

5·18민주화운동의 진상규명과 책임자처벌에 관한 대법원 판결 분석*

민 병 로** · 김 남 진***

국문초록

12·12군사반란은 6개월 후 발생한 5·18민주화운동에 대한 무자비한 학살과 별개의 행위가 아닌 신군부세력이 정권을 찬탈하기 위한 목적 하에 실행한 하나의 내란행위였다. 1980년 5월 20일 24:00 광주역 앞에서 공수부대의 시위대에 대한 최초의 발포가 있었고, 다음 날 5월 21일 오후 1시 계엄군은 10분 동안 애국가를 틀어놓고 전남도청 앞에서 시위를 하던 시민들을 향해 집단발포를 하였다. 하지만 최초의 발포명령자와 5월 21일 집단발포 명령자에 대해서는 아직까지 밝혀지지 않고, 당시 신군부의 지도자였던 전두환은 자신이 발포명령을 지시하지 않았다고 부인하고 있다.

이에 본 논문은 검찰과 사법부가 당시 관련자의 진술과 증거자료를 통해 밝혀낸 12·12군사반란과 5·18민주화운동의 실체에 대해 살펴보고, 이 사건에 대한 사법부의 판결을 통해 다툼 없는 사실로 인정된 사실들을 정리해보고자 하였다. 특히 두 사건은 단절적으로 보서는 안되고, 범죄적 권력의 연속적 행사과정이었다는 점에 유념하였다. 성공한 쿠데타세력을 법정에 세워 사법부의 재판을 받을 수 있게 할 수 있었던 것은 검찰의 불기소처분에 대하여 국민들의 전국적인 집회, 시위 및 성명서 발표 등 기소촉구운동을 벌인 결과이다. 헌정질서 파괴범죄로부터 헌정질서를 수호할 종국적인 주체는 주권자인 국민이라 할 것이다.

대법원 판결에도 한계가 있으나 관련자들의 진술과 증거자료에 의해 확정된 사실로서의 5·18민주화운동의 진상규명과 책임자처벌에 대한 왜곡된 주장을 차단하기 위해서는 그 의미가 크다 할 것이다.

중심어 : 5·18민주화운동, 12·12군사반란, 헌정질서파괴범죄, 비상계엄, 내란목적살인죄

* 이 연구는 2014년도 5·18기념재단의 지원을 받아 수행했으며, 2015년 8월 5·18기념재단이 주최한 ‘님을 위한 행진곡 학술세미나’에서 발표한 초고를 수정·보완한 것이다. 줄고를 읽고 유익한 논평을 해주신 세분의 심사위원 선생님들께 진심으로 감사드린다.

** 전남대학교 법학전문대학원 교수

*** 전남대학교 법학연구소 연구원, 법학박사

I. 문제제기

한나 아렌트(Hannah Arendt)는 “예루살렘의 아이히만(Eichmann in Jerusalem)”에서 ‘당신 안에 아이히만이 있다’라고 말하며 악의 평범성(banality)에 대해 이야기 했다. 나치 치하 600만 명의 유대인을 학살한 혐의로 재판에 회부된 아이히만은 ‘나는 죄가 없다, 나는 단지 명령에 따랐을 뿐이다’라고 항변하였다(한나 아렌트, 2006: 391). 최고 통치권자가 히틀러가 아니라 선한 인격자였다면, 아이히만은 법정에 설 일이 없을 정도로 평범한 사람이었다. 그러나 스스로 책임이 없다고 주장하는 아이히만에게 재판부는 교수형을 선고하여 집행하였다. 아이히만은 자신에게 주어진 상부의 명령이 유대인에게 어떤 영향을 미칠지, 유대인의 입장에서 자신이 수행할 임무가 어떤 의미로 다가올지 성찰하지 못했다. 아렌트는 삶에서 ‘사유’란 하지 않아도 상관없는 ‘권리’가 아니라, 반드시 수행해야만 할 ‘의무’이다. 이러한 ‘철저한 무사유(Sheer thoughtlessness)’가 인간 속에 존재하는 모든 악을 합친 것보다 더 많은 대파멸을 가져올 수 있다는 점을 강조한다(한나 아렌트, 2006: 392).

5·18민주화운동이란 전두환을 중심으로 한 신군부 세력이 12·12군사반란을 일으켜 군부를 장악한 뒤, 정권 찬탈을 위한 내란행위의 일환으로 비상계엄을 전국으로 확대한 1980년 5월 17일 자정에서 27일 새벽까지 광주를 중심으로 한 전라남도 시민들이 저항한 사건을 말한다(위키백과사전). 그런데 이러한 5·18민주화운동을 북한과 연계된 불순분자와 폭도들이 일으킨 난동이었다고 주장하는 책자인 “역사로서의 5·18”이 2013년 발간되었고, 이를 근거로 원용한 일부 인터넷사이트와 방송에서는 왜곡된 주장을 하였다. 이에 대하여 객관적 사실에 입각하여 진실을 밝히는 작업들이 이루어지고 있다(김희송, 2014: 5~30). 본 연구는 1995년 선고된 헌법재판소의 불기소처분취소청구의 헌법소원

사건과 1996년 선고된 1, 2심 법원의 판결 및 1997년 선고된 대법원의 판결내용을 살펴보고, 이를 근거로 대한민국 헌법재판소와 법원에서 밝혀낸 5·18민주화운동의 실체에 대하여 밝혀보고자 한다.

특히 1997년 대법원 판결은 5·18관련단체나 관계자들이 주장하는 광주문제해결 5대 원칙인 ①진상규명, ②책임자처벌, ③명예회복, ④피해배상, ⑤정신계승 중에서 진상규명과 책임자처벌에 있어 많은 진실을 밝혀냈다 할 것이다. 하지만 대법원이 당시의 발포책임자에 대해 특정하지 않고 내란의 실행과정에서 폭동행위에 수반하여 이루어진 살인행위는 내란행위의 한 구성요소로서 내란행위에 흡수된다고 본 점이나, ‘간접정범’의 법리에 의해 내란목적살인죄를 인정한 것이 광주재진입작전의 발포책임자가 누구인지를 특정했다고 볼 수 있는지 등 여전히 한계가 남아 있다. 이에 본 연구는 대법원 판결의 분석을 통해서 그 의의와 한계가 무엇인지 검토하고자 한다.¹

Ⅱ. 5·18민주화운동 등에 관한 특별법의 제정 경위

1. 1987년 6월 시민항쟁과 1993년 문민정부출범

제5공화국출범이후 광주학살의 진상규명과 책임자처벌이 끊임없이 요구되었고, 1987년 6월 시민항쟁에 의해 직선제 개헌안이 통과된다.² 노태우는 집권에 성공하였지만 1988년 하반기 국회에서 5·18광주민

1 5·18에 대한 사법부의 1, 2, 3심 판결에 대한 선행연구로 한인섭 “5·18재판과 과거 청산의 과제”, 법과 사회 제15권, 법과사회이론학회, 1997. 160-199면.

2 80년대 민족민주운동의 추동력이 된 5·18민주화운동은 전두환 군사정권의 폭압 하에서도 전두환 정권에 대한 민주적 정통성 부정과 반미 의식을 확산시킴으로써 민족민주운동의 조직화와 전국민적 연대투쟁을 가능하게 하여 87년 민주세력의 중국적인 승리를 가져오게 한다. 민병로, “헌법전문과 5·18정신”, 헌법학연구 제14권 제3호, 2008. 224.

주화운동 진상조사위원회가 열리게 되었다. 1993년 김영삼의 문민정부
부가 출범하였고, 검찰은 1994년 말에 12·12쿠데타에 대해서는 균형
법상 반란죄를 인정하면서도 성공한 쿠데타는 처벌할 수 없다는 이유
로 ‘기소유예’ 처분을, 1995년에는 5·18민주화운동에 대한 진압세력에
대해서는 내란적 요소를 인정하면서도 공소시효가 완료되었음을 이유
로 ‘공소권 없음’ 처분을 하였다.³

검찰의 불기소처분에 대하여 2차례에 걸쳐 헌법소원이 제기되었다.
그런데 첫 번째 헌법소원(1995. 1. 20. 선고 94헌마246)은 피의자 전
두환에 대한 불기소처분의 취소를 구하였는데, 12·12쿠데타에 대해서
내란수괴죄, 내란목적살인죄 및 내란목적살인미수죄에 관한 부분은
각하하고, 나머지 죄들에 관한 부분은 이를 모두 기각한다는 결정이
내려졌다. 검찰의 불기소처분은 기소편의주의가 예정하고 있는 재량
범위를 일탈한 것이 아니라는 것이다.⁴ 두 번째 헌법소원(1995. 12. 15.

3 정치적 문제에 대한 국회의 결정이 이루어지기 전에 사법부가 미리 정치적 결정을 내리는 사법부 정책결정(Judicial policymaking)의 대표적 사례라는 지적이 있다. 검찰의 이 같은 결정은 대중운동을 통해 고조되고 있던 5공 청산 요구와 국회를 중심으로 논의되고 있던 5·18특별법 제정 움직임을 사법부 결정으로 봉쇄하는 효과를 가져왔다는 것이다. 오승용, “한국민주주의의 위기와 법의 지배 - 정치의 사법화를 중심으로-”, 민주주의와 인권 제10권 제3호, 2010.

4 이에 대해 재판관 조승형은 반대의견에서 전두환 등 12·12군사반란의 범행동기를 밝히고 있다. “피청구인(검찰)의 이 사건 불기소처분 결정서에 따르면, 1979. 10. 26. 속칭 김재규 사건이 발생한 이후 같은 해 11. 8. 최규하 대통령 권한대행이 정치발전을 약속하고 국회에 헌법개정특별위원회가 구성되는 등 유신체제의 폐지가 기정사실화 되고 대다수 국민들이 같은 해 12. 6. 선출된 최규하 대통령의 점진적인 민주화 조치에 기대를 하는 등 정국이 점차 안정 국면에 들어서고 있는데, 고소인 정승화 당시 계엄사령관과 소장군부의 리더인 피의자간에 군인사 등 문제로 서로 마찰을 일으키고, 같은 해 12월 초경에는 위 고소인이 노재현 당시 국방부장관에게 피의자를 보안사령관직에서 한직으로 좌천시킬 것을 건의하였다는 풍문이 나돌자, 피의자는 자신에 대한 인사 조치를 차단하고 군내입지를 보전할 목적으로 위 고소인을 위 10·26 김재규 사건에 연루시켜 연행·조사하여 제거하고 군주도권을 장악할 것을 결심한 끝에 이 사건을 일으킨 것임을 살필 수 있다. 따라서 범행의 동기는 오로지 피의자 자신의 사욕에서 비롯되었을 뿐 결코 국가자존이나 국민주권을 회복하고자 하는 공분심에서 비롯된 것이 아님을 인정할 수 있다.” 현재 1995. 1. 20. 94헌마246결정 참조.

선고 95헌마221·233·297호<병합>)은 피의자 전두환 등에 대한 불기소처분의 취소를 구하였는데, 청구인들의 심판청구취하에 의해 심판절차 종료선언으로 종결되었다. 당시 청구인들로서는 공소시효논란이 있는 가운데 헌법재판소의 결정을 기다리기보다는 공소시효정지에 관한 특별법제정을 통한 해결이 효과적이라는 판단에 의해 심판청구를 취하한 것이었다. 당시 헌법재판소는 재판관회의에서 집권에 성공한 내란의 가벌성을 인정하는 의견이 헌법재판소법상 인용결정에 필요한 정족수를 넘은 상황이었다.⁵

2. 국민들의 기소촉구운동과 문민정부의 역사바로세우기

검찰의 위 불기소처분에 대하여 국민들은 전국적으로 집회와 시위, 성명서 발표를 통해 기소를 촉구하였다. 이후 전두환과 노태우의 비자금 사건이 폭로됨으로써 김영삼 정부는 특별법의 제정과 재수사 및 기소를 명하였다. 이에 따라 1995. 12. 21. 공소시효정지에 관한 5·18 민주화운동 등에 관한 특별법⁶과 헌정질서파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법⁷을 제정하였다. 같은 일자에 헌정질서파괴범죄의 공소시

5 이러한 상황이었기 때문에 헌법재판소는 청구인의 소취하에도 불구하고 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항으로서 그 해명이 헌법적으로 특히 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 결정을 하였어야 마땅하다는 반대의견이 있었다.

6 5·18민주화운동 등에 관한 특별법(1995. 12. 21. 제정) 제1조(목적) 이 법은 1979. 12. 12.과 1980. 5. 18.을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄행위에 대한 공소시효정지 등에 관한 사항 등을 규정함으로써 국가기강을 바로잡고 민주화를 정착시키며 민족정기를 함양함을 목적으로 한다.

제2조(공소시효의 정지) ① 1979. 12. 12.과 1980. 5. 18.을 전후하여 발생한 「헌정질서파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법」 제2조의 헌정질서파괴범죄행위에 대하여 국가의 소유권 행사에 장애사유가 존재한 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다. ② 제1항에서 국가의 소유권 행사에 장애사유가 존재한 기간이라 함은 당해 범죄행위의 종료일부터 1993. 2. 24.까지의 기간을 말한다.

7 헌정질서파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법(1995. 12. 21. 제정) 제1조(목적) 이 법은 헌법의 존립을 해하거나 헌정질서의 파괴를 목적으로 하는 헌정질서파괴범죄에 대한 공소시효의 배제 등에 관한 사항을 규정함으로써 헌법상 자유민주적 기본

효 등에 관한 특별법과 별도로 5·18민주화운동 등에 관한 특별법을 제정한 이유는 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴행위에 대한 공소시효정지 및 공소시효정지의 기간(해당 범죄행위의 종료일부터 노태우의 대통령 재임기간의 종료시점인 1993. 2. 24.까지)을 명시하여 이에 대한 기소를 가능하게 하여 국가기강을 바로 잡고 민주화를 정착시키며, 민족정기를 함양하고자 하는 취지였다.

위 5·18민주화운동 등에 관한 특별법(이하 '5·18특별법'이라 함)에 대하여 헌법재판소(헌재1996. 2. 16. 선고 96헌가2, 96헌마7·13)는 “개별사건법률은 원칙적으로 평등원칙에 위배되는 자의적 규정이라는 강한 의심을 불러일으키는 것이지만, 개별법률 금지의 원칙이 법률제정에 있어서 입법자가 평등원칙을 준수할 것을 요구하는 것이기 때문에 특정규범이 개별사건법률에 해당한다 하여 곧바로 위헌을 뜻하는 것은 아니며, 이러한 차별적 규율이 합리적인 이유로 정당화될 수 있는 경우에는 합헌적일 수 있다. 이른바 12·12 및 5·18 사건의 경우 그 이전에 있었던 다른 헌정질서파괴범과 비교해 보면, 공소시효의 완성 여부에 관한 논의가 아직 진행 중이고, 집권과정에서의 불법적 요소나 올바른 헌정사의 정립을 위한 과거청산의 요청에 미루어 볼 때 비록 특별법이 개별사건법률이라고 하더라도 입법을 정당화할 수 있는 공익이 인정될 수 있으므로 위 법률조항은 헌법에 위반되지 않는다”고 결정하였다. 이후 검찰은 위 입법조치에 따라 1996년 1월 18

질서를 수호함을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 법에서 “헌정질서파괴범죄”란 「형법」 제2편제1장 내란의 죄, 제2장 외환의 죄와 「군형법」 제2편제1장 반란의 죄, 제2장 이적(利敵)의 죄를 말한다.

제3조(공소시효의 적용배제) 다음 각 호의 범죄에 대해서는 형사소송법 제249조 내지 제253조 및 군사법원법 제291조 내지 제295조에 규정된 공소시효를 적용하지 아니한다.

1. 제2조의 헌정질서파괴범죄
2. 형법 제250조의 죄로서 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약에 규정된 집단살해에 해당하는 범죄

일 12·12군사반란과 5·18민주화운동 진압관련자를 기소하였다. 법원은 12·12에 대하여는 균형법상의 반란죄, 5·18에 대하여는 내란 및 내란목적살인죄를 적용하여 처벌하였다. 이들에 대한 사면 및 복권은 김대중이 대통령으로 당선된 1997년 당시 대통령이었던 김영삼에게 건의하여 이루어졌다. 하지만 전두환·노태우에 대한 갑작스런 정치적 사면은 국민정서나 정의의 원칙과는 동떨어진 것이었다. 당시 12·12 군사반란과 5·18민주화운동 진압관련자들에게 적용된 죄명과 형량은 다음과 같다.

	이름 (12.12.부터 5.18 당시 직책)	적용죄명	판결(유·무죄)	형량
1	전두환 (합수본부장, 중앙정보부장서리, 보안사령관)	가. 반란수괴 라. 불법진퇴 마. 지휘관계엄지역수소 이탈 바. 상관살해 사. 상관살해미수 아. 초병살해 자. 내란수괴 타. 내란목적살인 파. 특가법위반(뇌물)	전부 유죄	1심-사형 2,3심-무기징역
2	노태우 (9사단장, 수경사령관)	다. 반란중요임무중사 라. 불법진퇴 마. 지휘관계엄지역수소 이탈 바. 상관살해 사. 상관살해미수 아. 초병살해 카. 내란중요임무중사 파. 특가법위반(뇌물)	전부 유죄	1심-징역22년6월 2,3심-징역17년
3	유학성 (국방부군수차관보, 제3군사령관)	나. 반란모의참여 다. 반란중요임무중사 차. 내란모의참여	전부 유죄	1심-징역8년 2심-징역6년 3심-공소기각 (재판중 사망)

	이름 (12.12.부터 5.18 당시 직책)	적용죄명	판결(유·무죄)	형량
4	황영시 (1군단장, 육군참모차장)	다. 반란중요임무중사 카. 내란중요임무중사 타. 내란목적살인	1심-내란목적살인 무죄 2심-내란목적살인 유죄 3심-내란목적살인 유죄	1심-징역10년 2,3심-징역8년
5	차규현 (수도군단장, 육군사관학교장)	나. 반란모의참여 다. 반란중요임무중사 차. 내란모의참여	전부 유죄	1심-징역7년 2,3심-징역3년6월
6	박준병 (20사단장)	다. 반란중요임무중사	1심-반란중요임무중사 무죄 2심-반란중요임무중사 무죄 3심-반란중요임무중사 무죄	x
7	최세창 (제3공수여단장)	다. 반란중요임무중사	전부 유죄	1심-징역8년 2,3심-징역5년
8	장세동 (30경비단장)	다. 반란중요임무중사	전부 유죄	1심-징역7년 2,3심-징역3년6월
9	허화평 (보안사령관비서 실장)	다. 반란중요임무중사 카. 내란중요임무중사	전부 유죄	1심-징역10년 2,3심-징역8년
10	허삼수 (보안사인사처장)	다. 반란중요임무중사 카. 내란중요임무중사	전부 유죄	1심-징역8년 2,3심-징역6년
11	이학봉 (보안사대공처대 공2과장, 합수부수사1국장, 보안사대공처장)	다. 반란중요임무중사 카. 내란중요임무중사	전부 유죄	1심-징역10년 2,3심-징역8년
12	박종규 (3공수여단15 대대장)	다. 반란중요임무중사	전부 유죄	1심-징역4년 2,3심-징역3년6월
13	신윤희 (수경사 헌병단장)	다. 반란중요임무중사	전부 유죄	1심-징역4년 2,3심-징역3년6월

	이름 (12.12.부터 5.18 당시 직책)	적용죄명	판결(유·무죄)	형량
14	이희성 (계엄사령관, 육군참모총장)	다. 반란중요임무종사 카. 내란중요임무종사 타. 내란목적살인	전부 유죄	1심-징역8년 2,3심-징역7년
15	주영복 (국방부장관)	다. 반란중요임무종사 카. 내란중요임무종사 타. 내란목적살인	전부 유죄	1,2,3심-징역7년
16	정호용 (특전사령관)	다. 반란중요임무종사 카. 내란중요임무종사 타. 내란목적살인 하. 특가법위반(뇌물) 방조	1심-내란목적살인 무죄 2심-내란목적살인 유죄 3심-내란목적살인 유죄	1심-징역10년 2,3심-징역7년

Ⅲ. 대법원 판결의 쟁점

1. 성공한 쿠데타도 처벌할 수 있는지

피고인들은 법철학자 라드부르흐(Radbruch)의 ‘성공한 쿠데타는 처벌할 수 없다’는 문장을 원용하여 자신들의 면책을 주장하였다. 이는 검찰이 불기소처분을 할 당시의 논리였고, 이는 청구인들이 불기소처분취소를 구하는 헌법소원을 제기한데 대하여 검찰의 답변서에서도 나타난다.⁸ 그러나 정의와 법적 안정성의 갈등에 관한 ‘라드부르흐의

8 1995. 1. 20. 94헌마246호 헌법소원사건에서 검찰은 다음과 같이 답변서를 제출하였다. “참고로 라드부르흐는 성공한 내란을 혁명으로 설명하면서, 불법점유의 취득시효로 인한 소유권취득의 예를 들고, 법적 안정성을 위하여 불법이 적법으로 전환된다고 하고 있는데, 사실 형사법상의 공소시효제도나 민사법상의 취득시효 또는 소멸시효제도, 상법상의 거래안전보호제도 등은 이를 정의의 관점에서만 보면 법으로서의 효력을 인정하는데 문제가 있겠지만 법적 안정성의 요구에 따라 세계 어느 나라 법에서도 이를 인정하고 있음은 이 사건 결정의 배경을 이해하는데 도움이 될 것입니다.”

공식은 첫째, 부인명제(Verleugnungsthese)는 정의에 반하여 처음부터 법적 영역에 포함되지 않는 경우에는 법이 아니다. 즉, 정의에 반하는 부당한 법은 법이 아니다. 둘째, 감당불능명제(Unertraglichkeitsthese)는 정의와 법적 안정성을 형량 했을 경우 법적 안정성을 무시하고 효력을 박탈할 정도로 법의 내용이 정의에 반하는 경우에는 법이 아니다. 셋째, 법의 내용이 정의롭지 못하지만 법적 안정성을 위해서 효력을 인정해야 하는 경우도 있다는 것이다(이재승, 2010: 461~464). 라 드부르흐가 강조한 것은 정의에 반하는 법은 부당한 법으로서 그 정당성이 인정될 수 없다는 것이고, 정의의 요청이 법적 안정성보다 우선되어야 할 경우에는 성공한 쿠데타도 처벌할 수 있다는 것이 그 진정한 의미이다.

이에 대해 대법원은 아래에서 살펴보는 바와 같이 성공한 쿠데타에 대해서도 사법적 판결을 통해 처벌할 수 있음을 명백히 하였다. “피고인들이 공소사실과 같이 이 사건 군사반란과 내란을 통하여 폭력으로 헌법에 의하여 설치된 국가기관의 권능행사를 사실상 불가능하게 하고 정권을 장악한 후 국민투표를 거쳐 헌법을 개정하고 개정된 헌법에 따라 국가를 통치하여 왔다고 하더라도, 피고인들이 이 사건 군사반란과 내란을 통하여 새로운 법질서를 수립한 것이라고 할 수는 없다. 우리나라의 헌법질서 아래에서는 헌법에 정한 민주적 절차에 의하지 아니하고 폭력에 의하여 헌법기관의 권능행사를 불가능하게 하거나 정권을 장악하는 행위는 어떠한 경우에도 용인될 수 없는 것이다”고 판시하였다. 즉 피고인 등이 반란과 내란의 과정을 거쳐 확고히 정권을 장악하고 헌법개정절차 등을 통하여 구법질서를 무너뜨리고 새로운 법질서를 수립하는 데에 성공하였으니 피고인들의 행위를 새로운 법질서 하에서는 처벌할 수 없다고 주장하였으나, 대법원은 “헌법개정과정에서 피고인들의 행위를 불문에 붙이기로 하는 어떠한 명시적인 합의도 이루어진 바가 없었으므로, 특별법이 제정되고 그에

대한 헌법재판소의 합헌결정이 내려진 이상, 피고인들은 그들의 정권 장악에도 불구하고, 결코, 새로운 법질서의 수립이라는 이유나 국민의 합의를 내세워 그 형사책임을 면할 수는 없다”고 하였다.

2. 공소시효의 완성 여부

5·18특별법 제2조는 헌정질서파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법 제2조의 헌정질서파괴범죄 행위에 대하여는 해당 범죄행위의 종료일부터 노태우의 대통령 재임기간의 종료시점인 1993년 2월 24일까지는 그 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다. 따라서 이 사건 헌정질서파괴범죄에 대하여는 1993년 2월 25일부터 그 공소시효가 진행한다고 할 것이다. 대법원은 “이 사건 헌정질서파괴범죄는 모두 형사소송법 제249조 제1항 제1호에서 규정하고 있는 사형에 해당하는 범죄로서 그 공소시효의 기간이 15년이다. 그 중 이른바 12·12군사반란에 관련된 부분의 공소는 1996년 2월 28일에, 이른바 5·18내란에 관련된 부분의 공소는 1996년 1월 23일과 1996년 2월 7일에 각각 제기되었음이 기록상 분명하므로, 모두 그 공소시효가 완성되기 전에 공소가 제기되었음이 역수상 명백하다.”⁹고 판시하였다.

반면, 3인의 대법관 반대의견은 5·18특별법 제2조의 규정은 행위시의 법률상 인정되던 공소시효 정지사유를 확인한 것이 아니라, 새로운 공소시효 정지사유를 형성적으로 설정한 것으로서 소급효를 갖는

9 특별법에 의하지 않더라도 1심, 2심, 3심이 비상계엄이 지속되어 정상적인 국정활동이 마비되었던 기간(1980. 5. 17~1981. 1. 24)까지는 적어도 내란행위의 진행된 것으로 보고, 비상계엄이 해제된 1981년 1월 24일부터 공소시효가 진행된 것으로 본다. 그렇다면 검찰의 기소시점인 1996년 1월 18일로부터 공소시효 만15년에 6일 못 미친다는 견해가 있다. 한인섭, “국가폭력에 대한 법적 책임 및 피해회복”, 서울대학교 법학 제43권 제2호, 2002. 204-205면. 이 사건에서 대법원도 비상계엄이 해제된 1981년 1월 24일에 내란행위가 종료된 것으로 보아 1981년 1월 25일이 내란죄 공소시효 기산점으로 보았다.

것이므로, 5·18특별법 시행 당시 공소시효가 완성되지 않은 범죄에 대하여만 한정하여 적용되고, 이미 공소시효가 완성된 범죄에 대해서 까지 적용되는 것은 아니라고 본다. 즉 피고인들의 내란목적살인죄의 범죄행위는 모두 1980년 5월 27일까지 종료하였음이 명백하므로 공소시효는 그 종료일로부터 진행된다고 보아야하기 때문에 위 법률 시행 이전에 이미 공소시효가 완성되었다는 것이다. 결국 이 견해에 의하면, 5·18특별법은 소급입법에 해당하기 때문에 헌법 제12조 제1항의 죄형법정주의와 제13조 제1항의 형법불소급의 원칙에 위반된다는 것이다.

그러나 헌법재판소는 5·18특별법 위헌확인사건¹⁰에서 형법불소급의 원칙과 관련하여 ‘행위의 가별성’ 즉 형사소추가 “언제부터 어떠한 조건하에서” 가능한가의 문제에 관한 것이고, “얼마동안” 가능한가의 문제에 관한 것은 아니다 하였다. 다시 말하면 헌법의 규정은 “행위의 가별성”에 관한 것이기 때문에 소추가능성에만 연관될 뿐, 가별성에는 영향을 미치지 않는 공소시효에 관한 규정은 원칙적으로 그 효력범위에 포함되지 않는다. 행위의 가별성은 행위에 대한 소추가능성의 전제조건이지만 소추가능성은 가별성의 조건이 아니므로 공소시효의 정지규정을 과거에 이미 행한 범죄에 대하여 적용하도록 하는 법률이라 하더라도 그 사유만으로 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항에 규정된 죄형법정주의의 파생원칙인 형법불소급의 원칙에 언제나 위배되는 것으로 단정할 수는 없다는 것이다.

10 헌법재판소 1996. 2. 16. 선고 96헌가2, 96헌마7, 13 결정. 헌법재판소 결정에서는 특별법 시행 당시 공소시효가 아직 완성되지 않았다고 보는 경우에는 재판관 전원이 헌법에 위반되지 아니한다는 의견이었고, 공소시효가 이미 완성된 것으로 보는 경우에는 헌법재판관 4명이 헌법에 위반되지 아니하는 의견이고, 헌법재판관 5명이 한정위헌의견이었으나, 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 정한 위헌결정(헌법소원의 경우도 같음)의 정족수에 이르지 못하여 합헌이라 판시하였다.

3. 내란죄¹¹의 성립 여부

1) 국헌문란의 목적¹²

(1) 5·17 비상계엄의 전국확대

신군부는 1980년 5월 초순경부터 비상계엄의 전국확대, 비상대책기구 등을 골자로 한 이른바 시국수습방안 등을 마련하였고, 그 계획에 따라 전국지휘관 회의에서 5월 17일자로 비상계엄을 전국으로 확대하였다.¹³ 비상계엄을 전국으로 확대하는 경우 국방부장관의 계엄사령관에 대한 지휘·감독권이 배제되고 대통령이 직접 계엄사령관을 지휘·감독하게 된다.¹⁴ 이는 실제로 비상계엄을 전국으로 확대해야 할 사유

11 내란죄(제87조) 국토를 잠탈하거나 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 징역에 처한다. 살상, 파괴 또는 약탈의 행위를 실행한 자도 같다.
3. 부화수행하거나 단순히 폭동에만 관여한 자는 5년 이하의 징역 또는 금고에 처한다.

12 형법 제91조(국헌문란의 정의) 1.헌법 또는 법률에 정한 절차에 의하지 않고 헌법 또는 법률의 기능을 소멸시키는 것. 2. 헌법에 의하여 설치된 국가기관을 강압에 의하여 전복 또는 그 권능행사를 불가능하게 하는 것.

13 김준에 의하면, 신군부가 5월 17일을 비상계엄의 전국확대 날짜로 결정한 배경은 학생시위를 계기로 정치권을 비롯하여 국민 대다수가 계엄의 지속이 사회불안의 한 요인이 되고 있다는 의식이 확산된 데 있었다고 본다. 즉 공화당과 유정회까지도 정부에 조속한 계엄해제와 문제가 되고 있는 전두환, 신현확 등 극우강경세력의 인사 조치를 요구할 조짐을 보이고 있었고, 만약 이것이 받아들여지지 않을 경우 5월 20일부터 열리기로 되어 있는 국회에서 계엄해제 등을 요구하는 결의안이 여야합의로 통과될 가능성이 높아져 있었으며, 종교계, 언론계, 학계 등에서도 잇달아 계엄해제를 요구하는 성명이 나오고 있던 당시의 상황으로 볼 때, 5월 20일 이후가 되면 극소수 극우 강경파를 제외한 모든 세력들이 하나로 연합할 가능성이 매우 컸던 것이다. 이러한 정황 속에서 전두환을 중심으로 한 신군부세력은 이원집정부제나 그와 유사한 헌법개정 등을 통한 권력장악이 도저히 불가능하다고 판단하고, 무력을 통한 권력장악의 방법도 5월 20일 이후가 되면 거의 불가능해지거나 비싼 대가를 치러야 할 것으로 판단했을 것이고, 이러한 판단에 따라 학생시위가 일단 소강상태에 들어간 틈을 타서, 그리고 5월 17일 토요일 자정을 기해서 계엄확대를 단행했다는 것이다. 김준, “1980년의 정세발전과 대립구도”, 5·18민주항쟁과 정치·역사·사회 3, 5·18기념재단, 2007. 51-52면.

가 없었음에도 불구하고, 국방부장관을 배제하고 대통령의 직접적인 지휘·감독이 필요하였던 것이다. 이들은 대통령과 국무총리를 강압하고 병기를 휴대한 병력으로 국무회의장을 포위하고 외부와의 연락을 차단하여 국무위원들을 강압하였다.¹⁵

(2) 국가보위비상대책상임위원회

대법원은 피고인들이 비상계엄을 전국으로 확대하게 하여 비상계엄하에서 국가행정을 조정하는 일과 같은 중요국정에 관한 국무총리의 통할권과 이에 대한 국무회의의 심의권을 배제함으로써 헌법기관인 국무총리와 국무위원의 권능행사를 강압에 의하여 사실상 불가능하게 한 것이므로 국헌문란에 해당하며, 국가보위비상대책위원회를 설치하여 헌법기관인 행정 각 부와 대통령을 무력화시킨 것은 행정에 관한 대통령과 국무회의의 권능행사를 강압에 의하여 사실상 불가능하게 한 것이므로 역시 국헌문란에 해당된다는 원심의 사실인정과 판단이 정당하다고 판단하였다.

(3) 시위진압행위(강경진압과 살해행위)가 국헌문란에 해당하는지?

이 사건 항소심은 형법 제91조가 국헌문란을 정의하면서 ‘헌법 또는 법률에 정한 절차에 의하지 아니하고 헌법 또는 법률의 기능을 소멸시키는 것’(제1호)과 ‘헌법에 의하여 설치된 국가기관을 강압에 의하여 전복 또는 그 권능행사를 불가능하게 하는 것’(제2호) 등 두 가지를 예시하고 있는 것으로 보고, 주권자인 국민의 결집을 헌법기관보다 더 중요한 헌법수호기관으로 보았다. 그래서 주권자인 국민이 헌법수

14 계엄법 제6조 ①계엄사령관은 계엄의 시행에 관하여 국방부장관의 지휘·감독을 받는다. 다만, 전국을 계엄지역으로 하는 경우와 대통령이 직접 지휘·감독할 필요가 있는 경우에는 대통령의 지휘·감독을 받는다.

15 손호철은 12·12사태 이후 5·17쿠데타로 이어지는 과정을 ‘다단계 쿠데타(multi-stage coup)’라 칭한다. 손호철, 현대 한국정치 : 이론과 역사 1945-2003, 사회평론, 2003, 352면.

호를 위하여 결집한 것을 강압으로 분쇄한 행위는 헌법기관을 강압으로 분쇄한 것과 마찬가지로 국헌문란에 해당한다고 보았다.

그러나 대법원은 헌법상 아무런 명문의 규정이 없음에도 불구하고, 국민이 헌법의 수호자로서의 지위를 가진다는 것만으로 헌법수호를 목적으로 이룬 시위국민들을 가리켜 헌법에 의하여 설치된 국가기관이라 할 수는 없다고 보았다. 따라서 헌법수호를 위하여 시위하는 국민의 결집을 헌법기관으로 본 원심의 조치는 유추해석에 해당하여 죄형법정주의의 원칙에 위배된다고 판단하였다. 다만 광주시민들의 시위는 국헌을 문란하게 하는 내란행위가 아니라 헌정질서를 수호하기 위한 정당한 행위였으므로 이를 난폭하게 진압하고 헌법기관인 대통령과 국무위원들에 대하여 보다 강한 위협을 가하여 그 권능행사를 불가능하게 한 전두환 등 신군부세력의 행위는 국헌문란에 해당한다고 하였다.

2) 폭동성

(1) 비상계엄 전국확대의 폭동성

비상계엄 전국확대가 국무회의의 의결을 거쳐 대통령이 선포함으로써 외형상 적법하였다고 하더라도, 이는 국헌문란의 목적을 달성하기 위한 수단으로 이루어진 것이므로 내란죄의 폭동에 해당하고, 나아가 피고인들이 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 그러한 목적이 없는 계엄군을 이용하여 난폭하게 시위를 진압한 행위는 피고인들이 간접정범의 방법으로 내란죄 등을 실행한 것으로 볼 수 있다.

(2) 시위진압의 폭동성

대법원은 계엄군이 난폭하게 광주시민의 시위행위를 진압한 행위가 내란죄의 구성요건인 폭동의 내용으로서의 폭행·협박에 해당함은 명백하고, 피고인들이 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 그러한 목적이 없는 계엄군을 이용하여 난폭하게 시위를 진압한 행위는 피고인들

이 간접정범의 방법으로 내란죄 등을 실행한 것으로 보았다. 또한 대법원은 간접정범에 해당하지 않는다는 정호용의 주장에 대해서도 피고인이 광주시위 진압에 투입된 특전사의 사령관으로서 전두환 등과 공모하여 이 사건 내란을 모의하고 그 실행을 위한 준비까지 마친 후, 광주시위에 대하여 공수부대의 파견에 관여한 점 등을 알 수 있으니, 피고인 정호용에게 위와 같은 행위지배가 있었다고 보아야 할 것이고, 따라서 위 피고인은 내란죄 및 내란목적살인죄의 간접정범에 해당한다고 판시하였다.

3) 내란죄의 종료시점

이 사건 항소심은 내란죄는 계속범으로 보았다. 기존의 권력집단의 굴복만으로 내란이 종료하는 것이 아니라 주권자이며 헌법제정권력자인 국민이 내란집단에 굴복하지 않고 저항하는 때에는 종료된 것이 아니라고 판단하였다. 결국 대통령직선제 요구가 받아들여진 6·29 선언 시에 비로소 종료된 것이고, 이 시점이 내란죄 공소시효 기산점이라고 보았다. 이에 비해 대법원은 내란죄는 상태범으로 보았다. 비상계엄의 전국확대는 일종의 협박행위로서 내란죄의 구성요건인 폭동에 해당하므로, 그 비상계엄 자체가 해제되지 아니하는 한 전국계엄에서 지역계엄으로 변경되었다 하더라도 그 최초의 협박이 계속되고 있다 할 수 있으므로 계엄이 해제된 1981년 1월 24일에 내란행위가 종료되었다고 보았다. 결국 1981년 1월 25일이 내란죄 공소시효 기산점으로 보았다.

4) 간접정범¹⁶에 의한 내란죄

1980년 5월 17일 21:42 중앙청에서 신현확 국무총리가 주재하는 임

16 간접정범의 요건에 대하여 우리 형법 제34조는 “어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조한 자”라고 규정하고 있는데 반해, 독일 형법 제25조 제1항은 “타인을 이용하여 죄를 범한 자는 정범으로 처

시국무회의에서 주영복 국방부장관은 전국적으로 계엄법상 비상계엄 선포가 가능한 전쟁 또는 전쟁에 준할 사변과 적의 포위공격이라는 상황이 발생한 사실이 없음에도, 단순히 북한의 동태와 전국적으로 확대된 소요상태 등을 감안할 때 비상계엄 전국확대가 필요하다고 제안 설명을 한 후 반대 토론 없이 8분 만에 의결시키고(당시 중앙청 외곽에 군병력과 장갑차를 무장배치하고, 내부에도 수경사 소속 헌병 250명을 무장시켜 배치하여 국무위원들에게 위력을 보임) 최규하 대통령의 재가를 받아 23:40경 이규현 문화공보부장관이 24:00를 기해 비상계엄 선포지역을 전국 일원으로 변경한다고 발표하였다.

이 사건 1, 2, 3심 모두 내란죄의 경우에도 국헌문란의 목적을 가진 자가 그러한 목적이 없는 자를 이용하여 내란죄를 범할 수 있다고 판단하였다. 비상계엄 전국확대가 국무회의의 의결을 거쳐 대통령이 선포함으로써 외형상 적법하다 하더라도, 피고인들에 의해 국헌문란의 목적을 달성하기 위한 수단으로 이루어진 것이므로 내란죄의 폭동에 해당한다. 피고인들에 의하여 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 그런 목적이 없는 대통령을 이용하여 이루어진 것이므로 피고인들이 간접정범의 방법으로 내란죄를 실행한 것으로 본 것이다.¹⁷

별한다"라고 규정하고 있어 범죄를 실행한 피이용자의 행위가 구성요건에 해당하고 위법하며 유책하여 실행정범이 되는 경우에도 이용자의 의사지배가 실행정범의 실행지배에 우월한 때에는 간접정범이 성립한다는 '정범배후 정범이론'이 논의된다. 독일 연방법원은 1994년 베를린 장벽에서 탈출하는 자를 살해할 것을 결의한 동독 국방위원회 위원에게 탈출하는 자를 직접 사살한 자에 대한 간접정범의 성립을 긍정함으로써 조직적 권력구조의 경우에 정범배후 정범이론을 인정하고 있다. 이재상, "정범배후 정범이론", 이화여대 법학논집 제7권 제2호, 2003. 25-33면.

17 이에 대해 피고인들의 병력동원행위, 대통령 등에 대한 강압외포행위만으로도 내란죄의 폭동에 해당한다고 할 수 있고, 그렇다면 이 사건에서 피고인들의 행위를 내란죄의 간접정범이 아니라 직접정범으로 문의하는 것이 더 강명하다는 의견이 있다. 오영근, "내란죄의 간접정범과 간접정범의 본질", 형사판례연구(10), 박영사, 2002, 289면.

4. 내란목적살인죄¹⁸의 성립 여부

1) 발포책임과 내란목적살인죄 여부

내란죄는 폭동을 수단으로 하는 데 반해 내란목적살인죄는 살인을 수단으로 한다. 따라서 내란의 실행과정에서 폭동행위에 수반하여 이루어진 살인행위는 내란행위의 한 구성요소로서 내란행위에 흡수되어 내란목적살인의 별죄를 구성하지 아니한다. 그런데 특정인 또는 일정한 범위 내의 한정된 집단에 대한 살해가 내란의 와중에 폭동에 수반된 것이 아니라 그것 자체가 '의도적으로 실행된 경우'에는 이러한 살인행위는 내란에 흡수될 수 없고 내란목적살인의 별죄를 구성한다.

(1) 제1단계(최초 발포부터 5. 21 집단발포까지)¹⁹

대법원과 하급심 모두 1980년 5월 20일 심야 시간에 3공수여단에 의한 광주역 앞에서 최초 발포와, 다음 날 5월 21일 전남대 앞에서의 시위대에 발포한 부분에 대해서는 판단하지 않았으며, 5월 21일 오후 1시경 도청 앞 집단발포에 대해서도 내란죄에 수반하는 행위로 보고 별도로 내란목적살인죄를 인정하지 않았다. 즉 대법원은 1단계에서의 발포책임자를 특정하지 않았다.

(2) 제2단계(1980. 5. 21. 자위권 보유천명²⁰이후 5. 26.까지의 발포)²¹ 민간인 피해자들에 대한 총격행위의 원인으로 공소장에 적시된 자

18 내란목적살인죄(제88조) 국토를 침탈하거나 국헌을 문란할 목적으로 사람을 살해한 자는 사형, 무기징역 또는 무기금고에 처한다.

19 최초 발포는 1980. 5. 20. 24:00 광주역 앞에서 3공수여단 12·15대대 장교들이 시위대의 차량공격에 대응 발포하여 많은 광주시민들이 총상으로 사망하였다. 이 날의 발포는 여단장의 명령에 의한 제3공수여단의 조직적인 발포였다. 노영기, "1980년 5월 21일 계엄군의 발포와 희생", 민주주의와 인권 제15권 3호, 18면.

20 자위권 보유천명의 내용을 보면 다음과 같다. "광주시민들의 이성회복과 질서유지를 당부하고 지난 5.18.에 발생한 광주지역의 난폭한 시위가 치안질서를 매우 어렵게 하고 있으며, 계엄군은 폭력으로 국내치안을 어지럽히는 행위에 대하여는 부득이 자위를 위해 필요한 조치를 취할 수 있는 권한을 보유하고 있음을 경고합니다."

위권 보유천명 또는 자위권 발동 지시와 관련하여 피고인들이 내란목적살인죄가 인정되는지가 문제된다. 대법원은 이를 인정할 근거가 없고, 내란의 폭동행위에 수반하여 일어난 것으로 보아, 피고인(전두환, 주영복, 이희성 황영시, 정호용)이 국헌문란의 목적이 없는 계엄군을 도구로 이용하여 실행한 내란행위의 하나로 보아 내란죄로 흡수시켰다. 즉 발포책임자에 대해서는 대법원이 명시하고 있지는 않다.

피고인 전두환은 배후에서 자위권 보유천명의 담화문을 발표하도록 지시·관여한 것은 인정되지만, 광주에 있는 계엄군에게 이첩·하달된 자위권 발동 지시를 내용으로 하는 전통을 발령하거나 자위권 발동 지시라는 제목으로 된 계엄훈령 제11호²²를 하달함에 있어 이에 관여하였다고 인정할 증거가 없다고 보았다. 또한 피고인 정호영 등도 자위권 보유천명이나 자위권 발동 결정에 관여하였다고 볼 만한 사실조차도 인정할 만한 증거가 없다 보았다. 뿐만 아니라, 피고인 등이 자위권 보유천명이나 자위권 발동 지시에 관여한 것이 사실이라

21 1980. 5. 21. 13:00. 전남도청 앞에서 11공수여단 병력이 애국가를 틀어놓고 시위대를 향하여 10여 분간 집단적으로 발포하여 박민환 등이 사망하였고, 이후 자위권발동지시를 하달 받은 제20사단 병력이 제한적 발포가 아닌 시위대에 대한 조준사격 및 민가에까지 무차별 사격을 하였다. 그리고 1980. 5. 27. 제3공수여단은 전남도청 후문에서 무차별 총격을 가하여 도청을 탈환하였다.

22 항소심은 계엄훈령 11호 대해 다음과 같이 판시하고 있다. “1980. 5. 21. 20:30 경 전교사령관을 통해 3개 공수여단과 20사단 등에 함께 하달한 계엄훈령 제11호도 자위권을 ‘국가의 안전과 국민의 생명 및 재산을 보호함에 있어 급박 부당한 위해를 제거하기 위하여 부득이 실력을 행사하여 방위하는 권리’라고 정의하고, 자위권 발동대상을 ‘무기, 폭발물, 화염병, 흉기를 소지하고 건물이나 무기를 탈취, 점거, 파괴, 방화하고자 하는 자’에 한정하고, 자위권발동 시기는, ① 군부대, 경찰관서, 공공기관 및 국가 보안목표 등을 보호함에 있어 폭도들이 무기 또는 위험물을 사용 침투해 옴으로써 무기를 사용하지 아니하면 진압방법이 없을 경우와 ② 국민 또는 출동병력의 신체와 생명을 보호함에 있어 그 상황이 급박할 경우 등으로 정하고, 자위권 발동 방법으로 ‘경고를 발하고 3회 이상의 정지를 명할 것, 가능한 한 위협 발사를 하여 해산시킬 것, 급박하더라도 생명에 지장이 없는 신체부위를 사격할 것(하퇴부), 선량한 주민에게 피해가 없도록 유의할 것’ 등으로 되어 있어 이들의 취지를 무장시위대가 아닌 사람들에게까지 발포하여도 좋다고 한 것으로 볼 수는 도저히 없으며 이들을 그러한 취지로 해석하여야 할 다른 자료가 있는 것도 아니다.”

하더라도, 시위진압의 효과를 조속히 올리기 위하여 무장시위대가 아닌 사람들에게까지 발포하여도 좋다고 하는 이른바 ‘발포명령’이 위 피고인들의 지시에 의하여 육군본부로부터 광주의 계엄군에게 하달되었다고 인정할 증거가 없”다고 판시하였다.

(3) 제3단계(광주재진입작전)²³

대법원은 1980년 5월 27일 광주재진입작전의 작전명령에는 사실상 발포명령이 포함되어 있다고 판시하였다. 그 근거로 피고인들이 광주 재진입작전을 실시하여 전남도청 등을 다시 장악하려면 무장을 하고 있는 시위대를 제압하여야 하며, 그 과정에서 이에 저항하는 시위대와의 교전이 불가피하여 필연적으로 사상자가 생기게 되므로, 피고인들이 이러한 사정을 잘 알면서 재진입작전의 실시를 강행하기로 하고 이를 명령한 데에는 그와 같은 살상행위를 지시 내지 용인하는 의사가 있었음이 분명하다는 것이다. 즉 재진입작전명령은 시위대의 무장상태 그리고 그 작전의 목표에 비추어 볼 때 시위대에 대한 사격을 전제하지 아니하고는 수행할 수 없는 성질의 것이므로, 그 실시명령에는 그 작전의 범위 내에서는 사람을 살해하여도 좋다는 발포명령이 들어있었음이 분명하다는 것이다.

따라서 대법원은 광주재진입작전을 실시하는 데에 저항 내지 장애가 되는 범위의 사람들을 살상하는 데는 내란의 목적을 달성하기 위하여 직접 필요한 수단이라고 보아 전두환 등에 대해 내란목적살인죄의 책임을 져야 한다고 판시하였다. 다만 발포책임자와 그 과정에 대해서는 대법원이 밝히지 않았으나, 광주재진입작전 내용의 결정과정을 감안하여 볼 때, 당시 지휘체계에서 수괴였던 전두환이 최종적인

23 광주재진입작전(이른바 상무총장작전)계획은 1980. 5. 21. 경부터 육군본부에서 여러 번 논의를 거친 후 최종적으로 피고인 이희성이 같은 달 25. 오전에 김재명 작전참모부장에게 지시하여 육본작전지침으로 완성한 것이다. 이후 같은 날 13:15 국방부 육군회관에서 피고인 전두환, 황영시, 이희성, 주영복 등이 참석한 가운데 같은 달 27. 00:01 이후 이를 실시하기로 결정하였다.

발포책임자라 할 수 있다.

		5. 20.부터 21. 집단발포까지	5. 21.자위권 보유천명 부터 5. 26.까지	5. 27. 재진입작전
발포령 존재 여부	1심	없음	자위권발동 및 계엄 훈령의 내용을 실질적인 발포명령으로 보았다	있음(광주재진입작전 명령에 포함)
	2심	없음	없음	있음(광주재진입작전 명령에 포함)
	대법원	없음	없음	있음(광주재진입작전 명령에 포함) ²⁴
	비판	있음(최소한 5. 21. 도청 앞 집단발포에는 상부의 발포명령 있었을 것으로 추정)	있음(5.21. 19:30 자위권 보유천명에는 포함된 것으로 해석 가능) ²⁵	-
내란 목적 살인	대법원	내란죄에 흡수 (내란목적살인죄-무죄)	내란죄에 흡수 (내란목적살인죄-무죄)	내란죄와 별개 (내란목적살인죄-유죄)
	비판	발포명령이 있었다고 본다면 내란목적살인죄로 처벌 가능	발포명령이 있었다고 본다면 내란목적살인죄로 처벌 가능	-
발포 책임자	1심	판결문 명시 없음	판결문 명시 없음	판결문 명시 없음
	2심	판결문 명시 없음	판결문 명시 없음	판결문 명시 없음
	대법원	판결문 명시 없음	판결문 명시 없음	판결문 명시 없음
	비판	전두환 정호용 11공수여단장(현장책임자)	전두환 정호용 20사단장 3·7·11공수여단장	전두환, 이희성, 주영복, 황영시, 정호영을 간접적으로 암시 (내란목적살인죄로 처벌)

24 “재진입작전명령은 시위대의 무장상태 그리고 그 작전의 목표에 비추어 볼 때 시위대에 대한 사격을 전제하지 아니하고는 수행할 수 없는 성질의 것이므로, 그 실시명령에는 그 작전의 범위 내에서는 사람을 살해하여도 좋다는 발포명령이 들어 있었음이 분명하며 …”(대법원판결문 21면)

25 자위권 보유천명은 1980. 5. 21. 오후 1시 집단발포가 있는 후에 16:35 국방부장관실 회의를 거쳐 19:30 이희성이 방송을 통해 자위권 보유천명을 하였고, 20:30 계엄군들에게 자위권 발동 지시 및 실탄이 분배되어 이후 발포행위에 대해서는 실질적으로 자위권에 따른 발포명령에 의한 행위로 해석할 수 있다.

IV. 대법원 판결의 의의와 한계

1. 성공한 쿠데타에 대한 처벌여부

이 사건 항소심에서 혁명과 쿠데타를 구별하고 있다. 자연법에 부합하는 내용의 헌법과 법률만이 정당성을 갖게 되는데, 자연법은 만고불변의 것이지만 그에 대한 인식은 인간 이성의 개화정도에 따라 차이가 있다. 그리하여 어떤 국가의 헌법 내지 기본적 법질서가 자연법에 어긋나는 부당한 것이라는 인식이 그 사회에 팽배하여 마침내 그 불일치를 힘에 의하여 극복하려는 급격한 투쟁이 전개될 때 이를 혁명이라고 한다. 이에 비해 쿠데타는 그 정부형태에 따라 권력이 1인에게서 다른 1인에게로, 또는 어느 집단에서 다른 집단으로 이전되는 것으로서 이로 인한 변화가 정부 자체에 국한되고 전체 국민에 대한 영향은 최소한도로 제한된다는 특징이 있다는 것이다.²⁶

항소심에서는 쿠데타 정권의 합법성과 쿠데타 행위 자체의 범죄성의 문제는 구별되어야 한다고 보았다. 그 이유로 쿠데타 정권이 전면적이든 부분적이든 합법성을 부여받는다 고 하여 쿠데타 정권을 탄생시킨 반란 또는 내란의 범죄 행위적 본질이 소멸되는 것은 아니기 때문이라는 것이다. 따라서 성공한 쿠데타의 경우에도 쿠데타 행위 자체는 범죄로서 마땅히 처벌되어야 한다. 그럼에도 불구하고 대부분의 쿠데타가 처벌되지 않은 것은 법을 집행하는 사람의 힘이 부족했기 때문이라는 것이다. 결국 성공한 쿠데타의 처벌문제는 법의 효력이나 법의 이론의 문제가 아니라 법의 집행의 문제 즉 쿠데타 세력을 압도할 수 있는 국민의 저항을 통해서만 이룰 수 있는 '실천'의 문제인 것이다.

26 서울고등법원 1996. 12. 16. 선고 96노1892판결문 제1부 항소이유 등에 대한 판단 제1장 12·12군사반란 및 5·17, 5·18 내란 사건에 관한 판단 참조.

대법원 위와 같은 항소심의 견지에 서서 이 사건 군사반란과 내란 행위는 헌정질서파괴범죄에 해당될 뿐만 아니라, 헌법개정과정에서 피고인들의 행위를 불문에 붙이기로 한 어떠한 명시적인 합의도 이루어진 바가 없으므로 피고인들의 정권장악에도 불구하고, 결코 새로운 법질서의 수립이라는 이유나 국민의 합의를 내세워 형사책임을 면할 수 없다고 한 점에 큰 의의가 있다 할 것이다.

2. 시위진압행위가 국헌문란에 해당하여 내란죄가 될 수 있는지 여부

이 사건 항소심은 “민주주의 국가의 국민은 주권자의 입장에 서서 헌법을 제정하고 헌법을 수호하는 가장 중요한 소임을 갖는 것이므로, 이러한 국민이 개인으로서의 지위를 넘어 집단이나 집단 유사의 결집을 이루어 헌법을 수호하는 역할을 일정한 시점에서 담당할 경우에는 이러한 국민의 결집을 적어도 그 기간 중에는 헌법기관에 준하여 보호하여야 할 것이고, 따라서 이러한 국민의 결집을 강압으로 분쇄한 행위는 헌법기관을 강압으로 분쇄한 것과 마찬가지로 국헌문란에 해당한다”라고 판시하여²⁷ 헌법수호기관으로서의 국민의 결집체에 헌법기관에 준하는 보호를 해주어야 한다는 점에서 의의가 있다. 다만 대법원은 헌법수호를 목적으로 이룬 시위국민들을 가리켜 헌법에 의하여 설치된 국가기관이라고 할 수는 없다고 하였으나, 광주시민들의 시위는 국헌을 문란하게 하는 내란행위가 아니라 헌정질서를 수호하기 위한 정당한 행위였다고 밝히고 있고, 불법적인 정부가 국헌문란의 목적으로 시위 군중에 대하여 병력을 동원하여 난폭하게 제지하는

27 “이러한 논리에 따르면 광주항쟁은 국민의 헌법수호를 위한 일종의 자연법적 저항권의 행사로 승화된 느낌을 받는다”는 지적이 있다. 한인섭, “5·18재판과 과거청산의 과제”, 법과사회 제15권, 1997, 172면.

행위는 내란죄에 해당한다고 명시한 점에 의의가 있다. 그러나 명시적으로 국민의 저항권을 수용하고 있는 것은 아니라는 점에서 아쉬움은 있다.

3. 발포명령 및 발포책임자에 관하여

1) 제1단계(최초 발포부터 5. 21 집단발포까지)

대법원은 5월 20일 광주역 앞에서의 최초 발포와 5월 21일 전남대 앞에서의 발포 책임에 대한 언급이 없었고, 5월 21일 전남도청 앞 집단발포 책임자를 특정하지 않고 집단발포에 대해 내란죄에 수반하는 행위로 보고 별도로 피고인들에 대해 내란목적살인죄는 인정하지 않았다. 그러나 당시 관련 증언과 지휘라인을 토대로 볼 때 신군부의 수뇌부가 집단발포를 지시했을 것이라고 추정된다.²⁸ 당시 전남매일기자에 따르면, 5월 21일 대치중이던 공수부대 지휘관은 상부에서 발포명령이 떨어졌는지 통신병에게 수시로 확인했고, 결국 오후 1시 발포명령이 떨어지자 집단발포 하였다고 진술하고 있다.²⁹

또한, 당시 지휘권이 이원화되어 계엄사령관 → 2군사령관 → 전투병과교육사령관(전남북 계엄분소장) → 31사단장으로 연결되는 정규라인과는 별도로 신군부수뇌부 → 공수특전단장 → 전투병과교육사령관(전남북 계엄분소장) → 3, 7, 11공수여단장으로 연결되는 별도의 지휘라인이 있었고, 이와 같은 별도의 지휘라인이 실제 발포명령과 관련되었을 가능성이 높다. 정웅 31사단장은 87년 5·18 청문회에서

28 당시 제11공수여단 소속 한 장교가 썼던 수기에 의하면 “전남도청에서 애국가가 틀어지고 분수대 부근의 공수부대원들이 일제 사격을 시작했다. 이후 대열을 정비한 공수부대는 주변 건물에 저격수들을 배치해, 시민들에게 조준사격을 가했다.”는 것이다. 노영기, “1980년 5월 21일 계엄군의 발포와 희생”, 민주주의와 인권 제15권 제3호, 2015, 22면.

29 연합뉴스 2005.5.18.자 http://blog.joins.com/media/folderListSlide.asp?uid=pax1007&folder=4&list_id=4786717(검색일자: 2016.6.28.)

“21일 발포시 발포명령을 내려달라는 건의를 받지 못했으며, 발포이후에도 그러한 보고를 받지 못했다”고 증언했으며, 전교사 사령관 윤홍정 중장도 동일한 진술을 하여, 공수부대는 20일 오후부터는 독자행동을 하였고, 지휘라인을 벗어났다는 취지의 진술을 하였다.³⁰

위와 같은 정황과 군부대의 체계상 상부의 지시 없이 독자적으로 발포행위가 이루어졌다고 보기 어려우며, 당시의 상황을 수시로 보고 받은 신군부의 수뇌부가 별도의 지휘라인을 통해 발포명령을 내렸을 것으로 추정할 수 있다. 그렇다면 5월 21일 도청 앞 집단발포 뿐만 아니라, 5월 20일 심야 광주 역 앞에서의 최초 발포도 별도의 지휘라인을 통하여 3공수여단에 발포명령이 내려졌을 것으로 추정할 수 있다. 따라서 당시의 정황과 지휘라인을 근거로 볼 때 20일 최초 발포 책임자는 전두환, 정호용, 최웅 제3공수여단장(현장책임자)으로 볼 수 있으며, 21일 집단발포 책임자도 전두환, 정호용, 최웅 제11공수여단장(현장책임자)이라 추정할 수 있다.

2) 제2단계(1980. 5. 21. 자위권 보유천명³¹이후 5. 26.까지의 발포)

제2단계에서도 대법원은 발포책임자를 특정하지 않았다. 제2단계에서의 발포의 근거가 된 자위권 발동을 결의한 것이 전두환의 보안사 부하인 정도영이 참석하여 주도하였다는 점에서, 피고인 전두환이 배후에서 자위권 보유천명의 담화문 작성 및 발표에 관여하였다는 사실은 인정하고 있다. 그렇다면, 자위권 보유천명의 담화문의 내용상 광주시민들에게 계엄군의 자위를 위해 필요한 조치를 취할 수 있다고 명시한 것은 광주시민들에 대한 발포를 예상하고 있다는 점을 인정할

30 안종철, “광주민주화운동과 무장투쟁”, 한국동북아논총 제20집, 2001. 282면에서 재인용.

31 자위권 보유천명의 내용을 보면 다음과 같다. “광주시민들의 이성회복과 질서유지를 당부하고 지난 5. 18.에 발생한 광주지역의 난폭한 시위가 치안질서를 매우 어렵게 하고 있으며, 계엄군은 폭력으로 국내치안을 어지럽히는 행위에 대하여는 부득이 자위를 위해 필요한 조치를 취할 수 있는 권한을 보유하고 있음을 경고합니다.”

수 있었을 것이지만 증거가 없다하여 내란목적살인 부분은 무죄라 판단하였다.

그러나 이 사건 1심 재판부는 자위권 발동 및 계엄훈령의 내용을 실질적인 발포명령으로 보았다. 즉 “위 계엄훈령 제11호 소정의 자위권발동의 방법에 따라 3회 이상 경고하고 하퇴부를 조준하여 사격하는 것이 실제로 불가능한 상황임을 잘 인식하고 있음에도 불구하고, 자위권 발동 지시를 함으로써 그 때까지 자위권이 있는지도 잘 모르거나 자위권의 존재를 알고 있었다 하더라도 그 발동을 망설이고 있던, 시위진압현장의 계엄군들로 하여금 위 자위권 발동 지시를 제한적이기는 하나 사실상의 발포명령으로 받아들여서 광주외곽도로 봉쇄 작전 및 광주재진입작전 시 자위권의 행사방법에 의거한 제한적인 발포가 아니라 민가에 대한 무차별사격, 검문소로 접근하는 시위대 탑승 차량에 대하여 정차의 요구를 하지도 아니한 채 발포하는 등의 살상행위를 자행하였으므로 위 피고인들의 위 자위권 발동 지시는 실질적으로 발포명령”이라 할 수 있다.

위와 같은 하급심의 판단에도 불구하고, 대법원은 함께 하달한 계엄훈령 11호의 내용상 광주시민에 대한 직접적인 살인을 용인할만한 증거가 없다고 보았다. 그러나 이것은 대법원이 단지 계엄훈령이 정당한 내용으로 구성되어 있다고 판단한 것일 뿐이고, 현장에서 발포명령을 지시한 지휘관들은 오히려 이러한 내용을 전혀 지키지 않고 시민들에게 집단발포 했다는 점에서 제1심의 판단과 같이 자위권 보유천명에 발포명령이 포함된 것으로 보고 피고인들을 내란목적살인죄의 공동정범으로 책임을 물을 수 있었을 것이다.

3) 제3단계(광주재진입작전)

대법원은 광주재진입작전명령에 발포명령이 사실상 포함된 것으로 본 점은 높이 평가할 수 있다. 발포에 따른 살인행위에 대해 전두환,

주영복, 이희성, 황영시, 정호용을 내란목적살인죄의 간접정범으로 보았다. 1심 재판부는 전두환, 주영복, 이희성에게만 내란목적살인죄를 인정하고 정호용과 황영시는 자위권 발동 결정이나 광주재진입작전 회의에 참가했다는 증거를 발견할 수 없고, 정호용이 당시 공수부대의 ‘모체부대장’으로서 행정군수지원과 지휘조연을 하는 등 진압작전에 개입한 것은 사실이지만, 공수부대를 실질적으로 지휘까지 했다고 볼 수 없다고 판단하였다. 그러나 2심과 3심 재판부는 정호용은 당시 특전사령관으로 공수여단장을 역임했던 경력으로 실질적으로 공수부대를 지휘했고, ‘지휘권 2원화’ 논쟁을 불러일으켰던 인물로 실질적인 진압행위에 대한 책임이 있으며, 광주재진입작전에 실질적으로 관여한 것으로 보았다. 황영시도 23일 오후 소준열에게 전화를 하여 희생이 따르더라도 사태를 조기에 수습해 줄 것을 요구하고 광주재진입작전에 실질적으로 관여한 사실이 인정되었다. 따라서 정호용, 황영시 모두 내란목적살인죄가 인정된다고 판시한 항소심과 대법원의 판결은 당연하다 할 것이다.

4. 발표 현장의 지휘관 등에 대한 책임

12·12군사반란과 5·18민주화운동과 관련하여 처벌받아야 할 사람이 기소된 16명에 불과한가는 문제가 남아있다. 1994년 정동년 광주민주운동연합 상임의장 등 322명이 전두환·노태우 등 당시 진압에 참가했던 대대장급 이상 군인 35명을 내란죄와 내란목적살인죄 혐의로 서울지방검찰청에 고발했으나,³² 서울지방검찰청은 1995년 7월 18일 “피의자들이 정권창출과정에서 취한 5·18진압 등 일련의 행위는 헌법 질서를 바꾸는 고도의 정치행위로서 법적판단의 대상이 될 수 없다”

32 서울지방검찰청 95형제144116호 5·18사건수사기록 중 김상근 외 293명에 의해 1994. 5. 13.자로 내란 및 내란목적살인죄로 고발된 고발장 참조

는 이유로 피고소인과 피고발인 58명 전부에 대해 ‘공소권 없음’ 결정을 내렸다.³³ 정동년 등에 의해 피고소인 및 피고발인으로 지명된 35명에 대해 최소한의 법적 책임을 물어야 할 것이다.

번호	피고발인 이름	당시 직책	기소여부
1	전두환	보안사령관	기소
2	노태우	수경사령관	기소
3	정호용	특전사령관	기소
4	이희성	계엄사령관	기소
5	진종채	2군사령관	불기소
6	소준열	전교사사령관	불기소
7	박준병	20사단장	불기소
8	신우식	7공수여단장	불기소
9	최 응	11공수여단장	불기소
10	최세창	3공수여단장	기소
11	정수화	20사단 60연대장	불기소
12	김동진	20사단 61연대장	"
13	이병년	20사단 62연대장	"
14	권승만	7공수여단 33대대장	"
15	김일욱	7공수여단 35대대장	"
16	안부용	11공수여단 61대대장	"
17	이재원	11공수여단 62대대장	"
18	조창구	11공수여단 63대대장	"
19	임수원	3공수여단 11대대장	"
20	김완배	3공수여단 12대대장	"
21	변길남	3공수여단 13대대장	"
22	박종규	3공수여단 15대대장	"
23	김길수	3공수여단 16대대장	"
24	이병우	20사단 60연대 1대대장	"
25	윤재만	20사단 60연대 2대대장	"

33 한겨레신문, 1995. 7. 18.자.

번호	피고발인 이름	당시 직책	기소여부
26	길영철	20사단 60연대 3대대장	〃
27	차달숙	20사단 60연대 4대대장	〃
28	정연진	20사단 61연대 1대대장	〃
29	김형근	20사단 61연대 2대대장	〃
30	박재철	20사단 61연대 3대대장	〃
31	강영욱	20사단 61연대 4대대장	〃
32	오성윤	20사단 62연대 1대대장	〃
33	이종규	20사단 62연대 2대대장	〃
34	유호일	20사단 62연대 3대대장	〃
35	김인환	20사단 62연대 4대대장	〃

또한, 발포현장의 지휘관과 발포병사들의 책임이 누락되어 있다. 검찰은 각 단계에서 발포현장의 책임자들의 법적 책임은 거론하지 않았는데 이는 군대의 특성상 상부의 발포명령을 거부할 기대가능성이 없었다는 점을 고려한 것으로 보인다. 그러나 통일 전 동독에서 탈출하려는 비무장민간인에게 총격을 가해 살해한 동독병사의 형사책임에 대해 통일 후 독일법정에서는 이들에 대해 유죄로 처벌한 바 있다.³⁴ 현장에서 발포에 직접 가담한 현장지휘관 및 병사에게도 국헌문란의 목적을 인정할 수 없다 하더라도 살인죄의 책임을 물을 수는 있을 것이다. 또한 광주에서의 현장에 투입된 군인의 살상행위를 볼 때 시위 진압의 차원, 시민들의 저항에 대한 방어의 차원을 넘어서 자행된 수많은 범죄 사례 등³⁵에 대하여는 현장지휘자는 물론 실행자(병사)의

34 상부의 총격명령은 행위자의 위법성조각사유가 되지 못한다. 왜냐하면 행위자는 초법률적인 자연법을 위반하였기 때문에 명백히 위법이기 때문이다. 탈출자에 대하여 총격을 가한 동독국경수비대 소속군인에 대한 어느 형사판결의 표현대로 한다면 ‘그는 법치국가적 기본질서규범에 근거한 법익보호에 봉사한 것이 아니라 동독의 억압체제의 요구에 봉사한 것일 뿐인 것이다. 김하중, “통일한국의 과거청산”, 나남, 2013, 170-171면.

35 그 예로는 초기단계에서 구경하는 시민들을 무차별 난타한다든지, 건물 내에까지 들어가 타격하고 끌고 간다든지, 여성에 대한 난폭한 성폭력어디든지, 주택가·상가·

형사책임도 물어야 할 것이다. 국헌문란의 목적을 갖고 있었다고 어려우나 직접 동족학살에 가담한 군인인 5월 21일과 27일 발포명령을 받아 직접 발포를 지시한 현장 장교와 발포를 행한 병사에 대해서는 국헌문란의 목적을 인정할 수 없어 내란목적살인죄를 적용할 수 없다 면, 살인죄를 적용하여 처벌하는 것은 가능하다. 독일에서는 현재 아우슈비츠포로수용소의 경비를 담당했던 사람들까지 찾아내 전범으로 처벌하고 있다는 점을 감안할 때 직접 발포행위 및 잔혹행위를 한 병사들에 대한 책임을 묻지 않았다는 것은 문제라 할 것이다.³⁶

5. 현장 지휘관 등의 기대가능성 여부에 관하여

현장의 지휘관 등이 광주시민에게 발포한 행위가 내란죄 또는 내란 목적살인죄의 구성요건에 해당하고 다른 위법성조각사유도 없지만,

학원 등에 난입하여 잔혹행위를 한다든지, 여관에 있는 부부를 끌고 간다든지 하는 잔혹한 살상, 구타, 체포행위를 들 수 있다. 한인섭, “국가폭력에 대한 법적 책임 및 피해회복 -5·18 민주화운동의 법적 해결을 중심으로-”, 서울대학교 법학 제43권 제 2호, 209면, 2002.

36 현지 지휘관과 사병에 대한 책임과 처벌에 관한 문제에 대하여는 국제형사재판소판 할범죄의처벌등에관한법률안에 이에 대한 규정이 새로 마련되었는데 우리에게 시사 하는 바가 크다. 이를 보면 다음과 같다.

제4조(상급자의 명령에 따른 행위): 로마규정 제33조에 해당

① 정부 또는 상급자의 명령에 복종할 법적 의무가 있는 자가 그 명령에 따른 자기의 행위의 불법함을 알지 못하고 집단살해죄 등을 범한 경우에는 명령이 명백히 불법하지 아니하고 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 처벌하지 아니한다.

② 제1항의 경우에 제8조(집단살해죄) 또는 제9조(인도에 반한 죄)의 죄를 범하도록 하는 명령은 명백히 불법한 것으로 본다.

제5조(지휘관 그 밖의 상급자의 책임): 로마규정 제28조에 해당

군대지휘관(지휘관의 권한을 사실상 행사하는 자를 포함한다) 또는 단체인 지휘와 통제 하에 있는 부하 또는 하급자가 집단살해죄 등을 범하고 있거나 범하려 함을 알고도 이를 제지하기 위하여 필요한 상당한 조치를 하지 아니한 때에는 그 집단 살해죄 등을 범한 자를 처벌하는 외에 그 지휘관 또는 상급자도 각 해당 조에서 정한 형으로 처벌한다.(이보영, “5·18민주화운동 가해자와 피해자에 대한 형사법적 평가”, 법학연구 제27집, 2007, 293면에서 재인용)

책임조각사유의 일반원리로서 기대가능성이 인정되어 범죄가 성립하지 않을 수 있는지를 검토한다. 형법 제12조는 “저항할 수 없는 폭력이나 자기 또는 친족의 생명·신체에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박에 의하여 강요된 행위는 벌하지 아니한다”고 강요된 행위를 규정하고 있다. 강요된 행위는 일정한 강요상태 하에서 행위자에게 적법행위에 대한 기대가능성³⁷이 없다는 이유로 책임이 조각된다는 것이다. 따라서 계엄군 지휘부의 명령이 형법 제12조의 ‘저항할 수 없는 폭력’에 해당할 수 있는지를 검토할 여지가 있다. 아울러 설령 형법의 규정이 없다고 하더라도 기대불가능성을 이유로 하여 책임이 조각되는 사유로 ‘위법한 명령에 따른 행위’에 대해 기대가능성을 부정할 것인가 문제된다.

형법 제12조의 저항할 수 없는 폭력의 범위에 대해 물리적으로 대항할 수 없는 경우도 포함한다는 견해(배종대, 2011: 485)도 있으나, 통설은 의사형성에 영향을 미치는 강제적 폭력에 한한다고 본다(김일수·서보학, 2014: 352). 다만 위해의 범위는 자기 또는 친족의 생명·신체에 대한 것이어야 하므로 현장의 지휘관에게 그러한 위해의 존재를 인정하기 어렵기 때문에 형법 제12조의 강요된 행위로 보기는 어렵다. 신군부의 위법한 명령에 따른 행위로서 초법규적 책임조각사유로서의 기대가능성이 인정될 것인가를 검토할 필요가 있다. 법률의 규정이 없는 경우에도 기대불가능성을 이유로 하여 “초법규적 책임조각사유를 인정할 수 있는지”에 관하여는 학설의 대립이 있다. 첫째, 긍정설은 초법규적 책임조각사유를 인정한다. 형법상의 기대불가능성이라는 개념의 실체와 한계가 불명확하기는 하지만 형법의 책임조각

37 기대가능성이론은 1897. 3. 23. 독일법원이 마부사건(Leinefänger)에서 주인의 명령에 따라 악습이 있는 말을 몰다가 통행인에게 상해를 입힌 마부에 대해 해고의 위협을 무릅쓰고 말의 사용을 거부할 것을 기대할 수는 없다는 이유로 무죄를 선고한 사건에서 유래한다. 즉, 법률의 규정이 없는 경우에도 적법한 행위를 기대할 수 없는 때에는 책임비난의 가능성이 없다는 이론이다.

사유에 대한 규정으로 해결될 수 없는 경우를 보충하기 위해서는 초법규적 책임조각사유를 인정하는 것이 필요하다는 입장이다(김성돈, 2011: 389; 손동권/김재윤, 2011: 333; 오영근, 2014: 283; 안동준, 2009: 209; 임웅, 2012: 332). 이러한 견해의 대표적인 예로 든 것이 군인 또는 공무원의 직무상의 명령 등 절대적 구속력을 가진 명령의 경우(이재상, 2014: 356)나 위법한 업무명령이 사실상의 구속력을 가지고 있어 회피할 방법이 없다고 판단 될 경우이다. 이러한 경우 그 위법한 명령으로 인한 행위가 면책적 긴급피난 내지 기대불가능으로 초법규적 면책이 고려될 수 있다(김일수·서보학, 2014: 304). 둘째, 부정설은 ‘규범 합치적 행위의 기대불가능성’이라는 개념은 매우 모호하고 그 전제와 한계가 불분명한 초법규적 책임조각사유를 인정하는 것은 법적 안정성을 해치는 것이고, 현실적으로도 초법규적 책임조각사유를 인정할 필요가 없다는 견해이다(배종대, 2011: 475; 신동운, 2010: 428; 이정원, 2012: 258). 셋째, 대법원은 기본적으로는 초법규적 책임조각사유로서의 기대가능성의 존재를 인정한다.³⁸ 다만 형법 제12조의 강요된 행위에 해당하지 않는다면 위법한 명령에 의한 행위의 면책을 인정하지 않는다고 보아 매우 해석한다.³⁹ 대법원은 김재규 사건⁴⁰에서 “공무원은 직무를 수행함에 있어서 소속 상관의 명백히 위법한 명령에 대해서까지 복종할 의무는 없을 뿐만 아니라, 중앙정보

38 대법원 1987. 1. 20. 선고 86도874.

39 적법행위에 대한 기대가능성의 판단기준에 대해 대법원은 평균인 기준설을 취한다. 2004. 7. 15. 선고 2004도2965. “양심적 병역거부자에게 그의 양심상의 결정에 반한 행위를 기대할 가능성이 있는지 여부를 판단하기 위해서는, 행위 당시의 구체적 상황에 행위자 대신에 사회적 평균인을 두고 이 평균인의 관점에서 그 기대가능성 유무를 판단하여야 할 것인바, 양심적 병역거부자의 양심상의 결정이 적법행위로 나아갈 동기의 형성을 강하게 압박할 것이라고 보아서는 하지만 그렇다고 하여 그가 적법행위로 나아가는 것이 실제로 전혀 불가능하다고 할 수는 없다고 할 것인바, 법규범은 개인으로 하여금 자기의 양심의 실현이 헌법에 합치하는 법률에 반하는 매우 드문 경우에는 뒤로 물러나야 한다는 것을 원칙적으로 요구하기 때문이다.”

40 대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 판결

부 직원은 상관의 명령에 절대 복종하여야 한다는 것이 불문율로 되어 있다는 점만으로는 이 사건에서와 같이 중대하고도 명백한 위법명령에 따른 범법행위까지 가용된 행위이거나 적법행위에 대한 기대가능성이 없는 경우에 해당한다고는 도저히 볼 수 없다.”고 판단하였고, 박종철 고문치사 사건⁴¹에서 “공무원이 그 직무를 수행함에 있어 상관은 하관에 대하여 범죄행위 등 위법한 행위를 하도록 명령할 직권이 없는 것이고, 하관은 소속 상관의 적법한 명령에 복종할 의무는 있으나 그 명령이 참고인으로 소환된 사람에게 가혹행위를 가하라는 등과 같이 명백한 위법 내지 불법한 명령인 때에는 이는 벌써 직무상의 지시명령이라 할 수 없으므로 이에 따라야 할 의무는 없다. 설령 대공수사단 직원은 상관의 명령에 절대 복종하여야 한다는 것이 불문율로 되어 있다 할지라도 국민의 기본권인 신체의 자유를 침해하는 고문행위 등이 금지되어 있는 우리의 국법질서에 비추어 볼 때 그와 같은 불문율이 있다는 것만으로는 고문치사와 같이 중대하고도 명백한 위법명령에 따른 행위가 정당한 행위에 해당하거나 강요된 행위로서 적법행위에 대한 기대가능성이 없는 경우에 해당하게 되는 것이라고는 볼 수 없다.”고 판시했다.

일반적으로 불법행위에 대한 비난가능성은 구체적인 행위자가 구체적인 상황에서 적법행위를 할 수 있었는가라는 적법행위에 대한 기대가능성을 기초로 하지만, 기대가능성이 형법상 책임가능성에 대한 유일한 기준이 되는 것은 아니다. 설령 일정한 상황 하에서 적법행위에 대한 기대가능성이 없다고 하더라도 비난가능성이 부정되지 않는 경우도 있다. 특히 책임조각사유의 상황에 대한 회피 가능한 착오에 빠진 경우 적법행위에 대한 기대가 불가능하더라도 책임비난은 가능하다고 보아야 한다. 5·18 사안의 경우 현장의 지휘관들이 위법한 명령을 따르지 않고 이를 거부할 수 있었는가에 대해 일률적인 판단을 하

41 대법원 1988. 2. 23. 선고 87도2358 판결

기는 어렵다. 하지만 무고한 시민군들에 대한 발포가 위법한 행위임을 인식하고 있었고, 위법한 명령에 대해 명시적으로 거부한 지휘관도 존재하는 만큼 이들에게 기대가능성을 이유로 하여 책임을 조각하는 것은 타당하지 않다. 더구나 구체적인 개개인이 처한 구체적인 사정을 기준으로 판단하는 것도 불가능하다. 따라서 이들 또한 위법한 명령을 내린 지휘부와 함께 살인행위에 대한 공동정범으로 책임을 묻는 것이 타당하다. 현장 지휘관의 개인적인 상황 등 구체적인 고려사항은 양형에서 참작되는 것으로 족하다고 할 것이다.⁴²

V. 맺음말

본 논문은 검찰과 사법부에서 관련자의 진술과 증거자료를 통해 밝혀낸 12·12군사반란과 5·18민주화운동의 실체를 대법원 판결을 중심으로 분석하였다. 특히 5·18의 진상규명과 책임자처벌이 대법원 판결을 통해 제대로 이루어졌는지에 초점을 맞추었다. 5·18이 단절적인 것이 아니라 신군부세력이 정권을 찬탈하기 위해 12·12군사반란에서 시작하여 비상계엄을 전국으로 확대하고 그러한 목적이 없는 계엄군을 이용하여 광주시민의 시위를 난폭하게 진압한 내란행위였다고 밝혀냈지만, 최초의 발포와 집단발포가 내란의 와중에 수반된 것으로 보고, 발포책임자를 특정하지 못함으로써 진상규명을 제대로 했다 할 수 없을 것이다. 또한 책임자처벌에 있어서도 간접정범이 아니라 공동정범으로 법리를 구성하였으면 보다 많은 신군부의 핵심세력에 대

42 이와 관련하여 독일형법 제35조 제1항 2문의 단서에서는 특별권력관계에 있는 행위자가 비난을 감수하지 아니한 경우에 제49조 제1항에 의하여 형을 감경할 수 있도록 규정하고 있다. '위난에 맞서야 하는 특별권력관계에 있는 자'라고 하여도 위난상황에서의 긴급한 피난행위에 대해서는 적법행위에 대한 기대가능성의 감소를 인정하는 것으로 볼 수 있다. 이정원, 앞의 책, 252면.

해 내란목적살인죄를 적용할 수 있었을 것이며, 발포현장 지휘책임자에 대한 법적 책임도 검토되어야 했음에도 되지 않은 점은 아쉬움이 남는 점이다. 전체적으로 대법원 판결의 의의와 한계를 재정리해보면 다음과 같다.

대법원 판결은 첫째, 헌법에 정한 민주적 절차에 의하지 않고 폭력에 의하여 정권을 장악한 성공한 쿠데타라 하더라도 그 자체의 범죄성으로 인해 처벌될 수 있다는 점, 둘째, 헌정질서과피범죄에 대해서는 국가의 소추권행사에 장애 사유가 존재한 기간에는 그 공소시효의 진행이 정지된다는 점, 셋째, 비상계엄의 전국확대와 국가보위비상대책위원회의 설치 및 시위진압행위가 국헌문란의 목적에 해당하고, 비상계엄 전국확대 및 시위진압의 폭동성이 인정되어 간접정범의 범리에 의해 내란죄가 성립한다는 점, 넷째, 5월 27일 재진입작전 명령에는 발포명령이 포함되어 있는 것이 분명하여 내란죄와 별개로 내란목적살인죄가 성립한다는 점을 밝힌 점에서 그 의의가 크다 할 것이다.

그러나 첫째, 대법원이 국민이 헌법의 수호자로서의 지위를 가진다는 것만으로 헌법에 의하여 설치된 국가기관이라 할 수는 없다고 한 점은 국민주권주의의 의미가 ‘국가기관으로서의 국민’을 인정하는 것은 아니라 할지라도 통치권력의 정당화원리로서 작동한다는 점을 감안하면 헌법과괴행위를 막기 위한 시민의 집단에 헌법기관에 준하는 보호를 해주는 것은 이론적으로 어렵지 않았을 것이다. 항소심도 국민이 주권자의 입장에 서서 헌법을 수호하는 가장 중요한 소임을 갖는 것이므로, 이러한 국민이 집단이나 집단 유사의 결집을 이루어 헌법을 수호하는 역할을 일정한 시점에서 담당할 경우에는 헌법기관보다 더 중요한 헌법수호기관으로 보았다.

둘째, 발포행위와 관련하여 광주재진입작전에 한하여 내란목적살인죄를 인정하였으나, 5월 21일 도청 앞 집단발포와 자위권 보유천명에는 발포명령이 있었던 것으로 보지 않고 내란의 실행과정에서 폭동행

위에 수반하여 이루어진 살인행위로 내란죄에 흡수하여 판단하고 있는 점이나, 전두환 등 5인을 내란목적살인죄의 간접정범으로 보고 그 외 신군부의 주요세력(특히 박준병에 대한 무죄)들에 대해 면책으로 귀결된 점이나 현장 지휘자와 병사들에 대한 처벌이 이루어지지 않은 점은 한계로 지적할 수 있다.

셋째, 5·18부분과 관련하여 균형법상 반란죄를 인정하지 않은 것은 이용훈 대법관의 반대이견에서 볼 수 있듯이,⁴³ 12·12와 동일한 논리로 강압상태하의 대통령 재가의 적법성을 인정할 수 없다는 점 등에서 대법원 판결의 한계를 지적할 수 있다.

최근 5·18민중항쟁의 의미를 왜곡하는 일부 세력이 있어 문제가 되고 있는데, 이 사건 판결에서 사법부 재판관들이 15만장이 넘는 재판 기록을 검토하여 내린 결론은 ‘5·18민주화운동은 신군부세력의 국헌 문란의 내란행위에 맞서 헌정질서를 수호하기 위한 정당한 행위’였다는 것이다. 사법부의 이러한 결론은 그 의미가 결코 가볍지 않다 할 것이다. 과거의 불행했던 역사가 되풀이 되지 않기 위해서는 헌법질서 파괴행위에 대한 국민들의 굳은 ‘헌법에의 의지와 실천’이 필요하며, 1987년 개헌당시 누락된 5·18정신의 계승과 저항권 조항의 헌법 규범화가 이루어져야 할 것이다.⁴⁴

43 이용훈 대법관은 반대이견에서 “대통령의 재가나 승인 혹은 묵인은 대통령이 정상적인 국정을 수행하는 상황에서 이루어진 것이라야 하는 것인지 대통령 자신이 내란행위를 한 자들에 의해 정상적인 권능행사가 불가능한 상태에서 내려진 것을 최고통수권자의 승인이라고 할 수 없을 것이다. 대통령 최규하마저도 피고인들과 공모하여 내란죄를 저지른 것이라면 모르되, 오로지 피고인들에 의하여 대통령 최규하의 적법한 권능행사가 불가능하게 되었다는 점을 내란죄로 인정하면서도 반란죄에 관한 한 피고인들의 위 일련의 행위에 대통령 최규하의 적법한 재가 또는 승인이 있었다고 한 다수의견은 납득하기 어렵다”고 밝히고 있다.

44 근대시민혁명을 경험하지 못한 우리 헌정사에서 장기간의 권위주의체제를 종식시키고 민주주의로의 이행을 가능케 한 원동력이 된 5·18민중항쟁정신을 헌법전문에 담는 것은 자유롭고 평등한 사회에 대한 열망을 자율적이고 주체적으로 축적·형성해 온 시민들이 신군부의 정권찬탈과 인권유린에 정면으로 저항하여 인간으로서의 존엄성을 회복하고 민주주의를 쟁취한 주권자의 의지를 나타내는 것이며, 민주주의

참고문헌

- 김성돈. 2011. 형법총론(제2판). 성균관대출판부.
- 김일수·서보학. 2014. 새로쓴 형법총론(제12판). 박영사.
- 김 준. 2007. “1980년의 정세발전과 대립구도”. 5·18민중항쟁과 정치, 역사, 사회 3. 5·18기념재단.
- 김하중. 2013. 통일한국의 과거청산. 나남.
- 김희송. 2014. “5·18역사 왜곡에 대한 고찰 -『역사로서의 5·18』에 대한 분석을 중심으로-”. 민주주의와 인권 제14권 제3호.
- 노영기. 2015. “1980년 5월 21일 계엄군의 발포와 희생”. 민주주의와 인권 제15권 제3호.
- 민병로. 2008. “헌법전문과 5·18정신”. 헌법학연구 제14권 제3호.
- 배종대. 2011. 형법총론(제10판). 홍문사.
- 손동권·김재윤. 2011. 새로운 형법총론. 율곡출판사.
- 손호철. 2003. 현대 한국정치: 이론과 역사 1945-2003. 사회평론.
- 신동운. 2010. 형법총론(제5판). 법문사.
- 안동준. 2009. 형법총론강의. 형설출판사.
- 안종철. 2001. “광주민주화운동과 무장투쟁”. 한국동북아논총 제20집.
- 오승용. 2010. “한국민주주의의 위기와 법의 지배 -정치의 사법화를 중심으로-”, 민주주의와 인권 제10권 제3호.
- 오영근. 2014. 형법총론(제3판). 박영사.
- 오영근. 2002. “내란죄의 간접정범과 간접정범의 본질”. 형사판례연구(10). 박영사.
- 이보영. 2007. “5·18민주화운동 가해자와 피해자에 대한 형사법적 평가”. 법학연구 제27집.
- 이재상. 2003. “정범배후 정범이론”. 이화여대 법학논집 제7권 제2호.
- 이재승. 2010. 국가폭력. 엘피.

에 대한 국민적 의지를 보다 강하게 천명하는 것이 된다. 민병로, “헌법전문과 5·18 정신”, 헌법학연구 제14권 제3호, 2008년 9월, 219-243면.

- 이정원. 2012. 형법총론. 신문사.
- 임 용. 2012. 형법총론(제4정판). 법문사.
- 정호기. 2015. “5월문제의 해결과 가해자의 사법적 처리 -특별법제정운동을 중심으로-”. 민주주의와 인권 제15권 제3호.
- 한나 아렌트 김선옥 역. 2006. 예루살렘의 아이히만 -악의 평범성에 대한 보고서. 한길사.
- 한인섭. 2002. “국가폭력에 대한 법적 책임 및 피해회복 -5·18민주화운동의 법적 해결을 중심으로-”. 서울대학교 법학 제43권 제2호.
- 한인섭. 1997. “5·18재판과 과거청산의 과제”. 법과사회 제15권 법과사회이론학회.
- 광주일보 1995.12.21.자
- 연합뉴스 2005.5.18.자 http://blog.joins.com/media/folderListSlide.asp?uid=pax1007&folder=4&list_id=4786717(검색일자: 2016.6.28.)
- 한겨레신문 1995.7.18.자

ABSTRACT

**Analysis on the Judgment of the Supreme Court
on the Inquiry of the Real Facts and Punishment
of Those Responsible with Respect to the May
18 Democratic Movement**

Min, Byoung-Ro

(Professor, Chonnam National University Law School)

Kim, Nam-Jin

(Researcher, Institute for Legal Studies at Chonnam National University)

The December 12 Military Coup was the beginning point of the tragic chain of events, as a result of which Chun Doo-hwan and his followers seized the power through the merciless massacre to oppress the May 18 democratic movement. This paper focuses on the inquiry of the real facts of the December 12 Military Coup and the May 18 Democratic Movement by analyzing the judgments of Supreme Court, with an emphasis that the two incidents were not separated but closely connected. The judgments were the results of the Korean people's movement for the criminal prosecution against those perpetrators of military coup and high treason. The unequivocal judgments of Supreme court have profound meaning.

Firstly, the holdings establish that successful coup also can be punished for its criminal nature. Secondly, the statue of limitations shall be tolled during the obstacle period of prosecution. Thirdly, the extension measures of emergency martial law to the whole country, establishment of martial defense emergency committee, and cruel crackdown upon the demonstrators were

carried out with the purposes of constitutional disorder and high treason. Finally, manslaughter charges were finally confirmed with respect to order of reentry operation on May 27.

Surely, this ruling has limitations, but also has significant meanings about the truth of May 18 democratization and punishment of those responsible to obstruct against malicious distortions.

Key Words : May 18 Democratic Movement, December 12 Military Coup, Constitutional Disorder Crime, Emergency Martial Law, Manslaughter Purposing Treason.