

(가)내란목적살인,(나)내란수괴미수,(다)내란중요임무종사미수,

(라)증거은닉,(마)살인(변경된죄명)

[대법원 1980. 5. 20. 80도306]



【판시사항】

1. 피고인에 대한 통지없이 법정외에서 한 증인신문 결과에 대하여 피고인이 그 후 속개된 공판기일에서 별 의견이 없다고 진술한 경우와 책문권 포기여부2. 군법회의의 항소심에서 공동피고인들 중 일부만을 공판기일에 출석시키고 나머지 피고인들에 대하여 출석을 명하지 않은 조치의 적부 3. 피고인의 직계가족 등이 한 변호인 선임을 피고인이 취소할 수 있는지 여부4. 진술의 책임성에 관한 판단방법5. 내란죄에 있어서의 국헌문란의 목적의 의미와 인식6. 내란죄에 있어서 "폭력"의 의미와 그 기수시기7. 이미 총격을 받은 피해자에 대한 확인사살과 살인죄의 성부8. 공모공동정범에 있어서의 공모의 정도9. 저항권이 재판규범으로 될 수 있는지 여부10. 상관의 위법한 명령에 대한 복종의무와 책임조각사유11. 양형부당을 상고이유에서 제외한 국법회의법 제432조의 위헌여부

【판결요지】

1. 법정외에서 증인신문을 실시함에 있어서 피고인에 대하여 통지하지 아니하여 참여 기회를 주지 않은 잘못이 있다고 하더라도 그 후 속개된 공판기일에서 피고인과 변호인이 그 증인신문조사에 대하여 별 의견이 없다고 진술하였다면 그 잘못은 책문권의 포기로 치유된다 할 것이다.2. 군법회의법 제416조는 군법회의법에 있어서의 항소심은 제1심 절차의 복심이 아니고 사후심사의 절차로서 항소심의 공판기일에 피고인은 원칙으로 출석함을 요하지 아니한다는 근거규정일 뿐이므로 원심 제1차 공판기일에 공동피고인들에 대하여 선택적으로 일부만을 출석시키고, 나머지에 대하여는 그 출석을 명하지 않은 원심의 조치는 잘못이라고 할 것이나, 속행된 제2차 공판기일에 법무사가 전회 공판심리에 관한 중요사항의 요지를 고지하였고 그 이후 반대신문의 기회가 충분히 부여되어 있었을 뿐만 아니라 제1심에서 이미 소론이 주장하는 사항에 관하여는 충분한 심리가 있었고, 원심 제1차 공판기일에서는 그 부분에 대하여 새로운 사항을 심리한 점을 발견할 수 없으므로 위의 잘못은 판결결과에 영향을 미칠 것이 되지 못한다. 3. 군법회의법 제59조 제2항의 규정에 의하여 피고인의 직계가족 및 배우자는 독립하여 변호인을 선임할 수 있다고 하여도 그 선임권자는 본인의 선임권을 독립대리행사하는 자이므로 선임의 효과는 본인에 미치고 본인이 그 선임을 취소하는 것도 가능하다고 볼 것이다. 4. 일반적으로 진술의 임의성이 없다 함은 수사기관에 의하여 신문을 받는자에 대한 협박, 고문 기타의 방법으로 인하여 자유스러운 분위기하에서 진술되어 있지 않음을 말하고, 그 임의성의 판단은 경험칙에 위배되지 않고 합리적인 범위내의 심판관의 자유스러운 심증에 의하여 결정되어 지는 것으로서 소송수행의 모든 상황, 즉 그 서류의 작성, 내용은 물론 피고인의 변소 및 태도, 검찰관의 석명, 그 서류작성에 관여한 증인의 증언 등 모든 면에 있어서 심판부가 합리적으로 판단을 내리면 족하다.5. 내란죄에 있어서의 국헌문란의 목적은 현행의 헌법 또는 법률이 정한 정치적 기본조직을 불법으로 파괴하는 것을 말하고 구체적인 국가기관인 자연인만을 살해하거나, 그 계승을 기대하는 것은 이에 해당되지 않으나 반드시 초법규적인 의미는 아니라고 할 것이며, 공산, 군주 또는 독재제도로 변경하여야 하는 것은 더욱 아니고, 그 목적은 엄격한 증명사항에 속하고 직접적임을 요하나 결과발생의 희망, 의욕임을 필요로 한다고 할 수는 없고, 또 확정적 인식임을 요하지 아니하며, 다만 미필적인식이 있으면 족하다 할 것이다(다수의견). (소수의견1) : 피고인들

이 유신체제를 강압변혁하려는 목적하에서 대통령을 비롯한 사람들을 살해한 것이라면, 그 뒤 개헌에 대한 전국적인 합의가 있는 후 에 재판함에 있어서는 범행시의 체제가 재판시의 그것과 달라졌다는 정치상황이 바로 초법규적으로 처벌할 수 없는 사유가 된다 할 것이므로 내란죄로는 처벌할 수 없다. (소수의견2) : 국헌문란의 목적이라 함은 헌법 또는 법률의 기능을 불법으로 철폐, 소멸시키고 국가의 기본조직인 통치기구 기타 헌법기관을 폭력으로 파괴, 전복하는 것을 말하고, 국가에 변란을 초해라는 쿠데타를 일으키는 것을 알고 가담하였다고 하더라도 거사목적 기타에 관한 별다른 지시를 받은 것이 없는 이상 쿠데타를 일으키는 것이 바로 국헌문란의 목적을 말하는 것으로 인정할 근거도 없을 뿐 아니라, 대통령직에 있는 자연인을 살해하는 범행에 가담실행한 것이 대통령이라는 헌법기관 그 자체를 폭력으로 전복하고 그 권한행사를 불가능하게 하는 국헌문란의 목적의 살해범행에 가담실행한 것으로 인정되어야 한다는 견해는 우리의 경험칙 및 논리칙상 비약된 이론이라 할 것이다. 6. 형법 제 87조의 구성요건으로서의 "폭동"이라 함은 다수인이 결합하여 폭행, 협박하는 것을 말하는 것으로서 다수인의 결합은 어느 정도 조직화될 필요는 있으나, 그 수효를 특정할 수는 없는 것이고, 내란되는 폭동행위로서의 집단행동이 개시된 후 국토침탈 또는 국헌문란의 목적을 달성하였는가의 여부에 관계없이 기수로 될 수 있음은 소론과 같으나, 그 폭동행위로 말미암아 한 지방의 평온을 해할 정도에 이르렀을 경우라야 기수로 된다고 할 것이고, 폭동의 내용으로서의 폭행 또는 협박은 최광의의 것으로서 이를 준비하거나 보조하는 행위를 총체적으로 파악한 개념이라고 할 것이다(다수의견). (소수의견1) : 내란죄가 성립되려면 반드시 다수인의 결합이 필요하고 여기에서 말하는 다수인이란 군집의식, 군집심리가 형성되어 그 구성원 개개인의 사고와 행위의 단순한 산수적 집계가 아닌 전연 별다른 맹목적인 감정이나 비합리적이고 파괴적인 행동이 촉발되어 한 지방의 평온을 해치기에 충분하고 폭행, 협박을 하기에 족한 다수인이어야 할 것이므로 10명 내외의 사람의 집합만으로는 위와 같은 다수인이라고 볼 수 없다. (소수의견2) : 대통령 등의 살해로써 폭동은 끝난 것이고, 그 후 보안유지를 강조하고 군주요장성과 국무위원 등의 동향을 감시한 것과 비상계엄을 선포 하도록 유도한 것은 사태를 수습하고 기도한 거사의 목적을 달성하기 위한 과정을 조용히 밟으려는 것이었을 뿐 그 자체가 하나의 폭동이었다고 볼 수 없다. 6-1. 내란목적살인과 내란미수를 상상적 경합으로 의لول한 원심의 조치는 정당 하다(A 등이 B 대통령 및 경호원들을 살해하고 내란을 기도하였다가 미수에 그친 사안에 관한 것임)(다수의견). (소수의견1) : 피고인들의 행위가 형법 제87조 소정의 폭동을 하기에 족한 다수인이라고 가정하더라도 피고인들이 살인을 한 이상 형법 제88조의 내란 목적살인의 1죄만 구성될 뿐 제87조의 내란미수죄에는 해당한다고 볼 수 없다. (소수의견2) : 내란목적에서 사람을 살해한 경우라고 하더라도 이것이 폭동과정에서 이루어졌다면 내란죄에 흡수되어 형법 제87조의 내란죄만이 성립되는 것이고, 폭동에 의하지 않고 사람을 살해한 경우라면 내란목적살인죄의 단순일죄로서 제88조만이 적용된다고 보아야 한다. 7. 무릇 살인죄의 객체는 생명이 있는 이상, 생존기능의 유무는 불문한다 할 것이고, 독립행위가 사망의 결과에 원인이 된 것이 분명한 경우에는 각 행위를 모두 기수범으로 처벌한다고 하여 어떤 모순이 있을 수 없으므로 이미 총격을 받은 피해자에 대한 확인사살도 살인죄를 구성한다(다수의견). (소수의견) : 피해자가 처음 총격을 받은 시간으로부터 25분 내지 30분이 지난 후에도 죽지 않고 그대로 신음하고 있는 것이라고 단정하기 어렵다고 할 것인데, 전문가로 하여금 그 사망시간을 감정시키는 등의 조치를 취한 바도 없이 피고인이 피해자를 확인사살할 당시 피해자가 무슨 소리를 하는 것 같이 느꼈다는 피고인의 진술 한 마디로써 내란목적살인죄를 유죄로 인정한다는 것은 납득할 수 없다. 8. 공동정범에 있어서 범죄행위를 공모한 후 그 실행행위에 직접 가담하지 아니하더라도 다른 공모자가 분담, 실행한 행위에 대하여 공동정범의 죄책을 면할 수 없고, 공모공동정범에 있어서 공모

는 2인 이상의 자가 협력해서 공동의 범의를 실현시키는 의사에 대한 연락을 말하는 것으로서 실행행위를 담당하지 아니하는 공모자에게 그 실행자를 통하여 자기의 범죄를 실현시킨다는 주관적 의사가 있어야 함은 물론이나, 반드시 배후에서 범죄를 기획하고 그 실행행위를 부하 또는 자기가 지배할 수 있는 사람에게 실행하게 하는 실질상의 죄수의 위치에 있어야 할 필요는 없다고 할 것이다. (소수의견1) : 피고인이 사피고인으로부터 "그 친구 오늘 해치워 버리겠다" 는 말을 듣고 묵묵히 고개만 끄덕였다는 사실만으로 사람을 살해하는 모의가 이루어졌다고 본다는 것은 우리의 경험 및 논리칙에 어긋나는 일이라고 아니할 수 없고 실행자인 상피고인을 통하여 피고인 자신의 범죄를 실현시킨다는 의사 있는 경우의 것으로 볼 자료도 없다. (소수의견2) : 실행공동범죄의 경우에는 "공동범해의 인식"이라든가 "의사 의 연락"과 같은 넓은 의미의 합의만 있으면 공모관계가 있다고 할 수 있으나 공모공동정범이 인정되려면 간접정범에 가까울 정도의 고도의 합의가 있어야만 한다. (소수의견3) : 공모공동정범이라는 것은 실행정범에 대한 개념으로서 사회의 실정으로 보아 다수인에 의한 범죄 가운데는 실질상 주범이 배후에서 범죄를 계획하고 그 실행행위는 부하 또는 주범의 지배를 받는 사람으로 하여금 실행케 하는 경우에 단순한 교사나 방조만으로써는 처리될 수 없는 경우가 있다는 재판상 필요에서 나온 이론일 뿐이고 그러한 경우에도 주범에게는 자기의 범죄를 행한다는 주관적인 의사가 있어야 하고 단지 타인의 범의를 유발하거나 타인의 범행을 용인 내지 이용하는 경우에는 이에 해당하지 않는다고 봄이 상당하다.9. 현대 입헌 자유민주주의 국가의 헌법이론상 자연법에서 우러나온 자연권으로서의 소위 저항권이 헌법 기타 실정법에 규정되어 있는 없든 간에 엄존하는 권리로 인정되어야 한다는 논지가 시인된다 하더라도 그 저항권이 실정법에 근거를 두지 못하고 오직 자연법에만 근거하고 있는 한 법관은 이를 재판규범으로 원용할 수 없다고 할 것인바, 헌법 및 법률에 저항권에 관하여 아무런 규정없는 우리나라의 현 단계에서는 저항권이론을 재판의 근거규범으로 채용, 적용할 수 없다(다수의견). (소수의견) : 형식적으로 보면 합법적으로 성립된 실정법이지만 실질적으로는 국민의 인권을 유린하고 민주적 기본질서를 문란케 하는 내용의, 실정법상의 의무이행이나 이에 대한 복종을 거부하는 등을 내용으로 하는 저항권은 헌법에 명문화되어 있지 않았더라도 일종의 자연법상의 권리로서 이를 인정하는 것이 타당하다 할 것이고 이러한 저항권이 인정된다면 재판규범으로서의 기능을 배제할 근거가 없다고 할 것이다.10. 공무원은 직무를 수행함에 있어서 소속 상관의 명백히 위법한 명령에 대해서까지 복종할 의무는 없을 뿐만 아니라, 중앙정보부직원은 상관의 명령에 절대 복종하여야 한다는 것이 불문율로 되어 있다는 점만으로는 이 사건에서와 같이 중대하고 명백한 위법명령에 따른 범법행위까지 강요된 행위이거나 적법행위에 대한 기대가능성이 없는 경우에 해당한다고는 도저히 볼 수 없다.11. 원래 군법회의는 일반법원과 달리 특수한 목적과 취지에서 설치된 특별 법원으로서 피고인에 대한 처우가 일반법원의 그것과 사이에 불평등이 있더라도 이는 헌법과 법률이 당초부터 예상한 것이라고 해석되는 만큼 양형과중을 상고 사유로서 전혀 규정하고 있지 않은 군법회의법 제432조를 헌법 제8조, 제9조에 저촉되는 위헌조항이라고 단정할 수 없다(다수의견). (소수의견) : 군인, 군속이 아닌 민간인이 군법회의에서 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고의 선고를 받은 경우에는 일반법원에서 재판을 받은 사람과 아무런 구별이 없어서 차별적 취급을 할 합리적 근거가 없음에도 불구하고 군법회의법에서 재판을 받았다는 사실만으로 양형과중을 이유로 하여 상고할 권리를 박탈한다는 것은 법 아래에서의 평등을 규정한 헌법 제9조에 비추어 합리적인 조치라고 할 수 없다.

【전문】

【피고인, 상고인】 1.(가.나.) 2.(가.다.마.) 3.(가.다.) 4.(가.다.) 5.(가.다.) 6.(가.다.) 7.(라.)

【변 호 인】 변호사 변호사 변호사 변호사 변호사 변호사

【원 판 결】 육군계엄고등군법회의 1980.1.28. 선고 79고군형항제550 판결

【주문】

】

피고인들의 상고를 모두 기각한다.

피고인 H에 대한 이판결선고전 당심구금일수 전부를 그 피고인의 본형에 산입한다.

【이유】

】 피고인들의 각 변호인과 피고인 G 본인의 제출한 각 상고이유(그 일부의 보충이유포함)를 판단함에 있어 이 판결서의 편의를 위하여 위 각 상고이유를 통틀어 「상고이유」라고만 부르고, 아래와 같은 순서로 크게 나누어 항목별로 판단한다.

아래

제1 공소 기각의 결정을 간과한 위법

제2 절차상의 위법

1. 불고불리의 원칙에 위배
2. 「공개재판」 위반
3. 신문제한의 불법
4. 퇴정명령의 불법
5. 증인신문절차의 위법
6. 변호인없이 개정한 위법
7. 변호권의 박탈
8. 공판조서의 미비와 열람등 사권의 박탈
9. 재판의 독립성침해

제3 검찰관작성의 피의자신문조서에 대한 「임의성」문제

제4 범죄구성요건에 관한 위법

1. 「국헌문란」의 목적
2. 「폭동」
3. 「가담」
4. 「살해」
5. 내란의 실행미수 및 기수시기
6. 「증거은닉」

제5 살인죄의 공동정범에 관한 위법

제6 중지미수에 관한 위법

제7 위법성저각사유

1. 정당행위

- (1) 「저항권」 이론
- (2) 정당한 직무집행
- (3) 상관의 명령

2. 정당행위

3. 긴급피난

- (1) 피공인 A의 경우
- (2) 피공인 C의 경우

제8 책임저각사유

제9 양형부당

제10 결론

제11 소수의견

- 1. 대법원판사 민문기의 의견
- 2. 대법원판사 양병호의 의견
- 3. 대법원판사 임항준의 의견
- 4. 대법원판사 김윤행의 의견
- 5. 대법원판사 정태원의 의견
- 6. 대법원판사 서윤홍의 의견

제1 공소 기각의 결정을 간과한 위법

상고이유중 공소장 기재사실에 의해서도 내란죄의 구성요건인 국헌문란의 목적, 폭동행위 및 공모내용등과 살인죄의 공동정범에 있어서 실행의 분담등에 관한 구체적인 사실의 적시가 없어 공소사실이 특정되어있지 아니하므로 군법회의법 제373조 제1항 제4호에 의하여 공소기각의 결정을 하여야 함에도 불구하고 원심이 이를 간과함으로써 위법리를 오해한 위법이 있다는 주장이 있어 먼저 이점부터 판단하기로 한다.

살피건대 이점에 대하여는 원심에서 이미 적법하게 판단한 바 있거니와 이 사건 공소장과 2차에 걸친 공소장변경신청서에 의하여 기재 정리된 피고인들에 대한 각 공소사실은 그 자체로써 해당범죄로 인정하기에 충분할 정도로 특정되어 있음은 물론 구체적으로 적시되어있는 것으로 시인되고, 그리고 피고인 C에 대한 살인의 점은 공모공동정범으로 기소되어 있음이 그 공소사실에서 명백한 바, 그 경우 공동정범에 있어서의 실행의 분담에 관한 사실이 적시되지 않은 것이 허물이 될 수 없으므로 논지 이유없다.

제2 절차상의 위법

1. 불고불리의 원칙에 위배

상고이유중 공소장과 공소장변경신청에 따르면 피고인 G는 국헌을 문란할 목적으로 T, U를 살해한 것으로 기소되어 있음에도 불구하고 원심판결은 위 피고인에 대하여 B, T, V, W, X, U 6인의 살해사실을 인정하고 있는 바, 이는 명백히 불고불리의 원칙에 위배된 법률위반이라고 주장함에 대하여 판단한다.

살피건대 원심 제1차 공판기일에서 적법하게 허가된 공소장변경신청서(공판 1458면)에 의하면 논지와 같이 피고인 G는 국헌을 문란할 목적으로 이 사건 사망자 6인중 T, U를 살해한 것으로 기소되어 있음이 명백하다.

그런데 원심판결은 그 이유중 내란목적살인 점의 범죄사실 결론부분에서 「동일 19:40부터 20:05경 사이에 전 대통령 B는 ....., 위 T는 ....., 위 V는 ....., 위 W, 위 X, 위 U는 .....등으로 각 사망케 함으로써 위 피고인들은 공동하여 각 국헌을 문란할 목적으로 위 피해자들을 살해하고」라고 설시하고 있어 마치 소론과 같은 위법을 저지른 듯이 보여지기도 한다.

그러나 원심은 그보다 앞서 피고인 G는 1979.10.26. 19:40경 다른 피고인들이 위 사망자들에 대하여 총격을 가한후인 그날 20:05경 피고인 E로부터 완전히 절명되지 않은 사람을 확인사살하라는 지시를 받고 그 살상에 가담할 것을 응락한 것으로 설시하고 있을뿐만 아니라 또한 그 지시에 따른 총격에 있어서도 「.....쓰러져있는 위 W에게 1발, 위 V에게 2발, 신음하고 있는 위 T에게 2발, 쓰러져 신음하고 있는 U에게 1발을 각 발사하여」라고 설시하고 있다. 이점으로 보아 원판결의 위 결론부분에 그 표현에 다소 잘못이 있을뿐 역시 원심은 기소범위내에서 판단한 것으로 인정된다.

논지 이유없다.

## 2. 「공개재판」 위반

상고이유중 제1심군법회의는 1979.12.8. 제2차 공판기일에 있어서의 피고인 A에 대한 변호인 및 법정신문을 소정의 요건을 갖추바도 없이 비공개리에 진행하였고 또한 1979.12.18. 제9차 공판기일에서의 피고인 A의 최후진술을 비공개 결정도 하지 아니한채 사실상 공개를 금하고 진행하였는바, 위 비공개심리는 그 사유와 절차에 있어서 명백한 위법이라는 주장에 대하여 판단한다.

살피건대 기록 (공판 223면)에 의하면 제1심은 1979.12.8. 제2차 공판기일에서 피고인 A에 대한 변호인의 반대신문중 「피고인 A는 전직 중앙정보부장으로서 국외정보 및 국내보안정보와 국가기밀에 속하는 보안업무, 내란, 외환, 국가보안법, 반공법등에 규정된 범조의 수사, 정보 및 보안업무의 조정감독등에 관한 중요임무를 수행하여 왔고, 변호인의 반대신문에 따른 피고인의 이 법정에서의 진술내용은 국가의 안전보장 또는 안녕질서를 방해할 염려가 있는 사항이 상당히 포함되어 있다라는 사유로 비공개결정을 한 후, 그 이후의 심리를 비공개로 진행하였는바, 이는 군법회의법 제67조의 「재판의 대심과 판결은 공개한다.

단 안녕질서를 방해하거나, 풍속을 해할 염려가 있은때 또는 군기보지상 필요한 경우에는 군법회의의 결정으로써 공개하지 아니할 수 있다」라는 규정에 근거한 것으로서 기록에 비추어 보아도 그사유는 능히 수긍되는 바로서 제1심의 위 조치는 정당하고, 거이게 어떤 잘못이 있다고 할 수 없으므로 이에대한 논지 부분은 이유없다.

그리고 재판의 심리과정에서 어떤 심급의 재판이 공개되었느냐의 여부는 공판조서의 기재상황을 규정한 군법회의법 제85조 제2항 제5호에 의하여 재판의 공개여부를 공판조서에 기재하여야 하게 되어있고, 같은법 제89조는 「공판기일의 소송절차로서 공판조서에 기재된 것은 그 조서만으로 증명한다」고 규정하고 있는바, 소론의 1979.12.18. 제1심 제9차공판의 공개여부는 이 사건의 공판조서에 의하여서만 인정할 수 있는것으로 제1심 제9차공판조서(공판 769면)의 재판 「공개여부」 란에 「법정공개」로 기재되어 있어 위 기일에서의 심리는 공개된 법정에서 진행되었음을 인정할 수 있으므로 이와 반대의 논지도 이유 없다.

### 3. 신문제한의 불법

상고이유중 제1심 및 원심은 군법회의법 제344조에 의하여 소송관계인의 본질적권리를 해하지 아니하는 한도에서 그 신문을 제한할 수 있을뿐임에도 불구하고 피고인 A에 대한 신문과정에서 이 사건 거사의 동기와 목적, 거사직전의 국내정정 및 거사의 불가피성등에 대한 구체적언급이 나오려할때마다 그 신문 및 진술을 제한하였고, 또한 피고인 E, F에 대한 신문과정에서도 잦은 신문제한등의 조치를 취하였는바, 이는 그 신문제한의 한계를 넘은 피고인과 변호인의 방어권에 대한 중대한 침해라는 주장에 대하여 판단한다.

살피건대 제1심 및 원심공판조서를 검토하여본 즉 제1심 및 원심은 위 피고인들에 대하여 필요하고도 충분한 진술의 기회와 각 변호인이 피고인 기타 소송관계인들에 대하여 필요한 신문권을 부여하였음을 인정할 수 있고, 각 변호인에게도 피고인을 변호할 수 있는 필요하고도 충분한 기회가 부여되어 그것이 실현되었음을 인정하기에 충분할 뿐만 아니라 각 피고인들에게도 충분한 최후진술이 있었음을 공판조서상 명백히 인정할 수 있으며, 특히 피고인 A의 경우 제1심 및 원심공판정에서의 검찰관, 변호인, 법무사의 각 신문에 따른 위 피고인의 피고인의 진술내용과 제1심 및 원심을 통한 위피고인의 최후진술내용 또 위 피고인 본인이 제출한 항소이유보충서(공판 1695면), 그리고 그 변호인들의 항소이유서 및 상공이유서등을 통해 소론의 변소내용이 충분히 나타나 있음을 인정할 수 있다.

따라서 이와 반대되는 견해의 논지는 이유없다.

### 4. 퇴정명령의 불법

상고이유중 제1심 군법회의는 1979.12.10. 제3차 공판기일에 피고인 C등에 신문을 할 때 군법회의법 제343조 제2항을 내세워 피고인 A의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다는 이유로 피고인 A의 퇴정을 명하였는바, 이는 정당한 사유없이 검찰관의 신청하나만에 의하여 이루어진 것이고, 또한 위의 경우 피고인 C의 진술이 종료하였을 때는 퇴정한 피고인 A를 입정시킨 후 그 요지를 고지하여야 하고, 피고인 A가 피고인 C에게 직접 신문할 수 있게 하여야 함에도 불구하고 그 기일에 피고인 A를 다시 입정시키지도 아니한 채 그대로 폐정한 위법이 있다는 주장에 대하여 판단한다.

살피건대 제1심 제3차 공판조서에 의하면 제1심은 위 제3차 공판기일에 피고인 C에 대한 신문에 앞서 직권으로 상피고인들의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정된다는 이유로 피고인 A등 나머지 피고인들의 퇴정을 명하였는바(공판237면), 이는 군법회의법 제343조 제2항의 「재판장은 직권이나 검찰관, 피고인 또는 변호인의 신청에 의하여 피고인이 다른 피고인 면전에서나.....충분한 진술을 할 수 없다고 인정한때에는 그 피고인을 퇴정하게하고 진술하게 할 수 있다」는 규정에 근거한 조치로서 기록에 비추어 보아 상당한 것으로 시인되고, 위 기일에서 피고인 C의 진술이 종료한 후 피고인 A를 다시 입정시키지도 아니한 채 그대로 폐정한 것은 소론과 같으나, 한편 제1심 제4차 공판조서에 의하면 제1심은 속개된 다음 제4차 공판기일에 피고인 A를 포함한 이 사건 피고인 전부 및 그 변호인들이 출석한 공판정에서 법무사가 전화 피고인 C에 대한 공판심리의 요지를 고지하고 각 소송관계인에게 의견을 물은즉 소송관계인 들은 별의견이 없다고 진술하였음은 기록상 명백하고(공판 318면), 또한 제1심 제6차 공판조서에 의하면 피고인 A의 국선변호인 O, Y가 피고인 A를 위하여 피고인 C에게 반대신문까지 하였음이 기록상 명백하므로(공판 518면, 520면) 논지 이유없다.

## 5. 증인신문절차의 위법

상고이유중 첫째 원심이 채증한 Z에 대한 증인신문조서에 의하면 그 증인의 신문에 피고인 A를 참여시키지 않았음이 명백한 바, 이는 피고인의 증인신문참여권과 이를 통한 반대신문권을 보장한 법률에 위반한 조치이고, 둘째 증인을 신문함에 있어서 군법회의법 제106조 내지 제108조에 따른 소정의 소환장을 송달하여 소환하는 절차를 거친 바 없음은 물론 검찰이 증거신청도 하기전에 증인들을 미리 대기시켰다가 신청즉시 채택신문한 사례까지 있었는데, 이는 절차위배일뿐아니라 피고인과 변호인이 반대신문을 준비할 기회를 갖지못하게 한 중대한 위법이라는 주장에 대하여 판단한다.

살피건대 첫째 제1심 공판기록에 의하면 제1심은 이 사건 피고인들 전부와 그 변호인들이 출석한 제8차 공판기일에 불출석한 증인 Z에 대하여는 AA법무사로 하여금 법정외에서 신문할지 고지하고 각 관계인의 출석을 명한 다음(공판 707면) 1979.12.17. AA법무사는 피고인 C와 그 변호인 및 피고인 A, D의 변호인들의 출석한 육군본부법무감실에서 위 증인을 신문하였는바(공판 749면), 그 증인신문방식에 있어 피고인 A에 대하여 통지하지 아니하여 참여기회를 주지 않았다고 할 수 없을 뿐만 아니라 또한 그 증인의 증언내용은 주로 피고인 C의 범죄사실에 관계되는 사항이므로 그 절차에 어떤 위법이 있다고 할 수 없으며, 그리고 동 공판기록에 의하면 제1심은 1979.12.18. 속개된 제9차 공판기일에 법무사가 증인 Z에 대하여 법정외에게 증인신문이 있었음을 고지하고 이를 제시한 후 요지를 고지한 다음 각 소송관계인에게 의견을 물은즉 소송관계인들은 별 의견이 없다고 진술하였음이 기록상 명백하므로(공판 771면) 가사 소론과 같은 잘못이 있다고 하더라도 위 피고인과 그 변호인이 증인신문조사의 증거조사에서 위와 같이 별 의견이 없다고 진술하고 있어 그 잘못은 책문권의 포기로 치유된다고 할 것이므로 ( 대법원 1962.5.20. 선고 4294형상127, 1967.7.4. 선고 67도613, 1975.4.8. 선고 74다3323 각 판결참조) 이점에 대한 논지는 어느모로보나 그 이유없고,

둘째 제1심 공판기록에 의하면 제1심은 제6차 공판기일에 8명의 증인을 채택한 후, 제7차 공판기일에 위 채택증인중 출석한 2명의 증인을 신문하고(공판 571면), 제8차 공판기일에 재정한 증인 9명을 새로이 채택하여 그 증인들과 앞서 채택한 증인중 출석한 5명의 증인을 신문하였으며(공판 629면), 그리고 AA법무사에 의하여 1979.12.17. 법정외에서 1명의 증인신문이 행하여졌음은 각 해당 공판조서 및 증인신문조서상 명백한 바, 군법회의법 제192조 단서 규정에 의하여 재정한 증인에 대하여는 소환임이 없이 신문할 수 있어 위 재정증인 9명에 대하여는 소환절차를 거치지 않은 것이 위법일 수 없을 뿐만 아니라 그 증인들을 신청즉시 채택신문한 경우를 두고 반드시 잘못이라고 탓할 수도 없고, 나머지 증인들에 대하여는 소환절차를 취하여야 함에도 불구하고 기록상 소환장이 발부된 흔적을 찾아볼 수 없으나(다만 각 공판조서상 소환되어 출석한 것으로 기재되어있다) 제1심은 그 증인들과 법정외에서의 증인을 신문한 다음 그 공판정에서 또는 다음 공판기일에 피고인들과 그 변호인들에게 의견진술의 기회를 부여하였음에도 불구하고 별 의견이 없다고 진술하였고, 그리고 위 증인들에 대하여 피고인들과 그 변호인들이 충분하고도 필요한 반대신문을 하였음이 기록상 명백하므로 위 소환장미발부의 하자만으로 판결의 결과에 영향이 있는 경우에 해당한다 할 수 없으므로 이 부분 논지도 채용할 수 없다.



## 6. 변호인없이 개정된 위법

상고이유중 군법회의사건은 군법회의법 제62조, 제315조에 의하여 필요적 변호이고, 따라서 변호인의 출석없이 개정할 수 없음에도 불구하고 원심은 1980.1.22. 제1차 공판기일에 변론의 분리가 아닌 군법회의법 제416조에 의한 조치로서 피고인 A, E, F와 그 변호인들의 출석없이 피고인 C, G만이 출석한 채 개정하여 상피고인들의 범행동기, 경위등에 관한 사항들을 심리한 위법이 있다는 주장에 대하여 판단한다.

살피건대 원심공판기록에 의하면 원심은 피고인 A, EF와 그 변호인들에게 제1차 공판기일을 1980.1.22.로 지정하여 통지한 후 (공판 1007, 1009 내지 1011, 1019 내지 1021, 1024, 1040 내지 1044 각면), 다시 그 공판기일을 1980.1.23.로 지정하여 통지하고(공판 1381면), 1980.1.22. 제1차 공판기일에 피고인 A, E, F등을 포함한 피고인일부를 군법회의법 제416조 의거 공판기일에 출석이 필요하지 않다고 인정된다는 이유로 그 출석을 명하지 아니하고 피고인 C, G만을 출석시킨 채(공판 1383면) 그 심리를 진행하였는바, 군법회의법 제416조는 군법회의법에 있어서의 항소심은 제1심절차의 복심이 아니고 제1심판결의 일정한 사실점 및 법률점에 대한 사후심사의 절차로서 항소심의 공판기일에 피고인은 원칙으로 출석함을 요하지 아니한다는 근거규정일뿐, 이 사건과 같이 공동피고인들에 대하여 선택적으로 일부만을 출석시키고, 나머지에 대하여는 그 출석을 명하지 않아도 좋다는 규정은 아니라고 할 것이어서 원심의 위 조치는 잘못이라 할 것이다.

그러나 속행된 1980.1.23. 제2차 공판기일에 법무사는 전회의 공판심리에 관한 중요사항의 요지를 고지하였고(공판제 1469면), 그 이후 반대신문의 기회가 충분히 부여되어 있었을뿐만 아니라 제1심에서 이미 소론이 주장하는 사항에 관하여는 충분한 심리가 있었고, 원심 제1차 공판기일에서는 그 부분에 대하여 새로운 사항을 심리한 점을 발견할 수 없음은 기록상 인정되므로 위 잘못은 판결의 결과에 영향을 미칠것이 되지 못한다 할 것이다.

그리고 소론이 지적한 대법원판결들은 이 사건에 적합한 것이 되지 못한다.

따라서 논지 역시 채용할 수 없다.

## 7. 변호권의 박탈

상고이유중 피고인의 직계가족 및 배우자는 군법회의법 제59조에 의하여 독립하여 변호인의 선임권이 있는바, 피고인 본인이 변론을 거부한다 하더라도 직계가족 및 배우자가 선임한 변호인의 변호권은 소멸되는 것이 아님에도 불구하고 피고인 A의 직계가족 및 배우자로부터 선임된 그 변호인 AB등은 제1심의 1979.12.12. 제5차 공판기일에 재판관의 명령에 따라 법정정리로 근무하는 헌병으로부터 공판정의 입장을 거부당함으로써 그 변호권이 박탈되었고, 또한 이점에 대한 이의에 대하여 아무런 판단을 하지않은 위법이 있다는 주장에 대하여 판단한다.

살피건대 군법회의법 제59조 제2항의 규정에 의하여 피고인의 직계가족 및 배우자는 독립하여 변호인을 선임할 수 있다고 하여도 그 선임권자는 본인의 선임권을 독립대리행사하는 자이므로 선임의 효과는 본인에 미치고, 본인에 있어서는 그 선임을 취소하는 것도 가능하다고 보아야 할 것인바, 이 사건에 있어서 제1심 제4차 공판조서에 의하면 피고인 A의 어머니, 배우자로부터 선임된 변호사 AB등을 포함한 사선변호인단의 관여아래 제1심 제4차 공판기일의 심리가 진행되던중 피고인 A는 「저는 지금부터 본 피고인에 대한 사선변호인단의 변호를 거절하겠습니다」라고 진술하고, 이때 법무사는 「군법회의는 필요적으로 변호인이 있어야 한다는 것을 설명해주고 부득이 사선변호인

을 해임할 경우에는 군법회의가 국선변호인을 선임결정하여야 된다」는 사실을 고지한 즉, 피고인 A는 「본 피고인에게 국선변호인을 붙여주십시오 라고 말한 후 본인에 대한 사선변호인 모두를 선임취소하겠다」라고 진술하였음이 기록상 분명하므로 (공판 346, 347면) 이로써 위 사선변호인들은 적법하게 선임취소된 것이라 할 것이므로 그 이후의 1979.12.12. 제1심 제5차 공판기일에 그들이 변호인으로서 공판정의 입장을 거부당하였다고 하여 변호권을 박탈한 것이라 할 수 없고, 이에 대한 이의를 판단하지 않았다고 하여도 어떤 잘못이 있다고 할 수 없으므로 논지는 이유없다.

#### 8. 공판조서의 미비와 열람등 사권의 박탈

상고이유중 군법회의법에 공판조서는 각 공판기일후 5일 이내에 신속히 정리하여야 한다는 형사소송법 제54조와 같은 규정은 없다고 하더라도 군법회의법 제89조(공판조서의 증명력), 제86조(공판조서상의 특례), 제64조(서류, 증거물의 열람, 등사)등을 종합하여 보면 군법회의 있어서의 공판조서도 차회 공판기일이전 아니면 늦어도 사실심리가 끝나기 이전까지는 작성되어야 함에도 불구하고 제1심 및 원심은 공판조서를 적시하지 아니하고 이로 인하여 군법회의법 제64조 의한 변호인의 조서열람등 사권을 사실상 박탈한 위법이 있다고 주장에 대하여 판단한다.

살피건대 군법회의법이 공판조서의 정리 관한 법정기간을 정한 형사소송법 제54조와 같은 규정을 두고있지 군법회의의 공판조서도 신속히 정리하여야 함은 물론이나 반드시 어느때까지 정리하여야 한다고 확정할 수는 없는 것이고, 특히 형사소송법이 정한 위 법정기간도 훈시규정으로서 그 작성기간내에 정리하지 아니한 것만으로써 곧 공판조서를 무효라고 보기 어렵다 할 것이므로 제1심 및 원심의 공판조서에 대한 정리시기를 두고 비위할 수는 없으며, 또한 조서열람등 사권을 박탈한 위법이 있다고도 할 수 없다.

논지는 요컨대 피고인의 방어권에 관한 것으로서 이 사건 제1심 및 원심공판기록을 검토하여본 즉 피고인들의 방어권은 충분히 보장되어 있었다고 인정되므로 이를 채용할 수 없다.

#### 9. 재판의 독립성침해

상고이유중 제1심 및 원심은 피고인측의 방어권과 변호권행사를 침해하는 앞서와 같은 위법한 절차로 예정된 불변의 일정표라도 있다는 뜻이 심리를 강행하였고, 심지어는 심리진행도중에 심판관석의 뒤쪽문을 통하여 심판관에게 외부로부터의 연락쪽지가 공공연하게 수없이 전달된 사례까지 있었는데, 이는 재판상의 독립을 보장한 헌법 제102조와 군법회의법 제28조에 위반된 것이라는 주장에 대하여 판단한다.

살피건대 앞서와 같은 제1심 및 원심의 공판절차가 위법하다는 논지들에 대하여 이미 그 이유없는 것으로 판단한 바 있고, 기록에 비추어 보아도 제1심 및 원심의 사실심리가 소론과 같이 어떤 일정표가 있어 강행하였다고는 인정되지 아니하고, 제1심은 제2 내지 9차 공판기일내에서 8회에 걸쳐, 원심은 제1 내지 3차 공판기일에서 3회에 걸쳐 충분한 사실심리를 진행하면서 피고인측의 방어권과 변호권행사를 보장하였음이 기록상 인정될 뿐 거기에 다른 위법있음을 발견할 수 없으며, 또한 그 심리진행도중에 심판관들에게 연락쪽지가 전달되었다는 점은 기록상 전혀 찾아볼 수 없을 뿐만 아니라 특히 그 내용이 재판의 독립성을 침해하는 것이었는가에 대하여는 더욱 알 수 없는 것으로서 이 부분은 너무나 추상적이고 가공된 것으로서 더 이상 논할 필요를 느끼지 아니한다.

따라서 논지는 이유없다.

### 제3 검찰관작성의 피의자신문조서에 대한 「임의성」 문제

상고이유중 검찰관이 작성한 피고인들에 대한 각 피의자신문조서는 피고인들이 검찰관의 신문시에 계엄사합동수사본부에서의 무수한 고문으로 심신이 지쳐있었고, 특히 피고인 A는 지병인 간질환의 악화로 그 의식이 몽롱한 상태에서 검찰관의 간곡한 권유로 본의 아니게 진술한 것으로서 군사법 경찰이 작성한 조서의 연장에 불과하거나, 변호인과 가족의 접견, 교통권이 완전히 금지된 상태하에서 검찰관이 사건송치를 받은후에 군사법 경찰이 조사한 장소에서 조사하고 그 조서내용이 법률적으로 다듬은 것외에는 군사법경찰에서의 조서와 동일한 것이므로 「임의성」이 없음에도 불구하고 원심이 이를 유죄의 증거로 삼았음은 증거능력에 관한 법리를 오해한 위법 내지 이유불비의 위법을 저지른 것이고, 또한 항소이유에 대한 판단을 유탈한 잘못이 있다는 주장에 대하여 판단한다(이점은 아래에서 판단하는 각 사실인정에 있어서의 채증법칙위배라는 주장에 관련되는 것으로서 편의상 따로 떼어 판단한다)

살피건대 일반적으로 진술의 임의성이 없다함은 수사기관에 의하여 신문을 받는자가 협박, 고문등 기타의 방법으로 인하여 자유스런 분위기의 상태하에서 진술이 되어있지 않음을 말하고, 그 임의성의 판단은 경험법칙에 위배되지 않고 합리적인 범위내에서 심판관의 자유스러운 심증에 의하여 결정되어지는 것으로서 소송수행의 모든 상황 즉 그 서류의 작성, 내용은 물론 피고인의 변호 및 태도, 검찰관의 석명, 그 서류작성에 관여한 증인의 증언등 모든 면에 있어서 심판부가 합리적인 판단을 내리면 족하다 할 것이바, 기록에 의하여 이점들을 밝혀보면

#### (1) 제1심 제2차 공판기일에 피고인 A에 대한 검찰관의 직접 신문중

문 : 검찰관이 조사할 때 제가 조서를 쓰고 일일이 확인을 시켰지요.

답 : 예

문 : 내용을 확인한 후에 서명무인했지요

답 : 예

라고 진술된 부분(공판 210면)

#### (2) 제1심 제3차 공판기일에 피고인 A에 대한 검찰관의 직접 신문중

문 : 검찰관조사과정에서 강요를 하거나 협박하여 진술한 일 있나요

답 : 그대로 써달라고 했습니다.

라고 진술된 부분(공판 247면)과

문 : 검찰관이 조사할 때 협박하거나 강요한 일 있나요.

답 : 아닙니다.

문 : 그때 작성한 조서를 보고 내용을 확인하고 서명무인했지요.

답 : 예

라고 진술된 부분(공판 256면)

#### (3) 원심 제1차 공판기일에 피고인 A에 대한 그 변호인 AC의 반대신문중

문 : 피고인에 대한 검찰관작성의 피의자신문조서를 보면 현관앞 경계석에서 대화중 고개를 끄덕끄덕했고 T실장을 죽일것이라고 생각했다는데 그 조서는 어디에서 작성된 것인가요.

답 : 장소는 잘 모르겠으나 합동수사본부에 검찰관이 와서 2일간 조서를 받았습니다.

문 : 검찰부에서는 조사를 받은일이 없나요.

답 : 있습니다.

그후 법무감실에서 두 번와서 조사를 받았습니다.

문 : 그러면 합동수사본부에서 조사를 받고 바로 그 자리에서 검찰조사를 받았나요.

답 : 아닙니다.

검찰부로 사건송치후 검찰에서 그 자리에 와서 조사를 했습니다.

문 : 그때 사건이 검찰에 송치되었다는 것을 확실히 알았나요.

답 : 사건에 검찰에 송치되었다는 것과 군검찰관이라는 것을 확실히 알았습니다.

라고 진술된 부분 (공판 1398 내지 1400면)

(4) 제1심 제5차 공판기일에 피고인 F에 대한 그 변호인 Y의 반대신문중

문 : 검찰관앞에서 조사받을때는 사실대로 진술하고 내용을 읽어 보았나요.

답 : 예

라고 진술된 부분(공판 430면)

(5) 위 같은 기일에 피고인 G에 대한 그 변호인 P의 반대신문중

문 : 검찰에서는 이야기한대로 조서에 썼나요.

답 : 예

라고 진술된 부분(공판 435면)

(6) 제1심 및 원심의 각 공판심리를 통하여 피고인들이 검찰관의 피의자신문시에 폭행, 기망등 자유스럽지 못한 분위기 속에서 조사를 받았다는 진술을 찾아볼 수 없는점

(7) 검찰관이 작성한 피고인들에 대한 각 피의자신문조서에 의하면 피고인들은 이 사건 범행의 경위, 그 내용등 관련부분에 대하여 상호 표현에 다소 차이가 있을뿐 그 진술내용이 거의 일치하고, 특히 피고인 C, D, E, G의 경우 2회에 걸쳐 조사를 받았는데, 그 양차의 진술이 일치되고 있는 점.

(8) 제1심 및 원심의 공판심리에 있어서도 피고인들의 공판정에서의 각 진술이 객관적사실에 대하여는 검찰진술내용과 대동소이하면서 주관적인 범행동기등 일부에 대하여서만 차이가 있을뿐만 아니라 그 점은 공판진행과정이 진행됨에 따라 더욱 심화되어 간 점등을 기록상 알 수 있고, 여기에 기록에 나타난 다른 사정까지 종합하여보면 검찰관이 작성한 피고인들에 대한 각 피의자신문조서는 모두 「임의성」이 있는 것으로 시인되므로 원심이 이를 유죄의 증거로 삼았음은 정당하고, 거기에 소론과 같은 위법이 있다고 할 수 없으므로 이점에 관한 논지부분은 그 이유없다.

그리고 피고인 C의 변호인 AC가 제출한 항소이유서에서 이점을 항소이유로 삼고있음에도 불구하고(공판 1128면) 원심이 이를 판단하지 않은 것은 잘못이라 할 것이나, 그 주장이 위와 같이 이유없음이 명백한 이상 그 잘못은 판결의 결과에 영향을 미칠 것은 되지 못한다 할 것이므로 이점 논지도 이유없다.

#### 제4. 범죄구성요건에 관한 위법

##### 1. 「국헌문란」의목적

상고이유중 내란목적살인죄와 내란미수죄의 구성요건으로서의 목적인 형법 제91조 소정의 「국헌문란」은 결국 국가의 정치적 기본조직자체를 불법으로 파괴하는 모든 것을 말하는 것으로서 우리나라의 정치적기본조직은 말할 것도 없이 자유민주주의 정치체제라고 할 것이고, 따라서 국민주권의 원리와 국민의 기본적자유와 평등을 실질적 혹은

형식적으로 파괴하는 행위라야 곧 국헌을 문란한 경우에 해당하고, 구체적인 정부, 내각의 도괴나 라도를 외치고 혹은 그 도괴타도의 방법이 폭력에 의한 경우거나 구체적인 헌법기관인 자연인을 살해하고, 그 계승 혹은 개선을 기도하는 것은 이에 해당되지 않는다고 할 것인바,

첫째, 피고인 A의 경우 유신체제는 그 성립과 존속자체로도 주권을 찬탈한 불법적인 범법상태일 뿐만 아니라 그 내용과 운영결과는 민주국가의 정치적 기본조직을 파괴하는 상태를 지속한 것이라고 할 것이어서 피고인 A로서는 오로지 민주회복을 위하여 오래 전부터 계획한 바대로 불가피하게 자연인인 대통령을 살해한 것이고, 그렇지 않다고 하더라도 이건 범행후 민주적 헌법을 제정하여 민주적 방법으로 국회와 정부를 구성하려한 것이었으므로 국헌을 문란할 목적이 없었고,

둘째, 피고인 C의 경우 헌법에 의하여 설치된 국가 기관도 아닌 대통령 경호실장인 T를 살해하였다고 하여 상 피고인들과 같이 「국헌문란」의 목적이 있다고 단정하기 어렵고, 그의 위 피고인에게는 그 본인의 진술이나 외형적 거동 하나만에 「국헌문란」의 목적이 있었다고 할 수 없고,

셋째, 피고인 D의 경우 이건 범행에 있어 단순히 몇 사람만 죽고 대통령을 납치하는 정도로만 생각했을 뿐으로서 그가 자인하고 있는 상관의 명령에 따른 경호원 V와 동 W에 대한 살해행위가 국헌을 문란한 경우로는 되지않고, 더구나 상 피고인 A의 변소내용도 자유민주주의의 회복을 위하여 이건범행에 이르렀다고 하고 있어 「국헌문란」의 목적이 있었다고 할 수 없으며,

넷째, 피고인 E, F, G의 경우 피고인들은 중정식당 경비원 또는 중정식당 행정차량 운전수로서 단순히 선택의 여지가 없는 그곳의 총책임자인 의전과장 상 피고인 D의 지시에 따라 맹목적이고 기계적으로 그 명령을 실행하였을 뿐으로 구체적인 피해내용과 그 결과가 어떻게 된다는 것은 전혀 상상조차 할 수 없고, 특히 피고인 G는 대통령 살해 사실이나 그 기도조차도 모르고 있었던 것이므로 「국헌문란」의 목적이 있을수 없음에도 불구하고,

원심은 피고인 C에 대하여 그 변소와는 달리 그 판시와 같이 「국헌문란」의 목적에 해당하는 사실을 인정하고, 다른 피고인들에 대하여도 국가변란사태인 정을 알았다는 등 「국헌문란」의 목적으로 폭동 또는 살상행위를 감행한 것으로 인정하였음은 증거(엄격한 증명에 있어서의 보강증거 포함) 없이 사실을 인정한 잘못과 논리칙과 경험칙에 어긋난 채증법칙위배의 위법 및 심리미진(특히 거사후의 구체적인 방법등에 대하여)과 이유불비(국헌문란의 목적이 될만한 사실적시가 없는)의 위법등이 있거나, 내란목적살인죄와 내란미수죄에 있어서의 「국헌문란」의 목적에 관한 법리를 오해한 위법이 있다는 주장에 대하여 판단한다.

(1) 먼저 「국헌문란」의 목적에 대한 법리에 관하여 살피기로 한다.

형법 제91조는 「본장에서 국헌을 문란할 목적이라 함은 다음 각호의 1에 해당함을 말한다.

1. 헌법 또는 법률에 정한 절차에 의하지 아니하고 헌법 또는 법률의 기능을 소멸시키는 것.
2. 헌법에 의하여 설치된 국가기관을 강압에 의하여 전복 또는 그 기능행사를 불가능하게 하는것」라고 규정하여 「국헌문란」에 관하여 그 정의를 내리고 있다.

이는 결국 현행의 헌법 또는 법률이 정한 정치적 기본조직을 불법으로 파괴하는 것을 말하고, 소론과 같이 반드시 초법규적인 의미는 아니라고 할 것이며, 공산, 군주 또는 독재제도로 변경하여야 하는 것을 더욱 아니다.

물론 구체적인 국가기관인 자연인만을 살해하거나, 그 계승을 기도하는 것은 이에 해당되지 않음은 소론과 같다.

그리고 내란죄가 목적범으로서 목적범 일반에 관한 원칙이 적용된다 할 것인바, 그 목적은 엄격한 증명사항에 속하고, 직접적임을 요하나, 결과발생의 희망, 의욕임을 필요로 한다고는 할 수 없고, 또 확정적인식임을 요하지 아니하며,

다만 미필적인식이 있으면 족하다 할 것이다( 대법원 1968.4.2. 선고 68도61 판결 참조),

(2) 다음 원심이 실시한 피고인들의 이점에 대한 사실인정에 관하여 살피건대,

(가) 피고인 A에 대한 부분

원판결은 위 피고인의 「국헌문란」의 목적사실로서 「피고인 A는 중앙정보부장으로서의 직무를 수행함에 있어 동 피고인이 입안하여 시행한 정국수습책이 거듭 실패하여 그 직무수행상의 무능함이 노출되어 B 전 대통령으로부터 질책을 당하고 인책해임설이 나돌아 그 지위에 불안을 느끼는 한편, 군 후배이고 연하인 전 대통령 경호실 위 T의 오만방자한 태도와 월권적 업무간섭에도 불구하고 대통령은 위 T를 더 신임하는데 불만을 품고.....대통령을 살해한 후 정권을 잡을 것을 기도하고 보안유지를 위하여 단독으로 그 구체적인 거사계획을 세움에 있어서... .대통령을 시해한후 국가안전과 질서교란을 이유로 계엄을 선포하고, 중앙정보부의 권한과 동 부의 조직력을 이용, 계엄군을 장악하여 무력으로 사태를 제압하고, 입법, 사법, 행정권을 총괄하는 혁명위원회를 구성, 자신이 위원장에 취임하여 집권기반을 확보한 후 대통령에 출마할 것을 계획하고」라고 실시하고 있는바, 원심이 적법하게 채택하여 거시한 증거들에 의하여 그 중요근거부분을 밝혀 본다면,

(ㄱ) 피고인 A의 진술

① 「문 : 육군참모총장과 ..... 사고현장부근에 부른 이유는

답 : 처음부터 거사후에 이용할 목적으로 유인하였는바, 거사후에 곧 바로와서 육군총장을 곁에 두고 데리고 다니면서 딴 생각을 못하게 계속 접촉을 유지하면서 계엄이 선포되면 계엄사령관으로서 사태를 수습하게 되므로 외부와의 접촉을 단절시키고 본인이 직법 사태의 진전을 확인하기 위하여 미리 불러놓은 것이고. ...」(검찰 10면, 공판 197면과 542면도 같은취지)

② 「문 : 대통령 시해경위를 상술하시오

답 : .....동일, 16:30경 본인 집무실에 도착하여.....동소침대에 들어누워 한참동안 거사후의 벌어질 일을 공상하고 있던중 ..... 또 공상을 계속하다가.....」(검찰 3, 4면, 공판 197면은 "혁명구상"이라고)

③ 「문 : 위와같다.

답 : 17:40경 청와대 비서실장 C가 도착하였다는 말을 듣고 1층으로 내려와서 응접실로 들어가니 위 C실장이 첫마디가 "중정은 고생만 하고 공화당 친구들이 다 망쳐 놓았오"하기에 본인은 "할 수 없지요. 이제부터는 AY대행이 출범하게 되면 하나씩 붙여주는 수밖에 없지요"라고 건성으로 말하고.....」(검찰 4면)

④ 「문 : 위와같다.

답 : 동현관문 우측정문 경계석에 위 C와 쭈그리고 앉아 다시 이야기를 계속하여 C실장이 먼저 "T실장 그 친구 강경해서 야단이야, 야당친구 한두 사람말만 듣고 뽀르륵 각하에게 쫓아가서 보고한단 말이야"라는 말을 듣고.....본인은 이미 대통령과 T를 제거할 결심을 굳히고 있었으므로.....」(검찰 4, 5면, 공판 198면도 같은 취지)

⑤ 「문 : 위와같다.

답 : .....그때 18:50경 대통령과 T가 도착하고.....만찬이 시작되었는데..... 각하께서 본인에게 "신민당공작은 어떻오" 하기에 본인인 "공화당발표 때문에 다 틀렸습니다.

사표를 내겠다고 한 친구들도 다 강경으로 돌아섰습니다.

알만해도 당분간 AY대행체제의 출범이 어렵겠습니다.

주류들이 강경해져서 다소 시끄럽겠습니다".....」

(검찰 5면)

⑥ 「문 : 그런데 남산정보부로 출발하였는데 어떻게 육본으로 들어왔습니까

답 : .....본인은 C실장만을 옆의 총장화장실로 데리고 들어가....."최단시일내에 계엄사령부간판을 내리고 혁명위원회로 간판을 바꾸어 달아야 합니다".....」

(검찰 17, 18면)

⑦ 그렇다면 왜 T실장까지 살해하였나요

답 : 본인이 거사를 하기 위하여는 장애자인 T와 수행경호관들도 함께 처리하여야만 목적을 달성할 수 있고, 또한 항상 T가 강경한 발언과 월권적행동으로 농간을 부리어 본인이 각하에게 건의드린 건의가 좌절로 돌아 가는일이 많기 때문에 함께 제거하였습니다」(검찰 20, 21면)

⑧ 「문 : 그런 순수한 목적이라면 대통령만을 제거하고 현장에서 자살하거나 외국으로 망명할 수도 있지 않나요

답 : 본인이 살아 남아야만 대통령 제거이후의 혼란한 정국의 주도권을 잡아 뒷 설거지를 하고 본인이 구상대로 통치를 할 수 있기 때문입니다」(검찰 21면)

⑨ 「문 : 대통령각하로부터 야단을 맞은 사실이 있나요

답 : 근간의 정치적, 사회적, 혼란사태수습에 있어서 중앙정보부장의 직책에 있으면서 여러 가지 수습책을 건의하였지만 최근에 들어 자주 받아들여지지 않아 대통령각하로부터 질책을 당한 것은 사실이나.....」(검찰 21면)

⑩ 「문 : 대통령시해후의 범행구상문제는 .....어떻게 구상하였나요

답 : .....그 내용은 대통령각하를 시해한후 우선 늘 참석하는 C실장에게는 보안을 유지시키고.....현장부근에 군실력자를 유인 .....끌어들이고 비상국무회의를 소집하여 전국에 비상계엄을 선포한후 계엄사령관을 조종하여 사태를 장악하고 계엄사령부를 서서히 군사혁명위원회로 전환시키어.....」(검찰 25, 26면, 공판 209면도 같은 취지)

⑪ 「문 : 위와같다

답 : 그리고 최단시일내에 혁명과업을 완수하기 위하여 국회를 해산하고 기존정당을 해체시키고 집행기관인 혁명위원회를 구성하여 위원장은 본인이 부위원장은 육군참모총장으로하여 군인들로만 구성하고, 이를 감독하기 위하여 혁명회의를 구성함에 있어서는 본인이 의장이 되고, 국무총리는 부의장으로 하고 혁명위원은 관구사령관급이상의 육군주요지휘관, 함대사령관급이상의 해군주요지휘관, 작전사령관급 이상의 공군주요지휘관, 도지사급이상의 각료전원으로 하고,..... 또한 혁명회의는 입법과 행정을 관장하고 부설기구로서 혁명재판소와 혁명검찰부를 그 산하에 설치하되 혁명검찰부는 군민합동으로 참신한 검사와 군 검찰관으로 구성하고, 재판부는 군에서 명성있는 장성급으로 구성하여.....」(검찰 26, 27면, 공판 216면과 542면도 같은 취지)

⑫ 「문 : 혁명의 뜻은 무엇인가요

답 : 기존질서의 파괴입니다(공판 229면)

(L) 피고인 C의 진술

① 「문 : T경호실장과 A와의 관계를 아는데로 진술하십시오

답 : .....제 생각으로는 두 사람간에는 대통령의 신임을 얻으려고 서로 암투를 하고 있었던것 같습니다」(검찰 41면, 공판 242면도 같다)

② 「문 : 정보요직개편설에 대해서 알고 있는 바를 말하시오

답 : .....금년 5월경이후부터 A가 자기의 지위에 불안을 느껴서 그런지는 몰라도 본인에게 "사람은 자리를 뜰 때 깨끗이 떠야 하니까 형님이 제일 잘하시니까 제가 자리를 떠야한다거나 각하에게 못 마땅한 눈치가 보이거든 제게 이야기 하여 주시면 깨끗이 사표를 내겠습니다"라고 한 사실은 기억하고 있습니다」(검찰 43, 44면, 공판244면도 같은 취지)

③ 「문 : 만찬장내에서의 분위기는?

답 : .....각하는 "부산사태는 신민당이 개입해서 하는 일인데 괜히들 놀래가지고 야단들이야....." 하면서 "중앙정보부장도 수고는 많이 하는 줄 알지만 더 정확한 정보를 수집해야겠어"할 때 A는 계속 침울한 표정을 짓고 있었다.

...」.(검찰 46, 47면)

④ 「문 : 방가 총장화장실에서 A로부터 어떠한 이야기를 들었나요

답 : A는 "우선 계엄을 선포해서 사태를 장악하고 군사혁명으로 유도해 나가자"는 이야기를 들었습니다」(검찰 75면)

등으로 되어 있는바, 아와 원판결이 거시한 다른 적법한 증거들을 종합하던 위 설시부분은 넉넉히 수긍된다.

한편 피고인 A는 이점에 관하여 소위 유신체제가 그 성립과 존속에 있어 민주국가의 정치적 기본조직을 파괴하고 있어 이견범행은 오로지 그 「민주회복」을 위한 것이었다는 내용으로 강력하게 변호하고 있는바, 그 변호는 이 사건 진행 과정에 점차 체계화된 것으로서 위 피고인 본인이 제출한 항소이유보충서(공판 1694면 내지 1710면)에서 잘 표현 되어 있는 바와 같이 상당히 설득력이 있어 보인다.

그러나 현행헌법이 논지가 지적하는 바와 같은 일부 비민주적인 규정을 두고있는 것은 시인되나, 현행헌법도 우리나라가 민주공화국임과 주권재민을 천명하고 있고, 인권을 보장하는등 국민의 기본권에 관하여 규정하고 있으며, 3권이 분립되어 있는등 그 근본에 있어 민주헌법에 속한다 아니할 수 없다.

그러므로 유신헌법자체가 주권을 찬탈한 불법적인 범법이거나 민주국가의 정치적기본조직을 파괴한 것에 해당하여 그 자체가 내란상태라는 소론은 너무나 과장된 것으로서 독단에 지나지 아니하므로 고려할 가치가 없을 뿐만아니라 그 범행이 「민주회복」을 위한 것이었다는 점에 대하여도 앞서 살핀 바와 같은 사정만으로 허구의 것임이 명백 하거니와 원판결이 적법하게 거시하고 있는 증거들에 의하여 더 나아가 이점을 밝혀보기도 한다.

피고인 A는 1976.12.4.부터 중앙정보부장에 임명되어 이 사건 범행 당시까지 사이에 긴급조치위반 사건으로 639건을 취급하는(공판 219면)등 2년10개월여에 걸쳐 그 직을 지켜온 점은 기록상 명백하고, 또한

(ㄱ) 피고인 A의 진술

① 「문 : 계엄사유에 대하여....

답 : "소련의 AD는 1주일간이나 그 행적을 보안유지하였는데 우리는 왜 며칠간 보안유지를 못합니까".....」(검찰 17면)

② 「문 : 와이.에이취사건에 대해 대책회의를 한일 있지요

답 : 예. 신민당에서 여공들이 있는 가운데 신민당 노동국장이 면도칼로 배를 그었는데....

여공들은 투신자살조를 짜고 있었는데..... 경찰에 지시하여 그물을 쳤습니다」

(공판 217면)

(ㄴ) 피고인 C의 진술

① 「문 : 긴급조치 10호의 제정실시를 A가 강력하게 주장하였는데 말을 들은 사실이 있나요

답 : 예. 청와대 대통령집무실과 육군본부 비원방카안에서 2차례에 걸쳐 각하면전에서 A가 직접 "긴급조치 9호는 광범위하고 시간이 오래 경과되어 칼날이 녹슬었으나 긴급조치 10호라는 시퍼런 칼을 주시어 정국을 강력히 대처할 수



있도록 해 달라"는 요지는 주장을 들은 사실이 있습니다)(검찰 68면, 공판 271면도 같다)

② 「문 : T 경호실장과 A와의 관계를 아는대로 진술하십시오

답 : ..... 지난 5월 신민당전당대회때 총재선거시 중앙정보부는 AE를 총재로 당선시키고저 공작을 하고 있었는데.....」(검찰 41면)

③ 「문 : 위와 같다.

답 : 신민당총재 AF의 직무집행이 정지된후 AY가 총재권한대행으로 법원결정이 되자..... A는 좀 약하다고 생각되어 별도의 지원공작을 벌였으며.....」

(검찰 41, 42면)

④ 「문 : 와이.에이취 근로자 강제해산에 대하여 아는바 있나요

답 : 예.....

문 : 그날밤 강행시키라고 한 것은 누구인가요

답 : 마지막에는 A일 것입니다.

그날 오후회의에서 이뤄진 것 같습니다)(공판272면)

⑤ 「문 : A는 처음부터 대통령살해가 목적이라고 하는데 어떻게 생각하나요

답 : 처음부터 A가 민주회복을 위하여 각하를 시해한 것은 절대 아니라고 생각이 듭니다)(검찰 66면)

⑥ 「문 : 위와 같다

답 : 각하와의 친분관계 및 충성심에는 변함이 없었다고 판단되고 또한 A 자신도 대통령의 은혜를 많이 입고 있다는 것을 자주 이야기하고 범행직전까지도 현행헌법체제와 정권유지를 위해 온갖 노력을 아끼지 않은 것으로 생각되고, 그것은 최근의 신민당공작에 들인 노력과 보다 강력한 긴급조치 10호를 주장한 것으로 보아 당연하다는 생각이 듭니다」(검찰 66, 67면, 공판 244면도 같은 취지)

⑦ 「문 : 각하앞에서 총격전으로 암투대상자를 쏠 수 있겠느냐는 것인데요

답 : 민주혁명이다 하는 것은 공소장 받고 처음 알았습니다)(공판 521면)

등을 기록상 알아 볼 수 있으므로 위 피고인 A의 변소는 받아들이기 어렵다.

(나) 피고인 C에 대한 부분

원심이 적법하게 채택하여 거시한 증거들에 의하면

(ㄱ) 피고인 C의 진술

① 「문 : A가 T와 대통령을 시해한 경위를 상술하십시오

답 : .....그직후 와이샤츠바람으로 나가던 김부장과 현관에서 마주치자 김부장이 "나는 한다면 합니다.

이제다 끝났습니다.

보안을 철저히 하십시오." 하므로 본인이 "뭐라고 하지" 반문하니 김부장이 "각하께서 과로로 졸도하였다고 하든지 적당히 하십시오"하므로 본인은 "알았오. 하여튼 "한 것 같습니다)(검찰 49면, 공판 제257면도 같은 취지)

② 「문 : 피의자는 범행당일 현장부근에 육군참모총장 및 중앙정보부 제2차장보가 와 있다는 사실을 알고 있었다고 하던데요.

답 : 예 .....A와 .....대화도중 육군참모총장과 차장보가 .....본관집무실에 오게되어 있다고 하는 말을 듣고 알게 되었습니다)(검찰 62면)

③ 「문 : 피의자는 각하가 부상당한후 어떻게 조치 하였나요

답 : ..... 당직군의관의 진단결과 "이미 사망하였읍니다"라는 말을 듣고.....」

(검찰 50면)

④ 「문 : 만약 각하가 서거하신다면 어떠한 사태가 벌어질까요

답 : ..... 국가변란사태가 야기될 가능성이 있게될 것입니다」(검찰 64면)

⑤ 「문 : 피의자가 청화대에 도착후 어떤조치를 취하였나요

답 : ..... 라는등 전화로 이야기를 주고 받은 사실이 있습니다.

그때 육군참모총장등 군부가 A의 설득으로 동인의 장악하에 들어간 것이 아니냐고 생각이 들었습니다 .....」(검찰 53면, 공판 264면과 265면도 같은취지)

⑥ 「문 : 위와같다

답 : ..... 21:30경 방카내 총장실에 도착하니 많은 장성들이와 있고 분주하게 움직이므로 A가 이미 군부를 장악한 것으로 생각했읍니다 .....」(검찰 54면과 74면, 공판 268면도 같은취지)

(ㄴ) 피고인 A의 진술

① 「문 : 대통령 시행후의 범행구상 내용은 언제부터 어떻게 구상 하였나요.

답 : .....각하를 시해한 후 우선 늘 참석하는 C실장에게는 보안을 유지시키고 현장목격자로서 동조자로 확보하고.....」(검찰 25면)

② 「문 : 그때 C에 대한 피고인의 느낌은 어떠했나요

답 : 군을 장악하고 있는 것을 알고 있는 것같은 느낌이었습니다」(공판 212면)

③ 「문 : 육군참모총장화장실에서의 C와의 대화는

답 : ..... "최단시일내에 계엄사령부 간판을 내리고 혁명위원회로 간판을 바꾸어 달아야 합니다"라고하니 C실장이"알았오"하므로.....」(검찰 18면, 공판 212면도 같은취지)

등으로 되어있어 이는 위 피고인에게 「국헌문란」의 목적이 있었다고 인정할 증거로 보기에 충분하고,

(다) 피고인 D에 대한 부분

원심이 적법하게 채택하여 거시한 증거들에 의하면

(가) 피고인 A의 진술

① 「문 : 대통령시해 경위를 상술하시요

답 : ..... 구관정원에서 의전과장 D가 수행비서관 AG를 불러 세운후 본인은 "오늘 저녁에 해치울테니 너희들은 방안에서 총소리가 나면 나를 도와 경호원들을 처치하라"고 하면서 "자네들 각오는 돼 있겠지"하니 위 D가 "각오는 되어 있습니다"고 답변하고 ..... 그때 D가 "각하도 포함되니까"라고 물어보므로 본인은 "물론이다"라고 하자 D는 "오늘저녁은 좋지않습니다 경호원이 7명이나 됩니다.

다음 기회로 미루시지요"하므로 본인은 "않된다.

오늘저녁에 꼭해야 되지 연기하면 보안이 누설될 염려가 있다.

나는 지금 모든 준비를 하고있다"고 하면서 저쪽에는 육군총장과 AH차장보도 와있다고 하니 D가 결심을 하였는지 "그러면 알았습니다.

저희심복이 서너명 있으니 그애들을 배치할 때까지 30분간만 시간여유를 주십시오"라고 하므로 본인은 "알았다"고 답하고 만찬석으로 갔습니다 .....」(검찰 7, 8면, 공판 203면도 같은 취지이고, 이점에 대하여는 피고인 D의 진술도 일치한다 = 검찰 92 내지 96면, 공판 322, 323면)

② 「문 : 그외에 다른 말은 안했나요

답 : 집무실에 육군참모총장과 제2차장보가 와있다고 하고 혁명이란 것을 인식시켰습니다」(공판 204면)

(나) 피고인 D의 진술

① 「문 : 대통령이 살해되면 국내정세는 어떻게 될 걸로 판단 하였는가요

답 : 대통령이 살해되면 국내정세는 극히 혼란에 빠질것이고, 국민은 불안해하고 국가의 통치기구가 마비되어 그 기능을 다 못하는 헌정문란의 사태가 발생할 것입니다」

(검찰 68면)

② 「문 : A에게 귀에 가까이 입을 대에 "각하 까집니까" "응"하면서 고개를 고덕거릴 때 피의자는 무엇을 느꼈나요

답 : .....이밤 이시간에 육군참모총장이 올 리가 없으며, 육군참모총장은 군의 지휘관으로서 최고의 지위에 있고, 제2차장보 AH는 국내 정치담당자로서 국내정치에 대하여는 어느 누구보다도 밝은 사람인데 이 두사람이 본관에 와 있고 .....부장이 ..... 부장이.....대통령을 살해할 계획을 사전에 미리 세워 두었다가 이를 실행하는 것으로 생각하였습니다. ....」(검찰 97, 98면, 공판 323면도 같은 취지)

③ 「문 : A가 .....범행을 지시하고 범행계획을 이야기할 때.....피의자는 그 이유가 어디 있다고 생각하였나요

답 : A가 육군참모총장과 제2차장보와 사전에 모의를 하여 정변을 일으킬 준비를 한 다음 본인등에게 그때서야 이야기하는 것으로 생각했습니다」(검찰 135면)

④ 「문 : 그후의 피의자 행동은 어떠했습니까

답 : 위와 같은 확인사살총성을 듣고나서 본인은 바로 사무실로 돌아오니 AI가 뒤따라 올라와.....걱정하므로 본인은 "일은 크게 벌어졌다.

나도 어떻게 될 지 모르겠다"는 등의 대화를 나누면서....」(검찰 117면)

⑤ 「문 : 사무실에 되돌아와서 어떠한 행동을 하였나요

답 : 사무실에 오니.....전문을 읽어주는데 모두 병력이동 관계등이었습니다.

그래서 야 이거 완전히 계획적인 것이구나 하면서 불안한 가운데도 무슨일이 되어 가는구나 하고 생각하는데.....」(검찰 118, 119면)

등으로 되어있어 이는 위 피고인에게 「국헌문란」의 목적이 있었다는 근거로서는 상당하다고 인정된다.

(라) 피고인 E, F에 대한 부분

원심이 적법하게 채택하여 거시한 증거들에 의하면

(가) 피고인 D의 진술

① 「문 : 그후 범행준비는 어떻게 하였나요

답 : ..... "나" 동쪽문을 들어서면서 E와 F에게 "부장이 방안에서 총을 쏘면 경호원들이 달려들 것이다.

그러면 경호원들을 한쪽으로 몰아라"라고 하자 E가 "만일 경호원이 총을 쏘면 어떻게 합니까"고 하여 "같이 응사해라"고 한 후.....」

(검찰 102면과 공판 325면, 이점에 대하여는 피고인 E, F의 각 진술도 모두 일치한다 = 검찰 175면 및 공판 351면과 검찰 200면 및 공판 364면)

② 「문 : 피의자는 E나 F에게 "오늘일이 잘되면 관참을 것이야"라고 말한 사실이 있지요

답 : 네, F와 E를 데리고 구관쪽문을 지나서 정원에서 그들에게 이야기 하였습니다.

」(검찰 112, 113면과 공판 325면, 이점에 대하여도 피고인 E, F의 각 진술이 일치한다 = 검찰 175면 및 공판 351, 416면과 검찰 200면)

③ 「문 : 피의자가 F와 E에게 범행지시를 하고 계획을 이야기할 때 그들은 어떻게 받아들이던가요

답 : F와 E는 특별한 말을 묻거나 한 일이 없어 구체적으로 대통령각하를 살해한다는 생각은 하였는지 모르겠으나 만찬 장소에서 대통령각하앞에서 김부장이 쏜다는 것은 대통령각하의 생명에 대한 직접적인 위험이 따를 것이라는 것은 충분히 예상하였으리라고 생각되었습니다」(검찰 136면)

(나) 피고인 E의 진술

① 「문 : 범행을 하게된 동기는 무엇인가요

답 : ..... 그 기회에 잘되면 본인도 출세할 수 있을 것이라는 생각에서 범행을 하게 되었습니다 」(검찰 173면, 그러나 공판 352면에서는 부인한다)

② 「문 : A가 누구를 사살할 것으로 생각했는가요

답 : 처음에는 T경호실장을 사살할 것으로만 생각했으나 그렇게 되면 동석한 박 대통령각하까지도 다칠지 모르겠다고 생각했습니다

문 : ..... 그렇게 되면 어떠한 사태가 발생할 것으로 생각했나요

답 : 그것은 국가에 대해 변란을 초래하는 것으로 쿠테타를 일으키는 것으로 생각했습니다」(검찰 176, 177면)

③ 「문 : ..... 육군참모총장과 중정 제2차장보 AH가 와 있다는 사실을 알고 있었나요

답 : 예 ..... 물었더니 본관에 ..... 계신다고 하였습니다」(검찰 176면과 공판 351면)

(다) 피고인 F의 진술

① 「문 : 범행을 하게 된 동기는 무엇인가요

답 : ..... 지시받을 때는 모든 것이 부장과 박과장 사이에서 사전에 이루어진 것으로 알았기 때문에 가담하지 않을 수 없었기 때문입니다」(검찰 197면)

② 「문 : ..... 범행에 가담하게 된 경위에 대하여 진술하시요

답 : ..... 당시 나동현관 앞에는 각하차가 세워져 있었는데 부장이 안에서 각하를 해칠지도 모른다는 생각이 들기도 하였지만 ..... 한편으로 이것이 성공하면 내 신상에도 좋지 않을까 해서 범행에 가담하게 된 것입니다」(검찰 201면)

③ 「문 : A가 대통령각하를 시해하고 피의자들은 경호관등을 사살하게 되면 어떤 사태가 발생되리라 생각하였나요

답 : 국가에 대해 쿠테타를 일으켜 혼란이 초래 도리라고 우려도 했습니다」

(검찰 202, 203면, 그러나 공판 366, 429면에서는 부인하고 있다)

④ 「문 : 병원에서는 무슨 생각을 하였나요

답 : 이미 큰일은 벌어진 것이고 모든 것은 부장님이 잘 처리하실 것으로 기다리고 있었습니다」(검찰 210면)

등으로 되어있어 이는 위 피고인들에게 「국헌문란」의 목적이 있는 것으로 인정할 근거가 된다 할 것이다.

(마) 피고인 G에 대한 부분

원심이 적법하게 채택하여 거시한 증거들에 의하면,

(가) 피고인 D의 진술

① 「문 : 범행실행과정을 말하십시오

답 : ..... 다시 현장이 궁금하여 대기실에 있던 경비원중 동작이 마른 G가 빠른 G에게 "무장하여 따라와"했더니 ..... G가 엠16으로 무장하여 따라오므로 .....」(검찰 111)

② 「문 : ..... 당시 G는 "나"동에서의 사고를 충분히 알았지요

답 : 대통령각하가 만찬을 하는 자리에서 총성이 났고, 본인과 E가 총을 들고 다녔고 주방에서 각하경호원과 운전수가 총에 맞아 누워있는 것을 보았으니 대통령각하의 신변에 위험이 있었다는 것은 충분히 짐작하였으리라고 생각되었습니다」(검찰 138면)

(나) 피고인 E의 진술

① 「문 : G로 하여금 경호관등을 확인사살케 하기까지의 범행경위에 대해 진술하십시오

답 : ..... D과장은 "G한테 안에 들어가 전부 깨끗하게 쏘 죽여버리라고 그래" 하기에 본인은 그 즉시 부근에 있던 G에게 박과장의 지시내용을 그대로 전달하자 .....」(검찰 182면, 공판 358면도 같은 취지)

② 「문 : 확인사살을 G에게 지시하니 G가 "할아버지와 부장님은 어떻게 되었나"라고 물었다는데 사실인가요

답 : 잘 기억이 나지 않습니다.

제 기억으로는 그런말을 들은 것 같지 않습니다」

(검찰 187면과 190면)

(다) 피고인 G의 진술

① 「문 : 1979.10.26. 궁정동 신관경비원 대기실에 이르게된 경위에 대해 진술하십시오

답 : ..... 대기실로 가서 휴식을 하고 있으니까 바로 대통령각하께서 오셨다는 무전연락이 왔습니다」(검찰 218면, 공판 372면)

② 「문 : 대통령각하가 오시고난 뒤 ..... 총성이 들릴 때까지의 경위에 대해 상세히 진술하십시오

답 : ..... E가 와서는 총을 꺼내 달라고 하여 ..... 엠15기관단총 1정과 실탄 15발이 들어있는 탄창1개를 가져 나갔으며, 조금 뒤 F가 권총을 또 차고 나갔습니다.

그때 본인은 왜 총을 가져가는 가하고 이상하게 생각하였습니다 ..... 궁정동식당 쪽에서 총성이 요란하게 울렸습니다」(검찰 218, 219면)

③ 「문 : 평소에도 기관단총으로 무장하여 경계에 임하는 경우가 있나요

답 : ..... 본인이 신관에서 근무한 후에는 그날이 처음이었습니다

문 : 운전수인 F가 무장하는 경우를 보았는가요

답 : 보지 못했습니다」(검찰 219면)

④ 「문 : 총성을 듣고난 뒤 어떻게 행동하였는가요

답 : ..... D과장이 ..... "너희들은 걱정할 것 없고, 청와대쪽에서 경호관들이 몰려오면 사살해 버리라"고 지시하면서 .... 본인을 보고 "자네 따라와 "하시기에 .....」(검찰 221면, 공판 374면도 같은 취지)

(땡) 제1심증인 AJ의 진술

「문 : 그때 G를 봤나요

답 : 근무하고 있는 것 같았습니다

문 : 그때 무슨말 못 들었나요

답 : G가 혼자말로 "주사위는 던져졌다"고 했습니다」(공판 668면)

등으로 되어 있어 이는 위 피고인에게도 「국헌문란」의 목적이 있는 것으로 인정할 수 있는 근거로 능히 시인된다 할 것이다.

(3) 그렇다면 원심의 이점에 대한 사실인정은 정당하고, 위에 나타난 바와 같이 피고인들에게 이 사건 범행에 있어 현행의 헌법 또는 법률이 정한 정치적 기본조직을 불법으로 파괴하고자 하는 확정적 인식 또는 미필적 인식이 있었다고 아니 할 수 없고, 단순히 구체적인 헌법기관인 자연인만을 살해한 것에 불과하다고는 할 수 없으며, 또한 그 목적은 직접적이었다고도 할 수 있을 뿐만 아니라 피고인 A의 경우 범행후의 정부수립에 대하여도 구체적으로 구상되어 있었다고 할 것이다.

따라서 원판결에 소론과 같은 위법들이 있음을 발견할 수 없으므로 논지들은 모두 이유없다.

(4) 그러나 이점중 위 피고인 6명 전원에 관한 부분에 대하여는 대법원판사 민문기, 양병호의 피고인 C, E, F, G에 관한 부분에 대하여는 대법원판사 서윤홍의, 피고인 E, F, G에 관한 부분에 대하여는 대법원판사 임항준, 정태원의 별항(제11)과 같은 소수의견이 있다.

## 2. 「폭동」

상고이유중 형법 제87조의 내란행위는 그 소정의 목적으로 「폭동」을 한 경우에 그 가담역할의 정동에 따라 처단되는 것으로서 그 경우의 「폭동」은 어느정도 조직을 가진 다수인의 결합체가 한 지방의 평온을 해하는 정도의 폭행, 협박을 가하는 것을 말하고, 그 폭동은 내란의 목적과 수단관계에 있어야 하는바, 첫째, 이 사건 피고인들은 어떤조직을 가진 다수인의 결합이라고 할 수 없고, 둘째, 위와 같은 폭행, 협박을 한 사실을 전혀 찾아볼 수 없을 뿐만 아니라 한 지방의 평온을 해할 정도에 이르지도 않았으며, 셋째, 피고인들의 판시 소위는 국헌문란의 목적과 수단관계에 있는 것이라고도 할 수 없음에도 불구하고 원심이 피고인들에게 그 판시 사실을 인정하여 내란목적살인죄와 내란미수죄로 처단하였음은 내란죄에 있어서의 「폭동」에 관하여 법리오해, 채증법칙위배 및 심리미진의 위법등을 저지른 것이라는 주장에 대하여 판단한다.

살피건대 형법 제87조의 구성요건으로서의 「폭동」이라함은 다수인이 결합하여 폭행, 협박하는 것을 말하는 것으로 그 경우 다수인의 결합은 어느정도 조직화될 필요는 있으나, 그 수효를 특정할 수는 없는 것이고, 또 폭행, 협박의 정도는 한 지방의 평온을 해할 정도의 것임을 요하나, 한 지방의 평온을 해할 정도에 이르면 기수에 달하고, 이러한 정도에 달하지 않은 때는 미수로 된다고 할 것이다.

그리고 위 폭동은 소론과 같이 내란의 목적과 서로 목적수단관계에 있어야 함은 물론이다.

이 사건에 있어서 원심이 적법하게 거시한 증거들을 기록에 비추어 검토하여 보아도 원심의 이점 사실인정은 정당하고, 이 사건 범행에 있어 당초 그 수괴인 피고인 A에 의하여 같은 E, F, 피고인 D와 같은 E에 의하여 같은 G가 순차로 결합된 것임이 원설시에 의하여 명백한 것으로서 그 정도이면 폭동의 실행을 위한 다수인으로 충분하다 할 것이며(그

리고 피고인 A의 당초의 의도에 따르면 이 사건 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 피고인 C를 동조세력으로 가담케하고, 육군참모총장을 설득 또는 협박으로 끌어들이며, 방대한 중앙정보부의 조직을 이용하는 것으로 되어있다), 위 피고인들은 기록에 의하여 인정되는 그 직위와 신임 및 친소관계등에 기초하여 쉽게 결합하여 그 분담관계도 명백하게 정하여져 조직적인 것으로 인정되고, 원설시의 총격등은 폭동으로서의 폭행, 협박에 속한다(그 총격이후에도 폭동으로 볼 자료가 있다는 점은 뒤의 5항목에서 살핀다), 다만 그로 말미암아 한 지방의 평온을 해할 정도에 이른 경우에 해당한다고는 할 수 없으며(원심은 같은 취지에서 미수로 판단하고 있다), 기록에 의하면 피고인들 일부는 위 총격이후에 청와대경호원들과의 총격전을 위하여 대비하고 있었고, 더 나아가 동조와 반대에 따른 군상호간의 충돌등이 예상되었으므로 이에 이르른다면 한 지방의 평온을 해할 정도의 것임에 틀림없다.

그리고 앞서 살핀 바와 같은 바와 같은 피고인들의 국헌문란의 목적에 비추어 이 사건 폭동이 내란의 목적과 서로 목적수단관계에 있다고 아니할 수 없다.

한편 원판결은 피고인 C에 대하여 판시 내란중요임무종사미수로 인정 처단하였는바, 형법 제87조 제2호의 「중요임무종사자」는 이를테면 보급, 경리, 연락, 통신, 위생, 서무등의 직무에 대해 책임을 부담하는 자 까지를 포함하는 것으로서 피고인 C의 원설시임무는 이 사건내란에 있어서 중요임무에 해당한다 할 것이고, 그 중요임무에 폭행, 협박을 전혀 수반하지 않을 수도 있다 할 것이다.

따라서 원판결에 소론과 같은 위법들이 있다 할 수 없으므로 논지는 모두 이유없다.

그러나 이점중 위 피고인 6명전원에 관한 부분에 대하여는 대법원판사 민문기, 임항준, 김윤행의, 피고인 C에 관한 부분에 대하여는 대법원판사 양병호, 서윤홍의 별항(제11)과 같은 소수의견이 있고, 또한 직권으로 살필 때 원심이 피고인 A, D, E, F, G의 각 소위를 내란목적살인과 내란미수의 상상적 경합범으로 의률한 점은 정당하다고 인정하는 바이지만 이에 대하여는 대법원판사 민문기, 임항준, 김윤행의 각 다른의견이 있다(제11항 참조).

### 3. 「가담」

상고이유중 피고인 C는 국의자로서 피고인 A와는 상 피고인들과 같이 상하관계의 신분적인 지위에 있지도 않아 이 사건 내란해위 수행을 위한 집단에 가입한 것이라고 할 수 없고, 내란수행을 위한 집단에 의사연락의 공모사실이 없음에도 불구하고 원심은 피고인 C가 피고인 A가 수괴인 내란목적의 집단에 보안유지하라는 지시를 받을 때 그 집단에 가입된 것처럼 판시하였는바, 이는 증거없이 사실을 인정한 잘못이 있거나, 심리미진 및 이유모순의 위법이 있고, 공동정범에 관한 대법원판례(1956.11.30. 선고 4289형상217 판결)에 위반한 위법이 있다는 주장에 대하여 판단한다.

살피건대 앞에 나온 항목(국헌문란의 목적 및 폭동)에서 판단한 바와 같이 피고인 C도 이 사건 내란에 가담된 것임이 명백하거니와 원심이 적법하게 거시한 증거들을 기록에 비추어 검토하여보면 피고인 C의 내란중요임무종사미수의 점에 관한 원설시행위(보안유지, 청와대 병력 출동금지, 계엄선포 건의등)를 인정할 수 있는바, 이는 이 사건 내란행위의 수행을 위하여는 필요불가결한 것이었던 만큼 그 자체로 소론 가담의 중요한 사실판단의 자료로 되고, 그의 원심거시의 증거들을 종합하면 원심의 이점 사실인정은 정당하다.

피고인 C가 수괴인 피고인 A와는 소론과 같은 신분적인 지위에 있지 않았다고하여 위 사실인정에 어떤 장애가 된다고는 할 수 없고, 또한 피고인 A가 검찰에서 「대통령에 시해한 직후 피의자가 행동한 경위를 상술하시요」라는 검

찰관의 물음에 「그 직후 마루로 나오다가 거기에 서있는 C실장과 마주치게 되었는데 본인은 "나는 한다면 합니다. 이제 다 끝났습니다.

보안유지를 철저히 하십시오"라고 하니 위 C실장이 "뭐라고 하지"하고 반문하므로 본인은 "각하께서 과로로 졸도했다고 하든지 적당히 하십시오"라고 말하니 C실장이 "하여튼 알았오"라고 대답하므로 본인은 C실장도 완전히 납득이 되었구나 라고 생각했다」(검찰 12, 13면)라고 진술한 부분에서 잘 표현되어 있는 바와 같이 피고인 C는 원설시임무 수행을 승낙하면서 피고인 A와 충분한 의사연락이 있었다고 아니할 수 없다.

따라서 원판결에 소론과 같은 위법들이 있음을 발견할 수 없으므로 논지 역시 이유없다.

그러나 이 점에 관하여는 대법원판사 민문기, 양병호, 임항준, 서윤홍의 별항(제11)과 같은 소수의견이 있다.

#### 4. 「살해」

상고이유중 일건기록에 비추어 망 T는 우측견관절전면에서 좌하방으로 진행된 피고인 A의 총격에 의한 총창이 치명상이고, 피고인 G는 위 T가 이미 사망한 후에 두발을 발사한 것이 불과하고, 또 망 U는 우측흉벽전면의 총창과 우측견갑부의 총창이 치명상으로서 심장손상을 일으켜 심장탐폰으로 사망한 것이고, 그후 피고인 G가 1발을 발사하여 우측둔부의 맹관창을 입혔는데, 이는 위 U의 치명상과는 관계없음에도 불구하고 원심판결이 피고인 G에 대하여 판시 내란목적살인죄로 인정 처단하였음은 채증법칙을 위배하여 증거없이 살해사실을 인정하였거나 살인죄의 법리를 오해한 위법을 저지른 것이라는 주장에 대하여 판단한다.

살피건대 원심판결이유에 의하면 원심은 피고인 G에 대하여 이 사건 사망자 6인중 T, U 2인에 대한 살해책임을 인정한 취지인바, 수사기록중 T, U에 대한 각 사체검안서 및 현장검증조서의 기재에 의하면 망 T는 ㉠ 우측견관절전면 맹관창, ㉡ 좌측복부 맹관창, ㉢ 좌측서해부 맹관창, ㉣ 우측팔목관통창의 총창중 우측견관절 정중앙에 형성되어 있는 총창이 치명상으로 이는 소형구경권총의 총격에 의한 것이고, 망 U는 ㉤ 우측흉벽전면부의 맹관창, ㉥ 좌측흉벽측면의 맹관창, ㉦ 좌측흉벽하단의 맹관창, ㉧ 우측견갑부의 맹관창, ㉨ 우측둔부의 맹관창, ㉩ 우측장골 능선부의 관통창중 우측흉벽전면의 총창과 우측견갑부의 총창이 치명상이며, 그로 인하여 쓰러진 것으로 각 추정된다(다만 그 치명상은 어느 총격에 의한 것인지는 밝히지 못하였다) 라고 되어 있는등 논지에 부합하는 부분이 있으나, 한편 원심이 적법하게 채택한 여러 증거들중

##### (1) 피고인 C의 진술

(가) 「문 : 그러면 확인사살을 하게 된 경위에 대하여 진술하십시오

답 : E를 뒤따라 들어가면서 경호관대기실 입구에 쓰러져 있는 사람에게 1발을 쏘았고, 다시 대기실 반대편쪽에 엎어져 있는 사람에게 2발을 쏘았으니, 그때는 E가 연회장쪽에서 "음"하는 신음소리가 들리며 얼굴이 하늘을 향해 누워있는 뚱뚱한 사람(U 경호관)을 향해 다시 1발을 쏘고 보니, AJ, AK, AL등이 엎어져 있기에 ... 」(검찰 224면, 그러나 375면)

1450면에서는 위 신음소리를 듣지 못했고, 왼손이 움직이는 것을 보지 못했다고 한다)

(나) 「문 : T경호실장에 대해서는 동인이 완전히 살아 있다는 것을 알면서 사살한 것이 아닌가요

답 : 예 그렇습니다」(검찰 225면)

##### (2) 피고인 C의 진술

A가 T와 대통령을 시해한 경위를 상술하십시오



답 : ..... 그 직후 궁금하여 연회장인 방으로 들어가는데 누군가가 방안을 들여다보며 권총을 들고서서 "T가 아직 안 죽 었읍니다"라는 소리를 듣고 .....」(검찰 49면, 공판 258면)

(3) 피고인 E의 진술

(가) 「문 : 대통령경호관등을 사살한 후 대통령각하를 병원으로 이송케 하기까지의 경위에 대해 진술하시오

답 : ..... 명회실안을 들여다보니 다리가 2개 보이기에 놀라서 꼼작마라 라고 소리치며 안을 들여다 보니 차치철경호실 장이 눈을뜨고 넘어져 있었는데 아직 손이 움직이는 것 같았는데 .....」(검찰 180, 181면, 공판 356면)

(나) 「문 : 각하 부상당하여 병원에 갔다는 이야기하고 D와 무슨 이야기했나요

답 : 후송되었다고 하니까 안에서 "어떠냐" 해서 T실장이야기인지 알고 "부상인지 죽었는지 확실히 모르겠다 "하니 혼 자 말씀하시는 것같이 G에 시켜 깨끗이 하라고 했습니다」(공판 504면)

(4) 제1심증인 AS의 진술

(가) 「문 : T경호실장이 그곳에 있던가요

답 : 그곳을 빠져나가려고 하는데 경호실장이 문있는데 있어서 일으키려고 세우니 못 일어날 것 같다고 해서 그냥 나갔 는데 AI가 안내하여 사이방에 가 있었는데 어디선가 신음소리가 계속 나고 있었는데.....」(공판 577면)

(나) 「문 : T실장의 몸을 만지거나 유심히 본일 있나요

답 : 얼굴을 보고 손만 만졌습니다.

문앞에서 손을 흔드는 것 같아서 손을 만지고 일어나려고 했더니 "못일어날 것 같애" 했습니다」(공판 586면)

(5) 제1심증인 AI의 진술

「문 : 그 당시 T실장이 쓰러져 있는 것을 봤나요.

답 : 봤습니다.

각하를 업혀서 나간 뒤에 보니 왼편에 누워 있었습니다.

문 : 그때 T 경호실장이 뭐라고 하던가요

답 : 저를 보았는지 모르나 AZ, AZ하고 찾았습니다.

문 : 그래서 어떻게 했나요.

답 : 그때 저옆에 있던 여자손님과 같이 나오다가 일으켜 드리려 했으나 .....」

(공판 663면)

(6) 제1심증인 AJ의 진술

(가) 「문 : 그리고 나서 U와 이정오의 신음소리가 들렸나요

답 : ..... 아이구, 아이구하는 소리가 들려보니 U 경호관이었습니다」

(공판 666, 667면)

(나) 「문 : 그당시 주방에 쓰러져 있던 위치로 보아 거실에서 오다보면 제일 먼저 눈에 띄일 사람이 누구였나요

답 : U경호관입니다」(공판 667면)

(다) 제1심증인 AK의 진술

「문 : 그때 뚱뚱한 경호원이 뭐라고 하던가요

답 : "나 살려줘" 했습니다.

문 : G가 총 쏘기 전까지 신음하고 있었나요

답 : 예 쏘기전입니다」(공판 691면)

등을 찾아 볼수 있는바, 여기에 원판결이 거시한 다른 적법한 증거들을 종합하면 피고인 G의 총격이 있기 직전까지도 위 T, U는 생명이 보존되어 있던 중 그 총격으로 말미암아 완전히 절명되었음이 기록상 능히 인정되어지고, 무릇 살인죄의 객체는 생명이 있는 이상, 생존 능력의 유무는 불문한다 할 것이고, 독립행위가 사망의 결과에 원인이 된 것이 분명한 경우에는 각 행위를 모두 기수범으로 처벌한다고 하여 어떤 모순이 있을 수 없다 할 것이므로 원심의 위 사실인정과 그 판단과정에 있어 소론과 같은 위법들이 있다고 할 수 없다.

따라서 논지는 이유없다.

그러나 이 점에 관하여는 대법원판사 민문기, 임항준, 정태원, 서유희의 별항(제11)과 같은 소수의견이 있다.

#### 5. 내란의 실행착수 및 기수시기

상고이유중 내란죄는 국헌문란의 목적으로 폭동에 착수하여 그 폭동이 기수에 달하면 국헌문란의 목적이 달성되었느냐의 여부를 불문하고 기수에 이르렀다고 할 것인바, 이 사건에 있어서 대통령과 그 경호실장 및 수행경호관들을 국헌문란의 목적으로 살해하였다면 그것은 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭동에 이르렀다고 할 것이어서 국헌문란의 목적달성과는 관계없이 내란죄는 기수에 이르렀다고 보아야 할 것이므로 피고인 C의 이 사건 내란소위는 불가벌적 사후행위에 가담한 것으로서 처벌의 대상이 되지 아니하거나, 그렇지 않으면 아직 실행의 착수에 이르렀다고 할 수 없음에도 불구하고 원심이 위 피고인 에 대하여 내란중요임무종사미수죄로 인정 처단하였음은 내란죄의 실행착수 및 기수시기에 관한 법리를 오해하였거나, 채증법칙위배 및 이유모순의 위법등을 저지른 것이라는 주장에 대하여 판단한다.

살피건대 내란죄는 폭동행위로서의 집단행동이 개시된후, 국토 참절 또는 국헌문란의 목적을 달성하였는가의 여부에 관계없이 기수로 될 수 있음은 소론과 같다.

그러나 그 폭동행위로 말미암아 한 지방의 평온을 해할 정도에 이르렀을 경우라야 기수로 된다 할 것인바, 원판시의 폭동행위만으로 한 지방의 평온을 해할 정도에 이르렀다고는 할 수 없으므로 이건 내란죄가 기수에 이르렀다는 것은 당치않다.

그리고 폭동의 내용으로서의 폭행 또는 협박의 개념은 최광의의 것이고, 이를 준비하거나 보조하는 행위를 총체적으로 파악한 개념이 폭동이라 할 것인바, 이 사건 기록에 나타난 원판시 국군서울지구병원에서의 피고인 C의 지시에 따른 피고인 F의 무장감시 상태, 제1심 피고인이었던 망 박흥주의 지시에 따른 남대문과 서울역에서의 그 정을 모르는 중앙정보부직원들의 병역이동 감시상태와 육군본부에서의 경호차량 대기상태등과 그의 원판결이 적법하게 거시한 증거들에 의하여 찾아 볼 수 있는 ㉞ 중앙정보부 궁정동식당에서의 총격이 있은후 청와대경호원들이 오는 것을 대비한 그곳 경비원들의 무방경비상태(검찰 110면, 221면, 공판 329면, 374면), ㉟ 피고인 A의 검찰진술중 「문 : 만약에 육군참모총장과 중정제2차장보가 말을 듣지 않는다면, 답 : 거사후에 설득을 하여 혁명의 동조세력에 이끌고 말을 듣지 않으면 협박 또는 감금을 해서 본인의 의도한 바대로 쫓아오게 했습니다.

그래서 옆에 바짝 붙어 따라다니며 감시를 한 것이고 .....」(검찰 11면)에서의 피고인 A의 감시상태와 「C실장이 전화에서 잠깐 멈칫하는 것 같더니 알겠오 내가 그곳으로 가겠오 (본인은 그때 느낌이 C실장이 내가 육군총장을 인질로 확보하고 있는 것으로 생각하고 응락하는 것 같았음)하며 전화를 끊었습니다」(검찰 16면)에서의 피고인 A, C의 의식상태 등을 종합하면 위 궁정동식당에서의 총격이후에도 폭동은 종료되지 않고 계속되고 있는 것이라고 할 수 있고, 특

히 원판시 피고인 G의 확인사살행위는 피고인 C의 내란 가담이후에 이루어진 것이므로 피고인 C가 불가벌적 사후 행위에 가담한 것에 불과하다고 할 수는 없으며, 또한 원심이 이 사건 폭동행위가 개시됨으로써 실행의 착수에 이른 것이라고 본 조치도 정당하다.

따라서 원판결에 소론과 같은 위법들이 있다고 할 수 없으므로 논지 이유없다.

그러나 이 점에 관하여는 대법원판사 민문기, 양병호의 별항(제11)과 같은 소수의견이 있다.

## 6. 「증거은닉」

상고이유중 증거은닉죄의 구성요건으로서는 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거일 것이라는 객관적 요건과 이를 은닉한다는 의사의 주관적요건이 충족될 경우에만 그 행위를 처벌할 수 있다고 할 것인데 피고인 H는 이 사건 물건들이 전대통령 및 T 일행들을 살해하는 범행에 사용된 증거물이라는 점을 알지 못하였고, 또한 위 물건들을 은닉한다는 의사가 전혀 없었음에도 불구하고 원심이 위 피고인에 대하여 증거은닉죄로 인정처단한 제1심을 유지하였음은 채증법칙을 위배하였거나, 심리미진 내지 증거은닉죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있다는 주장에 대하여 판단한다.

살피건대 증거은닉죄가 객관적으로 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거에 대하여 주관적으로 이를 인식하면서 은닉한 경우에 구성된다 함은 소론과 같은바, 원심이 적법하게 채택한 여러증거들을 일건기록에 의하여 검토하여 보면

### (1) 피고인 H는

(가) 「범행현장의 경비원으로 근무중 대통령이 연회실에 온 것을 알았다」(검찰 244면, 공판 380면)

(나) 「위 연회실쪽에서 총소리가 계속 요란하게 들리기에 불안하여 G가 우리도 자체경비를 하자고하여 엠16 소총을 들고 무장을 하고는 ..... 잠시후 나동 요리사인 AK가 얼굴이 백지장이 된 채로 문을 열고 들어오기에 어떻게 된 것이냐고 물었더니 갑자기 불이 꺼지고 사방에서 총을 쏘아 주방바닥에 엎드려 있었다」(검찰 245면)

(다) 「10.26.저녁의 총격사건으로 박대통령각하와 경호원들이 살해된 것을 언제 알았느냐는 물음에 다음날, 05:00경 잠을 자다가 깨어 방앞에 있는 대기실 라디오에서 대통령유고 소식을 듣고 알았습니다」(검찰 243면)

「1979.10.27. 05:00 각하가 유고라 총리가 대행한다는 뉴스를 듣고 각하가 돌아가시면 큰 일이구나 하고 생각했었습니다」(공판 382면)

「위 뉴스가 전일에 있었던 총성과 관련있다고 생각했느냐는 물음에 총성을 들어서 관련있는 것으로 생각했습니다. 또한 유고의 뜻을 뒤로 알았나요 라는 물음에 돌아가신 것으로 알았습니다」(공판 441면)

(라) 「E로부터 권총등을 받게된 경위에 대하여 E가 양손에 쥔 권총 2정등을 본인에게 주면서 주방에 가면 은박지가 있으니 은박지에 싸서 신관지하실에 있는 샵을 가지고 정원 아무곳이나 파묻고 오라고 하였습니다」(검찰 242면)

(마) 「위 총들이 어디서 난 것이라고 생각하였느냐는 물음에 E로부터 그것을 받는 순간 10.26.저녁 안가 나동에서 있던 총격전에 사용되었던 것이구나 하는 생각이 들었지만 시키는 일이라 그대로 시행하였습니다」(검찰 243면)

(2) 피고인 E는 「07:00경 범행에 사용한 권총등이 발각될까 염려되어 경비원 H에게 책상서랍에 넣어두었던 권총과 이 불속에 숨겨둔 경호관권총등을 주면서 주방에 들어가 은박지로 포장하여 지하실에 있는 샵으로 정원에 묻어버리라고 시켰다」

(검찰 184면)

라고 각 진술한 부분을 찾아볼 수 있고, 그외의 증거들을 종합하여보면 원심이 유지한 제1심의 피고인 H에 대한 증거는 닥의 점에 관한 사실인정과 그 법률적용은 정당하고, 거기에 소론과 같은 채증법칙을 위배하거나, 심리미진 및 법리 오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로 논지는 이유없다.

#### 제5. 살인죄의 공동정범에 관한 위법

상고이유중 원심은 피고인 C가 피고인 A와 공모하여 T를 살해한 것으로 판시하고 있으나, 공동정범은 2인이상이 상의 상조하여 각자의 범의를 공동적으로 실행하는 데에 그 본질이 있는 것으로서 행위를 공동으로 하는 의사로서 죄를 범하는 것 즉 의사의 연락이 있어야 할 뿐만 아니라 그 공모의 내용, 수단, 방법등에 대하여는 구체적으로 밝혀져야 하고, 또한 그와같은 의사연락외에 객관적 구성요건으로서 공동실행의 사실이 있어야 하며, 그리고 원래 공동정범은 실행공동정범의 형태가 원칙적 형태이고, 공모공동정범은 모의에만 참여하고 구성요건 해당사실은 전혀 행하지 아니한 자이지만 실행자와 동일한 형사책임을 지우는 예의적형태로서 실질상의 괴수가 배후에서 범죄를 기획하고 그 실행행위를 부하 또는 자기가 지배할 수 있는 사람에게 실행하게 하는 경우에 단순한 교사나 방조로서 처리해 버릴 수 없어서 재판의 실제과정에서 생겨난 공범이론이어서 단순한 범행인식이나 의사의 연락만으로는 부족하고, 모의라는 말이 뜻하는바 즉 범죄실행을 상담하여 그 실행자의 역할까지 정하는 등 상당히 고도의 것이어야 하며, 실행행위를 담당하지 아니하는 공모자에 관하여서는 그 실행자를 통하여 자기의 범죄를 실현시킨다는 주체적인 의사가 있을 경우라야 한다 할 것인바, 이 사건에 있어서 원판시 정원석에서의 피고인 A, C간의 대화나 거동만으로는 살인을 공동으로 하자는 제의나 그 제의에 대한 승낙으로 단정할 수 없고, 그외의 설시로도 살해의사나 그 의사의 연락등이 있는 것으로 추단할 수 없을 뿐만 아니라 이를 인정할 증거도 없거니와 피고인 C는 같은 A가 경호실장을 살해할 당시 소극적인 행위뿐으로서 그 실행행위를 분담한 사실이 없음에 반하여 오히려 피고인 A의 살인을 제지하려 할 사실이 엿보임에도 불구하고 원심이 피고인 C에 대하여 살인죄의 공동정범으로 인정처단하였음은 그 어느경우도 피고인 C의 변호나 상피고인 A의 진술등과는 거리가 먼 것으로서 증거없이 사실을 인정한 잘못과 채증법칙의 위배, 이유불비 및 심리미진의 위법등이 있으며, 또한 공동정범과 부작위범에 관한 법리를 오해한 위법이 있다는 주장에 대하여 판단한다.

살피건대 원심은 피고인 C에게 망 T에 대한 살인의 점에 관하여 공모공동정범으로 의율하고 있음이 그 판시에서 명백하다고 인정되므로 실행공동정범임을 전제로 한 소론들은 더이상 판단할 필요가 없다.

공동정범에 있어서 범죄행위를 공모한 후 그 실행행위에 직접 가담하지 아니하더라도 다른 공모자의 분담 실행한 행위에 대하여 공동정범의 죄책을 면할 수 없다 함은 당원의 판례이고( 1955.6.24. 선고 4288형145 판결, 1967.9.19. 선고 67도1027 판결, 1971.4.20. 선고 71도496 판결), 공모공동정범에 있어서 공모는 2인이상의 자가 협력해서 공동의 범의를 실현시키는 의사에 대한 연락을 말하는 것으로 소론과 같이 실행행위를 담당하지 아니하는 공모자에게 그 실행자를 통하여 자기의 범죄를 실현시키는 주체적인 의사가 있어야 함은 물론이나, 반드시 배후에서 범죄를 기획하고 그 실행행위를 부하 또는 자기가 지배할 수 있는 사람에게 실행하게 하는 실질상의 괴수의 위치에 있어야 할 필요는 없다 할 것이다.

이 사건에 있어서 원심이 적법하게 채택한 증거들을 기록에 비추어 검토하여 보면 원심의 이점에 관한 사실인정이나 그 판단과정은 정당한 것으로 시인되나, 기록에 의하여 이점에 대한 그 중요한 증거라고 인정되는 부분을 적시하여 보면

1. 피고인 C의 진술

(1) 「문 : 비서실장재직시 T와의 관계를 상술하시오.

답 : ..... T실장의 무려한 행동에 대하여 못마땅하게 여겼는데 ① 본인에 관하여는 본인이 1978.12.22. 비서실장으로 부임한 이래 ..... ㉞ 얼마 안있어 T의 사무실로 부임인사차 정식으로 방문하였는데도 T는 답례로 방문한 일이 없어 꽤 씬하게 생각하였습니다.

또한 ④ 보고하러 가다가 본인에게 할 이야기가 있으면 2층의 본인사무실로 올라와 이야기하는 것이 예의인데도 불구하고 T는 꼭 경호원을 시켜서 1층대기실로 본인을 불러 내려오게 하여 본인은 T가 좀 오만하고 개성이 너무 강한 사람이라고 느꼈습니다 ..... T는 권위의식이 강하여 재임중 본인사무실에 한번도 들린 사실조차 없습니다.

그리고 ⑤ 정부종합청사를 각하가 순시하거나 회의참석할 때 내빈용 에레베이타를 타게 될 경우 ..... T가 본인에게 대기중인 다른 에레베이타를 타고 오라는 경우가 간혹 있습니다.

② 업무상의 보고관계에 있어서도 ㉞ 본인은 직무상 각하가 매일 출근하시면 바로 결재서류를 가지고 결재를 받는 것이 통례이나 T는 각하가 출근전에 집무실에서 대기하다가 먼저 들어가 보고함으로써 본인이 결재를 받는데 지장이 있거나, 또한 ④ 본인이나 장관이 결재를 받아려고 대기하고 있는데 T가 각하 집무실입구에 경호원에게 연락하여 각하를 뵈올일이 있으니 못 들어가게 하라고 지시하여 기다리게한 후 자기가 먼저 보고하는 경우가 있으며 .....

(검찰 36 내지 39면, 공판 240, 241면도 같은 취지)

(2) 「문 : 위와 같다」

답 : ..... T는 자기업무도 아닌 정치공작문제까지도 관여하고 첩보를 수집하여 각하에게 보고하는등 월권행위를 자주하고 .....」(검찰 39면, 공판 240면도 같은 취지)

(3) 「문 : 위와 같다

답 : ..... 그외에도 연장자인 본인이나 장관, 국회의장 또는 군의 선배인사들에게까지도 아무에게나 "님"자를 붙여 호칭하는 일이 없이 오만불손하며 ..... 이러한 점을 미루어 볼 때 T와는 빙란불상용의 관계이고, 언젠가는 각하에게 건의하여 물러나게 하려고 생각하고 있었읍니다」(검찰 40면, 공판 241면 같은 취지)

(4) 「문 : T경호실장과 A와의 관계를 아는데로 진술하시오.

답 : ..... 각하로부터 ..... 야단을 맞게되자 A는 그 원인이 T의 농간에 의한 것이라고 눈치채고 분노가 극도에 달한 바 있습니다」

(5) 「문 : 피의자와 A가 서로만나 T를 비난하게 된 것은 언제부터이며 어떤 내용입니까?

답 : 제가 부인한지 2개월후 부터이며, A와 만나게 되면 주로 T의 오만불손한 언동과 특히 정치문제에 깊이 관여하면서 강경일변도의 주장과 건의로서 각하를 일변도로 모든 결심을 흐리게 한다는 내용이었습니다」(검찰 43면, 공판 243면도 같은 취지)

(6) 「문 : 궁정동에 도착하여 김부장과 무슨 이야기를 나누었습니까?

답 : "맑은 물에 무엇같은 놈 한 마리가 앉아서 자주 물을 흐려놓으니 일이 되겠습니까 오늘 저놈을(T를 지칭)해치워야지 ..... "하자 본인은 "그 친구 한두사람 이야기만 듣고 각하에게 뽀르륵 쫓아가서 이야기하고 그 친구 강경해서 야단이야"할 때 김부장은 "그 친구 오늘 해치워버릴까"하자 본인은 묵묵히 고개만 끄덕이었습니다 .....

(검찰 45면, 다만 공판 247면과 1391면등에서는 그런말 수없이 들었고, 끄덕끄덕한 일 없다는 내용으로 부인하고 있다)

(7) 「문 : ..... A가 "형님 뒷일을 부탁드립니다"라고 한데 대하여 고개를 끄덕인 것은 어떠한 의미로 한 것입니까?

답 : A와 T가 평소에 감정이 극히 좋지않고, 본인도 T에 대하여는 항상 불만이므로 T를 없애버리겠다고 한데 대한 동의이고 부탁한다는 말은 ..... 각하에게 잘 말씀드리어 A의 본 뜻을 각하에게 이해시키면 A의 목숨만은 건질 수 있는 것이라고 생각하고 동의하였읍니다」(검찰 63면, 공판 249면에서 검찰관조사시 그런 이야기 한일 있다고 진술하고 있다)

(8) 「문 : A가 만찬석상에서 자리를 비울 때 피의자의 심정은

답 : ..... 시간이 오래 흐르자 ..... A의 침울한 표정과 현관앞에서 한 이야기등이 회상되어 ..... 불안하고 초조한 것은 사실이었습니다.

」

(검찰 64, 65면, 다만 공판 254면에서는 그 취지를 부인하고 있다)

(9) 「문 : A가 ..... 옆구리를 툭칠 때 ..... 어떠한 생각이 들었나요.

답 : ..... 드디어 큰일이 벌어지는구나 하는 생각이 들었습니다」(검찰 65면)

(10) 「문 : 방카총장화장실에서 A로부터 어떠한 이야기를 들었나요

답 : 제가 들어서자마자 A에게 "어떻게 할려고 각하까지 그렇게 했어"하니 .....」

(검찰 75면, 이점은 피고인 A의 진술도 일치한다 = 검찰 17면, 그러나 공판에서는 "각하를" 또는 "각하는"으로 되어있다)

## 2. 피고인 A의 진술

(1) 「문 : 전 청와대경호실장 T와의 관계는 ?

답 : T가 본연의 업무인 경호업무외에 월권하여 정치문제등 광범한 업무에 관여하고 의견 및 주장에 있어서 ..... 강경일변도였으므로 못마땅하게 늘 생각한 것은 사실이고 T가 군후배이고 년하자임에도 불구하고 본인에게 또는 연장자에게 오만불손하고 방자한 행동으로 기분을 상하게 하는 일이 있다」(검찰 22면)

(2) 「문 : C실장과 T경호실장의 평소의 관계를 아는데로 진술하십시오.

답 : C부장이 부임하고 2 - 3주일후에 실장실에 찾아가더니 T실장에 대한 불만을 터트리면서 "저 친구하고 담판을 내든지 무슨 수를 써야겠다"고 버르는 말을 들은바 있고, 그후에도 ..... T실장과의 의견충돌 및 사소한 시비로 큰 불만을 토로하는 것을 수차례 걸쳐 들은바 있습니다 ..... 두사람과의 관계는 ..... 근본적으로 좋은 관계는 아니라는 것은 단정할 수 있습니다

(검찰 30면, 공판 199, 200면도 같은 취지이고, 당시 "대장과 대위가 싸우면 대장을 욕하니 참으시요"라고 했다고 한다)

(3)문 : 대통령시해경위를 상술하십시오

답 : ..... "그 친구 해치워 버릴까"하며 C실장의 표정을 살펴보니 고개를 끄덕끄덕하므로 찬동하는 것으로 알고 다시 "형님 뒷일을 부탁드립니다"라고 하니 다시 고개를 끄덕끄덕하였으며, 본인은 동의를 하는 것으로 알고 있었는데 .....」

(검찰 5면, 그러나 공판 199면, 542면, 1510면등에서는 이를 일부 부인하고 있다)

(4) 「문 : 해치운다는 소리를 입버릇처럼 해 왔나요

답 : 제기억으로는 T실장을 해치운다는 것은 그날 처음으로 한 것으로 기억합니다」

(공판 542면)

(5) 「문 : T를 제거한다고 제의한데 대하여 C실장이 반대하였다면?

답 : 본인은 그냥 농담이오 하고 얼버무리고 또한 대통령시해현장에서 함께 죽어버렸을 것입니다」(검찰 11면, 공판 200면도 같은 취지)

등으로 되어 있는바, 이에 비추어 보면 피고인 C와 같은 A는 서로 협력해서 공동으로 망 T에 대한 살의를 실현시키려는 의사의 연락이 이루어졌다고 아니할 수 없는 것이고, 또한 피고인 C에게 같은 A를 통하여 그 자신의 위 T에 대한 살의를 실현시키려는 의사가 없었다고는 할 수 없으며, 특히 원설시의 범행시간임박에 대한 용인행위와 충격시 현장을 빠져나온 행위등은 피고인 A의 범죄실행을 위한 원조적인 행적으로 볼 수 있으므로 원심의 이점 사실인정이나 그 판단과정은 모두 정당하고, 거기에 소론과 같은 위법들이 있다고 할 수 없으므로 논지는 이유없다.

그러나 이점에 관하여는 대법원판사 민문기, 양병호, 임항준, 김윤행, 서윤홍의 별항(제11)과 같은 소수의견이 있다.

#### 제6. 중지미수에 관한 위법

상고이유중 원심이 피고인 C에 대한 내란중요업무종사미수의 점에 관하여 판시한 부분인 「국무총리와 내무, 법무장관 등의 반대」라는 사실은 그것이 반드시 내란실패의 사유로 될 것인지는 알 수 없고, 또한 「청와대수석비서관 Z의 독촉」이라는 사실도 내란의 결정적장애사유라고도 할 수 없을 뿐만 아니라 이점들을 인정할 증거도 없음에 반하여 피고인 C는 오히려 그날 23:00 이후 피고인 A를 도울 생각이 있었다면 도울 수 있었는데도 자의로 그를 체포하게 한 것이 분명하다 할 것임에도 불구하고 원심이 내란중요업무종사의 장애미수로 인정처단하였음은 채증법칙의 위배 및 심리미진의 위법과 중지미수에 관한 법리오해의 잘못이 있고, 또한 피고인 C가 제1심 및 원심에서 위와같은 취지의 변소를 해 왔음에도 불구하고 이에 대한 판단을 하지 아니한 잘못과 이유불비의 위법도 이다는 주장에 대하여 판단한다.

살피건대 원심이 적법하게 채택한 여러증거들을 일건기록에 의하여 검토하여 보면 이점에 대한 원심의 조처는 정당한 것으로 시인되므로 위 주장도 그 이유없음이 명백하나 아래에서 원심조치의 중요근거부분을 밝혀본다

#### 1. 피고인 C의 검찰진술

(1) 「문 : 국방부장관실에서의 주고받은 말과 분위기를 상술하시오.

답 : 그날 21:40경 국방부장관실에서 ..... 본인은 총리에게 "비상계엄을 선포하려면 국무회를 열어야 하지 않습니까"하니까 "물론이지요"하고는 "계엄사유를 뭘로 할까요. 대통령 서거로 할까요. 유고로 할까요"하기에 본인은 "대통령각하유고로 인하여 27. 00:00시부로 계엄을 선포한다고 하면 되지 않습니까"했더니 총리께서는 "유고만 가지고는 국민이 납득합니다. 무엇인가 국민이 납득할 수 있는 이유를 말해야지 국무위원은 내용을 좀 알아야 의견을 교환할 수 있지 않습니까"라고 말하자 A가 옆에 있다가 "유고도 안됩니다.

국내치안이 좋지않아서 계엄령을 선포하는 것으로 해야 합니다"하고 반대하고 나섰습니다.

총리께서는 "국내에 데모가 난 것도 아니고 계엄이 선포된 부산도 조용한데 그런이유로 댈수 없으며 대통령유고를 어떻게 국민에게 알리지 않을 수 있습니까. 계속 보안유지하는 것은 어려우며 우선은 당장 국무위원들이 납득하지 못할 겁니다"하며 반대하였습니다.

그때 A는 "왜 안됩니까 소론은 1주일이상이나 AD의 행적을 발표하지 않고 있었는데 2, 3일동안 보안유지가 왜 안됩니까"라고 말하자 총리께서 "그러면 김부장이나 C실장이 국무회의에서 사유를 설명해 줄수 있습니까"하시니 A는 "예하지요"하였으나 본인은 "안됩니다 우리는 국무위원이 아니니까 들어갈 수 없습니다"라고 반대하였습니다」(검찰

55 내지 57면, 공판 269면 이하도 같은 취지이다)

(2) 「문 : 그때의 분위기에서 피의자는 어떻게 느껴졌나요.

답 : 예 본인이 예상했던 것보다 국무회의 장관들이 상당히 강한 반발을 보이는 것같은 느낌이 들었습니다.

」(검찰 57, 58면)

(3) 「문 : 그 당시 국무위원들의 태도는

답 : 국무위원들이 예상했던 바와 같이 A의 장악하에 들어가 영향권내에 있다고 한 생각은 전혀 잘못이었습니다.

왜냐하면 A의 주장에 대하여 국무위원들이 반발을 하는 듯한 인상을 받았기 때문입니다」(검찰 76면)

## 2. 피고인 A의 검찰진술

(1) 「문 : 국방부로 올라가서 어떻게 하였나요

답 : 본인은 국방장관실에 들어가 있었는데 ..... C실장이 배석 ..... Z수석비서가 "제가 오다보니 중앙청부근에 기자들이 웅성거리고 있는데 뭔가 눈치를 챈 것 같다"고 하므로 본인은 AH차장보에게 국내보도를 철저히 통제하고 혹시 외신기자들이 눈치채고 전파를 날리지 못하도록 AM차장에게 통제하라고 전할 것을 지시하고 .....」(검찰 18, 19면)

(2) 「문 : 국방부로 올라가서 어떻게 하였나요

답 : ..... 문화공보부장관이 "계엄선포의 이유를 국민에게 알려야 할텐데 뭐라고 발표합니까"라고 묻자 본인은 "국내에 비상사태가 발생하여 선포한다고만 하면 되지 않느냐"고 하니 국무총리께서 "국무위원들에게는 비상계엄선포의 제안설명을 해야 하는데 뭐라고 하지요"라고 하며 ..... 설왕설래하다가 결론을 얻지 못하고 23:30경 국무총리가 "C실장께서 국무회의에 참석하여 설명을 좀해 주십시오"라고 하자 C실장이 "총리께서 하십시오. 각하께서 유고라고 계엄선포이유를 설명하면 되지 않습니까"라고 하며 자기는 국무위원이 아니므로 참석할 수 없다고 거절하였습니다. .... 문득 비서실장자리를 보니 비어있어 궁금히 여기던중 동일 00:30경 국방장관부속실요원으로 보이는 사람이 와서 비서실장이 본인을 찾는다고 하여 장관실입구부속실로 들어서니 동소에 있던 헌병 2명이 본인을 체포하였습니다」(검찰 18 내지 20면)

(3) 「문 : 이건 범행이 실패한 원인이 어디에 있다고 생각합니까

답 : 결국은 보안을 유지되지 않고, 가장 믿었던 C실장이 너무 빨리 변심을 하였기 때문이다」(검찰 30면)

## 3. 제1심증인 Z의 진술

「문 : 그때 누가 C피고인을 불러냈나요

답 : 제가 불러냈습니다.

"왜 이야기 안 하십니까. 이야기해야 되지 않습니까"하니 긍정적인 답변을 하신 것 같은데 저보고 장관 좀 보자고 해 한 것 같고 제가 국방장관에게 가서 보시자고 합니다 한 것 같습니다」(공판 755면)

등으로 되어 있는바, 여기에 다른 증거들을 종합하여 보면 원심의 사실인정이나 판단과정은 정당하고, 거기에 소론과 같은 채증법칙위배, 심리미진 및 법리오해의 위법들이 있음을 발견할 수 없고, 그리고 피고인의 변호에 대하여 판단하지 않은 잘못은 판결의 결과에 영향을 미칠것이 못되며, 따라서 이유불비의 위법도 할 수 없다.

논지는 이유없다.

## 제7. 위법성저각사유

### 1. 정당행위



## (1) 「저항권」이론

상고이유중의 많은 학자들에 의하여 자연법적으로 논의되어 오다가 이제 그 실정적인 근거까지 찾아볼 수 있는등 현대 헌법이론이 일반적으로 인정하고 있는 「저항권」은 헌법에 규정되어 있고 없음을 가림이 없이 당연한 권리로 인정되어야 하고, 자유민주주의의 헌법질서 유지와 기본적인권의 수호를 위하여 수동적저항이든 능동적저항이든 폭력적저항이든 비폭력적저항이든 가리지 않고 다른 권리구제방법이 없을 때 최종적으로 적용되는 권리인바, 이 사건에 있어서 유신체제는 그 성립과 운영에 있어서 반민주적법질서와 반인권적체제이어서 이를 회복함에 있어서는 제도적으로나 실제에 있어서 다른 합법적 구제절차가 불가능하였으므로 피고인 A, D의 이 사건 범행을 위 「저항권」을 행사한 경우에 해당함에도 불구하고 원심이 그 적용을 배척하였음은 저항권과 형법 제20조가 정한 정당행위에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 그리고 이점에 관한 대법원 1975.4.8. 선고 74도3323 판결은 변경되어야 한다는 주장에 대하여 판단한다.

살피건대 당원은 일찍이 "소위 저항권의 주장은 실존하는 실정법질서를 무시한 초실정법적인 자연법질서내에서의 권리주장이며 이러한 전제하에서의 권리로써 실존적법질서를 무시한 행위를 정당화하려는 것으로 해석되는바 실존하는 헌법적질서를 전제로한 실정법의 범위내에서 국가의 법질서유지를 그 사명으로 하는 사법기능을 담당하는 재판권행사에 대하여는 실존하는 헌법적질서를 무시하고 초법규적인 권리개념으로써 현행실정법에 위배된 행위의 정당화를 주장하는 것은 받아들일수 없다"는 취지로 판시한바 있다.

한편 생각하건대 현대 입헌 자유민주주의국가의 헌법이론상 자연법에서 우러나온 자연권으로서의 소위 저항권이 헌법 기타 실정법에 규정되어 있든 없든간에 엄존하는 권리로 인정되어야 한다는 논지가 시인된다 하더라도 그 저항권이 실정법에 근거를 두지 못하고 오직 자연법에만 근거하고 있는한 법관은 이를 재판규범으로 원용할 수 없다 더구나 오늘날 저항권의 존재를 승인하는 학자사이에도 그 구체적개념의 의무내용이나 그 성립요건에 관해서는 그 견해가 구구하여 일치된다 할 수 없어 결국 막연하고 추상적인 개념이란 말을 면할 수 없고, 이미 헌법에 저항권의 존재를 선언한 몇 개의 입법례도 그 구체적요건은 서로 다르다 할 것이니 헌법 및 법률에 저항권에 관하여 아무런 규정도 없는(소론 헌법전문중 "4.19의거운운"은 저항권 규정으로 볼수 없다)

우리나라의 현 단계에서는 더욱이 이 저항권이론을 재판의 준거규범으로 채용적용하기를 주저 아니할 수 없다.

따라서 위 당원의 판례를 변경할 필요를 느끼지 아니한다 할 것이어서 원심에 이점에 관한 법리오해 있다는 논지는 받아들일수 없다.

그러나 이점에 관하여는 대법원판사 민문기, 임항준의 다른 의견이 있다(별항제11 참조)

## (2) 정당한 직무집행

상고이유중 피고인 C에 대한 내란중요임무종사미수의 점에 대한 원판시사실인 보안유지, 병력출동의 금지, 국무총리에 대한 보고와 내무, 법무장관등에 대한 계엄선포건의와 그 사유등은 모두 대통령비서실장으로서 너무나 뜻밖에 닥친 국가적위기라는 돌발사태에 대처하기 위한 최선의 조치로서 형법 제20조의 정당행위에 해당하는 정당한 직무집행행위임에도 불구하고 원심이 이점을 간과하였음은 정당행위에 관한 법리오해 및 심리미진의 위법이 있고, 또한 위 피고인의 변호인의 이점에 관한 항소이유에 대한 판단을 유탈한 위법이 있다는 주장에 대하여 판단한다.

살피건대 일건기록을 검토한바에 의하면 위 논지와 같은 주장은 피고인 C가 그에 대한 내란중요임무중사미수죄의 죄책을 면하기 위하여 거짓변소한 것에 불과하다고 인정되며 도리어 피고인 C의 위 소론행위들은 모두 내란의 고수인 피고인 A의 범행에 적극 가담, 호응, 동조하기 위하여 이루어진 행동으로 인정되므로 원심이 이점에 관한 법리오해, 심리미진의 위법있다고 할 수 없고 또 이점에 관한 법리오해, 심리미진의 위법이 없다고 보여지는 이상 설사 이점에 관한 항소이유에 대한 판단이 원심판결에서 유탈되었다 하더라도 판결에 영향을 미친 위법이라고 할 수 없으니 결국 논지 이유없음에 돌아간다.

### (3) 상관의 명령

상고이유중 피고인 D의 원판시소위는 상피고인 A가 중앙정보부장으로서 내린 명령에 따른 행위이므로 형법 제20조의 정당행위에 해당한다는 주장에 대하여 판단한다.

살피건대, 공무원은 그 직무를 수행함에 있어 상관은 하관에 대하여 범죄행위등 위법한 행위를 하도록 명령할 직권이 없는 것이며 또한 하관은 소속상관의 적법한 명령에 복종할 의무는 있으나 그 명령이 명백한 위법 내지 불법한 명령인 때에는 이는 직무상의 지시명령이라 할 수 없으므로 이에 따라야 할 의무는 없다 할 것인즉 이점 논지는 더 말할 나위없이 이유없다 할 것이다.

## 2. 정당방위

상고이유중 유신헌법과 긴급조치하의 국민주권의 부정침해로 인한 국민적저항인 「부마사태」가 전국적으로 확산됨에 있어 무차별 국민학살로써 대처하려 한 상황아래 주권자인 국민의 생명과 재산에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위하여 마지막 수단으로 이 사건 범행에 이르게 된 것인바, 이는 공통선을 행한 경우로서 정당방위에 해당하여 그 위법성이 없음에도 불구하고 원심은 이를 간과한 잘못이 있을 뿐만 아니라 피고인 A가 수사기관에서부터 원심변론종결에 이르기까지 위와같은 취지의 변소를 해 왔음에도 불구하고 이에 대한 심리를 다하지 아니하였거나 그 판단을 유탈한 위법까지 저지른 것이라는 주장에 대하여 판단한다.

살피건대 앞에서 누누히 실시한 바와같이 피고인 A의 본건 소위는 대통령등을 살해하고 내란으로 정권을 장악하려는 내란목적살인 및 내란수괴미수죄의 성립에 아무런 장애사유가 없음에도 불구하고 동 피고인은 본건 범행일시를 기준으로 하여 수일내에 소위 "부마사태"와 같은 민란이 서울에서 일어나고 이에 대하여 박대통령은 스스로 민중에 대한 발표명령을 하였을 것이기 때문에 자기가 그 예상되는 희생될 민중의 생명, 신체, 재산등을 구하려고 즉 국민내지 국가의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하려고 본건 거사에 이르렀다고 변소하고 있다.

그런데 기록에 의하면 1979.10.17, 18에 일어난 소위 부산, 마산사태의 진상을 같은달 19.에 당시 중앙정보부장으로서 현지 답사하고 돌아왔던 동 피고인은 제1심공판에서 "부마사태로 죽은자가 있나요"라는 물음에 대하여 "없는 것으로 압니다"(공판 227면)라고 대답하고 있다.

그렇다면 설사 소위 부마사태의 확산이 예상된다 하더라도 신체의 상해, 재산의 손괴정도는 모르되 반드시 많은 국민의 생명의 희생까지 예상된다고는 할수 없을 이치이고 또 소론 부마사태의 확산이나, 소론대통령의 발표명령운운도 동 피고인 혼자만의 주장일뿐 이를 객관적으로 뒷받침할 자료도 없는 이건에서는 결국 이런 변소는 동 피고인의 조작된 거짓말이거나 아니면 장래의 불확실한 사태를 환상적으로 추리한 결과를 진술한데 지나지 아니한다 할 것이므로 형법 제21조 제1항 소정의 정당방위의 성립요건을 충족시킬 사실을 인정할 증거자료가 없다 할 것이니 원심이 이점을 간과했다는 논지는 이유없고 또 이점에 관하여 심리를 더한들 이를 인정할 자료의 출현가능성이 희박하

다고 인정되는 본건에서는 이점에 관한 심리미진의 위법 있다고도 할 수 없고 또 이미 원심에 위와같은 위법이 없다고 인정되는 이상 설사 원심 판결에서 이점에 관한 판단을 유탈하였다 하더라도 판결에 영향을 미친 위법은 될 수 없어 위 논지들은 모두 그 이유없다 할 것이다.

### 3. 긴급피난

- (1) 상고이유중 앞서 정당방위주장에서 본 바와같은 10.26.당시의 국내정치상황아래 피고인 A는 수많은 국민의 생명, 신체, 자유에 대한 현존하는 위난을 피하기 위하여 부득이하게 이건 범행에 이른 것인바, 이는 긴급피난에 해당하여 그 위법성이 없음에도 불구하고 원심은 이를 간과한 잘못이 있을뿐만 아니라 피고인 A가 위와같은 취지의 주장을 해 왔음에도 불구하고 이에대한 심리를 다하지 아니하였고, 또한 그 판단을 유탈한 위법까지 범하였다는 주장에 대하여 판단한다.

살피건대 앞의 정당방위의 항에서 이미 실시한 이유와 동양의 이유에서 이점의 논지도 이유없음이 명백하다 할 것이다.

- (2) 상고이유중 피고인 C는 국가의 원수를 잃게된 사실이 외부에 누설되면 아군상호간의 총격전으로 인한 유혈사태발생과 북괴남침도발의 기회를 줄 것이 두려워서 보안을 유지하고 청와대의 병력출동을 금지시키고, 계엄을 빨리 선포해야 된다고 건의한 것이므로 이는 많은 국민과 군경의 생명에 대한 현재의 위난을 피하기 위하여는 부득이한 것으로서 긴급 피난행위에 해당함에도 불구하고 원심이 이를 간과하였음은 긴급피난에 대한 법리를 오해한 위법이 있고, 또한 피고인 C가 제1심 및 원심에서 일관하여 위와같은 취지의 변소를 해 온 것임에도 불구하고 이에대한 판단을 유탈하여 이유불비의 위법을 저지른 것이라는 주장에 대하여 판단한다.

살피건대 피고인 C의 소론행위(보안유지, 청와대병력출동금지, 계엄선포건의등)가 이건 내란중요임무종사미수죄를 성립시켰다고 판단한 원심조치가 정당하다고 당원은 앞서의 다른항에서 실시한바 있거니와 이 논지는 설사 소론행위등이 원판시와 내란중요임무종사죄에 해당하는 행위가 된다 하더라도 위 소론과 같이 그는 아군 상호간의 총격전으로 인한 유혈사태발생과 북괴남침도발의 기회를 줌으로써 일어날 많은 국민과 군경의 생명에 대한 "현재의 위난"을 피하기 위한 행위이기 때문에 위법성 저각사유에 해당한다고 주장하는 취지이다.

그러므로 피고인 C에게 당시 과연 그와같은 위난을 피하려는 의사 즉 "피난의사"가 있었는가 여부를 따져본다.

일건기록을 살펴보면

첫째, 동 피고인이 진정히 소론 위난을 피하려는 의사가 있었다면 최소한 당시의 국무총리(대통령권한대행이 당연히 될 사람) AO에 대해서만은 진실 즉 A가 고의로 대통령을 살해한 사실을 알리고 선후책을 의논하였어야 할 터인데 그러지 아니하고 A의 오발탄에 대통령이 죽은 것으로 거짓 보고한 점은 위난을 피하려는 의사보다는 A의 내란에 가담하려는 의사가 앞서 있었다고 인정되고,

둘째, 동 피고인이 진정히 소론 위난을 피하려는 의사가 있었다면 당시 막강한 수도경비군단을 장악하고 있었던 동 군단장겸 대통령경호실차장 AN육군중장과 상의해서 소규모 작전으로 넉넉히 A를 체포 또는 사살할 수 있었을 터인데 이에 이르지 아니한 점은 위난을 피하려는 의사보다는 A의 내란에 가담하려는 의사가 앞서 있었다고 인정되고,

- 셋째, 동 피고인은 본건 범행당일 오후 7시 43분경 A가 총격을 마치고 나오면서 자기에게 보안유지등 후사를 부탁하고 육본방카로 향발한 직후 상피고인 E가 가지고 있던 권총을 빼앗어 가지고 이를 소지한채 군병원, 청와대, 육군본부

방카, 국방부등을 출입하였으니만큼 동 피고인이 진정히 소론 위난을 피하려는 의사가 있었다면 육본방카 또는 국방부사무실에서 A를 만나서 고담할 때 얼마든지 이를 사살할 수 있는 기회가 있었음에도 불구하고 이에 이르지 아니한 점은 위난을 피하려는 의사보다는 A의 내란에 가담하려는 위사가 앞서 있었다고 인정된다.

그렇다면 설사 그 당시의 사태가 소론 현재의 위난이 존재하는 상태이었다고 가정하더라도 소위 피난의사 있었다고 인정할 수 없는 이상 이건 긴급피난의 성립을 인정할 수 없고 따라서 원심에 이점에 대한 법리오해 있다는 논지는 이유없고 또 설사 이점 변소에 대한 원심판단이 없다 하더라도 판결에 영향을 미친 위법이라고 할 수 없으니 판단유탈, 이유불비의 논지 또한 이유없다.

#### 제8. 책임저각사유

상고이유중에 중앙정보부직원들은 정보부장을 정점으로 하여 군대조직 보다 더 엄격한 상명하복관계에 있으므로 상관의 명령이 위법한가 여부를 판단하거나 그 명령의 이행여부를 선택할 수 있는 여지가 없고, 따라서 상관의 명령을 거부할 수 없는 특별한 상황에서 행한 피고인 D, E, F, G, H의 각 소위는 강요된 행위이거나, 기대가능성이 없는 경우에 해당된다 할 것이므로 결국 처벌할 수 없음에도 불구하고 원심은 강요된 행위 내지 기대가능성의 법리를 오해하여 위 책임저각사유를 간과한 위법을 저지른 것이라는 주장에 대하여 판단한다.

살피건대 이점에 관하여 제1심은 무릇 공무원은 직무를 수행함에 있어서 소속상관의 직무상의 명령에 복종하여야 할 의무는 있으나 명백히 위법한 명령에 대해서까지 복종할 의무는 없을뿐만 아니라 중앙정보부 직원은 비록 상관의 명령에 절대 복종하여야 한다는 것이 불문율로 되어 있다 하더라도 단지 그 점만으로는 이건 판시 범죄와 같이 중매하고도 명백한 위법명령에 따른 범법행위가 강요된 행위이거나 적법행위에 대한 기대가능성이 없는 경우라고는 도저히 볼수 없고 달리 이건 범행시 피고인들이 저항할 수 없는 폭력이나 방어할 방법이 없는 협박에 의하여 자유롭게 의사결정을 할 수 없는 강요된 행위였으며 또한 상관의 위법한 명령을 거부할 수 없는 특별한 사정하에 있었기 때문에 적법행위를 기대할 수 없었다고 볼 하등의 자료를 찾아볼수 없으므로 위 주장은 이유없다고 판시하였으며 원심 또한 위와같은 제1심은 견해를 유지한다는 설시를 하고 있는바 당원이 일건기록을 검토한 바에 의하더라도 이건 범행의 일시 및 장소관계로 보아 위 피고인들이 만약 이건 혁명거사에 참여함으로써 그 댓가조로 얻어지리라고 예상되었던 이른바 "한몫"을 바라는 마음만 없었더라면 얼마든지 소론 상관의 명령을 거부하고 그 자리에서 피해 나올수 있는 시간적 여유와 공간적 환경에 놓여 있었음을 쉽사리 인정할 수 있는 형편이고 보니 더욱 위 원심판단은 정당하다고 인정되고 따라서 이점에 관한 논지는 이유없다.

#### 제9. 양형부당

상고이유중 군법회의법 제432조에서 정한 상고이유에서 양형부당은 제의되어 있으나, 위 법조는 형사소송법 제383조와의 관계에서 인간의 존엄을 보장한 헌법 제8조와 국민평등에 관한 헌법 제9조에 저촉되어 무효이므로 극형을 선고받은 피고인들로서는 양형부당을 이유로 상고할 수 있다고 하여야 할 것인바, 기록에 나타난 피고인들의 이 사건 범행동기와 목적, 범행전후의 국내정정등과 피고인들에 대한 개인적 정상등을 참작하고, 아울러 현대문명국중에는 형벌로서의 사형 그 자체를 폐지한 나라가 더 많으며, 이론적으로도 사형폐지를 주장하는 편이 훨씬 우월한 점등에 비추어 피고인들에 매하여 극형을 선고한 원심의 양형은 무거워서 부당하다는 주장에 매하여 판단한다.

살피건대 원래 군법회의는 일반법원과 달리 특수한 목적과 취지에서 설치된 특별법원으로서 그가 취급한 피고인에 대한 처우가 일반법원의 그것과 사이에 소론과 같은 불평등이 있다 하더라도 그는 헌법과 법률이 당초부터 예상한 것이라고 해석되는 만큼 소론 군법회의법 제432조를 헌법 제8조, 제9조에 저촉되는 위헌조항이라고는 인정할 수 없다.

그렇다면 소론 위헌을 전제로 해서 전개한 이점 논지는 이유없다.

그러나 이점에 관하여는 대법원판사 민문기, 임항준의 다른 의견이 있다(별항제11 참조)

#### 제10. 결론

이상에서 살핀 바와같이 ① 피고인 A의 상고이유일부에 관하여 대법원판사 민문기, 양병호, 임항준, 김윤행의, ② 피고인 C의 상고이유일부에 관하여 대법원판사 민문기, 양병호, 임항준, 김윤행, 서윤홍의, ③ 피고인 D의 상고이유일부에 관하여 대법원판사 민문기, 양병호, 임항준, 김윤행의 ④ 피고인 E, F, G의 상고이유일부에 관하여 대법원판사 민문기, 양병호, 임항준, 김윤행, 정태원, 서윤홍의 각 소수의견(이미 각 해당항목에서 상세하게 적시하였음)이 있으나, 다수의견에 따라 그 상고이유들은 이유없음에 귀착되고, 그밖의 상고이유들에 관하여는 이유없는 것으로 관여법관 전원의 의견이 일치되다, 따라서 피고인들의 각 상고를 모두 기각하고, 역시 관여법관의 일치된 의견에 따라 피고인 H에 대하여는 형법 제57조에 의하여 이 판결선고전 당심구금일수전부를 그 본형에 산입하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

#### 제11. 소수의견

##### 1. 대법원판사 민문기의 의견

내란의 조에 관한 법리오해라는 변호인들의 상고이유를 판단한다.

본건 사안인 내란의 조가 본질적으로 정치색채가 짙은 범죄이고 현실로 체제변동도 겹들여 있어 시국관을 말하지 않을 수 없다.

이 사건 범행(79.10.26.)으로 희생되어 궤위된 대통령의 뒤를 이는 권한대행 AO에 의하여 확인선언(79.11.10.)된바대로 새헌법을 만드는 것이 전국민적합의라고 함은 획기적 역사의 사실, 부인할 수 없는 정망성을 지닌 중대한 국민의 정치결단, 국민의 법적 확신으로 뒷받침된 불문율, 시국을 지배하는 구속력이 있는 것이다.

그런데 이 합의는 유신체제와 상충됨에 그 본색을 이루니 그 체제를 넘어서지 않고서는 불가능한 일이 분명하므로 따라서 전국민적합의가 있다는 그 자체가 실질적으로 유신체제의 폐지를 의미하는 것(오늘의 정치발전이 그 증거이다)이 되며 이 합의는 고 B대통령의 운명과 동시에 이뤄졌다고 아니볼 수 없기 까닭에 유신체제는 고 박대통령과 운명을 같이한 체제라고 할 법적논리에 이른다.

이해를 돕기 위하여 설레로 설명하거니와 만일 민주주의 질서를 군주체제로 변혁하려는 일로 해서 내란의 죄로 문 의되다가 군주체제로 국헌을 바꾼다는 전국민적 합의가 이뤄졌을 때 그대로 내란의 죄로는 처벌할 수 없으리니 그 합의가 민주체제의 폐지를 의미하는 이상 합의후에 있어서 내란죄는 민주주의 하자는 것이지 군주체제 하자는 것이 결코 될 수 없기 때문에 합의후에 있어서 군주주의 하자는 이유로 하는 내란죄는 그 성립을 부정하는 것은 아니지만 유죄로 단죄할 수는 없다 할 것이다.

그 이유는 이 경우 국헌과 같다고 볼 체제가 달라서 각기 존립의 기초가 다르기 때문에 보호법익이 달라진 까닭이다.

본건은 이 예의 경우와 꼭 같아 같은 법리가 적용된다 하겠다.

원판결 판단이 피고인 전원에 대하여 형법 제87조 1, 2호, 제89조, 제88조를 적용한 점과 그 이유로 실시한 취지로 미루어 그 전원을 국헌문란의 목적범으로 본 바가 분명하고 원심이 수괴로 인정한 피고인 A의 진술기재에 의하여 그 범행목적이 그 표현대로 유신체제의 핵인 박대통령을 제거하여 그 체제를 종식시키고 민주체제를 돌리는데 있다는 취지로 기록상 인정못할바 아니므로 원설시와 부합한다.

원판결의 인정판단에 그대로 따르면 원심은 피고인들이 유신체제를 강압변혁하려는 목적으로 실시처럼 대통령을 비롯한 사람들을 살해했다는 것이요, 소송절차의 경과로 보아 개헌하는 전국민적 합의가 있는후에 있어서 재판한 사정이 분명하다.

그러므로 이 사안은 행위시와 재판시의 체제가 위 설시이유에 따라 서로 다름이 숨길수 없으니 이와같이 범행시의 기반이 재판시의 그것과 달라졌다는 정치상황이 바로 초법규적으로 처벌할 수 없는 사유가 된다고 할 법리에 이르므로 본건 범행을 다른죄로 봄은 변론으로 하고 내란의 죄로는 처벌할 수 없다 하겠다.

따라서 원판결 판단은 결론에 영향을 준 법률위반(유신체제하에서라면 옳다 하겠다)을 남겼다고 하겠고 이를 지지한 미수의견 역시 같다고 하겠다.

이상 이유로 논지는 결론에 있어서 이유있어 다른 주장에 들어가지 아니한다.

끝으로 예비적으로 대법원판사 양병호, 임향준, 김윤행의 각 의견에 찬동하여 원용하는 뜻을 밝힌다.

## 2. 대법원판사 양병호의 의견.

피고인 A의 변호인 I의 6인 상고이유 제 1, 2, 3점, 같은 AB의 상고이유, 같은 AP의 17인의 상고이유를 함께 판단한다.

원판결이유에 의하면 피고인 A는 중앙정보부장으로서 직무를 수행함에 있어 동 피고인이 입안하여 시행한 정국수습책이 거듭 실패하여 직무수행상의 무능함이 노출되어 B 대통령으로부터 질책을 다하고 인책해임설이 나돌아 그 지위에 불안을 느끼는 한편 위 대통령은 경호실장 T의 오만 방자한 태도와 월권적 업무 간섭에도 불구하고 그를 더 신임하는데 불만을 품고 1979.4.일자 불상경부터 대통령등을 살해한 후 정권을 잡을 것을 기도하고 보안유지를 위하여 단독으로 그 구체적인 거사계획을 세워 적절한 때를 선택하여 위 대통령등을 살해하기로 하되 대통령을 시해한 후 국가안전과 질서교란을 이유로 계엄을 선포하고 중앙정보부의 권한과 동부의 조직력을 이용, 계엄군을 장악하여 무력으로 사태를 제압하고, 입법 사법 행정권을 총괄하는 혁명위원회를 구성, 자신이 위원장에 취임하여 집권기반을 확보한후 대통령에 출마할 것을 계획하여 1979.10.26. 19:40부터 20:05경 사이에 원판시와 같이 위 대통령등을 총격사망케함으로써 국헌을 문란할 목적으로 위 대통령등을 살해한 내란목적의 살인사실을 인정하였다.

그러나 피고인이 국헌을 문란할 목적으로 위 대통령을 살해한 것인가에 관하여 원심이 그 판시 내란목적살인 사실을 인정함에 있어서 채택종합하고 있는 증거들을 기록에 대조하여 검토하여 보건대 이에 관계되는 증거로서는 피고인 및 상피고인 C에 대한 1심 및 원심군법회의 법정에서의 각 진술과 군검찰관작성의 피고인 및 동 C에 대한 각 피의자신문조서중의 각 진술기재밖에 없다고 볼것인바 그중 1심 및 원심법정에서의 피고인의 진술(항소이유보증서 기재포함) 검찰관작성의 피고인에 대한 피의자 신문조서의 진술기재에 의하면 이번 10.26.거사는 B대통령 종신 집권을 위한 비민주주의적인 유신체제를 철폐하고 건국이념이요 국시인 자유민주주의의 회복을 위하여 한 것이라하고

유신체제의 핵심은 박대통령이고 그분이 있는한 유신체제는 바꿀수 없다고 생각했다고 하며 민주회복은 온 국민이 원하고있던 바이고 유신체제에 대한 도전과 항거는 국민의 생각속에 팽배하였고 사건직전의 부산 마산 사태가 그 좋은 예었는데 그것이 서울등 전국 5대도시로 파급되게 되었는데도 위 대통령은 그것에 대한 진압책으로 직접 발포 명령을 하겠다고까지 하여 나라와 국민들의 엄청난 희생을 강요하게됨에 그분의 강한 집권욕과 절대로 물러설줄 모르는 성격에 비추어 이 불행을 막을 방법이 없는 절박한 상태에서 자유민주주의의 회복과 위 대통령의 생명의 희생과는 숙명적인 관계에 있다고 보고 불가피적으로 그이를 살해제거하는 일을 아니할 수 없었다고 말하고 있다.

동시에 피고인의 위 거사를 혁명이라고도 하면서 이는 유신질서를 없애는데 있고 혁명과업은 우선 사태수습을 위하여 계엄을 선포토록하고 혁명위원회를 구성하여 수행하되 기초조직과 헌법절차에 따라서 하고 헌법도 정당한 개헌절차를 밟아 고치려 했다고 한다.

요컨대 민주회복을 위하여 대통령직에 있는 자연인 B를 살해한 것이라하고 그밖의 일은 적법한 정식절차를 밟아서 하려했다는 취지이다.

그리고 피고인은 군인이고 혁명가인데 군인이 집권하면 독재가 된다고 자신이 대통령의 묘를 밟고 올라설 정도로 도덕관이 타락되어 있지는 않다하여 결코 대통령이 되기위하여 혁명을 한 것은 아니하고 힘주고 있음을 본다.

이에 위에서본 피고인의 진술을 자백이라보고 이에 대한 보강증거가 있는가를 살펴보건대 1심 및 원심군법회의 법정에서의 상피고인 C의 진술 및 군검찰관작성의 동 C에 대한 피의자 신문조서의 진술기재에 의하면 사건발생후인 이 사건 당일 22:25경 육본방카 화장실에서 피고인으로부터 우선 계엄을 선포하고 혁명위원회 간판을 달아야한다는 말을 들었다는 진술부분이 있을뿐 달리자료가 될만한 것을 기록상 찾아볼 수 없다할 것이므로 피고인의 자백중 단지 계엄선포, 혁명 또는 혁명위원회 운운부분에 대하여서만 보강증거가 있는 것으로 되어 문제가 된다할 따름이니 그러면 여기에서 피고인은 이 "혁명운운"을 무슨뜻으로 말한것인지를 알아볼 필요가 있다.

피고인은 이 "혁명"을 유신질서의 철폐를 말하는 것이라고 하였음은 위에서 본바와 같고 그밖에 계엄선포와 혁명위원회는 사태수습과 정국을 올바른 방향으로 이끌어가기 위한 과정상 필요한 저라 또는 기구라는 뜻으로 말하고 있다.

피고인의 혁명운운을 헌법 또는 법률의 절차에 의하지 아니한 것으로서 바로 국헌을 문란할 목적의 것으로 단정할 자료는 발견되지 아니하거니와 도대체 우리나라에서는 1960.4.19. 사태도 이를 4.19 혁명이라고 부르는 사람들이 많은만큼 혁명이라는 칭호를 쉽게 남용하는 현실임에 비추어 피고인이 말하는 "혁명"이 과연 국가의 통치기구를 변혁한다는 뜻의 것인지의 여부는 좀더 따져가려 보아야 할 것이요 "혁명 또는 혁명위원회"라는 말을 사용하였다는 것만으로서 곧 국가의 기본조직을 전복하려는 계획의 것으로 간단히 속단해 버릴수는 없는 사안으로 엇보인다함이 상당하다.

원심이 인정한 바 피고인이 중앙정보부의 권한과 동부의 조직력을 이용 계엄군을 장악하여 무력으로 사태를 제압하려 하였고 자신이 정권을 잡을 것을 기도하였다는 사실을 인정할만한 자료는 찾아볼 수 없다.

그리고 피고인이 단순한 혁명위원회 아닌 입법 사법 행정권을 총괄하는 혁명위원회를 구성 자신이 위원장에 취임하여 집권 기반을 확보한 후 대통령에 출마할 것을 계획하였다는 사실은 검찰관작성의 피고인에 대한 피의자신문조서의 진술기재중에 비슷한말로 나오는 자백 사실이기는 하나 이에 대한 보강증거는 전혀없다.

오히려 위 피의자신문조서의 기재에 의하면 헌법 기초위원회를 설치하여 국민이 원하는 헌법안을 연구작성케하여 국민투표에 회부하여 확정시킨후에 새 헌법에 의한 선거를 실시하려고 하였다는 진술부분이 있는바 이는 현행 헌

법절차에 의하여 개헌을 하겠다는것과 다를바 없어 헌법에 정한 절차에 의하지 아니하고 헌법의 기능을 소멸시키는 것에 해당되지 아니한다 할 것이다.

다시 위 조서의 기재에 의하면 위 선거실시에 있어서 대통령출마 후보자는 일응 AO국무총리와 AQAR 의장등을 꼽을수 있고, 피고인본인도 상황에 따라 출마여부를 결정하려고 하였다는 진술부분이 있어 이를 그 진술대로 본다 가정하더라도 피고인이 대통령후보자로 위 인사들을 천거하려고 하였다거나 상황에 따라서는 피고인 자신이 대통령으로서의 출마여부를 결정하려 하였다하여 이 사실만으로써 곧 바로 대통령이라는 헌법에 의하여 설치된 국가기관 그 자체를 강압에 의하여 전복 또는 그 기능행사를 불가능하게 하는것에 해당된다고 단정할 수 있겠는가 의문이 아닐수 없다.

그밖에 피고인이 위 C로 하여금 국무총리를 모시고 육본방카로 오게하여 국무총리가 대통령권한대행으로 각 장관들과 더불어 국무회의 의결을 거쳐 비상계엄을 선포하도록 유도하였다할지라도 이는 피고인의 진술대로라면 정식 절차를 밟은 것이 된다할 것뿐이다.

뿐만아니라 대저 국헌문란의 목적이라함은 헌법 또는 법률의 기능을 불법으로 철폐 소멸시키고 국가의 기본조직인 통치기구 기타 헌법기관을 폭력으로 파괴 전복하는 것을 말하는 것이라 할 것인바 원심이 그 판시 취지와 같이 피고인의 자유민주주의의 회복을 위한 거사였다는 그의 주장을 가리켜 대통령서거후 국민적인 합의로 정부나 국회에서 유신헌법을 개정할 것을 전제로하는 개헌작업이 활발히 추진되고 국민의 각계 각층에 민주화운동이 팽배하게 된 시기를 틈타서 갑자기 민주회복을 위하여 장애가 되는 대통령인 자연인 B를 살해제거할 수 밖에 다른 도리가 없었다는 것으로 위장하는 것으로서 "자유민주주의의 회복이라는 미명아래" 대통령을 시해하여 폭력에 의하여 정부를 전복시켜 오직 정권을 탈취하려고 불법적으로 국가의 기본통치기구를 파괴할 것을 목적으로 범행한 것이라고 사실인정을 하려면 모름지기 이에 관한 정확한 증거의 적시가 있어야 할 것은 물론이거니와 이밖에 피고인이 그 판시대로 중앙정보부의 권한과 동부의 조직력을 이용하여 계엄군을 장악하여 하였다면 군사단체가 아닌 중앙정보부로서 어떠한 권한조직과 방법으로 계엄군을 장악하려한 것인지를 밝혀야하고 또 무력으로 사태를 제압하고 입법 사법 행정권을 총괄하는 혁명위원회를 구성한다함은 무력으로 국가의 각 기관이나 국민의 의사를 제지억함하면서 기도한바 정권을 잡을 방향으로 사태를 끌고가려 했다거나 국회와 법원 정부를 뒤엎어 없애고 혁명위원회 자체가 3권을 모두 행사하려고 한것인지 그 내용을 명백히 하여야 할 것이고 피고인이 집권기반을 확보한 후에 대통령에 출마하려 하였다가 정당을 조직하여 지지기반을 구축하는 등의 방법에 의하는 것이 아니고 계엄령이나 긴급조치로 반대의견을 일체 금지하는등 무력 기타 강압적 수단으로 국민의 지지를 얻으려한 것일뿐 헌법에 규정된 정당한 선거제도으로써 국민의 자유로운 선택권행사에 의한 것이 아니라는 것이었음을 명시하였어야 할 것으로 본다.

만약 다른 고위직 인사도 아닌 적어도 일국의 대통령을 살해하였으니 정부를 전복하려는 국헌문란의 목적으로 살해한 것으로 아니볼 수 없다는 소견이 있다면 권력의 정상이 대통령의 지위신분에 비추어 의당 그렇게 보아야할 것이라는 견해로 보겠는데 이는 지극히 소박하고 단순한 사고에서 비롯된 것이라 아니할 수 없다.

대통령은 국가정부의 기관이요 대통령이 곧 정부는 아니다.

그리고 대통령의 고귀한 지위신분을 운위하기전에 그의 지닌바 책무를 더 중요시 하여야 할것이고 대통령도 국민 전체에 대한 봉사자이며 국민에 대하여 책임을 지는 공무원의 한 사람임에는 틀림없기 때문이다.

원심판시 사실은 피고인이 대통령에 대한 개인적인 불만을 품고 그를 살해할 것을 기도하였다고 전제하고서는 국헌문란목적의 살해행위로 결론지우고 있는바 개인적인 불만이였다면 대통령인 자연인 개인을 살해하려 하였다는



피고인의 주장이 나올수 있음직한 사유일뿐 아니라 판시의 앞뒤가 맞지않는 이유모순의 허물도 갖추고 있다고 보여진다.

이러함에도 불구하고 원심이 이상과 같은 여러점에 대하여 아무살핌이 없이 피고인에 대하여 내란목적살인죄를 범한 것으로 단정하였으니 증거없이 또는 채증법칙에 위배하여 사실을 오인한 위법있는 경우로도 되려니와 대통령 직에 있는 자연인 살해행위에 지나지 못한 것인지 국헌문란목적의 살인행위에 해당하는 것인지가 중대관건으로 되어있는 이 사건에 있어서 적어도 이를 가려보기 위하여 좀도 사실과 증거에 대한 심리를 더하여야 할것인데 이를 다하지 아니하고 만연히 사실을 인정해 버리고 만 심리미진 이유불비의 위법을 면할 수 없다할 것이고 이는 판결에 영향을 미친다 할 것이므로 논지들은 이유없다.

피고인 C의 변호인 AC의 상고이유 제1, 2, 3, 4, 6점 같은 J 김홍재의 상고이유 제2점, 같은 L의 상고이유 제1점을 함께 판단한다.

원판결이유에 의하면 피고인 C는 대통령비서실장으로 임명된이래 위 T의 오만 방자한 태도와 월권적 업무간섭등에 대하여 동 A와 더불어 평소 불만을 토로하면서 위 T를 제거할 의사를 표시해 오던중 이 사건 당일 17:50경 대통령 영접차 중앙정보부 궁정동 식당에 도착하여 위 A와 함께 위 식당현관앞 정원의 경계석에 앉아 대화도중 피고인이 "T실장 그 친구 강경해서 야단이야"라고 하는등 불평을 퍼뜨리자 동 A로부터 "그 친구 오늘 해치워버리겠다"는 제의를 받고 그것이 평소 누적된 감정폭발로서 위 T를 살해하겠다는 것인정을 인식하고도 이를 승낙하여 위 A와 T를 살해할 것을 상호 공모하고 그후 위 A가 위 식당 만찬석상을 여러번 이석할뿐 아니라 특별히 15분간이나 외부에 나가있다가 들어온 것으로보아 범행 결행시간이 임박한 것을 알면서도 이를 용인하고 있던중 동일 19:40경 위 A가 피고인에게 "각하 잘 모십시오"라는 말과함께 우측손으로 톡치는 것을 신호로 위 T에게 권총을 발사하자 그의 범행을 순조롭게 하기위하여 동 장소를 빠져나오는등 함으로써 위 A와 공동하여 위 T를 살해한 사실을 인정하였다.

그러나 원심이 채택하고있는 증거들을 아무리 정사 검토할지라도 피고인이 위 A와 더불어 의사연락하여 대통령경호실장 T를 살해할 것을 상호공모하였다 함을 인정할 자료는 그 흔적조차 찾아볼 수 없다.

1심 및 원심법정에서의 피고인 및 위 A의 진술, 검찰관작성의 위 피고인에 대한 각 피의자신문조서중의 각 진술기재에 의하면 사건당일 17:50경 대통령 영접차 이건 중앙정보부 궁정동 식당에 미리 도착한 피고인이 위 A와 함께 위 식당현관 앞 정원의 경계석에 앉아 대화도중 피고인이 "T실장 그 친구 강경해서 야단이야"라고 말하자 위 A는 "그 친구 오늘 해치워 버릴까"라고 말했다는 사실을 인정이 되는바 원심은 이를 피고인이 동 A로부터 "그 친구 오늘 해치워 버리겠다"는 제의를 받고 위 T를 살해하겠다는 것인 정을 인식하면서도 이를 승낙하였으니 위 T를 살해할 것을 상호공모한 것으로 보아야 한다는 뜻인 듯 하나 "해치워 버린다"는 말이 강패사회도 아닌 피고인들과 같은 국가고의적 인사 사이에서 죽여없앤다는 뜻의 말로는 도저히 새겨들어지지 아니한다 할 것이고 피고인이 위 T를 살해하겠다는 것인 정을 인식하였다고 인정할만한 자료는 보여지지 아니한다.

검찰관 작성의 피고인에 대한 피의자 신문조서중의 진술기재중에 피고인이 그 당시 묵묵히 고개만 고덕이었다는 진술부분이 있기는 하나 이는 단순히 "아 - 그러냐"는 표정이상으로 그렇게 할 것을 의욕하거나 "그렇게 하라"는 승낙의 의사표시로는 볼수 없다고 함이 상당하다.

더욱이 대통령 영접차 위 식당에 미리도착하여 대통령 도착(사건당일 18:05경)을 기다리고 있는 임박한 시간에 위 식당현관 앞이요 식당을 관리하는 관계직원이 왕래하는 정원 경계석이라는 장소에서 또 다른 대화(원시채택증거들에 의하면 정국에 관한 대화로 인정된다)도중 불쑥 한마디 오고간 말로 사람을 살해하는 모의가 이루어졌다고 본다는

것은 우리의 경험 및 논리칙에 어긋나는 일이라 아니할 수 없다.

피고인이 위 T의 오만 방자한 태도와 사무처리상의 월권등에 심한 불만을 품어왔고 이점에 대하여 위 A와 상호입장이 같았다는 정도의 것으로서는 위 T의 살해를 공모할 동기는 되지 아니한다.

위 식당 만찬석상에서의 표정 기색따위나 피고인이 위 A가 동석상을 여러번 사실을 알고 있었고 A가 위 T에게 권총을 발사하자 피고인은 동소를 빠져나왔고 당시 현장에서 T가 신음하여 아직 살아있다고 인식하였음에도 그대로 방치해 버렸으며 육본방카 화장실에서 A에게 "왜 각하까지 그랬어"라고 말하였다는 사실에 대하여는 그런대로의 이유 또는 상치점이 있기도 하거니와 이를 치지도외하고 그 사실이 그대로 인정된다 하더라도 부작위범 또는 방조의 책임을 질수 있겠는가는 별론으로 하고 위 A와 더불어 위 살해에 대한 상호공모가 이루어진후 공동하여 살해하였음을 인정할 자료는 될 수 없다할 것이다.

피고인이 살해에 대한 실행행위를 분담한바 없음은 원심판시 취지와 같고 그밖에 실행자인 위 A를 통하여 피고인 자기의 범죄를 실현시킨다는 의사있는 경우의 것으로 볼 자료도 없다.

위 A가 T를 살해한 것은 대통령B를 살해하는 목적달성에 결정적 장애가 되는 사람인 까닭에 그를 먼저 총격한 것임은 일건기록상 분명하다.

이러함에도 불구하고 원심이 피고인을 위 T 살해에 대한 공모공동정범임을 인정하였음은 증거없이 또는 채증법칙에 위배하여 한 중대한 사실오인의 위법이 있고 겸하여 공모공동정범에 대한 법리오해의 위법있어 판결에 영향을 미쳤다 할 것이고 논지들은 이유있다.

피고인 C의 변호인 AC의 상고이유 제9, 11점 및 같은 L의 상고이유 제2점을 함께 판단한다.

원판결이유에 의하면 피고인 C는 이 사건 당일 19:43경 위 식당 현관에서 동 A로부터 "이젠 다 끝났습니다 보안유지를 철저히 하십시오"라는 말을 듣고 위 A가 대통령을 살해하는 현장을 목격한 유일한 국가 고위직에 있던 자로서 위 보안유지는 자신의 지위에 수반되는 영향력등으로 비취볼 때 국헌질서의 향방을 가늠할 정도의 중요한 임무임을 알면서도 "알았소"라고 대답하여 수괴인 위 A의 보안유지하라는 지시에 따라 이를 수행할 것을 승낙하고 그후 위 범행에 대한 보안유지와 사태가 불리해지면 피고인 자신이 대통령을 살리려고 했다는 구실로 삼기 위하여 동일 19:55경 대통령의 유해를 국군서울지구병원에 후송하여 당직 군위관에게 진단케 한바 "이미 5분전에 사망하였다"는 것을 확인하고서도 환자가 대통령이라는 사실을 숨기고 청와대 대통령비서실장 사무실로가서 비상소집된 AT등 대통령 수석비서관들과 대통령경호실 차장 육군중장 AN에게 "대통령 각하께서 무슨일이나서 병원에 계시고 T실장은 지금 부대를 지휘할 수 없으니 경계를 강화하고 경거망동한 행동을 하지 않도록 단속을 잘하시오 경호실의 병력 출동은 필요없다"고 말함으로써 이건 범행 목적달성에 시간적 여유를 얻도록 하고, 동일 20:50경에 동소에 도착한 당시 국무총리 AO에게도 "만찬회장에서 A와 T가 싸움 끝에 각하가 A의 잘못 쏜총에 맞아 서거하셨다"라고 말하여 위 A가 대통령을 고의로 살해한 사실을 허위 보고하고 당시 내무부장관인 AU 법무부장관인 AV의 물음에 대하여는 "각하께서 다치셨다"고만 대답하여 위 A의 대통령 살해사실을 계속 은폐하고 동일 21:10경 다시 동 A로부터 "국무총리를 모시고 오라"는 전화연락을 받고 국무총리 내무 법무장관과 같이 동일 21:30경 육본방카내 육군참모총장실로가서 그곳에 동 A와 당시 국방부장관인 AW 및 군중요직 장성들이 모여 있는 것을 보고 동 A가 먼저와서 군을 장악하고있는 것으로 생각 위 국방부장관등에게 "각하께서 유고가 생겼다 T실장이 너무 강경해서 일어난 사고다"라고 거짓말을 하면서 국무총리를 모시고 사태를 수습해야된다고 제의하여 계엄선포를 유도하고 동일 22:40경 국방부장관실에서 동 A가 국무총리를 비롯한 정부각부장관들과 동석한 자리에서 보안유지를 강조하며 비상계엄령을

선포함에 있어 그 사유를 대통령서거로 하지 말고 국내치안문제로 하자고 제안하자 이에 호응 절충안으로 대통령 유고를 사유로 계엄령을 선포하자고 건의하고 동일 23:30경 국무총리와 내무 법무부장관등이 동 A의 주장에 반대하여 호응할 기미가 보이지 않고 청와대 수석비서관 Z가 대통령 유고경위를 국무회의에서 이야기하라고 독촉하자 피고인은 동 A의 주장이 관철되지 않을 것으로 판단하고 태도를 돌변하여 다음날 00:30경 국방부장관과 육군참모총장에게 "A가 대통령을 살해한 범인이다"라고 말하여 동 A가 체포됨으로써 국헌문란을 위한 폭동의 완성에 이르지 못하고 그 미수에 그친 내란 중요임무종사미수사실을 인정하였다.

그러나 원심판시사실은 위 A가 대통령을 위 식당에서 살해하고 현관을 나오면서 피고인에게 "이젠 다 끝났으니 보안유지를 철저히 해주세요"라고 부탁한 이후의 피고인의 관여행위에 대하여 이를 내란중요임무종사미수를 범한 것으로 사실을 인정한다는 것이고 피고인이 담당조사한 중요임무로는 보안유지를 하는 것이 그 임무의 하나였다는 취지로 보여지느바 살피건대 피고인은 동 A가 불의에 대통령등을 총격 살해한 돌발적인 공포분위기의 현장에서 보안유지를 해달라는 요구를 그저 "알았오"라고 할 밖에 다른 도리를 기대할 수 없는 상황이었다고 짐작되거니와 피고인이 대통령의 유해를 국군서울지구병원으로 후송하고 대통령수석비서관들과 경호실차장을 비상소집하고 국무총리와 각 장관들에게 알려 총와대로 오게한 것등은 사실을 숨기거나 허위보고를 한 잘못은 있다 할지라도 동 A의 보안유지의 당부를 어기고 사건을 고위직 관계인사들에게 알리는 자리 나름대로의 조처는 하였다고 볼수 있는 점에서 문제의 임무는 제대로 수행하지 않은 것으로 봄이 상당하다.

내란죄는 국토를 침탈하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동한자이어야 되는바 원심판시 사실에서 본바와 같이 살해등 폭력관계는 "이제 다 끝났으니 이에 대한 보안유지만 해달라"는 요청을 받은 이후의 행위에 국한되는 사건에 있어서 원심이 채택하고 있는 증거들에 의하여 들어난 바와같이 동 A가 위 식당본관에 대기케한 당시 육군참모총장인 AX 및 중앙정보부 제2차장보인 AH등을 대동하고 육군본부 방카에 가서 보안유지를 강조하고 육군참모총장등 군 주요장성과 국무위원등의 동향을 감시하였다는 사실은 피고인으로서 전혀 몰랐던 사실이고, 동 A가 청와대에 재삼 전화를 걸어 "일 다 끝났는데 무엇 때문에 거시 있는냐 국방부장관도 여기 있으니 국무총리를 모시고 육본방카로 오라"고 하여 국무총리, 내무, 법무부장관등과 함께 그곳으로 가게된 것이고, 동 A가 위 행위와 아울러 국무총리를 비롯한 정부 각부 장관들에게 보안유지를 강조하고 비상계엄을 선포하도록 유도한 것은 대통령등 살해후의 사태를 수습하고 기도한 거사의 목적을 달성하기 위한 과정을 조용하게 밟으려는 것이었을뿐 그 자체가 하나의 폭동이었거나 폭동이 끝나지 않고 그가 체포될때까지 계속된 상태에 있었다고 보아야할 증거자료는 없을뿐 아니라 피고인이 동 A가 육군참모총장을 섬복하여 군을 장악하고 있는 것으로 알고 육본방카로 간것이라는 것도 동 A가 아무 폭동없이 군을 장악하고 있는줄로 알았다는 것으로 볼 수밖에 없다 할 것이다.

피고인은 그곳에서 비상계엄선포의 사유를 대통령 유고로 하는 것이 좋겠다고 하며 처리의 추이를 보고 있다가 기회를 포착하여 동 A를 체포하게 한 것으로 대통령등의 살해로써 폭동은 끝나고 그 이후에는 아무 폭동의 행적이 없어 폭동이 존재하였다고 할 수 없다.

폭동이 계속되어 있었다고 가정하더라도 피고인이 그에 가담하였거나 모의에 참여하는등의 행위를 한 사실을 인정할 만한 증거는 도시 찾아볼 수 없다.

이렇다면 피고인이 폭동에 관계된 것을 전제로하는 그의 내란중요임무종사미수죄는 인정될 여지가 없다 할 것인데도 불구하고 원심이 반대로 같은 죄를 인정의율 하였음은 채증법칙에 위배하여 사실을 오인한 것이 아니면 법리 오해 내지 이유불비의 위법있어 판결에 영향을 미쳤다 할 것이고 논지들은 이유있다.

피고인 D의 변호인 N의 상고이유 제1점, 피고인 E 동 F의 변호인 O의 상고이유 제3점, 피고인 G의 변호인 P의 3인의 상고이유 제3점을 함께 판단한다.

원판결이유에 의하면 피고인 A는 이 사건 당일 19:00경 위 식당에서의 대통령, T등과의 만찬석에서 나와 본관 집무실 2층 침실에 미리 준비하여 두었던 권총 1정을 하의 시계주머니에 넣고 위 만찬석으로 들어가다가 동일 19:10경 위 식당에 인접한 구관정원에서 피고인 D 1심피고인 박흥주에게 "오늘 해치우겠으니 각오하라 각하등은 내가 직접 해치울테니 총성과 동시에 너희들은 똑똑한놈 3명을 골라서 경호원들을 처치하라"는 지시를 하면서 육군참모총장과 제2차장보가 집무실에 와 있다고 고지, 범행가담의사를 확고히 하도록 촉구하여 위 D로부터 30분내 준비완료 하겠다는 승낙을 받고, 위 김선호는 동일 19:15경 위 식당서편 정원에서 피고인 F 동 E에게 "부장님 지시인데 오늘일이 잘되면 한몫 볼 것이다 부장님이 안에서 총을 쏘는데 맞추어 너희들은 주방내의 경호원들을 사살하라"고 지시하여 동인등의 승락을 받고, 피고인 C는 위 식당 건너편 경비원 대기실에서 위 D로부터 청화대에서 경호원들이 오면 사살하라는 지시와 아울러 동일 20:05경 위 이기로부터 위 식당안에 아직 완전히 절명되지 않은 사람을 확인사살하라는 지시를 받고 위 식당안 경호원 대기실에 들어가 경호원들이 피격된 것을 보고 국가변란 사태인 점을 알면서 위 지시에 따라 가담하기로 응락함으로써 각 국헌문란 목적의 살상에 가담할 것을 순차로 상호공모하고 피고인 A 동 D 동 E 동 F 동 G는 전기 공모내용에 따라 동일 19:40경 피고인 A가 발사한 권총의 총성을 신호로 피고인 D는 위 식당현관앞 대기실에 있던 경호원들을 동 E 동 F는 위 박흥주와 더불어 위 식당 주방에 있던 대통령운전사 및 경호원들을 향하여 각기 권총으로 발사하고 동 G는 동일 20:05경 엠16소총을 소지하고 위 식당대기실 및 주방에 쓰러져 있는 경호원들과 위 만찬석내에서 신음하고있는 위 T에게 각 발사하여 피고인 D 동 E 동 F 동 G들마저 동 A와 더불어 공동하여 각 국헌을 문란할 목적으로 위 대통령등을 살해한 사실을 인정하였다.

그러나 원심이 채택하고있는 증거들은 기록에 대조하여 정사검토 할지라도 동 A의 이건 거사계획은 원심판시 내용에도 언급되어 있는 바와같이 보안유지관계로 단독으로 세웠다는 것이고 피고인 D 및 1심피고인 박흥주에게 "오늘 해치우겠다"고 한말도 이 사건 당일 19:10경에 처음으로 위 두사람에게 이야기했다는 것임을 알 수 있는바 그때 동 A로부터 "각하등은 내가 직접 해치울테니 총성과 동시에 너희들은 경호원들을 처치하라"는 지시가 있었으면 대통령등을 살해할터이니 협력하라는 것으로만 알아들을것이 당연한 순리이요 비록 대통령을 살해하면 국가에 변란을 가져오는 것으로서 이와같은 국가변란을 꾀한다는 것을 피고인 D가 알았다 할지라도 그밖에 동 A가 기도한바 거사목적 기타에 관한 별다른 지시를 받은 것이 없음은 일건기록상 명료한 이 사건에 있어서 대통령직에 있는 자연인 B를 살해하는 범행에 가담 실행한 것이 아니고 대통령이라는 헌법기관 그 자체를 폭력으로 전복하고 또는 그 권능 행사를 불가능케 하는 국헌문란 목적의 살해범행에 가담실행한 것으로 인정되어야 한다 함은 우리의 경험 및 논리칙상 비약된 이론이라할 것이고 당시 피고인 D가 육군참모총장과 중정제2차장보가 본관 집무실에 와있는 사실을 알았다고 하더라도 그것만으로써 결론을 달리할 수는 없다 할 것이다.

피고인 E 동 F는 피고인 D로부터 "총성이 나거든 주방내 경호원을 사살하라"는 지시(기록에 의하면 경호원들을 주방안으로 몰아붙이라 경호원들이 총을 쏘면 응사하라는 지시를 받은 것으로 인정된다)를 받은자들로서 피고인 D가 "오늘일이 잘되면 한몫 볼것이다"라고 말하였다는 것이나, 이말은 동 A가 한말은 아니고 위 D가 자의적으로 지꺼린 말로 보여지는바 위 식당 경비원 또는 운전수에 지나지 못한 피고인 들이 한몫본다하여 출세한다는 등의 대단할 것도 아닐 것이고 당시 육군참모총장과 중정제2차장보가 와 있다는 사실을 알고 있었다거나 나아가 국가에 변란을 초래하는 쿠데타를 이끄는 것으로 생각하였다 하더라도 그것은 중정조직체에서 상사의 지시명령을 무조건 복종한

데 불과한 피고인들의 인식 또는 생각이었다는 것이고 쿠테타를 이르는 것이 바로 위 국헌문란의 목적을 말하는 것으로 인정할 근거도 없을뿐 아니라 그러한 생각만으로써 상호 공모하였음을 인정할 자료가 되는 것은 아니라고 본다.

피고인 G는 또 한다리 넘어 동 E로부터 위 식당안에 아직 절명되지 않은 사람을 확인사살하라는 지시를 받은자로서 당시 국가에 변란이 일어난 것으로 생각하지는 않았다고 "주사위는 이미 던져졌다"고 혼자 말을 한 일이 없다고 부인하고 있음을 알수 있을뿐 반대로 인정할 만한 증거자료 있다고 할 수 없다.

이렇다면 피고인 G는 말할것도 없고 피고인 E 동 F와 피고인 D도 국헌문란 목적의 살인 행위에는 무관하다고 보는 것이 미땅하다 할 것임에도 불구하고 원심이 위 피고인들 전부에 대하여 국헌문란목적의 살인 공동정범 사실을 인정하였음은 증거없이 또는 채증법칙에 위배하여 사실을 오인한 위법있다 아니할 수 없고 이는 판결에 영향을 미쳤다 할 것이니 논지들은 이유있다.

### 3. 대법원판사 임항준의 의견

원심판결에 의하면 원심은 피고인 CH를 제외한 피고인등의 행위가 형법 88조의 내란목적살인과 형법 87조의 내란미수의 양죄에 해당하고 위 양죄는 상상적 경합관계에 있다고 판시하고 피고인 C의 행위는 살인과 내란미수의 양죄에 해당한다고 판시하였다.

그러나 원심의 위 판시중에는 다음과 같은 위법사유가 있다고 할 것이다.

- (1) 이 사건에 있어서 피고인등은 형법 87조의 폭동을 하기에 족한 다수인 결합이라고 볼수 없어 형법 87조의 내란죄의 주체가 될 수없다 할 것이고 가사 원심판시와 같이 피고인등의 행위가 폭동을 하기에 족한 다수인의 결합으로 본다고 하더라도 형법 88조의 내란목적 살인죄의 1죄에 해당할뿐 그외에 형법 87조에도 해당한다하여 상상적 경합범으로 처단할 수는 없다 할 것이다.
- (2) 피고인 E 동 F 동 C의 범죄행위는 내란목적살인 이라고 볼 수 있는 증거가 부족하여 단순살인죄로 보아야 할 것이다 .
- (3) 피고인 C는 T를 살해한 공모공동정범이라고 인정할 증거가 없으므로 원심판결에는 공모공동정범에 관한 법리를 오해한 위법이 있거나 증거없이 공모사실을 인정한 잘못이 있다고 보여지므로 다음과 같이 그 이유를 설시하기로 하고,
- (4) 끝으로 군법회의법 432조와 저항권에 관한 의견을 첨가하기로 한다.

1. 형법 제87조에는 국토를 참절하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동한자는 ... 이라고 규정하여 폭동을 그 구성요건으로 하고 있는바 여기에 폭동이란 다수인이 결합하여 폭행이나 협박으로 한지방의 평온을 해치는 정도가 되는 것을 말하는 것이어서 내란죄가 성립되려면 반드시 다수인의 결합을 필요로 한다고 할 것이다.

그러므로 내란죄는 소요죄와 더불어 군집범죄 또는 다중범죄 내지 집단범죄라고 칭하여지고 있다.

그러면 내란죄나 소요죄에 있어서 범죄의 주체가 반드시 다수인의 결합임을 요하는 이유는 무엇인가 그것은 다수인이 집합하게되면 그 다수인이 군집되어 있다는 사실만으로 소위 군집심리가 발생되어 그 집단을 구성하고있는

개개인이 가지고있는 이성적인 사고작용은 후퇴내지 저하되고 그 군집된 다중은 오직 암시 모방감정 이입등으로 인하여 그들 각자가 단독으로 있을 경우와는 전연 다르고 평상시에는 예기할 수 없는 비합리적인 감정이 폭발되거나 파괴적행동으로 나오는 경향이 있으므로 형법은 다중의 힘이 집결폭발되어 예측할수 없는 결과를 가져오게 되는 것을 경계하여 집단범 군집범의 처벌규정을 따로 규정한 것이라고 할 것이다.

따라서 우선 내란죄가 성립되려면 반드시 다수인의 결합이 필요하다고 할것이고 여기에서 말하는 다수인이란 위와같이 군집의식 군집심리가 형성되어 그 구성원 개개인의 사고와 행위의 단순한 산수적 집계가 아닌 전연 별다른 맹목적인 감정이나 비합리적이고 파괴적인 행동이 촉발되어 한지방의 평온을 해치기에 충분하고 폭행협박을 하기에 족한 다수인이여야 할 것이므로 10명 내외의 사람의 집합만으로는 위와같은 군집의식이나 군집심리가 발생할 수 있는 다수인이라고 볼 수없다할 것인바 이 사건에 있어서는 A 박흥주 D 3인만이 대통령을 위시한 몇사람을 저격한다는 것을 모의하였다는 것이고 구체적으로 누가 누구를 무슨이유로 살해하는지 그 이유를 모르고 범행한 자를 전부 다 합치더라도 6, 7명에 불과하니 동 인원으로는 형법 87조 소정의 폭동을 할만한 다수인이라고 볼 수 없어 피고인등의 행위가 형법 87조에 해당할 수 없을것임에도 불구하고 이에 해당한다고 본 원심의 조치는 폭동에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 아니할 수 없다.

또 가령 다수의견대로 피고인등의 행위가 형법 87조 소정의 폭동을 하기에 족한 다수인이라고 가정하더라도 피고인들이 살인을 한 이상 형법 88조의 내란목적살인의 1죄만 구성될뿐 87조의 내란미수죄에는 해당한다고 볼수 없을 것인데 원심은 그외에 87조의 내란미수죄에도 해당한다하여 그 양죄간에 상상적 경합관계가 있다고 판단한 조치는 위법하다고 아니할 수 없다.

원심의 이론대로라면 상해치사 한자에게도 상해죄와 상해치사죄의 상상적 경합관계가 있어야 할 것이고, 강도살인 한자도 강도죄와 강도살인죄의 상상적 경합범으로 처벌하여야 한다는 이론에 도달하게 될 것이다.

## 2. 피고인 EFG의 행위는 내란목적살인죄에 해당 한다고 볼 증거가 없다.

내란죄는 국가의 존립을 그 보호법익으로하는 범죄로서 내란목적이 있다고 하려면 우리나라 민주적 기본질서를 불법으로 파괴 또는 변혁하려는 목적이 있어야 할 것인바 과연 위 피고인 3인이 주관적 요건으로써 피고인 A등에게 위와같은 목적이 있다는 사실을 알고 범죄행위에 가담하였는지 그 여부에 관하여 살피건대, 피고인 E, F는 다만 피고인 D로부터 중앙정보부장의 지시이니 안에서 총성이 나면 청와대 경호원등을 한쪽에 몰아 부치고 만일 그쪽에서 총을 쏘려고 하기전 사살하라는 지시를 받고 그대로 행한 것일뿐 대통령을 저격한다는 사실을 들은일도 없고 중앙정보부장이 안에서 어떤 행위를 하는가를 알지못한 피고인 E, F가 피고인 A등에게 내란목적이 있다는 사실을 알면서 이에 가담하였다고 볼수는 없다 할 것이다.

범죄사실을 인정하려면 엄격한 증거가 있어야 할 것이고 단순한 추측에 의하여 동 피고인등 에게도 내란목적이 있다고 단정할 수는 없다 할 것이고 더구나 피고인 G는 사태가 일어난 건물과 떨어진 건물에서 경비에 임하고 있었으므로 이쪽건물에서 무슨일이 일어났는지 전연 알지 못하고 있던중 피고인 DE등의 지시로 다른 피고인들들이 저격하여 쓰러진 피해자중 3, 4명을 동 피해자등이 누구인지, 무슨이유로 저격되었는지도 모르고 확인사살 하였다는 것이고 피고인 G는 피고인 E로부터 대통령과 C 비서실장 중앙정보부장은 그 자리에서 피신했다는 말을 듣고서 확인사살 하였다는 것인데 어떠한 증거로 피고인 G에게 내란목적이 있었다고 인정할 수 있다는 것인지 기록상 그 증거를 찾

아볼 수가 없다.

또 피고인 G가 소위 확인사살한 것은 사태발생후 상당시간이 경과된 후이고 기록에 나타난 증거자료에 의하더라도 피고인 G가 이미 사망한 시체에 대하여 총격하였는지 사망하기전의 피해자에게 총격하였는지에 대하여도 명백한 심리가 되어 있다고도 볼수 없다.

3. 피고인 C는 T를 살해한 피고인 A와 공모공동정범이라고 인정할 증거가 없다.

대저, 범죄행위를 공모 또는 모의에 가담한자가 그 공모한 범죄행위에 직접 가담하지 아니하더라도 다른 공모자가 실행한 범죄행위에 대하여 공동정범의 죄책을 면할 수 없다함은 다수의견이 적시한 판례에 의하지 않더라도 이론의 여지가 없으나, 원심과 다수의견은 공모공동정범에 관한 법리를 오해하여 실행공동정범과 공모공동정범의 구성요건을 혼동 또는 동일시 하거나 논리칙과 경험칙에 반하는 증거판단을 한 위법사유가 있다고 아니할 수 없다.

즉 실행공동정범의 경우에는 "공동범행의 의식"이라던가 "의사의 연락"과 같은 넓은 의미의 합의만 있으면 공모관계가 있다고 할수 있으나 공모공동정범이 인정되려면 위와같은 정도의 넓은 의미의 합의만으로는 공동정범관계에 있다고 볼수 없고 간접정범에 가까울 정도의 고도의 합의가 있어야만 공모공동정범이 인정되는 것이다.

그러므로 공모공동정범에 있어서의 공모 또는 모의란 「2인 이상의 특정한 범죄를 행하기 위하여 공동의사로 1체가 되어 서로 타인의 행위를 이용하여 각자의 의사를 실행으로 옮기는 것을 내용으로 하는 고도의 모의」가 있는 경우에만 하여 공모공동정범의 관계가 있다고 엄격하게 해석하여야 할 것이고 또 공모공동정범이 인정되려면 그 외에 다음의 요건이 구비되어야 할 것이다.

- (1) 수인간에 위와같은 고도의 범죄의 공모 또는 모의가 있을 것
- (2) 그중의 어떤자가 그 공모한 범행을 하였을 것
- (3) 그 범죄의 실행은 위 (1)항의 공모 또는 모의에 기인하여 행하여진 것일 것

등의 3요건이 필요한 것이므로

- ① 피고인 C와 A간에 T를 살해하기로 위에 계기한 바와같은 고도의 합의를 하였는가
- ②또 A가 C와의 공모한 사실에 기인하여 즉 C와 살해하기로 합의한 것이 원인이 되어 T를 사살하였는가를 기록에 나타난 증거자료에 의하여 판단하기로 한다.

원심이나, 다수의견은 A의 군검찰에서의 진술에서 식당앞 정원석에 걸터 앉아서 동일 17:50경 A가 C에게 T를 가리켜 "그 친구 해치워버릴까"하며 C의 표정을 살펴보니 고개를 끄덕끄덕하였고 다실 뒷일을 부탁드립니다하니 고개를 끄덕끄덕했다는 진술과 피고인 C의 위와 유사한 진술등을 증거로 들고 있으나 A는 1심법정에서 자기가 그런말을 할시에 C가 고개를 끄덕끄덕했다는 말을 검찰에서 말한일은 없고, 고개를 끄덕하는 것 같더라는 말만은 했다는 것이고 A는 다시 C와 정원석에 앉아서 가볍게 T를 해치워버릴까라고 했으니 T를 망신이나 주겠다는 것으로 생각했을 것이고 대통령앞에서 T를 총으로 저격하리라는 것은 생각못했을 것이며 또 C는 자기(A)가 하는일에 동조하여 가담할 사람이 되지 못한다는 취지로 진술하였고 C는 1심법정에서 식당마당에서 대통령의 도착을 기다리는 동안 T를 해지운다느니 뒷일을 부탁한다느니 하는말을 들은일이 없고 A는 평소에는 여러번 T를 해치워버린다는 말을 해왔다는 취지로 진술하고 있어 위 검찰심문시에 A가 T를 해치워버릴까라는 말을 했을시 C가 고개를 끄덕였다는 사실을 그대로 인정하기에 부족하고 가사 검찰조서에 기재된 사실이 그대로 인정된다고 하더라도 위 식당정원에서 양인이 T를 살해하기로 공모한 것으로는 볼수 없다 할 것이다.

즉 A는 C와 만나기 훨씬 전부터 T와 대통령을 저격하기로 굳게 결의하고 궁정동 식당에 도착하여 권총을 점검하는 등 범행준비를 완료한 뒤인 오후 5:40경에야 C는 동식당에 도착하여 약 10분간은 국회에 관한 이야기를 하다가 대통령 도착시간이 가까워지므로 정원으로나가 대통령도착을 기다리는 짧은 시간에 정원석에 앉아 다른사람도 아닌 대통령 경호실장을 살해하는 공모를 검찰진술대로 "해치워 버릴까"에 "고개를 끄덕끄덕" 하는 식으로 T를 살해하는 공모가 되었다고 인정할 수 있을 것인가. 즉 위 검찰진술만으로 AC 두사람이 T를 살해하기로 1체가 되어 C가 A의 행위를 이용하여 C가 가지고 있는 T를 살해하려는 결의를 수행한 것을 내용으로 하는 고모의 합의가 이루어졌다고 인정될수는 없다 할 것이다.

또 공모공동정범이 인정되려면 위에 실시한 공모공동정범의 (3) 번째 요건이 A의 T살해행위가 C와의 공모에 기인하여 행하여진 사실이 인정되어야 할 것인데 과연 A의 범행이 C와의 공모에 기인하여 그 공모한 범죄내용을 실행한 것으로 볼 수 있을 것인가. A는 C와 공모한 범죄내용을 실행한 것은 아니고 A단독으로 C를 만나기전에 완전히 범의를 굳혀놓고 있다가 그 범의에 의하여 T를 살해한 것임은 기록상 명백한 사실이므로 C는 이점으로 보더라도 T살해의 공모공동정범이 될 수가 없는 것이다.

그뿐 아니라 기록에 나타난 모든 증거자료에 의하면 C는 A와 공모공동정범이 구성될 만한 고도의 합의는 고사하고 A가 대통령면전에서 T를 살해하리라는 것을 미리 알았다고 단정할 자료조차도 부족하다.

결과적으로 A가 T와 대통령을 저격하였으므로 이 범행사실이 선입감으로 작용하여 "T를 해치워버릴까"라는 말에 고개를 끄덕였다는 사실만으로 A가 T를 살해하겠다는 뜻으로 그런말을 한 것으로 C가 받아드린것처럼 원심이나 다수의견은 인정하고 있으나 "T를 해치워버릴까"라는 말이 필연적으로 T를 살해한다는 뜻이 될 수도 없고 그날의 장소의 사정이 대통령 면전인데 A의 위와같은 애매하고 단편적인 말한마디가 곧 A가 T를 대통령면전에서 살해하겠다는 뜻으로 받아들인다는 것은 우리의 경험칙에 심히 어긋나는 증거판단이라고 아니할 수 없으니 피고인 C는 T 살해의 공모공동정범이라고 볼 수 없음은 물론이고 넓은의미의 의사의 연락조차도 있다고 볼수없어 C는 A가 T를 살해하리라는 것을 알고 있었다고는 볼 수 없거니와 가령 A가 T를 살해하리라는 것을 C가 알고 있었다고 하더라도 타인의 범행을 인식하고서도 방관하였다는 사실만으로는 이를 처벌할 규정이 없으므로 어느모로보나 C는 T를 살해하는데 가공한 공동정범이라고 볼수는 없다 할 것이다.

피고인 C에 대한 내란미수죄에 관하여는 위 1항에서 실시한바와 같이 다수인이 결합하여 폭행협박을 한 폭동이라고 볼수없어 C에게 내란미수죄를 적용할 여지도 없다.

가사 다수의견대로 이사건의 피고인등의 행위가 형법 제87조의 폭동에 해당한다고 가정하더라도 A가 범행후 나오면서 C에게 "보안유지 해달라"는 말을 듣고 이에 응하는 태도를 취하였다고 하여 이것이 형법 제87조 2호소정의 중요임무 종사자로 인정된다는 취지의 원심의 판단은 형법 87조 2호의 법리를 오해하였다고 할 것이다.

A로부터 모안유지 하라는 일방적인 부탁을 받은 사람은 이에 반항하지 않은한 모두 내란죄의 중요임무종사자 라고 인정 한다면 A의 범행장소에 피고인이외의 사람들도 있었는데 A가 그 사람등에게 발설하지 말어달라는 부탁을 하여 동인들이 이에 항의하지 않고 응하는 태도를 취하였다면 그들도 다 내란죄의 중요임무 종사자가 된다는 결과가 될 것이다.

4. 형사소송법 383조군법회의법 432조에는 사형 무기 또는 10년이상의 징역이나 금고가 선고된 경우에 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때에는 이를 상고이유로 할 수 있다고 규정되어 있는데 군법회의법



432조에는 위 양형과중의 사유로 상고할 수 있다는 조항이 없는바 군인 군속이 아닌 민간인이 군법회의에서 재판 받은 경우 위의 양형과중을 이유로 상고할 수 있는지의 여부와 저항권이 우리나라에서 인정될 수 있으며 이를 재판 규범으로 적용할 수 있는지의 여부에 관하여 살펴보기로 한다.

#### (1) 군법회의법 432조의 문제

이 사건에 있어서의 피고인등에 대한 양형과중 여부와는 관계없이 일반적인 문제로 군법회의에서 재판 받은 자는 양형과중을 이유로하여 상고 할 수 없다는 주장에 대하여 의문이 있으므로 이를 적시해 두고저 한다.

형사소송법 383조에는 위에 제기한 중형이 선고된 경우 이를 상고이유로 할 수 있다고 규정되어 있음에 반하여 군법회의법 432조에는 상고를 할 수 있는 사유중에 위와 같은 규정이 없어서 군법회의에서 재판을 받은 자는 위의 양형과중을 이유로 상고 할수 없게 되어 있는 바 군법회의에서 재판을 받은 사람이 군인 군속인 경우에는 군인 군속의 신분과 복무의 특수성에 비추어 이유가 있다고 볼 수도 있을것이나 군인 군속이 아닌 민간인이 군법회의에서 위와 같은 형의 선고를 받은 경우에는 일반법원에서 재판을 받은 사람과 아무런 구별이 없어서 차별적 취급을 할 합리적 근거가 없음에도 불구하고 군법회의에서 재판을 받았다는 사유만으로 양형과중을 이유로 하여 상고할 권리를 박탈 한다는 것은 법 아래서의 평등을 규정한 헌법 9조에 비추어 합리적인 조치라고 볼 수 없으므로 군인 군속 아닌 민간인은 군법회의에서 재판을 받은 경우라도 일반 법원에서 재판 받은 경우와 구별할 이유가 없으므로 형사소송법 383조에 의하여 위 양형과중을 이유로 하여 상고 할 수 있는 것으로 해석할 여지가 있다고 보던지 만일 민간인이라도 군법회의법 432조의 명문규정으로 보아 양형과중을 이유로 상고 할 수 없다고 해석 할 수 밖에 없다면 적어도 민간인에 관한 한 군법회의법 432조는 헌법 9조에 위배 된다는 문제도 야기될 여지가 있다고 할 것이다.

군법회의법 525조에 의하면 비상계엄지역 내의 군법회의에서 재판을 받은 군인 군속 등은 상소 할 수 없다고 규정하면서 군인 군속 아닌 민간인은 군법회의에서 재판을 받은 경우라도 상소권을 제한 하지 아니한 점을 보더라도 민간인에 대하여는 군법회의에서 재판을 받았더라도 일반 법원에서 재판받은 경우와 균형을 맞추어 상고권을 제한 하지 아니하고 있는데 군법회의법 432조는 민간인을 군인 군속과 동일하게 취급한 것으로 본다면 이는 누구에게든지 균등하게 보장 되어있는 시민적권리의 행사에 차별을 둔 규정이라고 하여야 할 것이다.

#### (2) 저항권문제

다수의견은 이 문제에 관하여 실정법에 위배된 행위에 대하여 초법규적인 권리 개념인 저항권을 내세워 이를 정당화하려는 주장은 받아들일수 없다는 당원의 1975.4.8. 선고 74도3323의 판례를 그대로 유지한다고 실시하고 있는 바, 위 당원의 판례가 우리나라에 있어서 저항권자체의 존재를 부정하는 것인지 저항권을 재판규범으로는 적용할 수 없다는 취지인지 분명하지 아니하나 이 사건에 있어서 피고인 A등의 행위는 그 범행내용으로 보아 이를 저항권의 행사라고는 볼 수 없다할 것이므로 이 사건과 관련하여 저항권 문제를 논할 필요는 없다하겠으나 일반적인 문제로 우리나라에서 저항권의 존재를 부정하거나 이를 재판규범으로 적용할 수 없다는 판단에서 이를 그대로 수긍하기 어려운 다음과 같은 의문점이 있음을 지적해 두고저 한다.

우리나라에 있어서의 정치의 기본질서인 인간존엄을 중심가치로 하는 민주주의 질서에 대하여 중대한 침해가 국가기관에 의하여 행하여져서 민주적 헌법의 존재 자체가 객관적으로 보아 부정되어 가고 있다고 국민 대다수에 의하여 판단되는 경우에 그 당시의 실정법 상의 수단으로는 이를 광정할 수 있는 방법이 없는 경우에는 국민으로서 이를 수수방관하거나 이를 조장 할 수는 없다 할 것이므로 이러한 경우에는 인권과 민주적 헌법의 기본 질서의 옹호를 위하여 최후의 수단으로서 형식적으로 보면 합법적으로 성립된 실정법이지만 실질적으로는 국민의 인권을 유린하고 민주적 기본 질서를 문란케 하는 내용의 실정법상의 의무 이행이나 이에 대한 복종을 거부하는 등을 내용으로 하는 저항권은 헌법에 명문화 되어 있지 않았더라도 일종의 자연법상의 권리로서 이를 인정하는 것이 타당하다 할 것이고 이러한 저항권이 인정된다면 재판규범으로서의 기능을 배제할 근거가 없다고 할 것이다.

위와같은 저항권의 존재를 부정할 수 없는 근거로는 4.19 의거의 이념을 계승하여 ..... 새로운 민주공화국을 건설한다고 선언하여 4.19 사태가 당시의 실정법에 비추어 보면 완전한 범법행위로 위법행위임에도 불구하고 이를 우리나라의 기본법인 헌법의 전문에서 의거라고 규정짓고 그 의거의 정신을 계승한다고 선언하고 있어 위 헌법 전문을 법률적으로 평가하면 우리나라 헌법은 4.19의 거사를 파괴 되어가는 민주질서를 유지 또는 옹호하려는 국민의 저항권 행사로 보았다고 해석할 수 밖에 없는데 우리나라 헌법이 인정한 것으로 보여지는 저항권을 사법적 판단에서는 이를 부정할 수가 있을는지 의문이고 또 저항권이 인정되는 이상 재판규범으로는 적용될 수 없다고 판단하여 그 실효성을 상실시킬 합리적 이유가 있다고 볼수도 없다.

다수의견은 저항권이 실정법에 근거를 두지 못하고 있어서 이를 재판규범으로 적용할 수 없다는 취지로 실시하고 있으나 자연법상의 권리는 일률적으로 재판규범으로 기능될 수 없다는 법리도 있을수 없거니와 위에 적시한 우리나라 헌법의 전문은 저항권의 실정법상의 근거로 볼수도 있다고 할 것이다.

#### 4. 대법원판사 김윤행의 의견

형법 제87조의 내란죄는 이른바 집합범으로서 여기에서 폭동이라함은 한 지방의 평온을 해할 정도의 다중의 결합에 의한 폭행 또는 협박을 의미한다는 할것인데, 이 사건에 있어서의 피고인들의 소위는 그 구성에 있어서 다중의 결합이라고 볼 수 없다는 견지에서, 이 사건 피고인들중 피고인 H를 제외한 피고인 A, C, D, E, F, G등 6명의 피고인들에게 내란죄가 적용될 수 없고, 또 피고인 C에 대하여 원심판시 T의 살해에 대한 피고인 A와의 공모공동정범이 성립될 수 없다는 점에 관하여, 이미 대법원판사 임항준이 개진한 의견에 그 이론을 같이한다.

그리고 설사 위 피고인들에게 원심이 인정한 내란(미수)죄가 적용될 수 있다고 가정하더라도 원심이 피고인 C를 제외한 나머지 피고인들에게 대하여 이들의 소위가 동시에 제88조의 내란목적살인죄에도 해당한다는 상상적 경합관계를 인정하였음에 관하여는 아래와 같은 견해에서 그 법률적용이 잘못된 것이라고 지적한다.

그 이유로서 내란죄에 있어서는 내란목적으로 폭동을 하는 것을 구성요건으로 삼고있고, 여기에서 폭동이라고 하는 것은 내란죄에 관한 형법 제87조 제2호에서 "살상의 행위를 실행한 자"도 모의에 참여하거나, 지휘하거나, 기타 중요한 임무에 종사한 자와 똑같이 처벌한다고 규정하고 있어 "살상" 행위까지를 당연히 예상하고 있음에 비추어, 단순한 폭행, 협박에서부터 살인, 상해, 방화등의 행위까지도 넓게 포함하는 개념이라고 할 것이므로, 내란목적으로 폭동을 함에 있어서 그 폭동과정에서 사람이 살해되었다고 해도 이는 내란죄의 단순일죄로서 그 집합체를 구성한 지

위와 역할에 따라서 수괴, 모의참여자, 지휘자, 기타 중요임무종사자, 또는 부화수행자, 단순관여자등으로 구별되어 제87조 제1호 내지 제3호에 의하여 처벌되는 것이라고 할 것이며, 반면 내란목적살인죄를 규정한 형법 제88조에는 내란목적으로 사람을 살해한 자라고만 규정하고 있어 이는 폭동에 의하지 않고 사람을 살해한 경우를 의미하는 것임이 분명하므로, 같은 내란목적에서 사람을 살해한 경우라 하더라도 이것이 폭동과정에서 이루어졌다면 내란죄에 흡수되어 형법 제87조의 내란죄만이 되는것이고, 폭동에 의하지않고 사람을 살해한 경우라면 내란목적 살인죄의 단순일죄로서 제88조만이 적용되는 것이라고 봐야할 것이다.

만일 원심이 견해대로 이와같은 경우 항상 상상적 경합관계가 되는것이라고 한다면, 내란죄의 수괴에 있어서는 그 형이 사형, 무기징역 또는 무기금고이고, 내란목적살인죄도 사형, 무기징역 또는 무기금고로 되어있어 그 법정형이 같기 때문에 혹은 수괴의 경우에는 사실상 크게 영향이 없다고하는 견해가 나올수도 있다고 하겠지만, 내란죄의 폭동과정에서 "살상의 행위를 실행한 자"의 경우를 놓고 보면, 그는 위에서 본 바와같이 수괴의 다음차원에서 모의참여자, 지휘자나 기타 중요한 임무에 종사한 자들과 같은 형으로서 처벌받게 되고, 그 형은 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역이나 금고로 되어있어, 경우에 따라서는 5년 이상의 유기징역이나 금고로서 처벌받을수도 있게되는데 반하여, 상상적 경합범에 있어서는 형법 제40조에 의하여 가장 중한죄에 정한형으로 처벌하도록 되어있는 관계로, 언제나 내란목적살인죄에서 정하고있는 사형 또는 무기징역이나 무기금고의 형으로 처벌받게되어, 5년 이상의 유기징역이나 금고형을 규정한 형법 제87조 제2호와 균형이 맞지않는 결과가 되고만다( 형법 제88조의 내란목적살인죄의 형이 내란죄에 있어서는 폭동과정에서 "살상의 행위를 실행한 자"에 대한 제87조 제2호의 형보다 위와같이 무겁게 규정하고 있는 것은 상호간에 균형이 맞지않아 납득하기 어려운 점이 없지 않으나, 내란죄에 있어서는 군집범으로서의 폭동이라는 군중심리가 작용되어 깊이 사료함이 없이 경솔하게 행동하는 경우가 많다는 점에서 그 기대가능성이 적다고보아, 그렇지 아니한 내란목적살인죄와의 사이에 이러한 법정형상의 차이를 둔 것으로 이해하고자 한다) 위와같이 볼 때, 이 사건에 있어서 원심이 피고인 D, E, F, G에 대하여는 그 소위를 내란죄의 폭동에 있어서 중요한 임무에 종사한 자라고 모면서도 이들에게까지 내란목적살인죄와 상상적 경합범으로 의율하여 무거운 내란목적 살인죄의 형으로서 처단하였음은 결국 법률적용을 잘못하여 판결에 영향을 미친 경우에 해당한다고 할 것이므로 이와같은 원심판결을 유지하는 다수의견에 찬동할 수가 없고, 원심판결은 이점에서도 마땅히 파기되어야 한다고 할 것이다.

##### 5. 대법원판사 정태원의 의견

다음에 나오는 대법원판사 서윤홍의 의견중 (2)항의 피고인 E, F에 관한 부분 및 (3) 항의 피고인 G에 관한 부분과 같다.

##### 6. 대법원판사 서윤홍의 의견

이 사건에 나타난 사실과 증거로 보아서 피고인 C, E, F, G에 대하여 공소사실을 모두 유죄로 인정한 원심판결을 그대로 유지하려는 다수의견에는 다음과 같은 이유에서 찬성할 수 없다.

##### (1) 피고인 C에 대하여,

첫째로, 같은 피고인에 대한 공모공동정범에 의한 살인죄에 관하여 보건대 원심인 육군고등군법회의가 이점을 유죄로 인정한 취지는 결국 피고인이 상피고인 A와 모의하여 대통령 경호실장 망 T를 살해할 것을 기도하고 직접행위를 한 바는 없으나 같은 A로 하여금 살해의 실행을 하게하여 목적을 달한 것으로 유죄인정 한데있고 이를 뒷받침하는 사

실과 증거로써 같은 A가 살인의 실행으로서 총격을 가하기 두시간전에(총격은 1979.10.26. 19:40이고 피고인과 A가 만난 것이 같은날 17:50으로 되어있어 두시간이 채 못된다)피고인이 중앙정보부 청와대 지부인 궁정동 사무실 현관 경계석에서 A를 만났을 때 그가 "T실장을 해치우겠다"고 말한데 대하여 고개를 끄덕끄덕한 일이 있다는것과 총격 현장에서 A의 행위를 제지한 바 없다는 것 및 당일 사태가 진행되어 육군본부 방카 화장실에서 피고인이 A를 만나서 "왜 대통령각하까지 살해했는가"고 힐책한것중까지라는 말의 뜻에서 미루어볼 때 T에 대한 총격 살해를 의도한 것으로 인정된다는 것으로 요약된다.

그러나 이른바 공모공동정범이라는 것은 실행정범에 대한 개념으로서 사회의 실정으로보아 다수인에 의한 범죄가운데는 실질상 주범이 배후에서 범죄를 계획하고 그 실행행위는 부하나 또는 주범의 지배력을 받는 사람으로 하여금 실행케하는 경우에 단순한 교사나 방조만으로써 처리될수 없는 경우가 있다는 재판상 필요에서 나온 이론일뿐이고 그러한 경우에도 주범에게서는 자기의 범죄를 행한다는 주체적 의사가 있어야하고 단지 타인의 범의를 유발하거나 타인의 범행을 용인 내지는 이용하는 경우는 이에 해당하지 않는다고 봄이 상당하다 할것인바( 대법원은 이미 1959.6.12. 선고 57도380 사건의 판결 에서 의사의 주체 또는 동심일체라는 용어으로써 이를 표현한 것으로 보이고 일본 최고재판소 소화 33.5.28. 선고 소화 29년 제1056호 사건의 판결에서는 주체의사가 있어야 한다고 이점을 분명히 하고 있다) 이 사건에 있어 피고인 C에 대하여 원심이 실시한 취지와 그것을 뒷받침하는 사실등은 도저히 이에 해당하는 것으로 여겨지지 아니한다.

대통령 시해라는 총격적인 이 사건의 주체가 피고인 C가 아니고 A라는 것은 어느 누구도 부인할 수 없는데 유독 T실장을 살해한 부분에 한하여 피고인이 범죄의 주체이고 A는 피고인의 지시에 의하여 범죄의 실행행위를 담당한 것이란 도저히 납득이 가지 않는다.

앞서나온 A의 해치우겠다고 한 말에 피고인이 고개를 끄덕한 것이 사실이라 하더라도 그것은 살인을 용인한 것이 되었으면 어째서 살해의 공동모의가 될 수 있다는 것인지 이해가 가지않으며 살해의 현장에서 피고인이 A의 총격을 제지 않았다고 하더라도 그것은 살인을 방임한 것일뿐인데 어째서 살인의 주체가 된다는 것인지 분명치 않다.

더욱이나 그 현장에서 대통령이 총격살해되는 것을 비서실장인 피고인이 제지하지 않은것에 대하여도 이 사건에서 문책되지 않는데 경호실장이 살해되는 것을 제지하지 않은 것을 살인죄의 공모공동정범으로 보아야 한다는 것은 있을수 없고 육군방카 화장실에서 A와 대화한 것을 살해의 모의를 사후적으로 뒷받침한다는 것도 그 모의가 엄격한 증명을 요하는 주요사실이라고 볼 때 납득할 수 없는 것이다.

둘째로 같은 피고인에 대한 내란미수죄를 유죄로 인정한것에 관하여 보건대 내란죄는 형법 제87조에 규정된 바와같이 국헌의 문란을 목적으로 하는 범죄이고 이 사건에 있어서 국헌의 구체적내용은 대통령을 시해함으로써 헌정질서를 바꾼다는 것이므로 위신 대통령 시해에 대한 의사가 있는 여부가 피고인에 대한 내란죄의 목적인정에 불가결한 것이라 할 것이다.

그런데 피고인에 대하여는 처음 공소제기당시에 피고인도 A와 대통령을 시해할 것을 모의한 것이라 사실적시가 되었으나 원심에 이르러서는 그 부분에 관한 공소장이 변경되었고 원심의 사실인정 또한 대통령시해에 대하여는 피고인은 관련이 없는 것으로 확정하였다.

따라서 피고인에 대하여 내란죄의 중요임무종사죄의 미수 또한 성립될 수 없는 것이다.

비록 사건당일 피고인이 상피고인 A가 체포될때까지에 행한 일련의 거동속에 A의 내란음모에 동조내지 그를 방조한 것이 아닌가하는 의문이 기록상 보이기는 하나 그 의문이라고 하는것도 또한 추리와 정황에서 연유된 것일뿐이다.

내란죄가 목적범이라 볼 때 그 목적을 인정하기위한 증거나 사실 또한 엄격한 증명을 요하는 주요사실이라 할 것이므로 피고인이 문제의 총격직후 곧 A를 고발하지 않은것에 석연치 않은점이 있다해서 그것이 반사적으로 내란죄의 중요임무에 종사한 것으로 결론지워진다는 함은 합리적이라 할 수 없다.

더욱이나 당시의 상황으로 보아 피고인 스스로 A로부터 총격을 받지않을 아무런 보장도 없는데 시해후 네시간만에 국방장관과 육군참모총장에게 고발할때까지 A의 범행을 밝히지 않은 것 만으로써 내란의 목적으로 그렇게 하였다고 함은 논리의 비약이라 할 것이다.

더욱이나 A의 내란기도가 피고인의 고발로 미수에 그친 것 또한 어느 누구도 부인할 수 없는 이 사건에서 그 고발사실을 피고인에게 불리한 증거로써 추리하여 유죄인정을 한다는 것은 형평의 원칙에 합당한 것이라 할수도 없다.

이리하여 피고인 C에 대하여 이상에서 말한 여러 가지의 결정적인 사정이 밝혀져 있지도 않은 원심판결을 그대로 유지하려는 다수의견에는 견해를 같이 할 수 없고 이점들에 관한 상고논지는 이유있다 할 것이다.

(2) 피고인 E, F에 관하여,

같은 피고인들에 대하여 내란미수죄와 내란목적살인을 유죄로 인정한 원심판결 또한 그대로 보아 넘길수 없다.

같은 피고인들이 이 사건의 상피고인이고 상사인 D의 지시에 따라서 범행당일 궁정동 정보부 식당에 머물고 있던 대통령 경호실 소속의 U, X를 총격살해한 사실자체는 움직일 수 없는 것이지만 그 행위가 내란목적살인이 되기 위하여는 내란목적 즉 국헌문란에 대한 인식이 있어야 하는것인데 이점에 관하여 원심이나 다수의견에서 증거가 된다고 본 자료로는 같은 피고인들이 군 수사기간에서 진술한 것 이외는 아무것도 없다.

위의 진술취지 또한 "일이 잘되면 한급 올라갈 줄 알았다" "한 몫 본다"는 것으로 되었는데 그 진술기재가 국헌문란 즉 대통령시해를 알고 범행에 가담한 것의 증거로서 충분하다고 함은 자유심증의 한계를 넘는것이라 하지 않을 수 없다.

위의 진술을 하게된 경위에 대하여 기록을 보면 그것도 군 수사기관에서 추리해서 추궁심문한 결과 나온 진술이므로 그것이 의견인지 사실에 관한 진술인지 분간할 수가 없는데 어째서 그것이 대통령시해, 국헌문란의 목적인식과 결부될 수 있는지 이해가 가지 않는다.

피고인들이 총격을 하게된 경위에 대하여 상피고인 D는 다만 "식당 한구석에 경호실 경비원을 몰아세우고 반항하면 응사하라"고 지시하였다고 되어 있으며 피고인 F는 상피고인 D의 운전수이고 E 또한 궁정동 경비원으로서 학력이 별반없는데 그들에 대하여 내란죄의 목적인 국헌문란의 뜻을 묻는다는 자체에 난점이 있다 하더라도 최소한 대통령시해에 관한 인식이라도 있어야 할 것인데 피고인들이 이 사건에서 문제된 총격에 가담함에 있어서는 그 인식조차 있는 것으로 볼 뚜렷한 자료가 없는데도 원심이 그것이 모두 있는 것으로 인정하여 사형까지 선고한 것을 그대로 유지한다는 것은 천성할 수 없는 것이다.

(3) 피고인 G에 대하여,

같은 피고인은 이 사건에서 문제의 총격이 있는지 30분후에 이른바 확인사살을 함으로써 당시까지 생존하고 있던 T경호실장과 경비원 U의 생명을 완전히 끊음으로써 내란미수죄와 내란목적살인죄를 범한것이라는 것이 원심의 인정

인 바 이 부분 또한 도저히 그대로 보아넘길수 없는점이 있다.

같은 피고인이 위에말한 확인사살행위를 한 시간은 당일 20:05임은 원심이 확정한 바이고 당일 A에 의하여 T실장에 대한 충격이 있는 것은 19:40분으로 되어있다.

그렇다면 T가 처음 충격을 받은 시간으로부터 25분 내지는 30분이 지난후에도 죽지않고 그대로 신음하고 있는것이라 단정하기는 여러자료에서 보아 어렵다 할 것이다.

당일 A가 T에 대하여 충격을 하고 이어 대통령에 대하여 충격을 가한후 다시 곧 이어 화장실에 피신하였다 일어서는 T에 대한 복부관통의 마지막 충격과 대통령에 대한 재차충격을 가한 것임은 기록이나 원심이 그대로 인정하고 있다.

그렇다면 T실장의 사망시간은 적어도 대통령의 사망시간 이전이거나 아니면 같은 시간이라 보여진다 할 것인데 대통령의 사망시간은 기록상 육군병원에 시체가 운송된 시간인 당일 19:57분이전 5분이라고 병원당국에서 밝히고 있다.

결국 대통령의 사망시간은 A에 의한 충격이 처음 있는지 10분 내지 12분으로 추산된다고 볼 때 T의 사망시간도 같은 시간이라면 19:50분이나 19:52분이라는 계산이 나오는 것이다.

그렇다면 피고인 G가 확인사살을 한 20:05분 당시에 피해자인 T는 이미 사망한후라고 봄이 상당하다 할 것이고 불연이 면 같은 피해자에 대한 사체검안서와 사체를 촬영한 사진까지도 기록에 편철되어 있고 총상을 입은 부위까지도 똑똑히 나타나 있으므로 전문가로 하여금 그 사망시간을 감정시키는 등 심리를 하였어야 할 것이다.

그럼에도 불구하고 그러한 조치를 취한바도 없이 확인사살당시 피해자인 T가 무슨 소리를 하는 것 같이 느꼈다는 피고인의 진술 한마디로서 내란목적살인죄를 유죄로 인정하여 사형까지 선고한다는 것은 도저히 납득할 수 없는 것이다.

따라서 피고인 G에 대하여 이점을 심리하여 살인죄가 되는가 아니면 단순한 시체에 대한 충격으로 볼것인가를 밝히지 않은 것은 심리미진이나 이유불비에 해당하는 것이라 하지 않을수 없다.

더욱이나 같은 피고인이 위의 확인사살을 하기전에는 어디서 무엇을 하였는지 기록상 알 수 없는데 그 사살행위가 내란목적으로 이루어진 것이라하여 내란죄로 유죄인정을 한다는 것은 증거없이 사실인정을 한 것이라는 비난을 면할 수도 없을 것이다.

이리하여 결국 피고인 C, E, F, G에 대한 원심인 육군고등군법회의의 판결에는 잘못된 점이있고 이에대한 각 상고논지는 이유있다 할 것인데 다수의견은 그것을 그대로 유지하려 하므로 찬동할 수 없음을 밝힌 것이다.

1980.5.20.

대법관 이영섭(재판장) 주재황 민문기 양병호 한환진 임항준 안병수 김윤행 이일규 라길조 김용철 유태홍 정태원 서윤

홍