

특수공무집행방해치상 · 특수공무집행방해 · 특수공용물건손상 · 일반교통방  
해 · 집회및시위에관한법률위반 · 명예훼손

[서울고등법원 2016. 9. 8. 2016노506]



【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 1인

【항 소 인】 피고인들 및 검사(피고인들에 대하여)

【검 사】 송지용(기소), 권상대, 홍희연(공판)

【변 호 인】 변호사 염형국 외 6인

【원 심 판 결】 서울중앙지방법원 2016. 1. 22. 선고 2015고합690, 2015고합728(병합) 판결

【주문】

]

1. 원심판결 중 피고인들에 대한 유죄 부분(이유무죄 부분 포함)을 모두 파기한다.

피고인 1을 징역 3년에, 피고인 2를 징역 2년에 각 처한다.

다만, 이 판결 확정일부터 피고인 1에 대하여는 4년간, 피고인 2에 대하여는 3년간 위 각 형의 집행을 유예한다.

피고인 1에게 160시간의, 피고인 2에게 120시간의 각 사회봉사를 명한다.

2. 원심판결 중 피고인들의 무죄 부분(이유무죄 부분 제외)에 대한 검사의 항소를 각 기각한다.

【이유】

1. 항소이유의 요지

가. 검사의 법리오해 및 사실오해 주장

피고인들이 2014. 7. 24. 주최한 옥외집회 · 시위는 사전에 신고한 것과 시간, 장소, 방법이 완전히 달라 상호간에 동일성이 없음에도, 원심은 당초 신고된 옥외집회 · 시위의 주최자 및 참가단체에 변경이 없다는 이유만으로 이를 신고 범위의 일탈로만 평가하여 피고인들이 미신고 옥외집회 · 시위를 주최하였다는 점(이유무죄 부분)과 미신고 시위를 이유로 한 해산명령에 응하지 아니하였다는 점(주문무죄 부분)에 대하여 각 무죄로 판단한 잘못을 저질렀다.

나. 피고인들의 사실오인, 법리오해 등 주장

1) 피고인들의 2015. 4. 11. 16:40경 ~ 19:05경의 집회(이하 '2015. 4. 11.자 문화제'라 한다) 및 2015. 4. 16. 19:00경 ~ 21:10경의 집회(이하 '2015. 4. 16.자 추모제'라 한다)에 관한 각 집회및시위에관한법률위반의 점

어떤 집회가 집회 및 시위에 관한 법률(이하 '집시법'이라 한다) 제15조에 정한 집회에 해당하는지 여부는 집회의 주된 목적, 일시, 장소, 방법, 참여인원, 참여자의 행위 태양, 진행 내용 및 소요시간 등 제반 사정을 종합적으로 고려하고 타인의 기본권이나 공공의 안녕질서를 침해할 위험성이 존재하는지 여부를 감안하여 실질적으로 판단하여야 하고, 그러한 사전신고가 불필요한 집회 이후 이루어진 행진은 위 집회와 별도로 보아야 한다.

그런데 2015. 4. 11.자 문화제와 2015. 4. 16.자 추모제는 실질적으로 집시법 제15조에 정한 집회 중 예술, 의식 등에 관한 집회에 해당하는 것으로서 타인의 기본권이나 공공의 안녕질서를 침해할 위험성이 없고 그 이후에 진행된 행진 과도 별개이므로 이들 집회에 대하여는 사전신고가 필요하지 않다.

그럼에도 원심은 하나의 집회에 하나의 목적만 있어야 한다고 전제하고 집회의 목적만을 유일한 판단요소로 삼아 2015. 4. 11.자 문화제 및 2015. 4. 16.자 추모제가 정치적 혹은 현실 비판적 성격의 내용을 촉구하기 위한 목적이라

는 점만을 강조하여 집시법 제15조가 적용되지 아니하는 집회라고 판단하는 잘못을 저질렀다.

2) 피고인 1의 2015. 4. 18.자 특수공무집행방해치상 및 특수공용물건손상의 점

2015. 4. 18.자 집회 및 시위에는 불특정 다수의 일반 시민들 10,000여명이 참가하였으므로 집회 및 시위 동안 일사불란한 지휘나 명령체계가 존재하지 아니하였고, 따라서 피고인 1이 집회 및 시위 참가자들에게 지시나 지휘를 할 수도 없었다.

주최 측인 '4월 16일의 약속 국민연대'(이하 '416 연대'라 한다)가 군중들에게 유가족들이 있는 곳으로 가달라고 요청하는 하였으나 그 이상의 지시나 지휘를 할 권한이 없었고 참가자들도 그 지시를 따를 의무가 없었다.

위와 같이 피고인 1은 불특정 다수의 참가자들에 대한 통제가 불가능하였고 당일 광화문광장 누각 앞 삼거리의 폭력시위 현장에 있지도 않았으므로 집회 참가자들의 행동을 충분히 예견할 수 없었고, 참가자들 중 일부인 500여명의 폭력행위에 대한 기능적 행위지배도 없었다.

그럼에도 원심은 피고인 1이 집회 및 시위 참가자들과 사이에 암묵적으로 경찰관에 대한 폭력 행사에 관한 의사의 결합이 이루어졌고 그 과정에서 경찰관들에게 상해를 입게 할 수 있으리라는 것을 충분히 예견할 수 있었으며 폭력행위자들에 대한 기능적 행위지배가 있었다고 잘못 판단하였다.

3) 피고인 1의 명예훼손의 점

피고인 1은 2015. 6. 22. 기자회견을 통하여 압수수색의 부당함을 토로하는 도중 세간의 의혹을 잠시 인용한 것일 뿐 그러한 의혹이 사실일 수 있다고 암시한 바 없어 명예훼손죄를 구성하는 사실의 적시를 한 바가 없고, 가사 피고인 1의 발언이 사실의 적시에 해당된다 하더라도 그것이 허위라는 점에 관하여 검사의 입증이 없으며, 위 발언은 공인인 대통령에 관하여 투명한 정보공개를 요구한 것에 불과하여 비방할 목적도 없었으므로 형법 제310조에 따라 위법성이 없는 경우에 해당한다.

4) 피고인들의 2014. 7. 24.자 세월호 100일 집회 관련

가) 신고범위 일탈의 점

피고인들은 집회 및 시위 참가자들과 사이에 사전 행진신고의 내용과 달리 태평로 전 차로를 무단으로 점거한 채 광화문광장으로 행진할 것을 공모한 적이 없고 이를 예상하지도 못하였으며 그 행진에 참가하지도 않았으므로, 피고인들에게는 신고범위 일탈의 책임이 없다.

나) 일반교통방해의 점

피고인들은 당시 행진에 참여하지 않았고 광화문광장 안에 있었을 뿐이어서 일반교통방해 행위를 한 적이 없다.

또한 집회의 자유를 행사하는 과정에서 필연적으로 발생하고 회피하기 어려운 교통방해에 대하여는 위법성을 인정할 수 없다.

게다가 오히려 경찰이 교통소통 방안을 전혀 고려하지 않고 차벽과 경력으로 시위대를 통제하려고만 하여 이로 인해 일반교통이 심각히 방해되었다.

5) 피고인들의 2015. 4. 11.자 세월호특별법 시행령 폐기와 세월호 인양추구 총력행동 관련

가) 해산명령 불응의 점

경찰은 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위험이 명백하게 초래된 경우가 아니었음에도 집회의 자유를 최소한으로 제한하는 방식으로 평화적인 집회 및 시위를 보장하는 어떠한 노력도 없이 해산명령을 하였는

바, 이러한 경찰의 해산명령은 위법하다.

나) 일반교통방해의 점

경찰의 차벽설치로 인해 도로로서의 기능을 상실한 상태였으므로 일반교통방해죄의 대상인 도로라고 할 수 없고 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위험이 초래되었다고도 볼 수 없다.

다) 특수공무집행방해의 점

경찰이 펜스와 경찰버스로 차벽을 설치하여 집회 및 시위 참가자들과 시민들의 통행을 차단한 행위는 시민들의 일반적 행동자유권을 침해하는 위헌적인 공권력 행사이고, 최루액 살포, 물대포 등도 과도한 공권력 행사라 할 것이어서 이를 적법한 공무집행이라고 할 수 없다.

또한 피고인들은 집회 및 시위 참가자들 중 일부가 경찰관을 폭행하였다는 점에 관하여 이를 공모한 적이 없고 직접 가담한 바도 없다.

6) 피고인들의 2015. 4. 16.자 세월호 참사 1주년 범국민 추모행동 관련

가) 21:05 이후 미신고 옥외집회 및 시위 주최의 점

유가족과 추모제 참가자들은 서울광장에서 추모제를 마치고 광화문광장에 있는 세월호참사 분향소에 가서 희생자에 대한 분향과 헌화를 하고자 했을 뿐인바, 이는 사전신고의 대상인 옥외집회나 시위에 해당하지 아니한다.

나) 해산명령 불응의 점

피고인들은 유가족과 함께 세월호 희생자들을 위해 헌화 하고자 분향소를 향해 평화적으로 이동하였을 뿐이고, 이로 인해 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위험이 명백하게 초래된 경우가 아니었으므로, 경찰의 해산명령은 위법하다.

다) 일반교통방해의 점

경찰이 추모행렬을 차벽과 경력으로 막아 이미 그곳은 도로로서의 기능을 상실한 상태였다.

라) 특수공무집행방해의 점

피고인 1은 구호를 선창하거나 시위대를 선동하지 아니하였고, 오히려 경찰이 과잉대응을 하였다.

7) 피고인 1의 2015. 5. 1.~ 5. 2. 범국민 1박 철야행동 관련 미신고 옥외집회 주최의 점

피고인 1이 위 행사에 참여하거나 이를 공모한 적이 없음에도 416 연대 홈페이지에 집회 참여 독려 공지를 올린 것만으로 피고인 1에게 집회 주최를 인정한 것은 부당하다.

8) 피고인 2의 2014. 8. 15.자 일반교통방해의 점

집회와 시위의 본질상 집회와 시위행위에 대하여 일률적으로 일반교통방해죄를 인정하는 것은 헌법상 기본권을 형해화 하는 것이다.

다.

검사 및 피고인들의 각 양형부당 주장

원심이 피고인들에게 선고한 각 형(피고인 1 : 징역 3년, 집행유예 4년, 사회봉사 160시간, 피고인 2 : 징역 2년, 집행유예 3년, 사회봉사 120시간)에 대하여, 피고인들은 너무 무거워서 부당하다고 주장하고 검사는 너무 가벼워서 부당하다고 주장한다.

## 2. 직권판단

검사는 당심에 이르러 피고인들이 주최한 2014. 7. 24.자 세월호 100일 집회와 관련된 공소사실 중 주위적 공소사실을 별지 '2014. 7. 24.자 주위적 공소사실'과 같이 변경하는 취지로 공소장변경 허가신청을 하였고 이 법원이 이를 허가하였으므로, 원심판결 중 위 부분은 그대로 유지될 수 없게 되었다.

나아가 이와 동일체 관계에 있는 예비적 공소사실인 피고인들의 신고범위 일탈로 인한 집시법위반의 점에 대한 부분 역시 파기될 수밖에 없고(대법원 1991. 4. 26. 선고 90도1958 판결, 대법원 1999. 2. 12. 선고 98도3549 판결, 대법원 2007. 4. 27. 선고 2006도9028 판결, 광주고등법원 2011. 9. 29. 선고 2011노229 판결 등 참조), 이 경우 이와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다는 이유로 일죄가 선고된 나머지 피고인들의 유죄 부분도 파기를 면할 수 없다. 위와 같은 직권파기사유가 있음에도 피고인들 및 검사의 각 양형부당 주장을 제외한 나머지 각 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 아래에서는 이에 관하여 살펴본다.

## 3. 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

### 가. 관련 법리

옥외집회 또는 시위의 신고를 하였으나 그 신고된 옥외집회 또는 시위와 동일성이 인정되는 정도를 벗어나는 옥외집회나 시위를 개최한 경우에는 신고 없이 옥외집회 또는 시위를 개최한 경우에 관한 집시법 제6조 제1항을 위반한 것이 되지만, 그 동일성이 유지되는 상황에서 다만 '신고한 목적, 일시, 장소, 방법 등의 범위를 뚜렷이 벗어나는 행위'를 한 데 그친 경우에는 집시법 제16조 제4항 제3호를 위반한 것이 된다.

이때 집시법 제16조 제4항 제3호의 문언을 고려하면, 옥외집회 또는 시위를 신고한 주최자가 그 주도 아래 행사를 진행하는 과정에서 설령 신고한 목적, 일시, 장소, 방법 등의 범위를 일탈하였다고 하여 함부로 신고 없이 옥외집회나 시위를 주최한 행위로 볼 것은 아니다.

옥외집회나 시위가 처음부터 당초에 신고된 것과 다른 주최자나 참가단체 등의 주도 아래 신고 내용과 달리 진행되거나, 또는 처음에는 신고한 주최자가 주도하여 옥외집회나 시위를 진행하였지만 중간에 주최자나 참가단체 등이 교체되고 이들의 주도 아래 신고된 것과는 다른 내용의 옥외집회나 시위로 변경되었음에도 불구하고, 이미 이루어진 신고를 명목상의 구실로 내세워 옥외집회나 시위를 계속하는 등의 사정이 인정될 경우에 비로소 이를 신고 없이 옥외집회 또는 시위를 주최한 행위로 보아 처벌할 수 있다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2006도9471 판결, 대법원 2002. 4. 12. 선고 2002도418 판결 등 참조). 한편, 주최자나 참가단체 등이 사전신고된 것과 동일한 경우에도 처음부터 신고된 일시, 장소와 완전히 다른 일시, 장소에서 옥외집회 내지 시위를 개최하는 행위도 신고 없는 옥외집회 또는 시위를 개최한 것으로 보아야 할 것이나(대법원 1990. 8. 14. 선고 90도870 판결 등 참고), 사전신고된 장소에서 진행을 시작하되 단순히 진행 경로만을 달리 한 것은 이와 동일하게 볼 것이 아니다.

### 나. 판단

위와 같은 법리에 비추어 보면 원심이 주최자나 참가단체 등의 변경을 주된 고려요소로 하여 시위의 동일성 유무를 판단한 것은 정당하고, 나아가 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 판시와 같은 사정들에 비추어 보면, 검사가 원심 및 당심에서 제출한 증거들만으로는 피고인들이 사전신고 없이 시위를 개최하였거나 관할 경찰서장에게 사전신고한 것과 동일성이 인정되는 정도를 벗어나는 시위를 개최하였음이 합리적 의심의 여지없이 증명되었다고 볼 수 없다.

또한 원심이 적절히 실시한 바와 같이, 이와 같은 경우 피고인들이 미신고 시위임을 이유로 한 경찰의 해산명령에 따르지 않았다 하더라도 그것을 해산불응으로 인한 집시법위반죄에 해당된다 할 수 없다.

따라서 원심판결 중 무죄 부분(이유무죄 부분 포함)에 관한 원심의 판단은 정당하고 이에 관한 검사의 주장은 이유 없다

#### 4. 피고인들의 사실오인, 법리오해 등 주장에 대한 판단

##### 가. 피고인들의 2015. 4. 11.자 문화제 및 2015. 4. 16.자 추모제에 관한 각 집시법위반의 점에 관한 주장

###### 1) 관련 법리

가) 집시법이 옥외집회에 관하여 신고제도와 아울러 일정한 경우 그 적용을 배제하는 규정을 둔 취지는, 신고에 의하여 옥외집회의 성격과 규모 등을 미리 파악함으로써 적법한 옥외집회를 보호함과 동시에 행정관청에 옥외집회에 관한 구체적인 정보를 제공함으로써 타인의 기본권 침해 예방하고 공공의 안녕질서를 유지하기 위한 조치를 사전에 마련하도록 하는 한편, 학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제 및 국경행사에 관한 집회의 경우에는 타인의 기본권이나 공공의 안녕질서를 침해할 위험성이 매우 적어 사전 조치의 필요성이 없다고 보기 때문이다.

그러므로 집회의 성격 내지 취지가 집시법 제15조에 규정된 집회에 해당하는 경우에는 사전신고를 하지 않았다고 하더라도 미신고 옥외집회로 처벌할 수 없다(대법원 2012. 3. 28. 선고 2011도2393 판결 참조).

나) 그런데 옥외집회 또는 시위가 개최될 것이라는 것을 관할 경찰서가 알고 있었다거나 그 집회 또는 시위가 평화롭게 이루어진다 하여도 그것만으로 사전신고 의무가 면제되지 않지만(대법원 2009. 7. 9. 선고 2007도1649 판결 등 참조) 집시법 제15조에 열거된 집회에 한하여 사전신고에 관한 집시법 제6조의 적용이 배제된다는 점에 비추어 보면, 어떤 집회에 '학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제 및 국경행사'에 관한 집회라는 성격이 포함되어 있고 거기에 타인의 기본권이나 공공의 안녕질서를 침해할 위험성이 없다 하더라도, 그 집회가 그와 같은 형식을 빌어 자신들이 주장하는 바를 전달하기 위하여 개최된 것이라면 집시법 제15조가 적용된다고 볼 수 없고(대법원 2005. 5. 12. 선고 2005도1543 판결 취지 참고), 반면 집회에 일부 다른 의도가 있다 하더라도 그 집회의 주된 목적, 일시, 장소, 방법, 참여인원, 참여자의 행위 태양, 진행 내용 및 소요시간 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단할 때 실질적으로 집시법 제15조에 정한 집회에 해당되는 경우라면 집시법 제6조의 적용이 배제된다고 보아야 한다(대법원 2012. 3. 28. 선고 2011도2393 판결 취지 참고).

###### 2) 판단

##### 가) 2015. 4. 11.자 문화제

원심 및 당심이 적법하게 채택 · 조사한 증거들에 의하여 인정되는 사정들, 즉 ① 416 연대는 홈페이지를 통해 사전에 '2015. 4. 11. 광화문광장에서 정부 시행령 폐기 총력행동'을 할 것을 공지한 점, ② 집회 참가자들이 '세월호를 인양하라', '정부시행령 폐기하라'라고 기재된 노란색 손피켓을 들고 사회자나 출연자들의 요청에 따라 이를 흔들기도 한 점, ③ 집회 참가자들이 사회자나 출연자들의 선창에 따라 위 손피켓에 기재된 내용과 같은 취지로 구호를 외친 점, ④ 일부 출연자가 집회 참가자들로 하여금 울동을 따라하게 한 후 집회 참가자들에게 '뭉쳐서 끝까지 싸워보자.'는 취지로 말한 점, ⑤ 그 후 사회자가 '재대로 싸워볼 의지'가 생기는지 묻고 이어서 '총력행동의 본판'을 진행하겠다고면서 곧바로 구호를 외치도록 한 점, ⑥ 위 행사에 이어 그 장소에서부터 행진이 시작된 점 등의 제반사정을 종합적으로 고려해 보면, 2015. 4. 11. 문화제는 전체적으로 보아 음악, 울동 등으로 구성된 부분이 많다 하더라도 이를 순수한 예술이나 오락에 관한 집회로 볼 수 없고, 오히려 2015. 4. 11.로 예정되어 있던 '총력행동'의 하나로 기획된 것으

로서 단지 위와 같은 형식만을 빌어 세월호특별법 시행령 폐지와 세월호 인양 등의 공동의 의견을 형성하여 이를 대외적으로 표명하기 위한 집회에 해당한다고 봄이 상당하다.

나) 2015. 4. 16.자 추모제

원심 및 당심이 적법하게 채택 · 조사한 증거들에 의하여 인정되는 사정들, 즉 ① 416 연대가 홈페이지에 2015. 4. 16. 서울시청광장에서의 행사를 공지하면서 '대통령령 즉각폐기! 선체인양 공식선포!'라는 문구를 기재하고 행사 후 광화문광장에 설치된 분향소로 갈 예정임을 밝힌 점, ② 416 연대가 2015. 4. 16. 오전에 '참된 추모의 시작은 진상규명'이라는 취지가 담긴 신문 전면광고를 낸 점, ③ 피고인 1이 세월호 참사 국민대책회의(이하 '국민대책회의'라 한다) 홈페이지에 '2015. 4. 16. 서울광장에서 기다리겠다.

'면서 '정부와 정치권을 향해서 국민의 함성을 들려주어야 할 때'이고 '부패해서 썩을 대로 썩은 권력에 국민의 힘을 보여주어야 한다.

'는 취지로 호소문을 올린 점, ④ 세월호 가족협의회는 2015. 4. 16. 오후 2시 예정된 공식 추모식인 안산 합동분향을 취소했는데, 이에 앞서 416 연대는 위 공식 추모식이 취소되더라도 유가족들이 '4월 16일의 약속을 지키기 위한 결심'을 국민과 함께 나누고자' 2015. 4. 16. 19:00의 행사에 참석할 예정이라고 밝힌 점, ⑤ 2015. 4. 16. 19:00경부터 서울시청광장에서 약 2시간 동안 진행된 행사에는 약 20,000명이 모여 위 광장을 넘어 플라자호텔 앞 도로 쪽까지 자리한 점, ⑥ 출연자들이 위 행사 도중 진상규명을 제대로 하자거나 '세월호 인양, 시행령 폐기'를 언급하고 정부에 대해 비판을 하기도 한 점, ⑦ 피고인 1은 무대에 올라 '진실규명 될 때까지, 세월호 인양할 때까지 싸우자'는 취지로 선동한 점, ⑧ 위 행사 말미에 집회 참가자들로 하여금 광화문 분향소로 이동하도록 유도하면서 '세월호를 인양하라', '실종자를 가족 품에', '진실을 인양하라', '시행령을 폐기하라'는 등의 구호를 외치게 한 점 등의 제반사정을 종합적으로 고려해 보면, 2015. 4. 16.자 추모제는 실질적으로 보아 추모의 의식을 위한 목적이거나 그 범위를 넘어 세월호 특별법 시행령 폐지와 세월호 인양 등의 공동의 의견을 형성하여 광화문광장으로 시위를 진행하기 위한 사전 집회로 봄이 상당하다.

다) 소결론

위에서 본 바와 같이 2015. 4. 11.자 문화제와 2015. 4. 16.자 추모제는 각 집시법 제15조에 정한 집회에 해당하지 아니하므로, 이에 관한 피고인들의 주장은 받아들이지 아니한다.

나. 피고인 1의 2015. 4. 18.자 특수공무집행방해치상 및 특수공용물건손상의 점에 관한 주장

1) 관련 법리

형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위 지배를 통한 범죄 실행이라는 주관적 · 객관적 요건을 충족함으로써 성립하는바, 공모자 중 일부가 구성요건 행위 중 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 경우라 할지라도 전체 범죄에 있어서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정된다면, 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없다(대법원 1998. 5. 21. 선고 98도321 전원합의체 판결, 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결, 2005. 3. 11. 선고 2002도5112 판결, 2006. 12. 22. 선고 2006도1623 판결 등 참조). 그리고 이 경우, 범죄의 수단과 태양, 가담하는 인원과 그 성향, 범행 시간과 장소의 특성, 범행과정에서 타

인과의 접촉 가능성과 예상되는 반응 등 제반 상황에 비추어, 공모자들이 그 공모한 범행을 수행하거나 목적 달성을 위해 나아가는 도중에 부수적인 다른 범죄가 파생되리라고 예상하거나 충분히 예상할 수 있는데도 그러한 가능성을 외면한 채 이를 방지하기에 족한 합리적인 조치를 취하지 아니하고 공모한 범행에 나아갔다가 결국 그와 같이 예상되던 범행들이 발생하였다면, 비록 그 파생적인 범행 하나하나에 대하여 개별적인 의사의 연락이 없었다 하더라도 당초의 공모자들 사이에 그 범행 전부에 대하여 암묵적인 공모는 물론 그에 대한 기능적 행위지배가 존재한다고 보아야 한다(대법원 2007. 4. 26. 선고 2007도428 판결, 2007. 9. 20. 선고 2007도4750 판결, 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010도7412 판결, 대법원 2013. 9. 12. 선고 2013도6570 판결 등 참조). 또한, 어느 범죄에 2인 이상이 공동가공하는 경우 공모는 법률상 어떠한 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되므로, 비록 암묵적으로라도 수인 사이에 의사가 상통하여 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서 형사책임을 지며, 또 결과적가중범의 공동정범은 기본행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립하고 결과를 공동으로 할 의사까지는 요하지 않는바, 특수공무집행방해치상죄는 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하고 직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 · 협박을 하여 공무원을 사상에 이르게 한 경우에 성립하는 결과적가중범으로서, 행위자가 그 결과를 의도할 필요는 없고 그 결과의 발생을 예견할 수 있으면 족하다(대법원 2002. 4. 12. 선고 2000도3485 판결, 2008. 6. 26. 선고 2007도6188 판결 등 참조). 한편 공모 공동정범에 있어 그 공모에 관하여는 모의의 구체적인 일시, 장소, 내용 등을 상세하게 설시하여야 할 필요는 없고, 범행에 관하여 의사가 합치되었다는 것만 설시하면 된다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도755 판결 등 참조).

## 2) 판단

위 법리에서 본 바와 같이 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력의 정도는 공모자의 기능적 행위지배 존부를 판단하는 요소 중 하나이므로, 위와 같은 지배 내지 장악력의 정도를 판단함에 있어 집회 및 시위 참가자들 내에 지휘 · 명령체계가 존재하는지 여부를 중요한 사항으로 고려할 수 있는 것은 물론이나, 이는 그와 같은 지배 내지 장악력의 정도, 나아가 기능적 행위지배 존부를 판단하는 데 필요한 정황 중 하나일 뿐이고, 반드시 그와 같은 조직체의 특성이나 공모자의 지휘권 등이 인정되어야만 공모자에게 범행에 대한 기능적 행위지배가 인정되는 것은 아니다.

이 사건을 보건대, 원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 모두 종합하면, 피고인 1은 416 연대의 상임운영위원으로서 단순히 2015. 4. 18.자 집회 및 시위를 주최한 사람의 지위에 머무는 것이 아니라, 그 당시까지의 상황과 경험 등에 비추어 2015. 4. 18. 수많은 집회 및 시위 참가자들이 청와대로 행진을 계속할 경우 이를 저지하려는 경찰과 사이의 물리적 충돌이 생겨 집회 및 시위 참가자들의 경찰과에 대한 폭력 행사도 발생할 수 있다고 예상하거나 충분히 예상할 수 있는데도 그러한 가능성을 외면한 채 이를 방지하기에 족한 합리적인 조치를 전혀 취하지 아니하였을 뿐 아니라, 이에 더 나아가 피고인 1이 '세월호참사 1년 범국민 집중행동 주간'에 있었던 집회 및 시위에서의 모두발언과 정리발언 등을 통하여 집회 및 시위 참가자들에게 그 집회 및 시위를 이끄는 사람 중 하나로 인식되던 상황에서 집회 및 시위에 참가하거나 참가할 사람들에게 '보다 더 적극적으로 청와대 방향으로 행진할 것'을 지속적으로 선동함으로써 집회 및 시위 참가자들과 경찰관 사이의 충돌 발생을 조장해왔던 사실, 위 집회 및 시위 중 발생한 참가자들의 경찰관에 대한 폭력행위 양상은 우발적인 것이라기보다는 어느 정도 조직적인 모습에 가까웠던 사실을 각 인정할 수 있는바, 이에 비추어 보면 피고인 1은 적어도 암묵적으로 집회

및 시위 참가자들과 사이에 경찰관 등에 대한 폭력 행사에 관하여 의사의 결합이 있었음은 물론, 그 집회 및 시위의 전반적인 양상 내지 흐름을 충분히 장악하여 그에 대한 기능적 행위지배도 있었다 할 것이고, 그 과정에서 경찰관들이 상해를 입을 수 있음을 예견할 수 있었다고 봄이 상당하다.

따라서 피고인 1이 2015. 4. 18. 다른 집회 및 시위 참가자들과 공모공동하여 특수공무집행방해치상 및 특수공용물건손상의 죄를 저질렀다고 인정한 원심의 판단은 정당하고, 이에 관한 피고인 1의 주장은 받아들일 수 없다.

① 피고인 1이 상임운영위원으로 있는 416 연대는 2015. 4. 11. ~ 2015. 4. 18.을 '세월호참사 1년 범국민 집중행동 주간'으로 정하고 2015. 4. 11. 시행령 폐기와 세월호 인양추구 '총력행동'을 시작으로 하여 2015. 4. 18. '전국집중 범국민대회 및 청와대 인간띠잇기'까지의 행사를 계획하였는바, 위와 같이 '청와대 인간띠잇기'라는 이름의 2015. 4. 18. 행사는 위 집중행동주간의 마지막 일정이었다.

② 피고인들은 2015. 4. 11.와 2015. 4. 16.의 각 집회 및 시위에서 집회 및 시위 참가자들에게 청와대 방향으로 행진할 것을 촉구하여 이를 막으려는 경찰과의 충돌을 야기하였고 그로 인해 참가자들과 경찰 사이에 격렬한 몸싸움이 발생하였다.

③ 피고인 1은 2015. 4. 11. 23:46경 시위를 정리하며 방송차량을 이용해 '오늘 좀 아쉽다.

우리가 목표로 한 데까지 못 갔다.

오늘 싸움은 시작이고 4. 18.에 정말 싸울 수 있도록 하자. 더 많은 사람이 모여서 청와대까지 갈 수 있도록 4. 18. 청와대 인간띠잇기를 하자. 4. 16.과 4. 18.에는 더 큰 힘으로 싸웠으면 좋겠다.

'는 취지로 발언하였다.

④ 피고인 2도 2015. 4. 11. 집회 마무리 발언 시 '4. 16.에는 몸을 무지하게 튼튼하게 해서 와야 하고, 더 힘을 바짝 내서 4. 18.에는 이 자리에 함께 모여 뚫고 가야 한다.

'는 취지로 발언하였다.

⑤ 피고인 1은 2015. 4. 16.에도 서울시청광장에서 진행된 추모제 말미에 '단식하고 있을 때가 아니라 싸워야 할 때다.

이게 국가인가? 대통령이 다시는 이 땅에 발을 딛지 못하도록 우리가 싸워야 할 때다.

유가족과 함께 싸우자.'는 취지로 모두발언을 하였다.

⑥ 피고인 1은 2015. 4. 15. 416 연대 홈페이지에 '2015. 4. 18.은 귀 막고 자신들의 이야기만 하는 정부와 정치권을 향해 국민의 함성을 들려주어야 할 때이다.

저들은 자신들의 권좌가 위협받을 정도가 되어야만 국민의 요구에 반응한다.

더 참혹한 비극을 막기 위해서 지금은 깨어나 외쳐야 할 때이다.

'라는 내용의 호소문을 게시하였고, 서울시청광장에서 이뤄진 집회의 사회자 공소외 2는 2015. 4. 18. 16:30경 '우리 모두 광화문광장으로 올라가자.'는 취지의 발언을 하였다.

⑦ 피고인 1은 2015. 4. 18. 시위에 참가해 416 연대 상임운영위원이나 운영위원들과 수시로 연락하며 시위 참가자들과 함께 도로를 점거하여 행진하고, 광화문광장에서 시위를 정리하며 '오늘이 올해 가장 아름다운 밤이었다.

국민의 뜻에 항복하지 않는 정부라면 정부로 인정할 수 없다.

오늘 여기 오기까지 앞에서 길을 터주느라 누구보다 앞장선 민주노총 동지를 비롯하여 많은 분들이 고생하였다.



다음주 24일 민주노총 총파업에도 함께하자. 오늘 우리가 확인한 우리의 힘, 우리가 만들어낸 이 밤을 결코 잊지 말자. 유가족과 시민이 모이면 정의를 세울 수 있고, 세월호 진실을 밝힐 수 있으며, 부패한 정권을 몰아낼 수 있다'는 취지의 발언을 하였다.

⑧ 집회 참가자들 중 폭력을 행사한 사람들은 경찰을 향해 페트병, 날계란 등을 던지고, 경찰과 경찰버스를 향해 스프레이를 분사하고, 경찰 안전펜스를 무너뜨리고, 경찰의 방배를 잡고 흔들며 빼앗고, 주먹과 발로 경찰관을 가격하고, 경찰 버스에 밧줄 등을 걸어 잡아당기거나 다수의 참가자들이 양손으로 버스를 밀어 차벽용 버스와 버스 사이에 공간을 확보하는 등의 행동을 하였다.

이는 시위에 단순히 참가한 사람들에게 의한 우발적인 행동으로 보기 어렵고 오히려 다소 조직적인 모습에 가까운바, 피고인 1을 비롯한 주최 측이 이러한 폭력행위를 억제·제거하려는 노력을 하였다면 이를 예방할 수 있었던 것으로 보인다.

⑨ 집회 참가자들 중 일부에 의한 폭력행위는 오랜 시간에 걸쳐 지속되었는데, 2015. 4. 18. 시위 현장에 있었던 피고인 1을 비롯한 집회 및 시위의 주최 측도 이러한 폭력행위의 준비과정 또는 그 이후의 폭력 현장을 보았거나 볼 수 있었다.

⑩ 피고인 1을 비롯한 집회 및 시위의 주최 측은 2015. 4. 18. 위 집회 및 시위 당시 질서를 유지하려는 노력을 하지 않았고 위와 같이 질서를 유지할 수 없는 상황에서 시위 종결 선언을 하는 등 폭력행위를 억제·제거하려는 노력을 한 바 없다.

다.

피고인 1의 명예훼손의 점에 관한 주장

#### 1) 관련 법리

##### 가) 표현의 자유 및 그 제한

모든 국민은 언론·출판의 자유 등 표현의 자유를 가지고, 이는 자신의 의사를 형성하는 의사형성의 자유, 불특정 다수인에게 그 의사를 표현·전달하는 의사표현의 자유, 언론기관 등이 객관적인 사실 등을 보도·전파할 수 있는 보도의 자유를 그 내용으로 한다.

또한 보도매체를 통하여 자기의 입장을 밝히고 여론형성에 기여할 수 있는 권리도 언론·출판의 자유의 내용에 포함된다.

이러한 표현의 자유는 현대 민주주의 정치체제하에서 필수불가결한 국민의 기본권일 뿐 아니라, 개인의 인격을 발현하고 개성을 신장시키는 수단으로서 궁극적으로 인간의 존엄과 가치를 실현하는 중요한 기본권이다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2012다105482 판결 등 참조).

그러나 표현의 자유도 절대적·무제한적인 것이 아닌 데다가 특히 표현행위는 필연적으로 타인의 권리나 명예, 사회윤리나 공중도덕과 충돌할 우려가 크기 때문에 헌법 제21조 제4항은 '언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다.

고 규정하여 표현의 자유에 따르는 책임과 의무를 강조하는 동시에 그 자유에 대한 제한의 요건을 명시하고 있으며, 또한 다른 기본권과 마찬가지로 헌법 제37조 제2항에 정한 바와 같이 국가안전보장, 공공복리 및 질서유지를 위하여 제한될 수 있다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2012다105482 판결, 헌법재판소 2013. 6. 27. 선고 2012헌바37 결정 등 참

조). 형법 제307조의 명예훼손죄와 형법 제311조의 모욕죄는 모두 사람의 가치에 대한 사회적 평가인 이른바 외부적 명예를 보호법익으로 하는 죄로서 표현의 자유를 제한하는 법률 규정에 해당하고, 다만 명예훼손은 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 구체적 사실의 적시를 하여 명예를 침해함을 요한다는 점에서 구체적 사실이 아닌 단순한 추상적 판단이나 경멸적 감정의 표현으로서 사회적 평가를 저하시키는 모욕죄와 다른바(대법원 1987. 5. 12. 선고 87도739 판결 등 참조), 표현의 자유를 행사함에 있어서는 이와 같은 법률상의 제한을 위반하여서는 아니 된다.

한편, 표현의 자유와 명예보호 사이의 한계를 설정함에 있어서는 당해 표현으로 인하여 명예를 훼손당하게 되는 피해자가 공적인 존재인지 사적인 존재인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인지 등에 따라 그 심사기준에 차이를 두어 공공적 · 사회적인 의미를 가진 사안에 관한 표현의 경우에는 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 할 것인데(대법원 2004. 4. 24. 선고 2006다53214 판결), 공직자의 도덕성 · 청렴성이나 그 업무처리가 정당하게 이루어지고 있는지 여부는 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 한다는 점을 감안하면, 이러한 감시와 비판 기능은 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 아니 될 것이다(대법원 2006. 5. 12. 선고 2004다35199 판결). 그러나 아무리 공적인 존재의 공적인 관심사에 관한 문제의 제기가 널리 허용되어야 한다고 하더라도 구체적 정황의 뒷받침도 없이 악의적으로 모함하는 일이 허용되지 않도록 경계해야 함은 물론 구체적 정황에 근거한 것이라 하더라도 그 표현방법에 있어서는 상대방의 인격을 존중하는 바탕 위에서 어휘를 선택하여야 하고, 아무리 비판을 받아야 할 사항이 있다고 하더라도 모멸적인 표현으로 모욕을 가하는 일은 허용될 수 없는바(대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531 판결 참조), 그 표현이 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되는 경우에는, 비록 공직자 또는 공직 사회에 대한 감시 · 비판 · 견제의 의도에서 비롯된 것이라고 하더라도 이러한 표현은 명예훼손이나 모욕에 해당한다고 보아야 한다(대법원 2011. 9. 2. 선고 2010도17237, 2007. 12. 27. 선고 2007다29379 판결 등 참고).

#### 나) 명예훼손죄에서의 '사실의 적시'

명예훼손죄에서 사실의 적시란 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 '의견표현'에 대치되는 개념으로서 시간과 공간적으로 구체적인 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고 내지 진술을 의미하며, 표현내용이 증거에 의해 증명 가능한 것을 말하고, 판단할 보고 내지 진술이 사실인가 또는 의견인가를 구별할 때에는 언어의 통상적 의미와 용법, 증명가능성, 문제된 말이 사용된 문맥, 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2011. 9. 2. 선고 2010도17237 판결, 대법원 2015. 6. 23. 선고 2013도14875 판결 등 참조). 한편 객관적으로 피해자의 사회적 평가를 저하시키는 사실에 관한 소문이나 제3자의 말, 보도를 인용하는 방법으로 단정적인 표현이 아닌 전문 또는 추측한 것을 표현하였지만, 그 표현 전체의 취지로 보아 그 사실이 존재할 수 있다는 것을 암시하는 방식으로 이루어진 경우에도 사실을 적시한 것으로 보아야 한다(대법원 2008. 11. 27. 선고 2007도5312 판결 등 참조). 그러나 구체적 사실이 아닌 단순한 추상적 판단이나 경멸적 감정의 표현으로서 사회적 평가를 저하시키는 의견표현의 경우 모욕죄가 성립될 수 있음은 별론으로 하고 명예훼손죄가 성립되지 않는다(대법원 1981. 11. 24. 선고 81도2280 판결, 대법원 1985. 10. 22. 선고 85도1629 판결, 대법원 1987. 5. 12. 선고 87도739 판결, 대법원 1988. 9. 20. 선고 86도2683 판결 등 참조).

#### 다) 허위의 입증책임

형사재판에서 공소가 제기된 범죄의 구성요건을 이루는 사실은 그것이 주관적 요건이든 객관적 요건이든 그 증명책임이 검사에게 있으므로, 허위사실 적시의 명예훼손죄로 기소된 사건에서 사람의 사회적 평가를 떨어뜨리는 사실

이 적시되었다는 점, 그 적시된 사실이 객관적으로 진실에 부합하지 아니하여 허위일 뿐만 아니라 그 적시된 사실이 허위라는 것을 피고인이 인식하고서 이를 적시하였다는 점은 모두 검사가 증명하여야 하고, 단지 공표된 사실이 진실이라는 증거가 없다는 것만으로는 허위사실공표에 의한 명예훼손죄가 성립할 수 없다.

그런데 위 증명책임을 다하였는지 여부를 결정할 때에는, 어느 사실이 적극적으로 존재한다는 것의 증명은 물론, 그 사실의 부존재의 증명이라도 특정 기간과 특정 장소에서의 특정행위의 부존재에 관한 것이라면 적극적 당사자인 검사가 이를 합리적 의심의 여지가 없이 증명하여야 할 것이지만, 특정되지 아니한 기간과 공간에서의 구체화되지 아니한 사실의 부존재를 증명한다는 것은 사회통념상 불가능한 반면 그 사실이 존재한다고 주장 · 증명하는 것이 보다 용이하므로 이러한 사정은 검사가 그 증명책임을 다하였는지를 판단할 때에 고려되면 된다.

따라서 의혹을 받을 일을 한 사실이 없다고 주장하는 사람에 대하여 의혹을 받을 사실이 존재한다고 적극적으로 주장하는 사람은 그러한 사실의 존재를 수궁할 만한 소명자료를 제시할 부담을 지며 검사는 제시된 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 허위사실임을 입증할 수 있을 것인데, 이때 제시하여야 할 소명자료는 단순히 소문을 제시하는 것만으로는 부족하고 적어도 허위임을 검사가 입증하는 것이 가능할 정도의 구체성은 갖추어야 하며, 이러한 소명자료의 제시가 없거나 제시된 소명자료의 신빙성이 탄핵된 때에는 허위사실공표로서의 책임을 져야 한다(대법원 2004. 2. 26. 선고 99도5190 판결, 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005도2627 판결, 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도7915 판결, 대법원 2010. 11. 25. 선고 2009도12132 판결 등 참조).

#### 라) 형법 제310조의 위법성조각 여부

허위사실 적시에 의한 명예훼손죄에 해당하는 행위에 대하여는 위법성조각에 관한 형법 제310조는 적용될 여지가 없다(대법원 1993. 4. 13. 선고 92도234 판결, 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010도2690 판결, 대법원 2015. 7. 9. 선고 2013도4786 판결 등 참조).

#### 2) 인정사실

원심이 적법하게 채택 · 조사한 증거들에 의하면 다음의 각 사실을 인정할 수 있다.

- ① 피고인 1은 국민대책회의의 공동운영위원장이자 416 연대의 상임운영위원으로서 위에서 본 바와 같이 세월호 참사 관련 집회 · 시위를 주최하고, 이에 적극적으로 참여하였다.

수사기관은 2015. 6. 19. 피고인들, 416 연대 사무실 등을 압수 · 수색하였고, 피고인 1은 압수 · 수색이 이뤄진 당일 세월호 참사 관련 집회 · 시위에 대한 경찰의 대응 방식 및 검찰의 압수 · 수색 행위를 비판하고, 세월호 참사의 진상을 규명하고 책임자 처벌을 위해 정부와 맞서 싸울 것을 다짐하는 내용의 기자회견을 하였다.

- ② 그럼에도 피고인들 등에 대한 수사기관의 압수 · 수색 절차가 계속되자, 피고인 1은 위와 같은 압수 · 수색 절차가 진행 중이던 2015. 6. 22. 다시 기자회견을 하면서 '피고인들, 416 연대 사무실, ○○○○○○ 사무실, △△△△△△△△연대 사무실에 대한 압수 · 수색 사실 언급' → '정부와 경찰이 세월호 관련 집회 · 시위에서 집회 · 시위의 자유를 침해한 데 대한 항의' → '집회 · 시위 현장에서 이미 채증을 하였음에도 위와 같은 압수 · 수색을 하는 것에 대한 항의' → '이 사건 발언' → '정부의 탄압에 무너지지 않고 416 연대가 계속해서 싸우겠다는 의지의 표현' 등의 순서로 발언하였고 그 전체 내용은 아래와 같다.

4월 19일 사무실과 자동차에 대해서 압수수색을 했는데 그 다음날 핸드폰을 또 압수해 갔습니다.

같은 날 영장이 나왔는데 첫날 오고 또 둘째 날 오고 가택 수색영장은 언제 집행할지 아직 모르겠습니다.

왜 이렇게 하는지 저도 잘 모르겠습니다.

오늘 서울경찰청 가서 핸드폰 압수수색 과정을 밟고 왔습니다.

핸드폰을 이미징 복사를 해서 해시 값을 뜨고 그런 상태이고, 피고인 2 위원장은 거기서 안돼서 경찰청 본청으로 가서 그 작업을 하고 있는 상황입니다.

정말 어처구니가 없습니다.

집회시위의 자유는 헌법 제21조에 의하면 집회, 시위, 결사, 언론, 출판 이런 것은 허가가 아닙니다.

국가가 허가하고 말고 하는 게 아닙니다.

지금 집시법이 잘못됐고 그리고 관행이 잘못돼서 마치 허가제처럼 운영이 되고 있는데 집회 시위는 헌법도 보장하고 있는 국민의 기본권입니다.

이 집회 시위의 자유를 우리가 행사하겠다는 것을 가로막은 것 그것은 정부입니다.

유가족을 폭행하고 캡사이신을 싹땀고 물대포를 싹대면서 집회시위의 자유를 가로막은 것 그것은 이 정부고 경찰이라는 것을 다 알고 있습니다.

헌법재판소의 결정만 해도 무시하면서 차벽을 설치해놓고 시민들이 일체 이동하지도 못하게 해놓고 도리어 큰소리 칩니다.

집회 시위의 자유, 백번 양보해도 집회 시위와 관련한 부분은 압수수색할 대상이 아닙니다.

집회 현장에서, 시위 현장에서 이미 채증 다 했고 행위가 다 끝난 일입니다.

집을 뒤져서 핸드폰을 뒤져서 사무실을 뒤져서 뭘 어떻게 하려는 겁니까? 이게 집회시위의 자유를 억압하는 걸 넘어서 결사의 자유조차 허용하지 않겠다, 416 연대 이런 단체를 결성하는 것조차 허용하지 않겠다는 겁니까? 묵과할 수 없는 행동을 하고 있습니다.

사실 압수수색할 것은 저 청와대입니다.

정말 궁금합니다.

국민들이 그런 의혹을 제기하고 있습니다.

4월 16일 7시간 동안 나타나지 않았을 때 뭐하고 있었냐? 혹시 마약하고 있던 거 아니냐? 전 궁금합니다.

청와대 압수수색 해서 마약 하고 있었는지 아니었는지 한번 확인했으면 좋겠습니다.

또 그런 얘기도 나옵니다.

피부미용, 성형술 등등 하느라고 보톡스 맞고 있던 거 아니냐? 보톡스 맞으면 당장 움직이지 못하니까 7시간 동안 그렇게 하고 있었던 것 아닌가 그런 의혹도 있습니다.

그것도 한번 확인해 봤으면 좋겠습니다.

저 청와대 곳곳을 다 뒤져서 구석구석을 다 뒤져서 마약이 있는지 없는지, 보톡스 했는지 안 했는지 확인해보고 싶은 마음이 굴뚝같습니다.

이렇게 정부가 폭력으로 경찰력으로 공권력으로 저희 416 연대 탄압한다고 해서 416 연대 무너지지 않습니다.

세월호 참사 아무리 덮으려고 해도 덮을 수 없습니다.

여기 피해자들 유가족들 다 죽이지 않는 한 그리고 세월호 참사의 진실을 알고 싶어 하는 밝히고 싶어 하는 저를 비롯한 이 나라의 국민 시민들 다 죽이지 않는 한 덮을 수 없습니다.

416 연대 탄압할 생각하지 말고 세월호 참사 덮을 생각하지 말고 빨리 국민의 요구에 항복하길 바랍니다.

국민의 요구에 부응해서 세월호 참사 진상규명특별위원회 제대로 작동할 수 있도록 협조해야 하고 시행령 폐기하고 특별조사위원회 안으로 받아들여야 합니다.

그렇지 않으면 우리는 계속 이 정부를 상대로 해서 싸울 수밖에 없습니다.

진실은 반드시 밝혀집니다.

진실은 반드시 밝혀내고 말 것입니다.

우리가 목숨이 붙어있는 한, 우리가 살아있는 한, 우리가 사람임을 포기하지 않는 한, 우리는 반드시 진실을 밝힐 것이고 그 진실을 밝히는 길을 막는 것이라면 그 누구라도 싸울 수밖에 없습니다.

그래야만 이 나라가 보다 더 안전해지고 이 나라가 보다 더 사람이 사람답게 살 수 있는 그런 나라가 될 수 있을 것이기 때문입니다.

그런 나라를 만들기 위해서 아무리 모진 탄압 속에서도 곳곳하게 굳세게 더욱 강하게 저희 416 연대 발족도 제대로 하고 더욱 힘차게 싸워가겠습니다.

더욱 힘차게 싸워갈 것을 약속하겠습니다.

③ 이 사건 발언은 위 ②항에 기재된 전체 발언내용 중 밑줄 친 부분으로서 그 내용은 '㉠ 압수·수색할 곳은 (자신들이 아니라) 청와대이다.

㉠ 국민들이 세월호 참사 직후 7시간 동안 공소외인 대통령이 마약을 하거나 보톡스 시술을 받은 것이 아닌가하는 의혹을 제기하고 있다.

㉠ 청와대를 압수수색하여 마약이 있는지, 보톡스를 했는지를 확인해보고 싶다.

'는 내용으로 이루어져있다.

### 3) 판단

가) 이 사건 발언은 세월호 참사 발생 무렵의 대통령의 행적에 관한 것으로서 그것이 공적 관심사에 관한 문제의 제기에 해당하는 면이 있기는 하다.

그러나 피고인 1이 사용한 표현, 특히 '대통령 개인이 마약을 하였다'는 취지의 부분은, 그것이 사실의 적시인지 아니면 의견의 표현인지 여부 불문하고, 우리 사회에서 마약이 갖는 부정적인 이미지에 비추어 희화적인 묘사나 풍자에 해당한다고는 도저히 볼 수 없고 이를 넘어 악의적이고 심히 경솔한 표현에 해당하는 것으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가하지 않을 수 없다.

따라서 이 사건 발언은 표현의 자유로 보호될 수 없는 영역에 해당하여 명예훼손죄나 모욕죄 등 관련 법률에 정한 바에 따라 제재될 수 있는 표현에 해당된다.

나) 이 사건 발언이 구체적 사실을 적시한 경우에 해당하는지에 관하여 보건대, 위 인정사실 및 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 언어의 통상적 의미와 용법, 증명가능성, 피고인 1이 행한 전체적인 발언의 성격, 이 사건 발언 부분의 세부적 맥락 및 그 내용의 사실성을 보충하는 취지의 추가 발언, 이 사건 발언 당시의 사회적 상황 등을 종합하면, 이 사건 발언이 이루어진 전체적인 맥락에도 불구하고 피고인 1은 '공소외인 대통령이 세월호 참사 무렵 마약을 하거나 보톡스를 하였고, 이로 인하여 세월호 참사 발생 이후 7시간 동안 적절하게 직무를 수행하지 못하였다.

‘는 사실을 암시하여 적시한 것으로 인정할 수 있다.

① ‘마약을 한 사람’ 내지 ‘마약한 거 같다’와 같은 말은 그 발언 상대방에게 모멸감을 주는 등 경멸적 표현으로 사용되기도 한다.

그러나 피고인 1이 이 사건 발언을 통해 소개한 의혹은, 그 표현이 우회적이고 간접적이기는 하나, 그 문언상 ‘공소외인 대통령이 세월호 참사 발생 무렵 그 소재가 밝혀지지 않은 것이 마약을 (투약)하고 있었거나 보톡스 시술을 받고 있었기 때문일 수 있다.

‘는 것이다.

이와 같은 표현 내지 문언을 받아들이는 사람의 입장에서 볼 때, 이 사건 발언이 단순히 공소외인이나 대통령의 판단 내지 행동 등에 대해 경멸적으로 표현한 것으로 보기는 어렵고, 세월호 참사 직후 시점의 공소외인의 구체적인 행동을 나타낸 것으로 보아야 한다.

② 공소외인이 세월호 참사 발생 무렵 마약을 하거나 보톡스를 하였는지 여부는 증거에 의하여 증명 가능한 사실이다.

③ 피고인 1은 공소외인의 위와 같은 마약 투약이나 보톡스 시술에 관한 세간의 의혹을 소개하였고, 여기서 더 나아가 그 의혹의 내용이 사실일 수도 있다는 전제로 ‘청와대를 압수·수색하여 마약이 있는지, 보톡스가 있는지 뒤져야 한다.

‘는 취지까지 덧붙였다.

④ 피고인 1은 불특정 다수가 접할 수 있는 기자회견이라는 방법으로 이 사건 발언을 하였다.

⑤ 당시 세월호 참사는 그 피해의 심각성으로 인해 국민적 관심을 받고 있었고 정부에 대한 비난 여론이 거센 상황이고 세월호 참사 발생 이후 7시간 동안 대통령이 제대로 직무수행을 하지 않았다는 비판도 제기되고 있었는데, 그 당시의 대통령의 행적에 관한 의혹도 위와 같은 비판의 맥락에서 나오는 것이었다.

다) 나아가 이 사건 발언이 허위인지, 피고인 1이 그 허위성을 인식하고 있었는지에 관하여 보건대, 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들, 그리고 검사가 당심에 이르러 제출한 국회 운영위원회회의록, 세월호침몰사고의진상규명을위한 국정조사특별위원회조사록(임시회의록), 예산결산특별위원회회의록(임시회의록), 공소외 3 의원 요구자료 답변서의 각 기재에 의하면, 대통령비서실장 등이 국회에 ‘공소외인이 2014. 4. 16. 당일 세월호 참사 발생 무렵 외부 행사 없이 청와대에서 20분 ~ 30분 간격으로 안보실로부터 3회 서면보고와 7회 유선보고를 받았고 비서실로부터 11회 서면보고를 받아 필요한 지시를 하였으며, 당시의 상황판단에 따라 별도의 회의는 없었고, 이와 같은 서면보고와 유선보고 방식은 공소외인의 업무방식으로서 이례적이지 않으며, 한편 대통령의 위치와 동선은 언제나 누구에게나 비밀로 해 공개하지 않았다.

‘는 취지로 공식적으로 구두답변 또는 서면답변을 한 사실이 인정되고, 피고인 1은 이 사건 발언을 함에 있어서 그 소문이 사실인지 전혀 확인하지 않았고 단지 소문만 들었을 뿐인 사실도 인정되는데, 이와 같이 검사가 적어도 ‘공소외인의 세월호 참사 당시 통상적인 방법에 의한 직무수행 사실’에 관하여 일응의 입증은 한 점, 검사가 더 나아가 공소외인의 마약 투약과 보톡스 시술의 부존재에 관하여 다른 인적·물적 증거를 제시하는 것이 이 사건 발언 당시부터 이 사건 수사 및 기소, 그리고 재판에 이르는 시간 동안에는 사회통념상 불가능했던 상황으로 보이는 점 등도 종합

하여 보면 피고인 1의 이 사건 발언은 허위의 사실이고 피고인 1도 그 허위성을 미필적으로 인식하였음이 합리적인 의심 없이 입증되었다고 봄이 상당하다.

라) 한편, 피고인 1의 행위는 허위사실 적시에 의한 명예훼손죄에 해당하므로 앞서 법원에서 본 바와 같이 위법성조각에 관한 형법 제310조는 적용될 여지가 없다.

마) 따라서 이 부분 공소사실에 관한 원심의 판단은 정당하므로, 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

라. 피고인들의 2014. 7. 24.자 집시법위반의 점에 관한 주장

원심 및 당심이 적법하게 채택 · 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 종합하면, 피고인들이 사전 행진신고의 내용과 달리 태평로 전 차로를 무단으로 점거한 채 광화문광장으로 행진할 것을 공모한 사실을 인정할 수 있으므로, 원심의 판단은 정당하고 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

① 피고인들은 국민대책회의의 공동운영위원장이다.

② 국민대책회의는 2014. 7. 24. 21:30경부터 23:59경까지 '유가족 참여 세월호 특별법 제정 촉구 범국민행진'이라는 명칭의 옥외집회 · 시위 신고를 하면서 '8,000명이 서울광장 → 을지로입구역 → 을지로2가 → 을지로3가 → 종로3가 → 종각 → 광화문우체국 → 광화문광장 이순신 장군 동상 앞까지 역방향 3개 차로를 통해 행진'한다는 내용의 "옥외집회(시위 · 행진)신고서"를 제출하였다.

③ 그런데 국민대책회의는 그 홈페이지에 2014. 7. 24.의 일정을 공지하면서, 그곳에 게시된 홍보포스터에는 '24일 22시, 가족들의 마지막 행진과 함께 광화문으로 행진/ 서울시청광장-광화문광장'라고 안내하고, 본문 글 중에도 '오후 10시, 가족들과 함께 서울광장에서 광화문광장으로 행진합니다. '라고만 기재하였다.

④ 또한 국민대책회의는 2014. 7. 22. 그 홈페이지에 '세월호 참사 100일 100시간 행동'이라는 주제로 2014. 7. 21.부터의 일정을 공지하기도 하였는데, 2014. 7. 24. 일정에 대하여는 '〈특별법 제정 촉구 대행진〉 - 일시 및 장소 : 22:00, 서울시청광장에서 광화문광장 단식농성장으로 행진'이라고 안내하였다.

⑤ 피고인 1은 2014. 7. 24. 20:30경 서울역광장의 집회에서 "우리가 바라고 유가족이 바라는 세월호 특별법이 제정될 것이라 믿는다.

정부는 이러한 전례가 없다고 했다.

하지만 세월호 자체가 전례 없는 사건이다.

우리는 우리나라의 사법체계를 믿을 수 없다.

그래서 특별법을 만들어야 한다.

이런 우리 열망을 거역할 정권은 없다.

우리는 청와대에 책임을 물어야 한다.

그것을 위한 베이스캠프가 광화문광장이다.

오늘만큼은 유가족, 국민들과 함께 광화문광장으로 가자"고 선동하였다.

⑥ 기존의 세월호 관련 집회 · 시위에서도 참가자들이 전 차로를 점거하며 행진한 사례가 있으므로, 피고인들이 2014. 7. 24.에도 참가자들이 차로를 점거한 채 광화문광장으로 행진하는 것을 예상할 수 있었다고 봄이 상당하다.

마. 피고인들의 각 나머지 항소이유에 관한 주장

피고인들의 각 나머지 항소이유에 관한 주장 중 양형부당 주장을 제외한 부분에 대하여는 피고인들이 원심에서 이와 동일한 주장을 하여 원심에서 판결문에 그에 대한 판단을 자세하게 실시하여 위 주장을 배척하였는바, 원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 면밀히 살펴보면 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고 거기에 피고인들이 주장하는 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인들의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

## 5. 결론

원심판결 중 피고인들에 대한 유죄 부분(이유무죄 부분 포함)에는 위와 같은 직권파기사유가 있으므로, 피고인들 및 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 위 부분을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결하며, 원심판결 중 피고인들의 무죄 부분(이유무죄 부분 제외)에 대한 검사의 항소는 모두 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 각 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

### 범죄사실 및 증거의 요지

이 법원이 인정하는 피고인들에 대한 범죄사실과 그에 대한 증거의 요지는, 범죄사실란 중 원심판결문 제7면 제3항의 "피고인 1은" 다음에 "서울역광장"을 추가하고 증거의 요지란에 "1. 증인 공소외 4의 당심법정에서의 일부 진술", "1. 국민대책회의 홈페이지 - 대통령의 응답이 경찰진압입니까?", "국회 운영위원회회의록, 세월호침몰사고의진상규명을 위한국정조사특별위원회조사록(임시회의록), 예산결산특별위원회회의록(임시회의록), 공소외 3 의원 요구자료 답변서의 각 기재"를 각 추가하는 외에는 원심판결의 각 해당란에 기재되어 있는 바와 같으므로, 형사소송법 제369조에 의하여 이를 그대로 인용한다.

### 법령의 적용

#### 1. 범죄사실에 대한 해당법조

피고인 1 : 각 집시법 제22조 제3항, 제16조 제4항 제3호, 형법 제30조(신고범위 일탈의 점), 집시법 제22조 제2항, 제6조 제1항 본문, 형법 제30조(각 미신고 집회 · 시위 주최의 점, 다만 2015. 4. 18. 미신고 시위 주최의 점은 제외), 집시법 제24조 제5호, 제20조, 제2항, 제1항 제2호, 형법 제30조(각 해산명령불응의 점, 다만 2015. 4. 18. 해산명령불응의 점은 단독범행임), 형법 제185조, 제30조(각 일반교통방해의 점), 형법 제144조 제1항, 제136조 제1항, 제30조(각 특수공무집행방해의 점), 형법 제144조 제2항 전문, 제1항, 제136조 제1항, 제30조(특수공무집행방해치상의 점), 형법 제144조 제1항, 제141조 제1항, 제30조(특수공용물건손상의 점), 형법 제307조 제2항(명예훼손의 점)

피고인 2 : 집시법 제22조 제3항, 제16조 제4항 제3호, 형법 제30조(신고범위 일탈의 점), 집시법 제22조 제2항, 제6조 제1항 본문, 형법 제30조(각 미신고 집회 · 시위 주최의 점), 집시법 제24조 제5호, 제20조 제2항, 제1항 제2호, 형법 제30조(각 해산명령위반의 점, 다만 2015. 5. 1. ~ 2. 해산명령위반의 점은 단독범행이고 제20조 제1항 제5호 추가), 형법 제185조, 제30조(각 일반교통방해의 점), 각 형법 제144조 제1항, 제136조 제1항, 제30조(특수공무집행방해의 점)

#### 1. 형의 선택

피고인 1 : 특수공무집행방해치상의 점을 제외한 나머지 각 죄에 대하여 각 징역형 선택



피고인 2 : 각 징역형 선택

1. 경합범가중

피고인 1 : 형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제50조(형과 범정이 가장 무거운 김도상에 대한 특수공무집행방해치상죄에 정한 형에 경합범 가중)

피고인 2 : 형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제50조(형과 범정이 가장 무거운 2015. 5. 1. 일반교통방해죄에 정한 형에 경합범 가중)

1. 집행유예

피고인들 : 각 형법 제62조 제1항(아래 양형의 이유 중 유리한 정상 참작)

1. 사회봉사명령

피고인들 : 각 형법 제62조의2

양형의 이유

1. 처단형의 범위

가. 피고인 1 : 징역 3년 ~ 45년

나. 피고인 2 : 징역 15년 이하

2. 양형기준에 의한 권고형의 범위

가. 피고인 1

1) 각 집시법위반죄 및 각 일반교통방해죄, 명예훼손죄

양형기준이 설정되어 있지 않음.

2) 각 특수공무집행방해죄

[유형] 공무집행방해범죄군 &gt; 공무집행방해 &gt; 공무집행방해/직무강요(제1유형)

[특별가중인자] 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대한 경우(1유형), 피해 입은 공무원이 다수인 경우(1유형)

[권고형의 범위] 징역 1년 ~ 6년(가중영역)

3) 각 특수공무집행방해치상죄

[유형] 공무집행방해범죄군 &gt; 특수공무방해치사상 &gt; 특수공무방해치상(제1유형)

[특별가중인자] 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대한 경우(1유형), 피해 입은 공무원이 다수인 경우(1유형)

[권고형의 범위] 징역 3년 ~ 9년(가중영역)

4) 각 특수공용물건손상죄

[유형] 공무집행방해범죄군 &gt; 공용물무효 · 파괴 &gt; 공용물무효(제1유형)

[특별가중인자] 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대한 경우

[권고형의 범위] 징역 1년 ~ 4년(가중영역)

5) 최종 권고형의 범위 : 징역 3년 이상(양형기준상 권고형량 범위의 하한에 의함)

나. 피고인 2

1) 각 특수공무집행방해죄

[유형] 공무집행방해범죄군 &gt; 공무집행방해 &gt; 공무집행방해/직무강요(제1유형)

[특별가중인자] 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대한 경우(1유형), 피해 입은 공무원이 다수인 경우 (1유형)

[권고형의 범위] 징역 1년 ~ 6년(가중영역)

2) 최종 권고형의 범위 : 징역 1년 이상(양형기준상 권고형량 범위의 하한에 의함)

3. 선고형의 결정

집회 · 시위의 자유는 민주사회에서 최대한 보장되어야 할 것이나, 그 집회 · 시위는 적법하고 평화적인 것이어야 하고 다른 법익과의 조화도 충분히 고려되어야 한다.

피고인들은 집회 · 시위에 관한 범죄전력이 다수 있는 사람으로서 위와 같은 사실을 누구보다도 잘 알고 있음에도 집회 · 시위의 자유 및 그 행사로써 달성하고자 하는 목적의 정당성만을 강조한 채 그 적절한 보장에 긴요한 법적 절차를 준수하지 아니하였고 집회 · 시위를 평화적으로 진행하려는 노력도 기울이지 않았을 뿐 아니라 경찰과의 충돌을 직 · 간접적으로 선동하면서 이 사건 각 범행을 저질렀다.

그러나 피고인들이 이 사건 집회 · 시위에 이르게 된 경위 내지 동기에는 참작할 사정이 있는바, 그 밖에 피고인들의 연령, 성행, 환경, 가족관계 등 이 사건 기록 및 변론에 나타난 형법 제51조 소정의 양형조건을 모두 고려하여 주문과 같은 형을 정한다.

무죄 부분

이 사건 공소사실 중 피고인들에 대한 2014. 7. 24. 미신고 시위 주최에 따른 집시법위반의 점(주위적 공소사실)의 요지는 별지 2014. 7. 24.자 주위적 공소사실 기재와 같은바, 이는 위 3항의 기재와 같은 이유로 범죄사실을 인정할 증거가 없는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하여야 할 것이나, 피고인들에 대하여 그 예비적 공소사실인 신고범위 일탈행위로 인한 집시법위반죄를 유죄로 인정한 이상 따로 주문에서 무죄를 선고하지 아니한다.

이상의 이유로 주문과 같이 판결한다.

(별지 생략)

판사 이상주(재판장) 강민성 최두호