

전두환·노태우 대법원 판결 20주년 학술대회

사법 판결과 정치적 사면에서 본 한국 민주주의의 현 단계

2017. 4. 17

국회의원회관 제1소회의실

5·18기념재단

개회사

차명석
5·18기념재단 이사장

먼저 바쁘신 가운데에도 불구하고 이 자리에 함께하여 주신 여러 국회의원님, 교수님, 그리고 각계의 시민 여러분께 깊은 감사의 말씀으로 올립니다.

특히 더불어민주당 이개호 의원님, 국민의당 최경환 의원님께서서는 이 자리를 마련하는 데 격려와 후원을 아끼지 않으셨습니다. 감사드립니다.

다들 의식하고 계시겠지만 어제는 바로, 그간 온 국민의 가슴 속에 깊은 상처를 남긴 세월호 사건 3주기였습니다. 우리는 대통령 박근혜의 탄핵과 목하 진행 중인 국정농단에 대한 심판을 이끈 건 바로 3년 전 세월호가 진도 앞바다 속에 가라앉음과 동시에 떠오른 근본적인 의문, ‘이게 나라인가’라는 의문이었음을 알고 있습니다.

돌이켜보면 37년 전 광주의 5월은 우리에게 처음으로 그러한 의문을 던져주었던 사건이었습니다. 그리고 ‘이게 나라인가’라는 물음 속에 당시 광주시민들은 군사반란 세력과 맞서 싸우면서 태극기를 들었고 애국가를 목청껏 불렀습니다. 그리고 진짜 폭도는 광주시민이 아니라 바로 저들, 군사반란을 통해 민주공화국을 유린한 전두환·노태우 등임을 무죄한 피로써 증언하였습니다.

20년 전 4월 17일은 바로 대법원 확정 판결에 의해, 5.18민주화운동은 민주공화국의 헌정 질서를 수호하기 위한 정당행위이고 이를 폭력과 학살로 진압한 저들의 행위야말로 군사반란이고 내란이며 내란목적 살인이라는 점을 실정법으로 분명히 한 역사적인 날입니다.

우리는 오늘 이 역사적인 날을 맞이하여 그 법적·역사적·정치사회적 의미를 되짚어보고자 합니다. 그리하여 5.18의 정신이 1987년 6월항쟁을 거쳐 2017년 촛불집회에 이르기까지 우리 국민들 마음속에 시퍼렇게 살아있음을 재확인하고자 합니다.

오늘 학술대회 바로 얼마 전 전두환과 이순자 씨의 회고록이 각각 출간되었습니다. 후안무치한 발뺌과 궤변으로 일관하고 있는 그들의 회고록에 대해 철저한 검토와 비판이 마땅히 있어야 할 것이나 두 사람의 회고록이 나오기 전에 이 학술대회가 기획되고 준비되어 온 터라 오늘 이에 대한 토론이 충분치 않을 수 있습니다. 이 점에 대해 저희 5.18기념재단은 결코 좌시하지 않고 철저히 대응해 나갈 것을 약속드리며 양해를 구합니다.

아무쪼록 끝까지 경청해주시고 적극적으로 의견을 개진해주시길 바라마지 않습니다.

감사합니다.

축 사

국회의원 이개호(더불어민주당)

안녕하십니까? 이개호 의원입니다.

「전두환·노태우 대법원 판결 20주년 학술대회」 개최를 진심으로 축하드리며 함께해주신 모든 분들을 환영합니다. 특히 학술대회를 주최하신 5·18기념재단의 노고에 감사의 말씀과 더불어 격려인사를 드립니다.

5·18광주민주화운동은 유네스코기록유산에 등재된 우리민족의 자랑스러운 세계적인 유산이자 민주화를 이루는 기폭제가 되었고 민주정신의 근간입니다.

그러나 최근 5·18광주민주화운동의 자랑스럽고 숭고한 정신을 왜곡·편협하여 민주정신을 더럽히는 세력들이 있습니다. 박근혜 국정농단의 ‘비선실세’ 최순실이 5·18 기념사를 가위질하여 광주정신을 모독하는 충격적인 행위가 사실로 밝혀졌고 또한, 박승춘 보훈처장은 5·18기념식 때 ‘임을 위한 행진곡’ 제창을 거부하는 등 ‘5·18민주정신 홀대’에 지속적으로 앞장서 국민 분열과 사회적 갈등을 심화시켰습니다.

20년 전 오늘 1997년 4월 17일은 광주학살의 주역 전두환 정권이 마침내 사법부의 심판을 받은 날이었습니다. 하지만, 법적처벌에도 불구하고 참회는커녕 37년 전 쿠데타에 대한 반성과 사죄 없이 자신이 5·18광주민주화운동의 피해자인 것처럼 역사적 사실을 왜곡하며 광주정신을 훼손하는 만행을 보이고 있습니다.

이제 광주정신 훼손행위는 새정부가 청산해 나가야 할 적폐 중 하나이기도 합니다. 민주정부 수립을 통해 광주정신 훼손을 반드시 근절해 나가야 하겠습니다.

이번 학술대회가 37년 전 5·18광주민주화운동 정신에 대한 올바른 역사인식과 20년 전 전두환·노태우의 법적 처벌의 역사적 의미를 되새김으로써 광주정신을 계승하는 한편, 민주정신을 왜곡하고 편협하는 행위가 근절될 수 있는 방안들이 심도 있게 논의될 수 있길 기대합니다.

오늘 논의된 내용들을 중심으로 정치권에서도 많은 노력을 경주해 나가겠습니다. 다시 한 번 오늘 학술대회에 참석하신 모든 관계자분들께 감사의 말씀을 드립니다.

감사합니다.

축 사

국회의원 최경환(국민의당)

「전두환·노태우 대법원 판결 20주년 학술대회」 개최를 축하드립니다.

내란 살인죄로 전두환·노태우 전 대통령의 학살 책임을 인정하는 대법원 판결이 난지 올해로 20주년을 맞았습니다. 대법원 확정판결 20주년을 맞아 사법처리의 법적·역사적·정치사회적 의미를 되돌아보고 한국사회 민주주의와 역사적 정의 문제를 진단하기 위해 귀중한 시간을 갖게 되었습니다.

현재 대한민국에서는 또 한 명의 전직 대통령이 구속돼 있습니다. 무소불위의 권력자에서 뇌물수수 등의 범죄자로 전락한 박근혜 전 대통령을 보면 만감이 교차하지만 잘못을 저지른 사람이 벌을 받는 것은 법치주의 사회에서 당연한 일입니다. 검찰과 법원은 박 전 대통령 처리 과정에서 법이 만인에게 평등하다는 것을 보여줬습니다. 물론 이 같은 결정은 민주주의를 향한 국민들의 노력과 염원이 있었기에 가능했습니다.

광주학살을 주도한 전두환·노태우 대법원 유죄 확정판결 20주년을 맞았지만 아직도 끝나지 않은 5·18 진상규명, 책임자 처벌과 5·18 국가공인보고서 채택, 임을 위한 행진곡 공식기념곡 지정, 5·18에 대한 왜곡·폄하 등 해결해야 할 여러 과제들이 남아있습니다. 현재 대한민국의 과제는 정의와 상식이 바로 선 나라를 만들라는 국민의 준엄한 명령을 받드는 것입니다. 우리 모두 민주주의와 법적정의를 바로 세우는데 최선을 다해야하겠습니다.

이번 학술대회를 위해 수고하신 관계자 여러분의 노고에 감사드리며 토론회에 참여하신 모든 분들께 건강과 행운이 함께하기를 바랍니다.

감사합니다.

전두환·노태우 사법 판결의 역사적 의미와 한계

안병욱

전 진실과화해를위한과거사정리위원회 위원장

1. 머리말

20년 전인 1997년 4월 17일 대법원은 전두환 노태우 등 16명 피고인의 내란목적살인 등 혐의에 대해 원심인 서울고법 판결대로 무기징역, 무죄 등의 형을 확정하는 판결을 선고하였다. 이로써 1995년부터 시작된 '12·12 반란'과 '5·18 내란' 죄에 대한 재판은 3년여 만에 끝이 났다.

사람들은 12·12 군사반란과 5·18 내란 그리고 광주 시민학살의 문제를 다른 재판에 대해 세기적이라 표현한다. 그 재판이 역사적으로 새겨볼 중요한 의미를 지녔음을 나타내는 말이다. 이는 두 전직 대통령을 비롯하여 무소불위의 권력을 구사하던 인사들을 한꺼번에 재판정에 세우는 일이 통상적인 상황에서는 접하기 어려운 탓에 나온 표현이다.

역사적으로 전제군주나 독재자들을 심판하고 처벌했던 일은 혁명의 와중에서나 가능했었다. 격동의 시기를 놓치면 지난 잘못을 심판할 기회를 잃게 되는 것이다. 뒷날 역사에서는 대부분 그 잘못을 용인하고 말았다. '전·노 재판' 때처럼 사법제도에 따른 실정법으로 처벌하는 경우는 드물었다.

어쩌면 우리는 과거청산을 놓고 세계사적으로도 중요한 실험을 했던 셈이다. 혁명이 아닌 실정법 절차에 따라 지난날의 역사적 과오를 규명하고, 그 책임을 묻고, 오욕의 과거를 청산하고자 했다. 사람들은 과거사 청산작업이 이런 과정을 통해 역사의 희생자들도 만족할 수 있는 수준으로 이루어지기를 기대했다. 만약 그런 성과를 얻는다면 우리는 인류사에 새로운 기록을 추가하게 될 것이다.

역사를 두고 역사심판을 연상하는 일이 많다. 또 그 역사심판은 진실에 근거하여 공정하게 이루어질 것으로 기대한다. 그래서 사람들은 부당하고 터무니없는 반문명적인 현상이 목전에서 자행되더라도 뒷날 공정한 평가와 심판이 이루어지길 기대하면서 희망을 잃지 않으려고 한다. 그러나 역사의 심판이란 사람들이 바라는 것과는 일정한 거리가 있으며 그 실체가 구체적이거나 명백하게 존재하는 것도 아니다. 그나마도 뒤늦게 제기되어 대부분 실질적인 성과를 얻을 수 없는 건조한 일이 되고 만다. 곧 역사적인 교훈을 남겨주는 정도일 뿐이지 목전에서 진행되는 역사과정에 직접 개입하여 잘못된 부분을 바로잡고 책임을 묻는 일은 아니다.

일반적으로 어떤 인물이나 사건에 대한 역사적인 평가는 그 인물이나 사건으로부터 사회가 더는 직접적인 영향을 받지 않을 때 이루어진다. 인물의 경우에는 대개 그 대상이 사망한

후에, 사건의 경우에도 상당한 시간이 지난 후에 비로소 객관적이고 올바른 평가가 가능하다. 그래서 역사적인 심판이란 자칫 호사가들의 일이 되거나 책임 회피를 위해 둘러대는 핑계에 지나지 않게 된다.

이와는 달리 사법적인 재판은 현실에서 직접 행해지는 심판이다. 재판은 주어진 일의 시비를 가려 유무죄 여부를 판단하고 책임의 소재를 밝히며 그에 따르는 처벌을 가한다. 잘못이 있는 자는 곧 책임을 지며 피해를 본 사람은 적당한 배상을 받을 수 있게 된다. 곧 재판은 당사자들의 이해관계에 직접 영향을 미치며 이 때문에 때로는 시원한 감정을 느낄 수 있게 한다.

사법적인 재판은 이렇게 역사적인 평가에 우선해 효과적이고 직접적인 성과를 가져다주는 것으로 보인다. 그러나 재판은 실정법 조문에 의거해 판단한다. 실정법이란 현실을 지탱하고 있는 지배구조이다. 곧 법정은 가장 현실적이고 보수적인 규범이 지배하는 곳이다. 또한, 손에 잡히는 분명한 증거가 절대시 되는 곳이다. 구체적인 증거가 없이는 어떤 책임도 묻지 못하는 곳이 법정이다. 때로는 이런 한계가 시대착오적 편견이나 기만적인 궤변을 용인하고 마치 진실인 것처럼 합리화해준다. 재판정은 그 기준을 역사로부터 구하지 않고 실정법에서 마련함으로써 현실론에 얽매이게 되고 제도의 틀에 구속되고 사람들의 이해관계에서 벗어나지 못하게 된다. 말하자면 사법적인 것과 역사적인 접근의 차이이다.

사법의 법정을 통해서 역사적인 심판을 기대한다는 것은 처음부터 명백한 한계를 안게 되는 것이다. 이런 면은 12·12반란과 5·18내란 재판에서도 그대로 확인되었다. 12·12반란과 5·18내란 재판경과에서 확인할 수 있는 것은 사법적인 재판으로 역사의 심판을 대신하기 어렵다는 점이다.

2. 역사 파괴 범죄와 현실 법정

‘전·노 재판’ 법정은 역사파괴의 범죄자들을 다스리기에는 너무 현실에 얽매어 있었다. 그곳은 형식적인 절차가 다른 무엇보다 우선하고 인간의 상식과 이성도 형식 논리에 밀려나야 했다. 현실 속의 가해자는 그 안에서는 보호받아야 할 피해자였으며 대신 역사의 희생자들이 가해자로 취급되었다. 역사의 진실은 피고인들의 궤변 앞에서는 별다른 의미를 지니지 못했다.

이런 법정에서 전두환 등은 민족과 역사에 지은 죄에 대한 응분의 짓값을 생각하는 대신 권력다툼에서 박해를 받은 것이라며 억울하게 여겼다. 현재도 정승화 측이 반란이며 최규하는 위기에 처한 국가를 담당할 능력이 없어 유능한 ‘전두환 장군’에게 정권을 이양했던 것이라는 주장이 계속된다.

또 그들은 재판 당시의 김영삼 정부는 본질에서 1990년 노태우 정권의 3당 합당을 통해 탄생하였기 때문에 12·12로부터 이어진 권력 창출의 정당성을 당해 정부 스스로 부인할 수 없다는 것이다. 그러므로 당시 정부가 이미 1994년과 1995년 두 차례에 걸쳐 12·12와 5·18을 불기소 처분하여 종결지은 바 있다고 주장하였다. 당시 검찰은 전두환 등의 피의자를 군사반란으

로 기소하는 경우 재판과정에서 과거사가 반복 거론되고 법적 논쟁이 계속되어 국론분열과 대립양상을 재연함으로써 불필요하게 국력을 소모할 우려가 있으므로 불기소 처분한다고 했다. 또 5·18 내란에 대해서도 만약 국가의 기본적인 통치조직이 변경되고 지배권력이 교체되는 등 내란이 성공하였을 때는 파괴된 구법으로 현행질서를 처벌할 수 없다는 논리로 불기소 처분을 내린 바 있다.

그래서 피고인 측은 현재 법정에서 있는 자신들이야말로 정당한 평가를 받지 못하는 역사의 희생자라고 주장하면서 오히려 이 재판을 통해 그간 자신들에게 가해졌던 의혹과 비난을 말끔히 세탁할 기회로 삼겠다는 의도를 나타냈다. 전두환은 모든 혐의 사실을 실무자들이 시행한 일이며 자신은 구체적으로 보고받지 못했고 소관 사항도 아니었다는 식으로 부하들에게 떠넘기면서 회피하였다. 혹은 최규하 대통령의 결재와 지시를 받아 업무를 수행했을 뿐이어서 자신은 책임이 없다고 강변했다. 대통령의 자리에 앉은 후 행한 사항들에 관해서는 사법적인 재판이 아닌 뒷날 역사에서 평가받고 싶다면 서 목비권을 행사하였다.

노태우는 12·12 당시 정승화를 지지했던 육군본부 측이 반란군이고 전방 사단까지 빼들린 자신들은 반란군이 아니라고 주장했다. 그의 사고는 ‘육세를 전 최규하가 우리 수중에 있었다’는 식의 유치한 수준이었으며 중국 춘추전국시대의 권력 쟁탈전을 염두에 둔 시대착오적인 차원에 지나지 않았다. 곧 그들은 대통령이란 직책을 마피아의 총수쯤으로 여겼으며 그런 인식을 하고 재임 기간에 천문학적 규모의 뇌물을 갈취하였다.

다른 피고인들도 내세우는 논리나 책임 전가의 행태는 마찬가지였다. 광주에서 공수부대가 자행한 폭력 살인과 시민학살의 만행에 대해 피고인 누구도 자신에게 책임이 있다고 시인하는 자는 없었다. 발포 명령에 관여한 피고인도 없었다. 당시 특전사령관이었던 정호용은 광주항쟁이 진행된 열흘 가운데 8일간이나 광주에 머물렀음에도 휘하 부대를 현지 지휘부대인 전교사에 배속시켰기 때문에 자신은 공수부대에 어떠한 지휘권도 행사한 적이 없으며, 당시의 작전 상황을 보고받은 바도 없고 따라서 아무런 책임질 일이 없다고 역지를 부렸다.

신문을 받는 모든 피고인은 기억이 선택적이어서 필요에 따라 자신들에게 불리한 신문 사항에 대해서는 15년 전의 일이라 기억이 나지 않는다고 발뺌하다가도 유리해 보이는 대목에서는 어제오늘의 일처럼 확신에 찬 모습으로 대답하였다. 불리한 사항에 대해서는 아무리 명백한 증거가 있더라도 이를 부인하였다. 그런 모습을 보면서 우리 사회가 저런 사람들에게 13년간이나 국권을 농락당하였다는 사실이 더욱 한심하고 서글퍼지기까지 했다.

그들의 주장대로라면 수천 명 시민이 사상당한 결과는 있지만 이에 책임질 사람은 아무도 없는 완전 범죄가 행해진 것이다. 그들은 모든 국민을 기만하고 역사마저도 속일 수 있다고 생각했던 것 같다. 신군부 세력은 처음부터 이와 같은 완전 범죄를 노렸다고 해야 할 것인가. 그래서 임기 중에는 훌륭한 지도자로 칭송받았고 퇴임 시에는 갈취한 수천억 뇌물을 챙겨 나왔다.

피고인들은 1979년 12월 13일 보안사에서 지난밤의 반란에서 승리한 축배를 들고 기념사진을 촬영하였다. 그 사진은 앞으로 있을 논공행상에서 중요한 논거가 되는 것이다. 중심부를 향해 서열대로 도열하는 모습을 빛바랜 화면을 통해 확인할 수 있었다. 사진 속의 위치도 중

요한 판에 그 자리에서 빠졌다는 것은 앞으로 출세에서 큰 문제가 아닐 수 없었다. 그래서 박준병 같은 이는 기념촬영에 참여했던 것처럼 뒷날 그 사진에 자신의 모습을 끼워 넣은 조작도 했다. 그러나 그런 조작조차 불가능했던 사람들은 12·12 무공에 해당할 만한 별도의 공로를 세워야 했다. 그런 공로를 세울 기회는 5·18 내란과정에서 충분히 제공되었다. 정호용 등이 공수부대를 대학과 시위현장에 투입하여 무자비한 진압작전을 전개하고, 시민학살의 만행을 자행토록 한 데에는 이런 측면이 작용했다. 그 결과 1980년 광주에서 수백 명 시민을 학살하고 그 핏자국 위에서 그들은 또다시 축배를 들었으며 시민학살의 공로로 최고의 무공훈장을 받았다.

그러나 역사가 바뀌어 지난날의 기념촬영이나 공적조서 그리고 무공훈장들은 그대로 확실한 범죄증거가 되었다. 더욱이 그들은 자신들의 쿠데타 행위를 혁명으로 미화한 5共前史를 집필하여 뒷날의 역사기록으로 전달하고자 했다. 하지만 그들이 저지른 범죄는 크고 중대하지만, 그 범죄를 확인해주는 증거는 너무 소략했다. 증거라고 해봐야 예컨대 12·12 전후 보안사에 출입한 차량기록부 등에 불과했다. 그나마도 이 차량출입기록은 당시 보안사 참모장이 언젠가는 역사적으로 증언할 때가 오리라고 예상하고 그때를 대비하여 겨우 챙겨 나온 것이다.

그런데도 법정의 논리는 눈에 보이고 손에 잡히는 실증으로 범죄를 증명해야 했다. 실증이 없으면 그들이 무슨 죄를 저질렀건, 역사를 어떻게 파괴했건, 무슨 피해를 일으켰건, 실정법으로 심판하기는 어려웠다. 오히려 재판을 통해 면죄부를 주거나 범죄의 더러운 얼룩을 세탁해주는 지경이었다.

피고인들은 최후 진술을 통해 그 재판에 대한 의견을 드러냈다. 전두환은 과거 정권에 대한 정치 보복적인 재판이 그에게서 끝나기를 바란다고 했다. 노태우는 한 시대의 역사를 사법적으로 심판하고 있으나 역사는 그 자체로 존재하는 것이지 다시 쓸 수도 지울 수도 없으며 평가의 대상은 될 수 있어도 심판의 대상은 될 수 없다고 했다. 모든 피고인은 시종 정치보복이라고 강변하면서 재판에 임하였고, 재판은 근본적으로 잘못된 일이며 기껏해야 피해자들의 한풀이에 지나지 않는다고 주장했다.

무엇보다 변호인들이 항소심 재판부에 제출한 항소이유서에서 드러낸 속내는 심각했다. 변호사들은 문건의 결론에서 “이 사건 재판은 그 재판 자체가 머지않아 심판의 대상이 될 것이라고 합니다”라고 은밀히 꾸며지고 있는 음모의 일단을 내비치면서 “세칭 광주사태가 왜 어떻게 해서 일어났는가 계엄군 진주 이전의 사상자는 누구에 의해서 저질러진 것이며 계엄군에 의하지 아니한 총상에 의해서 사망한 시신은 누구에 의해서 사망한 것인가 아직까지도 그 신원이 밝혀지지 않은 시신은 누구의 것이며, 계엄군에 무력으로 저항하여 관공서를 점거한 무리와 혁명정부의 수립 선포를 주도한 자의 정체는 무엇인지를 기필코 밝혀 광주문제의 진상을 명백하게 하는 것 또한 원심 등 법원에 부과된 역사와 민족에 대한 소임임을 잊어서는 안 될 것”이라고 하면서 끝을 냈다. 이 어처구니없는 궤변은 현재까지도 극우 폭력세력을 총동원하면서 심각한 광기를 유발하고 있다.

3. 재판을 통한 역사평가

1979년 10·26으로부터 시작된 한국 현대사의 큰 흐름이 전두환 일당의 쿠데타에 의해 파괴되고 얼룩진 역사가 되었다. 이 역사를 두고 1995년부터 진행된 사법부의 재판은 또 다른 역사로 기록되었다. 그 재판을 통해 우리는 현대사 최초로 과거사에 대한 역사청산에 나선 것이며, 이는 당대에 행해진 잘못을 후대로 떠넘기지 않고 바로 그 당대에서 심판하고 청산을 추진하였다는 점에서 특별한 의미를 지녔다. 정치권이 온갖 핑계를 대가면서 회피하였던 역사 심판이 비로소 부분적으로나마 행해진 것이다. 그러나 이러한 의의와 중요성에 비추어 볼 때 막상 진행된 재판은 건조한 사법부의 형식적인 통과 의례에서 벗어나지 못했다.

전두환 등 내란 주동자들은 광주시민을 희생 삼아 권력을 찬탈했고 민족사를 파괴했다. 무고한 시민을 상대로 폭력 실험을 자행하듯 온갖 만행을 저질렀고 수백 명 민주시민을 잔혹하게 학살했다. 13년간 민주질서를 전면적으로 부정하고 파괴하였다. 전두환과 노태우는 수천억 원의 비자금을 조성하여 갈취하였고 추종자들 또한 같은 행위를 답습함으로써 우리 사회를 뒷골목 깡패들이 지배하는 것과 같은 폭력사회로 전락시켰다.

그러나 사법적 재판은 이런 실체와 동떨어지게 진행되었다. 역사에 대한 죄악을 고발하고 공소를 제기하는 뚜렷한 주체가 없었다. 정부나 검찰은 처음부터 그들을 법정에 세우고 싶지 않았다. 국민의 요구에 마지못해 응했을 뿐이며 그런 입장이 재판에 그대로 반영되었다. 범죄에 관련된 모든 사람을 철저히 조사하여 법의 심판에 맡긴다는 의지가 크게 부족했다.

반란에 가담한 자를 비롯해 광주에서 살인학살에 관계한 현지지휘관과 학살명령을 받아 맹목적으로 수행한 사병들도 재판정에 세워야 했다. ‘전·노 재판’이 진행되던 같은 1966년 독일의 연방법원은 통일 이전 민간인에게 발포령을 내렸던 옛 동독 국경수비대에게 살인죄를 적용하도록 판시하면서 민간인에 대한 사살명령과 총기사용은 결코 정당화될 수 없으며 살인죄로 다스려야 한다고 했다. 이에 견주어 우리는 만인 공지의 역사 바로세우기라는 법정에서 후진적 형식논리가 법리라는 이름으로 통용될 뿐이었다. 또 많은 중요 피의자들도 기소되지 않았다. 결코, 주모자 한두 명 처벌하는 것으로는 역사의 심판이라 할 수 없다. 이런 점을 들어 기소된 피고인들은 정치보복이라고 항변했다. 그뿐만 아니라 법정에서 제시된 증거자료를 보면 재판에 충실히 대응했다는 정황이 보이지 않는다. 검찰은 필요한 증거를 찾아 정부 내의 모든 기록을 조사하고 증언을 듣는 등 철저히 수사해야 했다. 하지만 중요하게 거론되는 재판증거라는 것들은 기껏해야 신문 잡지의 기사, 참고인의 수기, 1988년 국회 청문회 기록 등에 불과했다. 겨우 그런 것들로 16년 전의 역사를 올바르게 심판하기는 어려웠다. 올바른 재판을 위해서는 최소한 특별검사제라도 도입했어야 했다.

재판부의 시각에도 문제는 있었다. ‘전·노 재판’의 핵심은 5·18 내란의 ‘야욕 달성을 위한 시민학살’이라는 실체를 확인하는 데 있었다. 그러나 재판부는 판결을 통해 정호용 등의 내란 목적살인 혐의에 무죄를 선고함으로써 광주학살의 실체를 오히려 미궁에 빠트렸다. 물론 검찰의 공소제기에 미흡한 점이 있지만, 재판부의 판단에도 문제가 있었다. 더욱이 재판부는 12·12 반란에 중점을 두고 재판을 진행했다. 그 결과 시민학살의 진상을 거의 밝히지 못했다. 구체적으로 어떤 피해가 발생했는지 법정에서는 아무런 조사도 이루어지지 않았다. 재판부는 중요한

중인 신문조차도 피하고 꺼렸다. 막상 판결문에서는 피고인들의 행위가 엄청난 피해를 주었다고 판시하였지만, 구체적으로 어떤 피해인지는 논하지 못했다. 실체가 명확히 규명되지 않은 채 피고인들에게 합당한 처벌을 내릴 수는 없는 일이다.

그런 가운데도 의미를 부여할 만 한 점은 있다. 공수부대의 과잉진압과 계엄군의 발포행위로 시민의 저항이 예상되는 속에서 이루어진 자위권 발동은 살상행위를 유발하는 발포명령에 해당하는 것으로 판단한 점 등이다. 시민의 저항권을 수용하여 사법적 판결을 내린 것인데 이는 헌법재판소의 5·18 특별법에 대한 합헌 결정문에서도 반영된 바 있다.

4. 맺음말

‘전·노 재판’에는 가까이 13년, 나아가 5·16쿠데타 이래의 30여 년 군사정권을 우리 역사에서 청산하고 올바른 민주사회를 이룩하려는 국민의 여망이 들어 있다. 단순히 피고인 몇 명을 처벌하고 마는 것이 아니라 과거 오욕을 청산하고 역사를 바로 세우는 과제를 부여받은 것이다.

전두환 일당은 10·26으로부터 1980년 봄까지 전개되던 민주화 대장정을 가로막아 역사의 당연한 순리를 뒤엎어 파탄 낸 반역자들이다. 1979년은 10·26 박정희 피살로 18년간의 군사통치와 폭압적인 유신독제가 막을 내린 해였다. 이는 수많은 민주인사가 감옥에 끌려가 고문 등 온갖 고초를 겪으면서도 굴하지 않고 끈질기게 투쟁한 결과 성취한 것이다. 박정희 제거로 우리 역사는 비록 다소 지각했지만, 바야흐로 민주사회의 관문에 들어설 수 있었다. 당시 우리가 유신정권이 자행했던 그동안의 악행과 비리를 역사적으로 단죄하고 청산해낸다면 세계사의 흐름에 맞추어 민주와 진보를 이룰 수 있었다. 이 일에는 상당한 진통이 따랐다. 이른바 1980년 민주화의 봄은 그렇게 진행되었다. 그러나 전두환 반란 세력은 이러한 민주화 성과를 송두리째 파괴하고 민족사의 전진을 가로막았다.

그들은 지배층 내부의 권력 암투에서 기선을 제압한 후 이어 최종적인 정권 탈취 공작을 감행했다. 곧 5·18 광주 시민학살은 전두환 일당이 권력 탈취를 위해 기획한 공작에 따라 자행된 것이다. 이른바 비상계엄의 전국 확대조치를 통한 5·18 내란이며 이에 대한 민주세력의 항거를 공수부대를 투입하여 폭력 살인으로 진압한다는 음모였다. 이는 한국사회의 민주와 진보 세력의 싹을 근원에서부터 제거하려는 음모였다.

신군부는 5·18 내란을 반대하는 강력한 저항운동에 대해 특정한 대상을 설정하여 집중적으로 타격하는 수법을 강구했다. 그들은 음모 공작의 효과를 높이기 위해서 처음부터 지역 차별 감정을 이용해 광주를 희생 제물로 선택하였다. 그래서 그들은 5월 17일 밤 대학들에 공수부대를 투입해 무차별 폭력을 자행토록 함으로써 분노에 찬 시민과 학생의 저항을 촉발한 후 다시 이들을 상대로 무자비한 폭력 살인 만행을 저질렀다. 그렇게 전두환 일당은 광주시민을 희생 제물로 삼아 전국을 공포 도가니로 몰아넣고 정권을 장악했다. 이 과정에서 박정희로부터 혜택을 입은 기득권층, 존립에 위기를 느낀 사이비 보수 논객과 특권 언론인의 방조와 지

원을 받았다.

전개된 공판을 통해 확인된 바는 법률로 판결하고 처벌하는 사법행위만으로는 당시의 역사적 진실이 명백하게 규명될 수 없었다는 점이다. 그곳에서는 역사적 진실이 무엇인가는 우선순위가 아니었다. 사법재판에서 시대적 배경은 고려되기 어려웠다. 당시 재판은 부여된 역사적 과업과 너무 거리가 멀어 역사의 법정이 되기 어려웠다. 설령 사법 당국이 철저히 심판한다고 해도 문제가 종결되지는 않는다. 실정법으로 다스릴 수 없는 역사의 책임이다. 짧게 보더라도 13년이나 폭력으로 얼룩진 사회, 위선과 기회주의자들의 준동, 건전한 상식과 양심의 쇠락, 잃어버린 민주주의 시간, 이로 인한 피해상은 무엇으로도 메울 수 없는 일이다.

흔히 후세 역사의 심판에 맡긴다고 하는데 이는 대부분 목전의 책임을 회피하려는 변명에서 나온 말이다. 역사의 심판이란 뒷날의 평가이고 그래서 그로부터 다가올 미래를 위한 교훈을 얻는 일이다. 그러나 심판하여 처벌하는 일은 현재에 부여된 임무이다. 이는 또 다른 잘못을 예방하는 일이고 무엇보다 범죄로 야기된 피해를 복구하고 피해자를 구제하는 일이다.

하지만 이 재판이 다소 미흡했다라도 지난 역사의 정의와 불의의 시비를 가려 명확하게 했으며, 쓰러진 역사의 상처를 어루만져 준 소중한 계기였다. 이는 광주시민들이 비록 1980년에는 최정예의 특수부대를 앞세워 자행된 학살 만행에 한때 패배하였지만, 역사 속에서 마침내 그 반역의 현실을 뒤엎고 승리했음을 제도적으로 확인하고 역사로 공인한 것이다. 20세기 한때 많은 지역에서 만연했던 군사독재, 군부 권위주의를 사법적 단죄를 통해 역사적으로 심판한 것인데 이는 인류 역사의 진보에 있어서 큰 의미가 있는 일이다.

어느 나라 역사든 항상 순조롭고 영광스럽게 전개될 수만은 없다. 곧 한국의 현대사는 5·16부터 비롯된 쿠데타와 군사반란으로 30여 년간 이어진 불의와 폭력에 굴복하거나 좌절하지 않고 마침내 민주화를 쟁취하였다는데 큰 의미가 있다. 그 역사의 한 중심에 광주의 5월 민중항쟁이 자리하고 있다. 이 5·18 항쟁의 의미와 가치를 계승 발전시키는 일이 '전·노 재판'의 목적이었다.

1·2·3심에서의 주요쟁점과 대법원 판결의 요지

김성천

중앙대학교 법학전문대학원

I. 들어가는 말	3. 항소심 판결
II. 12·12 및 5·18 사건과 그에 대한 사법처리 의 전개	4. 상고심 판결
1. 사실관계	III. 대법원 판결의 요지
2. 제1심 판결	IV. 공소시효와 소급효 금지의 원칙
	V. 맺는 말

I. 들어가는 말

1979년 12월 12일에 시작된 신군부집단의 군사반란 및 내란 행위는 1980년 5월이 지날 때까지 수많은 사람들의 목숨을 희생시키면서 다섯 달 이상 이어졌다. 불행하게도 이 내란행위는 성공했고 반란과 내란의 수괴인 전두환과 노태우는 연달아 이 나라의 대통령이 되었다. 이후 3당 합당으로 권좌에 오른 김영삼 대통령은 내란행위자들에 대한 국민들의 집요한 사법처리 요구 앞에 1995년 말까지 버티다가 헌법재판소가 검찰의 불기소 처분이 위헌이라는 결정을 하게 될 상황에 이르게 되자 어쩔 수 없이 검찰에 공소제기를 지시하였다.¹⁾

12·12 군사반란과 5·18 내란 사건에 대한 역사적인 공소제기는 1996년 1월 23일에야 이루어졌다.²⁾ 사건이 있고나서 15년이 넘는 세월이 오롯이 지난 다음의 일이다. 사건을 심리한 서울

1) 검찰청법 제7조 제1항에 따라 “검사는 검찰사무에 관하여 소속 상급자의 지휘·감독에 따”라야 하고, 같은 법 제8조에 따라 “법무부장관은 검찰사무의 최고 감독자로서 일반적으로 검사를 지휘·감독하고, 구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘·감독”하도록 규정되어 있다. 물론 같은 법 제7조 제2항에 의거하여 “검사는 구체적 사건과 관련된 제1항의 지휘·감독의 적법성 또는 정당성에 대하여 이견이 있을 때에는 이의를 제기할 수 있다.”

하지만 구체적인 사건에 대하여 상급자의 지휘·감독을 거부하는 검사가 검찰조직에서 그냥 버틸 수 있을 것이라고는 생각하기 어렵다고 본다. 따라서 검찰청장의 지시를 따르지 않는 검사의 존재를 상상할 수는 없는 일이며, 이는 곧 법무부장관의 지시가 모든 검사에게 영향을 미치는 것이고, 그 법무부장관에 대한 임면권을 가진 대통령이 검찰의 처신을 좌지우지 할 수 있다고 할 수 있다. 사실상 검찰의 정치적 독립성을 기대하기는 어려워 보인다.

12·12 군사반란과 5·18 내란 사건에 대한 검찰의 태도가 기소유에 및 공소권 없음에서 갑자기 공소제기로 바뀌는 과정을 비롯하여 검찰이 살아 있는 권력의 지시를 거부하기 어렵다는 증거는 여러 차례 확인되었다.

2) 전두환, 노태우, 유학성, 황영시, 차규현, 박준병, 최세창, 장세동, 허화평, 허삼수, 이학봉, 박종규, 신윤희, 이희성, 주영복, 정호용 등 모두 16명에 대하여 반란수괴, 반란모의참여, 반란중요임무종사, 불법진퇴, 지휘관계엄지역수소이탈, 상관살해, 초병살해, 내란수괴, 내란모의참여, 내란중요임무종사, 내란목

지방법원은 1996. 8. 26. 피고인 전두환을 사형에 처하고 피고인 노태우는 징역 22년 6월에 처한다는 선고를 하였다.³⁾ 제2심인 서울고등법원은 제1심보다 형량을 감경하여 1996. 12. 16. 전두환을 무기징역에 그리고 피고인 노태우는 징역 17년에 처한다는 내용의 판결 선고를 하였다.⁴⁾ 또한 1997. 4. 17. 대법원은 피고인과 검사의 상고를 모두 기각하여 원심인 고등법원의 판결을 확정하였다.⁵⁾

이 논문의 목적은 제1심·제2심 및 상고심에서 다루어진 주요 법적 쟁점을 비교해 보고 대법원 판결의 핵심 요지를 다시 한 번 설명하는 것이다. 이를 위하여 우선 판결문 원본 기준 100페이지 정도에 이르는 사실관계를 짧게 요약하고 나서, 각 심급별 판례의 핵심 쟁점을 비교하고 분석하는 작업을 수행한다. 판결문에는 전두환과 노태우의 대통령 재직시절 뇌물수수 행위에 대한 선고⁶⁾도 포함되어 있지만 반란 및 내란 행위 자체에 초점을 맞추기 위해서 그 부분은 논의에서 제외하기로 한다.

II. 12·12 및 5·18 사건과 그에 대한 사법처리의 전개

1. 사실관계

1979년 12월 12일 당시 보안사령관이던 전두환의 진두지휘 아래 신군부 집단은 수도권 부대의 중간장교 집단을 중심으로 병력을 동원 정승화 당시 계엄사령관을 체포하고 중앙청·국방부·육군본부를 점령한 후 군권을 장악하기 위한 후속 인사조치가 끝날 때까지 병력을 주둔시켰다. 신군부가 군권을 장악한 이후 집단적 차원에서 유일한 저항세력으로 남아 있던 학생들은 대규모 시위를 벌였다. 이를 기화로 신군부는 전두환 등 핵심인물들의 계획 및 지시 아래 1980년 5월 17일 무장병력을 동원하여 임시 국무회의장을 봉쇄한 가운데 계엄확대 선포안을 의결하도록 강압하여 계엄을 제주도에까지 확대하였으며 정치 활동을 금지하고 국회와 학교를 폐쇄하는 조치가 내려졌다.

신군부 집단이 무력을 동원해서 저항세력을 초토화하기 시작했음에도 유일하게 광주에서는 학생과 시민들이 신군부 세력에 대한 최후의 저항을 전개하였다. 신군부 핵심인물들은 무리해서라도 저항세력을 조기에 말살시키려는 의도에 따라 광주에 공수부대를 투입하였다. 광주의 학생과 시민에 대한 공수부대의 무자비한 진압은 광주 시민 전체의 분노를 이끌어 내었고 폭발적인 증오심으로 무장한 시민군이 극한적인 투쟁을 펼쳐나가게 만들었다. 이에 신군부는 가혹한 진압을 통해 저항의 뿌리를 완전히 제거하고자 하였으며 그 결과 수많은 학생·시민

적살인, 뇌물수수 등을 이유로 공소가 제기되었다.

3) 서울지방법원 1996. 8. 26. 선고 95고합1228, 1237, 1238, 1320, 96고합12(병합) 판결.

4) 서울고등법원 1996. 12. 16. 선고 96노1892 판결.

5) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 판결. 다만 피고인 유학성은 대법원 판결 선고 직전인 1997년 4월 3일에 사망하였기 때문에 그에 대한 공소가 기각되었다.

6) 두 사람은 각각 대통령 재직 기간 동안 공무원으로서 2,205억원과 2,628억 9,600만원의 뇌물을 수수한 것으로 인정되었다.

들이 신군부 집단이 동원한 군부대에 의하여 살상되었다.

1980년 5월 18일을 전후한 내란 행위를 통해 권력기반이 공고해진 신군부는 시국수습방안이라는 집권 시나리오에 따라 정치권력을 장악하기 위한 나머지 정리작업을 하였고 신 헌법에 의거하여 선거인단에 의한 간접선거로 신군부의 수장인 전두환이 당선되어 1981년 2월 25일 제12대 대통령으로 취임하였다. 그 후 1987년 대통령 선거에서도 신군부세력은 다시 승리를 거두어 12·12 당시 9사단장으로서 반란에 참가했던 노태우가 대통령이 되었다.

그 후 이러한 신군부 세력과 3당 합당을 통해 연합함으로써 대통령에 당선될 수 있었던 김영삼은 12·12 및 5·18에 대하여 “역사의 심판에 맡기자”는 태도를 취하였고, 이에 따라 검찰도 5·18 고소고발 사건에 대한 1년 2개월에 걸친 수사 결과 1995년 7월 18일 공소권 없음이라는 결론을 내렸다.

그러나 시민들의 집요한 기소촉구 운동에 심리적 압박을 받던 김영삼 대통령은 5·18 사건에 대한 검찰의 공소권 없음 결정이 위헌이라는 헌법재판소의 결정이 이루어지기 직전 상황에서 자신의 태도를 바꾸어 집권 여당에 특별법 제정을 지시하였다. 그리하여 1995년 12월 21일 「헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법」⁷⁾과 「5·18 민주화운동 등에 관한 특별법」⁸⁾이 제정되었다. 이를 근거로 검찰은 전두환·노태우 등 신군부 집단의 행위에 대하여 1996년 1월 23일 공소를 제기하였다.

2. 제1심 판결

(1) 개관

반란, 불법진퇴, 지휘관계엄지역수소이탈, 상관살해, 초병살해, 내란, 내란목적살인 등을 이유로 16명의 피고인에 대하여 다음과 같은 판결 선고가 내려졌다.

피고인	죄명	행위시 직책	선고
전두환	반란수괴, 불법진퇴, 지휘관계엄지역수소이탈, 상관살해, 초병살해, 내란수괴, 내란목적살인, 뇌물수수	보안사령관	사형 2,259억 5천만원 추징
노태우	반란중요임무종사, 불법진퇴, 지휘관계엄지역수소이탈, 상관살해, 초병살해, 내란중요임무종사, 뇌물수수	제9사단장	징역 22년 6월 2,838억 9,600만원 추징
유학성	반란모의참여, 반란중요임무종사, 내란모의참여	국방부 군수차관보	징역 8년
황영시	반란중요임무종사, 내란중요임무종사, 내란목적살인	제1군단장	징역 10년
차규현	반란중요임무종사, 내란중요임무종사, 내란모의참여	수도군단장	징역 7년
박준병	반란중요임무종사	제20사단장	무죄

7) 법률 제5028호.

8) 법률 제5029호.

최세창	반란중요임무종사	제3공수특전여단장	징역 8년
장세동	반란중요임무종사	제30경비단장	징역 7년
허화평	반란중요임무종사, 내란중요임무종사	보안사 비서실장	징역 10년
허삼수	반란중요임무종사, 내란중요임무종사	보안사 인사처장	징역 8년
이학봉	반란중요임무종사, 내란중요임무종사	보안사 수사과장	징역 10년
박종규	반란중요임무종사	제3공수 15대대장	징역 4년
신윤희	반란중요임무종사	수경사 헌병부단장	징역 4년
이희성	반란중요임무종사, 내란중요임무종사, 내란목적살인	중앙정보부장 서리	징역 8년
주영복	반란중요임무종사, 내란중요임무종사, 내란목적살인	국방부 장관	징역 7년
정호용	반란중요임무종사, 내란중요임무종사, 내란목적살인, 뇌물수수 방조	제50사단장	징역 10년

(2) 공소권 남용 여부

검찰은 동일한 사건에 대하여 이미 한 차례 기소유예 결정을 했다가 이를 반복하여 다시 공소제기를 하였는데, 피고인 측은 이를 공소권 남용이라고 주장하였다. 이에 대하여 법원은 범죄구성요건에 해당된다는 결론이 내려지더라도 형사소송법 제247조(기소편의주의)에 따라 공소제기를 할 수도 있고 안 할 수도 있는 재량권을 가지고 있으므로,⁹⁾ 이는 공소권 남용으로 볼 수 없다는 결론을 내렸다.¹⁰⁾

(3) 공소시효 완성 여부

검찰은 12·12 군사반란과 5·18 내란 사건 행위가 종료된 후 산술적으로 15년이 경과한 이후에 공소제기를 하였다. 이를 이유로 피고인 측은 공소시효가 완성되었으므로 면소판결을 선고하여야 한다는 주장을 하였다. 이에 대한 법원의 판단은 전두환과 노태우의 경우 대통령으로 재직하는 기간 동안 헌법 제84조에 의거하여 불소추특권을 향유하므로 공소시효의 진행이 각각 7년 5월 24일 및 5년 동안 정지된 것으로 보아야 한다는 것이었다. 나머지 피고인의 경우 대통령으로 재직하지 않았으나 「헌정질서파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법」 제2조 및 「5·18민주화운동 등에 관한 특별법」 제2조에 따라 1993년 2월 24일까지 공소시효의 진행이 정지된 것으로 보아야 한다는 것이었다.¹¹⁾

(4) 내란행위의 종료 시점

신군부 집단에 의해서 1980년 5월 17일에 비상계엄이 전국으로 확대 선포되었는데, 이것이 협박 행위로서 폭동에 해당하는 것이라면 비상계엄 전국 확대 선포와 즉시 범죄가 기수에 이르고 종료된 것이므로 그 날짜부터 공소시효가 진행된다는 주장이 피고인 측에 의해서 이루어

9) 대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1613 판결.

10) 광주광역시 5·18 사료 편찬위원회, 5·18 광주 민주화 운동 자료 총서 -내란음모 및 12·12, 5·18 관련 재판자료 ② (제49권), 2009. 1, 124면 이하.

11) 광주광역시 5·18 사료 편찬위원회, 5·18 광주 민주화 운동 자료 총서 제49권, 129면 이하. 대통령에 대해서는 헌법 제84조에 따라 “내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직 중 형사상의 소추를” 할 수 없으므로 두 피고인의 내란 이외 범죄행위에 대해서는 공소제기를 할 수 없는 법적 장애가 존재하였고, 내란 행위에 대해서는 사실상 공소제기를 할 수 없었으므로 사실적 장애가 존재하였다고 판단하였다.

어졌다. 그에 대한 법원의 판단은 이 사건 비상계엄은 해제되기 전까지 언제라도 계엄군을 출동시켜 국민의 기본권을 침탈할 수 있는 상황이었으므로 비상계엄의 유지행위도 범죄실행행위인 협박에 해당하여 1981년 1월 24일의 비상계엄 해제와 더불어 폭동행위가 종료된 것으로 보아야 한다는 것이었다.¹²⁾

(5) 공범과 신분

피고인 주영복은 1979년 12월 14일부터 1982년 5월 21일까지 국방부 장관으로 재직했는데, 1980년 5월 17일에 신군부 집단이 군사반란과 내란 행위를 통해서 정권을 장악하기 위한 시나리오인 이른바 ‘시국수습방안’을 통보받고, 전두환의 요청에 따라 전군주요지휘관회의를 소집하여 비상계엄 강화, 국회 해산, 비상기구 설치 등 주요 안건에 관한 전군의 일치된 의견을 유도하고 이의 시행을 대통령에게 요구하는 등 실행행위를 분담하였다.¹³⁾

이 사실관계와 관련하여 피고인 측은 군사반란은 군인이 병기를 휴대하고 반란하는 경우에 성립되는 범죄로서 군인이라는 신분관계로 인하여 내란보다 가중처벌되는 경우에 해당한다고 주장하였다. 여기서 군인은 형법 제33조 단서에서 말하는 가감적 신분에 해당하므로 행위당시에 군인이 아니었던 주영복은 균형법상의 반란이 아니라 내란으로만 처벌되어야 한다는 이야기이다.¹⁴⁾

이에 대하여 법원은 내란과 반란이 같은 종류의 범죄인데 단지 반란이 신분관계로 인하여 형이 중한 경우에 해당하는 것으로 볼 수 없다고 판단하였다. 두 가지 범죄가 목적이나 수단·방법에 차이가 있어서 같은 종류의 범죄라고 할 수 없다는 취지이다.¹⁵⁾

(6) 적법행위예의 기대불가능성

제1심 법원은 전두환, 유학성, 황영시, 차규현, 허화평, 허삼수, 이학봉, 정호용 등이 하달한 발포명령에 따라 시민들을 살상한 계엄군의 행위는 그 명령이 위법하다고 하여 그 수행을 거부할 것을 기대하기는 어려우므로 적법행위예의 기대가능성이 없어서 그 책임이 조각된다고 판단하였다.¹⁶⁾

3. 항소심 판결

(1) 개관

서울고등법원은 1996년 12월 16일에 원심을 모두 파기하고 다음과 같이 새로운 판결 선고를 하였다. 피고인 전원의 형량이 하향 조정되었다.

피고인	죄명	제1심 선고	항소심 선고
전두환	반란수괴, 불법진퇴, 지휘관계엄지역수소이탈, 상관살해, 초병살해, 내란수괴, 내란목적살인,	사형 2,259억 5천만원 추징	무기징역 2,205억원 추징

12) 광주광역시 5·18 사료 편찬위원회, 5·18 광주 민주화 운동 자료 총서 제49권, 165면 이하.

13) 광주광역시 5·18 사료 편찬위원회, 5·18 광주 민주화 운동 자료 총서 제49권, 36면 이하.

14) 광주광역시 5·18 사료 편찬위원회, 5·18 광주 민주화 운동 자료 총서 제49권, 177면.

15) 광주광역시 5·18 사료 편찬위원회, 5·18 광주 민주화 운동 자료 총서 제49권, 177면 이하.

16) 광주광역시 5·18 사료 편찬위원회, 5·18 광주 민주화 운동 자료 총서 제49권, 192면 이하.

	뇌물수수		
노태우	반란중요임무종사, 불법진퇴, 지휘관계업무지역수소이탈, 상관살해, 초병살해, 내란중요임무종사, 뇌물수수	징역 22년 6월 2,838억 9,600만원 추징	징역 17년 2,628억 9,600만원 추징
유학성	반란모의참여, 반란중요임무종사, 내란모의참여	징역 8년	징역 6년
황영시	반란중요임무종사, 내란중요임무종사, 내란목적살인	징역 10년	징역 8년
차규현	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

(2) 성공한 쿠데타의 가별성

피고인 측에서는 항소심에서 이른바 ‘성공한 쿠데타’는 정당한 행위이기 때문에 처벌할 수 없다는 주장을 하였다. 법원은 이와 같은 주장을 수긍하지 않았다. 혁명의 경우에는 기존의 정치제도와 법질서가 급격하게 대체되기 때문에 새로 형성되는 법체제의 시각에서 혁명을 성공시킨 행위가 처벌대상에서 제외되지만, 쿠데타의 경우에는 기존의 법질서는 그대로 유지되면서 단지 정부권력의 핵심구성원만 교체되는 것이기 때문에 그에 부수된 폭력행위는 여전히 처벌대상으로 보아야 한다는 점이 그 이유이었다.¹⁷⁾

17) 광주광역시 5·18 사료 편찬위원회, 5·18 광주 민주화 운동 자료 총서 제49권, 261면 이하. 부수적으로 다음과 같은 설명도 추가되어 있다. “... 성공한 쿠데타의 경우에도 쿠데타 행위 자체는 범죄로서 마땅히 처벌되어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 대부분의 쿠데타가 처벌되지 않는 것은 법을 집행하는 사람의 힘이 부족하기 때문이다. 원래 법을 집행하는 것은 사람이다. 법을 집행하는 사람의 힘이 집행 대상자의 힘을 제압할 정도로 우세하여야 법은 집행되는 것이고 이와 반대로 집행대상자의 힘이 법집행기관의 힘과 대등하거나 오히려 우세한 경우에는 법의 집행은 불가능하다. 그렇다면 성공한 쿠데타의 처벌문제는 법의 효력이나 법의 이론의 문제가 아니라 법의 집행의 문제인 것이고 바꾸어 말하면, 이론의 문제가 아니라 실천의 문제인 것이다. ...”

(3) 공소권 남용 여부

검찰은 12·12 군사반란 사건에 대해서는 기소유에 결정을 하고, 5·18 내란 사건에 대해서는 ‘공소권 없음’ 결정을 했다가, 나중에 입장을 바꾸어 1996년 1월 23일에 공소제기를 하였다. 이에 대하여 피고인 측에서는 제1심에 이어 항소심에서도 다시 공소권 남용이라는 주장을 하였다. 피고인들의 주장에 대한 법원의 판단은 검찰이 한 번 불기소 결정을 했다가 뒤에 수사를 재기하여 그 수사 결과에 따라 공소제기를 하는 것은 재량의 범위를 벗어나지 않는 일로서 적법하다는 것이었다.¹⁸⁾

(4) 과격한 시위진압 행위의 폭동 해당성

서울고법은 시위대에 대한 강경하고 과격한 진압행위를 내란에 해당하는 폭동으로 판단하였다. 민주주의 국가의 국민은 주권자이면서 헌법제정권력자이다. 이러한 국민이 개인 차원을 넘어 집단적으로 헌법을 수호하는 역할을 담당하게 되는 상황에서는 이러한 국민 결집을 헌법기관에 준하여 보호하여야 한다는 것이 그 근거였다. 헌법질서를 수호하고자 하는 국민적 결집을 무력으로 공격한 것은 국헌문란행위에 해당한다는 것이다.¹⁹⁾

(5) 내란행위의 종료시점

피고인들은 내란죄가 즉시범이기 때문에 비상계엄이 확대선포된 1980년 5월 17일에 범죄가 기수에 이르고 그 때부터 공소시효가 진행된 것이라고 거듭 주장하였다. 이에 대하여 법원은 국헌문란의 폭동이 내란죄에 해당한다고 하려면 한 지방의 평온을 해칠 정도에 이르러야 하는데 그렇게 되기 위해서는 폭동이 어느 정도 시간적으로 지속되어야 하므로 내란죄는 당연히 즉시범이 아니라 계속범이라고 판단하였다. 나아가 1980년 5월 17일의 비상계엄 확대선포로 시작된 폭동행위는 1987년 6월 29일에 제5공화국 정권이 국민의 저항에 굴복하여 대통령직선제요구를 받아들일 때까지 폭동적 시위진압 형태로 반복되었으므로 내란행위의 종료시점은 1987년 6월 29일로 보아야 한다는 결론에 도달하였다.²⁰⁾

비상계엄이 해제된 1981년 1월 24일을 내란행위 종료시점으로 판단한 제1심 판결과 다른 결론에 도달한 것이다.

(6) 공소시효 완성 여부

1) 12·12 군사반란의 경우

피고인 전두환과 노태우의 군사반란 행위는 1979년 12월 13일에 종료되었다. 그 후 전두환은 7년 5월 24일간, 노태우는 5년간 대통령으로 재직하였다. 이 기간 동안 이들에 대한 공소시효는 각각 정지되었다. 그런데 이들이 저지른 반란수괴죄, 반란중요임무종사죄, 불법진퇴죄, 지휘관계엄지역수소이탈죄, 상관살해죄, 초병살해죄 등은 형사소송법 제249조 제1항 제1호에서 말하는 사형에 해당되는 범죄이다. 따라서 공소시효 기간은 15년이다. 이에 의거하여 계산하면 피고인 전두환에 대한 공소시효는 2001년이 지난 후에 그리고 피고인 노태우에 대한 공소시효는 1999년 12월 12일이 지난 후에 완성된다.

나머지 피고인들이 저지른 반란중요임무종사죄도 사형에 해당하는 범죄이므로 공소시효는

18) 광주광역시 5·18 사료 편찬위원회, 5·18 광주 민주화 운동 자료 총서 제49권, 361면 이하.

19) 광주광역시 5·18 사료 편찬위원회, 5·18 광주 민주화 운동 자료 총서 제49권, 320면 이하.

20) 광주광역시 5·18 사료 편찬위원회, 5·18 광주 민주화 운동 자료 총서 제49권, 346면 이하.

마찬가지로 15년이다. 그런데 이들의 범죄행위에 대한 공소시효는 「5.18 민주화 운동 등에 관한 특별법」 제2조와 「헌정질서 파괴 범죄의 공소시효 등에 관한 특별법」 제2조에 따라 1993년 2월 25일부터 진행되었다고 할 수 있다. 이에 따라 이들에 대한 공소시효는 2008년 2월 24일에 완성된다.

그러므로 군사반란 행위에 대한 공소제기는 모두 공소시효가 완성되기 이전에 이루어진 것으로서 적법하다.²¹⁾

2) 5·18 내란의 경우

이 사건 내란죄는 1987년 6월 29일의 이른바 6·29 선언과 함께 폭동행위가 종료되었으므로 그 때부터 공소시효가 진행된다. 그리고 내란죄의 법정형은 형사소송법 제249조 제1항 제1호에서 말하는 사형에 해당되는 범죄이므로, 이들 내란죄의 공소시효는 15년이 경과한 후인 2002년 6월 29일에 완성된다. 그러므로 1996년 1월 23일과 1996년 2월 7일에 이루어진 공소제기는 적법하다.

이와 달리 내란죄의 종료시점을 비상계엄이 해제된 1981년 1월 24일로 보더라도 15년의 공소시효는 1996년 1월 24일에 완성되므로 그 전날 이루어진 공소제기는 적법하다. 물론 피고인 허화평, 허삼수, 정호용에 대한 공소제기는 1996년 2월 7일에 이루어졌지만, 공범인 피고인 전두환, 노태우 등에 대한 공소제기가 이미 공소시효가 완성되기 전에 이루어졌고, 이에 따라 형사소송법 제253조 제2항에 의하여 허화평, 허삼수, 정호용에 대한 공소시효가 정지되어 있었던 것이므로 이들에 대한 공소제기도 적법하다.²²⁾

4. 상고심 판결

(1) 개관

대법원은 1997년 4월 17일에 피고인과 검사의 상고를 기각하고 원심인 서울고등법원의 판결 선고를 확정하였다. 다만 피고인 유학성에 대해서는 1997년 4월 3일에 사망하였기 때문에 공소를 기각하였다. 대법원 판단의 내용을 쟁점별로 살펴본다.

(2) 성공한 반란·내란의 가벌성

피고인들은 반란과 내란을 통해서 정권을 장악하고 헌법 개정절차를 거쳐서 새로운 법질서를 수립하였으므로 새롭게 창조된 법질서 아래에서 그들의 과거행위를 처벌할 수는 없다고 주장하였다.²³⁾

이에 대한 대법원의 판단은 다음과 같다. 대한민국은 제헌헌법의 제정을 통해서 국민주권주의, 자유민주주의, 기본권 보장, 법치주의 등을 근본원리로 하는 헌법질서를 창조하였다. 이러한 헌법질서는 여러 차례의 헌법 개정에도 불구하고 지금까지 그대로 유지되고 있다. 그렇기 때문에 피고인들이 반란과 내란에 성공하고 헌법이 개정되었다고 하더라도 새로운 법질서가 수립된 것이라고 볼 수 없다.

21) 광주광역시 5·18 사료 편찬위원회, 5·18 광주 민주화 운동 자료 총서 제49권, 363면 이하.

22) 광주광역시 5·18 사료 편찬위원회, 5·18 광주 민주화 운동 자료 총서 제49권, 365면 이하.

23) 광주광역시 5·18 사료 편찬위원회, 5·18 광주 민주화 운동 자료 총서 제49권, 554면 이하.

비록 피고인 전두환이 정권을 장악한 후에 헌법을 개정하고 이에 따라 대통령에 선출되었으며, 다시 직선제 개헌 이후에 그 개정 헌법에 따라 피고인 노태우가 대통령에 당선되었다고 하더라도, 이들 피고인의 과거 행위를 불문에 붙이기로 하는 국민적 합의가 이루어졌다고 하기 어렵다. 또한 국회는 헌정질서 파괴범죄에 대하여 영구적으로 공소시효를 폐지하는 법률을 제정하였으며, 헌법재판소가 이 법률이 합헌임을 확인함으로써 피고인들이 반란과 내란 행위를 통해서 새로운 법질서를 수립한 것이 아님을 분명히 하였다.

이 점에 관련된 원심의 이유 설시에 다소 불합리한 부분이 있기는 하지만 결론은 정당하고, 그 이유 설시 속에 법리오해 또는 이유모순의 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 공소시효 완성 여부

5·18 특별법 제2조 제1항이 그 법의 적용대상을 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄 행위로 하고 있으므로, 이 사건 범죄행위는 전부 형사소송법 제249조에 의한 공소시효가 완성되었는가와 관계없이 이 법률의 적용대상이 됨이 명백하다. 그리고 이 법률은 헌법재판소가 1996년 2월 16일의 선고²⁴⁾를 통해서 헌법에 위배되지 않음을 확인하였다.

따라서 이 사건 범죄행위는 모두 1993년 2월 24일까지 공소시효가 정지되어 있었고, 1993년 2월 25일부터 다시 15년의 공소시효가 진행되기 시작하였다. 그런데 12·12 군사반란에 대한 공소제기는 1996년 2월 28일에 이루어졌고, 5·18 내란행위에 대한 공소제기는 각각 1996년 1월 23일과 1996년 2월 7일에 이루어졌으므로 공소시효가 완성되기 이전에 공소제기가 있었음이 명백하다.

이 점에 관련된 원심의 이유 설시에 다소 불합리한 부분이 있기는 하지만 결론은 정당하고, 그 이유 설시 속에 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.²⁵⁾

(4) 시위진압 행위의 폭동 해당성 문제

원심인 서울고등법원은 민주주의 국가의 국민은 주권자이면서 헌법제정권력자이므로, 이러한 국민이 개인 차원을 넘어 집단적으로 헌법을 수호하는 역할을 담당하게 되는 상황에서는 이러한 국민 결집을 헌법기관에 준하여 보호하여야 하는 바, 헌법질서를 수호하고자 하는 국민적 결집을 무력으로 공격한 것은 폭동으로서 국헌문란행위에 해당한다는 판단을 하였다.

그러나 대법원은 헌법상 아무런 명문 규정도 없는 상황에서 국민의 집단행동을 ‘헌법에 의하여 설치된 국가기관’에 준하는 결사체로 보고 이를 과격하게 진압한 행위를 폭동으로 판단한 것은 유추해석으로서 죄형법정주의 원칙에 위배된다고 보았다. 대신 광주시민들의 시위는 헌정질서를 수호하기 위해서 한 것으로서 정당행위에 해당함에도 이를 난폭하게 진압한 것은 당시의 대통령과 국무위원에게 강한 위협을 느끼도록 하는 협박으로서 폭동에 해당된다고 하였다.

결론적으로 같은 취지의 판단인 원심 판결은 정당하고 채증법칙 위반으로 인한 사실오인이나 법리오해의 위법이 있었다고 할 수 없다.²⁶⁾

24) 96헌가2, 96헌마7, 13.

25) 광주광역시 5·18 사료 편찬위원회, 5·18 광주 민주화 운동 자료 총서 제49권, 557면 이하.

26) 광주광역시 5·18 사료 편찬위원회, 5·18 광주 민주화 운동 자료 총서 제49권, 586면 이하.

(5) 내란행위의 종료시기 문제

원심은 국헌문란의 폭동이 내란죄에 해당한다고 하려면 한 지방의 평온을 해칠 정도에 이르러야 하는데 그렇게 되기 위해서는 폭동이 어느 정도 시간적으로 지속되어야 하므로 내란죄는 당연히 즉시범이 아니라 계속범이라고 보았다. 나아가 1980년 5월 17일의 비상계엄 확대선포로 시작된 폭동행위는 1987년 6월 29일에 제5공화국 정권이 국민의 저항에 굴복하여 대통령 직선제요구를 받아들일 때까지 폭동적 시위진압 형태로 반복되었으므로 내란행위의 종료시점은 1987년 6월 29일로 보아야 한다고 하였다.

이에 대하여 대법원은 내란죄는 국토를 침탈하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동을 하는 행위로서 한 지방의 평온을 해칠 정도의 폭행·협박 행위를 하게 되면 기수가 되고 그 상태가 유지되는 상태범으로 보아야 한다는 입장이다. 내란죄를 계속범으로 본 원심의 판단은 부적절하다는 것이다. 피고인들의 폭동행위는 비상계엄의 전국확대를 통해서 지속적으로 실행되어 단일한 내란죄 구성요건을 반복적으로 충족한 단순일죄이며 1981년 1월 24일에 비상계엄이 해제되면서 종료되었다고 한다.

따라서 내란죄를 계속범으로 보고 1987년 6월 29일의 이른바 6·29 선언이 이루어질 때까지 지속적으로 이루어진 시위진압 행위를 모두 폭동으로 보는 것은 수긍하기 어렵다는 것이다. 다만 이들 범죄행위에 대한 공소시효는 5·18 특별법에 의해서 1993년 2월 25일부터 진행된 것이므로 공소시효와 관련하여 원심이 잘못 판단한 부분은 판결에 영향이 없다.²⁷⁾

III. 대법원 판결의 요지

원심판결에 채증법칙 위반, 심리미진, 법리오해, 판단유탈, 이유모순 등 위법이 있다는 상고이유는 모두 받아들일 수 없다. 다만 피고인 유학성은 사망하였으므로 공소를 기각한다.

피고인들은 군사반란과 내란에 성공하여 정권을 장악하였으나 이를 통해서 새로운 법질서를 수립하였다고 볼 수는 없다. 대한민국의 헌법질서는 제헌헌법의 제정을 통해서 국민주권주의, 법치주의, 자유민주주의 및 기본권 보장 등을 내용으로 수립되었으며, 그 후 여러 차례 헌법 개정이 이루어졌지만 이들 기본적인 헌법질서의 내용은 그대로 유지되었기 때문이다.

또한 피고인 전두환과 노태우가 대통령으로 당선되기 전에 각각 한 차례의 헌법 개정이 있었으나 그 과정에서 이들 피고인의 범죄행위를 불문에 붙이기로 하는 국민적 합의가 이루어진 것도 아니다. 그리고 국민의 대의기관인 국회가 12·12와 5·18 사건과 같은 헌정질서파괴범죄에 대해서는 공소시효를 폐지하고 이들 피고인을 처벌하기 위한 형사소추의 장애가 될 것을 염려하여 1993년 2월 24일까지 이들 사건의 공소시효가 진행되지 않고 정지해 있었음을 확인하는 법률까지 제정하였다.

헌법재판소가 합헌임을 확인한 5·18 특별법에 따라 이 사건 피고인들에 의해 저질러진 군사반란과 내란 행위에 대한 공소시효는 1993년 2월 24일까지 정지되어 있었다. 이들 범죄행위

27) 광주광역시 5·18 사료 편찬위원회, 5·18 광주 민주화 운동 자료 총서 제49권, 601면 이하.

의 공소시효는 모두 15년이므로 1996년 1월 23일, 2월 7일, 2월 28일에 각각 이루어진 공소제기는 공소시효가 완성되기 이전에 이루어진 것으로서 적법하다.

이 사건 피고인들에 의해 저질러진 과격한 시위진압 행위는 시민을 향한 폭력 그 자체로서는 국토를 참절하거나 국헌을 문란할 목적의 폭동이라고 할 수 없다. 시민적 결집을 ‘헌법에 의하여 설치된 국가기관’에 준하는 존재로 인정하는 것은 죄형법정주의에 위배되기 때문이다. 대신 이와 같은 과격한 시위진압 행위는 헌법에 의하여 설치된 국가기관인 대통령과 국무위원을 효과적으로 협박하여 심리적으로 강압하는 기능을 수행하였다는 측면에서 폭동에 해당한다.

신군부 집단의 폭동행위는 비상계엄이 해제된 1981년 1월 24일에 종료되고 국헌문란의 상태가 그 후 지속된 경우로서 내란죄는 상태범으로 보아야 한다. 비상계엄 해제 이후의 시위진압 행위는 내란행위라고 할 수 없다. 다만 그렇게 보더라도 12·12와 5·18 사건의 공소시효는 특별법에 의해서 1993년 2월 24일까지 정지된 것으로 보아야 하므로 공소제기와 관련하여 문제가 되지 않는다.

IV. 공소시효와 소급효 금지의 원칙

대법원은 공소시효와 관련하여 “1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 「헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법」 제2조의 헌정질서 파괴범죄행위에 대하여 해당 범죄행위의 종료일부터 1993년 2월 24일까지의 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다.”고 하는 「5·18민주화운동 등에 관한 특별법」²⁸⁾ 제2조(공소시효의 정지) 규정에 의거하여 비로소 공소시효의 진행이 정지된 것이라고 보는 듯한 논리전개를 하고 있다.

그렇다면 5·18민주화운동법이 이들 헌정질서 파괴범죄행위의 공소시효가 완성되기 이전에 제정되었는가 아니면 그 이후에 제정되었는가에 따라 부진정 소급입법 또는 진정 소급입법이라고 보아야 할 것이다. 12·12 및 5·18 사건의 사법적 처리가 시작되던 당시에도 많은 논란이 있었지만 특별법에 의해서 비로소 공소시효가 정지된 것으로 간주된다는 논리는 수긍하기 어렵다.

공소시효를 포함하여 권리를 소멸시키는 시효는 ‘권리를 행사할 수 있음에도 불구하고 권리를 행사하지 않았음’을 전제로 진행된다는 본질을 가지고 있다. 그리하여 대한민국 검찰이 공소제기를 할 수 있음에도 불구하고 이를 하지 않았다고 해야만 공소시효의 진행이 인정될 수 있는 것이다.

피고인 전두환과 노태우는 대통령으로 재직하였으므로 그 재직기간 동안에는 내란죄를 제외한 다른 범죄에 대하여 소추되지 않는다. 이는 명백한 법적 장애이다. 나머지 피고인들에 대해서는 이러한 법적 장애는 존재하지 않았다. 하지만 군사반란과 내란을 통해서 정권 장악에 성공한 집단이 권력을 유지하고 있던 기간 중에는 이들을 기소하는 것이 사실상 불가능했다고

28) 제정 1995. 12. 21. 법률 제5029호.

보는 것이 타당하다.²⁹⁾

신군부 집단의 12·12 및 5·18 사건 범죄행위에 대한 공소시효는 1993년 2월 24일까지 진행되지 않았다고 보는 것이 당연하고, 5·18민주화운동법은 이를 확인하는 법률에 불과하다고 보아야 한다. 헌법재판소의 판단처럼 5·18민주화운동법의 공소시효 정지 규정은 ‘형성적 법률’이 아니라 ‘확인적 법률’이다.³⁰⁾

V. 맺는 말

1979년 10월 26일에 있었던 박정희 전 대통령에 대한 살해사건으로 군사정권이 막을 내릴 수도 있었으나, 정치군인들의 사조직이었던 하나회 소속 신군부 집단이 1979년 12월 12일에 군사반란을 감행하고, 이어서 시국수습방안이라는 정권 탈취 시나리오에 따라 1980년 5월 18일을 기점으로 내란 행위를 저질러 다시 군부통치가 12년간 연장되었다.

12·12 군사반란과 5·18 내란 행위에 대한 사법처리 요구는 전두환과 노태우로 이어지는 제2차 군부통치 기간은 물론 그 뒤를 이은 김영삼 정권 내에서도 줄기차게 계속되었다. 이처럼 12·12 및 5·18에 이어 15년 넘게 불의에 집요하게 항거한 대한민국 국민의 힘은 드디어 성공한 쿠데타를 처벌하게 만들었다.

군사반란과 내란 행위를 통해서 정권을 탈취했던 정치군인들을 사법처리하는 문제는 산술적으로 15년이라는 공소시효가 다 지나가 버렸다는 난제에 집중되었다. 공소시효가 이미 완성되었음에도 공소시효와 관련된 법령을 개정하여 형사처벌을 한다면 소급효 금지 원칙에 위배된다는 반론이 가능하기 때문이었다.

과거 36년간의 일제 통치 기간이 막을 내리고 해방된 이후에 남한에서는 「반민족행위처벌법」³¹⁾을 제정하여 일본 정부와 통모해서 한일합병을 이끌어 낸 행위(제1조), 일본정부로부터 작위를 받은 행위(제2조), 독립운동자나 그 가족을 악의로 살상하거나 박해한 행위(제3조) 등을 처벌하고자 한 바 있다. 이처럼 형사처벌과 관련하여 실체형법을 사후에 입법하여 소급적용하는 것은 명백한 죄형법정주의 위반이라고 할 수 있다.³²⁾

12·12와 5·18 사건의 경우에는 이와 같은 실체형법 소급적용의 문제는 없다. 행위 당시의 실체형사처벌규정이 재판시까지 하나도 변경되지 않았기 때문이다. 다만 12년 동안의 전두환·

29) 이에 대하여 항소심은 “... 성공한 쿠데타의 경우에도 쿠데타 행위 자체는 범죄로서 마땅히 처벌되어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 대부분의 쿠데타가 처벌되지 않는 것은 법을 집행하는 사람의 힘이 부족하기 때문이다. 원래 법을 집행하는 것은 사람이다. 법을 집행하는 사람의 힘이 집행대상자의 힘을 제압할 정도로 우세하여야 법은 집행되는 것이고 이와 반대로 집행대상자의 힘이 법집행기관의 힘과 대등하거나 오히려 우세한 경우에는 법의 집행은 불가능하다. 그렇다면 성공한 쿠데타의 처벌문제는 법의 효력이나 법의 이론의 문제가 아니라 법의 집행의 문제인 것이고 바꾸어 말하면, 이론의 문제가 아니라 실천의 문제인 것이다. ...”라고 하고 있다. (광주광역시 5·18 사료 편찬위원회, 5·18 광주 민주화 운동 자료 총서 제49권, 261면 이하.)

30) 헌법재판소 1996. 2. 16. 96헌가2.

31) 제정 1948. 9. 22., 법률 제3호.

32) 따라서 일제 강점기의 반민족 행위는 당시에 유효했던 실체형법인 대한제국 형법을 처벌근거로 해야 하겠다고 생각한다.

노태우 집권기간과 뒤를 이은 김영삼 정권에 의해서 사법처리가 지연되는 동안 15년의 세월이 흘렀기에 공소시효가 문제되었을 뿐이다.

이 문제는 5·18 민주화운동법을 제정하여 1993년 2월 24일까지 신군부 집단의 군사반란과 내란 행위에 대한 공소시효가 정지된 것으로 봄으로써 해결되었다. 형식적으로는 그렇게 처리되었고 이들 사건에 대한 1·2·3심 법원의 판단도 마찬가지이었다. 하지만 12·12 군사반란과 5·18 내란 행위에 대한 공소시효는 5·18 민주화운동법이 제정됨으로써 비로소 1993년 2월 24일까지 그 진행이 정지된 것이라고 볼 수는 없다.

공소시효는 본래 공소제기가 가능함에도 공소제기를 하지 않는 동안 진행된다는 속성을 가지고 있다. 적어도 1993년 2월 24일까지는 검찰이 공소제기를 하는 것이 불가능하였다. 따라서 12·12와 5·18 사건의 공소시효는 당연히 1993년 2월 24일까지 정지되어 있었다고 보는 것이 타당하다.

[주제어]

12·12, 5·18, 헌정질서 파괴범죄, 공소시효, 소급효

[참고문헌]

광주광역시 5·18 사료 편찬위원회, 5·18 광주 민주화 운동 자료 총서 - 내란음모 및 12·12, 5·18 관련 재판자료 ② (제49권), 2009. 1.

「1·2·3심에서의 주요쟁점과 대법원 판결의 요지」에 대한 토론문

이윤제

아주대학교 법학전문대학원 교수

I. 들어가며

“5·18 광주 민중 학살”의 주역인 신군부의 전두환, 노태우에 대한 대법원 판결 20주년 학술대회에 참여하여 된 것을 무한한 영광으로 생각합니다. 김성천 교수님의 발표문은 세기의 재판으로 불린 “5·18 재판”의 제1심, 항소심, 대법원의 방대한 판결문을 중요 쟁점별로 정리하고, 교수님의 의견을 함께 제시함으로써 이후의 연구에 큰 도움이 될 것입니다. 저 또한 이번 기회를 통하여 체계적인 접근을 할 수 있게 되어 개인적으로도 깊이 감사드립니다.

광주 민주화 운동과 이에 대한 신군부의 잔혹한 범죄행위의 일련의 과정은 시민의 저항권 행사라는 측면에서 보면 “5·18 광주 민주화 운동”, “5·18 광주항쟁”이며, 신군부의 범죄라는 측면에서 보면 “5·18 광주 시민 학살”입니다. 이 토론문은 “5·18 광주 시민 학살”의 국제범죄적 성격에 초점을 두고 있기 때문에 국제범죄의 집단범죄성을 잘 표현하고 있는 “5·18 광주 민중 학살”이라는 용어를 사용하도록 하겠습니다.

저는 토론자로서, 김성천 교수님의 발표문 내용중에서 공소시효에 관한 부분을 요약·정리하고, 5·18 광주 민중 학살이 국제범죄(인도에 반하는 죄)에 해당한다는 점을 중심으로 공소시효의 문제를 재조명하고자 합니다. 더불어 김성천 교수님께 짧은 질문을 드리고자 합니다.

II. 전두환 등 피고인들에 대한 기소

5·18 재판은 크게 12·12 군사반란과 5·17 비상계엄 확대선포로 시작되는 내란, 전두환 등의 비자금, 노태우 등의 비자금을 대상으로 하고 있다. 검찰은 12·12에 대하여 대통령으로서의 공헌, 국력 소모의 우려 등을 이유로 1994년 10월 29일 기소유예 처분을 하였고, 5·18에 대하여는 성공한 쿠데타는 처벌할 수 없다며 1995년 7월 18일 공소권 없음 처분을 하였다. 그러나, 1995년 10월 19일 민주당 소속 박계동 의원이 국회에서 노태우 전 대통령이 4천억 원의 비자금을 감추어 두고 있다고 폭로하면서 12·12와 5·18 사건이 재수사가 되었다.) 1995년 12월 21일 「헌정질

1) 한승헌, 재판으로 본 한국현대사, 창비, 2016, 407면.

서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법과 「5·18 민주화운동 등에 관한 특별법」이 제정되었고 검찰은 전두환·노태우 등 신군부 집단의 행위에 대하여 1996년 1월 23일 공소를 제기하였다.

III. 「5·18 민주화운동 등에 관한 특별법」과 헌법재판소의 결정

「헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법」 제2조는 헌정질서파괴범죄행위는 형법 제2편 제1장 내란의 죄, 제2장 외환의 죄와 군형법 제2편 제1장 반란의 죄, 제2장 이적의 죄를 말한다고 규정하고, 「5·18 민주화운동 등에 관한 특별법」 제2조는 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 「헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법」 제2조의 헌정질서파괴범죄행위에 대하여 당해 범죄행위의 종료일부터 1993년 2월 24일²⁾까지 공소시효의 진행이 정지된다고 규정하였다.³⁾

공소시효를 피고인에게 불리하게 소급적으로 변경하는 입법을 할 당시에 이미 공소시효가 완성된 경우를 진정소급효, 아직 공소시효가 완성되지 않은 경우를 부진정소급효라고 한다. 「5·18 민주화운동 등에 관한 특별법」 제2조에 관한 위헌제청사건에서 헌법재판소 재판관 전원일 부진정소급효는 헌법위반의 문제가 없다고 하였으나(헌재 재판관 전원 일치), 진정소급효에 대하여는 견해의 대립이 있었다. 다수의견(5인)은 진정소급효가 헌법위반이라고 하였으나,⁴⁾ 소수

2) 전두환이 제11대 대통령에 취임하고 헌법을 개정한 다음, 1981. 2. 25. 개정헌법에 따라 실시한 선거인단에 의한 대통령선거에서 다시 대통령으로 당선되어 동년 3. 3. 제12대 대통령에 취임한 후 1988. 2. 24. 그 임기가 만료할 때까지 7년 5월 24일간 집권하고, 그 후 노태우가 제13대 대통령으로 당선되어 1988. 2. 25. 취임한 이래 1993. 2. 24. 그 임기가 만료

3) 헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법

제1조 (목적) 이 법은 헌법의 존립을 해하거나 헌정질서의 파괴를 목적으로 하는 헌정질서파괴범죄에 대한 공소시효의 배제 등에 관한 사항을 규정함으로써 헌법상 자유민주적 기본질서를 수호함을 목적으로 한다.

제2조 (용어의 정의) 이 법에서 "헌정질서파괴범죄"라 함은 형법 제2편 제1장 내란의 죄, 제2장 외환의 죄와 군형법 제2편 제1장 반란의 죄, 제2장 이적의 죄를 말한다.

제3조 (공소시효의 적용배제) 다음 각호의 범죄에 대하여는 형사소송법 제249조 내지 제253조 및 군사법원법 제291조 내지 제295조에 규정된 공소시효를 적용하지 아니한다.

1. 제2조의 헌정질서파괴범죄

2. 형법 제250조의 죄로서 집단살해죄의방지와처벌에관한협약에 규정된 집단살해에 해당하는 범죄

5·18민주화운동등에관한특별법

제1조 (목적) 이 법은 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄행위에 대한 공소시효정지 등에 관한 사항을 규정함으로써 국가기강을 바로잡고 민주화를 정착시키며 민족정기를 함양함을 목적으로 한다.

제2조 (공소시효의 정지) ① 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법 제2조의 헌정질서파괴범죄행위에 대하여 국가의 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다.

② 제1항에서 "국가 의 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간"이라 함은 당해 범죄행위의 종료일부터 1993년 2월 24일까지의 기간을 말한다.

4) 비록 공소시효에 관한 것이라 하더라도 공소시효가 이미 완성된 경우에 그 뒤 다시 소추할 수 있도록 법률로써 규정하는 것은 헌법 제12조 제1항 후단의 적법절차의 원칙과 제13조 제1항의 형벌불소급의 원칙 정신에 비추어 헌법적으로 받아들일 수 없는 위헌적인 것이라 아니할 수 없다. ... 법치국가는 법

의견(4인)은 합헌이라고 보았고, 결국 위헌 결정을 위한 정족수(6인) 미달로 헌법재판소는 위헌이 아니라고 선고하였다.⁵⁾

IV. 5·18 재판의 공소시효 판단

1. 제1심판결

전두환과 노태우 두 피고인의 내란 이외 범죄행위에 대해서는 공소제기를 할 수 없는 법적 장애(헌법)가 존재하였고⁶⁾, 내란 행위에 대해서는 사실상 공소제기를 할 수 없었으므로 사실적 장애가 존재하였다고 판단하였다.⁷⁾ 나머지 피고인의 경우 대통령으로 재직하지 않았으므로 「헌정질서파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법」 제2조 및 「5·18민주화운동 등에 관한 특별법」 제2조에 따라 1993년 2월 24일까지 공소시효의 진행이 정지된 것으로 보아야 한다.⁸⁾

2. 항소심 판결

항소심 판결은 내란죄에 대한 부분 이외에는 1심 판결과 동일하다. 항소심 판결은 내란죄에 관하여는 제1심이 근거한 사실적 장애(전직 대통령), 「5·18민주화운동 등에 관한 특별법」(나머지 피고인)을 원용하지 않고, 내란죄의 종료 시점에 관하여 ‘이 사건 내란죄는 1987년 6월 29일의 이른바 6·29 선언과 함께 폭동행위가 종료되었으므로 그 때부터 공소시효가 진행된다.’고 판시함으로써 공소시효 문제를 해결하였다.⁹⁾

3. 대법원 판결

적 안정성과 실질적 정의와의 조화를 생명으로 하는 것이므로 서로 대립하는 법익에 대한 조화를 이루려는 진지한 노력을 하여야 하며, 헌정질서파괴범죄를 범한 자들을 엄벌하여야 할 당위성이 아무리 크다 하더라도 그것 역시 헌법의 테두리 안에서 적법절차의 원리에 따라 이루어져야 마땅하다. 이러한 노력만이 궁극적으로 이 나라 민주법치국가의 기반을 굳건히 다지는 길이기 때문이다. 따라서 인법률조항이 특별법 시행일 이전에 특별법 소정의 범죄행위에 대한 공소시효가 이미 완성된 경우에도 적용하는 한 헌법에 위반된다. 헌법재판소 1996. 2. 16. 선고 96헌가2, 96헌바7, 96헌바13 결정 다수의 견.

- 5) 이러한 이유로 이 법률조항은 특별법 시행당시, 공소시효가 아직 완성되지 않았다고 보는 경우에는 재판관 전원일 헌법에 위반되지 아니한다는 의견이고, 공소시효가 이미 완성된 것으로 보는 경우에는 재판관 김진우, 재판관 이재화, 재판관 조승형, 재판관 정경식 등 4명이 헌법에 위반되지 아니하는 의견이고, 재판관 김용준, 재판관 김문희, 재판관 황도연, 재판관 고중석, 재판관 신창언 등 5명이 헌정 위헌의견이나 이 경우에도 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 정한 위헌결정(헌법소원의 경우도 같음)의 정족수에 이르지 못하여 합헌으로 선고할 수밖에 없으므로 이에 주문과 같이 결정한다. 헌법재판소 1996. 2. 16. 선고 96헌가2, 96헌바7, 96헌바13 결정.
- 6) 대통령으로 재직하는 기간 동안 헌법 제84조에 의거하여 불소추특권을 향유하므로 공소시효의 진행이 각각 7년 5월 24일 및 5년 동안 정지된 것으로 보아야 한다.
- 7) 내란행위의 종료시점에 대하여 비상계엄의 유지행위도 범죄실행행위인 협박에 해당하여 1981년 1월 24일의 비상계엄 해제와 더불어 폭동행위가 종료된 것으로 보았다.
- 8) 서울지방법원 1996. 8. 26. 선고 95고합1228, 1237, 1238, 1320, 96고합12(병합) 판결.
- 9) 1심 판결과 같이 내란죄의 종료시점을 비상계엄이 해제된 1981년 1월 24일로 보더라도 15년의 공소시효는 1996년 1월 24에 완성되므로 그 전날 이루어진 공소제기는 적법하다. 서울고등법원 1996. 12. 16. 선고 96노1892 판결.

대법원은 「5.18민주화운동 등에 관한 특별법」을 원용함으로써 공소시효 문제를 해결한다. 「5.18 민주화운동 등에 관한 특별법」 제2조 제1항이 그 법의 적용대상을 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄 행위로 하고 있으므로, 이 사건 범죄행위는 전부 형사소송법 제249조에 의한 공소시효가 완성되었는가와 관계없이 이 법률의 적용대상이 됨이 명백하다. 따라서 이 사건 범죄행위는 모두 1993년 2월 24일까지 공소시효가 정지되어 있었고, 1993년 2월 25일부터 다시 15년의 공소시효가 진행되기 시작하였다.¹⁰⁾

4. 발표문(김성천 교수)

김성천 교수는 특별법에 의해서 비로소 공소시효가 정지된 것으로 간주된다는 논리는 수긍하기 어렵다고 대법원 판결을 비판하면서 5·18 재판의 모든 피고인에 대하여 검찰이 공소제기를 법률상 그리고 사실상 할 수 있는 경우에만 공소시효가 진행된다고 보고 있다. 제1심 판결은 전두환, 노태우 등 두 피고인에 대하여 검찰이 공소제기를 법률상, 사실상 할 수 없었기 때문에 공소시효가 적용되지 않는다고 하면서, 나머지 피고인의 경우에는 「헌정질서파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법」 제2조 및 「5.18민주화운동 등에 관한 특별법」 제2조를 적용하여 공소시효 문제를 처리하였다. 김성천 교수는 제1심 판결보다 더 진보적인 태도를 취한 것이다. 김성천 교수는 신군부의 12·12 및 5·18 사건 범죄행위에 대한 공소시효는 1993년 2월 24일까지 진행되지 않았다고 보는 것이 당연하고, 5·18민주화운동법은 이를 확인하는 법률에 불과하다고 한다. 5·18민주화운동법의 공소시효 정지 규정은 ‘형성적 법률’이 아니라 ‘확인적 법률’이라는 것이다.

V. 토론자의 견해 - 국제범죄와 공소시효

1. “5·18 광주 민중 학살”의 국제범죄성

(1) “5·18 광주 민중 학살”에 대한 새로운 시각의 등장

한인섭 교수는 1심 판결이 12·12가 역사의 흐름을 바꿔놓은 것이기 때문에 5·18 가담자보다 12·12 가담자에 대하여 무겁게 다루었다고 한 것과 대법원이 ‘광주시민을 살상함으로써 국가기관을 협박했다’는 법리를 전개한 것에 대하여, ‘12·12가 군대를 향한 것이고(반란), 5·17이 국가조직에 대한 것이라면(내란), 5·18은 국민에 대한 대량살상(내란목적살인)이기 때문에 5·18에 가장 큰 비중을 두어야 마땅하며, 5·18이 국민(광주시민)에 대한 인권유린을 자행한 국가범죄라는 측면을 대법원이 소홀히 다루었다’고 비판하였다.¹¹⁾

조용환 변호사는 「5.18민주화운동 등에 관한 특별법」이 5·18을 ‘국가의 범죄’로 보지 않고 개인 범죄자가 저지른 사건처럼 다루고 있다고 주장하였다. 5·18 내란사건에 대하여 위 특별법이 국

10) 피고인들의 폭동행위는 비상계엄의 전국확대를 통해서 지속적으로 실행되어 단일한 내란죄 구성요건을 반복적으로 충족한 단순일죄이며 1981년 1월 24일에 비상계엄이 해제되면서 종료되었다. 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 판결.

11) 한인섭, 5·18 재판과 사회정의, 경인문화사, 2006, 40, 115면.

가적 법익에 대한 범죄에 대하여만 공소시효의 정지를 규정함으로써 그 범죄를 저지르는 과정에서 발생한 살인, 사체유기, 고문, 강간 등 국민에 대한 범죄에 대하여 처벌을 면제하였다는 것이다.¹²⁾

(2) 국제범죄의 개념

국제범죄에 관하여 널리 알려진 정의는 국제법에 의하여 개인의 가벌성이 직접적으로 발생하는 범죄라는 것이다.¹³⁾ Cassese는 국제범죄의 특징은 관습국제법위반, 국제 공동체 전체가 중시하는 규범위반, 보편적 법익의 침해, 보편적 관할권(세계주의), 범죄자에 대한 형사 또는 민사적 면책(immunity)의 부인이며, 이러한 특징들이 국제범죄에서 누적적으로 나타난다고 한다.¹⁴⁾

일반적으로 국제범죄로 인정되는 것으로 집단살해죄, 인도에 반하는 죄, 전쟁범죄, 침략범죄가 있다. 이들은 소위 핵심범죄(core crimes)로 불리며 국제형사재판소(International Criminal Court, "ICC")에 관한 규정(이하 "로마규정")의 관할범죄로 규정되어 있다. 간략히 말하면 집단살해죄는 국민적, 민족적, 인종적 또는 종교적 집단의 전부 또는 그 일부를 그 자체로서 파괴하는 행위(로마규정 제6조 참조), 인도에 반하는 죄(Crimes Against Humanity)는 광범위하거나 체계적으로 자행되는 인권 침해 범죄(로마규정 제7조 참조), 전쟁범죄는 무력충돌에 관한 국제법의 심각한 위반(로마규정 제8조 참조), 침략범죄는 타국에 대한 위법한 무력사용(로마규정 제8조의2 참조)을 의미한다.

(3) "5·18 광주 민중 학살"과 국제범죄(인도에 반하는 죄)

국제형사재판소에 관한 로마규정상 인도에 반하는 죄는 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 그 공격에 대한 인식을 가지고 범해진 살해(murder), 절멸(extermination), 노예화(enslavement), 주민의 추방(deportation) 또는 강제이주(forcible transfer), 국제법의 근본원칙을 위반한 구금 또는 신체적 자유의 다른 심각한 박탈, 고문(torture), 강간, 성적 노예화, 강제매춘, 강제임신, 강제불임(enforced sterilization), 또는 이에 상당하는 기타 중대한 성폭력, 사람들의 강제실종(enforced disappearances), 인종차별범죄(crime of apartheid), 신체 또는 정신적·육체적 건강에 대하여 중대한 고통이나 심각한 피해를 고의적으로 야기하는 유사한 성격의 다른 반인도적 행위, 위와 같은 행위나 집단살해, 전쟁범죄, 침략범죄와 관련하여, 정치적·인종적·국민적·민족적·문화적 및 종교적 사유, 성별 또는 국제법상 허용되지 않는 것으로 보편적으로 인정되는 다른 사유에 근거하여 어떠한 동일시될 수

12) 조용환, 5·18특별법과 전·노재판의 문제점, 역사비평 1996년 봄호, 72-74면.

13) G. Werle/F. Jessberger, *Principles of International Criminal Law 3rd ed.*, Oxford University Press, 2014, para. 89; A. Cassese, *International Criminal Law 2nd ed.*, Oxford University Press, 2008, p. 11; 국제범죄가 되기 위하여는 첫째, 개인의 형사책임을 발생시키고, 둘째, 국제법에 근거하여야 하며, 셋째, 그것이 국내법에 편입이 되는 지와 무관하게 범죄여야 한다. G. Werle, *Principles of International Criminal Law 2nd ed.*, 2009, T.M.C-Asser Press, para. 84.

14) A. Cassese, *International Criminal Law 2nd ed.*, Oxford University Press, 2008, pp. 11-13.

있는 집단이나 집합체에 대한 박해를 말한다(로마규정 제7조 제1항).

인도에 반하는 죄가 성립하기 위하여는 위에서 열거된 살해부터 박해에 이르는 유형에 해당하는 행위가 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 행하여졌어야 한다. 이때 공격의 “광범성”은 민간인 주민에 대한 공격과 피해의 양적 규모를 말하며, “체계성”은 민간인 주민에 대한 공격의 정책(policy)적 성격을 나타낸다. 이러한 정책적 성격은 일련의 행위들이 무작위적으로 발생한 것이 아니라 일정한 목적을 가지고 있거나 반복적, 지속적인 행위들이 서로 연계되어 있다는 것을 의미한다.¹⁵⁾ 한편, “민간인 주민에 대한 공격”이라 함은 그러한 공격을 행하려는 국가나 조직의 정책에 따르거나 이를 조장하기 위하여 민간인 주민에 대하여 인도에 반하는 죄의 유형으로 규정된 행위를 다수 범하는 것에 관련된 일련의 행위를 말한다[로마규정 제7조(2)(a)].

5·18 재판은 국내 형법에 따라 전두환, 노태우 등 신군부의 범죄행위를 12·12 반란(군형법)과 5·18 내란(형법)을 구분하여 처벌하고 있다. 국제범죄는 국가적 수준의 조직이 관여하는 집단 범죄로서 장기간에 걸쳐 다수의 피해자에 대하여 다수의 범죄가 발생할 것을 예정하고 있다. 개별적, 고립적인 범죄를 중심으로 발전한 국내법상의 범죄이론과 달리 국제형법에 의하면 전두환, 노태우의 신군부의 범죄를 미시적으로 관찰하여 군사반란과 내란으로 구분하지 않고, 군사반란과 내란, 그리고 이에 부수한 다른 범죄들은 인도에 반하는 죄라는 전체 범죄를 구성하는 개별적 행위로 파악한다. 전두환을 정점으로 하는 신군부는 무력으로 군권과 정권을 탈취하기 위하여 군사반란을 일으킨 뒤에 비상계엄을 확대하고, 이에 저항하는 광주 시민들에 대하여 대규모의 살상과 고문 등 잔혹행위를 하였다(대표적인 예는 1980년 5월 27일 광주제진입 작전에 의한 살인). “5·18 광주 민중 학살”을 구성하는 일련의 범죄행위와 잔혹행위는 다수의 광주 민중에 대한 광범위하고 체계적인 공격을 구성하며 그 전체가 인도에 반하는 죄에 해당한다는 점에 의문의 여지가 없다.

(4) 국제범죄의 특성과 “5·18 광주 민중 학살”에 대한 처벌

국제범죄의 특징으로 발표문과 관련된 것으로 공소시효가 적용되지 않고, 국내 형법에 비하여 특별한 내용을 갖는 죄형법정주의가 적용된다는 점에 있다. 이러한 특성은 국제범죄가 국가나 이에 준하는 거대한 조직이 관여하는 집단범죄이라는 점 때문에 나타난다. 전두환을 정점으로 한 신군부는 군사 조직으로 반란을 통하여 정권과 국가 권력을 장악하였다. 군권과 정권을 장악하고 군사조직을 이용하여 광주 민중을 학살한 것은 전형적인 국가범죄이며 국제범죄인 것이다.¹⁶⁾

Moffett는 국내범죄(domestic crimes)와 비교하여 국제범죄가 보여주는 다섯 가지의 일반적

15) 조정현, 국제형사재판소(ICC) 규정상 인도에 반한 죄의 구성요건, 강원법학 제50권, 2017. 2. 593면.

16) 국제범죄의 특성에 대하여는 이윤제, 국제범죄에 대한 지휘관책임의 연구, 박사학위논문, 서울대학교, 2016, 25-48면 참조.

특성을 (1) 대규모의 피해(mass victimization), (2) 집단의 조직화된 범행가담, (3) 이데올로기에 의한 범죄 (4) 국가의 개입, (5) 범죄와 그에 대한 불처벌이 피해자에게 미치는 충격이라고 설명한다.¹⁷⁾ 이러한 다섯 가지 특징은 국제범죄가 국가의 개입, 관여, 또는 목인에 의하여 발생한다는 점에서 기인한다. 국가의 개입과 이를 반영하는 조직화된 폭력으로 인하여 일반 범죄는 국제공동체의 관심사가 되는 국제범죄가 된다.¹⁸⁾ 국가범죄의 특징은 국가라는 형벌권의 주체가 범죄의 주체가 되었다는 점에 있다. 이것은 국제범죄자들에 대한 오랜 불처벌의 역사를 설명해 준다. 이들은 국가형벌권을 담당하는 국가의 지도자이었기 때문에 사실상 처벌할 수 없었던 것이다. 형벌권의 주체인 국가가 관여하였기 때문에 그 권력 주체에 변경이 있을 때까지 사실상 그 범죄자들의 처벌이 불가능하다.¹⁹⁾ 국가가 그의 기관을 통해서 적극적으로 범죄에 참여·관여한 경우에 국가가 그 시민에 대하여 행사하는 형사재판권의 독점을 포함하는 정치적 권력으로서의 적법성 또는 정당성(legitimacy)의 조건을 위반한 것이다.²⁰⁾ 따라서 국제범죄를 저지른 정권의 담당자들에 대하여는 일반 국민들에게 인정되는 국내법상의 죄형법정주의, 공소시효, 국가의 형벌권독점과는 다른 법원리가 적용된다.²¹⁾

17) 국제범죄의 중대성은 피해자와 피해자의 가족에게 미치는 범죄의 영향과 관련이 있다. 종종 국제범죄는 심각한 정신적 외상과 고통을 피해자와 목격자들에게 남기는 잔인한 살인과 신체절단을 수반한다. 이것들은 피해자의 나이, 성, 취약성에 의해 더 악화된다. 국가가 정의의 집행을 거부하거나 범죄의 존재 자체를 부인하여 가해자들에게 면죄부를 줌으로써 피해자들의 고통은 더 심해진다. L. Moffett, *Justice for Victims Before the International Criminal Court*, Routledge, 2014, pp. 10.-12; 5-18 재판의 ‘법정에서조차 소외된 피해자들’에 관하여는 한인섭, 5-18 재판과 사회정의, 경인문화사, 2006, 61-62면 참조.

18) 국제범죄는 국가 기관(state officials)에 의해 직접 수행되거나 국가정책 또는 체제불법과 관련을 맺고 있는 개인(private individuals)에 의해 이루어진다. 국제범죄는 일반적으로 국내 형법에서도 범죄에 해당하는 살인, 폭행, 강간, 감금, 강도, 방화와 같은 기본범죄(underlying offence)에 의하여 실현된다. 이러한 일반 범죄(ordinary crime)는 국가 또는 이와 준하는 조직과 결합함으로써 국제범죄가 된다. 국가 개입은 인도에 반하는 죄에서는 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격이라는 상황으로 나타난다.

19) 군인이나 정치인이 아닌 민간인 개인에 의하여 저질러졌을 경우에도 국가의 정책이나 체제불법(system criminality)과 어떤 식으로든 관련되어 있다. A. Cassese, *International Criminal Law 2nd ed*, Oxford University Press, 2008, p. 54; 전쟁범죄나 인도에 반하는 죄로부터 독립된 범죄로서의 고문(torture)이 국제범죄로 인정되는 이유는 일반범죄(예를 들어, 가학증을 가진 자에 의한 고문)와 달리 국가가 개입되기 때문이다. A. Cassese/P. Gaeta/L. Baig/M. Fan/C. Gosnell/A. Whiting, *Cassese’s International Criminal Law 3rd ed*, Oxford University Press, 2013, p. 133; [전두환, 노태두 등] 피고인들의 범죄행위는 국가에 대한 범죄(crimes against the state)의 성격과 함께 국가권력을 이용(혹은 남용)하여 국민에 대한 인권유린을 자행한 국가범죄(state crimes)의 양면을 띠고 있다. 한인섭, 5-18 재판과 사회정의, 경인문화사, 2006, 115면.

20) W. Lee, International Crimes and Universal Jurisdiction, in *International Criminal Law and Philosophy*(Edited by L. May/Z. Hoskins), Cambridge University Press, 2010, pp. 18-19.

21) 이러한 의미에서 국제범죄에 대한 국내법질서에 대하여 국내 법원이 국제형법을 적용하는 경우에도 그것이 국내법의 일부인지에 대하여는 논의가 있다. 프랑스의 대법원(Cour de cassation)은 Klaus Barbie 사건에서 인도에 반하는 죄(Crimes Against Humanity)는 그 성질에 비추어 프랑스 국내법의 영역에 속하지 않으며, 국제형법 질서에 속한다고 1983년 판시하였다. W. N. Ferdinadusse, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, T.M.C.Asser Press, 2006, p. 63; J. Lelieur-Fischer, “Prosecuting the Crimes against Humanity Committed during the Algerian War: an Impossible Endeavour?”, *Journal of International Criminal Justice* 2, 2004, p. 233 참조; 또한 독일 일에서도 “독일 국제형법전은 국제형법을 독일 국내 형법 체계에 도입하기 위하여 만들어진 것이다. 이것은 엄격한 의미에서 국내 형법의 일부가 아니다.”라는 주장이 있다. C. J. M. Safferling, “Germany’s Adoption of an International Criminal Code”, *Annual of German & European Law* Vol 1-3, Berghahn Books, 2004, p. 380.

첫째, 정권을 장악한 자들이 자신들의 국제범죄행위를 할 당시에 그러한 행위를 처벌하는 국내법상의 처벌규정이 없었다는 주장은 받아들일 수 없으며, 이러한 **가벌성의 흠결은 국제법에 의하여 보충된다(죄형법정주의의 특별성)**. 국제인권법, 국제(형)법은 죄형법정주의와 관련하여 국내법과 다른 독특한 내용의 규정을 두고 있다. 시민적 및 정치적 자유에 관한 국제협약(International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR) 제15조²²⁾는 행위 당시에 국내법상 처벌규정이 없는 행위라도 그 당시에 존재하는 국제법에 의하면 범죄가 되는 경우에는 개별 국가가 자국의 형법에 없었던 국제범죄 규정을 만들고 이 법률에 의해서 범죄자들을 처벌하는 것을 승인하고 있다. 이러한 법률은 형식적으로는 소급하는 것처럼 보이지만 행위 당시의 국제법에 의하여 범죄로 인정된 것이기 때문에 실질적으로는 소급처벌이 아니다. 즉, “5·18 광주 민주 학살”에 대한 국내법상의 공소시효가 경과하여 처벌을 못한다는 주장이 설사 받아들여진다고 할지라도 국회가 뉘른베르크 국제군사재판과 도쿄 국제군사재판 당시부터 국제관습법으로 인정되어 오고 있는 인도에 반하는 죄를 처벌하는 규정을 제정함으로써 “5·18 광주 민주 학살”을 국제범죄로 처벌하는 것은 국제인권법과 국제법에 의하여 허용되며 죄형법정주의의 소급효 위반이 아니다.²³⁾

둘째, 국가 형벌권의 독점이 깨진다. 개별 국가가 국제범죄에 대한 형벌권을 행사하지 않는 경우에 그것은 그 국가가 형벌권을 독점한 조건을 위반하는 것이므로 다른 나라나 국제공동체가 그 국가를 대신하여 처벌할 수 있다[보편적 관할권(세계주의)].²⁴⁾

22) ICCPR 제15조

1. 어느 누구도 행위시의 **국내법 또는 국제법에** 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 작위 또는 부작위를 이유로 유죄로 되지 아니한다. 또한 어느 누구도 범죄가 행하여진 때에 적용될 수 있는 형벌보다도 중한 형벌을 받지 아니한다. 범죄인은 범죄가 행하여진 후에 보다 가벼운 형을 부과하도록 하는 규정이 법률에 정해진 경우에는 그 혜택을 받는다.
2. 이 조의 어떠한 규정도 **국제사회에 의하여 인정된 법의 일반원칙에 따라 그 행위시에 범죄를 구성**하는 작위 또는 부작위를 이유로 당해인을 재판하고 처벌하는 것을 방해하지 아니한다.

세계인권선언(1948. 12. 10) 제11조

1. 형사상의 범죄로 소추당한 모든 사람은 자신의 변호를 위하여 필요한 모든 보장을 갖춘 공개된 재판에서 법률에 따라 유죄로 입증될 때까지 무죄로 추정받을 권리를 가진다.
2. 어느 누구도 행위시의 **국내법 또는 국제법상으로** 형사상의 범죄를 구성하지 아니하는 작위 또는 부작위를 이유로 유죄로 되지 아니한다. 또한 형사상의 범죄가 행하여진 때에 적용될 수 있는 형벌보다도 무거운 형벌이 부과되지 아니한다.

유럽인권협약 제7조

1. 어느 누구도 행위시의 국내법 또는 국제법에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 작위 또는 부작위를 이유로 유죄로 되지 아니한다. 또한 어느 누구도 범죄가 행하여진 때에 적용될 수 있는 형벌보다도 중한 형벌을 받지 아니한다. 범죄인은 범죄가 행하여진 후에 보다 가벼운 형을 부과하도록 하는 규정이 법률에 정해진 경우에는 그 혜택을 받는다.
2. 이 조는 문명국가들에 의하여 인정된 법의 일반원칙에 따라 그 행위시에 범죄를 구성하는 작위 또는 부작위를 이유로 당해인을 재판하고 처벌하는 것을 방해하지 아니한다.

23) 제6조 ①헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다; 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 (B규약)은 1976년 3월 23일 발효하였고, 우리나라도 1990년 4월 10일 가입하여 우리나라에서도 1990년 7월 10일부터 효력이 발생하였다.

24) 이러한 이유로 국제범죄를 보편적 관할권(세계주의)의 대상이 되는 범죄로 정의하는 견해가 있다. 국가가 국제적 요소를 갖는 국제범죄를 스스로 처벌할 의사나 능력이 없는 경우에 국제공동체나 다른 국가가 개입하여 처벌하여야 한다는 주장이다. W. Lee, International Crimes and Universal Jurisdiction, in

셋째, 국가 권력을 장악함으로써 형사재판권의 행사를 불가능하게 한 범죄자들이, 자신들이 권력을 장악한 기간동안 공소시효가 진행하였다고 주장하는 것을 받아들일 수 없는 것이다(국제범죄에 대한 공소시효의 배제). 국제범죄에 대한 공소시효 배제는 관습국제법에 해당하며 이것은 일반적으로 승인된 국제법규에 해당한다. 국제연합은 전쟁범죄와 반인도적 범죄를 예방하기 위하여 1968.11.26. 총회에서 결의 제2391(XXIII)호로 「전쟁범죄 및 반인도적 범죄에 대한 국제법상의 시효의 부적용에 관한 협약(Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity)」을 채택하여 국제법상 전쟁범죄와 반인도적 범죄에 대하여는 시효기간이 없다는 것을 확인하였다. 이 협약규정은 국가를 대표하는 자에 대해서든 사인에 대해서든, 정범이든 교사범이든, 범행이 완수된 정도와 상관없이 적용되며 그러한 범행을 관용한 국가의 대표자에게도 적용되고, 동협약체약국은 이러한 범죄에 대한 시효가 규정된 법률을 폐지할 것을 약속하였다.²⁵⁾

(5) 소결

공소시효 제도를 가진 국가의 국내법상의 일반범죄에 해당되는 범죄가 국제범죄에 해당하는 경우에 ICCPR 제15조와 국제(형)법의 공소시효 배제는 실질적으로 같은 기능을 한다. 행위 당시에 국내법에 그러한 범죄를 처벌하는 규정이 없더라도 그것이 그 당시의 국제법에 의해 국제범죄에 해당하는 경우에는 이를 처벌하는 형법을 만들어 그 범죄를 처벌할 수도 있다는 것은 그러한 범죄에 대하여는 공소시효가 적용되지 않는다는 것과 실질적으로 같은 의미이다. 즉, 국제범죄를 구성하는 살인, 상해, 고문, 강간, 박해와 같은 개별 행위에 대한 국내법상의 공소시효가 완성되었다고 하더라도 그것이 행위 당시의 국제법에 의하여 범죄(국제범죄)를 구성하는 경우에는 이러한 국제범죄를 처벌하는 법률을 만들어서 처벌하는 것은 죄형법정주의에 반하지 않는다. 따라서, 김성천 교수가 검찰이 공소제기를 법률상 또는 사실상 할 수 없는 기간 동안 공소시효가 정지되며 「5·18 민주화운동 등에 관한 특별법」 제2조는 확인적 법률이라고 하는 주장은 국제범죄에 대한 국제(형)법상의 공소시효 배제, 국제형법의 죄형법정주의와 그 취지를 같이한다고 볼 수 있다.

VI. 발표자에 대한 질문

발표자께서는 “헌법재판소의 판단처럼 5·18민주화운동법의 공소시효 정지 규정은 ‘형성적 법률’이 아니라 ‘확인적 법률’이다”라고 하면서 그 근거로 헌법재판소 1996. 2. 16. 96헌가2 결정을 제시하셨는데, 헌법재판소의 결정 내용이 너무 복잡하여 토론자는 형성적 법률이라고 판단한 것인지 확인적 법률이라고 판단한 것인지 이해를 잘 하지 못하고 있습니다. 발표자께서 헌

International Criminal Law and Philosophy(Edited by L. May/Z. Hoskins), Cambridge University Press, 2010, pp. 37-38.

25) 헌법재판소 1996. 2. 16. 선고 96헌가2, 96헌바7, 96헌바13 결정.

법재판소가 ‘확인적 법률’이라고 판시하였다고 생각하시는 근거를 설명해 주셨으면 감사하겠습니다.

또한, 발표자의 주장 중에서 “사실상”의 공소제기의 불가능을 근거로 공소시효가 정지된다고 하는 것은 국내법 이론만으로는 그 근거를 제시하기 어려운 것으로 보이고, 이런 이유로 제1심 판결도 전직 대통령들에 대하여만 이러한 이론 구성을 하였고, 나머지 피고인들에 대하여는 특별법을 적용함으로써 공소시효 문제를 해결하였다고 봅니다. 발표자께서 대통령들이 아닌 자들에 대하여까지 사실상의 공소제기 가능성을 근거로 공소시효가 정지된다고 주장하는 것은 국내 형법의 이론에 의하면 유추해석 금지의 원칙에 반한다는 비판을 받을 가능성이 있는 것으로 보이는데 어떻게 생각하시는지?

정치적 특별사면과 사법정의

- 특별사면 폐지론을 중심으로 -

김재윤

전남대학교 법학전문대학원 교수

“어제의 범죄를 벌하지 않는 것, 그것은 내일의 범죄에 용기를 주는 것과 똑같은 어리석은 짓이다. 공화국 프랑스는 관용으로 건설되지 않는다.”

- 알베르 카뮈(1913~1960): 나치부역자 숙청반대 여론을 잠재우며 -

《 목 차 》

I. 들어가는 말

II. 특별사면의 현황과 정치적 특별사면의 주요 국내외 사례

1. 역대 정부의 특별사면 현황
2. 정치적 특별사면의 주요 국내외 사례

III. 사면법상 특별사면 폐지론의 주요 논거

1. 특별사면 개선론의 내용과 실현 가능성
2. 특별사면 폐지론의 주요 논거

IV. 맺는 말

I. 들어가는 말

보수성향으로 알려진 안창호 헌법재판관은 2017년 3월 10일 역사적인 박근혜 대통령 탄핵 심판 선고에서 “정경유착 등 정치적 폐습과 이권투구의 소모적 정쟁을 조장해 온 제왕적 대통령제는 협치와 투명하고 공정한 권력행사를 가능하게 하는 권력공유형 분권제로 전환하는 권력구조의 개혁이 필요하다”는 보충의견을 내놓았다.¹⁾ 이러한 제왕적 대통령제에서 그간 역대 대통령은 헌법 제79조와 사면법(1948.8.30. 법률 제2호로 제정·시행)²⁾ 제2조에 근거하여 인정하고 있는 특별사면³⁾을 총 83회(특별감형과 특별복권을 포함하면 총 101회)나 실시하여 특별사

1) 헌법재판소 2017.3.10. 선고 2016헌나1 결정.

2) 사면법은 제정 당시 일제강점기와 미군정 동안 형법·행정형법·미군정령 등을 위반한 자들을 빨리 사면 시키고자 하는 정치적 고려가 크게 작용하였으며, 사면법 제정 직후인 1948년 9월 27일에 1948년 8월 15일 이전의 대부분의 범죄자들을 대상으로 제1차 일반사면이 단행되었다. 이에 대한 자세한 설명으로는 송기춘, “헌법상 사면권의 본질과 한계”, 공법연구 제30집 제5호, 2002, 191면 참조.

면의 정치적 남용을 일삼아 왔다. 군사독재정권 시대에 대통령은 무소불위로 특별사면권을 발동하여 권력유지의 도구로 사용하였고, 문민정부, 국민의 정부, 노무현 정부 그리고 이명박·박근혜 정부에서도 예외는 아니어서 권력형 비리에 연루된 고위공직자, 부패정치인, 재벌경제사범, 선거사범들이 특별사면에 의해 형의 집행이 면제되었다. 이러한 제왕적 대통령에 의한 특별사면권의 정치적 남용의 대표적인 사례로 1997년 12월 22일 전격적으로 단행된 김영삼 전 대통령의 전두환·노태우에 대한 특별사면을 언급할 수 있다.

이처럼 우리나라에서 대통령의 특별사면권의 행사는 오·남용의 역사로 점철되어 왔고, 이러한 문제를 해결하기 위하여 1948년 8월 30일에 제정된 사면법이 2007년 12월 21일에 이르러서야 ‘사면심사위원회’를 신설하는 내용으로 처음 개정되었고, 그 이후에도 국회와 헌법·형사법학계 차원에서 수차례 사면법 일부개정법률안과 개선방안이 제시되어 왔으나 큰 진전을 이루지 못하였다.

그러나 지금까지 제시된 사면법에 대한 개선방안만으로 그동안 끊임없이 비판되어 온 특별사면권의 정치적 남용의 문제가 해결될 수 있을지 회의적이다. 일찍이 칸트는 “통치권자의 사면권행사는 ‘최대의 불법’을 행사하는 것이며 응보로써 정의를 다시 세운다는 형법의 명령에 위반되는 것”이라고 하여 사면 반대론을 설파하였다고 한다.⁴⁾

따라서 본 발표문에서는 이러한 문제의식을 바탕으로 사면법상 특별사면의 개선방안이 아니라 특별사면 폐지론을 전개하고자 한다. 이를 위해 우선 정치적 특별사면의 현황과 주요 국내외 사례를 살펴보고, 특별사면 개선론의 내용과 실현 가능성, 특별사면의 헌법적 정당성 여부, 특별사면의 긍정적 기능 달성 여부, 특별사면의 형벌목적(특별예방효과) 달성 여부 등의 측면에서 특별사면 폐지의 논거를 살펴보고자 한다.

II. 특별사면의 현황과 정치적 특별사면의 주요 국내외 사례

1. 역대 정부의 특별사면 현황

우리 헌정사에서 특별사면은 ‘사회통합’, ‘국민화합’, ‘경제살리기’ 등의 명분 아래 이승만 정부 8회(9,344명), 허정 내각 2회(3,221명), 박정희 정부 21회(22,369명), 전두환 정부 13회(8,250명), 노태우 정부 6회(6,746명), 김영삼 정부 9회(38,750명), 김대중 정부 6회(70,321명), 노무현 정부 8회(37,188명), 이명박 정부 7회(12,966명), 박근혜 정부 3회(17,328명) 등 총 83회 시행되었고 특별사면 된 인원만 해도 총 226,483명에 달한다[그림 1] 참조).⁵⁾

3) ‘특별사면’이란 죄를 범하여 형의 선고를 받은 자 중에서 일부를 특정하여 형의 집행을 면제해주는 대통령의 특권을 말한다. 특별사면은 원칙적으로 형의 선고를 받은 특정인에 대해 형의 집행을 면제해 준다는 점에서 범죄의 종류를 정하여 해당 범죄로 형의 선고를 받은 자 모두에 대해 형 선고의 효력을 상실시키는 ‘일반사면’과 구별된다(사면법 제2조, 제5조). 특별사면의 개념, 효과, 절차 등에 대해 자세한 설명으로는 이승호, “사면제도의 개혁을 위한 소고(小考)”, 형사정책 제25권 제1호, 2013.4. 119-125면 참조.

4) 정현미, “사면의 법치국가적 한계”, 형사법연구 제20호, 2003, 329면.

5) 역대 정부의 특별사면 현황에 대한 자세한 분석으로는 고문현, “제19대 국회 사면법 개정안에 대한 평



제한 이후 국회의 동의를 요하는 일반사면이 총 7차례에 걸쳐 행해진 것과 비교할 때 국회의 동의를 요하지 않는 특별사면이 대통령에 의해 얼마만큼 손쉽게 남용되었는지 쉽게 알 수 있다. 이처럼 빈번하고 대량화된 특별사면으로 인해 헌법과 사면법에서 규정하고 있는 일반사면과 특별사면의 구별의 실질적인 의미가 거의 사라져 “일반사면과 같은 특별사면”이 반복되고 있다. 더욱이 이러한 특별사면의 대상자는 일반 형사범보다 부정부패에 연루되었던 전직 정치인 또는 공무원, 거물급 비리 경제인, 선거사범이 주를 이루고 있다는 데 문제의 심각성이 있다. 그 대표적인 예로 이명박 정부 때인 2010년 8월 광복절 특별사면을 언급할 수 있다. 광복 65주년을 맞아 이루어진 당시 특별사면 대상자 2,493명을 분류해 보면 95%를 넘는 2,375명이 대선, 총선, 지방선거 등의 선거사범이고 일반 형사범과 외국인·불우수형자 등은 118명에 불과하여 정치적 고려가 크게 작용하였다고 본다. 또한 특별사면을 받은 일반 형사범 가운데 81명은 과거 정부의 주요 인사(4명), 전직 국회의원·공직자·지방자치단체장(59명), 경제인(18명)으로,⁶⁾ 순수 일반인은 고령, 신체장애, 질병으로 고통을 받은 37명에 불과하였다.⁷⁾ 이러

가”, 공법학연구 제14권 제2호, 2013, 264-267면; 이승호, 앞의 논문, 126-127면; 이영주/승재현/김성배/서보건, 사면권 행사 방법의 문제점과 개선 방향 -사면권의 본질과 제한 가능성의 방향설정적 기초 마련-, 한국형사정책연구원, 2013, 35-45면; 이헤미, 특별사면권의 남용 문제와 개선방안, 국회입법조사처, 2015, 12-19면 참조.

6) 주요 특별사면 대상자 중 정부 주요 인사로는 노건평(노무현 前 대통령 친형), 김원기(前 국회의장), 박정규(前 청와대 민정수석), 정상문(前 청와대 총무비서관), 선거사범으로는 김병호(17대 국회의원, 한나라당), 박태권(13대 국회의원, 민주자유당), 김현미(17대 국회의원, 열린우리당), 박종웅(17대 국회의원, 한나라당), 이상락(17대 국회의원, 열린우리당), 서청원(18대 국회의원, 친박연대), 김노식(18대 국회의원, 친박연대), 김순애(18대 국회의원 양정례 모친, 친박연대) 등이 포함되었다. 또한 전직 국회의원 및 공직자도 다수 포함되었는데, 김종률(18대, 민주당), 권정달(15대, 민주당), 김태식(16대, 민주당), 이부영(16대, 열린우리당), 배기선(17대, 열린우리당), 김용채(13대, 민주자유당), 박혁규(17대, 한나라당), 송천영(14대, 신한국당), 임진출(16대, 한나라당), 염동연(17대, 민주당), 조재환(16대, 민주당), 최락도(14대, 민주당), 최재승(16대, 민주당), 정상근(前 부산지방국세청장), 변양균(前 청와대 정책실장), 최기문(前 경찰청장), 강무현(前 해양수산부장관), 권영해(前 안기부장), 권해옥(前 주공 사장) 등이 포함되었다. 경제인으로는 김준기(동부그룹 회장), 김인주(前 삼성그룹 전략기획실장), 박건배(前 해태그룹 회장), 유상부(前 포스코 회장), 이익치(前 현대증권 대표), 이학수(前 삼성그룹 부회장), 조옥래(디에스디엘 회장), 채형석(애경그룹 부회장)이 있다(법무부 2010년 8월 23일 대변인실, ‘광복 65주년 경축 특별사면 등 실시’ 보도자료 참고).

한 역대 정부의 특별사면의 현황을 보면 특별사면은 제왕적 대통령에 의해 자의적·임의적·무제한적·무분별적으로 행사됨으로써 헌법과 법률에 근거한 전체 형사사법체계와 그 실현 과정, 내용, 결과 등을 무력화 및 형해화 한다는 비판에서 자유로울 수 없다.⁸⁾ 한마디로 우리나라 특별사면의 역사는 정치적 편의에 따른 오·남용의 역사라고 말할 수 있다.

2. 정치적 특별사면의 주요 국내외 사례

(1) 국내 사례

가. 개괄적 소개

김영삼 정부 이후 시행된 특별사면 가운데 “형사사법의 빗장을 언제라도 열어젖히는 무소불위의 파옥(破獄)의 도구”⁹⁾로 전락한 정치적 특별사면의 대표적 사례를 간략히 언급하면 다음과 같다. 우선 김영삼 정부는 1997년 12월 22일 특별사면을 통해 1997년 4월 17일 대법원¹⁰⁾에서 ‘12·12 군사반란’ 및 ‘5·18 광주 학살’ 그리고 ‘비자금 조성’ 등의 비리 혐의로 무기징역과 추징금 2천2백5억 원이 확정된 전두환과 징역 17년과 추징금 2천6백28억 원이 확정된 노태우를 복역 2년 만에 풀어주었다. 또한 정호용 전 국방부장관, 장세동 전 안기부장, 안현태·이현우 전 청와대 경호실장 등도 석방되거나 남은 형량을 면제받았다.

김대중·노무현 정부에서도 특별사면은 남용됐다. 김대중 정부에서는 한보그룹 정태수 전 회장으로 부터 국정조사와 관련하여 금품을 수수한 범죄사실로 1997년 12월 26일 대법원¹¹⁾에서 징역 5년, 추징금 2억5천만 원의 형이 확정된 지 채 8개월이 지나지 않은 권노갑 전 의원에 대해 1998년 8월 광복절 특별사면을 단행하였다. 다음해 광복절 특별사면에서는 ‘한보 게이트’의 장본인이었던 정태수 전 회장과 여기에 연루된 김영삼 전 대통령의 차남 김현철 등도 특별사면 되었다.

노무현 정부에서는 각종 비리 혐의로 구속 수감되거나 유죄 판결을 받은 김대중 전 대통령의 아들과 측근 인사들을 특별사면 했다. 김대중 전 대통령의 차남인 김홍업은 2002년 ‘이용호 게이트’에 연루돼 대법원에서 실형을 선고 받았으나 2005년 8월 광복절 특별사면으로 사면 복권됐다. 이때 김대중 전 대통령의 측근인 신건·임동원 전 국정원장, 박지원 전 대통령 비서실장, 한화갑 민주당 전 대표, 신승남 전 검찰총장 등도 특별사면의 혜택을 받았다.

이명박 정부도 특별사면을 정치적으로 남용했다. 특히 2008년 8월 광복절 특별사면의 대상자 가운데 재벌 총수의 면면을 보면 화려하다. 정몽구 현대·기아차그룹 회장, 최태원 SK그룹 회장 등이 형이 확정된 지 두 달도 안 돼 특별사면 됐고, 김승연 한화그룹 회장도 특별사면

7) 이영주/송재현/김성배/서보건, 앞의 보고서, 44-45면; 이혜미, 앞의 보고서, 18면 참조.

8) 같은 지적으로는 이세주, “대통령의 사면권에 대한 비판적 고찰”, 법학연구 제26권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2016.12, 10면.

9) 이승호, 앞의 논문, 127면.

10) 대법원 1997.4.17. 선고 96도3376 전원합의체 판결.

11) 대법원 1997.12.26. 선고 97도2609 판결.

됐다. 김승연 회장은 기업 활동과 무관한 보복 폭행으로 처벌을 받았지만 경제인으로 분류돼 특별사면 대상에 포함됐다. 2009년 12월 31일 특별사면에는 경제 5단체의 특별사면 건의로 기업인 78명이 무더기로 사면됐다. 이때 이건희 삼성전자 회장, 김우중 대우그룹 전 회장이 포함되었는데, 배임과 조세포탈로 유죄 확정판결을 받은 이건희 회장의 경우 4개월도 지나지 않은 시점에서 특별사면이 단행돼 논란을 빚었다. 임기 마지막 해인 2013년 1월 31일 특별사면에서는 비리 혐의로 구속된 자신의 최측근들로 ‘박연차 게이트’에 연루된 천신일 세종나모여행 전 회장, 파이시티 비리로 구속됐던 최시중 전 방송통신위원장 등을 특별사면에 포함시켰다.

박근혜 정부도 예외는 아니다. 3차례의 특별사면 가운데 마지막인 2016년 8월 광복절 특별사면에서 이재현 CJ그룹 회장이 특별사면의 대상자에 포함되었다.¹²⁾ 이재현 회장은 2013년 7월 18일 조세포탈, 특정경제범죄가중처벌법상 횡령·배임 등의 혐의로 검찰에 의해 구속기소 되었으나, 지병을 이유로 수차례 구속집행정지를 신청하였고 법원은 이를 받아들여 서울구치소에 수감된 기간보다 서울대병원에 입원해 있는 기간이 더 긴 혜택을 누렸다. 2015년 12월 15일 대법원은 이재현 회장에 징역 2년 6개월과 벌금 252억 원 선고하였고, 2016년 7월 19일 이재현 회장이 재상고를 포기함으로써 형이 확정되었다. 그런데 형이 확정되고 채 한 달도 되지 않는 8월 15일 김승연 한화 회장, 최재원 SK수석부회장, 구본상 LIG 넥스원 부회장은 빠진 채 유독 이재현 회장만이 특별사면 되었다. 재빠른 재상고 포기과 특별사면이 우연의 일치인지 의문이 들지 않을 수 없다.

이러한 역대 정부의 비리 혐의에 연루된 거물급 정치인과 경제인에 대한 특별사면의 남용 가운데 김영삼 정부에서 실시된 전두환·노태우에 대한 특별사면을 빼놓을 수 없다. 이들 헌정 질서파괴범죄자에 대한 특별사면이 과연 대통령의 특권으로 법률에 따라 행해지기만 하면 아무런 문제가 없는 것인지, 문제가 있다면 이를 단순히 사면법의 요건과 절차적 개선을 통해 해결될 수 있는 것인지를 살펴보기 위해 이에 대해 보다 상세한 소개·분석이 요구된다.

나. 김영삼 정부의 전두환·노태우 특별사면

1994년 10월 29일 검찰에서 12·12 군사반란 대해 ‘기소유예’ 결정을 하면서 공안검사 장운석(제17, 18, 19대 새누리당 국회의원)은 “성공한 쿠데타는 처벌할 수 없다”는 유명한 말을 남겼다. 이어 검찰은 다음해인 1995년 7월 18일에 5·18 내란에 대해서도 ‘공소권 없음’ 처분을 내렸다. 이로써 12·12 군사반란과 5·18 내란의 주모자인 전두환·노태우는 그렇게 형사처벌을 피해 가는 듯했다. 그러나 1995년 10월 19일 박계동 의원(제17대 민주당 국회의원)이 노태우 4천억 비자금 조성을 폭로했고 노태우는 같은 해 11월 16일 수뢰혐의로 구속되었다. 급기야 ‘문민’정부란 이름으로 출범한 김영삼 정부는 국민들의 공분이 예상을 뛰어넘자 황급히 같은 해 11월 24일 5·18민주화운동 등에 관한 특별법(1995.12.21. 제정, 법률 제5029호)의 제정을 지시하였고, 같은 해 12월 3일 전두환은 반란혐의로 구속되었다. 그 후 1년여 간의 재판이 진행되었고 대법원은 1997년 4월 17일 전원합의체 판결을 통해 전두환 무기징역, 추징금 2천2백5억 원과 노태

12) 이재현 CJ그룹 회장에 대한 수사에서부터 특별사면까지의 과정에 대한 자세한 소개로는 아이뉴스24 2016년 8월 12일자 기사 참조.

우 징역 17년, 추징금 2천6백28억 원을 확정하였다.¹³⁾ 이는 “성공한 쿠데타에 대한 세계 최초의 처벌”로서 국민의 힘, 진실의 힘으로 이루어낸 결과다.

그러나 헌정질서파괴범죄자인 전두환·노태우에 대한 특별사면 논의가 대법원의 확정판결이 나오기도 전부터 정치권, 언론계를 통해 흘러나왔다.¹⁴⁾ 1997년 3월 21일 당시 대권주자의 한 사람이었던 신한국당 이한동 고문의 “법원에서 형이 확정된 후 국가원수에 의한 합리적인 결단에 의해 두 분이 자유의 몸이 될 것으로 기대한다”라는 대구방송과의 회견 발언을 계기로 정치권에서 두 범죄자에 대한 특별사면 논의가 촉발되었다.¹⁵⁾ 언론계도 이에 가담하여 ‘전·노 사면에 대한 대선주자들의 입장’,¹⁶⁾ ‘전·노씨 사면 실무검토 착수’¹⁷⁾의 제목 하에 특별사면이 당연히 시행되어야 한다는 취지의 기사를 내보냈다.

이러한 정치권과 언론계의 특별사면 논의에 반대하여 민주사회를 위한 변호사모임을 중심으로 1997년 4월 7일 “정치권의 사면논의는 사법권의 본질을 훼손하는 것이며 관련자들에 대한 재판을 ‘정치적 쇼’로 전락시키는 것”으로 사면논의를 중단할 것을 촉구하는 등 시민사회 단체, 종교 단체, 5·18 관련 단체를 중심으로 특별사면 반대 입장을 분명히 하였다.¹⁸⁾ 그러나 김영삼 전 대통령은 1997년 12월 22일 “국민 대통합을 이루어 당면한 경제 난국 극복에 국가 역량을 총집결하기 위한 것”이라는 명분 아래 전두환·노태우에 대한 특별사면을 단행하였다.¹⁹⁾ 대법원에서 확정판결이 나온 지 불과 8개월 만의 일로, 김영삼 정부에서 ‘역사 바로 세우기’ 차원에서 진행된 12·12 군사반란과 5·18 내란에 대한 과거청산작업이 국민에 대하여 얼마나 기만적이었는가를 극명하게 보여주었다.

헌정질서파괴범죄자인 전두환·노태우에 대한 특별사면은 국민들이 어렵게 세운 사법정의와 역사적 심판을 일순간 무너뜨린 대표적인 남용 사례로 그 부당성을 다음과 같이 언급할 수 있다. 우선 김영삼 전 대통령의 전두환·노태우에 대한 특별사면이 헌법상 권한의 행사라고 할 지라도 국민의 의사에 기초한 권한 행사인가 묻지 않을 수 없다. 특별사면권이 대통령에게 부여된 고유한 권한일지라도 그 권한 행사가 정당성을 가지려면 그 권한을 부여한 수권자로서 국민의 의사에 기초하여야 한다. 대통령이 가지는 모든 권한은 특정인이 부여한 것이 아닌 국민이 부여한 것으로, 그 권한 행사에 있어 특정 개개인을 위해 자의적으로 행사되어서는 안 된다. 국민의 의사에 기반을 두지 않은 대통령의 자의적인 권한 행사란 있을 수 없으므로 그

13) 대법원 1997.4.17. 선고 96도3376 전원합의체 판결. 이 판결이 가지는 의미에 대한 자세한 분석으로는 김성천, “12·12와 5·18 사건의 책임자 처벌 관련 문제점 연구”, 중앙법학 제11집 제4호, 2009.12, 197면 이하; 대한변호사협회, “12·12, 5·18 재판의 의미와 과제”, 1996년 인권보고서, 1997, 304-305면 참조.

14) 전두환·노태우에 대한 특별사면의 전개 과정에 대한 상세한 설명으로는 대한변호사협회, “전두환·노태우에 대한 사면의 문제점”, 1997년 인권보고서, 1998, 393-395면 참조.

15) 조선일보 1997년 3월 22일자 기사 참조.

16) 조선일보 1997년 4월 11일자 기사 참조.

17) 중앙일보 1997년 4월 14일자 기사 참조.

18) 한겨레신문 1997년 4월 8일자 기사 참조.

19) 이들에 대한 특별사면과 함께 12·12 군사반란, 5·18 내란, 그리고 전직 대통령 부정축재 사건과 관련된 인사 23명도 특별사면 대상자에 포함되었다. 즉 12·12와 5·18 관련자는 황영시 前 감사원장, 장세동 前 안기부장 등 12명, 그리고 전직 대통령 부정축재 관련자는 안현태 前 경호실장, 금진호 前 국회의원 등 9명, 이밖에 뇌물 수뢰 등의 혐의로 사법 처리된 이양호 前 국방부장관과 박은태 前의원도 특별사면 대상자에 포함되었다.

러한 권한 행사는 정당성을 상실한 것이다. 이에 대다수 국민이 전두환·노태우에 대한 특별사면을 반대²⁰⁾하였음에도 불구하고 유죄가 확정되어 형기를 채 1년도 살지 않은 시점에서 시행한 전두환·노태우에 대한 특별사면은 정당성을 상실한 권한행사이다.²¹⁾

둘째, 특별사면은 특정인을 대상으로 하는 것이므로 일반사면보다 엄격한 판단이 요구된다. 그런데 전두환·노태우가 행한 범죄는 헌정질서파괴범죄로 헌법을 수호할 의무가 있는 대통령으로서 헌정질서파괴범에 대해 특별사면권을 행사한다는 것은 대통령의 헌법수호 의무를 저버리는 일이다. 또한 1995년 12월 21일 헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법(이하 ‘헌정질서파괴범죄특례법’이라 한다)을 제정(법률 제5028호)하여 전두환·노태우가 저지른 내란 등 헌정질서파괴범죄에 대해 공소시효의 적용을 배제한 입법자의 권한과 의지를 본질적으로 침해한 것이다. 나아가 성공한 쿠데타에 대해 엄중한 처벌을 천명한 사법부의 의지를 꺾고 사법부의 판단을 무력화 및 형해화 하여 사법권과 사법작용의 본질을 직접 침해한 것이다.²²⁾

셋째, 특별사면은 특별예방효과라는 형벌목적의 달성이라는 측면에서 수형자가 형벌의 효과를 지속시킬 필요가 없을 정도로 개선의 정이 현저하여 ‘당벌성(Strafwürdigkeit)’과 ‘필벌성(Strafbedürftigkeit)’이 소멸될 경우 수용시설의 사회적 비용, 인권침해 등을 고려하여 시행될 때 정당성을 얻을 수 있다.²³⁾ 그러나 전두환·노태우는 자신들이 행한 12·12 군사반란과 5·18 내란에 대하여 정말로 반성하고, 진심으로 회개·참회하고 있는지는 의문이다. 헌정질서파괴범죄 특례법 제정에서부터 재판과정과 대법원 상고심 판결 후 특별사면을 받기 전까지, 아니 받은 후인 현재까지 그들이 보여준 모습은 진정한 반성과 참회와는 거리가 멀다. 그렇다면 이들에 대한 특별사면은 형벌목적(특별예방효과)의 달성의 관점에서 개선의 정이 현저하여 사회적 위험성이 경미하거나 소멸되어 그 당벌성과 필벌성이 소멸된 경우가 아니어서 정당성이 인정될 수 없다.

(2) 미국 사례

미국은 연방헌법 제2조 제2항(대통령의 권한)에서 “대통령은 합중국에 대한 범죄에 관하여 탄핵의 경우를 제외하고, 형의 집행유예 및 사면을 명할 수 있는 권한을 가진다”²⁴⁾고 사면에 관한 규정을 두고 있으나, 이를 제외하고는 별도로 사면의 종류,²⁵⁾ 절차 등을 정하고 있는

20) 5·18기념재단이 1심선고 직후 광주사회조사연구소에 의뢰하여 조사한 여론조사 보고서에 의하면 광주 지역 88%, 대구·경북을 제외한 기타 지역에서도 63.9%로 특별사면 반대의견이 지배적으로 나타났다고 한다(이철호, “憲法上 赦免權과 전·노赦免 논의에 대한 管見”, 아·태공법연구 제4집, 1997, 125면).

21) 대한변호사협회, 앞의 논문, 1998, 402면.

22) 대한변호사협회, 앞의 논문, 1998, 402-403면.

23) 박달현, “사면의 정당성과 사면의 현대적 의의 -개정 사면법에 대한 검토를 포함하여-”, 교정연구 제40호, 2008, 134면.

24) The United States Constitution, Article II, Section 2, Clause 1

“The President ...shall have power to grant reprieves and pardons for offences against the United States, except in cases of impeachment.”

25) 미국의 판례는 사면의 종류와 양태를 일반사면(Amnesty), 특별사면(Pardon), 집행연기(Reprieve) 및 감형(Commutation)으로 구분하고 있는데, 일반사면의 경우 우리나라와 같이 의회의 동의를 요하는 등의 절차를 요하지 않기 때문에 일반사면과 특별사면의 구별에 큰 의미가 없고, 오늘날의 사면은 대개 특별사면을 의미한다고 한다(이영주/송재현/김성배/서보건, 앞의 보고서, 56면).

연방법률은 없다.²⁶⁾ 미국의 사면제도가 우리나라의 사면제도와 다른 큰 차이점은 미국 대통령은 사면권 행사 여부에 대한 결정과 대상자 선정에 있어 매우 신중한 태도를 보이고 있다는 점이다.²⁷⁾ 대표적으로 오바마 전 대통령은 8년의 재임기간 동안 총 6번에 걸쳐 사면권을 행사 하였는데, 1천866건 중 단 64건(3.4%)만을 허가해 역대 대통령 중 사면권 행사를 가장 신중하게 행사했다고 평가받고 있다. 그리고 사면 대상자 선정에도 매우 신중하데 형기를 마치지 않은 자에 대한 사면은 제한하고, 유명인사, 사회지도층 등이 아닌 일반인을 대상으로 하며, 테러범죄, 국가안보범죄, 폭력 및 어린이 대상 범죄, 총기범죄, 공공부패범죄와 중대한 경제범죄를 범한 자에 대해서는 사면권을 행사하지 않는 것을 원칙으로 한다고 한다.²⁸⁾

그러나 미국에서도 대통령의 사면권이 연방헌법이 보장한 권리지만 몇몇 사례에서는 대통령의 사면권 행사의 남용이 문제되었다. 그 대표적인 사례로 1974년 당시 제럴드 포드 대통령이 전임 대통령인 리처드 닉슨을 사면한 일을 언급할 수 있다. 당시 닉슨 대통령은 선거와 관련하여 민주당 사무실을 불법 도청한 ‘워터 게이트’ 사건으로 대통령 탄핵절차가 시작되자 사임하였는데 포드 대통령이 사면권을 행사하면서 큰 논란이 됐다. 법정에 세워야 할 사람의 죄를 ‘사면’해줬다는 이유에서이다. 그리고 클린턴 대통령과 조지 W. 부시 대통령 때에도 ‘대통령 사면령’이 문제된 적이 있다. 클린턴 대통령의 경우 대통령직을 수행하는 마지막 날이던 2001년 1월 20일 퇴임하기 2시간 전에 마약 혐의로 교도소에 있던 이복동생과 사기와 조세포탈, 적성국과의 불법 석유 거래 등 각종 비리로 외국에 도피해있던 미국의 ‘석유왕’ 마크 리치(Marc Rich)²⁹⁾를 포함하여 140명의 사면·복권과 36명의 감형·사면을 단행하였다. 이 사면을 부정적으로 평가하는 입장에서는 “역사상 유례없는”, “최초의” 혹은 “듣지도 보지도 못한”, “미국 역사상 최악의” 대통령 사면 등의 표현을 사용하면서 비판을 가하였다.³⁰⁾ 또한 조지 W. 부시 대통령은 정보요원의 신상정보를 유출한 딕 체니(Dick Cheney) 부통령의 비서실장이었던 스쿠터 리비(I. Lewis "Scooter" Libby)의 30개월 징역형을 사면해 주면서 비난을 받았다. 리비는 정권 최고위층이 모이는 백악관 모임에 참석할 정도로 신뢰를 받고 있던 정권 핵심인물 중 하나였는데, Valerie Plame이 비밀CIA요원이라는 사실을 누설한 자를 찾기 위해 임명된 특별검사 Patrick Fitzgerald의 조사를 받는 과정에서 위증(perjury)과 사법정의방해(obstruction of justice) 등 4가지 중범죄 혐의로 기소되었다. 리비는 2007년 6월 5일 1심에서 유죄로 판단되어 30개월의 징역형, 2년의 보호관찰형 및 2십5만 달러의 벌금형을 선고받았고, 같은 해 7월 2일

26) 미국의 사면제도에 대한 상세한 설명으로는 문채규, “특별사면의 정상화를 위한 법제적 정비”, 형사정책 제27권 제3호, 2015.12, 90-94면; 이영주/승재현/김성배/서보건, 앞의 보고서, 53-100면; 이종근, “미국의 사면제도에 관한 소고(小考)”, 법학논총 제34집, 숭실대학교 법학연구소, 2015.7, 341면 이하; 이해미, 앞의 보고서, 26-34면 참조.

27) 정치학자 P.S. 락먼 주니어의 조사결과 조지 H.W. 부시 전 대통령은 10.1%(731건 중 74건), 빌 클린턴 전 대통령은 19.8%(2천1건 중 396건), 조지 W. 부시 전 대통령은 7.6%(2천498건 중 189건)의 사면율을 각각 기록했다고 한다(연합뉴스 2017년 3월 19일자 기사).

28) 이해미, 앞의 보고서, 34면.

29) 그런데 마크 리치의 전 부인이 클린턴도서관 및 힐러리 클린턴의 2000년 상원의원 선거 캠프에 후원금을 냈던 게 드러나면서 클린턴의 임기 마지막 날 사면은 ‘후원금 사면’, ‘정실 사면’이라는 거센 역풍을 불러 일으켰다. 당시 법무부는 빌 클린턴 전 대통령을 기소하지 않는 것으로 수사를 끝냈다(중앙일보 2016년 11월 3일자 기사 참조).

30) 클린턴의 사면 이후 학문적 연구와 견해에 대한 상세한 설명으로는 이영주/승재현/김성배/서보건, 앞의 보고서, 89-98면 참조.

항소가 실패로 끝나자 부시 대통령은 같은 날 보호관찰과 벌금형은 그대로 두고 징역형에 대해서만 그 형량이 너무 가혹하다는 이유에서 사면을 전격적으로 단행하였다.³¹⁾ 이런 사면은 2차 세계대전 이후 미국 대통령이 행사한 사면권에서도 유래를 찾기 힘든 사례로, CNN이 실시한 여론조사에서 응답자의 72%가 부시 대통령의 사면 결정을 반대하였고 19%만이 찬성하였다고 한다.³²⁾

Ⅲ. 사면법상 특별사면 폐지론의 주요 논거

1. 특별사면 개선론의 내용과 실현 가능성

(1) 특별사면의 남용을 억제하기 위한 주요 개선방안의 내용

앞서 살펴본 바와 같이 우리나라의 특별사면은 미국과 달리 제왕적 대통령에 의해 자의적으로 행사되어 그 정치적 남용의 문제가 지속적으로 제기되었다. 특히 법을 통치의 수단으로 이용해 왔던 군사독재정권 시대에는 말할 것도 없고, 문민정부, 국민의 정부, 심지어 노무현 정부에서도 정치적 이해에 따라 비리 인사에 대한 무분별한 특별사면, 임기 초나 임기 말의 사회통합과 국민화합을 빙자한 특별사면을 시행함으로써 국민들로 하여금 법의 형평성에 대한 근본적인 회의를 품게 하였고, 사법권의 본질적 침해와 아울러 법치주의 확립에 커다란 장애물로 작용해 왔다.

이러한 특별사면의 정치적 남용의 문제를 해결하기 위해 그간 국회 차원에서 사면법의 여러 개정안이 제시되었고,³³⁾ 2007년 12월 21일부터는 특별사면을 단행할 경우 사면심사위원회의 심사를 반드시 거치도록 절차를 보완하는 사면법 일부개정이 이루어졌다. 그리고 헌법과 형사법 학계 차원에서도 사면법에 대한 여러 개선방안이 제시되어 왔다.³⁴⁾ 이러한 개선방안은 크

31) 그러나 사법정의방해 혐의에 대한 연방판결을 조사한 연구결과 이 죄로 기소된 피고인들은 13개월에서 31개월 사이의 징역형을 받은 것으로 조사되어 리비의 형량(30개월의 징역형)은 전형적인 형량에 해당하는 것이라고 한다(이혜미, 앞의 보고서, 85-86면).

32) 이혜미, 앞의 보고서, 84-86면

33) 제19대 국회(2012-2016)에서 사면법 일부개정법률안은 모두 16건이 제출되었으나 모두 임기만료폐기되었다(제19대 국회 사면법개정안에 대한 상세한 분석으로는 고문현, 앞의 논문, 271면 이하 참조). 제20대 국회(2016-2020)에서도 김철민의원 대표발의(2016.7.15.) 사면법 일부개정법률안을 포함하여 현재까지 모두 6건의 법안이 발의된 상태이다. 제18대 및 제19대 국회 발의 사면법 일부개정법률안에 대한 상세한 분석으로는 이승호, 앞의 논문, 12-133면; 이영주/승재현/김성배/서보건, 앞의 보고서, 165-190면 참조.

34) 대표적으로는 고문현, “사면권 행사의 실태분석을 통한 사면권 통제방안”, 공법학연구 제11권 제2호, 2010, 18면 이하; 김민우, “대통령 사면권 행사의 한계와 법치주의”, 공법학연구 제17권 제4호, 2016, 106면 이하; 김종덕, “사면권 행사의 통제와 사면법의 개정방향”, 법학연구 제59집, 한국법학회, 2015, 209면 이하; 박광현, “대통령 사면권의 정당성과 한계”, 법학연구 제17집 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2014, 346면 이하; 박달현, 앞의 논문, 141면 이하; 박찬걸, “사면제도의 적절한 운영방안에 관한 연구 -사면심사위원회 등에 의한 통제를 중심으로-”, 교정연구 제51호, 2011, 267면 이하; 이금옥, “현행 사면법의 변천과 개정을 위한 논의”, 공법학연구 제5권 제3호, 257면 이하; 정현미, 앞의 논문, 342면 이하 참조.

게 요건통제방안, 절차통제방안, 외부통제방안 및 사후통제방안으로 구분할 수 있다. 우선 요건통제방안으로 ①헌정질서파괴범죄, 반인륜범죄, 테러범죄, 조직범죄, 반사회적인 부정부패범죄 등 특별사면 배제규정의 신설,³⁵⁾ ②사면대상자 선정에 있어 일정 형기 이상의 수형기간을 경과한 자만 특별사면 대상자로 선정하는 의무적 최저형량 규정의 신설³⁶⁾ 등의 방안이 제시되고 있다. 둘째, 절차통제방안과 관련하여 ①사면심사위원회의 독립성 확보 및 기능 정상화와 관련된 것으로 사법심사위원회 위원의 일정 수를 국회와 대법원 등 외부기관에서 추천하는 방안, 그 소속과 성격을 법무부장관 소속의 자문기관에서 대통령 직속의 심의기관 내지 의결기관으로 변경하는 방안, 현행 9인의 위원을 확대하여 사회 각 분야의 의견을 대표할 수 있는 자를 위원에 추가시키는 방안, 사면심사위원회의 회의록을 현행 5년 경과한 때에서 즉시 공개로 변경하는 방안 등이 제시되고 있다. 나아가 ②사면신청 절차와 관련하여 현행 특별사면은 검사 또는 교정시설장의 보고에 의한 사면의 제청으로 절차가 개시되는 하향식(Top-down) 방식에서 벗어나 형 선고를 받은 자의 신청을 통해 절차가 개시되도록 하는 상향식(Bottom-up) 방식으로 변경하는 방안이 제시되고 있다.³⁷⁾ 셋째, 자의적 특별사면권 행사 방지를 위한 외부통제방안과 관련하여 현행 특별사면은 국회의 동의를 요하는 일반사면과 달리 아무런 외부적 통제장치가 없으므로 특별사면권의 행사시 사법부의 의견을 청취하는 절차 또는 국회에 보고하는 절차를 마련하는 방안이 제시되고 있다. 마지막으로, 사후통제방안과 관련하여 현재로서는 특별사면권 행사에 대한 법률상 사후통제 절차가 없는 상황이므로 자의적이고 위법한 특별사면권 행사에 대해서는 헌법소원심판제도 등을 통한 사법적 통제가 이루어질 수 있도록 하는 방안³⁸⁾이 제시되고 있다.

(2) 사면법 개정의 실현 가능성

이처럼 제왕적 대통령에 의한 특별사면권 행사의 정치적 남용을 방지하기 위한 개선방안이 국회와 헌법·형사법 학계 차원에서 백가쟁명(百家爭鳴) 식으로 제시되고 있다. 그러나 한편으로 이러한 개선방안의 구체적 타당성을 하나하나 검토³⁹⁾하기에 앞서 지금까지 제시된 개선

35) 비교법적으로도 프랑스 사면법은 ‘테러범죄, 전쟁범죄 옹호죄, 반인륜 범죄 등에 대해선 사면을 배제한다’는 조항을 뒤 특별사면의 대상을 제한하고 있다[성낙인, 헌법학(제13판), 법문사, 2013, 1123면; 이희훈, “부패행위자에 대한 대통령의 사면권 제한에 관한 연구”, 한국부패학회보 제12권 제3호, 2007, 167면 참조].

36) 예컨대 김철민의원 대표발의안에서는 “사형을 선고받은 경우 15년, 무기징역 또는 무기금고를 선고받은 경우 10년, 30년 이상의 유기징역 또는 유기금고를 선고받은 경우 10년, 30년 미만의 유기징역 또는 유기금고를 선고받은 경우 형기의 3분의 1의 기간이 경과하지 아니한 사람”에게 특별사면을 하지 못하게 하는 규정의 신설을 제안하고 있다.

37) 미국, 독일, 일본은 모두 검사, 교도소장 이외에도 유죄판결을 받은 자 등에게 특별사면을 신청할 수 있도록 허용하고 있다(이혜미, 앞의 보고서, 49면).

38) 그러나 헌법재판소는 1997년 12월 22일 실시된 전두환·노태우에 대한 특별사면으로 기본권이 침해되었다며 청구한 헌법소원에서 “대통령의 특별사면에 관하여 일반국민인 청구인은 사실상 또는 간접적인 이해관계를 가진다고 할 수 있으나, 특별사면으로 인하여 청구인들의 법적 이익 또는 권리를 직접적으로 침해당한 피해자라 볼 수 없으므로 심판청구는 부적법하다”고 판단하여 각하결정을 하였다(헌법재판소 1998.9.30. 선고 97헌마404 결정).

39) 이에 대한 상세한 분석으로는 김종덕, 앞의 논문, 210-224면; 이혜미, 앞의 보고서, 45-53면 참조.

방안이 실제로 사면법에 반영될 수 있을지 그 개정입법의 실현 가능성에 의문이 든다. 왜냐하면 사면법이 1948년 8월 30일 제정된 이래 국회 차원에서 그 남용을 방지하기 위해 수차례 개정안이 제출되었음에도 단 4차례만 개정되었고, 그 개정의 내용도 2007년에 사면법 제10조의2를 신설하여 ‘사면심사위원회’를 둔 정도에 그쳤기 때문이다. 이는 결국 특별사면의 최대 수혜자가 국회의원이다 보니 적극적인 입법 노력을 하지 않은 결과가 아닌가 한다. 이러한 현실은 향후에도 크게 변화하지 않을 것으로 예상된다.

다른 한편으로 지금까지 제시된 사면법의 개선방안이 우여곡절 끝에 입법화 된다고 할지라도 제왕적 대통령제 하에서 대통령이 과연 미국의 대통령과 같이 절제된 특별사면권을 행사할지도 의문이다. 이러한 의문은 2007년에 사면심사위원회가 신설되었음에도 대통령은 사면심사위원회가 설치된 전이나 후나 계속해서 특별사면권을 남용하여 사용해 왔으며, 향후에도 계속 남용할 여지가 충분하다는 데서 기인한다. 그렇다면 대통령의 특별사면의 정치적 남용을 막을 실효적인 방안은 없는 것인가?

(3) 소결

생각건대 지금까지 제시된 사면법의 개선방안으로는 대통령의 특별사면의 정치적 남용 문제를 해결할 수 없다고 본다. 지엽적이고 단편적인 개선방안이 아닌 보다 근본적인 개선방안이 필요하다고 보는데 그것은 바로 사면법에서 특별사면을 삭제하여 대통령에 의한 특별사면의 정치적 남용을 원천적으로 막는 것이다.⁴⁰⁾ 무엇보다 이를 위해 헌법을 개정할 필요가 없다. 왜냐하면 헌법은 일반사면만을 규정하고 사면의 종류를 사면법에 위임하고 있기 때문이다. 일부 견해는 “일반사면을 명하려면 국회의 동의를 얻어야 한다”고 규정하고 있는 헌법 제79조 제2항에서 “일반”을 삭제하여 “대통령은 사면을 명하려면 국회의 동의를 얻어야 한다”는 내용으로 헌법을 개정함으로써 특별사면도 국회의 동의를 얻도록 할 필요가 있다고 한다.⁴¹⁾ 그러나 이러한 견해는 헌법 개정은 법률인 사면법의 개정보다 현실적으로 더 어렵다는 점, 특별사면권의 행사시 국회의 동의를 얻도록 한다고 하여도 대통령을 당선시킨 집권여당이 국회에서 다소 다툼이 있겠지만 수적 우세를 앞세워 동의안을 통과시킬 가능성이 높다는 점에서 현실적인 방안이라고 보기는 어렵다.

사면법에서 특별사면을 삭제해야 할 또 다른 논거는 특별사면이 아래에서 살펴보는 바와 같이 헌법적 정당성도 갖지 못하고 있으며, 특별사면의 긍정적 기능과 형벌목적(특별예방효과)도 달성하고 있지 못하다는 것이다. 이에 사면법에서 특별감형, 특별복권만을 남겨둔 채 특별사면을 삭제함으로써 대통령으로 하여금 특별사면을 원천적으로 행사할 수 없게 하는 것이 유일한 해결책이라 보인다. 그리고 금번 5월 9일 대통령 선거에 각 당의 대통령 후보자에게 이러한 사면법 개정안을 정책공약에 포함시키게 하고 대통령으로 당선된 이후 집권여당에서 이러한 사면법 개정안을 국회에서 처리하게 하면 될 것이다.

40) 같은 입장으로는 이세주, 앞의 논문, 33-34면 참조.

41) 고문현, 앞의 논문, 2010, 24면; 이공주, “사회적 요구가 큰 헌법조항의 개정논의에 관한 검토”, 법학연구 제59집, 한국법학회, 2015, 350-351면.

2. 특별사면 폐지론의 주요 논거

(1) 특별사면의 헌법적 정당성에 대한 의문

지금까지 국회와 헌법·형사법 학계 차원에서 제시된 사면법의 주요 개선방안에 대한 논의는 대통령의 사면권, 특히 특별사면권이 헌법적 정당성을 가지고 있다는 전제 하에서 논의된 것이다. 그런데 대통령의 특별사면권이 헌법의 위임에 의해 사면법에 규정되어 있다는 법형식적 정당성으로부터 헌법적 정당성이 당연히 인정되는 것은 아니다. 대통령의 특별사면권의 행사는 무엇보다 권력분립의 원칙과 평등의 원칙을 침해할 가능성이 매우 높기 때문에 그 행사에 있어 법치국가적 한계를 벗어나지 않을 때 헌법적 정당성이 인정될 수 있다. 우선 권력분립의 원칙과 관련하여 현행 헌법과 사면법은 특별사면권을 대통령에게 부여함으로써 그 행사와 효과는 권력분립의 원칙의 예외로서 사법권의 효과를 행정권이 변경시키는 것을 허용하고 있다. 이처럼 행정권으로서 대통령의 특별사면권의 행사는 이미 사법부의 재판절차를 통해 종국적으로 형의 선고로 받은 ‘특정인’에 대하여 형의 집행을 면제시켜 줌으로써 사법권에 대한 중대한 제약, 사법부의 판단을 변경시키는 것으로 사법권과 사법작용을 직접 침해할 가능성이 높다. 더욱이 특별사면은 일반사면과 달리 국회의 동의를 요하지 아니하므로 대통령이 일방적이거나 자의적으로 행사할 경우 사법부의 권한과 기능을 무의미하게 할 수 있다.⁴²⁾ 그러나 대통령의 특별사면권의 행사가 권력분립의 원칙의 예외라 할지라도 자의적이고 무분별한 행사로 인하여 사법부의 판단을 무력화 및 형해화 하여 사법권과 사법작용의 본질을 직접적으로 침해할 경우에 헌법적 정당성을 인정할 수 없다. 그 대표적인 예로 헌정질서파괴범죄를 자행한 신군부 집단 수뇌부의 핵심 인물인 전두환·노태우에 대한 김영삼 전 대통령의 1997년 12월 22일 특별사면을 언급할 수 있다. 이들에 대한 특별사면은 국민적 동의를 전혀 얻지 못하였을 뿐만 아니라 형법에 의한 형사처벌의 요청(Pönalisierungsgebot)에 정면으로 반하는 것으로, 형법이 요구하는 것과 금지하는 것의 중요성에 대한 의미를 상실시키고 형사소추를 사후에 마비시킴으로써 사법부의 판단을 무력화 및 형해화 하여 사법권과 사법작용을 본질적으로 침해한 것이다.⁴³⁾ 이러한 특별사면에 대해서는 헌법적 정당성이 결코 인정될 수 없다고 본다.

다음으로 평등의 원칙과 관련하여 대통령의 특별사면권의 행사는 헌법상 규정된 모든 인간은 법 앞에 평등하다는 기본권의 본질적 내용을 침해해서는 안 된다. 헌법 제11조의 평등의 원칙은 합리적으로 정당화되지 않는 모든 차별을 금지하는 것으로 기본권 체계의 지주를 형성하고 있다. 그러나 지금까지의 특별사면 대상자를 보면 일반 국민인 수형자보다 각종 권력형 비리에 연루된 고위공직자, 부패정치인, 재벌경제사범, 선거사범들이 빠지지 않았다. 이들은 비리, 부정부패, 경제질서의 파괴, 선거의 공정성의 훼손 등에 연루된 것으로 누구보다 엄정한 형사처벌이 요구됨에도 불구하고, 그 동안 대통령은 특별사면권의 행사를 통해 이들을 비호해 왔다. 이는 국민들에게 유력 정치인이나 재벌회장은 특별사면으로 처벌이 면제되고 일반국민

42) 이세주, 앞의 논문, 23-24면.

43) Johann-Georg Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts, 2. Aufl., 1992, S. 213.

은 처벌되는 결과를 낳아 ‘유전무죄, 무전유죄’ 내지 ‘유전특사, 무전만기’라는 인식을 심어주었고 법적용의 평등을 훼손하여 평등의 원칙에 의구심을 불러일으켰다.⁴⁴⁾

결국 특별사면의 헌법적 정당성과 관련하여 우리나라와 같은 제왕적 대통령제 아래에서 자의적이고 무분별·무원칙적으로 행사되어 온 특별사면은 “사법적 절차의 모든 과정과 결과를 무효화시키는 행위”⁴⁵⁾인 동시에 “법치국가에 대한 비생산적 장애물”⁴⁶⁾이며, 그 대상자 선정이 불공평하고 정치적·정략적 판단에 의해 이루어져 법치국가의 근간인 권력분립의 원칙과 평등의 원칙을 해칠 우려가 매우 높고, 또한 경험적 사실을 통해 우려가 아닌 현실에서 수차례 발생한 바 있으므로 대통령의 특별사면권을 폐지하는 것이 타당하다고 본다.

(2) 특별사면의 긍정적 기능에 대한 의문

특별사면은 주로 각종 국경일이나 경축일 등에 행사되는데, 이는 법의 적용·판단과 형 선고 등 법원의 전체 재판작용에서 나타날 수 있는 오류, 흠결, 과오 등을 교정하는 ‘오판 교정 기능’과 아울러 법과 법치주의원리 실현과정에서 나타나는 경직성을 완화하는 ‘법치주의의 자기교정기능’이라는 순기능을 담당할 수 있다고 한다.⁴⁷⁾

우선 특별사면의 오판 교정기능과 관련하여 대통령이 특별사면권을 행사함으로써 법 또는 법의 적용과정에 내재해 있는 오류나 오류 가능성에 대한 교정을 통해 보다 더 완전한 사법정의 실현할 수 있고,⁴⁸⁾ 실질적으로 변호가 이루어지지 못하는 경제적 약자들에 대한 사법정의 실현할 뿐만 아니라 지나치게 가혹한 형의 선고를 교정하는 중요한 기능을 수행함을 전적으로 부인할 수는 없다. 실제로 특별사면의 오판 교정기능과 관련하여 김대중 전 대통령은 1980년 9월 계엄사령부 군법회의에서 이른바 ‘김대중내란음모사건’을 주동한 혐의로 사형선고를 받고 1981년 1월 대법원에서 사형 확정판결을 받았으나,⁴⁹⁾ 세계 각국의 양심적 지식인·문화인·정치인들이 대거 그의 구명운동을 벌이자 군사정권은 그의 형량을 무기징역으로 특별감형한 데 이어 다시 20년형으로 특별감형되고 형집행정지 처분을 받아 구속된 지 2년 7개월 만인 1982년 12월 미국 망명을 허용한 사례가 있다. 이처럼 지난날 군사독재정권 시대에 정치 예측적인 그릇된 사법권 행사로 인해 인권침해가 빈번했던 시대에는 대통령의 특별사면 내지 특별감형으로 억울한 수형자들을 풀어주거나 그 형량을 감경해 줌으로써 오히려 인권보호의 순기능을 담당하였다.⁵⁰⁾ 그러나 현재의 사법부가 과거 군사독재정권 시대처럼 정치에 예측되어 그릇된 오판을 할 가능성은 현저히 낮다. 더욱이 사법부의 오판을 교정하기 위해서는 대통령이

44) 김민우, 앞의 논문, 100면; 박광현, 앞의 논문, 343-344면; 이승호, 앞의 논문, 129면. 이와 달리 변종필 교수는 “평등원칙은 사면권을 제한할 수 있는 아무런 실천적 결론도 제공하지 못하며, 사면규정과 평등원칙 간의 조화는 극히 일반적 형태로 이루어질 수밖에 없다”고 한다(변종필, “사면의 법리와 사면권행사의 법치국가적 한계”, 형사법연구 제12권, 1999, 297-298면 참조).

45) 장영수, “정치, 사법의 난맥상과 사면의 문제”, 시민과 변호사 제51호, 1998.4, 25-27면.

46) Hermann Huba, “Gnade im Rechtsstaat?”, Der Staat, Vol. 29, No. 1, 1990, S. 117 ff.

47) 박광현, 앞의 논문, 336면; 이금옥, 앞의 논문, 439-440면; 이세주, 앞의 논문, 15-16면; 이승호, 앞의 논문, 135-136면 참조

48) 김영수/남광호, “사면권행사의 한계와 사면법의 개정방향”, 성균관법학 제15권 제1호, 2003, 41면.

49) 대법원 1981.1.23. 선고 80도2756 판결.

50) 김재윤, “사형 구제제도의 현황과 완비”, 비교형사법연구 제9권 제3호, 2007.12, 746면.

특별사면권을 행사할 경우 대통령은 법적 문제를 정확히 판단하고, 법감정의 변화와 형법에 의한 형사처벌 요청의 소멸 등을 정확하게 파악하여 사법부의 판단보다 언제나 더 올바르게 적절한 최종판단을 한다는 전제가 성립되어야 하나,⁵¹⁾ 그러한 전제에서 대통령이 특별사면권을 행사해 왔는지 의문이다. 나아가 지금까지 총 81회 시행된 특별사면 가운데 이러한 오판을 바로잡는 안전판으로서 특별사면이 작동된 것은 극히 일부에 지나지 않고, 앞서 정치적 특별사면의 주요 국내 사례에서 살펴본 바와 같이 대다수의 사례에서 대통령은 특별사면권을 정치적으로 남용하여 행사했음을 고려할 때 특별사면의 오판 교정기능을 논거로 특별사면의 정당성을 인정하기에는 설득력이 떨어진다고 본다.

다음으로, 특별사면의 법치주의의 자기교정기능과 관련하여 이 기능은 사회 변화가 급속히 진행되면 이미 행해진 입법과 사법이 변화된 시대에 적합하지 않는 경우가 생기며, 이때 법의 내용이나 법치주의원리의 내용에만 집착한다면 법치주의의 경직이 발생하는데, 대통령의 정치적 결단인 특별사면권의 행사를 통해 이러한 법치주의의 경직성을 완화함으로써 사법정의의 실현과 국민통합에 기여할 수 있다고 한다.⁵²⁾ 그러나 이미 행해진 입법과 사법이 변화된 시대에 적합하지 않는 경우에는 특정인만을 대상으로 하는 특별사면이 아닌 사회변화에 따라 형의 집행이 시대에 적합하지 않다고 평가된 범죄의 종류를 정하여 해당 범죄를 범한 모든 범죄인의 죄를 사면하는 일반사면을 통해 해결할 문제이다. 한발 양보하여 그러한 경우 이미 형의 집행 중인 수형자에 대해 기존의 가석방제도나 특별감형을 통해 해결하면 될 것이지 형 집행을 전부를 면제하는 특별사면권을 행사할 정당한 사유로 보기 어렵다고 본다. 또한 실제로 지금까지 시행된 특별사면에서 과연 법치주의의 자기교정기능을 위해 시행된 사례가 얼마만큼 있는지도 의문이다.

(3) 특별사면의 형벌목적(특별예방효과) 달성에 대한 의문

일반사면은 특별히 ‘지정된 범죄의 모든 범죄자’에 대해 그 효과가 나타난다는 점에서 ‘일반예방효과’를 지향한다. 반면에 특별사면은 ‘특정인’에 대해 선고된 형의 집행을 면제시켜 준다는 점에서 ‘재사회화(Resozialisierung)’ 또는 ‘개선(Besserung)’으로 대표되는 ‘특별예방효과’를 지향한다. 이에 따라 특별사면은 특별예방효과라는 형벌 목적을 실현하는 하나의 수단으로 기능할 때, 즉 형 선고 당시에 나타나지 않았던 특별예방적 필요성이 형의 집행 도중에 나타나서 수형자의 인신의 자유를 더 이상 박탈 또는 제한할 필요성이 없어 수형자를 석방해야 할 때 정당화될 수 있다.⁵³⁾ 사면법 제14조도 특별사면의 상신을 신청하는 신청서에는 범죄의 정상(情狀), 사건 본인의 성행(性行), 수형 중의 태도, 장래의 생계, 그 밖에 참고가 될 사항에 관한 조사서류를 첨부하도록 하여 범죄자의 특별예방효과를 고려하도록 하고 있다. 그러한 자료에 의하여 특별사면 대상자의 재사회화의 정도, 형의 계속적인 집행이 대상자에게 향후 미치게 될 효과 등을 고려하여 특별사면을 결정해야 한다는 취지를 분명히 한 것이다. 이처럼

51) 이세주, 앞의 논문, 31면.

52) 이세주, 앞의 논문, 16면; 이승호, 앞의 논문, 135-136면.

53) 박달현, 앞의 논문, 134면.

특별사면이 특별예방효과를 충분히 거둘 수 있다고 평가됨으로써 정당화되기 위해서는 특별사면 시점에서 그 대상자의 사회적 위험성이 경미하거나 소멸된 것으로 간주될 수 있어 당벌성과 필벌성을 배제시킬 수 있어야 한다.⁵⁴⁾

그러나 지금까지 시행된 특별사면이 그 대상자에 대한 범죄의 정상, 사건 본인의 성행, 수형 중의 태도, 재사회화의 정도 등을 면밀히 검토하여 특별예방효과라는 형벌목적 실현하는 하나의 수단으로 기능하였는지는 의문이다. 그 단적인 예로 김영삼 전 대통령이 전두환·노태우에 대한 특별사면을 단행하면서 이들이 특별사면을 받기 전까지 자신들이 저지른 헌정질서파괴범죄와 5·18 내란의 희생자에 대한 진정한 반성과 참회가 있어 개전의 정이 현저하다고 인정될 수 있었던 것인지, 그리고 이들의 사회적 위험성이 경미하거나 소멸된 것으로 재평가될 수 있는 사회의 변화된 사정이 있었는지 의문이다. 앞서 언급한 수많은 정치적 특별사면의 사례에서 특별사면 대상자가 효과적인 재사회화를 보이고 지속적인 형의 집행이 불필요하다는 특별예방효과의 달성 여부에 대한 평가는 실시되지 않았거나, 2007년 이후 도입된 사면심사위원회에서 그저 형식적으로 진행되었다고 판단된다.⁵⁵⁾ 결국 지금까지의 특별사면은 특별예방효과의 달성이라는 형벌목적의 고려 없이 대통령의 정치적인 결단에 의해 정치적·정략적 고려에 따라 ‘사이비 국민화합형 특별사면’, ‘폭정은폐형 특별사면’, ‘끼워넣기형 특별사면’, ‘셀프형 특별사면’ 등을 시행해 왔을 뿐이다.⁵⁶⁾ 그렇다면 대통령의 특별사면이 특별예방효과라는 형벌 목적을 실현하는 하나의 수단으로 기능하여 정당화된다는 논거는 허구 내지 우리나라와 같은 제왕적 대통령제에서는 결코 실현될 수 없는 이상적 구호에 지나지 않는다고 본다.

IV. 맺는 말

독일에서는 절대군주 시대에 “특별사면 없는 법은 불법이다(Recht ohne Gnade ist Unrecht)”라는 법언이 있었다고 한다.⁵⁷⁾ 그러나 현재 대한민국 국민은 더 이상 절대군주 시대가 아닌 법치주의가 지배하는 민주주의 시대에 살고 있다. 그 동안 우리나라 역대 대통령은 ‘절대군주 시대의 낡은 유물’인 특별사면을 자신의 정치적 이해관계에 따라 지속적으로 남용해 왔다. 헌정질서파괴범죄자인 전두환·노태우에 대한 특별사면과 같이 대다수 국민의 동의를 얻지 못한 ‘사이비 국민화합형 특별사면’과 정략적 차원의 ‘끼워넣기형 특별사면’ 내지 ‘셀프형 특별사면’이 그것이다. 특히 판결문의 잉크가 마르기도 전에, 그리고 시민들의 경악과 분노가 가라앉기도 전에 단행된 특별사면, 범죄의 종류나 형의 경중, 형기 및 반성유무, 그리고 피해에

54) 문채규, “사면의 형법체계적 위치와 그 한계 -총체적 형법학의 양형체계의 맥락에서-”, 형사법연구 제24호, 2005, 297-298면.

55) 예컨대 박근혜 정부에서 특별사면은 총 3회에 걸쳐 17,328명에 대해 시행되었는데 과연 사면심사위원회가 이들에 대한 특별예방효과를 판단하기 위한 자료를 충분히 그리고 실질적으로 심사한 것인지, 실질적으로 심사하였다면 2016년 8·15 특별사면으로 풀려난 이재현 CJ그룹 회장에 대해 특별예방효과를 달성할 수 있었던 것인지 의문이 아닐 수 없다.

56) 이러한 사면의 유형에 대한 상세한 분석으로는 고문헌, 앞의 논문, 2010, 8-12면; 문채규, 앞의 논문, 83-84면 참조.

57) 성낙인, 앞의 책, 119면.

대한 배상 여부를 불문하고 국민적 공감대와는 거리가 멀게 행해진 무분별한 특별사면이 역대 정부에서 지속적으로 행사됨으로써 우리나라에서 특별사면의 역사는 오·남용의 역사라고 말할 수 있을 정도이다.⁵⁸⁾ 이처럼 뿌리 깊은 특별사면의 오·남용의 적폐(積弊)는 헌정질서파괴범죄자 등에 대한 특별사면 대상자의 제한 등의 요건통제, 공정하고 투명한 사면심사위원회의 구성 등의 절차통제, 사법부의 의견 청취 등의 외부통제 및 헌법소원심판제도의 이용과 같은 사후통제에 의해서는 해결될 수 없다고 본다.

결론적으로, ‘절대군주 시대의 유물’에 지나지 않는 대통령에 의한 특별사면은 사면법에서 관련 조항을 삭제함으로써 폐지되어야 하며, 적어도 우리나라에서 만큼은 “특별사면 없는 법이 진정한 법이다(Recht ohne Gnade ist echtes Recht)”라고 법언이 수정되어야 할 것이다. 다만 사면법의 개정을 통해 대통령의 특별사면권을 폐지하더라도 특별감형과 특별복권은 계속해서 유지함으로써 이들을 통해 법원의 전체 재판작용에서 나타날 수 있는 오류, 흠결 등을 교정하는 ‘오판 교정기능’과 법과 법치주의원리 실현과정에서 나타나는 경직성을 완화하는 ‘법치주의의 자기교정기능’이라는 순기능을 달성할 수 있도록 함이 타당하다고 본다.

[주제어]

사면법, 특별사면, 일반사면, 사법정의, 특별사면의 남용, 사면심사위원회

[참고문헌]

1. 국내문헌

고문헌, “사면권 행사의 실태분석을 통한 사면권 통제방안”, 공법학연구 제11권 제2호, 2010, 3-31면.

고문헌, “제19대 국회 사면법 개정안에 대한 평가”, 공법학연구 제14권 제2호, 2013, 261-295면.

김민우, “대통령 사면권 행사의 한계와 법치주의”, 공법학연구 제17권 제4호, 2016, 93-117면.

김성천, “12·12와 5·18 사건의 책임자 처벌 관련 문제점 연구”, 중앙법학 제11집 제4호, 2009.12, 197-224면.

김영수/남광호, “사면권행사의 한계와 사면법의 개정방향”, 성균관법학 제15권 제1호, 2003, 33-53면.

김재윤, “사형 구제제도의 현황과 완비”, 비교형사법연구 제9권 제3호, 2007.12, 733-760면.

김종덕, “사면권 행사의 통제와 사면법의 개정방향”, 법학연구 제59집, 한국법학회, 2015, 205-229면.

대한변호사협회, “12·12, 5·18 재판의 의미와 과제”, 1996년 인권보고서, 1997, 304-305면.

58) 김종덕, 앞의 논문, 222면.

대한변호사협회, “전두환·노태우에 대한 사면의 문제점”, 1997년 인권보고서, 1998, 388-407면.

문채규, “사면의 형법체계적 위치와 그 한계 -총체적 형법학의 양형체계의 맥락에서-”, 형사법 연구 제24호, 2005, 281-304면.

문채규, “특별사면의 정상화를 위한 법제적 정비”, 형사정책 제27권 제3호, 2015.12, 81-107면.

박광현, “대통령 사면권의 정당성과 한계”, 법학연구 제17집 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2014, 331-355면.

박달현, “사면의 정당성과 사면의 현대적 의의 -개정 사면법에 대한 검토를 포함하여-”, 교정연구 제40호, 2008, 125-149면.

박찬걸, “사면제도의 적절한 운영방안에 관한 연구 -사면심사위원회 등에 의한 통제를 중심으로-”, 교정연구 제51호, 2011, 253-279면.

변종필, “사면의 법리와 사면권행사의 법치국가적 한계”, 형사법연구 제12권, 1999, 284-306면.

이금옥, “현행 사면법의 변천과 개정을 위한 논의”, 공법학연구 제5권 제3호, 243-267면.

성낙인, 헌법학(제13판), 법문사, 2013.

송기춘, “헌법상 사면권의 본질과 한계”, 공법연구 제30집 제5호, 2002, 189-210면.

이공주, “사회적 요구가 큰 헌법조항의 개정논의에 관한 검토”, 법학연구 제59집, 한국법학회, 2015, 331-354면.

이세주, “대통령의 사면권에 대한 비판적 고찰”, 법학연구 제26권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2016.12, 1-38면.

이승호, “사면제도의 개혁을 위한 소고(小考)”, 형사정책 제25권 제1호, 2013.4, 117-150면.

이영주/승재현/김성배/서보건, 사면권 행사 방법의 문제점과 개선 방향 -사면권의 본질과 제한 가능성의 방향설정적 기초 마련-, 한국형사정책연구원, 2013.

이종근, “미국의 사면제도에 관한 소고(小考)”, 법학논총 제34집, 숭실대학교 법학연구소, 2015.7, 341-365면.

이철호, “憲法上 赦免權과 전·노赦免 논의에 대한 管見”, 아·태공법연구 제4집, 1997, 109-130면.

이혜미, 특별사면권의 남용 문제와 개선방안, 국회입법조사처, 2015.

이희훈, “부패행위자에 대한 대통령의 사면권 제한에 관한 연구”, 한국부패학회보 제12권 제3호, 2007, 153-172면.

장영수, “정치, 사법의 난맥상과 사면의 문제”, 시민과 변호사 제51호, 1998.4, 25-27면.

정현미, “사면의 법치국가적 한계”, 형사법연구 제20호, 2003, 323-346면.

2. 국외문헌

Hermann Huba, “Gnade im Rechtsstaat?”, Der Staat, Vol. 29, No. 1, 1990, S. 117 ff.

Johann-Georg Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts, 2. Aufl., 1992.

3. 기타

법무부 2010년 8월 23일 대변인실, '광복 65주년 경축 특별사면 등 실시' 보도자료.

아이뉴스24 2016년 8월 12일자 기사.

연합뉴스 2017년 3월 19일자 기사.

조선일보 1997년 3월 22일자 기사.

조선일보 1997년 4월 11일자 기사.

중앙일보 1997년 4월 14일자 기사.

중앙일보 2016년 11월 3일자 기사.

한겨레신문 1997년 4월 8일자 기사.

「정치적 특별사면과 사법정의」에 대한 토론문

고문현

송실대학교 법과대학 교수

제24대 한국헌법학회 회장

I. 처음에

평소에 존경하는 김재운 교수님의 발표를 통하여 정치적 특별사면 폐지론에 대하여 많은 것을 배웠습니다.

여기에서는 사면제도에 대한 개관으로서 사면의 연혁을 간단히 알아보고, 역대 정부의 사면실태에 대한 유형을 분석하고 이에 대한 평가를 해 본 후에 주요국 입법례를 살펴보고, 개선방안을 생각해보겠습니다.

II. 사면의 연혁 및 의의

사면의 역사는 함무라비 법전에까지 거슬러 올라갈 정도로¹⁾, 사면권은 모든 권력을 가진 절대군주가 처벌할 권한을 가지고 있으면서도 또 은사행위로서 처벌을 면제해 줄 수 있던 시절의 살아있는 화석(a living fossil)과 같은 것이다.²⁾ 정치인, 국방장관, 회사 CEO, 양심수, 상인 등에게 공통점은 그들이 모두 사면을 받았거나 받을 수 있는 가능성이 있다는 점이다.³⁾ 상당히 오랜기간 동안 사면제도가 남용되어 왔음에도 불구하고 각국 헌법에서 여전히 사면제도를 두고 있는 것은, 사면제도를 단순히 구시대적 유물로만 치부할 수 없는 헌법적 의의가 있기 때문이다. 즉, 사면권은 사법권에 의해서 야기될 수 있는 기본권의 침해에 대한 최후의 기본권보호의 수단으로서⁴⁾ 사면제도를 통하여 형사사법제도의 경직성을 완화하거나 교정하고 나아가서 형의 집행에 있어서 인간적이고 정치적인 요소를 고려할 수 있다.⁵⁾

그렇지만 우리나라 사면권 행사에 대한 지금까지의 관행을 살펴보면 새로운 대통령의 취

1) 함무라비 법전 제129조에도 사면되는 경우에 대하여 규정하고 있다.

2) Daniel T. Kobil, The Quality of Mercy Strained: Wresting the pardoning power from the king, 69 TXLR 569, 575(February, 1991); Todd David Peterson, Congressional power over pardon & amnesty: legislative authority in the shadow of presidential prerogative, 38 Wake Forest L. Rev. 1225, 1228(winter 2003).

3) Lauren Schorr, Breaking into the pardon power: congress and the office of the pardon attorney, 46 Am. Crim. L. Rev. 1535, 1535(Fall, 2009) 참조.

4) 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2010, 316쪽, 319쪽.

5) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2016, 582쪽; 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2016, 1250쪽.

임과 경축일 등을 맞이하여 너무 자주 그리고 지나치게 대규모로 단행되어져 왔다.⁶⁾ 연례행사 처럼 반복되는 대규모사면을 당연한 것으로 여기고 이번에 법을 위반해도 다음 경축일에 사면 될 것이라는 기대감을 가지게 하는 것은 법치주의 확립의 차원에서 매우 큰 문제가 아닐 수 없다.⁷⁾ 따라서 그동안 ‘제왕적 대통령’⁸⁾이라고 일컬어지는 우리나라 대통령의 사면권을 제한하는 입법의 필요성이 그동안 강력하게 주장되어져 왔다.⁹⁾ 그 결과 사면법이 1948년 8월 30일 제정된 이래 59년 만인 2007년 12월 21일 처음으로 개정되었다. 그러나 그 이후에도 위에 거론한 문제점(2009년 12월 평창 동계올림픽을 유치하기 위한다는 명분으로 헌정사상 초유의 이견희 회장에 대한 단독사면을 단행함으로써 그 남용의 극단을 보여줌)이 상존하여 2011년, 2012년 두 차례에 걸쳐 개정된 바 있다. 그럼에도 불구하고 2013년 이명박 대통령이 임기말 사면¹⁰⁾을 남발한 것을 계기로 이를 제한하려는 사면법 개정안이 10개나 발의되었지만 아쉽게도 성과를 못 거두었다. 이러한 상황에서 사면권의 남용에 대한 통제방안이 매우 중요한 시대적 과제가 되었다.

III. 역대 사면의 유형분석 및 평가

1. 개관

우리의 헌정사를 통하여 볼 때 1948년 9월 건국 대사면이 실시된 이래 2017년 4월 현재까지 총 100여 번이 넘는 사면이 단행되었음. 그 중에서 일반사면은 건국 후인 1948년 9월, 1961년 6월, 1962년 5월, 1963년 8월, 1963년 12월, 1981년 1월, 1995년 11월 등 7차례에 걸쳐 단행되었다. 일반사면은 국회의 동의를 얻어야 하는 까다로운 절차라는 점, 검거된 사람과 미검거된 사람, 기결수와 미결수간의 형평성 논란과 국가형벌권의 권위추락 등 부작용 때문에 드물게 이루어졌음. 그 대신 역대 정부는 그 단행이 용이한 특별사면을 주로 사용했다.

우리의 헌정사를 통하여 볼 때 특별사면은 당시의 정국상황에 따라 차이 가 있고 역

-
- 6) 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2015, 1221쪽 참조.
 - 7) 고문현, “사면권 행사의 실태분석을 통한 사면권 통제방안”, 공법학연구, 제11권 제2호, 2010.5, 3쪽 참조.
 - 8) 여기에 대하여는 고문현, “제왕적 대통령제의 특징의 일환으로서 사면권 행사의 통제방안”, 『세계헌법연구』, 제13권 제2호, 2007, 12., 1-36쪽 참조.
 - 9) 김명식, “대통령의 사면권에 관한 재고찰”, 『헌법학연구』, 제8권 제4호, 2002. 12, 503-527쪽; 김영수/남광호, “사면권행사의 한계와 사면법의 개정방향”, 『성균관법학』, 제15권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2003. 6, 33-53쪽; 김형성/정순원, “대통령사면권에 관한 개정논의”, 『성균관법학』, 제17권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2005. 6., 243-264쪽; 박진애, “헌법에 합치하는 사면제도의 모색-독일 사면제도와와의 비교법적 연구를 중심으로-”, 『헌법학연구』, 제15권 제3호, 2009. 9., 321-355쪽; 변종필, “사면의 법리와 사면권행사의 법치국가적 한계”, 『형사법연구』, 한국형사법학회, 제12호, 1999. 11, 284-306쪽; 송기춘, “헌법상 사면권의 본질과 한계”, 『공법연구』, 제30집 제5호, 2002. 6, 189-210쪽; 이금옥, “헌법 사면법의 변천과 개정을 위한 논의”, 『공법학연구』, 제5권 제3호, 2004. 12, 243-267쪽; 이금옥, “미국에 있어서 대통령 사면권의 운용실태”, 『헌법학연구』, 제12권 제1호, 2006. 3, 399-431쪽.
 - 10) 박근혜 대통령 당선인 등 거센 반대 여론에도 불구하고 임기말인 2013년 1월 31일자로 사돈그룹인 효성 조석래 회장의 장남 조현준씨, 측근 최시중 전 방송통신위원장, 천신일 세종나모 회장 등을 포함해 총 55명에 대한 설 특별 사면을 강행하였음.

대 정부마다 이루어진 사면의 횟수도 다르게 나타나고 있다.

2. 사면의 유형분석 및 평가

(1) 사면의 유형분석

2017년 3월까지 단행된 우리나라의 사면을 그 정치적 성격에 비추어 유형화해 볼 수 있다. 물론 어떤 사면은 매우 복합적인 뜻을 담을 수 있기에 단순 유형화가 어려운 경우도 있지만, 사면의 명분과 현실을 조합하여 이념형으로 추출해 보면, 우리의 사면은 대략 국민화합형, 과거청산형, 폭정은폐형, 끼워넣기형, 자기사면형, 그리고 헌정파괴형 등으로 유형화해 볼 수 있다.¹¹⁾

1) 국민화합형

새 정부의 출범이후 사소한 생계형 범죄로 본의 아니게 범법자가 된 시민들에 대한 일괄 사면을 단행하는 것을 예로 들 수 있다. 예컨대 1995년 12월 2일 공포시행된 일반사면령에는 ‘국민생활에 직결되는 35개 행정법령 위반의 죄’에 대한 일반사면, 도로교통법상의 벌점 삭제 및 이에 기초한 운전면허정지 등 행정처분의 면제조치를 병행한 것이다. 여기에서는 국민의 생활상 불편해소 등을 명분으로 사면이라는 은전을 베푸는 대통령의 덕치를 강조한다. 이러한 사면은 그 긍정적 측면보다는 대다수의 일반시민들의 입장에서 사면권의 남용으로 법을 지키면 손해를 본다는 인식이 고착화되면 법치주의 확립에 중대한 저해 요인이 될 수 있다.

예를 들어 이명박정부를 포함하여 역대정부는 모두 6차례 교통법규 위반자에 대한 사면을 실시하였다(<표 1>참조).

<표 1> 역대 교통법규 위반자 사면 요약¹²⁾

	1995년	1998년	2002년	2005년	2008년	2009년
발표 시점	1995.12.4*	1998.3.13	2002.7.9	2005.8.12	2008.6.3	2009.8.11
실행 시점	1995.12.10	1998.3.14	2002.7.10	2005.8.15	2008.6.4	2009.8.15
시행 간격	-	30개월	51개월	36개월	33개월	14개월
사면 규모	595만여 명	532만여 명	481만여 명	421만여 명	283만여 명	150만 여명

그런데 도로교통법상 교통법규위반자에 대한 사면조치는 교통법규위반자가 자기 벌점에 대한 삭제 등을 기대하고 도로교통법을 제대로 지키지 아니하게 한다는 실증분석이 나오고 있어서 심각한 문제이다(아래 <표 2> 참조).

11) 한인섭, “한국 헌법규범과 현실 : 사면 반세기: 권력정치와 법치주의의 긴장”, 『법과 사회』, 제16,17 합본호, ‘법과 사회’ 이론연구회 편, 1999, 23쪽; 고문현, “사면권 행사의 실태분석을 통한 사면권 통제방안”, 공법학연구, 제11권 제2호, 2010.5., 9-12쪽 참조.

12) http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/BoardList.do (2010. 4. 25. 검색).

<표 2> 주요 법규위반내용별 교통사고 발생건수¹³⁾

년도	중앙선 침범	신호위반	안전거리 미확보	안전운행 불이행	교차로운행방법 위반	보행자보호의무 위반
1995	17,200	13,572	12,874	135,659	12,909	7,820
1996	22,488	18,061	13,859	168,133	14,097	8,383
1997	19,377	16,790	12,458	158,959	13,909	6,465
1998	16,605	17,536	13,439	154,927	14,122	5,790
1999	17,725	22,145	17,229	175,772	17,813	6,112
2000	18,931	23,811	18,267	184,821	19,865	5,864
2001	16,147	20,599	16,248	166,104	18,102	5,634
2002	14,449	21,204	13,885	144,078	16,772	5,357
2003	16,959	24,650	15,431	142,323	17,610	5,509
2004	14,909	22,870	15,362	126,766	16,532	5,160
2005	14,616	23,270	21,021	121,532	17,784	5,364
2006	14,507	25,167	21,533	118,329	17,444	5,527
2007	14,262	25,624	21,698	115,976	16,268	5,501
2008	13,653	26,436	21,984	118,791	15,617	5,641

<표2>는 주요 법규위반내용별 교통사고 발생 건수를 정리한 표이고, 사면이 실시된 연도와 법규위반 내용별로 교통사고 발생건수가 사면이후 증가한 경우에는 굵은 글씨로 표시되어 있다. 따라서 <표2>에서 굵은 글씨로 표시된 연도 이후에 굵은 글씨로 표시된 숫자가 많이 나타나는 것은 사면이후 교통법규위반이 증가한 것을 의미한다.

이는 교통법규위반자 사면조치는 운전자가 잘못된 운전행태와 습관을 교정하는 학습과정을 거치지 않고 다시 운전할 수 있도록 하여 국가 경제적으로 많은 비용을 유발시킬 뿐만 아니라 종국에는 운전자 자신에게도 피해를 가져오는 부작용이 있다는 것을 의미한다.¹⁴⁾ 더 나아가 교통법규위반자 사면조치의 대부분(74.7%)이 비사업용운전자라는 점에서 전형적인 인기영합주의라는 심각한 문제가 있다고 하겠다. 따라서 대중인기영합주의 정책인 교통법규위반자 사면정책을 정부가 관행적으로 사용하지 못하도록 삼진아웃제 규정의 신설과 같이 사면법상 통제장치를 마련할 필요성이 있다.

2) 과거청산형

1948년 9월 건국대사면은 과거의 억압과 무리를 시정하겠다는 결의만은 확고했다. 4.19혁명이후 1961년 복권에 관한 임시조치법을 제정하여 1960년 4월 26일 이전 자유당 정권하에서 반독재투쟁을 전개함으로써 처벌받은 자에게 공민권 자격을 회복할 수 있도록 조치한 것도 좋은 예에 해당한다. 6.10항쟁 뒤에 이루어진 1987년 7월 10일의 특별사면도 과거의 잘못된 법적용에 대한 반성적 의미를 띠고 있다.

그러나 과거청산형 사면이라고 하여도 그것이 불의한 재판에 대한 정의의 회복이라는 적

13) 도로교통공단, 『교통사고 통계분석』, 2009, 62쪽 참조.

14) 권영선.한승헌.남찬기, “교통법규 위반자 사면정책 효과분석-대중인기영합정책의 비효율성과 정책적 함의-”, 한국제도.경제학회학술대회발표문, 2009. 2. 12, 157-181쪽 참조.

극적 의미를 공식적으로 선언한 경우는 거의 없었고, ‘과거의 잘못된 사상이나 과오의 굴레에서 벗어나 새출발’을 하게끔 하는 ‘인도적 배려’라거나 ‘은전 부여’라는 식으로 사면동기를 언급하여 그 공식적 의미를 반감시킨 것은 유감스럽다.

3) 폭정은폐형

폭정과 억압에 의하여 구속된 자를 석방하는 조치로서의 사면은 대통령의 선의와 덕을 과시하는 기회가 되고, 어수선한 민심을 수습하는 계기가 될 수 있다. 대통령은 이렇게 폭정을 숨기기 위하여 사면을 악용한다. 종래 우리나라의 사면에서 폭정은폐형 사면이 많은 비중을 차지하여 왔으나 민주화의 진전에 따라 거의 찾아보기 어려워진 것은 바람직하다.

4) 끼워넣기형

비리에 연루된 경제인, 정치인 등을 사면의 대폭적인 단행 시 함께 슬쩍 끼워 넣어 국민적 이목의 집중을 받지 아니한 채 넘어가는 형태이다. 아이러니컬하게도 그동안의 실태를 보면 범죄규모가 클수록, 범죄자의 사회적 지위가 높을수록 사면가능성이 높았다고 할 수 있다. 부정부패, 정경유착, 선거부정으로 구속된 고위층 인사들은 자기들의 행위에 대하여 반성하기 보다는 오히려 정치보복 내지 표적수사라고 강변하면서 사면을 받아 왔다.

5) 자기(편)사면형

끼워넣기형 사면의 일종으로 분류할 수도 있지만 비리에 연루된 자기 측근을 대폭적인 사면의 단행 시 슬쩍 끼워 넣어 국민적 이목의 집중을 받지 아니한 채 넘어가는 자기(편) 사면의 형태이다. 이러한 자기(편) 사면은 모든 정부에 나타나는 공통된 현상으로서 역대 정부의 사면의 중요한 특징이다. 고위층 비리사범의 잦은 사면의 주된 이유는 ‘그들의 도움이 없었더라면 자신이 대통령에 당선되지 못했을 것’이라는 비리사범이 본질적으로 대통령과 동일 집단에 속해있다는 ‘패거리’인식 때문이다.¹⁵⁾ 근래에 들어와 법치주의를 저해하는 가장 문제시되는 사면의 유형은 위의 끼워넣기형 사면과 자기(편)사면형 사면이라고 할 수 있다.

6) 헌정파괴형 사면

입헌주의국가에서 사면은 대통령의 헌법상의 권한이지 신으로부터 부여받은 권한이 아니다. 따라서 사면도 헌법의 수호에 기여하는 방향으로 단행되어야 한다. 예컨대 12.12, 5.18사범처럼 헌정질서를 파괴한 범죄자에 대해서는 헌법수호적 차원에서 사면권의 혜택을 받을 수 없어야 한다. 그러므로 이들에 대한 사면은 헌법상 정당화되기 어렵다.¹⁶⁾

(2) 평가

우리의 헌정사를 통하여 볼 때 우리나라는 1948년 9월 건국 대사면이 실시된 이래 2017년 3월까지 역대정권에서 단행된 사면실태를 보면 사면의 존재이유 즉, 법이념상호간의 갈등조정, 법률의 경직성 완화라는 목표와는 아무 상관없이¹⁷⁾ 주로 정치적인 고려에 따라 총 100여 회

15) 조지형, “보은인사와 민주적 통제”, 강원택 외 6인, 『헌법과 미래-7학자의 헌법시평』, 인간사랑, 2007, 247-248쪽.

16) 한인섭, 앞의 논문, 26-27쪽.

17) 예컨대 2000년 8.15특사의 대상 중 정수일(일명 간수) 등 공안사범에 대한 특별사면은 법이념간의 충돌을 조정하기 위한 것이라고 할 수 있고, 사형을 감형한 것은 법률의 경직성을 보완하기 위한 것이라고 할 수 있다. 그러나 형사사범 중 김현철에 대한 복권, 홍인길에 대한 형집행정지 등에 대한 정당성

이상 사면이 단행되었다.

특히 법을 통치의 수단으로 이용해 왔던 권력집중도가 높은 정권일수록, 정치적 폭압성이 강할수록 사면이 자주 남용되어 왔음을 알 수 있다. 역대 정권이 정권의 필요에 따라 시행한 비리인사에 대한 무분별한 사면, 특히 클린턴 대통령¹⁸⁾과 이명박대통령이 임기 말¹⁹⁾의 화합을 빙자한 사면남용, 특히 자기사면의 남용 등은 각각 미국인들과 한국인들로 하여금 법의 형평성에 대한 근본적인 의문이 들게 하고, 법치주의 확립에 결정적인 장애로 작용해 왔다는 점을 감안하여 최소한 임기말 사면과 자기사면은 가능한 한 삼가야 할 것이다.

IV. 주요국의 입법례

미연방헌법에서 “대통령은 합중국에 대한 범죄에 대하여 탄핵의 경우를 제외하고는 형의 집행정지 또는 사면을 명하는 권한이 있다(제2조 제2항①의 3문)”라고 최초로 사면권을 규정하였음. 원래 미국 헌법의 기초자들은 대통령의 사면권이 예외적인 경우와 전쟁과 반란 중에 국가를 방위하기 위하여 실용적으로 사용되도록 규정하였으나, 오늘날의 대통령은 이러한 제한된 목적을 위해서뿐만 아니라 정치적이고 개인적인 동기로 사면권을 행사함으로써 원래 의도된 사면권의 권한의 범위를 벗어나고 있다. 미연방헌법의 규정을 계수하여 거의 모든 국가의 헌법에서 사면권을 규정하고 있다.

독일연방기본법은 “연방대통령은 연방을 위하여 개별적인 경우에 사면권을 행사한다.”고 규정하고 있다(제60조 제2항).

프랑스공화국헌법은 “공화국 대통령은 특별사면을 행하는 권한을 가진다.”고 규정하고 있다(제17조).

우리 헌법 제79조에서도 대통령의 사면·감형·복권에 관한 권한을 규정하고 있으며 이에

을 입증하기가 어려울 것이다. 이를 용서와 화합에 의한 정치를 구현하기 위한 것이라고 하지만, 이들이 각종 반사회적인 대형 부정부패사건으로 3년 징역형을 선고받은 후 가석방된 사람, 11년형을 선고받고 복역 중인 사람이고, 이들의 범행에 비해 선고형이 오히려 지나치게 가볍다는 점을 감안한다면 이들에 대한 특사는 전혀 정당성을 인정하기 어렵다. 오영근, 앞의 논문, 218쪽.

18) 미국의 클린턴 대통령이 임기말에 자기 동생(Roser Clinton), 조세포탈 혐의로 조사를 받다 해외로 도피한 금융업자 마크 리치(Mark Rich) 등에 대한 자기사면형 사면을 서둘러 단행하여 논쟁의 폭풍을 점화시켰다. H. J. Krent, Conditioning the president's conditional pardon power, 89 Cal. L. Rev., 1665, 1666(December 2001); Mark Strasser, The limits of the clemency power on pardons, retributivists, and the United States constitution, 41 Brandeis L. J. 85, 101[FN 102] (Fall, 2002); Jack M. Beermann, Presidential power in transitions, 83 BULR 947, 979-980 (December, 2003); 마크 리치(Mark Rich)는 힐러리 클린턴 상원의원 선거운동에 7,000달러를 기부한 것을 포함하여 1993년과 2001년 사이에 민주당에 867,000달러를 기부하였다. Kristen H. Fowler, Limiting the federal pardon power, 83 Ind. L. J. 1651, 1660(Fall, 2008).

19) 미국대통령이 전통적으로 “축제시즌(holiday season)”동안 해마다 연말에 즈음하여 호의와 용서의 표시로서 사면권을 행사하여 왔다. Jack M. Beermann, Presidential power in transitions, 83 BULR 947, 977 (December, 2003); Kristen H. Fowler, Limiting the federal pardon power, 83 Ind. L. J. 1651, 1657(Fall, 2008). 이와 같이 노무현대통령과 이명박대통령도, 노태우대통령, 김영삼대통령, 김대중 대통령 등이 대선이 끝난 해의 12월말 특별사면을 단행한 것과 같이 각각 2008년 1월 1일자, 2013년 1월 31일자로 재임 중 마지막 특별사면을 단행하였다.

관한 구체화 규정이 사면법이다.

V. 개선방안

법치주의의 경직성을 교정하고 국민을 통합하기 위하여 사면은 필요하나 우리나라에서 역대 대통령이 사면권을 그동안 너무 남용했으므로 이를 방지하기 위한 개선방안을 다음과 같이 생각해 볼 수 있다.

1. 양심범 등이 아닌 한 형기의 3분의 1 이상 경과를 요건으로 제한

사면권이 헌법에 보장된 대통령의 권한이라고 하더라도 사면을 남용하면 법치주의의 근간이 훼손되므로 양심범이나 생계형범죄자가 아닌 한 판결문의 잉크가 마르기도 전인 형기의 3분의 1 이상을 채우지 아니한 사람에 대하여 사면을 원칙적으로 제한하는 것은 대통령의 사면권의 남용을 제한하는 적절한 장치가 될 수 있다고 판단된다.

2. 사면심사위원회의 소속, 외부위원의 과반수 및 헌법재판소장의 사면심사위원추천권

사면심사위원회의 소속을 현행 법무부소속에서 대통령직속으로 바꾸고, 사면심사위원회 운영의 공정성을 위하여 사면심사위원회 심사위원의 추천을 국회, 대통령, 헌법재판소에서 동수로 각각 추천하게 하고 사면심사위원회의 외부위원의 구성비율이 과반수가 되게 구성하여 명실상부하게 운영하여야 한다. 다만, 사면심사위원회 심사위원의 추천에 있어서 대법원장이 사면심사위원회의 외부위원을 추천하게 한 것은 넓은 의미에서 사법부의 수장이 자기 판결에 대한 관여를 한다는 의미에서 자연적 정의에 반한다고 할 수 있으므로, 오히려 사면권이 국민의 통합 내지 대화합이라는 명분하에 정치적 고려에서 행해지는 것이므로 재판에 전혀 관여하지 아니한 정치적 사법기관인 헌법재판소에서 외부위원을 추천하는 것이 더욱 적절하고 설득력이 있다고 판단된다.

3. 사면심사위원회 위원 명단 등의 공개, 회의록 등의 즉시공개

사면의 공정하고 중립적인 행사를 위하여 사면심사위원회 위원 명단의 공개는 필요하고, 공개 범위는 성명과 직위 등 위원을 특정할 수 있는 부분은 물론 공익을 위하여, 경력사항까지 공개할 필요가 있다.

또한 사면심사위원회 회의록의 공개시기를 특별사면 후 즉시 공개하고, 심의서의 공개 범위를 제한하지 않고 사면 상신이 부적정하다고 심사한 부분까지도 공개할 수 있도록 한다면 사면심사의 내실화를 더욱더 기할 수 있다고 판단된다.

4. 자기(편)사면 금지

비리에 연루된 '자기' 측근을 대규모 사면의 단행 시 슬쩍 끼워 넣는 자기(편) 사면은 모

든 정부에 나타나는 공통된 현상으로서 역대 정부의 사면의 가장 중요한 특징이다. 고위층 자기 사면의 주된 이유는 ‘그들의 도움이 없었더라면 자신이 대통령에 당선되지 못했을 것’이라는 비리사범이 본질적으로 대통령과 동일 집단에 속해있다는 ‘패거리’인식 때문이다. 근래에 들어와 임기말에 자기 측근을 사면하여 법치주의를 저해하는 가장 문제되는 사면의 유형은 자기(편)사면이라고 할 수 있으므로 최소한 자기(편)사면은 단행할 수 없도록 사면법을 개정하여야 할 것이다.

VI. 맺는말

우리 헌정사를 돌아해보면 정부수립이후 2017년 3월까지 견제되지 않는 권력은 남용의 유혹이 생기기 때문에²⁰⁾, 사면권(특히 국회의 동의를 요하지 아니하는 특별사면권)이 대통령의 고유권한이라는 이유로 우리 헌정사에서 무려 100여회 이상 과도하게 행사되었다.²¹⁾ 특히, 국민화합형 사면의 범주에 포함되는 교통법규위반자 사면조치의 대부분(74.7%)이 생계형 운전자가 아니라 비사업용운전자라는 점에서 전형적인 인기 영합주의여서 문제가 더욱 크다. 그 동안 대통령의 취임이나 임기말 또는 경축일에 국민대화합이나 국익을 명분으로 사면의 대상자에 대통령의 세력들(자기사면)이나 권력형 부정부패자들 또는 정치세력간의 흥정대상자 등을 끼워 넣어 사면을 남발하여 왔다.²²⁾

대통령의 사면권은 권력분립의 원칙에 대한 예외이자 국가원수의 특권으로서 헌법이 부여한 것이지만 사면은 사법부의 재판의 결과를 변경하는 것으로, 법치주의에 대한 중대한 제한이므로 필요한 경우에 한하여 국민일반이 수긍할 수 있는 정치적 사유에 의하여 정당화될 수 있을 정도로 신중하게²³⁾ 그리고 원칙을 가지고 지혜롭게 행사되어야 할 것이다.²⁴⁾

사면권(특히 국회의 동의를 요하지 아니하는 특별사면권)이 대통령의 고유권한이라는 이유로 우리 헌정사에서 과도하게 행사됨으로써 이를 제한하려는 헌법 개정안 및 사면법 개정안 등이 발의된 적이 여러 번 있었다는 점을 충분히 감안하여 사면권제도의 본질을 훼손하지 않으면서 국민들이 공감하는 사면권의 성숙된 운영을 통해서만이 진정한 의미의 국민대화합과 통합을 이룰 수 있고, ‘법의 안전판’으로서의 긍정적 역할을 할 수 있을 것이다. 그렇게 되면 라드브루흐(Radbruch)가 말한 ‘보다 좋은 법’이상의 ‘법보다 좋은 것’을 이룰 수 있을 것이다.²⁵⁾

20) Todd David Peterson, Congressional power over pardon & amnesty: legislative authority in the shadow of presidential prerogative, 38 Wake Forest L. Rev. 1225, 1228(winter 2003)

21) 고문현, “사면권 행사의 실태분석을 통한 사면권 통제방안”, 공법학연구, 제11권 제2호, 2010.5, 3-31쪽 참조.

22) 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2015, 1259쪽.

23) 전광석, 『한국헌법론』, 법문사, 2007, 571쪽.

24) Daniel T. Kobil, The Quality of Mercy Strained: Wresting the pardoning power from the king, 69 TXLR 569, 574(February, 1991).

25) 최종고, 『법철학』, 박영사, 2007, 678쪽.

발표 4

전두환·노태우 판결 이후 20년

- 한국 민주주의의 전개와 전망 -

곽노현
전 서울시교육감

토론 4

「전두환·노태우 판결 이후 20년」에 대한 토론문

정일준

고려대학교 사회학과 교수

동아시아의 이행기 정의와 역사화해

- '5.18'과 '대역사건(大逆事件)' 사이에서 -

우메모리 나오유키

와세다대학교 정치경제학술원 교수

일본의 이행기 정의의 상황

여러분 안녕하십니까. 와세다 대학의 우메모리 나오유키라고 합니다. 이번에 이런 기념할 만한 학술대회에 참가할 기회를 주셔서 감사합니다. 저는 현재 일본의 연구 동료들과 <동아시아에서의 역사화해를 위한 종합적 연구>란 공동연구 프로젝트를 2년 전부터 해오고 있습니다. 그 프로젝트를 통해서 그 동안 많은 동아시아 연구자들과 교류를 갖고 많은 것을 배우고 있습니다. 5.18기념재단 연구실장인 정문영 선생님과도 그 인연으로 아는 분이 될 수 있었으며 오늘 이곳에 올 수 있었습니다. 재단의 여러분과 여기 계시는 모든 분께 감사드리고 싶습니다.

제가 '이행기 정의'라는 개념을 알게 된 것은 사실 비교적 최근의 일입니다. 이것은 제가 무지한 탓도 있지만 저 이외에도 이 개념을 몰랐다는 전문 연구자도 꽤 있더군요. '이행기 정의'라는 용어는 영어의 'transitional justice'의 번역어이지만, 역시 이 개념의 번역어로 사용되는 한국에서의 '과거청산', 타이완에서의 '전형정의(轉型正義)' 같은 말과 비교해도 더욱 번역 냄새가 강하다는 생각이 듭니다. 즉 이 개념은 일본에서는 거의 일반화되지 않고 있습니다. 이는 곧 일본에서는 '이행기 정의' 개념 자체가 부재하다는 것을 의미합니다. 제가 '동아시아의 이행기 정의와 역사 화해'라는 오늘의 주제를 생각함에 있어 이 점을 먼저 지적하고 싶습니다.

지금 저희 공동연구 팀은 동아시아 연구자들이 어떻게 'transitional justice'라는 개념을 사용하고 어떤 논문을 썼는지, 그 내용을 조사하고 데이터베이스화하는 프로젝트를 수행하고 있습니다. 그 결과에 따르면 그 동안 일본에서도 '이행기 정의'라는 개념을 가지고 논문을 썼던 연구자가 없는 건 아닙니다. 하지만 이들 연구자는 남아공이나 라틴 아메리카를 연구하는 사람들인 경우가 대부분이었습니다. 즉 일본에서 '이행기 정의'는 특정 지역 연구자 그룹에서 사용되는 경우가 많았으며, 그 목적은 '그들=타자'의 생각과 실천을 이해한다는 것에 맞춰져 온 것처럼 생각됩니다. 바꿔 말하면 일본에서는 '이행기 정의'를 '우리=자기'의 역사에 관한 문제로 파악하여 이 개념을 실제 역사 화해를 위한 것으로 만들어 나가겠다는 발상이 극히 부족했다고 말할 수 있습니다.

저는 이러한 일본의 현실과는 대조적으로 한국과 타이완에서는 'transitional justice'가 자국 정부에 의해서 행해진 부정을 직시하고 그것에 대한 화해를 추진하는, 살아있는 개념으로서 기능해 온 것을 알았습니다. 그 대표적인 사례가 한국에서는 광주의 5.18에 대한 대처이

며, 또 제주도의 4.3사건의 대처라 생각합니다. 또 타이완에서는 2.28사건과 독재정권 아래에서 행해진 백색테러 피해자에 대한 명예회복과 보상이 같은 구조로 진행되고 있습니다. 중국의 경우 현재 상황은 일본과 비슷합니다. 거기에서 ‘transitional justice’는 타이완 연구의 문맥에서 타이완 현지의 정책과 사상·운동을 알기 위해서 사용되는 경우가 많아, 자국 정부가 행한 행위를 비판적으로 검증하는 틀이 되고 있지는 않은 것으로 생각합니다.

역사적인 정의를 ‘transitional justice’의 문제로 제기하기

일본과 중국에서 ‘transitional justice’의 부재라는 현상이 반드시 그 나라에서의 역사적인 부정의에 대한 무관심을 의미하는 것은 아닙니다. 일본에서도 4.3사건과 5.18이 적지 않은 사람들의 이목을 끌고 있으며, 그에 대해 비판의 목소리를 낸 사람들도 존재합니다. 또 일본에서도 중국에서도 자국 정부의 과거 행위를 고발하는 용기를 가진 사람들이 늘 있어 왔고 또 지금도 존재하고 있습니다. 한국 및 타이완과 일본과의 차이는 과거의 부정의를 바로잡으려는 노력 자체의 유무가 아니라 오히려 그러한 노력이 ‘transitional justice’라는 개념과 결합된 형태로 논의되고 있느냐는 차원에서 찾아야 할 것 같습니다. 국가가 폭력의 독점체인 한 그 폭력을 부정하게 행사할 위험 또한 보편적으로 존재합니다. 그러한 한 그 비리를 비판하고 그것을 바로잡으려는 사람들의 노력 또한 다양한 형태로 존재합니다. 여기서 생각하고 싶은 것은, 그러한 노력이 ‘transitional justice’의 문제로서 제기되는 것이 어떤 의의가 있는가 하는 것입니다. 5.18을 둘러싼 역사는 ‘transitional justice’의 문제로 파악됨으로 어떠한 의미를 획득한 것인가. 또 원래 그런 파악은 왜 가능했는가. 오늘은 이런 문제에 초점을 맞추어 제 뜻을 말씀드리고자 합니다.

역사적 부정의를 ‘transitional justice’이라는 보편적 구조에 따라서 논의하는 것의 의미는 크게 두 가지 있다고 생각합니다. 하나는 역사적 정의를 실현하고 바로잡는다는 그 논의 내실에 정통성을 주는 것입니다. 그러나 그 이외의 중대한 부산물로서 역사적인 정의를 바로 세운다는 그 실천 자체의 의미를, 국경을 넘어 비슷한 문제에 시달리고 있는 사람들에게 묻는다는 중요한 기능을 갖고 있는 것 같습니다. 이제부터 말씀드리겠지만 일본 국내에서도 과거의 국가 범죄를 바로잡자는 노력은 지금까지도 존재해 왔습니다. 그러나 거기에는 그런 국가 범죄들은 어디까지나 일본의 문제이며, 일본적으로 처리되어야 한다는 생각이 따라다녔던 것처럼 보입니다. ‘transitional justice’라는 틀은 그동안 일본에서 힘겹게 실천되어 온 그런 노력에 대해 새로운 시점에서 빛을 주고 그 해결을 위한 새로운 방향을 가리켜 줄 가능성이 있는 것이라고 생각이 됩니다. 이것이 우리 일본인이 5.18에서 배워야 할 교훈이 아닌가 싶습니다.

이 점은 특히 현재의 역사인식을 둘러싼 한일 간 갈등을 생각하는 데 중요한 의미를 가진다고 생각합니다. 일본에서 한국의 역사 문제라면 ‘위안부’ 문제로 상징되듯이 일본에 대한 요구만이 부각되어 보도되는 한편, 5.18이나 4.3사건 등을 둘러싸고 한국 내에서 한국 사람들이 역사적인 정의를 바로잡기 위한 노력을 얼마나 큰 희생을 치르면서 쌓아왔느냐는 그 실상은

거의 이해되지 않은 채 지금까지 왔습니다. 한편 한국에서는 그동안 일본 정부가 ‘위안부’ 문제뿐만 아니라 과거의 역사적인 부정의 일반에 대해 어떤 태도를 보이고 왔는지에 관해서도 더 비판적으로 검토할 필요가 있습니다. 환언하면 ‘transitional justice’는 민족주의적 대립에 빠지기 쉬운 역사 인식 문제를 일본과 한국의 시민이 함께 스스로의 문제로 논의할 수 있는 공통적 플랫폼으로서 중요한 의미를 가지지 않을까 싶습니다.

‘이행기 정의’ 이전의 이행기 정의: ‘대역사건’의 재심 청구를 중심으로

‘이행기 정의’라는 개념을 사용하여 일본의 역사를 다시 검토해 보면, 거기에 과거의 역사적 부정을 바로잡으려고 목소리를 낸 사람들의 존재가 눈에 들어옵니다. 그들은 그러한 용어를 사용하지는 않았지만 실질적으로는 ‘이행기 정의’를 실현하기 위해서 싸운 사람들이었습니다. 그런 그들의 운동을 새로이 ‘이행기 정의’의 문제로 다시 파악함으로써 우리는 그것을 한국의 5.18을 둘러싼 오늘날의 운동 상황과 비교할 수 있게 됩니다. 또 그러한 운동에 대해 어떻게 정부가 대처했는지를 검토함으로써 당시 일본이 갖고 있던 역사인식과 윤리의식의 질을 밝힐 수 있습니다. 저는 그런 일본의 ‘이행기 정의’ 이전의 이행기 정의의 사례로, 여기서는 1964년에 시작된 ‘대역사건’의 재심청구 운동에 대해서 말씀드리고자 합니다. 우선 ‘대역사건’ 그 자체에 대해서 간략히 설명해 드리겠습니다. ‘대역사건’이란, 일반적으로는 1910년 5월 일본 각지에서 고토쿠 슈스이(幸徳秋水)를 비롯한 수많은 사회주의자나 무정부주의자들이 메이지 천황의 암살 계획을 준비했다는 이유로 검거되자 이듬해 26명의 피고가 사형 또는 종신형(사형 24명, 그중 12명이 특사로 종신형으로 감형)에 처해진 사건을 말합니다. 이 사건의 근거가 되는 대역죄(大逆罪)는 1882년에 시행된 옛 형법 116조 및 대일본제국헌법 제정 후인 1908년 시행된 형법 73조에 규정된 것이었으며, 천황·황후·황태자 등을 노리고 위해를 가하거나 가하려고 하는 죄를 뜻합니다. 일본에서 대역사건이라면 이 이른바 고토쿠 사건이 유명하지만, 사실 이 후 세 번에 걸쳐 대역죄가 적용된 사건이 일어났습니다(1923년 도라노몬 사건[虎ノ門事件], 1925년 박열 사건[朴烈事件], 1932년 사쿠라다몬 사건[桜田門事件]). 이런 사건에 관해서는 오늘날도 역사가에 의한 사실의 발굴이 진행되고 있는데, 여기서는 1910년의 ‘대역사건’에 한정하여 그 내용을 소개해 드리겠습니다.

패전으로 GHQ(연합군 최고사령부)의 민주화 정책을 받아들인 일본 정부가 1947년 형법 73조를 삭제함으로써 대역죄는 실효(失効)됩니다. 이후 그동안 금기였던 ‘대역사건’의 연구 또한 큰 진전을 보게 되었습니다. 이 와중에 이 사건이 스스로의 권력 강화를 시도한 사법·검사에 의해서 일으켜졌던 권력 범죄였다는 것이 드러났습니다. 이 ‘사건’의 실체는 4명 정도의 사회주의자가 메이지 천황을 암살할 의도로 폭열탄을 제작하여 실험을 했다는 것이었습니다. 그러나 정부는 이러한 사실로부터 고토쿠를 수괴로 한 대규모 음모 계획의 존재를 조작하고 사회주의자나 무정부주의자의 일망타진을 시도한 것입니다. 이 ‘사건’의 역사적 배경에 대해서는 여기서 충분히 말씀드릴 시간이 없는데요. 여기서는 이 사건이 1909년 10월 안중근의 이토 히

로부미 암살부터 1910년 8월 한국 병합에 이르는 시기에 겹쳐서 일어났다는 사실만 지적해 놓고자 합니다. ‘대역사건’은 당시 일본 정부가 추진했던 한반도의 식민지화 속에서 일으킨 것이었다는 것입니다.

‘대역사건’ 관계자는 대부분 일본의 패전 이전에 사망했습니다. 그러나 종신형을 선고 받고 1934년에 가석방을 인정받은 사카모토 세이마(坂本清馬; 1885-1975)는 이 시대를 살아남아, 전후 자신의 명예회복 운동을 시작하고, ‘대역사건’으로 사형에 처해진 모리치카 운페이(森近運平)의 여동생인 히데코(栄子)와 함께 사건이 일어난 지 50년이 지난 1961년 도쿄 고등재판소에 ‘대역사건’의 재심청구 소송을 하였습니다. 또 이 소송이 제기된 1960년에는 ‘대역사건의 진실을 밝히는 모임’이 변호사, 연구자, 시민에 의해서 결성되어 운동을 지원했습니다. 물론 ‘대역사건’은 5.18과는 규모도 성격도 전혀 다릅니다. 그러나 그래도 역시 ‘대역사건’ 재심청구 운동은 과거 정부에 의해 야기된 부정의를 바로잡기 위해서 시민이 일어났으며 그것을 재판이라는 공적인 자리에서 다투게 된 희귀한 사례였습니다. 또 ‘대역사건의 진실을 밝히는 모임’은 뉴스 레터를 발행하고 있었기 때문에, 운동을 그 참가자의 시점에서 재구성하기 위한 풍부한 자료도 남아 있습니다. 1961년부터 시작된 이 운동의 역사를 추적함으로써, 역사적인 부정의를 바로잡는 것에 대한 당시 정부와 시민의 견해를 함께 검토할 수 있습니다. 그런 의미에서 이 운동은 일본의 ‘이행기 정의’ 이전의 이행기 정의를 검토하기 위한 중요한 사례라고 생각합니다.

재심청구 운동의 법리와 절차

재심청구 운동을 시작하면서 원고인 사카모토 세이마는 다음과 같은 인사를 하였습니다. “나는 재심청구를 매명을 위해 하는 것은 아닙니다. 이를 하지 않으면 일본 재판의 정의성, 진실성이 밝혀지지 않기 때문입니다.” 또 이 운동에서 주임 변호인을 맡은 모리나가 에이자부로(森長英三郎)는 이 운동의 역사적·법적 의의를 다음과 같이 설명하고 있습니다. “대역사건도 진정한 민주혁명이 실현됐더라면 굳이 재심 재판을 기다릴 것도 없이 역사가 다시 쓰이게 되었을 것이다. 그러나 일단 메이지헌법과 신헌법이 계속성 있는 것으로 규정되고 천황제가 존속되고 있는 이상은 메이지헌법 국가의 후계자인 현 국가권력에 의해서 과거의 잘못을 공적으로 확인하고 사과하도록 하는 것에 재심의 최대 의의를 찾아야 하지 않을까?” 이 운동이 묻고자 한 것은 전후 일본에서 실현되었다고 하는 ‘민주혁명’의 질임에 틀림없었습니다. 거기서 드러난 문제는 전후 일본의 국가권력과 그 ‘혁명’의 대상이었을 메이지헌법 국가와의 거리(혹은 유착)였습니다.

또 모리나가는 재심 절차에 대해서 다음과 같이 설명하고 있습니다. 재심 청구는 형사소송법(435-453조)에 따라 행해진다. 그리고 법 규정에 따르면, 분명한 증거가 새로 발견된 경우(6호), 조서를 작성한 판사·검사·경찰관 등에 직권 남용한 죄가 있는 경우(7호), 재심 청구가 인정받을 수 있다. 그리고 재심 청구에 충분한 이유가 있다고 인정될 경우 재심 개시가 결

정되고 제일심에서 유죄나 무죄냐를 묻게 된다. 또 1964년에 중의원(衆議院) 법무위원회는 모리나가를 초치하여 ‘대역사건’과 재심 청구에 대한 의견을 청취했습니다. 거기서 모리나가는 변호인 의견서를 제출하고, 법원에 대해 “특히 인권 존중의 정신을 철저히 존중하여 사법권 행사에 잘못이 없었는지를 검히 재심하는 태도”를 요청했습니다. 반면 검찰관의 의견서는, 재심은 확정판결의 ‘법적 안정성’을 뒤엎을 만한 진실의 발견이 기초가 되어야 하며, 그것을 경시하고 인권 존중을 앞세워 구제[대상]자를 구제하는 것은 용납되지 않는다고 주장했습니다. 여기서 변호 측의 ‘인권 존중’과 검찰 측의 ‘법적 안정성’의 논리가 팽팽히 맞서게 되었습니다.

1962년 12월 ‘대역사건’의 재심청구는 기각되었습니다. 즉 일본 법원은 ‘대역사건’의 유무죄를 묻기 이전에 과거의 역사적 부정을 새삼 다시 파악한다는 행위 자체를 부정한 것입니다. 이 때 법원이 의거한 것은 ‘대역사건’ 당시 작성된 검찰관의 예심 조서였습니다. 예심 조서를 종합해서 보면 사카모토에게 ‘범의(犯意)’가 있었음이 분명하다는 것입니다. 그러나 이미 말씀드렸듯이 ‘대역사건’ 그 자체가 프레임업(frame up)이었으므로 예심 조서도 역시 모든 피고에 범의가 있었던 것처럼 ‘작성’되어 있는 것은 당연한 것입니다. 결국 법원은 전후의 민주화 이후 학자들이 실증적으로 쌓아온 역사상을 물리치고 전쟁 전의 사법 엘리트의 정치적 판단을 추인한 것이 됩니다.

저는 여기에 일본 정부의 역사인식 문제에 대한 기본적인 태도가 나타나고 있다고 생각합니다. 그것은 공적 문서에 대한 집착이라고나 해야 할 것이며, 또 그것과 표리일체 관계에 있는 권력 구조에 대한 무관심입니다. 그들의 관심은 관료에 의해서 작성된 공적인 문서 안에 어떤 ‘사실’이 기재되어 있는지에 한정되어 있습니다. 그 ‘사실’이 어떤 권력 관계에서 만들어졌는지, 그 콘텍스트를 비판적으로 검토할 자세는 아예 보이지가 않습니다. 전쟁 이전의 사법을 둘러싼 콘텍스트를 비판적으로 검토하지 않고 있다면 그것은 전쟁 이전의 사법 환경이 전후에도 그대로의 형태로 연속하고 있음을 의미합니다. 전후 일본에서의 첫 ‘이행기 정의’ 운동은 이렇게 막을 내렸습니다. 거기서 드러난 것은 전후 일본에서의 ‘민주화’가 얼마나 형식적인 것이며, 전후가 전쟁 이전과 맞닿아 있다는 침울한 사실이었습니다.

‘이행기 정의’를 죽이는 것

이렇게 대역사건의 재심청구 운동은 역사 속에 파묻혀버리고 말았습니다. 저 자신은 사회주의 운동의 역사를 전문으로 연구하고 있었으므로 이 운동 자체에 대해서는 알고 있었습니다만 그 의미에 대해서 깊이 생각한 적은 없었습니다. 제가 이 문제의 중요성을 깨달은 것은 ‘이행기 정의’라는 개념을 접한 뒤의 일이었습니다. 만약 이 운동이 ‘이행기 정의’ 이전의 이행기 정의였다면, 우리는 이 운동(의 실패)에 대한 분석을 통해서 무엇이 일본에서 이행기 정의를 유산시켰는지를 알 수 있습니다. 그것을 한국과 타이완의 이행기 정의 운동의 열기와 비교해 보면 오늘날 일본이 도대체 어떤 사회인지를 이해하기 위한 중요한 시각을 제공해줄 것이라고 생각합니다.

무엇이 ‘이행기 정의’를 죽이느냐. ‘대역사건’의 재심청구로 밝혀진 것은 정부와 사법 당국의 일관된 식민주의적 의식 구조입니다. 그것은 바꿔 말하면, 본래적으로는 주권자일 터인 ‘시민’에 대한 근원적인 불신과 경원(敬遠)이라고 해도 될 것입니다. 통상적으로 이런 의식은 엘리트 의식이나 관료의식이라고 불리는 것이지만, 일본에서는 이러한 통치자의 의식 구조는 ‘대역사건’의 프레임업에서 볼 수 있듯이 식민주의의 진전과 밀접한 관련을 가지면서 발전했으며, 또 이 재심청구에 대한 반응에서 볼 수 있듯이, 그것이 전후의 민주화 과정에서 거의 반성 없이 연속했다는 점에서 사실상 식민주의라고 불러도 무방할 것입니다.

여기서 문제는 이렇듯 지속되는 식민주의를 타파할 수 있을 만한 강도를 운동 측이 만들어내지 못했던 이유입니다. 이 문제는 운동 자체의 전략 및 전술 차원에 입각해서 상세하게 검증될 필요가 있는데, 여기서는 이 운동을 실패로 이끈 사상적 맥락에 대해서 생각해보자고 합니다. 재심청구가 제기된 1962년은 공전의 고조를 보인 ‘1960년 안보운동’ 종식의 시기와 겹쳐 있습니다. 1960년 안보운동은 직접적으로는 미일 안전보장조약 개정에 반대하는 대중운동이었지만, 그것은 오늘날 시점에서 보면 일종의 반식민주의적 내셔널리즘 운동으로 이해할 수 있습니다. 패전과 점령으로 일본은 미국에 종속하고 극동에서의 미국 대리인으로서의 역할을 담당하는 체제가 성립되었습니다. 그 관계는 특히 정치와 문화에서 식민주의적 색채가 강했으며, 그 상징이 미군기지 제공을 규정한 미일 안전보장조약이었던 셈입니다. ‘1960년 안보(운동)’에서 관건은 미국과 일본의 엘리트에 의하여 형성된 이런 식민주의적 체제에서의 ‘민족의 독립’이었습니다.

‘1960년 안보’에서 내셔널리즘은 늘 정의와 민주주의라는 개념과 함께 쓰였습니다. 그렇다면 ‘대역사건’ 재심청구의 실패는 내셔널리즘과 정의와 민주주의의 삼위일체의 해체를 상징적으로 보이고 있는 것입니다. 야스마루 요시오(安丸良夫)는 이러한 해체를 추진한 역사인식의 틀을 ‘근대화론’이라 불렀으며, 그 기능을 “변혁의 담당자가 되고자 하는 민중의 주체성을 해체하고 현존 지배체제 속에서 만족하라고 호소하는 것”이라고 표현하고 있습니다. 그리고 야스마루는 근대화론에 의해서 정의와 민주주의가 내셔널리즘에서 탈각된 뒤 지배층이 새로 내셔널리즘의 기반으로 삼은 것이 ‘현실주의’이며 그 궁극적인 원리는 ‘국가 이기주의’라고 말합니다. 그리고 그것이 전형적으로 드러난 사례로 이시하라 신타로(石原慎太郎)의 다음과 같은 주장을 소개하고 있습니다. “결국 평화도 또 현실에서는 이익·효용일 뿐이라는 의식 아래에……, 개개인이 사태를 스스로의 일로 생각하고 그 답을 모으면 될 것이고, 그 결과가 역시 자신의 나라가 불황에 빠져버리기보다 전쟁은 바람직하지 않더라도 베트남 전쟁의 은혜를 받아, 당분간 미국이 한껏 하게 하자란 답이 나왔어도, 그것이 절대적 다수를 차지하는 일본인의 통합적 의견이라면 그것이 올바른 민주적 합의이며 유무를 물을 일은 없다. 개개인이 스스로 남의 전쟁과 자신의 가난 중 어느 쪽이 좋은지를 몰래 되묻고, 그 답을 솔직하게 선택할 정도의 노력을 해도 되지 않을까.” 다시 말하면 ‘현실주의’란 ‘남의 전쟁’(=정의)과 ‘자신의 가난’(=경제)을 같은 차원에 놓고 비교하고 헤아리려는 인식의 틀이자, 그 선택을 민중 자신에게 맡기는 것이 민주주의의 본질이라고 한 것입니다. ‘정의냐 아니면 경제냐?’란 이항대립적 물음이 일본에서 ‘이행기 정의’를 죽이는 중요한 요인이 되었습니다. 그리고 오늘날 일본이 다시 ‘이행기 정의’

를 되찾을 수 있을지의 여부는 신자유주의라는 새로운 시대 상황을 바탕으로 내셔널리즘과 정의와 민주주의의 새로운 관계성을 만들어 낼 수 있을지에 달려있습니다.

[번역: 사토 유키에]

東アジアにおける移行期正義と歴史和解

- 「光州事件」と「大逆事件」のあいだ -

梅森直之

早稲田大学政治経済学術院 教授

日本における移行期正義の現状

みなさん、こんにちは。早稲田大学の梅森と申します。このたびは、このような記念すべき大会に参加する機会を与えていただき、ありがとうございます。わたしは現在、日本の研究仲間と、「東アジアにおける歴史和解のための総合的研究」という共同研究プロジェクトを2年前から行っています。そのプロジェクトを通じて、これまで多くの東アジアの研究者と交流を持ち、多くのことを学ぶことができました。5.18記念財団研究室長の鄭文永先生ともその縁でお知り合いになることができ、本日ここに来ることができました。財団のみなさんをはじめ、ここにおられる全ての方に、感謝いたしたいと思います。

わたくしが「移行期正義」をいう概念を知ったのは、実は比較的最近のことです。これはわたくしが無知だったということもあるのですが、わたし以外にもこの概念のことを知らなかったという専門研究者も結構いるのですね。「移行期正義」という用語は、transitional justiceの翻訳語ですが、同じくこの概念の翻訳語として使用される韓国語の「過去清算」や台湾語の「転型正義」と比べても、一層翻訳臭が強い気がします。つまりこの概念は、日本でほとんど一般化していません。すなわち、日本においては、「移行期正義」概念そのものが不在であるのです。わたしが東アジアにおける移行期正義と歴史和解という本日のテーマを考えるうえで、この点をまず指摘しておきたいと思います。

今わたしたちは、東アジアの研究者たちがtransitional justiceという概念を使って、どのような論文を書いてきたのか、その内容を調べてデータベース化するプロジェクトに取り組んでいます。それによると、これまで、日本においても「移行期正義」をいう概念を使って論文を書いてきた研究者がいないわけはありませんでした。しかしながら、それらの研究者は、南アフリカの研究者であったり、ラテンアメリカの研究者であったりすることがほとんどでした。すなわち日本において「移行期正義」は、特定の地域研究者のサークルで使われることが多く、その目的は、「かれら＝他者」の考え方や実践を理解することによって求められてきたように思われます。別言すれば、日本では、「移行期正義」を「われわれ＝自己」の歴史にかかわる問題として捉え、この概念を実際の歴史和解に向けて鍛え上げていくという発想がきわめて乏しかったといえると思うのです。

わたしは、こうした日本の現状とは対照的に、韓国と台湾では、transitional justiceが、自国の政府によって行われた不正義を直視し、それに対する和解を進める生きた概念として機能してきたことを知り

ました。その代表的な事例が、韓国においては光州の5.18民主化運動に対する取り組みであり、また濟州島における4.3事件の取り組みであるのだと思います。また、台湾においては、2. 28事件や独裁政権の下で行われた白色テロの被害者に対する名誉回復と保証が、同じ枠組みで進められています。中国は、今のところ状況は日本と似ています。そこにおいて、transitional justiceは、台湾研究の文脈で、当地における政策と思想と運動を知るために行われることが多く、自国政府の行った行為について、批判的に検証するツールとなっていないように思われます。

歴史的不正義をtransitional justiceの問題として提起すること

日本や中国におけるtransitional justiceの不在という現象は、必ずしも歴史的な不正義に対する無関心ということの意味するわけではありません。日本において、4.3事件も5.18民主化運動も、少なからぬ人びとの関心を集めており、それに対する批判の声をあげた人びとも存在します。また、日本においても中国においても、自国の政府の過去の行為を告発する勇気をもった人びとも常に存在してきましたし、またいまも存在しています。したがって、韓国ならびに台湾と日本との差異は、過去の不正義を正そうとする努力そのものの有無ではなく、むしろそうした努力が、transitional justiceという概念と結びついたかたちで、論じられているか否かという次元に求められるべきであるように思われます。国家が、暴力の独占体である限り、その暴力の不正な発動の危険もまた普遍的に存在します。そうであるかぎり、その不正を批判し、それを正そうとする人びとの努力も、また多様なかたちで存在します。ここで考えたいのは、そうした努力が、transitional justiceの問題として提出されたことによる意味です。5.18民主化運動をめぐる歴史は、transitional justiceの問題と見なされることにより、どのような意味を獲得したのか。またそもそもそのような結びつきは、いかにして可能となったのか。本日は、こうした問題に絞って、わたしの考えを述べさせていただきます。

歴史的不正義をtransitional justiceという普遍的枠組みに従って議論することの意味は、大きく分けて二つあると思います。その一つは、歴史的正義を実現し正すその議論の内実に正統性を与えることです。しかし、それ以外の重大な副産物として、歴史的不正義を正すというその実践そのものの意味を、国境を超えて、同じような問題に苦しむ人びとに向けて問いかけるという重要な機能をもっているように思われるのです。これからお話しさせていただくように、日本国内においても、過去の国家犯罪を正そうとする努力はこれまでも存在してきました。しかしながら、そこには、それらはあくまでも日本の問題であり、日本的に処理されるべきだという考えがつきまとっていたように思われます。transitional justiceという枠組みは、これまで日本において取り組まれてきたそうした努力に、新しい視座から光を与え、その解決に向けた新しい方向性を示しうるものだとわたしには思われます。これがわれわれ日本人が、5.18民主化運動から学ぶべき教訓なのではないでしょうか。

この点は、とりわけ現在の歴史認識をめぐる日韓の対立を考えるうえで重要な意味をもつと思います。

日本において、韓国における歴史問題といえば、「慰安婦」問題に象徴されるように、日本に対する要求のみがクローズアップされ、報道される一方で、5.18民主化運動や4.3事件などをめぐり、韓国国内において、韓国の人びとが、歴史的不正義を正すための努力を、どれほどの犠牲を払いながら積み重ねて来たのかというその実相は、ほとんど理解されないままにきています。一方韓国においては、これまで日本政府が、「慰安婦」問題に限らず、過去の歴史的不正義一般に対してどのような態度を示してきたかに関しても、もっと批判的に検討される必要があると思います。別言すれば、transitional justiceは、民族主義的対立に陥りがちな歴史認識問題を、日本と韓国の市民がともにみずからの問題として議論する共通のプラットフォームとして、重要な意味をもつのではないかと考えます。

「移行期正義」以前の移行期正義:「大逆事件」の再審請求をめぐって

「移行期正義」という概念を使って、日本の歴史を見直してみると、そこに、過去の歴史の不正義を正そうとして声をあげた人びとの存在が目に入ってまいります。かれらは、そうした用語こそ使っていませんでしたが、実質的には「移行期正義」を実現するために闘った人びとでした。そうしたかれらの運動を、新しく「移行期正義」の問題として捉え直すことで、われわれは、それを韓国の5.18民主化運動をめぐることの運動の状況と比較することが可能となります。またそうした運動に対し、どのように政府が対処したのかを検討することで、当時の日本が有していた歴史意識と倫理意識の質を明らかにすることができます。わたしは、そうした日本における「移行期正義」以前の移行期正義の事例として、ここでは1964年に開始された「大逆事件」の再審請求運動について、お話しさせていただきたいと思います。まず、「大逆事件」そのものについて、ここで簡単にご説明させていただきたいと思います。「大逆事件」とは、一般的には、1910年5月、日本各地で幸徳秋水をはじめ多くの社会主義者、無政府主義者が明治天皇の暗殺計画を準備したという理由で検挙され、翌年26名の被告が死刑もしくは終身刑(死刑24名、うち12名が特赦で終身刑に減刑)に処せられた事件を指しています。この事件の根拠となる大逆罪とは、1882年に施行された旧刑法116条、および大日本帝国憲法制定後の1908年に施行された刑法73条に規定されていたものであり、天皇、皇后、皇太子などを狙って危害を加えたり、加えようとする罪のことを意味しています。日本で、大逆事件といえば、このいわゆる幸徳事件が有名ですが、実はこのあと三度にわたり、大逆罪が適用される事件が起こっています(1923年、虎ノ門事件、1925年、朴烈事件、1932年、桜田門事件)。これらの事件に関しては、こんにちも歴史家による史実の掘り起こしが進められていますが、ここでは1910年の「大逆事件」に限定し、その内容を紹介したいと思います。

敗戦により、GHQの民主化政策を受け入れた日本政府は、1947年に刑法73条を削除し、これにより、大逆罪は失効することになります。これ以後、それまでタブーであった「大逆事件」の研究もまた、大きく進展することになりました。そのなかでこの事件が、みずからの権力強化を目論んだ司法・検事によって引きおこされた、権力犯罪であったことが明らかになってきました。この「事件」の内実は、4名ほどの社会主義者が、明治天皇を暗殺する意図を有し、爆裂弾の作成と実験を行ったというものでした。

しかし政府は、この事実から、幸徳を首魁とする大規模な陰謀計画の存在をでっち上げ、社会主義者や無政府主義者を一網打尽にすることを試みたのです。この「事件」の歴史的背景については、ここで十分にお話しする時間がありません。ここでは、この事件が、1909年10月の安重根による伊藤博文の暗殺から1910年8月の韓国併合にいたる時期に重なって起こされたという事実のみ指摘しておきたいと思います。「大逆事件」は、当時の日本政府が進めていた朝鮮半島の植民地化のなかで引き起こされたものだったのです。

「大逆事件」の関係者は、日本の敗戦までにほとんどが亡くなっていました。しかし終身刑を宣告され、1934年に仮出所を認められた坂本清馬(1885-1975)は、この時代を生き抜き、戦後みずからの名誉回復を求め運動を開始し、「大逆事件」で死刑に処せられた森近運平の妹である栄子とともに、事件から50年が経過した1961年、東京高等裁判所に「大逆事件」の再審請求の訴えを起こしました。また、この訴えが起こされる1960年には「大逆事件の真実を明らかにする会」が弁護士、研究者、市民によって結成され、運動の支援にあたりました。もちろん「大逆事件」は、5.18民主化運動とは、規模も性格もまったく異なっています。しかしながら、それでもなお「大逆事件」再審請求運動は、過去の政府によってもたらされた不正義を正すために市民が起ちあがり、それが裁判という公的な場で争われた稀有な事例でした。また「大逆事件の真実をあきらかにする会」は、ニューズレターを発行していたため、運動を、その参加者の視点から再構成するための豊富な資料も残されています。1961年から開始されたこの運動の歴史を追うことにより、歴史的な不正義を正すことに対する当時の政府と市民の見解を、同時に検討することができます。その意味で、この運動は、日本における「移行期正義」以前の移行期正義を検討するための、重要な事例であると考えます。

再審請求運動の法理と手続

再審請求運動の開始にあたり、原告である坂本清馬は、次のような挨拶を行っています。「私は再審請求を売名のためにするものではありません。これをやらなければ、日本裁判の正義性、真実性が明らかにならないからであります」。またこの運動で、主任弁護人をつとめた森長英三郎は、この運動の歴史的・法律的意義を、次のように説明しています。「大逆事件も真の民主革命が実現されていたなら、あえて再審裁判をまつまでもなく、歴史は書きかえられていたであろう。しかし、一応明治憲法と新憲法とが継続性ありとされ、天皇制が存続している以上は、明治憲法国家の後継者たる現国家権力によって、過去の過ちを公的に確認し、謝罪せしめることに再審の最大の意義を認めるべきではあるまいか」。運動を通じて問われたのは、戦後日本において実現されたとされた「民主革命」の質にほかなりませんでした。そこで明るみになったのは、戦後日本の国家権力と、その「革命」の対象となったはずの明治憲法国家との距離(もしくは癒着)であったのです。

また森長は、再審の手続について、次のように説明しています。再審の請求は、刑事訴訟法(435-453条)に従って行われる。そして同法の規定に従えば、明らかな証拠が新たに発見された場合(6号)、調書を作った判事、検事、警察官などに職権乱用の罪があった場合(7号)、再審の請求が認められることになっている。そして、再審請求に十分な理由があると認定された場合、再審開始が決定され、そして第一審で有罪か無罪かが問われる。また、森長は、1964年に衆議院法務委員会に招致され、「大逆事件」と再審請求についての意見聴取が行われました。そこで森長は、弁護人意見書を提出し、裁判所に対し、「とくに人権尊重の精神に徹して、司法権の行使に誤りが無かったかどうかを謙虚に再審する態度」を要請しました。それに対し、検察官の意見書は、再審は確定判決の「法的安定性」を覆すだけの真実の発見が基礎であり、それを軽視して人権尊重によって救済者を救済するのは許されないと主張しました。ここにおいて、弁護側の「人権尊重」と検察側の「法的安定性」の論理が、真っ向から対立することになりました。

1962年の12月、「大逆事件」の再審請求は棄却されました。すなわち日本の裁判所は、「大逆事件」の有罪・無罪を問う以前に、過去の歴史的不正義をあらためて捉え直すという営みそのものを否定したことになります。その際、裁判所が依拠したのは、「大逆事件」当時に作成された検察官の予審調書でした。予審調書を総合して読めば、坂本に「犯意」があったことは明らかだということです。しかしながら、すでに述べたように、「大逆事件」そのものがフレームアップであったわけですから、予審調書もまたすべての被告人に犯意があったように「作文」してあるのは当然のことです。結局、裁判所は、戦後の民主化以後、学者たちが実証的に積みかさねてきた歴史像を退け、戦前の司法エリートが政治的判断を追認したことになります。

私はここに、日本政府の歴史認識問題に対する基本的な態度があらわれていると思います。それは、公的文書への惑溺とでもいうべきものであり、またそれと表裏一体の関係にある権力構造への無関心です。かれらの関心は、官僚によって作成された公的な文書のなかにどのような「事実」が記載されているかに限定されています。その「事実」が、どのような権力関係のなかで作り上げられたのか、そのコンテキストを批判的に検討する姿勢は、一切見られません。戦前の司法をめぐるコンテキストを批判的に検討しないのであれば、それは戦前の司法環境が、戦後もそのままのかたちで連続していることを意味しています。戦後日本における最初の「移行期正義」運動は、こうして幕を閉じました。そこにおいて明るみになったのは、戦後日本における「民主化」が、いかに形式ばかりのものであり、戦後が戦前と地続きであるという陰鬱な事実でした。

「移行期正義」を殺すもの

こうして、「大逆事件」の再審請求運動は、歴史のなかに埋もれていきました。わたし自身は、社会主義運動の歴史を専門に研究していましたので、この運動そのものについて知ってはいましたが、その意

味について、深く考えたことがありませんでした。私が、この問題の重要性に気がついたのは、「移行期正義」という概念に触れたあとのことでした。もし、この運動が、「移行期正義」以前の移行期正義であるとするならば、われわれはこの運動(の失敗)の分析を通じて、何が日本において、移行期正義を流産させたのかを知ることができます。それは韓国や台湾における移行期正義運動の盛り上がりと比較しながら、こんにちの日本が、いったいいかなる社会であるのかを理解するための、重要な視点を提供してくれるものだと思います。

何が「移行期正義」を殺すのか。「大逆事件」の再審請求で明らかになったのは、政府や司法当局の、一貫した植民地主義的意識構造です。それは別言すれば、本来的には主権者であるはずの「市民」に対する根源的な不信感ならびに畏れといってよいものです。通常こうした意識は、エリート意識とか官僚意識とか呼ばれているものですが、日本において、こうした統治者の意識構造は、「大逆事件」のフレームアップにみられるように、植民地主義の進展と密接な関連をもちながら発展し、その再審請求に対する反応にみられるように、またそれが戦後の民主化のプロセスにおいて、ほとんど反省することなく連続したという点において、植民地主義の名に値するものだと考えます。

ここで問題なのは、そうした継続する植民地主義を打ち破るだけの強度を、運動側が作り出せなかった理由についてです。この問題は、運動そのものの戦略・戦術レベルに即して細かく検証される必要がありますが、ここでは、この運動を失敗に導いた思想的なコンテクストについて考えてみたいと思います。再審請求が起こされた1962年は、空前の盛り上がりを見せた「1960年安保運動」の終焉の時期と重なっています。1960年の安保運動は、直接的には日米安全保障条約の改定に反対する大衆運動でしたが、それはこんにちからみるならば、一種の反植民地主義的なナショナリズム運動として理解することができます。敗戦と占領により、日本は、アメリカに従属し、その極東における代理人としての役割を担う体制が成立しました。その関係は、とりわけ政治と文化において、植民地主義的な色彩が濃厚であり、その象徴が米軍基地の提供を規定した日米安全保障条約であったわけです。「1960年安保」で問われたものは、アメリカと日本のエリートによって形成されたこうした植民地主義的体制からの「民族の独立」でありました。

「1960年安保」において、ナショナリズムは常に正義と民主主義という概念とともに語られました。だとすれば、「大逆事件」の再審請求の失敗は、ナショナリズムと正義と民主主義の三位一体の解体を、象徴的に示しているということになります。安丸良夫は、こうした解体を推し進めた歴史認識の枠組みを「近代化論」と呼び、その機能を、「変革の担い手たろうとする民衆の主体性を解体させ、現存の支配体制のなかで満足するよう訴えること」と表現しています。そして安丸は、近代化論によって、正義と民主主義がナショナリズムから剥ぎ取られたのち、支配層が新たにナショナリズムの基盤としたのが「現実主義」であり、その究極的な原理が「国家エゴイズム」であると述べています。そしてその典型的なあらわれとして、石原慎太郎の次のような主張を紹介しています。「結局、平和もまた現実には利益・効用でしかないという意識のもとに……、一人一人がことを自らのこととして考え、その答えを寄せ集め

ればよいのであって、その結果が矢張り、自らの国が不況になるよりも、戦争は好ましくないがベトナム戦争のおかげを蒙ろうではないか、当分アメリカにせいぜいやってもらおうということになったとしても、それが絶対のナンバーを占める日本人の統合意見ならそれは正しく民主的コンセンサスであって有無はないのだ。一人一人が自らに他人の戦争と自らの貧乏とどちらがいいかを秘かに問い直し、その答えを率直に選ぶくらいの労はとってもいいではないか」。別言すれば、「現実主義」とは「他人の戦争」(＝正義)と「自分の貧乏」(＝経済)を同次元で比較考量させるための認識の枠組みであり、その選択を民衆自身に委ねることが民主主義の中身であるとされたのです。「正義か、それとも経済か」この二項対立的問いが、日本において「移行期正義」を殺す重要な要因となりました。そしてこんにち日本が、いまいちど「移行期正義」を取り戻せるかどうかは、新自由主義という新しい時代状況を踏まえて、ナショナリズムと正義と民主主義の、新しい関係性を作り出せるかどうかにかかっています。

「동아시아의 이행기 정의와 역사화해」에 대한 토론문

이영진

전남대학교 호남학연구원 연구교수

1984년 鶴見俊輔는 『戦後日本の大衆文化史: 1945~1980年』(岩波書店)의 한 장에서, 전후 일본인의 精神史에서 도쿄재판이 차지하는 위치에 대해 흥미로운 기록을 남긴 바 있습니다. 그 장의 제목은 제 기억이 맞다면 「점령과 정의감에 대하여」였습니다. 거기서 鶴見는 도쿄재판이 승자의 재판이자 백인의 재판이었고, 실질적으로 통역의 부실이나 조사의 미비 등 많은 문제점들 때문에 일본 국민은 재판 자체에 대한 깊은 불신을 가지게 되고, 재판이 내세웠던 정의마저 정복자가 패전 국민에게 강요하는 육체적 형벌로 받아들여지게 되었다고 말합니다. 동시에 최고 군통수권자인 천황이 처벌은커녕, 기소조차 되지 않았다는 사실 역시 일본 국민들의 정의감을 훼손시킨 큰 이유로 지적합니다. 아무도 정치적 책임을 질 수 없는 사회에서 정의감이 싹틀 수는 없는 것이겠지요. 아마 丸山眞男가 1946년에 발표한 「超国家主義の論理と心理」에서 꺼냈던 「무책임의 체계無責任の体系」 역시 비슷한 문제의식에서 나온 개념이라 생각합니다.

이렇게 보면, ‘전후’라는 가장 중요한 이행기에 일본 사회는 그 정의를 회복하는 것, 혹은 책임을 진다는 자세를 방기해버렸다는 느낌이 듭니다. 물론 도쿄재판이나 냉전 등과 같은 외부적 요인도 있었겠지만, 보다 근본적으로 일본 사회 내에서 책임을 추궁한다는 자세 자체가 본질적으로 약했던 것이죠. 그 자리를 차지했던 것은 잘 알려진 것처럼 “우리는 몰랐다(속았다)”나 아니면 “우리도 희생자다”라는 피해자주의였습니다. 그래서 궁금한 생각이 듭니다. 일본 사회가 ‘이행기 정의’에 대한 관념을 성숙시키지 못한 채, 전후의 가장 중요한 시기를 놓쳐버린 이유는 무엇일까요?

선생님께서서는 대역사건 재심청구운동(1962)의 실패-再審請求棄却-라는 사례를 통해 그 이유를 전후 일본의 ‘민주혁명’이 실제로 메이지헌법국가와 현 국가권력 사이의 단절을 만들어 내지 못한 데서 찾고 계신 것 같습니다. 나아가 ‘이행기 정의’를 살해한 것으로, 정부나 사법당국의 ‘식민주주의적’ 의식구조를 지적하고 있습니다. 물론 ‘시민’에 대한 근원적인 불신감이나 공포, 엘리트의식, 관료의식이라고 이야기할 수 있는 부분에 굳이 ‘식민주주의적’이라는 형용사를 붙인 이유에 대해서는 단순히 대역사건의 프레임이 식민주주의의 전개와 밀접한 연관을 가지면서 발전했다는 서술 이상의 더 치밀한 ‘설명’이 필요하다는 생각이 듭니다만, 적어도 정부나 사법당국의 역사인식문제, 또 식민주주의적 의식구조에 대한 비판으로 나아가고자 하는 지향성만큼은 충분히 공감할 수 있습니다.

또한 1960년 안보운동을 ‘일종의 반식민주주의적 내셔널리즘 운동’으로 이해할 수 있다는 선생님의 해석 역시 일본 사회의 내적 맥락에서 본다면 충분히 가능한 주장이라고 생각합니다.

하지만 제가 조금 더 관심을 기울이고 있는 부분은 ‘正義’justice 혹은 ‘식민지주의’에 대한 일본 사회 자체의 인식입니다. 전세계적인 관점에서 1960년대는 식민본국으로부터의 독립, 그리고 제 3세계의 반식민주의 연대운동이 가장 활발했던 시기입니다. 그런데 과연 당시 안보 세대들의 인식 속에 제국주의 전쟁을 수행한 것에 대한 깊은 반성 위에서 자신들 역시 제 3세계에 속한다, 혹은 제 3세계와의 연대가 필요하다는 입장이 들어설 여지가 있었을까요? 나아가 내셔널리즘에 대한 그들의 인식 속에 “일본의 민족주의는 순수성을 잃어버렸다”는 丸山眞男의 탄식과, 그럼에도 불구하고 “피에 젖은 민족주의’를 외면해서는 안 된다”는 竹内好의 절박한 요청 사이에 가로놓여 있는 여러 모순들을 사유하고 해결하고자 하는 진지함이 과연 있었을까요?

오히려 그런 의식이 전후 일본의 소위 ‘진보’ 진영에게도 처음부터 결여되어 있었기 때문에, 그들은 스스로 내셔널리즘을 방기해버린 것이 아닌가 하는 의구심을 지울 수 없습니다. 그리고 어쩌면 저주받은, 그럼에도 불구하고 여전히 가장 강력한 힘의 원천인 내셔널리즘을 우파가 독점해버린 것이 지금 일본사회의 현실이 아닌가 합니다. 이 점에 대해서는 이미 오래 전에 吉見義明 선생이「占領期日本の民衆意識：戦争責任論をめぐって」(1982)에서 예비적 고찰을 시도하신 적이 있습니다만, 지금 일본의 지식인들에게 가장 긴급한 과제는, 바로 이 일본 사회 민중의 의식, 나아가 감정의 구조structure of feelings에 대한 철저한, 자기고백적인 분석이라고 생각합니다. 물론 굉장히 험난한 가시밭길이고 오해받기 쉬우며, 그래서 竹内好 이후 일본 사회에서는 아무도 가려 하지 않는, 前人未踏의 길처럼 보입니다만, 그 길만이 民主와 愛國(小熊英二씨의 책제목이기도 합니다만)을 접붙일 수 있는 유일한 방법일 것입니다.

그런 문제의식에서 저는 전후 일본사회에서 ‘와다츠미회’[わだつみ会]를 비롯한 전쟁체험파들의 운동에 관심을 가지고 연구를 한 적이 있습니다. 죽은 자에 대한 교감, 지난 전쟁에 대한 강한 반감과 비전(非戰), 평화의 지향을 슬로건으로 했던 이 전중파들의 결사는 지난 시기의 ‘전쟁체험’을 思想化함으로써, “도래할 세대들을 위한 遺産(W. Benjamin)”으로 남겨야 한다는 강한 문제의식을 지니고 있었습니다. 그리고 만약 이 운동이 성공을 거두었다면, 일본 사회는 이행기 정의를 “「우리들=자기」의 역사에 관한 문제로 파악할 수 있는” 하나의 계기를 확보할 수 있었겠지요. 분명히 이들의 주장처럼 전쟁체험은 당시 전쟁 희생자들에 대해 만들어지는 기념비적 이야기, 즉 ‘고귀한 죽음’이라는 이데올로기의 허위성을 누구보다 예리하게 간파해내는 눈을 만들어내는 하나의 원천이자, 집요하게 전쟁 책임을 추궁함으로써 정의를 실현할 수 있는, 하지만 아직 다듬어지지 않은, 하나의 ‘原石’이라는 느낌이 듭니다.

물론 잘 알려진 것처럼, 불행히도 전쟁체험을 思想化하고자 했던 이 기획은 실패로 끝나고 맙니다. 무엇보다 당시 와다츠미회를 위시한 전쟁체험자에 공통적으로 나타나는, 피해자로서의 전쟁체험에 집착하는 센티멘털리즘은 결코 타자에 대한 자신의(자기 민족의) 전쟁책임 문제로 나아가지 못했습니다. 여기서 또 물음을 던져봅니다. 일본 사회 감정의 구조structure of feelings의 한 핵심이라고 할 수 있는 ‘피해자주의’는 정말 과거사 문제를 해결하기 위해 극복해야만 하는 문제일까요?

선생님께서서는 ‘이행기 정의’라는 ‘개념’으로 “국경을 넘어 동일한 문제로 고통 받는 사람들

을 향해 물음을 던지는 중요한 기능”을 확보해내고자 하시는 듯 보입니다. 그리고 왜 일본 사회는 이행기 정의를 실현할 수 있는 절호의 기회들을 놓쳐 왔는가, (물론 한국을 포함한 대다수의 사회도 계속 그 실수를 되풀이하고 있습니다만) 그 이유에 대해 조금 더 깊이 천착해야 한다는 문제의식에 저 역시 적극적으로 공감합니다. 만약 전후에 일어난 大逆事件의 재심청구 운동에서 운동 측이 大逆事件과 식민지주의-大逆事件이 한일합방과 같은 해에 일어났다는 점에서, 당시 일본 정부가 추진하던 한반도의 식민지화와 밀접한 관련이 있는 사건이라면-의 관계 설정에 대해 제대로 된 문제제기를 하지 못했다면, 혹은 문제제기를 했더라도 그 목소리가 일본 사회에서 받아들여지지 못했다면, 그 이유를 꼼꼼히 따져보는 것도 필요합니다. 하지만 전후 일본인들이 정의와 민주주의라는 이상주의와, 경제로 대표되는 현실주의에서 결국 후자를 선택한 것을 그들이 보수주의자들의 프레임에 넘어간 것으로 해석해버리는 것만으로는 부족합니다. 오히려 왜 그들이 후자를 선택했는지, 왜 전자가 그들의 현실적 삶과 괴리되어버렸는지에 대해 다시 근원적으로 생각해보아야 합니다.

다시 전쟁체험의 문제로 돌아가 본다면, 전쟁체험의 思想化는 결국 ‘流産’되고 말았지만, 오히려 우리는 왜 당대 일본 사회가 그들의 목소리에 공감했는가를 역설적으로 묻는 방법을 생각해볼 수 있지 않을까 합니다. ‘피해자주의’의 한계를 지적하는데 그치지 말고, 피해자 의식의 심화를 통해, 국경을 넘어 아시아 전체 피해자 일반에 대한 공감으로, 나아가 이러한 피해를 야기한 권력에 대한 비판으로, 그리고 이를 통해 가해 인식에 대한 자각으로 나아갈 수 있는 방법을 찾아내기. 이는 이행기 정의라는 다소 추상적인 논리와 그 사회의 심정의 세계를 연결 짓는 작업이기도 합니다. 그것이야말로 전후 우파들에 의해 독점되어 버린 듯한 일반 대중의 ‘심정의 영역’을 다시금 正義와 접목시키는 하나의 가능성이 아닐까요.

討論: 「東アジアにおける移行期正義と歴史和解」

李栄真

全南大学校湖南学研究院

1984年に鶴見俊輔は『戦後日本の大衆文化史: 1945~1980年』(岩波書店)のある章で、戦後の日本人の精神史において東京裁判が占める位置について興味深い記録を残しています。その章のタイトルは私の記憶が正しければ「占領と正義の感覚について」でした。そこで鶴見は東京裁判が勝者の裁判かつ白人の裁判であって、実質的な通訳の不十分さや調査の不備などの多くの問題点のため、日本国民は裁判自体に対する深い不信を抱くようになり、裁判が掲げた正義すら征服者が敗戦国民に強要する肉体的刑罰として受け取られたと述べています。同時に最高軍統帥権者である天皇が処罰はおろか、起訴すらされなかったという事実もやはり、日本国民の正義感を毀損させた大きな理由として指摘しています。誰も政治的責任を取ることができない社会において、正義感が芽吹くことは出来ないものです。おそらく丸山眞男が1946年に発表した『超国家主義の論理と心理』で持ち出した「無責任の体系」もやはり似た問題意識から出た概念だと思えます。

こうして見ると、「戦後」という最も重要な移行期に日本社会はその正義を回復すること、もしくは責任を取るという姿勢を放棄してしまったという感じがします。もちろん東京裁判や冷戦のような外部的要因もあったでしょうが、より根本的に日本社会の中で責任を追求するという姿勢自体が本質的に弱かったということです。その代わりとなったのがよく知られているように「私たちは知らなかった(騙された)」もしくは「私たちが犠牲者だ」という被害者主義でした。ここで気になることがあります。日本社会が「移行期正義」に対する観念を成熟させることができないまま、戦後の最も重要な時期を逃してしまった理由は何なのでしょう。

梅森先生は大逆事件の再審請求運動(1962)の失敗—再審請求棄却—という事例を通してその理由を、戦後日本の「民主革命」が実際に明治憲法国家と現国家権力の間で断絶を作り出すことができなかつたことに求めていると思えます。さらに、「移行期正義」を殺したものとして、政府や司法当局の「植民地主義的」意識構造を指摘しています。もちろん「市民」に対する根源的な不信感や恐怖、エリート意識、官僚意識であると言っている部分に敢えて「植民地主義的」という形容詞を当てる理由に対しては、単純に大逆事件のフレームが植民地主義の展開と密接な関連を持ちながら発展したという叙述以上の、より緻密な「説明」が必要であるとは思いますが、少なくとも政府や司法当局の歴史認識問題、また植民地主義的意識構造に対する批判に向かおうとする指向性は十分に共感することができます。

また1960年の安保運動を「一種の半植民地主義的ナショナリズム運動」として理解することができる

いう先生の解釈もやはり、日本社会の内的脈絡から見ると十分に可能な主張だと思います。しかし、私がより関心を向けている部分は「正義justice」または「植民地主義」に対する日本社会自体の認識です。全世界的な観点で1960年代は、植民本国からの独立、そして第三世界の半植民地主義連帯運動が最も活発だった時期です。しかし、果たして当時の安保世代たちの認識の中に、帝国主義戦争を遂行したことに対する深い反省の上で自身もやはり第三世界に属する、もしくは第三世界との連帯が必要だと言う立場に立つ余地があったでしょうか。そしてナショナリズムに対する彼らの認識の中に「日本の民族主義は純粋性を失った」と言う丸山眞男の嘆息と、それにも関わらず『血に濡れた民族主義』に顔を背けてはいけない」と言う竹内好の切迫した要請の間に横たわっている数々の矛盾を思惟し解決しようとする真摯な態度が果たしてあったでしょうか。

むしろそういった意識が戦後日本のいわゆる「進歩」陣営にもはじめから欠如していたため、彼らは自らナショナリズムを放棄してしまったのではないかという疑懼心は消すことはできません。そしてともすると呪われている、にも関わらず最も強力な力の源泉であるナショナリズムを右派が独占してしまったことが、今の日本社会の現実ではないかと思います。この点に対してはすでに随分前に吉見義明先生が「占領期日本の民衆意識：戦争責任論を巡って」(1982)で予備的考察を試みたことがありますが、今の日本の知識人たちにとって最も緊急の課題は、まさにこの日本社会の民衆の意識、そして感情の構造structure of feelingsに対する徹底した自己告白的な分析だと思います。もちろん非常に陰険ないばらの道で誤解を受けやすく、故に竹内好以降日本社会では誰も進もうとしなかった前人未到の道のように思われますが、その道のみが民主と愛国(小熊英二さんの本のタイトルでもありますが)を接ぎ合わせることができる唯一の方法でありましょう。

こういった問題意識から、私は戦後日本社会で「わたつみ会」をはじめとした戦争体験派たちの運動に関心を持って研究をしたことがあります。亡くなった者に対する共感、過ぎた戦争に対する強い反感と非戦、平和の志向をスローガンにしたこの戦中派たちの結社は、過ぎし時期の「戦争責任」を思想化することで、「到来する世代のための遺産(W.Benjamin)」として残さなければならないという強い問題意識を持っていました。そして万が一この運動が成功を収めていたとしたら、日本社会は移行期正義を『われわれ=自己』の歴史にかかわる問題として捉えることができる」一つの契機を確保することができたでしょう。確かに彼らの主張のように、戦争体験は当時戦争の犠牲者たちに対し作られた記念碑的な話、つまり「高貴な死」というイデオロギーの虚偽性を誰よりも鋭く看破する目を作り出す一つの源泉であり、執拗に戦争責任を追求することで正義を実現することができる、しかしながら未だ手入れされていない、一つの「原石」であるという感じがします。

もちろんよく知られているように、不幸にも戦争体験を思想化しようとしたこの企画は失敗に終わってしまいます。何よりも当時わたつみ会を始めとする戦争体験者に共通して現れる、被害者としての戦争体験に執着するセンチメンタリズムは、決して他者に対する自身(自民族)の戦争責任問題に繋げるこ

とはできませんでした。ここでまた問いを投げかけてみます。日本社会の感情構造structure of feelingsの一つの核心であると言える「被害者主義」は本当に過去事問題を解決するために克服しなければならない問題なのでしょうか。

梅森先生は「移行期正義」という「概念」で「国境を超えて、同じような問題に苦しむ人びとに向けて問いかけるという重要な機能を」を確保しようとされているようです。そしてなぜ日本社会は移行期正義を実現することができる絶好の機会を逃してきたのか、—もちろん韓国を含む大多数の社会もずっとその失敗を繰り返していますが—その理由に対しもう少し深く探ってみなければならないという問題意識に、私もやはり積極的に共感します。もしも戦後に起こった大逆事件の再審請求運動で運動側が大逆事件と植民地主義—大逆事件が日韓併合と同じ年に起こったという点で、当時日本政府が推進した朝鮮半島の植民地化と密接な関連がある事件なのであれば—の関係設定に対し、きちんとした問題提起をすることができなかったとしたら、または問題提起をしたとしてもその声が日本社会で受け入れられることができなかったとしたら、その理由を細かく問いただすことも必要です。しかし、戦後日本人が正義と民主主義という理想主義と、経済に代表される現実主義のうち、結局後者を選択したことを、彼らが保守主義者たちのフレームに傾いたのだと解釈してしまうことだけでは十分ではありません。むしろなぜ彼らが後者を選択したのか、なぜ前者が彼らの現実的な生と乖離されてしまったのかに対し、改めて根源的に考えなければなりません。

もう一度戦争体験の問題に戻ってみると、戦争体験の思想化は結局「流産」してしまいましたが、むしろ我々はなぜ当代日本社会が彼らの声に共感したのかを逆説的に問う方法を考えることができるのではないかと思います。「被害者主義」の限界を指摘することで終わるのではなく、被害者意識の深化を通し、国境を超えアジア全体の被害者一般に対する共感として、さらにこういった被害を惹起した権力に対する批判として、そしてこれを通して加害意識に対する自覚として前進することができる方法を探ること。これは移行期正義という多少抽象的な論理とその社会の心情の世界を繋げることができる作業でもあります。これこそが、戦後右派たちによって独占されてしまった一般大衆の「心情の領域」を再び正義と接ぎ合わせることができる一つの可能性なのではないでしょうか。

[翻訳: 佐藤雪絵]

