

---

문서번호 : 15-09-긴조번호단-01  
수 신 : 언론사 제위  
발 신 : 민변 긴급조치 변호단  
제 목 : [논평] 사법부 또한 긴급조치로 인한 국가배상 책임을 져야할 당사자이다  
전송일자 : 2015. 9. 16.(수)  
전송매수 : 총 3매

---

[긴급조치 발동행위의 국가배상 책임을 인정한 판결에 대한 논평]

**사법부 또한 긴급조치로 인한 국가배상 책임을 져야할 당사자이다**

1. 이미 알려진 바와 같이 긴급조치에 따른 피해자들의 국가배상청구에 대해서 대법원은 공무원의 고의과실이 인정되지 않는다거나, 고도의 정치행위로서 국가배상 책임이 인정되지 않는다는 등의 판결(대법원 2014.10.27.선고 2013다217962판결, 2015.3.26.선고 2012다48824판결)을 해왔고, 이후 하급심 판결들이 손바닥 뒤집듯 이에 일관되게 복종해 왔다.

그런데, 지난 9.11 서울중앙지방법원(민사 제11부. 2013가합544225판결, 김기영 부장판사, 정순열, 이호연 판사)는 북한 경비정에 나포되었다 국가보안법 등 위반죄로 수감 중 한 발언으로 인해 또다시 반공법위반 및 긴급조치 9호로 기소된 '막걸리' 긴급조치 사건에서, 긴급조치 발동행위 등에 따른 국가배상책임을 부인한 대법원 판결에도 불구하고 그 국가배상 책임을 인정하였다.

2. 재판부는 '대통령은 국가긴급권의 행사에 관하여 원칙적으로 국민 전체에 대한 관계에서 정치적 책임을 질 뿐 국민 개개인의 권리에 대응하여 법적 의무를 지는 것은 아니므로, 대통령의 국가긴급권 행사는 그 내용이 헌법의 문언에 명백히 위반됨에도 불구하고 대통령이 당해 국가긴급권을 행사한 것과 같은 특수한 경우가 아닌 한 국가배상법 제2조 제1항 소정의 위법행위에 해당된다고 볼 수 없다고 할 것'(대법원 1997. 6. 13. 선고 96다56115 판결, 대법원 2008. 5. 29. 선고 2004다33469 판결)이라고 전제하면서도,

① 대통령은 유신헌법 제43조 제2항, 제46조에 따른 헌법수호의무가 있고, ② 긴급조치 제9호가 발령될 당시의 국내외 정치상황과 사회상황이 국가의 중대한 위기상

황이나 국가적 안위에 직접 영향을 주는 중대한 위협을 받을 우려가 있는 상황에 해당한다고 할 수 없음에도 불구하고, 이른바 유신체제에 대한 국민적 저항을 탄압하기 위한 목적에서 발령된 것임이 분명하여 긴급조치권의 목적상의 한계를 벗어났음이 명백한 것이며, ③ 또한 긴급조치 내용은 명백히 확립된 헌법상 및 법률상의 권리를 침해하는 것임이 분명할 뿐만 아니라 ④ 그 발동 요건을 갖추지 못한 채 목적상 한계를 벗어나 국민의 자유와 권리를 지나치게 제한함으로써 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해하고 헌법상의 기본질서인 자유 민주적 기본질서에도 반하는 것임이 명백한 것이어서, 유신헌법에 의하더라도 그 내용이 헌법의 문언에 명백히 위반된다면, 대법원 판결에도 불구하고 국가배상 책임을 인정하였다.

3. 최근 하급심 판결들이 대법원 판결들, 특히 어떤 심오한 판결이유조차 없는 6줄 대법원 판결(2015.3.26.선고 2012다48824판결)에 복종하여 그나마 인용하였던 1심 판결을 뒤집는가 하면, 대법원은 아예 연이어 심리불속행 기각을 해오는 실정임을 감안할 때, 실로 '당연한' 판결이면서도 반가운 소식이 아닐 수 없다.

사법부는 과거 유신 긴급조치 시대, '유신체제에 대한 국민적 저항을 탄압하기 위한 목적'에 부응하여 유죄판결로써 부역하였던 아픈 역사를 가지고 있다. 고고한 것이 아니라 사법부 또한 국가배상 책임에서 자유롭지 못한 것이다. 사법부는 긴급조치가 이미 사법적으로나 역사적으로도 대통령 '박정희'의 영구집권을 위한 반 헌법적 조치였음이 드러났음에도 여전히 형식적 합법주의에 숨어 '고도의 정치행위'라면서 이를 옹호하고 있다. 결국 현재의 사법부는 또다시 동일한 내용의 긴급조치가 발동되면 여전히 유죄판결로써 정치권력에 부응하여 국민의 기본권을 짓밟겠다고 호언하고 있는 것이다.

과연 유신·긴급조치가 공무원 박정희의 '고도의 정치행위'라는 대법원의 결단과 성공한 쿠데타는 처벌할 수 없다는 정치검찰의 선언과 무엇이 다르단 말인가.

4. 최근 양승태 대법원장 체계 하에서 소부판결로써 종전 위헌이라고 판결한 대법원 전원합의체 판결을 부인하는 것은 긴급조치의 역사, 내용의 위헌성은 논외로 하더라도 사법부 스스로 '뒤 늦게나마' 짊어져야 할 국민의 기본권 보호 의무를 짓밟는 것이다. 특히 민주적 정당성에 취약한 대법원이 헌법재판소와의 역할 조율, 대법관수의 증대, 대법관 추천제도의 개선 등보다 상고법원을 통한 획일적 법원 체제 확립에 열을 올리고 있는 것은 4심제 상왕제 '판결'로써 긴급조치 시대와 마찬가지로 국민을 통제하려는 음모에 다름 아니다.

달도 차면 기운다. 대법원의 이러한 '고도의 정치행위' 판결 및 재판헌법소원을 금

지하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항에 대해서는 이미 헌법재판소에 그 취소 및 위헌을 구하는 '재판 헌법소원'을 제소(2015헌마861)한바 있고, 현재 헌법재판소 소부를 거쳐 9.14 전원 심판부에 회부되어 본격 심리 중에 있다.

실로 기대가 많지 않지만, 이번 하급심 판결을 계기로 삼아 그동안 안이한 '정찰제' 기각 판결로써 대법원 판결에 부응했던 하급심 재판부의 성찰과 대법원의 전향적 판결을 기대해본다.

2015년 9월 16일  
민주사회를 위한 변호사모임  
긴급조치 변호단