

서울중앙지방법원

제 24 형사부

판 결

사 건	2020재고합11 포고령위반
피 고 인	이부영 주거 등록기준지
재심청구인	피고인
검 사	○○○(공판)
변 호 인	법무법인 덕수 담당변호사 ○○○, ○○○
재심대상판결	수도경비사령부 계엄보통군법회의 1979. 12. 5. 선고 79보군형제 314호 판결
판 결 선 고	2021. 8. 27.

주 문

피고인은 무죄.

이 판결의 요지를 공시한다.

이 유

1. 이 사건 공소사실의 요지

별지 2 공소사실 기재와 같다.

2. 판단

가. 재심대상판결의 확정과 재심개시결정

기록에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

1) 박정희 전 대통령이 1979. 10. 26. 총격 사건으로 피살되자, 최규하 전 대통령 권한대행은 1979. 10. 27. 제주도를 제외한 전 지역에 비상계엄을 선포하였고, 육군대장 정승화 계엄사령관은 같은 날 별지 1 기재와 같이 계엄포고 제1호를 발령하였다(이하 ‘이 사건 계엄포고’라 한다).

2) 피고인은 별지 2 공소사실 기재와 같은 포고령위반의 공소사실로 수도경비사령부 계엄보통군법회의의 79보군형제314호로 공소제기 되었는데, 위 계엄보통군법회의는 1979. 12. 5. 피고인에 대한 공소사실을 유죄로 인정하고 구 계엄법(1981. 4. 17. 법률 제3442호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 계엄법’이라 한다) 제15조, 제13조, 이 사건 계엄포고 제1항, 형법 제30조 등을 적용하여 피고인에게 징역 3년을 선고하였다(이하 ‘재심대상판결’이라 한다).

3) 피고인은 재심대상판결에 대하여 육군계엄고등군법회의의 80고군형항제2호로 항소하였으나 육군계엄고등군법회의는 1980. 3. 6. 항소를 기각하는 판결을 선고하였고, 피고인이 이에 대하여 대법원 80도1022호로 상고하였으나 대법원은 1980. 6. 10. 상고를 기각하는 판결을 선고함으로써 피고인에 대한 재심대상판결이 확정되었다.

4) 이 법원은 2021. 3. 18. 재심대상판결에 대하여 형사소송법 제420조 제5호의 재심사유로 재심개시결정을 하였고, 그 결정은 그대로 확정되었다.

나. 이 사건 계엄포고가 위헌·무효인지 여부

1) 계엄포고에 대한 사법심사권

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”라고 규정하고 있다. 따라서 대법원은 구체적인 사건에 적용할 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는지 여부를 최종적으로 심사할 수 있는 권한을 가진다.

구 대한민국헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 헌법’이라 한다) 제54조 제3항은 “비상계엄이 선포된 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유, 정부나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다”라고 규정하고 있다. 구 계엄법 제13조는 “비상계엄지역내에서는 계엄사령관은 군사상 필요한 때에는 체포, 구금, 수색, 거주, 이전, 언론, 출판, 집회 또는 단체행동에 대하여 특별한 조치를 할 수 있다”라고 규정하고, 같은 법 제15조는 “제13조의 규정에 의하여 취한 계엄사령관의 조치에 응하지 아니하거나 이에 배반하는 언론 또는 행동을 한 자는 3년 이하의 징역에 처한다”라고 규정하고 있다.

구 계엄법 제15조에서 정하고 있는 ‘제13조의 규정에 의하여 취한 계엄사령관의 조치’는 구 헌법 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 여부

를 심사할 권한을 가진다(대법원 2018. 11. 29. 선고 2016도14781 판결).

2) 이 사건 계엄포고의 위헌·위법성

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

구 헌법 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.”라고 규정하고, 구 계엄법 제4조는 “비상계엄은 전쟁 또는 전쟁에 준할 사변에 있어서 적의 포위공격으로 인하여 사회질서가 극도로 교란된 지역에 선포한다.”라고 규정하고 있다. 구 계엄법 제13조는 “비상계엄지역 내에서는 계엄사령관은 군사상 필요할 때에는 체포, 구금, 수색, 거주, 이전, 언론, 출판, 집회 또는 단체행동에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 위 구 헌법 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 상황이 현실적으로 발생하여 경찰력만으로는 도저히 비상사태의 수습이 불가능하고 군병력을 동원하여 그러한 상황에 이른 직접적인 원인을 제거하는 것이 반드시 필요하게 된 때를 뜻한다고 보아야 한다.

그런데 이 사건 계엄포고는, 박정희 전 대통령이 1979. 10. 26. 총격 사건으로 피살되고, 최규하 전 대통령권한대행에 의하여 1979. 10. 27. 제주도를 제외한 전지역에 비상계엄이 선포되자, 계엄사령관에 의하여 발령된 것으로, 비록 장기간에 걸쳐 최고통수권자로 있던 박정희 전 대통령이 총격 사건으로 피살되는 비상사태로 인하여 사회에 다소의 혼란이 발생할 가능성이 있었다고 하더라도, 이 사건 계엄포고가 발령될 당시의 국내외 정치상황 및 사회상황이 경찰력만으로는 도저히 비상사태의 수습이 불가능하고 군병력을 동원하여야만 할 상황이었다고 보기 어려워 구 계엄법 제13조에서 정한 ‘군사상 필요할 때’에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 계엄포고는 구 헌법 제54조 제1항, 구 계엄법 제13조에서 정한 요건을 갖추지 못하였다.

나) 이 사건 계엄포고의 내용은 일체의 옥내외 집회는 허가를 받아야 하며 시위 등의 단체활동을 금하고(제1항), 언론·출판·보도는 사전에 검열을 받아야 하며(제2항), 정당한 사유 없이 직장 이탈 및 태업행위를 금하고(제4항), 유언비어의 날조 및 유포행위를 금하며(제5항), 모든 대학(전문대학 포함)은 별명이 있을 때까지 휴교 조치를 하고(제7항), 이를 위반한 자는 영장 없이 체포·구금·수색한다는 것이다.

위와 같은 이 사건 계엄포고의 내용은 국가가 국민의 기본적 인권을 최대한으로 보장하도록 한 구 헌법 제8조(현행 헌법 제10조)의 규정에도 불구하고, 구 헌법 제18조(현행 헌법 제21조)가 규정한 언론·출판과 집회·결사의 자유를 침해하고, 구 헌법 제10조(현행 헌법 제12조)가 규정한 영장주의 원칙에 위배됨은 물론 구 헌법 제19조(현행 헌법 제22조)가 규정한 학문의 자유를 침해할 뿐만 아니라 현행 헌법 제31조 제4항이 규정하는 대학의 자율성도 침해한다. 또한 ‘유언비어를 날조·유포하는 일체의 행위’ 등 범죄의 구성요건이 추상적이고 모호할 뿐만 아니라, 그 적용범위가 너무 광범

위하고 포괄적이어서 통상의 판단능력을 가진 국민이 법률에 의하여 금지되는 행위가 무엇인지를 예견하기 어려우므로, 죄형법정주의의 ‘명확성의 원칙’에도 위배된다.

다) 이와 같이 이 사건 계엄포고는 헌법과 법률에서 정한 발동 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 해제되거나 실효되기 이전부터 구 헌법, 현행 헌법, 구 계엄법에 위배되어 위헌이고 위법하여 무효이다(서울고등법원 2019. 11. 15. 선고 2014 재노19 판결 참조).

다. 형벌에 관한 법령의 폐지와 무죄사유

1) 재심이 개시된 사건에서 범죄사실에 대하여 적용하여야 할 법령은 재심판결 당시의 법령이므로, 법원은 재심대상판결 당시의 법령이 변경된 경우에는 그 범죄사실에 대하여 재심판결 당시의 법령을 적용하여야 하고, 폐지된 경우에는 형사소송법 제326조 제4호를 적용하여 그 범죄사실에 대하여 면소를 선고하는 것이 원칙이다. 그러나 법원은, 형벌에 관한 법령이 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 소급하여 그 효력을 상실하였거나 법원에서 위헌·무효로 선언된 경우, 당해 법령을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대하여 같은 법 제325조에 따라 무죄를 선고하여야 한다. 나아가 형벌에 관한 법령이 재심판결 당시 폐지되었다 하더라도 그 ‘폐지’가 당초부터 헌법에 위배되어 효력이 없는 법령에 대한 것이었다면 같은 법 제325조 전단이 규정하는 ‘범죄로 되지 아니한 때’의 무죄사유에 해당한다(대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결 등 참조).

2) 이 사건 계엄포고는 유신헌법 제54조 제3항, 구 계엄법 제13조에서 정한 ‘특별

한 조치'로서 이루어졌고, 이는 벌칙조항인 구 계엄법 제15조에서 정한 '제13조의 규정에 의하여 취한 계엄사령관의 조치'에 해당하여 형벌에 관한 법령의 일부가 된다.

그런데 앞서 나.항에서 본 바와 같이 이 사건 계엄포고는 당초부터 위헌·무효이므로, 이 사건 계엄포고 제1항을 위반하였음을 전제로 한 이 사건 공소사실은 형사소송법 제325조 전단에서 규정하는 '범죄로 되지 아니한 때'에 해당한다.

3. 결론

따라서 이 사건 공소사실은 범죄로 되지 아니한 때에 해당하므로 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고하고, 형사소송법 제440조 본문에 따라 이 판결의 요지를 공시한다.

재판장 판사 ○○○ _____

판사 ○○○ _____

판사 ○○○ _____

[별지1]

계엄포고 제1호

포 고 문

국가 안전과 공공질서 유지

국가의 안전과 공공의 안전질서를 확립하고 국민의 생명과 재산을 보호하기 위하여 다음 사항을 포고한다.

1. 일체의 옥내외 집회는 허가를 받아야 하며 시위 등 단체 활동은 금한다.
2. 언론, 출판, 보도는 사전에 검열을 받아야 한다.
3. 야간 통행금지는 밤 22:00부터 익일 04:00까지로 한다.
4. 정당한 사유 없이 직장 이탈 및 태업행위를 금한다.
5. 유언비어의 날조 및 유포행위를 금한다.
6. 항만 및 공항의 출입은 검열을 받아야 한다.
7. 모든 대학(전문대학 포함)은 별명이 있을 때까지 휴교조치 한다.
8. 일체의 집단적 난동소요 및 기타 범법행위를 금한다.
9. 주한 외국인의 활동은 이를 보장한다.

상기 포고를 위반한 자는 영장 없이 체포·구금·수색하며 엄중 처단한다.

1979. 10. 27.

계엄사령관 육군대장 정승화

[별지2]

공 소 사 실

피고인은 1976. 8.경 대법원에서 긴급조치 9호 및 국가보안법위반으로 징역 2년 6월, 자격정지 2년 6월 형을 선고받고 복역다가 1977. 12. 27. 그 형의 집행을 종료한 자로서, ○○○○○○○○○○○위원회 상임위원의 직에 있는 자인바, 일체의 옥내외 집회는 허가를 받아야 함에도 불구하고, 공소외 성○○, 이○○, 정○○, 김○○, 이○○, 백○○, 서○○, 염○○, 김○○ 등과 함께 ○○○○협의회, ○○○○○○협의회, ○○○○○○○○○○○위원회, ○○○○○○○○○○○위원회, ○○○○협의회 명의의 시국에 관한 성명서를 발표하는 집회를 허가 없이 가질 것을 공모하고, 1979. 11. 13. 10:00 부터 동일 10:40경까지의 사이에 서울 ○○구 ○○동 △ 소재 윤○○의 집 응접실에서 피고인 및 위 성○○, 이○○, 이○○, 정○○, 이○○, 김○○과 위 5개 단체 회원 5~6인이 참석한 가운데 국내 동아일보, 경향신문, 합동통신 각 기자, 일본 아사히신문, 공동통신, 미국 뉴욕타임즈, 엔 비이 시이, 유우 피이 아이, 에이 에프 피이, 에이피이 각 특파원 등 국내외 기자 15~20인을 전화로 불러 모은 자리에서 위 정○○의 사회로 위 성○○이 피고인이 전일 작성한 “나라의 민주화를 위하여”라는 제하에 긴급조치 및 계엄령 철폐, 언론자유보장, 정치범 석방, 그동안 박해당한 자들의 권익회복을 요구하는 내용의 위 5개 단체 명의의 성명서를 낭독하고 이어 기자회견을 가짐으로서 허가없이 옥내외 집회를 개최한 것이다. 끝.