

12.12, 5.18 판결 평석집

성공한 쿠데타를 처벌하는 법이론

12.12, 5.18 판결 평석집

12.12, 5.18 판결 평석집

이른바 문민정부임을 자처하는 김영삼 대통령은 전두환, 노태우 등 쿠데타 세력에 대한 심판을 역사에 맡기자고 회피하고, 검찰은 그들에 대하여 두 번씩이나 불기소 처분을 하였었다. 그러나 잘못된 과거를 청산하고 민족정기와 사회정의를 바로세워야 한다는 국민들의 열화와 같은 압력에 밀려 이른바 5.18 특별법이 제정되었고, 전·노씨 등은 1996. 1. 군사반란, 내란죄 등으로 기소되었으며, 1997. 4. 17. 대법원은 전두환에게 무기징역, 노태우에게 징역 17년을 확정하는 판결을 선고하였다. 이와 같이 전·노씨에 대한 재판은, 죄인은 반드시 처벌되어야 하고, 성공한 쿠데타도 처벌된다는 역사적 본보기를 남긴 것으로 국민이 원동력이 되어 이루어낸 쾌거이다.

사법부에서는 전두환, 노태우의 반란, 내란, 뇌물수수 등 대역과 파렴치의 죄에 대하여 기소된 이후 대법원의 최종판결이 있기까지 1년 4개월 동안 이 사건에 관하여 심사숙고하여왔다고 본다. 이제 그 판결은 두고 두고 여러 법학자, 정치학자 등에 의하여 평석되어 그 의의가 계속 조탁되겠으나, 이 사건의 고소, 고발에서부터 확정판결에 이르기까지 깊이 관여하여온 민변으로서도 판결에 대하여 조속히 검토하여 문헌으로 남겨둘 것을 예정하고 있었다.

그동안 5.18 특별소위원회 위원들로 수고한 민변회원들이 집필한 이 평석집이, 부디 우리나라의 근본규범을 확립하는 이 중요한 판결의 의미를 확실히 하여줄 수 있기를 기대한다.

- 머리말 중에서 -

값 4,000원

민
주
사
회
를
위

인권정보자료실

CPb1.20

B2-3-11

민주시회를 위한 변호사모임

차 례

성공한 쿠데타의 처벌 - 박연철

12.12 군사반란행위상의 쟁점 - 김도형

내란죄의 종료시기 - 공소시효의 기산점 - 차지훈

내란목적살인죄의 적용요건 - 정웅태 · 김도형

전 · 노 비자금과 포괄적 뇌물죄 - 김석연

5.18 판결, 그 미완의 과제 - 양영태

법률출판 81.2, 51.51

법률출판사 출판사 출판사 출판사

12.12, 5.18 판결 평석집

발행일 97년 7월 28일

발행인 최영도

편집인 민주사회를 위한 변호사모임 5.18 평석팀

발행처 민주사회를 위한 변호사모임

주소 서초구 서초동 1572-12 명지빌딩 4층

전화 522-7284 팩스 522-7285

천리안 m321 나무누리·하이텔 minbyun7

등록 제22-1146호(1997. 5. 23.)

값 4,000 원

머리말

쿠데타 단죄와 민주적 기본질서의 확립

이른바 문민정부임을 자처하는 김영삼 대통령은 전두환, 노태우 등 쿠데타 세력에 대한 심판을 역사에 맡기자고 회피하고, 검찰은 그들에 대하여 두 번씩이나 불기소 처분을 하였었다. 그러나 잘못된 과거를 청산하고 민족정기와 사회정의를 바로세워야 한다는 국민들의 열화와 같은 압력에 밀려 이른바 5.18특별법이 제정되었고, 전·노씨 등은 1996. 1. 군사반란, 내란죄 등으로 기소되었으며, 1997. 4. 17. 대법원은 전두환에게 무기징역, 노태우에게 징역 17년을 확정하는 판결을 선고하였다. 이와 같이 전·노씨에 대한 재판은, 죄인은 반드시 처벌되어야 하고, 성공한 쿠데타도 처벌된다는 역사적 본보기를 남긴 것으로 국민이 원동력이 되어 이루어낸 쾌거이다.

5.18 관련자를 처단하지 아니하면 박정희, 전두환 등으로 계속 결행된 쿠데타가 오히려 권력 획득의 당연한 방식 중 하나로 인식될 우려가 없지 아니하였다. 쿠데타세력의 장기집권은 일반국민의 주권의식을 마비시켜 그들에 의하여 행하여진 강제적인 절차를 국민들이 자유롭게 동의한 것처럼 혼동하게 하였으며, 아직도 그와 같은 방임적인 의식수준에 머물러 있는 사람들이 적지 아니하다.

전두환, 노태우는 단지 정권만을 탈취한 것이 아니라, 그 권력을 이용하여 천문학적 액수의 뇌물을 수수하고 비자금을 조성하여 운용하면서 일신의 영달을 누리고 있는 추악한 모습으로 국민 앞에 드러났다. 그들이 자신

과 도당을 위하여 권력을 어떻게 남용하였는지 알고서 국민들은 경악과 분노를 감출 수 없었다.

사법부에서는 전두환, 노태우의 반란, 내란, 뇌물수수 등 대역과 파렴치의 죄에 대하여 기소된 이후 대법원의 최종판결이 있기까지 1년 4개월 동안 이 사건에 관하여 심사숙고하여왔다고 본다. 이제 그 판결은 두고 두고 여러 법학자, 정치학자 등에 의하여 평석되어 그 의의가 계속 조탁되겠으나, 이 사건의 고소, 고발에서부터 확정판결에 이르기까지 깊이 관여하여 온 민변으로서도 판결에 대하여 조속히 검토하여 문헌으로 남겨둘 것을 예정하고 있었다.

왜냐하면 우리 사회는 너무나 급변하고 있어서 우리나라의 근본규범을 확립하는 중요한 사건마저도 쉽게 잊어버리고 다른 사건들에 매몰되고 말기 때문이다. 이 사건에 관한 관심도 급속히 퇴색될 수 있으며, 근래에는 쿠데타 주모자들을 사면하자는 여론이 일각에서 터져나오는 것을 보면 더욱이 이 사건 판결의 의미를 확실히 하여 둘 필요성을 절감하게 된다.

판결의 평석을 법학자들과 함께 심도있게 검토하는 것이 좋을 터이나, 시간관계상 부족한대로 민변회원들이 필자가 되어 임하였다. 필자들은 그 동안 5.18 특별소위원회 위원들로 수고한 분들이다. 이 기회에 다시 한번 감사드린다. 개별적인 주제는 그동안 논란이 많았던 부분들, 곧 성공한 쿠데타의 처벌문제, 12.12 군사반란죄에서의 각종 쟁점, 이 사건 내란의 종료시기 - 공소시효의 기산점, 내란목적살인죄의 적용문제, 포괄적 뇌물죄의 성립 여부를 검토하였고, 끝으로 아직 미진한 점이 무엇인가를 생각하여보았다.

이 평석집을 발간하면서 가장 소원하는 바는 앞으로는 아무리 위급하고 어려운 상황에서도 쿠데타와 같은 정변에 의하여 정권이 탈취되는 일이 없이, 민주적 절차에 의하여 성립된 정통성 있고 탄력적인 정부에 의하여 국가적 과제를 해결해나갈 수 있도록 하자는 것이다. 전두환, 노태우를 법정에 세워 처단하게 한 국민의 용단이, 앞으로는 유사한 쿠데타를 예방할

뿐 아니라 같은 유형의 새로운 세력과 직접 맞닥뜨려서도 이를 제압하여, 더이상 불법적인 정권에 의하여 국민의 기본적 인권과 자유가 무참히 유린되는 일이 되풀이되어서는 아니되도록 하여야겠다는 것이다.

1997. 7. 19.

민주사회를 위한 변호사모임

회장 최영도

성공한 목 차의 처벌

머리말: 쿠데타 단죄와 민주적 기본질서의 수립 - 최영도/3

1 머리말
성공한 쿠데타의 처벌 - 박연철 / 9

12.12 군사반란행위상의 쟁점 - 김도형 / 29

내란죄의 종료시기 - 공소시효의 기산점 - 차지훈 / 61

내란목적살인죄의 적용요건 - 정웅태 · 김도형 / 73

전 · 노 비자금과 포괄적 뇌물죄 - 김석연 / 89

5.18 판결, 그 미완의 과제 - 양영태 / 109

부록1: 12.12, 5.18 재판일지 / 117

부록2: 대법원 판결문 / 125

되지 않기 때문이기도 하지만, 그 이외의 다른 이유도 있는 듯하다. 그러나, 이번 재판에서 성공한 쿠데타의 주역들에게 무거운 형이 선고되었다. 성공한 내란도 내란일 뿐 아니라, 성공한 내란도 처벌하여야 한다는 선례를 만든 것이다. 따라서 성공한 내란은 내란이 아니라고 하였던 종래의 인식은 면밀하게 재검토하지 않으면 아니되었다.

아래에서는 성공한 쿠데타를 처벌하기 위하여 대법원에서 표명한 법리와 아울러, 하급심 판결에서 전개된 법리를 검토하고, 이와 달리 애초에 검찰에서 불기소처분하였을 때 그 근거로 삼았던 불처벌의 논리 및 변호인단의 항변의 내용을 판결과 대비하여 검토하고, 본 판결에 의하여 제시된 규범을 확립하기 위한 방책을 모색하여보기로 한다.

2. 성공한 쿠데타를 처벌하는 법리

가. 대법원의 판지(判旨)

(1) 대법원의 판지는 매우 간명하다. 우리 헌법은 제헌헌법 이래 여러 차례 개정이 되었으나 국민주권주의, 자유민주주의, 국민의 기본권보장, 법치주의 등을 국가의 근본이념 및 기본원리로 하고 있다는 점은 변함이 없으며, 군사반란과 내란을 통하여 폭력으로 헌법에 의하여 설치된 국가기관의 권능행사를 사실상 불가능하게 하고 정권을 장악한 후 국민투표를 거쳐 헌법을 개정하고 개정된 헌법에 따라 국가를 통치하여왔다고 하더라도 피고인들이 '새로운 법질서'를 수립한 것이라고는 할 수 없다는 것이다. 우리 헌법질서 하에서는 헌법에 정한 민주적 절차에 의하지 아니하고 폭력에 의하여 헌법기관의 권능행사를 불가능하게 하거나 정권을 장악하는 행위는 어떠한 경우에도 용인될 수 없다는 것이다.

(2) 대법원은 규범의 변동과 정권의 변동을 엄격히 구분하고 있다. 정권의 변동은 집권자의 교체를 의미할 뿐 규범 및 질서의 변동을 의미하지는 않는다는 것이다. 성공한 쿠데타에 의하여 새로운 질서가 창출되었다고 생각하는 것은 법과 정치를 혼동하고, 법을 기준으로 사람의 행동을 파악하는 것이 아니라, 소수의 사람을 기준으로 법을 존속시키는 것이다. 다시 말하면 법치보다는 인치에 경도되었다고 할 수 있다. 대법원에서는 이 점을 간명하게 바로잡아준 것이다.

전두환등이 제5공화국헌법의 개정을 주도하였다고 하나, 대법원에서 지적하는 바와 같이 그 개정에서 우리 헌법의 근본규범의 변동이 있는 것은 아니다. 제5공화국헌법은 박정희의 퇴장으로 유신헌법을 존속시킬 수 없게 되어 상당 부분 제3공화국헌법으로 되돌아가고 있었다. 헌법의 기본원리에 변함이 없었던 것은 말할 것 없고, 오히려 기본권보장조항이 강화되었으며, 사회의 발전에 따라 행복추구권, 환경권 등이 새로 추가되었다. 변동이 있는 부분은 국가권력구조에 관한 것이었다. 대통령의 임기를 7년 단임으로 하고, 국회의 구성 및 의원 선출방법, 임기 등을 개정한 부분들이다. 대통령의 임기가 바뀌었다든지, 국회의원 선출방법이 바뀌었다든지 하는 것은 근본규범의 변동이 아닐 뿐 아니라, 본 재판에서 피고인들을 처벌할 수 없다는 논거로서 들 수 있는 새로운 법질서가 결코 아니다. 그들을 처벌할 수 없다는 이유로서 '새로운 법질서'를 논하는 것은 헌법규범의 구성내용을 구체적으로 알지 못하는 국민들을 오도하는 견해이다.

(3) 대법원은 피고인들이 새로운 법질서에 의하여 정권을 획득하였다고 보지 않고, 그 이전부터 그 당시에, 그리고 지금도 현존하는 민주적 기본질서를 위배하여 불법적으로 정권을 장악하였다고 본다. 당시에 통용되던 유신헌법은 국민적 합의에 의하여 폐지하고, 새로운 민주헌법으로 개정하는 작업이 활발하게 진행되고 있었다. 대통령의 지위를 승계한 최규하씨는 그 취임사에서 가장 긴급하고 중요한 과제인 헌법개정의 구상을

피력하였고, 이에 따라 공화당, 신민당 등 정당에서, 서울지방변호사회 등 사회단체에서, 그리고 헌법학자들이 새로운 헌법안을 제시하고 있었다. 그러므로 10.26 이후 새로 탄생할 정부는 새로운 헌법에 규정된 절차에 의하여 구성되어야 할 것이다. 그런데, 전두환, 노태우 등의 쿠데타에 의하여 모든 자유롭고 정당한 헌법개정 논의는 억제되고 오로지 전두환의 집권계획에 맞추어 헌법도 개정되었던 것이다. 그러므로 전두환등이 개정된 헌법에 의하여 적법하게 선출되었다고 하기 전에 그들에 의하여 민주적 절차가 근본적으로 유린된 사실을 놓쳐서는 아니된다는 것이다. 다시 말하면 전두환, 노태우 정권의 정당성을 부인한 것이다.

(4) 대법원은 피고인들이 개정헌법에 따라 순차 대통령으로 선출되어 임기를 마친 사실이 피고인들의 기왕의 행위에 대하여 이를 처벌하지 아니하기로 하는 국민적 합의가 이루어졌던 것처럼 보일 여지가 없지 않은 점에 대하여는 5.18 특별법을 들어 배제하고 있다. 국회에서 헌정질서 파괴범죄에 대하여 형사소송법상의 공소시효의 적용을 전면적으로 배제하는 '헌정질서 파괴범죄의 공소시효에 관한 특별법'과 바로 그 헌정질서 파괴범죄에 해당하는 이 사건 군사반란과 내란행위를 단죄하기 위하여 '5.18 민주화운동 등에 관한 특별법'을 제정하였고, 헌법재판소는 5.18특별법이 합헌이라는 결정을 내림으로써 피고인들이 이 사건 군사반란과 내란을 통하여 새로운 법질서를 수립한 것이 아님을 분명히 하였다고 판시한다. 국민대표기관인 국회에서의 입법은 바로 국민의 의사를 표명한 것이며, 국회에서 그와 같이 피고인들을 헌정질서파괴범으로 판단하고 그 처벌을 위한 입법을 하였다면 과거에 국민들이 피고인들에 대한 불처벌합의를 한 일은 없었다고 보아야 한다고 해석할 수 있을 것이다. 그러나, 처벌반대론자들이 사법심사배제론을 펴고 있는 이 사건에서 대법원이 그 판단근거로 단지 실정법 및 헌법재판소 결정을 원용하는 데 그치고 만 것은 대단히 미흡하고 부족한 것으로 생각된다.

나. 하급심의 판결

(1) 성공한 쿠데타의 처벌문제에 관하여 제1심법원은 피고인들의 행위가 왜 내란죄의 구성요건을 충족하고 있는가 하는 문제를 상세히 판단하고 있을 뿐 이에 대하여 따로 의견을 표명하고 있지 않으나, 제2심법원은 별도의 항목을 두어 매우 진지하게 논하고 있다. 제2심법원은 정당성과 합법성, 혁명과 쿠데타의 차이, 쿠데타정권의 법률적 문제점 등을 검토하고 '성공한 쿠데타는 처벌할 수 없다는 법리'는 존재하지 않는다는 결론을 내렸다. 그 내용을 소개하고 약간의 논평을 하여보기로 한다.

(2) 먼저 헌법은 가장 상위에 있는 법규범이므로 법률은 헌법에 부합되는 범위 내에서 합법성을 취득하나, 그 합법성이 바로 정당성을 의미하는 것은 아니고, 헌법의 배후 또는 상위에 있는 정의, 선, 평화의 원리 등 보편적인 법의 원칙에 부합되는 내용의 헌법과 법률만이 정당성을 가지게 된다. 제2심법원은 이러한 자연법적 정당성을 첫째 가는 판단의 기준으로 삼고 있다. 어떠한 정치, 사회적 상황에 직면하여 자연법적 정당성을 확인하여 나가는 것은 매우 심오한 법철학적 영역에 속한다. 그렇지만 이 사건 피고인들의 쿠데타의 부당성을 논하는 데에는 자연법적 정당성까지 거슬러 올라갈 필요도 없이 대법원의 판지대로 민주적 법질서에 위배되었다고 하는 것이 더 적합하게 생각된다. 쿠데타에 의한 집권이 자연법적 정당성을 갖지 못하는 측면은 정권을 장악한 이후 국민의 자유와 권리를 무참히 억압하고 유린하는 정치권력의 행태에서 찾아볼 수 있었다고 생각된다.

(3) 그리고 혁명이란 어떤 국가의 헌법 내지 기본적 법질서가 자연법에 어긋나는 부당한 것이라는 인식이 그 사회에 팽배하여 마침내 그 불일치를 힘에 의하여 극복하려는 급격한 투쟁이 전개될 때 혁명이라 하고, 혁명은 현존하는 정치체도의 급격한 파괴와 신체도의 수립을 그 본질적 요소

로 하며, 그 혁명이 성공하면 기존의 헌법과 이에 근거한 법률은 원칙적으로 폐지되어 그 효력을 상실한다. 혁명행위를 반란이나 내란의 범죄로 인정하는 데 적용될 법률은 이미 효력을 상실하여 혁명행위는 더 이상 범죄가 되지 않고 이를 처벌할 수 없게 된다. 그러나, 쿠데타는 권력이 1인에 게서 다른 1인에게로 또는 어느 집단에서 다른 집단으로 이전되는 것으로서 그 변화가 정부 자체에 국한되고, 기존의 정부조직, 사법제도, 사회제도는 종전과 같이 유지된다. 쿠데타가 성공하였다 해도 기존의 헌법과 이에 기초한 법률이 효력을 상실하는 일도 없다. 제2심법원은 쿠데타와 구분되는 혁명을 프랑스혁명, 러시아혁명과 같은 경우에서 그 의미를 찾고 있다. 그 구분에 이의는 없으나, 쿠데타로 인하여 이루어지는 변화가 '정부 자체에 국한되고 전체국민에 대한 영향은 최소한도로 제한되며' '기존의 정부조직과 사법제도 그리고 사회제도가 정상적으로 유지된다'고 설명한 것은 부적절하다고 본다. 법질서와 법제도 자체의 변동이 거의 없다는 점에서는 동의하나, 쿠데타가 전체국민에 미치는 영향과 기존 정부, 사법부, 사회생활에 미치는 부정적인 영향은 지대한 것이다.

(4) 그로 인하여 성공한 쿠데타정권에서는 세 가지의 법률적 얼굴을 찾아볼 수 있는데, 첫째는 쿠데타세력 외에 달리 국가전체를 경영할 대체세력이 없는 동안 사실상의 정부로서 합법성을 가지는 측면이 있고, 둘째는 쿠데타세력을 강화할 목적으로 국민의 정당한 권리행사를 억압하고 그 권리를 침해하는 행위는 불법성의 측면이 이 있으며, 셋째는 쿠데타정권이 전면적이든 부분적이든 합법성을 부여받았다고 하여 쿠데타정권을 탄생시킨 반란 또는 내란 행위 그 자체의 범죄행위적 본질은 소멸되지 않는다는 측면이 있다. 이 부분의 설명은 쿠데타정권의 다면적 성질을 언급하고 있어서 매우 복잡적이어서 더 많은 설명을 필요로 할 것인데 많은 내용을 생략한 것으로 보인다.

(5) 성공한 쿠데타가 처벌받지 않은 이유는 법을 집행하는 사람의 힘이 부족하기 때문이다. 법을 집행하는 사람의 힘이 집행대상자의 힘을 제압할 정도로 우세하여야 법은 집행되는 것이며 이와 반대로 집행대상자의 힘이 법집행기관과 대등하거나 오히려 우세한 경우에는 법의 집행은 불가능하다. 그러므로 제2심법원은 성공한 쿠데타의 처벌문제는 법의 효력이나 법의 이론의 문제가 아니라 법의 집행의 문제인 것이고, 바꾸어 말하면 이론의 문제가 아니라 실천의 문제라고 보았다. 법의 존재, 그리고 법의 이론상 쿠데타는 처벌되어야 하는 것이나, 쿠데타세력을 처벌하려면 그보다 우월한 힘을 필요로 한다는 논지이다. 그러나 이에 따르면 본 재판이 단순한 힘의 비교에 의하여 이루어지는 것처럼 곡해될 여지가 있어 보인다. 피고인들의 퇴임 이후에도 쿠데타행위에 대하여 처벌하는 이유로서는 미흡한 것으로 보인다.

3. 성공한 쿠데타는 처벌할 수 없다는 법리

가. 박만호대법관의 소수의견

(1) 박만호대법관의 주장은 이 사건 군사반란 및 내란은 사법심사의 대상이 되지 않는다는 견해이다.

헌법상 통치체제의 권력구조를 변혁하고, 대통령, 국회 등 통치권의 중추인 국가기관을 새로 구성하거나 선출하는 내용의 헌법개정이 국민투표를 거쳐 이루어지고, 그 개정헌법에 의하여 대통령이 새로 선출되고, 국회가 새로 구성되는 등 통치권의 담당자가 교체되었다면, 이는 과거의 헌정질서와는 단절된 제5공화국의 새로운 헌정질서가 출발하였고 국민이 이를 수용하였음을 의미한다. 피고인들의 이 사건 군사반란 및 내란행위는 국가의 정치적 변혁과정에서 국민이 수용한 새로운 헌정질서를 형성하는 데

기초가 되었다.

피고인들의 이 사건 군사반란 및 내란행위는 국가의 헌정질서의 변혁을 가져온 고도의 정치적 행위이다. 그 행위에 대하여 법적 책임을 물을 수 있는지 또는 그 정치적 행위가 사후에 정당화되었는지 여부의 문제는 국가사회 내에서 정치적 과정을 거쳐 해결되어야 할 정치적, 도덕적 문제를 불러일으키는 것으로서 그 본래의 성격상 정치적 책임을 지지 않는 법원이 사법적으로 심사하기에는 부적합한 것이고, 주권자인 국민의 정치적 의사형성과정을 통하여 해결하는 것이 바람직하다.

이 사건 군사반란 및 내란행위가 형식적으로는 범죄를 구성한다고 할지라도 그 책임문제는 국가사회의 평화와 정의의 실현을 위하여 움직이는 국민의 정치적 통합과정을 통하여 해결되어야 하는 고도의 정치적 문제로서, 이에 대하여는 이미 이를 수용하는 방향으로 여러 번에 걸친 국민의 정치적 판단과 결정이 형성되어 온 마당에 이제 와서 새삼 사법 심사의 일환으로 그 죄책 여부를 가리기에는 적합하지 아니한 문제라 할 것이므로 법원으로서에는 이에 대한 재판권을 행사할 수 없다.

(2) 박만호 대법관의 견해는 피고인들의 행위를 새로운 헌정질서를 형성하는 기초가 되었다고 긍정할 뿐 아니라, 피고인들의 행위가 그후 헌법 개정, 대통령 취임, 새 국회의 구성 등 일련의 절차 속에서 국민들로부터 수용되었다고 보고 있다. 또한 고도의 정치적 행위는 사법심사의 대상이 되지 않는다는 소극적 입장을 취하고 있다. 다수의견은 피고인들에 의하여 새로운 헌정질서가 수립되었다는 점을 부인하며, 이들의 행위를 처벌하지 않겠다는 명시적인 국민적 합의가 없었다고 하였다.

당시 유신헌법을 폐지하고 새로운 헌법을 제정하는 것은 분명 새로운 헌정질서를 수립하는 일이라 할 수 있었다. 그런데 그와 같은 헌법개정절차는 국민들의 자유로운 의사의 합치에 의하여 이루어져야 하였으며, 또 그와 같은 방향으로 진행되어가고 있었는데, 전두환, 노태우 쿠데타세력

이 무력으로 무단히 개입하여 폭력적으로 헌법개정이 이루어진 것이었다. 또한 그 내용도 국민들이 바라는 것과 같지 아니하였다. 여기에서 박만호 대법관은 새로운 질서 창출 부분에 주목하여 피고인들의 행위가 그 기초가 되었다고 하였으나, 대법원의 다수의견은 피고인들에 의하여 유린된 부분에 더 주목하였고, 피고인들이 유린한 부분은 통치구조의 변경보다도 더 중요한 국가의 근본이념 및 기본원리에 해당하는 헌법핵심을 적시하고, '새로운 법질서'의 수립이라고 하려면 바로 그 근본이념의 변화를 가져오는 경우라야 한다는 점을 일깨웠다. 다시 말하면 5공화국헌법개정에 의하여 새로운 법질서가 형성되었다고 할 수 없고, 헌법개정을 주도한 세력이라 할지라도 개정조항보다 상위규범인 민주적기본질서를 위배한 경우 그에 상응하는 처벌을 받아들여야 한다는 판단을 한 것이다.

또한 대법원의 다수의견은 국민적 합의의 부존재에 대하여 헌법개정, 대통령으로 선출된 것만으로 이들을 처벌하지 않기로 하는 국민적 합의가 있다고 볼 수 없음을 지적하고 있는바, 그와 같은 헌법개정절차에 있어서도 국민의 자유로운 참여에 의한 것이 아니라면, 국민적 정당성을 부여받기 어렵다는 판단을 보여준 것이다. 국민 개개인이 개별적으로는 대항하기 어려운 쿠데타세력의 강제력 앞에서 이를 거역하지 못하고 어떠한 절차에 참여하였다면 의견상 나타난 득표율등만을 따져서 국민적 수용이 있었다고 할 수 없는 것이다. 오히려 그 경우에는 국민들이 주체적으로 수용하였다기보다 피동적으로 강제되었다 함이 옳을 것이다.

(3) 이 사건 반란 및 내란행위가 사법심사의 대상이 되지 않는다고 보는 견해에는 사법부가 정치적 사건에 관여함으로써 사법부 자체가 정치화하는 것을 미연에 방지하려는 뜻도 없지 않을 것이나, 오히려 이 사건 판단에서 사법심사배제론을 견지하는 입장에 서게 된다면 실제로는 피고인들의 행위가 정당하였다는 판단에 입장을 같이하는 것으로 생각될 우려가 있다. 피고인들의 행위는 사법자제설의 근거가 되는 소위 '통치행위'에

이르기 전의 변란이었으며, 이 재판은 민주적 기본질서를 사후적으로 확립하기 위하여 이루어진 것으로서 우리나라의 근본규범이 무엇인가를 선언하는 기관으로서 사법부가 관여하지 않을 수 없었다 할 것이다. 사법부는 이 사건 재판을 수행함으로써 법과 정치와의 관계를 정리하고, 현대한 국사회에서 사법부가 정치권에 예속될 수 없을 뿐 아니라, 정치권보다 상위에서 법치주의의 길을 열어가는 독립된 기관이라는 점을 보여줄 수 있던 것이다.

나. 검찰의 불기소처분 이유

(1) 검찰은 1995. 7. 18. 5.18관련불기소처분 수사결과를 발표하면서 박만호 대법관의 의견과 같이 피고인들의 행위가 사법심사의 대상이 되지 않는다는 견해를 피력하였다. 검찰에서는 그 논리적 근거로 G. Jellinek, H. Kelsen, G. Radbruch 등 외국학자의 견해와, 내란죄에 관한 유기천, 이재상, 황산덕 등 국내형법학자, Welzel, 團藤重光 등 외국 형법학자들의 견해를 인용하였다.

(2) 검찰의 불기소처분의 요지는 다음과 같다

이 사건에서 문제되고 있는 비상계엄의 전국확대선포, 김대중등 여야정치인과 재야인사 등의 체포, 연행, 연금, 정치활동의 금지와 임시국회의 소집무산, 국보위의 설치운영 등 일련의 조치나 행위는 정치적변혁과정에서 기존통치질서를 대체하고 새로운 헌법질서를 형성하는 기초가 되었고, 그 후 새 헌법에 의하여 헌법질서 속으로 수용된 것이라 할 수 있다. 이와 같은 헌법질서의 연속성과 관련된 일련의 정치적 사건에 대하여 사법기관이 사법심사의 일환으로 그 위법여부를 판단할 경우 자칫 새 정권 출범 이후 새 헌법이나 법률에 의하여 실효성을 부여받아 유지되어온 헌법질서나 법질서의 단절을 초래하여 정치적, 사회적, 법률적으로 중대한 혼란을 야

기할 수 있다. 새정권 출범 이후 국민투표 또는 대통령선거 등 여러 차례의 국민적 심판과정을 통하여 형성된 주권자인 국민의 판단과 결정을 사후에 번복하는 부당한 결과를 야기할 수 있다. 그리고 국가보위입법회의의 입법활동은 헌법에 의하여 국회의 권한을 대행하는 과도입법기구의 입법행위로서 권력분립적 견지에서 사법적 판단이 오히려 합리적이지 못한 전형적인 통치행위의 영역에 속하는 것이다.

(3) 검찰은 제5공화국정부의 출범이 H. Kelsen의 저서를 인용하여 '정치적 변혁이 성공하여 새 질서가 실효적으로 되면 새 질서가 법률적으로 되며, 이는 근본규범의 변동으로 새로운 정부가 법정립의 권위로 인정되는 데'에 따른 것이라는 견해를 가졌으나, 제5공화국의 헌법이 우리 헌법의 근본규범에 변동을 가져온 것은 아니었다. 또한 검찰에서는 명백히 위법한 조치로 보이는 일련의 사건들에 대해서도 그 모두가 새로운 헌법질서를 형성하는 기초가 되었다고 판단해줌으로써 매우 흥포하고 위법한 변란조차도 '새정권 탄생'의 밑거름이 되는 경우 용인될 수 있다는 견해를 보여주고 있다. 이러한 주장은 결국 어떠한 수단, 방법을 사용하더라도 정권을 탈취하기만 하면 그 모든 행위가 합법화될 수 있다는 이론으로 귀결되고 만다. 다시 말하면 성공한 쿠데타는 적절하게 정권을 취득할 수 있는 유력한 방법으로 공인받을 수 있다는 것이다. 이 이론이 과연 타당한 것이냐를 조용히 반문하여보면 그 부당성은 자명하여진다.

(4) 검찰은 이 사건에 대한 사법심사는 새정권 출범 이후 새 헌법이나 법률에 의하여 실효성을 부여받아 유지되어온 헌법질서나 법질서의 단절을 초래하여 정치적, 사회적, 법률적으로 중대한 혼란을 야기할 수 있다고 하였다." 사실 이 문제에 대한 법이론의 정립은 간단하지 않다. 먼저 쿠데

1) 피고인들의 변호인들도 같은 취지로 '피고인 전두환의 집권과정이 위법하였다면 대한민국의 국제적 지위 및 국내정책시행은 모두 무효가 될 뿐만 아니라 가사 원심이 피고

타세력의 정권행사가 모두 불법한 것이라면 국제적이나 국내적으로 그들이 관여한 모든 분야의 행위가 무효가 되어야 하지 않느냐는 질문에 대하여 답하기가 매우 곤혹스럽다. '국가기관'으로서 행한 것에 대하여는 범죄적 '개인'을 떠나서도 수행되어야 할 것이므로 정당성을 인정하고, 범죄적인 개인에 국한된 문제에 관하여는 그 효력을 재고하여보아야 하지 않을까 생각된다. 그런데 중요한 것은 현재 쿠데타세력을 처벌하였는데도 실제로는 정치적, 사회적, 법률적으로 중대한 혼란이 야기되지 않고 있으며, 사안에 따라 일반정치행정 과정은 유효한 것으로 승계되었고, 다만 국민의 기본권을 침해한 부분에 대하여는 무효 여부가 심각하게 논의되고 있다는 것이다. 이것은 이 사건 재판이 혼란을 야기하는 것이 아니라 지금까지 불법적이었던 법률관계를 광정(匡正)하고 있음을 나타낸다. 오히려 우리가 앞으로 예상할 수 있고 가장 경계하여야 할 혼란은 쿠데타세력이 본 재판에 승복하지 아니하고 자신의 정당성을 계속 고집하거나, 같은 유형의 쿠데타세력이 출현하여 먼저 출현하였던 쿠데타세력인 피고인등에 대한 정당화를 시도하는 경우라 할 것이다.

4. 평석

앞서 대법원 및 하급심의 판결 이유 및 소수의견 및 검찰의 불기소처분 이유를 소개하면서 평석자의 소견을 간략하게 드러내었다. 이제 몇 가지 관점에서 이를 정리하여보자.

가. 내란죄의 해석 및 처벌에 관한 이론 정립

인의 집권과정이 위법하다 하여 대통령으로서의 신분을 부인하는 결론에 이른다고 하면서도 다른 한편으로는 동 피고인이 적법한 대통령의 신분을 보유하고 있었다는 전제 아래 특가법위반으로 유죄를 선고하는 것은 법논리상 모순된다 고 주장하였다.

내란죄에 관하여 우리가 알고 있는 사례는 많지 아니하다. 진정한 의미의 내란에 대하여 재판이 이루어진 것은 이 사건이 처음이라고 본다. 그래서 종래 강학상 단순하게 설명되고 있었던 내란죄의 구성요건, 실행의 착수시기, 기수시기 및 공소시효에 이르기까지 각 부분마다 심각한 논쟁을 불러 일으켰던 것이다. 결론적으로 이 사건이 내란죄에 해당한다는 것 자체에는 이견이 없었다. 단지 그 후 헌법적 정당성이 부여되었는지의 여부에 관하여 의견이 첨예하게 대립되었던 것이며, 결국 쿠데타 이후의 일련의 행위에 헌법적 정당성을 인정할 수 없다는 다수견해에 따라 처벌하게 된 것이다. '성공한 쿠데타는 처벌할 수 없다'는 것은 더 이상 내란죄의 성립에 관한 명제는 될 수 없고, 그 처벌 가능성에 대하여 함축적 의미를 갖춘 애매한 법언이 되었다. 그래서 제2심법원은 이를 '범이론의 문제'가 아니라 '법집행의 문제'라고 하였다.

그런데, 이 재판에서 정립된 이론에 따르더라도 쿠데타에 의하여 정권을 취득한 경우 실정법상 내란죄를 범한 경우에 해당된다고 보아야 하는데, 그들이 집권하고 있는 동안에는 이들을 재판에 회부할 수 있는 실제적 방도가 없을 것이라는 문제가 여전히 남아 있다. 내란범의 집권기간 동안 이들을 체포할 방도가 막연한 것이다. 이들을 체포하는 것이 법적으로 정당하다 하여도 이를 이유로 무력적으로 대립하게 되면 결국 새로운 내란 상태가 야기될 가능성이 있다. 본 재판에서는 피고인들이 퇴임하고 실질적인 권력을 상실한 경우라서 재판에 회부하는 것이 가능하였으나, 그 이외의 경우는 사실상 불가능할 것이다. 불길한 상상이지만 만일 내란범들이 또 생겨난다면, 본 재판의 결과를 보고 자신들이 나중에 재판에 의해 처벌받는 것을 방지하기 위하여 사전에 헌법적 정당성을 취득하려고 한다거나, 아예 종신집권할 방도를 강구하게 될 지도 모르겠다. 이와 같은 부작용을 없애는 힘은 후술하는 바와 같은 규범적 국민주권주의의 확립이다. 부연하여, 지금 5.16 쿠데타에 의한 박정희의 집권에 대하여는 아무 논란이 없으나, 그 역시 내란범이었던 점을 부인하여서는 아니된다면, 같

은 관점에서 정리하여야 할 문제가 없을 것인지도 검토되어야 될 것이다.

나. 헌법질서의 구분적 인식

헌법질서라는 용어으로써 헌법규범 전체를 지칭할 수 있으나, 개별규범이 헌법에서 차지하는 비중을 생각하지 않고, 단지 헌법 중 일부규범이 변경되었다든지, 또는 헌법의 전반적인 개정이 이루어졌다는 이유만으로 헌법질서의 변동이 있었다고 말할 수 없다. 이에 관하여는 국민일반이 보다 잘 이해할 수 있도록 계도되어야 한다. 왜냐하면 제5공화국의 헌법개정으로 새로운 헌법질서가 형성되었다고 말하면 일반 국민들로서는 문면만으로 그대로 받아들여 오도되기가 쉽기 때문이다.

제5공화국헌법의 개정안이 '헌법적 기본질서'가 변동된 것이 아니고, 다만 유신헌법의 핵심인물이었던 박정희의 퇴장으로 인하여 일부 '통치구조' 면에서 불가피한 수정을 할 수밖에 없었고, 당시에나 그 이전에도 우리 헌법의 기본원리에는 아무런 변동이 없었던 점이 국민에게 알려지고 국민 모두가 이에 대한 인식을 공유할 수 있어야 할 것이다. 헌법질서를 구분하여 인식한다는 것은 그만큼 헌법의식이 높아진다는 것이다. 집권자가 새로 등장하였다고 하여 헌법질서가 모두 바뀐다고 하면 입헌국가도 아니고, 법치국가도 되지 못할 것이다. 검찰의 불기소처분사유는 피고인들의 모든 불법행위를 반전시켜 새로운 헌법질서를 형성하는 행위인 것처럼 격상시키고 있기 때문에 헌법의 기초가 그와 같은 불법적인 힘 위에 세워질 수 있는 것처럼 오인하게 하고 있다. 이에 대하여 헌법적 기본질서에 변동이 없음을 들어 피고인들이 국헌을 문란하게 하였음을 인정한 법원의 판단은 매우 분명하고 과감한 것이었다.

다. 법치주의 하의 사법부의 지위 확립

혹자는 이번 재판을 정치재판이라고 한다. 현 대통령이 피고인들의 정치적 준동을 억제하기 위하여 비자금사건을 계기로 그동안 처리하지 못하고 덮어두던 피고들의 쿠데타에 대하여 내란죄로 기소하게 하였다는 것이다. 검찰이 피고인들을 불기소처분한 것도 정치권의 의사를 존중한 것이요, 이를 번복하여 기소한 것도 정치권의 의사에 따른 것이라고 본다.

이 사건이 강한 정치적 성격을 내포한 것은 사실이다. 그러나, 정치적 사건을 사법적으로 판단하는 것은 우리가 법치주의를 채택하고 있기 때문이다. 그리고 기소단계에서 정치권의 의사에 의하여 기소 여부가 좌우된다는 것과 일단 기소된 사건에 관하여 사법부의 판단이 정치권의 의사에 의하여 좌우된다는 것과는 그 성질이 다소 다르다. 능동적인 검찰에서 불기소처분을 하게 되면 수동적인 법원으로서의 제도상 그 사건에 대한 판단의 기회를 원천적으로 봉쇄당하게 된다. 그러므로 사법부가 정치적 영향을 받느냐의 여부는 재판과정과 판결에서 찾을 것이지 그 이전의 단계에서는 논할 수 없다.

이 사건이 기소된 이후 사법부에서 어떠한 입장을 취하였는지에 대하여는 단일하게 표명된 바 없다. 법원으로서의 정치적으로나 역사적으로 가장 중요한 사건으로 분류하여 각급법원의 형사수석부장이 속한 재판부로 하여금 소송법상 허용된 기간 동안 이 사건 재판만을 전담하게 하였다. 그리고, 그들의 판결에 의하여서 사법부의 책임 있는 견해를 나타낸 것이다. 만약 현정부 하에서가 아니고 다음 정권 하에서도 사법부에서 같은 판단을 내릴 수 있다면 사법부는 정치적 영향으로부터 초월하였다고 할 수 있을 것이며, 적어도 이 재판을 담당한 판사들은 그와 같은 각오로 임하였을 것이다. 피고인들을 기소한 현정부 아래에서이니까 사법부로서는 유죄판결을 내릴 수밖에 없지 않았느냐는 견해도 있을 수 있으나, 그와 같은 견해는 정치우월적 사고방식과 사법에 대한 냉소주의에서 비롯된 것이라 본다.

그 본질이 정치적인 이 사건을 재판함으로써 사법부는 천변만화하는 정

치보다 우위에 있는 법정신을 선언할 수 있었다. 이제 사법부의 판결은 향후 피고인들 또는 피고인들과 유사한 방식에 의하여 집권하게 된 자들로부터 여하한 공격을 받게 되는 경우에도 법논리적인 변함이 없어야 할 책임이 있다. 그래야만 사법부가 법본질적이고 공정하고 객관적인 판단을 하였다고 인정받을 것이다. 현재 정치권에서는 이 사건 재판으로 유죄판결을 받은 피고인들에 대하여 조만간 사면조치를 하자는 여론을 조성하고 있다. 그러나 이와 같은 정치권의 움직임은 미구에 닥쳐올 대통령선거에서 어떻게 많은 득표를 할 수 있는가 하는 전략적인 측면만을 염두에 둔 것으로서 정치와 법과의 올바른 관계를 유린하는 처사이다. 법원의 판결을 경시하는 그와 같은 행태에 관하여 사법부에서는 결코 달갑게 여기지를 아니할 것이다.

사법부는 이 사건 판결을 내림으로써, 비록 격동하는 정치 변혁의 현장에서 앞장서서 헌법을 수호하는 역할을 수행한 것은 아니었지만 역사의 긴 흐름 속에서 진실과 정의를 바로세우며 준엄한 법치주의의 지표를 확립하는 막중한 역할을 하게 되었으며, 국민들에게 한때의 권력자라고 하여도 그 불법행위에 대하여는 언제라도 처단될 수 있을 보여주고 그렇게 함으로써 다시는 같은 오욕을 되풀이하지 않도록 역사적 경계를 삼을 수 있게 한 것이다.

라. 규범적 국민주권주의의 실천

이 사건 재판의 결과에 대하여 국민들은 공식적인 의사를 표명할 기회를 갖지 못하였다. 다만 이 사건 재판이 있게 하기까지에는 광범위하고 강렬한 집단적인 국민들의 의사표출행위가 있었다. 또한 그들처럼 앞장서서 피고인들의 처벌을 주장하지 않았다 할지라도, 비자금 사건등을 통하여 퇴임 후에 그들이 관리하고 있는 천문학적 숫자의 불법적 비자금을 직접 눈으로 현실로 지각한 거의 모든 국민들이 정통성 없는 정부에서 야기한

심대한 피해를 깊이 깨닫고 피고인들을 처벌하는 데 동의하였다고 볼 수 있다. 그 결과 국민들은 사법부에서 피고인들을 적어도 내란죄와 군사반란죄로 준엄하게 처벌하는 데 대하여 긍정적으로 받아들였고, 오히려 일각에서는 처벌의 범위가 지나치게 좁았음을 비판하고 있다.

국민 개개인에게 이 사건에 대하여 물어본다면, 개별적으로는 불분명한 경우가 많고, 이 사건을 어떻게 처리해야 할 지에 대한 견해도 매우 다양할 것이다. 그런데 이번 재판에서 피고인 및 변호인들은 우리 국민들이 쿠데타 이후 헌법개정을 위한 국민투표, 대통령의 선출, 국회의원의 선출절차 등에 참여하는 방식으로 쿠데타세력의 집권을 용인하였으므로 피고인들을 처벌하지 않겠다는 국민적 합의를 보여 주었다는 주장을 폈다. 우리 국민들도 그들의 밑에서 12년 동안 살아왔으니 국민 스스로 피고인들의 권위와 정당성을 인정하여주었던 것이 아닌가 하는 생각으로 혼란스러워질 수 있다.

그러나 이에 대하여는 쿠데타세력이 집권하지 않았을 경우 어떠한 절차에 의하여 어떠한 정부가 들어섰을는지 상정하고 이를 쿠데타정권과 비교하여 봄으로써 올바른 판단을 할 수 있을 것이다. 우리 국민들은 10.26 이후 다시 군사쿠데타세력이 정권을 장악하리라는 것을 애초에 예상하지도 못하였고 희망하지도 않았었다. 군인들이 정권에 참여하기를 원한다면 쿠데타의 방법에 의하지 않고 예편한 후 민간으로서 참여하여야 했을 것이다. 당시 우리 국민들에게 주어진 커다란 과제는 유신헌법으로 인하여 끝없이 왜곡되어가고 있었던 헌정질서를 5.16 쿠데타를 재현시키지 않는 방식으로 바로잡아 진정한 민주주의를 조금씩이나마 실천해나가는 것이었다.

제5공화국 헌법개정과 대통령선거를 보면, 통일주체국민회의의대의원들이 피고인 전두환을 1980. 8. 27. 대통령으로 선출하면서 자유롭게 반대 의견을 개진할 수 없었으며, 1980. 10. 17. 제주도를 제외한 전지역에 여전히 비상계엄이 유지되는 가운데 실시된 제5공화국헌법개정안에 대하여

95.5%의 투표율에 91.6%의 찬성율을 보인 국민투표가 자유스러운 분위기에서 이루어진 것은 결코 아니었다. 뒤이어 1981. 2. 25. 대통령선거인 단 5,278명 중 90.23%인 4,755명의 지지를 받아 피고인 전두환이 대통령에 당선된 것도 국민의 일반적 의사와는 동떨어진 것으로 쿠데타세력의 무력에 의하여 강제되었던 것이라 아니할 수 없다.

혹여 현재 집권중인 정부에 의하여 실시되는 국민투표등이 선전과 강제에 의하여 이루어지는 것은 어쩔 수 없는 현실이 아니냐고 하면서 그와 같은 방식에 의한 것도 합리라고 할 수 있다는 주장이 있을런지는 모르겠으나, 이와 같은 말장난으로 적나라한 불법적인 폭력에 의하여 자신의 의사가 강요될 수 있는 상황은 어떠한 경우에도 용납되어서는 안된다. 적법한 절차에 의하여 자유롭게 자신의 의사를 반영할 수 있는 정치체제 이외의 억압체제는 결코 국민주권주의가 규범적으로 실현되고 있다 할 수 없다. 그러므로 대법원에서 피고인들을 처벌하지 않기로 한다는 국민적 합의의 존재를 부인하고, 달리 행하여진 절차에서도 그와 같은 의미를 유추하지 않은 데 대하여 전적인 지지를 하여준 것이야말로 국민주권주의의 실체를 현양하는 자세라 할 수 있다.

5. 맺는 말 - 향후의 과제

성공한 내란죄도 처벌할 수 있다는 역사적 선례를 만듦으로써 우리 국민들은 헌법적인 지표표 세웠을 뿐 아니라 정치사적인 모험을 하게 되었다고 본다. 이 판결 이후 국민들이 혹여나 있을 지도 모르는 향후 쿠데타 세력에 의한 정권 찬탈을 막지 못한다면 아마 이 사건에서 확립한 헌법규범은 새로운 쿠데타로 모조리 무너지게 될 것이다. 새로운 쿠데타정권은 이 사건 판결을 번복할 것이며, 이 사건 관련 피고인들의 명예와 지위를 모두 회복시켜줄 것이다. 그렇게 되면 이 판결에서 논의된 헌법적 기본원

리는 공허한 것이 되고 말 것이며, 이 사건 판결을 선고한 법관들은 아예 정치재판을 하였던 사람들로 매도되고 배제될 것이다. 그리고 우리나라에서는 더 이상 쿠데타세력을 법적으로 차단할 엄두도 내지 않을 것이며, '쿠데타세력의 현실출현 가능성을 내포한 불안정한 국가'로부터 탈출하지 못할 것이다.

이제 우리는 이 판결에서 무엇을 얻으려 하였던 것인가를 명확히 하여야 한다. 피고인들을 대등한 정치세력의 하나로 간주하여 그들을 차단하는 의의를 분명히 함이 없이 그대로 사면하고 만다면 이 재판은 새로운 쿠데타가 일어나기 전에도 이미 희화화하고 마는 것이며, 새로운 쿠데타를 용인할 여지를 주게 되는 것이다. 김영삼 대통령은 아마도 피고인들과 대등한 정치세력의 대표자 중의 하나로서 자신의 안위를 위하여 사면을 고려할 지 모른다. 그러나, 국민들은 그 정치세력들의 밑에 존재하지 않는다. 모든 정치권력의 연원으로서 불법적인 정치권력의 탄생은 물론 정치권력의 부당한 행사도 모두 견제하여야 할 대상이다. 이 사건 판결에서 어렵게 찾아낸 헌법적 가치는 어떤 면에서는 매우 취약한 입장이다. 이 판결만으로 우리의 정치의식과 민주주의가 발전되고 있다 말할 수 없다. 이 사건 판결의 내용을 권위있고 정당한 규범체계로 확립하는 역할을 국민들이 깨어 있는 의식을 가지고 계속 담당하여야 하는 것이다.

12.12 군사반란행위상의 쟁점

김도형

1. 판결의 개요

12.12 군사반란사건으로 기소된 피고인은 전두환, 노태우, 유학성, 황영시, 차규현, 박준병, 최세창, 장세동, 허화평, 허삼수, 이학봉, 박종규, 신윤희 등 총 13명이다.

이 중 반란중요임무종사죄로 기소된 박준병 피고인과 대법원 판결 선고 전에 사망한 유학성 피고인을 제외한 나머지 전원에 대하여 유죄 판결이 확정되었는데, 피고인 전두환은 반란수괴의 역할을 담당한 자로, 피고인 노태우, 황영시, 차규현, 허화평, 이학봉, 장세동은 반란의 모의참여자, 피고인 최세창, 허삼수는 반란의 지휘자로, 피고인 박종규, 신윤희는 반란의 살상자로 각각 반란행위에 가담한 것으로 인정되었다.

그리고 검찰의 공소사실 중 지휘관계업무지역수소이탈죄 및 불법진퇴죄, 초병살해의 점, 피해자 하소곤에 대한 상관살해미수죄(피고인 전두환, 노태우), 살인의 점 및 피해자 정병주에 대한 상관살해미수의 점(피고인 노태우), 반란중요임무종사죄(피고인 박종규, 신윤희)에 관하여는 각각 무죄 판결이 내려졌다.

12.12 군사반란사건으로 기소된 피고인은 전두환, 노태우, 유학성, 황영시, 차규현, 박준병, 최세창, 장세동, 허화평, 허삼수, 이학봉, 박종규, 신윤희 등 총 13명이다. 이 중 반란중요임무종사죄로 기소된 박준병 피고인과 대법원 판결 선고 전에 사망한 유학성 피고인을 제외한 나머지 전원에 대하여 유죄 판결이 확정되었는데, 피고인 전두환은 반란수괴의 역할을 담당한 자로, 피고인 노태우, 황영시, 차규현, 허화평, 이학봉, 장세동은 반란의 모의참여자, 피고인 최세창, 허삼수는 반란의 지휘자로, 피고인 박종규, 신윤희는 반란의 살상자로 각각 반란행위에 가담한 것으로 인정되었다.

5. 반란행위 - 반란의 구성

상관살해죄도 범행할 수 있다. 반란의 구성요건은 반란의 목적을 달성하기 위하여 반란군을 조직하여 반란행위를 하는 것인 것으로 인정된다. 반란행위란 반란군을 조직하여 반란행위를 하는 것을 의미한다. 반란행위란 반란군을 조직하여 반란행위를 하는 것을 의미한다. 반란행위란 반란군을 조직하여 반란행위를 하는 것을 의미한다.

2. 주요 쟁점별 판례 분석

이하에서는 12.12 군사반란사건에 관한 재판 과정에서 다투었던 주요 쟁점별로 검찰과 피고인들의 주장을 살펴보고 이에 대하여 대법원이 어떠한 판단을 내렸는지 보기로 한다.

가. 유죄 부분

(1) 정승화 육군참모총장 체포의 불법성

(가) 피고인들의 주장

정승화 총장의 체포행위의 불법성 여부는 이 사건 재판 과정에서 가장 치열하게 다투어진 쟁점이었다. 정승화 총장의 체포행위는 적법한 것이었다는 피고인들의 주장 논리는 ① 정승화 총장의 체포는 계엄사령부 합동 수사본부의 직무상 행위로서 적법하다는 것, ② 대통령의 재가에 의하여 정승화 총장의 체포행위는 정당화되었다는 것, ③ 설사 정승화 총장의 체포행위가 불법이었다고 하더라도 이는 정승화 총장 개인에 대한 불법체포 행위에 불과할 뿐이고 다수의 군인이 작당하여 병기를 휴대하고 국권에 반항함으로써 성립하는 군형법상의 반란죄에는 해당하지 않는다는 것 등 3가지로 정리된다.

(나) 대법원 판결의 요지

1) 정승화 육군참모총장의 체포가 계엄사령부 합동수사본부의 직무상 행위로서 적법하다는 주장에 대하여

피고인들이 정승화 총장을 체포할 당시 그에 대한 강제수사가 필요하지도 아니하였을 뿐만 아니라, 그 체포 목적이 그의 범죄를 수사하는 데에 있었던 것이 아니라 군의 지휘권을 실질적으로 장악하는 것을 지지 내지 동조하는 세력을 규합·확산하고 그에 대한 반대세력을 약화·동요시키기 위한 데에 있었다.

더욱이 위 체포 당시 시행되고 있던 군법회의법에 의하면, 군인인 피의자를 구속할 경우에는 검찰관이 사전에 관할관의 구속영장을 받아야 하는 것이 원칙이고, 긴급을 요하여 관할관의 구속영장을 발부받을 수 없는 때에 군사법경찰관이 피의자를 구속하는 경우에는 미리 검찰관의 지휘를 받아야 하며, 다만 특히 급속을 요하여 미리 지휘를 받을 수 없는 사유가 있을 때에는 사후에 즉시 검찰관의 승인을 받도록 되어 있었는데, 당시 범죄 수사를 목적으로 육군참모총장을 체포하는 경우에는 현행범이거나 긴급 구속의 필요가 인정되는 경우를 제외하고는 사전에 검찰관이 관할관(육군참모총장을 지휘·감독할 권한이 있는 국방부장관)의 구속영장을 발부받아야 하는 것으로 해석된다.

그런데 피고인 허삼수등이 피고인 전두환의 지시에 따라 정승화 총장을 체포함에 있어서 사전에 구속영장을 발부받지 아니하였고 군검찰관의 지휘를 받지 아니하였으며, 미리 영장을 발부받을 수 없는 긴급한 사정이 있었던 것으로 인정되지도 아니하므로, 정승화 총장의 강제연행행위는 법률에 규정된 체포절차를 밟지 아니한 것으로서 위법함을 면할 수 없다.

2) 대통령의 재가에 의하여 정승화 총장의 체포행위 등이 정당화되었다는 주장에 대하여

피고인 전두환이 1979. 12. 12. 18:20경 국무총리 공관에 가서 최규하 대통령에게 정승화 총장의 체포에 대한 재가를 요청하였을 때 대통령이 묵시적으로라도 이를 승낙하였다고 볼 수 있는 자료가 없고, 오히려 이를

거절하였음을 알 수 있다.

대통령이 1979. 12. 13. 05:10경 정승화 총장의 체포를 재가하였다고 하더라도, 이는 정승화 총장이 체포되고, 피고인들이 동원한 병력에 의하여 육군본부와 국방부가 점령되고 육군참모차장 육군중장 윤성민, 수도경비사령부 사령관 육군소장 장태완 등 육군의 정식지휘계통을 이루면서 피고인들의 반란을 저지 또는 진압하려고 한 장성들이 제압된 후에 이루어진 것으로서, 이는 사후 승낙에 불과하며, 사후 승낙에 불과한 위 재가로 인하여 이미 성립한 피고인들의 기왕의 반란행위에 해당하는 정승화 총장의 체포행위나 병력동원행위가 정당화될 수는 없다.

3) 정승화 총장의 체포행위가 반란에 해당하지 아니한다는 주장에 대하여

군형법상 반란죄는 다수의 군인이 작당하여 병기를 휴대하고 국권에 반항함으로써 성립하는 범죄이고, 여기에서 말하는 국권에는 군의 통수권 및 지휘권도 포함된다고 할 것인바, 피고인들이 대통령에게 정승화 총장의 체포에 대한 재가를 요청하였다고 하더라도, 이에 대한 대통령의 재가 없이 적법한 체포절차도 밟지 아니하고 정승화 총장을 체포한 행위는, 정승화 총장 개인에 대한 불법체포행위라는 의미를 넘어 대통령의 군통수권 및 육군참모총장의 군지휘권에 반항한 행위라고 할 것이며, 피고인들이 작당하여 병기를 휴대하고 위와 같은 행위를 한 이상 이는 반란에 해당한다.

(2) 병력동원의 불법성

(가) 피고인들의 주장

합동수사본부가 정승화 총장을 체포하여 조사하는 것은 정당한 범죄수사의 일환인데 육군본부 측이 이를 방해하고 정승화 총장을 탈취하기 위하여 먼저 제9공수여단을 출동시키고 제26사단등에게 출동준비명령을 하고 장태완 수경사령관으로 하여금 제30경비단에 대한 공격을 기도하게 함으로써 먼저 반란행위를 하였는바, 따라서 피고인들이 부득이 이에 대항하여 대전복 임무수행의 차원에서 병력을 동원한 것이므로 이는 정당한 행위이고 반란행위가 아니라는 것이 피고인들의 주된 주장이었다.

(나) 대법원 판결의 요지

1) 피고인들의 병력동원이 적법한 행위라는 주장등에 대하여

피고인들이 정승화 총장을 체포한 행위가 반란에 해당함은 앞서 본 바와 같고, 한편 정승화 총장이 반란집단에 의하여 체포됨으로써 사고를 당하였으므로, 당시 시행되고 있던 국군조직법에 의하여 윤성민 차장이 정승화 총장을 대행하여 육군을 지휘·감독할 권한이 있었고, 따라서 위 윤성민 차장이 앞서 본 바와 같이 정승화 총장의 석방 명령에 불응하는 피고인들의 공격에 대비하거나 피고인들을 진압하기 위하여 부대의 출동준비 또는 출동을 명령한 것은 정당한 직무집행에 해당한다고 할 것이다.

그리고 당시 시행되고 있던 수도경비사령부설치령에 의하면, 수도경비사령부는 한강 이북의 수도권 일원과 특정경비구역의 안전질서를 유지할 목적으로 육군에 설치된 부대로서 국가원수의 경호 및 특정경비구역의 경비, 긴급사태에 있어서의 수도방위 등을 그 임무로 하게 되어 있는바, 장태완 수경사령관이 앞서 본 바와 같이 피고인들에 대하여 공격을 준비한 행위는 반란집단인 피고인들로부터 국가원수를 경호하고 특정경비구역을 경비하며 수도 서울에서 일어난 반란행위를 진압하기 위하여 한 행위라고

할 것이므로, 이는 수도경비사령부의 임무를 수행한 것으로서 정당한 직무의 집행에 해당한다고 할 것이다.

다만, 위 수도경비사령부설치령 제4조 제4항에 의하면, 특정경비구역과 관련한 작전활동에 대하여 수도경비사령관이 대통령 경호실장의 통제를 받도록 하고 있으나, 앞서 본 바와 같이, 당시 대통령 경호실장 직무대리 정동호와 경호실 작전담당관 고명승이 피고인 전두환의 지시에 따라 병력을 이끌고 대통령이 소재한 국무총리 공관을 위법하게 점거하고 대통령이 반란을 일으킨 피고인들에 의하여 강압을 받고 있는 상태에 있었던 것이라면, 장태완 수경사령관이 반란을 일으킨 피고인들에 대하여 공격을 준비함에 있어서 미리 대통령의 승인이나 위 정동호의 통제를 받지 아니한 점을 들어 반란을 일으킨 피고인들에 대한 장태완 수경사령관의 위 공격준비행위가 위법하다고 할 수는 없다고 할 것이다.

따라서, 피고인들이 육군의 정식지휘계통에 대항하여 병력을 동원한 행위는 적당하여 병기를 휴대하고 군의 지휘권에 반항하는 행위로서 반란에 해당한다고 할 것이다.

2) 당시 육군의 정식지휘체계가 완전히 붕괴되어 윤성민 차장등의 육군에 대한 명령과 지휘가 위법하거나 무효라는 주장에 대하여

국방부장관 노재현이 1979. 12. 12. 21:30경 육군본부에 도착하여 윤성민 차장등으로부터 피고인들의 반란행위와 그 동안의 경과를 보고 받은 뒤 자체 방위능력을 갖지 못한 육군본부로부터 방위능력이 있는 수도경비사령부로 육군지휘부를 옮기도록 윤성민 차장에게 명령하고, 자신은 김중환 합참의장 등과 함께 감청방지장치가 설치된 한미연합사 사령부로 가서 그곳에서 윤성민 차장 등과 연락을 취하면서 22:30경에는 대통령과 전화통화까지 하였다. 윤성민 차장 등 육군의 수뇌부는 그 무렵 육군 지휘부를 수도경비사령부로 옮긴 뒤 국방부장관 및 예하부대와 통신축선을 유지하

면서 피고인들의 반란에 대처하였다. 따라서 당시 육군의 정식 지휘체계가 붕괴되어 윤성민 차장등의 명령과 지휘가 위법하다거나 무효인 경우에 해당한다고 할 수 없다.

(3) 반란의 모의 등

(가) 피고인들의 주장

피고인들은 12.12 군사반란을 사전에 공모하거나 반란을 지휘하거나 반란행위에 가담하여 기타의 중요임무에 종사한 사실이 없었다고 주장하였다.

(나) 대법원 판결의 요지

피고인 전두환과 노태우는 군의 지휘권을 장악하기 위하여 정승화 총장을 체포하는 등의 이 사건 반란을 모의한 뒤, 피고인 허삼수, 이학봉은 1979. 12. 9.경 피고인 전두환의 지시에 따라 정승화 총장의 구체적인 체포계획을 세우면서 그 계획에 따른 체포행위가 위법한 것임을 알면서도 피고인 전두환과 이 사건 반란을 모의하였고, 피고인 허화평은 피고인 허삼수등이 정승화 총장을 체포하기 위하여 병력을 이끌고 육군참모총장 공관으로 출발하기 이전부터 이 사건 반란을 포괄적으로 인식·용인하고 이에 가담할 의사로 앞서 본 바와 같이 부대동향과 병력이동상황을 파악하여 수시로 위 지휘부에 보고하는 등의 활동을 하였으며, 피고인 황영시, 차규현, 최세창, 장세동은 제30경비단의 모음이 정승화 총장의 연행·조사문제에 관한 것이라는 점을 사전에 개괄적으로 인식하고 1979. 12. 12. 18:00경부터 19:00경까지 사이에 제30경비단 단장실에 참석한 후 그 무렵 정승화 총장 체포의 실행행위를 인식하고 이를 지지하면서 나아가 그

후 이루어진 대통령에 대한 강압·병력동원 등의 반란행위도 포괄적으로 인식하는 가운데 이 사건 반란의 모의에 참여하거나 반란실행을 위하여 동원된 병력을 지휘하였다. 피고인 박종규는 직근상관인 피고인 최세창으로부터 정병주 특전사령관을 체포하라는 지시를 받고, 피고인 신윤희는 직근상관인 수도경비사령부 헌병단장 조흥으로부터 장태완 수경사령관을 체포하라는 지시를 받아 각자의 직근상관의 지시내용이 상급상관인 정병주 특전사령관 또는 장태완 수경사령관 및 육군의 정식지휘계통에 반항하는 것임을 인식하면서도 위 각 지시에 따름으로써 위 피고인들의 반란행위에 가담하였다.

따라서 피고인 전두환, 노태우를 비롯하여 피고인 황영시, 차규현, 최세창, 장세동, 허화평, 허삼수, 이학봉은 군의 지휘권을 장악하기 위하여 정승화 총장의 체포, 그 후의 대통령에 대한 강압·병력동원 등의 반란행위에 대하여 개별적 또는 순차적으로 모의한 것으로 볼 수 있으며, 적어도 정승화 총장의 체포를 알고 난 뒤 이를 용인하고 지지하면서 집단을 이루어 병력을 동원하거나 이에 가담한 이상, 공모하여 반란행위를 저지른 것으로 볼 수 있고, 피고인 박종규, 신윤희는 위 병력동원행위가 반란행위임을 인식하고 이를 공동으로 실행할 의사를 가졌던 것으로 볼 수 있다.

나. 무죄 부분

(1) 피고인 박준병의 반란죄 성립 여부

(가) 피고인 박준병에 대한 검찰의 공소사실의 요지

피고인 박준병은 이 사건 공동피고인등과 함께 군의 주도권을 장악하기 위하여 정승화 총장을 내란방조 혐의로 조사한다는 명분으로 강제 연행하

여 그 지휘권을 박탈하는 한편 군의 정식지휘계통이 이를 저지할 경우 병력을 동원하여 제압하기로 하는 등 공모하여, 1979. 12.12 18:00경부터 19:00경까지 사이에 경복궁 구내 수도경비사령부 제30경비단의 단장실에 집결하여 유사시 자신들의 병력을 신속히 동원할 수 있는 지휘부를 결성하고, 같은 날 20:30경 제20사단 참모장 노충현으로부터 '진도개 하나' 비상이 발령된 사실과 윤성민 육군참모총장, 하소곤 육군본부 작전참모부장 등이 자신을 급히 찾고 있다는 사실을 전화로 보고 받고 그들이 육군본부 기동예비부대인 제20사단 병력을 동원기 위하여 자신을 찾고 있다는 사실을 잘 알면서도 부대로 복귀하지 않은 채 위 제30경비단실에 계속 머무르던 중 같은 날 20:40경 육군 정식지휘계통에서 자신에 대한 체포명령을 내림과 동시에 소준열 육군종합행정학교장을 통하여 제20사단을 장악하려는 움직임을 보이자, 10여분 간격으로 위 노충현을 비롯하여 제20사단의 인사참모, 정보참모, 작전참모, 군수참모, 비서실장, 제61연대장, 제62연대장 등에게 수회 전화를 걸어 부대장악을 철저히 하고 자신의 육성 지시 없이는 병력 출동을 하지 말라고 지시하여 육군 정식지휘계통의 제20사단 부대장악을 저지·방해함으로써, 중요임무종사자로서 작당하여 병기를 휴대하고 반란한 것이다.

(검찰은 제1심에서 무죄가 선고되자 항소심에서 피고인 박준병이 행하였던 반란중요임무종사 행위를 '육군 정식지휘계통의 제20사단 부대장악을 저지·방해한 것'으로 공소사실을 변경하였다.)

(나) 대법원 판결의 요지

1) 다수 의견

제20사단장인 피고인 박준병이 1979. 12. 12. 18:00경부터 19:00경 사이에 제30경비단 모임에 참석한 후, 같은 날 20:30경 '진도개 하나' 비상

이 발령되고 육군참모차장 윤성민과 육군본부 작전참모부장 하소곤이 자신을 찾고 있다는 연락을 받고서도 부대에 복귀하지 아니한 채 제20사단의 참모장, 인사참모, 정보참모, 군수참모, 사단장 비서실장, 제61연대장, 제62연대장에게 한두 번씩 전화를 걸어 부대를 잘 장악하고 자신의 육성지시 없이는 병력출동을 하지 말라고 지시한 사실은 인정할 수 있으나, 피고인 박준병이 정승화 총장의 연행에 관한 논의가 있을 것임을 미리 알고 제30경비단에 갔는지의 여부에 관하여는 이 점을 인정할 수 있는 증거가 없으며, 피고인 박준병이 제30경비단에서 반란지휘부를 구성한 한 사람으로서 만약의 경우에는 병력을 동원하여 반란을 지원하기로 하였는지의 여부에 관하여도 인정할 증거가 없고, 오히려 육군 정식지휘계통이 제20사단을 적극적으로 장악하여 그 동원을 해보려고 시도하여본 일이 없고, 다만 공동피고인 전두환 등 반란집단을 위하여 제20사단이 동원되는 것을 저지하려고 하였음에 불과한 점, 피고인 박준병이 적어도 불임산에 주둔하고 있는 제20사단 제62연대는 언제라도 반란집단을 위하여 동원할 수 있었음에도 불구하고 동원하지 아니한 점, 제20사단을 움직이지 못하게 한 피고인 박준병의 조치는 육군본부의 제20사단에 대한 출동금지지시와 오히려 일치한 점, 피고인 박준병이 제30경비단에 남아 있으면서도 반란집단을 위하여 뚜렷하게 기여한 바가 없었으며, 다른 피고인들과 일치된 행동을 하지 아니한 점 등이 드러나므로, 피고인 박준병이 12.12 저녁에 제30경비단의 모임에 참석하고 부대에 복귀하지 아니한 채 참모들에게 부대를 잘 장악하고 자신의 육성지시 없이는 부대출동을 하지 말라고 지시하였다고 하여, 이를 가지고 바로 피고인 박준병이 제30경비단에서 반란지휘부에 참여하고 반란의 범의를 가지고 육군 정식지휘계통의 제20사단 부대장악을 저지·방해함으로써 반란에 가담하였다고 보기는 어렵다.

2) 소수 의견 (대법관 천경송, 지창권, 이용훈, 이임수, 송진훈)

① 먼저 이 사건에서 채용된 증거들을 종합하면, 피고인 전두환은 1979. 12. 7. 피고인 노태우와 함께 모의하여 정승화 육군참모총장의 연행 날짜를 같은 달 12.로 정한 사실, 피고인 박준병은 같은 달 8. 당시 국군보안사령관이었던 피고인 전두환의 부관으로부터 같은 달 9. 서울 서대문구 연희동에 있는 피고인 전두환의 집으로 와달라는 전화연락을 받고, 같은 날 10:00경 피고인 전두환의 집을 방문하였는데, 이 때 피고인 전두환은 피고인 박준병에게 같은 달 12. 저녁에 만나자고 하면서 시간과 장소는 나중에 알려주겠다고 한 사실, 피고인 박준병은 같은 날 09:30경 국군보안사령관 비서실장 피고인 허화평의 전화연락을 받고 그에 따라 피고인 박준병이 사단장으로 있는 제20사단의 참모장 등에게 행선지를 밝히지 않고 부대를 떠나 군복을 입고 권총을 휴대한 채 같은 날 18:30경 제30경비단장실에 도착한 사실, 제30경비단장인 피고인 장세동은 자신의 사무실에 모인 피고인 노태우, 유학성, 황영시, 차규현, 박준병, 최세창 및 공소의 박희도, 장기오 등에게 같은 날 19:00경 피고인 전두환이 정승화 총장의 체포에 대한 대통령의 재가를 받으러 국무총리공관에 가 있고 피고인 허삼수 등이 정승화 총장을 체포하기 위하여 병력을 이끌고 육군참모총장공관으로 갔다는 사실을 알려주고, 이어서 같은 날 19:50경에는 정승화 총장의 체포과정에서 총격전이 있었고 정승화 총장을 보안사령부 서빙고 분실로 연행하였다고 알려준 사실, 같은 날 20:30경부터 21:00경 사이에 피고인 전두환이 대통령으로부터 정승화 총장의 체포에 대한 재가를 받지 못하고 제30경비단장실에 돌아와서 그곳에 모여 있는 위 피고인들에게 정승화 총장 체포의 구체적인 경위등 그 동안의 상황을 설명한 사실, 그 무렵 윤성민 육군참모차장 등 육군의 정식지휘계통에서는 제30경비단장실에 모여 있는 피고인들에게 정승화 총장의 석방을 명령하였으나 피고인등이 이에 응하지 않자 피고인 등을 진압할 태세를 갖추기 시작한 사실, 한편 제3공수여단장인 피고인 최세창과 제5공수여단장인 공소의 장기오는 부대를 장악하기 위하여 각자의 소속 부대로 출발하였으며, 피고인 노태

우, 유학성, 황영시 등은 윤성민 차장이나 피고인등을 진압하기 위하여 출동할 가능성이 있는 부대의 지휘관, 참모 등에게 전화를 하여 병력출동을 자제하라고 부탁하거나 회유한 사실, 그 동안 피고인 박준병도 피고인 등과 함께 제30경비단장실에 있었고, 같은 날 21:30경 피고인 전두환, 유학성, 황영시, 차규현 등이 대통령에게 정승화 총장의 체포에 대한 재가를 다시 요구하기 위하여 국무총리 공관에 간 후에도 피고인 박준병은 피고인 노태우, 장세동 등과 함께 제30경비단장실에 남아 있었으며, 대통령의 재가를 받지 못하고 돌아온 피고인 유학성, 황영시, 차규현 등이 같은 날 24:00경 제30경비단의 통신이 두절되자 통신 유지가 되는 길 건너편의 국군보안사령부로 이동한 후에도 역시 피고인 박준병은 피고인 노태우, 장세동 등과 함께 계속하여 제30경비단장실에 머무르다가 12. 13. 02:00경 도보로 국군보안사령부로 이동하여 보안사령관 비서실에서 상황이 종료될 때까지 대기하다가 피고인 전두환, 노태우 등이 지시하여 동원된 병력이 육군의 정식지휘계통을 제압하고 국방부, 육군본부 등 서울의 주요 지점을 점령하자 같은 날 05:30경 제20사단으로 출발한 사실, 위와 같은 상황이 벌어지고 있는 동안 피고인 박준병은 제30경비단장실에 모인 피고인 등과 함께 있는 자리에서 1979. 12. 12. 20:30경 제20사단 참모장 노충현에게 전화를 걸어 '진도개 하나' 비상이 발령되고 윤성민 차장과 하소곤 육군본부 작전참모부장이 자신을 찾고 있다는 보고를 받고도 부대에 복귀하지 아니하고 그 무렵부터 같은 날 24:00경까지 사이에 약 10분 내지 15분 간격으로 위 참모장을 비롯하여 제20사단의 인사참모, 정보참모, 작전참모, 군수참모, 비서실장 등에게 여러 번 전화를 걸어 부대상황을 알아보는 한편 자신의 육성명령 없이는 부대를 출동하지 말라는 지시를 반복한 사실, 그 후 1979. 12. 14. 저녁 국군보안사령관실 옆 접견실에서 피고인 노태우, 유학성, 황영시, 차규현, 최세창 및 박준병 등이 함께 모여서 좌담회를 하는 자리에서 이번에 가담한 사람끼리 친목회를 만들어 사선을 넘은 각오를 잊지 말고 역사적 기록을 남기기 위해 12. 12. 밤의 사건 및 각

자의 언동 등을 다각적으로 남기자는 취지의 말이 오가고 군의 후속 인사까지 논의한 사실 등이 인정되는데, 이는 기록에 비추어 볼 때 전혀 움직일 수 없는 객관적 사실이다.

② 그럼에도 불구하고 피고인 박준병은 제1심 및 원심법정에서 제30경비단에 도착하기 전은 물론 그곳이나 국군보안사령부에서 다른 피고인 등과 함께 있는 동안 반란의 범의는 없었고 병력동원 상황에 대하여도 잘 알지 못하였으며 단지 육군본부 측에서 자신에 대한 체포명령을 내렸기 때문에 부대에 돌아갈 수 없었고 국가가 위기에 처한 상황에서 군인으로서 집이나 다른 장소로 피할 수도 없었을 뿐이라는 등의 변소를 하고 있다.

③ 그러나 위에서 인정한 사실에 의하면, 피고인 전두환, 노태우가 정승화 총장의 연행 날짜를 정하고 피고인 등과 접촉한 때로부터 피고인들이 제30경비단에 모여서 이 사건 반란의 지휘부로 기능하고 병력을 동원하여 육군의 정식지휘계통을 제압하고 서울의 주요 지점을 점령함으로써 위 반란이 종료할 때까지 뿐만 아니라 위 반란이 성공한 후 피고인 등이 군의 후속 인사 등을 논의하는 좌담회를 할 때까지, 피고인 박준병도 시종 일관하여 다른 피고인들과 행동을 같이 하였다는 것이므로, 피고인 박준병이 이 사건 반란에 가담할 의사가 있었다는 점은 이 사실로 충분히 인정된다. 원래 집단적 범죄에 있어서 범행에 공동가공하여 범행을 실현시킬 의도가 있었는지 여부는 그 범행당시 외부로 표출된 피고인의 행동과 그 당시의 객관적인 상황에 의하여 판별되는 것이지, 그 인정 여부가 피고인의 구차한 변소에 좌우될 일이 아니다.

따라서 다수의견도 피고인 황영시, 차규현, 최세창, 장세동, 허삼수, 이학봉에 대한 반란의 공동의사가 없었다는 상고이유에 대한 판단부분에서 반란의 의사는 외부에 표출된 피고인들의 이 사건 당시의 행동을 근거로 하여 반란의 모의에 참여하였다는 사실을 인정하고 있고, 1979. 12. 12.

당시 제30경비단장실에서 모인 피고인들 중 피고인 박준병과 똑같이 반란 가담의사를 부인하고 있는 피고인 황영시, 차규현 등에 대하여는 그들의 변소를 받아들이지 않고 반란의 범의를 인정하고 있음에도 불구하고, 유독 피고인 박준병에 대하여서만은 그 내심의 의사에 관한 일방적 변소를 받아들여 반란에 가담할 의사가 없었다고 본 것은 온당치 못하다.

④ 그밖에도 기록에 의하면 피고인 전두환은 검찰에서 여러 장군들을 제30경비단에 모이게 하기 이전에도 그들과 여러 번 만나 정승화 총장의 연행·조사의 당위성을 설명한 사실이 있다고 진술하고 있고, 피고인 차규현은 검찰에서 피고인 전두환이 제30경비단장실에서 여러 장군들이 있는 자리에서 정승화 총장의 연행 경위등을 설명하자 거기에 모인 장군들이 만약의 경우 병력을 동원해주기로 다짐하였다고 진술하고 있으며, 피고인 노태우는 검찰 및 제1심에서 1979. 12. 12. 21:00경부터 육군본부의 수뇌부와 장태완 수경사령관 등이 정승화 총장의 원상복귀를 요구하면서 이에 불응할 경우 피고인 등을 진압할 뜻을 표명하는 등 강력한 대응조치의 움직임을 보이는 상황에서 피고인 등은 상대방에 비하여 월등하게 우세한 병력을 동원하여 그들의 대항 의지를 약하게 함으로써 충들을 피하기 위하여 병력을 동원하기로 결정하였고, 제30경비단장실에 함께 있던 피고인 최세창과 공소의 박회도가 부대를 장악하기 위하여 소속 부대로 출발하였지만, 피고인 박준병은 육군본부에서 체포명령이 하달되었고 육군본부 검찰관 권익검이 피고인 박준병을 체포하기 위하여 제20사단 본부에 와 있다는 말이 있었기 때문에 부대에 복귀시키지 못하였으며, 피고인 전두환, 황영시, 차규현 등이 같은 날 21:30경 국무총리 공판에 간 후 제30경비단에 남아 있던 피고인 노태우, 박준병은 상황을 파악하고 있었다고 진술하고 있는바, 위 진술 등에 비추어보더라도 피고인 박준병의 변소는 믿을 바가 못되는 것이다.

⑤ 그리고 피고인 박준병의 반란가담의사가 없었다는 변소를 받아들이기 위한 원심의 사실인정은 역시 기록에 비추어보면 사실과 다르거나 그 평가를 잘못된 것임이 분명하다.

첫째로, 원심은 피고인 박준병이 제20사단을 언제라도 합동수사본부 측을 위하여 동원할 수 있었음에도 불구하고 이를 동원하지 아니하고 피고인 전두환의 동원요청을 거절하였다는 점을 피고인 박준병에게 반란에 가담할 의사를 인정하기 어렵게 하는 사유 중의 하나로 들고 있다.

그러나 기록에 의하면, 피고인 박준병은 1979. 8. 1. 소장으로 진급함과 동시에 제20사단의 사단장으로 부임하여 근무하기 시작한 사실, 제20사단은 1979. 10. 27. 비상계엄이 선포된 직후부터 육군본부 기동예비임무를 부여받고 원래의 주둔지를 떠나 서울에서 중대한 사태가 발생할 경우 육군본부에서 대응조치를 취하는데 즉시 사용할 수 있도록 사단본부와 그 이하의 제61연대가 성남시 소재 육군종합행정학교 구내 문무대에, 제62연대가 서울 상계동 소재 불암산 예비군훈련장에 각 진주하여 3,000여명의 병력이 육군본부의 작전통제를 받고 있었으며, 그 병력 및 차량 100여대가 영내에 대기하며 언제든지 출동할 수 있는 준비를 갖추고 있었던 사실, 1979. 12.12 20:10경 육군참모차장 윤성민은 정승화 총장이 납치된 것으로 판단하고 '진도개 하나' 비상을 발령하고, 같은 날 20:30경 위 윤성민 차장과 하소곤 육군본부 작전참모부장은 만약의 사태에 가장 쉽게 동원할 수 있는 제20사단의 사단장인 피고인 박준병을 찾고 있다가 같은 날 20:40경 피고인 박준병이 정승화 총장을 체포한 합동수사본부 측에 가담하였다는 첩보를 받은 다음에는 제20사단이 합동수사본부 측에 의하여 동원되는 것을 방지하기 위하여 육군종합행정학교장 육군소장 소준열에게 제20사단 본부에 가서 병력출동을 저지하고 부대를 장악하고 피고인 박준병이 나타나면 체포하라고 지시한 사실, 그 지시를 받은 위 소준열은 제20사단 참모장과 제62연대장에게 전화하여 부대를 출동시키지 말 것을 지시한 사실, 육군본부 작전참모부장 하소곤도 제20사단의 참모장과 제

62연대장에게 육군본부의 명령 없이는 부대를 출동시키지 말라고 지시한 사실, 또한 윤성민 차장으로부터 제20사단에 가서 부대상태·가용 여부를 확인하라는 지시를 받은 권익검 육군본부 감찰관이 같은 날 21:30경 제20사단 본부에 도착하고 위 소준열도 그 무렵 도착하여 같은 날 23:00경까지 사단장실에 머물고 있었던 사실, 위 소준열은 종합행정학교로 돌아가면서 참모장에게 사단장이 돌아오면 연금하고 자기에게 연락하도록 지시한 사실, 한편 피고인 박준병은 제20사단의 인사참모 등으로부터 위 소준열이 피고인 박준병을 체포하기 위하여 사단 본부에 와 있다는 보고를 받은 사실 등이 인정된다.

위와 같은 상황에 비추어 보면, 피고인 박준병이 제30경비단장실에서 참모장이나 제62연대장에게 전화로 지시하여 제20사단을 출동시킬 수는 없었다고 보이므로, 피고인 박준병이 언제든지 불암산의 제62연대 등 제20사단의 병력을 합동수사본부 측을 위하여 동원할 수 있었음에도 동원하지 아니하였다고 볼 수는 없다.

한편 기록에 의하면, 피고인 전두환이 1979. 12. 12. 저녁에 제30경비단장실에서 피고인 박준병에게 제20사단을 동원할 수 있는지 여부를 물었을 때 피고인 박준병이 제20사단의 본부에 위 권익검, 소준열이 와서 부대를 장악하고 있어서 어렵다고 답변한 사실은 인정되나, 위에서 본 상황에 비추어볼 때 피고인 박준병의 위와 같은 답변은 당시 합동수사본부 측을 위하여 제20사단을 동원하기 어려운 이유를 설명한 것일 뿐이라고 보이고, 이 사건 반란에 가담할 의사가 없었기 때문에 병력동원 요청을 거절한 것으로 볼 수 없음에도 불구하고, 이러한 설명을 병력동원요청 거절의 의사표시로 본 원심의 판단은 당시의 상황을 전혀 사실과 달리 잘못 판단한 것임이 분명하다.

둘째로 원심은 또한 피고인 박준병이 제30경비단에 있으면서도 합동수사본부 측을 위하여 뚜렷하게 기여한 바가 없었다는 점도 피고인 박준병에게 이 사건 반란에 가담할 의사가 있었다고 보기 어렵게 하는 사유로 들

고 있다. 그러나, 병력의 주둔지·규모 및 그 준비상태로 볼 때 수도권에서 일어나는 반란 등 비상사태에 대하여 육군본부의 명령에 따라 가장 신속하고도 효과적으로 대처할 수 있는 제20사단의 사단장인 피고인 박준병이 육군의 정식지휘계통이나 그의 지시를 받고 부대를 장악하기 위하여 제20사단 본부에 와 있는 위 소준열 및 권익검에게는 아무런 연락도 없이 제30경비단에 모인 다른 피고인들과 함께 있는 자리에서 제20사단의 참모들에게 계속 전화를 하여 자신의 육성명령 없는 부대출동 금지의 지시를 반복한 행위는 육군의 정식지휘계통으로 하여금 제20사단의 병력동원을 포기하게 함으로써 이 사건 반란에 대한 신속한 대응조치를 차단하는 한편, 나머지 피고인들이 안심하고 반란을 계속 추진할 수 있도록 해준 것으로서 이 사건 반란을 위하여 기여하였다고 보지 않을 수 없다.

(2) 피고인 전두환, 노태우의 지휘관계엄지역수소이탈 및 불법진퇴의 점

(가) 개요

검찰은 ① 제33헌병대 육군중령 최석립이 경북군 구내 주둔 수경사 제33헌병대 3개 제대 병력을 인솔하고 서울 용산구 한남동 소재 총장공관을 점거한 행위, ② 제1공수여단장 박희도가 서울 강서구 공항동 소재 제1공수여단 연병장에서 병력 1,500여명을 인솔하고 나와 육본 건물과 국방부 청사를 점령한 행위, ③ 제3공수여단장 육군중장 피고인 최세창이 서울 송파구 거여동 소재 제3공수여단 연병장에서 2개 제대 병력 600여명을 인솔하고 경북공으로 진주한 행위, ④ 제5공수여단장 육군준장 장기오가 인천 북구 부평동 소재 제5공수여단 연병장에서 병력 481여명을 인솔하고 용산의 삼각지에 도착하였다가 이미 육군본부와 국방부가 제1공수여단에

의하여 점령된 뒤이므로 다시 효창운동장으로 이동하여 진주한 행위, ⑤ 제9사단 제29연대장 육군대령 이필섭이 경기 고양군 벽제읍 소재 제29연대 연병장에서 병력 1,300여명을 인솔하여 중앙청으로 진주한 행위에 대하여 피고인 전두환과 노태우를 지휘관계업무지역수소이탈죄 및 불법진퇴죄로 기소하였다.

이에 대하여 제1심 법원은 모두 유죄를 선고하였으나, 항소심에서 지휘관계업무지역수소이탈 및 불법진퇴는 이 사건 반란의 진행과정에서 그에 수반하여 일어난 것으로서 반란 자체를 실행하는 전형적인 행위에 해당되므로 반란죄에 흡수되어 별죄를 구성하지 아니한다는 이유로 무죄가 선고되었다.

(나) 대법원 판결의 요지

1) 다수 의견

위 피고인들이 공모하여, 지휘관 이필섭으로 하여금 제9사단 제29연대, 제30연대 병력을, 지휘관 송용섭으로 하여금 제30사단 제90연대 병력을 각 인솔하고 각 그 부대의 주둔지에서 이탈하여 서울지역으로 이동하게 한 것은 각 지휘관업무지역수소이탈죄 및 불법진퇴죄의 구성요건에 해당하고, 지휘관 장기로 하여금 제5공수여단 병력을, 지휘관 이상규로 하여금 제2기갑여단 제16전차대대 병력을 각 그 부대의 주둔지에서 서울지역으로 이동하게 한 것은 각 불법진퇴죄의 구성요건에 해당하나, 위 각 지휘관업무지역수소이탈 및 불법진퇴는 이 사건 반란의 진행과정에서 그에 수반하여 일어난 것으로서, 반란 자체를 실행하는 전형적인 행위라고 인정되므로 반란죄에 흡수되어 별죄를 구성하지 아니한다.

2) 대법관 이용훈의 소수 의견

일반적으로 범조경합 중 흡수관계의 한 형태로 보고 있는 전형적 또는 불가벌적 수반행위라고 함은, 행위자가 특정한 죄를 범하면 비록 논리 필연적인 것은 아니지만 일반적·전형적으로 다른 구성요건을 충족하고 이때 그 구성요건의 불법이나 책임의 내용이 주된 범죄에 비하여 경미하기 때문에 처벌이 별도로 고려되지 않는 경우를 말하는 것이다. 따라서 전형적 수반행위가 주된 범죄에 흡수된다는 법리를 인정할 수 있다고 하더라도, 일반적·전형적 수반관계에 있다는 이유만으로 원래 가벌적인 행위의 불법 및 책임을 제대로 평가하지 않아도 되는 것은 아니다. 수반행위가 주된 범죄에 흡수된다고 보려면 적어도 수반행위의 불법이나 책임의 내용을 주된 범죄의 그것에 함께 포함시켜 평가하여도 부족함이 없기 때문에 수반행위의 반가치를 별도로 평가하지 않아도 무방한 경우에 한정하여야 할 것이다.

그런데, 반란죄에 있어서의 반란이란 다수의 군인이 넓은 의미에서의 폭행·협박을 수단으로 국권에 반항하는 행위를 모두 포함하는 구성요건이므로 반란행위는 상황에 따라 여러 가지 다양한 형태로 나타날 수 있다. 한편 불법진퇴란 전시·사변 또는 계엄지역에 있어서 지휘관이 권한을 남용하여 부득이한 사유 없이 부대를 진퇴시키는 행위를 가리키고, 지휘관 업무지역수소이탈은 계엄지역에서 지휘관이 부대를 인솔하여 정당한 이유 없이 수소를 이탈하는 행위를 가리키는 것이다. 따라서 반란이 전시·사변 또는 계엄지역에서 지휘관이 가담한 가운데 발생하는 것이 일반적이라거나 전형적이라고 보기 어렵다. 반란에는 일반적·전형적으로 지휘관의 불법진퇴행위나 계엄지역수소이탈행위가 수반된다고 할 수도 없다. 만일 이 사건과 같이 계엄지역에서 부대의 지휘관이 가담하여 일어난 반란의 경우에는 지휘관의 불법진퇴행위나 계엄지역수소이탈행위가 통상적으로 수반된다고 하여 불법진퇴나 지휘관업무지역수소이탈이 반란에 흡수된다고 한다면, 이는 범죄행위의 수반성 여부를 일반적·추상적으로 판단하지 않고 구체적이고 개별적인 범행 상황을 전제하고서 판단하는 것으로

서, 수반행위를 너무 넓게 인정하는 경향으로 치우치게 되어 구체적이고 개별적인 행위의 반가치에 따라 죄책 및 형벌을 개별화하고 있는 형사법의 기본원칙에 어긋나는 결과에 이를 것이다.

더욱이, 불법진퇴죄는 군의 지휘기강의 질서를, 지휘관수소이탈죄는 군의 수소근무라는 중요한 직무의 기능을 보호법익으로 하는 것으로서 일반적으로 국권에 대한 침해의 방지를 목적으로 하는 반란죄와는 그 보호법익도 서로 다르다. 그리고 불법진퇴죄의 법정형은 반란죄의 모의참여자·지휘자·기타 중요임무종사자와 마찬가지로 사형·무기 또는 7년 이상의 징역이나 금고이고, 지휘관계업무지역수소이탈죄의 법정형도 사형·무기 또는 5년 이상의 징역이나 금고인 점을 고려하면, 설사 지휘관의 불법진퇴행위나 계엄지역수소이탈행위는 그것이 반란에 수반되어 오로지 반란의 실행을 위하여 행하여진 것이라고 하더라도, 그 불법이나 책임의 내용이 반란죄에 흡수하여 평가되어도 무방할 만큼 경미하다고 생각되지 아니한다. 오히려 반란죄에 흡수하여 평가되어서는 아니될 중대한 범죄라고 생각된다.

결국 지휘관의 불법진퇴행위나 계엄지역수소이탈행위는, 반란죄에 일 반적·전형적으로 수반되는 관계에 있다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 그 불법이나 책임 내용을 반란죄에 흡수하여 평가할 수 없는 고유하고도 중대한 반가치가 있는 범죄라고 하지 않을 수 없다. 따라서 이 사건에서 지휘관의 위 불법진퇴행위와 계엄지역수소이탈행위가 반란에 수반되어 그 실행을 위하여 행하여진 것이라고 하여 반란죄에 흡수된다고 볼 수는 없고, 각각 별도의 죄가 성립한다고 봄이 상당하다.

(3) 피고인 전두환, 노태우의 초병살해, 상관살해미수, 살인의 점

(가) 개요

검찰은 육본 건물과 국방부 청사를 점령하는 과정에서 국방부 초소에 근무하는 초병 육군병장 정선엽에게 총격을 가하여 살해한 행위에 대하여 피고인 전두환을 초병살해죄로, 장태완 수경사령관을 체포하는 과정에서 육본 작전참모부장 육군소중 하소곤을 살해하려고 하였으나 미수에 그친 행위에 대하여 피고인 전두환과 노태우를 상관살해미수죄로, 정병주 특전사령관을 체포하는 과정에서 그 비서실장 육군소령 김오랑을 살해하고, 정병주를 살해하려고 하였으나 미수에 그친 행위에 대하여 피고인 노태우를 살인죄 및 상관살해미수죄로 각 기소하였고, 제1심 법원에서는 모두 유죄가 선고되었다.

그러나 항소심에서 반란의 와중에 벌어진 살인행위는 반란의 한 구성요소를 이루고 있으므로 이를 반란에 흡수시켜 반란과 함께 처벌되는 것으로 보아야 하고 다만 반란의 수괴 또는 모의참여자 등에 의하여 특정인 또는 특정된 범위 내의 사람을 직접 대상으로 하여 그에 대한 살해가 명시적 또는 묵시적으로 지시되거나 용인된 경우에는 이러한 살해행위는 반란에 흡수될 수 없고 살인의 별죄를 구성한다고 할 것인데, 위의 경우에는 피고인 전두환과 노태우가 살해를 사전에 지시하거나 용인하였다고 볼 증거가 없다는 이유로 무죄가 선고되었다.

(나) 대법원 판결의 요지

반란죄는 다수의 군인이 작당하여 넓은 의미의 폭행·협박으로 국권에 저항하는 과정에서 상황에 따라 벌어질 수 있는 살인, 약탈, 파괴, 방화, 공무집행방해 등 각종의 범죄행위를, 반란에 가담한 자들이 개별적으로 인식 또는 용인하였는지의 여부에 관계없이, 하나의 반란행위로 묶어 함께 처벌하는 데에 그 특질이 있는 집단적 범죄이므로, 반란에 가담한 자는 그에게 반란에 대한 포괄적인 인식과 공동실행의 의사만 있으면 반란을 구성하는 개개의 행위인 살인, 약탈, 파괴 등에 대하여 개별적으로 지시하

거나 용인한 일이 없다고 하더라도, 살인 등 반란을 구성하고 있는 행위의 전부에 대하여 반란죄의 정범으로서 책임을 진다고 할 것이다.

한편 반란에 가담한 자 중에서 반란을 구성하고 있는 특정의 살인행위를 직접 실행하지 아니하였다고 하더라도, 그 살인행위를 개별적으로 지시하거나 용인하는 등 공동실행의 의사가 있는 자는 그 살인행위에 대하여 반란죄와는 별도로 살인죄의 책임도 져야 할 것이나, 그 살인행위에 대한 공동실행의 의사가 있다고 인정되지 아니하는 자는 그 살인행위에 대하여 반란죄의 책임 이외에 별도로 살인죄의 책임을 지을 수는 없다고 할 것이다.

그렇다면 위 피고인들이 지시하거나 용인하였다고 인정할 만한 증거가 없는 위 정선엽의 살해, 위 하소곤의 살해미수의 각 행위는 위 피고인들에 대한 관계에서 초병살해죄, 상관살해미수죄를 구성할 수 없고, 피고인 노태우가 지시하거나 용인하였다고 인정할 만한 증거가 없는 위 정병주에 대한 살해미수, 위 김오랑에 대한 살인의 각 행위는 위 피고인에 대한 관계에서 상관살해미수죄, 살인죄를 구성할 수 없으며, 각각 이 사건 반란행위의 일부를 구성할 뿐이다.

(4) 피고인 박종규, 신윤희에 대한 반란중요임무종사죄 성립 여부

제1심 법원은 피고인 박종규와 신윤희를 반란중요임무종사죄로 유죄를 선고하였다.

그런데 항소심은 연속된 반란행위의 도중에 공동정범으로 범행에 가담한 자는 비록 그가 그 범행에 가담할 때에 이미 이루어진 중전의 범행을 알았다고 하더라도 그가 가담 이후의 범행에 대하여만 공동정범으로 책임을 지는 것이라고 할 것이고, 비록 이 사건 피고인들의 반란행위 전체가 포괄하여 하나의 죄가 된다고 할지라도 피고인 박종규, 신윤희에게 그가담 이

전의 반란행위에 대하여서까지 책임을 물을 수 없다는 이유로, 반란중요 임무종사죄에 대하여는 무죄를 선고하고 반란살상죄만을 인정하였다.

이에 대하여는 검찰이 상고하지 않았으므로 항소심 판결이 그대로 확정되었고 이 부분에 대한 대법원의 판단은 내려지지 않았다.

3. 판결에 대한 평석

(1) 피고인 박준병에 대한 무죄의 부당성

(가) 피고인 박준병이 이 사건 반란에 가담할 의사가 있었는지 여부

피고인 전두환, 노태우가 정승화 총장의 연행 날짜를 정하고 피고인 등과 접촉한 때로부터 피고인등이 제30경비단에 모여서 이 사건 반란의 지휘부로 기능하고 병력을 동원하여 육군의 정식지휘계통을 제압하고 서울의 주요 지점을 점령함으로써 위 반란이 종료할 때까지 뿐만 아니라 위 반란이 성공한 후 피고인등이 군의 후속 인사 등을 논의하는 좌담회를 할 때까지, 피고인 박준병도 시종 일관하여 다른 피고인들과 행동을 같이 하였다는 것은 명백한 사실이다.

그렇다면 피고인 박준병이 이 사건 반란에 가담할 의사가 있었다는 점은 이와 같은 객관적 사실로 충분히 인정된다고 하여야 한다. 그럼에도 불구하고 대법원의 다수의견은 피고인 박준병 자신은 제30경비단에 도착하기 전은 물론 그후 다른 피고인들과 함께 있는 동안에도 반란의 범의는 없었고 단지 육군본부 측에서 자신에 대한 체포명령을 내렸기 때문에 부대에 돌아갈 수 없었고 국가가 위기에 처한 상황에서 군인으로서 집이나 다른 장소로 피할 수 없었으므로 다른 피고인들과 함께 있었을 따름이었다는 피고인 박준병의 일방적인 변명만을 받아들여 반란의 범의를 인정하지

아니하였는바, 소수의견이 실시하고 있는 바와 같이 집단적 범죄에 있어서 범행에 공동가공하여 범행을 실현시킬 의도가 있었는지 여부는 그 범행 당시 외부로 표출된 피고인의 행동과 그 당시의 객관적인 상황에 의하여 판별되는 것이지 그 인정 여부가 피고인의 구차한 변소에 의하여 좌우될 일은 아니라고 하여야 한다.

따라서 피고인 박준병이 반란에 가담할 의사가 없었다고 판단하고 무죄를 선고한 것은 명백히 부당하다.

(나) 피고인 박준병이 불암산의 제62연대를 합수부 측을 위하여 동원할 수 있었음에도 불구하고 동원하지 아니하였는지 여부

당시 윤성민 차장은 정승화 총장이 납치된 것으로 판단하고 '진도개 하나' 비상을 발령하고, 만약의 사태에 가장 쉽게 동원할 수 있는 제20사단의 사단장인 피고인 박준병을 찾고 있다가 피고인 박준병이 정승화 총장을 체포한 합동수사본부 측에 가담하였다는 첩보를 받은 다음에는 제20사단이 합동수사본부 측에 의하여 동원되는 것을 방지하기 위하여 육군종합행정학교장 육군소장 소준열에게 제20사단 본부에 가서 병력출동을 저지하고 부대를 장악하고 피고인 박준병이 나타나면 체포하라고 지시하였다. 이에 소준열 육군종합행정학교장은 제20사단 참모장과 제62연대장에게 전화하여 부대를 출동시키지 말 것을 지시하였고, 육군본부 작전참모부장 하소곤도 제20사단의 참모장과 제62연대장에게 육군본부의 명령 없이는 부대를 출동시키지 말라고 지시하였다. 또한 윤성민 차장으로부터 제20사단에 가서 부대상태·가용 여부를 확인하라는 지시를 받은 권익검 육군본부 감찰관이 소준열 육군종합행정학교장과 같이 제20사단 본부 사단장실에 머물고 있었고, 그 후 소준열은 종합행정학교로 돌아가면서 참모장에게 사단장이 돌아오면 언급하고 자기에게 연락하도록 지시하였다. 한편 피고인 박준병은 제20사단의 인사참모 등으로부터 위 소준열이 피고인 박

준병을 체포하기 위하여 사단 본부에 와 있다는 보고를 받아 알고 있었다.

그렇다면 이와 같은 당시의 상황에 비추어볼 때 피고인 박준병은 제30경비단장실에서 참모장이나 제62연대장에게 전화로 지시하여 제20사단을 출동시키는 것 자체가 불가능하였다고 할 것이다. 따라서 대법원이 피고인 박준병이 불암산에 주둔하고 있던 제62연대 병력을 동원할 수 있었음에도 불구하고 동원하지 않았다고 판단한 것은 명백한 사실오인이다.

(다) 피고인 박준병이 제30경비단에 남아 있으면서도 반란집단을 위하여 뚜렷하게 기여한 바가 없었는지 여부

당시의 병력 주둔지·규모 및 그 준비상태로 볼 때 수도권에서 일어나는 반란 등 비상사태에 대하여 육군본부의 명령에 따라 가장 신속하고도 효과적으로 대처할 수 있는 부대가 바로 제20사단이었다고 할 것이다. 그런데 제20사단의 사단장인 피고인 박준병은 육군의 정식지휘계통이나 그의 지시를 받고 부대를 장악하기 위하여 제20사단 본부에 와 있는 소준열 육군종합행정학교장과 권익검 육군본부 감찰관에게는 아무런 연락도 없이 제30경비단에 모인 다른 피고인들과 함께 있는 자리에서 제20사단의 참모들에게 계속 전화를 하여 자신의 육성명령 없는 부대출동 금지의 지시를 반복하였다.

그렇다면 이와 같은 피고인 박준병의 행위는 육군의 정식지휘계통으로 하여금 제20사단의 병력동원을 포기하게 함으로써 이 사건 반란에 대한 신속한 대응조치를 차단하는 한편, 나머지 피고인들이 안심하고 반란을 계속 추진할 수 있도록 해준 것으로서 이 사건 반란을 위하여 상당한 기여를 한 것으로 보아야 할 것이다.

따라서 대법원의 다수의견이 피고인 박준병이 제30경비단의 모임에 참석하고 부대에 복귀하지 아니한 채 참모들에게 부대를 잘 장악하고 자신의 육성지시 없이는 부대출동을 하지 말라고 지시한 사실을 인정하면서도

이를 가지고 바로 피고인 박준병이 제30경비단에서 반란지휘부에 참여하고 반란의 범의를 가지고 육군 정식지휘계통의 제20사단 부대장악을 저지, 방해한 것으로 볼 수는 없다고 판단한 것은 명백한 모순이라고 하지 않을 수 없다.

(라) 이상 본 바와 같이 피고인 박준병은

이 사건 반란에 가담할 의사를 가지고 제30경비단 모임에 참석하여 그 후 계속 다른 피고인들과 함께 행동하였으며, 육군 정식지휘계통의 제20사단 부대장악을 저지, 방해함으로써 반란의 중요임무에 종사한 경우에 해당한다고 할 것이다.

따라서 피고인 박준병에 대하여 무죄를 선고한 것은 명백히 부당하고, 대법원의 소수의견이 지적하는 바 그대로 대법원은 이 부분에 대한 원심 판결을 파기하고 유죄를 선고하였어야 옳았다고 할 것이다.

(2) 지휘관계업무수소이탈죄 및 불법진퇴죄의 반란죄에의 흡수 여부

대법원의 다수의견은 피고인 전두환과 노태우에 대한 지휘관계업무수소이탈 및 불법진퇴의 점은 이 사건 반란의 진행과정에서 그에 수반하여 일어난 것으로서, 반란 자체를 실행하는 전형적인 행위라고 인정되므로 반란죄에 흡수되어 별죄를 구성하지 아니한다고 판단하였다.

법조경합 중 흡수관계의 한 형태로 보고 있는 전형적 또는 불가별적 수반행위에 해당하는 것으로 보려면 적어도 수반행위의 불법이나 책임의 내용을 주된 범죄의 그것에 함께 포함시켜 평가하여도 부족함이 없기 때문에 수반행위의 반가치를 별도로 평가하지 않아도 무방한 경우이어야 할 것이다.

그런데 불법진퇴란 전시·사변 또는 계엄지역에 있어서 지휘관이 권한을 남용하여 부득이한 사유 없이 부대를 진퇴시키는 행위를 가리키고, 지휘관계업무수소이탈은 계엄지역에서 지휘관이 부대를 인솔하여 정당한 이유 없이 수소를 이탈하는 행위를 말하는바, 만일 대법원의 다수의견과 같이 지휘관계업무수소이탈죄와 불법진퇴죄가 반란 자체를 실행하는 전형적인 행위인 것으로 인정하게 되면, 역으로 반란죄는 계엄상황 하에서만 가능하게 된다는 결과에 이르고 만다.

그러나 반란행위라는 것은 다양한 상황 속에서 여러 가지 형태로 나타날 수 있는 것이지 계엄상황에서만 가능한 것이 아님은 그 어느누구도 부인하지 못할 것이다. 즉 반란이 계엄지역에서 지휘관이 가담한 가운데 발생하는 것이 일반적이라거나 전형적이라고 보기는 어렵고, 따라서 반란에는 일반적·전형적으로 지휘관의 불법진퇴행위나 계엄지역수소이탈행위가 수반된다고 할 수는 결코 없는 것이다.

따라서 대법원이 지휘관계업무수소이탈죄 및 불법진퇴죄는 반란죄에 흡수되어 별죄를 구성하지 않는다고 판단한 것은 잘못이며, 대법관 이용훈이 소수의견으로 지적하는 바와 같이 이 사건에서 지휘관의 불법진퇴행위와 계엄지역수소이탈행위가 반란에 수반되어 그 실행을 위하여 행하여진 것이라고 하더라도 반란죄에 흡수된다고 볼 수는 없고, 각각 별도의 죄가 성립하는 것으로 보는 것이 옳다고 할 것이다.

(3) 초병살해, 상관살해미수, 살인죄에 대한 무죄의 부당성

(가) 죄수에 관하여

검찰은 이 부분에 관한 상고이유의 하나로 항소심 법원이 반란 과정에서 이루어진 살상행위에 대하여 개별적으로 직접 지시하거나 용인할 일이 없었다면 그 살인 등의 개별행위에 대하여 별도로 살인등의 죄책을 지는 것

은 아니고 이를 반란에 흡수시켜 반란과 함께 처벌되는 것으로 보아야 할 것이라고 판단한 것은 반란죄와 그 과정에서 이루어진 살인죄등은 상상적 경합관계에 있음에도 불구하고 이를 흡수관계에 있는 것으로 잘못 파악한 법리오해를 범하였다고 주장하였다.

그런데 항소심 판결과 대법원 판결의 내용을 살펴보면 반란죄와 살인죄 등의 상상적 경합관계를 부정하고 있는 것으로는 보여지지 않는다. 오히려 상상적 경합관계에 있음을 전제로 하고 있고, 다만 반란죄와 살인죄 등이 상상적 경합관계에 있다고 하더라도 살인죄 등이 성립하려면 피고인들이 살인행위를 직접 실행하였거나 아니면 그 살인행위를 개별적으로 지시하거나 용인하는 등의 공동실행의 의사가 있어야만 가능하다는 것을 실시하고 있는 것인데 이는 당연한 법리라고 할 것이다.

따라서 이 부분 항소심 판결의 내용이 반란죄와 살인죄 등의 상상적 경합관계를 부정하고 양자를 흡수관계에 있는 것으로 판단한 것이라는 검찰의 주장은 판결의 내용을 곡해한 데에 따른 것으로 보인다.

(나) 피고인들이 살인행위를 지시하거나 용인한 바 없었는지 여부

1) 정선엽에 대한 초병살해의 점

피고인 전두환과 노태우가 박희도 제1공수여단장에게 국방부와 육본을 점령하고 노재현 국방부장관을 연행하라고 지시한 당시의 상황은 육본측 지시에 의하여 제9공수여단이 국방부와 육본으로 출동하고 수경사 병력의 제30경비단 공격이 임박한 상황이었다. 그렇다면 이와 같은 당시의 상황에 비추어볼 때 제1공수여단이 육본 측의 제9공수여단에 대응하여 먼저 국방부와 육본을 점령하기 위해서는 경험척상 무장병력 상호간의 충돌이 당연히 예상되고 피고인들도 그러한 사정을 인식하고 박희도에게 그와 같은 지시를 한 사실을 충분히 인정할 수 있다고 할 것이다. 따라서 당시 피

고인 전두환과 노태우는 국방부와 육본의 점령을 저지하는 경비병력을 살해하는 것을 당연히 용인하였다고 보아야 한다.

따라서 피고인 전두환과 노태우는 정선엽에 대한 초병살해의 죄책을 면할 수 없다고 할 것인바, 법원이 당시 위 피고인들이 그와 같은 살인행위에 대하여 개별적으로 지시하거나 용인하였다고 볼 수 없다고 판단한 것은 채증법칙에 위배된 명백한 사실오인으로서 부당하다고 아니할 수 없다.

2) 하소곤에 대한 상관살해미수의 점

피고인 전두환이 조홍 수경사 헌병단장을 통하여 피고인 신윤희에게 장태완 수경사령관을 체포하고 육본측 장성들의 무장을 해제하라고 지시한 때에는 앞에서 본 바와 같이 박희도 제1공수여단장에게 국방부와 육본을 점령하라고 지시할 무렵이었다. 그리고 피고인 노태우는 피고인 전두환이 위와 같은 지시를 하기 전에 이미 수경사 작전보좌관 김진선에게 장태완의 체포를 지시하였고 유혈사태를 예상하고 가능하면 유혈사태가 없도록 하라고 당부하기까지 하였다.

그렇다면 피고인 전두환과 노태우가 장태완 수경사령관을 체포하고 육본측 장성들을 무장해제시키는 문제에 대하여 공모한 것은 분명하고, 당시 상황은 급박하게 전개되어 유혈사태가 충분히 예상되는 시점이었으므로 피고인 전두환과 노태우는 그와 같은 지시를 함에 있어서 그 과정에서 유혈사태가 발생하는 것 또한 용인하였다고 보아야 할 것이다.

따라서 피고인 전두환과 노태우는 하소곤에 대한 상관살해미수의 책임 또한 면할 수 없다고 할 것이고, 법원이 이에 관하여도 위 피고인들이 당시 그와 같은 살인행위에 대하여 개별적으로 지시하거나 용인하였다고 볼 수 없다고 판단하여 무죄를 선고한 것 역시 부당하다고 보인다.

3) 김오랑에 대한 살인 및 정병주에 대한 상관살해미수의 점

법원은 피고인 전두환에 대하여는 정병주 특전사령관의 체포와 관련하여 상관살해미수 및 살인죄를 인정하면서도 피고인 노태우에 대하여는 단지 피고인 전두환이 피고인 최세창에게 정병주를 체포하라고 지시하는 자리에 같이 있지 않았다는 이유로 무죄를 선고하였다.

이에 대하여 검찰은 상고이유로 밝히기를 피고인 노태우는 피고인 전두환과 사전에 충분한 논의를 거쳐 구체적인 계획을 수립하고 이 사건 반란을 일으켰는데, 그 과정에서 필연적으로 예상되는 총기의 사용으로 인하여 사람들이 살해될 가능성이 있음을 당연히 인식하고 이를 용인하면서 필요시에는 총기를 사용하기로 결심하였음이 경험칙상 명백하다고 하여야 하며, 따라서 피고인 노태우는 이 사건 반란의 모의단계에서부터 반란을 저지하려고 하거나 장애가 되는 사람에 대하여는 필요하다면 살해할 수도 있다는 미필적 고의가 있었다고 보아야 하며 이와 같은 반란의 모의 및 결정 과정에서 이미 앞으로 발생할지도 모르는 인명살상의 결과를 용인하였던 것으로 보아야 한다고 주장하였다.

그런데 특정의 살인행위를 구체적이고 개별적으로 지시하거나 용인하는 경우에 한하여 살인죄가 성립되고 포괄적이고 추상적인 용인만으로는 살인죄의 죄책을 물을 수는 없다고 한다면 피고인 노태우에 대하여는 당시 피고인 전두환이 정병주 특전사령관의 체포를 지시하는 과정에 참여한 사실이 없다면 공동실행의 의사가 있었다고 하기는 힘들다고 보여진다.

한편 반란과정에서 유혈사태가 발생 수 있음을 충분히 예상하고 있었고 반란을 저지하거나 장애가 되는 사람에 대한 인명살상행위에 대한 용인은 비단 피고인 전두환과 노태우 뿐만 아니라 이 사건 반란의 모의에 참여한 여타의 다른 피고인들도 마찬가지라고 할 것이다. 따라서 다른 피고인들에 대하여는 살인 등의 책임을 물어 기소하지 아니한 검찰이 피고인 노태우에 대하여만 그와 같은 주장을 하는 것은 자기모순으로서 자가당착이라

는 비판을 면할 수 없다고 할 것이다.

4) 피고인 박종규, 신윤희에 대한 반란중요임무종사죄에 대한 무죄의 타당성 여부

항소심 법원이 연속된 반란행위의 도중에 공동정범으로 범행에 가담한 자는 비록 그가 그 범행에 가담할 때에 이미 이루어진 종전의 범행을 알았다고 하더라도 그 가담 이후의 범행에 대하여만 공동정범으로 책임을 지는 것이라고 할 것이고, 비록 이 사건 피고인들의 반란행위 전체가 포괄하여 하나의 죄가 된다고 할지라도 피고인 박종규와 신윤희에게 그 가담 이전의 반란행위에 대하여서까지 책임을 물을 수 없다는 이유로, 반란중요임무종사죄에 대하여는 무죄를 선고하고 반란살상죄만을 인정하였음은 앞에서 본 바와 같다.

이는 포괄일죄의 일부에 정범으로 가담한 자에 대하여 그 가담 후의 사실에 대해서만 공동정범의 성립을 인정하고 있는 종전 대법원 판례(1982. 6. 8. 선고 82도 884 판결)의 입장과 궤를 같이하는 것이고, 검찰이 이 부분에 대하여는 상고를 하지 않은 이유도 여기에 있지 않나 생각된다.

학설상으로는 공동정범에 있어서 공동의 의사가 사전에 있을 것을 요하지 않는 이상 행위 도중에 공동의사가 성립한 경우에도 공동정범의 성립을 인정하여야 하며, 따라서 범죄가 종료되기 이전에 개입한 자는 전체 범행에 대한 공동정범으로서 책임을 져야 한다는 이른바 승계적 공동정범을 인정하는 입장에서는 이 사건에서도 피고인 박종규와 신윤희에 대하여 반란중요임무종사죄로 처벌하여야 옳다고 할 터이나, 승계적 공동정범을 부정하는 입장에서는 위 피고인들에 대하여 반란중요임무종사죄를 인정하지 않고 반란살상자로서만 처벌한 것이 타당한 것으로 받아들여질 것이다.

내란죄의 종료시기 - 공소시효의 기산점

차지훈

1. 머리말

5.17 비상계엄확대를 전후하여 시작된 피고인들의 내란은 언제 종료되었다고 할 수 있는가? 이는 피고인들이 내란혐의로 고소·고발된 이후 대법원 판결이 나올 때까지 이 건 내란죄에서 가장 다툼이 많았던 문제 중 하나이다. 특히, 검찰의 불기소처분과 이에 대한 헌법재판소의 결정이 임박하였을 무렵 이 건 내란의 종료시기는 공소시효의 완성 여부와 관련하여 매우 뜨거운 논점이였다. 그러나 공소시효문제가 5.18 민주화운동 등에 관한 특별법에 의하여 사실상 해결된 이후에는 공소시효의 기산점이 되는 내란의 종료시기문제는 법이론적으로는 여전히 치열한 논쟁이 계속되었지만 현실적으로 그다지 큰 의미가 있는 것은 아닌 문제로 보였다. 왜냐하면 비록 이 건 내란에서 특별법의 제정 전에 공소시효가 완성되었다고 하더라도 특별법이 이 건 내란죄의 공소시효는 1993. 2. 24.부터 시작한다고 규정하고, 헌법재판소가 특별법이 위헌이 아니라고 선언하였기 때문이다. 그러나 2심은 이 건 내란의 종료시기를 6.29 선언시라고 하고 그 전제로서 내란세력에 저항하는 국민의 시위를 진압하는 행위를 폭동행위라고 판단하였다. 2심의 이와 같은 판단은 내란의 종료시기가 단순히 공소시효의 기산점으로서의 역할에 그치는 것이 아니라 폭동행위를 통하여 정권을 장악하고 제5공화국과 제6공화국을 이끌어왔던 피고인들의 행위에 대해

여 어느 시점까지의 행위를 불법행위, 즉 폭동행위라고 볼 수 있는가를 판단하게 함으로써, 그 결론에 따라 폭동행위에 맞서 싸웠던 수많은 국민들의 저항행위의 정당성을 확인하고, 국가와 사회로 하여금 폭동행위로 인한 희생에 대한 적절한 보상조치를 취할 수 있게 하는 하나의 법적 논거로 될 수 있다는 점을 일깨워주고 있다. 이러한 점에서 이 건 내란의 종료시기는 여전히 현재적 의미를 갖고 있다고 할 것이다.

2. 내란죄의 기수시기와 내란의 종료시기의 관계(상태범인가 계속범인가)

가. 공소시효는 범행행위가 종료한 때로부터 시작한다(형사소송법 제252조 제1항). 범행의 종료시란 구성요건에 의하여 보호되는 보호법익에 대한 손상이 실제로 행위자가 원하는 범위 내로 들어갔을 때를 의미하므로 행위가 범죄구성요건을 충족하는 경우를 의미하는 기수와는 다른 개념이다.¹⁾ 실행행위가 시간적인 계속을 필요로 하지 않는 즉시범 또는 상태범은 범행의 종료가 기수와 일치되지만²⁾ 실행행위의 시간적 계속이 요구되는 계속범의 경우 범익침해행위가 종료되어야 범행이 종료되므로 기수와 범행의 종료시기가 일치되지 않는다.³⁾

나. 이 건 내란죄의 경우 기수시기와 내란의 종료시기는 서로 분리되는

1) 이형국, 『형법총론』, p.260

2) 즉시범이나 상태범의 경우 실행행위가 시간적으로 계속될 필요가 없으며, 일정한 행위 객체를 침해 또는 위태화시킴으로써 범죄가 기수에 이르면 동시에 가벌적 행위도 종료된다. 따라서 기수와 범행의 종료사이에 시간적인 간격이 필요 없고, 상태범의 경우 기수 이후의 행위는 불가벌적인 사후행위가 된다. : 김일수, 『한국형법 I (총론상)』, pp.363~364.

3) 이재상, 『형사소송법』, p.390

것인가? 피고인들은 1심 이래 계속하여 비상계엄확대가 폭동행위에 해당된다면 내란죄는 위법범이며 즉시범의 성격을 갖고 있으므로 비상계엄선포행위로서 내란죄는 기수에 달하고 동시에 범행도 종료되는 것으로 보아야 한다고 주장하였다. 이는 내란죄의 구성요건행위인 폭동행위가 시간적 계속을 요하는 것인가 아닌가, 즉 내란죄가 상태범 또는 즉시범인가 아니면 계속범인가의 문제가 된다.

다. 이에 대하여서는 대법원은 내란죄는 다수인이 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭동을 하였을 때 내란의 구성요건이 완전히 충족되는 상태범⁴⁾으로서 이를 계속범으로 본 2심의 판단은 잘못되었다고 하고 내란죄는 그 구성요건의 의미내용 그 자체가 목적에 의하여 결합된 다수의 폭동을 예상하고 있는 범죄이므로 내란자들에 의하여 계획된 국헌문란의 목적을 위하여 행하여진 일련의 폭동행위는 단일한 내란죄의 구성요건을 충족한다고 하면서 이 건 내란행위는 비상계엄 해제시에 종료되었다고 하였다. 그러나 대법원이 내란죄를 상태범으로 보면서 이 건 내란의 종료시기를 비상계엄 해제시로 본 것은 납득이 되지 않는다. 왜냐하면 상태범은 구성요건의 충족, 즉 기수와 동시에 가벌적 행위도 종료되는 것이고, 그 후의 행위는 이른바 불가벌적 사후행위가 되기 때문이다.⁵⁾ 더욱이 대법원이 이 건 내란행위를 1심과 같이 포괄일죄로 보지 않고 단순일죄로 보고, 그 범익의 침해정도를 위법범으로 본다면 비상계엄확대로 내란죄의 기수가 성립됨과 동시에 내란행위도 종료하였다고 하여야 할 것이며, 비상계엄확대 이후의 행위는 불가벌적인 사후행위라고 하는 것이 논리적으로 타당할 것이다. 1심은 이러한 사정 때문에 내란죄를 즉시범으로 보았으면서도 이

4) 상태범을 즉시범과 구별하는 경우도 있으나 사실상 이를 구별할 실익이 없다 하여 구별하지 않는 것이 보통이다(이재상, 『전정판 형법총론』, p.72). 따라서 내란죄를 즉시범으로 본 1심과 상태범으로 본 대법원의 판단은 사실상 차이가 없다 할 것이다.

5) 김일수, 『한국형법 I』, p.364; 이재상, 『형법총론』, p.72