

〈토론문〉

## 헌정질서 파괴범죄 공소시효 배제를 통한 정의(正義) 회복 (토론)

장은백\*

### 1. 서두

교수님의 소중한 발제문 잘 읽어보았습니다. 5·18 진상규명법이 제정되어 그 동안 묻혀있던 진실이 새로이 밝혀지고 지연된 정의를 다시 세울 수 있는 기회가 주어지기를 바라는 마음 간절합니다.

토론에 앞서 현재까지 5·18 기념재단의 노력을 통해 1980년 5월 당시 광주 등지에서 있었던 민간인 살해에 관련된 자료들이 상당수 발굴이 되고 있는 상황입니다.

### 2. 새로 발굴된 민간인 피해사례

80. 5. 23.경 주남마을 앞 도로에서, 광주 방면에서 화순 방면으로 진행중인 미니버스에 계엄군이 총격을 가하여 버스에 탑승한 일반 시민이 사상된 **주남마을 사건**, 1908. 5. 24 13:30경 11공수여단 병력이 63대대를 선두로 하여 주남마을에서 송정리비행장으로 이동하던 중 광주 남구 송암동 효덕초등학교 앞길에 이르러 시민군과 조

---

\* 변호사, 민주사회를 위한 변호사모임 광주전남지부

우하자 총격전이 벌어진 상황에서, 저수지에서 놀던 13세 남아와 놀이터에서 놀던 10세 남아 등 2명이 계엄군의 총격으로 사망한 **송암마을 사건**, 1980. 5. 21. 13:30경 광주 북구 용봉동 전남대 앞 평화시장 부근에서, 3공수여단 병력이 대학생 1명을 끌고 가던 중 시민들이 야유를 보내자 군인 1명이 발포하여 당시 임신 8개월로서 남편을 기다리던 23세 여성이 사망한 **광주 평화시장 사건**, 1980. 5. 22 05:40경 송암동 남선연탄공장 앞 검문소를 통과하여 목포방면으로 진행하던 일반인 탑승 차량이 광주시와 전라남도 경계선 부근의 나주방향 670미터 지점에 이르러 전방에 드럼통으로 도로가 차단된 것을 발견하고 정차하는 순간, 당시 도로를 경비중이던 20사단 61연대 수색중대 병력으로부터 집중사격을 받아 위 차량에 탑승하고 있던 가족 3명이 부상을 입고, 운전석에 있던 시민은 사살된 사건 등을 포함하여 20건이 넘는 민간인 피해 사례가 보고되었습니다.

새로 발견된 피해 사실을 분석해보면 다음의 몇 유형으로 구분할 수 있습니다.

- ① 1980. 5. 18. 전후 광주시내에서 시위도중 계엄군에게 피해를 당한 사건
- ② 1980. 5. 18. 전후 광주시내에서 시위대로 오인당하여 계엄군에게 피해를 당한 사건
- ③ 1980. 5. 18. 전후 광주외곽에서 시위대 또는 시위대로 오인된 비시위대가 계엄군에게 피해를 당한 사건

위 사례들의 피해 당사자 및 그 경위를 살펴보면 5·18 민주항쟁 진압과정에서 벌어진 일이라는 점에서 공통점을 가지고 있으며, 따라서 내란죄의 구성요건인 폭동의 내용으로서의 폭행 및 협박에 포섭될 수 있다고 보아야 할 것입니다.

### 3. 5·18특별법과 헌정질서파괴범죄특례법상의 공소시효 관련 규정

#### 가. 5·18 특별법과 공소시효

5·18 특별법(법률 제5029호, 1995. 12. 21. 공포 및 시행) 제2조는 그 제1항에서 그 적용대상을 '1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄특례법 제2조의 헌정질서파괴범죄행위'라고 특정하고 있고, 헌정질서파괴범죄특례법 제2호는 형법상 내란의 죄, 외환의 죄, 균형법상 반란의 죄, 이적의 죄를 헌정질서파괴범죄로 규정하고 있습니다.

#### 5·18민주화운동 등에 관한 특별법

[시행 1995.12.21.] [법률 제5029호, 1995.12.21., 제정]

#### 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.

#### 헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법

[시행 1995.12.21.] [법률 제5028호, 1995.12.21., 제정]

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

**제3조(공소시효의 적용 배제)** 다음 각 호의 범죄에 대하여는 「형사소송법」 제249조부터 제253조까지 및 「군사법원법」 제291조부터 제295조까지에 규정된 공소시효를 적용하지 아니한다.

1. 제2조의 헌정질서 파괴범죄
2. 「형법」 제250조의 죄로서 「집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약」에 규정된 집단살해에 해당하는 범죄

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 제1호 에서 규정하고 있는 ‘사형에 해당하는 범죄’로서 그 공소시효의 기간이 15년이고,

5·18 내란에 관련된 부분의 공소는 현재 1993. 2. 25.로부터 15년이 도과하였으므로 2017년인 현재 추가로 발견된 피해사실에 대해서는 공소시효가 완성되었다고 볼 여지가 있습니다.

#### 나. 헌정질서파괴범죄특례법과 공소시효

한편, 헌정질서파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법(법률 제5028호, 1995. 12. 21. 공포 및 시행)은 내란죄, 반란죄, 이적죄와 같은 헌정질서 파괴범죄에 대해서는 형사소송법과 군사법원법에 규정된 공소시효를 적용하지 않는다고 명시하고 있는데, 만약 이 사건 추가 피해사실에 대하여 위 법률이 적용될 수 있다면 공소시효가 적용되지 않으므로 공소제기가 가능할 여지도 있습니다.

그런데 헌정질서파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법(법률 제 5028호, 1995. 12. 21. 공포 및 시행)과 5. 18. 특별법(법률 제5029호, 1995. 12. 21. 공포 및 시행)은 1995. 12. 21. 같은 날 제정되었고,

5. 18. 특별법 제2조는 그 1항에서 적용대상을 '1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄특례법 제2조의 헌정질서파괴범죄행위'라고 특정하면서, 위 적용대상에 대해서는 공소시효를 1993년 2월 24일까지 공소시효가 정지된다고 규정하고 있으므로,

이 사건 추가 피해사실을 5. 18. 특별법을 적용하여 공소시효가 정지되었다고 볼 것인지, 헌정질서파괴범죄특례법을 적용하여 공소시효가 배제된다고 볼 것인지, 두 법률간의 관계가 문제될 것으로 생각됩니다.

이에 대해서는 5. 18. 특별법과 헌정질서파괴범죄특례법이 일반-특별의 관계에 있으므로, 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄에 해당하는 이 사건 추가피해사실은 5. 18. 특별법이 우선적용되어야 할 것이고, 따라서 공소시효가 1993. 2. 24.까지 정지된 것으로서, 그 이후 15년이 도과한 현재로서는 공소제기가 어렵다고 보는 견해도 있는 반면,

두 법률의 관계가 병렬적으로 적용가능하며, 5·18 특별법은 당시 논란이 되고 있던 이 사건의 공소시효의 정지에 대해서만 명시적으로 규정하였을 뿐 헌정질서파괴범죄의 공소시효배제규정이 이 사건에서는 적용되지 않는다고 볼 것은 아니라는 견해도 있습니다.

개인적으로는, 헌정질서파괴범죄특례법은 헌정질서파괴범죄(형법상 내란죄, 외환죄, 집단학살범죄)의 경우 공소시효를 원천적으로 배제하고 있고, 같은 시기에 제정된 5. 18. 특별법은 1980년 5월 18일에 발생한 헌정질서파괴범죄에 관하여 공소시효 정지 여부 및

그 중점에 대하여 논란이 일자 입법적으로 공소시효 정지시점을 명확하게 한 것인데,

두 입법을 통해 당시 입법자들이 추구하였던 것은 일반적으로 헌정질서파괴범죄는 모두 공소시효를 원칙적으로 배제하되, 1980년 5월 18일에 발생한 헌정질서파괴범죄에 한정하여 공소시효를 정지하는, 즉 5. 18. 사건 처벌에 한해 상대적으로 경한 조치를 취하기 위함이 아니라, 당시의 사법적 논란을 입법적으로 해결하기 위함이라고 본다면, 당시 발견되지 않은 추가적인 피해사실에 대하여 1980년 5월 18일 전후에 발생하였다는 이유만으로 다른 헌정질서파괴범죄가 공소시효가 배제되는 것과 달리 공소시효를 적용한다고 볼 수 없다는 견해입니다만,

다만 위와 같은 해석에도 불구하고 헌정질서파괴범죄특례법은 1995년에 제정되어 1995. 5. 1.부터 적용되므로 원칙적으로 장래효를 가지며, 특례법 제정 이전에 발생하였던 헌정질서파괴범죄에 대하여 소급적으로 적용한다는 규정도 별도로 두고 있지 아니하므로, 1980. 5. 18. 전후로 발생한 이 사건 추가 피해사실에 관한 공소시효 여부와 관련하여 위 특례법이 적용될 수 있을지와 관련하여 고민해볼 지점이 있어 보입니다.