

# <헌법 제84조 대통령령의 형사상 불소추의 범위와 그 한계 >

2025년 5월 19일 (월)



# 헌법 제84조 대통령의 형사상 불소추의 범위와 그 한계

2025.5.19(월) 연구위원 박기주

## □ 헌법 제84조의 올바른 해석론

- 소추의 의미는 형사 기소만을 의미하는 것이 일반적으로 통용되는 해석의 범위이며, 이러한 문언의 의미를 넘어서 해석하기 위해서는 관련 규정의 헌법적 취지와 관련 조문들과의 체계적인 해석이 필요함
- 헌법 제84조의 취지는 대통령의 직무상 행위의 원활한 수행을 위한 것으로 그 특권이 재직 중에만 발생한다는 것을 명시적으로 표현한 것으로 취임 전의 행위(진행 중인 재판)나 직무와 관련이 없는 행위에 적용되지 않는다고 봄이 타당함
- 헌법 제65조 제1항은 대통령의 직무상 행위만을 탄핵의 대상으로 하고 있어 직무상 행위도 제한적으로 보호하는데, 헌법 제84조를 직무와 무관행위 혹은 취임 전 행위까지 포함시킬 경우 이러한 행위가 직무상 행위 보다 헌법상 더 보호받는 모순을 초래함
- 헌법 제68조 제2항은 판결로 대통령이 자격을 상실할 경우를 규정하고 있으며, 이는 기존 대통령에 대한 재판이 정지되지 않는다는 것을 전제로 함

## □ 헌법 제84조 논란을 통해 본 형사피고인이 대통령에 당선될 경우 발생가능한 문제점

- 형사피고인은 자신의 사법적 리스크로 인해 대통령이 되어 이를 무마하려는 강력한 동기가 작용하고, 이는 부정선거 등의 유혹 및 포퓰리즘 정책을 남발하는 동인이 됨
- 대통령에 당선될 경우에는 대통령의 대법원과 헌법재판소, 법무부·검찰에 대한 임명권 및 인사권을 행사하여 자신의 형사범죄에 영향력을 행사하려 할 것이며, 이는 그 자체로 법치주의에 대한 심각한 위협임
- 대통령이 국회에 영향력을 행사하여 자신의 형사범죄와 관련된 법개정을 시도하거나, 사면법 개정 등을 통해 스스로에 대한 사면권 행사할 가능성도 배제하지 못함

## 1. 연구 배경 및 목적

### □ 헌법 제84조 대통령의 불소추 특권은 민주주의 국가에서 안정적인 국정 운영을 보장하기 위해 인정되는 제도임

- 이는 대통령의 재임 중에는 형사소추로부터 일시적인 보호를 함으로써 직무 수행의 독립성을 확보하고, 정치적 동기에 의한 무분별한 기소를 방지하는 데 그 목적이 있음

### □ 그러나 이러한 특권은 법 앞의 평등이라는 민주주의의 기본 원칙과 충돌할 수 있으며, 대통령의 범죄 행위에 대한 책임을 회피하는 수단으로 악용될 수 있다는 비판도 존재함

- 과거 사례를 보면, 2017년 대선 당시 홍준표 자유한국당 후보가 재판을 앞두고 출마했을 때도 헌법 제84조에 대한 논란이 있었으나,<sup>1)</sup> 선거에서 낙선

하고 무죄 확정 판결을 받아 논란이 수그러들었음

○ 2025년 5월 1일 이재명 후보의 공직선거법상 허위사실공표죄 사건의 유죄 취지의 파기환송 판결로 인해 이재명 후보가 대통령이 되더라도 재판을 계속 진행할 것인지와 관련하여, 헌법 제84조에 대한 정확한 해석과 그 범위, 한계 (취임 전 재판이 포함되는지 여부 등)에 대한 논란이 다시 제기되고 있음

○ 형사피고인이 대통령으로 당선되어 그 후 재판이 계속되어 당선무효형가 확정 되면, 대통령직을 상실하게 되어 대선을 다시 치를 위험성이 존재하기 때문임<sup>2)</sup>

□ **본 보고서는 대한민국 헌법 제84조에 규정된 대통령의 형사상 불소추의 범위에 대해 헌법재판소와 대법원의 기존 판결, 다양한 외국 사례, 전체 헌법의 조화로운 해석의 관점에서 심층적인 이해를 도모하고자 함**

○ 이를 위해 관련된 논쟁의 본질, 기존 판결의 법리, 외국의 헌법 등을 검토하고, 우리 헌법 제84조의 연혁과 헌법 제65조, 제68조 제2항과의 조화로운 해석을 통해 헌법 제84조의 해석론 제시할 예정임

## 2. 헌법 제84조의 해석 논란과 관련 판결 분석

### □ 헌법 제84조 해석 논쟁

○ 대한민국 헌법 제84조는 "대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직 중 형사상의 소추를 받지 아니한다."라고 명시함

- 이 조항은 현직 대통령에 대한 형사상 소추의 예외를 규정, 내란죄·외환죄라는 중대한 범죄에 대해서는 어떠한 예외도 인정하지 않겠다는 헌법 제정권자의 강력한 의지를 보여줌

- 여기서 핵심적인 용어는 '형사상의 소추(訴追)'이며, 이 용어의 해석이 대통령의 형사책임 면제 범위, 특히 (취임 전) 재판 포함 여부를 결정하는데 중요한 역할을 함

※ 소추의 개념은 일반적으로 기소와 같은 의미로 이해됨(법제처, 헌법 주석서 III(제2판), 606면)

1) 전용빈·문동성·김판, "[팩트 검증] 홍준표 당선된다면... '성안종 사건' 대법원 재판 논란", 국민일보(2017.4.3.)  
[<https://www.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0923722582>]

2) 이세영, "이재명 관련 '헌법 84조' 논란에... 현재 '대통령, 당선무효형 나오면 직 상실'", 조선일보(2024.10.11.)  
[[https://www.chosun.com/politics/politics\\_general/2024/10/11/EOURF7RSIVASLJAZI5JI5FXZCQ/](https://www.chosun.com/politics/politics_general/2024/10/11/EOURF7RSIVASLJAZI5JI5FXZCQ/)]

- **(확대해석 하는 견해)** '소추'라는 용어는 일반적으로 형사 절차의 개시를 의미하며, 수사, 기소, 공소 유지, 재판, 형 집행 등 일련의 과정을 포괄하는 개념으로 이해하는 견해가 있음<sup>3)</sup>
  - 형사소송법 제246조 국가의 소추권에는 소추와 그 수행이 모두 포함되는 것으로 해석할 수 있음. 이러한 광의의 해석에 따르면, 대통령 재직 중에는 기소뿐만 아니라 이미 진행 중인 재판 절차 역시 중단되어야 한다는 주장이 제기될 수 있음
  - 이는 대통령이 재임 기간 동안 국정에 전념할 수 있도록 보장하고, 국가 원수로서의 위상을 보호하기 위한 것이라는 논리임<sup>4)</sup>
- **(축소해석 하는 견해)** 다른 한편에서는 '소추를 받지 아니한다.'는 문언을 엄격하게 해석하여, 이는 단순히 새로운 기소를 금지하는 것일 뿐, 이미 기소되어 진행 중인 재판에는 영향을 미치지 않는다는 견해임<sup>5)</sup>
  - 대통령은 재직 중 소추를 받지 아니할 뿐이고, 재직 전 형사 재판이 진행되고 있었다면 그 재판은 그대로 진행하는 것이 타당하고 만약 재판도 중지시키려 했다면 헌법에 '재직 중 형사 재판을 받지 아니한다.'고 명시했을 것이라고 보는 견해임
  - 이미 헌법 제84조의 해석들은 일관되게 소추를 기소의 의미로 보고 있으며, 같은 맥락에서 헌법 제65조에 의한 탄핵소추의 경우에도 탄핵소추와 탄핵심판을 나누어서 보고 있다는 점에서 소추 안에 재판이 포함된다는 주장은 타당하지 않다고 봄

## □ 소위 검수완박 권한쟁의 심판에서 검사의 소추권의 범위

- **법무부장관, 검사 등과 국회 간의 권한쟁의 사건(헌법재판소 2023. 3. 23. 선고 2022헌라4 전원재판부 결정)**
  - 다수의견은 검사의 수사 및 소추권이 우리 헌법상 본질적으로 행정에 속하는 사무이므로, 특별한 사정이 없는 한 '대통령을 수반으로 하는 행정부'(헌법

3) 김경락, "대통령에 대한 수사 및 재판 가능여부 '소추'가 갖는 의미를 중심으로", 한국민간경비학회보 통권 79호, 2025.

4) 김정제, "대통령 되면 재판 정지?...이재명이 스스로 꺼낸 '헌법 84조 논란'", 중앙일보(2025.2.20.),

[<https://www.joongang.co.kr/article/25315418>]

5) 신우철, "헌법 제84조의 비교헌법사적 해석: '재직 중'과 '형사상의 소추'의 의미를 중심으로", 법학논문집 제48집 제2호(2024).

제66조 제4항)에 부여된 ‘헌법상 권한’으로 보고 있음. 이는 소추권이 행정상 부여된 권한에 한정하므로 사법의 영역인 재판까지 확대되지 못함을 명시적으로 보여줌

- 이에 반하여 반대의견은 형사상 ‘소추’(헌법 제13조 제1항, 제84조 참조)는 심판기관과 분리된 ‘소추권자’가 유죄 판결 및 적절한 처벌을 구하는 활동으로, ‘소추기능’은 공소의 제기와 유지 여부의 결정 및 공개된 법정에서 피고인의 상대방 당사자로서 수행하는 변론 및 입증활동, 이에 관한 법원의 재판에 대한 불복 등을 포함한다고 봄

## □ 대통령 탄핵에서의 직무집행 관련성과 헌법재판소의 태도

### ○ 노무현 탄핵사건(헌법재판소 2004. 5. 14. 2004헌나1 결정)

- 2004년 3월 12일, 국회는 노무현 대통령에 대해 '정치적 중립성 위반' 등을 이유로 탄핵소추안을 가결함. 이로 인해 대통령 직무가 정지되고 국무총리가 권한을 대행함. 이후 헌법재판소는 2004년 5월 14일 탄핵심판에서 이를 기각하여 노무현 대통령은 64일만에 직무에 복귀함

※ 현재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 651-652면은 “직무집행 관련성의 시간적 범위- 헌법 제65조 제1항은 ‘대통령 … 이 그 직무집행에 있어서’라고 하여, 탄핵사유의 요건을 ‘직무 집행으로 한정하고 있으므로, 위 규정의 해석상 대통령의 직위를 보유하고 있는 상태에서 범한 범 위반행위만 이 소추사유가 될 수 있다고 보아야 한다. 따라서 당선 후 취임 시까지의 기간에 이루어진 대통령의 행위도 소추사유가 될 수 없다. … 대통령당선자의 지위와 권한은 대통령의 직무와는 근본적인 차이가 있고, 이 시기 동안의 불법정치자금 수수 등의 위법행위는 형사소추의 대상이 되므로, 헌법상 탄핵사유에 대한 해석을 달리할 근거가 없다.”고 판시함

- 헌법재판소 2004. 5. 14. 2004헌나1 결정은 대통령의 형사상 불소추특권의 시간적 범위를 다룬 중요한 판례임. 이 결정에서 헌법재판소는 대통령당선자가 취임 전에 행한 위법행위에 대해 검토했는데, 헌법 제65조 제1항 소정의 탄핵사유는 직무집행 관련성을 전제로 한다고 봄. 따라서 대통령으로 취임 하기 전의 행위는 직무집행과 무관하므로 탄핵사유의 대상이 아니라고 판단함
- 즉, 대통령 취임 전 범죄행위는 직무집행 관련성의 시간적 범위 밖에 있다고 보아, 취임 전의 위법행위는 형사소추의 대상이 될 수 있다는 결론에 이르렀음

## □ 국회의원의 면책특권의 직무연관성과 대법원의 태도

### ○ 국회의원의 면책특권(대법원 2007. 1. 12. 2005다57752 판결)

- 대법원 2007. 1. 12. 선고 2005다57752 판결은 국회의원의 면책특권과 관련된 중요한 판례임. 이 사건에서 대법원은 헌법 제45조에 규정된 국회의원의 면책특권의 취지와 범위를 직무상으로 명확히함

※ 이 판결에서 “헌법 제45조는 … 국회의원의 면책특권을 인정하고 있는바, 이는 국회의원이 국민의 대표자로서 국회 내에서 자유롭게 발언하고 표결할 수 있도록 보장함으로써 국회가 입법 및 국정 통제 등 헌법에 의하여 부여된 권한을 적정하게 행사하고 그 기능을 원활하게 수행할 수 있도록 보장하는 데에 그 취지가 있는 것이다. 이러한 면책특권의 목적 및 취지 등에 비추어 볼 때, 발언 내용 자체에 의하더라도 직무와는 아무런 관련이 없음이 분명하거나, 명백히 허위임을 알면서도 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 경우 등까지 면책특권의 대상이 된다고 할 수는 없다 할 것이다.”라고 판시함

## □ 시사점

- 소위 검수완박 사건에서 검사의 소추권은 행정부의 권한으로 기소행위까지만을 전제로 하고 있음
- 헌법재판소 2004. 5. 14. 2004헌나1 결정은 대통령의 취임 전 행위에 대해서는 탄핵사유가 되지 않으며 이는 형사소추의 대상임을 명확히 하고 있음
  - 헌법 제65조가 탄핵사유를 재직 중 직무집행에 한정하는 것은 직무와 무관한 행위로 인한 무분별한 탄핵을 막기 위한 것으로 대통령의 직무수행을 제한적으로 보호하는 것임
- 대법원 2007. 1. 12. 2005다57752 판결의 경우도 헌법 제45조 국회의원의 면책 특권을 직무와 관련이 있는 범위로 한정하고 있음
  - 국회의원의 경우도 그 발언의 내용을 무한정으로 보호하는 것이 아니며, 국회의원의 직무수행의 범위에서 제한적인 보호를 하고 있음
- 헌법재판소와 대법원의 판결을 통해서 알 수 있는 시사점은 헌법기관의 특권은 무한정 보호되는 것이 아니라 그 직무수행을 위해서 제한적으로 보호되는 것이며 이는 제84조의 해석에도 이를 고려해야 함

- 헌법 제84조가 대통령의 불소추 특권을 인정하는 이유는 대통령의 원활한 직무수행을 보장하기 위한 것이기 때문에 그 내재적·본질적 한계로 직무 연관성을 염두해 두지 않으면 안됨

### 3. 외국의 사례

#### □ 외국의 대통령 형사 소추 관련 규정 분석

##### ○ 미국

- 미국 헌법에는 대통령의 형사 소추 면제에 대한 명시적인 규정은 없음. 그러나 법무부는 오랫동안 현직 대통령을 기소하는 것은 위헌이라는 정책을 유지해 왔으며, 연방 대법원은 판례를 통해 대통령의 면책 범위를 발전해 옴
- 특히 Trump v. United States (603 U.S. (2024)) 판결<sup>6)</sup>에서 전직 대통령은 핵심 헌법 권한 내의 행위에 대해 절대적인 형사 면책을 가지며, 다른 공식 행위에 대해서는 추정적 면책을 가진다고 판시함. 이는 주로 재직 중의 '공식 행위'에 대한 면책이며, 재직 전의 행위나 '비공식 행위'에 대해서는 면책이 인정되지 않음
- 또한, Clinton v. Jones(520 U.S. 681, 1997) 판결에서는 현직 대통령이라도 재임 전의 사적인 행위에 대해서는 민사 소송의 대상이 될 수 있다고 판시하여, 면책범위가 제한적임을 보여줌

##### ○ 프랑스

- 프랑스 헌법 제67조는 대통령 재임기간 동안 형사 및 민사 소추는 물론 증언 요구, 수사 조치 등 어떠한 법적 절차도 받을 수 없다고 명시적으로 규정하고 있음
- 이는 매우 폭넓은 면책 특권을 인정하는 것으로 해석될 수 있으며, 이미 진행 중인 재판이 중단되는 것으로 해석하려면 최소한 프랑스 헌법 제67조와 유사한 규정이 필요함을 알 수 있음. 다만, 대통령 임기가 종료되면 면책 특권은 사라지고, 재판이 재개될 수 있음

6) 이에 대한 자세한 논의는 송백석, “미국 전직대통령 면책특권 모델의 한국에 대한 함의 - 연방대법원 Trump v. United States 판례 연구 -”, 법학논총 제41집 제3호, 2024.

※ **프랑스 헌법 제67조** : 제53조의 둘째 문단과 제68조에 따라 대통령의 공적 업무를 수행한 것에 대하여 책임을 지지 아니한다. 대통령은 임기 중에는 프랑스의 모든 법원 또는 행정 기관에서 증언하도록 요구받지 아니하고, 민사절차, 수사, 기소 및 조사의 대상이 되지 아니한다. 대통령의 임기 중에는 모든 시효기간의 진행이 정지된다. 대통령에 대해 정지되었던 모든 소송 및 절차는 대통령의 임기가 종료된 때로부터 1개월이 지나면 재개된다.

## ○ 브라질

- 브라질 헌법 제86조는 대통령 재임 중에는 연방대법원의 유죄 판결을 받기 전까지 체포될 수 없도록 규정하고 있음.

- 이는 현직 대통령에 대한 수사 및 기소가 가능하지만, 체포와 같은 강제적인 조치는 제한될 수 있음을 의미함. 대통령 퇴임 후에는 일반 시민과 마찬가지로 형사 소추의 대상이 됨

※ **브라질 헌법 제86조** : 공화국 대통령에 대한 고발이 하원 의원 3분의 2의 찬성으로 인정되면, 대통령은 일반 형사 범죄에 대해서는 연방대법원에서, 직무 책임 범죄에 대해서는 연방상원에서 재판을 받게 된다.

1. 대통령은 다음의 경우 직무가 정지된다.

I - 일반 형사 범죄의 경우, 고발장 또는 형사 소장이 연방 대법원에 접수된 때;

II - 직무 책임 범죄의 경우, 연방 상원에서 탄핵 절차가 개시된 후.

§ 2. 180일이 경과한 후에도 재판이 완료되지 않은 경우, 소송 절차의 추후 진행에는 영향을 미치지 않고 대통령의 직무 정지는 종료된다.

§ 3. 최종 유죄 판결이 내려지지 않는 한, 일반 범죄에 대해 공화국 대통령은 체포되지 않는다.

§ 4. (2001년 헌법 개정 제35호에 의해 폐지됨)

## ○ 독일

- 독일 헌법(기본법)은 의원내각제를 취하고 있기 때문에 대통령의 지위는 행정부의 수반이 아닌 **국가원수로서의 기능만을** 수행하고 다양한 헌법 기관들을 조정하는 역할을 수행하는 정도임

- 독일은 기본법 제60조 제4항은 “(의원의 불체포 등 특권에 관한) 제46조 제 2항에서 제4항까지는 연방대통령에 준용한다”라고 간결하게 되어 있으며, 특권은 의원과 유사하다고 할 수 있음

- 따라서, 연방대통령 또한 자신의 직무 관련 발언 및 투표에 대해 면책특권을 가지며, 범죄 행위로 체포될 경우 연방하원의 동의를 필요로 하고, 형사 소송 절차가 연방하원의 요구에 따라 정지될 수 있음을 규정함

## ○ 이탈리아

- 이탈리아 헌법 제90조는 대통령에게 직무 관련 행위에 대한 면책 특권을 부여하지만, 국가의 근간을 흔드는 중대한 위법 행위에 대해서는 탄핵을 통해 책임을 물을 수 있도록 하고 있음. 이는 대통령의 안정적인 국정 운영을 보장함과 동시에 권력 남용을 견제하는 역할을 함

※ **이탈리아 헌법 제90조** : 대통령은 대역죄나 헌법 위반의 경우를 제외하고는 직무상 수행한 행위에 대해 책임지지 않는다. 대역죄나 헌법 위반의 경우에는, 양원합동회의에서 의원 절대 다수로 대통령을 탄핵할 수 있다.

## □ 시사점

○ 각 국가의 소추 면제 조항은 그 나라의 역사, 정치 체제, 법 문화 등 다양한 요인에 의해 형성되었으며, 대통령의 원활한 직무수행이라는 목적을 가지고 있음

- 프랑스가 가장 폭넓은 대통령에 대한 면책 특권을 인정하고 있으며, 브라질의 경우 우리와 유사하게 재임 중의 면책을 규정함. 이탈리아는 직무상 수행 행위에 대해서 책임을 지지 않음. 독일의 경우는 대통령의 위상이 우리와 다르므로 의원들이 누리는 정도의 면책 정도와 같음

○ 미국은 Trump v. United States (603 U.S. (2024)) 판결을 통해 대통령의 재직 중 행위에 대해 강한 보호를 하지만, 이것이 재직 전의 행위나 비공식적 행위까지 보호하는 것은 아님

- 대법원의 태도와는 별개로 트럼프에 대한 연방사건은 법무부 정책에 따라 기각되었고, 개별 주 사건의 경우 주법에 따라 종결되거나, 중단된 상태임. 이는 미국 헌법의 해석과 관련 연방법 및 주법에 따른 것으로 **우리 헌법과 관련 법률과의 명확한 차이를 보여줌**

※ 연방사건인 선거방해는 법무부의 정책에 따라 검사가 기각을 신청하여 법원에서 기각되었고, 이는 퇴임 후 재기소 될 수 있음. 뉴욕주에서 진행된 사업기록 위조 혐의 등의 사건은 뉴욕주 형법 (New York Penal Law § 65.20)에 의해 유죄는 인정되었으나 무조건 석방을 하여 사건이 종결되었고, 조지아주의 선거 개입 혐의 사건은 법적 문제로 무기한 중단된 상태임

## 4. 바람직한 헌법 제84조의 해석론

### □ 연혁적 분석<sup>7)</sup>

- 헌법 제84조의 원형은 해방기와 임시정부 시기 헌법 초안에서 등장했으며, 대통령의 직무와 관련된 형사상 소추의 면제를 규정한 문구가 포함. 초기에는 중화민국 헌법의 영향을 받은 조항들이 기초되었음
  - 1948년 헌법 제67조의 ‘재직 중’이라는 문구는 1936년 중화민국헌법초안의 ‘非經罷免或解職’ 부분을 대신한 표현임. 이 문구는 제46조 제1항의 탄핵 사유와 연결되어 대통령의 탄핵사유가 내란 또는 외환의 죄에만 제한되지 않음을 명확히 함
- 또한, 내란 또는 외환의 죄를 일반 형사재판절차에서 소추 가능하도록 하며, 탄핵 절차로 제한하지 않았다는 점도 분명히 함. 제헌 과정에서 이 문구가 취임 전 행위나 직무와 무관한 행위를 형사소추에서 면제한다는 의미로 사용된 근거는 발견되지 않았음
  - ‘재직 중’ 표현은 대통령의 직무와 직무 외 행위를 구분하는 데 중요한 역할을 했음. 이는 탄핵사유와 형사소추 사이의 체계적 해석을 통해 확립 되었다고 할 수 있음

### □ 현행 헌법과의 조화로운 해석

#### ○ 헌법 제84조의 취지

- 헌법 제84조에서 대통령에게 형사적 특권을 부여하는 가장 큰 이유는 권력 분립원칙에 따라 대통령의 업무 수행을 보호하기 위함
- 미국 연방대법원 판례에서도 대통령의 직무와 관련된 행위를 보호하는 것이 중요한 이유로 제시된 바 있음
- 이를 바탕으로 해석하면, 대통령의 취임 전 행위나 직무와 무관한 행위는 이 특권의 보호 대상이 아니라고 볼 수 있음
- ‘재직 중’이라는 표현을 문자 그대로 해석하면 대통령이 내란 또는 외환의

7) 신우철, “헌법 제84조의 비교헌법사적 해석: ‘재직 중’과 ‘형사상의 소추’의 의미를 중심으로”, 법학논문집 제48집 제2호(2024).

죄를 제외한 다른 행위에서는 임기 중 소추되지 않을 수도 있음. 그러나, 국회의원 면책특권을 제한적으로 해석한 대법원의 판례(2007년 2005다 57752 사건)처럼, 대통령의 특권도 직무와 관련된 행위에만 적용하는 것이 합리적임

- 결론적으로, 대통령의 직무 외적 행위는 형사적 책임을 물을 수 있으며, 이는 헌법적 원칙과 균형을 유지하는 데 중요함

#### ○ 헌법 제65조 제1항과의 조화로운 해석

- 현행헌법 제65조 제1항과 비교해 볼 때, 제84조의 "재직 중"이라는 표현은 재직 중 직무와 관련된 행위에만 적용되는 것으로 해석하는 것이 합리적임
- 만약 그렇지 않다면, 대통령의 직무와 관련된 행위는 탄핵대상이 되지만, 취임 전 또는 직무와 무관한 행위는 소추를 받지 않음
- 이는 대통령의 직무와 무관한 행위가 오히려 더 큰 헌법적 보호를 받게 되는 모순을 일으킬 수 있음. 이러한 해석은 대통령의 직무 관련 행위가 권력분립 원칙에 의해 보호받아야 한다는 헌법적 원칙과도 맞지 않음
- 즉, 대통령의 행위는 재직 중 직무와 관련된 경우에만 특권을 받을 수 있으며, 그렇지 않다면 헌법적으로 불균형한 상황이 발생할 수 있음

#### ○ 헌법 제68조 제2항과의 조화로운 해석

- 헌법 제68조 제2항은 “대통령이 궐위된 때 또는 대통령 당선자가 사망하거나 판결 기타의 사유로 그 자격을 상실한 때에는 60일 이내에 후임자를 선거 한다.” 규정하여 판결을 자격상실 사유로 규정함
- 대통령은 임기 중 내란·외환죄 외에는 기소되어 재판을 받을 수 없는데 이 조문은 직무수행 중 탄핵이 되거나, 당선 전 재판으로 인해 판결이 선고되어 자격을 상실하는 두 가지 경우를 상정한 것임
- 이는 대통령에 취임하더라도 기존의 대통령에 대한 재판이 정지되지 않는다는 것을 전제한 것임<sup>8)</sup>

8) 감명국이해영. “대법원, ‘이재명 당선되도 재판 중단 없다’는 입장 분명히 밝혀야”, 시사저널(2025.4.19.)  
[<https://www.sisajournal.com/news/articleView.html?idxno=330599>]

## 5. 결론 및 시사점

### □ 헌법 제84조의 형사상 소추 면제의 범위와 그 한계

- 헌법 제65조와 제45조 및 이와 관련된 판결 등의 취지에 따르면 대통령의 취임 전 행위(기존 재판 포함)는 직무집행과 무관하므로 형사소추의 대상이 되며(기존 재판도 진행), 직무와 무관한 행위는 헌법 제84조의 “재직 중”에 포함되지 않는다고 봄이 타당함
- 해외 사례의 경우, 대부분의 국가는 헌법상 특권인 불소추의 범위를 해당 헌법기관의 원활한 직무수행과 연관시켜 파악하고 있음
- 연혁적 측면에서도 헌법 제84조의 재직 중이라는 표현이 취임 전 행위나 직무와 무관한 행위에 대한 형사소추를 면제한다는 의미로 사용된 근거는 없음
- 헌법 제65조 제1항은 직무상 행위를 탄핵소추 대상으로 하고 있는데, 이와 관련해 보면 헌법 제84조의 재직 중의 의미는 직무와 관련된 행위만을 의미하는 것이 타당함
  - 직무와 무관한 행위나 취임 전 행위에 대해서까지 제84조의 재직 중에 포함하게 되면 직무와 무관한 행위 등은 제84조에 의해 불소추되어 대통령의 직무상 행위 보다 더 큰 보호를 받는 모순이 발생함
- 헌법 제68조 제2항은 대통령이 판결 기타 사유로 그 자격을 상실한 경우를 상정하고 있으며, 이는 취임 후 재판이 정지되지 않는다는 것을 전제함

### □ 헌법 제84조 해석의 시사점

- 형사피고인인 대선 후보는 자신의 사법적 리스크를 대통령이 되어 무마하려는 강력한 동기가 발생하고, 이는 부정선거 등의 유혹 및 포퓰리즘 정책을 남발하는 동인으로 작용함
- 대통령으로 당선될 경우, 대통령의 헌법재판소, 대법원, 법무부, 검찰에 대한 인사권한 행사를 통해 자신의 형사범죄에 대해 영향력을 행사하려고 할 것이며, 이는 그 자체로 심각한 법치주의 위협 요소로 작용함

※ 법무부의 영향력을 행사하여 담당검사에게 공소취소(형사소송법 제255조)를 종용할 수 있음.  
2017년 3월 박범계 장관은 한명숙 전 국무총리 모해위증교사에 수사지휘권을 발동한 사실이 있음

- 미국의 예에서 보듯이, 대통령에 대한 공소유지나 재판의 어려움 때문에 사실상 재판을 정지하거나 선고를 미룰 가능성이 크며, 사법부는 이를 통해 헌법 제84조의 취지를 무시하는 사실상의 위헌 상태를 초래할 가능성이 큼

※ 개별적 사건에서 사실심 법원이 헌법 제84조에 재판이 포함된다고 판단하여, 재판권이 없음 이유로 공소기각 판결(형사소송법 제327조 제1호)을 할 수도 있음

- 대통령이 여당 소속의 국회의원들에게 영향력을 행사하여 자기 형사범죄에 대한 법개정을 시도, 형벌을 폐지하거나 벌금형 이하 범죄로 만들면 형법에 따라 확정되지 않은 형사재판의 경우 면소판결 내지 신법의 의한 경한 형이 적용됨

※ 제22대 국회에 더불어민주당 박희승 의원이 대표발의한 공직선거법 일부개정법률안 2건의 경우 한 건은 당선무효형을 현행 100만원에서 1,000만원으로 올리는 법안이고, 다른 건은 허위사실 공표죄를 폐지하는 법안임

※ 제22대 국회는 더불어민주당 김용민 의원이 대표발의한 형사소송법 일부개정법률안을 통해 형사소송법 제306조 제6항을 신설해 대통령 당선자의 공판절차 정지를 규정하고 있음

- 대통령이 국민을 직접 상대로 자신의 형사범죄 리스크 면제를 포함한 신임 투표를 묻거나, 대통령의 사면권을 행사하여 자신의 형사기소 등에 대해 면죄부를 주는 셀프사면의 가능성도 있음