

[형법 제185조 개정안 마련을 위한 공청회]

집회·시위의 자유와 일반교통방해죄의 개정방향

- 일시 | 2011년 6월 22일(수) 오전 10시
- 장소 | 국회의원회관 제3간담회실(128호)
- 주최 | 민주당 이춘석 의원실 ■
민주사회를위한변호사모임
- 주관 | 민주주의법학연구회

개 회 사



안녕하십니까. 익산갑 국회의원 이춘석입니다.



올해로 촛불집회가 열린 지 벌써 3주년이 되었습니다. 그리고 제가 등원을 한 지도 3년이 흘렀습니다.

국회의원 임기 첫 날을 국회 앞 천막에서 촛불을 들고 시작했으니 촛불집회의 역사와 저의 임기는 나이를 같이 먹는 셈입니다.

그 때 당시 촛불시위대와 함께 서대문 경찰청으로 행진했던 날 밤을 잊지 못합니다.

시민들 하나하나가 삼삼오오 모여 이루어진 촛불집회는 평화롭고 뜨거웠으나 무자비한 경찰의 진압은 폭력적이고 차가웠습니다.

경찰의 날카로운 방패에 손이 찍힌 시민을 병원으로 옮기기 위해 잘려진 손가락을 찾으며 응급실을 수소문하던 기억은 지금도 악몽으로 남아 있습니다.

촛불집회 당시 검찰 측 통계를 보더라도 1,300명에 가까운 사람들이 기소가 되었고, 기소된 사람들 대다수에게 형법 제185조 일반교통방해죄라는 조항이 적용이 되었습니다.

오늘 공청회를 공동주최해 주신 민주사회를 위한 변호사 모임이 진행 중인 사건 피고인 627명 중에서도 이 조항이 기소 죄명에 포함된 사람들이 무려 88%에 달한다고 합니다.

이는 집회 및 시위에 관한 법률이나 도로교통법만으로도 충분히 의욕할 수 있는 행위에 대해 굳이 처벌이 훨씬 무거운 형법상의 조항을 적용함으로써 이 조항이 어떻게 남용될 수 있는지를 잘 보여준 사례라고 할 수 있습니다.

오래 전에도 이와 같은 문제점을 인식하고 이를 개정하려는 노력이 있었으나 형법전면개정안에는 반영되지 못해 결국 아직까지 숙제로 남게 된 것입니다.

하여 오늘 이 공청회는 촛불집회 사건으로 그 남용의 실태를 적나라하게 드러낸 일반교통방해죄의 입법적 미비를 보완하고 죄형법정주의라는 형법상의 기본원칙에 부합하는 조항으로 가다듬고자 마련하게 되었습니다.

모두들 바쁘신 가운데 어려운 시간을 내 주신 것에 대해 감사드리며, 그러기에 더더욱 활발한 논의를 통해 국민의 기본권을 돈독히 보장할 수 있는 방향의 개정안이 도출될 수 있도록 중지를 모아주시기 바랍니다.

아울러 여러분의 소중한 혜안이 담긴 결과물을 바탕으로 본 개정안이 조속히 통과될 수 있도록 원내에서 끝까지 최선을 다하겠다는 약속도 드리겠습니다.

다시 한번 귀한 시간 내 주신 것에 대해 진심으로 감사드립니다.

2011.6.22.
국회의원 이춘석 드림.

인 사 말



이명박 정부 들어 검찰이 민주사회의 초석이라 할 수 있는 표현의 자유를 탄압하기 위해 독창적인 해석론을 전개하면서 전혀 예상치 못한 조항들을 끄집어내 활용하고 있습니다. 대표적인 것은 인터넷 논객 미네르바를 구속기소하는데 적용한 전기통신기본법상의 허위통신죄 조항(제47조 제1항)과 오프라인상의 집회·시위의 자유를 탄압하기 위해 악용하고 있는 형법 제185조의 일반교통방해죄 조항입니다. 이 조항들은 형법 제314조의 위력업무방해죄가 노동자의 파업권 행사를 탄압하기 위해 악용되고 있는 것과는 일맥상통합니다.

이 조항들은 애매모호한 규정과 법원의 확대해석으로 국민의 기본권 행사를 광범위하게 제한하고 탄압하는 데 활용되고 있다는 점이 공통점이 있습니다. 최종적인 법률 해석 권한을 가진 법원으로서 가능한 한 기본권을 보장하는 방향으로 제한적·합헌적 해석을 해야 함에도 그러한 임무를 방기한 채 기계적·형식적으로 해석하여 이 조항들의 남용을 추인하고 있습니다. 법원이 제대로 해석·적용한다면 부작용을 대부분 방지할 수 있어 이러한 토론회가 개최되지 않았을 수도 있었을 것입니다.

일반교통방해죄가 집회·시위의 자유를 부당하게 탄압할 뿐만 아니라 죄형법정주의 원칙에 위반하여 위헌이라는 점은 발제자들의 발표에서 잘 지적될 것입니다. 발제문에서 지적되지 않았지만 일반교통방해죄로 인한 중대한 폐단 중의 하나는 촛불자동차 사례에서

나타난 바와 같이 시위대에 자동차를 제공하거나 자동차를 이용하여 시위를 함으로써 일반교통방해죄로 기소되기만 해도 도로교통법 및 시행규칙 등의 규정에 따라 필요적 운전면허취소사유에 해당한다는 점입니다. 자동차 운전이 생업에 관계된 사람의 경우에는 운전면허취소는 바로 생계에 중대한 타격을 초래합니다.

2011년 6월 22일

김선수(민주사회를위한변호사모임 회장)

전기통신기본법상의 허위통신죄에 대해서는 헌법재판소에서 위헌결정이 선고되었으나, 일반교통방해죄와 업무방해죄에 대해서는 제한적으로 해석해야 한다는 조건을 달았지만 결론적으로는 합헌결정이 선고되었습니다. 법원은 헌법재판소의 제한적 해석 조건을 고려하여 신중하게 해석·적용해야 함에도 아무런 고민 없이 기계적으로 해석·적용하여 부당한 결과를 초래하고 있습니다. 법원의 부당한 해석으로 인한 피해에 대해 피해자들이 불복하거나 구제를 받을 길은 없습니다.

헌법재판소에서 합헌결정이 났다고 해서 그 조항의 정당성이 최종적으로 확정된 것은 아닙니다. 역사적으로 헌법재판소가 합헌결정을 했지만 국민의 대표기관인 국회가 폐지한 조항들은 부지기수입니다. 교원과 공무원의 노동조합 결성 금지 조항들, 노동조합법과 노동쟁의조정법의 제3자 금지 조항, 필수공익사업의 직권중재 조항 등등. 헌법재판소나 법원은 기본권 보장에서도 보수적이라는 점이 자주 확인된 바 있습니다. 일반교통방해죄가 집회·시위의 자유를 부당하게 침해하는 수단으로 여전히 악용되고 있으므로 국회가 이를 개정해야 할 필요성이 절실합니다. 오늘의 토론회가 국회의 입법으로 결실을 맺기를 기대합니다.

마지막으로 토론회를 마련해 주신 분들과 발제 및 토론을 맡아주신 분들 그리고 토론회 자리에 참석해 주신 모든 분들께 감사드립니다.

인 사 말



우리 사회는 법치주의 구현이라는 헌법정신이 무색할 정도로 집행권력뿐만 아니라 입법과 재판에 의해서도 국민의 인권이 유린되는 경우가 많습니다. 헌법이 노동3권을 명문으로 보장하고 있음에도, 그 동안 대부분의 과업권의 행사에 형법의 업무방해죄를 적용하고 과도한 손해배상책임을 지움으로써 노동3권을 형해화시키고 있습니다. 최근에는 표현의 자유에 대한 제약이 심각한 상황에 이르고 있습니다. 오늘 토론회에서 다루게 될 시위참가자에 대한 형법 제185조 일반교통방해죄의 적용도 헌법이 보장하고 있는 집회 및 시위의 자유를 사실상 불법시하는 결과를 낳고 있습니다.

이와 같이 헌법은 국민의 기본적 인권 보장을 명문으로 규정하고 있지만, 이를 구체화하여야 할 법률은 불명확한 표현을 사용함으로써 기본적 인권을 제약할 빌미를 주고 있으며, 또 인권보장의 관점에서 법률을 적용하고 해석해야 할 사법절차에서도 헌법에 위반되는 법률의 규정을 형식적·기계적으로 적용하고 있는 경우가 있습니다. 특히 형법 제185조 일반교통방해죄는 죄형법정주의에 위반되는 것으로 그 위헌성이 지적되고 있습니다. 이는 다수의 법률가와 외국의 입법례 그리고 법원의 위헌법률심판 제청에서도 확인할 수 있습니다.

그럼에도 아직도 본래의 입법취지와는 달리 도로에서 집회와 시위에 참가한 사람들에 대한 현행법 체포와 형사처벌의 우회수단으

로 형법 제185조 일반교통방해죄가 활용되고 있습니다. 이는 일반교통방해죄의 구성요건이 추상적이고 개괄적으로 규정되어 있는 점에서 비롯된 측면이 크다는 지적이 있습니다.

이에 민주당 이춘석 의원실과 민주사회를 위한 변호사 모임 그리고 민주주의법학연구회가 주최 및 주관이 되어 일반교통방해죄의 적용실태와 문제점을 점검하고 올바른 개정방향을 모색하기로 한 것입니다. 오늘 이 토론회를 주최해주신 민주당 이춘석 의원님과 민주사회를 위한 변호사 모임의 김선수 회장님을 비롯하여, 발제와 토론 및 사회를 맡아주신 여러 선생님들께 감사의 말씀을 드립니다. 아무쪼록 오늘 토론회에서 논의된 내용들이 법 개정에 반영되어 기본적 인권이 충분히 보장되는 사회가 하루빨리 실현되기를 바랍니다. 감사합니다.

2011년 6월 22일

김인재(민주주의법학연구회 회장, 인하대 교수)

축 사

국민의 기본권, 민주당이 앞장서서 지키겠습니다.



안녕하십니까. 민주당대표 손학규입니다.

얼마 전, 부끄러운 소식이 전해졌습니다. 지난 6월 3일, UN 인권이사회에 제출된 「의사와 표현의 자유에 관한 권리에 대한 특별보고관 보고서」에서 특별보고관은 대한민국에서 표현의 자유 영역이 줄어들고 있다고 보고했습니다.

이 보고서에서는 집회의 자유 부분에 대해서는 ‘헌법 제21조에 위배되는 사실상의 사전 허가 관행’과 ‘법집행 공무원들에 의한 무력의 과도한 사용’을 지적하고 있습니다.

이명박 정부 출범 이후 한국의 인권, 표현의 자유는 참담한 수준으로 떨어졌습니다. 신고만 하면 가능한 집회와 시위는 사실상 허가제에 가까울 정도로 변질돼가고 있습니다. 경찰은 교통 불편 등 갖가지 이유로 집회 금지를 남발합니다.

형법 제185조 일반교통방해죄의 적용 역시 빈번합니다. 2008년 초

불집회 일반 참가자들에게 가장 많이 적용된 죄목이 일반교통방해죄입니다. 도로상에서 개최되는 집회에 참가하여 ‘육로 등을 손괴 또는 불통하게하거나 기타 방법으로 교통을 방해하였다’는 것입니다.

문제는 구성요건이 불명확하고 처벌규정이 지나치게 광범위하다는 지적을 받아온 조항이 국민의 기본권인 표현의 자유를 억압하는데 사용되고 있는 것입니다.

이춘석 의원님과 ‘민주사회를 위한 변호사모임’에서는 일반교통방해죄의 대법원 무죄판결, 헌법소원 제청 등 인권향상을 위해 오랜 시간 노력해 주셨습니다.

오늘의 자리가 여러분의 지혜가 모여 우리 국민의 기본권을 더욱 단단히 지키는 데 초석이 되기를 기원합니다.

토론회를 주관하신 이춘석 의원님, 민주사회를 위한 변호사 모임 준비를 위해 애쓰신 관계자들의 노고에 거듭 감사의 말씀을 드리며, 자리에 함께하신 여러분의 가정에 항상 행운이 가득하시길 바랍니다.

감사합니다.

2011년 6월
민주당 대표 손학규

축사



안녕하십니까? 민주당 원내대표 김진표입니다.

미국산 쇠고기 수입이 촉발시킨 촛불집회가 열린 지 3년이 지났습니다.



광화문 광장을 하얗게 수놓았던 그 작은 불빛은 새로운 집회문화를 창조하며 전국으로 퍼져나갔습니다. 유모차를 끌고, 교복을 입고, 풍선을 들고 나와 집회를 했던 경험은 일찍이 겪어보지 못한 것이었습니다. 현대 이를 맞은 것은 경찰의 군화발, 진압봉, 물대포였습니다. 시민들은 평화와 주권을 말했는데, 정부는 강압과 폭력으로 대답했습니다.

통계에 따르면 2008년 촛불집회로 입건된 사람은 서울중앙지검에서만 1,374명이고 그 중 기소된 사람은 1,184명이라고 합니다. 이때 기소된 사람들에게 적용된 법률조항이 대부분 야간집회 참가, 야간시위 참가, 일반교통방해죄라고 하는데, 우리가 오늘 주목할 점은 집회 참가자들에게 일반교통방해죄를 적용했다는 사실입니다.

집시법 위반만으로는 현행법 체포가 되지 않지만 장기 10년의 징역형까지 가능한 일반교통방해를 시위참가자에게 적용하는 순간 현행법 체포는 물론 긴급체포까지 가능하게 되기에 정부는 집회·시위를

탄압하기 위한 수단으로 이를 악용한 것입니다.

오늘 이춘석 의원과 민주사회를 위한 변호사 모임이 공동으로 마련한 토론회 “집회·시위의 자유와 일반교통방해죄의 개정방향”은 위헌적 요소를 지닌 형법 제185조 일반교통방해죄를 올바르게 개정하기 위해 마련되었습니다. 경·검찰이 ‘기타 방법’이라는 모호한 규정을 악용해 도로 점거는 물론 도로에 일시적으로 들어간 집회 참가자들까지 현행범으로 체포·기소하는 일이 재발되지 않도록 법 규정을 구체적으로 만들자는 것입니다.

발제와 토론을 맡아주신 분들의 면면을 살펴보니, 오늘 이 자리에서 구체적이고 유의미한 대안이 나올 것이라는 확신이 듭니다. 아무쪼록 오늘 토론회가 성공적으로 이루어져, 검찰의 형법 185조의 악용으로 민주주의가 억압받는 일이 없게 되기를 바랍니다.

마지막으로 오늘 행사를 위해 애쓰신 이춘석 의원님과 민변 관계자 여러분, 발제자와 토론자 여러분께 진심으로 감사드리고, 토론회에 참석해주신 여러분께도 감사 인사를 올립니다.

2011년 6월

민주당 원내대표 김진표

축 사



반갑습니다. 우윤근입니다.

평소 아끼고 존경하는 이춘석 의원께서 오늘 또 한번 국민의 인권 향상을 위해 의미 있는 세미나를 개최해 주셨습니다. 법사위원장으로서는 깊은 감사의 뜻을 표합니다. 언제나 '국민의 눈높이'에서 국정 현안을 바라보려는 의원의 통찰력과 진솔한 노력이 오늘 이 토론회에서도 유감없이 발휘되길 기대해 마지않습니다.



이명박 정부 들어와 우리 국민의 '집회·시위의 자유', '표현의 자유'가 많이 제약되고 있다는 우려의 목소리가 높습니다. 특히, 촛불 시위를 비롯해 많은 민주적이고 질서 있는 집회까지도 무리한 법 적용을 통해 저지하려는 시도에 대해서는 통탄을 금할 수 없습니다. 오늘 토론회의 주제인 '형법 제185조 일반교통방해죄'의 경우가 대표적인 사례라 하겠습니다. '기타 방법으로 교통을 방해자 자'라는 명어를 씌워 평화적인 시위자까지 현행범으로 체포하고 기소·재판을 하는 상황입니다. 더욱 개탄스러운 점은, 이 조항이 법 해석상 불명확한 점이 있어 보이고 현실적으로 무분별하게 악용되고 있음에도, 헌법해석의 최고기관인 헌법재판소가 이 조항에 대한 합헌 결정을 내렸다는 점입니다.

이제는 국민의 인권 신장을 위해 입법적인 해결을 시도할 때입니다. 오늘 토론회를 통해 사계의 전문가들께서 좋은 대안을 도출하셔서, 입법발의로 이어지기를 희망합니다. 법사위원장으로서는 이 법이 조속히 통과될 수 있도록 노력하겠습니다.

감사합니다.

국회 법제사법위원회 위원장 우윤근

진행순서

[개]

- 개회사 :국회의원 이춘석 (민주당/익산갑)
- 인사말 :김선수 변호사(민주사회를위한변호사모임 회장)
김인재 교수(민주주의법학연구회 회장)

[

- 좌 장 :이상희 변호사(민주사회를위한변호사모임공권력감시팀장)

■ 발 제 :

발제1 :형법 제185조 일반교통방해죄의 적용실태와 문제점

(춧불시민에 대한 법적용을 중심으로)

- 서선영 변호사(민주사회를위한변호사모임)

발제2 :형법 제185조 법리적 문제점 및 올바른 개정방향

- 하태훈 교수(고려대학교 법학전문대학원)

■ 토 론 :

이상훈 변호사(춧불집회변호인단, 일반교통방해위헌제청사건 변호인)

임지봉 교수(서강대학교 법학전문대학원 헌법전공교수)

이호중 교수(서강대학교 법학전문대학원 형법전공교수)

민선 인권활동가(인권운동사랑방)

목 차

1. **발제문1** **형법 제185조 일반교통방해죄의 적용실태와 문제점**
(찾불시민에 대한 법적용을 중심으로)
/ 서선영 변호사(민주사회를위한변호사모임) 21
2. **발제문2** **형법 제185조 법리적 문제점 및 올바른 개정방향**
/ 하태훈 교수(고려대학교 법학전문대학원) 47
3. **토론문1** 이상훈 변호사(찾불집회 변호인단, 일반교통방해 위헌제
청사건 변호인) / 71
4. **토론문2** 임지봉 교수(서강대학교 법학전문대학원 헌법전공교수)
/ 77
5. **토론문3** 이호중 교수(서강대학교 법학전문대학원 형법전공교수)
/ 85
6. **토론문4** 민선 인권활동가(인권운동사랑방)

발제 1

! " #
\$(& % ') * + / - . ,

서선영 / 민주사회를위한변호사모임

0 2 4 1 3

형법 제185조 일반교통방해죄는(이하 '일반교통방해죄') "육로, 수로 또는 교 을 손괴 또는 불통하게 하거나 기타 방법으로 교통을 방해한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다"라고 규정하고 있다. 이전에도 집회·시위 참가자들에 대해 이 조항을 적용하는 경우가 간 적으로 있었으나 최근에는 도로를 행진하는 시위가 있으면 당연히 적용되

는 조항으로 적 활용되고 있다. 집회및시위에관한법률(이하 '집시법') 제 23조가 야간 외집회·시위의 단순 참가자에 대해서는 50만원 이하의 벌금· 구 또는 과 로 처벌하도록 규정하고 있기에 주거가 부정하기 전에는 현 행법으로 체포할 수 없다는 점을 복하기 위하여 집회나 시위 중 도로를 점거하거나 도로로 이동한 경우를 모두 현행법 체포나 긴급체포까지 가능 한 일반교통방해죄로 의율하여 체포하는 것이다. 집회·시위를 탄압하기 위 한 수단으로 집시법 외에 형법 제 185조의 일반교통방해죄가 금과 조로 여겨질 수밖에 없는 이유이다.

'법률-사실관계-사안에의 포섭'이라는 논리를 기계적으로 적용했을 때 도로 에서의 시위로 교통이 방해되었다면 일반교통방해죄를 적용하여 처벌하는 것에 아무런 문제가 없어 보인다. 실제 법운영 당국은 이런 형식적 논리에 입각하여 평화적인 방법으로 도로를 행진한 시위참가자들을 현행법으로 체 포하여 48시간 가까이 구금한 후 기소, 처벌을 하고 있다.

2008년 촛불집회 참가로 약식기소되어 정식재판을 받고 있는 대다수 사람 들에 대한 죄명은 집시법위반죄와 일반교통방해죄이다. 그러나 집회 단순 참가자들에 대한 공소장을 확인해보면 피고인이 수만명이 참가한 시위행진 에 함께 있었다는 것만이 적혀있을 뿐이다. 이런 엉성한 기소에 대해 가끔 무죄가 선고되기도 한다. 그러나 이 경우도 무죄의 이유가 피고인이 집회에 참가한 사실 자체가 증명되지 않는다는 사실관계의 문제이거나 교통방해의 현저성이 없었다는 부분에 국한되고 있다. 무죄라는 결론은 반갑고 환영할 만한 일이다. 그러나 이런 판결의 경우도 여전히 시위가 일반교통방해죄의 행위태양에 해당한다는 것을 당연히 그 전제로 하고 있다는 점에서 여전히 법리상 문제는 남아 있다.

헌법재판소(이하 '헌재')는 2010. 3. 25. 선고 2009헌가2 형법 제185조 일반 교통방해죄에 대한 위헌제청사건에서 일반교통방해죄가 죄형법정주의의 명 확성 원칙에 위배되지 않는다고 합헌결정을 하였다. 그러나 기소와 판결의 실체를 보면 건전한 상식을 가진 일반인이 일반교통방해죄의 처벌과 불처

벌의 경계를 알 수 있을 것이라 기대하기는 어렵다. 그 일차적인 이유는 법 집행 당국이 일반교통방해죄를 구분별·선별적으로 적용하고 있기 때문이다. 그러나 보다 근본적인 이유는, 현재의 결정마저 시위 중 도로를 행진하는 행위가 일반교통방해죄의 구성요건에 당연히 해당될 수 있음을 전제하는 것에서 확인할 수 있듯이 일반교통방해죄라는 법이 불명확하게 규정되어 있기 때문이다. 이런 법규정의 불명확성이 법집행당국의 위헌적 적용과 해석을 낳고 더 나아가 집회·시위의 자유라는 중요한 기본권을 침해하는 결과로 이어지고 있는 것이다.

인간의 신체 등에 대한 국가의 가장 강력한 제재를 가능하게 하는 형벌조항은 최대한 명확하게 규정되어야 한다. 교통방해죄를 규정하고 있는 외국 의 사례를 보더라도 충분히 명확하게 이 규정을 정비할 수 있음을 알 수 있다. 이하에서는 일반교통방해죄 적용실태를 촛불시민에 대한 기소를 중심으로 살펴본 다음, 현행법 체포와 기소·판결까지 일관되게 이어지고 있는 해석상의 문제점을 분석한 후 이런 위헌적 법적용이 근본적으로는 지나치게 열려있는 형법 제185조 자체에서 비롯되므로 입법자의 개정의무가 시급하다는 점을 밝히고자 한다.

50 !

가. 촛불집회 참가자들에 대한 일반교통방해죄 적용 현황

촛불집회 참가로 기소되어 민주사회를위한변호사모임(이하 '민변')에 정식재판 청구를 의뢰한 시민들에게 어떤 죄명으로 기소되었는지를 전화로 물어 보면 대부분 집시법과 (일반교통방해죄가 아닌) 도로교통법이라고 대답한다. 본인의 행위에서 형사적으로 문제가 되는 것은 집시법 위반일 뿐, 교통이 방해된 부분은 교통 위반시 소위 '딱지'를 받는 정도의 가벼운 문제로 생각하는 경우가 많은 것이다. 물론 현실은 그와 다르다. 집회참가자들에게 적용되는 죄명은 도로교통법이 아니라 형법 제185조의 일반교통방해죄이다.

그리고 일반교통방해죄 때문에 집회 단순참가자들에게도 과중한 형 이 부과되고 있는 것이다. 집회·시위의 자유와 관련하여 여러 가지 위헌적 요소가 산적해 있는 집시법도 시급히 개정이 필요한 입법과제 중 하나이지만 그에 못지않게 형법 제185조 일반교통방해죄도 집회·시위의 자유를 보장받기 위해서는 반드시 개정이 필요한 이유이다. 일반교통방해죄가 집회 및 시위의 자유를 탄압하는 수단으로 최근 적 활용되고 있다는 사실은 2009년 민변의 통계를 보아도 확인할 수 있다.

2009년 민변은 촛불 정식재판 사건에 대해 통계를 낸 바 있다. 2009. 6. 15. 기준으로 민변이 진행 중인 촛불 정식재판 사건 피고인 627명을 대상으로 분석한 결과 이중 88%에 이르는 551명이 집시법과 함께 '일반교통방해죄'로도 기소되었다. 집시법만으로 기소된 경우는 60건, 일반교통방해죄로만 기소된 경우는 52건이었다. 벌금액(약식기소 기준)도 집시법으로만 기소된 경우 평균 62만원이었으나, 집시법과 함께 일반교통방해죄로 기소된 경우는 두 배를 훨씬 넘는 152만원에 이르렀다.¹⁾

[표] 촛불 정식재판 사건의 죄명과 벌금액 평균²⁾

죄명	건수	벌금평균(단위 만원, 소숫점 이하 반올림)
집시법, 일반교통방해	491	152
집시법	60	62
일반교통방해	52	144
공무집행방해	8	200
일반교통방해, 도로교통법	3	50
특수공무집행방해	8	200
집시법, 일반교통방해, 공무집행방해	4	238
공용물손괴, 일반교통방해, 집시법	1	300
합계	627	148

1) <민변 촛불백서> 30쪽

2) 피고인 627명 대상, 2009. 6. 15. 기준

위 통계에서 보듯이 일반교통방해죄는 집회·시위 참가자들에게 매우 광범위하게 적용되고 있다. 일반교통방해죄만으로 기소된 사람들에 대한 벌금 평균액수도 144만원에 이른다. 약식 기소된 대부분의 사건이 대규모 집회에 참가하였다가 특별한 행위 없이 일률적인 연행과정에서 연행된 것임을 감안한다면 벌금액이 매우 높다고 할 수 있다. 일반교통방해죄의 적용이 그런 과도한 형에 영향을 미친 것이다.

나. 6문단의 공소장. '적극 합세'와 '공모'

촛불집회 단순참가자들에 대한 공소장은 대부분 6문단으로 구성되어 있다. 대부분 시위 단순 참가라는 비슷한 사실로 기소되었기 때문에 공소장이 모두 판에 박은 듯이 비슷한 것은 어쩔 수 없다고 인정할 수도 있다. 문제는 피고인이 일반교통방해죄를 저질렀다고 공소장에서 적시하는 사실이라는 것이, 단지 피고인이 시위대에 '적극 합세'하여 행진 등을 했다는 점 뿐이라는 것이다.

촛불집회 참가자에 대한 친편일률적인 공소사실은 이렇게 구성된다.

○ 1문단-대책회의 결성 사실(거의 모든 공소장이 동일함)

2008. 5. 6. 한국진보연대, 참여연대 등 1,500여 시민사회단체는 "2008. 4. 18. 정부가 미국과 체결한 미국산 쇠고기의 단계적인 수입 확대 합의가 졸속 협상일 뿐만 아니라 국민의 건강권을 해치는 결과를 초래할 것"이라고 주장하면서, 미국산 쇠고기 전면 수입 반대 투쟁을 조직적으로 하기 위해 '광우병위험 미국산 쇠고기 전면 수입을 반대하는 국민대책회의'(이하, '대책회의'라 한다)를 결성하였다.

○ 2문단-대책회의가 5. 24.부터 도로점거 시위를 한 사실(거의 모든 공소장 동일함)

이후 대책회의는 2008. 5. 2.부터 '2MB탄핵투쟁연대', '미친소.net'등 주도로 서울 청계광장 등에서 개최하여 오던 '미국산 쇠고기 수입반대 촛불집회'를 이어받아 2008. 5. 6.부터 매일 저녁 청계광장에서 야간 외집회인 촛불집회를 개최하여 오다가, 2008. 5. 24.부터는 매일 저녁 촛불집회 후 다음날 새벽 또는 아침까지 세종로 등 도심 도로점거 시위를 벌이면서 청와대 진출 등을 시도하였다

○ 3문단-피고인이 연행된 시기 대책회의의 촛불집회 개최사실

대책회의는 2008. 0.0. 00:00~00:00 00에서 대책회의 회원 등 000명이 참석한 가운데 촛불집회를 개최하였다.

○ 4문단-피고인이 연행된 시기 시위대들의 도로행진 사실

그리고 그날 00:00~00:00까지 위 000명은 종로 1가, 000,000 등의 0개 차로를 점거하고 행진하거나, 경찰과 대치하며 시위를 하여, 그 일대 차의 소통을 불가능하게 하였다.

○ 5문단-피고인이 시위대에 '적극 합세'하여 행진하거나 시위를 했다는 사실

피고인들도 이에 적극 합세하여 청계광장에서 개최된 위 촛불집회에 참석한 후 종로 1가 등의 전체차로를 점거하고 행진하거나, 경찰과 대치하며 시위를 하였다.

○ 6문단-피고인이 야간집회(시위)에 참가하고 교통방해를 했다는 결론

이로써 피고인들은 일몰시간 후 의시위에 참가하고, 위 000여명과 공모하여 종로 1가 등 일대 차의 교통을 방해하였다.

위 6문단의 공소사실 중 피고인의 행위와 관련된 것은 마지막 2개 문단 일 뿐이다. 그 외에는 대책회의가 어떻게 결성되었고 당일 시위대가 어떻게 했다는 이야기이다. 적 합세, 공모라는 표현을 쓰고 있지만 간단히 말해서 피고인이 시위에 참가했기 때문에 일반교통방해죄를 범했다는 것이다.

시위로 인한 교통방해는 일반교통방해죄의 행위태양 중 '기타 방법'에 의한 교통방해에 해당한다고 검찰은 주장한다. '기타 방법'의 해석기준에 대해 현재는 2010. 3. 25. 선고 2009헌가2 형법 제185조 일반교통방해죄에 대한 위헌제청사건에서 "'기타의 방법'에 의한 교통방해는 육로 등을 손괴하거나 불통하게 하는 행위에 **준하여 의도적으로, 또한 직접적으로** 교통장애를 발생시키거나 교통의 안전을 위협하는 행위를 하여 교통을 방해하는 경우를 의미하는 것"이라고 밝힌 바 있다. 시위에 참가하여 도로를 행진한 행위가 '육로 등을 손괴하거나 불통하게 하는 행위에 준하여 의도적으로, 또한 직접적으로 교통장애를 발생시키거나 교통의 안전을 위협한 행위'에 해당하는가? 공소장에서는 '그렇다'고 한다. 사실상 공소사실 마지막 2문단으로 요약되는 '그렇다'는 결론에서 도로 행진을 수반하는 시위에 참가한 행위가 왜 '손괴, 불통하는 행위에 준하여 의도적으로 또한 직접적으로 교통장애를 발생시킨 행위'로 포섭되었는지에 대한 논리적 경로를 찾기는 쉽지 않다. 피고인이 시위에 참가해서 도로를 행진한 행위가 일반교통방해죄의 행위태양인 '기타방법'에 해당된다고 공소사실에서 간략히 포섭함에 있어 어떤 논리적·심리적 부담이나 고심의 흔적을 찾기도 어렵다. 공소장의 결론으로 보자면 도로행진을 하는 시위에 참가했다는 것만으로 당연히 피고인은 의도적·직접적으로 교통장애를 발생시킨 사람이 되는 것이다.

2008년 촛불집회에 참가한 사람들은 대부분 조직에 소속되어 있지 않은 일반 시민들이었다.³⁾ 피고인은 인터넷이나 신문 등에서 촛불집회가 열린다는 소식을 접하고 친구들과 함께 집회에 참가하였다가 행진을 하게 되었다. 피고인은 (공소장 1문단에 나오는) 한국진보연대나 대책회의 같은 조직에 대해서는 가끔 신문에서 이름 정도를 어렵듯이 들어봤을 뿐 잘 알지 못했다. 피고인이 도착했을 때 이미 도로는 경찰 또는 앞에 있는 사람들에 의해 막혀 있었기 때문에 자연스럽게 시위대들과 함께 도로를 걸었다. 공소장은 6개 문단의 마지막 부분에서 '적 합세'라는 말로 추상화하여 피고인에게 장기 10년의 징역형까지 가능한 일반교통방해죄의 혐의를 씌우고 있지만 구체적으로 추출된 피고인의 사연은 이런 경우가 대부분이다. 집시법상 도로행진은 시위의 가장 전형적인 행위태양에 속한다. 도로에서의 행진이 시위의 전형적인 행위태양이라면, 촛불시위에 참가한다는 생각을 하고 있었던 피고인에게 도로행진을 해서는 안 된다는 금지의무를 부과하는 것은 사실상 시위에 참가하지 말라는 것과 동일한 의미이다. 피고인은 시위에 수반되는 도로행진을 했을 뿐이다. 그런데 이 행위가 '기타 방법'이라는 모호한 규정과 공모라는 말속에 뭉뚱그려지는 순간, 피고인은 현행법 체포뿐만이 아니라 긴급체포까지 가능한 중범죄자가 되어 버린다.

다. 몇 개의 무죄판결, 여전히 남는 문제점

촛불집회에서 일반교통방해죄로 기소된 사건 중 무죄판결이 난 경우가 일부 있다. 몇 개를 소개한다.

① 서울중앙지방법원 2009. 9. 18. 선고 2009노1941 판결

3) 민변이 2008. 5. 28. 연행자 113명 중 104명을 대상으로 조사한 결과, 연행된 사람의 직업은 학생, 재수생, 일반 회사원 대리, 대학(원)생, 공무원 시험 등 취업준비생, 영어강사, 부동산 중개인, 대리운전기사, 자영업자, 사진 동호회 회원, 무직 등 매우 다양하였고, 특정 단체 소속 구성원은 거의 없었다. <민변 촛불 백서> 제26쪽

피고인은 2008. 6. 29. 16:20경 서울광장 앞 도로에서 50여명과 함께 '광우병 위험 미국산 쇠고기 전면수입을 반대하는 국민대책회의(이하 '대책회의')가 대한문 앞 도로에 주차해 둔 무대차를 견인하려는 경찰에 항의하는 시위를 하다가 경찰관에 의하여 인도로 밀려 올라갔다. 당시 대한문 앞 도로는 차의 소통이 불가능한 상황이었으나, 서울광장 앞 도로는 차의 소통이 불가능한 상황은 아니었다. 검찰은 피고인이 대책회의 회원 등 50여명에 적

합세하여 차로에서 견인작업을 방해하고, 50여명과 공모공동하여 위 대한문 인근 차로에서 차 교통을 방해하였다고 기소하였고, 1심은 유죄를 선고하였다. 그러나 항소심은 서울광장 앞 도로의 경우 차의 소통이 불가능한 상황이 아니었고, 대한문 앞 도로의 경우 대책회의의 무대차 등으로 인하여 차 통행이 불가능하게 된 것인데, 피고인이 대책회의의 회원으로서 무대차 설치 등에 가담하였다는 증거가 없다는 이유로 피고인에 대한 일반교통방해의 점에 대해 무죄를 선고하였다. (이후 대법원에서 무죄 확정됨. 대법원 2010. 5. 13. 선고 2009도10758)

② 서울중앙지방법원 2010. 11. 29. 선고 2008노3175 판결

춧불집회에서 사회를 본 적이 있는 윤희숙씨에 대한 항소심에서 재판부는 일부 날짜의 일반교통방해의 점에 대해 무죄를 선고하면서 “일반교통방해죄는 육로 등을 손괴, 불통하게 하거나 기타 방법으로 교통을 방해하여 통행을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 한 경우 성립하는 범죄인바, 위 공소사실 기재 자체에 의하더라도 이 사건 시위 참가자들이 을지로 1가 로터리, 종로 1가 로터리, 세종로 로터리, 대한문 앞, 태평로 등 대로 중 한쪽 방향 차로는 전혀 접거하지 아니한 채 다른 방향 차로 중 2개 차로만 접거했다는 것이어서 그와 같은 사실만으로 차의 통행이 불가능하거나 현저하게 곤란하게 되었다고 보기 어렵기 때문이라고 이유를 밝혔다. (2011. 6. 22. 현재 상고심 계 중, 2010도17417)

이와 달리 교통방해의 현저성을 인정할 수 없음에도 만연히 일반교통방해

죄를 인정한 판결도 다수 존재한다. 예를 들어 서울서부지방법원 2009. 10. 6. 선고 2009고정2060 사건은 200명이 편도 5차로를 30분 동안 시위한 것에 대해 일반교통방해죄로 처벌한 바 있고, 서울남부지방법원 2006. 5. 8. 선고 2006고정512 사건은 편도 3차로 중 1차로를 10분간 시위한 것을 일반교통방해죄로 처벌하였다. 수원지방법원 2007. 1. 4. 선고 2006고정4291 사건에서는 아예 과천경찰서 앞 도로의 '일부'라고 하여 교통이 방해되는 차로의 범위마저 특정하지 않았고, 심지어 서울중앙지방법원 2009. 7. 22. 선고 2009고합288 사건은 30명의 시위참여자가 태평로 하위 2개 차로를 불과 15분간 시위한 것을 일반교통방해죄로 처벌하기도 하였다.

일반교통방해죄의 구성요건 중 하나인 교통방해의 현저성을 꼼꼼히 따져보는 것은 법원의 당연한 의무이다. 앞서 소개한 2개 판결이 서울광장 앞 도로의 차 소통이 불가능한 것이 아니었던 점이나 2개 차로만을 접거한 사실관계를 통해 무죄를 선고한 것은 다행스러운 일이다. 그럼에도 불구하고 30여명이 15분간 태평로 2개 차로만을 접거한 사실로도 유죄를 선고하는 판결이 여전히 나온다는 것은 교통방해의 현저성이라는 사실관계를 규명하는 것 만으로는 여전히 일반교통방해죄의 불명확성이나 위헌성이 해소되지 않고 있다는 점을 보여준다. 이는 교통방해의 현저성이라는 결과나 위험과는 별개로 근본적으로는 일반교통방해죄의 '행위태양'이 구성요건의 내포와 외연이 미치는 한계, 즉 처벌과 불처벌의 경계에 있어서 본인의 행위가 어느 쪽에 속하는지 암시조차 주지 못하는 방식으로 규정되고 적용되고 있기 때문이다.

60 " #7 :98

가. 구성요건의 징표적 기능이 사라진 행위태양

형법 제185조 일반교통방해죄는 “육로, 수로 또는 교을 손괴 또는 불통하게 하거나 기타 방법으로 교통을 방해한 자는 10년 이하의 징역 또는 1

천500만원 이하의 벌금에 처한다”라고 규정하고 있다. 구성요건을 보면 교통방해의 결과 또는 위험만으로 모두 처벌 가능한 것이 아니라 “손괴 또는 불통하게 하거나 기타 방법”이라는 행위태양에 포함되어야 처벌이 가능하다. 문제는 도로에서의 행위 중 ‘기타 방법’이라는 행위태양에 포섭되지 않는 외연이 존재하지 않는 것이다.

형벌은 인간의 행위에 대한 제재이다. 결과가 발생되었다고 관련된 모든 사람을 처벌하는 것은 법치국가의 형법원리에 어긋난다. 일정한 행위를 통해 그 결과(위험)를 낳았을 때만 처벌해야 하고 이것이 형벌법규에서 행위태양이 명확하게 규정되어야 하는 이유이다.

예를 들어 ‘방해’의 결과 또는 위험을 구성요건으로 하는 형법 제136조 공무집행방해죄를 볼 때, 행위태양이 명확하게 규정되어야 할 필요성과 행위태양의 명확성이 기본권 보장과 관련하여 중요한 의미를 가진다는 점을 확인할 수 있다. 공무집행방해죄는 “직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박한 자”를 처벌하도록 규정하고 있다. 따라서 아무리 공무집행방해의 결과(또는 위험)가 초래되었다고 하더라도 ‘폭행 또는 협박’에 해당하지 않는 이상 처벌할 수가 없다. 공무원의 출입을 막기 위해 단혀 있는 문을 열어주지 않거나 단순히 감정적인 욕설을 하는 행위 등으로 공무집행에 방해가 생기더라도 이를 윤리적으로 문제 삼을 수 있을지언정 공무집행방해죄로 처벌할 수 없는 것이다. 공무집행방해죄는 이와 같이 공무집행방해의 결과나 위험과 무관하게 일차적으로 행위태양에서 처벌과 불처벌의 경계가 존재한다. 따라서 공무집행방해죄의 행위태양인 폭행이나 협박에 해당하지 않는 행위는 아무리 공무집행방해의 결과(위험)가 존재한다 하더라도 형법 제136조와의 관계에서는 규제의 영역이 아니라 자유의 영역인 것이다.(물론 공무집행방해죄가 아닌 다른 조항의 구성요건에 해당할 수 있음은 별도로 함)

그렇다면, 다시 일반교통방해죄로 돌아와서 ‘손괴, 불통하게 하거나 기타 방법’이라는 행위태양이 공무집행방해죄의 폭행 또는 협박처럼 처벌과 불처

벌의 일차적인 기준이 되고 있는지를 법운영당국의 적용실태를 기준으로 살펴볼 필요가 있다.

일상에서 사람이 도로를 점거하여 교통방해가 발생하는 공식적, 비공식적 상황은 매우 흔하다. 예를 들어 서울시 등에서 공식적으로 주최하는 마라톤이나 하이서울 페스티벌 같은 경우 당연히 교통방해상황이 발생한다. 월드컵 거리응원전처럼 사람들이 거리에 다수 모여 교통을 방해하는 상황도 있다.

2007년 하이서울페스티벌 행사와 관련하여 교통이 통제된다는 언론보도를 인용해본다.

“다양한 행사가 열리는 만큼 주말동안 서울 시내 곳곳에서는 교통이 통제될 예정입니다. 먼저 내일과 모레 오후에는 승례문에서 서울광장까지 ‘조선시대 군례대열의식’이 열려 한 시간 가 교통이 통제됩니다. 창덕궁에서 노들섬까지 이어지는 ‘정조반차도 재현행렬’ 구간은 일요일인 29일 오전 11시부터 양방향 통행이 금지됩니다. 또 같은 날 오전 9시에는 ‘서울 국제 휠체어 마라톤대회’가 열려 잠실종합운동장과 수서역 등 마라톤 구간별로 교통이 통제됩니다..”-「하이서울페스티벌 2007 개최...곳곳 도로통제」mbn, 기사입력 2007. 4. 27.

이 보도를 보고, 조선시대 군례대열의식이나 마라톤대회 때문에 교통이 통제된다는 이유로 그 행사에 참가한 사람들이 일반교통방해죄의 ‘기타 방법’이라는 구성요건에 해당하는 행위를 했다고 생각하기는 힘들 것이다. 그 행사 자체가 본질적으로 도로점거를 예정하고 있기 때문이고 그에 맞추어 경찰은 적절하게 교통을 소통시키면 되기 때문이다.

그러나 이런 자연스러운 생각이 ‘시위’를 일반교통방해죄로 처벌하는 부분에 와서는 단절되어 버린다. 집시법은 제2조에서 “시위란 여러 사람이 공동의 목적을 가지고 도로, 광장, 공원 등 일반인이 자유로이通行할 수 있는

장소를 **행진**하거나 위력(威力) 또는 기세(氣勢)를 보여, 불특정한 여러 사람의 의견에 영향을 주거나 제압(制壓)을 가하는 행위를 말한다”라고 정의하고 있다. 시위가 도로를 행진하는 것을 전형적 행위태양으로 하고 있다는 것은 집시법 자체에서 예정하고 있는 것이다. 헌법재판소도 2010. 3. 25. 선고 2009헌가2 사건에서 “개별 구체적인 사례에서 일정한 교통방해를 **수반**하는 집회 또는 시위 행위”라는 언급을 하여 시위행위가 교통방해를 수반한다는 점을 인정하고 있다. 그럼에도 불구하고 시위의 행위태양으로 예정되어 있는 도로행진의 경우는 마라톤과는 달리 일반교통방해죄의 ‘기타 방법’에 포섭되고 따라서 일반교통방해죄의 구성요건에 해당된다고 해석되고 있다.

헌법재판소는 위의 2010. 3. 25. 선고 2009헌가2 사건에서 “한편 이 사건 법률조항은 집회의 자유를 직접 제한하는 것은 아니고, 다만 개별 구체적인 사례에서 일정한 교통방해를 수반하는 집회 또는 시위 행위가 이 사건 법률조항의 구성요건에 해당되는 경우에 집회의 자유가 제한되는지에 관한 의문이 제기될 수 있다. 그러나 교통방해가 헌법상 보장되는 집회의 자유에 의하여 국가와 제3자에 의하여 수인되어야 할 것으로 인정되는 범위라면, 사회상규에 반하지 아니하는 행위로서 위법성이 인정될 수 없고 형사처벌의 대상이 될 수 없으나, 이는 구체적 사안을 전제로 법원이 판단하여야 할 개별사건에서의 법률의 해석·적용에 관한 문제일 뿐, 집회의 자유의 실질적 침해문제가 발생하지 않는다”고 판시하였다. 교통을 방해하는 시위라도 일정한 경우는 위법성이 조각되어 형사처벌의 대상이 될 수 없다는 점을 밝힌 결론만을 본다면 다행스러운 부분이 없지는 않다. 그러나 여전히 ‘시위에서의 행진’이 일반교통방해죄의 구성요건에 해당된다는 것을 전제로, 위법성이 조각될 수 있다고 결론을 내렸다는 점에서 논리적으로 문제점이 있다.

일반교통방해죄의 행위태양인 ‘기타 방법’을 기준으로 볼 때 마라톤 행사에서 도로를 점거하고 뛰는 행위와 시위행진에서 도로를 점거하고 걸어가 는 행위 사이에 어떤 차이점을 발견하기는 어렵다. 마라톤이나 시위 모두

달리거나 걷는 행위를 본질적이거나 전형적인 행위태양으로 하고 있다는 점에서 더욱 그러하다. 이 경우 시위와 일반교통방해죄에 관한 현재의 논리 구조를 그대로 하어서 올페스티벌 행사나 마라톤 행사에 적용한다면, 하이서울페스티벌 행사나 마라톤 행사 참가자들이 처벌되지 않는 이유는 비록 구성요건에 해당하지만 사회상규에 반하지 않는 행위로 위법성이 조각되기 때문이라는 결론에 이를 수밖에 없다. 일반교통방해죄를 위헌제청한 법원도 그 결정문에서(서울중앙지방법원 2009. 5. 1. 선고 2009초기1242 위헌제청결정) “만약 이 사건 법률조항 중 ‘기타 방법’으로 교통을 방해하는 행위에 아무런 제한을 두지 않는 것으로 해석한다면...(중략)...집시법에 따른 보행자 무리의 정당한 도로 통행(예를 들면 도로의 상당 부분을 점거한 채 행진하는 것으로 신고 되었고 이에 대해 금지 또는 제한 통고도 없는 시위에서 그 참가인들이 신고내용대로 도로를 행진한 경우) 또는 관련법규를 준수하여 개최된 체육행사(예를 들면 차 통행을 제한한 상태에서 도로에서 진행되는 마라톤 경기)의 경우에도 교통을 방해하였다는 일반교통방해죄의 객관적 구성요건에 해당하고, 또한 이러한 경우의 보행자는 어찌되었건 교통이 방해되었다는 사실에 대한 인식·의욕은 있을 것이므로 일반교통방해죄의 주관적 구성요건에도 해당하게 된다...(이하 생략)”라고 하여, 현행 형법 제185조 일반교통방해죄에 의할 경우, 일단 교통방해 상황이 발생하면 도로에서의 거의 모든 행위가 일반교통방해죄의 주·객관적 요건을 충족시킬 수밖에 없다는 점을 제대로 지적하고 있다. 그러나 마라톤 참가자가 일반교통방해의 구성요건 해당행위를 했다고 판단하는 것은 무리이다. 이런 결론이 비상식적이라는 점을 차치하고라도 이렇게 기타 방법이 해석되는 순간 ‘범죄유형적 위법성은 이미 구성요건해당성에 의해 징표’되고 ‘위법성은 위법성조각사유에 의해 조각되는가라는 소 적 의미를 가진다’⁴⁾라는 형법이론에도 맞지 않는다. 죄형법정주의의 명확성 원칙이 “처벌법규의 입법목적이나 그 전체적 내용, 구조 등을 살펴본다 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단으로서 그의 **구성요건 요소에 해당하는 행위유형을 정형화하거나 한정할 합리적 해석기준을 찾을 수 있어야..**”⁵⁾할 것을 요

4) 이재상, 형법총론, 202쪽

5) 대판 2003. 11. 14. 선고 2003도3600 판결, 2003. 12. 26. 선고 003도5980 판결

구한다고 할 때, 마라톤 경기에서 뛰는 행위가 모두 일반교통방해죄의 주·객관적 구성요건 요소에 포섭되다는 것은 일반교통방해죄가 구성요건에 해당하는 행위유형을 정형화 하는 기준을 규정하는데 실패했다는 것이고, 일반교통방해죄의 구성요건해당성으로는 위법성을 징표할 수 없다는 것이다. 즉 현행 일반교통방해죄는 죄형법정주의의 명확성 원칙이 요구하는 기준을 충족하지 못하고 있다.

위에서 살펴본 바와 같이, 일반교통방해죄의 '기타 방법'이라는 행위태양에 시위도 포섭될 수 있다는 헌법재판소의 논리에 의하면 일반교통방해죄에 있어서 구성요건해당성이 무제한으로 확대되는 것을 막을 수 없다. 이는 헌법재판소가 기타 방법에 대한 해석지침으로 "손괴하거나 불통하게 하는 행위에 준하여 의도적으로, 또한 직접적으로 교통장애를 발생시키거나 교통의 안전을 위협하는 행위"라는 수사적 표현을 쓴다고 해서 달라지는 것이 아니다. 결국 교통장애의 결과(또는 위협)를 발생케 하는 도로에서의 행위 중 일반교통방해죄의 기타 방법에 포섭되지 않는 영역은 찾기가 힘들다는 의미이다.

위에서 살펴본 공무집행방해죄는 아무리 공무집행방해의 결과가 발생하더라도 폭행, 협박에 해당하지 않으면 구성요건해당성 자체에서 배제되었다. 그러나 도로행진을 전형적 요소로 하는 시위가 당연히 일반교통방해죄의 행위태양에 포섭될 수 있다는 것을 전제로 하는 검찰·법원의 법 적용 실제와 헌법재판소의 결론에 비추어 본다면 일반교통방해죄의 기타 방법이라는 행위태양으로는 도저히 처벌과 불처벌의 경계를 찾기 힘들다. '손괴 불통하게 하는 행위에 준하여 의도적으로 또한 직접적으로 교통장애를 발생시키는'이라는 헌법재판소의 수사는 사실은 교통장애 상황이 발생하면 결과적으로 '기타 방법'에 해당한다는 알리바이 조항으로, 그리고 시위에서의 도로행진은 의도적이고 직접적으로 교통장애를 발생시킨 행위라는 법운영 당국의 자기 확신을 강화시켜주는 방식으로 작용할 뿐이다.

이에 대해 퍼레이드나 마라톤 같은 경우는 합법적인 행사이지만 일반교통

방해죄가 문제되는 시위는 불법이기 때문에 전자는 구성요건에 해당하지 않지만 후자는 이에 해당하는 차이가 발생한다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 도로행진을 수반하는 시위가 집시법에 위반하여 불법이라는 것과 일반교통방해죄에 해당한다는 것은 다른 측면의 문제이다. 이에 대해 헌법재판소도 위의 2010. 3. 25. 선고 2009헌가2 사건에서 "'집회 및 시위에 관한 법률' 제12조의 교통소통을 위한 금지에 위반한 경우의 처벌조항('집회 및 시위에 관한 법률' 제23조, 주최자의 경우 1년 이하의 징역 또는 100만 원 이하의 벌금)은 교통방해의 위험 여부와 관계없이 행정상 의무에 위반한 경우의 처벌조항으로서 이 사건 법률조항과는 보호법익과 구성요건 행위를 완전히 달리 하므로 이 사건 법률조항의 법정형이 지나친 것인지 여부를 판단함에 있어 비교의 대상이 될 수 없고, 신고하지 아니한 집회의 주최자에 대한 형사처벌조항('집회 및 시위에 관한 법률' 제22조, 2년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금) 역시 행정상 협력의무 위반에 대한 제재이므로, 교통방해를 구성요건으로 하는 이 사건 법률조항과 비교의 대상이 되지 않는다"고 하여 행정질서법로서의 집시법 위반과 일반교통방해죄는 보호법익과 구성요건 행위가 완전히 다르다는 점을 밝힌 바 있다.

시위가 위법하기 때문에 일반교통방해죄로 처벌되어야 한다는 주장은 어떤 행위가 일반교통방해죄의 기타 방법이라는 행위태양에 해당하는지 여부에 대한 판단을 그 구성요건적 행위 자체를 대상으로 하는 것이 아니라 전(前) 구성요건적 문제, 즉 합법시위나 불법시위나를 기준으로 판단하겠다는 자기고백에 불과하다.⁶⁾

6) 대법원은 "집시법에 의하여 적법한 신고를 마치고 도로에서 집회나 시위를 하는 경우 도로의 교통이 어느 정도 제한 될 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 방해를 받았다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 형법 제185조 소종의 일반교통방해죄가 성립한다고 볼 수 없으나, 그 집회 또는 시위가 당초 신고된 범위를 현저히 이탈하거나 구 집시법 제12조 규정에 의한 조건을 중대하게 위반하여 도로 교통을 방해함으로써 통행을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 하는 경우에는 형법 제185조 소종의 일반교통방해죄가 성립한다고 할 것이다"(대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도755 판결)라고 판시하여 신고된 집회(또는 신고된 범위를 현저하게 이탈하지 않은 집회)의 경우는 원칙적으로 일반교통방해죄가 성립하지 않는다는 입장에 서 있다. 결국 대법원의 입장도 신고된 집회(또는 신고 범위를 현저하게 이탈하지 않은 집회)인지 여부(집시법상 행정 협력의무에 따랐는지)를 기준으로, 즉 전(前) 구성요건적 사실을 기준으로 일반교통방해죄의 행위태양인 '기타방법'에 해당하는지 여부를 가리고

시위에 일반교통방해죄를 적용하는 문제점은 법원이 '위법성 조각' 여부를 판단하지 않기 때문이 아니다. 행진이 일반교통방해의 구성요건인 기타 방법에 당연히 해당한다고 전제하고 있다는 점이 문제이다. 즉 위법성 단계에서의 문제가 아니라 구성요건 단계에서의 문제이고 궁극적으로는 구성요건의 불명확성이 문제인 것이다.

나. 비례성 원칙에 반하는 규정체계

입헌국가의 헌법하에서 형벌법규는 실질적 내용이 정당하고 합리성이 있어야 한다. 즉 형식적 법치주의가 아니라 실질적 법치주의를 구현해야 한다. '범죄와 형벌은 균형을 이루어야 하고 절대로 과잉부과되어서는 안된다'는 과잉금지 원칙은 실질적 죄형법정주의 요구의 핵심을 이룬다고 할 수 있다.

일반교통방해죄의 법정형은 10년 이하의 징역 또는 1,500만원 이하의 벌금으로 규정되어 있고 행위태양도 앞서 살펴본 바와 같이 거의 아무런 제한이 없으므로 헌법상 비례 원칙 및 과잉금지의 원칙에 위배될 여지가 매우 크다. 그러나 헌법재판소는 2010. 3. 25. 선고 2009헌가2 사건에서 이 조항이 형벌과 책임 간 비례원칙을 위배하는지 여부를 판단하면서 "이 사건 법률조항의 상한이 비교적 높고, 형의 하한이 없어 그 법정형의 폭이 매우 넓은 점은 인정된다. 그러나 이는 이 사건 법률조항이 교통을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 하는 때에 관한 처벌조항으로서, 행위 태양이 매우 다양하고, 교통방해로 인한 공공질서와 제3자의 법익 침해의 결과 역시

있을 뿐이다. 이런 논리에 의한다면, 예를 들어 시위에 수반되는 행위로서 도로행진에 참가한 시민 A의 경우, '행진'이라는 동일한 행위를 하였다 하더라도 집회주최자가 신고를 했으면 일반교통방해죄가 성립하지 않고, 집회주최자가 신고를 하지 않았으면 일반교통방해죄가 성립한다는 말이 된다. 그러나 집회주최자가 집회를 신고했는지, 그리고 신고를 어느 범위까지 했는지에 대해 대부분의 집회·시위 단순참가자가 구체적으로 아는 경우는 드물다.(집시법도 미신고 집회에 대해 그 주최자만을 처벌하고 있을 뿐 단순참가자에 대해서는 처벌조항이 없다). 어떤 행위자의 행위가 장기 10년의 징역형이 가능한 범죄의 '기타 방법'에 해당하는지 여부가 그 행위 자체가 아니라 행위자가 알 수 없는 전 구성요건적 사실로 인해 나뉘는 법적용이 실질적 법치국가의 합리적인 법적용이라 할 수 있을까.

매우 다양한 형태와 정도로 나타날 수 있음을 고려한 것이다. 또 이 사건 법률조항은 형의 하한이 없으므로 비교적 경미한 불법성을 가진 행위에 대하여는 법관의 양형으로 불법과 책임을 얼마든지 일치시킬 수 있어 행위의 개별성에 맞추어 책임에 알맞은 형벌이 선고될 수 있다"고 하여 과잉형벌이 아니라고 결정하였다. 참으로 안이한 결정이다. 현재도 형법 제185조 일반교통방해죄의 '행위 태양이 매우 다양'하고 '교통방해로 인한 공공질서와 제3자의 법익 침해 결과 역시 매우 다양한 형태와 정도로 나타날 수 있다'는 점을 인정하고 있다. 기본권 보장을 최고의 가치로 하는 헌법 하에서 범죄와 형벌이 균형을 이루어야 한다는 비례성의 원칙은, 다양한 불법성의 정도에 상응하게 법정형을 구분해야 한다는 엄격한 통제원칙으로 작용해야 한다. 법정형의 폭이 넓은 이유가 행위태양이 다양하고 법익침해 결과가 다양하다는 점을 고려한 것이라는 헌법재판소의 설시는 입법부의 태만을 추인해주는 동시에 포괄적인 규정으로 기본권을 침해당한 국민의 상처에 소금을 끼얹는 논리이다. 법관의 양형으로 불법과 책임을 얼마든지 일치시킬 수 있기 때문에 비례성의 원칙에 위배되지 않는다는 현재의 판단은 실질적 법치국가 원리로서 비례원칙을 공허하게 만든다. 법정형의 폭이 '매우' 넓은 처벌조항은 법관의 적절한 '양형'이 아니라 '자의'가 개입될 수 있는 영역이다. 현재가 존재하는 이유는 바로 이런 영역에 개입해서 통제를 하기 위한 것이다. 그러나 현재는 스스로 그 임무를 저버렸다.

예를 들어 절도의 경우, 단순히 물건을 훔치는 것부터 밤에 집에 들어가서 물건을 훔치는 경우, 훔기를 휴대하고 훔치는 경우, 여러 명이 함께 훔치는 경우 등 그 행위태양과 그에 따른 위험성이 다양할 수 있다. 그렇지만 절도죄를 '훔기휴대, 야간 주거침입 또는 기타방법에 의해 타인의 재물을 절취하는 자는 10년 이하의 징역에 처한다'라고 포괄적으로 규정하지는 않는다. 각각의 불법성에 상응하게 법정형을 규정할 수 있기 때문이다. 그러므로 형법은 야간주거침입절도, 특수절도를 단순절도죄에 비해 높은 법정형으로 규정하고 있고(형법 제329조 단순절도죄는 6년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금, 형법 제330조 야간주거침입절도죄는 10년 이하의 징역, 형법 제331조 특수절도죄는 1년 이상 10년 이하의 징역) 이렇게 규정하는 것이 합

현적이다.

형법 제185조 일반교통방해죄는 단순히 도로소통에 장애가 생겨 다소 불편한 정도의 교통방해, 도로에 위험이 발생하는 정도의 교통방해, 사람의 생명·신체에 위험이 발생하는 정도의 교통방해 등 불법성의 정도가 다른 경우를 모두 동일한 법정형으로 규정하고 있다. 그러나 단순히 교통소통에 장애가 발생하여 다소 불편한 경우와 사람의 생명·신체 등에 위험이 발생하는 경우는 불법성의 정도에 있어 차이가 매우 크다. 따라서 법정형을 구분하여 규정하는 것이 비례성의 원칙에 비추어 타당하다. 아래 다. 항 이하에서 보듯 우리나라의 일반교통방해죄와 유사한 일본형법 제124조의 왕래방해 및 동 치사상죄는 단순히 왕래에 방해가 발생하게 한 경우(2년 이하의 징역 또는 20만엔 이하의 벌금)와 사람을 사망 또는 상해에 이르게 한 경우(상해죄와 비교하여 중한 형으로 처벌)를 1, 2항으로 구분하고 있는데, 1항의 왕래 '방해'는 법정형이 2년 이하의 징역형으로 규정되어 있어 우리 형법상의 10년 이하의 징역형과 큰 차이가 있다. 단순한 '방해'의 정도가 아니라 '위험'이 발생한 경우는 형법 제125조에서 '왕래위험죄'라 하여 별도로 규정하고 있다.⁷⁾ 독일의 경우는 교통의 안전을 침해하고 '그로 인하여 타인의 신체, 생명 또는 상당한 가치의 재물에 대하여 위험을 야기한 자'만을 6월 이상 10년 이하의 자유형에 처하도록 규정하고 있어서 단순히 교통에 장애를 발생시켜 불편을 주는 경우는 처벌 가능성에서 배제하고 있다. 일본, 독일 모두 행위태양에서도 엄격한 한계를 규정하고 있음은 물론이다.

위와 같이 다른 나라의 입법례는 우리 형법 제185조의 일반교통방해죄가 행위의 불법성에 상응하는 형벌을 규정해야 한다는 비례성의 원칙에 어긋나게 규정되어 있다는 것을 다시금 확인할 수 있게 해 준다. 법익침해의 결과가 매우 다양한 정도로 나타난다는 것을 포괄적인 법정형의 합헌근거로 제시한 헌법재판소의 결정은 교통소통에 불편을 주는 정도의 교통방해와

7) "(제124조 제1항) 일반왕래방해죄는 육상, 수상의 교통을 방해하지만 교통의 위험을 발생시키는 정도에는 이르지 않는 행위이기 때문에, 제125조의 왕래위험죄에 비하여 법정형이 가볍다.". 한국법제연구원. 최신외국법제정보. 2010-02호 「일본의 일반교통방해죄」

사람의 생명·신체에 위험이 발생하는 교통방해 사이의 간 이 동일한 법정형으로 규정하기에는 너무 크다는 점을 간과하였다. 일반교통방해죄는 비례성의 원칙에 부합하게 개정되어야 한다.

다. 일반교통방해죄의 개정 필요성 및 외국 입법례

시위대의 도로행진에 대해 검찰이 일반교통방해를 적용하는 것은 이미 관행화되었다고 할 수 있다. 법원의 판결도 상당수 집적되어가고 있다.⁸⁾ 이런 현실은 이후에도 법 집행 당국이 일반교통방해죄의 '손괴 또는 불통하게 하거나 기타방법'이라는 행위태양을 엄격히 해석할 것이라는 기대를 갖기 힘들게 한다.

현재는 일반교통방해죄의 기타방법이 '직접, 의도적인' 행위만을 의미하므로 명확성에 위배되지 않는다고 하였다. 그리고 교통방해를 수반하는 집회 또는 시위라도 사회상규에 위배되지 않는 경우는 위법성이 인정될 수 없기 때문에 이는 "헌법상 집회의 자유의 보장과 원활한 교통소통, 질서유지의 공익을 구체적으로 형 하여 법원이 판단하여야 할 개별사건에서의 법률의 해석·적용에 관한 문제"라고 하였다. 그러나 현재의 결정 이후에도 검찰은 관행적으로 시위 참가자들을 일반교통방해죄의 혐의로 기소하고 있고 법원도 시위가 당연히 교통방해죄의 행위태양에 포함된다는 것을 전제로 판결을 하고 있다. 법원의 재판에 대한 헌법소원이 인정되지 않는 현행법상 헌법재판소가 일반교통방해죄의 해석지침으로 제시한 기준조차('직접, 의도적'인 교통방해 행위만을 처벌해야 한다는 점, 사회상규에 반하지 않는 행위는 위법성이 조각되어야 한다는 점) 적용하지 않은 판결에 대해서도 다툼 방법이 없다.

8) "대법원을 비롯한 각급 법원에서도 시위대의 도로점거 행위에 대하여 일반교통방해를 적용하여 유죄 선고하고 있습니다". 2009년기2 형법 제185조 일반교통방해죄 위헌제정사건에 대한 서울중앙지방법검찰청의 2009. 8. 20. 제출 의견서 제11쪽

일반교통방해죄의 불명확성으로 인한 기본권 침해 문제를 근본적으로 해결하기 위한 방법은 입법부가 최대한 명확하게 이 조항을 개정하는 것이다. 일반교통방해죄가 불명확하게 규정된 채 존치하는 이유는 입법 기술적으로 구체화하기 힘들어서가 아니라 입법적 태만·해태에 기인한다고 봐야 한다. 이와 관련해서 일반교통방해죄와 유사한 규정을 두고 있는 외국의 입법례를 보면 충분히 본 조항의 법익을 살리면서도 기본권 침해가 없도록 구체적으로 규정하는 방법이 있다는 것을 확인할 수 있다.⁹⁾

(1) 독일의 경우

독일형법은 교통기관, 행위방법 등을 아래와 같이 세분화하여 상세히 규정하고 있다.

제315조 [철도, 선박, 항공 특수교통방해]

1. 운송시설 또는 운송수단의 파괴, 손상 또는 제거
2. 장애물의 설치
3. 표지 또는 신호의 허위 조작
4. 기타 이와 유사하고 동일한 정도로 위험한 침해행위에 의하여 궤도차, 삭도차, 선박, 항공기 교통의 안전을 침해하고, 이로 인하여 타인의 신체, 생명 또는 상당한 가치의 재물에 대하여 위협을 야기한 자는 6월 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.

위와 같이 독일형법의 규정체계를 보면, 일반조항을 제한하는 개별적 구성요건의 행위태양을 i) 운송시설 또는 운송수단의 파괴, ii) 손상 또는 iii) 제거, iv) 장애물의 설치, v) 표지 또는 신호의 허위 조작 등 총 5개를 들고 있을 뿐 아니라, 더 나아가 일반조항 자체도 단순히 '기타 침해행위'라 하지 않고 '기타 이와 유사하고 동일한 정도로 위험한 침해행위'라 하여 2중으로

9) 이하에 나오는 외국 입법례는 2009헌가2 사건의 검찰, 변호인 의견서 참조

법관의 자의적 해석가능성을 제한하고 있다.

(2) 일본의 경우

일본 형법은 우리나라의 일반교통방해죄와 유사한 '왕래방해 및 동치사상' 조항에서 '기타 방법'이라는 일반조항을 사용하지 않고 아래와 같이 규정하고 있다.

제124조[왕래방해 및 동치사상]

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

이렇게 일본 형법은 '왕래 방해'의 경우는 2년 이하의 징역으로 규정하고 있을 뿐 아니라 행위태양도 '손괴 나 불통'으로 한정하고 있다. 또한 법익침해의 수준이 왕래 '방해'가 아니라 '위협'의 정도에 이르는 경우는 제125조 왕래위협죄로 별도로 규정하고 있다.

(3) 프랑스의 경우

프랑스는 i)폭행 또는 협박으로 사람이 현재하는 항공기, 선박 기타 모든 운송수단 또는 대륙붕에 설치된 고정식 해저채굴장치를 탈취하거나 운행을 지배하는 행위(제224-6조 제1항 항공기 등의 탈취), ii) 허위의 정보를 유포하여 운행 중인 항공기 또는 선박의 안전을 고의로 위태롭게 한 행위를 처벌하고 있다. 이와 같이 프랑스는 교통수단을 탈취하거나 운행을 지배하는 행위만을 처벌하고 있으며, 역시 우리 형법의 일반교통방해죄와는 달리 그 대상이 되는 행위를 상세히 규정하고 있다는 것을 확인할 수 있다.

(4) 중국의 경우

중국도 교통방해와 관련한 범죄의 유형을 아래와 같이 구체적이며 상세히 규정하고 있다.

- i) 기차, 자동차, 전차, 선박 또는 항공기를 파괴하거나 기차, 자동차, 전차, 선박 또는 항공기를 전복 또는 훼손하기에 충분한 위험을 발생시켰으나 아직 엄중한 결과를 초래하지 않은 경우(제116조)
- ii) 궤도, 교, 터널, 도로, 공항, 항로, 등대, 표지 등을 파괴하거나 기타 파괴 활동을 하여 기차, 자동차, 전차, 선박 또는 항공기를 전복하거나 훼손하기에 충분한 위험을 야기했으나 아직 엄중한 결과를 초래하지 않은 경우(제117조)
- iii) 교통수단, 교통시설, 전력설비, 가스설비 기타 연소되거나 폭발하기 쉬운 설비를 파괴하여 엄중한 결과를 초래한 경우(제119조)
- iv) 폭력, 협박 기타 방법으로 선박, 자동차를 납치한 경우(제121조)
- v) 비행 중인 항공기 내의 사람에 대하여 폭력을 사용하여 비행안전에 위해를 가하여 중대한 경우를 초래하였거나 아직 중대한 결과를 초래하지 아니한 경우(제123조)
- vi) 치안관리처벌법: 철도, 국도, 수역항로, 제방에 구멍을 파거나 장애물을 설치하거나 지시표지를 훼손, 이동하여 교통운송안전에 영향을 미칠 수 있으나 형사처벌을 하기에 충분하지 아니한 경우(15일 이하의 구 또는 2백원 이하의 벌금)(제20조 제8호)
- vii) 치안관리처벌법: 차, 행인이 통행하는 곳을 시공함에 있어 복개물, 표지, 방위를 설치하지 아니하거나 고의로 복개물, 표지 방위를 훼손, 이동한 자(2백만원 이하의 벌금을 과하거나 경고, 제21조 제3호), 고의로 사회질서에 위반하여 고의로 도로표시, 교통표지를 이동, 훼손한 자(50만원 이하의 벌금 또는 경고 제25조)

; 0 => <

2008년 촛불집회로 입건된 사람이 서울중앙지방검찰청(이하 '서울중앙지검')에서만 1,374명이고 그 중 기소된 사람은 1,184명이다.¹⁰⁾ 촛불집회로 기소된 사람들에게 적용된 법률조항의 대부분은 야간집회 참가, 야간시위 참가, 일반교통방해죄이다. 집시법 제10조의 야간집회 원칙적 금지조항은 헌법불합치 결정이 선고되었고 현재는 실효된 상태이다. 야간시위를 전면금지하는 조항도 위헌 제청되어 헌법재판소의 결정을 기다리고 있다. 또 하나의 조항인 일반교통방해죄는 헌법재판소에서 합헌결정이 났다. 일반교통방해죄에 대한 현재의 합헌결정의 문제점은 이미 위에서 밝힌 바 있다. 결국 2008년 촛불집회로 기소된 대부분의 사람들은 위헌적인 법률조항이나 위헌적인 법 적용으로 인한 피해자이다.

서울중앙지검의 수사백서를 기준으로 보더라도 2008. 5. 2~8. 15. 촛불집회에 참가한 연인원은 총 580,000명에 이른다. 모호한 규정은 선별적 집행을 낳을 수밖에 없다. 선별적 집행은 검찰과 법원 등 법운영 당국에 대한 냉소로 귀결된다.

집회·시위의 자유가 '구성요건에 해당할 수 있지만 사회상규에 반하지 않으면 위법성이 조각되어 처벌될 수 없으므로 일반교통방해죄가 집회·시위의 자유를 침해하는 것은 아니다'라고 현재가 법원으로 공을 미루는 사이, 집회에 참가한 시민들은 또 다시 현행법 체포되어 일반교통방해죄로 기소가 되고 있고 눈치를 보면서 직장에 휴가를 내고 법정에 출두하여 일반교통방해죄에 대한 무죄주장을 힘들게 하고 있다.

일각에서는 헌법재판소가 합헌결정을 내렸으므로 본 조항은 문제가 없다고 한다. 헌법재판소의 합헌판단이 입법부가 그 의무를 다했다는 것을 승인하는 것은 아니다. 권력분립과 민주주의의 원칙에 비추어 헌법재판소의 판단은 입법자의 행위의무와 다른 층위에 있기 때문이다.

외국 입법례를 보아도 일반교통방해죄는 충분히 구체적으로 규정될 수 있

10) <수사백서, 미최고기 수입반대 불법폭력시위사건>, 서울중앙지방검찰청, 2009

다. 이미 1989년 법무부의 형사법개정특별심의위원회에서는 “죄형법정주의 명확성의 원칙에 비추어 異論의 여지를 없도록 함이 타당”하다는 의견이 제시된 바 있다.¹¹⁾ 그로부터 다시 20여년의 세월이 지났다. 일반교통방해죄의 개정은 지금도 많이 늦었다.

일반교통방해죄가 시급히 개정되어 더 이상 불명확한 조항으로 기본권 침해를 당하는 사람이 없기를 바란다.

11) 법무부 형사법개정특별심의위원회, 형법개정요강 소위원회 심의결과, 형사법개정자 (VIII), 1989.1, 370~371쪽.

발제 2

? " # @

CBA

하태훈 / 고려대학교 법학전문대학원 교수

D 0 4 1 3

1. 촛불집회와 공권력 남용의 서막

2008년 5월 2일 첫 촛불문화제 후 이명박 정부는 이를 '미 쇠고기 수입반대 불법폭력집회'로 간주하고 강경대응을 선포했다. 의사표현방식의 하나로 촛불을 들고 광장에 모여든 것이지 정부와 일진불사를 각오하고 촛불을 밝힌 것이 아닌데도, 정부는 이를 정권에 대한 도전으로 보고 진압해야 할 대

상으로 삼은 것이다. 진압에 동원된 경찰력은 소통하자는 시민을 향해 마치 적을 무찌르듯 (물)대포를 쏘아대고 방패로 찍어 내렸던 것이다. 그러나 이에 아랑곳 하지 않고 시민들의 집회와 시위는 끊이지 않았다. 그러자 정부는 억눌린 대중의 하소연과 답답한 군중의 함성을 '떼범'이자 불법으로 낙인찍어 형사 처벌의 대상으로 삼았다. 대통령과 법무부장관은 연일 법치를 강조하면서 시민들이 군집하여 제발 자신들의 주장을 들어달라고 외치는 소리를 '떼범'으로 폄하하며 경찰과 검찰을 동원하여 적 적 법집행을 주문하였다.

2. 과거로 회귀하는 공권력

지난 3년이 그랬다. 무리지어 정부정책에 비판의 목소리를 드높이면 진압과 처벌의 대상이 되었다. 권위주의를 청산하고 법이 정치적 지배의 도구나 기득권 옹호 장치로 쓰였던 시대를 한참 지났다고 생각했는데 마치 움츠리고 있던 용수철처럼 순식간에 과거로 회귀하고 있다. 공권력 강화, 공안통치, 집회시위의 과도한 제한, 의사표현의 자유 제한, 감시와 통제의 강화 등 민주화 이전의 일상으로 되돌아가는 느낌이다. 그동안 정치적 투쟁의 산물이며 피와 눈물로 쌓아온 헌법적 가치인 인권, 인간의 존엄, 법치, 민주, 자유, 정의, 평화 등등의 개념이 뒷전으로 밀려나고 법과 공권력이 정권유지의 도구로 전락하고 있다.

이제 한국사회에서 집회와 시위는 범죄화되었다. 정부정책을 비판하는 집회와 시위에 참가하는 순간 범죄자가 된다. 경찰은 집회 및 시위에 관한 법률(이하 집시법이라 한다)을 자의적으로 해석·적용하여 기자회견과 같은 의사표현방식도 변형된 불법집회시위로 보고 참가자들을 연행한다. 집회시위의 장소가 원천적으로 봉쇄되고 교통소통방해와 공공질서위험을 이유로 한 집회금지통고를 남발하고 있다. 경찰청의 '2009년 집회시위 관리지침'에 의하면 검거한 시위대는 반드시 정식 수사절차를 이행하여 경미한 사안도 입건하는 등 엄정한 사법조치를 하는 것으로 강화하였다.

문제는 여기서 그치지 않는다. 집시법 위반이 아니라 더 중한 형법위반으로 사법처리한다는 점이다. 공무집행방해죄나 도로교통방해죄, 집회시위에

참가하지 않은 타인에 대한 업무방해죄나 강요죄를 적용하여 형법이 과잉 투입되고 있다. 형사제재를 최우선 수단으로 활용하고 있는 것이다¹⁾

3. 집회 및 시위에 대한 인식과 대응방식의 변화

집회 및 시위와 관련하여 그 동안은 주로 집회시위의 보장, 규제와 그 한계와 같은 헌법적 문제나 집회시위의 금지통고 등 경찰작용의 한계, 경찰권 발동의 정당성 등 집회시위에 대한 경찰 행정적 규제문제가 논란의 대상이었다.

그러나 2008년 촛불시위 이후에는 형사제재의 정당성과 과잉범죄화의 문제가 쟁점으로 부각하였다. 이는 불법 시위를 주도한 시위 주최자 또는 화염병, 쇠파이프 등 위험한 물건을 사용하거나 경찰관 등에게 직접적으로 폭력을 행사한 자가 아닌 집회 단순 참가자들을 훈방하지 않고 적 적으로 도로교통법위반, 집시법위반 더 나아가 형법상 일반교통방해죄나 공무집행방해죄로 기소하는 등 형사적 제재를 활용하여 집회시위를 위축시키고 있기 때문이다. 단순참가자로 형사제재의 대상이 확대되었을 뿐만 아니라 적용 법률에서도 도로교통법, 집시법뿐만 아니라 형법의 일반교통방해 규정 등 법정형이 훨씬 무거운 법규를 적용하는 사례가 증가하는 모습을 보이고 있다. 행정적 규제에서 형사제재를 수단으로 하는 사법적 제재²⁾로의 변화는 집회 및 시위에 대한 공권력의 인식과 대응변화의 결과이다.

4. 과잉형사범죄화의 수단으로 남용되는 일반교통방해죄

서울중앙지검이 8월 30일에 발표한 ‘美쇠고기 수입반대 불법폭력 시위사건’ 수사백서에 의하면 지난 해 5월부터 8월까지 106일 동안 촛불시위는 2,398회 열렸고 연인원 932,000여명이 참가했고, 이 가운데 1,476명이 입건돼 1,258명이 구속(43명), 불구속(165명), 약식(1천50명) 기소됐다. 2009년 경찰백서에 의하면 촛불집회 여파로 2008년에 집회는 모두 13,406회로 전년 대비 12.6% 증가했고 참가자 역시 308만 명으로 전년보다 32.4% 늘었으며, 공무집행방해 사범도 전년 대비 13.4% 증가한 15,646명을 검거했고 이 중 1533명(2007년 1336명)이 구속되었다.

2) 형사제재의 문제에 관해서는 한인섭, 일반교통방해죄와 집회시위에의 그 적용을 둘러싼 문제, 형사법연구 제21권 제1호 353-374; 박이규, 집회·시위 원천봉쇄와 공무집행방해죄, 대법원판례해설 78호(2008 하반기)(2009.07) 679-697

집회시위는 당연히 교통흐름의 방해를 초래한다³⁾. 집회시위는 타인으로 하여금 의사형성과 의사활동에 영향을 미칠 목적을 가지고 행하는 것이므로 타인의 자유침해를 초래할 수밖에 없다. 그래서 집회시위의 자유를 보장하고 있는 민주사회에서 당연히 수인해야 할 고통이고 법익침해다. 따라서 이러한 한도 내에서는 관용해야 하고, 형법의 투입은 물러서야 한다. 그러나 교통방해에 대한 형법투입은 집회시위에 의해서 필연적으로 초래되는 교통방해가 아닌 경우, 예컨대 집회시위 참가자들이 의도적으로 교통방해의 결과를 발생시킨 경우에만 정당화된다. 차도를 행진하는 것이 아니라 차도에 앉거나 누워 도로를 차단하면서 차로를 점거한 시위라면 도로교통방해죄가 성립될 수 있다. 또한 타인에게 물리력을 행사하는 경우는 강요죄, 업무방해죄, 공무집행방해죄 등이 성립한다.

이명박 정부 출범 이후 검찰의 과잉형사범죄화로 형법은 호황을 맞은 반면 시민의 기본권행사는 위축되었다. 그 대표적인 예로는 ‘미네르바사건’으로 알려진 허위통신죄 처벌조항인 전기통신기본법(제47조 제1항)은 거의 사문화되어 있다가 부활했고, 과거에도 집회 및 시위에 적용된 사례가 있기는 하지만 지금처럼 의도적으로 과도하게 적용되는 일반교통방해죄를 들 수 있다.

DDO E : 98

1. 규정의 위헌성

3) 대법원 2008.11.13. 선고 2006도755 판결: 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 방해를 받았다고 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.

(1) 위헌법률심판제청의 경과와 쟁점

이명박 정부 들어 빈번하게 검찰과 법원이 도로로 행진하는 집회·시위 참가자에게 형법 상 일반교통방해죄(형법 제185조)를 적용하고 있다. 집회·시위 참가자의 도로 점거행위가 형법 제185조에 규정되어 있는 ‘기타 방법’에 해당하고, 그 결과 도로 교통을 방해할 위험성이 발생했으므로 일반교통방해죄가 성립한다는 것이다.

천주교인권위원회 회원 강성준 씨는 지난 2009년 4월 일반교통방해죄(형법 제185조)를 집회 또는 시위에 적용하는 것이 헌법에 위배된다며 서울중앙지방법원에 위헌법률심판제청을 신청했다. 강씨는 2007년 6월 29일 서울 종로 일대에서 열린 ‘한미FTA저지를 위한 범국민 총궐기대회’에 참석했다가 교통방해죄로 약식 기소되어 벌금 100만원을 선고 받자, 법원에 정식재판을 청구했고 법원이 벌금 100만원을 선고하자 항소심 재판부(서울중앙지방법원 형사항소6부)에 위헌법률심판제청신청서를 제출하였다. 강 씨는 검찰이 집회 및 시위에 도로교통법이나 집회 및 시위에 관한 법률을 적용하지 않고 형법상 일반교통방해죄를 적용하는 이유는 과도한 형벌을 가함으로써 집회 및 시위의 자유를 제한하려는 의도가 있다면서 일반교통방해죄의 구성요건인 ‘기타 방법’은 ‘손괴’나 ‘불통’에 준할 정도로 도로를 파괴하거나 장애물을 설치하는 행위에만 적용되어야 하고 이를 집회 및 시위에 적용한다면 명확성의 원칙에 반하는 것이라고 주장했다.

이에 항소심 재판부는 2009년 5월 1일 “형법 제185조의 ‘기타의 방법’이라는 것이 어떤 방법을 말하는 것인지 쉽게 알 수 없고 심지어 법학자 사이에서도 견해가 대립해 죄형법정주의의 명확성 원칙을 어겼다.”며 위헌법률심판을 제청하기로 결정하였다. 또한 “이를 교통을 방해하는 어떤 행위에도 제한 없이 적용하면 마라톤 경기나 신고된 집회에서 도로 행진도 일반교통방해죄의 주·객관적 요건에 해당하게 돼 신체 이동의 자유나 집회 및 시위의 자유보다 차 을 이용한 이동의 자유를 우위에 두는 셈이 된다.”고 지적했다. 이어 도로교통법상 교통방해 행위에 대한 처벌조항과 비교했을 때 일반교통방해죄가 더 높은 형을 정하고 있어 차도에 뛰어드는 같은 행

위를 했더라도 어떤 법을 적용하느냐에 따라 처벌 수위가 크게 달라지기 때문에 비례의 원칙 및 과잉금지의 원칙에도 위배된다고 덧붙였다. 재판부는 “형법 185조의 위헌 여부가 재판의 전제가 될 뿐 아니라 위헌이라고 인정할 상당한 이유가 있다.”고 밝혔다.

형법 제185조의 ‘기타 방법’이 명확성의 원칙에 반하여 이 범조항이 위헌인지, 아니면 이를 제한적으로 해석하면 위헌은 아닌 것인지가 쟁점이다.

(2) 죄형법정주의와 명확성 원칙

1) 법치국가 형법의 지주

법치국가의 과제는 공존질서로서의 대내적인 법질서를 유지하고 보장하며 개개인의 자유와 권리를 위법한 침해로부터 보호하고 적법한 절차에 따른 공정한 법적용을 보장하는 것이다. 이 이념은 국가권력의 유형에 따라 다른 내용을 요구한다. 예컨대 형사입법자에게는 명백히 기술된 형법규범을 요구한다. 이렇듯 법치국가 형법의 지주는 명확성의 원칙과 보충성 및 비례성의 원칙이다.

우선 어떤 행위에 대해 어떠한 제재가 가해지는가를 누구나 알 수 있도록 형법전의 기술이 명확해야 한다(명확성의 원칙). 처벌의 대상이 되는 모든 행동을 가능한 한 명확하게 한정되어야 한다. 입법자의 권위가 司法으로 이양되지 않도록 입법자와 법관 간의 책임분담이 이루어져야 한다. 이로써 법관의 자의적 법해석을 방지할 수 있다. 그래야 법적 신뢰, 법적 안정성과 예측가능성이 보장될 수 있다. 또한 법익침해 또는 위태화 행위에 대한 형사법적 제재는 다른 적절한 수단이 없거나 덜 유해한 수단으로 꼭 필요한 만큼 투입되어야 한다(비례성의 원칙). 즉 추구된 목적과 투입된 수단 사이의 비례성이 법치국가적 형법의 요청이다.

바로 죄형법정주의는 개인의 자유와 권리의 침해 내지 제한에는 법률적 근거를 가져야 한다는 법치국가적 보장의 표현이다. 죄형법정주의는 형법규의 자의적 해석을 통하여 국가형벌권이 남용되었던 역사적 경험을 교훈으로 삼아서 국가형벌권의 자의적 행사와 남용으로부터 국민의 자유와 권

리를 보장하고자 하는 법치주의 사상의 구체화 원칙이다. 형사법의 대원칙인 죄형법정주의는 국민의 법적 안정성을 보호하고 국민에게 예측가능성을 보장하여 국가형벌권의 자의적 행사로부터 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가적 형법의 기본원칙으로서 법관의 법률에 구속(Gesetzesbindung), 법적용의 평등(Gleichbehandlung), 법적 안정성(Rechtssicherheit)의 추구가 법치국가이념의 핵심내용이다.

2) 명확성 원칙의 의의와 입법기술상의 한계

어떤 행위에 대해 어떠한 제재가 가해지는가를 누구나 알 수 있도록 법률로 명확하게 규정되어야 한다는 죄형법정주의의 요구가 명확성의 원칙(법률 확정성의 원칙)이다. 이는 일반 국민에게 행위의 가벌성에 관하여 예측가능하게 해줌으로써 그의 행동의 자유와 인권을 보장함과 아울러 그 법규를 운용하는 국가기관의 恣意와 전횡을 방지하기 위하여 형벌법규가 규정하는 범죄구성요건이 애매, 불명확하여서는 안 되며 구성요건에서 금지 또는 명령하는 행위의 내용과 법적 효과를 명확하게 규정하여야 함을 의미한다. 따라서 포괄적 위임입법이나 백지형법규정, 일반조항이나 절대적 부정기형을 포함하는 입법은 금지된다.

형벌법규의 내용이 불명확하고 추상적일수록 법적용에 있어서 법관의 자의가 개입될 여지가 많아 죄형법정주의의 이념이 잠식될 수 있다. 불명확한 형법은 해석의 폭을 넓혀 처벌의 위험성을 높이게 된다. 그래서 '해석자의 자의의 개입을 가능케 하는 불확정한 법률이야말로 법치국가성에 대한 적신호요 시민의 자유에 대한 중대한 위협이 아닐 수 없다'⁴⁾. 불명확한 형법은 수범자가 어떤 행위가 금지되고 금지된 것으로 해석, 적용될 것인지 명확하게 알 수 없게 하기 때문에 형벌의 일반예방효과도 노릴 수 없게 된다. 그래서 죄형법정주의를 위태롭게 하는 것은 유추적용이 아니라 불명확한 형법규정이라고 한다⁵⁾.

그러나 내용이 가능한 한 명백하고 확장할 수 없는 개념을 사용하여 구성

요건을 기술해야 한다는 명확성 요구도, 일반적으로 법규는 그 문언의 표현력에 한계가 있을 뿐 아니라 그 성질상 다소의 추상성을 가지며 一義的이 아니라 보편 타당적으로 기술되고 또 어느 정도 유형화, 추상화 내지 포괄적인 표현을 피할 수 없다는 입법기술상의 한계를 갖고 있다. 따라서 법적용자의 가치충전을 요하는 가치개념의 사용이 불가피하다. 예컨대 공공의 위험, 위험한 물건, 공연히 음란한 행위 등이 여기에 속한다.

3) 명확성 원칙에 관한 판례

죄형법정주의의 과생원칙 중 무엇보다도 중요한 원칙은 법률 확정성의 요구이다. 특별형법이 양산되는 과정에서 필요에 의한 것이든 입법과정의 불충분성에 기한 것이든 불명확한 개념과 법률문언을 사용한 결과 최근에 명확성의 원칙에 관한 대법원 및 헌법재판소의 판례들이 눈에 띄게 많아졌다.

유추적용금지, 소급효 금지, 위임입법의 한계, 명확성의 원칙 등 죄형법정주의에 관한 판례가 증가한 것은 법원이 형사법의 대원칙인 죄형법정주의의 중요성을 인식한 것이기도 하고, 다른 한편으로는 국민의 인권의식이 성장한 결과이기도 하다.

판례도 "헌법 제12조 제1항이 규정하고 있는 죄형법정주의 원칙은, 범죄와 형벌을 입법부가 제정한 형식적 의미의 법률로 규정하는 것을 그 핵심적 내용으로 하고, 나아가 형식적 의미의 법률로 규정하더라도 그 법률조항이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구하므로, 처벌법규의 입법목적이나 그 전체적 내용, 구조 등을 살펴보아 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단으로서 그의 구성요건 요소에 해당하는 행위유형을 정형화하거나 한정할 합리적 해석기준을 찾을 수 있어야 죄형법정주의가 요구하는 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하지 않는다."⁶⁾는 태도를 취하고 있다.

4) 김일수, 형법학원론, 151면

5) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl.(1969), § 5 II 3

6) 대관 2003.11.14, 2003도3600; 2003.12.26, 003도5980: 청소년보호법 제26조의2 제8호 소정의 "풍기를 문란하게 하는 영업행위를 하거나 그를 목적으로 장소를 제공하는 행위"의 의미는 청소년보호법

법 규정이 입법목적이나 그 전체적인 내용, 구조 등을 살펴보아도 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단으로서도 그 구성요건에 해당하는 행위유형을 정형화하거나 한정할 합리적 해석기준을 찾기 어려울 때에는 명확성의 원칙에 반한다. 따라서 예컨대 외국환관리규정 제6-15조의 4 제2호 (나)목 소정의 ‘도박, 기타 범죄 등 선 한 풍속 및 사회질서에 반하는 행위’라는 규정은 명확성의 원칙에 반한다고 본다.7)

죄형법정주의의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 형법법규의 내용이 애매모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없어 법을 지키기가 어려울 뿐만 아니라, 범죄의 성립여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져서 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없기 때문이다.

그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하더라도 입법자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니다. 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만

의 입법 취지, 입법연혁, 규정형식에 비추어 볼 때 "청소년이 건전한 인격체로 성장하는 것을 침해하는 영업행위 또는 그를 목적으로 장소를 제공하는 행위"를 의미하는 것으로 보아야 할 것이고, 그 구체적인 예가 바로 위 규정에 열거된 "청소년에 대하여 이성혼숙을 하게 하거나 그를 목적으로 장소를 제공하는 행위" 등이라고 보이나, 이는 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 통하여 판단할 수 있고, 구체적인 사건에서는 법관의 보충적인 해석을 통하여 그 규범내용이 확정될 수 있는 개념이라 할 것이어서 위 법률조항은 명확성의 원칙에 반하지 아니하여 실질적 죄형법정주의에도 반하지 아니한다.

7) 대관 1998.6.18. 97도2231 전원합의체: 외국환관리규정(재정경제원고시 제1996-13호) 제6-15조의4 제2호 (나)목 소정의 ‘도박 기타 범죄 등 선 한 풍속 및 사회질서에 반하는 행위’라는 요건은, 이를 한정할 합리적인 기준이 없다면, 형법법규의 구성요건 요소로서는 지나치게 광범위하고 불명확하다고 할 것인데, 외국환관리에 관한 법령의 입법 목적이나 그 전체적 내용, 구조 등을 살펴보아도 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단으로서도 그 구성요건 요소에 해당하는 행위유형을 정형화하거나 한정할 합리적 해석기준을 찾기 어려우므로, 죄형법정주의가 요구하는 형법법규의 명확성의 원칙에 반한다. 그리고 이와 같이 지나치게 광범위하고 불명확한 사유인 ‘범죄, 도박 등 선 한 풍속 및 사회질서에 반하는 행위와 관련한 지급 등’을 허가사유로 규정한 것은 모범인 외국환관리법 제17조 제1항에서 규정한 지급 등의 규제요건 및 위 법률조항의 위임에 따라 외국환관리법시행령 제26조 제1항에서 규정한 허가규제기준을 넘어서는 것으로서, 모범의 위임 범위를 벗어난 것이라고 보지 않을 수 없으므로, 외국환관리규정 제6-15조의4 제2호 (나)목의 규정은 죄형법정주의에 위배된 것일 뿐만 아니라 위임입법의 한계도 벗어난 것으로서 무효이다.

으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성의 원칙에 반드시 배치되는 것이라고 볼 수는 없다. 즉, 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지 여부를 충분히 알 수 있도록 규정되어 있다면 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 보아야 한다. 그렇게 보지 않으면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이라는 것이 헌법재판소의 확립된 관례이다.8).

(3) 형법 제185조의 ‘기타 방법’의 입법형식과 명확성의 원칙

1) 불법행위유형을 충분히 예시했는가?

형법 제185조는 예시적 입법형식을 취하고 있다. 교통방해의 결과를 초래하는 개별적 구성요건해당행위로서 ‘손괴방법’나 ‘불통하게 하는 방법’을 전형적이고 대표적인 행위로 예시하고 그 이외의 행위를 ‘기타 방법’으로 규정하고 있다.

규율대상인 대전제가 ‘교통을 방해하는 행위’이고 예시적으로 ‘손괴’와 ‘불통’이라는 행위를 예시하여 어떤 행위방법이 교통을 방해하는 기타의 방법에 해당하는지 해석함에 있어서 판단지침이 될 수 있다고 볼 수 있을 것이다. 따라서 입법자가 변화하는 사회에 대한 법규범의 적응력을 확보하는 동시에 법률적용자의 자의적 해석을 방지할 수 있는 예시적 입법형식을 취하면서 충분한 불법행위유형을 예시했다고 볼 수 있을 것이다. 기타의 방법이 무엇인지 알 수 있을 정도로 행위유형이 예시되어 있다고 볼 수 있을 것이다.

그러나 법 규정의 문언을 잘 살펴보면 과연 행위유형을 충분히 예시했

8) 헌재 2002. 6. 27. 2001헌바70 전원재판부; 헌재 2001. 6. 28. 99헌바31; 헌재 1998. 7. 16. 96헌바35; 헌재 1997. 3. 27. 95헌가17; 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등; 헌재 1993. 3. 11. 92헌바33; 헌재 1992. 4. 28. 90헌바27.

는가 의문이 든다. 2개의 구체적인 행위유형이 제시된 것처럼 보이지만 실제로는 '손괴'라는 교통방해 행위유형만을 제시한 것에 불과하다. 과연 '불통'이 행위유형에 해당하는가⁹⁾. 그렇지 않다. 불통은 행위유형이 아니라 그 결과이다. 예컨대 전화가 불통되었다면 행위에 의해서 발생한 결과로서 전화통화가 불가능하게 된 상태를 의미한다. 우리 형법이 '불통'이라는 문언을 어떻게 사용하고 있는가를 보자. 제195조는 '손괴 기타의 방법으로 불통하게 한'이라고 표현하고 있어 수도에 의하여 음용수가 공급되지 못한 상태를 불통으로 보고 있다. 이렇듯 '불통'은 행위유형이 아니라 어떤 행위에 의해서 야기된 결과이다.

그래서 제185조는 '손괴 또는 불통하거나'로 표현하지 못하고 '손괴 또는 불통하게 하거나'로 표현한 것이다. 즉 손괴는 교통방해 행위 자체이지만('손괴하거나') 불통은 교통방해 행위 자체가 아니라 그 결과이므로 '불통하거나'로 표현하지 않고 '불통하게 하거나'로 표현한 것이다. 따라서 제185조는 구체적인 행위유형을 한 가지만 예시한 것이고 그 이외는 '기타 방법'으로 표시하고 있다. 예시한 개별적인 구성요건이 불충분하여('손괴') 그 자체로 일반조항(교통방해)의 해석을 위한 판단지침을 내포하고 있다고 보기 어렵고 그 일반조항 자체가 매우 포괄적이어서 전체적으로 명확성의 원칙에 반한다고 본다. 설사 '불통'을 교통을 방해하는 예시적 행위유형으로 보더라도 '불통하게 하거나'는 매우 추상적인 표현이다.

결론적으로 제185조는 충분한 예시 없이 '기타 방법'이라는 불명확하고 추상적이며 일반적인 용어(내지 행위방법)를 사용하여 입법목적이 불분명하게 되고 그 적용범위가 불분명하게 되었으므로 명확성의 원칙에 위배된다고 판단된다.

2002. 6. 27. 2001헌바70 전원재판부

(가) 이 사건 법률조항의 입법방식

9) 한인섭 교수는 제185조의 행위태양으로 '손괴', '불통' 그리고 '기타방법'을 적시하고 있다(일반교통방해죄와 집회시위에의 그 적용을 둘러싼 문제, 형사법연구 제21권 제1호, 2009 봄 통권 제38호, 355면 이하)

형벌조항의 규율방식은 크게 그 규율대상에 포섭되는 모든 사례를 구성요건으로 빠짐없이 열거하는 방식과, 규율대상의 공통적인 징표를 모두 포섭하는 용어를 구성요건으로 규정하는 방식 등으로 나누어 볼 수 있다. 전자는 규율대상이 명확하다는 장점이 있는 반면 경우에 따라서는 범규범의 흠결이 발생하는 것을 막을 수 없다는 단점이 있고, 후자는 규율대상을 모두 포섭할 수 있다는 장점이 있는 반면, 법률을 해석·적용함에 있어 자의(恣意)가 개입함으로써 규율대상을 무한히 확대해 나갈 우려가 있다는 단점이 있다. 위와 같은 두 가지 규율방식의 단점을 보완하기 위하여 이른바 '예시적 입법'이라는 규율방식을 채택하는 경우가 있는데, 예시적 입법에서는 규율대상이나 대전제를 규정함과 동시에 구성요건의 외연(外延)에 해당되는 개별사례를 예시적으로 규정하게 된다. 이 사건 법률조항의 경우, 그 제목을 '추행'이라고 명시한 다음, 개별적 구성요건해당행위로 '계간'을 예시하고 그 바로 뒤에 "기타 추행"이라고 규정하고 있는데, 입법자가 규율하고자 하는 대전제는 '추행'이고 그 전형적이고 대표적인 행위로 '계간'을 예시한 것이라고 볼 수 있기 때문에, 이 사건 법률조항은 위와 같은 예시적 입법의 형식으로 규정되어 있다고 판단된다(헌재 2000. 4. 27. 선고 98헌바95등, 판례집 12-1, 508).

(나) 예시적 입법형식과 명확성의 원칙

이러한 예시적 입법형식의 경우, 구성요건의 대전제인 일반조항의 내용이 지나치게 포괄적이어서 법관의 자의적인 해석을 통하여 그 적용범위를 확장할 가능성이 있다면, 죄형법정주의의 원칙에 위배될 수 있다. 따라서 예시적 입법형식이 법률 명확성의 원칙에 위배되지 않으려면, 예시한 개별적인 구성요건이 그 자체로 일반조항의 해석을 위한 판단지침을 내포하고 있어야 할 뿐만 아니라, 그 일반조항 자체가 그러한 구체적인 예시를 포괄할 수 있는 의미를 담고 있는 개념이 되어야 한다.

(다) 일반조항인 '추행'의 의미

먼저, 이 사건 법률조항 중 일반조항에 해당하는 '추행'이라는 개념에 관하여 균형법 또는 형법 등 다른 법률에서 아무런 정의규정을 두고 있지 않고

있기 때문에, 이 사건 법률조항이 기본권을 제한하는 법률로서 구비하여야 할 명확성을 준수하였는지 여부에 대하여 의문이 있을 수 있다.

그러나 '추행'이란 일반적으로 정상적인 성적만족행위에 대비되는 다양한 행위태양을 총칭하는 것이고, 그 구체적인 적용범위도 사회적 변화에 따라 변동되는 동태적 성격을 가지고 있기 때문에, 입법자가 이러한 변태성 성적만족행위의 모든 형태를 미리 예상한 다음, '추행'에 해당하는 행위를 일일이 구체적, 서술적으로 열거하는 방식으로 명확성의 원칙을 관철하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하다.

우리 입법자는 폭력 또는 협박을 수단으로 한 추행행위를 처벌하는 형법 제298조 등과 같이 범죄구성요건상 그 수단이나 정황 등을 당해 조문의 문언에 의하여 일정한 범위로 제한하고 있는 관련 조항에서는 '추행' 자체에 관하여 아무런 정이나 예시를 하지 않는 입법형식을 채택하였는데, 이 사건 법률조항의 경우, 범죄 구성요건적 수단 등에 대하여는 문언적 제한을 가하지 아니하고, 대표적 구성요건인 '계간'을 판단지침으로 예시한 다음, 어느 정도 보편적이고 일반적인 용어인 '추행'을 그대로 일반조항으로 사용하는 방식을 취함으로써, 모든 구성요건을 개별적으로 확정하지 않고 법률적용자의 보충적 해석을 통하여 변화하는 사회에 대한 범규범의 적응력을 확보하는 동시에 법률적용자의 자의적 해석을 방지할 수 있는 예시적 입법형식을 선택할 필요가 있다고 판단한 것으로 보인다.

그렇다면, 이 사건 법률조항이 명확성의 원칙에 위배되는지 여부를 판단하기 위해서는 그 입법목적과 다른 법률조항과의 연관성 등을 고려하여 '추행'이라는 일반조항에 대한 합리적인 해석이 가능한지 여부를 우선적으로 검토해야 할 것이다(헌재 2001. 6. 28. 99헌바31, 판례집 13-1, 1233; 헌재 2000. 4. 27. 98헌바95등, 판례집 12-1, 508). 그런데, 대법원은 '개인의 성적 자유'를 주된 보호법익으로 하는 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제11조 제1항 소정의 '추행'의 의미 등에 대하여, '추행이라 함은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선 한 성적 도덕관념에 반하는 것이라고 할 것인데, 위 규정에 의한 업무상위력에의한추행되는 개인의 성적 자유를 보호법익으로 하는 것이므로, 결국 이에 해당하는지 여부는 개인의 성적 자유가 현저히 침해되고, 또한 일반인의 입장에서

보아도 추행행위라고 평가될 경우에 한정하여야 할 것이고, 이러한 의미에서 키스, 포옹 등과 같은 경우에 있어서 그것이 추행행위에 해당하는가에 대하여는 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 검토하여야만 할 것이다.'라는 취지로 판시하였다(대법원 1998. 1. 23. 선고 97도2506 판결 등 참조).

이러한 대법원 판결은 '추행'의 일반적인 개념은 물론, 일반인의 입장에서 추행행위로 평가될 여지가 있는 경우에도 개별 범죄구성요건에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 반드시 그 법률규정의 보호법익이 침해되었는지 여부를 함께 검토해야 한다는 등의 합리적인 해석기준까지 제시하고 있다.

(라) 이 사건 법률조항의 명확성 여부

따라서 이 사건 법률조항의 범죄구성요건사실인 '추행'은 '군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기'라는 보호법익을 침해하는 동시에 일반인의 입장에서 추행행위로 평가될 수 있는 행위이고, 그 대표적이고 전형적인 사례가 이 사건 법률조항에 직접적으로 예시된 '계간'이라고 봄이 상당하다. 그렇다면, 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 균형법상 피적용자는 어떠한 행위가 이 사건 법률조항의 구성요건에 해당되는지 여부를 어느 정도 쉽게 파악할 수 있다고 판단되고, 그 전형적인 사례인 '계간'은 이 사건 법률조항에서 '추행'이 무엇인지를 해석할 수 있는 판단지침으로 활용될 수 있으며, 대법원 판결 등에 의하여 이미 이에 관한 구체적이고 종합적인 해석기준이 제시되고 있는 이상, 법률적용자가 이 사건 법률조항을 자의적으로 확대하여 해석할 염려는 없다고 하겠다(헌재 2000. 4. 27. 98헌바95등, 판례집 12-1, 508).

2) 입법자가 행위유형을 예시하는 것이 불가능했는가?

입법자는 사회변화 등 장래예측이 어려울수록 일반조항을 선호하게 된다. 구체적이고 세밀한 규정형식을 피하고 예시적 입법형식을 취하게 된다. 그

러나 아무리 예시적 입법형식을 취한다고 하더라도 입법 당시에 예상할 수 있는 행위유형을 최대한 예시하여야 불명확성을 제거할 수 있게 된다.

제185조와 관련하여, 입법자는 전형적이고 대표적인 개별행위 유형을 제시할 수 있는 가능성이 있었을 것이다. 입법 당시에 손괴 이외에 다른 행위유형을 더 제시하고 그 이외는 '기타 방법'으로 규율할 수 있는 가능성이 있었을 것이다. 도로에 구조물을 설치하거나 물건을 적치하는 방법¹⁰⁾ 등 도로 자체에 물리력을 가하여 교통을 방해하는 행위('손괴') 이외의 행위를 예상할 수 있었기 때문이다.

형법에 '기타 방법'이라는 예시적 입법형식을 취한 구성요건이 총 19개가 있는데, 그 중 거의 대부분은 전형적이고 대표적인 행위를 2개 이상 예시하고 있다. 한 개의 행위유형만 예시한 구성요건은 제128조, 제184조, 제195조, 제269조 뿐이다.

3) 제한적 해석으로 불명확성이 치유될 수 있는가?

법정형이 중하면 중할수록 명확성의 요구는 엄격해져야 하는가 아니면 법정형의 경중에 관계없이 동일해야 하는가에 관해서는 견해가 나뉘는 것 같다. 그러나 도로교통법이나 집시법과 같은 다른 법률조항과의 조화를 위해서(소위 체계적 해석) 제185조의 '기타 방법'은 그 불법의 정도에 상응하는 방법으로 제한 해석되어야 한다.

판례는 도로 교통을 방해함으로써 통행을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 하는 경우에 일반교통방해죄가 성립한다고 본다.

즉, 교통방해의 정도를 고려하는 것이다. 그러나 교통방해 행위에 해당하는지를 먼저 판단하고 그 행위의 결과의 경중을 따져 범죄성립을 판단해야 한다. 따라서 교통방해 행위로 예시한 '손괴'와 유사한 행위에 해당하는지를 먼저 판단해야 한다. 도로 교통을 방해함으로써 통행을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 하는 경우에는 일반교통방해죄가 성립한다고 본 판

10) 대법원 1995.9.15. 선고 95도1475 판결(말뚝을 박고 철조망을 친 행위); 대법원 2005. 10. 28. 선고 2004도7545 판결(쇠파이프 구조물을 설치하거나 화물차로 도로를 가로막는 행위); 대법원 2009.1.30. 선고 2008도10560 판결(도로에 트랙터를 세워두거나 철책 펜스를 설치하는 행위); 대법원 2007.12.14. 선고 2006도4662 판결(차 과 간이테이블로 포장마차를 설치하고 영업한 행위)

례는 '기타 방법'에 대한 제한적 해석이 아니라 기본권 보장과의 조화를 위해 행위결과를 중한 정도로 제한한 것이다.

행위방법이 불명확하게 규율되어 있어 명확성 원칙에 반한다면 그 행위방법을 제한적으로 해석한다고 명확성 원칙 위반이 치유될 수 있는 것은 아니다. 이는 입법적으로 해결해야 할 문제이다. 제한적으로 해석하는 한 합헌이라는 한정합헌도 타당치 않다. 왜냐하면 명확성의 원칙은 수범자로 하여금 형법이 어떤 행위를 금지하고 있는지 알 수 있을 정도로 명확하게 규율해야 한다는 것이어서 법 적용자를 위한 원칙이 아니라 수범자를 배려해야 하는 원칙이기 때문이다. 따라서 법률의 불명확성을 그대로 두고 법관이 제한 해석하는 방법으로 명확성의 요구가 충족될 수 있는 것이 아니다.

제185조의 '기타 방법'은 예시된 행위유형인 '손괴'와 상응하는 불법행위여야 하므로 적어도 도로 자체에 물리력을 행사하는 방법이어야 한다. 도로 자체에 물리력을 행사하여 변형시키는 방법(손괴)이든지 도로에 차 이나 물건을 적치하거나 구조물을 설치하는 방법이 그 예이다. 문제는 집회시위의 불법성 여부와 관계없이 도로를 점거하여 행진하는 방법으로 도로교통을 마비시켰다면 이것이 '기타 방법'에 해당하는가이다. 교통을 방해한 결과는 발생했지만 이것이 '기타 방법'에 해당하여야 일반교통방해죄가 성립한다. 손괴죄의 경우('손괴 또는 은닉 기타 방법으로 그 효용을 해한') 효용을 해하는 결과를 가져오는 행위가 모두 손괴행위인 것이 아니라 '손괴'나 '은닉'에 상응하는 행위로 물건 또는 서 의 효용을 해하여야 손괴죄가 성립하는 것과 같다.

손괴의 방법이나 구조물을 설치하거나 물건을 적치하는 방법(이른바 컨테이너에 의한 '명박산성')으로 도로교통이 방해된 경우에 그 도로교통의 방해상태를 제거하려면 물리력이 행사되어야 한다. 그러나 도보로 도로를 행진하며 이동하는 경우는 그렇지 않다. 도로교통의 방해상태를 제거하기 위하여 물리력을 투입할 필요가 없다. 행진이 진행되어 종 되면 자연적으로 도로교통의 방해상태는 종 하게 된다. 물리력이 투입되어야 도로교통이 소통되는 경우는 도로교통법 제157조의 '눕거나 앉거나 서있는 행위'이다. 따라서 도보로 도로를 행진하는 방법은 제185조의 '기타 방법'에 해당하지 않는다¹¹⁾.

(4) 헌법재판소의 합헌결정

헌법재판소는 2010년 3월 25일 재판관 전원 일치 의견으로, 육로를 불통하게 하거나 기타 방법으로 교통을 방해한 자를 형사 처벌하도록 규정한 형법 제185조는 죄형법정주의의 명확성 원칙에 반하지 않고, 국가형벌권 행사의 한계를 넘은 과잉입법이라 볼 수 없다는 이유로 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 선고하였다(헌재 2010.3.25, 2009헌가2).

결정이유는 다음과 같다:

“이 사건 법률조항은 육로 등의 손괴에 의한 교통방해, 육로 등을 불통하게 하는 방법에 의한 교통방해 이외에 ‘기타 방법’에 의한 교통의 방해를 금지한다. 교통방해의 유형 및 기준 등을 입법자가 일일이 세분하여 구체적으로 한정한다는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하므로 위와 같은 예시적 입법형식은 그 필요성이 인정될 수 있으며, ‘기타의 방법’에 의한 교통방해는 육로 등을 손괴하거나 불통하게 하는 행위에 준하여 의도적으로, 또한 직접적으로 교통장애를 발생시키거나 교통의 안전을 위협하는 행위를 하여 교통을 방해하는 경우를 의미하는 것으로서 그 의미가 불명확하다고 볼 수 없다. 나아가 ‘교통방해’는 교통을 불가능하게 하는 경우뿐 아니라 교통을 현저하게 곤란하게 하는 경우도 포함하고, 여기서 교통을 현저하게 곤란하게 하는 경우에 해당하는지 여부는 교통방해 행위가 이루어진 장소의 특수성과 본래적 용도 및 일반적인 교통의 흐름과 왕래인의 수인가능성, 행위자의 의도 및 행위가 지속된 시간, 다른 대안적 행위의 가능성 등 제반 상황을 종합하여 합리적으로 판단될 수 있다. 결국 이 사건 법률조항이 지난 약간의 불명확성은 법관의 통상적인 해석 작용에 의하여 보완될 수 있고, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인이라면 금지되는 행위가 무엇인지를 예측하는 것이 현저히 곤란하다고 보기는 어려우므로 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되지 않는다. 이 사건 법률조항이 교통의 안전 및 원활한 교통을 확보하기 위하여 교통을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 하는 교통방해 행위를 금지하고 형사 처벌하는

것은 입법목적 달성에 기여하는 적합한 수단에 해당한다. 나아가 현대사회에서의 교통의 중요성 및 교통의 안전 침해가 초래할 수 있는 생명·신체 또는 재산의 위험을 고려한다면 교통방해 행위에 엄정한 책임을 묻기 위하여 과태 등 보다 경미한 제재가 아닌 형사 처벌을 그 제재 수단으로 선택한 것이 현저히 자의적인 것으로서 국가형벌권 행사에 관한 입법제 범위를 벗어난 것이라 보기 어렵다. 이 사건 법률조항은 집회의 자유를 직접 제한하는 것은 아니다. 다만 개별 구체적인 사례에서 일정한 교통방해를 수반하는 집회 또는 시위 행위가 이 사건 법률조항의 구성요건해당성이 인정된 경우에 집회의 자유가 제한되는지에 관한 의문이 제기될 수 있으나, 제3자의 수인한도를 벗어나거나 집단적인 폭력 등의 행사로 집회의 자유에 의하여 더 이상 보호될 수 없는 집회 또는 시위로 인한 교통방해의 형사 처벌은 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, 사회상규에 반하지 아니하는 행위로서 위법성이 인정될 수 없고, 이 사건 법률조항에 의한 형사 처벌의 대상이 될 수 없으므로 집회의 자유의 실질적 침해문제가 발생하지 않는다. 이는 구체적 사안을 전제로 법원이 판단하여야 할 개별사건에서의 법률의 해석·적용에 관한 문제라고 할 것이다. 이 사건 법률조항은 법정형으로 10년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금을 규정하고 있는바, 그 폭이 매우 넓은 점은 인정된다. 그러나 이는 교통방해의 행위 태양 및 법익 침해의 결과가 매우 다양한 형태와 정도로 나타날 수 있음을 고려한 것이며, 형의 하한이 없으므로 비교적 경미한 불법성을 가진 행위에 대하여는 법관의 양형으로 행위의 개별성에 맞추어 책임에 알맞은 형벌이 선고될 수 있다. 한편 ‘집회 및 시위에 관한 법률’ 제12조의 교통소통을 위한 금지에 위반한 경우의 처벌조항은 행정상 의무에 위반한 경우의 처벌조항으로서 이 사건 법률조항과 비교의 대상이 될 수 없고, 도로교통법 제157조 제5호, 제68조 제3항 제2호의 처벌조항 역시 규율대상인 교통방해 행위의 범위가 이 사건 법률조항과 다르므로 비교의 대상이 된다고 볼 수 없다. 결국 이 사건 법률조항이 책임과 형벌간 비례원칙에 반하는 과잉 형벌을 규정하고 있다고 볼 수 없다.”

11) 한인섭, 앞의 논문, 361면

2. 남용 및 확대적용 위험성

경찰이 집회와 시위에 도로교통법이나 집시법을 적용하지 않고 일반교통방해죄를 적용하는 이유는 과도한 형벌을 가함으로써 집회 및 시위의 자유를 제약하려는 의도 때문이다. 일반교통방해죄는 집회와 시위 현장에서 경찰이 강제 진압에 활용하는 조항이다. 도로교통법 제68조 제3항에 따르면 '도로에서 교통에 방해되는 방법으로 눕거나 앉거나 서있는 행위'는 20만 원 이하의 벌금에 처한다. 또 집시법에서는 '주요 도시의 주요 도로에서 금지된 집회'에 참가하거나 야간 외 집회에 참여한 경우에도 50만 원 이하의 벌금에 처할 수 있다. 형사소송법 제214조는 '50만 원 이하의 벌금에 해당하는' 경미사건에 대해 현행범 체포를 제한하고 있기 때문에 단순 시위참가자들에 도로교통법이나 집시법을 적용해 현행범으로 체포를 하는 것은 불가능하다. 이를 피하기 위하여 경찰은 집회 및 시위에 일반교통방해죄 위반 혐의를 적용하여 단순 시위 참가자들에 대한 현행범 체포를 감행함으로써 과잉형사범죄화의 논란뿐만 아니라 형사소송법의 인권보장 장치를 무력화시키는 결과를 초래하고 있다.

DDBA E 7 HG @ JI L K

1. 다른 법규정과의 관계

도로를 점거한 집회·시위를 규율하는 법률 규정으로는 형법 제185조 외에 도로교통법 제157조 제5호, 제68조 제3항 제2호와 집시법 제23조, 제12조 등이 있다. 도로교통법 및 집시법 규정과 형법 제185조는 구성요건 상의 행위와 법정형에서 큰 차이가 있다. 형법 제185조는 '육로, 수로 또는 교을 손괴 또는 불통하게 하거나 기타 방법으로 교통을 방해한 자를 처벌하되

그 법정형으로 10년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금'이 규정되어 있다. 도로교통법은 '도로에서 교통에 방해되는 방법으로 눕거나 앉거나 서있는 행위를 한 자를 처벌하되 그 법정형으로 20만 원 이하의 벌금이나 구 또는 과'를 규정하고 있다. 집시법은 '관할경찰서장에 의해 금지된 집회·시위를 한 자를 처벌하되 그 법정형은 주최자, 질서유지인, 참가자로 나누어 50만 원 이하의 벌금이나 구 또는 과 (단순 참가자)부터 1년 이하의 징역 또는 100만 원 이하의 벌금(주최자)'까지 달리 규정하고 있다.

집회·시위를 규율하기 위한 법이 집시법이고 시위란 여러 사람이 공동의 목적을 가지고 도로, 광장, 공원 등 일반인이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 행진하거나 위력 또는 기세를 보여, 불특정한 여러 사람의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위(집시법 제2조 2호)를 말하므로 도로를 점거한 채로 이루어지는 시위에 대해서는 집시법 규정이 우선 적용되어야 한다. 도로를 점거한 집회·시위가 관할 경찰서장에 의하여 금지되었다면 집시법 규정에 의해 주최자, 참가자가 처벌받게 된다. 집시법 규정에 의해 발생하는 공백은 도로교통법 규정에 의해 보완되어야 한다.

형법 제185조는 단순히 행진 시위에 참여하는 행위를 처벌하는 형식으로 규정되어 있는 집시법과 도로교통법과는 달리 '손괴하거나 불통하게 하는' 등 도로 등에 적 적으로 물리력을 행사하는 행위를 요구하고 있고, 법정형에서도 큰 차이가 있기 때문에 상호 관계가 문제될 수 있다. 만일 행진시위가 형법 제185조의 '기타 방법'에 포함되는 것으로 해석, 적용한다면 행진시위에 대해서는 도로교통법과 형법 제185조 어느 규정이든 적용을 할 수 있게 된다. 집시법 규정과 도로교통법 규정은 법정형의 차이가 거의 없어 이들 규정 중 어느 것을 적용하더라도 형사 처벌에 있어 불균형이 발생하지 않는데 반해 형법 제185조는 법정형이 다른 법규정의 법정형과 비교하여 매우 높아 형법을 적용하는 경우 형사 처벌에 있어 불균형이 발생하게 된다. 이 같은 처벌상의 불균형 또는 자의적 처벌의 가능성은 형법 제185조의 '기타 방법'이라는 입법형식에 기인하는 것이다.

이와 같이 도로교통법 규정, 집시법 규정과 형법 제185조의 구성요건의 차이, 법정형의 차이 등을 고려할 때 도로 점거 행진 시위를 규율하는 우리 형사법 체계는 집회·시위의 태양과 참가 방식에 따라 도로교통법부터 형법

까지 구분하여 적용할 것을 예정하고 있다고 보아야 한다. 집회·시위에는 원칙적으로 집시법을 적용하되, 집시법 규정이 예정하고 있는 경우를 벗어나는 경우 즉, 불법 집회임을 알면서 참가한 경우가 아닌 때 등에는 도로교통법 규정을 적용하고, 교통 방해의 결과가 도로의 손괴, 불통 등 적적인 물리적 행사에 의한 것일 때 제한적으로 형법 제185조를 적용하여야 한다.

2. 외국의 입법례

독일형법이나 일본형법에도 우리 형법 제185조와 유사한 규정을 두고 있지만 행위유형을 매우 구체적으로 규정하고 있다.

독일형법 제315의b조는 도로교통의 안전을 확보하기 위하여 설비 또는 차를 손괴, 제거하거나 장애물을 설치하거나 이에 유사하고 동일한 위험한 공격을 가하여 타인의 생명·신체 또는 중요한 가치가 있는 타인의 재물을 위태롭게 한 자를 5년 이하 또는 벌금형으로 처벌한다. 우리 형법 제185조와 다른 점은 타인의 생명·신체 또는 중요한 가치가 있는 타인의 재물을 위태롭게 하여야 범죄가 성립하는 구체적 위험범의 형태로 규율하고 있고 구체적 위험의 발생을 요건으로 함에도 5년 이하의 법정형으로 규정되어 있다는 점이다.

나아가 독일형법 제315조는 철도, 선박, 항공교통의 안전에 대한 범죄를 규율하면서 '① 설비나 승용물을 파괴, 손괴 또는 제거하거나, ② 장애물을 설치하거나, ③ 허위의 표지나 신호를 하거나, ④ 이와 유사하고 그와 동일한 정도로 위험한 공격을 행함으로써 철도, 공중사도, 선박 또는 항공교통의 안전을 침해하고 이로 인하여 타인의 생명·신체 또는 중요한 가치가 있는 타인의 재물을 위태롭게 한 자'를 처벌하고 있다. 독일형법 제315의b조와 제315조의 행위유형 중 '이에 유사하고 동일한 위험한 공격'이 우리 형법 제185조의 '기타 방법'과 비교될 수 있는데 이 행위유형은 적어도 앞의 행위 유형과 방법 및 결과에 있어서 동등하다고 평가될 수 있는 것이어야 함을 분명히 명시하고 있다. 제315조 ④의 행위유형의 예로서는 기차기관사에게 투석하는 행위, 신호표지판이나 신호등을 덮어놓아 보이지 않게 하는 행위, 항공기 조종사와 관제탑과의 교신을 방해하는 행위 등을 들 수 있다.

일본형법 제124조는 '육로, 수로 또는 다리를 손괴, 폐쇄해 왕래의 방해를 야기한 자'를 처벌하고 있다.

DMO NO PQR S* T

제185조의 '기타 방법' 자체가 구성요건의 내포와 외연이 미치는 한계를 가리기 어려운 광범성을 가졌다고 해서 명확성의 원칙에 반하는 것은 아니다. 필요한 입법형식의 하나로 볼 수 있기 때문이다. 그러나 예시적 입법형식이 불가피하다고 하더라도 충분하고 구체적인 개별사례의 예시를 통해서 이 규정이 규율하고자 하는 입법목적이 무엇이고 어떤 행위유형인지를 알 수 있어야 한다. 제185조는 교통방해 행위를 규율하기 위한 규정인데, 전형적이고 대표적인 행위로서 '손괴'행위만을 예시하고 '기타 방법'으로 규정하고 있기 때문에 어떤 행위유형이 교통방해 행위 유형에 해당하는지 판단하는데 일반해석지침이 될 수 없다고 본다. 형식적으로는 '손괴' 외에 '불통'도 예시하고 있지만 '불통'은 교통방해 행위의 유형이 아니라 어떤 교통방해 행위에 의한 결과이므로 행위유형을 예시한 것으로 볼 수 없다. 이는 '기타 방법'을 이용한 예시적 입법형식을 취한 다른 구성요건에서 일반적으로 적어도 2개 이상의 행위유형을 예시하고 있는 것과 다르다.

헌법재판소가 형법 제185조의 합헌을 결정했다고 해서 논란의 여지가 사라진 것은 아니다. 집회에 참가하여 도로를 행진했다고 하여 도로를 파괴하는 행위나 도로를 장애물로 불통시키는 행위와 동일하게 중형으로 처벌하는 것은 비례성의 원칙에 어긋난다. 도로를 물리적으로 파괴하거나 도로에 장애물을 설치하는 행위와 도로에서 사람이 집회와 시위를 하면서 움직이는 행위가 동일한 것으로 평가될 수 없다. 시위대의 도로행진이 일반교통방해행위에 포함되는 것으로 해석되지 않도록 제185조를 명확하게 규정하여야 하고, 법정형의 상한도 행위와 결과불법에 상응하도록 조정해야 한다. 구체적 위험이 발생해야 범죄가 성립하도록 규정하고 법정형의 상한을 5년으로 한 독일형법을 참고해야 한다.

이미 1989년 법무부의 형사법개정특별심의위원회는 형법 제185조의 문제점으로 '기타 방법'을 지적하면서 '죄형법정주의의 명확성의 원칙에 비추어 異論의 여지가 없도록 함이 타당하다'는 결론을 내렸다. 그 이후 다른 입법례를 참고하여 조문화하면서 '기타 방법'이 '교통로의 표지 기타 부속물을 손괴, 제거, 변경하거나 허위의 표지나 신호를 하여'로 개정하는 내용의 개정안을 제시하였다. 민주당 이춘석 의원도 제185조 중 '其他 方法으로'를 '교통로의 표지 그 밖의 부속물을 손괴, 제거, 변경하거나 허위의 표지나 신호를 하여'로 변경하는 내용의 형법 일부개정법률안을 준비 중인 것으로 알려져 있다.

이상훈 / 촛불집회 변호인단, 일반교통방해 위헌제청사건 변호인

1. 총론

각 발제문에서는 일반교통방해죄의 운영실태와 법리적 문제점, 외국의 입법례 등이 잘 정리되어 있어서 발제문 자체에 대해서는 이견이 없다. 다만 촛불집회 변호인단의 일원으로 변호를 하다가 일반교통방해죄의 문제점을 해석론으로만 해결하려 할 경우 어떠한 문제점이 있는지에 대해 느낀 점을 보충하려고 한다.

2. 국민적 관심사가 높고 많은 시민들의 참석이 예상되는 집회 및 시위일수록 중하게 처벌되는 불합리함

집회, 시위에 참가하는 시민에 적용되는 법률은 집회및시위에관한법률(이하 집시법), 도로교통법, 형법(일반교통방해) 등 3가지이다. 단순 참가하는 시민의 경우 집시법에서는 주최자와 별도로 50만원 이하의 벌금형에 처한다고 규정하고, 도로교통법에서는 20만원 이하의 벌금형에 처한다고 규정하지만, 형법(일반교통방해)에서는 단순 참가자와 주최자를 구별하지 않고 10년 이하의 징역형에 처한다고 규정한다. 즉 집회시위에 대해 집시법이 아닌

형법(일반교통방해)을 적용함에 따라 단순참가자까지도 형의 범위가 급증하게 된다.

그렇다보니 국민적 관심사가 높고 많은 시민들이 참석하는 집회시위 일수록 중하게 처벌되는 모순에 빠지게 된다. 예를 들어 무상교육에 관심이 있는 시민이 서울광장에서 진행하는 집회에 참가할 경우 참가인원이 얼마 되지 않는다면 죄가 되지 않는다. 그러나 예상보다 많은 시민이 참가하여 인도수용의 한계를 넘어서 차도까지 내려올 경우, 집시법만 적용할 때는 형에 별 차이가 없지만, 형법(일반교통방해)을 적용함에 따라 참가한 시민들 전체는 그 순간부터 무려 10년 이하의 징역형에 처하는 범죄를 공모하여 저지르게 된다.

2008년 촛불집회만 해도 가장 중한 범죄는 아이러니하게 시민들의 자발적 참여가 가장 높은 6월 10일 집회였다. 검찰의 공소장과 법원의 판결문에 의하면 6월 10일 80,000명의 시민들이 19:25부터 21:10까지 서울광장과 인근 태평로에서 집회를 한 것도 일반교통방해죄에 해당한다고 하여, 총 13시간 55분 동안 다수의 시민들이 공모하여 일반교통방해죄를 저질렀다는 것이다. 인도, 차도를 가릴 것 없이 앞뒤 모두 눈에 보이는 것은 촛불을 든 시민들 밖에 없는 상황에서, 수 만명의 참가 시민들을 일률적으로 중대한 범죄행위라고 단죄하는 것이다. 실제로 법원은 폭력행위도 없었던 6월 10일 집회에 단순 참여하였다가 연행된 시민들에게도 보통 150~200만원의 약식명령을 발부하였다. 이러한 논리에 따르면 집회에 갔다가 사람들이 많으면 집에 돌아와야 하고, 처음에는 사람이 없더라도 수시로 뒤를 돌아봐서 혹시라도 그 사이에 시민들이 늘었는지를 체크해야 범법자가 되지 않게 된다. 희한한 결론이다.

그러나 국민적 관심사가 높고 많은 시민들의 참석이 예상되는 집회 및 시위일수록, 국민들의 정치에 대한 무관심이 많은 냉정한 현실에서, 국민들의 직접적인 목소리를 접할 수 있다는 점에서 그 기회를 장려하는 것이 민주주의 원칙에 부합한다. 만일 일반교통방해죄를 집회, 시위에 무비판적으로

적용한다면, 많은 시민들이 호응할수록 죄가 되거나 무거워진다는 불합리한 결과가 계속될 수 밖에 없다.

3. 공모공동정범 이론까지 가세하여 급증하는 불합리함

일반교통방해죄의 불합리한 결과는 우리나라 판례에서 인정되는 공모공동정범 이론까지 가세하여 확산된다. 공모공동정범이론이란, 실제 행위를 하지 않은 자에 대하여도 공동정범의 책임을 묻는 이론이다. 이 때 '공모'의 범위가 문제되는데, 우리나라 판례는 "2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 진다"라고 하여 폭넓게 인정한다(대법원 2004. 5. 28. 선고 2004도1465 판결 등).

이러한 공모공동정범 이론에 따라 대부분 인도에서 앉아 있거나 인도에게 행진하다가 일시적으로 차도에 내려간 참가자도 일반교통방해죄의 공동정범이 된다. 주최자의 경우에는 주최를 공모하기만 하면 설사 집회, 시위 현장에 없더라도 일반교통방해죄의 공동정범이 된다. 2008년 촛불집회의 경우 광우병 국민대책회의 관계자들은, 학교 강의로, 집안 일 등으로 집회 현장에 없어도 그 경우까지 모두 일반교통방해죄의 공모공동정범으로 재판을 받고 있다. 게릴라 콘서트는 참여시민이 많을수록 성공하지만, 집회시위는 참여시민이 많을수록 기획자는 형사처벌 때문에 기겁을 해야 할 처지이다.

그러나 국민적 관심사로 많은 시민들의 참석이 예상되는 집회는 개최해서는 안 된다는 논리는 상식적으로 타당하지 않을 뿐만 아니라 헌법상 집회 및 시위의 자유를 침해하는 것이다. 더구나 과거의 집회시위는 특정 노조나 노동단체, 시민단체가 주도하였지만 최근에는 온라인을 통하여 자발적으로 목소리를 내면서 집회시위로 이어지는 경우가 늘고 있다. 그런데 현 상황이

라면 호응이 높은 이슈를 발굴할수록 운영자는 처벌되는 결론에 이르게 된다.

4. 집회시위는 필연적으로 교통방해의 결과를 수반할 수밖에 없어 양 기본권의 충돌문제가 발행함

집회시위의 자유는 소수자의 의견통로의 수단인 기능을 가진 헌법상 중요한 기본권이다. 그러나 집회시위의 자유를 실행하려면 필요적으로 일정 부분 교통방해의 결과를 수반할 수 밖에 없다. 집회·시위의 자유와 시민들의 편안하게 통행할 권리가 충돌하게 될 경우 두 기본권이 모두 실현될 수 있도록 하는 해결원리가 있어야 한다.

특히 과거와 달리 현재는 도심의 밀집도가 높아지면서 도심의 공터나 빈공간이 지속적으로 줄어들어 반하여 도로는 점차 그 규모가 확대되어서, 헌법상 기본권인 집회시위를 하기 위해서는 일정부분 도로 등에서 행해질 수밖에 없게 된 상황적 변화도 있다. 그럼에도 불구하고 일반교통방해의 경우에는 집회시위의 자유와의 충돌문제를 해결할 입법적 지침이 없어서 이를 둘러싼 논란이 계속되었다. 예컨대 낙태죄의 경우에는 충돌되는 두 개의 기본권을 감안하여 허용되는 낙태행위와 허용되지 않는 낙태행위를 입법기술적으로 해결하였다.

5. 더 이상 검찰의 편의적·자의적인 법运用到 맡길 수 없음

이러한 불합리한 결과에도 불구하고 헌법재판소는 일반교통방해죄에 대하여 합헌이라고 결정하였다. 법원에서 법운명을 잘하면 된다는 논리이다. 그러나 법원은 어느 규모의 시위대가, 어느 시간 정도로, 어느 범위의 차로를 점거하여 시위하는 경우에 일반교통방해죄로 처벌할 것인지에 대해 명확하게 판단하지 못하고 서로 엇갈린 판결을 내리고 있다. 또한 예컨대 대구지법 2005고정2985 사건에서 500명이 왕복차로도 아닌 편도차로를, 불과 5분간 시위한 것만으로 도로교통법이나 집시법위반이 아닌 일반교통방해죄로

처벌하였고, 서울중앙지법 2009고합288사건에서는, 30명의 시위참여자가, 태평로 하위 2개 차로를, 불과 15분간 시위한 것을 일반교통방해죄로 처벌하기도 하는 등, 헌법재판소의 신뢰와 달리 법원은 집회·시위라는 기본권의 실현행위라는 특수성을 감안하지 않은 채 과중하게 처벌하고 있다.

더 큰 문제는 아예 경찰과 검찰에 의한 행정 편의적 법 적용 또는 선별적·자의적 기소가 가능하다는 것이다. 아무리 법원에서 집회·시위의 자유를 고려한 법 적용의 특수성을 고려한다고 해도, 기본적으로 법원은 기소가 된 사건만 판단을 한다. 그런데 현재와 같은 법 규정으로는 경찰과 검찰의 자의적 권한행사 남용의 위험을 높이고 있다. 이로 인하여 경찰과 검찰은 불편한 성격의 집회시위에 대하여는 일반교통방해죄의 원용을, 그렇지 않은 집회시위에 대하여는 집회시위의 자유를 원용하고 있다. 이명박 대통령이 든 촛불은 집회시위의 자유에 보호되는 것이고, 2008년 많은 시민들이 든 촛불은 교통을 방해한 위법행위가 되는 것이다. 2008년 촛불 당시에도 보수단체들이 이에 대응하는 집회시위를 하였지만 이 경우에는 처벌되지 않았다. 이는 법원에서 아무리 법운용을 잘한다고 하더라도 입법적 해결이 되지 않으면 발생할 수 있는 부작용이다.

6. 입법적 해결의 필요성

형벌조항을 포괄적으로 규정할 경우 규율대상을 모두 포섭할 수 있다는 장점이 있는 반면, 법률을 해석·적용함에 있어 자의가 개입함으로써 규율대상을 무한히 확대해 나갈 우려가 있다. 일반교통방해죄는 그 규정의 포괄성과 이에 따른 자의적 운영의 위험성 때문에 단순히 법원에 의한 해석상 통제만으로는 법 운용의 남용가능성이 충분하다. 집회·시위 행위는 헌법상 기본권의 실현행위로서 헌법상 자유민주적 기본질서의 골간을 이루는 내용이라는 점, 집회시위가 중 되면 자연적으로 도로교통의 방해상태가 중 되거나 사람의 이동으로 교통의 방해상태가 복구되어 많은 복구비용이 드는 것이 아니라는 점 등을 고려하면 집회시위는 형벌규제의 정도를 달리 할 필요가 있다.

이러한 이유에서 발제문에서도 언급한 바와 같이 1989년 법무부의 형사법 개정특별심의위원회는 일반교통방해죄에서의 “기타 방법”이 “죄형법정주의 명확성의 원칙에 비추어 異論의 여지를 없도록 함이 타당”하다는 취지에서 개정을 시도한 바 있는데, 현 단계에서도 시사하는 바가 많다.

현행 형법 제185조	법무부개정안 제268조
육로, 수로 또는 교 육 손괴 또는 불통하게 하거나 기타 방법으로 교통을 방해한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금에 처한다.	육로, 수로 또는 교 기타 교통로를 손괴 또는 불통하게 하거나 교통로의 표지 기타 부속물을 손괴, 제거, 변경하거나 허위의 표지나 신호를 하여 교통을 방해한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금에 처한다.

7. 소결

대의제의 한계를 복하기 위하여 국가는 때로는 시끄럽고 불편하겠지만 국민들의 집회·시위를 절대적으로 보장해야 하고, 다만 불필요한 교통체증을 방지하기 위하여 합리적인 선에서 이를 조율하여야 하는 것이지 다수가 모인다는 이유로 집회 및 시위 자체를 원천적으로 부정하는 형태로 법을 운용해서는 안 된다. 그러나 현재 일반교통방해죄는 그 규정의 포괄성으로 말미암아 헌법상 집회·시위의 기본권 실현행위와 끊임없이 충돌하는 등 입법자가 예견하지 않았던 위헌적 법 적용이 계속되고 있다. 이제라도 새로운 사회변화의 양상을 반영하고 추상적인 규정을 보다 구체적으로 규정함으로써 일반교통방해의 적용을 남용하는 것에 대한 입법적 통제를 하여야 한다.

I. 일반교통방해죄 규정과 명확성의 원칙

형법상의 일반교통방해죄 규정이 구성요건에서 손괴, 불통과 함께 “기타 방법”이라는 불명확한 용어를 사용하고 있고, 법집행기구들은 집회 및 시위의 단순참여자까지도 도로 행진을 통해 도로의 교통을 방해했다는 이유로 이들을 처벌하는 근거로 이 일반교통방해죄 규정을 사용하고 있다. 이는 발제자들도 여러 번 지적한 바와 같이 우리 헌법이 기본원리의 하나로 채택하고 있는 ‘법치국가원리’가 요구하는 명확성의 원칙에 반하는 법률로 국민의 기본권을 침해하는 것으로 ‘법치국가원리’에 반하는 위헌적인 입법이자 법 적용이다.

헌법에서는 헌법 제37조 2항에서 필요부득이한 경우에는 최소한으로 국민의 기본권을 제한할 수 있으며, 그 때에도 국민 기본권 제한의 형식은 국민의 대표기관인 국회가 제정한 ‘법률’이어야 함을 명시함으로써 법률유보 원칙을 선언하고 있다. 그러면서 기본권 제한의 형식으로서의 ‘법률’이 갖추어야 할 요건으로서, 국민 일반에게 적용될 수 있어야 한다는 ‘일반성’과, 기본권 제한 법률의 내용이 객관적으로 명확하여 어떠한 경우에 어떤 정도

와 방법으로 국민의 기본권이 어떻게 제한될 수 있는지를 법률을 통해 알 수 있어야 한다는 ‘명확성’이 헌법학자들에 의해 언급되고 있다. 따라서, ‘명확성의 원칙’은 사실상 모든 기본권 제한 법률이 충족시켜야 할 요건이 것이다.

명확성의 원칙은 그 중에서도 특히 ‘신체의 자유,’ ‘표현의 자유’ 제한과 관련해 제한 입법의 합헌성 판단기준 중의 하나로 다시한번 더 강조된다. 그 중 ‘신체의 자유’와 관련해 우리 헌법은 제12조 제1항 제2문에서 “법률에 의하지 아니하고는” 처벌, 보안처분 또는 강제노역을 받지 않게 함으로써 죄형법정주의를 선언하고 있고 이 명확성의 원칙은 죄형법정주의의 한 파생원칙으로 인정되고 있다. 국민의 신체의 자유를 제한하는 이 형벌법규들에 요구되는 명확성의 원칙이란 ‘법률에서 범죄와 형벌을 가능한 한 명확하게 규정함으로써, 일반국민으로 하여금 어떠한 행위가 형법에서 금지되고 또 그 행위에 대하여 어떠한 형벌이 과하여지는가를 예측할 수 있게’ 하여 국민들에게 행동의 예측가능성 부여하고 행위시의 형벌법규에 의해 금지되지 않는 행위에 대해서는 자유롭게 행동할 수 있게 한다. 또한 법관에게는 명확한 형벌법규를 규정함으로써 법관의 자의적인 법적용을 배제하는 기능도 가진다. 형벌법규의 내용이 애매하거나 그 적용범위가 지나치게 광범위하면, 어떠한 경우에 법을 적용해야 합헌적인 것이 될 수 있는지 법집행자에게도 불확실하고 애매하게 되어, 어떠한 것이 범죄인가를 입법자가 법률로써 확정하는 것이 아니라, 사실상 법원 등 범운영당국이 재정으로 정하는 결과가 되어 법치주의에 위배되고 죄형법정주의에 저촉될 소지가 생겨나기 때문이다. 또한 명확성의 원칙은 죄형법정주의의 또 다른 파생원칙들 중의 하나인 ‘유추해석금지 원칙’의 전제가 된다. 형벌법규는 명확하게 규정되어야 하고 또 명확하게 규정되어 있기 때문에 법률에 규정이 없는 사항에 관해 그것과 유사한 성질을 가지는 사항에 관한 법률 또는 법률조항을 적용하는 ‘유추해석’이 금지되는 것이다.

명확성의 원칙은 ‘표현의 자유’ 제한 입법의 합헌성판단기준으로 헌법학자들에 의해 또 한번 강조된다. 언론, 출판, 집회, 결사의 자유와 같은 표현의 자유를 규제하는 법령의 규정은 명확해야 한다. 따라서 이러한 법령이 불활정개념이나 막연한 용어를 사용해 그 의미를 추정할 수밖에 없도록 하

는 경우에는 위헌무효가 된다. 우리 헌법재판소도 일관되게 ‘법치주의에서 요구되는 명확성의 원칙은 입법자의 입법의도가 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악될 수 있는 정도의 것을 의미하며 이로써 법률규정의 구성요건적 내용에 따라 국민이 자신의 행위를 결정지을 수 있도록 명확할 것을 의미하는 것’(헌재 1989. 12. 22 88헌가13)이라고 밝히고 있다. 미국 연방대법원의 판례에서도 ‘막연하므로 무효의 이론(Void for Vagueness)’에 따라 표현의 자유를 제한하는 입법에 대해 명확성을 특히 강하게 요구하고 있다. 그 이유로 특히 자유로운 표현행위에 대한 ‘위축효과(Chilling Effect)’가 언급된다. 즉, 명확하지 못한 법규정으로 국민의 표현의 자유를 제한하면, 국민은 자신이 하고자 하는 표현행위가 혹시 금지되는 것은 아닌지에 대한 막연한 자기 검열에 빠지게 되어 표현행위를 함에 있어 위축을 받게 되고 이것이 결과적으로 자유로와야 할 ‘표현의 자유’를 침해하는 결과를 초래한다는 것이다.

우리 형법상의 일반교통방해죄 규정은 ‘기타 방법’이라는 막연한 조항을 통해 국민의 ‘집회의 자유’라는 ‘표현의 자유’를 제한하는 조항으로 기능하고 있고, 또 형법이라는 대표적인 형벌법규에 규정되어 국민의 ‘신체의 자유’를 제한하고 있다. 그렇다면 어떤 법규정보다도 ‘명확성의 원칙’의 엄격한 적용을 받아야 한다. 손괴, 소통과 함께 막연하게 제시된 ‘기타 방법’이라는 구성요건 속에 국민의 표현행위의 하나인 ‘집회’를 통한 부분적 교통방해를 포섭시키고 이를 처벌하는 것이야말로 명확성의 원칙에 정면으로 위배되는 위헌적인 입법이고 위헌적인 법 적용이라고 볼 수밖에 없다. 이하에서는 그럼에도 불구하고 일반교통방해죄 규정에 대해 합헌결정을 내리고 있는 2010년의 헌법재판소 결정에 대해 살펴본다.

II. 헌법재판소의 일반교통방해죄 사건 결정(헌재 2010. 3. 25. 2009헌가2)

1. 심판대상

형법 제185조 (1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) (일반교통방해)

육로, 수로 또는 교 을 손괴 또는 불통하게 하거나 기타 방법으로 교통을 방해한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 사실관계의 요지

제청신청인은 ‘한미 FTA 저지 범국민운동본부’가 2007년 6월 29일에 주최한 ‘한미FTA 저지를 위한 범국민 총궐기대회’의 참가자들과 공모하여, 같은 날 17:30경부터 20:10경까지 종로1가 로터리, 세종로 로터리 등 차도 전차선을 점거한 채 집회·행진을 하여 차 의 소통을 불가능하게 함으로써 교통을 방해하였다는 공소사실로 약식 기소되었다. 제청신청인은 벌금 100만원의 약식명령을 고지 받은 후 정식재판을 청구하였으나 정식재판에서도 역시 벌금 100만원의 형을 선고받자, 이에 불복하여 항소하면서 제청신청인에게 적용된 형법 제185조에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였다. 제청법원은 형법 제185조가 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위반되고, 과잉금지원칙에 반하여 집회의 자유를 침해한다는 등의 이유로 형법 제185조에 대하여 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

3. 주문

형법 제185조는 헌법에 위반되지 아니한다.

4. 결정 이유의 주요 논점 및 요지

(1) 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되지 않음

이 사건 법률조항은 육로 등의 손괴에 의한 교통방해, 육로 등을 불통하게 하는 방법에 의한 교통방해 이외에 ‘기타 방법’에 의한 교통의 방해를 금지한다. 교통방해의 유형 및 기준 등을 입법자가 일일이 세분하여 구체적으로 한정한다는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하므로 위와 같은 예시적 입법형식은 그 필요성이 인정될 수 있다. 또한 ‘기타의 방법’에

의한 교통방해는 육로 등을 손괴하거나 불통하게 하는 행위에 준하여 의도적으로, 또한 직접적으로 교통장애를 발생시키거나 교통의 안전을 위협하는 행위를 하여 교통을 방해하는 경우를 의미하는 것으로서 그 의미가 불명확하다고 볼 수 없다. 나아가 '교통방해'는 교통을 불가능하게 하는 경우뿐만 아니라 교통을 현저하게 곤란하게 하는 경우도 포함하고, 여기서 교통을 현저하게 곤란하게 하는 경우에 해당하는지 여부는 교통방해 행위가 이루어진 장소의 특수성과 본래적 용도 및 일반적인 교통의 흐름과 왕래인의 수 인가가능성, 행위자의 의도 및 행위가 지속된 시간, 다른 대안적 행위의 가능성 등 제반 상황을 종합하여 합리적으로 판단될 수 있다. 결국 이 사건 법률조항이 지닌 약간의 불명확성은 법관의 통상적인 해석작용에 의해 보완될 수 있고, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인이라면 금지되는 행위가 무엇인지를 예측하는 것이 현저히 곤란하다고 보기는 어려우므로 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되지 않는다.

(2) 책임과 형벌간 비례원칙에 반하는 과잉 형벌을 규정한 것이 아님

이 사건 법률조항이 교통의 안전 및 원활한 교통을 확보하기 위하여 교통을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 하는 교통방해 행위를 금지하고 이에 대해 형사 처벌을 하는 것은 입법목적 달성에 기여하는 적합한 수단에 해당한다. 나아가 현대사회에서의 교통의 중요성 및 교통의 안전 침해가 초래할 수 있는 생명·신체 또는 재산의 위험을 고려한다면 교통방해 행위에 엄정한 책임을 묻기 위하여 과태 등 보다 경미한 제재가 아닌 형사 처벌을 그 제재 수단으로 선택한 것이 현저히 자의적인 것으로서 국가형벌권 행사에 관한 입법재량의 범위를 벗어난 것이라 보기도 어렵다.

이 사건 법률조항은 집회의 자유를 직접 제한하는 것은 아니다. 다만 개별 구체적인 사례에서 일정한 교통방해를 수반하는 집회 또는 시위 행위가 이 사건 법률조항의 구성요건해당성이 인정된 경우에 집회의 자유가 제한되는지에 관한 의문이 제기될 수 있으나, 제3자의 수인 한도를 벗어나거나 집단적인 폭력 등의 행사로 집회의 자유에 의하여 더 이상 보호될 수 없는 집회 또는 시위로 인한 교통방해의 형사 처벌은 집회의 자유의 제한에 관

한 문제를 발생시키지 않는다고 할 것이다. 또한 다른 한편 교통방해가 헌법상 보장되는 집회의 자유에 의하여 국가와 제3자에 의하여 수인되어야 할 것으로 인정되는 범위라면, 사회상규에 반하지 않는 행위로서 위법성이 인정될 수 없고, 이 사건 법률조항에 의한 형사 처벌의 대상이 될 수 없으므로 집회의 자유의 실질적 침해문제가 발생하지 않는다. 이는 구체적 사안을 전제로 법원이 판단하여야 할 개별사건에서의 법률의 해석·적용에 관한 문제라고 할 것이다.

이 사건 법률조항은 법정형으로 10년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금을 규정하고 있어서 그 폭이 매우 넓은 점은 인정된다. 그러나 이는 교통방해의 행위 태양 및 법익 침해의 결과가 매우 다양한 형태와 정도로 나타날 수 있음을 고려한 것이며, 형의 하한이 없으므로 비교적 경미한 불법성을 가진 행위에 대하여는 법관의 양형으로 행위의 개별성에 맞추어 책임에 알맞은 형벌이 선고될 수 있다. 한편 '집회 및 시위에 관한 법률' 제12조의 교통소통을 위한 금지에 위반한 경우의 처벌조항은 행정상 의무에 위반한 경우의 처벌조항으로서 이 사건 법률조항과 비교의 대상이 될 수 없고, 도로교통법 제157조 제5호, 제68조 제3항 제2호의 처벌조항 역시 구울대상인 교통방해 행위의 범위가 이 사건 법률조항과 다르므로 비교의 대상이 될 수 없다. 결국 이 사건 법률조항이 책임과 형벌간 비례원칙에 반하는 과잉 형벌을 규정하고 있다고 볼 수 없다.

5. 이 결정에 대한 비판

헌법재판소가 육로를 불통하게 하거나 기타 방법으로 교통을 방해한 자를 형사 처벌하도록 규정한 형법 제185조에 대해 재판관 만장일치의견으로 합헌결정을 내린 사건이다. 형법상의 이 일반교통방해죄규정이 죄형법정주의의 명확성 원칙에 반하지 않고, 국가형벌권 행사의 한계를 넘은 과잉입법이라 볼 수도 없다는 점을 근거로 들었다.

원래 일반교통방해죄는 독일에서 만들어져 일본을 통해 우리 형법에 도입되었다. 그런데 독일과 일본에서는 도로를 손괴하거나 장애물을 도로에 설치하는 행위 외에 그 처벌행위의 범위가 확대되지 않도록 "이와 유사하

고 동일한 정도의 위협한 공격”, “교통로의 표지 기타 부속물의 손괴, 제거 또는 변경행위”라고 구체적인 규정을 두어 재판실무에서 도로에서 집회나 시위를 하는 행위를 도로를 파괴하거나 장애물을 설치하는 행위와 동일하게 처벌하는 상황은 발생하지 않게 한 반면, 우리는 일본을 통하여 일반교통방해죄를 형법에 도입하면서 단지 ‘기타 방법으로 교통을 방해하는 행위’라고만 규정하여 ‘기타 방법’이 무한히 확대해석될 여지를 만들었고, 이를 근거로 공안기관에서는 도로에서 집회나 시위를 하는 행위를 도로를 파괴하거나 도로에 장애물을 설치하여 교통을 방해하는 행위와 동일한 것으로 보고 형사 처벌을 해오고 있다는 점이 문제로 지적되었었다. 또한 최고 10년 이하의 징역까지 처벌이 가능한 것은 교통방해 행위에 대한 처벌로 도로교통법상 20만원 이하의 벌금이나 구류, ‘집회 및 시위에 관한 법률’은 50만 원 이하의 벌금과 구류 또는 6개월 이하의 징역 등을 규정하고 있는 것과 비교해 지나치게 무거워서 비례의 원칙 및 과잉금지의 원칙에 위배된다는 지적도 많았다.

이러한 문제점 지적들에 대해 헌법재판소는 형법상의 일반교통방해죄 규정에 대해 합헌결정을 내리면서, 첫째, 이 사건 헌법소원심판은 이 사건 법률조항 자체를 대상으로 한 것이고, 당해 사건을 포함한 개별·구체적 사건에 대한 판단을 내용으로 하는 것이 아니라는 점, 둘째, 이 사건 법률조항에 의해 처벌되는 행위는 육로를 손괴하거나 불통하게 하여 교통을 방해하는 행위, 그리고 손괴 및 불통하게 하는 행위에 준하는 방법으로 교통을 방해하는 행위여서 이 사건 법률조항은 의도적으로, 또한 직접적으로 교통장애를 발생시키거나 교통의 안전을 위협하는 행위를 하여 교통을 방해하는 행위를 처벌하는 것에 그치고 집회 또는 시위 행위와 직접적인 관련성이 없다는 점, 셋째, 헌법이 보호하는 평화적인 집회 또는 시위에 불가피하게 수반되는 교통방해 행위는 사회상규에 반하지 않는 행위로서 이 사건 법률조항에 의하여 처벌할 수 없으며 다만 집회, 시위에 수반한 경우라도 집회 또는 시위가 이루어진 장소가 어디인지, 집회 또는 시위가 평화적으로 이루어졌는지, 교통을 저해하는 행위가 집회 또는 시위에 불가피하게 수반되는 것인지, 교통이 어느 정도 저해되었는지, 교통의 저해가 얼마나 오래 지속되었는지 여부와 같은 집회 또는 시위 과정의 제반 상황을 종합적으로 고

려하여 법원이 구체적 사건에 따라 개별적으로 판단해야 할 사실관계의 확정 및 법률의 적용에 관한 문제라는 점을 강조하였다.

그러나, 형법상 일반교통방해죄에 대한 이 합헌결정에 대해, 기본권 보장의 최후보루로서 최대한 기본권을 보장해야 할 의무가 있는 헌법재판소가 헌법상 기본권의 하나인 집회의 자유를 교통 흐름이라는 막연한 이유로 자의적으로 통제하고 이를 처벌근거로 삼는 현실을 정당화함으로써, 헌법재판소 스스로 자신의 책무를 방기하는 결과를 낳고 말았다.

III. 해결방안의 모색

‘집회의 자유’라는 헌법상 기본권을 실현하는 국민들에게 비교적 중한 벌금형 등을 선고하는 근거가 되고 있는 이 형법상의 일반교통방해죄 규정은 가장 기본적으로는 국회의 법개정에 의해 삭제되거나 합헌적 방향으로 전면 개정되는 것이 마땅하다. 그러나 당장 현실적인 여러 여건들 때문에 법개정이 용이하지 않다면, 법적용기관인 법원이 법 개정 전까지 이러한 일반교통방해죄 규정을 최고법인 헌법상의 표현의 자유에 관한 헌법 제21조, 신체의 자유에 관한 헌법 제12조, 기본권 제한의 한계에 관한 헌법 제37조 제2항의 정신에 맞게 탄력적으로 해석·적용함으로써, 국민의 정당한 집회 및 시위 중에 발생한 교통 소통에 대한 일부 지장 초래에 대해서는 국민의 표현의 자유 보장 차원에서 일반교통방해죄 적용을 자제하는 노력을 기울일 필요가 있다고 믿는다. 법의 의미가 불명확하거나 법의 흠결이 발생한 부분에 대해서는 최고법인 헌법의 규정과 정신이 법 해석과 법 적용의 판단기준이자 구체적 내용이 되어야 하기 때문이다. 또한 국회에 의한 일반교통방해죄 규정의 개정 이전에, 헌법재판소가 학계나 국민의 목소리에 더 귀기울이고 이 규정에 대해 위헌결정을 내리는 결단을 보여줄 필요가 있다. 위헌적인 법률이나 국가 공권력의 행사 및 불행사에 대해 과감한 위헌결정을 내림으로써 헌법질서를 수호·유지하고 국민의 기본권을 보장하는 것이 헌법재판소의 존재 이유이기 때문이다.

V U 6

이호중 / 서강대학교 법학전문대학원

1. 문제상황과 쟁점

일반교통방해죄(형법 제185조)에 관한 헌법재판소의 2010.3.25. 합헌결정¹⁾에서 주요 쟁점은 일반교통방해죄 구성요건의 '기타 방법' 부분이 명확성원칙에 위배되는가 여부 그리고 일반교통방해죄의 형벌이 지나치게 과중하여 과잉금지원칙에 위배되는가 여부였다. 모두 헌법재판관 전원일치의 의견으로 합헌결정이 내려졌다.

일반교통방해죄를 집회시위에 적용하는 것이 집회시위의 자유를 침해하는 것이라는 주장에 대하여 헌법재판소는 집시법상 적법한 집회시위가 일반교통방해죄로 처벌되는 것은 아니고 단지 불법적인 집회시위에 대하여만 일반교통방해죄의 적용이 문제될 뿐이며, 이 경우에 일반교통방해죄의 적용여부는 구성요건해석상의 문제일 뿐 어떻게 해석하더라도 헌법상 집회시위의 자유에 대한 침해의 문제는 발생하지 않는다고 보았다.

사실 위헌의 문제를 제기한 인권단체 및 민변의 주요 관심사는 집회시위 참가자들에 대하여 검찰 및 법원이 일반교통방해죄를 무차별적으로 적용하

1) 헌재 2010.3.25. 선고 2009헌가2.

여 처벌하는 것에 대한 문제의식이었다. 그러나 일반교통방해죄에 관한 위헌법률심판제청 당시에는 이러한 쟁점이 분명하게 부각되지 않은 채로, 명확성원칙 위배여부와 과잉금지 원칙 위배여부만이 주요 쟁점으로 다루어졌다. 일반교통방해죄의 명확성원칙 위배여부 그리고 과잉금지원칙 위배여부를 쟁점화 하는 것이 전략적으로 무의미한 것은 아니었지만, 엄밀하게 말하여 명확성원칙 위배여부라든가 과잉금지원칙 위배여부의 문제는 일반교통방해죄를 집회시위에 적용하는 것과는 차원이 다른 쟁점이기 때문에 양 쟁점은 구별해서 논의할 필요가 있다. 더구나 우리나라의 헌법재판소는 명확성원칙 위배여부에 대하여 매우 관대한 태도를 취해 왔으며, 형벌 규정의 과잉금지원칙 위배여부의 심사에서도 입법자의 재 을 광범위하게 인정하는 태도를 취해 왔기 때문에 긍정적인 효과를 기대하기는 매우 어려운 것이었으며, 실제 헌법재판소의 결정도 그러하였다.

문제의 핵심은 일반교통방해죄를 집회시위에 적용하는 것의 문제이다.

2. 명확성원칙 위배여부와 과잉금지원칙 위배여부의 쟁점화가 갖는 한계

가. '기타 방법'의 명확성원칙 위배여부를 쟁점화 하는 문제제기의 한계

발표문도 그러하듯이, 일반교통방해죄의 구성요건 중 '기타 방법' 부분이 너무 포괄적이라 예측가능성을 담보할 수 없어 명확성원칙에 위배된다는 주장은 충분히 가능하고 또 설득력 있는 주장이다. 그런데 '기타 방법' 부분을 삭제하거나 보다 명확한 개념표지로 개정하면 문제가 해결되는가?

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 문제 삼지 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 행위라

고 정의된다.²⁾ 언뜻 보면 집회시위를 위해 다수의 사람들이 도로상에 모이는 것은 '기타 방법'의 문제일 뿐, '불통'에는 해당하지 않는다고 해석할 수 있을 듯하다.³⁾ 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 아니라도 '불통'에 해당하는 것이라고 해석하고 있다.

우리의 일반교통방해죄에 상응하는 독일 형법 제315b조4)는 '장애의 설치'를 행위태양의 하나로 규정하고 있는데, 시위자의 도로점거는 여기에 해당할 수 있다고 한다.⁵⁾ 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.⁶⁾

그러므로 집회시위에 대해 일반교통방해죄를 적용해서는 안 된다는 문제의식에서 보면, '기타 방법'이라는 문구의 명확성원칙 위배여부의 쟁점화는 그리 유용하지 못하다.

나. 과잉금지원칙 위배여부의 쟁점화의 한계

2) 이재상, 형법각론, 29/13.

3) 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.

4) 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 제 315b조이다. 물론 그 구성요건의 기본적인 규율방식은 제315조와 거의 유사하다.

5) Hruschka, NJW 1996, S.163.

6) 독일 형법 제135b조에서는 예외적인 사례로 시위자들이 고속도로를 기습적으로 점거하는 경우에는 구성요건에 해당할 수 있다고 보는 듯하다.

과잉금지원칙의 위배여부의 쟁점은 구성요건 자체를 문제 삼는 것이 아니라, 단지 구성요건의 불법의 실체와 형벌 간의 비례성원칙의 준수 여부만을 문제 삼는 쟁점이다. 그렇기 때문에 집회시위에 일반교통방해죄가 적용되어서는 안 된다는 문제의식에서 보면, 일반교통방해죄 규정에 대해 불법과 책임의 조화라는 관점에서 과잉금지원칙에 위배된다는 쟁점을 제기하는 것 역시 그리 유용하지 못하다. 문제의 관건은 구성요건에 있는 것이지, 형에 있는 것은 아니다. 예를 들어, 일반교통방해죄의 법정형을 현행 '10년 이하의 징역 또는 1천5백만원 이하의 벌금'에서 일본 형법 제124조 제1항처럼 '2년 이하의 징역' 정도로 낮춘다고 해서 문제가 해결되지는 않는다. 집회시위에 대하여 일반교통방해죄를 적용하여 현행법체포가 가능한 것은 전혀 달라지지 않기 때문이다.

3. 일반교통방해죄의 해석론 및 입법론을 위한 문제제기

가. '교통의 안전'이라는 보호법의

1) 흔히 일반교통방해죄의 보호법익은 '공공의 교통의 안전'이라고 하거나 '공공의 교통의 안전 외에 생명, 신체와 재산의 안전'이라고 설명된다. 어떻게 설명하건 간에 '공공의 교통의 안전'이 보호법익은 차이가 없으며, 일반교통방해죄가 추상적 위험범으로 해석되는 한 보호법익을 '공공의 교통의 안전'이라고 하거나 '공공의 교통의 안전 외에 생명, 신체와 재산의 안전'이라고 설명하거나 큰 차이가 있는 것은 아니다.

중요한 것은 보호법익으로 거론되는 '공공의 교통의 안전'이라는 개념이 무엇인가 하는 점이다. 대법원은 다음과 같이 말한다 : "형법 제185조의 일반교통방해죄는 일반 공중의 교통안전을 그 보호법익으로 하는 범죄로서 육로 등을 손괴 또는 불통케 하거나 기타의 방법으로 교통을 방해하여 통행을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 하는 일체의 행위를 처벌하는 것을 그 목적으로 하고 있다."⁷⁾

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

우리는 보통 '교통의 안전'이라고 말할 때 교통사고의 위험으로부터의 안전을 떠올린다. 단순히 '교통의 원활한 소통'을 말한다면 이를 두고 '교통의 안전'이라고 말하지는 않는다. 요컨대 '교통의 안전'과 '교통의 원활한 소통'은 개념상 구별되어야 한다. 그러나 불행하게도 대법원의 해석론을 보면, 말로는 일반교통방해죄의 보호법익이 '교통의 안전'이라고 하면서도 실제 적용에서는 도로교통의 원활한 소통을 방해하는 행위가 있으면 일반교통방해죄를 적용하고 있다. 다만, 대법원은 '교통방해'의 개념을 교통을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 경우여야 한다고 제한적인 해석을 가하는 정도에 불과하다.

이러한 대법원의 해석에 따르면, - 발표자인 서선영 변호사도 적절하게 지적하였듯이 - 종교·문화행사로 퍼레이드를 하거나 마라톤대회를 하기 위해 교통이 통제된 경우에도 일단 일반교통방해죄의 구성요건에 해당한다고 보게 된다. 다만, 그러한 행위가 법적인 정당성을 갖춘 경우에는 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각된다는 논리가 적용될 것이다. 집회시위의 경우에도 같은 논리가 적용된다. 집회시위로 도로의 전부나 일부를 점거한 경우에 그로 인해 교통소통을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 한 경우에는 일단 일반교통방해죄의 구성요건에 해당하고, 다만, 그 집회시위가 집시법상의 요건을 갖추어 정당화되는 경우에는 위법성이 조각된다는 논리가 적용된다. 이것이 바로 대법원⁸⁾과 헌법재판소⁹⁾가 전형적으로 구사하는 논

8) 대법원 2008.11.13. 선고 2006도755 판결 : “집시법의 규정 및 그 입법 취지에 비추어 보면, 구 집시법에 의하여 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 방해 받았다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 형법 제185조 소정의 일반교통방해죄가 성립한다고 볼 수 없으나, 그 집회 또는 시위가 당초 신고된 범위를 현저히 이탈하거나 구 집시법 제12조의 규정에 의한 조건을 중대하게 위반하여 도로 교통을 방해함으로써 통행을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 경우에는 형법 제185조 소정의 일반교통방해죄가 성립한다고 할 것이다.”

9) 헌재 2010.3.25. 선고 2009헌가2 : “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 않는

증방법이며, 이러한 해석에 입각하여 일반교통방해죄의 처벌이 집회시위의 자유를 침해하는 것이 아니라는 논증으로 나아간다.

발표자인 서선영 변호사는 이러한 확장된 해석이 '기타 방법'을 매개로 하여 발생하게 됨을 지적하고 있는데, 필자가 보기에 정작 더욱 중요한 문제는 대법원의 해석론이 '교통의 안전'이라는 보호법익 개념을 왜곡하여 이를 '교통의 원활한 소통'으로 변질시켜 적용하고 있다는 점이다.

독일형법 제315b조는 생명, 신체 및 재산에 대한 위험발생을 요건으로 하고 있어 구체적 위험범으로 해석된다. 반면에 우리 형법상 일반교통방해죄는 구체적 위험발생을 요건으로 규정하고 있지 않기 때문에 추상적 위험범으로 해석된다. 일반교통방해죄가 추상적 위험범으로 해석된다고 하더라도 그로 인하여 '교통의 안전'이라는 개념이 '교통의 원활한 소통'으로 변질될 수 있는 것은 아니다.

2) 일반교통방해죄의 보호법익이 '공공의 교통의 안전'이라고 할 때, 이는 교통상 발생할 수 있는 생명, 신체 및 재산에 대한 위험으로부터의 안전을 의미하는 것으로 해석해야 한다. 비단 해석론에서 뿐만 아니라, 일반교통방해죄의 입법적인 개정을 추진할 때에도 이 점은 매우 중요하게 염두에 두어야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 도로교통의 원활한 소통이라는 이익도 나름대로 중요하겠지만, 교통사고의 위험성을 유발하는 행위가 아니라 단지 교통의 막힘을 유발하는 행위는 질서위반행위 정도로 규율하는 것이 바람직하다.¹⁰⁾ 그러한 행위를 범죄로, 그것도 '10년 이하의 징역'에 처할 만큼 중대한 범죄로 규율하는 것은 한마디로 형벌권의 남용이다. 사회적 법익에 대한 형법의 개입이 정당화되기 위해서는 어떠한 법익의 보호가 사람의 생명, 신체, 재산의 보호를 위해 필수불가결한 것이거나 공동체생활의 기본적인 가치를 보호하기 위하여 필요한 경우로 한정되어야 한다. '도로교통의 원활한 소통'은 어디에도 해당하지 않는다.

둘째, 형법은 일반교통방해죄 구성요건 외에 교통방해치사상죄(제188조)

다.”
10) 헌인섭, 앞의 글, 363면.

및 과실에 의한 교통방해죄(제189조)도 규정하고 있다. 이러한 규정들의 체계적인 해석의 관점에서 볼 때, 형법 상 '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.¹¹⁾ 그러나 필자가 보기에 이 논증은 거꾸로 되어야 맞다. 교통방해치사상죄는 교통방해행위가 사람의 생명이나 신체에 대한 위험발생을 전형적으로 내포한 행위이기 때문에 그 결과적 가중범으로 교통방해치사상죄가 규정되었으므로 일반교통방해죄의 구성요건행위는 사람의 생명이나 신체에 대하여 위험을 발생시킬 수 있는 전형적인 행위로 국한하여 해석하는 것이 형법상 교통방해죄의 구성요건체계에 보다 부합하는 해석이 될 것이다.

더 나아가서 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.

셋째, 일반교통방해죄가 추상적 위험범이기 때문에 넓게 해석할 수 있다는 주장이 제기된다면, 이는 추상적 위험범의 특성을 제대로 고려한 해석론이라고 말할 수 없다. 추상적 위험범이건 구체적 위험범이건 간에 보호법익과의 연관성 하에서 해석이 이루어져야 하며, 단지 추상적 위험범 구성요건의 경우에는 보호법익에 대한 현실적 위험발생을 요건으로 하지 않는다는 점에서만 구별될 수 있는 것뿐이다. 추상적 위험범이라 하여 '교통의 안전'

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

을 '교통의 원활한 소통'으로 해석하는 것이 정당화되는 것은 아니다.

3) 요컨대, 일반교통방해죄의 구성요건은 '교통의 안전'이다. 그것은 교통상 발생할 수 있는 사람의 생명이나 신체 및 재산에 대한 위험으로부터의 안전을 의미하는 것으로 해석해야 한다. 다만, 추상적 위험범이라는 구성요건적 특성상 그러한 위험이 현실적으로 발생할 필요는 없고 어떤 행위가 생명이나 신체, 재산에 대한 위험을 발생시킬 수 있는 전형적인 위험을 내포한 행위이면 충분하다고 해석해야 한다.

이러한 해석을 전제로 하면, 집회시위를 하다가 도로를 점거하게 된 경우에 그러한 도로점거행위로 인하여 도로교통의 소통이나 흐름이 방해되었다고 하더라도 그것만으로 일반교통방해죄에 해당한다고 볼 수는 없다. 집회시위에 가담한 사람들이 기습적으로 도로에 뛰어들어 지나던 차 이 급제동을 하게 만드는 경우에는 예외적으로 차 운전자의 생명이나 신체에 대한 위험을 발생시킬 수 있는 행위이기 때문에 교통방해죄에 해당할 소지가 있을 수도 있지만, 그렇지 않고 평온한 가운데 도로를 점유하는 집회시위의 경우에는 차 운전자의 생명이나 신체에 대하여 어떠한 위험도 야기하지 않는 행위로서 일반교통방해죄에 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다.

4) 물론 위와 같은 해석론은 현재 대법원의 해석에 전혀 반영되어 있지 않다. 향후 일반교통방해죄에 관한 입법적인 개정안을 마련하는 경우에는 위와 같은 해석론이 반영될 수 있도록 하는 것이 관건일 것이다.

나. 평화적인 집회시위의 보장을 위한 해석 및 입법론

필자는 백번 양보하여 일반교통방해죄의 보호법익을 도로교통의 원활한 소통이라고 보아 판례와 같은 해석을 하는 경우에도 다음과 같은 제한적 해석이 필요하다고 판단된다.

1) 현재 대법원의 해석론에 따르면, 도로교통의 원활한 소통을 방해하면 일반교통방해죄가 성립한다. 교통의 방해정도가 교통소통을 불가능하게 하거

나 현저히 곤란하게 정도여야 한다는 제한을 달고 있기는 한데, 발표자의 지적처럼 대법원 판례의 제한기준조차도 하급심법원에서 제대로 지켜지지 않고 있는 점은 분명 문제이다. 그런데 그러한 제한기준 자체만 놓고 보아도 매우 우스꽝스럽다. 서울 광화문 앞의 도로처럼 폭이 넓은 도로에서 도로의 일부만을 점거한 채로 집회시위를 하면 교통소통을 현저히 곤란하게 하는 수준은 아니라고 볼 여지가 있지만, 동일한 규모의 시위참가자들이 폭이 좁은 청와대 앞 도로에서 집회를 한다면 전면점거가 되어 일반교통방해죄에 해당한다는 결과가 될 것이다.

교통의 원활한 소통이 보호법익이라고 해석하더라도, 그것은 단지 교통의 정체유발을 의미하는 것으로 해석해서는 곤란하다. 세상에 도로교통의 정체를 유발했다고 해서 10년 이하의 징역에 처하는 나라가 또 있을까 싶다. 결국 '교통의 원활한 소통'을 보호법익으로 해석한다고 하더라도 그것의 의미는 차 운전자가 '목적지까지 원활하게 갈 수 있음'을 의미하는 것으로 해석해야 한다. 집회시위로 도로가 막혔다고 하더라도 우회로로 목적지까지 갈 수 있다면 '교통의 원활한 소통'을 방해하는 행위가 아니라고 해석해야 할 것이다. '교통의 원활한 소통'을 방해하는 행위란 도로가 막혔는데 우회로가 없어 목적지까지 갈 수 없는 경우라든가, 아니면 최소한 우회를 이용하는 것이 현저한 불편이나 손해를 수반하게 되는 경우에 한정해야 할 것이다. 이렇게 해석하는 한, 도심의 집회시위는 교통소통을 방해한 행위가 아니며 일반교통방해죄의 구성요건에 해당하지 않는다고 보아야 한다.

2) 그리고 보다 정면으로 헌법상의 기본권인 집회시위의 자유를 적 적으로 보장하는 해석론을 형법에 도입할 필요가 있다. 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 않기 때문이다.

현재 대법원 및 헌법재판소의 논리에 따르면, 도로를 점거하는 집회시위는 일단 일반교통방해죄의 구성요건에 해당한다고 전제하기 때문에, 아무리 평화적인 집회시위라 할지라도 집시법상의 요건을 위반한 경우에는 불법집

회가 되고 이 경우에는 위법성조각의 여지가 없어 결국 일반교통방해죄로 처벌된다. 집시법상의 규정위반으로 인한 제재의 문제는 별론으로 하고, 이러한 법 적용은 평화적인 집회시위의 자유를 엄청나게 침해하는 결과를 가져온다. 가뜰이나 경찰이 집시법의 신고제도나 금지통고제도 등을 지나치게 엄격하게 적용하고 있는 상황에서, 미신고집회라든가 신고하였더라도 신고의 범위를 일탈한 경우라든가, 문화제에서 정치적인 구호가 표출된 경우라든가 등등의 경우에는 집시법상 불법집회로 간주되는 것이 우리의 현실이다. 도로상의 집회시위가 집시법상 불법집회로 간주되는 순간, 그 집회시위는 무려 '10년 이하의 징역에 처해질 중범죄'로 간주되는 것이 우리의 현실인 것이다. 이러한 법 적용은 헌법이 보장하는 평화적인 집회시위의 자유를 집시법상의 '적법한' 집회시위의 자유로 왜곡, 축소시켜 버리는 것이며, 도로위에서의 집회시위를 중범죄행위로 취급하는 결과가 된다. 헌법적 기본권인 평화적 집회시위의 자유는 온데간데 없이 사라져 버린다.

문제의 관건은 집회시위의 합법성 여하에 상관없이 집회시위에 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 행사가 도로를 점유하는 순간 일반교통방해죄의 구성요건에 해당한다는 해석은 지양되어야 한다. 구성요건해당성은 흔히 위법성을 징표하는 기능을 한다고 하는데, 헌법적 기본권을 행사하는 것이 그 자체로 위법성이 징표되는 행위로 취급된다는 해석은 분명 무언가 대단히 잘못된 해석이다.

하나의 기본권은 경우에 따라 다른 기본권과 충돌할 수 있다. 일반적으로 사회 현실에서 발생하는 기본권의 충돌사태는 매우 다양하기 때문에 그 접점과 균형을 이루어가는 것은 입법정책의 몫이다. 그러한 한 적절한 조화와 균형을 위하여 이익과 의 관점에서 기본권행사의 한계가 설정될 수 있으며, 형법에서 이것은 구성요건을 설정하는 단계에서 고려될 수도 있고 위법성조각사유로 고려될 수도 있다. 그런데 집회시위의 자유와 도로교통의 원활한 소통의 이익(즉, 차 이동의 자유)의 관계는 다른 기본권 충돌과는 좀

다른 측면이 있다. 양자는 상호 충돌하는 것처럼 보일지라도 이는 외견상으
로만 그러할 뿐이다. 헌법이 집회시위의 자유를 보장한다는 것은 그 범위에
서 통행의 자유나 이동의 자유가 필연적으로 제약되는 결과를 예정하고 있
다. 그렇기 때문에 헌법적으로 인정되는 평화적인 집회시위에 대하여 그로
인해 통행상의 불편이 초래되더라도 그에 대한 시민의 수인의무는 헌법적
차원에서 설정되어 있다고 보아야 한다. 이 점은 일반교통방해죄를 집회시
위에 적용할 때 일반교통방해죄의 구성요건 해석에서 ‘헌법적 지킴’으로 반
영되어야 한다.

문제는 헌법적 지킴을 반영하는 방법론인데, 필자는 ‘사회적 상당성론’ 내
지 객관적 귀속이론의 ‘허용된 위협의 법리’를 원용해 볼 수 있지 않나 생
각한다. 사회적 상당성 이론은 ‘역사적으로 형성된 사회윤리적 공동생활의
질서 내에 속하는 행위’는 사회적으로 상당하며 그러한 행위는 비록 구성요
건의 문언에 합치하는 경우에도 실질적으로는 구성요건에 해당하는 불법으
로 평가할 수 없다는 것이다. 사회적 상당성 이론은 역사적으로 형성된 생
활세계의 범위에서 일반적으로 허용되는 행위로서 그 행위에 내포된 위협
이 형법이 구성요건을 설정하면서 예정한 중요한 위험창출로 평가하지 않
는다는 가치평가의 관점을 대변한다. 구성요건해당성을 배제하는 사유로서
“사회적 상당성” 개념은 헌법의 규범 위에서 역사적으로 형성된 정당한 기
본권행사의 행위방식을 형법의 불법평가에서 처음부터 제외하는 논증도구
로서 유용성이 있다고 생각한다.

4. 일반교통방해죄의 개정방안에 대하여

가. 문제의식

일반교통방해죄의 개정방안을 논의함에 있어 핵심이 되어야 할 문제의식
은 첫째, 일반교통방해죄가 단순히 교통의 원활한 흐름을 보장하기 위한 구
성요건이 아니라 엄밀한 의미에서 ‘교통의 안전’을 보호법적으로 한 규정이어
야 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 평
화적인 집회시위에 대하여 일반교통방해죄가 적용되어서는 안 된다는 문제
의식을 개정안에 분명하게 반영해야 할 것이다.

이러한 두가지 목표의식에 입각하여 개정방안에 대해 논평해 보면 아래
와 같다.

나. ‘기타 방법’을 삭제하거나 구체화하는 개정방안

1) 비교법적 예

일본 형법 제124조처럼 ‘기타 방법’을 삭제하는 방법이 있을 수 있다.

일본 형법 제124조[왕래방해 및 동 치사상]

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

다음으로 1992년 형법개정안처럼 ‘기타 방법’을 구체화하는 방법도 가능하
다.

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

2) 검토의견

위의 두가지 개정방안은 ‘기타 방법’의 불명확성을 해소 하는데에는 유용
성이 있다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이, 일반교통방해죄의 보호법익을
‘도로교통의 원활한 소통’으로 변질되게 해석하여 이를 집회시위에 적용하

는 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.

다. 일반교통방해죄의 보호법익이 생명, 신체 및 재산에 대한 교통상의 위험을 방지하는데 초점을 있음을 분명히 부각시키는 개정방안

1) 비교법적인 예

독일 형법 제315b조를 참조할 만하다.

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 이하는 생략)

2) 검토의견

독일 형법 제315b조의 보호법익은 ‘공공 교통의 안전’이라고 한다. 이러한 규정은 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 점에 차이가 있다. 개인적인 의견으로는 독일 형법 제315b조가 입법적 모델이 될 수 있지 않을까 생각한다.

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

고 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.

V U ;

민선 / 인권운동사랑방

형법상 일반교통방해, 그게 궁금하다

두 발제를 통해 집회·시위 참가자들에게 형법상 일반교통방해죄를 적용하는 것이 법리적 관점에서 어떤 문제가 있는지를 확인하였다. 토론을 준비하면서 문득 형법상 일반교통방해죄가 집회·시위가 아닌 경우 적용된 사례가 궁금해졌다.

집회·시위가 아닌 경우 형법상 일반교통방해가 적용된 사례를 포털 뉴스로 검색해보니 (보도되는 이슈의 차이를 고려해야겠지만) 폭주족, 불법주차, 포장마차 등 손에 꼽았다. 그나마도 유·무죄 판단에 있어 차 통행 가능여부에 대한 고려가 사례마다 달랐다. 형법 15장 교통방해의 죄는 185~191조로 구성되어 있는데, 185조 일반교통방해는 육로, 수로, 교 을 손피 또는 불통하게 하거나 기타 방법으로 교통을 방해한 자에 대해 처벌한다는 것이다. 발제에서도 지적되었지만 ‘기타방법’의 모호성으로 인해 법 적용의 범위가 광범위하고 판례도 각기 달라 명확성이 떨어진다. 애초 일반교통방해 조항을 넣은 취지가 무언지, 그리고 그러한 취지가 현실 법 적용에서 고려되고 있는지 의문스럽다.

어쨌든 집회·시위에 형법상 일반교통방해를 적용하는 것이 비단 최근의 일만은 아니라고 한다.¹⁾ 2008년 화물연대 차 시위, 2004년 농민 트럭시위에도 일반교통방해는 적용되었다. (형법상 일반교통방해를 적용한 근거나 그 적용범위에 대해서는 사례별로 확인해야겠지만) 2008년 촛불시위에서처럼 참가자 대부분에게 이를 일반화하여 적용한 것의 맥락과 그 효과를 살피는 것이 중요하다.²⁾

집회·시위 참가자들에게 형법상 일반교통방해를 적용하는 속내

우선 집회·시위 일반참가자를 기소할 때 집시법 위반, 형법상 일반교통방해를 적용할 때의 내용을 정리해보면 다음과 같다.

집회 및 시위에 관한 법률 제23조는 제10조(외집회와 시위의 금지 시간) 또는 제11조(외집회와 시위의 금지 장소)를 위반하거나, 제12조(교통소통을 위한 제한)에 따른 금지를 위반한 한 집회 참가자에게 50만원 이하의 벌금을 부과할 수 있게 되어 있다.

형법 제185조(일반교통방해)는 육로, 수로 또는 교 을 손피 또는 불통하게 하거나 기타 방법으로 교통을 방해한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금에 처한다고 되어 있다.

형사소송법 214조는 ‘50만원 이하의 벌금에 해당하는 경미한 사건에 대해서는 현행법 체포를 제한한다’고 규정한다. 그래서 집회·시위 참가자들에게 형법 185조를 적용하는 것은 현행법 체포를 마구잡이식으로 할 수 있는 길을 열어준다. 불법폭력 시위가 감소하고 불법시위자 사법처리 인원이 이전

1) ‘시위를 범하지 하는 사람들 (강성준)’(「세상을 두드리는 사람」 44호)에 따르면 1993년 6월 한총련의 남북학생예비회담 출정식 후 거리시위, 1995년 11월 연세대학교에서 개최된 민주노총 창립대의원대회 후 거리시위에도 형법상 일반교통방해는 적용되었다.

2) 인권위 검토 결과를 보면, 지난 2008년 촛불집회와 관련해 서울 지역에서 재판받고 있는 181명(2009년 2월23일 기준) 가운데 공무집행방해, 폭행, 상해 등 폭력행위와 관련된 내용으로 기소된 피고인은 46명(25.4%)에 그친 것으로 나타났다. 나머지 135명(76.4%)은 일반교통방해, 명예훼손 등으로 기소됐다. 또 지난해 7월9일을 기준으로 1심 이상의 판결이 선고된 93명 가운데 집회·시위 현장에서 폭력행위로 실형을 선고받은 사람은 5명(5.4%)에 불과했다. (한겨레, 2010.2.24 자 기사)

정부에 비해 감소했다는 경찰의 주장에도 불구하고, 불법시위로 인한 '구속률'이 높아졌음을 보여주는 통계는 집회·시위 참가자들에 대해 현장 검거 위주로 대응하고 경미한 사안도 입건하는 등 강경한 법 집행의 결과로 해석할 수 있다.

<표1> 불법시위로 인한 구속자 및 구속률 (출처 : 2010년 행정안전위원회 국정감사-경찰청)

연도	사법처리 인원	구속인원	구속률
2005년	7,198	211	2.9%
2006년	9,466	305	3.2%
2007년	6,265	176	2.8%
2008년	4,933	148	3%
2009년	5,347	220	4.1%
10.1~7월	2,377	18	0.7%

<표2> 불법시위 관련 사법 처리 현황 (출처 : 2010년 행정안전위원회 국정감사-경찰청)

연도	계	처리 현황			
		구속	불구속	즉심	훈방 (불입진)
2008	4,933	148	4,277	65	443
2009	5,347	220	3,995	97	1,035
10.1.1~8.31	2,636	21	1,874	1	740

이미 집회 및 시위에 관한 법률에서 벌칙조항이 세부적으로 규정되어 있고 이 중에는 교통소통 제한에 대한 것도 있다. 그리고 '도로에서 일어나는 교통상의 모든 위험과 장애를 방지하고 제거하여 안전하고 원활한 교통을 확보함을 목적으로 한' 도로교통법도 별도로 있고, 동법 68조는 도로에서의 금지행위에 대해 상세하게 규정하고 있다. 그런데도 굳이 형법상 일반교통방해를 적용하는 이유는 집회·시위를 통제하고 싶어 하는 공권력의 입장에서 이것이 여러 측면에서 효과가 있기 때문이다.

집회·시위와 관련하여 참가자들에게 불법의 잣대로 들이댄 것에는 야간

집회, 야간시위, 미신고집회, 일반교통방해 등이 있다. 이 중 야간집회는 헌법불합치 결정³⁾이 났고, 야간시위는 헌법재판소에 계 중이다. (이는 표현의 자유를 요구하고 이를 위해 싸웠던 이들의 성과이기도 하다.) 합법과 불법이라는 법의 이중적 잣대를 넘어 표현의 자유를 쟁취하려는 이들과, 어떻게든 통제하고 관리하기 위해 법을 더 엄격하게 적용하고 싶어 하는 이들의 싸움은 계속되고 있다. 공권력으로서의 집시법 처벌 조항에 비해 '센' 형벌을 내릴 수 있는 형법상 일반교통방해 조항은 놓칠 수 없는, 강력하고 효과적인 무기이다.

우선 도로 위에 있는 집회·시위 참가자들을 대규모 연행 등의 방식으로 현장에서 직접 통제할 수 있다. 사후에도 개개인을 기소하여 높은 벌금형 등으로 불이익을 줄 수 있다. 이에 대해 피의자가 구제절차를 밟기 위해 사법부에 정식재판을 청구한다 해도 공판 진행을 위해 포기해야 하는 일상은 큰 압박으로 다가올 수밖에 없으며, 결과적으로 재판부의 판결문이 검찰의 기소내용과 별반 다르지 않아 회의감마저 든다. 이는 결국 개개인의 집회·시위의 권리를 위축시킨다.

나아가 집회·시위의 결과를 교통방해라고 하는 공공의 이익을 해치는 행위로 일치시킴으로 집회·시위에 대해 부정적인 여론을 만든다. 이는 사회적으로 집회·시위를 '범죄'로, 집회·시위 참가자를 '범죄자'로 낙인찍는 효과로 이어진다.⁴⁾ 촛불집회 이후 2009년 3월 광우병대책회의 재판에 증인으로 출석했던 한인섭 서울대 법학과 교수의 말은 현 정부가 법의 잣대를 어떻게 사용하는지 단적으로 보여준다.

"1987년 개헌 이후 국민들의 형법상 기본권은 계속 확장 추세였다. 하지만 작년부터 국민들 표현의 자유가 위기국면으로 치달았다. 형법은 시민을

3) 집시법 10조 중 외집회 부분은 헌법재판소의 불합치 결정으로 인해 2010년 6월 30일까지 적용되었다. 그 이후 검찰은 외집회 부분에 대해 기소자들에 대한 공소를 일부 기각하였다. 집시법 10조 중 외집회는 소멸시효 되어, 2010년 7월 1일부터 야간 외집회가 가능하게 되었다.
4) 형법에 대한 정의를 찾아보니 '무엇이 범죄이고, 그것에 어떠한 형벌을 과할 것인가를 규정한 법률'이라고 한다.

공격하는 무기가 아니라, 국민을 보호하는 방패가 되어야 한다. 하지만 (이 명박 정부 출범 이후) 형법의 위치가 방패에서 무기로 옮겨가는 것 같아 우려스럽다.”⁵⁾

형법상 일반교통방해 적용은 그 자체로 집회·시위의 자유를 억압하는 것

어디에서 집회·시위를 하느냐는 집회·시위의 자유에서 본질적인 부분이다. 공권력은 집회·시위 공간을 내주지 않음으로서 공공 공간에서 집회·시위를 배제한다. 집회·시위 참가자들을 시민과 구분하면서 이들이 시민의 공간을 뺏고 있는 것처럼 포장한다. 이런 구분과 배제에 물음표를 던져야 한다. 광장과 거리는 누구의 공간이며, 무엇을 위한 공간인가? 집회·시위는 의사표현을 위한 것으로 이는 사회적 소통의 한 방식이다. 거리응원, 페스티벌, 마라톤 경기, 정부 주관 행사처럼 이 사회에서 함께 살아가는 이들의 다양한 욕구와 표현이 발현되는 하나의 모습인 것이다.

시민·정치적 권리에 관한 국제규약 19조는 간섭 없이 의견을 가질 권리와 표현의 자유에 대한 권리를 말하며, 이러한 권리에는 모든 종의 정보와 사상을 수용하고 전달하는 자유를 포함한다고 말한다. 대한민국 헌법 21조는 모든 국민의 집회·결사의 자유를 말한다. 하지만 2011년 한국사회에서 진정 집회·시위의 자유가 보장되고 있다고 말할 수 있을까?

집회·시위는 권력도, 언론도 없는 사람들이 서로의 생각을 확인하고 함께 외치고, 이를 사회에 알리기 위한 장이다. 하지만 현실에서 집회·시위는 차벽과 폴리스라인, 경찰기동대에 가로막혀 있고, 참가자들의 외침은 메아리 없는 외침이 되고 있다. 사방이 가로막힌 집회에서 참가자들이 의사표현을 위해 하는 돌발적인 행동들은 어찌 보면 당연하다. 사실상 허가제인 현행 집시법 하에서 공권력에 의해 통제되고 관리될 때만 할 수 있는 것이

5)오마이뉴스, 2009.3.6. http://www.ohmynews.com/nws_web/view/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0001082719

집회·시위라면 집회·시위의 자유는 사실 껌데기뿐인 것이다.

형법상 일반교통방해를 집회·시위에 적용하면서 이들을 처벌하는데 안달이 난 상황에 분명 브레이크를 걸어야 한다. 모호한 규정으로 인해 법이 남용되거나 자의적으로 해석되지 않도록 이를 세밀하게 다듬어야 하는 몫도 분명히 있다. 그러나 무엇보다도 집회·시위의 자유, 표현의 자유라는 기본권을 제약하는 수단으로 형법 조항을 적용하는 것 자체에 대한 문제제기를 해야 한다. 나아가 표현의 자유를 보호하고 증진하는데 정부가 그 의무를 다하도록 촉구하는 것이 중요하다.⁶⁾

6) 2011년 6월 3일 프랑크 라 뒤 ‘UN 표현의 자유 특별보고관’의 한국 표현의 자유 보고서가 UN 인권이사회에서 채택되었다. 특별보고관은 2010년 5월 실태조사를 위해 한국에 방문했다. 집회·시위의 자유와 관련하여 특별보고관은 “집회에 대한 사실상 사전 허가 관행을 중지할 것”, “법집행 공무원(경찰)들의 과도한 무력사용에 대한 혐의를 수사하고 처벌할 수 있는 조치를 취할 것”을 권고했다.

