

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2016도14781 계엄법위반
피 고 인 망 피고인
상 고 인 검사
변 호 인 법무법인 지향
담당변호사 이상희 외 4인
원 심 판 결 부산고등법원 2016. 9. 8. 선고 2016재노15 판결
판 결 선 고 2018. 11. 29.

주 문

상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 사건의 경위와 쟁점

가. 사건의 경위

(1) 1979. 10. 18. 부산지역에 비상계엄이 선포되었고, 계엄사령관 공소외인은 같은 날 구 계엄법(1981. 4. 17. 법률 제3442호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 계엄법'이라

한다) 제13조에서 정한 계엄사령관의 조치로서 유언비어 날조·유포와 국론분열 언동은 엄금한다는 내용이 포함된 계엄포고 제1호(이하 '이 사건 계엄포고'라 한다)를 발령하였다.

(2) 피고인은 1979. 10. 20. 12:30경 유언비어를 유포하여 계엄사령관의 조치에 배반하는 언론을 하여 구 계엄법 제15조, 제13조, 이 사건 계엄포고 제4항을 위반하였다는 공소사실로 기소되어 1980. 9. 27. 육군계엄고등군법회의에서 징역 2년을 선고받았고(이하 '재심대상판결'이라 한다), 대법원은 1981. 2. 10. 피고인의 상고를 기각하였다.

(3) 부산고등법원은 2016. 7. 7. 재심대상판결에 대하여 부마민주항쟁 관련자의 명예회복 및 보상 등에 관한 법률 제11조 제1항의 특별재심사유가 있다고 보아 재심개시결정을 하였고, 그 무렵 위 결정이 확정되었다.

(4) 원심은, 이 사건 공소사실에 대한 증거가 없고 이 사건 계엄포고는 구 계엄법 제13조의 요건을 갖추지 못한 채 발령되었으며 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되어 위헌·위법하여 무효라는 이유로 피고인에 대하여 무죄를 선고하였다. 이에 대하여 검사가 상고하여 다투고 있다.

나. 쟁점

이 사건의 주요 쟁점은 이 사건 계엄포고가 구 계엄법 제13조의 발령요건을 갖추었는지, 그 내용이 헌법과 법률에 위배되어 무효인지 여부이다. 이와 관련하여 이 사건 계엄포고에 대한 사법심사의 가부와 심사 기관도 다투어지고 있다.

2. 이 사건 계엄포고의 위헌·위법 여부

가. 형벌에 관한 법령에 대한 위헌·위법 여부 심사

이 사건 계엄포고는 구 대한민국헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호로 전부 개정되기 전

의 것, 이하 '유신헌법'이라 한다) 제54조 제3항, 구 계엄법 제13조에서 정한 '특별한 조치'로서 이루어졌다. 이는 별칙조항인 구 계엄법 제15조에서 정한 '제13조의 규정에 의하여 취한 계엄사령관의 조치'에 해당하여 형벌에 관한 법령의 일부가 된다.

형벌에 관한 법령이 헌법재판소의 위헌결정으로 소급하여 그 효력을 상실하였거나 법원에서 위헌·무효로 선언된 경우 그 법령을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대해서는 형사소송법 제325조에 따라 무죄를 선고하여야 한다. 나아가 재심이 개시된 사건에서 형벌에 관한 법령이 재심판결 당시 폐지되었더라도 그 폐지가 당초부터 헌법에 위배되어 효력이 없는 법령에 대한 것이었다면 형사소송법 제325조 전단에서 규정하는 '범죄로 되지 아니한 때'의 무죄사유에 해당한다(대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결 등 참조).

나. 이 사건 계엄포고에 대한 사법심사

(1) 현행 대한민국헌법(이하 '현행 헌법'이라 한다) 제107조 제2항은 '명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.'고 정하고 있다. 따라서 대법원은 구체적 사건에 적용할 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는지 여부를 최종적으로 심사할 수 있는 권한을 갖는다.

(2) 유신헌법 제54조 제3항은 '비상계엄이 선포된 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유, 정부나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다.'고 정하고 있다. 구 계엄법 제13조는 '비상계엄지역 내에서는 계엄사령관은 군사상 필요할 때에는 체포, 구금, 수색, 거주, 이전, 언론, 출판, 집회 또는 단체 행동에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다.'고 정하고, 구 계엄법 제15조는 '제13조의

규정에 의하여 취한 계엄사령관의 조치에 응하지 아니하거나 이에 배반하는 언론 또는 행동을 한 자는 3년 이하의 징역에 처한다.'고 정하고 있다.

구 계엄법 제15조에서 정하고 있는 '제13조의 규정에 의하여 취한 계엄사령관의 조치'는 유신헌법 제54조 제3항, 구 계엄법 제13조에서 계엄사령관에게 국민의 기본권 제한과 관련한 특별한 조치를 할 수 있는 권한을 부여한 데 따른 것으로서 구 계엄법 제13조, 제15조의 내용을 보충하는 기능을 하고 그와 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가진다. 그러므로 법원은 현행 헌법 제107조 제2항에 따라서 위와 같은 특별한 조치로서 이루어진 이 사건 계엄포고에 대한 위헌·위법 여부를 심사할 권한을 가진다.

다. 이 사건 계엄포고의 위헌·위법성

(1) 평상시의 헌법질서에 따른 권력행사 방법으로는 대처할 수 없는 중대한 위기상황이 발생한 경우 이를 수습함으로써 국가의 존립을 보장하기 위하여 국가긴급권을 행사하는 대통령의 결정은 존중되어야 한다. 그러나 이러한 국가긴급권은 국가가 중대한 위기에 처하였을 때 그 위기의 직접적 원인을 제거하는 데 필수불가결한 최소한도로 행사되어야 하고 국가긴급권을 규정한 헌법상 발동 요건과 한계에 부합하여야 한다(대법원 2013. 5. 16. 선고 2011도2631 전원합의체 판결 등 참조).

(2) 유신헌법 제54조 제1항은 '대통령은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요 또는 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 계엄을 선포할 수 있다.'고 정하고, 구 계엄법 제4조는 '비상계엄은 전쟁 또는 전쟁에 준할 사변에 있어서 적의 포위공격으로 인하여 사회질서가 극도로 교란된 지역에 선포한다.'고 정하고 있다.

유신헌법 제54조 제1항, 구 계엄법 제4조 등에 비추어 볼 때, 구 계엄법 제13조에서 정한 '군사상 필요할 때'는 전쟁 또는 전쟁에 준하는 사변으로 국가의 존립이나 헌법의 유지에 위해가 될 만큼 극도로 사회질서가 혼란해진 상태 등이 현실적으로 발생하여 경찰력만으로는 도저히 비상사태의 수습이 불가능하고 군병력을 동원하여 그러한 상황에 이른 직접적인 원인을 제거하는 것이 반드시 필요하게 된 때를 뜻한다고 보아야 한다.

(3) 이 사건 계엄포고의 내용은 일체의 집회·시위·기타 단체활동과 유언비어를 날조·유포하는 행위, 국론분열 언동, 정당한 이유 없는 직장이탈이나 태업행위를 금지하고, 언론·출판·보도·방송은 사전 검열을 받아야 하며, 각 대학은 당분간 휴교 조치를 하고(제1항 내지 제5항), 이를 위반한 자는 영장 없이 체포·구금·압수·수색한다(제7항)는 것이다. 이러한 내용은 이른바 유신체제에 대한 국민적 저항인 부마민주항쟁(부마민주항쟁 관련자의 명예회복 및 보상 등에 관한 법률 제2조 제1호)을 탄압하기 위한 것이었을 뿐이고, 이 사건 계엄포고가 발령될 당시의 국내외 정치상황과 사회상황이 구 계엄법 제13조에서 정한 '군사상 필요할 때'에 해당하였다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 계엄포고는 유신헌법 제54조 제1항, 구 계엄법 제13조에서 정한 요건을 갖추었다고 볼 수 없다.

(4) 이 사건 계엄포고의 내용은 국가가 국민의 기본적 인권을 최대한으로 보장하도록 한 유신헌법 제8조(현행 헌법 제10조)에도 불구하고, 유신헌법 제18조(현행 헌법 제21조)가 정한 언론·출판과 집회·결사의 자유를 침해하고, 유신헌법 제10조(현행 헌법 제12조)가 정한 영장주의 원칙에 위배됨은 물론 유신헌법 제19조(현행 헌법 제22조)가 정한 학문의 자유를 침해할 뿐만 아니라 현행 헌법 제31조 제4항이 정하는 대학의 자율성도 침해한다. 또한 '유언비어를 날조·유포하는 일체의 행위(제4항)' 등 범죄의 구

성요건이 추상적이고 모호할 뿐만 아니라, 그 적용범위가 너무 광범위하고 포괄적이어서 통상의 판단능력을 가진 국민으로서 무엇이 법률에 의하여 금지되는 행위인지를 예견하기 어려우므로 죄형법정주의의 명확성 원칙에도 위배된다.

(5) 요컨대, 이 사건 계엄포고는 헌법과 법률에서 정한 요건을 갖추지 못한 채 발령되었고, 그 내용도 영장주의와 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되며, 표현의 자유·학문의 자유·대학의 자율성 등 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해하는 것이므로, 이 사건 계엄포고가 해제 또는 실효되기 이전부터 이미 유신헌법, 구 계엄법에 위배된다. 따라서 이 사건 재판의 전제가 된 이 사건 계엄포고는 위헌이고 위법한 것으로 무효이다.

라. 이 사건의 해결

이 사건 계엄포고가 처음부터 위헌이고 위법하여 무효이므로 이 사건 공소사실은 형사소송법 제325조 전단에서 정한 '범죄로 되지 아니한 때'에 해당하여 무죄를 선고하여야 한다.

원심의 판단은 위에서 본 법리에 기초한 것으로 정당하다. 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 이 사건 계엄포고의 위헌·위법 여부에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

3. 나머지 상고이유 주장

가. 재심개시결정에 대하여는 형사소송법 제437조에 따라 즉시항고로 불복할 수 있고, 이러한 불복이 없이 확정된 재심개시결정에 대하여는 더 이상 다룰 수 없다. 따라서 이와 다른 전제에서 이미 확정된 이 사건 재심개시결정이 위법하다는 상고이유 주장은 더 나아가 살펴볼 필요가 없다.

나. 위에서 보았듯이 이 사건 공소사실이 형사소송법 제325조 전단에 정한 '범죄로

되지 아니한 때'에 해당하므로 원심의 사실인정과 증명력을 다투는 상고이유 주장도 더 나아가 살펴볼 필요가 없다.

4. 결론

검사의 상고는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이동원 _____

 대법관 조희대 _____

주 심 대법관 김재형 _____

 대법관 민유숙 _____