

研究報告書 95-12

우리의 집회시위제도 발전방안모색을 위한 各國의 集會示威制度 비교고찰

연구 : 이관희(경찰대학교수)
강태수(법 학 박 사)

본 연구보고서는 치안정책용역연구에 참여한 연구자의 최종보고서로서, 게재된 내용은 저자 개인의 의견이며 치안연구소의 공식 견해가 아님을 밝혀 둡니다.

목 차

I . 序 論	7
1. 研究의 目的	7
2. 研究의 範圍	8
II . 憲法上의 集會의 自由	9
1. 基本權의 保護領域과 制限의 區分	9
2. 集會의 自由의 要件과 類型	10
가. 概 念	10
1) 集會의 概念에 對한 學說	10
2) 批判的 考察	12
(1) 最狹義說 및 狹義說	12
(2) 廣義說	13
(3) 最廣義說	14
3) 中間結論	15
나. 集會의 人的 要件	17
다. 集會의 類型	17
1) 公開集會와 非公開集會(秘密集會)	18
2) 屋內集會와 屋外集會	18
3) 一般集會와 偶發的 集會 및 緊急集會	20
3. 集會의 自由의 部分權과 그 相衝	21
가. 部分權	21
나. 權利의 相衝	23
4. 集會의 自由의 效果	23
가. 事前的 · 死後의 效果	23
나. 集會의 自由의 多元的 效果	24

1) 防禦權	24
2) 給付請求權	25
3) 參加權	26
4) 節次權	27
5. 許可制 禁止	27
6. 集會의 自由에 대한 制限	29
Ⅲ. 外國의 集會示威에 대한 綜合的 分析	30
1. 接近方法	30
2. 獨 逸	31
가. 集會行態의 變化와 公權力의 對應	31
나. 法的規制	32
다. 集會에 대한 法的 特徵	33
3. 美 國	35
가. 集會樣相의 變化와 政府의 對應	35
나. 法的規制와 判例	37
다. 警察制度和 示威 對應	41
라. ‘法律的 抑저버’ 制度	43
4. 日 本	44
가. 集會樣相의 變化와 政府의 對應	44
나. 法的規制	46
다. 許可制 및 기타 制限에 관한 判例	47
라. 警察制度和 對應	49
5. 英 國	50
가. 集會樣相의 變化와 政府의 對應	50
나. 法的規制	52
다. 警察制度和 對應	54
6. 프랑스	55

7. 小結論	56
IV. 集會에 대한 規制와 保護 및 그 改善方向	59
1. 集會의 自由에 대한 規制	59
가. 申告義務	60
1) 申告制의 目的	60
2) 申告義務者와 期間 및 內容	61
3) 協力原則	62
4) 申告義務의 相對化	63
나. 制限體系	63
1) 事前的 禁止	64
(1) 違憲政黨	64
(2) 公共의 安寧秩序	64
(3) 集會禁止場所와 禁止時間	66
2) 禁止通告	66
(1) 概念 및 方法	66
(2) 禁止通告의 根據	67
3) 條件通告	70
(1) 概念과 問題點	70
(2) 節次와 形式	71
(3) 種 類	71
4) 解散命令	73
(1) 概 念	73
(2) 要 件	73
(3) 解散命令에 代替하는 條件通告	75
(4) 集會自體의 暴力化	75
다. 集會開催의 事前段階에서의 危害防止	76
라. 撮影 및 錄音	77

마. 警察의 裁量과 過剩禁止의 原則	78
1) 意 義	78
2) 決定裁量	78
3) 選擇裁量	78
2. 平和的 集會의 保護	79
가. 集會內의 小數	79
나. 外部의 秩序違反者	80
3. 改善方向	82
가. 法的·制度的 改善方向	82
나. 社會的·政治的 改善方向	86
4. 結 論	89

I . 序 論

1. 研究의 目的

民主政治는 여론정치이기 때문에 사회구성원 누구나 국정에 대하여 비판, 또는 자기가 속해 있는 집단의 이익을 주장할 수 있다. 특히 오늘날 자본주의가 고도화됨에 따라 매스콤이 독과점되어 있는 상황하에서는 언론매체로부터 소외되어 있는 계층은 집회·시위를 통해서 관계당국에 직접 자신의 주장을 전달하고자 한다. 물론 집회·시위는 평화적으로 공공의 안녕질서를 해하지 않는 범위내에서 행하여져야 함은 당연하다.

그러나 우리 사회의 집회·시위의 현실을 볼 때 아직도 과격 폭력집회가 성행하고 있음을 볼 수 있고, 이것을 비폭력적, 평화적 집회·시위로 정착시키는 것이 한국사회의 민주화를 성취하기 위한 당면과제 중의 하나로 지적되고 있다.

어느 사회에서나 평화적 시위의 정착은 정치체제에 대한 국민적 합의 및 국가공권력에 대한 국민적 신뢰를 그 기본전제로 한다. 이런 점에서 직선제 개헌을 이룩한 6공화국 이래 한국은 최소한 정치체제를 둘러싼 정치적 갈등을 해결하였다는 점에서 평화적 시위의 정착을 유도할 수 있는 기본적인 요소를 구비했다고 볼 수 있다. 그러나 과거 권위주의 체제하에서 성장하였던 폭력적 과격시위는 한국 시위행태의 고유한 관행인 것처럼 관성을 지니고 현재까지 지속되고 있다. 이는 정치체제의 기본구조에 대한 국민적 합의의 도출이 곧 평화적 시위의 정착을 유도하지는 않는다는 것을 의미한다. 물론 남북의 대치상황에서 우리 사회의 자유민주주의 체제를 정면으로 부정하는 세력이 있기는 하지만, 그러나 아직도 한국사회에서는 시위를 둘러싼 합리적이고 공정한 집시법의 제정, 운영이 정착되지 못한 과도기적 양상을 보여주고 있다고 할 수 있을 것이다. 따라서 우리 사회에서 평화적 시위를 정착시키기 위하여는 시위에 관한 보다 합리적이고 공정한 집시법의 제정과 공권력의 사려깊은 대응 및 과격시위 배경에 대한 국민적 합의가

필요하다고 본다. 본 연구는 그와 같은 필요성에 입각하여 그 이론적인 기반을 제공하는데에 그 목적이 있다.

2. 研究의 範圍

본 연구는 크게 3개 章으로 나누어져 있다.

제 2장에서는 헌법상 집회의 자유의 일반이론으로서 집회의 개념과 유형, 집회의 주최자, 주관자, 질서유지인, 참가자 등의 권리와 그들 상호간의 관계, 집회의 자유의 사전적·사후적 효과 및 집회의 다원적 효과로서 방어권, 급부청구권, 참가권, 질차권 등을 언급하였다.

제 3장에서는 외국의 집회·시위에 대한 종합적 분석으로서 독일, 미국, 일본, 영국, 프랑스 등 평화적 시위를 정착시킨 선진사회의 집회 및 시위의 양상변화, 관련 법규내용, 그 운영과 공권력의 집회 대응양상의 특징을 비교분석함으로써 한국사회에서 평화시위 정착을 위한 법적, 제도적, 문화적 방안을 도출할 수 있는 기반을 제공하고자 하였다.

제 4장에서는 앞장의 연구를 기반으로 하고, 우리의 집회·시위의 현장을 실증적으로 검토하면서 우리나라 집시법의 문제점을 지적하고 그 개선방향을 제시하고자 한다.

II. 憲法上的 集會의 自由

1. 基本權의 保護領域과 制限의 區分

일반적으로 집회의 자유란 공동의 목적을 가진 다수인이 자발적으로 일시적인 모임을 가질 수 있는 자유를 말한다¹⁾. 집회의 자유가 보호하는 영역은 집회이다. 이렇게 기본권 규정에서 보호되는 생활영역을 기본권의 保護領域(Schutzbereich) 또는 基本權 構成要件(Grundrechtstatbestand)이라고 한다²⁾.

상이한 사물적·내용적 범위를 다루고 있는 기본권 규정은 보호영역 내에서 일정한 행위 전체를 보호한다. 여기서 행위는 단지 작위(적극적인 자유)뿐만 아니라, 부작위(소극적인 자유)까지 포함한다. 따라서 집회의 자유는 집회를 주최·주관·진행하고 집회에 참여할 수 있는 적극적인 자유와 집회에 참가하지 않는 소극적인 자유를 포함한다.

기본권의 보호영역에 속하는 행위를 基本權行使라고 한다. 기본권의 보호영역에 속하는 행위는 무제한적으로 보호되는 것이 아니다. 국가는 기본권의 보호영역에 속하는 행위는 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 제한하거나 금지시킬 수도 있다. 예를 들면 자발적으로 우루과이 라운드를 반대하는 농민들의 모임은 집회의 자유에 의해서 보호되지만 그러한 집회가 옥외에서 개최되면 신고를 하여야 하며, 폭력화될 위험성이 명확하다면 국가는 집회를 금지시키거나 일정한 조건을 부과하면서 허용할 수도 있다.

기본권의 행사를 불가능하게 만들거나 현저하게 어렵게 하는 모든 행위를 基本權 制限이라 한다. 따라서 집회의 자유의 제한이라는 개념은 어떠한 행위가 이

1) 參照, 許營, 韓國憲法論, 532쪽; 김철수, 헌법학개론, 488쪽.

2) Alexy, Theorie der Grundrechte, S.273 ff; Lbbe-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffs-abwehrechte, 1988, S.26; Pieroth/Schlink, Staatsrecht II - Grundrecht, Rn. 225 ff. 이외에 효력영역(Geltungsbereich) 또는 규범영역(Normbereich)이라고 칭하는 학자도 있다.

미 집회의 자유의 보호영역에 속한다는 것을 전제로 한 논리이다. 기본권 해석에서 기본권의 보호영역·제한·제한의 한계를 단계적으로 구별하는 이유는 개방적이고 추상적인 헌법규정을 구체적인 사안에 포섭시키는 과정에서 사례해결에 예견가능성을 제고하고, 자의적인 해석을 통제함으로써 개인의 권리를 보장하려는데 있다. 이와 함께 본래 기본권의 보호영역에 속하지 않는 행위를 미리 배제함으로써 권리남용을 방지하는 측면도 있다.

공동체 존립의 전제가 되는 기본 요소를 파괴하는 물리적 폭력은 모든 기본권의 보호영역에서 벗어나기 때문에 화염병이나 무기를 지닌 집회는 집회의 자유에서 보호받는 행위가 아니다. 따라서 폭력적인 참가자는 집회의 자유를 주장할 수 없고 이를 규제하는 경찰의 조치는 집회의 자유의 제한이 아니라 타인의 권리를 보호하는 정당한 권한행사이다. 도로 및 공공기관이나 기업체의 진입로에서의 연좌시위는 교통소통을 방해하고 운전자들의 통행을 침해하는 형법상의 강박죄가 문제로 될 수 있지만 통행인들에게 직접적인 물리적 폭력을 행사하지 않는 한 우선 집회의 자유의 보호영역에 속한다는 것이 다수설이다³⁾.

2. 集會의 自由의 要件과 類型

가. 概 念

1) 集會의 概念에 대한 學說

集會의 概念에 있어서 의견의 일치를 보이고 있는 부분은 모든 다수인의 우연한 모임은 集會가 아니며 최소한 參加人 사이의 내적인 유대(*innere Verbindung*)가 있어야 한다는 점이다.⁴⁾

호기심에서 교통사고를 구경하는 사람들이나 백화점의 쇼윈도우 앞에 모인 사람들은 集會가 아니라 群集에 불과하다. 물론 우연히 모인 사람들이 처음에는 없

3) 허영, 전제서, 536쪽; Ridder/ Breitbach, *Versammlungsrecht*, Art.8 Rn.26.

4) Pieroth/Schlink, a.a.O., Rn.776; BVerwGE 56, 63(69) ; BVerfG, NJW 1977, S.671.

었던 내적인 결속력을 후에 가지게 된다면 群集에서 集會로 변할 수도 있다. 그러나 集會의 概念에 포함된 集會의 目的에 있어서는 다양한 견해가 대립되고 있다. 廣義說에 의하면 集會의 概念에는 내적인 유대 외에 공동의 의사형성과 의사 표현이라는 集會의 目的이 포함되어 있다고 한다⁵⁾. 또한 일부의견에 의하면 集會의 概念에 포함된 의사는 공적인 사항(öffentliche Angelegenheit)에 관한 것으로만 한정해야 한다고 한다(狹義說)⁶⁾. 더 나아가서 集會에 포함된 '의사'라는 目的적 요소를 공적인 사항 중에서도 정치적인 의사에 국한시키는 학설도 있다(最狹義說). 이 견해는 集會의 自由가 국가의 간섭에 대하여 정치적 모임을 보호하여 왔다는 역사적인 경험에 의거하고 있다⁷⁾. 상기 견해들의 공통점은 集會의 自由의 본질을 의사표현의 自由의 보완적 기능에 있다는 것이다.

마지막으로 最廣義說에 의하면 集會의 自由란 개인의 위험스러운 고립화를 막기 위한 것으로 결사의 自由와 함께 집단적인 형태의 인격발전을 보호한다는 것

-
- 5) 허영, 한국헌법론, 534면이하, 교수는 집회의 자유는 언론의 자유의 보완적 기능을 위한 것이라는 관점에서 의사 표현을 위한 모든 모임이 집회라고 한다 ; 권영성, 헌법학원론, 531면, 교수도 集會의 목적을 정보교환·토론·선정 등이라고 파악한다 ; 독일연방재판소도 판례의 요지가 명확하지는 않지만 집회의 자유를 집단적 의사전달의 자유(Freiheit zum kollektiven Meinungskundgabe)로서 보고있다. 독일의 판례와 학설은 다음을 참고. BVerfGE 69, 345 ; Hamann/Lenz, Das Grundgesetz f r die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Art. 8 Anm. 5; Feldmann/Geisel, Deutsches Verfassungsrecht, S. 35 ; Trubel/Hainka, Versammlungsgesetz, S.26; Ott, Das Recht auf freie Demonstration, S. 19 ; Quilisch, Die demokratische Versammlung, S. 127 ; Hoffmann-Riem, Altanativ-kommentare, Art. 8 Rn. 12 ; M nch/Kunig, Grundgesetzkommentar, Art. 8 Rn. 14 ; BVerwGE 56, 63(69) ; 82, 34(38f).
- 6) 김철수, 헌법학개론, 468면, 교수는 집회를 공공의 사건에 대한 공통적인 토의나 사실고지를 위한 목적으로 다수인이 모이는 것이라고 본다; 이 견해는 특히 독일에서 1960년대까지 많이 주장되었다.Vgl. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1. S. 304 ; F βlein, Versammlungsgesetz, S. 22 ; Samper, Demonstrations- und Versammlungsrecht, S. 18f ; Janknecht, GolddA 1969, S. 33.
- 7) 집회의 개념에 대한 역사적인 발전과정은 다음을 참조, M ller, Wirkungsbereich und Schranken der Versammlungsfreiheit, insbesondere im Verh ltnis zur Meinungsfreiheit, S. 15 ff ; Quilisch, Die demokratische Versammlung, S. 17 ff ; Ridder/Breitbach/Rühl/Steinmeier(이하 Rühl/Stinmeier), Geschichtliche Einleitung, in : Versammlungsrecht, Rn. 1ff.

이다⁸⁾. 이 견해는 集會參加者들 사이의 내적인 유대외에 특별한 集會의 目的을 배제하여서, 사교적인 모임도 集會에 포함된다고 본다.

2) 批判的 考察

(1) 最狹義說 및 狹義說

集會를 '공적인 사항에 대한 의사형성'에 한정시키는 最狹義說은 다음의 두가지 사항을 주된 논거로 하고 있다. 첫째는 集會의 自由가 관련적인 국가를 비판하던 진보적인 견해를 가진 사람들의 정치적 모임을 보장하였다는 역사적 경험이다. 하지만 集會의 自由가 흔히 과거에는 정치적 모임에 대한 國家權力의 부당한 침해로 인하여 주장되었던 것은 사실이지만 타인과 한 장소에서 모임을 가지려는 욕구는 정치적 또는 공적인 사항에만 국한된 것은 아니다. 더구나 國家權力이 제한하는 측면에서 集會의 概念을 한정시키는 것은 集會의 自由의 보호영역을 基本權의 제한논리에서 결정하게 되는 결론에 이른다. 基本權의 제한이란 범주는 우선 제한의 대상인 基本權의 보호영역을 전제로 해야 가능하다.

두번째는 集會의 自由란 민주적인 공동체에서 국민의 정치적 의사 형성에 기여하며 정치적 의사 형성과정에서 참여를 보장한다는 기능적·민주적 해석이다.

集會의 自由는 의사표현의 自由와 함께 국민의 의사형성에 중요한 역할을 담당하며 민주적인 국가를 형성하는 요인으로서 기능한다는 점은 부인될 수 없다. 그러나 이런 민주적·기능적 基本權觀은 集會의 自由의 "민주적" 기능만을 파악하는데 그치고 있다. 민주주의는 基本權의 한 해석원리로서 작용하지만⁹⁾, 基本權을 민주적·공적인 기능의 보장이라는 측면으로만 이해한다면 基本權 주체의 주관적인 자기결정의 自由는 더 이상 보장될 수 없다. 즉 개별 基本權에서의 自由는 민주주체가 아니라 민주주의를 위한 自由로 전락하게 되어서, 自由는 민주적

8) Herzog, Maunz-D rig Kommentar, Art. 8 Rn 43 ; Vgl. M ller, a.a.O., S.44, 48ff.; Vogel, Das Recht auf Demonstration, S. 21.

9) 이것은 기본권이 주관적인 권리로서의 성격과 함께 객관적인 질서로서의 성격을 같이 갖고 있다는 점에서도 드러난다. Vgl. BVerfGE 7, 198(208) ; BVerfGE 10, 118 ; 허영, 전게서, 246면 이하.

인 정치과정을 위한 수단으로 변질된다. 여기서 集會의 自由는 더이상 국가의 부당한 간섭이나 방해 배제를 주관적인 공권으로서가 아니라, 민주주의를 위하여 행사되어야 하는 의무 내지는 강제로 된다. 國家權力의 창설과 국가내에서 행사되는 모든 권능의 최후적 정당성은 국민의 정치적 합의에 귀착시키는 민주주의도 결국은 사람에 의한 자의적인 통치로 변할 위험이 있다. 또한 민주주의 국가에서도 통치권의 담당자에 따라 본질상 권력남용의 가능성이 있기 때문에 基本權이 국가에 대하여 갖는 주관적 공권으로서의 성격은 간과되어서는 아니된다. 민주주의라는 객관적 질서를 형성하는 기능은 基本權을 정당화시키는 한 요소이지 基本權의 내용을 결정하는 것은 아니다¹⁰⁾. 그러므로 集會의 自由가 국민의 의사형성에 기여한다고 해서 "공적인 사항"만을 다루는 集會로 한정시켜서는 아니된다. 이러한 해석은 集會의 自由를 규정한 조문이나 憲法의 체계적인 해석으로도 도출되어질 수 없다.

마지막으로 이 견해에 대한 비판은 어떻게 공적인 것과 사적인 것 또는 정치적인 것과 비정치적인 것을 명확히 구분할 수 있겠는가란 점이다. 일상생활에서도 나타나듯 일견해서 사적이며 비정치적인 성격을 갖는 사교적 모임이 정치적 쟁점에 대한 토론장으로도 되기 때문이다.

(2) 廣義說

集會는 꼭 공적인 사항에만 국한될 필요가 없지만 정보교환·토론·선전등의 사형성 및 표현의 요건이 있어야 한다고 보는 다수설은 사교적인 모임인 다도회·회사직원의 야유회·무도회 또는 동문회등을 集會가 아닌 것으로 본다. 이런 견해에 따르면 集會는 의사표현의 自由를 보완하는 기능을 갖으므로 集會의 自由는 그 고유한 성격을 상실하여 단지 의사표현의 自由의 일부로 된다. 즉 의사

10) H. H. Klein. Die Grundrechte im demokratischen Staat, S. 11 ; 기본권을 민주주의적인 기능의 측면에서 이해하는 견해와 정반대의 입장을 취하여 기본권의 비정치적 기능을 주장한 대표적인 學者가 C. Schmitt다. 그는 Weimar 공화국의 대의민주주의에서 국민의 참여는 단지 선거와 투표로서 이루어진다면, 기본권은 국가로부터 자유로운 사회의 영역에서 비조직적으로 행사된다고 보았다. 그래서 집단의 자유는 국가권력과 무관한 의사형성과 연계된다. 즉 집회의 자유는 결코 民主主義的 자유가 아니라 단지 비정치적이며 개인주의적인 방어권이다. Vgl. Schmitt, Verfassungslehre. S. 239 ff.

형성에 기여하는 모임만이 集會이며 集會의 自由를 행사하는 것은 곧 의사표현의 自由를 행사하는 것이 된다¹¹⁾. 물론 다수인이 한 장소에 모임으로써 상호간의 접촉에 의해 의사형성 및 표현이 이루어지는 것이 보통이지만 그렇다고 해서 集會의 自由를 공동의 의사형성 및 표현에만 국한시키는 견해는 集會의 自由를 단편적으로 이해한다는 비판을 면치 못한다. 특히 이학설은 현실속에서 일반적으로 적용되기에는 매우 어렵다. 왜냐하면 이 설은 다수인의 영화·연극 관람은 集會가 아니라고 보지만, 만약 관객이 자신들의 의사를 굳건히 하고 외부에 알리려는 의도로 특정한 주제를 지닌 영화나 연극을 같이 본다면 공동의 의사형성 및 표현의 요소가 있으므로 이 학설에 따르면 集會로 된다. 또한 다수인의 모임에서 다양한 目的설정과 격렬한 토론이 진행되면서 여러 소집단 및 개인의 독자적인 견해도 형성되는데 과연 공동의 의사형성 및 표현이 이루어지는 集會로 볼 것인가 아니면 群集으로 볼 것인가의 문제도 대두된다. 集會에 참가하였다고 해도 參加者 개인의 기분에 따라 의사형성 과정에 개입되지 않고 타인들과 떨어져 있다면 集會의 自由를 누리지 못하므로 基本權 보장이 개인에 따라 구체적으로 달라지게 되어 예견 가능성이 없게 된다. 憲法의 조문을 해석한다고 하더라도 集會와 의사표현의 직접적인 연관성은 근거를 찾을 수 없다.

(3) 最廣義說

어떠한 目的이든지 간에 모인 사람들간의 내적인 유대만 있으면 集會라고 보는 最廣義說은 내적인 유대를 타인과 같이 있다는 의식 및 같이 있으려는 의도라고 해석한다¹²⁾. 이에 대하여 集會의 自由가 민주국가에서 담당하는 공적인 정치적 특성을 외면하고 集會의 본질을 개인의 고립화 방지 및 인격발전에 초점을 둬으로써 오히려 정치적 集會를 예외로 파악한다는 비판이 있다¹³⁾. 나아가 集會의 自由를 비정치화하여 민주국가에서 담당하는 集會의 기능을 무시하고, 이는 결국 基本權을 통치조직과 유리된 개인의 권리로만 파악하는 칼 슈미트(Carl

11) Schw ble, Die Grundrecht der Versammlungsfreiheit, S. 101 f.

12) Herzog, a.a.O., Art. 8, Rn. 49 ; Kloepfer, in : Isensee/Kirchhof(hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, § 143, Rd. 24.

13) Schw ble, a.a.O., S. 96f.

Schmitt)의 基本權觀과 유사한 입장이라는 것이다. 또한 集會의自由가 지나치게 사교적인 권리의 성격을 띠게 된다는 비판이 제기되기도 한다.

3) 中間結論

생각컨대 集會의 概念에 관한 논의는 集會의自由를 憲法上 基本權으로 보장하는 의미와 目的에서 찾는 것이 가장 합당하다. 基本權은 제1차적으로 강력한 권한과 조직을 갖춘 국가의 공권력에 대하여 개인의自由의 영역을 보호할때는 방어권이다. 憲法의 基本權 목록에 규정된 개별 基本權들은 개인의 특정한 영역을 보호하기 위해서 역사적인 발전과정에 따라 형성되었다. 개인이 자기만의 세계에서 탈피하여 타인과 접촉하고 연대감을 공유하려는 요구는 가장 원초적이고 본질적인 성향이라고 할 것이다. 인간의自由로운 접촉과 결속은 특히 사회속에서 인본주의적인 교육의 필수적인 요건이자 가장 오래된 인간의 권리(Älteste Menschenrecht)¹⁴⁾이기도 하다. 이런 타인과의 유대는 헌법상 크게 두가지 형태로 나타난다. 즉 조직화된 의사형성과 시간적인 계속성이 특징인 결과와 비조직적이고 잠정적인 集會이다. 타인과의 유대는 인간의 전 생활영역에 걸쳐있는 것으로 어떤 특정한 目的에만 국한될 필요가 없다. 정치적이든 비정치적이든 공적이든 사적이든 직업적이든 단순히 사교적이든 인간이 혼자있는 상태에서 벗어나기를 원한다면 타인과의 유대 자체가 目的이다. 민주적 헌법국가에서 정치적 모임이 갖는 공적인 기능이 중요한 것은 사실이지만 그렇다고 교류를 원하는 친구들과의 사적인 모임이 基本權의 보호영역에서 배제될 이유는 없다. 인간은 정치적인 활동에서 뿐만 아니라 개인적인 의사표현과 접촉에서도 보호되어야 한다. 실제로 사적인 회합은 타인의 基本權이나 공익과의 상충문제가 심각하지 않기 때문에 대규모의 정치적 모임보다 제한의 필요성이 없지만 그렇다고 해서 처음부터 基本權의 보호를 박탈하는 것은 매우 위험한 사고라 할 수 있다. 그러므로 조지 오웰의 소설에 나오는 전체주의적 국가를 연상할 필요도 없이 集會의自由는 제1차적으로 모든 생활에서 인간의 타인과의 유대를 보호하는 것이 타당하다고 생

14) Welcker, Staatslexikon, Bd. I. § 732.

각된다. 즉 集會의 自由는 개인의 고립화를 방지하고 집단적인 형태로서의 인격 실현과 개성신장을 보장한다.

타인과의 유대를 원하는 인간의 소망으로 集會의 요건은 충족되는 것이고, 그로 인한 효과, 즉 의사형성 및 표현, 비참가자에게 끼치는 정치적 영향력 행사 등은 본질적인 문제가 아니다. 따라서 토론회나 연좌데모는 물론 같이 있고자 하는 의도가 있다면 공동의 의사형성이 없어도 사교적인 야유회나 무도회 등도 集會라고 할 수 있다.

또한 침묵示威나 인간사슬도 언어에 의한 표현이 없어도 參加者 사이의 유대의지가 인정됨으로 集會라고 볼 수 있다. 이에 반해서 버스정류장에서 모여있는 사람들이나 지하철·버스 등에서 밀집되어 있는 사람들, 또는 사고현장이나 쇼윈도우 앞에서 호기심으로 구경하는 사람들은 상호간의 유대의지가 없으므로 集會가 아니라 群集이다. 마찬가지로 영화·연극·스포츠·음악회 등을 관람하는 사람들은 단지 문화·스포츠 생활에 참여하고자 모인 이들로서 상호간의 내적인 유대가 없으므로 群集에 불과하다. 하지만 폐쇄적인 집단이, 예를 들면 같은 정당원들이 특정 주제를 다룬 영화나 연극을 관람한다면 集會라고 할 수 있다. 상황에 따라서는 처음에는 없었던 내적인 유대가 모인 사람들 사이에 형성되면서 群集이 집회화되는 경우도 있다¹⁵⁾. 공원에서 開催되는 공개토론회나 정당선전을 지켜보는 보행자들은 群集에 불과하지만 시간의 흐름에 따라서 보행자 상호간에 의사교류가 이루어지고 타인과의 유대가 형성되서 그 장소에 머무르려고 한다면 集會라고 할 수 있다. 어떻게 群集과 集會를 구별할 것인가는 구체적인 상황에서는 매우 모호할 때가 있다. 개인의 주관적인 의도만으로는 충분하지 못하므로 모인 사람들 사이의 내적인 유대가 있는지를 객관적으로 파악하여야 한다.

15) Münch/Kunig, a.a.O., Bd. 1, Art. 8, Rn. 14 ; Dietel/ Gintzel/ Kniesel, Demonstrations und Versammlungsfreiheit, § 1, Rn. 14 ; Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 8 Rn. 2.

나. 集會의 人的 要件

集會가 되기 위한 최소한의 參加者는 몇명이어야 하는 가는 의견이 대립하고 있다. 우선 타인과의 내적인 유대를 요건으로 하는 集會에서 일인集會란 인정될 수 없다. 한사람은 의사를 표현하거나 一般 언어사용에서 쓰이듯이 示威를 할 수는 있지만 모임을 가질 수가 없다. 예를 들어, 관공서 앞에서 피켓을 들고 혼자서 하는 데모는 의사표현의 自由에 속할 수는 있어도 集會의 自由에 관하여 보호될 수는 없다. 集會가 되기 위해서는 최소한 3인이 필요하다는 견해는¹⁶⁾ 본래 독일 민법규정에서 유추되었다. 독일 민법 제56조와 제73조에 의하면 단체의 등록을 위해서 최소한 3인이 필수적이며 만약 단체구성원이 3人以下로 감소되는 경우에는 일정한 절차를 거쳐 그 권리능력을 박탈하도록 되어 있다. 그러나 集會가 항상 단체에 의해서 開催되는 것도 아니고 集會가 단체개념에 직접 연결되지도 않는데도 불구하고 3인설을 주장하기에는 설득력이 없다. 集會의 自由의 본질이 개인의 절대적인 고립화를 방지한다는 데 있으므로 2인으로도 충분할 것이다.

다. 集會의 類型

이상에서 살펴본 바와 같이 集會란 2인 이상이 내적인 유대를 가지고 일정한 장소에서 일시적으로 모이는 행위를 말한다. 학문, 예술, 체육, 종교, 친목, 오락, 관혼상례를 위한 모임도 目的과 관계없이 憲法 제21조의 集會이다. 단지 다른 基本權의 보호영역과 경쟁관계에 있을 때는 각기 학문, 예술, 종교의 등의 目的에 의해서 우선 보호를 받는다. 우리나라 集會 및 示威에 관한 법률 제13조에 따르면 屋外集會의 신고제와 集會禁止의 통고는 학문, 예술, 체육등에 관한 集會에 적용되지 않는다.

이 규정은 그러한 集會가 憲法 제21조의 集會에 속하지 않는다는 의미¹⁷⁾가 아

16) Hoffmann-Riem, a.a.O., Rn. 12 ; 권영성, 전게서, 531면 ; 허영, 전게서, 534면.

17) 예컨대 김철수, 상게서, 469면.

나라, 공익이나 타인의 基本權과 상충될 위험성이 적기 때문에 규제하지 아니한다는 뜻으로 해석되어야 한다. 集會는 관점에 따라 여러 類型으로 구분된다. 集會의 類型을 살펴보면 集會의 自由의 보호영역이 더욱 구체화 될 것이다.

1) 公開集會와 非公開集會(秘密集會)

集會는 우선 公開여부에 따라 公開集會와 非公開集會로 구별된다. 누구나 참여할 수 있는 集會, 즉 參加者가 특정한 인적범위에 한정되지 않은 集會가 公開集會이고 폐쇄적인 인적범위에 국한된 集會가 非公開集會이다. 일반적인 정당의 전당대회나 노동조합총회와 같이 한 단체의 구성원 자격을 참가의 전제조건으로 하는 집회는 비공개집회이다. 인적인 범위가 특정되지 않는 한 입장료의 징수여부는 집회의 비공개성과 관련이 없다.

集會주체자나 질서유지인은 특정인이나 특정단체의 集會참가를 배제할 수 있는데(集會 및 示威에 관한 법률 제4조), 특정한 범주에 속하는 사람들만 참가하도록 하는 것은 아니기 때문에, 이러한 集會도 (제한된) 公開集會라 할 수 있다¹⁸⁾. 一般的으로 非公開集會보다는 公開集會가 공공의 안녕질서와 갈등을 유발시킬 위험성이 높으므로 集會의 自由를 제한하는 범위도 넓다.

2) 屋內集會와 屋外集會

開催장소에 따라 屋內集會와 屋外集會로 나누어 지는데 이 구분은 集會의 自由를 제한하는 경우에 중요한 기준이 된다. 屋外集會를 주최하고자 하는 자는 48시간 전에 관할 경찰서장에게 보고서를 제출하여야 하며(集會 및 示威에 관한 법률 제6조), 관할 경찰서장은 일정한 요건하에 금지통지를 할 수 있고 교통질서유지를 위하여 조건을 붙여 제한할 수 있는 등(동법 제9조 제12조) 屋外集會는 屋內集會에 비하여 基本權 제한이 광범위하다. 이렇게 屋外集會의 제한규정을 둔 이유는 타인의 基本權이나 공익과의 마찰을 최소화 시키려는데 있다. 즉 다수인이 동시에 한 장소에 집합하여 외부와 직접 접촉함으로써 集會가 원활한 교통소

18) Ott, Versammlungsgesetz, § 1, Rn. 5.

통을 침해하고 폭력화될 위험성이 있거나 또는 대항집회가 열려서 양 集會參加者 사이의 물리적 폭력행사의 위험성이 있기 때문이다. 따라서 屋外集會의 제한 규정을 둔 것은 集會參加者가 비를 맞을 것을 염려해서 둔 것이 아니라 屋外集會에 내재해 있는 외부와의 접촉이 가능한 사망이 폐쇄되지 않은 장소에서의 集會를 뜻한다고 해석하는 것이 헌법상 타당하다¹⁹⁾. 이에 비하여 屋內集會는 폐쇄성 및 통제가능성이 있어서 침해할 위험성이 희박하므로 集會의 開催, 진행, 참가에 원칙적으로 제한이 없다. 따라서 천장이 없더라도 사망이 폐쇄된 운동경기장에서의 集會는 屋內集會이고 기둥에 천막을 매달아 놓은 장소에서의 集會는 屋外集會이다. 그런데 우리나라의 集會 및 示威에 관한 법률 제2조 제1호는 屋內集會를 "천장이 없거나 사망이 폐쇄되지 않은 장소에서의 集會"라고 필요이상으로 넓게 정의하여 集會의 自由를 제한하고 있다. 앞으로 법률을 개정하여 "천장이 없거나"란 구절을 삭제하는 것이 바람직하다²⁰⁾.

屋外集會의 독특한 集會類型이 示威이다. 집회 및 시위에 관한 법률 제2조 2호에 따르면 '시위'라 함은 다수인이 공동목적 을 가지고 도로, 광장, 공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행하거나 위력 또는 기세를 보여 불특정

19) 독일 기본법 제8조 제2항은 노천집회(Versammlung unter freiem Himmel)에 대한 법률 유보를 규정하고 있고, 이에 의거하여 집회 및 시위에 관한 법률은 노천집회의 신고제 등을 두어 집회의 자유를 제한하고 있다. 기본법상 노천집회란 용어를 사용하고 있지만, 학설과 판례는 집회에 내재하는 위험성으로 인하여 제한되는 집회로 파악하여 단순히 천정이 없는 장소에서의 집회로 보고있지 않다. 즉 노천집회는 사망이 폐쇄되지 않은 장소에서의 집회로서 천정이 없는 운동경기장에서 개최되는 집회는 옥내집회로 해석한다. 이에 대하여는 다음을 참조 Giese/Schunck, Grundgesetz, Art. 8 Anm. II 4.; Pieroth/Schlink, a.a.O., Rn. 794; v. Mangoldt/Klein, a.a.O., Art. 8 Anm. III 36; a. A. Bleckmann, Staatsrecht II. S. 791 f.

20) 김철수, 전게서, 488쪽, 교수는 집회 및 시위에 관한 법률의 옥외집회정의를 그대로 받아들인다; 헌법재판소의 다수의견도 법률상의 정의를 합헌적이라고 보면서 비공개 옥외집회까지 집회 및 시위에 관한 법률의 제한을 받는 것이 과잉금지의 원칙이나 본질적내용 침해금지조항에 위배되지 아니한다고 한다. 이에 대하여 조규광·변정수 재판관은 옥외 집회나 시위의 개념에는 "공중이 자유로이 통행할 수 있는 곳"이라는 장소적 제한개념이 내포되어 있어야 한다고 주장한다. 91 헌바 14 (헌법재판소 관례집 제6권 1집 281쪽 이하) 참조.

다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위를 말한다. 물론 이 때에도 물리적인 폭력을 사용하지 않아야 헌법상 보호받는 옥외집회에 속한다. 시위는 헌법적인 시각과 무관하지 않은 사회현실적인 의의로 인하여 정치성 내지 폭력성과 연관하여 논의되기도 한다²¹⁾. 示威는 움직이는 屋外集會라 할 수 있다. 다수의 參加者가 屋內에서 集會하고 개별적인 참여자가 屋外에서 방청하여 토론에 참가한다면 屋內와 屋外의 參加者들 사이에 내적인 유대가 있으므로 하나의 集會라고 이해되며, 이 때 屋外의 參加者와 외부와는 自由로운 접촉이 가능하므로 이는 屋外集會라고 하여야 한다²²⁾. 그래서 屋內集會의 主催者는 확성기 설치등 주변에서의 屋外 참가를 유발하여서는 아니된다는 규정을 집시법 제14조 제5호에서 두고 있다.

3) 一般集會와 偶發的 集會 및 緊急集會

偶發的集會(Spontanversammlung)란 一般的으로 主催者와 주관자가 없는 集會를 의미한다²³⁾. 主催者란 자기명의로 자기 책임아래 集會를 開催하는 사람 또는 단체를 말하며, 主催者로 부터 集會의 실행을 맡아 관리하도록 위임받은 사람을 주관자라 한다(집시법 제2조 제3호). 예컨대 야당대표가 암살당한 사건을 계기로 비인도적인 암살행위를 규탄하기 위해서 시민들이 主催者 없이 모이는 경우이다. 緊急集會(Eilversammlung 또는 Blitzversammlung)란 主催者는 있지만 목하의 시급한 사유로 48시간 전에 신고서를 제출해야 하는 의무를 지킬수 없는 集會를 뜻한다²⁴⁾. 예를 들면 삼풍백화점의 사례에서 보듯이 현재 붕괴된 건물에 생존하여 있을 수 있는 사람들에 대하여 관계당국에게 적절한 구조활동을 촉구하는 집

21) 참고. 신명순, 우리나라의 정치시위에 관한 연구, 한국정치학회보 1985, 241쪽 ; 구광모, 학생시위와 대학의 대응방향 : 정치.행정적시각, 한국행정학보 제20권 1호(1986.6), 261쪽

22) 반대의견, 김철수, 전게서 488쪽.

23) Vgl. Ott, a.a.O., § 1 Rn. 2; Dietel/Gintzel/Kniesel, a.a.O., § 14 Rn. 18; 허영, 전게서, 536쪽.

24) Ott, a.a.O., § 14 Rn.4; R hl/Steinmeier, Versammlungsrecht § 14 Rn. 11.

회이다.

偶發的 集會나 緊急集會는 主催者의 유무에 있어서는 구별되지만, 양자가 屋外 集會의 신고의무를 준수할 수 없는 集會라는 점에서는 동일하다. 偶發的 集會는 主催者가 없으므로 신고할 수 없고, 緊急集會는 集會의 目的을 실현시킬 수 없기 때문에 48시간 전의 신고라는 규정을 지키지 못한다.

偶發的 集會나 緊急集會는 모두 集會의 自由의 보호영역에 포함되는 集會로서 憲法 제21조의 보호를 받는다. 그런데 集會 및 示威에 관한 법률은 신고의무를 지키지 못한 屋外集會를 금지·해산시킬수 있도록 규정하고 있다(제8조, 제18조). 만약 屋外集會에 예외없는 신고의무를 부과시키고 이를 위반한 集會에 금지해산조치가 내려진다면, 偶發的集會나 緊急集會는 憲法상의 集會임에도 불구하고 원천적으로 봉쇄된다. 이는 集會의 自由의 본질적 내용을 침해하게 되므로 신고의무에 대한 集會 및 示威에 관한 법률조항을 합헌적인 것으로 해석하여 법률의 흠결을 방지하는 것이 바람직하다²⁵⁾.

그래서 偶發的 集會는 集會 主催者가 없으므로 신고의무가 면제된다고 이해해야 한다. 또 緊急集會에서는 集會 主催者가 集會開催를 하기로 결정하였을 때, 즉시 관할 경찰서장에게 기재사항에 따라 신고하였다면 사전신고의무를 완화해서 48시간 전이 아니라도 합법적인 신고서 제출로 인정되어야 할 것이다. 그리고 공공의 안녕질서와의 갈등을 최소화하기 위해서는 되도록 빠른 신고가 요망되므로, 서면이 아니라 시외전화로도 신고가 가능하다고 해석되어야 한다.

3. 集會의 自由의 部分權과 그 相衡

가. 部分權

集會 그 자체는 헌법상 어떠한 직접적인 보호도 받지 못한다. 권리의 주체는

독일의 연방헌법 재판소와 다수설도 같은 의견을 펼치고 있다. BVerfGE 69, 315 (358); Ott, a.a.O., ; Dietel/Ginzler/Kniesel, a.a.O., § 14. Rn. 21f ; 신고의무규정이 부분적으로 무효이거나 위협이라는 견해는 다음을 참조. Schenke, JZ 1986, S. 35 ; Geulen, KJ 1983, S. 183ff.

단지 개인 즉, 主催者, 主管者, 秩序維持人, 參加者 등이다.

集會자체는 參加者와 主催者가 集會의 자유를 누림으로써 실질적으로 보호된다. 主催者란 자기명의로 자기 책임하에 集會 또는 시위를 개최하는 사람 또는 단체를 말한다(집회 및 시위에 관한 법률 제2조 3호). 主催者는 보통 초청장발부 및 공고 등에 의하여 잠재적인 참가예정자들에게 集會참가를 촉구한다. 主催者의 권리는 선전·集會장소유치·연사초빙·현수막과 피켓제조등 集會개최의 준비 및 조직을 포함한다. 대규모 集會에서는 여러명의 主催者가 있을 수 있다. 우발적 集會는 일반적으로 主催者가 없고 단지 원인제공자가 있을 뿐이다. 예를 들어 "쌀수입반대!"라는 구호를 외침으로써 集會의 동기를 부여하는 원인제공자는 主催者가 아니다. 그러나 계획된 행위를 통하여 의식적으로 集會를 준비하고 자신의 목적을 추구하려는 사람은 그 集會가 외적으로는 우발적 集會이지만 主催者가 된다. 이런 가장된 우발적 集會는 옥외에서 개최되는 한 사전신고의무를 준수하지 않았으므로 그 主催者가 법적인 책임을 지게 된다. 그러나 신고없이 개최된 가장된 우발적 집회는 항상 해산되는 것은 아니다. 공공의 안녕질서에 대한 위협이 없으면 평화적인 집회 참가자의 권리가 보장되어야 하기 때문이다. 主催者는 질서있는 集會의 실행 및 集會의 중단·속행·종료등을 결정한다.

主催者는 集會실행을 관리하도록 主管者를 둘 수 있으며 主管者는 그 위임의 범위 안에서 主催者로 본다. 또한 集會의 질서유지를 위하여 主催者는 자신을 보좌하는 秩序維持人을 둘 수 있고 秩序維持人은 완장을 착용하여 參加者등이 알아볼 수 있도록 하여야 한다. 다수인이 동시에 集會의 자유를 행사함으로써 集會關係者들 상호간의 질서유지를 일차적으로 集會자체에서 담당한다. 경찰권은 이런 자체의 질서유지가 이루어지지 않을 때 개입된다. 질서유지의 책임을 지는 主催者나 秩序維持人은 集會의 자치행정기구이지 국가적 공권을 수여받은 사인이 아니다²⁶⁾. 集會의 자유의 한 내용으로서 참가의 자유는 명확하게 토론이나 연설에 적극적으로 개입하는 행위뿐만 아니라 단순한 청중으로서 개최장소에 있는 행위도 포함한다. 그러나 다른 목적으로 集會에 참가하는 상인·기자·경찰관·參加

26) Dietel/ Gintzel/ Kniesel (이하 D/G/K), a.a.O., §1. Rn. 186.

者들을 접대하는 사람 등은 參加者가 아니다.

나. 權利의 相衝

集會의 主催者·主管者·秩序維持人·參加者들 사이에는 권리의 상충이 발생할 수 있다. 主催者는 主管者나 秩序維持人을 선정하는데 자유스럽다. 主催者는 主管者나 秩序維持人에게 준 위임을 철회할 수 있고 다른 사람으로 교체할 수 있다. 이때 主管者나 秩序維持人의 교체는 參加者가 질서유지에 관하여 누구의 지시에 따라야 하는지 인식할 수 있도록 이루어 져야 한다. 주최인이나 秩序維持人은 屋內 公開集會에서 특정인이나 특정 단체의 참가를 배제할 수 있으며 이러한 경우에는 참가인보다 우월한 지위에 있다. 단, 屋外集會나 시위에서 主催者나 秩序維持人은 參加者의 자유를 배제할 수는 없다. 屋外集會는 일반적으로 일반인에게 그 사용이 보장되는 공공장소에서 개최되기 때문이다. 공권력에 의한 조치로만 공공장소의 사용이 제한될 수 있다²⁷⁾. 主催者는 보통 集會를 일정한 방향으로 나아가도록 진행시키므로 어느 정도로 주최권이 생각을 달리하는 參加者의 의사표현을 조정할 것인가가 문제이다. 主催者는 사전에 集會의 성격을 결정할 수 있기 때문에 토론과 배치되는 의견을 배제할 수 있다. 만약 이런 권리가 인정되지 않는다면 集會는 반대 의견을 가진 집단에 의해 자의적으로 조작될 위험성이 높다. 主催者는 더 나아가서 발언권의 분배에 폭넓은 결정권을 가진다. 集會參加者는 야유·환호·프랑카드·피켓등을 통하여 集會에서 동등한 행동을 할 권리가 있다. 그러므로 집회진행을 현저하게 침해하여 다른 參加者의 참가권을 저해하지 않는 한 集會내에서 반대 의견을 표시할 권리가 있다.

4. 集會의 自由의 效果

가. 事前的·死後的 效果

集會의 자유는 우선 현존하는 集會에의 참여를 보호한다. 이를 효과적으로 보

27) FÜßlein, Versammlungsgesetz, § 18, Anm.6; D/G/K, a.a.O, § 18 Rn 38

장하기 위해서는 集會의 사전적·사후적 단계까지 集會의 자유의 보호영역에 포함시켜야 한다.

集會개최를 위한 여행·현수막 제작·성명서 복사등의 준비과정이 集會의 자유에 의해서 보호되지 않는다면 실질적으로 集會의 자유가 보장될 수 없다. 따라서 集會 참가를 위한 여행도 集會의 자유의 내용에 포함된다는 데에는 의견의 일치를 보고있다.

또한 集會의 자유는 사후적인 보호를 포함한다. 종료된 集會라고 해서 곧 경찰권의 규제대상이 되는 일반 군집으로 변하는 것이 아니라 적절한 시점까지 集會參加者의 자유스러운 해산이 集會의 사후적 효과에 의해서 보장된다. 그러므로 集會 및 시위에 관한 법률 제18조 제2항이 경찰서장의 해산명령에 따르는 集會參加者의 지체없는 퇴거의무를 규율하고 있지만 이 조항은 합헌적인 것으로 해석하는 것이 타당하다. 즉 해산명령으로 集會가 즉시 기본권의 보호에서 박탈된 군집으로 변하는 것이 아니라 적절한 시간적 여유를 부여한 후에 이에 위반된 행위를 한 사람에게 벌칙규정을 적용해야 할 것이다.

나. 集會의 자유의 多元的 效果

集會의 자유는 기본권으로서 다양한 방향으로 기능한다. 이러한 기능은 구체적으로 한 集會를 어느 정도로 보호 또는 제한할 수 있는가란 문제를 해결하는 데 이론적 근거를 마련해 준다.

1) 防禦權

기본권은 그 연혁에서도 보여지듯이 우선 국가에 대한 방어권이다. 방어권으로서 集會의 자유는 국가권력의 간섭이나 침해로부터 자유스러운 영역을 보호한다. 국가기관은 자신의 권한을 행사하여 集會의 자유에 의해서 보호되는 영역을 침해할 수 없기 때문에 集會의 자유는 여기서 국가에 대하여 부작위를 요구하는 권리를 뜻한다. 민주주의 국가도 결국은 인간에 대한 인간의 통치이므로 권력남용을 방지하기 위한 방어권은 매우 중요하다. 이에 따라서 우리 헌법 제21조의

集會의 자유는 集會의 장소, 시간, 형태, 내용등을 集會關與者 스스로 결정할 수 있도록 한다. 이에 상응하여 경찰 및 행정관청은 국가안전보장·공공복리·질서유지를 위하여 요구되는 이상으로 集會를 규제해서는 아니되는 의무를 진다. 특히 어떠한 경우에도 허가제는 금지된다.

2) 給付請求權

集會의 자유는 국가권력의 부당한 간섭과 침해를 예방하는 방어권으로서의 소극적 기능만을 갖는데 그치는 것이 아니다. 오늘날과 같이 다원화된 사회속에서는 기본권에 대한 위협이 국가권력뿐만 아니라 여러형태의 압력단체 또는 사인으로부터도 나올 수 있다. 또한 集會의 자유가 실질적으로 보장되기 위해서 많은 사람이 한 장소에 모일 수 있는 회관·도로·광장등이 필수적이다. 문제는 어느 정도로 集會關與者가 集會의 자유의 실질적인 보장을 위하여 국가의 적극적인 행위를 요구할 수 있는가에 있다.

우선 集會의 자유의 실질적 보장을 위하여 일반사용뿐만 아니라 일반사용이 금지되고 있는 특정한 경우에 그 금지를 해제받아 사용하게 하는 특별사용에서도 허가를 받지 않고 공물을 사용할 권리가 원칙적으로 인정된다²⁸⁾.

공설운동장·공공회관등의 공물을 사용할 때는 集會關與者는 공물이용자로서 헌법상 평등원칙에 근거를 두고 공물의 공정한 이용의 자유를 방해하는 관리권의 행사를 저지할 수 있다. 공물의 이용이 관리자의 처분(신청에 대한 거부처분 등)으로 침해된 때에는 행정쟁송법상의 수단에 의한 구제가 가능하다고 할 것이다²⁹⁾. 국가나 지방자치단체는 공설운동장과 같은 공물의 대여에서 자의적으로 공물사용신청자들을 차별해서는 아니된다. 集會主催者는 관리청의 무하자 재량행사 청구권을 요구할 수는 있지만 구체적으로 직접적인 사용권은 없다. 일반공중의 사용에 제공되는 것이 아닌 장소는 공물관리청이 그 사용을 인정할 권한이 있지만 의무는 없다. 예를 들어 공공주차장 주변의 잘 보존된 잔디밭을 담당관청이

28) 비교, 김철수, 전계서, 489쪽. -

29) 박윤혼, 전계서, 457쪽.

집회장소로써 제공할 의무는 없는 것이다³⁰⁾. 헌법은 集會를 최대한 보장하지만 공물을 무제한도로 집회주최자에게 보장하는 정도까지 集會활동을 적극적으로 촉진·활성화시킬 의무는 없는 것이다. 이와 다른 유형의 문제로서 제3자가 평화적인 集會를 방해하는 데에 국가의 적극적인 보호조치를 요구할 수 있는지의 여부와 이런 요청이 가능하다면 어느 정도의 범위에서 이루어 질 수 있는가란 사항이다. 오늘날 기본권을 헌법적 가치 내지 객관적 질서로서도 파악되기 때문에 국가는 개인의 권리를 소극적으로 침해하지 않아야 될 뿐만 아니라 일반 제3자의 기본권 침해는 적극적으로 예방하는 기본권 보호의무를 진다. 이러한 국가의 보호의무는 集會 및 시위에 관한 법률에서 구체적으로 명시되어 있다. 동법 제3조 제3항은 "集會 또는 시위의 주체자는 평화적인 集會 또는 시위가 방해될 염려가 있다고 인정될 때에는 관할 경찰서에 그 사실을 통고하여 보호를 요청할 수 있다"고 규정하고 있다.

3) 參加權

개인은 국민으로서 정치적·국가적 의사형성에서 참가권을 가진다. 여기에 국민투표권·선거권·피선거권·공무담임권등이 속한다. 방어권이 국가로부터의 자유를 보장한다면 참가권은 국가에로의 자유를 보호한다. 集會의 자유가 민주적 의사형성과정과 연결되어서 국민은 단지 선거에서 정치적 의사형성에 참가할 뿐만 아니라 지속적으로 조직화된 국가의사에 영향력을 행사한다. 이런 면에서 집회의 자유는 직접적인 국민주권의 실행 수단으로 평가되며 민주적인 기본권내지 정치적인 투쟁권(politisches Kampfrecht)으로도 불리운다³¹⁾. 대중매체를 통한 정치적 의사형성에의 참여가 현실적으로 소수에게 국한되어 있는 상황에서 集會의 자유는 밑에서 위로의 의사형성을 촉진시키므로 민주적 소수를 보호하는 기능을 담당한다.

30) Herzog, a.a.O., Rn.43; D/G/K, a.a.O., Rn.80.

31) Quilisch, a.a.O., S.30ff; Schw ble, a.a.O., S. 17ff; Ossenb hl, *Versammlungsfreiheit und Spontandemonstration*, Der Staat 1971, S. 55

4) 節次權

기본권 보장이 강화되기 위해서는 단지 침해를 방어한다는 측면을 넘어서 절차법 상의 권리가 새롭게 부각된다. 이런 차원에서 集會主催者에 대하여 기본권에 친근한 절차를 형성시킬 경찰의 협력의무(Kooperationspflichten)가 논의되고 있다³²⁾. 특히 대규모 集會에서는 主催者와의 대화와 약속을 거쳐서 직접적인 경찰력 투입으로 인한 폭력의 가속화를 사전에 방지할 수도 있다. 공공의 안녕질서 뿐만 아니라 평화적인 집회를 제3자의 침해로부터 보호하는 예방적 조치인 신고의무와 경찰의 출석권은 이러한 협력원칙의 중요한 표현형태이다. 경찰과 주최자·주관자·질서유지인 상호간의 협력이 돈독할 수록 경찰은 집회자체 조직에 의한 질서유지를 더욱 신뢰하여야 하며 원활한 협력이 이루어 지지않을 수록 경찰의 개입권이 커진다.

절차적인 차원에서 고려되어야 할 것은 集會는 시간과 장소의 제약을 받는다는 특수성이다. 잘못된 집회금지 처분은 사후에 취소된다고 하더라도 보통 금지 처분 없이 개최되었을 集會와 동일한 효과를 발휘할 수 없다. 따라서 집회의 사전적 금지처분은 공공의 안녕과 질서를 위한 최후의 수단으로서 신중하게 이루어져야 한다.

5. 許可制 禁止

헌법 제21조 2항에 따라서 集會에 대한 허가는 인정되지 아니한다. 따라서 集會관계자(主催者·主管者·秩序維持人·參加者)는 어떠한 행정법상의 허가를 받을 필요가 없다. 허가란 상대적인 일반적 금지(부작위의무)를 특정의 경우에 특정한 상대방에게 해제하여 적법하게 일정한 행위를 할 수 있게 하여 주는 처분을 의미한다³³⁾.

그러므로 集會에 허가제를 인정한다는 것은 사실상 集會의 자유를 불가능하게

32) BVerfGE 69, 315(353ff.)

33) 박운훈, 行政法講義(上), 371쪽.

만드는 결과를 초래할 수 있다.

集會의 허가제를 인정하지 않음으로써 행정관청의 개입 가능성은 현저하게 축소된다. 그래서 集會 및 시위에 관한 법률은 허가제를 금지하고 屋外集會에만 신고의무 규정을 두고 있다. 문제는 集會의 자유를 제한할 목적으로 제정된 법률이 아닌 기타의 법률이 그 법률의 목적을 달성하기 위하여 공공장소의 이용시에 허가제를 규정하고 있는 경우이다. 예를 들어 자연공원법상 공원지역안에서 자연풍경을 훼손하거나 공중의 이용에 지장을 가져올 우려가 있는 행위는 공원관리청의 허가를 받아야 하며(제26조 1항 11호) 공익상 필요하다고 인정되는 때에는 출입을 제한하거나 금지시킬 수 있다(제36조의 2). 또한 도로법은 도로의 점용시에는 관리청의 허가를 요건으로 하고 있고(제40조) 문화재관리법 제20조5호의 규정에 의하면 국가지정문화재의 형상을 변경하거나 그 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위는 허가를 명시하고 있다.

이러한 조항은 集會와의 직접적인 연관성이 없이 도로관리의 적정을 기하면서 교통의 발달과 공공복리의 향상에 기여한다든지 문화재의 보존·유지를 추구하는 등의 고유한 법률목적에 완수하려는 내용을 담고 있다. 그러나 集會의 허가제를 명문으로 금지한 것은 集會의 자유의 최대한의 보호라는 목적을 분명히 한 것으로서 개별법률의 목적보다 우월한 것이다. 더구나 대규모의 다수인이 모이는 屋外集會는 공원·공설운동장·도로·고수부지·역광장 등의 공공장소에서 개최되는 것이 일반적인 사례이므로 개별법률의 허가제를 集會에까지 적용하게 되면 사실상 集會의 허가제를 인정하게 된 위험성이 높다. 그러므로 공원이나 도로에서 集會를 하고자 하는 자는 도로법이나 자연공원법상의 허가를 받지 않아도 된다고 해석해야 한다. 허가제의 금지는 집회행사에 고유한 사항에 연관되어 있으므로 공공장소의 이용, 연단 및 차양막의 설치, 확산기 사용등에 적용된다. 하지만 옥외공공장소에서 수백개의 벤치를 두는 것과 같이 集會행사에 본질적으로 필요하다고 사례될 수 없는 행위는 이에 포함되어 있다고 볼 수 없다³⁴⁾.

34) VGM M nchen, NJW 1978, 1939f

6. 集會의 自由에 대한 制限

集會의 자유는 국민의 기본권으로서 최대한 보장되어야 하지만 헌법 제37조 제2항에 의거하여 공공의 안녕과 질서유지 및 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로서 제한할 수 있다. 물론 집회의 자유를 제한하는 경우에도 헌법 제37조 제2항에서 나오는 형식상·내용상·방법상·목적상의 한계내에서 이루어져야 한다. 집회에서 야기될 수 있는 특별한 위험을 방지하기 위하여 우리나라는 집회의 시위에 관한 법률을 제정하였다. 예를 들면 집회 자체와 직접적인 관계가 없이 집회개최장소가 전염병이나 건물붕괴의 위험이 있다면 이에 관한 규제는 다른 법률에 규정되어 있는 것이다. 매우 어려운 문제는 일반적인 법률이 집회 및 시위에 관한 법률 이외에 사실상 집회의 자유를 제한 할 수 있는지의 여부와 제한이 가능하다면 그 범위에 관한 것이다.

Ⅲ. 外國의 集會示威에 대한 綜合的 分析

1. 接近方法

독일, 미국, 일본, 영국, 프랑스 등 선진제국의 집회·시위를 종합적으로 분석함에 있어서 대체로 다음과 같은 세가지 관점으로 접근하였다.

첫째는, 선진제국에서도 60-70년대 심각한 과격시위를 경험하였는데, 그것이 어떠한 과정을 거쳐 오늘날 평화적 시위로 정착되었는가 하는 점이다. 또한 그 과정에서 정부의 대응은 어떠하였는가 등이다.

둘째는, 先進諸國의 집회·시위의 보호와 규제에 있어서 법적구조와 그 판례에 대한 것이다. 즉 민주주의 체제하에서 집회·시위는 국민의 당연한 기본권인 동시에 정치참여의 한 형태로서 인정된다. 그러나 문제는 집회·시위가 집단행동으로서 과격화될 수 있는 속성을 가지고 있으므로 공공의 안녕질서를 침해할 위험성을 갖고 다른 사회 구성원의 생명과 재산을 위협할 가능성도 있기 때문에 이에 대한 법적규제가 필요하게 된다. 이에 대한 선진제국의 立法態도와 判例는 어떠한가 등이다.

셋째는, 경찰의 정치적 중립성과 공정성을 확보하기 위하여 선진제국에서는 어떠한 제도적 장치를 갖추고 있는가 하는 점이다. 집시법의 공정한 운영과 그것이 이해갈등집단에게 설득력을 갖기 위하여는 근원적으로 경찰제도 자체가 정치적 중립성과 공정성을 갖추어야 함은 물론이다. 나아가 그러한 警察制度가 과격한시위에 어떻게 대응하였으며, 시위의 과격 폭력화를 방지하기 위하여 어떠한 제도적 장치를 갖추고 있는가 등이다.

2. 獨 逸

가. 集會行態의 變化와 公權力의 對應

1960년대 독일사회는 1965년 베트남 전쟁 반대시위를 기점으로 학생운동의 확산을 경험하고 있었다. 미국의 베트남 정책에 반대하는 시위에 대한 법적 제재조치는 오히려 시위의 확대를 초래하였다. 또한 1967년 이란 국왕 팔레비의 방문 반대시위와 이를 진압하는 과정에서 일어난 학생사망 및 학생지도자인 두츠크(R. Dutschke)의 사망은 옥외집회를 전국적으로 확산시켰고 소위 '院外反對團體'를 결성하게 하였다³⁵⁾.

이에 대하여 서독정부는 1968년 제17차 基本法改正法律에 의해서 28개의 기본법조항을 삽입, 개정 또는 폐지시켰고, 특히 자유민주주의 기본질서에 대한 위해를 방지하기 위한 헌법적인 토대를 마련하였다. 다른 한편으로 서독정부는 학생운동의 요구내용인 권위주의 구조의 철폐와 참여의 증대등을 전폭수용하여 1970년대 초기를 가히 『改革의 時代』(Reformszeit)라고 불릴 정도로 사회의 모든 분야에 걸쳐 과감한 개혁정책을 추진하였다. 이에 따라 1970년대에 접어들면서 과격 학생시위는 대중적 지지를 급격히 상실하면서 소수의 테러집단으로 전락하게 되었다. 1970년대 시기에 독일 사회에서는 테러집단에 의한 은행강도, 요인살해, 비행기 납치, 방화 등 테러시위가 간헐적으로 감행되긴 하였으나, 전반적으로 평화시위의 양상이 정착되어 갔다. 1980년대에는 주요 시위 쟁점이 녹색운동, 평화운동, 반핵운동 등으로 전환되면서 일부 시민들이 시위의 주체로 등장하였다. 그러나 이들에 의한 시위는 대부분 합법적, 평화적 양상을 나타내는 것으로 오늘에 이르고 있다.

독일의 경우에 집회에 대한 경찰의 대응은 엄격한 법집행을 강조하면서도 집회의 강도에 따라 그 진압의 강도를 달리하는 신축성을 보여주는 것이었다. 즉 학생시위가 과격하여지기 전까지는 독일 경찰은 데모진압시 무장을 하지 않은

35) 김원치, 신좌파와 테러리즘(서독을 중심으로), 71쪽이하

정복차림으로 나타났으나, 시위가 폭력화 됨에 따라 진압경찰이 헬멧과 방패를 착용하고, 곤봉을 휴대하는 등 무장을 갖추고 강경진압의 전술을 채택하였던 것이다. 반면에 평화적 시위는 國家의 保護義務理論에 따라서 보호되었다.

독일은 이미 법적으로 평화적인 집회를 주도하는 체계가 어느 정도 확립되었고, 정치적, 경제적, 사회적인 갈등을 비폭력적으로 해결하려는 집회형태가 정착되었다고 파악된다. 최근의 통계를 보면 전체 옥외집회 가운데 약 2%정도만이 폭력적인 집회로 전개됐다³⁶⁾.

나. 法的規制

獨逸憲法 第8條에는 「①모든 獨逸人은 申告(Anmeldung)하거나 許可를 받지 아니하고 平穩하게 무기를 가지지 않고 집회할 權利를 갖는다. ② 屋外集會에 대하여는 이 權利는 법률로서 또는 법률에 근거를 두고 制限 할 수 있다.」하여 集會의 自由에 대한 事前制限을 원칙적으로 禁止하는 한편 屋外集會에 대하여는 法律에 의한 制限을 인정하고 있다. 이에 관한 具體的인 規制立法으로서 集會 및 示威에 관한 法律(集示法)(Gesetz über Versammlungen und Aufzüge = Versammlungs-gesetz)이 있다.

獨逸 集示法은 集會, 示威에 대한 一般的인 規制의 原則으로서 다음과 같은 集會·示威를 禁止하고 있다 (§ 1.). 즉 i) 自由롭고 民主的인 基本秩序를 공격하기 위한 集會 ii) 基本法 第21條 第2項에 의거하여 聯邦憲法裁判所에 의하여 憲法違反이라고 宣言된 政黨 또는 그 支部組織이나 그 代替組織의 目的을 促進하기 위한 集會, 示威 iii) 聯邦憲法裁判所에 의하여 憲法違反이라고 宣言된 政黨의 集會, 示威 iv) 基本法 第9條에 의거하여 禁止된 團體 (그 目的이나 活動이 刑罰 法規에 違反하거나 憲法上的 秩序 또는 國際理解의 觀點에 反하는 團體) 등이다.

36) 1990년에는 6878건의 옥외집회에서 136건이 1991년에는 13,035건의 옥외집회에서 242건이 폭력집회였다. 자료 Münch/Kunig, a.a.O., Bd.1, Art.8 Statistische Angaben

同法 第5條는 屋內集會라고 할지라도 公開的인 경우에는 다음과 같은 금지사유를 구체적으로 규정하고 있다. i) 主催者가 第1條 第2項 各號의 規定에 해당하는 경우와 第4號의 경우에 있어서는 權限있는 行政廳에 의하여 禁止가 確定된 경우 ii) 集會의 主催者 또는 社會者가 第2條 第3項에 違反하여 武裝한 參加者의 入場을 許可한 경우 iii) 主催者등이 集會의 暴力的 進行을 企圖한 事實이 明白한 경우 iv) 主催者등이 重罪 또는 職權으로 訴追될 수 있는 輕罪에 해당되는 意圖를 옹호하려는 發言을 許容하려는 事實이 明白할 때.

그리고 同法 第13條는 屋內集會라 할지라도 다음과 같은 경우에 그 理由를 明示하고 集會를 解散시킬 수 있다. i) 主催者가 第1條 第2項 各號에 해당된 경우와 第4號의 경우에 있어서는 權限있는 行政廳에 의하여 禁止가 確定된 경우 ii) 집회가 폭력적으로 된 경우 및 參加者의 生命 健康에 대한 直接위험이 存在하는 경우 iii) 司會者가 第2條 第3項에 違反하여 무기를 휴대한 者를 배제하지 아니한 경우 iv) 集會에 의하여 重罪 또는 職權에 의하여 訴追될 수 있는 輕罪를 規定하고 있는 刑罰法을 위반한 때, 다만 第2號 내지 第4號의 경우에 있어서 解散조치는 다른 警察措置 特히 中止措置로서도 해결되지 않는 경우에 限한다.

다음 屋外集會와 示威에 대한 具體的인 規制條項 中에서 主要한 것을 보면 다음과 같다. 먼저 屋外集會와 示威는 公告 48時間 前에 管轄行政廳에 申告하여야 되는 申告主義를 채택하고 있다(제14조 1항). 이에 대해 管轄行政廳은 狀況에 비추어 公共의 秩序나 安全이 直接的으로 위협을 받고 있는 경우에는 그 集會 또는 示威를 禁止하거나 해산 또는 一定한 條件을 붙일 수 있다(제15조 1항). 그리고 集會示威가 申告없이 開催되거나 申告와 相異한 경우 또는 條件에 위반하거나 禁止要件이 있을 경우에는 그 集會 또는 示威를 해산시킬 수 있으며 (同條), 第1條에서 禁止된 集會나 示威는 解散된다.

다. 集會에 대한 法的 特徵

1) 秩序維持人

독일은 「집회 및 시위에 관한 법률」에서 집회와 시위에 있어서 "명예직 질서

유지인(Ordner)"에 관한 규정을 두고 있다(제9조, 제 18조). 즉 집회의 진행과 질서를 유지해야 하는 주관자(Leiter)는 옥내 및 옥외 공개집회에서 적정한 수의 질서유지인을 두어서 자신의 권리수행을 보조하게 할 수 있다. 옥내집회에서 질서유지인을 둘 의무는 없지만 담당관청은 옥외집회에서 조건을 부과시켜서 질서유지인을 임명하게 할 수 있다. 또한 옥외집회에서 질서유지인을 이용할 때는 경찰의 허가를 받아야한다(제18조 2항). 이것은 거대한 옥외집회에서 공공의 안녕과 질서를 위하여 질서유지인의 수와 질에 있어서 사전의 통제를 하는 데에 의미가 있다. 질서유지인들은 반드시 성인이라야 하며, 무기나 제2조 3항에 규정된 물품을 휴대할 수 없다. 또한 「秩序維持人」이라 쓰여진 백색완장을 착용하여 알아볼 수 있도록 하여야 한다(제9조 1항). 그리고 집회 및 시위 참여자들은 질서유지인의 질서유지를 위한 정당한 명령을 준수해야 하는 의무를 지니게 규정하였다(제10조, 제19조 2항). 집회 및 시위 주도자는 자신이 배치한 질서유지인의 숫자를 경찰이 요구할 경우 통지해야 할 의무가 있으며, 경찰은 질서유지인의 숫자를 적절히 제한할 수 있다고 규정하였다(제9조 2항).

독일에서 채택하고 있는 이러한 질서유지인 제도도 미국의 법률적 엄저버제도와 마찬가지로의 효과를 지니고 있는 것으로 평가될 수 있다. 즉, 집회 및 시위의 진행에 있어서 질서유지를 우선적으로 시위대 자체에게 담당시킴으로써 시위대와 경찰간의 직접적인 충돌의 기회를 줄일 수 있게 하고 있다. 이는 시위가 폭력화할 기미가 보일때 경찰이 질서유지인을 통해 간접적으로 집회의 진정을 유도할 수 있고, 또한 경찰의 시위진압에 있어서의 자제를 신장시켜 줄 수 있다. 질서유지인에 관한 규정은 주관자의 권리를 인정하는 조항이지 집회를 제한하려는 데에 그 목적이 있는것이 아니다³⁷⁾. 그래서 질서유지인의 선발은 主管者의 裁量에 있는것이다. 거대한 인권이 모인 집회에서 내부의 질서유지는 일차적으로 주최자나 주관자등에 일임하고 補充的으로 공권력이 발동된다는 원칙이 오히려 평화적인 집회를 이끌 수 있다.

2) 覆面禁止

37) D/G/K, a.a.O., §9 Rn.1; Ott, a.a.O., §9 Rn.1

독일은 1989년에 집회 및 시위에 관한 법률을 개정하면서 옥외공개집회에서의 防禦武器(Schutzwaffen)³⁸⁾ 금지와 함께 복면금지 조항을 규정한 제17a조를 삽입하였다. 신분확인이 불가능하게 분장이나 복면을 한 사람은 경험법칙상 현저하게 폭력을 사용한다는 사실에서 입법자는 복면금지 조항을 삽입한 것이다.

그러나 복면이나 분장을 한 사람들의 집회가 곧 고도의 폭력성을 드러내는 것은 아니다. 집회에 참가하면서 받은 사회적 차별대우를 예방하기 위하여 분장을 하는 에이즈환자나 동성연애자들의 집회도 있다. 또는 언어로 표현할 수 없는 의사표현이나 언어보다 강력한 심리적 효과를 노리기 위한 반핵시위자들의 해골 복면도 가능하다. 그래서 일반적인 복면금지조항은 위헌으로 파악되었고 17a조 3항에서 공공의 안녕이나 질서에 대한 위협이 없는 때에는 담당관청이 例外를 허용할 수 있다고 규정하였다. 물론 담당관청에게 재량권이 부여되어 있지만 이 재량은 過剩禁止의 原則에 따라 제한되어 있다. 이런 복면금지조항은 옥외집회장소에서 뿐만 아니라 복면을 소지한 채 집회에 참가하기 위하여 가는것도 적용된다.

3. 美 國

가. 集會樣相의 變化와 政府의 對應

1960년대 초 남부지역에서 흑인 인권운동으로 시작된 미국의 옥외집회는 핵무기 실험중단, 군비경쟁 중지, 민권운동, 극빈자 구제, 민주주의 구현, 교육의 질적 향상, 월남전 반대 및 징집반대 등과 같은 쟁점들로 확산되었다³⁹⁾. 흑인 인권운

38) 방어용무기는 그 목적이나 형태와 구조적 특성상 본래 상대방 무기로 부터 신체를 보호하는데 사용되는 철퇴, 전투경찰의 보호갑 등이다. 이외에도 객관적으로 방어용 무기와 같은 목적을 달성할 수 있고, 주관적으로 소지자가 공권력의 집행조치를 방지하기 위하여 지참하는 대상은(예를들면 오토바이 헬멧) 방어용무기에 포함된다고 본다. BT-Drucks, 10/3580, S.4

39) 이에 대하여는 다음을 참조. 연세대학교 사회과학연구소 (보고서), 시위문화 개선방안 연구, 291쪽 이하; 김정훈, 세계의 시위문화, 141쪽 이하

등과 반전운동으로 집약될 수 있는 1960년대의 미국에서의 시위확산은 "국가권력과 대학권위의 정통성, 민주성 및 도덕성의 결여"에 기인하는 것으로 지적되었다. 그리고, 그 시위형태는 대단히 과격한 양상을 띄는 것이었다. 1967년의 콜럼비아 대학사태와 1970년의 켄트대학 사태는 대표적인 사례이다. 콜럼비아 대학사태 당시 학생들은 총장실을 비롯한 학교 건물을 힘으로 점거하여 장기 농성에 돌입하였으며, 급기야 대학당국은 공권력 투입을 요청하여 학생들을 강제 해산시켰다. 이 사건으로 콜럼비아 대학은 1년여 동안 학사운영이 완전 마비되었다. 또한 1970년의 켄트대학 사태 당시에는 학생시위가 투석, 화염병 투척과 학교건물에 대한 방화 등으로 폭동화하였으며, 시위진압에 무장한 주 방위군까지 동원되는 양상을 보였다. 그리고 그러한 와중에 4명의 학생이 사망하고 수십명이 부상당하는 인명피해를 내는 최악의 상태를 맞기도 했다⁴⁰⁾.

한 통계에 의하면, 미국에서 1960년대 후반부터 6년간 진행된 시위과정에서 약 233명의 시위참가자들이 사망……물론, 이들 사망자들은 모두 미국경찰에 의해 피살된 것은 아니다……한 것으로 나타났다 (Statistical Abstract of the United States, 1973: 148)⁴¹⁾. 이러한 통계수치는 당시 미국에서의 시위가 얼마나 과격한 폭력시위로 치달았는지를 잘 보여준다. 그러나 이같은 기존 권위에 대한 반항적인 불법과격시위는 1970년대 중반에 접어들면서 쇠퇴하기 시작했고, 1970년대 후반부터는 『小我主義 世代』(the "me" generation)의 대두와 함께 학생운동도 무관심 속으로 빠져들었다⁴²⁾.

미국사회에서 평화적 시위형태가 정착되게 된 계기는 무엇보다 1970년대 중반 월남전의 마감과 과감한 인종차별 정책의 철폐 및 사회복지정책의 확대 등과 같이 집회의 원인이 되는 쟁점에 대한 정부와 정치권의 적극적이고 탄력적인 수용

40) 金僑東, "미국의 학생운동과 그 교훈", 『현대이념연구』(건국대) 제4권 (1981), P.39; The national Advisory Commission on Civil Disorders, 1968, 18-20쪽; The President's Commission on Campus Unrest, 1970, 55-56쪽; Drake, "Urban Violence and American Social Movements", 1968, 15-26쪽

41) 연세대 사회과학연구소, 전계서, 292면

42) 연세대학교 사회과학연구소, 전계서, 292

에 그 일차적인 원인을 찾을 수 있다⁴³⁾. 그러나, 다른 한편으로 미국사회에서 불법 과격시위에 대한 치유가 조속히 달성될 수 있었던 것은 오랜 준법문화의 전통과 관련 법규의 합리성과 공정성, 폭력시위에 대한 언론의 단호한 대처 및 공권력의 훈련된 대응에 기인하는 바 크다 할 수 있다.

나. 法的規制와 判例

1) 法的規制

직접 집회를 규율하는 통일적인 연방의 권한은 없으며 각주의 법률이나 시의 조례에 의하여 특히 옥외집회를 규제하고 있다. 연방 대법원에 의하면 사전허가제는 경찰로 하여금 시위에 대한 준비를 할 수 있게 하고, 두개의 시위가 같은 장소에서 동시에 일어나는 것을 방지하여 주며, 출퇴근시간에 교통이 막히는 것을 방지해 줄 수 있기 때문에 사전허가제가 위헌이라고 볼 수는 없다. 다만 사전허가제가 사전허가의 방법을 통하여 행정관리로 하여금 시위에서 주장하는 내용을 심사하여 그에 따라 조치할 수 있는 재량권을 주도록 되어 있다거나 시위자체를 금지시킬 수 있다면 그러한 사전허가제는 무효라고 한다. 예를 들어, District of Columbia의 경우에는 "시위를 개최코자 하는 사람, 집단(단체)은 시위시간, 장소를 정한 뒤에 이를 서면으로 작성하여 관할 경찰서장에게 시위허가 신청서를 제출"하도록 하고, 관할 당국은 "허가신청서에 기재된 사항 및 기타 다른 통로를 통해 입수된 제반 정황을 토대로" 그 "시위의 개최가 시위가 열릴 도로와 인접한 지역을 통행하는 보행자 또는 차량의 안전하고 질서있는 운행에 커다란 지장을 초래"하거나 "공공의 안녕을 위태롭게 하거나 또는 중대한 재산상의 손실을 초래할 수 있을 정도로 폭력적이고 무질서한 행동의 가능성을 조성"할 위험이 있다고 판단될 경우 등에는 그것을 허용하지 않을 수 있도록 규정하고 있다⁴⁴⁾.

43) 김오동, 전제논문, 40쪽이하

44) 김정훈, 세계의 시위문화, 143쪽이하

2) 事前許可制의 違憲性에 관한 判例

미국에서 사전허가제에 대한 최초의 연방대법원의 판결은 Cox v. New Hampshire 판결(1941년)⁴⁵⁾이다.

시위 및 행진에 대한 사전허가제를 규정한 New Hampshire 州法이 문제가 된 1941년의 판례에서 미국 연방대법원은 허가제 규정의 위헌여부에 관한 판단에서 "공중의 편의(convenience)"에 대한 "부당한"(undue) 지장을 주어서는 안된다는 정도의 구체성과 명확성만으로도 이를 합헌으로 보았다. 또한, 시당국은 다른 적절한 목적을 위하여 시위 및 행진의 시간과 장소, 방법에 대해 일정한 조건 또는 변경을 가할 수 있다고 판시하였다. 즉, 미국의 연방대법원은 집회 및 시위에 대한 사전허가제 자체가 위헌은 아니며, 공중의 편의등을 위하여 허가제를 채택할 수 있다는 것을 인정하였던 것이다.

이는 1965년 Cox v. Louisiana 판례⁴⁶⁾에서도 확인되었다. 즉, 연방대법원은 "본 법의 규제대상이 되는 행위(피켓팅 및 시위)는 표현과 집회가 결합된 것으로서 규제의 대상이 된다. ……언론과 결합된 어떤 종류의 행위에 대한 규제 내지 금지는 가능하다"고 결론짓고, 그 논거로 "본 건에 있어서는 신문의 기사라든지 한 시민의 공무원에 대한 전문과 같은 순수한 형태의 표현을 문제시하는 것은 아니다. 본 건에 있어서 중요한 것은 표현의 자유에 대한 것만이 아니라 특정의 행위와 결합된 표현이라는 데 있다."는 것을 들었다. 이는 "순수한 언론"(pure speech)과는 달리 특정의 행위와 결합된 "언론 플러스"(speech plus)는 규제의 대상이 될 수 있음을 인정하여 집회 및 시위에 대한 사전허가제를 합헌으로 인정하는 것이었다⁴⁷⁾.

모든 공공도로에서의 행진 또는 시위는 사전에 市 경찰위원회의 허가를 받아야 하며, 경찰위원회는 "공공복지, 평화, 안전, 건강, 품위, 질서, 도덕, 또는 편의를 위하여 허가거부가 필요하다고 판단되지 않는 한" 시위와 행진은 허가해 주

45) 312 U.S. 569.

46) 379 U.S. 588.

47) 문광삼, 정치적 집회·결사의 자유, 법학논총 1985(부산대), 224면이하

어야 한다고 규정한 Alabama 州 Birmingham 市 條例가 문제가 된 1969년의 판례에서는 연방대법원이 "허가당국에게 지침을 주는 협소하고, 객관적이고, 명확한 기준이 설정되어야 하는 데, 버밍햄 市 條例는 이 요건을 충족시켜 주지 못하고 있다. 문제된 행위가 공동체의 '복지', '품위' 또는 '도덕'에 미치는 잠재적 효과에 대해 허가당국의 공무원 자신의 견해에 따라 허가를 줄 수도 있고 주지 않을 수도 있도록 해서는 안된다"고 판시하였다. 연방대법원은 미국 헌법 수정 제1조의 기본권은 가장 근본적인 인권이므로 이를 제한하는 데는 신중을 기해야 하며, 만일 이를 제한하려고 할 경우에는 구체적이고 확실성이 있는 기준이 설정되어 있어야 한다고 하였던 것이다.

위의 판례들에서 나타난 집회 및 시위의 허가제에 관한 미국 연방 대법원의 입장은 첫째, 집회 및 시위에 대한 사전허가제 자체가 위헌은 아니며, 공공질서와 편의를 유지하기 위해 집회 및 시위에 대한 사전허가제를 채택 할 수 있으며, 둘째, 허가의 기준은 협소하고 객관적이고 명확해야 한다는 것이었다.

통제가 불필요할 정도의 집회라면 경찰은 이를 근거로 해산시킬 수는 없다⁴⁸⁾. 사전허가와 관계없이 집회가 평화적으로 진행된다면 단순참가자의 기본권은 최대한 보장되어야 하기 때문이다.

3) 時間, 場所 및 方法 制限規定의 違憲性에 관한 判例

집회에 대한 시간, 장소, 방법상의 제한은 인정되지만 몇가지 원칙에 따라서 이루어져야 한다.⁴⁹⁾ 즉 제한은 구체적이고 특정적이어야 하며, 제한의 필요성이 있어야 한다. 또한 제한은 집회의 내용에 대하여 중립적이어야 하며 제한을 가하더라도 참가자들이 자신의 의사를 표시할 다른 수단이 있어야 한다.

1972년의 Police Department of Chicago v. Mosley 판결과 1980년의 Carey v. Brown 판결에서는 "일단 광장이 어떤 집단의 집회 또는 연설에 열려졌으면, 정부는 다른 사람들의 집회나 연설에 대해 그들이 말하려는 것을 근거로 이를 금

48) 이재홍, 시위의 자유의 범위와 한계(上), 인권과 정의 1990.6, 83쪽

49) 이재홍, 전계논문, 84쪽; 이에 대한 판례들은 연세대학교 사회과학연구소, 전계서, 309면 이하를 참조

지할 수는 없다"고하여 메시지의 내용에 근거하여 공공장소에서의 특정한 집회 및 시위를 제한하는 것은 위헌이라고 판시하였다. 1983년의 Perry Educational Association v. Perry Local Educators' Association 판결에서는 "공공의 광장"(Public Forum)의 개념을 유형화하고, 그에 따른 법적 취급상의 차별적 원리를 제시했다. 이에 의하면, "공공의 광장"은 세가지 범주로 구분된다.

첫째, 도로나 공원처럼 전통적으로 집회나 토론에 제공되어온 장소로, 이런 곳에서의 시위와 행진에 대한 州의 규제권은 극히 제한되어야 한다. 즉, "州가 (표현) 내용에 근거하여 (사용을) 불허하려면, 그 규제가 절박한 州의 이익을 위해 필요하며, 또한 그 규제가 그 목적을 달성하기 위해 좁게 한정되었음을 입증하지 않으면 안된다. 州는 또한 표현의 시간, 장소, 방법을 규제할 수 있으나, 그 규제는 내용상 중립적이고, 중요한 정부이익을 위해 좁게 적용되고, 넓은 代案的의 사통로를 남겨 두는 것이어야 한다."

둘째, 주립대학과 같이 표현활동을 위해 공중의 사용에 제공된 공공재산으로 구성되며, 비록 정부가 애초에 공공의 광장을 설치해야 하는 것은 아니라고 하더라도, 일반적으로 공중에게 제공된 이 광장으로부터 일정한 배제를 가하는 것은 금지된다. "州가 이러한 시설의 공개적 성격을 무한정 지속해야 하는 것은 아닐지라도, 일단 공개하는 이상, 전통적인 공공의 광장에 적용되는 기준과 마찬가지로의 기준에 구속된다. 합리적인 시간, 장소, 방법상의 규제는 허용되며, 내용에 근거한 금지는 州의 절박한 이익을 실현하기 위해 좁게 한정된 것이 아니면 안된다."

셋째, 학교우편시설처럼 전통이나 지정에 의해 공공의 의사소통의 장소로 되어 있는 것이 아닌 경우로, 이 때에는 다른 기준이 적용된다. "시간, 장소, 방법상의 규제 이외에도 州는 그 의도한 어떤 목적(그것이 의사소통에 관한 것이든 또는 다른 어떤 것이든)을 위해 그 광장의 사용을 유보해 둘 수 있는데, 다만 언론에 대한 그 규제는 합리적인 것이어야 하고 또한 단순히 공무원이 반대하는 의견이 기 때문에 표현활동을 억제하려는 것이어서는 안된다."

1983년의 U. S. v. Grace 판결⁵⁰⁾은 연방대법원 건물 주위의 보도에서의 피케팅

50) 461 U.S. 171.

을 금지하는 연방법률이 무효라고 판결하였다. 이 때의 기준은 정부는 그러한 피켓팅을 금지해야 하는 절박한 이익의 존재를 입증하지 못했고, 또한 이 규제는 메시지의 전달을 전면 봉쇄하는 것으로 그 한도를 넘는 불합리한 장소적 규제라는 점이란 근거에서였다.

미국 연방대법원의 판례는 집회 및 시위의 시간, 장소, 방법상에 대한 일정한 규제를 합헌으로 인정하나, 그것이 특정 메시지의 억압과 무관하고, 정부의 중요한 이익에 기여하는 것이어야 하며, 나아가 그 메시지를 전달하는 능력을 불필요하게 제한하는 것이 아니어야 한다는 점을 강조한다.

한편, 1986년의 *Fiuzer v. Barry* 판결은 외국대사관 500피트 범위 이내에서 외국정부와 그 관리에 대해 "公的 非難" 또는 "惡評"을 가하는 항의시위를 금지하였다. 이 경우는 우선 특정 입장(viewpoint)에 대한 규제는 가능한 최소한으로 제한되어야 한다는 단서를 조건으로 하고 있으며, 둘째 외국의 외교관은 미국 국민에 대해 책임을 지지 않는다는 점에서 백악관이나 의사당 또는 대법원 주위에서의 집회규제와는 성격이 다르다고 보았다. 그러나, 이판결은 특정한 입장에 따른 집회 및 시위규제를 허용한다는 점에서 위험적 소지가 크다고 비판받고 있기도 하다⁵¹⁾.

다. 警察制度와 示威 對應

경찰의 정치적 중립성과 공정성을 확보하기 위한 제도적 장치를 마련함으로써 경찰에 의한 법적용의 공정성과 신뢰성을 강화하기 위하여 미국의 경우에는 전형적인 자치경찰제도를 채택하고, 각 주의 경찰권은 국민투표에 의해 선출되는 정치인들로 구성된 주 경찰위원회(조지아 주와 텍사스 주 등의 경우)나 주감독관(State Superintendent)의 관리감독하에 행사되도록 되어 있다.⁵²⁾ 그리고 Birmingham 시의 조례에서 보는바와 같이 많은 경우 집회 및 시위에 관한 허가

51) 양건, 집회·시위에 대한 사전제한, 법학논총(한양대) 1991, 157면

52) 미국경찰제도에 대하여는 치안본부, 미국경찰, 67쪽이하참조

를 이 경찰위원회가 행사하도록 하고 있다.

미국의 경우는 일부 대도시에서만 시위진압을 위한 기동대가 편성되어 있고, 중소도시에서는 일반경찰이 시위진압에 동원되는 양상을 보인다. 이런 점에서, 미국경찰은 시위진압에 있어서 세련된 면모를 보여주기 보다는 거친 태도를 보이는 경향이 있으며, 진압행렬의 형성 또한 허술하다는 평을 받고 있다. 뿐만 아니라, 미국경찰은 불법폭력시위에 대해서는 공권력을 동원해 가차없이 이를 진압하는 양상을 보여 "법률을 집행하는 기능공"이라는 평을 받을 정도로 법의 엄격한 집행과 적용을 단행하는 것으로 유명하다. 이러한 경찰의 비교적 거친 진압행태에도 불구하고, 미국사회의 뿌리깊은 법치의식은 불법 과격시위 자체를 용인하지 않는 방향으로 사회분위기를 이끌고 있다.

그러나, 미국경찰이 과격시위를 진압함에 있어서 경찰의 무절제한 과잉진압이 초래할 수 있는 반작용을 방지하고자 하는 노력도 신중히 기울여진다. 1960년대 후반의 대학소요사태를 조사한 「The President's Commission on Campus Unrest」는 인적, 물적 피해가 심각히 우려되는 상황에서 경찰이 당연히 법집행을 단행해야 한다는 것을 강조하면서도, 그러한 상황에서 경찰의 대응방식이 사태의 전개에 가장 결정적인 영향을 미칠 수 있음을 경고하였다. 이들은 대통령에 제출한 보고서에서 시위진압에 있어서 경찰의 가장 우선적 목표는 가능한한 시위대와 경찰측이 다같이 인명 및 재산상의 피해가 최소한으로 그칠 수 있도록 하는 것이어야 한다고 강조하였다. 그리고, 이를 달성할 수 있는 것은 경찰의 수적 증대가 아니라, 경찰의 전문화 및 경찰과 시위대간의 효율적인 의사전달체제의 구축 및 시위진압 과정에서의 신중한 대응이라고 제시하였다.⁵³⁾

이들이 제시한 시위진압과 공공질서의 회복을 위한 구체적 대응전술은 무엇보다도 시위대의 체포가 아니라, 시위대의 해산이었다. 따라서 이들은 시위대의 신속하고, 조용한 해산을 유도하기 위해 1) 우선적으로 시위대가 스스로 해산할 수 있게 유도하는 데 모든 노력이 경주되어야 한다. 2) 시위대가 해산하기를 거부할 때, 경찰은 해산명령 및 관련된 지시를 반복해서 공표하고, 어떠한 경우에도 총

53) The President's Commission on Campus Unrest, 1970: 150-160.

기를 사용하여 시위대를 해산하여 해서는 안된다. 3) 경찰의 진압작전 시작시에 시위대의 탈출로를 터주어야 한다. 4) 불법시위의 주동자는 적절한 기회를 이용해 우선적으로 체포해야 하나, 시위대에 미치는 역효과를 최소화 할 수 있는 시간과 장소를 선택해야 한다는 것을 강조했다.⁵⁴⁾

라. ‘法律的 읍저버’ 制度

집회의 규제를 경찰과 같은 공권력에만 의존할 경우 감정적 충돌 또는 상호 불신에서 오는 폭력의 가속화 경향이 사실상 인정된다. 특히 집회 및 시위에 직면하여 공공질서를 유지하려는 경찰의 대응이 사실상 시위를 격화시키는 요인으로 작용할 수 있다. 1960년대 말 미국 내에서 급격히 확산된 시위를 조사한 「The National Advisory Commission on Civil Disorders」는 집단폭력화된 시위들 중 과반수는 경찰당국에 의해서 사실상 집단폭력으로 유도되었다고 보고한 바 있다.⁵⁵⁾ 이는 많은 경우 시위는 시위대와 경찰당국의 대응사이에서 야기되는 상호작용 과정에서 폭력화될 수 있다는 개연성을 지니고 있음을 의미하여, 따라서 시위에 대한 공권력의 대응이 또한 평화적 시위를 유도하기 위한 중요한 요소로 작용할 수 있음을 뜻한다.

이 점에 대하여 미국의 「법률적 읍저버」제도는 많은 시사점을 제공해 주고 있다. 미국의 District of Columbia 경찰청은 시위대와 경찰의 충돌이나 시위의 폭력화를 방지하기 위하여 변호사, 학생, 그리고 전문교육을 받은 전문가들을 관할 구역 내에서 일어나는 시위에 대한 「법률적 읍저버」로 위촉하는 제도를 채택하고 있다.⁵⁶⁾ 이들의 역할은 다음과 같이 정리될 수 있다. 즉, a) 시위조정자 (March Coordinator) 또는 보안관에 준하는 역할을 수행하면서 시위대들이 사전에 설정한 행동반경 그리고 시간을 준수시킨다. b) 시위대들은 종종 경찰관들이

54) The President's Commission on Campus Unrest, 1970: 166-167.

55) The National Advisory Commission on Civil Disorders, U.S. Riot Commission Report, 1968, p. 36-41.

56) 김정훈, 전계서, 145면이하

시위진압을 위해 합법적인 조치를 취할 때에도 이를 불신하는 경향이 있는데 이때에 중간에서 교량역할을 수행한다. c) 경찰과 시위대 사이에 충돌이 야기되지 않도록 평화유지군(Peace-Keeper)의 역할을 수행한다. d) 시위와 관련하여 차후 법정에서 다루게 될 사법적 재판과정에서 훈련된, 그리고 불편부당한 객관적 증인 입장에서 진술함으로써 책임의 소재를 명백히 밝히는 데 기여한다.

법률적 옹저버제도는 시위대와 공권력간의 불의의 직접적인 충돌을 예방함으로써 시위에 대한 대응에 있어서 공권력의 자제력을 신장시켜 줄 수 있으며, 나아가 시위대가 스스로 설정한 행동반경과 시간을 준수할 수 있게 하는 압력으로 작용할 수 있다는 점에서 평화적 시위를 유도하기 위한 효과적인 제도로 평가될 수 있다. 특히, 공권력이 부득이 시위를 진압해야 하는 경우에 공권력의 법집행에 보다 높은 국민적 신뢰를 심어줄 수 있다는 점에서도 유용한 제도라 하겠다.

4. 日 本

가. 集會樣相의 變化와 政府의 對應

일본사회도 1960년과 1970년대 초반까지 심각한 과격 폭력시위를 경험했다. 좌익계열의 학생운동세력이 중심된 1960년대의 일본의 집회는 美日安保條約 반대투쟁과 나리타 공항건설 반대투쟁 등으로 이어지면서 노동자, 농민 등의 광범한 연대투쟁으로 발전하였다.⁵⁷⁾ 그러다, 1968년 부터 全共闘에 의한 대학투쟁으로 변모되었다. 전공투를 중심한 전국적 대학투쟁은 이제까지의 공산계열 및 비공산계열에 의한 정치당파적인 학생운동과는 달리 비당파적인 대중 학생운동이라는 평가를 받는 것이었다.

1960년 미일 안보투쟁 당시까지도 학생시위대들은 비무장 원칙을 고수했다. 그러나, 1960년대 중반의 월남전 반대시위를 계기로 시위대들은 각목, 돌, 화염병, 심지어 사제폭탄이나 총기류 등을 사용하기 시작했으며, 이에 따라 경찰 또

57) 다음을 참조, 연세대학교 사회과학연구소, 전계서, 294쪽이하; 김정훈, 전계서, 10쪽 이하

한 최루탄 발사기, 특수 경비차, 방수차 등의 진압장비들을 갖추어 나갔다.

1969년의 동경대사태는 당시 시위의 과격폭력성을 잘 나타내준다. 학생시위대들의 학교건물 검거와 장기농성으로 대학들의 학사운영은 완전 마비되었으며, 시위대들간의 충돌로 부상자들이 속출하기도 하였다. 이 당시에 대학당국은 공권력의 투입을 요청하였고, 일본정부는 1969년 '大學運營臨時措置法'을 1978년 신 도쿄 국제공항의 안전보장에 관한 緊急措置法을 제정하고, 경찰기동대의 실행행사로 이들 시위대들을 강제해산시키는 작전을 전개해야만 했다. 이후 학생운동은 국가공권력의 강력한 통제에 의해 그 세력이 급속히 약화되는 추세를 보였다. 70년대 미일안보조약 자동폐기와 오끼나와 반환(72년)을 쫓점으로 안보투쟁이 전개되었고 나리타공항 건설반대 투쟁이 격화되어 신 도쿄 국제공항의 안전보장에 관한 긴급조치법(78년)이 제정되었다.

70년대 후반에 들어서면서 일본에서의 학생시위는 감소하여 80년대에는 대학생들에 의한 시위가 현저히 줄어들었다. 반면에, 재일 한국인들의 지문날인 철폐시위, 종교인들의 언론에 대한 비판철회 요구시위등 시위주체와 시위쟁점이 변화하기 시작하였다. 그리고 학생이나 일반주민들을 중심으로한 과격, 폭력시위는 거의 자취를 감추고 있다. 1990년의 한·일본연감에 의하면, 천황제를 둘러싼 호헌운동, 평화운동 등 각종 국민운동과 원자력 발전소 건설 반대운동, 반핵운동, 농민운동, 조세저항운동 등 다양한 시위들이 분출되고 있으나, 이들은 거의 대부분 법규에 의거한 합법적, 평화적 양상으로 전개되었다. 대부분 결의문 채택이나 사법적 소송의 제기, 토론회, 쟁점 시안의 행정과정에의 참여요구, 피켓팅, 평화행진 또는 인간사슬의 형성 등의 비폭력적 평화적 방법으로 진행되었다.

일본에서 과격폭력시위가 사실상 근절되고 평화시위의 관행이 정착된 것은 우선적으로 정치안정과 경제성장 등과 같은 거시적 차원에서 찾아질 수 있다. 이와 함께 사회주의 공산주의에 대한 불신과 대학의 대중화 경향등을 그 요인으로 꼽을 수 있다. 그러나, 과격 폭력시위를 진압하는 과정에서 일본 공권력이 보인 합법적이고 공정한 대처 및 "끈질긴 인내"와 "강력한 대응"의 전술이 가져온 효과도 간과할 수 없다.⁵⁸⁾ 특히, 과격 폭력시위에 대한 언론의 엄정한 비판도 평화시

58) 연세대학교 사회과학연구소, 전게서, 296면

위의 정착에 큰 역할을 했다.

나. 法的規制

日本憲法은 第21條에서 『集會·結社 및 言論·出版 기타 一切의 表現의 自由는 이를 保障한다. 檢閱은 이를 하여서는 안된다.……』하여 集會의 自由를 보장하고 있으나 第12條 (自由의 權利의 濫用금지及 公共福祉를 위한 利用責任)와 第1條 (公共福祉에 反하지 않는 限 立法 其他의 國政上 最大의 尊重必要)에 의거하여 이를 規制하는 立法이 있는데 그 代表的인 것은 論爭이 많은 公安條例이다. 이 公安條例⁵⁹⁾는 地方自治團體가 各己 獨立的으로 集會·集團行進·集團示威運動등을 公案上의 견지에서 규제하기 위하여 지방자치단체가 制定한 조례의 總칭으로서 형식이 條例라는 점에서 合憲性 與否가 문제 될 수 있으나 判例는 明示的 또는 默示的으로 合憲視하고 있다. 公安條例의 內容은 地方自治團體가 모두 獨自的으로 制定하고 있으므로 一率的으로 다루기 어려우나 그 內容을 一般적으로 概觀하면 다음과 같다.⁶⁰⁾

먼저 集會·集團行進·集團示威運動을 하는 경우에는 事前에 公安委員會에 許可 (60縣중에서 55縣)을 얻거나 申告(5個縣)하도록 되어 있으며 그 申請은 72時間前(48個縣) 또는 48時間前(11個縣, 그리고 24時間前이 1個縣 있다.)에 하여야 한다. 따라서 대체로 72時間前에 許可를 얻도록 되어 있는 셈이다. 許可 또는 申告의 對象에서 除外되어 있는 集會등은 대체로 學生들의 教育目的을 위한 行進이나 行市, 冠婚喪祭등의 慣例에 의한 行市, 學術研究, 宗教行市, 商業目的을 위한 行市, 그리고 國家 또는 公共團體의 行市등이다.

59) 野中俊彦(외1인), 憲法の 解釋, 97면 이하. 公安조례는 전국에서 60개의 자치단체를 두고 있다. 그 이름은 '集會,集團行爲 및 集團示威에 관한 條例'(동경,경도등), '行進 및 集團示威運動에 관한 條例'(大阪市등) 등이 많지만 道路交通등 保全에 관한 條例(秋田縣)등의 조례도 있다.

60) 이관희, 집회의 자유의 법적 규제에 관한 연구, 경찰대학 논문집 (제7집, 1988) 254쪽; 法律時報 臨時增刊 1967年 10월號 公安條例 參照.

그리고 許可申請이 있으면 公安委員會는 일반적으로 公共의 安寧秩序를 維持하는데에 직접 危險을 미친다고 明白히 인정되는 경우를 除外하고는 許可하여야 된다고 하고 있다. 그런데 그 許可에는 일정한 條件을 붙일 수 있다. (예컨대 交通秩序維持, 危險物携帶禁止, 進路, 場所, 官公署의 事務妨害防止, 夜間의 靜肅維持 등).

이러한 許可를 받지 않거나 許可內容에 違反하는 集會·集團行動, 集團示威運動에 대해서는 警察署長이 警告를 發하고 그 行動을 制止하거나 是正·防止를 위하여 필요한 措置를 取할 수 있게 하고 있다. 그리고 前述한 集會등의 主催者·指導者 또는 煽動者 (어떤 條例에는 參加者에 대해서도)는 一年(또는 六月)以下の 懲役이나 禁錮, 5萬圓(또는 3만원)以下の 罰金에 處하게 되며 申告制에 있어서도 許可制의 경우와 마찬가지로이다.

다. 許可制 및 기타 制限에 관한 判例

집회의 허가제에 대한 최초의 최고재판소 판례는 新瀉縣의 공안조례사건에서 이루어졌다. 동판결은 일반적인 허가제는 위헌이지만 특정의 장소, 방법에 관한 합리적이고 명확한 기준하의 허가제는 합헌이라고 하였다. 東京都 公安條例 判決(1969년 7월 20일)에서 일본 대법원은 "순수한 의미에 있어서의 表現이라고 할 出版 등에 관한 事前規制인 檢閲이 헌법 21조 2항에 의해 금지되어 있음에도 불구하고, 집단행동에 의한 표현의 자유에 관한 한, 이른바 公安條例로써, 지방적 사정 기타 여러사정을 충분히 고려하고 不測의 사태에 대비하여 법과 질서를 유지하는 데에 필요한 최소한도의 조치를 사전에 강구하는 것은 불가피한 일이다."고 판시하여 집회 및 시위에 대해 사전규제가 행해 질 수 있음을 인정하였다.

대법원은 "公安委員會는 집단행동의 실시가 <공공의 안녕의 유지에 직접 위험을 미칠 정도로 명백하게 인정되는 경우>이외에는 이를 허가하지 않으면 안되도록 되어있다(3조). 즉, 許可가 의무화되어 있고, 不許可의 경우가 엄격히 제한되어 있다. 따라서, 이 조례는 규정의 文面上으로는 허가제를 채택하고 있는 데, 이 허가제는 그 실질에 있어서 <屈出制>(甲告制란 의미)와 다르지 않다"고 하여 허

가제가 위헌이 아니라고 판시하였다.

이러한 판례는 집단행동에 의한 표현을 언론, 출판 등에 의한 표현과 구별하고, 후자에 대한 사전제한은 헌법상 금지되지만 전자에 대해서는 그 본래적 위헌성 때문에 필요최소한도의 사전제한이 인정된다는 전제에서 기반하고 있다. 그리하여 『屈出制』와 『許可制』의 구별을 상대화 하고, 나아가 허가기준의 적용에 관한 공안위원회의 자유재량성을 인정함으로써 허가제를 실질적으로 합헌화하는 것이었다.⁶¹⁾

집회 및 시위에 대해 진정한 의미의 『屈出制』를 채택하면서 집단행동의 준수사항의 하나로 "교통질서 유지"를 규정한 徳島市 公安條例의 위헌성에 관한 判決(1975년 9월 10일)에서 일본 대법원은 조례의 내용이 형벌법규로서 불명확함에도 불구하고, 이를 합헌으로 인정하였다. 즉, 대법원은 "도로상에서의 집단행진 등은……이러한 행동이 행하여지지 않는 경우의 교통질서를 필연적으로 어느 정도 침해할 가능성을 가질 수 밖에 없다. ……(이 조례의 규정에서) 금지하는 교통질서의 침해는 당해 집단행진 등에 불가피하게 수반하는 것을 가리키는 것이 아님은 극히 명백하다. (이 규정은) 도로상에서 집단행진 등이 일반적으로 질서 있고 평온하게 행하여지는 경우에 이에 수반하는 교통질서 저해의 정도를 넘은 그 이상의 교통질서의 저해를 가져오는 행위를 하지 말도록 명하고 있다고 해석된다"고 하여 형벌법규 규정이 통상적인 판단능력을 지닌 일반인들의 이해에 의해 그 기준을 읽어낼 수 있는 경우에는 이를 위헌으로 볼 수 없다는 판결을 내렸던 것이다. 다른 한편으로는 이 판례는 공공장소에서의 집회 및 시위에 의해 통상적으로 야기될 수 있는 공공질서의 저해 자체가 집회 및 시위를 제약할 수 있는 요건으로 인정될 수는 없음을 제시한 것으로 해석될 수도 있다.

이는 국회주변에서의 정치적 집회에 대한 진로변경의 조건부 허가처분에 대하여 東京地方裁判所가 이를 東京都 公安條例의 규정운용을 오해한 것으로 판시한 것(1967년 6월 9일)에서도 확인할 수 있다.

61) 양건, 집회·시위에 대한 사전제한, 154쪽

라. 警察制度和 對應

일본의 경우에는 중앙이나 지방할 것 없이 3-5명으로 구성되는 「공안위원회」를 설치하여 경찰청의 소관사항에 관하여 都府縣 경찰을 감독한다. 「국가공안위원회」의 경우를 보면, 5년 임기의 5명으로 구성되며, 이들은 매년 한명씩 임기가 만료된다. 후속위원은 정당의 추천으로 의회의 동의를 얻어 수상이 임명하도록 되어있으며, 동일정당에서 3인이상의 위원을 임명할 수 없게 되어 있다. 나아가, 공안위원은 정치적 활동에 관여되어서도 안되며, 경찰관이나 검사출신 인사는 퇴직후 5년이 경과하기 전에는 공안위원으로 임명될 수 없다. 그리고, 警察廳의 長인 警察總監은 국가공안위원회가 都公安委員會의 동의와 수상의 승인을 얻어 任免하며, 都府縣 警察本部長은 국가공안위원회가 도부현 공안위원회의 동의를 얻어 임면하게 하였다.

공안위원회의 경찰에 대한 견제와 감독은 직접적으로 행사되는 것이 아니라, 오히려 경찰 스스로 그들의 책임을 다하지 못할 때에만 행사된다. 즉, 공안위원회는 언론이나 법원, 또는 공익단체와 마찬가지로 경찰에 대한 예비적인 견제기능을 지니고 있는 것이다. 따라서, 경찰업무에 대한 선도적인 역할은 경찰 자체 내에서 행해지며, 공안위원들은 경찰의 정책건의를 시민적 입장에서 조정하고 보완해주는 역할을 담당하고 있다. 일본에서는 이러한 역할과 위상을 지닌 공안위원회에 집회와 시위에 관한 허가신청을 심사할 수 있는 권한을 부여하고 있다(東京都 公安條例 제1조, 제3조).

일본의 경우에도 과격 폭력시위의 진압을 위해 1962년에 기동대를 편성하였다. 일본의 경찰기동대의 규모는 1988년 현재 약 10,000명 정도이며, 그 중 약 5,200명정도는 동경에 배치되어 있다. 또한 각 경찰서에는 기동대에 근무하였던 경찰관과 시위진압 예비경찰을 편성해 놓고 있어, 비상시에는 시위진압에 약 30,000명 정도의 훈련된 경찰이 동원될 수 있다.

1960년대의 학생시위의 확산과정에서 시위대들이 각목, 돌, 화염병 등의 폭력사용을 늘려가자 일본 경찰도 이에 맞서 방수차, 특수경비차, 최루탄 발사기 등의 장비를 갖추고 과격 폭력시위 진압에 적극 임하였다. 그러나, 일본경찰의 기

동대도 시위진압에 있어서 경찰의 용맹성을 강조하기 보다는 시위대와 경찰 쌍방의 피해를 최소화하는 것을 제일의 목표로 삼았으며, 특히 경찰의 자제력을 강조하였다.

이러한 일본경찰의 시위진압 행태는 여론과 국민적 신뢰를 경찰편으로 돌려 놓는데 크게 성공했으며, 따라서 불법 과격시위에 대한 경찰의 진압에 더 높은 당위성을 부여해 주었다.

5. 英 國

가. 集會樣相의 變化와 政府의 對應

장구한 시련과 시행착오를 거쳐 영국의 민주주의가 발전되어 왔듯이, 오늘날 영국에서 평화적인 집회양태가 확립되기까지는 극심한 폭동과 진압의 역사가 있었다. 19세기의 노동운동과 정치개혁에 대한 차티스트운동 등은 모두 군대와 경찰에 의해 진압되었다.⁶²⁾

이런과정에서 정치적, 법적개혁과 함께 평화적인 집회가 정착되었다. 1967년 인종관련 쟁점들을 정치적인 사안으로 부상시키려 추구한 우익단체, 즉 『국민전선』(the National Front)이 결성되었고, 이어 1977년에는 그에 대항하는 사회주의 계열의 『반나치연맹』(the Anti-Nazi League)이 결성되었다. 이들은 자기 자신들의 주장을 확산시키기 위해 비제도적 차원의 시위보다는 메세지의 홍보나 선거과정에서의 참여를 이용하였다. 특히 1970년대 중반이래 『국민전선』의 회원수와 그 정치적 영향력이 크게 신장된 것에 대항해 본격적인 반국민전선 운동을 전개한 『반나치연맹』도 자신들의 반인종주의를 확산시키기 위해 1978년에 대중음악 행사를 결들인 정치적 집회를 가지는 평화적인 방법을 채택했다. 나아가, 이들은 『국민전선』이 강한 영향력을 지닌 지역에서의 행진이나 유인물, 배지 및

62) 영국의 옥외집회 행태와 규제에 대하여는 김정훈, 전계서, 180면이하; 연세대 사회과학연구소, 전계서, 298면이하 참조

스티커의 배포를 둘러싼 갈등에도 불구하고, 이러한 대립이 곧 폭력적인 과격시위의 확산으로 연결되지는 않았다.

이러한 양상이 곧 영국사회에서 불법 과격시위가 없었다는 것을 말하지는 않는다. 1960년대 이래 10여년간 많은 시위와 행진이 폭력화한 양상을 보여주기도 했다. 이같은 폭력시위에 대해서 영국의 경찰공권력은 법을 엄격하게 적용하였으며, 시위대와의 충돌도 야기되곤 하였다. 그러나, 이러한 경찰공권력의 공공질서유지를 위한 법집행은 대부분의 국민들로 부터 지지를 얻고 있었다. 특히, TV를 비롯한 매스컴은 시위현장에서의 시위대와 경찰간의 공방과정을 세세히 보도함으로써 양측간의 과격한 충돌을 억제하는 효과를 얻어내기도 하였다.

영국에서 가장 대표적인 과격 폭력시위는 257명이 체포돼 172명이 유죄판결을 받은 1981년 브릭턴(Brixton) 마을에서의 흑인 폭동사태였다. 그리고 근래 영국에서 최대의 피해와 최장의 시위를 기록한 1984년의 광부 파업 시위라고 할 수 있다. 1984년 3월 전국 광산 노조(National Union of Miners)의 주도로 시작된 이 파업은 그 규모에 있어 근래에 보기 드문 엄청난 것이었다. 3월에 시작된 파업시위는 4월에도 계속되었고, 마침내 5월에는 오그리브(Orgreave)지방에서 8천명 이상의 경찰이 1만명의 광부와 충돌하는 폭력적 양상으로 바뀌었다. 7월에 이르러서는 피켓라인에 140,000명의 광부들이 집결하여 경찰과 유혈 충돌을 빚었다. 시위의 양상은 계속 폭력적으로 전개되어 10월 15일 현재까지 부상당한 경찰은 817명, 체포된 광부는 7,000명에 이르렀다. 당시 광산노동조합의 파업시위로 영국 광부 180,000명중 단지 5만명 정도만이 작업장에 임하고 있을 뿐이었다. 11월 요크셔(Yorkshire)에서는 파업시위 이래 최초로 경찰에 대한 시위대의 과격하고 폭력적인 공격이 있었고, 이에 따라 35명의 경찰관이 부상당하고 45명의 시위자들이 체포되었다. 12월까지 9개월간 계속된 광부들의 파업시위는 12명의 경찰관 사망, 총 2억 파운드의 재산피해, 수많은 광부들의 구속 등의 손실을 남기는 최악의 시위사태였다.

1980년대 들어 야기된 이같은 폭력시위의 급속한 확산에 직면하여 영국정부는 대처(Margaret Thatcher) 수상을 중심으로 한편으로 이러한 폭력시위의 근원을 제공하고 있는 경기침체의 극복을 위한 "영국병 치유" 개혁정책을 추진해 나가

고, 다른 한편으로는 1986년 『공공질서법』(the Public Order Act)의 개정과 시위 대응을 위한 경찰기동대의 운영을 가능케 하는 경찰의 『전국 보고센터제』를 마련하였다.⁶³⁾

전반적인 영국에서의 시위는 평화적인 양상을 띄고 있다. 그 대표적인 예로 1984년에 전개되었던 반핵 캠프시위를 들 수 있다(Time, April 16, 1984). 대부분의 시위들은 법규 규정 내에 의거한 합법적이고, 비폭력적인 양상으로 전개되고 있는 것이다. 이러한 평화시위의 정착은 영국사회의 오랜 민주적 전통속에서 성취된 것이라고 할 수 있다. 특히, 1980년대의 영국정부의 개혁정책은 영국경제의 경쟁력을 강화시켜 주면서, 영국사회의 자신감과 안정을 가져옴으로써 폭력시위의 잠재적 근원을 치유하는 효과를 얻었다.

나. 法的規制

다른 시민적 자유와 마찬가지로 영국에서는 집회의 자유를 명문으로 보장하는 법규범이 없다. 제정법과 보통법에 의하여 금지되지 않는 집회는 모두 허용되지만 집회권은 어떤 특수한 권리로서 파악되지 않는다. 즉, 집회의 자유란 개인이 가지는 신체의 자유와 표현의 자유가 수많은 타인과 함께 행사되는데 불과하다.⁶⁴⁾ 또한 집회 자체를 직접 규제하는 법률도 없지만 옥외집회가 공공장소에서 개최되기 때문에 공공장소에서의 질서유지를 위한 公共秩序法(Public Order Act)이 사실상 집회에 대한 규제법률이라 할 수 있다. 공공질서법은 1936년에 정치적인 과격집단이 공공장소에서 질서를 교란시키는 것을 豫防하기 위해서 제정되었다.⁶⁵⁾

『공공질서법』에 의하면, "어떤 개인 또는 단체의 견해나 행동에 대해 지지 또는 반대를 나타내고자 하는 경우"와 "어떤 주의나 운동을 선전하고자 하는 경우"에 공공행진을 하고자 하는 자와 단체는 최소 6일전에 관계당국에 "행진 날짜,

63) Terrill, Richard J. "Margaret Thatcher's Law and Order Agenda." *The American Journal of Comparative Law*(1989, Summer), pp. 448-452.

64) 이관희, 전제논문, 23쪽; 안경환·김종철(공역), *헌법학입문*, 174쪽이하

65) Stevens. I.N., *Constitutional and administrative Law*, p171

시간, 예정된 경로"등을 서면으로 통지하여야 한다(제11조)고 규정하였다. 그리고, "고위경찰관"은 공공행진의 개최와 관련하여 "심각한 대중적 혼란이나 재산에 대한 심각한 피해 또는 사회에 심각한 와해를 초래 할 수 있다고 판단되는 경우"에는 일정한 조건을 부과하거나, 공공장소 안으로 진입하는 것을 금지할 수 있도록 하였다(제12조). 이 법은 "고위경찰관"이 "행진이나 심각한 혼란의 발발을 막을 수 없는 특정한 상황이 관내에 존재한다고 판단되는 경우"에는 지역구 위원회에 요청하여 언제라도 "최고 3개월 이하 동안 公共行進을 못하도록 할 수 있다"는 규정을 두고 있다(제13조).

영국의 경우에는 집회 및 시위와 관련한 제재권한을 경찰위원회가 아니라, 관할 "고위경찰관"의 재량에 맡겨두고 있다(「公共秩序法」, 제12조 1항, 제14조). "고위경찰관"이란 "행진에 참여하기 위해 사람들이 모여드는 경우의 행진에서는 현장에 있는 경찰관 중 최고위자"를 의미하며, 이러한 경우가 아닐 때에는 "관할 경찰서장"을 의미한다(제12조 2항). 영국의 경우에는 집회 및 시위에 관한 규제 권한을 경찰서장에 부여하고 있으나, 「공공질서법」은 경찰에 집회 및 시위의 금지권한을 부여하지는 않았다. 집회 및 시위에 관한 경찰의 정치적 판단이나 편파적 허용금지를 방지하고자 하였다. 반면에 영국 경찰은 "심각한 혼란의 발발을 막을 수 없는 행진이나 특정한 상황이 관내에 존재한다고 판단되는 경우"에 지역 경찰위원회에 일정한 기간동안(최고 3개월) 일체의 시위 및 행진을 금지하는 신청을 할 수 있으며(「공공질서법」, 제13조 1항), "신청서를 접수한 경찰위원회는 국무장관의 동의를 얻어 신청서의 조건대로 또는 국무장관의 동의를 얻어 수정할 것을 명령"할 수 있게 하였다(「공공질서법」, 제13조 2항, 제4항).

이외에 집회와 관련된 법규로서는 의회회기중에 의사당으로 부터 1 mile 이내에서 50명 이상의 집회를 금지하고 있는 선동적 집회법(Seditious Meeting Act 1877)과 공공장소에서 IRA의 회원이나 지지자임을 드러내는 의복, 물건의 착용을 금지하는 테러방지법(Prevention of Terrorism Act 1976)등이 있고, 지방자치단체의 조례도 사실상 집회에서 중요한 역할을 담당하고 있다.⁶⁶⁾

66) Stevens, a.a.o., 172ff.

다. 警察制度와 對應

영미법계 경찰제도의 종주국이라 할 수 있는 영국의 경찰제도는 전형적인 지방자치제 경찰조직으로 운영되고 있다. 즉, 런던 市를 제외한 大런던州를 관장하는 수도경시청은 내무부장관이 직접관할하는 국가경찰이며, 그밖의 지방자치 경찰은 경찰위원회(런던 市는 공안위원회)의 관할하에 있다. 그리고, 경찰위원회는 지방의회의원(의원회 정수의 2/3)과 지방관사(위원회 정수의 1/3)로 구성되게 함으로써 경찰의 정치적 중립을 보장하였다.

영국경찰에서도 不法 過激集會에 대해서는 엄격한 법적용을 단행하고 있다. 그러나 영국에서는 이러한 과격집회의 진압을 위한 별도의 기동대를 구성하고 있지는 않았다. 그래서 영국경찰은 1984년 광부파업 폭동사태를 계기로 「공공질서법」의 재정과 함께 내무장관이 직접 관장하는 "전국 보고센터"를 구성하였다. 이 제도는 전국 52개 경찰본부의 총 13만여 경찰관들을 유기적으로 조직하고, 필요한 시기에 시위현장에 필요한 인원을 즉각 동원할 수 있는 경찰체제를 마련하는 것이었다.

일반적으로 영국경찰이 시위진압에 임하는 태세는 대단히 신중하다. 시위진압에 있어서 영국경찰의 최우선 임무는 시위가 더 이상 확산되지 않게 방지하는 것에 두어지며, 시위주동자의 逮捕보다 시위대의 解散에 더 역점을 두는 전술을 채택한다. 경찰의 시위진압 장비도 통상적으로는 안전관이 부착된 헬멧과 방패 및 경찰봉이 주류를 이루며, 경우에 따라서는 기마경찰과 경찰견을 동원하기도 한다. 그러나, 최루탄은 해당 지역 경찰국장의 승인하에 사용할 수 있도록 규제하고 있다. 특히 북아일랜드 경찰에게는 무기소지가 허용되어 있다. 이러한 영국경찰의 신중한 시위진압 태세는 결과적으로 경찰에 대한 국민적 신뢰와 지지를 강화시켜 주는 요소로 작용 하였고 불법 과격시위에 대한 경찰의 강경진압의 정당성을 강화시켜 주었다. 1984년의 장기간 동안의 대규모 광부파업 폭동에 대해서 영국경찰이 강력히 대응할 수 있었던 것은 이러한 경찰에 대한 국민적 신뢰가 구축되어 있었기에 가능했던 것이라 할 수 있다.

6. 프랑스

프랑스에서 집회의 자유는 현행헌법에 명문의 규정이 없다. 헌법 전문에서 1789년의 '人間과 市民에 대한 權利宣言'에 언급된 인권을 계수하고 있지만, 여기서도 집회의 자유는 포함되어 있지 않았다.⁶⁷⁾ 하지만 소위 집회의 자유는 입법자가 1881년에 공공집회에 관한 법률(Loi sur les réunions publiques)을 제정하면서 구체화되었다. 이 법률의 특징은 사전의 허가나 신고없는 집회의 자유를 보장하면서도 (제1조) 모든 공공집회는 3인의 委員에 의해서 진행되어야 하며(제8조) 공공장소(voie publique)에서의 집회를 허용하지 않는데(제6조) 있다.

그러나 1935년까지 프랑스에서는 옥외집회에 대한 규율을 경찰의 재량에 맡겨져 있었고 1935년의 '공공질서의 강화 내지 유지에 관한 統令'에 의해서 비로서 체계화 되었다. 1904년과 1934년에 法律案이 提出된 바 있었으나 그 어느 것도 成立되지 못하고 1935년 行政府의 必要에 의하여 授權法으로 制定된 것이다. 同 統令이 現行法으로서 다음과 같은 構造를 갖고 있다.⁶⁸⁾

① 申告主義 i) 모든 集團示威行進, 行列 및 集合, 一般公道上的 모든 集團行動은 事前에 申告하지 않으면 아니된다(第1條 第2項). ii) 다만 『地方的慣習에 따른 公道의 使用』에 대해서는 申告義務가 免除된다(第1條 第3項). iii) 申告는 集團行動前 滿 15일에서 滿 3일 사이에 하여야 한다(第2條 第1項). 關係行政廳의 措置 i) 申告를 받은 行政廳은 當該集團行動이 公序를 紊亂케하는 性質의 것이라고 判斷했을 때는 禁止의 處分을 한다. 이 처분은 申告署名者의 住所로 즉시 通知된다(第3條 第1項). iii) 市邑面長은 24時間이내에 申告를 縣知事에게 送付한다. 禁止處分을 한 때에는 禁止處分の 寫本도 同時에 送付한다(第3條 第2項). iv) 縣知事は 1884년 4월 5일法律에 規程된 條件에 따라 禁止處分을 하거나 또는 이미 行해진 處分을 取消할 수 있다(第3條 第2項).

② 違反에 대한 制製 - 主催者가 計劃한 集團行動에 관하여 行政廳의 判斷을

67) 집회의 자유에 대한 연혁은 다음을 참조. Colliard, Libertés publiques, 1989, p.726ff

68) 杉原泰雄, フランスにおける 集團行動の 自由, 法律時報(1967. 10); 國회도서관편, 獨, 佛, 英에 있어서 集團行動의 規制實態, 입법조사월보(29) 참조.

그르치게 하기 위하여 不正確한 申告를 했을 때, 申告前 또는 禁止處分後에 集團行動에 呼訴했을 때는 主催者는 15일이상 6個月이내의 金庫, 16프랑이상 2,000프랑 이하의 罰金에 처한다(第 4 條 第 1 項). 無申告 또는 禁止處分後의 集團行動을 組織하는데 參與한 者도 같다(第 4 條 第 2 項). 이상이 1935년 統令의 基本構造인 바 그 特色은 申告의 形式을 取하여서도 行政廳이 『公序를 紊亂하게 하는 性質의 것』이라고 判斷하는 때에는 즉시 禁止의 處分을 할 수 있게 되어있는 點이다. 禁止의 基準이 되는 『공공질서를 紊亂하게 하는 性質의 것』을 어떻게 把握하느냐에 따라 集團行動의 自由의 內容이 달라지게 된다. 이 개념은 법적으로 명확하게 정의된 바도 없고 판례도 일반적인 기준을 제시하지 않았다.⁶⁹⁾ 전체적으로 보면 프랑스에서 옥외집회는 우리나라와 같이 최대한으로 보장되어야 하는 기본권의 내용이 아니라 공권력에 의한 규제의 대상으로 파악되는 측면이 강하다고 볼 수 있다.⁷⁰⁾

7. 小結論

민주사회에서 시위를 국민의 기본적 권리로 보호하면서 동시에 공공질서를 유지한다는 것은 어느 사회에서나 지난한 과제가 아닐 수 없다. 특히, 권위주의 체제에서 민주체제로의 이행과정을 겪고 있는 과도기적 사회에서는 집회 및 시위에 관한 법규에 대한 국민의 신뢰성의 취약과 과거 불법 폭력시위 행태의 관행으로 인해 평화적 시위문화의 정착은 더욱 험난한 과제가 될 수 밖에 없다. 현재의 한국사회는 바로 이러한 과도기적 상황에 처해 있는 있다고 볼 수 있다.

한국사회에서 평화적 시위행태를 정착시키기 위한 다양한 정책대안을 찾아보는 과정에서 과거 불법 폭력시위를 경험한 후 현재에는 평화적 시위행태를 정착시킨 선진사회의 사례들을 비교해본다는 것은 대단히 유용한 작업일 수 있다.

폭력적 과격시위의 확산을 초래하는 요인은 다양하게 제기될 수 있으나, 크게

69) Weingärtner, Demonstration und Strafrecht, S.89

70) Vgl. Weingärtner, a.a.O., S.87

보아 거시적 요인과 미시적 요인으로 구분해 볼 수 있을 것이다. 즉, 거시적 수준에서의 정치체제를 둘러싼 갈등이나 사회경제적 구조의 모순을 배경으로 발생한 시위는 이념성을 강하게 지니기 쉬우며, 동시에 시위행태에 있어서도 폭력적 과격시위로 나아갈 개연성이 높다고 할 수 있다.⁷¹⁾

미시적 수준에서의 요인이란 평화적 시위를 정착시킬 수 있는 거시적 수준에서의 여건들이 어느 정도 마련되어 있는 사회에서 정치과정과 행정과정에서 나타나는 갈등 및 집단간 이익갈등 등을 말한다. 이러한 요인들에 의해 촉발된 시위는 쟁점사항에 대한 정책적 배려와 집회 및 시위관련 법과 제도의 합리성과 공정성의 제고, 공권력의 신중하고 현명한 대응 및 언론 등 시민사회의 역할에 대해 평화시위로 정착될 수 있는 가능성이 높은 시위들이라 할 수 있다.

우리가 여기에서 관심을 두고자 하는 부분은 물론 후자, 즉 미시적 수준의 요인들을 배경으로 발생한 시위들을 평화시위로 유도할 수 있는 요인들이다. 이러한 관점에서 외국의 집회·시위를 종합분석해 본 결과 다음과 같은 결론을 도출한 바 있다.

첫째, 선진제국에서도 1960-70년대에 과격한 시위를 경험하였는데, 그것이 평화적 시위문화로 정착된 가장 우선적인 조건은 정부가 적극적으로 개혁하고 민의의 흐름을 시의적절하게 수용하였다는 점이었다. 우리나라도 과거 직선제 개헌 등 민주적 개혁을 끊임없이 추진하여 자유민주주의체제로서 근본적인 문제는 없다고 보여지나, 우리사회의 근본적 취약점은 남북대치 상황에서 우리의 체제를 부정하려는 세력이 상존해 있다는 점이고, 이들은 언제든지 과격폭력시위로 나아갈 개연성을 항상 갖고 있다는 것이다. 따라서 우리 경찰이 집시법을 운영함에 있어서는 우리 체제를 부정, 전복하려는 집회·시위와 민주주의 사회에서의 당연한 이익집단간의 갈등으로서의 시위를 구별해야 하는 玉石구분의 지혜를 가져야 한다고 본다. 이를 위하여는 현행 집시법 자체를 개정하여 좀더 용의주도한 절차를 마련해야 하고, 그 절차과정에서 경찰과 시위 주최자간에 실질적인 대화, 협

71) Lipset, S. Martin, "Student Activism", Current Affairs Bulletin(1988. 7. 15), pp. 58-59.

력, 통제가 이루어져야 한다고 본다.

예컨대 현행 집시법상 신고는 개최 48시간 전에 하기로 되어 있는데, 이는 독일 "공고 48시간 전", 일본 "72시간 전", 프랑스 "개최 만 3일 내지 15일전"에 비하여 너무 짧고, 그렇기 때문에 신고 후에 경찰과 시위주최자간에 충분한 협의의 시간이 없다는 점이다.

경찰이 不法集會에 대한 금지통고를 내릴 때에는 납득할만한 이유를 시위주최자에게 제시해야 하고, 그것이 마스크 등을 통하여 대국민 설득력을 가질 수 있을 때 진정한 의미의 평화적 시위가 정착될 수 있다고 본다.

둘째는, 경찰이 집시법을 운영함에 있어서 공정성과 국민의 신뢰를 얻기 위한 제도적 장치가 필요하다는 것이다. 경찰의 政治的 中立을 위한 선진제국의 자치경찰제, 위원회제도 등이 많은 시사를 주고 있는 것이다. 이에 대하여는 우리사회에는 역시 남북대치라는 한계상황이 있는 것은 사실이지만, 우리사회의 발전단계로 봐서 여하튼 무언가 제도적 장치가 마련되어야 한다고 본다. 이와 함께 반드시 고려되어야 할 것이 폭력과격시위에 대한 경찰의 유연한 대응전략이다.

집회 및 시위는 그 본래적 성격으로 인하여 폭력화할 수 있는 여지를 항상 안고 있으며, 따라서 그러한 경우 公權力이 어떠한 대응을 보이느냐 하는 것은 집회 및 시위의 전개에 결정적인 영향을 미칠 수 있다. 즉, 폭력화한 집회에 대한 공권력이 즉각적이고 직접적인 진압작전의 전개는 두 집단간의 집단폭력을 초래할 수도 있으며, 나아가 설사 일시적으로 집회를 진압할 수 있었다 하더라도, 공권력과의 충돌과정에서 빚은 악영향으로 오히려 폭력시위를 더 확산, 장기화시킬 수도 있는 것이다. 또한 시위진압과정에서 보인 공권력의 비민주적, 폭력적 조치는 시위자들 및 일반 시민들의 공권력의 권위에 대한 신뢰를 약화시킴으로써 불법적인 과격 폭력시위의 근원을 강화해 줄 수도 있다.

불법적 집회의 진압 과정에서 경찰과 시위대간의 직접적인 충돌을 방지할 수 있는, 「법률적 읍저버」제도나 「秩序維持人」제도의 활성화는 대단히 중요한 역할을 할 수 있다. 구체적으로 시위진압의 전술에 있어서도 폭력적 과격집회 및 시위 주동자들의 체포가 아니라, 시위의 해산에 우선적인 목표를 두어야 할 것이다. 이를 위해서는 공권력이 자제력을 지니고 절제된 대응으로 임해야 함이 강조된다.

IV. 集會에 대한 規制와 保護 및 그 改善方向

集會의 自由는 憲法 제37조2항에 의거하여 법률의 근거하에서 제한될 수 있다. 집회의 자유를 제한하는 근거법률로서의 集會 및 示威에 관한 法律은 특히 집회의 자유를 행사함으로써 야기될 수 있는 위험을 방지하려는 데 취지가 있다. 집회 및 시위에 관한 법률은 공공의 안녕질서와 집회의 권리의 적절한 조화를 이루기 위하여 경찰의 금지통고·조건통고·해산명령등의 조치를 규율하고 있지만 이 법률의 간과될 수 없는 다른 중요한 목적은 평화적인 집회를 보호하는데 있다. 이 법률은 집회의 規制에 일차적인 목적이 있는 것이 아니라 평화적인 집회를 보호하고 기본권의 남용이 초래할 수 있는 공공의 안녕질서에 대한 침해를 예방하기 위한 것이다. 公共의 安寧秩序를 위한 집회의 규제가 지금까지 부각되어 왔지만 집회의 權利保護라는 측면은 실질적으로 배제되었다. 그러나 평화적인 집회를 보호하는 경찰의 활동은 집시법의 집회에 대한 제한조항과 같이 혼재하고 있다.

1. 集會의 自由에 대한 規制

집회라는 형태에 관한 한 집회 및 시위에 관한 법률이 다른 법률에 대하여 특별법으로 우선적 효력을 갖는다. 집회와 불가분의 관계에 있는 사항은 전적으로 집회 및 시위에 관한 법률이 기준이 되는 것이다. 물론 집회와 본질적으로 연관성이 없는 사항은 해당 개별법률이 존중된다. 본래 집회에서 야기되는 위험을 방지하기 위하여 집회를 제한하려는 것이 아니지만 집회의 자유를 사실상 제한하는 조치는 다른 법률에 근거를 둘 수 있다. 가령 傳染病豫防法 제39조 제1항에 의하여 시·도지사는 전염병예방상 필요한 때에는 集會·通行·去來·기타 多數人의 集會를 제한 또는 금지시킬 수 있다. 여기서 집회의 제한은 시·도지사의 조치가 직접 추구하는 목적이 아니라 단지 전염병의 예방을 위한 합법적인 조치

의 反射的 效果에 불과하다⁷²⁾. 전염병예방방법상의 조치가 집회의 자유의 반사효과를 고려하여 과잉금지의 원칙에 따라서 이루어 졌다면 合憲·適法하다고 해석되어야 한다. 이러한 해석들은 보건·위생·소방·건축관계 법률에서 일반적으로 적용된다.

외관상 집회와 밀접한 연관성이 있지만 헌법에서 보장하는 집회의 자유와 무관한 법률도 있다. 火焰瓶使用등의 處罰에 관한 法律은 사회현실속에서 폭력적 옥외집회에서의 화염병사용자를 처벌하고자 1989년에 제정되었다. 화염병사용은 타인의 생명·신체 및 재산을 직접적으로 침해하는 행위로서 이는 집회의 자유의 보호영역에서 제외된다. 그러므로 화염병사용등의 처벌에 관한 법률은 집회의 자유의 제한에 관한 법률이 아니라 단지 반사회적 범죄행위를 처벌하는 법률이기 때문에 헌법에서 보호되는 집회와 직접적인 관계가 없다.

가. 申告義務

1) 申告制의 目的

옥외집회 또는 시위를 주최하고자 하는 자는 일정한 사항을 기재한 申告書를 48시간전에 관할 경찰서장에게 제출하여야 한다(법 제6조 제1항). 이 규정은 집회에 대한 규제의 성격만을 갖는 것이 아니라 집회를 보호하는 기능도 갖는다. 집회는 다수인의 집단행동에 의해 이루어지므로 集會關係者가 제3자의 권리나 공공의 안녕질서를 과도하게 침해할 위험성이 높다. 사전신고제에 의해서 담당관청은 이러한 상황을 예방할 수 있다. 다른 한편으로 신고제는 경찰이 제3자의 不法的인 침해로부터 평화적인 집회를 보장하게끔 시간적 여유를 부여한다.

신고제의 이러한 양면성이 확보되기 위해서 집시법 제6조 제1항은 집회주최자의 적극적인 情報提供義務를 규정하고 있다. 옥외집회는 집시법에 의한 신고의무

72) 집회의 자유에 대한 제한과 관련 없는 소방·건축·보건법률에 의한 반사적 효과(Reflexwirkung)의 사례는 다음을 참조, Ott, Versammlungsrecht, Einf hrung Rn.12.

외에 기타의 법률에 의한 어떠한 신고 내지 허가도 필요하지 않다⁷³⁾.

2) 申告義務者와 期間 및 內容

신고의무자는 集會主催者이다. 대규모 집회에서는 다수의 주최자가 있을 수 있다⁷⁴⁾. 원칙적으로 모든 주최자가 신고의무가 있지만 한사람에게 신고를 위임할 수 있다고 본다. 主催者는 主管者를 따로 두어 집회 또는 시위의 실행을 맡아 관리하도록 위임할 수 있기 때문에 위임받은 범위내에서 주관자가 신고서를 제출할 수 있다. 그러나 질서유지인은 집회 또는 시위의 질서를 유지하기 위하여 임명된 자이기 때문에 신고서를 제출할 자격이 없다.

신고서는 옥외집회 또는 시위의 48시간 전에 관할 경찰서장에게 제출하여야 한다. 개최48시간 전이란 기간은 補完通告·禁止通告와 관련하여 고려한다면 너무 짧다. 특히 금지통고가 접수후 48시간 이내에 이루어 질 수 있기 때문에 集會參加者는 합법적인 집회를 예상하고 참가할 가능성이 많다. 독일과 같이 集會公告前 48시간이거나 일본의 대다수의 지방자치단체가 채택하고 있는 集會開催前 72시간등이 임법론적으로 타당하다고 본다. 신고서를 제출한 경우에 관할 경찰서장은 접수일시를 기재한 접수증을 즉시 신고자에게 교부하여야 한다. 이 접수증의 발부는 그 자체가 어떠한 법적효과를 가진 행정행위는 아니지만 신고서의 보완등을 통고하는데에서 기간산정의 기준점이 된다. 그러나 접수증에 제한적인 조치(조건)를 부과시킨다면 접수증발부는 부과적인 행정행위라 할 수 있다.

신고서에는 집회의 목적·일시·장소·주최자(단체인 경우에는 그 대표자를 포함한다)·연락책임자·질서유지인의 住所·姓名·職業·演題·參加豫定團體 및 참가예정인원과 시위방법(진로 및 약도를 포함한다)이 기재되어 있어야 한다. 즉 관할 경찰서장이 신고제의 목적에 상응하는 조치를 취하는 데 필요한 구체적인

73) D/G/K, Versammlungsfreiheit, § 14 Rn.10; Ott, a.a.O., § 14 Rn.1; Münch/Kunig, GG -Kommentar, Art. 8 Rn.8

74) D/G/K, a.a.O., § 1 Rn.180. 대규모집회는 주최자마다 독자적 소집회로 구성되어 있는 것이 아니라 다수의 주최자가 있는 하나의 집회이다. 독자적인 집회를 이루기 위해서는 시간적·장소적 독립성이 있어야 하기 때문이다.

정보가 포함되어야 한다. 관할 경찰서장은 기재사항이 미비한 경우에는 접수증을 교부한 때로부터 8시간 이내에 주최자에게 12시간을 기한으로 그 기재사항을 보완할 것을 통고할 수 있다.

신고는 반드시 서면으로 하며 집회 및 시위에 관한 시행규칙 제2조에 의거하여 일정서식에 따라야 한다. 또한 우편에 의한 신고서 제출도 인정된다고 해석할 수 있다. 이 때 신고서 접수는 관할 경찰관서장에게 우편이 도착했을 때로 본다.

3) 協力原則

신고제는 한편으로는 적법한 집회를 최대한 보장하고 다른 한편으로는 집회자체에 내재하고 있는 공공의 안녕질서에 대한 위협을 미리 예방하는데 목적이 있다. 집회의 자유와 공공의 안녕질서는 서로 배타적인 관계가 아니라 적절하게 조화될 수 있는 사안이다. 집회가 실행됨으로써 야기될 수 있는 위협을 경찰이 적절히 예방함으로써 집회는 평화적으로 진행되어서 집회의 목적을 달성할 수 있다. 그런데 위협성의 측정은 항상 장래를 향한 사전적인 판단이므로 경찰과 집회 참여자간의 상호 협력에 따라서 정확히 예측될 수 있다. 특히 집회에 대한 불필요한 규제를 피하기 위해서 경찰과 주최자는 신뢰에 기한 協助體制를 유지하는 것이 바람직하다. 이것은 헌법상 기본권 우호적인 절차형성이라는 점에서도 요망된다.

경찰과 주최자간의 협력원칙(Kooperationsgebot)⁷⁵⁾은 이미 신고를 하면서 시작된다. 공공의 안녕질서를 존중하면서 집회가 방해없이 진행되는 데 필요한 제반 문제들이 경찰과 주최자 사이에 논의되어야 한다. 집회시작후의 협력원칙은 일반적으로 활발한 정보교환을 거치면서 위협성 판단을 정확하게 내리는 근거가 된다. 경찰은 주최자에게 평화로운 집회진행을 저해하는 요소 및 이에 대한 대응책과 관련된 정보를 제공하고 상담할 의무가 있다. 또는 직접적인 경험과 지식에 근거를 두고 평화적으로 의도된 집회가 폭력적으로 변할 수 있는 요인들과 그

75) 협력원칙은 독일에서 법개정을 통해서 명문으로 규정하려던 시도가 좌절된 후에 연방헌법재판소가 판례로서 인정하였다. 이에 관하여는 다음을 참조, BT-Druck. 11/2834 ; BVerfGE 69, 315(355)

對應策을 논의·상당해야 한다. 협력원칙은 양면적인 과정이므로 경찰의 노력에 상응하는 주최자의 신뢰가 요구된다.

집시법 제17조는 질서를 유지하기 위한 경찰관의 직무집행에 집회주최자·질서유지인의 협조의무를 명시하고 있다. 협력의 전제로서 특히 경찰에 대한 도발·선동이 배제되어야 한다. 협력원칙에 따라서 주최자가 협력을 거부할 수록 경찰의 규제수준은 강화된다⁷⁶⁾.

4) 申告義務의 相對化

집회개최에 대한 어떤 사전적 준비(공고나 주최자)없이 자연발생적으로 일어나는 偶發的인 集會(Spontanversammlung)는 신고의무를 지는 주최자가 없다는 이유로 불법집회로 평가될 수 없다. 신고의무는 우선 평화적 집회를 가능하게 하는 수단이지 그 본질이 不作為 義務(여기서는 집회를 해서는 아니되는 의무)를 해소하는 허가가 아니다. 그러므로 우발적 집회는 집회및 시위에 관한 법률이 예상하지 못했더라도 신고의무에서 면제된다고 해석하는 것이 합헌적이다⁷⁷⁾. 이와는 달리 목전의 시급한 사안으로 동기가 촉발된 緊急集會는 주최자가 있으므로 신고의무가 면제되지는 아니한다. 긴급집회의 경우 48시간 이전의 신고의무를 지켜야 한다면 집회의 목적을 달성하지 못하기 때문에 신고기간이 완화되어야 한다. 주최자가 집회개최를 결정한 즉시 관할경찰서장에게 신고한다면 48시간이라는 기간을 지키지 못했어도 신고의무는 적법하게 한 것으로 해석된다.

나. 制限體系

집회에 대한 규제는 일반적으로 禁止通告, 條件通告 (제한적 조치), 解散命令

76) BVerfGE 69, 315(359); Dietel / Kniesel, Die Polizei 1985, S.343.

77) 우리나라처럼 옥외집회의 신고제를 취하고 있으면서 자발적 집회 및 긴급집회에 대한 규정을 두고 있지 않은 독일도 판례와 다수설이 이런 의견을 따르고 있다. 참조 Herzog, M/D/H/S, Art.8, Rn 107; Hoffmann-Riem, AK-GG, Art.8, Rn.52; Kloepfer, a.a.O., Rn.29.

으로 나눌수 있다. 관할 경찰서장이 세가지 가운데 어떠한 조치를 취할 것인가는 재량의 범위내에서 해당조항을 합헌적으로 해석하여 결정된다. 이외에 경찰의 재량과 상관없이 일반적으로 금지되는 집회를 규율하고 있다.

1) 事前的 禁止

집회는 아직 시작되기 이전에만 금지될 수 있다. 집회시작 이후에는 단지 해산이 가능할 뿐이다. 집회의 시작시점은 구체적인 사안에서 확정되기 어려울 수 있다. 만약 토론의 성격을 가진 집회라면 주최자가 인사말을 하거나 늦어도 토론이 열리는 시점이 집회의 시작이라고 할 것이다.

제5조 1항의 違憲政黨 및 공공의 안녕질서로 인한 금지가 옥외집회뿐만 아니라 옥내집회에서도 적용되는 데 비하여, 집회금지 시간 및 장소에 관한 제10조와 제11조의 규정은 옥외집회에만 적용된다.

(1) 違憲政黨

헌법재판소의 결정에 의하여 해산된 정당의 목적을 위한 집회 또는 시위는 헌법상 위헌이므로 금지된다(집시법 제5조 1항 1호). 헌법 제8조 4항에 따라서 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 헌법재판소의 심판에 의해서 해산된다. 해산된 정당과 유사한 목적을 가진 소위 代替組織은 금지되며 따라서 해산된 정당의 대표자 및 간부는 유사한 정당을 설립할 수 없다(政黨法 제42조). 이러한 금지사유는 집회의 폭력성 여부와 관계없이 우리 헌법상 취하는 防禦的·鬭爭的 民主主義에 입각하여 합헌이라고 인정된다.

(2) 公共의 安寧秩序

집단적인 폭행·협박·손괴·방화등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위도 금지된다(집시법 제5조 1항 2호). 공공의 안녕질서를 위한 위해방지는 전통적으로 경찰 및 질서행정의 목적이지만 집회에 대한 사전적 금지원인으로서는 그 범위가 너무 포괄적이다.

공공의 안녕질서라는 불확정개념이 폭넓게 해석된다면 헌법상의 집회의 자유가 원천적으로 봉쇄되는 결과를 초래한다. 경찰법상 공공의 안녕이란 한편으로 개인의 생명·신체·건강·자유·재산과 같은 개인적 법익이 침해되지 않으며,

다른 한편으로는 국가적 공동체의 존속과 기능이 방해받지 아니하고 정상적으로 활동하는 상태를 의미한다⁷⁸⁾. 공공의 질서란 지배적인 사회의 가치관에 비추어 그것을 준수하는 것이 원만한 공동생활을 위한 불가결한 전제조건이 되는 法規範이외의 규범의 총체를 의미한다⁷⁹⁾. 여기서 규범이란 사회의 가치관에 근거하고 있는 불문의 社會規範을 의미하며 그 중에서도 다수에 의하여 지지되는 규범들만이 공공의 질서에 포함된다. 이런 규범은 시대와 장소에 따라 가변적이다. 도시에서 이용되는 여관·호텔의 신축이 농촌지역에서는 공공의 질서를 침해할 수도 있다. 이런 견해에 대하여 공공의 질서라는 내용이 불명확하기 때문에 법치주의 원칙에 위배될 뿐만 아니라 다수의 가치관에 따라 결정되므로 민주주의에서 요구되는 소수보호에 위배된다는 비판이 강력하게 제기된다⁸⁰⁾. 더욱이 집회는 현실적으로 다수의 가치관이나 의사에 대항하는 사회적 소수에 의해서 행사된다는 측면에서 공공의 질서와의 상충이 항상 내포되어 있다. 그러므로 공공생활을 위한 필수불가결한 불문의 사회규범을 집시법에서 적용되는 사례는 매우 예외적이어야 한다. 특히 현대의 다원주의적 가치관 속에서 과거의 중요한 규범은 이미 법규에 의해 규율되어 있어서 공공의 질서에 관한 논쟁은 큰 의미가 없다.

그래서 집시법은 집단적인 폭행·협박·손괴·방화등이라는 요건을 두고있다. 이 요건은 예시적 사항으로 이외에 상해·폭행등도 포함된다. 예를 들면 主催者가 참가자에게 화염병이나 각목을 지니고 참여할 것을 촉구하는 집회는 금지되는 것이 타당하다. 집회는 多數人의 共同行動이므로 그 자체가 이미 타인에게 심리적인 위협을 느끼게 하며 옥외집회는 원활한 교통소통을 방해하여 移轉의 自由와 상충되는 면이 있다. 그러므로 고함을 지르거나 소음을 내는 행위, 부작위에 의한 폭행 등을 이유로 집회가 사전에 금지되지 않는 것이다.

78) 김남진, 행정법Ⅱ, 202쪽; 이상규, 신행정법론(下), 279쪽; Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Rn.75. ; 독일 Bremen주의 경찰법 제2조는 이 개념을 명문화 하였다.

79) 김남진, 상계서; 이상규, 상계서, 공공의 안녕에 따라서 규제되는 대표적인 사례로는 자살을 들 수 있다. 이에 대한 판례로는 다음을 참조. 정하중, 독일경찰법의 체계와 한국 경찰관직무집행법의 개선방향(上), 사법행정, 1994.2, 13쪽; Götz, a.a.O., Rn 94ff.

80) 정하중, 전계논문, 14쪽; G tz a.a.O., Rn 98.

결국 이 조항은 타인의 생명과 재산에 대한 物理的 暴力行使는 모든 基本權의 保護領域에서 벗어난 행위로서 금지된다는 것을 구체화한 것이다. 특히 생명과 신체에 대한 물리적 폭력은 그 보호법익이 침해되고 난 후에는 회복되기가 현저하게 어렵다. 따라서 집회의 자유의 보호영역을 벗어나는 폭력적 행위가 발생할 수 있는 집회는 절대적으로 금지되고 그외에 다른 법익과의 상충이 있는 집회는 구체적인 상황을 고려하여 금지통고·조건통고·해산등의 조치에 의해 규제되는 것이 바람직하다.

(3) 集會禁止場所와 禁止時間

집시법 제11조는 국회의사당, 각급 법원, 헌법재판소, 대통령 관저, 국내주재 외국의 외교기관, 국회의장, 대법원장, 헌법재판소장 공관의 경계지점으로 부터 1백미터 이내의 장소에서는 옥외집회를 금지하고 있다. 또한 국무총리공관, 국내주재 외국의 외교사절의 숙소의 경우에는 行進만을 허용한다. 이 규정의 목적은 집회에 의한 직접적인 영향력에서부터 국가기관 및 국내주재 외국의 외교기관을 보호하려는 데에 있다. 특히 헌법재판소와 법원은 상충하는 이해관계에서 독립하여 활동하여야 하기 때문에 일정 구역에서의 집회는 금지된다.

야간의 옥외집회는 한편으로는 적법한 집회를 제3자로부터 보호하는데 어려움이 많고 집회가 공공의 안녕질서를 현저하게 침해할 위험성이 높기 때문에 금지된다. 그래서 일출시간전, 일몰시간 후에는 일반적으로 금지되지만 집회의 성격상 그 목적을 적절히 수행하기 위해서 불가피하고 질서유지인을 두고 미리 申告하는 경우에는 관할 경찰서장이 질서유지를 위한 조건을 두고 허용할 수 있다. 야간의 옥외집회는 사실상 허가제로 운영되고있는 것이다.

2) 禁止通告

(1) 概念 및 方法

금지통고란 구체적으로 계획된 집회의 실행을 저지하는 행정처분이다⁸¹⁾. 옥외 집회의 신고서를 접수한 관할 경찰서장은 집회가 제5조 1항의 집회금지 사유내

81) Rühl/Steinmeier, Versammlungsrecht, § 15 Rn242; Ott, a.a.O., § 15 Rn 3.

지 제10조 제11조의 집회금지 장소 및 금지시간에 위반된다고 인정될 때, 제7조 1항의 신고서 보완을 이행하지 아니한 때, 그리고 집회가 주요도로에서 개최될 때에는 금지를 주최자에게 통지할 수 있다. 집회의 금지통고는 그 이유를 명시하여 書面으로 하되 主催者 또는 連絡責任者에게 송달하여야 한다. 금지통고에는 담당관청이 명시되어야 하며 이의신청방법 및 위반에 대한 법적 결과가 언급되어야 한다.

(2) 禁止通告의 根據

a) 사전적 금지사유

금지통고는 우선 앞에서 설명한 사전적 금지사유에 위배되는 집회에 대하여 취해진다. 위헌정당의 목적을 달성하기 위한 집회는 이미 방어적 민주주의를 추구하는 우리 헌법상 정당하다.

가장 문제가 되는 것은 제5조1항2호에 의거한 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가한 것이 명백한 집회의 규제이다. 특히 공공의 안녕질서의 개념이 광범위하기 때문에 일반적인 集會禁止事由로서는 적합하지 않기 때문에 이를 身體와 財產에 대한 暴力行使로 좁게 해석하였다. 그러나 집회가 폭력화될 위험성이 없다고 하더라도 원활한 교통소통, 타인의 이전의 자유등의 기본권, 국가기관의 정상적인 기능 등을 보호하기 위해서 집회에 대한 사전적 금지통고가 가능한 상충하는 법익을 적절히 형량하여 금지통고를 내려야 한다. 금지통고는 조건부과나 해산명령에 비하여 집회를 사전에 봉쇄하는 극단적인 조치이므로 신중히 이루어져야 한다.

공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회여부의 판단은 금지통고를 내리는 시점에서 모든 사실에 기초를 두고 내려야 한다. 따라서 사후에 경찰의 예상이 정확하지 않은 것으로 드러나도 금지통고를 내리는 시점에서 경찰의 판단이 高度의 蓋然性을 가졌다면 적법하다. 집회의 목적과 같은 내적인 관념과는 관계없이 집회의 진행으로 인한 공공의 안녕질서에 대한 손해발생의 개연성이 경찰조치의 기준이다. 예상되는 법익침해가 클수록 상대적으로 개연성의 기준이 낮아진다.

損害發生의 단순한 가능성이나 의심만으로는 집회를 금지시킬 수 없다. 예를

들면 신고서상 주최자, 주관자, 참가단체등이 폭력적인 集會前歴이 있다는 이유만으로는 "명백하고 현존하는 위험원칙"을 도입한 제5조 1항 2호의 기준에 미흡하다. 이와는 달리 주최자(단체포함) 및 주관자가 유인물에 화염병 각목 등의 휴대를 촉구한다든지 폭력혁명을 선동한다면 공공의 안녕질서를 명백하고 직접적으로 침해할 위험성이 있는 집회로서 금지될 수 있다.

b) 道路交通

옥외집회는 다수인이 한 장소에 모이는 형태 자체가 도로교통에 장애를 준다. 만약 도로교통을 근거로 집회의 사전금지를 일반적으로 허용한다면 흔히 공공장소에서 개최되는 모든 옥외집회를 불가능하게 하는 결과를 초래한다.

도로교통상의 이유로 집회를 사전에 금지시킬 때 두가지로 그 근거를 나눌 수 있다. 첫째는 타인의 이전의 자유와 연관된 원활한 교통소통이다. 원활한 교통소통을 위해서는 보통 극단적인 금지조치보다 더 완화된 제한적 조건부과로도 어느정도 그 목적을 달성할 수 있다. 집회의 자유를 보장하면서도 보다 나은 교통환경을 만들 수 있는 規範調和的인 방법은 가령 교통량이 많지 않은 도로로 行進路線을 제한한다든지 3열중대로의 행진과 같은 조건으로도 충분할 수 있다. 또한 원활한 교통소통의 방해는 일반적인 집회의 목적이 아니라, 집회목적에 의하여 공공장소에서 개최되기 때문에 일어나는 부득이한 결과에 불과하다. 그러므로 이런 불편함은 집회를 위해서 감수되어야 하며 교통소통을 위한 집회금지는 예외적으로만 허용될 수 있다.

두번째는 교통소통과 긴밀한 연관성을 맺고 있는 생명과 신체의 위해방지를 위한 집회의 금지통고이다. 특히 자동차 전용도로나 고속도로는 자동차를 사용하는 이외의 방법으로 통행하거나 횡단하지 못하는 도로로서(도로교통법 제54조) 집회가 이러한 장소에서 개최된다면 집회관여자 뿐만 아니라 도로이용자의 신체나 생명에 명백한 위해를 야기시킬 수 있다. 따라서 이런 경우에 집회를 사전에 금지시키는 것은 정당화될 수 있다. 집시법 제12조 1항에 의하면 대통령이 정하는 주요도시의 주요도로에서의 집회에 대하여 교통소통을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 이를 금지하거나 交通秩序維持를 위한 조건을 붙여 제한할 수 있다. 그러나 집회의 주최자가 질서유지인을 두고 도로를 행진하는 경우에는 금지

할 수 없다(동조 2항). 행진의 경우에는 조건을 붙여 제한할 수만 있고 금지할 수 없음을 규정했다는 점에서 집회를 보다 넓게 보호하려는 입법자의 의도가 분명히 드러나 있다. 하지만 교통소통을 목적으로 한 집회금지를 예외적으로 인정했다는 면에서 긍정적이지만 교통소통을 단순히 원활한 차량의 이동 내지 개인의 이전의 자유로만 파악하여 主要道路에서의 行進을 금지시킬 수 있는 근거가 전혀 없다는 것이 문제이다. 집회 및 시위에 관한 시행령에 의하면 주요도로⁸²⁾는 고속도로와 자동차 전용도로를 포함하므로 이 도로의 행진은 법규의 해석상 금지될 수 없다. 고속도로 및 자동차 전용도로에서의 행진이 교통소통이라는 범의 이외에 더욱 중대한 신체 및 생명에 끼치는 영향력을 고려한다면 구체적인 사안에 따라서 행진도 금지와 조건부과를 선택적으로 적용될 수 있게끔 하는 것이 바람직하다⁸³⁾.

물론 고속도로 및 자동차 전용도로에서의 옥외집회를 道路法에 의거하여 집시법 시행령의 주요도로 지정여부와 관계없이 금지시킬 수 있다고 해석하는 방편도 있다. 이러한 해석은 집시법이 집회에 본질적으로 관련된 사항을 규율하며 집회에 관한 문제에서 우선적으로 적용된다는 측면에서 타당하지 못하다. 그러므로 가장 바람직한 해결책은 법개정을 통하여 고속도로 및 자동차 전용도로에서의 집회를 금지, 제한할 수 있다는 명문의 규정을 두는 것이다.

C) 連坐示威

연좌시위는 일반적인 옥외집회가 그 부수적 효과로서 교통소통의 방해가 일어난 것과 다른 양태를 가진다. 연좌시위는 교통소통방해를 수단으로 하여서 집회

82) 대통령령으로 지정된 주요도시의 주요 도로는 앞으로 지방자치 시대에 적합하게 지방의 회가 지역실정에 맞도록 지방자치조례로 조정하도록 하는 것이 바람직하다. 교통량의 증가로 인한 주민들의 이전의 자유행사가 더욱 어려워지는 상황에 비추어 지방 중소도시의 주요도로에서도 집회를 제한할 수 있도록 하는 것이 옳다.

83) 연방 고속도로에서 자동차 속도제한 규정의 도입을 주장하는 집회를 허용한 사례로는 다음을 참조, R hl/Steinmeire, a.a.O., § 15 Rn. 204 ; 이와 달리 영국에서 公路(highway)는 공중의 이용을 위해 존재하는 것이지만 通行目的으로만 사용되어진다고 이해되기 때문에, 공로에서의 不法妨害罪(nuisance)를 구성한다. 안경환·김종철(공역), 전계서, 370 쪽

의 목적을 효과적으로 달성하려는 옥외집회의 한 형태로서 헌법상 보호받지 못하는 폭력적 집회라는 주장도 있다⁸⁴⁾.

그러나 연좌시위가 직접적인 暴力을 행사하지 않는 한 헌법상 보호받는 집회이고 단지 공공의 안녕질서에 위배되는 경우에 금지 해산되거나 제한적인 조건이 부과될 수 있다고 보는 것이 多數意見이다⁸⁵⁾. 오늘날 급증하는 차량과 함께 도로교통의 중요성이 부각되고 있는 상황에서 연좌시위는 더욱 제한될 필요성이 있다.

3) 條件通告

(1) 概念과 問題點

집시법 제10조는 야간옥외집회를 금지하면서 예외적으로 조건을 붙여 허용할 수 있고 제12조는 주요도시의 주요도로에서의 집회를 금지하면서 교통질서유지를 위한 조건을 붙여 제한할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 양자는 그 성격이 다르다. 제12조의 조건이란 행정행위에 종속적으로 부여되면서 그 효력이 행정행위와 관련된 행정법상의 조건을 의미하는 것이 아니라 독자적인 행정행위다. 이와는 달리 제10조의 조건은 야간옥외집회를 금지하면서 예외적으로 질서유지를 위한 '조건'을 붙여 허용하는 것이기 때문에 집회허용이 마치 受益的 行政行爲에 종속되는 行政法의 一般理論上의 條件의 성격을 갖는다⁸⁶⁾. 그러나 폭력성이 명백히 예상되는 집회가 아닌한 집회시간을 일반적으로 금지시키는 조항은 위헌의 소지가 있다. 더구나 이 조항은 자의적으로 운용되어 모든 야간 옥외집회가 금지될 위험성이 있으므로 개별적 금지통고와 조건부과 및 해산명령을 같이 포함하게 하는 것이 바람직하다.

84) BGH NJW 1969, S. 1773; OLG Celle NJW 1970, S.207.

85) BVerfGE 73, 206(248); R hl/Steinmeir, Versammlungsrecht, § 15 Rn.257.

86) 이러한 차이는 집회 및 시위에 관한 시행규칙에서도 드러난다. 즉 동규칙 제5조와 제6조에 의하면 '야간 옥외집회의 조건부 허용통보'와 '교통질서 유지를 위한 조건의 통보'를 일정 서식에 따라 한다. ; 헌법재판소의 다수의견은 야간옥외집회의 허용 여부가 관할 경찰관서장의 기속재량사항이라고 해석되는 점에서 집시법 제10조의 규정이 위헌이 아니라고 본다. 91 헌바 14 (헌법재판소 판례집 제6권 1집 281쪽 이하) 참조.

조건통고는 신고자의 동의를 필요로 하지 않고 행정청이 作爲, 不作爲, 受忍 등을 요구하는 조치이다. 금지통고가 집회를 사전에 전체적으로 금지시킨다면 조건통고는 집회를 인정하면서 개별적 사항에 국한되어 이루어 진다. 조건은 금지보다 완화적인 조치이므로 조건으로 공공의 안녕질서와 조화를 이룰 수 있다면 금지통고는 배제 되어야 한다. 집시법 제8조는 금지통고만을 규정하고 있지만 법 개정 내지는 해석을 통하여 조건통고로 가능하도록 해야한다. 또한 집회 시작후에는 집시법 제18조가 解散命令만을 규정하고 있지만 일정한 조건을 부과하면서 집회를 속행시키는 것으로 공공의 안녕질서를 유지할 수 있다면 해산명령에 앞서 조건통보가 고려되는 것이 합헌적이다.

(2) 節次와 形式

집회주최자와 관할 경찰관서장의 協力義務에 따라서 조건을 부과하는 경우에도 어떠한 조건이 집회를 보장하면서 공공의 안녕질서에 대한 위협을 축소시킬 수 있는지 논의되어야 한다. 행정절차상 관할 경찰서장은 주최자에게 조건통보를 내리기에 앞서 청문의 기회를 주는 것이 바람직하다.

조건을 부과시키는 경우에는 집회 및 시위에 관한 시행규칙의 별지서식에 의해서 문서로 통보된다. 여기에는 조건통보를 발하는 주체인 관할 경찰관서장과 근거규정, 조건이 표시되고 조건을 위반하는 경우에 해산명령이 발부될 수 있다는 것이 포함되어 있다.

조건통보의 기한에 대한 명문의 규정은 없지만 신고서 접수증을 교부한 때로부터 24시간 이내에 주최자에게 통고한다면 별다른 문제가 없으리라 본다.

(3) 種 類

a) 內容을 制限시키는 條件

집회에서 논의되는 토론내용이나 개인의 의사표현을 근거로 사전에 집회를 금지시키거나 일정한 조건을 부과하는 것은 허용되지 않는다. 의사표현의 내용은 헌법 제21조 2항에 의거하여 許可나 檢閱이 금지되기 때문에 집회와 무관하게 보호된다⁸⁷⁾.

87) Breitbach/R hl, NJW 1988, S.8; BVerwGE 64,55(58f); R hl/Steinmeier, a.a.O., §15 Rn. 168.

집회에서 논의되는 주제나 내용이 다수의 가치관에 적합하지 않더라도 이는 사후에 언론출판의 자유의 제한에 입각해서 제재된다.

b) 時間과 場所에 대한 條件

집회의 자유는 집회의 장소와 시간을 결정할 권리를 포함한다. 예외없이 특정한 집회개최 시각과 장소를 금지시키는 것은 위헌의 소지가 있다. 집시법 제11조에 의한 중요기관에서의 옥외집회를 제외하고 특정장소에서의 집회를 일반적으로 금지시킬 수 없다. 옥외집회는 다수인이 한 장소에 모임으로써 타인에게 사고의 충격을 주고자 하는 데에 현실적인 목적이 있기 때문에 이런 목적을 현저하게 불가능하게 하는 조건은 허용될 수 없다. 따라서 사람의 왕래가 거의 없는 지역에서 집회를 하게끔 하거나 확산기 사용을 전체적으로 금지시키는 조건은 인정되지 않는다. 또한 조건은 구체적이어야 하므로 경찰관의 지시에 복종해야 한다는 추상적 명령은 적절하지 못하다.

집회의 자유가 場所選擇權을 포함하지만 私有財産을 침해할 수는 없다. 단지 일반 공중의 사용에 제공된 도로 광장 공원 등에서는 어떠한 허가 없이 옥외집회의 장소로 이용될 수 있다. 공공기관이 관리하는 체육관, 문화회관, 구민회관 등의 장소는 공물에 제공된 목적에 적합하게 평등의 원칙에 따라서 제공이 보장되어야 한다.

행정관청과 같이 공공의 목적을 위한 행정기관의 임무에 제공된 공물에서의 집회는 그 임무에 따라서 판단기준이 된다. 예를들어 행정기관의 임무수행을 비판하고 임무수행을 본질적으로 침해하지 않는 집회는 공공의 사용범위를 일탈하지 않았다고 파악된다. 이에 비하여 집회의 목적과 관련없이 일반인의 사용에 제공되지 않은 행정관청에서의 집회는 제한된다.

집시법 제8조 2항은 둘 이상의 집회의 시간과 장소가 경합되는 경우에는 뒤에 접수된 집회에 금지통고를 할 수 있다고 규정하고 있다. 이 때에도 명문의 규정이 없지만 금지통고 보다는 특정 시간과 장소를 배제하면서 집회를 인정하는 조건통고로도 공공의 안녕질서를 유지할 수 있다면 조건을 부과시키는 것이 바람직하다.

c) 集會의 內部組織에 관한 條件

집시법 제15조 3항은 관할 경찰서장이 질서유지인의 수를 주최자와 협의하여 적정수로 조정할 수 있는 권한을 주고 있다.

이외에 주최자에게 신고된 참가 예정인원만큼 참가자를 제한하라는 조건은 참가인의 집회참가의 자유를 침해하는 조치이기 때문에 허용되지 않는다. 또한 행진의 속도조절이나 참가자들의 유인물배포에 대하여서도 협력원칙에 따라 협조를 구할 수 있지만 조건을 부과시키는 것은 인정되지 않는다.

4) 解散命令

(1) 概 念

해산명령은 이미 시작된 집회를 종결시키고 집회관여자에게 집회장소에서 퇴거할 의무를 지우는 관할 경찰관서장의 行政行爲이다. 주최자의 集會終結宣言은 참가자에게 집회장소를 떠날 것을 요구하는 法的인 義務賦課의 效果가 없으므로 해산명령이 아니다.

(2) 要 件

관할 경찰서장은 다음 요건에 해당하는 집회에 대하여는 상당한 시간 이내에 自進解散할 것을 요청하고 이에 응하지 아니할 때에는 해산을 명할 수 있다.

a) 一般的 禁止事由 및 禁止通告의 違反

집회의 일반적 금지사유에 위반하는 집회는 해산될 수 있다. 그러나 일반적 금지사유에 위반되는 집회가 반드시 해산되어야 하는 것은 아니다. 야간 옥외집회나 금지구역에서의 집회⁸⁸⁾가 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가하지 않고 진행된다면 집회의 해산명령으로 인한 불필요한 충돌을 막기 위해서라도 평화적으로 집회가 종결되도록 하는 것이 타당하다.

이에 비해서 위헌정당의 목적을 달성하기 위한 집회나 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가하는 집회는 (집시법 제5조 1항) 경찰의 재량이 허용되지 않는다. 경찰은 민주주의적 기본질서와 타인의 권리

88) 금지구역내에서의 집회는 경찰의 해산명령이 의무적이라는 학설과 해산명령에 대신하여 조건을 부과시키는 완화적인 조치가 가능하다는 견해가 대립하고 있다. Vgl. Ott, a.a.O. § 16 Rn. 3; D/G/K, a.a.O., § 15 Rn. 64.

를 보호하기 위해서 헌법상 인정될 수 없는 집회를 해산하여야 한다.

또한 이외에 주최자에게 집회금지가 통고되었는데도 집회가 개최되었다면 해산될 수 있다. 금지통고가 부여된 집회는 일반적으로 공공의 안녕질서에 대한 직접적 위협을 가할 것이 명백한 집회이기 때문에 해산명령의 근거가 된다.

그러나 금지통고가 내려진 시점과 실제로 집회가 진행되는 상황은 다를 수 있기 때문에 금지통고의 위반이 곧 解散命令을 정당화시킬 수 없다. 관할경찰관서장은 구체적인 사안에 따라서 재량권을 적절히 행사하여야 한다. 물론 이경우도 주최자의 처벌은 별도의 문제이다.

b) 終結宣言

집회의 주최자는 질서를 유지할 수 없을 때에 그 집회의 종결을 선언하여야 한다(집시법 제14조 3항). 종결선언을 한 집회는 해산될 수 있지만 공공의 안녕질서를 침해할 우려가 없다면 경찰은 해산명령을 내릴 의무가 없다.

c) 申告書 未提出

해산명령의 목적은 신고의무를 강제하기 위한 수단이 아니라 공공의 안녕질서에 대한 위협을 방지하는 데 있다. 그러므로 신고서를 제출하지 않았다고 해산명령이 의무적으로 내려지는 것이 아니다⁸⁹⁾. 또 신고서를 제출해도 공공의 안녕질서를 위해서 집회가 해산될 수도 있다. 특히 偶發的 集會는 신고없이 적법하게 집회를 진행할 수 있고 緊急集會는 申告期限을 지키지 못했다는 사유로 해산되지 아니한다.

d) 條件에 대한 違反

옥외집회에 대하여 조건을 부과시키는 것은 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 침해를 예방하는 데 그 목적이 있다. 그러므로 조건에 대한 위반은 일반적으로 공공의 안녕질서를 침해하여 해산사유가 된다. 하지만 조건을 부과한 시점과 조건을 위반한 시점의 차이로 인하여 조건위반이 해산명령을 도식적으로 정당화시키지는 아니한다.

89) Gallwas, Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit, JA 1986, S.490; Crombach, Die öffentliche Versammlung unter freiem Himmel, S. 4ff.; BVerfGE 69, 315(350f.).

시점의 절차 때문에 조건통보의 전제요건이 달라져서 공공의 안녕질서를 직접적으로 침해하지 않는 상황도 가능하다. 이 때 해산명령은 과잉금지의 원칙에 저촉된다.

(3) 解散命令에 代替하는 條件通告

집시법 제18조는 제8조의 금지통고와 같이 조건을 부과시킬 수 있다는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 해산명령에 비하여 조건통고는 집회를 속행시키면서 개별적 사항에 국한되는 조치이므로 규제의 정도가 약하다. 조건을 부과시킴으로써 집회가 평화적으로 진행될 수 있다면 집회를 더욱 보장하면서 불필요한 공권력의 투입을 사전에 예방할 수 있다. 해산명령에 경찰의 裁量을 인정한다는 것을 고려하더라도 보다 완화된 조치인 조건통보가 명문의 규정이 없어도 인정되는 것이 바람직하다⁹⁰⁾. 여기서 조건통고는 집회개최중에 주최자에게 발하여지고 서면이 아니라 구두로도 가능하도록 하는 것이 타당하다. 해산명령과 조건통고에 대한 재량을 경찰에 부여하는 것은 경찰권을 강화하면서도 기본권 실질화를 강구하는 적절한 방법이다.

(4) 集會自體의 暴力化

집회주최자가 폭행등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회는 금지되며(집시법 제5조 1항) 管轄 警察署長은 주최자에게 금지를 통고할 수 있다(동법 제8조 1항). 그러나 평화적으로 개최된 집회라도 군중심리에 의해서 또는 조직적인 소수의 조종으로 주최자의 의도와는 달리 집회가 폭력화 될 위험성도 있다. 우리나라의 집시법은 이에 대한 규정을 두고 있지 않기 때문에 법적 공백의 상태에 있다⁹¹⁾.

90) 독일의 집회 및 시위에 관한 법률 제152조 1항은 금지통고에 조건통고를 같이 규정하면서 제2항의 해산명령에는 조건의 부과를 명문화하고 있지 않다. 그러나 학설과 판례는 해산명령에 대체적인 조건의 부과를 해석상 인정한다. Vgl. BVerwG, NJW 1982, S. 1008; BVerfGE 69. 315(353); D/K/G, a.a.O., § 15 Rn.68.

91) 독일은 집시법 제13조 1항 2호에서 이에 관한 명문의 조항을 두고 있다. 즉 집회가 폭력적·선동적이거나 참가자의 생명과 건강에 대한 직접적 위협이 있는 경우에 경찰은 집회를 해산시킬 수 있다.

다. 集會開催의 事前段階에서의 危害防止

집회의 자유는 집회를 준비하는 단계까지도 보호한다. 현수막을 제작하거나 유인물 인쇄, 그리고 집회장소로의 이전도 집회의 자유에 의하여 보호된다. 매우 어려운 문제중의 하나가 집회 및 시위에 관한 법률에 명문의 규정이 없는 데도 불구하고 집회의 사전단계에서 경찰이 警告·檢問·搜索·押收등의 활동을 할 수 있는가 이다⁹²⁾. 이 사항은 집회에 참가하려는 사람들을 규제한다는 측면뿐만 아니라 평화적인 집회를 방해하는 이들을 예방한다는 면에서도 관련이 된다. 즉 한편으로는 금지된 집회에 참가하려는 이들을 규제함으로써 미리 공공의 안녕질서에 대한 危害를 豫防한다. 다른 한편으로는 누구나 평화적인 집회를 방해하거나 문란하게 하여서는 아니되고 주최자는 집회가 방해될 염려가 있을 때에는 관할경찰서장에게 통고하여 보호를 요청할 수 있다(집시법 제3조).

독일은 이미 통일경찰법 초안에 검문소 설치, 신분확인, 수색·압수 등의 예방적 경찰수권조항을 두고 각 주의 경찰법이 이를 도입하고 있는 추세이다. 그러나 집회에서 일어나는 위해방지는 집회 및 시위에 관한 법률이 기준이 되며 경찰법의 적용은 집회의 자유를 침해할 수 있다는 이유로 집회 및 시위에 관한 법률을 보완하여 수권조항을 두어야 한다는 의견이 제시되고 있다⁹³⁾. 우리 나라는 집회 및 시위에 관한 법률뿐만 아니라 경찰법 및 경찰관 직무집행법에서도 집회의 사전적 단계에서의 개별적 수권조항이⁹⁴⁾ 없기 때문에 시급히 법률을 보완하여야 할 필요가 있다. 현실적으로 금지된 집회에 무기등을 소지한 잠재적 참여자는 공공의 안녕질서를 위하여 규제되어야 하는데 명확한 법적 근거가 없다. 또한 법률에

92) 이에 대한 독일의 논의는 다음을 참조, Alberts, Novellierungsbed rftigkeit des Versammlungsrechts, ZRP 1988. S.285ff; R hl/Steinmeier, a,a.O., § 12a Rn.24ff.

93) 이에 대한 논쟁의 자료는 다음을 참조, Rühl/ Steinmeier, a,a.O., § 12a, Rn.31; 집회를 보호하기 위한 사전적 조치를 경찰법에 근거를 두고 찬성하는 의견은 다음을 참조, D/G /K, a,a.O., § 1 Rn.70.

94) 우리나라에서는 경찰권의 발동근거로 일반조항적 목적조항과 개별적 수권조항에 대한 논의는 다음의 상반된 견해를 참조, 박윤훈, 행정법강의(下) 320쪽; 김남진 행정법(II), 220쪽.

명확한 요건을 규율한다면 경찰권의 濫用是非가 불식될 것이다.

라. 撮影 및 錄音

경찰의 촬영 및 녹음 활동은 정보에 대한 자기결정권과 집회의 자유에 대한 제한이다⁹⁵⁾. 집회의 자유는 집회관여자가 국가의 監視나 事後의 不利益을 두려워하지 않고 집회에 참여할 수 있는 권리를 포함한다.

현실적으로 다수의 집회참여자 가운데 폭력을 행사한 자와 평화적으로 집회에 참여한 자를 선별하기가 어렵다. 또한 공공의 안녕질서에 대한 위협을 가할 가능성이 높은 참가자의 불법적 행동을 미리 예방한다는 의미에서 비디오나 사진촬영은 효율적이다. 독일에서는 경찰실무상 사진촬영 및 녹음이 사용되었다가 1975년 연방재판소의 판례로 사진촬영이 인정되었다⁹⁶⁾. 이후 집회 및 시위에 관한 법률개정에 의해서 사진촬영 및 녹음을 일정한 조건하에서 허용하는 근거규정이 삽입되었다. 이로써 사진촬영 및 녹음의 適法性 여부에 관한 논의가 불식되었고, 명확한 요건과 사후 폐기 요건을 규정하여 부당한 권리침해를 예방하였다. 삽입된 동법 제12a조에 의하면 경찰은 참가자가 공공의 안녕과 질서에 대하여 중대한 위협을 야기시킬 근거가 있다면 촬영과 녹음을 할 수 있다. 형사소추 및 위해방지의 필요가 없다면 그 자료는 즉시 폐기되어야 한다.

독일은 촬영 및 녹음의 근거규정을 두면서 이것을 옥외집회 뿐만 아니라 그 위협성이 낮은 屋內集會에 까지 적용하여서 과도한 제한이라는 비판을 받고 있다. 현실적으로 촬영과 녹음이 집회의 폭력화를 예방하고 사후의 형사소추를 위한 증거로서 활용되기 때문에, 최소한 옥외집회에 대하여 경찰이 촬영 및 녹음을 할 수 있는 규정을 두는 것이 타당하다.

95) Götz, Polizeiliche Bildaufnahme von öffentlichen Versammlungen, NVwZ 1990, S.116

96) Ott, a.a.O., N 11ff.; BGH NJW 1975, S.275.

마. 警察의 裁量과 過剩禁止의 原則

1) 意 義

管轄 警察署長의 집회에 대하여 금지통고·해산명령·조건통보 등의 조치를 취할 때에는 재량이 부여된다. 우리 집시법은 단지 "할수있다"라는 문구로 재량은 인정하고 있지만 이 재량은 '義務에 적합한 裁量 (pflichtgemäes Ermessen)'으로서 決定裁量과 選擇裁量으로 구분된다. 過剩禁止의 原則(광의의 比例의 原則)은 의무에 적합한 재량을 행정관청이 행사하게 되는데 세부적으로 적합성의 원칙, 최소침해의 원칙, 비례의 원칙으로 구성되어 있다.

2) 決定裁量

결정재량에 따라서 행정관청(집회에서는 관할 경찰관서장)이 집회 및 시위에 관한 법률의 목적에 적합하게 집회에 대하여 조치를 할 것인지의 여부를 결정한다. 특히 결정재량을 행사하는 데는 경찰이 규제를 가함으로써 야기되는 손해와 규제로 인하여 얻을 장래의 이익이 비례의 원칙에 따라서 고려되어야 한다. 집단적인 손괴나 방화와 같이 명백히 타인의 신체와 재산을 침해하는 상황에서 경찰의 결정재량은 嚮으로 縮小되어서 경찰개입이 의무적이다. 이 경우에 피해자에게 경찰개입청구권이 인정된다. 물론 결정재량이 영으로 수축되어 경찰이 개입하여도 가장 효과적인 수단의 선택은 경찰의 재량에 맡겨진다.

3) 選擇裁量

선택재량의 범위내에서 경찰은 집회의 권리와 공공의 안녕질서가 적절히 조화되게 하는 수단을 선택해야 한다 즉 사전적 금지, 조건, 사후적 해산 중에서 과잉금지의 원칙에 적합한 것이 선택된다. 특히 선택재량에서는 과잉금지의 원칙중 최소침해의 원칙이 중요한 역할을 한다. 경찰은 공공의 안녕질서라는 개념으로 나타나는 제3자의 권리보호에 적합한 여러가지 조치중에서 구체적인 상황에 따

라서 집회의 권리를 가장 최소한으로 제한하는 조치를 택해야 한다⁹⁷⁾.

조건통고에 의해서 목적을 달성할 수 있다면 금지통보나 해산명령은 허용되지 않는다. 금지통고의 요건이 충족되었더라도 위험발생시에 해산명령으로 충분하다면 집회의 금지통고는 최소침해의 원칙에 위배된다.

2. 平和的 集會의 保護

집회 및 시위에 관한 법률은 공공의 안녕질서를 보장하기 위해서 집회를 제한할 수 있는 근거법률이기도 하지만 평화적인 집회를 제3자의 침해로부터 보호하는 국가의 基本權 保護義務를 구체화시키는 법률이기도 하다. 국가의 기본권 보호의무는 기본권이 主觀的 公權이자 客觀的 價値라는 양면성을 근거로 하면서 헌법해석상 인정되고 있다. 국가는 소극적인 측면에서 집회의 자유를 헌법 제37조 2항에 따라 제한할 수 있지만 한계를 넘어 침해할 수 없다. 적극적인 면에서 국가는 제3자의 불법적인 침해로부터 평화적인 집회를 보호할 의무가 있다⁹⁸⁾. 국가에 의한 집회의 보호는 실질적인 규제조항과 같이 존재하고 있다. 우리 집시법 제3조는 평화적 집회의 보호를 명문화하고 있다.

집회의 주최자는 평화적인 집회가 방해될 염려가 있다고 인정될 때에는 관할 경찰관서에 통고하여 보호를 요청할 수 있고 관할 경찰관서장은 정당한 이유없이 보호요청을 거절할 수 없다. 주최자의 보호요청에 대하여 관할경찰서장은 介入與否와 介入手段의 선택에 대한 결정 및 선택재량이 부여된다. 주최자의 보호요청의 근거는 평화적인 집회가 집회내의 소수에 의해 방해받는 경우와 외부에 의해서 방해받는 경우로 구별될 수 있다.

가. 集會內의 小數

집회의 秩序維持는 우선 집회주최자와 주최자의 지시에 따라 질서유지인이 담

97) BVerfGE 69, 315 (349).

98) BVerfGE 39,1 (44ff)

당한다. 참가자는 주최자 및 질서유지인의 질서유지를 위한 지시에 따라야 한다 (집시법 제16조 1항). 주최자나 질서유지인의 의도와 달리 집회내부에서 평화적인 집회를 방해하는 참가자가 있다고 경찰이 즉시 집회를 해산한다면, 이는 평화적인 집회참가자의 권리를 침해하게 되므로 적법하지 못하다.

옥내집회의 경우에는 주최자가 일반적으로 그 장소를 사용할 家宅權을 행사함으로써 집회방해자의 퇴거를 요구할 수 있다. 주최자가 질서를 요구할 수 없을 때에는 그 집회의 종결을 선언하며 경찰은 종결된 집회가 공공의 안녕질서를 위협할 것이 명백하다면 해산을 명할 수 있다. 주최자가 내부의 질서교란자에 대하여 평화적 집회의 보호를 관할 경찰서에 요청한다면 경찰은 사안에 따라서 경고를 발하고 무기등을 臨時領置하는 등의 활동을 할 수 있다. 특히 생명과 신체에 대한 중대한 위협이 있을 때에는 경찰의 결정재량은 영으로 수축하여 구체적인 보호 조치를 취해야한다.

옥외집회는 공공장소에서 대개 개최되기 때문에 주최자가 질서교란자를 배제할 수 없다. 공공장소는 일반공중의 사용에 제공되므로 옥내집회와 달리 공권력에 의해서만 그 사용이 제한될 수 있다.

나. 外部의 秩序違反者

집회자체가 폭력적이면 사전에 금지되거나 사후에 해산된다. 다수인이 한 장소에 모이는 집회는 집회에 참가하지 않은 외부인에게 이미 위하적인 효력이 있다. 따라서 개별적인 외부의 질서교란자 보다는 집단적인 集會妨害가 현실적으로 더 가능성이 많다. 특히 현대의 다원화된 사회에서는 상충하는 이해관계를 맺고있는 집단들 사이에서 집회참가자와 이에 반대하는 대항집회가 동시에 개최될 위험성이 높다. 그래서 집시법 제8조 2항은 서로 상반되거나 방해가 된다고 인정되는 2이상의 옥외집회가 집회의 시간과 장소의 競合關係에 있을 때 뒤에 접수된 집회를 금지할 수 있도록 규정하고 있다. 물론 뒤에 접수된 집회를 금지하는 것 보다 시간과 장소에 대한 변경조건을 부여하면서 집회의 목적을 달성시킬 수 있다면 그러한 조건통보가 더욱 합헌적이다.

옥외집회에 대한 외부의 질서교란은 국가의 보호의무에 따라서 규제된다. 제3자의 집회방해로 인한 공공의 안녕질서의 위협은 그 책임자가 攪亂者이기 때문에 집회에 대한 규제는 인정될 수 없다. 특정인의 합법적 행위에 대응한 타인의 불법적 행위가 예상된다는 사실을 인지하면서 불법행위자 보다는 오히려 합법적 행위를 처벌하는 결과를 초래하기 때문이다⁹⁹⁾. 그러나 건물에 대한 폭과위협과 같이 집회참가자의 생명과 신체에 중대한 위협이 있을 때에는 집회의 자유와 국가의 보호의무를 형량하여서 예외적으로 집회해산을 명할 수 있다고 본다¹⁰⁰⁾. 옥외집회에 대한 제3자의 집회방해에 있어서 경찰은 일반 경찰법규에 따라서 집회를 보호한다. 경찰권은 직접 질서위반 책임자에게만 발동되는 것이 원칙이므로 집회를 방해하는 제3자에게 규제가 가해진다. 문제는 긴급한 필요가 있는 경우에 질서위반이 없는 평화적 집회관련자에게 예외적으로 경찰권이 발동될 수 있는가이다. 소위 경찰긴급권은 화재 등의 현장에 있는 자에 대한 소화작업 등에서의 동원(소방법 제49조)에서 볼 수 있듯이 법령의 근거가 있어야 한다.

옥외집회에서의 警察緊急權은 두가지로 분류하여 고찰할 수 있다. 첫째로 질서위반자에게 경찰권이 발동된다면 질서위반자와의 마찰로 위반자의 생명과 신체의 위협이 명백한 경우이다. 이런 부진정 경찰긴급권으로 인한 평화적 집회의 해산은 질서위반자의 피해가 아무리 커도 인정될 수 없다. 두번째로 소위 진정 경찰긴급권에 해당되는 경우이다. 즉 경찰이 인원부족 등으로 폭력적 제3자에게 효과적인 조치를 취할 수가 없고 집회가 계속된다면 집회참가자의 생명과 신체에 중대한 위협이 가해질 것이 명백한 때이다. 다수의견은 생명과 신체의 긴급한 위협과 경찰개입의 불가능성을 요건으로 평화적 집회의 해산을 예외적으로 허용한다¹⁰¹⁾. 경찰긴급권이 명문으로 규정되어 있지 않아도 예외를 부득이 허용하고 있다. 앞

99) 다음을 참조. 영국의 Beatty v. Gillbanks 판결 (9 Q.B.D. 308) ; 안경환·김종철(역), 헌법학입문, 176쪽이하

100) Vgl. R hl, NVwZ 1988, S. 579 ; 집회참석자들의 행위가 합법임에도 불구하고 집회를 해산하지 않으면 회복 불가능한 법익침해가 있는 경우, 즉 '상황의 불가피성(necessity of the case)'을 사유로 하여서 집회의 해산을 명할 수 있다. 다음의 영국판례를 참조, O'Kelly v. Harvey, 14 L.R.Ir. 105

101) Schmidt-Jortzig, JuS 1970, S. 509; R hl, a.a.O., S. 581ff.

으로 입법부에 의한 보완이 요망된다.

3. 改善方向

集會의 개선이란 집회가 일어나지 않도록 조치를 취하는 것이 아니다. 집회의 자유는 타인과의 접촉을 촉진시켜 共感帶的 意思를 형성시키고, 대의기능을 보완하며, 소수집단의 의견이 국정에 반영될 수 있는 창구를 마련해 주는, 민주주의 국가의 핵심적인 기본권 가운데 하나이다. 문제는 이러한 집회가 어떻게 타인의 基本權 및 公共秩序와 조화될 수 있는가에 있다. 平和的인 集會行態가 이루어지기 위해서는 단지 법체계의 완비와 제도적인 보완만으로는 불가능하다. 특히 이념성이 짙은 집회나 사회구조적인 문제를 쟁점으로 하는 집회는 그 원인이 되는 사회, 경제, 문화, 정치적인 차원에서의 거시적인 해결이 근본 치료책이다.

가. 法的· 制度的 改善方向

평화적인 집회를 보호하고 동시에 공공의 안녕질서와의 상충을 예방하기 위하여는 현행 집시법의 규정과 운영상의 문제점을 개선하여야 한다. 외국의 立法例를 고려하면서 현행헌법하에서 집시법의 개선점을 나누어 열거하면 다음과 같다.

첫째, 禁止事由 및 禁止通告: 금지사유중에서 가장 논란이 많은 부분이 집시법 제5조 1항 2호의 "집단적인 暴行, 脅迫, 損壞, 防火 등으로 公共의 安寧秩序에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위"이다. 관할 경찰서장은 신고된 집회가 상기 조항에 해당된다고 판단하면 금지할 수 있는데(제8조 1항) 금지대상이 되는 집회에 관한 판단은 법적인 판단으로서 경찰서장이 자의적으로 해석하여서는 아니된다. 예를들어 주최자나 참가단체 등이 과거에 폭력적인 集會前歷이 있다고 하여 금지대상이 되는 집회는 아니다. 경찰서장의 자의적인 판단은 국민의 공권력에 대한 신뢰와 준법의식을 저하시켜, 오히려 국가가 불법적인 집회를 조장하게 된다.

1989년 4월말부터 1991년 8월말까지 39,075건의 집회 중 3,699건(12%)만이

신고되었다는 사실은¹⁰²⁾, 우발적 집회를 고려하여도 금지통고를 예상하고 집회를 강행하는 주최자가 많다는 것을 보여준다. 物理的인 暴力行使의 가능성이 명백한 집회가 아니라면 사후의 條件賦課나 補完通告에 의해서 合法的인 屋外集會를 유도하는 것이 바람직하다.

둘째, 集會委員會 : 집회에 대한 禁止通告의 권한을 경찰서장에게 부여하는 것은 행정상 효율성을 제고시킬 수 있지만 옥외집회가 보통 정치적 성격을 많이 갖기 때문에 경찰의 정치적 중립성을 저해할 수 있다. 집회금지통고나 조건을 부과하는데 있어서 공정성을 확보하기 위하여는 중립적인 '집회위원회'를 구성하는 것이 바람직하다¹⁰³⁾. 집회위원회는 명칭을 달리하여 일본의 公安委員會나 영국의 警察委員會처럼 집회 이외에 경찰업무 전반에 걸쳐서 경찰의 중립성을 보장하는 독립된 위원회로 운영되어도 무방하다. 그 구성원은 관사, 검사, 지방의회 의원, 주민들의 추천인사 등이 고려될 수 있다.

셋째, 申告書의 提出·補完 및 禁止通告時間 : 申告制는 집회의 자유와 공공의 안녕질서간의 조화를 이루기 위한 조항으로서 집회에 대한 規制라는 면과 평화적인 집회의 保護라는 두가지 측면을 내포하고 있다.

신고서는 옥외집회의 48시간 전에 제출하도록 되어 있으며 신고서를 접수한 때부터 48시간 이내에 금지통고를 할 수 있도록 하여, 사실상 예정된 집회를 현장에서 금지하는 결과를 초래한다. 특히 적법한 집회로 여기고 참가한 사람들은 경찰의 원천봉쇄 및 해산에 대하여 집단적으로 반발하는 경우가 많아 집회의 폭력화를 가속시킬 수 있다. 독일, 영국, 일본의 법규에서 보듯이 집회공고의 48시간 전이나 개최의 72시간전 신고서 제출이 타당하다고 본다.

한편으로 48시간이내의 禁止通告는 集會主催者에 의해서 악용될 수 있다. 신고 후 48시간이 지나도 금지통고가 없으면 신고된 시위가 適法한 것으로 인정된다. 따라서 48시간이 지나서 집회개최전에 폭력행사를 직접적으로 촉구하는 유인물 배포, 화염병·각목 준비 등 집단적인 폭력행사의 위험성이 명백한 집회도 있다.

102) 동아일보, 1991년 9월 20일

103) 비교, 연세대 사회과학연구소, 전계서, 401면 이하

따라서 물리적 폭력을 주최자가 행사할 危險性이 명백한 경우에는 48시간 이후에도 금지시킬 수 있는 조항이 필요하다.

또한 관할 경찰서장은 신고서의 接受證을 교부한 때로부터 8시간 이내에 주최자에게 12시간을 기한으로 申告記載事項을 보완할 것을 통고할 수 있는데, 이 조항도 악용될 우려가 있다. 예를들면, 오후 6시에 보완통고를 하면 다음날 9시 업무 시작 때까지 12시간이 지나게 된다. 따라서 보완시간을 24시간으로 하는 것이 타당하다¹⁰⁵⁾.

넷째, 警察措置의 다양화 : 집회에 대한 제한은 집시법에 의하면 사전적 금지와 사후적인 조건통고 및 해산명령으로 구분할 수 있다. 사전적인 금지보다는 사후적인 조건통고 및 해산명령이, 解散命令보다는 일정한 조건을 준수하면서 집회가 평화적으로 집행될 수 있다면 조건통고가 더욱 완화될 조치로서 과잉금지의 원칙에 적합하다. 그러나 집시법의 규정은 이러한 조치들을 유기적으로 연결하지 못하여서 집회와 공공의 안녕질서의 조화를 이루지 못하고 있다. 즉 야간집회에 대한 條件通告(제10조)와 교통소통을 위한 조건통고(제12조)외에 금지통고 및 해산명령 규정에는 완화된 조치인 조건통고를 선택적으로 두고 있지 않기 때문에 과잉금지의 원칙중 최소침해의 원칙에 위배될 위험이 있다.

독일은 집시법 제15조에서 공공의 안녕이나 질서에 대한 위험이 직접적인 때에 집회를 금지 또는 조건을 부과시킬 수 있다고 하면서, 집회를 해산시키는 경우에도 그 대신에 選擇적으로 조건을 부과시킬 수 있도록 경찰의 裁量을 넓게 인정하고 있다. 이러한 경찰의 재량권은 법적인 통제내에서 이루어지며 항상 기본권과 상충된 관계에 있는 것이 아니다. 당시의 상황에 비추어서 경찰이 보다 완화된 조치를 취할 수 있도록 근거조항을 두는 것이 오히려 기본권을 최대한으로 보장하는 길이기도 하다.

이외에 危害防止와 刑事訴追를 위해서 현실적으로 사용되는 경찰의 촬영 및 녹음활동도 일정한 요건하에서 名文의 조항을 삽입하는 것이 오히려 공권력행사의 적법성시비와 그 남용을 방지하는 수단이다.

105) 연세대 사회과학연구소, 전계서, 381면

다섯째, 禁止場所와 禁止時間 : 외국의 법규와 비교하였을 때 우리나라의 집회금지장소는 주요공관 및 외국 외교기관과 외교관 숙소까지 폭넓게 규정되어 있다. 사실상 이를 그대로 적용한다면 서울 중심가에서의 시위가 불가능함으로 완화시킬 필요가 있다. 즉 국회의사당, 각급법원, 헌법재판소 이외의 공관 및 외교기관이 집회의 대상이 아니라면 100미터 규정에서 제외한다는 단서를 추가하는 것이 바람직하다.

또한 야간 옥외집회는 군중심리와 익명성으로 인하여 집회가 폭력화될 위험성이 높지만 제10조의 규정처럼 금지를 원칙으로 하고 예외적으로 조건을 붙여 허용한다는 것은 사실상 許可制로 운용될 소지가 많다. 이미 제5조 1항에서 공공의 안녕질서에 대한 직접적 위협을 금지사유로 규정하고 있고 집회의 금지통고와 함께 조건통고를 같이 제8조에 삽입한다면 제10조를 삭제해도 공공의 안녕질서를 유지할 수 있으리라 본다.

여섯째, 교통소통을 위한 제한 : 主要都市의 主要道路에서의 집회에 대하여는 교통소통을 위하여 禁止하거나 條件을 붙여 제한할 수 있고 行進의 경우에는 금지할 수 없다(제12조). 그러나 주요도로 가운데서 일반도로는 단순한 교통소통을 위한다면 시위방법을 규제하여서 집회의 자유와 교통소통간의 조화를 이룰 수 있기 때문에 금지까지 할 필요는 없을 것이다. 이와는 달리 자동차 전용도로나 고속도로는 행진이라 할지라도 교통소통간의 조화를 이루기 어렵고 또한 운전자와 집회참가자의 신체 및 생명에 심각한 위협을 야기시킬 위험성이 높기 때문에 예외적으로 집회를 금지시킬 수 있는 근거를 두는 것이 타당하다고 본다. 집시법의 해석상 公衆이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행하면서 連坐示威등 중간 집회를 하지 아니하는 옥외집회가 행진이란 용어로 사용되지만 이러한 행진은 사실상 中間集會를 하는 시위로 변질되기 쉽기 때문에 특히 고속도로에서의 행진은 다른 法益과의 상충위험성이 높다.

일곱째, 屋外集會의 範圍 : 옥외집회는 외부와의 접촉가능성 즉, 항상 집회장소의 자유로운 출입이 고도의 위험성을 내포하고 있기때문에 규제가 옥내 집회보다 강하다. 천장이 없더라도 장소적인 제한때문에 외부와의 접촉이 불가능하다

면 옥내집회로 파악하는 것이 合憲的이다¹⁰⁵⁾. 따라서 집시법 제2조 1호의 정의처럼 ‘屋外集會’를 천장이 없거나 사방이 폐쇄되지 않은 장소에서의 집회라고 하는 것은 불필요한 규제를 하는 측면이 있기 때문에 단지 ‘四方이 폐쇄된 장소에서의 집회’라고 개정하는 것이 바람직하다. 회사의 운동장에서 집회를 하여도 옥외집회라 볼 수 없으며, 일차적으로 운동장의 소유·사용권자와 集會關與者 사이의 문제가 있을 뿐이다. 대학의 캠퍼스나 종교시설의 境內도 보통 일반인들의 자유로운 통행을 허용하고 있지만 사방이 폐쇄되어 있고 일반인의 통행을 제한할 수 있는 권한이 총장등에게 있는 한 옥내집회로서 국가가 申告義務를 강제할 필요가 없다고 생각된다¹⁰⁶⁾.

헌법재판소의 다수의견처럼 집시법의 정의를 합헌적으로 받아들여 대학구내를 공중이 자유로이 통행할 수 없는 옥외집회로서 집시법의 규제를 받는다면 납득하기 어려운 점들이 있다. 즉 제한되나마 공공용성의 성격을 갖는 국립대학의 야외공연장이 공중이 자유로이 통행할 수 없는 장소인가라는 의문이 있다. 이와 함께 구체적인 사안에서 그 장소의 성격에 초점을 두어서 참가자와 비참가자 사이의 실질적인 접촉가능성의 여부를 도외시하였다라는 것이다. 또 다수의견에 의하면 私人이 소유하고 있는 천장이 없고 사방이 폐쇄된 장소에서의 비공개집회나 공개 옥내집회도 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가할 개연성이 있다면 집시법상의 옥외집회 및 시위에 해당함으로써 미리 신고의무등의 규제를 받아야 한다. 이런 기준은 불분명하며 과도한 제한으로 위헌의 소지가 있다.

나. 社會的·政治的 改善方向

집회의 자유는 민주주의 국가에서 가장 핵심적인 기본권 가운데 하나이지만

105) BVerwGE 26, 135(137) ; Pieroth/Schlink, a.a.O., Rn. 794f

106) 사실상 大學의 경우 1989년 4월말부터 91년 8월말까지 22,928건의 집회 중 643건(3%)만이 신고되어서 申告制의 실효성에 문제제기가 이루어지고 있다. 동아일보, 1991년 9월 20일 ; 대학구내에서의 집회를 옥외집회로 결정한 헌법재판소의 판례는 91 헌바 14 (헌법재판소 판례집 제6권 1집 281쪽이하) 참조.

권위주의적 정권하에서는 과도하게 제한된다. 따라서 80년대 후반부터 정치권에서 점차 권위주의가 퇴조하면서 집회가 급증한 것은 이상현상이 아니라 그동안 억압되어온 국민의 기본권이 정상화되는 과도기라 볼 수 있다. 통계로 시위빈도를 살펴본다면 학생들에 의해 주도되는 시위가 81년 43건, 82년 61건에서 87년 5,581건, 88년 4,246건, 89년 9,257건으로 증가하였고 87년 304회에 그쳤던 시민단체에 의한 시위가 88년에는 1,412회, 91년에는 2,370회로 급증하였다¹⁰⁷⁾.

1987년의 6.29이후에 집회는 학생들에게는 체제의 정통성, 빈부격차, 사회부조리, 통일문제, 학내문제 등의 다양한 쟁점을 근거로 이루어진 반면에 노동계에서는 경제적인 측면에 초점을 맞추었다고 볼 수 있다. 노사분규로 인한 집회가 87년을 정점으로 하여 급격히 감소되었던 것은 임금 및 노동조건에 대한 쟁점이 어느 정도 받아들여져 집회개최의 필요가 감소되었다고 해석할 수 있다¹⁰⁸⁾. 87년 이후 새로운 유형의 집회로서 지역주민들의 이해관계와 관련되어 나타난 集團民願性示威를 들 수 있다. 그 쟁점은 쓰레기 소각장, 공항, 원자력 발전소 건립반대와 같은 환경문제와 지역개발, 생존권 수호(예를들면 전국노점상연합회, 철거민연합회등의 집회) 등을 들 수 있다.

정치적, 경제적, 사회구조적인 爭點이 집회를 통하여 명백해지고 少數의 의견이 國家意思形成에 반영되는 길이 보장되는 사회가 민주사회다. 갈등과 분쟁은 억압되는 것이 아니라 평화적으로 조화와 타협을 거쳐서 해소되고 또 다른 갈등과 분쟁이 이어짐으로써 민주주의 국가는 발전한다. 따라서 집회가 증가했다는 것은 사회적인 병리현상이 아니라 권위주의적 체제에서 그만큼 민주주의가 진전되었다는 것을 의미한다. 문제는 평화적인 집회에 의해서 사회적 갈등이 발전적인 방향으로 나아가야 하는데 폭력적 집회가 늘어가는데에 있다.

89년에 집시법을 개정하여 과거보다 공권력의 남용을 예방하였고 화염병 사용 등의 처벌에 관한 법률을 제정하여서 규제를 강화하였다. 그러나 1989년 4월말부터 1991년 8월말까지 인명피해만도 16,812명에 달하고 1991년 1월부터 8월말

107) 경찰청, 시위에 관한 통계(비공개자료), 1992

108) 경찰청 자료에 의하면 노사분규의 빈도수는 86년 397건에서 87년 4,676건, 88년 1,988건, 89년 1,703건, 90년 441건이다. 7

까지 과출소 습격이 115건에 달한다는 사실은¹⁰⁹⁾ 평화적 집회형태가 단지 법적인 차원에서만 국한되는 것이 아니라 그 원인이 되는 사회적, 정치적 측면에서 예방책이 마련되어야함을 보여준다. 다양한 理念과 利害關係의 共存이 오늘날 민주주의의 출발점이라는 인식하에서 집회에서 주장되는 의견에 대하여 깊은 관심을 갖을 필요가 있다. 집회가 일어나는 원인을 검토하지 않고 법적, 제도적 차원에서만 논의를 국한시키는 것은 근본적인 치유책이 아니다. 가령 경찰청의 자료에 의하면 94년도 상반기는 93년도 같은 기간보다 집회회수가 70%, 화염병 사용회수가 100% 증가했는데, 이는 집회참가자가 전반적으로 과격해졌다는 사회심리적 요인보다는 U.R. 비준반대가 일차적 요인이다. 정부가 불법적 집회의 원인을 범법자나 체제 비판자로만 파악하고 공권력에 의한 강경진압 조치만을 해결책으로 삼는다면 결과적으로 국가는 집회관여자를 敵으로 여기고 폭력적 집회의 확산을 조장하게 된다. 오히려 정치적 결정 및 집행과정에서 보다 폭넓은 국민참여 통로를 마련하고, 공청회등의 개최를 통하여 집회쟁점에 대한 배려를 한다면 정부의 신뢰도를 강화시켜 불법집회를 효과적으로 豫防할 수 있다. 서구사회가 평화적인 집회를 정착시킨 가장 큰 요인은 공권력에 의한 일방적 制裁措置 보다는 오히려 집회에서 드러나는 주장을 적극적으로 검토하여 궁극적인 改善措置를 강구하였다는 점이다.

장기적으로 경제적 불평등, 환경보호, 소득격차, 사회적 法輕視風土, 생존권보호 등의 여론을 수렴하면서 해결되어야 하겠지만, 언론기관의 집회의 쟁점에 대한 심층적인 보도와 폭력행사에 대한 비판적 태도도 평화적인 집회를 이끄는 요인이다. 또한 원래 계획이 없던 폭력이 집회참가자와 경찰의 대응사이에서 유발되는 경우가 많으므로 집회에 대한 해산명령을 내리는 때에도 경찰의 신중한 조치가 요망된다.

109) 동아일보, 1991년 9월 20일

4. 結 論

集會의 自由는 民主主義 實現 및 同化的 統合과 불가분의 관계에 있지만 집회란 비조직화된 集團性때문에 가장 폭력화될 위험성이 높은 기본권이기도 하다. 그래서 비교헌법적으로 보면, 58개 국가가 집회의 자유에서 ‘무기없이 평화적으로’ 또는 ‘평화적으로’란 유보를 두고있다¹¹⁰⁾. 이미 18세기 미국의 各州 憲法에 삽입되어 있는 평화유보조항은 우연한 것이라고 생각되지 않는다. 개인의 폭력행사는 국가의 권력독점주의에 따라서 금지되며, 기본권의 成文化 이후에도 기본권의 한계를 벗어난다는 것을 의미한다. 그리고 기본권 가운데 집회가 가장 폭력화될 가능성이 많기 때문에 집회의 자유에 규정했다고 이해된다.

獨裁體制에서 집회는 억압되어 빈도수가 낮은 반면에 민주화가 진행될수록 그 횟수가 높은 경향이 있다는 것은 집회의 빈도가 문제는 아니라는 것을 보여준다. 문제는 어떻게 평화적인 집회가 이루어질 수 있는가 이다. 이를 위해서는 법적·제도적인 보완뿐만 아니라 집회의 원인이 되는 사회구조적, 정치적, 경제적인 대응이 필요하다.

110) 예를 들면 독일, 그리스등은 ‘무기없이 평화적으로(friedlich und ohne Waffen)’, 미국은 ‘평화적으로(peaceable)’란 유보조항을 집회의 자유에 부가시키고 있다. 이에 대해서는 다음을 참조. Tae-Soo Kang, Der Friedlichkeitsvorbehalt der Versammlungsfreiheit (Dissertation), S.82ff.