

집회 및 시위의 자유

— 그 헌법상의 의미 —

한 상 회*

목 차

- | | |
|----------------------|--------------------|
| I. 들어가기 | 3. 구 집시법의 헌법상의 문제점 |
| II. 집회와 시위의 자유와 사회질서 | 4. 개정집시법의 문제점 |
| 1. 집회·시위의 헌법적 의의 | III. 결 론 |
| 2. 표현의 자유의 규제방법 | |

I. 들어가기

우리 헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”고 선언하여 언론·출판의 자유와 같은 지위에서 집회·결사의 자유를 보장하고 있다. 언론·출판의 자유는 근대국가가 등장하는 단계에서, 구체제에 의하여 절대적으로 부과되던 가치관의 통제로부터 벗어나 이성의 자유의지에 기반한 사상의 자유시장을 확보하는 가운데 형성된 것이다. 르네상스로부터 형성되어 온 인본주의의 이념으로부터, 정신 영역에 있어서까지 절대적 지배력을 발휘하여 오던 교황과 군주의 권력을 부정하고 인간의지의 자유성을 강조하면서 “모든 주의와 주장이 이 땅위에서 자유로이 활동하게 하라.”(밀턴, 『아레오파지티카』)를 선언하였던 것이다. 여기서 ‘모든

* 건국대학교 법과대학 교수

주의와 주장'이 언어의 형식을 빌려 표출되는 것이 언론·출판이라고 한다면, 그것이 집단적 행동으로 표출되는 것이 집회·결사에 해당한다. 양자는 기본적으로 그 보호법익이 같은 것이다: 한 마디로 체제에 항의할 수 있는 권리로서 자유롭게 말하고 비판하며, 그것을 문자로든 언어로든 아니면 집회와 시위의 방법으로든 외부에 표명함으로써 공론화시키고 이로써 민주질서를 구축하며 그 발언자·집회자들이 그 민주사회의 구성원으로서 존재할 수 있도록 하는 일종의 시민권적 권리(citizenship)이기도 한 것이다.¹⁾

하지만 집회 혹은 그 공간적 이동으로서의 시위가 가지는 이러한 기본권적 의미 즉, 민주적 기본질서의 기초로서 시민권적 권리에도 불구하고 우리나라의 집회·시위에 관한 법제는 그것을 원칙적으로 사회질서에 종속되는 하위개념으로 설정하고 있다. '집회 및 시위에 관한 법률'(이하 '집시법'이라 함)은 집회 및 시위에 관한 행정적 정보수집이라는 명분하에 집회·시위에 대한 '준'허가제를 취하고 있을 뿐 아니라, 집회·시위를 필요악의 관념으로 설정함으로써 민주적 기본질서의 중심축으로서 집회·시위의 자유를 과도하게 제한하고 있다.²⁾

실제 헌법은 제21조에서 집회·시위 등으로 구현되는 표현의 자유를

- 1) 이 점과 관련하여 영국에서는 집회의 자유가 청원권과 연관되어 18세기부터 발전한 반면, 유럽에서는 결사의 자유와 더불어 집단적 권리로서 인정되어 왔다고 한다. 프랑스의 경우 1789년 헌법에서 언론의 자유의 한 내포로서, 그리고 1946년 헌법에서 '공화국 법률에 의해 승인된 기본원리'로 수용되었다고 한다. 자세한 것은 조병인, 『집회 및 시위의 보장과 규제에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 2002, 35-6면 참조.
- 2) 한 언론사의 보도에 의하면 민주화운동보상 심의위원회가 지난 6년간 명예회복을 결정한 6,053건 중 '집회 및 시위에 관한 법률' 위반으로 처벌받은 건수가 2,299건, '폭력행위 등 처벌에 관한 법률' 위반과 특수공무집행방해 등의 혐의가 각 418건과 328건, 업무방해가 34건, 도로교통법 위반이 29건 등이라 한다. 대체로 폭처법이나 공무집행방해, 업무방해 등은 집시법 위반과 연계됨을 감안한다면, 지난 군사정권하에서 권위주의적 억압에 항거하다 처벌받은 사람들의 절반 이상이 집시법과 관련된 셈이다. <http://www.kukinews.com/news/article/view.asp?page=1&gCode=soc&arcid=0920395408&cp=nv> 한 마디로 집시법 그 자체가 권위주의적 통치의 가장 유효한 수단으로 이용되어 왔던 것이다.

다른 기본권들보다 상위에 두는, 소위 우월적 지위를 인정하고 있다. 즉, 집회·시위의 자유는 다른 기본권들보다 더욱 강하게 보호되어야 하는 것으로, 그것을 제한하기 위해서는 명백하고도 현존하는 (중대한) 위험이 존재하여야 하며 제한의 방법에 있어서도 일반적인 기본권 제한과는 다른, 가중된 요건들을 요구하고 있다. 하지만, 그러한 헌법원칙에도 불구하고 현행 집시법은 어떠한 위험의 발생 가능성의 존재만으로 집회·시위를 제한할 수 있도록 하고 있을 뿐 아니라, 그 판단의 주체나 절차, 요건 등에 대하여도 별다른 제약을 하지 않은 채 행정청 즉, 경찰청장의 재량적 판단에 일임하고 있는 구조를 취함으로써 헌법규정의 취지와 정면으로 배치되는 양상을 보인다.

특히, 지난 2004년 1월 개정된 새 집시법은 외교공관 주변의 획일적 집회금지조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정에 기하여 그 위헌부분을 시정한다는 명분으로 주요도로 집회금지, 폭력집회의 경우 잔여집회금지, 집회 시 소음규제 등 실질적으로 집회를 제한할 수 있는 독소조항들을 삽입, 집시법이 집회금지법으로 전락하도록 만들었다. 다중의 위력을 중심으로 이루어지는 집회 및 시위가 가지는 헌법적 특성 — 사회질서 혹은 타인의 권리와 충돌가능성에서 야기되는 타율적·외부적 규제 의 필요성 — 을 전면에 내세우면서 실질에 있어서는 집회 및 시위가 헌법적인 기본권이 아니라 단순한 행정규제의 대상이 되는 일반행위 영역에 지나지 않는다는 태도를 보이고 있는 것이다.

이에 이 글은 개정된 새 집시법이 가지는 소위 독소조항들의 양상을 비판적인 관점에서 분석, 평가하고 그에 대한 시민사회적 대응방안의 하나로서 시민불복종의 ‘법리’가 새 집시법의 경우에도 적용될 수 있을 것인지를 살펴보기로 한다.

II. 집회와 시위의 자유와 사회질서

1. 집회·시위의 헌법적 의의

앞서 언급하였듯이 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유가 가지는 헌법적 의미는 동일한 터전에서 나온다. 사상의 자유시장을 바탕으로 민주적인 의사형성을 가능케 하는 시민권적 권리로서 양자는 규정되는 것이다. 하지만, 그 정치적 의미는 항상 같은 것은 아니었다. 실제 언론·출판의 자유는 전술한 바와 같이 근대 초기 중세체제의 붕괴과정에서 구체제에 대한 부르주아, 즉 유산시민의 권리로서 그 의미를 가진다. 봉건체제에서 획일화된 사고를 벗어나고 자본주의식의 자유와 창의, 혹은 이성적 의지의 자유로운 발현이라는 점에 중점을 둔다. 하지만, 집회·결사의 자유는 그보다는 근대국가의 성립 이후, 자본주의적·부르주아적 지배체제에 대한 무산대중의 항변으로서의 의미가 더욱 강하게 나타난다.³⁾ 유럽의 경우 노동자들의 조직인 노동조합의 합법화과정 또는 미국의 경우 이에 더하여 흑인들이 자유롭게 자신들의 조직을 형성하고 자신들의 주장을 대중집회의 형식으로 전달할 수 있는 방법을 추구하는 가운데 그 기본권의 실질적인 내용이 충당되는 것이다.⁴⁾

이에 집회의 자유가 현대사회에서 수행하는 기능을 나열하자면 다음

- 3) 이 점에서 집회의 자유를 정치적 의사형성과정에서 나타나는 역관계 속에서 이해하여 “모든 세력이 어느 정도 자신의 힘을 발휘하는 경우에 비로소 상대적으로 바른 결론이 나오게 되는 것”이라고 하면서 이러한 때에 집회의 자유는 제대로 포착된 공공의 복리에 봉사할 수 있게 된다고 본 독일헌법재판소의 결정(BVerfGE 69, 315[346])은 의미를 가진다.
- 4) E. C. Baker에 의하면 평화적인 집회와 시위가 표현의 자유를 넘어서는 의미를 가진다면 그것이 새로운 관점을 전개하고 그에 필요한 힘을 구동함으로써 가치 있는 경험을 창출하는 비폭력적 수단으로 이용되기 때문이라고 한다. Edwin C. Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford University Press, 1989, 153면; 조병인(2002), 앞의 책, 40면에서 재인용함.

과 같다.

- 건전한 여론형성과 여론표현의 수단 혹은 문화생활의 한 과정으로서의 의미를 가진다.
- 국민의 정치적·사회적·문화적 의사형성의 과정에 순기능을 수행한다. 특히 대의제 민주주의를 근간으로 하는 현대정치사회에 있어서는 집회의 자유는 주로 대의과정에서 누락되거나 간과되는 소수자-민중의 이해관계를 표출하고 이를 정치과정에 투입시킴으로써 그것을 보완하는 기능을 수행한다.
- 궁극적으로는 국가로부터 자유롭고 자율적인 시민사회 내지는 생활영역을 형성하고 발전시키는 전제로서 작용한다.
- 뿐만 아니라 궁극적으로는 집회를 통하여 자신의 사회적 정체성을 모색하는 계기를 마련하고 이로써 인격의 실현(제10조), 민주주의 및 국민주권의 실현(제1조)라는 점에서 헌법적 의미를 가진다.

집회·시위의 자유에 대하여 헌법이 다른 기본권이나 사회적 이익에 대하여 우월적 지위를 인정하고 있음은 바로 이러한 기능들 때문이다. 우리 헌법재판소도 이러한 입장에서 “헌법이 집회의 자유를 보장한 것은 관용과 다양한 견해가 공존하는 다원적인 열린사회에 대한 헌법적 결단”이라고 이해하고 있다.⁵⁾

하지만, 이 부분에서 두 가지의 점을 지적해 둘 필요가 있다. 첫째, 집회는 공동목적을 가지는 다중이 일시적으로 모임을 가지고 일정한 의사를 사회적으로 표명하는 행위를 말한다. 즉, 의사표시의 방법으로 개개인이 문자나 언어를 사용하는 언론이나 출판의 경우와는 달리 집회의 경우에는 다중의 모임이라는 일정한 위세나 물리적 크기로서 그

5) 헌법재판소 2003.10.30 선고 2000헌바67,2000헌바83 결정.

의사표시에 임하는 것이다. 따라서 그것은 원칙적으로 언론·출판의 자유에 해당하는 헌법상의 보호를 받게 되지만, 그것이 일정한 물리적 힘을 가지고 이루어진다는 점에서 그리고 그것이 사회질서나 타인의 권리 등에 직접적인 위해를 미치게 될 가능성이 있다는 점에서 질서유지를 위한 경찰규제의 대상이 될 수는 있다. 요컨대, 언론·출판의 경우에는 아주 예외적으로만 적용되는 시간·장소·방법(time, space, and manner)에 대한 규제가 집회의 경우에는 어느 정도 예정되어 있다고 보는 것이 일반적이다.

둘째, 하지만, 이렇게 경찰규제의 대상이 되는 경우에도 그것은 언제나 특정한 구성요건적 한계 내에서만 가능하다. 즉, ① 명백하고도 현존하는 위험이 존재하는 경우에 ② 명확성의 원칙(void for vagueness and overbreadth)과 ③ 과잉금지의 원칙, ④ 입증책임의 전환이론, ⑤ 법익형량의 이론, ⑥ 보다 덜 제한적인 조치(LRA)의 법리 등의 틀에 따라 법률로써 제한되어야 한다. 즉, 표현의 자유에 적용되는 제한의 법리가 그대로 적용되어야 하며, 혹여 과도한 제한이나 자의적인 제한으로 냉각효과(chilling effect)나 연쇄확산효과(slipping slop effect)가 나타나거나 그 가능성이 있는 경우 그 제한법률은 위헌으로 무효가 된다.

2. 표현의 자유의 규제방법

가. 표현규제의 대상

대체로 표현의 자유에 대한 규제는 세 가지의 틀에 의하여 이루어진다. 즉, 표현이 가지는 헌법적 가치를 구분함으로써 규제의 가능성을 차별화하는 틀(단계론)이 그 첫째라면, 규제의 대상이 표현의 외현을 향하는가 아니면 그 내용을 향하는가에 따라 분화시키는 틀이 둘째이다. 또한 규제의 방법에 있어 표현시점을 중심으로 사전규제와 사후규제를 나누는 것이 셋째이다. 여기에 최근에 새로운 법리가 형성되고 있는 표현의

소통구조에 대한 통제는 둘째와 셋째의 규제방식에 대한 하나의 유력한 대안으로서 등장하고 있다.⁶⁾ 여기서 첫째는 연구의 주제와 약간 떨어져 있는 것인 만큼 간략히 살펴보는 것으로 그치고 사전·사후규제와 구조 규제를 살펴보기로 한다.

먼저 단계론은 표현의 자유가 지향하는 궁극적인 헌법가치, 즉 보호법익과 밀접한 관련을 가진다. 미국의 연방대법원이나 헌법학계에서는 일반적으로 말하는 이단계론(two-tiers theory) 또한 표현을 높은 가치(high value)를 가지는 것과 낮은 가치(low value)를 가지는 것으로 구분하여 전자의 경우에는 “명백하고 현존하는 위험”이 존재하는 때에만 규제할 수 있을 뿐이며 후자의 경우는 일반적인 국가규제가 가능하다고 보고 있다.⁷⁾ 이러한 구분법은 공화주의의 경우에 가장 두드러진다. 그들은

6) 통상적인 구분법인 접근규제(access regulation), 내용규제(content-based regulation), 소유 규제(ownership regulation)의 구분은 무엇을 규제의 대상으로 하는가에 따른 것이지만, 내용규제를 제외한 나머지의 두 유형인 접근규제와 소유규제는 엄밀히 보자면 표현과 관련한 의사의 유통에 대한 규제로 귀결된다. 접근규제는 매체를 이용함으로써 자신의 의사를 표현할 수 있는 가능성을 모색한다는 점에서, 그리고 소유규제는 독점점을 배제함으로써 다양한 의사가 소통될 수 있도록 한다는 점에서 궁극적으로는 의사의 유통의 문제가 된다. 따라서 이는 엄밀히 보자면 구조규제의 하위 형태라고 할 것이며, 이에 여기서는 이 구분법을 따르지 않는다.

7) C. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, Free Press, 1993, 8-11면. 이 점에서 표현의 자유에 대한 제한법리를 단순히 이중기준(double standard)의 원칙에 의해서만 설명하고자 하는 태도(권영성, 『헌법학원론』, 2000, 483면)는 잘못된 것이다. 실제 *United States v. Carolene Products Co.*[304 U.S. 144 (1938)] 사건에서 Stone 대법관이 작성한 판결문의 4번 각주에서 등장하는 이 기준은, 미국헌법체계의 특이성, 즉 권리장전의 입법사(및 헌법해석의 방법론), 공화주의적 전통, 소수자에 대한 배려 등의 요인에 기하고 있는 것이다. 즉, 어떠한 기본권항목에 대하여 설정되는 범주론에 입각하기 보다는 그에 대한 국가규제의 기능론이라는 점에서 접근하는 경향이 많으며, 따라서 그때그때의 헌법사안에 따라 다양한 기준이 적용되기도 한다. 이러한 비판론에 대하여는 *Kovacs v. Cooper*[336 U.S. 77 (1949)]에서의 Frankfurter 대법관의 동조의견 참조. 그는 Holmes 대법관이 표현의 자유에 대하여 우선적 지위(preferred position)를 부여한 것은 그가 진리를 추구할 권리를 일시적인 경제원리와는 다른 것이라고 보았기 때문이며 따라서 이 자유는 변화무쌍한 경제구조에서 추출되는 자유와는 다른 측면을 강조한 것에 불과하다고 한다. 뿐만 아니라, *Calorine* 사건의 4번 각주는 다수의견의 주문에 해당되지도 않으며 따라서 어떠한

자기지배의 원칙에 입각한 다수자지배를 실천하기 위한 헌법이념으로써 정치적 표현에 대하여는 절대적 보장을 요청하고 있다.⁸⁾ 또한 사상의 자유시장론에서는 사상의 기초를 이루는 정보의 자유로운 소통에 중점을 두는 만큼, 정보소통과 무관한 일방적인 주장이나 허위·기망적 주장(특히 상업광고의 경우), 단순한 감정이나 의사의 표현(오락이나 유모어, 혹은 음란) 등에 대하여는 낮은 가치를 부여하고자 한다.⁹⁾

음란물의 판단기준을 제시하였던 Roth 사건에서 정부측은 표현의 내용을 중심으로 수정헌법 제1조의 보호범위를 규정하고자 하였다. 즉, 표현의 내용을 10개로 범주화하고 이를 3단계의 구획에 따라, 최상위에 정치적, 종교적, 경제적, 학문적 발언을 위치시키고, 중간단계에는 오락, 음악, 유머를, 그리고 최하위의 단계에 중상모략(libel), 음란(obscenity), 불경(profanity), 상업적 포르노그래피(commercial pornography)를 각각 설정한 것은 이러한 구분론의 대표적인 예이다.¹⁰⁾

헌법상의 원칙을 구성하는 것도 아니라고 비판한다.

8) A. Meiklejohn, "Tesimony on the Meaning of the First Amendment", in: A. Meiklejohn, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*, Oxford University Press, 1965 참조.

9) 이는 1989년 프랑스의 L. 뤼미에르 형제가 시네마토그라프라는 촬영기와 영사기를 발명하여 실질적인 영화를 상영할 수 있게 한 직후인 1909년 영국에서 활동사진법(the Cinematography Act)을 제정하여 일종의 검열제도를 도입한 것에서부터 잘 나타난다. 즉, 영화와 같은 표현은 처음부터 헌법상의 표현의 자유의 보호대상 밖에 존재하는 것으로 인식되었고 이는 미국이나 여타 국가에서도 마찬가지였다. *Mutual Film Corp. v. Industrial Commission Of Ohio*, 236 U.S. 230 (1915) 사건은 이러한 표현규제의 역사를 잘 보여주는 것으로 영국에서 인쇄기술에 이은 출판규제의 노력과 마찬가지로 맥락에서 새로이 등장하는 영화매체에 대하여 확립적으로 헌법상의 보호를 배제하고자 하는 최초의 판단을 내리고 있다.(이 판결은 이후 *Joseph Burstyn v. Wilson*[343 U.S. 495(1952)] 사건에서 파기되어 영화도 표현의 자유의 보호대상이 되었다). 그 과정에 관하여 간단한 설명으로는 김한성, "언론·출판의 자유의 절차적 보호", 『헌법연구』 제5호, 1994 참조.

10) S. H. Shiffrin & J. H. Chopper, 앞의 책, 111면 참조. 물론 이러한 범주구분 자체가 진정으로 관점중립적으로 이루어지고 있는가는 별론이다. 자세한 것은 한상희, "표현의 자유의 헌법적 함의", 『일감법학』 제5권, 2000 참조.

나. 방법규제 v. 내용규제

둘째, 표현에 대한 규제는 그것이 기반하는 준거와 관련하여 방법규제(method regulation) 혹은 내용중립적 규제(content-neutral regulation)와, 내용규제(content 혹은 content-based regulation)로 나눈다. 그리고 후자는 다시 그 내용이 담고 있는 일정한 입장을 대상으로 규제하는지의 여부에 따라 관점중립적 규제(viewpoint-neutral regulation)와 관점편향적 규제(viewpoint-based regulation)으로 나눌 수 있다.¹¹⁾ 방법규제의 경우 그 표현의 내용 즉 실체가 어떠한 성질의 것이건 어떠한 주장, 의견 혹은 사실표명을 제시하건 또는 누구에 의하여 그것이 표출되었건 관계없이 그 표현이 이루어지는 시간, 장소, 방법(time, place, and manner)을 중심으로 규제하는 방식을 말한다.¹²⁾ 도서관 열람실 내(장소)에서는 그 내용에 관계없이(내용중립적) 열람시간 동안(시간) 어느 누구도 큰소리로(방법)

11) 이러한 분류법에 의하여 표현의 자유에 관한 법리를 설명하고 있는 대표적인 예로서는 C. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, Free Press, 1993 참조.

12) 미국에서 이 부분의 대표적인 선례는 U.S. v. O'Brien, 391 U.S. 367(1968)이다. O'Brien은 1966년 3월 동료 3명과 함께 보스턴 남부지방법원청사 앞에서 국민역편입영장(selective service certificate)을 불태우고, '고의적으로 영장을 파손하거나 훼손하는' 행위를 금하는 일반군사훈련 및 복무법(the Universal Military Training and Service Act of 1948[1965]) 위반혐의로 기소되었다. 연방대법원은 상징적 표현행위라고 주장하는 O'Brien측의 주장에 대하여, 그 법률은 일정한 행정목적에 달성하기 위하여 적절한 수단을 선택하고 있으며, 그 범위 내에서 행위가 가지는 비표현적(noncommunicative) 효과들만 처벌하고 있으며, 그들의 소각행위는 이러한 행정 목적을 저해하고 있으며, 따라서 이를 처벌함을 정당화할 수 있는 충분한 정부의 이해관계가 존재한다는 이유로 합헌결정을 내리고 항소심의 위헌결정을 파기하였다. 이에 대하여 Douglas 대법관은 O'Brien 등의 행위는 그 자체 표현(speech)행위로서 월남전에 반대하는 의사를 표명한 것이기 때문에 이를 처벌할 수는 없다고 한다. Tribe 교수는 이 결정을 표현의 자유에 관한 법리의 제2단계(track two)라고 하면서 '명백하고 현존하는 위협'의 법리가 적용되는 제1단계(track one)에 비하여 그때그때 사안에 따라 표현의 자유라는 법익과 정부의 규제이익 간의 균형(balance) 여하에 따라 그 규제입법의 위헌 여부가 판단된다고 한다. Tribe, *American Constitutional Law*, 2nd. ed., 791-2면 참조.

말하지 못하도록 하는 것이나, 관공서에 인접한 장소에서나 심야에는 옥외집회나 시위가 금지되는 것(집회 및 시위에 관한 법률 제11조, 제10조), 공공시설물에 낙서하는 것을 금하는 것 등은 모두가 이에 해당한다. 여기서는 누가 무엇을 말하고자 하는가에 대하여는 무관심하다. 단지, 그 표현행위 그 자체가 어떠한 공익목적에 대립되며 따라서 그 표현행위를 규제할 뿐이다.¹³⁾

반면에 내용규제는 표현행위의 내용 혹은 실체를 중심으로 규율한다. 어떠한, 특정한 내용을 가진 표현행위는 규제되는 반면 그와는 다른 내용의 표현행위는 그대로 허용되는 경우다. 이 중, 관점편향적 규제는 어떠한 이슈를 특정한 관점이나 입장에서 서술하거나 평가하는 의견들을 규제의 대상으로 한다. 예컨대, 국가보안법 제7조에서 이적단체에 이익이 되는 표현을 금지하고 있다든지, 혹은 유대인 학살(holocaust)을 부인하는 강연을 하지 못하도록 강제한다든지 하는 경우는 이에 해당한다. 반면, 내용규제 중 관점중립적 규제(viewpoint-neutral, content-based regulation)는 표현행위가 담고 있는 내용 — 주제나 표현기법 등 — 을 범주화하여 일정한 범주에 속하는 표현을 일괄적으로 규제한다. 예컨대, 학교에서는 학생들이 정치운동을 할 수 없게 하거나, 공무원들은 집단적 의사표현 행위를 할 수 없도록 하는 것(국가공무원법 제66조)들이 여기에 속한다. 즉, 이러한 규제에서는 학생들이 어떠한 정치인을 지지하건 또는 어떤 정치적 입장을 취하건 관계없이 취급되며, 공무원의 경우에는 그 집단표현이 친정부적이건 반정부적이건 가리지 않는다.

여기서, 방법규제 혹은 내용중립적 규제와 관점중립적 내용규제의 차이가 나타난다. 즉, 전자의 경우에는 어떠한 표현이든 관계없이 그

13) 실제 이 방법규제와 내용규제, 혹은 행위(conduct)와 표현(speech)은 Ely 교수도 밝히고 있듯이 100% 모두 행위에만 해당할 뿐 표현을 전혀 담고 있지 않는 경우도 없으며, 역으로 행위의 요소는 전혀 없이 100% 모두가 표현인 경우도 존재하지 않는다. Ely, "A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing In First Amendment Analysis", *Harvard Law Review*, vol.88, 1975, 1482면 참조.

표현을 위하여 사용하는 외형적 수단들 — 시간이나 공간, 또는 표현의 방법 — 을 중심으로 규제하는 것임에 반하여, 후자는 표현내용을 중심으로 일정한 기준에 의하여 범주화하고, 그 범주들 중 특정한 범주에 속하는 것에 대하여 국가가 규제하는 방식을 취한다. 예컨대, Roth 사건에서 검찰측이 제시한 3단계론은 일정한 표현유형에 따라 각각 상이한 법적 규제가능성을 제시하고자 한다.¹⁴⁾ 음란표현은 수정헌법 제1조의 보호대상이 아니라고 한다든가, 상업광고는 정보소통과 무관하기 때문에 그에 대한 국가규제가 정당화된다고 하는 판단들은 누가 말하는가에 관계없이, 혹은 대립되는 논쟁에 있어 어느 일방의 논쟁을 침묵시킴이 없이 단지 규제의 대상이 되는 범주나 유형에 속하는 표현이라면 획일적으로 규율된다. 즉, 이러한 구분에서는 어떠한 표현이 그 내용에 있어 일정한 범주에 해당하기만 하면 그에 상응하는 법적 처우를 받게 될 뿐, 그 내용상의 성향이 어떠한 정치적 이념이나 가치에 봉사하건 관계없다. 또한 그러한 표현이 이루어지는 장소나 시간, 또는 방법에 대하여도 특별한 차별이 이루어지지 않는다.

반면에 방법규제 혹은 내용중립적 규제는 표현의 자유에 관한 이론의 문제라기보다는 오히려 어디까지를 ‘표현’의 개념 속에 포함시킬 것인가

14) 연방대법원은 이러한 구분론을 다음과 같은 문언으로 암묵적으로 받아들인다.

1972년 표현의 자유를 보장하는 헌법 개정이 이루어질 때 이를 비준한 14개 주 중에서 그 당시에 10개 주가 모든 발언에 대하여 절대적인 보장을 하고 있지는 않았다. 14개 주중 13개 주는 중상모략을 처벌하고 있었고, 11개 주는 신성모독 또는 불경(blasphemy or profanity)을 형사범죄로 규정하고 있었다. 일찍이 1712년에 매사추세츠 주에서는 종교의식을 모방하거나 흉내 내어 “외설이나 음란, 또는 불경스런 노래나 팜플렛, 중상모략적이거나 모욕적인 설교”를 출판하는 행위를 범죄로 하고 있었다. (.....) 이러한 역사에 비추어 볼 때, 제1차 수정헌법이 비록 무조건적인 문언으로 되어 있다 할지라도 그것은 모든 발언을 보호하고자 하는 의도를 담고 있는 것은 아니라 할 것이다. Roth v. U.S. 354 U.S. 476, 483.

15) Valentine v. Chrestensen, 316 U.S. 52(1942). 그러나 이 결정은, 약국에서 약값을 광고할 수 없도록 한 버지니아주법을 위헌이라고 선언한 Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council 사건(425 U.S. 748, 1976)에 의하여 번복되었다.

의 존재론 내지는 인식론의 문제에 해당한다. 성조기를 불태우거나 징집 영장을 찢어버리는 행위가 가지는 양면성 — 상징적 표현으로서의 성격과 외형적인 행위로서의 성격 — 을 어떻게 구획하고 또 법적으로 평가할 것인가의 문제가 전면에 나서기 때문이다.¹⁶⁾

또한 내용규제에 있어서의 관점편향적 규제(viewpoint-based content-based regulation)는 국가가 일정한 가치관이나 세계관을 표현자들에게 강요한다는 점에서 이미 표현의 자유를 기본권으로 규정하고 있는 헌법의 구조상 한계적 현상에 속한다. 좌익계열의 선동행위나, 국가기밀의 누설, 음란·외설 등 사회윤리에 반하는 내용의 표현, 명예훼손 등은 벌써 Roth 사건의 검찰측 의견에서 나타나는 3단계론에서는 표현에 대한 하위범주를 구성하면서 수정헌법 제1조의 보호밖에 속하는 것으로 규정되기도 하지만, 그것은 엄밀히 보자면 내용중립적 규제라기보다는 내용편향적 규제라고 하여야 할 것이다.¹⁷⁾

다. 사전억제와 적법절차

일반적으로 미국에 있어서의 언론규제는 사전억제(prior restraint)와 사후억제로 구분하여 논의된다. 전자는 일정한 표현내용이 상대방에

16) 이에 관하여 자세한 분석 및 비판은 한상희(2000), 앞의 논문 참조.

17) C. Sunstein(op.cit., p.13)은 이를 표현자가 누군가에 관계없이 이루어지는 것이라는 점을 들어 관점중립적 규제라고 하지만, 음란이나 선동, 명예훼손 등의 판단기준이 고도의 가치개입적인 것이며 동시에 상호 대립적인 가치의 충돌(예컨대, 음란의 경우에는 표현자의 주관적 가치와 사회적 다수자의 윤리감정 혹은 영국식으로 하자면 “읽을 가능성이 있는 사람들”의 도덕적 성향과의 충돌)이라는 점에서 단순한 범주설정의 문제를 넘어서는다고 지적한다. 일례로 상업적 광고의 경우 그것이 상품에 대한 진실된 정보를 소비자에게 전달하는가의 여부를 중심으로 규제가가능성을 객관적으로 판단할 수 있지만, Hustler Magazine v. Falwell(485 U.S. 46, 1988) 사건의 경우와 같이 명예훼손의 경우나 사생활침해의 경우에는 그 상대방의 주관적 인식 및 평가가 중요한 판단요소로 개입하게 됨으로써 실질적으로는 주관적 분쟁의 성격을 띠게 되고 이에 대한 통제를 행하는 것은 어느 일방의 관점에 대한 타방의 관점을 우선적으로 취하는 결과를 야기하는 셈이 된다.

도달하기 전에 국가적 규제가 행하여지는 경우로서 검열(censorship)이나 허가제(license) 등의 방식을 취하며, 후자는 명백하고도 현존하는 위험(clear and present danger)의 법리로 대변되는 표현규제의 방식이다. 하지만, 미국의 경우에는 사전규제는 몇 가지의 특이성을 가지면서 제시되고 있다. 즉, 연방대법원은 사전규제는 최악의 표현규제방법임을 전제로 되도록 그 적용범위를 축소하고자 한다.¹⁸⁾ 통상 미국에서 이루어졌던 사전억제의 방식으로서는 사법부의 재판에 의한 유지처분(injunction), 행정 처분등에 의한 사전억제(일종의 면허제), 그리고 표현내용상의 특정한 유형에 대한 사전억제로 대별되는바, 이 중 행정처분 등에 의한 일종의 면허제 혹은 허가제의 사전억제는 원칙적으로, 당해 표현이 이루어지는 시간, 장소, 방법(time, place, and manner)을 중심으로 규제하는 방식과 중첩된다. 즉, 표현의 내용을 중심으로 하는 것이 아니라, 내용중립적으로 그 표현‘행위’가 미치는 외부적 효과를 사회질서 등의 공익목적과 대비시키면서 이루어진다. 따라서 지자체의 장은 행진이나 시위를 위하여 공용도로를 사용하는 것을 통제할 수 있는 권한을 가지며, 부공정한 차별이 행해지지 않는 한 그 권한 내에서 표현을 위하여 시민들이 그 도로를 이용하는 시간과 장소, 방법을 고려하고 나름의 허가를 할 수 있는 권한을 가진다.¹⁹⁾ 따라서 이 규제방식은 위에서 언급한 내용중립적

18) Patterson v. Colorado, 205 U.S. 454(1907)에서의 Holmes 대법관은 출판에 대한 “이러한, 다른 정부들에서 행하여져 왔던 모든 사전억제”는 헌법적으로 금지되지만, “공공 복리에 위반되는 것으로 보이는 것에 대하여 사후적으로 처벌(subsequent punishment)하는 것”은 그렇지 않다고 선언하였다. 205 U.S. 462.

19) Cox v. New Hampshire, 312 U.S. 569(1941) 마찬가지로 맥락에서 Lovell v. Griffin[303 U.S. 444(1938)] 사건도 이러한 시당국의 규제권을 인정하고 있다. 이에 대한 일종의 선례라고 할 수 있는 Lovell 사건에서는 주최고법원의 판단을 인용하면서 “공공의 편의를 보호하기 위하여 [표현의] 시간과 장소, 방법을 고려하여” 행진허가를 할 수 있다고 선언하고 있으며, 그 이유는 치안을 유지하거나, 시위나 행진이 중복되는 것을 사전에 예방함으로써 혼란이나 혼잡의 위험을 예방하는 데에 있다고 한다. 나아가 Lovell 사건은 모든 시위·행진신청을 통일된 방법으로 심사하여야 하며, 부적절하거나 부당한 고려 또는 불공정한 차별이 없어야 하며, 공공의 도로이용상의

규제가 행정적으로 어떻게 이루어져야 하는가에 관한 방법상의 문제로 넘겨도 괜찮을 것이다.

반면에 대립되는 이해관계의 충돌을 당사자대립구조에 의하여 해결하는 사법적 유지처분의 방식은 문자 그대로 내용에 바탕한 규제에 해당한다. 실제 우리나라에서도 이러한 형태의 사전억제가 가능할 것인가 즉, 그것이 헌법 제21조 제2항에서 말하는 검열에 해당하며 따라서 절대적으로 금지되는 것은 아닌가라는 의문에 제기되고 있다.²⁰⁾ 미국의 경우에는 이미 사법부에 의한 사전억제의 방법으로 법원의 유지처분을 구하는 예가 상당하며, 이의 선례적인 Near 사건²¹⁾에서는 ① “국가가 전쟁을 하고 있을 때에는, 평화시에 발할 수 있었던 많은 것들이 전쟁수행에 방해가 되고 그러한 것들을 말하는 것 자체가 (……) 인내할 수 없는 것이 되고, 따라서 법원이 헌법적 권리로서 보호되는 것이라고 선언할 수 없는” 경우도 있으며, 이에 징집을 방해하거나 수송선의 향해 일자라든가 부대의 숫자나 위치 등이 해당할 수 있으며, ② 음란한 간행물이나, ③ 범죄행위를 선동하거나 폭력으로 정부를 전복하고자 하는

편의와 관련하여 체계적이고 일관되고 정당한 판단을 해야 할 것을 요구하였다.

- 20) 이 논란은 구 영화법[1984.12.31, 법률 제3776호(개정)] 제12조 제1항 및 제2항, 제13조 제1항 중 공연윤리위원회의 영상물 심의에 관한 부분은 헌법에 위반된다는 취지의 헌법재판소 결정(헌법재판소 전원재판부 1996. 10. 4. 93헌가13, 91헌바10)과 관련하여 제기되었다. 이인호, “표현의 자유와 검열금지의 원칙: 헌법 제21조 제2항의 새로운 해석론,” 법과사회 제15호, 1997; 김욱, “영화에서의 사전검열금지의 원칙과 표현의 자유의 한계 — 2000헌가 9 위헌법률심판제청사건에 부쳐 —”, 『민주법학』 제19호, 2001 참조. 여기서 이인호 교수는 사법부에 의한 사전억제도 검열의 개념에 포함시킬 것을 주장하는 반면, 김욱 교수는 그것을 검열개념에 포함시키지 않은 헌법재판소의 결정에 찬동하는 취지의 주장을 한다. 여기서 미국에서 행하여지고 있는, 사법부에 의한 사전억제는 유지처분(injunction)의 방식을 취하고 있으나 우리나라에서는 이에 상응하는 제도가 없다는 점에서 이인호 교수의 주장은 보다 많은 검토를 요한다고 할 것이다.

- 21) Near v. Minnesota, 283 U.S. 679(1931). 이 사건은 “악의적이거나 추문을 야기하거나 명예훼손적인 신문, 잡지 도는 기타 정기간행물”에 대하여 공공불법방해행위(public nuisance)로서 그 발행을 금하는 법원의 유지처분을 구할 수 있도록 한 미네소타주법을 실질적인 검열제도에 해당한다고 하면서 위헌이라고 선언하였다.

언동은 금지될 수 있다고 한다. 나아가 연방대법원은 “자유로운 표현에 대한 헌법상의 보장에도 불구하고 사실상 폭력의 효과만을 가지는 말을 내뱉는 것을 금지하는 유지처분을 내릴 수 있다.”고 선언하기도 하였다. 하지만, 이 사건에서 연방대법원은, 사법부가 일정한 표현에 대하여 발표를 금지하는 유지처분을 내리게 되면 그 처분의 상대방은 사법부가 만족할 수준까지 내용을 수정하지 않는 한 영원히 그 표현을 발행할 수 없도록 강제되며, 이는 곧 실질적인 검열(the essence of censorship)에 해당한다는 이유로 유지처분을 불허하였고, 같은 이유에서 미국연방대법원은 계속하여 되도록 유지처분을 허용하지 않는 방향으로 판단을 내리고 있다.

예컨대, 문제되는 표현이 국가안보와 관련한 기밀사항을 다루고 있는 경우에도 연방대법원은 상당히 신중한 입장을 취해 왔다. 즉, 소위 미국 무성 문건사건(Pentagon Paper case)이라고 불리는 *New York Times Co. v. U.S.*²²⁾ 사건에서 연방대법원은, *Near* 사건에서 말하는 ①의 요건 — 전시에 있어서의 군사적 기밀 — 이 충족된다고도 판단할 수 있음에도 불구하고 이러한 표현을 사전에 억제하는 유지처분은 허용할 수 없다고 함으로써 실질적으로 그 가능성을 크게 축소시키고 있다. 물론 *U.S. v. The Progressive, Inc.* 사건²³⁾에서 위스콘신 서부지구연방법원에서는 *New York Times* 사건과는 다른 결론을 내리기도 하였다. 이 사건은 수소폭탄의 제조법을 출판하는 것은 *Near* 사건에서 말하는, “전쟁 중에

22) 403 U.S. 713(1971).

23) 467 F. Supp. 990, (1979). 여기서 Warren 판사는, “만약 예비적 유지처분이 내려진다면, 당법원이 아는 한도 내에서는, 우리나라의 역사상 이러한 유형의 출판에 대한 최초의 사전억제로 남게 될 것이다.”라고 하면서 그 유지처분은 피고인의 표현의 자유를 치명적이고도 실질적으로 제한하게 될 것이며, 뿐만 아니라 국민들의 알 권리와 정보를 취득할 권리를 침해하게 될 것이라고 하는 등, 극도로 신중한 태도를 보이고 있다. 그러나 그럼에도 불구하고 *Near* 사건이 내려졌던 1930년대의 국가안보환경과 달라진 현상 — 핵전쟁의 가능성 — 을 지적하면서 유지처분이 허용되는 극히 좁은 예외에 해당한다고 보았다.

부대의 이동이나 위치를 출판”하는 것에 유추될 수 있다는 이유로 유지처분을 인정하였다.

하지만, 이러한 예외에도 불구하고 Near 사건에서 제기되었던 부가적 금지규칙(collateral bar rule)²⁴⁾은 여전히 타당한 것으로 받아들여져, 유지처분에 의한 표현규제가 결국 사전억제 내지는 검열에 상당한 것으로 변질될 가능성이 있다고 이해되고 있다. 환언하자면, 표현에 대한 유지처분은 이 부가적 금지규칙과 결합함으로써 법원으로 대표되는 국가권력이 표현의 내용에 실질적으로 관여하게 되는 결과를 야기한다고 보는 것이다. 그리고 바로 이러한 인식이 미국에서 표현규제의 수단으로서 유지처분이 상당히 엄격한 심사의 과정을 거쳐 이루어지게 되는 것이며, 따라서 이 유지처분을 하기 위하여는 사후적인 제한의 경우보다 더 무거운 입증책임을 져야 하는 것으로 이해되고 있다.²⁵⁾

라. 정 리

물론 이러한 사전억제의 유형 외에도 일정한 표현 — 의료나 법률자문, 경영자문 등 — 에 대하여는 그 자유의 보호영역을 당해 전문가들에게만

24) 이는, 법원의 명령은 그것이 파기되지 않는 한 반드시 이행하여야 하며, 법원의 명령에 복종하여야 하는 자가 그 명령에 복종하지 않는 경우, 당해 명령이 잘못된 것이라든가 위헌적이라는 이유로 법정모독죄의 면책을 주장할 수 없게 됨을 의미한다. S. H. Shiffrin, and J. H. Choper, *The First Amendment: Cases-Comments-Questions*, 2nd ed., West Publishing Co., 1996, 338면. 즉, 유지처분을 받은 자가 그 처분에도 불구하고 표현행위로 나아간 때에는 법정모독죄의 죄책을 지게 되며, 이 때 유지처분의 오류 혹은 원처분의 근거가 된 법령이 위헌이라는 이유로 법정모독죄에 대한 면책을 주장할 수 없다는 것이다. 이는 결과적으로 표현의 발행을 금지하는 유지처분이 내려진 경우 그 당사자는 법정모독죄의 죄책을 감수하지 않는 한 혹은 법원의 마음에 들도록 그 내용을 수정하지 않는 한, 더 이상 당해 표현을 할 수 없게 되며, 이는 결국 법원에 의한 검열과 마찬가지로 된다는 것이다. Stone, Seidman, Sunstein, and Tushnet, *Constitutional Law*, Little Brown and Co., 1991, 1141-2면 참조.

25) 이에 관하여는 양건, 『헌법연구』, 법문사, 1995, 95면 이하 참조. 하지만 거의 같은 구조로 이루어지는 사전억제방식 중 음란이나 저속한 표현에 대한 것은 이러한 엄격심사 혹은 강력한 위헌추정의 틀에서부터 벗어나 있다.

한정하는 것이나, 상업광고에 대한 제한 등 다양한 것들이 존재한다. 하지만, 그것들은 예외적인 경우로 논외로 한다면, 앞서 살펴본 내용중립적 사전규제를 제외하고는 거의 대부분의 일반적 사전억제가 헌법적으로는 허용되지 않거나 현실적인 실효성이 소멸된 것으로 보여진다. 환언하자면, 사법적 유지처분에 의한 사전억제의 경우 상당히 한정적으로만 인용되고 있을 뿐 아니라, 음란 등을 이유로 종래 수많은 규제의 대상이 되어 왔던 영화의 경우에도 그 규제의 실질이 자율규제방식으로 전환되었던 것이다(오히려 이 경우 역시 적법절차에 의한 절차통제가 강조됨으로써 사법적 내지는 준사법적 사전억제의 방식으로 전자와 병합되는 듯한 양상을 보인다). 하지만, 그럼에도 불구하고 문제는 의연히 남는다. 표현의 자유가 절대적 보장으로 이해되건 아니면 이익형량을 전제로 하는 상대적 보장으로 이해되건 관계없이 이 표현의 자유와 충돌하는 또 다른 법익들 — 타자의 권리나 명예, 국가안보, 공동체의 가치기준 등 — 은 여전히 남아 있기 때문이다. 뿐만 아니라, 표현의 자유가 자금지배를 바탕으로 하는 민주질서를 지향한다는 관점에서 보면, 그것은 정치적 참여와 숙고, 그리고 심의적 민주과정을 형성하는 일종의 적극적 기능도 수행하여야 하며, 이를 위하여 국가의 배려적·조성적 규제까지도 요청된다. 최근 수많은 관심의 대상이 되고 있는 구조규제의 방식은 바로 이러한 요청들을 조화시키기 위한 하나의 대안으로 등장하고 있다.²⁶⁾

26) 그 외에도 청소년 유해표현물의 진열규제, 판매규제나 성인영화관의 설치지역을 한정하는 규제 등 표현물의 내용을 기준으로 일정한 범주에 속하는 표현내용에 대하여는 일반인 혹은 특정집단의 접근을 통제하는 관점중립적 내용규제로서의 접근규제(access regulation)를 들 수 있다.

3. 구 집시법의 헌법상의 문제점

그러나 이러한 헌법상의 법리에도 불구하고 우리나라의 집시법은 1962년 제정된 이래 집회 및 시위를 헌법상의 기본권이라는 맥락에서가 아니라 사회질서의 교란행위 내지는 사회안전의 적이라는 관점에서 접근하여 왔다. 예컨대, 1962년 제정된 이래 집시법은 “집회 및 시위를 보호하고”라는 문구와 더불어 “공공의 안녕과 질서를 유지함”이라는 대항적 이익을 명시하고 있을 뿐 아니라, 신고제를 도입하였음에도 불구하고 그 신고의 성격을 경찰서장의 재량에 달린 허가제의 방식으로 운영할 수 있는 여지를 부여함으로써 실질적인 집회금지법으로서의 성격이 강한 채 존속되어 왔었던 것이다. 그 대표적인 것만 몇 가지 정리하면 다음과 같다.

가. 허가제의 금지원칙

집회의 개최·진행의 자유, 집회에의 참가의 자유에는 허가제는 허용되지 않는다(헌법 제21조 제2항). 여기서 허가제란 어떠한 행위에 대한 일반적 금지를 전제로 일정한 사유가 있는 경우 예외적으로 그 금지를 해제하는 제도를 말한다. 다만, 이렇게 일반적 금지를 전제로 하지 않고 단지 질서유지를 위하여 집회 개최 전에 신고를 받는 것은 허가제에 해당되지 않는다. 집회는 다중의 회합이라는 점에서 그 물리력으로 인한 질서유지의 곤란성이 발생하고 나아가 교통 등 공중의 질서나 개인의 권리(주택가에서 집회가 이루어지는 경우 주민의 휴식권, 수면권 등 쾌적한 생활공간에 대한 권리, 혹은 재산권)에 대한 침해의 가능성이 존재하기 때문이다. 그래서 집회의 일시, 장소, 그리고 집회의 방법(피켓팅, 화형식, 또는 이동식 집회로서의 시위 등)에 따라 경찰행정의 대응방식이 달라져야 하는 만큼 이를 위하여 집회나 시위가 일어나는 시간과 장소에 대한 정보를 수집하여야 할 필요가 있고 이에 시민들이 협조할

것을 요구하는 것은 일반적 금지에 해당하지 않기 때문이다.

또한 경우에 따라서는 경찰행정청은 공중의 안녕이나 타인의 권리보호를 위하여 집회를 금지하거나 통제할 수도 있다. 다만 이때에도 엄밀히 말하자면, 집회의 주최자 등과의 협의에 의한 방법이 선행되어야 하며, 부득이한 경우에도 경찰행정청의 직권적 금지에 의한 통제보다는 법원의 가치분과 같은 방식으로 금지·통제하는 것이 바람직하다. 왜냐하면 집회는 넓은 의미의 표현의 자유 특히 정치적(공적) 문제에 대한 주장이라는 의미에서) 표현의 자유에 해당하는 것이기 때문이다.

이 점과 관련하여 미국연방대법원의 판결례는 중요한 시사점을 부여한다. 미국연방대법원은 표현의 자유를 규제하는 방식으로서의 시간·장소·방법규제가 정당하기 위하여는 세 가지의 요건을 충족시켜야 한다고 본다: ① 규제대상의 표현이 가지는 내용에 의거하는 것이어서는 결코 아니되며, ② 중요한 정부이익을 실현하기 위하여 그 규제방법이 엄격한 기준에 의하여 잘 다듬어져 있어야 하며(*narrowly tailored*), ③ 표현자들이 정보의 소통을 위한 대안적 통로를 충분히 이용할 수 있는 상태에 있어야 한다.²⁷⁾(밑줄은 인용자의 것) 이 사건은 피청구인측인 「창조적 비폭력을 위한 공동체(CCNV)」가 무주택자의 애환을 표현하기 위하여 백악관 옆의 국립공원에서 텐트촌을 건립하고 거기에 투숙하고자 하는 것을 금지한 국립공원관리자의 처분(텐트촌 건립은 허가하되, 거기에서 숙박할 수는 없도록 함)은 이 요건에 해당되며 나아가 O'Brien의 기준에서 부합되는 만큼 표현의 자유에 대한 침해가 아니라고 판단하였다. 요컨대, 우리나라의 집시법이 결여하고 있는 가장 중요한 인식 — 집회와 시위는 가능한 한 자유로워야 하며 만부득 그것을 제한하는 경우에도 언제나 그 대안이 열려 있어 질서요청과 집회·시위의 기본권요청이 조화를 이룰 수 있도록 하여야 하며 그 조화로운 대안의 제시의무는 1차적으로

27) Clark v. Community for Creative Non-Violence, 468 U.S. 288(1984).

집회·시위를 금지하는 행정청이 진다는 점 — 이 이 사건에서 새롭게 조명되어야 할 것이다.

나. 신고제의 문제점

둘째, 이에 따라 현행 집시법은 옥외집회의 신고제를 채택하고 있다. 그러면 만일 신고하지 않은 채 행해지는 집회는 어떠한 법적 효과를 받게 되는가? 원론적으로 보자면, 집회에 대한 허가제는 허용되지 않기 때문에 신고하지 않은 집회라 해서 그 자체 불법적인 것은 아니다. 즉, 금지될 수도 없으며, 또 금지되어서도 아니 된다.

현행 집시법이 가지는 가장 큰 문제점은 여기서 나온다. 통상적으로 신고제도는 행정질서 — 효율성·안정성 등 — 의 확립을 위하여 운용되는 제도로서 사회질서유지를 위하여 행정권력이 발동됨에 요청되는 부수적인 의무사항에 지나지 않는다. 즉, 일반의 공중질서유지를 위하여 경찰행정청이 언제 어디서 어떤 규모의 집회가 행하여지는지에 관한 정보를 획득하기 위하여 집회의 주최자로 하여금 미리 그 사실을 알려주도록 강제하고 있음에 불과한 것이다. 따라서 만일 이러한 신고를 해태한 경우에는 그에 상응한 행정질서벌 — 과태료로써 제재하는 것으로 충분하다. 그리고 이 미신고집회에 대하여는 일반적인 질서법규 — 도로교통법, 경범죄처벌법 등 — 를 적용함으로써 신고한 집회에 대한 보호장치의 작동을 거부하면 된다. 그러나 그럼에도 불구하고 현행의 집시법은 신고해태의 경우를 형벌로써 다스리고 있다. 즉, 집회의 과정에서 별다른 질서침해행위가 없다 하더라도 신고하지 않았다는 이유만으로 형사처벌할 수 있는 가능성을 열어두고 있는 것이다.²⁸⁾

뿐만 아니라 신고되지 아니한 집회에 대하여는 그 집회·시위의 시간·장소·방법의 여하와는 관계없이 경찰서장의 재량적 판단에 의하

28) 이런 구조는 독일도 유사하여 신고제를 도입하면서도 허가제의 방식으로 운영되고 있다고 한다. 조병인(2002), 앞의 책, 91면.

여 즉각 해산을 명할 수 있도록 한 것(구 집시법 제18조 제1항 제1호)은 집회·시위를 금기시하는 발상의 극단적인 형태이다. 즉, 이 제도는 신고라는 행정편의목적의 의무를 사회질서목적의 의무로 전환하여 신고하지 않은 것 자체를 하나의 범죄로 규정하는 결과를 야기한다. 나아가 신고의무위반 자체를 범죄시함으로써 중국에는 모든 집회·시위를 일반적으로 금지하는 셈이 되어 버린다. 이의 단적인 예가 우발적 집회 혹은 비상·긴급집회의 경우이다. 군중이 일정한 사건을 중심으로 그 사건에 대한 의견을 교환하는 포럼을 형성하고 그 결과를 다중의 모임의 형식으로 일반에게 표명하고자 하는 우발적 집회나, 혹은 시간적 여유가 없이 닥친 사건에 대한 의견을 표명하기 위하여 집회하는 경우 원천적으로 집시법상의 신고가 불가능하게 된다. 그럼에도 불구하고 집시법은 이러한 경우에 임하여 신고하지 못한 집회·시위자를 신고의무위반죄로 징벌하도록 하고 있고 따라서 집회·시위자는 처벌을 감내하지 않는 한 집회·시위로 나아가지 못하는 결과를 맞게 된다.

이는 명백히 헌법상의 집회의 자유에 반한다. 집회 그 자체를 추상적 위험범으로 예정하고 범죄화하고 있는 것은 또 다른 유형의 허가제이기 때문이다. 즉, 집회는 헌법에 의하여 보장되는 민주적 의사표현의 한 방법이라는 인식보다는, 집회는 “사회적 필요악”이라는 관념의 지배를 받으면서 그것을 처음부터 끝까지 국가의 통제하에 두고자 하는 발상에 지나지 않는 것이다.

다. 헌법 구조의 문제점

셋째, 헌법정책적 맥락에서 보자면, 헌법 제21조 제1항에서 보호되는 집회의 자유의 범위가 너무 축소되어 있는 것도 문제의 하나이다. 우리 헌법은 정당(제8조), 학문·예술을 위한 집회(제22조 제1항), 종교적 집회(제20조 제1항), 노동자의 집회(제33조 제1항) 등을 별도의 규정으로 정함(그래서 집시법 제13조는 그 적용대상에서 학문·예술·체육·종

교·의식·친목·오락·관혼상제 및 국경행사에 가한 집회는 제외한다고 규정하고 있다)으로써 제21조 제1항의 집회는 그 사회적 중요성이 반감되어 있다. 환언하자면, 역사적으로 문제가 되어 왔던 집회들을 제21조의 보호영역외에서 별도규정함으로써 역으로 제21조의 집회는 “사회적 필요악”일 수도 있다는 사고를 가능하게 한다.

물론 그렇다고 해서 이 별도규정에 의한 집회가 모두 완벽하게 보장되어 있는 것도 아니다. 정당의 경우 전국정당을 지향하면서 정당의 요건을 강화하고 있고, 노동자의 집회의 경우에도 다양한 노동통제장치를 동원하여 그 자유성을 크게 위축시키고 있다. 결국, 우리 헌법에서는 집회의 자유가 보장되기는 하지만, 그럼에도 불구하고 예외적 규정에 의하여 핵심영역이 빠져 나가고, 그나마도 헌법 제21조에서는 알지 못하는 방식으로 통제하는 개별공약의 전략에 시달리고 있는 셈이다.

라. ‘위력시위’의 문제점

넷째, 통상적으로 장소적 이동에 의한 집회로서 개념규정되고 있는 시위에 대한 통제가 너무 강화되어 있다. 헌법재판소는 시위의 개념을 두 가지로 나눈다. 즉, “도로·광장·공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행함으로써 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위”로서의 ‘행진시위’와, “위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는” ‘위력시위’가 그것이다. 문제는 후자의 경우로, 여기에는 장소적 개념은 고려되지 않으며, 따라서 공중이 자유롭게 통행할 수 없는 장소라 하더라도 그 집회의 방법이 일정한 위력이나 기세를 동원하는 경우라면 시위에 해당한다고 보고, 이에 집시법의 적용을 인정한다²⁹⁾는 점이다. 이러한 판단은 대학교 내에서의 집회·시위가 그 주된 적용대상으로, 역사적으로 대학의 자치

29) 헌법재판소 결정 1994.4.28 선고 91헌바14.

라는 이념에 의하여 엄격한 보호의 대상이 되어 왔던 대학 내 시위에 대하여 집시법 등 일반형사법이 적용되고 대학 구내에 경찰력이 투입될 수 있는 여지를 마련해 두고 있는 것이다.

실제, 위력의 개념은 집회의 당연한 필요요소이다. 집회의 목적이 내적 단합을 도모할 뿐 아니라 외부적으로 동조자를 획득하거나 일반대중에 영향을 미치고자 하는 것도 지향한다면, 집회에 참여한 참가자의 수 즉 군중의 크기 그 자체가 위력이며 경우에 따라 어떠한 퍼포먼스를 한다든지, 외부인에 대하여 어떠한 접촉이나 대화를 도모한다는지 하는 것 모두가 위력에 해당한다. 문제는 그 위력이 사회질서를 혼란하게 할 경우에는 그것이 단순집회든, 행진시위든 관계없이 형사벌적 처벌의 대상이 되어야 하며, 이 판단은 집회의 목적과 위력의 양상 그리고 사회질서의 상관관계 속에서 구체적 타당성을 가지고 이루어져야 한다는 점이다. 그럼에도 헌법재판소(뿐만 아니라 우리 법제 전체)가 위력시위라는 개념을 별도로 설정하여 그에 대한 일의적 규제를 행하고자 하는 것은 반헌법적일 뿐 아니라 법의 구체적 타당성의 요청까지도 저버리는 일이다.

마. 기타 집시법의 문제점

① 현행 집시법 제11조에서는 국회의사당, 법원, 헌법재판소, 외교기관, 대통령·국회의장·대법원장·헌법재판소장·국무총리 등의 공관, 외교사절의 숙소 등의 경계지점으로부터 100m 이내에서는 옥외집회 및 시위를 금지하고 있다(외교기관의 경우 헌법재판소의 위헌판단으로 개정집시법에서는 삭제됨). 실제 공무의 효율적 수행을 위하여 이러한 규제는 불가피한 면이 있다. 하지만, 그럼에도 불구하고 “경계지점으로부터 100m”라는 제한은 과잉제한의 전형을 이룬다. 실제 이상의 시설에 대한 집회나 시위는 그 시설의 사용자에 대한 항의 혹은 의견전달을 위한 수단으로서의 성격을 가진다. 그래서 상대방에 의사를 전달하는

것을 불가능하게 할 정도로 지나치게 공간한계를 규제하는 것은 이러한 집회·시위의 본질까지 침해할 가능성이 있다. 뿐만 아니라, 이들의 업무에 실질적인 방해로 하지 않는 침묵집회나 단순 피켓팅 같은 것까지도 무차별적으로 100m 내에서는 하지 못하도록 함으로써 그 제한의 범위가 과도하게 확장되어 버린다.³⁰⁾

이에 집회·시위로 인한 소음이나 그 위력이 업무의 방해에 이를 정도가 아닌 한 집회·시위의 공간을 최대한 허용할 필요가 있게 된다. 즉, 100m라는 물리적 거리는 되도록 축소하는 것이 바람직하며(우리 관공서의 구조상 실제 업무가 집행되는 건물은 그 경계 즉 담으로부터 상당거리 떨어져 있음을 감안할 때, 이 100m 부분은 삭제해도 무방할 정도이다), 최소한 그 건물에의 진입로 부근은 교통의 방해가 없는 한 집회·시위를 허용하도록 하여야 한다.

② 집회·시위의 신고기간을 48시간 전까지 하도록 하고(제6조), 경찰서장은 신고서를 접수한 때로부터 48시간 이내에 집회 또는 시위의 금지를 주최자에게 통고할 수 있도록(제8조) 하고 있다. 그러나 이러한 금지통고에 대하여 주최자가 이의를 제기하고 긴급한 구제를 받을 수 있는 장치가 실질적으로 존재하지 않는다. 제9조에서는 당해 경찰관서의 직근 상급경찰관서의 장에게 이의신청을 할 수 있도록 하고 그 접수시부터 24시간 이내에 재결을 하도록 강제하고 있으나, 이는 시간상의 장애를 발생할 여지를 남기도 있다는 점에서 문제이다. 즉, 신고가 있는

30) 예컨대, 미국연방대법원은 공공도서관에서 연좌시위한 것에 대하여 “특별하고도 중요한 기능을 수행”하도록 되어 있는 도서관, 학교, 소방서, 법원 등의 경우에는 “질서와 평온”이 필요하다고 판단하면서 집회·시위와 관련할 때 이들은 거리와는 다른 판단의 대상이 되어야 할 것이라고 한다. *Brown v. Louisiana*, 383 U.S. 131(1966). 하지만, 그럼에도 불구하고 그 업무에 영향을 미치지 않게 하기 위하여 집회·시위를 규제하는 것은 허용되지만 반드시 구체적인 한계를 정해서 규제를 하여야 하며(*Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536(1965), 연방대법원 청사 주변의 건물에서 피켓팅하며 행진하거나 유인물을 나누어 주는 것 정도는 허용되어야 한다고 본다. *U.S. v. Grace*, 461 U.S. 171(1983))

후부터, 최소한 관할경찰서장의 심사기간(48시간), 그리고 재결청의 심사기간(24시간) 등 총 72시간(3일)의 lag이 발생하게 되며, 그 재결기간도 “24시간 이내에 발송”할 것을 요구할 뿐, 송달되는 것을 의미하지는 않음을 감안할 때, 실질적으로는 약 4일 이상의 lag을 필요로 하게 된다. 이는 시의성을 가지는 집회·시위뿐만 아니라, 집회·시위에 소요되는 시간적 비용을 감안할 때 치명적인 기간이다.

뿐만 아니라 이러한 기간 동안 순수하게 행정권의 판단에 의하여 그 집회·시위를 지체시킬 수 있게 된다는 점에서 법치주의의 틀에도 반하는 결과를 야기한다. 물론 관할경찰서의 경우 접수 후, 분류·정리하고 계층을 따라 결재받는 데에 걸리는 시간 등을 고려할 때, 행정업무의 처리라는 점에서는 그리 많은 시간이 허여된 것은 아니라 할 수 있겠지만, 집회·시위에 관하여서만큼은 경찰관서 내부에서의 긴급결제 체제를 갖추어 이 시간을 되도록 축소해야 할 필요가 있다. 또한 그 금지의 방법도 경찰서장의 행정적 판단에만 일임할 것이 아니라, 경찰서장이 법원에 가처분의 형식으로 제소하고, 법원이 긴급절차(영장실질심사제도는 이러한 속전속결식의 절차를 취하고 있음을 참고)에 따라 이를 판단하게 하는 방법이 보다 법리에 적합하다.

그 외에도 다음과 같은 문제점을 같이 지적할 수 있다.

③ 옥외집회의 개념(제2조 제1호)이 지나치게 넓어 운동경기장에서의 집회나 대학구내 등에서의 집회까지도 행정규제의 대상으로 삼고 있다.

④ 사전신고제를 취하고 있으나 신고사항이 20개가 넘는 등 지나치게 많고³¹⁾

31) 유사한 예로 집회·시위자에게 어떠한 부담을 주는 규제는 허용될 수도 있지만 그것이 재량의 여지를 부여하는 것인 때에는 허용되지 않는다는 것이 미국연방대법원의 입장이다. 즉, Forsyth County v. The Nationalist Movement[505 U.S. 123(1992)] 사건에서는 시가행진이나 시위를 하기 위하여서는 1일 1000달러 이하의 사용료를 부과하도록 한 시 조례에 대하여 그 자체가 표현의 자유에 대한 억제라기보다는 그 사용료의 금액을 시당국이 임의로 조정할 수 있도록 함으로써 표현내용에 따른

⑤ 절대적 집회금지사유로 폭력집회, 위헌정당의 목적을 달성하기 위한 집회 등으로 규정하고 있으나 그 개념 자체가 애매·모호함으로 인하여 자의적 집행의 가능성을 열어두고 있으며,³²⁾

⑥ 경찰청장의 집회금지통고제도 역시 그 처분의 기준, 절차 등이 행정청에게 광대한 재량권을 부여하는 방식으로 되어 있어 허가제에 준하는 실질을 갖추고 있으며,³³⁾

⑦ 집회시간(특히 야간집회), 집회장소(주요 공관, 주요도로) 등에 대하여 절대적인 집회금지규정을 두고 있어 과잉금지의 원칙과 입증책임 전환의 이론에 위반되는 구조를 갖추고 있다. 이러한 경우는 질서유지의 난이도(야간집회의 경우), 혹은 타인의 권리나 공중의 이익 침해의 정도(주요 공관·도로에서의 집회의 경우)라는 점에서 일반적인 집회와 상대적인 차이가 있을 뿐임에도 불구하고 그것을 절대적 금지사항으로 규정하고 있음은 지나친 규제에 해당한다 할 수 있을 것이다.³⁴⁾

⑧ 뿐만 아니라, 중복집회의 가능성을 애초부터 차단하고

⑨ 집시법 위반행위에 대한 벌칙규정 또한 실질적인 위협의 발생여하와는 관계없이 추상적인 위험만으로도 형벌을 과할 수 있도록 하는

억제가 이루어질 가능성이 많기 때문에 위헌이라고 판단하였다.

32) 예컨대 국가보안법이 가지는 애매모호성을 감안한다면, 정치적 성격의 집회·시위의 상당부분은 불법집회가 되어 금지의 대상이 되어 버린다. 자세한 것은 임재홍, “시위의 자유의 범위와 한계(상)”, 『인권과정의』, 1991. 3. 참조.

33) 미국연방대법원이 행정기관에 대하여 어떠한 사전제한의 권한을 인정하고 있는 것도 그것이 행정기관의 행정재량의 대상이 될 수 있다는 점에서가 아니라 일정한 절차보장 — 대립당사자적 청문의 기회보장 — 을 통한 준사법적 판단에 입각하고 있기 때문이라는 것은 이 점에서 시사점을 부여한다. *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51(1965). 이때 대립당사자적 구조에는 신속한 청문기회의 보장, 위법의 입증책임의 전환(행정청 즉 이 사건에서는 위원회가 입증책임을 짐), 가능한 한 사법적 절차에 의거할 것 등이 포함된다. 안경환, “표현의 자유와 사전제한 — 미국 헌법이론을 중심으로”, 『인권과정의』 제153호, 1989에서 참조하여 정리함.

34) 예컨대 전술한 *나아가 Lovell* 사건은 문제된 조례가 시간, 장소, 방법에 대한 그 어떠한 판단의 기준도 제시하고 있지 않기 때문에 그 조례를 위헌이라 판단하였다. (밑줄은 인용자의 것)

등 지나치게 형벌 중심으로 구성되어 있어 집회·시위의 자유를 실현하도록 하는 법률이 아니라 그 행위를 처벌하기 위한 법이라는 느낌을 강하게 주고 있다.

4. 개정집시법의 문제점

(1) 집회신고기간, 집회취소 통보의무: 개정집시법 제6조 제1항은 집회신고를 720시간 전부터 48시간 전까지 제출하도록 하여 집회·시위의 장기간 독점을 방지하고자 한다. 또한 이미 신고한 집회를 하지 아니할 경우 그 주최자는 그 사실을 경찰관서장에게 통지하여야 하도록 의무지움으로써 그 시간대에 당해 장소에서 다른 집회가 가능하도록 하였다. (제6조 제3항 내지 제5항)

하지만 이러한 개정조항은 집회·시위와 관련한 경찰의 행정편의주의에 기반한 것으로 수요자(집회·시위자) 중심의 사고에 의할 경우 없어도 되는 조항이다. 동일 장소에서 동일 시간대에 복수의 집회·시위가 개최되는 것을 방지하겠다는 것이 이 조항들의 기본적인 발상이기 때문이다. 경찰의 입장에서 동일 장소에서 동일 시간대에 복수의 집회·시위가 개최되더라도 경찰이 폴리스라인을 설치하거나 경비근무를 하는 등의 방법으로 질서가 유지될 수 있도록 행정력을 동원한다면 이렇게 번거로운 규정으로써 집회·시위자를 힘들게 할 이유가 없어진다.

(2) 소위 폭력집회의 경우 잔여 집회·시위의 금지(제8조 제1항 단서): 우리 집회·시위문화를 감안할 때, 개정집시법 중 가장 독소조항으로 작용할 가능성이 많은 부분이기도 하다. 이 규정은 “집회 또는 시위가 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위험을 초래한 경우”라고 하여 외관상으로는 명확성의 요건을 갖춘 것처럼 보이지만, ① 실질적으로 이러한 폭력이 이루어지는 과정이 경찰력과의 충돌 등 외부적인 요인에 의하여 촉발되는 경우가 적지

않으며, ② 집회·시위중의 폭력은 일시적·부분적인 충돌에 의한 경우가 대부분이며, ③ 이 단서조항이 예정하고 있는 장기적인 집회의 경우 이러한 폭력이 있다 하더라도 그것을 주최자등이 통제할 수 있는가의 문제로 접근되어야 할 것을 집회 자체의 허·불허의 문제로 접근하고 있다는 점에서 그 타당성을 결여하고 있다. 뿐만 아니라 보다 중요한 것은 그러한 위협의 판단권한을 경찰당국에 일임하고 있다는 점에서 적법절차의 원칙에 반한다는 점이다. 이는 후술한다.

(3) 거주자·관리자의 요청에 의한 집회·시위의 금지·제한통고(제8조 제3항): 집회·시위장소가 주거지역 혹은 각급 학교, 군사시설주변지역인 경우 그 거주자·관리자의 요청에 의하여 집회·시위를 금지하거나 제한할 수 있도록 한 개정법률조항은 몇 가지의 점에서 문제를 안고 있다. ① 첫째 그것은 집회·시위의 물리적 공간을 실질적으로 축소하는 효과를 야기한다(서울시의 경우 학교 2229개). ② 둘째, 제1항에서 말하는 “타인의 주거지역이나 이와 유사한 장소”의 개념 자체가 모호하게 되어 있어 이 조항의 적용범위를 한정하기 어려운 결과를 야기한다. ③ 또한 “재산 또는 시설에 심각한 피해가 발생하거나 사생활의 평온에 현저한 해를 입힐 우려”, “학습권을 현저히 침해할 우려”, “시설이나 군작전의 수행에 심각한 피해가 발생할 우려” 등의 규정 또한 애매·모호성을 안고 있다. ④ 더불어 이러한 우려의 판단주체가 제1차적으로는 거주자·관리자이며 제2차적으로는 경찰관서로 되어 있을 뿐이며, 이 판단의 과정에 집회·시위 주최자의 의견이 반영될 수 있는 여지가 전혀 없다는 점에서 적법절차의 원칙에 반하도록 되어 있다.

(4) 외교기관 주변의 집회·시위의 예외적 허용(제11조 제4호): 이번 개정의 계기가 된 조항이나 여기서도 몇 가지 독소조항을 안고 있다. ① 외교사절의 숙소의 경우 구법에서는 행진이 가능하도록 되어 있는 것을 삭제하였다. ② 예외적 허용의 방식을 취함으로써 집회·시위에 우월적 지위를 부여하고 있는 헌법 제21조의 취지에 반한다. ③ 예외적

허용사유로서 “대규모 집회 또는 시위로 확산될 우려가 없는 경우”(제4호 나목)를 규정하고 있는바 역으로 그러한 우려가 있을 경우 집회·시위가 금지되게 됨으로써 자의적인 적용의 가능성을 열어두고 있다. ④ 뿐만 아니라 보다 치명적인 것은 100m 이내 집회·시위금지라는 절대적 금지공간을 설정하고 있다는 점이다. 이는 명백하고도 현존하는 위험의 법리에 어긋날 뿐 아니라, 집회·시위가 일정한 위험을 야기할 것이라는 것의 입증책임은 국가가 져야 한다는 입증책임 전환의 법리에도 반한다.

(5) 주요 도로에서의 행진 금지(제12조 제2항 단서): 이번 개정법률에서 가장 개악에 해당하는 조항이다. ① 첫째, 집회·시위의 자유가 가지는 헌법적 의미는 교통소통이라는 이익을 훨씬 넘어서는 최우선적인 것이다. 즉, 단순한 교통소통에의 지장우려라는 이유만으로 집회·시위를 제한하는 것은 비례의 원칙을 위반한 과잉제한에 해당한다. ② 둘째, 주요도로의 경우 절대적으로 행진을 제한할 수 있도록 함으로써 명백하고도 현존하는 위험의 법리 및 입증책임전환의 법리를 위반하고 있다. ③ 행진이 금지되는 주요도로의 결정권한을 행정청에 일임하고 있다는 점에서 적법절차의 원칙에 반할 뿐 아니라, 실질적인 포괄적 위임입법의 형식을 띠고 있다. ④ 가장 문제인 것은 집회·시위에 대한 인식의 오류가 잠복해 있다는 점이다. 집회·시위는 다중에 대하여 자신들의 입장·의견·주장을 보이는 것을 주된 목적으로 한다. 이를 위해서는 다중이 교통하는 도로 등 역사적으로 의사표현 내지는 의사교환을 위하여 중요한 기능을 수행해 왔던 공개적 공간, 즉 소위 공적 광장(public forum)³⁵⁾으로서 제공되어야 한다. 하지만, 개정법률은 이러한 요청과는 정반대로

35) 이 개념은 인종차별에 반대하여 주청사로부터 법원까지 행진한 학생운동을 처벌하는 것은 표현 및 결사의 자유를 침해한 것으로 판단한 *Cox v. State of Louisiana*, 379 U.S. 536(1965)로부터 파생되었다고 한다. 이 개념에 관하여 자세한 것은 특히 Ronnie J. Fischer, “‘What’s in a Name?’: An Attempt To Resolve the ‘Analytic Ambiguity’ of the Designated and Limited Public Fora,” *Dickinson Law Review*, Vol.107, Winter 2003, 639f면 참조.

그 도로를 행진금지구역으로 시민의 손에서 빼앗고 있는 것이다.

(6) 소음제한(제12조의3): 개정법률은 “타인에게 심각한 피해를 주는 소음”을 금지하면서 그것을 “대통령령이 정하는 기준”으로 판정하도록 하여 표현의 자유의 범리에서 “절대적”으로 허용되지 아니하는 절대적 금지의 방식을 취한다. 예컨대 80dB 이상의 소음이라도 그것이 타인에게 심각한 피해를 주지 않는 경우가 있으며, 그 이하라도 타인에게 폭행으로 인식되는 경우도 있다. 이러한 상대적 차이를 이 규정은 전혀 고려하지 않는 획일적 규율방식을 취하고 있는 것이다. 또한 이 규정은 대규모집회나 시위의 경우 다중을 통제할 수 있는 수단을 박탈하는 효과도 야기할 수 있다는 점에서 문제를 안고 있다.

Ⅲ. 결 론

1980년대 중반 이후 우리 사회는 하루가 다르게 민주화의 역정을 달려 왔다. 하지만, 그럼에도 불구하고 과거 권위주의적 통치의 잔재를 일소하지 못하여 경우에 따라서는 인권이 침해되는 것을 인내하는 것이 국가사회를 위한 우리의 의무인 것처럼 인식되기도 하였다. 혹은 이 민주화의 과정이 시장적 자유주의와 혼탁되면서 정작 중요한 가치로서 보호하여야 할 인권목록의 일부가 재산권적 권리에 종속되는 하위가치로 오인되는 경우도 생겨났다.

집시법의 태도는 이러한 잘 못된 인식의 대표적인 예를 이룬다. 그것은 과거 권위주의정권에서 집회·시위를 금기시하던 관행을 그대로 이어받는 한편, 경찰청을 중심으로 하는 국가기관의 잘못된 인권의식(필요악으로서의 집회·시위)에 그들의 행정편의주의가 편승함으로써 법률의 전체 구조가 위헌적인 형태로 이루어지게 된다. 뿐만 아니라, 최근의 경제중심적 사고들은 물질적 생산성의 논리를 집회·시위로 표출되는

민주주의의 실천태에 우선하는 변태성을 당연한 것으로 받아들이게 한다. 교통정체의 문제는 시위라고 하는 민주적 의견표현행위에 수반되는 필요비용이다. 그럼에도 불구하고 집시법은 이를 전도시켜 교통의 소통을 위하여 민주주의를 희생시키고 집회·시위의 자유를 제한하는 방법을 선택한다.

한마디로 개정법률은 경찰청의 의견을 바탕으로 한 것 이상으로 집회·시위에 대하여는 적대적이며 행정규제-경찰질서규제에는 친화적인 것으로 되어 있다. 그것은 행정편의주의에 입각하여 집회·시위와 관련한 모든 행정조치의 판단권한이 경찰관서에 일임되어 있음에서 잘 나타난다. 즉 경찰관서의 재량적(혹은 자의적) 판단에 의하여 거의 대부분의 집회·시위의 운명이 결정되는 구조를 갖추고 있는 것이다. 물론 개정법률은 이러한 비판을 완화하기 위해서인지 「집회·시위 자문위원회」를 두고 있으나(제18조의2), 그것으로 적법절차의 요청이 충족될 수 있는 것은 아니다.

이런 점을 종합하자면, 개정법률은 기존의 집시법이 안고 있던 문제점을 더욱 가중시키면서 집회·시위의 자유를 보장하고 있는 우리 헌법의 기본취지를 불식시키고 있다. 집회·시위를 국민의 기본적 권리로써 국가가 그 실현을 최대한 보장하여야 할 의무를 지고 있는 것으로 인식하기보다는, 단순한 사회적 필요악 정도로 인식하면서 그것을 사회질서 혹은 일반인의 재산권적 권리에 종속되는 하위의 권리로 규정하는 우를 범하고 있는 것이다.

뿐만 아니라, 행정과정 특히 기본권을 제한하는 행정처분이 이루어지는 과정에서 필연적으로 요청되는 적법절차의 원리 또한 제대로 구현하고 있지 못하다. 즉, 집회·시위라고 하는 기본권적 권리의 제한을 법원이나 기타 중립적인 기관의 판단에 의하지 않고 오로지 경찰관서장의 자의적·재량적 판단에만 일임하는 한편, 그 중요한 일방 당사자인 주최 자측에 대하여는 처분이 있기 이전에 자신의 의견을 제시하거나 자신에

유리한 자료·증거를 제출할 수 있는 그 어떠한 기회도 허여하지 않고 있는 것이다.

더불어 개정법률이 집회·시위를 제한하는 방식 또한 ‘주요도로’, ‘대통령령이 정하는 소음기준’, ‘100m’, ‘주거지역’, ‘학교’, ‘군사시설’ 등 절대적 금지의 방법을 취함으로써 과잉금지의 원칙에 위반되는 한편, 입증책임의 전환법리에도 위반하고 있다. 이에 개정법률은 전체로서 반인권적이고 반헌법적인 것이며 따라서 그것은 전면위헌판단과 더불어 폐지되어야 할 주요 악법 중의 하나라 할 것이다.

여기서 이러한 집시법에 대한 교정의 노력은 이제는 더 이상 선택사항이 아니게 되었다. 왜냐하면 2004년 1월 개정된 집시법은 집회·시위의 가능성을 너무도 협소하게 축소시켜 버려 시민사회가 정치과정에 자신의 의사를 제시하고 이를 통하여 정치적으로 참여할 수 있는 여지를 상당 부분 박탈해 버렸기 때문이다. 그동안 우리 사회의 민주화를 이끌어 왔던 시민사회의 추동력이 이 과정에서 합법성의 이름하에 스러져 버릴 가능성이 적지 않은 것이다. 이에 시민불복종은 적어도 이 집시법에 관한 한 가장 유효한 저항의 수단을 제공할 뿐 아니라, 유일한 대안으로서 존재하게 된다. 즉 개정집시법이 규율하고자 하는 대상인 집회·시위 그 자체가 시민사회가 정치영역에 대하여 자신의 의사를 표현하는 방법이며, 이 점에서 집시법의 오류에 대한 항거는 논리필연적으로 그 오류를 거부하는 방식을 이루어질 수밖에 없는 것이다.

(투고일 2006년 12월 29일, 심사일 2007년 1월 6일, 게재확정일 2007년 1월 8일)

주제어 : 저항권, ‘집회 및 시위에 관한 법률’, 민주화, 표현의 자유, 공공 포럼

[Abstract]

Right to Protest and Limits of State's Police Power

Sang-Hie Han*

The Constitution guarantees not only right to free press but also free assembly and association (§21①). Human history as well as many constitutional and political theorists have shown that such rights has played essential roles in developing democracy. But Korean experience has been somewhat different. Korean government, esp. that of the military regime, has so severely oppressed people's right to participate in political process and, as result, has punished lots of political rivals and protestants under charge of riots and/or treason. The Assembly and Demonstration Act(hereinafter "the Act") has many poisonous clauses that has offered legal grounds for such authoritarian rule. This paper tries to explore constitutionality of that Act in the light of human right and democratization according to the doctrine of time, space, and manner regulation established by the U.S. Supreme Court.

The Act, as amended on Jan. 2004, forces any assembly and/or demonstration in public forum to be filed in advance, failure of which shall be punished as a crime. The chief of Police Station has power to prohibit any assembly and/or demonstration when he/she thinks there may be some disturbance to public order. Such provisions can not be constitutional because the Constitution

* Professor, College of Law, Konkuk University

makes any license system in this respect illegal. The other clauses such as prohibition of assembly and/or demonstration in main streets and around schools, limitation of noise level, and power to compulsory breaking up when some physical violences happen, shall not be free from attacks of unconstitutionality.

From such analysis of unconstitutionality of the Act, this paper requires the Act shall be abolished as soon as possible and a new act which can provide more open public fora in Korean civil society.

Key Words : right to protest, the The Assembly and Demonstration Act, democratization, right to free expression, public forum