다.⁵²⁾ 하지만 목적범에서의 목적은 고의보다 훨씬 의지적 요소가 강한 개념이기 때문에, 미필적 인식을 넘어 확정적 인식이 있어야 한다고 보아야 한다.⁵³⁾ 이처럼 확정적 인식이 필요하다고 볼 경우에는 검사의 입증책임이 가중되어 직권남용죄의 성립을 제한할 여지가 생긴다.

이처럼 직권남용죄를 목적으로 전환하면, 그 성립여지가 축소될 수 있는 것이 사실이다. 하지만 국회공청회에 제시된 안이 보여주는 것처럼, 권리행사 방해 등의 결과발생을 요구하면서도 또 목적까지 추가하는 것은 중복으로 보일 여지가 없지 않다. 그렇다고 스위스 형법처럼 ‘일정한 목적을 위한 직권의 남용’ 자체를 처벌하는 방식이 바람직한지도 의문이다. 결과범의 틀을 벗어나 온전한 위험범으로 거듭나는 것은 오히려 처벌의 위험을 확실히 확대시킬 것이기 때문이다. 이 점을 고려하여 국회공청회의 안은 결과범과 목적범을 결합시킨 것으로 보이지만, 이는 직권남용죄에 대한 지나친 확장해석이 낳은 임시방편으로 보이는 만큼, 직권남용죄의 목적범 전환은 그리 권장할 만한 것은 아닌 것으로 보인다.

2. 행위주체(가해자)의 제한

직권남용죄를 목적범으로 전환하는 문제와는 별개로, 그 축소적용을 위해서는 무엇보다 행위의 주체, 즉 가해자의 범위를 확연히 줄일 필요가 있다. 종래의 다수설은 해석을 통해 직권남용죄의 주체를 “법률상의 강제력을 수반할 수 있는 직무를 행하는 자”로 국한시켜 왔다.⁵⁴⁾ 가령, 경찰, 검찰, 특별사법경찰관

50) 김남근, “지위이용죄 신설과 남용해석의 제한”, 「직권남용죄 개정안」 마련을 위한 입법공청회(2021. 5. 17) 자료집, 37면.

51) 대법원 2006. 9. 14. 선고 2004도6432 판결.

52) 조기영, 전제논문(직권남용죄 개정방향), 94면.

53) 오영근, 「형법총론」, 2002, 대명출판사, 547면 ; 임웅, 「형법총론」 제13판, 2023, 법문사, 139면.

54) 김일수/서보학, 전게서, 637면 ; 배중대, 전게서, 817면 ; 이재상/장영민/강동범, 전게서, 710면 ; 임웅, 전게서(각론), 934면 ; 정성근/박광민, 전게서, 791면.

리의 직을 수행하는 공무원(식품위생단속원, 마약감시원, 세관원, 철도공안원, 환경 및 해양감시원, 산림보호공무원, 근로감독관, 교도소장, 소년원장 등), 강제집행이나 세금의 강제징수를 담당하는 공무원, 출입국관리공무원 및 영업정지나 취소와 같은 권력적 작용을 수행하는 공무원 등이 그 예이다.

하지만 대법원은 “일반적 직무권한은 반드시 법률상의 강제력을 수반하는 것임을 요하지 아니하며, 그것이 남용될 경우 직권행사의 상대방으로 하여금 법률상 의무없는 일을 하게 하거나 정당한 권리행사를 방해하기에 충분한 것이면 된다”고 한다.⁵⁵⁾ 대법원의 이 입장은 직권남용죄를 확대적용하려는 사람들을 고무시켰다. 이후 학계에서도 ‘강제력을 요하지 않는다’는 입장표명이 이어졌고,⁵⁶⁾ 이제는 이 입장이 다수설로 보이기도 한다. 종래의 다수설에 따를 경우, 법률상 강제력을 수반할 수 있는 직무를 수행한다고 볼 수 없는 대통령 비서실장, 정부수석, 문체부장관, 사법행정 담당 법관 등은 애초에 직권남용죄의 적용대상에서 제외될 것이라는 점을 우려하는 것이다.⁵⁷⁾

그러나 이러한 우려에 앞서서, 우선 직권남용죄와 강요죄의 성격 및 그 구조의 유사성에 주목하여야 한다. 강요죄는 폭행·협박으로 권리행사방해 등의 결과를 초래하는 범죄이고, 직권남용죄는 그 폭행·협박 대신에 직권남용을 요구하는 범죄이다. 두 범죄 모두 권리행사방해 등의 결과를 요구하는 결과범이다. 동시에 강요죄는 피해자의 의사결정 내지 행동의 자유를 침해하여야 하는 침해범이다. 따라서 폭행·협박과 권리행사방해 등의 결과가 연결되어 있다는 것만으로는 부족하고, 그 중간에 의사결정의 자유침해, 즉 피해자의 공포심 내지 의사억압을 필요로 하고, 이것이 부정될 때에는 기껏해야 미수범으로 처벌될 수 있을 뿐이다.

그런데 직권남용죄는 무엇보다 국가적 범익을 위태롭게 만드는 범죄로 분류되고 또 편제되어 있어서, 직권남용죄의 보호정도를 위험범으로 보고, ‘직권남용죄는 침해범인 강요죄와는 별개의 독립범죄’라는 인식이 널리 퍼져 있다.⁵⁸⁾ 이와 더불어 직권남용죄는 마치 직권남용만 있으면 된다는 인상을 풍기고, 급기야 권리행사방해 등의 결과는 구성요건적 결과가 아니라, 객관적 처벌조건으

55) 대법원 2004. 5. 27. 선고 2002도6251 판결.

56) 권오걸, 『스마트 형법각론』, 2011, 형설출판사, 1003면 ; 김성돈, 전게서, 807면 ; 김태명, 『판례형법각론』, 2018, 피앤씨미디어, 706면 ; 김혜정 외 4인 공저, 전게서, 660면 ; 이민걸, 전계논문, 395면.

57) 조기영, 전계논문(블랙리스트), 35면.

58) 오영근, 전게서(각론), 1008면 ; 이재상/장영민/강동범, 전게서, 710면 ; 임웅, 전게서(각론), 934면 ; 정성근/박광민, 791면 ; 이민걸, 전계논문, 393면 이하.

로 볼 여지까지 언급하는 쪽으로 나아가기도 한다.⁵⁹⁾ 그러나 대법원이 강조하듯이, 직권남용죄를 강학상 위태범으로 보더라도 그것이 결과범임을 잊어서는 안된다.⁶⁰⁾ 실은 국가적 법익(국가기능의 공정한 행사 내지 직무의 적정성)에 대한 위태화와 더불어 개인적 법익(의사결정 및 의사활동의 자유)에 대한 침해가 있어야 한다는 점에서, 후자에 중점을 두어 직권남용죄를 오히려 침해범으로 분류하더라도 그리 잘못된 것은 아니다.⁶¹⁾

이처럼 직권남용죄가 결과범이자 침해범적 속성을 갖는다는 점을 직시한다면, 직권남용죄도 강요죄처럼 피해자의 의사억압을 필요로 한다고 보아야 한다.⁶²⁾ 이 피해자의 의사억압은 강요죄와 직권남용죄의 기술되지 아니한 구성요건요소인 것이다. 즉, 강요죄는 폭행·폭행협박으로, 그리고 직권남용죄는 직권남용으로 피해자의 의사가 억압되고, 이 의사억압으로 인해 권리행사방해 등의 결과가 발생하여야 한다는 것이다. 피해자가 전혀 의사가 억압되지 않았음에도 가해자의 요구를 들어주었다면, 강요죄의 경우에는 미수범이 성립할 수 있지만, 미수범처벌 규정이 없는 직권남용죄의 경우에는 무죄라고 보아야 한다.

이처럼 피해자의 의사억압이 강요죄와 직권남용죄의 구성요건요소로 본다면, 직권남용죄에서 말하는 공무원의 직권 내지 직무는 피해자의 의사억압을 초래

59) 김성돈, 전계논문(법조), 227면. 물론, 직권남용죄의 미수범처벌규정을 두어야 한다는 점을 강조하기 위한 주장이다. 하지만 ‘권리행사방해’ 등을 구성요건적 행위요소로 봄으로써, 그러한 ‘결과발생’을 요구하지 않을 해석여지까지 언급한다는 점에서(228면), 직권남용죄의 확대적용에 대한 강한 신념 같은 것을 엿볼 수 있게 해준다.

60) 대법원 1978. 10. 10. 선고 75도2665 판결. 이에 대해 위험범으로 보면서 권리침해라는 결과발생을 요구하는 것은 위험범 이론에 반한다고 비판하기도 한다(최병천, 직권남용권리행사방해죄, 경찰법연구 제17권 제2호, 한국경찰법학회, 2019/6, 31면). 그러나 컴퓨터업무방해죄를 위험범으로 보면서도 결과범으로 분류할 수 있듯이(임웅, 전게서, 934면), 위험범과 침해범 및 거동범과 결과범의 구분은 그 기준이 다르기 때문에, 위험범을 결과범으로 분류하는 것이 반드시 잘못된 것은 아니다.

61) 김일수/서보학, 전게서, 636면 ; 이주희, “유·무죄 판결문 분석을 통한 직권남용죄의 판단 기준에 관한 구체적 고찰”, 『변호사』 제51권, 2019/1, 서울지방변호사회, 370면. 반면에 어차피 국가적 법익과 개인적 법익이 모두 침해되어야 직권남용죄가 성립하기 때문에, 어느 것을 주된 보호법익으로 보느냐의 문제는 논의의 실익이 크지 않다는 견해도 있다(이민걸, 전계논문, 394면 ; 최병천, 전계논문, 30면 ; 구상진, “직권남용죄 상고(詳考) - 다른 공무원의 권한을 침해한 행위에의 적용가부를 중심으로 -”, 『변호사』 제52권, 2020/1, 서울지방변호사회, 426면). 하지만 어디에 중점을 두느냐에 따라 직권남용죄의 성격 및 강요죄와의 관계가 달라지고, 궁극적으로 처벌범위에 있어서 확연한 차이를 내보일 여지가 있다는 점에 유의하여야 한다.

62) 상대방에 대한 의사억압이 필요한가와 관련하여 일본에서는 필요설(内田文昭, 『형법각론』, 1996, 청림서원, 675면)과 불요설(西田典之, 『형법각론』, 2019, 홍문당, 507면)의 대립이 있었으나, 우리의 경우는 이완규 前법제처장이 이를 명시적으로 언급하고 있을 뿐이다(이완규, 전계논문, 36면).

할 수 있는 권력적 작용, 즉 강제력을 수반할 수 있는 직무로 제한된다고 보는 것이 논리적이다. 그리고 직권남용의 핵심요소는 직권을 행사하겠다고 위협하는 등의 위력의 행사인데, 행사할 직무에 아무런 구속력이나 강제력이 없다면, 사실상 그 위력의 행사 자체도 불가하다고 보아야 한다. 가령, 대국민 행정서비스 제공, 단순 내부관리 및 기술적 지원 등을 내용으로 하는 직무는 그러한 위력행사의 대상조차 되지 않는다는 것이다.

그리고 직권남용은 위력 이외에 위계의 요소도 포함하고 있다. 직권행사를 가장하는 경우이다. 이 위계는 통상 상대방의 착오나 부지를 이용하는 일체의 행위를 의미한다. 그러나 직권행사를 가장하는 ‘위계’는 피해자의 의사를 혼란케 하여 그의 잘못된 판단을 이끌어내는 것을 의미한다. 즉, 직권을 행사하는 것이 두려워서 혹은 심리적으로 위축되어 권리행사를 포기하는 쪽을 선택하는 경우이다. 여기에서 말하는 ‘의사를 혼란케 하는 것’ 역시 위력적 요소의 하나이다.⁶³⁾ 이러한 위력적인 힘을 발휘하는 것이 바로 강제력 있는 직무이다. 따라서 강제력이 없는 직무의 경우에는 공무원이 그것을 행사를 가장하더라도 일반 국민이 권리행사를 포기하는 등의 결과로 이어지기 어렵다고 보아야 한다.

그리고 형사처벌의 늘 강조되듯이 최후의 보충적 수단이다. 따라서 직권남용죄도 그 남용이 현실적으로 국민들의 권리·의무에 직접적인 변동을 초래할 수 있는 권력적 작용에 국한되어야 한다. 그렇지 아니하고, 직권남용죄가 모든 공무원들의 직무를 규율대상으로 하는 경우에는 결국 직무수행의 위축을 가져오고 공무원들의 복지부동을 야기할 수 있다는 점에 유의하여야 한다. 사정이 이러하기 때문에, 직권남용죄의 축소적용을 위해 개정을 하는 경우에는 제123조의 주체인 ‘공무원’ 앞에 ‘강제력을 수반할 수 있는 직무를 수행하는’이라는 표현을 추가하는 방안을 고려해 보아야 한다. 사실, 이는 해석으로도 가능하지만, 작금에는 그 해석이 제동장치를 잃어버렸기에 아예 입법적으로 그 주체를 제한하자는 것이다.

3. 행위객체(피해자)의 제한

직권남용죄를 범할 수 있는 행위주체 외에, 행위객체(피해자)도 엄격하게 제한할 필요가 있다. 형법 제123조는 행위객체를 ‘사람’이라고 하고 있지만, 직권

63) 위력은 사람의 자유의사를 제압하거나 혼란하게 할 만한 일체의 억압적 방법을 말한다 (대법원 2013. 2. 28. 선고 2011도16718 판결).

남용죄의 입법취지는 무엇보다 ‘우월적 지위에 있는 국가권력(공무원)’으로부터 그보다 ‘열위에 있는 일반 국민의 자유와 권리’를 보호하고자 하는 것이다.⁶⁴⁾ 따라서 국가기관 일부로서의 지위를 갖는 공무원은 원칙적으로 그 직무수행과 관련하여서는 직권남용의 피해자가 될 수 없다고 보아야 한다.⁶⁵⁾ 이는 직권남용죄의 주체를 강제력을 수반할 수 있는 직무를 수행하는 공무원으로 제한하는 것과 맥을 같이 하는 것이다. 그러한 강제력을 갖는 권력적 작용으로부터 위축되는 것은 사실상 일반 국민들로 보아야 하기 때문이다.

하지만 대법원은 상급자의 지시를 이행한 공무원 역시 직권남용죄의 피해자가 될 수 있다고 한다. 즉, “공무원이 자신의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 실무 담당자로 하여금 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 하더라도 이는 공무원 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이므로 원칙적으로 의무 없는 일을 하게 한 때에 해당한다고 할 수 없다”고 한다. 그러나 “직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있고 실무 담당자에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다면 실무 담당자로 하여금 그러한 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 한 경우에는 ‘의무 없는 일을 하게 한 때’에 해당한다”고 한다.⁶⁶⁾

이를 전제로 대법원은 가령, 기관장인 인사권자와 그를 보좌하는 인사담당 과장이 소속 공무원들에 대한 근무평정을 담당하는 평정자와 실무 담당자에게 평정순위를 변경하여 서열명부를 새로 작성하게 한 행위는 평정자나 실무 담당자로 하여금 의무 없는 일을 하도록 한 것으로서 직권남용죄가 성립한다고 보았다.⁶⁷⁾ 그리고 대법원은 상급 경찰관이 부하 경찰관들의 수사를 중단시키거나 사건을 다른 경찰서로 이첩하게 한 경우도 ‘부하 경찰관들의 수사권 행사를 방해한 것’에 해당한다고 보았다. 이 경우, 수사를 중단하거나 이첩할 의무가 없음에도 이를 하게 한 것으로 볼 여지가 있으나, 권리행사방해만 성립한다고 한다.⁶⁸⁾

그러나 평정순위를 변경하여 서명명부를 새로 작성한 행위는 공문서변조에

64) 오병두, “직권남용행위를 집행한 하급 공무원의 면책범위 - 대법원 2020. 1. 30. 선고 2018도 2236 전원합의체판결 -”, 『형사판례연구』 제29권, 2021/6, 한국형사판례연구회, 64면.

65) 물론, 공무원이라고 하더라도 그의 직무수행과 관계없이 그의 순수한 개인적 권리가 침해되었다거나 혹은 공무원 개인의 인이나 처우가 문제될 때에는 직권남용죄의 피해자가 될 수 있다.

66) 대법원 2021. 3. 11. 선고 2020도12583 판결.

67) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010도13766 판결 ; 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010도11884 ; 대법원 2019. 7. 25. 2018도19444 판결.

68) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2008도7312 판결.

해당하고, 이를 인사위원회에 제출하여 그릇된 심의·의결을 이끌어낸 행위는 위계에 의한 공무집행방해죄에 해당한다. 평정자와 실무 담당자는 이 두 범죄의 정범이거나 공범이다. 그럼에도 ‘평정순위를 변경하여 서열명부를 새로 작성한’ 동일한 행위를 두고, 직권남용죄의 관점에서는 그 평정자와 실무 담당자를 피해자로 다룬다는 것은 형법체계의 모순 내지 형사처벌의 방향성 상실을 의미한다. 이는 무엇보다 직권남용죄에 대한 해석이 너무 느슨하여, 그것이 적용되지 말아야 할 곳에 적용되고 있다는 반증이기도 하다.

사실, 부하 경찰관들의 수사권이라는 것은 실은 권리가 아니라 권한이다. 수사의 효과가 그 부하 경찰관들이 아니라 소속 수사관서의 장에게 귀속되기 때문이다. 그리고 부하 경찰관들은 소속관서의 장이 행사하는 수사권한의 보조기관이지 그 권한행사의 상대방이 아니다. 따라서 그 부하 경찰관들은 직권남용의 피해자가 될 수 없고,⁶⁹⁾ 그 사건의 피의자가 피해자가 될 수 있을 뿐이다. 그럼에도 대법원은 직권남용죄에서 말하는 권리는 ‘법정상 보호되어야 할 이익’이면 족하다고 보면서 그 권리에 권한을 포함시키는데, 이러한 완화해석이 바로 형법체계의 모순 내지 형사처벌의 방향성 상실을 초래하는 것이다.

공무원은 상관의 위법한 지시에 복종한 의무가 없고, 또 부당한 지시에 대해서는 소명 후 그 이행을 거부할 수 있도록 현행 법령이 보장해 주고 있다.⁷⁰⁾ 따라서 최후의 보충적 수단인 형사처벌이 이 공직사회의 갈등에 쉽게 관여할 일이 아니다. 형법의 개입은 자칫 공직사회에 혼선을 초래할 수도 있다. 상관의 지시가 위법·부당한지 여부가 분명하지 않은 경우, 그 지시불이행은 자칫 징계 등을 불러올 수도 있다. 이 상황에서 형법이 상관의 위법·부당한 지시를 이행한 부하 공무원을 직권남용의 피해자로 다루고 심지어 면책까지 시켜 준다면, 그 부하 공무원은 차라리 위법·부당한 지시를 이행하여 피해자의 지위에 서려고 할 것이다.

그러나 공무원들은 상관의 지시보다 먼저 법을 준수하여야 하기 때문에, 상관의 위법한 지시를 이행한 공무원은 직권남용의 피해자가 아니라 그 위법한 직무수행의 정범 내지 공범으로 보아야 한다.⁷¹⁾ 물론, 이 경우에도 징계 등의 행정제재가 앞서야 하고, 형사처벌은 최후의 보충적 수단으로 뒤에 머물러야

69) 이완규, 전계논문, 40면.

70) 공무원 행동강령 제4조 제1항. 그리고 기존 국가공무원법 제57조는 ‘복종의 의무’를 명시하고 있었으나, 현재는 “상관의 지휘·감독에 따르되, 상관의 명령이 명백히 위법한 경우 이익을 제기하거나 따르지 아니할 수 있으며 이로 인해 어떠한 인사상 불이익도 받지 아니한다.”는 내용을 추가한 개정안이 입법예고되어 있다.

71) 구상진, 전계논문, 433면.

하지만, 적어도 그 가해자의 일원으로 보아야 할 부하 공무원을 직권남용의 피해자로 둔갑시키지는 말아야 한다. 직권남용의 피해자는 원칙적으로 공무원 이외의 일반 국민이고, 위 인사권남용 사례에서의 피해자도 평정자와 실무 담당자가 아니라, 그 행위로 인해 승진에서 누락된 공무원으로 보아야 한다.

이점을 분명히 하기 위하여, 형법을 개정할 때에는 형법 제123조의 ‘사람’에 야에 ‘일반 사인’으로 바꾸는 방안을 고려해 보아야 한다. 이렇게 하면, 권리에 는 당연히 공무원의 권한이 빠지게 된다. 그리고 ‘의무 없는 일’도 자칫 ‘의무 지어지지 아니한 모든 일’로 해석될 여지가 있다.⁷²⁾ 이에 따르면 직권남용죄가 결과범으로서의 성격을 잃어버리고, 온전한 위험범으로 변모될 여지가 없지 않다. 따라서 ‘의무 없는 일을 하게 한 때’는 ‘하게 한 일이 의무에 위반되는 때’로 해석하여, 사실상 권리침해의 이면을 의미하는 것으로 제한할 필요가 있다. 이러한 제한해석이 불가하다면, 차라리 모호한 ‘의무’개념을 삭제하는 것도 하나의 방법이 될 것이다.

IV. 결 어

직권남용죄의 직권과 남용 및 권리와 의무라는 개념의 모호성 내지 탄력성으로 인해, 직권남용죄가 마치 공무원의 직무범죄와 관련하여 하나의 일반조항처럼 작동하고 있다.⁷³⁾ 일찍이 검사출신의 한 老교수는 배임죄가 재산범죄의 ‘하수종말처리장’처럼 작용할 여지를 지적한 바 있는데,⁷⁴⁾ 공무원의 직무범죄와 관련하여 직권남용죄가 그러한 역할을 수행하고 있는 것으로 보인다. 이러한 사정을 감안하자면, 최근에 배임죄의 폐지와 직권남용죄의 개정이 함께 논의되고 있는 것도 이해하지 못할 바가 아니다. 그 이면의 정치적 맥락과는 무관하게 두 범죄의 축소적용을 불가피한 것으로 보인다.

이 축소적용을 위해, 특히 직권남용죄의 경우에는 행위주체를 ‘강제력을 수

72) 구상진, 진계논문, 435면.

73) 오병두, “직권남용죄의 성립범위 - 법관·검사의 형사책임 논의를 위한 단초 -”, 『일감법학』 제44호, 2019/10, 건국대학교 법학연구소, 107면에서는 직권남용죄를 야에 ‘공무원의 직권남용을 처벌하는 일반조항’이라고 언급하고 있다. 그러나 민법 제103조와 형법 제20조를 일반조항이라고 할 수 있는데, 형법에서는 민법과 달리 형법 제20조가 처벌을 배제하는 쪽으로 작동하고 있음에 유의하여야 한다. 즉, 형법에는 처벌을 근거짓는 일반조항은 존재해서는 아니된다.

74) 문형섭, “배임죄(背任罪)의 본질과 주체의 범위”, 『법조』 제51권 제1호, 2002/1, 법조협회, 5면.

반할 수 있는 직무를 수행하는 공무원'으로, 그리고 그 행위객체를 일반 사인으로 제한할 필요가 있다. 또한 '의무 없는 일을 하게 한 때'는 '하게 한 일이 의무가 아닌 때'로 확장해석될 수도 있기에, 이를 '하게 한 일이 의무에 위반된 때'로 제한해석하거나 혹은 이것이 불가한 경우에는 차라리 그 '의무'개념을 삭제할 필요가 있다. 이렇게 한다면, 형법 제123조는 "강제력을 수반하는 직무를 수행하는 공무원이 직권을 남용하여 일반 사인의 권리행사를 방해한 때에는 ~"이라는 형식을 띄게 될 것이다.

물론, 형법 제123조의 개정과 더불어 그 보완입법도 함께 고려해 보아야 한다. 가령, 대법원이 직권남용죄로 다른 블랙리스트 사건의 경우, 그 피고인들에 대한 처벌필요성이 인정된다면 차라리 독일형법 제353조의 '급부금부당추소죄'와 유사한 규정을 신설하는 방안을 적극 검토해 볼 필요가 있다. 그리고 대법원은 서울중앙지방법원 형사수석부장이 재판에 개입한 사법농단사건에서는 무죄를 선고하였는데, 이 재판개입을 처벌할 필요성이 있다면, 최근에 논란이 되고 있는 독일형법 제339조의 법왜곡죄를 신설하는 방안도 고려해 보아야 한다. 그 재판개입을 법왜곡죄의 공범으로 다룰 여지를 열어놓자는 것이다.

이러한 직권남용죄의 개정필요성과 그 보완입법의 여지에 비추어 보면, 블랙리스트 사건이나 재판개입 사건 등을 현행 직권남용죄로 처벌하기 위해 고안된 여러 확장해석들이 얼마나 무리한 시도인지가 더욱 선명하게 드러난다. 실무가 그러한 방향으로 나아가더라도 이에 제동을 걸어야 할 학자들이 오히려 더 적극적으로 앞장선다면, 이는 매우 민망한 모습이 될 수 있다. 특히, 형사처벌은 사회적 문제를 해결하기 위한 최고의 수단(prima ratio)이나 유일한 수단(ultima ratio)이 아니라, 최후의 수단(ultima ratio)일 뿐이라는 점을 애써 강조하는 학자의 경우에는 더욱 그러할 것이다.

차제에 형법학계에서는 문언해석의 한계를 지키려는 노력을 배가하여야 한다. 단적인 예로 침해범의 형식으로 규정된 명예훼손죄를 위험범으로 해석할 것이 아니라, 차라리 법이 잘못되어 있음을 지적하고 그 해결을 위한 입법을 촉구하는데 그쳐야 한다. 그럼에도 입법적 문제들을 해석으로 해결에 오던 관행들이 쌓여, 이제는 그것이 잘못된 것이라는 것조차 망각하는 지경에 이르렀다. 직권남용죄의 개념들을 임의적으로 확장하는 해석의 남용 역시 그 망각에 터잡은 것이다. 따라서 이제부터라도 그 썩어빠진 잘못된 관행들을 하나씩 털어내고, 특히 해석과 입법의 경계를 보다 분명히 하는 것에 초점을 맞출 필요가 있을 것으로 보인다.

[참고문헌]

- 오영근, 「형법총론」, 대명출판사, 2002
- 임 응, 「형법총론」, 제13판, 법문사, 2023
- 권오걸, 「스마트 형법각론」, 형설출판사, 2011
- 김성돈, 「형법각론」, 제10판, 박영사, 2025
- 김일수/서보학, 「새로쓴 형법각론」 제8판, 박영사, 2015
- 김태명, 「판례형법각론」, 피앤씨미디어, 2018
- 김혜정/박미숙/안경옥/원혜옥/이인영, 「형법각론」, 피앤씨미디어, 2019,
- 박상기, 「형법각론」 제5판, 박영사, 2004
- 배종대, 「형법각론」 제7판, 홍문사, 2010
- 오영근, 「형법각론」, 대명출판사, 2002
- 이재상/장영민/강동범, 「형법각론」 제10판, 박영사, 2017
- 임 응, 「형법각론」 제13판, 법문사, 2023
- 정성근/박광민, 「형법각론」 제2판, 성균관대학교 출판부,, 2015
- 구상진, “직권남용죄 상고(詳考) - 다른 공무원의 권한을 침해한 행위에의 적용가 부를 중심으로 -”, 변호사 제52권, 서울지방변호사회, 2020/1
- 김남근, “지위이용죄 신설과 남용해석의 제한”, 「직권남용죄 개정안」 마련을 위한 입법공청회(2021. 5. 17) 자료집
- 김성돈, “직권남용죄, 남용의 의미와 범위”, 「법조」 제68권 제3호(통권 제735호), 법조협회, 2019/6
- _____, “법이해, 법발견 방법, 그리고 직권남용죄”, 「형사법연구」 제33권 제4호, 한국형사법학회, 2021/12
- 문형섭, “배임죄(背任罪)의 본질과 주체의 범위”, 「법조」 제51권 제1호, 법조협회, 2002/1
- 양경승, “직권남용죄의 보호법익과 구성요건”, 「인권과 정의」(500), 대한변호사협회, 2021/9
- 오병두, “직권남용죄의 성립범위 - 법관·검사의 형사책임 논의를 위한 단초 -”, 「일감법학」 제44호, 건국대학교 법학연구소, 2019/10
- _____, “직권남용죄의 성립요건에 관한 검토”, 「형사법연구」 제32권 제2호, 한국형사법학회, 2020
- _____, “직권남용행위를 집행한 하급 공무원의 면책범위 - 대법원 2020. 1. 30. 선고 2018도2236 전원합의체판결 -”, 「형사판례연구」 제29권, 한국형사판

- 례연구회, 2021/6
- 이민걸, “직권남용죄에 있어서의 주체와 직권남용의 의미”, 『형사판례연구』(13), 한국형사판례연구회, 2005/9
- 이완규, “직권남용죄의 성립요건”, 『범죄방지포럼』 제41호, 범죄방지재단, 2019/8
- 이종수, “공무원의 부당한 직무수행과 직권남용죄의 관계 - 직권남용죄의 보호법익과 ‘적극행정 면책이론’의 도입 논의를 중심으로 -”, 『법조』 제70권 제1호, 법조협회, 2021/2
- 이주희, “유·무죄 판결문 분석을 통한 직권남용죄의 판단기준에 관한 구체적 고찰”, 『변호사』 제51권, 서울지방변호사회, 2019/1
- 이창섭, “직권남용죄의 성립요건에 대한 고찰”, 『아주법학』 제15권 제2호, 아주대학교 법학연구소, 2021/8
- 이천현/이권철/고명수, 『직권남용죄에 관한 연구』, 한국형사·법무정책연구원, 2022
- 조기영, “직권남용과 블랙리스트”, 『비교형사법연구』 제20권 제2호, 한국비교형사법학회, 2018/7
- _____, “직권남용죄의 개정방향”, 『비교형사법연구』 제23권 제2호, 한국비교형사법학회, 2021/7
- 최병친, “직권남용권리행사방해죄”, 『경찰법연구』 제17권 제2호, 한국경찰법학회, 2019/6
- 하태훈, “형벌법규의 해석과 죄형법정원칙”, 『형사판례연구』(11), 한국형사판례연구회, 2003
- Sinn, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, Bd.4: §§185-262, 4.Aufl., C. H. BECK, 2021
- Valerius, Beck'sche Online-Kommentare Strafgesetzbuch: StGB, 53.Ed., C. H. BECK, 2022

[Abstract]

The Crime of Abuse of Authority: Risks and Reform Directions

IM, Sang-Gyu*

In the wake of state affairs corruption, judicial corruption, and so-called “clearing of past wrongs,” the crime of abuse of official authority has drawn renewed attention. At the same time, both expectations and concerns have emerged. On one side, there is a demand for broader application of this crime in order to eradicate long-standing practices of abuse of power in public office. On the other side, there is concern that such expansion may discourage public officials from actively performing their duties, leading instead to calls for restrictive application. In the National Assembly, criminal law amendment bills reflecting the expansionist view are under deliberation. By contrast, the government has announced plans to revise the law so that the crime is not used as a tool of political retaliation.

These expectations and concerns sharply confront each other across all major issues surrounding the crime of abuse of authority. The position of the Supreme Court is not free from ambiguity. While it maintains the principle that “without authority, there can be no abuse,” it also argues, in a circular manner, that authority may include power that is abused and results in interference with the exercise of rights. As a result, the scope of “official authority” becomes highly fluid. Relying on this reasoning, proponents of expansive application argue that acts exceeding authority or mere use of one’s position can also constitute abuse of authority, either through interpretation or legislation.

However, a person who cooperates with a public official who exercises de facto influence by using his or her position should not be regarded as a victim of abuse of authority. Rather, such a person should be seen as a perpetrator with an accomplice-like character. Through such cooperation,

* Prof. Dr. in Law-School at Kyungpook National University

that person seeks personal benefit, while the actual victim is someone else. Therefore, the use of position by a public official cannot be regarded as abuse of authority. From a legislative perspective as well, there is no need to add “use of position” to the offense.

Moreover, the concept of “abuse” of authority should not be understood as mere deviation or misuse of discretionary power. Instead, it should refer to cases combined with criminal means, such as violence, threats, deception, or coercive force. These criminal means provide the very basis for intervention by criminal law. In order to allow such an interpretation, the perpetrator of abuse of authority should be limited to public officials who perform duties accompanied by coercive power. This limitation should also be considered for explicit inclusion in legislation.

In addition, the victims of abuse of authority should be private individuals. Public officials, in principle, should not be regarded as victims. Public officials are holders of authority, not holders of rights. If a subordinate abuses authority by following an illegal or improper order from a superior, that subordinate is not a victim but rather an accomplice. To clarify this point, it should be considered to amend the provision by replacing the current term “person” with “private individual.”

Finally, the phrase “an act without duty” may be interpreted as encompassing all acts not legally imposed as duties. This interpretation risks transforming the offense from a result-based crime into a pure endangerment offense. Given this excessive flexibility, it should be considered to delete the concept of “duty” altogether. Through such restrictive interpretation and limiting legislation, it will be possible to promote more active and proactive performance of duties by public officials.

Keywords : abuse of official authority, general official authority, use of official position, abuse of discretion, interference with the exercise of rights

