

---

# 2008년 촛불집회 토론회

헌법적 관점에서 본 현행 집시법,  
일반교통방해죄의 문제점과 개선방향

---

일시 | 2014년 12월 10일(수) 오후 2시

장소 | 서초동 변호사교육문화관 지하1층 세미나2실

주최 | 광우병위험감시 및 식품안전을위한국민행동 ·  
민주사회를위한변호사모임 · 인권단체연석회의  
공권력감시대응팀 · 참여연대 · 한국진보연대

## 순서

사회	이상희 변호사, 민주사회를 위한 변호사모임	
사전행사	2008년 촛불 재판을 받고 있는 시민들 발언	
발제1	쇠고기 촛불 재판 현황과 문제점 송상교 변호사, 민주사회를 위한 변호사 모임	04
발제2	24시 이후 야간시위 금지에 대한 평가 김종서 교수, 배재대 법학부/헌법학	22
발제3	집회시위 자유와 일반교통방해죄 적용의 문제 이호중 교수, 서강대 법학전문대학원	51
발제4	집회의 자유 보장을 위한 집시법 개정방향 랑희 인권활동가, 인권단체연석회의 공권력감시대응팀	78
종합토론		
폐회		
참고자료1	2010 한국 표현의 자유 보고대회 중 집회결사의 자유	104
참고자료2	2014. 12. 2 촛불재판 유죄 판결 관련 규탄 기자회견문	106

## 쇠고기 촛불 재판 현황과 문제점

송상교 변호사 / 민주사회를위한 변호사 모임, 법무법인 덕수

### 1. 쇠고기 촛불 재판의 추정 및 변론재개 경위

#### 가. 2008년 쇠고기 고시 반대 촛불집회와 대규모 기소

#### 나. 집시법 제10조에 대한 헌법재판소 결정

집시법 제10조 야간옥외시위에 대한 위헌제청 사건에서, 헌법재판소는 2014. 4. 24. “구 집시법 제10조 및 제20조 제3호 중 ‘제10조 본문’에 관한 부분은 각 ‘일몰시간 후부터 같은 날 24시까지의 옥외집회 또는 시위’에 적용하는 한 헌법에 위반된다.”는 결정을 선고하였음.(헌법재판소 2014. 4. 24. 2011헌가29 결정)

#### 다. 대법원의 24시 이전 야간옥외시위에 대한 무죄판결 선고

“위 헌법재판소 결정은 비록 구 집시법 제20조 중 제3호에 규정된 참가자에 대한 것이기는 하지만 구 집시법 제10조 본문의 야간 옥외집회 또는 시위 중 위 시간대의 부분에 대하여 위헌결정을 한 것이므로, 야간 옥외집회 또는 시위 금지 위반으로 기소된 주최자에 대하여도 위 위헌결정의 효력이 미친다. 그렇다면, 위 각 구 집시법 조항의 ‘옥외집회 또는 시위’에 관한 부분 중 ‘일몰시간 후부터 같

은 날 24시까지' 부분은 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 따라 소급하여 그 효력을 상실하므로, 위 부분 법조를 적용하여 기소한 이 부분 공소사실은 범죄로 되지 아니한 때에 해당한다고 할 것이다”( 대법원 2014. 7. 10. 선고 2008도 4260 판결)

## 라. 쫓불재판 재개 후 현황

### (1) 검찰, 24시 이전의 야간옥외시위 혐의에 대하여 공소취소(2014. 7.경)

<검찰, 야간 집회·시위사범 396명 공소취소> (2014. 7. 23. 연합뉴스)

<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2014/07/23/0200000000AKR20140723089600004.HTML?input=1179m>

[요약] 서울중앙지검 공공형사수사부(김동주 부장검사)는 야간에 집회나 시위를 벌인 혐의로 기소한 피고인 396명의 공소를 취소했다고 23일 밝혔다. 공소가 취소된 피고인들 가운데 야간집회 사범은 105명, 야간시위자는 291명이다. 검찰은 이 가운데 38명의 공소를 전부 취소했고 나머지는 야간 집회·시위를 제외한 일반 교통방해 등의 혐의에 대해 공소를 유지하기로 했다. 서울중앙지검이 공소를 유지하는 사건은 684건에 달한다.

### (2) 법원, 쫓불사건 일제히 변론재개(2014. 8. 중순)

● <멈춰져 있던 야간집회시위 관련 재판, 일제히 재개 2014. 8. 17. 중앙일보  
[http://article.joins.com/news/article/article.asp?total\\_id=15557594&cloc=olink|article|default](http://article.joins.com/news/article/article.asp?total_id=15557594&cloc=olink|article|default)

[요약] 서울중앙지법은 최근 야간 집회·시위 관련 재판 317건의 재판을 재개했다고 17일 밝혔다. 서울중앙지법에는 334건(1심 319건, 2심 15건)의 재판이 계류돼 있지만 대법원과 현재 판결을 기다리며 일시 중단된 상태였다. 최근 재개된 재판 317건 중 25건은 첫 공판을 끝냈고 이 중 한 건은 20일 선고가 나올 예정이다.

### (3) 민변이 진행중인 쫓불 변론 현황 (2014. 12. 2. 기준 민변이 진행중인 사건 현황)

(가) 2008년 이래 계속하여 쫓불 무료변론 진행중.

2014년 재개 후에도 종전에 진행하였던 쫓불변론 계속 변론하고 있음. 현재 아래와 같이 약식기소(정식재판) 사건 250건, 정식기소 사건 56건 등 총 306건, 피고인 수로는 945명의 변론을 맡고 있음

(나) 약식기소 및 정식재판 사건

- 총 250건 (피고인수 : 공동피고인 포함 총 862명)
- 확정 : 67건
- 알수없음 : 4건
- 추정 사건 2014. 12. 2. 현황

1심 진행중	2심 진행중	3심 진행중	추정	종결	총
28건	84건	2건	3건	62건 (1심-56, 2심-6)	179건

(다) 정식기소 사건

- 총 56건 (피고인수 : 공동피고인 포함 총 83명)
- 확정 : 20건
- 알수없음 : 1건
- 2014. 12. 1. 현황

1심 진행중	2심 진행중	3심 진행중	추정	종결	총
7건	18건	2건	5건	3건 (1심-1, 2심-2)	35건

(라) 변론재개후 쫓불 재판 진행 현황

- 2014. 7. 이후 변론재개되어 현재 대부분의 쫓불 재판은 1심 종결 및 항소심 진행 단계임. (민변 사건 기준 1심 진행 57건)

**2. 쫓불재판의 현황 - 기소 사건의 주된 유형과 문제점**

**가. 집회현장에 있었다는 이유로 무차별 기소 및 처벌**

**(1) 인권침해감시활동을 하던 인권활동가 연행 및 기소사례**

○ 정00, 김00 사례

항목	내역				
유형	인권침해감시활동 중 연행 및 기소				
집회날짜	2008. 8. 23.	당사자	인권운동가(정00, 김00)		
기소내역	집시법위반(아간옥외시위)				
상황 및 문제점	인권단체연석회의 소속 인권운동가들은 2008년 쫓불집회와 문화제 때마다 경찰의 인권침해를 감시하는 활동을 하였음. 2008. 8. 23. 김00, 정00은 명동성당 앞에서 인권침해감시단 녹색조끼를 입고 인권침해감시카드를 시민에게 나누어주며 인권침해감시활동을 하던 중 감시단 1인이 미란다원칙도 고지되지도 않은 채 연행되는 것을 확인하고 정00이 항의하자 당시 현장 책임자는 '그럼 같이 가시든지요.'라며 정00을 연행함. 김00는 호송차 부근에서 연행되어 호송을 기다리던 사람들을 살피던 중 갑자기 경찰이 주변을 둘러싸 감금을 하여 집회에 참여한 사실이 없고 인권침해감시활동을 하고 있다고 항의하였으나 연행되어 각 집시법 위반으로 기소됨				
1심	서울중앙 2009고정1979	재판부	형사23단독	변호인	민병덕
판결	1심(2014. 9. 4. 선고) : 1심 무죄.				
2심		재판부		변호인	
현재상황	검찰항소. 항소심재판부 배당 전				

**(2) 집회참여자 아님데 현장에서 연행된 사례**

○ 사건을 진행하는 민변 변호사들에게 사례 취합한 결과 집회참가자가 아님에도 현장에서 연행되어 기소된 사례가 수십 건에 이르고, 그중 상당수는 법원에서 유죄 선고를 받았음.

○ 지인들과 술을 마시고 나오는 길에 집회 현장 인근에서 연행 후 기소된 사례

항목	내역				
유형	집회 참여자 아님데 연행/				
집회날짜	2008. 5. 31.	당사자	강00		
기소내역	집시법위반(아간옥외시위), 일반교통방해				
상황 및 문제점	피고인은 안양이 집으로, 2008. 5. 31. 21:30에 쫓불집회에 참가하였으나, 24시 이전에 시위를 마치고 귀가하던 중 막차를 놓쳐 일행과 함께 부근 술집에서 첫 자를 기다리면서 술을 마셨고, 술집에서 신용카드로 결제 후 첫 전철을 타기 위해 인도를 따라 가던 중 검거된 사안. 피고인이 이를 다투었으나 경찰은 새벽 4:30분까지 피고인이 시위에 참여하였다는 이유로 아간옥외시위, 일반교통방해죄로 기소하였음.				
1심	서울중앙 2009고정310	재판부	형사26단독	변호인	이혁
판결	1심(2014. 9. 4. 선고) : 아간옥외시위(24시 이후 시위 참가) 무죄, 일반교통방해 유죄(24시 이전 시위 참가에 대하여 일반교통방해로 처벌), 70만원				
2심	서울중앙 2014노3793	재판부	제1형사부	변호인	이혜정
현재상황					

○ 집회 촬영중 연행된 사례

- 2008. 6. 7. 새벽 새문안교회 앞 골목에서 길 옆으로 난 턱에서 캠코더로 집회 현장을 촬영하던 중 체포되어 일반교통방해죄로 기소. 1심에서 유죄, 항소심에서 무죄(서울중앙지법 2014. 8. 28. 선고 2009노166 판결, 변호사 이소영)

○ 인도로 이동중 색소 묻었다는 이유로 연행 및 기소된 사례

- 2008. 8. 15. 시위에서 경찰이 20:40분부터 시위를 해산하면서 색소 물대포를 발사. 피고인은 식사 후 일행과 합류하기 위하여 지하철역으로 이동 중 옷에 색소가 묻어있다는 이유로 체포되어 22:00~22:30 사이에 도로를 점거했다면서 일반교통방해죄로 기소. 1심에서 증거불충분으로 일반교통방해 무죄(서울중앙지법 2014. 10. 24. 선고 2009고정 1895판결). 그러나 이날 연행된 다른 사람들은 모두 일반교통방해 유죄 선고.

○ 관련 사례

사건번호 <sup>1)</sup>	피고인	변호인	결과/항소	비고
08고단7572 (14노4632)	임00	서선영	벌금50만. 항소심 진행중	
09고정1493	유00	서선영	무죄. 확정	
09고정1909	김00	조동환	벌금 50만	
09고정1692	송00	조동환	벌금 50만	
09고정1107	마00	조동환	벌금 120만	
09고정1471	유00	조동환	1심 진행중	
09고정1667	이00	조동환	벌금 100만	
14노4374	김00등	김수정	벌금 80만 항소심진행중	
14노3526	오00	김수정	벌금 50만 항소심진행중	
09고정1851	박00	이형범	선고유예(14/11/26선고)	
09고정1016	석00 외3	이상희	1명 150만, 3명 70만 <sup>2)</sup>	6/30 01:20~ 03:00
09고정2053	오00	민병덕	선고유예(1심) 검찰항소(14노3747)	
09고정3327		정병욱	항소심(14노3587)진행	
09고정6210	임00	정병욱	벌금 100만 확정 (14/08/27 선고)	7/27 01:00~ 03:20

1) 특별한 표시가 없으면 서울중앙지방법원임. 2008고단은 08로 줄여 표시함

2) 공소사실 내용 동일한데, 수사기관과 법원에서 권리를 주장했다는 이유로 형이 높게 선고된 것으로 보임.

(3) 귀가중 연행된 사례(우연히 집회장소 인근을 지나다가 연행)

사건번호	피고인	변호인	결과/항소	비고
14노4374	김00등	김수정	벌금 80만, 항소심진행중	
14노3830	고00 조00	이해정	14/12/11 선고 벌금50만(1심 09고정1359)	밤늦게 집회현장에 갔으나 집회끝나서 주변 돌아다니다가 00:20 귀가길에 연행
09고정959	김00 이00 정00 손00	이상희	1심피고인 정00 벌금 150만 나머지 피고인 벌금 각 70만 (14/09/19 선고)	일반교통방해6/25 21:50경

(4) 예비군(예비군복을 입고 집회 현장에서 감시활동하는 사람에 대한 기소)

○ 2008년 촛불집회 당시 예비역들이 예비군복을 입고 집회 현장에서 감시활동 및 시위대와 경찰 사이에서 완충 역할을 하였으나, 이런 점은 전혀 고려되지 않고 기소되어 유죄판결이 내려짐.

항목	내역(2건 함께 ①,②로 기재, '/'로 구분)
유형	촛불예비군
사건번호	①2009고정6269, 2010노3223(항소심) / ②2008고단7216(벌금)
당사자	차00
적용법령	①집시법 제5조 제1항 제2호, 일반교통방해 / ②일반교통방해
집회날짜	①2008. 8. 30. / ②2008. 6.25, 7.26
기소	①벌금 200만원(?) / ②구공판
기소요지	①경찰 폭행 등 폭력집회에 참가/ ②일반교통방해
변호인	류신환
쟁점	①경찰 폭행이 아니라 오히려 경찰관을 보호해 줌 / ②차도가 아닌 곳에서 집회, 시위했고, 평화집회 목적으로 참가하였으므로 일반교통방해의 고의가 없음.

1심판결 (벌금액)	①무죄 / ②선고유예(80만원)
현재상황	①확정 / ②검사 항소 2심 계류

○ 그 외 사례

사건번호	피고인	변호인	결과/항소	비고
08고정6727	이00 외2	이한분	1심(14/09/23) 피고인 각 벌금 100만	6/11 시위 참가 당시 이미 경찰에 의하여 차량통제된 상황
09고정1895	김00 외5	유충권	1심(14/10/24) 피고인 정00 무죄, 나머지 피고인 각 벌금 50만	피고인 정00이 8/15 당일 시위에 가담하였다는 증거 없음 단지 옷에 피란 색소 묻어있다는 이유만으로 현행범체포된 사안
14노4374	정00	김수정	벌금 80만 항소심 진행중	
14노3517	이00	이영기	1심 집시법 유죄(벌금 30만원), 일반교통방해 무죄	

(5) 유모차(유모차를 끌고 나왔던 이른바 유모차부대 엄마들에 대한 연행 및 처벌)

사건번호	피고인	변호인	결과/항소	비고
14노4725	정00 외2	김수정	벌금 80만 항소중	유모차로 경찰 물대포차 막아선 주부
11노286	정00 외1	김수정	선고유예 확정	

(6) 기타(의료진, 취재중 연행, 청소년/학생, 노숙인)

○ 의료봉사단 간호원 연행 및 기소(집회참가자 아님/인도에서 연행)

항목	내역			
유형	집회참여자 아님/의료봉사단에 대한 연행/인도에 서있었는데 일반교통방해			
집회날짜	2008. 8. 3.	당사자	간호원	
기소내역	집시법위반(야간옥외시위), 일반교통방해 8. 3. 04:20부터 04:45까지 시위 참여/교통방해			
상황 및 문제점	간호원으로서 귀가중 의료봉사단과 만나 이야기를 나눈후 귀가하려고 인도에 서있던 중 연행됨. 당시 의약품상자 소지중이었음			
1심	서울중앙 2009고정2987-1(분리)	재판부	변호인	김진형
판결	1심(2014. 11.1 14. 선고) : 무죄			

○ 그 외 사례

사건번호	피고인	변호인	결과/항소	비고
09고정1692	송00	조동환	50만	
09고정1667	이00	조동환	100만	

나. 24시 이후 야간옥외시위에 대한 기계적 처벌 반복

(1) 24시 이후 시위에 대한 기계적 기소 및 처벌(00:05 체포된 사람도 기소  
유지)

○ 현재의 한정위헌, 대법원 무죄선고 이후 24시 이전부터 24시 이후까지 연속  
된 시위를 인위적으로 24시를 기준으로 나누고 24시 이전의 야간옥외시위 부분  
을 일괄적으로 공소취소(또는 철회)함. 반면 24시 이후 시위는 그 양태와 시위 시  
간을 불문하고 기소를 유지하고 있으며, 특히 처벌 필요성이 인정되기 어려운 정  
도의 매우 짧은 시간 동안 집회를 했던 경우에도 기소를 유지하여 처벌하고 있음.

○ 00:00~00:20 20분 동안 시위하였다고 처벌된 사안

항목	내역				
유형	촛불예비군/ 24시 이후 집회 시간 20분 불과				
집회날짜	2008. 6. 26.	당사자	이00		
기소내역	집시법 위반, 일반교통방해				
상황 및 문제점	예비군복 입고 촛불집회 참가하였으며, 00:20 연행되어 24시 이후 연행될 때까지 시간이 20분 내외에 불과함. 실제 연행된 시간 불분명함				
1심	서울중앙 2009고정493	재판부		변호인	이영기
판결	1심(2014. 8. 27. 선고): 벌금 70만원				
2심	14노3517	재판부		변호인	이영기
현재상황	2심(2014. 11. 20. 선고): 집시법 벌금 30만원(00:00부터 00:20까지 시위에 참가한 부분 유죄 선고), 일반교통방해 무죄				

○ 그 외 사례

사건번호	피고인	변호인	결과/항소	주요 상황
09고정2675 (12노3785) <sup>3)</sup>	박00	서순성 (이중희)	1심 전부유죄. 벌금 100만 항소심 진행중	6/28 00:10 연행 6/25 23:50부터 경찰이 해산시작하여 피고인은 시위대에서 벗어나던중 경찰 방패에 맞아 넘어져 주저앉아 있던중 체포
14노4074	정00	이혜정	1심:전부유죄 2심:아간시위 무죄(증거불충분),교통방 해 유죄(선고유예)	5/28 집회참여후 00:25 귀가길에 연행.
09노1883	한00	황희석	14/10/23선고 아간시위-무죄 일반교통방해-벌금20만( 선고유예)	6/26 00:05에 체포된 사안
08고단6770	이00 위1	권정호		6/1 밤11시에 참여하여 6/2 00:50 연행

3) 항소심이 진행중인 경우 항소심 사건번호 및 항소심 변호인은 ( ) 안에 기재함

## (2) 새벽에 체포되었다는 이유로 증거도 없이 그 이전 시간 시위에 계속 참여했다고 간주하여 기소 및 처벌

○ 형소법에 따르면 범죄의 시일, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 기소하여야 하므로, 계속된 시위 중 24시 이후만 기소하려면 피고인이 24시 이후부터 정확히 ‘언제부터’, ‘어디에서, 어떠한 행위를 하였는지’를 특정해야 하고, 증거를 제출하여야 함에도 불구하고 새벽에 체포되었다는 이유로 무조건 24시부터 시위현장에 있었다고 주장함

○ 이는 형사재판의 중요한 증거법칙인데도 법원은 이를 엄격하게 적용하지 않고 유죄를 선고하고 있음.

○ 시위현장에 계속 있었던 것이 아님에도 새벽에 체포되었다는 이유로 그 이전에 계속 집회를 참가하였다고 간주하여 기소한 사례

항목	내역				
유형	새벽에 체포되었다는 이유로 그 이전에 계속 집회를 참가하였다고 간주				
집회날짜	2008. 6. 1. 새벽	당사자	박00, 한00, 김00, 노00, 이00,이00, 위00		
기소내역	집시법 위반, 일반교통방해 - 2008. 5. 31. 저녁 일자불상경부터 05:30경까지 일반교통방해, 일몰후 시위 참가(이후 공소장 변경 24:00이후 시위 참가) -약식기소(이00, 이00 250만, 다른 피고인들 200만) 이00, 이00 150만, 다른 피고인들 100만원)				
상황 및 문제점	-피고인들은 12시 전후로 식사를 하러 갔다가 동이 터울 무렵 집으로 가다가, 사람들에게 물대포 쏘는 것에 항의하다가 또는 항의하던 사람들이 연행되는 것을 막다가 함께 연행 -12시 이후 시위 참가사실 없음 주장 -식사 이후 집으로 가다가 발생한 우발적 집회에 대해서는 아간시위 적용할 수 없음(일출 전 약 11분에 불과한 점, 이미 육안으로는 해가 떠 있었기 때문에 고의도 없음. 일출의 의미가 반드시 과학적 의미의 해가 뜨는 시간인지 의문등) -이미 교통 통제된 상태에서 일반교통방해 성립할 수 없음				
1심	중앙 09고정1493	재판부	형26단독	변호인	서선영
판결	1심: 모두 유죄 인정(이00, 이00 벌금 150만, 다른 피고인들 100만)				
2심	중앙 14노3962	재판부	9형사부	변호인	서선영
현재상황	피고인들만 항소 항소심 진행중				

○ 그 외 사례

사건번호	피고인	변호인	결과/항소	비고
09고정1979	이00p외 4	민병덕	1심 :벌금 100만원~150만원 피고인 항소	8/23 집회

**(3) 경찰 작성 '정보상황보고'의 문제점**

- 거의 모든 촛불사건에서 '정보상황보고'라는 문서가 증거로 제출됨.
- 위 문서는 그날 촛불집회의 상황을 각 시간대별로 기재하여 보고하는 형식의 공문서임
- '정보상황보고'에 개별 피고인의 행동은 전혀 드러나지 않으나, 검찰과 법원은 이른바 '공모공동정범' 개념으로 정보상황보고에 근거해서 피고인이 그날 정보상황보고에 기재된 행위를 한 것으로 간주
- 정보상황보고는 더 이상 유죄의 증거로 제출 및 채택되어서는 안됨 : 작성자의 직위와 성명 기재, 작성일자, 수신자 명의로 없고, 공문서로서의 최소한의 형식적 요건조차 없는 괴문서임. 기재된 내용이 작성자가 직접 목격한 것인지 아니면 여러 경찰들의 진술을 취합하여 작성한 것인지도 알 수 없음. 더 이상 출처불명 괴문서가 가장 강력한 처벌의 근거로 사용되어서는 안됨. 법원의 통제가 절실함.

**다. 일반교통방해죄의 남용**

**(1) 인도에 있던 사람도 기소/처벌**

사건번호	피고인	변호인	결과/항소	주요 상황
09고정959	김00 이00	이상희	14/09/19선고 벌금 70만	6/25 21:50경 인도에 있다가 연행되어 일반교통방해로 기소. 1심에서 24시 이후 시위이고 인도에서 연행되었다고다투었으나 무시됨
09고정3517		정병욱	14/09/30선고 벌금 100만(교통)	8/5 20:00~22:30까지 일반교통방해로 기소. 1심에서 인도에 있었고 인도통행을 막는 경찰에 항의하다가 연행되었다고 주장하였으나 인정되지 않음
09고정1170	박00	류신환	공판재개(검사신청)	약식기소 200만원 6/25 집회가 중간에 중단된 상태에서 인도에서 연행됨(무죄 주장)
09고정2248	정00 김00	서채란	14/11/28. 선고 벌금50만	8/5 집회
09고정1909	김00 오00	조동환	벌금50만	
09고정1107	마00	조동환	벌금120만	

**(2) 도로에 잠깐만 서 있어도 일반교통방해죄로 기소/처벌**

사건번호	피고인	변호인	결과/항소	비고
14노4149	이00 이00	이혜정	항소심 진행중	귀가길에 집회현장을 보고 경찰의 과잉진압을 말아달라고 이야기하던 중 연행, 집회 중 호루라기 불었다는 이유로 연행
09고정2248	이00	서채란	14/11/28 선고 벌금 50만원	8/5 집회
09고정2053	오00	민병덕	선고유예(1심) 검찰항소(중앙 2014노3747)	



**(3) 이미 시위 이전에 경찰에 의하여 교통이 차단된 사안에도 기소/처벌**

○ ‘명박산성’과 같이 2008년 촛불집회 당시 행진 시작 이전에 이미 주요 도로 (광화문 내지 청와대 방면)를 경찰이 차량 또는 경찰력으로 차단하여 차량의 교통과 사람의 출입을 막고 있었음.

○ 시민들의 도로행진으로 교통이 차단된 것이 아니라 그 전에 경찰의 도로 차단 행위로 교통이 차단된 것에 불과함. 그러나 법원에서 이런 사정이 무시됨

사건번호	피고인	변호인	결과/항소	비고
08고정1301-1 (14노4188)	문00 외4	권정호	14/09/26선고 벌금 70만,100만	8/15 집회. 피고인들이 시위현장에 도착할 당시 이미 경찰 차벽등에 의해 교통 차단된 상태
09고정1103	김00	이상희	1심 100만	
09고정2675 (12노3785) <sup>4)</sup>	박00	서순성 (이중희)	1심 벌금100만 항소심 진행중	
09고정1979	이00 외15	민병덕		
09고정2053	오00	민병덕		
09고정1848	이00	조동환	벌금 80만	
09고정1147	마00	조동환	벌금 120만	
09고정1667	이00	조동환	벌금 100만	

**(4) 24시 이전 시위에 대하여 야간옥외시위는 공소취소하면서 그 과정에서 발생한 도로점거에 대해서는 계속 기계적으로 일반교통방해죄로 처벌**

○ 신고된 집회로 인하여 교통의 장애가 발생한 경우, 일반교통방해죄로 기소하

4) 항소심이 진행중인 경우 항소심 사건번호 및 항소심 변호인은 ( ) 안에 기재함

여도 법원은 “신고된 범위를 현저히 일탈한 경우가 아닌 이상” 일반교통방해죄로 처벌할 수 없다고 함.(대법원 사건번호) 집회의 자유가 헌법상 기본권이기 때문에 적법한 집회 또는 시위로 인하여 부수적으로 발생하는 교통장애는 처벌할 수 없다는 것임.

○ 그런데 24시 이전의 야간옥외시위는 처벌할 수 없다고 하여 공소취소하면서 그 시간대 행위에 대하여 여전히 일반교통방해죄로 기소를 유지하고 변호인이 그 부당상을 다투고 있지만 법원은 24시 이전의 시위에 대해서도 일반교통방해죄로 처벌하고 있음. 결국 24시 이전 시위에 대하여 계속 처벌이 이루어지고 있는 실정임.

**라. 단순집회참가자에 대한 기계적인 또는 과도한 처벌사례**

**(1) 24시 이후 체포될 때까지의 시간을 기준으로 형을 선고**

○ 24시 이후 시위는 무조건 유죄로 선고하는 전제 하에 시위 참여 시간에 비례하여 형량을 정하는 경향 보임. 예컨대, 24시 이후 시위시간이 1시간 이내부터 05:00이후인 경우까지 선고유예부터 벌금 150만원 이상까지 비례하는 경향. 법원의 양형 기준이 있는지 확인이 필요함.

**(2) 평화적 집회에 단순참가한 시민에 대한 과도한 형량**

○ 집시법 야간옥외시위 단순참가자의 형량은 50만원 이하 벌금에 불과함(집시법 제23조 3호). 그런데 최고기촛불집회에 단순참가자에 불과한 일반 시민들에 대한 형량이 100만원은 물론 150만원을 넘어가는 경우가 빈번함.

○ 검찰이 평화적 집회에 단순참가한 시민 대부분에게 형법 조항으로서 형량이 징역 10년 이하 또는 1,500만원 이하 벌금인 ‘일반교통방해죄’를 적용하기 때문. ‘도로에서 교통에 방해되는 방법으로 눕거나 앉거나 서있는 행위’는 원래 20만원 이하 벌금으로 처벌하는 경범죄에 불과함(도로교통법 제157조 제4호, 제68조제3

항 제2호). 일반교통방해는 본래 ‘도심 파괴행위’와 같은 중범죄를 처벌하기 위한 규정인데 집회단순참가자에게 일률적으로 적용한 결과 형량이 과도하게 선고되고 있음.

○ 과도한 형량 사례

사건번호	피고인	변호인	결과/항소	비고
08고단7495	유00	권용제 (신윤경)	14/10/10 벌금 250만	피고인은 음반프로듀서. 5/31 21:00~21:13경 불과 13분 동안에 차벽으로 설치된 경찰버스에 올라가 확산기로 발안하였다는 이유로 250만원 선고
14노3689	장00	이상훈 김진 (이해정)	1심 150만원 항소심 12/19 선고 예정	피고인이 참여연대 간사라는 이유만으로 2번 집회참가에 대해 징역형 구형, 1심 150만원 선고. 한번은 단순 참가, 한번은 집회참가도 아닌 상황에서 연행됨. 인권침해감시활동 주장하였음.
09고정33 10고정1331	유00 외2	최현오	14/11/11선고벌금 150만	6/25 집회
09고정1979	이00 윤0	민병덕	벌금 150만	

**(3) 검찰은 집회참가자에게 250만원 벌금도 적다면서 징역형 선고를 요구하며 항소하고 있음.**

○ 검찰은 촛불사건에서 대부분 벌금액이 적다는 이유로 항소를 하고 장문의 항소이유서를 제출하고 있음.

○ 심지어 1심에서 250만원을 선고받은 사건에 대해서도 항소하면서 항소이유서에서, “2013년에 서울중앙지방법원에서 선고한 일반교통방해 재판의 선고형을 살펴보면, 집행유예 이상이 선고된 사람은 1.7%에 불과했습니다. 그나마 집행유예 선고된 2명은 동종 전력 6회 이상이거나, 4회 이상임에도 출석 불응하여 기소중지 후 제기된 매우 중대한 사안이었고, 선고유예의 비율도 19.8%로 다른 종류 사건에 비해 현저히 높았습니다”라고 하면서 “요컨대, 불법집회·시위자의 절대다수에게 반복적으로 벌금형을 부과하는 기계적인 국가형벌권 집행으로는 대형 집

회 땀바다 매번 벌어지는 불법행위를 예방할 수도 없고, 선량한 대다수 국민들의 권익이 보장되기도 어렵습니다”라고 주장함.

○ 즉 검찰은 단순집회참가자들에게 징역형을 선고해야 한다고 주장하고 있는 것임.

**3. 쇠고기 촛불재판의 문제점**

(1) 2008년 당시에는 법원의 위헌제청도 이루어지고 전체 사건 중 상당 수에서 무죄판결이 있었으나, 변론재개 후 사건에서는 거의 대부분 사건에서 검사가 일괄 공소취소(또는 철회)한 24시 이전에 대한 집시법 제10조 야간옥외시위죄 외에 24시 이후의 야간옥외시위 및 일반교통방해에 대하여 유죄판결이 선고되고 있음.

(2) 집회 현장에서 연행되었다는 이유만으로 집회 참가 여부에 대한 구체적 증명도 없이 집회 참가자로 간주하여 기소가 이루어지고, 법원이 쉽게 유죄판결하는 사례 반복됨.

(3) 검찰은 인권침해 감시활동을 하는 인권운동가, 단순 구경자, 사진촬영을 하고 있던 시민, 귀가중에 우연히 집회 현장에 있다가 연행되니 사람, 예비군복을 입고 집회 현장에서 감시활동을 했던 사람, 유모차를 이끌고 평화적으로 집회에 참여했던 엄마들, 청소년과 학생, 노숙인, 의료봉사활동을 하는 의료진, 취재를 하던 기자 등에 대해서도 집회참가자로 간주하여 기소하였음.

(4) 야간옥외시위에 대한 현재 위헌 결정 및 대법원 판결을 기계적으로 해석하여 24시 이후의 야간옥외시위는 여전히 ‘전면금지’되는 것으로 이해하여 24시 이전부터 24시 이후까지 진행되었던 집회, 시위에 대하여 24시부터 시위에 참가한 것으로 기소 유지. 법원 역시 같은 시각. 24시 이후 시위 시간이 짧은 경우에도 기소 및 처벌 남용.

(5) 일반교통방해로 인한 처벌 남용. 인도에 서 있던 시민, 도로에 잠깐만 서 있다가 연행된 시민 등 평화적인 집회 과정에서 부수적으로 발생하는 교통 장애를 일률적으로 일반교통방해죄로 처벌.

(6) 이미 시위 이전에 경찰이 차벽 또는 경찰에 의하여 도로 및 인도가 차단되는 경우가 많음에도 불구하고, 이미 교통이 차단된 상태에서 집회에 참가한 시민에 대해서도 일괄적으로 일반교통방해 적용.

(7) 형량 역시 지나치게 높음. 평화적인 집회에 단순참가한 시민에게도 100만원 이상 벌금이 선고되고 그보다 많은 벌금이 선고되는 사례가 많음. 검찰은 오히려 형량이 너무 적다고 항소하는 사례 빈번함.

(8) 집회를 자유롭게 할 수 있는 자유가 심각한 위기에 처해 있음. 국민의 건강과 주권을 외치며 집회에 참가하였다는 이유만으로 수백 명이나 되는 평범한 시민들이 6년 넘도록 재판을 받아야 했고, 100만원 내외의 벌금까지 내고 있음. 검사의 무차별적 기소와 무리한 일반교통방해죄 기소가 계속되고 법원은 이를 제대로 통제하지 못하고 있음. 집회의 자유 보장을 위해 법원이 진지하게 사건을 검토하여 엄격한 해석을 하여야 함.

(9) 결국 집시법이 집회의 자유를 보장하지 못하고 있기 때문에 생겨난 문제임. 집시법이 전면 개정되어야 하고, 특히 이미 헌법재판소가 두 번이나 위헌임을 밝힌 집시법 제10조의 야간시위 금지 조항은 폐지되어야 마땅함.

## 24시 이후 야간시위 금지에 대한 평가

김종서 교수 / 배제대 법학부, 헌법학

### I. 문제의 소재

헌법재판소는 2009년 9월 24일 야간옥외집회를 금지하고 예외적으로 관할경찰서장이 허용하는 경우에는 집회를 할 수 있도록 한 ‘집회 및 시위에 관한 법률’(이하 집시법이라 함) 제10조에 대하여 종전의 합헌결정<sup>1)</sup>을 변경하여 헌법불합치결정을 선고하였다.<sup>2)</sup> 이 결정에서 헌법재판소는 2010년 6월 30일까지 집시법 제10조를 개정하도록 입법촉구를 하는 한편 그 때까지 개선입법이 이루어지지 않는 경우 위 법률 조항은 2010년 7월 1일부터 그 효력을 상실하도록 하였다.<sup>3)</sup>

그러나 헌법재판소의 결정이 선고된 지 5년이 지난 지금까지도 개선입법은 이루어지지 않고 있다. 이에 따라 2010년 7월 1일 이후 야간옥외집회의 금지 여부에 대한 논란이 있어 왔지만, 경찰이 야간옥외집회에 대해서는 더 이상 이 조항을 적용하지 않는 것으로 대응함으로써 문제가 일단락되는 듯 했다.

1) 헌법재판소 1994.4.28. 91헌바4 결정.

2) 헌법재판소 2009.9.24. 2008헌가25 결정.

3) 이 결정에서 한 가지 특이한 점은 다른 헌법불합치결정과는 달리 헌법재판소가 정한 시한까지 개선입법이 이루어지지 않는 경우 효력을 상실한다는 내용이 결정 이유에만 언급되고 주문에는 표기되지 않았다는 점이다.

하지만 위의 결정에서 헌법재판소가 헌법불합치결정을 선고한 것은 집시법 제10조의 규정 중 ‘옥외집회’ 부분에 한정되었던 까닭에 야간시위에 대해서는 여전히 해결되지 않은 문제가 있었고, 이는 2008년 미국산 쇠고기 수입에 반대하는 시위에 참여했던 시민들에 대하여 2009년부터 집시법 제10조 위반 혐의로 기소가 이루어지고 이에 대한 재판과정에서 위헌법률심판제청이 이루어지면서,<sup>4)</sup> 다시 한 번 헌법재판소의 판단을 받게 되었다.

이에 대하여 헌법재판소는 2014년 3월 27일 집시법 제10조 본문 중 ‘시위’에 관한 부분 및 제23조 제3호 중 ‘제10조 본문’ 가운데 ‘시위’에 관한 부분은 각 ‘해가 진 후부터 같은 날 24시까지의 시위’에 적용되는 한 헌법에 위반된다는 한정위헌결정을 선고하였고,<sup>5)</sup> 또 다른 위헌법률심판사건에서도 같은 취지의 결정을 하였다.<sup>6)</sup>

이들 결정에 따라 ‘해가 진 후 같은 날 24시까지의 시위’에 대한 제10조의 적용은 헌법에 위반된다는 점이 확실해졌으나, ‘24시 이후 해 뜨기 전까지의 시위’에 대하여 제10조를 적용할 수 있는지는 여전히 명확하지 않았다. 그런데 검찰은 야간시위에 관한 헌법재판소의 결정이 선고된 이후 집시법 제10조 위반을 적용했던 사건들에서 공소사실 중 ‘일몰시간 후 옥외 집회 및 시위’ 부분을 ‘24시 이후의 야간 시위’로 고치는 내용의 공소장변경을 신청하였고 법원이 이를 허가함으로써 24시 이후의 야간시위의 전면금지가 헌법 위반인지 여부가 본격적인 쟁점으로 등장하였다. 그리고 이에 대하여 마침내 대법원이 헌법재판소의 한정위헌결정은 소급효가 인정되는 일부위헌결정이라고 판단함으로써<sup>7)</sup> 이후 각급 법원은 24시 이후의 야간시위에 대하여 집시법 제10조 위반으로 유죄를 선고하는 일이 계속되고 있다. 특히 대법원 판결 선고 이후 각급 법원은 2008년 촛불집회에 참여했던 시민들에 대하여 24시 이후의 시위에 참여했다는 사실만을 적시한 채 곧바로 유죄를 인정하는 판단을 기계적으로 내리고 있는 상황이 반복되고 있다.<sup>8)</sup> 이러한 상황은 야간시위의

4) 서울중앙지법 2009.12.7. 2009초기3733 결정.

5) 헌법재판소 2014.3.27. 2010헌가2, 2012헌가13(병합) 결정.

6) 헌법재판소 2014.4.24. 2011헌가29 결정.

7) 대법원 2014.7.10. 선고 2011도1602 판결. 같은 취지의 판결로는 2014.7.24. 선고 2009도8586 판결; 2014.8.20. 선고 2008도10957 판결.

8) 24시 이후의 시위에 대하여 집시법 제10조를 적용하여 유죄판결을 선고한 예로는 서울중앙지법 2014.10.24. 2009고정2080 판결; 2014.10.10. 2008고정6804, 2009고정91(병합) 판결; 2014.9.23. 2008고정6727 판결; 2014.8.28. 2008고정6824 판결 등.

자유에 대한 극도의 위축효과를 가져올 것으로 우려되고 있다.

필자는 이러한 상황을, 헌법재판소의 한정위헌결정이 검사의 공소 제기에 대한 지침으로 작용하여 검사가 공소장 변경을 신청하면 법원이 이를 수용, 확정하는 구도로 이해한다. 이러한 인식 하에서 아래에서는 먼저 야간시위에 대한 헌법재판소 결정의 의의와 한계, 그리고 이 결정에 대한 대법원 판결의 의미와 문제점을 밝히고(II), 이러한 결정 이후 각급 법원에서 집시법 제10조가 어떻게 적용되고 있고 그 과정에서 나타나는 문제점은 무엇인지를 살펴본 후(III), 마지막으로 이러한 상황이 결국 2009년 헌법불합치결정 이후 국회가 제대로 된 개선입법을 이행하지 않음으로써 발생한 것이라는 관점에서 집시법 제10조의 위헌성을 밝히고 그 개선방향을 제시해 볼 것이다(IV).

## II. 집시법 제10조에 대한 헌법재판소와 법원의 입장과 그 문제점

### 1. 헌법재판소 한정위헌결정의 의미와 문제점

(1) 위의 한정위헌결정에서 헌법재판소는 기본적으로 입법자가 집시법상의 시위 개념을 집시법상의 집회, 옥외집회 개념으로부터 의도적으로 분리한 것으로 이해한다. 이러한 이해를 바탕으로 헌법재판소는 시위가 집시법상의 집회나 옥외집회보다 공공의 안녕질서, 법적 평화 및 타인의 평온에 미치는 영향이 크다는 점을 지적한 후<sup>9)</sup> 이러한 점이 야간이라는 특수한 시간적 상황과 결합될 경우에 초래하게 될 여러 가지 위협성을 고려하여 야간시위를 전면금지한 것으로서 정당한 목적 달성을 위한 적합한 수단이 된다고 본다(목적의 정당성과 수단의 적합성 인정). 그러나 헌법재판소는, 집시법 제10조가 시위가 금지되는 시간대를 광범위하게 정하여 절대적으로 금지한 것은 목적 달성에 필요한 기본권의 제한을 최소화할 수 있는 방법을 강구하지 않은 것으로서 침해최소성의 원칙에 반하고, 공공의 안녕질서 보호라는 공익에 비해 집회의 자유를 과도하게 제한하는 것으로 법익 균형성 원칙도 위반하고 있다고 판단하였다.

9) 그런데 이 부분에서 헌법재판소는 헌법불합치결정으로 변경된 종전결정(91헌바14)을 인용하고 있다.

그런데 문제는 바로 이러한 위헌판단 직후의 판시부터 시작된다. 헌법재판소는 앞서 본 바와 같은 야간시위 전면금지가 과잉금지의 원칙에 위반됨을 인정한 후 이상하게도 위헌결정의 선고로 나아가지 않고 ‘위헌 부분 특정의 필요성’을 언급한 것이다. 통상적인 헌법재판소의 결정에서 과잉금지의 원칙에 위반된다고 선언을 했으면 헌법에 위반된다는 위헌결정으로 이어지는 것이 일반적이지만 이 결정에서는 다른 방향의 태도를 취한 것이다. 그러면서 헌법재판소는 한정위헌결정을 해야 할 필요성을 다음과 같이 언급하고 있다.

헌법불합치결정을 하면서 전부의 적용을 중지할 경우, 야간의 옥외집회와 시위 전부가 주최 시간대와 관계없이 주간의 옥외집회나 시위와 마찬가지로 규율됨에 따라, 공공의 질서 내지 법적 평화에 대한 침해의 위험이 높아 일반적인 옥외집회나 시위에 비하여 높은 수준의 규제가 불가피한 경우에도 대응하기 어려운 문제가 발생할 수 있다.

따라서 이 사건 법률조항에 존재하는 합헌적인 부분과 위헌적인 부분 가운데, 현행 집시법의 체계 내에서 시간을 기준으로 한 규율의 측면에서 볼 때, 규제가 불가피하다고 보기 어려움에도 시위를 절대적으로 금지한 부분의 경우에는 위헌성이 명백하다고 할 수 있으므로 이에 한하여 위헌결정을 하기로 한다.

이러한 판시를 근거로 헌법재판소는 “규제가 불가피하다고 보기 어려움에도 시위를 절대적으로 금지”하여 “위헌성이 명백”한 부분으로 ‘24시 이전까지의 야간시위’를 특정하여 한정위헌결정을 선고한 것이다. 그리고는 24시 이후의 시위를 금지할 것인지 여부는 국민의 주거 및 사생활의 평온, 우리나라 시위의 현황과 실정, 국민 일반의 가치관 내지 법감정 등을 고려하여 입법자가 결정할 여지를 남겨두는 것이 바람직하다고 밝히고 있다.

이와 같은 헌법재판소의 한정위헌결정에 대해서는 보는 시각에 따라 긍정적으로 평가할 수도 있고 부정적으로 평가할 수도 있을 것이다. 먼저 한정위헌결정의 긍정적 측면을 살펴보자. 이 점은 집시법 제10조의 옥외집회 부분에 대하여 위헌성을 인정하면서도 개선입법이 이루어지는 시점까지는 잠정적용을 결정했던 헌법불합치결정과는 달리 5년이 지난 현재의 시점에서는 야간시위의 전면 금지가 허용될 수 없는 것임을 분명히 밝히고 있는 데에서 잘 드러나고 있다.

이와 같은 헌법재판소의 결정(야간옥외집회 금지에 대한 헌법불합치결정—필자)이 있던 때와 달리 현재는, 헌법에 합치되지 아니하는 법률의 잠정적용을 명하여야 할 예

외적 필요성, 즉 법적 안정성의 관점에서 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백이나 혼란이 예상되어 예외적으로 일정 기간 위헌적인 상태를 감수하는 것이 헌법적 질서에 보다 가까운 경우라 보기는 어렵다.

이 판시는 야간시위의 전면 금지가 침해의 최소성 원칙이나 법익의 균형성 원칙에 위반됨을 인정된 후에 언급된 것이라는 점에서 그러한 위헌성이 인정되는 상태를 감수할 수는 없다고 한 것이다. 말하자면 집시법 제10조가 갖는 위헌성은 일정 시점까지 감수해야 하는 것이 아니라 즉각적으로 제거되어야 하고, 일몰 후 24시까지의 시위를 금지하는 것은 이와 같은 위헌성이 명백히 인정되는 부분이라고 명시적으로 밝히고 있는 것이다. 이 점에서 2014년의 한정위헌결정은 적어도 24시까지의 야간시위의 자유는 야간에 개척되었다는 이유로 금지될 수는 없다는 점을 확인함으로써 2009년의 헌법불합치결정에 비하여 집회의 자유 보호라는 측면에서 한걸음 나아간 것이라고 평가할 수 있을 것이다.

그러나 한정위헌결정이 갖는 긍정성은 바로 여기에서 멈춘다. 왜냐 하면 야간시위의 금지에 대하여 헌법재판소가 제시한 논리를 그대로 따라간다면, 집시법 제10조가 전면금지하고 있는 야간시위 부분에 대해서는 전면 위헌결정이 선고되었어야 하지만 그렇게 하지 않았기 때문이다.

(2) 앞서 본 바와 같이 헌법재판소는 야간시위의 전면 금지는 침해 최소성의 원칙에 반하고 동시에 법익 균형성원칙에도 반한다고 인정하였다. 그런데 이와 같이 특정한 법률규정이 침해최소성의 원칙에 반하고 법익균형성 원칙에 반한다는 점이 인정될 경우, 특히 그러한 법률규정이 범죄의 구성요건을 이루고 있을 경우에는 한정위헌결정이 아니라 단순위헌결정이 선고되어야 한다. 게다가 헌법재판소 스스로 집시법의 규정에 대하여 이와 같은 이유로 단순위헌결정을 한 선행도 있다. 즉 특정 장소 주변의 집회를 전면적으로 금지한 집시법 제11조 제1호 중 ‘국내 주재 외교기관’ 부분에 대해서 헌법재판소는 한정위헌결정이거나 헌법불합치결정이 아니라 위헌결정을 선고했던 것이다. 헌법재판소는 외교기관에 대한 집회가 아니라 우연히 금지장소 내에 위치한 다른 향의대상에 대한 집회의 경우, 소규모 집회의 경우, 그리고 예정된 집회가 외교기관의 업무가 없는 휴일에 행해지는 경우처럼 특정 장소에서의 집회 금지를 통하여 보호하려고 하는 법익에 대한 위험이 구체적으로 존재하지 않는 경우에도 옥외집회나 시위를 예외 없이 금지하는 것은 최소침해의 원칙이나 법익균형성 원칙 등 비례의 원칙을 위반하여 집회의 자유를 과도하게 제한하는 것이라는 점을 그 이유로 제시하였다.<sup>10)</sup> 즉 헌법재판소는

예외적 허용 가능성이 존재함에도 불구하고 전면적 금지의 방식을 취한 집시법 제11조 제1호의 '국내주재 외국의 외교기관' 부분은 비례의 원칙을 위반하여 집회의 자유를 과도하게 제한하는 규정으로서 헌법에 위반된다는 단순위헌결정을 선고했던 것이다.

이러한 논리는 야간시위에 대한 전면적 금지의 방식을 취하고 있는 집시법 제10조에 대해서도 그대로 적용될 수 있다. 유일한 차이가 있다면 외교기관 관련 규정에 대한 위헌결정은 예외적 허용 가능성을 입법하지 않은 채 전면금지의 방식을 취한 것을 비례의 원칙 위반으로 보아 위헌이라고 결정한 것인 반면, 한정위헌결정은 예외적 허용 가능성을 헌법재판소 스스로가 결정함으로써 야간시위 중 일정한 시간대의 시위 금지에 대해서만 위헌이라고 하는 방식을 채택했다는 점이다. 다시 말해서 집시법 제11조 제1호에 대한 위헌결정은 헌법재판소가 스스로 입법권자가 아님을 인식하고 비례의 원칙을 위반하여 기본권을 과도하게 제한한 법률에 대하여 헌법재판소에게 주어진 권한—위헌법률의 통제—의 범위 내에서 결정을 내린 것인 반면, 한정위헌결정은 입법자에게 맡겨진 영역—허용되는 야간시위의 범위—에 속하는 사항에 대하여 스스로가 입법자를 대체하여 결정을 해버린 것이다. 그리고 이러한 입법대체결정은 그 자체가 권력분립의 원칙을 침해하는 결과를 초래한다. 이 점은 전면위헌결정을 해야 한다는 다음과 같은 3인의 소수의견에서도 분명히 지적되고 있다.

“이 사건 법률조항의 경우와 같이 자유권의 제한이 과도하여 위헌인 경우, 헌법재판소가 직접 그 위헌인 부분과 합헌인 부분을 구분하는 것은 쉽지 아니하고, 제한의 범위 및 정도와 관련한 위헌성의 해소에 다양한 방법의 접근이 가능함에도 헌법재판소가 그 경계를 특정하는 것은 사실상 입법권을 직접 행사하는 것과 마찬가지로, 이는 입법권에 대한 침해로서 권력분립의 원칙과 충돌할 여지가 많다.

(중략) 헌법재판소가 스스로 일정한 시간대만을 기준으로 하여 이 사건 법률조항의 위헌적인 부분과 합헌적인 부분의 경계를 명확하게 정하는 것은 입법자의 일차적인 입법 권한과 책임에 대한 제약으로 작용하여 권력분립의 원칙을 침해할 가능성을 배제할 수 없으며, 위헌법률심판의 본질에 반할 우려가 있어서 선뜻 찬성하기 어렵다.”<sup>11)</sup>

10) 2003. 10. 30. 2000헌바67·83(병합) 결정.

11) 헌법재판소 2014.3.27. 2010헌가2, 2012헌가13(병합) 결정 중 재판관 김창중, 강일원, 서기석의 전부위헌의견.

이와 같은 권력분립 원칙 위반은 한정위헌결정을 선고하면서 단순히 “24시 이후의 시위를 금지할 것인지의 여부는 국민의 주거 및 사생활의 평온, 우리나라 시위의 현황과 실정, 국민 일반의 가치관 내지 법감정 등을 고려하여 입법자가 결정할 여지를 남겨두는 것이 바람직하다”는 관시를 덧붙인다고 해서 치유될 수 있는 문제가 아니다. 헌법질서의 수호를 위하여 위헌법률에 대한 규범통제를, 그리고 그것만을 업무로 하는 헌법재판소가 규범통제의 범위를 넘어서서 스스로 규범정립에 나선 입법권 침해의 결과는 그런 몇 마디만으로 회복될 수 있는 것이 아니기 때문이다.

이런 식으로 헌법재판소가 입법권을 대행할 수 있다면 위헌법률심사제도는 입법권의 남용을 견제하는 수단이 아니라 국회의 상위에 있는 또 다른 입법기관을 창설하는 제도로 변질되고 만다. 게다가 헌법재판소는 24시라는 특정한 시간을 기준으로 그 전의 시위 금지에 대한 판단은 헌법재판소의 권한이고 그 후의 시위 금지 여부에 대한 판단은 국회의 권한에 속하는 것인 양 논리를 전개하면서도 24시를 기준으로 그 전과 후의 시위를 구분해야 할 논리적 근거는 전혀 제시하지 못하고 있다. 이런 식이라면 헌법재판소는 24시가 아니라 20시나 22시를 기준으로 해서 그 전의 시위는 금지할 수 없고 그 후의 시위는 금지할 수 있다고 판단을 할 수도 있다는 이야기이다. 즉 헌법재판소가 해가 진 후의 야간시위 중 몇 시를 기준으로 하여 그 전과 후의 시위를 허용 또는 금지할 것인지를 판정할 권한을 갖게 되는 셈인데, 이러한 기준의 설정은 입법자의 권한에 속하는 전형적인 영역이라 할 수 있다.

그러므로 위헌법률에 대한 통제의 권한만을 가지는 헌법재판소로서는 집시법 제10조의 야간시위 전면금지가 보호되는 집회마저 금지하는 효과를 낳는 과도한 제한으로서 위헌성을 갖고 있다고 인정했다면, 그것으로 비례의 원칙을 위반하는 위헌법률임을 확인하면 되는 것이다. 여기서 한 걸음을 더 내딛게 되면 그건 바로 입법권의 침해가 되는 것이다. 권력분립이 요구하는 견제는 권력남용—위헌법률의 제정—을 억제하기 위한 것이지, 권력을 남용한 기관의 권한을 견제기관이 대신 행사하라는 것이 아니다. 흔히 위헌법률심사제도는 실질적 법치국가 원리의 한 구성요소로 언급되지만, 법치국가 원리의 관철이 또 다른 헌법원리인 권력분립 원리를 희생시키면서 이루어질 수는 없는 것임을 잊어서는 안 된다. 더구나 헌법재판소는 선출되지 않은 권력인 반면 입법자인 국회는 국민주권원리가 핵심

내용으로 삼고 있는 국민대표기관이라는 점을 잊은 채 헌법재판소가 입법의 영역에 발을 들여놓게 되면 이는 곧 민주주의 원리의 부정으로 이어지는 지름길이 되고 말 것이다.

한편 또 다른 관점에서 헌법재판소의 한정위헌결정은 비판받아 마땅하다. 헌법재판소의 논리처럼 백보를 양보하여 야간시위의 전면 허용이 가져올 위험성을 고려하지 않을 수 없다는 논리를 수용한다고 하더라도, 헌법재판소가 할 수 있는 최대한의 야간옥외집회에 대한 결정과 같이 야간시위금지에 대해서도 헌법불합치와 입법촉구결정으로 대응하는 것이었다. 그리고 현재가 밝혔듯이 과거와는 달리 지금은 “예외적으로 일정 기간 위헌적인 상태를 감수”해야 할 상황도 아니므로 헌법재판소는 종전의 헌법불합치결정과 달리 입법자의 개선입법이 있을 때까지 그 적용을 중지하는 것이 올바른 태도였을 것이다.

그럼에도 헌법재판소가 굳이 한정위헌결정이라는 방식을 취한 것은 헌법재판소의 권한에 대한 잘못된 인식과 스스로를 최고국가기관으로 여기는 오만의 결과일 것이다.

## 2. 한정위헌결정에 대한 대법원의 곡해

헌법재판소의 한정위헌결정은 일정한 긍정적 측면에도 불구하고 위와 같은 심각한 문제를 안고 있다. 그런데 대법원은 다음과 같은 판시를 통하여 이마저도 매우 심각하게 곡해하는 잘못을 저질렀다.

위 헌법재판소 결정은 그 주문의 표현 형식에도 불구하고 집시법의 위 각 조항의 ‘시위’에 관한 부분 중 ‘해가 진 후부터 같은 날 24시까지’ 부분이 헌법에 위반된다는 일부 위헌의 취지라고 보아야 하므로, 헌법재판소법 제47조에서 정한 위헌결정으로서의 효력을 갖는다.<sup>12)</sup>

위의 대법원 판결에 따르면 헌법재판소 결정은 일부위헌결정이라는 것이다. 즉 해가 진 후부터 해가 뜨기 전까지의 야간 시위 중 24시까지의 시위를 금지하는 것은 헌법 위반이지만, 24시 이후의 시위를 금지하는 것은 헌법 위반이 아니라는 것이다. 대법원이 왜 헌법재판소의 한정위헌결정을 일부위헌결정으로 보는지는

12) 대법원 2014.7.10. 선고 2011도1602 판결.

바로 이어지는 판시에서 드러난다.

그렇다면 집시법의 위 각 조항의 ‘시위’에 관한 부분 중 ‘해가 진 후부터 같은 날 24시까지’ 부분은 헌법 제47조 제2항 단서에 따라 소급하여 그 효력을 상실하므로, 위 부분 법조를 적용하여 기소한 이 부분 공소사실은 범죄로 되지 아니한 때에 해당한다고 할 것이다.

즉 대법원은 한정위헌결정을 일부위헌결정으로 봄으로써 위헌결정의 소급효를 인정하겠다는 뜻을 분명히 밝히고 있다. 그 의도는 한정위헌결정 일반에 대한 종래 대법원의 태도를 변경하지 않으면서도 대법원 스스로의 판단에 의하여 이 사건에서는 한정위헌결정과 동일한 취지의 판결을 선고하는 한편<sup>13)</sup> 한정위헌결정을 이유로 한 재심청구를 허용할 수 있는 묘안을 제시하기 위한 것이었던 셈이다. 즉 종래 대법원은 헌법재판소의 한정위헌결정에 대하여 법률의 해석에 관한 헌법재판소의 견해 제시에 불과한 것으로 보고 법원은 그러한 결정에 구속되지 않고 독자적인 법률해석권을 갖는다고 보았고, 이에 따라 한정위헌결정이 선고된 법률조항이 적용되어 유죄판결이 확정된 경우에도 재심청구를 허용하지 않았던 것이다.<sup>14)</sup> 그런데 이러한 대법원의 태도에 대해서는 많은 비판이 제기되어 오던 차에, 한정위헌결정을 일부위헌결정으로 봄으로써 한정위헌결정에 대한 종래의 입장을 변경하지 않고도 재심청구를 허용할 수 있는 길을 연 것이다. 그럼으로써 대법원은 자신에 대하여 제기되었던 비판의 칼날을 무디게 만들 수 있다고 기대한 것으로 보인다.

물론 대법원이 한정위헌결정은 위헌결정이 아니고 따라서 재심청구사유도 아니라는 입장을 유지하고 있으므로, 집시법 제10조에 대한 한정위헌결정을 일부위헌으로 인정한다는 것은 위헌 부분에 의하여 유죄판결이 확정된 사람에게는 재심청구 사유로 작용할 수 있다는 긍정적인 측면을 갖는 것은 분명하다. 그러나 그러한 긍정적 측면보다 훨씬 더 큰 부정적 요소를 대법원판결은 안고 있다. 즉 ‘24시 이후의 시위에 대해서는 전면적인 금지로 이해하고 또 그렇게 적용해야 한다’는 논리를 고착화시켰기 때문이다. 그 결과 대법원판결 선고 후 하급심법원의 판단을 보면 24시 이후에 시위가 있었는지 여부만 판단할 뿐 그러한 시위에 대한 집

13) 이 사건에서 대법원은 24시 이전의 야간시위에 대해서 집시법 제10조를 적용한 부분은 범죄로 되지 아니한 때에 해당한다고 하여 파기환송하였다.

14) 대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결. 이 판결은 헌법재판소가 한정위헌으로 결정한 법률을 적용한 재판으로서 헌법재판소에 의하여 취소되었지만(헌법재판소 1997.12.24, 96헌마172, 173(병합) 결정), 대법원은 여전히 이 판결의 견해를 유지하고 있다(대법원 2001.4.27. 선고 95제다14 판결, 2013.3.28. 선고 2012제두299 판결).

시법 제10조, 제23조 제3호의 적용이 적법 타당한 것인지에 대한 일체의 판단을 하지 않는 결과가 초래되었다. 말하자면 법원의 이러한 태도는 검찰이 집시법 제 10조 위반을 적용한 사건에서 24시 이전 부분을 제외하고 24시 이후의 시위만을 대상으로 하는 공소장변경을 신청하고 법원이 이를 허가한 후, 검찰의 공소사실을 그대로 인정한 것이라 할 수 있다.

그러나 한정위헌결정에 대한 대법원의 이와 같은 곡해는 매우 심각한 문제를 안고 있다. 헌법재판소가 24시까지의 야간시위 금지는 위헌이라는 한정위헌결정을 선고한 과정은 대법원의 곡해가 갖는 문제점이 얼마나 심각한 것인지를 보여준다. 즉 헌법재판소는 한정위헌결정에 이르기 전에, “헌법에 합치되지 아니하는 법률의 잠정적용을 명하여야 할 예외적 필요성”, 즉 “일정 기간 위헌적인 상태를 감수”할 필요성이 있는 경우가 아니라고 하면서 야간시위의 전면 금지는 허용될 수 없는 것임을 밝혔던 것이다. 그리고 한정위헌결정을 선고하는 이유를 밝힌 부분에서도 “규제가 불가피하다고 보기 어려움에도 시위를 절대적으로 금지한 부분의 경우에는 위헌성이 명백하다”는 표현을 통하여 종래의 헌법불합치결정이 더 이상 유지될 수 없는 것이라는 판단의 연장선상에서 한정위헌결정을 선고하게 되었음을 밝히고 있다.

더욱 중요한 것은 헌법재판소는 24시까지의 야간시위가 명백히 헌법 위반임을 인정하는데 머물렀다는 점이다. 즉 헌법재판소는 “24시 이후의 시위를 금지할 것인지 여부”는 “입법자가 결정할 여지를 남겨두는 것이 바람직하다”고 밝히고 있는 것이다. 말하자면 헌법재판소는 현재의 시점에서 당장 헌법 위반으로 판단되어야 할 부분(24시까지의 야간시위)을 명시한 것—이 부분이 권력분립의 원리 위반이라는 점은 앞서 지적하였다—일 뿐 24시 이후의 야간시위 금지에 대하여 합헌의 면죄부를 부여한 것이 아닌 것이다.

그런데 이러한 한정위헌결정을 일부위헌결정으로 간주한 대법원의 태도는 입법자의 결정에 맡겨져야 할 24시 이후 야간시위의 금지에 대하여 대법원 스스로가 합헌이라고 재단해 버렸다는, 다시 말해서 대법원이 스스로 입법자임을 자처했다는, 따라서 권력분립의 원칙을 훼손한다는 심각한 문제점을 안고 있는 것이다.

물론 대법원은 법률에 대한 최종적인 해석권을 가지고 있으므로 이러한 판단이 자신의 권한 내에 있다고 강변할 수도 있겠다. 그러나 대법원 고유의 해석권을

주장하려면 논리 전개 방식은 사뭇 달라져야 했다는 것이 필자의 판단이다. 즉 대법원은 종래와 같이 한정위헌결정의 구속력을 인정하지 않더라도 한정위헌결정에서 제시된 헌법재판소와 동일한 해석을 취할 수는 있는 것이므로 집시법이 24시까지의 야간시위를 금지하는 것은 아니라는 취지로 판단하면 되는 것이다. 그리고 한정위헌결정을 일부위헌결정으로 보게 되면 24시 이후의 야간시위 금지에 대해서는 사실상 합헌의 면죄부를 부여한 것이나 마찬가지이므로, 비록 법률심인 대법원이 재판대상이 된 24시간 이후의 야간시위가 집시법 제10조와 제23조 제3호를 적용하여 처벌할 정도로 공공의 안녕질서에 위협을 주는 것인지에 대해 스스로 판단할 수는 없었다 하더라도 그 적용을 위하여 하급심에서 판단해야 할 기준은 제시했어야 하는 것이다. 즉 24시 이후의 야간 시위에 대해서도 집시법 제 10조를 적용하여 금지하기 위해서는 그러한 야간시위가 공공의 안녕질서와 사회의 평화에 구체적인 위협을 야기한다는 점을 입증해야 한다는 등의 기준이 제시되었어야 한다.

이런 점을 고려한다면 대법원의 위 판결이 어떤 취지에서 선고된 것이든 간에 심각한 왜곡을 초래했음은 부인할 수 없을 것이다. 나아가 최고법원으로서 대법원은 스스로가 그런 방식으로 선고한 판결이 각급 법원에 어떤 영향을 미칠지에 대해서도 깊은 성찰을 해야 한다. 대법원이 24시 이후의 야간시위에 대해서는 아무런 기준도 제시하지 않은 채 헌법재판소 결정을 일부위헌—따라서 나머지 부분은 사실상 합헌—으로 단정하고는 그 이유만으로 과거환송판결을 선고하게 되면, 하급심법원들로서는 24시 이후에 시위에 참여했다는 사실만 확인되면 집시법 제 10조 위반이고 따라서 집시법 제23조 제3호의 벌칙이 적용된다고 판단할 가능성이 극도로 높아지는 것이다. 결국 각급 법원이 24시 이후의 야간시위에 대하여 유죄판결을 선고하면서도 그러한 시위가 실제 어떻게 공공의 안녕질서나 사회적 평화를 위협했는지를 전혀 언급도 하지 않고 있는 것은 위에서 본 바와 같은 대법원의 무모한 판단 때문이었다고 하더라도 과언은 아닐 것이다.

### 3. 야간시위의 폭력화에 대한 오해

또 한 가지 지적해 둘 것은 24시 이후의 야간시위를 금지할 수 있다는 헌법재판소와 대법원 이하 각급 법원의 판단에는 그러한 야간시위가 실제 공공의 안녕질서에 위협을 끼친다는 점이 전제로 깔려 있다. 문제는 이러한 전제가 과연 성립



할 수 있는가 하는 점이다.

2009년에 집시법 제10조에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정이 선고되고 개선 입법이 이루어지지 않음에 따라 이 조항이 효력을 상실한 2010년 7월 1일 이후 2개월간 개최된 449건의 야간집회에서 폭력, 소음 등이 문제된 경우는 단 한 건도 없었던 것으로 나타났다.<sup>15)</sup> 이 점은 현재 법원이 24시 이후의 야간시위를 바라보는 관점의 근본적 수정이 필요함을 시사한다. 야간집회가 허용된 이후 단 한 건의 폭력도 발생하지 않았다는 것은 2008년 당시 야간집회가 시위로 변하면서 도로 점거 등의 양상으로 전개되었다고 하더라도 그 원인은 집회 또는 시위 자체에 있는 것이 아니라 야간집회나 시위가 금지된 상황에서 취해진 경찰의 강압적·폭력적 대응에 있는 것으로 볼 여지가 있기 때문이다. 다시 말하여 헌법재판소나 법원이 생각하고 있는 ‘야간시위로 인한 공공의 안녕질서에 대한 위협’은 야간시위가 아니라 경찰의 대응에 의하여 촉발되었을 가능성이 크다는 것이다. 곳곳의 길목을 차단하고 집회장소 중 도로에 면한 부분을 차벽으로 봉쇄하는 등 집회의 효과 자체를 무력화하기 위한 경찰의 대응은 그 자체가 폭력적인 것이고,<sup>16)</sup> 이를 극복하고 자신들의 의사를 일반 대중에게 전달하기 위해서는 도로로 진출하지 않을 수 없는 상황이 연출되었던 것이라고 할 수도 있는 것이다.

물론 경찰 측은 이와는 다른 통계자료를 제시하고 있다. 즉 2010년 7월부터 2012년까지의 전체 집회 중 불법폭력집회 발생률은 0.586%(115/20,305회)이지만, 야간 불법폭력집회 발생률은 0.8%(50/6,220회)로 주간 불법폭력집회 발생률인 0.46%(65/14,085회)에 비해 1.74배 높다고 하였다. 이 통계는 야간집회의 불법폭력화 비율이 주간 집회의 불법폭력화 비율보다 높다는 사실을 보여주기 위한 것으로 보인다. 그러나 이 통계는 야간집회의 또 다른 측면을 보여주기도 한다. 즉 전체 야간집회 6,220회 중 불법폭력집회는 50건에 불과하다는 점이다. 이 점은 주간이든 야간이든 집회 또는 시위가 불법 폭력화하는 것은 극히 드문 경우이고, 따라서 야간집회나 시위가 일반적으로 공공의 안녕질서에 위협을 끼친다는 전제는 성립할 수 없음을 보여주고 있는 것이다.

그러므로 야간 옥외집회나 시위가 불법 폭력화하는 빈도가 이 정도 수준이라면

15) 경향신문, “허용 이후 아무 탈 없는데... ‘야간 집회’가 최대 쟁점”, 2010.10.12.자.

16) 이명박 정부 하에서 집회 시위에 대한 경찰의 폭력적 대응에 관해서는 표현의 자유를 위한 연대, 『표현의 자유를 위한 정책제안』, 2012, 218-251쪽(“경찰의 집회·시위 관리”) 참조.

야간의 집회나 시위가 일반적으로 공공의 안녕질서에 위협을 끼친다는 것을 전제로 이를 금지해야 할 것이 아니라 야간시위 등이 구체적인 질서위협행위를 수반할 때 개별적으로 규제를 하는 것이 적절한 법집행방식임을 보여주는 것이라 할 수 있을 것이다. 그렇지 않고 0.8%의 불법폭력화에 대한 우려 때문에 99.2%의 합법적이고 평화적인 야간집회와 시위를 모두 금지해야 한다는 것은 그야말로 빈대 잡겠다고 초가삼간을 다 태우는 격이라고 할 것이다.

이렇게 본다면 24시 이후의 야간시위가 공공의 안녕질서에 위협을 끼친다는 헌법재판소나 법원의 생각은 지극히 공상적인 것에 불과할 뿐만 아니라, 특히 기본적인 인권의 행사를 형사처벌로 규제하기 위한 논리로는 전혀 설 자리가 없다고 하는 것이 옳을 것이다.

### III. 야간시위에 대한 집시법 제10조 적용의 문제점

어쨌거나 현실에서는 헌법재판소의 한정위헌결정 이후 검찰은 24시 이후의 야간시위에 대해서만 공소사실로 특정하는 것으로 공소장변경을 신청하였고, 법원은 이를 허가하였으며, 한정위헌결정은 일부위헌결정이라는 대법원 판결에 따라서 각급 법원은 24시 이후의 야간시위에 대해서는 기계적으로 유죄판결을 선고하는 일이 계속되고 있다.

그러나 대법원이 위와 같은 무모한 판결을 선고하여 한정위헌을 일부위헌으로 둔갑시켰다고 하더라도 “헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판”하여야 할 각급 법원의 법관들로서는 자신이 담당한 사건들에서 공소사실로 적시된 24시 이후의 야간시위가 과연 집시법 제10조와 제23조 제3호를 적용하여 처벌을 해야 할 정도로 공공의 안녕질서와 사회적 평화를 심각하게 위협하는 것이었는지에 대해서는 구체적 사실관계에 대한 조사를 바탕으로 개별적인 법적 판단을 해야 한다. 24시 이후의 야간시위에 대하여 유죄판결을 선고한 법관들은 대법원 판결에 따라 심판했다고 자위할지는 모르겠지만 적어도 그들의 재판이 ‘헌법과 법률에 의한 재판’이었다고 하기는 어렵다.

그러면 구체적으로 각급 법원의 판결에서 24시 이후의 야간시위에 집시법 제10

조와 제23조 제3호를 적용하여 유죄를 인정한 법원의 판결에 어떤 문제점이 있는지를 구체적으로 검토해 본다.

## (1) 시위의 불법 여부에 대한 참가자들의 인식과 집회 및 시위의 연속성 문제

각급 법원이 유죄판결을 선고한 24시 이후의 야간시위들은 대부분 24시 이전에 시작된 촛불집회의 연장선상에서 발생한 것들이다. 그리고 2008년 당시 촛불집회는 문화제의 형식으로 개최되었으므로 집시법상의 규제 대상이 아니었다. 따라서 촛불집회 참가자들은 물론 그 주최자들도 그 집회가 계속되고 이것이 시위로 변화되어 가는 과정에서 그러한 시위가 불법이라는 인식을 갖지 못했으며, 또 그러한 시위가 일정한 시간, 즉 24시를 넘어가면 불법이 된다는 인식 역시 갖지 못했다고 보는 것이 상식적인 판단일 것이다. 더구나 당시는 아직 24시 이전의 야간시위 금지에 대한 한정위헌결정은 물론 야간옥외집회에 대한 헌법불합치결정도 선고되기 전이므로 일단 촛불집회가 문화제 형식으로 합법적으로 개최된 이상 그것이 야간에 24시를 넘어서 지속되고 또 시위로 이어진다 하더라도 불법이 된다고는 인식할 수 없었다고 보는 것이 합리적이다. 그렇다고 특별히 24시를 기준으로 하여 24시 이후에 계속된 시위에 대하여 경찰이 그러한 시위가 불법이며 해산을 하라는 명령을 했다는 정황도 발견되지 않는다. 그렇다면 불법에 대한 인식도 없는 상태에서 이루어진 시위가 범죄를 구성할 수는 없는 일일 뿐 아니라 단지 그 시위의 시간대가 24시를 넘었다는 이유만으로 불법으로 재단하는 것은 유죄를 입증하기 위한 합리적인 논거가 될 수 없음이 분명하다.

한편 시위행위는 집회를 통하여 형성된 의사를 집단적으로 표현하는 것으로 시위 이전의 집회 개최 시부터 최종적인 시위 종료 시까지 하나의 행위로 보아 전체적으로 판단되어야 하는 것이지 집회와 시위를 분리하고 또 시위를 특정한 시점(24시)을 기준으로 그 전과 후를 분리하여 적법성 여부를 판단할 수는 없는 것이다. 이와 관련하여 선고된 집회와 개최된 집회 사이의 동일성 인정 여부와 관련된 대법원 판결은 많은 시사점을 준다. 즉 대법원은 선고된 옥외집회 또는 시위와 실제 개최된 옥외 집회 또는 시위 사이에 동일성이 인정되는지는 “선고된 목적, 일시, 장소, 주최자, 참가단체 및 참가인원과 시위방법 등과 실제 개최된 옥외집회 등의 그것을 서로 비교하여 전체적·종합적으로 판단”되어야 하고, “선고한 목적·일시·장소·방법 등의 범위를 현저히 이탈하는 행위에 이르렀다고 하더라

도 그것만으로 그 옥외집회 또는 시위가 신고 없이 개최된 것으로 볼 수는 없”다고 하였다.<sup>17)</sup>

이러한 대법원 판결은 특정시간대를 기준으로 야간시위의 적법 여부를 판단한 사례는 아니지만, 선고된 집회가 신고의 범위를 현저하게 이탈한 경우에도 전체적으로 판단하여 동일성이 인정된다면 미신고집회로 볼 수 없다고 하고 있으므로, 이러한 논리는 연속적으로 진행되는 시위에 대해서도 마찬가지로 적용될 수 있다고 볼 것이다. 즉 시위는 하나의 집단적 의사표현행위로서 전체적으로 판단되어야 하고 24시 이전의 시위행위와 24시 이후의 시위 사이에 동일성이 인정되는 한 24시 이후의 행위만을 분리하여 처벌할 수는 없음을 보여준다.

## (2) 시위 양상에 대한 구체적 판단의 필요성

한편 한정위헌결정의 구속력을 부정하는 대법원의 태도에도 불구하고, 각급 법원은 헌법재판소가 선고한 결정의 전 취지를 고려하여 판단을 하여야 한다. 법원이 처음부터 헌법재판소의 한정위헌결정은 헌법재판소의 독단적인 견해에 불과하다는 입장에서 이를 완전히 무시한다면 모르되, 헌법재판소의 결정 중 24시 이전의 야간시위의 금지는 헌법 위반이라는 부분은 받아들이면서도 24시 이후의 야간시위 금지 여부에 관한 부분, 즉 24시 이후 야간시위를 금지하지 여부는 입법자의 결정에 맡기는 것이 바람직하다는 부분은 전혀 고려하지 않고 있다는 것은 모순적이다.

헌법재판소는 24시 이전의 야간시위 금지는 위헌이지만 24시 이후의 야간시위 금지 여부는 입법자가 결정해야 할 사항이라는 개방적 태도를 보이고 있다. 따라서 입법자의 결정에 따라서는 24시 이후의 야간시위가 전면적으로 허용될 가능성도 배제할 수 없는 것이다. 그렇다면 입법자의 자율에 맡겨진 영역의 판단에서는 그 시간대의 문제가 아니라 시위가 공공의 안녕질서 등에 대하여 어떤 구체적 위험성을 야기하는지가 법원 판단의 중심이 되어야 한다. 예컨대, 한정위헌결정에 대하여 전면위헌의견을 낸 3인의 다음과 같은 견해는 법원이 24시 이후의 야간시위에 대하여 어떻게 접근해야 하는지를 잘 보여준다.

17) 대법원 2014.3.13. 선고 2012도14137 판결.

시위를 금지할 필요성이 인정되는 심야 시간대의 특징은 현재 우리 국민의 생활양식, 주거 양상, 직업 활동 영역의 형태 및 시위의 현황과 실정 등 제반 사정을 참작하여 이루어져야 하는 것이고, 원칙적으로 주거와 사생활의 평온을 보호하여야 할 필요성이 현저하다고 인정되는 심야 시간대라 하더라도 시위의 방법이나 장소, 규모, 발생 소음의 정도 등에 따라 규제의 필요성이 인정되지 아니하는 경우가 있을 수도 있다.

즉 24시 이후 야간시위의 금지 여부는 그러한 시위가 행해지는 방법이나 장소, 규모, 소음 등에 따라 구체적으로 판단되어야 하고, 그러한 현실적이고 구체적인 위험이 인정될 경우에만 집시법 제10조의 금지가 적용될 수 있다고 보아야 하는 것이다. 그러므로 법원으로서의 당해 시위의 방법, 장소, 규모, 발생 소음의 정도 등을 종합적으로 살펴서 그 시위 방법이 폭력적이거나, 장소와 규모가 주요 도로의 교통을 크게 방해하거나 주택가 등에서 주민의 주거의 평온을 크게 해쳐서 가벌성이 있다고 인정되는 경우 등에 한하여 집시법 제10조를 적용하여 처벌할 수 있다고 해석하여야 할 것이다.

### (3) 야간시위에 대한 법적용의 특이성과 법원 임무의 중요성

이러한 법원의 판단이 중요한 것은 현재 법원에 의해 유죄판결이 선고되고 있는 24시 전후의 야간시위 관련 사건들에서 적용되는 법조문이 거의 동일하기 때문이다. 이들 사건에서 가장 흔하게 적용되는 법률 조항은 일반교통방해죄를 정한 형법 제185조와 집시법 제10조이다. 24시 이전의 야간시위에 대해서는 일반교통방해죄만 적용되고, 24시 이후의 야간시위에 대해서는 일반교통방해죄와 집시법 제10조가 함께 적용되는 경우가 대부분이다. 그런데 실제 집시법에는 공공의 안녕질서나 사회적 평온을 위협하는 집회나 시위를 처벌하는 많은 규정들이 있음에 비추어 보면 이러한 법적용은 매우 이례적인 것이다. 즉 집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한 집회 또는 시위의 금지(제5조 제1항 제2호), 질서 유지에 직접적인 위협을 명백하게 초래한 집회 또는 시위에 대한 해산명령(제20조 제1항), 주거지역, 학교 주변 등의 집회 또는 시위의 경우 거주자나 관리자의 요청에 따른 금지 또는 제한(제8조 제3항 제1호 및 제2호), 소음발생에 대한 중지 조치(제14조), 주요 도시의 주요 도로에서의 집회 또는 시위의 금지 또는 조건부 제한(제12조 제1항) 등이 있음에도 일반교통방해죄나 집시법 제10조만을 적용하는 경우가 많다는 것이다.

이처럼 24시 이전이건 이후이건 야간시위가 공공의 안녕질서에 미치는 위험이 구체적으로 발생하는 경우에 적용되는 많은 규정들이 있음에도 불구하고, 그리고 폭력집회나 거주자 등 요청에 의한 금지 시위 등은 야간시위금지규정에 비하여 더 중한 형에 처하도록 되어 있음에도 불구하고, 검찰이 이러한 법률규정을 적용하지 않고 야간시위금지규정이나 일반교통방해 규정만을 적용했다는 것은 공공의 안녕질서에 대한 위험의 입증 없이도 특정시간대를 기준으로 하거나 특정한 시위 양상—도로의 점거—만을 기준으로 이들 조항에 의거하여 처벌할 수 있다는 판단을 했음을 의미한다. 한 걸음 더 나아가면, 이러한 법적용은 검찰이 24시 이후의 야간시위가 공공의 안녕질서에 미칠 구체적이고 명백한 위협의 존재를 입증할 수 없었다는 점을 보여주는 것으로 해석할 수도 있다.

바로 이런 법적용상의 특수성은 24시 이후 야간시위의 위험성에 대한 구체적 입증을 검찰에게 요구하는 것이고 나아가 그러한 입증이 이루어졌는지에 대한 엄격한 판단이 법원에 의해 이루어져야 함을 요청하고 있는 것이다. 여기에 법원이 담당해야 할 역할의 중요성이 있다. 그러므로 법원이 헌법재판소 결정을 기계적으로 적용하여 단지 시간을 기준으로 24시 이후의 야간시위라고 하여 당연히 처벌할 수 있다고 해석한다면, 이는 구체적 사실관계에 대한 사실 확정 및 법률의 해석·적용에 관한 법원의 권한과 임무를 저버리는 결과가 될 것이다. 그러므로 법원은 기계적 해석으로 유죄판결을 선고함으로써 정치적 민주주의의 실현을 위하여 가장 소중한 기본권 중의 하나인 집회의 자유를 형해화하는 돌이킬 수 없는 피해를 초래하는 일이 없도록 해야 할 것이다.

## IV. 야간옥외집회에 대한 집시법 제10조의 개선방향

이상에서 필자는 헌법재판소의 한정합헌결정의 의의와 그 문제점 및 한계, 이 결정을 일부위헌결정으로 본 대법원 판결의 문제점, 그리고 대법원 판결을 근거로 삼아 24시 이후의 야간시위에 대하여 기계적인 법적용으로 유죄판결을 선고하고 있는 각급 법원들의 태도가 헌법이 보장하는 집회의 자유가 민주정치에서 얼마나 중요한 것인지를 망각한 것인지를 비판적으로 검토하였다. 그러나 생각해 보면

헌법재판소나 대법원 및 각급 법원이 보인 이와 같은 문제점은 근본적으로는 집시법 자체에서 비롯되는 것임을 잊어서는 안 된다.

## 1. 집시법 제10조의 위헌성

### (1) 집시법의 문제점에 관한 필자의 기존 입장

필자는 2009년 집시법 제10조에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정이 선고된 후 당시 한나라당이 제출한 집시법개정안에 대한 분석을 하면서,<sup>18)</sup> 집시법 제10조의 문제점을 지적한 적이 있다.<sup>19)</sup> 다소 길지만 그 내용을 요약해 보면 다음과 같다.

야간시간대의 옥외집회를 일반적 전면적으로 금지하는 것은 합리적인 사유도 없이 집회의 자유를 상당 부분 박탈하는 것이므로 과잉금지의 원칙에 위반되며, 오후 10시가 아니라 자정(또는 더 늦은 시간)으로 바꾼다고 하여도 그 위헌성은 치유되지 않는다.<sup>20)</sup>

집회의 자유와 관련해서 가장 핵심적인 요청은 평화적 집회인 한 그 집회의 일시, 장소, 방법 및 내용을 자유롭게 결정할 수 있다는 것이며, 이 점에서 특정한 시간대의 집회를 금지하는 것 역시 집회의 일시에 대한 결정권을 박탈하고 있다는 점에서 집회의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이다.<sup>21)</sup>

특정 장소에서의 집회 금지는 거리를 기준으로 한 한정적 제한에 그치는 반면에 특정 시간대의 집회 금지는 집회 참여의 가능성 자체에 심각한 영향을 미친다는 점에서 훨씬 더 중대한 제한이다.<sup>22)</sup>

특정한 시간대를 정하여 야간옥외집회를 금지하는 것은 헌법에 위반될 뿐 아니라 현행 집시법은 이미 집회의 자유에 대하여 필요 이상의 과잉 제한을 가하고 있기 때문에 집회의 자유를 보장하는 헌법의 정신에 가장 부합하는 집시법개정방향은 제10조를 전면 삭제하는 것이다.<sup>23)</sup>

필자의 이러한 입장에는 변함이 없다. 당시의 주장은 야간시위가 아니라 야간옥

외집회에 관한 것이긴 하지만, 야간시위 역시 넓은 의미의 집회의 범주에 포함되는 이상<sup>24)</sup> 이를 달리 파악할 이유는 없다고 본다. 물론 이러한 필자의 견해는 집회와 시위를 분리하여 파악하고 있는 헌법재판소의 입장과는 다르다.

### (2) 옥외집회와 시위에 대한 분리 이해의 부당성

헌법재판소는 집시법의 많은 규정들에서 집회와 시위 또는 옥외집회와 시위를 병렬적으로 규정하고 있으나 제1조, 제10조 단서와 제15조는 집회와 시위를 구별한 예외적인 조항들이라고 하면서, 이러한 조항들은 시위에 대한 규제의 폭을 넓히는 방향의 규정들이라는 점에서 집시법은 집회, 옥외집회로부터 분리된 시위에 관한 특별한 규율의 의도를 나타냈다고 하였다. 이처럼 헌법재판소가 집시법이 집회와 시위를 분리 규율한다는 입장을 취한 것은 필자가 보기에는 두 가지 이유에서였다. 첫 번째 이유는 옥외집회의 조건부 허용을 규정한 제10조 단서의 규정이 시위에 대해서는 적용되지 않는다는 점을 강조하기 위해서였다. 굳이 이 점을 강조한 것은 헌법 제21조 제2항의 집회에 대한 허가제 금지 조항의 적용을 배제하기 위한 것으로 보인다. 허가제 금지 조항이 적용된다면 제10조는 전면위헌 선언을 피할 수 없기 때문이다. 두 번째 이유는 시위가 집회나 옥외집회보다 공공의 안녕질서, 법적 평화 및 타인의 평온에 미치는 영향이 크다는 점을 강조하기 위해서였다. 그리고 바로 이를 통해서 옥외집회에 대한 시간적 규제와는 달리 시위에 대해서는 일정한 시간적 규제가 가능하다는 판단을 할 수 있기 때문이다.

그러나 집회 또는 옥외집회와 시위를 분리해서 이해하는 헌법재판소의 이와 같은 태도는 매우 자의적이라는 느낌을 지울 수 없다. 집회와 시위의 분리 이해의 근거로 헌법재판소가 들고 있는 세 가지 조항 중 두 조항을 보면 이 점은 분명하게 드러난다.

첫째, 제1조에서 ‘위법한 시위’로부터 국민을 보호한다는 규정을 헌법재판소처럼 해석할 경우 집시법은 시위가 아닌 한 위법한 집회에 대한 규율은 하지 않는 것이라는 해석이 가능해야 한다. 그러나 집시법의 많은 규정들이 시위와 나란히 집회를 규제하고 있다는 점에서 이러한 해석은 가능하지 않다.

24) 집시법 제2조는 집회의 개념을 별도로 정의하지 않은 채 옥외집회와 시위의 개념만 정의하고 있다. 이로 미루어볼 때 집시법상의 집회에는 옥외집회, 옥내집회 그리고 시위가 포함된다고 할 수 있다.

18) 한나라당의 집시법개정안은 관할 경찰서장의 조건부 허용 부분을 삭제하고, ‘해가 뜨기 전이나 해가 쬐 후에’는 ‘오후 10시부터 다음 날 오전 6시까지’로 수정하는 것이었다. 2009.11.17. 발의, 의안번호 6606.

19) 김종서, “집시법의 몇 가지 문제점: 집회의 개념, 사전신고제, 야간옥외집회 금지에 관하여”, 법학연구 제13집 제3호(인하대학교 법학연구소, 2010.12.31), 147-178쪽.

20) 김종서, 위의 글, 167쪽.

21) 김종서, 위의 글, 168쪽.

22) 김종서, “집시법의 몇 가지 문제점”, 169쪽.

23) 김종서, 위의 글, 172-173쪽.

둘째, 제15조는 “학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제 및 국경행사에 관한 집회에는 제6조부터 제12조까지의 규정을 적용하지 아니한다.”고 규정하고 있다. 여기서는 옥외집회가 아닌 ‘집회’라는 용어를 사용하고 있는데, 집시법 제2조에서 집회의 개념에 대해서는 별도의 정의를 하지 않은 채 ‘옥외집회’와 ‘시위’에 대한 개념규정만을 두고 있는 점에 비추어보면, 제15조에서 말하는 집회는 옥외집회와 시위를 모두 포함하는 개념으로 보아야 하지 이를 시위와 구분되는 집회 개념으로 이해할 수는 없을 것이다. 또한 제15조가 적용을 배제하고 있는 조항은 제6조에서 제12조까지의 규정인데 이들은 제10조를 제외하고는 모두 옥외집회와 시위를 나란히 규정하고 있다. 즉 제15조는 집시법상의 규제가 적용되지 않는 옥외집회와 시위를 통칭하기 위하여 집회라는 용어를 사용하고 있는 것일 뿐 ‘학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제 및 국경행사에 관한’ 것이더라도 시위에 대해서는 집시법이 적용된다는 점을 밝힌 것으로 보기는 어렵다는 것이다.

이렇게 보면 결국 제1조나 제15조는 옥외집회와 시위를 분리하여 이해하기 위한 근거로 삼기는 부적절해 보인다. 남는 것은 다시 제10조, 특히 단서 규정이다. 제10조 본문에서는 야간의 옥외집회나 시위를 금지하면서 단서 조항에서는 옥외집회에 대해서만 조건부 허용을 규정하고 있는 듯이 보이기 때문이다. 제10조를 다시 한 번 살펴보자.

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

야간 옥외집회나 시위에 대하여 현행 집시법과 같은 형태의 규정이 처음으로 등장한 것은 1989년 3월 29일 법률 제4095호로 전면 개정된 때였다. 그 이전까지는 “누구든지 일출전, 일몰후에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니된다.”고 규정되어 있었다. 그런데 법률 제4095호의 개정사유 중 제10조 관련 부분을 보면 “과거에는 누구든지 일출시간전, 일몰시간후에는 옥외집회 또는 시위를 할 수 없도록 하던 것을 집회의 성격상 부득이 하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고하는 경우에는 관할 경찰관서장은 질서유지를 위한 조건을 붙여 일출시간전, 일몰시간후에도 옥외집회를 허용할 수 있도록 함.”이라고 되어 있을 뿐 조건부 허용

의 대상에서 시위를 제외한다는 구체적 언급은 발견되지 않는다.<sup>25)</sup> 당시 국회의 회의록을 보아도 특별한 언급은 없다. 이로 미루어볼 때 종전과 달리 조건부 허용을 도입한 것이 옥외집회의 경우에 한하여 전면금지를 완화하기 위한 것인지, 아니면 전반적으로 전면금지를 완화하는 차원에서 도입된 것일 뿐 옥외집회나 시위를 달리 취급할 의도는 없었던 것인지 분명하지 않다. 그러므로 두 가지 경우를 모두 예상하여 그 의미를 살펴보기로 한다.

먼저, 제10조의 규정이 옥외집회에 대해서만 전면금지를 완화하여 조건부 허용을 도입한 것이라고 해석해 보자. 이는 시위에 대한 언급 없이 “옥외집회를”이라고만 규정한 제10조의 문구에 가장 부합하는 해석일 수 있다. 특히 앞서 본 제1조와 제15조 이외에는 집시법의 모든 규정이 집회와 시위를 병렬적으로 규정하고 있다는 점을 이를 뒷받침해 주는 논거로 볼 수 있다.

그런데 앞서 본 바와 같이 제1조와 제15조의 경우에 이를 집회와 시위를 분리하려는 의도를 보여준 것이라고 하기는 어렵다는 점을 고려한다면, 이와 같은 해석은 제10조가 집시법 전체를 통하여 집회와 시위를 분리하여 취급하는 유일한 규정이라는 의미를 갖게 된다. 따라서 이와 같은 해석이 정당화되려면 다른 경우와는 달리 야간시위에 대해서만 어떤 예외도 없이 이를 전면금지해야 하는 특별한 이유가 있어야 할 것이다. 이런 관점에서 집시법에는 제10조와 비교해 볼 만한 규정이 두 가지가 있다. 하나는 “집회 또는 시위가 집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 공공의 안녕 질서에 직접적인 위험을 초래한 경우”에 남은 기간에 대하여 금지통고를 할 수 있도록 한 제8조 제1항 단서 규정과 교통소통을 위한 금지 또는 조건부 제한을 규정한 제12조의 규정이다.

제8조 제1항의 경우에는 집회 또는 시위가 공공의 안녕질서에 직접적인 위험을 초래한 경우이므로 이를 금지하는 것은 정당화될 수 있을 것이고, 이미 위험이 발생된 이상 집회와 시위를 구분할 이유는 없는 것 역시 당연하다. 그런데 제10조가 야간시위에 한하여 전면금지를 취하고 있다는 것은 야간시위가 야간옥외집회와는 달리 이러한 위험 발생과 논리적으로 연결된다는 전제가 필요하다. 즉 야간시위의 경우에는 대부분의 경우 또는 적어도 상당한 부분의 경우 공공의 안녕 질서에 대한 위험의 발생으로 이어질 개연성이 매우 높다는 점이 충분히 예상되

25) 만약에 시위를 제외할 의도였다면 문장 호응상 ‘옥외집회를’이 아니라 ‘옥외집회는’이라고 표현하였을 것이다.

이야 한다는 것이다. 그러나 이러한 개연성은 한정위헌결정의 소수의견에서 분명하게 반박되고 있다.

“원칙적으로 주거와 사생활의 평온을 보호하여야 할 필요성이 현저하다고 인정되는 심야 시간대라 하더라도 시위의 방법이나 장소, 규모, 발생 소음의 정도 등에 따라 규제의 필요성이 인정되지 아니하는 경우가 있을 수도 있다.”(강조는 필자)

이와 같은 점에 비추어본다면 야간시위의 전면금지가 제8조 제1항 단서 규정이 정하고 있는 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협을 이유로 정당화되기는 어려울 것 같다. 더구나 제8조에 따른 금지 집회에 대한 처벌(제22조)이 제10조 위반에 대한 처벌(제23조)보다 더 무거운데, 이 점 역시 제10조가 공공질서에 대한 직접적 위협을 전제한 것으로 보기 어렵게 한다.

한편 집시법 제12조는 교통 소통을 위하여 필요한 경우에는 주요 도시의 주요 도로에서의 집회 또는 시위를 금지하거나 조건을 붙여 제한할 수 있다고 규정하면서도(제1항), 질서유지인을 두고 도로를 행진하는 경우에는 이를 금지할 수 없다고 하고 다만 “해당 도로와 주변 도로의 교통 소통에 장애를 발생시켜 심각한 교통 불편을 줄 우려가 있으면” 금지를 할 수 있다고 규정한다(제2항). 그런데 앞서 본 바에 따르면 현재 각급 법원에서 유죄판결이 선고되고 있는 야간시위 사례는 거의 전부가 24시 이후 도로 행진을 이유로 한 것이고, 적용법조 역시 형법 제185조와 집시법 제10조밖에 없다는 것이 이를 잘 보여준다.

이러한 집시법의 규정 체계에 비추어보면, 제10조가 시위에 대한 분리 취급을 전제한 것으로 보려면 이를 제12조 제2항 단서에 해당하는 전형적인 규정으로 보는 셈이 될 것이다. 그리고 이 점은 제10조 위반과 제12조 위반의 벌칙이 동일하다(제23조)는 데서도 발견된다. 그러나 제12조 제2항 단서에 따른 금지의 위반은 “심각한 교통 불편을 줄 우려”를 전제로 하고 있다는 점에서 야간시위의 전면 금지와는 성격이 다르다. 특히 야간, 그것도 24시 이후의 야간에는 교통량이 현격하게 줄어든다는 점에서 제12조 제2항 단서가 예상하고 있는 “심각한 교통 불편”의 우려는 현저하게 감소될 것이라는 점은 제10조가 시위만을 분리하여 24시 이후에는 전면금지하는 것의 정당성을 수증하기 어렵게 만든다.

이처럼 제10조가 옥외집회와 시위를 분리하여 24시 이후의 야간시위에 대해서만 전면금지를 한 것으로 이해하는 것이 적절하지 않다면, 왜 다른 규정들에서 보듯이 ‘옥외집회 또는 시위’라고 하지 않고 ‘옥외집회를’이라고 하였는지에 대해서는 다른 방식의 설명이 필요할 것이다. 제10조의 독특한 규정형식 때문이라고 볼 수 있지 않을까? 즉 제10조 단서에서 시위를 언급하지 않은 채 옥외집회라는 용어만을 사용한 것이 단서 규정의 전반부가 ‘집회의 성격상’이라고 표현되어 있기 때문은 아닌가, 다시 말해서 이는 문장의 호응관계에서 오는 부득이한 표현방법이라고 보는 것이 타당하지 않을까 하는 것이다. 헌법재판소의 해석처럼 이 단서 규정이 조건부 허용 대상에서 적극적으로 시위를 배제하려는 의도를 가진 것이었다면 다음과 같은 방식으로 명확하게 규정되었을 것이기 때문이다.

다만, 집회의 성격상 부득이하게 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에 개최되는 옥외집회(시위는 제외한다)로서 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고한 경우에는 관할경찰관 서장은 질서 유지를 위한 조건을 붙여 이를 허용할 수 있다.

나아가 헌법재판소처럼 옥외집회에 대해서는 조건부 허용을 하면서 시위는 전면적으로 금지한다고 해석하게 되면, 논리적인 모순도 발생한다. 즉 만약에 집시법 제10조가 야간시위에 대해서도 조건부 허용을 하는 것으로 규정하여 전면금지를 완화한 경우에는 허가제 금지 규정에 반하여 전부 위헌이 되는데 반하여, 옥외집회에 대해서는 조건부 허용을 규정하면서도 야간시위에 대해서는 전면금지를 하는 경우에는 24시 이전의 시위 금지는 위헌이 되고 24시 이후의 시위 금지는 위헌이 아닐 수 있다는 이상한 결론이 도출되기 때문이다. 집회의 자유에 대한 더 강한 제한의 경우—전면금지—에 오히려 헌법 위반으로 인정되는 범위가 더 좁아지는 모순이 발생하는 것이다.<sup>26)</sup>

굳이 헌법재판소와 같이 집시법이 집회와 시위를 분리하여 규율할 의도를 가졌다고 볼 수 있는 근거를 찾는다면, 그것은 법률이 아니라 집회신고서의 양식을 정한 ‘집회 및 시위에 관한 법률 시행규칙’ 제2조 제1항 별지 제1호 서식이라고 해

26) 필자는 헌법재판소가 집회에 대한 허가제를 이해할 때 행정권의 결정을 허가제의 핵심적 요소로 보기 때문에, 즉 행정권의 개입이 없는 한 입법으로 직접 집회를 금지하는 것은 헌법이 금지하는 허가제에 해당하지 않는다고 보기 때문에 이러한 모순이 발생한다고 본다. 이는 법원이나 국회의사당 주변의 집회를 절대적으로 금지하는 것이 허가제에 해당하지 않는다고 본 헌법재판소 결정들에서 확연히 드러난다. 그러므로 법률에 의한 경우에도 그 실질이 모든 집회를 전면적으로 불가능하게 만든다면 그것은 헌법 제21조 제2항이 금지하는 허가제에 해당한다고 보아야 할 것이다. 김종서, “‘집회 및 시위에 관한 법률’의 위헌성”, 170-171쪽.

야 할 것이다. 즉 별제 제1호 서식은 그 제목이 “옥외집회(시위·행진) 신고서”라고 되어 있을 뿐 아니라 기재사항에서도 시위의 경우에는 “시위 방법 및 진로”를 별도로 기재하도록 하고 있는 것이다. 그러나 이러한 신고사항의 차이점은 주야간을 불문하고 이동을 요소로 하고 있는 시위의 특성을 고려하여 적절한 질서유지를 하기 위한 기술적인 요청을 반영한 것으로 보아야 할 것이지, 야간에는 옥외집회와 시위를 분리하여 후자는 전면금지하려는 취지로 이해하기는 어려울 것이다.

이런 점까지 아울러 고려하면 집시법 제10조 단서 조항이 집회와 시위를 분리하여 규정했다고 보기는 어려울 것이다.

### (3) 집시법 제10조의 위헌성

그러나 설사 헌법재판소처럼 집시법 제10조 단서가 옥외집회와 시위를 분리하여 취급한 것으로 본다고 하더라도 그 위헌성이 치유될 수 없기는 마찬가지다. 야간에 개최·진행되는 집회 및 시위를 금지하고 있는 집시법 제10조가 갖고 있는 근본적 문제점은 그것이 집회의 자유의 본질적 구성부분을 이루고 있는 집회 시간의 선택권을 박탈하고 있다는 점에 있기 때문이다. 직장의 근무시간 등으로 인하여 주간의 집회에 참여할 수 없는 시민들의 집회의 자유를 근본적으로 제약하고 있다는 점을 굳이 들 필요도 없이, 국가가 법을 통하여 집회나 시위가 오로지 특정 시간대에 개최·진행되었다는 이유만으로 이를 전면적으로 금지하거나 예외적으로만 허용하는 것 자체가 도무지 집회의 자유와 양립할 수 없는 것이다. 옥외집회와 시위를 구분하여 판단하고 있는 헌법재판소의 입장을 따른다고 하더라도 집시법 제10조는 야간의 옥외집회에 대해서는 원칙적으로 금지되지만 예외적으로 경찰서장이 허용하는 경우에만 개최·진행될 수 있는 허가제로 운영되고 있음—따라서 헌법 위반—을 의미하고, 야간의 시위에 대해서는 예외 없이 전면적으로 금지함으로써 집회의 자유의 본질적 내용에 해당하는 집회 개최 시기의 선택권을 침해하는 것—따라서 헌법 위반—이기 때문이다.

헌법재판소가 적시한 바와 같이, 야간에 개최·진행되는 옥외집회 또는 시위가 주간의 집회·시위에 비하여 공공의 안녕질서를 해칠 위험성이 더 크고 폭력 등이 발생할 경우에 신속하고 효과적인 대처를 어렵게 하는 특징이 있는 것은 사실일 것이다. 그러나 바로 그러한 특징이 곧바로 야간의 집회나 시위를 허가제로 운영하거나 전면적으로 금지하는 것을 정당화해 줄 수는 없다. 야간의 집회나 시

위라고 하더라도 평화적으로 개최되고 진행되는 한 공공의 안녕질서에 대한 위협은 존재하지 않기 때문이다. 즉 집회나 시위에 대한 전면적 금지 또는 예외적 허용은 집회나 시위의 개최·진행 자체만으로도 공공의 안녕질서에 대한 위협 또는 위협이 발생한다고 인정할 수 있는 경우에만 정당화될 수 있는 것이다. 헌법 제21조 제2항이 집회에 대한 허가는 인정되지 않는다고 한 것이나 헌법 제37조 제2항에서 기본권의 제한은 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 ‘필요한 경우에 한하여’라고 규정한 의미가 바로 그러한 것이기 때문이다.

그러므로 집회나 시위에 대한 전면적 금지를 내용으로 하는 법률이 정당화될 수 있는 유일한 경우는 집회나 시위 자체가 헌법의 보호범위 바깥에 있는 경우에 국한된다. 헌법이 보호하는 집회의 자유를 평화적 집회로 보는 것은 바로 그 때문이고, 집시법 제8조 제1항 단서에서 “집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 초래하는” 집회 또는 시위를 금지하고 있는 것 역시 바로 그 때문이다. 그런데 야간의 시위가 자동적으로 “집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등”과 연결된다는 논리는 성립할 수 없다. 즉 집시법 제10조가 야간의 시위에 대하여 전면적 금지의 방법을 취하고 있는 것은 그러한 시위가 “집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등”과 연결되는지 여부와 무관하게 모든 야간의 시위가 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이라는 자의적인 추정의 발로일 뿐이다. 그리하여 집시법 제10조의 야간시위 금지는 헌법의 보호범위 내에 있는 집회의 시간적 범위를 위헌적으로 제약한 것이라고 보아야 한다. 이런 점에서 집시법 제10조의 ‘시위’ 부분에 대한 2014년 한정위헌결정은 헌법 제37조 제2항이 요구하는 과잉금지의 원칙을 위반한 것임을 간파한 것이라고 보아야 한다.

그러므로 집시법 제10조는 그것이 대상으로 하고 있는 것이 야간의 집회이건 시위이건 관계없이 헌법 제21조 제2항<sup>27)</sup> 또는 헌법 제37조 제2항을 위반한 위헌적인 법률

27) 야간옥외집회에 대하여 집시법 제10조가 채택하고 있는 원칙적 금지, 예외적 허용이라는 방식은 오로지 관한 경찰서장이 허용, 즉 허가하는 경우에만 집회를 개최·진행할 수 있다는 것이어서 그 자체가 헌법 제21조 제2항에서 명시적으로 부인하고 있는 허가이다. 2009년에 헌법재판소가 선고한 헌법불합치결정의 근본적 문제점은 바로 여기에 있는 것이다. 인문·출판에 대한 검열과 집회에 대한 허가를 병렬적으로 규정하면서 그것을 부인하고 있는 헌법 제21조의 태도에 비추어보면, 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하면 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙을 따질 필요도 없이 그 자체로 위헌이라는 헌법재판소의 입장은 집회에 대한 허가에도 그대로 적용되어야 하는 것이기 때문이다. 이런 점에서 집시법 제10조의 ‘옥외집회’ 부분에 대한 헌법재판소의 2009년 헌법불합치결정은 집회의 허가 금지를 규정한 헌법 제21조 제2항에 대한 잘못된 인식에서 비롯된 것이라고 보아야 한다.

입이 분명하다.

## 2. 집시법 제10조의 개선방향

위에서 본 바와 같이 야간의 옥외집회나 시위를 전면금지하거나 원칙적으로 금지하되 예외적으로만 허용하고 있는 현행 집시법 제10조는 헌법불합치나 한정위헌 또는 일부위헌이 아니라 전면적인 위헌의 법률이다. 그것이 위헌인 이유는 옥외 집회의 경우에는 원칙적으로 금지하고 예외적으로 허용하는 허가제를 채택하고 있기 때문이고, 시위의 경우에는 과잉금지의 원칙을 위반한 것일 뿐 아니라 시위의 구체적 양상과 무관하게, 즉 공공의 안녕질서에 대한 위협 유무와 관계없이 시위를 전면적으로 금지하기 때문이다. 그렇다면 집시법 제10조의 개선방향은 바로 이러한 위헌성을 제거하는 것이 되어야 한다.

이러한 방법으로는 두 가지를 생각해 볼 수 있다. 하나는 제10조 자체를 삭제하는 것이다. 즉 옥외집회나 시위가 공공의 안녕질서에 위협을 제기할 수는 있으나 그러한 위협이 야간이라는 개최 시간에 의하여 자동적으로 인정된다고 볼 수는 없다는 시각에서 본다면 집시법 제10조와 같은 규정을 두는 것 자체가 허용될 수 없게 되는 것이다.

다른 하나는 10조를 두면서 앞서 언급한 위헌성을 제거하는 방식으로 그 내용을 개정하는 것이다. 문제는 위헌성을 제거하면서 이러한 방식으로 개정하는 것이 가능한가 하는 점이다. 헌법재판소는 이런 방식의 하나로 시간대를 정하여 특정 시간 이전의 시위는 허용하되 그 이후의 시위는 불허하는 방안을 제시한 것이라 볼 수 있다. 헌법재판소의 한정위헌결정을 일부위헌결정이라고 이해한 대법원의 태도 역시 마찬가지다. 그러나 그러한 시간대를 헌법재판소와 같이 24시로 정하든 또는 과거 한나라당의 법안처럼 오후 10시로 정하든 그 시간 이후의 시위가 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 끼친다고 볼 수 있는 근거는 없다. 반대로 주간의 집회나 시위라고 하더라도 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 끼치는 경우가 있을 수 있다. 제8조 제1항 단서가 “집회 또는 시위가 집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 공공의 안녕 질서에 직접적인 위협을 초래한 경우”에 이를 금지하고 있는 것은 바로 그런 이유에서이다. 그러므로 특정한 시간을 기준으로 그 전과 후를 분리하여 일부는 허용하고 일부는 불허하는 방식의 입법은 현행 집시

법 제10조의 위헌성을 제거할 수 없다고 보아야 한다.

이런 관점에 서게 된다면 결국 집시법 제10조를 두면서 야간의 옥외집회나 시위를 규제하는 방법은 제8조 제1항 단서와 같은 문구를 동원하여 규정하는 방식만이 남게 된다. 즉 ‘해가 진 후 해가 뜨기 전의 옥외집회나 시위로서 집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 초래하는 경우’를 금지하는 방식이다. 그런데 이와 같은 규정은 ‘해가 진 후 해가 뜨기 전의’라는 시간적 제한을 두고 있을 뿐 내용상으로는 제8조 제1항 단서에서 금지하고 있는 집회나 시위와 동일하다. 그러면서도 오히려 제8조 제1항 단서의 금지집회보다 그 시간적 범위는 더욱 좁아진다. 이처럼 넓은 범위의 집회를 금지하는 조항을 두고 있는 마당에 굳이 그 시간적 범위를 좁혀서 동일한 양상을 보이는 야간의 옥외집회나 시위만을 규제하는 규정을 별도로 둘 이유는 없다.

결국 집시법 제10조가 독자적으로 존재해야 할 이유는 없다. 바람직한 규제의 방향은 제10조를 삭제하고 야간의 시위에 대해서도 “공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 초래하는” 경우에만 제8조 제1항 단서에 의하여 규제하는 방식을 취해야 할 것이다. 그러므로 결국 야간 시위는 그 시간대와 상관없이 그 구체적 위협성에 따라서 제8조 제1항 단서에 의하여 규제되므로, 별도의 개정은 필요치 않게 된다.

이와 관련하여 제8조 제1항 단서와 유사한 형태를 띠지만 불명확한 용어를 사용하여 절대적 금지집회를 규정하고 있는 제5조 제1항 제2호와 같은 규정 역시 삭제되어야 할 것이다. 제5조 제1항 제2호는 “집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한 집회 또는 시위”를 절대적 금지집회로 규정하고 있으나 그러한—직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한— 집회나 시위를 사전에 파악할 수는 없다는 점에서, 이러한 집회나 시위를 금지통고의 대상으로 하고 있는 것(제8조 제1항 제1호)은 문제가 있기 때문이다. 집회 주최자가 “집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화”에 해당하는 내용을 신고서에 기재할 리 없다는 점을 감안하면, 결국 관할 경찰서장은 집회의 주최자가 누구인지 또는 집회의 내용이 무엇인지에 따라서 선별적으로 허용 또는 금지를 결정하게 될 것이므로, 이는 실질적인 허가제로 악용될 가능성이 크다.<sup>28)</sup>

28) 김중서, “집회 및 시위에 관한 법률의 위헌성”, 375-376쪽 참조.



따라서 개정해야 할 내용은 집시법 제8조 제1항 제1호에서 ‘제5조 제1항’ 부분과 ‘제10조 본문’ 부분을 삭제하는 것이 된다. 제5조 제1항 중 앞서 언급한 제2호뿐만 아니라 “헌법재판소의 결정에 따라 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위”도 금지집회로 설정하고 있는 제1호도 삭제해야 하는 이유는 첫째, 목적에는 문제가 없지만 활동을 이유로 해산된 정당의 경우에는 그 목적을 달성하기 위한 집회라고 해서 금지할 근거가 없고, 둘째, 어떤 집회를 “해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회”로 보아야 할 것인지가 매우 불투명하여 사실상 경찰서장에게 집회 개최 여부에 관한 전적인 재량권을 부여하는 결과가 되어 허가제에 해당하고, 셋째, 그 포섭범위가 지나치게 광범위하여 명확성의 원칙에도 위배되기 때문이다.<sup>29)</sup> 결국 제5조 역시 삭제되어야 한다.

이것이 그나마 집시법의 위헌성을 최소화할 수 있는 방법일 것이다.

## V. 결어

헌법이 집회의 자유를 기본적 인권의 하나로 보장하면서 동시에 허가를 금지하는 강력한 조항을 두고 있는 것은, 대중매체에 접근하기 어려운 사회적 소수자들이 불특정 다수에게 효과적으로 의사를 전달할 수 있는 유일한 수단이고, 정부나 지배계층에 대하여 항의적 의사표현을 하기 위한 집단적 권리이기 때문이다.<sup>30)</sup>

집회의 자유가 갖는 이와 같은 특성을 고려할 때 반드시 명심해야 하는 것은 어떤 경우에도 집회의 개최 자체가 공공의 안녕질서에 대한 위협을 끼칠 수 있다는 관념 자체를 인정해서는 안 된다는 것이다. 즉 공공의 안녕질서에 대한 위협은 집회 자체에서 발생하는 것이 아니라 집회나 시위의 과정에서 구체적인 행위(폭행, 협박, 손괴, 방화 등)에 의해서만 발생할 수 있는 것이고, 집시법의 규제는 바로 그러한 직접적인 공공질서 위협행위를 대상으로 해야 하는 것이지 집회 자체를 대상으로 할 수는 없다는 것이다.

29) 김종서, “집회 및 시위에 관한 법률”의 위헌성”, 374쪽.

30) 김종서, “표현의 자유와 방송법”, 민주법학 제39호(민주주의법학연구회, 2009.3), 13쪽 및 22쪽.

그럼에도 현행 집시법 제10조는 물론 금지통고의 대상이 되는 집회나 시위를 정하고 있는 많은 규정들이 집회 자체가 공공의 안녕질서에 위협을 끼칠 수 있다는 것을 전제로 하고 있고, 헌법재판소나 법원 역시 이러한 관념에서 한 치도 벗어나지 못하고 있다. 집시법이, 그리고 사법기관들이 이러한 관념에서 벗어나지 못하는 한, 집시법은 집회의 자유를 보호하기 위한 법이 아니라 집회의 자유를 질식시키는 법, 따라서 헌법 위반의 법으로 남게 될 것이다.

## 집회시위의 자유와 일반교통방해죄 적용의 문제점

이호중 교수 / 서강대 법학전문대학원, 천구교인권위원회 상임이사

### I. 서론

형법의 일반교통방해죄는 “육로, 수로 또는 교량을 손괴 또는 불통하게 하거나 기타 방법으로 교통을 방해한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천5백만원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있다(제185조). 경찰과 검찰은 2008년 촛불집회 이후에 집회·시위에 대한 탄압수단으로 일반교통방해죄를 적극적으로 활용하는 경향을 보인다. 집회시에 도로를 점거하거나 도로상에서 행진을 한 경우에는 거의 대부분의 경우에 일반교통방해죄를 적용하고 있다. 2009년 민변이 발간한 「촛불백서」에 의하면, 2009.6.15. 기준으로 촛불집회 관련 정식재판사건의 피고인 627명 중 551명(88%)에게 일반교통방해죄가 적용되었다고 한다.<sup>31)</sup>

한편, 2006년부터 2014년 10월까지 경찰에서 일반교통방해죄를 적용하여 송치한 사건의 수는 아래 <표1>과 같다. 일반교통방해죄의 적용건수는 매년 꾸준히 증가하는 추세를 엿볼 수 있다. 다만, 이 통계는 일반교통방해죄가 적용된 전체 사건수이며, 그 중에 집회·시위에 대하여 일반교통방해죄를 적용한 사건의 비중이 얼마나 되는지는 정확하게 파악할 수 없다.

31) 민변, 촛불백서, 2009, 30면. 집시법과 일반교통방해죄가 함께 적용된 피고인이 495명, 일반교통방해죄만 적용된 피고인은 52명이었다. 한편 627명 중 집시법만 적용된 경우는 60명에 불과하였다.

<표1> 2006년부터 연도별 지방청별 현재(2014.10)까지 일반교통방해죄에 따른 사법처리 현황<sup>32)</sup>

연도	계	기 소			불기소	기타
		소계	구속	불구속		
2006년	1,274	991	7	984	277	6
2007년	1,541	1,229	18	1,211	298	14
2008년	1,605	1,256	12	1,244	344	5
2009년	1,903	1,446	6	1,440	447	10
2010년	1,557	1,057	4	1,053	488	12
2011년	1,738	1,175	5	1,170	538	25
2012년	1,964	1,361	9	1,352	573	30
2013년	2,115	1,535	7	1,528	543	37
2014년 (~10월)	1,932	1,424	14	1,410	501	7

(단위 : 명)

수사기관의 입장에서는 집회시위에 대하여 일반교통방해죄를 적용하는 이점이 상당하다. 첫째, 집시법위반의 혐의만 적용하는 경우에 비해 일반교통방해죄를 적용하면 높은 형량을 확보할 수 있어 시민들에게 미치는 위축효과가 상당할 뿐만 아니라, 일반교통방해죄가 공공의 안전을 해치는 범죄로서의 성격을 지니고 있기 때문에 집회시위에 대하여 ‘중대한 공익침해 범죄’라는 사회적 낙인을 찍는데 용이하다.<sup>33)</sup> 둘째, 일반교통방해죄를 적용하면 집회시위의 주축자뿐만 아니라 모든 단순 참가자에 대해서도 강력한 형사법적 통제를 가할 수 있는 무기가 된다. 이는 당시 이명박 정부의 - 물론 현재 박근혜 정부도 같은 기초를 유지하고 있다 - “떼범청산”, “무관용주의”의 기초를 적극 반영한 것이기도 하다.<sup>34)</sup> 셋째, 집시법상 단순참가자는 ‘폭력집회

32) 이 통계는 2014년 11월 정청태 의원실이 국정감사에서 경찰청으로부터 제출받은 통계이다. 정청태 의원실에서는 일반교통방해죄 혐의로 송치된 사건 중 집회시위에 적용된 사건의 통계를 요구하였으나, 경찰청은 집회시위에 일반교통방해죄가 적용된 사건만 따로 분류하여 통계를 낼 수 없다는 이유로 일반교통방해죄 전체통계만을 제공했다.

33) “형법 제185조 일반교통방해, 고친다고 될까”, 인권오름 제258호(2011.7.5.자).

34) 이명박 정부는 출범초기부터 이미 소위 ‘법질서 정책’을 매우 강력하게 표방한 바 있고, 특히 2008년 촛불집회가 한창일 무렵, 검찰은 2008년 5월 27일 대검찰청 공안부 주제로 열린 「미국산 쇠고기 수입반대 불법집단

임을 말면서 참가한 경우’, ‘폭력행위에 직접 가담한 경우’, ‘금지통고된 옥외집회임을 알면서 참가한 경우’ 등에서 처벌되는데, 그 법정형이 상당히 낮은 수준이어서 형사소송법상 원칙적으로 현행법체포의 대상이 되지 않는다. 하지만 일반교통방해죄를 적용하면 현행법체포가 얼마든지 가능하다.<sup>35)</sup>

야간시위에 관한 헌법재판소의 한정위헌 결정<sup>36)</sup> 이후에 2008년 촛불집회 참가자들에 대한 재판이 다시 진행되고 있다. 그 대부분의 재판에서 일반교통방해죄(+24시를 넘은 야간시위)의 유죄판결이 나오고 있는 상황이다. 판결은 기계적이다. 자정을 넘은 시간에 당시 연일 집회시위가 개최되었던 세종로 주변, 청와대 인근 등지의 도로 상에서 집회시위에 참가한 사실만 확인되면 일반교통방해죄의 유죄가 선고되고 있다. 이 상황을 범해석논리로 돌파해 보려고 시도하는 것이 이 글의 목적이다.

## II. 판례에 나타난 일반교통방해죄의 적용논리와 그 문제점

### 1. 집회시위에 대한 일반교통방해죄의 적용논리

집회·시위에 대하여 일반교통방해죄를 적용하는 판례의 논리는 아래의 대법원 판결에 집약되어 있다 :

「구 집회 및 시위에 관한 법률(2007.5.11. 법률 제8424호로 전문 개정되기 전의 것) 제6조 제1항 및 입법 취지에 비추어, 적법한 신고를 마치고 도로에서 집회나 시위를 하는 경우 도로의 교통이 어느 정도 제한될 수밖에 없으므로, 그 집회 또는 시위가 신고된 범위 내에서 행해졌거나 신고된 내용과 다소 다르게 행해졌어도 신고된 범위를 현저히 이탈하지 않는 경우에는, 그로 인하여 도로의 교통이 방해받았다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 형법 제185조의 일반교통방해죄가 성립한다고 볼 수 없다. 그러나 그 집회 또는 시위가 당초 신고된 범위를 현저히 이탈하거나 구 집회 및 시위에 관한 법률(2007.5.11. 법률 제8424호로 전문 개정되기 전의 것) 제12조에 의한 조건을 중대하게 위반하여 도로 교통을 방해함으로써 통행을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 하는 경우에는 일반교통방해죄가 성립한다.」<sup>37)</sup>

대법원에 의하면, 일반교통방해죄는 “일반 공중의 교통안전을 그 보호법익으로 하는

행동 관련 유관기관협의회」에서 “명백한 불법·폭력집회에 대해서는 ① 무관용 ② 무폭력 ③ 무질서 추방의 3무 원칙”을 관철하겠다고 하면서, “폭력·불법 집회시위의 주동자 및 배후사범에 대해 끝까지 추적, 처벌함으로써, 불법행위의 반복 악순환 근절”의 방침을 밝히기도 하였다. 대검찰청, 「최근 불법집단행동 관련 유관기관협의회 개최」(2008.5.28.)

35) 한인섭, “일반교통방해죄와 집회시위에의 그 적용을 둘러싼 문제”, 형사법연구 제21권 제1호, 2009, 368면. 그리고, 일반교통방해죄의 적용 실태에 대해서는, 신은영, “집회·시위에 대한 형법 제185조(일반교통방해죄) 적용의 문제점”, 안암법학 제37권, 2012, 299-305면 참조.

36)

37) 대법원 2008.11.13. 선고 2006도755 판결.

범죄로서 옥로 등을 손괴 또는 불통케 하거나 기타의 방법으로 교통을 방해하여 통행을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 하는 일체의 행위”를 처벌하는 구성요건이다.<sup>38)</sup> 이에 따라 참가자들이 도로에서 집회·시위를 하는 경우에 그로 인하여 ‘통행 불가능 또는 현저한 곤란’에 해당하면 ‘일단은’ 일반교통방해죄의 구성요건해당성을 인정하는 데에서 출발한다. 그리고나서 위법성조각 여부를 검토하는 수순을 밟는다. 집회·시위가 집시법상 허용되는 범위 안에 있는 경우에는 위법성이 조각된다는 논리이다.

이러한 논증구도는 일반교통방해죄에 관한 헌법재판소의 합헌결정에서도 확인되고 있다: “교통의 안전을 위협하고 공공의 평화를 해치는 등 제3자의 수인한도를 벗어나거나 집단적인 폭력 등의 행사로 집회의 자유에 의하여 더 이상 보호될 수 없는 집회 또는 시위로 인한 교통방해를 다른 일반적인 교통의 방해와 마찬가지로 형사처벌하는 것은 집회의 자유의 제한에 관한 문제를 발생시키지 않는다고 할 것이고, 다른 한편 교통방해가 헌법상 보장되는 집회의 자유에 의하여 국가와 제3자에 의하여 수인되어야 할 것으로 인정되는 범위라면, 즉 집회의 자유의 행사로 인하여 필연적으로 발생하고, 회피되기 어려운 일정한 교통의 방해의 경우는 사회상규에 반하지 아니하는 행위로서 위법성이 인정될 수 없고, 이 사건 법률조항에 의한 형사처벌의 대상이 될 수 없으므로 집회의 자유의 실질적 침해문제가 발생하지 않는다.”<sup>39)</sup>

대법원판례의 논증구도는 결국 다음과 같은 도식을 정립한다: [① 도로에서의 집회·시위는 통행을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 하는 경우에는 일반교통방해죄의 구성요건에 해당한다. ② 집시법상 적법한 집회·시위로서의 요건을 갖춘 경우에는 위법성이 조각된다.]

### 2. 문제제기

이러한 판례의 해석론은 평화적인 집회의 자유를 보장한 헌법이념에 비추어 볼 때 심각한 문제를 안고 있다. 후술하는 바와 같이, 판례는 집회시위의 경우에도 일반교통방해죄의 적용에 아무런 장애가 없다고 보는 한편으로, 일반교통방해죄는 추상적 위험범이라는 이유로 그 성립범위를 매우 넓게 인정하고 있다. 그렇기 때문에 도로상에서 행해지는 대규모의 집회시위는 ‘원칙적으로’ 일반교통방해죄의 구성요건에 해당하게 되며, 대법원이 명시적으로 언급하는 것처럼, 집회시위가 집시법상 신고한 범위

38) 대법원 2007.12.14. 선고 2006도4662 판결; 대법원 1995.9.15. 선고 95도1475 판결 등.

39) 헌재 2010.3.25. 선고 2009헌가2 결정. 또한 같은 취지로, 2013.6.27. 선고 2012헌바194 결정.

내에서 이루어진 경우 또는 신고범위를 현저히 일탈하지 않은 경우에 한하여 위법성이 조각될 수 있을 뿐이다. 이렇게 되면, 아무리 평화적인 집회시위라 할지라도 집시법상의 적법성 요건을 갖추지 못하면 집회시위 참가자들에 대해 일반교통방해죄로 처벌이 가능해진다.

결국 헌법이 보장하는 ‘평화적’ 집회의 자유는 사라지고, 집회의 자유는 ‘집시법상의 적법한’ 집회의 자유로 축소·왜곡되어 버리는 것이다. 아무리 평화적으로 개최되는 집회시위라 할지라도, 집시법상 신고하지 않았다는 이유로 혹은 신고범위를 현저히 일탈하였다는 이유로, 혹은 24시를 넘긴 야간시위였다는 이유, 집회금지장소의 집회라는 이유 등으로 집시법상 적법한 집회시위로 인정받지 못하는 순간, 그 집회시위에 대해서는 일반교통방해죄를 적용하여 모든 참가자들을 처벌할 수 있기 때문이다. 이러한 논리는 근본적으로 평화적인 집회의 자유를 기본권으로 보장한 헌법의 이념과 양립할 수 없다.

이러한 상황은 부분적으로는 일반교통방해죄의 일반적인 적용범위가 지나치게 광범위하다는 점에서 연유하는 것이기도 하다. 그렇다면, 일반교통방해죄의 구성요건요소에 대한 제한적인 해석을 통해서 집회시위에 대해서는 일반교통방해죄를 적용할 수 없다는 결론에 도달할 가능성이 있는지를 먼저 검토할 필요가 있다. 이어서 집회의 자유라는 기본권 행사에 대하여 일반교통방해죄를 적용하는 것의 근본적인 문제를 지적하고 극복방안을 시도해 보려고 한다.

### III. 일반교통방해죄의 대법원 해석론 비판 및 제한적 해석의 시도

#### 1. 보호법익과 보호정도

대법원 판례에 의하면, 일반교통방해죄의 보호법익은 ‘일반 공중의 교통안전’이라고 한다. 학계에서는 판례처럼 일반교통방해죄의 보호법익에 대해 ‘공중의 교통안전’이라고 해석하는 견해도 있지만, 다수설은 ‘공중의 교통안전 + 사람의 생명·신체·재산의 안전’이라고 본다. 그리고 보호정도와 관련하여 판례와 통설은 추상적 위험범으로 보며,<sup>40)</sup> 소수설로는 구체적 위험범으로 해석하는 입장<sup>41)</sup>과 침해범으로 보는 입장<sup>42)</sup>

40) 대법원 2007.12.14. 선고 2006도1662 ; 대법원 2005.10.28. 선고 2004도7545 판결. 김일수/서보학, 새로 쓴 형법각론(제7판), 490면 ; 이재상, 형법각론, 29/7 ; 임응, 형법각론(제3전정판), 604면 ; 정영일, 형법각론(개정판), 515면.

41) 배종대, 형법각론(제7전정판), 658면 ; 신은영, 앞의 글, 320면 ; 김태명, “위험범의 문제점과 제한적 해석·적용”, 동아법학 제51호, 2011, 124면.

이 있다.

판례의 입장에 대해서는, 일반교통방해죄의 보호법익을 오로지 ‘공중의 교통안전’이라고 하면 일반교통방해죄가 도로교통법과 같은 성질을 갖는데 불과하다는 비판이 제기된다.<sup>43)</sup> 일반교통방해죄의 공공위험범으로서의 성격을 고려하면 보호법익을 ‘공중의 교통안전 + 사람의 생명·신체·재산의 안전’이라고 해석해야 한다는 것이다. 일리있는 주장이다. 일반교통방해죄의 보호법익을 단순히 ‘공중의 교통안전’이라고 하면 교통소통을 방해하는 일체의 행위를 교통방해죄로 취급함으로써 가벌성이 지나치게 확대될 위험이 있다. 더구나 본죄의 구성요건이 ‘기타 방법’이라는 포괄적인 개념을 사용하고 있다는 점까지 감안하면 가벌성 확대의 위험은 매우 커진다.

그런데 보호법익을 무엇으로 파악하느냐보다 더욱 중요하고 결정적인 쟁점은 일반교통방해죄의 실행행위인 ‘교통방해’를 어떻게 해석하느냐의 문제이다. 이는 보호법익의 논란과 부분적으로는 논리적 상관성을 지니고 있지만, 필연적인 것은 아니다. 다만, 보호법익을 ‘공공의 교통안전 + 사람의 생명·신체·재산의 안전’이라고 하면, 일반교통방해죄의 실행행위가 단순한 교통방해를 넘어 ‘사람의 생명·신체·재산에 대한 위험’을 발생케 하는 행위의 속성을 지니는 경우로 한정된다는 제한해석을 도출하기가 좀 더 수월해진다.

#### 2. 구성요건행위인 “교통방해”의 의미

##### 가. ‘교통의 안전’과 ‘교통의 방해’

1) 판례에 의하면, ‘교통방해’란 위의 ‘손괴·불통·기타 방법’에 의하여 “도로교통을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 것”을 말한다. 일반교통방해죄는 추상적 위험범이기 때문에 교통을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 상태가 발생하면 기수가 되며, 교통방해의 결과가 현실적으로 발생해야 하는 것은 아니라고 한다.<sup>44)</sup> 이는 추상적 위험범 논리에 입각한 전형적인 해석론이다. 그런데, 교통방해의 의미에 관한 판례의 해석은 심각한 문제가 있는 것으로 보인다.

42) 오영근, 형법각론(제2판), 654면.

43) 김태명, “위험범의 문제점과 제한적 해석·적용”, 동아법학 제51호, 2011, 120면 ; 신은영, 앞의 글, 320면.

44) 대법원 2007.12.14. 선고 2006도4662 : “일반교통방해죄는 이른바 추상적 위험범으로서 교통이 불가능하거나 또는 현저히 곤란한 상태가 발생하면 바로 기수가 되고 교통방해의 결과가 현실적으로 발생하여야 하는 것은 아니다.”

일반교통방해죄가 실제 적용되는 사례들을 보면, 교통방해는 ‘교통의 원활한 소통을 방해한다’는 의미로 적용되고 있다. 대법원 판례의 대표적인 예[인천공항 불법주차 사례]45)를 들어보면, “피고인이 2008.9.16. 16:15경 인천국제공항여객터미널 1층 5A번 버스정류장 앞 노상에서, 공항리무진 버스 외의 다른 차의 주차가 금지된 구역에 카니발 밴 차량을 40분 가량 세워두고 고객 영업을 하는 방법으로 그 곳을 통행하는 버스의 교통을 곤란하게 함으로써 육로의 교통을 방해하였다고 하여 형법 제185조의 일반교통방해죄로 제기된 공소사실에 대하여, 피고인이 카니발 밴 차량을 40분 가량 주차한 장소는 위 여객터미널 도로 중에서 공항리무진 버스들이 승객들을 승·하차시키는 장소로서 일반 차량들의 주차가 금지된 구역이기는 하지만 위와 같이 주차한 장소의 옆 차로를 통하여 다른 차량들이 충분히 통행할 수 있었을 것으로 보이고, 피고인의 위와 같은 주차행위로 인하여 공항리무진 버스가 출발할 때 후진을 하여 차로를 바꾸어 진출해야 하는 불편을 겪기는 하였지만 통행이 불가능하거나 현저하게 곤란하지는 않았던 것으로 보인다”고 하면서 일반교통방해죄의 성립을 부정하였다. 이 판결의 결론은 동의할 수 있다. 하지만, 그 논거를 보면 대법원은 교통방해의 의미를 ‘통행에 불편을 주는 정도’로 치환하여 그것이 ‘통행을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 하는 경우’에 해당하는지를 판단한다. 판례에 의하면, 결국 일반교통방해죄의 성립여부는 ‘도로통행의 불편 초래의 정도’에 의하여 좌우되는 꼴이 된다.

또 다른 판례로, “판도 3개 차로 중 길가 쪽 2개 차로를 차지하는 포장마차를 설치하고 영업을 하였다면 비록 그와 같은 행위가 주로 주간에 비하여 차량통행이 적은 야간에 이루어진 것이라고 하더라도 그로 인하여 이 사건 도로의 교통을 방해하여 차량통행이 현저히 곤란한 상태가 발생하였다고 하지 않을 수 없고, 이 사건 도로를 통행하는 차량이 나머지 1개 차로와 반대편 차로를 이용할 수 있었다고 항 피고인들의 행위가 일반교통방해죄에 해당하지 않는다고 볼 수도 없다.”46)고 한 사례도 마찬가지이다.

대법원의 이러한 해석론은 헌법재판소도 동의하는 것으로 보인다. 헌법재판소는 일반교통방해죄의 합헌결정에서 “교통방해는 교통을 불가능하게 하는 경우뿐 아니라 교통을 현저하게 곤란하게 하는 경우도 포함하고, 현실로 교통이 방해된 일이 있거나 공공의 위험이 발생하는 등 구체적으로 어떤 결과가 생긴 것을 필요로 하지 않는다.”고 판시한 바 있다.47)

45) 대법원 2009.07.09. 선고 2009도4266 판결.

46) 대법원 2007.12.14. 선고 2006도4662 판결.

47) 헌법재판소 2010.3.25. 선고 2009헌가2 결정.

2) 일반교통방해죄를 추상적 위험범으로 보더라도, - 침해범으로 해석하는 경우에 마찬가지로 - ‘교통방해’라는 실행행위는 그 보호법익에 비추어 제한적으로 해석되어야 한다. ‘교통의 안전’과 ‘교통의 원활한 소통 내지 장애없는 통행’은 개념적으로 완전히 다르다. 일반교통방해죄의 보호법익인 ‘공중의 교통안전’은 교통사고로 인하여 발생할 수 있는 생명·신체·재산에 대한 침해의 위험으로부터의 안전을 의미한다고 보아야 한다. 그렇게 해석하지 않으면 일반교통방해죄는 도로교통법상의 위반행위와 질적으로 구별되지 않는다는 문제가 발생한다.

도로교통법의 입법목적은 “도로에서 일어나는 교통상의 모든 위험과 장애를 방지하고 제거하여 안전하고 원활한 교통을 확보함”에 있다(동법 제1조). 도로교통법에는 일반교통방해죄와 유사한 처벌규정이 다수 존재한다. 예를 들어, 도로에서의 집회시위에 참가한 자에 대해서는 도로교통법상 “도로에서 교통에 방해되는 방법으로 눕거나 앉거나 서있는 행위”(동법 제68조 제3항 제2호)의 금지규정을 적용할 수도 있다. 그 실질은 일반교통방해죄를 적용하는 것과 다르지 않은 반면에, 양죄의 법정형은 엄청난 차이를 보인다.

금지행위	처벌규정
제68조(도로에서의 금지행위 등) ① 누구든지 함부로 신호기를 조작하거나 교통안전시설을 철거·이전하거나 손괴하여서는 아니 되며, 교통안전시설이나 그와 비슷한 인공구조물을 도로에 설치하여서는 아니 된다. ② 누구든지 교통에 방해가 될 만한 물건을 도로에 함부로 내버려두어서는 아니 된다. ③ 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다. 1. 술에 취하여 도로에서 갈팡질팡하는 행위 2. 도로에서 교통에 방해되는 방법으로 눕거나 앉거나 서있는 행위 3. 교통이 빈번한 도로에서 공놀이 또는 썰매타기 등의 놀이를 하는 행위 4. 돌·유리병·숯조각이나 그 밖에 도로에 있는 사람이나 차마를 손상시킬 우려가 있는 물건을 던지거나 발사하는 행위 5. 도로를 통행하고 있는 차에서 밖으로 물건을 던지는 행위 6. 도로를 통행하고 있는 차에 뛰어오르거나 매달리거나 차에서 뛰어내리는 행위 7. 그 밖에 지방경찰청장이 교통상의 위험을 방지하기 위하여 필요하다고 인정하여 지정·공고한 행위	제152조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 1년 이하의 징역이나 300만원 이하의 벌금에 처한다. 4. 제68조제2항을 위반하여 교통에 방해가 될 만한 물건을 함부로 도로에 내버려둔 사람
	제153조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 6개월 이하의 징역이나 200만원 이하의 벌금 또는 구류에 처한다. 6. 제68조제1항을 위반하여 함부로 교통안전시설이나 그 밖에 그와 비슷한 인공구조물을 설치한 사람
	제157조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 20만원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료에 처한다. 4. 제68조제3항을 위반하여 도로에서의 금지행위를 한 사람

한편, 우리나라의 일반교통방해죄와 유사한 독일형법 제315b조를 참고해 볼만하다. 조문은 이렇하다 :

독일형법 제315b조 (도로교통에서의 위험한 침해)

- ① 1. 교통시설 또는 자동차를 파괴, 손상 또는 제거하거나
  2. 장애를 설치하거나
  3. 이와 유사하게 동일한 정도의 위험한 개입행위(Eingriff)를 행함으로써 도로교통의 안전을 침해하고, 이로 인하여 타인의 신체나 생명 또는 상당한 가치가 있는 타인의 재물을 위태롭게 한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
- ②~⑤ (생략)

독일 형법 제315b조는 독일의 통설<sup>48)</sup>에 의하면 3단계의 구조를 지니고 있다고 한다. [①제1항 제1호 내지 제3호의 행위 → ② 그로 인한 교통안전의 침해 → ③ 생명·신체·재산에 대한 구체적 위험의 발생]. 독일 형법의 이 규정은 ‘생명·신체·재산에 대한 구체적 위험의 발생’을 요건으로 하고 있기 때문에 구체적 위험범으로 해석된다는 점에서 우리 형법의 일반교통방해죄와는 좀 성격이 다르다고 말할 수 있다. 그런데 여기에서 ‘교통안전의 침해’는 제1호 내지 제3호의 행위에 의하여 야기된 ‘결과’를 의미한다. 그 해석에 관해서는, 교통상의 일반적인 위험이 야기된다는 의미로 해석하기도 하고,<sup>49)</sup> 구체적인 위험상태를 초래하는 것이라고 해석하는 입장<sup>50)</sup> 등이 미묘하게 나뉘어 있다. 어쨌든 독일 형법 제315b조에서 ‘교통안전의 침해’는 도로교통상에서 교통사고 등의 위험이 발생할 수 있는 상태를 초래한다는 점에서 대법원이 교통방해를 교통의 원활한 흐름으로 해석하는 것과는 근본적으로 다르다는 것을 알 수 있다. 이로써 독일 형법 제315b조는 독일의 도로교통법상의 규제와 질적으로 다른 공공위험범죄의 성격이 분명히 드러나고 있다.

반면에, 우리 형법상 일반교통방해죄는 - 방화와 실화의 죄(형법 제13장), 일수와 수리에 관한 죄(제14장, 폭발물에 관한 죄(제6장) 등과 더불어 - 공공의 안전을 보호하기 위한 공공위험범이라고 하면서도 실제 일반교통방해죄의 실행행위는 도로교통법의 보호법익인 ‘원활한 교통의 보장’ 수준으로 해석·적용되고 있는 상황이다.

3) 따라서 일반교통방해죄의 공공위험범의 성격을 분명히 하기 위해서, 단지 보호법익을 ‘공공의 교통안전 + 사람의 생명·신체·재산의 안전’이라고 본다고 해서 문제

48) König, in : LK-StGB, 12.Aufl., §315b Rn.2 ; Zielchang, in : NK-StGB, 4.Aufl. §315b Rn.3 ; Schönke-Schröder, StGB, §315b Rn.3.

49) König, in : LK-StGB, 12.Aufl., §315b Rn.58.

50) Zielchang, in : NK-StGB, 4.Aufl. §315b Rn.25.

가 자동적으로 해결되는 것이 결코 아니다. 실제 보호법익을 그렇게 이해하는 대부분의 형법교과서들이 교통방해라는 실행행위의 의미에 대해서는 관례의 해석을 무비판적으로 따르는 것을 볼 수 있다. 그러므로 보호법익을 어떻게 이해할 것인가의 논란보다 훨씬 더 중요한 것은 일반교통방해죄의 실행행위인 ‘교통방해’를 ‘교통의 안전을 침해하는 행위’로 해석해야 한다는 점이다. 그 근거는 다음과 같다.

첫째, 도로교통의 원활한 소통이라는 이익도 나름대로 중요하겠지만, 교통사고의 위험성을 유발하는 행위가 아니라 단지 교통의 막힘을 유발하는 행위는 도로교통법에서 질서위반행위 정도로 규율하면 충분하다.<sup>51)</sup> 그러한 행위를 ‘10년 이하의 징역’에 처할 만큼 중대한 범죄로 규율하는 것은 형벌권의 남용이다. 이는 책임주의 및 비례성원칙을 위반한 해석이다.

둘째, 형법이 일반교통방해죄 구성요건 외에 교통방해치사상죄(제188조) 및 과실에 의한 교통방해죄(제189조)도 규정하고 있다는 점을 주시할 필요가 있다. 이러한 규정들의 체계적인 해석의 관점에서 볼 때, 형법 제15장 ‘교통방해의 죄’의 보호법익인 ‘교통의 안전’은 최소한 사람의 생명, 신체 및 재산에 대한 침해의 위험을 전제로 한 것으로 해석해야 마땅하다. 일부에서는 결과적 가중범인 교통방해치사상죄의 경우에 결과적 가중범이 성립하기 위해서는 기본범죄에 내포된 전형적인 위험이 실현되는 경우여야 하는데, 단순한 교통방해행위에는 사상의 결과발생의 위험이 내포되어 있다고 볼 수 없으므로 교통방해치사상죄는 폐지하는 것이 타당하다고 주장하기도 한다.<sup>52)</sup> 그러나 이 논증은 거꾸로 되어야 맞다. 입법자가 형법에 교통방해치사상죄를 둔 것은 교통방해행위가 사람의 생명이나 신체에 대한 위험발생을 전형적으로 내포한 행위라는 전제에 입각한 것으로 보아야 한다. 따라서 일반교통방해죄의 구성요건 행위는 사람의 생명이나 신체에 대하여 위험을 발생시킬 수 있는 전형적인 행위로 국한하여 해석하는 것이 형법상 교통방해죄의 전체적인 구성요건체계에 보다 부합하는 해석이다.

또한 과실에 의한 교통방해죄가 규정되어 있다는 점에서도 교통방해행위는 단순히 교통의 흐름을 방해하는 행위가 아니라 교통의 안전상 생명이나 신체 또는 재산에 위험을 초래하는 행위로 국한하여 해석해야 한다. 그렇게 해석하지 않고 고의범인 일반교통방해죄에 대해 교통의 소통을 방해하는 행위가 모두 이에 해당하는 것으로 해석한다면 과연 과실에 의한 교통방해란 어떠한 경우인지 상정하기 어려울 뿐만 아니라 그러한 과실행위까지 형법이 처벌할 이유는 없다고 보아야 한다.

51) 한인섭, “일반교통방해죄와 집회시위에의 그 적용을 둘러싼 문제”, 형사법연구 제21권 제1호, 2009, 363면.

52) 이재상, 형법각론, 29/5 ; 원혜옥, “공공의 안전과 평온에 대한 죄 규정의 개정방안”, 형법개정연구회(편), 「형사법개정연구(IV) - 형법각칙 개정안」, 한국형사정책연구원 연구보고서, 2009, 371면.

셋째, 일반교통방해죄가 추상적 위험범이라는 이유로 보호법익이 교통안전이라는 점을 무시하면서 교통방해를 ‘교통의 원활한 흐름’이라는 식으로 넓게 해석하는 것이 정당화될 수는 없다. 추상적 위험범이건 구체적 위험범이건 간에 구성요건요소의 해석은 보호법익과의 연관성 하에서 이루어져야 하며, 단지 추상적 위험범 구성요건의 경우에는 보호법익에 대한 현실적 위험발생을 요건으로 하지 않는다는 점에서만 구별될 수 있는 것뿐이다. 추상적 위험범이라 하여 ‘교통의 안전’을 ‘교통의 원활한 소통’으로 변질시키는 것이 정당화될 수는 없다.

4) 이러한 해석을 집회시위의 사례에 적용해 보면, 집회시위를 하다가 도로를 점거하게 된 경우에 그러한 도로점거행위로 인하여 도로교통의 소통이나 흐름이 방해되었다고 하더라도 그것만으로 일반교통방해죄에 해당한다고 볼 수는 없다. 위에서 전개한 교통방해 행위의 해석에 의하면, 교통의 원활한 흐름을 방해하였는가가 중요하게 아니라, 교통의 안전에 상당한 위험을 야기하는 행위가 있었는가가 여부가 일반교통방해죄의 적용 여부를 구별짓는 결정적인 기준이 된다. 집회시위에 가담한 사람들이 기습적으로 도로에 뛰어들어 지나던 차량이 급제동을 하게 만드는 경우에는 예외적으로 차량운전자의 생명이나 신체에 대한 위험을 발생시킬 수 있는 행위이기 때문에 일반교통방해죄에 해당할 소지가 있을 수도 있지만, 그렇지 않고 평온한 가운데 도로를 점유하는 집회시위의 경우에는 차량운전자의 생명이나 신체에 대하여 어떠한 위험도 야기하지 않는 행위로서 일반교통방해죄에 해당하지 않는다고 보아야 한다.

## 나. ‘교통외적인 개입’

1) 독일에서 형법 제315b조는 “외부로부터” 교통안전을 침해하는 행위를 규율하는 조문으로 해석되고 있다. 독일의 판례와 학설은 자동차의 파괴(제1항 제1호), 장애의 설치(제1항 제2호), 기타 이와 동등한 정도의 위험한 개입행위(제1항 제3호)는 원칙적으로 “교통외적인 개입행위(Verkehrsfremde Außeneingriffe)”에 적용된다고 본다.<sup>53)</sup> 이렇게 해석하는 이유는 도로교통법(StVO) 및 형법 제315c조와의 체계적 해석 필요성 때문이다. 도로교통에 참여하는 자가 교통에서 통상적으로 할 수 있는 정도의 위반행위에 대해서는 도로교통법이 적용되고, 그러한 행위를 통하여 타인의 생명, 신체나 재산에 대하여 구체적인 위험을 발생시킨 경우는 독일 형법 제315c조가 적용된다. 따라서 제315b조는 도로교통상 통상적이지 않은 즉 “외부적인 개입행위”

에 대해서 적용된다. 예를 들어, 도로에 날카로운 철사줄을 놓거나 어떤 물체를 던지거나 바리케이트를 설치하는 행위 등이 전형적인 예가 된다. 반면에, 도로교통에 참여하는 자가 통상적인 운행방법을 사용한 경우는 원칙적으로 제315b조의 적용대상이 아니지만, 독일의 판례와 통설은 예외적으로 “상해의 고의”라든가 “현저한 개입” 등의 엄격한 요건 하에서 제315b조를 적용하고 있다. 이를 “교통에 적대적인 내적 침해(verkehrsfreundlicher Inneneingriff)”라고 부른다. 타인에게 상당한 위협을 주는 위험운전을 한 경우가 이에 해당한다.<sup>54)</sup>

이 글에서 이에 관한 독일 형법학계의 논의를 상세하게 다룰 필요는 없을 것이다. 다만, 일반교통방해죄를 집회시위에 적용하는 문제와 관련하여 약간의 참고가 될 수 있는 것은 사람 내지 보행자가 ‘장애의 설치’(제1항 제2호)의 행위로서 “외부적 개입행위”로 평가될 수 있는가 여부의 문제는 언뜻볼 가치가 있다.

2) 사례 하나. 독일 뮌헨에서 한 시민이 ‘자동차없는 도시’를 주창하면서 매우 통행량이 많은 도로 - 안개가 낀 어두운 밤에 - 를 걸어간 사건이 있었다. 이 사건에서 독일 연방대법원은 그 보행자를 도로교통의 “외적 개입행위”가 아니라 교통의 공간 내에 참여하면서 단지 규칙위반행위를 한 것으로 보았다.<sup>55)</sup> 이처럼 “교통에 적대적인 내적 침해”의 유형으로서 제315b조(제1항 제2호의 장애의 설치)에 해당하는가가 문제되었는데, 독일 연방대법원은 “현저한 개입”의 정도에 이르지 않았다고 하면서 무죄를 선고하였다.<sup>56)</sup>

3) 우리나라 사례 하나. “피고인 등 약 600명의 노동조합원들이 차도만 설치되어 있을 뿐 보도는 따로 마련되어 있지 아니한 도로 우측의 편도 2차선의 대부분을 차지하면서 대오를 이루어 행진하는 방법으로 시위를 하고 이로 인하여 나머지 편도 2차

54) 우리나라 판례에서 이에 해당하는 사례가 있다. 피고인이 고속도로 2차로를 따라 자동차를 운전하다가 1차로를 진행하던 갑의 차량 앞에 급하게 끼어들 후 곧바로 정차하여, 갑의 차량 및 이를 뒤따르던 차량 두 대는 연이어 급제동하여 정차하였으나, 그 뒤를 따라오던 을의 차량이 앞의 차량들을 연속적으로 추돌케 하여 을을 사망에 이르게 하고 나머지 차량 운전자 등 피해자들에게 상해를 입힌 사안에서, 대법원은 편도 2차로의 고속도로 1차로 한가운데에 정차한 피고인은 현장의 교통상황이나 일반인의 운전 습관·행태 등에 비추어 고속도로를 주행하는 다른 차량 운전자들이 제한속도 준수나 안전거리 확보 등의 주의의무를 완전히 다하지 않을 수도 있다는 점을 알았거나 충분히 알 수 있었으므로, 피고인의 정차 행위와 사상의 결과 발생 사이에 상당인과 관계가 있고, 사상의 결과 발생에 대한 예견가능성도 인정된다는 이유로, 피고인에게 일반교통방해치사상죄를 인정한 원심판단이 정당하다고 하였다. 대법원 2014.07.24. 선고 2014도6206 판결

55) BGHSt 41, 231면 이하.

56) 이에 대해서는 독일 학계에서 비판적 견해가 우세하다고 한다. Zielchang, in : NK-StGB, 4.Aufl. §315b Rn.20.

53) König, in : LK-StGB, 12.Aufl., §315b Rn.27ff.

선으로 상, 하행차량이 통행하느라 차량의 소통이 방해되었다 하더라도 피고인 등의 시위행위에 대하여 일반교통방해죄를 적용할 수 없다”<sup>57)</sup>고 한 판례가 있다. 왜 일반교통방해죄의 성립을 부정했는지 판례의 정확한 논거는 판결문에 드러나 있지 않다. 다른 판례에 비추어 보면, 편도 2차선을 차지하면서 행진한 것은 “통행을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 할 정도”에 해당한다고 보게 될 것이다. 그런데 이 사례에서 대법원은 일반교통방해죄의 성립을 부정하였는데, “인도가 따로 없는 도로”라는 점을 고려한 것이 아닌가 추측된다.

우리의 경우 독일에서와 같은 “외적 개입”과 “내적 개입”을 구별하는 논의가 전개된 적은 없다. 그런데 공공위험범으로서 일반교통방해죄와 질서위반행위로서 도로교통법 위반을 구별해야 한다는 점에서 보면, 일반교통방해죄의 경우에 원칙적으로 “외적 개입행위”에 의하여 도로교통의 안전을 위협하는 행위로 한정하는 해석은 유용할 수 있다. 위 사례는 이에 해당하는 전형적인 사례로 평가할 수도 있을 듯하다.

이 사례에 비추어 볼 때, 차도와 인도가 구분되어 있는 도로에서 사람이 도로 위에서 서거나 앉거나 걸어가거나 행위가 일반교통방해죄에 해당할 수 있는가에 대하여 곧바로 어떤 결론이 도출될 것 같지는 않다. 다만, 일반교통방해죄를 “외적 개입행위”로 한정하는 해석(이에 더하여 내적 침해행위는 엄격한 요건 부과)을 동원한다면, 도로 위의 사람은 “그 자체로서” 일반교통방해죄의 성립에서 제외하는 제한적인 해석이 충분히 가능할 것이다.

### 3. 사례로서 “경찰이 사전에 교통을 통제 한 도로에서의 집회시위”

1) 2008년 촛불집회 당시에는 집회참가자들이 도로를 점거하기 전에 이미 경찰이 차벽을 설치하고 차량을 우회시키는 방법으로 차량통행을 차단한 경우가 많다. 이처럼 경찰의 차량통제조치로 도로가 텅비어 있는 경우에도 현재 법원들은 그 도로 위에서 행해지는 집회시위에 대하여도 일반교통방해죄를 적용하고 있는 상황이다.

일반교통방해죄를 침해범으로 해석하는 견해에 따르면, 현실적인 교통방해의 결과가 발생해야지만 일반교통방해죄가 성립한다. 이 견해에 의할 때, 이미 경찰의 우회조치 등으로 교통이 통제되어 해당 도로에 차량통행이 불가능한 상황이었다면 그 도로상에 서거나 앉거나 이동하는 행위는 그 자체로 어떠한 교통방해의 현실적인 결과를 야기하는 것이 아니기 때문에 일반교통방해죄는 성립하지 않는다고 보아야 한다.

반면에, 판례와 통설처럼 일반교통방해죄를 추상적 위험범으로 해석하는 경우가 문제

된다. 판례는 교통방해의 현실적인 결과발생을 요하지 않는다는 입장이다. 이에 따르면, 설사 경찰에 의하여 사전에 교통이 통제된 공간이라 하더라도 그 도로를 점유하여 집회시위가 개최되었다면 일반교통방해죄를 인정하게 될 것이다.

2) 그러나 그러한 사례에서 일반교통방해죄를 인정하는 것은 해석론으로서 용인하기 어렵다.

첫째, 형법이론상 추상적 위험범은 보호하려는 법익에 대하여 “전형적으로 위험한 행위”를 그 자체로 처벌하는 범죄유형으로서, 여기에서는 구체적인 위험의 발생을 요건으로 하지 않는다.<sup>58)</sup> 그러한 행위가 위험하다는 것은 입법자의 입법동기로서 전제되어 있다고 보기 때문이다. 그런데 추상적 위험범 구성요건의 문언을 그대로 적용하다 보면, 실제로 법익침해의 가능성이 전혀 없는 행위도 구성요건에 포섭될 수 있다. 이는 책임원칙에 위배되는 사태가 된다.<sup>59)</sup> 해당 구성요건이 방지하고자 하는 위험이 전혀 발생할 수 없었던 경우에도 단지 구성요건의 문언에 합치한다는 이유만으로 처벌할 수는 없다고 보아야 하기 때문이다.

독일 학계에서는 이 문제의 해결방안으로 입증의 전환이론, 구체적 위험의 개연성을 요구하는 견해, 과실범과 유사하게 주의의무위반을 요건으로 하자는 견해 등 다양한 견해가 제시되고 있다.<sup>60)</sup>

이와 관련하여 우리나라의 판례 하나를 주목해 볼 필요가 있다. 대법원은 업무방해죄에 관하여 “업무가 현실적으로 방해될 것을 요하지는 않고 ‘업무방해의 결과를 초래할 위험 내지 우려가 있는 상태’가 되면 업무방해죄가 성립한다”는 입장을 취하고 있다. 이는 일반교통방해죄의 경우와 동일한 논리에 입각한 것이다. 그런데 다른 한편으로, 대법원은 위계나 위력이 행사되었다 하더라도 “업무방해의 결과가 발생할 염려가 없으면” 업무방해죄가 성립하지 않는다고 한다 : “업무방해죄의 성립에 있어서는 업무방해의 결과가 실제로 발생함을 요하는 것은 아니고 업무방해의 결과를 초래할 위험이 발생하면 충분하다고 할 것이나, 결과발생의 염려가 없는 경우에는 본 죄가 성립하지 않는다고 할 것이다.”<sup>61)</sup> 대법원의 이와 같은 해석은 “실질적으로 아무런 위험

58) Roxin, Strafrecht AT, §11 Rn.153.

59) 김태명, 앞의 글, 125면 ; Roxin, Strafrecht AT, §11 Rn.153.

60) 이에 대해서는, 박강우, “추상적 위험의 개념과 위험의 추정”, 형사법연구 제10호, 1997 참조.

61) 대법원 2007.4.27. 선고 2006도9028 판결. 사안은 피고인이 피해자가 조경수 운반을 위하여 사용하던 피고인 소유 토지 위의 현황도로에 축대를 쌓아 그 통행을 막은 사안에서, 그 도로폐쇄에도 불구하고 대체도로를 이용하여 종전과 같이 조경수 운반차량 등을 운행할 수 있어 피해자의 조경수 운반업무가 방해되는 결과발생의 염려가 없었다는 이유로 피고인을 업무방해죄로 의율한 원심판결을 파기한 사례이다.

57) 대법원 1992.08.18. 선고 91도2771 판결.



도 발생할 수 없는 사례”에 대하여 구성요건해당성을 부정하는 해석론이다. 추상적 위험범이라고 해서 형식적으로 구성요건에 합치하는 행위만 있으면 무조건 가벌성이 인정되어야 하는 해석은 책임주의와 조화를 이룰 수 없다. 그래서 어떤 행위가 그것에 의해서는 실질적으로 보호법익에 대한 어떠한 위험도 창출할 수 없는 경우에는 구성요건해당성을 부정하는 것이 타당하고, 업무방해죄에 관한 대법원의 해석론은 그 유용한 해석적 지침이 될 수 있다고 생각한다.

## IV. 집회·시위에 대한 일반교통방해죄 적용의 문제점

### 1. 평화적인 집회의 보장이라는 헌법적 기초

#### 가. 기본권의 보호대상으로서 평화적인 집회

헌법이 규정한 집회의 자유가 평화적인 집회의 자유를 보호한다는 점에는 이론이 없다. 헌법재판소는 다음과 같이 말한다: “집회의 자유에 의하여 보호되는 것은 단지 ‘평화적’ 또는 ‘비폭력적’ 집회이다. 집회의 자유는 민주국가에서 정신적 대립과 논의의 수단으로서, 평화적 수단을 이용한 의견의 표명은 헌법적으로 보호되지만, 폭력을 사용한 의견의 강요는 헌법적으로 보호되지 않는다. 헌법은 집회의 자유를 국민의 기본권으로 보장함으로써, 평화적 집회 그 자체는 공공의 안녕질서에 대한 위험이나 침해로서 평가되어서는 아니 되며, 개인이 집회의 자유를 집단적으로 행사함으로써 불가피하게 발생하는 일반대중에 대한 불편함이나 법익에 대한 위험은 보호법익과 조화를 이루는 범위 내에서 국가와 제3자에 의하여 수인되어야 한다는 것을 헌법 스스로 규정하고 있는 것이다.”<sup>62)</sup>

국제인권기준에 의하면, 집회의 자유에서 ‘평화적’이라 함은 “성가시거나 화나게 하는 행위를 포함하며, 심지어 제3자의 활동을 일시적으로 방해·훼방·차단하는 행위까지도 포함하는 것”이다.<sup>63)</sup>

헌법상 집회의 자유의 보호대상인 ‘평화적 집회’라는 것은 집시법상의 적법성 요건을 갖추어야 한다는 의미는 결코 아니다. 그런데 ‘평화적’의 의미에 관하여 헌법재판소

62) 헌법재판소 2003.10.30. 2000헌바67, 83 병합 결정.

63) 유럽안보협력기구 ‘민주제도와 인권 사무소’의 집회의 자유 위원단과 ‘법을 통한 민주주의를 위한 유럽위원회’, 「평화적 집회의 자유에 관한 지침」(제2판), 2010.6.4.

는 “평화적 수단을 이용한 의견의 표명”은 헌법의 보호대상인 반면에, “폭력을 사용한 의견의 강요”는 보호대상이 아니라고 한다. 이러한 설명은 다소간 모호하다.

독일 연방헌법재판소는 강요죄(독일형법 제240조)의 폭행에 해당하는 행위가 있다고 해서 곧바로 ‘비평화적 집회’라고 보아서는 안 되며, 생명·신체·재산에 대한 폭력적 공격의 위험성이 인정되는 행위가 존재하는 경우에만 평화적 집회의 자유의 보호 영역을 벗어나는 것이라고 판시하고 있다.<sup>64)</sup> 또한 집회의 자유는 집단적 표현의 자유로서 그로 인해 발생하는 제3자에 대한 방해효과는 - 그것이 의도된 것이건 아니건 간에 상관없이 - 평화적 집회의 자유의 범위에 속한다. 예를 들어, 집회 참가자들이 건물 출입구의 양 기둥에 쇠사슬로 몸을 묶는 식으로 건물봉쇄를 시도한 경우에도, 그로 인해 타인의·신체·재산에 대한 폭력적 공격행위로 연결되는 것이 아닌 한, ‘평화적’ 집회에 해당한다고 말한다.<sup>65)</sup>

#### 나. 해산명령을 제한적으로 인정하는 대법원 판례의 의미와 시사점

##### 1) 해산명령에 관한 판례들

집시법 규정만 보면, 금지통고된 집회·시위, 24시 이후의 야간시위, 미신고집회·시위 등에 대하여 해산명령이 가능하다(제20조). 경찰의 해산명령은 재량사항으로 규정되어 있지만, 현실에서는 경찰은 집시법위반의 불법집회라는 이유만으로 아무리 평화적으로 진행되더라도 기계적으로 해산명령의 절차를 밟는다.

특히 미신고집회에 대한 경찰의 기계적인 해산명령은 신고제가 협력의무<sup>66)</sup>라는 취지에 부합하지 않는다.<sup>67)</sup> 신고하지 않았다는 이유만으로 평화적인 집회·시위에 대하여 해산명령이 가능하다고 하면 결국은 신고하지 않은 모든 집회·시위를 사실상 금지시키는 효과를 갖고 있기 때문이다. 신고제가 사실상 허가제로 운용되고 있어 위험이라는 점은 별론으로 하고, 신고제의 본래의 취지가 협력의무라고 본다면, 미신고집

64) BVerfG, NJW 1993, 581면.

65) BVerfG, NJW 2002, 1031면.

66) 헌법재판소는 집시법상의 사전신고의 성격에 대하여 “경찰관청 등 행정관청으로 하여금 집회의 순조로운 개최와 공공의 안전보호를 위하여 필요한 준비를 할 수 있는 시간적 여유를 주기 위한 것으로서, 협력의무로서의 신고”라고 하고 있다(헌법재판소 2009.5.28. 선고, 2007헌바22). 또한 문헌에서도, 이회훈, “집회 및 시위에 관한 법률의 헌법적 문제점과 개선방안”, 중앙법학 제9집 제1호, 2007, 105면; 김승환, “집회의 자유”, 민주법학 제16호, 1999, 327면.

67) 이 점은, 이호중, “미신고집회의 금지와 처벌에 대한 형사법적 고찰”, 민주법학 제46호, 2011, 210면.

회라 하더라도 평화적으로 개최되는 집회에 대해서는 해산명령을 할 수는 없다고 해석하는 것이 평화적 집회보호라는 헌법의 이념에 합치한다.

이러한 취지를 반영하여, 대법원은 '신고의 범위를 일탈한 집회'라고 해도 공공의 안녕질서에 대하여 직접적인 위협이 초래된 경우가 아닌 한 경찰의 해산조치는 정당화될 수 없다고 판시<sup>68)</sup>한 데 이어, 최근에는 '금지통고된 집회'와 '미신고집회'의 경우에도 "공공의 안녕질서에 직접적이고 명백한 위협을 초래하지 않는 경우"에는 해산명령불응으로 처벌할 수 없다는 점을 분명히 하였다.<sup>69)</sup> 경찰의 해산명령은 당시의 집회 내지 시위가 공공의 안녕질서에 직접적이고 명백한 위협을 초래하는 경우에만 적법하며, 해산명령의 적법성이 전제된 경우에만 해산명령불응죄의 처벌이 가능하다.

## 2) 일반교통방해죄의 해석에 주는 시사점

여기에서 해산명령에 관한 대법원 판례를 언급하는 이유는, 해산명령에서 관하여 엄격한 요건을 설정한 대법원 판례로부터 일반교통방해죄의 적용에 관련하여 다음의 두가지 해석론적 지침을 얻을 수 있다.

첫째, "공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 명백하게 초래하지 않는 한" 해산명령이 불가능하다는 판례 취지를 뒤집어 보면, 그러한 집회시위는 "보호"되어야 한다는 의미이다. 미신고집회건, 신고범위를 일탈한 집회건, 금지통고된 집회건 상관없이, 평화

적인 집회시위는 그 자체로 보호받아야 함을 대법원 판례는 분명하게 밝히고 있다. 이처럼 '공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 명백하게 초래하지 않는' 평화적인 집회시위에 대하여 그것이 도로상이라는 이유만으로 일반교통방해죄를 적용할 수 있고 그래서 현행법 체포가 가능하다고 하면 이는 난센스일 것이다. 해산명령의 요건이 실제 적용에서 매우 나이브하게 적용된다는 점은 차치하고, 위와 같은 해산명령의 요건에 해당하지 않는 집회시위에 대해서는 일반교통방해죄도 적용할 수 없다고 해석해야 할 것이다. 따라서 대법원이 정립한 해산명령의 요건은 집회시위에 대하여 일반교통방해죄를 적용할 때 중요한 쟁점이 되어야 한다.

둘째, 신고하지 않은 집회시위가 도로상에서 그렇지만 '평화적으로' 진행되는 경우에, 대법원 판례에 의하면 일반교통방해죄의 적용 여부는 명확하지 않다. 일반교통방해죄에 관한 대법원 판례는 '신고된 범위 내의 집회시위'에 대해서는 일반교통방해죄가 성립하지 않으나, '신고범위를 현저히 일탈한 경우' 또는 '집시법 제12조의 교통소통을 위한 조건을 중대하게 위반한 경우'에는 일반교통방해죄가 성립한다는 것을 판시하고 있을 뿐이다. 기존 판례의 논지에 의하면, 도로 위에서 미신고의 집회시위가 있었던 경우에 일반교통방해죄의 적용을 배제할 기준을 도출하기는 어렵다. 그러나 해산명령에 고난한 대법원 판례는 명백하게도 미신고집회에도 적용된다. 따라서 미신고집회가 도로 위에서 행해진 경우에도 그것이 '공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 명백하게 초래하지 않는' 평화적인 집회시위에 해당한다면 일반교통방해죄의 적용은 배제되어야 한다.

68) 대법원 2001.10.9. 선고 98다20929 판결 : "위 집회및시위에관한법률 하에서는 옥외집회 또는 시위가 그 신고사항에 미비점이 있었다거나 신고의 범위를 일탈하였다고 하더라도 그 신고내용과 동일성이 유지되어 있는 한 신고를 하지 아니한 것이라고 볼 수는 없으므로, 관한 경찰관서장으로서는 단순히 신고사항에 미비점이 있었다거나 신고의 범위를 일탈하였다는 이유만으로 곧바로 당해 옥외집회 또는 시위 자체를 해산하거나 저지하여서는 아니 될 것이고, 옥외집회 또는 시위 당시의 구체적인 상황에 비추어 볼 때 옥외집회 또는 시위의 신고사항 미비점이나 신고범위 일탈로 인하여 타인의 법익 기타 공공의 안녕질서에 대하여 직접적인 위협이 초래된 경우에 비로소 그 위협의 방지·제거에 적합한 제한조치를 취할 수 있고, 그 조치는 법령에 의하여 허용되는 범위 내에서 필요한 최소한도에 그쳐야 할 것이다."

69) 대법원 2012.04.19. 선고 2010도6388 전원합의체 판결 : "집회의 자유가 가지는 헌법적 가치와 기능, 집회에 대한 허가 금지를 신중한 헌법정신, 옥외집회 및 시위에 관한 사전신고제의 취지 등을 종합하여 보면, 신고는 행정관청에 집회에 관한 구체적인 정보를 제공함으로써 공공질서의 유지에 협력하도록 하는 데 의의가 있는 것으로 집회의 허가를 구하는 신청으로 변질되어서는 아니 되므로, 신고를 하지 아니하였다는 이유만으로 옥외집회 또는 시위를 헌법의 보호 범위를 벗어나 개회할 수 없는 집회 내지 시위라고 단정할 수 없다. 따라서 집회 및 시위에 관한 법률(이하 '집시법'이라고 한다) 제20조 제1항 제2호가 미신고 옥외집회 또는 시위를 해산명령 대상으로 하면서 별도의 해산 요건을 정하고 있지 않더라도, 그 옥외집회 또는 시위로 인하여 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협이 명백하게 초래된 경우에 한하여 위 조항에 기하여 해산을 명할 수 있고, 이러한 요건을 갖춘 해산명령에 불응하는 경우에만 집시법 제24조 제5호에 의하여 처벌할 수 있다고 보아야 한다." 또한 금지통고된 집회에 대해서도 같은 논리가 적용된다(대법원 2011.10.13. 선고 2009도13846).

## 2. 평화적 집회·시위의 경우 일반교통방해죄 구성요건해당성 배제를 위한 이론적 시도

### 가. 문제제기

앞서 언급한 것처럼, 도로를 점유하게 되는 집회시위가 항상 일반교통방해죄의 구성요건에 해당하고 단지 집회시위의 적법성 여부에 따라 위법성이 조각될 수 있다는 식의 해석론은 분명 문제가 있다. 그것은 평화적인 집회시위의 자유를 보장한 헌법의 정신에 부합하지 않는다.

현재 대법원 및 헌법재판소의 논리에 따르면, 도로를 점거하는 집회시위는 일단 -

대부분의 경우에 - 일반교통방해죄의 구성요건에 해당한다고 전제하기 때문에, 아무리 평화적인 집회시위라 할지라도 집시법상의 요건을 위반한 경우에는 불법집회가 되고 이 경우에는 위법성조각의 여지가 없어 결국 일반교통방해죄로 처벌된다. 집시법 위반으로 인한 제재의 문제는 별론으로 하고, 이러한 법적용은 평화적인 집회시위의 자유를 심각하게 침해하는 결과를 가져온다. 가뜰이나 경찰이 집시법의 신고제도나 금지통고제도 등을 지나치게 엄격하게 적용하고 있는 상황에서, 미신고집회라든가 신고하였더라도 신고의 범위를 일탈한 경우라든가, 집회의 시간·장소의 규제를 위반한 경우 등은 집시법상 불법집회로 간주되는 것이 우리의 현실이다. 도로상의 집회시위가 이처럼 집시법상 불법집회로 간주되는 순간, 그 집회시위 참가자들에게 대해서는 일반교통방해죄가 적용되어 무려 '10년 이하의 징역에 처해질 중범죄'를 저지른 결과가 되는 것이 우리의 현실이다. 이러한 법적용은 헌법이 보장하는 평화적인 집회·시위의 자유를 집시법상의 '적법한' 집회시위의 자유로 왜곡, 축소시켜 버리는 것이며, 도로 위에서의 집회·시위를 중범죄행위로 취급하는 결과가 된다. 헌법적 기본권인 평화적 집회·시위의 자유는 온데간데 없이 사라져 버린다.

문제의 관건은 집시법상 집회·시위의 합법성에 상관없이 집회·시위에 일반교통방해죄를 적용해서는 안 된다는 점이다. 위에서 설명한 바와 같이, 일반교통방해죄의 보호법익을 엄격한 의미에서 교통의 안전으로 해석하면 집회시위는 일반교통방해죄에 해당하지 않는다는 해석이 충분히 가능하다. 그러나 설사 대법원처럼 도로교통의 원활한 흐름을 방해하는 행위를 일반교통방해죄로 포섭하더라도, 최소한 헌법상의 기본권 행사로서 평화적인 집회·시위에 해당하는 한 그로 인해 도로를 점유하는 순간 일반교통방해죄의 구성요건에 해당한다는 식의 해석은 지양되어야 한다.

헌법이 집회시위의 자유를 보장한다는 것은 그 범위에서 통행의 자유나 이동의 자유가 필연적으로 제약되는 결과를 예정하고 있다. 평화적인 집회시위라면 그로 인해 통행상의 불편이 초래되더라도 헌법은 그에 대한 시민의 수인의무를 헌법적 차원에서 예정하고 있는 것이다. 평화적인 집회시위의 자유를 교통소통이라는 법익보다 하위에 놓는 식의 법해석론은 분명히 반헌법적이다.

문제는 이러한 해석을 어떻게 시도해 볼 수 있는가에 있다.

#### 나. 기본권행사를 고려한 형법의 규범적·객관적 귀속이론의 시도

일반교통방해죄 관례의 논리에서 보듯이, 형법의 범죄체계론에서 구성요건해당성의 문제는 사실판단으로, 그리고 집회시위의 권리를 행사하는 경우에 그 적법성을 위법

성조각의 문제로 판단하는 논증구도가 종래의 일반적인 방식이다. 그러나 이와 같은 논증구도는 헌법상의 '평화적 집회의 자유'(헌법적 정당성)와 '집시법상으로 적법한 집회'(집시법상의 적법성) 사이의 괴리를 낳게 된다. 평화적인 집회의 자유가 온전히 보호받지 못하는 결과에 이른다.

이러한 불합리성은 집시법상의 적법성 요건을 위법성조각사유로 구성하는 논증방식 자체에서 연유하는 것이다. 그러므로 이 논증구도를 과감하게 극복하려는 시도가 필요하다. '헌법적으로 정당한' 기본권행사는 위법성조각이라는 논증구도가 아니라 이미 일반교통방해죄의 구성요건해당성 단계에서 구성요건해당성을 조각하는 논증으로 전환하는 것이 이론적으로 유용한 방법이 될 수 있다. 이처럼 형법의 판단구조를 새롭게 정립해야 한다는 문제의식은 과업이 위력에 의한 업무방해죄에 해당하는가에 관한 대법원 전원합의체 판결<sup>70)</sup>에서 단초를 발견할 수 있다.

#### 1) 쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용에 관한 2011년 대법원 전원합의체 판결

주지하다시피, 업무방해죄에 관한 2011년 대법원 전원합의체판결은 종래의 관례, 즉 노동자들의 단순 파업으로 집단적으로 노무제공을 거부한 행위는 업무방해죄의 위력에 해당하고 정당행위로서 위법성이 조각되지 않는 한 업무방해죄가 성립한다는 입장<sup>71)</sup>을 부분적으로 폐기하면서, “근로자는 원칙적으로 헌법상 보장된 기본권으로서 근로조건 향상을 위한 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가지므로(헌법 제33조 제1항), 쟁의행위로서 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 비로소 집단적 노무제공의 거부 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다고 보는 것이 타당하다.”고 판시하여 파업이 업무방해죄의 위력에 해당하는가에 대한 판단기준을 새롭게 변경하였다.

이 전원합의체 판결은 단체행동권이 헌법상 보장된 기본권이라는 점을 고려하여 구성요건해당성 단계에서 업무방해죄의 위력 요건을 제한적으로 해석했다는 점에서 커다란 의미가 있다. 판례가 말한 바, “사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용

70) 대법원 2011.3.17. 선고 2007도482 전원합의체 판결.

71) 대법원 2006.5.12. 선고 2002도3450 ; 1996.5.10. 선고 96도419 등.

자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우”라는 기준은 다소 모호한 측면이 있기는 하지만, 파업이 헌법상의 기본권행사라는 점을 업무방해죄의 구성요건해당성 단계에서 해석론으로 적극적으로 반영한 점은 주목할 만하다.<sup>72)</sup> 여기에는 쟁의행위로서 파업은 헌법적 기본권인 단체행동권의 핵심을 이루는 것이고, 그 기본권행사에는 사용자측의 업무장애가 당연히 수반될 수밖에 없다는 점에서 기본권 행사에 본질적으로 수반되는 업무의 장애는 형법상 구성요건에 해당하는 불법으로 볼 수 없다는 입장이 반영되어 있다.

쟁의행위에 관한 종래 대법원 관례가 취해 왔던 위법성조각설<sup>73)</sup>의 입장이 노동법적 정당성이라는 협소한 차원(즉, 정당행위라는 위법성조각의 차원에서)에서 쟁의행위의 기본권적 성격을 충분히 고려하지 못하였던 반면에, 전원합의체 판결의 논증구도에서는 ‘헌법적 정당성’을 업무방해죄의 구성요건해당성 단계에서 ‘규범적·객관적 귀속 기준’으로 반영할 수 있다.

## 2) 업무방해죄와 일반교통방해죄의 논증의 유사성

파업에 대하여 대법원과 학계의 통설이 종래 취하고 있던 위법성조각설의 판단구조는 쟁의행위가 항상 업무방해죄의 구성요건에 해당한다는 것에서 출발한다. 이는 집회의 자유를 행사함에 있어서 그것이 도로를 상당 부분 점유하는 순간 일반교통방해죄의 구성요건해당성을 인정하고 집시법상의 요건을 갖춘 경우에 위법성조각을 인정

72) 대법원은 보도자료를 통해 이 전원합의체 판결의 의미를 다음과 같이 설명하고 있다 : “이는 집단적 근로제공 거부인 파업의 업무방해죄 성립 여부와 관련하여 형법상 업무방해죄의 구성요건요소 중 ‘위락’의 개념을 분명히 함과 동시에 위법한 쟁의행위로서의 파업의 경우 만연히 업무방해죄로 처벌하여 오던 종래의 관행에 제동을 걸고, 구체적인 사안에서 파업이 위에서 제시한 ‘위락’의 개념에 해당하는지 여부를 살피 업무방해죄의 성립 여부를 판단하여야 한다고 선언한 것이다. 그 결과 헌법을 정점으로 하는 현행 법령 체계 하에서 헌법상 보장된 기본권인 근로자들의 단체행동권을 보다 충실하게 보장할 수 있도록 하는 발판을 마련한 것이라는 점에서 이 판결의 의의를 찾아볼 수 있다.” 대법원 2011.3.17.자 ““쟁의행위로서의 파업과 업무방해에 관한 대법원 전원합의체 판결 관련 보도자료”.

73) 쟁의행위로서 파업은 일단 위력에 의한 업무방해죄에 당연히 해당한다는 전제에서, 노동법적 정당성이 인정되는 한에서 정당행위로서 위법성이 조각된다는 식의 형법의 판단구도를 말한다. 종래의 관례에 의하면 쟁의행위가 위법성이 조각되기 위해서는 “근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위하여는 첫째 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째 그 목적이 근로조건 향상을 위한 노사 간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, 셋째 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시되되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 하고, 넷째 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 한다.”(대법원 2003.11.13. 선고 2003도687 ; 2001.10.25. 선고 99도 4837 등).

하고 있는 논리와 동일하다.

이러한 판단구조에서 파업이나 집회의 자유 행사나 모두 그것이 헌법상의 기본권이 라는 점은 중요하게 포착되지 못한다. 파업권과 집회의 자유는 모두 ‘헌법적 정당성’의 계기를 포착하지 못한 채로, 오로지 ‘실정법상의 적법성’의 차원으로 격하되어 버린다.<sup>74)</sup>

## 3) 전원합의체 판결을 넘어서

이러한 문제의식에 기초하여 볼 때, 전원합의체 판결의 판단구조는 파업 이외에도 헌법적 기본권의 행사가 ‘그 자체로’ 즉 ‘기본권 행사에 내재한 본질적 성격 때문에’ 형법의 구성요건에 해당하는 경우에 정당한 기본권 행사로서 헌법상 보호되는 범위에 있는 행위를 형법의 질곡으로부터 구출하는 “일반적인 규범적 귀속원리”로 발전시켜야 한다.<sup>75)</sup> 즉, 헌법적 기본권을 정당하게 행사하는 행위는 이미 형법의 구성요건해당성 단계에서부터 제외시키는 논증으로 나갈 수 있다.

문제는 헌법적 지침을 반영하는 해석학적 방법론인데, “사회적 상당성론” 내지 “허용된 위험의 원칙”을 원용해 볼 수 있지 않나 생각한다. 사회적 상당성이론은 “역사적으로 형성된 공동체의 사회윤리적 질서 내의 행위”<sup>76)</sup>는 설사 그것이 구성요건의 문언에 합치하는 것으로 보이는 경우에도 구성요건해당성을 배제해야 한다는 이론이다.

우리 형법은 독일 형법과는 달리 “사회상규에 위배되지 않는 행위”를 위법성조각사유로 두고 있기 때문에 국내 논의에서 사회적 상당성 이론은 굳이 필요하지 않다고 하거나 구성요건해당성의 일반적 해석원리로 차용할 수 있다는 정도의 논의가 전개되고 있기는 하지만, 사회적 상당성 이론은 역사적으로 형성된 생활세계의 범위에서 일반적으로 허용되는 행위로서 그 행위에 내포된 위험이 형법이 구성요건을 설정하면서 예정한 중요한 위험차출로 평가하지 않는다는 가치평가의 관점을 대변해 줄 수 있다.

74) 파업과 업무방해죄에 대해서는, 이호중, “노동쟁의와 형법 - 쟁의행위에 대한 형법의 판단구조 -”, 비교형사법연구, 제8권 제2호, 2006, 661쪽 이하 참조. 그리고 소비자운동과 업무방해죄에 대해서는, 이호중, “소비자 운동으로서 집단적 항의전화결과기와 위력에 의한 업무방해죄”, 형사법연구 제23권 제4호, 2011, 135면 이하 참조.

75) 이호중, “소비자 운동으로서 집단적 항의전화결과기와 위력에 의한 업무방해죄”, 형사법연구 제23권 제4호, 2011, 155면.

76)

## V. 입법적 대응

### 1. 문제의식 및 개정의 방향

일반교통방해죄를 집회시위에 적용하지 못하도록 하는 형법개정방안도 검토할 필요가 있다. 일반교통방해죄를 아예 삭제할 수는 없다는 점을 고려하면, 법개정운동에서 핵심적인 문제의식은 첫째, 일반교통방해죄가 단순히 교통의 원활한 흐름을 보장하기 위한 구성요건이 아니라 엄밀한 의미에서 ‘교통의 안전’을 보호법적으로 한 규정이어야 한다는 점, 둘째, 일반교통방해죄가 헌법상 보호되어야 할 평화적인 집회시위에 대하여 적용되어서는 안 된다는 점이다. 집회시위가 집시법상의 요건을 준수하지 못하여 집시법상의 제재를 받는 문제는 별론으로 하고 평화적인 집회시위에 대하여 일반교통방해죄가 적용되어서는 안 된다는 문제의식을 개정안에 분명하게 반영해야 한다.

### 2. 외국 입법례 및 기존의 개정제안들

#### 가. 외국 입법례

##### 1) 일본 형법 제124조

일본 형법은 제124조에서 우리나라의 일반교통방해죄와 유사한 규정을 두고 있는데, 이 규정은 두가지 점에서 우리의 일반교통방해죄와 커다란 차이가 있다. 첫째, 행위태양에 있어서 ‘손괴’와 ‘불통’만을 규정하고 있으며 ‘기타 방법’과 같은 일반조항이 없다는 점에서 차이가 있고, 둘째, 법정형이 ‘2년 이하의 징역’으로 우리의 일반교통방해죄보다 매우 낮다.

일본 형법 제124조(왕래방해 및 동 치사상)

- ① 육로, 수로 또는 다리를 손괴하거나 불통케 하여 왕래의 방해를 발생하게 한 자는 2년 이하의 징역 또는 20만원 이하의 벌금에 처한다.
- ② 전항의 죄를 범하여 사람을 사망 또는 상해에 이르게 한 자는 상해의 죄와 비교하여 중한 형으로 처단한다.

##### 2) 독일 형법 제315b조

독일형법 제315b조 (도로교통에서의 위험한 침해)

- ① 1. 교통시설 또는 자동차를 파괴, 손상 또는 제거하거나  
2. 장애를 설치하거나  
3. 이와 유사하게 동일한 정도의 위험한 침해행위를 행함으로써 도로교통의 안전을 침해하고, 이로 인하여 타인의 신체나 생명 또는 큰 가치가 있는 타인의 재물을 위태롭게 한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.  
(②항 이하의 생략)

### 3) 스위스 형법 제237조

제237조 (공중교통의 방해)

- ① 고의로 공중교통, 특히 도로, 수상 또는 항공의 교통을 저해, 방해하거나 위태롭게 하고, 그럼으로써 사람의 신체 또는 생명에 대한 위험을 인식하면 그러한 위험을 발생시킨 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다. 행위자가 이를 통하여 다수의 사람들의 신체와 생명에 대하여 위험을 인식하면 그러한 위험을 발생시킨 때에는 1년 이상 10년 이하의 자유형을 선고할 수 있다.
- ② 행위자가 과실로 행위한 때에는 3년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다.

#### 나. 1992년 정부의 형법개정안

1992년 정부의 형법개정안은 ‘기타 방법’이 명확성원칙에 위배된다는 문제의식을 반영하여 이를 세부적인 구성요건표지로 나열하는 방식을 채택한 바 있다.<sup>77)</sup>

제268조(일반교통방해) 육로, 수로 또는 교량을 손괴 또는 불통하게 하거나 교통로의 표지 기타 부속물을 손괴, 제거, 변경하거나 허위의 표지나 신호를 하여 교통을 방해한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

### 3. 개정의 방향에 대하여

1992년 형법개정안이나 일본 형법과 같이 ‘기타 방법’을 삭제하는 개정방안은 ‘기타 방법’의 불명확성을 해소하는데에는 유용성이 있다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이,

77) 이는 18대 국회에서 이춘석의우니이 발의한 형법개정안의 내용이기도 하다(의안번호 18-12669호). 임기만료로 폐기되었다.

현 행	개 정 안
第185條(一般交通妨害) 陸路, 水路 또는 橋梁을 損壞 또는 不通하게 하거나 其他 方法으로 交通을 妨害한 者는 10年 以下의 懲役 또는 1千500萬圓 以下의 罰金에 處한다.	第185條(一般交通妨害)--- 交通로의 표지 그 밖의 부속물을 손괴, 제거, 변경하거나 허위의 표지나 신호를 하여---

일반교통방해죄의 보호법익을 '도로교통의 원활한 소통'으로 변질되게 해석하여 이를 집회시위에 적용하는 것이 문제의 핵심인 이상, 도로를 점거하는 집회시위는 반드시 '기타 방법'이 아니더라도 '불통'에 해당한다는 해석이 충분히 가능하기 때문에 이러한 개정방안은 근본적인 해결책이 되지 못한다.

그 동안의 대법원 판례를 보면, 일반교통방해죄를 적용함에 있어 중요한 판단기준은 "도로 교통을 방해함으로써 통행을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 한 경우인가" 여부이며, 문제되는 행위가 구체적으로 '손괴'나 '불통' 혹은 '기타 방법'의 어디에 해당하는지는 크게 문제삼지 않아 왔다. 대법원의 이러한 해석을 전제로 해서 볼 때, 일반교통방해죄의 구성요건 중 '기타 방법' 외에 '불통' 규정을 주목할 필요가 있다.

통상 '불통'이란 장애물을 사용하여 교통왕래를 방해하는 일체의 행위라고 정의된다.<sup>78)</sup> 언뜻 보면 집회시위를 위해 다수의 사람들이 도로상에 모이는 것은 '기타 방법'의 문제일 뿐, '불통'에는 해당하지 않는다고 해석할 수 있을 듯하다.<sup>79)</sup> 그러나 반드시 그런 것은 아니다.

헌법재판소의 다음과 같은 언급을 보자: 「육로를 '불통'하게 한다는 것은 장애물을 설치하는 등으로 육로를 봉쇄하는 행위와 같이 육로의 본래 용도에 따른 사용을 불가능하게 하는 것을 말하므로 통행을 차단하여 육로의 본래 용도에 따른 사용을 불가능하게 하는 행위라면 반드시 유형의 장애물을 사용하는 행위에 한정되는 것은 아니다.」 현재의 이러한 언급에 의하면, 도로상에 운집한 다수의 사람들도 도로교통의 불통을 유발하는 '장애물'이 될 수 있다. 실제 검찰도 집회시위가 도로를 점거하고 교통을 방해하는 경우에는 꼭 '기타 방법'이 아니더라도 '불통'에 해당하는 것이라고 해석하고 있다.

우리의 일반교통방해죄에 상응하는 독일 형법 제315b조<sup>80)</sup>는 '장애의 설치'를 행위태양의 하나로 규정하고 있는데, 시위자의 도로점거는 여기에 해당할 수 있다고 한다.<sup>81)</sup> 다만, 독일 형법 제315b조는 생명, 신체나 상당한 가치의 재물에 대한 위협의

야기를 구성요건으로 하고 있기 때문에 시위자들의 도로점거는 일반적으로 이 요건에 해당하지 않게 될 뿐이다.<sup>82)</sup>

그러므로 집회시위에 대해 일반교통방해죄를 적용해서는 안 된다는 문제의식에서 보면, '기타 방법'이라는 문구의 개정에 집착하는 것은 그리 좋은 태도가 아니다.

보다 근본적으로는 일반교통방해죄의 보호법익이 생명, 신체 및 재산에 대한 교통상의 위협을 방지하는데 초점을 있음을 분명히 부각시키는 개정방안을 마련할 필요가 있다. 앞에서 언급한 독일 형법 제315b조를 참조할 만하다.

독일 형법 제315b조는 교통방해죄가 도로교통상 발생할 수 있는 생명이나 신체, 재산의 보호를 위한 규정임을 분명히 하고 있다. 우리 형법상 일반교통방해죄가 추상적 위험범인 반면에 독일 형법 제315b조는 구체적 위험범으로 규정되어 있다는 점에도 차이가 있다. 개인적인 의견으로는 독일 형법 제315b조가 입법적 모델이 될 수 있지 않을까 생각한다. 이런 개정이 이루어진다면, 형법상 교통방해죄의 형사처벌은 교통상의 안전을 보호하기 위함이지 단순히 도로교통의 원활한 흐름을 보호하기 위한 것이 아님을 보다 분명히 할 수 있다는 장점도 있다. 추상적 위험범의 규정방식은 형사입법에서 가급적 지양되어야 한다는 점에서도 구체적 위험범 방식의 규정을 도입하는 것이 타당하다.

독일 형법 제315b조 하에서는 도로를 점유하는 집회시위라 할지라도 그로 인해 교통에 참여한 사람들의 생명, 신체나 재산에 위협을 초래하지 않는 한 교통방해죄 구성요건을 적용할 수 없다는 점이 보증될 수 있다.

## VI. 맺음말

평화적인 집회시위에 대하여 집시법위반으로 이유로 하여 일반교통방해죄라는 중범죄를 마구잡이로 적용하는 현실은 집회의 자유 보장이라는 헌법적 이념에 합치하지 않는 반헌법적 상황이라고 생각한다. 이를 극복하기 위해서는 형법해석론적 차원에서 일반교통방해죄의 법적 성격과 해석적 남용의 문제를 정교하는 비판하는 작업이 우선 필요하다. 이 글이 조검이나 이런 논의에 보탬이 되기를 바란다.

아울러 일반교통방해죄의 위헌의 문제제기도 계속해서 고민해 보아야 한다. 비록 합헌결정 2건이 모두 9:0 합헌이었지만 집회시위에 대하여 일반교통방해죄를 적용하는 것의 문제점을 지속적으로 제기할 필요가 있다. 그동안 위헌의 쟁점이 명확성원칙 위

82) 독일 형법 제315b조에서는 예외적인 사례로 시위자들이 고속도로를 기습적으로 점거하는 경우에는 구성요건에 해당할 수 있다고 보는 듯하다.

78) 이재상, 형법각론, 29/13.

79) 한인섭 교수도 그러한 해석에 입각하여 '기타 방법'이 명확성원칙에 위배된다는 점, '기타 방법'이 집회시위에 적용되어서는 안 된다는 점을 주장한 바 있다. 한인섭, "일반교통방해죄와 집회시위에의 그 적용을 둘러싼 문제", 형사법연구 제21권 제1호, 2009, 361-364면.

80) 비교법적으로 독일 형법의 규정을 언급할 때 통상 독일형법 제315조(철도, 선박 및 항공교통의 위태화)를 언급한다. 그러나 이 규정은 철도와 선박 및 항공교통에 대한 규정이며, 일반 도로(육로)상의 교통방해에 관한 규정이 아니다. 독일 형법에서 도로상의 교통방해에 대한 규정은 제315b조이다. 물론 그 구성요건의 기본적인 규율방식은 제315조와 거의 유사하다.

81) Hruschka, NJW 1996, S.163.

반과 과잉금지원칙 위반의 문제에 집중되었다면 보다 근본적인 차원에서 일반교통방해죄의 저공이 집회의 자유를 침해한다는 쟁점을 보다 선명하게 드러내는 작업이 필요할 것으로 생각된다.

## 집회의 자유 보장을 위한 집시법 개정방향

량희 인권활동가 / 인권운동공간 '활', 인권단체연석회의 공권력감시대응팀

### 1. 현행 '집회 및 시위에 관한 법률' 문제

#### 1) 평화적 집회의 권리는 사라지고 적법한 집회와 불법폭력집회만 남았다

현행 '집회 및 시위에 관한 법률'(이하 '집시법')은 집회의 자유, 시민적·정치적 권리로서의 집회를 보장하기 위한 법이 아니라 규제하기 위한 법이다. 그것은 집시법 제1조의 목적에서부터 분명히 드러난다.

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

헌법 제21조가 보장하는 모든 국민의 집회의 자유는 평화적인 집회의 권리를 의미하는 것이다. 헌법은 집회의 자유를 국민의 기본권으로 보장함으로써, 평화적 집회 그 자체는 공공의 안녕질서에 대한 위협이나 침해로서 평가되어서는 안 된다<sup>83)</sup>고 규정하고 있다. 국제인권기준인 세계인권선언<sup>84)</sup>과 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약<sup>85)</sup> 역시 평화적인 집회의 권리를 보장하고 있다. 이러한 원칙들의

83) 헌재 2003.10.30. 2000헌바67

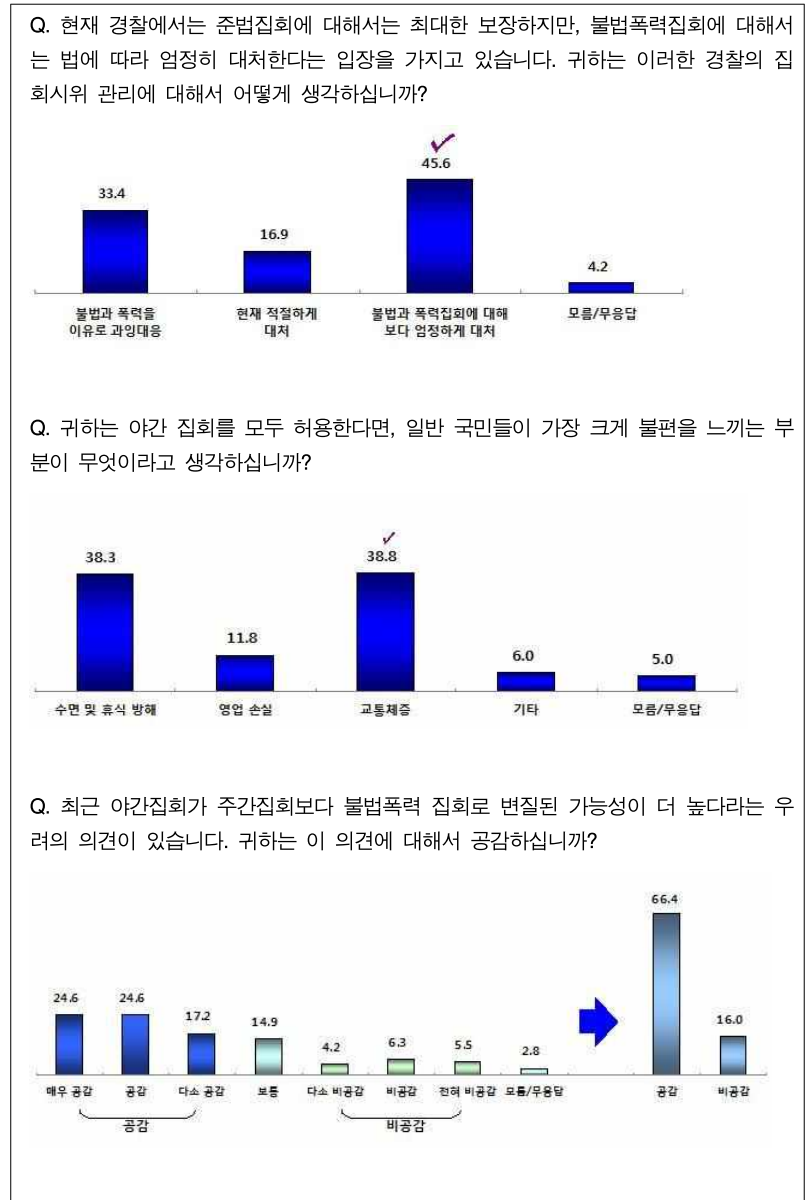
84) 세계인권선언 제20조 1. 모든 사람은 평화적인 집회와 결사의 자유에 관한 권리를 가진다.

정신을 따르자면 오히려 집회와 관련한 법률은 평화적인 집회의 권리를 어떻게 보장하고 보호할 것인가를 목적으로 해야 한다. 그러나 집시법은 평화적인 집회의 권리를 '적법한' 집회로 축소하면서 집회가 실제로 평화로운지 여부를 떠나 하나라도 위법한 사항만 있다면 사전적으로 금지하거나 집회자체를 해산시켜 버릴 수 있고 처벌이 가능해진다.

### 합법과 불법폭력의 구도로 기본권인 집회를 불온한 이미지로 양산

정부와 경찰은 합리적이고 정당한 것으로 위장하기 좋은 '적법한' 집회라는 표현으로 엄정한 법집행을 통해 불법집회시위 관행 근절하겠다고 한다. 마치 범죄를 척결하겠다고 하는 듯한 이런 태도는 집회 그 자체와 집회참가자들에 대해 불온하다는 시선을 반영하고 있다. 실제로 경찰은 해마다 집회시위로 초래되는 불편함과 이에 대응한 경찰의 집회시위 관리에 초점이 맞춰진 설문조사를 실시하고 있으며, 불법폭력집회에 대해 엄정한 처벌을 해 범질서를 유지하고 있다는 성과를 드러내는 기사를 생산하고 있다. 경찰과 정부가 이렇게 끊임없이 불법과 폭력을 짝을 이뤄 불법집회가 반드시 폭력과 위협을 초래하는 이미지를 생산해내고 집회가 불필요하고 갈등을 만들며 심지어 경제적 손실을 발생시키는 사회적 해악이라는 인식을 심어주고 있다. 반면에 평화적인 집회의 권리가 민주주의 사회에서 반드시 필요하기 때문에 시민의 권리로서 보장되고 보호하기 위한 조치나 노력은 하지 않는다. 오히려 집시법을 끊임없이 개악하기 위한 시도만 있을 뿐이다.

85) 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제21조 평화적인 집회의 권리가 인정된다. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 따라 부과되고, 또한 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공중보건 또는 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과하여져서는 아니된다.



<표 1> 경찰청의 집시법 관련 설문조사 결과



<표 1>은 경찰청이 2010년 3월 20일부터 22일까지 전국 만 19세 이상 성인남녀 1,000명을 상대로 실시한 전화 설문조사에 대한 결과를 경찰청 블로그(폴인러브)에 게시한 내용의 일부이다. 이 설문조사는 당시 야간집회 헌법불합치 결정 이후 대체입법의 시한을 앞두고 진행한 것이다. 당시 경찰과 한나라당은 야간집회가 큰 혼란과 불편함을 야기할 것이라며 시간제한을 하는 개정안을 발의한 상태였다. 설문조사 문항을 살펴보면 집회 시위 시간을 제한하는 내용의 집시법 개정을 전제로 한 질문 위주로 편향돼 있다. 2013년의 설문조사는 철도파업과 관련해 경찰이 민주노총에 강제진입한 다음날 진행되었는데 △집회시위 소음 수준 심각성 여부 △확성기에 대한 일정수준 이상 소음 규제 필요성 여부 △집회시위자(단체)의 폴리스라인 침범시 경찰의 대응 방법 △경찰의 물대포 해산 조치에 대한 필요성 여부 △캠사이신 분사기를 사용해 집회시위 해산 조치에 대한 필요성 여부 △선진국과 비교했을 때 경찰 집회시위 대응수준 △향후 집회시위 불법 참가자에 대한 경찰의 대응 방법 △평화적 준법시위 정착을 위해 필요한 사항 등을 묻는 문항으로 구성<sup>86)</sup>되었다. 의도적으로 결과를 도출해내는 설문조사를 진행하고 그 결과를 근거로 경찰의 집회관리근거를 만드는 것도 문제지만 설문 과정 자체를 통해 집회에 대한 부정적인 인식을 양산하게 된다.

- '14년 상반기 주요 집회시위사범 총 2,323명 사법처리(구속 19명)

- 전년 동기간 대비 사법처리인원 934명 증가(67.2% ↑)

- 향후에도 엄정한 법집행을 통해 불법집회시위 관행 근절에 최대한 노력

구 분	처리현황 (명)			
	총계	구속	불구속	기타 (내사종결 등)
'14.1.1. ~ 6.30.	2,323	19	1,990	314
'13.1.1. ~ 6.30.	1,389	6	1,143	240
대 비	934 ↑	13 ↑	847 ↑	74 ↑
증감율(%)	67.2% ↑	216.7% ↑	74.1% ↑	30.8% ↑

<표 2> 2014년 7월 경찰청 보도자료

<표 2>는 경찰청이 발표한 상반기 집회시위 관련 통계 보도자료의 일부이다. 보도자료를 통해 경찰은 “법과 원칙에 따른 엄정한 법집행에 최선을 다한 결과, 사

86) 참세상, 2013.12.27, 경찰, “민주노총 불법 진입 논란 후 ‘집회시위문화’ 여론조사”

법처리 인원이 2,323명으로 전년 동기간 대비 934명 증가(67.2% 상승)하였고, 주요 집단불법행위에 대한 신속·엄정한 수사로 ‘불법집회·시위 관행 근절’, 비정상적 정상화 정책을 적극적으로 뒷받침하였다”고 발표했다. 2014년 상반기는 세월호 참사로 인해 많은 사람들이 거리로 나와 추모와 집회의 행렬을 이어갔다. 서울시내의 집회의 상당수가 금지되었고 많은 사람들이 폭력적으로 연행되었고 수사를 받았다<sup>87)</sup>. 추모와 집회조차 허락하지 않은 정부에 대한 비판이 있었음에도 경찰은 불법집회에 대한 엄정한 법집행이라며 ‘상습불법시위자’라는 딱지를 붙였다.

이명박 정부부터 현재까지 ‘법치’를 강조하면서, 정부는 합리적인 법에 근거하여 국정을 운영하는데 ‘상습시위꾼’들이 법과 절차를 무시하고 때를 쓰면 된다고 생각하는 ‘떼범문화’가 만연하기 때문에 근절해야한다고 거듭거듭 강조하고 있다. 노동자의 파업도, 정부의 정책에 대한 의견도, 평화로운 집회와 시위도, 모두 ‘떼쓰기’에 다름이 아니라고 한다. 입만 열면 나오는 ‘법치’ 대 ‘떼범’의 구도는 시민의 권리와 노동자의 권리를 끝없이 추락시켜 사회갈등의 원인이자 범죄로 만들어 버린다. 그렇다면 실제로 전체 집회 중 불법폭력 집회는 얼마나 될까?

구 분	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
전체집회 발생건수	11,338	11,036	10,368	11,904	13,406	14,384	8,811	7,762	8,328	9,738
불법폭력시위 발생건수	91	77	62	64	89	45	33	45	51	45
불법폭력시위 발생비율	0.80	0.69	0.60	0.54	0.66	0.31	0.37	0.58	0.61	0.46
경찰관 부상자 수	621	893	817	202	577	510	18	179	57	92

<표 3> 나라지표: 불법폭력시위 및 경찰 부상자 발생

<표 3>를 통해 확인할 수 있는 것은 경찰이 규정한 불법·폭력집회가 전체 집회의 1%도 안 된다는 것이다. 그런데 여기서 불법집회와 폭력집회는 구별이 되지

87) 2014년 6월 서울지방경찰청이 장하나 의원실(새정치민주연합)에 제출한 자료에 따르면, 경찰은 세월호 관련 집회 참가자 가운데 354명을 체포하여 347명을 수사하고 있다. 이 가운데 6명이 구속되었고 나머지 341명은 불구속 수사를 받고 있다. 연행자는 119명(5월 17일), 97명(5월 18일), 30명(5월 24일), 5명(5월 31일), 69명(6월 10일) 등 집회 규모와 상관없이 대규모 연행이 빈발했다.

않는다. 실제로 폭력이 일어나는 집회와 단순히 집시법을 위반한 불법집회는 그 양태가 다름에도 전혀 구별이 되지 않는다. 불법집회라고 하더라도 평화롭게 진행된 집회를 폭력집회라고 할 수는 없다. 실제로 폭력적인 상황이 어느 정도 발생했는지는 몰라도 적어도 경찰의 적법한 집회의 총계보다는 평화로운 집회가 더 많았으리라 추정할 수 있다.

## 2) 사전신고제는 사실상 허가제다

법대로만 하면 문제가 없다고 주장하지만 실제로 법대로 하자니 집회의 취지가 형편없이 무너지게 되거나 의도한 바대로 집회를 하자니 불법집회가 되기 십상이다. '적법한' 집회로 무사히 집회를 마치기에는 금지와 제약의 조건들이 너무 많다. 평화롭게 진행하려던 집회가 불법집회로 규정되고 처벌을 받는 데에는 사전신고제가 가장 큰 역할을 하고 있다.

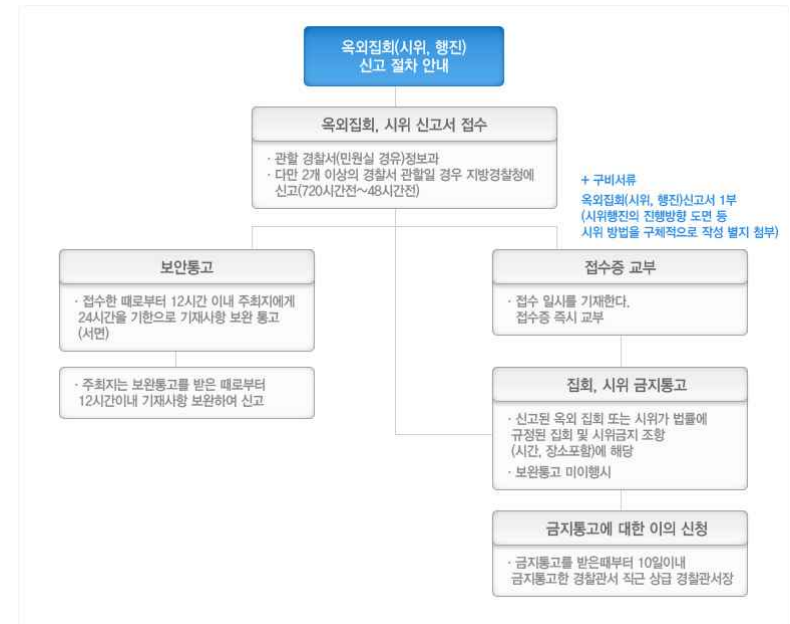
헌법재판소는 사전신고가 경찰관청 등 행정관청으로 하여금 집회의 순조로운 개최와 공공의 안전보호를 위하여 필요한 준비를 할 수 있는 시간적 여유를 주기 위한 것으로서, 협력의무로서의 신고<sup>88)</sup>라고 보았다. 그러나 현재는 실제 집시법이 작동하는 방식에 대해서 외면한 채 형식적으로 신고제의 취지만을 반복한 것에 다름없다. 신고제의 취지가 협력의무라고 한다면 경찰이 집회를 보장하기 위해 협력을 하기는커녕 오히려 통제와 금지로서 신고제를 활용하는 것을 처벌해야 하는 것이 아닌가? 사전신고는 경찰이 집회에 대한 통제가능성을 확보할 수 있는 가장 1차적인 수단이 되며, 금지통고의 직접적 기반을 이루는 한편, 궁극적으로 금지통고 되거나 신고되지 않은 집회의 해산과 처벌로 이어지게 하는 요인이 되고 있다는 점에서 규제범으로서의 집시법이 가진 가장 핵심적 요소이다<sup>89)</sup>. 헌법 제21조에 따라 허가의 대상이 될 수 없는 집회·결사의 자유는 '사전신고제·금지·제한·보완통고·해산·처벌'이라는 집시법의 규제 구조로 사실상 허가제로써의 기능을 충실히 구현하고 있다.

### 평화롭게 진행하려던 집회는 어떻게 불법폭력집회가 되는가

88) 헌재 2009.5.28. 2007헌바22

89) 김중서, "집회 및 시위에 관한 법률", 표현의 자유를 위한 정책제안 4부 거리에서의 표현의 자유, 2012.4.22.

집회의 신고 절차는 다음과 같다.



신고제라 하여 신고만 하면 집회가 보장되고 별 문제없이 진행될 수 있을 것 같지만 실제로 집회가 개최되기까지는 산 넘어 산이다. 일단 집회신고서를 작성하려면 집시법에서는 신고사항으로 집회 목적, 일시, 장소, 참가예정 단체와 인원, 시위의 경우 진로와 약도, 주최자와 연락책임자, 질서유지인의 주소, 성명, 직업, 연락처를 신고토록 되어있다. 구체적인 신고 항목이 열거되어 있으며, 언제 어디서 집회가 열리고, 경찰이 주최 측에 연락을 취할 수 있도록 하는 내용이다. 그런데 경찰은 집시법 상에서 규정하고 있지 않은 집회 때 사용할 물품을 신고서식에 참고사항으로 추가해 사전신고토록하거나, 질서유지인의 불필요한 신상정보를 요구하는 경우가 많다. 이렇게 많은 내용을 적고도 집시법 제7조에 의해 보완통고를 하는데 신고서 상의 기재사항 누락이기보단 집회의 내용과 형식을 따져 보완을 요구한다. 그리고 보완통고에 따른 신고를 하지 않으면 금지통고를 받게 되어 집회를 강행하면 불법집회가 된다. 실제로 5차 희망버스 집회신고에 대해 보완통고를 이행하지 않아 금지통고를 했다<sup>90)</sup>.

90) 인권단체연석회의 공권력감시대응팀, "5차 희망버스 인권침해감시단 보고서", 2011. 11. 9.

신고서 제출 이후 제한 또는 조건통고도 할 수 있다. 제한 또는 조건통고는 행진 경로, 집회장소, 시간 등을 제한하거나 조건을 붙이는 것이다. 교통소통이나 소음을 이유로 집회의 구체적인 방식(인원수, 행진경로, 준비물품 소지, 집회 및 행진 방식 등)을 제한<sup>91)</sup>한다. 역시 이 제한의 내용을 준수하지 않으면 불법집회가 된다. 보완통고나 제한통고는 사실상 경찰의 자의적 판단에 의해서 이뤄진다고 볼 수 있다. 집회의 주최나 내용, 성격에 따라서 검열이 가능한 것이 현실이다.

금지통고를 할 수 있는 조항도 상당히 금지통고를 피해가기가 쉽지 않다. 절대적 금지집회를 규정한 제5조(집회 및 시위의 금지), 시간으로 금지한 제10조(옥외시위의 금지 시간), 절대적 금지장소인 제11조(옥외집회와 시위의 금지장소), 주요도로시의 주요도로에서의 금지인 제12조(교통소통을 위한 제한)가 중복집회 중 후순위집회 금지와 주거지 사생활영온, 학교주변 학습권, 군사지역의 작전 수행을 이유로 금지하는 제8조(집회 및 시위의 금지 또는 제한통고) 등이 금지사유다. 이렇게 장소, 시간 등으로 집회를 금지하다보니 실제로 집회를 해야하는 곳에서, 필요한 시간에 집회를 할 수 없게 되거나, 금지통고에도 불구하고 집회를 개최하면 불법집회가 된다.

사전적인 제한, 금지통고만이 아니라 신고된 물품이 아니라는 이유로, 참가자가

‘정리하고 비정규직 없는 세상을 향한 희망의 버스’(아래 희망버스)는 평화로운 행사를 거듭 천명하며 10월 5일 오전 9시반에 부산역에서 기자회견을 하고 집회신고를 제출했으나 당일 오후 4시경 서울로 올라오는 오후에 경찰로부터 보완통보를 받았다. 경찰이 보완을 하라고 한 주요내용은 1)중복집회라는 것(집회신고를 낸 모든 곳에 중복집회가 되어 있다고 함) 2)주요도로라서 교통에 불편을 주니 다른 도로로 행진코스를 바꾸라는 것, 3)야간시위는 금지되어 있으니 일몰 전으로 바꾸라는 것 등이었다. 그러나 희망버스는 경찰의 보완통보 요구에 따를 수 없었다. 중복집회는 시간대를 달리해서 한다면 충분히 부산역 광장에서 서로 다른 내용의 집회라도 할 수 있을 것이라고 판단했고, 전국 각지에서 출발해 부산에 도착하면 이미 일몰 이후라서 일몰 전으로 바꾸는 것이 가능하지 않았다. 집회의 시간과 장소를 결정하는 것은 집회 주최측이 결정할 문제이지 경찰이 개입할 사안이 아님에도 경찰은 집회의 시간과 장소에 대해 보완을 하라면서 24시간 안에 경찰의 요구를 받아들이지 않자 10월 7일 금지통보를 내렸다.

91) 인권단체연석회의의 공권력감시대응팀, “경찰의 세월호 집회시위 권리의 실태와 문제점”, 세월호 추모 집회시위 관련 인권침해 보고대회, 2014.7.17.

4월 16일부터 6월 18일까지 조건통보 9건의 내용은 행진의 경우 집시법 제12조 제1항(교통소통을 위한 금지제한)에 따라 교통질서 유지를 위한 조건을 준수할 것을 요구했다. 신속하게 이동해야하며 행진 중 연좌 또는 정지, 구호제창 등을 하면 안 된다는 조건을 명시했다. 경우에 따라서 행진 중 일시적으로 특정한 장소에 잠시 머무르고 행진을 지속할 수 있는데도 경찰은 그것을 별도의 집회로 간주하고 금지하고 있다. 특히 구호제창까지 통제하는 것은 집회·시위 방식에 대한 과도한 제한이다. 또한 행진 시 사용하는 현수막, 피켓, 깃발 등이 교통소통에 장애를 유발하는 근거로 조건통보를 하는데 이 역시 교통소통과 특별한 관계가 없다는 점에서 집회·시위 방식에 대한 과도한 제한이다.

예상보다 많아서 점유하는 장소를 초과해도, 구청에 허가를 받지 않고 천막을 쳤다는 이유로, 우발집회로 신고를 못했어도, 소음기준을 초과했다는 이유로, 폴리스 라인을 넘었다는 이유 등 갖가지 트집을 잡아 집회를 방해하고 불법집회라며 해산명령을 한다. 이런 상황의 대부분은 집회가 평화롭게 진행되는 중에 경찰이 판단하여 불법집회로 간주되고 주최자와 참가자들이 처벌받는다.

문제는 이런 금지의 내용이 평화로운 집회의 자유를 침해하고 있다는 것이다. 집회가 개최되기도 전에 금지를 하는 이유가 기본권을 행사하는 것을 원천 차단할 만큼의 이유가 된다고 볼 수 없기 때문이다. <표 4>를 보면 실제 전체 신고된 집회 중 금지통고의 비율은 높지 않다. 그러나 금지 사유 중 많은 부분을 차지하는 공공질서의 위협은 실제 위협적인 상황이 발생하지 않은 상황에서 금지통고를 하는 것이고, 장소 경합의 경우는 기계적으로 나중에 신고된 집회를 금지하거나 목적이 상반되거나 방해가 된다는 판단이 경찰에게 일임되어 금지되고 있다. 교통소통을 이유로 금지하는 것은 집회의 권리보다도 교통소통을 우선으로 하고 있기 때문이다. 최근에는 생활평온침해를 이유로 금지하는 것이 늘어나는 추세다. 이처럼 사전신고제가 금지의 조항들과 결합하여 기본권적 가치와 사회 일반의 이익을 동렬에 위치시킴으로써 기본권으로서의 집회의 자유 보장을 약화시킨다<sup>92)</sup>.

92) 김중서, “집회 및 시위에 관한 법률”, 표현의 자유를 위한 정책제안 4부 거리에서의 표현의 자유, 2012.4.22.

구분	신고 건수	계 (%)	공공 질서 위법	보완 불이행	잔여 집회 금지	장소 경합	생활 평온 침해	학교 시설 주변	군사 시설 주변	금지 시간	금지 장소	교통 소통
			제5조 제1항 제2호	제7조 제1항	제8조 제1항	제8조 제2항	제8조 제3항 제1호	제8조 제3항 제2호	제8조 제3항 제3호	제10조	제11조	제12조 제1항
'06년	65,705	454 (0.69)	134	14	75	164	11	6	4	2	9	35
'07년	96,146	368 (0.38)	86	12	3	181	5	2	1	3	10	65
'08년	123,495	299 (0.24)	31	16	8	140	16	4	6	2	7	69
'09년	155,030	900 (0.58)	379	26	5	190	66	7	1	8	20	198
'10년	195,213	957 (0.49)	413	71	1	237	66	7	2	7	11	142
'11년	164,032	388 (0.24)	79	16	27	171	15	1	2	2	2	73
'12년	148,301	277 (0.19)	2	7	0	132	40	0	0	3	6	87
'13년	139,814	203 (0.15)	15	16	18	41	17	3	5	2	11	75
'14년 (1~10월)	122,516	257 (0.21)	6	5	1	28	87	4	0	0	6	120

<표 4> 2006년~2014.10월 집회시위 신고건수 및 금지통고 현황(정청래 의원실 제공)

현재는 협력의무로써의 사전신고제라고 보았지만 집시법을 통해 발휘되는 협력은 집회의 자유를 보장하기 위해 주최자의 요구에 경찰이 응하는 협력이 아니라 경찰의 통제 하에 집회가 진행되도록 주최자에 대한 강제협력이다. 신고부터 제한, 금지, 해산까지 전 과정이 경찰의 일방적인 판단에 의해 이루어지고 이것은 결국 경찰에 의해 허가될 수 있는 집회와 허가될 수 없는 집회로 구분된다. 경찰조직이 정부로부터 독립적이지 않은 속성상 정치적 향의, 권력의 비판의 내용을 담은 집회일수록 금지할 수 있는 가능성이 높은 것이다. 실제로 4월 16일 세월호 참사 이후 세월호 관련 집회가 약 두 달 동안 239건이 신고 되었으나 이중 112건이 금

지통고 되었다. 특히 청와대 인근 지역의 집회신고에 대한 금지통고가 남발되었는데, 5월 8일 청와대 만민공동회를 위해 2회에 걸쳐 14곳 신고 중 13곳이 금지되었고, 5월 18일 청와대 만민공동회는 신고한 10곳이 전부 금지되었으며, 6월 10일 청와대 만민대회 역시 신고한 61곳 모두 금지통고를 받았다<sup>93)</sup>.

### 3) 우리에게 필요한 것은 집회를 규제하는 법이 아니라 보호하는 법이다

헌법재판소는 집회의 자유에 대해 개인의 인격발현의 요소이자 민주주의를 구성하는 요소라는 이중적 헌법적 기능을 가지고 있다고 밝혔다<sup>94)</sup>. 특히 “집회의 자유는 사회·정치현상에 대한 불만과 비판을 공개적으로 표출케 함으로써 정치적 불만이 있는 자를 사회에 통합하고 정치적 안정에 기여하는 기능을 한다. 특히 집회의 자유는 집권세력에 대한 정치적 반대의를 공동으로 표명하는 효과적인 수단으로서 현대사회에서 언론매체에 접근할 수 없는 소수집단에게 그들의 권익과 주장을 옹호하기 위한 적절한 수단을 제공한다는 점에서, 소수의견을 국정에 반영하는 창구로서 그 중요성을 더해 가고 있다. 이러한 의미에서 집회의 자유는 소수의 보호를 위한 중요한 기본권인 것이다. 소수가 공동체의 정치적 의사형성 과정에 영향을 미칠 수 있는 가능성이 보장될 때, 다수결에 의한 공동체의 의사결정은 보다 정당성을 가지며 다수에 의하여 압도당한 소수에 의하여 수용될 수 있는 것이다. 헌법이 집회의 자유를 보장한 것은 관용과 다양한 견해가 공존하는 다원적인 ‘열린 사회’에 대한 헌법적 결단인 것이다.”라고 밝히면서 민주적 공동체에 기여하는 정치적 의사표현으로서의 중요성을 명시했다. 현재의 결정은 기본권으로서의 집회의 자유를 의미와 그 중요성을 밝혀주고 있음과 동시에 정부와 권력이 끊임없이 집회를 규제하는 이유에 대한 해답이다.

현재가 밝힌 헌법적 기능으로써의 집회의 권리가 실현되기 위해서는 현행 집시법은 폐기해야 한다. 평화적 집회의 권리를 보장하는 새로운 대안 법률이 제정되기 전에는 기본권으로 보호되기는 요원하다. 게다가 정부와 여당은 현행 집시법을 더욱 규제하기 위해 지속적인 개악시도를 하고 있다. 뿐만 아니라 일반교통방해, 공무집행방해, 모욕죄, 손해배상청구 등 온갖 수단들을 동원해 집회를 무력화시키

93) 인권단체연석회의 공권력감시대응팀, “경찰의 세월호 집회시위 권리의 실태와 문제점”, 세월호 추모 집회시위 관련 인권침해 보고대회, 2014.7.17.

94) 헌재 2003.10.30. 2000헌바67

고 참가자들의 범죄자로 만들고 있다. 평화적 집회를 보장하는 법률을 제정하고 사회적으로 평화적 집회의 권리를 중요성을 확산시키기 위한 노력이 하루빨리 진행되지 않으면 수많은 사람들이 집회의 권리를 행사한 이유로 법적처벌과 경제적 부담을 저야하는 처지에 처해질 뿐만 아니라 우리사회의 민주주의도 심각한 위협을 받게 될 것이다.

## 2. 집시법의 개정방향

앞에서 살펴본 현행 집시법의 문제를 비롯해 집회 현장에서의 경찰의 대응과 이어지는 사후 처벌의 문제는 집회의 규제에 초점이 맞춰져있는 집시법을 전면 개정하지 않고서는 개선되기 어렵다. 집회의 자유를 기본권으로써 보장을 하며 협조의무로써의 신고제로 기능할 수 있도록 개정해야 한다.

### 1) 개정 집시법의 방향과 목적

현행 집시법은 본질적인 문제는 목적에 명시된 '적법한 집회 및 시위'를 보장하고 '위법한' 시위로부터 국민을 보장한다는 것에서 출발한다. 따라서 집회의 자유를 기본권으로 보장하고 있는 헌법의 취지에 따라 평화로운 집회를 최대한 보장하는 것을 그 목적으로 해야한다. 그 목적이 명시적으로 드러나야 함과 동시에 법률의 명칭 또한 목적이 드러날 수 있도록 개정안의 명칭을 <집회의 자유 보장에 관한 법률>로 한다.

또한 공공의 안녕질서와 적절한 조화를 이루겠다는 현행법의 목적 때문에 집회의 본질적인 성격인 시끄럽고 불편함의 야기하는 것, 집단을 이룸으로써 발생할 수 밖에 없는 혼잡함 등이 다른 법익을 상당히 침해할 것이라는 금지의 근거로 활용되고 있다. 이는 집회의 본질적인 성격과 평화적인 집회에 대한 왜곡이다.

평화적인 집회에 대한 정의와 보장을 어떻게 할 것인가에 대해 OSCE 지침<sup>95)</sup>은 많은 시사점을 던져주고 있다. OSCE 지침이 밝히는 평화적인 집회는 주최자가 평화적 의도를 밝히고 집회의 행위가 비폭력적이라면 그러한 집회는 평화적이라

95) 2010년 6월 4일, 유럽안보협력기구 '민주제도와 인권 사무소'의 집회의 자유 위원단과 '법을 통한 민주주의를 위한 유럽위원회'가 채택한 <평화적 집회의 자유에 관한 지침> 제2편을 채택했다. 이 지침은 평화적 집회의 자유에 관한 지도원리 및 규제 법리는 물론 세부적인 절차적 쟁점까지 다루고 있을 뿐만 아니라 총론적 서술은 물론 다양한 국제인권규범이나 각국의 입법례와 함께 풍부한 사례를 제공하고 있다.

고 간주되어야 하며, '평화적'이라는 용어는 성가시거나(annoy) 화나게 하는(give offence) 행위를 포함하며, 심지어 제3자의 활동을 일시적으로 방해·왜방·차단(hinders, impedes or obstructs)하는 행위까지도 포함하는 것으로 해석되어야 한다고 규정하고 있다. 따라서 집회는 사전적으로 금지되어서는 안 되며, 실제로 집회의 진행으로 인해 폭력적인 상황이 발생하지 않는 이상 강제해산 되어서도 안 된다. 즉, 평화적인 집회는 그 자체로 진행에 있어 어떤 간섭도 있을 수 없으며 오히려 집회의 방해로부터 보호를 요청할 수 있어야 한다.

### 2) 시위의 삭제와 집회를 옥내와 옥외, 정지된 집회와 움직이는 집회로 구분

현행법은 집회에 대한 정의는 없고 시위에 대해서는 행진하거나 위력 또는 기세를 보여, 불특정한 여러 사람의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위로 정의하고 있다. 집회란 본래 불특정한 여러 사람의 의견에 영향을 주기 위함이 목적이기 때문에 가능한 많은 사람들이 모일 수 있도록 하며, 의견을 전하기 위한 여러 가지 표현방식이 사용된다. 그런 행위가 '위력'이나 '기세'로 이해된다면 그것은 집회의 본질적인 성격과 행위의 양태임으로 시위를 특별히 정의하여 규율할 필요가 없다. 실제 집회에서 현재 집시법의 정의처럼 집회와 시위는 구별하는 것도 어려울 뿐만 아니라 구별해야할 필요도 없다. 행진은 집회 방식의 하나로 볼 수 있으며 다만 움직이는 집회인 행진의 경우 행동의 특성상 교통소통과 행진경로의 확보 등의 상황으로 별도의 신고를 하는 것으로 한다.

### 3) 집회보호를 목적으로 하는 협력의무로서의 신고제

평화적 집회의 권리를 보호하면서 협력의무로서의 신고제를 유지한다. 그러나 신고제가 현행과 같이 사실상 허가제로 악용되는 것을 차단하며 행정절차로서의 신고제의 취지에 맞춰 형벌로 처분되지 않도록 한다.

신고라 함은 사인이 행정기관에게 일정한 사항에 대하여 알려야 하는 의무가 있는 경우에 그것을 알리는 것을 말한다. 좀 더 구체적으로 표현하면 "사인이 행정청에 대한 일정한 사실·관념의 통지에 의하여 바로 공법적 효과가 발생하는 행위" 또는 "사인이 공법적 효과의 발생을 목적으로 행정주체에 대하여 일정한 사실을 알리는 행위로서 행정청에 의한 실질적 심사가 요구되지 아니하는 행위"를 의미한다<sup>96)</sup>. 개정 법률 역시 사전신고제의 형식을 유지하되 평화로운 집회가 안정적으로 진행되기 위해 필요한 조치를 하는 것을 목적으로 한다. 따라서 단순히

96) 윤기중, "행정법상 신고제도에 관한 고찰", 2010.6.21.

신고를 하지 않았다는 이유로 형벌로 처분하는 것이 아니라 과태료(행정질서법)로 처분하는 것이 타당하다. 신고의 절차는 번거롭거나 관료적이어서는 안되며, 불필요한 정보의 제공을 요청해서도 안된다.

#### 4) 신고의 대상 집회

신고가 필요한 집회는 집회의 규모나 성격상 다른 법익과 충돌이 우려되는 집회에 국한한다. 사전신고의 취지가 국가로 하여금 집회의 자유를 가능하게 하고 공공질서, 공적 안전 및 타인의 자유와 권리를 보호하기 위해 필요한 적절한 장치를 준비하기 위한<sup>97)</sup> 필요절차이기 때문에 다른 집회나 교통소통, 소음 등의 영향이 미치지 않는 소규모집회는 신고의 대상으로 하지 않는다.

또한 사전신고가 불가능한 집회 역시 신고의 대상으로 간주하지 않는다. 예측할 수 없고 주최도 불분명한 우발집회와 사안의 긴급성으로 촉박하게 예정된 긴급집회는 신고의 대상에서 예외로 한다. 현재는 “미리 계획됐고 주최자도 있지만 집시법이 요구하는 시간 내에 신고를 할 수 없는 옥외집회인 이른바 ‘긴급집회’를 개최한 경우에도 신고가능성이 존재하는 즉시 신고해야 하는 것으로 해석된다<sup>98)</sup>”고 판단했지만, 실제로 집회신고 기간이 법률로 정해져 있는 조건에서는 기간 내 신고를 하기 어렵다고 판단되면 신고를 포기하기 마련이다<sup>99)</sup>. 언제든지 집회가 시작하기 전에만 신고를 해야한다고 하면 집회를 주최하려는 모든 사람들이 알 수 있도록 신고기간을 별도로 규정하지 않고 현재의 판결을 법률에 명시되어야 할 것이다. 법률에 신고기간을 별도로 규정하고 그 범위를 넘어서까지 신고의 의무를 부과한다면 법률의 전문가가 아닌 이상에 대부분은 신고의무를 불이행으로 벌칙이 부과될 것이다.

97) OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights(ODIHR) & European Commission for Democracy through Law(Venice Commission), Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly, 2nd ed.(2010.6.4)

98) 전원재판부 2011헌바174, 2014.1.28

99) 2011헌바174, 반대 의견, 2014.1.28

긴급집회를 개최하려는 심판대상조항의 수범자는 모든 국민이고 집회 업무의 전문가가 아니므로 수범자로서는 긴급집회의 경우 심판대상조항의 문언이 집회를 개최하려고 한 때부터 시작하기까지 48시간을 초과하지 못하여 제6조 제1항에 따른 신고를 할 수 없는지, 아니면 신고의무를 부담하는지, 부담한다면 언제 신고를 하여야 하는지 분명하지 않기 때문에 판단하기 불가능해 혼란스러울 수밖에 없다. 이러한 혼란은 전문가인 집회시위의 집행자·적용자인 행정기관, 사법기관이라 할지라도 다르지 않다. 따라서 다수의견의 논리에 따르면 심판대상조항은 신고가능성이 존재하는 즉시 신고한 긴급집회의 경우에도 적용되는 한 위헌이라고 한정위헌결정을 하여야 하지, 다수의견과 같이 단순합헌결정을 하여서는 아니된다.

#### 5) 집회 담당 기관의 변경

신고부터 처벌까지 경찰에 모든 것이 경찰의 통제와 판단에 의해 이루어지는 것은 집회관리주체로서 경찰에게 역할이 주어졌기 때문이다. 이를 개선하기 위해 신고기관 및 행정협력의 대상을 지방자치단체로 변경한다. 단, 집회의 안정적인 진행을 위해 경찰에 협조를 요청할 수 있다.

관리기관과 규제기관의 구별이 없다는 것은 자의적 규제를 가능하게 하는 발판이 되고 있다. 이로부터 신고기관과 질서유지기관, 최종적 판단기관의 분리가 요청된다. 특히 집회의 자유는 민주주의의 실현을 위한 가장 중요한 기본권의 하나라는 점에서 이에 대한 제한을 결정하는 기관은 국민의 심판에도 열려있어야 한다. 경찰이 아니라 지방자치단체가 집회에 관한 주무기관이 되어야 하는 이유이다<sup>100)</sup>.

#### 6) 동시집회의 개최 보장

같은 시간에 같은 장소에서 복수의 집회가 신고된 경우에는 신고된 모든 집회를 개최할 수 있어야 하는 것을 원칙으로 한다. 평화적 집회의 자유는 모든 사람에게 동등하게 향유되어야 함으로 동시에 복수의 집회가 개최된다는 이유만으로 금지할 수 없다. 다만 같은 장소에서 복수의 집회 동시개최가 어려운 경우도 있을 수 있으므로, 이런 때에는 지방자치단체장이 신고를 한 집회 주최자들과 협의를 하여 결정하도록 한다. 복수의 주최자들이 합리적으로 수용할 수 있는 조정이나 동시에 집회가 가능한 조치를 취하는 것은 행정당국의 의무로서 부여된다.

#### 7) 금지조항의 삭제와 집회의 제한

집회가 개최되기 이전에 금지할 수 있던 현행법은 과도한 권리침해다. 다른 권익이 침해될 우려가 있다면 집회의 제한조치와 마찬가지로 집회의 자유의 침해가 덜한 방식으로 일정정도 제한할 수 있으나 사전적으로 금지할 수 없다. 특히 장소와 시간에 따른 금지는 원칙적으로 집회를 불가능하게 만들어 대안적 방법으로 집회가 진행될 수 있는 방법까지도 차단하게 된다. 특히 집회가 개최되기 전에 집회로 인해 공공의 안녕 질서에 직접적인 위험이 초래될 것이라고 판단하는 것은 불가능함에도 현행 집시법은 금지를 가능하게 하고 있다.

현행 집시법의 금지조항은 과도한 규제로 작동했으며 공권력의 남용의 근거가 되었다. 금지조항들은 삭제하고 최소한의 제한조치만 가능해야 한다. 집회의 제한은 특정한 상황에서만 가능하며 집회의 목적과 내용의 전달에 간섭하지 않아야 한

100) 김중서, “집회 및 시위에 관한 법률”, 표현의 자유를 위한 정책제안 4부 거리에서의 표현의 자유, 2012.4.22.

다. 명백하고 현존하는 위험이 존재하는 경우에, 과잉금지의 원칙에 따라, 권리의 침해가 덜 제한적인 방식으로만 규제할 수 있다.

### ① 장소금지 조항 삭제

헌법 재판소는 집회의 장소를 향의대상과 분리시키는 것을 금지했다<sup>101)</sup>. 장소가 집회의 목적과 긴밀한 관계가 있기 때문이다. 그러나 현행 집시법 제11조의 금지장소<sup>102)</sup>는 절대적인 금지장소로 집회를 원천적으로 봉쇄한다. 공공기관이므로 그 업무의 중요성을 근거로 금지하고 있는데 실제로 업무가 방해가 되지 않는 조건에서의 집회의 가능성을 열어두지 않고 원천적으로 금지하는 것은 위헌적인 규제라 할 수 있다. 공공기관이기 때문에 그 업무의 중요성도 존중되어야 하겠지만 공공기관이기 때문에 집회의 목적에 있어서 가장 중요한 장소 중에 하나이다. 정부와 행정기관의 향의 목적을 갖는 집회의 목적을 달성하기 위해서는 그 집회의 대상이 되는 장소로서 공공기관은 금지의 대상이 되어서는 안 된다.

한편 광범위한 범위의 금지장소로 집시법 제12조(교통 소통을 위한 제한)<sup>103)</sup>가 규율하고 있다. 서울 시내의 경우만 해도 16개의 주요도시 주요도로를 금지할 수 있는데 그 범위가 상당히 광범위하며 16개의 주요도시 주요도로는 모두 서울 중심지를 가로지르며 교차하고 있어 실제 집회가 가장 많이 개최되는 장소를 금지

할 수 있다. 다수의 사람들이 모이는 집회의 특성상 교통 소통의 불편을 초래하는 것은 당연한 것이며, 그럼에도 불구하고 기본권으로써 보장을 받는 것이다. 즉, 교통소통을 위해 민주주의(집회의 자유)를 희생시키는 것이 아니라 민주주의를 위해 교통 소통의 일정정도 불편함은 사회가 함께 감수해야 할 책임이다.



<그림 1>서울 시내 주요도로

### ② 시간금지 조항 삭제

옥외집회와 시위에 대해 금지시간을 두었던 제10조 중 야간 옥외집회에 대해서는 2009년 9월 24일, 헌법재판소가 헌법불합치 결정을 하였고, 야간시위에 대해서는 2014년 3월 27일 한정위헌 결정을 했다. 야간 시위에 대해 현재는 '자정'이라는 자의적 기준을 들어 입법부가 판단할 일이라고 공을 넘겼는데, 실제 사람들의 행동의 특성과 상황을 배제하고 자정 이후 금지시간을 규정하는 것이 비현실적일 뿐만 아니라 자정 이후의 경우는 대부분 천막 농성, 노숙 농성 등의 형태로 진행되는 경우라서 주간 집회에 비해 오히려 평온하게 이루어지는 것이 일반적이며, 주간 집회보다 횡수나 참여자의 수도 적어 야간이라고 해서 금지해야 할 이유가 없다.

### 8) 집회의 해산

평화적 집회의 보장은 주최의 평화적 집회 의사를 존중하여 집회 진행의 전반으

101) 헌재 2003. 10. 30. 2000헌바67

집회의 목적·내용과 집회의 장소는 일반적으로 밀접한 내적인 연관관계에 있기 때문에, 집회의 장소에 대한 선택이 집회의 성과를 결정짓는 경우가 적지 않다. 집회장소가 바로 집회의 목적과 효과에 대하여 중요한 의미를 가지기 때문에, 누구나 '어떤 장소에서' 자신이 계획한 집회를 할 것인가를 원칙적으로 자유롭게 결정할 수 있어야만 집회의 자유가 비로소 효과적으로 보장되는 것이다. 따라서 집회의 자유는 다른 법익의 보호를 위하여 정당화되지 않는 한, 집회장소를 향의 대상으로부터 분리시키는 것을 금지한다.

102) 1. 국회의사당, 각급 법원, 헌법재판소

2. 대통령 관저(官邸), 국회의장 공관, 대법원장 공관, 헌법재판소장 공관

3. 국무총리 공관. 다만, 행진의 경우에는 해당하지 아니한다.

4. 국내 주재 외국인의 외교기관이나 외교사절의 숙소. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우로서 외교기관 또는 외교사절 숙소의 기능이나 안성을 침해할 우려가 없다고 인정되는 때에는 해당하지 아니한다.

가. 해당 외교기관 또는 외교사절의 숙소를 대상으로 하지 아니하는 경우

나. 대규모 집회 또는 시위로 확산될 우려가 없는 경우

다. 외교기관의 업무가 없는 휴일에 개최하는 경우

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

로 판단되어야 한다. 일부 소수 참가자들의 범죄·폭력행위로 집회전체의 평온성이 사라진 것으로 볼 수 없다. 따라서 일부 소수의 행위로 집회를 해산할 수 없으며 집회 참가자 전반의 행위로 판단하여 폭력행위를 의도하여 행해지려고 할 때 해산이 가능하다.

### 9) 가시가청 거리 안의 집회 보장<sup>104)</sup>

공공집회는 특정한 사람이나 집단 또는 단체를 겨냥하여 일정한 의견을 전달하기 위하여 개최된다. 그러므로 일반원칙으로서, 집회는 목적이 되는 청중이 볼 수 있고 들을 수 있는 범위 내에서 이루어질 수 있어야 한다.

경찰이 집회 주변을 차벽으로 둘러싸거나 폴리스라인으로 집회공간을 제한하는 것, 경찰이 집회장소를 선점하고 사람을 둘러싸는 고착 등은 집회시위의 관리와 위협예방이라는 경찰력 행사라는 이유로 제지되지 못했다. 그러나 이런 행위는 집회장소의 접근을 어렵게 하고 고립된 공간에서 집회를 진행하게 되어 집회의 내용을 알리기 어렵게 한다. 뿐만 아니라 집회에 참여하는 사람들을 위축시키는 효과를 낳는다. 이런 행위는 의도적인 집회방해 행위로 간주되어야 하기 때문에 개정법률에 명시적으로 금지하는 내용을 넣는다.

### 10) 경찰의 의무

경찰은 주최자의 집회보호 요청과 집회관리 행정기관의 교통소통 협조의 요청으로만 집회에 동원될 수 있다. 이런 협조에 대한 집행은 집회가 방해받지 않는 범위에서 가능하며 반드시 모든 경찰관은 정복을 입고 외부에서 식별이 가능한 계급과 소속, 성명이 명시된 식별표를 착용하여야 한다. 신분기 들어남으로써 경찰력 행사에 책임감을 높일 수 있으며 시민들과의 신뢰도 높일 수 있다. 또한 위법하게 남용되는 경찰력 행사에 대한 불처벌의 가능성을 낮추는 효과를 가져 올수 있다.

### 11) 집회감시와 정보수집으로써의 집회 현장의 채증 금지

집회 현장에서의 경찰의 채증활동 범위가 지나치게 광범위하고, 채증자료에 대한 관리가 투명하지 못하여 집회 참가자의 집회의 자유, 개인정보자기결정권, 초상권

을 침해할 수 있다는 우려가 제기되어 왔다. 집회 현장에서 사복 채증요원이 개인 스마트폰 등으로 채증을 시도하면서 집회참가자와 불필요한 충돌이 발생하는 경우가 많고, 개인 장비를 사용하여 채증을 하는 경우 채증자료의 사후 관리에 대한 우려도 크다. 이러한 문제점을 개선하기 위해 정해진 채증요원이 등록된 장비를 사용하게 한다.

경찰이 불법이 우려되는 경우 채증을 할 수 있다고 주장하며 평화로운 집회 참가자들을 채증하고 있다. 불법행위를 하지 않은 경우에도 동의 없이 참가자의 모습을 채증하는 것은 초상권과 개인정보자기결정권을 침해할 소지가 있다. 이에 집회 현장에서 채증이 가능한 상황을 “범죄행위가 행하여지고 있거나 행하여진 직후, 증거보전의 필요성 및 긴급성이 인정되는 경우”로 한정하여 집회참가들의 기본권이 침해되는 일이 없도록 한다. 채증업무를 담당하는 경찰관이 채증자료를 자신의 소셜네트워크서비스 공간에 게시한 사례가 있었으며, 특정 지방경찰청에서는 채증사진 전시회를 열어 논란이 되었다. 이런 채증자료의 유출을 막기 위하여 채증 자료는 수사 등 목적 이외에 사용하지 못하고, 외부 유출을 금지하도록 한다.

### 12) 벌칙<sup>105)</sup>

개정 법률에는 두 종류의 벌칙이 포함되어야 한다. 하나는 형벌이고, 하나는 행정 제재로서의 과태료이다. 집회를 방해하는 행위는 기본권의 행사를 부정하는 것으로서 엄중하게 처벌되어야 하고, 특히 경찰이나 공무원에 의한 집회방해는 가장 처벌되어야 한다. 반면 행정상 협력의무 위반에 대한 제재로서 과태료처분을 둘 수 있다.

104) OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights(ODIHR) & European Commission for Democracy through Law(Venice Commission), Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly, 2nd ed.(2010.6.4)

105) 김종서, “집회 및 시위에 관한 법률”, 표현의 자유를 위한 정책제안 4부 거리에서의 표현의 자유, 2012.4.22.



## 집회의 자유 보장에 관한 법률(안)<sup>106</sup>

### 1조 (목적)

이 법은 평화적인 집회 및 행진을 최대한 보장하는 것을 목적으로 한다.

### 2조 (정의)

이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “집회”란 여러 사람이 공동의 목적을 가지고 일정한 때에 일정한 장소에 모여서 의견을 표명하는 행위를 말한다.
2. “옥외집회”란 사방이 폐쇄되지 아니하고 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소에서의 집회를 말한다.
3. “행진”란 도로를 이동하는 옥외집회를 말한다.
4. “주최자”란 자기 이름으로 자기 책임 아래 집회를 여는 사람이나 단체를 말한다. 주최자는 주관자를 따로 두어 집회의 실행을 맡아 관리하도록 위임할 수 있다. 이 경우 주관자는 그 위임의 범위 안에서 주최자로 본다.
5. “질서유지선”이란 주최자의 요청에 의하여 관할 경찰서장이나 지방경찰청장(이하 “관할경찰관서장”이라 한다)이 평화적인 집회 및 행진을 보호하기 위하여 필요 최소한으로 설정한 때, 방책, 차선 등의 경계 표지를 말한다.

### 3조 (집회 및 행진에 대한 방해금지)

- ① 누구든지 폭행, 협박, 그 밖의 방법으로 평화적인 집회 또는 행진을 방해해서는 안 된다.
- ② 누구든지 폭행, 협박, 그 밖의 방법으로 집회 또는 행진의 주최자의 이 법의 규정에 따른 임무 수행을 방해하여서는 안 된다.

### 제4조 (특정인 참가의 배제)

집회 또는 행진의 주최자는 특정한 사람이나 단체의 집회나 행진의 참가를 배제

<sup>106</sup> 이 법률안은 그동안 집시법과 관련된 논의, 개정안 등을 토대로 인권단체연석회의 공평력감시대응팀 내부 논의를 통해 제시하는 완결된 법안이거보다는 일종의 가이드로서 제안하는 것을 목적으로 제출되었음을 밝힙니다.

할 수 있다.

### 제5조 (옥외집회 및 행진의 신고 등)

① 옥외집회나 행진을 주최하려는 자는 다음 각 호의 사항이 포함된 신고서를 옥외집회나 행진을 시작하기 720시간 전부터 48시간 전에 관할 기초자치단체장에게 제출하여야 한다. 다만, 옥외집회 또는 행진 장소가 두 곳 이상의 자치구의 관할에 속하는 경우에는 주최지를 관할하는 기초자치단체장에게 제출하여야 한다.

1. 목적
2. 일시(필요한 시간을 포함한다)
3. 장소
4. 주최자 또는 연락책임자에 관한 다음 각 목의 사항
  - 가. 주소
  - 나. 성명
  - 다. 연락처
5. 참가 예상 인원
6. 행진로(행진의 경우에 한한다)

② 제1항에 의한 집회의 신고는 서면 또는 인터넷을 통해 할 수 있다.

③ 관할 기초자치단체장은 제1항에 따른 신고서를 접수한 때에는 접수증을 즉시 내주어야 한다.

④ 신고의무자(주최자)를 특정할 수 없는 우발집회, 개최 48시간 전에 신고를 할 수 없는 긴급집회, 10인 이내의 소규모집회에 대해서는 신고의무를 면제한다.

### 제6조(동시집회에 대한 조정과 개최)

① 동일한 일시에 동일한 장소에서 개최되는 2개 이상의 집회의 신고가 접수된 경우에는, 관할 기초자치단체장은 신고된 모든 집회가 원활하게 개최될 수 있도록 해야 한다. 단, 신고된 모든 집회를 개최할 수 없다고 판단하는 경우에는 신고된 집회의 주최자들과 협의하여 집회 개최 및 진행 방안을 결정한다.

② 제1항에 따라 집회 개최 및 진행 방안이 결정되는 경우에는, 관할 기초자치단체장은 그 내용을 지체없이 집회 주최자들에게 서면으로 통지하여야 한다.

③ 2개 이상의 집회가 동시에 개최될 때 집회 간 충돌이 발생할 우려가 있을 경우에는 관할 기초자치단체장은 각 집회 간의 충돌을 막기 위하여 집회 대열 사이에 경계선을 설치하거나 충돌방지를 위한 인력을 배치할 수 있다.

#### 제7조 (집회 및 행진의 제한)

① 집회의 신고를 받은 기초자치단체장은 다음 각호의 구분에 따라 집회의 방식에 대하여 일정한 제한을 할 수 있다.

1. 주거지역이나 학교주변 지역에서 진행되는 집회 또는 행진의 경우에는 주거의 평온과 학습권을 뚜렷이 침해할 경우 확성기 사용을 제한할 수 있다.

2. 개최장소가 「군사기지 및 군사시설 보호법」 제2조제2호에 따른 군사시설의 주변 지역으로서 집회 또는 행진으로 시설이나 군 작전의 수행에 심각한 피해가 발생할 우려가 있는 경우 장소의 일부를 제한할 수 있다.

② 기초자치단체장이 신고된 집회에 대하여 제1항에 의한 제한을 하는 경우에는 그 내용과 이유를 집회 주최자에게 서면으로 통지하여야 하며, 집회신고 후 24시간 이내에 통지를 하지 않은 경우에는 집회 주최자는 신고된 대로 집회를 개최할 수 있다.

#### 제8조 (집회 또는 행진의 공지)

관할 기초자치단체장은 신고된 집회 또는 행진의 경우 그 시작예정 시간 24시간 전에 도로소통과 개최사항에 대한 정보제공을 목적으로 신고내용을 공지하여야 한다. 공지는 해당 자치단체의 홈페이지와 교통안내전광판 등에 개최 시간과 장소, 제목을 신고내용대로 공지한다.

#### 제9조 (적용의 배제)

학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제(冠婚喪祭) 및 국경행사(國慶行事)는 이 법의 제5조부터 제8조까지 규정을 적용하지 않는다.

#### 제10조 (경찰에의 협조요청)

① 집회 또는 행진의 주최자는 평화적인 집회 또는 행진이 방해받을 염려가 있다고 인정되면 집회 또는 행진에서의 집회보호를 위해 관할 경찰관서장에 그 사실

을 알려 보호를 요청할 수 있다.

② 집회 또는 행진의 주최자나 관할 기초자치단체장은 집회 또는 행진에서의 교통소통을 위해 관할 경찰관서장에 협조를 요청할 수 있다.

③ 관할 경찰관서장은 제1항과 제2항에 따른 협조요청에 대하여 특별한 이유가 없는 한 집회 또는 행진을 방해하지 않는 범위에서 협조해야 한다.

#### 제11조 (경찰의 의무)

① 관할 경찰관서장은 제10조에 따라 집회 또는 행진보호 요청이 있는 경우 집회 또는 행진의 진행 중 발생하는 방해행위에 대해 즉시 제지하여야 한다.

② 관할 경찰관서장은 제10조에 따라 교통소통을 위한 협조요청이 있는 경우 참가자들이 이동하는 경로에 차량을 통제하고 우회시키는 등 집회 또는 행진의 원활한 진행과 안전 및 차량의 원활한 소통을 보장하여야 한다.

③ 관할 경찰관서장은 폴리스라인, 차벽, 통행제한 등의 조치로 인해 집회참가를 방해하거나 집회를 시민들로부터 분리, 격리되도록 해서는 안 된다.

#### 제12조 (경찰관의 출입)

① 경찰관은 집회 또는 행진의 주최자의 동의를 받아 그 집회 또는 행진 장소에 출입할 수 있다. 다만, 옥내 집회 장소에 출입하는 것은 직무 집행을 위하여 긴급한 경우에만 할 수 있다.

② 집회 또는 행진에 동원된 모든 경찰관은 정복을 입고 외부에서 식별이 가능한 계급과 소속, 성명이 명시된 식별표를 착용하여야 한다.

#### 제13조 (주최자의 준수 사항)

① 집회 또는 행진의 주최자는 국회의사당, 각급 법원, 헌법재판소, 대통령 관저, 외교기관 주변에서 개최되는 집회의 경우 일반인의 공공기관 출입을 위한 진출입로의 확보한다.

② 집회 또는 행진의 주최자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 총포, 폭발물, 도검, 철봉, 곤봉, 돌덩이 등 다른 사람의 생명을 위협하거나 신체에 해를 끼칠 수 있는 기구를 휴대하거나 사용하는 행위 또는 다른 사람에게

이를 휴대하게 하거나 사용하게 하는 행위

2. 폭행, 손괴, 방화 등으로 안전을 위협하는 행위

제14조 (참가자의 준수 사항)

① 집회 또는 행진에 참가하는 자는 제13조제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 안 된다.

② 집회 또는 행진의 주최자는 제13조제2항의 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 참가자를 집회와 행진으로부터 배제하여야 한다.

제15조 (집회 또는 행진의 해산)

① 관할 경찰관서장은 집회 또는 행진의 전체적인 양상이 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 극단적 혼잡 그 밖에 위험한 사태가 목전에 행하여지려 하고 있어 그 위해를 방지하거나 피해를 구조하기 위하여 부득이 하다고 인정될 때에는 상당한 시간 이내에 자진 해산할 것을 요청하고 이에 따르지 아니하면 해산을 명할 수 있다.

② 집회 또는 시위가 제1항에 따른 해산 명령을 3회 이상 받았을 때에는 모든 참가자는 해산하여야 한다.

제16조 (CCTV감시의 금지)

개인정보보호법 제2조 제7호의 영상정보처리기기(CCTV)를 본래의 목적에서 벗어나 집회 및 행진을 감시하기 위해 사용해서는 안 된다.

제17조 (집회 현장의 채증)

① 각급 경찰관서장은 채증활동을 위하여 채증요원을 둔다. 채증요원은 정복을 착용토록 하고 외부에서 식별이 가능한 계급과 소속, 성명이 명시된 식별표를 착용하여야 한다.

② 채증요원은 집회 참가자의 범죄행위가 행하여지고 있거나 행하여진 직후, 증거보전의 필요성 및 긴급성이 인정되는 경우에 한하여 각급 경찰관서에 등록된 채증장비를 사용하여 채증할 수 있다. 이 경우 집회의 전체 모습을 채증할 수 없으며 범죄행위와 관련된 사람에 대해서만 채증할 수 있다.

③ 각급 경찰관서장은 채증자료를 수사 등 목적을 위해서만 사용할 수 있으며, 누구든지 채증자료를 임의로 외부에 유출시켜서는 안 된다. 수사 등 목적을 달성한 경우에는 수사기록의 일부로서 보관한다.

제18조 (벌칙)

① 이 법에 따른 집회의 개최, 진행을 방해하거나 집회 참가를 방해하는 경우에는 1년 이하

의 징역 또는 1000만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 경찰관 또는 공무원이 제1항의 죄를 범한 경우에는 2년 이하의 징역 또는 2000만 원 이하의 벌금에 처한다.

제19조 (벌칙)

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 50만 원 이하의 과태료에 처한다.

1. 집회 주최자가 제5조에 의한 집회 개최 신고를 하지 않고 집회를 개최한 경우
2. 제4조를 위반하여 참가가 배제된 집회 또는 행진에 참가한 자

제20조 (벌칙)

제11조를 의한 경찰의 의무를 수행하지 않은 경우 2년 이하의 징역 또는 2000만 원 이하의 벌금에 처한다.

제21조 (벌칙)

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제12조제1항을 위반하여 집회 장소에 출입한 자
2. 제12조제2항을 위반하여 정복과 식별표를 착용하지 아니한 자
3. 제13조제2항에 위반하는 행위를 한 자

※ 참고자료 1. 2010 한국 표현의 자유 보고대회 중 4장 집회결사의 자유

### 2008년 촛불집회와 경찰의 과잉진압

2008년 5월 정부의 미국산 쇠고기 수입에 반대하는 대규모 시위가 일어났다. 5월 2일 청소년들의 주도로 시작된 촛불 집회는 저녁 시간에 청계천 광장에 모여 촛불을 드는 평화롭고 조용한 방식으로 진행되었다. 경찰은 촛불 집회는 미신고 불법 집회이므로 주최자를 사법처리하겠다고 밝혔다. 촛불 집회가 거듭되어도 정부의 근본적인 태도 변화가 없자, 5월 24일의 17번째 촛불 집회는 거리로 진출하는 철야 가두집회로 발전하였다. 시위대는 촛불을 든 채 도로로 나와 모여 앉았고, 경찰은 다음날 새벽 이들을 폭력으로 강제해산시켰다. 이 과정에서 시위대가 37명 체포되었고, 여성을 포함한 다수의 시위 참가자들이 부상을 입었다. 이날 새벽 검찰, 경찰, 국가정보원은 관계기관 대책회의를 갖고 거리로 진출한 촛불 시위 주동자를 구속하는 등 엄하게 다스리는 방안을 강구했다고 언론에 보도되었다. 인터넷으로 생중계되는 경찰의 폭력 진압을 목격한 사람들이 분노하면서, 촛불 시위 참가자 수는 매일 매일 늘어났다.

5월 31일 청와대 근처 삼청동에서 밤새 경찰과 대치중이던 1만여 명의 시위대에 대해 경찰은 경찰 버스 차량으로 장벽을 설치한 뒤 건너편에서 시위대를 향해 물대포를 쏘았고, 다음날 새벽 시위대 수가 줄어들자 물대포 차량과 대테러부대인 경찰특공대를 투입하여 진압했다. 물대포는 경찰청 훈령에 따르면 사람에게 직접 발사하지 않도록 되어있었음에도 실제로는 늘 시위대를 겨냥하여 발사되었다(이후 경찰은 직접 발사할 수 있도록 훈령을 변경했다고 밝혔다). 다음날 새벽 경찰이 물대포 차량과 경찰특공대를 앞세워 밀고 나오며 진압을 시작하자 시위대는 속수무책으로 밀려났고, 여성을 포함한 많은 사람들이 머리 등을 방패, 곤봉으로 가격당해 피가 흐를 정도로 부상당했다. 대학생으로 밝혀진 한 여성이 바닥에 쓰러진 채로 경찰에게 군화발로 짓밟히는 영상이 생중계되기도 했다. 이 날은 총 228명이 체포되었다.

시위대가 100만 명 가까이 집결한 6월 10일에는 경찰이 아침부터 광화문 세종로 일대를 다수의 화물 컨테이너로 봉쇄하고 시위대를 포함한 모든 이의 통행을 전

면 차단하였다. 6월 29일에는 비폭력 불복종 행동으로서 경찰 앞에 팔짱을 끼고 드러누운 'YMCA 농자행동단' 소속의 80여명의 시민들을 경찰이 무자비하게 방패와 곤봉으로 내리치며 짓밟고 지나가는 일이 발생했다. 미 대통령 부시가 방한한 8월 5일을 기점으로 경찰 진압은 한층 더 공격적으로 변했다. 경찰은 물대포에 색소와 최루액을 섞어 사용하였고, 사복 경찰관 부대가 투입된 체포 작전도 무차별적으로 진행되었다. 시민들은 단지 옷에 색소가 묻거나 인도에서 무리지어 다니기만 해도 체포 대상으로 간주되었고, 취재하던 기자들도 공무집행방해로 체포되었다. 언론사 소속 기자는 체포되더라도 곧바로 석방되었지만, 소속이 없는 독립 시민 기자들은 계속 구금되었다. 8월 5일 경찰은 시민 167명을 체포했고, 해방기념일인 8월 15일에도 총 157명을 체포했다. 그 이후로 촛불집회는 소강상태가 되었고, 일부 시민들은 2명씩 짝지어 산책하며 구호나 피켓 없이 단지 촛불만 드는 형태로 극도로 절제된 표현을 시도하였으나, 이마저도 경찰에 의해 금지 당했다.

[출처] 2010 한국 표현의 자유 보고대회 - 프랭크 라 튀 유엔 의사표현의 자유 특별보고관 방한에 즈음하여  
- 중 4장 집회결사의 자유

※ 참고자료 2 2014. 12. 2 촛불재판 유죄 판결 관련 규탄 기자회견문

**‘촛불 시민의 진정성’을 권력편의적인 논리로, 기계적이고 형식적인 기준으로 유죄로 단죄하는 것을 우리는 결코 납득할 수 없습니다**

2008년 촛불집회는 시민·네티즌들의 이명박 정부의 무책임한 태도에 대한 자발적인 분노, 미국산 쇠고기 수입 재개에 대한 공중과 방송의 탐사보도 프로그램의 취재보도, 학계와 전문가 그룹의 합리적인 의심과 정책비판 등이 종합되어 형성되기 시작하였습니다. 실제로 이명박 정부의 한미 쇠고기 협상이 줄속적으로 타결된, 매우 굴욕적이면서 반국민적인 협상이라는 점이 드러나면서 주간에 집회를 할 수 없는 학생들, 네티즌들, 학부모들, 노인, 회사원들, 예비군, 노조원, 종교인, 국회의원 등 다양한 배경의 사람들이 서울도심에서 2008년 5월 2일부터 8월 15일 까지 거의 매일 촛불집회를 전개하였습니다.

평화롭게 시작한 촛불집회는 경찰이 오히려 과도한 물리력을 사용해 집회의 권리를 제약하자 국민들의 더 큰 공분을 샀습니다. 국책연구기관인 한국형사정책연구원도 과도한 차별설치가 집회의 폭력성을 증가시켰다고 분석할 정도로, 경찰은 차별, 물포, 소화기, 해산과 검거위주의 대응으로 집회시위의 자유를 억압했습니다. 당시 경찰은 촛불집회에서 현장검거로 1,423명을 연행하였고 사후체증으로 226명을 조사하여 총 1,649명을 형사처벌하였습니다. 사법처리 인원은 단일 사안으로는 최대 기록이라고 할만 합니다.

촛불집회가 끝난 후 검찰은 평화적인 촛불집회시위에 대해서도 현행법 상 야간집회·시위, 도로점유가 불법인 점을 이용해 집시법 10조와 형법 185조 일반교통방해죄를 적용해 참여자들을 무차별적으로, 보복적으로, 감정적으로 무더기 기소했습니다. 이에 촛불시민들은 헌법상 보장되는 집회시위의 자유를 억압에 대해 헌법재판소에 야간 집회시위에 대한 위헌제청신청을 하였습니다. 2009년 9월 24일 헌법재판소는 집시법 10조 야간집회에 관해 헌법불합치 결정을 하였고 2010년 7월 1일부터 야간집회가 전면 가능해졌습니다. 반면, 2014년 3월 27일 헌법재판소는 집시법 10조 야간시위에 대해 한정위헌 결정을 하였습니다. 헌법재판소는 자정 12시 이전의 시위를 금지하는 것은 위헌이라고 하면서 자정 이후의 시위를 금

지할지 여부에 관해서는 국회와 우리 국민들이 판단할 문제라고 하였습니다. 그러나 사실상 헌법재판소는 자정 12시 이전의 시위금지만이 위헌이라고 하여 자정 12시 이후 시위에 관해서는 처벌의 근거를 남겨놓았습니다. 물론, 현재의 한정위헌 결정문을 자세히 보면 유죄의 근거로 활용할 수는 없고, 오히려 밤 12시 이후도 헌법재판소의 기존 헌법 불합치 결정까지를 감안하면 무죄로 추정하고 간주하는 것이 지극히 올바른 것입니다.

다만, 헌법재판소가 집시법 10조 관해 특정시간대를 기준으로 위헌여부를 판단한 것은 집회시위의 자유를 침해하는 것임을 우리는 지적하는 것입니다. 자정이 넘은 시간에 시위가 이뤄진다는 이유만으로 시위 자체를 금지하거나 처벌하는 것은 전혀 논리적이지도, 사회적으로 타당하지도 않는 일입니다. 또한 안전에 위험을 초래하는 기습적인 도로점거가 아닌 평화적인 집회시위의 연장으로 일어나는 촛불시위의 도로점유 역시 그 권리를 당연히 인정받아야 하고, 다행히 최근 법원은 평화적이고 공익적 목적의 도로점유에 대해서는 무죄를 선고하고 있기도 합니다.

우리 시민들은 이 사회 공동체 성원으로 정부 정책에 의견을 가질 수 있습니다. 그러한 의견을 타인과 교류하고 사회를 향해 표현할 수 있습니다. 2008년 촛불집회는 촛불시민들이 거리에서 자신들의 견해를 평화롭게 드러내며 교류하고 배우는 민주주의의 장이었습니다. 몇 년에 한 번씩 '조용히 선거만 하라'는 박제화된 정치를 거부하고, 촛불시민들은 일상에서 거리의 민주주의의 힘과 주권재민의 위대함을 보여주었습니다. 이는 한국사회 뿐만 아니라 세계적으로도 민주주의를 증진시킨 역사적인 실천으로 평가받고 있습니다.

그럼에도 공안기구는 촛불의 힘을 불온시하여 천여명이 넘는 촛불시민을 사법처리하기도 했지만, 그 힘이 결국 야간에도 집회와 시위를 할 수 있다는 가능성을 열었고, 지금 야간 집회는 아무런 문제없이 전국 곳곳에서 평화적으로 잘 전개되고 있습니다. 그렇게 거리에서 직접민주주의를 몸으로 체험한 촛불의 힘은 2008년의 경험으로 끝나지 않고 등록금집회, 희망버스까지, 또 최근에는 세월호 참사 추모와 세월호 참사의 진실을 밝히기 위한 힘으로 이 사회를 밝히고 있습니다.

그렇지만, 6년 만에 시작된 촛불제판의 결과는 마치 보복이라도 하듯이, 속전속결 유죄판결 일색입니다. 최근 박석운 민연련 대표 등 집행부에게는 실형 선고 및

집행유예가, 촛불집회 참가 시민들에겐 100~200만원 사이의 벌금 유죄 선고가 잇따르고 있습니다. 2008년 촛불집회로 재판을 하고 있는 사람들은 정말 아주 다양한 형태로 연행, 기소되어 재판을 받고 있습니다. 가령 집회를 구경했다는 이유로, 단지 도로나 인도에서 있었다는 이유로, 인권침해 감시활동을 했다는 이유로 기소되어 1심에서 유죄 선고를 받고 있습니다. 6년만의 재판도 서럽고 부당하고 힘든 일인데, 기계적인 기소와 형식적인 유죄 선고를 받고 있다니, 오히려 박수를 받아야 할 시민들에겐 너무나 가혹한 보복이라 할 것입니다.

이에 항의하고자 우리는 오늘부터 세계인권선언일 12월 10일까지 검찰과 법원 앞에서 1인 시위를 합니다. 1인 시위는 촛불시민, 시민인권사회운동가들이 돌아가면서 점심시간에 맞추어 진행합니다. 또한 우리는 12월 10일 1심 결과를 보다 면밀하게 분석하여 법원이 어떻게 기계적이고 형식적인 판결을 하고 있는지 2008년 촛불제판의 실태와 문제점을 드러내고 분석하고 비평하는 토론회를 진행하고, 12월 17일 촛불시민들과 함께 치유와 연대의 콘서트도 개최합니다.

오늘 기자회견에서 우리는 아래와 같이 주장합니다.

1. 검찰은 즉시 밤 12시를 기준으로 한 기계적이고 형식적인 기소를 중단해야 합니다.
2. 법원은 헌법의 권리가 실현될 수 있도록 촛불 시민들에게 무죄를 선고해야 합니다.
3. 국회는 헌법재판소의 헌법불합치 결정과, 한정위헌 결정의 내용과 취지에 비쳤을 때, 검찰과 법원이 촛불 집회 참가자들에 대해 기계적인 기소와 유죄를 선고하고 있는 것은 매우 부당하고, 반 국회·반 국민적인 일임을 지적하고 즉시 선처와 태도 전환을 촉구해야 할 것입니다.
4. 또, 국회는 신속하게 집시법 10조의 야간시위 금지 조항을 원천 삭제하는 법 개정애 나서야 할 것입니다.

2014년 12월 2일

**민변, 참여연대, 광우병위험감시 및 식품안전을위한국민행동, 인권단체연석회의  
공권력감시대응팀, 한국진보연대**

2008년 촛불 토론회 자료집

헌법적 관점에서 본 현행 집시법, 일반교통방해죄의 문제점과 개선방향

발행일 2014. 12. 10

발행처 광우병위험감시 및 식품안전을위한국민행동·민주사회를위한변호사모임  
인권단체연석회의 공권력감시대응팀·참여연대·한국진보연대