

〈토론문〉

헌정질서 파괴범죄 공소시효 배제를 통한 정의(正義) 회복 (토론)

조 영* · 김현지**

1. 들어가며

발제문 「헌정질서 파괴범죄 공소시효 배제를 통한 정의회복」¹⁾ (이하 ‘발제문’이라 한다)은 헌정범죄시효법과 5·18민주화운동법이 소급입법금지 원칙에 반하는지 여부를 검토하고, 사후입법으로 공소시효를 배제하여 반인도적 범죄를 처벌한 해외 사례를 소개한다. 나아가 발제문은 이 논의를 근거로 「5·18민주화운동 진상규명을 위한 특별법」(이하 ‘5·18 진상규명특별법’이라 한다)을 통해 핵심 관련자들을 형사처벌 할 수 있다고 결론 내린다. 본 투고문에서는 발제문에 언급된 ‘위법한 명령을 이행한 하급수명자에 대한 형사처벌’과 유사한 사례를 소개하고, 그밖에 발제문을 읽으면서 들었던 공소시효에 관한 의문점을 나누고자한다.

* 전남대학교 법학전문대학원생

** 전남대학교 법학전문대학원생

1) 김재윤, “헌정질서 파괴범죄 공소시효 배제를 통한 정의회복”

2. 헌정질서 파괴범죄를 행한 하급수명자에 대한 형사처벌 사례

발제문의 ‘IV. 5·18 헌정질서 파괴범죄 추가 관련자의 형사처벌’에 따르면 위법한 명령에 따라 반인도적 범죄를 행한 하급수명자에 대한 형사처벌이 가능하다. 인간의 존엄성을 침해하는 상관의 위법 명령에는 구속력이 없고 따라서 위법성조각사유가 존재하지 않기 때문이다.

이처럼 행위자의 행위가 당시 규범에 따른 것이라 할지라도 반인륜적인 경우에 처벌이 가능함은 독일 판례인 ‘구 동독 국경수비대원 사건’²⁾에서도 확인할 수 있다. 구 동독에서는 ‘국경주둔군의 총기사용에 대한 직무규칙’ 제203호에 따라 국경을 탈주하려는 국민에 대한 발포가 자행되었고, 그 결과 1961년부터 1989년 사이에 약 190여명의 사상자가 발생했다. 통일 이후 독일 연방헌법재판소에서 위 직무규칙에 따라 국민을 사살한 하급수명자와 사살 명령을 한 상관들에 대하여 징역을 선고했다.

발제문과 위 사례를 검토해보면 5·18 내란의 경우에도 하급수명자에 의한 반인도적 범죄로 제재를 가할 수 있다. 우리 판례는 상관의 ‘적법한’ 명령에 대한 복종만을 정당행위로서 위법성이 조각된다고 본다.³⁾ 독일 판결은 더 나아가 비록 행위자의 행위가 당시의 직무규칙이라는 구속력 있는 규범에 따른 것이라고 하더라도 해당 규범이 상위질서인 헌정질서 및 인간의 존엄가치에 반한다면 위법한 것으로 보았다. 따라서 5·18 민주화운동 당시 자행된 사살 명령은 헌정질서 등에 반하는 반인도적 범죄로서 적법한 명령이 아니다.

2) 강태수, “독일 연방헌법재판소의 장벽사살판결에 대한 소고”, 헌법판례연구 3권, 2001.11.25 참조.

3) 대판 1998.2.23.87도2358

그렇기 때문에 이에 따른 하급수명자의 행위에도 위법성조각사유가 없어 발제문의 결론과 같이 이들을 형사처벌 할 수 있다는 결론에 이른다.

3. 공소시효 정지·연장·배제와 전면적 소급효부정설

헌정질서 파괴범죄를 처벌하기 위해 공소시효 배제를 고려하면 형사소송법의 대전제 중 하나인 피고인의 방어권 보장과 시효 배제 조항의 소급입법이 상충하는 것을 알 수 있다. 그리고 이 지점을 소급입법에 관한 ‘전면적 소급효부정설’은 지적한다. 발제문의 ‘II.2. 공소시효의 정지·연장·배제와 소급효금지원칙’에서 소개하는 위 설에 따르면 범죄의 가벌성뿐만 아니라 형벌권 존부도 형벌의 예측가능성과 관련되는 분야이므로 형사소송법의 규정에도 소급효 금지원칙이 적용되어야 한다고 한다. 형사소송법을 배우는 동안 지속적으로 강조되는 것이 피고인의 이익이기에 위 설이 일면 타당해 보이기도 한다.

그러나 전면적 소급효부정설에 따르면 5·18 내란 사건과 같이 인간 존엄과 헌정질서에 위해를 가한 권력의 조직적인 불법행위를 청산할 수 없다는 결론에 이르게 된다. 이 결론은 구체적 타당성을 확보하지 못하고 ‘실체 진실의 발견’이라는 형사 절차의 또 다른 가치를 포기한다. 이러한 면에서 전면적 소급효부정설은 유지하기 어려운 주장이다.

피고인의 방어권 보장과 더불어 실체 진실의 발견이라는 가치를 실현하기 위해서는 현실적 필요성에 따라 공소시효 변경을 함에 있어 소급효금지 원칙을 어느 정도로 완화할 수 있을 것인지에 대한 고민을 해야 할 것이다.

4. 국가폭력에 대한 공소시효 배제 규정의 확대 적용

위 고민에 따라 필자는 공소시효 배제 논의를 다른 사안으로 확대 적용하여 생각해보았다. 5·18 내란사건은 헌정질서를 파괴한 사건이면서 동시에 국가가 국민의 생명에 위해를 가하여 개인적 법익을 침해한 사건이기도 하다. 이와 같은 ‘국가에 의한’ 인권유린은 ① 피해보고 자체가 어렵고, ② 진상규명에 오랜 시간이 소요되는 공통점을 가지고 있어 이런 문제들을 국가폭력 문제로 분류하고 공소시효를 배제할 수 있었으면 하는 생각도 든다. 이미 헌법재판소는 공소시효 배제를 통한 진정소급입법을 허용할 수 있는 예로 ‘국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나’, ‘법적 상태가 불확실하여 신뢰의 이익이 적은 경우’, ‘신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우’ 등을 제시하였고 이를 토대로 다양한 논의도 가능할 것이다.

5·18 진상규명특별법이 진상규명과 관련자들에 대한 형사처벌의 성공적인 선례가 되어 그간 다양한 양태로 자행된 국가폭력에 대한 진상규명 및 법적 해결을 위한 제도를 마련하는 이정표가 되었으면 한다. 그리하여 권력의 작위 또는 부작위로 국민이 희생된 제주4.3 사건, 용산 참사, 세월호 참사 등의 경우에도 진상규명이 오래 걸리더라도 잘못을 바로잡고 실제적 진실을 발견할 수 있길 바란다.

5. 나가며

지금까지 진상규명에 따른 하급수명자에 대한 형사처벌 사례를 소개하고, 공소시효 정지·연장·배제에 관한 의문을 정리해보았다. 세계적으로 진상규명 관련 역사를 돌이켜보면 법이 그 권한을 부여하기도 했지만 한계로 작용하기도 했다. 치열한 논쟁으로 특별법이

제정된 만큼 이를 반추하여 법이 한계가 아닌 제대로 된 진상규명과 관련자 처벌이라는 성과로 이어질 수 있도록 우리 모두 관심 가지고 질문을 던지며 끝까지 함께해야 할 것이다.

