부정선거관련자처벌법위반

[대법원, 1977.6.28, 77도251]

【판시사항】

예비음모를 처벌한다는 규정은 있으나 그 형을 따로 정하지 않은 경우 처벌가능 여부

【판결요지】

부정선거관련자처벌법 제5조 제4항에 동법 제5조 제1항의 예비음모는 이를 처벌한다고만 규정하고 있을 뿐이고 그 형에 관하여 따로 규정하고 있지 아니한 이상 죄형법정주의의 원칙상 위 예비음모를 처벌할 수 없다.

【참조조문】

형법 제28조, 부정선거관련자처벌법 제5조 1항

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인, 피고인】 및 검사

【변 호 인】 변호사 김정두(사선)

【원 판 결】 대구고등법원 1976.11.6. 선고 74노158 판결

【주문】

】 원판결을 파기하고 사건을 대구고등법원에 환송한다. 검사의 상고를 기각한다.

【이유】

】 먼저 검사의 상고 이유에 대하여 판단한다.

기록에 의하면 원심이 검사의 주위적 공소사실에 관하여는 인정할 충분한 증거가 없다하여 이를 배척하고 나아가 예비적 공소 사실에 대한 판단에 이르게된 조치에 소론과 같이 주위적 청구와 예비적 청구에 관한 법리를 오해하여 이유모순 또는 이유 불비의 위법이 있음을 찾아볼 수 없고 또 원심이 위 검사의 주위적 청구를 배척함에 있어 거친 증거의 취사 과정에 소론과 같이 채증법칙을 위배하여 판결이 영향을 미친 위법이 있거나 인과관계에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 수 없으므로 논지는 이유없다.

변호인의 상고이유 제3점을 판단한다.

원판결 이유에 의하면 원심은 피고인은 1960.3.15 제4대 대통령 및 제5대 부통령선거당시 부산지방검찰청 마산지청장으로 재직하던 사람으로서 당시 자유당의 부정선거를 규탄하는 수천

명의 마산시민들이 동일 19:00경 투석을 하면서 개표장인 마산시청앞 50미터 지점까지 밀어닥치자 위 마산지청 정문앞길에서 당시 마산경찰서장인 공소외 손석래이 피고인에게 영감 야단났음니다.

어떻게 하면 좋겠읍니가 최루탄은 역풍으로 쓸모가 없고 하면서 다급하게 묻자 피고인은 빨갱이 같은놈들 쏴버리시오 쏴버려 라고 말하여 동 손석래에게 시위군중 들의 살상을 교사하였으나 위 손석래이 이를 승락하지 아니한 것이다라는 검사의 피고인에 대한 예비적 공소 사실을 그 거시의 증거에 의하여 인정한 다음 위 피고인의 소위에 대하여 부정선거 관련자 처벌법 제5조 4항 1항 형법 제31조 3항을 적용하고 소정형중 유기징역형을 선택하여 자수 감경 및 작량감경을 한 형기범위내에서 피고인을 징역2년에 처하고 3년간 위 형의 집행을 유예라는 판결을 선고하였다.

살피건대 부정선거 관련자처벌법 제5조 1항에 의하면 부정선거에 관련하여 사람을 살해하거나 또는 부정선거에 항의하는 국민을 살해한 자는 사형, 무기 또는 7년이상의 징역이나 금고에 처한다고 규정하고 동법 제5조 4항에 의하면 제1항의 예비음모와 미수는 이를 처벌한다고 규정하고 있다.

그러나 형법 제28조에 의하면 범죄의 음모 또는 예비행위가 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 처벌하지 아니한다고 규정하고 있어 범죄의 음모 또는 예비는 원칙으로 벌하지 아니하되 예외적으로 법률에 특별한 규정이 있을때 다시 말하면 음모 또는 예비를 처벌한다는 취지와 그 형을 함께 규정하고 있을때에 한하여 이를 처벌할 수 있다고 할 것이므로 위 부정선거 관련자 처벌법 제5조 4항에 예비, 음모는 이를 처벌한다라고 규정하였다 하더라도 예비, 음모는 미수범의 경우와 달라서 그 형을 따로 정하여 놓지 아니한 이상 처벌할 형을 함께 규정한 것이라고는 볼 수 없고 또 동법 제5조 4항의 입법취지가 동법 제5조 1항의 예비, 음모죄를 처벌한 의도이었다 할지라도 그 예비, 음모의 형에 관하여 특별한 규정이 없는 이상 이를 본범이나 미수범에 준하여 처벌한다고 해석함은 피고인의 불이익으로 돌아가는 것이므로 이는 죄형법정주의의 원칙상 허용할 수 없다 할 것이다.

따라서 위법 5조 4항에서 규정한 예비 음모죄는 그형에 관하여 특별한 규정이 없는때에 해당하여 이를 처벌할 수 없다 할 것인 즉 원심이 피고인에 대한 본건 예비적 공소사실이 인정된다하여 이에 관하여 부정선거 관련자 처벌법 제5조 4항 1항을 적용하여 처단하였음은 원심이 심리를 다하지 아니하여 위법5조 4항 및 예비 음모죄에 관한 법리를 오해하므로서 판결결과에 영향을 미친 위법을 저질렀다 할것이니 이점에 관한 논지는 이유있고 원판결은파기됨을 면할 수 없다 할 것이다.

그러므로 피고인의 상고이유와 변호인의 나머지 상고 이유에 대한 판단을생략하고 원판결을 파기하여 다시 심리하게 하기 위하여 사건을 원심인 대구고등법원에 환송하기로 하고 검사의 상고는 이유없으므로 이를 기각하기로 하여 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한

다.

대법관 이영섭(재판장) 대법관 김윤행 대법관 김용철 대법관 유태흥