

집회·시위 금지통고죄의 합헌적 운용 Constitutionalized Interpretation of Crime of Convening Banned Assemblies

박 경 신*
Park, Kyung-Sin

목 차

- | | |
|--------------------|------------------------|
| I. 서론 | III. 금지통고제도에 대한 합헌적 해석 |
| II. 헌법재판소 및 대법원 판례 | IV. 결론 |

대법원은 일련의 판결을 통해 집회신고제의 성격을 경찰에의 ‘협력의무’로 규정한 헌법재판소 결정과 궤를 같이 하여 미신고, 신고내용일탈 또는 신고 후 금지통고의 경우에도 ‘명백하고 임박한 위험’이 없다면 해산명령을 내릴 수 없다고 하였다. 결국 ‘평화로운 집회는 어떤 이유로도 해산될 수 없다’는 것이었다.

이와 같은 논리는 금지통고에도 적용될 수 있다. 즉 평화로운 집회에 대해서는 금지통고가 내려져서는 안되는 것이다. 그렇다면, 금지통고 위반죄 사건에서 법원은 금지통고가 이루어졌는지 만을 형식적으로 보아서는 아니되고 실제로 금지통고의 실체적 정당성 즉 명백한 위험이 있었는지를 판단하여 그렇지 않은 경우에는 반드시 무죄를 내려야 할 것이다. 실제로 2014년 12월 대법원은 ‘유령집회신고’ 판결에서 앞서 신고된 집회가 허위로 조작된 것임이 명백할 때 금지통고 자체가 무효라고 판시하였는데 이는 ‘명백하고 임박한 위험’의 부재를 이유로 한 것으로 해석할 수 있다.

금지통고죄에 대한 해석은 집회실무에 지대한 영향을 준다. 현재의 대법원판결은 금지통고된 평화집회의 ‘참가자’의 집회참가의 자유는 보호하지만 금지통고된 평화집회의 ‘주최자’는 집회주최의 자유는 보호하지 못한다. 결국 경찰은 후자에 대한 강제집행을 시도할 권한을 행사하면서 현실적으로는 전자에 대해서도 불법적인 행정작용을 할 가능성이 높아지게 된다. 이를 분리하기는 현실적으로 어렵기 때문이다. 집회허가제금지원리에 충실

투고일 : 2017. 1. 1. / 심사외일 : 2017. 1. 16. / 게재확정일 : 2017. 2. 7.

* 고려대학교 법학전문대학원 교수

Professor, Law School of Korea University

하기 위해서 해산명령위반죄를 엄격히 해석한 대법원의 태도가 금지통고위반죄에도 적용되어 평화로운 집회의 ‘주최’는 불법이 아니라는 판례가 확립되어야 위의 현실적인 문제가 해결되고 해산명령위반죄 판례의 의미도 심분 살아날 것이다. 이는 집시법 제10조-제12조의 시간장소제한에 따라 내려지는 금지통고에도 똑같이 적용될 수 있다.

[주제어] 집회및시위에관한법률, 금지통고, 표현의 자유, 위축효과, 시간장소제한, 해산명령위반죄, 금지통고위반죄

I. 서론

우리나라 집회및시위에관한법률([시행 2008.9.22] [법률 제8733호, 2007.12.21, 타법개정]이하 “집시법”)은 제6조에서 “옥외집회나 시위를 시작하기 720시간 전부터 48시간 전에 관할 경찰서장에게 [신고]하여야 한다”¹⁾고 하여 사전 신고 제도를 규정하고 있다. 이는 집회·결사에 관한 허가제를 엄격히 금지하고 있는 헌법 제21조에 근거를 두고 있다.

그런데 집시법은 신고한 옥외집회 또는 시위(이하 “집회”)라 할지라도 관할경찰관서장이 장소나 시간의 제한 위반 또는 폭력위험성이 있는 경우 48시간 이내에, 집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 공공의 안녕 질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한 집회 또는 시위 등에 해당된다고 판단될 경우 그 이후에도, 집회 또는 시위를 금지할 것을 주최자에게 통고(이하 “금지통고”)할 수 있다고 규정하고 있고(제8조²⁾), 이에 불응

- 1) 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), 연락처인자, 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) 제8조(집회 및 시위의 금지 또는 제한 통고) ① 제6조 제1항에 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,

하여 금지를 통고한 집회 또는 시위를 주최한 자는 2년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다(제22조 제2항³⁾). 뿐만 아니라 이와 같이 금지된 집회에 대하여는 경찰은 해산을 명할 수 있으며(제20조 제1항⁴⁾) 해산명령 역시 위반하여 참가한 경우 집회주최자 뿐만 아니라 집회참가자까지 6개월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금 구류 또는 과료에 처해질 수 있다(제22조 제4항)

그런데 위 법조문을 문언적으로 해석하여 경찰이 금지통고를 자의적으로 내리는 경우에도 금지통고를 따르지 않고 집회를 주최한 자에 대해서는 형사처벌(이하 “금지통고위반죄”)이 존재하고 금지된 집회에 참가한 사람에게 해산명령이 내려질 것을 전제로 참가자에 대해서도 형사처벌(이하 “해산명령위반죄”)이 존재한다면 금지통고제도 및 해산명령제도는 사전 신고제를 ‘사실상 허가제’로 기능하게 만들 것이다. 왜냐하면 ‘금지통고의 부재’라는 사전적인 요건이 충족되어야만 집회시위가 가능해지는 것은 경찰의 허가를 득하는 것과 마찬가지로 때문이다.

아래 살펴보겠지만 헌법재판소와 대법원은 바로 이런 위험 때문에 일찍이 여러 판례를 통해 사전 신고제가 허가제로 기능하지 않도록 하기 위해 (1) 각종 해산명령위반죄 판결에서 해산명령은 집회가 ‘타인의 생명이나 재산에 대한 피해로 인해 공공질서에 대한 직접적인 위협이 명백히 존재할 경우’에만 가능한 것이라는 점을 명확히 하였다. 하지만 여기서 집회주최자에게만 적용되는 ‘해산명령위반죄’와 집회참가자(집회주최자도 직접 집회에 참가하여 집회참가자가 될 수도 있다)에게 적용되는 ‘금지통고위반죄’를 구분해서 볼 필요가 있다.

이 논문은 집회허가제를 금지하겠다는 대법원과 헌법재판소의 취지를 유지하기 위해

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. 제5조 제1항(“폭력위협성”), 제10조 본문(“시간제한”) 또는 제11조(“장소제한”)에 위반된다고 인정될 때
2. 제7조 제1항에 따른 신고서 기재 사항을 보완하지 아니한 때
3. 제12조(“교통소통”)에 따라 금지할 집회 또는 시위라고 인정될 때 (괄호 안 편집자 주)
- 3) 제22조 (벌칙) ② (중략) 제8조에 따라 금지를 통고한 집회 또는 시위를 주최한 자는 2년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.
- 4) 제20조 (집회 또는 시위의 해산) ① 관할경찰관서장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 집회 또는 시위에 대하여는 상당한 시간 이내에 자진(자진) 해산할 것을 요청하고 이에 따르지 아니하면 해산(해산)을 명할 수 있다.
 1. 제5조 제1항, 제10조 본문(“시간제한”) 또는 제11조(“장소제한”)를 위반한 집회 또는 시위
 2. 제6조제1항에 따른 신고를 하지 아니하거나 제8조 또는 제12조(“교통소통”)에 따라 금지된 집회 또는 시위 [이하 생략](괄호 안 편집자 주)

서는 위의 (1)의 논리가 (2) 금지통고위반죄에도 동일하게 적용되어야 하며 이에 따라 ‘타인의 생명이나 재산에 대한 피해로 인해 공공질서에 대한 직접적인 위협이 명백히 존재할 경우’가 아닐 때 내려진 금지통고에 대해서는 금지통고위반죄가 적용되어서는 안된다는 점을 밝힐 것이다. 나아가 (3) 이 논문에서는 시간제한(제10조) 또는 장소제한(제11조, 제12조)에 따라 내려진 금지통고와 해산명령 역시 ‘타인의 생명이나 재산에 대한 피해로 인해 공공질서에 대한 직접적인 위협이 명백히 존재할 경우’가 아니라면 시간제한의무 위반죄나 장소제한 위반죄에 대해 책임을 지는 것은 별론으로 하더라도 이를 위반한 주최자와 참가자 모두 금지통고위반죄나 해산명령죄로부터 면책되는 것이 마땅하다고 주장한다.

II. 헌법재판소 및 대법원 판례

1. 협력의무로서의 사전 신고제도-헌법재판소 2009. 5. 28. 2007헌바22 결정 등

헌법재판소는 2009. 5. 28. 2007헌바22 결정(이하 “야간집회금지불합치결정”)을 통해 앞서 살펴본 사전 신고제도에 대하여, 헌법 제21조 제2항이 “언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.”고 규정한 것은 집회의 자유에 대하여 ‘허가’의 방식에 의한 제한을 허용하지 않겠다는 헌법적 결단을 분명히 한 것임을 확인하였다.

“헌법자체에서 집회의 자유에 대하여 허가제금지를 규정하고 있는 입헌례는 우리나라와 독일을 제외하고는 그 유례를 찾기 어려울 정도로 매우 드문 경우인바, 현행 헌법이 이처럼 매우 독특한 입헌례를 가지게 된 이유는 앞서 본 바와 같이 과거의 헌정사에 대한 반성에서 집회의 자유를 더욱 철저히 보장하기 위한 헌법적 결단이므로 이 사건 헌법규정을 해석함에 있어서는 이러한 비교법적 연구의 결과도 충분히 감안되어야 할 것이다.”

또한 헌법재판소는 2009. 5. 28. 2007헌바22 전원재판부 결정(이하 “사전신고제한헌결정”)에서, 비록 집시법이 옥외집회나 시위를 시작하기 전 관할 경찰서장에게 신고할

것을 규정하고 있으나, 이러한 신고는 행정관청에게 집회의 순조로운 개최와 공공의 안전보호를 위하여 필요한 준비를 할 수 있는 시간적 여유를 주기 위한 것으로서, 어디까지나 ‘협력의무’로서의 신고임을 명확히 하였다.

“이와 같은 집회의 자유를 한층 보장하기 위하여 우리 헌법 제21조 제2항은 ‘집회에 대한 허가는 인정되지 아니한다’고 규정함으로써 다른 기본권 조항과는 달리 기본권을 제한하는 특정 국가행위를 명시적으로 배제하고 있다.”

“그런데 (중략) 옥외집회는 일정한 옥외장소나 도로의 사용을 전제로 하므로 그러한 가능성이 더욱 높고, 이에 따라 사전에 집회의 자유와 다른 법익을 조화시킬 수 있는 제도적 장치가 요청된다.”

“그리하여 구 집시법 제6조 제1항은, 옥외집회를 주최하려는 자는 그에 관한 신고서를 옥외집회를 시작하기 720시간 전부터 48시간 전에 관할 경찰서장에게 제출하도록 하고 있다. 이러한 사전신고는 경찰관청 등 행정관청으로 하여금 집회의 순조로운 개최와 공공의 안전보호를 위하여 필요한 준비를 할 수 있는 시간적 여유를 주기 위한 것으로서, 협력의무로서의 신고라고 할 것이다.”

이상의 헌법재판소 판례에 비추어 보면, 집시법 상 사전 신고 의무는 행정관청에게 집회·시위를 통해 발생할 수 있는 위험을 방지할 수 있도록 시간적 여유를 주는 ‘협력의무’로서의 신고에 지나지 않는다. 따라서 만일 신고 상에 하자가 있어 경찰에게 집회의 순조로운 개최와 공공의 안전보호를 위하여 준비할 충분한 시간적 여유를 주지 않았다면, 그러한 하자에 상응하는 조치를 취하면 되는 것이지(집시법 제22조 제2항은 미신고 집회에 대한 형사처벌을 규정하고 있다⁵⁾), 경찰이 집회의 개최 또는 진행 자체를 금지할 수는 없는 것이다.

헌법재판소의 위와 같은 해석에 대해 반론도 있으나 이미 행정법적으로도 자기완결적 신고와 수리를 요하는 신고로 나뉘며 헌법이 허가제를 금지하고 있는 상황에서 집시법

5) 헌법재판소는 “사전신고제합헌결정”에서 위 규정에 대해 합헌 결정을 내린 바 있고, 위 결정에 대해서는 학계의 비판이 있으나(이희훈, “구 집회및시위에관한법률 상 집회의 개념과 사전신고 및 미신고 집회시 형벌규정에 대한 헌법적 평가: 헌법재판소 2009. 5. 28. 2007헌바22결정에 대한 비판을 중심으로”, 중앙법학 제11집 제3호, 중앙법학회, 2009. 등 참조), 본 논문의 범위를 벗어나는 것이므로 별도의 논의는 하지 않도록 한다.

상 신고제는 자기완결적 신고로 봐야 한다는 해석이 타당하다.⁶⁾

2. 신고제가 허가제로 기능하는 것을 막는 대법원 판결들- “평화로운 집회는 어느 하나도 해산할 수 없다.”

대법원 역시 집시법 상 사전 신고 제도가 허가제로서 기능하는 것을 막기 위한 조치로서 일련의 판결을 내린 바 있다. 먼저 대법원은 (1) 미신고 집회가 ‘공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협이 명백하게 존재하는 경우’가 아닌 이상 신고가 없다는 사정 자체는 해산명령을 내릴 사유가 될 수 없다고 하였다(이하 “미신고집회 해산명령 위헌판결”). 또한 (2) 신고내용과 실제 집회양태의 불일치와 같은 신고의 미비나(이하 “신고내용 불일치집회 해산명령 위헌판결”), (3) 금지통고가 내려진 집회라는 사정(이하 “금지통고집회 해산명령 위헌판결”) 역시 ‘공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협이 명백하게 존재하는 경우’가 아닌 이상 해산명령을 내릴 사유가 될 수 없다고 판시하였다. 특히 신고내용 불일치 집회 해산명령 위헌판결 및 금지통고집회 해산명령 위헌판결은, 만일 신고의 미비나 금지통고와 같은 신고에 대한 경찰의 사전적인 평가 등의 사유로 집회가 금지된다면 신고제가 허가제로 기능하게 되어 집회의 자유를 침해하게 되므로 부당하다는 데에 중요한 의미가 있다. 즉, 명백하고 직접적인 위협 없이 신고의 미비나 금지통고와 같은 이유로 집회에 대해 해산명령이 내려진 경우에는 그 법적 강제력을 인정하지 않겠다는 것이다.

2.1 미신고집회 해산명령 위헌판결(대법원 2012. 4. 26. 선고 2011도6294 판결)

대법원은 미신고집회에 대한 해산명령에 불응한 사건에 대해서 대법원 2012. 4. 26. 선고 2011도6294 판결을 통해, 집회의 해산이라는 강경조치는 ‘타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협이 명백하게 초래된 경우’에 한하여 내릴 수 있음을 확인하였다. 즉, 집시법 제20조 제1항 제2호가 별도의 해산 요건을 정하고 있지 않더라도, 위와 같은 경우에 한하여 해산을 명할 수 있고, 이와 달리 단지 미신고라는 사유만으로 옥외집회 또는 시위를 해산할 수 있는 것으로 해석한다면, 이는 사실상 집회의 사전신고

6) 김중권, “정보제공적신고(情報提供的申告)로서의 집회신고(集會申告)의 공법적의의(公法的意義)에 관한 소고(小考)”, 안암법학 제43권, 안암법학회, 2014, 77-108쪽.

제를 허가제처럼 운용하는 것이나 다름없어 집회의 자유를 침해하게 되므로 부당하다는 점을 강조한 것이다.

“집회의 해산은 원칙적으로 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 대하여 직접적인 위험이 명백하게 존재하는 경우에 한하여 허용되어야 할 것이다(대법원 2011. 10. 13. 선고 2009도13846 판결 등 참조). (중략)”

“신고는 행정관청에 집회에 관한 구체적인 정보를 제공함으로써 공공질서의 유지에 협력하도록 하는 데에 그 의의가 있는 것이지 집회의 허가를 구하는 신청으로 변질되어서는 아니 되므로, 신고를 하지 아니하였다는 이유만으로 그 옥외집회 또는 시위를 헌법의 보호 범위를 벗어나 개최가 허용되지 않는 집회 내지 시위라고 단정할 수 없다. (중략)”

“집시법 제20조 제1항 제2호가 미신고 옥외집회 또는 시위를 해산명령의 대상으로 하면서 별도의 해산 요건을 정하고 있지 않더라도, 그 옥외집회 또는 시위로 인하여 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위험이 명백하게 초래된 경우에 한하여 위 조항에 기하여 해산을 명할 수 있고, 이러한 요건을 갖춘 해산명령에 불응하는 경우에만 집시법 제24조 제5호에 의하여 처벌할 수 있다고 보아야 한다. 이와 달리 미신고라는 사유만으로 그 옥외집회 또는 시위를 해산할 수 있는 것으로 해석한다면, 이는 사실상 집회의 사전신고제를 허가제처럼 운용하는 것이나 다름없어 집회의 자유를 침해하게 되므로 부당하다. 집시법 제20조 제1항 제2호를 위와 같이 제한하여 해석하더라도, 사전신고제의 규범력은 집시법 제22조 제2항에 의하여 신고의무를 이행하지 아니한 옥외집회 또는 시위의 주최자를 처벌하는 것만으로도 충분히 확보할 수 있다. (중략)”

“이러한 법리에 비추어 볼 때, 원심이 피고인들의 집회 및 시위가 미신고 집회 및 시위인 이상 집시법이 정한 해산명령의 대상이 된다는 이유만으로 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 것은 부당하고, 원심으로서의 나아가 피고인들의 집회 및 시위로 인해 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위험이 명백하게 초래되었는지 여부에 관해 심리·판단한 다음, 그에 따라 이 부분 공소사실 기재와 같이 피고인들이 해산명령에 불응한 행위가 집시법 위반에 해당하는지 여부를 판단했어야 한다.”

2.2 신고내용 불일치 집회 해산명령 위헌판결(대법원 2001. 10. 9. 선고 98다20929 판결)

대법원 2001. 10. 9. 선고 98다20929 판결은 민주화실천가족운동협의회가 1996년 8월 5일 민주화실천가족운동협의회는 사전에 신고하지 아니한 죄수복과 포승을 사용하였고, 나아가 인도로 행진하겠다는 신고 내용과는 달리 차도로 행진한 사안에 대하여, 위 ‘미신고집회 해산명령 위헌판결’과 같이, 해당 집회·시위가 ‘다른 사람들과의 충돌 등 공공의 안녕질서에 대한 직접적 위협이 초래되었는지 여부’를 신고내용 불일치집회에 대한 해산명령의 적법성 여부의 기준으로 삼았다.

“위 시위가 평화적으로 진행된 점 등 기록상 나타난 위 시위 당시의 구체적 상황에 비추어 볼 때 신고되지 아니한 위 시위주장의 표현방법으로 인하여 다른 사람들과의 충돌 등 공공의 안녕질서에 대한 직접적 위협이 초래되었다고 보이지는 아니하므로, 위 시위주장의 표현방법이 다른 사람들을 자극하여 충돌을 일으킬 단순한 가능성이나 의심이 있다는 이유만으로 위 시위를 저지할 수는 없다고 할 것이다.

“신고사항에 미비점이 있었다고 하더라도 이를 이유로 곧바로 당해 집회나 시위를 저지하여서는 아니되고 신고사항의 미비점으로 인하여 타인의 법익 기타 공공의 안녕질서에 대하여 직접적인 위협이 초래된 경우에 비로소 그 위협의 방지나 제거에 적합한 제한조치를 할 수 있다고 보아야 할 것인데, 당시 경찰공무원은 관계 법규의 해석을 잘못하여 그와 같이 해석하지 아니하고 신고사항에 미비점이 있는 경우에도 바로 시위를 저지할 수 있는 것으로 판단하고, 이 사건 시위를 저지한 잘못을 저질렀다고 할 것이다.”

2.3 금지통고집회 해산명령 위헌판결(대법원 2011. 10. 13. 선고 2009도13846 판결)

마지막으로 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009도13846 판결은, 금지통고가 되었다는 이유만으로 경찰이 해산명령을 발한 사안에 대해서도, 설령 금지통고가 내려진 사정이 있다 하더라도 ‘공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협이 명백하게 존재하는 경우’에 한하여 이에 대한 해산명령이 적법할 수 있다는 법리를 다시 한 번 확인하였다. 즉, 위 대법원 판결에 따르면 경찰이 금지통고권한을 가지고 있다고 할지라도 이것이 실제 집회를 불허하는 효력을 발생시킬 수는 없다. 금지통고가 법적 강제력을 가지는 순간 집회·시

위가 경찰의 자의적 금지통고제도로 얼마든지 제한될 수 있어 신고제가 사실상 허가제로 기능할 것이기 때문이다.

“집시법상 일정한 경우 집회의 자유가 사전 금지 또는 제한된다 하더라도 이는 다른 중요한 법익의 보호를 위하여 반드시 필요한 경우에 한하여 정당화되는 것이며, 특히 집회의 금지와 해산은 원칙적으로 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협이 명백하게 존재하는 경우에 한하여 허용될 수 있고, 집회의 자유를 보다 적게 제한하는 다른 수단, 예컨대 시위 참가자 수의 제한, 시위 대상과의 거리 제한, 시위 방법, 시기, 소요시간의 제한 등 조건을 붙여 집회를 허용하는 가능성을 모두 소진한 후에 비로소 고려될 수 있는 최종적인 수단이다(헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바67, 83 전원재판부 결정 등 참조). 따라서 사전 금지 또는 제한된 집회라 하더라도 실제 이루어진 집회가 당초 신고 내용과 달리 평화롭게 개최되거나 집회 규모를 축소하여 이루어지는 등 타인의 법익 침해나 기타 공공의 안녕질서에 대하여 직접적이고 명백한 위협을 초래하지 않은 경우에는 이에 대하여 사전 금지 또는 제한을 위반하여 집회를 한 점을 들어 처벌하는 것 이외에 더 나아가 이에 대한 해산을 명하고 이에 불응하였다 하여 처벌할 수는 없다. 원심이 이 사건 집회가 사전에 금지통고된 집회라는 이유만으로 해산을 명할 수 있다고 전제한 부분은 적절하지 아니하다”⁷⁾

- 7) 단, 이 사건에서는 공공의 안녕질서에 직접적이고 명백한 위협이 있었다며 이에 따른 금지통고와 해산명령 모두 법적 효력을 부여하였다. 즉, 직접적이고 명백한 위협을 이유로 내려진 금지통고의 경우 이를 위반한 행위에 대해서는 해산명령도 내릴 수 있고 해산명령 위반에 대해서는 유죄가 성립된다는 것이다. “그러나 원심판결 이유 및 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 피고인 1은 2006.10.23.경부터 이 사건 집회 장소에서 천막 2개 등을 설치하고 생활하면서 확성기가 설치된 승합차를 이용하여 노동가요와 자신의 요구사항을 수시로 방송하여 업무방해죄로 수회에 걸쳐 처벌받은 사실, 위와 같이 계속되는 집회에 따른 소음으로 피해를 입는다는 112신고가 2008.7.4.부터 2008.8.14.까지 사이만도 50회 남짓에 이르며 경찰의 소극적, 미온적 대응에 항의하는 내용의 인터넷 민원이 제기되기도 한 사실, 이 사건 집회 장소와 인접한 거리에 위치한 ○○마을 10단지 아파트 주민들은 피고인 1이 수 년간에 걸쳐 주최한 집회에서 발생한 소음으로 인한 피해를 해소하고자 여러 차례 민원을 제기하였으나 해결되지 않자 법원에 △△ 시위자 확성기 사용금지 가처분을 신청하기 위하여 연대서명을 한 사실, 이 사건 집회 이외에도 함께 공소제기된 미신고 또는 금지통고된 집회만도 12회에 달하는 사실, 이 사건 집회 당일 피고인들은 마이크를 사용하여 발언하였고, 구호나 노동가요를 제창한 사실 등을 알 수 있다. 위와 같은 이 사건 집회 및 동종의 집회가 개최된 기간, 집회 장소 주변 거주자들의 피해 정도 및 항의 수준, 동종 집회에 대한 제한 및 금지조치의 경과, 이 사건 집회의 실제 진행상황 등을 종합하면, 이 사건 집회가 집시법 제8조 제3항 제1호에서 정하는 ‘사생활의 평온을 뚜렷하게 해칠 우려가 있는 경우’에 해당된다고 판단하여 이 사건 집회를 사전 금지하고 이를 통고한 것은 적법하고, 실제 이루어진 이 사건 집회 역시 당초 신고 내용과 달리 평화롭게 개최되는 등 타인의 법익 침해나 기타 공공의 안녕질서에 대하여 직접적이고 명백한 위협을 초래하지 않은 경우에 해당한다고 볼 수 없다 “

2.4 기타 판례

위 판례들을 중심으로, 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위에 해당하는지 여부에 대하여는 이하의 판례에서 보듯이 사법부의 판단이 축적되어 있다.⁸⁾

- ㉠ 「피고인이 100여명의 학생들과 함께 화염병, 쇠파이프 등을 들고 구호를 외치면서 시위를 하고 전경들을 체포하려고 했다면 이는 집회 및 시위에 관한 법률 제5조 제1항 제2호 소정의 “집단적인 협박 등의 행위로 인하여 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가한 것이 명백한 시위”에 해당한다」.(대판 1990. 7. 24, 90도470)
- ㉡ 「시위에 동원된 인원이 수백명 이상의 다수이고 그 수단이나 방법에 있어서 미리 준비하여 소지하고 있던 돌과 화염병을 던지고 쇠파이프와 각목을 휘두르며 구호를 외치면서 행진하는 등 비평화적인 방법을 사용하는 외에, 파출소를 습격하여 화염병을 던지고 부근에 있던 전경들을 체포한 경우, 위와 같은 시위는 집회 및 시위에 관한 법률 제5조 제1항 제2호에서 규정한 집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 시위에 해당한다 할 것이고, 위 시위의 목적, 사전준비상황, 그 진행과정, 그 시위의 방법 등에 비추어 볼 때 시위를 주최하거나 이에 참가한 피고인들로서는 집단적인 폭행이나 손괴 등의 행위를 의도하였거나 쉽사리 예상할 수 있었다고 보아야 할 것이다」.(대판 1990. 6. 22, 90도767.)
- ㉢ 「시위가, 참가인원이 40여 명에 불과하고, 그 장소가 하천부지로서 교통소통이나 일반인의 생활에 아무런 지장을 주지 않는 곳이며, 또한 시위 당시의 구호 나 노래의 내용 등에 과격한 면이 보이지 않고 달리 다중의 위력을 통한 폭행이나 협박이 없었던 점에 비추어, 집회및시위에관한법률 제5조 제1항 제2호 소정의 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 시위에 해당하지 아니한다」.(대판 1991. 11. 26, 91도2440)

3. 대법원 판결과 현실-평화로운 집회를 위한 고찰

대법원은 위에서 살펴본 바와 같이 ‘허가제’로 기능하지 않도록 하기 위해 해산명령위

8) 서정범, “집회 및 시위에 관한 법률상의 집회 및 시위의 금지 또는 제한”, 집회시위 금지통고의 문제점과 개선방안 토론회 발제문, 국가인권위원회, 2006.

반죄의 적용을 한정하는 노력을 다했지만 법과 현실의 간극이 매우 크다. 집회시위의 현장에서는 경찰과 집회참가자와의 충돌은 끊이지 않았다. 이에 따라 집회시위의 자유에 대한 우려를 담은 논문도 많이 쏟아져 나왔다. 이 논문들은 시간제한에 치중하거나 신고의무제에 자체에 비판적이어서 우발적인 집회에 대해서 신고의무를 면제해야 한다는 주장 또는 금지통고제도 자체에 비판적이었다.⁹⁾

필자는 기존 논자들과 달리 새로운 해법을 제시해보고자 한다. 결론부터 말하면 해산명령위반죄를 엄격히 해석해온 태도를 금지통고위반죄에도 적용한다면 상당부분 갈등이 해결될 수 있다고 생각한다.

왜 집회시위 현장에서 충돌이 끊이지 않는 것일까? 집회를 제어하는 방식은 금지라는 사전적인 방법과 해산이라는 사후적인 방법이 있다. 법원은 사후적인 측면 즉 ‘평화로운 집회는 해산할 수 없다’는 법리를 공고하게 쌓아온 반면 사전적인 측면 즉 ‘평화로운 집회는 금지할 수 없다’는 법리를 확립하지는 않아 왔다. 이렇게 되면 사전적인 단계 즉 금지통고 단계에서 경찰과 집회주최자 사이에서는 특정 집회에 어느 정도의 폭력성향이 있는가에 따라 인식의 차이가 있는 경우, 집회주최자와 경찰은 상호충돌을 하기 쉽다.¹⁰⁾ 즉, 집회주최자는 경찰의 금지 판단에 불만을 가지고 ‘평화로운 집회는 불법이라도 해산할 수 없다’는 대법원 판결에 의존하여 금지통고에도 불구하고 집회를 강행할 경향을 가지게 된다. 반면 경찰은 자신들의 금지통고의 타당성을 확신을 하는 한, 현재 및 대법원의 판례에 따라 집회참가자를 해산명령위반죄로 체포할 수는 없지만 집회주최자가 금지통고위반죄를 계속적으로 범하는 상황을 막으려 할 수 밖에 없게 되고 여기서 물리적 충돌이 발생하기 마련이다. 그리고 이 충돌은 ‘집회가 더 이상 평화집회가 아니니’ 경찰에게 집회참가자를 향해 물리적 강제를 확대할 빌미를 주게 된다. 결국 집회주최 및 참가자들이 보기에는 평화로운 의도로 시작한 집회이지만 금지통고라는 헌법적으로

9) 남경국, “집회의 자유의 보장과 제한가능성의 경계”, 서강법학 제11권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2009; 박승호, “국회인근 집회금지의 위헌성”, 안암법학 제40호, 안암법학회, 2013; 이인호, “야간집회금지 헌법불합치결정에 대한 비판적 고찰”, 헌법실무연구 제12권, 헌법실무연구회, 2011; 김종서, “‘집회 및 시위에 관한 법률’의 위헌성”, 민주법학 제41호, 민주주의법학연구회, 2009; 김종서, “집시법의 몇 가지 문제점-집회의 개념, 사전신고제, 야간옥외집회 금지에 관하여”, 법학연구 제13집 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2010.

10) 이 문제 때문에 2008.2.22. 국가인권위원회는 “공공질서위해를 이유로 한 집회 및 시위의 금지통고 규정(집시법 제8조 제1항 중 제5조 제1항 제2호 부분)은 경찰이 이 규정에 근거하여 금지통고를 할 때 대부분 과거 불법집회를 한 전력을 이유로 금지통고를 하므로, 이를 시정하기 위하여 집회신고 당시 상황을 근거로 하여 ‘집회개최 시’에 위협이 있을 것인지를 판단하게 하기 위한 개정이 필요하다고 판단”하였으나 필자가 보기에 는 경찰이 과거 시위집회전력을 무시하기는 어렵다고 본다.

는 ‘사소한’(금지통고죄는 집회참가자 중에서는 극소수인 집회주최자에만 적용되므로 이 표현을 쓴다) 절차적 하자 때문에 집회 전체가 강제해산되는 일이 발생하는 것이다. 물론 이 과정을 이해하는 집회주최 및 참가자들은 더욱 이 과정의 부당성에 저항할 수 밖에 없게 되고 물리적 충돌은 더욱 커지게 된다.

물론 여기서 가장 큰 충돌원인은 경찰이 ‘금지통고된 집회는 불법집회’라는 생각에 매몰되어¹¹⁾ ‘평화롭더라도 금지통고되었다면 해산시킬 수 있다’는 잘못된 결론으로 비약하는 경찰의 잘못된 법해석일지도 모른다. 하지만 해산명령위반죄에 대해서만 명백하고 현존한 위험 상의 엄격한 해석이 이루어지고 있는 현재에는 “평화집회 참가자”들만이 보호될 뿐 “평화집회 주최자”들은 보호받지 못한다. 결국 경찰은 집회주최자에 대한 강제처분을 할 권한은 있고 집회참가자에 대한 강제처분을 할 권한은 없는 상황에 처하게 되는데 이를 구분하여 수행하는 것은 매우 어려운 일일 것이다. 금지통고위반죄에 대한 새로운 해석이 이루어지지 않는 한 집회가 평화로워서 집회참가자들을 해산하지는 못한다고 하더라도 집회주최자는 계속해서 불법집회를 주최하고 있는 것이 된다. 집회 “참가”는 합법이지만 집회 “주최”는 불법인 모순적인 상황이 지속되는 것이다. 위의 강고한 대법원 판례에 따르면 실제로는 해산할 수 없는 집회시위지만 경찰은 “금지통고위반죄”라는 불법이 진행되고 있는 상황을 중단시키기 위한 행정작용을 강행하게 되고 이 과정에서 주최자와 참가자를 구분하기 어려운 상황에서는 불법집회의 “주최”를 중단시킨다는 명목으로 평화로운 집회참가자에 대한 해산명령도 불사하게 될 가능성이 높을 수 밖에 없는 것이다.

해법은 무엇인가? 금지통고위반죄에 대해서도 해산명령위반죄에 준하는 엄격한 해석을 함으로써 주최자들이 평화집회를 유지하기만 한다면 금지통고에도 불구하고 집회를 강행할 수 있는 자유를 주최자들에게 확보해줘야 한다. ‘평화로운 집회는 불법이라도 해산할 수 없다’는 대법원과 헌법재판소의 판례에도 불구하고 ‘평화로운 의도로 시작된 집회’가 주최자에게만 적용되는 금지통고위반죄를 이유로 해산되는 상황이 발생하고 있다. 금지통고위반죄에 대해서도 ‘평화로운 집회는 불법이라도 금지되서는 안된다’라는 법리가 확립되지 않는다면 위의 헌법재판소와 대법원의 일련의 해산명령위반죄 판결들은 집회시위의 자유에 대한 신고제가 허가제로 기능하도록 하지 않겠다는 목적을 반만 달성하게 되는 것이다.¹²⁾

11) 2012년 인권단체연석회의의 질의에 대한 경찰청 답변

12) 이규홍, “집회의 자유에 의하여 보장되는 활동의 범주에 관한 연구-헌법합치적 법률해석의 관점에서”, 사법

물론 금지통고가 내려지는 즉시 금지통고의 타당성을 법원이 심사하여 부당한 금지통고의 효력을 정지시키는 방법¹³⁾도 있지만 경찰의 금지통고에 대해 1일 또는 몇시간 만에 재판이 열리는 방식이 안정적인 해결책이 될 수는 없다. 이렇게 짧은 시간을 두고 열리는 재판에 대해 비판적인 시각도 있다.¹⁴⁾ 즉 금지통고에 대해 집행정지가처분결정은 집회 시작 2-3시간을 앞두고 내려지게 되는데 경찰청 입장에서는 이를 항고 등의 법적 절차를 통해 막을 수 있는 기회가 없다는 문제가 발생한다. 물론 이것은 경찰이 집회에 대한 금지통고를 늦게 하여 자초한 측면이 있다.¹⁵⁾ 필자는 집행정지가처분 등의 방법으로 개별 금지통고의 하자를 시정하려고 하는 것은 평화롭고 효율적인 집회 문화를 정착하기에는 역부족이며 더욱 근본적인 해결책이 필요하다고 생각한다.

금지통고위반죄를 새롭게 해석 적용할 이유는 단지 평화로운 집회의 보장을 위해서 필요한 것이 아니다. 아래의 장에서 밝히듯이 집회 허가제 금지라는 헌법조항을 올바르게 해석하기 위해서는 금지통고위반죄의 재해석은 불가피하다.

III. 금지통고제도에 대한 합헌적 해석

1. 허가제 금지의 의미

집시법 상의 신고제의 신고는 어디까지나 행정관청에게 집회의 순조로운 개최와 공공의 안전보호를 위하여 필요한 준비를 할 수 있는 시간적 여유를 주기 위해 기능한다. 따라서 집회 개최자는 사전 신고를 통해 행정관청으로 하여금 위험 방지의 법적공간을 확보하게 할 수 있고, 이로써 앞서 헌법재판소가 명시한 ‘협력의무’를 다하였다고 볼

제26호, 사법발전재단, 2013.

- 13) 2016년 11월초부터 12월까지 벌어진 소위 “최순실 사태” 관련 집회는 이런 방식으로 가능했었다. 서울행정법원 (이하 동일) 2016. 11. 5. 결정 2016아12248 집행정지(종로와 을지로에서의 행진 금지통고); 2016. 11. 12. 결정 2016아12308 집행정지(올곡로 행진 금지통고); 2016. 11. 19. 결정 2016아12386 등 병합 집행정지(경북궁 옆 창성동 별관 앞길 행진 금지통고); 2016. 11. 25. 결정 2016아12441 집행정지(자하문로 주간 행진 금지통고); 2016. 12. 2. 결정 2016아 12523(청와대 100m 앞까지 주간 행진 금지통고)
- 14) 김종필, “옥외집회등 금지통고에 대한 잠정적 구제절차의 특수성”, 민사재판의 제문제 19권, 민사실무연구회, 2010.
- 15) 실제로 “최순실 사태” 집회에서는 토요일 오후 집회신고에 대한 금지통고가 금요일 오전에 이루어지는 경우가 보통이었다. 금지통고를 화요일이나 수요일에 내리고 집행정지가처분기일이 목요일에 이루어진다면 경찰 측에서도 즉시항고를 할 시간적 여유를 확보할 수도 있었을 것이다.

수 있다.

그렇다면 금지통고는 신고의 내용에 따라 신고의 ‘해방적 효력’을 부정하기 때문에, 그 운영양태에 따라 신고제를 허가제로 변질시킬 위험이 있다. 바로 그렇기 때문에 집시법 상 미신고집회,¹⁶⁾ 신고내용 불일치 집회,¹⁷⁾ 또는 금지통고가 된 집회¹⁸⁾는 모두 신고제-금지통고제 상의 절차상 흠결을 이유로 형사처벌의 대상이 되는 불법행위임에도 불구하고 앞서 살펴본 일련의 대법원 판례는 위 집회들에 대한 해산명령을 내려서는 안된다고 판시한 것이다.

다시 확인건대 경찰은 어째서 엄연한 불법행위가 목전에 발생할 것을 그대로 허용해야 하는 것일까? 왜 위 대법원의 판시와 같이 별도의 ‘타인의 법익침해’ 또는 ‘공공질서에 대한 위험’이 있는 경우에만 불법행위에 대한 해산명령을 발할 수 있다는 것일까? 왜 미신고집회, 신고내용 불일치집회, 또는 금지통고집회 ‘자체’는 공공질서에 대한 위험 또는 타인의 법익침해로 간주할 수는 없는 것일까?

그것은 헌법이 집회에 대한 허가제를 엄격히 금지하고 있기 때문이다. 미신고집회, 신고내용 불일치집회, 금지통고집회 등은 모두 집회의 신고절차에서 발생하는 불법행위들이다. 형식적으로 신고제라고 할지라도 미신고집회, 신고내용 불일치집회, 금지통고집회 즉 행정상 미비를 이유로 집회를 중단할 수 있게 할 경우, 이는 허가제를 구현하는 것과 마찬가지로 된다. 자동차운전면허의 예를 들자면 무면허운전자를 적발할 경우 무면허운전이 목전에 계속될 것을 본 경찰은 이를 방지하기 위해 자동차를 압수할 수 있을 것이다. 이와 달리 미신고집회 등을 해산시킬 수 없는 이유는 결국, 운전에 대한 허가제는 헌법이 금지하고 있지 않으나 집회에 대한 허가제는 헌법이 금지하고 있기 때문이다. 결국 해산명령제도는 집회가 타인의 생명과 재산에 명백하고 현존하는 위험을 끼칠 때만 적용될 수 있는 것이지 절차 상의 하자 때문에 적용할 수는 없는 것이다.

2. 신고서 내용을 근거로 한 금지통고의 위험

그렇다면 위 논리는 금지통고위반죄 재판에도 똑같이 적용될 수 있다. 신고제라 함은 형식적 기준만 갖추어 통보를 하면 그 자체로 신고된 내용대로 집회를 진행할 권리를

16) 집시법 제22조 제2항, 제6조 제1항

17) 집시법 제24조 제2호

18) 집시법 제22조 제2항, 제8조

얻는 것이지 금지통고의 부재라는 요건을 충족해야만 집회를 할 수 있다면 그것은 신고제라고 할 수 없고 허가제가 되는 것이다. 결국 금지통고제도는 집회의 “내용”에 대한 사전검토를 거치는 기능을 해서는 안되며 폭력 등의 법이 명백히 불법으로 정한 행위들을 시위의 일환으로 할 것을 신고내용에 포함한 경우나 또는 신고 내용에서 공공질서에의 위협이 명백함이 유추될 경우에만 경찰이 금지통고를 할 수 있어야 할 것이다. 즉 명백하고 현존한 위협이 없는 상태에서 금지통고를 할 수 있다는 것은 신고제의 기본원리에 반한다.

그러나 실제로 위와 같은 원리가 지켜지지 않고 있음을 아래와 같이 여럿 발견할 수 있다.¹⁹⁾

제주 FTA 협상장 부근 집회, 전면 불허(프레시안 2006년 10월 12일)

오는 23일부터 제주도에서 열리는 한미 자유무역협정(FTA) 4차 협상을 앞두고 박종환 제주지방경찰청장이 12일 협상장 부근에서는 집회를 모두 금지하겠다고 공식 천명했다. 이로써 경찰은 지난 7월 서울에서 열린 한미 FTA 2차 협상 때 협상장 주변에서 시민단체들이 기자회견을 열려는 것을 원천봉쇄해 기본권 침해 논란을 불러일으킨 데 이어, 이번 4차 협상 때도 동일한 방침을 고수하겠다는 의지를 드러낸 셈이다. 박종환 제주지방경찰청장은 이날 오전 제주에서 열리는 한미 FTA 협상 기간의 경비대책을 설명하는 기자간담회에서 “평화적이고 합법적인 시위는 허용하겠지만 불법·과격 시위는 허용하지 않겠다”면서 “협상장 부근에서는 집회가 원천봉쇄될 것”이라고 밝혔다. 박 청장은 이어 “(협상장소인) 중문관광단지 입구에서부터 검문검색을 실시할 것”이라고 말했다. 사실상 한미 FTA에 반대하는 시민단체 회원들의 협상장 접근 자체를 막겠다는 의도를 분명히 한 셈이다. 김경락/기자

얼마나 자신 없기에 반대 의사표현을 막나“(프레시안 2006년 7월 11일)

한미 FTA 저지 범국민운동본부와 참여연대가 공동으로 기획한 ‘한미 FTA 항의 1인 시위’가 10일 경찰의 ‘원천봉쇄’로 무산된 데 이어 11일에도 정상적으로 진행되지 못했다.

이날 1인 시위자로 나섰던 김기식 참여연대 사무처장과 변영주 영화감독은 경찰에 가로막혀 1인 시위 예정지인 신라호텔 영빈관 앞에 가지도 못한 채 동대입구 지하철역 앞에서 시위를 벌여야 했다.

같은 시간에 장충체육관 앞에서 기자회견을 가질 예정이던 ‘한미 FTA 환경대책위원

19) 권두섭, “집시법과 경찰당국의 자의적인 금지통고의 문제점”, 집회시위금지통고의 문제점과 개선방안 토론회 발제문, 국가인권위원회, 2006.

회' 회원 20여 명도 경찰의 봉쇄로 체육관 건너편에서 기자회견을 열었다.

11일 경찰은 신라호텔로 가는 가장 빠른 길목인 동대입구역 5번 출구를 차단한 채 1인 시위자뿐만 아니라 일반 시민들의 출입도 금지했다. 이 때문에 출근하던 신라호텔 직원도, 호텔에서 점심약속이 있던 시민도 5번 출구를 이용하지 못한 채 먼 길로 돌아 들어가야 했다. 일부 시민들은 항의를 했으나 현장에 있던 경찰 그 누구도 통제의 이유를 설명해주지 않은 채 침묵을 지켰다.

일반노조 집회는 수용 '반 FTA' 집회는 금지(한겨레 2006년 7월 7일)

오는 10-14일 한-미 자유무역협정 2차 본협상이 열리는 서울 신라호텔 주변 5곳에서 협상기간에 '한-미자유무역협정 저지 범국민대책본부'(범국본)가 집회를 열겠다고 신고했으나, 경찰이 7일 금지를 통보했다. 그러나 경찰은 같은 시간·장소에 서울일반노조가 낸 집회신고는 받아들인 것으로 확인돼, 청와대 주변 집회 금지 조치에 이어 경찰이 자유무역협정 협상 반대 집회를 원천봉쇄하려한다는 의구심과 반발이 확산되고 있다.

위의 사례들을 보면 '평화집회는 허용하겠지만 폭력집회는 막겠다'고 말해놓고 정작 FTA협상장 부근의 집회는 전면적으로 금지통고를 한다거나 공공질서의 위협이라고 전혀 볼 수 없는 1인 시위에 대해 금지통고를 한다거나 또는 일반노조의 집회는 허용하면서 반FTA집회에서만 금지통고를 하는 행태는 전형적으로 금지통고제를 허가제로 운영 하는 모습이라고 할 수 있다.

이와 같은 현상이 발생하는 이유는 무엇일까? 금지통고는 집회가 실제로 이루어지기 전에 내리는 것이어서 신고서의 기재사항만 보고 내릴 수 밖에 없다. 하지만 모든 집회 주최자는 개최하려는 집회가 공공의 안녕 질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백하다는 사정을 기재하려고 하지 않을 것이고 경찰은 어렵더라도 이를 예측해내려고 할 수 밖에 없다. 경찰이 신고서 기재 내용만을 근거로 '명백하고 임박한 위협'의 존재 여부를 판단 하는 것은 매우 어렵다는 점에서 얼마든지 자의적·편향적 처분의 혐의를 받게 된다. 집회 개최의 주체 내지 과거 사례들을 근거로 자의적·편향적 처분을 내릴 가능성이 얼마든지 열려있게 되고, 이러한 점에서도 금지통고 제도는 위헌적으로 허가제처럼 운영될 가능성이 높다. 그런 이유로 금지통고제도 자체를 위헌이라고 보는 입장²⁰⁾도 있고 주요 시민단체들도 그런 제안을 한 바 있다.²¹⁾

20) 김중서, “‘집회 및 시위에 관한 법률’의 위헌성”, 349-389쪽.

21) 표현의 자유 연대, “표현의 자유를 위한 정책제안”, 2012.4.21.

3. 금지통고위반죄의 합헌적 운영

그렇다면 사법부는 위와 같이 금지통고제가 허가제로 변질될 수 있는 위험에 대해 어떻게 대응할 수 있을까? 허가제 금지 원리는 금지통고위반죄 재판에서 다음과 같은 판시를 통해 확립될 수 있을 것이다.

첫째, 금지통고서 자체에서 공공질서예의 위험에 근거한 금지통고임이 드러나지 않는다면 이에 따라 발부된 금지통고를 위반한 행위에 대해서는 무죄판결이 내려져야 한다. 이는 실제로 집회가 공공질서예의 위험을 발생시켰는가와는 무관하게 금지통고 자체가 무효이기 때문이다. 신고서의 기재 내용에 공공질서예의 위험내용이 전혀 없는 상황에서 금지통고를 경찰이 내린다면 경찰은 집회·시위의 “내용”에 대한 사전검토크권을 갖는 것과 마찬가지로 될 것이다.

둘째, 금지통고가 합당하게 내려졌으나 즉 명백한 위험이 있는 것으로 사전에 판단이 내려졌더라도 실제로 집회 자체가 평화롭게 진행되었다면 기존의 판단이 잘못된 것임으로 그 금지통고를 위반한 행위에 대해서 무죄가 선언되는 것이 옳다. 위에서 말했듯이 경찰은 신고서의 내용만으로는 집회가 어떤 양상으로 진행될지 알 수가 없다. 그렇다면 경찰의 금지통고는 그 형식적 위반만을 이유로 금지통고위반죄로 처벌하기에는 법적 안정성이 부족한 규범이라고 할 수 있다. 즉 금지통고를 내릴 시점에서는 공공질서의 위험이 있어보여서 정당하게 금지통고를 내렸다고 할지라도 실제 집회가 벌여졌을 때는 평화롭게 진행이 되었다면 경찰의 금지통고 자체에 흠결이 있다고도 볼 수 있는 것이고 그렇다면 금지통고위반죄를 물을 이유가 없다. 대법원은 이미 해산명령위반죄에 대해서도 해산명령의 위반 등의 형식적 위반 만으로 집회참가행위에 대해 형사처벌을 하는 것은 집회허가제를 구현하는 것이라고 보아 무죄를 내렸다. 이와 같은 논리는 금지통고위반죄에 대해서도 똑같이 적용될 수 있는 것이다. 금지통고의 위반이라는 형식적 위반만 있고 실제 공공질서예의 위험이 없다면 금지통고위반죄 역시 무죄가 선고되어야 한다.

실제로 2014년 12월 대법원 판결(2014. 12. 11. 선고 2011도13299 판결)은 동일한 장소에 경합하는 다른 집회신고가 먼저 이루어졌다는 이유만으로 두번째 집회신고에 대해 금지통고를 한 것은 무효라고 보아 금지통고위반죄에 대해 무죄를 선고하였다. 즉 2014년 법원은 제8조 제2항은 “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”고 규정하고 있고, 그 제22조 제2항은 제8조 제2항에 따라 금지를 통고한 집회 또는 시위를 주최한 자를 처벌하도록 규정하고 있음에도 불구하고 위와 같은 중복 신고에 따라 금지된 후신고 집회를 주최한 자에 대해 다음과 같이 판결하였다.

피고인에 앞서 먼저 신고된 집회는 ‘집회명칭: 기초질서지킴이운동 및 새서울 거리청결운동 전개 캠페인’, ‘개최목적: 시민 질서의식 개도’, ‘개최일시: 2009. 6. 27. 일출·일몰’, ‘개최장소: 서울광장, 시청후정, 지하철 시청역 4번 출입구’, ‘주최자: ○○○○○○○○ 서울시협의회’, ‘참가예정인원: 1,000명 이상’으로 하여 신고된 사실, ○○○○○○○○ 서울시협의회는 2009년 6월에만 같은 내용으로 총 8회의 집회를 개최하겠다는 신고를 하였으나 실제로 개최된 집회는 단 한 차례도 없었던 사실을 알 수 있다.

이를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 먼저 신고된 집회의 목적에 비추어 굳이 1,000명 이상이 참여하여 서울광장 전체 공간에서 일출시부터 일몰시까지 집회를 계속할 필요가 있었던 것인지 상당한 의심이 들고, 특히 ○○○○○○○○ 서울시협의회가 2009년 6월에 8회의 집회신고를 하였으나 실제로는 단 한 차례도 집회를 개최한 바 없다는 점에서 먼저 신고된 집회가 다른 집회의 개최를 봉쇄하기 위한 허위 또는 가장 집회신고에 해당할 가능성이 매우 커 보인다. 사정이 이러하다면 관할 남대문경찰서장은 먼저 집회를 신고한 자에 대하여 집회의 실제 개최 가능성 여부와 양 집회의 상반 또는 방해가능성 등 먼저 신고된 집회가 다른 집회의 개최를 봉쇄하기 위한 허위 또는 가장 집회신고에 해당하는지 여부를 확인하여 뒤에 신고된 집회에 대하여 금지통고 여부를 결정하였어야 함에도, 단지 시간상 뒤에 신고되었다는 이유만으로 이 사건 집회에 대하여 금지통고를 한 것은 위법하다고 볼 여지가 크고, 피고인이 이러한 금지통고에 위반하여 집회를 개최하였다고 하더라도 이를 집시법상 금지통고에 위반한 집회개최행위에 해당한다고 선불리 단정하여서는 아니 될 것이다.

따라서 원심으로서는 피고인보다 앞서 신고된 집회가 다른 집회의 개최를 봉쇄하기 위한 허위 또는 가장 집회신고에 해당하는지 여부 및 관할 남대문경찰서장의 금지통고가 적법한지 여부에 대하여 면밀한 심리를 거친 다음, 피고인의 행위가 집시법상 금지통고 위반 집회개최에 해당하는지 여부를 판단하였어야 할 것임에도, 이에 이르지 아니한 채 단지 그 판시와 같은 이유만으로 이 사건 공소사실을 유죄로 단정하였으니, 이러한 원심의 판단에는 집시법상 금지통고 위반 집회개최행위에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다.

판결 자체는 소위 ‘유령집회신고’의 경우에 적용된 것으로서 앞서 신고된 집회가 허위로 조작된 것임이 명백할 때는 이에 따라 내려진 금지통고는 무효라는 판시인데 이를 넓게 해석하자면, 금지통고의 합헌적인 근거가 될 수 있는 ‘명백하고 임박한 위협’이 부재하기 때문에 이와 같은 결정이 내려진 것이라고 해석할 수 있다. 즉 금지통고를 내릴 때는 경합하는 다른 신고가 있어 정당하게 공공질서예의 위협을 이유로 정당하게 신고를 내렸다고 할지라도, 실제 집회 현장에서는 선행신고된 집회가 유령신고라서 실제 진행되지 않아 경찰이 염두에 두었던 집회자간의 충돌이나 장소선점경쟁이 없이 하나의 집회만 평화롭게 진행되었다면 금지통고위반죄를 적용할 수 없다는 것이다.

베니스위원회가 발주한 연구보고서에 따르면²²⁾ 독일에서도 옥외집회의 경우 48시간 전에 통보될 것을 요구하지만 실제 “집회는 공중의 안전과 질서에 직접적인 위협을 주지 않는 한 금지되거나 해산될 수 없다”고 한다. 여기서 “공공안전”과 “공공질서”는 해당 지역의 질서있는 공동생활에 필수불가결한(indispensable) 조건에 위협이 됨을 말하며 이 금지나 해산 또는 때에 따라서는 제한통고가 비례성(proportionality)을 갖추었는가에 대해서는 “엄격심사(strict scrutiny)”에 의해 평가되어야 한다고 한다. 이에 따라 교통법규 준수를 이유로 집회를 금지한 것에 대하여 연방대법원은 보통 일반통행자의 이익과 집회참가자의 이익은 조화롭게 보전될 수 있다며 과도한 제한이라고 위헌판정하였다.²³⁾ 심지어는 폭력적인 반대집회의 발생가능성에 대해서도 위 법원은 집회를 금지할 이유가 되지는 않는다고 하였다. 여기서 중요한 것은 공공안전 및 공공질서예의 위협이라는 요건이 집회해산에만 적용되는 것이 아니라 집회금지에도 적용된다는 것이다.

4. 시간제한과 장소제한에 따라 금지통고된 집회

집시법에 따른 금지통고는 시간 장소 제한에 따라 이루어질 수도 있다.²⁴⁾ 이에 따른

22) Anne Peters & Isabelle Ley, “Comparative Study: Freedom of Peaceful Assembly in Europe: Study requested by the European Commission for Democracy through Law-Venice Commission”, 2014, 59쪽

23) Federal Republic of Germany Federal Constitutional Court, *Decisions of the Bundesverfassungsgericht-Federal Constitutional Court-Federal Republic of Germany Vol2/Part1: Freedom of Speech*, 284 (295)-Brokdorf Demonstration Case, Nomos Publishers, 1998.

24) 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.

금지통고가 이루어졌으나 실제 집회와 시위는 평화롭게 그리고 각 조항의 보호법익을 훼손하지 않는 형태로 이루어질 경우 금지통고위반죄 유죄가 선고가 되어야 하는가의 문제가 있다. 제10조는 이미 위헌판정을 받은 바 있고²⁵⁾ 제11조, 제12조에 대해서는 위헌논란이 끊이지 않고 있지만 위 조항들이 모두 합헌이라고 가정하고 금지통고위반죄를 어떻게 운영할지를 따져보자는 것이다.

한 가지 주의할 점은 제10조(시간제한)와 제11조(장소제한)은 경찰의 금지통고가 없었다고 하더라도 위 조항들에 어긋나게 진행된 집회에 적용되고 법문상 평화롭게 진행되었다고 할지라도 제23조에 따라 처벌²⁶⁾이 될 수도 있다. 여기서는 제22조의 금지통고위반죄가 적용되는가에 대해서만 다룬다.

금지통고제도가 허가제로 기능하지 않기 위해서는, 제10조~제12조 하에 따라 금지통고가 내려지는 경우에도 실제로 법의 보호법익에 어긋나게 집회가 이루어질지를 정확히 판단하여 금지통고가 내려지기 어려우므로 실제 집회 진행 상황을 보고 금지통고위반죄 유무죄 판단을 할 필요가 있다. 예컨대 제12조는 “교통혼잡”의 예방이 보호법익인데

-
1. 국회의사당, 각급 법원, 헌법재판소
 2. 대통령 관저(관저), 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 안경을 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.

- 25) 제10조의 시간제한에 대해서는 “집회” 부분과 “시위” 부분에 대해 각각 위헌결정이 내려졌다. 2008헌가 25(‘09.9.24)에서는 일몰 후 집회 금지 부분에 대해서 5인이 허가제를 이유로 2인이 과잉금지를 이유로 위헌의 견을 내려 헌법불합치 결정이 나왔고 2010헌가2(‘14.3.27)에서는 일몰 후 시위 금지 부분에 대해서 자정 이전에 적용되는 것에 한정하여 한정위헌 결정이 나왔고 2011헌가29(‘14.4.24)에서는 2008헌가25결정의 이유를 허가제가 아니라 과잉금지원칙 위반임을 확실히 하였다.
- 26) 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

경찰이 금지통고를 내렸다고 할지라도 실제 집회는 교통혼잡²⁷⁾을 일으키지 않고 진행된 경우에는 그 금지통고를 위반한 행위에 대해서는 무죄가 선고되는 것이 옳다. 제11조 역시 “외교기관 또는 외교사절 숙소의 기능이나 안녕을 침해할 우려”, “해당 외교기관 또는 외교사절의 숙소를 대상으로 하지 아니하는 경우”, “대규모 집회 또는 시위로 확산될 우려” 등은 신고내용 만을 가지고 경찰이 판단하려 하는 경우 허가제로 변질될 위험이 높다. 제10조 역시 “질서유지의 조건” 하에 경찰의 야간집회 허가가 주어지는 경우 “질서유지”가 목적이므로 그 조건을 위반하여 야간집회가 진행되었다고 할지라도 질서가 유지된다면 이 조건을 위반한 것에 대해서는 금지통고위반죄가 적용되지 않는 것이 옳다. 즉 실제 집회가 그러한 혼잡이나 우려를 일으키지 않고 진행되는 경우에는 금지통고위반죄가 적용되지 않는 것이 헌법상 허가제 금지원리에 부합한다.

뿐만 아니라 법조문 자체에서 금지통고의 사유를 “교통혼잡”, “안녕을 침해할 우려”등을 정하고 있지 않다고 하더라도 조문 별로 입법목적을 상정할 수 있다. 예를 들어 법원, 대통령 관저의 경우 업무의 평온이 이유일 것이 자명하다. 그렇다면 그러한 평온을 유지하면서 집회가 진행되었다면 역시 금지통고위반죄는 적용되지 않는 것이 옳다.

IV. 결론

헌법재판소는 집회 사전 신고의 성격을 ‘협력의무’로서의 신고라고 판시한 바 있다. 그렇다면 신고를 함으로써 행정관청에게 필요한 준비를 할 수 있는 시간적 여유를 제공하여 협력의무를 충실히 한 이상 신고된 집회·시위를 미신고된 상태로 만들 수는 없다. 즉 여기서 경찰이 금지통고를 한다면 이는 협력을 제공할 수 없다는 의사표시를 한 것일 뿐 집회는 속개될 수 있어야 하는 것이다.

대법원은 헌법재판소 결정과 궤를 같이 하여 금지통고와 똑같이 집회를 무산시킬 수 있는 행정적 효력을 가진 해산명령에 대하여 일련의 판결을 통하여 ‘명백하고 임박한

27) 참고로 위에서 언급했던 “최순실 사태” 집회들의 집행정지 재판에서는 경찰이나 청구인 측 모두 ‘교통’의 범위에는 집회에 참가하는 보행자들의 교통도 포함되어 있기 때문에 집회 때문에 자동차의 통행이 막히는 것이 반드시 법이 정한 ‘교통혼잡’을 의미하는 것이 아님에 동의함을 전제로 변론이 진행되었다. 예를 들어 집회참가 보행자들의 숫자가 해당 도로를 이용하는 자동차의 숫자를 압도할 경우 “교통혼잡의 예방”을 위해 집회를 허락하고 자동차통행을 막는 것이 타당하다는 것이다. 결정문들에 이와 같은 당사자들의 이해가 반영되지는 않은 점은 아쉽다.

위협'의 존재가 없이는 해산명령을 내릴 수 없다고 한 바 있다. 즉 (1) 신고가 되지 않았거나 (2) 신고내용이 실제 집회상황을 제대로 반영하지 못하거나 (3) 신고가 금지통고에 의해 무효화된 경우에도 해산명령을 내릴 수 없다고 판시한 것이다. 이렇게 하지 않으면 신고-금지통고단계가 제대로 진행되지 않으면 집회가 이루어질 수 없게 될 경우 신고제가 명목만 그럴할 뿐 허가제로 기능할 것을 우려했기 때문이다. 결국 '평화로운 집회는 어떤 이유로도 해산될 수 없다'는 것이다.

이와 같은 논리는 금지통고 자체에도 똑같이 적용될 수 있다. 위에서 말했듯 신고가 협조요청의 의미 만을 담고 있다면 금지통고는 '명백하고 임박한(현존한) 위협'이 있는 경우에만 내려질 수 있어야 한다. 즉 평화로운 집회에 대해서는 금지통고가 내려져서는 안되는 것이다. 물론 이와 관련하여 현행 금지통고제도는 이미 장소제한이나 시간제한을 위반하지 않는 한 "집단적인 폭행, 협박, 손괴(損壞), 방화 등으로 공공의 안녕 질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한 집회 또는 시위"로 그 적용이 국한되어 있다. 그렇다면, 금지통고 위반죄 사건에서 법원은 금지통고가 이루어졌는지 만을 형식적으로 보아서서는 아니되고 실제로 금지통고의 실제적 정당성 즉 명백한 위협이 있었는지를 판단하여 그렇지 않은 경우에는 반드시 무죄를 내려야 할 것이다. 실제로 2014년 12월 대법원 판결(2014. 12. 11. 선고 2011도13299 판결)은 동일한 장소에 경합하는 다른 집회신고가 먼저 이루어졌다는 이유만으로 두번째 집회신고에 대해 금지통고를 한 것은 무효라고 보아 금지통고위반죄에 대해 무죄를 선고하였다. 이는 앞서 신고된 집회가 허위로 조작된 것임이 명백할 때는 금지통고의 근거가 될 수 있는 '명백하고 임박한 위협'이 부재하기 때문인 것이라고 해석할 수 있다. 해산명령 불응죄에 대한 위와 대법원 판결들과 달리 금지통고죄에 대한 해석은 집회주최자에 대한 형사실무에도 영향을 준다.

현재의 대법원판결은 금지통고된 평화집회의 "참가자"의 집회참가의 자유는 보호하지만 금지통고된 평화집회의 "주최자"는 집회주최의 자유는 보호하지 못한다. 결국 경찰은 후자에 대한 강제집행을 시도할 권한을 행사하면서 현실적으로는 전자에 대해서도 불법적인 행정작용을 할 가능성이 높아지게 된다. 이를 분리하기는 현실적으로 어렵기 때문이다. 집회허가제금지원리에 충실하기 위해서 해산명령위반죄를 엄격히 해석한 대법원의 태도가 금지통고위반죄에도 적용되어 평화로운 집회의 주최는 불법이 아니라는 판례가 확립되어야 위의 현실적인 문제가 해결되고 해산명령위반죄 판결의 의미도 심분 살아날 것이다. 이는 집시법 제10조-제12조의 시간장소제한에 따라 내려지는 금지통고에도 똑같이 적용될 수 있다.

참고문헌

1. 단행본

Federal Republic of Germany Federal Constitutional Court, *Decisions of the Bundesverfassungsgericht—Federal Constitutional Court—Federal Republic of Germany Vol2/Part1: Freedom of Speech*, 284 (295)—Brokdorf Demonstration Case, Nomos Publishers, 1998.

2. 학술지

김종서, “‘집회 및 시위에 관한 법률’의 위헌성”, *민주법학* 제41호, 민주주의법학연구회, 2009, 349-389쪽.

_____, “집시법의 몇 가지 문제점-집회의 개념, 사전신고제, 야간옥외집회 금지에 관하여”, *법학연구* 제13집 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2010, 147-178쪽.

김종필, “옥외집회등 금지통고에 대한 잠정적 구제절차의 특수성”, *민사재판의 제문제* 19권, 민사실무연구회, 2010,

김중권, “정보제공적신고로서의 집회신고의 공법적의의에 관한 소고”, *안암법학* 제43권, 안암법학회, 2014, 77-108쪽.

남경국, “집회의 자유의 보장과 제한가능성의 경계”, *서강법학* 제11권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2009, 1-32쪽.

박승호, “국회인근 집회금지의 위헌성”, *안암법학* 제40호, 안암법학회, 2013, 323-361쪽.

이규홍, “집회의 자유에 의하여 보장되는 활동의 범주에 관한 연구-헌법합치적 법률해석의 관점에서”, *사법* 제26호, 사법발전재단, 2013, 250-297쪽.

이인호, “야간집회금지 헌법불합치결정에 대한 비판적 고찰”, *헌법실무연구* 제12권, 헌법실무연구회, 2011.

이희훈, “구 집회및시위에관한법률 상 집회의 개념과 사전신고 및 미신고 집회시 형벌규정에 대한 헌법적 평가: 헌법재판소 2009. 5. 28, 2007헌바22결정에 대한 비판을 중심으로”, *중앙법학* 제11집 제3호, 중앙법학회, 2009, 81-105쪽.

3. 자료집 및 보고서

권두섭, “집시법과 경찰당국의 자의적인 금지통고의 문제점”, 집회시위금지통고의 문제점과 개선방안 토론회 발제문, 국가인권위원회, 2006, 16-111쪽.

서정범, “집회 및 시위에 관한 법률상의 집회 및 시위의 금지 또는 제한”, 집회시위 금지통고의 문제점과 개선방안 토론회 발제문, 국가인권위원회, 2006, 1-15쪽.

표현의 자유 연대, “표현의 자유를 위한 정책제안”, 2012.4.21

Anne Peters & Isabelle Ley, “Comparative Study: Freedom of Peaceful Assembly in Europe: Study requested by the European Commission for Democracy through Law-Venice Commission”, 2014.

[Abstract]

Constitutionalized Interpretation of Crime of Conveining Banned Assemblies

Park, Kyung-Sin*

Korea's highest courts have time and again confirmed that assembly and demonstration permit procedure should not act as prior censorship on assemblies and demonstrations (assembly, hereinafter) and therefore interpreted the law accordingly so that assemblies could not be forcefully dispersed for reasons of procedural defects (e.g., no assembly permit obtained in advance, assembly conducted differently from the scope authorized by permit, assembly banned in advance by the police for anticipated harms). In other words, people were not held criminally liable for violating those dispersal orders as long as the actual assembly itself did not present a danger to peoples and properties while it was proceeding and therefore did not provide any valid reason for dispersal orders. However, it is not just the crime of not complying with dispersal orders that restricts free speech but also the crime of not complying with assembly ban notice. The constitutionalized interpretation of the law should be extended to criminal trials of those charged with the latter crime as well, and we already see the movement in that direction in precedent, and such movement is consistent with the German precedent Brokdorf Demonstration Case as well.

[Key Words] Act on Assemblies and Demonstrations, assembly ban, freedom of expression, chilling effect, time place restriction, non-compliance of dispersal order, non-compliance of assembly ban

* Professor, Law School of Korea University