

5·18민주화운동 관련 법령에 관한 법적 소고

— 5·18민주화운동 이후 개정된 국방부 소관 법령을 중심으로 —

김 남 진* · 황보 근**

목차

-
- | | |
|-----------------|-----------------|
| I. 들어가는 글 | IV. 향토예비군 관련 법령 |
| II. 계엄 관련 법령 | V. 나오는 글 |
| III. 군법회의법과 군형법 | |
-

Ⅰ 국문초록 Ⅰ

1980년 신군부세력이 쿠데타를 통해 집권한 제5공화국에서 제·개정되었던 법령이 40여 년이 지난 현재 시점에도 여전히 우리 국민이 지켜야 하는 법령으로 남아 있는 경우가 있다. 앞으로 5·18민주화운동과 비슷한 상황이 다시 발생한다면 1980년 신군부세력에 의해 임의적으로 제·개정된 법령이 적용되어 국가폭력의 정당화 수단으로 악용될 수 있을 것이다.

본 연구는 1980년 당시 신군부세력이 집권하여 만든 제5공화국 하에서 제·개정된 법령 중 국방부 소관이면서 5·18민주화운동과 관련이 있는 법령을 대상으로 하였다. 당시 법령을 제·개정된 목적과 현재시점에서 계속 존속할 필요성이 있는지 여부를 검토하여 적절한 개정방안을 제시한다. 이리

* 전남대학교 동아시아법센터 책임연구원, 법학박사

** 5·18민주화운동진상규명조사위원회 군지원단(중령), 경찰안보학박사

논문접수일 : 2021. 7. 14., 심사개시일 : 2021. 8. 2., 게재확정일 : 2021. 8. 18.

4 인권법평론 제27호(2021년)

한 검토과정에서 신군부세력이 당시 행한 국가폭력행위가 합법성도 정당성도 결여한 행위였음을 확인하고자 한다. 또한 당시 또는 이후의 민주화운동 시기에 이러한 법령이 제·개정된 상태로 적용되고 있었다면 1987년 6월 항쟁, 2017년 촛불시위 등 민주화운동에 참여한 국민은 해당 법령에 의해 큰 피해를 당하게 되었을 것이고, 반대로 가해자들은 합법적인 가해자로 법의 보호를 받게 되는 상황이 되었을 것이다. 본 연구에서 살펴본 법령의 문제점과 개선방안을 제시하면 다음과 같다.

첫째, 「계엄법」상 비상계엄의 선포요건을 이전의 ‘적의 포위 공격으로 인하여’라는 요건을 ‘적과 교전상태에 있거나 사회질서가 극도로 교란’으로 변경한 문제점을 지적하고, 「계엄법시행령」에서는 구법의 ‘질서 교란 지역’과 ‘질서가 극도로 교란된 지역’의 정의규정을 폐지한 문제점을 지적하고, 「계엄사령부직제」는 합동수사본부의 기능이 집중됨으로 인하여 권한 남용의 가능성이 있다는 문제점을 각 제시한다. 둘째, 「군법회의법」에서는 일반인의 평시 군법회의 심판권을 최소화 하여야 한다. 셋째, 「군형법」에서는 전시가 아닌 시위로 인한 소요상태라 할지라도 일반인의 범죄행위에 대하여 군형법을 적용하는 것은 최소 범위로 제한하여야 한다. 넷째, 「향토예비군설치법」은 시민들의 무장소요에 대하여 향토예비군이 무기를 사용하여 진압업무를 수행할 경우 제한 조항이 필요하다. 또한 「향토예비군설치법시행령」은 시위대가 저항권을 행사하기 위해 무장한 경우 무장폭도로 규정하여 적과 동일시하여 긴급조치를 하는 경우에는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙을 엄격히 적용해야 한다.

주제어 : 5·18민주화운동, 5·18 관련 법령, 국방부, 계엄법, 군사법원법

I. 들어가는 글

1. 연구 배경과 필요성

최근 동남아시아 미얀마라는 국가에서는 우리의 5·18민주화운동과 비슷한 사건이 재현되고 있다. 전 세계의 많은 시청자들이 미얀마의 상황을 보면서 1980년 광주를 투영하고 있으며, 당시의 신군부세력이 자행한 행위들을 떠올리고 있다. 그럼에도 불구하고 최근의 태극기 부대와 극우 학자들의 주장 등을 볼 때 여전히 우리나라 국민 중 다수의 사람이 5·18민주화운동을 ‘광주사태’라 부르고, 민주화 운동에 참가한 시민을 ‘무장폭도’라고 인식하고 있다. 정부는 2018. 12. 24. 「5·18민주화운동 진상규명을 위한 특별법」을 제정하였다. 그동안 은폐되고 왜곡되었던 사실을 찾아내어 바로잡기 위하여 518민주화운동 진상규명조사위원회를 정부기관으로 설립한 것이다. 이 위원회의 핵심 진상규명 과제는 같은 법 제3조 제3항에서 진실왜곡 조작의혹 사건에 대한 조사를 포함하고 있다. 그런데 1980년 신군부세력이 쿠데타를 통해 집권한 제5공화국에서 제·개정되었던 법령이 40여 년이 지난 현재 시점에도 여전히 우리 국민이 지켜야 하는 법령으로 남아 있는 경우가 있다. 앞으로 5·18민주화운동과 비슷한 상황이 다시 발생한다면 1980년 신군부세력에 의해 임의적으로 제·개정된 법령이 적용되어 국가폭력의 정당화 수단으로 악용될 수 있을 것이다. 과거청산은 단순히 과거사가 아니라 미래의 문제이고, 처벌과 배상이라는 얇은 청산이 아니라 제도 개혁과 문화적 구축을 포함한 ‘두터운’청산이 되어야 한다. 제도 개혁은 국가범죄가 재발하지 않도록 제도적 방벽을 갖추는 것이고, 우선 국가범죄의 숙주가 될 만한 법령들을 청산해야 한다.¹⁾

2. 연구 목적

본 연구의 목적은 1980년 당시 신군부세력에 의하여 제·개정된 법령 중 국방부 소관 법령에 대하여 5·18 당시 신군부세력이 어떠한 목적을 가지고 법령을 제·개정하였는지, 현재까지 존속하고 있는 경우 존속의 필요성과 당위성이 있는지 여부를 검토하고자 한다. 이러한 검토과정에서 신군부세력이 당시 행한 국가폭력행위가 합법성도 정당성도 결여한 행위였음을 확인하고자 한다. 또한 당시 또는 이후의 민주화 운동 시기에 이러한 법령이 제·개정된 상태로 적용되고 있었다면 1987년 6월 항쟁, 2017년 촛불시위 등 민주화운동에 참여한 국민은 해당 법령에 의해 큰 피해를 당하게 되었을 것이고,²⁾ 반대로 가해자들은 합법적인 가해자로 법의 보호를 받게 되는 상황이 되었을 것이다.

이 연구를 통하여 현재 여전히 적용되고 있는 당시 제·개정된 법령에 대한 소관 기관별 심도 깊은 검토와 개선을 제안하며, 앞으로 5·18민주화운동이나 기타 국민의 집회와 시위에 대한 합법적인 탄압이나 피해를 방지하는데 목적이 있다. 추가로 이 연구에서 분석하지 못한 국방부 외의 타 소관기관에서도 당시 제·개정 법령에 대해서 법령 소관 기관이 분야별로 분석하여 현재의 실정에 맞게 개정하는 노력이 필요하며 이러한 연구가 관련 학계에서 활발히 논의되어야 할 것이다.

1) 이재승, 「국가범죄」, 엘피출판사, 2010, 653면.

2) 2017년 3월 박근혜 대통령 탄핵심판이 한창이던 당시 국군기무사가 탄핵기각 시 수방사의 위수령 선포를 시작으로 비상계엄을 전국으로 그 범위를 확대하여 정부부처, 언론 등을 장악하며, 합동수사본부를 설치하여 국민을 검열하고 탄압하는 상세한 계엄령 실행 계획을 수립한 바 있다. 백윤철, 국가긴급권과 제주 4·3민주항쟁, 한양법학 29(3), 한양법학회, 2018, 136면.

3. 연구 범위와 내용

이 연구는 각 법령에 관하여 다음과 같이 분석하였다. 우선, 1980년부터 1981년 사이에 제·개정된 법령에 대해서 개괄적인 조사를 통하여 5·18민주화운동의 영향을 받은 법령을 찾아내고자 하였다. 둘째, 확인된 법령을 기초로 하여 1980년 이전의 법령과 비교하여 그 제·개정 이유에 관하여 확인하고, 5·18민주화운동이 그 제·개정의 이유가 될 수 있는지를 검토하여 제·개정의 문제점을 찾아보고자 하였다. 셋째, 해당 법령이 1980년대 제·개정 되었고 지금까지 당시 제·개정된 상태로 적용되고 있는지를 확인하였다. 1980년 5월 신군부세력은 5·18민주화운동을 무력으로 유혈 진압하였고, 5·18민주화운동을 일부 반사회 집단, 폭도들의 무장소요사태로 정의하였으며, 이를 국민에게 인식시키기 위해 노력하였다. 신군부세력의 시민에 대한 무력진압은 당시 법령으로 보아도 정당화할 수 없는 행위였음을 당사자들도 분명히 인식하고 있었고, 따라서 이에 대한 법적 정당성을 보장하기 위해서 정치·사회·문화 전반에 걸친 수정 작업을 실시하였다. 신군부세력은 1980. 10. 27. 대한민국 헌법을 개정하였고, 법령에 대하여도 조직적으로 제·개정 작업을 전반적으로 실시하였다.³⁾ 본 연구는 이 중에서 1980. 5. ~ 1981. 12.까지 제·개정된 법령 중 5·18민주화운동과 관련성이 있는 법령을 중심으로 살펴보고자 하였다. 법제처 법령정보체계에서 1980년 5월 31일부터 1981년 12월 31일까지 제·개정된 법령을 확인한 결과 총 1,810개⁴⁾가 있었

3) 제5공화국 당시 법제처장을 지낸 김영균은 육사11기로 육군 법무관을 예편한 이후 국가보위비상대책위원회 법사분과위원장을 1980. 6. 말경부터 재직하였고, 1981년부터 1986년까지 법제처장으로 있으면서 각종 법령의 제·개정에 관여하였다.

4) 연구자가 개인적으로 법제처의 법령정보시스템에서 확인하였고, 일부 법령은 1981년 12월까지 포함하면 총 법령 수는 변동될 수 있다.

다. 1,810개의 법령 중에서 국방부와 관련된 내용은 92개의 법령이다.⁵⁾ 이 중 국방부가 소관 부처이면서 5·18민주화운동과 관련되었을 것으로 추정되는 법령을 살펴보면 아래 [표 1]과 같다. 연구자는 아래 법령 중에서 타법개정, 용어변경, 직제변경 등 5·18민주화운동과 관련성이 있는 내용을 중심으로 본 연구 대상으로 선정하였다. 본 연구에서 검토하지 못한 법령은 차후 연구과제로 남겨 둔다.

[표 1] 1980.5. ~ 1981.12. 제·개정 국방부 소관 5·18관련 법령

법령명	법령종류	시행일자	제정·개정 구분	소관부처
계엄법	법률	1981. 4. 17.	전부개정	국방부
계엄법시행령	대통령령	1981. 12. 19.	전부개정	국방부
계엄사령부직제	대통령령	1981. 12. 19.	전부개정	국방부
국군보안부대령	대통령령	1980. 1. 23.	일부개정	국방부
국난극복기장령	대통령령	1981. 3. 3.	제정	국방부
국립묘지령	대통령령	1981. 1. 1.	일부개정	국방부
군법회의법	법률	1981. 4. 17.	일부개정	국방부
군형법	법률	1981. 4. 17.	일부개정	국방부
육군교육사령부령	대통령령	1981. 1. 7.	제정	국방부
육군기갑학교령	대통령령	1980. 12. 4.	폐지	국방부
육군전투병과교육사령부령	대통령령	1981. 1. 7.	타법폐지	국방부
징발법	법률	1981. 12. 31.	일부개정	국방부
향토예비군설치법	법률	1980. 12. 31.	일부개정	국방부
향토예비군설치법시행규칙	국방부령	1981. 12. 23.	일부개정	국방부
향토예비군설치법시행령	대통령령	1981. 4. 17.	일부개정	국방부

5) 법제처 홈페이지[<https://www.law.go.kr>]

Ⅱ. 계엄 관련 법령

1. 계엄법

가. 1949년 제정 계엄법

계엄법은 1949. 11. 24. 제정 공포됨과 동시에 시행되었다. 이후 이 제정 계엄법은 개정 없이 1980년도 계엄령이 선포되었을 때도 그대로 적용되었다. 신군부세력은 이러한 계엄법이 자신들이 선포한 계엄령이 유신헌법에 따라 시행되기는 하였으나 당시의 학생운동이나 부마 사건 등 민주화운동에 대한 대응책으로 적합하지 않고, 또한 실제 자신들이 시행한 군을 동원한 민주화 운동의 진압에 사용함에 있어 법적 정당성이 부족하다고 생각했을 것이다. 1949년 제정 계엄법은 경비계엄과 비상계엄으로 나누어 경비계엄은 '전시, 사변 또는 이에 준하는 비상사태로 인하여 질서가 교란된 지역에 선포'하고, 비상계엄은 '전쟁 또는 전쟁에 준한 사변에 있어서 적의 포위공격으로 인하여 사회질서가 극도로 교란된 지역에 선포'하는 것으로 규정되어 있었다.⁶⁾ 비상계엄의 선포요건이 '적의 포위 공격으로 인하여'라는 요건을 명확하게 명시하였다. 즉 비상계엄을 선포하기 위해서는 '적의 포위 공격'이라는 사전행위가 있어야 한다는 것을 명시하여 이러한 조건 충족 없이 비상계엄을 선포하지 못하게 하는 제한요건이 명시되어있는 것이다.⁷⁾ 따라서 1979년 10·26사건

6) 제3조 경비계엄은 전시, 사변 또는 이에 준하는 비상사태로 인하여 질서가 교란된 지역에 선포한다. 제4조 비상계엄은 전쟁 또는 전쟁에 준할 사변에 있어서 적의 포위공격으로 인하여 사회질서가 극도로 교란된 지역에 선포한다.

7) 경비계엄과 달리 비상계엄은 국민의 기본권인 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유를 법률에 따라 제한할 수 있고, 정부나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 취할 수 있다는 점에서 구별된다. 다만 비상계엄이 선포된 때에도 국회

에 따른 지역 비상계엄과 1980년 5월 17일 전국 비상계엄 확대는 당시 적용되던 계엄법의 ‘적의 포위공격으로 인하여’라는 요건을 갖추지 못한 위법적인 계엄령 선포였다 할 것이다.⁸⁾

나. 1981년 개정 계엄법

신군부는 5·18민주화운동을 무력으로 진압한 직후 자신들의 행위에 대한 정당성을 부여하기 위하여 서둘러 계엄법 개정을 추진하였다. 1981. 4. 17. 개정·시행한 계엄법 제2조 제2항은 ‘비상계엄은 대통령이 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 적과 교전상태에 있거나 사회질서가 극도로 교란되어 행정 및 사업기능의 수행이 현저히 곤란한 경우에 군사상의 필요에 의하거나 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 선포한다’ 라고 개정하였다. 이전에 제한 조건이 있던 동 조항을 ‘... 교전 상태에 있거나 사회질서가 극도로 교란되어...’라는 조항으로 바꾸어 계엄령을 적과의 교전 상태로 인한 것 또는 사회질서가 극도로 교란되어 있을 경우에 선포할 수 있도록 하여 이후 5·18민주화운동과 비슷한 소요상황이 발생하였을 때도 얼마든지 계엄령을 선포할 수 있는 법적 근거를 구축한 것

의 권한을 침해할 수는 없다. 1980. 5. 20. 임시국회를 무력으로 해산시킨 것은 위헌·위법적인 조치였다. 또한 군정과 계엄은 구별되어야 한다. 적과 교전하는 상태에서 헌법도 법률도 적용되지 않는 상태가 전쟁이고 또 군정인데 반하여, 계엄은 한 나라의 헌법질서 하에서 계엄법이라는 규정에 따라 실시되는 특수 통치방식이다. 광주사태의 비극은 군정과 계엄을 혼동한데 기인하였을 가능성이 적지 않은 것으로 보인다. 오병현, 계엄법의 기원과 문제점, 사법행정 35(1), 한국사법행정학회, 1994, 63면.

- 8) 1979년 10·26사건에 따른 지역 비상계엄과 1980년 5월 17일 전국 비상계엄 확대 당시 적용되던 헌법은 1972. 12. 27.자로 개정된 유신헌법 제54조로 계엄의 구체적인 발동요건은 계엄법에 위임하고 있는 현행 헌법과 동일한 내용이다. 즉, 유신헌법 제54조 제1항은 “대통령은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요 또는 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 계엄을 선포할 수 있다”고 규정하고 있다.

이다. 현재 계엄법 제2조 2항에도 ‘…적과 교전상태에 있거나 사회질서가 극도로 교란되어…’라고 되어 있어 이 법은 현재 상황에도 그대로 적용되고 있다.

다. 소결

1980년 신군부세력은 ‘사회질서가 극도로 교란되었을 때’에도 비상계엄을 선포할 수 있는 법적 근거를 만들어 개정함으로써 법 개정 이후 발생하는 시위에 대하여 ‘사회질서가 극도로 교란되었다’고 판단되면 비상계엄을 선포할 수 있게 되었다. 1987년 6월 민주화운동이 거세게 일어났을 때 전두환 정권은 계엄을 선포하려고 하였고,⁹⁾ 2017년 탄핵촛불시위에 대하여도 박근혜 정권은 기무사령부를 통해 계엄을 선포하려고 검토했음이 밝혀졌다.¹⁰⁾ 계엄은 과거문제가 아닌 현재 우리에게 곧 닥칠 수 있는 문제라는 점에서 비상계엄의 발동요건을 최소한 1949년 제정 계엄법처럼 엄격하게 개정하는 것이 필요하다.¹¹⁾

9) 미디어 오늘 2018. 8. 15.자 <http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=144096>

10) 한겨레 신문 2018. 7. 5.자 <https://news.v.daum.net/v/20180705223936576>

11) 1981년 개정 계엄법 제9조는 “비상계엄지역 안에서 계엄사령관은 군사상 필요한 때에는 체포·구금·압수·수색·거주·이전·인론·출판·집회·결사 또는 단체행동에 대하여 특별한 조치를 할 수 있다”고 규정하고 있다. 이에 비해 1980년 5월 당시 적용되고 있던 1948년 제정 계엄법 제13조는 “비상계엄지역 내에서는 계엄사령관은 군사상 필요할 때에는 체포, 구금, 수색, 거주, 이전, 인론, 출판, 집회 또는 단체행동에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다”고 규정하고 있어 1981년 개정 계엄법은 결사의 자유에 대하여도 특별한 조치를 취할 수 있도록 개정한 점에서 과도한 국민의 기본권 제한으로 삭제할 필요성이 있다. 다만 1987년 헌법 개정시 결사의 자유에 대한 특별한 조치를 할 수 있다고 헌법에 명시함으로써 헌법적 근거를 마련하였다. 또한 거주·이전의 자유에 대한 특별한 조치를 할 수 있다는 계엄법 규정은 헌법 제77조에 근거가 없는 국민의 권리에 대한 제한으로 헌법 제77조는 열거규정으로 해석하여야 할 것이므로 위헌적 규정으로 삭제되어야 할 것이다. 이에 대한 위헌론 입장은 권영성, 헌법학원론, 2009, 927면,

2. 계엄법 시행령

가. 1970. 6. 16. 개정된 계엄법 시행령

1970. 6. 16. 개정된 시행령은 제1조(계엄의 선포 및 해제 의 요청), 제2조(계엄사령관의 임명), 제3조(‘질서 교란지역’의 정의), 제4조(‘질서가 극도로 교란한 지역’의 정의) 등을 규정하고 있다. 이는 1949년 제정된 계엄법에서 경비계엄의 발동요건으로서 ‘질서 교란 지역’과 비상계엄의 발동요건으로서 ‘질서가 극도로 교란한 지역’에 대하여 명확하게 구분하여 규정하고 있어서 이에 대한 정의 규정을 시행령에서 둔 것이다. 시행령 제4조는 ‘법 제4조의 사회질서가 극도로 교란된 지역이라 함은 적의 포위공격으로 인한 전투지역 또는 그 인접 지대로서 민심이 동요하고 치안이 혼란되어 정상적인 행정 또는 사법을 행할 수 없거나 또는 당해 지역의 행정기관이나 사법기관이 그 기능을 상실한 지역을 말한다’ 라고 정의하고 있다. 비상계엄을 발동하기 위해서 ‘사회질서가 극도로 혼란한 지역’임을 인정하기 위해서는 그 전제조건으로 ‘적의 포위 공격’이 있어야 한다는 것을 명시하고 있고, 또한 ‘전투지역 또는 그 인접 지대’로 발동구역을 제한하고 있다.

나. 1981년 개정된 계엄법 시행령

1981. 12. 19. 개정된 계엄법시행령은 계엄법이 개정(법률 제3442호, 1981. 4. 17)됨에 따라 그 시행에 관하여 필요한 사항을 정리하

허영, 한국헌법론, 2021, 1053면, 성낙인, 헌법학, 2021, 624면, 고문현, 헌법학개론, 박영사, 2020, 336면. 송기춘, 헌법 제77조, 헌법주석(국회, 정부), 한국헌법학회, 경인문화사, 2018, 675-676면. 고문현, 고문철, 계엄에 관한 연구, 법학논총 47, 숭실대학교 법학연구소, 2020, 550-551면. 합헌론 입장은 김철수, 헌법학, 2008, 1070면. 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2014, 1282면. 참조. 다만 이 부분에 대해서는 이 논문의 연구 범위를 초과하므로 추후 과제로 남겨둔다.

려고 개정한 것이다. 그 주요 골자는 첫째, 계엄사령관이 계엄지역 안의 행정기관 및 사법기관을 지휘·감독함에 있어서 필요하다고 인정되는 경우에는 소속 직원을 당해 기관에 파견할 수 있도록 한다(영 제2조). 둘째, 계엄사령관이 관할외의 군부대와 행정기관 및 사법기관의 지원이 필요한 경우에는 지휘·감독권자인 국방부장관 또는 대통령에게 이를 건의하도록 한다(영 제3조 제2항). 셋째, 계엄사령관이 법 제9조의 규정에 의하여 체포·구금 등에 대한 특별조치를 하고자 할 때에는 미리 그 내용에 관하여 지휘·감독권자인 국방부장관 또는 대통령의 승인을 얻도록 하여야 한다(영 제4조제1항). 넷째, 계엄사령관이 법 제9조의 규정에 의하여 국민의 재산을 파괴 또는 소훼 하고자 할 때의 절차와 그 손실보상의 절차를 정한다(영 제5조)이다.¹²⁾ 1970. 6. 16. 개정된 시행령 제3조(‘질서 교란지역’의 정의), 제4조(‘질서가 극도로 교란한 지역’의 정의) 규정을 삭제한 것이다.

다. 소결

1981년 개정된 계엄법 시행령에서 신군부세력은 세부적인 계엄 선포의 요건이 명시되어있는 1970년 계엄법 시행령 규정을 삭제하고, 계엄사령관의 특별조치 및 재산의 파괴 또는 소훼에 대한 보상 등 규정을 신설하여 마치 계엄법 및 시행령 개정이 국민의 권리를 증진시키는 것처럼 위장하였다. 이러한 신군부세력의 시행령 전면 개정은 구법에서 명확하게 정의하고 있는 ‘질서 교란 지역’과 ‘질서가 극도로 교란된 지역’이라는 정의규정을 삭제함으로써 계엄을 선포할 때 해당 지역에 대해서 그 법 해석상의 논란의 여지를 사전에 차단하기 위한 것이다. 현재 계엄법 시행령에서도 ‘질서 교란 지역’

12) 법제처 법령정보시스템[<https://www.law.go.kr/lsInfoP.do>]

과 ‘질서가 극도로 교란된 지역’의 정의규정이 없는 상태이다. 따라서 비상계엄의 발동요건은 1981. 4. 17. 개정·시행한 계엄법 제2조 제2항은 ‘비상계엄은 대통령이 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 적과 교전상태에 있거나 **사회질서가 극도로 교란**되어 행정 및 사업기능의 수행이 현저히 곤란한 경우에 군사상의 필요에 의하거나 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 선포한다’ 라는 규정이 적용된다. 구체적으로 ‘사회질서가 극도로 교란’되었는지 여부에 대한 판단은 발령권자의 자의적 해석이 가능한 상태이다. 비상계엄 발령권자의 권한 남용을 방지하기 위해서는 최소한 1970. 6. 16. 개정된 계엄법 시행령 제3조와 제4조가 규정했던 것처럼 ‘질서 교란 지역’과 ‘질서가 극도로 교란된 지역’의 정의규정을 신설하여야 할 것이다.

3. 계엄사령부직제

가. 1970년 개정 계엄사령부직제

1970. 4. 10. 개정 공포함과 동시에 시행된 계엄사령부직제(대통령령 제4901호)는 제1조(계엄사령관), 제2조(부사령관과 참모장), 제3조(처의 기능 등), 제4조(계엄위원회)를 규정하고 있었다. 따라서 1979년 10·26사건에 따른 지역 비상계엄 당시에는 법무처가 검찰 및 군법회의 기타 법무에 관한 사항을 분장하고, 치안처가 치안에 관한 사항을 분장하도록 규정하고 있었다. 합동수사기구에 관해서는 명시적인 규정이 없었음에도 불구하고 1979. 10. 27.자 계엄공고 제5호에 입각하여 합동수사본부와 합동수사단을 운용하였다.

나. 1981년 개정 계엄사령부직제

계엄사령부직제는 1981. 12. 19. 전부개정 된다. 개정의 이유는 계엄업무의 합리적이고 효율적인 수행을 위하여 계엄사령부의 하부조직을 정비하고, 지구계엄사령부와 지역계엄사령부에 관한 사항을 규정하며, 기타 규정상의 미비점을 보완하려는 것이라고 하였다. 그러나 실제 계엄사령부 내에 법무처와 치안처가 있었음에도 불구하고, 기존 법무처의 업무 중 ‘검찰’에 관한 내용을 삭제하고, ‘합동수사기구’라는 별도의 수사조직을 두는 근거 규정을 추가하는 내용이였다. 계엄법 제7조 제1항은 “계엄지역이 2개 이상의 도(서울특별시와 직할시를 포함)에 걸치는 경우에는 계엄사령부에 합동수사본부를 둘 수 있다”고 규정하고, 같은 조 제2항은 “계엄지역이 1개의 도에 국한되는 경우의 계엄사령부와, 지구계엄사령부 및 지역계엄사령부에는 합동수사단을 둘 수 있다”고 규정한다. 현재 적용되고 있는 2017. 9. 5. 개정 계엄사령부직제도 위와 같은 내용의 규정이다.

다. 소결

1981년 개정 계엄사령부직제는 계엄사령부 내 수사기능을 법무처와 치안처에서 수행할 수 있음에도 불구하고 합동수사기구를 두어 계엄이 선포된 지역에 대한 수사 기능을 독점적으로 수행함으로써 법적 통제력을 강화하려고 한 것으로 볼 수 있다. 비록 합동수사본부를 설치하기 위해서는 계엄지역이 2개 이상의 도에 걸치는 경우로 한정하였으나, 실제 계엄상황에서 지역계엄을 하지 않고 전국계엄이 내려지면 전국을 통제하는 합동수사본부장을 임명하여 전국의 수사 기능을 흡수하고 통제하는 기능이 군 수사기관에 부여될 수 있다. 이는 1979년 10·26 당시 보안사령관 전두환이 합동수사본

부장이 되어 보안부대(현 안보지원사령부)의 정보력을 활용하고 수사 권한을 독점하여 권한을 남용하는 사례가 현재에도 합동수사기구를 통해 재현될 수 있다는 것이다. 현재 계엄령 하에서 합동수사기구를 둘 수 있도록 한 규정에 대해서는 권한을 남용할 수 있는 가능성을 견제할 수 있도록 방안을 보완하여야 한다. 기존의 계엄사산하의 법무처와 치안처가 수사기능을 분장하도록 업무를 세분화하여 규정하고, 합동수사기구는 폐지하여야 할 것이다.

Ⅲ. 군법회의법과 군형법

1. 군법회의법(현 군사법원법)¹³⁾

가. 1973년 개정 군법회의법

1973. 10. 10. 개정된 군법회의법 제2조는 군법회의의 신분적재판권에 관하여 군법회의는 ① 군형법 제1조제1항 내지 제4항¹⁴⁾에 규정된 자, ② 국군부대 간수 하에 있는 포로, ③ 군법회의의 판결과 그

13) 「군법회의법」은 1987. 12. 4. 전부개정에 의해 군사재판을 관할하는 특별법원인 군법회의의 명칭을 군사법원으로 바꿈에 따라 법 명칭을 「군사법원법」으로 변경하였다.

14) 「개정 1973. 2. 17」 제1조 (피적용자) ① 본법은 대한민국의 영역내외를 불문하고 본법에 규정된 죄를 범한 대한민국군인에게 적용한다.

② 전항에서 군인이라 함은 현역에 복무하는 장교, 준사관, 하사관 및 병을 말한다. 다만, 귀휴중인 병은 제외한다.

③ 다음 각호의 1에 해당하는 자에게는 군인에 준하여 본법을 적용한다.

1. 군속, 2. 군적을 가진 군소속기관의 학생·생도와 간부후보생 및 병역법 제6장의 규정에 의한 군적을 가지는 재영중인 학생, 3. 소집되어 실역에 복무중인 예비역·보충역 및 제2국민역인 군인

④ 제13조제3항·제42조, 제54조 내지 제59조, 제78조, 제87조 내지 제91조의 죄를 범한 내외국인에 대하여도 전항과 같다.

상고심의 판결에 의하여 군교도소에서 수행중인 자가 범한 죄에 대하여 재판권을 가진다고 규정하고 있었다. 그리고 같은 법 제3조는 군법회의는 계엄법에 의한 재판권을 가진다고 규정하고 있었다.

나. 1981년 개정 군법회의법

군법회의법은 1981. 4. 17. 개정되었다. 군법회의의 신분적재판권에 관한 제2조 규정¹⁵⁾은 1973년 개정 군법회의법과 같은 내용이나, 기타 재판권에 관한 제3조 규정은 계엄법에 의한 재판권 이외에 **군사기밀보호법 제8조¹⁶⁾의 죄와 그 미수범에 대하여도 재판권을 가진다고 개정하였다.** 군사기밀보호법에 의한 업무상기밀누설과 그 미수범을 군법회의에서 재판하도록 한 것이다. 이는 5·18민주화운동 기간 중 신군부의 진압작전 중 발생한 군사기밀을 업무상 지득한 군인과 민간인에 대하여도 군법회의의 재판권을 인정한 것이다.

15) [헌재 2013. 11. 28. 2012헌가10] 군사법원법 제2조 제1항 제1호 등 위헌제청 (군사시설이자 전투용에 공하는 시설을 손괴한 민간인에 대한 재판권 귀속 사건) 군용물·군사시설에 관한 죄를 병렬적으로 규정하고 있었던 구 헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호로 개정되고, 1987. 10. 29. 헌법 제10호로 개정되기 전의 것) 제26조 제2항에서 ‘군용물’은 명백히 ‘군사시설’을 포함하지 않는 개념으로 사용된 점, 군사시설에 관한 죄를 범한 민간인에 대한 군사법원의 재판권을 제외하는 것을 명백히 의도한 헌법 개정 경과 등을 종합하면, 군인 또는 군무원이 아닌 국민에 대한 군사법원의 예외적인 재판권을 정한 헌법 제27조 제2항에 규정된 군용물에는 군사시설이 포함되지 않는다. 그렇다면 ‘군사시설’ 중 ‘전투용에 공하는 시설’을 손괴한 일반 국민이 항상 군사법원에서 재판받도록 하는 이 사건 법률조항은, 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 ‘군사시설’에 관한 죄를 범한 군인 또는 군무원이 아닌 일반 국민은 군사법원의 재판을 받지 아니하도록 규정된 헌법 제27조 제2항에 위반되고, 국민이 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해한다.

16) (제정 1972. 12. 26.) 제8조 (업무상 누설) ① 군사상의 기밀의 취급을 업무로 하는 자 또는 업무로 하였던 자가 그 업무로 인하여 지득하거나 점유한 군사상의 기밀을 타인에게 누설한 때에는 3년 이상의 유기징역이나 유기금고에 처한다. ② 전항에 규정하는 자를 제외하고 업무로 인하여 지득하거나 점유한 군사상의 기밀을 타인에게 누설한 자는 7년 이하의 징역이나 금고에 처한다.

이 개정법은 현재 군사법원법 제3조(기타 재판권)에도 그대로 적용되고 있다.¹⁷⁾

다. 소결

1980년 신군부세력은 5·18민주화운동 당시 시위를 진압하기 위한 작전 수행 중 발생한 기밀사항을 군인이 나중에 퇴직을 하여 민간인이 되었다 하더라도 군법회의의 재판권을 인정함으로써 군사기밀을 보호함과 동시에 민간인 학살과 관련된 군사 작전에 대한 양심고백 등을 막기 위한 의도가 있었다 할 것이다. 군사법원의 재판권 범위를 일반인의 일정한 범죄행위에 대하여 확대하는 개정 법률은 현재 상황까지 적합한지를 검토하여야 할 것이다. 전시가 아닌 평시에도 군사법원을 운용하여야 할 필요성이 있는지, 평시에도 군사법원을 운용한다 할지라도 일반인의 범죄행위에 대하여 적용하도록 하는 것은 최소 범위로 제한하여야 한다. 앞서 살펴본 헌법재판소 2013. 11. 28. 선고 2012헌가10결정의 취지도 군사법원의 평시 일반인 적용을 제한하고자 하는 취지도 있다. 일반 법원에서 헌법과 법률이 정하는 법관에 의하여 재판을 받도록 하는 것이 헌법 제27조 재판청구권의 진정한 보호에 부합한다 할 것이다. 또한 1980년 신군부세력의 쿠데타 과정에서 발생한 민간인 학살과정에서 군이 개입하여 행한 작전과 관련된 기밀은 은폐하기 보다는 진실을 공개하여 사회적 혼란을 종식시키도록 하여야 할 것이다. 이러한 점을 감안할 때 해당 법령에 대한 재검토가 필요하다.

17) 제3조(그 밖의 재판권) ① 군사법원은 「계엄법」에 따른 재판권을 가진다. ② 군사법원은 「군사기밀보호법」 제13조의 죄와 그 미수범에 대하여 재판권을 가진다. [전문개정 2009. 12. 29.]

2. 균형법

가. 1975년 개정된 균형법

1975. 3. 2. 개정된 균형법 제1조는 균형법이 적용되는 자에 관하여 규정하는데 같은 법 제1항은 “대한민국의 영역내외를 불문하고 균형법에 규정된 죄를 범한 대한민국 군인에게 원칙적으로 적용한다”고 규정하고, 같은 법 제4항은 “제13조(간첩)제3항·제42조(유해음식공급), 제54조(초병에 대한 폭행, 협박), 제55조(초병에 대한 집단폭행, 협박), 제56조(초병에 대한 특수폭행, 협박), 제57조(초병에 대한 집단특수폭행, 협박), 제58조(초병에 대한 폭행치사상), 제59조(초병살해와 예비, 음모), 제78조(초소 침범), 제87조(간수자의 포로도주원조), 제88조(포로도주원조), 제89조(포로탈취), 제90조(도주포로비호), 제91조(미수범)의 죄를 범한 내외국인에 대하여도 균형법을 적용한다”고 규정하고 있었다.

나. 1981년 개정된 균형법

균형법은 1981. 4. 17. 개정되었다. 균형법이 적용되는 자에 관하여 규정한 같은 법 제1조 제1항은 같은 내용이나, 일반인에 대하여 균형법을 적용하는 일정한 범죄를 규정한 같은 법 제1조 제4항은 기존의 범죄행위이외에 제13조(간첩) 제2항 및 제3항¹⁸⁾, 제66조(군용시설 등에의 방화), 제67조(노적 군용물예의 방화), 제68조(폭발

18) 제13조 (간첩) ① 적을 위하여 간첩한 자는 사형에 처하고 적의 간첩을 방조한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다. ② 군사상의 기밀을 적에게 누설한 자도 전항의 형과 같다. ③ 다음 각호의 1에 해당하는 기관 또는 지역 내에서 제1항 및 제2항의 죄를 범한 자에 대하여도 제1항의 형과 같다. 1. 부대·기지·군항지역 기타 군사시설보호를 위한 법령에 의하여 고시 또는 공고된 지역. 2. 군수조달에 관한 특별조치법에 의하여 지정 또는 위촉된 군수업체와 연구기관. 3. 부대 이동지역·부대훈련지역·대간첩작전지역 기타 군의 특수작전을 수행하는 지역.

물파열), 제69조(군용시설 등 손괴), 제70조(노획물 훼손), 제71조(합선, 항공기의 복물손괴)의 죄, 제75조(군용물 등 범죄에 대한 형의 가중) 제1항 제1호(총포·탄약 또는 폭발물의 경우)의 죄도 추가하는 내용으로 개정하였다.

이 개정법의 주요 내용은 현재 균형법 제1조(피적용자)에도 그대로 적용되고 있다. 다만 2009. 11. 2. 일부 개정을 하여 집단을 이루거나 흥기 등을 휴대하고 상관·초병·직무수행자의 신체를 상해한 경우에 대한 가중처벌 하도록 상관·초병·직무수행자에 대한 집단 및 특수 상해의 구성요건을 신설하고, 집단을 이루지 않고 단순히 2명 이상이 폭행·협박한 경우 각 조에 정한 형의 2분의 1까지 가중하여 처벌하도록 하였다(법 제49조제2항, 제52조의3, 제52조의4, 제55조제2항, 제58조의3, 제58조의4 및 제60조제3항, 제60조의3 신설, 현행 제51조 및 제57조 삭제). 또한 헌법재판소가 상관 살해죄에 대하여 ‘무조건 사형으로 다스리는 것은 형법체계상의 정당성을 잃은 것으로서 범죄의 중대성에 비하여 심각하게 불균형적인 과중한 형벌’임을 이유로 위헌 결정¹⁹⁾한 취지를 반영하여 상관 살해죄의 법정형에 무기징역을 추가하였다(법 제53조제1항).

다. 소결

1980년 신군부세력은 1981. 4. 17. 균형법 개정을 통해 첫째, 법 제13조 제2항, 제3항을 추가하여 부대이동지역, 부대훈련지역, 대간첩작전 기타 군의 특수작전을 수행하는 지역에서 군사상 기밀을 적에게 누설하는 행위를 처벌하도록 하였다. 이는 5·18민주화운동기간 중 대간첩작전 기타 군의 특수작전을 수행하는 지역에서 군사상 기밀을 적에게 누설하는 행위를 간첩죄로 처벌하기 위해서 새로 규

19) [헌재 2007. 11. 29. 2006헌가13]

정하였다. 무장한 시위대를 적으로 간주하여 대간첩작전 및 상무층 정작전을 수행한 점에서 적에 대한 명확한 개념 정의 규정은 없는 상태에서 이 규정의 해석 및 적용 상 남용의 위험성이 있다. 둘째, 제66조(군용시설 등에의 방화), 제67조(노적 군용물예의 방화), 제68조(폭발물파열), 제69조(군용시설 등 손괴), 제70조(노획물 훼손), 제71조(함선, 항공기의 복몰손괴)의 죄, 제75조(군용물 등 범죄에 대한 형의 가중) 제1항 제1호(총포·탄약 또는 폭발물의 경우)의 죄를 추가하였다. 5·18민주화운동기간 중 발생한 항공기(헬기)에 대한 발포 등 군용물에 대한 범죄행위를 군형법을 적용한 것으로 볼 수 있다. 전시가 아닌 시위로 인한 소요상태라 할지라도 일반인의 범죄행위에 대하여 군형법을 적용하도록 하는 것은 최소 범위로 제한하여야 한다.

IV. 향토예비군 관련 법령

1. 향토예비군설치법(현 예비군법)²⁰⁾

가. 1975년 개정 향토예비군설치법

1975. 7. 25. 개정된 향토예비군설치법 제2조는 예비군의 임무에 관하여 “예비군은 전시·사변 기타 이에 준하는 국가비상사태 하에서 현역군부대편성이나 작전수요를 위한 동원에 대비하며, 적 또는 반국가단체의 지령을 받고 무기를 소지한 자(이하 “무장공비”라 함)

20) ‘향토예비군설치법은 2016. 5. 29. 일부개정에 의해 향토예비군을 예비군으로 변경함에 따라 법 명칭도 예비군법’으로 변경하였다.

의 침투가 있거나 그 우려가 있는 지역 안에서 적 또는 무장공비를 소멸하고 중요시설과 병참선을 경비하며, 적 또는 무장공비의 공격이나 천재지변으로 인한 피해의 예방과 응급복구 등에 관한 임무를 수행한다”고 규정하고, 제7조 제1항은 예비군의 무장에 관하여 “예비군은 그 임무수행을 위하여 필요한 무장을 할 수 있다”고 규정하고, 같은 조 제2항은 예비군의 무기 사용에 관하여 “예비군은 출동한 때에 적 또는 무장공비를 소멸하는 전투에 한하여 무기를 사용할 수 있다”고 규정하고 있었다.

나. 1980년 개정 향토예비군설치법

향토예비군설치법은 1980. 12. 31. 개정되었다. 향토예비군의 임무를 조정하는 등 예비군제도 운영의 실효성을 확보하기 위하여 제도를 일부 개선하려는 취지로 개정이 이뤄졌다. 첫째, 향토예비군의 임무에 관하여 같은 법 제2조²¹⁾는 제3호에 “무장소요가 있거나 그 우려가 있는 지역 안에서의 무장소요의 진압(경찰력만으로 그 소요를 진압 또는 대처할 수 없는 경우에 한한다)”을 추가하였다. 둘째, 같은 법 제7조 제2항은 “예비군은 출동한 때에 제2조 제2호 내지 제4호의 임무수행을 위하여 무기를 사용할 수 있다. 다만, 제2조 제3호의 임무와 제3호의 지역 안에서 동조 제4호의 임무를 수행

21) 제2조 (임무) 예비군의 임무는 다음 각호와 같다.

1. 전시·사변 기타 이에 준하는 국가비상사태하에서 현역군부대의 편성이나 작전수요를 위한 동원예의 대비
2. 적 또는 반국가단체의 지령을 받고 무기를 소지한 자(이하 “武裝共匪”라 한다)의 침투가 있거나 그 우려가 있는 지역 안에서의 적 또는 무장공비의 소멸
3. 무장소요가 있거나 그 우려가 있는 지역 안에서의 무장소요의 진압(警察力만으로 그 騷擾를 鎮壓 또는 對處할 수 없는 경우에 限한다)
4. 제2호 및 제3호의 지역 안에 있는 중요시설·무기고 및 병참선등의 경비
5. 민방위기본법에 의한 민방위업무의 지원

하는 경우에 무기를 사용하지 아니하고는 무장소요를 진압하거나 중요시설 등을 경비할 수단이 없다고 인정되는 경우에 한하여 필요한 최소한도내에서 무기를 사용할 수 있다”고 규정하여 예비군이 무기를 사용할 수 있는 경우를 무장공비의 소멸을 위한 전투에 한하던 것을 무장소요지역에서 임무수행을 하는 경우로 확대함으로써 소요진압의 실효성을 확보하였다. 이 개정법은 현재 예비군법 제2조(임무)와 같은 법 제7조(무장)에도 그대로 적용되고 있다.

다. 소결

1980년 신군부세력은 5·18민주화운동 당시 전남·북 지역 예비군을 동원하여 광주에 투입하려고 했어도 당시 적용되던 향토예비군 설치법의 제2조의 임무에 광주와 같은 소요상황이 명시되어있지 않아 동원할 수 없는 한계가 있다는 것을 인지하였을 것이다. 더구나 예비군의 무기사용은 ‘적 또는 무장공비를 소멸하는 전투에 한하여’ 가능하다는 한계를 인식하고 법 개정이 필요하다고 판단하였을 것이다. 그래서 신군부는 예비군의 임무에 무장소요 부분을 포함하였고, 무기사용도 무장소요 진압과 중요시설을 경비하는 경우에도 가능하도록 개정하였다. 동원 예비군은 해당 지역에서 평시에 직장이나 지역에서 생업에 종사하다가 국가의 동원령선포에 따라 해당 군대로 동원되어 임무를 수행하므로 무장소요를 진압하는 주체가 되어 무장소요의 대상에 진압임무를 수행한다면 같은 지역에 거주하는 주민에 대해서 진압임무를 수행하게 된다. 이는 지역민을 지역 동원 병력으로 사용하여 진압하게 할 수 있으므로 해당 지역 작전의 수행에 효과적일 수는 있다. 그러나 해당 지역에서 생업에 종사하던 예비군을 진압작전에 투입한다면 결국 무장소요의 주체인 예비군의 친척·형제·지인 과 맞부딪치게 되는 결과가 발생할 것이다.

나아가 예비군이 무기까지 사용하게 되면 친척끼리 또는 지인끼리 총을 겨누게 되는 반인륜적인 상황이 발생하게 될 수도 있다. 실제 광주에서 1980. 5월에 예비군에 이러한 임무가 명시되어있는 상황이었다면 광주 전남에 거주하는 많은 수의 예비군이 동원되어 신군부의 소요진압작전에 투입되었을 것이며 각종 중요지역을 방어하는 최일선에 근무하면서 자신의 지역 주민을 향해 무기를 사용하게 되었을 것이다.

더구나 이러한 내용은 1980. 12. 31. 개정된 향토예비군설치법은 2016. 11. 30. 법 명칭만 변경된 ‘예비군법’에 제2조(임무)와 제7조(무기사용)에 그대로 존속하고 있어 문제점은 여전히 남아 있다. 이러한 법에 따른다면 앞으로 5·18민주화운동과 비슷한 사건이 다시 발생한다면 계엄사령관은 해당지역의 예비군을 동원하여 동일 지역의 국민을 향해 진압작전에 동원이 가능하고, 상황에 따라 무기 사용까지 가능하게 된다. 경찰력만으로 그 소요를 진압 또는 대처할 수 없을 때 소요의 진압이나 중요시설물을 방어하기 위해서 향토예비군을 동원하여 무기를 사용하게 하는 것이 과연 현재 상황에 적합한지를 검토하여야 할 것이다. 더구나 5·18민주화운동을 진압하고 신군부에 의해 향토예비군의 동원과 무기의 사용이 개정된 것은 개정 이전에 해당 법령에 향토예비군은 적 또는 무장공비에 대해서만 동원 및 무기사용이 가능하다고 제정되어 있었다는 점을 감안할 때 해당 법령에 대한 재검토가 필요하다.

2. 향토예비군설치법 시행령

가. 1978년 개정된 향토예비군설치법 시행령

1978. 9. 13. 개정된 향토예비군설치법 시행령 제16조(긴급조치의

제한) 제1항은 “군부대의 장 또는 법 제14조 제2항과 이 영 제8조 제2항의 규정에 따라 위임을 받은 경찰서장은 다음 각호의 1 ① 적 또는 무장공비가 부락에 침투하였거나 민가에 침입하였을 때에 그 적 또는 무장공비의 소멸작전 상 긴급 부득이 하다고 인정되는 경우, ② 적 또는 무장공비의 침투·밀거 및 퇴로 지역 내에서 그 적이나 무장공비를 고립시키기 위하여 전술상 다른 방법이 없다고 인정되는 경우)에 해당하는 경우에 한하여 법 제8조제1항²²⁾의 규정에 따른 긴급조치를 할 수 있다”고 규정하고 있었다.

나. 1981년 개정된 향토예비군설치법 시행령

1981. 4. 17. 개정된 향토예비군설치법 시행령 제16조(긴급조치의 제한) 제1항은 “군부대의 장 또는 법 제14조 제2항과 이 영 제8조 제2항의 규정에 따라 위임을 받은 경찰서장은 다음 각호의 1 ① 적이나 무장공비 또는 무장폭도가 부락에 침투하였거나 민가에 침입하였을 때에 그 적 또는 무장공비의 소멸 또는 무장폭도의 체포를 위하여 작전상 긴급하고 부득이하다고 인정되는 경우, ② 적이나 무장공비 또는 무장폭도의 침투·은신 및 퇴로 지역 내에서 그 적이나 무장공비 또는 무장폭도를 고립시키기 위하여 전술상 다른 방법이 없다고 인정되는 경우)에 해당하는 경우에 한하여 법 제8조제1항의 규정에 따른 긴급조치를 할 수 있다”고 규정하고 있다. 이전 법령이 적이나 무장공비에 제한되었던 긴급조치를 무장폭도에도 포함한 것으로 볼 때 해당 시행령 또한 5·18민주화운동이 개정의 이유로 추가되었음을 추정해 볼 수 있다. 또한, 현행 예비군법 시행

22) 제8조 (긴급조치 및 보상) ① 국방부장관은 예비군이 그 임무수행을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 필요한 범위 안에서 주민의 소개·피난 또는 교통·조명·출입의 제한 등을 명령하거나, 그 임무수행에 지장이 있는 주민의 재산을 제거할 수 있다.

령 제19조(긴급조치)에서도 ‘무장폭도’를 포함하고 있어 당시 개정된 법령이 지속해서 적용되고 있음을 확인할 수 있다.

다. 소결

시위대가 저항권을 행사하기 위해 무장한 경우 무장폭도로 규정하여 적과 동일시하여 긴급조치를 하는 경우 다음 3가지 문제를 감안하여 적용해야 할 것이다. 첫째, ‘무장폭도’의 개념 정의가 명확히 규정되지 않는 이상 해석상 논란의 여지가 있다. 둘째, 저항권을 행사하기 위해 무장한 시위대가 부당한 공권력 행사에 저항한 경우 정당행위로서 위법성이 조각된다 할 것이다. 셋째, 시위대가 저항권을 행사하기 위해 무장투쟁을 하는 경우 예비군이 긴급조치를 취함에 있어서는 국민의 권리를 제한하는 경우에 적용되어야 할 헌법 제37조 제2항의 요건을 갖추어야 할 것이다. 즉, 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다. 위 규정의 긴급조치는 계엄법 제8호에 근거규정을 두고 있으나, 구체적 위임의 원칙과 최소 침해의 원칙이 엄격히 적용되어야 할 것이다.

V. 나오는 글

이상의 연구에서 5·18민주화운동 이후 1980년 신군부세력이 개정한 법령 중 국방부 소관이면서 5·18민주화운동과 관련이 있는 법령을 살펴보았다. 검토한 내용을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 「계엄법」은 1981년 개정되어 ‘사회질서가 극도로 교란되었

을 때'에도 비상계엄을 선포할 수 있는 법적 근거를 만들어 법 개정 이후 발생하는 시위에 대하여 '사회질서가 극도로 교란되었다'고 판단되면 비상계엄을 선포할 수 있게 되었다. 국민의 기본권을 심각하게 침해할 수 있는 조항이라고 할 수 있다. 개정 이전의 법령이 제정되었을 입법취지를 명확하게 확인하여 개정할 필요가 있다. 또한, 「계엄법 시행령」에서는 비상계엄 발령권자의 권한 남용을 방지하기 위해서는 최소한 1970. 6. 16. 개정된 계엄법 시행령 제3조와 제4조가 규정했던 것처럼 '질서 교란 지역'과 '질서가 극도로 교란된 지역'의 정의규정을 신설하여야 할 것이다. 「계엄사령부 직제」에서는 합동수사본부의 기능을 축소하거나 삭제하거나 그 기능을 견제할 수 있는 기구를 신설하여 합동수사본부의 월권행위를 방지하여야 한다.

둘째, 「군법회의법」은 이전에는 없었던 군사비밀과 관련된 법령(군사기밀보호법 제8조, 현재 법령 제13조)의 죄와 미수범에 대한 재판권을 가진다고 추가하였는데, 군이 제2조의 신분적 재판권과는 별도로 제3조의 그 밖의 재판권으로 추가한 이유는 군사기밀보호법을 위반하거나 미수범인 민간인을 군사법원에서 재판권을 가지려고 한 의도라고 볼 수 있다. 이러한 이유는 5·18민주화운동을 거치면서 군사중요시설과 군사비밀과 관련된 여러 가지 군사자료들이 외부로 누출되면 군사재판을 거쳐 처벌할 수 있도록 한 근거가 되기 때문에 이러한 조항으로 5·18민주화운동이후 신군부의 총정작전이나 기타 광주진압작전 등의 군사자료 등을 입수하여 신군부의 위법적인 행위를 연구한다면 또는 군내부에서 이에 대한 자료를 외부로 유출한다면 이 법령에 근거하여 민간인이든 예비역이든 군사비밀보호법위반으로 군사법원에서 재판하겠다는 것이다. 군사기밀보호법을 위반하거나 그 미수범에 대해서 민간인은 군사법원이 아

년 일반법원에서 재판을 받을 수 있도록 개정하여야 할 것이다.

셋째, 「군형법」도 군법회의법과 유사한 개정이 이뤄졌다. 개정 이전에 군인 이외에 대상에 대해서는 군형법의 적용이 매우 엄격하게 제한되어 있었으나 5·18민주화운동 기간에 군용시설·장비 등에 대한 손괴 행위와 총포·탄약 등의 군용물 범죄에 대한 범죄를 민간인을 대상으로도 군형법을 적용하도록 개정하였고, 간첩 활동의 대상에 부대이동지역, 대간첩작전지역, 기타 군의 특수작전을 수행하는 지역으로 개정하여 간첩 활동으로 의심된다면 간첩죄를 적용할 수 있도록 개정하였다. 이러한 법령은 현재의 군형법에도 같이 적용되고 있다. 군형법을 적용받는다라는 의미는 실제 형법보다도 높은 법정형이 선고된다는 점에서 일반인의 범죄행위에 대하여 군형법을 적용하도록 하는 것은 최소 범위로 제한하여야 한다.

넷째, 제5공화국 당시 개정된 「향토예비군설치법」에는 그 이전 법령에는 없는 무장소요사태에 대한 예비군의 무기사용이 법령에 기재되어있으며 현재 같은 법령에도 여전히 남아 있다. 만일 대한민국 어느 지역에서 1980년 광주와 같은 민주화운동이 다시 발생한다면, 국가권력에 의해 해당 지역의 예비군을 동원하는 것이 합법적이 되며, 동원된 예비군이 같은 지역에서 민주화운동에 참여한 국민에 대해서 무장을 사용하는 것이 위법이라고 할 수 없게 되고, 무장을 사용하라고 지시를 한 국가권력에 대해서도 위법행위라고 할 수 없게 된다. 무장소요라는 정의를 명확하게 할 수 없는 상황에서 국가권력이 민주화운동을 무장소요로 정의하고 예비군을 동원하여 무장사용의 지시를 하면, 무장사용자체의 위법성이 아니라 그러한 민주화 운동을 무장소요로 볼 것인지 여부가 논쟁의 중심이 되는 아이러니가 발생하게 된다. 이러한 법령에 대해서는 과연 무장소요의 진압업무를 향토예비군의 임무에 추가할 것인지와 추가할 경우의 무

장소요는 어떤 상황인지 여부에 대해서도 검토가 필요하며, 무기사용에 대한 조항에서도 그 사용조건을 매우 엄격하게 검토하여 그 시행에 있어서 제한사항을 규정하도록 하여야 할 것이다. 「향토예비군설치법 시행령」은 시위대가 저항권을 행사하기 위해 무장한 경우 무장폭도로 규정하여 적과 동일시하여 긴급조치를 하는 경우에는 헌법 제37조 제2항의 요건을 엄격히 적용하여야 한다.

사물의 현상은 어떤 패러다임으로 보느냐에 따라 다르게 보인다. 토마스 쿤은 「과학혁명의 구조」에서 패러다임이라는 개념을 적용하여 사물의 본성이 그 패러다임에 따라 달리 인식되며, 사람에 따라 집단에 따라 그 현상의 왜곡이 발생한다고 하였다.²³⁾ 5·18민주화운동에 대하여 우리나라는 두 개의 패러다임이 존재한다. 민주화운동으로 보는 인식과 폭도들의 폭동으로 보는 인식이 있다. 이러한 양분된 인식은 진실에 대한 왜곡을 심각하게 발생시키게 되며 자신만의 인식을 강화하게 하여 상대방을 적으로 인식하게 만든다. 5·18민주화운동은 우리나라 헌정질서를 파괴하는 수단으로 정권을 찬탈하려는 신군부세력에 맞서서 시민들이 민주주의와 법치주의를 회복하고자 저항했던 운동이다. 그러나 신군부세력과 그 추종세력은 역사적 진실을 은폐하고 왜곡하였으며, 1980년 당시의 불법적인 행위에 대해서 법령에 근거한 합법적인 행위였다는 면죄부를 주기 위하여 사후적인 조치로 수많은 법령을 제·개정하였다. 그러한 법령은 현재에 이르도록 존속하고 있다. 5·18민주화운동과 비슷한 상

23) 비트겐슈타인의 오리 또는 토끼 그림은 길쭉하게 나온 부분을 부리로 보면 오리 같기도 하고, 그 부분을 귀로 보면 토끼같이 보이기도 한다. ‘이 그림은 오리다’라는 명제와 ‘이 그림은 토끼다’라는 명제는 어떤 관점으로 보느냐에 따라 둘 다 참일수도 있고 둘 다 거짓일 수도 있다. 이렇게 인간의 직관과 심지어 사유까지도 각자의 세계관이나 그가 처한 상황, 환경 등에 의해 각기 다른 모양으로 인식되고 표출되기도 한다. 토마스 쿤, 김명자 역, 「과학혁명의 구조」, 까치글방, 2013.

황이 다시 재현하는 경우 이러한 악법적인 법령들이 힘을 발휘해 부당한 공권력 행사에 합법성을 부여해 줄 위험성이 있다. 지금이라도 5·18민주화운동에 대한 제대로 된 프레임을 가지고, 80년 5공화국 당시에 제·개정된 법령에 대한 면밀한 검토가 필요하다. 이 노력의 시작이 40여 년간 우리의 인식을 양분하였던 5·18민주화운동에 대한 생각의 통합에 조그만 보탬이 되기를 바란다.

참 고 문 헌

1. 단행본

- 고문현, 「헌법학개론」, 박영사, 2020.
권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2009.
김철수, 「헌법학」, 박영사, 2008.
성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2021.
이재승, 「국가범죄」, 앨피출판사, 2010.
정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2014, 1282면.
토마스 쿤, 김명자 역, 「과학혁명의 구조」, 까치출판사, 2013.
허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2021.

2. 논문

- 고문현·고문철, 계엄에 관한 연구, 법학논총 47, 숭실대학교 법학연구소, 2020.
백윤철, 국가긴급권과 제주 4·3민주항쟁, 한양법학 29(3), 한양법학회, 2018.
송기춘, 헌법 제77조, 헌법주석[국회, 정부], 한국헌법학회편, 경인문화사, 2018.
오병현, 계엄법의 기원과 문제점, 사법행정 35(1), 한국사법행정학회, 1994.

3. 기타

- 국회 의안정보시스템 [<http://likms.assembly.go.kr/bill>]
미디어 오늘 2018. 8. 15.자 [<http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=144096>]
법제처 국가법령정보센터 [<http://www.law.go.kr>]
연합뉴스 2018. 8. 7.자 [<https://www.yna.co.kr/view/AKR20180806144751001>]
판례하우스 [<https://casehouse.tistory.com>]
한겨레 신문 2018. 7. 5.자 [<https://news.v.daum.net/v/20180705223936576>]
헌법재판소 재판정보 [<http://search.ccourt.go.kr>]

<Abstract>

**A legal review of the Acts relating the May 18
Democratic Movement
- Focused on the Ministry of National Defense's revised laws
after the May 18 Democratic Movement -**

Kim, Nam-Jin* · Hwang Bo, Keun**

There are still cases in which the law, which was enacted and revised in the 5th Republic, when the new military forces took power through a coup in 1980, remains the laws that the Korean people must abide by more than 40 years later. If a situation similar to the May 18 Democratic Movement occurs again in the future, the law, which was arbitrarily enacted and revised by new military forces in 1980, could be abused as a justification for national violence. This study cover the laws under the Fifth Republic, enacted and amended by the new military forces in 1980, that are under the jurisdiction of the Ministry of National Defense and related to the May 18 Democratic Movement. The purpose of enacting and revising laws at the time and whether it is necessary to continue to exist at the present time is reviewed and appropriate revision measures are presented. In the process of such review, I would like to confirm that the new military forces' acts of national violence at the time lacked legitimacy and legitimacy. In addition, if such laws had been enacted or amended at the time of the democratic movement, the people who participated in the democratic

* Ph.D in Law, Researcher in Institute for Legal Studies at Chonnam National Univ.

** Ph.D in Police Securities, Support team in The May 18 Democratization Movement Truth Commission(Lieutenant Colonel).

movement, such as the June 1987 uprising and the 2017 candlelight demonstration, would have been severely damaged by the law. Problems and improvement measures of statutes examined in this study are as follows;

First, 「The martial law」 showed the problem that the requirement to declare emergency martial law is changed to “extremely disturbed order” by the previous “the state of engagement with the enemy”, 「The Enforcement Decree of the Martial Law Act」 eliminates the definition of “disturbed order” and “extremely disturbed order”. and 「The martial law command post system」 may be abused by the concentration of functions of the joint investigation headquarters. Second, 「The Military court law」 shall minimize the public's right to judged by the military court in peacetime. Third, 「The Military Criminal Act」 shall limit the application of criminal acts of ordinary people to the minimum extent. Fourth, 「The Local Reserve Forces Installation Act」 requires a restriction clause if the local reserve forces use weapons to suppress the civilian forces. In addition, 「The Enforcement Decree of the Local Reserve Forces Act」 shall strictly apply the requirements of Article 37 (2) of the Constitution law when protesters are armed to exercise their right to resist and take emergency measures identifying them with the enemy.

Key Words : The May 18 Democratic Movement, The Acts relating the May 18 Democratic Movement, The Defense Ministry, The Martial Law Act, The Military Court Act.

