

2006-05 | 책임연구보고서

**집회·시위의 보장과 경찰권 행사의
정당성에 관한 법적 고찰**

치안정책연구소
POLICE SCIENCE INSTITUTE

**집회·시위의 보장과 경찰권 행사의
정당성에 관한 법적 고찰**

치안정책연구소 범죄수사연구실

연구관 윤 성 철

[목 차]

I. 서론	1
1. 연구목적	1
2. 연구의 범위와 방법	2
II. 집회의 자유에 대한 보장과 제한	4
1. 집회의 자유의 보장	4
2. 집회의 자유의 내용	5
3. 집회·시위의 자유에 대한 제한	6
4. 경찰권 행사의 법적근거와 한계	8
5. 판례의 입장	26
III. 우리나라와 선진 각국의 집회·시위 대응실태	39
1. 우리나라	39
2. 영 국	45
3. 미 국	48
4. 일 본	51
5. 독 일	53
IV. 경찰권 행사의 바람직한 방향	57
1. 불법·폭력시위	57
2. 확산기 등 소음	59
3. 집회·시위 현장에서의 사복경찰관의 출입	62
4. 집회현장에서의 채증활동	63
5. 1인 시위	64
V. 경찰권 행사의 정당성 확보를 위한 제언	68
1. 집회시위관리의 일관성 견지	68
2. 진압장비 사용의 상황별 준칙 명확화	69
3. 현장체포 및 연행에 대한 엄격한 법적기준 마련	70
4. 위법행위에 대한 다양한 법적조치 강구	70
5. 정당한 경찰권 행사를 위한 분야별 역할	77
VI. 맺음말	84
[참고문헌]	86
<부록>	88

I. 서론

1. 연구목적

우리 헌법에 보장된 '집회·결사의 자유'는 타인과의 접촉을 통해서 개성을 신장시키고, 의사를 형성하며, 집단적인 의사표현을 하고, 집단적인 형태로 공동의 이익을 추구함으로써 민주정치의 실현에 기여하는 매우 중요한 기본권¹⁾이다.

현행 우리 헌법은 집회의 자유(제21조 제1항)를 언론·결사의 자유와 더불어 국민의 기본권의 하나로 보장함과 동시에 그 허가제를 금지(제21조 제2항)하고 있다. 헌법재판소도 집회의 자유가 바로 표현의 자유의 집단적인 형태이며, 그것이 자유민주주의국가에서 국민의 정치적·사회적 의사형성과정에 있어서 효과적인 역할을 담당하는 수단이 된다는 점을 긍정하였다.²⁾ 그러나 집회의 자유는 다른 한편으로 언론의 자유와는 달리 대개 다수인의 집단행동으로 나타나, 집단행동의 속성상 의사표현의 수단으로서 개인적인 행동의 경우보다 공공의 안녕질서나 법적 평화와 마찰을 빚을 가능성이 있다.

따라서, 혹자는 집회 시위의 양상은 그 사회의 갈등상황과 현실을 반영하는 것이라고 한다. 누가 무엇을 위해 어떠한 방법으로 시위하느냐 하는 것은 사회상황과 국민의식, 정치, 경제적 환경이 이를 좌우하게 되는 것이다. 법질서의 유지가 순전한 법적 강제로만 달성될 수 없다는 것은 법 현실을 접해 볼 기회를 가지는 사람이라면 누구나 공감할 것이다.

특히, 집회시위에 대한 대책은 세계 어느 나라를 막론하고 법정책상 가장 민감하고 현실적인 분야에 속한다. 오늘날 시위가 정치적 의사표현의 수단으로서 중요한 의미를 지니고 있다는 것은 아무도 부정할 수 없을 것이다. 각국의 정치적, 역사적 그리고 사회문화적 차이로 말미암아 각 나라마다 집회시위의 양상은 다름에도 불구하고, 세계 공통적으로 시위사범에 관한 논의의 핵심은 시위권에 대한 헌법적 보장에 있다기보다는 오히려 형법이나 기타 법령을 통한 시위권의 제한에 있는 것으로 보인다.³⁾ 이에 따라 모든 국가는 어떠한 형태의 시위를 공권력을 동원해 금지하여야 할 것인지에

1) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2002, 672면.

2) 헌법재판소 1994. 4. 28 선고 91헌마14, 판례집 6-1, 281-316면.

3) Weingärtner, Demonstration und Strafrecht, Freiburg i. Br. : Eigenverlag Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1986.

대하여 고민하게 된다.

집회시위권과 법질서 유지의 조화라는 측면에서 볼 때 질서유지를 위한 권한의 행사는 국민의식과 국민의 법 감정에 부합하여야 하고, 그 법질서를 운용하는 권력 주체가 국민의식과 국민의 법 감정에 합치되도록 제도와 관행을 확립시켜 나갈 때에만 가능한 것이다.⁴⁾

경찰은 합법적이고 평화적인 집회·시위에 대해서는 집회·시위의 자유를 보호해주는 대신 불법적인 시위에 대해서는 강력하게 대응하는 기초를 유지하고 있다. 그러나 경찰의 이러한 기초에도 불구하고 집회·시위의 주최 당사자, 그리고 각종 시민단체의 입장에서는 아직도 경찰의 대응이 과잉 대응이며, 강압적이고 폭력적 대응이라는 시각을 갖고 있다. 이러한 관점에서 볼 때 현행 집회·시위에 대한 경찰의 대응에 있어 집회 당사자와 경찰의 견해가 상당히 큰 시각차가 존재하고 있다. 이와 같은 견해차는 집회 당사자로 하여금 국가공권력에 대한 불신을 가져오게 되어 궁극적으로 경찰권의 발동에 상당한 제약요인으로 작용할 수 있다. 그러므로 이 글에서는 집회시위와 관련하여 집회의 자유에 대한 보장과 제한의 의미를 살펴보고 현행 집회·시위에 관한 법률(이하 '집시법'이라고 한다)과 집회·시위와 관련된 판례가 시사하는 경찰권 행사의 법적 근거와 한계를 검토해 본다. 또한 우리나라와 선진 외국의 집회시위관련 법·제도 및 대응실태를 알아보고 우리의 집회시위 대책에 주는 시사점을 도출하여, 집회·시위 관련 당사자와 시민들로부터 경찰권 행사의 정당성을 확보하는 길은 무엇인지 고찰해보기로 한다.

2. 연구의 범위 및 방법

본 연구에서 수행하고자 하는 연구의 범위는 첫째, 우리 헌법이 집회의 자유를 보장하면서도 집회의 자유를 제한할 수 있는 근거규정을 둔 의미와 현행 집시법과 판례에 나타난 경찰권 발동의 근거와 법적 한계이다.

4) Tom R. Tyler, Why People Obey the Law, Princeton Univ Pr, 2006, 3면 참조.

둘째, 우리나라와 선진 외국의 집회·시위 대응방안에 대한 검토이다. 외국의 법적 대응 실태를 비교 분석함으로써, 우리나라의 집회시위 관리방식에 문제점은 없는지 분석해 보고, 국내 상황에 수용 가능한 경찰권 행사의 바람직한 방향 모색이다.

끝으로 이와 같은 법적근거와 실태 분석을 토대로 평화적인 집회·시위문화의 정착을 위한 경찰권 행사의 정당성을 확보하는 방안을 제언하고자 한다.

연구 방법은 관련 문헌의 조사, 법적 검토, 경찰백서에 나타난 통계의 분석에 국한한다. 현행 헌법과 집시법 등 관련 법률에 나타난 집회·시위의 자유 및 제한에 대한 법적 근거와 적용 실태를 살펴본다. 아울러 집회·시위관련 판례의 경향 분석을 통해 바람직한 경찰권 행사의 방향을 확인한다. 또한 관련 선행연구의 분석, 한국과 선진 각국의 집회·시위 대응 실태에 대한 비교를 통해 불법 집회·시위에 대한 경찰권 행사에 주는 시사점과 바람직한 법집행의 방향을 모색해 본다.

Ⅱ. 집회의 자유에 대한 보장과 제한

1. 집회의 자유의 보장

집회 및 결사의 자유는 주관적 공권으로서 자유민주주의 국가에서 헌법상 보장된 중요한 자유권적 기본권이다.⁵⁾ 우리 헌법은 제21조 제1항에 ‘모든 국민은 … 집회·결사의 자유를 가진다.’라고 규정하여 집회 및 결사의 자유를 보장하고 있으며, 동조 제2항에 ‘… 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니 한다’라고 하여 집회·결사에 대한 허가제를 금지하고 있다. 이러한 집회의 자유는 타인과의 접촉을 통해서 개성을 신장시키고, 의사를 형성하며, 집단적인 의사표현을 하고, 집단적인 형태로 공동의 이익을 추구함으로써 민주정치의 실현과 동화적 통합에 기여하는 매우 중요한 기본권이다. 더욱이 의사표현의 일반적인 통로라고 볼 수 있는 보도매체가 언론기업의 독과점 현상 또는 국가권력의 간섭에 의해서 제구실을 못하게 되는 경우에 집회의 자유가 갖는 보완적 기능은 민주주의 실현을 위해 매우 중요하다. 현행 헌법이 집회·결사의 자유를 언론·출판의 자유와 함께 규정하고 있는 이유도 그 때문이다.

일반적으로 집회의 자유는 공동의 목적을 가진 다수인이 자발적으로 일정한 장소에서 일시적으로 회합할 수 있는 자유를 말한다. 여러 사람이 한 자리에 모여 공동의 관심사를 이야기 하고 함께 의사표현을 하는 것은 남과 더불어 살아가는 인간 공동생활에서는 불가결한 하나의 생활양식이 아닐 수 없다. 또 타인과의 접촉을 통해서 정보를 교환하고 집단적으로 의사 표현을 하는 것은 정치적인 의사형성과정에서 가장 보편적이면서도 효과적인 행동양식이라고 볼 수 있다.

집회의 자유를 기본권으로 보장하는 것은 다음과 같은 헌법상의 의의와 기능을 갖는다.⁶⁾ 먼저, 남과 더불어 사회공동생활을 책임 있게 함께 형성해 나갈 사명을 간

5) 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2005, 673면 ; 집회의 자유는 제 1차적으로 집회에 대한 국가권력의 간섭이나 방해로 배제할 수 있는 주관적 공권으로서의 성격을 갖는다.

6) 허영, 앞의 책, 673면 참조.

직한 사회적 인간에게 타인과 접촉하고, 정보와 의견을 교환하며, 공동의 목적을 위해서 집단적으로 의사표현을 할 수 있게 함으로써, 개성 신장의 길을 열어 주고 동화적 통합을 촉진시킨다는 의의와 기능을 가진다. 다음으로, 타인과의 접촉을 통해서 공감대적인 의사를 형성케 하고 그것을 집단적인 형태로 표현케 함으로써 의사표현이 갖는 투입 기능을 증대시켜 줄 뿐 아니라, 의사표현의 일반적인 메커니즘이 그 효능을 발휘하지 못할 때 그것을 보완해 주는 기능을 갖는다. 또한, 국민의 정치적인 의사 형성과정에 집단적인 형태로 참여케 함으로써 의사표현의 실효성을 증대시켜주고 정치적인 요구를 관철시킬 수 있도록 할 뿐 아니라, 대의기능이 약화된 경우에 그에 갈음하는 직접민주주의의 수단으로서의 의의를 갖는다. 마지막으로, 의사표현의 통로가 봉쇄되거나 제한된 소수집단에게 의사표현의 수단을 제공해 주고 소수의 의견이 국정에 반영될 수 있는 창구를 마련해 줌으로써 소수의 의사가 실효성을 나타나게 한다는 의의를 가진다.⁷⁾

2. 집회의 자유의 내용

1) 집회의 자유권

집회의 자유에는 적극적으로 집회를 개최하는 자유, 집회를 사회 또는 진행하는 자유, 집회에 참가하는 자유 등이 포함된다. 소극적으로는 집회를 개최하지 아니하는 자유, 집회에 참가하지 아니할 자유까지도 포함된다.

2) 집회장소의 사용권

집회의 자유는 집회에 대한 공권력의 제한이나 간섭을 배제하는 측면을 갖는 것은 자유의 본래적 성질에서 당연한 것이나, 나아가 집회에 대하여 도로·공원·광장·공회당과 같은 일정한 장소의 제공을 공권력이 거부해서는 안 된다. 즉 공공시

7) 김수환, "집회시위에 대한 경찰권 발동의 정당성에 관한 연구", 고려대 법무대학원 석사학위논문, 2005, 3~4면.

설의 관리자인 공권력에 대해 집회를 하려고 하는 사람이 공공시설의 이용을 요구할 수 있는 권리도 포함하고 있다고 볼 수 있다.

3) 언론의 자유와 집회의 자유의 경합

집회에서의 발언에 관하여 집회의 자유는 언론의 자유에 대한 특별법적 성격을 가지므로 집회의 자유로서 보장된다는 견해와, 우리 헌법이 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 전부 동일조문에서 규정하고 있기 때문에 구별할 실익이 없다는 점에서 언론의 자유로서 보장된다는 견해가 대립한다. 헌법재판소는 이를 언론의 자유의 보장 문제로 보았다는 것이 다수설이다.⁸⁾

3. 집회·시위의 자유에 대한 제한

1) 제한의 필요성

집회의 자유는 다수인의 집단행동에 관한 것이기 때문에 집단행동의 속성상 공공의 안녕질서 내지 법적 평화와 충돌할 가능성이 매우 높다.⁹⁾ 또한 집단적인 시위행동이 민주주의를 파괴하기 위한 그릇된 목적으로 행해진다면 민주적 기본질서가 중대한 위협을 받게 된다는 점도 부인할 수 없다. 따라서 헌법에서도 집회의 자유를 보장하되, 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로 제한할 수 있도록 하고 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용은 침해할 수 없다고 규정하고 있다(헌법 제21조 및 제37조).

2) 집회의 자유의 본질적 내용

8) 헌재 1992. 1. 28. 선고, 89헌가8 참조.

9) 계획열, 헌법학(中), 박영사, 2004년, 480면.

집회의 자유는 타 법익과의 충돌 가능성도 있지만 민주주의 실현 등을 위해 필수 불가결한 중요한 기능도 가지고 있으므로, 그 제한에는 신중을 기해야 하고 본질적인 내용은 침해하지 말아야 한다. 이와 관련하여 집회에 관하여 허가제를 도입하는 법률의 제정, 집회의 사전신고제를 운영하는 과정에서 우발적 집회에 대해서 사전 신고가 없었다는 이유만으로 해산명령을 발하는 것 등은 집회의 자유의 본질적 내용의 침해라고 보아야 한다. 우발적 집회의 특징은 사전신고가 불가능하다는 데 있기 때문에 우발적 집회에 획일적으로 사전신고를 요구하는 것은 부당하다고 할 것이다.

또한 긴급집회는 계획적이고 주최자가 있다는 점에서 우발적 집회와는 구별되지만, 긴급집회의 특성상 일반집회와 동일한 사전신고기간을 요구하는 것은 부당하다. 따라서 신고가 가능해진 때 신고가 있으면 합법적인 집회로 평가해야 한다.

3) 집회의 자유에 대한 제한의 방식

집회의 자유는 공공질서와 충돌할 가능성이 있기 때문에 많은 제한을 받게 되며 그 방식도 여러 가지이다. 비상계엄이 선포된 경우 집회의 자유는 헌법 제77조 제3항에 의거 제한될 수 있고, 특수지위관계에 있는 사람은 해당 법률에 의해 집회의 자유가 제한된다. 무엇보다도 집회의 자유는 헌법 제37조 제2항에 따라서 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로서 제한된다. 집회의 자유를 제한하는 중요한 법률로써는 집시법, 형법, 국가보안법 등이 있고, 그 중에서도 집시법이 대표적이다. 집시법 제1조에서도 '적법한 집회 및 시위를 최대한 보장하고 위법한 시위로부터 국민을 보호함으로써 집회 및 시위의 권리의 보장과 공공의 안녕질서가 적절히 조화되게 함을 목적으로 한다.'고 규정하고 있다.¹⁰⁾

4) 집시법에 의한 제한

10) 김수환, 앞의 논문, 3~4면.

2004. 1. 29 제10차 집시법 개정으로 집회의 자유에 대한 제한이 강화된 것은 사실이다. 물론 이전에도 옥외집회 및 시위의 사전 신고제도(제6조 제1항), 주거지역 집회 제한(제8조 제3항 제1호), 야간 집회 금지(제10조), 국회의사당 등 일정지역 주변 집회 금지(제11조) 등 집회의 자유를 제한하는 규정이 있었으나, 제10차 개정으로 제한의 대상이 늘어났다. 즉, 옥외 집회 및 시위의 신고기간도 제한하였고(제6조 제1항), 주거지역뿐만 아니라 학교 및 군사시설 주변지역 집회에 대해서도 일정한 경우 제한할 수 있도록 하였으며(제8조 제3항 제2호·제3호), 확성기 등의 사용도 제한할 수 있도록 하였다(제12조의3).

5) 제한의 한계

집회의 자유는 민주주의 질서의 필수불가결한 구성요소이기 때문에 이를 제한하는 경우에도 그 본질적인 내용은 침해해서는 안 된다는 점은 앞서 살펴본 바와 같다. 집회의 자유와 집회를 제한하는 법익은 양자택일적으로 하나의 법익만을 보호하고 다른 법익을 포기해서는 안 되며, 양 법익을 실제적 조화의 원리에 따라 모두 동시에 최적대한 실현되도록 하여야 한다. 따라서 집시법에 의해서 집회의 자유를 제한할 경우에도, 집회의 자유와 집회의 자유를 제한하여 얻을 수 있는 법익간의 조화를 가져올 수 있는 범위에서 법률이 만들어지도록 입법자는 노력해야 하고, 집시법을 운용하는 국가기관도 사전신고제를 마치 허가제와 같은 것으로 운영하거나, 불특정한 법률개념들을 지나치게 확대하여 해석하거나 적용하는 것은 집회의 자유에 대한 위헌적인 침해가 된다고 할 것이다. 따라서 집회의 자유를 제한하는 법익과 집회로부터 보호하는 법익이 동시에 최적의 실효성을 나타낼 수 있는 경계가 제한의 한계이다.¹¹⁾

4. 집회·시위에 대한 경찰권 행사의 법적근거와 한계

11) 계획열, 헌법학(中), 485면.

1) 법적 근거

(1) 의의

우리 헌법은 집회의 자유를 보장하고, 집회에 대한 허가제를 금지하고 있다. 또한 집회의 자유에 대하여 국가안보와 공공복리, 질서유지를 위하여 법률로써 제한할 수는 있으나, 기본권의 본질적인 내용을 침해하지는 못하도록 규정하고 있다. 따라서 집회·시위에 대한 경찰권 발동도 질서유지를 위해서 법률에 근거하여 발동하여야 하고, 집회의 자유에 대한 본질적인 내용을 침해해서는 아니 된다. 이를 위해서는 집회의 자유를 제한하는 법률 자체가 국민의 기본권 침해를 최소화하는 방향으로 제정되어야 하고, 관련 법률에 근거하여 경찰권을 발동할 경우에도 기본권에 대한 최소침해와 공공의 안녕과 질서유지라는 최대의 효과를 가져 올 수 있는 방향으로 발동되어야 하며, 위법·부당한 경찰권 발동으로 인하여 권리를 침해당한 개인이 이를 다투어 위법·부당한 경찰권 발동을 통제할 수 있도록 해야 한다.

집회와 관련한 경찰권 발동은 적법한 집회를 방해하는 위험요인과 집회로 인해 발생할 수 있는 공공의 안녕질서에 대한 위험요인 및 이미 발생한 장애를 제거하기 위한 활동이다. 국민의 기본권 중의 하나인 집회의 자유가 제한을 받을 수 있다는 것을 인정하더라도 집회에 대한 경찰작용은 대체로 침해행정에 속하는 것이므로, 헌법 제37조 제2항에서 명시한 법률유보의 원칙에 따라 법률상의 근거를 필요로 한다. 따라서 경찰권 발동의 근거를 부여하는 법은 형식적 의미의 법률임이 원칙이다. 예외적으로 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에 한하여 행정입법의 형식으로도 경찰권을 발동할 수 있을 것이다.

집회에 대한 경찰권 발동이 구체적 타당성을 갖기 위해서는 개별적 수권조항에 근거하여 발동되어야 한다. 개별적 수권조항 중에서 집회에 대한 특별법이라고 할 수 있는 집시법에 근거해서 경찰권이 발동되어야 함은 물론이다. 이러한 집시법에 명확한 규정이 없을 때 경찰관 직무집행법, 도로교통법 등 특별법상의 개별적 조항에 근거하여 경찰권이 발동될 수 있을 것이다.

또한, 집시법이나 도로교통법, 전염병예방법 등 개별적인 법률에 근거가 없더라도 일반경찰행정법으로 볼 수 있는 경찰관 직무집행법상의 개별적 수권조항에 근거하여 집회에 대한 경찰권이 발동될 수 있다. 다만, 경찰관 직무집행법상의 개괄적 수권조항에 근거하여 집회에 대한 경찰권을 발동할 수 있는 지는 문제시 된다. 따라서 이하에서는 집회·시위에 대한 개별적 수권조항에 근거한 경찰권 발동을 알아보고, 개괄적 수권조항의 적용여부를 살펴본다.¹²⁾

(2) 집회·시위에 대한 경찰권 발동의 요건

(가) 법률유보의 원칙과 경찰권 발동의 근거

공공의 질서유지를 위해서는 국민의 권리·자유도 일정한 한도 내에서는 제한될 수 있으며, 우리 헌법 제37조 제2항에서도 ‘국민의 모든 자유와 권리는 … 질서유지를 위하여 법률로써 제한할 수 있다.’고 규정하고 있다. 다만 이와 같이 국민의 권리·자유를 제한하는 경우에도 일정한 한계가 있는 바, 어떠한 경우에도 ‘국민의 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수는 없다’고 할 것이다.¹³⁾

경찰은 사회공공의 안전과 질서를 유지하기 위하여 국민에게 명령·강제하는 권력적·침익적 작용을 그 주된 수단으로 사용하는 바, 이러한 경찰권의 발동에는 반드시 법률의 근거가 있어야 한다. 이것은 법치주의 또는 법률에 의한 행정의 원리에 따른 당연한 귀결이다. 다만 현행법상 법률의 내용은 행정입법에 의하여 그 내용이 보완될 수 있는 것이므로 행정입법이 경찰권 발동의 근거가 될 수 있는 경우도 있다. 이 경우 법률에 의한 행정입법에의 수권은 ‘구체적으로 범위를 정하여’ 행하여야 한다.

여기서 근거 법규범의 성격이 문제된다. 오늘날과 같이 법치주의 원칙이 발달된

12) 김수환, 앞의 논문, 13면 이하 참조.

13) 헌법 제37조 제2항 : 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

상황 하에서는 이른바 임무규범(직무규범)과 권한규범(권능규범)을 엄격히 분리하여야 할 것이기 때문이다. 임무규범 혹은 직무규범이란 조직법상의 권한분장 관계를 규율하기 위한 규범으로서 다른 행정청과의 직무의 한계를 설정하는 것을 목적으로 한다. 따라서 경찰법상 임무규범은 법적으로 허용되는 경찰작용의 외적 한계를 설정하는 것으로서 개인의 권리침해와 무관한 경찰작용의 한계를 규정하는 규범이다. 이에 반하여 권능규범 혹은 권한규범이란 행정청에 부여된 임무를 전제로 이의 범위 내에서 개인의 권리를 침해할 수 있는 조치를 취할 수 있는 권한을 부여하는 규범을 말한다. 그러므로 권한규범 혹은 권능규범에 의해서만 개인의 권리침해와 관련된 조치를 취할 수 있고, 원칙적으로 직무규범으로부터는 당사자의 권리영역에 직접적인 불이익이나 부담을 주지 않는 수단만이 인정된다고 보아야 한다.¹⁴⁾

이와 같이 법률유보의 원칙상 부담적 성질의 경찰처분을 위해서는 직무규범 외에도 구체적인 행위를 행할 수 있는 권한을 부여하는 수권규정이 존재하여야 한다. 이때의 수권규정에는 특별경찰행정법상의 개별조항에 의한 수권, 일반경찰행정법상의 개별조항에 의한 수권, 일반경찰행정법상의 일반조항(개괄조항)에 의한 수권이 존재한다.

(나) 개별적 수권규정에 의한 경찰권 발동

① 특별경찰법상의 개별적 수권에 의한 경찰권 발동

위험의 방지 및 장애의 제거라는 경찰법상의 목적달성을 위한 행정권한의 발동은 일반경찰법 이외에도 수많은 특별법령에 근거하여 행하여진다. ① 도로교통법, 자동차관리법, 선박법, 선박안전법, 항공법 등 교통상의 안전 및 질서유지를 위한 법령, ② 식품위생법, 공중위생관리법, 직업안정법 등 영업경찰법령, ③ 건축법, ④ 의료법, 약사법, 전염병예방법 등 보건관계법, ⑤ 폐기물관리법, 자연환경보전법, 수질환경보전법, 해양오염방지법, 대기환경보전법 등 환경상의 위험방지를 위한 법령 등이 특별행정법의 모든 영역에서 경찰권발동의 근거를 개별적으로 부여하고 있다.

14) 류지태, 행정법신론, 신영사, 2005, 800면.

집회에 관한 특별경찰법상 개별적 수권에는 집시법·도로교통법¹⁵⁾ 등이 있다. 다른 기본권의 보호범위에 해당하지 않는 집회라는 형태에 관한 한 집시법이 다른 법률에 대하여 특별법으로 우선적 효력을 갖는다. 집시법상의 일정한 집회 및 시위금지(제5조), 사전신고제(제6조), 일정한 장소에서의 집회 제한(제8조, 제11조, 제12조), 야간집회 제한(제10조), 확장기 등 소음제한(제12조의3), 집회 또는 시위의 해산(제18조) 등 집시법상의 개별조항에 근거하여 경찰권이 발동될 수 있다.

집회와 본질적으로 연관성이 없는 사항은 개별 법률이 존중된다. 본래 집회에서 야기되는 위험을 방지하기 위하여 제한하는 것은 아니지만 집회의 자유를 사실상 제한하는 조치는 다른 법률에 근거를 둘 수 있다. 예를 들면 전염병 예방법 제39조 제1항에 의하면 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제1군 전염병 예방상 필요가 있을 때에는 시가, 촌락의 전부 또는 일부의 교통을 차단할 수 있고(제1호), 흥행·집회·제례 기타 다수인의 집합을 제한 또는 금지할 수 있다(제2호).

집시법은 제1조에서 “적법한 집회 및 시위를 최대한 보장하고 위법한 시위로부터 국민을 보호함으로써 집회 및 시위의 권리의 보장과 공공의 안녕질서가 적절히 조화되게 함을 목적으로 한다.”라고 규정하고 있다. “적법한 집회 및 시위를 최대한 보장하고 위법한 시위로부터 국민을 보호함으로써”는 집시법에 의한 경찰권 발동이 국민의 기본권 보장을 우선적으로 고려해야 한다는 것을 의미하고, “집회 및 시위의 권리보장과 공공의 안녕질서가 조화되게 함”은 집시법의 궁극적인 목적이 집회의 자유의 보장과 공공의 안녕질서의 조화임을 천명한 것이라고 볼 수 있다. 따라서 집시법은 집회의 규제에 일차적인 목적이 있는 것이 아니라 적법한 집회를 보호하고 공공의 안녕질서에 대한 침해를 예방하여, 기본권과 공공의 안녕질서간의 조화를 유지하기 위한 것이다. 구체적인 경찰권 발동은 이러한 입법목적에 따라 행해

15) 도로교통법 제6조 (통행의 금지 및 제한) ①지방경찰청장은 도로에서의 위험을 방지하고 교통의 안전과 원활한 소통을 확보하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 구간을 정하여 보행자나 차마의 통행을 금지하거나 제한할 수 있다. 이 경우 지방경찰청장은 보행자나 차마의 통행을 금지하거나 제한한 도로의 관리청에 그 사실을 알려야 한다. ②경찰서장은 도로에서의 위험을 방지하고 교통의 안전과 원활한 소통을 확보하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 우선 보행자나 차마의 통행을 금지하거나 제한한 후 그 도로관리자와 협의하여 금지 또는 제한의 대상과 구간 및 기간을 정하여 도로의 통행을 금지하거나 제한할 수 있다. ③지방경찰청장 또는 경찰서장은 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 금지 또는 제한을 하고자 하는 때에는 행정자치부령이 정하는 바에 의하여 그 사실을 공고하여야 한다. ④경찰공무원은 도로의 파손, 화재의 발생이나 그 밖의 사정으로 인한 도로에서의 위험을 방지하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정되는 때에는 필요한 한도 안에서 보행자나 차마의 통행을 일시 금지하거나 제한할 수 있다.

져야 한다.

② 일반경찰행정법상의 개별적 수권에 의한 경찰권 발동

개별적 수권조항은 경찰행정법상 규정되어 있는 개별적인 경찰권 발동요건 및 내용에 관한 규정으로서 경찰행정법에서는 통상적인 권한규정이다. 개별조항에 규정되어 있는 요건은 제한적인 성질을 갖는 것이므로, 이 요건을 충족하는 사안에 대하여 일반조항에 근거한 경찰권 발동은 인정되지 않는다.

집시법은 22개조의 조항으로 구성되어 있어 집회에 대한 규율로는 부족한 면이 많다. 실제로 집회에 대한 경찰권 발동의 문제는 집시법이 아니라 집시법에 대해 보충적 위치에 있는 일반경찰행정법상 개별적 수권에 의해 해결하는 경우가 많은데, 우리 실정법상으로는 경찰관 직무집행법 제3조 이하가 이를 규정하고 있다. 즉 불심검문(경찰관 직무집행법 제3조), 보호조치(제4조), 위험발생의 방지조치(제5조), 범죄의 예방과 제지조치(제6조), 위험방지를 위한 출입(제7조), 출석요구(제8조), 경찰장구의 사용(제10조의2), 분사기 등의 사용(제10조의3), 무기의 사용(제10조의4) 등이 있다. 이러한 개별적 권한의 행사도 언제나 그 직무수행에 필요한 최소한도 내에서 이루어져야 하며, 남용되어서는 안 된다(경찰관 직무집행법 제1조 제2항).

(다) 개괄조항(일반조항)에 의한 일반적 수권

① 개괄조항의 인정여부

i) 개괄조항의 개념과 필요성

경찰법상 개괄조항이란 경찰권 발동의 근거가 되는 개별적인 법률규정이 없는 경우, 경찰권 발동의 일반적·보충적 근거가 될 수 있도록 일반적 위험방지 및 장애 제거를 위한 포괄적 내용을 규정한 조항을 말한다.¹⁶⁾ 이러한 개괄조항은 사회·경

16) 이것은 독일 연방 및 주의 통일경찰법 모범초안 제8조에 전형적으로 규정되어 있다. 동조 제1항에서 '경찰은 동 모범초안 제 8조의a 내지 제24조에서 경찰의 직무권한으로 특별히 규정하지 아니하는 한, 공공의 안전이나 질서에 대한 개별적 위협을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다'고 규정하고 있

제·문화·과학기술의 발전에 따라 사회사정이나 가치관의 변화 그 밖에 입법자가 예측할 수 없는 위험의 발생 등을 고려할 때 그 필요성이 인정된다고 본다.

ii) 인정여부

우리 경찰관 직무집행법 제2조는 경찰관의 직무로서 ① 범죄의 예방·진압 및 수사, ② 경비·요인경호 및 대간첩 작전수행, ③ 치안정보의 수집·작성 및 배포, ④ 교통의 단속과 위해의 방지, ⑤ 기타 공공의 안녕과 질서유지를 규정하고 있다. 여기서 말하는 ‘기타 공공의 안녕과 질서유지’를 개괄조항으로 볼 수 있는가와 관련하여 우리나라에서 개괄조항의 존부에 대하여 부정설¹⁷⁾과 긍정설¹⁸⁾로 견해가 나뉜다.

경찰행정은 개별적인 수권조항 만으로는 현실적으로 위험방지의 목적을 수행할 수 없다는 점과 일반조항을 인정하더라도 확실과 판례에 의하여 개괄적 수권조항의 내용·목적·범위가 충분히 상세화 될 수 있고, 경찰권 행사의 일반적인 한계인 비례성의 원칙 등이 인정되고 있으므로, 경찰관 직무집행법 제2조 제5호는 일반조항으로 인정될 수 있다고 본다.¹⁹⁾ 판례도 같은 입장이다.²⁰⁾ 따라서, 경찰권은 개별적인 수권조항에 의한 구성요건의 충족이 없는 경우에도 그것이 공공의 안녕과 질서유지를 위해 필요한 경우에는 일반조항에 근거하여 행해질 수 있게 된다. 그러나

다.

- 17) 이 설은 경찰권이 가지는 침해적·권력적 성격상 그 근거는 개별규정에 의하여야 하고, 일반조항과 같은 방식에 의한 수권은 법치국가 원리, 특히 명확성 원칙에 반하기 때문에 허용될 수 없다는 입장이다. 부정설과 같은 취지의 주장에는 개괄조항의 필요성과 허용성은 인정하지만, 현행법상 개괄조항은 존재하지 않으므로 입법조치에 의해 개괄조항의 신설이 필요하다는 견해도 있다.
- 18) 이 설은 개괄조항의 필요성과 허용성을 인정하고 나아가 현행 경찰관 직무집행법 제2조가 규정하고 있는 경찰의 책무에 관한 규정 중에서, ‘공공의 안녕과 질서유지’에 관한 조항을 권한규정으로 파악함으로써, 이를 현행법상 개괄적 수권조항으로 보아, 개별적인 근거 규정이 없을 때에는 이 조항에 의거하여 경찰권을 발동할 수 있다고 보고 있다.
- 19) 보다 구체적인 내용은 류지태, 앞의 책, 802면; 서정범, 경찰권발동에 관한 연구, 박사학위논문(고려대 대학원), 1992, 26면 참조.
- 20) 대법 1986. 1. 28. 선고, 85도2448 판결: 청원경찰법 제3조는 청원경찰은 청원주와 배치된 기관, 시설 또는 사업장 등의 구역을 관할하는 경찰서장의 감독을 받아 그 경비구역 내에 한하여 경찰관 직무집행법에 의한 직무를 행한다고 정하고 있고, 한편 경찰관 직무집행법 제2조에 의하면 경찰관은 범죄의 예방·진압 및 수사, 경비·요인경호 및 대간첩작전 수행, 치안정보의 수집·작성 및 배포, 교통의 단속과 위해의 방지, 기타 공공의 안녕과 질서유지 등을 그 직무로 하고 있는 터이므로 경상남도 양산군 도시과 단속계 요원으로 근무하고 있는 청원경찰관인 공소 외 김창성 및 이성주가 원심판시와 같이 1984. 12. 29 양산군 장안면 임광리 115에 있는 피고인의 집에서 피고인의 형 공소 외 박무수가 허가 없이 창고를 주택으로 개축하는 것을 단속한 것은 그들의 정당한 공무집행에 속한다고 할 것이므로 이를 폭력으로 방해한 판시 소위를 공무집행방해죄로 다스린 원심조치는 정당하고 이에 소론과 같이 위법이 있다고 할 수 없다.

일반조항의 적용은 그 내용상 경찰법상의 개별적인 권한규정이 없는 경우에 보충적으로만 적용되어야 하며, 또한 이에 따른 경찰권의 행사에 있어서도 일반적인 경찰권 행사의 한계가 적용되어야 할 것이다.

② 집회에 대한 일반조항에 의한 경찰권 발동의 요건

i) 의의

집회에 대해 일반적 수권조항에 의해 경찰권을 발동하기 위해서는 집회로 인해 공공의 안녕에 대한 위협 또는 공공의 질서에 대한 위협이 존재하여야 한다. 즉 일반조항에 의해 경찰권이 발동될 수 있다고 하더라도, 구체적인 경우에 있어서 다음과 같은 일정한 요건이 충족될 것이 필요한데, 공공의 안녕 또는 공공의 질서에 대한 위협이 존재하거나, 경찰상의 장애가 존재하여 이를 예방하거나 제거할 필요가 있을 것을 요건으로 하게 된다. 그런데 공공의 안녕·질서 및 이에 대한 위협은 불확정 개념으로 집회에서 발생할 수 있는 공공의 안녕 또는 질서에 대한 위협 상황을 구체적으로 열거하기는 어렵다. 따라서 일반적 수권조항에 의해 집회에 대해 경찰권을 발동하기 위해서는 관련된 모든 상황을 종합적으로 판단하여 공공의 안녕 또는 질서에 위협이 존재하는 가 여부를 판단할 수 밖에 없다.

ii) 공공의 안녕

공공의 안녕이란 개인의 생명·건강·자유 및 재산의 불가침성과 국가와 그 기관들의 존속 및 기능의 온전성을 의미한다.²¹⁾ 따라서 이 개념에는 공익뿐만 아니라 사익도 보호의 대상에 포함된다. 다만 개인적 법익의 보호를 위해서 경찰권이 발동될 때에는 우선 당해 개인적 법익이 사법(私法)에 의하여 보호될 수 있는 경우에는 사법적(私法的)인 해결수단이 우선 적용되며 경찰기관의 행위는 보충적으로만 적용된다. 또한 경찰권에 의한 사익의 보호는 공공의 안녕을 위한 것이므로, 개별적인 경우에 있어서 사익을 보호하기 위한 공익이 존재하는 경우에 한정된다. 공공의 안

21) 류지태, 앞의 책, 803면.

녕에는 한편으로는 공동체의 법익의 보호를 포함하고 있는데, 공동체 법익의 보호는 국가와 그 기관들의 존속과 기능의 온전성을 보장하는 것을 목적으로 하며, 이를 위해서는 우선 공법적 규정들의 준수가 보장되어야 한다. 따라서 이러한 규정들의 위반은 항상 공공의 안녕에 대한 위해가 된다.

집회로 인한 공공의 안녕에 대한 직접적인 위협이란 현실적으로 실정법 위반의 형태로 나타난다. 실정법을 위반하는 행위는 모두 공공의 안녕 개념에 포함되어 원칙적으로 경찰권을 발동할 수 있다. 금지통고된 집회를 개최하거나 제한통고·조건통고를 위반하여 교통소통 등 질서유지에 직접적인 위협을 초래한 경우에는 집시법의 규정에 의한 경찰권 발동이 가능하다. 이와 같이 금지통고·제한통고·조건통고를 위반한 집회는 그 자체로 공법규범 위반으로 공공의 안녕을 해친다. 또한 집시법을 위반하지 않더라도 공법규범을 위반하여 직접적인 위협을 초래한다면 경찰은 일반적 수권조항에 의해 필요한 조치를 취할 수 있다고 본다.

그러나, 단순한 공법규범 위반이나 집시법 위반 사실만으로 경찰권이 발동할 수 있는 것은 아니다. 집시법을 위반한 집회에 해당하는 경우에도 직접적으로 공공의 안녕·질서에 대한 위협을 초래할 가능성이 없는 경우에는 경찰권 발동이 자제되어야 할 것이다.²²⁾

iii) 공공의 질서

공공의 질서란 이를 따르는 것이 그때그때의 지배적인 사회적 인식 및 윤리의식에 비추어 공동생활을 위한 불가결한 전제로서 인식되는 규율들의 총체적 개념을 말한다. 이 개념에서는 법규범이 포함되지 않고, 공동체의 가치개념으로 인식되는 윤리와 도덕이 대상이고, 법규범은 공공의 안녕 개념에 포함된다. 그러나 오늘날과 같은 다원주의 사회에서는 그 지배적인 가치관이 분명치 않으며 경범죄 처벌법 등에 의해 경미한 행동까지 실정법규범에 포함되어 있는 현실을 고려하면 공공의 질

22) 대법원도 미신고집회에 대해 “시위가 참가인원이 40여명에 불과하고, 그 장소가 하천부지로서 교통소통이나 일반인의 생활에 아무런 지장을 주지 않는 곳이며, 시위 당시의 구호나 노래의 내용 등에 비추어, 집시법 제5조 제1항 제2호 소정의 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 시위에 해당하지 않는다”고 판시한 바 있다(대법원 1991. 11. 26. 선고, 91도2440 참조).

서에 의한 경찰권 발동은 최대한 자제되어야 할 것이다.

집회에 있어 공공의 질서 개념은 집회의 내용이나 집회의 행위태양과 관련된 다.²³⁾ 국가보안법 위반이나 음란성, 명예훼손, 특정종교 모독행위 등 표현내용과 관련하여 문제되는 것은 그러한 표현이 그 시대의 지배적인 가치관인 공공의 질서에 위반되는가에 있다. 하지만 공공의 질서개념은 시간과 장소에 따라 그 내용이 변화하는 특성을 가지고 있고, 이를 규제하는 경찰기관이 공동체에 있어서의 지배적인 가치관의 한계를 설정하는 것은 쉽지가 않다. 따라서 경찰은 공공의 질서의 척도가 되는 가치관을 스스로 형성하거나 경찰고유의 판단기준을 개발하여서는 안 된다. 어떤 특수한 문제에 대한 지배적인 견해가 분명하지 않아 다투어지고 있는 경우에는 경찰은 증거 불충분으로 남겨두어야 하며 공공의 질서라는 명목 하에 개입하여서는 안 된다.²⁴⁾ 궁극적으로 이러한 문제에 대처하려면 사회적 합의를 바탕으로 한 형식적 법률을 통해 꾸준히 사회의 규범을 수용해 나가야 할 것이다.

iv) 위협

경찰법상 위협이란 공공의 안녕·질서에 대한 침해가 발생할 가능성으로 정의할 수 있다. 이러한 경찰법상 위협은 그 침해 내지 손해발생의 가능성의 정도에 따라 다양한 형태로 구분될 수 있다. 학설은 위협을 크게 구체적 위협과 추상적 위협으로 구분하고 있다. 구체적 위협이란 구체적인 개별 사안에 있어서 가까운 장래에 손해발생의 충분한 가능성이 존재하는 경우를 의미하며, 추상적 위협이란 구체적 위협의 예견가능성이 있는 경우를 말한다. 경찰권의 발동을 정당화하기 위해서 어느 정도의 손해발생 가능성이 인정되어야 하는가는, 개별적 수권규정의 경우 개개 규정의 해석문제이나, 개괄조항의 경우는 구체적 위협이 존재하여야 한다고 본다.²⁵⁾

집회로 인한 공공의 안녕·질서에 대한 위협이라고 인정될 수 있는가에 대한 판단은 예측에 근거하고, 경찰이 개입하는 시점에서의 사실상태와 인식 가능성이 기

23) 정부용, 집회의 자유를 제한하는 경찰권 발동에 관한 연구, 울산대학교 대학원 석사학위 논문, 2002. 10, 66면.

24) 서원우, "경찰법상의 개괄조항", 월간고시, 1980. 6, 65면.

25) 김동희, 행정법Ⅱ, 박영사, 2004, 196면.

준이 된다. 따라서 경찰이 개입하는 시점에서 상황을 정당하게 평가하였다면 사건의 전개가 시간의 흐름에 따라 예측한 것과 달리 진행된다고 하더라도 경찰이 위험의 존재를 이유로 개입한 것은 위법하지 않다. 이러한 경찰개입의 정당성은 경찰이 개입할 당시, 객관적으로 위험의 발생이 존재하거나 그 가능성이 충분한 경우에 위법하지 않은 것으로 평가될 수 있다. 그러므로 처음에는 전혀 위험하지 않던 상황이 사후에 외부적인 사정이 개입됨으로써 비로소 경찰상의 보호이익에 대한 구체적인 위협으로 진행되는 이른바 '잠재적 위험'의 경우에는, 경찰권 발동의 요건인 '현존하는 위험'에 해당하지 않으므로 원칙적으로 위험이 잠재적인 한 그 자체만으로는 일반적 수권조항에서 말하는 위험은 존재하지 않는다고 보아야 한다.

v) 장해

장해란 공공의 안전 또는 질서에 대한 위험이 실현되어 손해가 발생하여 법익침해가 계속되는 경우를 말한다. 법익에 대한 침해가 이미 발생하고 있기 때문에 장해에 대한 경찰작용은 이미 발생한 손해의 제거작용으로 되나, 이러한 장해제거 역시 위험방지의 한 양태로서의 예방경찰작용으로 분류되며, 그러한 점에서는 장해는 위험의 개념에 흡수되는 것으로 이해할 수 있다.

집회에 있어서 장해란 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 명백히 초래한 경우로 해석할 수 있을 것이다. 이러한 경우는 통상 집시법 제18조 제1항에서 규정한 해산 사유에 해당하는 경우로서, 제한통고나 조건통고에 위반하여 교통소통 등 질서유지에 직접적인 위협을 명백하게 초래한 집회나 폭행·협박·손괴·방화 등으로 질서를 유지할 수 없는 집회 또는 신고한 목적·일시·장소·방법 등 그 범위를 현저히 일탈하는 행위로 질서를 유지할 수 없는 집회를 말한다고 볼 수 있다.

2) 경찰권 행사의 법적 한계

경찰권은 개별적 법률에 근거하여 발동되기도 하지만, 사회공공의 안녕과 질서에 대한 위협을 전제로 한 일반적 수권조항에 의해 발동되기도 한다. 어느 경우이든 공공의 안녕과 질서에 대한 위협이 있기 때문에 경찰권이 발동되는 것인데, 이러한 '위험'의 행태는 천차만별이어서 이들을 모두 예측하여 이에 대한 대처를 빠짐없이 개별적으로 규정한다는 것은 입법기술상 불가능할 뿐만 아니라, 경찰작용은 그 성질상 경찰기관에게 탄력적으로 대처하도록 요구하는 것이 불가피한 경우도 있어 입법자는 다의적인 규정형식에 의할 수밖에 없다. 예를 들면 "필요하다고 인정할 때에 필요한 조치를 취할 수 있다"라는 정도로 막연한 개괄적·다의적 개념으로 경찰권 발동의 요건을 규정하여 경찰기관에게 광범위한 재량권을 부여하게 되는 경우가 많다.²⁶⁾

종래에는 경찰법규가 경찰권 발동의 요건·정도 등을 구체적으로 규정하고 있는 경우에는 그 경찰법규가 경찰권의 규범상 한계가 되지만, 경찰법규가 경찰기관에게 광범위한 재량권을 부여하고 있는 경우에는 경찰권의 조리상의 한계를 인정하여 조리상의 한계를 넘는 경찰권 발동을 재량권의 일탈·남용으로 위법하게 된다고 보았다. 이러한 전통적 경찰권의 한계론은 형식적 법치주의를 채택하고 있던 독일에서 일반적 수권조항을 전제로 하고, 그러한 경찰권 발동의 한계를 설정하는 것으로 경찰의 본질에 기한 조리상의 원칙이 정립된 것이다.²⁷⁾ 그러나 현재의 실질적 법치주의에서는 공권력의 행사가 기본권 보장의 헌법이념에 부합되어야 하므로 경찰권의 한계는 실정법에 기한 재량권 행사를 통제하는 헌법원칙으로 파악해야 할 것이다.

따라서 경찰권의 발동이 법령에 근거를 두고 있다고 하더라도 경찰기관이 법령이 정한 범위 안에서 아무런 제한 없이 자유롭게 발동될 수 있는 것이 아니라, 경찰법을 지배하는 법원인 경찰법의 일반원리에 따라 이루어져야 한다. 또한 일정한 경우에는 경찰기관이 경찰권을 발동해야 하는 의무를 지는 경우가 있을 수 있다.

(1) 법규상의 한계

26) 김철용, 행정법Ⅱ, 박영사, 2004, 234면.

27) 김동희, 앞의 책, 197면 이하 참조.

법치행정의 원리상 경찰권의 발동은 반드시 법규의 근거가 있어야 하며, 또한 법규상의 허용범위 내에서 발동되어야 한다. 따라서 경찰법규는 경찰권의 근거인 동시에 한계이기도 하다. 경찰권의 근거 및 한계가 되는 법규는 원칙적으로 법률이고 예외적으로 법규명령이 포함된다.

(2) 조리상의 한계

경찰법규가 경찰권발동의 요건·정도 등을 구체적으로 규정하고 있는 경우에는 그 경찰법규가 경찰권의 규범상 한계가 되고, 경찰법규가 경찰기관에게 재량권을 부여하고 있는 경우에도 경찰권의 조리상 한계를 인정하여 조리상 한계를 넘는 경찰권의 발동은 재량권의 일탈·남용으로 위법하게 된다. 일반적으로 들고 있는 조리상의 한계는 경찰소극목적의 원칙, 경찰공공의 원칙, 경찰책임의 원칙, 경찰비례의 원칙이다.

(가) 경찰소극목적의 원칙

경찰권은 사회 공공의 안전·질서에 대한 위해의 방지·제거라는 소극목적을 위해서만 발동될 수 있고, 복리증진이라는 적극목적을 위하여서는 발동될 수 없다. 따라서 경찰권이 이러한 소극목적을 넘어서서 적극적으로 사회의 복리증진을 위하여 발동되는 때에는 그것은 이미 경찰의 한계를 넘어선 것으로서 위법한 것이 된다. 다만, 현대 행정의 질적·양적 확대에 따라 종래에는 소극적인 경찰작용으로만 인식되던 것이 적극적인 복리증진에도 관련되는 사례가 적지 않게 되어, 소극적인 질서유지작용과 복리증진을 내용으로 하는 적극적인 규제작용과의 구분이 분명하지 않는 경우가 다수 나타나고 있는 추세이다.²⁸⁾

(나) 경찰공공의 원칙

28) 김동희, 앞의 책, 200면.

경찰공공의 원칙이란 경찰권은 사회 공공의 안녕과 질서유지를 위해서만 발동될 수 있고, 그와 관계없는 사적 관계에 발동되어서는 안 된다는 원칙이다. 따라서 공공의 질서에 직접적인 영향을 주는 경우에만 그 한도 내에서 관여할 수 있다. 경찰공공의 원칙은 다시 다음의 세 가지로 나누어 볼 수 있다.

첫째, 사생활 불간섭의 원칙이다. 경찰은 공공의 안녕과 질서에 직접적인 관계가 없는 개인의 사생활에 대해서는 간섭할 수 없다. 여기서 사생활은 사적 생활의 범위에 한정되어, 그 영향이 사회의 다른 사람에게는 미치지 않는다고 판단되는 개인의 생활 활동을 의미한다. 그러므로 사생활의 범위는 때와 장소에 따라 반드시 동일하다고 볼 수는 없으며, 그때그때의 사회통념에 따라 결정할 수밖에 없다.

그러나 개인의 생활이 동시에 공공사회에 영향을 미치는 경우에는 이에 개입할 수 있다. 전염병환자의 격리나 주취자의 보호조치, 가출청소년에 대한 귀가조치 등을 예로 들 수 있고, 집회의 경우에는 집회 참가자 중 일부가 과격한 행동을 하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 때에는 경찰관은 그 자에 대하여 적절한 보호조치(경찰관 직무집행법 제4조)를 취할 수 있다.

둘째, 사주소 불가침의 원칙이다. 경찰은 일반사회와 직접적인 접촉이 없는 사주소 내의 활동에 대하여는 개입할 수 없다. 사주소에는 개인의 주거공간이나 사무실, 생산시설 등 개인의 생활영역을 말한다. 그러나 사주소 내의 행동이라도 그것이 공공질서를 해하는 경우, 즉 가정 내 부부싸움으로 주변에 피해를 주는 경우, 사무실에서의 도박행위 등에는 경찰권을 발동할 수 있다. 집회에 있어서 성당·교회 등 종교시설이나 당해 대학에 등록되어 있는 학생들의 대학 구내에서의 집회 및 시위가 문제될 수 있다. 통상 이러한 장소에서의 집회에 대해서는 자치권을 존중하는 입장에서 경찰권이 개입치 않는 것이 바람직하다. 그러나 일종의 사주소·사생활의 영역에서의 집회라도 그것이 공공의 안녕·질서에 대한 위협을 초래할 가능성이 명백한 경우에는 종교시설이나 대학의 보호요청과는 상관없이 경찰권이 개입하여야 할 것이다. 따라서 이러한 장소에서의 집회는 헌법이 일차적으로 보호해야 하는 집회의 자유를 위한 공공의 광장으로서, 그에 대한 제한은 객관적이고 명백한 불법사실이 확인 가능하고 이를 수인할 수 없는 경우에만 이루어져야 한다.

셋째, 민사관계 불간섭의 원칙이다. 개인의 재산권의 행사, 계약관계 등 민사관계의 영역에 대하여는 경찰권이 개입할 수 없다. 다만 민사관계가 공공의 질서를 해하는 경우, 즉 마약류의 판매 및 매수행위, 청소년에 대한 술·담배 판매행위 등에는 경찰권을 발동할 수 있다.

판례에서는 이러한 경찰공공의 원칙과 관련해서 대학·성당·교회 등의 장소에서 열리는 집회에 대해 경찰이 개입할 수 있는가가 가장 문제가 되고 있다. 이에 대해 법원은, 전경이 불법시위 해산과정에서 대학도서관에 진입한데 대하여 정신적 충격과 학습권 침해를 이유로 한 위자료지급 청구소송에서 “전경들이 대학도서관에 진입하게 된 것이 불법시위 참가자들의 일부가 도서관으로 도주함에 따라 이를 추적하기 위한 것이었다면, 이는 현행범을 체포하는 데 필요한 행위로서 형사소송법 제 216조 제1항 제1호에 의하여 영장 없이 행할 수 있는 경우에 해당하여 적법한 행위라 할 것이고, 대학도서관이라 하여 같은 조항의 적용이 없다고 할 수는 없다는 이유로 전경들의 도서관 진입으로 인한 충격과 학습권 침해를 이유로 한 위자료지급 청구를 부인 한다”라고 판시한 바 있다.²⁹⁾

따라서 적법한 법집행이 수반하는 경우에는 사주소·사생활 등의 법률관계에 간섭하는 것이 정당하다고 보는 판결이다. 그러나 이러한 간섭도 객관적이고 명백한 불법사실이 있고, 이를 제지할 수 없는 경우에만 이루어져야 함은 당연하다.

(다) 경찰비례의 원칙

경찰비례의 원칙은 일반적으로는 사회공공의 안전·질서유지를 위한 경찰작용은 그에 의하여 발생하는 공익목적과 그로 인하여 제한·침해되는 개인의 자유·권리와의 사이에는 적정한 비례관계가 형성되어야 한다는 것이다. 이 원칙에 의한 경찰권 행사의 제한은 경찰권의 발동여부와 발동되는 경우에 있어서의 그 정도·방법 등의 두 가지 측면에서 행해지는 것이나, 어느 경우에도 비례원칙을 구성하는 3요소에 따라 통제가 행해진다. 즉, 경찰권의 발동결정 내지는 그에 의한 조치는 사회

29) 서울지방법원 1996. 8. 22. 선고, 95가합43551 판결.

질서에 대한 위협의 예방 또는 제거에 적절한 것이어야 하고(적합성의 원칙), 당해 목적달성을 위한 필요최소한도의 것이어야 할 뿐만 아니라(필요성의 원칙), 이러한 최소한도의 조치도 그에 의하여 달성되는 공익이 그로 인한 상대방의 자유·권리에 대한 침해보다 클 때에만 허용되는 것이다(상당성의 원칙 또는 협의의 비례원칙).

경찰관 직무집행법은 “경찰관의 직권은 그 직무수행에 필요한 최소한도내에서 행사되어야 한다.”고 하여(제1조제2항) 경찰권 발동에 있어서의 비례원칙을 명시적으로 규정하고 있다.

비례원칙을 구성하는 3요소를 좀 더 자세히 기술하면 다음과 같다.

첫째, 적합성의 원칙은 경찰권 발동을 위해서는 수단이 목적에 적합해야 한다는 것이다. 수단의 적합성은 그 수단이 위협상태를 완전히 제거할 것을 요구하지는 않으며, 다른 조치·수단과 더불어 목적을 달성할 수 있는 경우에도 충족된다. 만일 경찰의 조치가 사후에 적합하지 않음이 판명되더라도 경찰이 경찰권을 발동하는 시점에서 사안을 합리적으로 판단하였고, 그 결과 선택된 수단이 적합하다는 사실에 근거하고 있는 한, 그것은 경찰조치의 적법성에 아무런 영향을 미치지 못한다. 다만 사후에 수단이 부적합한 것으로 판단된 경우에는 조치를 취소하여야 하고, 이미 취해진 조치의 원상회복을 위해 노력해야 할 것이다.

둘째, 필요성의 원칙은 경찰의 조치는 설정된 목적을 위해 필요한 한도 이상으로 행해져서는 안 된다는 것이다.³⁰⁾ 이 원칙의 충족여부에 대한 판단은 객관적인 판단 기준을 사용하여야 하고, 판단기준으로는 수단선택의 방법·기간의 계속·대상의 관점 등을 들 수 있다.

셋째, 상당성의 원칙 경찰권 발동이 설정된 목적을 위하여 필요한 경우라도 그 경찰권 발동을 취함에 따른 불이익이 그것에 의해 초래되는 효과 또는 이익보다 큰 경우에는 그 경찰권 발동이 취해져서는 안 된다는 것을 말한다. 수인가능성의 원칙 또는 협의의 비례의 원칙이라고도 한다. 상당성의 원칙은 수단과 목적을 상호 형량하는 것이기 때문에 그 수단의 사용과 결부하여 불이익의 쪽이 큰 경우 해당조치는 중지되어야 한다. 따라서 집회의 해산시점에서 집회가 폭력화 될 가능성이 없는 경

30) 즉 위협·장애의 제거에 적합한 다수의 수단들 중에서 경찰권 발동이 상대방에서 최소한의 침해를 가져올 것으로 예상되는 수단을 선택해야한다는 것이다. 이를 최소침해의 원칙이라 일컫기도 한다.

우에는 단지 교통소통을 위한다는 이유만으로 경찰장비를 사용해서는 안 된다.

판례를 살펴보면 집회에 있어서 비례의 원칙은 집회의 해산과 관련하여 가장 많이 문제시 될 수 있다. 이와 관련하여 서울고등법원은 “전투경찰들은 시위 진압을 함에 있어서 합리적이고 상당하다고 인정되는 정도로 가능한 한 최루탄의 사용을 억제하고 또한 최대한 안전하고 평화로운 방법으로 시위진압을 하여, 그 시위진압의 과정에서 타인의 생명과 신체에 위해를 가하는 사태가 발생하지 않도록 하여야 함에도 불구하고, 이를 게을리 한 채 합리적이고 상당하다고 인정되는 정도에 비하여 지나치게 과도한 방법으로 시위 진압을 한 잘못으로 사망에 이르게 하였다 할 것이므로, 공무원인 전투경찰들의 직무집행중의 과실로 발생한 사고로 인하여 입은 손해를 배상할 책임이 있다”라고 판시하였다.³¹⁾ 따라서, 경찰은 시위진압 과정에서 타인의 생명·신체 및 재산에 위해를 가하는 사태가 발생하지 않도록 최대한 안전하고 평화로운 방법을 선택하여야 한다. 경찰은 유동적인 집회 상황에 따라 구체적인 시위진압의 시기·방법·수단 등을 법령이 정하는 범위 내에서 결정할 수 있는 재량이 있으나, 그러한 재량을 행사할 때에는 위 판례가 인정한 것과 같이 비례의 원칙에 따라 행해져야 한다.

(라) 경찰책임의 원칙

경찰책임의 원칙이란 경찰권을 원칙적으로 공공의 안전과 질서의 유지에 장애가 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우에 그 상태의 발생에 대하여 책임이 있는 자, 즉 경찰책임자에 대하여만 발동할 수 있고, 경찰책임자가 아닌 제3자에 대하여 경찰권을 발동하기 위하여서는 긴급한 필요가 있고 법규에 근거가 있을 때에 한한다는 원칙을 말한다. 즉 경찰책임의 원칙은 누구에게 경찰권을 발동해야 하는가의 문제이다. 여기서 경찰책임은 경찰행정의 목적을 달성하기 위하여 법률이나 법률에 근거한 경찰의 명령 또는 행정행위에 의하여 개인에게 부과되는 의무를 말한다. 이러한 경찰책임자의 요건에는 공적 안전이나 질서의 교란에 대하여 고의나 과실을

31) 서울고등법원 1995. 4. 25 선고, 94나33622 판결; 대법원 1994. 11. 8. 선고, 94다25896 판결.

요하지 아니하고, 국적을 가리지 아니한다.

경찰책임은 위해발생에 원인을 제공한 자가 지는 책임으로서, 그 원인에 따라 행위책임과 상태책임으로 구분된다. 행위책임이란 자신의 행위로 공공의 안녕 또는 질서에 대한 위해가 발생한 경우 이를 제거할 책임을 가지는 것을 말한다. 경찰상 책임을 발생시키는 행위에는 작위뿐만 아니라 부작위도 포함하며, 이에 대해 고의 또는 과실을 묻지 않는다. 행위책임은 위협의 야기와 개인의 행위와의 인과관계가 존재하여야 하며, 당해 행위가 경찰상 위해나 장애를 야기한 직접적인 원인이 된 경우에 한하여 경찰책임자가 된다고 본다.³²⁾ 대규모 집회에서 주최자가 평화적 집회를 위해 질서유지선의 지시 및 특정참가인의 배제 등 필요한 조치를 취한 경우 그 집회가 결국 소요사태에 이르게 되었다라도 그 주최자에게 행위책임을 지울 수는 없으며, 의도적으로 선동적인 구호와 노래를 제창하여 폭력시위를 주도한 경우에는 행위책임을 지게 된다. 그러나 현실적으로 집회·시위현장에서 불법시위 선동의 의도가 있었는지 여부를 판단하는 것은 쉽지 않다.

상태책임이란 물건의 상태로부터 공공의 안녕·질서에 대한 위해가 발생한 경우 그를 방지할 수 있는 자연력, 동물 등을 말한다. 물건의 상태란 물건 자체와 물건이 놓여 있는 상태를 모두 포함한다. 상태책임의 주체는 상태책임의 원인과 고의과실의 여부와 관계없다. 물건의 소유자나 관리자, 사실상의 점유자가 상태책임자가 된다. 물건의 양수자도 경우에 따라서는 상태책임자가 될 수 있다. 물건의 상태와 경찰상 위해 간에는 인과관계가 존재하여야 하며, 상태책임의 범위는 물건으로부터 발생하는 손해에 대하여 원인 여하를 불문하고 언제나 완전한 책임을 진다.

경찰이 집회가 예정된 지역에서 집회의 폭력화에 이용될 수 있는 물건이나 그 물건 자체가 위험한 경우 그에 대해 사전에 그 상태를 야기한 소유자·사실상 관리권자에게 일차적으로 이를 제거할 것을 요구할 수 있고, 집회가 진행되는 중이나 집회 종료 후에도 집회에 사용된 집회용품이나 주·정차 차량이 경찰위반상태에서 위험·교란을 야기 시키거나 그 물건 자체가 위험한 경우에는 위와 같은 조치를 취할 수 있다.

32) 허경미, 경찰행정법, 법문사, 2003, 125면.

동일한 위험에 대해 다수의 행위책임자가 존재하거나 상태책임자와 행위책임자가 병존하는 경우에 발생하는 책임을 복합적 책임이라고 하는 데, 이와같이 행위책임과 상태책임이 경합하는 경우에는 일반적으로 행위책임이 우선한다고 보고 있다. 다만, 다수인의 행위 또는 다수인의 물건이 합쳐져 경찰위해를 일으키고 있는 경우에는 누가 이에 대한 책임자인가 하는 문제가 있다. 결정적인 위해를 일으키고 있는 자나 다수인 전체를 일단 책임자로 볼 수 있다. 그러나 경찰은 이러한 경우에 우선 경찰위해를 제거하는 데 있어서 가장 적합한 상황에 있는 자에게 경찰책임을 지움으로써, 그에 대하여 명령·강제할 수 있다고 보여 진다.³³⁾

경찰권은 경찰위반사실에 대한 직접책임자에 대하여만 발동되는 것이 원칙이나, 이에 대한 예외로서 긴급한 필요가 있는 때에는 경찰책임이 없는 자에 대하여도 원조강제·토지물건사용 등의 경찰권 발동이 인정되는 경우가 있다. 이러한 제3자에 대한 경찰권 발동은 예외적인 것으로, 목전에 급박한 위해를 제거하기 위한 경우에만 한하여, 법령상의 근거가 있는 경우에만 인정된다 할 것이다. 즉, 소방법에 의한 소방서장의 화재현장에 있는 자에 대한 소화업무 종사명령, 수난구호법에 의한 해양경찰서장 등의 수난구호업무 종사명령, 경찰관 직무집행법에 따라 경찰관이 위험한 사태에 접하여 현장에 있는 자에게 필요한 조치를 하게 하는 것 등을 예로 들 수 있다. 이 경우 제3자에게 발생한 특별한 손실은 그에 귀책사유가 없는 한 마땅히 보상되어야 할 것이다.

5. 판례의 입장

1) 집회및시위에관한법률의 위헌 여부

집회및시위에관한법률에 관해 1980년대 이후 대법원에서는 그 합헌성을 인정하였고³⁴⁾, 1994년 헌법재판소에 옥외집회의 개념을 너무 넓게 규정하는 등의 위헌소지

33) 김남진, 행정법Ⅱ, 법문사, 2004, 268면.

가 있다는 헌법소원이 제기되었으나 헌법재판소는 이에 대해 합헌판단을 하고 있다. 헌법재판소는 집회및시위에관한법률 제2조 제2호의 “시위”는 그 문리(文理)와 개정연혁(改正沿革)에 비추어 ①다수인이 공동목적을 가지고 도로·광장·공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행함으로써 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위와 ②위력 또는 기세를 보여 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위를 말한다고 해석하였다. 그래서 위 ②의 경우에는 “공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소”라는 장소적 제한개념은 시위라는 개념의 요소라고 볼 수 없다고 보았다. 이에 따라 옥외집회의 정의규정인 위 법 제2조 제1호가 시위에서와 같은 “공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소”라는 장소적 제한개념을 추가하지 않은 것은 합리적인 이유가 있다고 인정하여 그것이 집회(특히 옥외집회)의 주최자를 시위의 주최자보다 합리적 이유 없이 불리하게 차별한 것이라든가 또는 옥외집회의 개념을 너무 넓게 규정하여 집회의 자유의 본질적 내용을 침해하였거나 그것을 필요 이상으로 과도하게 제한하였다고는 볼 수 없다고 판시했다.

또 헌법재판소는 야간의 옥외집회·시위제한 (제10조)과 관련하여, 일반적으로 야간의 옥외집회·시위가 주간 옥외집회·시위보다 질서유지가 어렵고 따라서 그만큼 공공의 안녕질서에 해를 끼칠 개연성이 높으며, 심리학적으로도 야간에는 주간보다 자극에 민감하고 흥분하기 쉬워서 집회 및 시위가 본래의 목적과 궤도를 이탈하여 난폭화할 우려가 있고, 또 불순세력의 개입이 용이하며 이를 단속하기가 어려운 점 등 여러 가지의 특성이 있음을 인정하고 있다. 형법 및 폭력행위등처벌에관한법률등에 있어서 “야간”의 행위를 더욱 엄격히 규제하고 있는 것도 이와 맥락을 같이 하는 것으로 합헌이라고 판단하였다.

구 집회및시위에관한법률 제6조가 일률적으로 야간의 집회 및 시위를 금지한 것에 반해 현행 집회및시위에관한법률 제10조는 집회(集會)의 성격상 부득이한 경우에는 일정한 조건을 붙여 일출시간 전, 일몰시간 후의 옥외집회를 허용할 수 있는 단서규정을 두고 있다. 위의 판시에 따르면 이에 대한 허용여부는 헌법이념 및 조리

34) 1980년대 이후 집회및시위에관한법률의 위헌성여부와 관련하여 대법원은 대체로 합헌을 선언하였다. 대판 1987.3. 10, 86도1246; 대판 1986. 9.23, 86도1547; 대판 1991.11.12, 91도1870 (김철수, 헌법학개론, 12 전정신판, 641면 이하).

상 관할 경찰관서장의 기속재량사항이라고 해석되는 점, 학문·예술·체육·종교·의식·친목·오락 등에 관한 집회(集會)에는 이러한 금지규정이 적용되지 않을 뿐만 아니라 야간(夜間)이라도 옥내집회(屋內集會)는 일반적으로 허용되는 점을 고려할 때, 야간(夜間)의 옥외집회(屋外集會)·시위(示威)의 금지에 관한 위법 제10조의 규정은 집회(集會)의 자유의 본질적 내용을 침해한 것으로 볼 수 없다는 것이다.³⁵⁾

그 밖에 집시법 제19조 제2항은 “제5조 제1항 또는 제6조 제1항의 규정에 위반하거나 제8조의 규정에 의하여 금지를 통고한 집회 또는 시위를 주최한 자는 2년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있다. 이는 단순한 신고의무위반 등에 대한 제재이므로 행정질서벌인 과태료를 과하여야 하는데도 형벌을 과하고 있어 부당할 뿐만 아니라 그 형벌도 지나치게 과중하여 신고제를 사실상 허가제로 변화시킨 것이므로 집회·시위의 허가제를 금지한 헌법 제21조 제2항에 위배된다는 것이 청구인의 주장하였다. 헌법재판소는 행정법규 위반행위에 대하여, 이를 단지 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 줄 위험성이 있음에 불과한 경우(단순한 의무태만 내지 의무위반)로 보아 행정질서벌인 과태료를 과할 것인가, 아니면 직접적으로 행정목적과 공익을 침해한 행위로 보아 행정형벌을 과할 것인가, 그리고 행정형벌을 과할 경우 그 법정형의 형종과 형량을 어떻게 정할 것인가는, 당해 위반행위가 위의 어느 경우에 해당하는가에 대한 법적 판단을 그르친 것이 아닌 한 그 처벌내용은 기본적으로 입법권자가 제반 사정을 고려하여 결정할 그 입법재량에 속하는 문제라고 보았다. 이러한 관점에서 볼 때, 집시법 제19조 제2항에서 금지통고된 옥외집회·시위 등을 주최한 경우는 단순히 행정질서에 장애를 줄 위험성이 있는 정도의 의무태만 내지 의무위반이 아니고 직접적으로 행정 목적을 침해하고 나아가 공익을 침해할 고도의 개연성을 띤 행위라고 볼 수 있으므로 이에 대하여 행정형벌을 과하도록 한 집시법 제19조 제2항이 위의 법리를 어긴 것이어서 헌법 제21조 제1항, 제2항에 위반된다고 할 수 없고, 또 그 행정형벌의 내용으로서 2년 “이하의” 징역이나 200만원 “이하의” 벌금형에 처하도록 한 것이 위 입법재량의 한계를 벗어난 과중한 처벌이라고도 볼 수 없다고 판시한 것이다.³⁶⁾

35) 헌재판례집 6-1, 302면.

36) 헌법재판소 1994. 4. 28 선고 91헌바14, 헌재판례집 6-1, 281-316면.

2) 집회 및 시위를 둘러싼 절차상의 문제

(1) 집회의 신고의무

옥외집회 및 시위를 신고하지 않은 경우 경찰서장은 집회 및 시위의 자유가 인정되고 이에 대한 허가도 금지되지만, 공공의 안녕질서와의 조화를 위해 집회및시위에관한법률은 옥외집회 또는 시위를 주최하고자 하는 자는 그 목적, 일시(소요시간을 포함한다), 장소, 주최자(단체인 경우에는 그 대표자를 포함한다)·연락책임자·질서유지인의 주소·성명·직업·연락처, 참가예정단체 및 참가예정인원과 시위방법(진로 및 약도를 포함한다)을 기재한 신고서를 옥외집회 또는 시위의 720시간전부터 48시간전에 관할 경찰서장에게 제출하여야 한다(법 제6조 1항). 옥외집회 및 시위를 신고하지 않은 경우 관할 경찰관서장은 상당한 시간이내에 자진 해산할 것을 요청하고 이에 응하지 아니할 때에는 해산을 명할 수 있다(법 제18조 제1항 3호).

집회신고와 관련하여 대법원판례는 옥외집회 또는 시위가 개최될 것이라는 것을 관할경찰서가 알고 있었거나 집회 또는 시위가 평화롭게 이루어진다면 신고의무가 면제되는 것은 아니라고 밝히고 있다.³⁷⁾ 즉, 옥외집회 또는 시위를 주최하고자 하는 자로 하여금 관할 경찰서장에게 그에 관한 소정의 신고서를 제출하도록 규정한 취지는 그 신고를 받은 관할경찰서장이 그 신고에 의하여 옥외집회 또는 시위의 성격과 규모 등을 미리 파악함으로써 적법한 옥외집회 또는 시위를 보호하는 한편, 그로 인한 공공의 안녕질서를 함께 유지하기 위한 사전조치를 마련하고자 함에 있는 것이라고 보았다. 그러므로 옥외집회 또는 시위가 개최될 것이라는 것을 관할경찰서가 알고 있었다거나 그 집회 또는 시위가 평화롭게 이루어진다 하여 그 신고의무가 면제되는 것이라고는 할 수 없고, 이에 비추어 소정의 신고서를 제출함이 없이 이루어진 옥외집회 또는 시위를 가리켜 사회상규에 반하지 아니하는 정당한 행위라고도 할 수 없다고 판시한 것이다.

37) 대법원 90.08.14 선고 90도870 판결.

(2) 집회 및 시위의 금지통고처분

집시법에 따르면 경찰서장이 신고된 옥외집회 및 시위에 대해 일정한 경우³⁸⁾에 서면으로 이유를 붙여 주최자 또는 연락책임자에게 시위의 금지를 통고할 수 있다고 규정하고 있다(제8조 제1항).

집회 및 시위의 대표자는 금지통고를 받은 때로부터 10일 이내에 당해 경찰관서의 직근상급경찰관서의 장에게 이의를 신청할 수 있다. 그들은 이의신청을 접수한 때로부터 24시간 내에 재결을 하여야 하고, 24시간내에 재결서를 송부하지 않으면 관할 경찰관서장의 금지통고는 소급하여 그 효력을 잃는다.(제9조 1항, 2항) 이와 관련하여 시행규칙소정의 서식에 의한 금지통고는 아니라 하더라도 일응의 이유를 명시한 서면에 의한 경우 유효한 금지통고라고 본 대법원판결³⁹⁾과 단순히 교통소통에 지장을 준다는 사실만으로 금지통고를 할 수 없음을 분명히 한 서울고등법원판례는 다음과 같다.⁴⁰⁾

<판례 1> 일정서식을 사용하지 않은 집회 또는 시위의 금지통고의 성격

(대법원 1991. 10. 22 선고 91도919 판결)

집회 또는 시위의 금지통고는 그 이유를 명시하여 일정 서식의 서면으로 하여야 한다는 집회및시위에관한법률 제8조 제3항, 같은법시행규칙 제4조 제1항의 규정은 금지통고권자인 관할 경찰서장이 한 금지통고의 존재와 내용 및 근거를 객관적으로 뚜렷이 함과 아울러 이에 대한 이의신청 등 사후의 권리구제절차에 만전을 기하고자 함에 그 근본취지가 있고, 이에 비추어 보면 경찰서장이 경고장과 집회금지통보서에 의하여 한 각 집회금지의 통고가 위 시행규칙소정의 서식에 의하여 이루어지

38) ①헌법재판소의 결정에 의하여 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위(제5조 1항 1호), ②집단적인 폭행·협박·손괴·방화등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위(제5조 1항 2호), ③일몰시간 전, 일몰시간후의 옥외집회 또는 시위(제10조), ④청사 또는 주택의 경계지점으로부터 1백미터이내의 장소에서의 옥외집회 또는 시위(제11조), ⑤대통령령이 정하는 주요도시의 주요도로에 서의 집회 또는 시위가 교통소통을 해칠 때(제12조 1항), ⑥신고서의 보완통고를 받고도 기재사항을 보완하지 않은 경우(제7조 1항).

39) 대법원 91.10.22 선고 91도919 판결.

40) 박은정 외 1, “경찰권행사 관련 판례 연구”, 치안연구소 연구보고서(2002-8), 2002, 68-70면.

지 않았다는 등의 하자가 있다 하더라도 그것이 구두방식에 의한 것이 아니라 일용의 이유를 명시한 서면에 의하여 이루어진 것이고 그 이유가 합당한 것인 이상 위 집회금지통고는 위 각 서면의 송달로써 유효하게 성립하고 동시에 그 효력을 발생한다 할 것이다.

<판례 2> 도로교통을 위한 집회 및 시위의 제한의 적법여부 (서울고법 1998. 12. 29, 98누11290)

1997년 9월 11일 고용·실업대책과 재벌개혁 및 IMF 대응을 위한 범국민본부(원고)는 종로에서 시위를 할 것을 서울특별시 종로경찰서장(피고)에게 신고하였다. 종로경찰서장은 집회및시위에관한법 제12조 제1항의 규정(도로교통을 위한 제한)에 따라 원고가 계획하고 있는 시위를 금지하거나 일정한 조건을 붙여 제한할 수 있다 할 것인데, 이 때 그 시위를 원천적으로 금지할 것인지 아니면 일정한 조건을 붙여 제한하는데 그칠 것인지 여부는 피고의 재량에 속한다 할 것이다. 그런데 집회 및 시위의 자유는 민주정치의 실현에 매우 중요한 기본권이므로 그 제한은 공공의 안녕질서와 조화를 이루는 범위 안에서 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.

이 사건에 있어 원고가 계획하고 있는 시위가 교통소통에 상당한 지장을 줄 우려가 있음은 앞서 본 바와 같지만, 원활한 교통소통을 위해서는 시위 참가인원 및 행진노선과 행진방법의 제한 등 적절한 조건을 부과하는 것만으로도 충분히 그 목적을 달성할 수 있다 할 것이며, 나아가 원천적으로 위 시위를 금지할 필요가 있다는 점을 인정할 수 있는 아무런 증거가 없다. 그렇다면 단순히 교통소통에 지장을 초래할 우려가 있다는 사실만으로는 금지통고를 할 수 없다. 또한 법 제8조 제1항은 신고서의 기재사항에 미비한 점이 보완되지 않는 경우 관할 경찰서장이 집회 또는 시위의 금지를 통고할 수 있도록 규정하고 있는데, 이러한 금지통고가 헌법에서 금하고 있는 사전허가가 되지 않기 위하여는 경찰서장이 집회의 실질적 내용에까지 들어가 그 위법 여부를 판단하여 허부를 결정하여서는 안 된다 할 것이다.

<판례 3> 집회·시위방식이 신고내용과 달라 저지시킨 경우 (중앙일보 2001. 10. 16.)

집회와 시위 방식이 신고된 내용과 다르다는 이유로 경찰이 이를 일방적으로 저

지한 것은 위법이지만 저지 여부를 판단할 수 있는 근거가 없는 상황에서 일어난 경우 경찰에 책임을 물을 수 없다는 대법원 판결이 나왔다.

대법원1부(주심 裴淇源대법관)는 15일 민주화실천가족운동협의회(민가협)등 14개 시민단체 회원 15명이 국가와 중부경찰서장 등을 상대로 낸 손해배상 청구소송 상고심에서 “경찰 행위가 위법한 점은 인정되나 배상책임은 물을 수 없다”며 원고패소를 판결한 원심을 확정했다.

3) 불법집회 및 시위와 그 해산방법과 국가책임

집회 및 시위와 관련하여 집회참석자의 사전연행, 과잉진압, 미이라분장을 한 1인 시위에 대해 집시법이 아닌 경범죄처벌법의 적용, 최루탄사용으로 야기된 제3자의 재산상의 피해, 시위대의 부상 내지 사망, 시위 중 경찰서장에 대한 폭행 등에 대해 다음과 같은 판례가 있다.⁴¹⁾

<판례 1> 집회참석자의 사전연행 (한겨레, 2001. 11. 29)

경찰이 대우자동차 정리해고 관련 집회를 막기 위해 노동자들을 연행한 것은 신체의 자유를 침해한 불법행위라는 판결이 나왔다. 강○수씨 등 금속산업노동조합연맹 조합원 7명이 2001년 2월 22일 창원에서 대절된 버스를 타고 도착한 부평역 인근 식당에서 식사도중 연행되어 저녁까지 경찰서에 구금되었다. 이로 인해 국가를 상대로 소송을 제기하였는데, 재판부는 “이들이 집회참석을 위해 배회하고 있어 경찰이 임의동행했다고 하나, 이들은 현행범으로 볼 수 없고 임의동행절차도 지키지 않았으므로, 범죄예방조치라는 주장도 인정할 수 없다”고 하여 1인당 100만원~150만원씩의 손해배상액을 지급하라는 일부승소판결을 내렸다.

41) 박은정 외 1, 앞의 보고서, 71-75면.

<판례 2> 불법집회 및 시위 (대법원 1990.06.22 선고 90도767 판결)

집회및시위에관한법률 제5조 제1항 제2호에서 규정한 불법시위 및 집회는 집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가하는 것이다. 동원된 인원이 수백명 이상의 다수이고 그 수단이나 방법에 있어서 미리 준비하여 소지하고 있던 돌과 화염병을 던지고 쇠파이프와 각목을 휘두르며 구호를 외치면서 행진하는 등 비평화적인 방법을 사용하는 외에, 과출소를 습격하여 화염병을 던지고 부근에 있던 전경들을 체포한 경우는 명백히 불법시위로 볼 수 있다. 이에 대해 시위주최자나 참가한 사람들은 위 시위의 목적, 사전준비상황, 그 진행과정, 그 시위의 방법 등에 비추어 볼 때 집단적인 폭행이나 손괴 등의 행위를 의도하였거나 쉽사리 예상할 수 있었다고 보아야 할 것이다.

<판례 3> 시위진압경찰의 진압방법(2000)

서울고법 민사16부(재판장 이홍복 부장판사)는 24일 지난 96년 연세대 사태 당시 경찰의 과잉진압으로 실명하는 등 피해를 봤다며 이아무개(29)씨 등 4명이 국가를 상대로 낸 손해배상청구소송에서 국가는 이씨 등에게 모두 4500여만원을 지급하라며 원고 일부승소 판결을 내렸다.

재판부는 판결문에서 경찰관직무집행법에는 부득이한 경우 신체에 직접 해를 끼치지 않는 범위에서 최루탄을 쓸 수 있을 뿐 돌을 사용하는 것은 허용되지 않는다고 하며 게다가 이미 최루액이 뿌려지고 학생들이 밀집한 상황에서 최루탄을 투척해 시위학생을 부상케 한 진압방식도 직무집행 범위를 넘어선 불법행위에 해당한다고 밝혔다. 그러나 재판부는 “이씨 등도 불법집회에 참가해 경찰의 격앙된 대응을 자초한 잘못이 있는 만큼 국가의 책임은 60%”라고 덧붙였다.

<판례 4> 미이라분장을 한 1인시위자에 대한 경범죄처벌 (한겨레, 2001. 8. 18.)

시위의 방법이 다양해지면서 도심에서 해골과 미이라 분장을 한 채 1인 시위를 벌인 시민⁴²⁾에 대해서 경찰은 집회및시위에관한법률을 적용한 것이 아니라 경범죄

처벌법 제1조 24호 ‘불안감을 조성한다’에 근거하여 연행, 즉심에 회부하여 3만원의 범칙금을 선고했다. 이에 대해 법원(서울지법 형사 14단독 신광렬판사)은 경찰의 조치가 옳다고 판단하였다. 재판부는 “이번 재판에서 1인시위의 적법성 여부는 따지지 않고, 미라 분장이 타인에게 불안감이나 불쾌감을 줄 수 있는지 여부가 쟁점이었다”고 주장했다. 그러나 이 또한 집회 및 시위의 자유를 극히 제한한 판례로 평가받고 있다.

<판례 5> 최루탄사용으로 야기된 제3자의 재산상 피해 (대법원 1997. 7. 25, 94다2480)

박XX은 건물 1층에서 약국을 경영하는데 1992. 7. 16. 대구·경북지역의 대학생 300여 명이 위 대학교의 교정에 모여 불법집회를 개최하자 피고 산하의 경찰 당국은 경찰기동대 및 방범순찰대를 주변에 배치하였다. 이 과정에서 시위대가 던진 화염병이 길바닥에 떨어지면서 약국 안으로 불길의 번지자, 박XX가 불이 났다고 고향을 지르면서 시위를 진압 중이던 경찰관들에게 도움을 요청하였다.

그러나 그들이 시위진압에 정신이 없어 즉시 진화를 해주지 못하고 지체하다가 한참 후 전투경찰대원 두 명이 휴대하고 있던 개인소화기를 들고 와 불길을 끄려고 위 약국의 정문 셔터를 열었으나 이미 위 약국 안에는 불길이 크게 번져 있었고, 조금 후 위 파출소로부터 연락을 받고 도착한 소방차들이 진화작업을 벌였으나 결국 이 사건 건물과 위 약국의 재고 의약품 등이 모두 타버렸다.

이 사건 건물이 위치한 위 대학교 북문주위에서 이미 화염병이 사용된 수많은 불법시위가 벌어졌고, 이 사건 당일에도 위 북문근처에 전투경찰대원들이 배치되는 등 인근 주민으로서도 쉽게 불법시위를 예상할 수 있는 상황이었다면, 경찰관들이 원고 등에게 시위 가능성을 알려 대비하게 하지 않았음만을 탓할 수 없다 할 것이고, 위 시위의 진압에 나선 경찰관들이 비록 시위진압에 전력하느라 원고의 구호요청에 바로 응하지 못하고 지체되기는 하였지만 휴대 중이던 개인소화기로 진화를 시도하고 소방서에 연락하여 화재를 진화하게 하는 등 그 나름의 조치를 취하였으며, 평소 위 대학교에서의 시위가 대규모였고 그 시위 장소도 광범위하고 산발적인

42) 노조설립을 불허당한 비정규직 레미콘 노동자들이 사실상 죽은 것이나 다름없다는 점을 호소력있게 전달하기 위함.

데다가 시위대가 한곳에 머무르지 않고 수시로 이동을 거듭하여 방호망과 같은 시설의 효용이 그다지 크다고 볼 수 없는 점 및 이 사건 발생 당시까지 위 대학교 부근에서 벌어진 학생시위로 인하여 주민의 재산에 화재가 발생한 적이 없었다는 사실관계아래에서라면, 경찰 당국이 이 사건 시위의 과정에서 화염병의 사용을 예상할 수 있었는데도, 시위 장소 부근에 화염병 차단을 위한 방호망을 설치하지 않았거나, 출동한 경찰관들의 일부로 하여금 화염병이 어느 곳에 떨어지는지에 대하여 주의를 기울이게 하여 그 불길이 주민의 재산으로 번져나가지 않도록 막지 아니하였고, 만약의 화재에 대비하여 소방차를 주변에 대기시키지 않았다고 할지라도, 그러한 사정만으로 이 사건 시위진압을 위한 경찰관들의 직무집행이 그 시위의 태양 및 시위장소의 상황 등에서 예측되는 피해 발생의 구체적 위험성의 내용에 비추어 시위진압의 방법 등이 현저히 합리성을 결한 것으로서 위법한 것이라고는 볼 수 없다 할 것이다. 따라서 국가배상책임은 인정되지 않는다.

<판례 6> 최루탄으로 인한 시위자 사망 (대법원 1995.11.10 선고 95다23897 판결)

국가 소속 전투경찰들이 시위진압을 함에 있어서 합리적이고 상당하다고 인정되는 정도로 가능한 한 최루탄의 사용을 억제하고 또한 최대한 안전하고 평화로운 방법으로 시위진압을 하여 그 시위진압 과정에서 타인의 생명과 신체에 위해를 가하는 사태가 발생하지 아니하도록 하여야 하는데도, 이를 게을리한 채 합리적이고 상당하다고 인정되는 정도를 넘어 지나치게 과도한 방법으로 시위진압을 한 잘못으로 시위 참가자로 하여금 사망에 이르게 하였다는 이유로 국가의 손해배상 책임을 인정하되, 피해자의 시위에 참가하여 사망에 이르기까지의 행위를 참작하여 30% 과실상계를 한 원심판결을 수긍하였다.

<판례 7> 최루탄사용으로 시위자가 부상당한 경우 (광주지법 1988. 7. 14, 87가합909)

원고 전○○은 대학교 3년에 재학중이던 1986. 5. 16. 16:00경 “광주의거 6주기 추모미사”에 참여한 후 같은 날 22:00경 700여명의 위 미사 참석자들과 더불어 위 교회 정문을 나와 그 앞 차도를 접거하고 노동부 광주사무소 방면으로 진행하면서

“광주사태진상 규명하라”는 등의 구호를 외치며 시위를 한 사실, 한편 위 시위에 대비한 피고산하 광주경찰서 소속 경찰관과 전투경찰대는 케이·엠25최루탄(일명 사과탄)을 사용하여 위 시위를 해산시키게 되었던 바 위 최루탄은 시위나 집회 등을 저지하거나 해산시키는 데에 그 주된 사용목적이 있고 그 기능은 최루가스의 자극으로 사람의 활동에 일시적인 장애를 가져오는데 있는 것으로 그것이 터지는 순간에는 폭발압력 내지는 그 파편으로 사람이 다칠 염려가 없지 않으므로 이를 사용하는 경찰관들로서는 시위군중의 위치와 풍향을 고려하여 투척하므로써 최루탄의 파편 등으로 인하여 시위자가 다치는 일이 없도록 하여야 함에도 위 시위진압에 임한 일부 경찰 등이 그러한 주의의무를 소홀히 한 채 최루탄을 시위군중의 머리 가까이 높이에서 터지도록 투척하여 그중 하나가 위 시위대 중간부분에서 시위에 참가하고 있던 원고 전○○의 눈앞에서 터짐으로써 그 파편으로 위 원고가 쓰고있던 안경이 깨지면서 우측눈에 우안홍채이탈, 황반부변성 등의 상해를 입고 그로 인하여 우안시력이 약 0.06으로 저하되는 교정불능의 상해를 입은 사실을 인정할 수 있다. 피고 예하 공무원인 위 광주경찰서 소속 경찰관 및 전투경찰대가 부주의하게 최루탄을 취급사용한 직무상의 과실로 인하여 발생하였다 할 것이므로 피고는 위 사고로 말미암아 원고(부모와 동생)들이 입은 손해를 배상할 의무가 있다 할 것이다.

한편, 위 거시증거에 의하면 원고 전○○을 포함한 시위군중들은 위 시위 중 경찰로부터 수차의 해산경고를 받고도 해산하지 아니하고 시위를 계속함으로써 경찰이 시위해산을 위하여 최루탄을 사용하게 된 것이며 위 원고가 사고당시 가담한 차도상에서의 시위는 법률이 금지하고 있는 야간옥외집회 및 시위에 해당하여 경찰이 이를 해산하는 과정에서 위 사고가 발생한 것임을 알 수 있는 바 이건 사고의 발생에 있어서는 그와 같은 위 원고의 과실도 위 경찰의 과실과 함께 한 원인을 이루었다 할 것인데, 앞서 본 증거에 나타난 이 사건의 경위 등에 비추어 볼 때 위 원고의 과실은 피고의 이 사건 손해배상책임을 면책하게 할 정도에는 이르지 아니하고 다만 뒤에 피고가 배상하여야 할 손해액을 산정함에 있어 이를 참작하여 감액하기로 하되, 그 비율은 쌍방의 과실정도에 비추어 약 10퍼센트로 봄이 상당하다 할 것

이다.

<판례 8> 시위중 경찰서장 폭행 (중앙일보, 2001. 8. 25.)

서울지법 형사합의22부(재판장 崔炳德부장판사)는 시위 도중 경찰서장을 넘어뜨려 다치게 한 혐의(특수공무집행방해.치상)로 구속기소된 박○○(40) 민주노총 대외협력 국장에 대해 징역 2년, 집행유예 3년을 선고했다.

재판부는 시위 질서를 유지하는 경찰 지휘관을 다치게 한 것은 엄벌해야 하지만 피고인이 흥분한 상태에서 우발적으로 일어난 일이고 피해자의 부상이 가벼운 점을 감안해 형 집행을 유예하는 판결을 내렸다.

4) 경찰의 집회 이후 위험발생 방지의무

경찰관직무집행법 제5조는 경찰관은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 위험한 사태가 있을 때에는 그 각 호의 조치를 취할 수 있다고 규정하여 형식상 경찰관에게 재량에 의한 직무수행권한을 부여한 것처럼 되어 있으나, 경찰관에게 그러한 권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 구체적인 사정에 따라 경찰관이 그 권한을 행사하여 필요한 조치를 취하지 아니하는 것이 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는 그러한 권한의 불행사는 직무상의 의무를 위반한 것이 되어 위법하게 된다. 그러므로 경찰관이 농민들의 시위를 진압하고 시위과정에 도로 상에 방치된 트랙터 1대에 대하여 이를 도로 밖으로 옮기거나 후방에 안전표지판을 설치하는 것과 같은 위험발생방지조치를 취하지 아니한 채 그대로 방치하고 철수하여 버린 결과, 야간에 그 도로를 진행하던 운전자가 위 방치된 트랙터를 피하려다가 다른 트랙터에 부딪혀 상해를 입은 사안에서 국가배상책임을 인정하고 있다.⁴³⁾

43) 대법원 1998. 8. 25. 선고 98다16890 판결.

5) 소 결

과거의 경찰권행사에 대한 비판은 주로 경찰의 진압방식의 부적절함으로 인한 것은 사실이나, 최루탄발사와 시위대의 불법연행문제는 비단 경찰이 책임져야 할 문제만은 아니다. 정부는 경찰이 최루탄을 사용하는 것을 암묵적으로 허용하였고, 입법부에서는 국민의 기본권 보장의 차원에서 그 사용의 요건들을 법률에 규정하지도 않았다. 사법부 또한 최루탄의 사용의 불가피성을 강조한 나머지 비례의 원칙을 엄격히 적용하지 않았다. 예외적으로 사상자가 발생한 경우에만 그 위법성판단을 하는 등 소극적으로 일관해왔다.

경찰의 결단으로 무최루탄 원칙은 우여곡절 가운데도 현재까지 지켜지고 있다. 이제는 진압방식보다는 신고나 금지통고 등 절차상의 문제점과 관련하여 논란이 되고 있다. 경찰이 집회및시위에관한법률이 규정한 신고절차를 너무 까다롭고 엄격하게 적용한다는 비판의 목소리가 높다. 예컨대 집회나 시위가 교통혼잡을 발생시킬 우려가 있는 경우 금지통고 처분을 내리기보다는, 우선 질서유지를 담당할 질서유지인을 지정하도록 하는 등 최소한의 제한으로 국민의 기본권인 집회 및 시위의 자유를 누릴 수 있도록 하여야 한다. 이를 위해서는 집회의 참가자, 특히 그 대표자와 경찰간의 협조원칙이 무엇보다 중요하다.

Ⅲ. 우리나라와 선진 각국의 집회·시위 대응 실태

1. 우리나라

1) 최근의 집회·시위 발생 현황

최근 우리 사회는 다양한 형태의 가치관의 대립과 갈등이 각계각층에서 표출되고 있고, 국정현안에 대한 보수와 진보, 문화적 국가적 정체성의 주장 등 다양화 된 형태의 집회시위의 목적을 나타내고 있다. 어떠한 형태이든 평화적이고 합법적인 집회시위를 제외한 폭력적인 시위의 확대는 엄청난 사회적 비용과 국제사회에서의 한국 경제의 대외신인도 하락에 영향을 끼치고 최근 활발한 해외투자와 경제활동 등 사회 각계각층의 활동에도 지장을 가져오는 결과를 낳게 된다.

이와 관련하여 서울지방경찰청의 집계에 따르면 2004년 서울시내에서 발생한 집회시위는 6689건이고, 186만 3000명이 참여하여 매주 18건 이상의 집회시위가 열린다고 밝혔다. 이러한 집회시위로 인해 직·간접적으로 피해를 보는 일반시민들을 배려하는 문화는 많이 부족한 것이 현 실정이다.⁴⁴⁾

아래의 <표 IV-1>는 2003년부터 2005년 7월까지의 총집회 및 참가인원을 나타낸 것이다. 2003년에 11,837건, 2004년에는 11,338건, 2005년 1월부터 7월까지는 6,516건이 발생하였다. 집회참가인원은 2003년에 2,912,260명이었고, 2004년 3,034,660명이었으며, 2005년 1월부터 7월까지는 1,345,576명이 참가하였다.

<표 IV-1> 총집회 및 참가인원 발생현황(2003년~2005년)

(단위 : 건, 명)

구분	총집회	참가인원
2005	11,036	2,928,483
2004	11,338	3,034,660
2003	11,837	2,912,260

44) 동아일보 2005년 5월 6일자.

※ 출처 : 경찰청, 2006 경찰백서, 경찰청, 2006. 7, 398면.

1994년부터 2005년까지 집회·시위 발생건수를 살펴보면, 1994년에 8,753건이 집계되었고, 이후 1995년에 6,857건, 1996년에 6,510건, 1997년에 6,179건으로 점차 감소 추세에 있었으나 1998년에 7,684건, 1999년에 11,750건, 2000년에 13,012건으로 집회시위가 증가하였다. 2001년 13,083건을 최고정점으로 2002년 10,165건으로 약간 감소하였으나, 2004년에 다시 11,338건으로 증가하였다. 2005년에는 11,036건이 발생하였다. 1994년부터 12년간의 집회시위 발생건수의 특성을 보면 1999년을 기준으로 연간 1만 건 이상의 집회시위가 발생하였고, 이는 앞서 언급한 바와 같이 시민·농민·노동계·이익단체 등의 활발한 주장 개진과 더불어 사회와 국정전반에 걸친 다양한 가치관의 변화와 급변하는 국제정세에 영향을 받은 우리 사회의 변화에 대한 욕구가 분출된 시점으로 볼 수 있다.

아래의 <표 IV-2>는 2005년도에 발생한 집회·시위의 발생 현황과 동원된 경찰인원 현황을 나타낸 것이다.

2005년도에는 각종 국책사업 추진 및 사업장별로 노사분규로 집회시위가 총 11,036건 발생하였다. 집회횟수는 전년대비 2.6% 감소하였고 집회 참가인원도 292만 여명으로 3.4%감소하여 집회시위가 점차 줄어드는 것으로 확인되고 있다.

이와 관련하여 동원된 경찰력은 2004년에는 33,048개 중대 연인원 3,965,760명이 동원된 것에 비해 2005년에는 34,695개 중대 연인원 3,642,975명으로 8.1% 감소하였다.

<표 IV-2> 집회·시위 발생 현황(2004, 2005년)

(단위 : 건, 명, %)

연도별 구분	전체 집회·시위		동원경력	
	횟수	인원	중대	인원
2004년	11,338	3,034,660	33,048	3,965,760
2005년	11,036	2,928,483	35,666	4,279,920
증·감대비	-302(2.6%)	-106,177명(3.4%)	+1,647(4.9%)	-322,785(8.1%)

※ 자료 : 경찰청, 2006 경찰백서, 경찰청, 2006. 7, 398면.

아래의 <표 IV-3>는 불법·폭력시위 발생 현황을 나타낸 것이다.

2003년 134회였던 불법폭력집회가 2004년 91회로 전년 대비 32%가 감소하였다. 또한 집회시위 부상자는 2003년 749명이었고 2004년 621명으로 전년 대비 17%가 감소하였다. 그러나 불법·폭력집회에 참가한 인원 중 경찰에 의해 검거된 인원은 2003년 4,612명에서 2004년 911명이 증가한 5,523명으로 전년 대비 20% 증가하였다.

<표 IV-3> 불법·폭력시위 발생 현황(2004, 2005년)

(단위 : 회, 명)

구분	불법폭력집회(회)	집회시위 부상자(명)	검거인원(명)
2004	91	621	5,523
2005	77	893	3,525
증·감(%)	-14(15.3%)	-272(43.8%)	+ 688(24.3%)

※ 자료 : 경찰청, 2006 경찰백서, 2006. 7, 399면.

2005년 집회시위의 특성을 살펴보면 울산 현대자동차 비정규직 노동자들의 전면 파업과 비정규직 철폐를 쟁취하기 위한 집회⁴⁵⁾를 시작으로 일본 시네마현 의회가 “다케시마의 날” 제정 조례안의 통과에 주한 일본대사관에서 일본의 역사왜곡과 연관한 일본교과서 문제의 규탄을 위해 홍사단과 시민단체, 전국철거민 연합회, 재향군인회 등 사회 각계의 시민단체들이 연일 규탄 시위를 진행하였다.⁴⁶⁾ 4월 초에는 울산시청에 난입해 민원실을 점거하는 등 불법 기습시위를 벌인 건설플랜트 노조 조합원이 경찰에 연행되었다. 경찰은 집회시위현장에서 “폴리스라인 지키기 운동”을 활발히 홍보하여⁴⁷⁾ 폴리스라인을 기준으로 한 평화적이고 합법적인 집회시위 문화조성에 공감대를 형성하고자 노력하였으나 실제 집회시위현장에서 두드러진 결과

45) 연합뉴스, 2005년 1월 3일자.

46) 내일신문, 2005년 3월 17일자.

47) 국정브리핑, 2005년 4월 29일자.

를 나타내지는 못하였다. 5월 1일 노동절에는 하이닉스-매그나칩 집단해고 집회가 충북지역에서 열렸으나 폭력적인 집회로 경찰과 대치하였다.⁴⁸⁾ 같은 달 서산지역병의원노조는 한림병원의 폐업통보에 이은 체불임금청산과 생계비 지급, 고용승계를 촉구하는 시위를 개최하였다.⁴⁹⁾ 6월에는 전국빈민연합이 주최한 전국빈민대회에서 폴리스라인을 침범한 집회참가자가 입건되었다.⁵⁰⁾

그러나 같은 달 12일에 개최된 전국화물노동자대회 이후 가두 행진 시에 행사 전 집회시위 관리가 경찰력 중심의 “진압”의 형태가 아닌 경찰의 “폴리스라인”으로 바뀐다는 홍보로 인해 1만 여명의 참가자들은 별다른 마찰 없이 평화적인 집회를 진행하였다.⁵¹⁾ 이는 보다 성숙된 시민의식에서 기인한 평화적인 시위문화의 정착이 집회시위에 참여한 인원들 스스로 평화적이고 합법적인 집회의 진행에 영향을 미친 것으로 판단된다. 7월에는 평택에 위치한 미군기지확장 반대단체의 대규모 집회시위가 불법적으로 개최될 것을 우려 지역 행정기관과 의회와 경찰서에서 준법집회를 촉구하는 대시민 호소문을 발표하기도 하였다.⁵²⁾ 그러나 평택에서 열린 미군기지확장 반대 집회 참가자들은 미군기지로 접근하려다 경찰과 충돌하여 시위참가인원 80여명과 경찰 20여명이 부상을 입는 결과를 초래하였다.⁵³⁾

특히 아시아태평양경제협력체(APEC) 정상회의가 열렸던 부산에서는 반(反) APEC 단체 2만 여명이 APEC 제1차 정상회담이 열리는 인근 지역에서 쌀 개방 저지와 APEC반대를 주장하며 불법시위로 간주하여 진압에 나선 경찰과 대치하여 폭력적인 시위를 펼쳤다.⁵⁴⁾ “중요 구역으로의 진입을 하려는 APEC반대 범국민대회” 주최 측 참가인원과 경찰은 불가피한 충돌을 빚었다.

아울러 APEC 기간 중에는 전국농민대회, 전국노동자대회, 청년·학생·재야 민중결의대회, 여성대회, 대일 과거사 청산촉구대회, 전국빈민연합 투쟁결의대회 등 6개

48) 레이버투데이, 2005년 5월 3일자.

49) 레이버투데이, 2005년 5월 6일자,

50) SBS, 2005년 6월 8일 보도.

51) 부산일보, 2005년 6월 13일자.

52) 연합뉴스, 2005년 7월 8일 보도.

53) SBS, 2005년 7월11일 보도.

54) 한국일보, 2005년 11월 19일자.

분야별 집회를 가졌다. 이와 함께 미국의 반전단체인 “ANSWER”, 인도네시아 국제 농민조직 “비아 캄페시나(농민의 길)” 등 외국 단체를 비롯해 전국농민회총연맹, 민주노총부산지역본부, 부산교통공단노동조합, 공무원노동조합, 화물연대 조합원들이 참여한 바 있다.⁵⁵⁾ 이와 같은 APEC기간 중의 대규모의 집회시위는 언론과 사회와 국민의 관심이 집중된 국제적인 중요 행사를 통해서 각 단체의 목소리를 낼 수 있다는 점에서 집중적으로 발생된 경향이 있다.

또한 12월에는 정부의 쌀 개방과 비정규직 문제에 대한 해결책을 촉구하기 위해 전국농민회총연맹과 민주노총 소속의 집회시위자들이 도심에서 대규모 집회를 연일 개최한 바 있으며, 쌀 협상 국회비준 무효를 요구하는 전국농민대회가 서울 대학로와 마로니에 공원, 광화문 일대에서 집회를 가졌다. 이 집회에서 집회 참가자들이 청와대 진출을 시도하여 경찰이 살수차를 동원하여 저지하는 충돌⁵⁶⁾을 빚기도 했다.⁵⁷⁾

2) 집회·시위에 대한 경찰의 대응

아래의 <표 IV-4>는 연도별 불법 과격·폭력 시위에 대한 경찰 대응 추세를 나타내고 있다.

위에서 밝힌 것처럼, 단순 집회시위의 횟수는 증가하였으나 불법폭력시위는 감소하고 있다. 또한 화염병시위는 1995년 143회이었으나, 2005년 5회로 감소하였고, 사용된 화염병의 개수는 1995년 98,880개에서 2005년 99개로 현저히 감소하여 집회시위현장에서의 폭력적 형태의 시위의 감소와 비례하였음을 나타내고 있다. 또한 이에 진압을 하는 경찰이 사용하는 최루탄 사용의 횟수도 1995년 128,981회에서 1998년 3,403 회로 감소하다가 1999년을 기점으로 2005년까지 한 건도 발생하지 않았음을 나타내고 있다. 사용된 최루탄의 개수도 1995년 1,134,575,750개에서 1998년

55) 문화일보, 2005년 11월 18일자.

56) 연합뉴스, 2005년 12월 1일자.

57) 이창무, 앞의 보고서, 27-28면 참조.

37,246,870개로 현저히 감소하여 1999년을 기점으로 2005년까지 한 개도 사용되지 않았음을 나타내고 있다. 반면 부상자 숫자가 1998년 166명으로 최저를 기록했으나, 1999년 484명, 2003년 749명에서 2004년 621명으로 줄었다가 2005년 893명으로 다시 증가하는 추세를 확인할 수 있다. 이는 무엇보다도 최루탄 사용을 하지 않음에 따라 결국 경찰과 시위대가 직접 몸싸움을 벌이게 되는 결과에 기인한 것으로 보인다.

<표 IV-4> 불법 과격·폭력 시위에 대한 경찰 대응 추이

(단위 : 회, 개, 명)

구분	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	
집회 시위 횟수	6,857	6,510	6,179	7,684	11,750	13,012	13,083	10,165	11,837	11,338	11,306	
불법 폭력 시위	809	811	664	67	129	105	215	118	134	91	77	
화염 병 시위	횟수	143	190	190	3	7	7	23	8	14	3	5
	개수	98,880	80,620	69,165	170	613	746	2,453	457	2,223	105	99
최루 탄 사 용	횟수	128,981	213,847	134,405	3,403	-	-	-	-	-	-	-
	개수	1,134,575,750	2,369,105,940	1,152,430,540	37,246,870	-	-	-	-	-	-	-
부상자	1,179	1,881	1,023	166	484	311	304	287	749	621	893	

※ 출처 : 경찰청 홈페이지(www.police.go.kr) [통계자료실(경비)] 참조.

특히 전체 집회시위 관련 부상자의 10.5%에 해당하는 중상자의 경우 2002년에는 7명이었던 것이 2003년 54명으로 증가하였고, 2005년 상반기에만 83명으로 집계되

었다. 집회시위에 따른 경찰의 피해 역시 2002년 395건에서 2003년 2,224건, 2004년 2,758건, 2005년 상반기 1,330건이 발생하였다. 이 가운데 차량피해는 2002년 6건에서 2003년 81건, 2004년 82건이 발생하였고, 2005년 상반기에만 20건이 발생했다.⁵⁸⁾

경찰청은 1999년에 새로운 시위문화 정착을 위해 최루탄을 사용하지 않는다는 원칙을 천명한 바 있다.⁵⁹⁾ 이른 바 「새로운 집회시위관리 방침」에 따르면,⁶⁰⁾ 평화적인 집회는 적극 보장·지원하고 불법·폭력시위에 대해서는 초기단계에서 신속하게 제압, 강력히 대처함으로써 화염병 시위가 거의 그치는 등 수 십년간 계속되어 온 불법·폭력시위의 악순환을 근절하고 올바른 집회시위문화가 정착되는 계기를 마련하고 있다. 합법적이고 평화적인 집회 시위는 최대한 보장 보호하고, 사회의 법질서를 파괴하는 불법 폭력시위에 대하여는 엄정하게 대처하여 법과 원칙에 따른 민주적 법치질서 확립을 위해 노력하고 있음을 확인할 수 있다.

2. 영 국

1) 집회시위의 규제

영국에서는 인권법 제20조에 평화적 집회, 결사의 자유를 명문화하고 있으나, 그의 집회의 자유를 보호하고, 보장하기 위하여 명문화된 법률은 없다. 따라서 집회와 시위는 판례법과 제정법에서 금지하고 있지 않는 한 허용되고 있으며, 1936년에 공공장소에서의 질서유지를 목적으로 제정된 공공질서법(Public Order Act)이 사실상 집회에 관한 규제 법률적 역할을 하고 있다.⁶¹⁾

그 후 이 법은 1980년대에 들어 “브릭턴 흑인마을 폭동사건(1981)”과 전국적인

58) 참여정부 출범이래 집회시위현장에서 부상당한 경찰이 월평균 54명에 이르고 중상자의 경우 절반에 가까운 83명이 최근 6개월 사이에 집중되는 등 “갈수록 시위가 격렬해지고 있다”는 주장이 제기됐다.: 업코리아, 2005년 8월 24일자 보도.

59) http://www.police.go.kr/data/white/white2000_07_02_1.jsp.

60) http://www.police.go.kr/data/white/white2000_07_02_1.jsp.

61) <http://lawlab.chonbuk.ac.kr/thesis/22/16.htm>.

“광산노조 파업사태(1984)” 등에서와 같은 폭력시위가 급속히 확산되는 양상에 직면하면서 이에 대한 적극적인 대응을 위해 1986년 내무성 주도로 개정됐다. 현재까지 이 법은 폭동과 폭력적 질서 파괴행위, 패싸움, 불법집회, 폭력위협 및 도발행위와 인신공격, 그리고 행진 및 집회에 관해 명백한 규정을 담고 있어 우리의 집시법과 같은 역할을 수행하고 있다.⁶²⁾

한편, 이러한 공공질서법은 다음과 같은 특징을 가지고 있다. 첫째, 집회 및 행진에 대한 사전신고를 규정하고 이를 어길 경우 제재조항을 명백히 함으로써, 집회 및 시위에 대한 경찰관여의 근거를 명문화하고 있다. 둘째, 집회나 시위에 참가한 인원을 세분화하여 폭력 또는 모욕행위나 그에 상응하는 언어사용 등에 대한 처벌을 상대적으로 엄격하게 규정하고 있다. 셋째, 신고한 범주를 벗어난 행위나 불법, 폭력행위를 한 자에 대하여는 현장 경찰관이 영장 없이도 체포가 가능하도록 하여 경찰의 재량권을 확대하고 있다.

2) 사전신고제

전술한 바와 같이 영국은 1936년에 정치적인 과격집단이 공공장소에서 질서를 교란시키는 것을 예방하기 위해 공공질서법(Public Order Act)을 제정하였다.⁶³⁾ 이와 같은 「공공질서법」에 의하면 “어떤 개인 또는 단체의 견해나 행동에 대해 지지 또는 반대를 나타내고자 하는 경우”와 “어떤 주의나 운동을 선전하고자 하는 경우에” 공공행진을 하고자하는 자와 단체는 최소 6일전에 관계당국에 “행진날짜, 시간, 예정된 경로”등을 서면으로 통지하여야 한다(제11조)고 규정하고 있으며, “고위 경찰관”은 공공행진의 개최와 관련하여 “심각한 대중적 혼란이나 재산에 대한 심각한 피해 또는 사회에 심각한 와해를 초래할 수 있다고 판단되는 경우”에는 일정한 조건을 부과하거나 공공장소 안으로 진입하는 것을 금지할 수 있도록 하였다(제12조).

또한 이 법은 “고위 경찰관”이 “행진이나 심각한 혼란의 발발을 막을 수 없는 특

62) Rabinder Singh, Futhre of human rights in the United Kingdom(London, U. K. : Hart publishing, 1997), p. 19.; 김종양, “집회시위로 인한 타인의 법익보호에 관한 연구”, 동국대학교 대학원 박사학위 논문, 2003, 62면에서 재인용.

63) Stevens, I.N, Constitutional and administrative Law(3rd ed.), London : M&E/Pitman, 1996, 171면.

정한 상황이 관내에 존재한다고 판단되는 경우”에는 지역구 위원회에 요청하여 언제라도 “최고 3개월 이하 동안 공공행진을 못하도록 할 수 있다”는 규정을 두고 있다(제13조).

한편, 영국의 경우에는 집회 및 시위와 관련하여 제재권한을 경찰위원회가 아니라, 관할 “고위경찰관”⁶⁴⁾의 재량에 맡겨두고 있는 반면, 경찰에 집회 및 시위의 금지권한을 부여하지 않고 있어 집회 및 시위에 관한 경찰의 정치적 판단이나 편파적 허용금지를 방지하고자 하였다.

그러나 영국경찰은 “심각한 혼란의 발발을 막을 수 없는 행진이나 특정한 상황이 관내에 존재한다고 판단되는 경우”에 지역 경찰위원회에 일정한 기간 동안(최고3개월) 일체의 시위 및 행진을 금지하는 신청을 할 수 있으며(공공질서법 제13조 제1항), “신청서를 접수한 경찰위원회는 내무장관의 동의를 얻어 신청서의 조건대로 또는 내무장관의 동의를 얻어 수정할 것을 명령”할 수 있게 하였다.

그리고 영국의 경우 행진에 조건을 부과하고 있는 바, 1986년 법은 그 사유를 확대하여 ① 심각한 공공 무질서의 위험이 있는 경우, ② 재산에 대한 심각한 손해 또는 공동체생활의 심각한 균열의 위험이 있는 경우, ③ 협박의 위험이 있는 경우로 규정하고 있어 조건의 부과에 있어서 경찰은 광범위한 재량권을 가지고 있고, 엄격한 조건부과를 통해 사실상 특정 시위에 대한 금지의 효과가 있을 수 있다.⁶⁵⁾

3) 경찰의 집회시위 관리

시위진압에 임하는 영국경찰의 자세는 매우 신중하면서도 불법적인 과격시위에 대해서는 엄격하게 법 적용을 하고 있다. 특히, 시위진압의 최우선 목표를 불법적인 시위의 확산방지에 두고 있으며, 시위주동자의 체포보다는 시위대의 해산에 더욱 역점을 두고 있어 불법 과격시위에 대한 경찰의 강경진압에 대한 정당성을 부여하고 있다.

64) 고위경찰관이란 행진에 참여하기 위해 사람들이 모여드는 경우의 행진에서는 현장에 있는 경찰관중 최고위자를 의미하고, 이러한 경우가 아닐 때에는 관할경찰서장을 의미한다.

65) 김상희, “집회시위 관리를 위한 경찰작용의 법적 정당성에 관한 연구”, 고려대학교 법무대학원 석사학위논문, 2001, 60-62면.

3. 미 국

1) 관련 법규

미국의 경우 연방차원에서 집회시위를 관장하는 통일적인 법률은 없으며, 각 주의 법률이나 시의 조례에 의하여 옥외집회를 규제하고 있다. 각 주는 각각의 상황과 조건에 따라 각기 상이한 내용의 법률과 조례들을 제정해 집회시위에 대처하고 있다.

구체적으로 Washington D. C.의 경우에는 “시위를 개최하고자 하는 사람·집단은 시위시간·장소를 정한 뒤에 이를 서면으로 작성하여 관할 경찰서장에게 시위허가신청서를 제출”하도록 하고, 관할당국은 “허가신청서에 기재된 사항 및 다른 통로를 통해 입수된 제반 정황을 토대로” 그 시위의 개최가 시위가 열릴 도로와 인접한 지역을 통행하는 보행자 또는 차량의 안전하고 질서 있는 운행에 커다란 지장을 초래하거나 공공의 안녕을 위태롭게 하거나 또는 중대한 재산상의 손실을 초래할 수 있을 정도로 폭력적이고 무질서한 행동의 가능성을 조성할 위험이 있다고 판단되는 경우 등에는 그것을 허용하지 않을 수 있도록 규정하고 있다.

또 다른 예로 Washington D. C.의 형사법 제9조는 백악관과 국회의사당, 그리고 대법원 청사 등의 공공건물 주위로 부터 50~500피트 이내의 장소에서는 집회와 시위를 개최할 수 없도록 규정하고 있다. 또한 Washington D. C.의 조례 제700조는 집회시위의 사전허가 제도를 명백하게 규정하고 있다. 따라서 이러한 조례에 따라, Washington D. C.에서는 사전허가를 통해서만 집회시위가 가능하며, 이 지역에서 집회시위를 개최하고자 하는 개인이나 단체는 시위의 시간과 장소를 정한 뒤 이를 서면으로 작성하여 관할경찰서장에게 시위허가신청서를 제출하여야 한다. 그 뒤 허가신청서가 접수되면 경찰당국은 신청서에 기재된 사항 및 다른 경로를 통해 입수된 정보를 토대로 집회시위가 다음 항목에 저촉되는지 여부를 판단하여 집회시위의 허가 여부를 결정한다.⁶⁶⁾

66) 김종양, 전제논문, 2003, pp. 67-68.

2) 판례의 입장

연방대법원의 일관된 견해는 사전허가제는 경찰로 하여금 시위에 대한 준비를 할 수 있게 하고, 두 개의 시위가 같은 장소에서 동시에 일어나는 것을 방지하여 주며, 출퇴근 시간에 교통이 막히는 것을 방지해 줄 수 있기 때문에 사전허가제가 위헌이라고 볼 수는 없으며, 다만 사전허가제가 사전허가의 방법을 통하여 행정관리로 하여금 시위에서 주장하는 내용을 심사하여 그에 따라 조치할 수 있는 재량권을 주도 록 되어있다거나 시위자체를 금지시킬 수 있다면 그러한 사전허가제는 무효라고 한다.

시위 및 행진에 대한 사전허가제를 규정한 New Hampshire 州法이 문제가 된 1941년의 판례에서 미국 연방대법원은 허가제규정의 위헌여부에 관하여 '공중의 편의'에 대한 '부당한' 지장을 주어서는 안 된다는 정도의 구체성과 명확성만으로도 합헌이라는 판결을 내렸다. 또한 시당국은 다른 적절한 목적을 위하여 시위 및 행진의 시간과 장소, 방법에 대해 일정한 조건 또는 변경을 가할 수 있다고 판시하였다.

이는 1965년 Cox v. Louisiana 판례⁶⁷⁾에서도 확인되었다. 즉, 연방대법원은 "본법의 규제대상이 되는 행위(피켓팅 및 시위)는 표현과 집회가 결합된 것으로서 규제의 대상이 된다. ……언론과 결합된 어떤 종류의 행위에 대한 규제 내지 금지하는 가능하다"고 결론짓고, 그 논거로 "본 건에서는 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'과는 달리 특정의 행위와 결합된 '언론 플러스'는 규제의 대상이 될 수 있음을 인정하여 집회 및 시위에 대한 사전허가제를 합헌으로 인정하는 것이었다.

Alabama주 Birmingham 시 조례에는 "모든 공공도로에서의 행진 또는 시위는 사전에 시 경찰위원회의 허가를 받아야하며, 경찰위원회는 평화, 안전, 건강, 품위, 질서, 도덕 또는 편의를 위하여 허가거부가 필요하다고 판단되지 않는 한 시위와 행

67) 379 U.S. 588.

진은 허가해주어야 한다”고 규정하고 있는바, 이에 대해 1969년의 판례에서는 연방 대법원이 “허가당국에게 지침이 될 수 있는 “협소하고, 객관적이고, 명확한“ 기준이 설정되어야 하는데, 버밍햄 시 조례는 이 요건을 충족시켜 주지 못하고 있다. 문제된 행위가 공동체의 ‘복지’, ‘품위’ 또는 ‘도덕’에 미치는 잠재적 효과에 대해 허가당국의 공무원 자신의 견해에 따라 허가를 해줄 수도 있고 하지 않을 수도 있도록 해서는 안 된다고 판시하였다. 즉, 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.

또 *Police Department of Chicago v. Mosley* 판결(1972)에서는 초·중·고등학교 수업시간 시작 전 1시간 반부터 종료 후 1시간 반까지 학교로부터 150피트 이내의 공공도로에서의 피케팅을 금지한 시 조례의 합헌성 여부가 다루어졌다. 연방대법원은 의사표현의 내용에 대한 규제라는 점에 초점을 맞추어 이 규정이 위헌이라고 다음과 같이 판결하였다.

“무엇보다도 수정 제1조는 정부가 의사표현의 메시지, 의견, 주제 또는 내용을 이 유로 그 표현을 규제할 권한이 없음을 의미한다. ……수정 제1조는 그 자체는 말할 것도 없고, 평등보호조항에 비추어 보더라도, 정부가 받아들일 수 있다고 보는 견해를 가진 사람들에게는 공공의 광장을 사용하도록 허용하면서, 정부가 덜 좋아하거나 논란 많은 견해를 표명하려는 사람들에게는 사용을 못하도록 할 수는 없는 것이다. …… 일단 광장이 어떤 집단의 집회 또는 연설에 열렸으면, 정부는 다른 사람들의 집회나 연설에 대해 그들이 말하려는 것을 근거로 이를 금지할 수는 없다.”

위의 판례들로부터 집회·시위허가제에 관한 입장을 다음과 같이 정리해볼 수 있다.

첫째, 집회·시위에 대한 사전허가제 자체가 위헌은 아니며, 공중의 편의 등을 위해 허가제를 택할 수 있다.

둘째, 허가의 기준은 구체적이고 객관적이고 명확해야한다.

셋째, 위헌인 규정에 대해서는 이를 무시하고 집회·시위를 할 수 있으나, 규정 자체가 위헌이 아닌 한 허가거부가 자의적이고 잘못되었다고 하더라도 이를 무시할

수는 없고, 법원에 사법적 구제를 구해야 한다.⁶⁸⁾

3) 경찰의 집회시위 관리

미국 경찰의 집회시위 대응에 대한 전반적 기조는 엄격한 법집행과 적용으로 대응 자체가 불법과격시위를 용인하지 않는 방향으로 이루어지고 있다. 그런데, Washington D. C. 경찰청은 이와 같은 강경진압의 원칙을 보완하기 위하여 변호사나 학생, 전문가들로 구성된 '법률 옵서버' 제도를 운영하여 집회시위시 발생하게 되는 다수의 문제들에 대하여 책임소재를 명확히 할 수 있도록 하고 있다.⁶⁹⁾ 결국 이와 같은 제도를 통해 경찰은 과잉대응 등 불법적인 행위를 하지 않고 있으며, 주최자의 경우에도 자의적으로 합법적인 집회시위 문화를 만들어 가고 있다.

4. 일 본

1) 관련 법규

일본의 헌법은 제21조에서 「집회·결사 및 언론·출판 기타 일체의 표현의 자유를 보장한다.」라고 규정하여 집회의 자유를 보장하고 있으나, 이 법 제12조와 제1조에 의거하여 별도로 이를 규제하는 입법체계를 갖추고 있다. 그 대표적인 것이 많은 논쟁을 불러일으킨 공안조례이다. 공안조례는 지방자치단체가 각기 독립적으로 집회, 집단행진, 집단시위 운동 등을 공안상 견지에서 규제하기 위하여 제정한 조례의 총칭이다.

이는 형식이 조례라는 점에서 합헌성 여부가 문제될 수 있으나, 이와 관련한 판례는 명시적 또는 묵시적으로 이를 합헌시 하고 있다. 공안조례의 내용은 지방자치단체가 모두 독자적으로 제정하고 있으므로 그 내용에 있어서는 다소 차이를 보이고

68) 김상희, 앞의 논문, 47-49면 참조.

69) www.kic.re.kr/re_ware/h_study/manu/48%28yang%29.html.

있다. 그러나 대체적으로 대부분 사전허가제를 채택하고 있으며, 허가시에도 일정한 조건을 붙일 수 있다는 것이 큰 특징이라 할 수 있다.⁷⁰⁾

보다 구체적으로 이와 같은 공안조례의 특징을 살펴보면, 먼저 집회·집단행진·집단시위운동을 하는 경우에는 사전에 공안위원회에 허가를 얻거나 신고하도록 되어있으며 그 신청은 72시간 전 또는 48시간 전(11개현)에 하여야 한다. 그리고 허가신청이 있으면 공안위원회는 일반적으로 공공의 안녕질서를 유지하는 데에 직접 위협을 미친다고 명백히 인정되는 경우를 제외하고는 허가하여야 된다고 하고 있다. 그런데 그 허가에는 일정한 조건을 붙일 수 있다.

2) 판례의 입장

집회의 허가제에 대한 최고재판소 판례는 新潟縣의 공안조례사건에서 이루어졌다. 동 판결은 일반적인 허가제는 위헌이지만 특정의 장소, 방법에 관한 합리적이고 명확한 기준하의 허가제는 합헌이라고 하였다. 東京都 공안조례 판결(1969.7.20)에서 일본 대법원은 “순수한 의미에 있어서의 표현이라고 할 출판 등에 관한 사전규제인 검열이 헌법 제21조 제1항에 의해 금지되어있음에도 불구하고, 집단행동에 의한 표현의 자유에 관한 한, 이른바 공안조례로써, 지방적 사정 기타 여러 사정을 충분히 고려하고 불측의 사태에 대비하여 법과 질서를 유지하는 데에 필요한 최소한도의 조치를 사전에 강구하는 것은 불가피한 일이다.”고 판시하여 집회 및 시위에 대해 사전규제가 행해질 수 있음을 인정하였다.

이와 같은 판례는 집단행동에 의한 표현을 언론, 출판 등에 의한 표현과 구별하고, 후자에 대한 사전제한은 헌법상 금지되지만 전자에 대해서는 그 본래적 위험성 때문에 필요최소한도의 사전제한이 인정된다는 전제에 기반하고 있다. 나아가 허가기준의 적용에 관한 공안위원회의 자유 재량성을 인정함으로써 허가제를 실질적으로 합헌화하는 것이었다.⁷¹⁾

집회 및 시위에서 집단행동의 준수사항의 하나로 “교통질서 유지”를 규정한 徳島

70) 김종양, 앞의 논문, 80-81면.

71) 김상희, 앞의 논문, 57-59면 참조.

市 공안조례의 위헌성에 관한 판결(1975.9.10)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 수밖에 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 이를 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.

3) 경찰의 집회시위 관리

일본 경찰의 집회시위 대응방식은 엄격한 통제로 인한 물리적 충돌 보다는 주최측과 경찰 쌍방 간의 피해 최소화에 가장 중점을 두고 있으며, 무엇보다 경찰의 자제력을 강조하고 있다. 한편, 이와 같은 집회시위시의 대응 및 진압을 위해서는 1962년에 편성된 기동대가 조직되어 있으며, 기동대에 근무하였던 경찰관들을 대상으로 시위진압 예비경찰 등을 편성하고 있다.⁷²⁾

5. 독 일

1) 사전신고제

72) 유윤중, “집회시위 운용상의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 연세대학교 행정대학원 석사학위 논문, 2003, 48-59면 참조.

독일 기본법 제8조는 집회의 자유에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다. ① 모든 독일인은 신고나 허가 없이 평온하게 그리고 무기를 휴대하지 않고 집회할 권리를 가진다. ② 옥외집회의 경우에는 법률로써 또는 법률을 근거로 이 권리가 제한될 수 있다. 이와 같은 규정에 근거하여 집회·시위의 자유와 그 제한에 관하여 구체화해 놓은 것이 “집회및시위에관한법률(Gesetz über Versammlungen und Aufzüge, Versammlungsgesetz)이다. 이 법률 제14조에서는 “옥외에서 공개집회 또는 시위를 개최할 목적을 가진 사람은 이를 늦어도 48시간 전에 관계당국에 집회와 시위의 목적을 신고하여야하고, 신고에서 누가 집회 또는 시위의 책임자인지를 명시하여야 한다”고 규정하고, 제15조에서는 옥외집회·시위의 금지, 해산 등에 관하여 “① 관계당국은 처분을 발할 당시 주위의 사정에 비추어 집회·시위를 하게 되면 공공의 안녕질서가 직접 위태롭게 될 우려가 있는 때에는 당해 집회 또는 시위를 금지하거나 일정한 부담을 과할 수 있다. ② 관계당국은 집회 또는 시위가 신고 되지 아니한 경우, 신고내용과 다르거나 부담을 위반한 경우 또는 제1항의 금지사유에 해당하는 경우에는 이를 해산시킬 수 있다”고 규정하고 있는 바, 위와 같은 옥외집회·시위의 경우, “신고(Anmeldung)라는 규정에도 불구하고(법 제14조) 재량적 해석의 여지가 있는 금지처분을 통해(법 제15조) 실질적인 허가제적 규제를 하고 있는 것으로 풀이하는 견해도 있다.

2) 사전적 금지

(1) 시위의 내용·목적 등에 의한 금지

독일집시법은 집회·시위에 대한 일반적인 규제의 원칙으로서 다음과 같은 집회·시위를 금지하고 있다. 첫째, 자유롭고 민주적인 기본질서를 공격하기 위한 집회, 둘째 기본법 제21조 제2항에 의거하여 연방헌법재판소에 의하여 헌법위반이라고 선언된 정당 또는 그 지부조직이나 그 대체조직의 목적을 촉진하기 위한 집회·시위, 셋째 기본법 제9조에 의거하여 금지된 단체(그 목적이나 활동이 형벌법규에

위반하거나 헌법상의 질서 또는 국제이해의 관점에 반하는 단체)등이다.⁷³⁾

독일 집시법 제5조는 옥내집회라고 하더라도 공개적인 경우에는 다음과 같은 금지사유를 구체적으로 규정하고 있다. 첫째 주최자가 제1조 제2항의 규정에 해당하는 경우와 제4호의 경우에 있어서는 권한 있는 행정청에 의하여 금지가 확정된 경우, 둘째 집회의 주최자 또는 사회자가 제2조 제3항에 위반하여 무장한 참가자의 입장을 허가한 경우, 셋째 주최자 등이 집회의 폭력적 진행을 기도한 사실이 명백한 경우, 넷째 주최자 등이 중죄 또는 직권으로 소추될 수 있는 경죄에 해당되는 의도를 옹호하려는 발언을 허용하려는 사실이 명백할 때의 네 가지 경우에 집회를 금지시킬 수 있다고 규정하고 있다.

(2) 공공의 안녕질서위험 등을 이유로 한 금지

독일의 집회및시위에관한법률 제15조 제1항에 의하면 「관계당국은 통고처분당시 처해있는 환경에 따라 공공의 안녕과 질서가 집회 또는 시위의 진행으로 직접 위험이 발생할 때, 집회 또는 시위를 금지할 수 있으며, 일정한 부관을 붙일 수 있다」고 규정하고 있다.

3) 질서유지인(Ordner) 제도의 운영

독일은 집회 및 시위에 관한 법률에서 명예직 질서유지인에 관한 규정을 두고 있다.(제9조, 제18조). 즉 집회의 진행과 질서를 유지해야하는 주관자(Leiter)(혹은 집회 인도자)는 옥내 및 옥외 공개집회에서 적정한 수의 질서유지인을 두어서 자신의 권리수행을 보조하게 할 수 있다. 옥내집회에서 질서유지인을 둘 의무는 없지만 담당 관청은 옥외집회에서 조건을 부과시켜서 질서유지인을 임명하게 할 수 있다. 또한 옥외집회에서 질서유지인을 이용할 때는 집회 신고시 질서유지인의 사용에 대한 승인을 얻어야한다. (18조 제2항) 이것은 거대한 옥외집회에서 공공의 안녕과 질서를

47) 대한변호사협회 홈페이지(http://koreanbar.or.kr/data/index_read.asp?t_id=opinion&idx=233&Page=5&strSearchList=&stList=&strSearchWord) 참조.

위하여 질서유지인의 수와 질에 있어서 사전통제를 하는 데에 의미가 있다. 질서유지인들은 반드시 성인이라야 하며 무기나 제2조 제3항74)에 규정된 물품을 휴대하여서는 안되며(집시법 제9조 제1항) “정리원”이라는 표시만을 나타내는 백색완장을 착용하여 뚜렷이 식별하도록 하여야한다.

그리고 집회참여자들은 주관자가 지명한 질서유지인의 질서유지를 위한 정당한 명령을 준수해야하며(제10조, 제19조 제2항) 주관자 및 질서유지인에게 그의 질서유지권의 합법한 행사에 대해 폭력 또는 강압의 협박으로 대항하거나 또는 그의 질서유지권의 합법한 행사에 대해 그에게 폭력을 가한 경우에는 최고 1년의 징역 또는 벌금으로 처벌된다(제22조)

독일에서 채택하고 있는 이러한 질서유지인 제도도 미국의 법률적 옵서버제도와 마찬가지로의 효과를 지니고 있는 것으로 평가될 수 있다. 즉, 집회 및 시위의 진행에 있어서 질서유지를 우선적으로 시위대 자체에게 담당시킴으로써 시위대와 경찰 간의 직접적인 충돌의 기회를 줄일 수 있게 하고 있다. 이는 시위가 폭력화할 기미가 보일 때 경찰이 질서유지인을 통해 간접적으로 집회의 진정을 유도할 수 있고, 또한 경찰의 시위진압에 있어서의 자제를 신장시켜줄 수 있다. 질서유지인에 관한 규정은 주관자의 권리를 인정하는 조항이지 집회를 제한하려는 데에 그 목적이 있는 것은 아니다. 그래서 질서유지인의 선발은 주관자의 재량에 있는 것이다. 거대한 인원이 모인 집회에서 내부의 질서유지는 일차적으로 주최자나 주관자 등에 일임하고 보충적으로 공권력이 발동된다는 원칙이 적용된 것이라 할 수 있다.⁷⁵⁾

4) 경찰의 집회시위 관리

독일에 있어 경찰은 법집행을 강조하면서도 집회의 정도에 따라 그 진압의 강도를 달리하고 있는데, 만약 시위가 폭력화할 때는 강경 진압정책을, 평화시위 시에는 국가의 보호의무이론에 따라 집회보호에 적극적으로 나서는 등의 정책적 기초를 유지하고 있다.

74) 독일 집시법 제2조 ③ 아무도 공개집회 또는 시위에 있어서 방법에 따라 사람을 해치거나 또는 사물의 손괴에 적합하거나 결정적인 무기 또는 그 밖의 물건을 당국의 허가 없이 휴대해서는 안된다. 또한 당국의 허가 없이 무기 또는 앞서 언급한 물건을 공개집회 또는 시위 중에 휴대하거나 그 같은 개최에 운반하거나 또는 그 같은 개최에 이용하도록 준비하거나 분담하는 것은 금지된다.

75) 김상희, 앞의 논문, 42-46면 참조.

IV. 경찰권 행사의 바람직한 방향

집회·시위에 있어 경찰권이 개입할 수 있는 근거가 되는 기본적인 법이 집시법이라는 점은 앞서 살펴본 바와 같다. 경찰관 직무집행법이나 도로교통법 등 타법에 의해서도 경찰권이 개입할 수 있으나, 집회에 있어서 경찰권이 개입하는 가장 직접적인 법적 근거는 집시법이라 할 수 있다. 집시법에 근거한 경찰권 행사는 경찰소극목적의 원칙, 책임의 원칙, 비례의 원칙 등 제반 한계를 벗어나지 않도록 유의해야 한다. 앞서 논의한 집회시위의 보장과 제한, 경찰권 행사의 근거와 한계, 관련 판례의 입장과 선진 외국의 집회시위에 대한 법적 대응 실태는 경찰권 행사의 바람직한 방향을 보여주고 있다. 이에 기초하여, 최근 집회시위에서 쟁점이 되고 있는 폭력시위, 확장기 소음, 집회현장에서의 사복경찰관의 출입 및 채증활동, 1인 시위에 대한 경찰권 행사시 그 정당성을 확보를 위한 범집행의 방향을 살펴보면 다음과 같다.

1. 불법·폭력시위

1) 제5조 제1항 제2호의 엄격한 해석

집시법 제5조 제1항 제2호 및 동법 제8조 제1항에서는 누구든지 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위를 개최하여서는 아니 되고, 이러한 집회에 대해서는 금지통고 할 수 있도록 규정하고 있다. 여기서 '집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회'의 범위를 어떻게 규정하느냐에 따라 금지통고 대상이 될 수도 있다는 점에서 신중한 접근이 필요하다. 우선 '공공의 안녕'의 개념이 자칫 확대 해석될 우려가 있다. 일반적으로 공공의 안녕 개념에

는 법질서의 불가침성, 국가의 존립과 기능성, 개인의 권리와 법익의 불가침성 등을 구성요소로 보고 있어 이들에 대한 침해가 곧 집회금지 사유에 해당된다고 해석할 우려가 있다.⁷⁶⁾

집시법에서는 분명히 ‘집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로’ 공공의 안녕질서에 위협을 가할 것이 예상되는 집회에 대해서 금지통고 할 수 있도록 규정하고 있으므로, 집단적인 행위가 아닌 개별적 또는 참가자 중 일부의 행위이거나, 폭행·협박·손괴·방화 이외의 행위로 인한 공공의 안녕질서에 대한 침해의 경우에는 동 조항의 적용을 배제해야 할 것이다. 즉 집단적인 행위에 한정하고, 폭행·협박·손괴·방화를 하나의 예시규정이 아닌 열거규정으로 제한적으로 해석해서 적용해야만, 동 조항의 남용 여지를 최대한 줄일 수 있고 입법취지에 부합한다고 볼 수 있다.⁷⁷⁾ 법원에서도 집회 참가자 중 일부인 한총련이 과거에 폭력시위를 주도한 적이 있어 한총련이 참가할 예정인 집회를 금지통고 한 사건에서 “원고의 회원단체인 한총련이나 서총련이 종전에 개최한 집회에서 수차 집단적인 폭력행사가 있었다고 하더라도 그러한 사정만으로는 원고가 주최하는 이 사건 옥외집회에게 집단적인 폭력행사가 있을 개연성이 명백하다고 단정할 수 없다”고 판시한 바 있다.⁷⁸⁾

2) 폭력시위시 잔여집회 금지조항 운용

2004년 개정 집시법에서는 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접위험을 초래할 것이 명백한 경우 사전에 금지통고 할 수 있을 뿐 아니라, 사후에 집단적인 폭행 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위험을 초래한 경우에는 남은 기간의 당해 집회에 대해서 금지통고 할 수 있도록 하고 있다. 불법·폭력시위를 사전에 방지하기 위하여 이미 신고한 집회라도 폭력·불법시위로 변질된

76) 김수환, 앞의 논문, 128면.

77) 경찰청에서도 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회인지 여부는 신고서상 주최자·참가단체의 과거 폭력시위 전력 여부, 신고서 이외 배포된 유인물상 참가·후원단체 등의 폭력시위 전력여부, 대학가 등의 상시 폭력시위 전력단체의 가세여부, 폭력시위용품 준비상황, 집단적인 폭력행위 가능성 등을 종합하여 판단해야 한다고 하고 있다(경찰청, 집회 및 시위에 관한 법률 운용 매뉴얼, 2005년 5월, 69면).

78) 서울고등법원 1995. 1. 28. 선고, 95구6146 판결 참조.

경우에는 남의 기간의 당해 집회를 금지하고자 한 것으로 보인다. 동 조항의 경우에도, 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등이 발생하여야 하므로 일부 참가자의 사소한 폭행만으로 당해 집회를 금지통고 하기는 어렵고, 단순한 폭행·협박·손괴·방화가 발생했다라도 공공의 안녕질서에 직접적인 위험을 초래하지 않았을 경우에는 동 조항을 적용하여 금지통고 하는 것이 곤란하다고 본다.

또한, 경찰의 범위반에 기초하여 반사적으로 발생한 폭력시위인 경우에는 동 조항을 근거로 잔여집회를 금지통고 하기는 어렵다고 본다. 예를 들어 경찰이 해산명령절차 준수 없이 집회를 해산하자 이를 거부하면서 경찰과 몸싸움 등을 한 경우에는, 경찰의 불법행위에 대응하기 위한 불가피한 정당방위에 해당될 수 있으므로, 동 조항을 근거로 남은 기간의 당해집회를 금지통고 하여서는 안 된다고 본다.

2. 확성기 등 소음

1) 소음관련 조항

2004년 개정 집시법에서 가장 주목받고 있는 조항이 확성기 등 사용제한을 규정한 제12조의3이다. 집회시 소음규제와 관련하여 그간 찬반양론이 많았으나 결국 집시법에서 규율하게 되었고, 소음이라는 다소 전문적인 분야가 집시법에 존재하는 결과를 낳게 되었다. 집시법에서는 소음기준 초과시 경찰서장이 할 수 있는 조치와 처벌조항을 두고 있고, 소음기준은 동법 시행령에서 규정하고 있다. 소음기준⁷⁹⁾ 초과시 관할경찰서장은 기준치 이하의 소음유지 또는 확성기 등의 사용 중지를 명하거나 확성기 등의 일시 보관 등 필요한 조치를 할 수 있고(법 제12조의3 제2항), 이러한 명령에 위반하거나 필요한 조치를 거부·방해한 자에 대해서는 6월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 처하도록 규정하고 있다(법 제21조

79) 소음기준은 주거지역과 학교의 경우 주간 65데시벨 이하(야간 60데시벨 이하), 기타지역의 경우 주간 80데시벨 이하(야간 70데시벨 이하)이고, 경비실이나 도로상의 영업시설물 등은 측정지점에서 제외하고 있다(집회 및시위에관한법시행령 별표 2(제8조의 3관련) 확성기 등의 소음기준 참조).

제5호).

2) 소음측정 대상 집회

옥외집회와 시위뿐만 아니라 옥내집회에도 소음을 측정할 수 있다고 본다. 왜냐하면 집시법에 '집회 또는 시위의 주최자'는 소음 기준을 준수하도록 명시하고 있기 때문에 옥외집회와 시위에 한정되는 것은 아니다. 나아가 집시법 제13조에서 명시하고 있는 학문·예술·종교 등에 관한 집회도 원칙적으로 적용대상이다. 법 제13조에서 학문 등에 관한 집회는 제6조 내지 제12조의 규정만 적용을 배제하도록 규정하고 있으므로 제12조의3 규정은 이에 해당되지 않는다고 보아야 한다. 다만 집회라고 볼 수 없는, 즉 다수인이 공동의 목적을 위해 일정한 장소에서 일시적으로 회합하는 것이 아닌 경우에는 동 규정을 적용할 수 없다고 보아야 한다. 따라서 1인 시위 등과 같이 집시법상의 집회가 아닌 경우에는 경범죄처벌법(인근소란)이나 형법(업무방해), 소음·진동 규제법 등 개별법 적용은 가능하나 집시법 제12조의3 규정은 적용할 수 없다.

소음측정은 피해자의 '신고'가 반드시 필요한 것은 아니다. 집시법 시행령 조문에도 '신고의 의해서 측정한다'는 명시적인 규정이 없고, 친고죄로 보기도 곤란하다.⁸⁰⁾ 그렇다고 하더라도 '피해자'는 있어야 할 것이다. 법 규정에도 '타인에게 심각한 피해를 주는 소음'이라고 규정하고 있고, 시행령에서도 '피해자가 위치한 건물의 외벽에서 측정'하도록 규정하고 있기 때문에 피해자가 전혀 없는데도 소음을 측정하여 처벌할 수는 없을 것이다. 입법 취지도 과도한 소음으로 인한 피해자 보호에 중점을 두고 있으므로 피해자가 전혀 없는데 소음을 측정하여 집회 주최측을 규제하는 것은 집회에 대한 지나친 제한일 뿐 아니라 위법이다. 다만, 실제로 집회 현장에서는 이러한 피해자가 있고 피해자의 신고 등 어느 정도 '명시적인 의사표시'에 의해 소음 측정이 이루어 질 것이다. 아무런 의사표시도 없는데 소음으로 인한 피해자라고 단정하기 곤란하기 때문이다. 물론 피해를 전혀 호소할 수 없는 유아 등

80) 경찰청, 앞의 매뉴얼, 144면 참조.

의 경우에는 예외로 현장 경찰관이 판단하여 피해자로 간주 할 수도 있을 것이다.⁸¹⁾

3) 소음측정 장소

집시법 시행령에는 피해자가 위치한 건물외벽에서 측정하되, 주된 건물의 경비 등을 위하여 사용되는 부속건물, 광장·공원이나 도로상의 영업시설물, 공원의 관리사무소 등은 측정지점에서 제외하도록 규정하고 있다. 피해자가 위치한 건물외벽에서 측정하므로 일시 지나가는 통행인 또는 집회 인근에 위치한 사람 등은 보호대상에서 제외하고 있다. 이들은 건물 내에 위치하지도 않을 뿐더러, 불가피하게 소음으로 인한 피해에 어느 정도 지속적으로 노출되는 경우가 아니므로 제외한 것으로 보여진다. 경비 등을 위한 부속건물이나 도로상의 영업시설물, 공원의 관리사무소 등도 사실상 소음으로 인해 피해를 입을 수 있다고 볼 수는 있으나, 이러한 장소는 사실상 거리소음에 상시 노출되어 있는데다 소수의 피해자 보호보다는 다수의 집회권 보장을 위하여 소음 측정 장소에서 제외한 것으로 보여진다. 그러므로 이러한 장소에는 피해자가 있다고 하더라도 소음측정대상이 아니므로, 실제 법을 집행함에 있어서도 법에서 제외한 지역을 축소 해석하여 집회의 자유에 위축을 가하는 일은 없어야 할 것이다.

4) 소음측정후의 조치

개정 집시법상 '소음기준 초과시 기준이하의 소음유지 또는 확성기 등의 사용중지를 명하거나 일시보관 등 필요한 조치를 할 수 있다'고 규정하여, 기준이하의 소음유지 명령, 사용중지 명령 및 확성기 일시보관 조치는 선택적으로 가능하다. 그렇다고 하더라도 집회를 개최하는 입장에서 보면 기준이하의 소음유지 조치보다는 확성기 등의 사용중지 조치가 더 가혹한 조치이고, 나아가 확성기 등 일시보관 조치

81) 김수환, 앞의 논문, 140면.

는 소유물에 대한 임시영치에 가까우므로, 비례의 원칙에 입각하여 집회 주최측에게 보다 적은 피해를 줄 수 있는 조치부터 취하는 것이 바람직하다. 확성기 등 소음규제의 목적이 집회시 소음을 완전히 통제하는 것이 아니라, 기준치 이상의 소음을 내지 못하게 하여 과도한 소음으로부터 집회와 무관한 일반 시민을 보호하자는 데 있으므로, 우선적으로 기준이하의 소음유지 조치부터 취해야 할 것이다.

물론, 집회 주최측이 기준이하의 소음유지 명령에 불응하고 지속적으로 기준이상의 소음을 낸다면 당연히 확성기 사용중지 명령을 하여야 할 것이고, 이에도 불응할 경우에는 현장 상황에 따라 확성기 등 일시보관 조치도 필요할 것이다. 단, 확성기 등 일시보관 조치가 필요이상으로 이루어질 경우 집회 해산과 동일한 효과를 가져 올 수도 있으므로, 확성기 일시보관에 필요한 최소한의 경찰력 행사만 가능하다고 보아야 한다.

3. 집회·시위 현장에서의 사복경찰관의 출입

집시법이 집회 및 시위와 관련한 특별법으로서 법상 명시적으로 정복을 착용하고 출입하도록 규정하고 있으므로, 경찰관이 집회 현장에 출입할 때는 정복을 착용하고 주최측에게 통보하고 출입하는 것이 옳다. 그렇다면 모든 집회 현장에 어떠한 경우라도, 정복을 착용하고 주최측에서 통보하고 출입하여야 하는가. 동 조항은 1989년 제5차 개정당시에 신설된 것으로, 당시 정복을 착용하지 않은 사복 경찰관의 출입을 제한하려는 어떠한 논의나 시도는 없었다고 한다.⁸²⁾ 다만 입법자는 경찰관의 출입이 집회의 자유로운 분위기를 저해할 수 있다는 점에서 정복을 착용하고 질서유지를 하도록 한 것으로 보인다.

우선 정복착용 의무 규정은 합법적인 집회에만 해당하고 불법집회에 대해서는 적용되지 않는다. 집시법의 규정 자체가 적법한 집회를 최대한 보장하고 불법시위로부터 선량한 국민을 보호함에 있으므로, 불법집회에 대해서는 정복착용의무 규정이

82) 문성도, “집회·시위에 대한 경찰 채증활동의 초상권 침해여부 및 집시법 관련 개선방안 연구”, 치안연구소, 2002, 39면.

당연히 적용되지 않는다. 다음으로 주최자의 동의나 승낙을 얻고 집회 현장에 출입할 경우에는 정복착용 의무규정이 적용되지 않는다. 특히, 집회 시위현장에 주최측과 협의 또는 중재를 위해 출입하는 정보활동의 경우에는 주최측과 사전 승낙 내지 묵시적인 승낙이 있기 때문에 사복 경찰관이 출입할 수 있다고 보아야 한다.

정복착용 의무 규정은 주로 경비목적으로 집회 현장에 출입하는 경우에 해당하고, 수사활동 및 정보활동, 채증활동의 경우에는 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 동조 제2항에서 주최자 등은 질서유지를 위한 경찰관의 직무집행에 협조할 의무가 있다고 규정한 것을 보면, 제1항의 경찰관은 질서유지 목적으로 출입하는 경찰관을 주로 의미하는 것으로 볼 수 있다. 다만 수사활동에 있어서도 형사소송법에 근거한 합법적인 범죄수사는 집회현장에서도 가능하다고 보여 지나 임의수사 사항 등은 주최자의 동의 없이는 자제 되어야 하므로, 시위 참가자들에 대한 수배여부확인 등 단순한 수사목적의 사복경찰관 출입은 집회의 자유에 대한 침해가 될 수 있어 지양되어야 할 것이다. 또한 정보활동도 상대방의 명시적 동의 내지 최대한 묵시적 동의 하에 이루어 져야 할 것이고, 경찰관 직무집행법에 근거한 정보활동이 되어야 할 뿐만 아니라 필요 최소한에 그쳐야 할 것이다.⁸³⁾

따라서, 집회·시위 현장에 경비목적으로 출입할 경우에는 반드시 정복을 착용하고 주최자에게 통보하고 출입하여야 하고, 경비 이외의 목적으로 출입할 경우에도 주최자의 동의를 얻어 법적 테두리 내에서 이루어 져야 하며 필요 최소한도로 이루어 져야 한다.

4. 집회현장에서의 채증활동

집회현장에서의 사진이나 비디오 촬영 등은 집시법 위반 등에 대한 증거자료를 확보하고, 사후 집회현장에서의 각종 시비와 법적 분쟁을 대비하기 위하여 채증활동이 이루어진다. 독일에서는 집시법에 채증활동을 할 수 있는 명시적인 규정이 있

83) 김수환, 앞의 논문, 146면.

고 채증자료 폐기에 관한 규정이 있기 때문에 특별히 문제되지는 않고 있지만, 우리의 경우는 경찰의 채증활동이 사복경찰관 출입과 맞물려 항상 논란이 되어 왔다.

그렇다면 집회현장에 대해서 경찰의 모든 채증활동이 가능한가. 우선 불법집회에 대해서는 형사소송법에 근거하여 가능하다고 보는데 이의가 없다. 불법시위 현장에 대한 사진촬영을 임의수사로 보는 입장에서는 당연히 영장없이도 가능하다고 보고 있으며, 강제수사로 보는 입장에서도 사전영장이 필요없고 사후영장만 있으면 된다고 한다. 판례는 ①범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후이고 ②증거보전의 필요성·긴급성이 있으며 ③일반적으로 허용되는 상당한 방법으로 촬영한 경우에는 영장없는 사진촬영이 위법하다고 할 수 없다고 판시하였다.⁸⁴⁾

이러한 불법집회가 아닌 경우에는 경찰법 제3조(공공의 안녕과 질서유지) 및 경찰관 직무집행법 제2조(치안 정보의 수집·작성·배포)에 근거하여 집회현장에 대한 사진촬영이 가능하다고 볼 수 있으나, 이 경우에도 공공의 안녕과 질서에 대한 침해가 발생할 우려가 있는 경우에 한하여 사진촬영이 가능하다고 보아야 할 것이다. 일본에서도 사진촬영이 적법하기 위해서는 목적의 정당성, 행위의 필요성, 상당성의 3요건이 필요하다고 하여⁸⁵⁾ ‘비례의 원칙’에 입각한 일정한 요건을 전제로 사진촬영이 가능하다는 입장이다.

따라서, 불법집회 또는 불법집회로 나아갈 우려가 상당한 경우에 한하여 채증활동이 가능하다고 보아야 하고, 장기적으로는 독일과 같이 경찰관직무집행법이나 집시법에 채증관련 조항을 신설하여 채증활동에 대한 명확한 법적 근거를 두는 것이 필요하다고 본다.

5. 1인 시위

1) 1인 시위의 현 실태

84) 대법원 1999. 9. 3. 99도2317(이른바 영남위 사건).

85) 일본 동경고판 1967. 8. 31.

1인 시위는 2000년 참여연대에서 삼성그룹 회장의 변칙상속에 항의하며 국제청 앞에서 1인 시위를 전개한 것을 계기로 집시법의 틈새를 이용한 시위형태로 언론의 조명을 받으면서 전국적으로 확산되어 현재는 거리 곳곳에서 1인 시위를 볼 수 있다. 1인 시위는 혼자서 저비용으로 고효율의 효과를 거둘 수 있고, 교통혼잡 및 질서유지에 별다른 문제를 가져오지 않아 개개인의 의사표현에 효율적인 수단으로 긍정적인 평가를 받고 있는 반면에, 집시법을 교묘하게 이용하는 변형된 형태의 1인 시위가 날로 증가하여 순수한 1인 시위가 아닌 집시법상 '집회 또는 시위'임에도 법적 규제를 받지 않으려는 부작용까지 초래하고 있는 실정이다.

순수한 1인 시위는 사실상 집시법상 집회 또는 시위가 아님이 자명하다. 즉 집회 또는 시위는 다수인을 전제로 하므로 최소한 2인 이상의 인원수가 필요하다. 따라서 1인이 혼자서 하는 시위는 사실상 집시법과는 무관하다. 그렇다고 하더라도 전혀 보호받지 못하는 것은 아니다. 1인 시위도 표현의 자유의 일종으로서 얼마든지 보호받아야 할 것이다. 또한 1인 시위의 행위태양에 따라 형법이나 경범죄처벌법 등 개별법에 저촉될 경우에는 그 법에 따라 처벌받을 수 있을 것이다.

2) 변형 1인 시위의 유형

(1) 릴레이 시위

다수인이 특정장소에 집결하여 교대로 1명씩 시위를 하는 경우를 일명 '릴레이 시위'라고 한다. 이 경우 주최측에서는 실제로 시위를 하는 사람은 1사람뿐이고 나머지 사람은 대기하는 사람에 불과하고, 자기 순번이 되어야 교대로 한명씩 시위를 하는 것이므로 1인 시위에 불과하다고 주장한다. 그러나 이 경우 단순한 1인 시위와 다르게 볼 수 있는 여러 가지 요소들이 있다.⁸⁶⁾ 따라서 릴레이 시위의 경우 1인 시위자와 대기자간의 지리적·인적 결합정도 및 시위용품의 공동사용 등을 종합적으로 고려하여, 공동으로 타인의 의사결정에 영향을 끼칠 정도에 이른 경우에는 집

86) 예를 들어 대기자가 1인 시위자와 인근지역에 위치해 있고 비슷한 시위용품 등을 소지하고 있거나 1인 시위자와 같이 구호나 합성 등을 제창할 경우에는 순수한 1인 시위로 볼 수 없을 것이다.

시범의 적용을 받는다고 보아야 할 것이다.⁸⁷⁾

(2) 인간띠 시위

인간띠 시위란 다수인이 일정간격을 유지하면서 특정대상을 에워싸거나 일렬로 늘어서서 하는 시위 형태를 말한다. 일부에서는 개인간 통상 20미터 이상의 간격만 유지하면 1인 시위에 해당되므로 집회 또는 시위에 해당하지 않는다고 주장하기도 하나, 집시법이나 판례에 '20미터 간격'이 1인 시위 또는 집시법상의 규율대상이나 의 기준이 된다고 한 적은 전혀 없다. 따라서 일정한 거리를 기준으로 집시법 적용 여부를 판단 할 수는 없고, 통상적으로 상호간에 육안과 육성으로 의사소통이 가능하고 참가자들이 일정한 간격을 유지한다고 해도 지역적 연계성이 인정되는 이상 집회 및 시위의 기본 요소인 '다수인이 공동목적 을 가지고 일정한 장소에 모여 불 특정 다수인에게 영향을 미치는 행위'에 해당되어 집시법의 적용을 받는다고 볼 수 있다.⁸⁸⁾

(3) 혼합 1인 시위

혼합 1인 시위는 소속이 다른 별개의 단체에서 한 장소에서 다른 목적으로 각기 1인 시위를 하는 경우를 말한다. 통상 서로 다른 단체에 속하고 다른 대상과 목적 을 가지고 1인 시위를 할 경우에는 집시법상 구성요소인 '공동의 목적'이 있다고 보기 어려우므로 집시법의 적용 대상이 된다고 보기는 어려울 것이다. 그러나 단체간 사전 의사 협의에 의하여 우연을 가장하여 공동의 목적으로 시위를 벌이는 경우가 많으며 이런 경우처럼 상호 모의가 있었다면 집시법의 적용대상이 될 수도 있을 것이다. 한편 각기 다른 단체가 동일한 장소에서 구체적으로는 다른 목적으로 각기 1인 시위를 벌이지만 좀 더 큰 범주에서 보았을 때는 동일목적으로 판단할 수 있는

87) 김수환, 앞의 논문, 148면.

88) 2001. 3. 5 대우자동차 해고자들이 1인 시위를 병자하여 대우자동차 공장을 25미터 간격으로 둘러싸고 시위를 한 것과 관련하여 경찰에서는 12명을 연행, 즉시에 회부한 결과 법원에서 10만원을 선고한 바 있다.

경우도 있을 것이다. 이러한 경우에는 주장하는 상이목적의 연관성, 시위자간의 거리, 사전 공모 여부 등을 함께 고려하여 '공동의 목적'으로 시위를 벌였다면 집시법의 적용이 가능하다고 본다.⁸⁹⁾

3) 변형된 1인 시위에 대한 경찰권 발동 방향

집시법은 '다수인이 공동목적'을 가지고 집회 또는 시위를 하는 경우를 전제로 하는 법이기 때문에, 순수한 1인 시위와 같이 '다수인'이 아닌 경우에는 집시법상의 규제를 받지 않는다. 따라서 순수한 1인 시위에 대해서 집시법에 의한 경찰권 발동은 허용되지 않고, 형법 등 개별법에 근거한 발동은 가능하다. 변형된 1인 시위도 마찬가지로 관점에서 순수한 1인 시위냐 아니면 다수인에 해당되어 집시법상 집회 또는 시위에 해당하느냐에 따라 집시법의 규제를 받는지 여부가 결정되므로, 1인 시위인지 여부부터 가려야 한다.

결국 순수한 1인 시위에서 벗어나 여러 명이 일정한 간격을 두고 각각 1인 시위를 한다든지, 다수인이 인근에서 대기하면서 교대로 1인 시위를 한다든지, 여러 명이 릴레이식으로 시위를 한다든지 등의 변형된 1인 시위의 경우에는 참가인원이나 공동목적, 지리적 거리, 시위용품의 공동사용 등 각각의 사안에 따라 판단하되, 순수한 1인 시위의 범주를 벗어나 '다수인이 공동목적으로 불특정 다수인에게 영향을 미치는 행위'를 하는 경우에는 집시법으로 규율하여야 한다. 또한 순수한 1인 시위라 할지라도 타인의 명예, 신용, 사생활의 평온 등 다른 법익과의 균형을 고려한 제한된 범위 내에서만 적법성이 보장되므로, 집시법 이외의 다른 법에 저촉될 경우에는 타법으로 규율하여야 할 것이다.

89) 김수환, 앞의 논문, 149면.

V. 경찰권 행사의 정당성 확보를 위한 제언

앞서 살펴본 바와 같이 미국과 영국, 독일과 일본 등 선진 각국의 집회시위 관리 방식은 최대한 집회시위의 기본권을 보장해 주되, 불법적인 집회시위에 대해서는 강경대응을 통해 명확한 법적 질서를 유지하고, 나아가 사회전체의 질서유지를 보장하고 있다. 우리나라 경찰 또한 그동안 ‘평화적 집회의 보장과 불법적인 폭력시위에 대한 엄단’을 기조로 집회시위의 관리방식을 설정하고 있으며, 그 어느 때 보다 시민의 기본권 보장을 위해 노력하고 있는 것을 사실이나, 보다 세련된 집회시위 관리를 위해 다음과 같이 제언하고자 한다.

1. 집회시위관리의 일관성 견지

집회시위는 주요한 헌법상의 권리로서, 반드시 지켜져야 하며, 경찰은 이와 같은 집회시위가 최대한 평화적으로 이루어질 수 있도록 정책적 기조를 유지해야 한다. 특히, 이와 같은 맥락에서 논할 수 있는 주요한 사항 중의 하나가 바로 외부의 압력으로 인한 집회시위 대응방식의 일관성 결여라는 것이다. 집회시위의 대응 방식은 어느 부분과도 타협할 수 없으며, 일관성과 명확성을 가져야 한다. 그럼에도 불구하고 최근의 집회시위 관리상 나타나고 있는 양상을 살펴보면, 집회시위 관리방식이 정치권의 정치적 논리나, 범정부적인 정책기조에 따라 수시로 변하고 있는 것이 사실이다. 그러나 ‘법집행’은 외부의 정치논리가 개입될 수 있는 성질의 것이 아닐 뿐만 아니라 정부 정책과는 별도로 분명한 원칙하에 이루어져야 할 부분인 것이다.⁹⁰⁾

또한 경찰 조직 자체가 지나치게 여론의 향배를 의식한 나머지 비관여론 혹은 집회시위 대응과정에서 주최 측의 인적피해와 같은 불상사가 발생했을 경우 지나치게 위축되거나, 법률에 근거한 엄격한 법집행을 하지 못하고 있다.

90) 이창무, 앞의 보고서, 88~89면.

그런데, 이와 같은 외부적 요소의 개입으로 인한 집회시위 관리방식의 일관성 결여는 당시에는 정치권과의 마찰을 피하고 정부정책을 뒷받침하며, 나아가 여론의 질타를 피할 수 있을지 모르지만, 궁극적으로 주최자나 시민의 입장에서는 경찰의 정책적 기초를 이해할 수 없게 되고, 불법시위가 용인될 수 있다는 그릇된 사고를 갖게 한다. 그리고 장기적으로 경찰활동 전체에 대한 불신을 초래하며, 경찰이 분명한 법률 적용과 법집행을 했을 시에 주최자나 시민들의 동의를 얻기가 더 어려워지는 결과가 초래될 것이다.

따라서 경찰의 집회시위 관리자 입장에서는 명확한 법적 근거 아래, 초지일관 동일한 집회시위 관리방식을 모든 사항에 동일하게 적용해야 할 것이며, 외부의 영향으로 인해 집회시위 관리방식의 변화나, 진압의 강도, 그리고 양태와 사법처리 기준 등이 수시로 변화하는 일이 발생하지 않도록 해야 할 것이다.

2. 진압장비 사용의 상황별 준칙 명확화

최근 평택 미군 기지이전, 한·미 FTA 반대 집회시위에서 나타나듯이 과격한 집회시위는 경찰뿐만 아니라 주최 측에 있어서도 많은 피해를 야기할 수 있다. 특히, 그 중에서도 집회시위가 과열 양상을 띠고, 감정적 통제가 어려울 때 일수록 진압장비의 사용은 보다 엄격하게 법률적 근거에 의해 이루어져야 한다.⁹¹⁾

명확한 법률적 준수가 이루어질 수 있도록 하기 위해서는 다양한 통제장치가 필요하다. 하지만, 더욱 중요한 점은 진압장비의 사용기준을 보다 세부적으로 현실화할 필요가 있다. 일반적으로 현행 집회시위 관리방식 상에서의 장비사용은 전적으로 현장 지휘관의 자의적 판단 또는 주최자 측의 태도에 대하여 감정적으로 통제하지 못하는 일부 대응 경찰관에 의해 이루어지고 있다.

그러나 이와 같은 관리방식은 경찰관직무집행법의 모호성으로 인해 각종 소송이 끊이지 않고 있는 것처럼 경찰에 대한 손해배상 청구소송은 물론 경찰에 대한 반감

91) 이창무, 앞의 보고서, 89면.

만을 가져올 뿐이다. 따라서 보다 명확한 법집행과 시민, 그리고 주최자 모두 납득할 수 있는 개별 사안들에 대한 구체적인 대응수위 및 방법이 규정된 지침 마련이 이루어진다면 집회시위의 대응과 관리가 보다 명확해질 수 있을 것이며, 애초에 주최자 측에서 불법의 수준을 인지할 수 있기 때문에 평화적 집회시위 문화가 보다 잘 정착될 수 있을 것이다.

3. 현장체포 및 연행에 대한 엄격한 법적기준 마련

현장연행과 체포는 헌법상 보장된 신체의 자유를 침해할 가능성이 농후하여 각종 소송에 쉽게 휘말릴 수 있으며, 집회시위 참가자들로 하여금 심리적인 동요를 일으키게 하고, 더욱 폭력적인 양상으로 집회시위를 진행시킬 수 있기 때문에 이에 대한 법률적 엄격성이 요구된다.

특히, 연행 당시 인명, 신체를 위해하거나 재산에 큰 손해를 끼칠 수 있는 범죄행위가 곧 이뤄질 상황이었다고 볼 수 없을 경우 되도록 현장에서의 질서유지를 원칙으로 하되, 부득이한 경우에만 체포 및 연행이 이루어져야 할 것이다.⁹²⁾

또한 부득이한 경우로 인해 집회시위 참가자들을 체포, 연행하고자 할 때에도 전·의경들에 의한 체포와 연행 보다는 정규 경찰관들이 체포하고, 연행할 수 있도록 하는 것이 바람직 할 것으로 본다.

4. 위법행위에 대한 다양한 법적조치 강구

1) 질서위반행위에 대한 금전벌 부과

집회 및 시위에 관한 법률은 동법 위반행위에 대한 법적 책임을 묻는 방식에

92) 이창무, 앞의 보고서, 90면.

대해 대체로 형사벌에 의존하고 있다. 동법의 제재 형태를 보면 징역·벌금·과료·구류 등이다. 문책의 대상이 되는 집회 및 시위의 주최자, 질서유지인·참가자 등이 직접적으로 폭력행위나 공공의 안녕질서를 저해하는 행위에 가담하지 않은 경우에 그에 대해 형사적 제재를 가할 수는 없다고 본다. 또한 법에 위반된 행위이기는 하나 그를 통하여 직접적인 공익 및 사익에 대한 피해가 발생하지 않은 경우에도 이를 형사제재의 대상으로 삼을 수는 없다.

그러므로 이러한 경우에는 기껏해야 형사적 금전벌이라 할 수 있는 벌금·과료를 과하여야 할 것이고, 이론상 벌금·과료도 형벌의 일종이기 때문에 바람직하기는 과태료 등의 금전벌의 대상이 되도록 하는 것이 타당하다고 본다.

요컨대, 집회 및 시위에 관한 법률 위반행위를 직접적 범익침해를 야기한 경우와 단순히 동법이 규정한 질서를 위반한 경우, 그리고 집회 및 시위에 관한 법률상 규정된 주최자, 질서유지인 등의 의무를 위반한 경우로 나누어, 징역 등의 실행제재는 직접적 범익침해를 야기한 경우에 한하고 그렇지 않은 경우에는 금전벌의 대상으로 하되 현행법처럼 금전벌 규정을 실행 규정과 병치시킬 것이 아니라 별도의 제재수단으로 하여 반드시 실행 규정과의 일반적 제도적 균형을 고려하지 않고도 제재할 수 있도록 하는 것이 타당하다고 본다.⁹³⁾

2) 공물관리주체 및 가택권자에 의한 손해배상 청구 및 원상회복 청구

집회·시위가 이루어지는 장소는 대개 공물이거나 사적 주체의 가택권의 범위 안에 속하는 곳(예컨대 사립대학 이나 공장 구내 등)이다. 그러므로 폭력적 집회·시위 또는 불법적 집회·시위로 말미암아 공물이나 가택에 손해를 입히거나 그 관리에 현저한 장애를 초래한 경우에는 공물관리주체와 가택권자는 집회·시위자들에 대해 손해배상이나 원상회복을 청구할 수 있게 된다. 그러나 대개 집회·시위와 관련된 피해에 대해 공물관리권자나 가택권자가 손해배상이나 원상회복을 법적으로 청구하는 경우는 찾아보기 쉽지 않다.

93) 조만형, “집회시위시의 강제진압에 대한 계층별 국민의식 실태 및 그 정당성 확보방안”, 치안연구소 (2000-6), 2000, 163면.

이처럼 공물관리주체나 사적 가택권자가 집회·시위와 관련하여 손해배상청구권이나 원상회복청구권을 행사하지 않는 것은 여러 가지 이유 때문이지만 가장 큰 이유 중의 하나는 첫째로는 입증이나 청구가 반드시 용이하지는 않고 둘째로는 집회·시위자들과의 분쟁에 휘말리기 싫어서 이기 때문이다. 그러므로 공물관리주체나 가택권자의 입증과 청구를 용이하게 할 수 있도록 경찰이 원고의 신청에 의하여 증거자료를 제공할 수 있도록 하고 청구를 용이하게 할 수 있도록 청구의 대상자를 분명히 하는 등의 제도적 뒷받침이 이루어진다면 공물관리주체 및 가택권자에 의한 손해배상 및 원상회복 청구가 불법적 폭력적 집회·시위를 방지하는 데 일정한 역할을 할 수 있을 것으로 보여진다.⁹⁴⁾

3) 집회·시위와 관련된 경찰책임의 입법화

불법행위책임 및 원상회복책임이 기본적으로 민사법적 문제라고 한다면 경찰책임은 경찰법의 고유 영역에 속하는 것이다. 폭력적, 불법적 행위의 결과로 공공의 안녕과 질서가 침해 되었다면 그 침해자는 그 침해상태나 침해행위의 결과를 제거하여야 할 의무가 있다. 이것이 경찰책임이라고 할 수 있는데, 실제로는 경찰책임자가 그 교란이나 위협을 제거하지 않고 경찰이나 제3자가 그것을 제거하는 경우가 많다. 이 경우 교란이나 위협의 제거행위는 일종의 대집행 행위가 되므로 그 집행비용에 대해서는 원래의 책임자에게 구상권을 행사할 수 있다. 집회·시위와 관련된 경찰책임의 경우, 집회·시위자가 직접 그 위협이나 교란을 제거하는 것은 시간상 그리고 실제상 기대하기 어려운 경우가 많으므로 대집행비용의 장수의 문제가 될 가능성이 크다.⁹⁵⁾

경찰책임에 대해서는 별도의 입법이 반드시 필요하지는 않으나 주의를 환기하고 책임의 성격을 분명히 한다는 점에서 이를 입법적으로 규정해 놓는 것이 필요하다고 본다. 다만 경찰책임과 관련한 비용상환의 문제는 우리나라에서는 다소

94) 조만형, 앞의 보고서, 164면.

95) 이 경우 그 부담을 누구에게 지울 것인가 하는 문제가 발생하는데 이 문제의 위에서 검토한 불법행위 책임에서의 책임 부담의 문제에 준해서 해결하도록 하면 될 것이다.

생소한 것이므로 입법을 통해 분명히 할 필요도 있다고 본다.⁹⁶⁾

4) 행정적 제재

행정적 제재는 위반행위와의 사물관련성의 범위 안에서 이루어져야 합리성이 있는 것으로 인정될 수 있는 점을 감안하여 사물관련성의 범위 안에서 적절한 제재 방법을 선택한다. 만약 그러한 사물관련성의 범위를 벗어난 행정적 제재가 행해진다면 그것은 행정권한의 부당 결부에 해당하여 위법한 조치가 될 것이다.

예컨대, 불법 집회 시위자들이 그 불법적 집회·시위를 통해 교통질서를 심히 교란한 경우에 그들의 운전면허를 취소·정지한다던가, 택시·버스 운전 등 교통질서와 관련된 업종에의 종사를 제한하는 방안 또는 그밖에 공공질서의 준수가 강하게 요청되는 공중접객업소 등의 영업을 제한하는 방안도 생각해 볼 수 있다. 이외에도 불법적·폭력적 집회·시위 참가자들의 자동차에 일정한 표식을 부착시켜 일정기간 동안 공공주차장에서의 주차금지를 할 수 없도록 한다든지 하는 방안을 생각해 볼 수 있다.⁹⁷⁾

5) 집단이익분쟁과 관련된 집회·시위에 있어서의 ADR의 활용

집단이익분쟁과 관련된 집회·시위의 관리를 위해서 때로는 경찰이 그 분쟁의 해결의 장을 마련해 줄 필요가 있다. 그러나 이러한 분쟁의 조정·중재는 대단히 전문적·기술적 사항이므로 아무런 교육·훈련 없이 통상적인 경찰인력의 상식적 판단에 의하여 이러한 업무를 수행하게 할 수는 없다. 그러나 이러한 업무가 경찰의 고유 임무로 내세울 수 있는 것이 아니기 때문에 이를 법규나 외부법으로 규율하는 것도 적당하지 아니하다. 그러므로 경찰 내부의 행정규칙으로 이와 같은 집단이익분쟁의 해결의 준칙과 그와 관련되는 교육, 훈련, 동원할 수 있는

96) 조만형, 앞의 보고서, 166면.

97) 조만형, 앞의 보고서, 167면.

ADR 방식과 그 운용방식의 틀 등에 대한 최소한의 규율을 해 둘 필요가 있다.⁹⁸⁾ 집단이익분쟁의 해결의 준칙에는 경찰의 객관성과 중립성의 유지 그리고 경찰의 사안에 대한 개입의 한계와 관련 사안에 대한 비밀유지 등에 관한 사안이 반드시 포함되어야 할 것이며 관계 요원의 교육, 훈련 과정에서는 집단이익분쟁의 유형에 따라 그에 적합한 ADR 모델이 제시되고 그러한 모델에서의 모범적인 경찰의 역할이 실시 되어야 할 것이다.

6) 집단분쟁개입의 표준절차(SOP) 마련

집단분쟁개입의 표준절차는 사적 분쟁불개입의 원칙, 경찰소극성의 원칙 등과 같은 경찰개입의 기준들을 집단분쟁과 관련하여 더욱 상세화하고 객관적인 기준으로 법제화하는 문제이다. 이 경우 중요한 것은 경찰이 집단분쟁에 불필요하게 또는 과도하게 개입해서는 안된다는 것이다. 경찰은 일단 분쟁당사자들의 자주적 해결을 원칙으로 존중해야 할 것이다. 만일 경찰이 필요한 정도를 넘어 과도하게 개입하게 되면 집단분쟁의 성격이 분쟁당사자들 뿐만 아니라 경찰과의 관계로 복잡화될 우려가 있다. 경찰은 공권력행사를 자제하고 공권력행사가 필요한 경우에도 이를 최소한에 그치도록 해야 할 것이며, 사전에 충분한 분쟁조정노력을 경주해야 한다. 요컨대 경찰의 개입은 분쟁당사자들의 시각을 통해서도 경찰개입의 정당성이 수용될 수 있는 범위내에서 통제될 필요가 있다. 집단분쟁에 대한 경찰의 개입과 관련하여 다음과 같은 준칙에 따라 표준절차를 수립하고 필요한 범위 내에서는 이를 법제화하는 것이 바람직하다.⁹⁹⁾

(1) 집단분쟁으로 인한 치안상 위험발생 사전단계 대처

① 무엇보다도 경찰은 현안이 될 집단분쟁에 대한 사전정보를 충분히 확보해야 한다. 집단분쟁에 대한 정보는 단지 현장에서의 정보만이 중요한 것이 아니라 관

98) 조만형, 앞의 보고서, 158면.

99) 김유환 외 2, 집단분쟁의 합리적 해결방안, 치안연구소(95-07), 1995, 73-76면.

련행정기관이나 유관학계, 중앙언론 등에서 현안을 보는 시각도 매우 중요하므로 본청 또는 지방청 단위에 집단분쟁과 관련되는 종합적인 정보를 전문적으로 관장하는 부서가 강화되어야 할 것이다.

② 현장에서는 집단분쟁이 발생하기 전부터, 그 발생가능성이 탐지되는 대로 사전 정보수집을 철저히 하도록 하여야 할 것이다. 이 때 역점을 두어야 할 점은 집단분쟁 주도그룹 및 반대그룹의 주장과 움직임, 역학관계 등에 대한 것이다.

③ 경찰은 사태발생 이전의 정보수집단계에서부터 집단분쟁의 주도그룹 및 영향력있는 그룹과 대화채널의 마련을 도모할 필요가 있다.

④ 집단분쟁 제기자들의 경찰에 대한 신뢰도가 너무 낮다든가 기타 부득이한 사유로 경찰이 상황조정력을 확보할 수 없을 때에는 신뢰성있는 민간단체나 명망있는 사회지도자 등을 조정자로 내세워 상황의 조정기능을 담당하게 하는 것도 생각해 볼 필요가 있다.¹⁰⁰⁾ 이 경우에는 경찰이 가지고 있는 객관적 정보를 조정자에게 제공함으로써 조정자가 최선의 정보조건 하에서 상황을 정확히 파악할 수 있도록 하여야 할 것이다.

⑤ 경찰은 시위 자체를 봉쇄하기 보다는 불법시위가 합법시위로 순화될 수 있도록 적절히 기능하는 것이 바람직하다. 경찰은 집단분쟁제기자의 대표와 대화채널을 유지하면서 주민들이 계획하는 집단행동이 불법시위로 변질되지 않도록 계도하고 불법시위의 가능성을 사전에 방지하여야 할 것이다. 이를 위하여 경찰은 시위에 있어서 외부세력이 개입하지 않도록 하여야 할 것이고, 화염병이나 쇠파이프와 기타 위험물을 동원한 시위가 불가능하도록 사전 방지 조치에 힘을 쏟아야 할 것이다.

⑥ 집단분쟁이 치안위협요인으로 등장하게 될 우려가 있는 경우 경찰은 수집한 정보에 의거 상황에 대한 시나리오를 구성하고 그에 대한 단계적 대응전략을 마련하여야 할 것이다. 가령 도로 등 공공시설의 점거로 인한 사회공공의 안녕질서에 대한 극단적 위태상태에 대해서는 철저한 사전대비조치가 있어야 할 것이다. 무엇보다도 그러한 사태가 일어나지 않도록 대응하여야 할 것이며 그러한 사태의

100) 경찰청(외사관리관실), 각국의 집회시위 문화 비교검토, 경찰청, 2006.1, 68면 : 필리핀의 경우 시위 발생시 경찰측은 사회지도급 인사에게 요청, 폭력시위로 변질되지 않도록 설득을 요청하고 있다.

방지가 불가능할 경우에는 미리 공공의 불편을 최소화할 수 있는 대안을 유관기관과의 협의하에 강구하여야 할 것이다.

⑦ 양보할 수 없는 치안상의 요구가 있을 경우 이를 집단분쟁 주도 그룹에게 충분히 고지하고 그러한 치안위협사태에 대해 단호히 대처할 것임을 주지시켜야 할 것이다.

(2) 집단분쟁으로 인한 치안상 위험조성 및 교란에 대한 대처

① 경찰의 공권력행사는 미리 충분한 경고과정을 거치고 상당한 인내 후에 이루어지는 것이 바람직하다. 이 과정에서 경찰은 주민과 언론이 납득할 수 있을 정도로 경찰이 공권력행사를 회피할 수 없는 상태에 처해 있다는 사실을 거듭속지시켜야 할 것이다.

② 경찰의 공권력 행사는 최대한 자제되어야 하며 그 태양도 피해를 최소화하는 방식으로 행해져야 한다. 나아가 경찰의 공권력행사는 주민들의 관점에서도 경찰조치의 정당성이 이해될 수 있는 범위안에서 제한적으로 행사되어야 할 것이다.

③ 과격시위자들의 법적 한도를 넘는 불법행동에 대해서는 적절한 사법조치가 이루어져야 할 것이다. 시위자들이 어느 한도를 넘어서는 행동을 해도 경찰의 사법처리가 미온적이라 인식하게 될 경우 그 후의 시위발생시 경찰조치의 억제력이 현저히 약화될 것이기 때문이다.

④ 특히 공권력의 발동에 즈음하여 한 차원높은 경찰의 홍보기법을 개발하여 대응함으로써 경찰조치에 대한 시민적 공감대를 형성시키는데 노력해야 할 것이다.

(3) 집단행동 종료후의 대처

① 사법조치는 필요한 범위 안에서는 엄격하게, 그러나 가장 제한된 범위 안에서 이루어지는 것이 바람직하며 또한 형평성이 유지되어야 한다.

② 법적용에 있어서는 일관성과 소신을 끝까지 유지하는 것이 중요하다. 일관성

과 소신에 대한 주민의 신뢰가 손상받으면 차후의 연속사태 등에 대한 통제력을 상실하게 될 우려가 있다.

③ 분쟁의 뒤처리와 관련된 분쟁집단 및 지역사회의 요구는 공식적인 차원에서 수렴해야 할 것이며 개인적 차원에서의 대처는 공권력의 권위를 실추시켜 차후의 사태에 대한 대응력을 떨어뜨리므로 주의할 필요가 있다.

④ 집단행동의 진압과정에 참여한 경찰인력은 사사로운 자리에서도 그 진압과정에 대한 개인적은 논평을 삼가야 할 것이다.

⑤ 집단분쟁처리의 경험은 집단분쟁의 현안을 담당하는 경찰인력 모두가 공유할 수 있도록 해야 한다. 사건의 진행에 관한 일체의 자료를 집단분쟁문제를 관장하는 전문부서에서 관리하고 각 분쟁의 경우를 사례학습이 가능한 형태로 만들어 교육 및 기초자료로 활용하여야 할 것이다.

5. 정당한 경찰권 행사를 위한 분야별 역할

위험방지라는 행정목적은 달성하려는 경찰작용은 국민전체를 위한 것이다. 하지만 위험상태를 야기한 자에 대해 경찰이 공권력을 행사할 때에도 개인의 기본권은 무시되어서는 안 된다. 국민의 기본권을 최대한 보장하면서도 행정권 발동에 의한 행정목적은 효율적으로 달성하기 위해서는 법치주의의 원리에 입각한 해결방법을 찾아야 한다.

1) 입법부의 역할

입법자는 국가 및 사회공동체의 안녕질서를 유지하기 위하여 경찰관련법률을 제정할 권한을 가진다. 이러한 입법자는 경찰작용에 있어서 다음과 같은 면에서 중요한 의미를 지닌다.

첫째, 입법부는 앞에서 살펴본 바와 같이 경찰관련법을 통해 경찰의 임무영역을

확정한다. 만일 경찰이 국민을 대하는 표면적이 가장 넓은 조직이라는 이유만으로 다른 관할행정청에 속하는 임무를 경찰에게 떠넘긴다면, 경찰의 업무는 지나치게 방만하게 될 것이다. 이런 상황은 위험방지라는 본연의 임무를 망각하게 되고, 경찰의 활동이 모든 행정청의 뒤통수다끼리를 해야하는 하녀의 신세(Mädchen für alles)로 전락할 수 있는 위험을 낳는다.

둘째, 입법부는 경찰권발동의 요건이나 절차를 법률로 규정한다. 우리 경찰관직무집행법 제3조 내지 제7조의 규정¹⁰¹⁾은 경찰권발동의 요건이나 절차를 법률에 구체적이고 명확하게 규정하여 경찰권발동의 남용을 막고 개인의 권익을 보호할 수 있도록 했다는 점에서 이상적이다.¹⁰²⁾

그러나 경찰활동의 특수성 -위험의 다양성, 예측불가능성, 시간적 긴급성- 때문에 모든 것을 법으로 미리 규정할 수 없는 상황들이 발생하게 된다. 이를 위한 해결책으로 독일 각 주의 경찰법은, 법에 개별적으로 규정된 경찰권발동의 요건에 해당하지 않는 경우라 할지라도 공적 질서를 위해하는 사건이 발생할 경우 경찰이 위험제거를 위해 필요한 조치를 취할 수 있다는 일반적 수권조항(개괄조항)을 두고 있다.¹⁰³⁾ 우리는 이러한 조항이 규정되어 있지 않다. 따라서 이와 비슷한 경찰관직무집행법 제2조 제5호 '기타 공공의 안녕과 질서유지'를 일반(개괄)수권조항으로 보거나,¹⁰⁴⁾ 경찰에게 공공의 안녕과 질서유지를 위해 경찰권을 행사할 수 있다는 내용을 새로이 명문화하자는 논의가 계속되고 있다. 판례도 청원경찰관이 창고를 허가없이 주택으로 개조하려는 행위를 단속한 것을 경찰관직무집행법 제2조에 해당하는 정당한 직무집행으로 봄으로써, 개괄조항에 의한 경찰권발동을 인정하는 방향으로 가고 있다.¹⁰⁵⁾ 이러한 논의를 종결시키는 방법으로는 경찰관직무집행법에 일반조항을 두는 것인데, 일반조항의 문제는 경찰 자신의 판단을 근거로 해결해야 한다.¹⁰⁶⁾

101) 불심검문 및 임의동행(제3조), 보호조치(제4조), 위험발생의 방지(제5조), 범죄의 예방과 제지(제6조), 위험방지를 위한 출입(제7조).

102) 김성수, 개별행정법, 법문사, 2001, 474면.

103) 독일 노르트라인-베스트팔렌 주 경찰법 제8조; 독일연방경찰법모범초안 제8조 참조.

104) 김남진, 앞의 책, 255면; 석종현, 일반행정법(하), 311면; 김성수, 앞의 책, 461면.

105) 대판 1986. 1. 28, 85도2448.

106) 일반적 수권조항을 적용함에 있어 경찰은 위험의 존재여부를 판단하고, 여러 가지 수단가운데 어떠한 것을 선택해야하는가를 결정해야한다.

셋째, 경찰의 적법한 경찰권행사는 법의 내용이 정당해야 함을 전제로 한다. 법이 규정한 범위내에서 활동해야만 정당한 경찰활동이 되기 때문이다. 부당한 법내용에 따른 경찰활동은 국민의 입장에서는 자신과 직접 대면하게 되는 경찰이 잘못된 것으로 볼 수 있겠으나, 궁극적으로 그 비판은 입법자에게 돌아가야 하는 것이다. 이 점에서 지난날 경찰의 시위과잉진압이나 보안관련수사에 있어서의 적법절차를 위반한 경찰의 관행은 순전히 경찰 자신의 탓으로만 돌릴 수는 없다. 입법부와 정부가 긴밀한 협조관계에 있는 우리 정부형태 하에서는 입법부가 정부의 목소리를 담아 법률에 자의적인 해석여지가 있는 조문을 만들어두었거나, 경찰권행사 권한은 주면서 엄격한 적용절차를 규정해두지 않은 잘못도 간과할 수는 없다 하겠다. 법의 근거가 없는 최루탄의 사용이 문제가 되었음에도 불구하고, 경찰관직무집행법 제3차 개정애 이르러서야 무기사용과 별도로 최루탄 사용을 규정해 비로소 입법적 해결을 본 것도 그 예라 할 수 있을 것이다.¹⁰⁷⁾

2) 사법부의 역할

사법부의 역할은 영미법계와 대륙법계에 따라 다르게 나타난다. 영미법계의 국가에서는 법원의 판사들이 판결로써 만든 판례법이 법의 근간을 이루고 있다. 상급법원이 어떤 사건에서 특정한 판결을 내릴 경우 그 법원이나 하급법원은 나중에 동일한 법률문제에 관해서는 같은 취지의 판결을 내리고, 이것이 곧 판례법을 형성하게 된다.

대륙법계를 취하는 국가는, 권력분립의 이론에 근거하여 법원은 법을 적용하는 일만을 담당하며 법을 제정하는 행위를 하는 것은 논리에 맞지 않는다고 보아 판례법의 법원성을 부인한다.¹⁰⁸⁾ 대륙법계를 취하는 우리나라도 법원조직법 제8조에서 “상급법원의 판결에 있어서의 판단은 당해 사건에 관하여 하급심을 기속한다”고 규정하지만, 이는 상고심으로부터 사건을 환송받은 법원은 그 사건을 재판함에 있어

107) 박은정, 앞의 보고서, 20~21면.

108) Bern Rüthers, Rechtstheorie, Munchen : Beck, 1999, 235-237면 참조.

서 상고법원이 파기이유로 한 사실상 및 법률상의 판단에 대하여, 환송 후의 심리 과정에서 새로운 증거가 제시되어 기속적 판단의 기초가 된 증거관계에 변동이 생기지 않는 한, 이에 기속된다는 사실을 말할 뿐이다.¹⁰⁹⁾

그러나 실무적으로는 상급법원, 특히 대법원의 판례는 법적 구속력이 있다 할 것이다. 법적 안정성이나 사회생활의 안정을 고려할 때, 유사한 사건에 대해 법원이 기존의 판례와 다른 판결을 내린다는 것은 특별한 이유나 사정이 있다고 할 수 없는 한 힘든 일이다. 또한 하급법원이 기존의 판례에 어긋난 판결을 내릴 경우 상급법원에 의해 파기될 염려도 있기 때문에, 법적으로 구속력이 없는 판례가 사실상 구속력을 갖게 되며, 법원은 이러한 과정을 거치면서 법의 정립기능을 일부 담당하게 되는 것이다.

예를 들어 검사가 공소제기 여부와 관련하여 의문이 생기는 경우 법에는 명문의 규정이 없지만, 최고법원의 판결이 이미 형성된 경우는 그에 따르게 될 것이다. 현재 이러한 예들은 모든 범영역에서 증가되고 있다. 이와 관련하여 입법부는 규범제정권력을 사법부에게 은근히 미루고 있는 상황이 벌어지고 있기도 하다.¹¹⁰⁾

그 밖에도 법원은 재판을 하면서 법률의 위헌 여부가 의심되는 경우 헌법재판소에 위헌법률심판을 제기할 수도 있다.

위험 등의 불확정개념에 대한 경찰의 판단이 옳았는가에 대해서는 제한적으로 사후에 법적인 심판이 가능하다. 현대사회에서 어느 정도는 불가피하게 법에 도입될 수 밖에 없는 불확정개념은 학설이나 판례를 통해 그 명확성을 확보한다는 것이 일반적인 견해이다. 위험 등의 판단이 객관적·합리적으로 행해져야 함에도 불구하고 그렇지 못한 경우는 법적인 하자가 발생하며 여기에 따르는 경찰권발동의 위법성이 문제된다.¹¹¹⁾ 하지만, 위험판단은 언제나 미래예측적인 것이므로, 위험을 판단할 당

109) 대판 1996.12.10. 95도830.

110) Bern Rütters, Rechtstheorie, Rn. 242면.

111) 이러한 위험판단의 하자는 오상위해, 위해의 의심, 외관적 위해 등으로 구별된다. 오상위해(Putativgefahr)는 객관적인 정황으로 미루어 보아 공공의 안녕과 질서에 대한 위해의 발생에 충분한 근거가 존재하지 않는 경우를 말한다. 이는 경찰관의 지극히 주관적 판단이나 착오로 경찰권이 행사되는 경우로서 익명의 체포만을 근거로 전혀 범죄의 혐의가 없는 자에 대하여 체포나 수색이 이루어지는 것이 예이다. 이러한 경찰권발동은 위법하다.

위해의 의심은 경찰관이 정황을 객관적으로 조사하여 위해의 가능성이 있는 것으로 판단하지만, 아직 충분한 조사가 이루어지지 않아 그러한 위해의 발생이 현실화될 것인가의 여부가 불확실한 경우를 말한다. 이때에 경찰관은 잠정적인 조치를 취해 그러한 위해를 방지할 수 있다.

시의 상황을 따져보았을 때 구체적으로 현존하는 위협이 있다고 판단될 상당한 이
유가 있는 경우에는 그 위법성이 인정되지 않는다. 다만 그 위협이 추상적이 아니
라 구체적일 것이 요구된다.¹¹²⁾

3) 시민의 역할

시민들이 할 수 있는 역할 중 가장 중요한 것은 일체의 과격·폭력시위를 거부
하고 법질서의 테두리 내에서 평화로운 방법으로 의사를 표현하겠다는 결단이다.
우리 사회에는 과거 30여년간 민주화투쟁과정을 거쳐오면서 돌과 화염병, 최류탄이
난무하고 각목·쇠파이프와 경찰봉이 서로 교차하는 전투적 장면이 한국식 시위문
화의 전형으로 자리잡고 있다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 우리 헌법질서가 정
치적·민주적 기본권으로서 집회시위의 자유를 보장하는 것은 그것이 평화적·비폭
력·합법적 성격일 것을 전제로 한 것이다. 군사독재정권이 막을 내리고 민주화시
대로 접어든지 벌써 10년, 더 이상 과거와 같은 과격·폭력시위문화가 발붙이지 못
하도록 해야 한다. 과거의 집회시위에서 당연시되었던 돌·화염병·각목·쇠파이
프·마스크 등을 포기하고, 최근의 촛불시위 등과 같이 다수 시민들의 참여를 유도
하면서 평화적으로 이루어 질 수 있는 집회시위문화를 정착시키도록 노력해야 할
것이다. 집회시위란 국가와 사회에 대해 자신들의 주장과 요구사항을 전달하는 의
사표현이지 물리력을 통한 정부의 전복이나 공권력의 분쇄가 그 목적은 아니기 때
문이다.¹¹³⁾

외관적 위해는 경찰관이 “사람살려”라는 소리를 듣고 타인의 대문을 박차고 들어갔으나 TV에서 방영된 영
화 속의 한 장면으로 판명되는 경우이다. 이 때 경찰관은 위해에 대하여 충분한 근거가 존재한다고 확신하
지만, 경찰권발동이 이루어진 이후에 이러한 위해가 없었던 것으로 확인되는 경우이다. 이러한 경우 경찰권
의 행사는 적법한 것으로 판단할 수 있다. 통설적인 견해에 의하면 위해의 탐구를 위한 조치나 외관적 위해
의 제거를 위해 동원된 수단들은 비록 사후에 이러한 위해가 존재하지 않았던 것으로 확인되는 경우에도 위
법한 것으로 평가할 수 없다. 그 이유는 특정한 원인에 의하여 야기된 위해에 대하여 의심이 존재하는 경우
에는 이미 경찰법상의 의미에서는 공공의 안녕과 질서에 대한 침해가 있다고 볼 수 있기 때문이다(김성수,
앞의 책, 467면).

112) 홍정선, 행정법원론(하), 열번호 684이하.

113) 서보화, “선진 집회시위문화 정착을 위한 시민과 경찰의 역할”, 치안연구소(2003년도 상반기 공청회 자
료 토론문), 2003, 117~118면.

또한 거리에서의 집단적 집회·시위는 곧잘 공권력과의 집단적 대결로 이어져 공공의 안녕질서를 해치고 막대한 국민불편과 사회적 비용을 초래(예컨대 주말 도심집회)하고 있다. 이제 민주화시대·정보화시대를 맞아 집회시위의 방식도 종래의 전통적인 방식에서 탈피하여 국민불편을 최소화하면서도 시위의 효과를 극대화하는 방향으로 변화될 필요성이 있다고 생각한다. 1인 시위나 릴레이시위 그밖에 퍼포먼스식 시위, 전화시위, 편지시위, 촛불시위 등은 그 좋은 예라고 생각된다.

4) 경찰의 역할

경찰권을 비롯한 공권력은 국민들의 기본권 행사를 억압·규제할 것이 아니라 적극적으로 보장·보호하는 입장에 서야 한다. 적법한 신고절차를 거친 집회시위의 경우에는 가급적 경찰의 출현이나 출입을 자제하여 쓸데없는 자극을 피하고 자유롭고 자율적인 집회시위가 되도록 보장해야 한다. 집회시위를 주최하는 측에서 질서유지인을 통해 스스로 집회시위의 질서를 잡아나갈 수 있도록 협조하여야 한다. 특히 노사간의 갈등으로 인해 근로조건 개선을 위한 집회시위가 벌어진 경우에는 경찰은 노사자치를 최대한 존중하여 자율적 갈등해결을 기다리고, 설사 절차상 파업의 위법이 인정되고 경찰개입의 요청이 있더라도 재량권을 행사하여 최후의 순간까지 경찰의 개입을 최대한 자제하여야 한다. 국민의 기본권을 상대로 한 공권력은 '최대한의 행사보다는 최대한의 자제와 최소한의 행사'에 그 미덕이 있는 것이다.¹¹⁴⁾

법적 판단은 그 적용대상이 공권력이나 사권력이나에 따라 달라지지 않는다. '시민들이 행하는 폭력은 불법이고, 공권력이 행하는 폭력은 불법이 아니다'라는 공식은 성립하지 않는다. 집회시위에서 시민들이 돌과 화염병을 던지고 각목과 쇠파이프를 휘두르는 것이 불법적 폭력이라면, 시위진압 경찰이 시민들을 향해 돌을 되던지고 뺏은 쇠파이프를 휘두르고 경찰장비나 무기 등을 관련규정의 허용한계를 넘어 행사하며, 자위차원을 넘어 시민에게 적극적 위해공세로 나간다면 이것 또한 명백한 폭력이 되는 것이다. 설사 시위대가 먼저 자극했다하더라도 법의 허용테두리를 넘어 공격적 진압을 하는 것은 공권력을 이성을 상실한 폭력의 수준으로 끌어내리는 것에 다름 아니다. 법

114) 서보학, 앞의 보고서(토론문), 119~120면.

질서 수호기관인 경찰공권력이 폭력을 통해서라도 범질서를 확립하겠다는 것은 그 자체가 모순이 아닐 수 없다. 경찰은 적법절차와 법의 테두리를 준수하고 시위현장에서 의 자극에 쉽게 감정적 대응을 하지 않으며 높은 준법의식과 직업의식을 갖추어야 한다.

VI. 맺 음 말

집회와 시위의 자유는 헌법으로 보장되고 있으며, 특히 사회적 약자가 자신의 입장을 주장하기 위한 수단으로서 반드시 필요한 것이다. 그러나 집회·시위의 자유는 의견을 표현할 수 있는 기회를 보장하는 것이지, 결코 의견을 관철하는 수단은 아니다. 민주적 법치국가에서 집회·시위를 통한 의견표명은 다수 국민의 동의를 얻기 위한 수단이지, 집회·시위자의 의견이 다수 국민의 의사를 대신할 수 있게 하는 것은 아니기 때문이다.

따라서 집회·시위의 자유는 어디까지나 평화적인 방법으로 의견을 표명하기 위해서만 행사돼야 한다. 그러나, 우리 사회에서 발생하고 있는 일련의 폭력적인 집회·시위는 정상궤도를 이탈했다는 비판을 면하기 어렵다. 폭력적 집회·시위를 하는 집단은 자신의 요구가 관철되지 않으면 대화가 불가능하다는 식의 막무가내 주장, 요구 관철을 위해 폭력도 불사하는 태도, 그리고 그런 태도에 아무 문제가 없다는 식의 자기정당화 논리의 오류에 빠져 있는 것이다. 최근의 폭력적인 불법집회·시위의 반복과 확대재생산은 많은 국민을 불편하고 불안하게 만들며, 법치의 근간을 훼손하고 있는 현 시점에서 경찰이 집회시위에 대한 경찰권 행사의 정당성을 확보하기 위해서는 경찰을 포함한 사회 각 분야의 노력이 필요하다.

시시각각 일어나는 여러 가지 위험상황에서 공공의 안전과 인권침해사이에 비례의 원칙이 잘 적용되었는가를 일선 경찰 개인이 판단하는 것은 쉽지 않다. 피해가 발생하고 법원이 경찰의 공권력행사가 잘못되었다는 것을 인정한다면, '국민의 지팡이'라는 경찰의 이미지는 크게 훼손되고 그 개인의 침해된 인권 또한 완전히 회복되기 어렵다. 따라서 경찰권은 요건이 갖추어진 상태에서 발동되어야 하며 정도가 지나쳐서는 안 된다. 이를 위해 입법자는 경찰관련법률을 제정할 때 경찰에게 과도한 임무를 부여하는 포괄적 입법규정형식을 피하고 경찰권행사의 요건과 절차를 명시적으로 규정하려고 노력하여야 할 것이다. 사법부는 판례를 통해서 경찰권행사와 관련하여 필연적인 불확정개념들의 명확성을 높이도록 노력해야 할 것이다. 시민들은 일체의 과격·폭력시위를 거부하고 법질서의 테두리 내에서 평화로운 방법으로

의사를 표현하겠다는 결단이 필요하다. 그리고 경찰은 일선 경찰들이 위협의 판단과 수단의 선택에서 비례의 원칙에 맞는 경찰권행사를 할 수 있도록 세심한 법·제도적 보완을 하여야 한다. 이러한 노력들과 더불어 무엇보다 필요한 것은 기본권의 보장과 질서유지라는 사회적 목표의 조화를 위한 우리 사회 구성원 모두의 의식전환과 노력이 절실하다.

【 참고 문헌 】

- 계희열, 헌법학(中), 박영사, 2004.
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2002
- 김남진, 행정법Ⅱ, 법문사, 2001.
- 김동희, 행정법Ⅱ, 박영사, 2004.
- 김성수, 개별행정법, 법문사, 2001.
- 김철용, 행정법Ⅱ, 박영사, 2004.
- 류지태, 행정법신론, 신영사, 2005.
- 허경미, 경찰행정법, 법문사, 2003.
- 허 영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2005.
- 김수환, 집회시위에 대한 경찰권 발동의 정당성에 관한 연구, 고려대 법무대학원 석사학위 논문, 2005.
- 김상희, 집회시위 관리를 위한 경찰작용의 법적 정당성에 관한 연구, 고려대학교 법무대학원 석사학위 논문, 2001.
- 김유환 외 2, 집단분쟁의 합리적 해결방안, 치안연구소(95-07), 1995.
- 김종양, 집회시위로 인한 타인의 법익보호에 관한 연구, 동국대학교 대학원 박사학위 논문, 2003.
- 문성도, 집회·시위에 대한 경찰 채증활동의 초상권 침해여부 및 집시법 관련 개선방안 연구, 치안연구소, 2002.
- 박은정 외 1, 경찰권행사 관련 판례 연구, 치안연구소 연구보고서(2002-8), 2002.
- 서보학, 선진 집회시위문화 정착을 위한 시민과 경찰의 역할, 치안연구소(2003년도 상반기 공청회 자료 토론편), 2003.
- 서정범, 경찰권발동에 관한 연구, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 1992.
- 서원우, 경찰법상의 개괄조항, 월간고시, 1980. 6.
- 유윤중, 집회시위 운용상의 문제점과 개선방안에 관한 연구, 연세대학교 행정대학원 석사학위 논문, 2003.

이창무, 경찰의 집회관리방식에 대한 집회참가자와 일반국민의 의식차 비교분석(최종보고서), 치안정책연구소, 2005.

정부용, 집회의 자유를 제한하는 경찰권 발동에 관한 연구, 울산대학교 대학원 석사학위 논문, 2002. 10.

조만형, 집회시위시의 강제진압에 대한 계층별 국민의식 실태 및 그 정당성 확보방안, 치안연구소(2000-6), 2000.

경찰청, 2006 경찰백서, 경찰청, 2006. 7

경찰청, 집회 및 시위에 관한 법률 운용 매뉴얼, 경찰청, 2005. 5.

경찰청(외사관리관실), 각국의 집회시위 문화 비교검토, 경찰청, 2006. 1.

Tom R. Tyler, *Why People Obey the Law*, Princeton Univ Pr, 2006.

Stevens, I.N, *Constitutional and administrative Law*(3rd ed.), London : M&E/Pitman, 1996.

Weingärtner, *Demonstration und Strafrecht*, Freiburg i. Br. : Eigenverlag Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1986.

Bern Rüthers, *Rechtstheorie*, Munchen : Beck, 1999.

<http://www.police.go.kr>(경찰청 홈페이지)

<http://www.lawnb.com>(로앤비 홈페이지)

<http://www.kic.re.kr>(한국형사정책연구원 홈페이지)

<http://koreanbar.or.kr>(대한변협 홈페이지)

<부록>

美國의 代替的 紛爭解決方法(Alternative Dispute Resolution : ADR) 發展의 背景과 目的¹¹⁵⁾

1. ADR의 現況과 背景

가장 간단히 말하면 ADR은 소송 이외의 방법에 의한 분쟁해결을 의미하는 것이다. 원래 분쟁과 새로운 분쟁해결방법에 대한 법률가들의 관심은 현실주의자운동(The Realist Movement)과 인류학에 의해 촉발되었다. 법학자들은 분쟁이라는 용어를 사용하면서 법분석의 중점을 법규의 체계에서부터 문제해결의 과정으로서의 법의 연구로 전환시켰다. Vilhelm Aubert와 같은 사회학자에 의하면 사회적 갈등을 이익에 관한 갈등(conflict of interest)과 가치에 관한 갈등(conflict of values)으로 나누고 이에 따른 분쟁의 해결방식으로서 mediation과 adjudication을 대별한다고 한다. 이와 같은 관념은 대체적 분쟁해결방법에 대한 커다란 조망을 제공하고 있다.

ADR운동은 주로 이익에 관한 갈등에 대한 대안으로서 법원의 판단에 의하지 않은 분쟁의 해결방법의 추구로 인식되어 왔는데, 이 운동의 추진력은 무엇보다도 사법과잉 또는 소송의 홍수와 그로 인한 법원의 업무과잉의 발생이라는 한 쪽 측면의 문제의식과 법률전문가주의에 대한 반발이라는 다른 한쪽 측면의 문제의식이 결합하여 발생한 것이라 할 수 있다.

원래 ADR은 영미법계 국가에서 일찍이 금세기 초부터 발전해 온 것이라고 할 수 있지만 실제로 미국에서 이러한 논의가 활발하게 전개된 것은 1970년대 이후의 일이고 특히 1980년대 이후에 와서 ADR운동이 본격화되었다. 미국 연방법원들도 일찍이 1970년대에 mediation과 arbitration을 도입한 바 있으나 1980년대에

115) 조만형, 집회·시위의 강제진압에 대한 계층별 국민의식 실태 및 그 정당성 확보방안, 치안연구소(2000-6), 2000. 179면 이하 참조

와서 ADR과 관련된 혁신을 경험하게 되어 더욱 다양한 ADR기법을 발전시켰다. 1990년대에 들어와서 미국에서의 ADR의 활용은 더욱 중요한 위치를 차지함과 동시에 보다 광범위하게 확산되었다. ADR은 법원 이외의 영역 예컨대, 학교·교회·직장·지역공동체 등에서도 활발히 채택되고 있지만 법원 자신도 ADR을 촉진시키는 각종 관련 법령의 정비에 부응하여 소송 이외의 방법으로 분쟁을 해결하려고 하는 노력을 더욱 확산시켜나가고 있다.

2. ADR의 意義

ADR에 대한 일반적으로 받아들여지는 추상적 이론적 개념 정의는 존재하지 않는다. 그러나 편의상 Lieberman과 Henry에 의한 ADR관념을 검토해 보기로 한다. 이들에 따르면 ADR이란 “(1)모든 분쟁당사자의 이익을 위하여 법원 밖에서 법적 분쟁이 해결되는 것을 허용하고 (2) 전통적인 소송의 비용과 소송지연을 방지하며 (3) 법원에서 다루어지게 될 법적 분쟁을 미연에 방지하기 위한 관행과 기술”을 의미한다. ADR기법의 종류는 일률적으로 평가하기 어려울 정도로 다양하며 동일한 용어로 지칭되는 ADR이라 할지라도 그 구체적인 내용은 사뭇 다르지만, 흔히 사용되는 것으로는 중재(arbitration), 해결회의(settlement conference), 사건평가(case evaluation), 조정(mediation), 약식심리(minitrial), 조기중립인평가(early neutral evaluation), 약식배심원심리(summary jury trial) 등이며 ADR이 어떤 주체(예컨대, 기업, 법원, 행정사건의 경우 행정청 등)에 의해 주도되고 진행되는가에 따라 그 성격이 조금씩 다르다.

이와 같은 ADR이 특히 요구되는 영역은 adjudication에 의할 때 분쟁당사자들의 관계가 붕괴할 우려가 있는 경우이다. 가족관계나 노사관계 그리고 지속적인 거래관계에 있어서 소송 등의 방법에 의한 분쟁 해결은 자칫 관계를 회복할 수 없게 만들 정도로 파괴시킬 수 있기 때문에 ADR의 채택이 어느 분야 보다 강하게 요구된다. 그러나 ADR은 공익적 및 사회적 가치판단이 요구되는 영역, 협상능력의 불균형이 존재하는 경우 등에서는 적당하지 못한 측면이 있다.

ADR을 이해함에 있어서 매우 중요한 것은 ADR이 전통적인 adjudication과는 현저하게 다른 영역에 존재한다고 생각해서는 안된다는 점이다. ADR 역시 법제도와 법규범 및 법적 제재에 근거하고 의지하고 있는 것이다. 다만, 양자의 차이는 전자는 분쟁당사자 사이에서의 협상을 도모하는 반면에 후자는 분쟁당사자 중 누가 옳은가를 판단하는 점에 있다.

美國의 行政紛爭解決法 (Administrative Dispute Resolution Act)

미국연방법전(U.S.C.)

제5편 정부조직과 피용자

제1부 행정청 총론

제5장 행정절차

제4절 행정과정에서의 대체적 분쟁해결수단

제571조 정의

본 절에서 다음 용어-

- (1) ‘행정청’은 본 편 제551조 (1)에서 규정된 바와 같은 의미로 사용한다.
- (2) ‘행정프로그램’은 공익의 보호와, 본장 제2절에서 이들 용어가 사용된 바와 같이, 규칙제정, 재결, 인·허가 또는 조사 등을 통한 사인의 권리나 특권 및 의무의 결정과 관련되는 연방 기능을 포함한다.
- (3) ‘행정과정에서의 대체적 분쟁해결수단’이란 분쟁의 쟁점을 해결하기 위하여 사용되는 절차를 의미한다. 여기에는 화해, 간이화, 조정, 사실확인, 약식심리, 중재 그리고 옴부즈만의 사용 또는 그들의 결합 등이 포함되며 이에 국한되지 아니한다.
- (4) ‘판정’이라 함은 분쟁을 해결하는 중재자(조정자)에 의해 내려진 결정을 말한다.
- (5) ‘분쟁해결 커뮤니케이션’이라 함은 중립인에 의한 모든 메모·노트·작업물을 포함하는 분쟁해결절차를 위하여 준비된 모든 구두 또는 서면 커뮤니케이션을 의미한다. 다만, 분쟁해결절차를 개시하는 서면합의나 분쟁해결절차의 결과로

이루어진 최종서면합의나 중재판정은 분쟁 해결커뮤니케이션이 아니다.

(6) ‘분쟁해결절차’란 그 해결을 위하여 중립인이 선임되고 특정 당사자들이 참여하는 분쟁의 쟁점을 해결하기 위해 분쟁해결의 대체수단이 사용되는 각각의 과정을 의미한다.

(7) ‘은밀히(비밀로)’라 함은 정보와 관련하여 다음과 같은 상황에서 정보가 제공되었음을 의미한다.

(A) 비공개로 할 것이라고 하는 정보원의 명시적 의사와 함께... 또는

(B) 정보원을 위하여 정보가 비공개로 될 것이라고 하는 합리적인 기대를 만들어 내는 상황에서...

(8) ‘분쟁의 쟁점’이라 함은 행정청의 행정프로그램과 관련된 결정에 중요한 의미가 있고 다음의 관계에서 의견 불일치가 있는 쟁점을 말한다.

(A) 행정청과 결정에 의해 중대한 영향을 받을 사람 사이 또는

(B) 결정에 의해 중대한 영향을 받을 사람들 사이

(9) ‘중립인’이라 함은 분쟁의 해결에 있어 분쟁의 쟁점과 관련하여 특별히 당사자들을 돕는 역할을 하는 개인을 말한다.

(10) ‘당사자’라 함은

(A) 지명된 당사자들에 관한 절차에 관하여는 본 편 제551조 (3)과 같은 의미이고

(B) 지명되지 않은 당사자들에 관한 절차에 관하여는 절차에서의 결정을 통하여 중대하게 영향을 받을 사람과 절차에 참여하는 사람을 말한다.

(11) ‘사람’은 본 편 제551조 (2)에서와 같은 의미를 가진다.

(12) ‘명부’라 함은 중립인으로 봉사할 자격을 갖춘 사람의 목록을 말한다.

제572조 일반적 권한

(a) 만약 당사자가 그러한 절차에 동의한다면, 행정청은 행정프로그램과 관련되는 분쟁의 쟁점의 해결을 위하여 분쟁해결절차를 이용할 수 있다.

(b) 다음의 경우에는 행정청은 분쟁해결절차를 이용하지 못한다.

- (1) 선례적 가치를 위해 결정적이고 권위 있는 사안의 해결이 요구될 때, 그리고 그러한 절차가 권위 있는 선례로 받아들여지기 어려울 때
- (2) 사안이, 그 최종적인 해결이 이루어지기 전에 추가적인 절차를 요구하는 정부 정책의 중요한 문제점들을 포함하거나 그에 관련되어 있을 때, 그리고 그러한 절차가 행정청에게 권고된 정책을 발전시키는데 기여하기 어려울 때
- (3) 확립된 정책을 유지하는 것이 특별한 중요성이 있어서 개별 결정 사이에 변화가 증가되지 않으며 그러한 절차가 개별 결정들 사이에 일관된 결과에 도달하기 어려울 때.
- (4) 사안이 절차의 당사자가 아닌 사람 또는 조직에 중대한 영향을 미칠 때.
- (5) 절차에 대한 완전한 공식적 기록이 중요하고 분쟁해결절차가 그러한 기록을 제공할 수 없을 때, 그리고
- (6) 행정청이 변화된 상황에 비추어 사안의 처리를 변경시킬 수 있는 권한을 가지고 사안에 대한 지속적인 관할권을 유지하여야 하며 분쟁해결절차가 그러한 요구에 대한 행정청의 이행에 간섭하게 될 때.

(c) 본 절에서 수권된 대체적 분쟁해결수단은 다른 가능한 행정청의 분쟁해결수단의 테크닉을 제한하기보다는 보완하는 자발적 절차이다.

제573조 중립인

(a) 중립인은 연방정부의 영구적 또는 임시적 공무원이거나 피용자이거나 분쟁해결절차의 당사자들에게 받아들여진 다른 개인이다. 관련 이익이 완전히 모든 당사자에게 서면으로 공개되고 모든 당사자가 중립인의 활동에 동의하지 않는 한, 중립인은 분쟁의 쟁점에 관한 공식적·재정적 또는 개인적 이해 대립이 없어야 한다.

- (b) 화해·편의화·조정에서 중립인은 당사자들의 뜻에 따라야 한다.
- (c) 대통령은 행정청으로 하여금 본 절차의 분쟁해결을 활용하는 것을 편의화 시키고 권장하기 위하여 행정청이나 지정인을 지명하거나 행정청간의 위원회를 설립하여야 한다. 그러한 행정청이나 행정청간의 위원회는 분쟁·해결에 관한 문제에 경험을 가진 전문 단체 및 적절한 연방 행정청과의 협의 하에
 - (1) 행정청으로 하여금 대체적 분쟁 해결수단을 사용할 것을 권장하고 촉진시켜야 하며
 - (2) 행정청이 신속히 중립인의 봉사를 확보할 수 있도록 하는 절차를 개발하여야 한다.
- (d) 행정청은 분쟁해결절차에서 다른 행정청의 1인 이상의 피용자를 중립인으로 활용할 수 있다. 행정청은 사용 행정청이나 당사자가 그러한 피용자의 활동의 전부 또는 일부의 비용을 상환하도록 규정하는 행정청간의 합의를 채택할 수 있다.
- (e) 어느 행정청이나 어떤 개인과 중립인으로서의 봉사나 대체적 분쟁해결수단과 연결된 훈련을 위하여 계약을 체결할 수 있다. 분쟁해결절차에 있는 당사자들은 정부에 대해 공정하고 합리적인 중립인에 대한 보상에 합의하여야 한다.

제574조 비밀유지

- (a), (d), (e) 항에 규정된 것을 제외하고는 다음에 해당되지 않는 한, 분쟁해결절차에 있는 중립인은 어떠한 분쟁해결 커뮤니케이션 또는 중립인에게 은밀히 제공된 어떠한 커뮤니케이션도 자발적으로 공개시킬 수 없고 知得이나 강제과정을 통하여 공개시킬 것을 요구받지 않는다.
 - (1) 분쟁해결절차의 모든 당사자와 중립인이 서면으로 동의하고, 만약 분쟁해결 커뮤니케이션이 비당사자인 참가자에 의해 제공되었을 때에는 그 참가자 역시 서면으로 동의한 경우

- (2) 분쟁해결커뮤니케이션이 이미 공표된 경우
 - (3) 분쟁해결 커뮤니케이션이 제정법에 의하여 공표될 것이 요구될 때, 다만 중립인은 다른 사람이 합리적으로 그러한 커뮤니케이션을 공개시킬 수 없는 경우에만 그러한 커뮤니케이션을 공표하여야 한다.
 - (4) 법원이 그러한 증거 또는 공개, 특정한 사건에 있어서, 커뮤니케이션이 비밀로 남을 장래의 사건에 있어서 당사자의 비밀성을 축소함으로써 일반적으로 분쟁해결절차의 완전성을 능가하게 할만큼 충분히 중대하게 다음을 위해 필수적이라고 판단한 때,
 - (A) 명백한 부정의를 방지하기 위해
 - (B) 법률 위반의 입증을 돕기 위해 또는
 - (C) 공중의 건강과 안전의 위해를 방지하기 위해
- (b) 분쟁해결절차의 당사자는 다음의 경우를 제외하고는 어떠한 분쟁해결 커뮤니케이션도 자발적으로 공개시킬 수 없고 또는 지득이나 강제과정을 통해 공개시킬 것을 요구받지 않는다.
- (1) 커뮤니케이션이 공개를 바라는 당사자에 의해 준비되었을 때.
 - (2) 분쟁해결절차의 모든 당사자가 서면으로 동의하였을 때.
 - (3) 분쟁해결커뮤니케이션이 이미 공표되었을 때.
 - (4) 제정법에 의해 분쟁해결커뮤니케이션이 공표될 것이 요구될 때.
 - (5) 법원이 그러한 증거 또는 공개가, 특정한 사건에 있어서, 커뮤니케이션이 비밀로 남을 장래의 사건에 있어서 당사자의 비밀성을 축소함으로써 일반적으로 분쟁해결절차의 완전성을 능가하게 할만큼 충분히 중대하게 다음을 위해 필수적이라고 판단한 때,
 - (A) 명백한 부정의를 방지하기 위해
 - (B) 법률 위반의 입증을 돕기 위해 또는
 - (C) 공중의 건강과 안전의 위해를 방지하기 위해
 - (6) 분쟁해결커뮤니케이션이 분쟁해결절차에 의해 이루어진 합의나 판정의 존재

나 의미의 결정에 관련되어 있거나 또는 그러한 합의나 판정의 집행에 관련되어 있을 때.

(7) 중립인에 의해 만들어진 분쟁해결커뮤니케이션을 제외하고, 분쟁해결커뮤니케이션이 분쟁해결의 모든 당사자에게 제공되었거나 모든 당사자가 입수할 수 있을 때.

(c) (a),(b) 항을 위반하여 공개된 어떠한 분쟁해결커뮤니케이션도 그 분쟁의 쟁점과 관련한 어떤 절차에서도 그 커뮤니케이션이 만들어진 분쟁의 쟁점에 관하여 받아들여질 수 없다.

(d) (1) 당사자들은 중립인에 의한 공개에 대한 대체적 비밀절차에 합의할 수 있다. 이러한 합의를 한 경우에는 당사자들은 분쟁해결절차의 개시 이전에 분쟁해결절차의 비밀성을 규율하게되는 (a)항의 규정에 대한 어떠한 수정에 대해서도 중립인에게 통지하여야 한다. 당사자들이 중립인에게 통지하지 않았을 경우에는 (a)항이 적용된다.

(2) (j) 항에 의해 규정된 면제의 자격을 갖추기 위해 본 항의 대체적 비밀절차는 본 조에서 달리 규정된 비밀절차 보다 덜 공개하도록 할 수 없다.

(e) 분쟁해결커뮤니케이션에 관하여 인지 요청이나 다른 법적 과정을 통하여 공개에 대한 요구가 중립인에게 있을 때에는, 중립인은 당사자들과 모든 이해영향이 있는 비당사자 참가자들에게 그 요구를 통지하여야 한다. 그러한 통지를 받은 당사자나 이해영향 있는 비당사자 참가자가 15曆日 이내에 중립인의 요청받은 정보의 공개를 거절하는 것을 변호하려는 제의를 하지 않으면 그러한 공개에 대한 반대를 포기한 것이다.

(f) 본조의 어느 규정도 단지 증거가 분쟁해결절차의 진행 중에 제출되었다는 이유로 그렇지 않았더라면 지득될 수 있는 증거의 지득이나 채택가능성을 막지 못한다.

(g) (a),(b) 항은 분쟁해결절차에 따라 이루어진 합의나 그에 따라 발해진 명령을 문서화할 필요가 있는 정보나 자료에 영향을 미치지 못한다.

(h) (a),(b)항은 당사자들과 분쟁의 특별 쟁점이 확인될 수 없는 한, 다른 행정청

이나 정부기관, 또는 분쟁해결프로그램과의 협조 하에 연구나 교육 목적의 정보 수집을 막지 못한다.

(i) (a),(b)항은 분쟁해결커뮤니케이션이 그 분쟁을 해결하기 위해 필요한 범위에 한하여 공개되는 한, 분쟁해결절차의 중립인과 당사자, 참가자 사이의 분쟁을 해결하기 위하여 분쟁해결커뮤니케이션을 활용하는 것을 막지 못한다.

(j) 중립인과 당사자 사이의 분쟁해결커뮤니케이션과 본 조에 의해 공개되지 않는 분쟁해결커뮤니케이션은 제552조 (b)(3)의 공개에서도 면제된다.

제575조 중재의 수권

(a) (1) 모든 당사자가 동의한다면 중재는 언제든지 대체적 분쟁해결수단으로 활용될 수 있다. 동의는 분쟁의 쟁점이 떠오르기 전이나 후에 주어질 수 있다. 당사자는 다음의 사항에 동의할 수 있다.

(A) 분쟁의 특정 쟁점만을 중재에 제출한다.

(B) 판정은 가능한 결과의 일정 범위 안에서 이루어져야 한다는 조건하에서의 중재

(2) 중재인에게 제출되는 주 안건을 진술하는 중재합의는 서면으로 하여야 한다. 각각의 중재합의는 중재인에 의하여 발하여지는 중재판정의 최대한도를 명시하여야 하며 가능한 결과의 범위를 제한하는 다른 조건들을 명시할 수 있다.

(3) 행정청은 누구에게도 계약체결의 조건이나 수혜의 조건으로서 중재에 동의할 것을 요구할 수 없다.

(b) 행정청의 공무원이나 피용자는 그들이 다음과 같은 경우에 해당되지 않는 한 분쟁의 쟁점의 해결을 위하여 중재의 활용을 제의할 수 없다.

(1) (중재를 활용하지 않는다 하더라도) 안건에 관하여 합의절차(settlement)를 개시할 권한이 있을 때.

(2) 행정청에 의하여 명시적으로 중재의 활용을 수권 받았을 때.

(c) 본 절의 구속적 중재를 활용하기에 앞서서 행정청의 장은 법무장관과의 협의

하에 그리고 제572조 (b)의 요인들을 감안한 후에, 구속적 중재의 적절한 활용과 행정청의 공무원이나 피용자가 언제 구속적 중재를 통한 분쟁의 쟁점을 해결할 권한을 가지는가에 대한 지침을 발하여야 한다.

제576조 중재합의의 시행

사안을 중재하기로 하여 본 절이 적용되는 중재합의는 9편 제4조에 의하여 시행할 수 있고, 그러한 합의를 시행하기 위해 제기된 어떠한 소송도 각하되거나 그것이 특히 미합중국에 대한 것이라든가 미합중국이 필수적인 당사자의 하나라는 근거로 기각될 수 없다.

제577조 중재인

- (a) 중재절차의 당사자들은 중재인의 선정에 참여할 권리가 있다.
- (b) 중재인은 본 편 제573조의 기준에 적합한 중립인이어야 한다.

제578조 중재인의 권한

본 절의 규정 하에 분쟁을 담당한 중재인은 다음의 행위를 할 수 있다.

- (1) 중재청문의 진행과 행위를 규율한다.
- (2) 선서나 확인을 관장한다.
- (3) 제9편 제7조의 규정 하에 관계행정청이 다른 경우에도 법에 의해 그렇게 할 수 있도록 수권받은 범위에서만 청문에 있어서의 증인의 출석과 증거의 제출을 강요한다. 그리고
- (4) 판정을 내린다.

제579조 중재절차

- (a) 중재인은 분쟁에 대한 청문의 시간과 장소를 정하고 당사자에게 적어도 청문의 5일 이전에 통지하여야 한다.
- (b) 청문의 기록을 원하는 당사자는
- (1) 그러한 기록의 준비에 대한 책임을 진다.
 - (2) 다른 당사자와 중재인에게 그 기록의 준비에 대해 고지한다.
 - (3) 모든 확인 가능한 당사자와 중재인에게 사본을 제공한다. 그리고
 - (4) 당사자들이 달리 합의하거나 중재인이 비용이 분담되어야 한다고 결정하지 않은 한, 그러한 기록을 위한 모든 비용을 부담한다.
- (c)(1) 중재당사자는 청문을 받고 분쟁에 중요한 증거를 제출하고 청문에 나타난 증인을 교호신문 할 권리를 가진다.
- (2) 중재인은 당사자의 동의하에, 각 당사자가 참여할 기회를 가진다면, 청문의 전부 또는 일부를 전화 텔레비전, 컴퓨터 또는 기타의 전자적 수단에 의하여 시행할 수 있다.
 - (3) 청문은 신속히 비공식적으로 이루어져야 한다.
 - (4) 중재인은 어떠한 구두 또는 서면 증거를 받을 수 있다. 다만, 부적절하거나, 중요하지 않거나 불합리하게 중복적이거나 또는 비밀증거는 중재인에 의해 배척된다.
 - (5) 중재인은 관련 법령과 규제요건, 법적 전례 그리고 정책지침을 해석하고 적용한다.
- (d) 당사자들이 달리 합의하지 않은 한, 어떠한 이해관계인도 중재인과 절차의 본안과 관련한 일방적 접촉을 하거나 고의로 그것이 이루어지도록 만들 수 없다. 본 항을 위반하여 커뮤니케이션이 이루어지면, 중재인은 커뮤니케이션에 대한 메모가 마련되고 기록의 한 부분이 되는 것과 반박의 기회가 허용된다는 것을 보장하여야 한다. 본 항을 위반하여 이루어진 커뮤니케이션을 받은 즉시 중재인은 정의의 이익과 본 절의 기초를 이루는 규율에 일치하는 범위까지, 위반 당사자에게 부적절한 행위의 결과로 그러한 당사자의 청구가 그 당사자에 불리하게 판단되면 안되는 이유를 밝힐 것을 요구할 수 있다.

(e) 중재인은 청문 종결 후 또는 중재인에 의해 공인된 요약의 서류완성일 후 30일 이내에 판정을 내려야 하며 다음의 경우가 아닌 한 양자 중 어느 기일도 어기면 안된다.

- (1) 당사자가 다른 시간 제한에 동의한 경우 또는
- (2) 행정청이 규칙에 의해 다른 시간 제한을 규정한 경우

제580조 중재판정

(a)(1) 행정청이 규칙으로 달리 정하지 않은 한, 본 절에서의 중재절차에서의 판정은 요약, 판정의 사실적, 법적 근거에 대한 비공식 토론을 포함하여야 한다. 다만, 공식적인 사실판단이나 법의 결론 등은 요구되지 않는다.

(2) 우세한 당사자들은 판정서를, 모든 당사자에게 송부한 증거와 함께, 관련 행정청에 제출하여야 한다.

(b) 중재절차의 판정은 그것이 모든 당사자들에게 송달되고 30일 후에 확정된다. 절차의 당사자인 어느 행정청도 첫 번째 30일 기간이 종료하기 전에 모든 다른 당사자에게 기간 연장의 통지를 송달함으로써 이 30일 기간에 30일을 더 연장할 수 있다.

(c) 확정 판정은 중재절차의 모든 당사자들을 구속한다. 그러한 판정을 시행하기 위해 제기된 어떠한 소송도 각하되거나 그것이 특히 미합중국에 대한 것이라든가 미합중국이 필수적인 당사자의 하나라는 근거로 기각될 수 없다.

(d) 중재절차에서 본 절의 규정 하에 이루어진 판정은 이 절차에서 결정된 어떤 쟁점을 위한 어느 다른 절차에서 금반언의 근거로 사용될 수 없다. 그러한 판정은 또한, 본 절에 의하든, 행정청에 의하든 또는 법원에서 또는 어느 다른 중재절차에서 이루어지든 것이든 사실상 관련된 어느 절차에서도 선례로 또는 다른 의미로 존중되어질 수 없다.

제581조 사법심사

(a) 법의 어느 다른 규정에도 불구하고, 본 절에 의해 이루어진 중재절차에서 내려진 판정에 의하여 불리한 영향을 받거나 손해를 당한 자는 제9편 제9조에서 13조의 규정에 의하여서만 그러한 판정에 대한 심사를 청구하는 소송을 제기할 수 있다.

(b) 본 절에서의 분쟁해결절차를 사용할 것인지 아닌지에 대한 행정청의 결정은 행정청의 재량에 맡겨지며 사법심사의 대상이 아니다. 다만 중재는 제9편 제 10조 (b)에 의한 사법심사의 대상이 된다.

제582조(1996.10.19 삭제)

제583조 지원서비스

본 절의 목적을 위하여 그러한 기관·조직·개인의 동의하에 행정청은 (상환없이 또는 상환과 더불어) 다른 연방 행정청, 주·지방, 종족 정부, 공사조직 및 기관, 개인 등의 편의나 시설을 활용할 수 있다. 행정청은 제31편 1342조의 규정과 관계없이 본 절의 목적을 위해 자발적이고 보상없는 편의제공을 받아들일 수 있다.

제584조 지출승인

본 절의 목적을 수행하기 위해 필요한 만큼의 금액이 지출될 것이 승인된다.

책임연구보고서 2006-05

집회·시위의 보장과 경찰권 행사의 정당성에 관한 법적 고찰

2006년 12월 발행

발행처 : 치안정책연구소
경기도 용인시 기흥구 언남동1길 29

이 책의 무단 복제를 금합니다.

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인의 의견이며
치안정책연구소 공식견해가 아님을 밝혀드립니다.



Police Science Institute