

위 피고인들의 변호인들은 이 사건 피고인 전두환 등에 대한 공소사실이 반란과 내란에 해당한다고 하더라도, 피고인들이 그러한 반란과 내란의 과정을 거쳐 확고히 정권을 장악하고 헌법개정절차 등을 통하여 구법질서를 무너뜨리고 새로운 법질서를 수립하는 데에 성공하였으니 피고인들의 행위를 새로운 법질서 아래에서는 처벌할 수 없는 것이라고 주장한다.

생각건대, 우리나라는 제헌헌법의 제정을 통하여 국민주권주의, 자유민주주의, 국민의 기본권보장, 법치주의 등을 국가의 근본이념 및 기본원리로 하는 헌법질서를 수립한 이래, 여러 차례에 걸친 헌법개정이 있었으나, 지금까지 한결같이 위 헌법질서를 그대로 유지하여 오고 있는 터이므로, 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.

그러므로 피고인들이 그 내세우는 바와 같이 새로운 법질서를 수립하였음을 전제로 한 주장은 받아들일 수 없다.

다만, 피고인 전두환 등이 이 사건 내란을 통하여 정권을 장악한 다음 헌법을 개정하고 그 헌법에 따라 피고인 전두환이 대통령에 선출되어 대통령으로서의 직무를 행하였고, 다시 그 헌법에 정한 절차에 따라 헌법을 개정하고 그 개정된 헌법(현행 헌법)에 따라 피고인 노태우가 대통령에 선출되어 그 임기를 마치는 등 그 동안에 있었던 일련의 사실에 비추어 마치 피고인들이 새로운 법질서를 형성하였고 나아가 피고인들의 기왕의 행위에 대하여 이를 처벌하지 아니하기로 하는 국민의 합의가 이루어졌던 것처럼 보일 여지가 없지 아니하나, 국회는 헌정질서파괴범죄에 대하여 형사소송법상의 공소시효의 적용을 전면적으로 배제하는 헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법(이하 '헌정질서파괴범죄특별법'이라 한다)과 바로 그 헌정질서파괴범죄에 해당하는 이 사건 군사반란과 내란행위를 단죄하기 위한 5·18민주화운동등에관한특별법(이하 '5·18특별법'이라고 한다)을 제정하였으며, 헌법재판소는 5·18특별법이 합헌이라는 결정을 함으로써, 피고인들이 이 사건 군사반란과 내란을 통하여 새로운 법질서를 수립한 것이 아님을 분명히 하였을 뿐만 아니라, 헌법개정 과정에서 피고인들의 행위를 불문에 붙이기로 하는 어떠한 명시적인 합의도 이루어진 바가 없었으므로, 특별법이 제정되고 그에 대한 헌법재판소의 합헌결정이 내려진 이상, 피고인들은 그들의 정권장악에도 불구하고, 결코 새로운 법질서의 수립이라는 이유나 국민의 합의를 내세워 그 형사책임을 면할 수는 없는 것이라고 할 것이다.

이 점에 관한 원심판결의 이유설시에 적절하지 아니한 점이 없는 것은 아니나, 이 사건 군사반란과 내란행위가 처벌의 대상이 되는 것으로 본 원심의 결론은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 법리오해 또는 이유모순의 위법이 있다고 할

수 없다.

이 점에 대하여는 대법관 박만호의 반대이견이 있다(제7장 1. 참조).

2. 공소시효의 완성 등

가. 5·18특별법 제2조가 위헌이므로 적용되어서는 아니되고, 공소시효가 완성되었다는 피고인 황영시, 차규현, 허화평, 허삼수, 이학봉, 정호용의 변호인들의 주장에 대하여

5·18특별법 제2조는 그 제1항에서 그 적용대상을 '1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄특별법 제2조의 헌정질서파괴범죄행위'라고 특정하고 있으므로, 그에 해당하는 범죄는 위 법률 조항의 시행 당시 이미 형사소송법 제249조에 의한 공소시효가 완성되었는지의 여부에 관계없이 모두 그 적용대상이 됨이 명백하다고 할 것인데, 위 법률 조항에 대하여는 헌법재판소가 1996. 2. 16. 선고 96헌가2, 96헌마7, 13 사건에서 위 법률 조항이 헌법에 위반되지 아니한다는 합헌결정을 하였으므로, 위 법률 조항의 적용범위에 속하는 범죄에 대하여는 이를 그대로 적용할 수밖에 없다고 할 것이다.

그런데, 위 피고인들에 대하여 공소가 제기된 군사반란에 관한 범죄, 내란에 관한 범죄 및 내란목적살인죄(이하 '이 사건 헌정질서파괴범죄'라 한다)는 1979. 12. 12.과 1980. 5. 18.을 전후하여 발생하였고, 이들은 헌정질서파괴범죄특별법 제2조에서 헌정질서파괴범죄로 규정하고 있는 형법 제2편 제1장 내란의 죄 또는 군형법 제2편 제1장 반란의 죄에 해당하는 범죄로서, 5·18특별법 제2조의 적용범위에 속하는 범죄임이 명백하므로, 이에 대하여는 위 법률 조항을 그 시행 당시 이미 형사소송법 제249조에 의한 공소시효가 완성되었는지의 여부에 관계없이 적용할 수밖에 없다고 할 것이다.

한편, 5·18특별법 제2조는 그 적용범위에 속하는 범죄에 대하여는 1993. 2. 24.까지 그 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다고 규정하고 있으므로, 이 사건 헌정질서파괴범죄에 대하여는 1993. 2. 25.부터 그 공소시효가 진행한다고 할 것인데, 이 사건 헌정질서파괴범죄는 모두 형사소송법 제249조 제1항 제1호에서 규정하고 있는 '사형에 해당하는 범죄'로서 그 공소시효의 기간이 15년이고, 그 중 이른바 12·12 군사반란에 관련된 부분의 공소는 1996. 2. 28.에, 이른바 5·18 내란에 관련된 부분의 공소는 1996. 1. 23.과 1996. 2. 7.에 각 제기되었음이 기록상 분명하므로, 모두 그 공소시효가 완성되기 전에 공소가 제기되었음이 역수상 명백하다.

이 점에 관한 원심판결의 이유설시 중 위 피고인들의 내란에 관한 범죄의 공소시효의 완성 여부에 대한 판단 부분에 적절하지 아니한 점이 없는 것은 아니나, 그 공소시효가 완성되지 아니하였다고 본 원심의 결론은 정당하고, 위 피고인들의 나머지 범죄의 공소시효의 완성 여부에 대한 판단 부분은 위에서 본 법리에 따른 것으로서 정당하

며, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.
 이 점에 대하여는 대법관 박만호, 대법관 박준서, 대법관 신성택의 반대 의견이 있다 (제7장 2. 참조).

나. 헌법재판소 1996. 2. 16. 선고 96헌가2, 96헌마7, 13 결정이 무효라는 피고인 황영시, 허화평, 허삼수의 변호인 정영일의 주장에 대하여

상고이유에서 주장하는 바와 같이, 5·18특별법 제2조의 적용범위에 속하는 범죄인 이른바 공직자 숙청 등의 조치에 관여하였던 사람이 헌법재판소 재판관으로서 위 법률 조항에 대하여 합헌이라고 한 위 헌법재판소의 결정에 관여하였다고 하더라도, 이는 헌법재판소법 제24조 제1항에서 규정하는 제척원인에 해당하지 아니할 뿐만 아니라, 해당한다고 하더라도 그러한 사유만으로 위 헌법재판소의 결정이 당연무효로 된다고 볼 수는 없다고 할 것이다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 이 사건 공소제기가 공소권 남용이라는 피고인 황영시, 허화평, 허삼수의 변호인 정영일의 주장에 대하여

기록에 의하면, 검사가 최초로 이 사건 군사반란과 내란 사건에 대하여 불기소결정을 하였다가, 그 후 위 피고인들에 대한 새로운 범죄혐의가 나타나거나 또는 국회에서 이 사건과 관련하여 특별법이 제정되는 등으로 사정이 변경되자, 수사를 제기하여 그 수사 결과에 터잡아 이 사건 공소를 제기하였음을 알 수 있으므로, 검사의 위와 같은 공소제기가 공소권을 남용한 것이라고 볼 수는 없다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 공소권 남용에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

제2장 이른바 12·12 군사반란 등 사건 부분

1. 피고인 황영시, 차규현, 최세창, 장세동, 허화평, 허삼수, 이학봉, 박종규, 신윤희 (이하 1.항에서는 '피고인들'이라고 한다)의 변호인들의 상고이유에 대한 판단

가. 정승화 육군참모총장 체포의 불법성

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

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 내세운 증거에 의하여 1979. 12. 12. 당시 국군 보안사령부 인사처장 겸 계엄사령부 소속 합동수사본부 조정통제국장이던 피고인 허삼수가 국군보안사령부 사령관 겸 위 합동수사본부 본부장이던 피고인 전두환의 지시에 따라 위 합동수사본부 수사 제2국장 우경윤 등과 함께, 대통령의 재가 없이 같은 날 18:50경 무장한 제33헌병대 병력을 육군참모총장 공관 주변에 배치하고 같은 날 19:10경 위 공관으로 들어가서 총으로 위협하는 가운데 육군참모총장 육군대장 정승화를 강제로 끌고 나와 같은 날 19:30경 국군보안사령부 서빙고본실로 연행한 사실, 위 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 있었던 사실 등을 인정한 다음, 위와 같은 정승화 총장의 강제연행행위는 위법한 체포행위라고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 체증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 계엄사령부 합동수사본부의 직무상 행위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

더욱이 위 체포 당시 시행되고 있던 군법회의법에 의하면, 군인인 피의자를 구속할 경우에는 검찰관이 사전에 관할관의 구속영장을 받아야 하는 것이 원칙이고(1987. 12. 4. 법률 제3993호 군사법원법으로 전문 개정되기 전의 제237조 제1항), 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 있었는바(1981. 4. 17. 법률 제3444호로 개정되기 전의 제242조 제1항, 제2항), 당시 범죄수사를 목적으로 육군참모총장을 체포하는 경우에는 현행범이거나 긴급구속의 필요가 인정되는 경우를 제외하고는 사전에 검찰관이 관할관(육군참모총장을 지휘·감독할 권한이 있는 국방부장관)의 구속영장을 발부받아야 하는 것으로 해석된다(1987. 12. 4. 법률 제3993호 군사법원법으로 전문 개정되기 전의 군법회의법 제6조, 제7조, 제11조, 1990. 8. 1. 법률 제4249호로 개정되기 전의 국군조직법 제9조 각 참조).

그런데 기록에 의하면, 피고인 허삼수 등이 피고인 전두환의 지시에 따라 정승화 총장을 체포함에 있어서 사전에 구속영장을 발부받지 아니하였고 군검찰관의 지휘를 받지도 아니하였으며, 미리 영장을 발부받을 수 없는 긴급한 사정이 있었던 것으로 인정되지도 아니하므로, 정승화 총장의 강제연행행위는 법률에 규정된 체포절차를 밟지 아니한 것으로서 위법함을 면할 수 없다고 할 것이다.

(2) 대통령의 재가에 의하여 정승화 총장의 체포행위 등이 정당화되었다는 황영시, 허화평, 허삼수의 변호인 정영일의 주장에 대하여

기록에 의하여 살펴보면, 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, 뒤에서 보는 바와 같이 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 없다고 할 것이다.

같은 취지의 원심의 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 채증법칙 위반으로 인한 사실오인 또는 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 정승화 총장의 체포행위가 반란에 해당하지 아니한다는 피고인 황영시, 차규현, 최세창, 장세동, 허화평, 허삼수, 이학봉의 변호인들의 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, 원심이 적법히 인정한 바와 같이 피고인들이 작당하여 병기를 휴대하고 위와 같은 행위를 한 이상, 이는 반란에 해당한다고 할 것이다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 반란죄에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 대통령을 강압하지 아니하였다는 피고인들의 변호인 전상석, 이양우, 석진강의 주장에 대하여

원심은 피고인 전두환이 1979. 12. 12. 20:20경 대통령 경호실장 직무대리 육군준장 정동호, 대통령 경호실 작전담당관 육군대령 고명승에게 지시하여 그들로 하여금 대통령의 승인이나 대통령 비서실과의 협의 없이, 청와대 경비업무를 담당하고 있던 제55경비대대 병력을 이끌고 당시 대통령이 사용하고 있던 국무총리 공관으로 출동하여 같은 날 20:40경 위 공관의 경비업무를 담당하고 있던 대통령 특별경호대장 육군중령 구정길과 특별경호대원들의 무장을 해제시킨 후 그 곳 막사에 억류하고, 위 제55경

비대대 병력으로 위 공관을 장악하고 그곳에 대한 출입을 통제하는 방법으로 위 공관을 점거·포위하게 한 사실, 이어서 피고인 전두환이 당시의 국방부 군수차관보 육군중장 피고인 유학성, 제1군단장 육군중장 피고인 황영시, 수도군단장 육군중장 피고인 차규현 및 당시의 제71훈련단장 육군중장 백운택과 제1공수여단장 육군중장 박희도 등과 함께 같은 날 21:30경 국무총리 공관으로 가서 대통령에게 집단으로 정승화총장의 연행·조사에 대한 재가를 재차 요구하면서 대통령을 강압한 사실을 인정한 다음, 이는 대통령의 군 통수권에 반항하는 행위로서 반란에 해당한다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 채증법칙 위반이나 심리미진으로 인한 사실오인 또는 반란죄에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

그리고 원심이 적법하게 인정한 사실과 기록에 의하면, 대통령이 육군참모총장 공관에서 총격사건이 있었다는 보고를 받아 이를 알고 있는 상황에서 위 정동호 등이 국무총리 공관을 점거·포위하러 가는데 위 피고인 등 수도권의 군 지휘관 등이 늦은 저녁 시간에 갑자기 집단으로 대통령을 방문하여 1시간이 넘도록 머물면서 정승화 총장의 체포에 대한 재가를 거듭 요구하였음을 알 수 있는바, 이러한 행위는 당시의 상황에 비추어 볼 때, 대통령에 대한 강압이라고 보지 아니할 수 없으므로, 이와 반대되는 주장은 받아들일 수 없다.

다. 병력동원의 불법성

(1) 피고인들의 병력동원이 적법한 행위라는 주장 등에 대하여

원심은 1979. 12. 12. 20:30경 육군본부에 집결한 위 윤성민 차장, 김용휴 국방부차관, 장태완 수경사령관 등 육군의 정식지휘계통에서는 같은 날 21:00경 제30경비단에 모여 있던 일부 피고인들에게 정승화 총장의 석방을 명령하였으나 피고인들이 이를 거부하였고, 이에 윤성민 차장은 휘하의 각 부대에게 그의 육성지시 없이는 출동을 하지 아니하도록 명하고 그 무렵 제1공수여단이 출동하였다는 첩보를 접한 뒤 육군본부를 방어하기 위하여 제9공수여단의 출동을 명령하는 등 피고인들을 진압할 태세를 갖추기 시작한 사실, 이에 대응하여 피고인들은 계엄지역에서 육군 정식지휘계통의 사전 승인을 받지 아니한 물론 명시적인 병력출동 금지명령을 무시하고 자신들의 지휘권 아래에 있는 병력을 동원하여 육군 정식지휘계통을 공격하기로 하는 한편, 그에 앞서 피고인 유학성이 정승화 총장의 체포에 대하여 항의하는 장태완 수경사령관을 회유하고 윤성민 차장 등에게 전화를 걸어 육군본부 측의 병력동원을 자제해 달라고 부탁하는 등 정식지휘계통의 명령에 따라 피고인들을 진압하기 위하여 출동할 가능성이 있는 부대의 출동을 사전에 저지한 사실, 그러던 중, 윤성민 차장은 장태완 수경사령관의 건의에 따라 피고인들을 제압하기 위하여 제26사단과 수도기계화사단에 대하여 출동준비명령을 내렸으며, 장태완 수경사령관은 수도경비사령부 소속의 장교 및 사병을 인솔

하여 제30경비단에 집결한 피고인들에 대한 공격을 준비한 사실, 한편 피고인 장세동은 제30경비단 소속 전차에 포탄을 장전하는 등 대항체제를 구축한 사실, 이어서 피고인 전두환은 국군보안사령관 사무실에서 육군정식지휘계통에 대한 선제공격을 결의하고, 이에 따라 1979. 12. 12. 23:00경부터 위 피고인 및 피고인 노태우, 황영시 등이 지시하여 동원된 병력이 같은 날 24:00경부터 1979. 12. 13. 06:20경까지 사이에 육군본부 건물, 국방부 청사, 중앙청, 경복궁, 효창운동장, 고려대학교 등을 점령하는 한편, 특수전사령부 사령관 육군소장 정병주 및 장태완 수경사령관을 각 체포하고 수도경비사령부에 모여 있던 윤성민 차장 및 육군본부 작전참모부장 육군소장 하소곤, 합동참모본부장 육군중장 문흥구 등 육군본부 측 장성들의 무장을 해제한 사실 등을 인정하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 채증법칙을 위반하거나 심리를 다하지 아니하여 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다.

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(제10조 제1항, 1990. 8. 1. 법률 제4249호로 개정되기 전의 제10조 제2항, 1987. 12. 4. 법률 제3994호로 개정되기 전의 제14조 제4항), 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 특정경비구역(국가원수가 위치하는 지역으로서 경호를 위하여 필요한 상당한 범위의 지역, 이하 같다)의 안전질서를 유지할 목적으로 육군에 설치된 부대로서(제1조) 국가원수의 경호 및 특정경비구역의 경비, 긴급사태에 있어서의 수도방위 등을 그 임무로 하게 되어 있는바(1980. 5. 12. 대통령령 제9870호로 개정되기 전의 제2조), 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 제4항(1980. 5. 12. 대통령령 제9870호로 개정되기 전의 것)에 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 위협하게 점거하고 대통령이 반란을 일으킨 피고인들에 의하여 감압을 받고 있는 상태에 있었던 것이라면, 장태완 수경

사령관이 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 대하여 병력을 동원한 행위는 적당하여 병기를 휴대하고 군의 지휘권에 반항하는 행위로서 반란에 해당한다고 할 것이다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

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

원심은 국방부장관 노재현이 1979. 12. 12. 21:30경 육군본부에 도착하여 윤성민 차장 등으로부터 피고인들의 반란행위와 그 동안의 경과를 보고 받은 뒤 자체 방위능력을 갖지 못한 육군본부로부터 방위능력이 있는 수도경비사령부로 육군지휘부를 옮기도록 윤성민 차장에게 명령하고, 자신은 김종환 합참의장 등과 함께 감청방직장치가 설치된 한미연합사 사령부로 가서 그곳에서 윤성민 차장 등과 연락을 취하면서 22:30경에는 대통령과 전화통화까지 한 사실, 윤성민 차장 등 육군의 수뇌부는 그 무렵 육군지휘부를 수도경비사령부로 옮긴 뒤 국방부장관 및 예하부대와 통신축선을 유지하면서 피고인들의 반란에 대처한 사실을 인정한 다음, 당시 육군의 정식 지휘체계가 붕괴되어 윤성민 차장 등의 명령과 지휘가 위법하거나 무효인 경우에 해당한다고 할 수 없다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 육군의 지휘체계에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 구출병력의 동원 및 대항체제의 구축이 반란행위가 아니라는 피고인 장세동의 변호인 이양우의 주장에 대하여

원심은 피고인 장세동이 피고인 허화평으로부터 정승화 총장의 체포를 위하여 총장 공관에 갇힌 제33헌병대가 위 공관의 경비를 맡고 있던 해병대 병력에게 포위당하였다는 연락을 받고 수도경비사령부 제33경비단장 육군대령 김진영으로 하여금 제30경비단 소속 5분대기 중대 병력을 인솔하여 위 제33헌병단을 구출하기 위하여 총장공관으로 출동하도록 한 사실, 육군본부에 집결한 정식지휘계통에서 제30경비단에 모여있던 일부 피고인들에게 정승화 총장의 석방을 강력히 요구하면서 피고인들을 반란군으로 규정하고 이를 진압할 태세를 갖추자, 피고인 장세동이 제30경비단 소속 전차에 포탄을 장전하는 등 대항체제를 구축한 사실을 인정한 다음, 위 피고인이 위와 같이 구출병력을 동원하도록 한 것은 정승화 총장을 체포한 반란집단에 가담한 행위로서, 전차

에 포탄을 장전하는 등 대항체제를 구축한 것은 반란을 진압하려고 한 수도경비사령관의 정당한 직무집행에 반항하는 행위로서 모두 반란에 해당한다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 채증법칙 위반이나 심리미진으로 인한 사실오인 또는 반란죄에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(4) 피고인들의 병력동원이 정당방위 또는 긴급피난이라는 피고인 황영시, 허화평, 허삼수의 변호인 정영일의 주장에 대하여

(가) 정당방위가 성립하기 위하여는 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위이어야 할 것인데, 앞서 본 바와 같이 윤성민 차장의 부대출동명령이나 그 출동준비명령과 장태완 수경사령관의 피고인들에 대한 공격준비행위는 피고인들의 불법공격에 대비하거나 반란을 진압하기 위한 정당한 직무집행으로서, 이를 가리켜 현재의 부당한 침해 행위라고 볼 수는 없으므로, 이에 대항한 피고인들의 병력동원행위가 정당방위에 해당한다고 할 수 없다.

(나) 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 채증법칙 위반이나 심리미진으로 인한 사실오인 또는 정당방위에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

(다) 그리고 긴급피난이 성립하기 위하여는 행위자에게 피난의 의사가 있어야 할 것인데, 기록에 의하면, 피고인들이 병력을 동원한 것은 위난을 피할 의사에 의한 것은 아니고 반란목적 달성을 의도에 의한 것이라고 보이므로, 피고인들에게 피난의 의사가 있었다고도 할 수 없다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 채증법칙 위반이나 심리미진으로 인한 사실오인 또는 긴급피난에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

라. 지휘부를 설치·운영하지 아니하였다는 주장에 대하여

원심은 피고인 전두환과 노태우가 그들을 지지하는 피고인 유학성, 황영시, 차규현, 최세창 등을 역시 그들을 지지하는 피고인 장세동의 사무실인 제30경비단 단장실에 집결시켜 유사시 병력을 동원할 수 있는 지휘부를 구성하기로 결의하고, 피고인 노태우와 전두환의 연락에 따라 피고인 노태우, 유학성, 황영시, 차규현, 최세창, 장세동 등이 1979. 12. 12. 18:00 경부터 같은 날 19:00 경 사이에 제30경비단 단장실에 집결하여 지휘부로 기능하고, 한편 피고인 전두환은 피고인 허화평으로 하여금 당시의 보안사령부 정보처장 권정달, 보안처장 정도영 등과 함께 보안사 상황실을 거점으로 하여

각급부대 지휘관의 전화를 도청하는 등의 방법으로 부대동향과 병력이동상황을 파악하여 수시로 위 지휘부에 보고하게 한 사실을 인정하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위 사실인정은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

마. 반란의 모의 등

(1) 반란의 모의 또는 공동실행의 의사가 없었다는 주장에 대하여

원심은 피고인 전두환과 노태우가 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 허삼수 등이 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 지휘한 사실, 피고인 박종규는 직근상관인 피고인 최세창으로부터 정병주 특전사령관을 체포하라는 지시를 받고, 피고인 신윤희는 직근상관인 수도경비사령부 헌병단장 조홍으로부터 장태완 수경사령관을 체포하라는 지시를 받아 각자의 직근상관의 지시내용이 상급상관인 정병주 특전사령관 또는 장태완 수경사령관 및 육군의 정식지휘계통에 반항하는 것임을 인식하면서도 위 각 지시에 따르므로써 위 피고인들의 반란행위에 가담한 사실을 인정한 다음, 그 인정사실에 의하면, 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 있다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하

거나 반란의 공동실행의 의사에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 반란죄의 공동실행의 의사 등에 관한 이유불비가 있다는 주장에 대하여

반란죄를 범한 다수인의 공동실행의 의사나 그 중 모의참여자의 모의에 대한 판시는 그 공동실행의 의사나 모의의 구체적인 일시·장소·내용 등을 상세하게 판시하여야만 하는 것은 아니고, 그 공동실행의 의사나 모의가 성립된 것이 밝혀지는 정도면 족하다고 할 것인바, 원심판결의 이유에는 피고인들이 각자 이 사건 반란의 공동실행의 의사를 가지고 앞서 본 반란지휘부 등에서 모의에 참여하거나 반란실행을 위하여 동원된 병력을 지휘하거나 반란살상을 하였다는 취지가 실시되어 있으므로, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 이유불비의 위법이 있다고 할 수 없다.

바. 명령복종행위의 위법성 및 책임성

(1) 상관의 명령에 따른 것으로서 정당행위라는 피고인 허삼수, 박종규, 신윤희의 변호인들의 주장에 대하여

상관의 적법한 직무상 명령에 따른 행위는 정당행위로서 형법 제20조에 의하여 그 위법성이 조각된다고 할 것이나, 상관의 위법한 명령에 따라 범죄행위를 한 경우에는 상관의 명령에 따랐다고 하여 부하가 한 범죄행위의 위법성이 조각될 수는 없다고 할 것이다.

피고인 허삼수가 피고인 전두환의 지시를 받고 병력을 이끌고 가서 정승화 총장을 체포한 행위나 피고인 박종규가 제3공수여단장인 피고인 최세창의 지시를 받고 병력을 이끌고 가서 정병주 특전사령관을 체포한 행위 및 피고인 신윤희가 수도경비사령부 현병단장 조홍의 지시를 받고 병력을 이끌고 가서 장태완 수경사령관을 체포한 행위는 앞서 본 바와 같이 모두 상관의 위법한 명령에 따라서 범죄행위를 한 것이므로, 위 피고인들이 각자의 직근상관의 명령에 따라 위와 같은 행위를 하였다고 하여 위 피고인들의 행위가 정당행위가 된다고 할 수는 없다고 할 것이다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 위법성에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 위법성의 인식이 없거나 기대가능성이 없어 책임이 조각된다는 피고인 허삼수, 이학봉, 박종규, 신윤희의 변호인들의 주장에 대하여

앞서 본 바와 같이, 피고인 허삼수, 이학봉은 정승화 총장의 체포행위가 위법한 것임을 알면서도 피고인 전두환과 함께 이 사건 반란을 모의하여 정승화 총장의 구체적인 체포계획을 수립하고, 피고인 허삼수는 이를 실행하였으며, 피고인 박종규, 신윤희

의 경우에도 각자의 직근상관의 명령이나 이에 따른 정병주 특전사령관 또는 장태완 수경사령관의 체포행위가 상급상관인 위 정병주 또는 장태완 및 육군의 정식지휘계통에 반항하는 것임을 알면서도 이 사건 반란에 가담하였던 것이므로, 위 피고인들이 그 위법성을 인식하지 못하였다고 볼 수는 없다.

그리고 기록에 의하여 살펴보면, 당시 위 피고인들에게 각 직근상관의 위법한 명령에 따르지 아니하고 적법행위에 나아갈 기대가능성이 없었던 것으로 보이지도 아니한다.

같은 취지의 원심의 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 채증법칙 위반으로 인한 사실오인 또는 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 검사의 상고이유에 대한 판단

가. 피고인 전두환, 노태우의 지휘관계업무수소이탈 및 불법진퇴의 점에 대하여

(1) 수소(守所)에 관한 채증법칙 위반의 주장에 대하여

지휘관계업무수소이탈죄가 성립하기 위하여는 지휘관이 부대를 인솔하여 수소를 이탈하여야 하는바, 원심은 지휘관 최석림이 인솔하여 육군참모총장 공관으로 출동한 제33헌병대와 지휘관 박희도가 인솔하여 국방부·육군본부를 점령한 제1공수여단 및 지휘관 최세창이 인솔하여 경복궁을 점령한 제3공수여단이 이 사건 반란 당시 작전지역으로서의 일정한 수소를 부여받고 있었다거나, 그 수소가 구체적으로 어느 곳인지에 관하여 이를 인정할 증거가 없으므로, 결국 위 피고인들이 위 각 지휘관과 공모하여 행한 병력출동이 지휘관계업무수소이탈죄에 해당한다는 증거가 없다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 채증법칙 위반의 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 죄수에 관한 법리오해 주장에 대하여

원심은 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 지휘관관계업무수소이탈죄 및 불법진퇴죄의 구성요건에 해당하고, 지휘관 장기오로 하여금 제5공수여단 병력을, 지휘관 이상규로 하여금 제2기갑여단 제16전차대대 병력을 각 그 부대의 주둔지에서 서울지역으로 이동하게 한 것은 각 불법진퇴죄의 구성요건에 해당하나, 위 각 지휘관관계업무수소이탈 및 불법진퇴는 이 사건 반란의 진행과정에서 그에 수반하여 일어난 것으로서, 반란 자체를 실행하는 전형적인 행위라고 인정되므로, 반란죄에 흡수되어 별죄를 구성하지 아니한다고 판단하였다.

위와 같은 원심의 판단은 정당한 것으로 수급이 가고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 범리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

이 점에 대하여는 대법관 이용훈의 반대이견이 있다(제7장 4.의 가. 참조).

나. 피고인 전두환, 노태우의 초병살해, 상관살해미수, 살인의 점에 대하여

(1) 공동실행의 의사에 관한 채증법칙 위반의 주장에 대하여

원심은 위 피고인들이 국방부 초병 정선엽의 살해행위와 육군본부 작전참모부장 하소곤의 살해미수행위를 지시하거나 용인하였다고 인정할 만한 증거가 없고, 또 피고인 노태우가 특전사령관 정병주의 살해미수행위와 그의 비서실장 김오랑의 살해행위를 지시하거나 용인하였다고 인정할 만한 증거가 없다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 채증법칙 위반의 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 죄수에 관한 범리오해의 주장에 대하여

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 관계 없이, 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 지시하거나 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.

같은 취지에서 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 뿐이라고 한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고

이유로 지적하는 바와 같은 범리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

다. 피고인 박준병의 반란의 점에 대하여

피고인 박준병에 대한 공소사실(원심에서 변경됨)의 요지는 다음과 같다. 즉, 피고인 박준병은 이 사건 공동피고인 등과 함께 정승화 총장을 강제 연행하여 그 지휘권을 박탈하는 한편 군의 정식지휘계통이 이를 저지할 경우 병력을 동원하여 제압하기로 하는 등 공모하여, 공동피고인 노태우, 유학성, 황영시, 차규현, 최세창, 장세동 등과 함께 1979. 12. 12. 18:00경부터 19:00경까지 사이에 제30경비단의 단장실에 집결하여 유사시 자신들의 병력을 신속히 동원할 수 있는 지휘부를 결성하고 제30경비단에 계속 머무르면서 육군 정식지휘계통의 제20사단 부대장악을 저지·방해함으로써, 중요 임무중사자로서 작당하여 병기를 휴대하고 반란하였다는 것이다.

원심은 그 내세운 증거를 종합하면, 제20사단장인 피고인 박준병이 1979. 12. 12. 18:00경부터 19:00경 사이에 제30경비단 모임에 참석한 후, 같은 날 20:30경 '진도개 하나' 비상이 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, 이에 부합하는 취지의 제5공화국전사의 기재는 그 작성자의 공판기일의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명된 바가 없어 증거능력이 없을 뿐만 아니라 이를 그대로 믿기 어렵고 달리 이 점을 인정할 수 있는 증거가 없으며, 피고인 박준병이 제30경비단에서 반란지휘부를 구성한 한 사람으로서 만약의 경우에는 병력을 동원하여 반란을 지원하기로 하였는지의 여부에 관하여는, 이에 부합하는 취지의 제1심 제18회 공판조서 중 증인 우국일의 진술 기재, 검사작성의 차규현과 우국일에 대한 각 진술조서 및 공동피고인 차규현에 대한 제3회 피의자신문조서의 각 진술기재는 뒤에서 인정되는 사정 등에 비추어 믿기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 오히려 그 내세운 증거에 의하면, 육군 정식지휘계통이 제20사단을 적극적으로 장악하여 그 동원을 해보려고 시도하여 본 일이 없고, 다만 공동피고인 전두환 등 반란집단을 위하여 제20사단이 동원되는 것을 저지하려고 하였음에 불과한 점, 피고인 박준병이 적어도 불암산에 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

육성되지 않는 부대출동을 하지 말라고 지시하였다고 하여, 이를 가지고 바로 피고인 박준병이 제30경비단에서 반란지휘부에 참여하고 반란의 범의를 가지고 육군 정식 지휘계통의 제20사단 부대장악을 지지·방해함으로써 반란에 가담하였다고 보기는 어렵고, 달리 이 사건에서 채용된 증거를 종합하여도 피고인 박준병이 반란지휘부의 일원이 되어 반란에 가담하였다고 인정하기에 부족하므로, 피고인 박준병에 대한 공소사실은 그 범죄의 증거가 없는 때에 해당한다고 판단하였다.

형사재판에서의 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 엄격한 증거에 의하여야 하고, 이러한 정도의 심증을 형성하는 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다고 할 것이다(대법원 1993. 3. 23. 선고 92도3327 판결, 1995. 12. 12. 선고 94도2253 판결, 1996. 3. 8. 선고 95도3081 판결 등 각 참조).

위와 같은 법리와 기록에 비추어 살펴볼 때, 원심이 제5공화국전사의 증거능력을 배척한 조치나, 피고인 박준병이 반란의 범의를 가지고 이 사건 반란에 가담하였음을 인정할 만한 증거가 없다고 한 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 심리미진이나 채증법칙 위반 또는 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

이 점에 대하여는 대법관 천경송, 대법관 지창권, 대법관 이용훈, 대법관 이인수, 대법관 송진훈의 반대이견이 있다(제7장 3. 참조).

제3장 이른바 5·18 내란 등 사건 부분

1. 피고인 황영시, 차규현, 허화평, 허삼수, 이학봉, 이희성, 주영복, 정호용(이하 1.항에서는 '피고인들'이라고 한다)의 변호인들의 상고이유에 대한 판단

가. 국헌문란의 목적

(1) 비상계엄의 전국확대와 국가보위비상대책위원회의 설치가 국헌문란에 해당하지 아니한다는 주장에 대하여

원심은 형법 제91조 제2호에 의하면, 헌법에 의하여 설치된 국가기관을 강압에 의하여 전복 또는 그 권능행사를 불가능하게 하는 것을 국헌문란의 목적의 하나로 규정하고 있는데, 여기에서 '권능행사를 불가능하게 한다'고 하는 것은 그 기관을 제도적으로 영구히 폐지하는 경우만을 가리키는 것은 아니고 사실상 상당기간 기능을 제대로 할 수 없게 만드는 것을 포함한다고 해석하여야 한다고 전제하고는, 그 내세운 증거에 의하여, 피고인들이 이른바 12·12군사반란으로 군의 지휘권과 국가의 정보기관을 실

질적으로 완전히 장악한 뒤, 정권을 탈취하기 위하여 1980. 5월 초순경부터 비상계엄의 전국확대, 비상대책기구설치 등을 골자로 하는 이른바 '시국수습방안' 등을 마련하고, 그 계획에 따라 같은 달 17. 비상계엄을 전국적으로 확대하는 것이 전군지휘관회의에서 결의된 군부의 의견인 것을 내세워 그와 같은 조치를 취하도록 대통령과 국무총리를 강압하고 병기를 휴대한 병력으로 국무회의장을 포위하고 외부와의 연락을 차단하여 국무위원들을 강압 외포시키는 등의 폭력적 불법수단을 동원하여 비상계엄의 전국확대를 의결·선포하게 함으로써, 국방부장관의 육군참모총장 겸 계엄사령관에 대한 지휘감독권을 배제하였으며, 그 결과로 비상계엄 하에서 국가행정을 조정하는 일과 같은 중요국정에 관한 국무총리의 통할권 그리고 국무회의의 심의권을 배제시킨 사실, 같은 달 27. 그 당시 시행되고 있던 계엄법(1981. 4. 17. 법률 제3442호로 전문개정되기 전의 것, 이하 같다) 제9조, 제11조, 제12조 및 정부조직법(1981. 4. 8. 법률 제3422호로 개정되기 전의 것) 제5조에 근거하여 국가보위비상대책위원회 및 그 산하의 상임위원회를 설치하고, 그 상임위원장에 피고인 전두환이 취임하여 공직자 숙정, 언론인 해직, 언론 통제함 등 중요한 국정시책을 결정하고 이를 대통령과 내각에 통보하여 시행하도록 함으로써, 국가보위비상대책상임위원회의 사실상 국무회의의 내지 행정 각 부를 통제하거나 그 기능을 대신하여 헌법기관인 행정 각 부와 대통령을 무력화시킨 사실 등을 인정하는 다음, 피고인들이 비상계엄을 전국으로 확대하게 하여 비상계엄 하에서 국가행정을 조정하는 일과 같은 중요국정에 관한 국무총리의 통할권과 이에 대한 국무회의의 심의권을 배제시킨 것은 헌법기관인 국무총리와 국무회의의 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 해당한다고 판단하였다.

구 계엄법과 구 정부조직법 등 관계법령의 각 규정과 기록에 비추어 볼 때, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 채증법칙 위반으로 인한 사실오인, 심리미진, 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 시위진압행위가 국헌문란에 해당하지 아니한다는 등의 주장에 대하여

원심은 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 들고 있는 것은 국헌문란의 대표적인 행태를 예시하여 그 해석의 기준을 제시하고 있는 것이라고 이해하여야 할 것인데, 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 기

간 중에는 헌법기관에 준하여 보호하여야 할 것이고, 따라서 이러한 국민의 결집을 강압으로 분쇄한 행위는 헌법기관을 강압으로 분쇄한 것과 마찬가지로 국헌문란에 해당한다고 전제할 다음, 이 사건의 경우 피고인들의 국헌문란행위에 항의하는 광주시민들은 주권자인 국민이 헌법수호를 위하여 결집을 이룬 것이라고 할 것이므로, 광주시민들의 시위를 피고인들이 병력을 동원하여 난폭하게 제지한 것은 강압에 의하여 그 권한행사를 사실상 불가능하게 한 것이어서 국헌문란에 해당하며, 그렇지 아니하다고 하더라도 원래 국헌문란의 죄에 있어서 강압의 대상과 폭동의 대상은 분리될 수 있는바, 피고인들이 국헌문란행위를 항의하는 광주시민의 시위를 난폭하게 제압함으로써 헌법기관인 대통령과 국무위원들을 강압, 외포하게 하는 효과를 충분히 거두었으므로, 이러한 측면에서도 피고인들의 시위진압행위는 국헌문란행위에 해당한다고 판단하였다.

생각건대, 헌법상 아무런 명문의 규정이 없음에도 불구하고, 국민이 헌법의 수호자로서의 지위를 가진다는 것만으로 헌법수호를 목적으로 집단을 이룬 시위국민들을 가리켜 형법 제91조 제2호에서 규정하고 있는 '헌법에 의하여 설치된 국가기관'에 해당하는 것이라고 말하기는 어렵다 할 것이다. 그리고 원심이 형법 제91조가 국헌문란의 대표적인 행태를 예시하고 있다고 본 것도 수긍하기 어렵다 할 것이다. 따라서, 위 법률 조항에 관한 법리를 오해하여 헌법수호를 위하여 시위하는 국민의 결집을 헌법기관으로 본 원심의 조처는 결국 유추해석에 해당하여 죄형법정주의의 원칙을 위반한 것이어서 허용될 수 없다고 할 것이다.

그러나, 원심이 적법하게 인정한 바와 같이, 피고인들이 1980. 5. 17. 24:00를 기하여 비상계엄을 전국으로 확대하는 등 헌법기관인 대통령, 국무위원들에 대하여 강압을 가하고 있는 상태에서, 이에 항의하기 위하여 일어난 광주시민들의 시위는 국헌을 문란하게 하는 내란행위가 아니라 헌정질서를 수호하기 위한 정당한 행위이었음에도 불구하고 이를 난폭하게 진압함으로써, 대통령과 국무위원들에 대하여 보다 강한 위협을 가하여 그들을 외포하게 하였다면, 이 사건 시위진압행위는 피고인들이 헌법기관인 대통령과 국무위원들을 강압하여 그 권한행사를 불가능하게 한 것으로 보아야 하므로 국헌문란에 해당하고, 이는 피고인들이 국헌문란의 목적을 달성하기 위한 직접적인 수단이었다고 할 것이다.

같은 취지의 원심의 사실인정 및 가정적인 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 채증법칙 위반으로 인한 사실오인 또는 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 결국 앞서 본 원심의 잘못은 판결에 영향이 없다고 할 것이다.

그리고 원심이 명시적으로 '저항권' 이론을 수용한다는 취지로 판시하고 있는 것은 아니므로, 원심이 대법원 판례를 위반하여 '저항권' 이론을 수용하였다는 주장은 받아들일 수 없다.

(3) 국헌문란의 목적이 없었다는 주장에 대하여

원심은 피고인들이 국헌문란의 목적을 가지고 있었는지의 여부는 외부적으로 드러

난 피고인들의 행위, 그 행위에 이르게 된 경위 및 그 행위의 결과 등을 종합하여 판단하여야 한다고 전제하고는, 피고인들이 이른바 12·12군사반란을 통하여 군의 지휘권을 실질적으로 장악함과 아울러 국가의 정보기관을 완전히 장악한 뒤, 1980. 5월 초순 경부터 이른바 '시국수습방안', '국가문란자 수사계획', '권력형 부정축제자 수사계획'을 마련하여 이를 검토, 추진하기로 모의하고, 그 계획에 따라 1981. 1. 24. 비상계엄의 해제에 이르기까지, 이른바 예비검속, 비상계엄의 전국확대, 국회의사당 점거·폐쇄, 보안목표에 대한 계엄군 배치, 광주시위진압, 국가보위비상대책위원회의 설치·운영, 정치활동 규제 등 일련의 행위를 강압에 의하여 행한 사실을 인정한다. 피고인들이 행한 위와 같은 일련의 행위는 결국 강압에 의하여 헌법기관인 대통령, 국무회의, 국회의원 등의 권한을 침해하거나 배제함으로써 그 권한행사를 사실상 불가능하게 한 것이므로 국헌문란에 해당하며, 위 일련의 행위에 이르게 된 동기, 그 경위 및 결과 등을 종합하여 볼 때, 피고인들이 1980. 5. 17.을 전후한 이 사건 범행 당시에 국헌문란의 목적을 가지고 있었다고 보아야 한다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 채증법칙 위반, 자유심증주의 위반, 심리미진으로 인한 사실오인 또는 목적범에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 폭동성

(1) 비상계엄 전국확대의 폭동성

(가) 비상계엄의 전국확대에 폭동성이 없다는 피고인 황영시, 차규현, 허화평, 허삼수, 이학봉, 이희성, 정호용의 변호인들의 주장에 대하여

형법 제87조의 구성요건인 폭동의 내용으로서의 폭행 또는 협박은 일체의 유행력의 행사나 외포심을 생기게 하는 해악의 고지를 의미하는 최광의의 폭행·협박을 말하는 것으로서, 이를 준비하거나 보조하는 행위를 전체적으로 파악한 개념이라고 할 것이다.

그런데 1980. 5. 17. 당시 시행되고 있던 계엄법 등 관계법령에 의하면, '비상계엄의 전국확대'는 필연적으로 국민의 기본권을 제약하게 되므로(제11조, 제12조, 제13조), 비상계엄의 전국확대 그 사실 자체만으로도 국민에게 기본권이 제약될 수 있다는 위협을 주는 측면이 있고, 민간인인 국방부장관은 지역계엄실시와 관련하여 계엄사령관에 대하여 가지고 있던 지휘감독권을 잃게 되므로(제9조), 군부를 대표하는 계엄사령관의 권한이 더욱 강화됨은 물론 국방부장관이 계엄업무로부터 배제됨으로 말미암아 계엄업무와 일반국정을 조정 통할하는 국무총리의 권한과 이에 대한 국무회의의 심의권마저도 배제됨으로써, 헌법기관인 국무총리와 국무위원들이 받는 강압의 효과와 그에 부수하여 다른 국가기관의 구성원이 받는 강압의 정도가 증대된다고 할 것이며,

따라서 비상계엄의 전국확대조치의 그와 같은 강압적 효과가 법령과 제도 때문에 일어나는 당연한 결과라고 하더라도, 이러한 법령이나 제도가 가지고 있는 위협적인 효과가 국헌문란의 목적을 가진 자에 의하여 그 목적을 달성하기 위한 수단으로 이용되는 경우에는 비상계엄의 전국확대조치가 내란죄의 구성요건인 폭동의 내용으로서의 협박 행위가 되므로 이는 내란죄의 폭동에 해당한다고 할 것이다.

한편 범죄는 '어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자'를 이용하여서도 이를 실행할 수 있으므로(형법 제34조 제1항), 내란죄의 경우 '국헌문란의 목적'을 가진 자가 그러한 목적이 없는 자를 이용하여 이를 실행할 수도 있다고 할 것이다.

그런데 앞서 본 사실관계에 의하면, 피고인들은 12 12 군사반란으로 군의 지휘권을 장악한 후, 국정 전반에 영향력을 미쳐 국권을 사실상 장악하는 한편, 헌법기관인 국무총리와 국무회의의 권한을 사실상 배제하고자 하는 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여, 비상계엄을 전국적으로 확대하는 것이 전군지휘관회의에서 결의된 군부의 의견인 것을 내세워 그와 같은 조치를 취하도록 대통령과 국무총리를 강압하고, 병기를 휴대한 병력으로 국무회의장을 포위하고 외부와의 연락을 차단하여 국무위원들을 강압 외포시키는 등의 폭력적 불법수단을 동원하여 비상계엄의 전국확대를 의결·선포하게 하였음을 알 수 있다.

사정이 이와 같다면, 위 비상계엄 전국확대가 국무회의의 의결을 거쳐 대통령이 선포함으로써 외형상 적법하였다고 하더라도, 이는 피고인들에 의하여 국헌문란의 목적을 달성하기 위한 수단으로 이루어진 것이므로 내란죄의 폭동에 해당하고, 또한 이는 피고인들에 의하여 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 그러한 목적이 없는 대통령을 이용하여 이루어진 것이므로 피고인들이 간접정범의 방법으로 내란죄를 실행한 것으로 보아야 할 것이다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 죄형법정주의 및 간접정범에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(나) 비상계엄 선포나 확대의 법률요건 구비 여부는 통치행위로서 사법심사의 대상이 되지 아니므로, 이 사건 비상계엄 전국확대조치가 범죄행위에 해당하지 아니한다는 피고인 황영시, 차규현, 허화평, 허삼수, 이학봉, 이희성, 정호용의 변호인들의 주장에 대하여

대통령의 비상계엄의 선포나 확대 행위는 고도의 정치적·군사적 성격을 지니고 있는 행위라 할 것이므로, 그것이 누구에게도 일견하여 헌법이나 법률에 위반되는 것으로서 명백하게 인정될 수 있는 등 특별한 사정이 있는 경우라면 몰라도, 그러하지 아니한 이상, 그 계엄선포의 요건 구비 여부나 선포의 당·부당을 판단할 권한이 사법부에는 없다고 할 것이나, 이 사건과 같이 비상계엄의 선포나 확대가 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 행하여진 경우에는 법원은 그 자체가 범죄행위에 해당하는지의 여부에 관하여 심사할 수 있다고 할 것이고, 이 사건 비상계엄의 전국확대조치가 내란죄에 해

당함은 앞서 본 바와 같다.

그러므로, 이 점에 관한 원심판결의 이유설시에 적절하지 아니한 점이 없는 것은 아니나, 이 사건 비상계엄의 전국확대조치가 범죄행위에 해당한다고 본 원심의 결론은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(다) 비상계엄의 전국확대로 인하여 한 지방의 평온을 해하는 정도에 이르지 아니하였다는 피고인 이희성, 정호용의 변호인들의 주장에 대하여

내란죄의 구성요건인 폭동의 내용으로서의 폭행·협박의 정도가 한 지방의 평온을 해할 정도의 위력이 있음을 요함은 상고이유에서 주장하는 바와 같으나, 기록에 의하면, 위 비상계엄의 전국확대로 인한 폭행·협박이 우리나라 전국의 평온을 해하는 정도에 이르렀음을 인정할 수 있다.

피고인들의 폭동으로 말미암아 한 지방의 평온이 해하여졌음을 전제로 한 원심의 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 채증법칙 위반으로 인한 사실오인 또는 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 시위진압의 폭동성

(가) 시위진압행위에 폭동성이 없다는 주장에 대하여

계엄군이 난폭하게 광주시민의 시위행위를 진압한 행위가 내란죄의 구성요건인 폭동의 내용으로서의 폭행·협박에 해당함은 명백하고, 기록에 의하면, 피고인들이 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 그러한 목적이 없는 계엄군을 이용하여 위와 같이 난폭하게 시위를 진압하였음을 알 수 있으므로, 이는 피고인들이 간접정범의 방법으로 내란죄 등을 실행한 것으로 보아야 할 것이다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(나) 간접정범에 해당하지 아니한다는 피고인 정호용의 변호인들의 주장에 대하여

상고이유에서 주장하는 바와 같이, 간접정범이 성립하려면 피이용자에 대한 행위지배가 있어야 한다고 하더라도, 기록에 의하면, 위 피고인이 광주시위 진압에 투입된 특전사의 사령관으로서, 피고인 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 피고인이 내란죄 및 내란목적살인죄의 간접정범에 해당한다고 본 원심의 판단은

정당하며, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 간접정범에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 개별행위에 폭동성이 없다는 피고인 황영시, 차규현, 허화평, 허삼수, 이학봉, 이희성의 변호인들의 주장에 대하여

앞서 본 바와 같이 내란죄의 구성요건인 폭동의 내용으로서의 폭행·협박은 최광의의 폭행·협박을 뜻하는 것으로서, 이를 준비하거나 보조하는 행위를 전체적으로 파악한 개념이라고 할 것인바, 원심이 적법하게 인정한 바와 같이, 이 사건 비상계엄 전국확대를 전후하여 취하여진 이른바 예비검속에서 시작하여 비상계엄의 해제에 이르는 일련의 개별행위는 비상계엄의 전국확대조치로 인한 폭동행위를 유지 또는 강화하기 위하여 취하여진 조치들로서 비상계엄의 전국확대조치의 폭동성과 아울러 볼 때, 그 폭동성을 인정할 수 있다고 할 것이다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 법리오해의 위법 등이 있다고 할 수 없다.

다. 내란의 모의와 실행행위에 가담하지 아니하였다는 주장에 대하여

원심은 피고인들이 이른바 12·12군사반란으로 군의 지휘권과 국가의 정보기관을 실질적으로 완전히 장악하고, 국헌을 문란할 목적으로 1980. 5월 초순경부터 이른바 '시국수습방안', '국기문란자 수사계획', '권력형 부정축재자 수사계획'을 마련한 후, 개별적 또는 순차적으로 상의하는 방법으로 이를 검토·추진하기로 모의하였으며, 그 계획에 따라 같은 해 5. 17. 학생·정치인·재야인사의 체포로부터 시작하여 1981. 1. 24. 비상계엄의 해제에 이르기까지 사이에 행한 일련의 폭동행위를 한 사실을 인정한다. 그 인정사실에 의하면, 피고인들은 국헌을 문란할 목적을 가지고, 시국수습방안을 수립하고 이를 실행하기로 개별적 또는 순차적으로 모의함으로써 이미 내란집단을 형성한 것이며, 이를 기초로 하여 비상계엄의 전국확대를 계기로 계엄군의 위력을 이용하는 방법으로 내란의 범의를 실현시켜 나가면서, 내란집단의 구성원 상호간의 연락과 용인하에 위와 같은 일련의 내란행위를 저지른 사실을 충분히 인정할 수 있고, 가사, 피고인들이 위 일련의 폭동행위 전부에 대하여 이를 모의하거나 관여한 바가 없다고 하더라도, 내란집단의 구성원으로서 전체로서의 내란에 포함되는 개개의 행위에 대하여 부분적으로라도 그 모의에 참여하거나 기타의 방법으로 기여하였음이 인정되는 이상, 하나의 내란을 구성하는 위 일련의 폭동행위 전부에 대하여 내란죄의 책임을 면할 수 없다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 채증법칙 위반 혹은 자유심증주의 위반 혹은 심리미진으로 인한 사실오인 또는 공동정범에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

그리고 원심판결 이유에는, 피고인들이 모의를 하고 그에 따라 범행을 직접 실행하거나 다른 피고인들의 행위를 통하여 이를 실현하였다는 취지가 설시되어 있으므로, 공모나 모의의 사실이 특정되어 있지 아니하다고 볼 수 없고, 거기에 피고인 황영시, 차규현, 허화평, 허삼수, 이학봉, 정호용의 변호인들이 상고이유로 지적하는 바와 같은 이유불비나 이유모순의 위법이 있다고 할 수도 없다.

라. 내란목적살인

(1) 살인에 대한 공동실행의 의사가 없고, 그 실행행위에 가담한 바가 없으며, 살인과 국헌문란의 목적 사이에 직접 관련성이 없다는 피고인 황영시, 이희성, 주영복, 정호용의 변호인들의 주장에 대하여

원심은 그 내세운 증거를 종합하여, 광주재진입작전(이른바 '상무충정작전') 계획은 1980. 5. 21.경부터 육군본부에서 여러 번 논의를 거친 후 최종적으로 피고인 이희성이 같은 달 25. 오전에 김재명 작전참모부장에게 지시하여 육본작전지침으로 이를 완성하여, 같은 날 12:15 국방부 내 육군회관에서 피고인 전두환, 황영시, 이희성, 주영복 등이 참석한 가운데 같은 달 27. 00:01 이후 이를 실시하기로 결정하였는데, 피고인 황영시는 같은 달 25. 오후 김재명 작전참모부장과 함께 광주에 내려가 전투병과 교육사령부 사령관 육군소장 소준열에게 이를 직접 전달하는 한편, 위와 같이 광주재진입작전이 논의되던 중인 같은 해 5. 23. 12:30경 김기석 전교사 부사령관에게 무장행기 및 전차를 동원하여 시위대를 조속히 진압할 것을 지시하였고, 피고인 정호용은 광주에 투입된 공수여단의 모체부대장으로서 공수여단에 대한 행정, 군수지원 등의 지원을 하는 한편, 소준열 전교사령관에게 공수여단의 특성이나 부대훈련상황을 알려 주거나 재진입작전에 필요한 가발, 수류탄과 항공사진 등의 장비를 준비하여 예비부대원을 격려하는 등 광주재진입작전의 성공을 위하여 측면에서 지원하였으며, 위 작전지침에 따라 전교사령관 소준열이 공수여단별로 특공조를 편성하여 전남도청 등 목표지점을 점령하여 20사단에 인계하기로 결정하는 등 구체적인 작전계획과 작전준비를 하였고, 이에 따라 공수여단 특공조가 같은 달 26. 23:00 경부터 침투작전을 실시하여 광주재진입작전을 개시한 이래 같은 달 27. 06:20까지 사이에 전남도청, 광주공원, 여자기독교청년회(YWCA) 건물 등을 점령하는 과정에서 그 특공조 부대원들이 총격을 가하여 이경연 등 18명을 각 사망하게 한 사실을 인정한 다음, 광주재진입작전을 실시하여 전남도청 등을 다시 장악하려면 위와 같이 무장을 하고 있는 시위대를 제압하여야 하며, 그 과정에서 이에 저항하는 시위대와의 교전이 불가피하여 필연적으로 사상자가 생기게 되므로, 피고인 전두환 및 위 피고인들이 이러한 사정을 알면서 재진입작전의 실시를 강행하기로 하고 이를 명령한 때에는 그와 같은 살상행위를 지시 내지 용인하는 의사가 있었음이 분명하고, 재진입작전명령은 위에서 본 바와 같은 시위대의 무장상태 그리고 그 작전의 목표에 비추어 볼 때, 시위대에 대한 사격을 전제하지 아니하고

는 수행할 수 없는 성질의 것이므로, 그 실시명령에는 그 작전의 범위 내에서는 사람을 살해하여도 좋다는 발포명령이 들어 있었음이 분명하며, 당시 위 피고인들이 처하여 있는 상황은 광주시위를 조속히 제압하여 시위가 다른 곳으로 확산되는 것을 막지 아니하면 내란의 목적을 달성할 수 없는, 바꾸어 말하면 집권에 성공할 수 없는, 중요한 상황이었으므로, 광주재진입작전을 실시하는 데에 저항 내지 장애가 되는 범위의 사람들을 살상하는 것은 내란의 목적을 달성하기 위하여 직접 필요한 수단이었다고 할 것이어서, 위 피고인들은 피고인 전두환과 공동하여 내란목적살인의 책임을 져야 한다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 채증법칙 위반이나 심리미진 또는 내란모의에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 내란목적살인죄가 내란죄에 흡수된다는 피고인 황영시, 주영복의 변호인들의 주장에 대하여

형법 제88조의 내란목적살인죄는 국헌을 문란할 목적을 가지고 직접적인 수단으로 사람을 살해함으로써 성립하는 범죄라 할 것이므로 국헌문란의 목적을 달성함에 있어 내란죄가 '폭동'을 그 수단으로 함에 비하여 내란목적살인죄는 '살인'을 그 수단으로 하는 점에서 두 죄는 엄격히 구별된다 할 것이다. 그러므로 내란의 실행과정에서 폭동 행위에 수반하여 개별적으로 발생한 살인행위는 내란행위의 한 구성요소를 이루는 것이므로 내란행위에 흡수되어 내란목적살인의 별죄를 구성하지 아니하나, 특정한 또는 일정한 범위 내의 한정된 집단에 대한 살해가 내란의 외중에 폭동에 수반하여 일어난 것이 아니라 그것 자체가 의도적으로 실행된 경우에는 이러한 살인행위는 내란에 흡수될 수 없고 내란목적살인의 별죄를 구성한다고 할 것이다.

같은 취지에서 이 사건 광주재진입작전 수행으로 인하여 피해자들을 사망하게 한 부분에 대하여 내란죄와는 별도로 내란목적살인죄로 다스린 원심의 조처는 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 내란목적살인죄와 내란죄의 관계에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 불고불리원칙 위반이라는 피고인 황영시, 차규현, 허화평, 허삼수, 이학봉, 정호용의 변호인들의 주장에 대하여

이 사건 공소장의 공소사실에 광주재진입 작전명령을 사실상 발포명령이라고 기재하고 있지는 아니하나, 그 공소사실에 위 광주재진입작전의 수행과정을 자세히 실시하고 있음이 분명한 이상, 원심이 그 공소사실에 기재되어 있는 바와 같은 위 광주재진입작전의 수행과정을 인정한 다음, 위 광주재진입 작전명령에 '사실상 발포명령'이 들어 있다고 판단하였다고 하여, 이를 들어 상고이유로 지적하는 바와 같이 당사자주의나

불고불리원칙에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

마. 내란죄의 종료시기와 관련한 피고인 황영시, 차규현, 허화평, 허삼수, 이학봉, 정호용의 변호인들의 주장에 대하여

원심은 폭동에 의한 국헌문란의 죄는 한 지방의 평온을 해칠 정도에 이르게 된 때에 기수가 되나, 즉시범이 아니라 계속범이고, 우리나라와 같은 민주주의 국가에서는 기존의 권력집단의 굴복만으로 내란이 종료하는 것이 아니라 주권자이며 헌법제정권자인 국민이 이를 용납하지 아니하여 내란집단에 저항하는 때에는 그 저항을 완전히 제압하거나 또는 반대로 내란집단이 국민의 저항에 굴복하기까지는 결코 종료된 것이 아니라고 전제한다. 이 사건의 경우 1980. 5. 18. 이후에 일어난 광주시민의 일련의 대규모시위 같은 것이 바로 이러한 국민의 저항에 해당하고, 이러한 국민의 저항과 이에 대한 피고인들의 폭동적인 진압은 제5공화국정권이 1987. 6. 29. 이른바 6·29선언으로 국민들의 저항에 굴복하여 대통령직선제요구를 받아들일 때까지 간단없이 반복, 계속되었으며, 따라서 그 기간중의 모든 폭동적인 시위진압은 이 사건 범죄사실란에서 폭동으로 인정된 것들을 포함하여, 포괄하여, 하나의 내란죄를 구성한다고 할 것이어서, 1980. 5. 17. 비상계엄의 전국확대로 시작된 이 사건의 국헌문란의 폭동은 1987. 6. 29.의 이른바 6·29선언시에 비로소 종료되었다고 판단하였다.

내란죄는 국토를 참절하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동한 행위로서, 다수인이 결합하여 위와 같은 목적으로 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭행·협박행위를 하면 기수가 되고, 그 목적의 달성 여부는 이와 무관한 것으로 해석되므로, 다수인이 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭동을 하였을 때 이미 내란의 구성요건은 완전히 충족된다고 할 것이어서 상태범으로 봄이 상당하며, 따라서 원심이 이 사건 내란죄를 계속범으로 본 조처는 적절하지 아니하다고 할 것이다.

한편, 내란죄는 다수인이 결합하여 범하는 집단범죄적 성질을 가지고 있고, 또 국헌문란의 목적이 있어야 성립되는 범죄이므로, 그 구성요건의 요소인 목적에 의하여 다수의 폭동이 결합되는 것이 통상이며, 따라서 내란죄는 그 구성요건의 의미 내용 그 자체가 목적에 의하여 결합된 다수의 폭동을 예상하고 있는 범죄라고 할 것이므로, 내란자들에 의하여 애초에 계획된 국헌문란의 목적을 위하여 행하여진 일련의 폭동행위는 단일한 내란죄의 구성요건을 충족하는 것으로서 이른바 단순일죄로 보아야 할 것이다.

이 사건의 경우, 앞서 본 바와 같이 비상계엄의 전국확대는 일종의 협박행위로서 내란죄의 구성요건인 폭동에 해당하므로, 그 비상계엄 자체가 해제되지 아니하는 한 전국계엄에서 지역계엄으로 변경되었다 하더라도, 그 최초의 협박이 계속되고 있는 것이어서, 그 비상계엄의 전국확대로 인한 폭동행위는 이를 해제할 때까지 간단없이 계속되었다 할 것이고, 이와 같은 폭동행위가 간단없이 계속되는 가운데, 그 비상계엄의 전국확대를 전후하여 그 비상계엄의 해제시까지 사이에 밀접하게 행하여진 이른바 예비접속에서부터 정치활동 규제조치에 이르는 일련의 폭동행위들은 위와 같은 비상계엄

의 전국확대로 인한 폭동행위를 유지 또는 강화하기 위하여 취하여진 조치들로서, 위 비상계엄의 전국확대로 인한 폭동행위와 함께 단일한 내란행위를 이룬다고 봄이 상당하므로, 위 비상계엄의 전국확대를 포함한 일련의 내란행위는 위 비상계엄이 해제된 1981. 1. 24.에 비로소 종료되었다고 할 것이다.

한편 기록에 의하여 살펴보면, 피고인들이 이 사건 비상계엄 해제 이후에도 원심 판시와 같이 이에 항거하는 시위를 진압한 피고인들의 행위가 국헌문란의 목적을 가지고 한 것으로서 내란죄의 구성요건을 충족하는 폭동이라는 점을 인정하기에는 부족하므로, 6·29선언시까지 원심 판시와 같은 각종 시위가 있었다고 하여 그 때까지 피고인들의 모든 시위진압이, 이 사건 범죄사실란에서 폭동으로 인정할 것들을 포함하여, 포괄하여, 하나의 내란죄를 구성한다고 판단한 원심의 조치는 수긍하기 어렵다고 할 것이다.

결국 원심이 위와 같이 내란죄를 계속범이라고 본 점과 내란죄의 종료시기를 1987. 6. 29. 이른바 6·29선언으로 본 점은 상고이유로 지적하는 바와 같이 잘못이라 아니 할 수 없으나, 앞서 본 바와 같이 위 피고인들의 내란죄 등에 대한 공소시효가 5·18특별법 제2조에 따라 1993. 2. 25.부터 진행한다고 할 것이어서, 위 피고인들에 대한 내란 등 사건의 공소는 그 공소시효가 완성되기 전에 기소되었음이 명백하므로, 원심의 위와 같은 잘못은 판결에 영향을 없다고 할 것이다.

바. 군사반란과 관련한 피고인 황영시, 차규현, 허화평, 허삼수, 이학봉, 정효용의 변호인들의 주장에 대하여

원심은 위 피고인들이 피고인 전두환, 노태우와 1980. 5. 초순경 이른바 '시국수습방안'을 수립하고 내란을 모의하면서 비상계엄의 전국확대조치를 계기로 계엄군을 동원하여 국회의원과 국무위원 등을 강압하는 방법으로 반란하기로 공모하여, 1980. 5. 17. 저녁 비상계엄 전국확대 문제를 논의하기 위한 임시국무회의장에 소총 등으로 무장한 수경사의 병력을 배치하고, 같은 달 18. 01:45경부터 무장한 제33사단 병력을 국회의사당에 배치·점거하여 국회의원들의 출입을 통제하고 같은 달 20.경 일부 국회의원들의 출입을 저지하게 하는 등 작당하여 병기를 휴대하고 반란한 사실을 인정한다. 나아가 가사, 위 피고인들이 위와 같은 병력의 배치 등 반란의 구체적·개별적 실행행위에 직접적으로 가담한 바가 없다고 하더라도, 반란죄는 다수인이 집단을 이루어 반란이라는 하나의 행위에 나아가는 것이므로, 반란집단을 구성한 사람들 각자가 반란행위를 포괄적으로 인식, 용인하고 있는 한 직접 관여하지 아니한 개별적인 반란행위에 대하여도 반란죄의 책임을 진다고 할 것인데, 위와 같이 위 피고인들이 반란하기로 공모하여 반란집단을 구성한 이상 반란죄의 죄책을 면할 수 없다는 취지로 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 채증법칙 위반이나 심리미진으로 인

한 사실오인 또는 반란죄에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

사. 위법성조각사유 등

(1) 비상계엄 전국확대조치 및 개별행위가 정당행위에 해당하여 처벌할 수 없다는 주장에 대하여

이른바 위법성 조각사유로서의 정당행위, 즉 법령에 근거하여 행하여진 권리행사로써의 행위와 직접적으로 법령상 근거가 없다고 하더라도 사회통념상 정당하다고 인정되는 행위를 업무로서 행하는 행위 및 법령에 근거하거나 정당한 업무로 하는 행위에 속하지 아니하나 사회상규에 반하지 아니하는 행위 등은 일반적으로 정당한 행위는 적법하다는 원칙에 따라 그 위법성이 조각되는 것이다. 따라서 위법성 조각사유로서의 정당행위가 성립하기 위하여는 먼저 건전한 사회통념에 비추어 그 행위의 동기나 목적이 정당하여야 할 것인데, 앞서 본 바와 같이 피고인들의 위 각 행위는 모두 피고인들이 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 행한 것이므로, 그 행위의 동기나 목적이 정당하다고 볼 수 없어 정당행위에 해당한다고 할 수는 없다고 할 것이다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 시위진압행위가 정당행위, 정당방위·과잉방위, 긴급피난·과잉피난에 해당하여 처벌할 수 없거나 그 형을 면제하여야 한다는 주장에 대하여

정당행위가 성립하기 위하여는 건전한 사회통념에 비추어 그 행위의 동기나 목적이 정당하여야 하고, 정당방위·과잉방위나 긴급피난·과잉피난이 성립하기 위하여는 방위위사 또는 피난위사가 있어야 한다고 할 것이다.

그런데 원심은 피고인들이 국헌을 문란할 목적으로 시국수습방안의 실행을 모의할 당시 그 실행에 대한 국민들의 큰 반발과 저항을 예상하고, 이에 대비하여 '강력한 타격'의 방법으로 시위를 진압하도록 평소에 훈련된 공수부대 투입을 계획한 후, 이에 따라 광주에 투입된 공수부대원들이 시위를 진압하는 과정에서 진압봉이나 총 개머리판으로 시위자들을 가격하는 등으로 시위자에게 부상을 입히고 도망하는 시위자를 점포나 건물 안까지 추격하여 대량으로 연행하는 강경한 진압작전을 감행하였으며, 이와 같은 난폭한 계엄군의 과잉진압에 분노한 시민들과 사이에 충돌이 일어나서 계엄군이 시민들에게 발포함으로써 다수의 사상자가 발생하였고, 그 후 일부 시민의 무장저항이 일어났으며, 나아가 계엄군이 광주시 외곽으로 철수한 이후 귀중한 국민의 생명을 희생하여서라도 시급하게 재진입작전을 강행하지 아니하면 안될 상황이나 또는 광주시민들이 급박한 위기상황에 처하여 있다고 볼 수가 없었는데도 불구하고, 그 시위를 조속히 진압하여 시위가 다른 곳으로 확산되는 것을 막지 아니하면 내란의 목적을 달성

할 수 없는 상황에 처하게 되자, 계엄군에게 광주제진입작전을 강행하도록 함으로써 다수의 시민을 사망하게 한 사실을 인정하였는바, 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 채증법칙 위반으로 인한 사실오인 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

사정이 이와 같다면, 피고인들이 위 계엄군의 시위진압행위를 이용하여 국헌문란의 목적을 달성하려고 한 행위는 그 행위의 동기나 목적이 정당하다고 볼 수 없고, 또한 피고인들에게 방위사나 피난의사가 있다고 볼 수도 없어 정당행위, 정당방위·과잉방위, 긴급피난·과잉피난에 해당한다고 할 수는 없다고 할 것이다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 이유모순이라는 피고인 이회성, 주영복, 정호용의 변호인들의 주장에 대하여

기록에 의하여 살펴보면, 원심이 무장시위대의 광주교도소습격을 방어한 행위에 대하여는 정당행위에 해당하므로 위 피고인들에게 국헌문란의 목적을 인정할 수 없다 하여 내란죄와 내란목적살인죄로 다스리지 아니하고, 그 이외의 광주시위행위의 진압행위와 광주제진입작전의 수행으로 무장시위대를 사망하게 한 행위에 대하여는 그 정당성이 인정되지 아니하고 위 피고인들이 국헌문란의 목적으로 위와 같은 행위를 하였다 하여 내란죄와 내란목적살인죄로 다스린 조치는 판단의 기초가 되는 사실관계가 상이한 결과에서 비롯된 것으로 보이므로, 이는 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 이유모순의 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 검사의 상고이유에 대한 판단

가. 광주교도소의 방어 부분과 관련한 내란 및 내란목적살인의 점에 대하여

원심은 3공수여단 11대대 병력이 1980. 5. 21.부터 같은 달 23.까지 광주교도소의 방어임무를 수행하던 중 무장 시위대로부터 전후 5차례에 걸쳐 공격을 받았는데, 같은 달 22. 00:40경에는 차량 6대에 분승하여 광주교도소로 접근하여 오는 무장 시위대와 교전하고, 같은 날 09:00경에는 2.5톤 군용트럭에 엘엠지(LMG) 기관총을 탑재한 상태에서 광주교도소 정문 방향으로 접근하면서 총격을 가하여 오는 무장시위대에 응사하는 등 2차례의 교전과정에서 서종덕, 이명진, 이용충을 각 사망하게 한 사실, 당시 광주교도소는 간첩을 포함한 재소자 약 2,700명이 수용된 주요 국가보안시설이었던 사실 등을 인정한 다음, 첫째로 다수의 재소자들을 수용하고 있는 광주교도소에 무장한 시위대들이 접근하여 그곳을 방어하는 계엄군을 공격하는 행위는 불법한 공격행위라 할 것이며, 둘째로 피고인 전두환, 노태우, 유학성, 황영시, 차규현, 허화평, 허삼수, 이학봉, 이회성, 주영복, 정호용이 쿠데타에 의하여 군의 지휘권과 정권을 불법으

로 장악하였다 하더라도, 위와 같은 불법한 공격을 감행하는 무장 시위대로부터 교도소와 같은 주요 국가보안시설을 방어하기 위하여 계엄군으로 하여금 총격전을 벌여 시위대를 저지하게 한 행위는, 선량한 정부 또는 합법적인 정부가 당연히 취하였으리라고 생각되는 그러한 조치를 수행한 것으로서, 그 범위 내에서는 정당행위라 할 것이므로, 이 부분에 대하여 위 피고인들을 내란죄로 처벌할 수 없고, 또한 내란목적살인죄는 국헌을 문란할 목적으로 사람을 살인한 경우에 성립하는 범죄인데, 계엄군의 위와 같은 살해행위에 대하여 피고인 전두환, 황영시, 이회성, 주영복, 정호용에게 국헌문란의 목적이 있었음을 인정할 수 없으므로, 위 피고인들을 내란목적살인죄로 처벌할 수도 없다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 채증법칙을 위반하거나 정당행위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 자위권발동과 관련한 내란목적살인의 점에 대하여

원심은 원심판결 별지(2) 피해자 및 피해상황 일람표의 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8 각 항 기재 피해자들에 대한 총격행위의 원인으로 공소장에 적시된 자위권 보유천명 또는 자위권발동 지시에 대하여, 피고인 전두환은 배후에서 자위권 보유천명의 담화문을 발표하도록 지시·관여한 것으로 인정되나, 나아가 1980. 5. 21. 20:30 이후 육군본부로부터 2군사령부를 거쳐 광주에 있는 계엄군에게 이첩·하달된 자위권발동 지시를 내용으로 하는 전통을 발령하거나 그 다음날인 5.22. 12:00 자위권발동 지시라는 제목으로 된 계엄훈령 제11호를 하달함에 있어 이에 관여하였다고 인정할 증거가 없고, 피고인 정호용은 자위권 보유천명이나 자위권발동 결정에 관여하였다는 사실조차도 인정할 만한 증거가 없으며, 가사, 피고인 전두환, 황영시, 이회성, 주영복, 정호용이 자위권 보유천명이나 자위권발동 지시에 관여한 것이 사실이라 하더라도, 시위진압의 효과를 조속히 올리기 위하여 '무장시위대가 아닌 사람들에게까지 발포하여도 좋다'고 하는 이른바 '발포명령'이 위 피고인들의 지시에 의하여 육군본부로부터 광주의 계엄군에게 하달되었다고 인정할 증거가 없으므로, 위 피해자들의 사망은 계엄군이 위 피고인들 기타의 상급자로부터 하달된 포괄적인 발포명령을 집행하여 총격행위에 나감으로써 일어난 것이라고 볼 수 없고, 더구나 피고인 전두환, 황영시, 이회성, 주영복, 정호용이 위에 나온 개개의 피해자에 대한 구체적인 살인행위를 용인하면서 이를 국헌문란목적 달성을 위한 직접적인 수단으로 삼았다고 볼 만한 증거가 없을 뿐만 아니라, 위에서 일어난 살인행위들은 그 전후의 경위에 비추어 볼 때, 폭동행위로 인정된 일련의 시위진압행위와 분리된 상황에서 그와 무관하게 실행된 것으로 볼 수도 없으며, 결국 위의 살해행위 등은 이 사건 내란을 실행하는 폭동의 외증에서 폭동행위에 수반하여 발생한 것으로서, 위 피고인들이 국헌문란의 목적이 없는 계엄군을 도구로 이용하여 실행한 내란행위의 하나를 구성하는 것이므로, 위 피고인들에 대한 내란죄에 흡수시켜 내란목

적살인죄의 별죄를 구성하지 아니한다고 보아야 한다는 이유로, 위 피고인들에 대한 이 부분 내란목적살인의 점은 무죄라고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 채증법칙 위반, 판단유탈 또는 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

다. 반란의 점에 대하여

(1) 원심은 피고인 전두환, 노태우, 황영시, 차규현, 허화평, 허삼수, 이학봉, 이희성, 주영복, 정호용에 대한 이 사건 반란의 공소사실 중, 위 피고인들이 공모하여, 1980. 5. 17. 비상계엄의 전국확대를 전후하여 무장한 계엄군을 동원하여 학생, 정치인, 재야인사 등을 체포하고, 1980. 5. 17. 저녁 무렵부터 5. 18. 새벽까지 전국의 주요 보안목표에 무장한 계엄군을 배치하고, 1980. 5. 18. 07:20경 피고인 노태우가 김영삼 당시 신민당총재의 가택에 소총 등을 휴대한 수경사의 헌병들을 배치하여 포위, 봉쇄하고, 광주에서의 시위를 진압하기 위하여 5. 18.경부터 무장한 계엄군을 투입·증파하여 시위를 진압하고 광주시 외곽을 봉쇄한 후 광주재진입작전을 실시하여 도청 등을 점령한 사실에 대하여는, 당시 대통령으로부터 육군참모총장에 이르는, 또는 대통령으로부터 국방부장관을 거쳐 육군참모총장에 이르는 군의 지휘통수계통을 따라 사전에 결재과정을 거쳐 작성된 명령에 의하여 혹은 사전 사후에 구두로 보고하여 승인을 받은 조치에 의하여 이루어진 것이므로, 위 각 행위는 대통령의 군통수권 또는 국방부장관이나 육군참모총장 등의 지휘권에 반항하는 행위였다고 볼 수는 없다는 이유로 위 피고인들에 대한 위 반란의 점은 무죄라고 판단하였다.

군형법상 반란죄는 군인이 작당하여 병기를 휴대하고 군 지휘계통이나 국가기관에 반항하는 경우에 성립하는 범죄이고, 군 지휘계통에 대한 반란은 위로는 군의 최고통수권자인 대통령으로부터 최말단의 군인에 이르기까지 일사불란하게 연결되어 기능하여야 하는 군의 지휘통수계통에서 군의 일부가 이탈하여 지휘통수권에 반항하는 것을 그 본질로 하고 있다 할 것인데, 기록에 의하면, 위에서 본 행위들은 모두 당시 군의 최고통수권자인 대통령의 계가나 승인 혹은 묵인 하에 이루어졌음을 알 수 있다.

사정이 이와 같다면, 상고이유에서 주장하는 바와 같이 군의 지휘계통인 국방부장관인 피고인 주영복과 육군참모총장 겸 계엄사령관인 피고인 이희성이 이 사건 내란과 반란에 참여하였다 하더라도, 위 피고인들의 위 각 행위는 반란에 해당하지 아니한다고 봄이 타당하다고 할 것이다.

이 점에 관한 원심판결의 이유설시에 적절하지 아니한 점이 없는 것은 아니나, 위 각 행위가 반란에 해당하지 아니한다고 본 원심의 결론은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 채증법칙을 위반하거나 반란죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

이 점에 대하여는 대법관 이용훈의 반대의견이 있다(제7장 4.의 나. 참조).

(2) 원심은 피고인 이희성, 주영복에 대한 이 사건 반란의 공소사실 중, 위 피고인들이 피고인 전두환, 노태우, 유학성, 황영시, 차규현, 허화평, 허삼수, 정호용과 공모하여, 1980. 5. 17. 저녁 비상계엄의 전국확대 문제를 논의하기 위한 임시국무회의장에 소총 등으로 무장한 수경사의 병력을 배치하고, 1980. 5. 18. 01:45경부터 무장한 제33사단 병력을 계엄군으로 국회의사당에 배치하여 이를 점거하면서 국회의원들의 출입을 통제하고 같은 달 20.경 일부 국회의원들의 출입을 저지한 사실에 대하여는, 이에 부합하는 증거를 배척하고 달리 이를 인정할 증거가 부족하다는 이유로, 피고인 이희성, 주영복에 대한 위 각 반란의 점은 무죄라고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 채증법칙을 위반하거나 반란죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

이 점에 대하여는 대법관 이용훈의 반대의견이 있다(제7장 4.의 나. 참조).

라. 불법진퇴의 점에 대하여

원심은 피고인 노태우가 피고인 전두환과 공모하여, 1980. 5. 17. 저녁 국무회의장에 휘하의 병력을 대통령, 대통령 경호실장 또는 국방부장관이나 육군참모총장의 승인 없이 배치한 행위에 대하여, 이는 군사반란죄를 구성하고 불법한 병력의 진퇴는 그 반란을 실행하기 위하여 한 행위이므로 따로 불법진퇴의 죄를 구성하지 아니하고 반란죄에 흡수된다고 판단하였다.

불법진퇴죄가 군사반란을 실행하는 과정에서 행하여진 경우에 그 불법진퇴죄가 반란죄에 흡수된다고 함은 앞서 판단한 바와 같다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 불법진퇴죄와 반란죄의 관계에 대한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

이 점에 대하여는 대법관 이용훈의 반대의견이 있다(제7장 4.의 가. 참조).

제4장 뇌물 사건 부분

1. 피고인 정호용의 변호인들의 상고이유에 대한 판단

기록에 의하여 살펴보면, 원심이 위 피고인의 뇌물수수방조사실을 유죄로 인정한 조처는 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 뇌물죄 및 뇌물방조죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 검사의 상고이유에 대한 판단

가. 피고인 전두환에 대하여

원심은 위 피고인이 1987. 10. 경 당시의 국가안전기획부장 안무혁 및 국제청장 성용욱과 공모하여 위 성용욱으로 하여금 국제청장의 직무에 관하여 박경복 등 중견기업 경영인 11인으로부터 합계 금 5,450,000,000원을 교부받게 함으로써 뇌물을 수수하였다는 공소사실에 대하여, 위 안무혁과 성용욱이 공모하여 위 성용욱의 직무에 관하여 위와 같이 뇌물을 수수한 점은 인정되나, 위 피고인이 위 안무혁 등과 공모하였다거나 위 범행에 관여하였다고 볼 만한 증거가 없다는 이유로 무죄를 선고하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 채증법칙을 위반하거나 공동정범에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 피고인 노태우에 대하여

(1) 최종현과 관련한 부분

원심은 위 피고인이 1988. 12. 말경 선경그룹의 회장 최종현으로부터 금 3,000,000,000원을 교부받아 대통령의 직무에 관하여 뇌물을 수수하였다는 공소사실에 대하여, 위 피고인과 최종현의 관계, 돈을 주고받은 일시, 장소, 경위, 전후의 상황 등을 종합하여 볼 때, 위 피고인이 직무의 대가인 뇌물로 위 금원을 수수하였다고 단정하기 어렵다는 이유로 무죄를 선고하였는바, 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 채증법칙을 위반하거나 뇌물죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 배종열과 관련한 부분

원심은 위 피고인이 1991. 9. 중순경 및 같은 해 12. 중순경 주식회사 한양의 회장 배종열로부터 각 금 5,000,000,000원씩을 교부받아 대통령의 직무에 관하여 뇌물을 수수하였다는 공소사실에 대하여, 검사가 제출한 증거만으로는 그 공소사실을 인정하기에 부족하다는 이유로 무죄를 선고하였는바, 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 채증법칙 위반 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 추정 부분

형법 제134조에 의하면, 범인 또는 정을 아는 제3자가 받은 뇌물은 필요적으로 몰수, 추정하도록 되어 있는바, 그 규정취지가 범인 또는 정을 아는 제3자로 하여금 불법

한 이득을 보유시키지 아니하려는 데에 있는 점에 비추어 볼 때, 범인이라 하더라도 불법한 이득을 보유하지 아니한 자라면 그로부터 뇌물을 몰수, 추정할 수 없으므로, 제3자 뇌물수수의 경우에는 범인인 공무원이 제3자로부터 그 뇌물을 건네받아 보유한 때를 제외하고는, 그 공무원으로부터 뇌물의 가액을 추정할 수 없다고 할 것이다.

기록에 의하여 살펴보면, 피고인 노태우가 청우종합건설 주식회사 회장 조기현이 조계중 총무원장 서의현에게 공여한 뇌물 금 8,000,000,000원을 위 서의현으로부터 건네받았다고 볼 만한 증거가 없으므로, 위 피고인으로부터 위 뇌물의 가액을 추정하지 아니한 원심의 조처는 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같이 필요적 몰수, 추정에 관한 법리를 오해하거나 판단을 유탈한 위법이 있다고 할 수 없다.

제5장 피고인 유학성 부분

의사 송근정 작성의 사체검안서와 호적등본의 기재에 의하면, 위 피고인은 1997. 4. 3. 사망하였음이 분명하므로, 형사소송법 제382조, 제328조 제1항 제2호에 따라 위 피고인에 대한 이 사건 공소를 기각하기로 한다.

제6장 결론

위에서 살펴본 바와 같이, 원심판결에 채증법칙 위반, 심리미진, 법리오해, 판단유탈, 이유모순 등의 위법이 있다는 각 상고이유는 모두 받아들일 수 없으므로 피고인 황영시, 차규현, 최세창, 장세동, 허화평, 허삼수, 이학봉, 박종규, 신윤희, 이희성, 주영복, 정호용의 각 상고와 검사의 피고인 전두환, 노태우, 황영시, 차규현, 박준병, 허화평, 허삼수, 이학봉, 이희성, 주영복, 정호용에 대한 각 상고를 모두 기각하고, 피고인 최세창, 장세동의 상고 후 구금일수 중 일부씩을 각 본형에 산입하며, 피고인 유학성에 대한 이 사건 공소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결하는바, 이 판결에는 이 사건 군사반란 및 내란의 처벌 여부에 관하여 대법관 박만호의 반대의견이, 5·18특별법의 위헌 여부와 공소시효완성 여부에 관하여 대법관 박만호, 대법관 박준서, 대법관 신성택의 반대의견이, 피고인 박준병에 대한 판단 부분에 관하여 대법관 천경송, 대법관 지창권, 대법관 이용훈, 대법관 이임수, 대법관 송진훈의 반대의견이, 지휘권수소이탈·불법진퇴의 반란죄 흡수 여부와 5·18 관련 반란죄 중 무죄 부분에 관하여 대법관 이용훈의 반대의견이 있는 외에는 관여 대법관의 의견이 일치되었다.

제7장 소수의견

1. 이 사건 군사반란 및 내란이 사법심사의 대상이 되지 아니한다는 대법관 박만호의 반대의견

이 사건에서 균형법 및 형법 위반의 죄로 각 공소가 제기된 군사반란 및 내란행위에 관련된 피고인들에 대하여는 법원이 그 가벌성 여부에 관하여 재판할 수 없다고 생각되므로, 이와 반대의 견해를 전제로 한 다수의견에 대하여는 찬동할 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

기록에 의하면, 피고인들이 이 사건 군사반란 및 내란행위에 의하여 군권 및 정권을 사실상 장악하고 이를 토대로 하여, 피고인 전두환이 1980. 9. 1. 대통령에 취임한 다음, 1980. 9. 29. 구 정치질서로부터 결별하고 새로운 정치질서를 형성하기 위하여 정당을 해산하고 국회를 새로 구성하며 대통령도 새로 선출할 것 등을 내용으로 하는 헌법의 전문개정안을 제안하여, 그 개정안이 국민투표를 거쳐 제5공화국의 헌법으로 확정되고 1980. 10. 27. 대통령이 이를 공포함으로써 그 날부터 발효하게 된 사실, 제5공화국 헌법에 따른 절차에 의하여 피고인 전두환이 대통령으로 당선되어 1981. 3. 3. 그 직에 취임하고, 그 직후 실시된 국회의원선거에서 피고인 등이 주도하여 창당한 정당이 국회의 다수의석을 차지한 이래, 그들을 중심으로 한 정치세력이 통치권의 중추를 담당하여 국정을 운영하여 왔고, 피고인 전두환은 대통령으로서의 임기를 마치고 퇴임하였으며, 다시 국회의 의결과 국민투표를 거쳐 1987. 10. 29. 전문 개정된 현행 헌법에 따른 대통령 직접선거에서 피고인 노태우가 대통령에 당선되어 5년의 임기를 마치고 퇴임하였고, 다른 피고인들도 그 동안 대부분 정부의 각료나 국회의원으로 종사한 사실 등을 인정할 수 있다.

위와 같이 헌법상 통치체제의 권력구조를 변혁하고 대통령, 국회 등 통치권의 중추인 국가기관을 새로 구성하거나 선출하는 내용의 헌법개정이 국민투표를 거쳐 이루어지고 그 개정 헌법에 의하여 대통령이 새로 선출되고 국회가 새로 구성되는 등 통치권의 담당자가 교체되었다면, 이는 과거의 헌정질서와는 단절된 제5공화국의 새로운 헌정질서가 출발하였고 국민이 이를 수용하였음을 의미한다고 할 것인바, 피고인들의 이 사건 군사반란 및 내란행위는 국가의 정치적 변혁과정에서 국민이 수용한 새로운 헌정질서를 형성하는 데에 기초가 되었다고 보지 않을 수 없다.

그렇다면 피고인들의 이 사건 군사반란 및 내란행위는 국가의 헌정질서의 변혁을 가져온 고도의 정치적 행위라고 할 것인바, 위와 같이 헌정질서 변혁의 기초가 된 고도의 정치적 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 가장 바람직하다 할 것이다.

현대 법치주의의 원리는 원칙적으로 국가사회 구성원의 모든 행위에 대하여 법원이 그 합법성 여부를 심사할 것을 요청받고 있기는 하나, 그렇다고 해서 반드시 모든 행위가 사법적 심사의 대상이 되어야만 하는 것을 의미하지는 않는다. 법원은 구체적인 사안에 따라서는 당해 행위가 가지는 정치적 측면과 법적 측면을 비교하고 그 행위에 대한 규범적 통제의 정도 및 사법제도의 본질적 특성을 감안하여 무엇보다도 그 행위에

대한 사법심사가 국가사회에 미치는 영향을 고려하여 사법심사를 자제하여야 하는 경우가 있는 것이다. 이 사건의 경우가 그러한 경우에 해당한다고 할 것이다.

그러므로 이 사건 군사반란 및 내란행위가 비록 형식적으로는 범죄를 구성한다고 할지라도 그 책임 문제는 국가사회의 평화와 정의의 실현을 위하여 움직이는 국민의 정치적 통합과정을 통하여 해결되어야 하는 고도의 정치문제로서, 이에 대하여는 이미 이를 수용하는 방향으로 여러 번에 걸친 국민의 정치적 판단과 결정이 형성되어 온 마당에, 이제 와서 법원이 새삼 사법심사의 일환으로 그 죄책 여부를 가리기에는 적합하지 아니한 문제라 할 것이므로, 법원으로서에는 이에 대한 재판권을 행사할 수 없다고 보아야 할 것이다.

그럼에도 불구하고 이 사건 군사반란 및 내란행위에 관련된 피고인들에 대한 각 해당 공소사실에 대하여 실체관계에 나아가 유죄 또는 무죄의 판단을 한 원심판결은 잘못이라고 할 것이므로, 원심판결 중 이 부분을 파기하고, 이에 대하여는 재판권이 없음을 이유로 공소기각의 판결을 선고하여야 할 것이다.

2. 5·18특별법의 위헌 여부 및 공소시효완성 여부에 관한 대법관 박만호, 대법관 박준서, 대법관 신성택의 반대의견

가. 대법관 박만호, 대법관 신성택의 의견은 다음과 같다.

피고인 황영시, 차규현, 박준병, 최세창, 장세동, 허화평, 허삼수, 이학봉, 박종규, 신윤희, 이희성, 주영복, 정호용에 대한 1979. 12. 12. 및 1980. 5. 18. 을 전후한 각 군사반란에 관한 범죄 및 피고인 전두환, 황영시, 이희성, 주영복, 정호용에 대한 각 내란목적살인죄에 대하여는 5·18민주화운동등에관한특별법(이하 5·18특별법이라고만 한다) 제2조가 적용될 수 없다고 생각되므로, 이와 견해를 달리하는 다수의견에 대하여는 찬동할 수 없다. 그 이유는 아래와 같다.

(1) 공소시효란 국가가 일정한 기간 동안 공소를 제기하지 않고 방치하는 경우에 국가의 형사소추권을 소멸시키는 제도이다. 공소시효의 존재이유에 관하여는 학설상 견해가 나누어져 있으나, 범죄가 발생한 후 일정한 시간을 경과하면 범죄혐의자에 대한 일반인의 처벌욕구가 감소하게 되고 범죄의 사회적 영향력도 약화되며, 범죄혐의자는 오랫동안 양심의 가책을 받고 범행에 대한 후회나 처벌에 대한 불안 등으로 처벌을 받은 것과 비슷한 상태가 되어 가벌성이 점차 약화된다는 점, 오랜 기간의 경과로 증거가 흩어져 없어짐으로써 공정하고 적절한 재판의 실현이 곤란해지는 점, 국가가 소추권의 행사를 게을리함으로써 인한 장기간의 법적 불안정이라는 불이익을 오로지 범죄혐의자에게만 전가하는 것은 부당하다는 점 등을 함께 고려하여 마련한 제도라고 보아야 할 것이다. 그러나 그 제도의 근거가 어디에 있는지에 관계없이, 공소시효는 공소가 제기되지 아니한 채 일정한 기간이 경과함에 따른 사실상의 상태를 유지·존중하여 국가의

형사소추권을 소멸시키는 제도이고, 그 당연한 결과로 범죄혐의자에 대하여 법적·사회적 지위의 불안정을 해소시켜 주는 이익을 부여하는 제도임은 분명한 것이다.

(2) 5·18특별법 제2조 제1항은 "1979. 12. 12.과 1980. 5. 18.을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법 제2조의 헌정질서파괴범죄행위에 대하여 국가의 소추권 행사에 장애사유가 존재한 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다"라고 규정하고, 그 제2항은 "제1항에서 국가의 소추권 행사에 장애사유가 존재한 기간이라 함은 당해 범죄행위의 종료일부터 1993. 2. 24.까지의 기간을 말한다"고 규정하고 있다.

① 5·18특별법 제2조의 규정에 대한 올바른 해석과 적용을 위하여는, 먼저 위 법률조항의 공소시효 정지규정이 그 적용대상인 범죄행위 당시의 법률의 해석상 당연히 공소시효 정지사유로 인정되던 것을 명문으로 확인하여 입법한 것에 불과한 것인지, 아니면 당시의 법률상 공소시효 정지사유로 인정되지 아니하던 것을 그 이후에 소급적으로 규정한 것인지를 밝힐 필요가 있다고 본다.

결론부터 먼저 말하면, 위 법률조항의 규정은 행위시의 법률상 인정되던 공소시효 정지사유를 확인한 것이 아니라, 새로운 공소시효 정지사유를 형성적으로 설정한 것으로서 소급효를 갖는 것이라고 보아야 한다. 앞에서 본 바와 같이 공소시효제도는 범죄혐의자에게 법적·사회적 안정이라는 이익을 부여하는 제도이므로, 공소시효의 완성을 방해하는 공소시효 정지사유를 인정하는 것은 결과적으로 범죄혐의자의 자유권을 제한하는 사유로 기능하게 된다. 따라서 국민의 자유와 권리의 제한에 관한 헌법 제37조 제2항의 정신에 따라 공소시효 정지사유로 인정되는 것은 형사소송법 등에 의하여 명문으로 규정된 것이거나, 아니면 적어도 헌법 또는 법률의 규정에 의하여 국가의 소추권 행사에 법률상의 장애가 있었음이 분명한 경우가 아니면 아니된다고 본다. 5·18특별법 제2조는 그 적용대상범죄에 대하여 국가의 소추권 행사에 장애사유가 존재한 기간을 공소시효 정지사유로 규정하고 있으나, 위 법률조항에 규정된 기간의 장애사유가 그 제정 이전부터 헌법 또는 법률의 규정에 의하여 소추권 행사의 법률상 장애사유로 인정될 수 있는 것이었다고 볼 아무런 근거가 없는 것이며, 형사법의 유추해석규지의 원칙상 공소시효제도의 본질 또는 그 존재이유로부터 공소시효 정지사유를 유추해석해 내는 것은 허용되지 않는 것이다. 국가의 소추권이 장기간 행사되지 못하고 공소시효기간을 경과한 사건에 있어서는 5·18특별법이 인정한 바와 같은 장애사유 이외에도 이러한 사실상의 장애사유가 존재할 수 있음은 충분히 예상할 수 있었던 것임에도, 이와 같은 사실상의 장애사유를 공소시효 정지사유로 법률에 규정한 바가 없었다는 것은 이러한 사유를 공소시효 정지사유로 인정하지 않았던 까닭이라고밖에 볼 수가 없다. 그럼에도 불구하고 유독 5·18특별법이 규정한 바와 같은 장애사유에 대하여 법률의 해석에 의하여 공소시효 정지사유에 해당한다고 볼 수는 없는 것이다.

② 다음으로 범죄행위가 이루어진 이후에 공소시효를 소급적으로 정지하는 내용의

법률조항이 우리 헌법상 유효한 것으로 평가될 수 있는지를 살펴보기로 한다.

헌법 제12조 제1항 제2문은 "누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다"라고 규정하고, 그 제13조 제1항 전단은 "모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며……"라고 규정하여 죄형법정주의와 적법절차의 원칙 및 소급금지 원칙을 선언하고 있으며, 이에 따라 형법 제1조 제1항은 "범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다"라고 규정하고 있다.

형사법에 관한 소급금지의 원칙은 자유민주주의 헌법에서 가장 중요한 가치의 하나로 보장하고 있는 국민의 신체의 자유와 직결되는 것이다. 그러므로 위의 원칙은 형법과 형사특별법상의 모든 범죄의 성립과 형벌에 관한 내용을 담은 실체법적 규정에 있어서는 엄격히 적용되어 소급효는 절대적으로 금지된다. 공소시효는 바로 범죄의 성립과 형벌에 관한 것은 아니어서 소급금지의 원칙이 당연히 적용되는 영역에 해당하지는 아니한다고 하더라도, 공소시효제도는 범죄혐의자의 법적 안정성에 직접 관련되는 것으로서 그 규정과 적용 여하에 따라 범죄혐의자의 실체법적 지위에까지 중대한 영향을 미치게 되는 것이 분명하다. 따라서 공소시효에 관한 법률규정은 헌법 제12조 제1항의 적법절차의 원칙과 제13조 제1항의 소급금지의 원칙에 관한 헌법의 정신을 벗어나거나 법치주의의 이념에 어긋나서는 아니되는 것이다.

그런데 공소시효를 사후에 소급적으로 정지하는 내용의 법률조항의 효력은 그 적용 대상이 되는 범죄의 공소시효가 그 법률 시행 이전에 이미 완성하였는지의 여부에 따라 범죄혐의자의 법적 안정성을 침해하는 정도가 달라지므로 경우를 나누어 살펴보기로 한다.

먼저 공소시효가 완성되지 않은 범죄에 대하여 사후에 공소시효를 소급적으로 정지하는 이른바 부진소급효의 법률규정은 이미 성립한 범죄에 대하여 소추가 가능한 상태에서 그 소추기간을 연장하는 것에 지나지 아니하므로, 공소시효에 의하여 보호받는 범죄혐의자의 이익을 침해하는 정도는 상대적으로 미약하다. 따라서 5·18특별법이 적용대상으로 삼은 헌정질서파괴범죄를 처벌하기 위한 공익의 중대성과 그 범죄혐의 자들에 대하여 보호해야 할 법적 이익을 교량할 때 5·18특별법 제2조는 그 정당성이 인정된다고 보아야 할 것이다.

그러나 공소시효가 이미 완성한 다음에 소급적으로 공소시효를 정지시키는 이른바 진정소급효를 갖는 법률규정은 이와 달리 보아야 한다고 생각한다. 그와 같은 법률규정은 형사소추권이 소멸함으로써 이미 법적·사회적 안정성을 부여받아 국가의 형벌권 행사로부터 자유로워진 범죄혐의자에 대하여 실제적인 죄형의 규정을 소급적으로 신설하여 처벌하는 것과 실질적으로 동일한 결과를 초래하게 된다. 이는 행위시의 법률에 의하지 아니하고는 처벌받지 아니한다는 헌법상의 원칙에 위배되는 것이다. 결국 공소시효에 관한 것이라 하더라도 공소시효가 이미 완성된 경우에 다시 소추할 수 있도록 공소시효를 소급하여 정지하는 내용의 법률은 그 정당성이 인정될 수 없는 것이라고 하지 않을 수 없다.

③ 그러므로 5·18특별법 제2조의 공소시효 정지규정이 적용되는 범위를 해석함에 있어서, 5·18특별법 시행 당시 공소시효 완성 여부에 관계없이 위 법률조항의 문언에만 근거하여 위 이른바 한정질서파괴범죄행위에 해당하는 모든 범죄에 대하여 적용된다고 보는 것은 헌법에 위반되는 해석방법이라고 하지 않을 수 없다. 따라서 위 법률조항은 5·18특별법 시행 당시 공소시효가 완성하지 않은 범죄에 대하여만 한정하여 적용되고, 이미 공소시효가 완성된 범죄에 대하여까지 적용되는 것은 아니라고 해석하는 것이 옳다고 본다.

헌법재판소는 1996. 2. 16. 선고한 96헌가2, 96헌바7,13(병합) 사건에서 5·18특별법 제2조는 헌법에 위반되지 아니한다고 결정하면서, 결정 이유에서 위 법률조항은 그 시행일 이전에 위 법률 소정의 범죄행위에 대한 공소시효가 이미 완성된 경우에도 적용하는 한 헌법에 위반된다고 보는 한정위헌의견이 다수 재판관의 견해이기는 하나, 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 정한 위헌결정의 징족수에 이르지 못하여 합헌으로 선고할 수밖에 없음을 실시하고 있다. 그러나 법원은 헌법재판소의 위 결정에서 공소시효가 이미 완성된 경우에도 위 법률조항이 합헌이라고 한 결정이유 중의 판단내용에 기속되지 아니하는 것이며, 합헌으로 선고된 법률조항의 의미·내용과 적용범위가 어떠한 것인지를 정하는 권한 곧 법령의 해석·적용의 권한은 바로 사법권의 본질적 내용을 이루는 것으로서, 전적으로 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속하는 것이다(대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결 참조). 법원이 어떠한 법률조항을 해석·적용함에 있어서 한 가지 해석방법에 의하면 헌법에 위배되는 결과가 되고 다른 해석방법에 의하면 헌법에 합치하는 것으로 볼 수 있을 때에는 위헌적인 해석을 피하고 헌법에 합치하는 해석방법을 택하여야 하는 것임은 또 하나의 헌법수호기관인 법원의 당연한 책무이기도 하다(대법원 1992. 5. 8. 선고 91부8 결정 참조). 따라서 헌법재판소의 합헌결정에 불구하고 5·18특별법 제2조를 위와 같이 해석·적용함에 아무런 장애가 없다고 보는 것이다.

(3) 피고인 황영시, 차규현, 박준병, 최세창, 장세동, 허화평, 허삼수, 이학봉, 박종규, 신윤희에 대한 1979. 12. 12.을 전후한 군사반란사건에 관련한 공소 범죄행위는 1979. 12. 13.에, 피고인 황영시, 차규현, 허화평, 허삼수, 이학봉, 이희성, 주영복, 정호용에 대한 1980. 5. 18.을 전후한 군사반란사건에 관련한 공소 범죄행위 및 피고인 전두환, 황영시, 이희성, 주영복, 정호용에 대한 각 내란목적살인죄의 공소 범죄행위는 모두 1980. 5. 27.까지 각 종료하였음은 기록상 분명하므로 위 각 범죄행위에 대한 공소시효는 각 그 종료일로부터 진행한다고 보아야 할 것이고, 그때로부터 5·18특별법이 시행된 1995. 12. 21. 이전에 15년의 공소시효기간이 이미 경과하였음이 분명하므로, 위의 각 범죄에 대하여는 위 법률 시행 이전에 이미 공소시효가 완성되었다고 보아야 한다.

다만 피고인 전두환, 노태우에 대한 각 군사반란에 관한 범죄행위에 대하여는 헌법 제84조에 의한 공소시효 정지사유가 있고, 위 각 군사반란에 관련한 나머지 피고인들

은 피고인 전두환, 노태우와 공범관계에 있으므로, 위의 나머지 피고인들에 대하여도 형사소송법 제253조 제2항에 의하여 공소시효 정지의 효력이 있다는 의견이 있을 수 있다. 헌법 제84조는 "대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직 중 형사상의 소추를 받지 아니한다"라고 규정하고 있고, 이 헌법 규정은 국가의 소추권 행사에 대한 법률상의 장애사유에 해당하는 것이므로, 법률에 달리 대통령의 재직 중에는 공소시효의 진행이 정지된다는 규정이 없다고 하더라도 위 헌법 규정의 취지상 대통령 재직 중 형사상의 소추를 할 수 없는 범죄에 한하여 공소시효의 진행이 정지된다고 볼 수 있고, 피고인 전두환은 1980. 9. 1.부터 1988. 2. 24.까지 7년 5월 24일간, 피고인 노태우는 1988. 2. 25.부터 1993. 2. 24.까지 5년간 각 대통령직에 있었던 관계로 그 기간 동안 공소시효가 정지된 것으로 보는 것이다. 그러나 형사소송법 제253조 제2항은 "공범의 1인에 대한 전항의 시효정지는 다른 공범자에게 대하여 효력이 미친다"고 규정하고, 같은 조 제1항은 그 시효정지의 사유를 '공소의 제기'로만 한정하여 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 헌법 제84조에 의한 대통령의 신분으로 인하여 공범의 공소시효가 정지된다고 하여 그것이 다른 공범에 대하여 형사소송법 제253조 제2항에 정한 공소시효 정지사유가 될 수는 없다고 보아야 한다.

(4) 결국 피고인 황영시, 차규현, 박준병, 최세창, 장세동, 허화평, 허삼수, 이학봉, 박종규, 신윤희, 이희성, 주영복, 정호용에 대한 1979. 12. 12. 및 1980. 5. 18.을 전후한 각 군사반란에 관한 범죄 및 피고인 전두환, 황영시, 이희성, 주영복, 정호용에 대한 각 내란목적살인죄에 대하여는 5·18특별법 시행 당시에 이미 공소시효가 완성되었으므로 5·18특별법 제2조를 적용할 수 없는 것이라고 볼 수밖에 없다.

따라서 위 피고인들에 대한 각 해당 공소사실에 대하여 실체관계에 나아가 유죄 또는 무죄의 판단을 한 원심판결은 잘못이므로, 공소시효에 관한 피고인들의 상고이유를 받아들여거나 또는 직권으로 위의 피고인들에 대한 원심판결을 모두 파기하고 위 각 공소사실에 대하여는 형사소송법 제326조 제3호에 의하여 면소의 판결을 선고하여야 한다고 보는 것이다. 이상과 같은 이유에서 이와 반대의 견해를 취한 다수의견은 수긍할 수 없다고 생각한다.

나. 대법관 박준서의 반대의견은 다음과 같다.

대법관 박만호, 대법관 신성택의 위 반대의견 중 헌법재판소의 합헌 또는 위헌결정에 관련된 법원의 법령 해석방법에 관한 부분에 대하여 다음과 같은 다른 의견을 표명하는 점 외에는 모두 같은 견해이다.

법원은 헌법수호기관으로서 재판의 전제가 되는 법령을 적용함에 있어서 그 법령을 헌법의 명문 규정과 그 지도이념에 따라 합헌적으로 해석함으로써 헌법을 수호할 책임이 있다고 할 것이다.

다만 법률의 경우에는 그 내용이 헌법에 위반되더라도 법원이 막바로 그 적용을 거

부할 수 있는 것이 아니라, 그 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우 헌법 제107조 제1항에 의하여 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판하여야 하는바, 이 경우 헌법재판소의 결정 중 각종 위헌결정은 헌법재판소법 제47조에 의하여 법원을 기속하게 되나, 합헌결정은 그 법률을 재판에 적용할 수 있다는 효력이 있을 뿐이므로, 그 법률을 적용함에 있어서 합헌적으로 해석할 책무는 여전히 법원에 남아 있는 것이다.

이와 같이 헌법이 보장한 국민의 기본권이 법률에 의하여 침해될 위험성은 헌법재판소의 각종 위헌결정과 법원의 합헌적 법령의 해석작용에 의하여 제거되는 것이고, 특히 법률의 위헌적 해석의 위험성은 헌법재판소의 한정위헌결정과 법원의 합헌적 법률해석에 의하여 이중의 안전장치로 차단되는 것이다(대법원 1996. 12. 10. 선고 96누4022 판결 참조).

그런데 헌법재판소 1996. 2. 16. 선고 96헌가2, 96헌바7, 13(병합) 결정은 5·18특별법 제2조가 합헌이라는 것이어서 법원이 위 법률 조항을 적용할 수 있게 되었을 뿐, 위 법률을 어떻게 해석·적용하는 것이 합헌적이나 하는 문제는 별개의 과제로서 원래부터 법원에 부여된 책무에 속한다고 할 것이다.

결국 위 법률 조항의 해석에 관하여 헌법재판소가 한정위헌결정을 하지 아니하였다 하더라도, 법원에게는 그 법률 조항을 합헌적으로 해석할 의무가 여전히 있는 것이고, 공소시효에 관한 위 법률 조항은 위 반대의견에서 밝힌 바와 같이 그 시행 당시 공소시효가 완성되지 아니한 자에 대하여만 적용된다고 해석함이 합헌적이므로, 법원은 헌법 수호기관으로서의 책무를 다하기 위하여 위와 같은 합헌적 해석을 하여야 마땅할 것이다.

물론 위 법률 조항이 그 시행 당시 이미 공소시효가 완성된 자에 대하여도 이를 적용한다고 명문으로 규정하고 있다면, 헌법재판소가 위 법률 조항에 대하여 합헌결정을 한 이상, 법원로서는 그 문언에 따라 이를 그대로 적용할 수밖에 없다고 할 것이나, 그 문언의 의미가 불명확하거나 다의적이어서 그 해석방법에 따라 위헌 여부가 문제되는 경우에 해당되므로, 헌법재판소가 헌법재판소법 제23조에 의하여 한정위헌결정에 이르지 못하였다 하더라도, 법원이 그 적용단계에서 합헌적 해석방법을 택함에는 아무런 장애가 되지 아니한다고 할 것이다.

3. 피고인 박준병에 대한 판단 부분에 관한 대법관 천경승, 대법관 지창권, 대법관 이용훈, 대법관 이임수, 대법관 송진훈의 반대의견

대법관 천경승, 대법관 지창권, 대법관 이용훈, 대법관 이임수, 대법관 송진훈은 다수의견의 피고인 박준병에 대한 판단부분에 관하여 다음과 같은 이유로 찬성할 수 없다.

가. 피고인 박준병에 대한 공소사실과 원심판결 이유는 다음과 같다.

(1) 피고인에 대한 공소사실은 원심에서 변경되었고 그 요지는 아래와 같다.

피고인 박준병은 이 사건 공동피고인들과 함께 군의 주도권을 장악하기 위하여, 정승화 총장을 내란방조 혐의로 조사한다는 명분으로 강제 연행하여 그 지휘권을 박탈하는 한편 군의 정식지휘계통이 이를 지지할 경우 병력을 동원하여 제압하기로 결의하는 등 공모하여, 1979. 12. 12. 18:00경부터 19:00경까지 사이에 경북군 구내 수도경비사령부 제30경비단장실에 집결하여 유사시 자신들의 병력을 신속히 동원할 수 있는 지휘부를 결성하고, 같은 날 20:30경 제20사단 참모장 노충현으로부터 '진도개 하나' 비상이 발령된 사실과 윤성민 육군참모차장, 하소곤 육군본부 작전참모부장 등이 자신을 급히 찾고 있다는 사실을 전화로 보고 받고 그들이 육군본부 기동예비부대인 제20사단 병력을 동원하기 위하여 자신을 찾고 있다는 사실을 잘 알면서도 부대로 복귀하지 않은 채 위 제30경비단장실에 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 육성지시 없이는 병력출동을 하지 말라고 지시하여 육군 정식지휘계통의 제20사단 부대 장악을 저지·방해함으로써, 중요임무종사자로서, 작당하여 병기를 휴대하고 반란한 것이다.

(2) 이에 대한 원심판결 이유의 요지는 아래와 같다.

피고인 박준병이 정승화 총장의 연행에 관한 논의가 있을 것임을 미리 알고 제30경비단에 갔는지에 관하여는 이 점을 인정할 수 있는 증거가 없고, 피고인 박준병도 제30경비단에서 반란지휘부를 구성한 한 사람으로써 만약의 경우에 병력을 동원하여 지원하기로 하였다는 취지의 원심 제18회 공판조서 중 증인 우국일의 진술기재, 검사 작성의 차이권과 우국일에 대한 각 진술조서 및 피고인 차이권에 대한 제3회 피의자신문조서의 각 진술기재는 뒤에서 인정하는 사정 등에 비추어 믿기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 오히려 거시의 각 증거에 의하면 육군 정식지휘계통이 제20사단을 적극적으로 장악하여 그 동원을 해보려고 시도해 본 일이 없고 다만 합동수사본부 측을 위하여 제20사단이 동원되는 것을 저지하려고 하였음에 불과한 점, 제20사단을 움직이지 못하게 한 피고인 박준병의 조치는 육군본부의 제20사단에 대한 출동금지지시와 오히려 일치한 점, 피고인 박준병이 피고인 전두환으로부터 병력동원 요청을 받았으나 그 요청을 거절하였고, 적어도 불암산의 제62연대는 언제라도 합동수사본부 측을 위하여 동원할 수 있었음에도 불구하고 동원하지 아니한 점, 제30경비단에 모인 피고인들이 육군본부 측에 가까운 지휘관들에게 병력동원을 자제하도록 요청하였음에도 피고인 박준병은 제30경비단에 남아 있으면서도 그러한 일을 한 바 없는 등 합동수사본부 측을 위하여 뚜렷하게 기여한 바가 없었고, 위 피고인들이 제30경비단에서 보안

사령부로 이동할 때에도 피고인 박준병은 뒤늦게 혼자서 가는 등 다른 피고인들과 일치된 행동을 하지 아니한 점 등이 드러난다. 그렇다면 피고인 박준병이 12. 12. 저녁에 제30경비단의 모임에 참석하고 부대에 복귀하지 아니한 채 제20사단의 참모들에게 부대를 잘 장악하고 자신의 육성지시 없이는 부대출동을 하지 말라고 지시하였다고 하여, 이를 가지고 바로 피고인 박준병이 제30경비단에서 반란지휘부에 참여하고 반란의 범의를 가지고 육군 정식지휘체통의 제20사단 부대장악을 저지·방해함으로써 반란에 가담하였다고 보기는 어렵고, 달리 이 사건에서 채용된 증거를 종합하여도 피고인 박준병이 반란지휘부의 일원이 되어 반란에 가담하였다고 인정하기에 부족하므로, 피고인 박준병에 대한 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당한다.

나. 다수의견은 원심의 이러한 판단을 정당하다고 보고 있으나, 이 점에 대하여는 다음과 같은 이유에서 찬성할 수 없다.

(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 연화동에 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 육군참모총장 공관으로 갔다는 사실을 알려 주고, 이어서 같은 날 19:50경에는 정승화 총장의 체포과정에서 총격전이 있었고 정승화 총장을 보안사령부 서빙고본실로 연행하였다고 알려 준 사실, 같은 날 20:30경부터 21:00경 사이에 피고인 전두환이 대통령으로부터 정승화 총장의 체포에 대한 재가를 받지 못하고 제30경비단장실에 돌아와서 그곳에 모여 있는 위 피고인 등에게 정승화 총장 체포의 구체적인 경위 등 그동안의 상황을 설명한 사실, 그 무렵 윤성민 육군참모차장 등 육군의 정식지휘체통에서는 제30경비단장실에 모여 있는 피고인 등에게 정승화 총장의 석방을 명령하였으나 피고인 등이 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 노태우, 유학성, 황영시 등은 윤성민 차장이나 피고인 등을 진압하기 위하여 출동할 가

능성이 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 정식지휘체통을 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 각자의 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 피고인 등이 제30경비단에 모여서 이 사건 반란의 지휘부로 기능하고 병력을 동원하여 육군의 정식지휘체통을 제압하고 서울의 주요 지점을 점령함으로써 위 반란이 종료할 때까지 뿐만 아니라 위 반란이 성

공한 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 인정여부가 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 반란가담의사를 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) 그 밖에도 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(검사 작성의 피고인 전두환에 대한 제3회 피의자신문조서), 피고인 차규현은 검찰에서 피고인 전두환이 제30경비단장실에서 여러 장군들이 있는 자리에서 정승화 총장의 연행 경위 등을 설명하자 거기에 모인 장군들이 만약의 경우 병력을 동원해 주기로 다짐하였다고 진술하고 있으며(검사 작성의 피고인 차규현에 대한 진술조서 및 제3회 피의자신문조서), 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 충돌을 피하기 위하여 병력을 동원하기로 결정하였고, 제30경비단장실에 함께 있던 피고인 최세창과 공소의 박희도가 부대를 장악하기 위하여 소속 부대로 출발하였지만, 피고인 박준병은 육군본부에서 체포명령이 하달되었고 육군본부 감찰관 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 공관에 간 후 제30경비단에 남아 있던 피고인 노태우, 박준병은 상황을 파악하고 있었다고 진술하고 있는바(검사 작성의 피고인 노태우에 대한 제3회 및 제5회 피의자신문조서, 제1심 제1회 공판기일조서), 위 진술 등에 비추어 보더라도 피고인 박준병의 변소는 믿을 바가 못되는 것이다.

(5) 그리고 피고인 박준병의 반란가담의사가 없었다는 변소를 받아들이기 위한 원

심의 사실인정은 역시 기록에 비추어보면 사실과 다르거나 그 평가를 잘못된 것이 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 예하의 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 '진도가 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 제62연대장에게 육군본부의 명령 없이는 부대를 출동시키지 말라고 지시한 사실, 또한 윤성민 차장으로부터 제20사단에 가서 부대상태·가용여부를 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 자기에 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 보이며, 피고인 박준병이 언제든 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 답변

한 사실은 인정되나, 위에서 본 상황에 비추어 볼 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 병력동원요청거절의 의사표시로 본 원심의 판단은 당시의 상황을 전혀 사실과 달리 잘못 판단한 것이 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 들고 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 권익점에게는 아무런 연락도 없이 제30경비단에 모인 다른 피고인들과 함께 있는 자리에서 제20사단의 참모 등에게 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.

다. 따라서 이 사건에서 채용된 증거들을 종합하면, 피고인 박준병이 제30경비단 모임에 참석한 후 이 사건 반란에 가담할 범의를 가지고 위 반란의 모의에 참여하였거나 중요임무에 종사한 사실을 인정할 수 있음에도 불구하고, 이를 인정할 만한 증거가 없다고 하면서 박준병에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에는 채증법칙을 위배한 위법이 있다할 것이고, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 명백하다. 따라서 이 부분에 대한 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단케 하기 위하여 원심법원에 환송함이 마땅하다고 하겠다.

4. 지휘관수소이탈·불법진퇴의 반란죄 흡수 여부와 5·18 관련 반란죄 중 무죄 부분에 관한 대법관 이용훈의 반대이견

피고인 전두환, 노태우, 황영시, 차규현, 허화평, 허삼수, 이학봉, 이희성, 주영복, 정호용(이하 피고인들이라고 한다)에 대한 다수의견의 판단 일부에 관하여 다음과 같은 이유로 찬성하지 아니한다.

가. 먼저 피고인 전두환, 노태우에 대한 세칭 12·12 군사반란 등 사건 중 지휘관계엄지역수소이탈죄 및 불법진퇴죄의 무죄부분, 피고인 노태우에 대한 세칭 5·18 내란 등 사건 중 불법진퇴죄의 무죄부분(이상 검사 상고부분)과 관련하여, 군사반란에 수반하여 범한 지휘관계엄지역수소이탈이나 불법진퇴가 반란죄에 흡수되는지 여부에 관하

여 본다.

다수의견은, 피고인 전두환, 노태우가 지휘관 이필섭으로 하여금 제9사단 제29연대, 제30연대 병력을, 지휘관 송용섭으로 하여금 제30사단 제90연대 병력을 인솔하고 그 부대의 주둔지에서 이탈하여 서울지역으로 이동하게 한 것은 지휘관계엄지역수소이탈죄 및 불법진퇴죄의 구성요건에 해당하고, 지휘관 장기로 하여금 제5공수여단 병력을, 지휘관 이상규로 하여금 제2기갑여단 제16전차대대의 병력을 그 부대의 주둔지에서 서울지역으로 이동하게 한 행위는 불법진퇴죄의 구성요건에 해당하나, 위 지휘관계엄지역수소이탈 및 불법진퇴는 이 사건 반란의 진행과정에서 그에 수반하여 일어난 것으로서, 반란자체를 실행하는 전형적인 행위라고 인정되므로, 반란죄에 흡수되어 별죄를 구성하지 않고, 또한 피고인 노태우가 피고인 전두환과 공모하여, 1980. 5. 17. 저녁 국무회의장에 휘하의 병력을 대통령, 대통령 경호실장 또는 국방부장관이나 육군참모총장의 승인 없이 배치한 행위는 군사반란죄를 구성하고, 불법한 병력의 진퇴는 그 반란을 실행하기 위하여 한 행위이므로 따로 불법진퇴의 죄를 구성하지 아니하고 반란죄에 흡수된다는 이유로, 피고인 전두환, 노태우의 위 지휘관계엄지역수소이탈 및 불법진퇴에 대하여 무죄로 판단한 원심의 조치를 유지하고 있다.

일반적으로 범조경향 중 흡수관계의 한 형태로 보고 있는 전형적 또는 불가별적 수반행위라고 함은, 행위자가 특정한 죄를 범하면 비록 논리 필연적인 것은 아니지만 일반적·전형적으로 다른 구성요건을 충족하고 이 때 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, 지휘관계엄지역수소이탈은 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 지휘관계엄지역수소이탈이 반란에 흡수된다고 한다면, 이는 범죄행위의 수반성 여부를 일반적·추상적으로 판단하

지 않고 구체적이고 개별적인 범행 상황을 전제하고서 판단하는 것으로서, 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 범정형은 반란죄의 모의참여자·지휘자·기타 중요임무종사자와 마찬가지로 사형·무기 또는 7년 이상의 징역이나 금고이고, 지휘관계엄지역수소이탈죄의 범정형도 사형·무기 또는 5년 이상의 징역이나 금고인 점을 고려하면, 설사 지휘관의 불법진퇴 행위나 계엄지역수소이탈행위가 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 일반적·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.

나. 나아가서 피고인들에 대한 세칭 5·18 내란 등 사건 중 원심이 무죄로 판단한 반란죄 부분에 관하여 본다.

다수의견은, 5·18 내란사건과 관련한 이 사건 반란의 공소사실 즉, ① 1980. 5. 17. 비상계엄의 전국확대를 전후하여 무장한 계엄군을 동원하여 학생, 정치인, 재야인사 등을 체포한 사실, ② 1980. 5. 17. 저녁 피고인 노태우가 피고인 전두환과 공모하여 비상계엄의 전국확대 문제를 논의하기 위한 임시국무회의장에 소총 등으로 무장한 수경사의 병력을 배치한 사실, ③ 1980. 5. 17. 저녁 무렵부터 5. 18. 새벽까지 전국의 주요 보안목표에 무장한 계엄군을 배치한 사실, ④ 1980. 5. 18. 07:20경 피고인 노태우가 김영삼 당시 신민당총재의 가택에 소총 등을 휴대한 수경사의 헌병들을 배치하여 포위, 봉쇄한 사실, ⑤ 1980. 5. 18. 01:45경부터 무장한 제33사단 병력이 계엄군으로 국회의사당에 배치되어 이를 점거하면서 국회의원들의 출입을 통제하고, 5. 20. 경 일부 국회의원들의 출입을 저지한 사실, ⑥ 광주에서의 시위를 진압하기 위하여 1980. 5. 18. 경부터 무장한 계엄군을 투입·증파하여 시위를 진압하고 광주시 외곽을 봉쇄한 후 광주재진입작전을 실시하여 도청 등을 점령한 사실 중, 원심이 피고인 이희성, 주영복을 제외한 나머지 피고인들의 위 ②, ⑤의 반란사실에 대하여는 유죄로 인정하면서

도(피고인 이희성, 주영복은 증거 부족으로 무죄로 판단하였음), 위 ①, ③, ④, ⑥항의 사실에 대하여는 당시 최규하 대통령의 재가나 승인 혹은 묵인 아래 이루어진 것이어서 당시 국방부장관이었던 피고인 주영복과 육군참모총장 겸 계엄사령관인 피고인 이희성이 이 사건 내란과 반란에 참여하였다고 하더라도 대통령 최규하의 군통수권에 반항하는 행위였다고 볼 수는 없다는 이유에서, 피고인들에 대하여 무죄로 판단한 원심의 조치를 정당한 것으로 보고 있다.

원래 군형법상 반란죄는 군인이 작당하여 병기를 휴대하고 군지휘계통이나 국가기관에 반항하는 경우에 성립하는 범죄이고 군지휘계통에 대한 반란은 위로는 군의 최고통수권자인 대통령으로부터 최말단의 군인에 이르기까지 일사불란하게 연결되어 기능하여야 하는 군의 지휘통수계통에서 군의 일부가 이탈하여 지휘통수권에 반항하는 것을 그 본질로 하고 있다 함은 다수의견이 실시하고 있는 바와 같다. 따라서 피고인들의 위 행위가 군의 최고통수권자인 대통령의 재가나 승인 혹은 묵인 아래 이루어진 것이라면 이는 반란에 해당하지 아니할 것이지만, 여기의 대통령의 재가나 승인 혹은 묵인은 대통령이 정상적인 국정을 수행하는 상황에서 이루어진 것이라야 하는 것이지 대통령 자신이 내란행위를 한 자들에 의하여 정상적인 권능행사가 불가능한 상태에서 내려진 것을 최고통수권자의 승인이라고 할 수 없을 것이다.

그런데 다수의견이 유지하고 있는 원심판결에 의하더라도, 피고인들은 1979. 12. 12.에 일어난 군사반란 이후 일련의 국헌문란을 위한 모의와 준비과정을 거쳐 헌법에 의하여 설치된 국가기관인 대통령, 국회, 행정부를 강압하여 그 권능행사를 사실상 불가능하게 할 것을 공모하여, ① 1980. 5. 17. 비상계엄의 전국확대를 전후하여 수경사 헌병단, 보안사 대공처 소속 수사관 등 무장한 계엄군을 동원하여 학생, 정치인, 재야인사 등 총 2,699명을 체포함으로써 헌법에 의하여 설치된 국가기관인 대통령과 국회의원, 국무위원 등을 강압, 외포케 하고, ② 1980. 5. 17. 저녁부터 5. 18. 새벽까지 비상국무회의가 열리는 중앙청 내·외부에 수경사 헌병단 소속 장교와 사병 등 무장한 계엄군을 배치하는 등 위력을 과시하여 헌법에 의하여 설치된 국무위원들을 강압, 외포케 하고, ③ 1980. 5. 17. 저녁 무렵부터 5. 18. 새벽까지 전국 주요 대학과 국회, 신민당사 및 공화당사, 언론기관, 공공기관을 포함한 136개 주요 보안목표에 무장한 계엄군 25,000여명을 배치하는 등 위력을 과시하여 헌법에 의하여 설치된 국가기관인 국회의원과 국무위원 등을 강압, 외포케 하고, ④ 1980. 5. 18. 07:20경 수경사 헌병단 소속의 무장한 계엄군을 동원하여 김영삼 신민당 총재를 가택연금시키는 등 위력을 과시하여 헌법에 의하여 설치된 국가기관인 국회의원과 국무위원 등을 강압, 외포케 하고, ⑤ 1980. 5. 18. 01:45경부터 33사단 소속의 무장한 계엄군과 장갑차·전차 등을 동원하여 국회의사당을 점거하고 국회의원들의 국회출입을 저지하는 등 위력을 과시하여 헌법에 의하여 설치된 국가기관인 국회의원을 강압, 외포케 하고, ⑥ 광주에서의 시위를 진압하기 위하여 1980. 5. 18. 경부터 5. 27. 경까지 특전사 7공수여단, 11공수여단, 3공수여단 소속 무장군인들을 동원하여 시위하는 시민들을 사살케 하고 다시 20사단의 무장한 병력을 투입하여 시위대원과 민간인을 사살케 하는 등의 방법으로 시위

진압·광주시의폭봉쇄·광주제진입작전 등을 실시하는 등 전국적인 비상계엄 하에서 군이 발휘할 수 있는 무력을 행사하여 헌법에 의하여 설치된 국가기관인 대통령과 국무위원들을 강압, 외포케 하여 폭동한 사실을 인정하고, 내란죄를 적용하여 처단하였다.

다수의견은 피고인들에 의한 위와 같은 일련의 폭동행위는 단일한 내란죄의 구성요건을 충족하는 것으로서 이른바 단순일죄라는 것이므로, 1980. 5. 17. 비상계엄의 전국확대시를 전후하여 대통령인 최규하에게 가해진 강압상태는 피고인들에 의한 광주에서의 폭동행위가 종료된 5. 27.경까지 사이에 발생한 위 ① 내지 ⑥의 일련의 폭동행위기간 동안에는 물론 피고인들에 의한 내란행위가 종료한 때, 즉 이 사건 비상계엄이 해제된 1981. 1. 24.까지 계속되었다고 보아야 할 것이다. 그렇다면 위 일련의 폭동행위의 과정에서 행해진 위 ①, ③, ④, ⑥항과 같은 병력의 배치·이동 등에 대하여 대통령 최규하의 재가나 승인 혹은 묵인이 있었다고 하더라도 그것은 피고인들의 내란행위에 의하여 대통령이 적절한 권능행사가 불가능한 상태에서 이루어진 것으로서 군통수권자인 대통령의 적법한 승인이라고 볼 수 없게 되는 것이다.

만약 다수의견이 유지하고 있는 원심판결과 같이 위 ①, ③, ④, ⑥항과 같은 병력의 배치·이동 등이 대통령 최규하의 재가나 승인 혹은 묵인에 의하여 행하여진 것이라고 보게 되면, 대통령 최규하는 헌법에 의하여 설치된 국가기관인 대통령 자신을 강압, 외포하여 폭동하려는 내란행위자들에 대하여 그러한 무력행사를 재가 또는 승인함으로써 자기 스스로 헌법에 의하여 설치된 국가기관인 대통령의 권능행사를 불가능하게 하였다는 이상한 결론에 이르게 된다. 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.

피고인들에 의한 위 ①, ③, ④, ⑥항과 같은 병력의 배치·이동 등의 행위는 다수의견도 적절하게 판단하고 있는 바와 같이 내란을 목적으로 권능행사가 불가능한 대통령을 강압하여 얻은 형식적 승인을 바탕으로 한 것으로 이는 아무런 법적 효과가 없는 것이고 실질적으로는 대통령의 군통수권에 반항하는 행위로서 반란행위에 해당한다고 보아야 할 것이고, 이 부분에 대하여서도 피고인들에게 반란죄의 죄책을 지워야 할 것임은 당연하다.

그리고 피고인들에 의한 위 ① 내지 ⑥의 일련의 폭동행위를 내란죄의 단순일죄로 보았다면 위 ① 내지 ⑥의 일련의 반란행위 역시 반란죄의 단순일죄로 보아야 할 것이므로, 피고인 주영복, 이희성이 그 중 위 ②, ⑤의 행위에 직접 가담하지 않았다 하여 그 부분에 대한 죄책을 면할 수 없다고 함도 아울러 밝혀둔다.

다. 이상과 같은 이유로 피고인 전두환, 노태우에 대한 세창 12·12 군사반란 등 사건 중 지휘관계엄지역수소이탈죄 및 불법진퇴죄의 무죄부분, 피고인 노태우에 대한 세

창 5·18 내란 등 사건 중 불법진퇴의 무죄부분, 피고인들에 대한 세창 5·18 내란 등 사건 중 반란죄의 무죄부분은 파기를 면할 수 없고, 피고인들의 위 무죄부분은 피고인들의 나머지 유죄부분과 하나의 형으로써 처단되어야 할 것이므로, 피고인들에 대한 이 사건 원심판결을 전부 파기하여, 이 부분 사건을 원심법원에 환송함이 마땅하다고 하겠다.

1997. 4. 17.

재판장	대법원장	윤 관
	대법관	박만호
	대법관	최종영
	대법관	천경송
주심	대법관	정귀호
	대법관	박준서
	대법관	이돈희
	대법관	김형선
	대법관	지창권
	대법관	신성택
	대법관	이용훈
	대법관	이임수
	대법관	송진훈

대 법 원

판 결

- 사 건 96도3377 가. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)
 나. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)방조
 다. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(저축관련부당 행위)
 라. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)
 마. 뇌물공여
 바. 업무방해
- 피 고 인 1. 마. 김 우 중, 기업 회장
 361219 - 1000513
 주거 서울 서초구 방배동 1의 16
 본적 서울 서대문구 창천동 372
2. 마. 최 원 석, 기업 회장
 430424 - 1006012
 주거 서울 중구 장충동 1가 104
 본적 대전 중구 대흥동 487
3. 가.나.다.라. 이 현 우, 전 대통령 경호실장
 380718 - 1042310
 주거 서울 서초구 반포동 89의 1
 청광아트빌라 에이(A)동 402호
 본적 대전 중구 대흥동 516
4. 바. 금 진 호, 전 국회의원
 320120 - 1000124
 주거 영주시 하망동 318의 22
 본적 영주시 하망동 310
5. 나. 이 원 조, 전 국회의원
 330115 - 1037511
 주거 및 본적 서울 서대문구 연희동 83의 11
6. 바. 이 경 훈, 회사 회장
 351113 - 1025415
 주거 서울 성북구 성북동 15의 181

- 본적 서울 종로구 명륜동 3가 143의 2
7. 마.바. 정 태 수, 기업 회장
 230813 - 1057413
 주거 서울 서초구 방배동 1의 27
 본적 진주시 옥봉동 394
- 상 고 인 피고인 1, 2, 3, 5 및 검사(피고인 4, 6, 7에 대하여)
- 변 호 인 변호사 윤영철, 이정락, 이재후(피고인 1의)
 변호사 윤 승 영(피고인 2의)
 변호사 김 유 후(피고인 3의)
 법무법인 태평양 담당변호사 김인섭, 강원일, 이재식, 이형석(피고인 5의), 변호사(국선) 양 상 훈(피고인 5의)
 법무법인 충정 담당변호사 황주명, 최우영(피고인 6의)
 변호사 이건웅, 황상현, 하철용, 전용희(피고인 6의)
 동서 법무법인 담당변호사 박우동, 서정우(피고인 7의)
 변호사 정 태 류(피고인 7의)
- 원심판결 서울고등법원 1996. 12. 16. 선고 96노1893 판결
- 주 문 상고를 모두 기각한다.
 피고인 이현우의 상고 후 구금일수 중 100일을 본형에 산입한다.
- 이 유
1. 피고인 김우중, 최원석, 이현우, 이원조의 각 변호인들의 상고이유에 대한 판단
- 가. 피고인 김우중의 상고이유 제1점에 대하여
- 원심판결 이유에 의하면, 원심은 제1심판결의 이유를 인용하여, 대통령은 정부의 수반으로서 중앙행정기관의 장을 지휘·감독하여 정부의 중요정책을 수립·추진하는 등 모든 행정업무를 총괄하는 직무를 수행하고, 대형건설 사업 및 국토개발에 관한 정책, 통화, 금융, 조세에 관한 정책 및 기업활동에 관한 정책 등 각종 재정·경제 정책의 수립 및 시행을 최종 결정하며, 소관 행정 각 부의 장들에게 위임된 사업자 선정, 신규사업의 인·허가, 금융지원, 세무조사 등 구체적 사항에 대하여 직접 또는 간접적인 권한을 행사함으로써 기업체들의 활동에 있어 직무상 또는 사실상의 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있고, 위 피고인이 경영하는 기업체와 관련된 그 판시 국책사업의 사업자 선정도 역시 대통령의 직무범위에 속하거나 그 직무와 밀접한 관계가 있는 행위라고 판단하였다.
- 헌법과 관계법령의 각 규정 및 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 증거 없이 사실을 인정하거나 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법 또는 대통령의 직무권한 내지 범위에

관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

그리고 위 국책사업의 사업자 선정이 위와 같이 대통령의 직무에 속하거나 그 직무와 밀접한 관계가 있는 행위에 해당하는 것인 이상, 이에 관하여 대통령에게 금품을 공여하면 바로 뇌물공여죄가 성립하고, 대통령이 실제로 영향력을 행사하였는지의 여부는 범죄의 성립에 영향을 미치지 아니하는 것이므로, 이와 다른 견해에서 이를 다투는 주장도 받아들일 수 없다.

나. 피고인 김우중의 상고이유 제2, 3점, 피고인 최원석의 상고이유 중 대통령에 대한 뇌물공여 부분, 피고인 이원조의 변호인 범무법인 태평양의 상고이유 제1, 2, 3점 및 같은 피고인의 변호인 양상훈의 상고이유 제1점에 대하여

기록에 의하여 살펴보면, 피고인 김우중, 최원석이 대통령직에 있던 공소의 노태우에게 뇌물을 공여하고, 피고인 이원조가 대통령직에 있던 공소의 전두환 및 위 노태우의 각 뇌물수수를 방조하였다는 사실을 유죄로 인정한 원심의 조처는 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 증거능력 없는 증거를 채용하거나 채증법칙을 위반하고 심리를 제대로 다하지 아니하여 뇌물성의 인식, 범의, 금원 공여의 취지 등에 대한 사실을 오인한 위법 또는 방조범에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

뇌물죄는 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰에 기하여 직무행위의 불가매수성을 그 직접의 보호법익으로 하고 있고, 뇌물성을 인정하는 데에는 특별히 의무위반 행위의 유무나 청탁의 유무 등을 고려할 필요가 없는 것이므로(대법원 1995. 6. 30. 선고 94도1017 판결 등 참조), 이 사건에서도 뇌물은 대통령의 직무에 관하여 공여되거나 수수된 것으로 족하고 개개의 직무행위와 대가적 관계에 있을 필요가 없으며, 그 직무행위가 특정된 것일 필요도 없다.

그리고 정치자금, 선거자금, 성금 등의 명목으로 이루어진 금품의 수수라 하더라도, 그것이 정치인인 공무원의 직무행위에 대한 대가로서의 실체를 가지는 한 뇌물로서의 성격을 잃지 아니한다고 할 것이다.

따라서 원심이 적법하게 인정한 바와 같이, 대통령에 대한 금원 공여의 취지가 기업 경영과 관련된 경제정책 등을 결정·집행하고 금융·세계 등을 운용함에 있어서, 우대를 받거나 최소한 불이익이 없도록 하여 달라거나 국책사업에 우선적으로 참여할 수 있도록 영향력을 행사하여 달라는 데에 있었던 것인 이상, 그것만으로도 앞서 본 대통령의 직무와 그 금원의 공여가 대가관계에 있음을 인정할 수 있으므로, 피고인 김우중, 최원석이 위 노태우에게 공여한 원심 판시의 각 금원 및 위 전두환이나 노태우가 기업인들로부터 수수한 원심 판시의 각 금원은 모두 대통령의 직무행위에 대한 대가로서 뇌물에 해당한다고 할 것이다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 뇌물의 직무관련성 등 뇌물죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

다. 피고인 김우중의 나머지 상고이유에 대하여

(1) 상고이유 제4점에 대하여

기록에 의하여 살펴보면, 피고인이 위 노태우에게 금원을 공여한 것이 공갈에 의하여 이루어진 것이라거나 그 금원을 공여할 당시 적법행위에 나아갈 기대가능성이 없었다는 피고인의 주장을 배척한 원심의 조처는 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 공갈죄 또는 기대가능성에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 상고이유 제5점에 대하여

기록에 의하여 살펴보면, 피고인이 대통령 외교안보수석보좌관직에 있던 공소의 김종휘에게 그 직무에 관하여 뇌물을 공여하였다는 사실을 유죄로 인정한 원심의 조처는 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 증거 없이 사실을 인정하거나 채증법칙을 위반한 위법이 있다고 할 수 없다.

라. 피고인 최원석의 나머지 상고이유에 대하여

기록에 의하여 살펴보면, 피고인이 대통령 경호실장직에 있던 피고인 이현우에게 그 직무에 관하여 뇌물을 공여하였다는 사실을 유죄로 인정한 원심의 조처는 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 채증법칙을 위반하거나 심리를 다하지 아니하여 사실을 오인한 위법 또는 뇌물죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

마. 피고인 이현우의 상고이유에 대하여

(1) 뇌물수수방조 부분에 대하여

기록에 의하여 살펴보면, 피고인 이현우가 위 노태우의 뇌물수수를 방조하였다는 사실을 유죄로 인정한 원심의 조처는 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 증거능력 없는 증거를 채용하거나 채증법칙을 위반하고 심리를 다하지 아니하여 뇌물성의 인식, 범의, 금원 공여의 취지 등에 대한 사실을 오인한 위법 또는 뇌물의 직무관련성 등 뇌물죄 및 방조범에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

그리고 원심판결 이유와 피고인의 항소이유를 대조하여 보면, 원심이 피고인의 항소이유 모두에 대하여 판단을 하였음이 분명하므로, 원심판결에 상고이유로 주장하는 바와 같은 판단유탈의 위법이 있다고 할 수도 없다.

또한 피고인 이현우의 뇌물수수방조 범행에 관한 공소사실에는 정범인 대통령의 직

무는 물론, 그 직무와 수수된 금원 사이의 대가관계에 관하여서도 명확히 적시되어 있으므로, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 공소사실의 특정에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수도 없다.

(2) 나머지 부분에 대하여

기록에 의하여 살펴보면, 피고인이 동화은행장인 공소의 안영모로부터 저축에 관하여 이자 외의 금품을 수수하고, 기업인들로부터 자신의 직무에 관하여 뇌물을 수수하거나 다른 공무원의 직무에 관한 사항의 알선에 관하여 금품을 수수하였다는 사실을 유죄로 인정한 원심의 조처는 모두 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 채증법칙을 위반하거나 심리를 다하지 아니하여 사실을 오인한 위법 또는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제9조 및 뇌물죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

바. 피고인 이원조의 나머지 상고이유에 대하여

(1) 변호인 양상훈의 상고이유 제3점에 대하여

상고이유로 주장하는 바의 요지는 종범인 피고인에 대한 공소사실과 범죄사실을 기재함에 있어서 정범인 위 노태우의 범죄구성요건을 충족하는 구체적 사실을 기재하지 아니하여 피고인에 대한 공소사실과 범죄사실에 기재된 행위 자체가 범죄행위(방조행위)가 성립될 수 없다는 것이나, 기록에 의하여 살펴보면, 피고인에 대한 공소사실과 범죄사실에는 다른 피고인에 대한 공소사실과 범죄사실의 기재를 인용하여 그 정범의 범죄구성요건을 충족하는 구체적 사실을 기재하고 있음이 분명하므로, 원심판결에 상고이유로 주장하는 바와 같은 심리미진, 형사소송법 제323조 제1항에 관한 법리오해의 위법 등이 있다고 할 수 없다.

(2) 변호인 양상훈의 상고이유 제2점에 대하여

그 주장하는 바의 요지는 피고인이 위 전두환, 노태우가 기업인들로부터 뇌물을 수수하기 전에 그 면담을 주선한 것으로서, 정범이 실행행위에 나아가기 전에 방조하였을 뿐이므로 피고인을 수뢰죄의 종범으로 처벌할 수 없다는 것이나, 종범은 정범의 실행행위중에 이를 방조하는 경우는 물론이고 실행의 착수 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 방조한 경우에도 정범이 그 실행행위에 나아갔다면 성립하는 것이므로(대법원 1983. 3. 8. 선고 82도2873 판결, 1996. 9. 6. 선고 95도2551 판결 등), 원심판결에 상고이유로 주장하는 바와 같은 종범에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 변호인 법무법인 태평양의 상고이유 제4점에 대하여

상고이유로 주장하는 바의 요지는 피고인에 대한 원심의 양형이 피고인과 죄질이 유사한 다른 피고인들에 비하여 현저히 과중하여 헌법상 평등의 원칙에 위배되어 형사소송법 제383조 제1호의 상고이유에 해당한다는 것이나, 이는 헌법위반을 내세워 실질적으로 원심의 양형을 다루는 것에 불과하여 원심에서 징역 10년 미만의 형이 선고된 이 사건에서는 적법한 상고이유가 되지 아니할 뿐만 아니라, 그 주장과 같은 사유만으로는 헌법상 평등의 원칙에 위배된다고 볼 수도 없다.

2. 검사의 상고이유에 대한 판단

가. 피고인 정태수의 뇌물공여의 점에 대하여

기록에 의하여 살펴보면, 피고인이 위 노태우에게 뇌물을 공여하였다는 공소사실에 대하여 그 공소시효가 완성되었다는 이유로 형사소송법 제326조 제3호에 의하여 면소를 선고한 원심의 조처는 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙을 위반한 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 피고인 금진호, 이경훈, 정태수의 업무방해의 점에 대하여

(1) 공소사실의 요지

(가) 피고인 금진호, 정태수는 1993. 9. 초순경 공모하여, 피고인 금진호가 관리하고 있는 제3자 명의의 비실명예금을 피고인 정태수가 실명전환하여 장기저리로 사용하기로 하여, 위 정태수가 같은 달 11. 동화은행 본점 영업부에서 공소의 주규식으로 하여금 위 은행 실명전환담당 직원에게 성산회 윤남식이라는 가명으로 위 은행에 개설되어 있는 기업금전신탁예금의 통장과 거래인감도장 등을 제시하고 마치 위 가명예금의 거래자가 위 정태수인 것처럼 실명전환을 신청하게 하여, 위 은행으로부터 그 확인을 받은 것을 비롯하여 같은 달 9.부터 다음 달 9.까지 사이에 같은 방법으로 원심판결 별지 실명전환일람표(1) 기재와 같이 3개의 은행으로부터 6개의 예금계좌(예금잔고 합계 금 606억 2천만원)의 거래자가 위 정태수라는 확인을 받아, 그 정을 모르는 위 각 은행으로 하여금 거래자가 아닌 사람 명의로 실명전환을 하게 하고 국세청에 이를 각 통보하게 하여 위계로써 위 각 은행의 실명전환 업무, 전산처리업무 및 실명전환자산 통보 업무를 각 방해하고,

(나) 피고인 금진호, 이경훈은 1993. 10. 초순경 공모하여, 피고인 금진호가 관리하고 있는 제3자 명의의 비실명예금을 피고인 이경훈이 실명전환하여 장기저리로 사용하기로 하여, 위 이경훈이 공소의 박원재를 시켜 같은 달 11. 위와 같은 방법으로 원심

판결 별지 실명전환일람표(Ⅱ) 기재와 같이 3개의 금융기관으로부터 12개의 금융거래 계좌(잔고 합계 금 362억 8천만원)의 거래자가 주식회사 대우 또는 김우중이라는 확인을 받아, 그 정을 모르는 위 각 금융기관으로 하여금 거래자가 아닌 사람 명의로 실명전환을 하게 하고 국제청에 이를 통보하게 하여 위계로써 위 각 금융기관의 실명전환 업무, 전산처리 업무 및 실명전환자산통보 업무를 각 방해하였다.

(2) 원심판결의 요지

금융실명거래및비밀보장에관한긴급재정경제명령(이하 긴급명령이라 한다)에서 정한 실명은, 긴급명령 제2조 제4호, 제3조 제1항, 긴급명령의시행에위한대통령령 제3조의 각 규정이 밝힌 바에 따르면, 실제예금주 내지 자금의 실소유자를 의미하는 것이 아니라 주민등록표상의 명의, 사업자등록증상의 법인명의 및 등록번호를 말하고, 또 긴급명령이 금융기관으로 하여금 자금의 실소유자인지의 여부를 확인하도록 규정하고 있다고 해석할 조문상의 근거가 없으므로 금융기관이 자금출처에 대한 조사, 확인의 권한이 없는 상태에서 이를 확인할 방법도 없으며, 금융실명제가 실시되기 이전에 있어서는 통장과 도장을 소지하고 금융기관에 대하여 거래자라고 주장하는 자의 배후에 자금의 실소유자가 따로 있다고 하더라도 그 실소유자를 금융기관과의 거래자로 볼 수 없었기 때문에, 금융기관은 긴급명령 제3조 제1, 2항 및 제5조 제1항에 따라 실명을 확인함에 있어서도 통장과 도장을 소지하고 자신이 거래자라고 주장하는 자의 명의가 주민등록표상의 명의, 사업자등록증상의 명의인지의 여부만 확인하면 된다고 할 것이다.

그렇다면 표면상 거래자가 자금의 실소유자임을 확인하는 것이 긴급명령의 시행에 의하여 금융기관의 업무로 되었다고 보기는 어렵다 할 것이고, 따라서 이러한 확인이 금융기관의 업무에 해당함을 전제로 하는 위 업무방해의 공소사실은 더 살펴볼 것도 없이 죄가 되지 아니하는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고한다.

(3) 이 법원의 판단

긴급명령은 실지명명의에 의한 금융거래를 실시하고 그 비밀을 보장하여 금융거래의 정상화를 기함으로써 경제정의를 실현하고 국민경제의 건전한 발전을 도모함을 그 목적으로 하고 있고(제1조), 실명을 주민등록표상의 명의, 사업자등록증상의 명의 등 대통령령이 정하는 명의로 정의하고 있으며(제2조 제4호), 금융기관은 거래자의 실명에 의하여 금융거래를 하여야 하고(제3조 제1항), 긴급명령 시행 전에 실명에 의하지 아니하고 거래한 기존금융자산(이하 '기존비실명자산'이라 한다)의 거래자는 긴급명령 시행일부터 2월 이내에 그 명의를 실명으로 전환하여야 하고(제5조 제1항), 금융기관은 긴급명령 시행 전에 금융거래계좌가 개설된 금융자산(이하 '기존금융자산'이라 한

다)의 명의인에 대하여는 긴급명령 시행 후 최초의 금융거래가 있는 때에 그 명의가 실명인지의 여부를 확인하도록 하였으며(제3조 제2항), 금융기관이 긴급명령 시행 후 거래자의 실명에 의하지 아니하고 금융거래를 하거나 기존금융자산의 명의인에 대하여 긴급명령 시행 후 최초의 금융거래가 있는 때에 그 명의가 실명인지의 여부를 확인하지 아니하는 경우 그 임직원 등에게 과태료를 과하도록 하고 있고(제13조, 제14조), 나아가, 그 시행규칙에서 개인의 경우 실명거래의 확인방법을 주민등록증 기타 신분증을 증명할 수 있는 증표에 의하도록 하고 있다(긴급명령의시행에위한규칙 제3조 제1호 참조).

이러한 긴급명령의 목적과 여러 규정의 취지를 종합하여 보면, 기존비실명자산의 거래자가 긴급명령의 시행에 따라 이를 실명전환하는 경우 금융기관으로서의 실명전환사무를 처리함에 있어서 거래통장과 거래인감 등을 소지하여 거래자라고 자칭하는 자의 명의가 실명인지의 여부를 확인하여야 하고 또 그것으로써 금융기관으로서의 할 일을 다하는 것이라 할 것이고, 나아가 그가 과연 금융자산의 실질적인 권리자인지의 여부를 조사·확인할 것까지는 없다고 할 것이다. 그것은 긴급명령이 금융기관에게 그러한 조사·확인을 명문으로 요구하고 있지 아니할 뿐 아니라 그와 같은 조사·확인을 할 수 있는 어떠한 수단도 마련하여 두고 있지 아니하기 때문이다.

따라서, 실명전환사무를 처리하는 금융기관의 업무는 실명전환을 청구하는 자가 권리의 외관을 가지고 있는지의 여부를 확인하고 그의 명의가 긴급명령에서 정하고 있는 주민등록표상의 명의 등 실명인지의 여부를 확인하는 것일 뿐이지, 나아가 그가 과연 금융자산의 실질적인 권리자인지의 여부를 조사·확인하는 것까지 그 업무라고 할 수는 없다고 할 것이다.

그렇다면, 피고인들의 행위가 범죄로 되지 아니하는 때에 해당한다고 본 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위반, 심리미진, 금융기관의 업무범위 내지 업무방해죄에 관한 범리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 결 론

위에서 살펴본 바와 같이 원심판결에 채증법칙 위반, 심리미진, 범리오해, 판단유탈 등의 위법이 있다는 각 상고이유는 모두 받아들일 수 없으므로 피고인 김우중, 최원석, 이현우, 이원조의 각 상고와 검사의 피고인 금진호, 이경훈, 정태수에 대한 각 상고를 모두 기각하고, 피고인 이현우의 상고 후 구금일수 중 일부를 본형에 산입하기로 하여 주문과 같이 판결하는바, 이 판결에는 피고인 정태수 등의 업무방해의 점에 대하여 대법관 김형선, 대법관 송진훈의 보충의견이, 대법관 천경송, 대법관 지창권, 대법관 이용훈, 대법관 이임수의 반대의견이, 대법관 박준서의 별도의 반대의견이 있는 외에는 관여 대법관의 의견이 일치되었다.

4. 대법관 김형선, 대법관 송진훈의 보충의견

긴급명령 제5조 제1항에서 말하는 기존 비실명자산의 거래자가 이를 실명전환하는 경우 금융기관으로서의 거래자라고 칭하는 자의 명의가 실명인자의 여부를 확인하여야 하고 또 그것으로써 금융기관으로서의 할 일을 다한 것이므로, 그 경우 금융기관이 실명전환을 청구하는 자가 과연 당해 금융자산의 실질적인 권리자인지의 여부를 조사·확인할 것까지는 없다고 하는 다수의견에 동조하면서 다음과 같은 보충의견을 밝히는 바이다.

긴급명령의 제반 규정 등을 살펴보면, 긴급명령에서 말하는 거래자란 금융거래에 있어서 '자기의 명의로 금융기관의 상대방이 된 자 또는 되는 자'를 말하는 것으로 보아야 하고, 반드시 자금의 실소유자 또는 금융자산의 사실상의 권리자(이하 실권리자라 한다)만을 의미한다고 할 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

가. 금융거래는 본질적으로 사적 자치의 영역에 속하는 사경제행위로서 그 상대방의 선택, 거래의 방식과 내용 등 모든 사항이 당사자인 개인의 자유에 속하는 것은 두 말할 나위가 없다 할 것인데, 긴급명령은 그 제1조에서 목적으로 밝히는 바와 같이 공공복리를 위하여 국민의 위와 같은 자유의 일부를 제한하는 것을 내용으로 하는 법규이므로 이를 해석함에 있어서는 제한적으로 엄격히 해석하는 것이 실질적 법치주의 이념의 당연한 요청이다.

우선 긴급명령은 그 핵심적 개념인 '실명'의 정의에 관한 제2조 제4호의 규정에서 긴급명령에 의하여 폐지된 금융실명거래에 관한 법률(이하 구법이라 한다) 제2조 제4호와 마찬가지로 실명이라 함은 '주민등록표상의 명의, 사업자등록증상의 명의 등 대통령령이 정하는 명의'를 말한다고 명백히 규정하여 구법을 따르고 있는데, 구법의 입법 취지는 어디까지나 무기명, 가명으로 되어 있는 금융자산의 양성화에 초점이 있는 것이었고, 구법상의 실명이란 전체적으로 무기명, 가명에 대칭되는 용어로 사용된 것이었을 뿐, 이른바 차명에 대칭되는 개념은 아니었으며 이러한 구법의 입법취지나 구법하에서의 실명의 개념설정은 긴급명령에서도 그대로 타당한 것이라고 보아야 한다.

그러므로 긴급명령 하에서 금융자산의 실권리자와 명의대여자 사이의 명의대여약정에 기초한 차명이 긴급명령 제2조 제4호에서 정의한 실명에 해당한다면 이에 의한 금융거래(이하 차명거래라 한다)가 금지된다는 해석이 나올 수는 없는 것이다.

만일 긴급명령의 규정들의 해석에 의하여 긴급명령이 종래와는 달리 차명거래까지를 금지하는 취지라고 보게 되면 이는 국민의 자유에 대한 제한에 있어서 앞서 본 엄격 해석의 요청에 따르지 않는 것일 뿐만 아니라, 입법자의 의도가 가령 내심으로는 차명거래까지도 금지하는 것이었다고 하더라도 법규란 국민과의 약속이라는 면에서 어디까지나 이를 객관적으로 해석하여야 하는 것이고, 또 그러한 의도였다면 의문의 여지가 없도록 이를 명문으로 규정하였어야 할 것이다. 긴급명령상의 '실명'이라는 용어와 비교되는 '실권리자 명의'라는 용어를 사용하여 명의신탁등기를 명백히 금지하고 있는 부동산실권리자명의등기에 관한 법률의 관계규정들을 긴급명령의 관계규정들과 대조·검토하여 보면, 긴급명령은 차명거래를 금지한 것이 아님을 확연히 알 수 있다.

나. 긴급명령과 그 하위법규의 관련규정들을 살펴보다도, 우선 긴급명령 제3조 제2항에서는 금융자산의 명의인에 대하여 그 명의의 실명 여부를 확인하도록 규정하고 있고(그 명의인이 실권리자인지의 여부에 대하여는 전혀 규정하고 있지 아니하다), 제4조 및 긴급명령제4조의 시행에 관한 규정(1994. 5. 30. 대통령령 제14273호) 제4조, 제5조, 제9조 등에서도 금융거래의 비밀보장을 오직 명의인만을 중심으로 규정함으로써 금융기관의 거래의 상대방이 그 명의인임을 명백히 하고 있으며, 또한 실명거래의 확인방법에 관한 긴급명령의 시행을 위한 규칙(1993. 8. 13. 재무부령 제1945호) 제3조도 금융거래에 있어서 실명의 확인은 개인의 경우 주민등록증 기타 실명의 확인이 가능한 증표, 법인 등의 경우 사업자등록증이나 납세번호를 부여받은 문서 또는 그 사본 등에 의하도록 하는 등 긴급명령의 시행을 위한 대통령령 제3조에서 정하는 실명과 일치 여부를 확인하도록만 규정하고 있을 뿐, 실명의 확인을 금융자산의 실권리자를 확인하는 것으로 규정하고 있지는 아니한바, 이러한 여러 규정들의 취지를 종합하면, 긴급명령 제3조 등에서의 '거래자'라 함은 그가 금융자산의 실권리자인지 여부에 관계없이 항상 자기의 이름으로 거래자가 된, 또는 되는 명의인만을 의미한다고 보아야 하며, 만일 그렇게 보지 아니하면 위와 같은 실명거래의 확인방법 등과도 모순되는 결과가 된다. 이와 같이 긴급명령의 취지는 어디까지나 금융거래의 명의인만을 거래자라고 보고 그 명의를 실명에 의하도록 하여 금융거래관계를 규율하고자 하는 것일 뿐이고, 거래자가 차명관계에 있는지 여부나 차명관계에서 실권리자가 누구인지 여부 등 차명관계에 관하여는 어떠한 규율도 하고 있지 아니함이 분명하다. 따라서 금융기관으로서의 그 상대방인 거래자의 명의가 주민등록표상의 명의 등 긴급명령의 시행을 위한 대통령령 제3조에서 정한 실명과 일치하는지 여부만을 긴급명령의 시행을 위한 규칙 제3조에서 정한 방법으로 확인하여야 하고, 또 그것으로 충분하지, 그 자금의 출처, 배후에 차명관계가 있는지 여부 또는 실권리자가 누구인지 등을 조사, 확인하는 것은 금융거래의 속성상 필요하지도, 적절하지도 아니하다. 금융기관에 대하여 예금반환청구권 등을 갖는 권리자가 누구인가 하는 것은 민사절차에서 다룰 문제이며, 그 자금주가 누구인가 하는 것은 금융기관으로부터 자료를 통보받은 세무관서가 필요에 따라 실지조사권에 의하여 조사하고 종국적으로는 조세재정에서 밝힐 문제인 것이다.

다. 그렇다면, 긴급명령 하에서는 그 제2조 제4호에서 정의한 실명이 아닌 명의 또는 무기명에 의한 기존금융자산만이 기존비실명자산으로서 긴급명령 제5조 제1항에 의하여 실명전환의 대상이 되고 차명거래에 의한 기존금융자산이라도 그 명의가 위에서 말한 실명이라면 이는 기존비실명자산에 속하지 아니하여 실명전환의 대상이 아니라고 보아야 하므로, 기존비실명자산의 실권리자와 명의대여의 약정을 맺은 명의자가 거래자가 되어 그 명의로 실명전환을 하였다 하더라도 이를 들어 긴급명령에 따른 금융기관의 실명전환의무 이행을 방해한 것이라고 할 수는 없다. 더욱이 거래자의 실명전환의무나 금융기관의 실명확인 의무는 거래자나 금융기관이 국가에 대하여 지는 것으로서 이에 위반하는 행위에 대하여 거래자는 과징금 또는 차등과세율에 의한 소득

세의 원천징수를 당하는 불이익을 받게 되고 금융기관의 임직원은 과태료의 제재를 받을 뿐이므로 이러한 의무이행행위가 개인의 경제적, 사회적 활동의 자유(개인적 법익)를 그 보호법익으로 하는 형법 제314조의 업무방해죄의 업무에 속한다고 보기도 어려울 것이다.

라. 결국 이 사건에서 금융기관인 공소의 주식회사 동화은행 등이 이 사건 각 예금계좌의 거래자 명의를 긴급명령의시행을위한대통령령 제3조에서 정하는 실명과 일치하는지 여부를 긴급명령의시행을위한규칙 제3조에 정한 방법으로 확인한 이상 그로써 위 은행들의 확인의무는 아무런 지장 없이 완수된 것이고, 따라서 이 사건 각 예금계좌의 거래자명의를 차명이라 하더라도 그 차명이 긴급명령 제2조 제4호에서 정의한 실명인 이상 피고인들의 이 사건 행위가 형법 제314조의 위계에 의한 업무방해죄를 구성할 수 없다고 할 것이다.

5. 대법관 천경송, 대법관 지창권, 대법관 이용훈, 대법관 이입수의 반대의견

가. 다수의견은 금융기관이 긴급명령에 따라 처리하는 실명전환에 관한 업무내용에 금융자산의 실질적인 권리자에 관한 조사·확인이 포함되지 않는다는 이유로 피고인 금진호 등에 대한 위 업무방해의 공소사실이 범죄로 되지 아니하는 때에 해당한다고 하나 이에 동의할 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

금융기관의 실명전환에 관한 업무가 구체적으로 어떠한 내용의 것인지를 규명하기 위하여는 긴급명령에 의하여 실명전환의무를 부담하는 거래자 및 이에 의하여 전환할 실명의 의미를 밝히는 것이 법률해석의 논리상 선행되어야 할 것이므로 먼저 이에 관하여 본다.

긴급명령은 제5조 제1항에서 기존비실명자산의 거래자에게 실명전환의무를 부담시키고 있으면서도 그 범조항에서 말하는 거래자가 누구인가에 관하여 특별한 규정을 두고 있지는 않다. 그러나 금융기관에 예금 등 금융자산의 거래계좌를 개설하는 것은 이를 개설하는 자와 금융기관이 그 금융자산에 관하여 소비임치 등의 금융거래계약을 체결하는 것으로 해석되므로, 여기의 거래자는 그 금융거래계약에 따라 금융기관에 대하여 금융자산 환급청구권 등의 권리를 갖는 계약상의 채권자로 풀이하여야 할 것이다.

그리고 긴급명령 제3조 제1항은 금융기관은 거래자의 실명에 의하여 거래를 하여야 한다고 규정하였는바, 위 규정에서 말하는 '거래자의 실명'에 의한 금융거래라 함은 그 문언의 해석상 거래자 자신의 실명에 의한 거래임이 명백하므로, 가명에 의한 거래는 물론 실명거래라도 거래자 자신이 아닌 타인의 실명에 의한 거래(예컨대 합의차명)는 여기의 실명에 의한 금융거래에 포함되지 않는다. 따라서 거래자에게 실명전환의무가 있는 기존비실명자산에는 가명에 의한 기존금융자산과 함께 타인의 실명에 의한 기존금융자산이 포함되고, 또한 이러한 기존비실명자산을 실명전환하는 경우에도 오로지 거래자의 실명으로 전환하는 것만이 허용된다고 할 것이다.

나아가 기존비실명자산에 관하여 실명전환을 청구할 수 있는 자도 역시 여기의 거래자에 한하는 것으로 보아야 한다. 실명전환은 기존비실명자산의 명의를 거래자의 실명으로 전환함으로써 그 후의 금융거래를 거래자의 실명에 의하여 실시하게 하도록 하려는 것이지, 거래자가 가진 금융자산 환급청구권 등의 귀속에 변동은 초래하거나 그 귀속의 변동을 승인하는 취지의 것은 아니기 때문이다. 따라서 기존비실명자산에 관하여 아무런 권리를 갖지 못하는 자는 물론이고 예컨대 거래자로부터 부탁을 받았거나 거래자로부터 기존비실명자산에 관한 권리를 양도받은 자라고 할지라도 적법한 채권 양도절차를 거치지 않는 한 자신의 명의로 실명전환을 청구할 수 없는 것이다.

나. 긴급명령은 제3조 제1항에서 위와 같이 금융기관으로 하여금 거래자의 실명에 의하여 거래하도록 규정하는 한편 같은 조 제2항에서 긴급명령 시행 후 최초의 금융거래가 있는 때에 기존금융자산의 명의를 실명인지의 여부를 확인하도록 규정하고 있는 바, 위 각 규정의 취지에 비추어 보면, 금융기관은 기존비실명자산에 대한 실명전환사무를 처리함에 있어서도 그 금융자산의 명의를 거래자의 실명으로 전환되는지의 여부를 확인하여야 할 의무가 있음은 명백하며, 이와 같은 확인의무가 있는 이상 실명전환을 청구하는 자가 그 금융자산에 관한 거래통장과 거래인감을 소지하고 있는지를 조사하고, 그가 제시하는 실명확인증표에 의하여 그의 명의로 주민등록표, 사업자등록증상의 명의를 일치하는지를 대조하는 등 적당하고 가능한 조사방법을 통하여 기존비실명자산이 거래자의 실명으로 전환되는지의 여부를 조사할 의무가 당연히 있는 것이고, 조사결과 실명전환청구자가 그 금융자산의 권리자가 아닌 것으로 밝혀진 경우에는 실명전환을 거절하는 등의 필요한 조치를 취하여야 할 것이다.

그러므로 금융기관이 기존비실명자산에 대하여 실명전환청구를 받았을 때 실명전환을 청구하는 자가 그 금융자산의 권리자 즉 거래자인지의 여부를 조사·확인하는 업무는 금융기관이 담당하는 실명전환업무의 가장 기본적인 업무내용을 이룬다고 할 것이다.

이와 같은 조사·확인과정에서 금융기관의 임·직원이 실명전환을 하려는 자가 권리자가 아니라는 것을 알게 된 경우에는 실명전환을 거부하여야 하며, 만약 이를 거부하지 아니한 채 실명전환을 하여 주고 이에 의하여 금융거래를 하면 긴급명령 제3조 제1항이 정한 금융실명거래에 위반하게 되어, 그 임·직원은 물론 금융기관까지 그 업무에 관한 위반행위로서 긴급명령 제14조, 제13조에 의하여 행정벌로서 우선 과태료의 제재를 받게 된다.

뿐만 아니라 금융기관은 긴급명령 제8조, 제9조에 따라 실명으로 전환된 기존비실명자산에서 발생한 실명전환일까지의 이자·배당소득 중 종전에 부족하게 징수한 소득세 및 실명전환의무기간이 경과한 후에 기존비실명자산에서 발생하는 이자·배당소득에 대하여 차등적용되는 원천징수세율에 의한 소득세를 원천징수하여야 하는바, 이러한 원천징수의무를 제대로 이행하기 위하여 금융기관으로서는 기존금융자산이 비실명자산인지 및 이로부터 발생한 이자·배당소득의 귀속자가 누구인지를 조사·확인하

여야 하고, 그 외관에 의한 형식적인 조사·확인만으로 그 책임을 면할 수 없으며, 그 의무를 다하지 아니하는 경우에는 정당한 사유가 없는 한 과세관청으로부터 납부고지를 당하고 제납처분까지 당하게 되는 한편 조세범처벌법 제11조의 원천징수 의무자 처벌조항에 의하여 처벌의 제재를 받게 된다.

금융기관등이 이처럼 제재를 받는 것은 거래자의 조사·확인이 바로 위와 같은 금융기관의 업무에 포함되기 때문이며 위 각 긴급명령의 규정은 이를 당연한 전제로 삼고 있는 것이다.

다수의견은 금융기관에게 실명전환을 하려는 자가 기존비실명자산의 실질적인 권리자인지의 여부를 조사·확인할 수단이 없다는 이유로 그와 같은 조사·확인 의무를 부정하여 그 의무의 수행을 위한 사무가 금융기관의 업무가 아니라고 하나, 조사·확인할 수단이 없다고 하는 것만으로 조사·확인할 의무의 존재까지 부정할 수는 없다고 하고, 이 사건의 경우처럼 기존비실명자산의 권리자 아닌 자가 금융기관이 권리자인지의 여부를 확인하기 어렵다는 것을 악용하여 허위신고로써 그 명의를 전환시켰다면 이는 금융기관의 정상적인 실명전환업무를 방해한 것으로서 위계에 의한 업무방해에 해당된다고 할 것이다.

이상과 같은 이유로 금융기관의 실명전환업무에는 실명전환청구인이 그 금융자산에 관한 거래자인지 및 그가 자신의 실명으로 전환하는지의 여부에 대한 조사·확인이 포함된다고 보아야 한다.

다. 그렇다면 원심으로서 위 피고인들이 위와 같은 금융기관의 업무를 위계로 방해하였는지의 점에 나아가 판단하였어야 함에도, 이에 이르지 않은 원심판결의 위 업무방해에 관한 부분은 실명전환에 관한 금융기관의 업무범위 내지 업무방해죄의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 때에 해당하고, 이 점을 지적하는 검사의 상고는 이유 있으므로 이를 받아들여야 할 것이다.

6. 대법관 박준서의 반대의견

금융기관이 실명전환사무를 처리함에 있어서 실명전환을 청구하는 자가 실질적인 권리자인지의 여부를 조사·확인할 수 있는 수단이 없다고 하더라도, 이 사건과 같이 합의차명에 의한 실명전환이 금융기관의 실명전환업무를 위계에 의하여 방해하는 범죄가 성립함에는 아무런 영향이 없는 것이므로, 이 점에서 다수의견에 반대한다.

이 사건 공소사실은 위 피고인들이 금융기관의 금융자산 실명전환업무, 전산처리업무 및 실명전환자산 통보업무를 방해하였다는 것이지, 실질적인 권리자인지의 여부에 대한 금융기관의 조사업무를 방해하였다는 것이 아니다.

긴급명령은 기존비실명금융자산의 거래자는 그 명의를 실명으로 전환하여야 하고(제5조 제1항), 금융기관은 긴급명령 시행 후 최초의 금융거래가 있는 때에 실명인지의 여부를 확인하도록 규정하고 있는바(제3조 제2항), 긴급명령의 목적이 실지명명의

금융거래를 실시하여 금융거래의 정상화를 기함으로써 경제정의를 실현하고 국민경제의 건전한 발전을 도모하기 위한 것(제1조)임을 고려한다면, 위 각 규정에서 말하는 실명에 이른바 합의차명이 포함되지 아니한다고 보아야 함은 다언을 요하지 아니한다고 할 것이다. 이는 긴급명령의 목적이 결국 투명한 금융거래를 실시하여 금융소득을 종합하여 합당한 조세를 부과함으로써 경제정의와 건전한 경제발전을 꾀하겠다는 데에 있는 점, 긴급명령 제8조, 제9조, 제11조, 제15조 제3, 4항이 모두 기존차명자산도 기존비실명자산에 해당되어 실명전환의 대상이 됨을 전제로 하여 규정하고 있는 점에 비추어 보아도 명백하다고 할 것이다.

따라서 금융기관의 기존비실명자산에 대한 실명전환업무는 그 실질거래자의 실명으로 전환하는 것이 본래의 정상적인 업무인 것이고, 긴급명령에서 그 실명을 주민등록표상의 명의, 사업자등록증상의 명의 등으로 전환하도록 규정한 것은(제2조 제4호) 위와 같이 위 실명이 실질거래자인 것을 전제로 하여 실명전환 업무처리 방식으로서 실질거래자의 여러 가지 명의 중 어느 것을 실명으로 할 것인가 하는 그 실명을 확인표시 하는 방법을 규정한 것에 불과한 것이다.

이 사건 공소사실에서 방해되었다는 업무도 금융기관이 기존비실명금융자산을 위 실명으로 전환하여 이자소득세 등의 원천징수 등을 위하여 전산처리하고 이를 관계기관에 통보하는 업무 등이라는 것이다. 그런데도 다수의견은 금융기관이 실명전환을 청구하는 자가 금융자산의 실질적인 권리자인지 여부를 조사·확인 할 수 있는 수단이 없다 하여 이 사건에서 합의차명으로 실명전환한 것이 업무방해가 되지 아니한다고 판단하고 있으니, 이는 이 사건 공소사실에서 방해되었다는 업무가 무엇인지를 정확하게 파악하지 못한 데에서 비롯된 것이라 하지 아니할 수 없다.

예를 들어 회사에서 서류전형의 방법으로 신입사원을 채용하는 경우 전과자인 갑이 제3자인 을의 학력, 경력증명서 등을 제출하여 을로 행세하여 채용되었다면 위계에 의한 업무방해가 될 것인가(당원 1992. 6. 9. 선고 91도2221 판결 참조), 여기에서 방해된 업무는 회사가 근로자로서의 적격자를 채용하는 업무인 것이지 전형서류를 조사하는 업무인 것이 아니다. 다수의견의 논리에 의하면, 이 경우에도 회사가 전형서류의 진정 여부를 확인할 수 있는 수단이 없으므로 업무방해가 되지 아니한다는 부당한 결론에 이르게 될 것이다.

원래 위계에 의한 업무방해는 대체로 업무처리자가 실질적인 조사·확인이 곤란하거나 불가능한 것을 악용하여 상대방에게 오인, 착각 또는 부지를 일으키게 하여 상대방이 이에 따라 그릇된 행위를 하게 됨으로써 성립하는 범죄이고, 이 사건에서도 금융기관이 기존비실명금융자산의 실질거래자가 누구인지 조사·확인이 불가능한 점을 악용하여 공모에 의하여 합의차명으로 제3자를 거래자인 양 오인하게 하는 위계에 의하여 금융기관으로 하여금 제3자 명의로 실명전환하게 함으로써 금융기관의 실질적인 거래자 즉 실명전환 적격자를 상대로 하여야 할 실명전환업무를 방해한 것이다.

즉 금융기관의 거래자 조사·확인 업무는 실명전환업무를 위한 수단에 불과하여 그

과정에서 금융기관을 오인, 착각하게 한 것은 위계에 해당하는 것이고, 이 사건에서 방
해된 금융기관의 업무는 실질적인 권리자만을 상대로 하여야 하는 실명전환업무라고
보아야 할 것이다.

결국 합의차명이 실명으로 허용된다면 모르되, 앞서 본 바와 같이 합의차명은 실명
에 해당되지 아니하므로, 이 사건에서 위 피고인들에 의한 합의차명에 의한 실명전환
은 금융기관에 대하여 위계에 의한 업무방해가 된다고 할 것이다.

이 사건과 같은 합의차명에 의한 실명전환이 금융기관에 대한 업무방해가 된다는
것이 긴급명령 시행 이후 종전 하급심 판결의 견해이었고, 대법원은 이미 1996. 11.
29. 선고 96도2362 판결에서 같은 견해를 취한 원심판결을 정당하다고 유지함으로써,
이 점에 대한 최고법원으로서의 견해를 표명한 터이므로, 다수의견은 위 종전 법령 해
석의 견해를 이 사건에서 변경하는 결과가 된다고 할 것이다.

대법원은 최고법원으로서 법령 해석의 통일을 주된 임무로 하고 있고, 동종사안에
서 법령 해석의 견해를 함부로 변경하는 것은 법적 안정성을 해하므로 자제되어야 하
며, 동종사건이라 하더라도 종전 판례를 그대로 적용하면 정의와 형평의 이념에 부합
되지 아니하는 결론이 되는 부득이한 경우에는 종전 판례의 보편타당성을 다시 검토하
여 그 법리를 보완하는 등 법의 정의와 법적 안정성의 양대 이념을 고려하여 법령 해석
에 임하여야 할 것인바, 이 사건에서는 종전 판례를 유지하는 것이 특별히 정의와 형평
에 어긋난다고 볼 수 없으므로, 다수의견이 이 사건에서 종전 견해를 변경하는 법령 해
석 운용의 방식에도 찬성할 수 없는 것이다.

1997. 4. 17.

재판장	대법원장	윤 관
	대법관	박만호
	대법관	최종영
	대법관	천경송
주심	대법관	정귀호
	대법관	박준서
	대법관	이돈희
	대법관	김형선
	대법관	지창권
	대법관	신성택
	대법관	이용훈
	대법관	이임수
	대법관	송진훈

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 96도3378 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)
특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)방조

피 고 인 안 현 태, 전 대통령 경호실장
371108 - 1063614
주거 서울 서초구 방배동 799의 10
중앙하이츠빌라 비동 302호
본적 서울 마포구 아현동 467의 74

상 고 인 피 고 인
변 호 인 변호사 정상학
원심판결 서울고등법원 1996. 12. 16. 선고 96노1894 판결

주 문 상고를 기각한다.
상고 후의 구금일수 중 100일을 본형에 산입한다.

이 유 상고이유를 판단한다.

1. 뇌물죄는 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰에 기하여 직무행위의 불가매
수성을 그 직접의 보호법익으로 하고 있고, 직무에 관한 청탁이나 부정한 행위를 필요
로 하지 아니하여 수수된 금품의 뇌물성을 인정하는 데 특별히 의무위반행위나 청탁의
유무 등을 고려할 필요가 없으므로, 뇌물은 직무에 관하여 수수된 것으로 족하고 개개
의 직무행위와 대가적 관계에 있을 필요는 없으며, 그 직무행위가 특정된 것일 필요도
없다. 또 정치자금, 선거자금, 성금 등의 명목으로 이루어진 금품의 수수라 할지라도
그것이 정치가인 공무원의 직무행위에 대한 대가로서의 실체를 갖는 한 뇌물의 성격을
잃지 않는 것이다.

원심이 전 대통령 전두환이 이 사건 각 기업인들로부터 수수한 원심 판시의 각 금원
이 모두 그 명목이나 용도는 물론 그 기업인들이 실제로 특혜를 받았는지의 여부에 관
계 없이 대통령의 직무행위에 대한 대가로서 수수된 것으로서 뇌물에 해당한다고 판단
하여 피고인을 수뢰의 방조범으로 인정한 것은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는
바와 같이 수뢰죄의 법리를 오해하고 나아가 피고인을 수뢰죄의 중범으로 그릇 처벌한

위법이 있다고 할 수 없다.

2. 뇌물수수죄에 있어서 직무라는 것은 공무원이 법령상 관장하는 직무행위뿐만 아니라 그 직무와 관련하여 사실상 처리하고 있는 행위 및 결정권자를 보좌하거나 영향을 줄 수 있는 직무행위도 포함되는 것인바, 기록에 의하여 살펴보면, 원심이 이 사건에서 피고인이 공소의 임창욱으로부터 수수한 금원이 피고인의 직무에 대한 대가로서 뇌물로 인정된다고 본 것은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 뇌물수수죄의 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 이 사건 당시 피고인에게 적법행위의 기대가능성이 없었다는 피고인의 주장을 배척한 조치는 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 기대가능성의 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

4. 결론

상고이유로 주장하는 바는 모두 이유 없으므로, 이에 상고를 기각하고 상고 후의 구금일수 중 일부를 본형에 산입하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

1997. 4. 17.

재판장	대법관	이임수
	대법관	최종영
주심	대법관	정귀호
	대법관	이돈희

이달의 민변 정기구독회원 모집

민주사회를 위한 변호사모임(이하 '민변')은 기본적 인권의 옹호와 사회정의의 실현을 위한 연구·조사, 변론, 여론 형성 및 연대활동을 통하여 사회의 민주적 발전에 기여하고자 조직된 전문 법률가단체입니다.

민변에서는 위와 같은 목적을 이루고자 열심히 활동하고 있는 소속회원들의 성과물을 매월 『이달의 민변』이라는 월간지에 담아내고 있습니다. 또한, 이 책은 외부 인권단체 자료와 법학자, 인권운동가의 글도 함께 게재함으로써, 법률·인권의 역할을 해내고 있습니다.

그동안 민변 회원들에게만 배포되던 『이달의 민변』을, 통권 제10호(97년 7월호)부터 비회원에게도 판매합니다. 구독을 원하시는 분은 아래 구좌로 입금하시고 민변 사무국으로 알려주시기 바랍니다.

책값 권당 3,000원 / 1년 정기 구독료 30,000원

계좌번호: 상업 431-07-107297 최미희

구입문의: 민변 사무국(02-522-7284)

새노동법 해설 민주사회를 위한 변호사모임 노동위원회

'96년 12월 26일 새벽 날치기 통과된 개정 노동법은 노동계의 총파업등 전국민적인 저항에 부딪혔다.

결국 국회에서는 1997년 3월 10일에 앞서 날치기 통과시킨 노동법을 폐지하고 새로이 4개의 법률, 즉 근로기준법, 노동조합 및 노동관계 조정법, 노동위원회법, 근로자 참여 및 협력증진에 관한 법률을 제정하였다.

노동자의 입장에서 보아 '개악'이라고 평가할 수밖에 없는 새 노동법은 이미 공포·시행되어 노사관계를 규율하고 있다.

이에 민주사회를 위한 변호사모임에서는 『새 노동법 해설』 발간을 통해 새 노동법의 내용을 널리 알리고자 한다.

신국판 250쪽 / 값 3,000원

구입문의: 민변 사무국(02-522-7284)