

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2008도10960 일반교통방해, 공용물건손상, 폭력행위등처벌에관
한법률위반(공동상해), 공무집행방해, 집회및시위에
관한법률위반

피 고 인 피고인

상 고 인 피고인

변 호 인 법무법인 원

담당변호사 원민경

원 심 판 결 서울중앙지방법원 2008. 11. 14. 선고 2008노3119 판결

판 결 선 고 2011. 8. 25.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울중앙지방법원 합의부에 환송한다.

이 유

1. 상고이유를 판단한다.

원심은 이 사건 공소사실 중 피고인이 야간옥외집회에 참가하였다는 취지의 각 공소

사실을 집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것, 이하 '집시법'이라 한다) 제23조 제3호, 제10조 본문을 적용하여 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

그런데 원심판결 선고 후 헌법재판소는, "집시법 제10조 중 '옥외집회' 부분 및 제23조 제1호 중 '제10조 본문의 옥외집회' 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 조항들은 2010. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다."는 주문의 헌법불합치결정을 선고하였고(헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2008헌가25 결정), 국회는 2010. 6. 30.까지 헌법불합치 결정된 집시법의 위 조항들을 개정하지 아니하였다. 그리고 집시법 제23조는 위 헌법불합치결정의 핵심인 집시법 제10조 본문의 옥외집회 부분을 공통의 처벌근거로 삼고 있고 다만 야간옥외집회를 주최한 자(제1호)인지 단순 참가자(제3호)인지에 따라 법정형을 달리하고 있는바, 위 헌법불합치결정은 비록 집시법 제23조 중 제1호에 규정된 주최자에 대한 것이기는 하지만 집시법 제10조 본문의 옥외집회 부분에 대하여 헌법불합치를 선언한 것이므로, 야간옥외집회금지 위반으로 기소된 단순참가자에 대하여도 위 헌법불합치결정의 효력이 미친다고 보아야 할 것이다.

따라서 위 헌법불합치결정에 의하여 헌법에 합치되지 아니한다고 선언되고 그 결정에서 정한 개정시한까지 법률 개정이 이루어지지 않은 집시법 제10조 중 '옥외집회' 부분 및 제23조 중 '제10조 본문의 옥외집회' 부분은 소급하여 그 효력을 상실한다 할 것이므로(대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결 참조), 그 조항들을 적용하여 공소가 제기된 야간옥외집회 참가의 피고사건에 대하여는 형사소송법 제325조 전단에 따라 무죄가 선고되어야 한다.

그러므로 원심판결 중 야간옥외집회 참가의 각 공소사실을 유죄로 인정한 부분은 더

이상 그대로 유지될 수 없게 되었는데, 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

2. 파기의 범위

원심은, 야간옥외집회 및 시위 참가로 인한 각 집시법 위반죄와 각 일반교통방해죄가 실체적 경합관계에 있다고 본 다음, 각 집시법 위반죄에 대하여 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다는 이유로 하나의 벌금형을 선고하는 한편, 각 일반교통방해죄 및 나머지 각 죄에 대하여 같은 이유로 하나의 징역형을 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

그러나 집회 및 시위와 그로 인하여 성립하는 일반교통방해는 상상적 경합관계에 있다고 봄이 상당하므로, 이와 달리 집시법 위반죄와 일반교통방해죄가 실체적 경합관계에 있음을 전제로 별개의 형을 정한 원심판결은 죄수에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 따라서 원심판결은 전부 파기될 수밖에 없다.

3. 결론

따라서 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 차한성 _____

 대법관 박시환 _____

대법관 신영철 _____

주 심 대법관 박병대 _____