



제429회 국회 (정기회)
제3차 법제사법위원회

형법 일부개정법률안

검 토 보 고

〈내란 중요임무종사자 등의 처벌 강화 및 고위공직자의
내란 방조·방치 처벌〉

■ 이수진의원 대표발의(의안번호 제2208564호)

2025. 9.

법 제 사 법 위 원 회

수석전문위원 정 환 철

목 차

I . 제안경위	1
II . 제안이유 및 주요내용	1
III . 검토의견	3
1. 개정안의 내용 및 취지	3
2. 개정안에 대한 검토	5
가. 법정형의 헌법적 기준에 관한 일반론	5
나. 미수범의 법정형에 관한 일반론	7
다. 검토의견	13

I. 제안경위

1. 발 의 자: 이수진의원 등 10인
2. 발 의 일: 2025. 2. 27.
3. 회 부 일: 2025. 2. 28.

II. 제안이유 및 주요내용

현행법 제25조에 따르면 범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때에는 미수범으로 처벌하나, 기수범의 형보다 감경할 수 있음. 또한, 제27조에 따르면 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌하나, 형을 감경 또는 면제할 수 있음.

그러나 내란의 죄, 외환의 죄는 국가체제의 전복과 연결되는 중대한 범죄이므로 해당 범죄에 대한 실행의 고의 및 실행 행위가 있었다면 행위의 종료 또는 결과의 발생 여부를 불문하고 처벌할 필요가 있음.

또한, 현행법 제87조제2호의 ‘모의 참여’와 관련하여 국무위원, 군지휘관 등 국가를 수호할 책무를 가진 자가 내란 모의를 알았거나 모의 현장에 참석하고 있었음에도 이를 막기 위한 노력을 하지 아니하고 방조·방치한 경우에도 모의에 가담한 것으로 보고 처벌할 필요성이 있음.

이에 내란죄, 외환죄가 국가체제의 전복 및 국민의 삶을 송두리째

흔드는 범죄라는 점을 고려하여 해당 범죄의 구성요건 등을 정비하고 처벌을 더욱 강화하고자 함(안 제87조제2호 등).

Ⅲ. 검토의견

1. 개정안의 내용

개정안은 i) 내란 중요 임무 종사자 및 예비·음모·선동·선전한 자에 대한 법정형 하한과 단순 가담자에 대한 법정형 상한을 각각 상향하고(안 제87조제2호 전단, 같은 조 제3호 및 제90조제1항 본문), ii) 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」 제2조제1호의 고위공직자¹⁾가 내란 모의를 방조·방치한 행위를 내란 중요 임무 종사행위로 보아 처벌하도록 하며(안 제87조제2호 전단), iii) 내란죄에 대해서는 미수범의 임의적 감경규정(제25조제2항²⁾) 및 불능범의 임의적 감면 규정(제27조 단서)³⁾의 적용을 배제하여 기수범의 형으로 처벌하도록 하려는 것임(안 제89조 후단 및 제100조 후단 신설).

현행	개정안
제87조(내란) 대한민국 영토의 전부 또는 일부에서 국가권력을 배제하거나 국헌을 문란하게 할 목적으로 폭동을 일으킨 자는 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.	제87조(내란) ----- ----- ----- ----- -----.
1. (생략)	1. (현행과 같음)
2. 모의에 참여하거나 지휘하거나 그 밖의 중요한 <u>임무</u> 에 종사한 자는 사형, 무기	2. ----- <u>임무</u> (「고위공직자범죄수사처 설치

또는 <u>5년</u> 이상의 징역이나 금고에 처한다. 살상, 파괴 또는 약탈 행위를 실행한 자도 같다.	<u>및 운영에 관한 법률」 제2조 제1호의 고위공직자가 모의를 방조·방치한 경우를 포함한다)에</u> ----- ----- <u>10년</u> ----- -----. -----.
3. 부화수행(附和隨行)하거나 단순히 폭동에만 관여한 자는 <u>5년</u> 이하의 징역이나 금고에 처한다.	3. ----- ----- -- <u>10년</u> ----- -----.
第89條(未遂犯) 前2條의 未遂犯은 處罰한다. <후단 신설>	第89條(未遂犯) ----- ----- 이 경우 제25조제2항 및 제27조 단서는 적용하지 아니한다.
第90條(豫備, 陰謀, 煽動, 宣傳) ① 第87條 또는 第88條의 罪를 犯할 目的으로 豫備 또는 陰謀한 者는 <u>3年</u> 以上の 有期懲役이나 有期禁錮에 處한다. 但, 그 目的한 罪의 實行에 이르기 前에 自首한 때에는 그 刑을 減輕 또는 免除한다.	第90條(豫備, 陰謀, 煽動, 宣傳) ① ----- ----- ----- <u>5년</u> 以上の----- -----. ----- -----.
② (생략)	② (현행과 같음)
第100條(未遂犯) 前8條의 未遂	第100條(未遂犯) -----

犯은 處罰한다. <후단 신설>	----- 이 경우 제25조제2항 및 제27조 단서는 적용하지 아니한다.
------------------	--

2. 개정안에 대한 검토

가. 법정형의 헌법적 기준에 관한 일반론

법정형의 입법 분야에서 입법자를 구속하는 헌법상의 지침으로는 비례원칙, 형벌체계 상 정당성과 균형성 및 평등원칙, 명확성원칙을 들 수 있음.⁴⁾

i) 비례원칙은 법정형을 포함한 형사입법의 목적과 그 목적달성을 위하여 투입된 수단이 정당해야 한다는 입법목적의 정당성, 입법을

1) 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “고위공직자”란 다음 각 목의 어느 하나의 직(職)에 재직 중인 사람 또는 그 직에서 퇴직한 사람을 말한다. 다만, 장성급 장교는 현역을 면한 이후도 포함된다.

가. 대통령

나. 국회의장 및 국회의원

다. 대법원장 및 대법관

라. 헌법재판소장 및 헌법재판관

마. 국무총리와 국무총리비서실 소속의 정무직공무원

바. 중앙선거관리위원회의 정무직공무원

사. 「공공감사에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 중앙행정기관의 정무직공무원

아. 대통령비서실·국가안보실·대통령경호처·국가정보원 소속의 3급 이상 공무원

자. 국회사무처, 국회도서관, 국회예산정책처, 국회입법조사처의 정무직공무원

차. 대법원장비서실, 사법정책연구원, 법원공무원교육원, 헌법재판소사무처의 정무직공무원

카. 검찰총장

타. 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사 및 교육감

파. 판사 및 검사

하. 경무관 이상 경찰공무원

거. 장성급 장교

너. 금융감독원 원장·부원장·감사

더. 감사원·국세청·공정거래위원회·금융위원회 소속의 3급 이상 공무원

2) 제25조(미수범) ①범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때에는 미수범으로 처벌한다.

②미수범의 형은 기수범보다 감경할 수 있다.

3) 제27조(불능범) 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

4) 이진국, 합리적 법정형의 입법 방안, NARS정책연구용역보고서, 국회입법조사처, 16쪽

통하여 투입하는 수단이 해당 목적 달성을 위하여 적합해야 한다는 적합성 원칙, 투입하는 수단이 국민에게 가장 피해를 적게 주어야 한다는 필요성 원칙, 입법을 통하여 추구하는 목적의 가치와 법익에 대한 제한의 강도가 비례관계에 있어야 한다는 균형성 원칙 등을 내용으로 함.⁵⁾⁶⁾

ii) 형벌체계 상 정당성과 균형성 및 평등원칙⁷⁾은 법정형을 가중하는 입법의 경우 그 가중의 정도가 통상의 형사처벌과 비교하여 현저히 형벌체계 상의 정당성과 균형을 잃어서는 아니되며, 법의 내용에 있어서도 평등원칙에 반해서는 안 된다는 것을 말함.

특히, 형사입법에서는 균형성 원칙이 행위규정과 제재규정 간의 비례관계를 심사대상으로 삼게 되며, 입법자가 신설하거나 개정하고자 하는 범죄구성요건에서 범죄의 성립요건과 그에 대한 법정형이 비례관계에 서 있는지가 균형성 원칙의 심사대상으로 됨.⁸⁾ 객관적으로 법정형을 범죄의 추상적 불법성에 비례하게 설정해야 한다는 법정형에 대한 균형성 원칙의 요청에 위반될 경우 책임주의에 위배되어 위헌으로 된다는 실천적 의미를 지니게 됨.⁹⁾¹⁰⁾

5) 이진국, 앞의 글, 16쪽

6) 형벌의 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구와 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화 원칙이 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다(헌법재판소 2019. 2. 28. 선고 2016헌가13 결정례).

7) 입법취지에서 보아 중벌(重罰)주의로 대처할 필요성이 인정되는 경우라 하더라도 범죄의 실태와 죄질의 경중, 이에 대한 행위자의 책임, 처벌규정의 보호법익 및 형벌의 범죄예방효과 등에 비추어 전체 형벌체계상 지나치게 가혹한 것이어서, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈함으로써 입법재판권이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 것으로 평가되는 경우에는 헌법에 반한다.(헌법재판소 2019. 2. 28. 선고 2016헌가13 결정례).

8) 이진국, 앞의 글, 23쪽

9) 이진국, 앞의 글, 24쪽

나. 미수범의 법정형에 관한 일반론

1) 장애미수범의 처벌 근거 및 외국 입법례

우리나라와 독일의 통설적 견해는 미수범의 처벌근거와 가벌성을 분리하여 미수범의 처벌근거는 행위에 의해 표출된 범죄의사에 있으나, 그 가벌성은 범죄의사의 표출이 범질서의 효력에 대한 일반인의 신뢰를 깨뜨리기에 적합할 때에만 인정된다고 함.¹¹⁾

「형법」 제25조에서 장애미수의 처벌을 임의적 감경으로 규정한 것은 미수범은 행위자의 범죄의사와 그 위험성 때문에 처벌하기 때문에 원칙적으로 결과 발생 여부에 따라 형에 차이가 있을 수 없지만, ‘미수의 위험성과 범죄의사의 강도’에 따라 형을 감경할 수 있다는 취지로 보이며, 기수에 비하여 감경할 것인가 여부는 미수의 불법과 책임내용이 기수보다 가볍게 평가될 수 있는가에 따라 결정되어야 함.¹²⁾

다만, 현행법상으로는 「관세법」, 「물류정책기본법」 등 일부 특별법¹³⁾에서 ‘미수범을 본죄(本罪)에 준하여 처벌’하는 입법례가 있

10) 형벌은 인간의 존엄과 가치를 해하지 아니하고 죄질과 책임에 상응하도록 비례성을 갖추어야 하고(책임과 형벌 사이의 비례성), 전체 형벌체계상 지나치게 가혹하지 아니할 것이 요구되며(형벌체계상의 균형성과 평등원칙), 이에 위반되는 법정형을 규정한 조항은 형벌법규의 법정형에 대한 입법형성권의 한계를 일탈한 것으로서 헌법에 위반된다.(헌법재판소 2019. 2. 28. 선고 2016헌가13 결정례).

11) 김선복, 한국 일본 및 독일의 법문화에서 미수범의 처벌 근거, 동북아문화연구 제45집, 517쪽

12) 이재상·장영민·강동범, 형법총론(제10판), 399쪽

13) 「관세법」

제271조(미수범 등) ② 제268조의2, 제269조 및 제270조의 미수범은 본죄에 준하여 처벌한다.

제274조(밀수품의 취득죄 등) ② 제1항에 규정된 죄의 미수범은 본죄에 준하여 처벌한다.

「물류정책기본법」

제71조(벌칙) ① 제33조제1항을 위반하여 전자문서를 위작 또는 변작하거나 그 사정을 알면서 위작 또는 변작된 전자문서를 행사한 자는 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 미수범은 본죄에 준하여 처벌한다.

음.

독일 형법은 미수범의 처벌 여부 및 가벌성에 대해 중죄(Verbrechen)와 경죄(Vergehen)를 구별하여 i) 중죄의 미수는 항상 처벌하고, ii) 경죄의 미수는 법률이 명시적으로 규정한 경우에 한하여 처벌하도록 규정하고 있으며, 처벌은 임의적으로 감경할 수 있도록 함.¹⁴⁾

스위스 형법은 중죄와 경죄의 미수는 항상 처벌하고, 위경죄(違警罪)¹⁵⁾는 각칙의 개별규정이 있는 경우에 한하여 처벌하며, 중죄와 경죄의 미수는 임의적으로 감경할 수 있도록 함.¹⁶⁾¹⁷⁾

「불공정무역행위 조사 및 산업피해구제에 관한 법률」

제40조의2(미수범) 제40조제1항제1호의 미수범은 해당하는 본죄에 준하여 처벌한다.

「수출용 원재료에 대한 관세 등 환급에 관한 특례법」

제23조의2(미수범 등) ② 제23조제1항의 미수범은 본죄에 준하여 처벌한다.

「자유무역지역의 지정 및 운영에 관한 법률」

제62조(교사범 등) ② 제56조·제57조 및 제59조의 죄를 범할 목적으로 예비한 자와 그 미수범은 본죄(本罪)에 준하여 처벌한다.

제65조(밀수품의 취득죄 등) ② 제1항의 죄를 범할 목적으로 예비한 자와 그 미수범은 본죄에 준하여 처벌한다.

「출입국관리법」

제99조(미수범 등) ① 제93조의2, 제93조의3제1호·제3호, 제94조제1호부터 제5호까지 또는 제18호 및 제95조제1호의 죄를 범할 목적으로 예비하거나 또는 음모한 사람과 미수범은 각각 해당하는 본죄에 준하여 처벌한다.

14) 「독일 형법」

제23조(미수의 가벌성) (1) 중죄의 미수는 항상 처벌되고 경죄의 미수는 법률이 명시적으로 규정한 경우에 한하여 처벌된다.

(2) 미수는 기수행위보다 감경될 수 있다(제49조제1항).

(3) 행위자가 현저한 무지로 인하여 행위를 범할 대상이나 수단의 성질상 시도가 기수에 이르지 못한다고 잘못 안 경우 법원은 형을 면제하거나 재량에 따라 형을 감경할 수 있다(제49조제2항).

제49조(특별한 법률상의 감경사유) (1) 이 조항에 따라 감경이 규정되어 있거나 허용된 경우 다음 각 호와 같이 감경한다.

1. 무기자유형 대신에 3년 이상의 자유형으로 감경한다.

2. 유기자유형의 경우 규정된 상한의 최고 4분의 3까지 선고하여야 한다. 벌금형의 경우 벌금일수의 상한에 동일하게 준용된다.

3. 자유형의 가중된 하한은 다음과 같이 감경된다.

하한이 10년 또는 5년인 경우에 2년으로 감경,

하한이 3년 또는 2년인 경우에 6개월로 감경,

하한이 1년인 경우 3개월로 감경,

그 밖의 경우 법정 하한으로 감경

(2) 이 조항을 인용하는 법률에 따라 작량 감경하는 것이 허용된다면 법원은 법정형의 법정 하한까지 감경하거나 자유형 대신 벌금형을 선고한다.

15) 프랑스 등의 범죄 분류 기준 중 구류, 과료에 해당하는 가벼운 범죄

오스트리아 형법은 모든 고의범의 미수를 처벌하고 있고, 그 처벌의 정도는 기수범과 동일함.¹⁸⁾

프랑스 형법에서는 중죄, 경죄 및 위경죄를 구분하여, i) 중죄의 미수는 항상 기수와 동일하게 처벌하고, ii) 경죄의 미수는 법률에 규정이 있는 경우에 한하여 기수와 동일하게 처벌하며, iii) 위경죄의 미수는 처벌하지 않음.¹⁹⁾²⁰⁾

일본 형법에서 미수범의 처벌 정도는 임의적 감경으로 하고, 미수범의 가벌성은 각 본조에서 정하는 것으로 함.²¹⁾

2) 불능미수의 처벌 근거 및 외국 입법례

「형법」 제27조는 “불능범”이라는 제목²²⁾ 아래 결과불범의 측면에서는 실행의 수단이나 대상의 착오로 구성요건적 결과발생이 원시

16) 김재봉·류전철·이천현, 미수범 분야 개정방향, 형사법연구 제21권제1호, 120쪽

17) 「스위스 형법」

제22조(미수의 가벌성)

1 행위자가 중죄 또는 경죄의 실행에 착수한 후에 가벌적인 행위를 종료하지 못하였거나 또는 범죄의 완성으로 인한 결과가 발생하지 아니하거나 또는 그 결과가 발생할 수 없는 때에는 법원은 형을 감경할 수 있다.

18) 「오스트리아 형법」

제15조(미수범의 처벌) ① 기수범뿐만 아니라 미수범, 그리고 미수범에 가담한 자도 고의범으로 처벌한다.

② 행위자가 범행을 실현하려는 결심 또는 타인으로 하여금 범행실현을 하도록 교사하려는(제12조) 결심을 범행실현과 직접적으로 연결되는 행위를 통하여 표출하면 미수범이 된다.

③ 미수범과 그에 대한 가담은 법률이 행위자에 대하여 요구하는 인적 성질이나 관계가 존재하지 않거나 행위 또는 행위가 행하여진 대상의 성질에 의하여 행위의 기수가 어떠한 상황에서도 불가능할 때에는 불가벌이다.

19) 백원기, 미수론연구, 1995, 86-87쪽(김재봉·류전철·이천현, 앞의 글, 119쪽에서 재인용)

20) 「프랑스 형법」

제121-5조(미수) 실행에 착수하였으나 행위자의 의사와 관계없는 상황의 이유로 중단되거나 그 결과가 발생하지 아니한 경우에는 미수를 구성한다.

21) 김재봉·류전철·이천현, 미수범 분야 개정방향, 형사법연구 제21권제1호, 119쪽

22) 「형법」 제27조의 제목과 관련하여, i) 불능범과 미수범을 구별하는 규정이라는 견해, ii) 준불능범을 인정한 것이라는 견해, iii) 불능미수범을 규정한 것이라는

적으로 불가능한 경우라도 행위불법의 측면에서 그 행위의 위험성에 근거하여 처벌하는 미수범의 한 형태로 “불능미수”²³⁾를 규정하고 있으며,²⁴⁾ 같은 조 단서에서 불능미수의 처벌을 임의적 감면으로 규정한 것은 미수범의 성립 범위를 가능한 제한하려는 취지²⁵⁾로 이해됨.

독일 형법은 행위자가 범죄실현의 완전한 불가능성을 ‘중대한 무지(aus grobem Unverstand)’로 오인한 경우 형을 면제하거나 감경할 수 있도록 하는 불능미수 규정을 두고 있음.²⁶⁾²⁷⁾

스위스 형법은 독일 형법과 유사한 행위를 불능범으로 규정하여 처벌하지 않는 점에서 차이가 있음.²⁸⁾

오스트리아 형법도 행위의 완성이 불가능한 불능범은 처벌하지 않는다고 규정함.²⁹⁾³⁰⁾

23) 불능범과 불능미수를 위험성에 따라 구별하여, i) 불능범은 행위 또는 객체의 성질상 결과발생의 위험성이 없어 불가벌이지만, ii) 불능미수는 수단·대상의 착오로 결과발생의 위험성이 있다고 평가되어 가벌의 대상이 된다는 것이 다수 학설의 태도임(이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 423쪽).

24) 정문경, 주식 형법 총칙 2(제3판), 54쪽

25) 다만, 미수범의 형으로 처벌되는 불능범 중 일정한 경우 관대한 법적효과를 부여하려는 것이라는 견해 [신동운, 형법총론(제12판), 559쪽]도 있음.

26) 이정원, 불능미수에서 범죄실현의 불가능과 위험성, 형사정책연구 제18권 제4호(통권 제72호, 2007 겨울), 8쪽

27) 「독일 형법」

제23조(미수의 가벌성) (3) 행위자가 현저한 무지로 인하여 행위를 범할 대상이나 수단의 성질상 시도가 기수에 이르지 못한다고 잘못 안 경우 법원은 형을 면제하거나 재량에 따라 형을 감경할 수 있다(제49조제2항).

제49조(특별한 법률상의 감경사유)

(2) 이 조항을 원용하는 법률에 따라 작량 감경하는 것이 허용된다면 법원은 법정형의 법정 하한까지 감경하거나 자유형 대신 벌금형을 선고한다.

28) 「스위스 형법」 제22조(미수의 가벌성)

2 행위자가 중대한 무지로 인하여 실행의 대상 또는 수단의 종류상 결코 범죄의 완성에 이르지 못한다는 사실을 오인한 때에는 벌하지 아니한다.

29) 「오스트리아 형법」

제15조(미수범의 처벌)

③ 미수범과 그에 대한 가담은 법률이 행위자에 대하여 요구하는 인적 성질이나 관계가 존재하지 않거나 행위 또는 행위가 행하여진 대상의 성질에 의하여 행위의 기수가 어떠한 상황에서도 불가능할 때에는 불가벌이다.

30) 다만, 다른 입법례와 비교해 볼 때 특징적인 것은 ‘주체의 착오’에 의해 결과발생이 불가능한 경우도 처

프랑스 형법에는 불능범이나 불능미수에 대한 규정이 없으며, 미수범으로 처벌됨.

일본 형법에도 불능범이나 불능미수에 대한 규정이 없으나, 학설과 판례는 불능범의 처벌을 부정하고 있음.³¹⁾

3) 부진정부작위범의 처벌 근거 및 외국 입법례

부진정부작위범³²⁾은 작위범과 동일하게 금지규범을 위반하여 부작위으로써 작위범의 구성요건을 실현하는 범죄이며, 부진정부작위범이 성립하기 위해서는 부작위가 작위에 의한 구성요건 실현과 동등하게 평가될 수 있어야 하는바,³³⁾ 작위범의 구성요건이 특별한 행위태양을 요건으로 할 때에는 작위의무자(보증인 지위)의 부작위가 그 행위태양을 충족하였는지(행위정형의 동등성),³⁴⁾ 즉 구성요건적 결과가

벌하지 않는 것으로 명문으로 규정하고 있다는 점이다(김재봉·류전철·이천현, 앞의 글, 131쪽).

31) 정영일, 현행 미수범규정체계에 관한 입법론적 검토, 형사법연구 제19권제3호, 531쪽

32) 부작위범은 i) 구성요건이 부작위에 의해서만 실현될 수 있는 진정부작위범과 ii) 부작위에 의하여 작위범의 구성요건을 실현하는 부진정부작위범으로 분류됨.

제18조(부작위범) 위협의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위협발생의 원인을 야기한 자가 그 위협발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다.

33) “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 되므로, 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 살인죄와 같이 일반적으로 작위를 내용으로 하는 범죄를 부작위에 의하여 범하는 이른바 부진정 부작위범의 경우에는 보호법익의 주체가 법익에 대한 침해위험에 대처할 보호능력이 없고, 부작위행위자에게 침해위험으로부터 법익을 보호해 주어야 할 법적 작위의무가 있을 뿐 아니라, 부작위행위자가 그러한 보호적 지위에서 법익 침해를 일으키는 사태를 지배하고 있어 작위의무의 이행으로 결과발생을 쉽게 방지할 수 있어야 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 2015도 6809 전원합의체 판결)

34) 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 136쪽

일정한 방법에 의하여 발생될 것을 요하는 범죄는 부작위가 구성요건이 요구하는 방법에 해당해야 함.³⁵⁾ 이를 통해 부진정부작위범의 형사처벌을 제한하는 기능을 하게 됨.³⁶⁾

독일 형법³⁷⁾, 프랑스 형법³⁸⁾, 오스트리아 형법³⁹⁾, 스위스 형법⁴⁰⁾은 부작위범의 요건으로 작위의무(보증인의무)와 작위범 구성요건 실현의 동일성을 직접 규정하고 있음.

일본 형법은 부작위범에 관한 규정은 없으며, ‘조문의 가능한 문언의 범위에서 부작위태양이 포함된 경우’에만 해석상 부진정 부작위

35) 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 147쪽

36) 이동식, 주석 형법 총칙 1(제3판), 457쪽

37) 「독일 형법」

제13조(부작위범) ① 형법의 구성요건에 해당하는 결과의 발생을 방지하지 아니한 자는 법적으로 결과가 발생하지 않도록 보증해야 할 법적의무가 있고 그 부작위가 작위에 의한 법적 구성요건의 실현과 동일한 것인 경우에 한하여 이 법에 의해 처벌될 수 있다.

② 부작위범의 형은 제49조에 의해 감경될 수 있다.

38) 「프랑스 형법」

제121-3조(고의처벌의 원칙) ③ 법률이 정하는 경우에 부주의, 태만 또는 법령에 규정된 신중 또는 안전의 의무를 게을리 한 때에도 경우에 따라 자신의 임무 또는 직무의 속성, 자신의 능력 및 그가 처분할 수 있었던 권한 및 수단들을 고려하여 행위자가 정상적인 주의를 다하지 않았다는 것이 입증된 때에는 마찬가지로 성립한다.

④ 전항의 경우에 직접적으로 피해를 초래하지 않았지만 피해의 실현을 가능하게 한 상황에 기여하였거나 그런 상황을 조성한 자연인 또는 그것을 회피하기 위한 조치들을 취하지 않은 자연인이 명백하게 의도적으로 법령에 규정된 신중 또는 안전의 특별의무를 위반하거나 또는 타인에게 무시할 수 없는 특별히 중대한 위험에 처하도록 하는 구체적 과실을 범한 것이 입증된 때에는 형사상 책임이 있다.

39) 「오스트리아 형법」

제2조(부진정부작위범) 법질서에 의해 자신에게 특히 주어진 의무로 인해 결과의 야기를 방지해야 함에도 불구하고 이를 하지 않은 자는 결과의 야기가 법률로 처벌되며 결과발생방지의 부작위가 작위에 의한 구성요건의 실현과 동일하다고 볼 수 있을 때에는 처벌한다.

40) 「스위스 형법」

제11조(부작위에 의한 작위) ① 중죄 또는 경죄는 의무에 반한 부작위에 의해서도 범해질 수 있다.

② 의무에 반하여 행위하지 아니한 자란 자신의 법적 지위, 예컨대 다음 각 호의 어느 하나에 정한 근거에 기하여 형법적으로 보호되는 법익에 대한 위협이나 침해로 방지할 의무가 있음에도 불구하고 이를 방지하지 아니한 자를 말한다.

a. 법률;
b. 계약;
c. 자발적으로 가담한 위험공동체;
d. 위협의 창설.

③ 의무에 반하여 행위하지 아니한 자는 행위의 상황을 비추어 볼 때 적극적인 작위에 의하여 행위한 것과 동일한 비난을 가할 수 있다고 인정되는 경우에 한하여 이에 상응하는 구성요건에 기하여 처벌한다.

④ 법원은 그 형을 감경할 수 있다.

범의 성립을 긍정하고,⁴¹⁾ 작위의무위반이 인정되는 범위는 작위범에 필적하는 구성요건의 동가치성이 인정되는 경우로 한정하는 것이 다수 학설의 입장임.⁴²⁾

다. 검토의견

개정안은 내란 중요임무 종사자 등의 범정형을 상향하고, 미수범을 기수범으로 처벌하도록 하는 등 내란죄에 대한 처벌을 강화하려는 것으로서 다음의 점에서 긍정적인 측면이 있음.

첫째, 내란으로 인해 국가와 사회에 발생하는 피해의 중대성과 내란 범죄의 재발방지 요청 등에 비추어 볼 때, 내란죄 처벌을 강화함으로써 국가와 사회를 내란으로부터 보호하는 형벌의 일반예방적 효과를 기대할 수 있음.

둘째, 현행 규정의 범정형은 1953년 「형법」 제정 당시의 범정형⁴³⁾을 그대로 유지하고 있는데, 내란범죄의 죄질과 국가의 내적 안전의 요청, 그간 우리 헌정사에서 발생한 내란범죄 현황과 예방 필요성, 국민 일반의 법감정 그리고 내란죄의 범정형에 대한 해외

41) 박강우, 부진정 부작위범에서 동가치성의 의미, 내용에 관한 독일, 일본의 논의와 시사점, 강원법학 제75권, 103-104쪽

42) 박강우, 앞의 글, 99쪽

43) 1953년 제정 「형법」

제87조(내란) 국토를 침략하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동한 자는 다음의 구별에 의하여 처단한다.

1. 수괴는 사형, 무기징역 또는 무기금고에 처한다.
2. 모의에 참여하거나 지휘하거나 기타 중요한 임무에 종사한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역이나 금고에 처한다. 살상, 파괴 또는 약탈의 행위를 실행한 자도 같다.
3. 부화수행하거나 단순히 폭동에만 참여한 자는 5년 이하의 징역 또는 금고에 처한다

입법례⁴⁴⁾를 고려할 때, 현행 「형법」 상의 내란 가담자에 대한 법

44) 1. 우리나라 현행 「형법」보다 내란죄 법정형이 높은 해외 입법례

「독일 형법」

제81조(연방에 대한 내란) ① 폭력이나 폭력에 의한 협박으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 기도한 자는 무기자유형이나 10년 이상의 자유형에 처한다.

1. 독일연방공화국의 존립을 침해하는 행위
2. 독일연방공화국의 기본법에 기초한 헌법질서를 변경시키는 행위

② 중하지 아니한 경우 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.

「프랑스 형법」

제412-1조(헌정 파괴) ① 입헌제도를 파괴하거나 국토의 안전을 침해할 정도의 폭력행사는 헌정파괴를 구성한다.

② 헌정파괴는 30년의 금고형 및 450,000유로의 벌금에 처한다.

③ 제1항의 행위가 공무원에 의하여 행하여진 때에는 무기금고형 및 750,000유로의 벌금에 처한다.

④ 보안기간에 관하여는 제132-23조 제1항 및 제2항을 적용한다.

「러시아 형법」

제278조(폭력에 의한 권력탈취 또는 권력유지) 러시아연방 헌법에 위배하여 폭력으로 권력을 탈취하거나 권력을 유지하거나, 폭력에 의하여 러시아연방 헌법체제를 변경한 자는 12년 이상 20년 이하의 자유박탈과 2년 이하의 자유제한에 처한다.

제279조(무장 반란) ① 러시아 연방의 헌법 질서를 전복 또는 폭력적으로 변경하거나 러시아 연방의 영토 보전을 침해할 목적으로 무장 반란을 조직하거나 지휘한 자는 15년 이상 20년 이하의 징역형과 2년 이하의 자유제한에 처한다.

② 제1항에 명시된 목적을 위하여 무장 반란에 가담하는 자는 12년 이상 20년 이하의 징역형과 2년 이하의 자유제한에 처한다.

③ 제1항 또는 제2항에 규정된 행위로 인해 사람의 사망 또는 기타 중대한 결과가 발생하였을 때에는 15년 이상 20년 이하의 징역에 처하고, 50만 루블 이상 100만 루블 이하의 벌금을 부과하거나 유죄 판결을 받은 사람의 2년 이상 5년 이하 임금 또는 기타 소득에 해당하는 금액을 벌금으로 부과할 수 있다.

「오스트리아 형법」

제242조(내란) ① 폭행 또는 폭행을 고지한 협박을 통해 오스트리아 공화국 또는 각주의 헌법을 변경하려고 기도하거나 오스트리아 공화국의 일부를 분리하려고 기도한 자는 10년 이상 20년 이하의 자유형에 처한다.

② 미수도 제1항의 기도로 본다.

「중국 형법」

제103조(국가분열죄) 국가를 분열하고 국가 통일을 와해하고자 예비·음모·실행한 경우 그 주모자 또는 중대한 범행을 저지른 자는 무기징역 또는 10년 이상의 징역에 처한다. 적극가담자는 3년 이상 10년 이하의 징역에 처한다. 기타 가담자는 3년 이하의 징역, 구류, 통제 또는 정치적 권리 박탈에 처한다.

국가 분열을 선동하고 국가 통일을 파괴한 자는 5년 이하의 징역, 구류, 통제 또는 정치적 권리 박탈에 처하고, 주요 인물이나 죄질이 중대한 경우에는 5년 이상의 징역에 처한다.

제104조(무장반란·무장폭동죄) 무장반란 또는 무장폭동을 예비·음모·실행한 경우 그 주모자와 중대한 범행을 저지른 자는 무기징역 또는 10년 이상의 유기징역에 처한다. 적극가담자는 3년 이상 10년 이하의 징역에 처한다. 기타 가담자는 3년 이하의 징역, 구류, 통제 또는 정치적 권리 박탈에 처한다.

국가 기관의 직원, 무장 부대의 직원, 인민 경찰 또는 민병을 선동, 협박, 유인 또는 매수하여 무장 반란 또는 무장 폭동을 일으킨 자는 전항의 규정에 따라 엄중하게 처벌한다.

제105조(국가정권전복죄) 국가정권 전복 또는 사회주의제도 와해를 예비·음모·실행한 경우, 그 주모자 또는 중대한 범행을 저지른 자는 무기징역 또는 10년 이상의 유기징역에 처한다. 적극가담자는 3년 이상 10년 이하의 징역에 처한다. 기타 가담자는 3년 이하의 징역, 구류, 통제 또는 정치적 권리 박탈에 처한다.

유언비어, 비방 또는 기타 방법으로 국가 정권 전복과 사회주의 제도 전복을 선동하는 자는 5년 이하의 징역, 구류, 통제 또는 정치 권리 박탈에 처하며, 주모자나 중대한 범행을 저지른 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

2. 우리나라 현행 「형법」보다 내란죄 법정형이 낮은 해외 입법례

「일본 형법」

제77조(내란) ① 국가의 통치기구를 파괴하거나 그 영토에서 국권을 배제하고 권력을 행사하거나 그 밖에

정형 조정은 입법재량의 문제임.⁴⁵⁾

셋째, 개정안에서 내란죄의 미수범을 기수범과 동일하게 처벌하도록 하는 것은 i) 내란죄는 그 속성상 실제 내란이 발생하여 정치적으로 새로운 정부가 수립되는 경우 등에는 내란죄 처벌이 사실상 불가능하게 되는 점에서,⁴⁶⁾ 내란죄 미수범의 처벌을 강화하는 것이 내란범죄에 대한 현실적인 위하(威嚇) 수단이 될 수 있다는 점, ii) 현행 입법례에서도 개정안과 유사하게 미수범에 대한 본죄의 기수범과 동일하게 처벌하도록 하는 입법례⁴⁷⁾가 다수 있고, 해외 입법례⁴⁸⁾도 일반적으로 미수범을 감경 또는 감면하지 않

헌법 이 정하는 통치의 기본질서를 어지럽힐 목적으로 폭동을 일으킨 자는 내란의 죄로 하고, 다음의 구별에 따라 처벌한다.

1. 주모자는 사형 또는 무기징역에 처한다 .
 2. 모의에 참여하거나 군중을 지휘한 자는 무기 또는 3년 이상의 금고에 처하고, 그 밖에 각종 직무에 종사한 자는 1년 이상 10년 이하의 금고에 처한다.
 3. 부화수행(附和隨行)하거나 그 밖에 단순히 폭동에 참가한 자는 3년 이하의 금고에 처한다.
- ② 제1항의 죄의 미수는 벌한다. 다만, 같은 항 제3호에 따른 자에 대하여는 그러하지 아니하다.

「미국 연방헌법」

제2381조(반역) 누구든지 합중국에 대하여 충성의 의무를 지고 있으면서 합중국에 대하여 전쟁을 일으키거나 합중국의 적에게 가담하거나 합중국의 주(州) 외에서 합중국의 적에 대하여 원조 또는 편의를 제공한 때에는 반역(treason)의 죄를 구성하고, 사형에 처하거나, 5년 이상의 징역 또는 1만달러 이상의 벌금에 처하며, 합중국의 관직을 보유할 자격을 가지지 못한다.

제2383조(반란 또는 폭동) 누구든지 합중국의 권위 또는 법률에 대한 반란(rebellion) 또는 폭동(insurrection)을 선동 또는 협조하거나 이에 가담 또는 종사한 때에는 이 편에 따른 벌금형 또는 10년 이하의 징역에 처하거나, 이를 병과하고, 합중국의 관직을 보유할 자격을 가지지 못한다.

「스위스 형법」

제265조(내란) 폭력을 사용하여 연방헌법 또는 칸톤헌법을 변경시킬 목적의 행위를 기도하거나, 국가의 헌법기관을 퇴위시키거나 또는 그 기능을 소멸시켜 그 권력을 행사할 목적의 행위를 기도하거나, 스위스의 연방의 영역 또는 칸톤의 영역을 분리할 목적의 행위를 기도한 자는 1년 이상의 자유형에 처한다.

- 45) “법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민 일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려해 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 재량이 인정되어야 할 분야이므로, 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비해 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상의 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니 된다.”헌법재판소 2011. 6. 30. 선고 2009헌바354 결정례 참고

46) 오경식, 판례 분석을 통한 형법상 내란죄의 재해석, 교정연구 제68호, 113쪽

47) 각주 13) 참고

48) 각주 16)부터 19)까지 참고

는 사례나 내란죄의 미수를 기수와 구별하지 않는 사례⁴⁹⁾도 있다는 점에서, 내란의 죄의 미수범을 감경 또는 감면할 것인지 아니면 기수범의 형으로 처벌하도록 할 것인지 여부도 입법재량의 문제라고 할 것임.⁵⁰⁾

다만, 개정안은 다음 사항을 검토할 필요가 있음.

첫째, 내란 관련 범죄를 처벌하는 규정은 국가 보호의 수단이기도 하지만, 과거 우리 헌정사⁵¹⁾나 해외 사례⁵²⁾에서도 정치적 탄압 도구로 악용되었던 사례가 있었던 점에 비추어, 입법정책적 측면에서 내란죄의 법정형에 대한 가중 여부와 그 정도에 대해 검토할 필요가 있음.

둘째, 입법자가 형벌이라는 수단을 선택할 때에는 구성요건에 기술된 불법 내용과 행위자 책임이 일치되도록 하여야 하고,⁵³⁾ 원칙적으로 정범의 불법성에 종속되는 중범⁵⁴⁾의 범죄행위를 독자적인 범죄구

49) 「독일 형법」은 내란죄를 ‘기도범(Unternehmensdelikt)’으로 규정함으로써 미수와 기수를 구분하고 있지 않고 처벌하고 있으며(박종열, 독일 내란죄에 대한 고찰, 법학연구 제35권제1호, 연세대학교 법학연구원, 184쪽), 「오스트리아 형법」과 「스위스 형법」도 미수가 아닌 ‘기도’를 기수범으로 처벌함.

50) 어떤 행위를 범죄로 규정하고, 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가의 문제, 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 원칙적으로 입법자가 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민 일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책의 측면 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다.(헌법재판소 2013. 10. 24. 선고 2012헌바85 결정례; 헌법재판소 2011. 4. 28. 선고 2009헌바56 결정례; 헌법재판소 2001. 11. 29. 선고 2001헌가16 결정례 등 참조)

51) 내란 관련 범죄가 적용된 사례로는 1975년 “인혁당 재건위 사건”(내란음모죄; 2007. 1. 23. 서울중앙지법 제1심 무죄판결), 1980년 “김대중 내란음모 사건”(내란음모죄; 2004. 1. 29. 서울고법 제1심 무죄판결)이 있음(고시면, 내란의 죄에 관한 연구, 사법행정 2013년 11월, 9쪽)

52) 독일의 경우 1907년 카를 리브크네히트(Karl Liebknecht) 사건(반전 팸플릿 제작·배포), 1943년 솔(Scholl) 남매 사건(나치 반대 전단지 배포)과 1944년 히틀러 암살 시도 사건 등에서 정권 전복 시도뿐만 아니라 비판적인 발언과 저항 행위도 내란죄로 처벌함(박종열, 앞의 글, 170-172쪽 참조).

53) 헌법재판소 2007. 11. 29. 선고 2006헌가13 결정례 참고

54) 집합범인 내란죄의 외부에서 공범 형태 가담이 가능한가에 대해서는 i) 집합범 특질, 선동·선전행위

성요건으로 규정하려면 해당 범죄의 불법성과 비난가능성이 정범에 종속되는 것이 아니고 정범의 존재와 관계없이 그 자체로 독자적인 정범을 구성할 수 있어야 함.⁵⁵⁾⁵⁶⁾

그런데, 개정안은 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」에 따른 고위공직자⁵⁷⁾의 모의 방조를 중요한 임무에 종사한 것에 포함되도록 규정하고 있는바(안 제87조제2호 전단), 「형법」 제87조제2호의 “중요한 임무에 종사한 자”는 모의참여자⁵⁸⁾와 지휘자 이외의 자로서 폭동에 관하여 중요한 책임있는 지위에 있는 자를 말하는 점에서,⁵⁹⁾⁶⁰⁾ 내란 모의 방조 행위를 「형법」 제32조에 따른 중범이 아닌 “중요 임무 종사자”라는 독자적 정범을 구성할 수 있을 정도로 불법성과 비난가능성이 높은지에 대한 검토가 필요함.

셋째, 작위 행위가 없는 부진정부작위범의 형사처벌 범위가 무한정

독자 처벌규정(「형법」 제90조)의 존재, 종속될 정범의 불분명성을 이유로 부정하는 견해[김일수·서보학, 새로쓴 형법각론(제8판 증보판), 746쪽]가 있으나, ii) 「형법」에서 처벌하는 내란 가담 유형이 교사·방조의 외부 가담 형태까지 예상한 규정이라고 보기 어렵고, 외부 가담형태도 가벌성이 크다는 점을 근거로 긍정하는 견해가 학계의 다수 입장임[이재상·장영민·강동범, 형법각론(제10판 보정판), 671쪽 참조].

55) 헌법재판소 2017. 9. 28. 선고 2016헌바376 결정례 참고

56) 내란 방조행위를 별도 범죄로 처벌하는 입법례로는 일본 형법이 있음.

「일본 형법」 제79조(내란 등 방조) 병기, 자금이나 식량을 공급하거나 그 밖의 행위로 제77조 및 제78조의 죄를 방조한 자는 7년 이하의 금고에 처한다.

57) 각주 1) 참조

58) “모의참여자”는 수괴를 보좌하여 폭동계획의 중요 부분에 참여하는 자를 의미하고“모의”에 참여한다는 것은 내란죄를 실행하기 위하여 내란 우두머리 등과 긴밀히 상의하여 내란의 전반 또는 중요부분에 관하여 이를 계획하고 입안하는 데에 참여하는 것을 의미하는 점에서, 모의를 방조·방치한 자를 “모의참여자”로 보기도 어려운 측면이 있음.[서울고법 1996. 12. 16. 선고 96노1892 판결(「군형법」 반란모의참여, 「형법」 내란 모의참여 등) 참조]

59) 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 673쪽; 민철기, 주석 형법 각칙 1(제5판), 21쪽

60) “형법 제87조 제2호의 「중요임무종사자」는 이를테면 보급, 경리, 연락, 통신, 위생, 서무 등의 직무에 대해 책임을 부담하는 자까지를 포함하는 것으로서 피고인 C의 원설시 임무*는 이 사건 내란에 있어서 중요임무에 해당한다 할 것이고, 그 중요임무에 폭행, 협박을 전혀 수반하지 않을 수도 있다 할 것이다.”(대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 판결)

* 피고인 C의 원설시 임무: 보안유지, 청와대 병력 출동 금지, 계엄선포 건의 등

확대되는 것을 제한하기 위해, 부진정부작위범이 성립하기 위해서는
① 작위의무(보증인 지위)가 있을 것과 ② 부작위가 국가권력 배제
또는 국헌 문란 목적의 폭동의 방법에 해당할 것(행위정형의 동등성)
이 요구됨.

그런데, 개정안은 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」에 따른 고위공직자⁶¹⁾의 모의 방치를 중요 임무 종사에 포함되도록 규정하는바(안 제87조제2호 전단), 공무원에게 헌법질서와 국가수호 의무가 인정되지만,⁶²⁾ i) 고위공직자의 구체적 직위나 직무내용 등을 고려하지 않고 내란모의 방치를 “중요 임무 종사자”로서 폭동을 일으키는 것과 동일하다고 평가할 수 있는지, 공무원의 형사처벌 범위가 과도하게 확대될 우려는 없는지, 그리고 ii) 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」에 따른 고위공직자의 범위는 내란죄와 관련된 헌법질서 및 국가수호 의무가 기준이 아니라, ‘청렴성의 요구’와 ‘독립된 수사기관에서의 수사 필요성’이 그 기준이라는 점⁶³⁾에서 모의 방치 주체를 「고위공직자범죄수사처 설치 및

61) 각주 1) 참조

62) 「국가공무원 복무규정」 별표 1 전서문

전서

나는 대한민국 공무원으로서 헌법과 법령을 준수하고, 국가를 수호하며, 국민에 대한 봉사자로서의 임무를 성실히 수행할 것을 엄숙히 전서합니다.

63) “수사처의 수사대상 중 상당 부분은 정무직 공무원으로, 정무직 공무원은 선거로 취임하거나 임명할 때 국회의 동의를 필요한 공무원과 고도의 정책결정 업무를 담당하거나 이러한 업무를 보조하는 공무원으로서 법률이나 대통령령(대통령비서실 및 국가안보실의 조직에 관한 대통령령만 해당한다)에서 정무직으로 지정하는 공무원을 말하는데(국가공무원법 제2조 제3항 제1호), 높은 수준의 청렴성을 필요로 한다. 검찰총장, 판사 및 검사, 경무관 이상의 경찰공무원, 대통령비서실·국가안보실·대통령경호처·국가정보원·감사원·국세청·공정거래위원회·금융위원회 소속의 3급 이상 공무원 등은 정무직 공무원은 아니지만, 해당 기관 업무의 특수성을 고려할 때 마찬가지로 높은 수준의 청렴성이 요구되고 독립적인 기관에서 수사 등을 수행해야 할 필요성이 크다.”(헌법재판소 2021. 1. 28. 선고 2020헌마264 결정례)

운영에 관한 법률」에 따른 고위공직자로 규정하는 것이 타당한지 검토가 필요함.

정리하면, 개정안은 내란죄의 범정형을 강화하여 국가와 사회의 평온과 안전을 보호하려는 입법 취지, 국민의 법감정 및 유사 입법례와 해외 입법례를 고려하면서도, 우리 헌정사의 내란죄 악용 사례, 고위공직자의 내란 방조·방치와 종범 및 부진정부작위범과의 관계 등을 종합적으로 고려하여 입법하여야 할 것으로 보임.

문 의 처
02)6788-5056