

# [의견서]

## 박근혜 대통령 탄핵소추 관련 검토

2016. 11. 26.

민주사회를 위한 변호사모임

박근혜정권퇴진 및 헌정질서 회복 특별위원회

### <목 차>

I. 서 론 - 대통령 탄핵소추를 앞두고	3
II. 탄핵소추의 핵심사유 - 대통령 박근혜의 주요한 헌법위반의 점	4
1. 민주공화국 원리 및 국민주권주의 위반	5
2. 대의제 원칙 위반	6
3. 법치주의 원리 위반	6
III. 대통령 박근혜의 위법 행위 - 탄핵사유의 구체적 사실관계 및 법률위반의 점	8
1. 미르재단·케이스포츠재단 설립 관련 자금 모집 행위	8
가. 주요 사실	8
나. 검찰의 기소 - 대통령이 직권남용, 강요죄의 공동정범	8
다. 대통령의 행위는 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(뇌물)죄의 공동정범에 해당한다	9
라. 제3자 뇌물제공죄(특가법상뇌물죄)가 탄핵소추 발의안에 포함되어야 한다.	12
2. 재단 설립 후 추가적으로 자금 모집 행위	14
가. 롯데가 케이스포츠재단에 70억원을 지원한 행위	14
나. 부영이 케이스포츠재단에 70억원을 지원하도록 요구 및 약속한 행위	15

다. 삼성이 재단에 204억원을 출연한 외에 별도로 최순실의 회사에 280만 유로(한화 약 35억원)를 지원하도록 한 행위	16
라. CJ가 재단에 13억원을 출연한 외에 별도로 차은택의 문화창조융합벨트 사업에 투자하도록 한 행위	19
3. 권력을 남용하여 최순실, 차은택 등에게 특혜와 이권을 준 행위	20
가. 특정 기업으로 하여금 최순실, 차은택 관련 회사에게 재산적 이익을 주도록 한 행위(검찰 공소장 기재)	20
나. 설립한지 얼마 되지 않은 재단에 각종 사업 이권을 준 행위	21
4. 광고대행사 ‘포레카’ 강탈 지시 행위	22
가. 주요 사실	23
나. 법률 위반	23
5. 권한을 남용하여 공무원과 기업의 인사에 부당하게 개입한 행위	24
가. CJ 그룹 부회장을 물러나도록 지시한 행위 - 강요, 위력에 의한 업무방해	24
나. 권한을 남용하여 문체부 공무원의 인사에 개입한 행위	23
6. 청와대 문건 등 기밀을 사인(私人)인 최순실에게 유출한 행위	25
가. 주요 사실	25
나. 법률 위반	26
7. 세월호 사고 발생 당일 대통령의 직무유기	26
IV. 대통령 박근혜의 헌법 위반	28
1. 민주공화국, 국민주권주의 위배	28
2. 대의제 원리 위반	29
3. 직업공무원제도 훼손 및 공무원 임면권 남용	30
4. 문화국가원리 및 예술의 자유 침해	33
5. 국가의 기본권 보호 의무 및 재해에 처한 국민 보호의무 위반	34
6. 국민의 재산권 침해, 사유재산제도 및 시장경제질서원리 위반	37
7. 은밀한 국정 운영에 따른 행정의 공공성·침해 (부서제도 잠탈)	39

8. 정경유착에 따른 경제민주화 원칙 잠탈	41
9. 대통령의 본질적 의무 불이행	42
V. 헌법 및 법률 위반행위가 파면에 이를 정도로 중대한지 여부	43
1. 헌법과 법률 위반행위의 중대성 판단기준	43
2. 대통령 직을 유지하는 것이 더 이상 헌법수호 관점에서 용납될 수 없는지	44
3. 대통령이 국민의 신임을 배신하여 국정을 담당할 자격을 상실한 경우인지	47
VI. 결 론	50
VII. 보 론 : 몇 가지 쟁점	51
1. 탄핵소추서에 공소장 이외 위법행위를 적시할지 여부	51
2. 탄핵소추 및 탄핵심판에서의 입증전략	51
3. 국민의 지속적인 비판과 감시의 중대성	53

## I. 서 론 - 대통령 탄핵소추를 앞두고

헌정사상 최초의 국정농단 사태가 발생하고, 연일 계속되는 새로운 뉴스에 국민들은 아연실색하고 있습니다.

‘이게 나라냐’는 탄식은 백만촛불로 이어졌고, 대통령 지지율은 역대 최저치인 4%대에 이르고 있습니다.

국민들은 하루빨리 이러한 사태를 바로잡고 무너진 헌정질서를 바로잡기 위하여 박근혜 대통령에게 하야나 퇴진을 요구하고 있으나, 아직까지도 대통령은 ‘내가 뭘 잘못했냐’는 태도로 청와대에서 ‘농성’을 계속하고 있습니다. 또한 여기에 빌붙은 일부 정치인들은 마녀사냥 운운하면서 동조하고 있습니다.

이제 부득이 남은 최후 수단으로 헌법과 법률에 따라 대통령을 탄핵하는 절차에 돌입할 수밖에 없습니다. 미국의 닉슨 대통령이 의회에서 탄핵절차에 들어가자 더 이상의 국정혼란과 국력의 낭비를 막기 위해 스스로 퇴진을 결심했듯이 박근혜 대통령이 국민의 뜻을 잘 헤아려 탄핵절차 시작 전이나 진행 도중에라도 스스로 퇴진하는 것이 국민의 신뢰를 받고 취임한 대통령의 최소한의 도리라고 할 것입니다.

이제 국회와 헌법재판소는 헌법이 정한 절차에 따라 대통령을 파면하는 절차를 단호하게, 확고하게 진행함으로써 국민주권주의를 이 땅에 실질적으로 구현하고, 아래로부터 시작된 ‘시민혁명’을 완수할 의무가 있습니다. “박근혜는 퇴진하라, 국민의 명령이다”는 전국 방방곡곡의 구호는 이제 두 헌법기관에게는 “박근혜를 탄핵하라, 국민의 명령이다”는 구호로 적용되어야 합니다.

만약 이러한 국민의 명령을 거부하는 국회의원이거나 헌법재판관이 있다면, 눈을 부릅뜨고 지켜보고 있는 주권자인 국민이 직접 심판할 것입니다. 국민은 대통령에게도, 국회의원에게도, 헌법재판관에게도 오직 국민의 명령에 따라

이 나라를 경영하라고 권한을 위임해 주었을 뿐입니다. 그러한 뜻에 따르지 않는 부적격한 대통령, 부적격한 국회의원이 있다면 국민이 부득이 직접 소환하고 그 자리에서 끌어내릴 수밖에 없는 것입니다.

법률가로 구성된 우리 모임에서는 대통령 탄핵절차를 앞두고, 이에 일조하고자 하는 일념에서 박근혜 대통령에게 어떠한 탄핵사유가 있는지에 대해 구체적으로 검토하는 의견서를 제출합니다. 아래 의견서가 탄핵소추서의 형식을 갖춘 초안은 아닐지라도, 탄핵소추서를 작성하고, 향후 탄핵절차를 진행함에 있어서 도움되기를 바랍니다.

## II. 탄핵소추의 핵심사유

### - 대통령 박근혜의 주요한 헌법위반의 점

#### 1. 민주공화국 원리 및 국민주권주의 위반

박근혜 대통령은 헌법 제1조 제1항 민주공화국 원리 및 같은 조 제2항 국민주권주의를 위반하는 행위를 했습니다.

민주공화국은 대한민국 조직의 가장 근본적 조직원리로서 (1) ‘공화국’은 군주 한 사람이 아니라 자격을 갖춘 다수 구성원들에 의해 공적 이익을 위해 국가의사가 결정되는 체제를 말하고, (2) 이러한 의사형성 과정은 ‘민주적’이어야 합니다. 따라서 민주공화국은 자격을 갖춘 국가의 대표들(국회의원, 대통령 등)에 의해 공개적 과정을 통해서 민주적으로 국가의 공적 이익을 위해 의사결정하는 국가를 의미합니다.

그런데, 박근혜 대통령은 자격도 없는 비선실세가 사적 이익을 위해 밀실에서 국정을 농단하게 허용하고 조장하였으므로 이는 결과적으로 아무런 자격

없는 특정 개인이나 집단이 권력을 독점하고 전횡한 전제주의와 하등 차이가 없고, 이러한 대통령의 행위는 헌법상 가장 근본적인 민주공화국 원리를 위반한 것입니다.

한편, 헌법상의 국민주권주의는 헌법 제1조 제2항에서 정하고 있습니다. “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.” 모든 주권은 국민에게 있고, 주권자인 국민이 선거로 뽑은 대통령은 국민이 위임한 권한을 행사할 뿐입니다. 그런데 국민에 의한 권한위임을 망각하고, 아무런 근거도 없이 개인적인 연고가 있는 제3자에게 국가의 중요한 의사결정을 맡기고, 각종 인사와 예산정책에 개입하게 하고, 국가의 중요한 기밀을 누설한 행위는 국민주권주의에 정면으로 반하는 행위입니다.

## 2. 대의제 원칙 위반

대의제 민주주의는 헌법의 기본원리에 속합니다. 대의제 민주주의를 원칙으로 하는 오늘날의 민주정치 아래에서 국민은 선거를 통해 국정에 관여하고 민주사회를 실현합니다(헌법재판소 1994. 7. 29. 93헌가4 등). 나아가 참정권을 국민의 기본권으로 보장한 헌법 제24조와 대표 중 특히 대통령에 대한 선출방법을 규정한 헌법 제67조는 선거권을 가진 국민의 직접선거로 대통령에 뽑힌 국민의 대표자만이 국민을 대신해서 국가의사나 국가정책을 의논해 결정하라는 원리입니다.

국민주권주의의 실현을 위한 구체적 방법론인 대의제는 선거에 의하여 뽑힌 대통령이 국민으로부터 위임받은 권력을 위임취지에 맞게 제대로 행사해야 합니다. 그럼에도 불구하고, 박근혜 대통령은 자신이 위임받은 권력을 개인적 연고자에게 마음대로 떠넘겨서 국가 정책을 결정하게 하고, 각종 정상외교나 국무회의 일정 등 국가의 주요한 의사결정을 맡기는 잘못을 범하였으

므로 이는 대의제 원리 위반에 해당됩니다.

### 3. 법치주의 원리 위반

“정당한 법을 통한 통치”라는 법치주의 원리는 헌법 제75조 법률유보의 원칙, 제12조 적법절차원리 제11조 법 앞의 평등의 원리, 제37조 제2항의 기본권 제한의 법률유보원칙 등을 통해 구현되고 있는 현대헌법의 기본원리입니다. 행정이 법률에 근거하여 그리고 법률에 규정된 절차에 따라 행해져야 한다는 법치행정은 이러한 법치주의 원리의 가장 본질적인 부분을 이루는 것입니다. 따라서 대통령은 모든 행정작용은 법률에 위배해서는 아니 된다는 법률우선의 원칙과 행정작용은 법률에 근거해서만 발동할 수 있고, 행정작용에 대하여 적극적으로 법적 근거가 있을 것을 요구하는 법률유보의 원칙을 준수하여야 합니다.

그런데 박근혜 대통령은 공적인 행정기구와 행정절차가 아닌 최순실, 차은택 등을 비롯한 비선조직들에게 군사상, 외교상, 공무상의 기밀을 전달하여 비선조직을 통해 국정방향을 논의하고, 이러한 비선조직들은 대통령이 헌법을 위반하여 부여한 권력에 편승하여 대통령 연설물의 작성이나 재단의 설립 등의 구체적인 정책결정에 관여하였습니다. 심지어 비선조직들은 자신들에게 우호적이지 않은 문화체육부 공무원들을 좌천시키거나 사임하도록 하고 자신들에 우호적인 인사를 문화체육부의 장관과 차관에 임명하도록 하는 등 행정기관의 인사에까지 개입하는 등 국정을 농단하여 법치주의원리를 위반한 것입니다.

이하에서는 박근혜 대통령의 위법행위와 개별적 헌법위반사항에 대해 하나 하나 구체적으로 검토해 보고자 합니다.

### III. 대통령 박근혜의 위법 행위

#### - 탄핵사유의 구체적 사실관계 및 법률위반의 점

#### 1. 미르재단·케이스포츠재단 설립 관련 자금 모집 행위

##### 가. 주요 사실<sup>1)</sup>

- (1) 대통령은 비선 실세인 최순실이 사실상 소유하는 재단을 만들기로 하고, 이에 따라 안중범 전 청와대 정책조정 수석, 최순실과 공모하여,
- (2) 2015. 7. 24-25. 7개 대기업 대표를 단독면담하고, 안중범에게 지시하여 전경련 상근부회장 이승철에게 재단 설립 추진을 위하여 전경련 소속 대기업에게 출연을 하도록 하고, 최순실이 재단 명칭을 ‘미르’로 하고 그 밖에 임원진, 조직표, 임원진 등을 마련하여 대통령에게 전달하면 대통령이 이를 안중범에게 지시하고, 10. 27. 재단 설립을 위하여 마치 출연 기업 임원들이 재단 이사장 등을 추천한 것처럼 작성된 창립총회 회의록에 법인 인감 날인을 받고 설립허가 서류에 하자가 있음에도 불구하고 문체부 공무원으로 하여금 비정상적인 설립허가 절차를 밟도록 하는 방식으로, 16개 그룹으로부터 2015. 11.경부터 2015. 12.경까지 486억 원의 재단 출연금을 받고,
- (3) 위와 동일한 방식으로 케이스포츠재단을 설립하기로 마음먹고 최순실, 안중범과 공모하여 16개 그룹으로부터 2016. 2.경부터 2016. 8.경까지 재단 출연금으로 288억 원을 출연 받아, 합계 774억 원을 출연 받았습니다.

##### 나. 검찰의 기소 - 대통령이 직권남용, 강요죄의 공동정범

1) 세부내용은 검찰의 2016. 11. 20.자 최서원(개명전 최순실, 이하 ‘최순실’로 통칭함) 등 3인에 대한 공소장 참조



검찰은 위 행위에 대하여 2016. 11. 20. 최순실, 안종범을 기소한 공소장(이하 “공소장”)에서 아래와 같이 대통령이 최순실, 안종범과 형법상 직권남용죄<sup>2)</sup>와 강요죄<sup>3)</sup>의 공동정범이라고 판단하였습니다.

“피고인 최순실, 피고인 안종범은 대통령과 공모하여 대통령의 직권과 경제수석비서관의 직권을 남용(직권남용)함과 동시에 이에 두려움을 느낀 피해자 전경련 임직원, 기업체 대표 및 담당 임원 등으로 하여금 486억 원의 금원을 출연하도록 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다.”(공소장 제11면)

#### **다. 대통령의 행위는 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(뇌물)죄의 공동정범에 해당한다**

전두환, 노태우 전(前)대통령의 비자금 사건에서 대법원은 “뇌물은 대통령의 직무에 관하여 공여되거나 수수된 것으로 족하고 개개의 직무행위와 대가적 관계에 있을 필요가 없으며, 그 직무행위가 특정된 것일 필요도 없다”(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3377 전원합의체 판결)고 하여 포괄적 뇌물죄 법리를 인정하였습니다. 대통령이 사실상 최순실과 동일한 이해를 가지고, 재단을 실질적으로 최순실과 함께 소유하거나 적어도 퇴임 후의 소유 및 실질 관여 의사로 재단을 설립한 것이라면, 이는 형법 제129조의 뇌물수수죄에 해당합니다.

대기업들이 재단의 설립을 위한 출연금을 낸 것이 대통령과 구별되는 제3자에 대한 금원 제공이라고 본다면, 위 행위는 ‘제3자 뇌물제공죄’(검찰의 죄명

2) [형법] 제123조(직권남용) 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

3) [형법] 제324조(강요) ① 폭행 또는 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무없는 일을 하게 한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

표현으로는 ‘제3자 뇌물수수죄’)에 해당합니다(수뢰액이 1억원 이상인 경우 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(이하, ‘특가법’)상 뇌물죄로서 무기징역 또는 10년 이상의 징역에 해당합니다}. 대법원은 제3자 뇌물제공죄와 관련, “형법 제130조의 제3자 뇌물공여죄에 있어서 뇌물이란 공무원의 직무에 관하여 부정한 청탁을 매개로 제3자에게 교부되는 위법 혹은 부당한 이익을 말하고, ‘부정한 청탁’이란 위법한 것뿐만 아니라 사회상규나 신의성실의 원칙에 위배되는 부당한 경우도 포함”되고, “비록 청탁의 대상이 된 직무집행 그 자체는 위법·부당한 것이 아니라 하더라도 당해 직무집행을 어떤 대가관계와 연결시켜 그 직무집행에 관한 대가의 교부를 내용으로 하는 청탁이라면 이는 의연 ‘부정한 청탁’에 해당하는 것으로 볼 수 있으며, 청탁의 대상인 직무행위의 내용도 구체적일 필요가 없고 묵시적인 의사표시라도 무방하며, 실제로 부정한 처사를 하였을 것을 요하지도 않는다”고 판시하였습니다(대법원 2007. 1. 26. 선고 2004도1632 판결).

검찰의 공소사실 및 현재까지 언론 보도 등을 통하여 아래의 사실이 확인됩니다.

- ▷ 2015. 7. 24. 대통령은 7개 그룹 총수들과 독대하였습니다. 독대 직전에 대통령이 안중범에게 지시하여 대기업들에게 ‘각 그룹의 당면 현안을 정리한 자료’를 내달라고 하였습니다. 이때 SK, CJ는 ‘오너 총수의 부재로 인해 큰 투자와 장기적 전략 수립이 어렵다’, 삼성은 ‘삼성물산과 제일모직의 합병에 헤지펀드 엘리엇의 반대가 심하다’, 현대자동차는 ‘노사 문제로 경영환경이 불확실하다’ 등의 민원사항을 제출하였습니다. 안중범은 이를 정리하여 메모하여 대통령에게 전달하였습니다.(안중범의 메모, 진술 등) 위 대통령 독대에서 CJ 손경식 회장은 사면논의가 있었고 사면을 기대하고 출연하였다고 진술한 것으로 알려졌습니다.<sup>4)</sup>
- ▷ 2015. 7.경 국민연금이 삼성물산·제일모직 합병을 찬성하였습니다(세부내용은 아래 2.항 기재 참조)
- ▷ 2015. 10. 27. 미르재단 설립일에 대통령이 경제활성법안, 5대 노동개혁법

처리 등 출연기업의 민원에 부응하는 ‘시정 연설’을 발표하였습니다.<sup>5)</sup>

- ▷ 2016. 1. 13. 대통령이 ‘대국민 담화문’ 발표{첫째, 노동 개혁법 처리, 둘째, 경제활성화를 위한 서비스발전법 및 '원샷법'(기업 활력 제고 특별법) 처리} 하고, 같은 날 전경련이 ‘민생구하기 입법 촉구 국민운동본부’ 발족하고 범국민서명운동 시작한 후 1. 18. 대통령이 ‘민생구하기 입법 촉구 국민운동’에 직접 서명하는 등 출연기업과 전경련의 요구에 부응하는 정책이 시행되었습니다.
- ▷ 2016. 2. 18. 대통령은 삼성 등 재벌과 전경련 회장이 참여한 가운데 최순실, 차은택 관련 사업 지원방안을 발표하고 다음날에 재벌 총수 몇 명을 독대하였습니다.<sup>6)</sup>
- ▷ 대통령은 2016. 2.경 SK 최태원 회장을, 3. 14. 롯데 신동빈 회장을 독대하였습니다.
- ▷ 롯데와 SK는 2015. 11.경 면세점 특허권 심사에서 탈락해 운영중이던 면세점 사업권을 상실하였는데 2016. 3. 기획재정부가 개선방안을 발표하면서 2016. 4. 관세청이 서울 시내 4곳 면세점 추가 선정 계획을 밝혔습니다.<sup>7)</sup> 이에 따라 롯데, SK가 추가 면세점 신청을 하였습니다.<sup>8)</sup>
- ▷ 위 기업들 중 재단 출연 전후로 기업들의 민원사항인 오너의 특별사면이 이루어졌습니다. 2015. 8. 13. SK 최태원 회장이 '광복절 특별사면'되고, 2016. 8. 12. 사면이 어려워보였던 CJ 이재현 회장은 '광복절 특별사면'으로 석방되었습니다.
- ▷ 대림산업은 2015. 8. 15. ‘부정당업자’에서 사면되어 입찰참가 제한에서 풀려났고, 2016. 5.경 대통령 이란 순방 이후 이란에서의 철도·댐 사업권에 관한 수조원 대의 가계약을 맺었으며, 2016. 9.경 미르재단 이사교체시 대림산업 직원 출신 2명이 이사로 선임되었습니다<sup>9)</sup>.
- ▷ 대통령 스스로 2016. 10. 20. 청와대 수석비서관회의에서‘자신이 기업인들에게 문화체육에 대한 투자확대를 당부하여 기업인들이 뜻을 모아 만들게 된 것이 두 재단이다’는 취지로 말한 것에 이어서, 2016. 10. 24. 대국민 담화에서 재단 설립이 자신의 관여 하에 진행된 것임을 시인하였습니다.

4) 대통령 CJ회장 독대서 사면 얘기 나와. KBS. 2016. 11. 17.자

5) (i) 경제 활성화법 처리 : 서비스 산업 발전 기본법(서비스발전법), 관광진흥법, 의료법, 국제 의료 지원법 처

따라서 설령 16개 그룹 전부는 아니더라도 적어도 대가성이 인정되는 기업의 출연행위는 제3자 뇌물제공죄의 ‘부정한 청탁’에 부합합니다.<sup>10)</sup>

### 라. 제3자 뇌물제공죄(특가법상 뇌물죄)가 탄핵소추 발의안에 포함되어야 한다.

헌법재판소는 사법기관으로서 원칙적으로 탄핵소추기관인 국회의 탄핵소추의결서에 기재된 소추사유에 의하여 구속을 받습니다. 따라서 헌법재판소는 탄핵소추의결서에 기재되지 아니한 소추사유를 판단의 대상으로 삼을 수 없습니다{헌법재판소 2004. 5. 14. 2004헌나1 노무현 전(前)대통령 탄핵사건}. 소추의결서에 기재되지 아니한 새로운 사실을 탄핵심판절차에서 소추위원이 임의로 추가하는 것은 허용되지 아니합니다(위 헌법재판소 결정 참조).

따라서 탄핵소추의결서에 ‘헌법 또는 법률을 위반’하였다고 주장하는 사실관계를 정확하게 기재하여야 하고, 해당 사실관계가 어떻게 헌법 또는 법률에 위반되는지 사유를 기재하여야 합니다.<sup>11)</sup>

- 
- 리, (ii) 5대 노동 개혁법 처리, (iii) 한중 자유무역협정(FTA) 처리)
- 6) [단독] 박대통령 올 2월18일에도 ‘총수 독대’ 드러나…검찰 수사. 한겨레. 2016. 11. 9.자 [http://www.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/769426.html#csidxd8b788fdc17aaf88b6c5c36ebee9554](http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/769426.html#csidxd8b788fdc17aaf88b6c5c36ebee9554)
  - 7) [단독]檢, 영장에 “뇌물죄” 처음 명시…박 대통령-기업 공범되나. 국민일보. 2016. 11. 25.자
  - 8) 의혹투성이 면세점 추가… 檢갈날 '롯데' 정조준. 롯데, 잠실면세점 회복에 그룹 총력 기울여…靑·최순실 상대로 로비 의혹 가능성 제기돼. 머니투데이. 2016. 11. 25.자
  - 9) 일요경제, ‘최순실 정국’ 뉴스타파가 대립산업을 주목한 이유... “현정부 최대수혜” vs “기부 기사 빼면 사실 아냐”(2016. 11. 3.) <http://www.ilyoecconomy.com/news/articleView.html?idxno=27347>
  - 10) 검찰은 위와 같은 사실관계를 공소장에 적시하지 않았습니다. 이는 핵심 당사자인 대통령이 대면조사를 거부한 사정 때문으로서 검찰은 이후 제3자 뇌물제공죄에 대하여 추가 수사를 거쳐 추가 기소를 할 수 있다고 하였습니다. 아울러 현재도 검찰의 수사는 진행 중이라서 향후 소추서 제출시까지 추가로 드러난 사실관계를 소추서에 반영할 필요가 있습니다.
  - 11) “헌법재판소는 사법기관으로서 원칙적으로 탄핵소추기관인 국회의 탄핵소추의결서에 기재된 소추사유에 의하여 구속을 받는다. 따라서 헌법재판소는 탄핵소추의결서에 기재되지 아니한 소추사유를 판단의 대상으로 삼을 수 없다. 그러나 탄핵소추의결서에서 그 위반을 주장하는 ‘법규정의 판단’에 관하여 헌법재판소는 원칙적으로 구속을 받지 않으므로, 청구인이 그 위반을 주장한 법규정 외에 다른 관련 법규정에 근거하여 탄핵의 원인이 된 사실관계를 판단할 수 있다. 또한, 헌법재판소는 소추사유의 판단에 있어서 국회의 탄핵소추의결서에서 분류된 소추사유의 체계에 의하여 구속을 받지 않으므로, 소추사유를 어떠한 연관관계에서 법적으로 고려할 것인가의 문제는 전적으로 헌법재판소의 판단에 달려있다.”(헌법재판소 2004헌나1, 전원재판부)

이러한 헌법재판소 심결례에 따르면 사실관계에 대한 정확한 제시가 있다면, 헌법재판소는 해당 사실관계가 뇌물죄에 해당하는지, 직권남용에 해당하는지도 검토하여 법적용을 할 수도 있을 것이라고 보여집니다. 따라서 현재까지 밝혀진 사실관계를 충실히 제시하고, 이는 특가법상 뇌물죄(제3자 뇌물제공)에 해당될 수 있을

‘직권남용’은 직권을 남용하여 의무없는 일을 하도록 하는 것이고, ‘강요죄’도 의사에 반하여 의무없는 일을 하도록 하는 것입니다. 즉 직권남용죄나 강요죄의 상대방은 강요나 두려움으로 의사에 반하여 행동하였음을 전제로 합니다.

그러나 이 사건에서 대통령은 대기업들을 독대까지 하면서 현안과 요구를 전달받고 출연을 받았고, 출연 후에 각 기업들의 목은 현안인 사면, 합병, 쉬운 해고 등 이른바 노동개혁 규제완화, 면세점 추가 신청 등 정책이 시행되었습니다. 이는 거액의 금전을 매개로 한 대가라는 정경유착의 전형이며 과거 5공화국 ‘일해재단’의 수법과 같은 것입니다. 따라서 검찰이 출연행위에 대하여 직권남용이나 강요죄만을 적용하여 기소한 것은 본질에서 벗어난 것이며 위 재단 출연행위는 포괄적 뇌물죄 또는 제3자뇌물죄에 해당합니다. 이 사건 재단의 수취액이 1억 원을 상회하므로 특가법 제2조 제1항 제1호에 따라 가중처벌되어 법정형 최대 무기징역형에 해당합니다(무기 또는 10년 이상의 징역, 수취액의 2배 이상 5배 이하 벌금을 병과).

따라서, 헌법재판소의 판단 대상에서 누락되지 않도록 소추의결서에 위에 언급한 부정한 청탁과 관련한 사실관계를 기재하고 그러한 재단 출연 행위도 뇌물죄 또는 제3자 뇌물제공죄에 해당한다는 점을 포함하여 기재하여야 합니다(만약 사실관계가 충분히 덜 밝혀진 경우 해당 범위 내에서만 기재해도 되고, 이후 보완할 수 있다고 봅니다).

만약 대기업들이 의사에 반하여 출연행위를 한 것으로 볼 경우, 그 경우 법률 위반 사항으로 직권남용죄 보다는 공갈죄(제3자에게 출연하게 한 경우는 형법 제350조 제2항의 공갈죄)를 기재하는 것이 타당합니다.<sup>12)</sup> 이득액이 50

---

을 주장하고, 이후 밝혀진 증거를 보강하는 방식으로 탄핵심판 절차를 진행할 수 있다고 할 것입니다.

12) [형법] 제350조(공갈) ① 사람을 공갈하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 10년 이하의

억원 이상일 때에는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제1호에 따라 무기 또는 5년 이상의 징역으로 가중처벌<sup>13)</sup>되는 중대 범죄입니다.

## 2. 재단 설립 후 추가적으로 자금 모집 행위

### 가. 롯데가 케이스포츠재단에 70억원을 지원한 행위

대통령은 최순실에게 케이스포츠재단의 체육시설 건립 사업 및 자금조달 계획을 전달받고 안중범에게 지시하여 2016. 3. 10. 롯데 신동빈 회장을 단독 면담하고 그에 따라 케이스포츠에 70억원을 송금하도록 하였습니다. 2016. 3.경 케이스포츠재단은 롯데에 70억 원을 추가로 낼 것을 요구하고, 롯데가 그에 따라 2016. 5.경 70억원을 재단에 추가 출연하였습니다. 그런데 검찰의 롯데 압수수색 실시 바로 전날인 2016. 6. 9. 케이스포츠재단은 70억 원을 돌려주었습니다.(세부 내용 공소장 참조)

검찰은 2016. 11. 20. 공소장에서 위 행위에 대하여 피고인 최순실, 안중범이 대통령과 공모하여 직권남용, 강요죄를 저질렀다는 혐의로 기소하였습니다.

그러나 위 행위는 특가법상 뇌물죄(제3자 뇌물제공죄)가 적용되어야 합니다.

---

징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 전항의 방법으로 제삼자로 하여금 재물의 교부를 받게 하거나 재산상의 이익을 취득하게 한 때에도 전항의 형과 같다.

13) [특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률] 제3조(특정재산범죄의 가중처벌) ① 「형법」 제347조(사기), 제350조(공갈), 제350조의2(특수공갈), 제351조(제347조, 제350조 및 제350조의2의 상습범만 해당한다), 제355조(횡령·배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 죄를 범한 사람은 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액(이하 이 조에서 "이득액"이라 한다)이 5억원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다. <개정 2016.1.6.>

1. 이득액이 50억원 이상일 때: 무기 또는 5년 이상의 징역

2. 이득액이 5억원 이상 50억원 미만일 때: 3년 이상의 유기징역

② 제1항의 경우 이득액 이하에 상당하는 벌금을 병과(併科)할 수 있다.

①대통령이 2016. 3. 14. 신동빈 회장을 단독면담하고, ②면담 직후 안중범에게 롯데그룹이 체육시설 관련 75억원을 부담하기로 했으니 진행상황을 챙기라고 지시하였고, ③출연 당시 롯데그룹 신회장이 비자금 조성 혐의 등으로 검찰 수사 대상이고 신영자 롯데장학재단 이사장도 수사 대상이었으며, 롯데 관련 세무조사 자료를 검찰이 확보하고 있는 등 수사 관련한 현안이 있었고, ④면세점 사업권 상실 후 면세점 재확보가 큰 현안이었고, ⑤2016. 6. 9. 롯데그룹 압수수색을 하루 앞두고 70억 원을 돌려준 것 역시 지원금과 현안의 대가성의 근거가 됩니다. 따라서 롯데가 케이스포츠재단에 70억 원을 지원한 행위에 대하여, 소추의결서에 대통령의 법률위반 사항으로 특가법상 제3자 뇌물제공죄로 기재하는 것이 타당합니다.

만약 검찰 공소장 기재와 같이 롯데가 의사에 반하여 출연행위를 한 것으로 볼 경우, 적용된 혐의인 직권남용죄 보다는 ‘공갈죄’(제3자에게 출연하게 한 경우는 형법 제350조 제2항의 공갈죄)에 해당한다고 봄이 타당하고 이득액이 50억원 이상이므로 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제1호에 해당합니다.

#### **나. 부영이 케이스포츠재단에 70억원을 지원하도록 요구 및 약속한 행위**

2016. 2. 26. 안중범 당시 청와대 경제수석이 케이스포츠재단 관계자와 함께 이종근 부영 회장을 만나서 케이스포츠재단이 부영에게 하남의 거점 체육 인재 육성사업으로 70억원을 지원할 것을 제안하고 부영은 그 조건으로 세무조사에 대한 편의를 봐줄 것을 요청하였습니다.<sup>14)</sup>

부영은 2016. 2. 17. 케이스포츠재단에 이미 3억원을 출연하였던바, 대통령의 지시에 따른 안중범의 재단 설립 추진 및 최순실의 케이스포츠재단 관여

14) [단독] 안중범, 부영 회장과 “70억 지원” “세무조사 편의” 뒷거래. 한겨레 2016. 11. 2.자

를 인식하고 있었습니다. 그 상황에서 케이스포츠재단이 70억원의 공여를 요구하고 부영 이부영 회장이 그 대가로 세무조사 편의를 요청한 것은 ‘부정한 청탁’에 해당합니다. 제3자 뇌물제공죄는 뇌물을 제공하지 않더라도 이를 ‘요구 또는 약속하는 행위’ 만으로 처벌하므로 위 행위는 제3자 뇌물요구죄 또는 약속죄에 해당합니다.

**다. 삼성이 재단에 204억원을 출연한 외에 별도로 최순실의 회사에 280만 유로(한화 약 35억원)를 지원하도록 한 행위**

재벌인 삼성그룹은 미르 재단에 125억원, 케이스포츠재단에 79억원 합계 204억원을 출연한 것 외에도 승마 유망주 육성 명목으로 최순실이 독일에 설립한 페이지컴퍼니인 코레스포츠(현 비텍스포츠 전신)에게 직접 280만 유로(한화 약 35억원)를 지원했습니다. 구체적 경위는 아래와 같습니다.

- ▷ 2015. 3.경 삼성전자 박상진 사장이 승마협회 회장으로 취임<sup>15)</sup>
- ▷ 2015. 3. 26. 국민연금, 구 삼성물산 주식 11.43%(17,848,408주) 보유 공시
- ▷ 2015. 3. 27.~5. 22. 국민연금, 구 삼성물산 주식 지속적 매도(2,941,962주 순매도)
- ▷ 2015. 5.~6.경 최순실이 독일에서 법인 설립을 준비하기 시작, ‘말과 관련한 사업을 하며 삼성이 후원한다’고 알려짐<sup>16)</sup>
- ▷ 2015. 5. 26. 구 삼성물산, 합병관련 이사회 결의 및 합병계약 체결(합병비율 1대 약 0.35)
- ▷ 2015. 6. 4. 미국계 헤지펀드 엘리엇매니지먼트(이하 “엘리엇”), 삼성물산 지분 7.12% 경영참여 목적으로 보유한다고 공시, “합병비율 삼성물산에 불리, 합병반대”, 삼성전자 등 보유주식 현물배당 가능하게 정관변경 요구 주주제안서 삼성물산에 제출
- ▷ 2015. 6. 9. 엘리엇, 삼성물산 및 이사진 상대 주주총회소집통지 및 결의금지 가처분 신청
- ▷ 2015. 6. 9.~6.말 기간 당시 보건복지부 장관 문형표, 국민연금 의결권행사



전문위원 일부에게 전화하여 합병에 찬성해달라는 전화를 하여 압력을 행사한 의혹<sup>17)</sup>

- ▷ 2015. 7. 3. 세계 최대 의결권 자문기관 ISS, 제일모직과 구 삼성물산 합병 반대 권고
- ▷ 2015. 7. 3. 국민연금, 구 삼성물산 주식 추가 취득으로 11.61%(18,671,098주) 보유
- ▷ 2015. 7. 7. 국민연금 기금운용본부 기금이사 홍완선, 내부 반대에 불구하고 삼성전자 본관을 방문하여 이재용을 만나 합병비율 변경 또는 재추진 가능성을 문의<sup>18)</sup>
- ▷ 2015. 7. 17. 구 삼성물산 주주총회에서 합병계약서 승인(국민연금 합병 찬성, 국민연금은 삼성물산 2대 주주로서 국민연금이 반대했다면 합병이 부결되었을 것임)<sup>19)</sup>
- ▷ 2015. 7. 17. 최순실, 독일 현지에 ‘코레스포츠’ 유한회사를 설립<sup>20)</sup>, 주주는 최순실과 최순실의 딸인 정유라 2인이며 설립 당시 자본금은 25,000유로(한화 약 3천만원)<sup>21)</sup>
- ▷ 2015. 7. 24. 박근혜 대통령, 대기업 총수 17명이 참석한 청와대 창조경제혁신센터장 및 지원기업 대표 오찬 간담회가 끝난 후 이재용 기업인 7명을 독대
- ▷ 2015. 8. 삼성 박상진이 삼성전자 법무실 변호사 등과 독일을 방문해, 최순실을 직접 만나 자금지원 등 논의,<sup>22)</sup>
  - \* 코레스포츠가 독일 현지 승마협회에 전지훈련 지출계획서를 제출하였으며, 여기에 약 186억원을 삼성이 지원하기로 하는 계획이 포함되어 있었음.<sup>23)</sup> \*
  - \* 한편 박상진이 회장인 승마협회는 같은해 10월경 정유라가 출전하는 마장마술 종목에 3년 반 동안 186억원을 지원하고 비용 전액을 삼성그룹이 지급하는 내용의 유망주 육성 로드맵을 만들.
- ▷ 2015. 9.~10. 삼성전자, 코레스포츠와 10개월 컨설팅 계약 체결 및 280만 유로(한화 약 35억원)를 우리은행 강남지점에서 국내 B은행 독일 현지 법인 지점 및 여러 독일 은행을 통하여 송금<sup>24)</sup>. 이 돈 가운데 10억원 넘는 돈은 그랑프리 대회 우승마 ‘비타나 V’를 사는데 쓰였으며, 이 말은 정유라가 단독

으로 훈련에 이용함. 이외에도 삼성이 매달 80만 유로(약 10억 원)를 코레스 포츠에 송금하였다는 보도도 있음.<sup>25)</sup>

- ▷ 2015. 10. 26. 삼성계열사들 미르재단에 125억 원 입금
- ▷ 2015. 10. 27. 미르재단 설립, 같은 날 박대통령 ‘시정 연설’ 발표
- ▷ 2016. 1. 12. 삼성계열사들 케이스포츠재단에 79억 원 입금
- ▷ 2016. 1. 13. 케이스포츠재단 설립
- ▷ 2016. 2. 18. 박근혜 대통령이 대기업 총수와 임원 몇 명을 비공개로 청와대로 불러 독대, 독대한 재벌대기업은 삼성과 에스케이, 부영, 롯데, 포스코 등 일 가능성이 큼.<sup>26)</sup>
- ▷ 2016. 2. 25. 삼성생명공익재단(이사장 이재용)은 삼성SDI가 보유중인 삼성물산 주식 1.05%(200만주, 시가 3천억 원)를 취득<sup>27)</sup>

앞서 살펴본 바와 같이 대법원은 제3자 뇌물제공죄 구성요건인 부정한 청탁의 의미에 관하여 위법한 것뿐만 아니라 사회상규나 신의성실의 원칙에 위배되는 부당한 경우도 포함하는 동시에 당해 직무집행을 어떤 대가관계와 연결시켜 그 직무집행에 관한 대가의 교부를 내용으로 하는 청탁도 포함되

- 15) 삼성은 1988. 6. 실업승마단을 창단하였으나 2010년 승마선수단을 해체한 이후 2014년까지 승마 관련 사업을 하지 않았다. 이 과정에서 당시 한화생명 대표이사 차남규 회장이 2014. 6. 승마협회 회장으로 취임한지 8개월 정도 밖에 되지 않고 임기가 2년 정도 남아 있는 상황이었으나 물러났다.
- 16) 한겨레21, “최순실과 삼성 독일에서 수상한 관계” 제1135호(2016. 11. 7.)  
[http://h21.hani.co.kr/arti/cover/cover\\_general/42611.html](http://h21.hani.co.kr/arti/cover/cover_general/42611.html)
- 17) 한겨레, "문형표 전화로 독립성 의심받는 국민연금"(2016. 11. 17.)  
[http://m.hani.co.kr/arti/economy/economy\\_general/770847.html](http://m.hani.co.kr/arti/economy/economy_general/770847.html)
- 18) 이목희 당시 새정치민주연합 의원실 사실조사에 근거함. 삼성물산 합병 전 이재용과 국민연금의 만남, 논란 계속 “국민연금, 삼성물산 합병비율 문제 알고도 찬성... 삼성가에 8천억 이익 안겨” 비즈니스포스트, 2015. 10. 6.
- 19) 국민연금기금은 기금운용 투자의 일환으로 국내 주식을 투자하고 있고, 그 중 삼성물산(주)의 주식 역시 11.2%로 합병 당시 2대 주주의 지위를 갖고 있었습니다.
- 20) 이후 2015. 11. 코레스포츠는 이름을 비텍스포츠로 바꿈
- 21) 매일경제, “최순실 모녀 獨기업은, 직원 단 1명, 매출 불분명한 ‘깍뎀 회사’” (2016. 10. 18.자)
- 22) SBS, “[단독]삼성, 정부 지원 약속받고 280억 지원 계획” (2016. 11. 6.자 방송)  
[http://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news\\_id=N1003874256&oid=N1003874450&plink=REL&cooper=BSNEWSSEND](http://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1003874256&oid=N1003874450&plink=REL&cooper=BSNEWSSEND)
- 23) SBS “[단독] 미리 짠 삼성-최순실... 사실상 ‘정유라 프로젝트’” (2016. 11. 8. 방송)
- 24) 조선일보, “[단독] 삼성이 독일로 보낸 35억, 최순실 딸 명마 구입, 관리에 쓰였다” (2016. 11. 2.자)
- 25) 한겨레 “삼성, 최순실씨 독일 법인에 매달 80만유로 송금” (2016. 11. 2.자)
- 26) 한겨레 “박대통령 올 2월 19일에도 ‘총수 독대’ 드러나, 검찰수사”(2016. 11. 9.자)
- 27) 공익법인은 면세로 증여받은 주식을 매각한 돈을 공익사업에 사용하여야 증여세 면제됨에도 공익사업이 아닌 지배주주의 사적이익을 위해서 계열사 주식취득에 사용함으로써, 증여세 과세 대상이 됩니다. 그러나 당국은 과세하지 아니하였습니다.

며, 청탁 대상인 직무행위 내용도 구체적일 필요가 없고 묵시적인 의사표시라도 무방한 것으로 새기고 있습니다(대법원 2007. 01. 26. 선고 2004도 1632 판결).

이러한 대법원 판시에 따를 때, 2015. 초부터 삼성 경영권 세습을 위해 구 삼성물산과 제일모직의 합병을 추진했던 삼성 그룹은 구 삼성물산 대주주인 국민연금의 합병 찬성결의가 절실했던 상황이었고, 한편 전임자의 잔여임기가 남았던 상황이었음에도 불구하고 2015. 03. 삼성전자 박상진 사장이 승마협회 회장으로 취임한 이래 삼성전자는 승마협회의 협회사임을 자처하며 최순실과 그의 딸 정유라에게 아낌없는 지원을 해주었으며(송금 시점이 코레일 스포츠 설립 이전이라는 언론보도도 존재), 삼성그룹의 최순실측에 대한 지원 시점을 전후로 국민연금은 국민연금기금 운용위원회 반대, 세계적인 자문기관 ISS의 삼성물산-제일모직 인수합병비율의 불공정성에 따른 합병 반대 권고 의견 및 시민사회의 문제제기와 공단 이사장의 반대에도 불구하고 2015. 07.경 구 삼성물산과 제일모직의 합병결의에 찬성하였는바, 삼성그룹의 최순실 측근에 대한 이상과 같은 금전적 지원은 부정한 청탁 아래 이루어진 뇌물로서 제3자 뇌물수수죄를 명백하게 구성한다고 보아야 합니다.

## **라. CJ가 재단에 13억원을 출연한 외에 별도로 차은택의 문화창조융합벨트 사업에 투자하도록 한 행위**

CJ는 2개 재단 출연금<sup>28)</sup> 외에도 최순실 측근 차은택 주도의 ‘문화창조융합벨트’ 사업 투자 명목으로 1조원이 넘는 투자계획을 실행 중인 것으로 확인되었습니다. 구체적 경위는 아래와 같습니다<sup>29)</sup>.

▷ 최순실이 2014년 6.~9.경 사이에 작성한 보고서에서 예산 400억원 규모의

28) 이미 CJ그룹은 미르·K스포츠재단에 각각 8억원과 5억원을 출연했다(검찰 공소장 범죄일람표 1, 2 각 기재 참조).

29) 중앙일보, CJ가 1조4000억 투자한 K컬처밸리는 차은택 주력 사업(2016. 11. 2.)  
<http://v.media.daum.net/v/20161102023203477>

문화창조융합센터 계획을 작성.

- ▷ 차은택은 문화체육관광부 산하 문화창조융합본부가 주도한 문화창조융합벨트 사업에서 초대 본부장을 맡음. 2014~2019년 사이 6,112억원의 예산이 책정된 이 사업은 서울과 경기도 일산, 제주 서귀포를 잇는 문화창조융합벨트를 만들겠다는 것임.
- ▷ 2016. 2.경 서울 상암동 CJ E&M 본사에서 열린 문화창조융합벨트 출범식에는 박근혜 대통령이 참석해 축하함. 이곳에 문화창조융합센터도 마련됨.
- ▷ 같은 날 CJ E&M은 경기도 고양관광문화단지(한류월드)에 1조4,000억원 규모의 한류 테마파크 'K컬처밸리'를 조성하는 투자의향서(LOI)를 경기도에 제출. 문화창조융합센터장은 강명신 CJ그룹 상무가 맡음. 강 센터장은 차씨에 이어 2기 문화융성위원회 위원으로 위촉됐고, 지난 9월 미르재단 이사에 선임됨.
- ▷ CJ가 이 사업에 적극적으로 참여한 건 이재현 회장이 1600억원대 횡령·배임 등 혐의로 구속 기소돼 재판받던 시기인 2014. 6.경부터 2016. 6.경까지와 겹침. 이재현 회장은 문화창조융합벨트 사업이 본궤도에 오른 지난 8월 광복절 특별사면을 받아 풀려 나옴.

이상과 같이 CJ 역시도 최순실 측근 차은택 주도의 '문화창조융합벨트' 사업 투자 명목으로 1조원이 넘는 투자계획을 실행하였는바, 앞서 살펴본 다른 기업 사례들과 같이 CJ그룹의 일련의 투자계획 역시도 이재현 회장의 사면 및 향후 문화산업에 있어서의 편의를 염두에 둔 것이 분명하므로 단순뇌물 혹은 제3자 뇌물수수로 의율되어야 할 것입니다.

### **3. 권력을 남용하여 최순실, 차은택 등에게 특혜와 이권을 준 행위**

#### **가. 특정 기업으로 하여금 최순실, 차은택 관련 회사에게 재산적 이익을 주도록 한 행위(검찰 공소장 기재)<sup>30)</sup>**

30) 세부적 사실관계는 검찰 공소장 기재 참조

검찰의 공소장에 따르면, 박근혜 대통령은 권력을 남용하여 특정기업으로 하여금 최순실, 차은택이 관련된 회사에게 재산적 이익을 주도록 하였습니다. 공소장 기재 사실들을 정리하면 아래와 같습니다.

- (1) 최순실 지인 운영 케이디코퍼레이션이 현대자동차그룹에 납품계약을 행사할 수 있도록 할 수 있도록 한 행위
- (2) 최순실이 설립한 플레이그라운드가 현대자동차그룹으로부터 5건의 광고를 수주하도록 한 행위
- (3) 포스코가 2017년에 펜싱팀을 창단하고 더블루케이가 매니지먼트를 하는 계약을 체결하도록 한 행위
- (4) KT가 플레이그라운드를 광고대행사로 선정하고 광고제작비를 지급하게 한 행위
- (5) 그랜드코리아레저(GKL)-선수-더블루케이 3자간 ‘장애인 펜싱 실업팀 선수위촉계약’을 체결케 하고 전속계약금 및 에이전트 비용을 지급하게 한 행위

검찰은 공소장에서 위 (1)~(5) 행위에 대하여 최순실, 안중범과 대통령이 공모한 직권남용, 강요죄로 판단하였습니다(세부내용 공소장 제13~26면 참조). 그러나 위 각 행위들은 제3자 뇌물제공죄에 해당할 여지가 있고, 만약 현대자동차그룹 등의 기업들이 일방적으로 강요를 당한 피해자라면 ‘공갈죄’를 적용하여야 합니다.

#### **나. 설립한지 얼마 되지 않은 재단에 각종 사업 이권을 준 행위**

2016. 5. 1.~3. 대통령 이란 방문 당시, 정부는 설립 6개월도 안 된 미르재단을 공모 절차 없이 ‘케이타워 프로젝트’ 사업 주체로 선정하여 동행시켰습니다. 그리고 국기원이 아닌 케이스포츠재단을 통하여 케이스피릿 태권도 시

법단이 대통령의 중요한 외교일정에 동행하여 태권도 시범을 하였습니다.

2016. 5. 25.~6. 4.까지 박대통령 아프리카 3개국, 프랑스 방문 당시, 미르재단은 대통령이 발표한 식품 개발 원조 사업 ‘케이밀 사업’을 맡았습니다. 이 사업 용역입찰 과정에 미르재단 관계자가 심사위원으로 참여하였습니다. 미르재단은 입찰 공고 전부터, 이화여대 산학협력단과 케이밀 사업 핵심 제품 중 하나인 쌀과자 등을 개발하기도 했습니다.

미르재단은 6월 프랑스 순방 때 에콜 페랑디와 함께 한국-프랑스 융합요리 시식회를 열었습니다.

위 재단은 대통령이 생겨난지 얼마 되지 않아 국가의 주요 사업을 위탁받아 운영할 경험과 전문적 역량이 있다고 할 수 없습니다. 검찰 역시 최순실을 사기미수죄로 기소하면서 ‘최순실은 자신이 운영하는 더블루케이가 체육 관련 연구용역을 수행한 경험과 실적이 전무하고 연구용역을 수행할 인적, 물적 시설을 갖추지 못하여 연구용역을 제대로 수행할 의사나 능력이 없음에도 불구하고, 케이스포츠재단에 7억 원 상당의 2건의 연구용역제안서를 제출하여 연구용역비 7억여 원을 편취하려 했다’고 기재하였습니다. 따라서 대통령은 정상적인 절차를 거친다면 국가의 주요 사업을 운영할 능력이 없는 재단을 위하여 특혜를 준 것입니다. 이는 직권남용죄 또는 강요죄에 해당할 수 있고, 대통령이 입찰 과정에 부정하게 관여한 경우 입찰방해죄<sup>31)</sup>에 해당합니다.<sup>32)</sup>

#### 4. 광고대행사 포레카 강탈 지시 행위

31) [형법] 제315조(경매, 입찰의 방해) 위계 또는 위력 기타 방법으로 경매 또는 입찰의 공정을 해한 자는 2년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.

32) 궁극적으로는 헌법 제119조 제2항이 정한 ‘시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화’를 위반한 것이다.

## 가. 주요 사실

2015. 2. 17. 박근혜 대통령은 안종범에게 ‘포레카(포스코의 광고 자회사)가 대기업에게 넘어가지 않도록 포스코 회장 권오준과 포레카 대표 김영준을 통해 매각절차를 살펴보라’는 지시를 하고, 지시를 받은 안종범은 그 무렵 포스코 권 회장에게 전화해 ‘포레카 매각절차가 진행중인데 모스코스(최순실이 설립한 광고회사)가 포레카를 인수할 수 있도록 협조해 달라’는 취지로 요구하였고 2015. 3. 5. 김영수에게도 같은 취지로 요구하였습니다. 그 후 안종범과 최순실이 송성각, 차은택 등과 공모하여 포레카를 인수한 컴퓨터게이머에게 포레카 지분 80%를 내놓으라고 협박하였으나 미수에 그쳤습니다.<sup>33)</sup>

## 나. 법률 위반

검찰은 위 사실에 대하여 최순실, 안종범을 강요미수의 공범으로 판단하였습니다.

그러나, 검찰 공소장에 따르면 대통령도 안종범에게 포레카 인수에 대하여 지시를 내린 사실, 그 즈음 최순실이 설립한 모스코스가 포레카를 인수하려 하였던 사실, 안종범이 대통령 지시를 받고 포스코와 포레카에 모스코스 인수 협조를 요구했던 사실이 확인됩니다. 안종범 역시 ‘포레카 강탈 시도’와 관련하여 "박근혜 대통령의 지시로 광고사 인수전에 개입했다"고 진술했습니다. 그렇다면 대통령이 포레카 인수 및 지분요구에 대하여 최순실, 안종범과 공범 관계임이 확인된다고 할 것입니다. 다만 대통령의 대면조사 거부로 이 부분이 공소사실에 포함되지 않은 것에 불과합니다.

따라서 위 사실에 대하여, 대통령의 법률 위반 사유로 강요미수, 위력에 의

---

33) 검찰 공소장 제26~28면

한 업무방해죄<sup>34)</sup>(업무방해죄는 업무를 방해할 우려 있는 상태가 발생하면 족하며, 방해의 결과가 현실적으로 발생하였을 것을 요하지 않음)의 공동정범(적어도 교사범)이 적용되어야 합니다.

## 5. 권한을 남용하여 공무원과 기업의 인사에 부당하게 개입한 행위

### 가. CJ 그룹 부회장을 물러나도록 지시한 행위 - 강요, 위력에 의한 업무방해

2013. 7. 초경 박근혜 대통령은 조원동 전 청와대 경제수석에게 "이미경 부회장을 그만두게 하라"고 지시하고, 대통령의 지시를 받은 조원동은 2013. 연말경 전화로 “너무 늦으면 진짜 저희가 난리가 납니다. 지금도 늦었는지 모릅니다”, ‘VIP 뜻이다’며 대통령의 지시를 그대로 전달하여 이미경 부회장을 물러나게 하였습니다.<sup>35)</sup>

이러한 박근혜 대통령의 행위는 형법 제123조의 ‘직권남용 권리행사 방해죄’에 해당할 수 있고(법정형 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금), 형법 제324조 ‘강요죄’(법정형 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금) 또는 형법 제314조 제1항의 ‘위력에 의한 업무방해죄’(법정형 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금)에 해당할 수 있습니다. 박근혜 대통령은 지시자로서 교사 또는 공동정범이 됩니다.

### 나. 권한을 남용하여 문체부 공무원의 인사에 개입한 행위

박근혜 대통령은 2013. 5.경 청와대 지시로 최순실의 딸 정유라의 승마대회 성적을 둘러싼 시비를 조사했던 노태강 전 문체부 체육국장과 진재수 전 체

34) [형법] 제314조(업무방해) ① 제313조의 방법 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

35) MBN "부회장 물러나야 CJ 산다" 청와대, 대기업 오너도 교체(2016. 11. 4.)

<http://v.media.daum.net/v/20161104112943437#none>



육정책과장이 최순실측과 승마협회 쪽 모두 문제가 있다는 보고서를 올리자, 같은 해 8.경 유진룡 당시 장관을 청와대로 부른 뒤 수첩을 꺼내 두 사람 이름을 거명하면서 “나쁜 사람이라고 하더라”며 좌천 인사를 지시하여 노태강 체육국장을 국립중앙박물관 교육문화교류단장, 진재수 전 체육정책과장을 한국예술종합학교 총무과장으로 좌천시켰습니다. 2016.초경 대통령은 노 전 국장이 국립중앙박물관에 있다는 보고를 받고 “이 사람이 아직도 있어요?”라고 말하여 강제퇴직을 사실상 종용하고 그 결과 문체부의 압박 끝에 2016. 7.경 노 전 국장 등을 명예퇴직시키고 비슷한 시기 진 전 과장도 명예퇴직하였습니다.<sup>36)</sup>

이러한 대통령의 행위는 형법 제123조의 ‘직권남용 권리행사 방해죄’(법정형 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금), 형법 제324조 ‘강요죄’(법정형 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금)의 공동정범 또는 교사범에 해당합니다.

## **6. 청와대 문건 등 기밀을 사인(私人)인 최순실에게 유출한 행위**

### **가. 주요 사실**

박근혜 대통령은 청와대 비서관 정호성에게 지시하여 2013. 01.경부터 2016. 04.경까지 총 47회에 걸쳐 공무상 비밀 내용이 담긴 문건 47건을 최순실에게 이메일 또는 인편 등으로 전달하게 하였습니다.

또한 박근혜 대통령은 정호성에게 지시하여 거의 매일 30cm 두께의 ‘대통령 보고자료’(청와대 수석들이 대통령에게 보고한 것)를 최순실에게 전달하게 하고, 최순실이 이를 건네받아 차은택 등 비선 회의에서 검토하였습니다.<sup>37)</sup>

36) '나쁜 사람' 지목 문체부 노태강 前국장·진재수 前과장 소환, 뉴스1, 2016. 11. 12.자

37) “최순실, 정호성이 매일 가져온 대통령 자료로 비선모임”. 한겨레, 2016. 10. 25.자

## 나. 법률 위반

검찰은 이를 대통령과 정호성의 공무상비밀누설죄 공동범행으로 판단하여 기소하였습니다.

그러나 대통령의 행위는 문서의 성격에 따라 공무상 비밀누설죄 외에 추가로 아래의 범죄의 공동정범 또는 교사범에 해당합니다.

- (1) ‘아베 신조 총리 특사단 접견’, ‘중국 특사단 추천의원’, ‘호주 총리 통화 참고자료’ 등의 외교 관련 사항이 포함된 문서를 전달한 행위는 형법 제 113조 제1항의 ‘외교상기밀 누설죄’에 해당합니다(법정형 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금).
- (2) 이른바 ‘대통령기록물’에 해당하는 문서(예컨대, 정호성이 매일 최순실에 게 전달했다는 30cm 두께의 ‘대통령 보고자료’는 이에 해당할 수 있음) 또는 파일을 전달한 것은 대통령기록물 관리에 관한 법률 제30조 제2항, 제14조의 ‘대통령기록물 무단 유출죄’에 해당합니다(법정형 7년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금).
- (3) 한편 대통령의 이러한 행위는 국가공무원법 제60조(비밀 엄수의 의무) 위반에 해당합니다.<sup>38)</sup>

## 7. 세월호 사고 발생 당일 대통령의 직무유기

국가적 재난과 위기상황을 즉각 수습하고 국민의 생명과 안전을 지키는 것이 최우선 임무인 박근혜 대통령은 이른바 ‘세월호 7시간’ 동안 정당한 이유 없이 대통령으로서의 직무수행을 거부하거나 최소한의 직무를 유기하였습니

38) [국가공무원법] 제60조(비밀 엄수의 의무) 공무원은 재직 중은 물론 퇴직 후에도 직무상 알게 된 비밀을 엄수(嚴守)하여야 한다.

다(형법 제122조).

박근혜 대통령의 직무유기의 법률위반행위는 곧 헌법상 국가의 기본권 보호 의무 위반으로도 볼 수 있는바, 상세한 내용은 헌법위반 부분에서 살펴보도록 하겠습니다.

## IV. 대통령 박근혜의 헌법 위반

### 1. 민주공화국, 국민주권주의 위배

헌법 제1조 ① 대한민국은 민주공화국이다.

② 대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.

헌법 제1조 제1항은 대한민국은 군주나 귀족국가가 아니라 국가와 지배의 정당성이 국민에 있는 민주공화국임을 천명하고 있습니다. 헌법학자들은 민주공화국에서 “공화국”은 군주 한 사람이 아니라 자격을 갖춘 다수의 구성원들에 의해 공공선에 대한 헌신 속에서 국가의사가 결정되는 “공화국”임을, “민주”는 그 공화국의 정치적 내용이 공개된 과정을 통해 민주적으로 형성될 것을 요구하는 것으로 보고 있습니다. 따라서 민주공화국이란 ‘그 정치적 내용이 민주적으로 형성되는 공화국’으로 규정지을 수 있겠고, 더 구체적으로는 ‘국민과 국가의 공적 이익을 위해 공개된 과정을 통해 민주적으로 결정되는 국가’라고 정의내릴 수 있습니다. 즉, 헌법 본문 맨 앞에 위치한 제1조 제1항의 ‘민주공화국’은 국민이 대한민국이라는 국가의 조직형태나 기본적 가치질서에 대해 이룬 가장 중요한 합의로서, 헌법개정절차에 의해서도 바꿀 수 없는 헌법의 핵심인 것입니다<sup>39)</sup>.

또한 헌법 제1조 제2항은 국민주권주의의 근거조항으로서 오로지 국민만이 주권자의 지위에 있고, 통치의 정당성 또한 국민으로부터 비롯됨을 분명하게 밝히고 있습니다. 국민주권주의는 국가의사를 결정하는 최고의 독립된 힘인 ‘주권’은 ‘국민’에게 있는데, 주권자인 국민이 직접선거로 뽑은 대통령에게 ‘주권’에서 나오는 권한을 위임한다는 의미입니다. 따라서 국민이 선출한 대통령 외에는 그 누구도 대통령의 권한을 사실상 대신 행사하거나 대통령의

39) 대통령의 중대범죄와 퇴진 그리고 그 이후 헌정질서의 검토와 모색 토론회, 임지봉 서강대학교 법학전문대학원 교수 발제문, 『대통령 행위의 위헌성』 4쪽

권한 행사에 개입할 수 없습니다. 심지어 대통령도 주권자인 국민으로부터 위임받은 신성한 권한의 행사에 헌법적 근거 없이 다른 이들의 개입을 허용할 수는 없습니다<sup>40)</sup>.

앞서 법률위반 부분에서 살펴본 바와 같이 박근혜 대통령은, 국민에 의해 선출된 권력이 아닌 이른바 ‘비선실세’로 통칭되는 최순실 측근들이 정치권력에 맞닿은 개인적인 친분관계를 기초로 국가 의사결정에 개입하거나, 문화체육부 등 국가권력 조직 구성에 관여하거나, 특혜를 통해 대학에 입학하거나, 문화체육계를 자신의 돈벌이 수단으로 악용할 수 있도록 하는데 길을 터주었습니다. 대통령과 친분관계에 있을 뿐인 비선실세가 공공선이 아닌 사적 이익을 위해 밀실에서 국정을 농단했고, 박근혜 대통령은 이를 적극적으로 지시하거나 묵인했으므로 이러한 행위는 대한민국이 민주공화국임을 근본적으로 부정하는 반헌법적행위에 해당합니다. 또한 최순실 측근은 대통령의 연설문을 미리 입수하여 고치고, 인사, 예산 책정 등 대통령의 각종 국정행위에 무소불위로 개입하였는바, 이러한 행위가 국민주권주의와 양립할 수 없음은 자명합니다<sup>41)</sup>.

## 2. 대의제 원리 위반

헌법 제24조 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다.

헌법 제67조 ① 대통령은 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출한다.

헌법 제66조 ④ 행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다.

대의제 민주주의는 헌법의 기본원리에 속하는 것으로서, 대의제 민주주의를 원칙으로 하는 오늘날의 민주정치 아래에서 국민은 선거를 통해 국정에 관

40) 임지봉, 같은 글 5쪽

41) 임지봉, 같은 글 5쪽

여하고 민주사회를 실현합니다(헌법재판소 1994. 07. 29. 93헌가4 등).

참정권을 국민의 기본권으로 보장한 헌법 제24조와 대표 중 특히 대통령에 대한 선출방법을 규정한 헌법 제67조는 선거권을 가진 국민의 직접선거로 대통령에 뽑힌 국민의 대표자만이 국민을 대신해서 국가의사나 국가정책을 의논해 결정하라는 대의제 원리의 헌법적 근거입니다<sup>42)</sup>.

그런데 이 사건에서는 선출된 헌법기관이 아닌 비선실세가 군사기밀, 외교상 기밀 혹은 국무회의 심의사항들을 대통령 비서관을 통해 보고받았습니다<sup>43)</sup>. 국가의사의 의논과정이나 결정과정에 개입하는 것을 다른 누구도 아닌 박근혜 대통령이 지시 또는 묵인한 것입니다. 이러한 박근혜 대통령의 행위는 헌법의 기본원리인 대의제의 근간을 흔드는 행위임이 분명합니다.

나아가 헌법 제66조는 행정권을 대통령을 수반으로 하는 정부에 귀속시키고 있고, 정부는 대통령과 국무총리 및 국무위원, 국무회의, 행정각부 및 감사원으로 해석함이 상당한데, 박근혜 대통령은 비선실세에 의한 국정운영 통해 정부 내 헌법기관에 의한 절차적 견제권과 법치행정에 따른 국정수행을 무력화시켰으므로<sup>44)</sup> 이 역시 중대한 헌법위반 행위를 자행한 것으로 보아야 합니다.

### 3. 직업공무원제도 훼손 및 공무원 임면권 남용

헌법 제7조 ① 공무원은 국민 전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다.

② 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장

42) 임지봉, 같은 글 5쪽

43) 이 의견서 법률위반 부분 6. 청와대 문건 등 기밀을 사인(私人)인 최순실에게 유출한 행위 참조

44) [긴급토론] 박근혜 대통령 탄핵소추를 위한 긴급토론회, 김종철 연세대학교 교수 발제문 18쪽

된다.

헌법 제78조 대통령은 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 공무원을 임면한다.

헌법 제7조 제2항은 공무원이 정치과정에서 승리한 정당원에 의하여 충원되는 엽관제를 지양하고, 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방하며, 일관성 있는 공무수행의 독자성과 영속성을 유지하기 위하여 공직구조에 관한 제도적 보장으로서의 직업공무원제도를 규정하고 있습니다.

직업공무원제도는 헌법상의 제도적 보장을 통하여 모든 공무원으로 하여금 어떤 특정 정당이나 특정 상급자를 위하여 충성하는 것이 아니라 국민 전체에 대한 봉사자로서(헌법 제7조 제1항) 법에 따라 그 소임을 다할 수 있게 함으로써 공무원 개인의 권리나 이익을 보호함에 그치지 아니하고 나아가 국가기능의 측면에서 정치적 안정의 유지에 기여하도록 하는 제도에 해당합니다(헌법재판소 1997. 04. 24. 95헌바48).

앞서 살펴본 바와 같이 박근혜 대통령은 측근인 최순실의 딸 정유라를 위해 문화체육관광부에게 승마협회에 대한 조사를 지시하고, 최순실 측근의 문제점을 비롯한 승마계의 파벌을 지적한 조사 결과가 마음에 들지 않자 감사에 나섰던 소속 공무원들을 ‘나쁜 사람’으로 지목하여 한직으로 떠밀더니 급기야 문화체육관광부 장관을 불러 “이 사람들이 아직도 공직에 있느냐”며 자리에 물러나게 하였습니다<sup>45)</sup>.

오로지 자신의 측근을 위해 충성을 강요하고 신분이 보장된 공무원을 내치기까지 한 박근혜 대통령의 행위는 앞서 살펴본 헌법이 제도적으로 보장한 직업공무원제도의 근간을 흔드는 위헌적 행위이자 국민 전체에 대한 봉사자

45) 이 의견서 법률위반 부분 5. 나. 권한을 남용하여 문체부 공무원의 인사권을 남용한 행위 참조

로서 법에 따라 소임을 다하여야 할 공무원을 사사로운 이익을 위해 악용한 중대한 헌법위반 행위입니다.

헌법 제78조는 대통령에게 그의 지휘·감독을 받는 행정부 구성원인 공무원을 임명하고 해임할 권한을 부여하고 있으나(헌법재판소 2004. 05. 14. 2004헌나1), 헌법이 대통령에게 부여한 공무원 임면권은 앞서 살펴본 제도적 보장으로서의 직업공무원제도와 함께 오로지 주권자인 국민을 위해 법률이 정한 범위 내에서 행사되어야 하는 내재적 한계를 지니고, 대통령 비선실세의 사사로운 욕망을 채워주거나, 정권의 치부를 감추기 위해 행사되어서는 아니 될 것입니다.

그럼에도 불구하고 박근혜 대통령은 비선실세 최순실이 추천한 차은택의 스승 김종덕을 문화체육관광부 장관으로, 위 차은택의 외삼촌인 김상률을 청와대교육문화수석비서관으로 각 임명함으로써<sup>46)</sup> 이후 최순실 및 ‘문화계 황태자’로 군림했던 차은택이 문화계를 축대밭으로 만들고, 문화·광고산업 관련 각종 이권에 개입하도록 함에 지대한 공헌을 하였습니다<sup>47)</sup>. 뿐만 아니라 2013. 6.경 채동욱 전 검찰총장과 수사팀이 원세훈 국정원장을 공직선거법 및 국정원법률 위반으로 기소하자, 박근혜 대통령은 이내 혼외자 의혹을 앞세워 검찰총장에 대한 감찰을 실시하는 한편 눈 밖에 난 검사들을 좌천시키기에 이르렀고<sup>48)</sup>, 결국 정권에 충성하는 인사들이 검찰요직을 장악하게 함으로써 감찰을 ‘권력의 시녀’로 전락시키는데 중대한 역할을 하였습니다. 2014. 12. 이른바 ‘정윤희 문건유출 파동’을 수사하던 검찰이 문건의 내용은 외면한 채 청와대의 수사가이드라인에 따라 문건의 유출경위만을 문제 삼아 진실을 덮은 것이야말로<sup>49)</sup> 이를 뒷받침하는 사실입니다.

---

46) [http://www.hani.co.kr/arti/culture/culture\\_general/769559.html](http://www.hani.co.kr/arti/culture/culture_general/769559.html)

47) <http://www.nocutnews.co.kr/news/4688768>, <http://www.nocutnews.co.kr/news/4690010>

48) [http://news.tvchosun.com/site/data/html\\_dir/2016/11/24/2016112490037.html](http://news.tvchosun.com/site/data/html_dir/2016/11/24/2016112490037.html)

49) [http://www.hani.co.kr/arti/politics/politics\\_general/770520.html](http://www.hani.co.kr/arti/politics/politics_general/770520.html)



이와 같이 헌법이 대통령에게 부여한 공무원 임면권을 비선실세의 탐욕을 위해 남발하거나, 정권의 치부를 감추기 위해 남용한 박근혜 대통령의 행위는 명백하고도 중대한 헌법위반에 해당합니다.

#### 4. 문화국가원리 및 예술의 자유 침해

헌법 제9조 국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화 창달에 노력하여야 한다.

헌법 제22조 ① 모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다.

헌법 제69조 대통령 선서 중 “민족문화의 창달에 노력하며”

우리나라는 건국헌법 이래 문화국가의 원리를 헌법의 기본원리로 채택하고 있으며, 전문에서 “문화의 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히”할 것을 선언하고 있을 뿐만 아니라 헌법 제9조에서도 문화국가 조성을 위해 국가에게 의무를 지우고 있습니다. 또한 헌법은 문화국가 실현을 위해 보장되어야 할 정신적 기본권으로 양심과 사상의 자유, 종교의 자유, 언론·출판의 자유, 학문과 예술의 자유 등을 규정하고 있는바, 개별성·고유성·다양성으로 표현되는 문화는 사회의 자율영역을 바탕으로 하고, 이들 기본권은 견해와 사상의 다양성을 그 본질로 하는 문화국가 원리의 불가결의 조건이 됩니다(이상, 헌법재판소 2004. 05. 27. 2003헌가1 등). 또한 헌법 제22조 예술의 자유는 예술창작의 자유, 예술표현의 자유, 예술적 집회 및 결사의 자유 등을 내용으로 하는데, 예술창작의 자유는 창작소재, 창작형태 및 창작과정 등에 대한 임의로운 결정권을, 예술표현의 자유는 창작한 예술품을 일반대중에게 전시·공연·보급할 수 있는 자유를 의미합니다(헌법재판소 1993. 05. 13. 91헌바17).

박근혜 대통령은 2014. 광주비엔날레 당시 대통령을 풍자한 홍성담 작가의 걸개그림(세월오월) 전시를 김기춘 비서실장, 김종 문화체육관광부 차관 등

을 통해 무산시키고<sup>50)</sup>, “문화예술계 좌파 책동에 투쟁적으로 대응”하기 위해 지원하지 말아야 할 문화예술계 인사와 단체들의 명단, 소위 ‘블랙리스트’를 작성하여<sup>51)</sup> 문화계 길들이기에 나서는 등 헌법이 보장한 예술창작, 표현의 자유를 위축시키고 탄압하였을 뿐만 아니라 측근인 최순실 주변 인물들을 청와대 뉴미디어정책실에 앉혀<sup>52)</sup> 여론조작을 시도<sup>53)</sup>하는 등 문화국가 조성이라는 헌법의 기본원리와 대통령의 헌법상의 의무를 저버렸습니다. 심지어 앞서 살펴본 바와 같이 문화·체육계 전반을 차은택을 비롯한 최순실 측근의 돈벌이 수단으로 전락시키기까지 하였습니다.

## 5. 국가의 기본권 보호 의무 및 재해에 처한 국민 보호의무 위반

헌법 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

헌법 제34조 ⑥ 국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.

헌법 제10조는 인간으로서의 존엄과 가치와 행복추구권을 기본권으로 보장하는 동시에 국가의 기본권 보호의무를 규정하고 있습니다. 또한 헌법 제34조 제6항은 국가가 재해의 위험으로부터 국민을 보호하기 위해 노력해야 할 헌법적 의무를 명시적으로 부과하고 있습니다.

따라서 국가가 국민의 법익을 보호하기 위하여 전혀 아무런 조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백하게 전적으로 부적합하거나 불충분한 경우 국가는 국민의 기본권 보호의무를 위반한 것입니다(헌

50) [http://news.khan.co.kr/kh\\_news/khan\\_art\\_view.html?artid=201611102241005&code=910100](http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201611102241005&code=910100)

51) [http://news.tvchosun.com/site/data/html\\_dir/2016/11/10/2016111090176.html](http://news.tvchosun.com/site/data/html_dir/2016/11/10/2016111090176.html)

52) [http://news.jtbc.joins.com/article/article.aspx?news\\_id=NB11350993](http://news.jtbc.joins.com/article/article.aspx?news_id=NB11350993)

53) <http://www.sedaily.com/NewsView/1L3WHD62V0>

법재판소 1997. 01. 16. 90헌마110).

우리 국민 모두는 피지 못한 꽃들이 차가운 바다 속에서 숨져간 2014. 04. 16. 그날의 참사를 기억합니다. 세월호 관련 그 날의 중요시각을 정리하면 아래와 같습니다.

- 08:52 세월호 탑승 학생 신고가 전남소방본부에 최초 접수
- 09:18 세월호 좌현으로 50°정도 기울어짐
- 09:19 언론사 YTN이 사고사실을 속보로 보도
- 10:00 잘못된 안내로 인해 구조가 지체되던 중 침수가 시작되어 승객 대피
- 10:31 뱃머리를 제외하고 사실상 완전 침몰

그런데 소방본부에 최초 사고접수가 된 시점부터 세월호가 침몰하기까지 약 1시간 반 동안 국가적 재난과 위기상황을 긴급하게 수습해야 할 박근혜 대통령은 그야말로 ‘아무것도’ 하지 않았습니다.

최근 청와대는 박근혜 대통령이 09:53경에 청와대 외교안보수석실로부터, 10:00경에 국가안보실로부터 각 서면보고를 받은 후, 10:15, 10:22경 두 번에 걸쳐 국가안보실장에게, 10:30경 해양경찰청장에게 전화로 지시사항을 전달하였다고 발표하였습니다. 그러나, 청와대는 통화기록이나 서면보고자료 등 그 진위 여부를 확인할 자료를 공개하라는 국민의 알권리에 기초한 요청을 여전히 묵살하고 있습니다.

청와대의 해명이 사실임을 전제로 하더라도, 대형 참사의 징후가 이미 언론을 통해 전국에 전파되는 등 1분 1초가 시급했던 상황에서 대통령이 대면이 아닌 서면을 통해 보고받은 후 전화 몇 통으로 사건을 수습하려 했던 점을 국민은 도무지 납득할 수 없습니다. 국민의 기본권 보호를 위해 대통령으로서의 직무를 성실하게 이행한 것이라고 볼 수 없는 것입니다. 더욱이 대통령

이 선호하던 바로 그 ‘서면보고’ 때문에 구조에 전념해야 할 해경지휘부는 구조활동이 아닌 보고서면 만들기에 급급했고, 그럴수록 사상자는 늘어만 갔습니다. 만약 그 때 박근혜 대통령이 관저에서 불과 500m 거리에 있는 집무실로 이동한 후 긴급 상황에 대처하기 위한 전문 관료들을 소집하고, 사건의 경위와 상황을 적극적으로 파악한 뒤 구조에 필요한 시의적절한 조치를 취했다라면 대형 참사는 결코 발생하지 아니하였을 것입니다.

박근혜 대통령은 서면보고를 받은 이후에도 해양경찰청장에게 전화로 지시하였다는 위 10:30경부터 국가안보실장에게 구조진행상황 확인을 위해 전화하였다는 14:11경까지 아무런 적극적인 조치를 취하지 않았습니다. 국민들은 참사상황을 언론을 통해 실시간으로 목도하며 비통함에 젖어두고 있었는데, 사고로부터 한참이 지난 17:15경이 되어서야 중앙재단안전대책본부에 등장하였습니다. 하지만 박근혜 대통령의 발언은 “구명조끼를 학생들은 입었다고 하는데 그렇게 발견하기가 힘들니까”였습니다. 위급한 상황에서 긴급하고도 중대한 판단을 내려야 할 결정권자가 피해상황도, 피해규모도, 구조진행상황도 전혀 몰랐던 것입니다.

이뿐만이 아닙니다. 참사 당시 청와대 홍보수석을 맡고 있던 이정현은 2014. 04. 21. KBS 보도국장 김시곤에게 전화를 걸어 해경과 정부의 안일한 대응을 비판하는 KBS 9시 뉴스의 논조가 과장된 것이라며 해경에 대한 비판을 자제할 것을 주문하였고, 같은 달 30.에도 KBS 9시 뉴스가 해경이 해군의 잠수 작업을 통제해 ‘골든타임’을 놓친 것으로 보도하자 다시 위 보도국장에게 전화를 걸어 뒤늦은 마감뉴스에는 위 뉴스가 보도되지 않도록 압력을 행사한 사실이 녹취록을 통해 밝혀졌습니다.

앞서 법률위반 부분에서 살펴본 바와 같이, 국민이 대형 참사 앞에 놓여있었던 상황이 명확함에도 불구하고 당시 취했던 박근혜 대통령의 부작위는 분

명한 직무유기이자 헌법 제10조가 규정한 국가의 기본권 보호 의무를 위반한 것으로 평가할 수 있습니다.

또한 세월호 참사 7시간 동안 박근혜 대통령이 위기에 처한 국민을 구조하기 위해 구체적으로 무엇을 했는가에 관한 국민적 의혹에 대하여 여전히 합구하고 있는 행위 역시도 헌법이 보장한 기본권인 국민의 알권리를 침해한 것입니다.

이에 더하여 세월호 참사 진실규명에 가장 앞장서야 할 대통령이 청와대 홍보수석을 앞세워 공영방송을 정권홍보 방송으로 전락시키고 진실을 축소·은폐시킨 행위야말로 국가권력의 간섭이나 방해로 받지 않고 자유롭게 의사를 표현하여야 할 언론의 자유를 형해화시킨 것입니다. 언론의 자유가 민주주의 근간을 이루는 핵심적 기본권임을 전제할 때 이는 곧 대통령이 나서서 민주주의를 파괴한 것으로 봄이 상당합니다.

## 6. 국민의 재산권 침해, 사유재산제도 및 자유시장 경제질서원리 위반

헌법 제23조 ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.

② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.

③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.

헌법 제119조 ① 대한민국의 경제 질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.

헌법 제126조 국방상 또는 국민경제상 긴절한 필요로 인하여 법률이 정하는 경우를 제외하고는, 사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나 그 경영을 통제 또는 관리할 수 없다.

헌법 제23조는 개인이 현재 누리고 있는 재산권을 개인의 기본권으로 보장하고 있는 동시에 개인이 재산권을 향유할 수 있는 법제도로서의 사유재산 제도를 보장하는 이중적 의미를 지니고 있습니다(헌법재판소 1993. 07. 29. 92헌바20).

또한 헌법 제119조 제1항은 대한민국의 경제 질서가 시장경제의 원리에 입각한 경제체제임을 천명하고 있는바, 이는 기업의 생성·발전·소멸은 어디까지나 기업의 자율에 맡긴다는 기업자유의 표현이자 국가의 공권력은 특단의 사정이 없는 한 이에 대한 불개입을 원칙으로 한다는 뜻이며, 헌법 제126조 역시도 사영기업의 경영권에 대한 불간섭의 원칙을 보다 구체적으로 밝히고 있습니다.

따라서 기업 활동의 자유에 대한 공권력의 개입은 법치국가적 절차에 따라야 할 이치이므로, 설령 공권력이 나서지 않아 국가경제상 바람직하지 않은 결과가 초래되더라도 법률의 규정이나 긴급명령 등 비상조치에 근거하여야 할 것이지(헌법재판소 1993. 07. 29. 89헌마31), 어떤 경우에 있어서도 공권력이 법적 근거도 없이 기업의 경영권에 간섭하거나 기업을 강탈하거나 하는 행위를 할 수는 없다고 할 것입니다.

우선, 박근혜 대통령과의 공모행위로 기소된 최순실, 안중범, 정호성의 공소 사실을 살펴보면, 최순실과 그 일당은 플레이그라운드라는 광고회사를 차린 후 자신의 측근을 심어 놓은 대기업으로부터 광고수주를 통해 돈을 벌고자 계획을 세웠습니다. 이를 위해 최순실은 대기업 채용 대상자로 차은택이 추천한 이동수, 신혜성을 박근혜 대통령에게 전달하였습니다. 2015. 1.과 8. 박근혜 대통령은 안중범에게 ‘이동수’라는 홍보전문가가 있으니 KT에 채용되도록 KT회장에게 연락할 것과 ‘신혜성도 이동수와 호흡을 맞출 수 있도록

하면 좋겠다'고 지시하였고, 안중범이 지시사항을 이행하자 위 두 사람은 KT의 광고업무 책임자로 채용되었습니다.

또한 2016. 2. 박근혜 대통령으로부터 '플레이그라운드가 KT광고대행사로 선정될 수 있게 하라'는 지시를 받은 안중범은 KT회장에게 전화를 걸어 같은 내용을 전달하였고, 결국 최순실의 측근까지 심어진 KT는 심사결격 사유가 있던 플레이그라운드를 신규 광고대행사로 선정하였고, 그로 인하여 플레이그라운드는 2016. 03.부터 같은 해 08.까지 5억 1,600만 원 상당의 수익을 올리게 되었습니다.

이뿐만이 아닙니다. 박근혜 대통령은 측근인 최순실, 차은택이 포스코 계열사의 광고회사인 포레카를 인수할 수 있도록 2015. 02. 17. 안중범을 통해 포스코 회장에게 압력을 행사한 혐의로도 기소되었으며<sup>54)</sup>, 2013. 말 조원동 청와대 경제수석을 앞세워 CJ그룹 부회장 이미경의 퇴진을 강요한 의혹도 있습니다.

박근혜 대통령이 아무런 근거도 없이 이상과 같이 사기업 경영에 간섭하거나 압력을 행사하여 비선실세의 사사로운 이익을 관철시킨 행위는 헌법이 천명한 재산권 보장 및 사유재산제도의 근간을 부정한 헌법파괴 행위입니다. 법적 근거도 없이 기업의 경영권에 간섭하거나 기업 강탈을 시도한 것으로 기업의 경제상의 자유와 창의의 존중을 기본으로 하는 시장경제원리를 훼손한 중대한 헌법위반 행위입니다.

## 7. 은밀한 국정 운영에 따른 행정의 공공성·공개성 침해(부서제도 잠탈)

헌법 제82조 대통령의 국법상 행위는 문서로써 하며, 이 문서에는 국

54) 이 의견서 법률위반 부분 중 4. 광고대행사 포레카 강탈 지시 행위 참조

무총리와 관계 국무위원이 부서한다. 군사에 관한 것도 또한 같다.

헌법 제82조는 헌법과 법률이 대통령의 권한으로 정하고 있는 모든 행위를 문서로 하도록 하고, 국무총리와 관계 국무위원이 그 문서에 서명하도록 하는 ‘부서제도’를 규정하고 있습니다.

부서제도는 대통령의 권력남용을 방지하고, 부서권자로 하여금 대통령을 보좌하는 기관으로서의 책임을 지우는 동시에 이에 따르는 부서권자로서의 책임소재를 분명하게 하는데 헌법상의 의미가 있습니다. 부서 없이 행해진 대통령의 국법상 행위의 효력을 어떻게 볼 것인지 여부에 관하여는 헌법학계에서 견해가 다투어지나, 유력한 견해<sup>55)</sup>는 원칙적으로 무효이고, 헌법위반으로서 탄핵사유가 되며, 대통령은 국법상의 행위를 할 때 당연히 국무총리와 국무위원에게 부서할 기회를 고지하여야 하므로, 대통령이 고의로 국무총리나 국무위원에게 부서할 기회를 봉쇄하거나 부서행위를 방해하고 독단적으로 국법상의 행위를 한 경우에는 형법상의 직무유기죄 또는 공무집행방해죄의 책임까지도 면할 수 없다고 보고 있습니다.

그런데 앞서 법률위반에서 살펴본 바와 같이 박근혜 대통령은 수차례에 걸쳐 삼성 이재용, 현대 정몽구, 롯데 신동빈 등 재벌총수들과 공식적인 간담회 외에 이른바 ‘독대(獨對)’ 즉 단독 면담을 단행했습니다. 그리고 단독 면담 전후로 재벌총수들은 비선실세 최순실이 장악한 미르재단, 케이스포츠 재단에 뇌물로 의심되는 천문학적 규모의 자금을 출연했습니다. 행정부 수반과 재계의 총수가 대면하는 자리는 공식, 비공식을 불문하고 국법상의 행위일 수밖에 없습니다. 따라서 국무총리와 국무위원인 기획재정부 장관이 그 자리에 참석하여 면담 내용을 문서화하고 반드시 서명하여야 하는 것은 헌법이 정한 필수불가결한 절차입니다. 하지만 박근혜 대통령과 재벌총수들 사이에

55) 정종섭, 헌법학원론 초판 1032쪽



수 차례에 걸친 단독 면담이 거듭되는 동안 언제, 누구와 면담이 이루어진 것인지, 그 내용은 무엇이었는지, 왜 부서 없이 비밀리에 회동이 이루어진 것인지 등에 관해 아무런 문서도, 부서도 없습니다.

앞서 살펴본 부서제도의 헌법적 의미에 비추어 보면, 부서제도를 위반한 박근혜 대통령의 행위는 탄핵사유에 해당하고, 당시의 국무총리와 관계 국무위원 모두 헌법 위반의 공범으로서 마땅한 책임을 져야 할 것입니다.

## 8. 정경유착에 따른 경제민주화 원칙 잠탈

헌법전문 중 “모든 사회적 폐습과 불의를 타파하며”

헌법 제119조 ② 국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.

대통령은 헌법과 법률이 정한 바에 의하여 국정을 운영해야 하는데, 법에서 정한 행정기구나 법적 절차가 아닌 비선조직이 국정방향의 논의와 인사에 개입하고 그 과정에서 사적이익까지 취하려 한 것은 법치주의 원리에 반하는 헌정질서 유린행위입니다.

이 사건을 다른 한편에서 보면 또다시 정치권력과 경제계가 서로의 이익을 위해 밀접히 관계를 맺는 정경유착(政經癒着)의 폐습이 또 다시 드러난 것입니다. 정경유착의 결과 국민의 안전과 공공복리를 위해 사용되어야 할 국가 권력을 특정기업의 이익을 위해 사용되면 탈세와 부정부패, 특혜시비 등 법과 정의가 실종되고 특정기업집단으로 경제력이 집중되어 시장지배력의 남용 등 경제왜곡현상을 낳을 수 있습니다. 우리 헌법 전문에서 “모든 사회적

폐습과 불의를 타파하며”라고 규정한 것과 제119조 제2항에서 “시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여”를 규정하고 있는 이유도 정경유착의 폐습과 그에 따른 경제의 왜곡 상황을 경계하기 위함인 것입니다<sup>56)</sup>.

그런데 박근혜 대통령은 최순실과 안종범을 동원하여 미르재단, 케이스포츠 재단 설립을 기획하고, 직접 나서서 재벌총수와 단독 면담까지 하면서 출연을 요구하였으며, 안종범에게 지시하여 출연금을 받아내고, 문화체육관광부로 하여금 비정상적인 설립허가를 해주었습니다. 또한 재벌들도 그것이 대통령의 뜻임을 인식하고 출연하였고 그 대가로 면세점 사업권을 따내거나, 사면을 받거나, 경영권을 원활하게 세습하거나, 세무조사를 받는 등 각종 특혜를 받았습니다.

우리 헌법이 경계한 사회적 폐습, 정경유착이 박근혜 대통령을 통해 다시금 등장한 것이며, 헌법이 천명한 경제민주화 원칙에 역행하는 사례가 또 다시 발생한 것입니다. 재벌과의 협잡을 통해 뇌물을 수수한 박근혜 대통령에게 더 이상 헌법기관으로서의 직위를 부여하게 할 수는 없을 것입니다.

## 9. 대통령의 본질적 의무 불이행

헌법 제69조 대통령은 취임에 즈음하여 다음의 선서를 한다.

“나는 헌법을 준수하고 국가를 보위하며, 조국의 평화적 통일과 국민의 자유와 복리의 증진 및 민족문화 창달에 노력하여 대통령으로서의 직책을 성실히 수행할 것을 국민 앞에 엄숙히 선서합니다.

이상과 같이 박근혜 대통령은 대한민국이 민주공화국임을 천명한 헌법 제1

56) 김남근, 대한변협신문 2016. 11. 14.자

조 제1항, 국민주권주의를 규정한 헌법 제1조 제2항, 대의제 민주주의에 관한 헌법 제24조, 제67조, 행정권을 대통령을 수반으로 하는 정부에 귀속시킨 헌법 제66조, 직업공무원제도에 관한 헌법 제7조 제2항, 공무원 임면권에 관한 헌법 제78조, 문화국가 조성원리에 관한 헌법 제9조, 제22조, 국가의 기본권 보호의무에 관한 헌법 제10조 및 국가의 재해에 대한 국민보호노력의무에 관한 헌법 제34조 제6항, 알권리 및 표현의 자유에 관한 헌법 제21조, 재산권 및 사유재산보장, 자유시장경제원리에 관한 헌법 제23조, 제119조 제1항, 제126조, 부서제도에 관한 헌법 제82조, 모든 사회적 폐습과 불의를 타파하도록 한 헌법전문, 경제민주화에 관한 헌법 제119조 제2항을 위반하여 헌법을 준수하지 아니하였습니다.

박근혜 대통령은 국민의 자유와 복리의 증진이 아닌 박근혜 대통령과 친분 관계에 있는 비선실세의 자유와 복리 증진을 위해 노력을 다하였고, 민족문화를 비선실세의 돈벌이 수단으로 변질시키는 데에만 그 힘을 다하였습니다. 국민이 바다에 빠져 시급을 다투는 급박한 상황에서도 관저에 머물러 있었고, 그 7시간 동안 무엇을 했는지에 관한 국민적 의혹조차 무시로 일관하고 있습니다. 이대로 박근혜 대통령에게 대통령의 직을 유지하게 한다면 국민들의 피로 일구어낸 대한민국 헌법은 휴지조각이 될 것입니다. 박근혜 대통령은 국민의 신임을 배신하여 국정을 담당할 자격을 상실하였기 때문입니다.

## V. 헌법 및 법률 위반행위가 과연에 이를 정도로 중대한지 여부

### 1. 헌법과 법률 위반행위의 중대성 판단기준

헌법재판소법 제53조 제1항은 “탄핵심판청구가 이유 있는 때에는 헌법재판

소는 피청구인을 당해 공직에서 파면하는 결정을 선고한다.”고 규정하고 있는데, 여기서 ‘탄핵심판청구가 이유 있는 때’란, 모든 범위반의 경우가 아니라, 공직자의 파면을 정당화할 정도로 ‘중대한’ 범위반의 경우를 말합니다. ‘범위반이 중대한지’ 또는 ‘파면이 정당화되는지’의 여부는 ‘범위반이 어느 정도로 헌법질서에 부정적 영향이나 해악을 미치는지의 관점’과 ‘파면하는 경우 초래되는 효과’를 서로 형량하여 탄핵심판청구가 이유 있는지의 여부 즉, 파면여부를 결정해야 합니다.

한편 다른 공직자와 달리 대통령에 대한 파면결정은, 국민이 선거를 통하여 대통령에게 부여한 ‘민주적 정당성’을 임기 중 다시 박탈하는 효과를 가지며, 직무수행의 단절로 인한 국가적 손실과 국정 공백은 물론이고, 국론의 분열 현상 즉, 대통령을 지지하는 국민과 그렇지 않은 국민간의 분열과 반목으로 인한 정치적 혼란을 가져올 수 있습니다. 따라서 대통령에 대한 파면효과가 이와 같이 중대하다면, 파면결정을 정당화하는 사유도 이에 상응하는 중대성을 가져야 합니다. 여기서 대통령을 파면할 정도로 ‘중대한 범위반이 어떠한 것인지’는 1) 대통령의 직을 유지하는 것이 더 이상 헌법수호의 관점에서 용납될 수 없거나, 2) 대통령이 국민의 신임을 배신하여 국정을 담당할 자격을 상실한 경우인지를 기준으로 판단해야 합니다(헌법재판소 2004. 5. 14. 2004헌나1).

## **2. 대통령 직을 유지하는 것이 더 이상 헌법수호 관점에서 용납될 수 없는지**

탄핵심판절차가 궁극적으로 헌법의 수호에 기여하는 절차라는 관점에서 본다면, 파면결정을 통하여 헌법을 수호하고 손상된 헌법질서를 다시 회복하는 것이 요청될 정도로 대통령의 범위반행위가 헌법수호의 관점에서 중대한 의미를 가지는 경우에 비로소 파면결정이 정당화되며, 대통령이 국민으로부터 선거를 통하여 직접 민주적 정당성을 부여받은 대의기관이라는 관점에서 본

다면, 대통령에게 부여한 국민의 신임을 임기 중 다시 박탈해야 할 정도로 대통령이 법위반행위를 통하여 국민의 신임을 저버린 경우에 한하여 대통령에 대한 탄핵사유가 존재하는 것으로 판단됩니다. 구체적으로, 탄핵심판절차를 통하여 궁극적으로 보장하고자 하는 헌법질서, 즉 ‘자유민주적 기본질서’의 본질적 내용은 법치국가원리의 기본요소인 ‘기본적 인권의 존중, 권력분립, 사법권의 독립’과 민주주의원리의 기본요소인 ‘의회제도, 복수정당제도, 선거제도’ 등으로 구성되어 있다는 점에서(헌법재판소 1990. 4. 2. 89헌가 113, 판례집 2, 49, 64), 대통령의 파면을 요청할 정도로 ‘헌법수호의 관점에서 중대한 법위반’이란, 자유민주적 기본질서를 위협하는 행위로서 법치국가원리와 민주국가원리를 구성하는 기본원칙에 대한 적극적인 위반행위를 뜻하는 것입니다(헌법재판소 2004. 5. 14. 2004헌나1).

앞서 살펴 본 바와 같이 박근혜 대통령은 공적인 행정기구와 행정절차가 아닌 최순실, 차은택을 비롯한 비선세력에게 공무상 기밀을 전달하여 밀실에서 국정방향을 논의하고 이러한 비선세력들이 대통령으로부터 사적으로 부여받은 권력을 이용하여 국가정책 과정에 개입하고 인사와 예산편성에까지 개입하게 하는 등 국정을 농단하는 것을 지시하거나 방치하여 법치주의 원리를 적극적으로 위반하였습니다. 또한 청와대 수석 등에 지시하여 비선세력인 차은택 등이 광고회사를 강제로 인수할 수 있도록 압력을 넣거나 전 노무현 대통령을 미화하는 영화를 제작하였다는 이유로 영화사 대표의 경영일선 퇴진을 압박하고 비선세력에게 협력하지 않았다는 이유로 평창올림픽 위원장을 퇴진하게 하는 등 파렴치한 방식으로 국민의 기본권을 침해하였습니다.

위와 같은 CJ 그룹의 이미경 이사의 퇴진이나 한진그룹 조양호 회장의 평창올림픽 위원장 퇴진 등의 사례와 같이 정권실세들에게 잘못 보여 큰 불이익을 받는 자가 있는가 하면, 권력의 흐름을 잘 파악하여 미르재단 설립 이전

부터 정권실세인 최순실과 이해관계가 밀접한 사업을 지원하는 삼성그룹과 같이 정권실세에 유착하려는 자들이 생겼습니다. 문체부의 인사에 최순실과 차은택 등이 개입하여 자신들의 사익편취에 협조하지 않은 행정관료들을 좌천시키는가 하면, 자신들에 협조할 수 있는 자들을 장·차관에 진출시키는 현상을 보며 행정기관 내부에서도 충성문화와 줄서기 문화가 자리잡았습니다. 이처럼 박근혜 대통령은 아무런 자격 없는 특정 개인이나 집단이 권력을 독점하고 전횡하게 함으로써 전체주의와 같은 상황을 초래하고 국민으로부터 위임받은 권력을 개인적 연고자에게 마음대로 떠 넘겨 국가정책을 결정하거나 국가의 주요한 의사결정을 맡김으로써 민주공화국의 원리와 대의제 원리를 적극적으로 위반하였습니다.

최순실 등의 비선조직들에 의한 국정농단을 지적하고 견제하려한 청와대 행정관들이 오히려 문건유출 등의 혐의로 처벌받고, 이러한 비선조직들의 국정농단을 덮으려 한 세력들이 청와대의 요직을 차지하였습니다. 문화체육관광부에서 보수정권과 성향을 달리하고 정부정책에 비판적인 문화인들에 대한 블랙리스트가 작성되는 등 비정상적인 행정이 정권에 충성하는 자에 의하여 진행되어도 이를 비판하고 견제하는 기능이 행정부 내부에서 작동하지 못하였습니다. 대통령과 그 측근들이 결정하는 내용에 대한 비판이 필요한 시점에 합리적인 비판과 견제를 해야 할 자들이 침묵하고 오히려 그러한 비정상적인 국정운영을 방치하는 직무유기 현상이 만연하였습니다. 정책영역에서도 합리적인 논의나 비판은 사라지고 대통령에 충성하는 자들이 주도하는 강경일변도의 밀어붙이기 행정이 자리 잡았습니다. 여당 내부의 합리적인 비판세력이 경제민주화를 계속 추진하자는 등 합리적인 비판 의견을 제기하면 여당 내부에서조차 합리적인 정책논쟁이 진행되지 않고, 대통령에 충성하지 않는 배신세력으로 낙인 찍혀 정치적으로 밀어내기 현상도 나타났습니다. 박근혜 대통령은 이와 같이 헌법상의 직업공무원제도, 공무원의 정치적 중립성, 헌법과 법률에 기초한 공무담임권 등 헌법상의 행정질서 원리를 적극적

으로 위반하였습니다.

재벌기업과 노동자, 소비자, 자영업자, 중소기업 등 경제적 약자들 사이에 이해관계가 첨예하게 대립되는 국가정책을 국회에서의 공개적인 토론과 투명한 행정을 통하여 결정하지 않고 이와 같은 음습한 정경유착의 고리를 통하여 결정함으로써 국민들의 대다수를 이루는 노동자, 소비자, 자영업자, 중소기업 등 경제적 약자들은 국가정책의 결정과정이나 그 정당성에 대한 신뢰를 버렸습니다. 이러한 정경유착의 사회적 폐습과 불의가 만연하여 사회적 폐습과 불의를 타파하도록 하고 있는 헌법전문 의 정신과, 특정기업에 의한 시장의 지배와 경제력 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통해 경제 민주화를 이룩하도록 규정한 헌법 제119조의 경제질서 원리를 적극적으로 위반하였습니다.

위와 같은 박근혜 대통령의 법치국가원리와 민주국가원리를 구성하는 기본원칙에 대한 적극적인 위반행위, 국민의 기본권 침해행위, 헌법상의 행정질서와 경제질서 원리를 적극적으로 위반한 행위는 자유민주적 기본질서를 위협하는 행위로서 대통령의 파면을 요청할 정도로 ‘헌법수호의 관점에서 중대한 범위반’에 해당한다 할 것입니다.

### **3. 대통령이 국민의 신임을 배신하여 국정을 담당할 자격을 상실한 경우인지**

‘국민의 신임을 배반한 행위’란 헌법수호의 관점에서 중대한 범위반에 해당하지 않는 그 외의 행위유형까지도 모두 포괄하는 것으로서, ①대통령이 헌법상 부여받은 권한과 지위를 남용하여 뇌물수수 등 부정부패행위를 하는 경우, ②명백하게 국익을 해하는 활동을 하는 경우, ③국가조직을 이용하여 국민의 기본권을 침해하는 경우에는 자유민주적 기본질서를 수호하고 국정을 성실하게 수행하리라는 국민적 믿음이 상실되었다고 보아야 합니다(헌법

재판소 2004. 5. 14. 2004헌나1).

앞서 살펴본 바와 같이 박근혜 대통령의 헌법과 법률 위반 행위에는 세무조사 무마, 계열사 합병 시 국민연금의 지원, 사면복권, 더 나아가 재벌들에 유리한 노동법개정이나 산업정책이나 규제완화 등을 추진하는 것을 기대하는 재벌기업들로부터 수백억 원에 달하는 뇌물을 수수하거나 제3자인 미르재단, 최순실 등에게 전달하도록 하거나 직권을 남용하여 기업들로부터 사실상 강제로 대통령이 설립을 추진하는 미르재단이나 케이스포츠재단에 성금을 내도록 하는 부정부패행위가 포함되어 있습니다. 특히 헌법과 법률 위반 행위를 함에 있어 대통령이 직접 재벌들이 내야 할 성금을 할당하고, 재단모금을 독려하기 위해 재벌총수들을 독대할 때는 각 재벌그룹별 중점 애로사항 등을 전달받기도 하는 등 대통령의 부정부패 가담행위의 죄질도 매우 나쁘니다.

그리고 최순실, 차은택 등의 비선세력들이 문화체육부의 인사에 개입하여 자신들의 사익에 반하는 태도를 보인 공무원들을 좌천시키거나 사직하게 하고 자신들의 이익을 보장해 줄 수 있는 자들을 장·차관에 임명하도록 하는가 하면, 자신들의 개인사업에 용역이나 위탁 등을 제공할 예산을 편성하게 하고 자신들이 사실상 지배·운영할 재단을 만드는데 행정력을 동원시키는 등의 국정농단 행위를 박근혜 대통령이 지시하거나 개입, 지원하여 국익에 반하는 행위도 하였습니다. 또한 군이 북한 국방위원회와 3차례 비밀접촉한 군사기밀이나, ‘아베신조 총리 특사단 접견’, ‘중국 특사단 추천위원’, ‘호주 총리 통화 참고자료’ 등의 외교상 기밀, 외국에서의 연설문 등 공무상 기밀을 최순실 등 사인들에게 누설하는 등 명백하게 국익을 침해하는 행위도 지속적으로 하였습니다.

심지어 박근혜 대통령은 국정농단세력인 최순실, 차은택 등이 포스코 그룹



산하의 광고회사를 강탈할 수 있도록 지시를 내리거나 정치적 반대세력인 전 노무현 대통령을 미화하는 영화를 제작하였다는 등의 이유로 영화산업에 종사하는 기업 경영자를 경영일선에서 손을 떼게 만드는 등 국민의 재산권을 빼앗거나 기업의 경영권행사에 개입하는 등 국민의 기본권을 침해하는 행위도 여러 차례 반복하여 하였습니다.

이러한 상황에서, 박근혜 대통령이 국정을 성실히 수행하리라는 국민적 믿음이 상실되었다는 점은 여론조사와 대통령의 퇴진을 요구하는 집회·시위 등 다양한 측면에서 나타나고 있습니다. 박근혜 대통령의 국정수행에 대한 지지도는 11월 4주 현재 4%를 기록하고 있고(한국갤럽), 다른 여론조사 기관에서도 11월 18일 9.4%(리얼미터), 10월 31일 9.2%(디오피니언)로 연일 최저치를 경신하고 있습니다. 또한 10월 29일 박근혜 대통령 퇴진을 위한 촛불시위 이래 11월 5일에는 서울에서 20만명, 11월 12일에는 서울에서 100만명, 11월 19일에는 전국에서 95만명이 거리에 나와 촛불시위를 계속하고 있습니다. 10월 26을 기점으로 국내 100여개 대학교 학생회, 해외 한인 학생회, 대학 교수, 대한변호사협회, 그 외 시민단체들의 시국선언이 이어지고 있으며, 11월 25일을 시작으로 숙명여대, 동국대, 서강대 등의 동맹휴업도 계속되고 있습니다. 이상의 상황만 보더라도, 박근혜 대통령이 투표를 통한 국민의 신임을 배반함은 자명하고, 이에 따른 국민의 배신감과 분노가 전국시위와 시국선언, 여론조사 등으로 나타나고 있습니다.

위와 같이 대통령이 헌법상 부여받은 권한과 지위를 남용한 뇌물수수 등 부정부패행위, 명백하게 국익을 해하는 활동, 국가조직을 이용하여 국민의 기본권을 침해하는 행위 등으로 박근혜 대통령은 자유민주적 기본질서를 수호하고 국정을 성실하게 수행하리라는 국민적 믿음이 상실되었다고 보아야 합니다.

## VI. 결 론

이상과 같이 박근혜 대통령은 국민주권주의, 대의제, 법치주의 등 헌법의 핵심적 원리에 위반하는 행위를 하였고, 위법행위로 드러난 내용도 충분히 과면을 정당화할만한 사유에 이르므로, 탄핵소추 및 탄핵심판 절차에 의해 과면결정을 함이 타당합니다.

## VII. 보 론 : 몇 가지 쟁점

### 1. 탄핵소추서에 공소장 이외 위법행위를 적시할지 여부

탄핵소추서에 공소장 이외의 위법행위를 적시할지 여부에 대해 여러 의견이 있을 수 있습니다.

그런데 앞서 검토했듯이 헌법재판소의 탄핵심판 절차에서는 탄핵소추서에 기재되지 않은 사실에 대해서는 판단할 수 없고, 새로운 사실을 추가, 변경할 수 없습니다. 따라서 아직 수사중이라는 이유로 포함되지 않는 경우, 중요한 탄핵사유임에도 불구하고 누락되는 문제가 발생할 수 있습니다. 특히 논란이 되는 특가법상 뇌물죄(제3자 뇌물제공죄)의 경우 탄핵사유에 반드시 포함되어야 할 중요한 위법행위임에도 불구하고 아직 수사 중이라는 이유로 누락된다면 매우 중대한 위법행위를 탄핵사유로 삼지 못하는 모순이 발생할 것입니다. 검찰의 보강수사 및 향후 특검 수사를 염두에 둔다면, 적어도 현재 밝혀진 혐의에 대해서는 탄핵사유의 사실관계로 정리하고, 이에 대한 법률위반사항을 구체적으로 적시한 이후 헌법재판소 심판절차에서 보완하는 방식으로 진행되는 것이 바람직할 것입니다. 다만 대통령의 재직 중 행위 전체를 대상으로 할 경우 탄핵사유가 지나치게 넓어져서 국회나 헌법재판소의 일부 탄핵에 소극적인 인사들에게 전체 탄핵절차를 늦추거나 무력화시키는 시도로 이어질 우려도 있으므로 적절한 범위로 제한함이 고려될 수 있을 것입니다.

따라서 현재 국민적 지탄을 받고 있는 국정농단사태를 중심으로 탄핵을 진행할 수밖에 없음은 불가피합니다.

### 2. 탄핵소추 및 탄핵심판에서의 입증전략

헌법재판소에서의 탄핵심판 과정에서는 형사재판 절차에 준용하여 증거를 제출하고, 입증하는 절차를 진행하게 됩니다. 따라서 탄핵소추서에 기재된 탄핵사유에 대해서 향후 탄핵심판과정에서 이를 어떻게 입증할지의 전략을 미리 세울 필요가 있습니다. 다음과 같은 입증방법들이 고려될 수 있을 것입니다.

첫째, 현재 진행되고 있는 최순실, 안중범, 정호성 재판 및 향후 기소될 관련 피고인들의 형사재판 증거자료를 어떻게 헌법재판소 탄핵심판에 제출할 것인지에 관한 입증전략을 세워야 합니다.<sup>57)</sup>

둘째, 탄핵절차 중 진행되고 있는 검찰이나 특검의 수사결과를 어떻게 반영할지 고려되어야 합니다. 특히 뇌물죄와 같이 혐의 입증이 완료되지 않은 사안에 대해 탄핵소추서에 기재한 경우 검찰이나 특검의 수사에서 드러난 추가적인 사실관계를 지속적으로 보완하고, 증거를 추가할 필요가 있습니다.

셋째, 국회가 현재 예정하고 있는 국정조사 결과를 탄핵심판에서 증거로 제출할 수 있도록 국정조사를 최대한 효율적으로 운영할 필요가 있습니다. 지금의 국정조사는 통상과 달리 좀 더 법률적인 내용을 깊이 다루어서 재벌들에 대한 신문결과에서 탄핵에 유리한 진술을 확보하고 이를 증거로 사용하는 전략적 접근이 필요합니다. 만약 국정조사로 부족할 경우에는 국회 법제사법위원회의 조사를 추가로 진행할 수 있습니다(국회법 제130조 제1항).

넷째, 탄핵은 일종의 징계절차입니다. 따라서 형사재판 절차에 준용한다고

57) 참고로 헌법재판소법 제32조 단서에서는 재판이 진행중인 사건의 기록에 대해서는 송부를 요구할 수 없다고 명시되어 있어서 헌법재판소나 형사사건 재판부에서 이를 이유로 증거자료(특히 수사기록) 제출을 거절할 경우에 대한 대비가 필요하다고 봅니다. 헌법학자 김종철 교수의 견해로는 이 조항은 헌법재판소가 진행중인 형사재판에 개입할 수 없게 하는 취지에서 입법된 것이라서 본건에 적용하기 어렵다고 하고, 실제 기준에 진행된 통합진보당 정당해산심판과정에서 헌법재판소는 당시 재판이 진행중이던 형사재판기록과 증거를 재판부에게 요청하여 제출받은 전례가 있습니다. 한편 부득이한 경우에는 법무부나 검찰청에 직접 증거제출을 요구하는 방안 등도 검토할 필요가 있습니다.

하여도 신문기사와 같은 신뢰성 높은 자료는 충분히 증거자료로 삼을 수 있다고 봅니다. 만약 검찰에서 혐의가 확인되지 않았으나 탄핵사유로 삼은 경우에는 신문 기사를 증거로 잘 활용할 필요가 있습니다.

다섯째, 탄핵심판은 형사재판절차를 준용하여 진행됩니다. 그렇다면 해당 절차에서 어떤 증인을 신청하고, 어떤 입증전략을 구사할 것인지에 대한 구체적인 실무적 준비도 필요할 것입니다.

### **3. 국민의 지속적인 비판과 감시의 중대성**

탄핵절차는 부득이 헌법기관이 이를 위임받아 진행한다고 하여도 이 역시 국민의 뜻에 따라 진행되는 절차입니다. 더구나 지금과 같이 엄중한 시기에 국민의 민의가 대의기관에 의해 훼손되지 않도록 지속적인 관심을 갖고 탄핵절차를 감시하는 국민적 운동이 필요하고 중요합니다.

국회에서의 탄핵소추의 발의와 의결에서 각 정파적 이해에 빠져서 중요한 대의를 놓치지 않도록 감시하고, 나아가 탄핵소추에 반대하는 일부 정치인들을 기억하고 향후 선거에서 심판할 수 있도록 조직적 운동을 전개해야 할 것입니다. 나아가 헌법재판소 탄핵심판절차 역시 법적 공방이 이어지더라도 국민적 관심사가 되고 민주주의의 현장교육이 되도록 홍보와 지속적 감시활동이 필요합니다.

활시위는 당겨졌고, 화살은 과녁을 향했습니다.

온 국민의 합성과 지지 속에 국민이 승리하는 날이 남았습니다.