

국제인권기준에 비춰본 한국의 집회·시위 대응

The Responses against Assembly and Demonstration in ROK viewed in light of International Human Rights Standards

김 선 일*

차 례

- | | |
|-------------------|---------------------------|
| I. 서론 | III. 집회·시위 관련 주요 쟁점 비교·분석 |
| II. 국내·외 인권기구의 입장 | IV. 결론 |

• 국문요약 •

2017년 9월 경찰개혁위원회 인권보호분과는 경찰의 집회시위 대응방식의 근본적인 변화와 구체적인 인권보호를 내용으로 하는 ‘집회·시위자유 보장방안’을 권고하였다. 이에 경찰청은 집회 및 시위에 관한 법률에 대한 개정작업을 추진하기로 하였다.

이에 본고에서는 국내·외 인권기구에서 현행 집회시위 법제도에 대해서 가지고 있는 입장이 무엇인지 살펴보고, 이를 바탕으로 4가지 주요 쟁점사항들을 도출하고 있다.

그 다음 이 쟁점사항들에 대해 국제인권기준

에 비추어 집회시위 관련 법령과 판례 및 실무상 적용, 그리고 인권보호분과의 권고안과 비교분석함으로써 향후 이루어질 집시법 개정작업에서 고려해야 할 점이 무엇인지에 대해 결론을 내리고 있다.

평화적 집회의 자유에 대한 권리는 근본적으로 인권개념에서 접근해야 하며, 경찰의 집회시위 대응 패러다임 역시 기존의 ‘적법-위법’이 아닌 ‘평화적-폭력적’ 방식으로 전환되어야 한다. 본고가 이러한 패러다임의 전환에 조금이나마 도움이 되기를 희망한다.

◆ 주제어 : 집회·시위, 국제인권기준, 평화적 집회, 신고, 금지·제한, 해산

* 경찰대학교 경찰학과 교수

I. 서론

지난 해 9월 경찰개혁위원회 인권보호분과(이하 인권분과라고 한다)는 평화적(비폭력) 집회·시위를 최대한 보장하기 위하여 경찰의 집회·시위 대응방식의 근본적인 변화와 구체적인 인권보호방안을 내용으로 하는 ‘집회·시위자유 보장방안’을 권고하였다.¹⁾ 이에 경찰청은 관련 법령 개정 추진과 아울러 실무지침을 마련하여 신속히 시행한다는 방침이다.²⁾ 이번 권고안은 인권분과의 인식대로 ‘집회·시위 패러다임의 전환’이자 집회·시위 신고단계에서 종료시까지 전 과정을 ‘헌법상 기본적 인권의 보장과 실현이라는 관점’에서, 즉 인권친화적으로 접근했다고 평가할 수 있다.

그렇다면 인권분과의 권고안은 집회·시위에 관한 국제인권기준을 어느 정도 반영하고 있는가? 보다 더 근본적으로, 위 권고안 이전의 집회·시위 관련 법령과 판례 및 실무상 적용은 위 기준에 비추어 볼 때 어느 정도 부합하는가? 만약 부합하지 않는 부분이 있다면 그 내용은 무엇이고 인권분과가 제시한 권고안을 바탕으로 진행될 「집회 및 시위에 관한 법률」³⁾

1) 이 권고안은 집회·시위 관리·대응에서 ‘보장’으로 패러다임 전환, 집회·시위 보장을 위한 신고절차 개선, 금지(제한) 통고 및 조건통보 최소화 기준 마련, 집회·시위 대응절차 개선(살수차차벽체증 등), 해산절차 개선, 기타 1인시위·기자회견 부당관여 금지/ 일반교통방해죄 원칙적 미적용/ 무전 통신내용 보관/ 집회·시위 참가자 DNA 채취 금지/ 교통 CCTV 활용 제한/ 무전망 녹음/ 소음 규제 기준과 방식 완화 등을 골자로 한다. 경찰개혁위원회 인권보호분과, “집회·시위자유 보장방안”, 2017. 9. 1., 1-3쪽.

2) 경찰청 계획에 의하면, 2018년 상반기까지 집회 및 시위에 관한 법률 개정안을 국회에 제출하고 2019년 온라인신고 시스템을 구축하여 시행한다는 입장이다. 또한 집회·시위 대응 기준 수립·시행, 살수차와 차벽 관련 법령이나 지침 개정, 경찰 지휘 무전녹음 관리규칙을 제정하여 시행할 예정이다. 위의 자료, 4-5쪽.

[이하 집시법이라고 한다] 개정작업에 어떠한 시사점을 줄 것인가?

본고에서는 이러한 문제의식을 바탕으로 II에서는 한국의 집회·시위 대응에 대한 국내·외 인권기구의 주요 입장을 살펴보기로 한다. III에서는 평화적 집회의 권리에 관한 국제인권기준의 주요 내용이 무엇인지 살펴본 다음, 집회·시위 관련 법령 및 판례 등과 인권분과에서 제시한 권고안과 비교·분석함으로써 삼자간의 정합성(conformity) 여부를 검토하고자 한다. 마지막으로 IV에서는 위의 비교·분석 내용을 통해 향후 집시법 개정작업 시 반영 내지 참고해야 할 사항이 무엇인지를 중심으로 결론을 맺고자 한다.

II. 국내·외 인권기구의 입장

1. 유엔인권이사회

유엔인권이사회는 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」³⁾이하 자유권규약이라고 한다] 제40조에 따라 대한민국의 인권상황을 평가하고 있는데, 1992년 제1차 정부보고서에 대한 최종견해를 시작으로 1999년 제2차 및 2015년 제4차 최종견해까지 집회·시위에 대한 비판적 견해를 다양하게 표명해 왔다. 즉 제1차 최종견해에서는 집회·시위가 ‘사실상 사전허가제’로 운영되는 것에 우려를 표명하면서, 당국이 평화적 집회의 권리 행사를 제한하지 않아야 한다고 강조했다.⁴⁾ 제2차 최종견해에서는 주요도로에

3) 2016. 1. 27. 법률 제13834호로 일부개정되고, 2017. 1. 28. 시행.

4) United Nations, Report of the Human Rights Committee(1994) (UN Doc. A/47/40), paras. 485, 517-519.

서의 집회 개최를 금지하는 것은 지나치게 광범위하며, 이는 자유권규약 제21조의 기준을 충족하지 않는다고 하였다.⁵⁾ 마지막으로 제4차 최종견해에서는 ‘평화적 집회에 대한 경찰의 실질적 허가제’, ‘과도한 강제력 행사’, ‘차벽 설치’, ‘자정 이후 시위의 제한’, ‘시위 주최자에 대한 형사처벌’ 등 평화적 집회의 자유가 심각히 제한되고 있음을 우려하면서 ‘이 권리에 대한 제한은 자유권규약 제21조의 기준에 합치되어야 한다’는 입장을 제시했다.⁶⁾

한편 지난 2006년 도입된 ‘국가별 인권상황 정기검토’(Universal Periodic Review, [이하 UPR이라고 한다])⁷⁾에서 유엔인권이사회는 총 3회에 걸쳐 한국의 집회·시위 현실에 대해서 권고하였다. 먼저 2008년 제1차 UPR에서 알제리 대표는 ‘집회의 자유를 위한 보장내용이 법률에 반영되어야 한다’는 일반적인 권고를 하였다.⁸⁾ 또한 2012년 제2차 UPR에서 프랑스 대표는 ‘평화적 집회의 자유 증진을 위한 노력들을 환영하다’는 입장을 내놓은 반면, 폴란드 대표는 ‘특히 평화적 시위자들에 대한 과도하거나 정당하지 못한 방식의 무력 사용을 방지하는 체계를 마련할 것’을 주문하였다.⁹⁾ 한편, 올해 2월 28일 종료된 제3차 UPR에서는 집회·시위 분야에 대한 권고는 없었다.¹⁰⁾

5) United Nations, Concluding Observations of the Human Rights Committee on Republic of Korea(1999) (UN Doc. CCPR/C/79/Add.114), para. 18.

6) Human Rights Committee, Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of the Republic of Korea(2015) (UN Doc. CCPR/C/KOR/CO/4), paras. 52-53.

7) 인권이사회 결의 제5/1호(2006).

8) Human Rights Council, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review on Republic of Korea(2008) (UN Doc. A/HRC/8/40), para. 64.

9) Human Rights Council, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review on Republic of Korea(2012) (UN Doc. A/HRC/22/10), paras. 41, 124.36.

10) Human Rights Council, Report of the Working Group on the Universal Periodic

2. 국가인권위원회

국가인권위원회는 2004년 자유권규약 제3차 정부보고서에 대한 의견에서 ‘당시 집시법¹¹⁾이 주요도로에서의 집회를 전면 금지하고 확장기 사용을 금지하는 등 집회의 자유를 제한하는 방향으로 개악되었다’는 내용을 정부보고서에 포함시키라고 요구하였다.¹²⁾ 또한 2011년 제4차 국가보고서에 대한 의견에서는 ‘평화적인 집회의 권리’ 신장을 위한 정부의 노력과 그 한계를 기술할 것과, 야간옥외집회 관련 헌법재판소의 결정에 따른 후속 입법이 지체되고 있는 점, 시위 부분에 대한 헌법재판소의 심리가 진행 중인 점, ‘방어위주의 경비원칙’, 그리고 2009년 1월 용산 화재사건에서 경찰의 주의의무 위반 등에 관한 사항을 정부보고서에 포함시킬 것을 요구하였다.¹³⁾

한편, 2012년 UPR 제2차 국가보고서에 대한 의견에서는 야간옥외집회 금지 규정에 대한 헌법불합치 결정에 따른 관련법의 조속한 개정과 시위 진압장비 사용시 인권 보호 기준을 준수할 것 등을 제시한 바 있다.¹⁴⁾ 그런데 지난 2017년 3월에 표명한 UPR 제3차 의견에서는 ‘최근 평화적 집회 보장을 위한 대한민국 정부의 노력을 높게 평가하고 앞으로도 이런 노력이 계속되기를 기대하며, 사실상 허가제로 운영될 수 있는 집회 신고제

Review on Republic of Korea(2018) (UN Doc. A/HRC/37/11/Add.1).

11) 2004. 1. 29. 법률 제7123호로 일부개정되고, 2004. 3. 1. 시행.

12) 국가인권위원회, “시민적·정치적권리에관한국제규약 제3차 정부보고서에 대한 의견”, 2004. 2. 23., 22쪽.

13) 국가인권위원회, “「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 이행에 관한 제4차 국가보고서 초안에 대한 의견표명”, 2011. 1. 24., 19-20쪽.

14) 국가인권위원회, “유엔인권이사회 국가별 인권상황 정기검토 제2차 국가보고서에 대한 의견표명”, 2012. 10. 8., 11쪽.

도 개선 등의 노력도 지속하기를 당부'한다는 내용의 권고를 하는 등 정부의 집회·시위 개선 노력을 수긍하는 입장을 밝힌 점이 눈에 띈다.¹⁵⁾

3. 소결

이상을 종합하면, 크게 4가지 쟁점으로 분류할 수 있다. 첫째, 평화적 집회의 자유에 대한 권리 보장 문제, 둘째, 사실상 허가제 및 집회·시위 주최자에 대한 형사처벌 등 집회신고제도, 셋째, 집회 등 절대적 금지 시간과 주요도로에서의 집회 금지 등 광범위한 금지 또는 제한, 마지막으로 과도한 해산 관행 등이 그것이다. 이와 관련, 국내·외 인권기구는 국제인권기준에 따라 집시법 규정을 재검토 할 것을 지속적으로 요구하고 있다.

Ⅲ. 집회·시위 관련 주요 쟁점 비교·분석

이하에서는 위의 4가지 주요 쟁점사항에 대해 국제인권기준, 관련 법령과 판례 및 실무상 적용, 그리고 인권분과의 권고안 순으로 그 정합성 여부를 비교·분석하기로 한다.

1. 평화적 집회의 자유에 대한 권리 보장

1) 국제인권기준

15) 국가인권위원회, “유엔 인권이사회 국가별 인권상황 정기검토(UPR) 실무그룹의 제3기 대한민국 UPR 심의를 위한 국가인권위원회 의견서(Written Contribution)”, 2017. 3., 2쪽.

자유권규약 제21조는 ‘평화적 집회의 권리가 인정된다’고 명시하고 있다. 여기서의 ‘평화적’이라는 용어는 ‘다양한 형태의 폭력의 부재’를 의미하며, 이는 폭넓게 해석되어야 한다.¹⁶⁾ 즉 집회의 주최자가 평화적 의도를 밝히고 집회의 행위가 비폭력적이라면 그러한 집회는 평화적인 것으로 간주되어야 한다.¹⁷⁾ 그런데 지난 2016년 마이나 키아이 집회·결사의 자유 특별보고관은 한국의 경우 집시법을 근거로 ‘합법성’ 여부를 판단하고 있는데 이는 평화적 집회의 권리가 국내법에 의해 부여되는 것임을 내포하고 있기 때문에 문제라는 입장을 밝힌 바 있다.¹⁸⁾ 이에 대해, 국제앰네스티는 ‘평화적 집회의 자유에 대한 권리가 완전히 향유되도록 보장하고, 특히 법에 집회 개최에 유리한 추정을 명문화할 것’을 촉구하고 있다.¹⁹⁾

2) 관련 법령과 판례 및 실무상 적용

지난 2003년 헌법재판소는 ‘헌법이 명시적으로 밝히고 있지는 않으나 집회의 자유에 의하여 보호되는 것은 평화적 또는 비폭력적 집회’라고 함

16) Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCRP Commentary*(2nd ed.)(N.P. Engel, 2005), p. 375. Manfred Nowak 교수는 집회가 평화적인 성격을 상실하는 경우의 예로 사람이 신체적으로 공격을 당하거나 위협을 받는 경우, 시설물 파괴, 차량 방화, 돌이나 화염병 투척 등을 제시하고 있다. 또한 집회참가자가 돌이나 각목 등 무기로서 간주될 수 있는 것으로 무장한 경우에는 비록 그것이 실제 사용되지 않았더라도 그러한 집회는 평화적이지 않다고 한다.

17) OSCE/ODIHR, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*(2nd ed.)(Warsaw/Strasbourg, 2010), para. 1-3.

18) Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association on his mission to the Republic of Korea(2016)[이하 2016 특별보고관 보고서라고 한다] (UN Doc. A/HRC/32/36/Add.2), para. 21.

19) 국제앰네스티, “국제인권기준에서 본 한국의 평화적 집회의 자유”, 2016, 6쪽.

으로써 평화적 집회의 자유가 헌법적으로 보호되는 것임을 명확히 하고 있다.²⁰⁾ 즉 집회를 바라보는 근본적인 시각을 ‘평화적-폭력적’ 개념에 두고 있다. 그런데 집시법 제1조는 ‘적법한 집회 및 시위를 최대한 보장하고 위법한 시위로부터 국민을 보호함으로써’라고 규정함으로써 집시법을 ‘적법-위법’이라는 구조적 틀에서 접근하고 있다. 이러한 접근방식은 그간 경찰의 집회·시위 대응기조에서도 여과 없이 드러난다. 즉 과거 ‘합법보장 불법필벌’, ‘합법촉진 불법필벌’, ‘준법보호 불법예방’이라는 집회·시위 대응기조는 그 용어와 의미에 약간의 변화를 주었을 뿐, ‘적법-위법’ 패러다임을 통한 관리방식의 틀을 벗어나지 못했다.²¹⁾ 이러한 접근방식은 헌법재판소의 입장과 분명히 다른 것이며, 실제 적용에 있어서도 마찬가지이다. 즉 미신고 집회이지만 평화적으로 개최된 경우, 헌법재판소의 입장에서 볼 때 이는 평화적 집회이므로 보호할 대상이 되지만, 집시법의 관점에서 볼 때는 위법한 집회에 해당하여 현행법상 집회주최자가 형사처벌을 받게 되는 모순이 발생하게 된다.²²⁾ 따라서, 집시법상 ‘적법-위법’ 패러다임은 국제인권기준뿐 아니라 헌법재판소의 해석과도 조화되지 못한다.

3) 인권분과 권고안

인권분과의 권고안은 집회·시위를 통제의 대상으로 보지 않고 ‘평화적(비폭력적)’ 집회·시위를 최대한 보장한다는 접근방식을 채택하고 있다.²³⁾

20) 헌재 2003. 10. 30. 선고, 2000헌바67 결정.

21) 한국 경찰의 집회·시위 대응 역사에 대해서는 황규진, “한국 경찰의 집회·시위 관리정책”, 국제엠네스티 한국지부 외, 경찰의 새로운 집회·시위 관리 방식 모색을 위한 국제 콘퍼런스 : 평화적 집회 촉진을 위한 국가적 역할의 관점에서, 2017. 3. 24., 16-21쪽 참조.

22) 집시법 제6조 제1항 및 제22조 제2항 참조.

이는 국제인권기준과 헌법적 해석에 부합하는 것으로, 과거 ‘경찰이 집회·시위의 관리자이자 통제자로서 그리고 국민은 기본권 제한의 대상’에 지나지 않았다면, 이제부터 ‘경찰은 집회·시위의 보호자 내지 보장자로서 그리고 국민은 기본권 행사의 주체’라는 헌법적 지위로의 회복 내지 변화를 의미한다. 즉 경찰이 과거 헌법 제37조 제2항의 ‘법률’에 따른 기본권 제한에 더 중점을 두었다면,²⁴⁾ 이제부터는 기본권 보장이라는 원래의 기능과 역할 수행에 충실하겠다는 패러다임의 전환을 시사하고 있다.²⁵⁾

국제인권기준의 반영은 권고안에 대한 부속의견에서도 나타나는데 ‘집회·시위의 주최자가 평화적 의도를 밝히고 집회·시위의 행위가 비폭력적이라면 그러한 집회·시위는 평화적으로 간주되어야 한다’는 내용은 OSCE/ODIHR의 평화적 집회의 자유에 관한 가이드라인의 그것과 동일하다.²⁶⁾ 그런데, 권고안이 ‘평화적-폭력적’ 패러다임을 채택하긴 했지만, 이러한 기초를 개정 집시법 명시적으로 반영하겠다는 언급은 나와 있지 않다. 향후 집시법 개정시 제1조(목적)에 명시적으로 반영해야 할 것이다.²⁷⁾

23) 경찰개혁위원회 인권보호분과, 앞의 자료, 1쪽.

24) 윤성철 박사는 1989년 집시법을 대폭 개정하여 헌법상의 기본권인 집회·시위의 자유를 구체화하기 이전에는 집시법이 ‘정치적 상황에서 집회를 제한하기 위한 도구로 악용되었다’고 말하고 있다. 윤성철, “집회 및 시위에 관한 법률의 규제체계 개선 - 행정질서벌의 도입 및 규정의 명확성 확보를 중심으로”, 법학논총, 제34집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2014, 308쪽.

25) 이는 ‘기본권을 최대한 보장하고 그 제한은 최소한에 그쳐야 한다는 원칙’의 표현이라고 할 수 있다. 김종서, “집시법의 몇 가지 문제점 - 집회의 개념, 사전신고제, 야간옥외집회 금지에 관하여”, 법학연구, 제13집 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2010, 171쪽 참조.

26) OSCE/ODIHR, 앞의 책, para. 1-3.

27) 황문규, “집회시위 신고절차 개선을 위한 원칙과 방향 - 경찰개혁위원회에서 권고한 집회시위 신고절차 개선방안을 중심으로 -”, 진선마경찰청(주최), 집회의 자유보장

2. 집회·시위 신고제도

1) 국제인권기준

국제인권기준에 따르면, 정부당국이 집회에 대한 사전 신고요건을 둘 수 있지만, 그 목적은 평화적 집회를 촉진하기 위한 것이어야 한다. 따라서 ‘돌발집회를 방해’하거나 ‘사전에 신고하지 않았다고 하여 불법집회로 간주하거나 해산’하는데 이용해서는 안 된다.²⁸⁾ 평화적 집회의 자유는 권리이지 특권이 아니며, 그 권리의 행사는 정부당국에 의한 사전허가의 대상이 되지 않기 때문이다.²⁹⁾ 이에 대해, 국제앰네스티는 미신고 또는 신고범위 이탈 옥외집회나 시위 주최 행위에 대한 형사처벌 및 강제해산 배제 및 현행 신고제도 하에 돌발집회에 대한 예외규정을 마련해야 한다고 주장하고 있다.³⁰⁾

2) 관련 법령과 판례 및 실무상 적용

현행 집시법은 미신고 옥외집회·시위 주최자에게 신고의무를 부과하고 이를 위반할 경우 형사처벌을 가하고 있다.³¹⁾ 대법원은 미신고 옥외집회 주최자 처벌에 대해서 ‘집회 및 시위의 자유와 공공의 안녕질서가 적절하

을 위한 집시법 개정 세미나, 2018. 1. 26., 27-28쪽.

28) Human Rights Council, Joint report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association and the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions on the proper management of assemblies(2016)[이하 2016 특별보고관 공동보고서라고 한다] (UN Doc. A/HRC/31/66), paras. 21-28.

29) 2016 특별보고관 공동보고서, para. 21.

30) 국제앰네스티, 앞의 자료, 7쪽.

31) 집시법 제22조 제2항, 제6조 제1항.

게 조화되기 위한 최소한의 조치'로 헌법상의 기본권이 침해되는 것은 아니라고 하였다.³²⁾ 그러나 2014년 헌법재판소의 4명의 재판관이 반대의견에서 '신고의무의 위반에 대해 과태료 등 행정상 제재로도 충분함에도 불구하고 징역형이 있는 형벌을 부과하는 것은 지나치게 과중한 형벌을 규정하는 것'이라고 밝힌 점에 주목할 필요가 있다.³³⁾

신고 범위를 뚜렷이 벗어난 집회·시위와 관련하여, 현행 집시법은 제16조(주최자 준수 사항) 제4항 제3호에서 주최자에게 '신고한 목적, 일시, 장소, 방법 등의 범위를 뚜렷이 벗어나는 행위'를 하지 못하도록 규정하고, 이를 위반한 경우 형사처벌을 부과하고 있다.³⁴⁾ 이와 관련하여, 대법원은 '어떠한 경우가 신고 범위를 뚜렷이 벗어나는 행위에 해당하는지 여부'에 대해 여러 유형의 판결을 내리고 있다. 즉 신고 전·후 옥외집회 또는 시위의 동일성 인정 여부³⁵⁾, 신고하지 않은 삼보일배 행진의 정당행위 해당 여부³⁶⁾, 신고 장소와 방법 등의 범위를 뚜렷이 벗어나는 행위 여부³⁷⁾ 등이 그것이다.

32) 대법원 2004. 4. 27. 선고, 2002도315 판결. 이러한 입장은 이후 2009년 헌법재판소 결정에서도 동일하게 유지되었다. 헌재 2009. 5. 28. 선고, 2007헌바22 결정 참조. 그러나 이 결정에서, 재판관 조대현, 김종대는 과중한 형벌을 부과 내지 규정하는 것이라는 반대의견을 개진하였다.

33) 헌재 2014. 1. 28. 선고, 2011헌바174 등 결정. 한편, 미신고 집회 주최자 처벌 문제에 대한 개선의견으로는 윤성철, 앞의 논문, 305-306쪽; 이희훈, "집회 및 시위에 관한 법률과 경찰의 집회 신고에 대한 문제점과 개선방안", 입법학연구, 제15집 제1호, 한국입법학회, 2018, 147쪽; 황문규, 앞의 글, 31쪽 참조.

34) 집시법 제22조 제3항. 한편, 일부 참가자의 폭력행위를 주최 측의 책임으로 돌리기 위해서는 구체적인 증거가 필요하다는 주장에 대해서는 서선영, "집회 및 시위에 대한 국가 손해배상청구 사례 및 문제점", 연세 공공거버넌스와 법, 제8권 제1호, 2017, 37-41쪽 참조.

35) 대법원 2008. 7. 10. 선고, 2006도9471 판결.

36) 대법원 2009. 7. 23. 선고, 2009도840 판결.

한편, 현행 집시법은 ‘돌발집회’에 대한 명시적 규정을 두고 있지 않다. 다만 대법원은 ‘지난 1991년 대학교 강당에서 개최 중이던 범국민대토론회에 참석하려다 경찰에 저지당한 학생들이 이에 항의하는 뜻으로 대학교 정문 앞에서 즉흥적으로 약 20분간의 구호와 노래를 제창한 행위(소위 ‘우발적 집회’: 필자 주)에 대해서, 집시법 제6조 제1항의 미신고 옥외집회·시위를 주최하였다고 할 수 없다’고 판시하였다.³⁷⁾ 또한 지난 2014년 헌법재판소는 ‘미리 계획도 되었고 주최자도 있지만 집시법이 요구하는 시간 내에 신고를 할 수 없는 옥외집회인 이른바 ‘긴급집회’의 경우에는 신고 가능한 즉시 신고한다면 미신고 집회·시위 주최행위로 처벌할 수 없다’고 하였다.³⁸⁾ 그런데 이 결정에서 재판관 이정미 등 4인은 ‘집시법 제6조 제1항이 긴급집회에 대해 어떠한 예외도 규정하지 않고 모든 옥외집회에 대해 사전신고를 의무화하는 것은 과잉금지에 위배되어 청구인들의 집회의 자유를 침해한다’는 반대의견을 제시한 바 있다.

이상을 정리하면, 미신고 또는 신고 범위를 일탈한 옥외집회·시위 주최자에 대한 형사처벌은 국제인권기준 내지 요구와 일치하지 않는다. 돌발집회의 경우, 판례가 이를 긍정하고 있지만 집시법에 그 의미와 신고의무 여부를 명시적으로 규정하고 있지 않아 역시 국제앰네스티의 요구와 일치하지 않는다.⁴⁰⁾

37) 대법원 2008. 10. 23. 선고, 2008도3974 판결; 대법원 2010. 3. 11. 선고, 2009도12609 판결.

38) 대법원 1991. 4. 9. 선고, 90도2435 판결. 이 판결에 대해 김택수 교수는 ‘사실상 신고의무를 면제하는 취지의 판시라고 하면서도 이는 미신고 집회의 주최자를 특정할 수 없어 형사처벌이 불가능하다는 의미로 이해해야 하며, 따라서 여전히 해산명령의 대상인 미신고 집회에 해당한다는 입장이다. 김택수, “집시법상 해산명령의 적법요건에 관한 연구”, 경찰학연구, 제13권 제2호, 2013, 253-254쪽.

39) 헌재 2014. 1. 28. 선고, 2011헌바174 결정.

40) 우발적 집회에 대해서는 집회신고를 면제하고, 긴급집회 관련 규정을 마련하자는

3) 인권분과 권고안

인권분과 권고안은 훨씬 전향적인 입장을 취하고 있다. 즉 ‘집회·시위 신고의 변경신고절차’와 ‘온라인 집회·시위신고 시스템’⁴¹⁾을 마련하는 것과 함께, ‘신고가 불필요한 집회·시위의 범위를 확대’하고 ‘신고 내용과 실제 집회·시위가 다소간 차이가 있더라도 평화적으로 진행되는 이상 원칙적으로 집회·시위를 보장한다’는 방침이다.⁴²⁾ 또한 ‘실제 집회·시위 신고내용과 현저히 다를 경우 주최자 측과 협의하여 시위방법 및 진로 등을 적절하게 변경할 수 있는 절차’를 마련하기로 했다.⁴³⁾ 그밖에 ‘우발적

주장에 대해서는 이희훈, 앞의 논문, 138쪽; 황문규, 앞의 글, 25쪽, 28-29쪽 참조.

- 41) 2016 특별보고관 공동보고서, para. 28에는 ‘온라인 접수제도의 도입’을 고려할 것을 권고하고 있다. 그러나 온라인신고시스템의 경우, 2개 이상의 신고가 있는 동시집회가 개최되는 경우 해결방안은 무엇인지, 집회신고 사항의 범위를 어떻게 정할 것인지, 그리고 집회신고서가 정확하게 작성되지 못한 경우 처리 문제 등이 실무적으로 문제될 수 있다. 황문규, 위의 글, 36-48쪽 참조. 이에 대해 이희훈 교수는 온라인집회신고의 경우, 경찰이 집회자의 상황을 잘 알 수 없거나 파악할 수 없는 상황이 발생할 수 있으므로 현행 방문신고제도는 그대로 두고 온라인집회신고제를 추가로 도입하여 집회자가 두 가지 방법 중에 선택하게 하는 것이 바람직하다고 한다. 또한 한꺼번에 많은 집회자들이 동시집회 신고를 할 경우 온라인(인터넷)이 다운되는 등의 문제가 발생할 수 있어 이에 대한 IT 기술상의 해결이 선행되어야 한다고 주장한다. 이희훈, 위의 논문, 140쪽.
- 42) 경찰개혁위원회 인권보호분과, 앞의 자료, 7쪽. 황문규 교수는 ‘신고가 불필요한 집회·시위’의 유형으로 우발적 집회, 평화적으로 진행되는 변형된 1인 시위 및 기자회견, 홀로그램이나 플래시몹 등 새로운 유형의 소규모 집회, 그리고 소수의 참가자가 단시간에 하는 소규모 집회를 제시하고 있다. 그러면서 마지막 유형의 집회의 경우, ‘소수’ 및 ‘단시간’의 범위를 어디까지로 할 것인지의 문제가 있는데 이는 현장에서 집회의 목적, 일시, 장소, 방법, 질서유지인 등을 감안하여 대규모시위로 확대될 우려나 폭력시위로 변질될 위험성 여부를 판단하여 해결하자고 주장하고 있다. 황문규, 위의 글, 32-33쪽.
- 43) 경찰개혁위원회 인권보호분과, 위의 자료, 7쪽. 황문규 교수는 변경절차와 관련하여, 실무적으로 변경에 대한 통지를 언제까지 허용할 것인가의 문제를 제기하면서, 현행 집시법 제8조 제4항의 ‘집회 시작 1시간 전’이라는 문구를 감안하여 그 기준을

또는 긴급 집회·시위의 경우 신고 없이 진행될 수밖에 없다는 점을 감안하여 평화적으로 진행된다면 개최나 진행을 최대한 보장한다'고 한다.⁴⁴⁾

그러나 국제인권기준과 달리, 미신고 또는 신고 범위를 일탈한 옥외집회·시위 주최자에 대한 형사처벌을 배제한다는 내용이 포함되어 있지 않다.

3. 집회·시위의 금지 또는 제한

1) 국제인권기준

평화적 집회의 자유에 대한 권리는 기본권으로서 최대한 제한 없이 향유되어야 하며, 제한은 규범이 아니라 예외가 되어야 하고 권리의 본질을 손상시켜서는 안된다.⁴⁵⁾ 평화적 집회에 대한 제한은 법률유보의 원칙, 비례의 원칙, 필요성의 요건을 충족해야 하며, 집회에 대한 금지는 최후의 수단이 되어야 한다.⁴⁶⁾ 특정한 장소나 시간, 또는 모든 장소와 시간에 완전히 권리의 행사를 금지하는 전면적인 집회의 금지는 본질적으로 비례의 원칙에 위배되며, 이는 집회 각각의 사정에 대한 고려가 배제되기 때문이다.⁴⁷⁾ 한국의 경우, 집시법 제10조 및 제11조의 포괄적 금지규정은 필요성·비례성 심사를 통과하는데 필요한 개별 검토 규정을 두고 있지 않다는

삼되, 실무적인 검토가 필요하다고 주장하고 있다. 또한 변경의 허용범위 역시 '집회의 동일성이 유지되는 범위 내'로 한정할 필요가 있다고 한다. 황문규, 위의 글, 35-36쪽.

44) 경찰개혁위원회 인권보호분과, 위의 자료, 7쪽.

45) 2016 특별보고관 공동보고서, para. 29.

46) 2016 특별보고관 공동보고서, para. 30.

47) 2016 특별보고관 공동보고서, para. 30.

점에서 이러한 권리의 부당한 간섭에 해당한다.⁴⁸⁾ 또한 교통 방해⁴⁹⁾, 시민의 일상생활의 방해 등을 사유로 집회를 금지하거나 불법적으로 만드는 것은 자유권규약 제21조에 규정된 ‘집회에 대한 제한을 정당화하는 기준’을 충족하지 않는다.⁵⁰⁾ 동시집회의 경우, 정부당국은 관련 위험성을 철저히 평가하여 이를 경감시키기 위한 전략을 모색해야 하며, 제한이 필요한 경우 상호합의를 통하되, 만약 합의가 불가능할 경우 비차별적 방식의 절차를 통해 제한해야 한다.⁵¹⁾ 여기서의 ‘비차별적 방식’의 예로는 ‘선착순’(first come, first served) 규칙⁵²⁾이나 ‘추첨’ 방식⁵³⁾이 있다.

2) 관련 법령과 판례 및 실무상 적용

먼저, 집시법 제8조는 집회·시위 금지 또는 제한 통고를 규정하고 있다. 정부는 신고제가 실질적 허가제로 운용되지 않도록 금지통고 사유를 엄격히 해석하고 있고, 실제로도 2015년 경찰에 접수된 집회신고 12만 7천여 건 중 금지통고한 것은 193건으로 0.15%에 불과하다는 의견을 자유권규약 제4차 국가보고서 심의 후속보고서에서 밝히고 있다.⁵⁴⁾ 그런데,

48) 국제앰네스티, 앞의 자료, 9쪽.

49) 2016년 8월 2일자 경찰청 자료에 의하면, 2012년부터 2016년 6월 말까지 총 846개의 집회가 금지되었는데, 이 중 401개가 교통소통을 이유로 한 것이라고 한다. 위의 자료, 23-24쪽, 미주 31.

50) 2016 특별보고관 보고서, para. 28.

51) 2016 특별보고관 공동보고서, para. 28.

52) 물론 허위유령집회와 같이 집회신고서가 다른 집회에 대한 접근을 차단하기 위하여 의도적으로 조기에 제출되는 등 이러한 규칙이 남용되어서는 안 된다. OSCE/ODIHR, 앞의 책, para. 122 참조.

53) 몰타의 공공회합조례(1931년) 제5조 제3항은 동시집회의 경우 경찰이 실시한 추첨에서 뽑힌 자에게 우선권을 부여하고 있다. 위의 책, para. 122 참조.

54) Information on the Implementation of the Recommendations of the Human Rights

금지통고에 대해서는 지속적으로 그 처분의 취소를 구하는 소송이 이루어지고 있다.⁵⁵⁾ 한편, 헌법재판소는 ‘집회의 금지와 해산은 원칙적으로 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협이 명백하게 존재하는 경우에 한하여 허용될 수 있다. 집회의 금지와 해산은 집회의 자유를 보다 적게 제한하는 다른 수단, 즉 조건을 붙여 집회를 허용하는 가능성을 모두 소진한 후에 비로소 고려될 수 있는 최종적인 수단’이라고 하는 등 집회의 자유를 제한할 수 있는 사유와 방식을 분명히 밝히고 있다.⁵⁶⁾

다음으로 집시법 제10조는 집회·시위 금지시간을 ‘일몰 후 일출 전’으로 규정하고 있다. 그러나 이 조문은 지난 2009년 헌법재판소의 헌법불합치 결정과 이후 개정시한 내 입법개선이 이루어지지 않음으로 인해 ‘옥외 집회’[집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부개정된 것)] 부분은 소급하여 그 효력을 상실하였고,⁵⁷⁾ 2014년 헌법재판소의 한정위헌 결정으로 ‘시위’[집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 개정된 것)] 부분은 24시부터 일출 전까지에 한하여 금지되는 것으로 변경되었다.⁵⁸⁾ 다만 현재까지 제10조에 대한 개정작업이 이루어지

Committee after the Consideration of the Fourth Periodic Report of the Republic of Korea,

<https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?currentPage=3&menuid=001003007002&pagesize=10&boardtypeid=7039&boardid=7602164>(2018. 4. 5. 검색), paras. 13-14.

55) 부산지법 2016. 4. 1. 선고, 2015구합24643 판결; 서울행정법원 2011. 11. 24. 선고, 2011구합34122 판결 등.

56) 헌재 2003. 10. 30. 선고, 2000헌바67 결정.

57) 헌재 2009. 9. 24. 선고, 2008헌가25 결정; 대법원 2011. 6. 23. 선고, 2008도7562 판결. 앞의 2008헌가25 결정에 대한 자세한 평석은 정필운, “집회의 자유의 제한과 그 한계 - 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25에 대한 평석”, 공법학연구, 제11권 제4호, 한국비교공법학회, 2010, 111-142쪽 참조.

58) 헌재 2014. 3. 2. 선고, 2010헌가2 결정.

지 않고 있을 뿐이다.⁵⁹⁾

또한 집회·시위 금지장소와 관련하여, 집시법 제11조는 국회의사당, 각급 법원, 헌법재판소 등 경계지점으로부터 100m 이내의 장소에서의 옥외 집회 또는 시위를 ‘일부 예외와 함께’⁶⁰⁾ 일률적으로 금지하고 있다. 이에 대해, 헌법재판소는 국회의사당 앞 집회·시위 금지조항에 대해서는 ‘국회의 기능 보호’를 위해, 법원 앞 집회·시위 금지조항에 대해서는 ‘사법작용의 공정성과 독립성 확보’를 위해 각각 합헌이라는 입장을 취하고 있다.⁶¹⁾ 이러한 입장은 2017년 대법원 판결에서도 유지되고 있다.⁶²⁾ 그런데, 최근 서울 남부지법은 국회 앞 100m 이내 옥외집회 등 금지 위반 사건에 대해서 이례적으로 무죄를 선고하였다. 담당 판사는 그 이유에 대해 ‘이 사건 법률조항은 집회나 시위의 태양, 목적, 개최시간, 참가인원 등을 고려한 어떠한 예외도 인정하지 않고 절대적으로 금지하고 있으며, 국회 앞 100m 이내 옥외집회를 개최한 사정만으로 국회의원이 의정활동을 할 수 없을 정도로 물리적 압력이나 위해가능성 등이 있었다고 보기 어렵다’고 지적하고 있다.⁶³⁾ 이러한 견해는 추상적 위험을 근거로 국회 앞 100m 이내 옥외집회 등에 대해 절대적 금지를 인정하고 있는 헌법재판소의 입장과 달리, 더욱 구체적이고 명백한 위험이 존재해야 해당 장소에서의 옥

59) 집시법 제10조의 삭제를 주장하는 견해에 대해서는 김종서, 앞의 논문, 171-172쪽 참조.

60) 국무총리 공관의 경우 ‘행진’을 허용하고 있고, 외교기관이나 외교사절의 숙소에 대해서는 ‘기능이나 안경을 침해할 우려가 없다고 인정되는 때’에 한하여 옥외집회 등이 허용되고 있다.

61) 헌재 2009. 12. 29. 선고, 2006헌자20:59(병합) 결정; 헌재 2009. 11. 26. 선고, 2008헌가25 결정.

62) 대법원 2017. 5. 31. 선고, 2016도21077 판결.

63) 구자윤, “국회 앞 100m 이내 집회에도 무죄. 이례적 판결”, 파이낸셜뉴스, 2018. 2. 10., <http://www.fnnews.com/news/201802101724419050>(2018. 4. 5. 검색).

외집회 등을 금지할 수 있다는 논리로 풀이된다.⁶⁴⁾

한편, 교통 소통을 위한 제한을 규정하고 있는 집시법 제12조는 ‘원칙적 허용과 예외적 제한’이라는 법조문의 일반적인 내용구성과 상이한 방식을 채택하고 있다. 즉 제1항에서는 교통 소통을 위해 ‘원칙적으로 금지나 제한’을 할 수 있도록 하면서, 제2항 본문에서는 질서유지인을 두는 경우 ‘예외적으로 허용’하되, 같은 항 단서에서는 ‘심각한 교통 불편’을 근거로 또 다시 ‘금지’할 수 있다는 식의 규정을 하고 있다. 즉 ‘원칙적 금지-예외적 허용-재차 금지’의 방식이다. 그밖에 헌법재판소는 개별 구체적인 사례에서 일정한 교통방해를 수반하는 집회 또는 시위행위가 「형법」(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제185조의 구성요건에 해당되는 경우에 집회의 자유가 제한되는지 여부에 대해, ‘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 없는 바, 이는 구체적 사안을 전제로 법원이 판단하여야 할 개별사건에서의 법률의 해석·적용에 관한 문제일 뿐, 집회의 자유의 실질적 침해문제가 발생하지 않는다.’⁶⁵⁾고 하여 개별 사건에 따라 일반교통방해죄의 적용 여부가 달라질 수 있다는 입장을 취하고 있다.

동시 또는 대항집회와 관련하여, 현행 집시법은 2016. 1. 27. 법조항의

64) 이러한 입장은 지난 2003년 헌법재판소가 외교기관 100m 이내 집회에 대한 절대적인 금지규정이 위헌이라는 논리와 일맥상통한다. 즉 특정장소에서의 집회가 이 사건 법률조항에 의하여 보호되는 법익에 대한 직접적인 위협을 초래한다는 일반적 추정이 구체적인 상황에 의하여 부인될 수 있다면, 입법자는 ‘최소침해의 원칙’의 관점에서 금지에 대한 예외적인 허가를 할 수 있도록 규정해야 한다. (헌재 2003. 10. 30. 선고, 2000헌바67·83(병합) 결정.)

65) 헌재 2010. 3. 25. 선고, 2009헌가2 결정.

개정 내지 신설을 통해 제8조 제2항~제4항 및 제26조 등에서 관련 내용을 규정하고 있다. 즉 제8조의 관련조항은 시간과 장소를 분할하여 개최하도록 최대한 노력하되, 이것이 가능하지 않다면 후순위 집회를 금지할 수 있게 하였다. 또한 제26조는 소위 ‘허위집회신고행위’를 규제하기 위한 내용을 담고 있다. 이러한 내용은 지난 2011년 서울행정법원의 판결⁶⁶⁾과 2014년 대법원의 판결⁶⁷⁾을 반영한 것으로 보인다.⁶⁸⁾

이상의 내용을 종합하면, 집회·시위 금지 또는 제한 통고가 사실상 허가제로서 기능하지 않도록 엄격한 사유에 따라 최소한도로 이루어져야 한다는 헌법재판소의 입장은 국제인권기준과 별다른 차이가 없다.⁶⁹⁾ 그러나 특정시간대 시위의 절대적 금지나 특정 장소에 대한 옥외집회·시위의 절대적 금지 규정은 ‘집회 각각의 사정에 대한 고려가 배제되기 때문에’ 본질적으로 비례의 원칙에 위배된다는 국제인권기준과 근본적인 차이가 있다. 집시법 제12조의 경우, 제한방식에 있어서 국제인권기준에서 이야기하고 있는 것처럼 ‘권리를 특권으로 바꾸는 방식’으로 규정하고 있으며, 교통 소통을 근거로 한 금지 등은 자유권규약 제21조의 기준을 충족하지 못한다는 점에서 국제인권기준과 차이가 있다. 그렇지만, 동시 또는 대항집

66) 서울행정법원 2011. 11. 24. 선고, 2011구합34122 판결.

67) 대법원 2014. 12. 11. 선고, 2011도13299 판결.

68) 후순위 집회 금지에 대해 김종서 교수는 ‘상반된 목적을 가진 집회는 충돌 가능성이 많지만 이들 집회 모두가 헌법이 보호하는 집회임을 감안할 때 단순한 충돌 가능성을 이유로 어느 하나의 집회의 개최를 허용하지 않는 것은 집회의 자유에 대한 차별적 제한’이며, ‘경찰권의 남용이라고 볼 수밖에 없다’고 주장하고 있다. 김종서, 앞의 논문, 159쪽. 한편, 집시법 제8조 제2항의 ‘노력하여야 한다’의 문구를 ‘...하여야 한다’로 바꾸어 강행 내지 강제 규정으로 개선하여 선·후순위 집회 모두 개최할 수 있도록 하되, 허위집회신고 주축자에 대해서는 과태료가 아닌 형사처벌을 부과하는 의견은 이희훈, 앞의 논문, 144-145쪽 참조.

69) 생각건대, 현재의 입장에도 불구하고 현실에 있어서는 금지통고 처분취소소송이 제기되는 등 재판권이나 권한 남용 시비가 여전하다는 점에 유의할 필요가 있다.

회의 경우, 시간과 장소의 분할을 권유하는 등 여러 집회가 최대한 개최 되도록 노력한다고 규정한 점과 허위집회신고행위를 규제하고 있는 점, 그리고 경찰의 권유가 받아들여지지 않을 경우 ‘선착순’ 규칙에 의해 종국적으로 후순위 집회를 금지할 수 있도록 한 내용은 국제인권기준에 상당히 부합하고 있음을 알 수 있다.

3) 인권분과 권고안

국제인권기준의 요구에도 불구하고, 권고안은 집회·시위 금지시간과 장소의 절대적 금지 부분에 대해서는 침묵하고 있다. 그렇지만 권고안은 옥외집회·시위에 대한 금지(제한)통고 등을 최소화할 수 있는 구체적인 기준을 마련하여 시행할 것을 주문하고 있다.⁷⁰⁾ 즉 금지나 제한통고 이전에 집회·시위 주최 측과 사전협의하는 절차를 마련하고 이의신청절차를 실질화하겠다는 입장이다. 또한 이러한 통고는 집회·시위 시작 24시간 전까지 주최자 측에 구체적인 금지통고 등의 사유를 기재한 문서로 전달하도록 하였다. 그리고 교통소통을 위한 전면적인 금지통고나 제한통고 등을 원칙적으로 하지 않기로 했다. 그와 함께, 주요도로에서의 교통소통과 집회·시위가 동시에 가능하도록 집회·시위 가능구간을 설정하고, 이를 위해 조건통보를 탄력적으로 활용토록 하였다. 이 때 참가자가 일정 수 이하에 불과하더라도 도로 등을 이용한 집회·시위를 전면적으로 금지해서는 안 된다는 원칙을 제시하고 있다. 이 밖에도 집회·시위에 대해서 일반 교통방해죄를 원칙적으로 적용하지 않기로 했다.

70) 이하 내용은 경찰개혁위원회 인권보호분과, 앞의 자료, 2쪽, 7-8쪽, 13쪽 참조.

4. 집회·시위 해산 사유 및 절차

1) 국제인권기준

국제인권기준에 따르면, 집회의 강제해산은 반드시 엄격히 불가피한 경우에만 이루어져야 한다.⁷¹⁾ 즉 폭력의 정도가 심하고 만연하여 신체의 안전과 재산에 대한 급박한 위협이 제기되거나 법집행공무원들이 집회를 조정하고 참가자들을 위해로부터 보호하기 위하여 이미 모든 합리적 조치들을 취한 경우에 고려할 수 있다.⁷²⁾ 예를 들면, 자유권규약 제20조에 반하여 차별, 적대 또는 폭력을 부추기는 경우, 병원의 비상출입구를 가로막는 등 필수서비스에 대한 접근을 방해하는 경우, 또는 주요 고속도로를 수 일 동안 차단하는 등 심각한 교통방해를 일으키는 경우이다.⁷³⁾ 따라서, 단지 국내법상 미신고 집회라거나 신고 범위 이탈, 교통소통 방해 등을 이유로 이를 해산의 정당한 근거로 할 수 없다.⁷⁴⁾

한편, 강제해산명령권은 '집회의 현장상황에 대하여 충분하고 정확한 정보를 가진 정부당국 및 고위급 공무원들'에게 부여되어야 한다.⁷⁵⁾ 강제해산 시 해산명령은 집회 주최자와 참가자들에게 명확히 들릴 수 있도록 고지해야 하며, 이들이 자발적으로 해산할 수 있도록 합리적인 시간을 주어야 한다.⁷⁶⁾

또한 집회도중 일부 참가자가 폭력적이라는 이유로 전체 집회를 해산시

71) 2016 특별보고관 공동보고서, para. 61; 국제앰네스티, 앞의 자료, 13쪽.

72) 2016 특별보고관 공동보고서, para. 61; OSCE/ODIHR, 앞의 책, para. 165.

73) 2016 특별보고관 공동보고서, para. 62.

74) 국제앰네스티, 앞의 자료, 14쪽.

75) 2016 특별보고관 공동보고서, para. 63.

76) 2016 특별보고관 공동보고서, para. 63.

켜서는 안 되며, 오히려 이들을 분리시킴으로써 여타 참가자들이 평화적인 집회를 할 수 있도록 국가가 보호해야 한다.⁷⁷⁾

2) 관련 법령과 판례 및 실무상 적용

집시법 제20조 제1항은 각 호에서 해산 대상 집회·시위 자체만을 규정 하던가 아니면 해산대상 집회·시위와 함께 개별적인 해산 요건을 병기고 있다. 즉 이 조항은 본문에서 ‘별도의 해산 요건’ - 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 직접적인 위험을 명백하게 초래한 경우 -을 두고 있지 않다.⁷⁸⁾ 이로 인해 과거 제2호의 금지된 집회·시위나 미신고 옥외집회·시위의 경우 ‘금지’ 또는 ‘미신고’라는 이유만으로 경찰로부터 강제해산을 당하기도 하였다. 그러나 대법원이 지난 2011년 ‘금지된 집회·시위’⁷⁹⁾, 2012년 ‘미신고 옥외집회·시위’⁸⁰⁾에 대해 위의 ‘별도의 해산 요건’을 충족시켜야 한다고 판시한 이후 경찰은 실무적으로 공공질서 위험/통행권 침해/국가기관의 기능침해 등을 구체적으로 고려하여 해산여부를 판단하고 있다.⁸¹⁾ 최근 대법원은 집시법 제10조의 ‘금지시간’ 부분에 대해서도 ‘별도의 해산요건’이 필요하다고 판시하였다.⁸²⁾ 그렇지만, 집시법 제11조

77) 2016 특별보고관 보고서, para. 23; 2016 특별보고관 공동보고서, para. 61; OSCE/ODIHR, 앞의 책, para. 167; 국제앰네스티, 앞의 자료, 13쪽.

78) 신영호 교수는 집시법은 ‘명백하고 직접적인 위험’과 같은 금지나 해산의 제한사유를 개별적으로 규정하는 구조적 체계를 가지고 있다는 점을 언급하면서 입법론적으로는 해산의 제한사유를 집시법 제20조에 총론적 제한사유로 담을 필요가 있다고 한다. 신영호, “집시법 제5조 제1항 제2호”, 경찰학연구, 제7권 제3호, 2007, 65쪽.

79) 대법원 2011. 10. 13. 선고, 2009도13846 판결.

80) 대법원 2012. 4. 19. 선고, 2010도6388 판결. 또한 대법원 2012. 4. 26. 선고, 2011도6294 판결; 대법원 2013. 1. 24. 선고, 2011도4460 판결 참조.

81) 경찰청, 「준법보호 불법예방」 패러다임에 따른 집회시위현장 법집행 가이드북, 경찰청 경비과, 2015. 6., 55-57쪽.

의 금지장소에서 열린 집회나 시위의 경우에는 제11조의 입법목적 등을 고려할 때 ‘별도의 해산요건’이 필요하지 않다고 한 점이 눈에 띈다.⁸³⁾

한편, 해산명령권자와 관련하여 「집시법 시행령」⁸⁴⁾ 제17조는 ‘관할 경찰관서장 또는 관할 경찰관서장으로 부터 권한을 부여받은 국가경찰공무원’이라고 명시하고 있다. 따라서, 관할 경찰관서장이 위임한다면 어떠한 계급이나 직책에 있든 상관없이 위임을 받은 경찰관은 해산명령을 발할 수 있다.⁸⁵⁾ 이는 ‘일정한 정부당국 및 고위급 공무원들’에게 해산명령권을 부여하되 그 위임을 고려하지 않은 것으로 보이는 국제인권기준과 차이가 있다.⁸⁶⁾

그밖에 일부 폭력행위자를 분리하되 평화적 집회를 계속 보장하는 것에 대해 집시법은 이를 명시하고 있지 않다. 다만 경찰청 집회시위현장 법집행 가이드북에서 시위대가 도로상에 연좌하는 경우 ‘일반시위대와 극렬시위대를 분리, 일반시위대는 정상행진 유도하고 극렬시위대는 차단 후 자진

82) 대법원 2015. 6. 11. 선고, 2015도4273 판결; 대법원 2017. 12. 22. 선고, 2015도 17738 판결.

83) 대법원 2017. 5. 31. 선고, 2016도21077 판결.

84) 2016. 12. 13. 대통령령 제27672호로 일부개정되고, 2017. 1. 28. 시행.

85) 다만 경찰청 집회시위현장 법집행 가이드북은 ‘책임간부 등 현장 책임자에게까지 위임할 수 있으며’라고 하여 위임범위를 더 구체적으로 기술하고 있다. 경찰청, 앞의 책, 39쪽. 그렇지만 이것은 내부 매뉴얼 내지 지침에 불과하다.

86) 국제인권기준의 관련 문서를 살펴보면, 2016 특별보고관 공동보고서, para. 63에서는 "Only governmental authorities or high-ranking officers with sufficient and accurate information of the situation unfolding on the ground should have the authority to order dispersal"이라고 언급하고 있고, OSCE/ODIHR, 앞의 책, para. 165에서는 "Guidelines should specify the circumstances that warrant dispersal and who is entitled to issue dispersal orders(for example, only police officers of a special rank and above)"라고 하고 있는데, 이는 특정 계급이나 지위 이상을 지닌 자'만이' 해산명령을 발하도록 하면서 별도의 위임문제를 고려하지 않고 있는 것으로 해석된다.(밑줄은 필자가 추가)

해산 유도, 불응시 강제해산'이라는 내용 등을 '일부' 담고 있는 정도이다.⁸⁷⁾ 그런데 위의 가이드북은 일선 경찰에 제공되는 실무매뉴얼적인 성격에 불과할 뿐 아니라 '폭력행위자 분리-평화적 집회 계속 보장'을 기본 원칙으로 제시하고 있지 않다는 한계를 지닌다. 따라서, 이 역시 국제인권기준을 명확히 반영하고 있다고 보기 어렵다.

한편, 현행 집시법과 같은 법 시행령은 해산명령을 할 때 그 사유를 구체적으로 고지하도록 명시하고 있지 않다. 이와 관련, 지난 2012년 대법원은 '해산명령을 할 때에는 해산 사유가 집시법 제20조 제1항 각 호 중 어느 사유에 해당하는지 구체적으로 고지해야 한다'⁸⁸⁾고 판시하여 이를 명확히 하였다. 그런데 경찰청 집회시위현장 법집행 가이드북은 위 판례의 내용을 인용하면서도 정작 예시문에는 '집시법 제20조 제1항에 따라 제__차 해산명령을 발합니다'라는 문구를 제시하고 있어 실무적으로 혼선이 있었을 것으로 생각된다.⁸⁹⁾

3) 인권분과 권고안

권고안은 '집회·시위를 최대한 보장하는 방향으로 해산절차를 개선'할 것을 권고하면서, 특히 강제해산 요건 및 방식을 인권친화적으로 개선할 것을 주문하였다.⁹⁰⁾

먼저 '해산명령절차'⁹¹⁾와 관련하여 살펴보면, ①해산명령 시 앞서 언급한 '별도의 해산요건'을 충족하도록 하였고, ②소수의 폭력행위에 개별 대

87) 경찰청, 앞의 책, 80쪽.

88) 대법원 2012. 2. 9. 선고, 2011도7193 판결.

89) 경찰청, 앞의 책, 57쪽, 289쪽.

90) 경찰개혁위원회 인권보호분과, 앞의 자료, 3쪽.

91) 위의 자료, 12쪽.

응하되 전체를 폭력집회로 간주하지 않으며, ③해산명령은 종결선언과 자진해산 요청 이후 상당한 시간 위의 ①의 상황이 지속되어야 하고, ④해산명령요건이 해소된 경우 해산명령을 중단해야 하며, ⑤해산명령 간에 상당한 시간을 주어야 하며 이전 해산명령에 비해 얼마나 시간이 경과되었는지 고지해야 하고, ⑥통행로나 퇴로 확보 등 원활한 자진해산을 유도해야 한다.

그리고 ‘강제해산 요건’⁹²⁾과 관련해서는 먼저 위의 해산명령절차 ①에 해당하는지 신중하게 판단하여 직접해산을 하되 참가자들의 안전을 최우선으로 고려하고 물리적 충돌을 최소화하는 방법으로 진행해야 한다. 또한 일부 참가자들의 폭력행위에 대한 대응으로 구체적인 위험이 해소된 경우 참가자들 전체에 대한 직접해산을 금지하고 평화적인 집회·시위로 진행될 수 있도록 유도하여야 한다.

이러한 권고안의 내용은 국제인권기준의 그것을 상당부분 반영한 것으로 보인다. 특히 모든 해산명령에 앞서 ‘별도의 해산요건’을 충족하도록 한 점은 기존보다 훨씬 발전된 것으로 평가할 수 있다. 그러나 권고안은 해산명령권의 위임범위에 대해서는 언급하고 있지 않다. 국제인권기준의 취지를 고려하여 이 문제를 명확히 할 필요가 있다.

IV. 결 론

위의 논의 내용을 바탕으로 다음과 같은 사항들이 집시법 개정시 반영되어야 할 것으로 판단되며, 이를 결론에 갈음하고자 한다.

92) 위의 자료, 12쪽.

첫째, 평화적 집회의 자유에 대한 권리 보장과 관련하여, ‘평화적-폭력적’ 접근방식을 개정 집시법 제1조에 명문화하여 집회·시위 보장 원리로 확고히 자리잡을 수 있도록 해야 한다.

둘째, 집회·시위 신고제도와 관련하여, ①미신고 내지 신고범위 일탈 집회·시위 주최자 형사처벌 조항 삭제와 함께, 그 대안으로 미신고 주최자에 대해 과태료 등 행정적 제재 부과와 신고범위 일탈 집회·시위 주최자에 대한 책임귀속 원칙 제시, ②돌발집회에 대한 예외규정 명문화 조치가 이루어져야 한다.

셋째, 집회·시위 금지 또는 제한과 관련하여, ①집회·시위 제한의 기본 원칙 명문화, 즉 법률유보·비례성·필요성·보충성 원칙 등, ②집시법 제10조~11조의 포괄적 금지규정 삭제와 함께 구체적이고 명백한 위험이 존재하는지 여부에 대한 개별검토 규정 마련, ③집시법 제8조 제1항 제2호 삭제 등 금지 또는 제한 통고 사유의 최소화와 함께 교통소통이나 후순위 집회를 이유로 한 금지통고 원칙적 배제 및 최대한 보장 원칙 마련 등이 고려되어야 한다.

넷째, 집회·시위 해산 사유 및 절차와 관련해서는, ①집회·시위 해산 대상에 ‘미신고, 신고범위 일탈, 교통소통 등 원칙적 배제’ 내지 해산대상 집회·시위에 해당하더라도 ‘별도의 해산요건’을 충족시키는 예외적인 경우 한해 최후적으로 해산명령을 내릴 수 있도록 하는 취지의 규정 명문화, ②‘폭력행위자 분리-평화적 집회 계속 보장’ 원칙의 명문화, ③해산사유의 구체적 고지 명문화, ④해산명령권자의 범위 재정립 및 위임한계 명확화 등의 고려가 필요하다.

마지막으로, 개정 집시법의 규율방식에 대해 언급하는 것으로 글을 마치고자 한다. 개정 집시법은 제1조의 목적에서 ‘평화적-폭력적’ 패러다임을 명시하고, 이후 평화적 집회를 보장하기 위한 다양한 내용을 규정하되

‘폭력적’인 유형의 집회·시위 내용을 최대한 ‘열거하는 방식’으로 규율함으로써 일선 경찰관들이 보호 내지 보장해야 할 것과 그렇지 않은 것을 최대한 명확히 구분할 필요가 있다. 과거 애매모호한 법규정으로 인해 현장에서 무엇이 적법이고 위법인지를 경찰관과 집회·시위 참가자들이 판단해야 했던 부담을 줄이기 위해서라도 말이다. 이에 대한 후속 연구를 기대해 본다.

〈논문접수 : 2018. 4. 8, 심사개시 : 2018. 4. 19, 게재확정 : 2018. 5. 16.〉

참 고 문 헌

I. 국내문헌

1. 단행본

경찰청, 「준법보호 불법예방」패러다임에 따른 집회시위현장 법집행 가이드북, 경찰청 경비과, 2015. 6.

2. 논문

김종서, “집시법의 몇 가지 문제점 - 집회의 개념, 사전신고제, 야간옥외집회 금지에 관하여”, 법학연구, 제13집 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2010.

김재광, “경찰차벽의 법적 근거에 관한 고찰”, 성균관법학, 제29권 제1호, 2017.

김택수, “집시법상 해산명령의 적법요건에 관한 연구”, 경찰학연구, 제13권 제2호, 2013.

이희훈, “집회 및 시위에 관한 법률과 경찰의 집회 신고에 대한 문제점과 개선방안”, 입법학연구, 제15집 제1호, 한국입법학회, 2018.

서선영, “집회 및 시위에 대한 국가 손해배상청구 사례 및 문제점”, 연세 공공 거버넌스와 법, 제8권 제1호, 2017.

신영호, “집시법 제5조 제1항 제2호”, 경찰학연구, 제7권 제3호, 2007.

정필운, “집회의 자유의 제한과 그 한계 - 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25에 대한 평석”, 공법학연구, 제11권 제4호, 한국비교공법학회, 2010.

윤성철, “집회 및 시위에 관한 법률의 규제체계 개선 - 행정질서벌의 도입 및 규정의 명확성 확보를 중심으로”, 법학논총, 제34집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2014.

3. 기타

국가인권위원회, “시민적·정치적권리에관한국제규약 제3차 정부보고서에 대한 의견”, 2004. 2. 23.

국가인권위원회, “「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」이행에 관한 제4차 국가보고서 초안에 대한 의견표명”, 2011. 1. 24.

국가인권위원회, “유엔인권이사회 국가별 인권상황 정기검토 제2차 국가보고서에 대한 의견표명”, 2012. 10. 8.

국가인권위원회, “유엔 인권이사회 국가별 인권상황 정기검토(UPR) 실무그룹의 제3기 대한민국 UPR 심의를 위한 국가인권위원회 의견서(Written Contribution)”, 2017. 3.

경찰개혁위원회 인권보호분과, “집회·시위자유 보장방안”, 2017. 9. 1.

구자윤, “국회 앞 100m 이내 집회에도 무죄.. “이례적 판결””, 파이낸셜뉴스, 2018. 2. 10., <http://www.fnnews.com/news/201802101724419050> (2018. 3. 30. 검색)

국제앰네스티, “국제인권기준에서 본 한국의 평화적 집회의 자유”, 2016.

국제앰네스티 한국지부 외, “경찰의 새로운 집회시위 관리 방식 모색을 위한 국제 콘퍼런스 : 평화적 집회 촉진을 위한 국가적 역할의 관점에서”, 2017. 3. 24.

민주사회를 위한 변호사모임·한국기독교교회협의회, “한국 인권의 실상 - UN 인권이사회에 제출한 정부 보고서에 대한 반박”, 1992. 7.

진선미·경찰청(주최), “집회의 자유보장을 위한 집시법 개정 세미나”, 2018. 1. 26.

II. 외국 문헌

1. 단행본

Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR*

Commentary(2nd ed.)(N.P. Engel, 2005)

OSCE/ODIHR, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*(2nd ed.)
(Warsaw/Strasbourg, 2010)

2. 기타 : 유엔 문서

UN Doc. CCPR/C/KOR/CO/4, UN Doc. A/HRC/31/66, UN Doc. A/HRC/8/40,
UN Doc. A/HRC/22/10, UN Doc. A/HRC/32/36/Add.2, UN Doc.
A/HRC/37/11/Add.1, UN Doc. CCPR/C/79/Add.114, UN Doc.
A/47/40

< ABSTRACT >

The Responses against Assembly and Demonstration in ROK viewed in light of International Human Rights Standards

Kim, Sun-Il

In September 2017, the Human Rights Protection Division of the National Police Reforms Commission recommended 'a Plan for Protection of the Freedom of Assembly and Demonstration' to bring a fundamental change in the way of responding to the assembly and demonstration, and an increased protection for human rights. Accordingly, the National Police Agency may revise the Assembly and Demonstration Act.

Thus, this article examines the positions of domestic and foreign human rights bodies on the responses against assembly and demonstration in Republic of Korea(ROK) and draws four major issues based on those.

Then, it tries to compare and analyze the laws and regulations, case laws etc. related to assembly and demonstration of ROK and the recommendations made by the Human Rights Protection Division in light of international human rights standards proposed by these bodies. And then, it concludes on what should be considered when revising the Assembly and Demonstration Act.

The right of peaceful assembly should be discussed in the light of the concept of human rights, and the police's policy in responding to the assembly and demonstration should also be converted into the 'peaceful or violent' philosophy rather than the 'legal or illegal' one. I hope this article would contribute to this paradigm shift.

◆ Key Words : Assembly and Demonstration, International Human Rights Standards, Peaceful Assembly, Notification, Prohibition or Restriction, Dispersal