대 법 원

판 결

사 건	2026도7341 내란우두머리방조(인정된 죄명: 내란중요임무종사), 허위공문서작성, 허위작성공문서행사, 대통령기록물관리에관한법률위반, 공용서류손상, 위증
피 고 인	피고인
상 고 인	피고인 및 특별검사
변 호 인	[redacted]
원 심 판 결	서울고등법원 2026. 5. 7. 선고 2026노253 판결
판 결 선 고	2026. 11. 19.

주 문

원심판결 중 유죄 부분(이유 무죄 부분 포함)을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

원심판결 중 나머지 부분에 대한 특별검사의 상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 특별검사의 상고이유에 대한 판단

가. 내란중요임무종사 관련 상고이유에 대하여

1) 부작위로 인한 비상계엄 선포 전 국무회의 심의 외관 형성 부분

가) 관련 법리

범죄는 보통 적극적인 행위에 의하여 실행되지만 때로는 결과의 발생을 방지하지 아니한 부작위에 의하여도 실현될 수 있다. 형법 제18조는 "위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다."라고 하여 부작위범의 성립요건을 별도로 규정하고 있다.

자연적 의미에서의 부작위는 거동성이 있는 작위와 본질적으로 구별되는 무(無)에 지나지 아니하지만, 위 규정에서 말하는 부작위는 법적 기대라는 규범적 가치판단 요소에 의하여 사회적 중요성을 가지는 사람의 행태가 되어 법적 의미에서 작위와 함께 행위의 기본 형태를 이루게 되는 것이다. 그러므로 특정한 행위를 하지 아니하는 부작위가 형법적으로 부작위로서의 의미를 가지기 위해서는, 보호법익의 주체에게 해당 구성요건적 결과발생의 위험이 있는 상황에서 행위자가 구성요건의 실현을 회피하기 위하여 요구되는 행위를 현실적·물리적으로 행할 수 있었음에도 하지 아니하였다고 평가될 수 있어야 한다.

나아가 일반적으로 작위를 내용으로 하는 범죄를 부작위에 의하여 범하는 이른바 부진정 부작위범의 경우에는, 보호법익의 주체가 그 법익에 대한 침해위협에 대처할 보호능력이 없고, 부작위행위자에게 그 침해위협으로부터 법익을 보호해 주어야 할 법적 작위의무가 있을 뿐 아니라, 부작위행위자가 그러한 보호적 지위에서 법익침해를 일으키는 사태를 지배하고 있어 그 작위의무의 이행으로 결과발생을 쉽게 방지할 수 있어

야 그 부작위로 인한 법익침해가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것으로서 범죄의 실행행위로 평가될 수 있다. 다만 여기서의 작위의무는 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론, 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정된다(대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결 등 참조).

나) 판단

원심은, 국무총리이자 국무회의 부의장인 피고인이 실질적인 국무회의 심의를 통해 대통령의 권한 행사가 적법하게 이루어지도록 통제할 의무가 있었음에도 이를 전혀 이행하지 않은 부작위, 즉 ① 국무위원 전원에게 소집통지가 이루어지도록 하지 않게 하고, ② 국무위원들의 반대 의견을 수렴하여 대통령이자 국무회의 의장인 윤석열에게 전달하지 않고 윤석열에게 이의를 제기하지 않는 등 국무회의 부의장으로서 의무를 방기하여 실질적인 국무회의 심의가 이루어지도록 하지 않게 하고, ③ 국무회의 간사인 행정안전부 의정관을 참석시켜 국무회의록을 작성하게 하지 않음으로써 내란중요임무에 종사하였다는 공소사실 부분에 대하여, 피고인이 관련 작위의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었다고 단정하기 어렵다는 등 판시와 같은 이유로 범죄의 증명이 없다고 보아 이를 이유에서 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이 부분 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 부작위범의 성립 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

2) 비상계엄 선포 후 국무위원 부서 외관 형성 부분

원심은, 피고인이 윤석열의 이 사건 비상계엄 선포 직후 당시 그 자리에 있던 국무

위원들로부터 비상계엄 선포 관련 문건에 서명을 받아 '국무총리와 국무위원들의 부서'라는 외관을 형성하는 등의 절차적 정당성을 갖추도록 하였다는 공소사실 부분에 대하여 범죄의 증명이 없다고 보아 이를 이유에서 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이 부분 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

3) 비상계엄 해제 국무회의 심의 지연 부분

원심은, 피고인은 국회가 비상계엄 해제 요구안을 의결하였으면 국무회의 운영을 담당하고 있는 국무조정실을 통해 지체 없이 국무회의를 소집하였어야 함에도 국무조정실장 방기선으로부터 비상계엄 해제를 위한 국무회의 소집을 건의받고도 국무회의 심의를 지연시켰다는 등의 공소사실 부분에 대하여, 피고인이 비상계엄 해제를 위한 국무회의 심의를 지연시켰다거나 피고인에게 그러한 고의가 있었다고 보기 어렵다는 등 판시와 같은 이유로 범죄의 증명이 없다고 보아 이를 이유에서 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이 부분 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 내란중요임무종사죄의 성립 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

나. 허위공문서작성 및 허위작성공문서행사 관련 상고이유에 대하여

1) 허위공문서작성 부분

원심은, 피고인은 대통령비서실 부속실장 [redacted], 국방부장관 김용현, 윤석열과 순차 공모하여, '마치 국방부장관이 국무총리를 거쳐 대통령에게 비상계엄의 선포를 건의하였고, 대통령의 국법상 행위인 비상계엄 선포 전에 정상적인 국무회의 심의를 거친 것과 같은 내용'인 것처럼 보이게 하여 비상계엄 선포 관련 사법절차 등에 행사할 목적

으로 그 직무에 관하여 비상계엄 선포문 표지를 허위로 작성하였다는 공소사실 부분에 대하여 범죄의 증명이 없다고 보아 이를 이유에서 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이 부분 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

2) 허위작성공문서행사 부분

원심은, 피고인이 윤석열, [redacted], 김용현과 공모하여, 2024. 12. 7.경 허위로 작성한 공문서인 '윤석열이 서명하고 피고인과 김용현이 부서한 2024. 12. 3. 자 비상계엄 선포문 표지'를 대통령비서실 부속실에 보관하는 방법으로 행사하였다는 공소사실 부분에 대하여, 문서에 관한 공공의 신용을 위태롭게 하는 행위가 있었다고 보기 어렵고, [redacted]가 비상계엄 선포문 표지를 자신의 사무실 서랍에 보관한 것을 두고 그 효용방법에 따라 사용하였다고 보기 어렵다는 등 판시와 같은 이유로 범죄의 증명이 없다고 보아 이를 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이 부분 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 허위작성공문서행사죄의 성립에 관한 법리를 오해하고 판단을 누락하는 등의 잘못이 없다.

다. 위증 관련 상고이유에 대하여

원심은, 피고인은 2025. 2. 20. 헌법재판소 대심판정에서 윤석열에 대한 2024헌나8 탄핵심판 사건 제10차 변론기일에 증인으로 출석하여 청구인 측 대리인인 [redacted] 변호사로부터 "[redacted] 행안부장관에게 김용현 장관이 이 문건 주는 것, 그런 것 본 적 없습니까?"라는 질문을 받자 "문건 주는 것을 보지 못했습니다."라고 진술함으로써 기억에 반하는 허위의 진술을 하여 위증하였다는 공소사실 부분에 대하여, 위 진술이 객관

적 사실에 반하고 기억에 어긋나는 허위의 진술이라고 단정할 수 없다는 등 판시와 같은 이유로 범죄의 증명이 없다고 보아 이를 이유에서 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이 부분 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 위증죄의 성립에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

2. 피고인의 상고이유에 대한 판단

가. 내란중요임무종사 관련 상고이유에 대하여

1) 관련 법리

대한민국헌법(이하 '헌법'이라 한다)은 국민주권주의, 자유민주주의, 국민의 기본권 보장, 법치주의 등을 국가의 근본이념 및 기본원리로 하고 있다. 이러한 헌법질서 아래에서 헌법이 정한 민주적 절차가 아니라 폭력 등의 수단에 의하여 헌법기관의 권능행사를 불가능하게 하거나 헌법의 기능을 소멸시키는 행위는 어떠한 경우에도 용인될 수 없다(대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결 등 참조).

이에 따라 형법은 국가의 기본조직을 폭력으로 변혁할 것을 목적으로 하는 집단적 행위로부터 국가의 존립과 헌법질서를 보호하기 위하여 제87조에서 '대한민국 영토의 전부 또는 일부에서 국가권력을 배제하거나 국헌을 문란하게 할 목적으로 폭동을 일으킨 자'를 처벌한다고 규정하면서 그 관여자의 지위와 역할에 따라, '우두머리'는 사형, 무기징역 또는 무기금고(제1호)에, '모의에 참여하거나 지휘하거나 그 밖의 중요한 임무에 종사한 자'와 '살상, 파괴 또는 약탈행위를 실행한 자'는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역이나 금고(제2호)에, '부화수행하거나 단순히 폭동에만 관여한 자'는 5년 이하의 징역이나 금고(제3호)에 각 처하도록 하고 있다.

내란죄에서 '국헌을 문란할 목적'이란 '헌법 또는 법률에 정한 절차에 의하지 아니하고 헌법 또는 법률의 기능을 소멸시키는 것(형법 제91조 제1호)' 또는 '헌법에 의하여 설치된 국가기관을 강압에 의하여 전복 또는 그 권능행사를 불가능하게 하는 것(같은 조 제2호)'을 지향하는 목적을 말한다. 내란행위에 가담한 자에게 내란죄의 중요임무종사자로서의 책임을 묻기 위해서는 그에게도 국헌문란 목적이 있었다는 점이 인정되어야 한다. 국헌문란 목적이 인정되기 위해서 반드시 행위자가 국헌문란 가능성을 확정적으로 인식하거나 그 실현을 적극적으로 희망·의욕하여야 하는 것은 아니지만, 국헌문란 가능성을 미필적으로나마 인식하여야 하고, 나아가 그 실현을 지향하면서 최소한 그러한 결과를 용인하려는 정도의 의사는 있어야 한다. 내란죄의 중요임무종사자에게 국헌문란 목적이 있었는지는, 중요임무종사자의 지위·권한 및 역할, 내란우두머리와의 관계, 외부적으로 드러난 임무의 내용 및 그 임무에 종사하게 된 경위, 국헌문란 가능성에 대한 인식의 경위 및 정도, 중요임무종사 당시의 구체적인 상황, 발언과 행위의 구체적인 내용 및 결과 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 한다.

국헌문란 목적은 범죄 성립을 위하여 고의 외에 요구되는 초과주관적 구성요건 요소로서 엄격한 증명이 필요한 사항에 속한다. 국헌문란 목적이 있었는지 여부는 피고인이 이를 자백하지 않는 이상 외부적으로 드러난 피고인의 행위와 그 행위에 이르게 된 경위 등 사물의 성질상 그와 관련성 있는 간접사실 또는 정황사실을 종합하여 판단하여야 한다(위 대법원 2014도10978 전원합의체 판결 등 참조).

2) '국헌문란 목적'에 관한 대법원의 판단 개요

비상계엄은 대통령이 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태 시 적과 교전 상태에 있거나 사회질서가 극도로 교란되어 행정 및 사법 기능의 수행이 현저히 곤란한 경

우에 한하여 선포할 수 있다(헌법 제77조 제1항, 계엄법 제2조 제2항 등 참조). 그런데 이 사건 비상계엄 선포 당시에는 그러한 국가비상사태가 발생하지 않았고 행정 및 사법 기능의 수행이 현저히 곤란한 상황도 아니었다. 그런데도 군과 경찰을 동원하여 국회, 언론사 등을 장악하려는 의도로, 헌법상 필수적 사전 절차인 국무회의 심의조차 실질적으로 거치지 않은 채 선포한 이 사건 비상계엄은 헌법질서에 어긋나고 국민의 기본권을 침해하는 것으로서 그 자체로 위헌·위법함에는 의문의 여지가 없다.

다만, 앞서 본 법리에서와 같이 피고인에 대하여 내란중요임무종사자로서의 책임을 묻기 위해서는 이 사건 공소사실 기재 내란중요임무종사의 개별 행위 당시 피고인에게 국헌문란 목적이 있었다는 점이 엄격한 증명에 의하여 인정되어야 한다. 이것은 윤석열 등이 위헌·위법한 비상계엄을 통하여 폭동을 일으켜 국회의 권능행사를 정지시키려는 등의 시도를 함으로써 내란행위에 나아갔다고 보는 것과는 구별되는 별도의 문제이다.

원심이 피고인에 대하여 유죄로 판단한 내란중요임무종사의 공소사실(이유 무죄 부분 제외)은, ① 윤석열이 이 사건 비상계엄을 선포함에 있어 형식적으로 국무회의 의사정족수를 채워 '국무회의 심의'를 거친 것처럼 외관을 형성하였다는 것[(그중 이유 무죄인 부작위로 인한 부분 제외), 이하 '비상계엄 선포 전 국무회의 심의 외관 형성 부분'이라 한다], ② 비상계엄 선포 후 당시 참석한 국무위원들로부터 관련 문건에 서명을 받으려고 하는 등 절차적 정당성을 갖추도록 하였다는 것(이하 '비상계엄 선포 후 참석 국무위원들에 대한 서명 종용 부분'이라 한다), ③ 행정안전부장관 [redacted]과 국회 등 주요 기관 봉쇄 계획 및 특정 언론사 단전·단수 조치 지시 이행방안 등을 논의하고 [redacted]으로 하여금 이를 이행하도록 하였다는 것(이하 '주요 기관 봉쇄 계획 및 특

정 언론사 단전·단수 조치 지시의 이행방안 논의 등 부분'이라 한다)이다.

그중 ② '비상계엄 선포 후 참석 국무위원들에 대한 서명 종용 부분'과 ③ '주요 기관 봉쇄 계획 및 특정 언론사 단전·단수 조치 지시의 이행방안 논의 등 부분'은 위헌·위법한 비상계엄 선포가 실제로 이루어진 후의 행위로서, 원심판결 이유와 적법하게 채택된 증거에 의하여 인정되는 피고인의 지위·권한 및 역할, 피고인과 윤석열의 관계, 윤석열이 국무회의의 실질적 심의 없이 일부 국무위원들의 반대를 무릅쓰고 위헌·위법한 비상계엄을 실제로 선포한 후에는 국헌문란 가능성을 명백하게 인식할 수 있었던 점, 이러한 상황에서 피고인이 한 발언과 행위의 구체적인 내용과 그 결과 등을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 위 각 행위와 관련하여서는 피고인에게 국헌문란 목적이 있었다고 인정할 여지가 크다.

그러나 ① '비상계엄 선포 전 국무회의 심의 외관 형성 부분'의 경우 특별검사가 제출한 증거만으로는 그 부분 공소사실 기재 행위와 관련하여 피고인에게 국헌문란 목적이 있었다고 단정하기 어렵다.

3) '비상계엄 선포 전 국무회의 심의 외관 형성 부분'에 관한 국헌문란 목적 인정 여부

가) 이 부분 공소사실의 요지

국무총리인 피고인은 대통령인 윤석열이 헌법질서에 어긋나고 국민의 기본권을 침해하는 내용의 위헌·위법한 비상계엄을 선포하려고 할 경우, 실질적인 국무회의 심의를 통해 국무위원들의 의견을 수렴한 후 비상계엄 선포안에 대한 반대 의견을 윤석열에게 명확하게 전달하는 등 대통령의 독단적이고 자의적인 권한 행사를 견제하기 위해 피고인에게 부여된 통제권을 행사하여야 할 책무가 있었다.

그럼에도 피고인은 위와 같은 책무를 이행하지 않은 채, 국무회의 심의를 거치지 않고 비상계엄이 선포될 경우 향후 절차상의 문제로 인해 비상계엄을 유지하는 데 장애가 초래될 것을 우려하여, 윤석열에게 형식적으로나마 '의사정족수를 채운 국무회의 심의'를 거칠 것을 건의함으로써, 헌법과 계엄법에 따른 비상계엄 선포에 관한 절차적 요건을 충족시킨 것과 같은 외관을 갖추도록 하는 등의 방법으로 윤석열 등의 내란행위에 가담하기로 마음먹었다.

이에 따라 피고인은 실질적인 국무회의 심의를 거칠 의사 없이 마치 헌법과 계엄법에서 정한 절차를 거쳐 비상계엄을 선포하는 것과 같은 외관을 만들어낼 의도로 윤석열에게 국무회의 소집을 건의하였고, 윤석열이 국무회의 의사정족수를 채우는 데 필요한 국무위원들만 소집한 것을 알았음에도, 오히려 비상계엄 선포가 지연되는 것을 막기 위해 농림축산식품부장관 [redacted]에게 직접 전화하여 대통령실로 신속히 오도록 재촉하는 등 의사정족수 충족을 위해 추가로 필요한 국무위원 4명의 도착 상황을 김용현과 함께 점검하였다.

또한 피고인은 국무총리이자 국무회의 부의장으로서 실질적인 심의를 통해 국무위원들의 의견을 수렴하여 윤석열에게 비상계엄 선포에 대한 반대 의견을 명확하게 전달하지 않은 채 윤석열이 2분여 동안 비상계엄 선포의 정당성을 발언하고 퇴장하여 이 사건 비상계엄을 선포할 수 있도록 하였고, 윤석열이 위와 같이 국무회의를 졸속으로 진행함에도 회의가 종료될 때까지 이의를 제기하지 않는 등 국무총리에게 부여된 권한을 전혀 이행하지 않았다.

피고인은 위와 같이 윤석열이 이 사건 비상계엄을 선포함에 있어 국무회의 의사정족수를 채워 '국무회의 심의'라는 외관을 갖추도록 하는 방법으로 윤석열 등의 내란행위

에 있어 중요한 임무에 종사하였다.

나) 이 부분 공소사실에 대한 원심의 판단

(1) 원심은 다음과 같은 이유로 이 부분 공소사실 및 '비상계엄 선포 후 참석 국무위원들에 대한 서명 종용 부분', '주요 기관 봉쇄 계획 및 특정 언론사 단전·단수 조치 지시의 이행방안 논의 등 부분'에 대하여 피고인에게 국헌문란 목적 및 내란중요임무종사의 고의가 있었다는 취지로 판단하였다.

윤석열이 비상계엄 선포 후 헌법과 계엄법에 따라 군 병력을 통해 일상적인 치안유지만을 할 것이라고 볼 수 없고, 오히려 피고인으로서는 윤석열이 일반적인 비상계엄 조치를 넘어서 국회를 봉쇄하는 등 국가기관의 기능을 정지시키는 등의 위헌·위법한 행위를 할 것이라고 충분히 예상하거나 알 수 있었다고 보이므로, 피고인은 윤석열이 국헌을 문란하게 할 목적으로 비상계엄을 선포하여 포고령을 발령하고 군 병력과 경찰공무원 등 다수인을 집합하여 폭동을 일으킨다는 점을 인식하였다고 봄이 타당하다. 그럼에도 피고인은 20:56경 대통령 집무실에서 윤석열로부터 비상계엄 선포의 이유를 듣고, '비상계엄 선포를 위한 국무회의 심의를 생략한 채 22:00를 기해 비상계엄을 선포할 의사'가 윤석열에게 확고하게 있음을 확인한 후, 윤석열 등의 내란행위에 가담하기로 결의하여 형식적으로나마 의사정족수를 채운 국무회의 심의를 거칠 것을 건의하는 등의 가담행위를 하였다고 인정된다.

(2) 원심은 위와 같은 전제에서 이 부분 공소사실과 관련하여 피고인이 내란행위에 있어 중요한 임무에 종사한 것으로 볼 수 있다는 취지로 다음과 같이 판단하였다.

(가) 피고인이, ① 비상계엄이 위헌·위법한 것임을 인식하였음에도 윤석열에게 의사정족수를 채운 국무회의 소집을 건의한 점, ② 형식적인 의사정족수 요건을 갖추기 위

하여 국무위원들 중 일부만 소집한다는 상황에 대한 인식을 공유하고 그 소집 행위에 직접 관여하였던 점, ③ 그러한 상황하에서 의사정족수를 채우는 것 외에는 국무회의 부의장으로서 비상계엄 선포안에 관하여 소집된 국무위원들로 하여금 의견을 개진하게 하거나 이들로부터 반대 의견을 수렴하는 등으로 실질적인 의견 교환과 조정이 이루어지는 국무회의 운영을 위한 조치를 취하지 않았던 점 등을 종합하여 보면, 피고인은 비상계엄이 '국무회의 심의' 요건을 갖추지 않고 선포될 경우 향후 절차적 정당성에 관한 문제 제기로 비상계엄을 유지하는 데 장애가 발생될 수 있을 것을 우려하여 '국무회의 심의'라는 외관을 갖추도록 하는 행위를 하였다고 인정할 수 있다.

(나) 이와 다른 견지에서 '피고인이 국무회의를 열어야 한다고 건의한 의도는 비상계엄을 반대하기 위한 것이었으나, 그 결과를 막지 못한 것에 불과하다'는 취지의 피고인의 주장은 받아들일 수 없다. 피고인의 위와 같은 행위는 내란행위의 수단으로 이용된 비상계엄 선포를 위해 헌법에서 요구하는 필수적인 절차 요건을 형식적으로라도 갖추어 비상계엄 상태를 유지할 수 있게 하는 것이라는 점에서 내란행위에 있어 중요한 임무에 종사한 것으로 평가할 수 있다.

다) 이 부분 공소사실에 대한 대법원의 판단

원심판결 이유 및 기록에 비추어 살펴보면, 이 부분 공소사실에 관하여 피고인에게 국헌문란 목적이 있었다는 점이 합리적인 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 보기 어렵다.

(1) 헌법상 국무회의 심의의 취지와 이를 건의한 피고인의 의도에 관한 평가

(가) 계엄의 선포 및 계엄사령관의 임명은 국무회의의 심의를 거쳐야 한다(헌법 제89조 제5호, 계엄법 제2조 제5항, 제5조 제1항). 국무회의는 대통령·국무총리와 국무위

원으로 구성되고(헌법 제88조 제2항), 대통령은 국무회의 의장으로서 회의를 소집하고 이를 주재하며, 국무총리는 국무회의 부의장으로서 의장인 대통령이 사고로 직무를 수행할 수 없을 때에 그 직무를 대행한다(헌법 제88조 제3항, 정부조직법 제12조 제1항, 제2항). 국무회의 제도는 대통령이 정책을 최종적으로 결정하기에 앞서 다양한 시각과 이해관계가 반영된 논의를 거치도록 함으로써 정부 정책결정의 신중을 꾀하고 대통령의 자의적·독단적 권한 행사를 방지하는 데 그 취지가 있다.

(나) 국무총리가 비상계엄을 선포하려는 대통령에게 국무회의 심의를 거치도록 건의하는 행위는 그에게 헌법과 계엄법이 정한 절차에 따를 것을 요청하는 정당한 직무상 행위로서, 일반적으로는 국헌을 문란하게 할 목적이 아니라 오히려 국헌에 따르게 할 목적에서 이루어진다. 그와 달리 이 사건에서 피고인의 국무회의 심의 건의가 비상계엄의 절차적 요건을 충족시킨 것과 같은 외관만을 갖추어 비상계엄 상태가 유지되도록 할 의도 등 국헌문란 목적으로 이루어졌다는 점은 피고인이 이를 자백하지 않는 이상 이러한 목적의 존재를 뒷받침할 만한 충분한 간접사실 또는 정황사실을 근거로 엄격하게 증명되어야 한다. 피고인이 장차 대통령이 선포하려는 비상계엄이 위헌·위법한 것이고 이로 인하여 국헌문란의 결과가 발생할 수 있음을 인식하였다고 하더라도 이러한 사정만으로 비상계엄에 앞서 국무회의 심의를 건의한 피고인에게 국헌문란 목적이 있었다고 단정할 수 없고, 이러한 건의가 국헌문란의 실현을 지향하면서 최소한 그러한 결과를 용인하려는 정도의 의사를 가지고 이루어졌다는 점이 인정되어야 한다.

(다) 그런데 피고인에게는 위헌·위법한 이 사건 비상계엄이 실제로 선포되기 전 국무회의 부의장으로서 자신의 직무상 의무를 이행하는 것을 넘어 이 부분 공소사실 기재와 같은 의도, 즉 국무회의 심의를 거치지 아니한 채 비상계엄이 선포될 경우 향후

절차상의 문제로 비상계엄을 유지하는 데 장애가 초래될 것을 우려하여 헌법과 계엄법에 따른 비상계엄 선포에 관한 절차적 요건을 충족시킨 것과 같은 외관을 갖추도록 하는 등의 방법으로 내란행위에 가담하고자 하는 의도가 있었다고 단정하기 어려운 다음과 같은 사정이 존재한다.

① 원심도 인정한 바와 같이, 피고인이 비상계엄 선포 전 대통령 집무실에서 윤석열의 설명을 듣거나 포고령과 대국민 담화문 등을 건네받기 전부터 비상계엄의 구체적 내용을 미리 알고 있었다고 볼 만한 사정이나 증거를 찾기 어렵다. 설령 위와 같은 설명이나 문건 등을 통하여 이 사건 비상계엄이 위헌·위법한 것이라는 점을 미필적으로나마 인식하였다고 하더라도, 피고인이 이 사건 비상계엄 선포 예정 사실을 인지한 시점과 윤석열에게 최초로 국무회의 심의를 건의한 시점 사이의 시간적 간격, 그 당시 윤석열과 피고인 등 사이의 대화 진행 경과 등에 비추어 보면, 피고인이 국무회의 심의를 건의할 당시 군 병력의 동원 규모나 주요 기관 봉쇄 등과 관련한 이 사건 비상계엄의 구체적 내용이나 실행 계획까지 알고 있었다고 보기는 어렵다.

② 피고인이 국무회의 심의 건의 시점을 전후하여 비상계엄에 찬성하거나 이를 지지한다는 취지의 의사나 태도를 보였다고 볼 만한 사정이나 증거도 없다. 오히려 원심이 인정한 바와 같이, 피고인은 대통령 집무실에서 비상계엄 선포에 대하여 윤석열에게 '국가신인도가 하락하고 국가 경제에 심각한 문제가 발생할 수 있다. 신중할 필요가 있다'는 취지의 우려를 표명하였다. 피고인은 대접견실에서 외교부장관 [redacted]에게 '윤석열에게 계엄을 선포하면 경제가 아주 어려워지니 재고해 달라고 간곡히 말하였는데 윤석열이 듣지 않는다'는 취지로 말하였고, 윤석열 역시 수사 단계에서 대접견실의 상황에 관하여 "[redacted]는 제게 줄창 반대하는 의견을 제시했던 것밖에 기억이 나지 않습니

다."라고 진술하였다. 대통령비서실장 정진석이 대접견실에 들어와 피고인에게 '지금 무슨 일이 터진 것도 아닌데 국민들이 납득하겠느냐'는 취지로 말하자, 피고인은 [redacted]에게 '대통령 집무실에 들어가서 윤석열에게 이야기해보라'는 취지로 말하였다. 또한 기획재정부장관 [redacted]이 피고인에게 '왜 반대 안 하느냐'는 취지로 묻자 '이미 여러 번 반대의 말씀을 드렸다'는 취지로 답하였고, [redacted]이 '집무실에 들어가서 윤석열에게 말을 해보겠다'고 하자 '안에 들어가서 만류해보라'는 취지로 말하기도 하였다. 이러한 사실에 비추어 보면, 피고인은 이 사건 비상계엄 선포 예정 사실을 인지한 후 실제로 비상계엄이 선포되기까지의 짧고 긴박한 상황에서 자신의 화법과 방식에 따라 온건하게나마 비상계엄에 반대하는 태도를 직·간접적으로 표명하였다고 볼 수 있다.

③ 피고인은 비상계엄이 선포되기 전인 2024. 9. 3. 국회 예산결산특별위원회에서 당시 야당 정치인이 주장하던 윤석열의 비상계엄 선포 계획에 관하여 어떻게 생각하는지 질의를 받자, '어느 국민들도 그러한 일이 일어나리라고 믿고 있지 않는다고 생각한다. 계엄을 통해서 국회의 기능을 정지시키려고 한다면 정권을 유지할 수 없다'거나 '야당 정치인들의 주장은 일어날 수 없는 일이다. 그런 일이 있어서도 안 되고, 있을 수도 없다'는 취지로 답변하였다. 원심은 이를 피고인이 비상계엄 선포 및 이에 따른 국헌문란 상태를 충분히 예상할 수 있었다는 사정의 근거로 삼았으나, 이는 비상계엄 선포 및 국헌문란 상태에 대한 피고인의 부정적인 입장을 보여주는 정황이기도 하다.

④ 국회는 피고인을 피청구인으로 하는 탄핵소추안을 가결한 뒤 헌법재판소에 탄핵심판을 청구하였는데, 탄핵소추 사유에는 '피청구인이 대통령에게 계엄을 건의하고 절차적 정당성을 부여하기 위하여 권한 없이 국무회의를 소집하여 내란행위를 지휘하거나 중요임무를 수행'하였다는 부분이 포함되어 있었다. 헌법재판소는 2025. 3. 24. 선고

2024헌나9 결정으로 탄핵심판청구를 기각하였는데, 그 기각의견에는 "피청구인이 대통령에게 비상계엄 선포 전 국무위원들의 의견을 들어 보고자 회의 소집을 건의한 사실은 인정되나, 여기서 더 나아가 비상계엄 선포를 건의하거나 비상계엄 선포의 절차적 정당성을 부여하기 위하여 국무회의 소집을 건의하는 등의 적극적 행위를 하였음을 인정할 만한 증거나 객관적 자료는 찾을 수 없다."라는 판단이 포함되어 있다.

(2) 피고인의 국무회의 심의 건의가 외관 작출만을 위한 것인지 여부

(가) 원심은, 피고인이 국무회의 의사정족수를 살피거나 비상계엄이 의결 사항인지 심의 사항인지 등을 논의하고 [redacted]을 통하여 헌법 조문을 검토한 점, 국무위원들의 도착 상황을 김용현 등과 공유하며 의사정족수 충족 여부를 점검한 점, 이미 소집 통지를 받은 [redacted]에게 전화하여 빨리 올 것을 재촉한 점, 윤석열을 향하여 고개를 끄덕이자 윤석열이 바로 자리에서 일어나 비상계엄을 선포하러 나갔던 점 등을 강조하면서, 피고인이 비상계엄의 절차적 정당성 부여를 위한 국무회의 외관 작출만을 위하여 국무회의 소집에 관여하였다는 취지로 판단하였다.

그러나 국무회의는 구성원 과반수의 출석으로 개의하는 것이므로(국무회의 규정 제6조 제1항), 의사정족수의 충족은 피고인이 건의한 국무회의 개의에 필연적으로 수반되는 요건에 불과하다. 또한 국무회의 심의를 건의한 사람이 국무회의의 개의에 필요한 정족수를 채우는 데에 관여하는 것은 위 건의가 받아들여진 것에 따르는 자연스러운 실행 과정으로 볼 수 있다. 피고인의 국무회의 심의 건의를 위와 같이 직무상 의무를 이행하기 위한 행위로 볼 여지가 큰 이상, 그 실행 과정으로서 이에 수반되는 정족수 충족에의 관여 행위를 분리하여 그 행위가 내란행위에 대한 기여 목적에서 이루어졌다고 평가하기도 어렵다.

(나) 나아가 당시 피고인이 처했던 구체적인 상황, 피고인의 발언과 행위의 구체적인 내용 및 결과 등을 면밀히 살펴볼 때, 피고인이 원심의 이 부분 판단과 같이 형식적으로 의사정족수만을 채운 국무회의 심의를 거칠 것을 건의하여 비상계엄 선포에 관한 절차적 요건을 충족시킨 것과 같은 외관만을 갖추도록 하였을 뿐이라고 쉽사리 단정할 수 없다.

① 원심이 인정한 사실관계에 따르더라도, 피고인이 윤석열에게 건의한 내용은 '비상계엄 선포를 위해서는 국무위원들의 의견을 들어야 한다. 국무위원들을 모을 필요가 있다', '조금 더 시간을 가지고 국무위원들이 오는 것을 기다려야 한다. 요건을 갖춰야 한다. 정족수를 채워야 한다'는 것으로서, 그 자체로 국무위원들의 의견 청취에 관한 내용이 포함되어 있었다. 아울러 이러한 의견 청취를 위한 국무회의 개의를 위해서는 그 법정 요건으로서 의사정족수가 충족되어야 하고, 그렇지 않으면 국무회의에서 국무위원들의 의견을 들을 기회도 무산되는 것이므로, 피고인이 '요건을 갖춰야 한다. 정족수를 채워야 한다'고 언급하였다는 사정이 그 건의가 형식적 외관의 작출만을 위한 것이었다고 인정할 근거가 된다고 보기는 어렵다. 달리 피고인이 윤석열의 계엄 선포 계획에 찬성하거나 동의함을 전제로 '의사정족수만 채워 형식적으로 요건을 충족시키면 족하다'는 취지로 건의하거나 조언하였다고 인정할 만한 사정이나 증거를 찾기 어렵다.

② 원심은 피고인이 국무회의 심의를 건의할 당시부터 국무회의 심의의 외관만 갖출 것을 의도하였다고 판단하였으나, 일단 소집된 국무회의에서 국무위원들이 어떠한 의견을 개진할 것인지, 심의가 어떠한 내용과 방식으로 진행될 것인지, 대통령이 이에 어떻게 반응할 것인지는 모두 소집에 응한 국무위원들과 대통령의 태도에 따라 비로소 알 수 있는 것이어서, 피고인이 건의 당시 이를 미리 알거나 구체적으로 예측할 수 있

었다고 보기 어렵다. 당시 윤석열은 22:00를 기하여 비상계엄을 선포할 계획이었으나 국무회의가 필요하다는 피고인의 건의에 따라 그 선포가 지연된 측면이 있고, 실제로 비상계엄 선포는 22:27경에야 이루어졌다. 그 사이 국무위원들이 모이는 과정에서 [redacted], [redacted] 등이 윤석열에게 재고를 요청하는 등 반대 의견이 표출되기도 하였는바, 피고인의 건의는 결과적으로 비상계엄의 신속한 실행을 지연시키고 반대 의견이 개진될 계기를 만든 측면도 있다. 이러한 사정을 종합하면, 피고인이 국무회의 심의 건의 당시부터 비상계엄의 유지를 위한 외관 작출의 의도를 가졌다고 인정하는 것은 실제의 사건 진행 경과와도 충분히 부합하지 않는다.

③ 국무회의가 일반적인 경우와 다른 모습으로 이루어졌다는 사정 역시 피고인의 국무회의 심의 외관 작출의 의도를 인정하는 근거가 되기에 부족하다. 원심이 인정한 바와 같이 윤석열은, 피고인의 국무회의 심의 건의에 대하여 '정례 국무회의처럼 정식으로 할 필요는 없다'고 말한 것으로 보이고, 대통령비서실 수행실장 [redacted]에게 소집 대상 국무위원 6명을 특정하여 소집을 지시하였으며, 의사정족수가 충족되자 소집 연락을 받은 국토교통부장관 [redacted], 산업통상자원부장관 [redacted]이 도착하기도 전에 김용현을 통해 곧바로 비상계엄 선포문을 배부하게 하고, 의안의 제출이나 국무위원들의 의견 청취 없이 2분여 동안 일방적으로 발언한 다음 퇴장하여 비상계엄을 선포하였다. 결국 당시 국무회의가 실질적인 심의 없이 형식적 외관에 그치게 된 것은 윤석열 등이 일방적으로 계엄 선포를 급하게 강행하려고 하였던 당시의 긴박한 상황에 기인한 것이지, 국무위원들의 소집과 의견 청취를 건의한 피고인의 의도나 행위에 기인한 것이라고 보기 어렵다.

④ 김용현이 손가락으로 숫자를 표시하는 방법으로 국무위원들의 도착 상황을 알린

것과 관련하여, 이러한 표시를 통하여 도착 상황을 알게 되었다고 하여 피고인이 국무회의 외관 작출을 위한 의도를 가지고 소집 과정에 관여하였다고 보기도 어렵다. 김용현이 피고인을 향하여 위와 같은 행위를 한 경우도 있었으나, 21:15경 및 21:30경에는 대접견실에 있던 국무위원들에게, 22:12경에는 피고인과 국무위원들에게 숫자를 표시하는 등 다른 국무위원들에게도 여러 차례 같은 방식으로 국무위원들의 도착 상황을 전달하였다. 특히 김용현이 22:12경 위와 같은 행위를 하였을 때 대접견실에는 비상계엄 선포에 명시적인 반대 의사를 표명한 [redacted], [redacted] 등도 있었던 것으로 보인다. 이처럼 김용현으로부터 국무위원들의 도착 상황에 관한 정보를 전달받았다는 점에서는 피고인과 다른 국무위원들 사이에 별다른 차이가 없다.

한편, 피고인이 이미 소집 통지를 받은 [redacted]에게 전화하여 참석을 재촉하였다는 부분 역시 국무회의의 소집 절차 진행 국면에서 충분히 있을 수 있는 행동으로서, 형식적 외관의 작출만을 위한 것이었다는 점을 추단할 근거로 삼기는 어렵다.

(3) 국무회의의 실질적 심의를 위한 조치 등의 부작위가 국헌문란 목적을 인정하는 근거가 될 수 있는지 여부

(가) 원심은 피고인이 국무회의 부의장으로서 비상계엄 선포안에 관하여 소집된 국무위원들로 하여금 의견을 개진하게 하거나 이들로부터 반대 의견을 수렴하는 등으로 실질적인 의견 교환과 조정이 이루어지는 국무회의 운영을 위한 조치를 취하지 않았다는 사정을 이 부분 공소사실에 관하여 피고인의 국헌문란 목적을 인정하는 근거로 강조하기도 한다. 이는 그 실질이 부작위에 의한 행위인데, 앞서 살펴본 것처럼 국무회의 심의의 실질적 진행 여부 등 당시 비상계엄과 관련한 사태의 진행은 대통령이자 국무회의 의장인 윤석열이 지배하고 있었다고 평가되고, 피고인이 작위의무의 이행으로 국

무회의에서 비상계엄 선포에 관한 실질적 심의가 이루어지도록 하고 이로써 비상계엄 선포 등 결과 발생을 쉽게 방지할 수 있었다고 보기는 어렵다. 이와 같은 취지에서 원심은 피고인이 실질적 국무회의 심의를 위한 조치 등을 취하지 않았다는 부작위 부분 공소사실에 대하여 이유에서 무죄로 판단하기도 하였다.

(나) 실제로 군 병력 동원과 국회 등 주요 기관에의 투입, 포고령 발령 등 내란의 핵심적인 실행행위는 윤석열이 김용현 등과 사전에 수립한 계획에 따라, 국무회의 심의와 무관하게 이루어졌다. 윤석열은 당시 대통령 집무실에서 '비상계엄은 고도의 통치행위이기 때문에 꼭 국무회의를 거칠 필요는 없다'는 취지로 말하였던 것으로 보이고, 김용현도 '언론에 22:00에 특별담화가 있다고 이미 이야기해 놓았기 때문에 더 이상 계획을 바꿀 수 없다'는 취지로 말하는 등, 비상계엄을 선포하려는 윤석열의 의사는 이미 확고하였고, 그 실행을 위한 준비도 상당한 정도로 진행되어 있었다. 헌법상 비상계엄 선포권은 대통령에게 전속하고(헌법 제77조 제1항), 대통령은 국무회의 심의 내용에 구속되지도 아니하므로, 국무회의 심의의 존부나 진행 경과가 이 사건 비상계엄 선포 여부 및 그 내용을 법적으로 결정하거나 제약할 수 있는 것이 아니었다. 당시 윤석열이 [redacted], [redacted] 등의 반대를 물리치고 일방적으로 비상계엄 선포 의사를 밝히는 상황이었으므로, 피고인으로서는 윤석열의 뜻을 꺾기 어렵다고 스스로 판단하여 실질적·정상적인 국무회의를 위한 조치에 더 이상 나아가지 아니하였을 가능성도 배제할 수 없다.

피고인의 부작위에 대한 법적 평가는 당시 피고인의 지위와 권한, 피고인이 처했던 구체적인 상황 및 그 상황에서 피고인의 부작위가 실제로 가지는 규범적 의미 등에 비추어 행해야 하는 것이고, 이러한 부작위에 의한 내란중요임무종사 부분이 무죄로 판

단된 상황에서 이를 피고인의 국헌문란 목적을 인정하는 근거로 삼는 데에는 신중할 필요가 있다.

(4) 비상계엄의 위헌·위법성에 관한 피고인의 인식이나 비상계엄 선포 후 피고인의 가담행위만으로 선포 전 국무회의 심의 건의 당시의 국헌문란 목적을 인정할 수 있는지 여부

(가) 원심은 피고인이 윤석열에게 국무회의 심의를 건의하기 전에 이미 윤석열의 설명 및 포고령, 비상계엄 관련 지시사항 등을 통해 이 사건 비상계엄이 위헌·위법한 것임을 인식하였음에도 윤석열에게 의사정족수를 채운 국무회의 소집을 건의한 점을 피고인의 국헌문란 목적을 인정하는 근거로 삼은 것으로 보인다. 원심의 판단이 포고령과 비상계엄 관련 지시사항 등의 문건을 피고인이 건네받았는지, 나아가 읽어보았는지 등에 관한 사실인정 부분에 초점을 맞춘 것도 이러한 측면에서 이해할 수 있다. 그러나 그와 같은 인식은 그 자체로 국헌문란 목적을 추단하는 근거가 될 수 없고, 오히려 이러한 사정 때문에 피고인이 국무회의 심의를 건의하여 국무위원들의 의견을 수렴해야 할 필요성과 당위성이 더 높아졌다고 볼 여지도 있다. 즉, 피고인으로서는 비상계엄 선포를 통한 국헌문란의 결과 발생 가능성을 미필적으로나마 인식하였을 수는 있으나, 더 나아가 피고인이 그러한 국헌문란의 실현을 지향하면서 최소한 그 결과를 용인하려는 의사를 가지고 국무회의 심의를 건의하였다고 단정하기는 어렵다.

(나) 피고인이 비상계엄 선포 후 국무위원들에게 국무회의 관련 문건에 서명할 것을 종용하였다는 취지의 '비상계엄 선포 후 참석 국무위원들에 대한 서명 종용 부분'과 [redacted]과 국회 등 주요 기관 봉쇄 계획 및 특정 언론사 단전·단수 조치 지시의 이행방안을 논의하였다는 취지의 '주요 기관 봉쇄 계획 및 특정 언론사 단전·단수 조치 지

시의 이행방안 논의 등 부분'에서는 국헌문란 목적을 인정할 여지가 크다고 하는 것이, 이 부분 공소사실에서 국헌문란 목적을 부정하는 것과 모순되거나 충돌되지도 않는다.

피고인이 비상계엄 선포 전에 국무회의 심의를 건의한 이 부분 공소사실의 행위에는 국무위원들의 의견을 듣도록 하여 윤석열의 결정을 재고하게 하려는 의도가 있었을 가능성을 배제하기 어려운 반면, 일단 비상계엄이 선포된 후에는 윤석열의 결정을 번복하거나 재고하게 할 가능성은 거의 사라지고 그 선포에 따라 전개되는 상황에 가담할 것인가의 문제가 전면에 등장하게 된다. 이와 같이 비상계엄 선포 전과 후에 피고인이 처한 구체적인 상황이 다르고, 그 상황에서 피고인이 한 행위와 그 의도에 대한 형법상 평가 역시 다를 수 있다. 그러므로 비상계엄 선포 전과 후에 각각 행한 피고인의 행위에 국헌문란 목적이 인정되는가는 별개로 판단되어야 한다.

(5) 형법의 행위규범성과 피고인의 국무회의 심의 건의에 대한 평가

(가) 형법은 재판규범으로서의 기능뿐만 아니라 행위규범으로서의 기능도 가진다. 형법이 행위규범으로서의 기능을 제대로 수행하려면 형법의 해석·적용에 관한 재판 작용을 통해 재판에서 문제된 것과 유사한 상황에 처한 사람이 어떻게 행위하여야 마땅한가에 대한 합리적인 지침이 제시될 수 있어야 한다. 이 사건에서처럼 비상계엄의 모의에 미리 참여하지 않았다가 비상계엄 선포 직전에 이를 알게 된 국무총리가 그 상황에서 국무회의 심의를 건의해야 하는지가 문제되는 국면에서도 마찬가지다. 헌법과 계엄법이 정한 비상계엄의 절차적 요건의 취지와 그 독자적 의미를 고려하면, 일반적으로 이러한 경우에는 비상계엄 선포 전에 국무회의 심의를 건의하는 방향으로 행위하도록 형법을 해석·적용하는 쪽이 타당하다. 이는 대통령이 선포하려는 비상계엄이 위헌·위법한 것이거나 비상계엄 선포 강행이 임박하여 일반적인 모습으로 국무회의를

소집·진행하기 어려운 상황에서도 그러하다. 오히려 이러한 상황을 이유로 국무총리가 국무회의 심의를 건의하지 않는 것이야말로 부정적인 법적 평가의 대상이 되어야 한다.

(나) 이와 달리 국무총리의 국무회의 심의 건의가 내란행위의 일환으로 국헌문란 목적에서 이루어졌다는 사실을 인정하려면 이러한 목적을 뒷받침할 만큼 충분한 간접사실 또는 정황사실이 인정되어야 한다. 그러한 사실의 뒷받침이 없는데도 비상계엄이 위헌·위법한 것임을 미필적으로나마 인식할 수 있었다거나 당시의 급박한 상황에서 형식적인 의사정족수만 채운 채 국무회의가 소집되어 실질적 심의가 이루어지지 않았다는 등의 사후적 사정을 주된 근거로 삼아 국헌문란 목적을 쉽사리 인정할 경우, 향후 유사한 상황에 처한 사람이 내란죄의 책임을 피하기 위해서는 오히려 국무회의 심의 건의를 하지 않아야 한다는 잘못된 행위 지침을 제공하거나, 국무회의 심의 건의 여부에 관하여 어느 쪽도 쉽사리 채택할 수 없어 아무런 행위 지침도 제공해 주지 못하는 결과에 이를 수 있다.

라) 이상의 판단에 비추어 살펴본다.

(1) 내란죄는 폭동으로 국가나 헌법과 법률 또는 국가기관의 근간을 파괴함으로써 국가의 존립을 위태롭게 하고, 헌법상 민주적 기본질서 자체를 직접 침해하는 중대한 범죄이다. 그러나 이와 같은 범죄의 중대성을 이유로 죄형법정주의, 책임주의, 증거재판주의 등 헌법과 형사법의 기본원칙이 후퇴하거나 그 적용이 완화된다고 볼 수는 없다. 형벌법규는 엄격하게 해석·적용되어야 하는바, 특별검사의 증명이 합리적인 의심을 배제할 정도에 이르지 못한 경우에는 설령 유죄의 의심이 가는 사정이 있다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다. 피고인의 행위가 실체적 및 절차적 요건

을 갖추지 못한 위헌·위법한 비상계엄 선포로 헌법기관인 국회에 군과 경찰이 동원되는 등 엄중한 사태와 관련된 것이라고 해서 달라질 수 없다.

(2) 국무회의 심의 건의는 일반적으로 국헌을 따르게 할 목적으로 이루어지는 행위이므로, 이와 달리 국헌을 문란하게 할 목적이 있었음은 특별검사가 합리적 의심을 배제할 정도로 엄격히 증명하여야 할 사항이다. 그런데 이상에서 살펴본 바와 같이 이 부분 공소사실에 관하여는 피고인에게 국헌문란 목적이 있었다는 점이 합리적인 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 보기 어렵다. 그런데도 원심은 판시와 같은 이유만으로 이 부분 공소사실에 대하여 피고인의 국헌문란 목적을 인정하고 이를 전제로 내란중요임무종사에 해당한다고 보아 유죄로 판단하였는바, 이러한 원심판결에는 내란죄의 '국헌문란 목적' 등에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

4) 아울러 원심 판시와 관련하여 다음과 같은 점을 덧붙여 둔다.

원심은 그 판결 이유에서 피고인에게 '국헌을 문란하게 할 목적'이 있었음을 인정할 수 있다고 판단하였으나, 그 판시 범죄사실에서는 이를 분명하게 밝히지 않은 것으로 보인다. 환송 후 원심으로서는 그 부분이 인정되는 경우 그 범죄사실에 이를 분명하게 기재하여야 하고, 나아가 피고인의 내란중요임무종사죄 성립 여부도 이에 맞추어 판단하여야 할 것이다.

나. 허위공문서작성 관련 상고이유에 대하여

원심은 판시와 같은 이유로, 피고인이 [redacted], 김용현, 윤석열과 순차 공모하여, 마치 대통령의 국법상 행위인 비상계엄 선포가 국무총리와 관계 국무위원이 비상계엄 선포 전 부서한 문서에 의해 이루어진 것처럼 보이게 하여 비상계엄 선포 관련 사법절차 등

에 행사할 목적으로, 그 직무에 관하여 '윤석열이 서명하고 피고인과 김용현이 부서한 비상계엄 선포문 표지'를 허위로 작성하였다고 보아, 이 부분 공소사실(이유 무죄 부분 제외)을 유죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 허위공문서작성죄의 성립에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

다. 위증 관련 상고이유에 대하여

원심은 판시와 같은 이유로, 피고인은 2025. 2. 20. 헌법재판소 대심판정에서 윤석열에 대한 2024헌나8 탄핵심판 사건 제10차 변론기일에 증인으로 출석하여 청구인 측 대리인인 [redacted] 변호사로부터 "피고인은 당시 대통령 집무실이나 대접견실에서 계엄과 관련된 문건, 이를테면 포고령, 비상계엄 선포 담화문, 또 비상계엄 선포문 그런 것을 본 적 있습니까?"라는 질문을 받고 "저는 계엄 선포 당일 대통령실에서 계엄과 관련된 문건을 보거나 받은 기억이 없습니다."라고 진술하고, 재차 같은 대리인으로부터 "[redacted]이나 [redacted]은 피청구인 측으로부터 A4 문건을 받았다고 하였고, 김용현은 이 재판정에서 증언을 하면서 [redacted] 그리고 [redacted], 피고인에게도 문건을 주었다고 하는데, 피고인은 그 당시 특별한 문건 받은 사실이 없습니까?"라는 질문을 받고 "저는 특별한 문건을 받은 사실이 없습니다."라고 진술함으로써 기억에 반하는 허위의 진술을 하여 위증하였다고 보아, 이 부분 공소사실(이유 무죄 부분 제외)을 유죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없

다.

3. 파기 범위

원심판결의 유죄 부분(이유 무죄 부분 제외) 중 '비상계엄 선포 전 국무회의 심의 외관 형성 부분'에는 앞서 본 이유로 파기사유가 있다. 그런데 위 공소사실 부분과 유죄로 인정된 나머지 부분은 일죄 또는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있고, 판결이유에서 각 무죄로 판단된 부분도 각 유죄 부분과 일죄의 관계에 있으므로 결국 원심판결 중 유죄 부분(이유 무죄 부분 포함)은 전부 파기되어야 한다.

4. 결론

그러므로 나머지 상고이유에 관한 판단을 생략한 채 원심판결 중 유죄 부분(이유 무죄 부분 포함)을 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 원심판결 중 나머지 부분에 대한 특별검사의 상고를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 '비상계엄 선포 전 국무회의 심의 외관 형성 부분'에 대한 대법관 오경미, 대법관 신숙희, 대법관 김성수의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였다.

5. '비상계엄 선포 전 국무회의 심의 외관 형성 부분'에 대한 대법관 오경미, 대법관 신숙희, 대법관 김성수의 반대의견

가. 반대의견의 개요

이 사건 공소사실 중 '비상계엄 선포 전 국무회의 심의 외관 형성 부분'에 한정하여 다수의견과 일부 다른 견해가 있어 반대의견으로서 이를 밝힌다.

대법원 선례는 오랜 동안 내란죄의 구성요건인 '국헌을 문란할 목적'이 인정되려면, 행위자에게 반드시 확정적 인식이 있을 것을 요하지 않고 미필적 인식이 있으면 족하

다는 취지로 선언하여 왔다(대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 전원합의체 판결, 대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결 등 참조). 다수의견은 이러한 선례를 받아들이는 한편 국헌문란 목적이 인정되기 위해서는 국헌문란 가능성을 미필적으로나마 인식하여야 할 뿐 아니라 나아가 그 실현을 지향하면서 최소한 그러한 결과를 용인하려는 정도의 의사는 있어야 한다는 법리(이하 '목적에 관한 추가 법리'라 한다)를 추가적으로 선언하였다. 목적에 관한 추가 법리는 종전 선례가 미필적 인식으로 충분하다고 설시하여 온 데에서 나아가, 목적의 인정에 필요한 의지적 요소의 내용과 정도를 명시적으로 밝힘으로써 초과주관적 구성요건 요소인 목적의 독자적 의미를 분명히 하고 목적범인 내란죄의 처벌 범위를 명확히 한 것으로서, 반대의견도 이에 동의한다.

그런데 다수의견은 목적에 관한 추가 법리를 적용하면서 이 사건 비상계엄 선포 과정에서 이루어진 피고인의 연속된 일련의 행위를 둘로 나누어 시간적으로 먼저 이루어진 ① '비상계엄 선포 전 국무회의 심의 외관 형성 부분'에 한정하여 국헌문란 목적의 존재가 증명되지 않았다고 보아 무죄 취지로 판단하고, 그 후 이루어진 ② '비상계엄 선포 후 참석 국무위원들에 대한 서명 종용 부분'과 ③ '주요 기관 봉쇄 계획 및 특정 언론사 단전·단수 조치 지시의 이행방안 논의 등 부분'은 국헌문란 목적을 인정할 여지가 크다고 판단하였는바, ① '비상계엄 선포 전 국무회의 심의 외관 형성 부분'에 관한 다수의견의 이러한 결론에는 동의할 수 없다. 목적에 관한 추가 법리를 충실히 적용하여 판단할 때, 이 사건 공소사실 중 ① '비상계엄 선포 전 국무회의 심의 외관 형성 부분' 행위에서도 이후의 서명 종용 부분이나 단전·단수 조치 지시의 이행방안 논의 등 부분 행위와 마찬가지로 피고인에게 윤석열 등의 이 사건 비상계엄을 통한 내란

행위라는 결과 실현을 지향하면서 최소한 그러한 결과를 용인하려는 정도의 의사가 있었음을 인정할 수 있으므로, 다수의견이 무죄 취지로 판단한 전자를 포함하여 원심이 유죄로 판단한 내란중요임무종사 부분 전체에 대하여 유죄가 인정된다. 그 구체적인 논거는 다음과 같다.

나. 이 사건 비상계엄의 위헌·위법성과 헌정질서 침해의 중대·명백성

1) 다수의견에서 적절히 언급하는 바와 같이 이 사건 비상계엄은 실체적·절차적 요건을 갖추지 못하였을 뿐만 아니라, 군과 경찰을 동원하여 국회의 권능행사를 정지시키고 국민의 기본권을 광범위하게 제한하려 하였다는 점에서 그 위헌·위법성이 중대하다.

가) 실체적 요건을 살펴보면, 이 사건 비상계엄 당시에는 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태가 발생하지 않았고, 사회질서가 극도로 교란되어 행정·사법 기능의 수행이 현저히 곤란한 상황이 전혀 아니었다. 그럼에도 대통령인 윤석열은 야당의 탄핵소추와 예산 삭감 등을 이유로 국회와 야당을 척결의 대상으로 규정하고 비상계엄을 선포하였다.

나) 절차적 요건을 살펴보면, 계엄의 선포를 위해서는 국무회의의 심의를 거쳐야만 하는데(헌법 제89조 제5호), 이 사건 비상계엄 당시 윤석열은 일부 국무위원들에게만 소집을 통지하였고, 연락받은 국무위원들 중에도 아직 도착하지 않은 사람이 있는 상태에서 의사정족수가 형식적으로 채워지자, 비상계엄 선포안을 의안으로 제출하거나 국무위원들의 의견을 듣지도 않은 채 선포의 필요성과 정당성을 일방적으로 설명한 뒤 약 2분 후에 비상계엄을 선포하였다.

국무회의의 '심의'란 대통령·국무총리·국무위원이 안건에 대한 자유로운 발언과 토

론을 통하여 의견을 교환하거나 조정하는 것을 말하고, 국무회의는 대통령이 정책을 결정하기에 앞서 그에 관한 다양한 관점과 이익을 반영한 논의가 이루어지도록 함으로써 정책결정에 신중을 기하고 대통령의 전제나 독선을 방지하는 것에 그 의의가 있다(헌법재판소 2025. 4. 4. 선고 2024헌나8 결정 등 참조). 이 사건 비상계엄과 관련하여 소집된 국무회의에서 형식적인 의사정족수는 충족되었다고 볼 수 있을지언정 정식 의안 제출이나 의견 교환을 통한 실질적인 심의가 전혀 없었으므로, 헌법 제89조 제5호가 계엄 선포에 관하여 요구하는 절차적 요건인 국무회의의 심의도 이루어지지 않았다.

다) 나아가 이 사건 비상계엄 선포 후 계엄사령관 박안수가 2024. 12. 3. 23:23경 국방부장관 김용현으로부터 건네받은 계엄사령부 포고령을 공고하였는데, 여기에는 다음과 같이 헌법과 법률이 정한 절차에 의하지 않고 헌법에 의하여 보장되는 의회·정당제도, 영장주의를 소멸시키고 헌법에 의하여 금지되는 언론·출판에 대한 허가·검열을 시행하는 등으로 헌법과 법률의 기능을 소멸시켜 형법 제91조 제1호에서 정하는 '국헌문란'의 결과를 야기하는 내용이 담겨 있었다(이하 '이 사건 포고령'이라 한다).

즉, 이 사건 포고령은 제1호에서 "국회와 지방의회, 정당의 활동과 정치적 결사, 집회, 시위 등 일체의 정치활동을 금한다."고 하고, 제3호는 "모든 언론과 출판은 계엄사의 통제를 받는다."고 하여, 국회의 계엄해제요구권에 관한 헌법 제77조 제5항 및 헌법상 대의민주주의와 권력분립 원칙뿐만 아니라, 헌법 제117조와 제118조에 의하여 보장되는 지방자치제도, 헌법 제8조에 의한 정당제도, 일반 국민의 정치적 결사·집회·시위, 언론·출판의 자유를 통한 국민주권주의 및 자유민주적 기본질서 등 헌법과 법률의 핵심적이고 주요한 기능을 심각하게 훼손하였다. 실제로 대통령과 국방부장관 등은

국회의사당을 봉쇄하는 등의 방법으로 국회, 정당의 정치활동 금지라는 이 사건 포고령 제1호의 목표를 달성하고자 무장한 군 병력을 국회의사당에 진입시켰으며, 경찰이 국회의원 등의 출입을 통제하였다. 윤석열이 [redacted]에게 교부한 문건에는 국가비상입법기구 관련 예산 편성과 국회 관련 각종 자금의 완전 차단을 지시하는 내용도 있었다. 이는 국회의 권능행사를 정지시키고, 헌법이 국회에 부여한 계엄해제요구권의 행사까지 저지하려 한 것이다. 또한 특정 언론사에 대해서는 봉쇄 및 단전·단수 계획이 마련되었으며, 경찰의 요청이 있으면 소방당국이 협조하라는 지시까지 이루어지는 등 언론·출판의 자유를 배제하려는 시도 또한 실제로 있었다. 즉, 이 사건 비상계엄은 헌법과 법률이 허용하는 범위와 한계를 완전히 초월하여 국민의 기본권을 광범위하게 제한하고, 헌법과 법률의 기능을 소멸시키는 것임이 명백하다.

2) 이 사건 비상계엄은 사법절차에 관해서도 법원의 영장심사 기능과 재판권에 대한 위헌적인 제한을 시도하였다. 이 사건 비상계엄의 포고령은 그 위반자에 대하여 영장 없이 체포·구금·압수수색을 할 수 있도록 하였다. 이는 포고령 위반을 이유로 국민의 신체와 재산에 강제처분을 하면서 법관의 사전심사를 배제한 것으로, 영장심사를 통한 법원의 기본권 보호 기능을 직접 제약하는 내용이었다. 재판권에 관하여도 계엄법에 따르면 비상계엄지역에서 같은 법 제14조 위반죄 등 일정한 범죄에 대한 재판을 원칙적으로 군사법원이 담당하도록 규정되어 있는바(제10조 제1항), 이 사건 비상계엄은 헌법에 정한 요건을 갖추지 못한 채 해당 형사사건에 대한 일반법원의 재판권을 배제하는 위헌적 조치였다.

3) 헌법재판소 역시 이 사건 비상계엄 선포가 실체적 요건을 갖추지 못하였고 국무회의 심의 절차 등 절차적 요건도 갖추지 못하였다는 취지로 명시적으로 판단하였다

(위 헌법재판소 2024헌나8 결정 참조). 특히 윤석열이 포고령을 통하여 국회의 활동을 금지하는 것에서 더 나아가, 일반 국민의 정치적 기본권, 언론·출판, 집회·결사의 자유 등을 포괄적·전면적으로 제한한 것을 범죄행위로 규정하였고, 이는 위와 같은 기본권의 행사를 허용하면 국회와의 대립 상황을 타개하는 데에 지장을 초래한다는 판단하에 일반 국민의 비판 자체를 원천적으로 배제하기 위하여 이루어진 조치이므로, 헌법의 근본원리인 국민주권주의와 자유민주적 기본질서를 위반하는 것이라고 판단하였다. 한편, 사법부와 관련하여서도 전 대법원장 및 전 대법관에 대하여 필요시 체포할 목적으로 위치 확인 지시 등이 이루어졌는바, 이는 현직 법관들로 하여금 언제든지 행정부에 의한 체포 대상이 될 수 있다는 압력을 받게 하므로 사법권의 독립을 침해한 것이라고 보기도 하였다.

다. 이 사건 비상계엄의 '친위 쿠데타(Self-Coup)'로서의 특징

1) 기존 집권자를 축출하고 권력을 장악하는 통상적인 유형의 쿠데타와는 달리, 이 사건은 윤석열이 대통령이라는 지위와 군 통수권을 이용하고 비상계엄 제도와 국무회의 심의 등의 법적 형식을 동원하여, 국회를 비롯한 헌법기관의 권능행사를 정지시키고 자신에 대한 헌법적 통제를 무력화하려 한 경우이다. 이러한 점에서 이 사건 비상계엄 선포와 포고령 발령, 국회의사당에 무장한 군·경을 투입하여 봉쇄하는 등 일련의 행위는 기존 집권자가 국가권력을 이용하여 자신에 대한 헌법적 통제를 무력화하려는 이른바 친위 쿠데타(Self-Coup)로서 내란행위의 성격을 가진다. 이러한 특징은 이 사건 비상계엄 선포와 포고령 발령을 전후하여 이에 관련된 권한을 가지고 그 절차에 관여한 고위 공무원들의 내란행위 가담 여부를 법리적으로 판단하는 데에 중요하게 고려되어야 한다.

2) 대통령에 의한 친위 쿠데타는 형식적으로 적법한 권한 보유자인 대통령의 권한 행사를 통해 실행되므로, 법이 규정한 직무행위의 외형을 가지고 있기 마련이다. 또한 대통령의 친위 쿠데타에 관련된 권한 행사를 보좌하는 국무총리나 국무위원 등이 이에 절차적으로 관여하는 과정에서도 마찬가지로 직무행위의 외형이 형식적으로 갖추어지는 경우가 대부분이다. 이는 국무총리나 국무위원 등이 자신의 권한 내에서 법이 정한 절차를 밟는 것을 대통령의 친위 쿠데타를 보좌하는 수단으로 삼기 때문이다. 그 결과 위헌·위법한 친위 쿠데타는 절차적인 면에서 형식적인 정당성의 외피를 갖추게 된다. 따라서 사후적으로 그러한 행위자에 대한 사법적 평가를 함에 있어서 외형만으로 관찰하면 '법에서 규정한 직무행위'로 귀결되기 쉽고, 그 결과 헌법을 수호할 직무를 다하지 아니한 채 위헌·위법한 내란에 가담한 자들에 대한 단죄가 어렵게 된다.

3) 대통령의 친위 쿠데타에서 군·경이 물리력을 담당한다면, '법이 규정한 절차를 거쳤다'는 형식적 외관은 내란행위가 성공한 이후에 자신의 불법행위에 공적 권위와 절차적 정당성의 외피를 부여하는 기능을 한다. 이러한 형식적 정당성의 확보는, 폭동이 끝난 뒤에 공무원·군·국민의 복종을 이끌어 내거나 또는 저항을 무력화하고 순응을 확보하는 방향으로 작동함으로써, 폭동을 수단으로 획득한 공적 권력을 사유화·영속화하는 데 기여하게 된다. 국무회의 심의 등의 절차적 외관은 군·경의 물리력 못지않게 저항을 무력화하는 수단으로서 강압의 중요한 구성부분이 될 수 있다.

4) 따라서 대통령의 친위 쿠데타에서는 헌정 파괴 행위가 국가의 정상적이고 공식적인 행정 행위의 외양을 띠고 나타나므로, 국무총리나 국무위원 등의 행위가 '법이 규정한 절차에 따른 것이다'라는 사정은 '적법한 직무수행'과 '내란 가담 및 이에 대한 국헌문란 목적'을 구별하는 유의미한 기준이 될 수 없다. 국무총리, 국무위원 등이 자신에

게 부여된 법적 권한과 직무의 형식을 빌려 대통령의 친위 쿠데타의 성공적 실행을 돕는 것이므로, 국무회의 소집·심의 건의, 부서, 문서 작성이나 행정각부의 장의 소관사무에 관한 산하기관 지휘·감독 등 권한 행사를 통한 가담행위가 본래 직무행위의 외형을 띠는 것은 이 유형의 내란에서 오히려 당연한 측면이 있다. 결국 친위 쿠데타 유형에서는 가담자들 사이에 그 관련 행위의 외형과 동기 등에 적법과 불법이 섞여 진행될 수밖에 없는 특성이 있으므로, 그 행위가 전체 내란에서 수행한 실질적 기능의 규범적 평가가 중요하고, 이는 국헌문란 목적을 판단함에 있어서도 마찬가지이다.

라. 우리 헌정사의 비상계엄을 통한 친위 쿠데타 등에서 국무회의 또는 국무총리의 권한과 기능이 악용된 사례

1) 우리의 헌정사에서 비상계엄은 본래의 목적인 국가적 위기 극복보다는, 집권 세력이 권력을 연장하려 하는 친위 쿠데타 또는 신흥 군부 세력이 권력을 찬탈하기 위한 도구로 반복하여 악용되어 왔다. 이 과정에서 입법부의 기능은 정지되었고, 국민의 기본권은 철저히 억압되었다. 1952년 부산정치파동, 1972년 10월 유신, 1980년 5·17 비상계엄 전국확대와 그에 이은 5·18 민주화운동의 무력진압은 이러한 역사를 보여주는 대표적인 사례이다. 특히 주목해야 할 점은 헌법상 최고 심의기관인 '국무회의'가 위헌적이고 위법한 권력 행사를 통제하기는커녕, 권력자의 의지에 동조하거나 군부의 강압에 의해 이러한 친위 쿠데타 등에 합법이라는 '절차적 외관'을 씌워주는 거수기의 기능을 수행했다는 점이다.

2) 구체적으로 보면, 1952년 한국전쟁 당시, [redacted] 대통령은 자신의 재선을 위해 대통령 직선제 개헌(발췌개헌)을 추진했다가 국회의 반대에 부딪히자, 임시수도였던 부산 등지에 공비 소탕을 명분으로 비상계엄을 선포하고, 헌병대를 동원해 야당 국회의원들

이 탄 통근버스를 통째로 연행하는 이른바 '부산정치파동'을 일으켰다. [redacted] 국무총리가 이끄는 국무회의는 계엄 선포의 헌법적 요건을 제대로 심의하지 않은 채 대통령의 정치적 목적에 순응하여 계엄 선포 안건을 그대로 통과시켰다. 1972년 10월 17일, [redacted] 대통령은 장기 집권을 위해 전국에 비상계엄을 선포하고 국회를 해산한 뒤 정치활동을 금지하는 '10월 유신'을 단행했다. 이는 명백히 기존 헌정질서를 중단시키는 친위 쿠데타였음에도, 국회 해산 상태에서 [redacted] 국무총리는 '비상국무회의'라는 이름으로 국회의 입법권까지 흡수하여 '유신헌법안'을 의결하는 등 '친위 쿠데타'의 정당성을 완성하는 입법 대행 기관으로서 대통령의 영구 집권을 가능하게 하는 제도로 국무회의를 이용했다. 1980년 5·17 비상계엄 전국확대는 1979년 12·12 군사반란으로 군부를 장악한 [redacted] 중심의 신군부 세력이 정권을 완전히 장악하기 위한 것이었는데, 이 조치로 국회의 기능이 정지되고 정치활동이 금지되었으며, 이는 곧바로 5·18 민주화운동에 대한 무자비한 무력 진압으로 이어졌다. 당시 신군부 세력은 국무회의가 열린 정부청사 주변에 소총을 소지한 무장병력을 배치하는 등 군사적 강압과 공포 분위기를 조성하였고, [redacted] 국무총리 주재로 열린 국무회의에서 외부와의 연락이 차단된 가운데 비상계엄 전국확대조치는 어떠한 토론이나 이의제기 없이 8분만에 만장일치로 통과되었다. 대법원도 신군부가 대통령과 국무총리 및 국무위원들을 강압하여 비상계엄의 전국확대를 의결·선포하게 하였음을 인정하면서, 국무회의 의결과 대통령의 선포를 거쳐 외형상 적법한 모습을 갖추었더라도 국헌문란 목적을 달성하기 위한 수단으로 이루어진 이상 내란죄의 폭동에 해당한다고 판단한 바 있다(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결 참조).

3) 이와 같이 국무회의 심의·의결이라는 헌법적 절차는 비상계엄을 동원한 친위 쿠

데타 또는 권력 찬탈의 과정에서, 친위 쿠데타의 주체인 대통령의 권력에 순응하거나(1952년), 해산된 입법부를 대체하여 독재 체제의 법적 토대를 적극적으로 마련하거나(1972년), 쿠데타 세력의 위협 앞에서 강압에 의해 굴복하는 형태(1980년)로 나타나, 위헌·위법한 쿠데타에 '합법의 외관'을 제공하는 도구로 전락하였다. 이러한 '합법의 외관'은 성공한 친위 쿠데타 또는 권력 찬탈 세력이 장기간 위법한 권력을 행사하는 데 큰 기여를 하였다. 비상계엄 선포를 수단 삼아 친위 쿠데타 등을 시도한 권력자들도 그 성공 이후 권력의 유지에 국무회의 심의 절차가 갖는 중요성을 알고 있었기 때문에, 위와 같이 강압적 수단을 사용하는 등 무리해서라도 그 절차를 갖추어 두는 법기술을 발휘해 온 것이다. 이는 헌정질서를 수호하기 위해 헌법이 둔 제도와 절차가 그 실질을 잃고 남용되면 오히려 헌정질서를 파괴하는 행위에 이용될 수 있음을 보여준다.

마. 목적에 관한 추가 법리에 따를 때 피고인의 '비상계엄 선포 전 국무회의 심의 외관 형성 부분'(이하 '이 부분 공소사실'이라 한다)과 관련하여 국헌문란 목적이 인정되는지 여부

목적에 관한 추가 법리에 따라 국헌문란 목적이 인정되기 위해서는 국헌문란의 가능성을 미필적으로나마 인식하는 데에서 나아가 그 실현을 지향하면서 최소한 그러한 결과를 용인하려는 정도의 의사가 있어야 한다고 보더라도, 원심판결 이유와 적법하게 채택된 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실관계와 사정들을 종합할 때, 이 부분 공소사실 기재 행위와 관련하여 피고인에게 그와 같은 목적이 있었다고 충분히 인정할 수 있다.

1) 피고인이 이 사건 비상계엄의 위헌·위법성과 이를 실행하고자 하는 대통령의 확

고한 의지를 인식하게 된 과정

원심은 피고인이 이 사건 비상계엄 당일 대통령 집무실에 최초로 입실하였을 때(20:45~21:10, 이하 '1차 집무실 입실'이라고 한다) 윤석열로부터 대국민 담화문, 포고령, 비상계엄 관련 지시사항문건 세 가지 모두를 수령한 사실을 인정하고, 윤석열로부터 계엄 선포의 이유를 듣고 포고령의 내용과 관련 지시사항을 확인하는 과정에서 피고인이 비상계엄의 위헌·위법성을 인식하였고 그러한 상태에서 윤석열에게 국무회의의 심의 절차를 건의하였다고 판단하였는바, 원심의 이러한 판단은 충분히 수긍할 수 있다.

가) 피고인은 2024. 9. 3. 국회 예산결산특별위원회에 출석하여 국민의힘 소속 국회의원 서일준 등으로부터 '국방부장관 후보자와 국군방첩사령관을 학연이 있는 사람으로 기용한 것이 탄핵에 대비하고 비상계엄을 준비하기 위한 것이 아니냐, 비상계엄 선포 시 계엄 해제를 막기 위해 계엄 선포와 동시에 국회의원을 체포·구금하려는 계획을 세웠다는 등 야당 인사들로부터 근거없는 정치선동이 이어지는 것에 대하여 어떻게 생각하느냐'는 취지의 질문을 받고, '어느 국민들도 그런 일이 일어나리라고 믿고 있지 않다. 헌법에 계엄을 설사 선포하더라도 국회가 과반수로 의결하면 즉각 해제하게 돼 있다. 그러면 결국 그 논리는 계엄을 통해서 국회의 기능을 정지시킨다는 것인데, 우리 국민 어느 누구도 받아들이지 못할 것이다. 그것은 국민적 저항 때문에, 만약 그런 일을 하는 정부라면 정권을 유지할 수 없다'라는 취지로 답변하였다. 이와 같이 피고인은 국정 참여 경험이 많은 국무총리로서 이 사건 비상계엄 선포 이전부터 이미 요건을 갖추지 못한 계엄의 위헌성을 충분히 인식하고 있었다고 볼 수 있다.

나아가 피고인은 1차 집무실 입실 시 윤석열로부터 야당의 탄핵소추와 예산 삭감 등

을 이유로 비상계엄을 선포하겠다는 설명을 듣고, 국회와 야당을 척결의 대상으로 삼는 대국민 담화문과 국회·정당의 활동 금지, 언론·출판의 통제 및 영장 없는 체포·구금·압수수색 등을 규정한 포고령 등을 교부받아 그 내용을 파악하였다. 이때 피고인이 처음에는 윤석열에게 비상계엄에 대한 우려를 표명하였는데, 이는 피고인이 이 사건 비상계엄의 위헌·위법성을 인식하고 있었음을 드러낸다.

나) 또한 피고인은 1차 집무실 입실 당시 윤석열이 비상계엄 선포와 유지를 위하여 긴요한 특정 임무수행을 위해 관련 부서인 국방부장관, 외교부장관, 법무부장관, 행정안전부장관 등 일부 국무위원과 그들을 통할하는 국무총리인 피고인만을 소집하여 비상계엄 선포의 필요성과 정당성을 강변하고, 피고인 등의 우려 표명에도 불구하고 미리 준비한 비상계엄 관련 지시사항문건 등을 건네주며 필요한 지시를 하는 것을 목격하면서, 2024. 12. 3. 22:00를 기해 비상계엄을 선포하려는 윤석열의 의사가 돌이킬 수 없이 확고함을 확인하였다.

다) 이러한 사정에 비추어 보면, 피고인은 그날 밤을 기해 윤석열의 확고한 의사에 의해 비상계엄이 선포되어 국회의 권능행사를 정지시키고 헌법상 제도와 기본권 보장을 훼손하는 수단으로 실행될 것임을 충분히 인식하였고, 나아가 이 사건 비상계엄의 중대하고 명백한 위헌·위법성과 윤석열의 확고한 실행 의지를 충분히 인식한 상태에서 국무회의 절차를 건의한 것으로 볼 수 있다. 피고인이 비상계엄의 개별적·구체적 내용과 실행 계획까지는 알지 못하였다고 하더라도 그것만으로 내란행위에 기여하려는 의도를 부정할 수는 없고, 1차 집무실 입실이 종료된 이후에 이러한 인식을 토대로 비상계엄의 선포 시까지 연속하여 이루어진 구체적인 관여 행태를 종합하여 볼 때, 피고인에게 비상계엄의 선포·유지를 뒷받침함으로써 국회의 권능행사 정지 등 국헌문란의

실현에 기여하려는 지향 및 용인의 의사가 인정된다면 피고인의 국헌문란 목적이 인정될 수 있다.

2) 국무총리로서 피고인의 지위와 경험, 피고인이 수행한 절차의 성격

가) 국무총리는 국회의 동의를 얻어 임명되어 대통령을 보좌하고 행정각부를 통할하는 행정부의 2인자로서, 국무위원의 임명제청권과 해임건의권을 가지고 국무회의 부의장을 맡는 등 국정 운영의 핵심적인 지위에 있다(헌법 제86조 제1항, 제2항, 제87조 제1항, 제3항, 제88조 제3항 등 참조). 정무직 공무원인 국무총리가 갖는 위와 같은 권한 행사를 통해 정치인인 대통령의 통치행위를 보좌하는 것은 당연히 정치적 특성을 가지게 되지만, 이는 여전히 헌법질서 안에서 이루어져야 하고, 대통령의 권한 행사가 헌법과 법률에 부합하게 이루어질 수 있도록 국무총리 자신의 권한과 직무를 수행할 책무를 수반한다. 이러한 지위에 있는 국무총리의 역할과 책임은 국무회의에 참석한 개별 국무위원과 동일하게 평가할 수 없다.

나) 피고인은 이러한 국무총리이자 국무회의 부의장으로서, 대통령의 권한이 합헌·합법적으로 행사되도록 보좌하고 잘못된 권한 행사를 견제·통제하여야 할 지위에 있었다. 따라서 피고인이 국무회의 소집을 건의하고 국무위원 소집에 관여한 행위의 의미는, 정치적 중립성을 부담하는 일반 공무원이 상급자의 지시를 받아 관련 규정이 정한 절차에 따라 자신의 직무를 실무적으로 처리하는 것과 동일한 차원에서 평가할 수 없다.

다) 피고인은 윤석열이 감행하는 비상계엄의 위헌·위법성을 인식하면서 의사정족수를 갖춘 국무회의 소집을 건의하고 그 충족을 위한 소집 과정에 직접 관여하였으면서도, 정작 1차 집무실 입실이 끝난 때(21:10)부터 마지막으로 [redacted]가 도착하여 정족수

가 충족될 때(22:16)까지 국무위원들이 차례로 모이는 한 시간여 동안 그들의 자유로운 의견 개진과 실질적인 심의를 위한 조치는 전혀 취하지 않았다. 피고인의 이러한 관여 행위를 대통령의 위헌·위법한 비상계엄 선포에 관한 확고한 의사와 거리를 둔 객관적·중립적 절차 수행으로 평가하기는 어렵다. 오히려 피고인은 윤석열의 돌이킬 수 없는 확고한 의사로 말미암아 그날 밤을 기하여 비상계엄 선포라는 결과가 끝내 발생할 것임을 예견하면서도, 그러한 결과 발생의 연장선에서 자신의 관여 행위로 소집된 국무회의가 결국 위헌·위법한 비상계엄 선포에 절차적 정당성의 외관을 부여하는 역할을 하게 되고, 그로써 윤석열이 감행하는 비상계엄의 실행과 유지가 뒷받침되는 결과를 용인하면서 그 외관 형성에 가담하였다고 보는 것이 타당하다.

라) 즉, 피고인의 국무회의 소집 관여 등 행위를 그 구체적·실질적인 진행 경과와 국무총리라는 헌법상 지위 및 책임으로부터 분리시킨 채, 단순히 형식적으로 중립적인 절차 이행으로만 평가하고 이를 근거로 국헌문란 목적을 부정하는 것은 자연스럽지 않다. 대통령의 권한 행사가 헌법과 법률에 부합하게 행사되도록 하여야 할 책임이 있는 국무총리인 피고인의 행위에 대하여 단순히 헌법상 예정된 국무회의라는 절차 준수의 측면만을 강조하여 무죄의 논거로 삼는 것은, 절차의 형식을 외피로 삼아 그 행위에 내재한 위헌·위법한 권력 행사에 대한 실질적인 기여를 도외시하는 결과가 될 수 있다.

마) 더구나 1949년생인 피고인은 1970년대부터 중앙정부에서 공무원 생활을 시작하여 10월 유신 이후의 상황을 겪었고 1980년 5·17 비상계엄 전국확대조치 당시에는 경제기획원 소속 고위직 공무원의 신분으로서 신군부의 내란행위나 [redacted] 총리가 주재한 국무회의 등의 역사적 사건을 행정부 내부에서 직접 경험하였다. 피고인은 이 사

건 비상계엄 선포 당일 대통령의 호출로 대통령 집무실에 왔을 때, 자신이 왜 대통령에게 국무회의 소집을 건의했는지 그 이유에 관하여 '대통령이 비상계엄 선포 의사를 철회하겠다고 말하지 않았고, 그 상황에서 구체적인 법령상 규정이 떠오르지는 않았지만 비상계엄의 선포를 위해서는 국무회의 심의가 필요하다는 점이 얼핏 떠올랐다'라거나 '[redacted] 대통령의 서거 문제가 있었을 때도 [redacted] 국무총리도 국방부에 다 모여서 [redacted] 대통령께서 어떻게 되신 것인지 [redacted]에게 듣고 뭔가 제대로 된 체계를 갖춰서 해야 한다고 해서 바로잡은 역사가 기억이 나더라고요'라는 취지의 말을 하였다.

이는 피고인이 자신의 역사적 경험과 지위를 바탕으로, 과거 역사에서 비상계엄 당시 국무총리와 국무회의의 역할에 대한 기억을 떠올리며 윤석열에게 비상계엄에 국무회의 심의가 필요하다는 점을 건의한 것이다. 여기에 피고인 스스로도 잘 알고 있었을 것으로 보이는 우리 헌정사의 위헌적 비상계엄에서 국무회의와 국무총리가 수행한 외형적 정당성 부여의 기능 및 양상과 함께, 5·17 비상계엄 전국확대 시 국무회의의 역사적 경험과 이 사건 비상계엄의 진행 경과의 유사성, 국무회의 소집 과정에서 관여한 피고인의 구체적인 행위 등을 실질적으로 살펴보면, 피고인으로서는 국무회의 심의를 거치지 않고 비상계엄이 선포될 경우 향후 절차상의 문제가 발생하여 비상계엄을 유지하는 데 장애가 초래될 것이 염려되어 그 실행에 필요한 절차적 외관을 갖추려는 것을 지향하면서 적어도 그러한 결과의 발생을 용인하였다고 충분히 평가할 수 있다. 이와 달리 대통령의 친위 쿠데타를 통한 내란행위에서 국무총리인 피고인이 헌법상 예정된 절차인 국무회의 소집을 건의하였다는 행위의 형식적 측면만을 부각시켜 이를 헌정질서를 수호하거나 비상계엄 선포를 만류하기 위한 것으로 평가하여 국헌문란 목적을 부정하는 것은, 위헌·위법한 비상계엄의 수단으로 활용된 국무회의의 역사적 맥락을 소

거한 채 피고인을 이러한 역사와 전혀 무관하게 진공상태에서 살아가는 사람으로 상정하고 평가하는 것이어서 부당하다.

3) 국무회의 심의 절차를 갖추자고 한 피고인의 의도를 규범적으로 평가하는 방법: 피고인의 의도가 국무회의 심의에 관한 국무총리의 정당한 법령상 책임과 권한을 행사하기 위한 데에 있을 가능성을 중심으로 국헌문란 목적을 판단하는 다수의견에 대한 비판

가) 집단적으로 이루어지는 대통령의 '친위 쿠데타'에서는 대통령의 통치행위를 보좌하는 다수의 공무원들이 가담자로 등장한다. 이들은 직무에 관하여 법령상 가지는 고유한 권한 행사를 수단 삼아 내란행위의 실행과 그 성공에 따른 권력의 유지를 돕는 역할을 수행한다. 이러한 직무수행의 과정에서 가담자의 지위, 내란우두머리와의 관계, 가치 성향 등에 따라서 가담자의 주관적 동기나 직무수행의 객관적 양태는 다양하게 표출될 수 있다. 내란우두머리인 대통령을 보좌하는 국무총리의 경우, 국무회의 심의라는 헌법과 법률이 부여한 직무를 이행하는 것과 같은 객관적 측면과, 그 절차를 통해 위법한 계엄에 절차적 정당성의 외관을 부여하려는 주관적 동기의 측면이 혼재하여 이중적·모순적 양상으로 나타날 수도 있다. 이 사건에서 피고인의 행위나 동기 또한 그러하다. 다수의견이 피고인의 비상계엄 선포를 위한 국무회의 심의 건의 행위를 헌법과 법률에 규정된 직무상 권한과 의무를 수행한 것일 수도 있다고 하며 가치중립적인 행위 또는 단순한 절차 준수의 관점으로 바라보는 것은, 대통령의 비상계엄을 수단으로 하는 내란행위에서 이에 가담하는 국무총리 등 국정의 보조자들이 원래의 정당한 권한을 남용하여 국헌문란 목적을 실현하는 전형적 양상을 충분히 반영하지 못한 것으로 보인다.

나) 피고인이 대통령의 비상계엄 선포 계획을 모르는 채 갑작스러운 호출로 1차 집무실 입실을 하여, 당일 22:00를 기해 비상계엄을 선포하겠다는 말을 들었을 당시, 윤석열은 다수의견도 인정하다시피 비상계엄 선포에 관하여 돌이킬 수 없을 정도로 확고한 의지를 가지고 있었고, 피고인이 국무총리로서 적법한 권한 행사를 통해 그 실행을 반대하더라도 윤석열에 의한 비상계엄 선포 실행이라는 결과발생을 쉽게 방지하기 어려운 상황이었다(이러한 사정은 앞서 다수의견이 '부작위로 인한 비상계엄 선포 전 국무회의 심의 외관 형성 부분'에 대한 특별검사의 상고이유를 판단하면서 밝힌 바와 같이, 피고인이 실질적인 국무회의 심의를 통해 대통령의 권한 행사가 적법하게 이루어지도록 통제할 작위의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었다고 단정하기 어렵다는 등의 이유로 원심이 부작위로 인한 위 공소사실 부분을 무죄로 판단한 중요한 근거이기도 하다). 그런데 피고인은 이러한 모든 객관적 상황을 인식하면서도 그 짧고 긴박한 상황 속에서 침묵이 아니라 국무회의 개최 건의라는 적극적 행위를 선택하였으므로, 피고인의 이러한 행위에 대한 규범적 평가는 불가피하다.

물론 피고인이 최초 국무회의 심의를 건의할 때 추가로 소집된 다른 국무위원의 반대 등으로 대통령의 비상계엄 선포 계획이 좌절되거나 적어도 선포 시점을 다소 늦출 여지가 있다는 막연한 기대를 가졌을 수는 있다. 하지만 이와 동시에 피고인은, 앞서 본 바와 같이 윤석열의 확고한 의지로 결국 예정대로 계엄이 선포될 가능성이 매우 높다는 객관적 상황 인식을 하고 있었던 이상, 자신이 소집을 건의한 국무회의가 윤석열의 확고한 의지 아래 지배되어 형식적으로 진행되리라는 것을 충분히 예견할 수 있었고, 그러한 형해화된 국무회의가 필연적으로 윤석열의 비상계엄을 통한 내란행위의 정당성을 뒷받침하는 절차로 기능하게 될 수밖에 없음에 대한 냉정한 평가 또한 가능하

였다고 보인다. 반대의견은 이러한 상황 인식과 내란행위의 정당성 확보라는 최종적 결과까지 예견하였음에도 이를 무릅쓰고 피고인이 적극적으로 나서 국무회의의 개최를 건의한 부분을 문제삼는 것이다.

다) 이 상황에서 피고인이 한 선택에 대한 규범적 평가는, 피고인이 국회의 권능행사 정지 등 비상계엄의 핵심 내용을 주지한 상태에서 국무회의라는 형식적 절차의 외관 형성을 통하여 그러한 국헌문란의 실현을 뒷받침하게 되는 결과 발생의 가능성을 예견하고도 이를 용인하는 의사를 가지고 있었는지 여부에 있다. 이러한 의사의 유무에 관한 판단은, 피고인이 국무회의 개최를 건의한 시점의 상황만이 아니라 그 이후 대통령의 비상계엄 선포 전후에 이르는 계속된 사태 속에서 드러난 제반 사정, 즉 피고인이 국무회의 심의 절차와 관련하여 취한 태도, 뒤늦게 도착한 다른 국무위원들의 견해가 제시되는 상황 속에서 피고인이 취한 태도, 이에 대한 논의 상황과 윤석열의 입장 변화 여부, 추가로 소집된 다른 국무위원의 반대 등으로 대통령의 비상계엄 선포 계획이 좌절될지도 모른다는 막연한 기대가 실현 가능하지 않게 되었을 때 피고인이 취한 태도 등을 모두 아울러 전체적으로 이루어져야 한다. 그러한 의사가 인정된다면 피고인이 국무회의 소집 및 심의 과정에서 다른 국무위원의 반대 등으로 비상계엄 선포 계획이 좌절되거나 시간을 다소 늦출 수 있다고 기대하였다 하더라도 내란죄의 국헌문란 목적이 존재함을 부정할 수는 없다.

그럼에도 다수의견이 피고인의 국무회의 건의 시점의 행위를 이후의 행위로부터 분리하여, 피고인의 적극적 선택이 평상시의 상황에서 이루어진 것이 아니라 위와 같이 위중한 상황 인식과 예견 속에서 이루어진 것이라는 맥락을 고려하지 않은 채, 피고인이 국무총리로서 중립적인 직무수행을 하였을 가능성의 관점에서만 접근하여, 피고인

에게 국헌문란 목적이 없었다고 평가하는 것은 친위 쿠데타 가담자의 행위에 대한 올바른 법적 평가방법이라고 볼 수 없다.

라) 이러한 견해를 바탕으로 아래와 같은 일련의 진행 경과를 전체적으로 살펴보면, 피고인이 소집한 국무회의가 추가 소집된 국무위원들이 도착하고 의견을 내는 과정에서 비상계엄 선포 저지보다는 형식적·절차적 외관 형성의 결과로 이어지는 양상이 점차 구체화되었음에도, 피고인은 일관되게 정족수 확보와 그 외관 형성을 지향한 관여 행위를 계속하였음을 알 수 있다. 결국 피고인으로서는 최초에 다소 양면적 동기와 기대를 가지고 있었음을 인정하더라도, 국무회의 심의 건의에서부터 그 종료에 이르는 전체 과정에서 국무회의라는 형식적 절차의 외관 형성을 통하여 국헌문란의 실현을 뒷받침하게 되는 결과 발생의 가능성을 예견하고도 이를 용인하는 의사를 가지고 있었다고 평가할 수밖에 없다.

(1) 피고인은 1차 집무실 입실 시 윤석열을 최초 면담하면서 비상계엄과 관련하여 우려를 표명하였을 뿐이고, 그 이후 국무회의 부의장으로서 비상계엄의 선포를 막기 위한 노력을 하였다고 보이지 아니한다. 피고인이 만약 국무위원들의 진지하고 실질적인 심의를 거쳐 위헌·위법한 비상계엄이 선포되지 않도록 할 의도였다면, 국무회의 최초 건의 이후 [redacted], [redacted]의 도착 시까지 1시간이 넘는 시간이 주어졌으므로, 부족하나마 대통령 등으로부터 받은 비상계엄이나 포고령에 관한 문건을 바탕으로 자료를 준비하여, 국무위원들이 도착하는 대로 이를 배부하고 상황을 설명하여 비상계엄에 반대하는 뜻을 모아 대통령에게 전달하는 것이 상식적이고 합리적이다. 하지만 피고인은 끝까지 정족수 확보를 위한 노력 외에 이러한 준비나 논의를 전혀 하지 않았다. 뒤늦게 도착한 국무위원들 대부분은 대접견실에서 포고령에 관한 자료 등을 받지 못했다

고 진술하였다.

(2) 오히려 피고인은 그 시간 동안 2차례에 걸쳐 대통령 집무실에 들어가 윤석열, 김용현 등과 상당한 시간을 머물며 의논을 하기도 하였던 것으로 보인다. 피고인은 21:29경 대통령 집무실에 2차로 들어가 윤석열에게 국무회의 정족수를 채워야 한다고 말하였고, 이후 21:35경 대접견실로 돌아와 김용현 등과 추가 소집한 국무위원의 도착 상황을 공유하다가 21:37경 대통령실로 오고 있는 [redacted]에게 전화하여 신속한 도착을 재촉하였을 뿐 비상계엄 선포와 관련한 언급은 전혀 하지 않았다. 이와 같은 상황이 비상계엄 선포를 늦추는 결과를 가져온 면은 있지만, 결국 정족수가 충족되기만 하면 윤석열로서는 그 즉시 국무회의의 절차적 외관을 갖춘 채 비상계엄을 선포할 의사였고 실제 그렇게 하였던 이상, 약간의 지연 효과가 국헌문란 목적의 판단을 좌우할 요소는 되지 못한다.

(3) 추가 소집된 국무위원 중 [redacted]과 [redacted]이 22:05경 도착하여 비상계엄 선포에 대한 반대 의사를 표명하였고, 그중 [redacted]은 집무실로 들어가 윤석열을 만류하였다가 윤석열로부터 '준비가 다 되어 있어 안 된다'는 취지의 말을 듣고 대접견실로 나와 이를 피고인에게 전하는 등 일부 반대의 흐름도 개진되었다. 그러나 그 후에는 더 이상의 뚜렷한 반대행동이 없었고, 김용현도 22:13경 '돌이킬 수 없다'는 취지로 말하는 등의 침체된 침묵의 분위기 속에서 [redacted](22:03 도착) 등 다른 국무위원들은 비상계엄 선포에 관한 별다른 의견을 제시하지 않았다. 이로써 피고인이 당초 예상했던 대로 국무회의가 비상계엄의 절차적 외관만을 갖추는 데 그칠 가능성이 명백해졌음에도, 피고인은 [redacted]가 도착하여(22:16) 정족수가 충족될 때까지 별다른 언행을 보이지 않았다.

(4) 그 후 22:16경 국무회의 의사정족수가 충족되고 약 2분여 동안 윤석열의 일방적인 발언이 있은 후 곧바로 비상계엄 선포가 이루어졌다. 피고인은 막상 국무회의 정족수가 갖추어졌을 때에도 의안 설명이나 의견 개진을 요청하는 등 국무회의 심의를 실질적으로 진행하기 위한 아무런 발언이나 행동을 하지 않은 채 윤석열에 의해 위와 같이 국무회의가 형해화되는 상황을 지켜보기만 하였다.

(5) 나아가 피고인은 윤석열의 비상계엄 선포 이후에도 당시 참석한 국무위원들로부터 관련 문건에 서명을 받으려고 하는 등 비상계엄 선포의 절차적 정당성을 갖추려고 노력하였을 뿐 아니라, 국무위원들이 해산하고 난 이후에도 대접견실에 [redacted]과 단둘이 남아 16분가량 윤석열로부터 받은 문건의 내용, 단전·단수 조치 등에 대하여 대화를 나누기도 하였다.

(6) 이러한 모든 사정을 전체적으로 고려하여 볼 때, 피고인이 1차 집무실 입실 무렵에는 '위헌적인 비상계엄을 막아야 한다'는 당위적 측면에서 윤석열에게 비상계엄에 대한 우려를 표명하였을 수는 있으나 윤석열의 비상계엄에 대한 의사가 확고함을 확인하고 국군통수권자인 윤석열이 국방부장관 등과 합세하여 일으키는 친위 쿠데타의 성공 가능성을 염두에 두고 이를 위해 정상적인 국무회의 심의를 거친 것 같은 외관을 형성하고자 국무회의 심의를 건의한 것이고, 그렇기 때문에 피고인은 비상계엄이 선포되자마자 별다른 주저 없이 바로 참석 국무위원들에 대한 서명을 종용하고, [redacted]과 단전·단수 조치 등 지시 이행방안을 논의하는 등의 후행 행위로 나아갈 수 있었다고 보는 것이 자연스럽다.

(7) 국헌문란 목적은 피고인이 이를 자백하지 않는 이상 외부적으로 드러난 피고인의 행위와 그 경위 등 간접사실 또는 정황사실을 종합하여 판단할 수밖에 없다(위 대

법원 2014도10978 전원합의체 판결 등 참조). 이 사건에서 피고인이 국무회의 심의를 건의한 이후 소집된 국무위원들로 하여금 의견을 개진하게 하거나 이들로부터 반대 의견을 수렴하는 등으로 실질적인 국무회의 운영을 위한 조치를 전혀 취하지 않았다는 사정은, 피고인의 행위가 '국무회의 심의'라는 절차적 외관만을 갖추기 위한 것이었음을 추단하게 하는 간접사실 또는 정황사실 중 하나로 충분히 평가될 수 있다. 다수의견은 이와 관련하여, 피고인에 대한 공소사실 중 '부작위로 인한 비상계엄 선포 전 국무회의 심의 외관 형성 부분'이 무죄로 판단된 이상, 피고인이 국무회의의 실질적 심의를 위한 조치를 하지 않은 부분을 들어 국헌문란 목적을 인정하는 근거로 삼을 수 없다는 취지의 주장을 하나, '부작위로 인한 비상계엄 선포 전 국무회의 심의 외관 형성 부분'이 앞서 본 바와 같이 무죄로 판단되었다 하더라도, 작위범인 이 부분 공소사실의 판단에서 피고인의 위와 같은 부작위를 국헌문란 목적 유무를 판단하기 위한 간접사실 또는 정황사실로 평가하는 것은 여전히 가능하고 또한 필수적이기도 하다. 이러한 간접사실 또는 정황사실이 아니면 국무회의 심의를 건의할 당시 피고인의 내심에 있는 '목적'을 판단할 수 있는 자료는 거의 없기 때문이다.

4) 군 병력에 의한 국회 권능행사 정지에 관한 피고인의 인식과 의사

피고인이 위와 같이 이 사건 비상계엄의 위헌·위법성을 인식한 상태에서 국무회의 심의 절차를 갖추려고 한 것과 관련하여, 장차 비상계엄이 선포될 경우 국무회의 심의 절차의 외관을 통해 병력을 동원하여 국회의 권능행사를 강압적으로 정지시키는 데 기여하게 되는 결과가 된다는 것을 용인하는 의사 역시 있었다고 보인다.

가) 헌법 제77조 제1항, 제3항에 따른 계엄은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요

가 있을 때에 발령되는 것으로서, 그 본질상 군 병력의 동원을 전제로 하는 제도이다. 피고인은 이 사건 비상계엄 전 이미 국회에서 '윤석열이 비상계엄 선포 후 국회의원을 체포·구금하여 국회의 비상계엄 해제 요구를 저지하려는 것 아니냐'는 취지의 의혹 관련 질의에 답변하였으므로, 적어도 비상계엄이 선포될 경우 군 병력이 동원되어 국회의원들에 대한 체포·구금 등 강제력을 행사하여 국회의 권능행사를 정지하려 할 것이라는 점은 예상할 수 있었다.

나) 윤석열과 김용현은 비상계엄 선포 후 군과 경찰을 동원하여 국회의사당을 봉쇄·장악하고 비상계엄 해제요구안 의결을 저지하는 등 국회를 무력화하기로 계획하였다. 실제로 윤석열은 비상계엄 선포 후 무장 군인과 경찰공무원을 동원하여 국회의사당 등을 점거하거나 출입을 통제하였고, 국회와 정당의 활동 등을 금지하는 포고령도 발령되었다. 앞서 본 바와 같이 포고령에는 그 외에도 포고령 위반자를 영장 없이 체포·구금·압수수색 할 수 있다는 등의 내용이 기재되어 있었고, 피고인은 비상계엄 선포 전 대통령 집무실에서 이러한 포고령을 교부받아 그 내용을 파악하였으므로, 비상계엄이 선포되는 경우 윤석열이 군 병력을 동원하여 국회의 권능행사를 불가능하게 하는 등의 조치를 할 것임을 예상하거나 알 수 있었다.

다) 한편, 피고인은 21:52경 대접견실에서 '군대가 이미 대기하고 있는지'를 묻는 ■■■에게 김용현이 그렇다고 대답하는 것을 지켜보았다. 이와 같이 피고인은 군대가 대기하고 있다는 취지의 말을 들은 후에도 그 구체적인 내용을 확인하는 등의 반응을 보이지 않았고, 별다른 변화 없이 이전과 마찬가지로 국무회의 심의의 외관을 갖추는 데 계속 관여하였으며, 나아가 선포 후에는 참석 국무위원들에게 서명을 요구하였고, ■■■■■과 국회 등 주요 기관의 봉쇄 및 특정 언론사 단전·단수 지시의 이행방안을 논

의하였다.

5) 비상계엄 선포 전후 국헌문란 목적에 관한 피고인의 지향 및 용인의 연속성과 단일함

가) 비상계엄 선포 전 국무회의 소집 건의와 의사정족수 충족 관여(제1 행위), 비상계엄 선포 후 참석 국무위원들에 대한 서명 종용(제2 행위) 및 [redacted]과의 주요 기관 봉쇄 계획 및 단전·단수 조치 지시의 이행방안 논의(제3 행위)는 모두 비상계엄의 선포와 실행을 둘러싼 연속된 시간 속에서, 피고인이 같은 장소에 모인 대통령과 국무위원들을 상대로 국무총리로서 국무회의 심의 절차 진행 등으로 대통령을 보좌하는 공통된 목적을 위한 업무수행의 형태로 행한 일련의 것이다. 제1 행위와 제2 행위는 모두 비상계엄 선포에 대한 국무회의 심의 외관 형성과 절차적 정당성 확보라는 목적을 같이하는 행위이다. 제3 행위는 그 직후에 이루어진 것으로서 비상계엄과 포고령의 핵심적인 내용을 실행에 옮기기 위한 것이다. 이러한 피고인의 관여는 비상계엄의 절차적 외관을 갖추는 단계에서 이를 사후적으로 뒷받침하고 구체적인 실행조치를 협의하는 단계로 자연스럽게 발전하며 이어졌다.

나) 이러한 제1~3 행위에 국헌문란 목적이 존재하는지 여부는, 피고인이 이 사건 비상계엄 당일 대통령실에 최초 도착한 때부터 비상계엄 해제요구 결의가 이루어질 때까지 연속적으로 이루어진 구체적인 행위의 내용, 각 행위에서 동기의 변화가 있는지, 시간의 경과에 따라 피고인이 인식한 내용과 예상한 결과 등에 차이가 있는지, 각 행위를 통해 달성하려 한 구체적 목표에 공통점이 있는지 등을 전체적으로 살펴 판단하여야 한다.

다) 다수의견은 제1~3 행위를 비상계엄의 선포 시점을 기준으로 구별하여 그 전후로

국헌문란 목적의 유무에 관한 판단을 달리함으로써 제1 행위만을 무죄 취지로 판단하고, 제2, 3 행위는 유죄 취지로 판단하였다. 그러나 제1~3 행위는 피고인이 동일한 목적을 유지한 채 시간적, 장소적으로 연속된 흐름 속에서 수행한 일련의 행위로서 이 사건 비상계엄이 현실화되는 과정에 따라 관여의 방식과 구체성이 더 뚜렷해졌을 뿐이라고 보는 것이 타당함에도, 비상계엄 선포를 전후하여 서로 다른 목적의 행위로 단절된다고 보는 것은 지나치게 작위적인데다 범의나 목적 여부는 범행 전후의 객관적 사정까지 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다는 대법원 판례와도 동떨어진 것이어서 수긍하기 어렵다. 그 선포 전에는 국헌문란 목적이 없었으나 선포 후에는 그러한 목적이 있었다고 평가하려면 위와 같은 일련의 흐름 속에서 피고인의 인식과 의사가 완전히 달라졌다고 볼 명확한 근거나 계기가 확인되어야 한다. 무엇보다 비상계엄 선포 직전까지는 국헌문란 목적 없이 헌법상 직무를 이행하는 '절차 수호자'였다가 선포 직후부터는 '내란 가담자'로서 국헌문란 목적을 가지고 있었다고 평가하기 위해서는, 그 사이 피고인의 인식이나 의사에 있어 어떠한 변화나 계기가 있었는지를 뒷받침하는 구체적인 사정이 제시되어야 한다. 그러나 관련 증거들에서 확인되는 피고인의 일련의 행위 경과에서는 그러한 변화를 설득력 있게 설명할 만한 계기를 찾을 수 없다. 특히 제1 행위와 제2 행위는 국무회의 심의의 외관 형성이라는 행위의 동기가 동일할 뿐만 아니라, 국무위원들의 서명은 국무회의 종료 후에 이를 마무리하는 후속행위로서 국무회의 건의 당시부터 이미 예정된 것으로 볼 여지가 있다는 점에서 더욱 그러하다.

라) 국헌문란 목적을 가지고 있었는지 여부는 기본적으로 사실인정의 문제로 사실심 법원의 자유판단에 속하고, 대법원도 국헌문란 목적이 있었는지 여부는 피고인들이 이를 자백하지 않는 이상 외부적으로 드러난 피고인들의 행위와 그 행위에 이르게 된 경

위 등 사물의 성질상 그와 관련성 있는 간접사실 또는 정황사실을 종합하여 판단하여야 한다고 하고 있다(위 대법원 2014도10978 전원합의체 판결 등 참조).

원심은 구체적 판단에서 '피고인이 윤석열 등의 내란행위에 가담하기로 결의하여 형식적으로나마 의사정족수를 채운 국무회의 심의를 거칠 것을 건의하는 등의 가담행위를 하였다'고 인정된다고 하면서 피고인에게 국헌문란 목적이 인정된다는 취지로 판단하였는바, 목적에 관한 추가 법리를 적용한 것은 아니지만 고의 외에 요구되는 초과주관적 구성요건 요소로서 인식적 요소와 의지적 요소를 모두 포함하는 국헌문란 목적의 독자적 의미를 충분히 고려하여 세심한 사실인정을 통해 구체적 사정을 충분히 파악함으로써 국헌문란 목적을 인정한 것으로 보인다. 그럼에도 다수의견이 목적에 관한 추가 법리를 들어 원심과 달리 이 부분 공소사실과 관련하여 국헌문란 목적을 부정하는 것은, 결국 원심의 판단에 이른 사실인정이 잘못되었다는 내용으로서 실질적으로 사실심 법원의 자유판단에 속하는 원심의 증거 선택과 증명력에 관한 판단을 다투는 것에 다름 아니다. 또한 이처럼 사실상 같은 정황을 달리 평가할 여지가 있다는 이유만으로 원심의 판단을 배척하는 것은 자유심증주의의 한계 안에서 이루어진 사실심의 판단을 존중하여 온 대법원의 기존 태도에 부합하지 않고, 향후 유사한 사건을 심리하는 사실심 법원에도 혼란을 줄 수 있다.

6) 형법의 행위규범성 측면에서 이 부분 공소사실에 대한 규범적 평가의 문제

다수의견은 형법의 행위규범적 측면을 부각시키며 이 부분 공소사실에 관하여 피고인에게 국헌문란 목적이 있었다고 볼 수 없다는 논거 중 하나로 '형식적인 정족수만 채운 채 국무회의가 소집되어 실질적 심의가 이루어지지 않았다는 등의 사후적 사정을 근거로 삼아 국헌문란 목적을 쉽사리 인정할 경우, 향후 유사한 상황에 처한 사람이

내란죄의 책임을 피하기 위해 오히려 국무회의 심의 건의를 하지 않아야 한다는 잘못된 행위 지침을 제공하게 된다'는 점도 들고 있다.

그러나 제1심이나 원심이 '국무총리에게 위헌적인 비상계엄을 선포하려는 대통령에게 비상계엄 선포 전 국무회의 심의를 거칠 것을 건의해서는 안 된다'는 지침을 주거나 선언을 한 바 없고, '피고인이 부인할 경우 범의 등은 범행 전후의 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다'는 확립된 대법원 판례에 따라 제1 행위 당시에 피고인의 국헌문란 목적을 인정할 수 있다고 판단한 것일 뿐이라는 점에서 위와 같은 지적은 타당하지 않다. 이는 일련의 행위로 평가되어야 할 제1~3 행위를 하나의 규범평가 대상으로 보지 않고 비상계엄 선포 전과 후로 나누어 제1 행위만을 규범평가 대상으로 한정해서 본 데서 비롯된 오해로 보일 뿐이다. 다시 말하면, 만일 피고인이 윤석열로부터 비상계엄 선포에 관한 계획을 듣고 국무회의 심의 절차 진행을 건의하였다고 하더라도, 이후 진행된 상황 속에서 제2, 3의 행위로 나아가지 않았다면, 피고인에게 국헌문란 목적이 있는지 그 내심을 평가할 수 있는 간접사실이나 정황사실의 부족으로 피고인의 행위에 대한 형사적 책임을 물을 수 없었을 것이다.

오히려 피고인의 이 사건 비상계엄 선포를 전후한 제1~3 행위 전체를 바라보는 다수의견의 위와 같은 견해야말로, 대통령의 행위에 의해 민주주의 헌법정신이 파괴될 위험성을 목전에 둔 절체절명의 상황에서 그를 보좌하여 헌법정신을 수호할 책무를 부담하는 국무총리가 이를 이행하지 않은 채 제1~3 행위를 통해 국헌문란 목적으로 대통령의 내란행위에 동조·가담하는 행위를 하였음이 명백함에도, 초반의 행위를 따로 떼어내어 그에게 면죄부를 주는 논리에 다름 아니다.

바. 보론: 목적에 관한 추가 법리를 통하여 내란죄 등 목적범에서 '목적'의 인정 요건

을 제한할 필요성

1) 형법에서는 명예훼손죄의 타인을 비방할 목적, 준강도죄의 체포를 면탈할 목적, 문서위조죄의 행사할 목적, 모해위증죄의 모해할 목적 등 다양한 유형의 목적범을 규율하고 있다. 내란죄의 국헌문란 목적도 그중 하나이다. 그외 특별법 상 목적범도 다양한데, 그중 국가보안법 제7조 제3항, 제5항에서 규정하는 이적단체가입죄, 이적표현물소지죄 등이 대표적이다. 이 죄는 국가보안법 제7조 제1항의 이적행위를 목적으로 하는 단체의 구성 또는 가입행위(제3항)와 제1항, 제3항 또는 제4항의 이적행위를 목적으로 하는 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득하는 행위(제5항)를 처벌하는 내용으로서 목적범에 해당한다. 그동안 선례는 이러한 다양한 양태의 목적범을 합리적으로 규율하기 위하여 그 입법목적과 보호법익, 객관적 구성요건을 이루는 행위태양과 목적의 관련성 등을 종합적으로 고려하여, 각각의 목적범에 따라 범죄 성립에 요구되는 목적의 인정 범위를 판단하기 위한 법리를 발전시켜 왔다. 이는 초과주관적 구성요건 요소인 목적이라는 요소를 개별 범죄의 특성에 맞게 파악하기 위한 것이면서도, 그 목적의 인정 범위에 인식적 요소와 의지적 요소를 어느 만큼 요구할 것인지에 관하여 개별 목적범 사이에 상당한 편차를 발생시키는 결과를 가져왔다. 특히 이 사건과 같은 내란죄나 국가보안법상 이적단체구성죄, 이적표현물소지죄 등에서 '국헌문란 목적'이나 '반국가단체나 그 구성원을 이롭게 하는 목적', 즉 이적목적 등의 판단기준으로 인식적 요소만을 지나치게 강조하여 온 부분에 대한 비판이 이루어져 온 것 또한 사실이다.

2) 예를 들어 국가보안법상 이적표현물소지죄에서 이적목적의 인정 기준에 관한 법리를 본다. 종래 대법원은 1992. 3. 31. 선고 90도2033 전원합의체 판결 등을 통해 이

적표현물임을 인식하면서 취득·소지 또는 제작·반포하였다면 그 행위자에게는 위 표현물의 내용과 같은 이적행위를 할 목적이 있는 것으로 추정된다는 취지로 판시하여 오다가, 대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결에서, 이적표현물임을 인식하고 행위를 한 것으로부터 이적행위 목적을 추정할 수 있다고 본 것은 부당하다는 입장을 취하고 그와 같은 취지로 판시한 종전 대법원 판결들을 변경하였다. 나아가 위 대법원 2010도1189 전원합의체 판결은 행위자에게 이적행위 목적이 있음을 증명할 직접증거가 없는 때에는 표현물의 이적성의 징표가 되는 여러 사정들에 더하여 다양한 간접사실을 종합적으로 고려하여 이를 판단할 수 있다고 하였다. 한편, 위 대법원 2010도1189 전원합의체 판결의 대법관 박시환, 대법관 김지형, 대법관 이홍훈, 대법관 전수안의 반대의견은, 이적행위의 가능성에 대한 인식 또는 미필적 인식이 있다는 점이 인정(추정이 아님)되면 목적 요건을 충족한다는 부분의 법리를 그대로 유지하는 것인지에 대하여 다수의견이 견해를 명확하게 제시하지 않은 점을 비판하며, 국가보안법 제7조 제5항이 규정하는 행위는 모두 사상의 표현행위에 해당하므로 이를 금지하고 처벌하기 위해서는 명백·현존하는 위험을 구체적으로 유발시킬 목적이나 의도를 가지고 있다는 점을 엄격하게 증명하여야 한다고 하였다.

3) 목적범에서 목적으로 규정된 효과 발생의 가능성에 대한 (미필적) 인식이 있으면 바로 그 목적의 존재를 인정할 수 있다고 해석하는 것과 그 인식에서 더 나아가서 그 실현을 지향하면서 최소한 그러한 결과를 용인하려는 정도의 의사가 있을 때에만 목적의 존재를 인정할 수 있다고 해석하는 것 사이에는, 그 목적의 존재를 인정하기 위하여 필요한 증명의 정도 등에서 실질적인 차이가 있을 수 있으므로, 목적에 관한 추가 법리는 목적범의 구성요건 요소의 명확성을 강화하는 긍정적인 결과를 가져온다.

목적에 관한 추가 법리는 목적이 고의와 구별되는 독자적인 주관적 요건임을 분명히 하려는 취지에 기초한 것이므로, 그 적용이 내란죄의 국헌문란 목적에만 한정되는 것은 아니다. 특히 내란죄의 국헌문란 목적과 국가보안법상 이적표현물소지죄에서 이적목적은 그 목적의 구체적 내용 및 규정 형식, 보호법익이나 입법목적 등에서 상당한 유사성을 가지고 있으므로, 내란죄에서 구체화된 목적에 관한 추가 법리는 국가보안법에 목적범으로 규정된 이적표현물에 관한 죄에 있어서도 마찬가지로 적용되어야 한다. 즉, 이적표현물을 취득·소지·반포·판매하는 경우 이적목적을 인정하기 위하여 그것이 이적행위가 될 수도 있다는 가능성을 (미필적으로) 인식하는 것에 더하여 그 이적의 실현을 지향하면서 그러한 결과 발생을 용인하는 것까지 엄격하게 증명되어야 한다.

사. 결론

1) 이 사건이 갖는 역사적 의미는 매우 크다. 우리 헌정사에서는 최고 권력자 또는 신흥 군부 세력이 국가적 위기 극복을 위하여 헌법이 마련한 제도인 비상계엄을 자신의 권력을 연장하고자 군대를 동원한 친위 쿠데타 등의 수단으로 악용한 사례가 반복되어 왔다. 그로 인하여 민주주의 제도가 정지·후퇴하고 헌법상 주요 기본권이 장기간 제한·침해되는 등 우리 국민이 겪어온 피해는 이루 말할 수 없다. 성공한 쿠데타의 특성으로 말미암아 내란행위를 주도한 자에 대한 처벌과 역사적 단죄는 늘 오랜 시간이 흐른 뒤에야 이루어졌고, 이를 통한 민주주의의 제도나 국민의 기본권의 회복·성장은 더뎠다. 그러한 연유로 내란행위에 대한 역사적 단죄 과정에서 내란행위를 주도한 최고 권력자 또는 신흥 군부 세력의 주변에서 그들의 의지에 동조하여 내란행위에 가담한 고위 공무원들의 윤리적·형사적 책임을 물은 사례는 찾아보기 어렵다.

내란행위에 동조·가담한 고위 공무원들은 헌법과 법률에 따라 주어진 자신의 공적 권한을 헌법을 수호하는 데 사용하지 않고 내란행위에 가담하는 수단으로 삼아 악용하여 친위 쿠데타 등의 실행과 집권세력의 권력 유지를 돕는다는 특성이 있다. 내란행위를 주도한 자의 그림자로서 그들의 의지를 충실히 뒷받침하여 비상계엄을 실행한 가담자 또는 동조자로서의 고위 공무원들이 없었다면, 친위 쿠데타는 성공하거나 유지될 수 없었다. 한나 아렌트가 말한 '악의 평범성'까지 꺼내 오지 않더라도, 이들의 동조·가담 행위가 가지는 민주주의에 대한 해악과 위험은 말로 헤아릴 수 없다. 이들의 내란에 대한 동조·가담 행위는 단지 윤리적 문제에 그치는 것이 아니라 법적 책임의 추궁까지 필요한 것임에도 그 단죄가 쉽지 않다. 이들은 원래 정해진 제도와 절차에 따라 주어진 권한을 남용하여 권력자의 그림자로서 은밀하게 움직이는 경우가 많아 쉽게 은폐되고 시민들의 눈에 잘 포착되지 않는다. 또한 내란행위자의 집권이 유지되는 긴 시간 동안 고위 공무원들의 은폐되었던 내란가담 행위에 대한 증거들은 인멸되고 소실되기 때문이기도 하다.

2) 이 사건은 어쩌면 그러한 사안의 하나일 수 있다. 피고인은 국무총리로서 윤석열의 위헌·위법한 비상계엄 선포와 포고령 발령을 통한 국회 권능 침탈과 국민의 기본권 침해를 막아야 할 헌법상 책무가 있었음에도 이를 방기하고, 오히려 헌법수호를 위해 국무회의 소집과 심의 절차에 관하여 헌법과 법률이 부여한 권한 등을 남용하여 윤석열의 내란행위를 도왔다. 그럼에도 이 사건 비상계엄이 해제된 이후 상당한 시간 동안 피고인의 이러한 행적은 밖으로 드러나지 않았다. 위 헌법재판소 2024헌나9 결정에서, 피고인이 국무위원들의 의견을 물어보고자 국무회의 소집을 건의한 사실은 인정되나 더 나아가 비상계엄 선포의 정당성을 부여하기 위하여 국무회의 소집을 건의하는

등 적극적 행위를 하였음을 인정할 만한 증거 등이 없다는 취지로 판단하였던 것도, 그와 같이 은폐된 그림자의 특성이 반영된 결과일 뿐이다. 그 후 용산 대통령실에 대하여 이루어진 수사절차에서 대접견실의 CCTV 영상이 추가 증거로 확보되면서 내란행위 가담자로서 은밀하게 이루어진 피고인의 행적이 드디어 드러나게 되었다. 이와 같이 피고인의 내란에 대한 동조·가담 행위를 단죄할 수 있게 된 것은, 오로지 이 사건 비상계엄이 선포된 그날 밤 국회의사당에 난입한 무장한 군 병력 앞으로 달려가 맨몸으로 이들을 가로막으며 이 사건 비상계엄의 위헌·위법성과 민주주의의 가치를 절박하게 외친 시민들의 헌법 수호 의지와 용기, 이에 소극적인 임무수행으로 응답함으로써 추가적인 피해의 발생을 줄인 군인들 덕분에 국회의 비상계엄 해제 결의가 적시에 이루어지게 되었고, 그에 따른 후속 조치로 내란행위 주도자와 가담자에 대한 형사적 책임을 추궁하는 절차가 늦지 않게 진행되면서, 접견실의 CCTV 영상 등 피고인을 비롯한 내란행위 가담자들의 그간 변명과 일치하지 않는 그들의 행적을 밝혀주는 추가 증거를 확보할 수 있었기 때문이다.

이 사건은 최고 권력자의 친위 쿠데타로서 이루어지는 내란행위에서 이에 동조·가담한 고위 공무원이 자신에게 주어진 권한을 남용하여 내란행위를 돕는 일련의 행위를 한 사안이다. 내란행위가 드리운 그림자의 실체를 다루는 것인 만큼 어렵고 예민한 이 작업에서, 반대의견은 최고 권력자의 내란행위에 동조·가담한 고위 공무원에 대한 단죄가 갖는 역사적 의미와 중요성을 염두에 두면서, 윤석열의 내란행위 초반에 연속적으로 이루어진 피고인의 행위에서, 어디까지가 윤리적 책임 대상이고 어디부터 형사적 책임 대상인지를 묻고, 이에 충실히 대답하는 것이 대법원의 중대한 사명임을 인식하고, 그 경계를 명확히 제시하고자 하였다.

3) 원심이 판시와 같은 이유로, 피고인은 윤석열이 이 사건 비상계엄을 선포함에 있어 형식적으로 국무회의 의사정족수를 채워 국무회의 심의를 거친 것처럼 외관을 형성하는 방법으로 윤석열 등의 내란행위에 있어 중요한 임무에 종사하였다는 이 부분 공소사실에 대하여 피고인에게 국헌을 문란하게 할 목적 등이 인정된다고 보아 유죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 국헌문란 목적 등에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다. 결국 피고인의 상고이유는 모두 받아들일 수 없고, 특별검사와 피고인의 상고는 모두 기각되어야 한다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝힌다.

재판장 대법원장 조희대 _____

대법관 천대엽 _____

주 심 대법관 오경미 _____

대법관 오석준 _____

대법관 서경환 _____

대법관 권영준 _____

대법관 엄상필 _____

대법관 신숙희 _____

대법관 박영재 _____

대법관 이숙연 _____

대법관 마용주 _____

대법관 김성수 _____