

기무사 계엄령 문건 관련 ‘내란음모죄·내란예비죄’ 성립에 관한 의견서

민주사회를 위한 변호사모임

목 차

1. 들어가며
2. ‘내란죄’의 구성요건 검토
 - 가. 형법의 규정
 - 나. 대법원 판례의 태도
 - 1) 내란죄의 주체
 - 2) 국헌문란의 목적
 - 3) 폭동행위
 - 다. 소결
3. ‘국헌문란 목적’ 요건 충족여부
 - 가. ‘국헌문란 목적’에 대한 판단기준
 - 나. ‘국헌문란의 목적’ 충족 여부
 - 1) ‘헌법에 의하여 설치된 국가기관을’
 - 2) ‘강압에 의하여’
 - 3) ‘권능행사를 불가능하게’
 - 다. 이번 문건들의 ‘국헌문란 목적’에 관한 구체적인 검토
 - 1) 국회의 계엄해제요구권 행사 사전차단
 - 2) 시민들의 집회·결사의 자유 등 기본권에 대한 침해
 - 3) 합동수사본부에 의한 정보기관·수사기관 장악

- 4) 군사법원 설치에 따른 사법권 침해
- 5) 정부부처 통제방안 마련
- 6) 언론제도에 대한 폐기

라. 소결

4. ‘폭동행위’ 요건 충족 여부

가. 내란죄에서의 ‘폭동행위’의 의미

나. 이 사건 문건에서 확인되는 ‘폭동성’

다. 소결

5. ‘내란음모죄’, ‘내란예비죄’ 성립에 관한 검토

가. 공통적인 구성요건 - 2중의 목적

나. ‘내란죄(기본범죄)를 행할 목적’의 존재

- 1) 국가긴급권 행사 발동이 전혀 필요치 않은 상황
- 2) 기무사의 직무범위 밖의 업무(권한 없는 행위)
- 3) 계엄선포 및 방호부대 투입 결심조건 평가요소의 자의성
- 4) ‘합동수사본부’의 불법적인 설치와 초법적인 권한부여
- 5) 비밀TF 구성 및 이후 자료의 폐기

다. ‘내란음모죄·내란예비죄’의 성립

- 1) 구성요건의 내용
- 2) 이번 사건의 검토

라. 소결 및 이후 수사과제

6. 결론

1. 들어가며

최근 군인권센터를 통하여 국군기무사령부(이하 ‘기무사’)가 2017. 3.경 전국비상계엄선포 등을 계획한 문건들이 공개되었습니다. 발표당시 문건의 제목은 ‘전시 계엄 및 합수업무 수행방안’ (최근 확인된 원래 제목은 ‘현 시국 관련 대비계획’)(13쪽)이었고 이후 ‘대비계획 세부자료’ (67쪽)의 내용도 알려졌습니다.

내란음모죄가 성립한다는 의견에서부터 ‘국가비상용’으로 작성되어 법적으로 문제될 것이 없다라는 주장까지 제기되고 있습니다. 우리 모임은 위 문건들의 내용과 「기무사 의혹 특별수사단」의 보도자료 등을 종합하여 법리적으로 검토한 결과 이번 사안은 ‘내란음모죄’가 명백하게 성립한다는 결론에 이르렀습니다. 이후 수사과정에서 내란을 위한 추가적인 ‘준비행위’가 확인되는 경우 ‘내란예비죄’도 성립할 수 있습니다.

2. ‘내란죄’의 구성요건 검토

가. 형법의 규정

형법 제87조는 “국토를 침탈하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동”한 경우를 ‘내란죄’로 처벌하고 있습니다. 형법 제91조는 ‘국헌을 문란할 목적’¹⁾을 “헌법 또는 법률에 정한 절차에 의하지 아니하고 헌법 또는 법률의 기능을 소멸시키는 것”(1호) 또는 “헌법에 의하여 설치된 국가기관을 강압에 의하여 전복 또는 그 권능행사를 불가능하게 하는 것”(2호)이라고 정의하고 있습니다.

나. 대법원 판례의 태도

1) 내란죄의 주체

형법은 내란죄의 관여자를 그 지위에 따라 ‘1. 수괴, 2. 모의참여자·군중지휘자·중

1) ‘국토침탈’은 대한민국의 영토(영해, 영공을 포함)의 전부 또는 일부를 ‘점거’하여 대한민국의 주권행사를 ‘사실상 배제’하는 것을 의미하는 것으로 이번 사안에 적용되는 내용이 아닙니다.

요임무종사자, 3. 부화수행자·단순폭동관여자’로 구분하고 있을 뿐만 아니라, 내란죄는 그 성질상 영토의 일부를 점거하거나 헌법질서의 파괴를 할 수 있는 다수인의 공동범행을 전제로 합니다(집합범, 다중범). 대법원 판례도 “내란죄의 주체는 국토를 침탈하거나 국헌을 문란할 목적을 이룰 수 있을 정도로 조직화된 집단으로서 다수의 자이어야” 한다고 판시하였습니다(대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결²⁾).

이번 사건의 경우, 대다수의 행위자들이 총과 탱크 등 실질적인 물리력을 동원할 수 있는 ‘군대’에 소속된 ‘현역군인’들이기 때문에 내란죄의 주체에 해당할 수 있다는 부분에 대해서는 이견이 없습니다.

2) 국헌문란의 목적

대법원은 “국헌문란의 목적은 범죄 성립을 위하여 고의 외에 요구되는 초과주관적 위법요소로서 엄격한 증명사항에 속하나, 확정적 인식임을 요하지 아니하며, 다만 미필적 인식이 있으면 족하다”고 하였고(위 2014도10978 전원합의체 판결), “형법 제91조가 국헌문란의 대표적인 행태를 예시하고 있는 규정이라고 볼 수 없다”고 하면서(‘열거 규정’으로 판단), “형법 제91조 제2호에 의하면 헌법에 의하여 설치된 국가기관을 강압에 의하여 전복 또는 그 권능행사를 불가능하게 하는 것을 국헌문란의 목적의 하나로 규정하고 있는데, 여기에서 ‘권능행사를 불가능하게 한다’고 하는 것은 그 기관을 제도적으로 영구히 폐지하는 경우만을 가리키는 것은 아니고 사실상 상당기간 기능을 제대로 할 수 없게 만드는 것을 포함”한다고 판시하였습니다(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결³⁾).

3) 폭동행위

대법원은 ① “내란죄의 구성요건인 폭동의 내용으로서의 폭행 또는 협박은 일체의 유형력의 행사나 외포심을 생기게 하는 해악의 고지를 의미하는 최광의의 폭행·협박을 말하는 것으로서, 이를 준비하거나 보조하는 행위를 전체적으로 파악한 개념이며, 그 정도가 한 지방의 평온을 해할 정도의 위력이 있음을 요한다”, ② “비상계엄의 전국 확대조치의 강압적 효과가 법령과 제도 때문에 일어나는 당연한 결과라고 하더라도,

2) 『통합진보당 국회의원 이석기 내란음모 사건』의 대법원 판결

3) 『전두환·노태우 12·12 군사반란 사건』의 대법원 판결

법령이나 제도가 가지고 있는 위협적인 효과가 국헌문란의 목적을 가진 자에 의하여 그 목적을 달성하기 위한 수단으로 이용되는 경우에는 비상계엄의 전국확대조치가 내란죄의 구성요건인 폭동의 내용으로서의 협박행위가 되므로 이는 내란죄의 폭동에 해당하고, 또한 그 당시 그와 같은 비상계엄의 전국확대는 우리 나라 전국의 평온을 해하는 정도에 이르렀음을 인정할 수 있다” 고 판시하였습니다(위 96도3376 전원합의체 판결).

다. 소결

이렇듯, ‘내란죄’는 일정한 정도로 조직화된 다수인이, 국헌문란의 목적을 가지고, 폭동행위를 한 때에 성립합니다.

‘내란죄’는 국가적 법익에 관한 죄이고, 실행행위인 ‘폭동행위’는 ‘살상, 파괴, 약탈, 단순 폭동 등 여러 가지 폭력행위가 혼합’되어 ‘한 지방의 평온을 해할 정도의 위력’을 가지는 것이기에, 음모·예비단계의 행위에 대해서도 ‘3년 이상의 유기징역이나 유기금고’에 처하도록 규정되어 있습니다(형법 제90조 참조).

따라서, 이번 사건에서 관련자들에게 ‘국헌문란 목적’이 인정되고, 기무사 작성 문건에서 계획했던 내용이 ‘폭동행위’에 해당하는 것이라면, 그 범죄행위의 단계가 음모이든 예비이든 미수이든 ‘내란에 관한 죄’로 의율되어야 하는 것입니다.

3. ‘국헌문란 목적’ 요건 충족여부

가. ‘국헌문란 목적’에 대한 판단기준

대법원은 “국헌문란의 목적을 가지고 있었는지 여부는 외부적으로 드러난 행위와 그 행위에 이르게 된 경위 및 그 행위의 결과 등을 종합하여 판단하여야 한다”고 판시하였고(위 96도3376 전원합의체 판결), ‘내란선동죄에서의 국헌을 문란할 목적’과 관련하여서는 ‘선동자의 표현자체에 공격대상인 국가기관과 그를 통해 달성하고자 하는 목표, 실현방법과 계획이 구체적으로 나타나 있어야만 인정되는 것은 아니다 “라고까지 실시한 적이 있습니다(위 2014도10978 전원합의체 판결).

나. ‘국헌문란의 목적’ 충족 여부

앞에서 설명드린 것과 같이 이번 사건에 적용되는 ‘국헌을 문란할 목적’에 관한 정의는 “헌법에 의하여 설치된 국가기관을 강압에 의하여 그 권능행사를 불가능하게 하는 것”입니다(형법 제91조 2호).

1) ‘헌법에 의하여 설치된 국가기관을’

이 문구를 ‘헌법기관’ (=헌법에 명시적으로 규정되어 있는 국가기관)으로 한정하여 해석하는 학설은 없습니다. 헌법에서의 이른바 ‘민주적 기본질서’의 파괴와 같은 의미로 해석하거나, ‘국가의 기본조직’ (=국민의 중요한 권리·의무의 전면적 폐기, 헌법에 규정된 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도 및 사법권의 독립 등)을 파괴하는 것이라고 해석⁴⁾합니다.

대법원 또한 “현행의 헌법 또는 법률이 정한 정치적 기본조직을 불법으로 파괴하는 것”이라거나(대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 판결⁵⁾), “형법은 국가의 기본조직을 폭력적으로 변혁할 것을 목적으로 하는 집단적 행위로부터 국가의 존립과 헌법질서를 보호하기 위하여 제87조에서 “국토를 침탈하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동한 자”를 내란죄로 처벌한다고 규정”한다고 실시하였습니다(위 2014도10978 전원합의체 판결⁶⁾).

이번 기무사 ‘대비계획 세부자료’ 문건에는 ① 국회의 계엄해제요구권 행사에 대한 사전차단 및 국회의원들에 대한 체포·구금, ② 시민들의 집회·결사의 자유에 대한 침해, ③ 합동수사본부에 의한 정보기관·수사기관 장악, ④ 군사법원 설치에 따른 사법권 침해, ⑤ 정부부처 통제방안, ④ 언론제도 폐기 등 중추적인 ‘국가의 기본조직’ 들을 변혁·파괴하는 내용이 망라되어 있습니다.

2) ‘강압에 의하여’

내란죄의 실행행위인 ‘폭동’의 내용이 되는 폭행 또는 협박은 최광의의 개념으로,

4) 「주석 형법 - 형법각칙」(제4판), 80쪽, 2006. 1.

5) 이른바 ‘김재규 10·26 사건’의 대법원 판결

6) 대법원은 이 사건에서 심지어 KT나 한국전력과 같은 ‘시설’도 ‘국가의 기본조직’에 포함된다는 취지의 판단을 하였습니다.

일체의 유형력의 행사나 외포심을 생기게 하는 해악의 고지를 의미하고, 이를 준비하거나 보조하는 행위를 전체적으로 파악한 개념입니다(위 96도3376 전원합의체 판결).

‘현 시국 관련 대비계획’ 문건에 기재되어 아래와 같은 ‘계엄임무수행군 편성’에 따른 병력 및 장갑차 배치 자체가 ‘최광의의 폭행 또는 협박’에 해당함은 자명합니다. ‘대비계획 세부자료’에는 ‘17 중요시설 및 집회 예상지역 방호부대 편성/운용’ - ‘□ 계엄임무수행군 판단 및 편성’ 목차에 구체적인 내용이 더 상세하게 기재되어 있습니다.

[참고 3] 계엄임무수행군 편성(안)

□가용 병력

기계화사단(6개)	기갑여단(2개)	특전사(6개+)
8·11·20·26·30사단, 수기사	2·5기갑	1·3·7·9·11·13여단, 707대대

□서울 지역

구분		현 방호력	추가투입
중요시설	청와대	군: 2,400명, 경찰: 500명	30사단 1개 여단, 1공수여단
	헌법재판소	경찰: 5명, 청경: 6명	20사단 1개 중대
	정부청사	경찰: 180명	20사단 2개 중대
	국방부·합참	군: 1,500명	20사단 1개 여단
집회 예상 지역 방호	광화문 일대	경찰: 15,000명	30 2개 여단, 9공수여단(현주둔지)
	여의도(국회)	*	20사단 1개 사단
비고	*707대대는 현 주둔지에 출동 대기타 중요시설 탈환작전 시 투입		

□기타 지역

구분	경기	강원	충청	전라	경상
사단	2·5기갑	11사단	8사단	26사단	수기사
특전사	9여단	3여단	13여단	11여단	7여단

‘현 시국 관련 대비계획’ 중 ‘계엄임무수행군 편성(안)’

더욱이 이러한 상황에서 헌법기관인 국회의원들을 계엄해제의결에 참여하지 않도록 유도하거나 계엄사의 포고령 위반으로 검거하여 사법처리하는 것은 ‘강압행위’의 구체적인 사례에 해당할 것입니다.

3) ‘권능행사를 불가능하게’

여기서의 ‘권능행사 불가능’은 ‘사실상 상당기간 기능을 제대로 할 수 없게 만드는 것’까지를 의미합니다(위 96도3376 전원합의체 판결).

‘대비계획 세부자료’에는 ‘**13** 국회에 의한 계엄해제 시도시 조치사항’ 목차에 아래와 같은 내용이 기재되어 있습니다.

- 現 국회는 여소야대 정국으로 의결 정족수 충족, 계엄 해제 가능
 - 국회의원 총 299명 중 진보성향 의원 160여 명, 보수성향 의원 130여 명
- 黨·政 협의를 통해 국회의원 설득 및 ‘계엄해제 건’ 직권상정 원천 차단
 - 여당을 통해서 계엄의 필요성 및 최단 기간내 해제 등 약속을 통해 국회의원들이 ‘계엄 해제’ 의결에 참여하지 않도록 유도
 - 黨·政 협의 제한시, ‘해제 요구’ 안 직권상정 차단 방안 검토
- 국회의원 대상 현행법 사법처리로 의결 정족수 미달 유도
 - 계엄사령부, 집회·시위 금지 및 반정부 정치 활동 금지 포고령을 선포하고, 위반시 구속수사 등 엄중처리 관련 경고문 발표
 - 합수단, 불법시위 참석 및 반정부 정치활동 의원 집중검거 후 사법처리

‘대비계획 세부자료’ **13** 항목 중 ‘□ 주요 조치방안(고려사항)’의 내용 일부

국회는 ‘입법권’을 가진 ‘헌법기관’이고(헌법 제40조), 국회를 구성하는 국회의원은 헌법에서 임기와 신분보장 등 특별한 보호를 받고 있습니다(헌법 제42조, 제44조, 제45조 등). 또한 헌법은 국회의 구체적인 권한 중 하나로 재적의원 과반수의 찬성으로 대통령에게 계엄해제요구를 할 수 있도록 규정하고 대통령은 이에 따라야 할 헌법상 의무를 부여하고 있습니다(헌법 제77조 5항).

그런데 ‘대비계획 세부자료’는 이러한 국회의 계엄해제요구권을 무력화시키기 위한 구체적인 방법들을 제시하고 있는 것입니다. ① 첫째는, “당·정협의로 여당 국회의원들이 계엄 해제 의결에 참여하지 않도록 유도 → 협의가 어려운 경우 ‘해제 요구’ 안 직권상정 차단 방안 검토”이고, ② 둘째는, “계엄사, 집회·시위 금지 및 반정부 정치활동 금지 포고령 선포 및 위반시 구속수사 등 엄중처리 경고문 발표 → 합수단, 불법시위 참석·반정부 정치활동 의원 집중검거 후 사법처리 → 의결 정족수 미달 유도”입니다.

이는 결국 국회가 보유하고 있는 권능을 ‘사실상 상당기간 기능을 제대로 할 수 없게 만드는’ 전형적인 경우에 해당하는 것입니다.

다. 이번 문건들의 ‘국헌문란 목적’에 관한 구체적인 검토

1) 국회의 계엄해제요구권 행사 사전차단

이렇듯 ‘대비계획 세부자료’에 있는 ‘13 국회에 의한 계엄해제 시도시 조치사항’의 기재내용은 입법권을 가진 헌법기관을 강압에 의하여 그 권능행사를 불가능하게 하는 행위에 해당함이 명백합니다.

내란세력들에게 위 사항은 ‘비상계엄이라는 폭동행위를 유지시키는 기본적인 전제조건’이기에 위와 같이 구체적인 계획과 방법론들을 준비해 놓았던 것으로 보입니다. 국회가 계엄해제요구를 의결하면 대통령은 즉시 계엄을 해제하여야 하고 이는 내란세력들이 계획한 목적을 실현하지 못하게 만들기 때문입니다.

따라서 이렇게 국회의 계엄해제요구권의 행사를 불가능하게 한 상태에서 유지되는 비상계엄 상황과 그에 따른 후속조치들은 비록 그 내용들이 법령과 제도에 근거한 것이라고 하더라도 국헌문란 행위에 해당할 수밖에 없습니다.

대법원 또한 “비상계엄의 전국확대조치의 강압적 효과가 법령과 제도 때문에 일어나는 당연한 결과라고 하더라도, 이러한 법령이나 제도가 가지고 있는 위협적인 효과가 국헌문란의 목적을 가진 자에 의하여 그 목적을 달성하기 위한 수단으로 이용되는 경우에는

비상계엄의 전국확대조치가 내란죄의 구성요건인 폭동의 내용으로서의 협박행위가 된다”고 판단하였습니다(위 96도3376 전원합의체 판결).

2) 시민들의 집회·결사의 자유 등 기본권에 대한 침해

‘2016 계엄실무편람’은 계엄법 제9조 1항의 특별조치에 관한 설명에서, “계엄사령관의 특별조치에 의하여 포고문을 공포할 때 특별조치 내용(명령내용)을 국민에게 미리 알리기 때문에 영장 없이 체포·구금될 경우에는 수사과정에서나 기소된 이후에도 별도의 영장청구가 불필요하다”고 하면서도, “헌법재판소나 대법원 판례 등에서는 영장주의를 완전히 배제하는 특별한 조치는 ‘비상계엄에 준하는 국가비상사태’에 있어서도 가급적 회피해야 할 것이고, 설사 그러한 조치가 허용된다고 하더라도 지극히 한시적으로 이루어져야 하며, 조속한 시간 내에 법관에 의한 사후심사가 이루어질 수 있는 장치가 마련되어야 한다고 결정”⁷⁾한 내용을 제시하고 있습니다.

특히 “계엄사령관이 포고령 제1호를 공포할 당시 제1항에서 정한 조치를 취할 군사상 필요성이 있었다고 보기 어려워 포고령 제1호는 구 계엄법 제13조에 정한 요건이 충족되지 않았음에도 공포된 점, 포고령 제1호가 “위 포고를 위반한 자는 영장 없이 수색, 구속한다.”고 규정한 것은 ‘모든 정치활동 목적의 집회·시위’ 및 ‘허가를 받지 않은 정치활동 목적이 아닌 집회’를 범죄로 처벌하도록 하면서도 어떠한 제약 조건도 두지 아니하고 법관의 구체적 판단 없이 수색, 구속할 수 있도록 하고 법관에 의한 사후적 심사장치도 두지 아니하였으므로 영장주의의 본질을 침해한 점에서 위헌·무효라는 이유로 무죄 “를 선고한 하급심 판결⁸⁾의 내용도 기재하고 있습니다.

나아가, “‘거주, 이전, 단체행동’에 대해서는 헌법 제77조 제3항에서 규정하지 않고 있는 내용이기 때문에 논란이 있다”고 하면서 각주로 “현재 헌법학계의 다수설 입장은 한정적 규정으로 이해하고 있다(권영성(p.972) 허영(p.917) 참조). 계엄선포권의 본질을 대통령의 비상대권이라고 이해하는 입장에서는 그것을 한정적 규정으로 해석하는 것이 남용·악용의 피해를 줄이는 방법이 될 것이다”라는 설명까지 덧붙이고 있습니다.⁹⁾

7) 헌법재판소 2013. 3. 21.자 2010헌바70·132·170 결정

8) 창원지방법원 2016. 1. 7. 선고 2013재노251 판결

9) 이상 ‘2016 계엄실무편람’ 40쪽~42쪽

그러나 ‘대비계획 세부자료’는 ‘포고문(붙임6)’(제목 : 사회질서 확립 및 계엄 임무수행군 임무수행 여건 보장)에 “계엄이 선포된 전지역”에 대하여 “23:00~익일 04:00까지 ‘야간통행금지를 실시’ 등의 기본권 침해 내용을 포함하고 있고, “이상의 포고를 위반한 자에 대해서는 대한민국 계엄법 제9조(계엄사령관의 특별조치권)에 의하여 영장없이 체포·구금·압수·수색할 수 있으며 계엄법 제14조(벌칙)에 의거 3년 이하의 징역에 처한다”고 기재해 놓았으며, ‘ 국민 기본권 제한 요소 검토’ 항목에서는 “비상계엄이 선포될 경우 계엄사령관의 특별조치권에 의해 체포·구금·압수·수색·거주·이전·언론·출판·집회·결사에 한해 국민의 기본권 제한 가능”이라는 결론만을 기재하고 있습니다.

지금까지 헌법재판소와 법원이 과거 군사쿠데타 사건에 밝혀왔던 국민의 기본권 보장을 위해 내렸던 원칙과 법리들을 ‘2016 계엄실무편람’ 기재와 달리 전혀 고려하지 않은 것입니다. 이는 ‘국민의 중요한 권리의 전면적 폐기’에 해당하는 내용이라고 할 것입니다.

3) 합동수사본부에 의한 정보기관·수사기관 장악

‘2016 계엄실무편람’은 “계엄사령부직제령 제7조 제1항, 제5항, 제6항에 따르면 합동수사본부는 계엄사령부에 필수적으로 상설되는 기관이 아니고, 계엄사령관이 지정한 특정 사건의 수사를 위해서 설치되는 기관”이라고 정의하면서, “계엄법 제8조 제1항, 계엄사령부직제령 제4조 제1항, 계엄사령부직제령 제5조에 따라 수사기관의 조정·통제 업무는 계엄사령부의 치안처를 통해서, 정보기관의 조정·통제업무는 계엄사령부의 운영처를 통해서 계엄사령관이 할 수 있음”이라고 기재하고 있습니다.¹⁰⁾

즉 ‘합동수사본부’는 ‘특정사건’ 수사를 위해 설치되는 기관이고, 정보기관·수사기관의 조정·통제업무는 합동수사본부가 아니라 계엄사령부의 운영처·치안처를 통해서 계엄사령관이 하는 것이 관계법령에 부합하는 해석이라는 것입니다.

그러나 ‘대비계획 세부자료’는, ① 필수기관인 것처럼 ‘ 합동수사본부 편성’ (본부장 기무사령관)을 제시하고 있고, ② 이 항목의 ‘ 유관기관 통제방안’에는 “대통령께서 국정원장에게 계엄사령관의 지휘 통제에 따르도록 지시하고, 국정원 2차장을

10) ‘2016 계엄실무편람’ 부록-29~31쪽

계엄사로 파견시켜 계엄사령관을 보좌토록 조치”라는 구체적인 방법까지 기재하고 있으며, ③ ‘20 계엄법 위반자 사법처리’ 항목의 ‘붙임1’ 자료인 계엄사령부 명의의 ‘합동수사본부, 정보 및 보안업무 기획·조정 업무 시행’ 훈령(안)에는 합동수사본부가 “모든 정보수사기관(검찰, 군검찰, 국가정보원, 경찰, 헌병, 기무)의 수사업무 조정·감독”을 담당하도록 명시하고 있습니다.

이러한 ‘합동수사본부’ 설치와 수사기관·정보기관 통제방안은 ‘2016 계엄실무편람’의 내용에서 확인되는 것과 같이 현행 계엄 관련 법령 해석에 부합하지 않는 내용입니다. 결국 기무사령관이 합동수사본부장을 담당하면서 모든 수사·정보기관을 장악하여 사법 질서를 파괴하고 내란을 성공시키고자 한 구체적인 방법론이 제시되어 있는 것이고, 이는 전두환·노태우가 12·12 군사반란했을 때와 동일한 것입니다.

4) 군사법원 설치에 따른 사법권 침해

‘대비계획 세부자료’는 사법권에 대한 통제방안에 관하여도 세부적인 계획과 지침들을 마련해 놓고 있습니다.

‘12 계엄사 군사법원 설치’의 (붙임1) ‘공고문’에는 각 급, 각 지역 군사법원의 명칭뿐만 아니라 구체적인 설치장소와 해당 군사법원의 관할내용까지 세부적으로 기재해 놓고 있습니다. 나아가 군사법원이 아닌 일반법원에 대하여 재판권을 다시 일부위임하는 ‘훈령’까지 작성해 놓았습니다.

위와 같은 구체적인 내용과 ‘공고문’, ‘훈령’은 ‘2016 계엄실무편람’에는 전혀 나와 있지 않습니다. 더욱이 위 ‘훈령’의 3항에는 “위임된 사건이라 할지라도 계엄사령관이 특별히 지정하는 사건은 군사법원에서 재판한다”라고 규정되어 있는데, 이는 계엄사령관 자의로 재판관할까지 지정할 수 있다는 것입니다.

결국 정당하지 않은 ‘전국 비상계엄’ 조치를 명목으로 계엄사령관에게 사법권 일체를 넘기는 내용을 사전에 준비해 놓았던 것입니다.

5) 정부부처 통제방안 마련

‘대비계획 세부자료’는 행정부의 각 부처에 대한 상세한 통제방안까지 마련해 놓았습니다. 위 문건 중 ‘15 정부부처 조정·통제 방안’에는 ‘계엄사령부-정부부처간 업무분장 및 업무수행 절차’를 담은 ‘훈령’(붙임1)과 ‘업무 지휘·감독 및 협조’ ‘공고문’(붙임2)까지 기재하고 있습니다.

나아가 위 방안에는 “○ 발령된 훈령에 의해 계엄사 통제 불응 정부부처 및 공무원 제재”라는 내용이 강조되어 있고, 그 바로 밑에 “정부부처는 대통령 및 국무총리를 통해 경고 및 제재조치하고, 공무원은 계엄법 제8조 계엄사령관의 지휘·감독 위반으로 3년 이하의 징역 처벌”한다는 구체적인 제재경로와 형사처벌규정까지 제시되어 있습니다.

위 사항들은 ‘2016 계엄실무편람’에 기재되어 있지 않은 내용들로서 헌법이 정부에 부여한 행정권에 대한 실질적인 파괴를 목적으로 하였음을 알 수 있습니다.

6) 언론제도에 대한 폐기

‘2016 계엄실무편람’은 ‘언론·출판에 대한 특별조치’의 내용으로 “‘보도검열단’을 편성하여 언론사 및 출판사들이 보도 또는 출판하기 전에 검열을 실시하고 전쟁 및 계엄업무의 수행에 해로운 영향을 미치는 정보의 전파를 통제하는 것”이라고 설명하고 있고,¹¹⁾ “보도검열의 근본 목적은 계엄기간 동안 군사상 필요 또는 공공의 치안질서 유지에 있다”고 기재하고 있습니다.¹²⁾

또한 “인터넷은 인터넷의 기능을 훼손하지 않고서는 사전검열이 거의 불가능한 매체이다. 사전검열을 위해 인터넷의 기능을 훼손하는 경우에는 국가기간통신시스템의 작동이 제대로 되지 않는 역기능이 있을 수 있다. 또한 인터넷에 대한 사전 검열은 현실적으로 불가능하고, 업로드된 이후 웹사이트에 대한 검색으로 확인이 가능한 실정이고, 방대한 사이트를 모두 사전 검열하기에는 많은 인력과 장비가 소요되는 부분이다. 결국, 사후에 검색인력 및 장비 운용을 통한 검열체계를 구체화하여야 한다.”는 내용이 기재되어 있습니다.¹³⁾

11) ‘2016 계엄실무편람’ 42쪽

12) ‘2016 계엄실무편람’ 141쪽

13) ‘2016 계엄실무편람’ 부록-29~31

그러나 ‘대비계획 세부자료’는 ‘21 보도매체 및 SNS 통제방안’이라는 항목에서 “보도검열단 및 언론대책반 편성·운영”(붙임1), “방송·신문·통신매체별 통제요원 편성”(붙임2) 등 세부적인 매체별 인적 편성안까지 준비해 놓았고, 보도검열대상매체로 ‘□ 중앙매체 : 방송(22개), 신문(26개), 통신(8개), □ 지역매체 : 방송(32개), 신문(14)’로 구체적으로 특정하고 있습니다.

특히 위 항목 중 ‘□인터넷 포털 및 SNS 차단, 유언비어 유포 통제’ 부분에는 “16. 7월 터키 군부 쿠데타시 계엄군의 트위터·페이스북 등 눈 접촉 차단”이라는 사례까지 부가하여 기재되어 있고, “계엄선포후 포고문에 인터넷 및 SNS를 통해서 집회와 단체 행동을 선동하거나 유언비어 날조 및 유포행위를 금지한다는 내용을 포함하여 포고” 한다는 내용과 “필요시 전국 단일방송(KBS1 TV 및 라디오)” 방안까지 담겨있습니다. 또한 위 ‘붙임1, 2’의 각 ‘편성’ 내용에는 ‘보도검열단’ 이외에도 ‘합동수사본부’의 ‘언론대책반’ 인원이 각 영역별·매체별로 배치되어 있는데 이 내용은 ‘2016 계엄 실무편람’에는 전혀 포함되어 있지 않은 것입니다.

민주정치에 있어서 정치활동은 사상, 의견의 자유로운 표현과 교환을 통하여 이루어지는 것이므로 언론·출판의 자유가 보장되지 않는 상황에서 민주주의는 시행될 수 없습니다(헌법재판소 1992. 11. 12.자 89헌마88 전원재판부 결정 참조). 따라서 주권자참여론을 형성하여 국정에 참여하거나 영향을 미치기 때문에 국민이 공권력을 비판 또는 감시한다는 의미에서 언론의 자유는 민주주의의 필수적인 제도입니다. 그런데 ‘대비계획 세부자료’는 언론매체·출판기관 일체와 인터넷·SNS까지 통제하는 계획을 세워 언론제도 자체를 폐기하려고 하였습니다.

라. 소결

이와 같이 국가의 기본조직이라고 할 수 있는 입법권·사법권·행정권 및 집회·결사, 언론·출판의 자유 등을 변혁·폐기시키는 내용이 담겨있는 이번 기무사 문건들만으로도 관련자들이 ‘국헌을 문란할 목적’을 가지고 있었음을 넉넉하게 인정할 수 있습니다.

4. ‘폭동행위’ 요건 충족 여부

가. 내란죄에서의 ‘폭동행위’의 의미

‘폭동’이라 함은, ① 다수인이 결합하여 폭행·협박(최광의의 개념)하는 것을 말하고, ② 내란의 목적과 서로 목적·수단의 관계에 있어야 하며(직접성 요건), ③ 적어도 한 지방의 평온을 해할 정도의 것임을 요합니다.

‘직접성 요건’과 관련하여, 대법원은 이른바 ‘구국학생총연맹’ 사건에서 “피고인들이 구국학생총연맹 같은 조직체를 만들기 위한 기초공작으로 일부 피고인들로 하여금 6.3동지회 및 서울시내 11개 학생연합체와 접촉해 보도록 하자는 점에 대체적인 합의를 본 후 그 중 일부 피고인이 대학원 재학생 수명에게 그렇게 하라고 하였다”는 소위는 학생시위를 체계 있고 조직화된 것으로 광범위하게 전개하여 한일협정비준의 무효화를 하자는데 있었을 뿐 직접적으로 국가의 기본조직을 강압으로 해산 또는 그 권능행사를 불가능케 하자는 것이 아니었다”고 판시하여 내란음모 등의 혐의를 무죄로 판단한 적이 있습니다(대법원 1968. 3. 5. 선고 66도1056 판결).

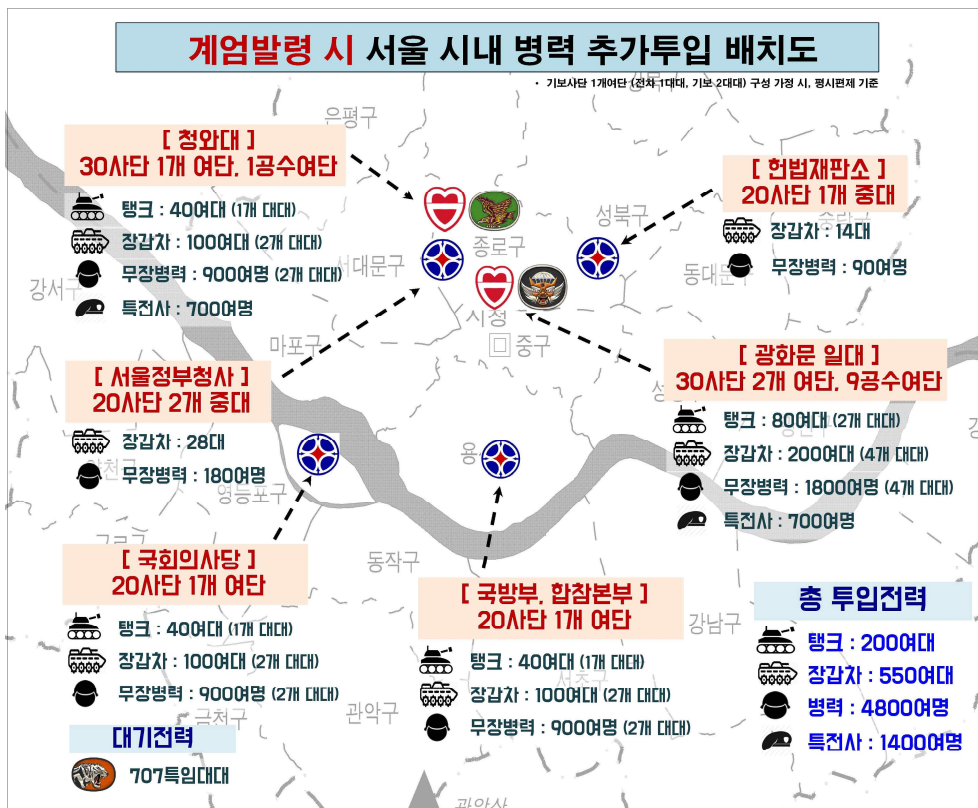
‘한 지방의 평온을 해할 정도’의 요건과 관련하여, 대법원은 이른바 ‘10·26사건’에서 “대통령의 총격 이후에 청와대 경호원들과 총격전을 대비하고 있었고, 나아가 동조와 반대에 따른 군 상호간의 충돌이 예상되었으므로 이에 이르른다면 한 지방의 평온을 해할 정도의 것이다”라고 판시한 적이 있습니다(위 80도306 판결).

나. 이 사건 문건에서 확인되는 ‘폭동성’

(i) 이번 기무사 문건의 내용들은 내란의 목적(=국헌문란)을 실현시키기 위하여, 국가 긴급권 행사가 필요한 상황이 아님에도 위수령과 전국 비상계엄을 상정하고, 구체적인 군병력과 장갑차 등의 배치계획을 수립하며, 헌법상 계엄해제요구권이 부여되어 있는 국회의 의결기능을 마비시키고, 국회의원들에 대한 검거·사법처리 방안까지 마련하는 등의 행위를 계획한 것으로, 내란목적과 수단간에 직접적인 관계가 존재합니다(직접성 요건 충족).

(ii) 이번 기무사 문건 내용의 대부분은 ‘전국 비상계엄조치’에 초점이 맞추어져 있습니다. 그런데 ‘국헌문란의 목적을 가진 자에 의하여 그 목적을 달성하기 위한 수단으로 비상계엄이 이용되는 경우’에는 이것 자체가 ‘폭동’에 해당함은 앞에서 확인하였습니다(위 96도3376 전원합의체 판결).

(iii) ‘대비계획 세부자료’의 ‘㉓ 현 시국 관련 단계별 조치사항’의 ‘비상계엄’ 항목에는 “집회·시위 봉쇄를 위해 특정지역(청와대 진입로·광화문·국방부 등) 휴대전화 차단 및 ‘목’ 지점 차단”이 기재되어 있고, ‘㉔ 중요시설 및 집회예상지역 방호부대 편성/운영’의 ‘□ 계엄임무수행군 판단 및 편성’ 항목에는 다음 그림과 같은 군부대 배치계획과 함께 ‘○ 임무지역 투입시기 및 방법’에 관하여 “시위대 저항이 가장 적은 야간에 진입”(시기), “기동로 확보 후 차량·장갑차 이용, 신속 투입”(방법)이 기재되어 있습니다.



군인권센터 2018. 7. 6.자 발표자료

이는 이번 문건에서 계획한 행위가 시위대와 군병력간의 충돌을 야기할 수밖에 없음을 전제하는 것으로 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭동행위임을 추단케 하는 내용들입니다.

다. 소결

이렇듯 이번 기무사 문건들은 전두환·노태우 12·12 군사반란 사건에서와 거의 유사한 형태의 폭동행위를 상정하고 있고, 이에 관하여는 이미 대법원 전원합의체 판결이 명확히 ‘전국 비상계엄조치’ 자체의 폭동성을 인정하였으므로, 해당 요건 충족에 아무런 문제가 없다고 할 것입니다.

5. ‘내란음모죄’, ‘내란예비죄’ 성립에 관한 검토

가. 공통적인 구성요건 - 2중의 목적

일반적으로 범죄는 ‘모의행위(음모) → 준비행위(예비) → 실행착수(미수) → 실행 완료(기수)’의 단계로 발전합니다.

형법은 내란죄와 관련하여, “일단 국헌문란을 목적으로 한 폭동이 발생하면 이로 인하여 막대한 인명과 재산상의 피해 및 사회적 혼란이 초래될 것은 명백하고, 혹시라도 내란이 성공하여 국민적 합의로 성립한 현재의 헌법질서가 폭력에 의하여 무너지게 되면, 이를 원래대로 회복한다는 것은 대단히 어려운 일이 될 것이므로, 그러한 내란행위는 사전에 차단하는 것이 필요”¹⁴⁾하기 때문에, ‘음모·예비’ 행위를 ‘3년 이상의 유기징역이나 유기금고에 처하도록 규정하고 있습니다(형법 제90조 1항).

내란음모죄·내란예비죄는 모두 실행행위 착수 이전 단계의 행위에 대한 처벌이므로 행위자에게 ‘기본범죄를 실행할 목적’이라는 주관적 구성요건이 충족될 것이 요구됩니다. 따라서 앞에서 설명드린 ‘국헌을 문란할 목적’과 함께 ‘2중의 목적’이 충족되어야 범죄가 성립하는 것이라고 설명됩니다.

나. ‘내란죄(기본범죄)를 행할 목적’의 존재

기무사 문건들에서 확인되는 다음과 같은 사정들은 기무사령관 및 관련자들이 기본범죄인 내란죄를 범할 목적을 가지고 있었다고 보기에 충분합니다.

14) 위 2014도10978 전원합의체 판결 참조

1) 국가긴급권 행사 발동이 전혀 필요치 않은 상황

헌법은 “전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때” 계엄을 선포할 수 있도록 하고 있고(제77조 1항), 계엄법은 “전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태 시 적과 교전(交戰) 상태에 있거나 사회질서가 극도로 교란(攪亂)되어 행정 및 사법(司法) 기능의 수행이 현저히 곤란한 경우에 군사상 필요에 따르거나 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여” ‘비상계엄’ 을 선포하고, “전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태 시 사회질서가 교란되어 일반 행정기관만으로는 치안을 확보할 수 없는 경우에 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여” ‘경비계엄’ 을 선포한다고 규정하고 있습니다(제2조 2항, 3항).

연인원 130만명이 참석하여 대규모의 집회·시위로 수 개월간 진행되었던 박근혜 전 대통령에 대한 탄핵촉불은 이러한 기간과 규모에도 불구하고 한 명의 사상자나 한 건의 중대한 폭력행위도 발생시키지 않았습니다.

그러므로 이 당시의 상황이 ① ‘적과 교전 상태’ 에 있지 않았던 것은 주지의 사실이고, ② ‘사회질서가 극도로 교란되어 행정 및 사법 기능의 수행이 현저히 곤란한 경우’ 에도 해당하지 않았음은 명백합니다. 행정관청인 경찰이 일부 행진에 대한 금지통고를 하면, 집회주최측은 서울행정법원에 경찰의 금지통고에 대한 집행정지신청을 하였고, 법원이 이를 일부 받아들여 이 법원의 결정에 따라 집회와 시위가 진행되었습니다. ③ 또한 ‘전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태 시 사회질서가 교란되어 일반 행정기관만으로는 치안을 확보할 수 없는 경우’ 도 아니었습니다. 경찰은 집회를 최대한 보장하면서 평화적으로 이루어질 수 있도록 하였고, 경찰력으로 집회·시위가 해산된 적도 없었습니다. 광화문 일대에 대한 행정관할권을 가진 서울특별시는 집회참석자들을 위한 화장실 이용 등 제반 편의시설 등을 제공해 주었습니다.

그런데 기무사의 ‘현 시국 관련 대비계획’ 문건은 ‘현상진단’ 항목에서 ‘탄핵결정 선고 이후’ 를 아래와 같이 전망했습니다.

○ 탄핵심판 결과에 불복한 대규모 시위대가 서울을 중심으로 집결하여 청와대·헌법재판소 진입·점거를 시도

- 정부(경찰)에서 대규모 시위를 차단하자, 국민감정이 폭발하고 동조세력이 급격히 규합되면서 화염병 투척 등 과격양상 심화
- 사이버 공간상 유언비어가 난무하고, 진보(중북) 또는 보수 특정인사의 선동으로 인해 집회·시위가 전국으로 확산
- 학생·농민·근로자 및 시민단체가 가세하고, 일부 시위대가 경찰서에 난입하여 방화·무기탈취를 시도하는 등 심각한 치안불안 야기

이를 전제로 “북의 도발위험이 점증하는 상황 속에서 시위악화로 인한 국정혼란이 가중될 경우 국가안보에 위기가 초래될 수 있어 군차원의 대비 긴급요” 하다고 기재하고 있습니다.

현실은 지극히 합헌적인 상황이었음에도 불구하고 뚜렷한 근거도 없이 향후 극도의 사회질서 교란상태가 발생하여 국가비상사태에 이를 것이라고 단정한 채 군대를 동원하는 국가긴급권 발동의 필요성만을 강변하고 있습니다. 헌법수호가 목적이려면 도저히 생각할 수 없는 진단을 내리고 이것을 전제로 위수령-경비계엄-비상계엄 등의 향후 대책을 강구하고 있는 것입니다.

2) 기무사의 직무범위 밖의 업무(권한 없는 행위)

기무사의 직무는 ① 군에 대한 보안업무 및 군 방첩업무, ② 군 첩보 및 군 관련 첩보의 수집·작성 및 처리, ③ 정보작전 방호태세 및 정보전(情報戰) 지원, ④ 「군사법원법」 제44조제2호에 규정된 범죄의 수사에 관한 사항, ⑤ 국방분야 주요정보통신 기반시설의 보호지원, ⑥ 방위사업청에 대한 방위사업 관련 군사보안업무 지원, ⑦ 군사보안에 관한 연구·지원입니다(국군기무사령부령 제3조 1항 참조).

계엄과 같은 국가긴급권의 발동여부는 기무사가 아니라 기본적으로 합동참모본부나 행정안전부 등이 담당하여야 할 영역에 해당합니다. ‘2016 계엄실무편람’에는 “국가비상사태가 발생되면 합동참모본부에는 위기조치체계가 가동된다. 합참의 군사지휘본부에서 계엄선포 결심지원체계(IDSF : Integrated Decision Support Framework)에 의해 조건이 충족되면 국방부(비상대책회의)에 ‘계엄선포검토’를 건의한다” 고 설명하면서 해당각주에서 “계엄은 공공의 안녕질서를 위해서도 선포되지만 이는 행정자치부에서 검토할 사항이다. 국방부와 합동참모본부는 폭력소요가 발생하더라도 경찰의 능력을 초과

여부와 향후 어떻게 전개될 것인지 관련 정보를 수집할 수 있는 능력과 조직이 없다. 따라서 전시계엄을 준비하는 국방부와 합참은 군사상 필요에 의한 계엄선포를 검토하는 것이 전시계엄시행의 가정이라고 할 수 있다” 라고 기재되어 있습니다.¹⁵⁾

그런데 기무사의 이번 문건들에는 전시계엄이 아닌 ‘공공의 안녕질서를 위한 계엄’ 임에도 ‘경찰 능력 초과여부’와 ‘향후 전망’에 대한 자의적인 판단을 전제로 ‘전국 비상계엄’을 구체적으로 계획하고 있는 것입니다. 법령상 기무사의 직무범위에도 포함되지도 않고, 해당 직무에 관한 조직과 능력을 가지고 있지 않음에도 불구하고, 이를 아주 세세하게 준비한 것입니다. 다른 정치적인 목적이 없는 한 해명 될 수 없는 부분입니다.

3) 계엄선포 및 방호부대 투입 결심조건 평가요소의 자의성

‘대비계획 세부자료’는 ‘계엄선포 결심 조건’이라는 도표에서 핵심평가요소로 ‘과격폭력시위’, ‘경찰서 피습’, ‘청와대 등 주요시설 점령 시도’ 등을 들고 있습니다. ‘전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태’(헌법 제77조 1항)에서 ‘사회질서가 극도로 교란(攪亂)되어 행정 및 사법(司法) 기능의 수행이 현저히 곤란한 경우’(계엄법 제2조 2항; 비상계엄), ‘사회질서가 교란되어 일반 행정기관만으로는 치안을 확보할 수 없는 경우’(같은 조 3항; 경비계엄)에 해당하는지 여부를 판단하는 기준으로는 너무 완화된 평가요소들입니다.

이 뿐만 아니라 ‘대비계획 세부자료’는 ‘17 중요시설 및 집회 예상지역 방호부대 편성/운용’(붙임1) 자료에 ‘중요시설 등 방호부대 투입 결심보조도표’를 기재하고 있는데, ‘중요시설 방호부대 투입’에 관한 핵심평가요소로 “시위대에 의한 공공기관 무단진입 시도로 제기능 마비가 우려되는가?”를, ‘집회 예상지역 방호부대 투입’에 관한 핵심평가요소로는 “시위가 대규모 및 과격(폭력) 시위로 변화되고 있는가?”를 각각 들고 있습니다. 이러한 핵심평가요소 등이 충족이 된다면 계엄임무수행군을 투입할 수 있다는 것입니다. 국가비상사태에서 군대의 물리력을 동원해야만 하는 극단적인 상황이라고는 도저히 평가할 수 없는 내용들입니다.

행위자들이 계획한 비상계엄 조치에 외형적인 정당성이라도 부여하기 위해 정세나 상황에 대한 평가요소를 중요한 군사조치의 결심조건으로 기재해 놓았지만, 그 실질적인

15) ‘2016 계엄실무편람’ 89~90쪽, 각주3)

내용은 국헌문란의 실행행위를 용이하게 하기 위한 하나의 형식에 불과한 것이었습니다.

4) ‘합동수사본부’의 불법적인 설치와 초법적인 권한부여

이번 기무사 문건들에서 핵심적으로 부각시키고 있는 조직이 ‘합동수사본부’입니다. 원래 ‘합동수사본부’는 “계엄지역이 둘 이상의 도(특별시·광역시·특별자치시 및 특별자치도를 포함)에 걸치는 경우에 계엄사령부에 둘 수 있는 합동수사기구”입니다(계엄사령부직제 제7조 1항 참조).

필요적 설치기구도 아니고, 계엄지역이 1개 도일 경우에는 설치가 되지 않는 조직임에도, ‘현 시국 관련 대비계획’에는 “정보수사기관을 조정·감독하여 집회·시위 주동자 등 특별조치권을 위반한 계엄사범을 색출, 사법처리”하고 “언론대책반(9명)을 운영하여 언론통제” 업무 일부를 담당하는 ‘합동수사본부’의 조직을 상정하며 ‘[참고4]조직표’까지 그려놓았습니다. 애초부터 ‘전국 비상계엄 조치 시행’을 전제로 계획을 수립한 것입니다.

나아가 ‘대비계획 세부자료’의 내용을 보면 ‘합동수사본부’를 이렇게 부각시키고 강조한 이유를 알 수 있습니다. ㉠ 이번 문건들을 작성한 기무사의 사령관을 합동수사본부장으로 추천하는 문서가 준비되어 있고[11] 합동수사본부 편성 및 유관기관 통제방안 - (붙임3) 합동수사본부장 추천 건의], ㉡ 합동수사본부가 수사권은 물론 “모든 정보수사기관(검찰, 군검찰, 국가정보원, 경찰, 헌병, 기무)의 수사업무 조정·감독” 권한까지 부여받는 훈령을 준비하였으며[20] 계엄법 위반자 사법처리’ - (붙임1) ‘합동수사본부, 정보 및 보안업무 기획·조정 업무 시행’ 훈령], ㉢ 합동수사본부에 ‘언론대책반’을 설치하여 ‘보도검열단’ 산하 9개 각 반(방송·신문·통신·외신·출판·공연·전시·음반류·사이버대책)에 1명씩 총 9명을 배치하고, 방송·신문·통신 각 매체별로 1명씩 총 3명의 통제요원을 편성하여 언론통제 업무 중 일부를 담당하도록 했습니다[21] 보도매체 및 SNS 통제방안 - (붙임1) 보도검열단 및 언론대책반 편성·운영, (붙임2) 방송·신문·통신매체별 통제요원 편성].

이는 보안사령관 전두환이 10·26 이후 합동수사본부장의 위치에서 수사·정보·언론 등의 전 영역을 장악하면서 12·12 군사반란을 일으켜 정권을 탈취했을 때의 상황과 거의 일치하는 것입니다.

5) 비밀TF 구성 및 이후 자료의 폐기

기무사 의혹 특별수사단은 2018. 8. 2.자 ‘계엄 문건 수사 경과’ 등의 보도자료에서, 계엄문건 관련 USB 확보와 계엄문건 작성 TF원 등 25명 소환조사, 압수물 분석, 관계자 진술 등의 과정을 통해 ㉠ 계엄문건 보고서의 원래 제목은 언론에 공개된 제목인 ‘전시 계엄 및 합수업무 수행방안’이 아닌 ‘現 시국 관련 대비계획’이었던 사실, ㉡ 기무사가 계엄문건 작성 TF를 비밀리에 운영하기 위하여, ‘미래 방첩업무 발전방안’ TF란 이름으로 인사명령·예산 및 별도 장소 확보하고 망이 분리된 PC를 이용하여 문건을 작성한 사실, ㉢ 비밀TF 운영 이후 사용된 전자기기를 포맷한 사실(위 USB 안에 수백개의 파일이 저장되었다가 삭제된 흔적을 발견하고 이 중 상당수 복구) 등을 밝혔습니다.

국가비상사태에 관한 직무를 담당하고 있지 않는 기무사가 ‘미래 방첩업무 발전방안’이라는 가명의 부서를 조직하고, 이 부서를 위한 별도의 장소를 확보하여, 기존 기무사 전산망과도 분리된 컴퓨터를 이용하여, 위와 같은 내용들이 담겨 있는 문건들을 작성했다는 사실이 확인된 것입니다. 적법한 권한과 체계, 절차를 통한 직무수행이라고 한다면 할 수 없는 행위들이 일어난 것입니다. 이는 해당 문건들의 작성 과정 자체가 현행 헌법체제를 수호하기 위한 것이 아니었음을 방증합니다.

또한 ‘계엄문건 관련 USB’에 ‘수백개의 파일이 저장되었다가 삭제했다’는 사실은 위 기무사 비밀TF의 활동이 불법적인 것임을 기무사 스스로가 잘 알고 있었음을 나타냅니다. 아마 앞으로 더 충격적인 문건들, 즉 현재 공개된 ‘현 시국 관련 대비계획’, ‘대비계획 세부자료’의 내용을 더욱 구체화하고 각 영역의 세부적인 시행방안들이 담겨 있는 자료가 확인될 것으로 예상됩니다.

이상과 같은 여러 사정들에, 위 문건들에 기재되어 있는 구체적인 국헌문란과 폭동행위 관련 내용들까지 보태어 보면, 이번 기무사 문건을 작성토록 지시하고 내란죄를 실행하기 위한 목적이 있었음은 분명하다고 할 것입니다.

다. ‘내란음모죄·내란예비죄’의 성립

1) 구성요건의 내용

‘내란음모’는 내란에 착수하기 전에 그 실행의 계획 및 내용에 관하여 2인 이상이 서로 통모·합의를 하는 것을 말합니다. 대법원은 “내란음모가 성립하였다고 하기 위해서는 공격의 대상과 목표가 설정되어 있고, 그 밖의 실행계획에 있어서 주요 사항의 윤곽을 공통적으로 인식할 정도의 합의가 있어야 한다. 여기서의 ‘합의’는 객관적으로 내란범죄의 실행을 위한 합의라는 것이 명백히 인정되고, 그러한 합의에 실질적인 위험성이 인정되어야 한다. ‘실질적 위험성’이 있는지 여부는 합의 내용으로 된 폭력행위의 유형, 내용의 구체성, 계획된 실행시기와의 근접성, 합의 당사자의 수와 합의 당사자들 사이의 관계, 합의의 강도, 합의 당시의 사회정세, 합의를 사전에 준비하였는지 여부, 합의의 후속 조치가 있었는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”라고 판시하였습니다(위 2014도10978 전원합의체 판결 참조).

‘내란예비’는 위와 같은 내란음모에서 ‘준비행위’로 나아갔을 때 성립합니다. 즉 내란죄의 실행을 목적으로 한 준비행위로서 실행의 착수 이전 단계에서의 행위를 말하는데, 내란을 실행하기 위하여 병기·자금·양곡을 조달하거나 군중을 집회하게 하거나 또는 폭동의 근거가 될 장소를 정하거나 유력한 정신적 원조를 부여하는 것 등이 그 예¹⁶⁾라고 합니다.

2) 이번 사건의 검토

(i) 기무사가 원래 담당하는 직무와 관련되어 있는 명칭(미래 방첩업무 발전방안 TF)으로 가장하여 인사발령을 내어 부서를 만들고 별도의 업무공간을 마련해서 문건들(이 중 현재 공개된 문건은 ‘현 시국 관련 대비계획’, ‘대비계획 세부자료’)을 작성했다는 점 [내란의 주체(내란세력)],

(ii) 위 두 문건을 작성할 당시 사회상황은 위수령이나 계엄선포가 필요한 정세가 전혀 아니었음에도 문건들의 내용에는 ㉠ 국회의 계엄해제요구권 행사 사전차단, ㉡ 시민들의 집회·결사의 자유 등 기본권에 대한 침해, ㉢ 합동수사본부에 의한 정보기관·수사기관 장악, ㉣ 군사법원 설치에 따른 사법권 침해, ㉤ 정부부처 통제방안 마련, ㉥ 언론제도에 대한 폐기 등 ‘국가의 기본조직’을 파괴하는 계획들이 구체적으로 적시되어 있다는 점 [국헌문란의 목적],

16) 「주석 형법 - 형법각칙」(제4판), 76쪽, 2006. 1.

(iii)-1 기무사가 직무상 관여할 수 없는 국가긴급권 행사(위수령발동과 비상계엄선포)에 관한 방법과 절차, 포고문·경고문·훈령(안)들이 담겨 있다는 점, (iii)-2 헌법과 법률에서 정하는 계엄선포 요건과는 상이한 평가요소들로 계엄선포 및 계엄임무수행군 투입을 결정하는 내용을 수립하였다는 점, (iii)-3 국가비상사태에 해당하지 않음에도 ‘전국 비상계엄’ 선포를 전제로 필수기관이 아닌 ‘합동수사본부’ 설치 계획을 수립하였다는 점(합동수사본부장에 기무사령관 추천, 수사권 및 일체의 정보수사기관에 대한 수사업무 조정·감독 권한 보유, 합동수사본부 산하의 언론대책반을 통한 언론·인터넷 통제 조치 포함)[실행행위(폭동)의 경로·방법],

(iv) 이러한 구체적인 내란실현의 의사가 기무사 내부의 ‘문서’ 양식으로 작성되었다는 점 [합의의 객관적 명백성],

(v)-1 기무사는 육·해·공군 전체에 독자적인 지휘·보고체계를 보유하고 있는 사령부인데, ‘현 시국 관련 대비계획’ 문건의 ‘향후조치’ 항목에는 “○ 본 대비계획을 국방부·육본 등 관련부대(기관)에 제공”, “○ 계엄(합수)기구 설치·운영 준비”, “○ 계엄임무수행군 임무수행 절차 구체화” 및 “※ 철저한 보안대책 강구하에 임무수행 준비에 만전을 기하겠음” 이라고 기재되어 있는 점, (v)-2 ‘대비계획 세부자료’에는 ‘계엄사령관 추천 건의’, ‘전국 비상계엄 선포 건의’, ‘비상계엄선포문’, ‘담화문’, ‘포고문(사회질서 확립 및 계엄임무수행군 임무수행 여건 보장)’, ‘(훈령) 계엄사령부 합동수사기구 설치’, ‘합동수사본부장 추천 건의’, ‘공고문(계엄군사법원 설치)’, ‘(훈령) 재판권 일부위임’, ‘(훈령) 계엄사령부-정부부처간 업무분장 및 업무수행 절차’, ‘공고문(업무 지휘·감독 및 협조)’, ‘공고문(국내 주둔 외국인 보호 지침)’, ‘포고문(해외로부터 총기·폭발물 등 밀반입자 엄정처벌)’, ‘(훈령) 합동수사본부, 정보 및 보안업무 기획·조정 업무 시행’, ‘공고문(보도검열 요령)’, ‘(훈령) 보도검열 운영지침’ 등 실제 전국 비상계엄이 선포되었을 때 날짜와 계엄사령관 이름만 넣으면 바로 사용할 수 있도록 준비해 놓았던 점[합의의 실질적 위협성]

등을 종합하여 검토하면, 최소한 이 문건 작성 당시의 기무사령관, 참모장, 비밀TF 책임자 및 핵심관계자는 내란음모죄의 죄책을 면할 수 없습니다. 기무사령관에게 위 문건들을 작성하도록 지시하거나 위 문건들의 내용을 보고받거나 지휘하거나 동의한 사람들 또한 마찬가지입니다.

라. 소결 및 이후 수사 과제

그러므로 지금까지 언론에 알려진 기무사 문건들의 내용만으로도 이미 관련자들에 대해서 ‘내란음모죄’가 성립한다고 할 것입니다.

이후 수사에서는 기무사령관을 포함한 그 윗선의 지휘자 내지 보고수령자(내란죄에서 ‘수괴’에 해당) 단위와 기무사령관이 지휘·관리하는 참모장 및 비밀TF(내란죄에서 ‘모의참여자’ 내지 ‘중요임무수행자’) 단위에서 각각 ‘대비계획’의 구체적인 실행을 위하여 추가적으로 어떠한 행위들을 하였는지 심층적으로 조사될 필요가 있습니다.

특히 헌법재판소 탄핵결정일인 2017. 3. 10. 직전 위 두 문건들에서 계엄임무수행군으로 명시하고 있는 군부대 지휘관들의 동선과 활동(기무사령관 등과의 사전연락 및 회합 존재여부 등), 해당 군부대의 출동준비나 계엄대비훈련 실시여부, 국방부장관·육군참모총장과 기무사령관의 통모내용 등에 관한 집중적인 수사가 필요합니다. 이 과정에서 실제 계엄임무수행군 군부대들이 출동을 위한 사전준비를 하였거나, 계엄대비훈련을 실시하였거나, 별도의 무기와 자금 확보를 위한 조치를 취하였거나, 계엄임무수행군 출동했을 때 주둔지와 같이 폭동의 근거가 될 장소나 시설을 별도로 준비하였거나 하는 등이 사실이 확인된다면¹⁷⁾ 관련자들에게는 ‘내란음모죄’를 넘어 ‘내란예비죄’가 성립할 것입니다.

6. 결론

이렇듯, 이번 기무사 계엄령 관련 문건들은 단순한 비상대비용이 아니었습니다. 작성 주체와 작성경위 및 과정, 해당 문건들의 내용을 살펴보면 ‘내란’을 모의하고 준비했음이 분명합니다. 따라서 기무사령관 및 참모장, 비밀TF 소속으로 주된 활동을 한 사람들은 기본적으로 국헌문란을 모의한 ‘내란세력’에 해당합니다. 따라서 체포·구속 등

17) 2018. 8. 3.자 언론 보도(<http://www.sisafocus.co.kr/news/articleView.html?idxno=189765>)에 따르면, 합동수사단은 같은 날 기무사에 대한 압수수색 과정에서 USB를 확보하였고, 당해 USB에서 복구된 파일 중 다수에서는 계엄시행준비에 관한 내용이 포함된 것으로 보입니다. 이는 기무사가 계엄시행준비와 관련하여 구체적인 이행에까지 이르렀을 개연성을 보여 주는 주요한 징표로서, 일응 내란예비죄를 구성하는 것으로 볼 여지도 있습니다.

인신에 대한 강제수사를 조속히 시행하여야 할 필요가 있습니다. 앞으로 다시는 군대가 헌정질서를 위협하는 일이 재발되지 않도록 면밀하고 신속한 수사를 통한 엄정한 형사처벌이 내려질 수 있도록 하여 주시기 바랍니다.

2018. 8. 6.

민주사회를 위한 변호사모임
회장 김 호 철

기무사 계엄령 문건 관련 의혹 합동수사단 귀중