

# 참여민주사회시민연대(참여연대) People's Solidarity for Participatory Democracy(PSPD)

140-012 서울시 용산구 한강로 2가 404번지 기원빌딩 4층  
대표전화: 796-8364, 팩스: 793-4745, 전자통신(하이텔/천리안): PSPD

수신 : 각 신문사 사회부(법조) 담당기자

## 보도자료

1. 바른 언론 창달을 위해 애쓰시는 귀사에 경의를 표합니다.
2. 5.18 광주민중항쟁에 대해 검찰이 '공소권 없음' 결정을 내림으로써 또한 번의 실망을 국민들에게 안겨 주고 있습니다. 정치 검찰의 오명을 벗지 못하고, 법치주의를 실현하고자 하는 국민의 열망을 무시하고 공소권 없음이라는 가당치도 않은 결정을 내리고 만 것입니다. 검찰은 이례적으로 여러 가지 법리적 근거를 들고 있는데 이것이 과연 법적으로 타당한 근거들인지에 대한 면밀한 검토와 강한 반박 필요할 것입니다.
3. 이에 참여연대 사법감시센터에서는 5.18 검찰 수사결과에 대한 법적 검토를 7월 24일(월) 오후 4시 참여연대 회의실에서 "5.18 검찰의 불기소처분에 반박한다"라는 제목으로 수행하고 합니다. 이 자리에서는 검찰이 여러 법리를 근거로해서 내린 수사결과에 대한 면밀한 법적 검토와 이것이 갖는 허구성에 대한 반박이 있을 것입니다.

- 5.18 검찰 수사 결과에 대한 법적 검토 -

### 5.18 검찰의 불기소처분에 반박한다.

발제 「5.18」 불기소조치의 법리에 대한 법철학적 검토

오병선 (吳炳善, 서강대 법학/ '한국법철학회 부회장)

1980년 정치군부의 범죄행위에 대한 형사법적 검토

한인섭 (韓寅燮, 경원대 법학/형법)

토론 : 정영태 (丁榮泰, 인하대 정치외교학)

양영태 (梁榮太, 변호사)

5.18 관련단체 1인

사회 : 김제완 (金濟完, 변호사)

일시 : 1995년 7월 24일 (월) 오후 4시

장소 : 참여연대 회의실

<별첨> 발제문 요약

<발췌1>

## 5.18 불기소조치의 법리에 대한 법철학적 검토

오병선 (吳炳善, 서강대 법학과 / 한국법철학회 부회장)

### 1. 「5.18」 사건의 사법적 처리의 필요성

오늘 우리가 국민 전체의 대화합과 국민정서 속에 막하고 용어리 전 부분을 풀어 대해원을 바란다면 「5.18」사건은 시급히 해명되어야 하고 해결되어야 한다. 그 해결은 사법적으로 처리하는 것이 바람직하다. 범죄와 형벌에 관한 현대적 이론에 의하면 형법의 기능과 임무에 관하여 이는 범죄사건의 관련 당사자인 가해자, 피해자, 처리관련 공무원은 물론 일반 시민들에게 무엇이 사회질서의 내용이고 방향이며, 나아가 삶의 운영방식이 어떠해야 하는가를 국가가 공식적으로 제시하는 가장 적절한 방식으로 이해되고 있다. 이 형법적 처리를 통하여 국민은 시기와 증오를 제도적으로 발산할 기회를 갖고 그리하여 억울함을 녹이며 상호화해를 도모할 수 있다. 과거의 범죄자는 이를 통하여 자신의 비행을 공식적으로 사과하고 그리하여 사회에 정상적으로 복귀할 수 있다. 사법적 처리절차와 과정이야말로 국가가 공식적으로 마련할 수 있는 국민의 대해원과 대화합, 그리고 사회통합을 위한 장치라 할 것이다.

### 2. 자유민주국가의 사법운영의 기본원리

「5.18」 사건의 사법처리의 자세와 방향은 어떠한 것이어야 하는가? 우리나라의 통치와 사회질서의 근본적 운영방식은 헌법에 표명된 자유민주주의 원리를 비롯하여 이를 실현하는 제반 부수적 헌법규범원리에 부합되는 것이어야 한다. 우리나라 헌법에 명시된 자유, 평등, 정의, 인도, 인권의 존중 및 법치주의의 준수는 우리들의 안전과 자유와 행복을 확보하기 위하여 국가가 실천할 의무를 지는 중요한 규범원리이다. 오늘날 국가가 해야 할 일, 특히 사법기관의 임무는 헌법규범가치의 일부분인 현상질서의 유지를 통한 안정만이 아니라 헌법규범가치의 전체가 요구하는 모든 국민의 안전과 자유와 행복을 위한 정의와 인도, 인권의 존중을 통한 공공복리 내지 공동선의 실현이다. 이는 진정한 법치주의의 실현을 통하여야만 가능하다.

### 3. 「5.18」 불기소조치의 법리상의 문제점

검찰이 제시한 불기소처분의 법리적 근거는 크게 세가지 문제점을 안고 있다.

첫째, 검찰이 인용한 켈렌과 라드부르흐의 법철학이론에는 실효성이나 법적 안정성만을 강조하고 있는 것이 아니다. 켈렌은 그 저서에서 법질서의 효력은 실효성에 의존하고 있음이 사실이지만 실효성이 곧 법의 효력이 되지는 않는다고 밝혔다. 라드부르흐도 법적 안정성과 정의와의 관계를 논하면서 통상적인 경우 법적 안정성의 중요성이 인정되지만 정의가 회생되어 참을 수 없는 불법적 상태가 야기될 경우까지도 법적 안정성을 중시할 수는 없는 것이라며 법적 안정성의 추구는 정의의 요청에 의하여 견제되어야 한다고 주장했다.

둘째, 사실적 세력관계가 형성되고 실효적이 되면 법률관계를 형성한다는 사실의 규범력형성설 내지 법명령설은 극단적 법실증주의이론으로 오늘날 현대민주주의 국가에서는 거의 인정되지 않고 있다. 오늘날의 대표적인 법효력이론은 법승인설이다. 사실적 세력관계가 형성되고 그것이 실효적이 될 때 그러한 상태가 상당한 기간 지속될 경우 국민들이 그러한 사실관계에 신뢰를 보내며 그러한 사실관계를 유지하는 것이 바람직하다고 승인을 하였을 경우에 법의 효력을 갖는 규범질서가 창설된다고 보는 것이 적절한 설명이 된다. 20세기의 대표적 법실증주의 법철학

자들인 로스, 하트 등도 범승인설을 주장하고 있다.

세째, 쿠데타에 의한 새로운 정권 및 헌법질서 창출이 쿠데타 과정상의 제반 행위에 대한 법적 책임을 면제한다는 주장은 민주주의 국가의 법리에 반하는 이론이다. 오늘날 우리나라와 같이 자유민주적 기본질서를 헌법질서의 핵심원리로 하는 경우에는 인간의 존엄과 가치가 보장되고 행복추구권이 인정되는 등 국민의 기본권이 확보되는 것을 전제로 국가질서가 형성되고 통치권이 국가기관에 부여되는 것으로 보아야 한다. 어느 국가기관의 행위나 기존의 국가기관을 변경, 폐지, 또는 새로이 창설하는 행위도 이와 같은 국민의 기본권존중의 기본적 국가구성원리를 위배한 경우 국가의 최고법인 헌법은 그 정당성을 인정할 수 없고 위헌성을 부여해야 한다. 이것은 헌법자체의 변경이 있었다 하더라도 구헌법과 신헌법이 동일한 자유민주적 기본질서를 핵심 원리로 한다면 헌법질서의 보호를 위해서도 필요하게 된다.

---

<발췌2>

## 1980년 정치군부의 범죄행위에 대한 형사법적 검토

한인섭 (韓寅燮, 경원대 법학과)

### 2. 형사법적 판단

#### (1) '5·17 쿠데타와 권력장악과정'에 대한 형사법적 평가 : 더이상 논의할 필요가 없는 내란죄

검찰은 1980년 5월 17일 비상계엄 전국확대로부터 1980년 8월 최규하 대통령의 하야에 이르기까지의 일련의 행위에 대하여 ◆외형적으로는 최규하 대통령의 국사행위 또는 그 집행행위에 해당된다고 할 수 있으나, ◆다른 한편으로 비상계엄의 확대, 정치인의 체포·연금, 정치활동의 금지, 국보위의 설치·운영 등 일련의 조치들은 당시 전두환 보안사령관이 최규하 대통령의 사전지시가 없는 상태에서 그 주도하에 기획·입안하여 추진한 조치들로서 전두환 보안사령관이 집권에 성공하여 새 공화국을 출범시키는 과정에 있어서 직·간접적으로 기여한 이른바 정권창출의 준비 또는 기초행위로서의 실질도 가지고 있다고 판단하고 있다.

그러나 여기서 외형적인 대통령의 행위라는 것은 정치군부가 자신들의 행위를 정당화하기 위한 외적 표지였을 뿐이었고, 대통령직 수행을 위한 국민들의 정당성도 물적 기반도 갖지 못한 최대통령으로서는 하야때까지 일종의 고무도장 관리인(혹은 "꼭두각시")에 지나지 않았음은 모든 자료가 말하는 바이다. 모든 중요한 정치적·행정적 행위들은 모두 전두환을 위시한 정치군부에 의해 일방적으로 결정되었다. 그러한 행위들이 정치적으로는 '정권창출의 준비 또는 기초 행위'임이 분명하지만, 정치학자일 필요가 없는 검찰은 단지 그러한 일련의 행위의 범죄성 여부를 판단하는 것을 우선적 과제로 했어야 했다.

정치군부가 이 기간동안 수행한 행위를 형사법적 시각에서는 다음과 같이 요약된다.

- 1) 대통령은 물론 내각 누구도 거론하지 않았음에도 전두환 보안사령관이 보안사 참모들에게 비상계엄 전국확대, 국회 해산, 내각을 조정·통제하는 비상기구 설치, 정치활동의 규제 등을

「시국수습방안」이란 명목으로 추진한 사실. 이는 명백히 내란음모죄에 해당한다.

2) 위 사항을 전국 주요지휘관회의를 통해 결의하고, 국무회의에서 계엄확대안건 심의시에 회의장 주변에 집중한 군병력까지 대거 배치하여 위압적인 분위기를 조성하였다면, 그것만으로 명백히 내란죄의 요건, 즉 “국헌문란을 목적으로 한 폭동행위”에 해당하기에 부족함이 없다.

3) 검찰이 인정한 바와 같이 법리상으로는 계엄포고는 물론 어떤 조치로도 모든 정치활동을 금지할 수는 없다. 그런데 계엄의 전국확대와 여러 조치를 담은 계엄포고령 10호 자체가 무효라는 사실이 검찰발표를 통해 보여진다. 첫째, 계엄의 선포권자인 대통령의 문서상의 재가도 받지 아니하고 포고발령을 감행하는 등 성립절차상의 결정적 하자를 갖고 있어 대통령의 계엄포고령으로 볼 수 없다(검찰발표사실 참조). 둘째, 대통령이 계엄을 선포한 경우에는 지체없이 국회에 통고하여야 하며(유신헌법 제54조 4항, 계엄법 제5조 1항), 국회가 폐회중일 때에는 대통령은 지체없이 국회의 집회를 요구하여야 한다(계엄법 제5조 2항). 셋째, 계엄령에 의하여 국회의 기능을 제한할 수 없으며, 「계엄선포중 국회의원은 현행법을 제외한 외에는 체포 또는 구금되지 아니한다」(계엄법 제17조). 이는 계엄에 대한 정치적·대의적 통제를 실효성있게 하기 위한 헌법과 계엄법상의 규정으로 계엄포고령에 의해 침해될 수 없는 것이다. 국회가 계엄의 해제를 요구한 때에는 대통령은 즉시 계엄을 해제하여야 한다(유신헌법 제54조 5항).

그런데 국회에 군병력을 배치하고, 계엄해제를 논의하기 위해 동원하는 국회의원의 출입을 봉쇄함으로써 계엄령에 대한 국회의 사후통제권을 무력화시켰다. 따라서 계엄포고령 10호 자체가 유효한 법령으로서 성립하지도 못했으며, 때문에 계엄포고령 발포행위 자체가 내란적 행위이며 그에 의거한 개별적 집행행위는 법적 근거없는 범죄행위가 되거나 내란죄의 일부로 흡수될 것이다.

국회출입을 막고 국회활동을 불가능케 한 조치는 “헌법에 의하여 설치된 국가기관을 강압에 의하여 그 권능행사를 불가능케 한” 국헌문란행위이며, 군병력을 동원한 것이 폭동에 해당하는 것이 되어 내란죄가 성립된다.

4) 계엄령에 의해 제한할 수 없는 국회의원의 불체포특권을 무시하고 국회의원을 연행·구속한 것 역시 개별적으로는 불법체포·감금죄(형법 124조), 특수공무방해죄(형법 144조) 등에 해당하겠지만, 전체적 맥락을 한꺼번에 보면 내란죄의 한 행위에 흡수된다고 보여진다.

5) 보안사의 일부 참모들이 계획하고 전두환 보안사령관이 주도하여 추진한 국가보위비상대책위는 검찰의 조사결과대로 “국보위 상임위원장이 대통령을 보좌한다는 명목으로 행정에 관하여 사실상 내각을 조정·통제하는 계엄사령관의 권한을 행사”함으로써 내각을 대체하였다. 이는 비헌법적 기구가 헌법기구를 대체하는 것으로, 이 역시 내란행위에 해당한다.

6) 내란을 위한 조직체로서의 국보위가 행한 공직자 숙청, 삼청교육대, 언론인 해직, 언론사 통폐합, 재산헌납의 강요 등은 내란죄에 흡수될 수 없는 독자적 범죄행위로 보아야 할 것이다. 협박죄, 강요죄, 강도죄, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률위반 등 여러 조문에 걸쳐 처벌되어야 할 것이다.

7) 정치인과 민주시민에 대한 강제연행과 실정법의 한계를 넘어선 기간동안의 불법감금, 구타와 고문행위도 내란죄의 일부로 볼 수도 있겠지만, 내란죄의 불가분적 구성요소일수는 없으므로 불법체포·감금죄, 고문·가혹행위죄 등의 범죄를 독자적으로 구성한다고 볼 것이다.

## (2) 「5·18광주민주화운동 진압과정」에 대한 형사법적 평가 : 내란목적 살인, 살인

광주에서의 학살행위는 두가지 관점에서 조명될 수 있다. 첫째, 잔혹한 진압을 통하여 시민들의 공분과 저항을 유발하여 소요사태를 유도한 다음 법질서 회복을 명목으로 무자비한 진압작전을 전개하고, 이를 빌미로 내각을 무력화시키고 정권을 탈취한 것이라면(즉 치밀한 사전각본에 따른 것이라면), 전반적인 유혈진압과 살상은 국헌문란의 폭동행위로써 내란죄를 구성할 것이다. 둘째, 전두환 등이 주장대로 과잉진압에 따른 우발적 사고(광주“사태”적 시각)라고 본다

면, 광주에서의 일련의 행위가 반드시 내란죄의 일부로 흡수되지는 않겠지만, 인명살상에 대한 형사법적 책임은 별개로 가려져야 할 것이다. '자위권 발동'을 주장한다고 해도, 자위권의 개념으로 모든 살상행위가 정당화될수는 없으며, 자위권발동인지 아닌지 하나하나 가려져야 한다.

1) 시민들의 시위와 항의에 대한 공수부대의 유혈진압, 무고한 시민들에게 대한 진압과정에서 이루어진 살상행위, 실탄의 사전분배 등으로부터 볼 때 '현재의 부당한 침해'를 야기한 자는 시민이 아니라 공수부대원 및 군대인 것이 명백하며, 공격자가 정당방위권 내지 자위권을 주장할 수 없다. 공무원의 모든 행위가 적법성의 추정을 받지 못하는 것처럼 군인의 모든 행위가 정당화될 수 없음을 말할 것도 없다. 전반적으로 볼 때 군인들의 과잉공격에 대하여 시민들의 행위가 정당방위를 구성한다.

2) 실탄의 사전분배는, 비록 자위권에 필요한 한도에서 쓰라는 지시가 있더라도, 살인예비죄의 구성요건에 해당하며, 발포한 경우에는 실탄분배자·발포자와 그 지휘계통에 있는 자들이 모두 살인죄의 (공모)공동정범 혹은 살인죄의 특수교사·방조(형법 제34조 2항)의 책임을 지게 될 것이다. 그에 대하여는 1960년 3·15 마산의거에 대한 발포명령에 대한 문책을 참고할 수 있다.

발포명령이 현장 지휘관의 재량에 맡겨져 있다는 것은 도저히 이해할 수 없는 대목이다. 권력장악에 있어 민간인에 대한 발포명령은 권력장악에 방해되는 세력의 제거(사실상 적군에 대한 선전포고행위로 해석될 수밖에 없다)이다. 이러한 실질적인 선전포고행위가 최고 핵심부의 의사결정없이 이루어질 리가 없다. 실탄분배가 공수특전단의 최고위층 차원에서 이루어졌고, 중앙에서 광주현지의 정보를 시시각각 파악하고 있었고 특전사령관이 수시로 광주에 들락거렸던 상황이며, 교통통신도 제대로 작동하고 있던 상태에서 상부통제를 받지 아니한 우발적 발포는 있을 수 없기 때문이다.

3) 검찰 발표문 중에는 "도로에 나와 단순히 구호를 외치거나, 차량으로 도로를 진행하거나, 총상자들을 구호 또는 호송하려 하거나, 심지어는 시위현장 부근에서 구경하기 위해 나타난 경우 등 구체적으로 총기발사나 차량돌진 등 군에 대하여 직접적 위협을 가하고 있지 아니한 상태에까지 발포가 이루어진 사실"을 인정하고 있다. 그러나 그에 대한 검찰의 평가는 "당시 실탄 및 사격통제에 상당한 문제점이 있었음이 확인되었음"이라고 할 뿐이다. 이같은 표현은 법률가인 검찰이 쓸 것이 아니라 군특검단이 할 말이다. 검찰은 단지 이러한 행위가 시위진압목적을 남용하여 살상행위를 한 범죄로 규정하기만 하면 죽하다. 사격"통제"에 문제가 있었던 것이 아니라, "무자비한 진압의 원칙"에 따른 당연한 결과일 뿐임을 그동안의 수많은 자료들이 뒷받침하고 있다. 이러한 살상행위는 내란죄에 흡수되지 아니한 별개의 살인행위인 것이다.

4) 시위대 연행과정에서의 살상, 김성수 일가의 살상, 효천역 부근에서의 살상, 주남마을에서의 살상, 송암동 부근에서의 살상행위는 '국민 모두를 적으로 돌리는 자세'가 아니면 설명할 수 없는 행위이다. 이는 거창양민학살, 미라이 사건에서의 미군의 베트남인 학살, 최근의 세르비아인들의 학살행위 등과 궤를 같이하는 양민학살적 성격의 범죄이며, 내란죄에 흡수될 수 없는 집단살상행위이다. 범죄가 있으면 그것을 증거에 의해 확인하고, 범죄자를 처벌하는 것이 검찰의 할 일이다.

만일 1995년 7월 육군의 모 부대가 병력이동중에 병사들에 의한 민간인살상행위가 있다고 하자. 그러면 수사기관은 누가 살상을 했고, 누구의 지휘를 받았는지 하나하나 수사·기소할 것은 너무도 당연하다. 적어도 현장지휘관은 형사책임을 질 것이며, 지휘관이 거기에 현재하여 있지 않는 경우에도 총탄의 사전분배를 한 테 대한 형사책임을 면치 못할 것이다. 누구가 쏜 총에 맞았는지 가릴 수 없을 때에는, 시위대가 던진 돌에 경찰이 맞아 부상한 경우 그 시위대 중 체포된 자들에 대하여 동시범의 특례(형법 263조)가 적용된 판례가 있듯이, 공동정범에 준하여 처벌하든지 아니면 살인죄 및 살인미수죄로 개별적으로 처벌하든지 상황에 맞추어 분명히 가려내야 한다. 그런데 문제는 검찰이 양민학살사건을 인지하고도, 그 책임자조차 가려내려는 최소

한의 노력도 않고 있다는 점이다. 여기서 살인행위를 확인하고도 살인범을 체포·처벌하려는 노력은커녕 살인범이 누구인지조차 확인하려 하지 않는 검찰의 직무유기성을 확인한다.

## 2. '성공한' '내란'은 처벌할 수 없는가

### ◆ 논거에 대한 비판

- 내란이 성공하였다고 내란죄가 없어지려면 형법상 내란죄의 기수조항을 제거해버려야 한다. 즉 형법상 내란예비음모죄, 내란미수죄는 두되 내란기수죄를 두지 말아야 한다는 것이다. 형법상 엄연히 내란(기수)죄 조항을 두고 있는데, 내란이 성공하면 처벌못한다는 것은 말이 안 된다.

- 무너진 구헌정질서에 근거하여 형사처벌 여부를 운운할 필요가 없는 것은, 형법에 의거할 때 전두환 등의 행위들이 명백히 내란에 해당하기 때문이다. 헌정질서의 중요한 측을 이루는 우리의 형법은 바뀐 적이 없다.

- 검찰의 논리는 한마디로 “성공한 내란범에 대하여 누가 처벌할 힘이 있겠는가”하는 것이다. 사실상의 힘은 없어도 법적으로는 엄연히 범죄이며, 그럴 때 법률가들은 성립된 범죄를 범죄가 아니라 할 수는 없다. 미수복지구이자 반국가단체의 완전한 힘의 지배하에 있어 대한민국의 형별권이 전혀 미치지 않는 북한지역의 범죄행위에 대하여도 대한민국 형법이 적용된다고 하는 것이 확고한 우리 판례인 것처럼, 내란범의 지배하에 있는 영토에서도 1980년의 내란죄는 내란죄인 것이고 형법규정은 당연히 적용된다.

- 우리 헌법은 “대통령은 내란·외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직중 형사소추를 받지 아니한다”고 규정한다. 달리 말하자면 내란의 죄를 범한 경우에는 재직중에도 형사소추를 받아야 한다는 것이 헌법의 확고한 명령이다. 내란의 죄를 범한 대통령은 무엇을 말하는가. 내란을 일으켜 권력을 장악하여(검찰의 표현을 빌리자면 “내란이 성공한 경우”) 대통령이 된 경우 혹은 대통령 재직중 친위쿠데타로 내란행위를 한 경우를 말할 것이다. 이러한 국헌문란행위에 대하여는 재직중에라도 형사소추를 하여, 국가를 수호해야 할 의무가 형사소추의 주체인 검찰에게 부과되어 있는 것이다. 이 헌법규정을 볼 때에도 성공한 내란범에 대하여는 더더욱 형사처벌을 확실히 해야 하는 것이다.

- 본 사건의 내란죄 적용과 관련하여 김재규 사건의 대법원판례(1980.5.20 선고, 80도306)를 살펴볼 필요가 있다. 동사건에서 다수의견은 정치상황의 변경을 이유로 김재규 등을 내란죄로 처벌할 수 없는 초법규적 사유가 성립한다는 견해를 배척하였다. 소수의견에서는 “피고인들이 유신체제를 강압변혁하려는 목적하에 대통령을 비롯한 사람들을 살해한 것이라면, 그 뒤 개헌에 대한 전국민적 합의가 있은 후에 재판함에 있어서는 범행시의 체제가 재판시의 그것과 달라졌다”는 정치상황이 바로 초법규적으로 처벌할 수 없는 사유가 된다 할 것이므로 내란죄로는 처벌할 수 없다”(민문기 대법원판사의 소수의견)는 견해를 소수의견에서 내세운 데 대하여, 다수의견은 “내란죄에서 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 것”이라고 설시하고 있다. 다시 말해 “초법규적” 논거로써 내란죄의 당부를 논할 수 없으며, “정치질서의 변화”나 “헌정의 변화”를 내란죄 인정여부와 관련시킬 수 없음을 말한다. 이러한 개념을 끌어들일 때는 법원과 검찰이 그처럼 고수해오던 법실증주의적 입장을, 오직 이번 사건에 한하여만, 스스로 무너뜨리는 모순을 범하는 것이다.

### 3. 검찰의 범죄성과 법원의 책임

- 이번의 결과 발표에서 보이는 검찰은 단순히 행정적 직무유기가 아닌 범죄적 수준의 직무유기이다. 사법심사대상을 검찰이 사전에 놓단하는 데 따르는 국민(및 피해자들)의 재판청구권 박탈, 헌법상의 법앞의 평등원칙 위배, 수사의 고의적 지연에 따른 권리구제를 위한 실질적 기회의 박탈 등의 문제도 심각한 것이다. 더욱 심각한 것은 배타적인 수사권 및 수사지휘권을 갖고 있는 집단이 범죄사실을 인지하고 고소·고발을 접수하고도 공소시효가 만료될 때까지 수사를 고의적으로 지연시킨 것이다. 검찰 스스로도 무고한 양민들에 대한 학살행위자들이 누구인지조차 밝혀내지 않는 것은 명백한 범죄에 대하여 범인은 낙·도피죄를 범한 것이다. 결국 범죄자를 더이상 처벌할 수 없게 하여, 범인을 놓아준 결과가 되어 검찰은 형법상의 직무유기죄 및 범인은 낙·도피죄를 구성한다고 볼 수 있다.

- 헌법과 법률을 위배하였음이 분명한 검찰에 대하여, 검찰총장이 법적·정치적 책임을 져야 한다. 국회는 검찰총장에 대한 탄핵소추권을 행사해야 한다.

- 법원의 책임도 분명히 할 때이다. 12·12 쿠데타에 대한 피해자인 정승화 등에 대한 유죄판결, 5·17의 피해자인 김대중 등에 대한 내란음모죄 유죄판결, 광주민주화운동관련자에 대한 유죄판결 등이 아직도 재심에 의해 번복되지 않은 채 그대로 남아있다는 사실은 모든 법적 혼란의 주요한 원인이 되고 있다. 정치적·사회적·입법적 차원에서 가해자와 피해자가 누구인지 정립된 데 반해, 판결에 있어서만은 잘못된 가해자·피해자 규정이 유지되고 있는 것이다. 그리고 검찰은 바로 아직도 유지되고 있는 이 판결들을 존중한답시고, 거기에 편승하여 지금도 잘못된 결정들을 내리고 있다.

5공정권 성립에 전후하여 정치인들과 민주시민에 대한 정치군부의 숙청작업에 사법부가 법적 판단을 내림으로써 스스로 “사법의 정치화, 정치의 사법화”를 초래한데 대하여 일대반성과 부끄러운 과거청산작업을 벌이지 않으면 안된다. 고소·고발인들로부터 “사법살인”的 공범으로까지 규탄당하도록 까지 할일을 방기해온 법원이 되어서야 될 말인가.

명백한 내란을 「공소권없음」으로 덮어버리는 검찰이 있는가 하면, 전혀 내란일 수 없음이 밝혀진 행위(김대중 등 내란음모사건 등)에 대하여 법원이 유죄판결을 아직도 철회하려는 의지를 보이지 않고 있는 점에서 법원도 검찰이 받고 있는 비난의 철반을 나누어야 겠다.

5공 정권관여자들의 가장 강력한 무기 중의 하나가 이미 법원의 확정판결 있다는 사실을 내세운다. 광주폭도들에 대한 사법처벌, 김대중 등 내란음모사건 등에 대한 판결을 재심을 통해 번복하지 않고는, 법원은 5공의 오욕으로부터 한걸음도 탈출할 수 없다.

1995년 7월 24일

참여민주사회시민연대 사법감시센터

소장 박은정(朴恩正)