

2009-04 연구보고서

「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정방향에 관한 연구

치안정책연구소
POLICE SCIENCE INSTITUTE

「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정방향에 관한 연구

《 研 究 陣 》

연 구 위 원 : 서 정 범 (국립경찰대학교 전임강사)

목 차

제1장 서론	5
제1절 연구의 목적	5
제2절 연구의 범위	7
제2장 집회 및 시위에 관한 기본이론	9
제1절 집회 및 시위의 의의	9
1. 집회의 개념	9
2. 집회성의 인정여부	12
3. 시위의 개념	17
제2절 집회의 기능	21
1. 개 설	21
2. 집회의 기능	21
제3장 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정방향	25
제1절 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정필요성	25
1. 집회의 자유에 대한 제한가능성	25
2. 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정필요성	26
제2절 집회소음의 제한	27
1. 집회소음규제 및 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」 규정의 타당성	27
2. 입법례	33
3. 집회소음규제에 관한 규정의 개정필요성 내지 개정방향	35
제3절 복면금지	36
1. 문제의 의의	36
2. 복면금지제도의 도입에 관한 찬반논의	37
3. 입법례	40
4. 복면금지조항의 도입필요성	42

5. 소 결	48
제4절 집회에서의 채증활동	48
1. 채증활동(採證活動)의 필요성	48
2. 채증활동에 관한 근거규정의 설치필요성	51
3. 입법례	55
4. 채증활동에 관한 근거규정의 내용	56
5. 소 결 - 입법에 대한 예상되는 저항 및 문제해결방안	57
제5절 평화시위구역	59
1. 개 설	60
2. 외국의 사례	62
3. 「집회 및 시위에 관한 법률」에의 도입가능성	63
제6절 기 타	67
1. 집회 및 시위의 개념규정	67
2. 질서유지선위반에 대한 처벌	69
3. 폭력적 집회에 대한 규율강화	72
4. 「집회 및 시위에 관한 법률」위반행위에 대한 처벌조항 정비	76
제4장 「집회 및 시위에 관한 법률」 개정초안	80
제1절 개 설	80
제2절 「집회 및 시위에 관한 법률」개정초안	80
제5장 결 론	92
참고문헌	94

제1장 서론

제1절 연구의 목적

언제부터인가 우리 국민들은 자신들의 권익이 현실적으로 침해되거나 혹은 침해될 우려가 있는 경우 그에 대하여 불복할 수 있는 법적인 구제수단이 존재함에도 불구하고 (그에 갈음하여) 자신들의 의사를 표출하는 방법으로 집회라는 수단을 사용하기 시작하였으며, 그러한 추세는 점차 보편화되어 가고 있는 실정이다. 또한 집회의 규모는 점차 대형화되어 가고, 그러한 대형집회의 경우 폭력적으로 전개되어 가는 경우가 자주 발생하는 것을 경험적상 확인할 수 있다.¹⁾ 그런데 이러한 집회 내지 집회에 대한 경찰의 대응을 바라보는 국민일반의 시각은 다음과 같이 크게 둘로 갈리워져 있는 것으로 보인다. 즉 ① 집회주최측이 평화적으로 집회를 진행할 예정임에도 불구하고 경찰이 사전금지통고 등 강경대응을 하여 헌법이 보장하고 있는 국민의 기본권으로서의 집회의 자유를 과도하게 침해하고 있다는 시각이 존재하는가 하면, ② 사전에 금지통고된 대규모의 집회가 강행됨으로 인하여 (특히 그것이 폭력적으로 변질되는 경우) 극심한 시민불편을 초래하고 많은 사회·경제적 불이익이 발생하고 있음에도 불구하고 경찰이 너무 미온적으로 대처하고 있다는 시각이 대립하고 있는 것이다. 집회 및 그에 대한 경찰의 대응방안에 관한 이 같은 시각 차이는 무엇보다도 집회 내지 집회의 자유가 갖는 양면성, 즉 집회 내지 집회의 자유가 순기능과 역기능²⁾을 아울러 갖고 있다는 사실에 기인한다고 생각된다.

1) (대형)집회가 과격폭력적으로 전개되는 일반적 원인을 설명하기 위하여 감염이론(contagion theory), 수렴이론(convergence theory), 규범창출이론(emergent norm theory), 아노미이론(anomie theory) 및 사회통제이론(social control theory) 등이 나타났는바, 이들 이론에 관하여 자세한 것은 이창무, 국내외 집회시위 및 경찰관리방식의 변천과정연구, 치안논총 제23집, 치안정책연구소, 334면 이하 참조. 한편 우리나라의 경우에 있어서 과격폭력시위가 빈발하는 이유를 우리나라의 현상함에 비추어 설명하고자 하는 구체적 시도 또한 행하여졌었던바, 특히 주목할만한 것으로는 vgl. 신명순, 한국에서 발생한 정치시위의 원인, 국제정치논총, 제26집 1호, 1986, 121면 이하.

2) 집회 내지 집회의 자유가 갖는 순기능과 역기능에 관하여 자세한 것은 제2장 제2절 집회의 기능에

집회의 자유가 민주주의의 이상을 실현하기 위한 기본적 전제로서의 기능을 갖는 점이나 민주주의 발전사에 있어 담당했던 역할을 고려할 때 집회의 자유가 다른 어떤 기본권보다도 철저하게 보장되어야 한다는 것은 의문의 여지가 없다. 그러나 집회의 자유가 갖는 그러한 의미를 아무리 강조한다고 하더라도, 그것이 집회의 자유가 무제한적으로 보장받아야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 즉, 집회가 갖는 역기능, 특히 집회가 집회에 참가하지 않는 비관여인의 기본권을 침해할 소지가 있다는 점을 고려한다면 집회의 자유도 타인의 중요한 기본권을 과도하게 제한하지 않는 한도에서만 보장될 수 있는 것이다. 이 점에서 “타인의 자유가 시작되는 곳에서 나의 자유는 멈추어서야 한다”라는 법언은 시사하는 바 크다고 생각한다. 사정이 이러하다면 결국 집회의 자유는 최대한 보장하되, 일정한 한도에서 제한이 뒤따를 수밖에 없다는 결론이 도출되게 될 것인바, 「집회 및 시위에 관한 법률」은 집회 및 시위를 최대한 보장하고 위법한 시위로부터 국민을 보호함으로써 집회 및 시위의 권리 보장과 공공의 안녕질서가 적절히 조화를 이루도록 하는 것을 목적으로 한다(동법 제1조 참조)고 규정함으로써 동법이 집회의 자유와 공공의 안녕질서의 조화에 있다는 것을 분명히 하고 있다.³⁾ 그렇다면 문제는 집회의 자유와 공공의 안녕질서, 이 양자를 어떻게 조화롭게 보장할 것인가?라는 것에 귀착되게 될 것인바, 이 문제에 대하여는 “합법적·평화적 시위는 최대한 보장하되, 불법적·폭력적 시위는 최대한 억제하여야 한다는 것이 답이 될 수 있을 것이다. 헌법재판소 역시 집회의 자유의 내용을 설명함에 있어 「집회의 자유에 의하여 보호되는 것은 단지 ‘평화적’ 또는 ‘비폭력적’ 집회이다. 집회의 자유는 민주국가에서 정신적 대립과 논의의 수단으로서, 평화적 수단을 이용한 의견의 표명은 헌법적으로 보호되지만, 폭력을 사용한 의견의 강요는 헌법적으로 보호되지 않는다. 헌법은 집회의 자유를 국민의 기본권으로 보장함으로써, 평화적 집회 그 자체는 공공의 안녕질서에 대한 위협이나 침해로서 평가되어서는 아니 되며, 개인이 집회의 자유를 집단적으로 행사함으로써 불가피하게 발생하는 일반대중에 대한 불편함이나 법익에 대한 위협은 보호법익과 조화를 이루는 범위 내에서 국가와 제3자에 의하여 수인되어야 한다는 것을 헌법 스스로 규정하고 있는 것이다.”⁴⁾라고 하여 이 같은 점을

서 서술하기로 하겠다.

3) 「집회 및 시위에 관한 법률」 제1조가 정하고 있는 동법의 목적은 연구의 목적에서 밝힌 바와 같은 집회의 양면성을 고려할 때 적절한 것으로 생각된다.

4) 헌재결 2003.10.30. 2000헌바67,83(병합).

분명히 하고 있다.

이처럼 합법적·평화적 시위문화의 정착을 통하여서만 집회의 자유와 공공의 안녕질서의 조화라고 하는 목적이 달성될 수 있는바, 이러한 목적은 궁극적으로 집회 및 시위에 대한 법적 규율을 통하여 달성되게 된다. 한편 이와 관련하여 과연 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」이 그러한 목적을 달성하기에 필요하고도 충분한 내용을 담고 있는지가 문제되고 있다. 생각건대 (입법에 대한 평가는 견해를 달리 할 수 있겠으나) 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」은 법제정 이후 수차례에 걸친 개정에도 불구하고⁵⁾ 독일 등 선진제국의 「집회 및 시위에 관한 법률」과 비교해 볼 때 아직도 미비점이 많은 것이 사실이며, 원래 법률의 제정목적과는 다른 방향으로 악용되는 폐단⁶⁾ 또한 심화되고 있다. 본 보고서는 바로 이 같은 사정을 직시하여 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」 미비점의 보완 내지 폐단의 개선을 통한 올바른 평화적 시위문화의 정착을 위하여서는 어떻게 하여야 하는 것에 관한 문제를 입법론적으로 고찰하여 개정방향을 제시하는 것을 연구의 목적으로 하고 있다.

제2절 연구의 범위

불법폭력집회에 대한 억제 및 평화적 시위문화의 정착이라는 목적은 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」의 엄격한 집행을 통하여서도 어느 정도 이루어질 수 있을 것이라고 생각한다.⁷⁾ 즉, ① 「집회 및 시위에 관한 법률」 제8조에 따른 (집회에 대한 사전규율로서의) 금지통고를 할 수 있는 요건이 갖추어진 경우라면 금지통고를 하고, ② 집회의 주최

5) 「집회 및 시위에 관한 법률」은 1962년 제정된 이래 범명변경을 포함하여 13차례에 걸쳐 개정되어 오늘에 이르고 있다.

6) 실정법이 제정되었을 때 그것이 많은 폐단을 가져오는 것은 동서고금의 보편적 현상이다. 이러한 사정은 1447년(세종29년) 문과 증시에서 세종이 “법이 제정되면 그에 따라 폐단도 함께 생기니, 그것이 옛날이나 오늘날의 공통된 근심거리이다”라고 하면서 법의 폐단을 고치는 방법은 무엇인가? 라고 책문(策問)에서 묻고 있는 것에 잘 나타나 있다(세종의 책문의 내용과 그에 대한 성삼문, 신숙주, 이석형의 대책에 관하여 자세한 것은 김태완, 책문 - 시대의 물음에 답하라, 소나무, 2004, 352면 이하)

7) 이 문제에 관하여 자세한 것은 서정범, 범질서확립을 위한 경찰의 법집행 - 집회에의 대처방안을 중심으로 -, 2008 한국경찰발전연구학회, 26회 춘계학술발표대회 참조.

자가 금지 통고된 집회를 강행하는 경우라면 「집회 및 시위에 관한 법률」 제20조에 따른 해산명령을 받으며, ③ 그 경우 집회의 주최자 등에 대하여는 동법 제22조 이하의 벌칙을 부과하는 방법을 통하여도 어느 정도는 소기의 목적을 달성할 수 있을 것이다. 그러나 본 보고서는 전술한 바와 같이 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」을 토대로 한 해석론적 측면보다는 입법론적 차원에서의 대안을 제시하여 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정방향 내지 장기적 발전방향의 가이드라인을 제시하는 것을 목적으로 한다. 한편 이러한 연구의 목적을 달성하기 위하여 다음과 같은 범위 내지 체계하에 연구를 진행하고자 한다.

먼저 제2장에서는 집회 및 시위의 기본이론이라는 제하에서 다음의 2가지 내용에 관하여 약술하기로 한다. 즉, 먼저 「집회 및 시위에 관한 법률」에 관한 논의의 전제로서의 집회 및 시위의 개념을 명확히 하고자 한다. 이는 「집회 및 시위에 관한 법률」의 규율대상을 분명히 하는 의미를 갖는다. 그리고 다음으로 집회의 기능을 순기능과 역기능으로 나누어 고찰하고자 하는바, 이러한 집회의 기능에 대한 이해는 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정논의를 전개하고 이해함에 있어 매우 중요한 의미를 갖는다.

다음으로 제3장에서 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정방향을 논하기로 한다. 서술의 순서는 제1절에서 (연구의 목적과 중복되는 면이 있기는 하지만) 먼저 오늘날의 시점에서 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정을 고려하여야 할 필요성은 무엇인지를 개관한 후에, 그 다음으로 제2절 이하에서 구체적인 개정방향을 논하기로 한다. 다만 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」의 모든 조문들에 대하여 전방위적으로 서술하는 방식보다는 학계나 실무차원에서 많은 논란을 가져왔던 사안에 대해 중점적으로 고찰하는 방식을 취하도록 하겠다. 즉, 제2절에서 집회소음의 규제, 제3절에서 복면금지, 제4절에서 집회에서의 채증활동, 제5절에서 평화시위구역의 개설, 제6절에서 집회·시위의 개념정립/폴리스라인/무기 등 위험한 물건의 소지·운반·분배/처벌조항의 정비 등에 관한 문제를 간략히 다루기로 한다.

이어서 제4장에서는 제3장에서의 논의를 바탕으로 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정초안을 나름대로 제시하기로 하며, 끝으로 제5장에서 본 연구보고서의 의미나 활용방안을 밝힘으로써 결론에 대신하기로 하겠다.

제2장 집회 및 시위에 관한 기본이론

제1절 집회 및 시위의 의의

1. 집회의 개념

「집회 및 시위에 관한 법률」은 ‘집회’에 관하여는 전혀 개념규정을 갖고 있지 않으며, 따라서 집회의 개념은 전적으로 학설을 통하여 발전되어 왔는데, 종래 학설상 집회(Versammlung)는 “어떠한 사항에 관하여 토론을 하거나 의사를 표현하려는 공동의 목적을 가진 다수의 자연인의 일정한 장소에서의 일시적 회합”이라고 정의되어 왔다.⁸⁾ 집회를 “특정 또는 불특정 다수인이 공동의 의견을 형성하여 이를 대외적으로 표명할 목적으로 일시적으로 일정한 장소에 모이는 것”으로 보고 있는 법원 역시 그 표현상의 차이가 있을 뿐 종래 학설을 통하여 발전되어 온 집회개념에 따르고 있는 것으로 이해될 수 있다.⁹⁾ 한편 이러한 집회개념에 따를 때, 집회의 개념적 징표는 다음과 같다.

가. 집회의 양적징표 - ‘다수인’의 회합

먼저 집회의 양적 징표로서 집회는 ‘다수인’의 회합이라는 점이 강조된다. 따라서 적어도 1인 집회 및 1인 시위는 집회로 인정될 수 없다고 하여야 할 것이다.¹⁰⁾ 다만 집회를 공동의 목적을 가진 다수인의 회합이라고 정의할 때에도 다수인은 몇 명 이상이어야 하는가?의 문제, 즉 집회의 개념을 충족시키기 위한 최소한의 참가자의 수의 문제는 남게 된다. 이 문제에 대하여는 종래 집회가 있다고 하기 위해서는 최소한 3인이 있어야 한다는 3인설이 지배적 견해였는데, 이들 학설은 그 입론(立論)의 기초를 사단(社團)의 구성원의 수가 3인 이하로 감소되면 법원이 일정한 절차를 거쳐 그 권리능력을 박탈하도록 되

8) Köhler/Dürig-Friedl, Demonstrations- und Versammlungsrecht, 4. Aufl., 2001, S.17 등.

9) 대판 2008.6.26, 2008도3014 참조.

10) 1인 집회 또는 1인 시위에 관한 자세한 논의는 후술참조.

어 있는 독일 민법 제73조의 유추에서 찾았었다.¹¹⁾ 그러나 집회의 질적 징표를 이루는 공동의 의사형성이 있다고 하기 위하여 반드시 3인의 존재가 필요하다고 보기는 곤란하다는 점 및 ‘다수인’이라는 용어가 갖는 일반적 의미를 고려할 때 2인의 존재만으로도 집회개념의 양적 징표인 ‘다수인’의 개념을 충족시킬 수 있다고 생각한다(2인설).¹²⁾

나. 집회의 질적 징표 - 공동의 목적

집회의 개념을 충족시키기 위하여는 집회의 양적 징표로서의 ‘다수인’이라는 기준 이외에 집회의 질적 징표로서의 ‘공동의 목적’이라는 기준이 더 요구된다. 한편 이 경우에도 공동의 목적이 무엇을 의미하는가에 관하여는 견해의 대립이 심각하다. 즉, 집회의 자유를 의사표현의 자유에 대한 보완적 기능으로 이해하여 집합적인 의사형성과 의사표현을 기준으로 공동의 목적의 존재여부를 판단하는 견해(이는 다시 ① 내부적으로 집회에서의 의사는 공적인 사항, 특히 정치적 사항에 관한 것에만 한정해야 한다는 협의설¹³⁾과 ② 집회에서의 의사가 반드시 공적인 사항에 관한 것일 필요는 없으며 사적인 사항에 관한 것으로도 충분하다는 광의설¹⁴⁾로 세분된다)와 헌법상의 집회의 자유의 본질을 집단적인 형태의 인격발현 그 자체의 보장으로 이해하는 견해(최광의설)¹⁵⁾의 대립이 있는 것이다.

11) Hoffmann-Riem, AK-GG Art.8 Rdnr.12; Hölscheidt, Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit nach dem Brokdorf-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, DVBl., 1987, 666(667); BayObLG, NJW 1979, 1985; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2006, 531면; 허영, 한국헌법론, 박영사, 2006, 534면.

12) 동지 : Schenke, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 1999, Rn.135; Pieroth/Schlink, Grundrechte, 14. Aufl., 1998, Rn.694; Kloepfer, in: Handbuch des Staatsrecht VI, Versammlungsfreiheit, 1989, Rn.14. 한편 이러한 사고는 집회가 반드시 사단에 의해서만 주최되는 것이 아님을 고려할 때 집회의 개념과 민법상의 사단의 개념이 논리필연적으로 합치되어야만 하는 것은 아니라고 할 것이므로 집회의 개념정의에 민법규정을 유추하는 것은 무리가 있다는 것에 기초하고 있다. 더욱이 독일과 같은 입법례를 갖고 있지 못한 우리나라에서 독일민법을 토대로 전개된 3인설을 무비판적으로 받아들이는 것은 문제가 있다고 생각한다.

13) Guradze, Demonstrationsfreiheit und Polizeigewalt, ZRP 1969, 6; Samper, Rechtsfragen zum Demonstrationsrecht, BayVBl. 1969, 77; BVerfG, DRiZ 1969, 158; BayObLG NJW 1970, 479; 김철수, 헌법학개론, 2006, 468면

14) Hoffmann-Riem, AK-GG Art.8 Rdnr.12; v. Mutius, Die Versammlungsfreiheit des Art.8 Abs.1 GG, Jura 1988, 30(36); BVerwGE 56, 63 ff.(69); 허영, 전제서, 534면 이하; 권영성, 헌법학 원론, 531면.

15) Kniesel in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, H Rn.14;

다만 여기서는 일단 공동의 목적이란 '집합적인 의사형성과 의사표현'의 목적을 기준으로 판단하되, 그 의사가 반드시 공적인 것에 국한될 필요는 없는 것으로 이해하도록 하겠다.¹⁶⁾ 그리고 이처럼 '공동의 목적'이 집회의 개념적 징표로 열거되는 점을 고려할 때 함께 모인 사람들의 공동의 의사가 결여되어 있는 다수인의 우연한 집합은 집회의 개념에서 제외된다.¹⁷⁾ 그와 같은 우연한 다수인의 집합, 예컨대 사고현장에 운집한 호기심 많은 사람들의 집합은 단지 군집(群集, Ansammlung)일 뿐이다: 집회(Versammlung)는 군집(Ansammlung) 이상의 그 무엇이다.¹⁸⁾

다. 집회의 시간적 징표 - '일시적' 회합

끝으로 집회의 개념을 충족시키기 위한 시간적 징표로서 '일시적 회합'(sog. Augenblickverbände)이 강조되고 있는바, 이러한 시간적 징표는 헌법 제21조상의 결사(結社, Vereinigung)와 집회의 구별에 있어 결정적 의의를 갖는다. 즉, 집회는 결사의 경우와 달리¹⁹⁾ 시간적으로 제한된 기간내에서만 - 일반적으로 단지 몇 시간 정도에

Herzog, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, Art.8 Rn.43; Müller, Wirkungsbereich und Schranken der Versammlungsfreiheit, insbesondere im Verhältnis zur Meinungsfreiheit, 1974, S.45; Pieroth/Schlink, a.a.O., Rn.689 ff.; Deutelmoser, Angst vor den Folgen eines weiten Versammlungsbegriff, NVwZ 1999, 240 ff.

16) 이는 공동의 목적의 의미에 관하여 이른바 광의설에 따른 결론이라는 것을 밝혀둔다.

17) Herzog, a.a.O., Art.8 Rn.43.

18) 한편 실정법적으로 집회와 군집을 명확히 구분하여 규정하고 있는 대표적 국가로는 독일을 들 수 있는데, 독일은 집회에 대해서는 「집회 및 시위에 관한 법률」(Gesetz über Versammlungen und Aufzüge, VersG)에서 규율을 하고 있는 반면, 군집에 대해서는 질서위반법(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, OWiG) 제113조에서 별도로 규정하고 있는 것이다. 참고로 독일의 질서위반법 제113조를 전제하면 다음과 같다: ① 공개적인 군집에 참여하거나 공권력주체의 3회에 걸친 적법한 해산명령에도 불구하고 해산하지 않는 자는 질서위반행위를 한 것이다 (Ordnungswidrig handelt, wer sich einer öffentlichen Ansammlung anschließt oder sich nicht aus ihr entfernt, obwohl ein Träger von Hoheitsbefugnissen die Menge dreimal rechtmäßig aufgefordert hat, auseinanderzugehen). ③ 이러한 질서위반행위에 대하여는 1000유로 이하의 과태료가 부과될 수 있다(Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 1 mit einer Geldbuße bis zu eintausend Euro geahndet werden).

19) 독일의 결사법 제2조 제1항은 「이 법에서 결사란 그의 법적 형식을 불문하고 다수의 자연인 혹은 법인이 공동의 목적을 위하여 장기간에 걸쳐 자유로이 회합하고, 조직적으로 형성된 의사에 따르는 모든 결사를 말한다」라고 규정하고 있다.

걸치는 - 행해질 수 있으며, 참가자들의 해산과 함께 종료된다.²⁰⁾ 따라서 이른바 인터벌 집회(Intervalversammlungen)²¹⁾는 하나의 집회가 존재하는 것이 아니라 다수의 집회가 존재하는 것으로 보아야 할 것이다.²²⁾

2. 집회성의 인정여부

「집회 및 시위에 관한 법률」이 규율하는 집회의 개념에 포함될 수 있는지 여부가 다투어지는 문제로는 다음과 같은 것이 있다.

가. 1인집회(1인시위)의 문제

1) 사례

‘2008 키 리졸브(Key Resolve)연습’을 위해 미국의 핵추진잠수함 오하이오호가 부산 용호동 해군작전사령부에 들어온 데 이어 세계최대 핵추진 항공모함 니미츠호가 구축함 폴 존스호, 순양함 프린스턴호를 이끌고 입항하자 6·15공동위 부산본부·부산민중연대·부산여성회·참여자치시민연대 등 부산지역 시민단체들이 백운포 해군기지 앞에서 릴레이식 1인 시위를 하고 있다.

2) 1인집회²³⁾의 집회성 인정여부

경찰실무적 차원에서 1인 시위를 함에 있어서 불안감·혐오감을 주는 등 평화시위의 틀을 깨는 1인 시위(예: 미이라복장차림의 1인 시위, 고가도로나 고공크레인 위에서의 1

20) 물론 근래에 들어 집회의 개념의 시간적 징표로서의 ‘일시적 회합’이 예전에 비하여 그 절대적 지위를 상실해가고 있는 측면이 존재하는 것은 사실이며, 이러한 경향은 시간적, 장소적, 사항적으로 밀접한 관련이 있는 이들에 걸친 활동을 ‘단일의’ 집회로 간주한 오스트리아 법원의 판결(VfSlg 14367/1995)에 잘 나타나 있다.

21) 인터벌집회(Intervallversammlungen)란 동일한 장소와 동일한 시간에서 일정한 시간적 간격을 두고 정기적으로 개최되는 집회를 말한다.

22) 동지: Lienbacher, a.a.O, S.61.

23) 1인 시위는 삼성그룹 이견회회장의 변칙상속의혹을 제보하였음에도 불구하고 국세청이 그에 대한 과세조치를 취하지 않자, 제보를 행하였던 참여연대가 2000년 12월 삼성재벌에 대한 과세추구를 위한 수단으로 국세청 앞에서 시작한 것이 효시를 이룬다고 설명되고 있다.

인 시위 등) 등의 경우에도 제재를 가할 필요성이 제시된 바 있기는 하지만²⁴⁾ 집회의 개념적 징표로 '다수인'의 회합이 들어지는 점을 고려할 때 이른바 1인집회(또는 1인시위)는 집회로 인정될 수 없다고 하여야 할 것이다. 법원 역시 청와대 앞 일반인의 통행이 허용되는 지역에서 1인시위를 하는 자에 대하여 관할 경찰관들이 현행법 체포, 긴급구속, 구속영장에 의한 구속 등 법률에 정한 절차를 거치지 아니한 채 막연히 대통령 경호 경비시 위해요소를 사전 예방한다는 명목하에 1인시위자를 승합차에 강제로 태워 인근 파출소로 연행한 것이 다투어졌던 사건에서 「1인 시위는 다수인을 전제로 한 집회 및 시위에 관한 법률 제2조 제2호의 '시위' 개념에는 포함된다고 볼 수 없으므로, 집회 및 시위에 관한 법률상의 시위금지와 관련된 조항의 제한을 받지 아니한다」고 판시한 바 있다.²⁵⁾

3) 릴레이식 1인 시위에 관한 특수문제

1인시위의 집회성 인정여부와 관련하여 실무적으로 논란의 소지가 있는 것은 위의 사례에서 보는 것과 같은 이른바 릴레이식 1인 시위인바, 오늘날 릴레이식 1인시위는 「집회 및 시위에 관한 법률」에 따른 규율을 피하면서 자신들의 집단적 의사를 표출하기 위한 수단으로 보편화되어 있다고 하여도 과언이 아닐만큼 빈번하게 행해지고 있는 실정이다.²⁶⁾ 생각건대 릴레이식 1인시위는 일단 외관상 1인시위의 형태를 취한다는 점에서 집회의 개념을 충족시키기 어려우며, 그 한도에서 「집회 및 시위에 관한 법률」의 규율대상

24) 양태규, 집시법상의 문제점 및 그 개선방안에 관한 연구, 치안정책연구 제15호(2001), 121면 이하(157면 이하). 다만 동 논문의 주) 91에 그에 대한 제재를 가한다고 하더라도 그를 「집회 및 시위에 관한 법률」상의 집회에 해당함을 전제로 하여 규율하는 것은 곤란하다고 밝히고 있음을 부기해 두기로 한다.

25) Vgl. 서울지법 2003.5.21, 2002나60701. 따라서 구 동독의 공산당서기장이었던 호네커(Erich Honecker, 1912~1994)의 부모의 집 앞에서 침묵시위를 신청하였다가 거절된 자가 제기한 헌법소원에서 '한사람만의' 침묵시위(Einzelmahnwache)도 집회라고 판시한 독일 연방헌법재판소의 견해(BVerfG, NJW 1987, 3245)는 받아들이기 곤란하다.

26) 릴레이식 1인시위는 (신문지상을 통하여 보도된 것만으로도) 2008년에 수없이 행하여졌는바, 그 대표적 예로는 ① 충청남도 예산군 봉림리골프장(사업시행자: 경남기업)의 건설이 주민들의 생존권을 위협할 것이라는 꾸준한 민원제기에도 불구하고 조성계획이 차질없이 진행되자 봉림리 골프장 반대대책위원회가 예산군청 정문에서 행한 릴레이식 1인시위, ② 대통령직 인수위원회의 여성가족부 폐지방침에 대하여 학계·시민사회단체·문화예술계·법조계 등 각계 남성 100명(약칭: '100인 선언')이 여성가족부 폐지를 막아내겠다며 국회앞에서 행한 릴레이식 1인시위 등을 들 수 있다.

은 아니라고 할 것이다. 그러나 외관상 1인시위의 형식을 갖추고 있다고 하더라도 릴레이식 1인시위를 행하는자들간에 내적인 유대감이 손쉽게 인정될 수 있는 정도에 이른 경우에는 「집회 및 시위에 관한 법률」의 규율대상이 될 수도 있을 것이다.²⁷⁾

나. 추모행사(특히 촛불집회)의 문제

1) 사례

2002년 6월 13일 경기도 양주시 광적면 지방도로에서 친구들과 생일파티를 하기 위해 길을 가던 여자 중학생 신효순·심미선이 미군 장갑차량에 깔려 그 자리에서 숨지는 사건이 일어나자, ‘미군장갑차 여중생 고 신효순·심미선 살인사건 범국민대책위원회’는 숨진 여중생 2명(신효순·심미선)을 추모하는 ‘여중생 촛불 추모행사’를 광화문 경복궁앞에서 개최하려고 한다.

2) 문제의 제기

오늘날 우리나라의 경우 문제시되는 대형집회들의 경우 종교행사나 문화행사 혹은 (촛불집회²⁸⁾ 형태의) 추모행사의 이름을 빌어 행해지는 경우가 많은바, 이들은 적어도 외형만 놓고 보면 시원적으로 집회의 개념을 충족시키지 못하는 것이 된다. 왜냐하면 이들 행사들의 경우 집회의 개념의 중요한 징표인 공동의 의사형성과 의사표현이란 목적이 결여되어 있기 때문이다. 그러나 사실상 이들 행사의 진행과정을 보게 되면 상당수의 행사가 참가자들이 공동의 목적을 가지고 그들의 의사를 표출하고자 하며, 따라서 집회의 개념적 징표를 충족하고 있다고 볼 소지가 있음을 쉽게 인식할 수 있다. 그러나 지금까지의 우리나라의 이론은 이 경우를 집회로 보아 「집회 및 시위에 관한 법률」에 따라 규율

27) 이러한 논의는 특히 다수인이 일정한 간격을 유지하면서 행하는 1인시위를 집회의 개념을 충족하는 것으로 보아 「집회 및 시위에 관한 법률」로 규율하는 것에 대한 가능성을 제시해 줄 수 있다고 생각된다.

28) 촛불집회는 (사례에서 제시한 바와 같은) 미군 장갑차량에 깔려 숨진 두 여자 중학생의 사인규명과 추모를 위해 2002년 11월 처음 열린 이래 우리나라의 대표적인 평화적 시위형태로 정착하였다고 할 수 있다. 근래에는 쇠고기수입반대의 의사표현을 위한 수단으로 많이 행하여졌는바, 촛불집회에 대하여 상세한 것은 이성용, 촛불집회에 대한 법적 고찰, 경찰법연구 제6권 제1호(2008), 30면 이하 참조.

할 수 있는 전거를 제시하는데 사실상 실패하였던 것이 사실이다. 또한 이를 집회로 보는 경우에도 「집회 및 시위에 관한 법률」제15조가 「학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제 및 국경행사에 관한 집회에는 제6조부터 제12조까지의 규정을 적용하지 아니한다」고 규정하고 있으므로 이들 집회는 「집회 및 시위에 관한 법률」의 규율범위밖에 놓이게 되는 문제점을 노정하게 되었다.

3) 문제해결을 위한 제언 - 이른바 중점이론(重點理論,²⁹⁾ Schwergewichttheorie).

가) 외국의 사례

(1) 독일

독일의 경우 이 문제는 베를린에서 매년 정기적으로 개최되는 세계 최대의 테크노 음악축제인 Love-Parade³⁰⁾의 성격을 어떻게 규정지를 것인가를 둘러싸고 논의되기 시작하였는바, 독일의 연방헌법재판소는 이와 관련하여 「Love-Parade와 같은 음악 또는 댄스축제는 그를 통한 의사표현이 대중축제 내지 국민적 축제로서의 전체 성격보다 더 중대한 것일 경우에는 집회의 개념에 포함될 수 있지만, 단순히 자신이 살아 있다는 존재감의 표출을 위한 것이거나 단지 오락을 목적으로 하는 경우라면 집회의 개념에 해당하지 않는다」라고 판시하여³¹⁾ 문화행사의 형식을 취하는 축제의 경우에도 일정한 요건하에 집회의 개념에 포함될 수 있음을 분명히 하고 있다.

29) 여기서의 설명방식과 같은 이론을 중점이론이라고 명명하는 것은 전적으로 필자의 견해에 불과하며, 학문적으로 정립된 용어가 아님을 밝혀둔다. 아울러 중점이론이란 용어는 원래 경찰의 조치가 예방적 작용과 진압적 작용 중 어느 것을 목적으로 하는가를 판단함에 있어 전체적인 측면에서 보아 경찰조치의 중점이 어디에 놓여 있는지, 환언하면 그 조치의 목적 중 어느 것이 객관적으로 우선하는지를 기준으로 삼아야 한다는 것을 내용으로 하는 경찰법상의 용어에서 차용한 것임도 밝혀둔다. 중점이론에 관하여 보다 자세한 것은 서정범(역), 경찰법 사례연습, BookPlus, 2006, 27면 이하, 173면 이하 참조.

30) Love-Parade는 1989년 베를린의 테크노 뮤지션 Dr. Motte의 생일을 기념해 테크노 음악팬들이 '평화, 기쁨, 팬케이크'라는 구호를 내세우며 베를린 시내 쿠담거리에서 퍼레이드를 벌인 데서 시작된 것인바, 테크노 음악축제로 시작되었기 때문에 Techno-Parade란 이름으로 불리기도 한다.

31) BVerfG NJW 2001, 2459. 한편 이러한 연방헌법재판소의 입장에 대하여 부정적 견해에 관하여는 Wiefelspütz, Ist die Love-Parade eine Versammlung?, NJW 2002, 274 ff.(275) 참조.

(2) 오스트리아

오스트리아 역시 “추모행사라 할지라도 그것이 행해지는 구체적 상황, 즉 그것이 행해지는 시점이나 장소 혹은 그의 대상을 고려할 때 그것이 비록 추모행사의 외형을 갖추고 있다 하더라도 본질적으로(primär) 정치적 신념의 표출을 목적으로 하는 것이라면 집회로 보아야 한다”는 견해가 지배적이며,³²⁾ 오스트리아의 헌법재판소 역시 팔츠부르크 시립묘지앞에서 참전동지회의 사망자추모대회가 행해지는 동안 이차대전에서 사망한 탈영병들의 명예회복을 위한 다분히 선동적인 반대집회시위를 집회로 규정한 바 있다.³³⁾

나) 문제의 해결

생각건대 우리나라의 경우 역시 이 문제는 전술한 독일이나 오스트리아의 헌법재판소의 결정에 나타난 것을 이론화시키는 것으로 해결될 수 있다고 판단된다. 즉, 종교행사나 문화행사 혹은 추모행사의 이름을 빌어 행해지는 각종 행사의 경우 그것이 ① 말 그대로 종교·문화·추모적 행사에 중점을 두고 행해지는 경우라면 「집회 및 시위에 관한 법률」상의 집회로 볼 수 없겠지만, ② 그들 행사가 그것이 표방하는 원래의 성격, 즉 종교행사나 문화행사 혹은 추모행사라는 성격보다 그를 통하여 일정한 의사를 형성하고 그를 표현하려는 것에 중점이 두어진다고 판단되면 그 한도에서 「집회 및 시위에 관한 법률」상의 집회로 성격지을 수 있다고 생각되며, 이 경우에는 「집회 및 시위에 관한 법률」의 신고제도 등에 관한 규율의 적용을 받아야 할 것이라고 생각된다.³⁴⁾

전기한 사례에서 「미군장갑차 여중생 고 신희순·심미선 살인사건 범국민대책위원회」가 주최하는 ‘여중생 촛불 추모행사’를 순수한 관혼상제에 관한 것으로 보기는 어렵고, 동 집회·시위의 경우 그 행사의 목적과 내용, 참가자, 진행상황 등 제반사정에 비추어 볼 때 사전 신고절차를 거쳐야 하는 집회·시위라고 보아야 할 것이다」라는 판례³⁵⁾ 역시 같은 취지로 이해할 수 있다.

32) Lienbacher(Hrsg.), a.a.O., S.62

33) 이에 관하여는 VfSlg 15680/1999 참조.

34) 이러한 결론에 따르면 「집회 및 시위에 관한 법률」제15조가 규정하고 있는 학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제 및 국경행사에 관한 집회란 ‘진적으로 혹은 순수하게’ 학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제 및 국경행사를 위한 집회를 의미하는 것으로 이해하여야 할 것이다.

35) 서울지법 2003.8.8. 2003고합656.

다. 집회참가에의 준비단계

1) 사례

시민·사회단체 회원 4천여명은 2006년 5월 평택시 팽성읍 대추리 마을회관 공터(평화공원)에서 열릴 예정이던 '주한미군 확장 이전반대 제4차 범국민대회'에 참가하려 했지만, 경찰이 사전신고가 없었음을 이유로 평화공원 진입을 봉쇄하자 새로운 집회 장소로 고지받은 같은 읍 본정리 소재 농협앞으로의 진입하고자 하였고, 그마저 여의치 않자 같은 리 소재 신정감리교회에 잠시 머물게 되었다.

2) 집회성 인정여부

집회의 개념에 포함될 수 있는지의 여부와 관련하여 논의될 수 있는 또 하나의 문제는 이른바 집회의 준비단계로서의 회합, 즉 예정된 집회(특히 경찰에 의해 불법으로 규정된 집회)에 참가하기 위해 일정한 장소에 다수인이 모여 있는 경우에 관한 것이다. 생각건대 이런 경우까지 집회의 개념에 포함시키는 것은 무리가 있다고 판단되며, 법원 역시 위에 제시된 사례와 관련하여 「교회에 머물게 된 경위 등을 볼 때 미군기지이전 반대의 의사표현을 위한 집회에 참석중이었다고 인정하기에 부족하고 …… 피고인들은 원래 예정된 집회에 참가하기위한 준비단계에 있었다고 봄이 상당하고 해산 명령 대상인 '집회' 또는 '시위'에 해당하지 않는다」고 판시하여 이러한 점을 분명히 하고 있다.³⁶⁾ 다만 이 경우에도 통일된 구호를 외치거나 집회용품을 소지하는 등 그 자체가 전술한 집회의 개념적 징표들을 충족시키는 경우라면 그 자체를 집회로 규정지을 수는 있을 것이다.

3. 시위의 개념

가. 집회, 시위, 행진의 개념 내지 상호관계

독일의 경우 집회(Versammlung)는 「공동의 목적을 가진 다수의 자연인의 일정한 장소에서의 일시적 회합」, 시위(Demonstration)는 「집단적인 의사표현을 공동의 목적으

36) 대판 2008.6.26, 2008도3014 참조.

로 하는 집회», 행진(Aufzüge)은 「움직이는 집회」라고 이해하는 것이 일반적이다.³⁷⁾ 그리고 집회, 시위, 행진을 이렇게 이해하게 되면 시위와 행진은 모두 집회의 하위개념에 불과하게 되며, 다만 시위는 '집단적인 의사표현'이, 행진은 '움직인다는 것'이 개념요소로 추가되어 있을 뿐이다.

나. 「집회 및 시위에 관한 법률」상의 시위의 개념

1) 「집회 및 시위에 관한 법률」상의 시위의 개념

우리나라의 「집회 및 시위에 관한 법률」은 (집회의 경우와 달리) 시위에 관하여는 「“시위”라 함은 다수인이 공동목적を 가지고 도로·광장·공원등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행하거나 위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위를 말한다」고 규정하여(동법 제2조 제2호) 입법적 정의를 내리고 있다. 그리고 동조의 의미에 관하여 헌법재판소는 「집회 및 시위에 관한 법률 제2조 제2호의 “시위”는 그 문리(文理)와 개정연혁에 비추어 다수인이 공동목적을 가지고 ① 도로·광장·공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행함으로써 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위와 ② 위력 또는 기세를 보여 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위를 말한다」고 풀이되므로, 위 ②의 경우에는 “공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소”라는 장소적 제한개념은 시위라는 개념의 요소라고 볼 수 없다.³⁸⁾라고 판시한 바 있다.

2) 「집회 및 시위에 관한 법률」상의 시위의 개념의 문제점

전술한 바와 같은 「집회 및 시위에 관한 법률」상의 시위의 입법적 정의나 그에 대한 헌법재판소의 해석은 다음과 같은 약간의 문제를 안고 있다고 생각된다. 즉,

첫째, 학문적으로 시위는 집회의 하위개념에 불과한 것인데, 「집회 및 시위에 관한 법률」이 집회의 개념에 대하여는 아무런 규정을 갖고 있지 않으면서 시위에 관하여만 그

37) Dietel/Gintzel/Kniesel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 12. Aufl., 2000, S.19 ff.; Köhler/Dürig-Friedl, a.a.O., S.17ff.

38) 헌재결 1994.4.28, 91헌바14.

개념에 관하여 입법적 정의를 규정함으로써 집회와 시위가 전혀 별개 차원의 개념이라는 오해를 야기할 소지를 제공하고 있다.

둘째, 「집회 및 시위에 관한 법률」이 시위의 개념을 규정하면서 “도로·광장·공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행함으로써”라는 표현을 사용함으로써 움직이는 집회를 의미하는 행진과 시위의 구별을 모호하게 만들고 있다. 물론 동조의 해석에 있어 「집회 및 시위에 관한 법률」이 행진을 시위의 하위개념으로 보고 있을 뿐이라는 설명이 가능하기는 할 것이나, 독일에서의 학문적 논의나 일반적 용어례와 부합하지 않는 문제가 있다.

셋째, 「집회 및 시위에 관한 법률」은 시위의 개념을 정의함에 있어 ‘위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위’라는 표현을 사용하고 있는바, 이는 시위의 개념 자체를 네가티브적 요소와 연결시키는 오류를 범하고 있다고 생각한다.

다. 시위개념의 무용성 내지 재정립

현행 「집회 및 시위에 관한 법률」의 입법자는 시위의 폭력적 측면, 즉 ‘위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위’라는 점에서 집회와 구별되어야 한다는 인식에 기초하고 있는 것으로 보이는데, 사실 집회는 (그 정도의 차이가 있을 뿐) 위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주려는 목적을 가지고 행해짐이 일반적이다. 따라서 그러한 점에 착안한 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」의 규정방식은 문제가 있다고 생각된다. 한편 시위를 집회의 하위개념으로서의 ‘집단적인 의사표현’으로 이해하는 독일식의 설명방법 또한 명쾌하지 못한 면이 있으며, 그러한 설명방법에 입각한 시위의 개념을 집회의 개념과 별도로 법률로 규정할 현실적 필요성은 더더욱 없다고 생각된다. 결국 이러한 점을 고려하면 시위의 개념은 커다란 의미를 갖지 못한다고 생각한다. 이에 반하여 행진은 ‘움직인다’는 점에서 그 특징이 뚜렷하여 집회와 손쉽게 구분될 수 있으며, 나름대로 구분의 실익이 있다고 생각된다. 독일의 집회와 관련된 법률의 정식명칭이 「집회 및 행진에 관한 법률」(Gesetz über Versammlung und Aufzüge)이라는 것은 이러한 사정을 응변으로 보여주고 있는 것으로 생각되며, 이러한

입법례가 가장 모범적인 것으로 생각된다. 다만 우리나라의 경우 행진이란 용어가 아직 보편화되어 있지 않으며, 오히려 '시위'가 이동하는 집회를 의미하는 용어로 사용되어 왔음을 고려할 때³⁹⁾ (독일에서의 용어례, 더 정확히 말하면 독일어의 번역례에 구애받음이 없이) 이동하는 집회를 표현하는 용어로 행진이란 용어 대신에 시위라는 용어를 사용하여도 무방하지 않은가라는 생각을 갖게 된다.⁴⁰⁾ 결론적으로 말하면 시위(혹은 행진)는 단지 '움직이는 집회'로서 집회의 개념에 포함시켜서, 옥외집회의 하위개념을 구성할 뿐인 것으로 이해하는 것이 바람직하다고 생각된다. 즉, 시위(혹은 행진)는 "움직이는(도보에 의하던, 자동차, 선박, 자전거, 동물에 의하던) 옥외집회로서⁴¹⁾ 어떠한 공동의 신념을 함께 육체적으로 분명히 나타내는 것"이라고 할 것이며,⁴²⁾ 시위(혹은 행진)를 이렇게 이해하게 되면 시위(혹은 행진)라고 하기 위해서는 전술한 집회의 요소들을 충족하여야 한다는 결론에 달하게 되는바, 독일의 판례들은 특히 집합적인 의사표현을 통하여 공중의 이익과 관련있는 사항에 관한 공중의 주의를 이끌어 내는 것을 목적으로 하여야 한다는 것을 강조하면서 이 점을 분명히 하고 있다.⁴³⁾

이처럼 시위(혹은 행진)는 '움직인다'(fortbewegen)는 것을 그의 개념적 특징으로 하는바, 이 경우 공동의 규율이 준수되어야 할 것이 요구되지는 않으며,⁴⁴⁾ 또한 시위(혹은 행진)가 반드시 공로(公路) 혹은 광장에서 행해질 필요도 없다. 한편 시위(혹은 행진)는 처음에 시위(혹은 행진)라고 개념지위진 경우에는, 참가자가 멈추어 서 있는 경우 혹은

39) 이에 관하여는 「집회 및 시위에 관한 법률」의 위헌성 여부가 다루어졌던 사건의 결정문에서 「원래 집회 또는 이동하는 집회를 뜻하는 시위란……」이라고 판시한 헌재결 1994.4.28. 91헌바14 참조. 한편 시위의 개념에 관한 헌법재판소의 이 같은 결정에 대한 평가 내지 이해는 다음과 같이 갈리고 있는 실정이다. 즉, 일단 헌법재판소의 입장을 받아들인 후 그를 전제로 시위와 집회를 어떻게 구분할 것인가를 문제로 삼는 입장파(신영호, 집시법 제5조 제1항 제2호, 경찰학연구, 제7권 제3호(2007), 48면 이하) 헌법재판소의 시위에 대한 이해의 부적절성을 지적하면 비판론을 전개하는 입장(한수용, 집회의 자유와 「집회 및 시위에 관한 법률」, 저스티스 제37권 제1호(2004.2), 19면 참조)의 대립이 있는 것이다.

40) 이러한 설명은 연구자의 집회의 개념에 관한 논문(서정범, 「집회 및 시위에 관한 법률」상의 집회의 개념, 공법학연구, 제8권 제2호(2007), 375면 이하)에 대한 이성용교수의 적확한 지적(이성용, 전개논문, 40면 참조)에 대한 변명적 반론에 해당한다. 연구자의 논리전개에 있어 모순 내지 비약을 지적해 준 이성용교수에게 글로나마 감사의 마음을 전한다.

41) Köhler/Dürig-Friedl, a.a.O., S.20.

42) BVerfG, NJW 1985, 2395.

43) VGH Mannheim, BayVBl. 1971, 475; VG Köln, NJW 1983, 1212.

44) RGSt 44, 370.

어떤 이유에서(예: 교통장애) 행진하던 시위(혹은 행진)가 정지된 경우에도 시위(혹은 행진)의 성질을 상실하지 아니한다. 또한 시위(혹은 행진)는 말미에 종국적으로 정지되면 집회로 변하게 되며, 역으로 한 장소에서 정지하고 있던 집회가 시위(혹은 행진)로 나아가면서 시위(혹은 행진)로 바뀌어질 수도 있다.

제2절 집회의 기능

1. 개 설

모든 법 내지 사회제도가 그러하듯이 집회의 경우도 순기능과 역기능을 공유하고 있는 바, 이러한 집회의 순기능과 역기능 중 어느 것을 강조하는지에 따라 집회에 대한 시각 내지 대처방안이 달라지게 될 것이다. 또한 제3장에서 논하는 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」의 내용에 대한 평가의 상이성 혹은 그의 미비점을 전제로 한 개정방향에 대한 찬반논의 역시 집회의 기능에 대한 이해차이에 기인한다고 할 것인바, 이하에서 이들 문제에 대해 일별해 보기로 한다.

2. 집회의 기능

가. 집회의 순기능

민주주의 체제하에서 사회의 구성원은 누구나 국정에 대하여 비판하고 자기가 속한 집단의 이익을 주장할 수 있어야 할 것인바, 그러한 의사표현의 자유를 가장 효과적으로 보장하기 위한 수단이 바로 집회이다.⁴⁵⁾ 헌법은 이러한 이유에서 집회의 자유를 국민의 기본권으로 보장하고 있는바(헌법 제21조), 집회의 자유가 갖는 기능으로는 종래 ① 개인의 의사형성 및 의사표현의 효과를 증대시키는 기능, ② 대의민주주의 체제하에서 누

45) 오늘날 언론매체의 대형화·독점화 현상으로 인하여 일반국민은 자신의 의사를 효과적으로 표현하기 위한 수단을 상실하고 단지 언론매체에 의해 제공되는 메시지의 수신자로 전락해가고 있는 실정을 고려할 때, 이러한 집회가 갖는 의사표현의 수단으로서의 기능은 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다.

락·간과된 사회적 소수자⁴⁶⁾의 의사를 국정에 반영시키는 기능,⁴⁷⁾ ③ 궁극적으로 인격의 실현 및 (직접)민주주의의 실현수단으로서의 기능⁴⁸⁾ 등이 들어져 왔다. 한편 집회의 기능을 선거제도와 결부시켜 집회가 (다음 선거가 있을 때까지) 주권행사의 공백을 메꾸는 중요한 수단으로 이해하는 입장도 나타나고 있다.⁴⁹⁾ 이 같은 집회가 갖는 순기능, 특히 집회의 자유가 민주주의의 이상을 실현하기 위한 기본적 전제가 되는 점을 강조하게 되면 집회의 자유에 대해서는 다른 어떤 기본권보다도 강도의 보호가 행해질 것을 요구하게 될 것이다.

나. 집회의 역기능

집회가 갖는 순기능에도 불구하고 집회, 특히 대형집회에 대한 부정적 시각 또한 존재한다. 그리고 그 원인은 대형집회의 경우 집회에 참가하지 않는 비관여인의 다른 기본권(학습의 자유, 주거의 평온, 재산권의 일 내용을 이루고 있는 영업권 등)을 침해할 뿐만 아니라, 교통문제를 비롯한 많은 문제를 야기하고 그에 따른 많은 사회적 손실이 발생한

46) 여기서의 사회적 소수자가 단지 양적인 의미의 소수자만을 의미하는 것은 아니며, 실질적으로 국가정책결정과정에서 영향력을 행사하기 어려운 사회계층, 즉 질적인 소수자 또한 포함된다.

47) 집회의 자유가 갖는 이러한 기능은 「오늘날 우리 사회처럼 언론·출판의 수단인 신문·방송 등의 매스미디어가 국가권력과 소수의 대자본에 독점됨으로써 사회의 여러 이해관계 집단이 자신들의 의사를 충분히 표출할 수 없는 상황에서 집회 및 시위의 자유가 가지는 역할과 기능은 더욱 중요하지 않을 수 없다. 즉 집회 및 시위의 자유는 집권정치세력에 대한 정치적 반대의를 집단적으로 표명하는 효과적인 수단으로서 또한 현대사회에서 소외되고 있는 소수집단이 자신들의 권익과 주장을 옹호하기 위한 적절한 수단을 제공한다는 점에서 그 중요성을 더해 가고 있다」(헌재결 1992.1.28, 89헌가8)와 같은 헌법재판소의 결정문에도 잘 표현되어 있다.

48) 집회의 자유가 갖는 이러한 기능은 「집회의 자유는 개인의 인격발현의 요소이자 민주주의를 구성하는 요소라는 이중적 헌법적 기능을 가지고 있다. 인간의 존엄성과 자유로운 인격발현을 최고의 가치로 삼는 우리 헌법질서 내에서 집회의 자유도 다른 모든 기본권과 마찬가지로 일차적으로는 개인의 자기결정과 인격발현에 기여하는 기본권이다. 집회의 자유는 공동으로 인격을 발현하는 자유를 보장하는 기본권이자 동시에 국가권력에 의하여 개인이 타인과 사회공동체로부터 고립되는 것으로부터 보호하는 기본권이다. 그리고 집회를 통하여 국민들이 자신의 의견과 주장을 집단적으로 표명함으로써 여론의 형성에 영향을 미친다는 점에서, 집회의 자유는 표현의 자유와 더불어 민주적 공동체가 기능하기 위하여 불가결한 근본요소에 속한다」(헌재결 2003.10.30, 2000헌바67, 2000헌바83병합)와 같은 헌법재판소의 결정문에도 잘 표현되어 있다.

49) 한편 이러한 입장에서는 집회·시위를 통하여 국민들은 수시로 국가의사결정에 여론을 투입하여 정책의 경직성과 편향성을 통제·감시하고 시정을 유도할 수 있게 된다는 점을 강조하고 있다(이관희, 한국민주헌법론 I, 박영사, 2008, 359면).

다는 것에서 찾을 수 있다.⁵⁰⁾ 실제로 한국개발연구원(KDI)⁵¹⁾은 조사보고서를 통하여 “2005년 한 해 동안 발생한 시위는 1만1000건에 이르고, 이로 인한 사회적 비용은 최대 12조3000억원에 이르며, 이는 국내총생산(GDP)의 1.53%에 해당한다”고 밝힌 바 있다. 이러한 사회적 손실은 집회의 규모가 대형화되는 과정에서 더욱 증가하여 2006년의 경우 최대 21조에 이르는 수준에 달하고 있다.⁵²⁾ 더욱이 초대형집회의 경우 단일집회로 인한 사회적 손실비용 또한 무시 못할 규모에 이르고 있는바,⁵³⁾ 이러한 손실은 결국 국가발전에 장애로 기능하며 궁극적으로 고스란히 국민의 부담이 되고 있다. 또한 국민 1인당 부담하는 경찰지출의 예산규모가 선진각국과 대비할 때 1/3~ 1/2정도에 그치고 있는 실정에서⁵⁴⁾ 경찰예산의 5분의 1에 이르는 막대한 비용을 집회관리비용으로 지출하게 되면,⁵⁵⁾ 이는 필연적으로 (예산부족에 기인하는) 치안확보수준의 저하를 초래하게 될 것이다. 결국 집회가 갖는 이러한 역기능을 강조하게 되면 집회에 대한 어느 정도의 규율은 불가피하다는 결론에 달하게 될 것이다.

50) 집회·시위로 인한 사회적 손실 내지 비용에 관한 선행연구로는 이하에 제시된 것 이외에도 다음과 같은 것이 있으니 참고하기 바란다: 즉, ① 집회시위의 사회적 비용에 관한 연구(도로교통안전공단, 2000), ② 치안비용분석모델정립 및 활용방안에 관한 연구(백상연구소, 2004), ③ 불법폭력시위로 인한 사회경제적 비용에 관한 연구(한국개발연구원, 2007), ④ 5대 공공분쟁의 사회적 비용추산(단국대학교 분쟁해결연구센터, 2007).

51) 한국개발연구원(KDI) 2007년 1월 발표 자료.

52) 김상겸, 불법폭력시위로 인한 사회적 비용추정연구, 치안논총 제24집(2008), 18면. 이 논문에서 김상겸 교수는 한국개발연구원의 사회적 손실비용에 대한 분류를 조금 더 구체화하고 있는바, 김상겸 교수의 사회적 손실비용의 구분방법은 다음과 같다. 즉, 시위에 대한 사회적 비용을 크게 직접비용과 간접비용으로 나눈 후, 다시 직접비용은 참가자손실(생산 내지 임금손실)과 공공부문손실(경찰관서의 관리비용)으로, 간접비용은 교통비용(차량 지·정체로 인한 시간·연료손실과 보행자 및 인근주변의 대기오염비용)과 영업 또는 생산손실(집회·시위장소부근 사업체의 영업 또는 생산손실)로 세분하여 비용을 추정하고 있다.

53) 광화문 및 서울시청 주변 8차선을 점거한 시위의 경우 1회당 무려 776억원의 손실비용이 발생한 것으로 조사되었다.

54) 각국의 국민 1인당 경찰지출예산규모는 다음과 같다(이황우·조병인·경찰학개론, 한국형사정책연구원, 2006, 464면 이하 참조) - 미국: 283,000원, 영국: 338,000원, 일본: 303,200원, 캐나다: 208,000원, 우리나라: 114,000원

55) 2003년의 경우 경찰예산은 4조 6,751억이었는데, 동년 경찰이 집회시위의 관리에 투입한 비용은 8,000억에 이르렀었다(송병호/최관, 집회시위에 있어 경찰의 대응실태와 개선방향에 관한 연구, 한국경찰연구, 제5권 제2호, 2006, 96면).

다. 소 결

집회(의 자유)가 갖는 기능 및 그에 따른 대응의 문제를 논함에 있어서는 시대상황을 고려한 논의전개가 요구되는바, 그 필요성은 특히 우리나라처럼 격동의 근현대사를 겪어 온 나라에서는 더욱 배가된다. 즉, 국가의 의사가 헌법이 예정하고 있는 민주주의적 절차에 따라 결정되기 어려웠던 과거 권위주의적 군사정권하에서는 집회야말로 그러한 정권에 항거하기 위한 가장 강력한, 어쩌면 유일한 수단으로서 그것이 갖는 의미 또한 실로 심대하였다. 그러나 오늘날에도 집회(의 자유)가 여전히 그러한 의미를 갖는다고 보기는 어려운 것이 사실이다. 물론 이것이 집회(의 자유)가 갖는 순기능을 부정하는 것은 결코 아니다. 결국 오늘날에는 집회(의 자유)의 순기능과 역기능을 모두 고려하는 균형적 사고에 입각한 논의전개가 필요하다고 생각되며, 따라서 오늘날에도 집회(의 자유)가 갖고 있던 고전적 의미에만 집착한 나머지 집회(의 자유)가 갖는 역기능을 지나치게 과소평가하는 것은 시대착오적 사고라고 생각되어진다.

제3장 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정방향

제1절 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정필요성

1. 집회의 자유에 대한 제한가능성

후술하는 바와 같이 오늘날 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정이 필요하게 된 원인은 불법폭력집회를 예방·억제하기에 충분한 수단을 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」이 갖고 있지 못하다는 점에서 찾을 수 있으며, 따라서 개정법률에 규정될 것은 불법폭력집회를 예방·억제하기 위한 수단들에 관한 것이 될 것이다. 그러나 이는 자칫 불가침의 자유라고 강조되어 온 집회의 자유를 과도하게 제한하는 악법이 될 것이라는 인식을 낳을 수도 있는바, 따라서 이하에서는 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정필요성을 논하기에 앞서 집회의 자유도 보다 고차원의 범익을 위하여서는 제한될 수도 있음을 분명히 해두고자 한다.

주지하는 바와 같이 집회의 자유는 민주주의의 발전사에 있어 중요한 역할을 수행하였으며, 오늘날에 있어서도 소수자의 의견표출의 방법으로의 집회(및 집회의 자유)는 기본권 중에서도 중핵적 지위를 차지하고 있다. 그리고 집회의 자유가 갖는 이러한 의미에 걸맞게 집회의 자유에 대해서는 강도의 보호가 행해지고 있다. 그러나 모든 기본권이 그러하듯이 집회의 자유 역시 아무런 제한없이 보장되는 것은 아니다. 즉, 집회의 자유 역시 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한받을 수 있는바, 집회가 갖는 역기능(제2장 제2절 참조)은 집회의 자유에 대한 제한을 인정할 수 있는 근거로서 고려될 수 있다. 예전의 집회와 비교해 볼 때 오늘날의 집회가 갖는 가장 두드러진 특징은 집회규모의 대형화현상이라고 할 수 있는바, 이 같은 집회규모의 대형화로 인한 각종 폐해는 도심의 교통체증, 과도한 소음유발, 집회장소 주변 상인들의 영업권 침해, 학생들의

학습권침해, 집회에 수반되는 과도한 사회적 비용의 지출 등과 같은 직접적·유형적인 문제로부터 국론분열, 국가신인도하락, 공권력의 무력화 및 그로 인한 공권력에 대한 불신 등과 같은 간접적·무형적 문제에 이르기까지 실로 심각한 수준에 이르고 있다. 따라서 이러한 피해를 도의시한 채 집회의 자유라는 이름하에 이를 방치하는 것은 궁극적으로 국가발전을 저해하게 된다. 결국 집회의 자유를 최대한으로 보장하되 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 불가피한 경우에는 집회의 자유의 본질을 해하지 않는 범위내에서 최소한의 제한이 가해질 수 있음을 인정하는 것이 집회에 대한 올바른 인식 방법이라고 생각된다.

2. 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정필요성

현행 「집회 및 시위에 관한 법률」은 제1조에서 동법이 적법한 집회 및 시위를 최대한 보장하고 위법한 시위로부터 국민을 보호함으로써 집회 및 시위의 권리보장과 공공의 안녕질서가 적절히 조화를 이루도록 하는 것을 목적으로 한다는 점을 분명히 밝힌 후에, 제3조 이하에서 그러한 목적을 달성하기 위한 구체적 조치에 관하여 상세히 규율하고 있다. 그리고 이러한 「집회 및 시위에 관한 법률」의 규정내용이나 방식은 집회의 자유의 의미나 그에 대한 제한가능성을 고려할 때 충분히 설득력을 갖고 있으며, 나름대로 그 기능을 발휘하여 왔던 것이 사실이다.

그런데 오늘날처럼 집회의 양상이 변모하여 대규모의 폭력시위가 빈발하는 상황⁵⁶⁾하에서 과연 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」이 동법 제1조가 정하고 있는 목적을 달성하기에 충분한 내용을 갖고 있는지에 대해서는 의문을 갖지 않을 수 없다. 즉, 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」이 대규모의 폭력시위로 인한 사회적 비용이 감내하기 어려운 수준에 이르러 장기적·궁극적으로 국력낭비를 초래하고, 국론분열을 가져오고 있는 사정하에서 불법폭력 집회를 사전에 예방하거나 그러한 집회에 사후적으로 대처하기 위한 적절

56) 대규모의 폭력시위가 발생하는 이유에 대하여는 종래 많은 연구가 행해졌으며, 그에 대해서는 본 보고서 곳곳에서 필요한 범위내에서 소개한 바 있다. 다만, 연구자는 근래에 들어 (어느정도는 자발적이라고 볼 수 있는) 대규모시위가 발생하는 중요한 이유의 하나로 인터넷을 통하여 책임질 수 없는 내용을 담은 글들이 유포되면서 이것이 교묘하게 일반국민들의 감정을 부정적으로 에스컬레이트시키는 것을 고려할 수 있음을 지적하고 싶다.

한 수단을 제공하지 못하고 있다는 사고를 지을 수가 없는 것이다. 사정이 이러하다면 결국 「집회 및 시위에 관한 법률」이 추구하는 목적을 효과적으로 달성하기 위하여는 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정이 불가피하다고 할 수밖에 없다. 한편 이처럼 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」을 개정하고자 하는 경우 새로운 법에 어떠한 내용이 들어가야 할 것인가에 관하여는 학계나 실무차원에서 많은 제안이 있어 왔는바, 본 보고서에서는 이들 중 중요하고, 그동안 입법여부에 대해 논란이 많았던 핵심적 주제들에 관하여 입법가능성을 심도있게 고찰해 보고자 한다.

제2절 집회소음의 제한

1. 집회소음규제 및 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」 규정의 타당성

가. 집회소음규제에 관한 규정의 「집회 및 시위에 관한 법률」에의 도입배경

근래에 우리나라에서 행해지고 있는 대형집회의 경우 거의 예외없이 고출력의 앰프시설을 갖춘 마이크를 통해 강연·자유발언·노래 등이 이어지는 형태를 취하고 있으며, 집회참가자나 시위대가 확성기, 북, 징, 팽과리 등을 사용하는 것 또한 일반적인 집회행태로 굳어진 듯하다. 물론 대형집회의 경우 집회의 진행과정에서 각종 기계·기구를 사용할 필요성은 쉽게 인정될 수 있으며, 집회·시위에 참여하지 않은 시민들에게도 어느 정도는 집회과정에서 발생하는 소음으로 인한 불편을 감수하는 관용의 미덕이 요구되는 측면 또한 인정될 수 있다. 그러나 일정수준 이상의 소음이 장기간 계속되는 경우 등에 있어서는 집회에 참가하지 않은 일반시민의 수인한도를 넘어서는 경우가 있을 수 있을 것이며, 실제로 그러한 사례는 수없이 발생하고 있다.⁵⁷⁾ 또한 집회소음으로 인하여 피해를 입은 인근주민들이 소음을 유발하는 시위를 막아달라고 민원을 제기하거나,⁵⁸⁾ 심지어

57) 김포시청 정문 앞에서 7개월째 계속되고 있는 철거민들의 확성기 시위로 인한 피해는 그 강도가 극에 달하고 있으며, 인근주민들은 “스트레스가 쌓여 이사를 준비하고 있다”고까지 말하고 있는 실정이다. 한편 이러한 사정에 관하여 자세한 것은 vgl. <http://www.gimpojn.com>.

역시위(逆示威)에 나서면서⁵⁹⁾ 민원과 시위가 반복되는 현상이 나타나고 있다. 한편 근래에 들어서는 집회소음으로 인하여 피해를 입은 인근주민들에 의한 법적 대응까지 나타나고 있는 실정이다.⁶⁰⁾ 이처럼 집회소음을 더 이상 방치할 수 없는 심각한 상황에 당하여 집회소음에 관한 법적 규제가 필요하다는 인식이 나타나게 되었으며, 이러한 인식을 기초로 하여 2004년 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정을 통하여 동법에 집회소음에 관한 규제를 내용으로 하는 규정이 명문으로 들어가게 되었다.

나. 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」상의 집회소음에 관한 규정

1) 「집회 및 시위에 관한 법률」상의 집회소음기준

현행 「집회 및 시위에 관한 법률」은 제14조에서 확성기등 사용의 제한이란 제하에 「① 집회 또는 시위의 주최자는 확성기, 북, 징, 팽파리 등의 기계·기구(이하 이 조에서 "확성기 등"이라 한다)를 사용하여 타인에게 심각한 피해를 주는 소음으로서 대통령령으로 정하는 기준을 위반하는 소음을 발생시켜서는 아니 된다. ② 관할경찰관서장은 집회 또는 시위의 주최자가 제1항에 따른 기준을 초과하는 소음을 발생시켜 타인에게 피해를 주는 경우에는 그 기준 이하의 소음 유지 또는 확성기등의 사용 중지를 명하거나 확성기등의 일시보관 등 필요한 조치를 할 수 있다」고 규정한 다음, 동법 제14조 제2항에 따른 명령을 위반하거나 필요한 조치를 거부·방해한 자는 6개월 이하의 징역 또는 50만원

58) 이러한 민원은 그 수를 헤아릴 수 없을 정도이나 대표적 사례들에 관하여는 vgl. 임준태, 집회시위시 발생하는 소음의 합리적 규제기준에 관한 연구, 치안논총 제20집, 2004, 438면 이하.

59) 과천중앙고등학교 학부모들이 조용한 분위기에서 학생들이 대입 수능 모의고사를 치를 수 있도록 하기 위하여 침묵시위를 행한 경우가 그 대표적 예가 된다. 한편 과천 중앙고등학교의 경우 정부 과천청사 운동장과 인접한 관계로 정부과천청사운동장에서 3~4일 간격으로 열리는 각종 단체의 집회소음에 시달리면서 이중창을 설치하기도 했으나 대규모 집회엔 역부족으로 교내방송을 통해 수업을 하고 있는 실정이라고 한다. 이러한 사정에 관하여 자세한 것은 vgl. <http://www.kyeongin.com/news>.

60) 국내외 기업과 외국 공관이 많이 입주해 있는 서울특별시 세종로 소재 교보빌딩은 연일 계속되는 확성기 시위에 시달리다 못해 법원에 집회금지 가처분 신청을 제출할 것을 준비하고 있다고 하며(<http://ulsansi.ciclife.co.kr>), 2007년 8월 7일 광주지방법원은 민주노총 산하 공공서비스노조 소속 청소용역원들이 광주광역시 시청사에서 고성능 확성기 시위로 공무원들이 업무를 추진하는데 막대한 지장을 초래하고 있음을 이유로 광주광역시가 제출한 '업무방해 금지 가처분'신청을 받아들여 고성능 확성기를 통한 소음도 80dB 이상은 업무방해행위에 해당하여 금지한다는 취지의 결정을 행한 바 있다(<http://www.yeongsangang.com/bbs>)

이하의 벌금·구류 또는 과료에 처한다고 규정하고 있다(동법 제 24조 제4호).

한편 「집회 및 시위에 관한 법률시행령」이 정하고 있는 확성기 등의 소음기준은 다음과 같다.

확성기등의 소음기준(제14조 관련)

(단위 : Leq dB(A))

대상 지역 \ 시간대	주간(해 뜬 후~해 지기 전)	야간(해 진 후~해 뜨기 전)
주거지역, 학교	65 이하	60 이하
기타지역	80 이하	70 이하

비고

1. 확성기 등의 소음은 관할 경찰서장(현장 경찰공무원)이 측정한다.
2. 소음 측정 장소는 피해자가 위치한 건물의 외벽에서 소음원 방향으로 1~3.5m 떨어진 지점으로 하되, 소음도가 높을 것으로 예상되는 지점의 지면 위 1.2~1.5m 높이에서 측정한다. 다만, 주된 건물의 경비 등을 위하여 사용되는 부속 건물, 광장·공원이나 도로상의 영업시설물, 공원의 관리사무소 등은 소음 측정 장소에서 제외한다.
3. 소음은 5분 이상 측정하되, 소음 발생시간이 5분 이내인 경우에는 그 발생시간 동안 측정·기록하고, 비고 2의 측정지점에서 두 번 측정하여 그 산술평균치를 측정소음도로 한다.
4. 측정소음도와 배경소음도의 차이가 3~9dB이면 아래의 보정치를 보정한 후 대상소음도를 구하고, 그 차이가 2dB 이하인 경우에는 다시 두 번 측정하여 측정소음도를 구하며, 다시 두 번 측정하여 측정소음도를 구하여도 그 차이가 2dB 이하인 경우에는 확성기등의 소음으로 보지 아니한다.

측정소음도와 배경소음도의 차이	3	4	5	6	7	8	9
보정치	-3	-2				-1	

5. 그 밖에 소음의 측정방법 및 평가단위 등과 관련하여 필요한 사항은 「소음·진동규제법」 제6조에 따른 소음·진동 공정시험 방법에 적합하게 생활소음 규제기준의 측정방법에 따른다.

2) 소음·진동규제법상의 생활소음기준과의 비교

현행 「집회 및 시위에 관한 법률」의 소음규제기준에 관한 규정은 상당부분 소음·진동규제법의 그것에 영향을 많이 받고 있는 것으로 파악되는바, 이하에서는 먼저 소음·진동규제법상의 소음기준에 관한 규정의 내용을 일별하고 다음으로 「집회 및 시위에 관한 법률」상의 소음기준과 비교하여 보기로 하겠다.

가) 소음·진동규제법상의 생활소음기준

소음·진동규제법시행규칙 별표 8은 2009년 1월 1일부터 적용되는 생활소음기준을 규정하고 있는바, 그 내용은 다음과 같다.

[단위 : dB(A)]

대상 지역	시간대별		아침, 저녁 (05:00~07:00, 18:00~22:00)	주간 (07:00~18:00)	야간 (22:00~05:00)
	소음원				
주거지역, 녹지지역, 관리지역 중 취락지구 및 관광·휴양개발진흥지구, 자연환경보전지역, 그 밖의 지역에 있는 학교·병원·공공도서관	확성기	옥외설치	70 이하	80 이하	60 이하
		옥내에서 옥외로 소음이 나오는 경우	50 이하	55 이하	45 이하
	공장		50 이하	55 이하	45 이하
	사업장	동일 건물	45 이하	50 이하	40 이하
		기타	50 이하	55 이하	45 이하
	공사장		60 이하	65 이하	50 이하
	그 밖의 지역	확성기	옥외설치	70 이하	80 이하
옥내에서 옥외로 소음이 나오는 경우			60 이하	65 이하	55 이하
공장		60 이하	65 이하	55 이하	
사업장		동일 건물	50 이하	55 이하	45 이하
		기타	60 이하	65 이하	55 이하
공사장		65 이하	70 이하	50 이하	

참 고

- 1) 소음의 측정방법과 평가단위는 「환경분야 시험·검사 등에 관한 법률」 제6조제1항제2호에 따른 환경오염공정시험기준에서 정하는 바에 따른다.
- 2) 대상 지역의 구분은 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른다.
- 3) 규제 기준치는 생활소음의 영향이 미치는 대상 지역을 기준으로 하여 적용한다.
- 4) 옥외에 설치한 확성기의 사용은 1회 3분 이내로 하여야 하고, 15분 이상의 간격을 두어야 한다.
- 5) 공사장의 소음 규제기준은 주간의 경우 특정공사의 사전신고 대상 기계·장비를 사용하는 작업시간이 1일 2시간 이하일 때는 +10dB을, 2시간 초과 4시간 이하일 때는 +5dB을 규제기준치에 보정한다.
- 6) 발파소음의 경우 주간에만 규제기준치(광산의 경우 사업장 규제기준)에 +10dB을 보정한다.
- 7) 공사장의 규제기준 중 다음 지역은 공휴일에만 -5dB를 규제기준치에 보정한다.
 - 가) 주거지역
 - 나) 「의료법」에 따른 종합병원, 「초·중등교육법」 및 「고등교육법」에 따른 학교 및 「도서관법」에 따른 공공도서관의 부지경계로부터 직선거리 50m 이내의 지역
- 8) “동일 건물”이란 「건축법」 제2조에 따른 건축물로서 지붕과 기둥 또는 벽이 일체로 되어 있는

건물을 말하며, 동일 건물에 대한 생활소음 규제기준은 다음 각 목에 해당하는 영업을 행하는 사업장에만 적용한다.

- 가) 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」 제10조에 따른 체력단련장업·체육도장업·무도학원업·무도장업
- 나) 「학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률」 제2조에 따른 음악교습을 위한 학원·교습소
- 다) 「식품위생법 시행령」 제7조에 따른 단란주점영업·유흥주점영업
- 라) 「음악산업진흥에 관한 법률」 제2조에 따른 노래연습장업

나) 「집회 및 시위에 관한 법률」상의 소음기준과 소음·진동규제법상의

생활소음기준의 비교평가

「집회 및 시위에 관한 법률」상의 소음기준과 「소음·진동규제법」상의 생활소음기준을 비교해 볼 때, 양자간의 차이점은 다음과 같이 요약해 볼 수 있다. 즉,

첫째, 「집회 및 시위에 관한 법률」은 소음기준이 적용되는 시간대를 해뜨 후와 해지기 전을 기준으로 하여 주간과 야간으로 2분하여 규율하고 있는 반면, 소음·진동규제법은 소음기준이 적용되는 시간대를 해뜨 후와 해지기 전과 상관없이 절대적 시간을 기준으로 주간(07:00 ~ 18:00), 야간(22:00 ~ 05:00), 아침·저녁(05:00 ~ 07:00, 18:00 ~ 22:00)으로 3분하여 규율하고 있다.

둘째, 확장기 등의 소음기준에 관하여 주거지역/학교의 경우 야간은 양자가 동일하나, 주간에는 「집회 및 시위에 관한 법률」이 소음기준을 65dB이하로 규정함으로써 소음·진동규제법의 80dB보다 강화시키고 있다.⁶¹⁾ 이에 반하여 기타지역의 경우에는 주간은 동일하나 야간에는 「집회 및 시위에 관한 법률」이 소음기준을 70dB이하로 규정함으로써 소음·진동규제법의 60dB보다 완화시키고 있다.

다. 집회소음규제 및 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」규정의 타당성

「집회 및 시위에 관한 법률」을 통하여 집회소음 자체를 규제할 필요성이 있는지, 나아가 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」상의 집회소음규제에 관한 규정의 내용이 타당성을

61) 이러한 규정내용에 대하여는 주거지역과 학교는 「집회 및 시위에 관한 법률」에 의하여 소음으로부터 매우 높은 수준의 보호를 받고 있다는 평가가 행해지고 있다(김광수, 집회시위 소음에 대한 법적 규제, 한국경찰법학회 제27차 학술회의(2008), 발표요지, 11면).

갖는지에 대하여는 찬반양론이 첨예하게 대립하고 있는바, 이하에서는 이 문제에 대한 국내외에서의 논의 및 그에 대한 연구자의 소견을 밝혀 보기로 하겠다.

1) 집회소음규제 및 「집회 및 시위에 관한 법률」 규정의 타당성을 부정하는 견해

집회소음규제에 관한 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」 규정의 타당성을 부정하는 견해는 다음과 같은 것을 그 논거로 삼는다.⁶²⁾ 즉,

첫째, 집회에 있어서 어느 정도의 소음은 필연적으로 발생하기 마련이므로 집회소음을 규제하는 「집회 및 시위에 관한 법률」 제14조는 결국 집회의 자유 자체를 과도하게 제한하는 효과를 가져 오게 된다.

둘째, 일상적인 대화가 60dB, 가정에서의 음악감상이 85dB인 점을 고려할 때 집회소음규제의 기준을 80dB로 정하고 있는 것은 대형집회를 원천적으로 봉쇄하는 결과를 가져온다.

셋째, 「집회 및 시위에 관한 법률시행령」의 소음제한기준규정은 소음진동규제법의 영향을 많이 받은 것으로 볼 수 있는바, 소음진동규제법은 상시적·장기적 소음을 상정하고 있는 규정임에도 불구하고 이를 일시적·단기적 집회에 적용하는 것은 곤란하다.

2) 집회소음규제 및 「집회 및 시위에 관한 법률」 규정의 타당성을 긍정하는 견해

집회소음규제에 관한 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」 규정의 타당성을 긍정하는 견해는 집회의 경우 소음발생이 통폐적인 것이라 할지라도 그것이 인근주민의 일상적인 생활을 곤란케 하거나 건강에 유해한 결과를 야기할 정도⁶³⁾에 이르는 경우라면 당연히 규제가 필요하다는 점을 강조하고 있다.

62) 이하의 논의에 관하여 보다 자세한 것은 권두섭, 집시법과 경찰당국의 자의적인 금지통고의 문제점, in: 집회시위금지통고의 문제점과 개선방안, 국가인권위원회, 2006, 57면 이하.

63) 독일에서의 실증적 연구에 따르면 소음치수가 65dB에 이르게 되면 건강이 위협을 받으며, 이 경우 관계인이 소음의 영향을 인식하였는지 여부는 문제되지 않는다고 한다(Vgl. Wiethaup, Lärmbekämpfung in rechtlicher Sicht, DVBl. 1959, 240 ff.). 우리나라의 경우 역시소음으로 인한 피해에 대하여는 많은 연구가 축적되어 있는바, 김지용/유준현/이정권, 소음폭로가 지역주민의 건강에 미치는 영향에 대한 조사, 가정의 제10권 제11호, 1면 이하; 조성일/김현순/임정술/정해관/최병순, 소음폭로가 일부지역주민의 건강에 미치는 영향에 대한 연구, 한국역학회지 제12권 제2호, 153면 이하 등이 그 대표적 예이다.

3) 소 결

현행 「집회 및 시위에 관한 법률」상의 집회소음규제에 관한 규정의 부당성을 지적하는 논거는 일견 그 타당성이 인정될 수 있는 것으로 보인다. 그러나 그들의 논거를 조금 더 고찰해 보면 다음과 같은 문제점이 드러난다.

첫째, 일상적인 대화내용이 60dB 등에 해당함을 이유로 소음규제기준을 80dB로 정하고 있는 「집회 및 시위에 관한 법률 시행령」이 사실상 집회의 자유 자체를 제한하는 결과를 가져온다는 지적은 일상적인 대화의 경우와 집회의 경우 소음의 측정방법이 상이함을 고려할 때 타당성이 결여된다고 생각된다. 즉, 그러한 견해는 일상대화의 경우 주로 음원(音源)에서 측정하는 반면, 집회소음은 음원에서 측정하는 것이 아니라 피해자가 위치한 건물의 외벽에서 소음원 방향으로 1~3.5m 떨어진 지점에서 측정한다는 점⁶⁴⁾을 간과하고 있다는 비판을 면하기 어렵다.

둘째, 또한 상시적·장기적 소음을 대상으로 하는 소음진동규제법상의 소음기준을 일시적·단기적 집회에 적용하는 것이라는 지적 역시 거의 모든 외국의 입법례가 집회소음을 예외없이 소음규제와 관련된 법률로 규율하고 있음을 고려할 때, 그 설득력이 현저히 떨어진다고 생각된다.

이러한 점을 고려하면 약간의 문제점에도 불구하고 집회소음규제의 필요성 및 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」상의 규정의 타당성이 어느 정도는 인정될 수 있을 것이다.

2. 입법례

가. 개 관

확성기 등을 통한 소음유발행위를 집회와 관련하여 특별히 직접적으로 규율하고 있는 입법례는 거의 찾아보기 어려운 실정이다. 즉 일본처럼 집회 및 시위를 규율하는 독립된 단행법률을 갖고 있지 못한 국가는 물론이고, 독일이나 오스트리아처럼 「집회 및 시위에 관한 법률」을 별도로 갖고 있는 국가의 경우에도 확성기 등을 통한 집회소음에 대하여는 「소음규제법」등을 통한 규율이 행해지고 있을 뿐이다.

64) 「집회 및 시위에 관한 법률시행령」 별표 2 참조.

나. 일본

확성기소음의 규제와 관련된 일본의 입법례를 보면, 「靜穩保持에 관한 법률」 제5조가 확성기사용을 제한하고 있다. 또한 지방자치단체가 확성기사용을 금지하고 그에 위반하는 경우 처벌하는 것을 내용으로 하는 조례를 갖고 있는 경우가 많은바, 그 대표적 예로는 「暴騒音규제에 관한 東京都條例」를 들 수 있다. 즉, 「暴騒音규제에 관한 東京都條例」는 제5조에서 확성기에 의한 폭소음유발행위를 금지한 후, 그에 위반하는 경우 경찰관이 그에 대하여 중지명령을 내리고(동 조례 제7조) 그러한 명령에 위반한 자에 대하여는 6월 이하의 징역 또는 20만엔 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.⁶⁵⁾

다. 독일/오스트리아

독일의 경우 「집회 및 시위에 관한 법률」이란 단행법률을 갖고 있지만, 동법은 집회시에 확성기 등을 사용하여 소음을 유발하는 행위를 규율하는 규정을 갖고 있지 않으며, 연방이미션보호법(Bundesimmissionsschutzgesetz)이 소음을 규제하고 있다. 이러한 사정은 오스트리아의 경우도 거의 유사한 것으로 판단된다.

라. 평 가

독일이나 오스트리아가 집회에 관하여 단행법률을 갖고 있으면서도 동법에 집회시 발생하는 소음규제에 관한 특별규정을 갖고 있지 않은 것과 달리, 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」이 확성기 등의 사용제한에 관해 별도의 규정을 갖고 있는 것을 이유로 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」이 소음규제를 통하여 집회의 자유를 침해하는 세계적으로 유례가 없는 악법이라는 비판이 있다. 그러나 이처럼 입법례를 해당국가의 특수한 사정을 고려함이 없이 단순히 평면적으로 고찰하는 것은 문제가 있으며, 입법례에 대한 평가는 적어도 다음의 2가지측면을 고려하여 할 것이다.

첫째, 독일 등의 경우 집회문화의 선진화로 실제 집회의 진행과정이 우리나라의 경우 처럼 특별한 소음을 야기하는 방식으로 진행되지는 않으며, 따라서 집회와 관련하여 특

65) 일본의 소음규제에 관한 입법의 구체적 내용에 관하여는 임준태, 전계논문, 458면 이하.

별히 별도로 규율하여야 할 필요성이 사실상 없다는 점이다.

둘째, 「집회 및 시위에 관한 법률」에 소음규제에 관한 규정이 없다는 것은 역으로 생각하면 우리나라의 입법례보다 더 강도의 소음규제가 행해지고 있다고 볼 수 있다. 즉, 집회와 관련하여서도 소음배출에 있어 집회가 갖는 특수성이 전혀 고려됨이 없이 소음에 관한 일반적 내용을 담고 있는 법률(독일의 경우라면 연방이미씨온보호법)에 따른 소음규제가 행해지고 있는 것이다.

3. 집회소음규제에 관한 규정의 개정필요성 내지 개정방향

가. 개정필요성

오늘날 집회진행방식의 변화나 음향기기의 발전 등으로 인하여 집회시 발생하는 소음의 정도는 한층 심해지고 있는 것이 보편적 현실이라고 할 수 있다. 그런데 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」 및 동법시행령상의 집회소음규제에 관한 규정은 그러한 변화된 사정을 고려한 효과적인 소음규제에 미흡하다는 지적이 있으며, 이에 실무차원에서 전체적으로 집회소음규제의 실효성을 확보할 수 있도록 동법을 개정할 필요성이 논의되고 있는 실정이다. 또한 전체적인 규제의 틀을 개정하지는 않는다고 하더라도 세부적 사항에 있어서는 개정이 필요하다는 주장도 나타나고 있는바, 병원·요양소 등의 경우에는 주거지역에 준하는 규제가 필요한데 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」 및 동법시행령은 이런 점을 고려하지 않고 있다는 점을 지적하면서 주거지역의 소음기준을 병원·요양소 등 특히 정숙을 요하는 지역에까지 확대하는 방식으로 개정할 필요성이 있다는 식의 주장이 그 대표적 예가 된다.

나. 개정방향

전술한 바와 같이 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」의 규정만으로는 소음규제의 목적을 효과적으로 달성할 수 없는 사정의 존재를 직시할 때, 동법의 (규제강화를 골자로 하는) 개정을 주장하는 견해가 나타나는 것 역시 필연적이라고 여겨진다. 그러나 개정필요성을 인정하는 경우에도 방법론에 있어서 규제강화 일변도의 개정은 그에 대한 입법적

저항⁶⁶⁾이 충분히 예견될 수 있는 현실을 고려할 때 타당한 대처방안이 아니라고 생각한다. 결국 다음과 같은 내용을 규정하는 정도의 개정이 현실적 대안이라고 생각한다. 즉,

첫째, 소음규제기준의 세분화를 고려할 수 있다. 즉, 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」은 소음규제기준을 단지 주거지역·학교와 기타지역의 2단계로 구분하고 있는바, 이를 외국의 예⁶⁷⁾에 따라 3~4단계로 세분하여 규율할 필요가 있다고 생각된다.

둘째, 구체적인 소음규제수치와 관련하여서는 적어도 야간의 경우라면 소음규제기준을 현재보다 강화하는 것도 고려해 볼 수 있을 것이다.

셋째, 소음규제조항을 위반하는 경우에는 그 위반정도가 경미한 것에 그칠 수 있는 경우가 많을 것임을 고려하여 처벌규정에 과태료를 규정하는 것 또한 고려할만 하다고 생각된다.

제3절 복면금지

1. 문제의 의의

근래의 대형 시위현장을 보게 되면 상당수의 집회참가자들이 복면이나 마스크 등을 착용하고 있음을 볼 수 있는바, 이로 인하여 참가자의 신원확인이 어려운 경우가 자주 발생한다. 물론 복면 등으로 인하여 신원확인이 어려운 참가자가 있는 경우에도 당해 집회가 평화적으로 진행되고 종결되는 경우도 많으며, 그런 경우를 상정한다면 특별히 복면금지조항의 신설을 고려할 필요성은 없다고 하여도 과언이 아닐 것이다. 그러나 복면 등의 착용을 통해 신원확인이 곤란한 참가자가 다수인 집회의 경우 참가자들이 그 익명성(匿名性)에 기대어 사회적으로 용인될 수 있는 정도를 넘어서는 과격한 폭력행위로 나아가는 경우가 (적어도 그렇지 않은 집회에 비해 상대적으로) 많은 것은 경험칙상 충분히

66) 우리나라처럼 집회소음규제를 별도로 「집회 및 시위에 관한 법률」에서 규정하고 있는 나라를 거의 찾아볼 수 없음을 고려할 때, 그러한 규정의 강화시도는 (적어도 비교법적 차원에서) 상당히 강한 입법적 저항에 부딪치게 될 것임이 명약관화하다.

67) 소음규제기준에 관한 외국의 사례에 관하여 자세한 것은 임준태, 집회시위시 발생하는 소음의 합리적 규제기준에 관한 연구, 치안논총 제20집, 2004, 451면 이하 참조.

인정될 수 있다. 그런데 이처럼 폭력적 행위로 나아가 형사적으로 가벌성(可罰性)이 인정되는 경우에도 집회참가자의 신원확인이 곤란하여 사후적으로 검거나 증거수집에 있어 어려운 문제가 발생하고, 그 결과 이러한 점을 악용하여 시위가 더욱 과격화하는 경향이 있음 또한 부인할 수 없는 사실이라고 할 것이다. 따라서 과격한 폭력시위를 사전적으로 예방하는 차원에서 신원확인을 곤란케 할 수 있는 복면 등의 착용을 금지시킬 필요가 인정될 수 있으며, 이를 통하여 장기적으로 건전한 시위문화를 정착시킬 수 있을 것이다. 그리고 이러한 점을 고려하여 독일의 「집회 및 시위에 관한 법률」제17조a 제2항 및 오스트리아 「집회법」제9조는 이른바 복면금지(Vermummungsverbot)를 명문으로 규정하고 있으며, 이들 국가에서는 이 조항은 너무나도 당연한 것으로 받아들이고 있는 실정이다.

이에 복면금지의 논리적 필요성과 독일 등의 입법례를 고려하여 우리나라의 경우에도 복면금지조항의 신설필요성이 있다는 주장이 학문적 차원에서 유력하게 대두되고 있다. 이하에서는 이에 대한 찬반논의 및 외국의 입법례를 먼저 소개하고, 부정적 견해가 갖고 있는 문제점에 대한 지적을 통하여 복면금지조항의 도입필요성을 설명해 보기로 하겠다.

2. 복면금지제도의 도입에 관한 찬반논의

전술한 바와 같은 필요성에 근거하여 복면금지제도의 도입이 여야의원들에 의해 시도된 바 있는바,⁶⁸⁾ 동 제도의 도입을 둘러싸고는 찬반양론이 격렬하게 대립하고 있는 실정인바, 먼저 이들 논의를 간단하게 소개해 보기로 하겠다.

가. 찬성론

시위에 참가하는 사람들이 복면 등을 착용하면 자신의 신분이 드러나지 않게 되는 은닉성(隱匿性) 내지 익명성(匿名性)에 기대어 과격한 행위를 하는 경향이 있는바,⁶⁹⁾ 복면

68) 2006년 이상열 의원, 2007년 정갑윤 의원, 2008년 성윤환 의원 등이 복면금지조항의 도입을 골자로 하는 주장하거나, 구체적으로 개정안을 발의한 바 있다. 한편 발의된 개정안의 구체적 내용에 관하여는 <http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/main.jsp> 참조.

69) 익명성이 개인적 책임 내지 도덕의식의 해이를 가져오게 만들고, 그 결과 과격한 행동으로 나아갈 개연성이 높아지게 된다는 점은 부정할 수 없다. 한편 이러한 점은 전기충격에 대한 Zimbardo 교수의 심리학적 실험을 통하여 실증된 바 있는바, 이에 관하여 자세한 것은 Zimbardo, 이충호/임

금지제도는 이처럼 집회 및 시위의 참가자들이 익명성 뒤에 숨어 과격·폭력시위로 나아가는 것을 막을 수 있는 순기능을 갖는다는 것을 강조하는 입장이다. 이러한 사고는 “복면을 착용하는 행위 자체가 폭력행위로 나아갈 성향에 대한 반증이라는 것, 즉 복면착용행위가 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위협으로 기능한다”는 가설에 기초하고 있다고 할 수 있는바, “복면시위금지를 시위 참가자들의 얼굴을 증명사진 찍듯 찍어 처벌하기 위한 방편으로 치부할 것이 아니라 시위를 계획할 때부터 폭력을 행사하려 작정하고 파이프·각목·죽창 등의 무기를 소지하고 처벌을 피하기 위해 의도적으로 자신을 감추는 사람들을 가려 처벌하기 위한 수단으로 봐야 할 것이다. …… 이는 ‘복면시위’를 금지함으로써 과격·폭력으로 치닫는 시위문화에 대한 자각을 일깨우고 시위 참가자의 익명성으로 발생할 수 있는 폐해를 지적했다는 점에서 그 의미가 크다”⁷⁰⁾와 같은 설명은 이 같은 입장의 대표적 예를 이룬다.

나. 반대론

전술한 복면금지조항의 도입에 대하여는 복면금지조항이 집회의 자유의 본질적 내용을 침해하므로 위헌의 소지가 있다는 사고에 입각하여 많은 반론이 제기되고 있는바, 반론의 주된 논거로는 다음과 같은 것이 들어진다.⁷¹⁾

1) 「요건규정의 불명확성」으로 인한 문제

외국의 사례에 비추어 볼 때 복면금지조항은 ‘신원확인이 어렵도록 위장하거나 신원확인을 방해하는 물건을 소지하는 것’을 금지하는 형태로 규정되게 될 것인바, 그렇다면 이

지원(역), 루시퍼 이펙트, 웅진지식하우스, 2007, 458면 참조.

70) 전희경(바른사회시민회의 정책실장), 세계일보 2007.11.18.

71) 복면금지조항에 대해 반대하는 입장의 논거로 이하에서 설명하는 내용 중 특별히 참고문헌을 밝히지 않은 부분은 실무적 차원에서 반대의 입장을 명시적으로 표현한 다음의 문헌들을 요약·정리한 것임을 밝혀둔다: ① 37개 인권단체연합 명의로 행하여진 ‘복면금지 집시법 개정 철회 및 집시법 전면 재검토를 촉구하는 기자회견’(기자회견문 전문에 대하여는 정보운동 액트 온의 홈페이지인 <http://act.jinbo.net> 참조)

② 민주사회를 위한 변호사 모임(민변)의 ‘복면금지 집시법 개악에 대한 의견서’(그 전문에 대하여는 민주사회를 위한 변호사 모임의 홈페이지인 <http://minbyun.jinbo.net> 참조)

③ 박진(다산인권센터 상임활동가), 세계일보 2007.11.18.

는 기본권을 제한하는 법률은 그 내용이 구체적이어야 하고 명확하여야 한다는 헌법이론에 반하게 된다. 즉, 기본권을 제한하는 법률이 과도하게 광범위하고, 다의적(多義的)인 것이 되면 법을 운영하는 당국에 의한 자의적인 법집행이 허용되어 국민의 기본권을 보장할 수 없게 된다.

2) 「과잉금지원칙」 위반의 문제

헌법 제37조 제2항에 따를 때 국민의 기본권도 국가보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우 제한을 받을 수 있지만, 제한되는 기본권과 그로써 보호되는 기본권 간에 균형을 이루어야 한다. 집회의 자유는 본질적인 기본권으로 단순한 사회·경제적 이익보다는 훨씬 우월한 가치를 가지고 있어 양자를 단순 비교하여서는 안되며, 사회·경제적 이익이 명백하고 심각하게 침해되는 경우에만 이를 보호하기 위해 집회의 자유가 제한되어야 할 것이다. 그런데 집회참가자가 복면을 하는 것을 금지하고, 그를 위반한 경우 그것만을 이유로 처벌할 수 있다면 사회·경제적 이익에 대한 명백하고 심각한 침해가 없음에도 집회의 자유를 제한하는 것이 되어 집회의 자유를 과도하게 제한하게 될 것이다. 따라서 복면금지조항은 과잉금지의 원칙에 위배되게 된다.

3) 복면금지사상의 기본적 전제부정

복면금지의 사상은 “① 복면착용은 폭력행위로의 태세를 반증하고 있으며, 따라서 공공의 안녕과 질서에 대한 위협이다. ② 또한 복면을 착용한 자는 군중심리적 지식에 비추어 볼 때 대중으로 하여금 공격을 하도록 자극하고 있다”라는 2가지 명제를 그 기본적 논거로 하고 있는바, 이러한 명제는 받아들일 수 없다. 즉, 복면을 착용한 자가 시위에 참여하게 되면 폭력적 시위로 발전할 것이 예상된다는 것은 실무경험에서 나오는 일반화된 추측에 불과할 뿐 복면착용이 결코 폭력태세에 대한 충분한 증거가 될 수는 없으며,⁷²⁾ 또한 복면을 착용한 자의 출현은 다른 시위참여자들로 하여금 자신들은 복면을 착용한 자에 비해 경찰의 진압행위에 무방비상태로 내맡겨져 있다는 생각을 갖게 만들어 결과적으로 폭력행위로의 태세를 오히려 약화시킨다.⁷³⁾

72) Frohn, Demonstrationsstrafrecht und Kriminalpolitik, 1995, S.160.

4) 헌법재판소의 결정

한편 헌법재판소는 집회의 자유가 보장하는 내용을 설명하면서 「집회참가자는 참가의 형태와 정도, ‘복장’을 자유로이 결정할 수 있다」고 판시한 바 있는데,⁷⁴⁾ 헌법재판소의 이 같은 결정 역시 복면금지조항의 도입을 반대하는 주된 논거로 들어지고 있다.

5) 복면시위금지규정의 실효성확보의 곤란성

복면금지조항의 도입을 시민들의 준범의식과 관련지어 부정시하는 견해 또한 존재한다.⁷⁵⁾ 즉 복면금지조항이 입법화되었을 때, 그것이 집회의 자유를 과도하게 제한하는 악법으로 평가되면 그 자체가 불복종의 대상이 되어 법이 실효성을 확보할 수 없을 것이며,⁷⁶⁾ 또한 복면금지조항이 불복종의 대상이 되어 또 다른 시위가 야기될 여지가 있다⁷⁷⁾는 것이다.

3. 입법례

복면금지를 명문으로 규정하고 있는 국가로는 오스트리아, 독일, 스위스 및 미국을 들 수 있다.

가. 오스트리아

「집회가 진행되는 동안 집회의 참가자들은 신원확인을 방해하기 위하여 의복이나 물건을 사용하여서는 아니된다」(오스트리아 집회법 제9조).⁷⁸⁾

73) Frohn, a.a.O., S.168.

74) 헌재결 2003.10.30, 2000헌바67.

75) 이에 관하여는 최병각, 전제논문 42면 이하 참조.

76) 이러한 입장은 그 논거로 ‘부당한 법은 법도 아니기 때문에 지킬 필요가 없다’는 입장이 설문조사대상자의 33%에 이르고 있다는 것, 그리고 악법의 준수를 거부한 대상자 중 25%가 그에 대한 저항수단으로 불법적인 방법도 사용할 수 있다고 한 점(연성진/최병각/기광도, 준범의식의 실태 및 준범운동의 전개방향에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2000년, 67면, 84면 등)을 들고 있다.

77) 예컨대, 복면시위금지에 반대하여 복면착용이 반드시 폭력성을 내포하지 않음을 주장하기 위해 복면시위가 벌어지는 경우

78) 오스트리아에서의 복면금지조항의 입법과정과 그 구체적 내용에 관하여 자세한 것은 이성용, 전제

나. 독일

독일의 「집회 및 시위에 관한 법률」은 제17조a 제2항에서 이른바 복면금지조항을 두어 신원확인을 곤란하게 만드는 복장의 착용을 금지하고 있지만, 동조 제3항에서 예배 등의 경우에는 복면금지조항이 적용되지 않는다는 것과 예외적으로 복면이 허용될 수 있음 또한 아울러 규정하고 있다. 이들 조문의 구체적 내용은 다음과 같다.⁷⁹⁾

제17조a 제2항: 다음 각 호의 행위는 금지된다.

1. 신원확인을 곤란하게 만들 의도를 가지고, 신원확인을 곤란하게 만들기에 적합한 복장으로 집회에 참가하거나 그러한 복장으로 집회장소로 가는 것.
2. 신원확인을 곤란하게 만들기에 적합하고 제반사정에 비추어 볼 때 그러한 목적으로 사용될 수 있는 물건을 소지하고 집회에 참가하거나 집회장소로 가는 것.

제17조a 제3항: 제17조a 제1항과 제2항은 제17조의 집회⁸⁰⁾에는 적용되지 아니한다. 권한있는 행정청은 공공의 안녕 혹은 질서가 위협받을 우려가 없는 경우에는 제1항과 제2항에서 정한 금지에 대한 예외를 인정할 수 있다.

다. 스위스

스위스는 베른 등 6개 칸톤(Kanton)의 형법에서 복면금지를 규율하고 있는바, 베른 칸톤 형법 제22조 제1항은 허가를 요하는 집회 또는 시위에서 자신을 식별할 수 없도록 한 자에 대하여 1만 프랑 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.⁸¹⁾

라. 미국

미국의 경우 복면금지의 유형은 다른 범죄와 관련된 복면금지와 다른 범죄와 무관한

논문, 102면 이하

79) 독일에서의 복면금지조항의 입법과정과 그 구체적 내용에 관하여 자세한 것은 Kniesel, in: Litsken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, H. Rn.377 f.; 이성용, 전개논문, 99면 이하

80) 독일의 「집회 및 시위에 관한 법률」제17조의 집회란 야외예배, 종교적 축제에서의 행진, 성지순례, 장례식, 결혼축하행렬, 전통적인 민속축제 등을 말한다.

81) 스위스에서의 복면금지조항의 입법과정과 그 구체적 내용에 관하여 자세한 것은 이성용, 전개논문, 104면 이하

복면금지의 2유형으로 대별할 수 있으며, 그 구체적 내용에 있어서도 각 주에 따라 상당한 차이를 보이고 있는바, 그 유형을 일별하면 다음과 같다.⁸²⁾

1) 다른 범죄와 관련된 복면금지

다른 범죄와 관련된 복면금지는 다시 ① 다른 범죄와 관련하여 복면을 착용한 행위 그 자체를 별개의 범죄로 규정하는 경우(캘리포니아주)와 ② 복면을 착용하고 범죄를 저지른 경우에는 그렇지 않은 경우에 비해 가중처벌을 하는 경우(일리노이주, 뉴멕시코주)의 2유형으로 구분될 수 있다.

2) 다른 범죄와 무관한 복면금지

다른 범죄와 무관하게 복면을 금지하고 있는 곳은 앨라배마주 등 15개주와 콜럼비아 특별구이며, 각 주마다 일정한 범위 내에서의 복면착용을 명문으로 허용하고 있다.⁸³⁾ 또한 루이지애나주처럼 익명성을 의도한 복면착용만을 금지하여 '의도(Intent)'라는 요소를 복면금지법에 명문으로 규정하고 있는 경우도 있다.

4. 복면금지조항의 도입필요성

전술한 바와 같이 복면금지조항의 도입에 관하여는 여러 측면에서의 반대론이 있으며, 반대론의 근거는 나름대로의 설득력을 가지고 있다. 그러나 연구자는 다음과 같은 이유에서 복면금지조항의 도입이 필요하다고 생각하는바, 그 논거는 반대론의 논거에 대한 비판을 통하여 분명해질 수 있을 것이라고 생각한다.

가. 「요건규정의 불명확성」의 문제

82) 미국에서의 복면금지관련 법령의 구체적 내용에 관하여는 최병각, 복면시위의 금지·처벌과 그 한계, 한국경찰법학회 제27차 학술회의(2008) 발표요지, 29면 이하.

83) 예컨대 웨스트버지니아주가 복면착용이 허용되는 경우를 16세 이하의 자, 전통적 휴일의상을 입은 자 등으로 상세히 규정하고 있는 반면, 미네소타주는 오락 또는 연예에 부수하는 복면착용만을 명문으로 허용하고 있다.

복면금지조항의 신설에 반대하는 견해는 ‘신원확인을 곤란케 하도록 위장하거나 신원확인을 곤란케 하는 물건을 소지하는 것’을 금지하는 것을 내용으로 하는 복면금지조항은 그 표현방식에 있어 불명확성을 내포하고 있어 법을 운영하는 당국에 의한 자의적인 법집행이 허용되어 국민의 기본권인 집회의 자유를 보장할 수 없게 된다는 점을 지적하고 있다. 그러나 이러한 주장은 다음과 같은 점에서 설득력이 박약하다고 생각한다. 즉

첫째, 일반적으로 입법기술상 법문에 어느 정도는 해석의 여지가 있는 개념을 사용할 수밖에 없음은 인정되어야 할 것이며, 이처럼 법률에서 해석을 필요로 하는 개념을 사용하는 등의 개괄조항을 포함한다고 하여 명확성의 원칙에 배치되는 것이 아니라는 점은 이미 학설상으로도 인정되어 있다.⁸⁴⁾ 특히 복면금지과 관련하여 스위스 연방대법원은 ‘자신의 신원확인을 할 수 없도록 하는’ 등의 불확정개념의 사용은 행위의 다양성과 예외성 때문에 불가피하다」고 판시하여 이러한 면을 분명히 한 바 있다. 더욱이 법문에 해석의 여지가 있는 표현이 사용되어 있다는 것만으로 그것이 행정의 자의적 판단을 가져오게 되어 집회의 자유를 제한하게 된다는 부정설의 논리는 그 경우에 있어서의 행정의 판단이 전면적으로 사법심사의 대상이 될 수 있음을 고려할 때 받아들이기 곤란한 면을 내포하고 있다.

둘째, ‘신원확인을 곤란케 하는 것’의 의미 등에 대해서는 이미 복면금지조항을 갖고 있는 독일 등에서의 논의를 고려하면 어느 정도 구체화될 수 있으며,⁸⁵⁾ 그러한 점을 고려하면 자의적 법집행으로 인한 집회의 자유에 대한 침해 문제는 생각만큼 커다란 문제를 야기하지는 않을 것이다.

셋째, 복면금지조항의 신설에 반대하는 견해는 막연히 어떤 복장이 신원확인을 곤란케 한다는 것만으로 그러한 복장의 착용이 금지되는 것이 아니라 신원확인을 곤란케 하려는 주관적 의도가 있는 경우에 한하여 착용이 금지된다는 중요한 사실을 간과하는 결정적 우를 범하고 있다. 즉, 반대론자들은 목격자가 다시 보아도 누구인지를 모르게 하거나 사

84) Degenhart, Staatsrecht I, 2005, S.122 f.

85) 독일의 경우 신원확인을 곤란케 하는 물건들에는 얼굴을 알아볼 수 없게 만들거나 얼굴을 가릴 수 있도록 하는 모든 인공적 수단들이 포함된다고 하면서, ① 얼굴을 알아 볼 수 없게 하는 것의 예로 Clown-Mask, 거짓 수염을 붙이는 것, 변장에 사용되는 판지코(Pappnase) 등을 열거하며, ② 얼굴을 가릴 수 있는 것의 예로는 옷·복면 내지 탈 등을 들고 있다. 그리고 여기서의 물건은 인공적 수단임을 강조하면서, 수염이나 머리모양의 변화는 이에 해당하지 않는다고 한다.

진·비디오를 통하여서도 누구인지를 모르게 하려는 의도가 뚜렷한 경우에 한하여 비로소 금지사유가 될 수 있다는 점을 간과하고 있는 것이다.⁸⁶⁾ 한편 신원확인을 곤란케 하려는 주관적 의도가 있는지 여부에 대한 판단은 제반 사정을 모두 고려하여 판단되어야 할 것인바, 예컨대 무더운 여름 날씨에 얼굴을 목도리로 가리고 있다거나 눈만 뚫린 울 마스크를 쓰고 있는 경우에는 그러한 의도가 인정될 수 있을 것이다. 그러나 이에 반하여 그러한 복장들이 전적으로 의사를 표현하기 위한 것이거나 예술적 목적인 경우라면(예: 반전집회에 있어서 해골마스크를 쓰는 것처럼 마스크를 한 사람이 참여하는 것이 일반적인 집회 등) 그러한 의도는 인정될 수 없을 것이다.⁸⁷⁾ 그렇다면 반대론자들이 문제시 삼는 예들(예컨대 황사나 추위를 피하기 위해 목도리를 두르거나 침묵시위를 위해 × 자가 그려진 마스크를 쓰는 것)은 복면금지조항에 배치되는 것이 아니라는 것, 즉 금지사유가 아니라는 것은 분명해진다고 할 것이다. 결국 반대론자들이 들고 있는 불명확성의 문제는 복면금지조항을 갖고 있는 외국에서의 논의에 대한 무지에 기초하고 있는 것으로 볼 수밖에 없다.

나. 「과잉금지원칙」의 위반문제

복면금지조항의 도입을 반대하는 견해는 집회참가자가 복면을 하는 것을 금지하고, 그를 위반한 경우 그것만을 이유로 처벌할 수 있다면 사회·경제적 이익에 대한 명백하고 심각한 침해가 없음에도 집회의 자유를 제한하는 것이 되어 집회의 자유를 과도하게 제한하게 되어 과잉금지의 원칙에 위배되게 된다는 점을 지적하고 있다. 그러나 이러한 주장은 다음의 몇가지 관점에서 설득력을 상실하고 있다고 생각된다. 즉,

첫째, 전술한 바와 같이 복면금지조항은 복면을 하는 것만을 금지사유로 삼고 있는 것이 아니라 그를 통하여 신원확인을 곤란케 하려는 주관적 의도가 있는 경우에만 복면을 금지하는 것을 내용으로 한다. 그렇다고 한다면 “집회참가자가 복면을 하는 것을 금지하고, 그를 위반한 경우 그것만을 이유로 처벌할 수 있다”는 것을 문제로 삼는 반대설은 논

86) 독일의 「집회 및 시위에 관한 법률」 제17조a 제2항은 ‘신원확인을 곤란하게 만들 의도를 가지고’ 신원확인을 곤란하게 만들기에 적합한 복장으로 집회에 참가하거나 그러한 복장으로 집회장소로 가는 것을 금지한다고 하여 이 같은 점을 분명히 하고 있다.

87) Köhler/Dürig-Friedl, a.a.O., S.80

의전개의 전제 자체가 잘못되어 있다는 비판을 면하기 어렵다.

둘째, 신원확인을 곤란케 하려는 주관적 의도가 인정되는 경우라고 하여 무조건적으로 복면이 금지되는 것은 아니다. 즉, 신원확인을 곤란케 하려는 주관적 의도를 가지고 복면을 했다는 것만으로 처벌 등이 뒤따르는 것이 아니며, 그로 인하여 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 위협이 초래될 우려가 없는 경우에는 복면이 허용될 수 있는 것이다.⁸⁸⁾ 즉, 복면금지조항은 (우리사회에 엄연히 존재하는 사회적 편견이나 보복의 위험성 등으로 인하여) 자신을 드러낼 수 없는 처지에 놓인 사람들의 집회나 시위를 단지 복면을 했다는 이유만으로 금지하는 것을 내용으로 하는 것이 아니다.⁸⁹⁾ 그렇다면 “동성애자나 성매매 여성들이 집회 시위를 하려면 경찰과 언론 앞에 맨얼굴을 드러내야만 한다는 말인가”라는 식의 비판론 역시 설득력을 상실하게 된다. 즉, 반대설은 마치 성매매여성들의 집회에 있어 그들이 법이 정한 절차를 준수하여 평화적으로 집회를 진행하였는데 단지 마스크를 했다는 것만으로 처벌을 받게 될 것처럼 논의를 전개하고 있지만 그와 같은 우려는 말 그대로 기우(杞憂)에 불과하다고 밖에는 할 수 없다. 다시 한 번 강조하지만 복면금지조항은 결코 자신을 드러낼 수 없는 처지에 놓인 사람들의 집회나 시위를 원천적으로 차단하고자 하는 것을 그 목적으로 하는 것은 아니라, 단지 집회가 폭력적 시위로의 변질될 가능성을 사전에 예방함으로써 보다 더 커다란 사회·경제적 손실을 막고자 하는 취지의 규정일 뿐인 것이다. 그리고 복면금지조항을 이렇게 이해한다면 복면금지조항이야말로 오히려 과잉금지의 원칙에 충실한 법규정이라고 볼 수 있을 것이다.

셋째, 복면금지조항의 도입을 반대하는 견해는 집회의 자유가 다른 모든 기본권에 비해 우월적 지위를 갖고 있음을 대전제로 하고 있다. 물론 집회의 자유가 민주주의의 발전사에 있어 가졌던 의의나 오늘날 소수자의 의사표현의 수단으로서 갖는 의의는 아무리 강조해도 지나치지 않은 면이 있다. 그러나 그와 같은 대전제에 대하여도 역시 반론이 가해질 수 있다. 즉, 집회의 자유를 다른 모든 기본권에 비해 지고(至高)의 의미를 갖는 것으로 파악하는 것은 문제가 있으며, 기본권의 (절대적) 서열화 역시 받아들이기 곤란한 면이 있는 것이다.

88) 이러한 결론은 독일의 「집회 및 시위에 관한 법률」 제17조a 제3항의 해석으로부터 도출될 수 있다.

89) 만일 복면금지조항이 복면을 했다는 것만으로 처벌을 하는 것 등을 내용으로 한다면 이는 반대설이 주장하는 것처럼 과잉금지원칙에 위반되는 것이 될 수 있을 것이다.

다. 복면금지사상의 기본적 전제를 부정하는 것에 관하여

복면금지조항의 도입을 반대하는 견해는 “복면착용은 폭력행위로의 태세를 반증하고 있으며, 따라서 공공의 안녕과 질서에 대한 위협이다. 또한 복면을 착용한 자는 대중으로 하여금 공격을 하도록 자극하고 있다”라는 명제가 성립될 수 없음을 그 이론적 전제로 하고 있다. 그러나 그러한 설명 또한 다음과 같은 점에서 받아들이기 곤란한 면이 있다.

즉,

첫째, “복면착용이 폭력행위로의 태세를 반증하고 있으며, 따라서 공공의 안녕과 질서에 대한 위협이다”라는 명제에 대한 부정⁹⁰⁾은 틀림없이 일응 수긍할 수 있는 측면을 갖고 있다. 특히 폭력적 행위와 무관하게 복면을 착용하는 경우도 있을 수 있음을 고려할 때 그러한 지적은 더욱 타당성을 가질 수 있다. 그러나 그러한 측면이 일부 인정된다고 하여 복면착용이 폭력행위로의 태세를 반증한다는 명제를 전면적으로 부정하는 것은 논리적 비약으로 보인다. 즉, 복면착용을 통한 익명성의 보장을 통하여 폭행발생의 가능성이 높아지는 것은 경험칙상 의문이 없을 정도에 이르고 있으며,⁹¹⁾ 법이론적으로도 충분히 인정되어 있다.⁹²⁾ 또한 전기충격에 대한 Zimbardo교수의 심리학적 실험결과는 익명성이 개인적 책임 내지 도덕의식의 해이를 가져오게 만들고, 그 결과 과격한 행동으로 나아갈 개연성이 높아지게 된다는 것을 용변으로 잘 보여주고 있다.⁹³⁾

90) 이러한 입장에 따른 논의에 관하여 자세한 것은 배종대·조성용, 시위형법의 형사정책 - 선진각국의 시위관련법을 중심으로, 고려법학, 제37호, 2001, 25면 이하.

91) 이와 관련하여 스위스 연방대법원이 80년대 초반 바젤지역의 시위에서 폭력행위는 대부분 복면시위대에 의해 발생하였음이 확실하다는 것을 인정한 후, 「이 주장을 반박하는 심판청구자들은 정부주장의 타당성에 대한 의구심을 정당화시킬만한 어떠한 근거도 제시하지 못한다」(Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts 117 Ia 472, Rn.27, 이성용, 전개논문, 110면에서 재인용)라고 판시한 것은 주목할만 하다.

92) Maatz, Zur Strafbewehrung der Vermummung, MDR 1990, 577(579); Scholz, Rechtsfrieden im Rechtsstaat - Verfassungsrechtliche Grundlagen, aktuelle Gefahren und rechtspolitische Folgerungen, NJW 705(711); Köhler/Dürig-Friedl, a.a.O., S.78

93) 이 실험은 피실험자인 평범한 여성들을 두 집단, 즉 복면을 한 집단과 복면을 하지 않은 집단으로 나누는 후 다른 피실험자에게 전기충격을 가하도록 한 것이었는데, 실험결과 복면을 한 집단의 여성들이 다른 집단의 여성들에 비해 2배 이상의 강한 전기충격을 가한 것으로 나타났다고 한다. 한편 이러한 실험에 관하여 자세한 것은 Zimbardo, 이충호/임지원(역), 루시퍼 이펙트, 웅진지식하우스, 2007, 458면 참조

둘째, 복면금지조항의 도입을 반대하는 견해는 복면을 착용한 자의 출현이 결과적으로 폭력행위로의 태세를 오히려 악화시킨다고 설명하고 있다. 그러나 (사건을 전제로 할 때) 적어도 이러한 설명은 경험칙과 전혀 부합하지 않으며, 또한 그러한 결론도출에 대한 이론적 근거 또한 극히 미약하다고 생각된다. 결국 부정설의 설명이야말로 전혀 검증되지 않은 자신들만의 심리적·추정적 견해일 뿐이라고 생각한다.⁹⁴⁾

라. 헌법재판소의 결정에 관하여

헌법재판소가 「집회참가자는 참가의 형태와 정도, '복장'을 자유로이 결정할 수 있다」고 판시한 것⁹⁵⁾을 근거로 복면금지조항의 도입을 반대하는 견해 또한 유력하다. 그러나 헌법재판소의 결정문에 사용된 '복장'에 복면 등이 포함되는지, 즉 위의 헌법재판소의 결정이 신원확인을 곤란케 할 정도의 위장을 통한 집회까지도 무제한적으로 보장하는 취지를 담고 있는 것인지는 극히 의문시된다.

마. 복면시위금지규정의 실효성확보의 곤란성에 관하여

복면금지조항의 도입을 시민들의 준법의식과 관련지어 부정시하는 견해는 사회학적 관점에서는 상당한 의미를 가질 수 있다고 생각된다. 그러나 후술하는 것처럼 과잉금지의 원칙 등에 위배되는 요소를 제거한 복면금지조항을 국민의 대표기관인 의회가 마련하였음에도 불구하고 그를 일부국민이 무시할 염려가 있으므로 입법자체를 포기하여야만 한다고 하면, 이는 사실상 모든 입법을 포기하여야 한다는 것과 다를 바 없는 것으로 적어도 법학적 관점에서는 받아들이기 어려운 지적이라고 생각된다. 또한 복면금지조항이 불복종의 대상이 되어 또 다른 시위가 야기될 여지가 있으므로 복면금지조항의 신설을 문제시하는 것 역시 커다란 문제점을 안고 있다는 것은 같은 맥락에서 이해될 수 있을 것으로 생각된다.

94) 동지: 이성용, 전계논문, 110면.

95) 헌재결 2003.10.30, 2000헌바67.

5. 소 결

과거 독재정권 내지 군사정권으로부터 오늘날의 민주화를 가져 온 주된 동력의 하나가 집회였으며, 그 한도에서 집회의 자유가 갖는 역사적 의미 또한 크다는 것을 부정하기는 곤란할 것이다. 그리고 군사정권 하에서의 집회에 있어 자신의 신분을 노출시키지 않기 위하여 복면을 하는 것은 어쩌면 무자비한 공권력 앞에서 무력한 개인이 자기방어를 위하여 취할 수 있는 마지막 자구책의 하나였을 것이다. 그러나 오늘날에 행해지는 집회 및 시위의 상당수는 더 이상 민주화의 실현과 같은 공익 내지 공공선(公共善)의 수호를 목적으로 한다기 보다는 특정 집단의 이익관철을 목적으로 하는 경우가 많다. 그리고 이러한 시대상황의 변화를 고려한다면 적어도 자신들의 이익추구를 목적으로 하는 집회에서, 신원확인을 곤란케 하려는 의도를 가지고 복면을 하고, 더욱이 그를 통하여 폭력적 행위로 나아갈 개연성이 높은 경우까지도 그를 무조건적으로 허용할 수 없다는 것은 자명하다고 생각한다. 결국 지금까지의 논의를 바탕으로 할 때 「집회 및 시위에 관한 법률」에 복면금지조항을 도입할 필요성은 엄존한다고 할 것이다. 다만 복면금지조항의 도입을 반대하는 견해가 주장하는 과잉금지원칙의 위배 등의 문제점을 고려하여, 입법에 있어 그러한 염려가 불식될 수 있도록 하는 제도적 장치가 뒷받침되도록 하여야 할 것이다.

제4절 집회에서의 채증활동

1. 채증활동(採證活動)의 필요성

경험칙에 비추어 볼 때 집회는 그의 진행과정에서 군중심리로 인하여 폭력적으로 변질될 위험성이 상당히 높으며, 특히 집회의 주최자가 (그 폭력성이 이질적인) 다수의 단체인 경우에는 이른바 흑색집단(sog. Schwarzer Block)⁹⁶⁾의 구성원들에 의하여 폭력적

96) 여기서 흑색집단(sog. Schwarzer Block)이라고 함은 통일된 의복을 갖추어 입고, 복면을 하는 것을 통하여 폭력으로 나아갈 준비가 되어 있음을 분명히 나타내고 있는 시위대 내부의 집단을 말한다(Rupprecht(Hrsg.), Polizei Lexikon, 2. Aufl., 1995, 472). 이처럼 흑색집단을 형성하는 것은 집회의 평화성에 대한 위협이 되기 때문에 독일의 「집회 및 시위에 관한 법률」 제17조 제2항은 이를 금지하고 있다.

으로 변질되는 것을 많이 볼 수 있다. 그런데 이러한 경우 사후적으로 폭력행위를 처벌하려고 하여도 증거자료의 부재로 처벌이 곤란한 경우가 많은 것이 사실이다. 또한 근래에 많은 이슈가 되고 있는 경찰의 과잉진압 여부가 논란이 되는 경우에도 증거자료의 부재로 인하여 관련자에 대한 문책 등이 여의치 않은 경우가 있게 된다. 이러한 사정에 직면하여 그에 대한 해결책으로서 집회 및 시위에서 비디오 촬영 등을 통한 채증활동⁹⁷⁾이 필요하다는 주장이 나타나고 있다. 즉, 시위과정을 비디오 등으로 촬영하는 것을 통하여 시위대가 폭력행위로 나아가는 것을 사전에 억제하고,⁹⁸⁾ 경찰의 과잉진압을 사전에 예방하는 효과를 가져 올 수 있다는 주장이 행해지고 있는 것이다.⁹⁹⁾

이처럼 집회에서의 채증활동의 필요성이 강조되고 있음에도 불구하고 다른 한편 비디오 등을 통한 집회에서의 채증활동에 대해 극히 부정적 시각 또한 존재하는 것이 사실이다. 이 경우 부정적 견해의 대표적인 논거로는 집회에서의 채증활동이 ① 집회를 행하는 자에 대한 심리적 부담으로 기능하게 되어 결국 집회의 자유를 침해하게 된다는 것과 ② 국민의 ‘정보의 자기결정권’(Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung)¹⁰⁰⁾이나 초상권을 침해한다는 것이 들어지고 있는바, 그러한 지적은 틀림없이 타당성을 안고 있다. 전술한 것처럼 집회에서의 채증활동은 국민의 정보의 자기결정권이나 초상권을 침해하는 결과를 가져오며,¹⁰¹⁾ 궁극적으로 집회의 자유에 대한 제한의 문제를 가져온

97) 종래 채증활동이란 “각종 집회나 시위 및 치안사태의 발생시에 촬영, 녹화 또는 녹음 등의 방법으로 정확한 상황 파악과 사법처리를 위한 자료를 확보하는 정보경찰의 활동”을 의미하는 것으로 이해되어 왔다(허경미, 경찰정보론 경찰대학, 2001, 262면).

98) 집회에서의 채증활동을 명문으로 규정하고 있는 독일의 경우에도 동제도가 “집회와 관련된 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 특별한 위협, 특히 경협직상 집회와 관련하여 행해지는 범죄행위의 방지를 목적으로 한다”고 설명되고 있다(Köhler/Dürig-Friedl, a.a.O., S.49).

99) 집회에서의 채증활동의 필요성에 관한 보다 자세한 논의는 문성도, 집회·시위에 대한 촬영의 법리, 경찰법연구 제3호, 34면 이하.

100) 정보의 자기결정권이란 개인이 자신에 관한 정보공개 및 사용에 대해 스스로 결정할 권한을 말하는바, 정보의 자기결정권이란 개념은 1983년 12월 15일의 독일 연방헌법재판소의 인구조사판결(Volkszählungsurteil, BVerfGE 65, 1 ff.)을 통하여 이론적으로 확립된 것으로 이해되고 있다(인구조사판결의 경위에 대하여 자세한 것은 김일환, 개인정보보호법제의 정비에 관한 연구, 한국법제연구원, 1997, 78면 이하). 다만 ‘정보의 자기결정’이란 표현 자체는 Steinmüller에 의해 처음으로 사용되었으며(Steinmüller, Grundfragen des Datenschutzes, BT-Drucks, IV/3826, 88) 이후 다른 학자들에 의해서도 받아들여졌었다는 점(Schawan, Datenschutz, Vorbehalt des Gesetzes und Freiheitsgrundrechte, VerwArch 1975, 120 ff.), 즉 연방헌법재판소의 인구조사판결 이전에도 사용되고 있었다는 점은 인식해 둘 필요가 있다.

다.¹⁰²⁾ 그러나 집회에서의 채증활동이 집회의 자유를 제한하는 측면이 있다는 사실로부터 그를 전적으로 부정하여야만 한다는 결론이 필연적으로 도출되는 것은 아니며, 헌법 제37조 제2항이 정하는 범위내에서는 채증활동을 통한 집회의 자유에 대한 제한이 허용될 수 있다. 즉, 집회에서의 채증활동도 국가의 안정보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 최소한의 범위내에서, 법률에 근거하여¹⁰³⁾ 제한될 수 있는 것이다. 「누구든지 자기의 얼굴 기타 모습을 함부로 촬영당하지 않을 자유를 가지나 이러한 자유도 국가권력의 행사로부터 무제한으로 보호되는 것은 아니고 국가의 안정보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에는 상당한 제한이 따르는 것이다」라고 판시한 대법원의 판례¹⁰⁴⁾나 「개인정보의 종류 및 성격, 수집목적, 이용형태, 정보처리방식 등에 따라 개인정보자기결정권의 제한이 인격권 또는 사생활의 자유에 미치는 영향이나 침해의 정도는 달라지므로 개인정보자기결정권의 제한이 정당한지 여부를 판단함에 있어서는 위와 같은 요소들과 추구하는 공익의 중요성을 헤아려야 한다」고 판시한 헌법재판소의 결정¹⁰⁵⁾ 역시 같은 취지로 이해될 수 있을 것이다. 이처럼 집회에서의 채증활동이 긍정적 측면과 부정적 측면을 모두 갖고 있는 점을 고려할 때 어느 한 측면만을 강조하는 것은 올바른 해결책이 될 수 없다고 생각한다. 결국 집회에서의 채증활동은 인정하되, 그로 인하여 정보의 자기결정권의 과도한 침해가 없도록 하여 양자의 조화를 도모하는 것이 필요하다고 할 것인

101) Kniessel, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, Rn.472. 한편 집회에서의 채증활동 이외에도 경찰에 의한 정보수집활동이 정보의 자기결정권에 대한 침해라는 결과를 초래하는 경우는 쉽게 발견될 수 있는바, 근래에 헌법재판소는 '지문정보'에 대하여 이 점을 분명히 한 바 있다(헌재결 2005.5.26, 99헌마513, 2004헌마190 병합. 아울러 헌법재판소의 동 결정이 갖는 의미 등에 관하여는 vgl. 김성태, 지문정보의 경찰작용법적 문제, 행정법연구, 제18호, 615면 이하; 손재영, 경찰법에 정보보호에 관한 특별규정을 마련해야 할 필요성과 범위, 한국경찰발전연구학회 제26회 춘계학술발표대회(2008) 요지, 47면 이하). 나아가 경찰에 의한 정보의 자기결정권침해에 관하여 전방위적으로 행해진 연구로서는 Son, Jae young, Heimliche polizeiliche Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht, 2006이 있음을 밝혀 둔다.

102) Kniessel, Die Versammlungs - und Demonstrationsfreiheit - Verfassungsrechtliche Grundlagen und versammlungsgesetzliche Konkretisierung, NJW 1992, 860 ff.

103) 집회에서의 채증활동이 집회의 자유와 같은 기본권을 제한하는 점을 고려할 때, 법률유보의 원칙의 적용범위에 관한 학설(침해유보설·급부행정유보설·전부유보설·본질사항유보설·권력행정유보설 등) 중 어느 것을 따르는 경우에도 집회에서의 채증활동은 반드시 법적 근거가 있을 것이 요구된다.

104) 대판 1999.9.3, 99도2317.

105) 헌재결 2005.7.21, 2003헌마282,425(병합)

바, 이는 궁극적으로 그러한 내용을 담고 있는 법률규정을 마련하는 방법을 통하여 이루어질 수 있을 것이다.

2. 채증활동에 관한 근거규정의 설치필요성

가. 논의의 범위

우리나라에서 종래 통용되어 왔던 채증활동의 정의는 그 내용을 달리하는 상이한 2가지 영역, 즉 행정법의 규율을 받는 행정경찰적 영역(정확한 상황파악을 위한 자료 확보)과 형사소송법의 규율을 받는 사법경찰적 영역(사법처리를 위한 자료 확보)을 모두 포괄하고 있다. 그러나 이 가운데 후자, 즉 집회 및 시위와 관련하여 범죄가 이미 발생하고 그 피의자의 체포를 목적으로 이루어지는 채증활동에 관하여는 형사소송법적 고찰을 필요로 하는 것인바,¹⁰⁶⁾ 실제로 「집회 및 시위에 관한 법률」에의 도입여부가 논의되는 것은 주로 행정법의 규율을 받는 채증활동에 관한 것이다. 따라서 이하에서는 행정법의 규율을 받는 채증활동을 중심으로 논의를 전개해 나가기로 하겠다. 물론 장래 발생할 염려가 있는 범죄의 소추를 위하여 촬영을 행하는 행위와 관련하여서는 그의 법적 성격을 어떻게 규정짓고, 나아가 그러한 활동의 법적 근거를 어디에서 찾아야 할 것인가의 문제가 발생하는 것이 사실이다. 생각건대 그러한 활동은 이미 발생한 범죄를 대상으로 하는 것이 아니므로 근본적으로 행정경찰적 작용으로 보아야 한다고 생각하며,¹⁰⁷⁾ 따라서 이하의 논의는 이 경우에도 그대로 적용될 것이다.

나. 현행 법체계하에서 집회에서의 채증활동의 행정법적 근거

집회에서의 채증활동이 정보의 자기결정권이나 집회의 자유를 침해하는 점을 고려하면

106) 집회·시위현장에서의 채증활동에 대한 형사소송법적 근거와 한계에 관한 논의에 대하여는 vgl. 김재봉, 불법 집회·시위현장에서 사진·비디오 촬영의 형사소송법적 근거와 한계, 제27차 한국경찰법학회 학술회의(2008) 발표요지, 149면 이하; 문성도, 전개논문, 32면 이하; 배종대·이상돈·정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2008, 98면 이하.

107) 독일의 통일경찰법모범초안이 제1조에서 경찰의 직무에 범죄행위에 대한 수사를 하기 위한 준비, 즉 범죄행위에 대한 예방적 대처(vorbeugende Bekämpfung von Straftaten)를 규정하고 있음은 이와 관련하여 시사하는 바 크다고 생각한다.

집회에서의 채증활동을 위하여서는 반드시 그 법적 근거가 있을 것이 요구되는데, 이러한 논의에 기초하여 종래 집회에서의 채증활동의 법적 근거로 고려될 수 있는 것으로 설명되어 왔던 것으로는 다음과 같은 것이 있다.

1) 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」 제2장

1994년 제정되고, 2007년에 전면개정되어 시행되고 있는 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」은 제2장에서 개인정보의 수집처리(제2장) 등에 관하여 규율하고 있는바, 그 한도에서 동법 제2장의 제 규정들을 집회에서의 채증활동의 법적 근거로 생각해 볼 수 있다는 주장이 제기될 수도 있다. 그러나 그러한 주장은 다음과 같은 사정을 고려할 때 받아들이기 곤란하다. 즉,

첫째, 집회 및 시위의 경우에는 주로 비디오 등을 통하여 채증이 이루어지고 있는 것이 현실인 데 반하여, 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」은 '컴퓨터 및 폐쇄회로 텔레비전 등 정보의 처리 또는 송·수신 기능을 가진 장치'에 의하여 처리되는 개인정보만을 규율대상으로 하므로(동법 제1조 참조) 동법의 정보수집조항을 집회에서의 채증활동에 대한 근거규정으로 보는 것은 무리라고 생각된다.

또한 2007년 개정된 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」 제4조의2는 범죄예방 및 교통단속 등 공익을 위하여 필요한 경우에 폐쇄회로 텔레비전을 설치할 수 있음을 규정하고 있는바, 이것이 폐쇄회로 텔레비전을 통한 집회에서의 촬영에 대한 법적 근거가 될 수 있을 것이라는 주장도 가능하나 이 또한 받아들이기 곤란하다. 왜냐하면 동조가 규정하고 있는 것은 일반적인 감시수단으로서 폐쇄회로 텔레비전 설치에 관한 것일 뿐이므로 그를 집회의 자유를 제한하는 촬영까지 허용하는 것으로 볼 수는 없으며,¹⁰⁸⁾ 또한 동조 제2항 이하의 내용(설치절차, 임의조작금지, 녹음기능 사용불가, 안내판설치 등)을 고려할 때 그들 조항이 집회에서의 채증활동의 경우에 적용될 수 없음은 자명하기 때문이다.

108) 김성태, 전계논문, 132면.

2) 「집회 및 시위에 관한 법률」 제19조 제1항

현행 「집회 및 시위에 관한 법률」 제19조 제1항은 「경찰관은 집회 또는 시위의 주최자에게 알리고 그 집회 또는 시위의 장소에 정복(正服)을 입고 출입할 수 있다」고 규정하고 있는바, 동조를 집회에서의 채증활동의 법적 근거로 볼 수 있다는 견해가 경찰실무진 차원에서 제기되고 있다. 그러나 경찰관의 출입을 규정하고 있는 동조로부터 집회에서의 채증활동이 당연히 허용된다는 식의 결론을 도출하는 것은 논리의 비약이 있다는 비판을 면하기 어렵다.

또한 ‘정복을 입고’ 출입을 하여서는 채증활동이 여의치 않은 점을 고려하여 「집회 및 시위에 관한 법률」 제19조 제1항의 규정에도 불구하고 사복을 입고 집회 또는 시위장소에 출입을 할 필요성을 역설하거나¹⁰⁹⁾ 사복경찰관도 일정한 요건하에 집회현장에 출입하여 채증활동을 할 수 있도록 「집회 및 시위에 관한 법률」을 개정하여야 한다는 주장도 나타나고 있는 실정이다.¹¹⁰⁾ 그러나 후술하는 바와 같이 「집회 및 시위에 관한 법률」에 채증활동에 관한 별도의 근거규정을 마련한다면 집회 및 시위의 장소에서의 출입에 있어 ‘정복을 입고’의 여부는 (채증활동에 관한 한) 실질적으로 중요한 의미를 가지 못하게 될 것이다.

3) 채증활동규칙(경찰청예규 제125호) 제8조

경찰청예규인 채증활동규칙 제8조는 집회시위상황의 전경(全景), 단계적 진행상황 등 시위에 대한 채증대상을 구체적으로 명시하고 있는바, 이 규정 또한 집회에서의 채증활동의 법적 근거로 열거되어져 왔다. 그러나 경찰청예규는 행정규칙의 일종으로서 법규성이 부정된다는 점을 고려할 때 그를 집회에서의 채증활동의 법적 근거로 열거하는 것은

109) 경찰관의 집회 또는 시위장소에서의 출입시 사복착용을 허용할 필요성에 관하여 자세한 것은 문성도, 사복경찰관 집회·시위장소 출입의 법적 근거와 문제점, 한국경찰법연구 창간호, 41면 이하 참조. 그러나 집회·시위장소에 사복경찰의 출입을 허용하는 것은 적어도 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」 제19조 제1항의 문리해석상 곤란하다고 판단되어진다.

110) 허경미, 집시법의 운용상 한계 및 개정방향에 관한 연구, 경찰학연구, 창간호(2001), 200면 이하. 이처럼 「집회 및 시위에 관한 법률」을 개정하여야 한다는 주장은 실무상 집회현장에서의 사복경찰관의 출입필요성은 인정되나, 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」 제19조 제1항의 문리해석상 그를 실정법의 해석론으로 받아들이기에는 많은 어려움이 뒤따른다는 점을 고려한 것으로 보여진다.

법리상 받아들이기 곤란하다. 나아가 예규로서 국민의 정보의 자기결정권을 침해하는 채증활동에 관하여 규율하는 것 자체가 입법형식의 선택과 관련하여 중대한 문제를 안고 있는 것이라 아니할 수 없다.

4) 경찰관직무집행법 제2조 제3호 및 개괄적 수권조항

종래 경찰의 직무의 범위에 ‘치안정보의 수집·작성 및 배포’를 규정하고 있는 경찰관 직무집행법 제2조 제3호 및 「국가경찰은 국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사, 치안정보의 수집, 교통의 단속 기타 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 한다」고 규정하고 있는 경찰법 제3조를 집회에서의 채증활동의 법적 근거로 볼 수 있음이 강조되기도 하였다. 그러나 이들 규정은 규정방식이나 규정의 위치 등을 고려할 때 단지 직무규범(Aufgabennorm)의 성격을 가질 뿐이라고 할 것이므로 이들 규정을 집회에서의 채증활동에 대한 근거규정으로 볼 수는 없다고 생각된다.¹¹¹⁾ 물론 이에 대해서는 “정보활동은 국민과의 관계에서 국민의 자유 또는 권리를 침해하는 구체적 조치를 수반하지 아니하므로 조치권한에 관한 구체적 수권은 필요하지 아니하고 경찰관직무집행법 제2조 제3호와 같은 직무규범에만 근거하여서도 가능하다”는 반대의 견해가 제시된 바 있기는 하지만,¹¹²⁾ 정보의 자기결정권에 대한 인구조사판결의 취지 등을 고려할 때 받아들이기 어려운 것으로 보인다.

한편 집회에서의 채증활동을 이른 바 개괄적 수권조항(Generalklausel)에 근거하여 인정할 수도 있다는 견해¹¹³⁾가 제시된 바 있기는 하지만, 이러한 견해를 그대로 받아들이기에는 조심스러운 면이 있는 것이 사실이다. 이는 아직까지 우리나라에서 개괄적 수권조항에 근거한 경찰권발동을 인정할 수 있는지 여부, 인정하는 경우에도 경찰관직무집행법 규정 중 어떠한 조항을 개괄적 수권조항으로 볼 것인지에 관하여 다투어지고 있는

111) 이러한 결론은 경찰이 경찰권을 발동하기 위해서는 직무규범(Aufgabennorm)의 존재만으로는 충분하지 못하며, 직무규범외에 별도의 특별한 권한규범(Befugnisnorm)이 필요하다는 것을 논거로 도출될 수 있을 것이다. 한편 경찰권발동의 법적 근거에 관한 논의 전반에 관하여 자세한 것은 서정범, 경찰권발동의 근거 - 개괄적 수권조항을 중심으로, 중앙법학, 제8집 제1호, 2006, 165면 이하 참조.

112) 경찰대학, 경찰학개론, 400면 이하.

113) 김성태, 전계논문, 135면 이하; 문성도, 전계논문, 56면 이하

실정¹¹⁴⁾ 이란 점을 고려할 때 특히 그러하다. 다만 집회에서의 채증 활동에 대한 법적 근거로 볼 수 있다고 제시되어 왔던 실정법상의 여러 조항들이 사실상 그 근거가 될 수 없다는 점을 고려하면 현행 법체계하에서는 개괄적 수권조항을 근거조항으로 제시할 수 밖에 없게 될 것이다.¹¹⁵⁾

다. 채증활동에 관한 근거규정의 설치필요성

전술한 바와 같이 집회에서의 채증활동에 대한 법적 근거로 종래 경찰관직무집행법 제 2조 제3호 등이 열거되어져 왔는바, 경찰관직무집행법상의 개괄적 수권조항을 제외하면 오늘날의 경찰법이론에 비추어 볼 때 그들 중 어느 것도 집회에서의 채증활동에 대한 법적 근거로 받아들일 수는 없는 실정이다. 그러나 개괄적 수권조항을 원칙적으로 부정하는 입장이 아직도 유력한바, 그러한 입장에 따르면 실제로 집회에서의 채증활동이 행해지게 되는 경우 그것은 (적어도 현행 법체계하에서는) 법적 근거를 갖지 못하고 있는 경찰작용으로 법치행정원리의 일 내용인 법률유보의 원칙에 반하며, 그 결과 위법하다는 결론에 달하게 될 위험성이 있다. 따라서 개괄적 수권조항의 인정여부에 관한 학설의 대립여하에 불구하고 집회에서의 채증활동을 가능케 하기 위해서는 「집회 및 시위에 관한 법률」에 집회에서의 채증활동에 관한 명문의 규정을 설치하는 것이 유일하고도 적절한 해결방법이 될 수 있다고 생각한다.

3. 입법례

집회에서의 채증활동을 명문으로 인정하고 있는 대표적 입법례로는 독일의 「집회 및 시위에 관한 법률」 제12조a(경찰에 의한 녹화와 녹음)를 들 수 있는바, 동조의 내용은 다음과 같다:

- ① 경찰은 공개집회에서 혹은 공개집회와 관련하여서 그로 인하여 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 중대한 위험이 발생하게 될 것을 인정할 수 있는 정당한 근거가 있는

114) 이러한 문제에 관한 학설대립에 관하여 자세한 것은 vgl. 서정범, 전제논문, 169면 이하.

115) 이러한 이론전개에 있어 경계하여야 할 것은 개괄적 수권조항을 마치 '만능(萬能)의 대명사'처럼 간주하는 우를 범하여서는 아니된다는 것이다.

경우에 한하여 참가자들에 대한 녹화와 녹음을 행할 수 있다. 그러한 조치는 제3자가 관계될 수밖에 없는 경우에도 행해질 수 있다.

② 촬영자료와 녹음자료는 공개집회 혹은 그와 시간적·사항적으로 직접적으로 관련있는 사건의 종료후에 지체없이 폐기되어야 한다. 다만 다음 각호의 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 참가자의 범죄행위에 대한 수사를 위해 필요한 경우
2. 구체적인 경우에 있어서 위험방지를 위하여 필요한 경우, 즉 관계인이 공개집회에서 혹은 공개집회와 관련하여 범죄행위를 예비하였거나 범죄를 행하였다는 혐의가 있고, 따라서 그로부터 장래의 공개집회 혹은 시위에서 현저한 위험이 발생할 염려가 있는 경우

2호에서 열거된 이유로 폐기되지 않는 자료는 그것이 1호에서 규정하고 있는 목적을 위하여 필요하게 된 경우가 아니라면, 늦어도 그것이 발생한 후로부터 3년 후에는 어떠한 경우에도 폐기되어야 한다.

4. 채증활동에 관한 근거규정의 내용

집회에서의 채증활동에 대한 법적 근거를 「집회 및 시위에 관한 법률」에 규정하는 경우, 동 규정이 어떠한 것을 그 내용으로 하여야 하는지에 관하여는 아직 학계에서의 논의가 활발하지 않은 실정이다. 따라서 이하에서는 집회에서의 채증활동에 관한 명문의 규정을 갖고 있는 독일의 「집회 및 시위에 관한 법률」 제12조a의 규정과 그에 대한 독일의 학설 등을 기초로 하여 집회에서의 채증활동에 관한 근거규정이 담고 있어야 할 내용을 간략하게 서술하기로 하겠다.

가. 채증활동의 요건

우선 어떠한 경우에 채증활동이 이루어질 수 있는가의 문제, 즉 채증활동이 인정되기 위한 요건이 명백히 규정되어야 할 것이다. 이와 관련하여서는 “공공의 안녕 혹은 질서에 대한 중대한 위험이 발생하게 될 것을 인정할 수 있는 정당한 근거가 있는 경우”에 한하

여 참가자들에 대한 녹화와 녹음을 할 수 있음을 규정하고 있는 독일의 「집회 및 시위에 관한 법률」제12조a 제1항은 우리나라의 입법과정에서도 고려할만한 충분한 가치를 갖는다고 생각한다. 즉, ① 집회참가자로부터 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 ‘중대한 위협’이 발생하게 될 것,¹¹⁶⁾ 그리고 ② 그를 인정할 수 있는 정당한 근거가 있을 것¹¹⁷⁾ 등이 채증활동의 요건에 규정되어야 할 것이다.

나. 채증자료의 폐기

집회에서의 채증활동이 국민의 정보의 자기결정권을 과도하게 침해하게 되는 문제점을 제거하기 위하여는 채증자료의 폐기에 관한 규정이 반드시 마련되어야 한다. 채증자료의 폐기에 관한 상세한 규정을 갖고 있는 독일의 「집회 및 시위에 관한 법률」제12조a 제2항은 이와 관련하여 중요한 의미를 갖는 것으로 사료된다.

5. 소 결 - 입법에 대한 예상되는 저항 및 문제해결방안

경찰에 의한 집회에서의 채증활동의 필요성 자체를 부정할 수는 없는 것이라 할 것이다. 또한 그러한 필요성을 긍정한다면 경찰의 집회에서의 채증활동에 관한 제반규정을 신설 내지 정비하여 경찰이 합법적으로 채증활동을 할 수 있는 법적 근거를 제공하여 할 필요성 역시 쉽게 인정될 수 있을 것이다. 그러나 다른 한편 경찰에 의한 집회에서의 채증활동의 필요성을 쉽게 인정할 수 있는 것과 마찬가지로 그에 대한 저항, 특히 시민단체들에 의한 거부 또한 쉽게 상정해 볼 수 있다. 실제로 집회에서의 채증활동을 포함한 경찰의 정보수집·처리와 관련된 활동이 많은 사회적 문제를 야기하였던 우리나라의 경우 국민일반의 그에 대한 거부감은 상당한 수준으로 고조되어 있으며 근래에 들어서는 조직적인 거부운동으로 전개되는 양상을 나타내고 있다. 이른 바 ‘역감시의 권리’에 대한

116) 이처럼 집회참가자로부터 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 ‘중대한 위협’이 발생하게 될 것이 채증활동의 요건으로 규정되게 되면 질서위반행위 혹은 사소한 법규위반행위가 행해질 위험이 있다는 것만으로는 채증활동을 할 수 없다는 결론에 달하게 될 것이다.

117) 이는 경찰의 위협예측은 사실상의 근거에 기초하여야 한다는 것, 즉 단순한 추정만으로는 불충분하다는 것을 의미한다. 따라서 단순히 입증목적으로 평화적 집회를 사진촬영하는 것은 허용되기 곤란하다는 결론에 이르게 될 것이다(Vgl. BVerwG, NVwZ 1998, 403).

주장¹¹⁸⁾ 등은 그러한 반감의 대표적 발로라고 할 것이다.¹¹⁹⁾ 이상의 논의를 바탕으로 할 때 경찰에 의한 집회에서의 채증활동의 문제는 결국 경찰에 의한 채증활동의 필요성과, 그를 인정하는 경우에 있어서 발생할 수 있는 정보의 자기결정권 등에 대한 침해의 가능성을 어떻게 조화시킬 것인가의 문제로 귀착된다고 할 것이다. 생각건대 경찰의 채증활동의 필요성과 실제로 그러한 활동이 현장에서 행해질 가능성이 높음을 고려할 때 그에 대한 법적 규율을 더 이상 미룰 수는 없는 일이라고 생각한다. 이는 집회에 있어서의 경찰의 채증활동을 더 이상 법적 근거도 없이 행해지는 탈법적 영역에 머무르도록 할 수는 없기 때문이다. 한편 경찰의 채증활동으로 인한 역기능(정보의 자기결정권 등에 대한 침해)은 관련법규에 채증활동의 요건 내지 한계를 엄격히 규정하고, 채증활동을 통하여 얻어진 자료의 폐기를 아울러 규정하며, 만일에 이들 규정을 경찰이 위반하였을 경우에 있어서의 경찰의 책임 등을 명확히 규정함으로써 해결할 수 있을 것이다.

보론: 시위대에 의한 경찰에 대한 촬영의 문제

집회 및 시위현장에 있어서 집회현장에 대한 비디오촬영은 경찰과 시위대 쌍방 모두에 의해 이루어지고 있는 것이 실제인바, 본 보고서에서는 이 가운데 주로 경찰에 의한 비디오 촬영 등 채증활동의 문제만을 중점적으로 다루고 있다. 이는 본보고서가 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정방향에 관한 것이고 그동안 주로 문제되었던 것이 경찰에 의한 비디오 촬영이었기 때문이다. 그러나 집회 및 시위현장에 있어서 집회현장에 대한 비디오촬영이 가져오는 또 하나의 커다란 법적 문제가 바로 시위대에 의하여 이루어지는 경

118) 역감시의 권리는 정보의 자기결정권을 개인정보에 대한 유통을 통제하는 것에서부터 ‘수집(생산) 자체’에 대한 통제의 권리로 재구성하고, 그 대상을 자기와 관련되는 모든 정보로까지 확대하는 것을 주요 내용으로 하는 바, 이에 관하여 주목할만한 문헌으로는 홍석만/이준구, 역감시의 권리(The right of counter surveillance)로서 프라이버시권에 대한 재구성 - 국가의 감시통제의 문제를 중심으로 -, 민주사회를위한변호사모임(민변) 창립 10주년 기념 인권논문상 공모 수상작, 1998. 한편 이에 관한 활발한 활동을 보이고 있는 시민단체로는 ‘프라이버시보호시민행동’(홈페이지: <http://www.privacy.or.kr>)를 들 수 있다.

119) 집회에서의 채증활동에 대한 저항뿐만 아니라 그밖의 경찰의 정보수집활동에 대한 저항 역시 상당히 조직적으로 이루어지고 있는바, 지문날인거부운동을 반대하는 사람들의 연대에 의한 지문날인거부운동은 그 대표적 예가 될 수 있을 것이다. 이에 관한 상세한 것은 지문날인 거부 1960+ (<http://fprint.jinbo.net>) 참조.

찰에 대한 비디오촬영임을 인식하여야 할 것이다. 즉, 시위대에 의하여 이루어지는 경찰에 대한 비디오촬영이 경찰공무원 개인에 대한 초상권침해의 결과를 가져오며,¹²⁰⁾ 또한 경찰의 기능을 침해하여 결과적으로 공공의 안녕에 대한 위협을 초래하게 된다¹²¹⁾는 점을 인식할 필요가 있다. 따라서 그와 같은 시위대에 의한 촬영행위가 과연 허용될 수 있는 것인지의 여부, 또는 시위대에 의하여 실제로 경찰(공무원) 개인에 대한 촬영이 있는 경우 해당 카메라/비디오/필름 등을 압류할 수 있는지 여부에 대한 연구도 행하여져야 할 시점에 이르렀다고 생각된다.¹²²⁾ 다만 이에 대한 상세한 연구는 본 보고서의 연구범위를 벗어나는 것으로 사료되어 여기서는 일단 문제를 제기하는 정도에 그치도록 한다.

제5절 평화시위구역

시위전용공간 내지 평화시위구역¹²³⁾의 개설의 문제는 현 정부의 17대 대통령선거공약 중 하나였으며, 현재 이 제도의 도입을 위하여 입법론적 검토가 여러 각도에서 행해지고 있다. 또한 경찰은 근래에 시범적으로 평화시위구역을 운영해 보겠다는 입장을 명시적으로 밝힌 바 있다.¹²⁴⁾ 다만 아직까지 이 문제에 대한 학계에서의 논의는 그리 활발하게 이루어지지 않고 있으며,¹²⁵⁾ 심지어 시위전용공간 내지 평화시위구역이란 용어를 같은 의미로 사용하는 입장과 양자를 다른 의미로 사용하는 입장의 대립이 있는 등 용어의 사

120) 이러한 점을 인정한 독일의 판례로는 vgl. OVG Koblenz, NVwZ-RR 1998, 237.

121) 경찰의 보호법익인 공공의 안녕에 국가(기관)의 기능이 포함된다는 것 및 경찰의 보호법익인 공공의 안녕의 개념 전반에 관하여 상세한 것은 vgl. 서정범, 경찰법에 있어서 공공의 안녕의 개념, 공법학연구 제9권 제2호, 331면 이하 참조.

122) 이 문제에 대한 문제제기 및 독일에서의 논의에 관하여는 김성태, 전개논문, 141면 이하.

123) 여기서의 시위전용공간 내지 평화시위구역에 해당하는 용어로 예전에는 '상설시위구역'이란 용어가 사용되기도 하였으나, '상설'시위구역이란 용어가 주는 어감의 문제점이 지적되면서 오늘날은 상설시위구역이란 용어는 사실상 더 이상 사용되지 않고 있는 것으로 보인다.

124) 경찰청은 2008년 9월 25일 오전 청와대에서 열린 국가경쟁력강화위원회 7차 회의에서 '국가경쟁력 강화를 위한 집회시위 선진화 방안'을 보고하면서 도심에서 약간 떨어진 지역을 골라 자유발언대 등 집회를 위한 편의시설이 마련된 '평화시위구역' 설치를 추진키로 했음을 밝힌 바 있다 (이에 관한 상세한 내용은 http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general 참조)

125) 평화시위구역에 대한 대표적 선행연구로는 vgl. 김종철, 평화시위구역에 대한 헌법적 검토 - 집회 및 자유의 본질론을 중심으로, 한국경찰법학회 제27차 학술회의(2008) 발표요지, 53면 이하,

용례조차도 일치를 보이지 못하고 있는 실정이다.¹²⁶⁾ 다만 여기서는 사실상의 운용에 있어 양자간에 차이점을 발견하기 힘들 것이란 점에 착안하여 양자를 동일한 의미로 파악하고, 또한 양자 중 오늘날 점차적으로 평화시위구역이란 용어가 보편화되어 가고 있는 점을 고려하여 평화시위구역이라는 용어를 사용하기로 하겠다. 전술한 문제로 인하여 평화시위구역에 대한 학문적 차원의 논의는 사실상 전개하기 어려운 것이 사실이며, 따라서 여기서는 사실적 관점에서 평화시위구역제도의 「집회 및 시위에 관한 법률」에의 도입 가능성과, 이를 도입한다면 어떠한 내용으로 도입하여야 할 것인가의 문제를 개관해 보기로 하겠다.

1. 개 설

가. 문제의 의의

「집회 및 시위에 관한 법률」 제11조는 ① 국회의사당, 각급 법원, 헌법재판소, ② 대통령 관저, 국회의장 공관, 대법원장 공관, 헌법재판소장 공관, ③ 국무총리 공관, ④ 국내 주재 외국의 외교기관이나 외교사절의 숙소로부터 100미터 이내의 장소에서 옥외집회 및 시위를 금지하고 있다. 그러나 그럼에도 불구하고 실제로 국가의 시책, 외교적 분쟁¹²⁷⁾이 원인이 되는 상당수의 집회는 이들 기관 주변에서 행해지고 있으며, 그로 인하여 정부기관의 중요기능에 대한 침해 내지 외교적 마찰의 심화라는 문제가 불거지고 있는 것이 사실이다. 이에 집회의 자유의 보장과 국가기능의 침해방지라는 2가지 목적의 조화적 달성을 위한 입법적 대안으로 예전부터 평화시위구역의 지정·운용의 필요성, 즉 「집회 및 시위에 관한 법률」제11조에 규정된 기관 주변의 1~2 곳을 평화시위구역으로 선정하여 평화시위구역에서 집회를 개최하도록 유도하는 방법이 거론되어 왔었다.¹²⁸⁾

126) 즉, ① 시위전용공간은 다분히 다른 곳에서의 집회를 금지하는 것을 전제로 생성된 개념인 것에 반하여, 평화시위구역은 다른 곳에서의 집회도 허용되지만 단지 평화시위구역에서의 집회에 대해서는 인센티브가 부여되는 것에 그치는 것이라는 태생적 차이점에 착안하여 양자를 다른 의미로 사용하는 입장과 ② 사실상 양자는 그 운용방식에 있어 차이가 별로 없을 것이라는 점에 착안하여 양자를 같은 의미로 사용하는 입장의 차이가 존재한다.

127) 일본정부의 독도영유권 주장으로 인한 한국과 일본간의 외교적 분쟁 등이 그 예가 될 수 있을 것이다.

128) 이러한 주장은 평화적 시위문화의 정착을 위한 대안으로 박영만 변호사 등에 의해 행해졌는바,

나. 평화시위구역의 의의

평화시위구역은 학문적으로는 「집회시위가 잦은 도심지역 중에서 시위효과는 높으나 불편을 최소화할 수 있는 장소를 평화시위구역으로 지정하고, 이 구역에서의 시위를 신고한 경우에는 경찰병력은 정보활동 등을 위한 최소한만 운용하고 차벽을 설치하지 않으면서 질서유지선과 교통요원만으로 관리하도록 하는 제도」라고 정의되어 왔다.¹²⁹⁾ 한편 실무적 차원에서 정부가 의도하는 평화시위구역의 내용은 다음의 신문기사들을 통하여 잘 이해될 수 있을 것으로 생각된다:¹³⁰⁾

- ① 「대전지방경찰청은 다음 달부터 연말까지 대전역 광장을 주최측이 자율적으로 준비 집회를 여는 평화시위구역으로 시범운영한다고 20일 밝혔다. 이를 위해 경찰은 이달 중 코레일 대전지사와 대전역 광장을 전국 최초의 평화시위구역으로 공동 운영하기 위한 업무협약을 체결할 예정이다. 그동안 경찰은 대전역 광장에서 집회가 열리면 집회참가자 100명당 전경 1개 중대를 주변에 배치해 왔다. 그러나 앞으로 집회 주최측으로부터 사전에 평화적 집회를 약속받은 뒤 불법행위가 발생하지 않는 한 공권력을 개입시키지 않을 계획이다. 이에 따라 집회 주최측은 참가자 20명당 1명꼴로 질서유지인을 임명, 자유롭게 집회를 진행할 수 있으며 경찰은 주최측의 요청이 있을 경우 사안에 따라 교통경찰을 배치해 주변 혼잡과 시민 불편을 최소화하기 위한 조치만 하게 된다. 실제로 지난해 대전역 광장에서는 모두 24차례의 집회가 열렸지만 집회참가자는 1차례당 평균 70~80명에 불과했고 모두 평화적으로 집회를 연 뒤 자진 해산했다. 경찰 관계자는 “집회 때마다 전경들을 배치하다 보니 집회 주최측을 감시하고 서로 대치하는 것처럼 비쳤던 것이 사실”이라며 “집회 문화가 많이 성숙한 만큼 주최측의 자율에 맡기고 경찰은 최소한만 개입할 방침”이라고 말했다.¹³¹⁾

이에 관한 상제는 ‘폭력시위는 국가와 국민에 대한 폭행’, 코리아플러스, 통권 제53호 (2006.12.16), 45면 참조.

129) 김종철, 전개 발표요지, 57면.

130) 다만 평화시위구역이란 동일한 용어가 사용되고 있지만 ①의 대전지방경찰청이 제시한 것과 ②에서 보는 경찰청이 최근에 제시한 것 사이에는 의미의 차이가 있는데, 이 점에 관하여는 후술참조.

131) 이에 관하여는 다음의 신문기사 참조: <http://www.seoul.co.kr/news/newsView>. 한편 포천경찰서역시 포천시 신읍동소재 포천시청옆 공용주차장을 포천시청과 협조해 집회장소 ‘평화시위 구역’으로 지정 운영키로 했다(<http://www.sudoilbo.com/news/articleView> 참조).

- ② 「정부는 도심 집회로 인한 교통체증과 소음피해 등의 사회적 비용을 절감하기 위해 도심에서 약간 떨어진 지역을 골라 자유발언대 등 집회를 위한 편의시설이 마련된 '평화시위구역' 설치를 추진키로 했다. 경찰 관계자는 "도심 집회로 대다수 시민들의 교통방해를 겪는 등의 폐해가 있어 도심에서 약간 벗어난 지역에서 집회를 하면 인센티브를 주는 방식으로 평화시위구역을 운용할 계획"이라고 설명했다」¹³²⁾

2. 외국의 사례

전술한 바와 같은 내용을 가진 우리나라에서의 평화시위구역에 정확하게 해당하는 외국에서의 사례나 입법례는 찾아 보기 힘들다. 다만 (어느 정도는 다른 곳에서의 집회를 금지하는 것을 전제로 한다고 여겨지는) 시위전용공간의 개설은 외국에서도 행해진 바 있는데, 그 대표적 예로는 영국을 들 수 있다. 즉, 영국의 경우 런던의 하이드파크(Hyde Park)가 시위전용공간의 역할을 수행하고 있다고 한다.¹³³⁾ 또한 중국 정부 역시 2008년 베이징 올림픽을 앞두고 상광저(上訪者)¹³⁴⁾의 숫자가 점점 늘고 있을 뿐만 아니라 이들이 국제사회의 관심을 끌기 위해 톈안먼(天安門)광장, 중난하이(中南海, 중국 지도자 거처지), 주중 외국 대사관, 올림픽 경기장 등에서 시위를 벌이자 이들 상광저를 강제해산하는 대신 영국의 하이드파크의 예에 따라 7월부터 베이징시 남부의 핑타이(豐臺)구에 위치한 세계공원¹³⁵⁾을 상광저의 합법적인 시위전용공간으로 만들어 주기로 했다고 한다. 한편 이들 사례에서 보는 바와 같이 외국의 경우 시위전용공간의 개설이 행해진 바 있으나, 그것은 주로 정책적 차원에서 이루어졌던 것이며, 입법적 차원에서 시위전용공간의 개설을 시도한 사례는 거의 없는 것으로 보여진다.

132) 이에 관하여는 http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general 참조.

133) 근래에 하이드 파크에 있었던 대표적 시위로는 사냥개를 이용한 여우사냥(이는 17세기부터 귀족 스포츠로 정착됐으며 왕실의 크리스마스 다음날 정례 행사이기도 했다고 한다)을 금지하는 법안이 하원에서 통과되자, 이를 반대하는 왕실과 여우사냥이 생업인 농촌 지역 주민 중심으로 구성된 10만 여명의 시위를 들 수 있다. 여우사냥금지법안을 둘러싼 이러한 예에 관하여 자세한 것은 vgl. <http://news.hankooki.com/lpage/world>.

134) 상광저(上訪者)는 억울함을 정부기관에 진정하는 시위자를 일컫는 말로, 2008년 6월 현재 100만명 가량이 전국 각지에서 상경해 있다고 한다.

135) 세계공원은 파리 에펠탑 등 세계 명물 및 명소를 10분의 1크기로 축소해 놓은 테마공원으로, 1993년에 개관하였다.

3. 「집회 및 시위에 관한 법률」에의 도입가능성

평화시위구역제도의 「집회 및 시위에 관한 법률」에의 도입가능성의 문제는 동 제도가 갖고 있는 순기능과 역기능, 특히 법률로 이를 규율할 때 발생하는 문제점의 비교형량을 통하여 결론지을 수 있을 것인바, 이하에서는 이들 문제에 대하여 순차적으로 검토해보기로 하겠다.

가. 평화시위구역제도의 순기능

평화시위구역제도의 운용을 통하여 기대되는 효과로는 다음과 같은 것을 열거할 수 있을 것이다.

1) 도심교통혼란 등의 감소

평화시위구역의 운영은 도심에서의 대규모 집회의 빈발로 인해 발생하는 도심교통혼란이나 국가기관의 업무수행에 지장을 줄 위험성 등을 감소시키며, 특히 외교적 분쟁이 있는 사항과 관련하여서는 외교적 마찰의 감소 등을 가져올 수 있다.

2) 사회적 비용의 절감

평화시위구역의 운영은 집회관리비용이나 대규모집회로 인한 경제적 손실 등을 포함한 사회적 비용(2005년 기준 12조 3,000억)을 절감시키는 효과를 가져올 수 있다.

3) 물리적 충돌의 예방

평화시위구역의 운영은 도심에서의 집회강행에 따르는 경찰과 시위대간의 물리적 충돌을 사전에 예방할 수 있는 제도로 기능할 수 있다.

나. 평화시위구역제도의 역기능(문제점)

평화시위구역제도는 전술한 바와 같은 그의 순기능 및 실질적 필요성에도 불구하고 이

를 법률로 규정하는 것은 법이론 상 다음과 같은 문제점을 안고 있다는 것 역시 부정할 수는 없다.

1) 집회의 자유와의 충돌문제

평화시위구역제도는 무엇보다도 헌법상의 집회의 자유에 대한 과도한 제한을 가져 오게 되고 그로 인하여 위헌의 소지가 있게 되는 것이 가장 커다란 문제이다. 즉, 평화시위구역 제도는 집회 및 시위의 장소에 대한 선택의 자유를 침해하는 수단으로 기능하게 되어 결과적으로 집회의 자유에 대한 제한의 문제를 야기한다는 결정적 문제점을 안고 있는 것이다. 이러한 문제점을 김종철 교수는 “평화시위구역제도를 내세워 다른 일반지역에서의 통제를 강화하는 명분으로 삼는 것은 집회의 자유를 헌법적으로 보장하는 기본정신에 배치된다”라고 지적한 바 있다.¹³⁶⁾ 더욱이 이미 헌법재판소가 「집회의 목적·내용과 집회의 장소는 일반적으로 밀접한 내적인 연관관계에 있기 때문에, 집회의 장소에 대한 선택이 집회의 성과를 결정짓는 경우가 적지 않다. 집회장소가 바로 집회의 목적과 효과에 대하여 중요한 의미를 가지기 때문에, 누구나 ‘어떤 장소에서’ 자신이 계획한 집회를 할 것인가를 원칙적으로 자유롭게 결정할 수 있어야만 집회의 자유가 비로소 효과적으로 보장되는 것이다. 따라서 집회의 자유는 다른 법익의 보호를 위하여 정당화되지 않는 한, 집회장소를 항의의 대상으로부터 분리시키는 것을 금지한다.»고 판시한 있음을 고려할 때,¹³⁷⁾ 입법이 이루어지

136) 김종철, 전계논문, 74면.

137) 현재결 2003.10.30, 2000헌바67. 한편 헌법재판소는 집회의 장소의 선택이 집회의 자유의 내용으로 보장받아야 되는 이유를 결정이유에서 보다 상세하게 밝히고 있는바, 이를 소개하면 다음과 같다: 「집회장소는 특별한 상징적 의미를 가진다. 특정 장소가 시위의 목적과 특별한 연관성이 있기 때문에 시위장소로서 선택되는 경우가 빈번하다. 일반적으로 시위를 통하여 반대하고자 하는 대상물이 위치하거나(예컨대 핵발전소, 쓰레기 소각장 등 혐오시설) 또는 시위의 계기를 제공한 사건이 발생한 장소(예컨대 문제의 결정을 내린 국가기관 청사)에서 시위를 통한 의견표명이 이루어진다. 예컨대 여성차별적 법안에 대하여 항의하는 시민단체의 시위는 상가나 주택가에서 이루어지는 경우 큰 효과를 기대할 수 없는 반면, 국회의사당 앞에서 이루어지는 경우에는 시위효과의 극대화를 노릴 수 있다. 즉 집회의 목적·내용과 집회의 장소는 일반적으로 밀접한 내적인 연관관계에 있기 때문에, 집회의 장소에 대한 선택이 집회의 성과를 결정짓는 경우가 적지 않은 것이다.

집회가 국가권력에 의하여 세인의 주목을 받지 못하는 장소나 집회에서 표명되는 의견에 대하여 아무도 귀기울이지 않는 장소로 추방된다면, 기본권의 보호가 사실상 그 효력을 잃게 된다는 점에서도 집회의 자유에 있어서 장소의 중요성은 뚜렷하게 드러난다. 집회장소가 바로 집회의 목적과 효과에 대하여 중요한 의미를 가지기 때문에, 누구나 ‘어떤 장소에서’ 자신이 계획한 집회를

는 경우 태생적으로 위헌성 시비로부터 자유롭지 못한 입법이 되기 쉽다고 생각된다.

2) 평등의 원칙에 관련된 문제

평화시위구역제도의 활용도를 높이기 위하여는 결국 정부가 지정하는 평화시위구역에서의 집회에 대하여는 각종의 인센티브를 부여할 필요가 있고, 실제로 정부도 이러한 인센티브에 대해 고려하고 있다고 한다.¹³⁸⁾ 그러나 평화시위구역제도의 활용도를 높이기 위하여 다른 공간에서의 집회의 경우와 다른 특혜, 특히 완화된 요건하에서의 제재조치 등을 입법적으로 마련하는 경우에는 다른 집회와의 형평성 시비의 문제를 야기할 수 있고, 그것은 결국 다른 장소에서의 집회의 자유를 제한하는 수단으로 전락할 위험이 있다는 비판에 직면하기 쉽다.

3) 독자적 의미의 존재여부

한편 평화시위구역에서의 시위라고 하여 무조건적으로 아무런 제한없이 이루어질 수 있는 것이 아님은 자명하다. 따라서 당해 집회가 폭력적으로 행해지게 되면 「집회 및 시위에 관한 법률」에 규정된 (평화시위구역이 아닌 다른 곳에서의 집회에도 적용되는) 강제해산 등의 조치를 취하여야 할 것인바, 그러한 점에 있어서는 평화시위구역에서의 집회와 다른 곳에서의 집회간에 별다른 차이가 사실상 존재하지 않게 되므로 평화시위구역이 갖는 독자적 의미를 인정하기 어렵게 된다는 문제점 또한 존재한다.

다. 소 결

평화시위구역제도가 갖는 순기능 내지 실무적 차원에서의 필요성은 쉽게 인정될 수 있

할 것인가를 원칙적으로 자유롭게 결정할 수 있어야만 집회의 자유가 비로소 효과적으로 보장되는 것이다. 따라서 집회의 자유는 다른 법익의 보호를 위하여 정당화되지 않는 한, 집회장소를 향의의 대상으로부터 분리시키는 것을 금지한다.

138) 평화시위구역에서의 집회에 대하여 주어질 수 있는 인센티브로는 집회의 주최자 내지 참가자에 대한 편의시설제공(주차장, 이동식화장실, 발언자를 위한 무대 등), 경찰의 현장통제의 최소화, 주최단체에 대한 정정보조금지급여부나 지급액에 있어서 평화시위구역의 사용횟수를 고려하는 것 등을 생각해 볼 수 있다.

다. 그러나 그러한 순기능에도 불구하고 그를 「집회 및 시위에 관한 법률」에 규정하는 것은 조금 더 신중을 기하여야 할 문제라고 생각한다. 이는 지금 논의되고 있는 의미를 가진 평화시위구역제도의 도입은 집회장소가 갖는 상징성을 고려할 때 집회장소의 선택권이라는 집회의 자유의 핵심내용에 대한 보호를 소홀히 하게 된다는 비판을 면하기 어려울 뿐만 아니라 다른 장소에서 행해지는 집회에 대하여 인센티브를 줌으로써 평등의 원칙에 위반될 소지를 안고 있기 때문이다. 따라서 '특정' 공간을 평화시위구역으로 지정하고 그 곳에서의 집회에 대하여 어떠한 형태로든 다른 곳에서의 집회에 비하여 인센티브를 주는 방식의 평화시위구역제도는 그것이 갖는 헌법적 차원의 많은 문제를 고려할 때, 그에 대한 광범위한 국민적 합의가 도출될 수 있을 것을 전제조건으로 하여서만 도입할 수 있는 것이라고 생각한다.

다만 그 명칭에 있어서 평화시위구역이란 동일한 용어를 사용하고 있지만 대전지방경찰청이 제시한 의미의 평화시위구역은 지금까지 설명해 온 평화시위구역과는 그 뉘앙스를 달리 하는 면이 있다고 생각한다. 즉, 그것은 주최측이 '자신의 책임하에' 자율적으로 준법집회를 열도록 한다는 것에 개념의 중점이 놓여지는 것이고, 특정 구역이 강조되는 것이 아니다. 한언하면 주최측이 '자신의 책임하에' 자율적으로 준법집회를 여는 곳은 모두 평화시위구역이 될 수 있는 것이다. 그리고 이 경우 '주최측이 자신의 책임하에 자율적으로 준법집회를 연다'는 것은 그 집회가 폭력적 집회로 변질되는 등 「집회 및 시위에 관한 법률」에 위반되게 진행되는 경우 그로 인한 모든 책임을 집회의 주최자에게 묻는다는 것을 의미하며, 것처럼 책임을 묻기 위하여서는 그에 대하여 사전에 경찰과의 합의가 이루어져 있을 것을 전제로 하여야 할 것이다. 한편 이러한 의미의 평화시위구역은 집회의 장소에 대한 선택권을 제한하는 측면이 상대적으로 약하고(따라서 집회의 자유와의 충돌문제를 야기하지 않는다), 다른 집회에 비하여 특별히 많은 인센티브가 주어지는 것도 아니어서 평등의 원칙에 어긋날 소지도 없으므로 헌법적 문제를 야기하지도 않는다. 따라서 「집회 및 시위에 관한 법률」에의 도입을 충분히 고려할 수도 있는바, 이 경우 그것은 종래 평화적 시위문화의 정착을 위한 제도 중 하나로 열거되어 왔던 이른바 '준법집회협정(MOU)'¹³⁹⁾이란 제도를 실정법으로 규정하여 동 제

139) 준법집회협정이란 제도가 행정법학에서 새로운 의미를 갖는 것은 아니다. 즉, 행정의 행위형식으로 예전부터 논의되어 왔던 비공식적 행정작용(informelles Verwaltungshandeln, 이에 관한 일반적 논의는 김남진·김연태, 행정법 I, 법문사, 2008, 343면 이하 참조) 가운데 근래에 들어 특히 협상(Absprachen)이 주목을 받기 시작하였던바, 준법집회협정은 그러한 비공식 행정작용으로서의 협상이란 행위형식을 집회의 영역에 끌어들이는 의미를 가질 뿐이다. 한편 비공식 행

도를 활성화시키는 의미를 갖게 될 것이다.

제6절 기 타

1. 집회 및 시위의 개념규정

가. 문제의 제기

「집회 및 시위에 관한 법률」은 동법 제1조에서 동법이 집회와 시위를 그 규율대상으로 하고 있다는 것, 그리고 동법의 목적이 집회의 자유와 공공의 안녕질서의 조화에 있다는 것을 분명히 하고 있다. 그런데 이와 관련하여서는 「집회 및 시위에 관한 법률」이 규율 대상으로 삼고 있는 집회 및 시위가 무엇을 의미하는지가 불분명하여 구체적인 경우에 있어 경찰이 과연 무엇을 「집회 및 시위에 관한 법률」의 규율대상인 집회 및 시위로 삼아 동법이 규정하고 있는 제반 규율수단(예: 금지통고나 해산명령 등)을 활용할 것인지 하는 문제가 대두되고 있다. 생각건대, 「집회 및 시위에 관한 법률」의 규율대상인 집회 및 시위의 개념을 명확히 하는 것이야말로 효율적인 집회관리의 가장 기본이 되는 것이라고 할 수 있을 것이므로, 이들 개념을 「집회 및 시위에 관한 법률」에 명문으로 규정하는 것을 고려해 볼 수 있다. 그리고 그러한 개념규정은 향후 동 개념에 대한 학설이나 판례의 발전을 통하여 적어도 「집회 및 시위에 관한 법률」의 규율대상 여부 그 자체를 놓고 벌어지는 소모적 논쟁을 제거하는 데 기여할 수 있을 것이다.

나. 집회의 개념

제2장에서 상술한 바와 같이 종래 집회의 개념적 징표로서는 ① '다수인'의 회합이라는 집회의 양적징표, ② '공동의 목적'이라는 집회의 질적 징표 그리고 ③ '일시적' 회합이라는 집회의 시간적 징표의 3가지가 열거되어 왔다. 즉, 이 3가지의 집회의 개념적 징표가

정작용으로서의 협상에 관한 자세한 논의에 대하여는 김연태, 환경보전작용연구, 고려대학교 출판부, 1999 참조.

충족되면 집회로 볼 수 있는 것으로 이해되어 왔다. 그러나 근래에 들어 집회라고 하기 위하여는 이들 징표외에 또 하나의 징표, 즉 ‘계획적’(geplant) 그리고 ‘조직적’(organisiert)인 다수인의 회합이라는 징표가 충족되어 애 할 것을 강조하는 견해가 나타나고 있는바,¹⁴⁰⁾ 이러한 입장을 취하는 학자들은 우연히, 전적으로 개인적 동기에 의한 일정한 장소에서의 다수인의 집합인 군집을 이 같은 징표에 착안하여 집회와 구별하기도 한다.¹⁴¹⁾ 그러나 집회는 개념상 어떠한 조직이 필연적으로 요구되는 것은 아니라고 할 것이며, 이렇게 이해할 때에만 이른바 자연발생적 집회(Spontanversammlung)¹⁴²⁾가 허용될 수 있게 된다. 따라서 집회의 개념규정에 있어 전통적인 3가지 징표 외에 ‘계획적 혹은 조직적’ 회합이란 징표를 열거할 필요는 없다고 생각된다.

결론적으로 전통적인 집회의 개념적 징표가 반영된 형태의 집회의 개념(예컨대 “어떠한 사항에 관하여 토론을 하거나 의사를 표현하려는 공동의 목적을 가진 다수의 자연인의 일정한 장소에서의 일시적 회합”)을 「집회 및 시위에 관한 법률」에 명문으로 규정할 필요가 있다고 본다. 이처럼 집회의 개념을 분명히 하는 것은 「집회 및 시위에 관한 법률」의 규율대상을 명확히 하여 특히 1인집회 및 추모행사를 표방하는 집회에 대하여 「집회 및 시위에 관한 법률」에 따른 규율가능성을 제공하는 점에서 그 의미가 크다고 할 것이다.

다. 시위의 개념

집회의 경우와 달리 시위(示威)에 관하여는 「집회 및 시위에 관한 법률」이 입법적 정의를 가지고 있는바, “시위”라 함은 다수인이 공동목적(공동목적을) 가지고 도로·광장·공원등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행하거나 위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의

140) Lienbacher, a.a.O., S.60.

141) Vgl. VfSlg 11651/1988.

142) 자연발생적 집회는 현안에 대한 즉각적 대응으로서 순간적 동기에 의해, 즉 사전의 초대나 공고 없이 무계획적으로 이루어지는 집회를 말하는데, 자연발생적 집회의 본질은 그를 조직하고 계획하는 주최자가 없다는 점에서 찾을 수 있다(BverfG, NJW 1992, 890). 한편 자연발생적 집회는 ① 어떤 집회의 종료 후에 혹은 다른 집회로부터 분리됨으로 인하여 우연히 많은 사람이 모이게 되는 것에 기초하여 형성되거나, ② (집회가 아닌) 다수인의 회합이 연사의 선동 등을 통하여 어떠한 목적을 추구하게 됨으로써 집회로 발전하게 되는 경우에 존재하게 된다(VfSlg 8685/1979). 또한 ③ 다수의 참가자가 갑작스런 결정에 기하여 예정된 집회장소로 모인 경우에도 자연발생적 집회가 존재할 수 있다(Köhler/Dürig-Friedl, a.a.O., S.18).

의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위를 말한다」고 규정하고 있는 동법 제2조 제2호가 그것이다. 그러나 이 같은 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」상의 시위의 정의는 독일에서 (우리나라의 많은 학자들에 의해서도) 사용되는 시위개념과 일치하지 않는다거나, 행진과의 관계가 모호하다거나 혹은 가치중립적이어야 할 시위의 개념을 네가티브적 개념으로 규정하고 있는 등의 상당한 문제점이 존재한다.¹⁴³⁾

결국 그러한 논의를 바탕으로 할 때 헌법재판소의 결정문을 통하여 나타난 바와 같이 시위를 그 본질상 단지 ‘움직이는 집회’로 이해하고, 집회의 개념에 포함시켜 집회의 하위 개념으로 구성하는 것을 고려하여야 한다고 생각된다.¹⁴⁴⁾ 그 경우 입법의 방식에 있어서는 집회의 개념을 정의한 후, 뒤이어 “시위는 움직이는 집회를 말한다”라는 개념규정을 두면 될 것이다.

2. 질서유지선위반에 대한 처벌

가. 문제의 의의

미국산 소고기 수입반대집회의 경우와 같은 대형집회의 경우 차도의 점거가 행해지는 것이 일반적이고, 경우에 따라서는 집회의 진행과정에서 행진이 이루어지기도 한다. 그런데 이처럼 차도를 장시간에 걸쳐 점거하는 형태의 집회의 경우 그로 인하여 집회에 참가하지 않은 일반시민에게 상당한 불편을 초래하게 되므로 어느 정도는 그에 대한 규제가 필요하다고 볼 수 있는데, 그 점만을 강조하여 차도점거의 우려가 있는 집회를 원천적으로 금지하는 것도 바람직하지 못한 면이 있다. 이에 집회의 자유를 보장하는 한편으로 일반시민의 불편도 감소시키고,¹⁴⁵⁾ 장기적으로 평화적 시위문화의 정착을 위하여 마련된

143) 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」상의 시위의 개념이 안고 있는 문제점에 관하여는 제2장 제1절의 집회의 개념에 관한 논의참조.

144) 이러한 사고는 그것이 반드시 공로(公路) 혹은 광장에서 행해질 필요도 없음을 강조하는 독일에서의 일반적 설명방식에 기초한 것이다. 즉, 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」상 시위는 (네가티브적 요소를 제외하면) “다수인이 공동목적(共同目的)을 가지고 도로·광장·공원등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소인 공로(公路)를 진행하는 것”을 의미하게 되는데, 그렇게 되면 공로가 아닌 곳에서의 진행은 시위개념에 포함될 수 없게 되므로 적절하지 못한 결론을 낳게 된다는 것을 고려한 것이다.

145) 예컨대 4차선도로에서 집회가 행해지는 경우 2차선까지를 질서유지선으로 설정하면 2개 차선에서는 집회가 이루어지고, 나머지 2개 차선은 일반공중의 교통수단으로 제공되게 될 것인바, 이

것이 바로 ‘질서유지선’¹⁴⁶⁾이다. 여기서 질서유지선이란 관할 경찰서장이나 지방경찰청장이 적법한 집회 및 시위를 보호하고 질서유지나 원활한 교통 소통을 위하여 집회 또는 시위의 장소나 행진 구간을 일정하게 구획하여 설정한 띠, 방책(防柵), 차선(車線) 등의 경계표지(標識)를 말한다(「집회 및 시위에 관한 법률」제2조 제5호).

한편 질서유지선을 경찰관의 경고에도 불구하고 정당한 사유 없이 상당 시간 침범하거나 손괴·은닉·이동 또는 제거하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해친 자에 대해서는 6개월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 처하도록 되어 있는바(「집회 및 시위에 관한 법률」 제24조 제3호), 이는 질서유지선의 준수를 확보하기 위한 것으로 이해되고 있다. 그런데 오늘날의 시위양상을 보게 되면 이러한 처벌규정에도 불구하고 질서유지선은 잘 준수되지 않고 있는 실정이라는 것을 쉽게 알 수 있다. 그리고 그 이유는 처벌규정이 미약하여 시위참가자들의 질서유지선 침범을 제한하는 데 실질적으로 한계가 있기 때문이라는 인식이 지배적이다. 이에 질서유지선의 준수를 보다 더 용이하게 확보하기 위한 방편으로 처벌규정의 강화 필요성이 제기되기에 이르렀다.

나. 질서유지선 위반에 대한 처벌강화의 필요성

미국산 소고기수입반대집회 등 근래의 대형집회에 있어서 질서유지선은 번번이 무시되고 있으며, 심지어 그를 저지하는 경찰에 대해 쇠파이프 등 폭력을 행사하는 경우도 빈발하고 있다. 이에 정부는 ‘공권력 바로세우기’ 차원에서 이러한 시위에 엄격하게 대응할 것을 천명하였는바, 특히 질서유지선을 설치하고 이를 넘어서는 시위대를 전원 연행하는 방식으로 시위 진압방법을 변경하겠다고 밝힌바 있다.¹⁴⁷⁾

물론 이러한 정부의 방침은 집회의 자유에 대한 중대한 위협으로 기능하기 때문에 그 타당성이 의심스럽다는 시각이 유력하다. 그러나 질서유지선은 시위대의 마지노선으로, ‘나의 자유는 남의 자유가 시작되는 곳에서 멈춘다’는 점을 상징하는 공익의 방어선임을 고려할 때 질서유지선을 위반하는 자에 대해서 처벌이 뒤따라야 한다는 것은 너무도 당

를 통하여 집회의 자유도 보장하고 일반시민의 불편도 최소화할 수 있게 될 것이다.

146) 질서유지선을 보통 police line이라 칭하기도 하는데, 이에 관하여 상세한 것은 김유환/김성천, Police Line의 도입 및 운용방안에 관한 연구, 치안논총 제12집(1995), 291면 이하 참조.

147) 동아일보 2008.7.19; 연합뉴스 2008.7.27 등 참조.

연한 것이다. 이러한 처벌의 타당성은 질서유지선을 넘는 시위를 ‘폭동’으로 규정해 질서유지선을 넘어 경찰에 저항하면 곤봉, 최루탄 세례, 심할 경우 총기를 발사하기도 하는 미국의 경우(이하의 사진 참조)와 비교해 보아도 쉽게 인정할 수 있을 것이다.



또한 인터넷 포털사이트 NAVER에서 행한 “경찰청이 질서유지선(폴리스라인)을 넘는 시위대를 전원 연행하는 방안을 검토중입니다. 당신의 의견은?”이란 제하의 설문조사에서 75%에 달하는 절대 다수가 그를 찬성하고 있는바,¹⁴⁸⁾ 이는 질서유지선이 시위대의 마지노선이라는 인식이 이미 우리사회에 충분히 만연되어 있음을 잘 나타내주고 있다고 볼 수 있다.

다. 개정방향 - 처벌규정의 정비

1) 처벌규정 강화의 문제

현행 「집회 및 시위에 관한 법률」이 정하고 있는 질서유지선을 위반한 자에 대한 처벌(6개월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료)이 질서유지선의 준수를

148) 인터넷 포털사이트인 NAVER에서 행한 질서유지선을 위반한 자를 강제연행하는 방안에 대한 Poll에는 총 16,587 명이 응답하였는바, 그 구체적 결과는 다음과 같다: 찬성 12,317명(74.26%), 반대 3,806명(22.95%), 잘 모르겠다 464명(2.8%) (<http://cafe.naver.com/okok2581>)

유도하기에는 미약하다는 인식하에 처벌규정을 강화할 것이 주장되기도 한다. 그러나 「집회 및 시위에 관한 법률」상 처벌을 규정하고 있는 다른 조문과의 균형을 고려할 때 처벌규정을 강화하는 형태로 법률을 개정하는 것은 타당하지 않다고 생각한다. 즉, 굳이 처벌규정을 강화하지 않아도 대처방침의 변화, 예컨대 질서유지선을 위반하는 집회참가자를 집회 및 시위 현장에서 연행하는 것을 통하여 질서유지선의 준수를 유도하는 심리적 효과를 가져올 수 있으리라고 생각한다.

2) 집회주최자 등의 처벌조항 신설

질서유지선을 준수하도록 하는 가장 효과적인 방법의 하나는 질서유지선을 위반하는 참가자가 있는 경우 집회의 주최자를 처벌하는 것이다. 그런데 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」은 질서유지선을 위반하는 집회의 참가자에 대한 처벌만을 규정하고 있을 뿐, 집회의 주최자 등에 대한 처벌에 대하여는 규율하고 있지 않다. 「집회 및 시위에 관한 법률」제13조 제2항은 경찰관서장이 질서유지선을 설정한 때에 집회의 주최자에게 이를 알려야 할 것을 규정하고 있는바, 동 규정의 입법취지는 집회의 주최자에게 집회의 참가자들이 질서유지선을 위반하지 않도록 집회를 진행하고 집회의 과정에서 집회참가자들을 통제할 의무가 있음을 분명히 한 것으로 생각된다. 그리고 이는 집회참가자의 질서유지선 위반에 대하여 집회의 주최자를 처벌하는 논거가 될 수 있다. 따라서 집회의 주최자에 대한 처벌조항을 신설하는 것을 고려하여야 한다고 생각한다.

3. 폭력적 집회에 대한 규율강화

가. 문제의 의의

집회의 자유의 보장은 평화적 집회를 전제로 하는 것이며, 헌법재판소 역시 「집회의 자유에 의하여 보호되는 것은 단지 ‘평화적’ 또는 ‘비폭력적’ 집회이다. 집회의 자유는 민주국가에서 정신적 대립과 논의의 수단으로서, 평화적 수단을 이용한 의견의 표명은 헌법적으로 보호되지만, 폭력을 사용한 의견의 강요는 헌법적으로 보호되지 않는다」고 판시하여¹⁴⁹⁾ 이 같은 점을 분명히 하고 있다. 그런데 오늘날에 행해지는 대형집회의 경우

집회의 진행과정에서 쇠파이프나 죽창 등을 사용하여 폭력적 집회로 변질되는 경우가 상당한 빈도에 이르고 있는 실정이며, 이러한 사정에 직면하여 처벌규정의 강화 등을 통하여 폭력적 집회에 효과적으로 대처할 수 있는 방안이 입법론적 차원에서 논의되고 있다.

한편 이러한 논의는 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」상의 규정¹⁵⁰⁾만으로는 그 처벌의 정도나 처벌대상 등이 극히 미약하여 일반예방적 효과를 전혀 기대할 수 없다는 인식에 기초하고 있다. 즉, 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」은 단지 집회가 폭력적으로 진행되었을 때 그러한 집회의 주최자나 참가자에 대한 처벌규정을 갖고 있을 뿐 폭력적 집회로 변질되기 이전의 단계, 즉 무기 등의 소지, 운반, 준비, 배부 등에 대해서는 아무런 금지규정이나 처벌규정을 갖고 있지 못하다. 따라서 폭력적 집회로의 발전을 사전에 원천적으로 봉쇄하기 위하여 무기 등의 소지, 운반, 준비, 배부 등에 대한 금지규정 및 처벌규정을 신설할 필요성이 제기되고 있는 것이다.

나. 입법례

폭력적 집회와 관련하여 무기 등의 소지, 운반, 준비, 배부에 대한 금지와 처벌을 규정하고 있는 대표적 입법례로는 독일의 「집회 및 시위에 관한 법률」과 프랑스의 형법을 들 수 있다.

1) 독일의 「집회 및 시위에 관한 법률」

폭력적 집회와 관련하여 무기 등의 소지, 운반, 준비, 배부에 대한 금지와 처벌을 형법과 별도의 개별법으로 규정하고 있는 대표적 입법례로는 독일의 「집회 및 시위에 관한 법률」을 들 수 있는바, 동법상의 관련규정은 다음과 같다:

149) 현재결 2003.10.30, 2000헌바67, 83(병합)

150) 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」은 제5조 제1항 제2호에서 '집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 공공의 안녕 질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한 집회 또는 시위'를 금지한 다음, 이러한 집회 또는 시위를 주최한 자에 대하여는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하고(동법 제22조 제2항 참조) 그 사실을 알면서 그러한 집회 또는 시위에 참가한 자에 대하여는 6개월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 처하도록 하고 있다(동법 제22조 제4항 참조).

제2조(평화적 집회의 보장): ③ 공개집회와 시위에 있어서는 행정청의 허가없이 무기, 성질상 사람을 해하거나 물건을 손상시키기에 적합한 물건들을 소지하여서는 아니 된다. 행정청의 허가없이 무기 혹은 제1문에서 열거한 물건을 공개집회나 시위로 가는 도중에 소지하는 것, 그러한 집회장소로 운반하는 것 또는 집회에서 사용케 할 목적으로 준비하거나 배부하는 것 또한 금지된다.

제5조(집회의 금지): 집회의 개최는 단지 개별적으로만, 그리고 다음 각호의 1에 해당하는 경우에만 금지될 수 있다.

2. 집회의 주최자 혹은 주관자(主管者)가 무기 혹은 제2조 제3항이 정하고 있는 그 밖의 물건들을 소지하고 있는 참가자의 참가를 허용하는 경우
3. 주최자 혹은 적극가담자가 집회를 폭력적으로 혹은 소요를 일으킬 정도로 진행하려는 것이 확인되는 경우

참고: 한편 동법 제26조 제1항과 제27조 제1항은 제2조 및 제5조에 위반한 자에 대하여는 1년 이하의 징역이나 벌금에 처할 것을 규정하고 있다.

2) 프랑스의 형법

프랑스 형법 제431-5조는 시위의 진행중에 어떠한 형태로든 무기를 휴대한 자는 형사 처벌(벌금 또는 3년 이하의 징역)하도록 규정하고 있다.¹⁵¹⁾

다. 개정방향 - 무기 등의 소지·운반·준비·배부에 대한 금지규정/처벌규정의 신설

집회에서의 폭력적 행위가 행해진 경우 그에 대하여 형법상의 규정에 근거하여 처벌하는 것¹⁵²⁾도 폭력적 집회를 방지하는 데 기여하는 측면이 있다. 그러나 이처럼 형법에

151) 프랑스에서의 무기소지 등 시위와 관련된 형사처벌관련 내용에 관하여 자세한 것은 배종대·조성용, 시위형법의 형사정책 - 선진각국의 시위관련법을 중심으로, 고려법학, 제37호, 2001, 11면 이하 참조.

152) 실제로 서울중앙지법 형사합의26부는 쇠고기수입반대 촛불시위에서 쇠 파이프를 휘두른 혐의로 구속기소된 자에게 징역 1년6월과 벌금 20만원을 선고한 바 있다.

근거한 방법만으로는 폭력적 집회의 사전적 예방이라는 목적을 달성하기 곤란한 면이 있다. 따라서 독일의 「집회 및 시위에 관한 법률」의 예에 따라 무기 등의 소지·운반·준비·배부에 대한 금지규정을 설치함과 아울러 그를 위반한 경우에 대한 처벌규정을 신설할 것이 요구된다.

1) 무기 등의 소지금지규정의 설치

우선 무기 등의 소지를 금지하는 규정을 마련하여야 하는바, 이 경우 그러한 취지의 규정을 설치함에 있어서는 다음과 같은 내용이 포함되도록 하여야 할 것이다.

가) 무기소지 등이 금지되는 자

먼저 어느 누구도 무기를 소지할 수 없다는 점, 즉 무기 등의 소지금지 대상은 주최자, 주관자, 질서유지인, 참가자에게 동일하게 적용된다는 점을 분명히 하여야 한다.

나) 소지 등이 금지되는 물건

소지 등이 금지되는 것은 무기뿐만 아니라 그 성질상 사람의 신체를 침해하거나 물건을 손상시키기에 적합한 일체의 위험한 물건¹⁵³⁾이라는 점이 분명히 명기되어야 한다. 이 경우 그러한 위험한 물건의 전형적 예는 쇠파이프·고무파이프, T자형 지팡이, 용수철 채찍, (손)도끼, 손도끼, 쇠스랑, 낫 등을 들 수 있으며, 독일의 경우 볼트절단기, 철사절단용 가위, (추격하는 차가 따라오지 못하도록 길에 뿌리는) 작고 뾰족한 쇠조각, 성벽 파쇄기와 폭력적으로 진행되는 집회에서 차단시설이나 경찰차량에 맞서기 위한 물건들도 이에 포함될 수 있는 것으로 설명되고 있다.¹⁵⁴⁾

153) 독일의 경우 여기서의 '그 성질상 사람의 신체를 침해하거나 물건을 손상시키기에 적합한 일체의 위험한 물건'이란 그 물건의 제조목적에 따를 때 이미 객관적으로 신체침해나 물건의 손상을 가져오기에 적합한 물건을 의미하는 것이 아니라, 그의 사용목적에 의해 비로소 객관적으로 신체침해나 물건의 손상을 가져오기에 적합하고 그를 주관적 목적설정에 따라 휴대하는 물건을 말한다. 다만 다른 목적으로 그 물건을 소지하는 것은(비를 막기 위한 우산, 이동을 용이하게 하기 위한 지팡이, 통상적인 자동차용품으로서의 잭)까지 금지되는지 여부에 대하여는 논란이 있는바, 긍정적으로 보는 판례도 나타나고 있는 실정이다(Vgl. OVG Münster, DVBl. 1982, 653).

154) Köhler/Dürig-Friedl, a.a.O., S.27.

다) 금지되는 행위의 유형

금지되는 행위의 유형이 명기되어야 할 것인바, 금지되어야 할 행위로 규정되어야 한다고 생각되는 것으로는 다음과 같은 것이 있다.

첫째, 집회에서의 무기소지¹⁵⁵⁾가 금지되어야 하며, 또한 무장한 집회참가자로부터 발생하는 위협에 준비단계에서부터 대처할 수 있게 하기 위하여는 집회나 시위장소로 가는 '도중에도'¹⁵⁶⁾ 무기와 위험한 물건의 소지를 금지하여야 한다.

둘째, 나아가서 무기와 위험한 물건을 집회장소 혹은 시위장소로 운반하는 것 또한 금지되어야 한다.

셋째, 집회 혹은 시위에서 사용하기 위하여 무기와 위험한 물건을 준비하고¹⁵⁷⁾ 배부하는 것¹⁵⁸⁾ 또한 금지되어야 한다.

2) 무기 등의 소지금지규정을 위반한 자에 대한 처벌규정의 신설

무기 등의 소지금지규정의 실효성을 확보하기 위하여서는 동 규정을 위반한 자에 대한 처벌규정을 마련하여야 할 것이다. 이 경우 위반행위가 갖는 중요성을 고려할 때 (양형의 기준과 관련하여서는) 적어도 폭력적 집회에 참가한 자에 대한 처벌인 6개월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료(「집회 및 시위에 관한 법률」제22조 제4항 참조) 보다는 중한 벌칙이 규정되어야 할 것이다.

4. 「집회 및 시위에 관한 법률」위반행위에 대한 처벌조항 정비

가. 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」상의 처벌조항

155) 무기'소지'의 개념에 있어서는 행위자가 무기 혹은 위험한 물건에 대해 사실상의 지배권을 행사한다는 것이 중요하다. 따라서 몸에 무기를 휴대하고 있어야만 할 필요는 없으며, 집회공간이나 혹은 인근에 주차되어 있는 차안에 무기가 있는 것처럼 무기가 바로 사용할 수 있도록 준비되어 있는 것만으로도 무기'소지'의 개념을 충족시키기에 충분하다(Vgl. BGHSt. 13, 260).

156) 여기서 도중에란 집회장소 혹은 시위가 시작되고 움직이는 장소까지의 모든 도로와 장소를 의미하며, 제반사정으로 볼 때 집회장소로 가려는 목적을 가지고 움직이는 모든 자가 도중에 있는 자이다. 휴식 중, 우회 중 등은 불문한다(BayOblG, DÖV 1994, 831).

157) 여기서 준비한다는 것은 집회에서 사용하기 위하여 무기를 적치·보관하거나 수집하는 것, 즉 그러한 물건을 집회에서 사용할 목적으로 준비하는 모든 행위를 의미한다.

158) 여기서 배부한다는 것은 단순한 준비행위와 달리 무기 혹은 위험한 물건을 집회에 참가하거나 집회장소로 운반하려는 다른 자에게 넘겨주는 것을 말한다.

행정법규의 실효성을 확보하기 위한 전통적 수단으로 행정벌이 사용되어져 왔으며, 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」 역시 동법이 규정하고 있는 각종의 의무위반에 대한 제재수단으로 제22조 이하에서 벌칙을 규정하고 있는바, 동법상의 벌칙조항의 구체적 내용은 다음과 같다. 즉,

제22조 (벌칙) ① 제3조제1항 또는 제2항을 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 군인·검사 또는 경찰관이 제3조제1항 또는 제2항을 위반한 경우에는 5년 이하의 징역에 처한다.

② 제5조제1항 또는 제6조제1항을 위반하거나 제8조에 따라 금지를 통고한 집회 또는 시위를 주최한 자는 2년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

③ 제5조제2항 또는 제16조제4항을 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처한다.

④ 그 사실을 알면서 제5조제1항을 위반한 집회 또는 시위에 참가한 자는 6개월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 처한다.

제23조 (벌칙) 제10조 본문 또는 제11조를 위반한 자, 제12조에 따른 금지를 위반한 자는 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.

1. 주최자는 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금
2. 질서유지인은 6개월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료
3. 그 사실을 알면서 참가한 자는 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료

제24조 (벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 6개월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 처한다.

1. 제4조에 따라 주최자 또는 질서유지인이 참가를 배제했는데도 그 집회 또는 시위에 참가한 사람
2. 제6조제1항에 따른 신고를 거짓으로 하고 집회 또는 시위를 개최한 사람
3. 제13조에 따라 설정한 질서유지선을 경찰관의 경고에도 불구하고 정당한 사유 없이 상당 시간 침범하거나 손괴·은닉·이동 또는 제거하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해친 자
4. 제14조제2항에 따른 명령을 위반하거나 필요한 조치를 거부·방해한 자
5. 제16조제5항, 제17조제2항, 제18조제2항 또는 제20조제2항을 위반한 자

나. 「집회 및 시위에 관한 법률」위반행위에 대한 처벌조항 정비

1) 처벌조항의 강화필요성에 대한 찬반논의

현행 「집회 및 시위에 관한 법률」상의 처벌조항과 관련하여서는 처벌규정이 너무 미약하여 그들 조항이 사실상 의무위반에 대한 제재수단으로 기능하지 못한다는 점, 환언하면 처벌규정이 갖는 일반예방적 효과를 사실상 전혀 기대할 수 없다는 점이 실무차원에서 지적되고 있다. 즉, 2007년의 한미FTA 반대집회, 2008년의 미국산 소고기수입반대와 관련된 촛불집회 등 일련의 대형집회의 경우에서 볼 수 있는 것처럼 야간집회(「집회 및 시위에 관한 법률」 제10조),¹⁵⁹⁾ 금지통고된 집회(동법 제8조)에 대한 처벌조항이 존재함에도 불구하고 다수인이 참여한 집회는 강행되었던바, 그 이유를 처벌조항이 미약하였다는 것에서 찾을 수 있다는 점이 지적되고 있는 것이다. 그리고 그러한 인식에 기초하여 「집회 및 시위에 관한 법률」이 추구하는 목적을 효과적으로 달성하기 위하여서는 처벌조항을 현행법상의 그것보다 강화시키는 방향으로 동법의 개정이 이루어져야 한다는 주장이 나타나고 있다.

그러나 이러한 주장에 대해서는 처벌조항을 현행보다 강화하는 것만으로는 생각보다 일반예방적 효과가 크지 않을 것이며, 자칫 실정법만능주의로 흘러갈 위험을 지적하며 부정적 입장을 나타내는 견해 또한 나타나고 있는 실정이다.

2) 소 결

「집회 및 시위에 관한 법률」에 처벌조항이 엄존함에도 불구하고 불법폭력집회 및 시위는 끊이지 않고 있는 사실을 직시할 때, 처벌조항이 강화되어야 할 필요성이 강조되는 것은 자연스러운 현상이라고 볼 수 있다. 그러나 그렇다고 하여 일률적으로 처벌을 강화하려는 시도는 국민적 공감대를 도출하는 데 있어 생각보다 쉽지 않을 수 있는바, 그 이유는 다음과 같이 요약해 볼 수 있다.

159) 야간집회의 금지를 규정하고 있는 「집회 및 시위에 관한 법률」 제10조에 대해서는 서울중앙형사지법 형사7단독 박재영판사에 의해 위헌법률심판이 제청되어 있는 상태이기는 하다. 한편 야간집회를 명문으로 금지하고 있는 대표적 입법은 미국에서 찾아볼 수 있는바, 이에 관하여 자세한 것은 Naver의 서울대학교 헌법학교실 카페 홈페이지(<http://cafe.naver.com/verfassungsrecht>) 참조.

첫째, 행정법상의 의무위반에 대하여는 부과되는 행정벌은 형법상의 형벌을 수단으로 하는 행정형벌과 과태료를 수단으로 하는 행정질서벌로 구분되는바, 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」은 동법상의 각종 의무위반행위에 대하여 예외없이 행정형벌로 규율하고 있는바, 이것은 행정형벌의 행정질서벌화¹⁶⁰⁾라는 오늘날의 일반적 추세에 역행하는 것이 아닌가 하는 문제점이 있다. 그리고 이러한 문제점을 고려하여 복면금지조항의 신설을 지지하는 학자들조차도 그 처벌에 있어서는 과태료에 의할 것을 권하고 있는 실정이다.¹⁶¹⁾ 다만 「집회 및 시위에 관한 법률」이 동법이 정하고 있는 각종 의무를 위반하는 경우에 대하여 행정질서벌로서의 과태료를 규정하고 있지 않다고 하여 그 자체가 입법론적으로 문제될 것은 없다는 점은 인식하여야 한다. 왜냐하면 헌법재판소는 어떤 행정법 규위반행위에 대하여 행정질서벌을 과할 것인가 행정형벌을 과할 것인가의 문제를 입법자의 재량에 속하는 문제라고 판시한 바 있기 때문이다.¹⁶²⁾

둘째, 「집회 및 시위에 관한 법률」이외의 다른 법률과의 균형의 문제가 대두될 소지가 있다. 물론 다른 법률과 「집회 및 시위에 관한 법률」의 규율목적이 상이하므로 그들을 단순비교하는 것은 무리가 수반되는 것이 사실이지만, 그러한 지적에 대한 반대는거를 명확히 제시할 수 없는 문제가 있는 것이다.

결국 위와 같은 사정을 고려할 때 「집회 및 시위에 관한 법률」상의 처벌규정의 강화는 국민적 합의를 상대적으로 쉽게 도출할 수 있는 영역에서부터 선별적으로 이루어져야 할 문제라고 생각된다.

160) 행정형벌의 행정질서벌화는 전과자양산을 방지하는 차원에서 논의되기 시작하였으며, 실제로 우리나라의 경우도 과거에 행정형벌을 과하던 것을 행정질서벌로 대체하는 작업이 광범위하게 진행되고 있다. 또한 이러한 경향은 전세계적으로 공통된 현상의 하나인데, 독일의 질서위반법(Ordnungswidrigkeitsgesetz)의 제정이나 미국의 민사금전벌(Civil Money Penalty)제도는 이와 관련하여 시사하는 바 크다고 생각된다. 한편 이러한 사정에 관하여 자세한 것은 vgl. 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2008, 569면; 김남진·김연태, 전거서, 465면.

161) 이성용, 집시법상의 복면시위금지, 한국경찰연구, 제7권 제2호, 2008, 114면 이하.

162) 이에 관하여는 vgl. 헌재결 1994.4.28, 91헌바14

제4장 「집회 및 시위에 관한 법률」 개정초안

제1절 개 설

현행 「집회 및 시위에 관한법률」은 종전과 다른 양상을 띠고 있는 오늘날의 집회 및 시위에 대해 효율적으로 대처하지 못하고 있음을 고려할 때 동법의 개정필요성은 쉽게 인정될 수 있을 것이다. 그러나 개정필요성을 인정하는 경우에도 과연 어떠한 방향으로 개정되어야 할 것인가의 문제가 남게 되며, 개정의 방향을 정한 경우에는 마지막으로 개정법률에 구체적으로 어떠한 내용이 담겨져야 할 것인가의 문제가 남게 되는데, 이러한 내용에 대하여는 제3장에서 주제중심으로 논한 바 있다. 이제 이하에서는 그러한 논의에 입각하여 연구자 나름대로 생각하는 개정법률의 초안을 제시해보고자 한다. 다만 본 연구보고서가 현행 「집회 및 시위에 관한법률」의 모든 조문에 대한 망라적 고찰보다는 도입 여부 등에 관하여 논란이 많은 사안에 대하여 중점적으로 다루는 것을 그 내용으로 한 결과, 이하의 초안 역시 주요사안을 고려한 수준의 초안이라는 것을 밝혀둔다.

제2절 「집회 및 시위에 관한 법률」 개정초안¹⁶³⁾

「집회 및 시위에 관한법률」

제1조 (목적) 이 법은 적법한 집회(集會) 및 시위(示威)를 최대한 보장하고 위법한 시위로부터 국민을 보호함으로써 집회 및 시위의 권리 보장과 공공의 안녕질서가 적절히 조화를 이루도록 하는 것을 목적으로 한다.

163) 이하의 개정초안 중 이탤릭체로 된 부분이 개정을 요하는 부분이다.

제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “집회”란 어떠한 사항에 관하여 토론을 하거나 의사를 표현하려는 공동의 목적을 가진 다수의 자연인의 일정한 장소에서의 일시적 회합을 말하며, 시위란 움직이는 집회를 말한다.
2. “옥외집회”란 천장이 없거나 사방이 폐쇄되지 아니한 장소에서 여는 집회를 말한다.
3. “주최자(主催者)”란 자기 이름으로 자기 책임 아래 집회나 시위를 여는 사람이나 단체를 말한다. 주최자는 주관자(主管者)를 따로 두어 집회 또는 시위의 실행을 맡아 관리하도록 위임할 수 있다. 이 경우 주관자는 그 위임의 범위 안에서 주최자로 본다.
4. “질서유지인”이란 주최자가 자신을 보좌하여 집회 또는 시위의 질서를 유지하게 할 목적으로 임명한 자를 말한다.
5. “질서유지선”이란 관할 경찰서장이나 지방경찰청장이 적법한 집회 및 시위를 보호하고 질서유지나 원활한 교통 소통을 위하여 집회 또는 시위의 장소나 행진 구간을 일정하게 구획하여 설정한 때, 방책(防柵), 차선(車線) 등의 경계 표시(標識)를 말한다.
6. “경찰관서”란 국가경찰관서를 말한다.

제3조 (집회 및 시위에 대한 방해 금지) ① 누구든지 폭행, 협박, 그 밖의 방법으로 평화적인 집회 또는 시위를 방해하거나 질서를 문란하게 하여서는 아니 된다.

② 누구든지 폭행, 협박, 그 밖의 방법으로 집회 또는 시위의 주최자나 질서유지인의 이 법의 규정에 따른 임무 수행을 방해하여서는 아니 된다.

③ 집회 또는 시위의 주최자는 평화적인 집회 또는 시위가 방해받을 염려가 있다고 인정되면 관할 경찰관서에 그 사실을 알려 보호를 요청할 수 있다. 이 경우 관할 경찰관서의 장은 정당한 사유 없이 보호 요청을 거절하여서는 안 된다.

제3조의2 (무기 등의 소지금지): ① 집회와 시위에 있어서는 행정청의 허가없이 무기, 성질상 사람을 해하거나 물건을 손상시키기에 적합한 물건(이하 ‘무기 등’이라

고 한다)을 소지하여서는 아니 된다.

② 행정청의 허가없이 무기 등을 집회나 시위로 가는 도중에 소지하는 것, 그러한 집회장소로 운반하는 것 또는 집회에서 사용케 할 목적으로 준비하거나 배부하는 것 또한 금지된다.

③ 집회의 주최자가 무기 등을 소지하고 있는 참가자의 참가를 허용하는 경우 경찰은 해당 집회의 금지를 명할 수 있다.

제4조 (특정인 참가의 배제) 집회 또는 시위의 주최자 및 질서유지인은 특정한 사람이나 단체가 집회나 시위에 참가하는 것을 막을 수 있다. 다만, 언론사의 기사는 출입이 보장되어야 하며, 이 경우 기사는 신분증을 제시하고 기자임을 표시한 완장(腕章)을 착용하여야 한다.

제5조 (집회 및 시위의 금지) ① 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 집회나 시위를 주최하여서는 아니 된다.

1. 헌법재판소의 결정에 따라 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위
2. 집단적인 폭행, 협박, 손괴(損壞), 방화 등으로 공공의 안녕 질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한 집회 또는 시위

② 누구든지 제1항에 따라 금지된 집회 또는 시위를 할 것을 선전하거나 선동하여서는 아니 된다.

제6조 (옥외집회 및 시위의 신고 등) ① 옥외집회나 시위를 주최하려는 자는 그에 관한 다음 각 호의 사항 모두를 적은 신고서를 옥외집회나 시위를 시작하기 720시간 전부터 48시간 전에 관할 경찰서장에게 제출하여야 한다. 다만, 옥외집회 또는 시위 장소가 두 곳 이상의 경찰서의 관할에 속하는 경우에는 관할 지방경찰청장에게 제출하여야 하고, 두 곳 이상의 지방경찰청 관할에 속하는 경우에는 주최지를 관할하는 지방경찰청장에게 제출하여야 한다.

1. 목적
2. 일시(필요한 시간을 포함한다)

3. 장소
4. 주최자(단체인 경우에는 그 대표자를 포함한다), 연락책임자, 질서유지인에 관한 다음 각 목의 사항
 - 가. 주소
 - 나. 성명
 - 다. 직업
 - 라. 연락처
5. 참가 예정인 단체와 인원
6. 시위의 경우 그 방법(진로와 약도를 포함한다)
 - ② 관할 경찰서장 또는 지방경찰청장(이하 "관할경찰관서장"이라 한다)은 제1항에 따른 신고서를 접수하면 신고자에게 접수 일시를 적은 접수증을 즉시 내주어야 한다.
 - ③ 주최자는 제1항에 따라 신고한 옥외집회 또는 시위를 하지 아니하게 된 경우에는 신고서에 적힌 집회 일시 전에 관할경찰관서장에게 그 사실을 알려야 한다.
 - ④ 제3항에 따라 통지를 받은 관할경찰관서장은 제8조제2항에 따라 금지 통고된 집회나 시위가 있는 경우에는 그 금지 통고를 받은 주최자에게 제3항에 따른 사실을 즉시 알려야 한다.
 - ⑤ 제4항에 따라 통지를 받은 주최자는 그 금지 통고된 집회 또는 시위를 최초로 신고한 대로 개최할 수 있다. 다만, 금지 통고 등으로 시기를 놓친 경우에는 일시를 새로 정하여 집회 또는 시위를 시작하기 24시간 전에 관할경찰관서장에게 신고서를 제출하고 집회 또는 시위를 개최할 수 있다.

제7조 (신고서의 보완 등) ①관할경찰관서장은 제6조제1항에 따른 신고서의 기재 사항에 미비한 점을 발견하면 접수증을 교부한 때부터 12시간 이내에 주최자에게 24시간을 기한으로 그 기재 사항을 보완할 것을 통고할 수 있다.

- ② 제1항에 따른 보완 통고는 보완할 사항을 분명히 밝혀 서면으로 주최자 또는 연락책임자에게 송달하여야 한다.

제8조 (집회 및 시위의 금지 또는 제한 통고) ①제6조제1항에 따른 신고서를 접수한

관할경찰관서장은 신고된 옥외집회 또는 시위가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 신고서를 접수한 때부터 48시간 이내에 집회 또는 시위를 금지할 것을 주최자에게 통고할 수 있다. 다만, 집회 또는 시위가 집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 공공의 안녕 질서에 직접적인 위협을 초래한 경우에는 남은 기간의 해당 집회 또는 시위에 대하여 신고서를 접수한 때부터 48시간이 지난 경우에도 금지 통고를 할 수 있다.

1. 제5조제1항, 제10조 본문 또는 제11조에 위반된다고 인정될 때
2. 제7조제1항에 따른 신고서 기재 사항을 보완하지 아니한 때
3. 제12조에 따라 금지할 집회 또는 시위라고 인정될 때

② 관할경찰관서장은 집회 또는 시위의 시간과 장소가 중복되는 2개 이상의 신고가 있는 경우 그 목적으로 보아 서로 상반되거나 방해가 된다고 인정되면 뒤에 접수된 집회 또는 시위에 대하여 제1항에 준하여 그 집회 또는 시위의 금지를 통고할 수 있다.

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 그 거주자나 관리자가 시설이나 장소의 보호를 요청하는 경우에는 집회나 시위의 금지 또는 제한을 통고할 수 있다. 이 경우 집회나 시위의 금지 통고에 대하여는 제1항을 준용한다. <개정 2007.12.21>

1. 제6조제1항의 신고서에 적힌 장소(이하 이 항에서 "신고장소"라 한다)가 다른 사람의 주거지역이나 이와 유사한 장소로서 집회나 시위로 재산 또는 시설에 심각한 피해가 발생하거나 사생활의 평온(平穩)을 뚜렷하게 해칠 우려가 있는 경우
 2. 신고장소가 「초·중등교육법」 제2조에 따른 학교의 주변 지역으로서 집회 또는 시위로 학습권을 뚜렷이 침해할 우려가 있는 경우
 3. 신고장소가 「군사기지 및 군사시설 보호법」 제2조제2호에 따른 군사시설의 주변 지역으로서 집회 또는 시위로 시설이나 군 작전의 수행에 심각한 피해가 발생할 우려가 있는 경우
- ④ 집회 또는 시위의 금지 또는 제한 통고는 그 이유를 분명하게 밝혀 서면으로 주최자 또는 연락책임자에게 송달하여야 한다.

제9조 (집회 및 시위의 금지 통고에 대한 이의 신청 등) ①집회 또는 시위의 주최자는 제8조에 따른 금지 통고를 받은 날부터 10일 이내에 해당 경찰관서의 바로 위의 상급경찰관서의 장에게 이의를 신청할 수 있다.

② 제1항에 따른 이의 신청을 받은 경찰관서의 장은 접수 일시를 적은 접수증을 이의 신청인에게 즉시 내주고 접수한 때부터 24시간 이내에 재결(裁決)을 하여야 한다. 이 경우 접수한 때부터 24시간 이내에 재결서를 발송하지 아니하면 관할경찰관서장의 금지 통고는 소급하여 그 효력을 잃는다.

③ 이의 신청인은 제2항에 따라 금지 통고가 위법하거나 부당한 것으로 재결되거나 그 효력을 잃게 된 경우 처음 신고한 대로 집회 또는 시위를 개최할 수 있다. 다만, 금지 통고 등으로 시기를 놓친 경우에는 일시를 새로 정하여 집회 또는 시위를 시작하기 24시간 전에 관할경찰관서장에게 신고함으로써 집회 또는 시위를 개최할 수 있다.

제10조 (옥외집회와 시위의 금지 시간) 누구든지 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니 된다. 다만, 집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고한 경우에는 관할경찰관서장은 질서 유지를 위한 조건을 붙여 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에도 옥외집회를 허용할 수 있다.

제11조 (옥외집회와 시위의 금지 장소) 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 청사 또는 저택의 경계 지점으로부터 100 미터 이내의 장소에서는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니 된다.

1. 국회의사당, 각급 법원, 헌법재판소
2. 대통령 관저(官邸), 국회의장 공관, 대법원장 공관, 헌법재판소장 공관
3. 국무총리 공관. 다만, 행진의 경우에는 해당하지 아니한다.
4. 국내 주재 외국의 외교기관이나 외교사절의 숙소. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우로서 외교기관 또는 외교사절 숙소의 기능이나 안녕을 침해할 우려가 없다고 인정되는 때에는 해당하지 아니한다.
 - 가. 해당 외교기관 또는 외교사절의 숙소를 대상으로 하지 아니하는 경우

나. 대규모 집회 또는 시위로 확산될 우려가 없는 경우

다. 외교기관의 업무가 없는 휴일에 개최하는 경우

제12조 (교통 소통을 위한 제한) ① 관할경찰관서장은 대통령령으로 정하는 주요 도시의 주요 도로에서의 집회 또는 시위에 대하여 교통 소통을 위하여 필요하다고 인정하면 이를 금지하거나 교통질서 유지를 위한 조건을 붙여 제한할 수 있다.

② 집회 또는 시위의 주최자가 질서유지인을 두고 도로를 행진하는 경우에는 제1항에 따른 금지를 할 수 없다. 다만, 해당 도로와 주변 도로의 교통 소통에 장애를 발생시켜 심각한 교통 불편을 줄 우려가 있으면 제1항에 따른 금지를 할 수 있다.

제13조 (질서유지선의 설정) ① 제6조제1항에 따른 신고를 받은 관할경찰관서장은 집회 및 시위의 보호와 공공의 질서 유지를 위하여 필요하다고 인정하면 최소한의 범위를 정하여 질서유지선을 설정할 수 있다.

② 제1항에 따라 경찰관서장이 질서유지선을 설정할 때에는 주최자 또는 연락책임자에게 이를 알려야 한다.

제14조 (확성기등 사용의 제한) ① 집회 또는 시위의 주최자는 확성기, 북, 징, 팽과 리 등의 기계·기구(이하 이 조에서 "확성기 등"이라 한다)를 사용하여 타인에게 심각한 피해를 주는 소음으로서 대통령령으로 정하는 기준을 위반하는 소음을 발생시켜서는 아니 된다.¹⁶⁴⁾

② 관할경찰관서장은 집회 또는 시위의 주최자가 제1항에 따른 기준을 초과하는 소음을 발생시켜 타인에게 피해를 주는 경우에는 그 기준 이하의 소음 유지 또는 확성기등의 사용 중지를 명하거나 확성기 등의 일시보관 등 필요한 조치를 할 수 있다.

제14조의2(복면금지) ① 다음 각 호의 행위는 금지된다.

164) 제14조와 관련하여서는 대통령령의 개정이 필요한바, 특히 야간의 경우 소음기준치를 주거지역은 50dB, 기타지역은 60dB으로 정할 것을 권하고 싶다.

1. 신원확인을 곤란하게 만들 의도를 가지고, 신원확인을 곤란하게 만들기에 적합한 복장으로 집회에 참가하거나 그러한 복장으로 집회장소로 가는 것.
 2. 신원확인을 곤란하게 만들기에 적합하고, 주위사정을 합리적으로 판단할 때 그러한 목적으로 사용될 수 있는 물건을 소지하고 집회에 참가하거나 집회장소로 가는 것.
- ② 공공의 안녕 혹은 질서가 위협받을 우려가 없는 경우에는 제1항에서 정한 금지에 대한 예외를 인정할 수 있다.

제15조 (적용의 배제) 학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제(冠婚喪祭) 및 국경행사(國慶行事)에 관한 집회에는 제6조부터 제12조까지의 규정을 적용하지 아니한다.

제16조 (주최자의 준수 사항) ① 집회 또는 시위의 주최자는 집회 또는 시위에 있어서의 질서를 유지하여야 한다.

- ② 집회 또는 시위의 주최자는 집회 또는 시위의 질서 유지에 관하여 자신을 보좌하도록 18세 이상의 사람을 질서유지인으로 임명할 수 있다.
- ③ 집회 또는 시위의 주최자는 제1항에 따른 질서를 유지할 수 없으면 그 집회 또는 시위의 종결(終結)을 선언하여야 한다.
- ④ 집회 또는 시위의 주최자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.
 1. 총포, 폭발물, 도검(刀劍), 철봉, 곤봉, 돌덩이 등 다른 사람의 생명을 위협하거나 신체에 해를 끼칠 수 있는 기구(器具)를 휴대하거나 사용하는 행위 또는 다른 사람에게 이를 휴대하게 하거나 사용하게 하는 행위
 2. 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 질서를 문란하게 하는 행위
 3. 신고한 목적, 일시, 장소, 방법 등의 범위를 뚜렷이 벗어나는 행위
- ⑤ 옥내집회의 주최자는 확성기를 설치하는 등 주변에서의 옥외 참가를 유발하는 행위를 하여서는 아니 된다.

제17조 (질서유지인의 준수 사항 등) ①질서유지인은 주최자의 지시에 따라 집회 또는 시위 질서가 유지되도록 하여야 한다.

② 질서유지인은 제16조제4항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

③ 질서유지인은 참가자 등이 질서유지인임을 쉽게 알아볼 수 있도록 완장, 모자, 어깨띠, 상의 등을 착용하여야 한다.

④ 관할경찰관서장은 집회 또는 시위의 주최자와 협의하여 질서유지인의 수(數)를 적절하게 조정할 수 있다.

⑤ 집회나 시위의 주최자는 제4항에 따라 질서유지인의 수를 조정할 경우 집회 또는 시위를 개최하기 전에 조정된 질서유지인의 명단을 관할경찰관서장에게 알려야 한다.

제18조 (참가자의 준수 사항) ①집회나 시위에 참가하는 자는 주최자 및 질서유지인의 질서 유지를 위한 지시에 따라야 한다.

② 집회나 시위에 참가하는 자는 제16조제4항제1호 및 제2호에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

제19조 (경찰관의 출입) ①경찰관은 집회 또는 시위의 주최자에게 알리고 그 집회 또는 시위의 장소에 정복(正服)을 입고 출입할 수 있다. 다만, 옥내집회 장소에 출입하는 것은 직무 집행을 위하여 긴급한 경우에만 할 수 있다.

② 집회나 시위의 주최자, 질서유지인 또는 장소관리자는 질서를 유지하기 위한 경찰관의 직무집행에 협조하여야 한다.

제19조의 2(집회에서의 채증활동) ① 경찰은 집회에서 혹은 집회와 관련하여서 그로 인하여 공공의 안녕 혹은 질서에 대한 중대한 위협이 발생하게 될 것을 인정할 수 있는 정당한 근거가 있는 경우에 한하여 참가자들에 대한 녹화와 녹음을 행할 수 있다.

② 촬영자료와 녹음자료는 공개집회 혹은 그와 시간적·사항적으로 직접적으로 관

련있는 사건의 종료후에 지체없이 폐기되어야 한다. 다만 다음 각호의 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 참가자의 범죄행위에 대한 수사를 위해 필요한 경우
2. 구체적인 경우에 있어서 위험방지를 위하여 특히 필요한 경우
- ③ 제2항 제2호를 이유로 폐기되지 않는 자료는 그것이 제2항 제1호에서 규정하고 있는 목적을 위하여 필요하게 된 경우가 아니라면, 늦어도 그것이 발생한 후로부터 3년 후에는 어떠한 경우에도 폐기되어야 한다.

제20조 (집회 또는 시위의 해산) ①관할경찰관서장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 집회 또는 시위에 대하여는 상당한 시간 이내에 자진(自進) 해산할 것을 요청하고 이에 따르지 아니하면 해산(解散)을 명할 수 있다.

1. 제5조제1항, 제10조 본문 또는 제11조를 위반한 집회 또는 시위
 2. 제6조제1항에 따른 신고를 하지 아니하거나 제8조 또는 제12조에 따라 금지된 집회 또는 시위
 3. 제8조제3항에 따른 제한, 제10조 단서 또는 제12조에 따른 조건을 위반하여 교통 소통 등 질서 유지에 직접적인 위협을 명백하게 초래한 집회 또는 시위
 4. 제16조제3항에 따른 종결 선언을 한 집회 또는 시위
 5. 제16조제4항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로 질서를 유지할 수 없는 집회 또는 시위
- ② 집회 또는 시위가 제1항에 따른 해산 명령을 받았을 때에는 모든 참가자는 지체 없이 해산하여야 한다.
- ③ 제1항에 따른 자진 해산의 요청과 해산 명령의 고지(告知) 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제21조 (집회·시위자문위원회) ①집회 및 시위의 자유와 공공의 안녕 질서가 조화를 이루도록 하기 위하여 각급 경찰관서에 다음 각 호의 사항에 관하여 각급 경찰관서장의 자문 등에 응하는 집회·시위자문위원회(이하 이 조에서 "위원회"라 한다)를 둘 수 있다.

1. 제8조에 따른 집회 또는 시위의 금지 또는 제한 통고
 2. 제9조제2항에 따른 이의 신청에 관한 재결
 3. 집회 또는 시위에 대한 사례 검토
 4. 집회 또는 시위 업무의 처리와 관련하여 필요한 사항
- ② 위원회에는 위원장 1명을 두되, 위원장을 포함한 5명 이상 7명 이하의 위원으로 구성된다.
- ③ 위원장과 위원은 각급 경찰관서장이 전문성과 공정성 등을 고려하여 다음 각 호의 사람 중에서 위촉한다.
1. 변호사
 2. 교수
 3. 시민단체에서 추천하는 사람
 4. 관할 지역의 주민대표
- ④ 위원회의 구성·운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제22조 (벌칙) ① 제3조제1항 또는 제2항을 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 군인·검사 또는 경찰관이 제3조제1항 또는 제2항을 위반한 경우에는 5년 이하의 징역에 처한다.

② 제5조제1항 또는 제6조제1항을 위반하거나 제8조에 따라 금지를 통고한 집회 또는 시위를 주최한 자는 2년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

③ 제5조제2항 또는 제16조제4항을 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처한다.

④ 그 사실을 알면서 제5조제1항을 위반한 집회 또는 시위에 참가한 자는 6개월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 처한다.

제23조 (벌칙) 제10조 본문 또는 제11조를 위반한 자, 제12조에 따른 금지를 위반한 자는 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다. 집회의 참가자가 질서유지선을 상당 시간 침범하거나 손괴·은닉·이동 또는 제거하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해치게 한 경우에 있어 주최자와 질서유지인에 대하여는 이하 제1호와 제2호에 따라

처벌한다.

1. 주최자는 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금
2. 질서유지인은 6개월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료
3. 그 사실을 알면서 참가한 자는 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료

제24조 (벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 6개월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 처한다.

1. 제4조에 따라 주최자 또는 질서유지인이 참가를 배제했는데도 그 집회 또는 시위에 참가한 사람
2. 제6조제1항에 따른 신고를 거짓으로 하고 집회 또는 시위를 개최한 사람
3. 제13조에 따라 설정한 질서유지선을 경찰관의 경고에도 불구하고 정당한 사유 없이 상당 시간 침범하거나 손괴·은닉·이동 또는 제거하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해친 자
4. 제14조제2항에 따른 명령을 위반하거나 필요한 조치를 거부·방해한 자
5. 제14조의2 제1항에 위반한자
6. 제16조제5항, 제17조제2항, 제18조제2항 또는 제20조제2항을 위반한 자

제25조 (단체의 대표자에 대한 벌칙 적용) 단체가 집회 또는 시위를 주최하는 경우에는 이 법의 벌칙 적용에서 그 대표자를 주최자로 본다.

제5장 결 론

민주주의는 사회의 구성원 누구에게나 자신의 의사를 자유롭게 표현할 수 있는 자유가 보장되어 있을 것을 그 전제로 한다. 그러나 언젠가부터 언론매체의 대형화·독점화 현상으로 인하여 일반국민은 사실상 자신의 의사를 효과적으로 표현하기 위한 수단을 상실하고 단지 언론매체에 의해 제공되는 메시지의 수신자로 전락해가고 있다. 그리고 이러한 점을 고려하면 사회의 소수자가 자신의 의사를 표현하는 수단으로서의 집회(의 자유)가 갖는 의미는 아무리 강조해도 지나치지 않는다. 또한 과거 권위주의적 군사정권에 있어서 민주주의는 집회(의 자유)를 통하여 발전해 왔음을 고려할 때¹⁶⁵⁾ 우리나라의 현대사에 있어 집회(의 자유)가 다른 무엇과 비교할 수 없는 특별한 의미를 갖는다는 점 또한 부정할 수 없다. 따라서 그러한 집회(의 자유)가 갖는 역사성이나 중요성을 고려할 때 집회의 자유에 대해 강도의 보호가 행하여져야 함은 두말 할 나위없다. 그러나 시대 상황이 현저히 바뀐 오늘날에 있어서도 집회(의 자유)가 가졌던 그러한 의미만을 강조하여 무제한적이고 절대적인 집회의 자유를 주장하는 것은 시대착오적 발상이라고 단언할 수 있다. 즉, 집회의 자유가 갖는 의미 내지 중요성을 인정하는 경우에도 그 역시 많은 기본권 중의 하나로서 헌법 일반이론에 따라 국가안정보장·공공복리·질서유지를 위하여 필요한 최소한도의 범위내에서 법률에 근거하여 제한받을 수 있다는 점은 분명히 인식되어야 하며, 따라서 이러한 사실을 부정하는 사고방식은 어떠한 관점에서든 받아들일 수 없는 것이다. 이러한 점을 고려하면 집회의 자유를 최대한으로 보장하되 필요한 경우 일정한 요건하에 제한을 가할 수 있어야 할 것이다. 오늘날 집회의 가장 큰 특징은 집회의 대형화이고, 이에 따라 집회관리비용을 포함한 집회로 인하여 지출되는 사회적 비용은 연간 최대 21조((2006년 기준)에 이르고 있다. 여기에 집회로 인한 학습권침해, 중요국정현안에 대한 장기적 집회로 인한 국론분열 내지 대외적 국가신인도 하락 등까지

165) 과거 군사정권하에서 (당시의 실정법에 반한다는 의미에서의) 불법적 폭력시위에 대하여서도 국민들은 지지를 보내거나, 적어도 그로 인한 폐해를 감수하는 모습을 보여 왔던 것은 바로 이러한 사정에 기인하는 것으로 이해할 수 있다.

고려하면 집회로 인한 손실은 가히 측량불가수준이라고 할 수 있을 정도이다. 사정이 이러하다면 집회의 자유와 조화를 이루는 한도내에서의 집회의 자유에 대한 어느 정도의 제한은 불가피하다고 볼 것이며, 이는 최소한 불법적이고 폭력적 시위에 대하여는 규제가 있을 수밖에 없다는 결론에 이르게 되는 것이다.

한편 불법폭력시위에 대한 규제수단으로 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」은 제8조에서 금지통고, 제20조에서 집회의 주최자가 금지통고된 집회를 강행하는 경우에 있어서의 해산명령, 제22조 이하에서 동법상의 의무위반에 대한 벌칙조항을 갖고 있다. 그러나 그럼에도 불구하고 불법폭력시위는 줄어 들 기미를 보이지 않고 있으며, 심지어 오히려 증가되는 추세를 나타내고 있을 정도이다. 이는 결국 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」이 오늘날의 불법폭력시위에 대한 규제수단으로서의 의미를 충분히 발휘하지 못하고 있음을 의미하는바, 우리는 여기에서 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정필요성을 찾아볼 수 있게 된다. 사정이 이러하다면 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정에 있어 핵심적 내용은 불법폭력시위를 근절시키기 위한 수단으로 어떤 것이 있으며,¹⁶⁶⁾ 그러한 수단이 집회의 자유의 본질을 해하지 않도록 하려면 어떻게 해야 하는가에 관한 것이 되는바, 본 보고서는 바로 이러한 것을 다루고 있다. 다만 이미 언급한 바와 같이 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」의 해석 등에 있어 논란이 있어 왔던 모든 문제를 다룬 것은 아니며, 소음규제, 평화시위구역, 복면금지, 집회에서의 채증활동과 같은 중요문제와 관련하여 그의 「집회 및 시위에 관한 법률」에의 도입가능성 등을 중점적으로 다루었음을 밝혀둔다.

본 보고서를 통하여 어느 정도는 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정필요성이 드러났다고 생각되며, 아울러 개정하는 경우 어떠한 방향으로 개정이 이루어져야 할 것인가에 대한 기초적 논의 및 개정법률에 담겨져야 할 본질적 내용에 대해서는 충분히 소개가 이루어졌다고 본다. 본 보고서가 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정작업에 기초를 제공하고, 그를 통하여 그에 대한 논의가 충분히 이루어지고, 결론적으로 바람직한 집회문화의 정착을 위한 법적 수단을 확립하는 데 기여할 수 있기를 바라면서 결론에 대신하기로 한다.

166) 한편 불법폭력시위의 근절, 나아가 시위문화의 개선을 위한 대책과 관련하여 “초중등교육과정에서 민주적 시민의식으로써 준법정신을 진작시키는 것이 가장 직접적이고 궁극적 대책”이라고 밝히면서 교육의 임무를 강조하는 견해(이관희, 전거서, 363면)는 경청할 만한 가치를 갖는다고 생각한다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

(1) 단행본

- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2006.
- 김남진·김연태, 행정법 I, 법문사, 2008.
- 김성태, 위험방지작용의 이해, 홍익대학교출판부, 2007.
- 김연태, 환경보전작용연구, 고려대학교 출판부, 1999.
- 김일환, 개인정보보호법제의 정비에 관한 연구, 한국법제연구원, 1997.
- 김태완, 책문 - 시대의 물음에 답하라, 소나무, 2004.
- 배종대·이상돈·정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2008.
- 배종대·조성용, 화염병시위대책에 관한 연구, 치안연구소 연구보고서, 2001.
- 서정범(역), 경찰법 사례연습, BookPlus, 2006.
- 연성진/최병각/기광도, 준범의식의 실태 및 준범운동의 전개방향에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2000.
- 이관희, 한국민주헌법론 I, 박영사, 2008.
- 이황우·조병인·경찰학개론, 한국형사정책연구원, 2006.
- Zimbardo, 이충호/임지원(역), 루시퍼 이펙트, 웅진지식하우스, 2007.
- 김철수, 헌법학개론, 2006.
- 허경미, 경찰정보론 경찰대학, 2001.
- 허영, 한국헌법론, 박영사, 2006.
- 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2008

(2) 논문

- 권두섭, 집시법과 경찰당국의 자의적인 금지통고의 문제점, in: 집회시위금지통고의 문제점과 개선방안, 국가인권위원회, 2006, 57면 이하.
- 김광수, 집회시위 소음에 대한 법적 규제, 한국경찰법학회 제27차 학술회의(2008), 발표요지, 3면 이하.

- 김상겸, 불법폭력시위로 인한 사회적 비용추정연구, 치안논총 제24집(2008), 1면 이하.
- 김성태, 집회·시위현장에서의 촬영에 대한 행정법적 근거와 한계, 한국경찰법학회 제27차 학술회의(2008), 발표요지, 113면 이하.
- 김성태, 지문정보의 경찰작용법적 문제, 행정법연구, 제18호, 615면 이하.
- 김유환/김성천, Police Line의 도입 및 운용방안에 관한 연구, 치안논총 제12집(1995), 291면 이하.
- 김재봉, 불법 집회·시위현장에서 사진·비디오 촬영의 형사소송법적 근거와 한계, 제27차 한국경찰법학회 학술회의(2008) 발표요지, 149면 이하.
- 김종철, 평화시위구역에 대한 헌법적 검토 - 집회 및 자유의 본질론을 중심으로, 한국경찰법학회 제27차 학술회의(2008) 발표요지, 53면 이하.
- 문성도, 사복경찰관 집회시위장소 출입의 법적 근거와 문제점, 한국경찰법연구 창간호, 32면 이하.
- 문성도, 집회·시위에 대한 촬영의 법리, 경찰법연구 제3호(2005), 32면 이하.
- 배종대·조성용, 시위형법의 형사정책 - 선진각국의 시위관련법을 중심으로, 고려법학, 제37호, 2001, 3면 이하.
- 서보학, 평화적 시위문화정착을 위한 시민·경찰·입법자의 역할모색 - 집회·시위권 및 경찰권의 한계와 법정채적 고려를 중심으로-, 경회법학 제36권 제1호(2001), 121면 이하.
- 서정범, 법질서확립을 위한 경찰의 법집행 - 집회에의 대처방안을 중심으로 -, 한국경찰발전연구학회, 26회 춘계학술발표대회(2008) 요지, 7면 이하.
- 서정범, 경찰권발동의 근거 - 개괄적 수권조항을 중심으로, 중앙법학, 제8집 제1호, 2006, 165면 이하.
- 서정범, 경찰법에 있어서 공공의 안녕의 개념, 공법학연구 제9권 제2호, 331면 이하.
- 서정범, 「집회 및 시위에 관한 법률」상의 집회의 개념, 공법학연구, 제8권 제2호(2007), 375면 이하.
- 손재영, 경찰법에 정보보호에 관한 특별규정을 마련해야 할 필요성과 범위, 한국경찰발전연구학회 제26회 춘계학술발표대회(2008) 요지, 47면 이하.
- 송병호/최관, 집회시위에 있어 경찰의 대응실태와 개선방향에 관한 연구, 한국경찰연구, 제5권 제2호, 2006, 81면 이하.

- 신명순, 한국에서 발생한 정치시위의 원인, 국제정치논총, 제26집 1호, 1986, 121면 이하.
- 신영호, 집시법 제5조 제1항 제2호, 경찰학연구 제7권 제3호(2007), 37면 이하.
- 양태규, 집시법상의 문제점 및 그 개선방안에 관한 연구, 치안정책연구, 제15호(2001), 121면 이하.
- 이성용, 집시법상의 복면시위금지, 한국경찰연구, 제7권 제2호, 2008, 93면 이하.
- 이성용, 촛불집회에 대한 법적 고찰, 경찰법연구 제6권 제1호(2008), 30면 이하.
- 이창무, 국내외 집회시위 및 경찰관리방식의 변천과정연구, 치안논총 제23집, 치안정책연구, 317면 이하.
- 임승택, 현행 집시법의 주요쟁점과 개정방향, 경찰학연구 제8권 제3호(2008), 139면 이하.
- 임준태, 집회시위시 발생하는 소음의 합리적 규제기준에 관한 연구, 치안논총 제20집, 2004, 369면 이하.
- 전광석, 집회 및 시위의 자유 자율, 그리고 경찰개입의 한계, 연세법학연구 제9권 제2호, 2003, 71면 이하.
- 최병각, 복면시위의 금지·처벌과 그 한계, 한국경찰법학회 제27차 학술회의(2008) 발표요지, 21면 이하.
- 한수웅, 집회의 자유와 「집회 및 시위에 관한 법률」, 저스티스 제37권 제1호(2004.2), 15면 이하.
- 허경미, 집시법의 운용상 한계 및 개정방향에 관한 연구, 경찰학연구, 창간호(2001), 187면 이하.
- 홍석만/이준구, 역감시의 권리(The right of counter surveillance)로서 프라이버시권에 대한 재구성 - 국가의 감시통제의 문제를 중심으로 -, 민주사회를 위한 변호사 모임(민변) 창립 10주년 기념 인권논문상 공모 수상작, 1998.

2. 외국문헌

(1) 단행본

- Dietel/Gintzel/Kniesel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 12. Aufl., 2000.
- Frohn, Demonstrationsstrafrecht und Kriminallpolitik, 1995.
- Köhler/Dürig-Friedl, Demonstrations- und Versammlungsrecht, 4. Aufl., 2001.

- Lienbacher(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 2004.
- Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001.
- Son, Jae young, Heimliche polizeiliche Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht, 2006.
- Müller, Wirkungsbereich und Schranken der Versammlungsfreiheit, insbesondere im Verhältnis zur Meinungsfreiheit, 1974.
- Pieroth/Schlink, Grundrechte, 14. Aufl., 1998.
- Rupprecht(Hrsg.), Polizei Lexikon, 2. Aufl., 1995.
- Werner, Formelle und materielle Versammlungsrechtswidrigkeit, 2001.

(2) 논문

- Deutelmoser, Angst vor den Folgen eines weiten Versammlungsbegriff, NVwZ 1999, 240 ff.
- Guradze, Demonstrationsfreiheit und Polizeigewalt, ZRP 1969, 6 ff.
- Hölscheidt, Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit nach dem Brokdorf-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, DVBl., 1987, 666 ff.
- Jahn, Verfassungsrechtliche Probleme eines strafbewehrten Vermummungsverbots, JZ 545 ff.
- Kniessel, Die Versammlungs - und Demonstrationsfreiheit - Verfassungsrechtliche Grundlagen und versammlungsgesetzliche Konkretisierung, NJW 1992, 860 ff.
- Maatz, Zur Strafbewehrung der Vermummung, MDR 1990, 577 ff.
- Scholz, Rechtsfrieden im Rechtsstaat - Verfassungsrechtliche Grundlagen, aktuelle Gefahren und rechtspolitische Folgerungen, NJW 705 ff.
- Rodolphi, Stellungnahme zum Artikelgesetz, StV 72 ff.
- Samper, Rechtsfragen zum Demonstrationsrecht, BayVBl. 1969, 77 ff.
- Schawan, Datenschutz, Vorbehalt des Gesetzes und Freiheitsgrundrechte, VerwArch 1975, 120 ff.
- Steinmüller, Grundfragen des Datenschutzes, BT-Drucks, IV/3826, 88 ff.

v. Mutius, Die Versammlungsfreiheit des Art.8 Abs.1 GG, Jura 1988, 30 ff.
Wiefelspütz, Ist die Love-Parade eine Versammlung ?, NJW 2002, 274 ff.
Wiethaup, Lärmbekämpfung in rechtlicher Sicht, DVBl. 1959, 240 ff.

3. 인터넷문헌

<http://act.jinbo.net>

<http://fprint.jinbo.net>

<http://minbyun.jinbo.net>

<http://www.privacy.or.kr>

<http://news.hankooki.com/lpage/world>

<http://www.seoul.co.kr/news/newsView>.

<http://cafe.naver.com/okok2581>

<http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/main.jsp>

<http://www.gimpojn.com>).

<http://ulsansi.ciclife.co.kr>

<http://www.yeongsangang.com/bbs>

<http://cafe.naver.com/verfassungsrecht>

[국문초록]

민주주의는 사회의 구성원, 특히 사회의 소수자가 자신의 의사를 표현하는 수단으로서의 집회(의 자유)가 갖는 의미는 아무리 강조해도 지나치지 않는다. 또한 우리나라의 민주주의발전사에 있어 집회(의 자유)가 커다란 기능을 수행하였다는 점 또한 부정할 수 없다. 그러나 집회(의 자유)가 가졌던 그러한 의미만을 강조하여 무제한적이고 절대적인 집회의 자유를 주장하는 것은 시대착오적 발상이라고 단언할 수 있다. 즉, 집회의 자유가 갖는 의미 내지 중요성을 인정하는 경우에도 그 역시 많은 기본권 중의 하나로서 헌법 일반이론에 따라 국가안정보장·공공복리·질서유지를 위하여 필요한 최소한의 범위내에서 법률에 근거하여 제한받을 수 있다는 점은 분명히 인식되어야 하며, 따라서 이러한 사실을 부정하는 사고방식은 어떠한 관점에서든 받아들일 수 없는 것이다. 이러한 점을 고려하면 집회의 자유를 최대한으로 보장하되 필요한 경우 일정한 요건하에 제한을 가할 수 있어야 할 것이다. 또한 근래의 집회양상은 대형화와 폭력화를 그 특징으로 하고 있으며, 그 과정에서 발생하는 수많은 손실(경제적 손실, 국론분열, 대외적 신인도하락 등)은 증대일로에 있다. 따라서 이러한 사정을 직시할 때도 집회 내지 집회의 자유가 갖는 순기능에도 불구하고 어느 정도는 집회에 대한 규제가 불가피하다는 결론에 달하게 된다. 그러나 그러한 규제의 타당성 내지 필요성에 대한 인식에도 불구하고 현실적으로 집회에 대한 효율적인 규제가 곤란한 것이 오늘의 현실인데, 그 가장 커다란 이유로 「집회 및 시위에 관한 법률」이 그를 위한 규정을 갖고 있지 못한 것을 들 수 있다. 그리고 여기에서 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정필요성을 찾아 볼 수 있다. 본 보고서는 이러한 점에 착안하여 집회 의 자유의 본질을 해하지 않으면서 집회를 효율적으로 규제하기 위한 방안을 검토하는 것을 그 내용으로 하고 있다. 다만 본문에서 밝힌 바와 같이 「집회 및 시위에 관한 법률」상의 모든 조문에 대한 검토보다는 근래에 논의되기 시작한 새로운 테마들에 대하여 중점적으로 검토하고, 그의 「집회 및 시위에 관한 법률」에의 도입가능성을 논하는 것을 그 내용으로 하고 있다.

본 보고서는 먼저 「집회 및 시위에 관한 법률」에 관한 논의의 전제로서 집회 및 시위의 개념·집회의 기능을 고찰한 후, 다음으로 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정방향을 ① 오늘날의 시점에서 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정을 고려하여야 할 필요성과 ② 구체적인 개정방향의 순으로 논하고 있다. 한편 구체적인 개정방향과 관련하여서는 전술한 바와 같이 「집회 및 시위에 관한 법률」의 내용에 관하여 전방위적인 논의보다는 비교적 새로운 테마들, 즉, 집회소음의 규제, 복면금지, 집회에서의 채증활동, 평화시위구역의 개설, 폴리스라인, 무기 등 위험한 물건의 소지·운반·분배, 처벌조항의 정비 등을 중점적으로 다루고 있다. 이와 관련하여서는 이들 제도에 대한 외국의 입법례, 국내에서의 찬반논의를 소개하고, 결론적으로 우리나라의 「집회 및 시위에 관한 법률」에 그러한 제도의 도입가능성이 있는지, 있다면 어떠한 내용이 그에 담겨져야 하는지, 그리고 그에 대한 예상되는 입법적 저항과 그의 해소방안은 어떠한 것을 고려할 수 있는지를 연구자 입장에서 나름대로 결론을 도출해보았다. 그리고 마지막으로 이러한 논의를 바탕으로 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정초안을 제시해 보았다.

본 보고서가 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정작업에 기초를 제공하고, 그를 통하여 그에 대한 논의가 충분히 이루어지고, 결론적으로 바람직한 집회문화의 정착을 위한 법적 수단을 확립하는 데 기여할 수 있기를 바란다. 규제, 평화시위구역, 복면금지, 집회에서의 채증활동과 같은 중요문제와 관련하여 그의 「집회 및 시위에 관한 법률」에의 도입가능성 등을 중점적으로 다루었음을 밝혀둔다.

본 보고서를 통하여 어느 정도는 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정필요성이 드러났다고 생각되며, 아울러 개정하는 경우 어떠한 방향으로 개정이 이루어져야 할 것인가에 대한 기초적 논의 및 개정법률에 담겨져야 할 본질적 내용에 대해서는 충분히 소개가 이루어졌다고 본다. 본 보고서가 「집회 및 시위에 관한 법률」의 개정작업에 기초를 제공하고, 그를 통하여 그에 대한 논의가 충분히 이루어지고, 결론적으로 바람직한 집회문화의 정착을 위한 법적 수단을 확립하는 데 기여할 수 있기를 바라면서 결론에 대신하기로 한다.

연구보고서 2009-04

「집회 및 시위에 관한 법률」의
개정방향에 관한 연구

2009년 10월 발행

2009년 10월 인쇄

발행인 : 김 길 배

발행처 : 치안정책연구소
경기도 용인시 기흥구 연동1길 29

인쇄처 : 제이케이컴퍼니

이 책의 무단 복제를 금합니다.

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인의 의견이며
치안정책연구소 공식 견해가 아님을 밝혀둡니다.



Police Science Institute