



● 민중총궐기 국가폭력조사단 기자회견 자료

- 기자회견 및 토론회 순서 1
- 민중총궐기 국가폭력 조사단 개요 2
- 민중총궐기 관련 경찰 소환과 수사에서의 문제 5
- 12/5민중총궐기, 평화로운 집회·시위의 자유를 보장하기 위한 경찰력 사용 가이드라인 11

● [긴급토론회] 차벽을 거둬라! 물포를 치워라! 자료

- 집회의 권리를 침해하는 ‘차벽과 물포 사용’ 헌법의 시각으로 조명한다 14
- 차벽과 물포 사용, 정당한 공권력 행사로 볼 수 있는가 40
- 민중총궐기 이후 쏟아내는 정부의 대책을 비판한다 56

• 기자회견 및 토론회 순서

1부 민중총궐기 국가폭력 조사단 출범 기자회견

사회_ 백가운 (참여연대)

여는 말

이정일 (민주사회를위한변호사모임, 국가폭력 조사단 단장)

민중총궐기 국가폭력 조사 내용 소개

최은아 (인권운동사랑방)

11/14 민중총궐기 참여자소환 등 피해현황

이은정 (천주교인권위원회)

**# 12/5 2차 민중총궐기, 평화로운 집회·시위의 자유를 보장하기
위한 경찰력 사용 가이드라인**

변정필 (국제앰네스티 한국지부)

2부 [긴급토론회] 차벽을 거둬라! 물포를 치워라!

- 경찰, 평화로운 집회보장 어떻게 해야 하는가?

사회_ 박진 (다산인권센터)

**# 집회의 권리를 침해하는 '차벽과 물포 사용' 헌법의 시각으로
조명한다**

한상희 (건국대학교법학전문대학원)

차벽과 물포의 사용, 정당한 공권력 행사로 볼 수 있는가?

문병효 (강원대학교법학전문대학원)

민중총궐기 이후 쏟아내는 정부의 대책 이대로 들 수 없다

박주민 (민주사회를위한변호사모임)

1부 민중총궐기 국가폭력 조사단 출범 기자회견
민중총궐기 국가폭력 조사단 출범까지 조사의 경과, 필요성, 개요

무엇보다 병상에 계신 백남기 어르신 의식이 돌아올 수 있기를 간절히 기도합니다.

10년 전 전용철, 홍덕표 농민 열사가 서울 여의도에서 경찰폭력으로 쓰러진 날, 무척이나 추웠습니다. 11월 날씨치고 살을 에는 강바람을 지금도 기억하고 있는 것은 10년 전 기억이 현재와 겹쳐진 2015년 한국의 현실이 너무도 기막히기 때문입니다. 사건 발생 직후 경찰은 자신들의 소행으로 사망에 이르게 된 과정을 부인하며 농민들의 집회가 과격하다고 비난하였습니다. 지금도 마찬가지입니다. 백남기 어르신이 위중한 상태에 있음에도 경찰은 그 어떤 사과도 없이 집회를 여전히 불온하게 보고 있으며 집회참여자들을 잡아들이겠다고 혈안입니다.

지난 11월 20일 민중총궐기 인권침해감시단 활동을 했던 인권시민사회단체들은 기자간담회를 통해 당일 경찰의 집회대응이 인권침해였음을 밝혔고, 백남기 어르신 사례뿐만 아니라 전반적인 경찰폭력/국가폭력에 대한 조사가 필요하며, 이를 위하여 사회적인 진상조사단 활동을 제안하였습니다. 그 후 인권시민사회단체들은 사회적인 진상조사단을 만들어내기 위한 준비모임을 2차례 가졌고, 오늘 민중총궐기 국가폭력 조사단을 출범하게 되었습니다. 조사단에는 12월 2일까지 공권력감시대응팀, 국제엠네스티 한국지부, 다산인권센터, 민주사회를위한변호사모임, 보건의료단체연합, 인권운동공간 활, 인권운동사랑방, 인도주의실천의사협의회, 전국언론노동조합, 천주교인권위원회, 참여연대 등이 함께 하고 있습니다.

민중총궐기 국가폭력 조사단은 무엇보다 경찰이 집회를 어떻게 대응했는지, 세부적인 것을 놓치지 않으면서도 큰 흐름을 잡고 조사활동을 하고자 합니다. 경찰의 의도는 무엇이었고, 과정에서 경찰은 어떤 행위를 했으며, 그 결과 우리가 목도하고 있는 진실이 무엇인지 보여주고 싶습니다.

오랫동안 경찰폭력은 불처벌의 영역으로 남아 있었습니다. 그 이유는 누가 물리력 사용을 명령했는지 집행한 사람은 누구인지 구체적으로 밝혀지지 않았기 때문입니다. 우리는 경찰에게 국가의 법집행관으로서 책임을 묻는 것입니다. 그 시작은 바로 사실조사로부터 시작합니다. 경찰폭력의 불처벌 관행이 다시금 반복되지 않고 재발방지를 위해서도 꼭 필요한 일입니다. 더불어, 경찰폭력에 대한 시민들의 용기 있는 제보와 목격 진술이 절실히 필요한 상황입니다.

1. 진상조사단의 이름: 민중총궐기 국가폭력 조사단

2. 단장 : 이정일 변호사(민주사회를위한변호사모임, 백남기 어르신 고소고발권 담당)

3. 참여단체 : 공권력감시대응팀, 국제앰네스티 한국지부, 다산인권센터, 민주사회를위한 변호사모임, 보건의료단체연합, 인권운동공간 활, 인권운동사랑방, 인도주의실천의사협의회, 전국언론노동조합, 천주교인권위원회, 참여연대 등

4. 조사의 범위 : 백남기 어르신 사건을 포함하여 11.14 민중총궐기에서 나타난 국가폭력 전반을 조사하기로 한다.

5. 조사 목표 :
 - 5-1. 11월 14일 민중총궐기 현장에서 발생한 피해들을 확인하고 문제의 원인을 밝힌다.
 - 5-2. 인권침해의 책임을 밝히고 재발방지를 위한 대책을 마련하여 사회적으로 제안한다.
 - 5-3. 조사활동 과정에서 드러난 국가폭력을 사회적으로 고발하고 불처벌의 관행이 반복되지 않도록 인권증진을 꾀한다.

6. 조사 과정 및 결과 :
 - 6-1. 조사활동 과정에서 국가폭력의 불법성이 발견되면 법률적 대응을 진행한다.
 - 6-2. 조사활동 결과는 보고서를 통해 널리 공유한다.
 - 6-3. 조사과정에서 다양한 인권옹호자들(유엔인권기구, 국내외 인권기구, 국제인권단체, 국회 등)과 협력한다.
 - 6-4. 피해자와 목격자의 진술을 잘 채록하고 국회 및 경찰정보공개 청구 등을 통해 관련 자료를 수집한다.
 - 6-5. 해외사례, 국제인권규범 등 국내사례를 비추어 볼 수 있는 인권기준자료를 풍부하게 수집한다.
 - 6-6. 경찰폭력 관련 책임자가 어떠한 공적 책임을 지는지, 과거와 같은 불처벌의 관행이 지속되는지 모니터링 한다.

7. 조사 개요 :
 - 7-1. 경찰의 사전 대응: 갑호비상령 민중총궐기를 범죄로 취급하고 시민을 적으로 규정, 관계부처 장관 국민 담화문 발표/ 집회의 불법화(부적절한 금지 사유 등)
 - 7-2. 진압작전 전반(마음먹고 준비 중이었다): 차벽/ 해산절차의 위법성/ 물포 사용(그날 거리에서 누구라도 크게 다칠 수 있었다)

7-3. 백남기 어르신 상황+물포: 언제 어디에서 왜 무엇을 어떻게 구성

7-4. 경찰의 후속 대응(집회 참여자 소탕 작전이 이어지고 있다): 마구잡이 무분별한 소환장 발송/ 민사손배소송 공언/ 집회시위를 위축시키고 억압하는 법률 발의(복면금지법 등) / 대통령 국무회의 발언(집회참여자=IS) / 11.14 경찰 진압 책임자 불처벌 등

8. 접근 가능한 피해자 사례 정리 : 물포로 인한 인적 물적 피해/ 차벽으로 이동의 자유가 제한된 피해/ 광화문역에서 통행제한으로 인한 피해/ 국내외 취재진, 인권침해감시단 활동으로 겪은 피해 등

8-1. 제보운동으로 들어온 시민 피해

8-2. 119 구조를 요청한 피해

8-3. 보건의료단체를 통해 들어온 피해

8-4. 인권침해감시단(감시단), 국내 언론인 피해, 해외언론인 피해

9. 의료

2-8-1. 물포나 캡사이신 관련해 피해 현황 파악

2-8-2. 물포나 캡사이신 관련해 신체/정신에 미치는 영향 등에 대한 조사(국회/ 해외자료)

10. 언론

10-1. 해외언론 모니터

10-2. 국내언론 모니터 : 언론보도 태도/ 경찰대응/ 경찰청장 발언 등

1부 민중총궐기 국가폭력 조사단 출범 기자회견 자료
민중총궐기 관련 경찰의 소환과 수사에서의 문제

11월 14일 민중총궐기 이후 전국적으로 1200여 명의 경찰력을 투입해 수사를 벌이고 있다. 경찰의 물포 살수에 사람 목숨이 위태로운 지경임에도 경찰은 책임 있는 사과와 조사, 책임자 문책을 커녕 민중총궐기 집회를 폭력집회로 규정하고 수사와 검거에만 열을 올리며 '공안몰이'에 나섰다.

11월 18일 경찰에 따르면 서울지방경찰청은 민중총궐기와 관련해 수사부, 광역수사대, 간첩 수사를 담당하는 보안수사대, 정보과, 홍보과, 서울 지역 일선 경찰서 10여 곳의 지능범죄수사팀 등 99명으로 수사본부를 설치해 수사를 벌이고 있다. 경찰은 집회를 주최한 53개 단체 중 46개 단체 대표에게 출석을 통보했다. 11월 30일에는 수사대상에 오른 사람이 401명이라고 밝혔다. 구체적으로 보면 구속 7명, 불구속 입건 44명, 체포영장 발부 1명, 훈방 1명, 출석조사 15명, 출석요구 333명 등이다. 이번 주부터 3차 출석요구 기한이 만료되는 수사대상자가 있는 것과 관련, 혐의가 중한 이들에 대해서는 검찰과 협의해 체포영장을 신청할 계획이라고 밝혔다.

그러나 이렇게 강도 높고 빠르게 진행되는 소환과 수사를 들여다보면 '마구잡이 수사', '소환장 남발', '과도한 정보수집' 등 직권남용과 위법한 수사임을 확인할 수 있다. 경찰관 직무집행법 제1조②에는 "경찰관의 직권은 그 직무 수행에 필요한 최소한도에서 행사되어야 하며 남용되어서는 아니 된다." 라고 명시되어 있지만, 현재 민중총궐기에 대한 수사는 법과 원칙을 외면한 채 실적을 올리기 위해 몰두한 모습이다. 또한, 이런 수사 행태는 사람들을 두렵게 만들어 오는 12월 5일 2차 민중총궐기 집회에 참석하지 못하게 하려는 의도이며 향후 자유로운 집회참석의 권리를 위축시키는 행위다.

단지 집회에 참석했다는 이유로, 또는 근거 없이 출석요구서를 남발해 경찰이 국민을 범죄자 취급하고 있다. 그뿐만 아니라 집, 학교 등을 경찰이 찾아오고 가족과 주변인들에게 알려서 마치 엄청난 범죄를 저지른 것처럼 보이게 하고, 과도하고 위법한 정보수집을 서슴지 않고 있다.

지금까지 제보된 내용이 전부가 아닐 것이다. '11월 14일 집회에 참여했다'는 것만으로 불법·폭력시위의 낙인을 씌우고 있는 상황으로 미뤄볼 때 더 많은 사람이 인권침해를 겪을 가능성이 높지만, 경찰과 공안 당국의 조사대상 혹은 체포대상이 될까 두려워 그 사실을 공개하기 꺼리고 있을 것이라 추측한다.

이에 따라 <백남기 범국민대책위>에서는 11월 14일 민중총궐기와 그 이후에 발생한 인권침해사태에 대한 적극적인 대응을 위해 인권침해제보를 받을 예정이며, <민중총궐기 국가폭력 조사단>은

조사작업을 진행할 예정이다.

(인권침해제보센터, 대표전화 1670-4737)

1. 민중총궐기에 참석하지 않았음에도 불구하고 경찰의 출석요구서를 받은 사례

(1) 알바노조 인천지부 준비위원장인 이경호 씨는 11월 27일 인천 남부경찰서로부터 12월 3일 경찰서로 출석하라는 출석요구서를 받았다. 그러나 민중총궐기 대회가 있던 11월 14일에 이경호 씨는 ‘인천사람연대’에서 진행하는 김장나누기 행사에 참여했다.

민중총궐기 이후 노동당이 전국 시도당별로 ‘경찰 폭력진압 규탄 기자회견’을 진행했고, 노동당 당원이기도 한 이경호 씨는 11월 19일 오전 인천지방경찰청 앞에서 열린 기자회견에서 규탄발언을 했다. 이경호 씨는 자신이 알바노조 인천지부 준비위원장 자격으로 발언하자 집회 참가자로 간주하고 출석요구를 한 것으로 추측했다.

이경호 씨는 경찰이 출석을 요구한 12월 3일 인천경찰청 앞에서 기자회견을 진행하고 인천지방경찰청과 인천 남부경찰서에 무차별적인 출석요구서 남발에 대한 사과와 재발방지를 요구하는 항의서한을 전달할 예정이며, 집회에 참석하지 않은 이유로 출석하지 않겠다는 입장을 밝힐 예정이다.

(2) 정의당 대전시당 홍보국장인 홍진원 씨는 지난 11월 25일 대전지방경찰청으로부터 14일 밤 10시 28분경 세종대로와 서린로타리 등에서 밧줄을 이용해 경찰버스를 파손했다는 혐의로 두 차례 출석요구서를 받았다. 그러나 홍진원 씨는 당일 어머니 생신이어서 서울에 가지 않고 대전에 있었고, 가족들과 함께 시간을 보냈다

홍진원 씨는 경찰 측에 ‘대전경찰청에 보내는 글’을 통해 당일 현장에 없었던 것을 밝힌 뒤, 터무니없는 출석요구서를 보내게 된 ‘증거공개’와 ‘출석요구거부’, ‘수사가 필요하면 직접 직장으로 찾아올 것’ 등을 요구했다.

(3) 단양군 친농연 사무국장 일하고 있는 유문철 씨에게 2회에 걸쳐 단양군 정보과 형사 2명과 수사과 형사 1명이 집으로 찾아와 11월 14일 집회 때 불법 행위를 한 채증사진이 있다면 집회 참가 여부를 물었다. 그러나 유문철 씨는 11월 14일에 집회에 참석하지 않았다.

2. 주거지, 학교 등으로 찾아오고 가족과 주변사람들에 공개

(1) A씨는 11월 23일 구미 경찰서 지능팀 김00 경사로부터 집회 및 시위에 관한 법률 위반, 일반교통방해 혐의에 대해 문의할 일이 있다는 내용의 문자를 받고 11월 26일 대구 남부경찰서에 출석을 해 조사를 받았다. 조사는 구미경찰서의 김00 경사와 또 다른 한 명의 경위가 와서 했다. 조사 중 공식적인 질문 말고 중간에 사적으로 하는 이야기라며 경찰이 A씨에게 여러 질문을 하였고, 그중 어머니의 직장을 묻길래 알려줬다. A씨는 사적으로 하는 질문이지만 그 내용이 마음에 꺼림칙했으나 경찰은 사적인 내용은 그냥 동네 사람이기도 하고 긴장 풀려고 하는 말이라며 안심

시켰다. 조사 이후 조서 내용을 확인했을 때 사적으로 얘기했던 내용은 전혀 들어가 있지 않다는 것을 확인하고 도장을 찍었다.

그런데 경찰이 당일 오후 1시쯤 A씨의 어머니의 직장으로 전화했다. A씨의 어머니가 부재중이라 직접 전화를 받지는 못했지만, 경찰의 전화로 A씨의 어머니는 직장 동료들이 A씨의 혐의사실을 알게 되었다는 것에 무척 화가 났다.

(2) 11월 24일 경찰은 김한률 씨가 재학하는 고등학교에 찾아왔다. 그러나 하교 후라 김한률 씨를 만나지 못한 경찰은 학교로부터 부모 연락처를 받아 부모에게 찾아간다고 연락을 했다. 당일 저녁 경찰은 김한률 씨와 가족이 있는 집으로 찾아왔다. 김한률 씨는 출석요구서 발송이나 본인 통보조차 하지 않은 채 경찰이 방문한 것에 문제를 제기하며 돌아갈 것을 요구했다. 당시 집 안으로 들어가지 못한 채 경찰과 나눈 대화는 아래와 같다.

“저는 할 말 없습니다. 출석 요구서 보내세요.”

“학생이 한률이야? 97년생?”

“네, 97년생 맞습니다. 출석 요구서 보내세요.”

“나는 용인 동부경찰서 지능범죄수사팀 000형사야. 사실관계 조사할 게 있어서 그런데.”

“절차도 없이 이게 무슨 것입니까. 저는 할 말 없으니 출석 요구서 보내세요.

“우리 경찰이 누구를 조사할 때 절차를 어기고 이러지 않아. 내가 여기서 너한테 출석 요구를 할 수도 있어.

“저한테는 경찰관님께 출석 요구서를 요청할 권리가 있습니다. 출석 요구서 보내세요.

“뭘 모르나 본데, 우리가 출석 요구서 보내는 건 일도 아니야.”

“그러니까 보내세요. 저는 할 말 없습니다.”

“아니, 일단 들어가서 얘기하자. 어머니, 문 좀 열어주세요.”

김한률 씨와 가족이 문을 열어주지 않자 경찰은 돌아갔다.

(3) 서울에서 대학을 다니고 있는 조은별 씨는 주소가 가족들이 있는 대구로 되어있다. 11월 23일 대구의 부모로부터 ‘집에 경찰관이 찾아왔었는데 마침 아무도 없는 상태라 경비실에 조은별 건으로 대구 중부경찰서 정보과 소속 경찰이 찾아왔다고 말하고 갔다는 연락을 받았다. 다음날 아침에 학교에서 수업을 듣고 있던 중 다시 어머니로부터 연락을 받았다. 어머니는 집에 누군지도 모르는 남자 둘이 찾아와서 문을 두드리는데 무서워서 문을 열어주지 않고 있다는 상황을 전했다.

가족에 대한 걱정으로 이틀동안 거의 밥도 먹지 못하고 있던 조은별 씨는 11월 26일 아침에 양천경찰서 박00 경위의 전화를 받고 경찰이 집에 찾아온 이유를 알게 되었다. 11월 14일 민중총궐기 집회에 참석했다는 이유로 출석요구서를 발송했고 21일 금요일에 가족들의 부재로 등기가 전달되지 않자 23일 월요일에 바로 경찰이 집으로 찾아온 것임을 확인했다. 이후 경찰은 조은별 씨와 연락이 되지 않자 통신가입자 조회를 통해 전화번호를 찾아서 연락하는 것이라고 했다.

(4) 11월 14일 민중총궐기 직후 민주노총 산하 지역의 간부가 거주하고 있는 아파트에 경찰관들이 찾아와 사진을 보여주며 주민들한테 ‘이 사람이 이곳에 살고 있느냐, 본적이 있느냐’ 며 물었다.

3. 과도한 정보수집과 과잉수사

(1) B씨는 친구 2명과 함께 공동거주 생활을 하고 있다. 23일 퇴근 후 집에 오니 현관문에 고양경찰서 지능팀 경찰의 명함이 꽂혀있었다. 명함 뒷면에 볼펜으로 ‘연락주세요’ 라는 메모만 남겨져 있었기 때문에 누구에게 무슨 일로 찾아온 것인지 알 수가 없었다.

이틀 뒤에 B씨가 경찰에게 전화해 확인을 하니 ‘C씨가 사는지 확인하러 갔다’ 며 사건 담당자에게 B씨의 연락처를 전하겠다고 말했다. 당시 C씨는 종로 경찰서로부터 출석요구서를 두 차례 받은 상태였고 출석날짜를 통보한 것과 관련해 별도의 연락을 해야 하는지 모르고 출석을 하지 않은 상태였다. 이후 B씨는 강동경찰서로부터 연락을 받았는데 C씨가 출석요구서가 발부되었는데도 연락이 없으니 C의 연락처를 알려달라는 것이다. 그래서 알려줄 수 없다고 하고 전화를 끊었다.

C씨는 종로경찰서에 연락해서 고양경찰서에서 찾아온 것과 강동경찰서에서 B씨에게 전화를 한 것에 관해 묻자 자신은 모르며 시킨 적도 없다는 대답만 들었다.

(2) D씨는 12월 1일 울산경찰서의 경찰로부터 전화를 받았다. 경찰은 이 전화가 E씨의 전화가 아니냐고 물었고 D씨는 아니라고 했다. 이에 경찰은 E씨와 연락하고 싶은데 연락처를 아느냐고 물었고, D씨는 자신의 전화번호를 어떻게 알고 전화했는지 물었다. 경찰은 E씨가 일전에 응급실에 갔을 때 보호자로 함께 했던 D씨의 연락처가 남아있는 것을 확인하고 전화했다고 답했다. 경찰의 대답에 너무 놀랐지만, E의 연락처를 알려줄 수 없다고 하고 전화를 끊었다. 이후 D씨는 다시 경찰에게 전화해서 본인의 전화번호를 어떻게 알았는지 확인을 하려 했으나 경찰은 얼버무리며 잘못 건 것이라고 말했다.

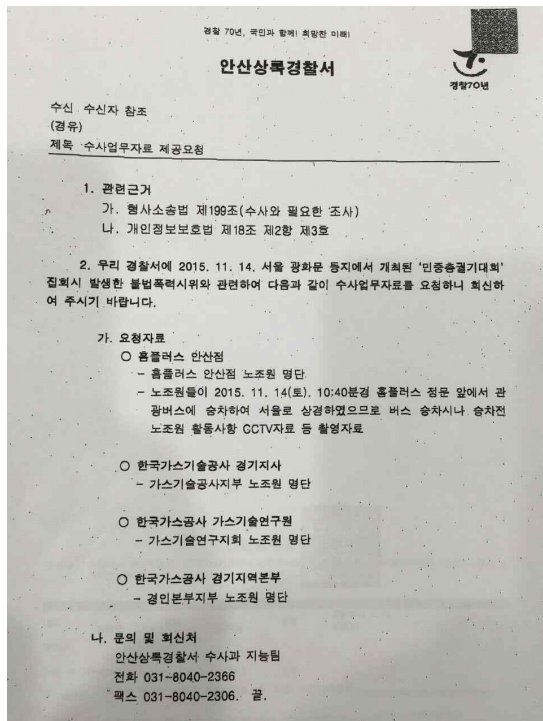
이 소식을 들은 E씨는 경찰에게 전화해서 왜 D에게 전화했는지, 어떻게 전화번호를 알게 되었는지 묻자 경찰은 E의 통화기록을 조회했고 그중에서 무작위로 전화한 것이라고 답했다. 당시 E씨는 민중총궐기와 관련해 한차례 출석요구서를 받은 상황이었다.

(3) 민중총궐기 이후 며칠 지나지 않아 정읍시 농민회는 서울 남대문 경찰서의 전화를 받았다. 경찰은 14일 집회 당시 농민회 차량을 누가 운전했고 어떻게 움직였는지 물어서 왜 그런걸 물어보냐 하니 수사 중인 사건 때문에 그렇다고 하고 구체적인 피의 사실이나 조사내용을 이야기 하지는 않았다.

정읍시 농민회 차량은 집회 당일 농민대회가 열렸던 승례문인근에 주차되어 있었고 농민대회 이후 행진 및 전체 대회 상황이 종료될 때까지 주차된 자리 그대로 서있었을 뿐이었는데도 불구하고 경찰은 수차례 농민회에 전화를 걸어 운전자를 확인해 달라고 했다.

(4) 11월 18일 안산상록경찰서는 홈플러스 안산지점장, 한국가스기술공사 경기지사장, 한국가스공사 가스기술연구원장, 한국가스공사 경기지역본부장에 수사협조 공문(수사업무자료 제공 요청)을 보냈다. 공문에서 경찰은 ‘11월14일 민중총궐기대회의 불법·폭력시위와 관련해 수사업무 자료를 요청한다’ 면서 노조원 명단을 요구했다. 특히 홈플러스 안산점에는 노조원 명단과 함께 ‘11월14일 (오전) 10시40분경 홈플러스 정문 앞에서 관광버스에 승차해 서울로 상경한 노조원 활동사항이 담긴 폐회로텔레비전 등 촬영자료’ 까지 요청했다.

현행 개인정보보호법에 따르면, 노조 조합원 명단은 민감정보로 제3자 제공은 조합원의 명시적 동의가 있거나 법령에서 허용하는 경우 제한적으로 허용된다.



(5) 11월 17일 서울경찰청 보안수사대 소속 경찰관이 CBS 김현정의 뉴스쇼에 출연해 민중총궐기 집회 당시 물대포를 맞아 중태에 빠진 백남기 씨를 부축한 시민의 신원정보를 CBS제작팀에 요구했다. 제작진이 “당사자 동의 없이 인터뷰 대상자의 정보를 알려줄 수 없다”고 답하자 경찰은 “직접 방송사로 찾아가달 테니 당사자를 만나게 해달라”고 목소리를 높였다. 해당 보안 경찰관은 “일베 같은 사람들이 계속 연락해 조사하라고 한다”고 말했다.

보안수사대는 '간첩 등 보안사범에 대한 수사' '보안 관련 정보의 수집·분석 및 관리'를 주된 업무로 하고 있다.

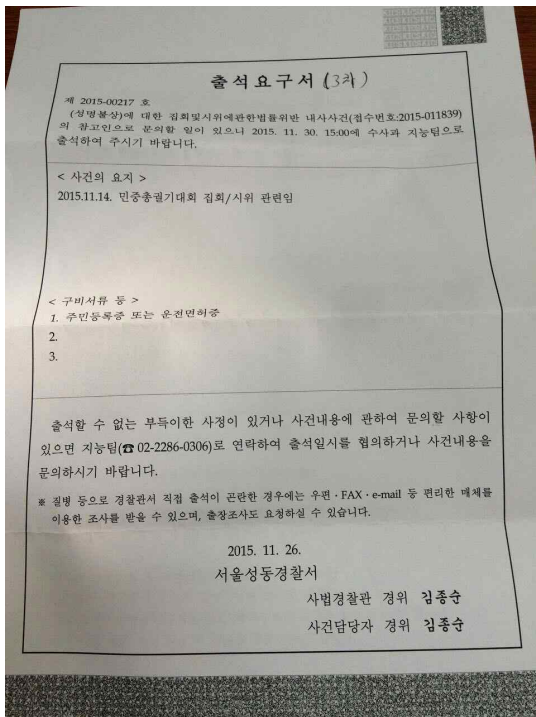
4. 경찰의 불법적인 체포사례

12월 1일 청년좌파 회원인 김수로 씨는 서울에서 예산 집으로 오던 중 집 앞 버스 정류장에서 체포되었다. 경찰이 내세운 체포이유는 11월 14일 민중총궐기 관련으로, “수사기관의 출석요구에

응하지 아니할 ‘우려’가 있다”는 것이었는데 김수로 씨는 출석요구서를 받지 않았다. 다만 지난 11월 26일, 예산경찰서에서 두 명의 경찰이 집으로 찾아와 김수로 씨의 어머니를 만나고 갔다. 당시 경찰은 무슨 일 때문에 집까지 찾아왔는지 어머니에게 알려주지 않고, 본인에게 직접 들으라며 김수로 씨와 어머니의 연락처를 요구했다. 이후 김수로 씨는 경찰과 통화를 해서 11월 14일에 있었던 민중총궐기 건으로 소환조사를 하려고 하는데, 이 집에 사는지 안 사는지 확인하려 한 것이라는 대답을 들었다. 출석요구서를 받지도 않았는데 경찰이 찾아오는 것이 납득이 되지 않으면서도 다시 경찰이 다시 찾아오지는 않을까, 설마 체포를 할까 하며 마음을 졸이던 김수로 씨는 결국 체포되었다.

5. 출석요구서 남발

(1) 11월 15일부터 민중총궐기 투쟁본부 참가단체에 보낸 참고인 출석요구서 중 [성명불상]인에게 보낸 요구서가 다수 발견되었다. 참고인 소환조사를 한다면서 조사 대상을 특정하지 않고 [성명불상]인에게 소환을 요구했다.



(2) 11월 14일 민중총궐기 인권침해감시단으로 참여했던 인권활동가들 중 2명에게 출석요구서를 발부했다. 발부일은 11월 18일, 11월 24일, 11월 26일로 일주일 사이 3차례나 출석요구를 했다. 인권침해감시단이라고 적혀있는 조끼를 착용하고 있었기 때문에 집회참가자와 구별이 되는데도 불구하고 단지 그 장소에 있었다는 이유로 출석요구서를 보냈다.

1부 민중총궐기 국가폭력 조사단 출범 기자회견 자료
12월 5일 민중총궐기, 평화로운 집회·시위의 자유를 보장하기 위한
경찰력 사용 가이드라인

거리에서 자신의 의견을 표현하는 것은 모든 사람이 지닌 합법적 권리이며, 집회·시위의 자유는 민주주의 사회의 초석이다. 국가와 경찰은 모든 이에게 평화로운 집회·시위의 자유를 보장해야 할 의무가 있으며, 경찰의 임무는 집회·시위의 자유를 보호하는 것이지, 이를 위협하는 것이 아니다.

하나. 집회·시위의 자유를 보장하는 것은 국가의 의무다.

‘금지통고 남발-불법집회 규정-형사 처벌’이라는 악순환의 고리는 중단되어야 한다. 경찰은 “교통의 흐름을 방해” 한다거나 “국민들에게 피해를 주는 행동”이라는 말로 기본권 제한을 정당화 해서는 안 된다.¹⁾ ‘공공질서 유지’를 악용하여 집회를 금지하거나 해산시켜서는 안 된다.²⁾ 집회·시위의 자유를 보장하는 것은 국가의 의무다. 자유로운 민주주의 사회에서 집회는 허가의 대상이 아니다.³⁾

둘, 시민은 ‘적’이 아니다. 불필요한 긴장과 폭력을 유발하는 경찰력 사용을 중단해야 한다.

경찰은 11월 14일 민중총궐기를 대상으로 ‘갑호 비상’을 내리고, 5일 민중총궐기를 앞두고 “불법 폭력 시위”로 미리 예단 하는 등 가상의 위협과 불안을 증폭시켰다. ‘선제적’으로 동원된 차벽과 물포는 집회 참가자들을 자극하여 불필요한 긴장과 폭력을 유발한다.

집회·시위의 자유에 대한 권리는 ‘선제적’ 공격의 대상이 아니며, 집회 참가자들을 “적”으로 규정하는 것은 민주주의 사회에서 더 이상 허용되어서는 안 된다. 경찰의 임무는 평화로이 공공의 집회와 행진을 열 수 있도록 돕고 긴장을 완화하는 것이다.⁴⁾

셋, 집회·시위의 자유를 제한하는 수단인 차벽 사용을 중단해야 한다.

경찰은 차벽을 “이격조치를 통한 관리의 수단”이라고 주장하고 있다. 그러나 지금까지 차벽은 집회 참가자들이 청와대를 향하지 못하도록 막기 위한 수단, 즉 집회·시위의 자유를 제한하기 위

1) 평화로운 집회·시위의 자유 및 결사의 자유의 권리에 관한 특별보고관 보고서, UN Doc. A/HRC/20/27(2012) para.67.

평화로운 집회·시위의 자유 및 결사의 자유의 권리에 관한 특별보고관 보고서, UN Doc. A/HRC/23/39(2013) para. 83(d)

2) OSCE/ODIHR 평화시위에 관한 가이드라인(2007), p. 50

3) 평화로운 집회·시위의 자유 및 결사의 자유의 권리에 관한 특별보고관 보고서, UN Doc. A/HRC/23/39(2013) para.51

4) 국제앰네스티 미국지부, 집회·시위에서 법집행공직자의 올바른 경찰력 사용(ACTICE FOR LAW ENFORCEMENT OFFICIALS POLICING DEMONSTRATIONS, 2015) 참고

한 수단으로 사용되었다. 경찰은 30일 “앞으로도, 광화문광장 이북 지역에서의 대규모 집회 시위는 법과 원칙에 따라 금지 기조를 유지하고, 차단할 계획” 이라고 밝혔다.

집회·시위의 자유에 대한 권리는 본질적으로 시민들이 자신의 주장을 전달하고자 하는 대상이 “보이고, 목소리를 전할 수 있는” 거리에서 집회·시위를 하는 권리를 포함한다.⁵⁾⁶⁾⁷⁾

또한, 집회를 경찰 차벽으로 둘러쌀 경우 집회 참가자와 시민들 사이를 갈라 시민들에게 도달하고자 하는 목소리를 사실상 전달할 수 없게 되어, 집회의 본질적 의미를 훼손한다.⁸⁾

넷, 생명에 위협을 가할 수 있는 무기인 ‘물포’ 사용을 중지해야 한다.

지난 14일 우리는 물포가 지닌 위험성을 목격하였다. “지속적이고 집중적인” 물포 살수는 심각한 부상을 유발할 수 있으며, 특히 특정인을 겨냥한 조준 직사 살수는 생명에 치명적일 수 있다는 점이 확인된 이상 ‘물포’ 사용은 중단되어야 한다. 생명을 위협할 수 있는 유해성 장비를 단지 집회 해산이라는 목적으로 사용해서는 안 된다.⁹⁾ 경찰력 사용에 있어 최우선 원칙은 “생명 보호” 이다.

다섯, 유색 물감 살포는 인권침해의 자의적 체포, 연행 등 인권침해 우려가 있으므로 사용해서는 안 된다.

11월 30일 경찰은 “불법행위 시에는 유색물감을 살포한 후 경찰력을 조기에 투입해 현장검거 위주의 작전을 전개하겠다” 고 밝혔다. 즉 사후 체포를 위해서 염료혼합 살수를 하겠다고 밝혔다. 물포에 염료를 섞어 살수 할 경우 이후 염료가 묻는 사람들을 자의적으로 체포, 연행하여 인신을 구속되는 등 인권침해가 발생할 수 있다.¹⁰⁾ 물포는 그 속성상 참가자들에게 무차별적으로 광범위하게 살포 될 수 있으며, 실제로 폭력행위를 했는지 여부와 상관없이, 평화로운 집회 참가자, 집회 장소 주변인에게 까지 광범위하게 영향을 줄 수 있다. 개인장비에 의한 염료 살수 역시 자의적 판단에 의해 이후 체포, 연행 및 인신을 구속할 수 있다는 우려가 있다.

여섯, 미신고 집회 라는 이유 만으로 집회 참가자를 해산 하거나 연행해서는 안 된다.

경찰은 “폭력을 수반하지 않는다는 이유로 소위 ‘평화 집회 시위’ 임을 내세워 폴리스 라인을 침범하고 불법으로 도로를 점거해 행진 및 연좌하여 극심한 시민의 불편을 야기하는 행위는 준법 집회가 아니” 며 “집시법 및 형법(일반교통방해 등)에 위반되는 불법행위이므로 해산 경고 등 절차를 거쳐 현장 검거 하는 등 엄정하게 대응, 불법 상태를 신속하게 해소하여 국민 불편을 최소

5) OSCE/ODIHR 평화시위에 관한 가이드라인(2007) P.17, P.59

6) 평화로운 집회시위의 자유 및 결사의 자유의 권리에 관한 특별보고관 보고서, UN Doc. A/HRC/20/27(2012) para.40

평화로운 집회시위의 자유 및 결사의 자유의 권리에 관한 특별보고관 보고서, UN Doc. A/HRC/23/39(2013) para.83(c)/

7) 헌법재판소 2003.10.30. 선고 2000헌바67·83(병합) 결정

8) 유엔인권옹호자 특별보고관 2013년 한국 보고서

9) 물리력 사용: 법집행공직자의 물리력 및 화기사용에 관한 유엔 기본원칙 실행을 위한 가이드라인(Use of Force: GUIDELINES FOR IMPLEMENTATION OF THE UN BASIC PRINCIPLES ON THE USE OF FORCE AND FIREARMS BY LAW ENFORCEMENT OFFICIALS) 국제엠네스티, p.31참고

10) 물리력 사용: 법집행공직자의 물리력 및 화기사용에 관한 유엔 기본원칙 실행을 위한 가이드라인 p. 159. 참고

화하겠다” 고 밝혔다.

이런 경찰의 발표는 기본권에 대한 경찰의 인식이 위협 수준에 도달해 있음을 그대로 보여준다. 미신고 집회 역시 “헌법의 보호범위를 벗어나 개최가 허용되지 않는 집회 내지 시위라고 단정할 수 없” 으며,¹¹⁾ 미신고 집회라도 하더라도 집회 해산 결정은 필요와 비례의 원칙에 따라 임박한 폭력 사태의 위협으로부터 동원할 다른 수단이 없을 경우에만 이루어 져야 한다. 특히 적법절차에 따르지 않고, 정당한 이유 없는 인신의 구속은 중대한 인권 침해다. 미신고 집회 라는 이유로 집회 참가자를 해산 하거나 연행해서는 안 된다.¹²⁾¹³⁾

또한, 국제인권기준은 일부 집단이 평화로운 집회 안에서 폭력을 행사하더라도 경찰이 이를 구실로 삼아 다수의 기본권 행사를 제한하거나 방해해서는 안 된다고 밝히고 있다.¹⁴⁾ 또한 집회 주최자나 다른 참가자들이 집회 과정에서 다른 이들이 행사한 폭력을 이유로 처벌을 받거나 법적 책임을 저서는 안 된다.¹⁵⁾

일곱, 경찰의 책무를 다하기 위해 식별표식을 부착하라.

복면시위 금지법이 통과되기도 전부터 정부와 경찰은 복면시위를 하는 사람들을 엄중 처벌하겠다고 위협하고 나섰다. 그러나 경찰이 먼저 자신의 얼굴을 드러내고 물리력 행사에 책임을 져야 한다. 국제법 및 기준들에 따르면 근거를 가진 모든 인권 침해 주장은 반드시 조사되어야 한다. 시민들에게 경찰력 사용으로 인한 인권침해에 실효적 구제를 보장하기 위해서는 경찰이 반드시 조끼와 장비에 가림 없이 집회 시위 현장에서 일정한 형태의 식별표식을 부착해야 한다. 모든 경찰은 작전 수행 중에 신원을 확인 할 수 있어야 한다.

여덟, 경찰은 모든 작전 수행에 대해 사회적, 법적 책임을 다해야 한다

경찰은 집회·시위와 관련해 인권을 존중하는 가운데 경찰력을 사용할 수 있도록 사전에 인권교육과 장비 사용 등에 대한 교육과 훈련을 해야 한다.

집회에서 물리력을 사용한 경우 이후에 심사와 평가를 거쳐야 하며, 이를 위해서는 물리력 사용을 자세히 서면으로 기록할 필요가 있다. 인권침해에 대한 의혹이 제기 될 경우 독립적이고 실효성 있는 조사가 이루어 져야 하고, 인권침해 사실이 확인될 경우 징계, 필요하다면 법적 책임을 물어야 한다.

11) 대법원 2012.4.26 선고 2011도6294 판결

12) 평화로운 집회시위의 자유 및 결사의 자유의 권리에 관한 특별보고관 보고서, UN Doc. A/HRC/20/27(2012) para.29 참고.

13) 대한민국 4차 회기에 대한 UN 자유권위원회 최종견해 para. 52 참고

14) 평화로운 집회시위의 자유 및 결사의 자유의 권리에 관한 특별보고관 보고서, UN Doc. A/HRC/20/27(2012) para.25

평화로운 집회시위의 자유 및 결사의 자유의 권리에 관한 특별보고관 보고서, UN Doc. A/HRC/23/39(2013) para.49

15) 평화로운 집회시위의 자유 및 결사의 자유의 권리에 관한 특별보고관 보고서, UN Doc. A/HRC/20/27(2012) para. 31, para.93 참고

평화로운 집회시위의 자유 및 결사의 자유의 권리에 관한 특별보고관 보고서, UN Doc. A/HRC/23/39, para. 83(f) 참고

1. 들어가기

정치철학자 한나 아렌트에 의하면 폭력의 반대는 비폭력이 아니다. 폭력의 대항점에 존재하는 것은 권력이다. 폭력은 어떤 목적을 달성하기 위한 수단에 불과하다. 반면 권력은 “폭력의 조직화”가 아니라, 정치공동체 속에서의 공동행동으로부터 나온다. 자발적 토론에 의한 상호적 동의와 지지, 그에 터잡은 공동의 행동이 권력의 원천이 되는 것이다. 그리고 이렇게 사람들의 활성화된 삶에 기반을 두는 권력은 폭력에 의존하지 않고서도 스스로 정당하다.

이에 폭력을 사용하는 권력은 더 이상 권력이 되지 못한다. 어떤 권력이 폭력을 사용하는 것은 폭력이 정당하기 때문이 아니라 그 권력 자체가 정당성을 상실하고 있음을 은폐·엄폐하고자 하는 의도에서이다. 자신의 손아귀로부터 자꾸만 빠져나가는 권력을 필사적으로 만회하기 위하여 폭력을 사용하는 것이다. 이 경우 진정한 권력은 그 폭력에 대항하는 사람들이 가지게 된다.

이 점에서 이 점에서 집회·시위는 폭력과는 대척점에 있게 된다. 그것은 아렌트적 의미에서의 권력을 만들어내는 원천일 뿐, 폭력과 친화적인 개념은 아니다. 오히려 그것은 “폭력이 더 이상 권력에 의해 뒷받침되지도 억제되지도 않는 곳”에서 새로운 권력을 만들어내고 이를 통해 그 폭력 자체를 없애버리기 위해 사람들이 길거리에서 펼쳐내는 한바탕 카니발일 따름이다. 집회와 시위는 바로 이런 반폭력성으로 인하여 그 자체 평화이거나 혹은 평화를 향한 것이 된다.

세계인권법제와 우리 헌법에서 집회와 시위의 자유를 보장함은 바로 이 때문이다. 세계인권선언 제20조는 “모든 사람은 평화적 집회와 결사의 자유에 관한 권리를 가진다”고 정하고 있고, UN에 정한 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제21조 또한 “평화적인 집회의 권리는 인정된다.”고 못 박고 있다. 우리 헌법 역시 “모든 국민은 (...) 집회·결사의 자유를 가진다”라고 선언하고 이에 대해 헌법재판소는 “관용과 다양한 견해가 공존하는 다원적인 열린 사회에 대한 헌법적 결단”이라는 의미를 부여한다.

실제 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유가 가지는 정치적 함의는 자못 다르다. 양자는 모두 사상의 자유시장을 바탕으로 민주적인 의사형성을 가능케 하는 시민권적 권리로 규정된다는 점에서 공통되지만, 근대 부르조아지의 관념과 이미지의 담론이 난무하는 전자에 비해 후자는 체제에 대한 무산대중의 항변으로서의 의미가 더욱 강조되고 있기 때문이다. 노동자들이 노동조합을 엮어내는 힘이 여기서 나오며, 버스에서조차 흑인칸으로 내몰려야 하던 흑인들이 시민권을 외치며 인종통합의 길로 내달을 수 있는 동력 또한 여기서 나오는 것이다.¹⁷⁾ 그래서 집회·시위의 자유

16) 이 글은 한상희, “집회 및 시위의 자유-미국의 경우를 중심으로,” 서강법학 제11권 제1호, 2009.6. 33-66면을 편집한 것임.

17) 바로 이 점에서 보편적 접근성이 보장되는 사이버공간은 집회·시위와 마찬가지로 보다 비계급적인

는 권력 그 자체를 새롭게 창출하고 나날이 갱신하게 만드는, 민주제 자체의 원동력이 된다. 헌법재판소가 “집회의 자유는 사회·정치현상에 대한 불만과 비판을 공개적으로 표출케 함으로써 정치적 불만이 있는 자를 사회에 통합하고 정치적 안정에 기여하는 기능을 한다”¹⁸⁾고 말한 것은 이런 맥락에서 이해할 수 있다.

요컨대, 집회·시위의 자유는 대의제가 유도하는 관념의 정치를 길거리의 현실정치로 변환하는 힘을 가진다. 혹은 매스미디어가 만들어내는 시뮬라시옹을 깨는 또 다른 내파의 힘을 창출한다. 삶과 삶을 맞대고 일상과 농담을 주고 받으며 모든 ‘사적인 것’ 들을 공적인 것으로 변환해 내는 공간이 바로 여기서 만들어지는 것이다. 그리고 이 공간에서 소통되는 비아냥과 웃음, 욕지기와 해학들이 매스미디어화된 민주주의, 시장이 인간을 대체한 자유시장주의, 그리고 이들의 대표자가 되는 것만이 살 길이라 믿는 정치적 다수자들이 내뿜는 그 폭력의 정치정치에 과감한 균열을 만들어내게 된다. 함성이 울리고 깃발이 나부끼며 침과 땀이 뒤섞이는 이 공간에서 우리는 그들의 폭력을 이겨내는 우리의 권력을 구성해 낼 수 있는 것이다.

집시법은 그래서 폭력이 된다. 한나 아렌트의 권력은 사람들이 함께 모여서 서로 연대하고 동의하며 함께 행동해 나갈 때 발생한다. 집시법은 이런 방식으로 생겨나는 권력에 대한 공포로부터 탄생된 폭력이다. 그것은 사람들이 모여서 의사소통할 수 있는 장소를 빼앗고, 사람들이 서로 토론하며 성찰할 수 있는 기회를 박탈하며, 사람들이 상호 동의하는 가운데서 연대하여 행동으로 나아가는 것을 봉쇄하기 위한 수단으로 만들어진다. 그래서 그것은 폭력이 된다. 집시법은, 사람들의 권력으로부터 혹은 광장의 권력으로부터 자신의 정치세력을 방어하기 위한 적나라한 폭력 그 자체인 것이다.

지난 권위주의의 시절, 집시법이 정권안보법으로 맹활약을 한 것은 바로 이 점 때문이다. 국가보안법이나 긴급조치와 더불어 정치적 반대자 혹은 “사회불만세력” 이 그 불만을 토로하고자 하였다는 사실만으로 범죄자의 낙인을 찍어 처단하는, 그래서 그들의 말과 행동을 정치의 장에서 제거해버리는 가장 유효한 수단이 되었던 것이다. 이에 집시법이 내세우는 “공공의 안녕과 질서” 라는 말은 허사 혹은 채언에 불과하게 된다. 그에 대한 위협이 발생하는가 아닌가와 전혀 무관하게, 오로지 ‘신고없이 집회·시위를 하였다’ 는 사실만으로 모든 불만세력의 입을 다물게 만들 수 있도록 하는 것이 바로 이 집시법의 입법목적이었기 때문이다.

이 글은 이런 일련의 추이들을 비판하고 집회 및 시위가 진정한 인권으로 거듭나기 위한 전제로서 그 헌법적 이해를 도모해 보고자 하는 목적에서 쓰여졌다. 특히 4.18 집회에 대한 경찰의 불법적 폭력행사를 되짚으며 다시는 그러한 반법치의 폭력이 반복되지 않게 하기 위한 헌법적 성찰의 기회를 모색해 보자 하였다. 나아가 집회·시위의 자유는 우리의 생활이며 우리의 삶의 방식을 증명하고자 하였다.

토론과 참여의 광장을 열게 된다.

18) 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바67 결정

2. 집회·시위와 헌법이념

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 주의와 주장」이 언어의 형식을 빌어 표출되는 것이 언론·출판이라고 한다면, 그것이 집단적 행동으로 표출되는 것이 집회·결사에 해당한다. 양자는 기본적으로 그 보호범의 범위가 같은 것이다. 한 마디로 체제에 항의할 수 있는 권리로써 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.¹⁹⁾

하지만 집회 혹은 그 공간적 이동으로서의 시위가 가지는 이러한 기본권적 의미 즉, 민주적 기본질서의 기초로서의 시민권적 권리에 불구하고 우리나라의 집회·시위에 관한 법제는 그것을 원칙적으로 사회질서에 종속되는 하위개념으로 설정하고 있다. 집회및시위에관한법률(이하 「집시법」)은 집회 및 시위에 관한 행정적 정보수집이라는 명분 하에 집회·시위에 대한 ‘준’ 허가제를 취하고 있을 뿐 아니라, 집회·시위를 필요악의 관념으로 설정함으로써 민주적 기본질서의 중심축으로서의 집회·시위의 자유를 과도하게 제한하고 있다.²⁰⁾

실제 헌법은 제21조에서 집회·시위 등으로 구현되는 표현의 자유를 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 기본권제한과는 다른, 가중된 요건들을 요구하고 있다. 하지만, 그러한 헌법원칙에도 불구하고 현행 집시법은 어떠한 위험의 발생가능성의 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 구조

19) 이 점과 관련하여 영국에서는 집회의 자유가 청원권과 연관되어 18세기부터 발전한 반면, 유럽에서는 결사의 자유와 더불어 집단적 권리로써 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.

20) 한 언론사의 보도에 의하면 민주화운동보상심의위원회가 지난 6년간 명예회복을 결정한 6053건 중 집회및시위에관한법률(「집시법」) 위반으로 처벌받은 건수가 2299건, 폭력행위등처벌에관한법률 위반과 특수공무집행방해등의 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 절반이상이 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.

를 취함으로써 헌법규정의 취지와 정면으로 배치되는 양상을 보인다.²¹⁾

특히, 지난 2004년 1월 개정된 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 규제의 필요성-을 전면에 내세우면서 실질에 있어서는 집회 및 시위가 헌법적인 기본권이 아니라 단순한 행정규제의 대상이 되는 일반행위영역에 지나지 않는다는 태도를 보이고 있는 것이다.

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 근대초기 중세체제의 붕괴과정에서 구체제에 대한 부르조아 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, 부르조아적 지배체제에 대한 무산대중의 항변으로서의 의미가 더욱 강하게 나타난다.²²⁾ 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.²³⁾

이에 집회의 자유가 현대사회에서 수행하는 기능을 나열하자면 다음과 같다.

- 건전한 여론형성과 여론표현의 수단 혹은 문화생활의 한 과정으로서의 의미를 가진다.
- 국민의 정치적·사회적·문화적 의사형성의 과정에 순기능을 수행한다. 특히 대의제민주주의를 근간으로 하는 현대정치사회에 있어서는 집회의 자유는 주로 대의과정에서 누락되거나 간

21) 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). 이 때 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.

22) 이 점에서 집회의 자유를 정치적 의사형성과과정에서 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.

23) 이런 관점은 Emerson에서 잘 나타난다. Thomas. I. Emerson, *System of Freedom of Expression*, Random House, New York, 1970, p.286에서는 노예폐지론자(abolitionist), 여성참정권론자(suffragettes) 등 미디어를 이용할 수 없었던 소수자집단들이 자신의 의견을 표현할 수 있는 통로로서의 집회·시위의 자유를 언급하고 있다. E. C. Baker에 의하면 평화적인 집회와 시위가 표현의 자유를 넘어서는 의미를 가진다면 그것이 새로운 관점을 전개하고 그에 필요한 힘을 구동함으로써 가치있는 경험을 창출하는 비폭력적 수단으로 이용되기 때문이라고 한다. Edwin C. Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*(Oxford: Oxford University Press, 1989), p.153: 조병인, 전게서, 40면에서 재인용함.

과되는 소수자-민중의 이해관계를 표출하고 이를 정치과정에 투입시킴으로써 그것을 보완하는 기능을 수행한다.²⁴⁾

- 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.²⁵⁾

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 열린 사회에 대한 헌법적 결단”이라고 이해하고 있다.²⁶⁾

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 크기으로써 그 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.²⁷⁾ 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.

실제 국제인권규약등에서 집회의 자유를 보장하면서 거기에 “평화적”이라는 수식어를 항소(恒素)로 삽입하는 것은 바로 이런 시간·장소·방법의 규제와 일맥상통한다. 즉, 그 “평화적”이라는 말은 두 가지의 의미 속에서 이해된다. 첫째 인권법의 보호대상으로서의 집회는 평화적인 것에 한정된다. 이는 “평화적”으로 진행되는 한 그 집회가 합법적이든 불법-위법-적이든 관계없이 일단 그 집회만큼은 보호의 대상이 되어야 함을 의미한다. 둘째 여기서 “평화적”이란 좁게

24) 이 점에서 Mouffe가 근대의 다원적 민주주의는 “지배와 폭력의 부재”에 달려 있는 것이 아니라 “그 것들이 제한되고 도전될 수 있는 일련의 제도를 만드는 데 있다”고 말한 것은 타당하다. 전계역서, 43면. 이는 독일연방헌법재판소도 인정하여, 민주주의에 대한 보정적 기능 혹은 대표강화의 기능으로 설명한다. BVerfGE 69, 315(343); 자세한 것은 이우한, “집회의 자유의 헌법적 기능과보호범위에 관한 연구,” 강원법학 제38권, 2013, 503-4쪽 참조.

25) 이는 독일연방헌법재판소의 일관된 태도이기도 하다. “의견표현의 자유는 사람의 인격의 가장 직접적인 표현이고 자유민주주의적 국가질서를 구성하는 가장 중요한 인권의 하나로 간주된다. (……) 집회의 자유는 집단적 의견표현의 자유라고 이해되므로 동일한 바가 원칙으로서 집회의 자유에도 적용된다. 데모를 행하는 자는 완전히 공개된 상태에서 미디어가 개재함이 없이 자신의 신체적 참여에 의해 자신의 의견을 표명함으로써 직접적인 방법으로 자기의 인격을 발현시키는 것이다.” BVerfGE 69, 315[345] 참조.

26) 헌법재판소 2003.10.30 선고 2000헌바67,2000헌바83 결정

27) 물론 이 부분과 관련하여 현행의 집시법에는 집회의 개념에 대한 용어규정이 존재하지 않아 실질적으로 물리적인 위력이 존재하지 않는 단순한 모임의 경우까지만 집시법이 적용될 수 있도록 하고 있다. 일종의 광범위하기 때문에 무효(void for overbreadth)의 법리가 적용될 수 있는 여지를 안고 있는 것이다.

해석되거나 억제적으로 해석되어서는 아니된다. 그것은 하등의 갈등이나 사회적 분쟁 또는 물리적 힘의 행사가 부재하는 상태를 의미하는 것이 아니다. 집회에 수반되는 어느 정도의 ‘폭력’은 “평화”의 개념속에 수용되고 있는 것이다. 그래서 <평화적 집회의 자유에 관한 지침>은 “평화적”이라는 말에 “성가시게 하거나(annoying), 도발적(give offence)인 행위를 포함하며, 심지어 제3자의 활동을 일시적으로 방해, 훼방, 차단하는 행위까지도 포함” 하는 것으로 해석되어야 한다고 정리한다. 즉 집회에 참석하는 사람들이 비난받을만한 행위(reprehensible act)를 저지르지 않는 한 집회의 자유는 보호되어야 한다는 것이다.²⁸⁾

둘째, 하지만, 이렇게 경찰규제의 대상이 되는 경우에도 그것은 언제나 특정한 구성요건적 한계 내에서만 가능하다. 즉, ①명백하고도 현존하는 위험이 존재하는 경우에 ②명확성의 원칙(void for vagueness and overbreadth)과 ③과잉금지 원칙, ④입증책임의 전환이론, ⑤법익형량의 이론 ⑤보다 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.

3. 표현의 자유 및 집회·시위의 규제방법-미국의 경우

A. 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.²⁹⁾ 이하에서는 방법규제와 그에 따른 집회·시위에 대한 국가규제의 법리를 중심으로 살펴본다.

B. 방법규제 v. 내용규제

1)

표현에 대한 규제는 그것이 기반하는 준거와 관련하여 방법규제(method regulation) 혹은 내용중

28) CDL-AD(2010)031 Joint Opinion on the on the Public Assembly of Serbia by the Venice Commission and OSCE/ODIHR, §28

29) 통상적인 구분법인 접근규제(access regulation), 내용규제(content-based regulation), 소유규제(ownership regulation)의 구분은 무엇을 규제의 대상으로 하는가에 따른 것이지만, 내용규제를 제외한 나머지의 두 유형인 접근규제와 소유규제는 엄밀히 보자면 표현과 관련한 의사의 유통에 대한 규제에 귀결된다. 접근규제는 매체를 이용함으로써 자신의 의사를 표현할 수 있는 가능성을 모색한다는 점에서, 그리고 소유규제는 독과점을 배제함으로써 다양한 의사가 소통될 수 있도록 한다는 점에서 궁극적으로는 표현내용이 어떠한 경로를 통해 어떠한 방식으로 유통되는가 즉, 유통구조의 문제가 된다. 따라서 이는 엄밀히 보자면 구조규제의 하위 형태라고 할 것이며, 이에 여기서는 이 구분법을 따르지 않는다.

립적 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.³⁰⁾ 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.³¹⁾ 도서관 열람실 내(장소)에서는 그 내용에 관계없이(내용중립적) 열람시간동안(시간) 어느 누구도 큰 소리로(방법) 말하지 못하도록 하는 것이나, 관공서에 인접한 장소에서나 심야에는 옥외집회나 시위가 금지되는 것(집회및시위에관한법률 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.

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 유대인학살(holocaust)를 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 의사표현행위를 할 수 없도록 하는 것(국가공무원법 제66조)들이 여기에 속한다.(물론 이런 규제는 그 자체로 위헌이다)

실제 이 방법규제와 내용규제, 혹은 행위(conduct)와 표현(speech)은 Ely교수도 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.³²⁾ 표현의 자유에 대한 국가의 규제가 신중하여야 함은 바로 이 때문이다. 비록 표현에 대한 규제가 이원화되어 방법규제 혹은 관점중

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

31) 미국에서 이 부분의 대표적인 선례는 U.S. v. O'Brien, 391 U.S. 367(1968)이다. O'Brien은 1966. 3. 동료 3명과 함께 보스톤 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 행정목적 달성을 위하여 적절한 수단을 선택하고 있으며, 그 범위내에서 행위가 가지는 비표현적(noncommunicative) 효과들만 처벌하고 있으며, 그들의 소각행위는 이러한 행정목적에 저해하고 있으며, 따라서 이를 처벌함을 정당화할 수 있는 충분한 정부의 이해관계가 존재한다는 이유로 합헌결정을 내리고 항소심의 위헌결정을 파기하였다. 이에 대하여 Douglas대법관은 O'Brien등의 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 위험'의 법리가 적용되는 제1단계(track one)에 비하여, 그때 그때 사안에 따라 표현의 자유라는 법익과 정부의 규제이익간의 균형(balance) 여하에 따라 그 규제입법의 위헌여부가 판단된다고 한다. Tribe, *American Constitutional Law*, 2nd. ed., pp.791-2 참조.

32) Ely, "A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing In First Amendment Analysis," *Harvard Law Review*, vol.88, 1975, p.1482 참조.

립적 규제는 어느 정도 자유로운 영역에 속하는 것처럼 보이는 하지만, 실질에 있어서는 방법/내용, 관점중립/관점편향의 구분 자체가 상대적이라는 점에서 언제나 조심스럽게 다루어야 할 필요가 나타나게 된다. 그리고 미국의 경우 바로 이 점으로 인하여 집회나 시위에 대한 공적 규제에는 행정청의 재량적 결정권에 대하여 극도로 부정적인 태도를 보이면서 그 위헌성여부의 판단을 하기 위한 심사기준 또한 상당히 강화된 기준-중간단계의 심사기준intermediate test-을 사용한다.

이 영역에 있어 미국의 판례가 일관하여 명확성의 원칙을 강조하고 있음은 바로 이 점에서부터 연유한다.³³⁾ 무엇이 방법에 대한 규제인지 혹은 무엇이 내용에 대한 규제인지가 그 자체 명확하지 않을 경우 규제권을 가지는 행정청이 지나친 재량권으로써 실질적으로 자신에 비판적인 표현을 저지하고자 애쓸 가능성이 많기 때문이다.

C. 방법규제에 있어서의 명확성의 원칙

그 대표적인 사건이 Cohen v. California³⁴⁾이다. 이 사건에서 미국연방대법원은 음란표현이나 혐오발언이 금지될 수도 있음을 인정하면서도 그 표현문구나 표현과정에서 나타나는 천박성(vulgarity)만으로 표현 자체를 금지하는 것은 허용되지 않는다고 선언하였다. 미국연방대법원은 여성과 아이들이 함께 다닐 수 있는 법원 복도에서 징집에 반대하기 위한 목적으로 “Fuck the Draft”라고 쓰여진 윗도리를 입고 시위하는 행위를 처벌하는 캘리포니아주의 법률을 위헌이라 판단하면서 천박한 표현이 있다고 해서 그것이 던지는 메시지까지 부인하는 결과를 야기하여서는 아니될 것임을 선언하였다. 음란이나 혐오발언은 분명 표현의 자유의 보호범위에 해당되지 않지만, 그렇다고 해서 사소한 표현상의 문구를 이유로 그 정치적 메시지 자체를 부정하는 것은 허용되지 않음을 선언하고 있는 것이다.

공공장소에서의 복면착용행위를 처벌하는 캘리포니아주 형법 § 650a의 규정을 위헌이라 선언한 캘리포니아주 항소법원의 판결³⁵⁾은 다른 관점에서 의미를 가진다. 이 규정에 의하면 오락이나 엔터테인먼트를 위한 경우 또는 위생관련명령(health order)에 따른 경우를 제외하고는 자신의 신분을 숨기기 위하여 복면(mask)을 착용하는 행위는 경범죄로 처벌받는다. 이관계 학생이 시위하는 과정에서 자신의 얼굴을 유인물로 가리다 체포된 사건에서 캘리포니아 항소법원은, 이런 규정은 표현의 자유를 제한하는 것인 만큼 그런 금지규정으로 보호되어야 하는 필수적인 주의 이익(compelling interest)이 존재함을 주정부가 증명하여야 한다고 보았다. 나아가 오락이나 엔터테인먼트의 경우와 정치적 표현을 위한 시위의 경우가 어떻게 다르며 그것을 구별하는 기준은 무엇인지를 명확하게 규정하였어야 했다고 판단하였다. 결국 법원은 이런 이유들로부터 <보호하기 때문

33) Perry Educ. Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n, 460 U.S. 37(1983)은 학교 우편함을 다른 교원노조원들은 사용할 수 없도록 한 노사협약을 합헌이라고 선언한 것이기는 하지만, 그럼에도 불구하고 표현의 자유에 대한 제한의 가능성을 명확하게 판단하고 있다. 이 판결의 경우 내용중립적 규제라 하더라도 중대한 주의 이익을 위한 것이어야 하는 동시에 엄격하게 재단된(narrowly tailored) 것이어야 함은 변함없다고 판단하고 있다.

34) 403 U.S. 15(1971)

35) Ghafari v. Municipal Court, 87 Cal. App. 3d 255, 150 Cal. Rptr. 813, 2 A.L.R.4th 1230 (1st Dist. 1978)

에 무효>의 법리를 적용하여 이 법률을 위헌으로 선언하였다.³⁶⁾

Brandenburg v. Ohio³⁷⁾ 사건은 이전의 명백하고도 현존하는 위협의 법리³⁸⁾와 단순한 옹호발언(advocacy)/선동(incitement)의 구분론³⁹⁾을 결합함으로써 가장 강도 높게 표현의 자유를 보장한 판결로 손꼽힌다. 이 사건에서는 집회를 포함한 표현의 자유를 제한하는 법규정은 무엇이 금지되고 무엇이 금지되지 않는지를 명확하게 구획하여야 함을 판시하였다. 즉, 이 사건 적용법률의 경우 어떠한 행위에 대한 단순한 옹호발언과 즉각적인 불법을 촉발하는 발언(incitement to imminent lawless action)을 구분할 수 없기 때문에 그것은 위헌이라고 판단한 것이다.

요컨대 경찰관 등 행정관에게 어떠한 집회·시위가 “무질서한 행동을 촉발(provoke disorderly conduct)” 한다든지 “불법침해를 야기한다(probably cause injury)” 든지 혹은 “불법방해를 구성(create a disturbance)” 할 것인지를 여부를 판단하고 이를 바탕으로 집회·시위를 허락할 수 있는 권한을 부여하는 것은 그 자체 위헌인 것이다. 환언하자면 헌법은 정부에게 어떠한 집회를 “불법집회”라고 판단·규정할 그 어떠한 권한도 부여하지 않았다는 것이다. 오히려 정부는 헌법상의 기본권인 집회의 자유를 최대한으로 보장하고 그로 인하여 파생되는 비집회참가자들의 불편을 최소화하는 조치에 주력하여야 할 의무를 부여하고 있을 따름이다. 나아가 어떠한 집회를 “불법화”하는 것은 행정부의 권한이 아니라 입법부의 권한이라는 점도 분명히 해 둘 필요가 있다. 그래서 Beckerman v. City of Tupelo, Miss.⁴⁰⁾는 의미를 가진다. 집회·시위에 대한 소극적 규제를 가하고 있는 규정이라면 그것은 어떤 경우에 집회·시위가 허락될 것인지를 입법자가 충분히 특정하여 규정하여야 한다고 판단하였기 때문이다.⁴¹⁾ 하지만, 이 사건에서 문제가 되었던 Tupelo시의 조례는 “무질서한 행동(disorderly conduct)”이 무엇인지 정의하는 규정도 두지 않았고 더구나 이 규정이 입법된지 얼마 지나지도 않아 관련사건을 재판하였던 미시시피 주 법원조차도 그 의미를 특정하는 판결을 내어 놓지도 않았다. 바로 이 점으로 인해 그 조항은 광범위하다

36) 최근 거론되고 있는 복면금지법이라는 담론은 너무도 단순한 우리의 사고체계를 겨냥한다. ‘그냥 집회만 하면 되지 왜 복면?’, ‘뭔가 감출 것이 있으니 얼굴을 가리는 것이겠지’, ‘봐! 시위현장에서 차에 줄을 매어 뒤집는 사람이나 각목을 휘두르는 사람들 모두 복면을 썼잖아’라는 단순한 인식에 복면 쓴 은행강도나 복면 쓴 ISIL의 칼잡이를 연결하여 이들을 범죄인으로 추정하게끔 만든다. 그리고는 바로 그런 위협 때문에 선진국에서는 복면금지법을 두고 있다는 식의 허위정보들을 흘려댄다. 하지만, 이런 우리의 단순한 사고들은 인식의 수순을 역행한다. 불법을 하기 위해 복면을 쓰는 것이 아니라, 불법을 피하기 위해 복면을 써야 하기 때문이다.

실제 외국의 복면방지법은 부르카금지법(프랑스, 벨기에, 이탈리아, 혹은 터키)이었거나 혹은 신나치(독일, 오스트리아)나 KKK단의 횡포(미국)를 예방하기 위한 것이었다. 지난 ‘월 스트리트를 점령하라’라는 시위에 적용되었던 뉴욕주의 복면방지법은 인디언 복장을 하고 지주들을 습격한 소작농 혹은 임차인의 폭력을 저지하기 위한 것으로 만들어졌다가 역시 반KKK법으로 지금의 자리를 잡은 것이었다. 거기서 말하는 복면은 문자 그대로 신나치주의 광분자들로부터 평화적 집회를 보호하기 위한 것이었거나 혹은 인종주의의 틀을 쓴 혐오범죄 혹은 혐오표현을 차단하기 위한 것이었다.(이 때문에 미국의 연방항소법원에서 KKK 단원들이 복면금지법을 표현의 자유 침해로 위헌이라고 주장하는 것에 대해, 청구인들은 이미 가운데 다른 복장에서 자신의 정치적 혹은 인종주의적 표현과 주장을 충분히 했기 때문에 굳이 복면을 착용하지 못하게 한다고 해서 표현의 자유가 침해된 것이라 볼 수는 없다고 판단한 것이다)

37) 395 U.S. 444(1969)

38) Abrams v. U.S. 250 U.S. 616(1919)에서의 Holmes 대법관의 반대이견

39) Masses Publishing Co. v. Patten, 244 F.535(S.D.N.Y. 1917)에서의 Learned Hand 판사의 의견

40) Beckerman v. City of Tupelo, Miss. 664 F.2d 502 C.A.Miss., 1981.

41) 이런 결정과 같은 취지의 것으로는, King v. City of Clarksdale, 186 So. 2d 228 (Miss. 1966); Central Florida Nuclear Freeze Campaign v. Walsh, 774 F.2d 1515 (11th Cir. 1985); Beckerman v. City of Tupelo, Miss., 664 F.2d 502 (5th Cir. 1981) 등 참조.

는 이유로 위헌판단을 받게 되는 것이다.⁴²⁾

면허(permit)제도는 이 점에서 특별한 주목을 요한다. 집회·시위에 대한 규제가 만약 내용중립적으로 이루어진다면 특히 지방자치단체는 자신의 행정목적에 위하여 경우에 따라서는 집회·시위에 대한 면허제를 시행할 수도 있다. 하지만, 이 경우에는 그 면허의 조건이나 발부절차가 아주 명확하게(narrowly), 특정되어(specifically) 있어야 한다.⁴³⁾ 그래서 만일 어떠한 면허제도가 주택가에서의 주거의 평온을 도모하기 위한 목적으로 시행된다고 한다면 그에 따른 면허는 그러한 목적을 직접 침해할 위험이 있는 집회·시위만을 규제하여야 한다.⁴⁴⁾

이와 관련하여 도시의 조례로 집회 자체를 직접 규제하는 방식도 헌법문제로 되어 왔다. 콜로라도주의 덴버에서는 월요일부터 금요일까지 5일동안 오전 6시부터 오후 7시까지 도시 중심부의 업무지역에서는 행진(parade)을 하지 못하도록 하는 조례를 제정하였다. 하지만, 이에 대해 연방순회법원에서는 도심지역(downtown area)은 주와 지방정부의 본거지이자 동시에 주의 상업적 이해관계가 집중되는 핵심지역인만큼 그것은 수정헌법 제1조의 행위(표현 및 집회·결사행위)가 결코 금지되어서는 아니되는, 적절한 public forum이라고 선언하면서 이런 조례는 사람들로 하여금 원하는 청중에게 가닿을 수 있는 기회 자체를 박탈하는 것이라고 판시하면서 이를 위헌으로 선언하였다.⁴⁵⁾

이와 유사하게 행진을 금지한 조지아주의 Valdosta시 조례도 위헌판단을 받았다.⁴⁶⁾ 이 시는 학교가 개학중인 기간 동안은 오전 9:30부터 오후 2:00까지, 그리고 방학중에는 오후 4:00까지만 행진을 할 수 있도록 규정하였다. 이에 대하여 연방순회법원은 이런 식의 시간제한으로 추구하고자 하는 정부의 목적이 명확하게 입증되지 않다는 이유로 위헌이라 선언하였다.⁴⁷⁾

42) 예컨대 Lovell사건은 문제된 조례가 시간, 장소, 방법에 대한 그 어떠한 판단의 기준도 제시하고 있지 않기 때문에 그 조례를 위헌이라 판단하였다.(밑줄은 인용자의 것) 우리의 집시법 또한 마찬가지로 위헌성을 가진다.

43) Watchtower Bible and Tract Soc. of N.Y. v. Village of Stratton, 70 U.S.L.W. 4540(2002)에서는 방문권유면허를 받지 않는 채 가가호호 방문하면서 애걸하거나 호소하거나 권유하는 행위를 규제한 Stratton시의 조례를 위헌으로 판단하였다. 실제 이 조례는 방문판매에 있어서의 사기행각을 막기 위한 것이었으나 막상 규제되는 행위는 이와 직접 관련없는 것까지 다 포괄하고 있기 때문이다.

44) 면허제와 관련하여 부기할 사항은 면허의 조건이 지나치게 과도해서는 아니된다는 원칙이다. 실제 집회·시위자에게 약간의 사용료를 부과하는 등 어떠한 부담을 주는 규제는 허용될 수도 있지만 그것이 과중하도록 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 위하여는 1일 1,000달러 이하의 사용료를 부과하도록 한 시 조례에 대하여 그 자체가 표현의 자유에 대한 억제라기 보다는 그 사용료의 금액을 시당국이 임의로 조정할 수 있도록 함으로써 표현내용에 따른 억제가 이루어질 가능성이 많기 때문에 위헌이라고 판단하였다.

45) Sixteenth of September Planning committee, Inc. v. City and County of Denver, Colo., 474 F.Supp. 1333(D. Colo. 1979) 이 사건에서 연방순회법원은 시가 별도의 대안적 공간을 마련하였다고 해서 이 위헌성이 해소되는 것은 아니라고 부연하였다.

46) United Food & Commercial Workers Union Local 442 v. City of Valdosta, 861 F. Supp. 1570, 147 L.R.R.M.(BNA) 2197 (M.D. Ga. 1994)

47) 이러한 논의는 우리의 경우에도 그대로 적용될 수 있다. 경찰측은 광화문광장에서의 집회에 대해 집회금지통보를 하면서 그 근거로 「서울특별시 광화문광장의 사용 및 관리에 관한 조례」 제1조가 “이 조례는 시민의 건전한 여가선용과 문화활동 등을 위한 광화문광장의 사용 및 관리에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.”라고 규정하고 있음을 든다. 하지만, 광화문광장의 용도를 그렇게 규정하였다고 해서 그것이 public forum으로서의 성격이 제거되는 것은 아니다. 도로는 인마의 통행을 위한 것이지만, 그럼에도 public forum이 되듯, 광화문광장 역시 마찬가지로 public forum이며 따라서 여기서의 집회·시위는 무엇보다도 최우선적으로 보장되어야 한다.

D. 방법규제에 있어서의 기본원칙

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 가처분과 같은 방식으로 금지·통제하는 것이 타당하다. 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: ①규제대상의 표현이 가지는 내용에 의거하는 것이어서는 결코 아니되며(content neutral), ②중요한 정부이익(significant state interest)을 실현하기 위하여 그 규제방법이 엄격한 기준에 의하여 잘 다듬어져 있어야 하며(narrowly tailored), ③표현자들이 정보의 소통을 위한 대안적 통로(alternative channels)를 충분히 이용할 수 있는 상태에 있어야 한다.⁴⁸⁾ 이를 분설하면 다음과 같다.

첫째, 방법규제는 그 의미 그대로 표현의 내용에 근거한 것이어서는 아니된다. 즉, 규제대상이 되는 표현행위가 가지는 메시지에 대한 평가를 바탕으로 그 표현을 규제하는 것이어서는 안 되는 것이다. 오로지 그 표현내용과는 무관하게 행위를 중심으로, 그리고 행위를 대상으로 규제가 이루어져야 한다.

둘째의 요건은 중간단계의 심사(intermediate test)에 해당한다. 규제는 반드시 중대한 정부의 이익에 봉사하여야 하며, 그 수단으로서의 규제행위는 잘 재단되어 있어야 한다. 환언하자면 표현의 자유를 보다 덜 제한하는 다른 대안을 선택하여서는 달성할 수 없는, 그런 중대한 이익을 보호하기 위하여서만 규제가 허용되는 것이다.⁴⁹⁾ 하지만 이 때의 Narrowly tailored 요건은 엄격심사에서 그것보다는 완화된다. 즉, 규제목적은 달성하기 위하여 가장 덜 제한적인 수단(less restrictive means)을 선택하여야 하는 것이 아니라, 정부의 목적을 달성하는데 필요한 정도보다 “실질적으

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

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

로 더 넓은 수단”(substantially broader)⁵⁰⁾을 선택하는 것을 피하기만 하면 된다.

셋째, 규제대상이 되는 표현자들이 정보의 소통을 위한 대안적 통로(alternative channels)를 충분히 이용할 수 있는 상태(open)가 이루어져 있어야 한다.⁵¹⁾ 이 때 집회나 시위가 도로나 인도 등과 같은 public forum⁵²⁾에서 이루어질 것이 예정되어 있는 경우 다른 대안적 통로를 마련해 주었다고 해서 행정청이 위의 둘째의 요건(중간단계심사)을 완화시켜 적용하는 것은 허용되지 않는다.⁵³⁾ 요컨대, 우리나라의 집시법이 결여하고 있는 가장 중요한 인식-집회와 시위는 가능한 한 자유로와야 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 집회·시위를 금지하는 행정청이 진다는 점-이 이 사건에서 새롭게 조명되어야 할 것이다.

E. 방법규제와 명백하고도 현존하는 위협

우리 헌법재판소는 시위의 개념을 두 가지로 나눈다. 즉, “도로·광장·공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행함으로써 불특정다수인의 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 인정한다⁵⁴⁾는 점이다. 이러한 판단은 대학구내에서의 집회·시위가 그 주된 적용대상으로, 역사적으로 대학의 자치라는 이념에 의하여 엄격한 보호의 대상이 되어 왔던 대학내 시위에 대하여 집시법 등 일반행사법이 적용되고 대학구내에 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,

50) Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781(1989); Emanuel, op.cit., p.469에서 전제

51) Metromedia, Inc. v. San Diego, 453 U.S. 490(1981)

52) 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, P.639f 참조.

53) public forum이 아닌 경우 미국연방대법원은 규제의 가능성을 보다 많이 인정한다. 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) 사실 외국의 경우에는 일정한 시설로부터 몇 미터 이내 등과 같이 절대적인 기준에 의하여 집회나 시위를 금지하는 예는 거의 없다. 오히려 그 업무의 정상적인 수행을 방해하거나 인원의 안전을 위태롭게 하는가의 여부를 중심으로 판단할 뿐이다.

54) 헌법재판소 결정 1994.4.28 선고 91헌바14

외부인에 대하여 어떠한 접촉이나 대화를 도모한다는지 하는 것 모두가 위력에 해당한다. 문제는 그 위력이 사회질서를 혼란하게 할 경우에는 그것이 단순집회든, 행진시위든 관계없이 형사법적 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.

법리적으로 파악하자면 헌법재판소가 말하는 위력이란 엄밀히 보아 “사회질서를 교란시킬 위험”이라는 개념으로 대체하는 것이 더욱 적합할 것이다. 위력 자체가 문제가 아니라, 그것으로 인하여 침해되거나 훼손될 수 있는 사회질서 그 자체가 문제이기 때문이다. 하지만, 헌법재판소나 혹은 집시법 그 자체의 규정은 이런 논리를 알지 못 한다. 헌법상 표현의 자유를 제한하기 위한 법리로 흔히 제시되는 명백하고도 현존하는 위협의 법리를 제대로 이해하지 못하고 있는 것이다. 이 점과 관련하여 미국연방대법원의 판단은 의미 있다. 연방대법원은 시오니스트 유대인, 흑인, 루즈벨트행정부 등에 대해 ‘근적거리기’, ‘뺨,’ ‘빈대’ 등의 표현을 사용하며 비난 하면서 청중들을 격양시키는 한편, 반대의 입장을 가진 사람들로 하여금 이에 대항하여 그 연설을 저지하기 위하여 폭력을 사용하게 만드는 등 사회질서를 교란시킨 Terminiello의 연설에 대해 평화교란죄(breach of peace)를 적용할 수 없다고 선고하였다. 이 판결에 의하면 “공공의 불편, 짜증 또는 불안을 훨씬 상회하는 중대한 실질적 해악을 야기할 가능성이 있는 명백하고 현존하는 위협이 제시되지 않는 한” 그 발언은 보호되어야 한다고 한다.⁵⁵⁾

실제 미국연방대법원의 입장에서는 어떠한 집회나 시위로 인하여 사회적 위험이 발생할 우려가 있는 경우 그 집회나 시위 자체를 금지하거나 제어하기 보다는 발생이 예상되거나 발생하고 있는 위험 그 자체를 억제하거나 통제하는 것이 바람직하다고 본다.⁵⁶⁾ 혹은 일부의 비평가들은 미국연방대법원의 표현의 자유에 대한 법리적용은 표현의 자유에 대한 보호가 가장 덜 필요한 시기에 가장 많은 보호를 하는 형태로 운영되는 경향을 보인다고 비아냥거리기도 한다. 하지만, 그럼에도 불구하고 오늘날에 있어 미국연방대법원의 명백하고도 현존하는 위협의 법리는 표현의 자유를 보호하는 최선의 이론으로 그 역할을 다하고 있다. 그것이 대표적으로 나타나는 것이 앞서 설명한 Brandenburg v. Ohio⁵⁷⁾ 사건이다. 이 사건은 그 이전까지 서로 혼착되어 명확한 구분이 이루어지지 못 했던 명백하고도 현존하는 위협의 법리⁵⁸⁾와 단순한 옹호발언(advocacy)/선동(incitement)의 구분⁵⁹⁾을 별개의 지표로 분리시키고 이 양자의 중첩적용을 통해 표현의 자유에 관한 제한의 법리를 도출하였다. 즉, 종래에는 위협의 발생여부의 명확성·현존성만 가지고 판단하던 법리를 세분하여 이중의 보호장치를 만들고 이를 바탕으로 가장 강도 높게 표현의 자유를 보장한 판결로

55) Terminiello v. New York, 337 U.S.1(1949). 이러한 미국연방대법원의 입장은 2010년 6월 4일, 유럽안보협력기구인 「민주제도와 인권 사무소」의 집회의 자유 위원단과 「법을 통한 민주주의를 위한 유럽위원회(베니스위원회)」가 정한 <평화적 집회의 자유에 관한 지침> 제2판에서 말하는 평화적 집회의 개념과 정확하게 일치한다. 실제 집회로 인하여 발생하는 불편함, 비생산성 등은 일종의 인권보장의 비용 내지는 민주주의의 비용으로 처리되어야 하며 따라서 관용의 대상이 되어야 한다.

56) Tribe, L., *American Constitutional Law*, 2d ed. (Foundation Press, 1988), p. 854. 예컨대, Cox v. Louisiana, 379 U.S. 536 (1965);

57) 395 U.S. 444(1969)

58) Abrams v. U.S. 250 U.S. 616(1919)에서의 Holmes 대법관의 반대이견

59) Masses Publishing Co. v. Patten, 244 F.535(S.D.N.Y. 1917)에서의 Learned Hand 판사의 의견

손꼽힌다.

이에 의하면 제1단계 심사로 어떠한 표현이 불법한 행동을 즉각적으로(imminent) 초래하거나 혹은 만들어낼 가능성이 있는 경우를 판단한다. 제2단계심사는 그 표현이 행동을 직접 옹호하는 것인지 아니면 추상적인 원칙에 대한 주장인지를 판단한다. 즉, 어떠한 표현이 불법적인 행동을 초래하거나 만들어내는 것을 직접 목적으로 지향(의도)하는 경우 규제의 대상이 된다고 보는 것이다. 그래서 이 기준에 의할 때 단순한 위법의 옹호(mere advocacy of lawlessness)까지도 헌법적 보호의 대상이 되고 있다.⁶⁰⁾

그리고 이러한 판단은 아직까지도 미국에서의 집회와 시위에 대한 규제의 법리로써 여전히 타당하다. 실제 이는 독일의 경우에도 크게 다르지 않다. 물론 미국보다는 완화된 법리를 채택하여 현존성의 요건에 이르지 못하고 있지만, 그럼에도 불구하고 집회나 시위를 금지하기 위해서는 그로 인하여 사회질서가 직접 위협에 노출되어야 할 것을 요구하고 있다. 즉, 그로 인하여 사회질서가 위협에 빠지게 될 가능성은 단지 간접증거 내지 억측에 의해서 판단되어서는 아니되며, 언제나 개별적 구체적으로 이루어지는 위협예측에 기해야 한다고 본다.⁶¹⁾ 또한 집회가 야기하는 위협성의 여부는 집회의 주최자 또는 지지자의 입장에서 판단할 것을 요구한다. 즉, 집회의 주최자 내지 그 지지자가 폭력행위를 의도하거나 혹은 타인의 폭력적 행위를 적어도 용인하고 있다는 판단이 고도의 개연성을 가지고 성립하는 경우에 그 집회는 비로소 “평온성”을 상실한 것이 되며 따라서 이에 기반하여 그 집회는 금지될 수 있다고 보는 것이다.⁶²⁾

※ 방법규제에 대한 미국연방대법원의 입장 정리⁶³⁾

1) Public Forum인 경우

- ㉠ 중요한 주의 이익(significant state interest)을 증진시키기 위해 엄격하게 입안된(narrowly drawn) 경우 → <합헌>
- ㉡ 중요한 주의 이익(significant state interest)을 증진시키기 위해 엄격하게 입안되지(narrowly drawn) 아니한 경우 → <위헌>

2) Public Forum이 아닌 경우

- ㉢ 대안적 통로(alternative channels)가 제시된 경우
 - ① 수단과 정당한 주의 목표 사이에 합리적인 연관이 있는 경우 → <합헌>
 - ② 수단과 정당한 주의 목표 사이에 합리적인 연관이 없는 경우 → <위헌>
- ㉣ 대안적 통로(alternative channels)가 제시되지 아니한 경우
 - ③ 중요한 주의 이익(significant state interest)을 증진시키기 위해 엄격하게 입안된(narrowly drawn) 경우 → <합헌>
 - ④ 중요한 주의 이익(significant state interest)을 증진시키기 위해 엄격하게 입안되지(narrowly drawn) 아니한 경우 → <위헌>

60) Smolla and Nimmer, id., p.3-93.

61) BVerfGE 69, 315

62) ibid. 이런 판시에 기하여 연방헌법재판소는 개개의 집회 참가자 또는 명백한 소수자의 위반행위를 이유로 전체 집회를 불법적인 것으로 선언할 수는 없다고 한다.

4. 우리의 집회 및 시위의 현실

4.1. 대법원과 헌법재판소의 헌법해석

이상과 같은 미국연방대법원의 표현의 자유 혹은 그 분과영역으로서의 집회·시위의 자유에 대한 법리는 우리 헌법학계에서는 거의 수정이나 비판되지 않은 채 그대로 소개되어 왔다. 그 법리의 주요한 용어나 핵심적인 내용은 헌법학계 혹은 강단헌법학에서 주술처럼 되내어져 왔다.

대법원도 이러한 경향을 무시하지는 않았다. 특히 집회의 자유보장과 관련하여 그 적용대상을 소위 “불법집회”에까지 확장하는 판단도 적지 않게 내렸다. 즉, 옥외집회 또는 시위가 그 신고사항이 미비점이 있었다거나 신고의 범위를 일탈하였다고 하더라도 그 신고내용과 동일성이 유지되는 한 (...) 곧바로 당해 옥외집회 또는 시위 자체를 해산하거나 저지하여서는 아니 될 것이고 “64) 라고 하면서 그 ” 신고사항 미비점이나 신고범위 일탈로 인하여 타인의 법익 기타 공공의 안녕질서에 대하여 직접적인 위협이 초래된 경우에 비로소 그 위협의 방지(...) 제거에 적합한 제한조치를 취할 수 있되, 그 조치는 법령에 의하여 허용되는 범위내에서 필요한 최소한도에 그쳐야 할 것 “임을 강조하고 있다. 불법이라고 해서 그 자체로 통제대상이 되는 것이 아니라, 그 불법으로 인하여 구체적인 위협이 야기되는 때에 한해서 최소한의 제한조치를 취할 것을 요구하고 있는 것이다. 이러한 판단은 금지통고된 집회에 대해서도 다른 중요한 법익의 보호를 위하여 반드시 필요한 경우에 한하여 [그 제한이] 정당화되는 것” 이라고 하면서 “공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협이 명백하게 존재” 할 것을 요구한다. 뿐만 아니라 제한조치를 발동하는 경우에도 “시위 참가자수의 제한, 시위대상과의 거리제한, 시위방법, 시기, 소요시간의 제한 등 조건을 붙여 집회를 허용하는 가능성을 모두 소진한 후” 에 비로소 집회의 금지와 해산을 시킬 수 있다고 본다.⁶⁵⁾ 이러한 집회의 보호법리는 미신고집회에도 의연히 적용된다.⁶⁶⁾ 미신고집회인 경우에도 그것을 해산하려면 “타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협이 명백하게 초래된 경우에 한하여” 가능하다는 것이다.⁶⁷⁾

헌법재판소 또한 헌법의 중국적 판단기관으로서의 성격에 어울리게 집회·시위의 자유를 전향적

63) S. L. Emanuel, *Constitutional Law*(New York: Aspen Publishers, 2002), p.448의 표를 재구성함.

64) 대법원 2001. 10. 9. 선고 98다20929 판결. 이 판결은 헌법재판소에까지 이어진다. 헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2013헌바24.(“신고에 의해 예상되는 범위를 현저히 일탈하여 신고제도의 목적 달성을 심히 곤란하게 할 정도로 양자 사이에 커다란 질적 차이가 보이고, 제3자, 일반 대중의 이익이나 공공의 안녕질서를 더 침해하거나 위협하여 사회통념상 수인하기 어렵다고 판단된다면”)

65) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009도13846 판결

66) 대법원 2012. 4. 26. 선고 2011도6294 판결. 베니스위원회에서도 해산명령은 폭력행사의 위협이 임박한 경우에만 최후의 수단으로 행사되어야 함을 명백히 하고 있다. CDL-AD(2009)035 Opinion on the Draft Law on Meetings, Rallies and Manifestations of Bulgaria, §58;

67) 실제 유럽연합의 베니스위원회도 집회의 자유에 적용되는 기본원리를 ①집회의 자유에 대한 우선적 보장, ②평화적 집회를 보호하여야 할 국가의 의무, 그리고 ③비례원칙(proportionality)라는 세 가지 요청에 집중한다. CDL-AD(2010)016, Joint Opinion on the Act on Public Assembly of the Sarajevo Canton (Bosnia and Herzegovina) by the Venice Commission and OSCE/ODIHR, §11 참조. 집회·시위의 부작용이 예상되는 경우 대안을 제시하고, 정부규제가 냉각효과를 수반하지 않도록 잘 재단하여야 하며, 최후·최소한의 방법으로 제한조치를 취해야 한다는 것이다.

으로 보장하는 방향으로 헌법을 해석한다. 헌법재판소는 집회의 자유는 “개인의 자기결정과 인격발현에 기여하는 기본권” 일 뿐 아니라 “표현의 자유와 더불어 민주적 공동체가 기능하기 위하여 불가결한 근본요소에 속한다” 고 보았다. 나아가 “집회의 자유를 집단적으로 행사함으로써 불가피하게 발생하는 일반대중에 대한 불편함이나 법익에 대한 위협은 보호법익과 조화를 이루는 범위 내에서 국가와 제3자에 의하여 수인되어야 한다는 것을 헌법 스스로 규정하고 있” 다고 하여 관용의 헌법명령을 확인한다. 그래서

집회의 자유를 제한하는 대표적인 공권력의 행위는 집시법에서 규정하는 집회의 금지, 해산과 조건부 허용이다. 집회의 자유에 대한 제한은 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 있다. 집회의 금지와 해산은 집회의 자유를 보다 적게 제한하는 다른 수단, 즉 조건을 붙여 집회를 허용하는 가능성을 모두 소진한 후에 비로소 고려될 수 있는 최종적인 수단이다.

헌법재판소는 또한, 집회의 목적·내용과 집회의 장소를 밀접하게 연계지우면서 집회의 장소에 대한 선택권이 가지는 중요성을 강조한다. “집회장소가 바로 집회의 목적과 효과에 대하여 중요한 의미를 가지기 때문” 이다. 이에 “집회의 자유는 다른 법익의 보호를 위하여 정당화되지 않는 한, 집회장소를 항의의 대상으로부터 분리시키는 것을 금지” 하는 것이 헌법의 규율이라고 보았다.⁶⁸⁾

4.2. 집시법의 현실

그러나 이러한 “헌법적” 인 이해와 대법원의 선례 등에도 불구하고 실제 집시법을 바라보는 시각은 상당히 왜곡된 채 오늘에 이르고 있다. 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.

그래서 그동안 집시법에 대해서는 ①실질적으로 헌법이 금지하고 있는 허가제에 해당하는 형태로 신고제를 규제, 운영해 왔으며⁶⁹⁾ ②헌법구조상으로도 집회·시위를 필요악으로 이해할 수 있는

68) 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바67 등

69) 이런 구조는 독일도 유사하여 신고제를 도입하면서도 허가제의 방식으로 운영되고 있다고 한다. 조병인, 전계서, 91면. 하지만 독일의 경우에는 ①비례원칙의 요청에 따라 집회금지처분은 다른 보충적 수단을 강구한 연후에 최후로 이루어져야 하며, ②‘직접의 위협’이라고 하는 문언은 개별적 구체적인 사실을 근거로 그 위험성의 예측을 요구한다고 하여 그 제한수단의 한계를 설명하고 있다. BVerfGE 69, 315 [353] 그에 의하면 도로교통의 저해방지 내지는 교통혼잡의 회피 등은 집회금지처분의 사유에 해당하지 않는다고 한다. 순수하게 방법규제로 일관하면서 구체적 위협의 존재여부만으로 집회·시위에 대한 규제를 하고 있는 것이다. 독일에서도 신고없이 집회한 자에 대하여 처벌할 수 있는가에

구조로 만들었다는 문제가 있으며, ③위력시위, 폭력시위 개념이 불명확하여 남용의 우려가 있을 뿐 아니라, ④주요도로에서의 집회제한, 소음규제, 학교등 주변지역에서의 집회제한 등 지나친 제한규정으로 점철되어 있으며, ⑤집회금지통고제도 등이 경찰청장에게 지나친 재량권을 부여하는 방식으로 규정되어 남용·오용의 가능성이 항존하며 ⑥절대적 집회금지사유로 위헌정당의 목적을 달성하기 위한 집회 등으로 규정하고 있으나 그 개념 자체가 애매·모호함으로 인하여 자의적 집행의 가능성을 열어두고 있는⁷⁰⁾ 등 위헌적인 요소가 적지 않은 것으로 지적되어 왔다

4.3. 차별과 물포 - 법적 은폐물로 포기한 경찰폭력

실제 1980년대 중반이후 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 잘 못된 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.⁷¹⁾

한마디로 현행 집시법은 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.

대하여는 논란이 일고 있다고 한다. 특히 우발적 집회나 긴급집회의 경우에는 신고의무가 적용될 수 없다고 보는 것이 일반적이며, 일반적인 집회에 대하여도 미신고집회자에 대한 형벌조항은 헌법적 존속성이 없다고 보는 입장이 많은 지지를 얻고 있다. 이에 대하여는 Dietel, Gintzel, Kiesel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit (Carl Heymann Verlag, 1991). 282면 이하 참조.

70) 예컨대 국가보안법이 가지는 애매모호성을 감안한다면, 정치적 성격의 집회·시위의 상당부분은 불법 집회가 되어 금지의 대상이 되어 버린다. 자세한 것은 임재홍, “시위의 자유의 범위와 한계(상),” 인권과정의, 1991.3. 참조. 참고로 신고제를 취하고 있는 독일의 경우에도 이런 절대적 금지사유는 존재하지 않는다.

71) 아울러 집회·시위과정에서 발생하는 참가자 개인 혹은 그 집단들의 행태는 집회·시위와 엄밀히 구분되어야 한다. 즉 일부의 행위가 불법하다고 해서 그 집회·시위 전체를 불법으로 단정지어서는 아니 된다는 것이다. 베니스위원회의 권고는 이 점을 명백히 하고 있다. CDL-AD(2010)031 Joint Opinion on the on the Public Assembly of Serbia by the Venice Commission and OSCE/ODIHR, §48. 뿐만 아니라 집회·시위참가자 사이에서 혐오발언이 나오더라도 경찰은 이를 이유로 집회·시위를 해산시킬 것이 아니라, 그러한 발언을 한 자에 대해 집회중 혹은 집회후에 적절한 조치를 취하여야 한다. CDL-AD(2010)031 Joint Opinion on the on the Public Assembly of Serbia by the Venice Commission and OSCE/ODIHR, §46



<그림 1> 4·18 집회에서의 차벽

처럼 통행권이라는 기본권을 침해함으로써 헌법위반이 된다. 여기서 헌법재판소는 이 차벽의 설치요건에 관하여 중요한 판단을 하였다.

헌법재판소는 이 사건 통행제지행위(차벽설치행위)는 “서울광장에서 개최될 여지가 있는 일체의 집회를 금지하고 일반시민들의 통행조차 금지하는 전면적이고 광범위하며 극단적인 조치” 라고 규정하고 이러한 조치는 “집회의 조건부 허용이나 개별적 집회의 금지나 해산으로는 방지할 수 없는 급박하고 명백하며 중대한 위험이 있는 경우에 한하여 비로소 취할 수 있는 거의 마지막 수



<그림 2> 11·14 민중총궐기대회에서의 차벽

경찰관직무집행법 제5조 제2항은 “(대간첩작전수행 또는) 소요사태의 진압을 위하여 필요” 한 경우에 “(경찰관서·무기고 등) 국가중요시설에 대한 접근 또는 통행을 제한하거나 금지할 수 있

1) 차벽

<그림 1>(4·18 집회에서의 차벽)과 <그림 2>(11·14 민중총궐기대회에서의 차벽)의 차벽은 그 대표적인 불법의 사례이다. 이는 헌법재판소가 통행권의 침해로 위헌이라고 판단하였던 사례(<그림 2>)의 범주를 넘어선다. 이것은 다음과 같은 점에서 단순히 집회 혹은 시위의 공간적 범위를 표시하는 “교통표지” 라는 일종의 ‘농담’⁷²⁾ 이상의 의미를 가진다.

①우선 그것은 시민의 통행을 가로막는다는 점에서 헌법재판소의 결정

단에 해당한다” 고 단정하였다. 미국의 명백하고도 현존하는 위험 (clear and present danger)의 법리까지는 아니라 하더라도 그에 준하는 “급박하고 명백하며 중대한 위험” (clear and imminent danger)의 법리에 이르는 엄중한 요건을 요구하고 있는 것이다. 여기서 이 위험의 판단기준으로 헌법재판소는 경찰관직무집행법 제5조제2항의 예를 든다.

72) 노컷뉴스, “구은수 서울경찰청장 "차벽도 표지"...과잉해석 논란,” 2015-04-20, <http://www.nocutnews.co.kr/news/4401100>

다”는 내용이고, 같은 법 제6조 제1항은 “범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에 …… 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다”는 내용이다. (...) 위 법률조항들은 (...) 기본권을 보장하고 있는 헌법의 취지와 조화를 이루기 위하여는 그 발동의 요건을 엄격하게 해석하여야 한다. 이러한 해석원칙에 따르면, 경찰관직무집행법 제5조 제2항의 ‘소요사태’는 ‘다중이 집합하여 한 지방의 평화 또는 평온을 해할 정도에 이르는 폭행·협박 또는 손괴행위를 하는 사태’를 의미하고, 같은 법 제6조 제1항의 ‘급박성’은 ‘당해행위를 당장 제지하지 아니하면 곧 범죄로 인한 손해가 발생할 상황이라서 그 방법 외에는 결과를 막을 수 없는 절박한 상황일 경우’를 의미하는 것으로 해석된다.(강조는 인용자)



그림 3> 현재에 의해 위헌판단을 받은 차벽

즉 차벽을 설치할 만큼 “명백하며 중대한 위험”이란 폭동에 상당하는 집단적 파괴행위가 이루어지는 경우를 말하는 것이며 그것은 “급박성” 즉 곧 손해가 발생할 만큼 절박한 상황에서만 가능하다고 본 것이다.⁷³⁾ 그리고 바로 이러한 기준에 의할 때 4·18집회나 11·14집회에서 차벽은 이 두 요건 모두를 충족하지 못한 불법, 위헌적인 것이 되어 버리고 만다.

또한 헌법재판소는 “대규모의 불법·폭력 집회나 시위를 막아 시민들의 생명·신체와 재산을 보호한다는 공익은 중요한 것이지만, 당시의 상황에 비추어 볼 때 이러한 공익의 존재 여부나 그 실현 효과는 다소 가상적이고 추상적인 것이라고 볼 여지도 있고, 비교적 덜 제한적인 수단에 의하여도 상당 부분 달성될 수 있었던 것으로 보여”라고 하면서 집회통제의 보충성원리와 덜 제한적 수단(less restrictive alternative)의 법리까지 제시한다.⁷⁴⁾

②하지만 차벽의 문제점은 이에 그치지 않는다. 차벽이나 경찰병력으로 집회자들을 에워싸는 것은 집회자의 집회를 일반시민들의 시선으로부터 차단한다는 점에서 그 또한 집회의 자유를 침해하는 것이 된다. 집회란 자신들의 주장을 다른 시민들에게 알리고 그들의 동의와 참여를 구하는

73) 국가인권위원회는 현존명백한 위험의 원칙을 적용하는데, 여기서 “현존성”이라는 것은 위험의 중대성과 명백성의 판단시점이 과거의 불법집회전력이 아니라, 집회신고 당시여야 한다고 권고하고 있다. 국가인권위원회 2008. 1. 28. “집회금지통고제도 및 사전차단조치 개선을 위한 법령 및 관행 개선 권고” 하지만, 이러한 판단도 문제가 있다. 위험의 판단시점은 집회신고 당시가 아니라 집회가 시작하는 시점이어야 한다. 만일 집회시작시간으로부터 최소한 48시간이 떨어져 있는 집회신고 당시를 기준으로 하게 되면 미래의 위험을 미루어 판단하여야 하는 셈이 되고 따라서 경찰서장에게 실질적으로 그 집회의 허가권을 부여하는 우를 범하게 되기 때문이다.

74) 문제는 이러한 요건과 아울러 2인의 재판관이 제시하는 보충의견은 차벽을 설치할 수 있는(혹은 통행제지조치를 취할 수 있는) 법률적 근거가 전혀 없어서 위헌이라고 판단하고 있다. 즉 “피청구인의 이 사건 통행제지행위는 법률적 근거를 갖추지 못한 것이다. 따라서, 이 사건 통행제지행위는 (과잉금지원칙 위반의 점 외에, 보다 근본적으로) 법률유보원칙에 위배하여 청구인들의 일반적 행동자유권을 침해한 것이다.” 이상 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고 2009헌마406 결정



<그림 4> 오마이뉴스, “세월호 유가족 둘러싼 경찰 병력,” 2014-05-09,

행위이다. 하지만 차벽이나 경찰병력에 의한 벽쌓기는 이런 집회의 본질적 기능을 박탈한다는 점에서 그것은 그 자체만으로 위헌일 수밖에 없다.

국가인권위원회도 ①과 ②의 맥락에서 차벽설치를 인권침해적 행위로 규정한다. 차벽을 설치하는 행위는 집회·시위의 참가자에 대하여 “버스와 같은 금속성의 거대한 물질로써 장벽을 구축하고 이를 통해 외부와 차단하여 집회·시위에 참가하고 있는 사람을 외부의 일반인들로부터 고립

시키고 외부의 일반인들의 적극적 및 소극적인 참여를 방지하는 효과를 발휘” 한다는 점에서 집회시위의 참가자뿐 아니라 외부의 일반인들에 대해서도 일종의 물리력을 행사하는 것이 된다고 본다. 그리고 바로 이런 점으로 인하여 집회시위의 참가자에 대해 “거주·이전의 자유와 집회·시위의 자유를 침해” 하고, “주위의 사람들에게 자신의 주의·주장을 알릴 기회를 박탈하거나 제한한다” 고 본다. 75)

③더불어 그 통행권의 침해수단으로 적법한 경찰장비를 사용하는 것이 아니라 경찰수송차를 줄이어서 집회 또는 시위 참가자 앞에 도열·과시함으로써 그 자체 폭력행사의 의미를 가진다. 버스나 같은 것은 넘어설 수 없는 장벽이자 동시에 대중들에게 위압감을 주면서 겁박의 수준에까지 이르게 되는 적나라한 물리력이다. 즉, 차벽은 문자 그대로 국민을 향해 행해진 물리적 국가폭력으로 이는 어떤 법적 근거도 갖지 않는 위법행위이다.



<그림 5> 일본의 차벽

④뿐만 아니라, 실제 이 부분은 엄밀히 보자면 <그림 4>의 경우에서 보는 것과 같은 맥락성을 가진다. 그것은 집회나 시위의 참여자를 외부로부터 분리시킬 뿐 아니라 경우에 따라서는 외부로부터 이들을 차폐하여 고립시킨다는 점에서 엄청난 심리적 압박감을 부여한다. 일종의 폐쇄공간에서 나오는 심리적 불안감과 공포심을 강요하는 것이다. 이는 법적인 의미에서 보자면 분명 폭력 그 자체가 된다.

⑤<그림 4>나 <그림 6>, <그림 7>과 같은 경우는 집회 참여자에 대해 그 공간적 이동능력을 아예 박탈하고 있다. 이는 명실상부한 구금행위에 해당한다. 물론 <그림 6>이나 <그림 7>의 경우에는 신체의 움직임까지도 불가능한 수준

으로 압박하고 있다는 점에서 체포행위라는 의미도 병과된다. 문제는 이러한 구금, 체포행위에 수

75) 국가인권위원회, 위의 권고



그림 6> 뉴스1, “경찰에 포위당한 대학생들,” 2012-04-01



그림 7>노컷뉴스, “[세월호 참사] '삼중 포위'에 '캠코더'까지...경찰 '과잉대응' 빈축,” 2014-05-09,

반되어야 하는 영장이 없다는 점이다. 즉 이들의 행위는 불법감금의 죄책을 면하기 어렵다.

⑤그외에도, 4·18집회에 대해 경찰이 행사한 폭력을 정당화하는 경찰의 논리는 너무도 영성하기 짝이 없다. 외교공관 주변이라는 논의는 애당초 2004년 집시법개정과정에서 이미 극복되었던 사안이다. 외교공관이기 때문에 집시가 당연히 제한될 수 있는 것은 아니며, 그 외교공관의 평화적 업무수행이 불가능한 경우에만 예외적으로 제한될 수 있다는 것이 벌써 그 당시에 법적 합의는 물론, 범사회적인 합의까지도 이루어진 것이라고 보아야 한다.⁷⁶⁾ 나아가 태평로가 주요도로라는 주장 또한 더 이상의 반론도 필요 없을 정도로 무리한 것이다. 이미 우리 법원은 교통소통이라는 공익은 집회나 시위라는 기본권행사이익에 우선하는 것이 아님을 명확히 하였기 때문이다. 이 양자는 차선통제라든지 “시위 참가인원 및 행진노선과 행진방법의 제한 등 적절한 조건을 부과하는 것”으로 얼마든지 조정가능하며 상호 밸런스를 유지할

수 있기 때문이다.⁷⁷⁾ 국가인권위원회도 교통소통과 관련하여 그것이 집회시위를 제한할 정도로

76) 외교공관에 대한 집회가 제한되는 경우는 ①그 공관 자체를 대상으로 하는 집회의 경우, ②대규모 집회 또는 시위로 확산되어 평화적 업무수행이 불가능하게 되는 경우, ③업무수행시간 중에 집회·시위가 행해져 외교기관등의 기능이나 안녕을 침해할 우려가 있는 경우 등이다.(집시법 제11조 단서) 실제 세월호집회는 토요일이어서 이 요건에 해당하지 않았다. 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바67등에서는 외교기관주변에서의 집회·시위를 금지한 규정을 위헌으로 판단하였고, 이어 2010. 10. 28 선고 2010헌바111에서는 예외적 허용범위를 정한 집시법은 합헌으로 결정하였다.

77) 실제 집회·시위의 장소를 어디로 할 것인가는 그 집회·시위에 있어 가장 본질적인 고려사항(part of the very essence of freedom of assembly)이다. 따라서 그 결정은 원칙적으로 집회·시위자의 것에 따라야 할 필요가 있다. 그래서 베니스위원회는 공적 공간을 집회·시위의 장소로 삼는 것에 대해 그 공간의 통상적인 사용방식을 들어 거부하는 것은 적절하지 못하다고 지적한다. 또한 집회의 자유에는 그 타겟이 되는 대상이 볼 수 있고 들을 수 있는 범위내에서 집회할 수 있는 자유까지도 포함한다.(“the freedom of assembly includes the right of the assembly to take place within “sight and sound” of its target object”). CDL-AD(2010)031 Joint Opinion on the on the Public Assembly of Serbia by the Venice Commission and OSCE/ODIHR, §32. 이 점을 감안한다면 미신고집회·시위와 같은 “불법집회”의 참가자에 대해 거의 무조건적으로 일반교통방해죄를 적

중요한 공익요소가 되기 위해서는 “집회를 방지할 경우 도시의 광범위한 지역에서 심각한 교통 불편으로 인하여 도시기능이 마비될 것이 명확한 경우”가 되어야 한다고 선언한 바 있다.⁷⁸⁾

2) 물포

물포(공식적인 용어는 “살수차”이나 최근 그 사용의 사례를 보면 살수의 의미보다는 대포의 의미가 압도적으로 부각되는 만큼 이 글에서는 여전히 ‘물포’라는 말을 사용하고자 한다)의 사용은 이전부터 논란의 대상이 된 경찰폭력의 대표적인 사례였지만, 11·14의 민중총궐기대회에서 백남기 농민이 물포에 의하여 치명상을 입음으로써 더욱 더 지탄의 목소리가 드높아지고 있다. 실제 이 물포발사행위는 헌법재판소에서 다루어진 바 있다.⁷⁹⁾ 그런데 헌법재판소가 그 사건에 대하여 각하결정을 내린 것에 대하여는 약간의 오해가 있는 듯 하다. 헌법재판소는 이 사건에서의 물포발사행위는 1회성의 것인만큼 이미 그 사용이 종료되었고 따라서 권리보호이익이라는 요건이 결여되어 있기 때문에 각하결정을 내린다고 하였다. 본안판단을 하여 어떠한 결정을 내리더라도 이미 끝난 행위(사실행위)로 인해 청구인들이 침해받은 권리를 다시 구제할 수 없다고 본 것이다.⁸⁰⁾ 하지만, 그렇다고 해서 이 각하결정이 이 사건에서의 물포의 사용행위를 정당한 공권력의 행사라고 본 것은 결코 아니다. 오히려 다음의 인용에서 보듯 헌법재판소는 그것을 위법한 것으로 규정한다.

물포발사행위는 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 대하여 직접적이고 명백한 위험을 초래하는 집회나 시위에 대하여 구체적인 해산사유를 고지하고 최소한의 범위 내에서 이루어져야 하므로, 집회 및 시위 현장에서 청구인들이 주장하는 것과 같은 유형의 근거리에서의 물포 직사살수라는 기본권 침해가 반복될 가능성이 있다고 보기 어렵고, 설령 물포발사행위가 그러한 범령상의 한계를 위반하면 위법함이 분명하므로, 헌법재판소가 헌법적으로 해명할 필요가 있는 사안이라고 보기도 어렵다.

요컨대, 헌법재판소는 “근거리에서의 물포직사살수”는 의당 위법한 것임을 선언하고 있다. 다만 소수의견과는 달리 법치주의의 원리상 이렇게 위법한 행위는 더 이상 반복되어 나타날 리가 없으므로 굳이 그것의 위헌성여부를 더 따져서 무엇하겠는가라는 입장을 보이고 있을 따름이다. 즉, “근거리에서의 물포직사살수”행위는 위헌여부를 따지기 전에 이미 위법한 것이며 따라서 이에 대해 헌법판단을 하는 것은 무의미하다고 본 것이다.

물론 법정의견은 방론의 형식으로 물포살수의 요건을 명확히 선언하고 있다. 헌법재판소는 경찰관직무집행법 제10조 제4항 “위해성 경찰장비는 필요한 최소한도에서 사용하여야 한다.”라는 규정에 주목한다. 여기서 “필요한 최소한도”란 ①실체적으로는 “타인의 법익이나 공공의 안녕

용하는 우리 사법체계의 판단은 본말이 전도된 것이라 하지 않을 수 없다. 이에 대하여는 신은영, “집회·시위에 대한 형법 제185조(일반교통방해죄) 적용의 문제점,” 안암법학 제37권, 2012 참조.

78) 국가인권위원회, 위의 권고

79) 헌법재판소 2014. 6. 26. 선고 2011헌마815 결정

80) 물론 이에 대해 3인의 재판관들이 제시한 소수의견은 이런 행위가 계속 반복될 가능성이 많고 또 그에 대해 헌법적 판단을 내려줄 필요가 있다고 보아 본안판단에 들어가야 한다고 주장하였다. 하지만 이러한 주장도 물포의 위법성에 대해 다수의견인 법정의견과 달리 본 것이라고 할 수는 없다.

질서에 대하여 직접적이고 명백한 위협을 초래하는” 경우를 의미하며, ②절차적으로는 집회나 시위에 대하여 구체적인 해산사유를 고지하고 난 다음에 행해져야 함을 의미한다.⁸¹⁾ 그리고 이렇게 정해지는 요건을 미비한 채 살수하는 경우, 즉 “집회나 시위를 해산하기 위하여 경찰관직무집행법이나 경찰장비규정, ‘살수차운용지침’ 등 관련법령에 위반하여 물포를 발사하는 행위는 모두 위법함이 분명한 것” 이라고 못 박고 있다.

그런데, 경찰청훈령으로 제정된 「물포운용지침」은 이러한 헌법재판소의 판단을 상당히 벗어나 있다. 우선 이 지침은 “2. 물포의 일반적 사용요건” 으로 다음과 같이 규정한다.

가. 물포는 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 경우에 사용한다.

- 1) 불법집회·시위 또는 소요사태로 인하여 타인 또는 경찰관의 생명·신체 대한 위협을 억제하기 위하여 필요한 경우
- 2) 불법집회·시위 또는 소요사태로 인하여 타인의 재산·공공시설 등의 위협을 억제하기 위하여 필요한 경우
- 3) 범인의 체포·도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요한 경우
- 4) 화재 진압 또는 분신의 방지 등을 위해 필요한 경우

헌법재판소가 말하는 “필요한 최소한도” 라는 요건이 전혀 삽입되어 있지 않은 것이다. 헌법재판소는 “필요한 최소한도” 의 개념을 “직접적이고 명백한 위협을 초래하는 경우” 로 한정한다. 하지만, 위의 물포의 일반적 사용요건에서는 이러한 직접성, 명백성의 요건이 아예 누락되어 있다.

이 점은 분산살수(분사각도 45° 이상, 수압 2,500rpm (10bar) 이하), 곡사살수(물줄기가 포물선 형태, 수압 2,500(10bar) 이하), 직사살수(물줄기가 일직선 형태, 수압 3,000rpm (15bar) 이하) 등의 운용방법에서 더욱 가중된다. 이 지침은 분산살수가 사용되는 요건을 “시위대가 도로 등을 불법 점거하고 해산하지 않는 경우” 로, 곡사살수의 요건을 “시위대가 폭력시위용품을 소지하지 않고 폴리스라인을 침범하거나, 불법 행진 또는 시설물 진입 등을 시도하는 경우” 로 각각 정하고 있다. 여기서는 아예 “타인의 법익이나 공공의 안녕질서” 에 대한 위협의 존재 자체가 규정되어 있지 않거나(분산살수의 경우), 그 위협의 직접성·명백성의 요건이 누락되어 있다.(곡사살수의 경우) 이 점은 직사살수의 경우에도 마찬가지다. 이 지침은 그 요건을 세 가지로 열거한다.

- (1) 도로 등을 무단점거하여 일반인의 통행 또는 교통소통을 방해하고 경찰의 해산명령에 따르지 아니하는 경우
- (2) 쇠파이프·죽봉·화염병·돌 등 폭력시위용품을 소지하거나 경찰관 폭행 또는 경력과 몸싸움 하는 경우
- (3) 차벽 등 폴리스라인의 전도·훼손·방화를 기도하는 경우

81) 경찰장비규정이 ‘부득이한 경우에는 현장 책임자의 판단에 의하여 필요한 최소한의 범위 안에서 가스차 또는 살수차를 사용할 수 있다’(강조는 인용자의 것)라고 한 것도 바로 이런 의미로 해석되어야 한다.

이 지침의 요건에서 통행·교통의 방해의 정도가 명시되어 있지 않으며(직접성·명백성의 결여), 폭력시위용품의 소지만으로 생명과 신체에 위협이 되는 직사살수를 할 수 있도록 규정하거나 혹은 경찰관·경력에 대한 폭행·몸싸움의 양태나 유형을 제대로 규정하고 있지 않다(명확성의 원칙 위반). 더구나 헌법재판소에 의해서도 위헌성이 지목된 차벽을 거론하고 있을 뿐 아니라, 폴리 스퀘어의 전도등의 행위가 어떻게 “직접적이고 명백한 위협”에 해당되는지도 제대로 규정하지 못하고 있다.

아울러 “근거리에서의 물포직사살수”의 경우는 11·14 민중총궐기대회에서 드러났듯, 그것이 가슴 아래 부분만 겨냥하든 아니든 그 자체가 인신에 치명적인 위해를 가할 수 있다는 점에서 인마살상용의 총포 사용과 마찬가지로 혹은 그에 준하는 규율이 필요하다.⁸²⁾ 하지만, 이 지침에는 그에 관한 어떠한 규정도 존재하지 않는다.

실제 훈령에 불과한 이 지침 자체가 경찰의 살수행위의 정당성을 보장하는 것은 아니라는 점⁸³⁾에서 살수차의 사용행위는 엄밀히 보자면 법률적 근거를 결여한 위법한 것이라고 보아야 한다.(법률유보원칙 위반) 즉, 살수차의 운용, 사용에 관한 규정은 법률로써 정해지는 것이 옳다. 하지만, 이러한 당위론을 제쳐두더라도 저 지침 자체로도 경찰관직무집행법에서 규정한 필요최소한의 요건을 충족하지 못함으로써 위법한 지침이 되고 만다.

5. 결론

이런 점을 종합하자면, 실질적으로 위헌적인 것이라고 보아야 할 집시법의 틀조차도 제대로 지키지 못하거나 지킬 의사가 없는 경찰의 횡포는 우리 법치를 불법의 폭력시대로 내몰고 있다. 그것은 기존의 집시법이 안고 있던 문제점을 더욱 가중시키면서 집회·시위의 자유를 보장하고 있는 우리 헌법의 기본취지를 불식시킬 뿐 아니라 국가 혹은 정권의 안보를 위한 폭력수단으로서 집시법 혹은 경찰력이 변질되고 있음을 암시한다. 집회·시위를 국민의 기본적 권리로서 국가가 그 실현을 최대한 보장하여야 할 의무를 지고 있는 것으로 인식하기보다는, 혹은 만보를 양보하여 그것을 단순한 사회적 필요악 정도로도 인식하지 않는다. 이미 이 자리에는 법치도 법질서도 존재하지 않았다. 오히려 헌법의 규정은 물론 집시법이나 경찰관직무집행법과 같은 법률의 규정도 아랑곳 없이 그저 그들의 이익을 지켜내기 위한 홍위대의 폭력 그 외에는 아무 것도 아닌 반법치의 횡포가 이루어지고 있을 뿐이다.

실제 경찰이 시민들의 집회를 따라다니며 자행했던 불법과 폭력은 이 차벽의 연속선상에 존재한

82) “근거리 직사살수의 경우에는 발사자의 의도이든 조작실수에 의한 것이든 생명과 신체에 치명적인 결과를 가져올 수 있고, 가슴 아래 부분만 겨냥하도록 한다고 하더라도 직사살수를 맞게 되면 자세가 흐트러지거나 넘어지는 과정에서 머리카락이나 가슴에 맞을 수도 있어 가슴 아래 부분만 겨냥하도록 한다는 규정의 실효성 또한 의문이다.” - 소수의견 중에서.

83) 거꾸로 저 훈령을 위반하여 살수를 하였다고 해서 그 사실만으로 징계를 받는 것은 별론으로 하더라도 그것이 위법한 행위라고 단정할 수도 없다. 그리고 바로 이 점 때문에 물포의 운용과 사용은 현장에 있는 경찰관의 자의적 판단에 의존하게 되기 십상이다. 물포의 사용·운용을 법률로써 규정하여야 할 이유는 여기서 나온다.

다.⁸⁴⁾ 수많은 경찰병력을 동원하여 집회현장을 겹겹이 둘러싸 시민들을 완전히 고립시킴으로써 그들이 자신의 주장을 다른 사람에게 알릴 권리를 박탈하는 한편 이들에게 폐쇄공포의 심리폭력을 가하는, 전대미문의 불법행위는 그 대표사례이다. 또 적법한 절차도 없이 무차별적으로 불심검문에 나선다든지 시도 때도 없이 채증이라는 명분으로 들이대는 카메라로 모든 사람들을 범죄인 취급하며 그 인권을 유린해 왔다.⁸⁵⁾ 자유민주주의의 꽃이라고 해야 할 집회의 자유나 표현의 자유는 아랑곳 없이, 시민의 안전이나 평화의 이념은 간 곳도 없이, 법치의 선봉에 서야 할 경찰이 스스로 법을 유린해 가며 우리의 사회를 야만의 상태로 몰고가고 있는 것이다.



물론 경찰은 “질서유지” 라는 말을 거의 조건반사적으로 내뱉는다. 그러면서 질서를 지키며 평화롭게 이루어지는 시민의 집회를 짓밟는다. 하지만 이는 시민들에 대한 기만에 불과하다. 민주국가의 최대의무는 대중의 목소리를 듣는 것이다. 교통이나 질서의 문제는 그 다음의 순위다. 그 목소리가 많은 사람의 것이라면 그만큼 그 의무는 커진다. 질서유지 운운하며 대규모 대중집회를 봉쇄해버리는 것이 노골적인 국가폭력이 되는 것은 이 때문이다.

원래 거리는 일상의 정치공간이다. 그곳은 대화와 공감의 장소이며 연대의 자리이다. 하루하루 삶의 고달픔에서 나라 살림 돌아가는 꼴까지 사람들은 길거리에서 혹은 광장에서 자신의 목소리를 내어 놓는다. 특히 힘 없고 돈 없어서 서러운 장삼이사의 서민들이 가진 자들의 권력에 맞서 자

84) 이하는 한상희, “다시 돌아온 불통의 차벽,” 2015.4.19., http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201504191501351&code=990308에서 인용.

85) 베니스위원회의 권고는 이러한 불심검문이나 출입통제를 엄격히 금지하고 있다. 이에 의하면 집회·시위에의 참가를 통제할 목적으로 행해지는 경찰의 검문이나 수색행위, 그리고 집회·시위장소로의 출입을 통제하는 경찰의 행위는 심각한 무질서상태를 예방하기 위한 경우 외에는 허용되지 않는다. 그리고 이러한 행위는 미리 집회·시위의 주최자에게 통고되어야 하며 변론과정을 거친 법원의 결정에 의하여 이루어져야 한다. 그리고 이때 입증책임은 경찰이 져야 함은 당연하다. CDL-AD (2012)006 OSCE/ODIHR - Venice Commission Joint Opinion on Law on Mass Events in the Republic of Belarus, §109; 채증의 법적 성격 및 그 허용가능성에 대한 글로는 구형근, “경찰법상 집회·시위 현장에서의 경찰채증에 대한 연구,” 법학논총(조선대) 제18권 제3호, 2011, 219~247 참조.

신의 애환을 나누고 삶의 희망을 말하는 유일한 통로는 바로 이 공간이다. 그러기에 법을 지키는 경찰이라면 질서를 앞세우며 폭력으로 겁박할 일이 아니라 이들의 외침이 자유로울 수 있도록 보호하는 방안을 먼저 생각하여야 한다. 혹은 제대로 된 정부라면 차벽의 뒤편에서 엄폐·은폐를 일삼으며 이리저리 잠적해 버릴 일이 아니라 그들 앞에서 나서 그들의 아픔을 껴안을 수 있어야 한다.

그래서 우리는 세월호 참사의 슬픔까지도 차벽으로 가로막고 나서는 경찰에 환멸을 느끼게 된다. 여기에는 국가가 없기 때문이다. 국민과 함께 하며 국민을 위하여 존재하는 국민의 국가는 이제 이곳에 없다. 오로지 무한탐욕의 권력만 있을 뿐이며 그 권력의 뜻을 받들어 일신영달을 꿈꾸는 과잉충성의 폭력만이 존재한다. 아니 우리의 국가를 그들이 침탈하고 있을 뿐이다. 거리에 나서고 광장에 모인 우리가 바로 국가이기 때문이다. 대한민국의 주권은 국민에 있고 국민은 거리에서 이 주권을 행사한다. 그것이 집회와 시위의 자유이며 민주주의이며 대한민국의 정치적 윤리이다.

2부 긴급토론회 <차벽을 거둬라! 물포를 치워라!>
차벽과 물포의 사용, 정당한 공권력 행사로 볼 수 있는가?
문병효(강원대학교 법학전문대학원 교수)

I. 서론

우리는 어떻게 괴물이 되어가는가? 홉스가 국가권력을 레비아탄(Leviathan)으로 비유한 것이 떠오른다. 지난 2015년 11월 14일 광화문에서 개최된 민중총궐기집회에서 경찰은 권위주의 정권의 권위주의적 경찰의 전형을 보여주었다. 아니 우리가 7,80년대 이미 경험한 바 있었던 독재정권의 경찰 모습을 떠올리게 하였다. 광화문집회 당시 경찰은 집회가 시작되기 전부터 차벽으로 집회현장을 에워쌌을 뿐만 아니라 쌀 수매가 하락에 항의하는 농민에 대하여 물대포를 쏘아 중태에 빠트렸다. 시민이 집회시위 도중 현장에서 폭력을 휘두른다고 하여 직접 폭력을 휘두른 것도 아닌 노인에 대하여 국가가 공권력을 행사하여 그 자리에서 그 시민을 바로 처벌한 것과 닮은 상황이 벌어졌다. 아무리 처벌의 대상이 되는 범죄자라 할지라도 적법절차에 따라 처벌하도록 헌법은 규정하고 있다. 당일 경찰의 광화문집회 시위진압은 대한민국 경찰이 실로 문명국가의 경찰이기를 거부하는 현상이었다. 광화문에서의 집회 이후 경찰과 정부의 대응은 더욱 가관이었다. 그야말로 문명국가의 정부이기를 거부하는 마치 폭력배의 전형과도 같은 정부의 모습을 보여주었다. 대한민국경찰과 정부가 지금 선진국의 경찰과 정부이기를 바라지 않는다. 우리는 여전히 후진적인 사회에서 살고 있다는 것을 뼈저리게 체감하고 있기 때문이다. 다만 최소한의 인간적인 모습이라도 보여주기를 바랄 뿐이다. 국민을 안전하고 평화롭게 하는 국가가 아니라 국민적 저항의 대상일 뿐인 국가가 되지 않기를 바랄 뿐이다. 이 사건을 계기로 하여 진정한 의미에서의 법치국가와 민주주의에 대하여 다시 한번 성찰하여야 할 때이다.

이 글은 최근 광화문 집회에서 있었던 차벽과 물포의 사용에 대하여 법적인 관점에서 검토하는 것을 주된 내용으로 한다.

II. 지록위마(指鹿爲馬)의 시대, 집회시위의 자유의 의미

지록위마

1. 민주주의 사회와 집회시위의 자유보장이 갖는 의미

대의민주주의 하에서 권력자가 선거에 의하여 선출되었다고 할지라도 민의를 대변하여 권력을 행사하리라는 보장은 없다. 선출된 권력자가 민의를 배반할 가능성은 얼마든지 존재한다. 헌법에서 통치기구에 대한 견제와 균형의 수단들은 정치권력자의 일방성과 독재, 권력남용을 방지하고자 하는 것이다. 이와 함께 기본권으로 규정된 언론출판의 자유, 집회시위의 자유 등 이른바 정치적

자유는 민주주의 사회의 핵심적인 자유에 해당한다.

한편 집권세력의 불의와 불통, 무능에 분노하고 저항하는 것은 시민의 권리이자 책무이다. 우리헌법도 일제에 항거한 임시정부의 법통을 계승하고 3.1운동과 이승만 독재에 저항한 4.19의거의 정신을 계승하고 있다. 그 밖에 5.18민주화운동과 6.10항쟁은 독재에 항거한 역사적 사건으로서 직접 체험한 바 있다. 이러한 독재체제와 불의에 항거한 역사가 있었기에 오늘의 민주화가 이루어진 것이다. 그러므로 그렇게 국민들의 피땀으로 이루어진 민주화를 후퇴시키려는 권력자의 시도에 대해서는 당연히 저항하고 분노하여야 한다. 권력의 중앙집중이 갖는 폐해나 대의제가 갖는 한계를 극복하기 위해서는 대의기관들 간의 견제와 균형만으로는 어렵고 대의기관들을 직접 통제할 수 있는 장치로서 의미를 가질 수 있는 있는 수단이 필요하다. 그 가운데 핵심적인 정치적 기본권이 바로 표현의 자유와 집회의 자유라고 할 수 있다.

2. 헌법상 집회·시위자유 의 의미

집회의 자유는 헌법상 보장된다.⁸⁶⁾ 헌법 제21조 제1항은 모든 국민은 집회의 자유를 가짐을 규정하고 제2항에서는 집회에 대한 허가는 금지됨을 규정하고 있다. 이는 법률을 통해서 국회가 집회의 허가를 규정하거나 경찰이 집회를 허가제로 운용하는 것을 헌법이 직접 금지하고 있음을 선언한 것이다.⁸⁷⁾

대한민국헌법 제21조

- ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.
- ② 언론·출판에 대한 허가나 검열과 **집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.**

3. 집회·시위의 자유를 제한하는 법으로서 집시법

현행 집시법은 집회시위의 자유를 보장하기 보다는 주로 집회시위의 자유를 제한하는 방향으로 기능한다. 물론 집시법 제1조는 집회 및 시위를 최대한 보장하기 위한 목적을 가진다고 규정하고 있고 동법 제3조는 집회시위의 방해금지를 규정하고 있다. 그러나 동법 제5조는 집회 및 시위의 금지를 규정하고 있다. 동법 제6조는 옥외집회 및 시위에 대해서는 48시간 전에 관할 경찰서장에게 신고하도록 하고 있다. 물론 신고는 질서유지차원에서 행해진다고 하나 실제로는 허가제처럼 운용되는 경우도 있다. 집회의 시간과 장소도 제한하여 야간이나 주요관공서에서의 집회는 제한되어 있다(제10조, 제11조).⁸⁸⁾ 교통소통을 위하여 필요한 경우에는 주요도시의 주요도로에서의 집회 및 시위를 금지 또는 제한할 수도 있다(제12조). 일정한도 이상의 소음도 제한되어 있고(제14조) 일정한 요건에 해당하면 해산을 명할 수도 있게 되어 있다(제20조). 금지된 집회 및 시위를 하

86) 기본권으로서 집회의 자유는 근대입헌운동의 산물이었다. 이는 국가와 사회의 구별을 전제로 한다.

87) 자세한 것은 한상희 교수님의 발표문을 참조하기 바람.

88) 국가기관 근처에서의 집회시위를 전면 금지하거나 근처까지의 접근을 전면 허용하지 않는 것은 집회시위의 자유의 본질을 침해하는 것으로서 위헌이다. 다만 집회시위가 폭력으로 변질될 위험 때문에 집회시위자들과 관공서 등 주요기관 간에 일정한 거리를 유지하고자 하는 취지일 경우에는 제한적으로 허용될 수 있는 것이다.

거나 금지통고된 집회 및 시위를 하는 경우 징역이나 벌금으로 처벌하도록 되어 있고 그러한 집회에 참가한 자도 징역 또는 벌금, 구류, 과료로 처벌될 수 있다(제22조). 이렇게 집시법은 광범위하게 집회시위를 제한하고 있다. 결과적으로 집시법은 집회시위의 자유를 보장하고 허가제를 금하고 있는 헌법 제21조 제2항에 반하는 법으로서 폐지되거나 집회시위를 보장하는 법으로서 다시 태어나야 한다.

집회 및 시위에 관한 법률 제5조(집회 및 시위의 금지)

① 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 집회나 시위를 주최하여서는 아니 된다.

1. 헌법재판소의 결정에 따라 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위

2. 집단적인 폭행, 협박, 손괴(손괴), 방화 등으로 공공의 안녕 질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한 집회 또는 시위

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

III. 경찰권발동의 근거와 한계

1. 공권력 행사의 정당성: 국가의 폭력 사용의 정당성

-국가에게 경찰과 군대를 허용하는 이유는 무엇인가?

-국가의 폭력 사용의 정당성은 어디에서 나오는가?

국가권력은 국민을 위하여 존재한다는 명분하에 허용되는 것이다. 국민의 생명과 신체, 재산 등의 안전과 사회질서유지라는 명분이 있기 때문에 허용되는 것이다. 현 정부에서 허울좋은 국민이 있을 뿐 실상은 그들의 이해관계를 관철하는 수단으로서 폭력을 이용하는 경우가 많다.

2. 경찰권발동의 근거 (법률유보의 원칙)

(1) 법률유보의 원칙과 권한규범

대표적인 침해행정인 경찰행정은 국회에서 제정한 법률에 그 근거가 있어야 한다. 경찰의 기본권 제한조치는 법률유보의 원칙에 따라 법률상 근거가 필요하다. 경찰권 행사의 근거와 관련된 규범은 직무규범(Aufgabennorm)과 권한규범(Befugnisnorm)으로 분리된다. 즉 위협방지를 목적으로 하는 직무일반에 관한 규범과 구체적인 행위에 관한 권한을 부여한 규범은 분리하여 볼 필요가 있다. 직무규범을 근거로 하여 당사자의 권리제한이나 불이익을 야기하는 경찰권을 발동할 권한이 인정되어서는 안 됨이 법치국가원칙에 합치한다. 그러므로 조직법상 근거규정이 있다하더라도 작용법상 근거규정이 없으면 경찰권을 발동해서는 안 된다. 구체적인 처분에 대한 권한규범이 있어야 개인의 권리를 제한하거나 의무를 부과할 수 있게 된다. 직무규정은 법률유보원칙에 부합하는 수권근거가 되지 못한다. 직무규정에 근거하여 개인의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 경찰

작용을 행할 수 없다. 개인의 권리를 제한하지 않는 경찰작용만이 경찰관직무집행법 제2조 제7호와 같은 직무규정에 의하여 허용된다. 예컨대, 범죄예방을 위한 순찰활동이나 대국민 홍보, 위협에 대한 일반적 경고 등이 그러한 예에 해당한다.⁸⁹⁾

(2) 개괄적 수권조항의 문제

개별법상의 명령 또는 금지규범은 단지 규범적인 명령이나 금지를 내용으로 하고 있을 뿐 처분에 대한 수권까지 포함하고 있는 것은 아니다. 따라서 경찰은 명령 또는 금지규범에 근거하여 규범적인 명령이나 금지를 구체화하는 처분을 행할 수 없다. 그러므로 공공의 안녕과 질서에 대한 위협상황이 있을 때 요구되는 구체적인 처분에 대한 개별적 수권조항이 없는 경우에 개괄적 수권조항이 적용여부가 문제된다.

역사적으로 개괄적 수권조항을 인정한 해외사례로서는 독일에서 1931년 프로이센 경찰행정법 제 14조 제1항⁹⁰⁾에 근거하여 인정한 것을 들 수 있다.

개괄적 수권조항에 대해서는 인정할 필요성이 있다는 이유로 긍정하는 견해가 있으나 직무규범과 권한규범을 분리하여 보아야 한다면 개괄적 수권조항을 인정하기는 곤란하다. 다만 개괄적 수권조항을 긍정하는 견해도 다양한 견해로 나뉘고 있으나⁹¹⁾ 이들은 모두 긍정하는 견해라는 점에서 근본 취지는 다르지 않다. 직무규범과 권한규범을 분리하는 취지, 경찰의 권한남용의 가능성 등을 근거로 하여 개괄적 수권조항을 인정하지 않는 것이 법치국가원리에 합치하는 것으로 보인다. 만약 생명, 신체, 재산 등에 대한 위협이나 공공의 안녕 및 질서에 대한 위협이 발생하거나 발생할 위험이 명백하고 현존한다면 개괄적 수권조항이 아니라 형법이나 질서유지를 위한 다른 법령에 근거하여 경찰권을 발동하여야 할 것이다.

3. 경찰권발동의 한계

(1) 비례의 원칙

<p>경찰관 직무집행법 제1조(목적)</p> <p>① 이 법은 국민의 자유와 권리를 보호하고 사회공공의 질서를 유지하기 위한 경찰관(국가경찰공무원만 해당한다. 이하 같다)의 직무 수행에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.</p> <p>② 이 법에 규정된 경찰관의 직권은 그 직무 수행에 필요한 최소한도에서 행사되어야 하며 남용되어서는 아니 된다.</p>

89) 손재영, 경찰법, 박영사, 2012, 71쪽 참조.

90) “경찰 행정청은 현행법의 범위 내에서 공공의 안녕 또는 공공의 질서를 위협하는 위험으로부터 공중이나 개인을 보호하기 위하여 필요한 조치를 의무에 적합한 재량에 따라 취하여야 한다.”

91) -경직법 제2조 제7호를 개괄적 수권조항으로 보는 견해(김남진, 류지태)

-경직법 제2조 제7호와 제5조 제1항, 제6조를 개괄적 수권조항으로 보는 견해(박정훈/정초영)

-경직법 제5조 제1항 3호를 개괄적 수권조항으로 보는 견해(서정범) : ‘기타 위험한 사태’, ‘위해방지상 필요하다고 인정되는 조치’

-경직법 제5조 제1항 3호의 유추적용으로 보자는 견해(이기우)

-경직법 제2조 제7호와 결합한 제5조 제1항 제3호(손재영)

(2) 경찰책임의 원칙

(3) 경찰공공의 원칙

(4) 기본권의 본질침해금지

집회시위의 자유를 제한한다고 할지라도 헌법 제37조 제2항에 따라 법률에 의하여 기본권을 제한하여야 하며 집회시위의 자유의 본질을 침해해서는 안 된다.

IV. 차벽사용의 근거와 한계

1. 차벽설치의 근거

(1) 차벽운용지침

경찰청의 차벽운용지침에 따르면, ‘차벽’은 집회시위현장에서 집회시위를 보호하거나 불법행위를 예방하는 등 경찰목적 달성을 위하여 차량으로 설치하는 경계를 말한다. 차벽운용지침은 경찰청 내부의 지침일 뿐 법적인 위임근거가 없다.

(2) 경찰관직무집행법 제2조, 제5조, 제6조

차벽운용지침에 따르면 우선 경찰관직무집행법 제2조와 제5조, 제6조를 근거로 들고 있으나 이들 규정은 직무규범이지 권한규범이 아니다. 이들 규정은 대체로 개괄적 수권조항의 근거조항으로서 거론되는 조항들이다. 그러나 국민의 자유와 권리를 제한하는 침해행정으로서 경찰행정에 있어서 이러한 개괄적 수권조항을 인정하는 것에 대하여는 신중하여야 한다. 우리는 이미 역사적으로 경찰권력의 남용을 경험한 바 있기 때문이다. 그러므로 아래와 같은 개괄적이고 추상적인 규정에 근거하여 차벽을 설치하는 것은 허용되지 않는다.

<p>경찰관 직무집행법 제2조(직무의 범위) 경찰관은 다음 각 호의 직무를 수행한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 국민의 생명·신체 및 재산의 보호 2. 범죄의 예방·진압 및 수사 3. 경비, 주요 인사(인사) 경호 및 대간첩·대테러 작전 수행 4. 치안정보의 수집·작성 및 배포 5. 교통 단속과 교통 위해(위해)의 방지 6. 외국 정부기관 및 국제기구와의 국제협력 7. 그 밖에 공공의 안녕과 질서 유지 <p>제5조(위험 발생의 방지 등) ① 경찰관은 사람의 생명 또는 신체에 위해를 끼치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우</p>

려가 있는 천재(천재), 사변(사변), 인공구조물의 파손이나 붕괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 위험한 동물 등의 출현, 극도의 혼잡, 그 밖의 위험한 사태가 있을 때에는 다음 각 호의 조치를 할 수 있다.

1. 그 장소에 모인 사람, 사물(사물)의 관리자, 그 밖의 관계인에게 필요한 경고를 하는 것

2. 매우 긴급한 경우에는 위해를 입을 우려가 있는 사람을 필요한 한도에서 억류하거나 피난시키는 것

3. 그 장소에 있는 사람, 사물의 관리자, 그 밖의 관계인에게 위해를 방지하기 위하여 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 직접 그 조치를 하는 것

② 경찰관서의 장은 대간첩 작전의 수행이나 소요(소요) 사태의 진압을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 대간첩 작전지역이나 경찰관서·무기고 등 국가 중요시설에 대한 접근 또는 통행을 제한하거나 금지할 수 있다.

제6조(범죄의 예방과 제지)

경찰관은 범죄행위가 목전(목전)에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 하고, 그 행위로 인하여 사람의 생명·신체에 위해를 끼치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 긴급한 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.

(3) 집회및시위에관한법률 제13조, 동법 시행령 제13조

차벽운용지침에 따르면 집회및시위에관한법률 제13조, 동법 시행령 제13조의 질서유지선에 관한 규정도 차벽의 근거가 되고 있는 것으로 보인다. 그러나 질서유지선을 차벽과 동일시할 수 있는지는 의문이다. 집시법 제2조에서 질서유지선의 개념을 아래와 같이 정의하고 있기 때문이다. 게다가 집시법 제13조는 질서유지선을 설정하는 경우에도 필요최소한으로 범위를 정하여 하도록 하고 있으며 그것도 집회시위의 보호와 공공의 질서유지를 위하여 필요한 경우로 제한하고 있다. 그러나 집시법시행령에서는 집시법에 질서유지선에 관한 위임규정이 없음에도 질서유지선을 설정할 수 있는 경우를 규정하면서 그 범위를 확대하고 있다. 이러한 문제점 외에도 결정적으로 차벽 운용지침에서 조차 그 내용상 차벽을 질서유지선과 구분하여 규정하고 있다는 점⁹²⁾ 등을 고려한다면 집시법과 동시행령에서의 질서유지선의 설정에 관한 규정을 차벽의 설치를 위한 근거규정으로 사용하는 것은 지나친 확대해석으로서 문언해석의 범위를 벗어난다고 할 수 있다.

집회 및 시위에 관한 법률

제2조(정의)

5. "질서유지선"이란 관할 경찰서장이나 지방경찰청장이 적법한 집회 및 시위를 보호하고 질서유지나 원활한 교통 소통을 위하여 집회 또는 시위의 장소나 행진 구간을 일정하게 구획하여 설정한 띠, 방책(방책), 차선(차선) 등의 경계 표지(표지)를 말한다.

92) 차벽운용지침, 4. 세부 설치 및 운용방법, 사. 불법행위 우려가 낮은 집회는 차벽설치를 지양하고 경력 및 유·무인 질서유지선을 적극 활용한다.

제13조(질서유지선의 설정)

- ① 제6조제1항에 따른 신고를 받은 관할경찰관서장은 집회 및 시위의 보호와 공공의 질서 유지를 위하여 필요하다고 인정하면 최소한의 범위를 정하여 질서유지선을 설정할 수 있다.
- ② 제1항에 따라 경찰관서장이 질서유지선을 설정할 때에는 주최자 또는 연락책임자에게 이를 알려야 한다.

집회 및 시위에 관한 법률 시행령 제13조(질서유지선의 설정·고지 등)

- ① 관할 경찰관서장은 집회 및 시위의 보호와 공공의 질서 유지를 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 법 제13조제1항에 따라 질서유지선을 설정할 수 있다.
 - 1. 집회·시위의 장소를 한정하거나 집회·시위의 참가자와 일반인을 구분할 필요가 있을 경우
 - 2. 집회·시위의 참가자를 일반인이나 차량으로부터 보호할 필요가 있을 경우
 - 3. 일반인의 통행 또는 교통 소통 등을 위하여 필요할 경우
 - 4. 다음 각 목의 어느 하나의 시설 등에 접근하거나 행진하는 것을 금지하거나 제한할 필요가 있을 경우
 - 가. 법 제11조에 따른 집회 또는 시위가 금지되는 장소
 - 나. 통신시설 등 중요시설
 - 다. 위험물시설
 - 라. 그 밖에 안전 유지 또는 보호가 필요한 재산·시설 등
 - 5. 집회·시위의 행진로를 확보하거나 이를 위한 임시횡단보도를 설치할 필요가 있을 경우
 - 6. 그 밖에 집회·시위의 보호와 공공의 질서 유지를 위하여 필요할 경우
- ② 법 제13조제2항에 따른 질서유지선의 설정 고지는 서면으로 하여야 한다. 다만, 집회 또는 시위 장소의 상황에 따라 질서유지선을 새로 설정하거나 변경하는 경우에는 집회 또는 시위의 장소에 있는 국가경찰공무원이 구두로 알릴 수 있다.

2. 집회시위 자유의 본질을 침해

차벽은 질서유지를 하는 경찰과 집회시위 참여자들 사이에 중간지대로서 벽을 형성함으로써 집회시위 참가자들을 보호하거나 참가자들과 경력의 상호충돌을 방지하거나 보호가 필요한 장소나 시설에 접근을 제지하는 기능을 할 수 있지만 한편으로는 광장을 폐쇄함으로써 집회시위자들을 고립시키는 기능을 한다. 이 경우의 차벽은 단순한 질서유지선으로서의 기능을 넘어선다. 최근 경찰의 차벽 설치에 마치 집회시위 참가자들의 고립을 목표로 하는 듯이 보인다. 이 경우 차벽은 집회시위를 보호하려는 목적보다는 집회시위의 외부에 대한 영향을 차단하거나 경력의 보호나 권력자가 머무는 장소에의 접근을 차단하는데 주안점이 두어지게 된다. 생각건대, 집회시위의 본질은 비판과 소통이다. 무엇보다도 정치권력자에 대한 비판과 소통이 핵심이다. 차벽은 정치권력자에 대한 접근을 차단하고 비판과 소통을 막는 수단으로 남게 된다. 차벽을 설치해서 집회시위를 보

장한다는 관념 자체는 불가능하다. 차벽은 집회시위의 자유의 본래적 의미와 합치할 수 없는 수단이다. 차벽은 고립감을 주는 도구이다. 이러한 수단을 집회시위현장에서 곧바로 투입하는 것은 비례원칙에 반할 뿐만 아니라 집회시위의 자유의 본질을 침해하는 것으로서 헌법상 허용될 수 없다.⁹³⁾ 어떤 지역에서 평시에 이러한 차벽이 사용된다면 이는 그 지역에 매우 권위주의적인 정부가 들어서 있거나 그 지역민들이 독재체제 하에 있다는 것을 의미할 것이다. 왜냐하면 차벽은 시민들과 소통이 원활한 진정한 민주주의 정부 하에서는 상상할 수 없는 수단일 것이기 때문이다. 물론 진정한 민주정부 하에서도 집회시위를 규제하기 위해 차벽의 사용이 절대적으로 배제되는 것은 아니다. 그러나 그러한 경우에도 차벽은 매우 예외적인 경우에만 허용될 수 있다. 따라서 차벽을 사용할 수 있는 경우는 민주주의 체제를 전복하려는 극우나치나 인종차별적인 집회 등에서 무기를 소지하거나 폭력이 일상화되어 명백하고 현존하는 위험이 있을 경우에만 제한적으로 허용될 수 있을 것이다.

집회시위는 시민들이 단순히 문화예술 행위를 하거나 향유하고자 하는 목적만을 갖는 것이 아니다. 집회시위는 민주주의사회에서 국가권력에 대한 직접적인 비판의 목소리를 내는 정치적 의미를 갖는 것이 핵심이다. 차벽은 국가권력에 대한 비판과 소통의 목소리 자체를 차단함으로써 국가권력기관 스스로 소통을 차단하고자 하는 것이다. 이는 집회시위의 본질과 배치되는 것이다.

차벽의 사용은 집회시위가 갖는 본질적인 비판과 소통의 기능을 차단함으로써 집회시위의 자유를 제한하고자라도 공공의 안녕과 질서를 유지하고자 하는 명백히 위험한 상황, 즉 폭력사용의 위험이 현존하여야만 허용되는 수단이다. 이는 집회시위 전체가 폭력적 집회시위의 위험성을 띠는 경우를 의미하기 때문에 단지 집회시위자들 일부가 폭력적인 성향을 보이는 경우에도 그러한 위험이 명백하고 현존한다고 할 수 없다. 그러한 위험이 없음에도 불구하고 사전에 차벽을 설치하는 것 자체는 비례원칙에 반하는 것이며 헌법상 집회시위의 자유를 허용하는 취지에 반하는 위헌적인 수단 사용이다.⁹⁴⁾ 이는 그러한 위험이 명백하지 않음에도 불구하고 위험을 과장하거나 과잉대응하는 경우에도 마찬가지이다.

3. 공물로서의 광장 기능의 변질

차벽의 사용이 광장이 가진 본래의 기능을 폐쇄하는 방향으로 행해지는 경우 차벽설치로 인하여

93) 서울광장통행저지행위 위헌확인에 관한 사건에서 헌법재판소의 다수 의견은 차벽을 통한 통행저지는 비례원칙위반으로서 수단의 적합성과 법익균형성에 반한다고 보았다. 헌재 2011. 6. 30. 선고 2009헌마406 결정.

94) 헌법재판소도 같은 취지의 결정을 한 바 있다. 서울특별시 서울광장통행저지행위 위헌확인(2011. 6. 30. 2009헌마406). “불법·폭력 집회나 시위가 개최될 가능성이 있다고 하더라도 이를 방지하기 위한 조치는 개별적·구체적인 상황에 따라 경찰 목적을 달성하기 위한 필요최소한의 범위에서 행해져야 하는 것이다. 즉, 민주주의 국가에서 표현의 자유가 가지고 있는 헌법적 중요성을 고려하면, 집회의 자유를 보다 적게 제한하는 다른 수단, 즉 조건을 붙여 집회를 허용하는 조치 등을 고려해야 할 것이고, 이러한 조치로써는 공익목적 달성할 수 없다고 인정되는 경우에만 비로소 집회의 금지와 해산을 고려할 수 있을 것이다(헌재 2003. 10. 30. 2000헌바67등, 판례집 15-2하, 41, 56 참조). 그런데 이 사건 통행저지행위는 개별적인 집회를 금지하는 것을 넘어서서 서울광장에서 개최될 여지가 있는 일체의 집회를 금지할 뿐만 아니라 더 나아가서 일반시민들인 청구인들의 서울광장에서의 통행조차 금지한 것이어서 전면적이고 광범위하며 극단적인 조치이므로, 이러한 조치는 집회의 조건부 허용이나 개별적 집회의 금지나 해산으로는 방지할 수 없는 급박하고 명백하며 중대한 위험이 있는 경우에 한하여 비로소 취할 수 있는 거의 마지막 수단에 해당한다.”

광장의 기능이 변질된다. 정치적, 문화적 소통의 공간으로서 광장은 자유롭고 개방된 공간을 본질로 하기 때문이다. 차벽에 의하여 막힌, 고립된 공간으로 인하여 집회시위참가자들은 고립감과 두려움을 느끼게 된다. 자신들의 정치적 의사를 외부에 표출하고자 하는 의도를 가지기 마련인 집회시위자들은 광장이 고립됨으로 인하여 필연적으로 차벽에 대하여 두려움과 반감을 가지게 된다.⁹⁵⁾

도로 역시 교통을 위한 공간일 뿐만 아니라 소통을 위한 공간으로서의 의미도 갖는 것이라고 할 수 있다. 다만, 공물로서의 도로는 주로 교통을 위하여 제공되지만 공물로서의 광장은 - 문화적이든, 정치적이든 - 주로 소통을 위하여 제공된다는 점에서 차이가 있다.⁹⁶⁾ 따라서 도로를 차벽으로 막는 것과 광장을 차벽으로 막는 것은 차이가 있다. 물론 광장 주변의 도로에 차벽을 설치함으로써 광장을 고립시키는 효과를 갖는 경우에도 소통을 위한 공간으로서의 광장의 성격은 변질되고 만다.

4. 법률유보의 원칙 위반

비상시가 아닌 평상시에 있어서 집회시위가 있기 전에 사전적으로 공공의 안전에 대한 위험을 예상하여 이를 방지하기 위한 차벽을 설치하는 것은 집회시위의 자유의 본질을 침해하는 수단이며 공물로서의 광장의 기능을 폐쇄하는 수단이기 때문에 이의 사용은 국민으로부터 위임을 받은 국가가 직접 법률로 규정하여 근거를 두는 경우에만 비상상황에서 예외적으로 허용될 수 있을 것이다. 우리 헌법재판소가 채택한 바 있는 법률유보에 관한 본질성설 내지 중요사항유보설에 따르면 공권력의 행사가 기본권을 제한하는 경우에는 반드시 법률에 근거하여야 한다는 데에는 이의가 없다. 앞서 보았듯이 차벽은 집회시위의 자유를 제한할 뿐만 아니라 그 본질을 침해하는 성격을 갖는다. 그렇다면 그에 대한 법적 근거가 법률로 규정되어 있어야 한다. 그러나 차벽에 관하여는 법률에 직접적인 규정이 없다.

차벽의 설치 근거가 될 수 있는 규정은 경찰관 직무집행법 제2조의 개괄적 수권조항이나 동법 제5조에 국가중요시설에 대한 접근이나 통행을 제한하거나 금지할 수 있는 규정과 집시법 제2조 및 제13조에 질서유지선에 관한 규정이 있을 뿐이다. 그러나 국가중요시설에 대한 접근금지나 통행제한은 대간첩 작전의 수행이나 소요 사태의 진압을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때 접근 또는 통행을 제한하거나 금지할 수 있을 뿐이고 그것도 대간첩 작전지역이나 경찰관서·무기고 등 국가중요시설에 대하여 행해져야 한다. 따라서 이들 규정이 차벽의 설치근거가 될 수 없다.⁹⁷⁾

95) 차벽이 없는 공간은 상대적으로 자유롭고 개방된 공간으로서 기능할 수 있다. 차벽에 의하여 막힌 공간에서는 갇혀있는 집회시위자들이 차벽을 무너뜨리려는 시도를 하거나 벗어나려는 시도를 하게 될 가능성이 있다. 야외집회 및 시위의 특성상 특히 야간까지 이어지는 집회시위에서는 그 위험성이 더욱 커진다.

96) 문병효, 서울광장조례와 공물의 사용관계, 공법연구 제39집 제3호(2011. 2), 382면 참조.

97) 헌법재판소도 같은 취지의 결정을 한 바 있다. 서울특별시 서울광장통행저지행위 위헌확인(2011. 6. 30. 2009헌마406). “경찰의 임무 또는 경찰관의 직무 범위를 규정한 경찰법 제3조, 경찰관직무집행법 제2조는 그 성격과 내용 및 아래와 같은 이유로 ‘일반적 수권조항’이라 하여 국민의 기본권을 구체적으로 제한 또는 박탈하는 행위의 근거조항으로 삼을 수는 없으므로 위 조항 역시 이 사건 통행저지행위 발동의 법률적 근거가 된다고 할 수 없다. 우선 우리 헌법이 국민의 자유와

그리고 집시법에 규정된 질서유지선은 어디까지나 집회 또는 시위의 장소나 행진 구간을 일정하게 구획하여 설정한 띠, 방책(방책), 차선(차선) 등의 경계 표지(표지)를 말하는 것으로서 집회 및 시위의 보호와 공공의 질서 유지를 위하여 필요하다고 인정하면 최소한의 범위를 정하여 질서유지선을 설정할 수 있을 뿐이다. 차벽으로 광장 주변의 도로를 차단하는 것을 질서유지선의 확장이라고 할 수는 없다.

5. 비례의 원칙 위반

기본권의 제한에 관한 헌법 제37조 제2항에 따라 기본권인 집회시위의 자유를 제한할 경우에는 법률로써 하되 필요 최소한으로 하여야 하고 기본권의 본질을 침해해서는 안 된다. 만약 차벽을 설치하여 광장을 에워싸고 통행을 제지하는 것이 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것이 아니라면 그러한 행위는 최소한 비례의 원칙에 반하는 것이다.

[참조] 헌재 2011. 6. 30. 선고 2009헌마406결정(서울특별시 서울광장통행저지행위 위헌확인)

V. 물포(살수차)의 사용에 관하여

1. 물포사용의 법적 근거

물포(또는 광화문 집회를 계기로 널리 퍼진 물대포) 사용의 직접적인 법적 근거는 경찰관직무집행법 시행령 제2조와 제13조이다. 다만 경찰관직무집행법에는 물포에 관한 직접적인 규정은 없고 다만 위해성 경찰장비만이 규정되어 있을 뿐이다. 그러나 경찰관직무집행법 시행령 제13조에 규정된 물포는 “불법해상시위를 해산시키거나 정선명령에 불응하고 도주하는 선박을 정지시키기 위하여 부득이한 경우에는 현장책임자의 판단에 의하여 필요한 최소한의 범위 안에서 경비함정의 물포를 사용할 수 있다”고 규정되어 있어 육상에서의 물포 사용의 근거라고 하기 어렵다. 육상에서의 물포사용의 근거를 굳이 언급한다면 경찰관직무집행법 제10조와 경찰관직무집행법 시행령 제2조, 제13조에 규정된 ‘살수차’라고 할 수 있으나 살수차와 물포는 동 시행령에서도 엄연히 구별되는 개념이어서 살수차를 물포라고 하기는 어렵다. 다만 경찰이 사용하는 살수차가 해상에서 사용하는 물포와 동일한 기능을 한다는 점에서 살수차는 육상에서 사용하는 물포를 일컫는 것이라고 할 수 있다. 그렇다면 육상에서 사용하는 물포는 ‘위해성 경찰장비’ 가운데 하나인 ‘살수차’의 근거규정인 경찰관직무집행법 제10조와 동시행령 제2조와 제13조를 근거로 한다고

권리를 제한하는 경우 근거하도록 한 ‘법률’은 개별적 또는 구체적 사안에 적용할 작용법적 조항을 의미하는 것이지, 조직법적 규정까지 포함하는 것이 아니다. 다음으로 이를 일반적 수권조항이라고 보는 것은 각 경찰작용의 요건과 한계에 관한 개별적 수권조항을 자세히 규정함으로써 엄격한 요건 아래에서만 경찰권의 발동을 허용하려는 입법자의 의도를 법률해석으로 뒤집는 것이다.”

할 수 있다. 물포는 국민의 생명이나 신체에 중대한 위해를 가할 수 있는 경찰장비이므로, 구체적인 사용 근거와 기준 등에 관한 중요한 사항이 법률 자체에 직접 규정되어야 한다.⁹⁸⁾ 그러나 경찰관직무집행법은 물포의 사용기준에 대하여 구체적인 내용을 규정하지 않은 채 대통령령에 위임하고 있다.

경찰관 직무집행법 제10조(경찰장비의 사용 등)

① 경찰관은 직무수행 중 경찰장비를 사용할 수 있다. 다만, 사람의 생명이나 신체에 위해를 끼칠 수 있는 경찰장비(이하 이 조에서 "위해성 경찰장비"라 한다)를 사용할 때에는 필요한 안전교육과 안전검사를 받은 후 사용하여야 한다.

② 제1항 본문에서 "경찰장비"란 무기, 경찰장구(경찰장구), 최루제(최루제)와 그 발사장치, 살수차, 감식기구(감식기구), 해안 감시기구, 통신기기, 차량·선박·항공기 등 경찰이 직무를 수행할 때 필요한 장치와 기구를 말한다.

③ 경찰관은 경찰장비를 함부로 개조하거나 경찰장비에 임의의 장비를 부착하여 일반적인 사용법과 달리 사용함으로써 다른 사람의 생명·신체에 위해를 끼쳐서는 아니 된다.

④ 위해성 경찰장비는 필요한 최소한도에서 사용하여야 한다.

⑤ 경찰청장은 위해성 경찰장비를 새로 도입하려는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 안전성 검사를 실시하여 그 안전성 검사의 결과보고서를 국회 소관 상임위원회에 제출하여야 한다. 이 경우 안전성 검사에는 외부 전문가를 참여시켜야 한다.

⑥ 위해성 경찰장비의 종류 및 그 사용기준, 안전교육·안전검사의 기준 등은 대통령령으로 정한다.

[전문개정 2014.5.20]

이에 따라 위해성 경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정(일부개정 2014.11.19 [대통령령 제25733호, 시행 2014.11.21.])에는 다음과 같이 규정되어 있다.

제2조(위해성 경찰장비의 종류)

「경찰관 직무집행법」(이하 "법"이라 한다) 제10조제1항 단서에 따른 사람의 생명이나 신체에 위해를 끼칠 수 있는 경찰장비(이하 "위해성 경찰장비"라 한다)의 종류는 다음 각 호와 같다. <개정 2014.11.19.>

1. 경찰장구 : 수갑·포승(포승)·호송용포승·경찰봉·호신용경봉·전자충격기·방패 및 전자방패
2. 무기 : 권총·소총·기관총(기관단총을 포함한다. 이하 같다)·산탄총·유탄발사기·박격포·3인치포·함포·크레모아·수류탄·폭약류 및 도검
3. 분사기·최루탄등 : 근접분사기·가스분사기·가스발사총(고무탄 발사검용을 포함한다. 이하 같다) 및 최루탄(그 발사장치를 포함한다. 이하 같다)
4. 기타장비 : 가스차·살수차·특수진압차·물포·석궁·다목적발사기 및 도주차량차단장비

제13조(가스차·살수차·특수진압차·물포의 사용기준)

98) 헌법재판소 2014. 6. 26. 선고 2011헌마815결정에서 재판관 김이수, 서기석, 이정미의 반대의견.

- ① 경찰관은 불법집회·시위 또는 소요사태로 인하여 발생할 수 있는 타인 또는 경찰관의 생명·신체의 위해와 재산·공공시설의 위협을 억제하기 위하여 부득이한 경우에는 현장책임자의 판단에 의하여 필요한 최소한의 범위안에서 가스차 또는 살수차를 사용할 수 있다.
- ② 경찰관은 소요사태의 진압, 대간첩·대테러작전의 수행을 위하여 부득이한 경우에는 필요한 최소한의 범위안에서 특수진압차를 사용할 수 있다.
- ③ 경찰관은 불법해상시위를 해산시키거나 정선명령에 불응하고 도주하는 선박을 정지시키기 위하여 부득이한 경우에는 현장책임자의 판단에 의하여 필요한 최소한의 범위안에서 경비함정의 물포를 사용할 수 있다. 다만, 사람을 향하여 직접 물포를 발사하여서는 아니된다.

2. 물포(살수차) 사용의 한계

경찰관 직무집행법 제10조는 위해성 경찰장비의 사용에 관하여 “필요한 최소한도에서 사용하여야” 한다고 규정하고 그 사용기준이나 안전교육을 대통령령으로 규정하도록 위임하고 있다. 이에 따라 규정된 동법 시행령 제13조는 살수차의 사용기준으로서 “불법집회·시위 또는 소요사태로 인하여 발생할 수 있는 타인 또는 경찰관의 생명·신체의 위해와 재산·공공시설의 위협을 억제하기 위하여 부득이한 경우에는 현장책임자의 판단에 의하여 필요한 최소한의 범위안에서 가스차 또는 살수차를 사용할 수 있다” 고 규정하고 있다. 다만 동법 시행령 제13조 제3항은 불법해상시위를 해산시킬 경우에는 필요 최소한의 범위 안에서 물포를 사용할 수 있음을 규정하면서 단서조항에서는 “사람을 향하여 직접 물포를 발사하여서는 아니된다” 고 규정하고 있다.

위 규정에 따를 때 위해성 경찰장비인 살수차는 필요 최소한도의 범위에서 사용하여야 하며 불법집회 및 시위나 소요사태 하에서 타인 또는 경찰관의 생명·신체의 위해와 재산·공공시설의 위협을 억제하기 위하여 부득이한 경우에 현장책임자의 판단에 근거하여 사용하도록 하여 비례의 원칙을 지키도록 규정하고 있다. 따라서 불법집회시위나 소요사태가 아닌 상황에서는 사용할 수 없으며 타인 또는 경찰관의 생명·신체의 위해와 재산·공공시설의 위협을 억제할 필요가 없는 경우에는 사용할 수 없으며 그러한 위해나 위협을 억제할 필요가 있더라도 다른 수단을 통해 그러한 위해 또는 위협이 억제될 수 없는 부득이한 경우에만, 그것도 필요 최소한으로 사용하여야 한다. 만약 이러한 한계를 지키지 않고 살수차를 사용할 경우에는 비례원칙에 반하게 된다.

한편 사람에게 대하여 직접 물포를 사용하지 못하도록 규정한 해상시위 해산에 관한 규정이 육상에서의 물포(살수차)의 사용에도 적용되느냐에 대해서는 다른 견해가 있을 수 있으나 육상에서도 직접 사람을 향하여 물포를 발사하지 못하도록 하는 것이 집회의 자유를 보장하는 취지에 합치할 것이다. 설령 해상시위 해산 상황에서 물포를 사람에게 직접 발사하지 못하도록 한 것이 육지와 다른 해상에서의 특수성을 감안한 것이라고 한다하여 육상에서는 사람에게 발사하는 것이 허용된다 하더라도 육상에서의 물포 사용에 있어서 사람에게 치명적인 결과를 가져올 수 있을 정도의 직접 발사는 비례원칙에 반한다. 해상시위 해산시 적용되는 사람에게 대한 직접 발사금지의 원칙은 육상

에서의 살수차 사용 요건인 필요최소한의 요건에 포함되는 것으로 해석함이 타당하다. 그러므로 육상에서도 물포를 사람에게 직접 발사하여서는 아니 된다. 사람에게 발사할 경우에는 약한 단계의 예비사격을 통한 경고와 거리 및 각도를 유지하여 사람의 생명·신체에 위해가 없도록 발사하여야만 하고 추운 날씨에는 사용할 수 없도록 하여야만 비례원칙에 합치할 수 있다. 현장에서 불법적인 폭력과 방화 등이 행해진다 하여 그가 설령 불법을 저지른 범죄자라고 할지라도(집회시위 참가자들이 마치 테러를 행하는 것처럼 과잉표현되기도 한다는 점에서) 적법한 절차를 거쳐 처벌을 해야 하고 경찰이 직접 처벌하는 것이 허용되지 않듯이 물포를 사용함으로써 그 행위자에 대해 직접 처단하는 것이 허용되는 것처럼 여겨져서는 안 된다. 범죄자마저도 적법한 절차에 따라 보호해야 하는 것이 법치국가의 원칙이기 때문이다.

3. 물포의 가공할 파괴력, 사용금지의 대상

물포는, 기종에 따라 다소 차이가 있을 수 있으나, 사람을 향하여 사용하는 것만으로도 사람의 생명과 신체의 상해 또는 살인 등 치명적인 결과를 초래할만큼 가공할 파괴력을 가지고 있다.⁹⁹⁾ 이는 광화문 집회에서 집회에 참가한 농민이 물대포를 맞고 쓰러져 중태에 빠진 것으로서 확인된 바 있다. 물포의 파괴력에 비추어 물포를 집회시위에 참가하고 있는 사람에 대하여 사용하는 것 자체가 공공의 안녕과 질서유지를 위한 목적에 맞지 않는 수단의 선택이 되는 것이다. 그러므로 비례의 원칙 가운데 이미 적합성의 원칙에 반하게 된다. 따라서 물포는 공익목적 달성을 위하여는 적합하지 않은 수단으로서 사용금지의 대상이 되어야 한다.¹⁰⁰⁾

4. 광화문집회에서 물포 사용과 집회시위의 자유에 대한 위협

2015년 11월 14일 광화문 집회에서 경찰은 전국에서 올라온 284개 중대, 2만여 명이 투입되었고 경찰이 보유한 살수차 19대가 동원됐으며, 14일 하루에 쓴 물의 양이 20만2천리터, 캡사이신 651리터, 파바 440리터가 사용되었다.¹⁰¹⁾ 살수차에 캡사이신, 파바 등의 약품을 혼합하여 사용하였다. 더구나 해가 진후의 광화문 날씨는 쌀쌀했음에도 추운 날씨에 시민들을 향하여 캡사이신과 파바

99) 물포의 파괴력은 가공할만하다. 물포를 사람을 향하여 쏘는 것만으로도 상해 또는 살인의 의도가 있는 것으로 보아야 한다. 영국의 내무장관 테레사 메이는 “의학적, 과학적 증거에 따르면, 물대포는 심각한 피해를 초래할 가능성이 있다. (중략) 나는 물대포 사용을 승인하지 않을 것이다.”라고 하였음.

100) 물포의 직사살수는 기본권침해에 해당한다. 헌법재판소 2014. 6. 26. 선고 2011헌마815결정에서 재판관 김이수, 서기석, 이정미의 반대이견. “직사살수는 발사자의 의도이든 조작실수에 의한 것이든 생명과 신체에 치명적인 결과를 가져올 수 있으므로, 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 명백하게 초래한 경우에 한하여 보충적으로만 사용하여야 함에도 불구하고, 이 사건 물포발사 행위는 그러한 위협이 명백하게 초래되었다고 볼 만한 사정이 없었음에도 직사살수의 방법으로 이루어져 집회의 자유를 침해하였다.”

101) 2015년 11월 23일 국회 안전행정위원회에서 임수경/새정치연합 의원: “20만 2천리터 맞습니까? (맞습니다.) 작년 한해 동안 물대포 살수량이 8500리터입니다. 이날 하루 동안만 무려 24배, 경찰은 시민에게 물벼락을 내렸습니다. 캡사이신 최루액 작년 한해동안 193.7리터인데, 이날 하루 651리터의 캡사이신 사용했습니다. 맞죠? (그렇습니다) (파바에 대해서는) 작년에 사용하신 적 있어요? 전혀 없습니다. 이날 하루 동안만 440리터가 사용됐습니다. 이래도 경찰이 과잉진압 하지 않았다고 답변하십니까?” 이외에 프레스안 2015년 11월 27일자. 성현석 기자, “박근혜, 6월 항쟁도 IS 테러에 빗댄 건가” [기자의 눈] '복면 금지'에 앞서 '최루액 금지' 하라. 제하의 기사를 참조할 것.

가 혼합된 살수차를 발사한 것이다. 더구나 그 와중에 60대 후반의 농민이 경찰이 직격탄으로 쏜 물포(살수차)를 맞고 쓰러져 뇌진탕으로 중태에 빠졌다. 노인이 쓰러진 이후에도 경찰은 계속해서 물포를 발사했고 의식을 잃은 농민을 부축하려한 집회시위참가자에 대해서까지 물포를 발사했다. 이는 집회시위자들을 적으로 간주하지 않고서는 상상할 수 없는 행위였다. 경찰이 집회시위에 대하여 갖고 있는 평소의 관념과 실상이 실제 반영된 것이라 하지 않을 수 없다. 경찰관직무집행법 시행령에 규정된 물포 사용에 대한 사용기준에 따라 사용했다거나 안전교육을 받았는지 조차 의심되는 물포사용이었다. 위해성 경찰장비를 필요최소한으로 사용하라는 경찰관직무집행법 제10조와 불법집회·시위 또는 소요사태로 인하여 발생할 수 있는 타인 또는 경찰관의 생명·신체의 위해와 재산·공공시설의 위협을 억제하기 위하여 부득이한 경우에 사용하라는 경찰관직무집행법 시행령 제13조의 사용기준이 지켜지지 않았다. 이러한 과잉진압을 통해 어떤 효과가 있을지 의문이지만 이를 통해 집회시위가 완화될 수 없을 것이다. 가공할 파괴력을 지닌 물포를 통한 이러한 과잉진압은 집회시위의 자유에 대한 위협이 될 뿐이다.

정부는 11월 14일 당일 광화문 집회의 주동자 및 참여자를 처벌하기 위해 체포에 주력할 것이 아니라 경찰이 물포를 사용하기 전에 공공의 안전에 대한 명백하고 현존하는 위협의 요건을 갖추었는지 여부뿐만 아니라, 시민들과의 협상의 가능성이 전혀 없었는지, 또는 경찰이 합리적인 방법과 절차에 따라 협상을 하려는 시도를 하였는지, 물포사용이 아닌 다른 수단을 통해 시민들의 집회시위가 격해지는 것을 막으려는 시도가 있었는지, 물포사용을 고려하였다 하더라도 추운 계절로 들어가는 쌀쌀한 날씨임을 감안하였는지, 이번에 가공할 파괴력을 가진 것으로 확인된 물포가 향후 집회시위에서도 사용될만한 수단으로서 적합성을 갖는 것인지 등 당시의 상황과 수단의 적합성 등을 즉각 조사하여야 한다. 조사결과 안전규칙을 지키지 않고 물포를 발사한 자 및 지휘책임자를 처벌하고, 평화롭고 안전한 집회시위의 정착을 위한 방안을 마련하여야 하며 집회시위의 자유를 위협하는 물포의 사용 또한 중단하여야 한다.

[참조] 현재 2014. 6. 26. 선고 2011헌마815결정 - 물포사용행위 위헌확인

VI. 명령과 강제, 물리력에 의존하는 경찰의 집회시위 대응방식의 후진성

-권위주의적 경찰과 무관용의 원칙이 초래하는 결과들

광화문 집회뿐만 아니라 최근의 경찰의 집회를 대하는 태도에는 협상의 노력이 없는 경찰의 모습이 보인다. 광화문집회에서 보듯이 집회시위가 시작되기 전부터 전국으로부터 경찰병력을 집결시킨 후 차벽으로 차단하고 켈사이신이 포함된 물을 뿌리는 권위적인 경찰의 집회시위 대응방식은 전혀 비례의 원칙에 합치하지 않으며 반법치국가적이다. 경찰이 집회시위자들과 협상노력없이 물리력으로 집회시위를 막으려는 어떠한 시도도 그 자체로서 비례의 원칙에 반하는 위법한 경찰작용이다.

예컨대 해외에서는 폭탄을 터트리려는 테러범에 대해서도 협상가(Negotiator) 또는 전문가가 조직되어 있음을 볼 수 있다. 경찰작용이 비례원칙에 합치하는지 여부를 판단함에 있어서 과연 경찰이 협상을 하려는 노력을 하였는가는 중요한 기준이 될 수 있다. 즉, 경찰의 폭력적 진압이 문제인지 시민들의 폭력성이 문제인지를 가름하는 기준이 될 수 있다. 평화적 시위를 유도하려는 노력이 없었다면 또는 물대포를 발사하기 전에 충분한 협상 노력이 없었다면 시민들의 폭력성이 있었다 하더라도 경찰은 책임에서 자유롭지 못하다.

아무리 평화적인 시위라도 불법적인 폭력시위로 변질될 가능성이 있으며 아무리 폭력적인 시위라도 평화적인 시위로 유도할 수 있는 가능성이 있다. 여기에서 경찰의 역할이 중요하다. 협상가 또는 집회시위전문가를 운용하여야 한다.

테러범으로부터 폭탄을 제거하려면 권위적인 태도로 “폭탄을 터트리려면 터트리라”는 자세로 대응해서는 안 되듯이 다수의 군중이 모인 집회시위에서도 경찰의 권위적인 태도와 집회시위를 극도로 제한하거나 억압할 경우 폭력행사로 발전할 가능성은 얼마든지 있는 것이다. 평화적 집회·시위문화를 정착시키기 위한 방안으로 ‘무관용 원칙’을 주장하거나 집회·시위 주체자의 성숙된 의식을 강요하는 것은 권위주의적 시각에서 비롯된 것이다. 경찰이나 정부에서 집회시위자들의 심리에 대한 연구가 제대로 행해지고 있는지 의문이다. 단지 억압의 대상으로서 집회시위자들의 심리연구가 아니라 민주시민으로서 집회시위자들이라는 관점에서 접근하여야 한다. 최근 서구의 거의 모든 경찰이 명령과 강제 등 물리력에 의존하는 집회시위 관리정책에서 탈피하여 폭력완화기초에 기반한 대화 및 협력모델을 운영하고 있다. 이는 과거의 물리력 위주 집회대처방식이 집회상황에서 경찰과 집회시위자간에 상호불신과 긴장감을 유발하여 집회를 폭력적인 방향으로 발전시키게 된 경우가 많았다는 반성적인 고찰에서 비롯된 것이다.¹⁰²⁾ 그러므로 우리 경찰도 집회시위과정에서 폭력완화전략에 대해서도 연구가 진행될 필요가 있다.¹⁰³⁾ 국제사면위원회도 경

102) 박병욱, 집회시위 과정에서의 폭력완화전략에 대한 고찰 - 독일의 브록도르프(Brokdorf) 판결을 중심으로, 행정법연구 제39호(2014. 7), 141-174면 참조.

103) 1980년대 독일의 브록도르프(Brokdorf) 인근 핵발전소 건립반대를 둘러싼 집회시위와 관련하여 내려진 독일 연방헌법재판소의 브록도르프(Brokdorf) 판결은 집회시위에 친화적인 경찰 - 시위참여자간 대화 및 협력, 폭력완화전략을 사실상 하나의 헌법적 명령으로 승화시켰는데, 동 판결은 그 이전까지 해결되지 않았던 신고되지 않은 집회의 보호가능성, 집회의 예방적금지의 허용한계, 전체 집회의 폭력성의 판단에 대한 기준의 설정 등 집회시위와 관련된 소위 마그나카르타적(magna-charta) 판결로 독일의 경찰 및 사법실무에서 받아들여지고 있다고 한다. 이에 대해 자세한 것은 박병욱, 집회시위 과정에서의 폭력완화전략에 대한 고찰 - 독일의 브록도르프(Brokdorf) 판결을 중심으로, 행정법연구 제39호(2014. 7), 141-174면 참조할 것.

찰의 과도한 무력의 사용을 지적하고, 시민들이 집회의 자유를 보다 폭넓게 합법적으로 행사할 수 있도록 경찰의 물리력 사용에 관한 규정을 국제 기준들에 부합하도록 할 것을 권고한 바 있다.¹⁰⁴⁾

물론 불법폭력집회·시위로의 변질을 제어하고 갈등을 해소할 수 있는 협상가 또는 집회·시위 전문가도 필요하다.¹⁰⁵⁾ 이와 함께 시민이면 누구나 정치권력에 대하여 비판하고 그 비판을 수용할 수 있는 공론화된 장도 필요하다. 그러나 보다 근본적으로는 정치권력이 기득권과 아집에서 벗어나 진정으로 국민을 위하는 정치를 함으로써 국민의 삶의 질을 높이고 평화롭게 하려는 진심과 행동, 국민과 소통하려는 자세를 보일 때 모든 문제에 대한 해결의 실마리가 보일 것이다.

VII. 결론 - 진정한 소통을 위한 노력, 집시법의 폐지로부터

권력자가 시민들과 진정으로 소통을 하려는 노력이 있었는가? 대의기관이 국민으로부터 위임받은 권력을 제대로 행사하지 않을 때 권력자를 향한 시민들의 소통의 욕구는 높아질 수밖에 없다. 그러한 소통의 욕구를 차벽과 시민의 안전을 위협하는 가공할 파괴력을 지닌 물포로 막으려는 시도 자체가 민주주의와 역행하는 것이다. 불통을 통해 일어난 문제는 소통을 통한 노력을 통해서 상당 부분이 해소될 수 있다. 관제언론을 통한 홍보로 진실을 호도한다고 문제가 해결되지 않는다. 명령과 통제, 강압적인 수단을 통해 일방적으로 밀어부치는 방식의 공권력행사는 시민들로 하여금 분노를 일으킬 뿐이다. 억압적인 수단을 통해 시민들의 분노를 일시적으로 누그러뜨릴 수 있을지 모르나 잠재된 분노는 언젠가 터지게 마련이다. 우리 사회에는 현재 비정규직과 청년실업, 저임금 노동착취와 해고의 자유 등 노동문제 뿐만 아니라 교육문제, 지역격차의 문제, 언론통제, 관료주의, 재벌 등 경제민주화의 문제, 저출산 고령화문제, 농업문제, 주택문제, 복지문제, 국가부채와 가계부채문제 등 해결해야 할 문제들이 쌓여있다. 이 산적한 문제들로 국민들은 하루하루 괴로운 삶을 살아가고 있다. 이들이 가진 불만과 불평이 매일매일 쏟아지지 않는 것이 이상할 정도이다. 바라건대, 정치권력자들은 집회시위의 자유를 억압하는 집시법과 갖가지 억압수단들을 통해 문제를 해결하려 하지 말고 국민들의 삶의 질을 높이려는 진정한 노력을 기울임으로써 국민들로부터 신뢰를 얻기를 바란다.

104) 박경래, 황정인, 박노섭, 안정민, 집회·시위에 대한 경찰대응 기준과 개선방안, 형사정책연구원 연구총서 09-13(2009. 12), 7-163면 참조.

105) 한기덕, 한국사회 집회·시위문화의 변동과 특징 - 역사적 맥락에 따른 그 유형과 실태를 중심으로, 한국사회학회 2012 전기 사회학대회, 2012.6, 1067-1082면 참조.

2부 긴급토론회 <차벽을 거둬라! 물포를 치워라!>
민중총궐기 이후 쏟아내는 정부의 대책(복면금지법, 소요죄 적용, 민사소송
청구) 이대로 둘 수 없다.

- 민중총궐기에 대응하는 정부 태도의 문제점 -
박주민(변호사, 민주사회를 위한 변호사모임)

지난 11월 14일 민중총궐기(이하 “본건 집회”) 이후 정부와 새누리당 등은 1) 집회나 시위 참가자들의 복면착용을 금지하고, 2) 본건 집회 시 불법행위를 한 자에 대한 손해배상청구소송을 적극적으로 추진하며, 3) 이후 유사한 사례 등에 대해 형법 제115조(소요죄)를 적용해야 한다고 목소리를 높이고 있다. 이러한 주장들의 합헌성 등에 대해서 살피도록 하겠다.

I. 복면금지

지난 11월 25일 새누리당 정갑윤 의원 등은 집회, 시위 참가자들의 복면착용을 금지하고 처벌하는 내용을 담은 집회 및 시위에 관한 법률 개정안을 발의하였다. 복면금지와 관련해서는 위 법안을 중심으로 검토하도록 하겠다.

1. 정갑윤 의원 등 32인 발의 집회 및 시위에 관한 법률 일부개정법률안

새누리당 정갑윤의원 등 32인은 2015. 11. 25. 소위 복면착용금지법으로 불리는 집회 및 시위에 관한 법률 일부개정법률안(1917879)(이하 “동 법안”)을 발의하였다. 동 법안 중 복면 등 착용금지 관련 제안이유와 주요내용은 다음과 같다.

제안이유

집회 및 시위의 자유는 헌법상 보장된 기본권으로서 적극 보호 받아야 하나, 매년 집회·시위가 불법적이고도 폭력적인 시위형태로 변질함으로써 법치주의의 근간을 흔들고, 사회 질서를 혼란케 하고 있음.

이에 불법폭력집회의 도구로 쓰이는 쇠파이프 등의 제조·보관·운반하는 행위까지도 처벌하고, 폭행·폭력 등으로 질서를 유지할 수 없는 집회 또는 시위의 경우에는 신원을 알 수 없도록 하는 복면착용 등을 금지하는 등 불법폭력시위에 대해서는 단호하게 대응하려는 것임.

주요내용

다. 폭행, 폭력 등으로 질서를 유지할 수 없는 집회 또는 시위의 경우에는 신원확인을 어렵게 할 목적으로 복면 등의 착용하는 것을 금지하고, 주최자의 준수사항을 거둬 위반하는 경우에는 가중하여 처벌하도록 함(안 제16조제4항제4호 및 제22조제3항 단서 신설).

2. 동 법안의 위헌성

가. 관련 기본권

1) 집회의 자유

헌법재판소는 “집회의 자유는 집회의 시간, 장소, 방법과 목적을 스스로 결정할 권리를 보장한다. 집회의 자유에 의하여 구체적으로 보호되는 주요행위는 집회의 준비 및 조직, 지휘, 참가, 집회장소·시간의 선택이다. 따라서 집회의 자유는 개인이 집회에 참가하는 것을 방해하거나 또는 집회에 참가할 것을 강요하는 국가행위를 금지할 뿐만 아니라, 예컨대 집회장소로의 여행을 방해하거나, 집회장소로부터 귀가하는 것을 방해하거나, 집회참가자에 대한 검문의 방법으로 시간을 지연시킴으로써 집회장소에 접근하는 것을 방해하는 등 집회의 자유 행사에 영향을 미치는 모든 조치를 금지한다”, “그러나 집회를 방해할 의도로 집회에 참가하는 것은 보호되지 않는다. 주최자는 집회의 대상, 목적, 장소 및 시간에 관하여, 참가자는 참가의 형태와 정도, 복장을 자유로이 결정할 수 있다.” (헌재 2003. 10. 30. 2000헌바67 결정)라고 하여 집회 참가자가 복장을 자유로이 결정할 자유도 집회의 자유의 일 내용으로 인정하고 있다.

2) 표현의 자유

헌법재판소는 “헌법 제21조 제1항에서 보장하고 있는 표현의 자유는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것으로서, 그러한 의사의 ‘자유로운’ 표명과 전파의 자유에는 자신의 신원을 누구에게도 밝히지 아니한 채 익명 또는 가명으로 자신의 사상이나 견해를 표명하고 전파할 익명표현의 자유도 포함된다.” 고 하여 익명 또는 가명으로 자신의 사상 등을 표명하고 전파할 익명표현의 자유도 표현의 자유의 일 내용으로 인정하고 있다(헌법재판소 2012. 8. 23. 결정 2010헌마47).

나. 관련 기본권들에 대한 침해여부

1) 수단의 적합성

동 법안은 집회, 시위에서 발생하는 폭력을 줄이기 위해 집회참가자들로 하여금 복면 등을 착용하지 못하게 하여 익명성을 줄이겠다는 것을 내용으로 한다. 이는 익명성이 줄어들면 그에 비례하여 폭력성이 감소한다는 것을 전제로 한다. 그러나 이러한 전제와 다른 판단이 다수 내려진 바 있다.

야간집회나 시위를 금지했던 집회및시위에관한법률 제10조의 경우 야간에 집회나 시위를 하지 못

하게 해야 할 이유에 대해 야간에 신원확인이 어려워지는 것을 틈타 폭력적인 행위들이 벌어질 것이며, 야간이라 이러한 폭력행위자를 검거하기 어렵다는 것이 대표적으로 주장되어 왔었다. 그러나 헌법재판소는 이러한 주장을 받아들일지 않았다.

역시 야간의 위와 같은 특수성을 이유로 야간에 행해진 일정한 범죄행위를 가중처벌하던 폭력행위 등 처벌에 관한 법률에 대해서도 헌법재판소는 위헌판결을 하면서 위와 같은 주장을 받아들이지 않았다.

대표적으로 헌법재판소는 인터넷실명제에 대해 위헌판결을 하면서 “본인확인제 시행 이후에 명예훼손, 모욕, 비방의 정보의 게시가 표현의 자유의 사전 제한을 정당화할 정도로 의미 있게 감소하였다는 증거를 찾아볼 수 없다” 라고 판단한 바 있다(헌법재판소 2012. 8. 23. 결정 2010헌마 47).

이러한 판단들은 익명성이 범죄행위의 증가 혹은 그 태양의 과격화와 아무런 상관이 없으며, 따라서 익명성의 감소를 위한 행위들이 범죄행위를 감소시키기 위한 적합한 수단이 아님을 보여준다.

영국, 프랑스, 미국, 독일 등 다른 선진국가에서는 대규모 집회가 쉽게 폭동으로 변질되어 인근 상가에 대한 방화와 약탈, 주변 차량에 대한 방화로 이어지는 모습을 쉽게 볼 수 있다. 프랑스에선 2005년 북부 클리시 수 부아에서 아랍계 이민자 청소년 2명이 경찰의 검문을 피해 달아나다 감전사고로 숨지자 이민자 사회의 불만이 폭발해 두 달 동안 건물 300여채와 차량 1만여대가 불타는 대혼란이 일었다. 이어 2007년 파리 북부에서 오토바이를 타고 가던 청소년 2명이 순찰차와 충돌해 숨진 사건을 계기로 이민자 소요가 재발했고, 2012년에도 폭동이 있었다. 영국의 경우 2011년 런던 북부 토트넘에서 시작된 폭동이 전국적으로 번지면서 집단적 약탈이 행해지기도 하였다. 미국은 최근에만도 2번의 폭동이 있었다. 2014년 8월 피거슨 사태, 2015년 4월 볼티모어 사태가 그것이다. 두 번 모두 주방위군이 출동해야 할 정도였고, 한인 상점 등을 비롯한 많은 상점들이 약탈되고 방화되었다. 그러나 우리나라에서는 아직도 집회나 시위참가자들이 인근의 상가를 약탈하거나 인근에 주차된 타인의 차량을 손괴하였다는 사례는 보고된 바 없다. 오직 집회를 강경하게 조기에 해산하려는 경찰과 충돌을 빚고 있을 뿐이다. 그렇다며 복면을 통해 익명성을 감소시킨다는 위에서 살핀 바와 같이 실효성이 의심되는 수단을 사용하는 것보다는 경찰이 과도한 물리력 투입을 줄이고 집회 주최측 혹은 참가자들과 대화를 통해 집회를 관리하는 방식으로 집회 관리방침을 변경하는 것을 우선적으로 고민해보 필요가 있어 보인다.

2) 비례성의 원칙

동 법안의 경우 복면을 착용하고 집회, 시위에 참가한 후 폭행 등 폭력행위를 한 자를 처벌하는 것이 아니라 집회에서 폭행 등 폭력행위가 발생하였을 때 해당 집회에 복면을 쓰고 참가한 사람

들을 처벌대상으로 삼고 있다. 이것은 폭행 등 폭력행위와 아무런 관련이 없는 단순 참가자를 단지 복면을 쓰고 있었다는 이유만으로 처벌하는 것이기에 과잉금지의 원칙에 위배된다고 보인다.

3) 명확성의 원칙(죄형법정주의)

동 법안은 ‘복면 등’을 착용하는 것을 금지하고 있다. ‘복면 등’에 과연 무엇이 포함되는지에 대해 벌써부터 의견이 분분하다. 모자는 되느냐, 선글라스는 되느냐 등의 의문이 줄줄이 제기되고 있다. 이는 동 법안이 명확성의 원칙(죄형법정주의)을 위배하고 있음을 보여주고 있는 것이다.

4) 소결

위에서 살핀 바와 같이 동 법안은 집회의 자유, 표현의 자유를 제한하면서 1)수단의 적합성, 2)비례성의 원칙, 3)명확성의 원칙 등에 위배되기에 위 기본권들을 침해하는 위헌적인 것이라는 것을 알 수 있다.

II. 집회주최자 혹은 참가자에 대한 손해배상청구

경찰은 본건 집회와 관련하여 불법행위자에 대한 손해배상청구 등에 적극 나서겠다고 입장을 발표하였다. 그러나 최근 대규모 집회를 이유로 한 손해배상청구가 잇따르고 있다. 이러한 소송들에서 쟁점이 되었던 것들 중에서 주목할 만한 것들은 1)이러한 소송들이 손해의 배상을 주된 목적으로 한 것이 아니라 주로 상대방의 표현행위를 제약하기 위한 목적으로 제기되었다면 이를 소권남용 등으로 보아 조기(早期) 각하하는 것이 가능할 것인지(이하 “쟁점1”), 2)대규모 집회 참가자 중 일부 통제 되지 않은 소수의 사람들이 폭력적 행위(손괴나 폭행 등)를 하였을 때 이를 이유로 집회주최자에 손해배상청구하는 것이 가능한지(이하 “쟁점2”) 등이다. 이번 경찰의 손해배상청구방침과 이 방침에 따라 향후 진행될 손해배상청구소송에 관해서도 위 쟁점들이 유사하게 문제될 것으로 보인다. 따라서 이 쟁점들을 중심으로 경찰의 손해배상청구방침에 대해서 살펴도록 하겠다.

1. 쟁점1에 대하여

Strategic Lawsuit Against Public Participation 또는 줄여서 SLAPP은 시민들의 공적 발언 및 참여를 봉쇄하기 위한 전략적 봉쇄소송을 말한다(이하 “전략적 봉쇄소송”). 전략적 봉쇄소송(SLAPP)은 그 소송에 수반되는 비용, 시간, 및 정신적 부담 등을 그 소송의 상대방이 되는 발언자(표현자)에게 부과하여 표현의 자유를 위축시키는 문제를 가지고 있다.¹⁰⁶⁾ 이 때문에 미국에서는 전략적

106)전략적 봉쇄소송은 정부에 대한 의견을 표현하려는 사람들에 대한 새로운 위협으로, 시민들을 정치

봉쇄소송을 연방헌법이 규정하고 있는 청원권 및 표현의 자유의 행사에 대한 위협으로 간주하고 그 피해를 최소화하기 위한 시도가 사법 및 입법적으로 이루어지고 있다.

그런데 이명박 정부 출범 이후 전략적 봉쇄소송들이 정부에 대해 비판적 표현행위를 하였던 사람들을 상대로 제기되는 경우가 늘어났고, 이로 인해 국민들의 표현의 자유는 심대하게 위축되고 있다. 주요한 전략적 봉쇄소송의 예는 아래와 같다.¹⁰⁷⁾

<사례1. 대한민국(국가정보원)- 박원순>

박원순 변호사가 2009년 6월 한 일간지와와의 인터뷰에서 “은행과 소기업 후원사업을 같이하기로 합의하고 기자회견까지 했는데 어느 날 무산됐다. 나중에 알고 보니 국정원에서 개입했다고 한다” “국정원이 시민단체와 관계를 맺는 기업의 임원들까지 전부 조사해 연락하는 통에 힘겨운 상태다” 며 국정원의 민간사찰 의혹을 제기하였는데, 이에 대해 국정원은 “독자들로 하여금 국정원이 국민을 사찰하고 의무 없는 행위를 강요했다는 인상을 갖게 해 명예를 훼손했다” 며 박원순 변호사를 상대로 2억원의 손해배상을 청구한 사건이다. 이 사건은 1심과 2심 모두에서 원고인 대한민국(국가정보원)이 패소하였으나, 현재 원고인 대한민국(국가정보원)이 다시 상고를 제기하여 대법원에 계류 중이다.

<사례2. 심재철 의원-PD수첩>

심재철 의원은 “PD수첩이 ‘광우병에 걸린 소라도 특정위험물질(SRM)을 제거한 부분은 안전하다’는 자신을 발언을 ‘광우병 소로 등심 스테이크를 만들어 먹어도 안전하다’로 왜곡했다”며 언론중재위원회에 정정보도를 청구하였다. 이에 PD수첩은 왜곡 보도 사실을 인정하고 정정보도를 했으나 그 과정에서 특정위험물질을 제외한 나머지 부분도 위험할 수 있다는 취지의 발언을 하자, 심재철 의원은 정정보도 과정에서 또다시 비방성 보도를 해 명예가 훼손됐다며 다시 정정보도하고 5억원을 배상하라는 소송을 제기하였다. 이 사건은 1심과 2심 모두에서 원고인 심재철의원이 패소하였으나, 원고인 심재철의원이 다시 상고를 제기하여 현재 대법원에 계류 중이다.

<사례3. 쇠고기수입업체-PD수첩>

쇠고기수입업체들은 PD수첩이 1) 시청자들에게 광우병에 대한 공포심을 유발시켜 미국산 쇠고기는 광우병에 걸린 쇠고기이므로 이를 먹어서는 안 된다는 인식을 갖게 할 목적으로 허위 내용의 이

적 장에서 끌어낸 다음 심각한 대인적 소송에 얽어매어 법정으로 집어넣는 전략적 수단으로 공적 토의와 시민참여에 미치는 위축효과는 심각할 정도로 크다. 피소자가 되는 당사자들뿐만 아니라, 그러한 과정을 목격하는 일반 시민들과 단체들에게도 영향을 미쳐 공공참여를 포기하거나 주저하도록 만든다. 반면에 소송을 제기하는 쪽은 상당히 유리한 위치를 점하게 됩니다. 전략적 봉쇄소송이 제기되면 먼저 ‘논쟁의 변형’(dispute transformation)이 일어나 시민의 정치적 의사표현을 명예훼손 혹은 업무방해 등의 기술적이고 법률적인 손해로 규정하게 된다. 다음으로 논쟁의 장소가 정치적 해결을 도모하는 공론의 장에서 전문적인 용어가 난무하는 사법적 공간으로 바뀌는 ‘공론장의 변형’(issue transformation)이 일어난다. 이런 과정을 통해 결국 사안의 강조점이 제소자가 주장하는 손해의 형식인 명예훼손이나 업무방해로 바뀌게 되는 것이다.

107) 박경신, 고려대학교 법학전문대학원, “민사소송에 있어서의 전략적 봉쇄소송 억제(Anti-SLAPP) 제도”, 제2쪽 이하

사건 방송을 제작·보도함으로써 원고들의 미국산 쇠고기 수입판매업을 방해하였고, 2) 왜곡 편집으로 마치 원고가 소비자들의 건강은 상관하지 않고 미국산 쇠고기를 판매한다는 인상을 주었는데, 이로 인해 자신들의 미국산 쇠고기 수입업 재개가 늦어져 그 늦어진 기간 동안 미국산 쇠고기를 수입, 판매하여 얻을 수 있었던 이익 상당을 얻지 못하는 손해를 입었을 뿐만 아니라 현재까지도 이 사건 방송의 영향을 받은 단체가 원고들의 영업을 방해하여 고통을 입고 있다는 이유로 손해배상청구를 제기하였다. 이 사건은 1심에서 원고들이 패소하였으나 원고들이 항소하여 2심 법원에 계류 중이다.

<사례4. 대한민국 등-비정규직없는세상만들기 등>

2011년 한진중공업의 정리해고에 관해 정리해고 철회를 요구하는 다양한 개인과 사회단체들이 부산, 서울에서 ‘희망버스’ 라는 이름으로 집회, 행진 등을 진행했다. 이에 희망버스기획단 및 참가자들이 불법시위를 벌였고, 이 과정에서 경찰들이 부상을 입었으며, 경찰장비들이 훼손되었다는 이유로 대한민국 및 시위현장에 출동한 경찰들이 원고가 되어 손해배상소송을 제기하였다. 특히 대한민국 등은 이 사건 소장에서 손해에 대한 배상을 받는 것과 함께 (불법)시위에 대한 제재를 그 목적으로 하고 있음을 명백히 밝히고 있다.

이 사건 판결에서 문제된 사안도 2008년 촛불집회에 대하여 인근상인들이 손해배상을 청구한 사건으로 전략적 봉쇄소송으로 볼 여지가 있다. 따라서 전략적 봉쇄소송을 규제하려는 미국에서의 논리가 적용될 수 있을지 따져볼 필요가 있다.

가. 미국의 전략적 봉쇄 소송에 대한 제한

전략적 봉쇄소송에 대한 미국 법원의 태도는 ‘모든 사법적 청구권은 보호되어야 하지만 다른 사람들의 권리행사를 방해할 목적의 무기로 사용되는 사법적 청구권은 보호될 가치가 없다’ 라는 것으로 요약할 수 있다.

1) 미국의 전략적 봉쇄소송억제법리의 구조¹⁰⁸⁾

미국의 전략적 봉쇄소송억제법리는 공적 발언이나 청원을 한 피고에게 소송이 미치는 시간적, 재정적, 정신적 부담을 줄이기 위하여 그 소송을 초기에 기각 또는 각하하는 방식으로 작동하여 전략적 봉쇄소송의 피고들의 표현권과 청원권을 “실질적”으로 보장하려는 것이다. 전략적 봉쇄소송억제법리가 이런 식으로 작동하는 또는 작동해야 하는 이유는 전략적 봉쇄소송억제법리가 소송이 상당히 진행된 후에야 작동하게 되면 피고(발언자 및 청원자)는 이미 그때까지의 소송이 부과하는 시간적, 재정적, 정신적 부담을 이미 충분히 겪게 될 것이다. 그렇게 되면 그 부담을 예상하는 발언자 및 청원자는 발언이나 청원을 포기하게 될 것이다.

108) 박경신, 전게서, 제1쪽 이하

그렇기 때문에 전략적 봉쇄소송억제법리는 소송 후기에 작동하는 방식으로는(예를 들어, 발언자나 청원자가 승소할 경우 소송비용을 원고가 내도록 하는 정도) 소기의 목적을 달성하지 못한다. 상당수 발언자나 청원자들은 원고들의 의도대로 승소하여 소

2) 소 결

전략적 봉쇄소송에 대한 미국 법원의 태도를 보다 극명하게 보여주는 것이 바로 Gordon v. Marrone 사건에서 니컬러스 콜러벨라 판사의 아래와 같은 선언이다.

“전략적 봉쇄소송은 과거 운동에 대한 복수에서부터 장래 운동에 대한 방해에까지 이르는 목적을 가진다. 공공적 중요성이 있는 이슈에 대하여 거리낌 없이 이야기해왔던 이들도 이러한 소송의 상대방이 되거나 이러한 소송을 목격하게 되면 장래에는 침묵을 선택하기 쉽다. (중략) 머리에 총을 겨누는 것을 제외하고는 헌법에 규정된 표현의 자유에 대하여 이보다 더 큰 위협이 되는 것은 상상할 수 없다.”

집회의 자유를 비롯한 표현의 자유를 실질적으로 보장하기 위하여 미국의 전략적 봉쇄소송에 대한 고민을 주의 깊게 살필 필요가 있어 보인다.

나. 전략적 봉쇄소송 개념의 우리나라 적용시도

우리나라에서도 전략적 봉쇄소송에 대한 규제 필요성이 지속적으로 논의되어 왔다. 노무현 전 대통령이 자신과 측근의 부동산 문제 의혹을 제기한 당시 한나라당 김문수 의원과 조선일보 등 4개 신문사를 상대로 30억 원의 손해배상 청구를 제기하자, 한나라당은 전략적 봉쇄소송에 대한 규제 법안을 만들겠다는 방침을 발표하기도 하였다.¹⁰⁹⁾ 그 후 2004년 국정감사에서는 한나라당 최구식 의원이 이에 관한 주장을 반복하였고¹¹⁰⁾, 2005년에는 한나라당 정종복 의원이 다시 그 필요성을 언급하였다.¹¹¹⁾

최근에 와서는 정부의 언론사를 상대로 한 소송뿐만이 아니라 공공참여를 통해 민주적 정치체제

109) 동아일보, 2003.9.14. “한나라 “언론상대 무차별 소송 제한”,

<

<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=100&oid=020&aid=0000205145>>

검색일시: 2012.2.13. 23:50

110) 오마이뉴스, 2004.10.13., “최구식 의원 “정쟁·구태 국감이라는 보도는 오보”,

<

<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=047&aid=0000051661>>

검색일시: 2012.2.13. 23:53

111) 프로메테우스정치, 2005.9.29., “언론 재갈물리기” vs “피해자 당연한 권리”,

<<http://prometheus.co.kr/articles/101/20050929/20050929184200.html>>

검색일시: 2012.2.13. 23:55

를 강화하려는 시민활동에 대한 제재 수단으로 소송을 제기하는 경우가 더욱 늘어나면서, 전략적 봉쇄소송에 대한 규제의 필요성이 점점 더 커지고 있다. 그러나 전략적 봉쇄소송에 대한 규제 입법에 관한 논의가 실정법 제정으로 실현되지는 않고 있다. 이런 상황에서는 민사소송법 제1조 제2항의 신의성실원칙에 근거한 소권남용의 이론이 대체 수단으로 활용될 수 있을 것이다.

다. 우리나라에서의 소권남용 이론

1) 소권남용의 민사소송법상 근거

민사소송법 제1조 제2항은 “당사자와 소송관계인은 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 한다” 라고 규정하고 있다. 일반적으로 소송 상태의 부당 형성 배제, 선행 행위와 모순되는 거동의 금지, 실권의 원칙, 소송상 권능의 남용 금지 등 네 가지의 형태가 거론되고 있다.

2) 소권남용의 요건

소권남용을 인정한 판례의 사안과 소권남용에 관한 이론, 신의칙의 원칙 등에 비추어 보면, 당해 소송상의 청구 자체를 목적으로 하는 것이 아니라 상대방을 괴롭히거나 자신에 대한 의견 표명 등 표현의 자유를 막고자 하는 소송 외적인 목적을 위하여 제기한 소송의 경우에는 소권을 남용한 것으로 보아야 할 것이다.

3) 소권남용의 효과

소권을 남용하는 것은 신의칙에 반하는 것으로서 부적법하고, 신의칙은 소송요건이므로, 소권을 남용하여 제기된 소는 기각하거나 각하하여야 한다.

4) 소권남용 이론의 적용실태

대법원도 일정한 경우 소권남용을 선언하고 있다(대법원 1983. 4. 26. 선고 80다580 ; 대법원 1988. 10. 11. 선고 87다카113 ; 대법원 1997. 12. 23. 선고 96재다226). 그러나 미국의 전략적 봉쇄소송에 대한 규제입법과 같이 소송을 조기에 차단하는 방식으로는 운용되고 있지 않아 각하신청을 하더라도 소송이 실질적으로 끝날 무렵에나 각하가 이루어지고 있는 실정이다.

라. 소 결

정부에 대한 비판행위에 대한 손해배상청구가 실질적으로 국민의 표현의 자유를 침해할 수 있는 사례가 빈발하고 있는 가운데, 표현의 자유를 실질적으로 보장하기 위하여 미국의 전략적 봉쇄소송에 대한 규제입법논리를 받아들일 필요가 있다고 보이며, 그 전에라도 이미 우리 대법원이 인

정하고 있는 소권남용이론을 적극적으로 활용하여 표현의 자유를 억제하는 것을 주된 목적으로 하는 손해배상청구에 대해서는 조기에 각하할 필요가 있다고 사료된다.

본건 집회에 관하여 정부가 제기할 손해배상청구소송의 경우 구체적으로 어떤 내용과 형태를 가지고 있을지 아직은 알 수 없다. 다만, 해당 소송이 손해를 전보할 목적보다는 과도한 청구금액 등으로 집회참가자를 위축시킬 의도와 목적을 가진 것으로 판단될 경우 위에서 살핀 논리와 취지에 따라 비판적으로 검토되어야 할 것이다. 그리고 정부는 만약 집회참가자의 위축을 목적으로 집회주최측 혹은 참가자에 대한 손해배상청구를 기획하고 있다면 민주주의 국가의 정부로서의 임무 중 가장 중요한 임무인 기본권 보호라는 임무를 방기하는 것이 될 것으로 재고하기 바란다.

2. 쟁점2에 대하여

외국의 경우 집회의 자유라는 헌법적 가치를 보호하기 위하여 일견 민사상 불법행위로 인한 손해배상의 요건이 갖추어졌다고 생각되는 경우에도 세밀하게 인과관계를 검토하여 손해와 직접적인 관련이 있는 행위자에게만 손해배상의 책임을 지우고 집회주최자의 손해배상책임을 부정하는 구체적인 사례를 많이 찾아볼 수 있다. 그 중 한 사례를 통해 이 부분에 대해 살펴보겠다.

가. 2001년의 Tony Lam v. Ky Ngo판결¹¹²⁾

1) 사실관계

1999년에 Westminster의 비디오가게에서 북베트남의 공산당기와 호치민의 포스터를 유리창에 내걸었다. 캘리포니아주 Orange카운티의 베트남인들 중 다수가 이에 격앙되어 그 비디오가게 앞에서 시위를 벌였다. 그들은 또한 Garden Grove시의 베트남계 시의원인 Lam을 포함한 그 지역의 베트남계 정치인들이 자신들의 입장을 지지해 주기를 바랐다. 그러나 Lam은 그에 대해 침묵을 지켰다. 그러자 일군의 시위대들은 베트남 공동체의 분노에 대해 현저한 관심 부족을 보인 시의원 Lam에게 눈길을 돌렸다. 시의원 Lam은 Vien Dong이라는 레스토랑을 소유하고 있었는데, 1999년 3월 12일부터 시위대들이 그 레스토랑에 지속적으로 나타나 Lam이 시의원직을 사임할 것을 요구하며 레스토랑에 대한 보이콧을 시작했다. 그 레스토랑의 땅주인인 Ngo는 시위자들의 입장에 동조적이었고 그들이 식당의 주차장에 운집하는 것을 허락했다.

일부 시위자들은 시위의 첫 일주일 동안 레스토랑에 대해 정치적 의사표현을 한 것이 아니라 폭력을 행사했다. 익명의 일부 시위자들은 Vien Dong레스토랑을 이용하려는 고객들에게 야유를 퍼부었고 주차된 차들의 타이어에 펑크를 냈으며 레스토랑 바깥에 포스터를 붙이고 여기에 오줌을 누었다. 시위대의 일부는 레스토랑 이용객들의 차량번호판을 비디오로 촬영하거나 기록했다. 시위

112) 임지봉, 서강대학교 법학전문대학원, “집회의 자유와 재산권 충돌에서 우리 헌법이 보호하고자 하는 가치”, 서강법학 제12권 제1호, 제116쪽 이하

대들은 Lam을 공산주의자나 반역자로 묘사하는 여러 사인들을 내걸었다. 그들은 Lam을 입에서 피를 흘리는 빨간 악마로 묘사한 그림을 가지고 있었다. 또한 그들은 실물 크기의 호치민 초상화 옆에 교수대에 매달린 실물 크기의 Lam의 초상화를 내걸었다. 남베트남의 국기 위에 피묻은 도끼, 관 그리고 “공산주의자들과 함께 사라져라”라는 슬로건들이 장식되어 있었다. 시위대들은 또한 레스토랑 길 건너편에 Lam과 호치민이 저속한 性的 자세를 취하고 있는 3차원 초상화도 내걸었다. 이 모든 것들이 명백히 보호받지 못할 행동들이었다.

Vien Dong 레스토랑에는 손님이 크게 줄었고 일주일도 안 돼 Lam은 Ngo와 1,500명의 익명의 시위대들을 상대로 소송을 제기했다. 1심에서 시위대의 보이콧에 대한 ‘금지 가처분결정’ (Temporary Restraining Order, 줄여서 TRO)이 내려지자, 이에 대하여 시위자들과 시위주최자들이 ‘캘리포니아주 제4구역 제3부 항소법원’ (Court of Appeal, Fourth District, Division 3, California)에 항소하였다.

2) 주요논점과 추론 및 판시사항

캘리포니아주 항소법원은 Lam의 청구를 ‘일부 인용, 일부 기각’ 하는 판결을 내렸다. 특히 땅주인 Ngo에 대한 청구는 기각되었다. 다음은 그 추론의 요지이다.

단지 시위주최자의 역할을 했다는 이유만으로 그 시위주최자에게 민사상의 불법행위책임을 지울 수는 없다. 시위자들은 미국 수정헌법 제1조상의 표현의 자유에 의해 보호받는다. 정치인의 ‘장래 예견되는 경제적 이익’ (prospective economic advantage)을 침해했다는 것은 손해배상책임을 지울 근거가 되지 못한다.

본 사건에도 앞서 연방대법원의 NAACP v. Claiborne Hardware Co.판결의 다음과 같은 법리가 적용될 수 있다. 첫째, 정치적인 이유로 인한 평화적인 피켓시위는 보호되기 때문에 장래 예견되는 경제적 이익을 침해한다 하여도 민사상의 손해배상책임을 지울 수 없다. 그러나 둘째, 폭력행위 등 다른 범죄행위는 정치적인 이유로 정치적인 시위의 도중에 발생했다 하더라도 민사상 손해배상책임을 근거가 될 수 있으며 이러한 행위는 헌법상 표현의 자유의 보호를 받지 못한다. 셋째, 정치적인 시위의 주최자가 구체적인 불법행위를 승인, 선동 또는 지휘하거나 폭력을 행사하도록 구체적으로 지시하지 않은 이상 단지 시위의 주최자라는 이유로 다른 시위자들의 행동에 대해 손해배상책임을 지지는 않는다.

이러한 법리들을 적용하면 시위와 관련해 발생한 폭력행위들이 Ngo의 행위와 구분될 수 있고 무관함에도 불구하고 이러한 폭력행위들에 근거해 시위의 주최자 중의 한 사람인 Ngo에게 손해배상책임을 지우기에는 증거가 불충분하다. 또한 비폭력적인 시위의 결과에 대해서는 민사상의 손해배상책임을 발생하지 않는다. 그러므로 Ngo에게 손해배상책임을 지울 수는 없다.

그러나 시위 중 폭력을 행사한 시위자들에게는 손해배상책임이 발생한다. 지금 그들은 익명으로 되어 있다. Lam이 폭력을 행사한 시위자들에게 손해배상책임을 묻기 위해서는 우선 피고를 실명으로 구체적으로 지정해야 한다. 본 법원은 이를 명한다.

3) 이 판결이 가지는 의미

이 판결은 미국 연방대법원 판결이 아니고 2001년에 선고된 캘리포니아주 주 이심법원인 주 항소법원의 판결이다. 이 판결에서 1982년 연방대법원의 NAACP v. Claiborne Hardware Co.판결의 법리가 미국 법원의 중요한 판례법상의 원칙으로 자리를 잡아 주법원 판결에도 적용되고 있음을 알 수 있다. 즉, 정치적인 시위는 헌법에 의한 보호를 받으므로 민사상의 손해배상책임을 지지 않으나, 정치적인 시위 도중에 발생한 폭력행위로 인한 손해는 손해배상책임을 발생시킨다. 그러나 그 폭력행위로 인한 손해배상책임은 그 폭력행위에 가담한 사람에게만 물을 수 있다. 시위의 주최자가 구체적인 불법행위를 승인, 선동 또는 지휘하거나 폭력을 행사하도록 구체적으로 지시하지 않은 이상 단지 시위의 주최자라는 이유로 다른 시위자들의 행동에 대해 손해배상책임을 지지 않는다는 원칙이 미국 판례법상의 대원칙이 된 것이다.

나. 소 결

대규모 집회에서 폭력행위로 인한 손해가 발생한 경우, 지금까지의 대부분의 판례에 의하면, 실제 폭력행위자의 행위와 집회주최자의 행위, 그리고 발생한 손해와의 각 관계를 세밀하게 따지지 않고, 관련공동성만 인정되면 집회주최자에게까지 바로 공동불법행위책임의 성립을 인정하였다. 그러나 이렇게 구체적인 행위와 손해 간의 인과관계를 세밀하게 따지지 않고 집회주최자에게까지 그 책임을 묻기 시작하면 집회주최자는 폭력행위가 발생할 염려가 조금이라도 있으면 손해배상책임에 대한 염려로 인하여 해당 집회를 개최할 수 없게 될 것이다. 이는 헌법이 보장하는 집회의 자유에 대한 심대한 침해가 될 것이다. 따라서 집회의 자유를 보호하기 위하여 집회 주최자의 행위가 손해의 발생에 실제 영향을 미쳤는지(폭력을 직접 행사하였거나, 명백히 폭력을 선동하였거나¹¹³⁾)를 세심하게 검토하여야 할 것이다.

3. 소요죄 적용에 대하여

집회 및 시위에 관한 법률은 집회주최자 혹은 참가자의 폭행, 협박, 손괴, 방화 등에 대해서는 아래와 같은 별도의 처벌규정을 가지고 있다. 그리고 개별행위자들에 대해서는 다시 방화, 손괴 등 각 행위에 대한 책임을 별도로 물리고 있다. 그럼에도 불구하고 최근 집회참가자 등에 대해서 형법 제115조(소요죄)를 적용해야 한다는 주장이 제기되고 있다.

113) 물론 위에서 살핀 NAACP v. Claiborne판결의 경우는 집회주최자가 연설을 통해 폭력적 행위를 선동하였다는 이유만으로 일부 참가자들이 행한 폭력행위에 대한 배상책임을 저서는 안 된다고 판단하였다.

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

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

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

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

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

②집회 또는 시위의 주최자는 집회 또는 시위의 질서 유지에 관하여 자신을 보좌하도록 18세 이상의 사람을 질서유지인으로 임명할 수 있다.

③집회 또는 시위의 주최자는 제1항에 따른 질서를 유지할 수 없으면 그 집회 또는 시위의 종결(終結)을 선언하여야 한다.

④집회 또는 시위의 주최자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 총포, 폭발물, 도검(刀劍), 철봉, 곤봉, 돌덩이 등 다른 사람의 생명을 위협하거나 신체에 해를 끼칠 수 있는 기구(器具)를 휴대하거나 사용하는 행위 또는 다른 사람에게 이를 휴대하게 하거나 사용하게 하는 행위

2. 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 질서를 문란하게 하는 행위

3. 신고한 목적, 일시, 장소, 방법 등의 범위를 뚜렷이 벗어나는 행위

⑤옥내집회의 주최자는 확성기를 설치하는 등 주변에서의 옥외 참가를 유발하는 행위를 하여서는 아니 된다.

위와 같은 주장은 2가지 지점에서 잘못되었다고 보인다. 첫째는 집회나 시위 역시 다중이 집합하는 것을 본질적 특성으로 하기에 그 외형적 유사성에 주목하다 보니 집회나 시위가 본질적으로 기본권 행사라는 점을 망각하고 있다는 것이다. 기본권을 행사하기 위하여 모인 국민들이 가열된 분위기에 의하여 폭행 등의 행위로 나아가는 것과 그러한 전제 없이 다중이 집합하여 폭행 등의 행위를 하는 것을 동일하게 판단할 수는 없는 것이다. 이와 같은 차이가 존재하기에 형법에 소요죄 등이 규정되어 있음에도 불구하고 집회 및 시위에 관한 법률은 위와 같은 별도의 규정을 두고 있는 것이다. 둘째는 우리나라의 집회나 시위에서 발생하고 있는 물리적 충돌이 일반 시민을 대상으로 한 것이 아니라 집회를 가로막는 경찰들과의 사이에서 발생하고 있다는 사실을 무시한 것

이다. 영국, 프랑스, 독일, 미국 등 소위 선진국들에서조차 대규모 집회 과정에서 발생하는 폭력행위 등은 경찰과의 사이에서만 아니라 일반 시민들을 대상으로 해서도 일어나고 있다. 프랑스의 경우 2005년 2개월 간 진행된 전국규모의 집회와 시위에서 1만 여 대의 차량이 불탔다고 보고되고 있다. 그런데 우리나라에서는 지금까지 이러한 사례가 보고되지 않고 있다. 어디까지나 집회를 조기에 해산시키려고 막대한 물리력을 투입하는 경찰과의 사이에서만 폭행 등 물리적 충돌이 벌어지고 있다. 따라서 이러한 행위의 발생원인, 방향, 대상, 의미 등을 고려할 때 일반적인 소요행위와 동일하게 볼 수는 없다. 결국 소요죄를 적용해야 한다는 주장은 위와 같이 집회나 시위가 우리 헌법과 기본권에서 차지하는 위치에 대한 인식을 잘못하고 있고, 우리나라 집회 과정에서 발생하는 물리적 충돌의 실상을 제대로 파악하지 못하고 있는 데서 기인한 것으로 보인다.

4. 결론

집회나 시위는 기본권 중에서도 아주 중요한 의미를 가지고 있는 것이다. 이를 소중하게 지키고 키워나가는 것이 민주국가의 주요한 임무라 할 것이다. 그런데 최근 정부의 움직임은 집회나 시위가 가지는 의미에 대해 제대로 이해하지 못하고 하나의 범죄에 불과한 것으로 보고 있는 것 같은 느낌을 받는다. 미국의 경우 60년대 시위가 자꾸 폭동으로 변질되었으나 이를 억누르려고만 하지 않고, 대화를 통해 집회나 시위를 보장하면서도 폭동으로 변질되지 않도록 하는 노력을 기울였다. 이것이 당연한 모습이다. 정부가 지금이라도 민주국가에서의 정부의 역할에 대한 제대로 된 인식하에 태도를 바꾸었으면 한다.