

경찰청장의 서울광장 통행제지행위에 대한 공법적 고찰

- 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고, 2009헌마406

결정에 대한 평석 -

이 희 훈*

목 차

I. 서 론	3. 공물이용권의 제한 여부와 헌법재판소 2009헌마406 결정의 문제점에 대한 검토
II. 권리구제형 헌법소원의 청구 요건과 민○회 외 8인의 헌법소원이 권리구제형 헌법소원의 청구 요건을 갖추었는지의 여부	IV. 이 사건 통행제지행위가 법률유보의 원칙에 반하는지의 여부
1. 권리구제형 헌법소원의 청구 요건 개관	1. 헌법재판소 재판관들의 견해 개관
2. 민○회 외 8인의 헌법소원이 권리구제형 헌법소원의 청구 요건에 부합되는지에 대한 검토	2. 법률유보의 원칙 개관
III. 이 사건 통행제지행위에 의해 제한되는 기본권의 검토	3. 이 사건 통행제지행위가 법률유보의 원칙에 반하는지에 대한 검토
1. 일반적 행동자유권의 제한 여부	V. 이 사건 통행제지행위가 비례의 원칙에 반하는지의 여부
2. 거주·이전의 자유의 제한 여부	1. 헌법재판소 재판관들의 견해 개관
	2. 비례의 원칙 개관
	3. 이 사건 통행제지행위가 비례의 원칙에 반하는지에 대한 검토
	VI. 결 론

I. 서 론

경찰청장은 노무현 전 대통령이 서거한 2009년 5월 23일 경에 고인을 조문하고자 덕수궁 대한문 앞 시민분향소를 찾은 사람들이 그 건너편에

* 선문대학교 법과대학 법학과 조교수

있는 서울광장에서 불법·폭력 집회나 시위를 개최하는 것을 막기 위하여 경찰버스들로 서울광장을 둘러싸 소위 차벽(車壁)을 만드는 방법으로 서울광장에 출입하는 것을 제지하고 봉쇄하였다. 이에 서울특별시민인 민○희 외 8인은 2009년 6월 3일에 서울광장을 가로질러 통행하려고 하다가 서울광장을 둘러싼 경찰버스들에 의하여 만들어진 차벽에 의하여 통행하지 못하게 되었다.¹⁾

이에 민○희 외 8인은 경찰청장의 이러한 2009년 6월 3일의 서울광장을 경찰버스들로 둘러싸 자신들의 서울광장의 통행을 제지한 행위(이하에서 “이 사건 통행제지행위”로 줄임)가 직접적으로 사실상의 효과를 가져 온 권력적 사실행위에 해당하여 헌법재판소법 제68조 제1항의 권리구제형 헌법소원(이하에서 “권리구제형 헌법소원”으로 줄임)의 대상이 되고, 행정소송을 제기하더라도 소의 이익이 부정될 가능성이 많아 권리구제형 헌법소원 외에는 효과적인 구제방법이 없어 보충성의 예외에 해당하며, 이 사건 통행제지행위가 이미 종료되기는 하였지만 국민의 기본권에 중대한 영향을 미치고 경찰청장이 경찰관직무집행법 제5조 제2항²⁾과 동법 제6조 제1항³⁾에 의해 정당한 경찰권의 발동이라고 주장하고 있어 향후에도 이러한 행위가 반복될 것이 확실시되어 헌법적 해명의 필요성이 있다는 이유로 자신들의 권리구제형 헌법소원의 청구 요건을 갖추었다고 주장하였다. 그리고 이러한 전제 하에서 민○희 외 8인은 경찰청장이 이 사건 통행제지행위를 한 시기에 서울광장에서 경찰관직

1) 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고, 2009헌마406 결정 중 1. 사건의 개요 참조.

2) 경찰관직무집행법 제5조 제2항에서는 “경찰관서의 장은 대간첩작전수행 또는 소요 사태의 진압을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 대간첩작전 지역 또는 경찰관서·무기고 등 국가중요시설에 대한 접근 또는 통행을 제한하거나 금지할 수 있다.”라고 규정되어 있다.

3) 경찰관직무집행법 제6조 제1항에서는 “경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.”라고 규정되어 있다.

무집행법 제5조 제2항과 동법 제6조 제1항에서 규정하고 있는 요건인 소요사태나 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 상황이 아니었고, 서울광장이 동법 제5조 제2항의 보호대상인 국가중요시설에 해당하지도 아니하므로 이 사건 통행제지행위는 위 법률조항들의 적용대상이 아니거나 그 적용범위를 넘어서는 것으로서 비례의 원칙을 위반하여 서울광장에서 자유롭게 여가활동과 문화활동을 할 수 있는 권리인 일반적 행동자유권과 자신들의 서울광장을 자유롭게 출입하고 통행할 수 있는 권리인 거주·이전의 자유 및 공물을 이용할 수 있는 요건만 갖추면 공물을 이용할 수 있는 권리인 공물이용권을 침해한다고 주장하면서 2009년 7월 21일에 헌법재판소에 권리구제형 헌법소원을 제기하였다.⁴⁾

이에 2011년 06월 30일에 헌법재판소는 민○희 외 8인이 제기한 경찰청장의 이 사건 통행제지행위의 위헌 여부를 묻는 권리구제형 헌법소원의 청구 요건 중 공권력의 행사에 의한 기본권 침해 가능성과 보충성 및 권리보호의 이익에 대한 요건을 갖추었고, 이러한 전제 하에 경찰청장의 이 사건 통행제지행위는 비례의 원칙을 반하여 민○희 외 8인의 일반적 행동자유권을 침해한다는 사유로 위헌이라고 결정하였다.⁵⁾ 그러나 헌법재판소 재판관 9인 중 헌법재판소의 김종대·송두환 재판관 2인은 이러한 헌법재판소 재판관 다수의 위헌결정에는 동의하면서 경찰청장의 이 사건 통행제지행위는 법률유보의 원칙에도 반한다는 사유로 소수의 보충 의견⁶⁾을 제시하였다. 한편 이동흡·박한철 헌법재판소 재판관은 경찰청장의 이 사건 통행제지행위는 법률유보의 원칙에 반하지 않음과 동시에 비례의 원칙에도 반하지 않는다는 사유로 소수의 합헌 의견⁷⁾을 제시하였다.

4) 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고, 2009헌마406 결정 중 2-가. 참조.

5) 이 내용에 대한 개괄적 고찰은 본 논문의 V-1.1. 참조.

6) 이 내용에 대한 개괄적 고찰은 본 논문의 IV-1.2. 참조.

7) 이 내용에 대한 개괄적 고찰은 본 논문의 IV-1.3. 및 V-1.3. 참조.

이하에서는 2011년 6월 30일에 헌법재판소가 경찰청장의 이 사건 통행제지행위에 대해 위헌 결정을 한 것에 대한 헌법적·행정법적(이하에서 “공법적”으로 줄임) 관점에서의 타당성과 비판점을 검토하기 위해 먼저 권리구제형 헌법소원의 청구 요건에 대해 개괄적으로 고찰한 후, 민○희 외 8인이 2009년 7월 21일에 헌법재판소에 제기한 헌법소원이 이러한 권리구제형 헌법소원의 청구 요건을 모두 갖추었는지에 대해 살펴본다(이하 II). 다음으로 경찰청장의 이 사건 통행제지행위에 의해 민○희 외 8인의 일반적 행동자유권과 거주·이전의 자유 및 공물이용권이 각각 제한되는지 여부와 헌법재판소 재판관 9인이 2009헌마406 결정에서 제한된 공물이용권이 헌법상 행복추구권의 보호영역⁸⁾에 속하지 않는다고만 밝힌 것에 대한 공법적 문제점을 검토한다(이하 III). 그리고 경찰청장의 이 사건 통행제지행위가 법률유보의 원칙에 반하는지의 여부에 대한 2011년 6월 30일의 헌법재판소 2009헌마406 결정에서 헌법재판소 재판관들의 견해를 개괄적으로 고찰한 후, 법률유보의 원칙의 내용에 대해 개괄적으로 살펴보고, 경찰청장의 이 사건 통행제지행위가 법률유보의 원칙에 반하는지에 대해 검토한다(이하 IV). 또한 경찰청장의 이 사건 통행제지행위가 비례의 원칙에 반하는지의 여부에 대한 2011년 6월 30일의 헌법재판소 2009헌마406 결정에서 헌법재판소 재판관들의 견해를 개괄적으로 고찰한 후 비례의 원칙의 내용에 대해 개괄적으로 살펴보고, 경찰청장의 이 사건 통행제지행위가 비례의 원칙에 반하는지에 대해 검토한다(이하 V). 끝으로 결론에서는 이상에서 논의된 것을

8) ‘기본권의 보호영역’이란 각 기본권 규정에서 보호되는 생활영역을 뜻한다. Robert Alexy, *Die Theorie der Grundrechte*(Frankfurt am Main, 1985), 273쪽. 즉, 기본권은 그 기본권의 보호영역 안에서 형성되고 발전된다. Peter Lerche, “Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff”, in: Isensee Josef/ Kirchhof Paul, (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI(C.F. Müller, 1992), 744쪽. 그리고 이러한 기본권의 보호 영역은 각 기본권의 헌법적 해석에 의해 정해진다. Albert Bleckmann, *Staatsrecht II—Die Grundrechte*(Köln, 1989), 328쪽.

요약·정리하여 제시하면서 2011년 6월 30일의 헌법재판소 2009헌마 406 결정에 대해 종합적 평가를 한다(이하 VI).

II. 권리구제형 헌법소원의 청구 요건과 민○희 외 8인의 헌법소원이 권리구제형 헌법소원의 청구 요건을 갖추었는지의 여부

1. 권리구제형 헌법소원의 청구 요건 개관

헌법재판소는 법원의 재판에 대한 것을 제외하고 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 직접적으로 현재에 침해받은 자가 다른 법률에 의한 구제절차를 모두 거친 후, 자신의 기본권을 침해한 공권력의 행사 또는 불행사가 헌법에 위반되는지의 여부에 대해 심판할 수 있는 권리구제형 헌법소원심판권을 갖는다.⁹⁾ 즉, 권리구제형 헌법소원은 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 경우에 기본권을 침해받은 국민이 헌법재판소에 자신의 기본권을 침해하는 국가 공권력작용이 헌법에 위반되는지를 가려내 그 기본권을 침해하는 행위를 취소하거나 위헌임을 확인하여 주도록 요청하는 제도로서 국민의 기본권을 보호하기 위한 최후의 보루 제도라고 할 것이다.¹⁰⁾

이러한 권리구제형 헌법소원을 제기하기 위한 청구 요건으로는 먼저 ‘공권력의 행사나 불행사’로 인해 권리구제형 헌법소원을 제기하려는 자의 기본권이 침해되어야 하는바, 여기서 ‘공권력의 행사나 불행사’란 국회에서 제정된 법률·조약·법규명령·행정부 내부에서만 효력이 있

9) 헌법 제111조 제1항 제5호와 헌법재판소법 제68조 제1항 참조.

10) 헌법재판소, 알기 쉬운 헌법재판, <<http://www.ccourt.go.kr>>, 검색일: 2011. 12. 30.

지 않은 행정규칙·대법원규칙·조례·진정입법부작위와 같은 입법권 및 행정소송의 대상이 되지 아니하는 행정행위·원행정처분을 심판의 대상으로 삼았던 법원의 재판이 예외적으로 헌법소원의 심판대상이 되어 그 재판 자체가 취소되는 때의 원행정처분¹¹⁾·권력적 사실행위¹²⁾·통치행위¹³⁾·사법기관의 행정적 행위·행정입법부작위 등과 같은 행정권에 의한 작위와 부작위¹⁴⁾를 뜻한다.¹⁵⁾

그리고 권리구제형 헌법소원을 청구하기 위해서는 원칙적으로 침해된 기본권이 권리구제형 헌법소원의 청구인 자신에 대한 것이어야 한다는 것을 뜻하는 ‘자기관련성’의 요건과 원칙적으로 침해된 기본권이 권리구제형 헌법소원의 청구인 자신이 간접적이거나 반사적 불이익을 받은 것이 아닌 직접적으로 침해받아야 한다는 것을 뜻하는 ‘직접성’의 요건 및 원칙적으로 침해된 권리구제형 헌법소원의 청구인의 기본권이 현재 침해되어야 한다는 것을 뜻하는 ‘현재성’의 요건과 원칙적으로 기본권에 대한 다른 구제절차가 없을 때에 한하여 권리구제형 헌법소원이 인정된다는 것을 뜻하는 ‘보충성’의 요건 및 원칙적으로 권리구제형 헌법소원의 청구권자에 대한 권리의 보호이익이 필요하다는 것을 뜻하는 ‘권리보호의 이익’의 요건을 갖추어야 한다.¹⁶⁾

11) 헌법재판소 1997. 12. 24. 선고, 96헌마172·173(병합) 결정.

12) 헌법재판소 1993. 7. 29. 선고, 89헌마31 결정.

13) 헌법재판소 1996. 2. 29. 선고, 93헌마186 결정.

14) 공권력의 불행사에 의한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 직접 도출되는 작위의무가 규정 되어 있어 이에 근거하여 기본권 주체가 해당 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 불구하고 공권력의 주체가 그 의무를 해태하고 있을 때에 한하여 허용된다. 권영성, 헌법학원론(법문사, 2010), 1174쪽 이하.

15) 이에 대해 자세한 것은 정종섭, 헌법학원론(박영사, 2010), 1509쪽 이하.

16) 이러한 요건에 대해 자세한 것은 홍성방, 헌법학(하)(박영사, 2010), 361쪽 이하.

2. 민○희 외 8인의 헌법소원이 권리구제형 헌법소원의 청구 요건에 부합되는지에 대한 검토

먼저 경찰청장의 이 사건 통행제지행위가 먼저 민○희 외 8인의 기본권을 침해하는 공권력의 행사에 해당하는지에 대해 살펴보면 경찰청장이 노무현 전 대통령의 서거 직후의 추모행사가 불법·폭력 집회나 시위로 변질될 가능성이 높다고 판단하여 이로 인해 발생할 수 있는 범죄의 예방과 교통의 단속 및 위해¹⁷⁾의 방지 등 공공의 안녕¹⁸⁾과 질서¹⁹⁾유지

17) 여기서 ‘위해’란 ‘위험’과 ‘장해’를 줄인 것으로, 이중에서 ‘위험’이란 일반적인 생활경험상 판단에 의할 때 어떠한 행위나 상태가 방해를 받지 않고 계속될 때 가까운 시점에 공공의 안녕과 질서에 손해를 가져올 충분한 개연성이 있는 상태를 뜻하며, 여기서 ‘손해’란 경찰이 경찰권을 행사하여 공공의 안녕이라는 개념에 의해 보호되는 법익과 질서라는 개념에 의해 보호되는 가치가 어떠한 행위나 상태에 의하여 객관적으로 감소하는 것을 뜻한다. 김재호, “경찰권의 근거-일반적 수권조 항과의 관계를 중심으로-”, 저스티스 제32권 제2호(한국법학원, 1999), 24쪽 이하; 홍정선, “경찰작용의 법적 근거로서 일반조항”, 공법이론의 현대적 과제: 구병삭 박사 정년기념논문집(박영사, 1991), 740쪽 이하. 그리고 ‘장해’란 위험이 현실적으로 발생한 상태를 뜻한다. 김남진, 경찰행정법(경세원, 2002), 134쪽.

18) 여기서 ‘공공의 안녕’이란 개인의 생명·신체·명예·재산 등과 관련된 정신적·물질적인 사익을 보호하고, 국가와 국회·정부·법원 등의 국가기관들이 자신들의 업무를 원활히 수행할 수 있도록 모든 위법한 방해를 방지하며, 영토를 보전하고 헌법상의 기본질서를 보장하는 등 국가의 법질서 및 국가제도를 침해하지 못하도록 하는 것을 뜻한다. 이에 대해 자세한 것은 김재호, 위의 논문, 20쪽 이하; 박규하, “경찰행정법에 있어서 공공의 안녕·질서의 개념과 개괄적 수권규정”, 외법논집 제26집(한국외대 법학연구소, 2007), 296쪽 이하; Alfred Dietel/Kurt Gintzel/Michael Kniesel, *Demonstrations und Versammlungsfreiheit, Kommentar zum Gesetz über Versammlungen und Aufzüge*(Köln, 2004), 55쪽.

19) 여기서 ‘질서’란 지배적인 사회의 가치관과 윤리관에 비추어 그것을 준수하는 것이 원만한 공동생활을 하는데 필요불가결한 전제조건이 되는 법규범 이외의 사회규범의 총체를 뜻한다. 즉, 공공의 안녕을 위해 보장되는 법규범을 제외한 관습이나 도덕의 영역까지 포함하는 불문의 행위규범인 공동체의 가치개념에 근거한 모든 사회규범을 의미한다. 이에 대해 자세한 것은 김재호, 위의 논문, 22쪽 이하; 박규하, 위의 논문, 297쪽; Alfred Dietel/Kurt Gintzel/Michael Kniesel, 위의 책, 54쪽.

를 위해 이 사건 통행제지행위를 한 것이다. 따라서 경찰청장의 이 사건 통행제지행위는 경찰이 눈앞의 급박한 행정상 장애를 제거할 필요가 있지만 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없을 때 또는 그 성질상 의무를 명하여서는 행정목적 달성을 곤란할 때 직접 국민의 신체나 재산에 실력을 가하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 작용을 뜻하는 ‘행정상의 즉시강제’²⁰⁾에 속한다고 할 것인바, 이러한 행정상의 즉시강제는 권력적 사실행위의 일종으로서 권리구제형 헌법소원의 대상이 되는 ‘공권력의 행사’에 해당한다고 할 것이다. 그리고 이러한 경찰청장의 공권력의 행사로 인해 민○희 외 8인이 자신의 서울광장을 통행할 권리를 직접 침해받았다고 할 것이다.

다음으로 민○희 외 8인의 입장에서 볼 때 경찰청장의 이 사건 통행제지행위가 부당한 공권력을 행사한 것이 되므로, 원칙적으로는 민○희 외 8인은 이러한 부당한 공권력의 행사를 취소하는 행정쟁송을 제기해야 할 것이다. 그러나 경찰청장이 민○희 외 8인의 통행을 제지한 다음날인 2009년 6월 4일에 서울광장을 둘러싸고 있던 경찰버스들을 철수시키고 통행제지행위를 중지하였으므로, 민○희 외 8인이 만약 행정쟁송을 제기하더라도 소의 이익이 부정될 가능성이 높아 그 절차에 의한 권리구제의 가능성은 희박하다. 따라서 민○희 외 8인에게 권리구제형 헌법소원의 청구 요건 중 보충성의 요건을 위해 행정쟁송의 제기라는 사전구제 절차의 이행을 요구한다면 이는 민○희 외 8인의 서울광장을 통행할 권리를 보호받기 위해 불필요한 우회절차를 강요하는 것이 되므로, 민○희 외 8인이 행정쟁송 절차를 거치지 않고 바로 권리구제형 헌법소원을 제기하더라도 이는 보충성의 예외로서 허용된다고 할 것이다. 이렇게 보는 것이 헌법재판소가 전심절차로 권리가 구제될 가능성이 거의 없을 때 권리구제형 헌법소원의 청구 요건 중 보충성의 예외를 인정하여 권리구제형 헌법소원의 청구인에게 시간과 노력 및 비용의 부담을 지우지

20) 김남진, “즉시강제이론의 재구성”, 고시계 제374호(국가고시학회, 1988), 38쪽.

않고 헌법소원제도의 창설취지를 살리는 방법이라고 판시한 것²¹⁾에 부합되는 타당한 해석이라고 할 것이다.

그리고 경찰청장의 민○희 외 8인 등에 대한 이 사건 통행제지행위는 민○희 외 8인의 통행이 제지된 다음날인 2009년 6월 4일에 서울광장을 에워싸고 있던 경찰버스들을 철수시켜 이 사건 통행제지행위가 중지됨에 따라 2009년 6월 4일 이후에는 더 이상 민○희 외 8인이 서울광장을 통행할 권리가 침해받지 않게 되어 비록 민○희 외 8인이 제기한 권리구제형 헌법소원의 인용이 되더라도 민○희 외 8인의 주관적인 권리구제에는 도움을 줄 수 없지만, 경찰청장이 이 사건 통행제지행위가 경찰관 직무집행법 제5조 제2항과 동법 제6조 제1항에 의한 정당한 경찰권 발동이라고 주장하고 있어 장차 이러한 기본권의 침해가 발생될 것이 확실히 예상되므로, 권리구제형 헌법소원의 현재성 요건을 갖추었다²²⁾고 할 것이며, 향후에도 이러한 경찰청장의 동종의 기본권 침해행위가 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위해 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있다고 보아 예외적으로 권리구제형 헌법소원의 권리보호 이익의 요건도 갖추었다²³⁾고 할 것이다.

이러한 사유로 헌법재판소의 2009헌마406 결정에서 헌법재판소 재판관 9인이 민○희 외 8인의 헌법소원은 권리구제형 헌법소원의 청구 요건을 갖추었다고 보아 본 사건에 대해 각하 결정을 하지 않고 본안 판단을 한 것에 찬동한다.

21) 헌법재판소 1989. 9. 4. 선고, 88헌마22 결정.

22) 이러한 현재성 요건의 예외에 대해서는 헌법재판소 1990. 6. 25. 선고, 89헌마220 결정; 헌법재판소 2001. 2. 22. 선고, 2000헌마25 결정 등 참조.

23) 이러한 권리보호 이익의 예외에 대해서는 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고, 92헌마273 결정; 헌법재판소 2010. 6. 24. 선고, 2009헌마257 결정 등 참조.

Ⅲ. 이 사건 통행제지행위에 의해 제한되는 기본권의 검토

1. 일반적 행동자유권의 제한 여부

헌법 제10조의 행복추구권에는 자신의 원하는 행동은 자유롭게 행할 수 있고, 자신이 원하지 않는 행동은 자유롭게 하지 않을 수 있다는 일반적 행동자유권이 포함되어 있는바,²⁴⁾ 일반적 행동자유권은 모든 국민이 행복을 추구하기 위하여 자유롭게 행동할 수 있는 자유권을 뜻한다.²⁵⁾ 즉, 헌법상 행복추구권은 적극적으로 자유롭게 행동을 하는 것은 물론 소극적으로 행동을 하지 않을 자유도 포함되는 권리로서,²⁶⁾ 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 갖는다.²⁷⁾

서울광장은 직접 공공의 사용에 공용하는 하는 것을 그 목적²⁸⁾으로 하기 때문에 공공용물에 속하고, 이러한 공공용물에 대해서는 당연히 국민의 자유사용 또는 일반사용이 인정되는 것이 원칙이다.²⁹⁾ 따라서 민○회 외 8인의 경우처럼 서울광장에 출입하거나 통행을 할 때에는 공공용물인 서울광장을 그 목적에 따라 이용하는 공물의 자유사용 또는 일반사용에 해당하므로 서울광장이라는 공공용물의 관리권자인 서울시장의 허락을 별도로 필요로 하지 않는다고 할 것이다. 또한 서울특별시

24) 권영성, 앞의 책, 310쪽.

25) 성낙인, 헌법학(법문사, 2011), 419쪽.

26) 헌법재판소 1991. 6. 3. 선고, 89헌마204 결정.

27) 헌법재판소 1995. 7. 21. 선고, 93헌가14 결정.

28) 서울특별시 서울광장의 사용 및 관리에 관한 조례 제1조에 의하면 “이 조례는 시민의 건전한 여가선용과 문화활동 등을 위한 서울광장의 사용 및 관리에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.”라고 규정되어 있다.

29) 김남진, “공물의 사용관계”, 사법행정 제5집 제1호(한국사법행정학회, 1964), 49쪽.

서울광장의 사용 및 관리에 관한 조례 제2조 제1호³⁰⁾의 해석상 서울시장으로부터 서울광장의 사용허가를 사전에 받아야 하는 경우로는 불특정 다수 시민에게 자유롭게 서울광장의 이용을 제한하는 때라고 할 것이므로, 민○회 외 8인처럼 서울광장을 통행을 하는 경우에는 아무런 제한 없이 서울광장의 통행이 허용된다고 할 것이다.

따라서 일반 공중에게 개방된 장소인 서울광장을 민○회 외 8인처럼 개별적으로 출입 또는 통행을 하는 것은 헌법상 일반적 행동자유권으로 보장된다고 할 것이므로,³¹⁾ 경찰청장의 이 사건 통행제지행위에 의해 민○회 외 8인이 서울광장을 통행할 수 없게 된 것은 민○회 외 8인의 일반적 행동자유권이 제한된다고 할 것이다.

이러한 사유로 헌법재판소의 2009헌마406 결정에서 헌법재판소 재판관 9인이 경찰청장의 이 사건 통행제지행위에 의해 민○회 외 8인은 일반적 행동자유권을 제한받는다고 판시한 것에 찬동한다.

2. 거주·이전의 자유의 제한 여부

헌법 제14조에서 “모든 국민은 거주·이전의 자유를 가진다.”라고 규정하여 헌법상 거주·이전의 자유를 명시적으로 보장하고 있는바, 이 거주·이전의 자유란 국민이 국가권력의 간섭을 받지 않고, 자기가 원하는 모든 장소에 주소나 거소를 설정하고 체류하거나 이전하며, 일단 자신이 정한 주소나 거소를 그의 의사에 반하여 변경 또는 이전하지 아니할 자유를 뜻한다.³²⁾

30) 서울특별시 서울광장의 사용 및 관리에 관한 조례 제2조 제1호에 의하면 “이 조례에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다. 1. “사용”이란 서울광장의 일부 또는 전부를 이용함으로써 불특정 다수 시민의 자유로운 광장 이용을 제한하는 행위를 말한다.”라고 규정되어 있다.

31) 헌법재판소 2011. 06. 30. 선고, 2009헌마406 결정 중 4-가-(3) 참조.

32) 김철수, 헌법학개론(박영사, 2007), 685쪽; 권영성, 앞의 책, 464쪽; 성낙인, 앞의

즉, 헌법상 거주·이전의 자유는 국가의 간섭 없이 자유롭게 거주지와 체류지를 정할 수 있는 자유인바, 자유로운 생활형성권을 보장함으로써 정치·경제·사회·문화 등 모든 생활영역에서 개성신장을 촉진하게 하는 기능을 한다.³³⁾

이러한 헌법적 의미와 기능을 갖는 거주·이전의 자유에 있어서 ‘거주’는 주소나 거소를 정하는 것을 뜻하며, ‘이전’은 어느 정도 기간의 체류를 전제로 장소를 이동하는 것을 뜻한다. 그리고 여기서 ‘주소’란 생활의 중심이 되는 곳으로서 항구적인 정주의 의사를 가진 장소를 뜻하며, 반드시 하나이어야 하는 것은 아니다. 또한 ‘거소’는 일시적으로 체재하는 장소를 뜻하는바, 여기서 ‘체류’란 일시적으로 머무는 것을 의미하는 것으로 그 성립에는 확정적인 기간과 의의가 필요하다.³⁴⁾ 따라서 헌법상 거주·이전의 자유는 생활형성의 중심지인 거주지나 체류지라고 볼 만한 정도의 생활과 밀접한 연관을 갖는 장소를 선택하고 변경하는 행위를 보호하는 기본권이기 때문에 생활의 근거지에 이르지 못하는 일시적인 이동을 위한 장소의 선택과 변경하는 것까지 그 보호영역에 포함되지 않는다고 할 것이다.³⁵⁾

그러므로 민○회 외 8인이 서울광장에서 통행하려고 한 것을 경찰청장이 경찰버스들을 에워싸 제지된 것에 대해서 민○회 외 8인은 서울광장이 그들의 생활형성의 중심지인 거주지나 체류지라고 할 정도의 생활과 밀접한 연관을 갖는 장소가 아니라는 점과 민○회 외 8인이 서울광장을 통행하는 행위는 그들이 서울광장을 중심으로 그들의 생활을 형성해 나가는 행위가 아니므로, 헌법상 거주·이전의 자유의 보호영역에 속하

책, 639쪽; 전광석, 한국헌법론(집현재, 2011), 333쪽; 허영, 한국헌법론(박영사, 2010), 468쪽.

33) 헌법재판소 2004. 10. 28. 선고, 2003헌가18 결정.

34) 권형준, “거주·이전의 자유에 대한 연구”, 법학논총 제25집 제3호(한양대 법학연구소, 2008), 7쪽 이하.

35) 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고, 2009헌마406 결정 중 4-가-(1) 참조.

는 주소나 거소를 설정하고 체류하거나 이전하는 행위에 해당되지 않는다는 점에서 민○회 외 8인이 헌법상 거주·이전의 자유가 제한받았다고 볼 수 없다.

이러한 사유로 헌법재판소의 2009헌마406 결정에서 헌법재판소 재판관 9인이 경찰청장의 이 사건 통행제지행위에 의해 민○회 외 8인의 거주·이전의 자유가 제한되지 않는다고 판시한 것에 찬동한다.

3. 공물이용권의 제한 여부와 헌법재판소 2009헌마406 결정의 문제점에 대한 검토

민○회 외 8인은 시민이 공물을 이용할 수 있는 요건을 갖추는 한 공물을 사용·이용하게 해달라고 국가에 대하여 청구할 수 있는 권리, 즉 공물이용권이 행복추구권에 포함되는 청구권적 기본권이라고 주장하면서 경찰청장의 이 사건 통행제지행위에 의해 자신들의 공물이용권 즉, 헌법 제10조의 행복추구권이 침해되었다고 주장하였다.³⁶⁾

이에 대해 살펴보면 다음과 같은 사유로 타당하지 않다고 할 것이다. 먼저 공물은 공공용물과 공용물 및 공적 보존물이 포함되는 개념으로 이 중에서 공공용물이란 예를 들어 도로처럼 국유재산 중 직접 일반 공중의 사용을 위해 제공된 물건을 뜻하는바,³⁷⁾ 서울광장은 이러한 공공용물에 속한다. 다음으로 민○회 외 8인이 서울광장을 자유로이 통행할 수 있는 것은 공물 주체인 서울시의 허가나 특허와 같은 특별한 행위 없이 모든 사인이 자유롭게 공공용물을 사용하는 것을 뜻하는 공물의 ‘자유사용’ 또는 ‘일반사용’에 해당한다.³⁸⁾

36) 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고, 2009헌마406 결정 중 4-가-(2) 참조.

37) 홍정선, 행정법원론(하)(박영사, 2008), 483쪽.

38) 김남진·김연태, 행정법Ⅱ(법문사, 2011), 389쪽 이하; 김동희, 행정법Ⅱ(박영사, 2011), 289쪽; 김성수, 개별행정법(법문사, 2004), 724쪽 이하; 김철용, 행정법Ⅱ(박영사, 2010), 387쪽; 박균성, 행정법원론(하)(박영사, 2008), 344쪽; 홍정선, 위의

이렇듯 일반 공중이 공공용물을 자유사용 또는 일반사용을 하는 것을 일종의 권리로 보는 견해가 있다.³⁹⁾ 그러나 이러한 일반 공중이 공공용물을 자유사용 또는 일반사용을 하는 것은 공공용물의 사용목적에 대한 일종의 반사적 효과에 불과하여 엄밀한 의미에서 공법상 또는 사법상의 권리가 아니라고 할 것이다.⁴⁰⁾ 즉, 일반 공중이 공공용물의 자유사용 또는 일반사용은 일반적으로 공공용물이 변경 또는 제지되지 않고 현재의 상태를 유지할 것을 요구하거나 또는 새로운 공물을 설치해 줄 것을 요구할 수 있는 권리로서의 성질을 가지는 것이 아니라고 할 것이므로,⁴¹⁾ 헌법재판소에 민○희 외 8인이 경찰청장의 이 사건 통행제지행위에 의해 공물이 용권을 부당하게 제한받았다는 사유로 권리구제형 헌법소원을 청구할 수 없다고 봄이 타당하다. 그러므로 헌법재판소의 2009헌마406 결정에서 경찰청장의 이 사건 통행제지행위에 의해 민○희 외 8인의 일반적 행동자유권 이외에 공물이용권이 부당하게 제한되었는지에 대해서는 권리구제형 헌법소원의 심판의 대상으로 살펴볼 필요가 없었다고 할 것이다.

설사 헌법재판소의 2009헌마406 결정에서 헌법재판소 재판관 9인처럼 경찰청장의 이 사건 통행제지행위로 인해 민○희 외 8인의 서울광장을 자유롭게 통행할 수 있는 것을 권리로 보아, 공물이용권을 일종의 기본권으로 본다고 하더라도 민○희 외 8인이 경찰청장의 이 사건 통행제지행위로 인해 서울광장에서 통행이 제지된 것으로부터 제한된 기본

책, 501쪽.

39) 강문용, “공물사용의 법률관계”, 사법행정 제6집 제6호(한국사법행정학회, 1965), 13쪽.

40) 김남진, 앞의 논문, 49쪽.

41) 김남진·김연태, 앞의 책, 392쪽. 대법원도 이러한 견해를 취하고 있다고 할 것이다. 즉, 1992년 9월 22일에 대법원은 “일반적으로 도로는 국가나 지방자치단체가 직접 공중의 통행에 제공하는 것으로서 일반국민은 이를 자유로이 이용할 수 있는 것이기는 하나, 그렇다고 하여 그 이용관계로부터 당연히 그 도로에 관하여 특정한 권리나 법령에 의하여 보호되는 이익이 개인에게 부여되는 것이라고까지는 말할 수 없다.”라고 판시하였다. 대법원 1992. 9. 22. 선고, 91누13212 판결.

권은 공물이용권 이외에도 일반적 행동자유권을 들 수 있는바, 이 경우에 기본권의 경합시 해결이론 중 당해 사안과 가장 직접적이고 밀접한 관련이 있는 기본권⁴²⁾을 가장 우선적으로 주장하여 해결해야 한다는 이론⁴³⁾에 의하면 민○희 외 8인이 경찰청장의 이 사건 통행제지행위로 인해 서울광장에서 통행이 제지된 것은 민○희 외 8인이 자유롭게 그들 자신이 원하는 서울광장을 가로질러 통행을 하고 싶어 하는 행동을 하지 못하게 됨으로써 행복을 추구하지 못하게 되었다는 것이 가장 직접적으로 제한되었다고 할 것이므로 공물이용권 보다는 일반적 행동자유권이 우선적으로 제한되었다고 보는 것이 타당하여 공물이용권이 제한되었는지에 대해서는 살펴볼 필요가 없다고 할 것이다.

이러한 사유로 헌법재판소의 2009헌마406 결정에서 헌법재판소 재판관 9인이 민○희 외 8인이 서울광장을 통행할 수 있는 공물이용권은 청구권적 성격을 갖기 때문에 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 갖는 행복추구권에 포함되지 않는다고만 판시한 것⁴⁴⁾에 대해 찬동할 수 없다. 헌법재판소는 2009헌마406 결정에서 공물이용권을 하나의 권리 또는 기본권으로 볼 수 있는지 여부 및 설사 공물이용권을 하나의 권리 또는 기본권으로 보더라도 기본권의 경합시 당해 사안과 가장 밀접하게 연결되어 있는 기본권을 최우선적으로 주장하여 해결해야 한다는 해결이론에 의해 일반적 행동자유권이 제한되는지 여부 이외에 공물이용권이 제한되는지 여부를 살펴볼 필요가 없다는 것을 명시적으로 자שה 밝혔어야 했다.

42) 기본권의 경합시 경합된 기본권들 중 문제된 사안과 가장 직접적이고 밀접한 관계가 있는 기본권이 무엇인지에 대한 판단은 기본권을 주장하는 기본권 주체의 의도와 기본권을 제한하는 공권력의 동기를 감안하여 각 사안마다 개별적으로 판단해야 할 것이다. 홍성방, “기본권의 충돌과 경합”, 안암법학 제9집(세창출판사, 1998), 17쪽.

43) 이에 대해 자세한 것은 권영성, 앞의 책, 333쪽; 성낙인, 앞의 책, 348쪽; 정종섭, 앞의 책, 385쪽; 허영, 앞의 책, 270쪽; 헌법재판소 2003. 12. 18. 선고, 2002헌바 14·32(병합) 결정; BVerfGE 13, 290(296).

44) 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고, 2009헌마406 결정 중 4-가-(2) 참조.

IV. 이 사건 통행제지행위가 법률유보의 원칙에 반하는지의 여부

1. 헌법재판소 재판관들의 견해 개관

1.1 헌법재판소의 이강국 · 조대현 · 민형기 · 목영준 · 이정미 재판관들의 견해 개관

헌법재판소의 이강국 · 조대현 · 민형기 · 목영준 · 이정미 재판관들은 경찰청장의 이 사건 통행제지행위가 법률유보의 원칙에 위반되는지 여부에 대해서 아무런 견해를 밝히지 않았다.

1.2 헌법재판소의 김종대 · 송두환 재판관들의 견해 개관

헌법재판소의 김종대 · 송두환 재판관들은 경찰청장이 민○희 외 8인에 대한 이 사건 통행제지행위를 한 2009년 6월 3일 당시에 서울광장의 주변에서 경찰관직무집행법 제5조 제2항의 ‘소요사태’나 동법 제6조 제1항의 ‘급박성’이 없었고, 경찰의 임무 또는 경찰관의 직무 범위를 규정한 경찰법 제3조와 경찰관직무집행법 제2조는 그 성격과 내용 및 아래와 같은 이유로 ‘일반적 수권조항’이라 하여 국민의 기본권을 구체적으로 제한 또는 박탈하는 행위의 근거조항으로 삼을 수 없으므로, 이 규정들은 모두 경찰청장의 이 사건 통행제지행위 발동의 법률적 근거가 될 수 없어 법률유보의 원칙에 반하며, 설사 경찰법 제3조와 경찰관직무집행법 제2조를 일반적 수권조항으로 인정하더라도 이는 명확성의 원칙에 위반되므로,⁴⁵⁾ 경찰청장의 이 사건 통행제지행위는 민○희 외 8인의

45) 이에 대해 자세한 것은 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고, 2009헌마406 결정 중 6-나 참조.

일반적 행동자유권을 침해하였다는 (보충)의견을 제시했다.

1.3 헌법재판소의 이동흡·박한철 재판관들의 견해 개관

헌법재판소의 이동흡·박한철 재판관들은 시의적절하고 효율적인 경찰권 행사를 위한 현실적 필요성과 경찰권 발동의 근거가 되는 일반조항을 인정하더라도 경찰권 발동에 대한 조리상의 원칙이나 법원의 통제에 의해 그 남용이 억제될 수 있으므로, 경찰법 제3조와 경찰관직무집행법 제2조는 일반적 수권조항으로서 경찰권 발동의 법적 근거가 될 수 있다는 점에서 이 규정들에 근거한 경찰청장의 이 사건 통행제지행위는 법률유보의 원칙에 위반되지 않아 민○희 외 8인의 일반적 행동자유권이 침해되지 않는다는 (반대)의견을 제시했다.⁴⁶⁾

2. 법률유보의 원칙 개관

‘법률유보의 원칙’이란 국가 공권력이 국민의 기본권을 제한하기 위해서는 국가안전보장이나 질서유지 또는 공공복리를 실현하기 위해서 필요 불가피한 경우에 한하여 국민의 대표기관인 국회에서 제정하는 법률에 의해서만 할 수 있다는 원칙을 뜻한다.⁴⁷⁾

즉, 법률유보는 국민의 기본권 제한의 방법으로 법률의 형식을 요구하는 것으로, 오늘날 대의민주주의 국가에서는 법률유보가 의회유보로 인식되어 포괄적 위임입법이 금지되고 있고, 특히 국민의 기본권 실현과 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정해야 한다는 ‘의회유보의 원칙’이 내포된다.⁴⁸⁾

46) 이에 대해 자세한 것은 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고, 2009헌마406 결정 중 7-가 참조.

47) 헌법재판소 1990. 9. 03. 선고, 89헌가95 결정.

48) 명재진, “국가에 의한 지문강제날인제도의 헌법적 문제점”, 공법학연구 제7권 제1호

이에 대해 헌법재판소도 “법률유보의 원칙은 오늘날 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 되는 것이 아니고, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역인 국민의 기본권 실현에 관한 영역에 대해서는 행정부에 맡기지 말고, 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대해 결정해야 한다는 ‘의회유보의 원칙’을 포함한다.”라고 판시하였다.⁴⁹⁾ 이러한 취지로 독일 연방헌법재판소도 “법률유보의 원칙이란 법률에서 기본권을 침해할 때 및 기본권을 실현할 때의 본질적인 사항에 대한 것은 국회 스스로 결정해 놓아야 한다는 원칙을 뜻한다.”라고 판시하였다.⁵⁰⁾

3. 이 사건 통행제지행위가 법률유보의 원칙에 반하는지에 대한 검토

3.1 헌법재판소의 이강국 · 조대현 · 민형기 · 목영준 · 이정미 재판관들의 견해에 대한 비판적 검토

경찰청장은 민○희 외 8인에게 노무현 전 대통령 서거 직후인 2009년 5월 23일 즈음부터 서울광장의 주변에서 일부 시민들과 경찰 간에 산발적 충돌이 있었고, 2009년 5월 30일 경에는 서울광장에서 범국민대회를 개최하려는 시위대의 서울광장 인근 도로 점거 및 경찰버스 손괴 등 경찰과의 충돌이 있었기 때문에 2009년 6월 3일에 이 사건 통행제지행위를 하였다. 이에 민○희 외 8인은 이러한 경찰권의 행사에 의해 그들의 서울광장을 자유롭게 통행할 수 있는 헌법상의 일반적 행동자유권을 제한받았다. 따라서 이러한 경찰청장의 행위 즉, 국가 공권력의 행사시

(한국비교공법학회, 2006), 205쪽.

49) 헌법재판소 1999. 5. 27. 선고, 98헌바70 결정.

50) BVerfGE 98, 218(251).

에는 위에서 살펴본 법률유보의 원칙⁵¹⁾에 의해 반드시 그 법적 근거가 있어야 그 행위가 정당화될 수 있다.

이러한 사유로 헌법재판소의 2009헌마406 결정에서 경찰청장의 이 사건 통행제지행위가 법률유보의 원칙에 위반되는지에 대해 아무런 견해를 밝히지 않은 헌법재판소의 이강국·조대현·민형기·목영준·이정미 재판관들의 견해에 찬동할 수 없다.

3.2 헌법재판소의 김종대·송두환 재판관들의 견해에 대한 비판적 검토

경찰청장은 2009년 5월 23일 즈음부터 서울광장 주변에서 일부 시민들 또는 시위대와 경찰 간에 산발적 충돌이 있었지만, 이러한 충돌이 한 지방의 평화나 평온을 해할 우려가 있는 정도에 이르렀던 것은 아니었다는 점과 경찰청장이 민○회 외 8인에게 이 사건 통행제지행위를 했던 2009년 6월 3일에는 이러한 충돌사태가 있지 않았기 때문에 경찰권을 행사하기 위해서 소요사태의 존재를 필요로 하는 경찰관직무집행법 제5조 제2항은 경찰청장의 이 사건 통행제지행위의 발동의 법률적 근거가 될 수 없다고 할 것이다. 그리고 2009년 5월 23일 즈음부터 서울광장 주변에서 일부 시민들 또는 시위대와 경찰 간에 산발적 충돌이 있었다는 사실만으로 2009년 6월 3일에 곧 범죄가 발생할 급박한 상황이 존재하였다고 할 수 없으므로, 경찰권을 행사하기 위해서 범죄발생의 급박한 상황일 것을 필요로 하는 경찰관직무집행법 제6조 제1항은 경찰청장의 이 사건 통행제지행위 발동의 법률적 근거가 될 수 없다고 할 것이다.

그러나 오늘날 사회가 급변하고 복잡하고 다양하게 전개되어 나감에 따라 발생하는 각종 위해는 경찰관직무집행법에서 미처 규율하지 못한 새롭고 복잡하며 온갖 다양한 형태로 발생하기 때문에 경찰이 이에 신속하고

51) 본 논문의 VI-2번 참조.

적절하게 대응하여 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위해서는 경찰권 행사의 대상·방법·범위 등을 일일이 구체적이고 확정적으로 모두 경찰관직무집행법에 미리 규정해 놓을 수 없다고 할 것이다. 따라서 경찰관직무집행법에 이를 일반적이고 포괄적으로 규정해 놓을 필요성이 있다.⁵²⁾

즉, 국가는 “... 우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서...”라고 규정한 헌법 전문과 헌법 제10조 및 헌법 제34조 제6항⁵³⁾에 의해 오늘날 온갖 복잡하고 다양한 형태로 발생하는 위해에 대해 경찰로 하여금 신속하고 적절하게 대응하여 공공의 안녕과 질서를 유지시킬 헌법적 책무가 있는바, 이러한 헌법적 책무에 의해 개괄적 수권조항은 헌법상 필요하다⁵⁴⁾고 할 것이다.⁵⁵⁾

이러한 경찰관직무집행법상 개괄적 수권조항의 헌법적 필요성에 의해 경찰관직무집행법에 그 법적 근거에 대해 살펴보면 다음과 같은 사유로 동법 제5조 제1항으로 보는 것이 타당하다. 즉, 동법 제5조 제1항에 의하면 “경찰관은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마류 등의 출현, 극단한 혼잡 기타 위험한 사태가 있을 때에는 다음의 조치를 할 수 있다. 1. 그 장소에 집합한 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 필요한 경고를 발하는 것, 2. 특히 긴급을 요할 때에는 위해를 받을 우려가 있는 자를 필요한 한도 내에서 억류하거나 피난시키

52) 이와 같은 취지의 독일 견해로는 Wolf-Rüdiger Schenke, *Polizei-und Ordnungsrecht*, in: U. Steiner(Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht* (Heidelberg, 1995), 175쪽.

53) 헌법 제34조 제6항에 의하면 “국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.”라고 규정되어 있다.

54) 이희훈, “집회시 경찰권 행사의 법적 근거와 한계-개괄적 수권조항을 중심으로-”, 경찰학연구 제8권 제3호(경찰대학교, 2008), 95쪽. 이 밖에 개괄적 수권조항이 헌법상 인정될 필요가 있다는 견해로는 김남진·김연태, 앞의 책, 262쪽; 김성수, 앞의 책, 459쪽 이하; 김재호, 앞의 논문, 17쪽; 김철용, 앞의 책, 252쪽 이하; 박균성, 앞의 책, 504쪽; 홍정선, 경찰행정법(박영사, 2007), 261쪽 이하.

55) 이희훈, 앞의 논문, 94쪽.

는 것, 3. 그 장소에 있는 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 위해 방지상 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 스스로 그 조치를 하는 것 …”이라고 규정되어 있다.

동법 제5조 제1항에서 “기타 위험한 사태가 있을 때에는 다음의 조치를 할 수 있다.”라는 부분은 경찰이 오늘날 입법보다 앞서가는 각종 건물, 도로, 제방, 전기, 수도 등에 대한 파괴, 손괴, 화재 등에 대해 발생하는 온갖 형태의 위해의 발생에 대해 방지조치를 하기 위해서 경찰권을 행사할 수 있는 권한규범 즉, 경찰작용법에 해당한다. 따라서 경찰은 동법 제5조 제1항에 의해 오늘날 발생하는 다양한 종류의 각종 위해의 형태가 포섭되지 않는 경우는 거의 없다는 점과 동 규정의 제3호에서 위해의 방지상 필요하다고 인정되는 조치를 취할 수 있다고 하여 경찰이 취할 수 있는 조치를 특정하고 있지 않다는 점에 비추어 볼 때 동 규정을 개괄적 수권조항으로 보는 것이 타당하다.⁵⁶⁾

또한 어떤 법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형화 된다면 오늘날 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없기 때문에 법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다는 점만으로 헌법이 요구하는 명확성의 원칙에 반드시 반한다고 볼 수는 없다는 점에서 경찰관직무집행법상 개괄적 수권조항을 인정한다고 하더라도 개괄적 수권조항의 구성요건의 다소 광범위하다는 이유만으로 바로 명확성의 원칙에 위반되지 않는다고 보는 것이 타당하다.⁵⁷⁾

따라서 동법 제5조 제1항은 개괄적 수권조항이 되고, 이 규정이 명확성

56) 김성태, “위험방지조치와 구체적 위험”, 법학연구 제5호(홍익대 법학연구소, 2003), 79쪽 이하; 서정범, “경찰권발동의 근거-개괄적 수권조항을 중심으로”, 중앙법학 제8집 제1호(중앙법학회, 2006), 175쪽 이하; 이희훈, 위의 논문, 99쪽.

57) 이희훈, “선거 후보자의 명함 배부 제한에 대한 헌법적 고찰-헌법재판소 2010. 2. 25. 선고, 2008 헌바10 결정에 대한 평석-”, 법학논총 제18집 제1호(조선대 법학연구소, 2011), 145쪽.

의 원칙에 반하지 않는다는 점에 비추어 볼 때 경찰청장의 이 사건 통행 제지행위에 대해서는 그 법률적 근거가 있다는 점에서 경찰청장의 이 사건 통행제지행위는 법률유보의 원칙에 위반되지 않는다고 할 것이다.

이러한 사유로 헌법재판소의 2009헌마406 결정에서 경찰청장의 이 사건 통행제지행위에 대한 법률적 근거로 헌법재판소의 김종대·송두환 재판관들의 견해처럼 동법 제5조 제2항과 동법 제6조 제1항을 들 수 없다는 점에는 찬동하지만, 경찰청장의 이 사건 통행제지행위에 대한 경찰관직무집행법상 그 법률적 근거가 없어 법률유보의 원칙에 위반된다고 밝힌 것과 설사 경찰관직무집행법에 개괄적 수권조항이 있음을 인정하더라도 그 규정은 바로 명확성의 원칙에 위반되어 위헌적 규정이라고 밝힌 것에 대해서는 찬동할 수 없다.

3.3 헌법재판소의 이동흙·박한철 재판관들의 견해에 대한 비판적 검토

경찰관직무집행법 제2조⁵⁸⁾ 본문에서 “경찰관은 다음 각호의 직무를 행한다.”라고 명시적으로 규정되어 있는바, 동법 제2조 제5호는 경찰의 직무범위를 정한 경찰조직법에 불과한 것이지 경찰에게 개인의 권리를 제한할 수 있는 권한을 부여하는 경찰작용법이 아니라는 것을 명확하게 규정하고 있다는 점에서 동법 제2조 제5호의 “기타 공공의 안녕과 질서 유지”라는 규정을 개괄적 수권조항으로 볼 수 없다고 봄이 타당하다.⁵⁹⁾

또한 경찰법 제3조⁶⁰⁾는 그 본문에서 “국가경찰의 임무는 다음 각 호와

58) 경찰관직무집행법 제2조에 의하면 “경찰관은 다음 각호의 직무를 행한다. 1. 국민의 생명·신체 및 재산의 보호, 2. 범죄의 예방·진압 및 수사, 3. 경비·요인경호 및 대간첩작전수행, 4. 치안 정보의 수집·작성 및 배포, 5. 교통의 단속과 위해의 방지, 6. 기타 공공의 안녕과 질서유지”라고 규정되어 있다.

59) 이희훈, 앞의 논문(주 54), 98쪽.

60) 경찰법 제3조에 의하면 “국가경찰의 임무는 다음 각 호와 같다. 1. 국민의 생명·신체

같다.”라고 명시적으로 규정되어 있는바, 동법 제3조 제6호는 경찰의 임무범위를 정한 경찰조직법에 불과한 것이지 경찰에게 개인의 권리를 제한할 수 있는 권한을 부여하는 경찰작용법이 아니라는 것을 명확하게 규정하고 있다는 점에서 동법 제3조 제6호의 “그 밖의 공공의 안녕과 질서유지”라는 규정을 개괄적 수권조항으로 볼 수 없다고 봄이 타당하다.

이러한 사유로 헌법재판소의 2009헌마406 결정에서 이동흡·박한철 헌법재판소 재판관들이 경찰청장의 이 사건 통행제지행위에 대해 법률유보의 원칙에 반하지 않는다고 밝힌 것에 대해서는 찬동하지만, 경찰청장의 이 사건 통행제지행위에 대한 법적 근거 즉, 경찰청장의 이 사건 통행제지행위는 경찰관직무집행법 제2조와 경찰법 제3조를 개괄적 수권조항으로 보아 법률유보의 원칙에 반하지 않는다는 밝힌 것에 대해서는 찬동할 수 없다.

V. 이 사건 통행제지행위가 비례의 원칙에 반하는지의 여부

1. 헌법재판소 재판관들의 견해 개관

1.1 헌법재판소의 이강국·조대현·민형기·목영준·이정미·김종대·송두환 재판관들의 견해 개관

헌법재판소의 이강국·조대현·민형기·목영준·이정미·김종대·송두환 재판관들은 경찰청장이 민○회 외 8인에게 이 사건 통행제지행

및 재산의 보호, 2. 범죄의 예방·진압 및 수사, 3. 경비·요인경호 및 대간첩작전수행, 4. 치안정보의 수집·작성 및 배포, 5. 교통의 단속과 위해의 방지, 6. 그 밖의 공공의 안녕과 질서유지”라고 규정되어 있다.

위를 했던 2009년 6월 3일에 서울광장의 주변에서 노무현 전 대통령을 추모하는 사람들이 많이 모여 있었다거나 그 인근에서 일부 시민들의 불법적인 폭력행사가 있었다는 이유만으로 그러한 폭력행위가 발생한 날로부터 4일이 지나는 날까지 경찰청장이 이 사건 통행제지행위와 같은 행위를 계속 그대로 유지해야 할 급박하고 명백한 불법적인 폭력 집회나 시위의 위험성이 없었고, 그 당시 서울광장에 일부 통로의 개설이나 오전 또는 오후의 특정 시간대에 일반 시민들의 통행을 허용하는 등의 방법을 사용하지 않고 일체 서울광장에서 집회나 시위를 금지하고 모든 시민들의 통행조차 전면적이고 광범위하게 금지했던 경찰청장의 이 사건 통행제지행위는 필요하고도 최소한의 조치로 볼 수 없어 비례의 원칙 중 최소 침해의 원칙에 반하며, 경찰청장이 그 당시에 대규모의 불법·폭력 집회나 시위를 막아 시민들의 생명·신체와 재산을 보호하려는 공익은 이러한 비교적 덜 제한적인 여러 수단들에 의해 달성될 수 있었다는 점에서 일반 시민들이 입은 실질적이고 현존하는 불이익은 이러한 공익보다 더 크므로, 비례의 원칙 중 법익 균형의 원칙에 반하여 경찰청장의 이 사건 통행제지행위는 민○회 외 8인의 일반적 행동자유권을 침해하였다고 판시했다.⁶¹⁾

1.2 헌법재판소의 이동흡·박한철 재판관들의 견해 개관

헌법재판소의 이동흡·박한철 재판관들은 경찰청장의 이 사건 통행제지행위가 서울광장의 이용을 일시적으로 제한한 것이고, 우회로를 통행할 수 있었으며, 만약 서울광장에 일부 통로를 개설하여 개별적인 통행을 허용하였을 경우 불법 집회나 시위의 목적을 가진 자들이 그 출입 목적을 속여 서울광장을 이용해 경찰 목적을 실현할 수 없게 되고, 그

61) 이에 대해 자세한 것은 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고, 2009헌마406 결정 중 4-나-(2) 참조.

당시에 대규모 불법·폭력 집회나 시위가 발생할 위험성이 있었으므로, 특정 시간대에 통행을 허용하는 것은 현실적인 대안이 될 수 없어 비례의 원칙 중 최소 침해의 원칙에 반하지 않으며, 불법·폭력 집회나 시위로부터 시민의 생명과 신체·재산을 보호하려는 공익은 일시적으로 서울광장에서 여가활동이나 통행을 하지 못하는 불편함보다 크다고 할 것이므로 비례의 원칙 중 법익 균형의 원칙에 반하지 않아 민○회 외 8인이 청구한 헌법소원은 기각되어야 한다는 반대 의견을 제시했다.⁶²⁾

2. 비례의 원칙 개관

헌법상 ‘비례의 원칙’은 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권 제한의 입법의 한계 원리로서, 이 원칙은 헌법 제37조 제2항에서 ‘필요한 경우에 한하여’라는 기본권을 제한하는 입법목적에 대한 방법의 통제에 그 중점을 두고 있는바,⁶³⁾ 기본권을 제한하는 법률이 비례의 원칙에 비추어 합헌이 되려면 기본권을 제한하는 법률이 국가안전보장이나 질서유지 또는 공공복리라는 목적을 달성하기 위하여 입법자가 선택한 수단은 그 목적을 실현하는데 적합해야 한다는 것을 뜻하는 ‘수단의 적합성’ 원칙과 입법자가 국가안전보장이나 질서유지 또는 공공복리라는 목적을 달성하기 위해 적합한 여러 개의 수단이 있을 때 이러한 여러 개의 적합한 수단들 중 개인의 기본권을 가장 적게 제한하면서 그 법률이 달성하려는 목적을 달성할 수 있는 수단을 선택해야 한다는 것을 뜻하는 ‘최소 침해의 원칙’ 및 기본권을 제한하는 조치에 의해 달성하려는 공익과 침해되는 사익 간에 비교형량을 했을 때 보호하려는 공익이 침해되는 사익보다

62) 이에 대해 자세한 것은 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고, 2009헌마406 결정 중 7-나-(3) 참조.

63) 이희훈, “집회 및 시위에 관한 법률 제5조 제1항에 대한 연구-헌재 2010. 4. 29, 2008헌바 118결정에 대한 평석을 겸하여-”, 헌법학연구 제16권 제3호(한국헌법학회, 2010), 559쪽 이하.

더 커야 하거나 또는 최소한 균형관계에 있어야 기본권을 제한하는 법률은 합헌이 된다는 것을 뜻하는 ‘법익 균형의 원칙’으로 구성된다.⁶⁴⁾

이러한 비례의 원칙을 경찰권의 행사와 관련하여 살펴보면 다음과 같은 세 가지의 원칙으로 세분된다. 첫째, 비례의 원칙 중 적합성의 원칙은 경찰기관이 취한 조치나 수단이 그가 의도하는 목적을 달성하는 데에 적합해야 한다는 원칙으로, 경찰기관의 조치나 수단은 공공의 안녕이나 질서에 대한 위해를 방지하는데 적합하고, 그를 시행하는 것이 수범자에게 사실적으로나 법적으로 가능하여야 한다는 것을 뜻하며, 적합성의 원칙이 행정 목적을 달성하는 데 있어 가장 적합한 수단일 것을 요구하는 것이 아니라, 행정 목적의 달성에 기여할 수 있으면 충분하다.⁶⁵⁾ 둘째, 비례의 원칙 중 필요성의 원칙(최소 침해의 원칙)은 행정 목적의 달성을 위해 사용되는 수단이 필요한 한도 이상으로 행해져서는 안 된다는 것을 뜻하는바, 일정한 행정 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이 여러 가지가 있을 때 행정기관이 그 중에서 수범자에게 가장 적은 부담을 주는 수단 즉, 가장 권익의 침해를 최소화하는 수단을 선택해야 한다는 것을 뜻한다.⁶⁶⁾ 셋째, 비례의 원칙 중 상당성의 원칙(좁은 의미의 비례의 원칙)은 공공의 안녕과 질서에 대한 위해를 제거하기 위하여 동원하는 수단이 행정 목적의 달성에 적합하고 또한 최소한의 권리 침해를 가져온

64) 이러한 비례의 원칙에 대해 자세한 것은 권영성, 앞의 책, 352쪽 이하; 김대환, “헌법재판의 심사기준의 다양화 가능성과 과잉금지원칙의 헌법적 근거”, 세계헌법연구 제12권 제2호(국제헌법학회 한국학회, 2006), 34쪽 이하; 김철수, 앞의 책, 437쪽 이하; 성낙인, 앞의 책, 366쪽 이하; 이희훈, “일반 교통방해죄와 외교기관 인근 집회·시위 금지에 대한 헌법적 평가—헌법재판소 2010. 03. 25. 선고, 2009헌가2 결정과 헌법재판소 2010. 10. 28. 선고, 2010헌마111 결정에 대한 비판을 중심으로—”, 공법연구 제39집 제3호(한국공법학회, 2011), 284쪽 이하; 전광식, 앞의 책, 236쪽 이하; 정종섭, 앞의 책, 372쪽 이하; 허영, 앞의 책, 290쪽 이하; 홍완식, “헌법재판소의 결정을 통해 본 입법의 원칙”, 헌법학연구 제15권 제4호(한국헌법학회, 2009), 504쪽 이하.

65) 김남진·김연태, 앞의 책, 283쪽 이하.

66) 김남진·김연태, 위의 책, 284쪽.

다고 하더라도 공권력의 발동을 통한 공익보다 이를 자체함으로써 보호되는 사익을 비교 형량하여 후자의 이익이 우월한 경우에는 행정권의 행사를 할 수 없다는 원칙을 뜻한다.⁶⁷⁾

3. 이 사건 통행제지행위가 비례의 원칙에 반하는지에 대한 검토

2009년 5월 23일에 노무현 전 대통령이 서거하였고, 이에 서울광장 건너편에 있는 덕수궁 대한문 앞에 시민분향소가 설치되었다. 이에 많은 사람들이 이 분향소를 찾아 조문을 하던 중 그 주변에서 고인을 추모하기 위해서 또는 고인에 대한 검찰수사에 대한 항의를 하기 위해서 서울광장 주변에서 일부 시민들과 경찰 간에 산발적 충돌이 있었고, 2009년 5월 30일 즈음에는 서울광장에서 범국민대회를 개최하려는 시위대의 서울광장 인근 도로 점거 및 경찰버스 손괴 등 경찰과의 충돌이 있었지만, 이러한 충돌이 서울광장의 주변의 평화나 평온을 크게 해쳐 시민의 생명과 신체 및 재산이 침해하는 등 공공의 안녕과 질서를 유지시킬 수 없을 정도에 이르지 않았다는 점과 2009년 6월 3일에는 집회나 시위의 개최자와 경찰 간에 어떤 물리적 충돌도 존재하지 않았다는 점에 비추어 볼 때 그 당시에 경찰청장이 서울광장에 시민들의 출입이나 통행을 허락하거나 집회나 시위를 허용한다면 이들이 불법·폭력적인 대규모의 집회나 시위로 변질·확산되어 공공의 안녕과 질서를 해칠 위해가 발생할 가능성이 높다고 판단한 것은 순전히 가상적이고 추상적인 위험성만을 가지고 일체 전면적이고 포괄적으로 민○회 외 8인의 일반적 행동자유권을 부당하게 제한한 것으로서, 민○회 외 8인에게 서울광장에 출입하거나 통행하는 것 일체를 제지한 이 사건 통행제지행위는 그 목적이 정당하지 않은 위헌적인 공권력의 행사였다고 봄이 타당하다.

67) 김성수, 앞의 책, 494쪽.

설사 2009년 6월 3일에 경찰청장이 서울광장 주변에서 집회나 시위가 개최된다면 대규모의 집회나 시위로 확산되어 그러한 집회나 시위가 불법·폭력적인 집회나 시위로 변질돼 위해가 발생할 가능성이 높아 이로부터 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위해 2009년 6월 3일에 민○회 외 8인의 서울광장에서의 통행을 일체 막는 조치를 한 것에 대해 그 목적이 정당하고, 이러한 경찰청장의 이 사건 통행저지행위라는 수단이나 방법이 2009년 6월 3일 당시에 서울광장에서의 불법·폭력적인 집회나 시위의 발생을 사전에 방지하여 공공의 안녕과 질서를 유지하려는데 도움이 된다는 이유로 비례의 원칙 중 수단의 적절성에 합치됨을 인정하더라도 다음과 같은 사유로 경찰청장의 이 사건 통행저지행위는 비례의 원칙 중 최소 침해의 원칙과 좁은 의미의 비례의 원칙에 위반되어 위헌적인 공권력의 행사였다고 봄이 타당하다.

즉, 경찰청장의 이 사건 통행저지행위가 있었던 2009년 6월 3일은 일부 시민들이 2009년 5월 30일 오후에 서울광장에서 일부 불법적인 폭력행위가 있었던 날로부터 4일이 지난 후로서, 2009년 5월 30일 이후부터 6월 2일까지의 기간 동안 서울광장 주변에서 추모 등을 하기 위해 모여 있는 사람들과 경찰 간에 물리적 충돌이 없었으며, 2009년 6월 3일 당일에도 이들과 특별한 경찰과의 물리적 충돌이 없었다는 점에서 서울광장의 주변을 완전히 둘러싸 차벽을 만든 경찰버스의 몇 군데에 통로를 개설하고, 경찰이 그 출입을 통제하여 대규모의 불법·폭력적인 집회나 시위의 개최되는 것을 막으면서 시민들이 개별적으로 서울광장을 통행할 수 있게 하며, 대규모의 불법·폭력 집회나 시위가 개최될 가능성이 적은 시간대라든가 서울광장 주변의 건물에 출근이나 왕래가 많은 오전 시간대에만 일부 통제를 해제하여 민○회 외 8인과 같은 시민들이 서울광장을 가로질러 통행할 수 있게 조치를 하지 않고, 경찰청장이 이 사건 통행저지행위에 의해 민○회 외 8인과 같은 시민들의 서울광장에서의 통행을 일체 전면적이고 포괄적으로 금지한 것은 비례의 원칙

중 필요성의 원칙에 반하는 위헌적인 공권력의 행사였다고 할 것이다.

따라서 경찰청장이 이 사건 통행제지행위에 의해 대규모의 불법·폭력 집회나 시위를 막아 시민들의 생명·신체와 재산을 보호하려는 공익보다 이러한 조치로 인해 민○회 외 8인과 같은 시민들이 서울광장을 가로질러 통행하지 못하고 서울광장 내에서 여가나 문화활동을 일체 전면적이고 포괄적으로 할 수 없게 되어 침해되는 헌법상의 일반적 행동자유권이라는 사익이 더 크다는 점에서 비례의 원칙 중 상당성의 원칙에 반하는 위헌적인 공권력의 행사였다고 할 것이다.

이러한 사유로 헌법재판소의 2009헌마406 결정에서 이동흡·박한철 헌법재판소 재판관들이 경찰청장의 이 사건 통행제지행위가 비례의 원칙에 반하지 않는다고 밝힌 견해에 찬동할 수 없고, 헌법재판소의 이강국·조대현·민형기·목영준·이정미·김종대·송두환 재판관들이 경찰청장의 이 사건 통행제지행위는 비례의 원칙에 반하여 민○회 외 8인의 일반적 행동자유권을 침해하였다고 판시한 것에 찬동한다.

Ⅵ. 결 론

이상에서 살펴보았듯이 먼저 경찰청장의 이 사건 통행제지행위는 행정상의 즉시강제로서, 이는 권력적 사실행위에 속하기 때문에 권리구제형 헌법소원의 대상이 되는 ‘공권력의 행사’에 해당하며, 민○회 외 8인은 자신의 서울광장을 통행할 권리를 직접 침해받았다고 할 것이다. 그리고 경찰청장이 민○회 외 8인의 통행을 제지한 다음 날인 2009년 6월 4일에 서울광장을 둘러싸고 있던 경찰버스들을 철수시키고 통행제지행위를 중지하였기 때문에 민○회 외 8인에게 행정쟁송을 제기하라고 강제하는 것은 소의 이익이 부정될 가능성이 높아 그 절차에 의한 권리구제의 가능성은 희박하므로, 민○회 외 8인은 행정쟁송 절차를 거치지

않고 바로 권리구제형 헌법소원을 제기하더라도 이는 보충성의 예외로서 허용된다고 할 것이다. 또한 경찰청장의 민○희 외 8인 등에 대하여 사건 통행제지행위는 종료되었으므로, 민○희 외 8인의 주관적 권리구제에는 도움이 되지 않지만, 장차 이러한 기본권의 침해의 발생이 반복될 수 있으므로, 권리구제형 헌법소원의 현재성 요건과 권리보호이익의 요건도 갖추었다고 할 것이다. 따라서 헌법재판소의 2009헌마406 결정에서 민○희 외 8인의 권리구제형 헌법소원이 청구요건을 갖추었다고 판시한 것은 타당하다.

다음으로 민○희 외 8인은 경찰청장의 이 사건 통행제지행위로 인하여 자신들의 일반적 행동자유권과 거주·이전의 자유 및 공물이용권이 부당하게 제한되었다는 사유로 권리구제형 헌법소원을 청구하였다. 민○희 외 8인이 서울광장을 통행하려는 것은 그들의 생활형성의 중심지인 거주지나 체류지라고 할 정도에 이르지 못하는 일시적인 이동을 위해 장소를 변경하려는 것으로, 이는 거주·이전의 자유의 보호영역에 속하지 않는다고 할 것이다. 그리고 공물이용권은 일반 공공이 공공용물을 자유사용 또는 일반사용을 할 때 공공용물의 사용목적에 대한 일종의 반사적 효과에 불과하여 권리가 아니라는 점 및 공물이용권을 하나의 권리로 보더라도 기본권의 경합시 해결이론 중 당해 사안과 가장 밀접하게 연관되어 있는 기본권을 최우선적으로 주장해서 해결해야 한다는 이론에 비추어 볼 때 경찰청장의 이 사건 통행제지행위에 의해 민○희 외 8인은 서울광장을 자유롭게 통행할 수 없게 되어 일반적 행동자유권이라는 기본권이 가장 밀접하게 제한된다는 점에서 민○희 외 8인은 경찰청장의 이 사건 통행제지행위에 의해 일반적 행동자유권만 부당하게 제한되었는지를 헌법재판소에 권리구제형 헌법소원으로 청구했어야만 했다. 따라서 헌법재판소의 2009헌마406 결정에서 공물이용권의 제한 여부에 대해 이러한 내용을 자세히 밝히지 않은 것은 타당하지 않다.

그리고 경찰청장의 이 사건 통행제지행위는 공권력의 행사로서 민○

희 외 8인의 일반적 행동자유권을 제한하기 때문에 침익행정에 속하여 반드시 법률에 그 근거가 있어야 하는바, 경찰관직무집행법 제5조 제1항을 개괄적 수권조항으로 보아 경찰청장의 이 사건 통행제지행위는 그 법률적 근거가 있다는 점에서 경찰청장의 이러한 행위는 법률유보의 원칙에 위반되지 않는다고 할 것이다. 따라서 헌법재판소의 2009헌마 406 결정에서 경찰청장의 이 사건 통행제지행위가 법률유보의 원칙에 위반되는지 여부에 대해서 아무런 견해를 밝히지 않은 헌법재판소 이강국·조대현·민형기·목영준·이정미 재판관들의 견해와 이 사건 통행제지행위가 법률유보의 원칙에 위반된다고 본 김종대·송두환 헌법재판소 재판관들의 견해는 타당하지 않고, 법률유보의 원칙에 위반되지 않는다고 본 이동흡·박한철 헌법재판소 재판관들의 견해도 그 결과는 타당하지만, 합헌의 근거를 도출해 내는 이유는 타당하지 않다.

또한 일부 시민들이 2009년 5월 30일 오후에 서울광장에서 일부 불법적인 폭력행위가 있었던 날로부터 6월 2까지의 기간을 포함하여 2009년 6월 3일에도 서울광장 주변에서 추모 등을 하기 위해 모여 있는 사람들과 경찰 간에 어떠한 물리적 충돌도 없었다는 점에서 경찰청장이 이 사건 통행제지행위를 통해 불법·폭력적인 대규모의 집회나 시위로 변질·확산되어 공공의 안녕과 질서를 해칠 위해의 발생을 방지하겠다고 판단한 것은 순전히 가상적이고 추상적인 위험성만을 가지고 민○희 외 8인 등 시민들에게 서울광장을 일체 전면적이고 포괄적으로 금지한 것으로, 이는 그 목적이 정당하지 않은 위헌적인 공권력의 행사였다고 할 것이다. 설사 그 목적의 정당성을 인정하더라도 서울광장의 주변에 차벽을 만든 경찰버스의 몇 군데에 통로의 개설과 대규모의 불법·폭력 집회나 시위가 개최될 가능성이 적은 시간대라든가 서울광장 주변의 건물에 출근이나 왕래가 많은 오전 시간대에만 일부 통제를 해제하는 등의 방법을 통해 민○희 외 8인과 같은 시민들의 일반적 행동자유권의 침해를 최소화하지 않았기 때문에 경찰청장의 이 사건 통행제지행위는

비례의 원칙 중 필요성의 원칙에 반한다고 할 것이다. 따라서 경찰청장의 이 사건 통행제지행위에 의해 보호하려는 민○희 외 8인과 같은 시민들의 생명·신체와 재산이라는 공익보다는 이로 인해 침해되는 민○희 외 8인과 같은 시민들의 일반적 행동자유권이 더 크기 때문에 경찰청장의 이 사건 통행제지행위는 비례의 원칙 중 상당성의 원칙에 반한다고 할 것이다. 이러한 사유로 헌법재판소의 2009헌마406 결정에서 이동흡·박한철 헌법재판소 재판관을 제외한 헌법재판소 재판관들 7인이 경찰청장의 이 사건 통행제지행위가 비례의 원칙에 위반된 위헌적 공권력의 행사였음을 확인한다고 판시한 것은 타당하다.

(투고일 2011년 12월 31일, 심사(의뢰)일 2012년 1월 12일, 게재확정일 2012년 2월 8일)

주제어 : 서울광장 통행제지행위, 일반적 행동자유권, 개괄적 수권조항, 법률유보의 원칙, 비례의 원칙

참고문헌

1. 단행본

- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010.
- 김남진, 경찰행정법, 경세원, 2002.
- 김남진/김연태, 행정법Ⅱ, 법문사, 2011.
- 김동희, 행정법Ⅱ, 박영사, 2010.
- 김성수, 개별행정법, 법문사, 2004.
- 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.
- 김철용, 행정법Ⅱ, 박영사, 2010.
- 박균성, 행정법론(하), 박영사, 2008.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2011.
- 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2011.
- 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2010.
- 허영, 한국헌법론, 박영사, 2010.
- 홍정선, 경찰행정법, 박영사, 2007.
- _____, 행정법원론(하), 박영사, 2008.
- Albert Bleckmann, *Staatsrecht II-Die Grundrechte*, Köln, 1989.
- Alfred Dietel/Kurt Gintzel/Michael Kniesel, *Demonstrations und Versammlungsfreiheit, Kommentar zum Gesetz über Versammlungen und Aufzüge*, Köln, 2004.
- Robert Alexy, *Die Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1985.

2. 논문

- 강문용, “공물사용의 법률관계”, 사법행정 제6집 제6호, 한국사법행정학회, 1965.
- 권형준, “거주·이전의 자유에 대한 연구”, 법학논총 제25집 제3호, 한양대 법학연구소, 2008.
- 김남진, “공물의 사용관계”, 사법행정 제5집 제1호, 한국사법행정학회, 1964.
- _____, “즉시강제이론의 재구성”, 고시계 제374호, 국가고시학회, 1988.
- 김대환, “헌법재판의 심사기준의 다양화 가능성과 과잉금지원칙의 헌법적 근거”, 세계헌법연구 제12권 제2호, 국제헌법학회 한국학회, 2006.
- 김성태, “위험방지조치와 구체적 위험”, 법학연구 제5호, 홍익대 법학연구소, 2003.
- 김재호, “경찰권의 근거-일반적 수권조항과의 관계를 중심으로-”, 저스티스 제32권 제2호, 한국법학원, 1999.
- 명재진, “국가에 의한 지문강제날인제도의 헌법적 문제점”, 공법학연구 제7권 제1호, 한국비교공법학회, 2006.
- 박규하, “경찰행정법에 있어서 공공의 안녕·질서의 개념과 개괄적 수권규정”, 외법논집 제26집, 한국외대 법학연구소, 2007.
- 서정범, “경찰권발동의 근거-개괄적 수권조항을 중심으로”, 중앙법학 제8집 제1호, 중앙법학회, 2006.
- 이희훈, “집회시 경찰권 행사의 법적 근거와 한계-개괄적 수권조항을 중심으로-”, 경찰학연구 제8권 제3호, 경찰대학교, 2008.
- _____, “집회 및 시위에 관한 법률 제5조 제1항에 대한 연구-헌재 2010. 04. 29, 2008 헌바118결정에 대한 평석을 겸하여-”,

- 헌법학연구 제16권 제3호, 한국헌법학회, 2010.
- _____, “일반 교통방해죄와 외교기관 인근 집회·시위 금지에 대한 헌법적 평가-헌법재판소 2010. 03. 25. 선고, 2009헌가2 결정과 헌법재판소 2010. 10. 28. 선고, 2010헌마111 결정에 대한 비판을 중심으로-”, 공법연구 제39집 제3호, 한국공법학회, 2011.
- _____, “선거 후보자의 명함 배부 제한에 대한 헌법적 고찰-헌법재판소 2010. 2. 25. 선고, 2008헌바10 결정에 대한 평석-”, 법학논총 제18집 제1호, 조선대 법학연구소, 2011.
- 홍성방, “기본권의 충돌과 경합”, 안암법학 제9집, 세창출판사, 1998.
- 홍완식, “헌법재판소의 결정을 통해 본 입법의 원칙”, 헌법학연구 제15권 제4호, 한국헌법학회, 2009.
- 홍정선, “경찰작용의 법적 근거로서 일반조항”, 공법이론의 현대적 과제: 구병삭 박사 정년기념논문집, 박영사, 1991.
- Peter Lerche, “Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff”, in; Isensee Josef/ Kirchhof Paul, (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI*, C.F. Müller, 1992.

3. 기타자료

헌법재판소, 알기 쉬운 헌법재판, <<http://www.ccourt.go.kr>>, 검색일: 2011. 12. 30.

[Abstract]

**A Study on the Public Law for Passage
Deterrence Act of the Police Chief
at Seoul Plaza**

**—The Annotation of the Constitutional Court Decision
2011. 6. 30. Sentence, 2009Hun-Ma406—**

Hie-Houn Lee*

First, it is proper that the judgment of 2009Hun-Ma406 decision of the constitutional court had all requirements of the constitutional petition of article 68, clause 1 of the constitutional court act.

Next, it is proper that eight people besides MinOhee consider general right to freedom of action to have taken a limit by passage deterrence act of the police chief at seoul plaza. And it does not move their place of residence and stay ground that eight people besides MinOhee are going to pass seoul plaza. Therefore, this behavior of their don't belong to a protection range of the freedom of residence and change of residence. Moreover, the use right of public object is not a kind of right. It is general right to freedom of action that it is limited closely most by this act of the police chief in a solution theory for competition of the basic right.

And, it will be assumed that article 5, clause 1 of performance of duties by police officers act is clause of general delegation of power. Therefore, passage deterrence act of the police chief at seoul plaza is not violated

* Assistant Professor of College of Law at Sunmoon University

principle of legal saving because it was held this clause of general delegation of power for grounds. Thus, it is not proper that judges of constitutional court don't clarify this in this decision of the constitutional court in such a reason in detail definitely.

At the end, no violence was done around seoul plaza on June 3, 2009. Therefore, the police chief did not have to do passage deterrence act at seoul plaza in its entirety, the purpose is not fair. Even if the purpose was fair, the police chief had to remove several places passage deterrence act at seoul plaza. And the police chief removed control in time with a little possibility that violence happened and weekday morning time, and a general right to freedom of action of eight people besides Min○hee had to minimize what was infringed. However, the police chief did not do this. So, a personal interest infringed than the public benefit protected is bigger, this act of the police chief in its entirety. Therefore, this act of the police chief is violated a principle of balancing test. Thus, it is proper that judgment assumed that it is violated a principle of balancing test as for this act of the police chief by this decision of the constitutional court.

Key Words : Passage Deterrence Act at Seoul Plaza, General Right to Freedom of Action, Clause of General Delegation of Power, Principle of Legal Saving, Principle of Balancing Test

