# 연구논문

전남대학교 법학연구소 공익인권법센터
인권법평론 제21호 (2018년 8월)


# 헌정질서 파괴범죄 공소시효 배제를 통한 정의(正義) 회복

김 재 윤*

"정의(正義)라는 물레방아(Mühlen)는
느리기는 하지만 반드시 결실을 맺는다."**

목차

Ⅰ. 들어가는 말
Ⅱ. 부진정소급효 및 진정소급효 인정 여부
Ⅲ. 공소시효의 정지·배제에 관한 외국의 입법례
Ⅳ. 5·18 헌정질서 파괴범죄 추가 관련자의 형사처벌
Ⅴ. 맺는 말

| 국문초록 |

5·18민주화운동은 광주지역의 비극적 사건이 아니라 저항권의 정당성과 저항의 수단으로서 무장투쟁의 합법성을 확인해 주었다. 뿐만 아니라 전두환 독재정권 체제를 붕괴시키는 결정적 원인으로 작용하였다. 그러나 1980년 5월 18일 이후 38년이라는 긴 시간이 흘러가고 있음에도 불구하고, 5·18민주화운동 당시 불법국가 권력에 의해 자행된 인권유린, 폭력, 학살 등에

* 전남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사
논문접수일 : 2018. 7. 13., 심사개시일 : 2018. 8. 2., 게재확정일 : 2018. 8. 21.
** 반야 아드레아스 벨케/한상훈 옮김, "소급효금지원칙의 의의와 한계", 민주법학 제10호, 1996, 137-138면.

대한 철저한 조사와 핵심 관련자들에 대한 형사처벌은 여전히 미흡한 채로 남아 있다.

5·18민주화운동 당시 불법국가 권력에 의해 자행된 인권유린 등의 진상조사와 관련하여, 2018년 3월 13일 「5·18민주화운동 진상규명을 위한 특별법」이 제정되었다. 앞으로 이 법을 통해 5·18민주화운동의 진상이 철저히 규명되리라 기대한다.

이 논문의 목적은 '헌정범죄시효법'과 '5·18민주화운동법'이 진정소급입법인지 여부를 밝힘으로써 '5·18진상규명법'에 따라 새롭게 밝혀진 5·18 헌정질서 파괴범죄 관련자를 비롯하여 전두환을 또 다시 기소하여 형사처벌할 수 있는가를 검토하는 데 있다. 이를 위해 우선 공소시효제도의 근본취지가 무엇인지, 부진정소급효와 진정소급효가 소급효금지원칙에 위배되는지를 검토하였다(Ⅱ). 그리고 외국에서 사후입법을 통해 공소시효의 정지·연장·배제를 함으로써 '반인도적 범죄'(Crimes against Humanity)를 처벌한 입법례가 있는지를 살펴보았다(Ⅲ). 이를 바탕으로 5·18 내란 사건 추가 관련자를 헌정질서 파괴범죄를 직접 명령한 지휘자와 그 명령을 수행한 하급수명자로 구분하여 이들의 형사처벌 가능성을 검토하였다(Ⅳ). 마지막으로, 진정소급효도 예외적인 경우에는 허용될 수 있어 소급효금지원칙에 위배되지 않으며, 소급효금지원칙의 근본 취지는 국가로부터 시민을 보호하기 위한 것이지 헌정질서 파괴범죄를 자행한 독재 권력자에 대해 법치국가의 형사법적 청산으로부터 보호하려는 것이 아님을 결론으로 도출하였다(Ⅴ).

**주제어** : 5·18민주화운동, 소급효금지원칙, 공소시효, 반인도적 범죄, 헌정질서파괴범죄

# Ⅰ. 들어가는 말

[사례 1]

61항공대 지휘관 甲은 1980년 5월 18일 광주에서 발생한 민주화운동을 진압하기 위해 계엄이 선포된 상황에서 '광주 도청 진압' 작전

을 펼치기 전 계엄군 엄호와 광주시 금남로 1-1번지 전일빌딩 옥상에 설치된 시민군의 기관총을 제압하기 위해 같은 해 5월 27일 새벽 4시부터 5시 30분 사이에 당시 61항공대 소속의 UH-1H 기동 헬기 조종사 乙로 하여금 전일빌딩에서 저항하던 시민군을 향해 사격을 명하였고, 乙은 그 명령에 따라 헬기에 부착된 M60 기관총으로 무차별 사격하였다. 2018년 2월 전일빌딩을 향한 헬기사격과 관련한 국방부 특별조사위원회의 조사 결과, 전일빌딩 10층에서만 탄흔 177여개를 발견하였고 군 헬기가 시민들을 향해 사격한 사실을 확인했다. 甲과 乙에 대해 1995년 12월 21일 제정된「헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법」및「5·18 민주화운동 등에 관한 특별법」을 적용하여 형사책임을 부과할 수 있는가?

[사례 2]

1980. 5. 23. 09:00경 전후에 시민군들이 탑승한 미니버스가 광주 방면에서 화순방면으로 진행하던 중 광주 동구 지원동 녹동부락 앞길에 이르렀을 때 바랑산기슭에서 도로봉쇄를 담당하던 11공수여단 ○○대대 지휘관 丙은 병사들에게 미니버스를 향해 총격을 가하도록 발포명령을 하였고, 미니버스에 탑승하고 박○○(여, 18세) 등 10여명이 총격을 당해 사망했고, 부상당한 홍○○(여, 17세) 및 남자 2명은 주남마을 뒷산의 여단본부로 끌려갔으나 홍○○만 헬기로 후송되고 남자 2명은 총살되었다(이른바 '주남마을 양민학살' 사건). 이러한 사실들이 2018년 3월 13일 제정된「5·18민주화운동 진상규명을 위한 특별법」제4조에 따른 5·18민주화운동 진상규명조사위원회의 조사결과 진실로 밝혀질 경우, 丙에 대해 1995년 12월 21일 제정된「헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법」및「5·18 민주화운동 등에 관한 특별법」을 적용하여 형사책임을 부과할 수 있는가?

5·18민주화운동은 광주지역의 비극적 사건이 아니라 암울했던 군사독재 시절 민주화운동의 선봉의 역할을 하였고, 저항권의 정당성과 저항의 수단으로서 무장투쟁의 합법성을 확인해 주었다. 뿐만 아니라 전두환 독재정권의 정통성과 도덕성을 부정하는 원천으로 작용하여 그 체제를 붕괴시키는 결정적 원인으로 작용하였다는 커다란 역사적 의의를 가지고 있다.[1] 그러나 1980년 5월 18일 이후 38년이라는 긴 시간이 흘러가고 있음에도 불구하고, 5·18민주화운동 당시 불법국가 권력에 의해 자행된 인권유린과 폭력·학살·암매장 등에 대한 철저한 조사와 핵심 관련자들에 대한 형사처벌은 여전히 미흡한 채로 남아 있다.

우선 5·18민주화운동 진상조사와 관련하여 2016년 9월 광주시의 의뢰로 광주 동구 금남로 전일빌딩에 대해 조사를 벌인 국립과학수사연구원은 2017년 1월 12일 전일빌딩 10층에서 발견된 185개의 총탄 흔적을 분석한 결과, "헬기에서 사격한 것이 유력하다"는 결론을 내고 감정서를 광주시에 보냈다. 이를 계기로 5·18민주화운동 당시 헬기사격 관련 조사를 진행하기 위해 2017년 9월 11일 '5·18 민주화운동 헬기사격 및 전투기 출격 대기 관련 국방부 특별조사위원회'(이하 '5·18특조위'라 한다, 위원장 이건리 변호사)가 정식 출범하였다. 5·18특조위는 약 5개월간의 조사활동을 펼치고 2018년 2월 7일 조사결과 발표에서 "5·18민주화운동 기간 육군이 공격헬기 '500MD'와 기동헬기 'UH-1H'를 이용해 광주시민을 향해 사격을 한 사실이 확인됐다"고 발표했다.[2] 하지만 5·18특조위는 5·18민주화운동 당시

1) 광주광역시 5·18사료편찬위원회, 5·18광주 민주화 항쟁, 고령, 1997, 64-65면.
2) 한겨레 2018년 2월 2일자 기사 참조.
〈http://www.hani.co.kr/arti/politics/defense/831191.html#csidx7d589a279d061df814607958ba70537〉, 최종검색 : 2018.5.4.

헬기가 시민들을 향해 사격했는지, 공군 전투기 등이 광주 폭격을 위해 출격 대기했는지 여부만을 조사 범위로 한정시켜 5·18민주화운동 당시 군의 시민들에 대한 최초 발포와 집단발포 책임자가 누구인지, 주남마을과 송암동 양민학살사건,[3] 5.11연구위원회[4]의 조직 경위와 활동사항 및 진실왜곡·조작의혹, 5·18민주화운동 당시 북한군 개입 여부 등에 대해서는 여전히 철저한 진상규명이 이루어지지 않았다. 이에 2018년 3월 13일 "1980년 광주 5·18민주화운동 당시 국가권력에 의한 반민주적 또는 반인권적 행위에 따른 인권유린과 폭력·학살·암매장 사건 등을 조사하여 왜곡되거나 은폐된 진실을 규명함으로써 국민통합에 기여함을 목적"으로 「5·18민주화운동 진상규명을 위한 특별법」(이하 '5·18진상규명법'이라 한다)[5]이 제정되었다. 앞으로 이 법을 통해 5·18민주화운동의 진상이 철저히 규명되리라 기대한다.

한편, 5·18 내란 사건 핵심 관련자에 대한 형사책임은 1996년 1월 23일 역사적인 공소제기로 시작되어 1997년 4월 17일 대법원

---

3) '주남마을 양민학살' 사건은 [사례 2] 참고, '송암동 양민학살' 사건은 1980.5.24 13:30경 11공수여단 병력이 63대대를 선두로 하여 주남마을에서 송정리비행장으로 이동하던 중 광주 남구 송암동 효덕초등학교 앞길에 이르러 시민군과 조우하자 총격전이 벌어진 상황에서, 저수지에서 놀던 방○○(남, 13세)과 놀이터에서 놀던 전○○(남, 10세) 등 2명이 계엄군의 총격(오인사격인지 아니면 고의사격인지는 확인되지 않음)으로 사망하였고, 그 후 14:00경 송암동 남선연탄공장 부근에서 11공수여단과 전교사 교도대 병력 사이에 오인총격이 벌어져 공수부대 소속 군인 9명이 사망하자, 공수부대원들이 격분한 나머지 시민군을 색출한다는 명목으로 부근 민가를 뒤져 마을청년 권○○(남, 33세), 김○○(남, 18세), 임○○(남, 25세) 및 하수구에 숨어 있던 박○○(여, 50세) 등을 사살학고 수명이 부상당한 사건이다.

4) '5.11연구위원회'는 노태우정권이던 1988년 광주민주화운동 진상조사청문회에 대비하기 위해 발족하였으며, 군의 잔혹한 진압과 살상행위를 합리화하고 사실을 은폐·축소·왜곡한 대책보고서를 작성했던 기구이다.

5) 이 법의 필요성과 제정 방안에 대한 분석으로는 민병로, "5·18민주화운동 관련법의 성과와 한계", 민주주의와 인권 제17권 제2호, 2017, 77-82면 참조.

판결[6]을 통해 피고인과 검사의 상고를 기각하고 원심인 서울고등법원의 판결 선고를 확정하여 내란수괴 전두환 무기징역, 내란중요임무종사자 노태우 징역 17년, 내란중요임무종사자 황영시, 허화평, 이학봉에 대해 각각 징역 8년 등에 처해졌다.[7] 이는 12·12 군사반란을 포함하여 5·18 내란 사건을 사법처리하기 위해 1995년 12월 21일 제정된 「헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법」(이하 '헌정범죄시효법'이라 한다) 및 「5·18 민주화운동 등에 관한 특별법」(이하 '5·18민주화운동법'이라 한다)을 적용하여 단죄한 결과이다. 그런데 헌정질서 파괴범죄에 대한 공소시효를 폐지한 헌정범죄시효법과 공소시효정지를 규정한 5·18민주화운동법[8]이 5·18 내란 행위에 대한 공소시효가 완성된 이후에 이루어진 입법이어서 이른바 '진정 소급입법'으로서 소급효금지원칙에 위배되는 것이 아닌지 문제되었다. 이에 대해 헌법재판소는 진정소급효와 부진정소급효를 갖는 경우로 나누어 판단하면서 소극적 입장에서 합헌을 결정하였다.[9] 따라서 이러한 합헌 결정을 토대로 하여 5·18진상규명법에 따라 [사례 1, 2]에서 같이 5·18 헌정질서 파괴범죄의 새로운 진상이 밝혀질 경우, 전두환을 포함하여 추가 핵심 관련자를 형사처벌할 수 있을지 의문이 제기된다.

---

6) 대법원 1997.4.17. 선고 96도3376 전원합의체 판결. 다만 피고인 유학성은 대법원 판결 선고 직적인 1997년 4월 3일 사망하였기 때문에 그에 대한 공소가 기각되었다.

7) 12·12 및 5·18 헌정질서 파괴범죄 사건에 대한 사법처리 과정에 대한 상세한 분석으로는 김성천, "헌정질서 파괴범죄의 공소시효", 중앙법학 제19집 제2호, 2017.6, 10-21면 참조.

8) 5·18민주화운동법 제2조(공소시효의 정지) 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 「헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법」 제2조의 헌정질서 파괴범죄행위에 대하여 해당 범죄행위의 종료일부터 1993년 2월 24일까지의 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다.

9) 헌법재판소 1996.2.16. 선고 96헌가2, 96헌바7, 96헌바13 전원재판부 결정.

이 발제문의 목적은 헌정범죄시효법과 5·18민주화운동법이 진정소급입법인지 여부를 밝힘으로써 5·18진상규명법에 따라 새롭게 밝혀진 5·18 헌정질서 파괴범죄 관련자를 비롯하여 전두환을 또 다시 기소하여 형사처벌할 수 있는가를 검토하는 데 있다. 이를 위해 우선 공소시효제도의 근본취지가 무엇인지, 부진정소급효와 진정소급효가 소급효금지원칙에 위배되는지를 검토하고자 한다(Ⅱ). 그리고 외국에서 사후입법을 통해 공소시효의 정지·연장·배제를 함으로써 '반인도적 범죄'(Crimes against Humanity)[10]를 처벌한 입법례가 있는지를 살펴보고자 한다(Ⅲ). 이를 바탕으로 [사례 1, 2]를 중심으로 5·18 내란 사건 추가 관련자를 헌정질서 파괴범죄를 직접 명령한 지휘자(甲과 丙)와 그 명령을 수행한 하급수명자(乙)로 구분하여 이들의 형사처벌 가능성을 검토하고, 이미 1997년 대법원 판례를 통해 5·18 내란 사건과 관련하여 형사처벌을 받은 전두환에 대해 5·18진상규명법에 의해 새롭게 범죄사실이 밝혀질 경우, 이를 토대로 재차 형사처벌할 수 있는지를 살펴보고자 한다(Ⅳ). 마지막으로, 진정소급효도 예외적인 경우에는 허용될 수 있어 소급효금지원칙에 위배되지 않으며, 소급효금지원칙의 근본 취지는 국가로부터 시민을 보호하기 위한 것이지 헌정질서 파괴범죄를 자행한 독재

10) 1946년 뉘른베르크 국제군사재판소헌장 제6조 제3항에 따르면, 반인도적 범죄는 "전쟁 전이나 전쟁 중에 모든 민간인에 대해 저질러진 살인, 절멸, 노예화, 강제추방 기타의 비인간적 행위, 또는 행해진 나라의 국내법 위반이 되는가를 불문하고 뉘른베르크 군사재판소의 관할에 속하는 범죄(평화에 대한 죄와 전쟁범죄)의 실행 중에 또는 이와 관련하여 행해진 정치적·인종적·종교적 이유로 인한 박해"라고 규정하고 있다. 반인도적 범죄의 개념에 대한 상세한 소개로는 문봉규, "공무원의 반인권적 범죄에 대한 공소시효 연장·배제에 관한 연구", 전북대학교 법학연구 통권 제32집, 2011.5, 433-435면; 변종필, "반인도적·국가적 범죄의 공소시효", 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006, 644-646면; 조국 "'반인도적 국가범죄'의 공소시효의 정지·배제와 소급효금지의 원칙", 형사법연구 제17호, 2002, 3-4면 참조.

권력자에 대해 법치국가의 형사법적 청산으로부터 보호하려는 것이 아님을 결론으로 도출하고자 한다(Ⅴ).

## Ⅱ. 부진정소급효 및 진정소급효 인정 여부

### 1. 공소시효제도의 취지

공소시효(Strafverfolgungsverjährung)라 함은 범죄행위가 종료한 후 검사가 일정한 기간 동안 공소를 제기하지 않고 방치하는 경우 국가의 소추권(또는 형벌권)을 소멸시키는 제도를 말한다. 공소시효가 완성되면 실체법상 형벌권이 소멸되므로 검사는 공소를 제기할 수 없게 되고, 공소제기 후 이러한 사실이 발견된 경우에는 실체적 소송조건의 흠결을 이유로 '면소판결'을 하게 된다(형사소송법 제326조 제3호). 형선고재판의 확정 후 그 집행을 받음이 없이 일정한 기간을 경과하면 형벌권이 소멸되고 형집행 면제의 효과를 갖는 형의 시효(형법 제77조 이하)와 구별된다.[11)]

이러한 공소시효제도를 둔 취지로 ① 범죄행위를 자행한 후 시간이 오래 흐를수록 증거가 멸실·산일(散逸)되어 실체적 진실발견이 어렵게 된다는 점, ② 범죄행위에 의해 초래된 법질서의 파괴가 오랜 시간의 경과로 상당부분 회복되어 처벌할 필요성이 감소한다는 점, ③ 범죄발생 후 형사소추권이 행사되지 않고 일정한 시간을 경과하게 되면 범죄인에 대한 일반인의 처벌욕구가 감소된다는 점, ④ 범죄인 자신으로 보아서도 형사처벌을 면하려고 도피하는 과정에서 심리적으로 상당한 정도로 처벌에 준하는 고통을 받아 형벌이

11) 손동권·신이철, 새로운 형사소송법(제2판), 세창출판사, 2014, 397면.

기대하는 범인의 인격변화가 예상될 수 있다는 점 등이 언급된다.[12] 이처럼 공소시효제도는 일정한 시간의 경과로 인하여 발생한 사실상태를 존중하여 사회와 개인생활의 안정을 도모하고 시간의 경과에 따른 증거수집과 판단의 곤란을 방지하며, 범죄에 대한 사회의 관심이 약화된다는 점을 들어 형벌부과의 적정을 기하려 하는 데에 근본 취지가 있다.

이러한 공소시효제도는 범인필벌의 실체적 '정의'의 이념이 '법적 안정성'의 이념에 양보하여 생겨난 제도로서, 특별한 예외가 없다면 모든 범죄인에게 차별 없이 적용된다.[13] 문제는 바로 공소시효가 모든 범죄인에게 차별 없이 적용되어야 한다는 데서 발생한다. 12·12 군사반란과 5·18 내란 사건을 통해 헌정질서 파괴범죄를 자행한 전두환·노태우와 관련자들에 대해서도 당시 내란죄의 공소시효 15년을 적용하여 헌정질서 파괴범죄의 증거가 산적해 있음에도, 그들이 저지른 법질서의 파괴가 중대하여 상당한 시간의 경과로 회복되지 않아 여전히 처벌의 필요성과 국민의 처벌욕구가 남아 있음에도, 처벌에 준하는 고통은 고사하고 대통령으로서의 지위를 향유하였고 현재까지도 진지한 사죄도 없고 회고록을 통해 5·18민주화운동의 진실마저 왜곡·폄훼[14]하여 인격변화를 예상할 수 없음에도, 그들의 집권기간 내내 법률상 또는 사실상 공소제기가 불가능하였음에도 불구하고 '법적 안정성', 소급효금지원칙을 내용으로 하는 죄형법정주의 위반 등을 이유로 '정의'가 자리를 양보하는 것이 과연

12) 문봉규, 앞의 논문, 435-436면; 조국, 앞의 논문, 6면.

13) 조국, 앞의 논문, 6면.

14) 2017년 8월 4일 광주지법 민사21부(부장판사 박길성)는 "5·18민주화운동 등 역사를 왜곡했다"며 5월 단체와 유가족이 제기한 '전두환 회고록 출판 및 배포금지 가처분 신청'에 대해 인용 결정을 내린 바 있다(2017년 8월 4일자 중앙일보 기사 참조).

타당한 것인지 의문이 제기된다. 군사쿠데타를 통해 법치국가의 원칙을 파괴하고 불법국가를 만들어 장기 집권한 권력자에게 법치국가의 기본원칙을 유지하면서도 정의를 실현할 방법은 없는 것인가의 고민과 나름의 해결책이 5·18민주화운동법 제2조 위헌소송에 대한 헌법재판소의 결정에 녹아 있다. 그리고 당시 헌법재판소의 고민은 5·18 헌정질서 파괴범죄 추가 관련자들에 대한 형사처벌을 함에 있어서도 여전히 유효하다고 본다.

## 2. 공소시효의 정지·연장·배제와 소급효금지원칙

### (1) 문제의 소재

소급효금지원칙은 형벌법규는 효력발생 이후의 행위에 대해서만 적용하고 시행 이전의 행위에까지 소급하여 적용할 수 없다는 헌법의 대원칙으로, 헌법 제13조와 형법 제1조에 명문으로 규정되어 있다. 특히 형법상 소급효금지원칙이란 법관이 범죄구성요건과 그에 대한 법적 효과로 형벌 또는 보안처분[15]을 적용할 때 행위시의 법률에 의하지 않고 행위자에게 불리한 재판시의 법률을 사후적으로 소급적용할 수 없음을 의미한다. 이러한 소급효금지원칙은 실체법인 형법에 대하여만 적용되고 절차법인 형사소송법에 대하여는 적용되지 않는다고 보는 것이 일반적이다. 형사소송법은 범죄의 성립과 처벌에 관한 법률이 아니기 때문에, 헌법 제13조 제1항과 형법 제1조 제1항이 말하는 소급효금지원칙과 관계가 없다는 것이다.[16]

---

15) 보안처분에 대하여도 소급효금지원칙이 적용되는가에 대하여는 논란이 많고 견해가 대립하고 있다. 이에 대한 자세한 설명으로는 이재홍, “보호관찰과 형벌불소급의 원칙”, 형사판례연구 제7권, 박영사, 1999, 21면 이하; 허일태, “피고인에게 불리한 판례의 변경과 소급효금지원칙”, 형사판례연구 제9권, 박영사, 2001, 131면 참조.

그러나 헌정범죄시효법과 5·18민주화운동법과 같이 일정한 범죄행위가 있었으나 사후에 그 범죄에 해당하는 공소시효가 완성되기 전 또는 완성된 후 그 범죄에 대해 형벌을 부과하기 위해 비록 소송법적 규정이지만 범죄의 가벌성과 관련된 공소시효기간을 정지·연장·배제하는 입법이 이루어질 경우, 전자를 '부진정소급효'(unechte Rückwirkung), 후자를 '진정소급효'(echte Rückwirkung)라고 한다. 이러한 소급입법은 공소제기가 이루어짐이 없이 법률에 정해진 일정한 기간이 경과하면 국가의 소추권이 없어지게 되는 공소시효제도의 근본 취지에 반하는 것인지, 더 나아가 죄형법정주의의 한 내용인 소급효금지원칙에 정면으로 위배되는 것인지 여부가 문제된다. 이는 공소시효에 관한 규정과 소급효금지원칙과의 관계에 관한 문제로, 공소시효의 본질[17]을 어떻게 보는가에 따라 문제를 손쉽게 해결할 수도 있다. 즉 부진정소급효의 경우 공소시효는 시간의 경과에 의하여 사회의 응보감정이나 범인의 악성이 소멸되기 때문에 형벌권이 소멸되는 것으로 이해하는 실체법설에 의하면, 소급은 인정되지 않는다. 그러나 형벌권과는 관계없이 장기간의 경과로 인하여 증거가 멸실되어 진실발견이 곤란하므로 국가의 소추권을 억제하는 것으로 파악하는 소송법설에 따르면, 소급은 인정된다. 그리고 장기간의 경과에 따라 실체법상 가벌성이 감소될 뿐만 아니라

16) 이재상·장영민·강동범, 형법총론(제8판), 박영사, 2015, 19면.

17) 이에 대해 실체법설, 소송법설, 병합설(결합설)의 견해가 대립하고 있으며, 헌법재판소의 입장은 실체법설로도 병합설의 입장으로도 볼 수 있다(헌법재판소 1993.9.27. 선고 92헌마284 전원재판부 결정). 이에 대한 자세한 설명으로는 강동범, "공소시효의 정지·연장·배제와 소급효", 형사법의 신동향, 통권 제58호, 2018.3, 307-314면; 김성돈, "공소시효제도와 소급효금지원칙", 경북대학교 법학논고 제11집, 1995, 8-9면; 박찬걸, "공소시효의 정지·연장·배제에 관한 최근의 논의", 형사법의 신동향 통권 제34호, 2012.3, 90-93면; 이창섭, "공소시효 정지·연장·배제조항과 부진정소급효", 법조 통권 제720호, 2016.12, 614-618면 참조.

증거멸실로 소추권의 행사를 불가능 내지 곤란하게 하는 소송법적 성격도 함께 있다는 병합설에 따르면, 공소시효의 성격 중 실체법적인 데에 중점을 두느냐 아니면 소송법적인 데에 중점을 두느냐에 따라 소급효 인정 여부가 결정된다. 하지만 공소시효의 정지·연장·배제와 소급효금지원칙 상호간의 관계는 단순히 도식적으로 공소시효제도가 실체법적 제도인가 소송법적 제도인가를 중심으로 소급효 인정 여부를 결정하기 보다는 소급효금지원칙의 적용범위 문제로 파악할 필요가 있다.[18] 이러한 관점에서 학설의 구체적인 논의 내용과 판례의 태도를 살펴보면 다음과 같다.[19]

### (2) 학설의 대립

#### 가. 전면적 소급효긍정설

헌법 제13조 제1항은 "행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위"라고 규정하고 있지, '행위시의 법률에 의하여 처벌되지 아니하는 행위'라고 규정하고 있지는 않다. 즉 헌법은 행위시의 법률에 의하여 '범죄' 구성 여부를 소급효금지원칙의 적용대상으로 규정하고 있는 만큼, 소급효금지원칙은 형사실체법의 영역에서 논의될 파생원칙이라고 함이 타당하다는 견해이다. 그러므로 범죄행위 후에 친고죄가 비친고죄로 바뀌거나 공소시효가 폐지 또는 연장되어 행위자에게 불리한 새로운 소송법 규정이 재판시에 적용된다고 하더라도 죄형법정주의에 위배되는 것은 아니라고 한다.[20] 이

---

18) 같은 취지로 김성돈, 앞의 논문, 13면; 문봉규, 앞의 논문, 443면.

19) 이하의 논의는 강동범, 앞의 논문, 619-624면; 이창섭, 앞의 논문, 316-320면 참조.

20) 임웅, 형법총론, 법문사, 2016, 25면. 그러나 임웅 교수의 견해는 공소시효 정지·연장·폐지의 소급입법 시기가 공소시효 완성 이전인지 이후인지를 불문하고 전면적으로 소급효를 긍정한다는 것인지 불분명하다. 다만 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(시행 2013.6.19., 법률 제11556호)」 (일명 '도가니법') 부칙 제3

견해에 따르면, 일정한 기간이 지나면 소추되지 않는다는 범죄인의 신뢰는 마치 범행이 발각되지 않을 것이라는 신뢰와 마찬가지로 보호할 필요가 없기 때문에 공소시효 완성 전후를 불문하고 사후입법에 의하여 공소시효를 정지·연장·배제하는 것은 원칙적으로 소급효금지원칙에 반하지 않는다고 한다.[21)]

나. 부진정소급효 긍정·진정소급효 부정설

소급효금지원칙은 법에 대한 국민의 신뢰와 예측가능성을 담보로 행동의 자유를 보장하는데 그 근거가 있으므로, 기본적으로 범죄와 형벌을 직접 규정하는 형사실체법에 적용되고, 형벌권 실현의 절차를 규정하는 형사절차법에는 적용되지 않는다는 견해이다. 즉 공소시효는 소추조건에 불과하고 범죄와 형벌은 행위시에 확정되어 있기 때문에 아직 완성되지 전에 공소시효를 행위자에게 불리하게 변경하더라도 소급효금지원칙에 반하지 않는다. 하지만 공소시효가 완성된 후에 공소시효를 정지·연장·배제하는 조항을 신설하여 이를 소급적용하는 것은 새로운 범죄구성요건을 제정하는 것과 실질적으로 다르지 않기 때문에 허용되지 않는다고 한다.[22)]

독일의 경우에도 공소시효 규정의 진정소급효는 허용되지 않지만 부진정소급효는 허용된다는 견해가 통설이다.[23)]

---

조(공소시효 진행에 관한 적용례) "이 법 시행 전 행하여진 성폭력범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 제21조의 개정규정을 적용한다."고 하여, 공소시효 적용배제 규정의 '소급효'를 명시하고 있는데, 이 부칙 제3조는 위헌이 아니라고 본다고 하여 부진정소급효에 대해서만큼은 소급효금지원칙에 반하지 않음을 분명히 하고 있을 뿐이다.

21) 임웅, 앞의 책, 24-25면.

22) 김성돈, 형법총론(제2판), 성균관대학교출판부, 2011, 72면; 김일수·서보학, 새로쓴 형법총론(제12판), 박영사, 2014, 42면; 배종대, 형법총론, 홍문사, 2013, 93-94면; 신동운, 형법총론, 법문사, 2015, 43-44면; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 19-20면; 정성근·정준섭, 형법강의 총론, 박영사, 2016, 10면.

### 다. 원칙적 소급효부정설(예외적 소급효긍정설)

절차법에서도 피고인에게 불리한 소급효는 원칙적으로 인정되지 않는다고 한다. 하지만 소급효를 인정하지 않는다면 참을 수 없을 정도로 정의가 훼손당하여 이를 회복하지 않으면 안 될 정도의 중대한 공익상의 사유가 있는 경우에 한하여 부진정소급효와 진정소급효 모두 허용된다고 한다.[24]

### 라. 전면적 소급효부정설

피의자의 불가벌성에 대한 기대는 공소시효가 완성되기 전후를 불문하고 거의 차이가 없기 때문에 진정소급효는 물론 부진정소급효까지도 허용되지 않는다는 견해이다.[25] 또한 소급효금지원칙은 범죄의 가벌성에 관련된 규정에 국한되어서는 안 되며, 공소시효 이외에도 형벌권의 존부나 유무죄의 판단에 중요한 영향을 미치는 형사소송법 규정에 적용되어야 한다는 견해도 같은 입장이다. 이 견해는 소급입법으로 처벌받지 않는다는 점에 대한 일반시민의 신뢰나 형사처벌의 예측가능성은 실체법과 절차법의 구별과 무관하게 보호되어야 하며, 죄형법정주의는 형법적 사회통제의 명확성을 실현하는 제도이고, 형사소송법은 형법적 사회통제를 구성하는 세 요소(규범-절차-제재) 가운데 하나라는 점을 이유로 한다.[26]

---

23) Jescheck·Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, §86 Ⅰ1; Krey·Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 2011, Rn. 64-65; MünchKommStGB·Mitsch, §78/11; Rudolphi·Horn·Günther, SK-StGB, §1/10, Vor §78/5; Stratenwerth·Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011, §3/10.

24) 오영근, 형법총론, 박영사, 2014, 34면.

25) 김영환, “공소시효와 형벌불소급의 원칙”, 형사판례연구 제5권, 박영사, 1997, 25-26면; 박찬걸, 앞의 논문, 93면, 121면.

26) 이상돈, 형법강론, 박영사, 2015, 25-26면.

(3) 판례의 태도

헌법재판소와 대법원은 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만, 진정소급입법은 원칙적으로 허용되지 않는다는 입장이다. 공소시효 정지조항의 소급효 인정 문제에 대하여도 헌법재판소와 대법원은 입장을 같이 하고 있다.

즉 헌법재판소는 헌정질서 파괴범죄행위에 대한 공소시효 정지를 규정한 5·18민주화운동법 제2조의 위헌제청과 관련하여, 「① 형벌불소급의 원칙은 "행위의 가벌성" 즉 형사소추가 "언제부터 어떠한 조건하에서" 가능한가의 문제에 관한 것이고, "얼마동안" 가능한가의 문제에 관한 것은 아니므로, 과거에 이미 행한 범죄에 대하여 공소시효를 정지시키는 법률이라 하더라도 그 사유만으로 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항에 규정한 죄형법정주의의 파생원칙인 형벌불소급의 원칙에 언제나 위배되는 것으로 단정할 수는 없다. ② 공소시효가 아직 완성되지 않은 경우 단지 진행 중인 공소시효를 연장하는 법률은 이른바 부진정소급효를 갖게 되나, 공소시효제도에 근거한 개인의 신뢰와 공소시효의 연장을 통하여 달성하려는 공익을 비교형량하여 공익이 개인의 신뢰보호이익에 우선하는 경우에는 소급효를 갖는 법률도 헌법상 정당화될 수 있다. ③ 진정소급입법이라 하더라도 기존의 법을 변경하여야 할 공익적 필요는 심히 중대한 반면에 그 법적 지위에 대한 개인의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 상대적으로 적어 개인의 신뢰이익을 관철하는 것이 객관적으로 정당화될 수 없는 경우에는 예외적으로 허용될 수 있다. 진정소급입법이 허용되는 예외적인 경우로는 일반적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나, 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우와 소급입법에 의

한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 그리고 신뢰보호의 요청에 우선 하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우를 들 수 있다.」(강조는 필자)[27]고 판시하여, 공소시효에 관한 부진정소급입법은 원칙적으로 정당화되고, 진정소급입법도 예외적으로 허용될 수 있다는 입장이다.

대법원도 "5·18민주화운동법 제2조는 그 제1항에서 그 적용대상을 '1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서 파괴범죄특례법 제2조의 헌정질서 파괴범죄행위'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, 96헌바7,13 사건에서 위 법률 조항이 헌법에 위반되지 아니한다는 합헌결정을 하였으므로, 위 법률 조항의 적용범위에 속하는 범죄에 대하여는 이를 그대로 적용할 수밖에 없다."[28]라고 판시함으로써 헌법재판소와 같은 태도를 보였다.

(4) 소결

생각건대 공소시효 정지·연장·배제 규정의 소급효 인정 여부와 관련하여 부진정소급효는 원칙적으로 인정하고, 진정소급효도 예외적으로 특별한 경우에는 인정할 수 있다는 헌법재판소와 대법원의 태도가 타당하다고 본다. 법적 안정성과 법률에 대한 국민의 신뢰 및 예측가능성을 담보함으로써 국민의 행동의 자유를 보장하기 위한 소급효금지원칙은 실체법적 사항인 형벌권의 존부와 범위에

27) 헌법재판소 1996.2.16. 96헌가2, 96헌바7, 96헌바13 전원재판부 결정.
28) 대법원 1997.4.17. 선고 96도3376 전원합의체 판결.

대하여 적용되며, 형벌권이 아닌 형벌권의 실현절차나 방법, 형벌청구권의 존속기간에 대하여는 적용되지 않는다. 따라서 공소시효가 완성되기 전에 사후적으로 그에 대한 정지·연장·배제는 소급효금지원칙의 적용대상이 아니므로 부진정소급효는 원칙적으로 인정된다. 다만 이미 공소시효가 완성됨으로써 형벌청구권, 즉 소추권이 종국적으로 소멸한 이후에는 이를 사후입법을 통해 부활시키는 것은 행위자가 가지는 불처벌에 대한 신뢰와 법적 안정성을 저버리는 것으로 원칙적으로 허용될 수 없다. 왜냐하면 형벌청구권의 소멸로 인하여 형벌권도 소멸하기 때문이다. 즉 공소시효 완성 후에 공소시효를 정지·연장·배제하는 규정의 진정소급입법은 원칙적으로 소급효금지원칙에 위반된다. 그러나 진정소급효라고 할지라도 '특단의 사정이 있는 경우'에는 예외적으로 허용될 수 있다. 법치국가원칙에는 법적 안정성(신뢰보호)과 더불어 실질적 정의도 포함되어 있는데, 만일 양자가 충돌할 때에는 법적 안정성인 아닌 실질적 정의보호에 우선적인 결정을 내릴 수도 있기 때문이다. 그렇다면 진정소급효라도 예외적으로 허용되는 '특단의 사정'이 사후입법자나 새로운 권력을 잡은 권력자에 의해 자의적으로 판단되지 않을 정도로 객관적이고 구체적으로 확정할 수 있는지의 문제가 남는다. 이와 관련하여 헌법재판소는 진정소급입법이 예외적으로 허용되는 경우로 "기존의 법을 변경하여야 할 공익적 필요는 심히 중대한 반면에 그 법적 지위에 대한 개인의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 상대적으로 적어 개인의 신뢰이익을 관철하는 것이 객관적으로 정당화될 수 없는 경우"[29]라는 기준을 제시하였다. 자유민주주의 국가의 존립기반인 민주주의나 법치주의를 그 근저에서부터 위협하고

29) 헌법재판소 1996.2.16. 선고 96헌가2, 96헌바7, 96헌바13 전원재판부 결정.

파괴하는 헌정질서 파괴범죄(내란의 죄, 외환의 죄, 반란의 죄, 이적의 죄), 헌법상 기본권 중의 기본권인 인간의 존엄을 철저히 부정하는 집단학살이나 고문과 같은 반인도적 범죄 또는 전쟁범죄는 범죄자 개인의 신뢰보호 요청보다 실질적 정의회복 내지 인권이익의 실현 등 공익상의 요청이 현저히 중대한 경우로 헌법재판소가 제시한 기준을 충족시킬 수 있다고 본다.[30] 나아가 이들 범죄의 경우 범행후 장시간이 경과하더라도 다수의 증거가 엄연히 현존하고 있고, 범죄에 대한 사회적 처벌욕구가 강하고, 범죄인들은 고통을 받고 있기보다는 오히려 권력을 향유하였으며, 쿠데타를 통해 권력을 찬탈한 기간 동안에는 형사사법기관에 의한 수사와 공소가 원천적으로 불가능하다는 점 등을 고려한다면 이들 범죄에 대하여 공소시효제도의 취지를 인정해줄 여지조차 없다고 본다.

### 3. 헌정범죄시효법과 5·18민주화운동법이 진정소급입법인지 여부

#### (1) 문제의 소재

[사례 1]에서 甲은 5·18 내란 사건의 중요한 역할을 담당한 자로서 내란중요임무종사 및 내란목적살인미수, 乙은 내란부화수행 및 내란목적살인미수 성립 여부가, [사례 2]에서 丙은 내란중요임무종사 및 내란목적살인의 죄책이 문제된다. 그런데 甲, 乙, 丙에 대해 형사책임을 묻기 위해서는 그 전제로 헌정범죄시효법과 5·18민주화운동법이 진정소급입법인지 여부가 판단되어야 한다. 왜냐하면 내란죄와 내란목적살인죄는 사형에 해당하는 범죄이므로 범행 당시의 형사소송법 제249조에 따라 그 공소시효는 15년인데, 헌정범

30) 같은 입장으로는 문봉규, 앞의 논문, 443-444면; 박미숙, 공소시효제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2004, 87-88면; 조국, 앞의 논문, 13면.

죄시효법과 5·18민주화운동법은 1980년 5·18 내란 사건이 있은 후 15년이 경과한 1995년 12월 21일 제정되었기 때문이다. 따라서 이 두 법률은 5·18 내란 사건의 공소시효 기산점을 언제로 보느냐에 따라 진정소급효가 될 수도 있고 부진정소급효가 될 수도 있다.

(2) 5·18민주화운동의 공소시효 기산점

5·18 내란 사건의 공소시효 기산점을 언제로 볼 것인가의 문제는 이미 1996년 1월 23일 전두환·노태우를 포함하여 5·18 내란 사건 관련자 16명을 공소제기하면서부터 제기되었다. 공소시효의 기산점을 언제로 볼 것인가에 따라 공소시효의 완성시기가 달라지기 때문이다.

형사소송법 제252조 제1항은 공소시효의 기산점이 범죄행위의 종료시부터 진행한다고 규정하고 있다. 이때 범죄행위 종료시의 의미에는 행위시설과 결과발생시설이 있으나, 후설에 의견이 일치되어 있다. 그리고 공소시효의 진행은 공소제기로 정지되고(형사소송법 제253조 제1항), 재정신청이 있으면 고등법원의 재정결정이 있을 때까지 공소시효의 진행이 정지된다(형사소송법 제262조의4 제1항). 따라서 5·18 내란 사건과 관련된 범죄행위, 특히 상태범인 내란죄[31]에 해당하는 범죄행위의 종료시점을 언제로 볼 것인지가 문제된다.

이와 관련하여 1996년 1월 23일 내란수괴 전두환·노태우에 대한

31) 대법원은 "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 상당하다."고 판시하였다(대법원 1997.4.17. 선고 96도3376 전원합의체 판결).

공소제기를 계기로 여러 견해가 제시되었다. 즉 ① 최규하 대통령의 하야일인 1980년 8월 16일이라는 견해, ② 전두환 대통령 취임일(제11대)인 1980년 9월 1일이라는 견해, ③ 제8차 개정헌법의 발효시인 1980년 10월 27일이라는 견해, ④ 비상계엄 해제일인 1981년 1월 24일 24:00이라는 견해,[32] ⑤ 전두환 대통령 제12대 취임일인 1981년 3월 3일이라는 견해,[33] ⑥ 유신정권 붕괴 후 등장한 신군부가 통치권을 확립하기 위하여 설치한 국가보위비상대책위원회('국보위') 해체일인 1981년 4월 12일이라는 견해[34] 등이 있다. 그런데 "대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직중 형사상 소추를 받지 않는다."는 헌법 제84조에 따라 내란죄의 피의자가 대통령으로 재임하는 기간에도 소추할 수 있기 때문에 공소시효는 중단되지 않고 진행하고 당시 형사소송법상 내란죄의 공소시효 기간인 15년임을 고려하면, 5·18 내란 사건 관련 피의자에 대한 공소시효의 완료일은 ① 1995년 8월 15일, ② 1995년 8월 31일, ③ 1995년 10월 26일, ④ 1996년 1월 23일, ⑤ 1996년 3월 2일, ⑥ 1996년 4월 11일 등이 된다. 그러나 이와 달리 내란죄 피의자가 대통령으로 재임하고 있는 기간에는 현실적으로 기소가 불가능하다고 본다면 그 재임기간(1980.09～1988.02)만큼 공소시효 기간이 늘어나게 될 것이다. 종래 검찰은 불기소처분 당시 최규하 대통령의 하야 일을 기준으로 삼아 1995년 8월 15일에 공소시효가 완성된 것으로 보았다.

대법원은 5·18 내란 사건의 공소시효 기산일과 관련하여 "비상계

32) 박은정·한인섭역음, 5·18 법적 책임과 역사적 책임, 이화여자대학교출판부, 1995, 312면.

33) 허영, "5·18불기소처분의 헌법이론적 문제점", 박은정·한인섭역음, 앞의 책, 88면.

34) 한인섭, "정치군부의 내란행위와 성공한 쿠데타론의 반법치성 –형사법적 검토를 중심으로-", 박은정·한인섭역음, 앞의 책, 126면.

엄의 전국 확대로 인한 폭동행위와 함께 단일한 내란행위를 이룬다고 봄이 상당하므로, 위 비상계엄의 전국 확대를 포함한 일련의 내란행위는 위 비상계엄이 해제된 1981. 1. 24.에 비로소 종료되었다고 보아야 한다."[35]고 판시함으로써 비상계엄 해제일로 파악하였다.

(3) 소결

생각건대 5·18 내란 사건의 공소시효 기산일을 비상계엄 해제일로 본 판례의 태도가 타당하다고 본다. 5·18 내란의 요체가 정권탈취 목적의 군대동원에 있다고 볼 때, 내란죄의 범죄행위는 국헌을 문란케 할 목적으로 군대를 동원하고 있는 동안 계속되고 있는 것으로 보아야 한다. 이 때문에 비상계엄을 지속하는 한 국민의 저항을 억압하기 위한 행위가 계속되고 있는 것이므로, 내란행위는 끝나지 않은 것이다. 따라서 5·18 내란 사건의 범죄행위 종료시점은 바로 비상계엄의 해제시점인 1981년 1월 24일로 보는 것이 타당하다고 본다.[36] 이 경우 공소시효의 완료일은 1996년 1월 23일이 되므로, 1995년 12월 21일 제정된 헌정범죄시효법과 5·18민주화운동법은 공소시효가 아직 완성되지 않은 상태에서 제정된 것이 되고 두 법률은 부진정소급효를 갖는 법률이 된다. 이에 따라 5·18 내란 사건의 공소시효가 완성되기 전에 사후적으로 헌정질서 파괴범죄와 집단살해의 공소시효를 배제하고 내란 범죄행위의 종료일부터 1993년 2월 24일까지 공소시효의 진행을 정지시킨 헌정범죄시효법과 5·18민주화운동법은 소급효금지원칙에 위배되지 않는다.

이러한 견해에 의하면, [사례 1, 2]의 甲, 乙, 丙은 5·18 내란 사건

35) 대법원 1997.4.17. 선고 96도3376 전원합의체 판결.

36) 같은 견해로 김성돈, 앞의 논문, 33면; 노기호, "5·18 특별법의 위헌여부 –5·18 특별법 제2조의 위헌심판에 관한 헌법재판소판례평석을 겸하여-", 한양법학 제7집, 1996, 238면.

추가 관련자들로서 이들의 내란범죄 행위의 공소시효가 완성되기 전에 헌정질서 파괴범죄의 공소시효를 배제한 헌정범죄시효법을 근거로 공소제기가 가능하다고 본다.

## Ⅲ. 공소시효의 정지·배제에 관한 외국의 입법례

### 1. 독일

독일은 나치범죄의 처벌을 위하여 제2차 세계대전이 끝난 후 헤센(Hessen)주에서 1946.5.29. 제정한 '나치범죄처벌에 관한 특별법'(Gesetz zur Ahndung nationalsozialischer Straftaten)은 나치지배기간 동안에 정치적·인종차별적·반종교적인 이유 때문에 처벌되지 아니한 범죄에 대해 1933.1.30.부터 1945.6.15.까지의 기간 동안 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다고 규정하였다. 이에 대해 독일 연방헌법재판소는 나치정권이 국가권력을 장악함으로써 소추가 불가능하였던 기간 동안에는 위 법률규정에 따라 공소시효가 진행되지 않는다는 것을 확인한 것으로서 헌법의 제규정에 반하지 아니하여 합헌이라고 판시[37]하였다.

그리고 이와 같이 연장된 시효기간마저도 임박하게 되자, 종신형이 규정된 범죄 가운데 아직 시효가 완성되지 않은 것의 시효를 소급적으로 정지시키기 위하여 1964.4.13. '공소시효계산법'(Gesetz über die Berechnung strafrechtlicher Verjährungsfrist)을 제정하여

37) BVerfGE 1, 418. 독일 연방헌법재판소는 공소시효에 관한 규정은 이미 '성립된 범죄'에 대해 '언제까지 소추가 가능한가'하는 내용을 담고 있으므로 '언제 범죄가 성립하는가'하는 문제를 규율하는 죄형법정주의 및 소급처벌금지 원칙의 적용대상이 아니라고 보았다.

1945.5.8.부터 1949.12.31.까지의 기간을 시효계산에서 제외하도록 하였다. 이에 대해 독일 연방헌법재판소는 1969.2.26. 결정에서 죄형법정주의, 신뢰보호의 원칙, 평등권에 위배되지 아니한다는 이유로 합헌이라고 판시[38]하였다.[39]

그 후 독일은 1969.8.4. 제9차 형법개정을 통해 종신형에 해당하는 모살죄(Mord)[40]의 공소시효를 기존 20년에서 30년으로 연장하였고, 집단학살(Völkermord)에 대해서는 아예 공소시효를 배제하였다. 또한 1979.7.22. 제16차 형법개정을 통해 모살죄에 대해서도 공소시효를 배제하여 언제든지 나치의 학살범죄에 대한 처벌이 가능하도록 하였다.[41]

한편, 동독이 무너진 이후 동독공산당의 불법정권 하에서 저지른 범죄에 대해 소추를 가능케 하기 위해 이들 범죄에 대해 서독과 동독 형법상 모두 공소시효가 완성된 경우임에도 불구하고 1993.3.26. '동독공산당의 불법행위에 있어서의 시효정지에 관한 법률'(Gesetz über das Ruhen der Verjährung bei SED-Unrechtstaten)을 제정하였다. 동 법률 제1조에 따르면, "(구)동독의 공산당정권하에서 범하여지고 (구)동독의 국가 또는 당지도부의 명시적 또는 묵시적 의사에 따라 정치적 이유 또는 자유주의적 법치국가질서에 합치하지 아니하는 이유로 처벌되지 아니한 행위의 소추에 있어서는 1949.10.11.부터 1990.10.3.까지의 기간은 고려하지 아니한다. 이 기간 동안에

38) BVerfGE 25, 269.

39) 노기호, 앞의 논문, 13면; 박찬걸, 앞의 논문, 95면.

40) 독일형법 제211조(모살) ① 모살자는 무기 자유형에 처한다. ② 모살자란 살해욕, 성욕의 만족, 탐욕 또는 기타 비열한 동기에 의하여 간악하거나 잔인하게 또는 공공 위해의 수단에 의하여 다른 범죄를 가능하게 하거나 또는 은폐할 목적으로 사람을 살해한 자를 말한다.

41) 노기호, 앞의 논문, 13면; 박찬걸, 앞의 논문, 113-114면; 이재승, 앞의 논문, 329면.

는 공소시효가 정지된다."고 한다.[42]

## 2. 프랑스

프랑스의 경우 독일과 같은 공소시효 정지에 관한 일반원칙을 명문으로 선언하지는 않았다. 그럼에도 판례에 의하여 "시효는 유효하게 소추될 수 없는 사람에 대하여는 진행하지 않는다(contra non valentem agere non pareasriptio)"라는 법언을 적용하여, 법률적 장애이건 사실적 장애이건 소추가 불가능한 기간 동안에는 시효의 진행이 정지된다고 판시하고 있다.

그리고 프랑스는 나치협력자를 처단하기 위하여 1964년 '반인륜적 범죄'라는 새로운 범죄개념을 도입하여 이러한 범죄에는 공소시효가 적용되지 않는 것으로 하였다. 여기서 '반인륜적 범죄'라 함은 국가의 이름으로 특정 인종이나 종교를 가진 사람, 또는 정치적 반대자에게 조직적으로 가한 비인간적 행위와 박해를 한 행위를 말한다.[43]

## 3. 미국

보통법(Common Law)을 따르는 미국은 우리나라와 달리 공소시효제도가 없다. 이에 따라 모든 범죄는 원칙적으로 언제든지 처벌할 수 있다. 제정법에 의하여 공소시효제도를 두는 경우에도

---

42) 김동률, "반인도적 국가범죄에 대한 공소시효 배제 방안 -구동독 불법청산과 관련한 독일에서의 논의를 중심으로-", 비교형사법연구 제15권 제2호, 2013, 130-131면; 김성돈, 앞의 논문, 25면; 박찬걸, 앞의 논문, 95-96면; 변종필, 앞의 논문, 652면; 이재승, "독일의 과거청산 -시효와 재심을 중심으로-", 전남대학교 법학논총 제27집 제1호, 2007, 328-330면.

43) 노기호, 앞의 논문, 14면; 박찬걸, 앞의 논문, 97면.

법정형에 사형이 규정된 경우(capital crime)와 그렇지 않은 경우(non-capital crime)로 구분하여 전자에 대해서는 공소시효를 배제하고 있다. 또한 사망을 야기하거나 사망이나 중상해의 위험을 포함하는 테러리즘에 관한 공격범죄, 아동유괴범죄와 일정한 성범죄[44] 등에 대해서도 공소시효를 배제하고 있는데, 이와 같이 공소시효 배제되는 범죄를 규정한 조항이 159개[45]에 달한다고 한다. 이러한 중범죄들에 대해서는 끝까지 수사하여 소추함으로써 실질적 정의를 실현하겠다는 것이다.[46]

### 4. 동유럽 공산권 국가

1989년부터 5년간 소련과 동유럽 공산정권이 도미노처럼 붕괴하였다. 그 후 동유럽 공산권 국가들은 공산정권 하에서 이루어졌던 권력남용과 인권침해에 관한 진상규명과 처벌의 요구가 높았으나, 상징적인 몇몇 사건에 대한 조사가 진행되거나 기소되는 선에서 마무리 되어 국민의 높은 기대를 충족시킬 만큼 충분하고 적절하게 이루어지지는 않았다.

우선 헝가리에서는 1991년에 1944.12.21.일부터 1990.5.2.일까지 공산당통치기간에 발생한 중대한 범죄로서 그 동안 정치적 상황으로 처벌하지 못했던 범죄를 처벌할 수 있는 법률을 제정하였다. 그러나 이 법률은 헌법재판소에 의해 위헌판결을 받아 효력을 상실하였다. 다만 1956년의 헝가리사태 진압과 그 후속 탄압조치가 전쟁범죄행위로 선언됨에 따라 이에 대한 소급적 처벌은 가능하게 되었

44) 18 U.S.C. 2241 내지 2252B 및 18 U.S.C. 2260.
45) 159개 조항에 대한 세부적인 내용은 구상진, “한미 공소시효제도 비교연구”, 경희법학 제42권 제2호, 2007.9, 108-114면 참조.
46) 노기호, 앞의 논문, 14면; 박찬걸, 앞의 논문, 114면.

다. 이 위헌판결 후 대통령은 개인에 대한 처벌을 포기하는 대신 '과거의 탐색을 계속하려는 의지'를 표명하고, 그 구체적인 제안으로 진실을 추적, 규명하여 개인의 책임을 확고히 해 둘 역사위원회의 설치를 제안하였으나 실현되지는 않았다.

다음으로 체코슬로바키아에서는 1991년 10월에 옛 공산당 간부와 인민군장교 그리고 비밀경찰요원 및 협력자가 행정부 또는 국영언론기관, 대학, 국영사업체 등에 앞으로 5년간 취업할 수 없도록 하는 「정화법」을 제정하였다. 한편 이른바 '프라하의 봄'에 자행된 인권침해사건은 공소시효가 만료되어 처벌이 불가능하게 되었다가, 1992년 2월에 시행된 재조사에 의해 반역죄에 해당된 것으로 밝혀져, 이러한 범죄에 대해서는 공소시효를 적용하고 있지 아니 한 1950년의 「평화보호에 관한 법률」에 따라 처벌이 가능했다고 한다.[47]

## Ⅳ. 5·18 헌정질서 파괴범죄 추가 관련자의 형사처벌

### 1. 상관의 형사책임

2018년 3월 13일 제정된 5·18진상규명법은 주요한 진상규명의 조사범위로 ① 1980년 5월 당시 군에 의해 반인권적인으로 이루어진 민간인 학살사건, 헌정질서 파괴행위 등 위법 또는 현저히 부당한 공권력의 행사로 인하여 발생한 사망·상해·실종사건·암매장 그 밖에 중대한 인권침해사건 및 조작의혹사건, ② 5·18민주화운동 당시 군이 시민들에 대한 최초 발포와 집단발포 책임자 및 경위를 규명하고 계엄군의 헬기사격에 대한 경위와 사격명령자, 시민 피해자

47) 노기호, 앞의 논문, 15면; 변종필, 앞의 논문, 651면.

현황 등을 규정하고 있다(동법 제3조).[48] 이러한 진상규명의 활동 결과에 따라 민간인 학살사건의 주요 책임자, 광주시민에 대한 최초 발포와 집단발포 책임자, 계엄군의 헬기 사격명령자가 누구인지와 이를 입증할 수 있는 구체적인 증거가 밝혀질 수 있으리라 기대된다.

나아가 5·18진상규명법은 단순히 5·18민주화운동의 진상을 규명하는 데 그치지 않고 관련 주요 책임자에 대해 소추할 수 있는 길을 열어 놓고 있다. 즉 5·18진상규명법 제55조에 따르면, "(5·18민주화운동 진상규명조사)위원회는 진상규명과 관련하여 특별검사의 수사가 필요하다고 인정하는 경우 「특별검사의 임명 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호에 따른 특별검사의 수사대상이 될 수 있도록 국회에 의결을 요청할 수 있다."고 규정함으로써 5·18 내란 사건 추가 관련자에 대해 특별검사를 임명하여 수사를 하고 구체적 혐의가 밝혀질 경우 공소제기를 하여 형사책임을 물을 수 있도록 하고 있다. 이때 이들 5·18 내란 사건 추가 관련자의 헌정질서 파괴범죄의 공소시효 완성이 문제되나, 이는 앞서 언급한 바와 같이 5·18 내란 사건

---

48) 5·18진상규명법 제3조(진상규명의 범위) 제4조에 따른 5·18민주화운동 진상규명조사위원회는 다음 각 호의 사항에 대한 진상을 규명한다.
1. 1980년 5월 당시 군에 의해 반인권적으로 이루어진 민간인 학살, 헌정질서 파괴행위 등 위법하거나 현저히 부당한 공권력의 행사로 인하여 발생한 사망·상해·실종·암매장 사건 및 그 밖의 중대한 인권침해사건 및 조작의혹사건
2. 5·18민주화운동 당시 군의 시민들에 대한 최초 발포와 집단발포 책임자 및 경위, 계엄군의 헬기사격에 대한 경위와 사격명령자 및 시민 피해자 현황
3. 1988년 국회 청문회를 대비하여 군 보안사와 국방부 등 관계기관들이 구성한 '5·11연구위원회'의 조직 경위와 활동사항 및 진실왜곡·조작의혹사건
4. 집단학살지, 암매장지의 소재 및 유해의 발굴과 수습에 대한 사항
5. 행방불명자의 규모 및 소재
6. 5·18민주화운동 당시 북한군 개입 여부 및 북한군 침투조작사건
7. 제4조에 따른 5·18민주화운동 진상규명조사위원회가 이 법의 목적 달성을 위하여 진상규명이 필요하다고 인정한 사건

이 종료되기 전에 제정된 부진정소급입법으로서 헌정범죄시효법과 5·18민주화운동법을 근거로 공소제기가 가능하다. 따라서 2017년 9월 12일 김명수 대법원장 후보자에 대한 국회 인사청문회에서 최초 발포와 집단발포 명령자를 찾는다면 전두환과 신군부에 집단학살죄를 적용하는 것이 가능한지와 관련하여, 손금주 국민의당 의원(현재 무소속)이 "공소시효 적용배제 여부가 가장 문제인데 특별법으로 공소시효가 배제되고 발포명령자가 밝혀지고 증거가 나오면 사법부가 이 문제를 다룰 수 있냐"는 질문을 하였고, 김명수 후보자가 "있다고 생각한다"고 답변한 것[49]은 타당한 답변이라고 본다.

그러나 5·18진상규명법에 의해 이미 1997년 대법원 판결을 통해 5·18 내란 사건 핵심 관련자로 형사처벌을 받는 16명을 제외하고(아래 〈표 1〉 참조),[50] 새롭게 밝혀진 5·18 내란 사건 추가 관련자들에 대해 어느 범위까지 형사처벌해야 하는가의 문제가 남아 있다. 이는 5·18진상규명법에 의해 헌정질서 파괴범죄(내란의 죄, 외환의 죄, 반란의 죄, 이적의 죄), 민간인학살 관련 집단살해, 시민들에 대한 최초 발포와 집단발포 책임자, 계엄군의 헬기사격에 대한 사격명령 관련 핵심 추가 관련자를 얼마나 많이 밝혀낼 수 있는가, 또한 특별검사에 의한 수사를 통해 얼마나 많은 추가 관련자들에 대해 구체적이고 새로운 증거를 확보하여 소추할 수 있는가의 문제로 보인다.

---

49) 머니투데이 2017년 9월 12일자 기사. 〈http://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2017091222237632677&outlink=1&ref=http%3A%2F%2Fsearch.naver.com〉, 최종검색 : 2018.5.4.

50) 그러나 이들 16명 가운데 이미 사망한 유학성(1997년), 차규헌(2011년), 박준병(2016년), 이학봉(2014년), 박종규(1985년), 주영복(2005년)을 제외한 10명은 일사부재리의 원칙에 의해 또다시 형사처벌을 할 수 없지만 5·18민주화운동의 진상을 철저히 규명하기 위해 필요한 경우 5·18진상규명법에 따른 언제든 조사대상에 포함될 수 있다.

〈표 1〉 5·18 내란 사건 핵심 관련자에 대한 형사처벌

| 피고인 | 죄명 | 제1심 선고 | 항소심 선고 (대법원 확정형) |
|---|---|---|---|
| 전두환 | 반란수괴, 불법진퇴, 지휘관계 엄지역수소이탈, 상관살해, 초병살해, 내란수괴, 내란목적살인, 뇌물수수 | 사형 2,259억5천만원 추징 | 무기징역 2,205억원 추징 |
| 노태우 | 반란중요임무종사, 불법진퇴, 지휘관계엄지역수소이탈, 상관살해, 초병살해, 내란수괴, 내란중요임무종사, 뇌물수수 | 징역 22년 6월 2,838억9,600만원 추징 | 징역 17년 2,628억9,600만원 추징 |
| 유학성 | 반란모의참여, 반란중요임무종사, 내란모의참여 | 징역 8년 | 징역 6년 |
| 황영시 | 반란모의참여, 반란중요임무종사, 내란목적살인 | 징역 10년 | 징역 8년 |
| 차규헌 | 반란중요임무종사, 내란중요임무종사, 내란모의참여 | 징역 7년 | 징역 3년 6월 |
| 박준병 | 반란중요임무종사 | 무죄 | 무죄 |
| 최세창 | 반란중요임무종사 | 징역 8년 | 징역 5년 |
| 장세동 | 반란중요임무종사 | 징역 7년 | 징역 3년 6월 |
| 허화평 | 반란중요임무종사, 내란중요임무종사 | 징역 10년 | 징역 8년 |
| 허삼수 | 반란중요임무종사, 내란중요임무종사 | 징역 8년 | 징역 6년 |
| 이학봉 | 반란중요임무종사, 내란중요임무종사 | 징역 10년 | 징역 8년 |
| 박종규 | 반란중요임무종사 | 징역 4년 | 징역 3년 6월 |
| 신윤희 | 반란중요임무종사 | 징역 4년 | 징역 3년 6월 |
| 이희성 | 반란중요임무종사, 내란중요임무종사, 내란목적살인 | 징역 8년 | 징역 7년 |
| 주영복 | 반란중요임무종사, 내란중요임무종사, 내란목적살인 | 징역 7년 | 징역 7년 |
| 정호용 | 반란중요임무종사, 내란중요임무종사, 내란목적살인, 뇌물수수 방조 | 징역 10년 | 징역 7년 |

그렇다면 [사례 1]의 61항공대 지휘관 甲은 계엄군에 저항하는 시민군이 다수 있었던 전일빌딩을 향해 헬기 사격명령을 직접 내린 핵심 관련자로서, [사례 2]의 11공수여단 ○○대대 지휘관 丙은 '주남마을 양민학살' 사건에서 집단살해의 명령을 내린 자로서 헌정범죄시효법에 따라 공소시효가 배제되어 특별검사의 수사 결과에 따라 명백한 새로운 증거가 발견될 경우 공소제기가 가능하고 형사책임을 물을 수 있다.

### 2. 상관의 위법한 명령에 따른 하급수명자의 형사책임

문제는 [사례 1]에서 상관 甲의 위법한 명령을 실행한 乙에게도 형사책임을 물을 수 있는지에 있다. 이는 상관의 위법한 명령에 대하여도 일반적인 위법성조각사유를 적용하여 하급수명자의 행위에 대해 위법성을 조각시킬 수 있는가의 문제이다. 이와 관련하여 위법한 명령에 대하여 구속력(사실상의 구속력)이 있는 경우와 구속력이 없는 경우로 나누어서 살펴볼 필요가 있다.

첫째, 위법한 명령에 대하여 구속력(사실상의 구속력)이 있는 경우이다. 상관의 명령에 대하여 법적 구속력을 가지기 위해서는 ① 형식적으로는 명령을 내린 상관의 추상적 권한에 속하고, ② 법령상의 절차와 형식을 지켜야 하고, ③ 실질적으로 그 명령이 법질서를 명백히 침해하는 것이 아니어야 한다.[51] 그러나 [사례 1]에서 상관 甲의 명령은 명목상 계엄 상황이지만 실질상 내란 상황에서 이에 저항하는 시민군이 있던 전일빌딩을 향해 헬기 사격명령을 내린 것으로, 이는 형법상 내란목적살인죄를 저지도록 하는 내용이어서

51) 이용식, "상관의 위법한 명령에 따른 행위", 판례월보 제304호, 1996.1, 34-35면; 하태훈, "상관의 명령에 복종한 행위와 그 형사책임", 법학연구 제12권 제4호, 2002.12, 8면.

실질적 요건을 갖추지 못하였으므로 구속력이 없는 명령이 된다.

둘째, 위법한 명령에 대하여 구속력이 없는 경우이다. 앞서 언급한 바와 같이 하급수명자에게 형법상의 범죄를 저지르게 하거나 명백히 인간의 존엄성을 침해하는 내용의 위법명령은 구속력이 없다. 구속력이 없는 위법한 명령에 복종한 하급수명자의 행위는 위법성은 물론 책임도 조각되지 않는다.[52] 따라서 하급수명자는 정범이 되고 상관은 교사범이 된다.[53]

판례는 상관의 적법한 명령에 따른 행위는 정당행위로서 위법성이 조각되고, 상관의 위법한 명령에 따라 부하가 한 범죄행위는 위법성이 조각될 수 없으며, "위법한 명령에 따르지 아니하고 적법행위에 나아갈 기대가능성이 없었던 것으로도 보이지도 아니한다"면 책임도 조각되지 않는다고 한다.[54] 또한 "설령 대공수사단 직원은 상관의 명령에 절대 복종하여야 한다는 것이 불문율로 되어 있다 할지라도 국민의 기본권인 신체의 자유를 침해하는 고문행위 등이 금지되어 있는 우리의 국법질서에 비추어 볼 때 그와 같은 불문율이 있다는 것만으로는 고문치사와 같이 중대하고도 명백한 위법명령에 따른 행위가 정당한 행위에 해당하거나 강요된 행위로서 적법행위에 대한 기대가능성이 없는 경우에 해당하게 되는 것이라고는 볼 수 없다."[55]는 입장을 분명히 하고 있다.

---

52) 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 277면.

53) 그러나 이러한 경우에도 사실상 거부할 수 없는 사정에 의하여 상관의 위법한 명령을 실행하여 범죄행위로 나아간 하급수명자에게는 강요된 행위로서 책임이 조각될 수 있으며, 상관이 명령을 거부할 경우 하급수명자가 파면, 좌천, 사살될 것이 두려운 나머지 위법한 명령을 수행했다면 면책적 긴급피난이 될 수 있다는 견해도 있다(이만종, "상관명령의 위법성에 대한 고찰", 법과정책연구 제4집 제2호, 2004, 17면).

54) 대법원 1997.4.17. 선고 96도3376 전원합의체 판결.

55) 대법원 1988.2.23. 선고 87도2358 판결.

따라서 위법명령에 복종하는 하급수명자의 행위는 구속력이 있든 없든 상관없이 위법하다고 보아야 한다. 상관이 명령권을 행사할 때에는 반드시 법치국가적 명령권의정당성 범위 내에 있어야 하며, 위법한 명령에 의하여 하급수명자가 범죄행위를 야기했다면 특별한 정당화 및 면책사유가 없는 한 위법한 명령을 발한 상관과 함께 불법행위에 대한 책임이 있다. 특히 상관의 명령이 헌정질서 파괴범죄, 인간의 존엄가치를 침해하는 반인도적 범죄일 때에는 더욱더 그러하다.[56]

결국, [사례 1]에서 상관 甲의 내란목적살인이라는 위법명령을 실행한 乙은 특별한 정당화 및 면책사유가 없으므로 乙의 헬기사격으로 인해 전일빌딩 내 시민군이 직접적으로 사망하였다면 내란목적살인의 정범으로, 시민군이 사망하지 않거나 사망하였더라도 乙의 헬기사격으로 인한 것이라는 상당인과관계를 밝혀내지 못한 경우에는 내란목적살인미수죄의 정범으로, 상관 甲은 乙의 죄책에 대한 교사범의 죄책을 진다고 본다.

### 3. 전두환에 대한 재차 형사처벌 여부

마지막으로, 만일 5·18진상규명법에 의해 헌정질서 파괴범죄인 내란죄, 민간인학살 관련 집단살해죄, 시민들에 대한 최초 발포와 집단발포 최종 책임자, 계엄군의 헬기사격명령의 최종 명령자로 전두환이 관련되었음이 구체적이고 새로운 증거를 통해 입증 가능할 경우, 전두환을 다시 공소를 제기하여 형사처벌할 수 있는지의 문제가 있다.

우선 전두환은 이미 1997년 대법원 판결을 통해 5·18 내란 사건

56) 문봉규, 앞의 논문, 440-442면.

과 관련하여 내란수괴와 내란목적살인으로 무기징역을 선고받았다.[57] 이에 따라 내란죄는 "그 구성요건의 의미 내용 그 자체가 목적에 의하여 결합된 다수의 폭동을 예상하고 있는 범죄라 할 것이므로, 내란행위자들에 의하여 애초에 계획된 국헌문란의 목적을 위하여 행하여진 일련의 폭동행위는 단일한 내란죄의 구성요건을 충족하는 것으로서 이른바 단순일죄로 보아야 하고, 다수인이 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭동을 하였을 때 이미 내란의 구성요건은 완전히 충족된다고 할 것이어서 상태범으로 이해"[58]되므로, 내란죄에 대해서는 헌법 제13조 제1항의 "동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다."는 일사부재리의 원칙에 따라 거듭 공소제기할 수 없다고 본다.

그러나 '폭동'을 그 수단으로 하는 내란죄와 달리 내란목적살인죄는 '살인'을 그 수단으로 하는 점에서 두 죄는 엄격히 구별된다. 따라서 특정인 또는 일정한 범위 내의 한정된 집단에 대한 살해가 내란의 와중에 폭동에 수반하여 일어난 것(이 경우 내란목적살인은 내란행위에 흡수되어 별죄를 구성하지 않음)이 아니라, 그것 자체가 의도적으로 실행된 경우에는 이러한 살인행위는 내란에 흡수될 수 없고 내란목적살인의 별죄를 구성한다. 5·18 내란 사건에 대한 1997년 대법원 판례도 이를 분명히 하여 피고인들이 1980년 5월 27일 0시1분 이후에 '광주재진입작전'(이른바 '상무충정작전')을 실시하기로 최종 결정해 27일 새벽 특공조 부대원들이 총격을 가해 18

57) 그러나 전두환은 무기징역형이 무색하게도 1995년 12월 3일 구속되어 2년여의 수감 생활만을 한 채 1997년 12월 22일 지역감정 해소 및 국민 대화합을 명분으로 한 대통령의 특별사면을 통해 석방되었다. 우리나라에서 제왕적 대통령에 의한 특별사면의 남용의 문제점과 해결방안에 대해서는 김재윤, "정치적 특별사면과 사법정의 -특별사면 폐지론을 중심으로-", 형사정책 연구 제29권 제2호, 2017.8, 117-142면 참조.

58) 대법원 1997.4.17. 선고 96도3376 전원합의체 판결.

명을 사망하게 한 행위에 대해 내란목적살인죄의 유죄를 인정했다. 즉 대법원은 내란목적살인죄의 유죄의 근거로 “피고인들이 전남도청 등을 장악하려면 무장시위대를 제압해야 하고 이 과정에서 교전이 불가피해 사상자가 생기게 된다는 사실을 알면서도 작전을 강행하도록 명령했다.”며 “그와 같은 살인 행위를 지시 내지 용인하는 의사가 있었음이 분명하고, 그 실시 명령에는 그 작전의 범위 내에서는 사람을 살해하여도 좋다는 ‘발포 명령’이 들어 있었음이 분명하다.”는 것을 제시하였다.[59]

하지만 대법원은 이들이 5월21일 저녁 8시30분 계엄사령부에서 자위권 행사를 지시한 뒤 계엄군들이 5월 21～24일 26명(7건)을 총으로 쏴 살해한 범죄행위와 관련한 내란목적살인죄에 대해서는 무죄를 선고했다. 1심과 달리 2·3심에선 증거 부족을 이유로 5월27일 광주재진입작전만 내란목적살인죄를 인정한 것이다. 즉 대법원은 “5월 21일 육군본부로부터 2군사령부를 거쳐 광주에 있는 계엄군에게 이첩·하달된 자위권 발동 지시를 내용으로 하는 전통을 발령하거나, 그 다음날인 5월22일 낮 12시 자위권 발동 지시라는 제목으로 된 계엄훈령 제11호를 하달함에 있어 이에 관여했다고 인정할 만한 증거가 없다.”고 밝혔다. 또 “시위 진압의 효과를 조속히 올리기 위해 ‘무장시위대가 아닌 사람들에게까지 발포하여도 좋다’고 하는 이른바 ‘발포 명령’이 위 피고인들의 지시에 의하여 육군본부로부터 광주의 계엄군들에게 하달되었다고 인정할 증거가 없다.”고 밝혔다.[60]

따라서 5·18진상규명법에 의해 1997년 대법원이 증거부족으로 내란목적살인죄를 적용하지 못한 1980년 5월 21～24일 26명(7건)을

59) 대법원 1997.4.17. 선고 96도3376 전원합의체 판결.
60) 대법원 1997.4.17. 선고 96도3376 전원합의체 판결.

총으로 쏴 살해한 범죄행위에 대해 전두환이 직접 개입한 새로운 증거가 발견될 경우, 전두환이 아니더라도 이 범죄행위에 직접으로 관련된 최종 책임자가 규명될 경우, 이들을 다시 공소를 제기하여 형사책임을 묻는 것은 일사부재리의 원칙에 위배되지 않는다. 또한 5·18진상규명법에 의해 시민들에 대한 최초 발포와 집단발포 최종 책임자, 계엄군의 헬기사격명령의 최초 명령자로 전두환 또는 그 밖의 자가 관련이 있음이 새롭게 밝혀질 경우, 이들 범죄행위는 종전 유죄 선고가 된 내란목적살인행위와 구별되는 것으로 새롭게 내란목적살인죄로 형사처벌할 수 있다고 본다.

한편, 5·18민주화운동 당시 계엄군에 의해 [사례 2]와 같은 다수의 민간인 학살사건이 발생된 것으로 알려지고 있다. 이러한 민간인 학살사건에 대해서도 최종적으로 전두환 또는 그 밖의 자가 관련되었음이 밝혀질 경우, 이는 헌정범죄시효법 제3조 제2호에서 규정하고 있는 "「형법」 제250조의 죄로서 「집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약」에 규정된 집단살해에 해당하는 범죄[61]"로 공소시효가 역시 배제되므로 형사책임을 면할 수 없다고 본다.

---

61) 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약 제2조 본 협약에서 집단살해라 함은 국민적, 인종적, 민족적 또는 종교적 집단을 전부 또는 일부 파괴할 의도로서 행하여진 아래의 행위를 말한다.
(a) 집단구성원을 살해하는 것
(b) 집단구성원에 대하여 중대한 육체적 또는 정신적인 위해를 가하는 것
(c) 전부 또는 부분적으로 육체적 파괴를 초래할 목적으로 의도된 생활조건을 집단에게 고의로 과하는 것
(d) 집단내에 있어서의 출생을 방지하기 위하여 의도된 조치를 과하는 것
(e) 집단의 아동을 강제적으로 타 집단에 이동시키는 것

# V. 맺는 말

지난 수년간의 노력 끝에 2018년 3월 13일 5·18진상규명법이 제정되었음에도 불구하고 헌정질서 파괴범죄자인 전두환과 그 잔존세력의 저항이 만만치 않아 얼마만큼 5·18민주화운동 진상규명이 철저하게 이루어질 수 있을까, 설혹 철저한 진상규명이 이루어져 새로운 증거가 발견되더라도 이를 근거로 전두환을 포함하여 5·18 내란 사건의 추가 핵심 관련자를 기소하여 형사처벌할 수 있을까 하는 의문이 제기되고 있다. 이러한 의문에 대해 본 발제문은 5·18 내란 사건의 범죄행위 종료시점은 비상계엄 해제시점인 1981년 1월 24일로 보아야 하고 그에 따라 공소시효의 완료일은 1996년 1월 23일(당시 내란죄의 공소시효는 15년)이 되므로, 1995년 12월 21일 제정된 헌정범죄시효법과 5·18민주화운동법은 공소시효가 아직 완성되지 않은 상태에서 제정된 부진정소급효를 갖는 법률로서 소급효 금지원칙에 위배되지 않을뿐더러, 이 두 법률을 근거로 공소시효가 배제된 헌정질서 파괴범죄와 집단살해범죄에 대해 5·18진상규명법에 따라 새로운 증거가 발견될 경우, 전두환을 포함하여 5·18 내란 사건의 추가 핵심 관련자를 기소하여 형사처벌할 수 있음을 살펴보았다.

해외에서도 반인도적 범죄, 집단살해범죄에 대한 공소시효를 배제하는 부진정소급입법의 예를 찾아 볼 수 있다. 대표적으로 독일은 1946년 제정된 헤센 주의 '나치범죄처벌에 관한 특별법'을 시작으로 나치범죄에 대해 공소시효를 정지했고, 이후 독일은 형법을 개정해 모살죄의 공소시효를 기존 20년에서 30년으로 연장했고, 1979년에는 아예 공소시효를 폐지해 언제든지 나치의 학살범죄에 대한 처벌이 가능하도록 하였다. 이처럼 불법국가 권력자의 집권기

간 동안 권력자와 그 핵심 추종세력에 의해 저질러진 헌정질서 파괴범죄, 집단살해범죄, 반인도적 범죄에 대해서는 공소시효가 배제되어야 함은 법치국가적 요청이다. 이러한 범죄에 대해서는 부진정소급효는 물론이고 진정소급효도 예외적으로 허용될 수 있어 소급효금지원칙에 위배되지 않으며, 소급효금지원칙의 근본 취지는 국가로부터 시민을 보호하기 위한 것이지 헌정질서 파괴범죄를 자행한 독재 권력자에 대해 법치국가의 형사법적 청산(Aufarbeitung)으로부터 보호하려는 것이 아님[62]에 유의해야 한다.

끝으로, 전두환 회고록 및 일부 극우논객과 종합편성채널, 일간베스트저장소(일베) 등을 중심으로 5·18민주화운동에 대한 부인·왜곡·폄훼[63]가 지속되고 있는 현실을 감안할 때 여전히 끝나지 5·18민주화운동 진상규명과 관련된 역사적 진실을 밝혀내려는 노력을 하지 않는다면 이는 역사의 진보가 아닌 후퇴임을 잊지 말아야 한다. 5·18 내란 사건 추가 핵심 관련자들에 대한 철저한 수사와 처벌은 5·18민주화운동을 부인·왜곡·폄훼하려는 시도를 바로잡는 일이자 무너진 형사사법의 정의를 회복하는 일이다. 전두환을 포함한 5·18 내란 사건 추가 핵심 관련자들은 “정의(正義)라는 물레방아(Mühlen)는 느리기는 하지만 반드시 결실을 맺는다”는 격언을 잊어서는 안 될 것이다.

---

62) 반야 아드레아스 벨케/한상훈 옮김, 앞의 논문, 138면.

63) 5·18민주화운동을 부인, 왜곡, 날조행위에 대한 형사처벌의 필요성과 헌법적 정당성에 대한 자세한 설명으로는 김재윤, “5·18민주화운동 부인죄 도입의 필요성과 헌법적 정당성”, 민주주의와 인권 제16권 제2호, 2016, 33-60면 참조.

## 참 고 문 헌

【 국내문헌 】

1. 단행본

광주광역시 5·18사료편찬위원회, 『5·18광주 민주화 항쟁』, 고령(1997).
김성돈, 『형법총론』(제2판), 성균관대학교출판부(2011).
김일수·서보학, 『새로쓴 형법총론』(제12판), 박영사(2014).
박미숙, 『공소시효제도에 관한 연구』, 한국형사정책연구원(2004).
박은정·한인섭역음, 『5·18 법적 책임과 역사적 책임』, 이화여자대학교출판부, 1995.
배종대, 『형법총론』, 홍문사(2013).
손동권·신이철, 『새로운 형사소송법』(제2판), 세창출판사(2014).
신동운, 『형법총론』, 법문사(2015).
오영근, 『형법총론』, 박영사(2014).
이상돈, 『형법강론』, 박영사(2015).
이재상·장영민·강동범, 『형법총론』(제8판), 박영사(2015).
임 웅, 『형법총론』, 법문사(2016).
정성근·정준섭, 『형법강의 총론』, 박영사(2016).

2. 논문

구상진, “한미 공소시효제도 비교연구”, 경희법학 제42권 제2호, 2007.9.
강동범, “공소시효의 정지·연장·배제와 소급효”, 형사법의 신동향, 통권 제58호, 2018.3.
김동률, “반인도적 국가범죄에 대한 공소시효 배제 방안 -구동독 불법청산과 관련한 독일에서의 논의를 중심으로-”, 비교형사법연구 제15권 제2호, 2013.
김성돈, “공소시효제도와 소급효금지원칙”, 경북대학교 법학논고 제11집,

1995.
김성천, “헌정질서 파괴범죄의 공소시효”, 중앙법학 제19집 제2호, 2017.6.
김영환, “공소시효와 형벌불소급의 원칙”, 형사판례연구 제5권, 박영사, 1997.
김재윤, “5·18민주화운동 부인죄 도입의 필요성과 헌법적 정당성”, 민주주의와 인권 제16권 제2호, 2016.
_____, “정치적 특별사면과 사법정의 -특별사면 폐지론을 중심으로-”, 형사정책 연구 제29권 제2호, 2017.8.
노기호, “5·18 특별법의 위헌여부 -5·18특별법 제2조의 위헌심판에 관한 헌법재판소판례평석을 겸하여-”, 한양법학 제7집, 1996.
문봉규, “공무원의 반인권적 범죄에 대한 공소시효 연장·배제에 관한 연구”, 전북대학교 법학연구 통권 제32집, 2011.5.
민병로, “5·18민주화운동 관련법의 성과와 한계”, 민주주의와 인권 제17권 제2호, 2017.
박찬걸, “공소시효의 정지·연장·배제에 관한 최근의 논의”, 형사법의 신동향 통권 제34호, 2012.3.
반야 아드레아스 벨케/한상훈 옮김, “소급효금지원칙의 의의와 한계”, 민주법학 제10호, 1996.
변종필, “반인도적·국가적 범죄의 공소시효”, 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006.
이만종, “상관명령의 위법성에 대한 고찰”, 법과정책연구 제4집 제2호, 2004.
이용식, “상관의 위법한 명령에 따른 행위”, 판례월보 제304호, 1996.1.
이재승, “독일의 과거청산 -시효와 재심을 중심으로-”, 전남대학교 법학논총 제27집 제1호, 2007.
이재홍, “보호관찰과 형벌불소급의 원칙”, 형사판례연구 제7권, 박영사, 1999.
이창섭, “공소시효 정지·연장·배제조항과 부진정소급효”, 법조 통권 제720호, 2016.12.

조 국, “‘반인도적 국가범죄’의 공소시효의 정지·배제와 소급효금지의 원칙”, 형사법연구 제17호, 2002.

하태훈, “상관의 명령에 복종한 행위와 그 형사책임”, 법학연구 제12권 제4호, 2002.12.

한인섭, “정치군부의 내란행위와 성공한 쿠데타론의 반법치성 -형사법적 검토를 중심으로-”, 박은정·한인섭역음, 5·18 법적 책임과 역사적 책임, 이화여자대학교출판부, 1995.

허 영, “5·18불기소처분의 헌법이론적 문제점”, 박은정·한인섭역음, 5·18 법적 책임과 역사적 책임, 이화여자대학교출판부, 1995.

허일태, “피고인에게 불리한 판례의 변경과 소급효금지원칙”, 형사판례연구 제9권, 박영사, 2001.

【 국외문헌 】

Jescheck·Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996.

Krey·Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 2011.

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2: §§ 38-79b, 3. Aufl., 2016.

Rudolphi·Horn·Günther, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II: §§ 38-79b StGB, 9. Aufl., 2016.

Stratenwerth·Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011.

<Abstract>

# Restoration of justice through the exclusion of the statute of limitation of consitutional order destruction crime

Kim, Jae-Yoon*

The 5·18 democratization movement confirmed the legitimacy of resistance and the legitimacy of armed struggle as a means of resistance as opposed to the view that it was a tragic event occurred in Gwangju. In addition, it also served as a decisive factor for the collapse of the Chun Doo-hwan dictatorship regime. However, despite the fact that 38 years have passed since May 18, 1980, a thorough investigation into human rights abuses, violence and massacres committed by illegal state power at the time of the 5·18 democratization movement and criminal penalties for key persons concerned remain insufficient.

On March 13, 2018, a 「special law to clarify the truth of the 5·18 democratization movement」 was enacted in connection with the investigation of human rights abuses committed by illegal state power at the time of the 5·18 democratization movement. It is hoped that this law will thoroughly clarify the truth of the 5·18 democratization movement.

The purpose of this paper is to clarify whether ‘the constitutional crime prescription law’ and ‘the 5·18 democratization movement law’ are genuine retroactive legislation and reviewing the possibility of criminal punishment by prosecuting Chun Doo-hwan again as well as those involved in committing the 5·18 constitutional order destruction crime, newly revealed in accordance

* Professor, Law School of Chonnam National University, Ph.D. in Law.

with ‘the 5·18 truth commission law’. In order to do this, the fundamental purpose of the statute of limitation of prosecution was examined, and whether the non-genuine retroactive effect and genuine retroactive effect violate the principle of retroactive effect(Ⅱ). In addition, it was examined whether there were legislative cases punishing ‘Crimes against Humanity’ by suspending, extending or excluding the statute of limitation through postmortem legislation in foreign countries(Ⅲ). Based on this, the possibility of criminal punishment was examined by separating the persons involved in the 5·18 civilian rebellion incident into a commander who directly ordered the destruction of the constitutional order and a subordinate who carried out the order(Ⅳ). Finally, it was concluded that the genuine retroactive effect can be allowed in exceptional cases, so it does not violate the principle of retraining retroactive effect, and the principle of restraining retroactive effect is to protect citizens from the state, and not to protect the authoritarian dictator who committed the crime of destruction of constitutional order from criminal legal settlement of the law of the state(Ⅴ).

**Key Words** : 5·18 democratization movement, restraining retroactive effect, statute of limitation, crimes against humanity, consitutional order destruction crime