

내란죄의 법적 쟁점과 헌정질서 수호

일시 | 2024년 12월 26일(목) 오후 1시 30분

장소 | 국회 의원회관 제6간담회실

공동주최 |

국회 공정사회포럼 대표 민형배 국회의원(더불어민주당)

국회의원(더불어민주당)

박지원·정성호·박범계·이춘석·진선미·박주민·백혜련·안호영·

이재정·전현희·김승원·김용민·민병덕·장경태·김기표·김남근·

김남희·김동아·박균택·이성윤·이용우

국회의원(조국혁신당) 박은정·신장식·차규근

국회의원(진보당) 윤종오

국회의원(기본소득당) 용혜인

국회의원(사회민주당) 한창민

민주사회를 위한 변호사모임

민주주의법학연구회

참여연대

후원 | 윤석열즉각퇴진 · 사회대개혁 비상행동

목차

목차	2
프로그램	3
인사말 _ 민형배 국회 공정사회포럼 대표·국회의원(더불어민주당)	4
인사말 _ 박범계 국회의원(더불어민주당)	6
인사말 _ 진선미 국회의원(더불어민주당)	8
인사말 _ 백혜련 국회의원(더불어민주당)	10
인사말 _ 장경태 국회의원(더불어민주당)	12
인사말 _ 김남근 국회의원(더불어민주당)	14
인사말 _ 김동아 국회의원(더불어민주당)	16
인사말 _ 이용우 국회의원(더불어민주당)	18
인사말 _ 박은정 국회의원(조국혁신당)	20
인사말 _ 신장식 국회의원(조국혁신당)	22
인사말 _ 윤종오 국회의원(진보당)	24
인사말 _ 용혜인 국회의원(기본소득당)	26
인사말 _ 한창민 국회의원(사회민주당)	28
[발제1] 12.3 사태의 내란죄 성립 여부에 관한 법적 검토 _ 박용대	30
[발제2] 12.3 비상계엄의 위헌성과 탄핵심판의 전망 _ 이황희	50
[토론1] 12.3 비상계엄의 내란죄 성립여부에 대한 형사법적 검토 _ 서보학	60
[토론2] 12.3 내란과 ‘친윤’ 언론 _ 이춘재	70
[토론3] 리갈리즘, 폭군정, 시국수습책 _ 이국운	74

프로그램

13:30 개 회

사 회	여연심 변호사·민주사회를 위한 변호사모임 윤석열 퇴진 특별위원회
인사말	민형배 국회 공정사회포럼 대표·국회의원(더불어민주당)
인사말	박범계 국회의원(더불어민주당)
인사말	진선미 국회의원(더불어민주당)
인사말	백혜련 국회의원(더불어민주당)
인사말	장경태 국회의원(더불어민주당)
인사말	김남근 국회의원(더불어민주당)
인사말	김동아 국회의원(더불어민주당)
인사말	이용우 국회의원(더불어민주당)
인사말	박은정 국회의원(조국혁신당)
인사말	신장식 국회의원(조국혁신당)
인사말	윤종오 국회의원(진보당)
인사말	용혜인 국회의원(기본소득당)
인사말	한창민 국회의원(사회민주당)

13:35 좌장 한인섭 서울대 법학전문대학원 교수

13:40 발제1 **12.3 사태의 내란죄 성립 여부에 관한 법적 검토**

박용대 변호사·민주사회를 위한 변호사모임 윤석열 퇴진 특별위원회

14:00 발제2 **12.3 비상계엄의 위헌성과 탄핵심판의 전망**

이황희 성균관대 법학전문대학원 교수

14:20 토론 서보학 경희대 법학전문대학원 교수

이춘재 기자·한겨레신문 논설위원

이국운 한동대 법학부 교수

14:50 종합토론

15:30 폐회

인사말



국회의원 민형배 / 더불어민주당(광주 광산구을)

반갑습니다. 국회에서 일하는 민형배입니다.

<내란죄의 법적 쟁점과 헌정질서 수호> 긴급토론회에 함께해 주셔서 감사합니다.

오늘 토론회 개최를 위해 민주사회를 위한 변호사모임, 민주주의법학연구회, 참여연대가 애 많이 쓰셨습니다. 감사합니다. 공동주최에 도움 주신 여러 의원님께도 깊은 감사 인사드립니다.

토론회 사회를 맡으신 여연심 변호사님과 좌장을 맡으신 한인섭 교수님, 발제를 맡으신 박용대 변호사님, 이황희 교수님, 그리고 토론을 맡으신 서보학 교수님, 이춘재 기자님, 이국운 교수님께도 고마움을 담아 인사드립니다.

12월 3일, 우리는 민주주의의 역행을 경험했습니다. 경찰은 국회를 봉쇄하고, 계엄군은 국회로 난입했습니다. 국정은 마비되고, 또 언제 계엄이 터질까 시민들은 불안에 떨었습니다. 모두가 80년 광주를 떠올렸습니다. 정말 기나긴 밤이었습니다. 헌정질서가 짓밟히고, 나라의 존립이

위태로웠습니다. 만일 비상계엄에 분노해 국회 앞에 모인 시민들이 없었다면, 지금 대한민국은 80년 5월 광주와 다르지 않았을 것입니다.

내란사태 후 그날의 진실들이 하나둘씩 밝혀지고 있습니다. 지금까지 드러난 증언과 증거에 의하면 ‘비상계엄은 위헌, 위법이고, 이를 수단으로 윤석열이 내란을 일으켰음’이 명백합니다. 이제 머리를 맞대고 내란 회복과 국정 정상화를 위한 고심이 필요한 때입니다. 법의 심판대 앞에서 역사의 죄인들에게 단죄를 내리고, 사회대개혁으로 나아가야 합니다.

오늘 토론회에서 12·3 사태와 내란죄에 대해 깊이 있는 법리 검토가 이뤄지길 기대합니다. 무너진 헌정질서를 바로잡고, 내란사태 재발을 막을 구체적 방안이 충분히 논의되리라 생각합니다.

사법은 어제를 심판하고, 행정은 오늘을 집행합니다. 그리고 입법은 내일을 준비합니다. 저도 헌정질서를 수호하고, 민주주의를 바로 세우는 일에 입법과 제도개선으로 힘 보태겠습니다.

고맙습니다.

광주 광산구을 국회의원 민 형 배 올림

인사말



국회의원 박범계 / 더불어민주당(대전 서구을)

대한민국 헌정을 유린한 윤석열 대통령의 12·3 비상계엄 조치의 위법성을 확인하고 이에 대한 형사적 처벌의 필요성과 그 범위에 대해 법리적으로 논증하기 위해 마련된 오늘 긴급토론회에 참석해주신 내빈 여러분께 감사함을 전합니다.

이번 비상계엄은 헌법 수호의 책무를 지는 대통령이 헌법을 뒤엎으려 시도한 초유의 사태였습니다. 헌법과 법률에 정해진 계엄 선포 요건과 절차를 무시했고, 그 자체로 위헌적인 내용의 포고령을 발표했으며, 실제로 군대를 투입해서 국회에 물리력을 행사했습니다.

대통령이 계엄선포 이후 군 사령관들과 경찰총장에 직접 전화하며 국회의원 등 체포 지시를 하였다는 진술도 연이어 보도되고 있습니다. 대통령이 군대와 경찰을 동원해 국회를 봉쇄하고 국회의원의 계엄 해제 표결을 막으려 한 것은 명백하게 내란죄의 구성요건인 국헌문란의 목적 및 폭동에 해당합니다.

윤석열 대통령은 비상계엄 선포문에서 ‘22건의 정부 관료 탄핵소추’와 국회의 정부 예산 삭감 등을 계엄의 이유로 들었지만, 이는 헌법상 비상계엄의 요건을 충족시키지 못하는 것이 명백하고, 비겁한 변명에 불과하다고 하겠습니다.

정치적 곤경을 벗어나기 위한 대통령 개인의 독단은 결국 국민적 저항에 의해 실패했지만 이로 인한 우리 국민이 떠안아야 할 국가적 손실이 매우 큼니다. 다시는 이런 불행이 되풀이되지 않도록 내란 우두머리를 비롯한 주요책임자에 대한 엄정한 법적 책임을 물어야 할 것입니다. 오늘 많은 전문가들께서 발제와 토론에 참여해주십니다. 이번 토론회에서 내란죄 구성의 법리적 논점과 형사법적 관점에서 처벌 범위 확장에 대하여 심도깊게 논의되길 바랍니다.

감사합니다.

인사말



국회의원 진선미 / 더불어민주당(서울 강동갑)

안녕하세요. 서울 강동갑 국회의원 진선미입니다.

대한민국 헌법과 법치주의는 국민의 희생과 헌신을 통해 쌓아 올린 소중한 자산입니다. 그런데 국가 권력을 남용해 헌정질서를 파괴하고 국민의 기본권을 심각히 침해하려 했다는 12·3 내란 혐의는 결코 용납될 수 없는 중대한 범죄 행위입니다.

12.3 비상계엄 조치는 국민의 의사를 무시하고 민주적 절차를 파괴하며 국가를 통제하려는 반헌법적 시도로 이는 명백히 내란죄의 구성요건에 해당합니다. 대통령이라는 최고 권력자가 민주주의를 수호하기는커녕 오히려 국가 권력을 사유화하고 헌정질서를 파괴하는 데 이용하려 한 것은 국민에 대한 배신이며 역사에 대한 범죄입니다.

대통령은 국민에 대한 봉사자로서 헌법과 법률을 준수할 의무를 지니고 있습니다. 윤석열 대통령의 행위는 이러한 의무를 저버리고 국가 최고 지도자로서의 책무를 정면으로 위반한 것입니다. 우리 헌법이 단호히 금지하는 바로써 반드시 엄정한 법적 심판을 받아야 합니다.

오늘 개최된 「내란죄의 법적 쟁점과 헌정질서 수호」는 우리 헌법과 민주주의를 지키기 위해 꼭 필요한 논의의 장입니다. 소중한 자리를 마련해 주신 민주사회를 위한 변호사모임, 민주주의법학연구회, 참여연대, 그리고 후원해 주신 윤석열즉각퇴진·사회대개혁 비상행동에 깊이 감사드립니다.

대한민국은 수많은 헌정 위기를 극복하며 민주주의를 이룩해 왔습니다. 하지만 국민의 자유와 권리를 위협하는 행위가 헌정질서를 유린하는 수준에 이르렀다는 점에서 우려하지 않을 수 없습니다.

오늘 논의될 내란죄의 구성요건과 책임자 범위, 그리고 헌법적 해석이 앞으로의 헌정질서 수호와 정의로운 사회를 만드는 데 중대한 길잡이가 되길 기대합니다.

국회 또한 이번 사안을 면밀히 살피고, 헌법과 법률에 따른 엄정한 책임 규명은 물론, 제도적 개선과 헌정질서 수호를 위한 역할을 다하겠습니다.

감사합니다.

인사말



국회의원 백혜련 / 더불어민주당(경기 수원을)

안녕하세요, 더불어민주당 수원(을) 국회의원 백혜련입니다.

긴급하고 엄중한 이 시국에 ‘내란죄의 법적 쟁점과 헌정질서 수호’ 국회 긴급 토론회를 선배 동료 의원님들과 함께 개최하게 되었습니다.

윤석열 대통령 탄핵안의 핵심 쟁점은 비상계엄 사태가 명백한 헌법과 법 위반 행위인지, 그리고 내란죄에 해당하는 중대한 사안인지의 여부입니다. 특히, 계엄령 선포 조건을 충족했는지가 매우 중요한데, 윤석열 대통령이 12·12 담화에서 밝힌 ‘야권의 정부 각료 탄핵 소추, 특검 추진, 예산 삭감, 선거관리위원회의 부정선거 의혹’등이 헌법에서 규정하고 있는 전시·사변 혹은 국가비상사태로 볼 수 있는지, 공공의 안녕질서를 유지하기 위해 계엄이 필요한 상황이었는지를 판단해야 할 것입니다. 나아가 계엄 선포 후 ‘국회의 계엄해제를 위한 의사진행’을 막을 목적으로 계엄군이 물리력으로 국회를 봉쇄한 부분이 내란죄에 해당하는

행위인지에 대한 판단은 핵심 쟁점이 될 것입니다. 즉, 내란죄의 구성 요건인 ‘국헌문란의 목적’이 있었는지 여부, 그리고 또 다른 구성 요건인 ‘폭동’의 의미와 정도를 판단해야 합니다.

이미 대법원은 전두환·노태우 전 대통령에 대한 판결에서 ‘헌법에 보장된 국회 활동을 막는 것은 내란죄에 해당한다’고 판시한 바 있습니다. 또한, 현재까지 드러난 관련자들의 진술과 언론보도에 따르면, 윤석열 대통령이 군 지휘관들과 경찰청장 등에게 ‘국회의원을 회의장에서 끌어내라’는 유선상의 지시를 하는 등 윤석열 대통령을 ‘내란수괴’로 지목하는 사실관계는 밝혀지고 있습니다.

그러나 윤석열 대통령은 영장집행 방해, 송달 서류 수령 거부 뿐 아니라 갖은 이유를 들며 수사와 탄핵심리를 지연·거부하고 있습니다. 대통령 권한대행 역시 ‘상설특검 추천 의뢰를 하지 않고 있고, 내란 일반 특검법은 국무회의 상정을 거부하고 있으며, 국회 추천 몫으로 지명된 헌법재판관 후보자 3인에 대해서도 임명에 대한 입장을 밝히지 않는 등’ 윤석열 대통령에 대한 수사와 탄핵심리에 대한 방해 수위가 선을 넘고 있습니다.

이런 상황에서 오늘 토론회는 매우 중요합니다. 여러 법학자와 법률전문가들이 모여 법적 쟁점을 정리함으로써, 탄핵심판과 국정조사, 수사에 있어 중요한 디딤돌이 될 수 있기를 기대합니다. 헌정질서를 바로 세우고, 민주주의 가치를 지켜내기 위해 우리 모두가 힘을 모아야 할 때입니다.

다시 한 번 오늘 토론회를 위해 힘써주신 모든 분들께 감사드립니다.

국회의원 백혜련

인사말



국회의원 장경태 / 더불어민주당(서울 동대문구을)

안녕하십니까?

국회 법제사법위원회 소속 더불어민주당 국회의원 장경태입니다.

이번 국회 긴급토론회에 참석해 주신 모든 분들께 진심으로 감사드립니다. 토론회를 준비하기 위해 노력해주신 민주사회를위한변호사모임, 민주주의법학연구회, 참여연대 그리고 더불어민주당을 비롯한 범야권 의원분들께도 감사드립니다. 더불어 좌장으로 토론회를 이끌어 주실 한인섭 교수님과 발제를 맡아주신 박용대 변호사님, 이황희 교수님, 그리고 모든 토론자분들께도 감사의 말씀을 전합니다.

지난 12·3 밤, 우리는 전국 비상계엄이라는 헌정사상 초유의 사태를 경험했습니다. 국회를 지켜야 할 경찰은 되려 국회를 봉쇄했고, 헬기를 타고 날아온 특수부대는 유리창을 깨고

의사당까지 진입했습니다. 계엄사령관이 포고령을 통해 일체의 정치활동을 금지했으며, 체포조는 더불어민주당 당대표를 비롯한 주요 국회의원들을 백방으로 찾고 있었습니다.

그럼에도 불구하고, 국민 여러분들께서는 나라를 지켜야 한다는 일념 하나로 늦은 새벽 전국 각지에서 달려와 주셨습니다. 범야권 의원분들과 보좌진들도 몸을 던져 국회의 담장을 넘었고, 경찰의 삼엄한 봉쇄를 뚫고 들어가 기어이 계엄 해제를 이뤄내고야 말았습니다. 그리하여 오늘날 우리, 내란수괴 윤석열을 탄핵 재판정에 세울 수 있었습니다.

이제 심판의 시간입니다. 공은 헌정질서 수호 최후의 보루인 사법부에게로 넘어갔습니다. 군부대의 총구가 국민을 향하던 모습을 우리 모두가 똑똑히 본 이상 그 결과야 명백하겠지만, 결과에 이르기까지의 과정도 법치주의의 중요한 일부인 만큼 과연 국헌문란 목적이 인정되는지, 그리하여 내란죄가 성립하는지 여부를 정치하게 따져볼 필요가 있습니다.

이에, 학계와 실무의 여러 법률 전문가분들이 한데 모여 이번 사태에 대하여 머리를 맞대고 논의할 수 있는 이 자리가 성사되어 참으로 귀중하고, 뜻깊은 시간이 되리라 생각합니다.

다시 한번 국회 긴급토론회 개최에 관심을 가져 주시고, 참여해 주신 모든 분들께 감사드립니다.

2024년 12월 26일

더불어민주당 국회의원 장경태

인사말



국회의원 김남근 / 더불어민주당(서울 성북을)

안녕하세요, 더불어민주당 성북을 국회의원 김남근입니다.

“내란 죄의 법적 쟁점과 헌정질서 수호” 토론회를 공동으로 주최하게 되어 영광입니다. 지금 시점에 반드시 짚고 넘어가야 할 중요한 내용을 토론회로 제안해주신 민주사회를위한변호사모임, 민주주의법학연구회, 참여연대와 긴급하게 준비했음에도 함께 주최해주시는 많은 동료의원님들께 감사드립니다. 사회를 맡아주신 여연심 변호사님, 좌장을 맡아주신 한인섭 교수님, 발제를 준비해주신 박용대 변호사님과 이황희 교수님, 토론을 준비해주신 서보학교수님과 이국운 교수님의 노고에 감사드립니다.

믿을 수 없는 일이 일어났습니다. 전 국민이 가짜뉴스인지 의심했던 계엄령선포부터 계엄해제를 저지하기 위해 국회의원을 체포하려고 무장한 군인들이 국회를 뛰어다니는 계엄상황을 두려움에 떨며 실시간으로 시청했습니다.

정치란 서로 다름을 인정하는 것에서 출발합니다. 다수의 다양성으로부터 비롯되는 필연적인 차이가 정치의 존재 이유입니다. 하지만 12월 3일, 윤석열 대통령의 계엄으로 정치의 존재 기반인 헌정질서는 무너져내렸습니다. 물러설 수 없는 최소한의 합의라고 생각했던 민주주의라는 정체를 정면으로 거부하는 군통수권자와 집권여당의 태도는 정치인 이전에 한 명의 민주주의자로서 몹시 당혹스럽습니다.

윤석열이 내란을 진두지휘한 수괴였음이 속속 밝혀지며 충격을 주고 있습니다. 계엄을 부정하고 탄핵이라는 상식을 주장한 집권 여당의 당 대표는 끌어내려졌고, 대통령의 직무를 대행하는 총리는 탄핵된 대통령을 답습하며 여전히 정치를 거부하고 있습니다. 이미 탄핵된 대통령을 배출했던 여당은 학습이라며 생존을 위한 궤변을 늘어놓고 있습니다. 너무나 안타까운 일입니다.

수많은 비용을 치르고 성취했다고 착각했던 민주주의는 다시 질문을 받게 되었습니다. 이번 토론회를 통해 민주주의란 무엇인지, 정치는 또 어떤 역할을 해야 하는지 성찰하는 기회로 삼겠습니다. 미완의 촛불 혁명을 지나 기적처럼 다시 주어진 사회대개혁의 임무를 어떻게 완수해 나갈지, 시대의 명령을 받은 자로서 치열하고 또 처절하게 고민하겠습니다.

인사말



국회의원 김동아 / 더불어민주당(서울 서대문구갑)

안녕하세요. 국회의원 김동아입니다.

법치주의와 헌정질서 수호를 위한 "내란죄의 법적 쟁점과 헌정질서 수호" 토론회 개최를 진심으로 축하드립니다.

토론회 좌장을 맡아주신 한인섭 교수님과 발제를 맡아주신 박용대 변호사님, 이황희 교수님, 그리고 토론을 맡아주신 서보학 교수님, 이춘재 기자님, 이국운 교수님을 비롯해 토론회를 준비해 주신 관계자 여러분께 감사드립니다.

더불어 토론회를 개최하기 위해 노력해 주신 민주사회를 위한 변호사모임, 민주주의법학연구회, 참여연대를 비롯한 여러 단체의 노고에도 감사드립니다.

우리 헌법은 대한민국이 민주공화국임을 천명하고, 모든 권력이 국민으로부터 나온다고 규정하고 있습니다. 이러한 헌법적 가치와 민주적 기본질서는 그 어떤 상황에서도 준수되어야 할 우리 사회의 근간입니다. 따라서 우리는 12. 3. 비상계엄 사태와 같이 헌정질서를 위협하는

어떠한 시도에도 단호하게 맞서야 하며, 국가는 법치주의의 원칙 아래에서 이를 바로잡아야 할 책임과 의무가 있습니다.

이번 토론회에서 각 분야 전문가들의 깊이 있는 법리 검토와 논의가 이루어져 헌정질서의 위기상황 속에서 우리 사회가 나아가야 할 방향이 제시되기를 희망합니다. 특히, 헌법적 가치 수호와 민주주의 발전을 위한 구체적 방안들이 도출되기를 기대합니다.

저 또한 국회의원으로서는 헌법이 부여한 책무를 엄중히 인식하고, 헌정질서 수호를 위해 최선을 다하겠습니다.

귀중한 시간을 내어 참석해주신 모든 분들께 감사드리며, 뜻깊은 논의가 이루어지기를 기원합니다.

2024년 12월 26일

국회의원 김동아

인사말



국회의원 이용우 / 더불어민주당(인천 서구을)

안녕하십니까? 국회 탄핵소추위원단의 더불어민주당 이용우 국회의원입니다.

헌정질서 수호를 위한 시급한 과제를 다루는 “내란죄의 법적 쟁점과 헌정질서 수호” 토론회에 참여하게 되어 막중한 책임을 느낍니다. 먼저 이 중대한 토론회를 준비하신 민주사회를 위한 변호사모임, 민주주의법학연구회, 참여연대와 국회 공정사회포럼의 노고에 감사드립니다. 후원에 나서주신 윤석열즉각퇴진·사회대개혁 비상행동과, 귀중한 식견을 나누어 주실 발제자와 토론자 여러분께도 깊은 감사를 드립니다.

12월 3일은 우리 헌정사에 깊은 상처를 남긴 ‘내란의 날’이 되었습니다. 내란수괴 윤석열이 대통령이라는 직책을 이용해 비상계엄을 발동하고, 무장 병력을 국회로 투입한 것은 단순한 위법행위를 넘어 우리 국민이 힘들게 이룩한 민주정치체제 자체를 위협한 중대한 도발이었습니다. 헌법을 수호해야 할 최고의 책임자인 대통령이, 오히려 헌법 질서를 파괴하는 주체가 된 것입니다. 저를 포함한 국회의원들과 보좌진, 당직자, 국회 직원들은 생명에 위협을

느끼면서 국회 경내에 진입하고 헌법에 따라 비상계엄을 해제해야만 했습니다. 국민이 위임한 권력을 국민과 민주주의를 향해 휘두른 것으로, 결코 용납될 수 없는 ‘내란’입니다.

우리는 이미 1980년 5월 학살의 역사를 목격했습니다. 그때 광주 시민들은 군부의 총칼 앞에서도 민주주의를 지키기 위해 목숨을 바쳤습니다. 43년이 지난 지금, 우리는 또다시 비상계엄이라는 과거의 망령이 되살아나는 것을 목도했습니다. 그러나 이번에는 시민들의 즉각적인 저항과 의회의 단호한 대응으로 헌정 질서 파괴 시도를 저지할 수 있었습니다. 이는 우리 사회의 민주주의가 한 단계 더 성숙했음을 보여주는 증거이기도 합니다.

이번 토론회는 12.3 비상계엄 조치가 내란죄에 해당하는지를 법리적으로 검토하고, 이를 통해 헌정질서 회복을 위한 구체적 방안을 모색하는 자리가 될 것입니다. 법치주의의 근간이 흔들린 이 엄중한 시기에, 우리는 법과 제도를 통해 민주주의를 수호할 방안을 찾아야 합니다. 특히 헌법상 비상계엄 제도가 독재자의 도구로 악용되지 않도록 하는 제도적 장치 마련이 시급합니다.

더불어 이번 사태를 계기로 대통령의 권한 남용을 효과적으로 견제할 수 있는 새로운 제도적 장치들을 마련해야 합니다. 대통령이 헌법이 부여한 권한을 자의적으로 해석하고 남용하는 것을 방지하기 위해, 군 통수권 행사에 대한 민주적 통제 장치를 강화하고 비상계엄 선포 요건을 더욱 엄격히 하는 등의 제도개선이 필요합니다. 이를 위해 저를 포함한 많은 국회의원들이 계엄법 개정안을 발의하기도 했습니다.

민주주의는 우리가 지난 수십 년간 피와 땀으로 일궈낸 소중한 유산입니다. 우리는 이를 지키기 위해 감옥으로 간 수많은 민주화운동가들, 거리에서 독재에 맞선 시민들, 그리고 목숨을 바친 열사들의 희생을 결코 잊어서는 안 됩니다. 이제 우리가 그들의 유지를 이어받아 민주주의를 지키고 더욱 발전시켜야 할 때입니다.

이번 토론회가 우리 헌정질서를 더욱 굳건히 하고 민주주의를 한 단계 더 발전시키는 소중한 계기가 되기를 기대합니다. 저 역시 국회 탄핵소추위원단으로서 헌정질서 수호와 민주주의 발전을 위해 끝까지 최선을 다할 것을 약속드립니다.

감사합니다.

2024.12.26.

국회의원 이용우

인사말



국회의원 박은정 / 조국혁신당(비례)

안녕하십니까.

국회 법제사법위원회, 조국혁신당 국회의원 박은정입니다.

12.3 내란, 3주가 지났지만 국민들의 가슴에는 아직 그날의 충격과 공포가 또렷합니다. 윤석열은 무명의 민주시민들과 우리 선배 시민들이 쟁취한 민주주의를 강탈하려 했습니다. 국민에게 총부리를 겨눴고 장갑차와 헬기, 특수부대를 동원했습니다. 윤석열 정권에 반대했다는 이유만으로 여야 정치인들과 야권 유력인사들은 계엄군에 체포되어 어딘가로 끌려가고 구금되었을 것입니다.

어쩌면 우리는 오늘의 토론회조차 열 수 없는, 국민 인권과 기본권이 억압된 저들이 꿈꿨던 세상 속에 살고 있었을지 모릅니다. 내란 정권의 군홧발이 국회 담장을 넘어온 그날, 계엄군에 맞서고

장갑차를 멈춰 세운 건 한밤 중 국회로 달려온 국민이었습니다. 민주주의를 지켜낸 수많은 영웅들께 오늘 자리를 빌려 존경과 감사의 인사를 드립니다.

내란 이후, 탄핵과 특검이라는 헌법과 법률이 정한 국가 정상화의 절차가 진행되고 있지만 국민들이 바라는 내란 우두머리와 군사반란 책임자들에게 형사사법적 책임을 묻는 과정이 더딘 것 또한 사실입니다. 내란을 사전에 인지하고도 방관했다는 의혹의 당사자들이 아직도 정권 곳곳에 잔당으로 남아있다는 비판도 당연합니다. 12.3 내란의 위헌적, 위법적 내용들에 대해 토론하고 국헌문란·폭동 혐의의 내란죄와 반란죄의 법적 쟁점을 다룰 오늘의 토론회가 더욱 뜻깊게 다가오는 이유도 바로 여기에 있습니다.

오늘 토론회는 많은 분들의 지지와 연대 속에 꾸러졌습니다. 토론회를 함께 주최해 주신 의원님들과 민주사회를 위한 변호사모임, 민주주의법학연구회, 참여연대 등 민주진보 시민사회와 각 단체들에 진심으로 감사드립니다. 토론과 발제로 힘을 실어주신 학계와 언론계 참석자 분들께도 감사의 인사를 전합니다. 무엇보다 오늘 토론회에 참석해 주신 시민 여러분께 머리 숙여 감사드립니다.

<내란죄의 법적 쟁점과 헌정질서 수호> 토론회가 윤석열과 내란에 동조하고 부역한 자들에게 역사 앞에 그 죄값을 묻고, 법이 정한대로 단죄하는 길에 마중물이 되기를 바라봅니다. 12.3 내란으로 민주주의와 일상의 소중함을 경험한 우리 국민들과 함께 내란 우두머리 윤석열을 파면하고 대한민국을 정상화하는 데에 최선을 다하겠습니다. 국회에서도 끝까지 힘을 모으겠습니다. 다시 한번, 토론회에 함께해 주신 모든 분들께 감사드립니다. 고맙습니다.

인사말



국회의원 신장식 / 조국혁신당(비례)

안녕하십니까?

강자에게 정의를, 시민에게 권리를, 내란범은 처벌을!

조국혁신당 국회의원 신장식입니다.

오늘 국회 긴급토론회 <내란죄의 법적 쟁점과 헌정질서 수호> 개최를 위해 수고해 주신 모든 관계자분들께 감사의 마음을 전합니다.

12월 3일, 국회는 계엄군의 총구 앞에 있던 사람들과 총구 뒤에 있는 사람들로 나뉘었습니다. 계엄군은 국회와 선거관리위원회 등 헌법기관을 점거했습니다. 헬기를 띄우고 유리창을 깨고 국회를 침입했습니다. 국회 계엄 해제 의결을 막기 위해 국회의원과 직원들의 출입을 막았습니다.

적법하지도 않고 정당성도 없는 윤석열의 비상계엄 선포에 시민들은 행동했습니다. 시민들은 국회로 달려와 장갑차를 막고 총구 앞에 섰습니다. 두려움을 이겨내고 온몸으로 비상계엄에 저항했습니다. 응원봉을 들고 국회로 모였습니다. 12월 3일 그날 이후 대한민국은 내란을 막은 사람들과 내란에 동조한 세력으로 나뉘게 되었습니다.

12월 3일 밤에 일어났던 사태는 명백히 내란죄에 해당합니다. 윤석열과 내란 동조 세력은 국가의 존립을 위태롭게 했습니다. 국헌문란을 목적으로 군 병력을 투입해 폭동을 일으켰습니다.

현직 대통령이 내란죄 수사를 받는 사상 초유의 상황에서, 내란죄를 법적으로 검토하고 재발 방지를 위한 제도적 장치를 논의하기 위해 오늘 토론회 자리를 마련했습니다.

처벌받아야 하는 자들이 처벌을 받도록,

내란죄의 우두머리와 공범자들이 마땅히 저야 할 형사책임을 지도록,

오늘 토론회에서 논의된 내용을 바탕으로 윤석열 탄핵과 내란범 처벌을 끝까지 완수해내겠습니다.

감사합니다.

인사말



국회의원 윤종오 / 진보당(울산 북구)

반갑습니다.

진보당 원내대표 울산 북구 윤종오 국회의원입니다.

12월 3일 비상계엄은 누가 봐도 명백한 위헌이자 불법행위입니다.

12월 3일 밤과 4일 새벽의 숨가쁘고 위험했던 순간을 계엄을 막고자 했던 국회의원의 빠른 결단과 장갑차와 총구를 맨 몸으로 막아나선 국민의 용기로 넘겼습니다.

그리고 광장의 힘으로 내란수괴 윤석열을 직무정지시켰습니다.

이제 윤석열을 대통령직에서 하루 빨리 파면시키고, 법의 심판대에 세워야 합니다.

내란수괴 윤석열이 만든 정부는 그대로 윤석열의 뜻에 따라 거부권을 행사하며 유지되고 있습니다.

국민의힘은 법적 판단을 해보야 안다며 내란법을 옹호하고, 헌법재판관 임명을 지연시키고, 내란특검을 막아서고 있습니다. 국민의힘은 내란동조세력이며, 위헌세력이 되었습니다.

오죽 했으면 그랬겠나? 정권을 가졌는데 또 가지겠다고 내란을 할 수 있느냐?며 흑세무민하는 내란공범과 내란동조세력이 더 이상 세치 혀로 흑세무민 하지 못하도록 만들어야 합니다.

오늘 토론회를 시작으로 국민에게 비상계엄 내란사태가 명백한 내란죄임을 증명하고, 내란수괴 윤석열과 내란범을 법과 역사의 심판대에 세울 수 있도록 합시다.

감사합니다.

인사말



국회의원 용혜인 / 기본소득당(비례)

안녕하세요.

기본소득당 당대표 용혜인입니다.

오늘 국회에서 열리는 <내란죄의 법적 쟁점과 헌정질서 수호> 토론회 개최를 진심으로 축하합니다. 숨 가쁜 일정 속에서도 꼼꼼히 논의의 장을 마련해주신 민주사회를 위한 변호사모임, 민주주의법학연구회, 참여연대를 비롯한 시민사회에 깊은 감사를 드립니다.

지난 12월 3일 국회가 내란을 진압하고 열흘 만에 탄핵소추안을 가결할 수 있었던 것은 여기 계신 시민사회와 정치권이 하나로 힘을 모아냈기 때문입니다. 헌정질서를 바로 세우고자 오랫동안 앞장서 왔던 분들의 헌신이 있었기에, 국민의 뜻으로 탄핵을 이뤄낼 수 있었습니다. 이 자리를 빌려, 국회의 일원으로서 감사와 연대의 마음을 전합니다.

그러나 우리 앞에 놓인 과제는 여전히 중대합니다. 아직 내란수괴 윤석열은 체포되지 않았으며, 주요 공범들도 침묵으로 일관하고 있습니다. 국민의힘은 무죄추정의 원칙을 운운하며 내란에 동조하고 있고 한덕수 권한대행은 내란특검법에 대한 거부권을 시사하고 있습니다. 이는 민주공화국의 기본 가치를 훼손하겠다는 명백한 반동입니다.

탄핵의 완수와 철저한 진상규명, 책임자 처벌은 우리에게 주어진 사명입니다. 오늘의 토론회는 이 점에서 매우 중요합니다. 내란죄를 법리적으로 분석해 윤석열 내란수괴가 무너뜨린 법치국가의 상식을 바로 세우는 출발점이 되기를 희망합니다. 또한 앞으로 그 누구도 민주공화국 대한민국에 대한 반역을 꿈도 꾸지 못하도록, 촘촘한 형사법적 검토 역시 이뤄지리라 기대합니다. 국회 역시 헌정질서 회복을 위해 필요한 입법 과제들을 적극 추진해야 할 것입니다.

윤석열 탄핵과 내란사태 진상규명은 부정의한 정권을 종식시키는 것을 넘어, 새로운 민주공화국의 미래를 열어가는 과정입니다. 오늘 이 자리에 참여하신 모든 분의 지혜와 열정이 대한민국의 민주주의에 새로운 이정표가 되리라 믿습니다.

저와 기본소득당 역시 민주주의의 겨울을 지나,
탄핵의 봄으로 나아가는 그 길에 함께하겠습니다.
감사합니다.

인사말



국회의원 한창민 / 사회민주당(비례)

안녕하십니까, 사회민주당 대표 국회의원 한창민입니다.

윤석열의 12·3 비상계엄은 우리의 민주적 헌정질서를 향한 공격, 즉 내란이었습니다. 윤석열은 여러 번 대국민담화를 통해 비상계엄의 정당성을 강변했습니다. 그러나 주권자 국민은 단호하게 이번 사태를 내란으로 판단하였고, 결국 윤석열의 탄핵을 이뤄냈습니다. 주권자의 판단이 내려진 이상, 어떠한 정치적 고려도 필요하지 않습니다. 내란수괴 윤석열과 공범 및 가담자들에 대한 형사처벌은 시대적 과제입니다.

이번 내란 관련자의 범위는 가히 충격적인 수준입니다. 군 특수부대와 경찰만 해도 수천 명에 달하고, 요인 납치와 사회질서 교란 임무를 하달받은 사조직까지 발견되었습니다. 윤석열에게 망상을 심어준 극우 유튜버와 언론인, 그리고 내란 사태의 해결을 지연시키고 있는 정치인들의

책임 역시 무겁습니다. 이들을 정리하는 과정에서 주권자의 의지를 어떻게 반영하고 실현할 것인지 고민해야 하는 시점입니다.

내란의 주범·공범·가담자들을 형사적으로 규정하고 처벌하는 과정은 그 자체로 역사에 남기는 메시지입니다. 전두환과 노태우를 단죄한 경험이 지금 윤석열을 심판하는 토대가 되었듯이, 미래 세대는 우리가 윤석열 내란을 심판하는 모습을 보며 민주주의와 헌정 수호의 가치를 되새길 것입니다. 그런 점에서 우리의 형사제도는 지금 매우 엄중한 시험대에 올라가 있습니다.

광장을 수놓은 주권자의 촛불과 응원봉이 더욱 정의롭고, 더욱 민주적인 세상을 요구하고 있습니다. 정치인의 한 사람으로서 책임감을 강하게 느끼는 요즘입니다. 지금 꼭 필요한 지혜를 오늘 토론회에서 나누게 되어 정말 반갑고 감사한 마음입니다. 날날이 가려내고 칼같이 단죄합시다. 사회민주당과 한창민이 인류 민주주의의 역사에 남을 교훈을 여러분과 함께 만들어 가겠습니다.

감사합니다.

2024년 12월 26일

사회민주당 대표 한창민

12.3 사태의 내란죄 성립 여부에 관한 법적 검토¹

박용대 / 변호사, 민주사회를 위한 변호사모임 윤석열 퇴진 특별위원회

목 차

1. 들어가며
2. 내란죄란 어떤 죄인가: 내란죄의 의의와 특성
3. 내란죄의 구성요건
 - 가. 개관
 - 나. 조직된 다수인
 - 다. 실행행위로서 폭동
 - 라. 국헌문란의 목적
4. 12.3. 사태의 내란죄 성립 여부
 - 가. 12.3. 사태의 주요 사실관계
 - 나. 12.3, 사태와 폭동행위
 - 다. 12.3. 사태와 국헌문란 목적
 - 라. 소결
5. 내란죄를 부인하는 주장과 그에 대한 반박
 - 가. 2시간짜리 내란이 성립하느냐라는 주장과 관련하여
 - 나. 미리 예고하는 내란이 있느냐라는 주장과 관련하여
 - 다. 비상계엄은 고도의 통치행위로서 사법심사의 대상이 될 수 없다는 주장과 관련하여
6. 추가적으로 살펴보고 검토해야 할 사항들
 - 가. 내란사태는 아직 끝나지 않았음-긴장과 주의를 늦추지 말아야 함
 - 나. 내란의 전모 파악의 필요성
 - 다. 내란죄 관여 행위에 상응한 처벌과 그에 대한 기록
 - 라. 내란죄와 탄핵사유와의 관계
 - 마. 내란 사태 재발 방지를 위한 제도적 장치 마련의 시급성

¹ 본 글은 민변 ‘윤석열 퇴진 특별위원회’에 참여한 다수 변호사들의 조사와 토론을 거쳐 함께 작성하였다.

1. 들어가며

[곽종근 전 특수전사령관의 12. 10. 국회 국방위원회 증언]²

“대통령이 비화폰으로 전화를 했다. 의결정족수가 아직 다 안 채워진 것 같다. 빨리 문을 부수고 들어가서 안에 있는 의원들을 끄집어내라고 했다.”

“제가 12월 1일에 지시받은 임무는 국회, 선관위 3곳, 민주당사, 여론조사 꽃 등 6개 지역을 확보하라는 것이었다. 그 임무를 김용현 전 국방부장관으로부터 유선 비화폰으로 받았다.”

[홍장원 국가정보원 1차장, 12. 6. 국회정보위원회 증언, 김병기 정보위원의 설명]³

“대통령이 전화를 하여 ‘봤지, 비상계엄 발표하는 것’이라고 말하여 제가 ‘봤습니다’라고 대답하자, 대통령이 다시 제게 ‘이번 기회에 다 잡아들여, 싹 다 정리해’라고 지시하였다”

[이진우 전 수도방위사령관의 검찰에서의 진술]

“대통령으로부터 ‘(국회)의원들을 끌어내라’는 지시를 두 차례 받았다”⁴

[국군정보사령부 정 모 대령]⁵

“자신은 문상호 국군정보사령관과 노상원 전 정보사령관, 김 모 대령과 함께 선거관리위원회의 체포 인원 명단을 확보하고, 출근하는 선관위 직원들을 무력으로 제압하여 케이블타이로 손발을 묶고 복면을 씌워 수도방위사령부 B-1 병커로 이송하는 계획을 세웠다”

[비상계엄 날 동원된 경찰 ‘최소 4,200여명’ 첫 확인, 국회에만 1,900여명]⁶

국회에 진입해 작전을 수행한 병력과 국회 주변에 배치된 군 병력은 육군 특수전사령부 예하 707특임대 197명, 1공수여단 400명, 35특임단 136명, 수도방위사령부 군사경찰 75명, 방첩사령부 49명, 특수작전항공단 49명이 동원됐다. 선관위 과천청사에는 3공수여단 141명, 정보사령부 10명, 방첩사 27명이, 선관위 수원 연수원에는 3공수여단 130명, 방첩사 60명이 배치되었다.

[군 차량 107여대, 헬기 12대 동원, 실탄 1만발에 저격총도 쏘았다]⁷

은 12. 3. 비상계엄에 특수전사령부와 수도방위사령부의 병력 수송용 대형버스(45인승) 26대, 중형버스(25인승) 15대, 군용오토바이 25대, 방탄 차체를 한 소형전술차량 2대, 블랙호크 헬기 12대가 투입되었다고 밝혔다. 또 군은 당시 방탄모, 방탄조끼, 야간투시경 등 개인 장비를 갖추고, 저격용 총과 K1소총, 기관단총, 권총 등 화기를 지참했으며, 삼단봉, 테이저건, 무인기를 무력화할 수 있는 드론재밍건까지 소지하였다. 불출한 실탄도 특전사 707 특임대가 보통탄 3,960발, 공포탄 1,980발을, 수도방위사령부가 실탄 5,048발, 공포탄 2,939발 등 확인된 실탄 불출 수량만 1만발 가량이었다.

위 내용들은 2024년 12월 3일 내란 사태⁸ 후 국회와 언론 등에 의해 확인된 사실들이다.

2024년 12월 3일, 여느 때와 다른 없는 평온한 밤, 모든 국민들은 실시간으로 전해지는 방송을 통해 갑자기 비상계엄이 선포되는 것을, 그 직후 야간투시경, 소총 등 완전무장을 한 500여명의 군인들이 국회에 진입하고, 국회의사당 창문을 깨부수고 들어가는 모습을, 본회의장에 진입하려고 출입문을 사이에 두고 야당 국회의원들 보좌진들과 충돌하는 장면들을 있는 그대로 시청하였다. 당시 국민들은

² 중앙일보, 2024. 12. 15. 기사, ‘문 부쉬라, 다 잡아들여, 윤’내란수괴‘ 지목 진술 쏟아낸다’

³ SBS 뉴스, 2024. 12. 19. “싹 정리, 끌어내라, 체포하라” 증언만 4명

⁴ 위 SBS 뉴스

⁵ 경향신문, 2024. 12. 20. ‘정보사 대령, 선관위 장악 시도 시인, 케이블 타이 사용도 검토’

⁶ 경향신문, 2024. 12. 17. ‘비상계엄 날 동원된 경찰 최소 4,200여명 첫 확인, 국회에만 1,900여명’

⁷ 세계일보, 2024. 12. 19. ‘계엄에 군 차량 107여대, 헬기 12대 동원, 실탄 1만발에 저격총도 쏘았다’

⁸ 2024. 12. 3.에 있었던 사태는 지금까지 드러난 관계자들의 증언과 언론보도에 의하면 ‘불법적인 비상계엄을 수단으로 사용한 내란 사태’로 보는 것이 타당하므로 ‘12. 3. 내란 사태’로 명명하는 것이 적절해 보인다.

아마도 꿈을 꾸는지, 영화를 보는지 제대로 실감이 나지 않은 상황이었을 것이다. 그러나 그것은 45년 전 계엄의 고통스러운 기억과 함께 우리 모두에게 갑자기 들이닥친 공포였다. 모두가 그랬던 것처럼 너무나 놀랍고 충격적인 상황이었다.

12. 3. 내란 사태는 아직 그 전모가 모두 드러나지 않았다. 계속해서 그 진실들이 하나 둘씩 밝혀질 것이다. 모든 국민들의 평온한 일상을 공포로 몰아간 그 엄중한 사태에 대한 모든 사실들이 낱낱이 밝혀져야 하겠지만, 현재까지 드러난 사실들, 즉 위헌적이고 불법적인 비상계엄선포, 위헌·위법적인 포고령의 내용, 야간투시경, 소총으로 무장하고 국회의사당에 나타난 수 백명의 군인들, 국회의사당 창문을 깨부수고 진입하는 무장군인들의 모습, 국회에 나타난 블랙호크 헬기, 소형전술차량 그리고 출동한 군부대 종사자들의 증언들을 통해 그 사태의 중요하고 핵심적 사항들은 상당 부분 드러났다.

12월 3일에 일어난 일련의 사태는 아래에서 검토하듯이 형사법적으로 명백한 내란 사건이다. 본 글은 12. 3. 사태가 형법이 정한 내란죄의 범죄라는 점을 형사법적 법리를 통해 다시 한 번 살펴보고자 한다. 그리고 우리 시민들이 이 사태를 극복하고 우리의 소중한 공동체와 일상을 지키고 정상화하기 위해서 지금 무엇을 더 해야 하는지 같이 토론하면서 논의해 보고자 한다.

2. 내란죄란 어떤 죄인가: 내란죄의 의의와 특성

내란죄는 국토를 침탈하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동을 하면 성립하는 범죄로, 반역죄의 한 유형이다. 다수인이 결합하여 국헌 문란 목적 등으로 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭행·협박행위를 하면 기수가 된다. 내란죄는 ‘헌정질서를 파괴하는 중대 범죄’이다. 「헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법」은 내란죄를 외환죄, 군형법의 반란죄, 이적죄와 함께 ‘헌정질서 파괴범죄’로 정의하고(제2조), 위 범죄들은 일반 범죄에 적용되는 공소시효를 적용하지 않도록 정하고 있다(제3조). 그만큼 국가공동체에 끼치는 해악이 매우 심각하고 중한 범죄임을 의미한다.

내란죄는 형법 제87조에서 정하고 있는데, 그 내용은 아래와 같다.

형법 제87조(내란) 대한민국 영토의 전부 또는 일부에서 국가권력을 배제하거나 국헌을 문란하게 할 목적으로 폭동을 일으킨 자는 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.

1. 우두머리는 사형, 무기징역 또는 무기금고에 처한다.
2. 모의에 참여하거나 지휘하거나 그 밖의 중요한 임무에 종사한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역이나 금고에 처한다. 살상, 파괴 또는 약탈 행위를 실행한 자도 같다.
3. 부화수행(附和隨行)하거나 단순히 폭동에만 관여한 자는 5년 이하의 징역이나 금고에 처한다.

내란죄는 외환의 죄와 함께 국가존립의 안전을 보호하기 위해 정해 둔 죄이다. 내란죄는 내부로부터 국가의 존립을 위태롭게 하는 범죄이고, 외환의 죄는 외부로부터 국가의 존립을 위태롭게 하는 범죄이다.

내란죄는 다음과 같은 특징을 가진 것으로 설명된다.

1) 국가보호형법이다.

입헌주의 국가에서 헌법과 법령이 정한 적법한 절차가 아닌, 폭동 등 다중의 실력행사에 의해 헌법 또는 법률의 기능을 소멸시키는 행위는 허용되지 않는다. 헌법으로 설치된 국가기관을 강압에 의하여 전복 또는 그 권능행사를 불가능하게 하는 행위도 용납되지 않는다. 이러한 무도한 범죄로부터 국가공동체와 입헌기능을 보호하기 위하여 제정된 것이 내란과 외환의 죄이다.

2) 형법상 가장 중한 죄이다.

내란죄는 외환의 죄와 함께 우리 형법상 가장 중한 죄의 성격을 지닌다. 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭행 또는 협박이 있으면 기수가 되고, 헌법기관을 강압적으로 권능 행사를 불가능하게 하여야 성립하므로 그 범죄의 성격상 국가기능을 마비시키고, 국민의 생명과 안전을 크게 위협할 수 있는 매우 위험한 범죄이기 때문이다. 그래서 처벌되는 법정형도 우두머리의 경우 사형, 무기징역 또는 무기금고로 정하고 있다. 개인적 범익을 침해하는 범죄 중 가장 중한 범죄인 살인죄의 법정형이 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역(형법 제250조 제1항)인 것과 비교해 보면 내란죄의 중한 범죄로서의 성격을 잘 확인할 수 있다.

3) 관여 정도에 따라 정범을 구별하여 법정형을 정해 두었다.

내란죄는 내란에 관여한 정도에 따라 ① 우두머리, ② 모의참여자, 지휘자, 중요임무종사자, ③ 부화수행자, 단순 폭동 가담자 등 3단계로 구별하여 각 관여행위의 정도에 따라 법정형을 달리 정하여 모두

정범으로 처벌한다. 일반적인 범죄에서 단순 가담자 등은 정범에 대한 종범으로, 즉 공범으로 처벌하는 것이 통상적이다. 그런데 내란죄는 그렇게 하지 않고 단계를 나누어 특별한 취급을 하고 있다. 그만큼 중한 범죄라는 의미이다.

4) 내란죄는 단순가담자조차 공범이 아닌 정범으로 처벌한다.

앞서 3)번의 설명처럼 통상적인 범죄라면 단순 가담자 등은 그 범죄의 정범에 대한 공범으로, 즉 종범으로 처벌하는 것이 일반적인 모습이다. 그런데 내란죄는 단순가담자도 공범이 아닌 정범으로 처벌한다. 그 법정형도 5년 이하의 징역이나 금고로서 가볍지 않다. 헌정질서를 문란케 하고, 이를 통해 국민의 생명과 안전을 심각하게 위협하는 매우 위험한 범죄이기 때문이다.

5) 범죄의 주체는 1인이 아닌 다수자이다.

내란죄는 그 성격상 1인만으로 주체가 될 수 없다. 다수인이 범죄의 주체가 된다. 그 다수는 견고하지는 않더라도 조직적으로 연결되어 있는 다수여야 한다. 조직적 다수라는 점에서 단순히 '다중이 집합하여 폭행, 협박 또는 손괴의 행위'를 처벌하는 소요죄(형법 제115조)와 구별된다.

6) 국헌문란 등 목적을 지닌 목적범이다.

내란죄는 ‘대한민국 영토의 전부 또는 일부에서 국가권력을 배제하거나 국헌을 문란하게 할 목적’을 지닌 목적범이다. 그런데 다른 목적범 규정과 달리⁹ ‘국헌문란의 목적’이 어떤 의미인지에 관해서는 별도로 정의 규정을 두고 있다. 형법 제91조가 그것이다.

7) 국헌문란의 목적 등으로 폭동행위를 하면 ‘기수’에 이른다.

내란죄는 국헌문란의 목적 등으로 폭동행위를 실행하면 기수¹⁰가 되는 상태범 또는 위험범이다. 의도했던 목적인 국헌문란의 결과가 발생해야 기수가 되는 것은 아니다. 의도했던 목적인 국헌문란의 결과가 발생하지 않았다고 하여 내란죄가 성립하지 않는 것도 아니다. 국헌문란의 목적으로 폭동행위를 하면 내란죄는 성립하고, 그 폭행 또는 협박의 정도가 한 지방의 평온을 해할 정도이면 내란죄의 기수가 된다.

3. 내란죄의 구성요건

가. 개관

내란죄의 구성요건은 ① 조직된 다수인, ② 실행행위로서의 폭동, ③ 국헌문란 등의 목적이다. 우리 역사는 슬프게도 내란 사건이 발생하고, 그 내란죄를 단죄한 사례를 가지고 있다. 대법원은 5. 18. 내란 사건 등을 판단하면서 내란죄 구성요건에 대하여 상세한 판단을 내린 바 있다.¹¹ 이하에서는 우리 대법원이 판단한 내란죄의 법리를 중심으로 하여 각 구성요건이 의미하는 것이 무엇인지, 어떻게 해석해야 하는지 나누어 살펴보려고 한다.

나. 조직된 다수인

내란죄는 폭동을 구성요건으로 하므로 그 성격상 1인이 할 수 있는 범죄로 보기 어렵다. 내란죄가 성립하려면 다수인이 모의하거나 함께 폭행, 협박 등의 실행행위를 해야 한다. 그 다수인은 완벽한 조직체계를 갖추어야 하는 것은 아니지만 상호간에 의사소통 등 연락을 하여 다수간의 조직체계를 갖춘 다중이어야 범죄가 성립된다.

형법 제87조는 이러한 점을 고려하여 내란의 가담 정도에 따라 ① 우두머리, ② 모의 참여자, 지휘자, 중요임무종사자, ③ 부하수행자, 단순 폭동 가담자 등으로 구별하고 있다. 내란죄가 그와 같이 행동하는 사람들의 조직적 결합이 있어야 성립하는 범죄임을 전제로 한 것이다.

⁹ 목적범인 ‘사문서 위조죄’의 경우에는 단순히 ‘행사할 목적으로’라는 용어만을 사용할 뿐, 행사의 목적에 관한 정의 규정을 마련해 두고 있지 않다.

¹⁰ 대법원은 ‘폭동행위로서 집단행동이 개시된 후 국토침탈 또는 국헌문란의 목적을 달성하였는지 여부에 관계없이 그 폭동행위로 인해 한 지방의 평온을 해할 정도에 이르게 되면 내란죄의 기수가 성립된다고 판단하였다’(대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 전원합의체 판결).

¹¹ 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결

이처럼 조직체계를 갖춘 다중 또는 다수인이라는 요소, 그리고 뒤에서 보는 국헌문란 등 목적의 존재라는 요건으로 인해, 내란죄는 그러한 요건들을 갖추지 않은 소요죄와 구별된다. 소요죄는 단순히 ‘다중이 집합하여 폭행, 협박 또는 손괴의 행위를 한’ 경우에 성립되는 범죄이기 때문이다.

다. 실행행위로서 폭동

1) 폭동의 의의

형법은 범죄의 행위 유형으로 통상적으로 폭행·협박이라는 용어를 사용한다. 그런데 내란죄는 ‘폭행·협박’의 용어 대신 ‘폭동’이라는 용어를 구성요건으로 정하고 있다.

이 ‘폭동’의 개념에 대하여 우리 대법원은 다음과 같이 설명한다.

형법 제87조의 구성요건으로서의 ‘폭동’이라 함은 다수인이 결합하여 폭행 또는 협박하는 것을 말한다. **폭동의 내용으로서 폭행 또는 협박은 최광의의 것으로서** 이를 준비하거나 보조하는 행위를 총체적으로 파악한 개념이다.(대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 전원합의체 판결)

폭행은 신체에 대한 일체의 유형력의 행사를 말한다. 손으로 사람을 밀치는 것, 유리창 등 기물을 파손하는 것 등은 모두 폭행에 해당한다.

협박은 사람에게 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해악을 고지하는 것을 말한다. 해악의 고지 방식과 해악의 종류에는 제한이 없다. 무기나 흉기를 소지하고 “다치고 싶지 않으면 물러나라”라고 말하는 것도 공포심을 일으킬 수 있는 해악의 고지이므로 협박행위에 해당한다.

2) 폭행, 협박의 정도

내란죄의 구성요건으로서의 ‘폭동’은 개별적 폭행 또는 협박만의 존재로 성립하지는 않는다. ‘폭동’은 그 폭동행위로 말미암아 한 지방의 평온을 해할 정도에 이르러야 성립한다. 대법원도 5. 18. 내란 사건 등에서 ‘한 지방의 평온을 해할 정도’가 되어야 내란죄의 구성요건인 ‘폭동’에 해당한다고 설명한다.(대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 전원합의체 판결)

내란죄는 폭동행위로서의 집단행동이 개시된 후 국토침절 또는 국헌문란의 목적을 달성하였는가의 여부에 관계없이 기수로 될 수 있다. **그 폭동행위로 말미암아 한 지방의 평온을 해할 정도에 이르면 기수가 된다.**(대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 전원합의체 판결)

그러면 어느 정도가 되어야 ‘한 지방의 평온을 해할 정도’의 폭행 또는 협박이 될까? 이에 대하여 대법원은 다음과 같이 설명하고 있다.

① 비상계엄의 전국 확대만으로도 ‘폭동’에 해당함.

● 5. 18. 비상계엄확대의 폭동성

비상계엄의 전국 확대는 필연적으로 국민의 기본권을 제약하게 되므로(제11조, 제12조, 제13조), **비상계엄의 전국 확대 그 사실 자체만으로도 국민에게 기본권이 제약될 수 있다는 위협을 주는 측면이 있다.** 비상계엄의 전국 확대는 헌법기관인 국무총리와 국무위원들이 받는 강압의 효과와 그에 부수하여 다른 국가기관의 구성원이 받은 강압의 정도가 증대된다. 따라서 비상계엄의 전국 확대조치의 그와 같은 강압적 효과가 법령과 제도 때문에 일어나는 당연한 결과라고 하더라도, 이러한 법령이나 제도가 가지고 있는 위협적인 효과가 국헌문란의 목적을 가진 자에 의하여 그 목적을 달성하기 위한 수단으로 이용되는 경우에는 **비상계엄의 전국 확대 조치가 내란죄의 구성요건인 폭동의 내용으로서의 협박행위가 되므로 이는 내란죄의 폭동에 해당한다.**(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결)

② 대통령 살해 후 경호원들과의 총격전을 위한 대비는 ‘폭동’에 해당함.

● 10. 26. 사태와 관련한 폭동성

대통령과 경호실장, 수행경호원들을 국헌문란의 목적으로 살해한 것은 한 지방의 평온을 해할 정도에 이르렀다고 할 수는 없으므로 내란죄의 미수에 해당한다고 할 수 있지만, 피고인들이 대통령의 살해 이후에 대통령 경호원들과의 총격전을 위하여 대비하고 있었고, 그에 따른 동조와 반대로 군 상호간의 충돌 등이 예상되었으므로 이는 한 지방의 평온을 해 할 정도에 이른 폭동이라고 평가할 수 있다.(대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 전원합의체 판결)

3) 내란의 목적을 달성하기 위한 수단으로서의 폭행·협박

내란죄의 실행행위인 ‘폭동’은 내란의 목적을 달성하기 위한 수단으로 행해져야 한다. ‘폭동’은 내란죄의 목적인 국헌문란의 목적을 달성하기 위한 수단 또는 방법으로 행위되어야 한다. 국헌문란의 목적과 관련 없는 단순한 폭행 또는 협박은 내란죄 구성요건인 ‘폭동’에 해당한다고 보기 어렵다.

라. 국헌문란의 목적

1) ‘국헌문란 목적’의 의미

내란죄는 ‘대한민국 영토의 전부 또는 일부에서 국가권력을 배제하거나 국헌을 문란하게 할 목적’으로 폭동을 일으켜야 성립하는 목적범이다. ‘국가권력을 배제하거나 국헌을 문란하게 할 목적’이 없는 경우라면 내란죄는 성립되지 않는다.

‘국헌문란’의 목적이 무엇인지에 관해서는 형법 제91조에서 별도로 정의 규정을 마련해 두고 있다. 그 규정이 입법된 배경과 취지에 관해서는 뒤에서 다시 살펴보기로 한다.

형법 제91조가 정하고 있는 ‘국헌문란’의 정의는 다음과 같다.

형법 제91조 (국헌문란의 정의) 본장에서 국헌을 문란할 목적이라 함은 다음 각호의 1에 해당함을 말한다.

- 1. 헌법 또는 법률에 정한 절차에 의하지 아니하고 헌법 또는 법률의 기능을 소멸시키는 것

2. 헌법에 의하여 설치된 국가기관을 강압에 의하여 전복 또는 그 권능 행사를 불가능하게 하는 것

위 규정이 정하고 있는 것처럼 헌법 또는 법률에서 정하고 있는 정부제도, 권력분립제도, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사법제도 등을 헌법 또는 법률에 정한 절차에 의하지 않고 폭행 또는 협박을 통하여 소멸시키거나 일시 정지하는 것은 국헌문란의 목적에 해당한다.

또 헌법에 의해 설치된 기관인 국회, 대통령, 국무회의, 사법부, 선거관리위원회 등의 국가기관을 폭행 또는 협박에 의하여 전복하거나 그 권능행사를 불가능하게 하는 것도 국헌문란의 목적에 해당한다.

본 조문은 이승만 정권이 대통령직을 연장하기 위해 1952년 비상계엄을 선포하고 국회의원을 체포하는 등 국민의 대표기관인 국회의 기능을 폭력적으로 마비시킨 이승만 친위쿠데타를 경험한 국회가, 향후 그와 같은 헌정질서 침탈 사태가 더 이상 발생하지 않도록 염원하며 형법 제정 초안에 없었던 조문을 추가로 포함시켜 제정한 규정이다. 이러한 입법배경과 취지를 고려한다면 폭행 또는 협박을 동원하여 국회의 기능을 침탈하거나 정지시키려는 일체의 행위들은 모두 ‘국헌문란의 목적’이 있다고 평가될 수밖에 없다.

대법원도 이와 같은 취지에서 ‘국헌문란의 목적’에 대하여 다음과 같이 밝히고 있다.

형법 제91조 제2호에 의하면, 헌법에 의하여 설치된 국가기관을 강압에 의하여 전복 또는 그 권능행사를 불가능하게 하는 것을 국헌문란의 목적의 하나로 규정하고 있는데, 여기에서 ‘권능행사를 불가능하게 한다’고 하는 것은 **그 기관을 제도적으로 영구히 폐지하는 경우만을 가리키는 것은 아니고, 사실상 상당기간 기능을 제대로 할 수 없게 만드는 것을 포함한다**고 해석하여야 한다.(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결)

내란죄에 있어서의 국헌문란의 목적은 현행의 헌법 또는 법률이 정한 정치적 기본조직을 불법으로 파괴하는 것을 말한다. 이러한 국헌문란의 목적은 결과 발생의 희망, 의욕임을 필요로 한다고 할 수는 없고, 또 확정적 인식임을 요하지 않는다. 미필적 인식이 있으면 족하다.(대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 전원합의체 판결)

우리나라의 헌법질서 아래에서는 **헌법에 정한 민주적 절차에 의하지 아니하고 폭력에 의하여 헌법기관의 권능행사를 불가능하게 하거나 정권을 장악하는 행위는 어떠한 경우에도 용인될 수 없다.**(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결)

2) ‘국헌문란 목적’과 불법적인 비상계엄과의 관계

우리 헌법은 적법한 요건 하에 발령된 비상계엄이라고 하더라도 국회의 권한에 대해서는 그 어떤 제한을 가할 수 없도록 정하고 있다(헌법 제77조 제3항). 또 국회가 재적의원 과반수의 찬성으로 계엄 해제를 요구하면 대통령은 계엄을 해제해야 한다고 정하고 있다.(헌법 제77조 제5항)

만약 이러한 헌법규정을 위반하여 폭행 또는 협박으로 국회를 봉쇄하거나, 국회의 의결과 토의 행위를 가로막거나, 국회의원을 불법적으로 체포하는 행위 등을 기도하고 목적하는 것이라면 그것은 그 자체로 헌법에 의하여 설치된 국가기관인 국회를 강압에 의해 그 권능행사를 불가능하게 한 것이므로 형법 제91조와 제87조가 정하고 있는 ‘국헌문란의 목적’이 인정된다고 하겠다.

특히 적법한 요건을 모두 충족하여 발령한 비상계엄의 경우도 위와 같이 해석되어야 하지만, 만약 비상계엄의 선포가 적법한 요건조차 충족하지 않은 위헌적이고 불법적인 비상계엄이라면 위헌적이고 불법적인 비상계엄 선포 자체만으로도 내란죄의 구성요건인 ‘국헌문란의 목적’을 인정할 수 있을 것이다. ‘국헌문란의 목적’이 아니라면 그와 같은 위헌적이고 불법적인 비상계엄은 발령되지 않았을 것이기 때문이다.

3) 형법 제91조 규정이 제정되게 된 이유

형법 제91조는 내란죄의 목적인 ‘국헌을 문란할 목적’에 관하여 정의를 하고 있다. 우리 형법은 일본 형법과 그 체계가 다소 유사한데, 그렇지만 형법 제91조 규정은 일본 형법에는 존재하지 않는다. ‘국헌문란 목적’에 관한 정의 규정을 둔 것은 우리 형법 고유의 특징이라 할 수 있다. 형법 제91조 규정이 형법에 포함된 경위는 이번 12. 3. 내란 사태의 내란죄 성립 여부를 판단함에 있어서도 도움이 될 것으로 보이므로 조금 더 부연하여 설명하고자 한다.

형법 제91조는 애초 우리 형법의 제정 초안에는 마련되어 있지 않았다.¹² 그러던 것이 국회에서 형법 초안을 논의하면서 국회 법제사법위원회의 ‘중요 수정 항목’으로 제안되어 최종적으로 우리 형법 제정 때 포함되게 되었다. 그렇게 된 배경에는 1952년에 발생한 이승만 대통령의 친위쿠데타가 있었다.

부산정치파동으로 불리기도 하는 이승만 대통령에 의한 친위쿠데타는 1952년에 발생한 사건이다. 이승만 대통령이 자신의 집권을 연장하고자 당시 시행되고 있던 대통령 간선제를 직선제로 변경하는 헌법개정을 시도하면서 국회의원들을 체포하고 국회를 무력으로 통제한 친위쿠데타 사건을 가리킨다. 그 개요는 다음과 같다. 1950년 5월 30일 실시된 제2대 국회의원 선거에서 집권 여당은 크게 패배하였고 국회의원 정수의 60%의 의석에 무소속 후보자들이 당선되는 결과가 발생하였다. 이러한 국회의 구성은 당시 대통령직 연임을 바라는 이승만 대통령이 연임 시도를 할 수 없도록 하는 조건이 되었다. 당시 시행되던 제헌헌법은 대통령을 국회에서 선출하는 간선제였기 때문이다. 이승만 대통령은 이를 돌파하고자 1951년 11월 28일 대통령 직선제와 상·하 양원제를 골자로 하는 개헌안을 국회에 제출하였다. 하지만 그 개헌안은 국회에서 1952년 1월 18일 찬성 19표, 반대 143표, 기권 1표라는 압도적 표차로 부결되었다. 이승만 대통령은 자신의 개헌 시도가 좌절되자 자신을 지지하는 세력을 책동하여 소요를 일으키게 하였고, 그로 인해 전쟁 중이었던 임시수도 부산은 이승만 지지파와 국회를 중심으로 한 이승만 반대파의 정치 투쟁이 심화되었다. 그 와중에 이승만 대통령은 1952년 5월 25일 ‘공비소탕’이라는 구실을 내세워 부산을 포함한 경상남도, 전라남북도 일부 지역에 비상계엄을 선포하고, 자신을 반대하는 국회의원들을 체포하는가 하면, 언론을 검열하고, 5월 26일에는 국회에 등원하는 국회의원 40명을 태운 버스를 크레인으로 끌어서 헌병대로 연행하기까지 하였다. 국회는 즉각 계엄해제요구결의안을 가결하였지만, 이승만 대통령은 계엄을 해제하지 않았다. 그러면서 종전에 부결된 개헌안을 일부 수정하여 대통령 직선제 등을 골자로 한 개헌안을 다시 국회에 제출하였고, 강압과 폭력의 위협을 동원하여 1952년 7월 4일 국회의원들의 기립표결을 통해 개헌안을 가결시켰다. 이 개헌에 따라 1952년 8월 5일 대통령, 부통령 선거가 실시되었고, 이승만은 대통령으로 재선되었다. 이것이 1952년 있었던 이승만 대통령의 친위쿠데타 사건이다.

이승만 대통령의 이러한 친위쿠데타가 말도 되지 않는 참혹한 사건이라는 점은 당시 부통령이었던 김성수의 부통령 사임서에도 잘 드러난다. 당시 부통령이던 김성수는 1952년 5월 29일 이승만 대통령의

¹² 한국형사정책연구원, 『형사법령제정자료집(1) 형법』, 1990.

불법적인 비상계엄 선포와 국회침탈 행위에 항의하고자 부통령직을 사임하였다. 그가 부통령직을 사임하면서 밝힌 부통령 사임서 중 일부 내용은 다음과 같다.

[김성수 부통령의 사임서]¹³

이 박사¹⁴는 돌연 비상계엄의 조건이 하등 구비되어 있지 아니한 임시수도 부산에 불법적인 비상계엄을 선포하고 소위 국제공산당과 관련이 있다는 허무맹랑한 누명을 날조하여 계엄하에서도 체포할 수 없는 오십여명의 국회의원을 체포 감금하는 폭거를 감행하였습니다. 이것은 곧 국헌을 전복하고 주권을 찬탈하는 반란적 쿠데타가 아니고 무엇입니까? 만약 그에게 일편의 애국심이 있다면 지금이 어떠한 시기이며 우리가 처하고 있는 환경이 어떠한 것이길래 국가의 비운과 민생의 고난도 모르는 척 일신의 영욕을 위하여 어찌 이다지도 난맥의 행동을 할 수가 있겠습니까?

여기에 있어서 나는 이 이상 단 하루도 이승만 정부에 머물러 있지 않기로 결심하였습니다. 나의 지위가 비록 시위표찬에 지나지 않고 내가 한 번도 현 정부의 악정에 가담한 일이 없다고 하더라도 나의 변변치 않은 이름을 이 정부에 연하는 것만으로 그것은 내 성명 삼자를 더럽히는 것이며 민족만대에 작위를 하는 것이기 때문입니다.

당시 국회는 이러한 이승만의 친위쿠데타 사태를 직접 겪으면서 대통령 등 권력자에 의한 국회의 폭력적 침탈이 함부로 발생하는 것을 어떻게든 제도적으로 막아야 한다고 생각하게 되었다. 그와 같은 것이 원인이 되어 애초 형법 제정안에 없었던 형법 제91조를 국회 법제사법위원회의 ‘중요 수정 항목’으로 정하여 제정하게 되었다. 그것이 현행 형법 제91조가 제정된 이유와 배경이다.

이처럼 형법 제91조에서 정한 ‘국헌 문란 목적’은 집권 세력이 자신의 권력을 연장하고 강화를 기도하고자 무력을 동원하여 폭력적으로 국회 및 국회의원들을 침탈한 경험을 겪은 우리 국회가 다시는 그와 같은 일이 반복되지 않기를 바라는 마음으로 포함시킨 조문이다. 따라서 헌법상 계엄해제를 요구할 권한이 명백하게 존재하는 국회의 권한과 국회의원들의 의결행위를 무력으로 봉쇄하고 강압하는 그 어떤 행위도 모두 우리 형법이 정한 ‘국헌문란의 목적’에 정확히 부합하는 개념이라 할 수 있다.

4. 12. 3. 사태의 내란죄 성립 여부

가. 12. 3. 사태 주요 사실관계

이제 12. 3 사태가 우리 형법이 정한 내란죄에 해당하는지를 살펴보기로 한다. 12. 3, 사태가 발생한 지 20여일이 지났다. 현재 사건의 전모가 완전하게 드러난 것은 아니다. 사태의 지휘자이면서 중요임무종사자에 해당하는 김용현 전 국방부장관, 박안수 전 계엄사령관, 여인형 전 국군방첩사령관, 곽종근 전 특수전사령관, 이진우 전 수도방위사령관, 문상호 국군정보사령관, 노상원 전 정보사령관이 구속되어 수사를 받고 있다. 12. 3 사태의 전모들이 하나 둘씩 밝혀지면서 수사 대상자들도 더 많아질 것으로 예상된다. 현재까지 국회, 수사기관, 언론의 취재 등을 통해 드러난 주요 사실관계를 살펴보면 아래와 같다.

¹³ 인촌기념회, 인촌자료실 중 「부통령 사임서」

¹⁴ 이승만 대통령을 가리킨다.

1) 비상계엄선포와 포고령 1호

12월 3일 22시 28분 대통령은 담화를 통해 비상계엄을 선포하였다. 비상계엄 선포의 이유로 밝힌 내용은 야당이 감사원장, 검사들을 탄핵하고, 예산감액안을 단독 처리하여 국정을 마비시키며 내란을 획책하는 반국가 행위를 하였으며, 파렴치한 종북 반국가세력들을 일거에 척결하고 자유헌정 질서를 지킨다는 명목이었다.

곧이어 계엄사령부에서 포고령 제1호를 발표하였는데, 그 내용은 다음과 같다.

계엄사령부 포고령 제1호

자유대한민국 내부에 암약하고 있는 반국가세력의 대한민국 체제 전복 위협으로부터 자유민주주의를 수호하고, 국민의 안전을 지키기 위해 2024년 12월 3일 23:00부로 대한민국 전역에 다음 사항을 포고합니다.

1. 국회와 지방의회, 정당의 활동과 정치적 결사, 집회, 시위 등 일체의 정치활동 등을 금한다.

2호 생략

3. 모든 언론과 출판은 계엄사의 통제를 받는다.

4호 내지 6호 각 생략

이상의 포고령 위반자에 대해서는 대한민국 계엄법 제9조(계엄사령관 특별조치권)에 의하여 명장 없이 체포, 구금, 압수수색을 할 수 있으며, 계엄법 제14조(벌칙)에 의하여 처단한다.

2024. 12. 3.(화) 계엄사령관 육군대장 박안수

2) 비상계엄선포로 투입된 군 병력

비상계엄에 동원된 군 병력은 최소 1,718명으로 추산된다. 국방부는 공식적으로 1,500명 이상이라고 밝혔다. 실제 투입된 군 병력 외에 4개 공수여단 등은 추가 투입 등을 위해 주둔지에서 대기하고 있었던 것으로 확인되었다.

구체적으로 계엄 선포 당일 국회 또는 그 주변에 무장을 하고 진입해 작전을 수행한 군 병력들은 육군 특수전사령부 예하 707 특임대 197명, 1공수여단 400명, 35특임단 136명, 수도방위사령부 군사경찰 75명, 방첩사령부 49명, 특수작전항공단 49명 합계 906명인 것으로 드러났다.¹⁵

선거관리위원회 과천청사에는 3공수여단 141명, 정보사령부 10명, 방첩사령부 27명이 투입되었고, 선거관리위원회 연수원에는 3공수여단 130명, 방첩사령부 60명이 투입되었으며, 여론조사업체 꽃에도 9공수여단 54명, 방첩사령부 28명이 투입되었다.

그 외 성남시 판교에는 정보사 특수임무대 30여 명이 대기하고 있었고, 방첩사령부에서도 164명이 대기하고 있었다. 5공수여단, 7공수여단, 11공수여단, 13공수여단 등 4개 공수여단은 대기 명령을 받고 주둔지에서 대기하고 있었던 것으로 전해진다.

3) 투입된 군 병력의 무장 상태

¹⁵ 경향신문, 12월 17일자 기사 ‘비상계엄 날 동원된 경찰 최소 4,200여명 첫 확인, 국회에만 1,900여명’

국회와 선거관리위원회 등에 투입된 군인들은 방탄모, 방탄조끼, 야간투시경 등 개인 군사장비를 갖추어 출동하였고, 기관단총, 권총, 저격용 총 등 각종 화기로 무장하고 있었다. 또 삼단봉, 테이저건, 무인기를 무력화할 수 있는 드론재밍건까지 휴대하고 있었다는 사실이 확인되었다.

심지어 국회 현장에 실탄도 실제 반출된 것으로 확인되었다. 특전사 707특임대(197명)가 보통탄 3,960발, 공포탄 1,980발을, 수도방위사령부(211명)가 실탄 5,048발, 공포탄 2,939발 등 모두 1만 발 이상의 실탄을 국회 등 군인들이 투입된 현장에 반출하여 가지고 있었던 것으로 확인되었다.¹⁶

4) 투입된 군 차량, 헬기 등의 상황

무장한 군인들과 함께 다수의 군용 차량과 헬기가 동원되었다. 위헌적이고 불법적인 비상계엄 당시 특수전사령부와 수도방위사령부에서 병력수송용 대형버스(45인승)가 26대, 중형버스(25인승)가 15대, 군용 오토바이가 25대, 방탄차체를 한 소형전술차량 2대 등 모두 107대의 군용차량이 투입되었다고 한다.

또 특전사 707특임단 대원들을 야간에 국회로 이송한 군용기는 블랙호크 헬기(UH-60)로 모두 12대가 동원되었다는 사실도 확인되었다.¹⁷

5) 투입된 경찰 인력 상황

국회 주변 등 서울과 수도권 등에 투입된 경찰 병력은 기동대 55개 중대 최소 4,200여명이라고 한다. 이상의 군 병력, 경찰 인력의 투입 상황을 지도로 표시해 보면 아래와 같다.¹⁸

¹⁶ 세계일보, 2024. 12. 19.자 기사 ‘계엄에 군 차량 107여대, 헬기 12대 동원, 실탄 1만발에 저격총도 챙겼다’

¹⁷ 이상 위 세계일보 기사

¹⁸ 경향신문, 2024. 12. 17.자 위 기사



6) 국회의사당으로의 폭력적 진입 및 국회 출입 봉쇄 상황

방송 등을 통해 온 국민이 실시간으로 생생하게 보았듯이 국회에 출동한 무장군인들은 당시 국회의사당의 창문을 부수고 국회의사당으로 난입하였다. 체포 등을 위하여 국회의사당의 주요 국회의원실 안에 미리 숨어 있기도 했다. 또 다수의 무장 군인들은 비상계엄해제 결의를 하려는 국회의원들이 모여 있는 국회 본회의장으로 진입을 시도하면서 출입문을 사이에 두고 야당 국회의원 보좌진들과 물리적 충돌을 빚기도 하였다.

국회의사당 주변의 경찰들은 국회의원들의 국회의사당 출입을 막고 봉쇄하였다. 그로 인해 우원식 국회의장은 국회 담장을 넘어 국회에 들어갔고, 다수의 야당 국회의원들도 경찰의 출입 봉쇄로 인해 출입문을 이용하지 못하여 국회 담장을 넘는 등 비상한 방법으로 국회에 들어간 것으로 확인된다.

7) 국회가 계엄해제 결의를 하지 못하도록 국회의원들을 끌어내라는 지시

곽종근 전 특수전사령부 사령관이 국회 국방위원회에서 한 진술에 의하면 비상계엄 당시 대통령은 비화폰으로 자신에게 연락을 해 와 “의결정속주가 아직 다 안 채워진 것 같다, 빨리 문을 부수고 들어가서 안에 있는 인원들을 끄집어 내라”고 지시했다고 밝혔다.

또 대통령은 홍장원 전 국가정보원 1차장에게 연락을 해서 “이번 기회에 다 잡아들여, 싹 다 정리해”라고 지시했다고 한다.

언론보도에 의하면 대통령은 조지호 경찰청장에게도 전화를 하여 “국회의원 체포”를 지시하였다고 한다. 또 여인형 전 방첩사령관이 경찰청장에게 연락하여 다수의 국회의원들과 김명수 전 대법원장, 권순일 전 대법관, 김동현 부장판사를 체포하라고 지시했다는 사실도 경찰청장의 진술을 통해 밝혀졌다.

나. 12. 3, 사태와 폭동행위

내란죄는 국헌문란의 목적으로 다수인이 폭동을 한 경우에 성립한다. 앞서 살펴본 것처럼 내란죄의 구성요건인 ‘폭동’은 폭행 또는 협박의 의미 중 최광의에 해당하는 것으로 해석된다. 따라서 일체의 유형력의 행사(폭행) 또는 해악의 고지(협박)가 있으면 내란죄의 실행행위인 ‘폭동’은 성립한다. 그리고 그 폭행 또는 협박의 정도가 한 지방의 평온을 해할 정도가 되면 내란죄는 기수가 된다.

12. 3 사태는 대통령, 전 국방부 장관, 전 방첩사사령관, 특수전사사령관, 수도방위사령관, 정보사령관, 경찰청장, 서울지방경찰청장 및 이들로부터 지시를 받은 수천명의 군인들과 경찰들이 관여된 사건이다. 구체적으로는 투입된 경찰 인력이 최소 4,200여명, 투입된 군인들도 최소 1,718여명이었고, 투입된 군인들은 야간투시경, 소총 등으로 무장하였으며, 10,000여발의 실탄을 소지하기까지 하였다. 방탄차체를 한 소형전술차량까지 투입되었다. 그리고 국회의장, 전 대법원장, 전 대법관, 다수의 야당 국회의원들, 선관위 직원들을 체포하라는 명령도 내려졌다. 국회 진입을 명령받은 군인들은 국회의사당 창문을 깨부수고 진입을 하기까지 하였다.

이와 같은 행위들은 명백히 ‘폭동’에 해당한다. 12. 3 사태 당시 투입된 군인들과 경찰들의 엄청난 인원 수, 무장 상태, 투입된 무력 장비, 창문을 깨부수고 국회의사당과 선거관리위원회에 진입한 사실들을 모두 종합하여 보면 그 정도는 ‘한 지방의 평온을 해할 정도’에 이른다고 할 것이다.

한편 우리 대법원은 5. 18. 내란 사건에서 ‘비상계엄의 전국 확대’ 그 자체만으로도 국민의 기본권을 심각하게 제약하는 위협이 되므로 내란죄의 구성요건인 ‘폭동’에 해당한다고 판단하였다.

그런 점에서 지금까지 드러난 사실관계만으로도 12. 3. 사태 때 이루어진 폭행 및 협박의 정도는 형법 제87조 내란죄의 구성요건인 ‘폭동’에 해당한다고 하겠다.

다. 12. 3. 사태와 ‘국헌문란 목적’

형법 제91조 제2호가 정하고 있는 것처럼 ‘헌법에 의하여 설치된 국가기관을 강압에 의하여 그 권능행사를 불가능하게 하는 것’은 국헌문란 목적의 실행행위에 해당한다. 이에 대하여 대법원은 5. 18. 내란 사건에서 ‘**그 기관을 제도적으로 영구히 폐지하는 경우만이 아니라 사실상 상당 기간 기능을 제대로 할 수 없게 만드는 것**도 위 조문이 정한 국헌문란의 목적에 해당된다고 판단하였다.

12. 3. 사태의 사실관계에서 확인된 것처럼 대통령은 ‘전시, 사변 또는 이에 준하는 국가비상사태’라는 실체적 요건이 존재하지 않는데도 비상계엄을 선포함으로써 위헌적이고 불법적으로 비상계엄을 선포하였다. 그리고 이를 구실로 내세워 무장병력을 국회에 투입하여 국회를 봉쇄하고, 계엄해제를 의결하려는 국회의원들을 끌어내라고 지시까지 하였다. 그것은 국민의 대표기관인 국회의 기능을 무장병력을 동원하여 강압적으로 막거나 정상적인 국회기능을 불가능하게 하려는 행위이다. 형법 제91조가 정한 ‘국헌문란의 목적’에 의한 실행행위라 하겠다.

나아가 12. 3. 사태의 국헌문란의 목적은 계엄사령부가 발표한 포고령 제1호의 내용 자체만으로도 충분히 인정된다. 계엄사령부가 12. 3. 발표한 포고령 제1호의 1호 내용은 ‘국회와 지방의회, 정당의 활동과 정치적 결사, 집회, 시위 등 일체의 정치활동을 금한다’라는 것이다. 그것은 ‘국회와 지방의회, 정당의 활동을 일체 금한다’는 것으로, 헌법에 의하여 설치된 국가기관인 국회의 기능을 강압에 의하여

사실상 불가능하게 만드는 포고령이다. 따라서 그 포고령 내용 자체만으로도 ‘국헌문란의 목적’은 증명된다고 하겠다.

한편 형법 제91조는 1952년에 발생한 이승만 정권의 폭력적인 국회침탈의 반성적 고려로 인해 제정된 것이다. 이러한 점들을 종합적으로 고려할 때 무장병력에 의한 국회 봉쇄와 진입은 그 자체로 명백한 ‘국헌문란의 목적’으로 평가할 수 있다.

라. 소결

이상의 검토에서 확인되는 것처럼 12월 3일에 있었던 위험적이고 불법적인 비상계엄 선포와 이를 구실로 삼은 무장병력의 국회와 중앙선거관리위원회에 대한 폭력적 침탈은 명백하게 형법 제87조가 정하고 있는 내란죄에 해당된다. 계엄 선포를 할 수 있는 요건이 충족되지 않았는데도 위험적이고 불법적인 비상계엄을 선포하고 이를 구실로 삼아 무장병력을 동원하였다는 점에서 12. 3. 사태는 위험적이고 불법적인 비상계엄을 수단으로 삼은 내란행위로 평가함이 적절하고 타당하다.

5. 내란죄를 부인하는 주장과 그에 대한 반박

가. 2시간짜리 내란이 성립하느냐라는 주장과 관련하여

최근 수사기관의 내란죄 수사와 관련하여 내란 혐의자들을 비호하면서 다음과 같은 주장을 한다는 보도가 있었다.

“2시간짜리 내란이 있을 수 있느냐, 12. 3. 사태는 내란죄가 성립하지 않는다.”

과연 그런가?

우리 형법이 규정하고 있는 내란죄는 상당한 시간이 지속되어야 성립되는 범죄가 아니다. 즉, ‘상당한 시간의 지속 또는 유지’를 구성요건으로 하지 않는다. 또 사상자가 발생해야 성립하는 범죄도 아니다. 국헌을 문란하게 할 목적으로, 한 지방의 평온을 해할 정도의 ‘폭행 또는 협박’이 실행되면 내란죄는 기수가 성립한다. 그 폭행 또는 협박이 설령 1분 만의 실행이었다고 하더라도 내란죄 기수를 피할 수 없다. 특히 대법원이 이미 판단한 것처럼 국헌을 문란하게 할 목적으로 비상계엄을 확대하는 선포만으로도 내란죄는 기수가 될 수 있다. 나아가 헌법에 의해 설치된 국가기관이 무장된 병력에 의해 몇 분만에 봉쇄되고 점거될 수 있다는 점에서 2시간도 적지 않은 시간이다. 따라서 비상계엄 선포와 국회에 의한 비상계엄 해제 가결까지의 시간이 2시간 밖에 걸리지 않았다는 이유가 내란죄의 성립을 부인하는 사유가 될 수는 없다.

한편 내란 혐의자들이 책동한 내란 행위가 단 2시간 만에 제압되었다는 사실은 내란죄 성립을 부인하는 근거라기 보다는 오히려 이를 막아낸 시민들과 야당 국회의원들, 보좌진들 그리고 부당한 지시를 적극적으로 실천하지 않은 하위직 군인들의 용기있는 행동으로 이룬 위대한 결과라는 점에서도 그 주장은 타당하지 않다. 12월 3일에 불법적으로 선포된 비상계엄과 그 직후 이어진 경찰에 의한 국회

봉쇄, 무장 군인들의 국회의사당 진입 등을 모든 국민들은 실시간으로 생생하게 볼 수 있었다. 불법적인 비상계엄이 선포되자 그 즉시 많은 시민들과 야당 국회의원들, 보좌진들은 자신의 목숨을 걸고 국회로 달려갔다. 그리고 장갑차를 둘러싸고, 무장군인들의 국회 진입을 막았으며, 국회의원들이 국회 담벽을 넘어 들어가 국회 본회의장에서 신속하게 계엄해제 가결을 할 수 있도록 도왔다. 그와 같은 다수의 민주 시민들과 야당 국회의원들, 보좌진들의 영웅적인 용기와 노력들이 없었더라면 우리는 지금 내란 준동 세력에 의해 끔찍한 위험을 맞이하고 있을지도 모른다. 그런 점에서 내란을 획책한 범죄자들로부터 내란 책동을 용기있게 막아섬으로써 공포스러운 내란 사태를 2시간 만에 종료되도록 한 것은 목숨을 건 우리 민주시민들과 야당 국회의원들, 보좌진들, 그리고 불법적인 지시에 소극적으로 대응한 일부 군인들의 영웅적인 용기와 노력에 의해 이루어진 결과이다.

불법세력에 의해 전쟁이 발발하고, 이를 즉각적으로 응대하여 그 전쟁을 2시간만에 제압하였다고 하여 2시간짜리 전쟁이 있을 수 있느냐라고 질문할 수는 없다. 2시간 만에 내란의 범죄를 제압할 수 있었던 것은 목숨을 건 우리 시민들, 국회의원들, 보좌진들, 그리고 일부 군인들의 영웅적인 용기와 노력으로 발생한 결과인 것이지, 그것이 내란죄 성립을 부인하는 근거가 될 수는 없다. 그와 같은 주장이야말로 아직도 국민들의 생명과 안전을 무력으로 위협한 자신들의 범죄를 반성하지 않는 일부 내란 책동 세력들이 제기하는 부당한 변명일 뿐이다.

나. 미리 예고하는 내란이 있느냐라는 주장과 관련하여

12. 3. 사태가 내란이라고 한다면 비상계엄선포는 내란을 하겠다는 예고가 되는데, 미리 내란을 하겠다고 예고하는 내란이 어디 있느냐, 그런 점에서 내란이라고 할 수 없다는 주장이 있다.

이번 12. 3. 내란 사태의 주범들은 내란을 예고하지 않았다. 오히려 철저히 숨겼다. 국회 상임위원회 진행 상황을 보면 “계엄을 준비하고 있지 않느냐”며 계엄의 위험성을 지적하는 야당 국회의원들의 질문에 대해 이번 내란 사태의 중요임무종사자인 김용현 전 국방부 장관은 “지금 시기에 계엄을 할 수 있습니까?”라고 말하면서 오히려 질의한 야당의원들을 음모론자로 몰아세웠다. 이처럼 내란의 주범들은 내란 모의 사실을 철저히 숨겼고, 내란을 예고하지 않았다.

2024년 12월 3일 오후 10시 28분에 있었던 불법적인 비상계엄 선포는 내란의 예고가 아니다. 그것은 내란죄의 실행행위이다. 내란을 모의했던 주범들은 자신들이 계획한 내란의 범행을 실행에 옮긴 것이다. 그렇지만 이를 직접 보고 들은 시민들과 야당 의원들이 목숨을 걸고 국회로 뛰어가 그 폭동을 막고, 국회에서 계엄해제가 가결될 수 있도록 노력하였다. 그와 같은 시민들과 야당 국회의원들, 보좌진들의 용기 있는 행동들로 인해 내란의 계획들이 2시간 만에 좌절된 것이다. 그것이 실체적 진실이다.

따라서 내란을 예고하는 내란이 어디 있느냐는 주장은 아직도 내란의 범행을 깊이 반성하지 않은 채, 국민들을 거짓과 위선으로 현혹하고 우리 공동체를 위협하면서 자신들의 살길만을 찾으려고 하는 부당한 주장일 뿐이다.

다. 비상계엄은 고도의 통치행위로서 사법심사의 대상이 될 수 없다는 주장과 관련하여

대통령의 비상계엄 선포나 확대행위는 고도의 정치적·군사적 성격을 지니고 있는 행위이지만, 비상계엄의 선포나 확대가 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 행하여진 경우에는 법원은 그 자체가 범죄행위에 해당하는지의 여부에 관하여 심사할 수 있다(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결). 우리 대법원은 이러한 법리를 기초로 1980년 5. 17. 비상계엄의 전국확대조치를 내란죄에 해당한다고 판단하여 단죄를 하였다(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결).

특히 12. 3. 비상계엄 선포는 비상계엄을 할 수 있는 실체적 요건이 전혀 충족되지 않은 상태에서 단지 국헌문란의 목적을 획책하기 위하여 이루어진 위헌적이고 불법적인 비상계엄이었을 뿐이다. 12월 3일 당시 우리 사회에는 ‘전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태’는 없었다. 평상시와 다른 없는 아주 평온한 밤이었다. 즉 계엄이 발동할 수 있는 실질적 요건이 전혀 존재하지 않았다. 그리고 사전에 국무회의가 개최되었는지도 명확하지 않고, 계엄 선포 후 국회에 지체 없이 통고된 적도 없다. 비상계엄 요건이 충족되지 않았는데도 불법적으로 선포한 것으로 위헌적이고 위법적인 비상계엄 선포였다. 위헌, 위법적인 비상계엄은 그 자체로 무효이다. 따라서 비상계엄의 외관만을 가진 채 이를 구실로 삼아 국헌문란 목적의 폭동을 획책한 하나의 방법이었다고 평가하는 것이 타당하다. 그런 점에서 위헌적이고 위법한 비상계엄을 이유로 하여, 심지어 국헌문란 목적의 수단과 방법으로 삼은 불법적인 비상계엄 선포를 내세워 통치행위라고 주장하는 것은 타당하지 않다.

6. 추가적으로 살펴보고 검토해야 할 사항들

가. 내란 사태는 아직 끝나지 않았음 - 긴장과 주의를 늦추지 말아야 함.

내란의 중요임무종사자들이 구속되고, 수사를 받고 있으며 대통령에 대한 탄핵소추가 국회에서 가결되었다. 그러나 아직 모든 것이 끝나지 않았다. 현재의 위협적 상황이 모두 극복된 것도 아니다. 내란의 우두머리를 포함하여 중요임무종사자 등 내란 사태의 관여자들이 모두 파악되고, 체포되거나 수사를 받고 있는 것도 아니다.

언론보도에 따르면 자신들이 한 범죄행위를 반성하거나 뉘우치지 않고 반격을 시도하려 한다는 보도도 일부 있다. 그런 점에서 12. 3 내란 사태는 아직 완전히 끝나지 않은 상태이다. 내란은 국가 헌정질서와 이와 직접 연결된 국민들의 생명과 안전, 국민들의 중요한 기본권을 위협하는 심각한 범죄이다. 우리의 생명과 안전에 직접 관련된 매우 중차대한 문제이다. 그런데 그 상황은 아직 끝나지 않았고 극복되지도 않았다. 우리 모두가 긴장과 주의를 놓지 말아야 하는 이유이다. 계속되고 있는 이 모든 불안한 상황이 많은 국민들을 어렵고 힘들게 하고 있지만 우리는 더욱 긴장과 주의를 집중하고 더 큰 용기와 인내심으로 신속하게 이 상황이 끝날 수 있도록 모든 노력을 다할 필요가 있다.

나. 내란의 전모 파악의 필요성

지금까지 12. 3. 사태의 내란죄 성립 여부를 살펴보았다. 그런데 아직 우리는 그 전모를 모두 파악하고 있지 못하다. 수사와 계속되는 취재와 보도 등을 통해 최근 그 실제적 진실이 조금씩 밝혀지고 있는 상황이다.

내란죄는 국가 존립을 위태롭게 하고, 우리 헌정질서를 무력 등 폭력으로 파괴함으로써 국민의 생명과 안전을 심각하게 위협하는 중대 범죄이다. 우리는 1952년 이승만의 친위쿠데타, 1960년의 5. 16. 군사반란, 1980년의 5. 18. 내란 사건 등 다수의 내란이 발생했던 가슴 아픈 역사를 가지고 있다. 그렇지만 그 내란 사태들을 슬기롭게 극복하면서 성숙한 시민들의 노력과 높은 의식으로 세계에 모범이 되는 민주국가의 모습을 만들어 왔다. 그런데 2024년 현시기 다시 일부 내란 준동 세력에 의해 도무지 상상하기 힘든 내란의 사태를 다시 겪고 있다. 다행히 불법적인 비상계엄 선포와 동시에 목숨을 걸고 국회로 달려간 용기있는 시민들과 야당 국회의원들, 보좌진들, 불법적인 지시에 소극적으로 항거한 일부 군인들의 영웅적인 노력들로 인해 끔찍한 사태는 막을 수 있었다. 정말 다행스러운 결과가 아닐 수 없다. 지금과 같은 불행한 내란 사태는 이제 우리 역사에서 사라져야 한다. 더 이상 현실 세계에 등장하지 않도록 만들어야 한다. 내란 준동 세력을 근본적으로 막기 위해서라도 이번 12. 3. 내란 사태의 전모가 모든 국민들 앞에 명명백백하게 밝혀질 필요가 있다. 그것이 가장 우선해서 처리해야 할 과제이다.

이를 위해서는 업무의 독립성, 정치적 중립성을 가지고 그 소임을 완수할 수 있는 공정한 수사기관이 이번 내란 사태를 수사할 수 있도록 해야 한다. 기존의 검찰, 경찰의 국가수사본부, 공수처의 수사만으로 그 전모가 밝혀지기는 어렵다. 그리고 국민들로부터 이미 신뢰를 잃어버린 수사기관들이기 때문에 그 수사결과를 그대로 믿기도 어려운 형편이다. 따라서 하루속히 특별검사제가 시행될 수 있도록 조치되어야 한다. 그것만이 제2, 제3의 내란 책동을 막고, 이미 발생한 내란의 전체 실상을 속속들이 파악할 수 있는 올바른 방법이다.

특별검사제의 추진과 함께 국회에서 국정조사도 함께 실시될 필요가 있다. 12. 3. 내란 사태가 누구에 의해, 어떤 목적으로 언제부터 모의되고 준비되었는지, 어떤 사람들이 동조하고 관여하였는지 그 모든 사실들을 명명백백하게 밝혀야 한다. 그것만이 지금의 과오를 제대로 성찰하고 내란 준동세력들을 발본색원하는 것은 물론 국민들을 통합하고 미래로 나아가기 위한 기초가 될 수 있다.

다. 내란죄 관여 행위에 상응한 처벌과 그에 대한 기록

앞서 본 내란죄의 전모를 파악하면서 확인되는 내란 관여자들에 대하여 그 행위에 상응한 철저한 처벌도 필요하다. 우리는 5. 18. 내란 사건의 상처와 아픔을 너무나 잘 알고 있다. 그 깊은 상처와 고통은 오랜 기간 계속해서 우리 국민들 가슴 속에 남아 있다. 어쩌면 죽는 순간까지 가지고 있을지도 모르겠다. 그만큼 내란의 범행은 많은 사람들에게 오랜 기간 끔찍한 상처와 아픔을 남기는 매우 위험하고 치명적 범죄이다. 이번 12. 3 내란 사태 때 용기 있는 시민들의 행동 등으로 인해 내란의 준동을 초기에 잘 제압함으로써 큰 사상자가 없었다는 점 때문에 12. 3. 내란 사태를 결코 가볍게 보아서는 곤란하다.

그런 점에서 내란죄의 전모가 파악되는 것에 상응하여 내란 관여자들이 자신이 한 관여 행위에 상응하여 철저한 처벌이 뒤따라야 할 것이다. 그리고 그와 같은 사태의 전체 실상들과 그 처벌의 결과들을 우리 역사 속에 온전히 기록해 두어야 한다. 그것만이 우리들과 우리 다음 세대에서 더 이상 내란과 같은 끔찍한 공포와 만행이 다시는 우리 역사 속에 반복되지 않도록 하는 방법일 것이다.

시민단체와 학계, 언론계 등에서 여러 의견들이 나올 것으로 예상된다. 내란죄의 수단이 된 불법적인 비상계엄 선포와 관련하여 이를 사전에 안 국무위원들과 그들의 관여 정도, 대통령 비서실, 안보실의 사전 모의자와 기획자들, 관여자들 그리고 국회에서 비상계엄 해제 가결을 막았다는 의혹이 있는 일부 국회의원들, 기타 군 관여자, 행정부 관여자들의 관여 사실들을 철저히 확인하여 그 행위에 상응한 처벌과 기록이 있어야 한다.

한편 수사와 국정조사가 이루어지는 것과 관련하여 자신이 관여한 행위에 상응하지 않은 처벌과 낙인이 발생하지 않도록 조심해야 한다는 점도 지적할 필요가 있다. 밝혀지는 전모 등의 심각성과 위험성을 고려해 볼 때 12. 3. 내란 사태를 큰 사상자 없이 조기에 종식할 수 있었던 것은 기적이었다. 그와 같은 기적은 불법적이고 부당한 지시를 받고 때로는 침착하게 때로는 소극적인 행동으로 잘 대처해 준 일부 군인들의 행동과 협조가 있었기에 가능했다는 점을 우리는 안다. 그들이 단지 출동했거나, 참석했다는 이유만으로 부당하게 처벌되거나 낙인되지 않도록 수사와 국정조사를 수행함에 있어서 억울한 피해자가 발생하지 않도록 세심한 처리가 있었으면 한다.

라. 내란죄와 탄핵사유와의 관계

국회는 2024년 12월 14일 대통령에 대한 탄핵소추안을 가결시켰다. 그 결과 현재 헌법재판소에서 대통령에 대한 탄핵절차가 진행 중이다. 탄핵소추는 대통령이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때에 진행되는 파면절차이다. 탄핵결정은 헌법과 법률을 위반하는 모든 경우에 성립하는 것이 아니다. 헌법과 법률을 위반하고 그 위반행위가 헌법의 근본원칙인 민주주의, 법치주의, 권력분립 원칙 등 헌법질서를 근본적으로 훼손함으로써 대통령의 직책 수행에 중대한 지장을 초래하고 오히려 파면을 통해 헌법질서를 회복해야 할 필요성이 명백할 때 성립한다. 즉, 대통령의 파면을 정당화할 수 있을 정도로 중대한 헌법이나 법률 위반이 있는 때에 성립한다.

탄핵심판절차와 내란죄에 대한 수사 및 기소 절차는 서로 구별되는 절차이다. 그런데 내란죄란 국헌을 문란하게 할 목적으로 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭동을 일으킬 때 성립하는 범죄이므로 만약 내란죄가 성립한다면 국헌을 문란하게 할 목적은 인정되고, 국헌을 문란시킬 목적으로 폭동을 일으킨 사실은 분명해지므로 내란죄를 범하였다는 사유는 대통령의 파면을 정당화할 수 있을 정도의 중대한 헌법 위반이라고 할 수 있다. 따라서 대통령이 내란죄를 범한 것이라면 그것은 탄핵을 결정하는 중요한 사유가 될 것이다.

마. 내란 사태 재발 방지를 위한 제도적 장치 마련의 시급성

내란은 국가 헌정질서를 폭력으로 파괴하는 반역죄의 한 유형이다. 그런 점에서 민주주의가 성숙한 국가라면 내란죄는 형법 교과서 또는 역사 교과서에서나 볼 수 있는 사건일 뿐, 현실의 사건이 될 위험은 크지 않다. 그런데 2024년 우리 대한민국에서 그 누구도 상상하기 힘든 사건이 발생하였다. 대통령이 장갑차와 무장 화기를 앞세워 국회의 기능을 중단시키고, 국민의 기본권을 크게 제약하는 불법적인 비상계엄을 함부로 선포하는 사태가 발생하였다. 다행히 목숨을 걸고 국회 앞으로 달려간 용기 있는 영웅들의 즉각적인 대응으로 인해 내란의 책동은 짧은 시간에 제압될 수 있었다. 그렇지만 우리는 44년

만에 발생한 불법적인 비상계엄과 내란 책동의 사태를 보면서 우리의 민주주의와 헌정 질서를 다시 돌아볼 필요가 있다.

일부 불법적인 세력들로 인해 우리 민주주의와 헌정질서가 쉽게 무너지고 파괴될 수 있음을 우리는 보았다. 어디서부터 무엇이 잘못된 것일까? 무엇을 어떻게 고쳐야 이를 막을 수 있을까? 모든 것들을 다시 돌아보고 국민들의 생명과 안전을 위협할 수 있는 내란의 아주 작은 시도로부터도 우리 민주주의와 헌정 질서 나아가 우리들의 생명과 안전을 제대로 지킬 수 있는 방법과 제도적 장치들이 무엇인지 살펴보아야 한다. 그 어떤 작은 위험도 용납하지 않아야 한다. 그 모든 위험으로부터 우리를 온전히 지킬 수 있는 제도적 장치를 시급하게 마련할 필요가 있다. 계엄제도와 관련해서는 현대적 상황을 고려하여 국회가 비상계엄이나 경비계엄 등의 사후적 해제에만 관여하는 현 제도를 개정하여 계엄을 선포하는 첫 단계부터 국회의 사전 동의를 얻도록 하는 것도 그 방법 중 하나일 수 있을 것이다.

12.3 비상계엄의 위헌성과 탄핵심판의 전망

이황희 / 성균관대 법학전문대학원 교수

목 차

- I. 12/3 비상계엄의 위헌성
- II. 탄핵심판의 전망
- III. 결론

I. 12/3 비상계엄의 위헌성

비상계엄 선포의 절차적 요건(헌법)

제77조 ①대통령은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 계엄을 선포할 수 있다.

②계엄은 비상계엄과 경비계엄으로 한다.

③비상계엄이 선포된 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유, 정부나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다.

<계엄법>

제2조(계엄의 종류와 선포 등) ② 비상계엄은 대통령이 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태 시 적과 교전(交戰) 상태에 있거나 사회질서가 극도로 교란(攪亂)되어 행정 및 사법(司法) 기능의 수행이 현저히 곤란한 경우에 군사상 필요에 따르거나 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 선포한다.

비상계엄 선포의 절차적 요건(헌법)

제77조 ④계엄을 선포한 때에는 대통령은 **지체없이 국회에 통고하여야 한다.**

제82조 대통령의 국법상 행위는 **문서**로써 하며, 이 문서에는 국무총리와 관계 국무위원이 **부서**한다. 군사에 관한 것도 또한 같다.

제89조 다음 사항은 **국무회의의 심의**를 거쳐야 한다.

<계엄법>

제3조(계엄 선포의 공고) 대통령이 계엄을 선포할 때에는 그 이유, 종류, 시행일시, 시행지역 및 계엄사령관을 공고하여야 한다.

제5조(계엄사령관의 임명 및 계엄사령부의 설치 등) ① 계엄사령관은 현역 장성급(將星級) 장교 중에서 국방부장관이 추천한 사람을 국무회의의 심의를 거쳐 대통령이 임명한다.

제6조(계엄사령관에 대한 지휘·감독) ① 계엄사령관은 계엄의 시행에 관하여 국방부장관의 지휘·감독을 받는다. 다만, 전국을 계엄지역으로 하는 경우와 대통령이 직접 지휘·감독을 할 필요가 있는 경우에는 대통령의 지휘·감독을 받는다.

비상계엄 선포 이후(1): 포고령

자유대한민국 내부에 암약하고 있는 반국가세력의 대한민국 체제전복 위협으로부터 자유민주주의를 수호하고, 국민의 안전을 지키기 위해 2024년 12월 3일 23:00부로 대한민국 전역에 다음 사항을 포고합니다.

1. **국회**와 지방의회, 정당의 활동과 정치적 결사, 집회, 시위 등 **일체의 정치활동을 금한다.**
2. 자유민주주의 체제를 부정하거나, 전복을 기도하는 일체의 행위를 금하고, 가짜뉴스, 여론조작, 허위선동을 금한다.
3. 모든 언론과 출판은 계엄사의 통제를 받는다.
4. 사회혼란을 조장하는 파업, 태업, 집회행위를 금한다.
5. 전공의를 비롯하여 파업 중이거나 의료현장을 이탈한 모든 의료인은 48시간 내 본업에 복귀하여 충실히 근무하고 위반시는 계엄법에 의해 처단한다.
6. 반국가세력 등 체제전복세력을 제외한 선량한 일반 국민들은 일상생활에 불편을 최소화할 수 있도록 조치한다.

이상의 포고령 위반자에 대해서는 대한민국 계엄법 제9조(계엄사령관 특별조치권)에 의하여 영장없이 체포, 구금, 압수수색을 할 수 있으며, 계엄법 제14조(벌칙)에 의하여 처단한다.

비상계엄 선포 이후(2): 국회의 의사 저지를 위한 계엄군 투입



©mbc



반론의 검토(1): 위기상황에 대한 주관적 정당화

<반론>

야당의 잦은 탄핵과 예산 삭감으로 이미 “국가비상사태”가 되었다?

“긴급재정경제명령을 발할 수 있는 중대한 재정/경제상의 위기 상황의 유무에 관한 제1차적 판단은 대통령의 재량에 속한다. 그러나 그렇다고 하더라도 그것이 자유재량이라거나 객관적으로 긴급한 상황이 아닌 경우라도 주관적 확신만으로 좋다는 의미는 아니므로 객관적으로 대통령의 판단을 정당화할 수 있을 정도의 위기상황이 존재하여야 한다.” 헌재 1996. 2. 29. 93헌마186

[잦은 탄핵, 예산 삭감]

- 헌정질서는 안정적으로 유지되고 있었음 → 국가비상사태 아님
- 정부안에서 약 4조 감액 → 전체 약 673조 3천억 원
- 제도적 해법(ex. 추가경정예산), 정치적 해법(ex. 영수회담) 등 정상적인 헌정질서 내에서 해결 가능

반론의 검토(2): 야당 경고용 비상계엄 선포

<반론>

이번 비상계엄 선포는 야당에 대한 경고에 불과하다?

“국가긴급권은 국가의 존립이나 헌법질서를 위태롭게 하는 비상사태가 발생한 경우에 국가를 보전하고 헌법질서를 유지하기 위한 헌법보장의 한 수단이지만, **평상시의 헌법질서에 따른 권력 행사방법만으로는 대처할 수 없는 중대한 위기상황에 대비하여 헌법이 중대한 예외로서 인정한 비상수단**이므로, 헌법이 정한 국가긴급권의 발동요건·사후통제 및 국가긴급권에 내재하는 본질적 한계는 엄격히 준수되어야 한다.” 헌재 2015. 3. 26. 2014헌가5

야당 경고는 헌법상 비상계엄의 목적에 해당하지 않음

반론의 검토(3): 국회 권한에 대한 조치 가능성

<반론>

비상계엄이 선포된 때에는 언론·출판·집회·결사의 자유에 관하여 특별한 조치를 할 수 있으므로, 국회의 활동을 금지할 수 있다?

헌법 제77조 제3항은 “비상계엄이 선포된 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유, 정부나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다.”고 규정함

정부나 법원의 권한에 관해서만 특별한 조치를 할 수 있다고 규정함 → 「국회에 대해서는 특별한 조치를 할 수 없다.」

「언론·출판·집회·결사의 자유에 대해서 특별한 조치를 할 수 있다.」 부분과 「국회에 대해서는 특별한 조치를 할 수 없다.」 부분은 일반-특별 관계

→ 일반 규정과 특별 규정이 상충될 때에는 특별 규정이 우선함

반론의 검토(4): 통치행위

<반론>

비상계엄 선포는 통치행위이므로 사법적 판단의 대상이 되지 않는다?

“통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, … 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 **그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있는 것**”
헌재 1996. 2. 29. 93헌마186

“이 사건 파견결정은 그 성격상 **국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것임이 명백하므로**, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 우리 재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다.” 헌재 2004. 4. 29. 2003헌마814

이 사건은 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제도 아닐 뿐더러, 헌법과 법률이 정한 절차를 지키지 않은 것이 명백함

II. 탄핵심판의 전망

탄핵사유: 요건과 법리

그 직무집행에 있어서 **헌법이나 법률을 위배한 때**(헌법 제65조 제1항) & 공직자의 **파면을 정당화할 정도로 ‘중대한’ 범위반**(2004헌나1)

“탄핵심판절차가 궁극적으로 **헌법의 수호에 기여하는 절차**라는 관점에서 본다면, **파면결정을 통하여 헌법을 수호하고 손상된 헌법질서를 다시 회복하는 것이 요청될 정도로 대통령의 범위반행위가 헌법수호의 관점에서 중대한 의미를 가지는 경우에 비로소 파면결정이 정당화되며, … 대통령의 파면을 요청할 정도로 ‘헌법수호의 관점에서 중대한 범위반’이란, 자유민주적 기본질서를 위협하는 행위로서 법치국가원리와 민주국가원리를 구성하는 기본원칙에 대한 적극적인 위반행위를 뜻하는 것이[다].**”
2004헌나1

“피청구인은 자신의 헌법과 법률 위배행위에 대하여 국민의 신뢰를 회복하고자 하는 노력을 하는 대신 국민을 상대로 진실성 없는 사과를 하고 국민에게 한 약속(발표자 註: 수사 수용)도 지키지 않았다. 이 사건 소추사유와 관련하여 피청구인의 이러한 언행을 보면 **피청구인의 헌법수호의지가 분명하게 드러나지 않는다.**”2016헌나1

법위반의 중대성(1): 법치국가원리에 대한 적극적 위반

계엄은 헌정과 국가를 보호하기 위해 필요하지만, 남용되면 위험한 제도임

헌법(제77조 제5항)은 비상계엄에 대한 유력한 견제수단으로 국회의 해제요구권을 보장함

국회의 계엄해제요구권을 보장하기 위해 국회의원의 불체포특권을 더욱 엄격히 보장함

계엄법 제13조(국회의원의 불체포특권) 계엄 시행 중 국회의원은 현행범인인 경우를 제외하고는 체포 또는 구금되지 아니한다.

헌법(제44조 제1항)은 ‘회기 중’에만 보장하나, 계엄법은 이를 확대함

포고령 제1조, 국회 의사를 저지하기 위한 계엄군 투입은 계엄을 견제하기 위해 헌법이 예정해 놓은 질서를 적극적으로 위반함

포고령 제1조는 ①그 내용 자체로도 위험적이지만, ②국회의원의 현행범 체포를 위해 필요한 법적 근거를 만들기 위한 ‘**합법성의 남용**’(※ 근대 헌법이 가장 경계하는 해악!)이라는 점에서 법치주의 위반의 적극성이 인정됨

법위반의 중대성(2): 민주국가원리에 대한 적극적 위반

“민주주의원리는 … 다양하고 복수적인 진리관을 인정하는 **상대적 세계관**을 받아들인다. 이 원리에서는 사회가 본질적으로 복수의 인간‘들’로 구성되고 각 개인들의 생각은 서로 상이할 수밖에 없다고 보므로, 결국 **정견의 다양성은 민주주의의 당연한 전제**가 된다. … 이러한 견해들 사이에 **대립이 발생하기도 하지만, 이는 본질적으로 자연스러운 현상이다. 민주주의원리는 억압적이지 않고 자율적인 정치적 절차를 통해 일견 난립하고 서로 충돌하기까지 하는 정견들로부터 하나의 국가공동체적 다수의견을 형성해 가는 과정으로 실현된다는 점에서 비민주적인 이념들과 근본적으로 구분된다.**” 2013헌다1

야당의 행정부 견제권한(탄핵, 예산안 감액) 행사를 “자유대한민국의 헌정질서를 짓밟고, 헌법과 법에 의해 세워진 정당한 국가기관을 교란시키는 것으로써, 내란을 획책하는 명백한 반국가 행위”로 규정함

국회에 대해 “범죄자 집단의 소굴”, “자유민주주의 체제의 전복을 기도”, “자유민주주의 체제를 붕괴시키는 괴물”로 비난함

법위반의 중대성(3): 헌정질서의 심각한 훼손

포고령 제1조와 계엄군의 국회 투입으로, 국회 의사(계엄해제요구)를 저지하고, **국회의원 다수를 (현행법으로) 체포해 향후 국회의 권능행사를 상당기간 불가능하게 만들고자 함**

이는 헌정질서의 심각한 훼손이자, 형법이 규정한“국헌문란”, 즉“헌법에 의하여 설치된 국가기관을 강압에 의하여 그 권능행사를 불가능하게 하는 것”(형법 제91조)에 해당할 수 있음

※ [판례] “그 기관을 제도적으로 영구히 폐지하는 경우만을 가리키는 것은 아니고 **사실상 상당기간 기능을 제대로 할 수 없게 만드는 것을 포함한다.**”라고 해석 → 비상계엄의 전국확대, 국회의사당 점거·폐쇄 등을 통해 국회의원 등의 권능행사를 불가능하게 하는 것이 국헌문란에 해당한다고 판단함(96도3376)

헌정질서를 보호하기 위해 **예외적으로 행사되어야 할** 국가긴급권을 정치적 반대자를 억압하기 위한 용도로 남용 → 헌정질서를 심각한 위협에 빠뜨림

범위반의 중대성(4): 헌법수호의지 미흡

“피청구인은 최○원의 국정 개입 등이 문제로 대두되자 2016. 10. 25. 제1차 대국민 담화를 발표하면서 국민에게 사과하였으나, 그 내용 중 최○원이 국정에 개입한 기간과 내용 등은 객관적 사실과 일치하지 않는 것으로 진정성이 부족하였다. 이어진 제2차 대국민 담화에서 피청구인은 제기된 의혹과 관련하여 진상 규명에 최대한 협조하겠다고 하고 검찰 조사나 특별검사에 의한 수사도 수용하겠다고 발표하였다. 그러나 검찰이나 특별검사의 조사에 응하지 않았고 청와대에 대한 압수수색도 거부하여 피청구인에 대한 조사는 이루어지지 않았다. 위와 같이 피청구인은 자신의 헌법과 법률 위배행위에 대하여 국민의 신뢰를 회복하고자 하는 노력을 하는 대신 **국민을 상대로 진실성 없는 사과를 하고 국민에게 한 약속도 지키지 않았다.** 이 사건 소추사유와 관련하여 피청구인의 이러한 언행을 보면 피청구인의 헌법수호의지가 분명하게 드러나지 않는다.” 2016헌나1

대통령은 12/7 담화에서 “법적, 정치적 책임을 회피하지 않겠다”고 밝혔으나, 수사에 연이어 불응하고 있으며, 헌법재판소가 송달한 서류의 수령을 계속 거부함

범위반의 중대성(5): 장래의 헌정보호를 위한 지침의 필요성

“어제의 범죄를 벌하지 않는 것은 내일의 범죄에 용기를 주는 것과 똑같이 어리석은 짓이다.”(알베르 까뮈?)

이번 비상계엄 선포 사태에 관한 탄핵심판에서 어떤 결론이 나오는가에 따라, 앞으로 대통령이 이러한 행위를 다시 해도 되는지에 관한 **헌법적 가이드라인**이 형성됨

이번 탄핵심판의 결론은, 단순히 이번 비상계엄에 관한 회고적인 평가에 그치지 않으며, **장래 헌정질서의 보호를 위한 전망적인 지침**이 될 것

헌법재판소는 ‘파면이 필요한 정도로 중대한 범위반인가’에 관한 이번 판단이 장래 대통령의 결정을 지도하는 헌법적 지침이 됨을 인식해야 함

예상 심리기간(1): 쟁점의 규모와 성격

탄핵심판의 심리기간을 규정하는 주요한 요인은 쟁점의 ‘**규모**’와 ‘**성격**’

쟁점이 많으면 많을수록 심리기간은 길어진다! (→ 쟁점이 적을수록 짧아진다!)

쟁점의 성격이 사실관계를 다투는 것일수록 심리기간이 길어진다! (→ 사실관계의 다툼이 적거나, 법리를 다투는 것일수록 짧아진다!)

<본건과 박근혜 탄핵심판 사건(약 90일)의 비교>

쟁점의 규모 측면에서, 본건은 12/3 비상계엄에 초점을 두고 있음 → 쟁점 단순

쟁점의 성격 측면에서, 본건의 사실관계는 단순하고 이미 상당부분 밝혀져 있음(비상계엄 선포, 포고령, 계엄군의 국회 투입 등)

예상 심리기간(2): 헌법위반 vs 형법위반

헌법위반 여부는 탄핵심판에서만 판단 가능

vs 형법위반 여부는 탄핵심판과 후행 형사재판에서 모두 판단 가능

탄핵심판은 형사소송에 관한 법령이 준용되지만, 이는 “**탄핵심판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서**” 준용됨 → 형사소송법상 전문법칙을 완전히 적용하지는 않음(2016헌나1)

탄핵심판 진행의 신속성 & 형사소송법령의 부분적 적용 → 탄핵심판에서 형법위반에 관한 판단은 후행 형사재판에서 형법위반에 관한 판단과 상충될 우려가 있음

헌법재판소는 같은 행위에 대한 판단에서 헌법위반 여부에 집중하고, 형법위반 여부는 우회하는 모습을 보임 📌 **선택과 집중을 통한 신속성 강화**

※ ex. 박 대통령 사건(2016헌나1)에서, 뇌물수수 등 각종 형사법 위반 행위 부분은 최○원의 국정개입 및 대통령의 권한 남용 행위 문제로 정리 → 재산권 및 기업경영의 자유 침해 등 위헌 문제를 중심으로 판단

III. 결론

비상계엄 선포 및 그 후속행위(포고령, 계엄군 국회투입)는 헌법이 정한 실제적, 절차적 요건들을 준수하지 못함 → **위헌 ‘무효’**

※ 원천 무효이므로, 대통령의 해제 여부와 무관하게 효력이 없음

이 헌법위반은 **헌법수호 관점에서 중대한 위반임**

- 법치국가원리, 민주국가원리의 적극적 위반

- 헌법수호의지 미약
- 장래의 헌정질서 보호를 위해 어떤 결정(=헌법적 지침)이 필요한가?

이번 대통령 탄핵심판은 **쟁점의 규모와 성격**에서 (다른 조건이 동일하다면) 종래 사건에 비해 **신속하게 진행될 가능성이 큼**

- 국회 몫 재판관(3인)의 조속한 임명 여부
- 수사기록의 조속한 확보 여부 (ex. 기록 인증 등본 송부 촉탁 신청)
- 피청구인 측의 지연전략 성공 여부

12.3 비상계엄의 내란죄 성립여부에 대한 형사법적 검토

서보학 / 경희대 법학전문대학원 교수

I. 12·3 비상계엄은 위헌적·위법적인 것이다

윤석열이 2024년 12월 3일 저녁에 발표한 비상계엄이 실제적·절차적으로 위헌적인 것이었다는 점에 대해서는 이론이 없다. 헌법 제77조 제1항은 “대통령은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 계엄을 선포할 수 있다.”라고 규정하고 있는데, 현 대한민국의 상황이 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 처해있다고 믿을 국민들은 아무도 없으며 또한 군대를 동원하여 공공의 안녕질서를 유지해야 할 필요가 있을 정도로 불안과 혼란이 지배하고 있다고 믿을 국민들은 아무도 없다. 헌법 제77조 제4항 및 계엄법 제4조 제1항은 대통령이 계엄을 선포한 때에는 지체 없이 국회에 통고하도록 규정하고 있는데 현재 이러한 통고가 있었다는 것이 증명되지 않고 있다. 헌법 제77조 제5항은 대통령이 선포한 계엄을 계속 유지할지 혹은 해제를 요구할지 여부에 대해 결정할 수 있도록 하고 있고, 심지어 계엄법 제4조 제2항은 국회가 폐회 중일 때에는 대통령이 지체 없이 국회에 집회를 요구하여야 한다고 규정하고 있는데, 오히려 윤석열은 무장군인들을 국회에 보내어 국회의 의결권 행사를 방해하려 시도하였다. 결론적으로 윤석열이 선포한 12·3 비상계엄은 헌법상·계엄법상의 실제적·절차적 요건을 갖추지 못하였으므로 명백히 위헌적·위법적인 비상계엄에 해당한다.

II. 12·3 비상계엄 선포는 명백히 형법상의 내란죄에 해당한다

형법 제87조의 내란죄는 ‘국헌을 문란’하게 할 목적으로 ‘폭동’을 일으킨 경우에 성립한다. 12·3 비상계엄이 내란죄에 해당하기 위해서는 윤석열에게 ‘국헌문란의 목적’이 있었다고 볼 수 있는지와 무장군인을 동원한 것이 ‘폭동’에 해당하는지 여부가 검토되어야 한다.

(1) 12·3 비상계엄을 선포하고 무장군인을 통해 국회장악을 시도한 윤석열에게는 ‘국헌문란의 목적’이 인정된다

형법 제91조 2호는 국헌문란의 목적을 “헌법에 의하여 설치된 국가기관을 강압에 의하여 전복 또는 그 권능행사를 불가능하게 하는 것”이라고 정의하고 있다. 대법원은 지난 1997년 전두환·노태우에 대한 판결에서 “국헌문란의 목적을 가지고 있었는지 여부는 외부적으로 드러난 행위와 그 행위에 이르게 된 경위 및 그 행위의 결과 등을 종합하여 판단하여야 한다”고 판시한 바 있다(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결).

비상계엄이 선포된 당일 밤 윤석열과 수하인 국방부장관이 경찰력을 동원해 국회를 봉쇄한 뒤 국회의원·보좌관의 국회 출입을 저지한 것과 무장군인들을 국회에 진입시켜 국회의원의 체포 및 국회의사당 장악을 시도했던 일련의 사태는 명백히 헌법기관인 국회·국회의원을 강압에 의해 전복하고 그 권능행사(계엄해제 요구에 대한 국회의 의결권 행사)를 불가능하게 하려던 시도였기 때문에 충분히 국헌문란의 목적이 인정된다. 당일 밤 윤석열의 지휘하에 움직였던 내란중요임무 종사자들의 진술도 윤석열의 국헌문란 목적을 증언하고 있다. 예컨대 무장병력을 동원했던 특수전사령관은 대통령으로부터 “아직 국회의사당에서 의결정족수가 충족되지 않았으니 문을 부수고 진입하여 국회의원들을 밖으로 끌어내라”는 지시를 직접 받았다는 사실을 국회에서 증언한 바 있고, 이진우 수방사령관 역시 국회에서 “계엄 당시 대통령과 수차례 통화하였으며, (국회의) 계엄 해제가 의결될 즈음엔 화를 내면서 (의원들) 왜 못 끌어내느냐고 말했다”고 증언하였다. 조지호 경찰청장 역시 “계엄 당일 대통령이 의원들 다 잡아들여라. 계엄법 위반이니 체포해”라는 지시를 받았다고 밝힌 바 있다(법률대리인을 통해 입장 발표). 12월 3일 당일 밤 무장병력을 이끌고 국회청사까지 진입했던 707특임대의 대장은 특수전사령관과의 통화에서 인명살상이 염려되므로 문을 부수고 의사당에 진입하는 것에 반대하였다고 진술한 바도 있다. 이러한 당일 밤의 객관적 상황과 군지휘관의 진술 등을 고려해 보면 윤석열이 경찰력과 무장군인들을 동원하여 국회를 강압에 의해 전복하고 국회·국회의원의 의결권 행사를 강압으로 저지하려던 목적을 갖고 있었음을 명백히 인정할 수 있다.

또한 대법원은 헌법기관의 ‘권능행사를 불가능하게 한다’라고 하는 것은 그 기관을 제도적으로 영구히 폐지하는 경우만을 가리키는 것은 아니고 사실상 상당기간 기능을 제대로 할 수 없게 만드는 것을 포함한다고 해석한 바 있다(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결). 이번 12·3 비상계엄 선포 전 과천 소재 군부대의 지하시설에 수백명을 수용할 수 있는 지하벙커를 사전에 점검하였다는 정황이 드러난 점, 국회에 진입한 무장군인들이 국회의원들의 체포 지시를 받았다는 점, 계엄사령부가 발령한 포고문 제1호가 - 비상계엄 발동시 대통령은 국회에 대해서는 아무런 특별 조치를 할 수 있는 헌법상의 근거가 없음에도 불구하고 - 국회의 정치활동을 전면 금지한다고 선언한 점 등을 고려하면, 윤석열은 계엄군을 통해 국회를 장악하고 국회의원들을 체포한 뒤 과천 군부대의 지하 벙커에 수감함으로써 상당기간 국회·국회의원의 권능행사를 제대로 할 수 없게 만들려는 계획을 세웠던 것으로 합리적으로 추론된다. 이러한 점들을 종합적으로 고려하면 12·3 비상계엄을 선포한 윤석열에게 국헌문란의 목적을 충분히 인정할 수 있다. 비상계엄 발동이 거대 야당에게 경고하기 위한 목적이었다는 윤석열의 주장은 정말 터무니없는 것이다.

앞서 언급한 1997년 판결에서도 대법원은 “... 이른바 예비검속, 비상계엄의 전국 확대, 국회의사당 점거·폐쇄, 보안목표에 대한 계엄군 배치, 광주시위진압, 국가보위비상대책위원회의 설치·운영, 정치활동 규제 등 일련의 행위를 강압에 의하여 행한 사실을 인정한 다음, 피고인들이 행한 위와 같은 일련의 행위는 결국 강압에 의하여 헌법기관인 대통령, 국무회의, 국회의원 등의 권한을 침해하거나

배제함으로써 그 권능행사를 사실상 불가능하게 한 것이므로 국헌문란에 해당하며, 위 일련의 행위에 이르게 된 동기, 그 경위 및 결과 등을 종합하여 볼 때, 피고인들이 1980.5.17.을 전후한 이 사건 범행 당시에 국헌문란의 목적을 가지고 있었다고 보아야 한다”고 판단하였다.

(2) 12·3 비상계엄 사태에서 무장군인의 동원은 내란죄의 ‘폭동’에 해당한다

내란죄의 또 다른 성립요건인 ‘폭동’에 대해서 살펴보면, 내란죄의 폭동이란 다수인이 결합하여 폭행·협박하는 것으로서 적어도 한 지방의 평온을 해할 정도의 것이어야 하고, 폭동의 내용인 폭행·협박은 최광의의 것으로서 사람 또는 물건에 대한 것이냐를 불문하며 내란목적 달성에 필요한 일체의 수단·방법을 포함한다(통설). 대법원도 같은 입장에서, “내란죄의 구성요건인 폭동의 내용으로서의 폭행 또는 협박은 일체의 유형력의 행사나 외포심을 생기게 하는 해악의 고지를 의미하는 최광의의 폭행·협박을 말하는 것으로서, 이를 준비하거나 보조하는 행위를 전체적으로 파악한 개념이며, 그 정도가 한 지방의 평온을 해할 정도의 위력이 있음을 요한다.”고 판시하였다(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결). 또한 같은 판결에서 대법원은 “..., ‘비상계엄의 전국확대’는 필연적으로 국민의 기본권을 제약하게 되므로, 비상계엄의 전국확대 그 사실 자체만으로도 국민에게 기본권이 제약될 수 있다는 위협을 주는 측면이 있고, 민간인인 국방부장관은 지역계엄실시와 관련하여 계엄사령관에 대하여 가지고 있던 지휘감독권을 잃게 되므로, 군부를 대표하는 계엄사령관의 권한이 더욱 강화됨은 물론 국방부장관이 계엄업무로부터 배제됨으로 말미암아 계엄업무와 일반국정을 조정 통할하는 국무총리의 권한과 이에 대한 국무회의의 심의권마저도 배제됨으로써, 헌법기관인 국무총리와 국무위원들이 받는 강압의 효과와 그에 부수하여 다른 국가기관의 구성원이 받는 강압의 정도가 증대된다고 할 것이며, 따라서 비상계엄의 전국확대조치의 그와 같은 강압적 효과가 법령과 제도 때문에 일어나는 당연한 결과라고 하더라도, 이러한 법령이나 제도가 가지고 있는 위협적인 효과가 국헌문란의 목적을 가진 자에 의하여 그 목적을 달성하기 위한 수단으로 이용되는 경우에는 **비상계엄의 전국확대조치가 내란죄의 구성요건인 폭동의 내용으로서의 협박행위가 되므로 이는 내란죄의 폭동에 해당**하고, 또한 그 당시 그와 같은 비상계엄의 전국확대는 우리나라 전국의 평온을 해하는 정도에 이르렀음을 인정할 수 있다.”고 판시하였다.

한편, 내란죄는 구체적 위헌법의 성격을 갖기 때문에, 내란목적 달성 여부와 상관 없이 폭동이 한 지방의 평온을 해할 정도에 도달하기만 하면 기수에 달하고, 만약 폭동이 이러한 정도에 미치지 못한 때에는 미수가 성립한다(통설, 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결).

구체적인 상황을 살펴보면, 12·3 비상계엄이 발동되기 수개월 전부터 요인 체포를 위한 체포조 운용·수감장소 준비 및 기갑여단의 출동 등에 대한 모의·준비가 있었던 점, 12·3 비상계엄이 선포된 당일 밤 1,500명의 특수전 무장군인들이 동원되었고 실탄 1만발 이상을 지참하였던 점, 계엄군 수송을 위해 총 107대의 군용 차량이 동원되었고 블랙호크 헬기(UH-60) 12대가 707특임대 대원들을 태우고 국회로 야간 비행했던 점, 무장군인들이 헬기로 국회 경내에 착륙하여 국회의사당 점수를 시도한 점, 국회의 기물을 부수고 국회청사에 진입하여 의사당 장악과 국회의원들의 체포를 시도한 점, 국회 경내 및 청사 내에서 저항하는 시민들을 상대로 몸싸움을 벌이고 총기로 위협한 점, 전국민을 상대로 발령된 계엄포고령을 통해 일체의 정치활동과 집회·시위를 금지하고 집회·결사의 자유·직업활동의 자유 등 기본권이 제한됨을 발표하였으며 불복종하는 시민들을 처단하겠다고 위협한 점, 경찰력을 동원해 국회를 봉쇄하고 국회의원·보좌관·시민들의 국회 진입을 저지한 점, 무장군인들이 헌법기관인

선거관리위원회 건물 3곳에 진입해 직원들을 감금하고 자료 반출을 시도한 점, 무장군인들이 모 방송국 및 여론조사 기관에 찾아간 점, 군병력이 장갑차를 타고 서울 시내에 출동한 점, 계엄령 선포 소식을 들은 전국 경향 각지의 수많은 시민들이 국회를 지키기 위해 즉시 국회로 모여든 점 등의 상황을 고려해 보면, 계엄령과 포고령 선포로 인해 전 국민들이 충격과 공포를 경험하였고 무장군인들에 의해 전국 - 적어도 한 지방(서울) - 평온을 해칠 정도의 위력이 행사되었다고 평가하는 것이 타당하다.

일각에서는 국회에서 유혈 충돌이 일어나지 않았고 계엄군이 국회의사당 장악에 실패했으며 국회의 계엄해제요구 결의가 있는 뒤 곧 바로 계엄군이 철수했다는 사정을 들어 내란죄의 폭동에 해당하지 않는다고 주장하고 있으나, 통설과 판례가 지적하고 있듯이 계엄군이 실제 국헌문란의 목적 달성에 성공했는지 여부는 내란죄의 기수 성립에 아무 영향을 미치지 않고¹⁹, 또한 무장군인들이 헌법기관인 국회와 선거관리위원회에 진입하였고 서울 상공에 무장군인을 태운 헬기가 비행하였으며 서울에 장갑차가 진출한 점 그리고 전 국민들에게 공포감을 안겨준 계엄포고령이 발령된 점 등의 상황을 고려하면 충분히 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭동이 있었다고 볼 수 있어서 내란죄의 기수가 성립한다. 게다가 비상계엄 발동을 위해 이미 수개월 전부터 군지휘관들에 의해 내란모의와 예비가 진행되었다는 정황도 속속 드러나고 있다. 수개월 전부터 준비되고 실행된 내란이지 모의부터 실행까지 2시간밖에 걸리지 않은 급조된 소란이 아니라는 것이다. 따라서 윤석열이 언급했듯 2시간짜리 내란은 성립할 수 없다는 주장은 내란죄의 성립에 아무 영향을 미치지 않는다.

최대한 양보하여 당일 밤 한 지방(서울)의 평온을 해칠 정도의 폭동은 없었다고 판단하더라도 이 경우에는 내란죄의 미수가 성립하지 내란죄 자체가 성립하지 않는다고 주장할 수 없다. 국회를 지키려는 시민들의 강력한 저지와 국회의원들의 발 빠른 대처로 이른 시간에 비상계엄 상황이 해제되었다는 사정을 고려하여 내란죄의 장애미수 성립을 주장할 수는 있지만 내란죄의 불성립 주장은 터무니없는 것이다. 형법상 장애미수는 기수범과 동일하게 처벌될 수 있다.

(3) 대통령의 비상계엄령 선포는 통치행위라는 변명으로 사법심사를 면할 수 없다

이상민 前 행안부 장관은 국회 답변에서 “비상계엄이라는 건 고도의 통치행위로 인식되고 있다. (고도의 통치행위는) 사법심사 대상에서 제외한다는 게 전통적 학설”이라고 말한 바 있다. 국민의힘 윤상현 의원도 비슷한 주장을 한 바 있다. 이것도 또한 터무니없는 주장이다.

대통령의 통치행위라 할지라도 당연히 헌법과 법률의 테두리 내에서 행하여져야 한다는 것에 대해서는 이론이 있을 수 없다. 헌법재판소는 대통령의 통치행위라 할지라도 국민의 기본권을 침해하는 경우에는 당연히 사법심사의 대상이 된다는 견해를 밝힌 바 있다. “이른바 통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있는 것일 뿐만 아니라, 긴급재정경제명령은 법률의 효력을 갖는

¹⁹ 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결: “내란죄는 국토를 침탈하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동한 행위로서, 다수인이 결합하여 위와 같은 목적으로 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭행·협박행위를 하면 기수가 되고, 그 목적의 달성 여부는 이와 무관한 것으로 해석되므로, 다수인이 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭동을 하였을 때 이미 내란의 구성요건은 완전히 충족된다고 할 것이어서 상태범으로 봄이 상당하며...”

것이므로 마땅히 헌법에 기속되어야 할 것이다. 따라서 이 사건 긴급명령이 통치행위이므로 헌법재판의 대상이 될 수 없다는 법무부장관의 주장은 받아들일 수 없다.”(헌재 93헌마186 결정).

또한 대법원도 1997년의 판결에서 “비상계엄의 선포나 확대가 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 행해진 경우 법원은 그 자체가 범죄행위에 해당하는지 심사할 수 있다”라고 명확히 밝혔다(대법원 96도3376 판결). 이상 헌법재판소와 대법원 판결의 입장이 옳음은 재론을 요하지 않는다. 내란죄를 범한 윤석열의 12·3 비상계엄이 대통령의 통치행위라는 변명으로 법의 심판을 비껴갈 수는 없다는 결론에 이른다.

(4) 대통령은 내란죄의 주체(정범)가 될 수 있다

대통령은 국가권력의 최정점에 있기 때문에 내란죄를 범할 수 없다는 주장도 제기된다. 그러한 이러한 주장 또한 터무니없는 것이다. 헌법 제84조는 대통령의 범죄 중 내란·외환의 죄에 대해서는 불소추특권을 인정하지 않는다. 이는 대통령도 당연히 내란·외환의 죄를 범할 수 있음을 전제로 하는 헌법 규정이다.

지난 1997년 대법원 판결에서 전두환·노태우는 내란죄의 간접정범으로 유죄를 선고 받았다. 당시 대통령은 최규하였는데 전두환 일당은 최 대통령과 국무위원들을 총칼로 위협한 뒤 국무회의에서 비상계엄의 전국 확대를 의결·선포하도록 하였다. 따라서 형식적으로는 내란죄의 폭동에 해당하는 비상계엄의 전국확대를 선포한 최규하가 내란죄의 주체(정범)였으나, 당시 최규하는 신군부의 강요에 의하여 ‘국헌문란의 목적’ 없이 비상계엄의 전국확대를 의결·선포하였기 때문에 내란죄로 처벌받지 않았고, 대신 국헌문란의 목적을 가지고 당시 최 대통령과 국무위원들을 인적 도구로 이용하여 비상계엄의 전국확대를 실현한 전두환 일당이 내란죄의 간접정범으로 처벌받은 것이다. 만약 당시 최규하에게도 국헌문란의 목적이 있었다면 당연히 내란죄의 수괴로 같이 처벌을 받았을 것이다. 따라서 권력의 최정점에 서 있는 대통령이라 할지라도 국헌문란의 목적을 가지고 비상계엄이라는 수단을 사용해 헌법기관의 전복을 꾀한다면 당연히 내란죄가 성립한다. 윤석열이 대통령의 지위에 있으면서 비상계엄이라는 위헌적·위법적인 권력행사를 통해 헌법기관의 전복을 꾀한 것은 당연히 내란죄에 해당한다.

III. 내란죄의 우두머리(수괴)와 공범자들의 형사책임

(1) 윤석열은 내란죄의 수괴이다

윤석열이 뜬금없이 비상계엄을 선포한 동기에 대해서는 추측이 난무한 상황이다. 짐작건대 윤석열과 김건희의 각종 범죄 의혹에 대한 엄정한 수사과 처벌을 요구하는 국민적 요구가 높아지고 있고 국회에서 특검법 도입의 가능성이 점점 커짐에 따라 비상계엄을 통해 정치적 반대 세력을 일거에 척결하여 장기 집권을 도모하였거나 또는 퇴임 후 일신의 안위를 보장받기 위한 친위 세력의 구축에 목적을 두었던 것이라고 본다.

이제 시민들의 저항과 국회의원들의 발 빠른 대처로 내란에 실패한 상황에서 윤석열은 어떤 책임을 져야 할 것인가? 형사법적으로 윤석열은 내란죄의 수괴로 처벌받아야 한다. 윤석열은 내란죄의 수단인 비상계엄을 발동할 수 있는 유일한 권한자이고 다른 내란중요임무 종사자들(군과 경찰의 지휘관들)의 모든 증언이 윤석열을 내란의 수괴로 지목하고 있기 때문이다. 내란을 획책하여 민주주의를 위협하고 국민의 생명·안전에 위협에 처하게 한 윤석열의 죄는 매우 중하고 크다. 형법 제87조 1호는 내란죄의 수괴는 사형 또는 무기징역에 처하도록 하고 있다.

일전에 검찰 수사가 김용현 前 국방장관을 내란죄의 주범으로 몰아가고 있다는 의혹이 제기된 바 있다. 드러난 정황으로 보아 김용현이 중요한 역할을 담당했던 것은 틀림없어 보인다. 그렇다고 해서 윤석열의 내란죄 수괴의 책임이 없어지지 않는다. 내란죄의 수단이 된 위헌적·위법적 비상계엄은 오로지 대통령 윤석열만이 발동할 수 있기 때문이다. 윤석열 스스로가 TV 생방송에 나와 온 국민이 보는 눈앞에서 비상계엄을 선포한다고 말하지 않았던가. 군을 동원하는데 중요한 역할을 담당한 김용현이 윤석열과 더불어 내란죄의 수괴의 위치로 올라설 수는 있어도 윤석열이 내란죄 수괴의 위치에서 내려올 가능성은 없다.

(2) 중요임무 종사자들의 죄책

(가) 국무회의에 참석한 국무총리·장관 등 국무위원의 책임

계엄령이 선포되기 직전 국무회의에는 국무총리·법무부장관 등 10명의 국무위원들이 참석하였다. 한덕수 총리 등 국무위원들은 정식 국무회의가 아니었고 또한 당일 국무회의에서 자신들은 모두 계엄에 반대하였다고 주장하고 있다. 모두 책임을 면하고자 하는 면피성 발언들이다. 계엄법은 대통령이 비상계엄을 선포하기 위해서는 국무회의의 심의를 거치도록 하고 있는데 국무회의가 성립되기 위해서는 대통령과 총리를 포함해 총 11명이 참석해야 한다. 당일 국무회의에서는 총 11명이 참석해 간신히 의사정족수가 채워졌다. 당일 의사정족수가 충족된 것이 결정적으로 중요하지 부수적인 형식상·절차상 결함은 국무회의 성립에 지장을 주지 않을 것으로 본다. 만약 국무회의가 성립되지 않은 것으로 본다면 이 또한 비상계엄 선포를 위한 유효요건의 결여를 의미하는 것이기 때문에 윤석열에게 불리한 요소이다.

한덕수 총리 등 국무위원들에게 책임을 물을 수 있는 가장 중요한 근거는 이들이 국무회의에 참석해 국무회의 성립을 위한 의사정족수를 채웠다는 데 있다. 형식적으로 국무회의 심의를 거쳐 비상계엄이 발동되었기 때문에 국무위원들이 내란모의죄의 책임을 면하기 위해서는 단순히 회의에서 반대의견을 표명한 정도로는 부족하다. 회의에서 대통령의 의사결정을 받아들이는 기초 위에 단순히 반대의견을 표명한 정도, 예상되는 문제점 또는 우려를 표명한 정도, 의사표시 없이 침묵한 정도로는 모두 대통령의 최종 결정에 암묵적 동의를 한 것으로 보아 내란모의죄의 책임을 면할 수 없을 것으로 본다. 내란모의죄 책임을 면하기 위해서는 적극적으로 반대 의사를 표명하면서 자리를 박차고 나오는 정도의 적극적인 행위가 있어야 한다. 국무위원 중에서도 특히 비상계엄 선포를 건의하고 군대를 동원하는데 앞장섰던 국방부장관, 경찰력 동원의 책임을 지고 있는 행안부장관은 단순 모의 참여를 넘어 내란중요임무 종사죄의 책임을 피하기 어려울 것이다. 다른 국무위원에 비해 양형에서 더 중한 처벌을 받아야 한다는 뜻이다. 형법 제87조 2호는 내란모의에 참여하거나 지휘, 중요임무에 종사한 자에게는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하도록 하고 있다.

(나) 군지휘관(육군참모총장, 특수전사령관, 수방사령관, 방첩사령관, 국군정보사령관 등) 책임

이번 계엄에서 무장병력을 동원하는데 직접적으로 관여한 군수뇌를 형법 제87조 2호의 내란중요임무 종사자로 처벌하는데 문제가 없다. (내란죄를 기획·실행하는데 깊숙이 관여한 것으로 알려진 노상원 前 국군정보사령관도 같은 죄로 처벌받아야 한다). 군인 신분인 이들은 군통수권자인 대통령의 명령을 따르아야 했다는 논리를 내세우고 있다. 그러나 군인을 포함한 모든 공직자들은 상사의 적법한 명령에는 복종해야 하지만 위법한 명령에는 복종할 의무가 없다. 특히 상사의 명령이 형법상의 범죄행위를 저지하도록 하거나 명백히 인간의 존엄성을 침해하는 내용으로 할 때에는 전혀 구속력을 가질 수 없다(대법원 1988.2.23. 87도2358 판결).

앞서 언급한 전두환·노태우 판결에서도 대법원은 동일한 입장을 피력했다. “상관의 적법한 직무상 명령에 따른 행위는 정당행위로서 형법 제20조에 의하여 그 위법성이 조각된다고 할 것이나, 상관의 위법한 명령에 따라 범죄행위를 한 경우에는 상관의 명령에 따랐다고 하여 부하가 한 범죄행위의 위법성이 조각될 수는 없다.”(대법원 96도3376 판결). 따라서 대통령이 군통수권자로 할지라도 위험적·위법적인 비상계엄을 선포하면서 군이 내란죄에 참여하도록 명령하는 경우에는 이에 따르지 않고 불복종해야 한다. 대통령의 명령에 따랐다는 이유만으로 군인들의 행위가 정당화되거나 면책되지 않는다. 참고로 법무부 류혁 감찰관은 지난 12월 3일 밤 법무부장관이 소집한 비상계엄 관련 회의와 관련해 “계엄에 동의할 수 없어 관련 지시에 복종하는 행위는 위법하다고 생각한다”며 사직서를 제출한 바 있다. 이것이 공직자의 올바른 자세이다.

군은 국민의 군대이지 정권의 군대가 되어서는 안 된다. 군은 외적으로부터 국민을 지켜야지 절대로 국민을 향해 총부리를 겨냥해서는 안 된다. 오랜 세월 군사독재의 트라우마를 앓고 있는 대한민국에서 군인의 정치개입은 용서할 수 없는 중대범죄이다. 이번 내란에서 중요임무에 종사한 것으로 드러난 군수뇌부는 모두 이등병으로 강등시켜 불명예 제대시키고 형사재판에서도 엄벌에 처해 다시는 군인들이 정치에 개입할 엄두를 내지 못하도록 해야 한다. 또한 차기 정부에서는 국방부장관에 민간인 임명 등 군에 대한 문민통제 강화, 이번 내란에 중요한 역할을 했던 군인들이 모두 육군사관학교 출신이라는 점에서 육군사관학교 개혁 및 승진·보직 등 군인사제도 개혁에 적극적으로 나서야 한다.

연대장, 대대장 급의 중간 간부는 내란 단순가담자로 처벌할 수 있을 것이다. 물론 임무의 성격·중요도에 따라 달리 평가될 수 있을 것이다. 다만 계엄 당일 밤 707 특임대를 이끌고 국회에 진입했으나 인명살상을 우려해 의사당 강제진입에 반대하고 실행에 옮기지 않은 대대장 같은 경우에는 기소와 재판에서 선처를 받을 수 있을 것이다. 그 밑의 영관급·부사관급 간부 및 사병들은 사실상 명령불복종이 쉽지 않고 사태의 본질을 정확하게 알지 못한 상태에서 동원되었을 가능성이 크기 때문에 모두 불기소처분 하는 것이 타당할 것으로 생각한다.

(다) 경찰지휘부(경찰청장, 서울경찰청장, 국회경비대장) 책임

계엄령이 선포된 당일 밤 국회를 봉쇄하는데 결정적인 역할을 했던 조직이 바로 경찰이다. 경찰청장, 서울청장 등은 대통령 및 계엄사령관의 지시를 받아 국회의원·보좌관·시민들의 국회 출입을 저지하였는데 이는 계엄군이 국회의사당을 장악하고 국회의원을 체포할 때까지 국회의 정상적인 기능(계엄 해제 결의)을 저지하려는데 그 목적이 있었다고 할 수 있다. 당일 밤 경찰은 계엄군 못지 않은

중요한 역할을 수행하였다고 판단된다. 경찰지휘부가 대통령의 위헌적·위법적 명령에 따르지 않고 불복종해야 했음은 두말할 나위가 없다. 경찰력을 동원해 국회를 봉쇄한 경찰지휘부는 내란중요임무 종사자로 처벌받아야 한다. 국민과 민주주의 편에 서야 할 경찰이 쉽사리 권력자의 내란행위에 동조한 것은 용서받을 수 없는 중죄에 해당한다.

차기 정부에서는 더이상 경찰이 정치권력(대통령, 행안부장관)에 휘둘리지 않도록 제도적 방지 장치를 마련하는 개혁 조치가 있어야 한다. 우선 경찰에 대한 대통령·행안부장관의 직접적인 지휘가 불가능하도록 경찰법에 명시하고, 이번 정부에서 행안부가 경찰을 장악하는 통로가 된 경찰국을 즉시 폐지해야 한다. 나아가 국가경찰위원회의 위상·권한(경찰청장에 대한 통제 및 인사권한)을 강화시켜 경찰의 정치적 중립성을 확보해야 한다. 또한 향후 경찰이 국회를 봉쇄하는 일이 재현되지 않도록 경찰로 구성된 국회경비대를 해산하고 국회의장의 책임하에 활동하는 자체 경비조직을 신설하여야 한다.

(라) 추경호 국민의힘 前 원내대표의 책임

현재까지 드러난 행적에 의하면 추경호 국민의힘 前 원내대표는 당일 밤 당 소속 의원들을 국회가 아닌 당사로 모이도록 하여 표결에 참가할 수 없도록 하고, 본인은 국회에 있었으면서도 표결에 참가하지 않은 것으로 드러났다. 또한 국회의장에 대해서는 계엄 해제 표결을 30분 늦춰달라고 요청한 사실도 드러났다. 전후 정황을 미루어 보면 추경호 의원도 사전에 비상계엄이 있을 것이라는 언질을 받았고 이후 국회에서의 표결을 저지하기 위한 일정 역할을 부여받아 그대로 수행한 것이라는 의심을 사기에 충분하다. 이러한 의혹에 대해서도 철저하게 수사하여 의혹이 사실로 드러난다면 내란중요임무 종사자로 중하게 처벌받아야 한다.

또한 국민의힘이 계속해서 윤석열의 내란죄를 옹호하려 든다면 국민들이 결코 용서하지 않을 뿐만 아니라, 정권이 바뀌면 민주주의를 부정하는 당으로서 헌법재판소에 의해 정당이 해산되고 소속 의원들 108명은 모두 의원직을 상실할 구체적인 위헌성이 있음을 경고한다. 지난 2014년 내란선동죄로 유죄를 받은 이석기 의원의 통합진보당이 헌법재판소에 의해 해산 결정(헌재 2014.12.19. 2013헌다1 결정)을 받았고 소속 국회의원 5명이 모두 의원직을 상실하였음을 기억하여야 할 것이다.

결론 : 만고에 길이 남을 윤석열의 죄

오랜 세월 군부독재의 어두운 터널을 지나온 대한민국은 수많은 시민들의 피와 땀으로 오늘의 민주주의를 성취해 냈다. 자신과 김건희의 실정·무능·부패를 감추기 위해 위헌적·위법적인 비상계엄을 선포하여 내란을 획책한 윤석열의 죄는 도저히 용서받을 수 없는 중대한 범죄이다. 민주대한민국의 역사를 40-50년 전의 엄혹했던 군사독재 시절로 회귀시키려 한 반역사적 범죄이다. 이번에 헌법과 형법에 의해 엄한 처벌로 대응하지 않는다면 이런 반헌법적·역사퇴행적 시도는 권력자들에 의해 언제든지 반복될 수 있다. 현재 윤석열은 자신의 잘못에 대해 국민에게 사과하지 않고 있을 뿐만 아니라 말도 안 되는 변명과 시간 끌기로 위기 모면을 모색하고 있는 중이다. 내란에 동원된 많은 부하들이 구속되어 철창에 갇혀 있는데도 정작 자신은 책임을 부인하고 있다. 참으로 후안무치하고

부끄러운 지도자이다. 헌법재판소는 탄핵심판 절차를 서둘러 윤석열을 최단 시간 내에 파면해야 하고 수사기관과 법원은 윤석열을 내란죄 수괴로 기소·엄하게 형사처벌하여 역사의 본보기로 삼아야 한다. 차기, 차차기 정부에서도 윤석열에 대한 사면과 복권은 국민들이 절대로 용납하지 않을 것이다.

12.3 내란과 ‘친윤’ 언론

이춘재 / 한겨레신문 논설위원

12월3일 밤 윤석열이 선포한 비상계엄이 성공했다면 언론은 계엄군의 1차 공격 대상이 됐을 것이다. 당시 공포된 ‘포고령’에는 언론을 겨냥한 조항이 여섯 개 중 두 개나 있었다. 그것도 앞에서 두 번째와 세 번째에. ‘자유민주주의 체제를 부정하거나, 전복을 기도하는 일체의 행위를 금하고, 가짜뉴스, 여론조작, 허위선동을 금한다.’(2항). ‘모든 언론과 출판은 계엄사의 통제를 받는다.’(3항). 그만큼 내란 세력이 국회와 함께 언론을 독재 정권을 유지하는 데 가장 큰 장애물로 인식했다는 방증이다.

그러나 언론은 윤석열 정권 탄생의 ‘일등공신’이기도 하다. 이른바 ‘친윤 언론’이라 불리는 보수언론들의 전폭적 지지가 없었다면, ‘정치 무경험자’ 윤석열은 대통령이 될 수 없었다. 헌법에 규정된 공무원의 정치적 중립 의무를 내팽개치고 대선 출마를 위해 검찰총장을 중도 사퇴한, 정치 경험은 전혀 없고 손바닥에 ‘왕’(王) 자나 새길 정도로 해괴한 언행을 일삼는 자가 불과 넉 달여 만에 야당 대선후보가 되어 마침내 대통령에 당선되는, 이런 후진적 대선 결과가 어떻게 가능했겠는가.

이런 기괴한 인물에게 과연 국가 경영을 맡겨도 되는지 근본적 의문을 품는 것은 지극히 당연하고 합리적인 문제 제기다. 제대로 된 언론이라면 이런 의문에 대한 답을 내기 위해 최선을 다해 검증해야 한다. 그러나 친윤 언론들은 검증은커녕 ‘미화’에 나섰다. 윤석열을 ‘검찰총장 출신 정의의 사도’ ‘공정과 상식의 대변자’로, 상대 후보인 이재명은 ‘파렴치한 범죄자’로 악마화하는 방식으로 유권자의 합리적 의문을 불식시켰다. 보수언론의 전폭적 지원을 받은 윤석열은 정권을 잡자마자 그동안 어렵게 쌓아온 우리 사회의 민주적 자산을 깡그리 파괴하고 반민주주의로 폭주하더니 마침내 시대착오적인 비상계엄으로 국가를 위기에 빠트렸다. 친윤 언론의 ‘윤석열 미화’가 내란 사태의 근본적 원인 가운데 하나라고 해도 지나친 과장은 아닐 것이다.

지난 대선 국면에서 터진 ‘고발사주’가 대표적이다. 고발사주는, ‘검언유착’(채널에이 사건)과 함께 윤석열의 ‘내란 본색’을 드러낸 사건이었다. 2020년 4·15 총선에서 윤석열이 지지하는 정당(국민의힘 전신)의 승리를 위해 검찰을 동원한 ‘정치공작’이었다. ‘검찰총장 윤석열’의 정치적 야욕을 위해 검찰 내 사조직 ‘윤석열 사단’이 움직였다. 2024년 12월3일 밤 ‘대통령 윤석열’의 독재를 위해 군부 내 사조직인 ‘총암파’가 움직여 비상계엄을 선포한 것과 같은 맥락이다.

고발사주를 제보한 공익신고자 조성은씨와의 인터뷰(한겨레 11월6일치)에서 귀를 의심케 한 것은 다음과 같은 말이었다. “데스크가 너의 남자관계 등 다 뒤지라고 하더라.” 조씨가 고발사주 제보자라는

사실이 공개된 후 그와 알고 지내던 한 보수언론 기자가 했다는 말이다. ‘데스크’는 일선 기자를 지휘하는 언론사 편집국 간부다. 무엇을 취재하고 어떻게 써야 할지 등을 기자에게 지시한다. 그러니까 그 언론사의 데스크는 조씨를 믿을 수 없는 제보자로 만들기 위해 온갖 추잡한 것들을 다 취재하라고 지시한 것이다. 그 기자는 차마 지시를 따를 수 없었다는 말을 덧붙였다고 한다.

그 데스크가 조씨에게 개인적인 감정이 있어서 그런 것은 아니었을 것이다. 당시 유력 대선후보였던 윤석열 후보를 보호하려는 의도였다고 봐야 한다. 문재인 정권의 재집권을 막을 수 있는 야권 후보가 전혀 예상치 못한 사건으로 낙마하는 사태를 막으려던 것이었다. ‘고발사주’ 사건을 처음 보도한 전혁수 기자의 경험담은 더 신랄하다. 보도 직후 윤 대통령과 친분이 깊은 것으로 알려진 한 일간지 기자가 전화를 걸어와 대뜸 “혁수씨, 우리 총장님 편이잖아, 왜 그래?”라고 했다는 것이다(‘정치검사’ 101쪽). 전 기자가 그 기자에게 ‘네 편 내 편이 어디 있나’라고 했더니 그 후론 연락이 끊어졌다고 한다.

당시 ‘윤석열 지키기’에 나섰던 기자들의 공통점은 검찰 출입(또는 출입했던) 기자들이었다는 사실이다. 보통 정부 기관 출입기자들은 출입처를 견제하는 심리가 강하다. 그러나 검찰 출입기자 가운데 상당수는 검찰과 한배를 탄 것처럼 행동한다. 왜 그럴까. 조성은씨의 분석은 무릎을 치게 한다. “언론사에 갓 입사한 20~30대 기자들이 자기보다 나이가 많은 40~50대 검찰 간부를 상대하면서 검찰 논리에 길들인 것 같다. 엘리트로 통하는 검사, 그것도 검찰 간부를 상대하다 보니 자연스럽게 검찰에 동화된 게 아닐까.” 한국 사회에서 막강한 권력을 행사하는 엘리트 집단에 ‘길항(拮抗) 권력’이 돼야 할 언론이 오히려 포섭됐다는 말이다.

이를 상징적으로 보여주는 사건이 있다. 문재인 정권 때 대검 검찰본부장에 임명된 한동수 전 판사는 윤석열 검찰총장에 맞서 ‘검·언 유착’(채널에이 사건)에 연루된 한동훈 부산고검 차장에 대한 감찰을 시도했다가 윤석열 사단에 미운털이 박혔다. 그는 2021년 11월 ‘고발사주’에 연루된 권순정 대변인이 사용하던 공용 휴대전화를 입수해 디지털 포렌식을 했다. 그러자 대검찰청 출입기자 10여명이 김오수 당시 검찰총장에게 몰려가 재발방지를 요구하며 외출하려던 김 총장을 한 시간 동안 막는 소동을 벌였다. 검찰과 언론 역사에 전례가 없던 일이다.

대표적 ‘친윤’ 검사인 권순정은 손준성 등과 함께 고위공직자범죄수사처에 입건된 상태였다. 당시 검찰부의 조처는 고발사주와 ‘윤석열 장모 대응문건’ 작성에 대검 대변인이 개입했는지 확인하기 위한 정당한 감찰이었다. 하지만 그 기자들이 속한 언론사는 ‘하청감찰’, ‘입건사주’라는 권순정의 주장만 일방적으로 받아썼다. 한 언론은 한동수 검찰본부장을 검찰총장(김오수)의 ‘상왕’이라고 쓰기도 했다. 그들은 이런 기사가 고발사주의 배후²⁰를 덮는 데 일조했다는 사실을 알고 있을까.

언론의 검찰 취재원에 대한 의존도는 다른 출입처에 비해 높다. 기자가 원하는 정보를 검사가 독점하고 있기 때문이다. 범죄 수사는 ‘밀행성’을 특징으로 한다. 검사는 엄격한 보안 속에서 수사 관련 정보를 합법적으로 독점한다. 그 정보를 남보다 먼저 입수하려는 쟁탈전이 기자들 사이에서 치열하게 벌어진다. 기자는 검사에게 잘 보이고 싶은 유혹에 빠진다. 검찰 취재는 이처럼 수평적이지 않은 관계에서

²⁰ 고발사주 2심 재판부는 ‘배후’를 윤석열 검찰총장으로 지목했다. 2024년 12월6일 서울고법 형사6-1부(정재오 최은정 이예슬 부장판사)는 1심에서 징역 1년이 선고됐던 손준성 검사장에게 무죄를 선고했다. 재판부는 “피고인과 김웅은 사법연수원 동기 외에 특별한 친분이 없고, 이 사건 전후로 직·간접적인 연락 정황을 찾아보기 어렵다. 피고인에게 고발장 작성을 지시한 검찰총장 등 상급자가 미래통합당(현 국민의힘)에 고발장을 전달할 자로 김웅을 선택한 다음 김웅과 긴밀하게 연락을 취했을 가능성을 배제하기 어렵다”고 밝혔다. 당시 검찰총장이던 윤 대통령이 국민의힘과 고발을 기획한 뒤 김웅 전 의원을 시켜 고발장을 전달했을 수 있다는 취지다.

이뤄진다. 검찰 출입기자는 검사가 제공한 ‘프레임’에 갇히기 쉽다. 이를 의식하지 못하면 ‘기사 제공’ 너머에 있는 검찰의 ‘의도’를 읽지 못한다.

윤석열 사단은 이런 관계를 잘 활용하기로 유명했다. 한동훈을 비롯해 윤석열 서울중앙지검장 시절의 차장검사들이 ‘검찰청의 편집자’로 불린 이유다. 검찰 받아쓰기에 길든 기자들은 검찰, 특히 윤석열 사단의 세계관에 동조화하는 경향까지 생겼다. 이들 가운데 상당수가 극우 언론인으로 변신한 것은 결코 우연이 아니다. 윤석열 정권에 부역한 언론인 출신 인사들의 면면을 보면 검찰 출입기자 시절 검찰과 한몸처럼 움직였던 이들도 있다. 윤석열과 내란 세력에 대한 사법적 단죄와 함께 친윤 언론의 폐해도 반드시 짚고 넘어가야 한다.

리갈리즘, 폭군정, 시국수습책

이국운 / 한동대 법학부 교수

토론회 자료집

내란죄의 법적 쟁점과 헌정질서 수호

발행일 2024. 12. 26.

발행처

국회 공정사회포럼 대표 민형배 국회의원(더불어민주당)

국회의원(더불어민주당)

박지원·정성호·박범계·이춘석·진선미·박주민·백혜련·

안호영·이재정·전현희·김승원·김용민·민병덕·장경태·

김기표·김남근·김남희·김동아·박균택·이성윤·이용우

국회의원(조국혁신당) 박은정·신장식·차규근

국회의원(진보당) 윤종오

국회의원(기본소득당) 용혜인

국회의원(사회민주당) 한창민

민주사회를 위한 변호사모임

민주주의법학연구회

참여연대

담당

[참여연대 사법감시센터](mailto:jw@pspd.org) 02-723-0666 jw@pspd.org

[민주사회를 위한 변호사모임](mailto:admin@minbyun.or.kr) 02-522-7284

admin@minbyun.or.kr