

# 헌법 위의 경찰, ‘시민의 힘’으로 변화시키자



## 4·18 세월호 집회에서 드러난 경찰집회관리의 문제점과 시민통제방안 토론회

일시 ● 2015년 4월 30일(목) 오전 10시

장소 ● 정동 프란치스코 회관 430호

주최\_

민주사회를 위한 변호사 모임, 인권단체연석회의 공권력감시대응팀,  
4·16연대, 인권침해감시단

## 순서

---

■ 사회		곽이경 (4·16연대)	
------	--	--------------	--

---

■ 발제			
		4·18 세월호 집회에서 드러난 경찰력의 위헌성과 위법성   박주민 (민주사회를 위한 변호사 모임 변호사)	03

---

■ 토론			
		1. 집회 및 시위의 자유 - 미국의 경우를 중심으로   한상희 (건국대학교 법학전문대학원 교수)	18
		2. 4·18 연행자에 대한 광범위한 핸드폰 압수수색의 문제점   신훈민 (진보네트워크센터 변호사)	40
		3. 경찰력에 대한 시민감시의 필요성과 제안   최은아 (인권운동사랑방 상임활동가)	43

---

■ 자료			
		4.18 세월호 집회 인권침해감시보고서	53

---

## 4·18 세월호 집회에서 드러난 경찰력의 위헌성과 위법성

박주민 | 민주사회를 위한 변호사 모임 변호사

### I. 집회의 자유의 헌법적 의미<sup>1)</sup>

헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”고 규정하여, 타인과의 의견교환을 위한 기본권인 표현의 자유로서 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 함께 국민의 기본권으로 보장하고 있다. 집회의 자유는 개인의 인격발현의 요소이자 민주주의를 구성하는 요소라는 이중적 헌법적 기능을 가지고 있다. 집회의 자유도 다른 모든 기본권과 마찬가지로 일차적으로는 개인의 자기결정과 인격발현에 기여하는 기본권이고, 집회를 통하여 국민들이 자신의 의견과 주장을 집단적으로 표명함으로써 여론의 형성에 영향을 미친다는 점에서, 집회의 자유는 민주적 공동체가 기능하기 위하여 불가결한 근본요소에 속한다고 할 것이고, 표현의 자유의 일(一) 내용이다.

1) 헌법재판소 2000헌바67

집회의 자유는 집단적 의견표명의 자유로서 민주국가에서 정치의사형성에 참여할 수 있는 기회를 제공한다. 직접민주주의를 배제하고 대의민주제를 선택한 우리 헌법에서 일반 국민은 선거권의 행사, 정당이나 사회단체에의 참여 외에는 단지 집회의 자유를 행사하여 공동으로 정치의사형성에 영향력을 행사하는 가능성 밖에 없다. 또한 집회의 자유는 사회·정치현상에 대한 불만과 비판을 공개적으로 표출케 함으로써 정치적 불만이 있는 자를 사회에 통합하고 정치적 안정에 기여하는 기능을 한다.<sup>2)</sup> 특히 집권세력에 대한 정치적 반대의를 공동으로 표명하는 효과적인 수단으로서 현대사회에서 언론매체에 접근할 수 없는 소수집단에게 그들의 권익과 주장을 옹호하기 위한 적절한 수단을 제공한다는 점에서, 소수의견을 국정에 반영하는 창구로서 날로 그 중요성을 더해 가고 있다.

이러한 의미에서 집회의 자유는 소수의 보호를 위하여 매우 중요한 기본권이다. 소수가 공동체의 정치적 의사형성과정에 영향을 미칠 수 있는 가능성이 보장될 때, 다수결에 의한 공동체의 의사결정은 보다 정당성을 가지게 될 것이다. 헌법이 집회의 자유를 보장한 것은 관용과 다양한 견해가 공존하는 다원적인 ‘열린 사회’에 대한 헌법적 결단인 것이다. 헌법은 집회의 자유를 국민의 기본권으로 보장함으로써, 평화적 집회 그 자체는 공공의 안녕질서에 대한 위협이나 침해로서 평가되어서는 아니 되며, 개인이 집회의 자유를 집단적으로 행사함으로써 불가피하게 발생하는 일반대중에 대한 불편함이나 법익에 대한 위협은 보호법익과 조화를 이루는 범위 내에서 국가와 제3자에 의하여 수인되어야 한다는 것을 헌법 스스로 규정하고 있다.

집회의 자유에 대한 제한은 다른 중요한 법익의 보호를 위하여 반드시 필요한 경우에 한하여 정당화되는 것이며, 특히 집회의 금지와 해산은 원칙적으로 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협이 명백하게 존재하는 경우에 한하여 허용될 수 있다.

## II. 외국에서의 집회의 자유의 의미

### 1. 세계인권선언 제20조

---

2) 헌법재판소 2003. 10. 30, 2000헌바67 결정: “집회의 자유는 사회·정치현상에 대한 불만과 비판을 공개적으로 표출케 함으로써 정치적 불만이 있는 자를 사회에 통합하고 정치적 안정에 기여하는 기능을 한다. 특히 집회의 자유는 집권세력에 대한 정치적 반대의를 공동으로 표명하는 효과적인 수단으로서 현대사회에서 언론매체에 접근할 수 없는 소수집단에게 그들의 권익과 주장을 옹호하기 위한 적절한 수단을 제공한다는 점에서, 소수의견을 국정에 반영하는 창구로서 그 중요성을 더해 가고 있다.

1. 모든 사람은 평화적 집회와 결사의 자유에 관한 권리를 가진다.

## 2. 시민적 정치적 권리에 관한 국제규약 제21조

평화적인 집회의 권리가 인정된다. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 따라 부과되고, 또한 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공중보건 또는 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과하여져서는 아니 된다.

## 3. 미주인권협약 제15조

비무장의 평화로운 집회의 권리가 인정된다. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 따라서 부과되고, 국가안보, 공공의 안전이나 공공질서를 위하여 또는 공중보건이나 도덕, 타인의 권리나 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과하여져서는 아니 된다.

## 4. 유럽연합 기본권리헌장 제12조

1. 모든 사람은 평화로운 집회의 자유와 모든 차원의 결사의 자유, 특히 자신의 이익보호를 위해 노동조합을 형성하고 가입할 수 있는 권리를 포함하는 정치문제, 노동조합, 공적 문제를 위한 결사의 자유를 갖는다.
2. 유럽연합 차원의 정당들은 유럽연합시민들의 정치적 의사를 표현하는 데 기여하여야 한다.

## 5. 소 결

위에서 본 바와 같이 많은 국제인권규약(기준)은 그 보호대상을 “평화집회”로 규정함으로써 합법적인 집회만을 보장하는 것이 아니라 평화롭다면 불법적인 집회도 보장함을 알 수 있다. 여기서 “평화집회”라 함은 무엇을 의미할까? <평화적 집회의 자유에 관한 지침> 제2판 (2010년 6월 4일, 유럽안보협력기구 ‘민주제도와 인권 사무소’의 집회의 자유 위원단과 ‘법을 통한 민주주의를 위한 유럽위원회’)은 평화집회의 의미를 아래와 같이 규정하고 있다.

‘평화적’이라는 용어는 성가시거나(annoy) 화나게 하는(give offence) 행위를 포함하며, 심지어 제3자의 활동을 일시적으로 방해, 훼방, 차단(hinders, impedes or obstructs)하는 행위 까지도 포함하는 것으로 해석되어야 한다.

아무런 불편을 끼치지 않는 집회만을 평화롭다고 하지 않음을 알 수 있다. 즉, 우리 경찰이 엄단하고자 하는 흔히 이야기하는 폭력집회에 해당하는 것도 평화집회에 해당할 수 있음을 볼 수 있다.

### Ⅲ. 선진 주요국의 집회관리방식 및 그 변천

#### 1. 미국

미국의 집회관리방식은 크게 두 시기로 나뉘어진다. 즉, 1960년대 및 1970년대 초의 격렬한 시위와 경찰의 강경대응시기, 1980년대 이후 온건한 시위와 협상관리의 시기.

미국은 1960년대에 들어서면서 흑백인종갈등이 첨예하게 드러나기 시작했고, 이와 맞물려 민권운동이 본격화됐다. 이에 따라 대학가를 중심으로 거센 시위가 많이 발생하였다.

미국정부는 1960년대 집회시위가 격화되자 시위와 폭동을 전문적으로 다루기 위한 국가위원회를 만들어 대책을 논의하기 시작했다. 뉴저지 주 뉴악과 미시간 주 디트로이트 등지에서 대규모 시위와 폭동이 일어나자 1967년 흔히 ‘커너(Kerner)위원회’라고 불리는 ‘국가혼란에 관한 위원회’가 만들어져 이듬해인 1968년 보고서를 제출했다. 커너위원회는 24개 폭동을 조사하였는데, 절반 가량에서 경찰의 시위관리 잘못이 폭동의 시발이 되었음을 밝혀냈다. 커너위원회는 시위진압과정에서 경찰이 치명적인 살상력을 갖는 무기 또는 장비를 사용하는 것이 결국 시위의 확대와 폭동을 야기하였다면서, 이러한 무기 및 장비의 사용을 자제하고 최소한의 물리력으로 시위진압에 나서야 한다고 강조하는 한편 경찰에 대한 불만을 해소하고 시정할 수 있는 공정하고 효과적인 기구 또는 조직의 창설이 필요하다고 주장했다.

또한 1968년에는 마틴 루터 킹 목사 암살의 충격 속에서 ‘폭력의 원인과 예방에 관한 위원회’ 이른바 ‘아이젠하워위원회’가 만들어져 1969년 최종보고서를 제출한 바 있다. 아이젠하워위원회는 집회시위의 자유를 명시하고 있는 수정헌법 제1조 규정을 들어 정부가 집회시위의 자유를 보호하기 위한 적극적인 조치를 취해야 한다고 주장하면서 집회시위 통제에 있어서 과도한 물리력의 사용은

시위를 오히려 과격하게 만들 수 있는 측면이 있어 현명한 방법이 아니라고 강조했다. 또 시위통제를 위해서는 시위를 존중하고, 시위의 시간, 장소 및 방법에 대해 타협하고자 하는 의지를 가져야 한다고 하였으며, 시위를 허가하는 것이 불필요한 경찰력의 낭비를 막고, 시위를 잘 통제하기 위한 가장 좋은 방법이라고 결론지었다.

한편, 대학시위가 사회문제로 떠오르자 1970년 ‘대학소요에 관한 국가위원회’ 일명 ‘스크랜튼위원회’가 결성되어, 학원소요의 원인과 대책에 관한 보고서를 제출하기도 했다. 스크랜튼위원회 역시 이미 앞서 제출된 두 위원회의 보고서와 크게 다르지 않았다. 스크랜튼위원회는 대학소요가 미국만의 문제가 아니며 매우 자연스러운 일이라고 보았다. 그리고 설사 폭력시위가 벌어진다고 하더라도 이를 막기 위해 치명적인 물리력을 동원하는 것은 바람직하지도 않고 또 필요하지도 않다고 주장했다.

이러한 위원회들의 보고서와 함께 1970년 미 법무부는 집회와 시위에 관한 책자(Demonstration and Dissent in the Nation's Capitol, 이하 ‘법무부 책자’)를 발간했다. 법무부 책자에는 집회시위에 있어서 필요한 협상절차와 과정들이 자세하게 수록돼 있어 1970년 5월 9일 워싱턴 D.C.에서 열린 대규모 집회가 경찰과 큰 충돌 없이 평화적으로 끝날 수 있었다. 이후 10여 년간 법무부 책자는 각종 집회시위 관리에 있어서 일종의 교범과 같은 역할을 했다. 법무부 책자의 정책과 절차가 이처럼 큰 효과를 거둘 수 있었던 것은 무엇보다도 헌법이 보장하는 집회시위권리를 강조하고 시위대와 정부 사이의 접촉과 의사소통의 중요성을 강조했기 때문이다.

미국의 집회시위관리를 한 단계 올려놓은 또 다른 사건은 법무부 책자가 발간된 후 10년이 흐른 뒤인 1982년 미국민권협회(ACLU: American Civil Liberties Union)가 ‘워싱턴 D.C.에서의 집회(Demonstrating in the District of Columbia)’라는 책자(이하 ‘ACLU책자’)의 발간이었다. ACLU 책자는 법무부 책자와 달리 집회관리시스템이 실제로 어떻게 작동하는지에 보다 초점을 두고 있다.

이와 같은 책자들의 발간과 더불어 집회시위 관리를 보다 체계적으로 하는 데 도움이 된 것이 ‘미 육군헌병학교의 시위관리과정(SEADOC)’의 운영이다. 이 과정은 미 법무부가 1967년 미 육군에 의뢰하여 설치한 것이다. 1978년까지 무려 1만명 이상의 경찰간부, 시위관련 공무원 등이 크게 예방, 준비, 통제, 사후 처리의 네 단계로 나누어진 이 과정을 이수했다. 이 과정은 집회시위에 대한 단순한 대처가 아닌 전략과 관리의 필요성을 강조하였는데, 이 과정을 통해 교육받은 경찰간부로 하여금 지역 실정에 맞는 집회시위 관리프로그램을 도입하는 데 큰 도움이 되었다. 무엇보다도 이 과정은 과거 맹목적으로 물리력을 통해 집회시위를 통제하려던 단순성에서 벗어나 대치전략을 짜고

신축적인 대처와 선별적인 대응을 하도록 강조하여 최소한의 물리력으로도 시위관리가 가능하다는 점을 보여주었다.

## 2. 영국

1950년대 반핵집회시위부터 1960년대 말 베트남전 반대 시위와 학생시위에 이르기까지 여론의 우려에도 불구하고 경찰은 강경대응보다는 기존의 자제하고 삼가는 대응방식을 고수했다. 이러한 진정되고 차분한 대응은 1968년 주영미국대사관 앞에서 벌어진 반전시위에서 빛을 발했고, ‘폭력의 정복(conquest of violence)’이라는 찬사를 받기도 하였다.

그러나 이러한 영국 경찰의 대응은 1972년 석탄 광부들의 파업에 대하여 강경대응하면서 바뀌기 시작하였다. 라이너(Reiner)는 1960년대 이후 영국 경찰에 대한 영국 국민의 지지와 애정이 감소한 주된 요인 중의 하나로 집회시위에 대한 경찰대응방식의 이러한 변화를 꼽고 있다(Reiner, 1988: 44).

그렇지만 위와 같은 일부의 전술변화에도 불구하고 영국경찰은 최소한의 물리력만을 사용하고 법의 엄격한 적용보다는 평화를 유지하기 위해 어느 정도의 재량을 행사하는 기본적인 대응방식을 그대로 유지하여 오고 있는 것으로 평가되고 있다. 특히, 와딩튼(Waddington)이 1986년 공공질서법(Public Order Act) 제정 이후 런던 경찰의 집회시위대응방식을 분석한 결과, 영국경찰은 전반적으로 시위대의 협조를 얻기 위해 설득과 약간의 마키아벨리적 조작을 사용하는 것으로 나타났다. 보다 큰 시위로 발전하는 것을 막기 위해 ‘말과 힘’을 적당히 조합해서 사용한다는 것이다(Waddington, 1994).

## 3. 독일

1962년부터 1965년까지 독일 경찰은 청년시위 진압에 대규모로 동원되어 강경하게 진압하였다. 경찰의 이러한 대응방식의 변화에 영향을 준 시위가 슈바빙거 시위사건을 들 수 있다. 이 시위 이후 경찰의 대응이 청년시위에 대해 보다 관용적으로 바뀌었고, 대규모 경찰력 동원도 줄었으며, 현장에서 홍보활동이 강화되었다. 특히, 경찰심리서비스를 제도화했다는 점이 중요한 변화라고 할 수 있다. 대규모 시위가 군중심리적인 요인에 많은 영향을 받는다는 것을 고려해 경찰심리서비스기구로 하여금 경찰 대응의 지휘와 운영에 있어서 심리자문을 하도록 한 것이다(Winter, 1998: 193).



1968년의 학생혁명 이후 정치적 자유가 새로운 이슈로 등장함에 따라 이전까지의 시위에서는 나타나지 않았던 경찰 대응에 대한 시위주최 측의 까다로운 평가와 문제제기 등이 경찰의 대응방식에 대한 변화를 촉구했다. 결국, 시위대의 행진을 3열로 제한하는 등의 엄격한 시위관리규정과 함께 조금이라도 규정을 어기면 가혹하고 폭력적인 대응을 해왔던 경찰의 태도에 변화가 일어났다. 과거의 강경진압 일변도의 대응에서 시위대와의 싸움을 피하는 것이 경찰에 필요한 것이라고 인식되게 되었다.

이렇게 개혁적인 모습을 견지해온 독일경찰은 1986년 체르노빌원자력발전소의 방사능유출사고로 인해 벌어진 반핵시위 등에서 시위대와 충돌하는 모습을 다시 보이기는 하였지만, 경찰의 강경대응이 사태를 해결하는 것이 아니라 오히려 폭력시위를 부추기는 측면이 있다는 점을 중시해 불필요한 대립과 갈등 그리고 폭력발생을 방지하기 위해 가능하면 관용적인 태도를 견지하여 왔다. 따라서 1990년대 이후 현재까지 독일경찰은 평화적 비폭력시위에 대해서는 철저히 집회시위의 자유를 보장하고 시위가 무사히 끝날 수 있도록 지켜주는 관용적인 태도를 견지해 경찰에 대한 신뢰를 증진하고 있다.

#### 4. 소 결

위와 같이 선진 주요국들은 기본적으로 집회에 대해 대화와 타협을 기본으로 하는 관리방침을 가지고 있다. 그리고 전 세계적으로도 1990년대 이후 새로운 추세를 보이고 있는데, 강제적인 법집행을 완화하고 협상과 타협을 중시하는 것이 바로 그것이다. 이는 법집행보다 평화로운 집회의 보장이 더 중요하다고 인식되고 있기 때문이다.

#### IV. 우리나라 대법원의 집회에 대한 태도

우리 대법원은 불법집회라 하더라도 평화롭게 진행된다면 이를 금지하거나 해산해서는 안 된다는 입장을 가지고 있다. 구체적인 내용은 아래와 같다.

##### ○ 신고범위 일탈의 불법집회 (대법원 2001. 10. 9. 선고 98다20929 판결)

구 집회및시위에관한법률(1999. 5. 24. 법률 제5985호로 개정되기 전의 것)하에서는 옥외집회 또는 시위가 그 신고사항에 미비점이 있었다거나 신고의 범위를 일탈하였다고 하더라도 그 신고내용

과 동일성이 유지되어 있는 한 신고를 하지 아니한 것이라고 볼 수는 없으므로, 관할 경찰관서장으로서 단순히 신고사항에 미비점이 있었다거나 신고의 범위를 일탈하였다는 이유만으로 곧바로 당해 옥외집회 또는 시위 자체를 해산하거나 저지하여서는 아니될 것이고, 옥외집회 또는 시위 당시의 구체적인 상황에 비추어 볼 때 옥외집회 또는 시위의 신고사항 미비점이나 신고범위 일탈로 인하여 타인의 법익 기타 공공의 안녕질서에 대하여 직접적인 위험이 초래된 경우에 비로소 그 위험의 방지·제거에 적합한 제한조치를 취할 수 있다. 그 조치는 법령에 의하여 허용되는 범위 내에서 필요한 최소한도에 그쳐야 할 것이다.

#### ○ 금지통고된 집회 (대법원 2011.10.13. 선고 2009도13846 판결)

집회 및 시위에 관한 법률(이하 ‘집시법’이라 한다)상 일정한 경우 집회의 자유가 사전 금지 또는 제한된다 하더라도 이는 다른 중요한 법익의 보호를 위하여 반드시 필요한 경우에 한하여 정당화되는 것이며, 특히 집회의 금지와 해산은 원칙적으로 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위험이 명백하게 존재하는 경우에 한하여 허용될 수 있고, 집회의 자유를 보다 적게 제한하는 다른 수단, 예컨대 시위 참가자수의 제한, 시위 대상과의 거리제한, 시위 방법, 시기, 소요시간의 제한 등 조건을 붙여 집회를 허용하는 가능성을 모두 소진한 후에 비로소 고려될 수 있는 최종적인 수단이다. 따라서 사전 금지 또는 제한된 집회라 하더라도 실제 이루어진 집회가 당초 신고 내용과 달리 평화롭게 개최되거나 집회 규모를 축소하여 이루어지는 등 타인의 법익 침해나 기타 공공의 안녕질서에 대하여 직접적이고 명백한 위험을 초래하지 않은 경우에는 이에 대하여 사전 금지 또는 제한을 위반하여 집회를 한 점을 들어 처벌하는 것 이외에 더 나아가 이에 대한 해산을 명하고 이에 불응하였다 하여 처벌할 수는 없다.

#### ○ 미신고집회에 대한 해산 (대법원 2012.4.26. 선고 2011도6294)

이와 같이 집회의 자유가 가지는 헌법적 가치와 기능, 집회에 대한 허가 금지를 선언한 헌법정신, 앞서 본 신고제도의 취지 등을 종합하여 보면, 신고는 행정관청에 집회에 관한 구체적인 정보를 제공함으로써 공공질서의 유지에 협력하도록 하는 데에 그 의의가 있는 것이지 집회의 허가를 구하는 신청으로 변질되어서는 아니 되므로, 신고를 하지 아니하였다는 이유만으로 그 옥외집회 또는 시위를 헌법의 보호 범위를 벗어나 개최가 허용되지 않는 집회 내지 시위라고 단정할 수 없다. 따라서 집시법 제20조 제1항 제2호가 미신고 옥외집회 또는 시위를 해산명령의 대상으로 하면서 별도의 해산 요건을 정하고 있지 않더라도, 그 옥외집회 또는 시위로 인하여 타인의 법익이나 공공의 안녕

질서에 대한 직접적인 위험이 명백하게 초래된 경우에 한하여 위 조항에 기하여 해산을 명할 수 있고, 이러한 요건을 갖춘 해산명령에 불응하는 경우에만 집시법 제24조 제5호에 의하여 처벌할 수 있다고 보아야 한다.

## V. 검찰과 경찰의 태도

그러나 현장에서 집회를 관리하는 경찰이나 이후 사법처리를 주도하는 검찰(법무부)은 국제적인 기준이나 우리 대법원의 태도와는 사뭇 다른 태도를 가지고 집회를 대하고 있다. 그 구체적인 내용은 아래와 같다.

### ○ 법무부의 UPR보고서 (2012년)

우리 헌법상 보장된 집회의 자유를 보장하기 위해 「집회 및 시위에 관한 법률」을 두고 있는데 우리 정부는 평화적이고 적법한 집회 및 시위는 최대한 보장하고 폭력적 시위로부터 시민을 보호하여 공공질서와 개인의 권리보장이 적절히 조화되도록 노력하고 있다. 2009년 9월 헌법재판소는 야간 옥외집회를 금지한 「집회 및 시위에 관한 법률」제10조에 대해 헌법불합치 결정을 내리고, 2010년 6월 30일까지 한시적으로 해당 조항을 적용하도록 하였는데 현재 관련 법률이 개정되지 못한 상태로, 야간옥외집회는 허용되고 있다.

### ○ 경찰의 집회시위관리지침(2012) 6P 및 8P

○ 기자회견, 문화제, 정당연설회 등 병자한 변형된 불법집회시, 개별 법률과 집시법을 엄격히 적용, 현장에서 적극 조치

○ 비폭력 불법행위 상황(도로·건물 단순점거 등)대비, 몸부림 등 저항하는 시위자의 안전한 연행훈련 반복 실시

- 경력 모욕행위 등에 대한 적극적 사법조치를 통하여 법질서 확립

즉, 위에서 보는 바와 같이 검찰이나 경찰은 집회나 시위가 평화롭게 이루어지더라도 불법의 소지만 있으면 무조건 금지하고 해산하려는 태도를 가지고 있음을 알 수 있다.

## VI. 418집회의 경우

이번 4월 18일 집회에서도 경찰은 위와 같은 태도를 그대로 지닌 것으로 보인다. 구체적으로 하나씩 살펴도록 하겠다.

### 1. 위헌적 차벽설치

경찰은 4월 18일 있었던 세월호 참사 범국민대회(이하 “이 집회”)를 불법집회이자 폭력집회라고 하였다. 그리고 검찰은 이에 참석한 사람들 중 5명에 대해 구속영장을 청구하였다. 과연 이 집회가 경찰이 말한 대로 명백한 불법집회이자 폭력집회일까? 경찰이 브리핑을 통해 이 집회에서 차벽을 설치할 수밖에 없었던 이유로 들었던 것이 타당한지, 그리고 경찰이 설치한 차벽이 합법적인 것인지 살펴도록 하겠다.

#### ○ 광화문 광장은 집회가 허용되지 않는 곳인지

경찰은 광화문 광장은 원래 집회가 허용된 공간이 아니었다고 주장하고 있다. 서울특별시 광화문 광장의 사용 및 관리에 관한 조례 제1조가 “이 조례는 시민의 건전한 여가선용과 문화활동 등을 위한 광화문광장의 사용 및 관리에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.”라고 규정하고 있음을 근거로 광화문 광장은 집회가 아닌 “시민의 건전한 여가선용과 문화활동”을 위한 공간이라고 주장하는 것이다. 그럼 조례의 해당 규정을 자세히 다시 한 번 보자. “이 조례는 시민의 건전한 여가선용과 문화활동 등을 위한 광화문광장의 사용 및 관리에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.”(밑줄은 필자가 강조하기 위하여 한 것임) 밑줄 친 ‘등을’을 볼 수 있다. 그렇다면 광화문 광장은 여가선용과 문화활동만을 위한 곳이 아니라 그 외의 것도 할 수 있는 곳임이 분명하다. 집시법과 광장의 사용을 관리하는 조례 중 당연히 법률인 집시법이 상위이다. 따라서 집시법에 의하여 허용된 집회나 시위를 조례를 이유로 불법이라고 판단할 수 없다.

#### ○ 미 대사관 인근이라 집회가 불허되는지

경찰은 미 대사관과 가깝기 때문에 집시법 제11조에 의하여 집회가 원래 금지된다고 주장하기도 하였다. 그럼 집시법의 해당 규정을 한 번 보자. 집시법 제11조는 특정 기관이 위치한 건물의 경계로부터 100미터 이내에서 집회하는 것을 금지하고 있다. 그리고 그러한 기관에 국내 주재 외국의 외교기관이나 외교사절의 숙소를 포함시키고 있다. 그러면 광화문 광장 옆에는 미 대사관이 있기에 경찰 말대로 이 집회가 금지될 수 있는 것인가. 집시법의 위 규정에는 단서가 달려 있다. 단서를 보겠다. 단서는 3가지 경우에는 외교기관이나 외교사절의 숙소 근처에서도 집회를 할 수 있다고 하고 있다. 구체적으로는 가) 해당 외교기관 또는 외교사절의 숙소를 대상으로 하지 아니하는 경우, 나) 대규모 집회 또는 시위로 확산될 우려가 없는 경우, 다) 외교기관의 업무가 없는 휴일에 개최하는 경우로서 외교기관 또는 외교사절 숙소의 기능이나 안녕을 침해할 우려가 없다고 인정되는 때에는 집회를 할 수 있다. 이 사건 집회는 토요일 즉 미 대사관이 업무를 하지 않는 날에 있었고, 미 대사관을 대상으로 한 것도 아니었다. 그렇다면 원래 금지되는 집회라 할 수 없다.

#### ○ 태평로는 주요도로이기에 집회가 불허되는지

경찰은 태평로가 집시법이 정하고 있는 주요 도로이기에 이곳에서의 집회는 금지된다고 주장하였다. 집시법 제12조는 교통소통을 위해 주요도로에서의 집회나 시위를 금지하거나 제한할 수 있다고 규정하고 있다. 그럼 이 집회는 금지되는 것인가. 그렇지 않다. 집시법이 정하고 있는 주요도로라는 것이 사실상 서울 등 대도시의 전체 도로에 육박하기에 이 조문을 기계적으로 적용하면 집회를 할 수 있는 장소란 없게 된다. 이에 우리 법원은 이 규정을 제한적으로 해석한다. 어떻게? “(특정한)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 이유만으로 시위 자체를 원천적으로 금지한 피고의 이 사건 처분은 헌법이 보장하고 있는 집회의 자유에 대한 과도한 제한으로서 재량권의 한계를 넘은 위법한 처분이라 할 것이다”(서울고법 1998. 12. 29. 선고 98누11290 판결 : 확정)라고. 위 법원의 판단을 보면 참가인원을 줄이거나 행진노선을 좀 줄이거나 하는 방법으로 교통소통을 확보할 수 있다면 그런 방법을 강구해야지 집회 자체를 금지해서는 안 된다는 것을 알 수 있다. 과연 경찰이 이 집회와 관련하여 위와 같은 방법을 강구했나. 전혀 아니다. 그렇기에 금지되어서는 안 되는 것이다.

#### ○ 이 사건 집회 시 행진이 있었는데 행진은 신고가 안 되어 있었기에 금지되는지

이 사건 집회 시 행진은 어떻게 이루어졌는가. 집회가 진행되는 도중에 세월호 참사 피해자 가족들이 연행되고 있다는 소식이 전해지자 이 사건 집회 참가자들을 집회 주최 측에 항의하여 도중에 집회를 멈추고 행진에 나섰던 것이다. 원래 계획했던 바가 없었던 행진을 시작한 것이다. 집시법은 최소한 집회 48시간 전에 집회에 대해 신고를 하도록 하고 있다. 그렇기에 경찰은 이 행진이 집시법을 위반하였다고 주장하고 있는 것이다. 그러나 헌법재판소는 이 조항을 이렇게 해석하고 있다. “헌법 제21조 제1항을 기초로 하여 심판대상조항(집회에 대한 사전신고조항)을 보면, 미리 계획도 되었고 주최자도 있지만 집회시위법이 요구하는 시간 내에 신고를 할 수 없는 옥외집회인 이른바 ‘긴급집회’의 경우에는 신고가능성이 존재하는 즉시 신고하여야 하는 것으로 해석된다.”(헌재 2014. 1. 28. 2011헌바174, 인용된 부분 내의 괄호는 필자) 즉, 미리 계획되어 있고, 주최자도 있지만 48시간 전에 신고할 수 없는 상황이 있다면 신고할 수 있는 가능성이 생겼을 때 신고하기만 하면 무방하다는 것이다. 그렇다면 미리 계획도 안 되어 있던 집회는 더욱 더 신고할 가능성이 생겼을 때 신고하기만 하면 되는 것이다. 따라서 이 집회와 같이 갑자기 행진하게 된 경우는 신고를 하지 않았다는 이유로 바로 불법이 되지 않고 나중에 혹여나 신고할 가능성이 생겼을 때 신고하지 않으면 비로소 불법이 되는 것이다. 경찰의 이 주장 역시 헌법재판소의 결정을 무시한 것이다.

#### ○ 경찰이 이 사건 집회를 막기 위해 차벽을 친 것은 합헌인지

위와 같이 이 집회가 불법이어서 해산되어야 한다고 불만을 근거는 없다. 설사 불법이었다고 하더라도 이 집회에서 경찰이 사용한 차벽은 위헌적이다. 헌법재판소가 2011년에 경찰이 차벽을 설치할 수 있는 요건과 설치할 수 있는 정도에 대해 이미 판단한 바가 있기에 그에 비추어 살펴겠다. 헌법재판소는 집회의 자유가 매우 소중한 기본권이기에 차벽을 사용하여 이를 금지하려면 명백하고 현존하는 위험이 존재해야 하고, 그 위험이 차벽을 이용해야만 비로소 방어가 될 수 있어야 한다고 차벽 설치의 요건을 실시하였다(헌재 2011. 6. 30. 2009헌마406). 그리고 이 경우에 해당하여 차벽을 설치할 때는 통행을 완전히 차단할 정도까지 설치하면 안 된다고 그 정도 역시 판단하였다(헌재 2011. 6. 30. 2009헌마406). 이 집회의 경우 16일에 이미 설치되어 있던 차벽을 거의 그대로 둔 채 행진을 시작하기 전부터 혹은 행진이 시작되자마자 차벽을 설치하기 시작하였다. 그렇다면 명백하고 현존하는 위험이 그것도 차벽이외의 방법으로는 막을 수 없는 위험이 발생하였다고 판단할 수 있지도 않았던 시점부터 차벽을 설치한 것이기에 차벽 설치의 요건을 충족하지 않은 것이다. 또 차벽을 설치함에 있어 6중의 차벽을 설치하여 일체의 통행을 막았기에 차벽 설치의 정도도 위반한 것이다. 그렇다면 이 집회에 사용된 경찰 차벽은 위헌적인 것이다.

## 2. 과도한 경찰장비의 사용

### ○ 물대포의 사용

경찰은 이 집회에서 물대포를 사용하였으며, 특히 집회참가자들에게 직사로 얼굴과 가슴에 발사하기도 하였다. 이러한 물대포의 사용이 적법한 것인지 살피도록 하겠다.

물대포의 사용요건은 법률과 대통령령에 추상적으로만 정해져 있다. 경찰관 직무집행법은 “위해성 경찰장비는 필요한 최소한도에서 사용”이라고 규정하고 있다. ‘경찰장비규정’도 ‘부득이한 경우에는 현장 책임자의 판단에 의하여 필요한 최소한의 범위 안에서 가스차 또는 살수차를 사용할 수 있다’고만 규정하고 있다. 경찰은 “물대포의 구체적 사용 기준을 법령으로 규정하라”는 국가인권위원회의 2012년 권고를 지금까지 받아들이지 않고 있다. 경찰 내부 훈령인 ‘살수차 운용지침’이 그런 대로 구체적이지만 법적 강제력은 없다. 그렇지만 이 지침에서 직사살수는 △도로를 무단 점거하고 해산명령에 따르지 않거나 △쇠파이프·화염병 등 폭력 시위용품을 소지하고 경찰을 폭행하거나 △차벽 등 폴리스라인의 전도·훼손·방화를 기도하는 경우 가능하다고 규정하고 있고, 특히 “안전을 고려해 가슴 이하 부위를 겨냥해 사용한다”고 규정하고 있다.<sup>3)</sup>

한편, 2014년 헌법재판소는 물포 사용 행위에 대한 위헌 신청을 각하했지만, 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 서기석은 물포 사용의 위험성을 아래와 같이 지적한 바 있다(헌법재판소 2014. 6. 26. 결정 2011헌마815).

“물포의 살수방법 중 직사살수는 사람의 신체에 중대한 위험을 초래할 수 있는 것인데, 물포운용 지침에서 직사살수의 경우 물살세기를 3,000rpm(15bar) 이하로 살수하고, 가슴 이하 부위를 겨냥하여 사용하도록 규정하고 있기는 하나, 근거리 직사살수의 경우에는 발사자의 의도이든 조작실수에 의한 것이든 생명과 신체에 치명적인 결과를 가져올 수 있고, 가슴 아래 부분만 겨냥하도록 한다고 하더라도 직사살수를 맞게 되면 자세가 흐트러지거나 넘어지는 과정에서 머리카나 가슴에 맞을 수도 있어 가슴 아래 부분만 겨냥하도록 한다는 규정의 실효성 또한 의문이다.”

---

3) [http://www.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/662104.html](http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/662104.html)

위와 같은 내용을 보면 이 집회에서 경찰이 근거리에서 집회 참가자들의 얼굴이나 가슴 위로 직사한 것은 합법적 공무집행이라 하기 어렵다.

### ○ 캡사이신의 사용

경찰이 이 집회 때 뿌린 캡사이신 분사액이 2014년 전체 사용량의 2배를 넘었으며, 2010년~2012년 3년동안 분사한 량보다도 많았다고 한다.<sup>4)</sup> 즉, 새정치민주연합 임수경 의원실이 경찰청으로부터 받은 '캡사이신 분사액 소모현황' 자료에 따르면 경찰이 18일 사용한 캡사이신 분사액은 총 465.75ℓ으로 작년에 사용된 193.7ℓ의 약 2.4배에 달했다. 또 2010년 42.54ℓ, 2011년 219.69ℓ, 2012년 63.82ℓ 등 3년 사용량을 합친 것(326.05ℓ)보다도 많았다. 이는 국가정보원 대선 개입 의혹에 따라 촛불집회가 자주 열렸던 2013년 사용량인 484.79ℓ와 비슷한 규모다.

경찰의 캡사이신 사용의 적법성을 따지지 위해서는 경찰이 캡사이신을 사용한 상황에 대해서 보다 면밀히 분석되어야 할 것이다. 그러나 경찰장비관리규칙 제133조에서도 규정하고 있듯이 최루액 등 분사장비는 최소한도로 사용되어야 한다. 그럼에도 불구하고 단 한 번의 집회에 이렇게 많은 양의 캡사이신이 사용되었다는 것 자체로 이미 최소한도의 사용이라는 한계를 벗어난 것으로 보인다.

### ○ 불법적 CCTV사용

서울지방경찰청은 교통상황에 대한 정보를 획득할 목적이라는 명목으로 아래 그림과 같이 광화문 일대에 여러 대의 CCTV를 설치·운영하고 있다.

이 집회가 진행되던 중, 특히 2015. 4. 18. 13:40부터 22:40까지 이 사건 CCTV의 송출이 차단되고 집회현장을 촬영하였음을 확인되었다.<sup>5)</sup> 또한 이 시간대에 서울지방경찰청장이 서울지방경찰청 교통상황실에서 이 사건 CCTV가 촬영한 동영상을 실시간으로 보면서 집회 관리에 관한 지시를 일선 경찰들에게 하였으며, 이를 위해 이 사건 CCTV를 확대, 축소하는 방법으로 운용하였다는 사실도 확인되었다.<sup>6)</sup> 그런데 개인정보보호법 제25조 제1항에서는 공개된 장소의 영상정보처리기기 설

---

4) <http://www.segye.com/content/html/2015/04/25/20150425000657.html?OutUrl=naver>

5) <http://news.jtbc.joins.com/html/350/NB10858350.html>

6) <http://news.jtbc.joins.com/html/450/NB10867450.html>



차·운영을 제1호부터 제5호까지의 경우로 한정하고 있고, 같은 조 제5항에서는 영상정보처리기기운 영자는 영상정보처리기기의 설치 목적과 다른 목적으로 영상정보처리기기를 임의로 조작하거나 다른 곳을 비춰서는 아니 되며, 녹음기능은 사용할 수 없다고 규정하고 있다. 따라서 경찰의 위와 같은 집회 현장 감시는 신청인들의 집회의 자유를 침해한 것이며, CCTV 설치목적과 다른 목적으로 CCTV를 임의 조작하고 평소 촬영범위와 다른 곳을 비추는 것으로 개인정보보호법 제25조 제5항을 위반한 것이다.



## 집회 및 시위의 자유 - 미국의 경우를 중심으로<sup>7)</sup>

한상희 | 건국대학교 법학전문대학원 교수

### 1. 들어가기

정치철학자 한나 아렌트에 의하면 폭력의 반대는 비폭력이 아니다. 폭력의 대항점에 존재하는 것은 권력이다. 폭력은 어떤 목적을 달성하기 위한 수단에 불과하다. 반면 권력은 “폭력의 조직화”가 아니라, 정치공동체 속에서의 공동행동으로부터 나온다. 자발적 토론에 의한 상호적 동의와 지지, 그에 터 잡은 공동의 행동이 권력의 원천이 되는 것이다. 그리고 이렇게 사람들의 활성화된 삶에 기반을 두는 권력은 폭력에 의존하지 않고서도 스스로 정당하다.

이에 폭력을 사용하는 권력은 더 이상 권력이 되지 못한다. 어떤 권력이 폭력을 사용하는 것은 폭력이 정당하기 때문이 아니라 그 권력 자체가 정당성을 상실하고 있음을 은폐·엄폐하고자 하는 의도에서이다. 자신의 손아귀로부터 자꾸만 빠져나가는 권력을 필사적으로 만회하기 위하여 폭력을 사용하는 것이다. 이 경우 진정한 권력은 그 폭력에 대항하는 사람들이 가지게 된다.

---

7) 이 글은 한상희, “집회 및 시위의 자유-미국의 경우를 중심으로,” 서강법학 제11권 제1호, 2009.6, 33-66 (34 pages)를 편집한 것임.

이 점에서 이 점에서 집회·시위는 폭력과는 대척점에 있게 된다. 그것은 아렌트적 의미에서의 권력을 만들어내는 원천일 뿐, 폭력과 친화적인 개념은 아니다. 오히려 그것은 “폭력이 더 이상 권력에 의해 뒷받침되지도 억제되지도 않는 곳”에서 새로운 권력을 만들어내고 이를 통해 그 폭력 자체를 없애버리기 위해 사람들이 길거리에서 펼쳐내는 한바탕 카니발일 따름이다. 집회와 시위는 바로 이런 반폭력성으로 인하여 그 자체 평화이거나 혹은 평화를 향한 것이 된다.

헌법에서 집회와 시위의 자유를 보장함은 바로 이 때문이다. 헌법재판소는 집회의 자유를 두고 “관용과 다양한 견해가 공존하는 다원적인 열린사회에 대한 헌법적 결단”이라는 의미를 부여한다. 하지만, 이는 너무 부분적인 서술이다. 집회·시위의 자유는 권력 그 자체를 새롭게 창출하고 낱알이 갱신하게 만드는, 민주제 자체의 원동력이기 때문이다.

실제 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유가 가지는 정치적 함의는 사뭇 다르다. 양자는 모두 시장의 자유 시장을 바탕으로 민주적인 의사형성을 가능케 하는 시민권적 권리로 규정된다는 점에서 공통되지만, 근대 부르조아지의 관념과 이미지의 담론이 난무하는 전자에 비해 후자는 체제에 대한 무산대중의 항변으로서의 의미가 더욱 강조되고 있기 때문이다. 노동자들이 노동조합을 엮어내는 힘이 여기서 나오며, 버스에서조차 흑인 칸으로 내몰려야 하던 흑인들이 시민권을 외치며 인종통합의 길로 내달을 수 있는 동력 또한 여기서 나오는 것이다.<sup>8)</sup>

요컨대, 집회·시위의 자유는 대의제가 유도하는 관념의 정치를 길거리의 현실정치로 변환하는 힘을 가진다. 혹은 매스미디어가 만들어내는 시뮬라시옹을 깨는 또 다른 내파의 힘을 창출한다. 삶과 삶을 맞대고 일상과 농담을 주고받으며 모든 ‘사적인 것’들을 공적인 것으로 변환해 내는 공간이 바로 여기서 만들어지는 것이다. 그리고 이 공간에서 소통되는 비아냥과 웃음, 욕지기와 해학들이 매스미디어화된 민주주의, 시장이 인간을 대체한 자유시장주의, 그리고 이들의 대표자가 되는 것만이 살 길이라 믿는 정치적 다수자들이 내뿜는 그 폭력의 정치정치에 과감한 균열을 만들어내게 된다. 함성이 울리고 깃발이 나부끼며 침과 땀이 뒤섞이는 이 공간에서 우리는 그들의 폭력을 이겨내는 우리의 권력을 구성해 낼 수 있는 것이다.

집시법은 그래서 폭력이 된다. 한나 아렌트의 권력은 사람들이 함께 모여서 서로 연대하고 동의하며 함께 행동해 나갈 때 발생한다. 집시법은 이런 방식으로 생겨나는 권력에 대한 공포로부터 탄생된 폭력이다. 그것은 사람들이 모여서 의사소통할 수 있는 장소를 빼앗고, 사람들이 서로 토론하며 성찰할 수 있는 기회를 박탈하며, 사람들이 상호 동의하는 가운데서 연대하여 행동으로 나아가는 것을 봉쇄하기 위한 수단으로 만들어진다. 그래서 그것은 폭력이 된다. 집시법은, 사람들의 권력

---

8) 바로 이 점에서 보편적 접근성이 보장되는 사이버공간은 집회·시위와 마찬가지로 보다 비계급적인 토론과 참여의 광장을 열게 된다.

으로부터 혹은 광장의 권력으로부터 자신의 정치세력을 방어하기 위한 적나라한 폭력 그 자체인 것이다.

지난 권위주의의 시절, 집시법이 정권안보법으로 맹활약을 한 것은 바로 이 점 때문이다. 국가보안법이나 긴급조치와 더불어 정치적 반대자 혹은 “사회불만세력”이 그 불만을 토로하고자 하였다는 사실만으로 범죄자의 낙인을 찍어 처단하는, 그래서 그들의 말과 행동을 정치의 장에서 제거해버리는 가장 유효한 수단이 되었던 것이다. 이에 집시법이 내세우는 “공공의 안녕과 질서”라는 말은 허사 혹은 궤언에 불과하게 된다. 그에 대한 위험이 발생하는가 아닌가와 전혀 무관하게, 오로지 ‘신고 없이 집회·시위를 하였다’는 사실만으로 모든 불만세력의 입을 다물게 만들 수 있도록 하는 것이 바로 이 집시법의 입법목적이었기 때문이다.

이 글은 이런 일련의 추이들을 비판하고 집회 및 시위가 진정한 인권으로 거듭나기 위한 전제로서 그 헌법적 이해를 도모해 보고자 하는 목적에서 쓰여졌다. 특히 4.18 집회에 대한 경찰의 불법적 폭력행사를 되짚으며 다시는 그러한 반법치의 폭력이 반복되지 않게 하기 위한 헌법적 성찰의 기회를 모색해 보고자 하였다. 나아가 집회·시위의 자유는 우리의 생활이며 우리의 삶의 방식임을 증명하고자 하였다.

## 2. 집회·시위와 헌법이념

우리 헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다”고 선언하여 언론·출판의 자유와 같은 지위에서 집회·결사의 자유를 보장하고 있다. 언론·출판의 자유는 근대국가가 등장하는 단계에서, 구체제에 의하여 절대적으로 부과되던 가치관의 통제로부터 벗어나 이성의 자유의지에 기반한 사상의 자유 시장을 확보하는 가운데 형성된 것이다. 르네상스로부터 형성되어 온 인본주의의 이념으로부터, 정신 영역에 있어서까지 절대적 지배력을 발휘하여 오던 교황과 군주의 권력을 부정하고 인간의지의 자유성을 강조하면서 “모든 주의와 주장이 이 땅위에서 자유로이 활동하게 하라”(밀턴, 「아레오파지티카」)를 선언하였던 것이다. 여기서 「모든 주의와 주장」이 언어의 형식을 빌어 표출되는 것이 언론·출판이라고 한다면, 그것이 집단적 행동으로 표출되는 것이 집회·결사에 해당한다. 양자는 기본적으로 그 보호법익이 같은 것이다: 한 마디로 체제에 항의할 수 있는 권리로서 자유롭게 말하고 비판하며, 그것을 문자로든 언어로든 아니면 집회와 시위의 방법으로든 외부에 표명함으로써 공론화시키고 이로써 민주질서를 구축하며 그 발언자·집회자들이 그 민주사회의 구성원으로서 존재할 수 있도록 하는 일종의 시민권적 권리(citizenship)이기도 한 것이다.<sup>9)</sup>

하지만 집회 혹은 그 공간적 이동으로서의 시위가 가지는 이러한 기본권적 의미 즉, 민주적 기본

질서의 기초로서의 시민권적 권리에도 불구하고 우리나라의 집회·시위에 관한 법제는 그것을 원칙적으로 사회질서에 종속되는 하위개념으로 설정하고 있다. 집회및시위에관한법률(이하 「집시법」이라 함)은 집회 및 시위에 관한 행정적 정보수집이라는 명분 하에 집회·시위에 대한 ‘준’허가제를 취하고 있을 뿐 아니라, 집회·시위를 필요악의 관념으로 설정함으로써 민주적 기본질서의 중심축으로서의 집회·시위의 자유를 과도하게 제한하고 있다.<sup>10)</sup>

실제 헌법은 제21조에서 집회·시위 등으로 구현되는 표현의 자유를 다른 기본권들보다 상위에 두는, 소위 우월적 지위를 인정하고 있다. 즉, 집회·시위의 자유는 다른 기본권들보다 더욱 강하게 보호되어야 하는 것으로, 그것을 제한하기 위해서는 명백하고도 현존하는 (중대한) 위험이 존재하여야 하며 제한의 방법에 있어서도 일반적인 기본권제한과는 다른, 가중된 요건들을 요구하고 있다. 하지만, 그러한 헌법원칙에도 불구하고 현행 집시법은 어떠한 위험의 발생가능성의 존재만으로 집회·시위를 제한할 수 있도록 하고 있을 뿐 아니라, 그 판단의 주체나 절차, 요건 등에 대하여도 별다른 제약을 하지 않은 채 행정청 즉, 경찰청장의 재량적 판단에 일임하고 있는 구조를 취함으로써 헌법규정의 취지와 정면으로 배치되는 양상을 보인다.<sup>11)</sup>

특히, 지난 2004년 1월 개정된 새 집시법은 외교공관 주변의 획일적 집회금지조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정에 기하여 그 위헌부분을 시정한다는 명분으로 주요도로 집회금지, 폭력집회의 경우 잔여집회금지, 집회 시 소음규제 등 실질적으로 집회를 제한할 수 있는 독소조항들을 삽입, 집시법이 집회금지법으로 전락하도록 만들었다. 다종의 위력을 중심으로 이루어지는 집회 및 시위가

9) 이 점과 관련하여 영국에서는 집회의 자유가 청원권과 연관되어 18세기부터 발전한 반면, 유럽에서는 결사의 자유와 더불어 집단적 권리로서 인정되어 왔다고 한다. 프랑스의 경우 1789년 헌법에서 언론의 자유의 한 내포로서, 그리고 1946년 헌법에서 ‘공화국 법률에 의해 승인된 기본원리’로 수용되었다고 한다. 자세한 것은 조병인, 집회 및 시위의 보장과 규제에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2002, 35-6면 참조.

10) 한 언론사의 보도에 의하면 민주화운동보상심의위원회가 지난 6년간 명예회복을 결정한 6053건 중 집회 및시위에관한법률(「집시법」) 위반으로 처벌받은 건수가 2299건, 폭력행위등처벌에관한법률 위반과 특수공무집행방해등의 혐의가 각 418건과 328건, 업무방해가 34건, 도로교통법 위반이 29건 등이라 한다. 대체로 폭처법이나 공무집행방해, 업무방해 등은 집시법 위반과 연계됨을 감안한다면, 지난 군사정권하에서 권위주의적 억압에 항거하다 처벌받은 사람들의 절반이상이 집시법과 관련된 셈이다. <http://www.kukinews.com/news/article/view.asp?page=1&gCode=soc&arcid=0920395408&cp=nv> 한 마디로 집시법 그 자체가 권위주의적 통치의 가장 유효한 수단으로 이용되어 왔던 것이다.

11) 미국연방대법원이 행정기관에 대하여 어떠한 사전제한의 권한을 인정하고 있는 것도 그것이 행정기관의 행정재량의 대상이 될 수 있다는 점에서가 아니라 일정한 절차보장-대립당사자적 청문의 기회보장-을 통한 준사법적 판단에 입각하고 있기 때문이라는 것은 이 점에서 시사점을 부여한다. *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51(1965). 이 때 대립당사자적 구조에는 신속한 청문기회의 보장, 위법의 입증책임의 전환(행정청 즉 이 사건에서는 위원회가 입증책임을 짐), 가능한 한 사법적 절차에 의거할 것 등이 포함된다: 안경환, “표현의 자유와 사전제한-미국 헌법이론을 중심으로,” 인권과정의 제153호, 1989에서 참조하여 정리함.

가지는 헌법적 특성-사회질서 혹은 타인의 권리와 충돌가능성에서 야기되는 타율적·외부적 규제  
의 필요성-을 전면에 내세우면서 실질에 있어서는 집회 및 시위가 헌법적인 기본권이 아니라 단순  
한 행정규제의 대상이 되는 일반행위영역에 지나지 않는다는 태도를 보이고 있는 것이다.

앞서 언급하였듯이 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유가 가지는 헌법적 의미는 동일한 터전에  
서 나온다. 사상의 자유 시장을 바탕으로 민주적인 의사형성을 가능케 하는 시민권적 권리로서 양  
자는 규정되는 것이다. 하지만, 그 정치적 의미는 항상 같은 것은 아니었다. 실제 언론·출판의 자유  
는 전술한 바와 같이 근대초기 중세체제의 붕괴과정에서 구체제에 대한 부르조아 즉 유산시민의 권  
리로서 그 의미를 가진다. 봉건체제에서 획일화된 사고를 벗어나고 자본주의식의 자유와 창의,  
혹은 이성적 의지의 자유로운 발현이라는 점에 중점을 둔다. 하지만, 집회·결사의 자유는 그보다는  
근대국가의 성립 이후, 자본주의적, 부르조아적 지배체제에 대한 무산대중의 항변으로서의 의미가  
더욱 강하게 나타난다.<sup>12)</sup> 유럽의 경우 노동자들의 조직인 노동조합의 합법화과정 또는 미국의 경우  
이에 더하여 흑인들이 자유롭게 자신들의 조직을 형성하고 자신들의 주장을 대중집회의 형식으로  
전달할 수 있는 방법을 추구하는 가운데 그 기본권의 실질적인 내용이 충당되는 것이다.<sup>13)</sup>

이에 집회의 자유가 현대사회에서 수행하는 기능을 나열하자면 다음과 같다.

- 건전한 여론형성과 여론표현의 수단 혹은 문화생활의 한 과정으로서의 의미를 가진다.
- 국민의 정치적·사회적·문화적 의사형성의 과정에 순기능을 수행한다. 특히 대의제민주주의를 근  
간으로 하는 현대정치사회에 있어서는 집회의 자유는 주로 대의과정에서 누락되거나 간과되는 소수  
자-민중의 이해관계를 표출하고 이를 정치과정에 투입시킴으로써 그것을 보완하는 기능을 수행한  
다.<sup>14)</sup>

---

12) 이 점에서 집회의 자유를 정치적 의사형성과정에서 나타나는 역관계 속에서 이해하여 “모든 세력이 어느  
정도 자신의 힘을 발휘하는 경우에 비로소 상대적으로 바른 결론이 나오게 되는 것”이라고 하면서 이러한  
때에 집회의 자유는 제대로 포착된 공공의 복리에 봉사할 수 있게 된다고 본 독일헌법재판소의 결정(BVerf  
GE 69, 315[346])은 의미를 가진다.

13) 이런 관점은 Emerson에서 잘 나타난다. Thomas. I. Emerson, System of Freedom of Expression,  
Random House, New York, 1970, p.286에서는 노예폐지론자(abolitionist), 여성참정권론자(suffragette  
s) 등 미디어를 이용할 수 없었던 소수자집단들이 자신의 의견을 표현할 수 있는 통로로서의 집회·시위의  
자유를 언급하고 있다. E. C. Baker에 의하면 평화적인 집회와 시위가 표현의 자유를 넘어서는 의미를  
가진다면 그것이 새로운 관점을 전개하고 그에 필요한 힘을 구동함으로써 가치있는 경험을 창출하는 비폭  
력적 수단으로 이용되기 때문이라고 한다. Edwin C. Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*  
(Oxford: Oxford University Press, 1989), p.153: 조병인, 전게서, 40면에서 재인용함.

14) 이 점에서 Mouffe가 근대의 다원적 민주주의는 “지배와 폭력의 부재”에 달려 있는 것이 아니라 “그것들  
이 제한되고 도전될 수 있는 일련의 제도를 만드는 데 있다”고 말한 것은 타당하다. 전게역서, 43면.

- 궁극적으로는 국가로부터 자유롭고 자율적인 시민사회 내지는 생활영역을 형성하고 발전시키는 전제로서 작용한다.

- 뿐만 아니라 궁극적으로는 집회를 통하여 자신의 사회적 정체성을 모색하는 계기를 마련하고 이로써 인격의 실현(제10조), 민주주의 및 국민주권의 실현(제1조)라는 점에서 헌법적 의미를 가진다.<sup>15)</sup>

집회·시위의 자유에 대하여 헌법이 다른 기본권이나 사회적 이익에 대하여 우월적 지위를 인정하고 있음은 바로 이러한 기능들 때문이다. 우리 헌법재판소도 이러한 입장에서 “헌법이 집회의 자유를 보장한 것은 관용과 다양한 견해가 공존하는 다원적인 열린 사회에 대한 헌법적 결단”이라고 이해하고 있다.<sup>16)</sup>

하지만, 이 부분에서 두 가지의 점을 지적해 둘 필요가 있다. 첫째, 집회는 공동목적을 가지는 다중이 일시적으로 모임을 가지고 일정한 의사를 사회적으로 표명하는 행위를 말한다. 즉, 의사표시의 방법으로 개개인이 문자나 언어를 사용하는 언론이나 출판의 경우와는 달리 집회의 경우에는 다중의 모임이라는 일정한 위세나 물리적 크기로서 그 의사표시에 임하는 것이다. 따라서 그것은 원칙적으로 언론·출판의 자유에 해당하는 헌법상의 보호를 받게 되지만, 그것이 일정한 물리적 힘을 가지고 이루어진다는 점에서 그리고 그것이 사회질서나 타인의 권리 등에 직접적인 위해를 미치게 될 가능성이 있다는 점에서 질서유지를 위한 경찰규제의 대상이 될 수는 있다.<sup>17)</sup> 요컨대, 언론·출판의 경우에는 아주 예외적으로만 적용되는 시간·장소·방법(time, space, and manner)에 대한 규제가 집회의 경우에는 어느 정도 예정되어 있다고 보는 것이 일반적이다.

둘째, 하지만, 이렇게 경찰규제의 대상이 되는 경우에도 그것은 언제나 특정한 구성요건적 한계 내에서만 가능하다. 즉, ①명백하고도 현존하는 위험이 존재하는 경우에 ②명확성의 원칙(void for vagueness and overbreadth)과 ③과잉금지의 원칙, ④입증책임의 전환이론, ⑤법익형량의 이론 ⑥보다 덜 제한적인 조치(LRA)의 법리 등의 틀에 따라 법률로써 제한되어야 한다. 즉, 표현의 자유

---

15) 이는 독일연방헌법재판소의 일관된 태도이기도 하다. “의견표현의 자유는 사람의 인격의 가장 직접적인 표현이고 자유민주주의적 국가질서를 구성하는 가장 중요한 인권의 하나로 간주된다. (……) 집회의 자유는 집단적 의견표현의 자유라고 이해되므로 동일한 바가 원칙으로서 집회의 자유에도 적용된다. 데모를 행하는 자는 완전히 공개된 상태에서 미디어가 개재함이 없이 자신의 신체적 참여에 의해 자신의 의견을 표명함으로써 직접적인 방법으로 자기의 인격을 발현시키는 것이다.” BVerfGE 69, 315[345] 참조.

16) 헌법재판소 2003.10.30 선고 2000헌바67, 2000헌바83 결정

17) 물론 이 부분과 관련하여 현행의 집시법에는 집회의 개념에 대한 용어규정이 존재하지 않아 실질적으로 물리적인 위력이 존재하지 않는 단순한 모임의 경우에만 집시법이 적용될 수 있도록 하고 있다. 일종의 광범위하기 때문에 무효(void for overbreadth)의 법리가 적용될 수 있는 여지를 안고 있는 것이다.

에 적용되는 제한의 법리가 그대로 적용되어야 하며, 혹여 과도한 제한이나 자의적인 제한으로 냉각효과(chilling effect)나 연쇄확산효과(slipping slop effect)가 나타나거나 그 가능성이 있는 경우 그 제한 법률은 위헌으로 무효가 된다.

### 3. 표현의 자유 및 집회·시위의 규제방법-미국의 경우

#### A. 표현규제의 대상

대체로 표현의 자유에 대한 규제는 세 가지의 틀에 의하여 이루어진다. 즉, 표현이 가지는 헌법적 가치를 구분함으로써 규제의 가능성을 차별화하는 틀(단계론)이 그 첫째라면, 규제의 대상이 표현의 외현을 향하는가 아니면 그 내용을 향하는가에 따라 분화시키는 틀이 둘째이다. 또한 규제의 방법에 있어 표현시점을 중심으로 사전규제와 사후규제를 나누는 것이 셋째이다. 여기에 최근에 새로운 법리가 형성되고 있는 표현의 소통구조에 대한 통제는 둘째와 셋째의 규제방식에 대한 하나의 유력한 대안으로서 등장하고 있다.<sup>18)</sup> 이하에서는 방법규제와 그에 따른 집회·시위에 대한 국가규제의 법리를 중심으로 살펴본다.

#### B. 방법규제 v. 내용규제

표현에 대한 규제는 그것이 기반하는 준거와 관련하여 방법규제(method regulation) 혹은 내용중립적 규제(content-neutral regulation)와, 내용규제(content 혹은 content-based regulation)로 나눈다. 그리고 후자는 다시 그 내용이 담고 있는 일정한 입장을 대상으로 규제하는지의 여부에 따라 관점중립적 규제(viewpoint-neutral regulation)와 관점편향적 규제(viewpoint-based regulation)으로 나눌 수 있다.<sup>19)</sup> 방법규제의 경우 그 표현의 내용 즉 실체가 어떠한 성질의 것이

---

18) 통상적인 구분법인 접근규제(access regulation), 내용규제(content-based regulation), 소유규제(ownership regulation)의 구분은 무엇을 규제의 대상으로 하는가에 따른 것이지만, 내용규제를 제외한 나머지의 두 유형인 접근규제와 소유규제는 엄밀히 보자면 표현과 관련한 의사의 유통에 대한 규제에 귀결된다. 접근규제는 매체를 이용함으로써 자신의 의사를 표현할 수 있는 가능성을 모색한다는 점에서, 그리고 소유규제는 독과점을 배제함으로써 다양한 의사가 소통될 수 있도록 한다는 점에서 궁극적으로는 표현내용이 어떠한 경로를 통해 어떠한 방식으로 유통되는가 즉, 유통구조의 문제가 된다. 따라서 이는 엄밀히 보자면 구조규제의 하위 형태라고 할 것이며, 이에 여기서는 이 구분법을 따르지 않는다.

19) 이러한 분류법에 의하여 표현의 자유에 관한 법리를 설명하고 있는 대표적인 예로서는 C. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*(New York: Free Press, 1993) 참조.



건 어떠한 주장, 의견 혹은 사실표명을 제시하건 또는 누구에 의하여 그것이 표출되었건 관계없이 그 표현이 이루어지는 시간, 장소, 방법(time, place, and manner)을 중심으로 규제하는 방식을 말한다.<sup>20)</sup> 도서관 열람실 내(장소)에서는 그 내용에 관계없이(내용중립적) 열람시간동안(시간) 어느 누구도 큰 소리로(방법) 말하지 못하도록 하는 것이나, 관공서에 인접한 장소에서나 심야에는 옥외 집회나 시위가 금지되는 것(집회및시위에관한법률 제11조, 제10조), 공공시설물에 낙서하는 것을 금하는 것 등은 모두가 이에 해당한다. 여기서는 누가 무엇을 말하고자 하는가에 대하여는 무관심하다. 단지, 그 표현행위 그 자체가 어떠한 공익목적에 대립되며 따라서 그 표현행위를 규제할 뿐이다.

반면에 내용규제는 표현행위의 내용 혹은 실체를 중심으로 규율한다. 어떠한, 특정한 내용을 가진 표현행위는 규제되는 반면 그와는 다른 내용의 표현행위는 그대로 허용되는 경우다. 이 중, 관점편향적 규제는 어떠한 이슈를 특정한 관점이나 입장에서 서술하거나 평가하는 의견들을 규제의 대상으로 한다. 예컨대, 국가보안법 제7조에서 이적단체에 이익이 되는 표현을 금지하고 있다든지, 혹은 유대인학살(holocaust)를 부인하는 강연을 하지 못하도록 강제한다든지 하는 경우는 이에 해당한다. 반면, 내용규제 중 관점중립적 규제(viewpoint-neutral, content-based regulation)는 표현행위가 담고 있는 내용-주제나 표현기법 등-을 범주화하여 일정한 범주에 속하는 표현을 일괄적으로 규제한다. 예컨대, 학교에서는 학생들이 정치운동을 할 수 없게 하거나, 공무원들은 집단적 의사표현행위를 할 수 없도록 하는 것(국가공무원법 제66조)들이 여기에 속한다. 즉, 이러한 규제에서는 학생들이 어떠한 정치인을 지지하건 또는 어떤 정치적 입장을 취하건 관계없이 취급되며, 공무원의 경우에는 그 집단표현이 친정부적이건 반정부적이건 가리지 않는다.(물론 이런 규제는 그 자체로 위헌이다)

실제 이 방법규제와 내용규제, 혹은 행위(conduct)와 표현(speech)은 Ely교수도 밝히고 있듯이 100% 모두 행위에만 해당할 뿐 표현을 전혀 담고 있지 않는 경우도 없으며, 역으로 행위의 요소는 전혀 없이 100% 모두가 표현인 경우도 존재하지 않는다.<sup>21)</sup> 표현의 자유에 대한 국가의 규제가 신

20) 미국에서 이 부분의 대표적인 선례는 U.S. v. O'Brien, 391 U.S. 367(1968)이다. O'Brien은 1966. 3. 동료 3명과 함께 보스톤 남부지방법원청사 앞에서 국민역편입영장(selective service certificate)을 불태우고, '고의적으로 영장을 파손하거나 훼손하는' 행위를 금하는 일반군사훈련 및 복무법(the Universal Military Training and Service Act of 1948[1965]) 위반혐의로 기소되었다. 연방대법원은 상징적 표현행위라고 주장하는 O'Brien측의 주장에 대하여, 그 법률은 일정한 행정목적 달성을 위하여 적절한 수단을 선택하고 있으며, 그 범위내에서 행위가 가지는 비표현적(noncommunicative) 효과들만 처벌하고 있으며, 그들의 소각행위는 이러한 행정목적에 저해하고 있으며, 따라서 이를 처벌함을 정당화할 수 있는 충분한 정부의 이해관계가 존재한다는 이유로 합헌결정을 내리고 항소심의 위헌결정을 파기하였다. 이에 대하여 Douglas대법관은 O'Brien등의 행위는 그 자체 표현(speech)행위로서 월남전에 반대하는 의사를 표명한 것이기 때문에 이를 처벌할 수는 없다고 한다. Tribe 교수는 이 결정을 표현의 자유에 관한 법리의 제2단계(track two)라고 하면서 '명백하고 현존하는 위협'의 법리가 적용되는 제1단계(track one)에 비하여, 그때 그때 사안에 따라 표현의 자유라는 법익과 정부의 규제이익간의 균형(balance) 여하에 따라 그 규제입법의 위헌여부가 판단된다고 한다. Tribe, *American Constitutional Law*, 2nd. ed., pp.791-2 참조.

중하여야 함은 바로 이 때문이다. 비록 표현에 대한 규제가 이원화되어 방법규제 혹은 관점중립적 규제는 어느 정도 자유로운 영역에 속하는 것처럼 보이기는 하지만, 실제로 있어서는 방법/내용, 관점중립/관점편향의 구분 자체가 상대적이라는 점에서 언제나 조심스럽게 다루어야 할 필요가 나타나게 된다. 그리고 미국의 경우 바로 이 점으로 인하여 집회나 시위에 대한 공적 규제에는 행정청의 재량적 결정권에 대하여 극도로 부정적인 태도를 보인다.

이 영역에 있어 미국의 판례가 일관하여 명확성의 원칙을 강조하고 있음은 바로 이 점에서부터 연유한다.<sup>22)</sup> 무엇이 방법에 대한 규제인지 혹은 무엇이 내용에 대한 규제인지가 그 자체 명확하지 않을 경우 규제권을 가지는 행정청이 지나친 재량권으로써 실질적으로 자신에 비판적인 표현을 저지하고자 애쓸 가능성이 많기 때문이다.

### C. 표현 규제에 있어서의 명확성의 원칙

그 대표적인 사건이 *Cohen v. California*<sup>23)</sup>이다. 이 사건에서 미국연방대법원은 음란표현이나 혐오발언이 금지될 수도 있음을 인정하면서도 그 표현문구나 표현과정에서 나타나는 천박성(vulgarity)만으로 표현 자체를 금지하는 것은 허용되지 않는다고 선언하였다. 이 사건의 경우 미국연방대법원은 여성과 아이들이 함께 다닐 수 있는 법원 복도에서 징집에 반대하기 위한 목적으로 "Fuck the Draft"라고 쓰여진 옷도리를 입고 시위하는 행위를 처벌하는 캘리포니아주의 법률을 위헌이라 판단하면서 천박한 표현이 있다고 해서 그것이 던지는 메시지까지 부인하는 결과를 야기하여서는 아니될 것임을 선언하였다. 음란이나 혐오발언은 분명 표현의 자유의 보호범위에 해당되지 않지만, 그렇다고 해서 사소한 표현상의 문구를 이유로 그 정치적 메시지 자체를 부정하는 것은 허용되지 않음을 선언하고 있는 것이다.

공공장소에서의 복면착용행위를 처벌하는 캘리포니아주 형법 §650a의 규정을 위헌이라 선언한 캘리포니아주 항소법원의 판결<sup>24)</sup>은 다른 관점에서 의미를 가진다. 이 규정에 의하면 오락이나 엔터테

---

21) Ely, "A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing In First Amendment Analysis," *Harvard Law Review*, vol.88, 1975, p.1482 참조.

22) *Perry Educ. Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37(1983)은 학교 우편함을 다른 교원 노조원들은 사용할 수 없도록 한 노사협약을 합헌이라고 선언한 것이기는 하지만, 그럼에도 불구하고 표현의 자유에 대한 제한의 가능성을 명확하게 판단하고 있다. 이 판결의 경우 내용중립적 규제라 하더라도 중대한 주의 이익을 위한 것이어야 하는 동시에 엄격하게 재단된(narrowly tailored) 것이어야 함은 변함없다고 판단하고 있다.

23) 403 U.S. 15(1971)

24) *Ghafari v. Municipal Court*, 87 Cal. App. 3d 255, 150 Cal. Rptr. 813, 2 A.L.R.4th 1230 (1st Dis

인먼트를 위한 경우 또는 위생관련명령(health order)에 따른 경우를 제외하고는 자신의 신분을 숨기기 위하여 복면(mask)을 착용하는 행위는 경범죄로 처벌받는다. 이란계 학생이 시위하는 과정에서 자신의 얼굴을 유인물로 가리다 체포된 사건에서 캘리포니아 항소법원은, 이런 규정은 표현의 자유를 제한하는 것인 만큼 그런 금지규정으로 보호되어야 하는 필수적인 주의 이익(compelling interest)을 증명하여야 하며 동시에 오락이나 엔터테인먼트의 경우와 정치적 표현을 위한 시위의 경우가 어떻게 다르며 그것을 구별하는 기준은 무엇인지를 명확하게 규정하였어야 했다는 이유로 모호하기 때문에 무효의 법리를 적용하여 위헌으로 선언하였다.

Brandenburg v. Ohio<sup>25)</sup> 사건은 이전의 명백하고도 현존하는 위협의 법리<sup>26)</sup>와 단순한 옹호발언(advocacy)/선동(incitement)의 구분론<sup>27)</sup>을 결합함으로써 가장 강도 높게 표현의 자유를 보장한 판결로 손꼽힌다. 이 사건에서는 집회를 포함한 표현의 자유를 제한하는 법규정은 무엇이 금지되고 무엇이 금지되지 않는지를 명확하게 구획하여야 함을 판시하였다. 즉, 이 사건 적용법률의 경우 어떠한 행위에 대한 단순한 옹호발언과 즉각적인 불법을 촉발하는 발언(incitement to imminent lawless action)을 구분할 수 없기 때문에 그것은 위헌이라고 판단한 것이다.

요컨대 경찰관 등 행정관에게 어떠한 집회·시위가 “무질서한 행동을 촉발(provoke disorderly conduct)”한다든지 “불법침해를 야기한다(probably cause injury)”든지 혹은 “불법방해를 구성(create a disturbance)”할 것인지의 여부를 판단하고 이를 바탕으로 집회·시위를 허락할 수 있는 권한을 부여하는 것은 그 자체 위헌인 것이다. Beckerman v. City of Tupelo, Miss.<sup>28)</sup>는 이 점을 잘 보여준다. 집회·시위에 대한 소극적 규제를 가하고 있는 규정이라면 그것은 어떤 경우에 집회·시위가 허락될 것인지를 충분히 특정하여 규정하여야 하기 때문이다.<sup>29)</sup> 하지만, 이 사건에서 문제가 되었던 Tupelo시의 조례는 “무질서한 행동(disorderly conduct)”이 무엇인지 정의하는 규정도 두지 않았고 더구나 이 규정이 입법된지 얼마 지나지도 않아 미시시피 주 법원이 그 의미를 특정하는 판결을 내려 놓지도 않았다. 바로 이 점으로 인해 그 조항은 광범위하다는 이유로 위헌판단을 받게 되는 것이다.<sup>30)</sup>

---

t. 1978)

25) 395 U.S. 444(1969)

26) Abrams v. U.S. 250 U.S. 616(1919)에서의 Holmes 대법관의 반대의견

27) Masses Publishing Co. v. Patten, 244 F.535(S.D.N.Y. 1917)에서의 Learned Hand 판사의 의견

28) Beckerman v. City of Tupelo, Miss. 664 F.2d 502 C.A.Miss., 1981.

29) 이런 결정과 같은 취지의 것으로는, King v. City of Clarksdale, 186 So. 2d 228 (Miss. 1966); Central Florida Nuclear Freeze Campaign v. Walsh, 774 F.2d 1515 (11th Cir. 1985); Beckerman v. City of Tupelo, Miss., 664 F.2d 502 (5th Cir. 1981) 등 참조.

30) 예컨대 Lovell사건은 문제된 조례가 시간, 장소, 방법에 대한 그 어떠한 판단의 기준도 제시하고 있지 않

면허(permit)제도는 이 점에서 특별한 주목을 요한다. 집회·시위에 대한 규제가 만약 내용중립적으로 이루어진다면 특히 지방자치단체는 자신의 행정목적에 위하여 경우에 따라서는 집회·시위에 대한 면허제를 시행할 수도 있다. 하지만, 이 경우에는 그 면허의 조건이나 발부절차가 아주 명확하게(narrowly), 특정되어(specifically) 있어야 한다.<sup>31)</sup> 그래서 만일 어떠한 면허제도가 주택가에서의 주거의 평온을 도모하기 위한 목적으로 시행된다고 한다면 그에 따른 면허는 그러한 목적을 직접 침해할 위험이 있는 집회·시위만을 규제하여야 한다.<sup>32)</sup>

이와 관련하여 도시의 조례로 집회 자체를 직접 규제하는 방식도 헌법문제로 되어 왔다. 콜로라도주의 덴버에서는 월요일부터 금요일까지 5일동안 오전 6시부터 오후 7시까지 도시 중심부의 업무지역에서는 행진(parade)을 하지 못하도록 하는 조례를 제정하였다. 하지만, 이에 대해 연방순회법원에서는 도심지역(downtown area)은 주와 지방정부의 본거지이자 동시에 주의 상업적 이해관계가 집중되는 핵심지역인만큼 그것은 수정헌법 제1조의 행위(표현 및 집회·결사행위)가 결코 금지되어서는 아니되는, 적절한 public forum이라고 선언하면서 이런 조례는 사람들로 하여금 원하는 청중에게 가닿을 수 있는 기회 자체를 박탈하는 것이라고 판시하면서 이를 위헌으로 선언하였다.<sup>33)</sup>

이와 유사하게 행진을 금지한 조지아주의 Valdosta시 조례도 위헌판단을 받았다. 이 시는 학교가 개학중인 기간동안은 오전 9:30부터 오후 2:00까지, 그리고 방학중에는 오후 4:00까지만 행진을 할 수 있도록 규정하였다. 이에 대하여 연방순회법원은 이런 식의 시간제한으로 추구하고자 하는 정부의 목적이 명확하게 입증되지 않다는 이유로 위헌이라 선언하였다.<sup>34)</sup>

---

기 때문에 그 조례를 위헌이라 판단하였다.(밑줄은 인용자의 것)

31) Watchtower Bible and Tract Soc. of N.Y. v. Village of Stratton, 70 U.S.L.W. 4540(2002)에서는 방문권유면허를 받지 않는 채 가가호호 방문하면서 애걸하거나 호소하거나 권유하는 행위를 규제한 Stratton 시의 조례를 위헌으로 판단하였다. 실제 이 조례는 방문판매에 있어서의 사기행각을 막기 위한 것이었으나 막상 규제되는 행위는 이와 직접 관련없는 것까지 다 포괄하고 있기 때문이다.

32) 면허제와 관련하여 부기할 사항은 면허의 조건이 지나치게 과도해서는 아니된다는 원칙이다. 실제 집회·시위자에게 약간의 사용료를 부과하는 등 어떠한 부담을 주는 규제는 허용될 수도 있지만 그것이 과중하도록 재량의 여지를 부여하는 것인 때에는 허용되지 않는다는 것이 미국연방대법원의 입장이다. 즉, Forsyth County v. The Nationalist Movement(505 U.S. 123(1992)사건에서는 시가행진이나 시위를 하기 위하여는 1일 1,000달러 이하의 사용료를 부과하도록 한 시 조례에 대하여 그 자체가 표현의 자유에 대한 억제라기 보다는 그 사용료의 금액을 시당국이 임의로 조정할 수 있도록 함으로써 표현내용에 따른 억제가 이루어질 가능성이 많기 때문에 위헌이라고 판단하였다.

33) Sixteenth of September Planning committee, Inc. v. City and County of Denver, Colo., 474 F.Supp. 1333(D. Colo. 1979) 이 사건에서 연방순회법원은 시가 별도의 대안적 공간을 마련하였다고 해서 위헌성이 해소되는 것은 아니라고 부연하였다.

34) United Food & Commercial Workers Union Local 442 v. City of Valdosta, 861 F. Supp. 1570, 147 L.R.R.M.(BNA) 2197 (M.D. Ga. 1994)

#### D. 방법규제에 있어서의 기본원칙

집회는 다중의 회합이라는 점에서 그 물리력으로 인한 질서유지의 곤란성이 발생하고 나아가 교통 등 공중의 질서나 개인의 권리(주택가에서 집회가 이루어지는 경우 주민의 휴식권, 수면권 등 쾌적한 생활공간에 대한 권리, 혹은 재산권)에 대한 침해의 가능성이 존재하기 때문이다. 그래서 집회의 일시, 장소, 그리고 집회의 방법(피켓팅, 화형식, 또는 이동식 집회로서의 시위 등)에 따라 경찰행정의 대응방식이 달라져야 하는 만큼 이를 위하여 집회나 시위가 일어나는 시간과 장소에 대한 정보를 수집하여야 할 필요가 있고 이에 시민들이 협조할 것을 요구하는 것은 일반적 금지에 해당하지 않기 때문이다.

또한 경우에 따라서는 경찰행정청은 공중의 안녕이나 타인의 권리보호를 위하여 집회를 금지하거나 통제할 수도 있다. 다만 이때에도 엄밀히 말하자면, 집회의 주최자 등과의 협의에 의한 방법이 선행되어야 하며, 부득이한 경우에도 경찰행정청의 직권적 금지에 의한 통제보다는 법원의 가치분과 같은 방식으로 금지·통제하는 것이 타당하다. 왜냐하면 집회는 넓은 의미의 표현의 자유 특히 정치적(공적 문제에 대한 주장이라는 의미에서) 표현의 자유에 해당하는 것이기 때문이다.

이 점과 관련하여 미국연방대법원의 판결례는 중요한 시사점을 부여한다. 미국연방대법원은 표현의 자유를 규제하는 방식으로서의 시간-장소-방법규제가 정당하기 위해서는 세 가지의 요건을 충족시켜야 한다고 본다: ①규제대상의 표현이 가지는 내용에 의거하는 것이어서는 결코 아니되며(content neutral), ②중요한 정부이익(significant state interest)을 실현하기 위하여 그 규제방법이 엄격한 기준에 의하여 잘 다듬어져 있어야 하며(narrowly tailored), ③표현자들이 정보의 소통을 위한 대안적 통로(alternative channels)를 충분히 이용할 수 있는 상태에 있어야 한다.<sup>35)</sup> 이를 분설하면 다음과 같다.

첫째, 방법규제는 그 의미 그대로 표현의 내용에 근거한 것이어서는 아니된다. 즉, 규제대상이 되는 표현행위가 가지는 메시지에 대한 평가를 바탕으로 그 표현을 규제하는 것이어서는 안 되는 것이다. 오로지 그 표현내용과는 무관하게 행위를 중심으로, 그리고 행위를 대상으로 규제가 이루어져야 한다.

---

35) Clark v. Community for Creative Non-Violence, 468 U.S. 288(1984). 이 사건은 피청구인측인 「창조적 비폭력을 위한 공동체(CCNV)」가 무주택자의 애환을 표현하기 위하여 백악관 옆의 국립공원에서 텐트촌을 건립하고 거기에 투숙하고자 하는 것을 금지한 국립공원관리자의 처분(텐트촌 건립은 허가하되, 거기에서 숙박할 수는 없도록 함)은 이 요건에 해당되며 나아가 O'Brien의 기준에서 부합되는 만큼 표현의 자유에 대한 침해가 아니라고 판단하였다.

둘째의 요건은 중간단계의 심사(intermediate test)에 해당한다. 규제는 반드시 중대한 정부의 이익에 봉사하여야 하며, 그 수단으로서의 규제행위는 잘 재단되어 있어야 한다. 환언하자면 표현의 자유를 보다 덜 제한하는 다른 대안을 선택하여서는 달성할 수 없는, 그런 중대한 이익을 보호하기 위하여서만 규제가 허용되는 것이다.<sup>36)</sup> 하지만 이 때의 Narrowly tailored 요건은 엄격심사에서의 그것보다는 완화된다. 즉, 규제목적 달성을 위하여 가장 덜 제한적인 수단(less restrictive means)을 선택하여야 하는 것이 아니라, 정부의 목적을 달성하는데 필요한 정도보다 “실질적으로 더 넓은 수단”(substantially broader)<sup>37)</sup>을 선택하는 것을 피하기만 하면 된다.

셋째, 규제대상이 되는 표현자들이 정보의 소통을 위한 대안적 통로(alternative channels)를 충분히 이용할 수 있는 상태(open)가 이루어져 있어야 한다.<sup>38)</sup> 이 때 집회나 시위가 도로나 인도 등과 같은 public forum<sup>39)</sup>에서 이루어질 것이 예정되어 있는 경우 다른 대안적 통로를 마련해 주었다고 해서 행정청이 위의 둘째의 요건(중간단계심사)을 완화시켜 적용하는 것은 허용되지 않는다.<sup>40)</sup>

요컨대, 우리나라의 집시법이 결여하고 있는 가장 중요한 인식-집회와 시위는 가능한 한 자유로워야 하며 만부득 그것을 제한하는 경우에도 언제나 그 대안이 열려 있어 질서요청과 집회·시위의 기본권요청이 조화를 이룰 수 있도록 하여야 하며 그 조화로운 대안의 제시의무는 1차적으로 집회·시위를 금지하는 행정청이 진다는 점-이 이 사건에서 새롭게 조명되어야 할 것이다.

36) Clark v. Community for Creative Non-Violence, 468 U.S. 288(1984)

37) Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781(1989); Emanuel, op.cit., p.469에서 전제

38) Metromedia, Inc. v. San Diego, 453 U.S. 490(1981)

39) 이 개념은 인종차별에 반대하여 주청사로부터 법원까지 행진한 학생운동을 처벌하는 것은 표현 및 결사의 자유를 침해한 것으로 판단한 Cox v. State of Louisiana, 379 U.S. 536(1965)로부터 파생되었다고 한다. 이 개념에 관하여 자세한 것은 특히 Ronnie J. Fischer, ““What's in a Name?": An Attempt To Resolve the “Analytic Ambiguity” of the Designated and Limited Public Fora,” *Dickinson Law Review*, Vol.107, Winter 2003, P.639f 참조.

40) public forum이 아닌 경우 미국연방대법원은 규제의 가능성을 보다 많이 인정한다. 예컨대, 미국연방대법원은 공공도서관에서 연좌시위한 것에 대하여 “특별하고도 중요한 기능을 수행”하도록 되어 있는 도서관, 학교, 소방서, 법원 등의 경우에는 “질서와 평온”이 필요하다고 판단하면서 집회·시위와 관련할 때 이들은 거리와는 다른 판단의 대상이 되어야 할 것이라고 한다. Brown v. Louisiana, 383 U.S. 131(1966). 하지만, 그럼에도 불구하고 그 업무에 영향을 미치지 않게 하기 위하여 집회·시위를 규제하는 것은 허용되지만 반드시 구체적인 한계를 정해서 규제를 하여야 하며(Cox v. Louisiana, 379 U.S. 536(1965), 연방대법원 청사 주변의 건물에서 피켓팅하며 행진하거나 유인물을 나누어 주는 것 정도는 허용되어야 한다고 본다. U.S. v. Grace, 461 U.S. 171(1983) 사실 외국의 경우에는 일정한 시설로부터 몇 미터 이내 등과 같이 절대적인 기준에 의하여 집회나 시위를 금지하는 예는 거의 없다. 오히려 그 업무의 정상적인 수행을 방해하거나 인원의 안전을 위태롭게 하는가의 여부를 중심으로 판단할 뿐이다.

## E. 방법규제와 명백하고도 현존하는 위험

우리 헌법재판소는 시위의 개념을 두 가지로 나눈다. 즉, “도로·광장·공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행함으로써 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위”로서의 「행진시위」와, “위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는” 「위력시위」가 그것이다. 문제는 후자의 경우로, 여기에는 장소적 개념은 고려되지 않으며, 따라서 공중이 자유롭게 통행할 수 없는 장소라 하더라도 그 집회의 방법이 일정한 위력이나 기세를 동원하는 경우라면 시위에 해당한다고 보고, 이에 집시법의 적용을 인정한다<sup>41)</sup>는 점이다. 이러한 판단은 대학구내에서의 집회·시위가 그 주된 적용대상으로, 역사적으로 대학의 자치라는 이념에 의하여 엄격한 보호의 대상이 되어 왔던 대학 내 시위에 대하여 집시법 등 일반형사법이 적용되고 대학구내에 경찰력이 투입될 수 있는 여지를 마련해 두고 있는 것이다.

실제, 위력의 개념은 집회의 당연한 필요요소이다. 집회의 목적이 내적 단합을 도모할 뿐 아니라 외부적으로 동조자를 획득하거나 일반대중에 영향을 미치고자 하는 것도 지향한다면, 집회에 참여한 참가자의 수 즉 군중의 크기 그 자체가 위력이며 경우에 따라 어떠한 퍼포먼스를 한다든지, 외부인에 대하여 어떠한 접촉이나 대화를 도모한다는지 하는 것 모두가 위력에 해당한다. 문제는 그 위력이 사회질서를 혼란하게 할 경우에는 그것이 단순집회든, 행진시위든 관계없이 형사벌적 처벌의 대상이 되어야 하며, 이 판단은 집회의 목적과 위력의 양상 그리고 사회질서의 상관관계 속에서 구체적 타당성을 가지고 이루어져야 한다는 점이다. 그럼에도 헌법재판소(뿐만 아니라 우리 법제 전체)가 위력시위라는 개념을 별도로 설정하여 그에 대한 일의적 규제를 행하고자 하는 것은 반헌법적일 뿐 아니라 법의 구체적 타당성의 요청까지도 저버리는 일이다.

법리적으로 파악하자면 헌법재판소가 말하는 위력이란 엄밀히 보아 “사회질서를 교란시킬 위험”이라는 개념으로 대체하는 것이 더욱 적합할 것이다. 위력 자체가 문제가 아니라, 그것으로 인하여 침해되거나 훼손될 수 있는 사회질서 그 자체가 문제이기 때문이다. 하지만, 헌법재판소나 혹은 집시법 그 자체의 규정은 이런 논리를 알지 못 한다. 헌법상 표현의 자유를 제한하기 위한 법리로 흔히 제시되는 명백하고도 현존하는 위험의 법리를 제대로 이해하지 못하고 있는 것이다.

이 점과 관련하여 미국연방대법원의 판단은 의미 있다. 연방대법원은 시오니스트 유대인, 흑인, 루즈벨트 행정부 등에 대해 ‘끈적거리는 찌꺼기’, ‘뱀,’ ‘빈대’ 등의 표현을 사용하며 비난하면서 청중들을 격앙시키는 한편, 반대의 입장을 가진 사람들로 하여금 이에 대항하여 그 연설을 저지하기 위하여 폭력을 사용하게 만드는 등 사회질서를 교란시킨 Terminiello의 연설에 대해 평화교란죄

41) 헌법재판소 결정 1994.4.28 선고 91헌바14

(breach of peace)를 적용할 수 없다고 선고하였다. 이 판결에 의하면 “공공의 불편, 짜증 또는 불안을 훨씬 상회하는 중대한 실질적 해악을 야기할 가능성이 있는 명백하고 현존하는 위험이 제시되지 않는 한” 그 발언은 보호되어야 한다고 한다.<sup>42)</sup>

실제 미국연방대법원의 입장에서는 어떠한 집회나 시위로 인하여 사회적 위험이 발생할 우려가 있는 경우 그 집회나 시위 자체를 금지하거나 제어하기 보다는 발생이 예상되거나 발생하고 있는 위험 그 자체를 억제하거나 통제하는 것이 바람직하다고 본다.<sup>43)</sup> 혹은 일부의 비평가들은 미국연방대법원의 표현의 자유에 대한 법리적용은 표현의 자유에 대한 보호가 가장 덜 필요한 시기에 가장 많은 보호를 하는 형태로 운영되는 경향을 보인다고 비아냥거리기도 한다. 하지만, 그럼에도 불구하고 오늘날에 있어 미국연방대법원의 명백하고도 현존하는 위험의 법리는 표현의 자유를 보호하는 최선의 이론으로 그 역할을 다하고 있다. 그것이 대표적으로 나타나는 것이 앞서 설명한 *Brandenburg v. Ohio*<sup>44)</sup> 사건이다. 이 사건은 그 이전까지 서로 혼탁되어 명확한 구분이 이루어지지 못 했던 명백하고도 현존하는 위험의 법리<sup>45)</sup>와 단순한 옹호발언(advocacy)/선동(incitement)의 구분론<sup>46)</sup>을 별개의 지표로 분리시키고 이 양자의 중첩적용을 통해 표현의 자유에 관한 제한의 법리를 도출하였다. 즉, 종래에는 위험의 발생여부의 명확성·현존성만 가지고 판단하던 법리를 세분하여 이중의 보호장치를 만들고 이를 바탕으로 가장 강도 높게 표현의 자유를 보장한 판결로 손꼽힌다.

이에 의하면 제1단계 심사로 어떠한 표현이 불법한 행동을 즉각적으로(imminent) 초래하거나 혹은 만들어낼 가능성이 있는 경우를 판단한다. 제2단계심사는 그 표현이 행동을 직접 옹호하는 것인지 아니면 추상적인 원칙에 대한 주장인지를 판단한다. 즉, 어떠한 표현이 불법적인 행동을 초래하거나 만들어내는 것을 직접 목적으로 지향(의도)하는 경우 규제의 대상이 된다고 보는 것이다. 그래서 이 기준에 의할 때 단순한 위법의 옹호(mere advocacy of lawlessness)까지도 헌법적 보호의 대상이 되고 있다.<sup>47)</sup>

그리고 이러한 판단은 아직까지도 미국에서의 집회와 시위에 대한 규제의 법리로써 여전히 타당하다. 실제 이는 독일의 경우에도 크게 다르지 않다. 물론 미국보다는 완화된 법리를 채택하여 현

---

42) *Terminiello v. New York*, 337 U.S.1(1949)

43) *Tribe, L., American Constitutional Law, 2d ed.* (Foundation Press, 1988), p. 854. 예컨대, *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536 (1965);

44) 395 U.S. 444(1969)

45) *Abrams v. U.S.* 250 U.S. 616(1919)에서의 Holmes 대법관의 반대의견

46) *Masses Publishing Co. v. Patten*, 244 F.535(S.D.N.Y. 1917)에서의 Learned Hand 판사의 의견

47) *Smolla and Nimmer, id.*, p.3-93.



존성의 요건에 이르지 못하고 있지만, 그럼에도 불구하고 집회나 시위를 금지하기 위해서는 그로 인하여 사회질서가 직접 위험에 노출되어야 할 것을 요구하고 있다. 즉, 그로 인하여 사회질서가 위험에 빠지게 될 가능성은 단지 간접증거 내지 억측에 의해서 판단되어서는 아니되며, 언제나 개별적 구체적으로 이루어지는 위험예측에 기해야 한다고 본다.<sup>48)</sup> 또한 집회가 야기하는 위험성의 여부는 집회의 주최자 또는 지지자의 입장에서 판단할 것을 요구한다. 즉, 집회의 주최자 내지 그 지지자가 폭력행위를 의도하거나 혹은 타인의 폭력적 행위를 적어도 용인하고 있다는 판단이 고도의 개연성을 가지고 성립하는 경우에 그 집회는 비로소 “평온성”을 상실한 것이 되며 따라서 이에 기반하여 그 집회는 금지될 수 있다고 보는 것이다.<sup>49)</sup>

### ※ 방법규제에 대한 미국연방대법원의 입장 정리<sup>50)</sup>

#### 1) Public Forum인 경우

- ㉠ 중요한 주의 이익(significant state interest)을 증진시키기 위해 엄격하게 입안된(narrowly drawn) 경우 → <합헌>
- ㉡ 중요한 주의 이익(significant state interest)을 증진시키기 위해 엄격하게 입안되지(narrowly drawn) 아니한 경우 → <위헌>

#### 2) Public Forum이 아닌 경우

- ㉠ 대안적 통로(alternative channels)가 제시된 경우
  - ① 수단과 정당한 주의 목표 사이에 합리적인 연관이 있는 경우 → <합헌>
  - ② 수단과 정당한 주의 목표 사이에 합리적인 연관이 없는 경우 → <위헌>
- ㉡ 대안적 통로(alternative channels)가 제시되지 아니한 경우
  - ③ 중요한 주의 이익(significant state interest)을 증진시키기 위해 엄격하게 입안된(narrowly drawn) 경우 → <합헌>
  - ④ 중요한 주의 이익(significant state interest)을 증진시키기 위해 엄격하게 입안되지(narrowly drawn) 아니한 경우 → <위헌>

48) BVerfGE 69, 315

49) ibid. 이런 판시에 기하여 연방헌법재판소는 개개의 집회 참가자 또는 명백한 소수자의 위반행위를 이유로 전체 집회를 불법적인 것으로 선언할 수는 없다고 한다.

## 4. 우리의 집회 및 시위의 현실

### 4.1. 집시법의 현실

이상과 같은 미국연방대법원의 표현의 자유 혹은 그 분파영역으로서의 집회·시위의 자유에 대한 법리는 우리 헌법학계에서는 거의 수정이나 비판되지 않은 채 그대로 소개되어 왔다. 그 법리의 주요한 용어나 핵심적인 내용은 헌법학계 혹은 강단헌법학에서 주술처럼 되내어져 왔다. 그러나 이러한 “헌법학적”인 현상에도 불구하고 실제 집시법을 바라보는 시각은 상당히 왜곡된 채 오늘에 이르고 있다. 우리나라의 집시법은 1962년 제정된 이래 집회 및 시위를 헌법상의 기본권이라는 맥락에서가 아니라 사회질서의 교란행위 내지는 사회안전의 적이라는 관점에서 접근하여 왔다. 예컨대, 1962년 제정된 이래 집시법은 “집회 및 시위를 보호하고”라는 문구와 더불어 “공공의 안녕과 질서를 유지함”이라는 대항적 이익을 명시하고 있을 뿐 아니라, 신고제를 도입하였음에도 불구하고 그 신고의 성격을 경찰서장의 재량에 달린 허가제의 방식으로 운영할 수 있는 여지를 부여함으로써 실질적인 집회금지법으로서의 성격이 강한 채 존속되어 왔었던 것이다.

그래서 그동안 집시법에 대해서는 ①실질적으로 헌법이 금지하고 있는 허가제에 해당하는 형태로 신고제를 규제, 운영해 왔으며<sup>51)</sup> ②헌법구조상으로도 집회·시위를 필요악으로 오해할 수 있는 구조로 만들었다는 문제가 있으며, ③위력시위, 폭력시위 개념이 불명확하여 남용의 우려가 있을 뿐 아니라, ④주요도로에서의 집회제한, 소음규제, 학교등 주변지역에서의 집회제한 등 지나친 제한규정으로 점철되어 있으며, ⑤집회금지통고제도 등이 경찰청장에게 지나친 재량권을 부여하는 방식으로 규정되어 남용·오용의 가능성이 항존하며 ⑥절대적 집회금지사유로 위헌정당의 목적을 달성하기 위한 집회 등으로 규정하고 있으나 그 개념 자체가 애매·모호함으로 인하여 자의적 집행의 가능성을

50) S. L. Emanuel, Constitutional Law(New York: Aspen Publishers, 2002), p.448의 표를 재구성함.

51) 이런 구조는 독일도 유사하여 신고제를 도입하면서도 허가제의 방식으로 운영되고 있다고 한다. 조병인, 전거서, 91면. 하지만 독일의 경우에는 ①비례원칙의 요청에 따라 집회금지처분은 다른 보충적 수단을 강구한 연후에 최후로 이루어져야 하며, ②‘직접의 위험’이라고 하는 문언은 개별적 구체적인 사실을 근거로 그 위험성의 예측을 요구한다고 하여 그 제한수단의 한계를 설명하고 있다. BVerfGE 69, 315 [353] 그에 의하면 도로교통의 저해방지 내지는 교통혼잡의 회피 등은 집회금지처분의 사유에 해당하지 않는다고 한다. 순수하게 방법규제로 일관하면서 구체적 위험의 존재여부만으로 집회·시위에 대한 규제를 하고 있는 것이다. 독일에서도 신고없이 집회한 자에 대하여 처벌할 수 있는가에 대하여는 논란이 일고 있다고 한다. 특히 우발적 집회나 긴급집회의 경우에는 신고의무가 적용될 수 없다고 보는 것이 일반적이며, 일반적인 집회에 대하여도 미신고집회자에 대한 형벌조항은 헌법적 존속성이 없다고 보는 입장이 많은 지지를 얻고 있다. 이에 대하여는 Dietel, Gintzel, Kniesel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit (Carl Heymann Verlag, 1991). 282면 이하 참조.

열어두고 있는<sup>52)</sup> 등 위헌적인 요소가 적지 않은 것으로 지적되어 왔다.

#### 4.2. 4·18 집회 - 법적 은폐물로 포기한 경찰폭력

실제 1980년대 중반이후 우리 사회는 하루가 다르게 민주화의 역정을 달려 왔다. 하지만, 그럼에도 불구하고 과거 권위주의적 통치의 잔재를 일소하지 못하여 경우에 따라서는 인권이 침해되는 것을 인내하는 것이 국가사회를 위한 우리의 의무인 것처럼 인식되기도 하였다. 혹은 이 민주화의 과정이 시장적 자유주의와 혼탁되면서 정작 중요한 가치로서 보호하여야 할 인권목록의 일부가 재산권적 권리에 종속되는 하위가치로 오인되는 경우도 생겨났다.

집시법의 태도는 이러한 잘 못된 인식의 대표적인 예를 이룬다. 그것은 과거 권위주의정권에서 집회·시위를 금기시하던 관행을 그대로 이어받는 한편, 경찰청을 중심으로 하는 국가기관의 잘못된 인권의식(필요악으로서의 집회·시위)에 그들의 행정편의주의가 편승함으로써 법률의 전체 구조가 위헌적인 형태로 이루어지게 된다. 뿐만 아니라, 최근의 경제중심적 사고들은 물질적 생산성의 논리를 집회·시위로 표출되는 민주주의의 실천태에 우선하는 변태성을 당연한 것으로 받아들이게 한다. 교통정체의 문제는 시위라고 하는 민주적 의견표현행위에 수반되는 필요비용이다. 그럼에도 불구하고 집시법은 이를 전도시켜 교통의 소통을 위하여 민주주의를 희생시키고 집회·시위의 자유를 제한하는 방법을 선택한다.

한마디로 현행 집시법은 경찰청의 의견을 바탕으로 한 것 이상으로 집회·시위에 대하여는 적대적이며 행정규제-경찰질서규제에는 친화적인 것으로 되어 있다. 그것은 행정편의주의에 입각하여 집회·시위와 관련한 모든 행정조치의 판단권한이 경찰관서에 일임되어 있음에서 잘 나타난다. 즉 경찰관서의 재량적(혹은 자의적) 판단에 의하여 거의 대부분의 집회·시위의 운명이 결정되는 구조를 갖추고 있는 것이다.

<그림 1>의 차벽은 그 대표적인 불법의 사례이다. 이는 헌법재판소가 통행권의 침해로 위헌이라고 판단하였던 사례(<그림 2>)의 범주를 넘어선다. 이것은 다음과 같은 점에서 단순히 집회 혹은 시위의 공간적 범위를 표시하는 경찰관직무집행법상의 “교통표지”라는 일종의 ‘농담’<sup>53)</sup> 이상의 의

52) 예컨대 국가보안법이 가지는 애매모호성을 감안한다면, 정치적 성격의 집회·시위의 상당부분은 불법집회가 되어 금지의 대상이 되어 버린다. 자세한 것은 임재홍, “시위의 자유의 범위와 한계(상),” 인권과정의, 1991.3. 참조. 참고로 신고제를 취하고 있는 독일의 경우에도 이런 절대적 금지사유는 존재하지 않는다.

53) 노컷뉴스, “구은수 서울경찰청장 “차벽도 표지”...과잉해석 논란,” 2015-04-20, <http://www.nocutnews.co.kr/news/4401100>



<그림 1> 민중의소리, “시민들과 만난 세월호 가족들 “24일 청와대로 가자”, 2015-04-18, <http://www.vop.co.kr/A00000875284.html>



<그림 2> 헌재에 의해 위헌판단을 받은 차벽

라 경우에 따라서는 외부로부터 이들을 차폐하여 고립시킨다는 점에서 엄청난 심리적 압박감을 부여한다. 일종의 폐쇄공간에서 나오는 심리적 불안감과 공포심을 강요하는 것이다. 이는 법적인 의미에서 보자면 분명 폭력 그 자체가 된다.

④<그림 3>이나 <그림 4>, <그림 5>와 같은 경우는 집회 참여자에 대해 그 공간적 이동능력을 아예 박탈하고 있다. 이는 명실상부한 구금행위에 해당한다. 물론 <그림 4>나 <그림 5>의 경우에는 신체의 움직임까지도 불가능한 수준으로 압박하고 있다는 점에서 체포행위라는 의미도 병과된다. 문제는 이러한 구금, 체포행위에 수반되어야 하는 영장이 없다는 점이다. 즉 이들의 행위는 불법감금의 죄책을 면하기 어렵다.

미를 가진다.

①우선 그것은 시민의 통행을 가로막는다는 점에서 헌법재판소의 결정처럼 통행권이라는 기본권을 침해함으로써 헌법위반이 된다.

②더불어 그 통행권의 침해수단으로 적법한 경찰장비를 사용하는 것이 아니라 경찰수송자를 줄이어 집회 또는 시위 참가자 앞에 도열·과시함으로써 그 자체 폭력행사의 의미를 가진다. 버스와 같은 것은 넘어설 수 없는 장벽이자 동시에 대중들에게 위압감을 주면서 겁박의 수준에까지 이르게 되는 적나라한 물리력이다. 즉, 차벽은 문자 그대로 국민을 향해 행해진 물리적 국가폭력으로 이는 어떤 법적 근거도 갖지 않는 위법행위이다.

③뿐만 아니라, 실제 이 부분은 엄밀히 보자면 <그림 3>의 경우에서 보는 것과 같은 맥락성을 가진다. 그것은 집회나 시위의 참여자를 외부로부터 분리시킬 뿐 아니



<그림 3> 오마이뉴스, “세월호 유가족 둘러싼 경찰 병력,” 2014-05-09, <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=047&aid=0002055752>



<그림 4> 뉴스1, “경찰에 포위당한 대학생들,” 2012-04-01, <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=003&aid=0004420064>

⑤그 외에도, 차벽이나 경찰병력으로 집회자들을 에워싸는 것은 집회자의 집회를 일반시민들의 시선으로부터 차단한다는 점에서 그 또한 집회의 자유를 침해하는 것이 된다. 집회란 자신들의 주장을 다른 시민들에게 알리고 그들의 동의와 참여를 구하는 행위이다. 하지만 차벽이나 경찰병력에 의한 벽 쌓기는 이런 집회의 본질적 기

능을 박탈한다는 점에서 그것은 그 자체만으로 위헌일 수밖에 없다.

그 외에도 4·18집회에 대해 경찰이 행사한 폭력을 정당화하는 경찰의 논리는 너무도 영성하기 짝이 없다. 외교공관 주변이라는 논의는 애당초 2004년 집시법개정과정에서 이미 극복되었던 사안이다. 외교공관이기 때문에 집시가 당연히 제한될 수 있는 것

은 아니며, 그 외교공관의 평화적 업무수행이 불가능한 경우에만 예외적으로 제한될 수 있다는 것이 벌써 그 당시에 법적 합의는 물론, 범사회적인 합의까지도 이루어진 것이라고 보아야 한다. 나아가 태평로가 주요도로라는 주장 또한 더 이상의 반론도 필요 없을 정도로 무리한 것이다. 이미 우리 법원은 교통소통이라는 공익은 집회나 시위라는 기본권행사이익에 우선하는 것이 아님을 명확히 하였기 때문이다. 이 양자는 차선통제라든지 “시위 참가인원 및 행진노선과 행진방법의 제한 등 적절한 조건을 부과하는 것”으로 얼마든지 조정가능하며 상호 밸런스를 유지할 수 있기 때문이다.





<그림 5>노컷뉴스, “[세월호 참사] ‘삼중 포위’에 ‘캠코더’까지...경찰 ‘과잉대응’ 빈축,” 2014-05-09, <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=079&aid=0002594425>

이런 점을 종합하자면, 실질적으로 위헌적인 것이라고 보아야 할 집시법의 틀조차도 제대로 지키지 못하거나 지킬 의사가 없는 경찰의 횡포는 우리 법치를 불법의 폭력시대로 내몰고 있다. 그것은 기존의 집시법이 안고 있던 문제점을 더욱 가중시키면서 집회·시위의 자유를 보장하고 있는 우리 헌법의 기본취지를 불식시킬 뿐

아니라 국가 혹은 정권의 안보를 위한 폭력수단으로서 집시법 혹은 경찰력이 변질되고 있음을 암시한다. 집회·시위를 국민의 기본적 권리로서 국가가 그 실현을 최대한 보장하여야 할 의무를 지고 있는 것으로 인식하기보다는, 혹은 만보를 양보하여 그것을 단순한 사회적 필요악 정도로도 인식하지 않는다. 이미 이 자리에는 법치도 법질서도 존재하지 않았다. 오히려 헌법의 규정은 물론 집시법이나 경찰관직무집행법과 같은 법률의 규정도 아랑곳없이 그저 그들의 이익을 지켜내기 위한 홍위대의 폭력 그 외에는 아무 것도 아닌 반법치의 횡패가 이루어지고 있을 뿐이다.

실제 경찰이 시민들의 집회를 따라다니며 자행했던 불법과 폭력은 이 차벽의 연속선상에 존재한다.<sup>54)</sup> 수많은 경찰병력을 동원하여 집회현장을 겹겹이 둘러싸 시민들을 완전히 고립시킴으로써 그들이 자신의 주장을 다른 사람에게 알릴 권리를 박탈하는 한편 이들에게 폐쇄공포의 심리폭력을 가하는, 전대미문의 불법행위는 그 대표사례이다. 또 적법한 절차도 없이 무차별적으로 불심검문에 나선다든지 시도 때도 없이 채증이라는 명분으로 들이대는 카메라로 모든 사람들을 범죄인 취급하며 그 인권을 유린해 왔다. 자유민주주의의 꽃이라고 해야 할 집회의 자유나 표현의 자유는 아랑곳없이, 시민의 안전이나 평화의 이념은 간 곳도 없이, 법치의 선봉에 서야 할 경찰이 스스로 법을 유린해 가며 우리의 사회를 야만의 상태로 몰아 가고 있는 것이다.

물론 경찰은 “질서유지”라는 말을 거의 조건반사적으로 내뱉는다. 그러면서 질서를 지키며 평화를 이루어진다는 시민의 집회를 짓밟는다. 하지만 이는 시민들에 대한 기만에 불과하다. 민주국가

54) 이하는 한상희, “다시 돌아온 불통의 차벽,” 2015.4.19., [http://news.khan.co.kr/kh\\_news/khan\\_art\\_view.html?artid=201504191501351&code=990308](http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201504191501351&code=990308)에서 인용.

의 최대의무는 대중의 목소리를 듣는 것이다. 교통이나 질서의 문제는 그 다음의 순위다. 그 목소리가 많은 사람의 것이라면 그만큼 그 의무는 커진다. 질서유지 운운하며 대규모 대중집회를 봉쇄해버리는 것이 노골적인 국가폭력이 되는 것은 이 때문이다.

원래 거리는 일상의 정치공간이다. 그곳은 대화와 공감의 장소이며 연대의 자리이다. 하루하루 삶의 고달픔에서 나라 살림 돌아가는 꼴까지 사람들은 길거리에서 혹은 광장에서 자신의 목소리를 내어 놓는다. 특히 힘없고 돈 없어 서러운 장삼이사의 서민들이 가진 자들의 권력에 맞서 자신의 애환을 나누고 삶의 희망을 말하는 유일한 통로는 바로 이 공간이다. 그러기에 법을 지키는 경찰이라면 질서를 앞세우며 폭력으로 겁박할 일이 아니라 이들의 외침이 자유로울 수 있도록 보호하는 방안을 먼저 생각하여야 한다. 혹은 제대로 된 정부라면 차벽의 뒤편에서 엄폐·은폐를 일삼으며 이리저리 잠적해 버릴 일이 아니라 그들 앞에서 나서 그들의 아픔을 껴안을 수 있어야 한다.

그래서 우리는 세월호 참사의 슬픔까지도 차벽으로 가로막고 나서는 경찰에 환멸을 느끼게 된다. 여기에는 국가가 없기 때문이다. 국민과 함께 하며 국민을 위하여 존재하는 국민의 국가는 이제 이곳에 없다. 오로지 무한탐욕의 권력만 있을 뿐이며 그 권력의 뜻을 받들어 일신영달을 꿈꾸는 과잉충성의 폭력만이 존재한다. 아니 우리의 국가를 그들이 침탈하고 있을 뿐이다. 거리에 나서고 광장에 모인 우리가 바로 국가이기 때문이다. 대한민국의 주권은 국민에 있고 국민은 거리에서 이 주권을 행사한다. 그것이 집회와 시위의 자유이며 민주주의이며 대한민국의 정치적 윤리이다.

## 4·18 연행자에 대한 광범위한 핸드폰 압수수색의 문제점

신훈민 | 진보네트워크센터 변호사

418 세월호 추모집회에서 집회 참가자 100명이 연행되었고 그 중 40여명에 대해서 압수수색 영장이 발부 되었습니다<sup>55)</sup>.

### 1. 영장의 남발

당시 현행범으로 체포된 시민들의 범죄혐의는 대부분 ‘해산명령불응죄’와 ‘일반교통방해죄’입니다. 이 범죄혐의를 입증하는데 휴대폰은 그리 중요한 증거가 아닙니다. 경찰도 이러한 사실을 알고 있습니다. 이 사건 영장 발부와 관련하여 경찰이 주장하는 압수수색이 필요한 사유의 요지는 아래와 같습니다.

‘사전에 계획된 조직적인 범행이다. 범행의 전모를 밝힐 필요가 있다. 조직 내 상부와 하부조직원 사이에 지시가 오갔을 것이다. 이를 확인하기 위하여 피의자의 휴대폰을 압수하여 전화번호부, 통화내역, 사진, 문자메시지, 메신저 앱에 저장된 대화내용 등을 분석해야 한다’

55) ‘423 세월호 추모집회 연행자 휴대전화 마구잡이 압수수색 중단 촉구 기자회견’ 참고



즉, 광범위한 418집회 압수수색은 피의자 당사자의 혐의 입증보다는 418 추모집회를 조직범죄로 만들기 위한 경찰의 의도가 담겨 있는 것으로 보입니다.

현대인들에게 휴대폰은 통신기기 이상의 의미입니다. 휴대폰이 압수된 연행자 중 일부는 심각한 고립감을 호소하고 있습니다. 단순참가자들의 범죄혐의(해산명령불응죄, 일반교통방해죄) 입증에 도움이 되지 않고, 경찰의 망상에 따른 가상 조직을 찾기 위해서 이루어진 광범위한 휴대폰 압수수색은 공권력이 남용이라고 밖에 볼 수 없습니다.

## 2. 페이스북, 이메일 등의 내용 확인

페이스북이나 이메일의 내용을 확인하는 것은 418 집회에서 발부된 휴대폰에 대한 압수수색 영장으로는 불가능합니다. 이 사건 영장은 휴대폰에 저장된 전자정보를 압수 대상으로 삼고 있습니다. 페이스북이나 이메일 등은 외부에 서버가 있고 휴대폰은 서버 접속을 위한 매개체에 지나지 않습니다. 즉 페이스북이나 이메일의 내용을 확인하기 위해서는 별도의 서버에 대한 별도의 압수수색 영장이 필요합니다.

그러나 경찰은 연행자들에게 페이스북 비밀번호를 요구하고 실제 접속을 하여 페이스북 내용을 확인했습니다. 영장이 있었다 하더라도 확인할 수 없는 내용을 영장조차 없는 상태에서 피의자들을 압박하여 확인한 것입니다. (경찰에서는 피의자의 협조를 받아 확인하였다고 주장할 수 있으나, 이 사건 영장으로도 확인이 불가능한 개인의 사생활까지 자발적으로 경찰에 보여주었는지 의문입니다.)

## 3. 압수 절차의 원칙이 예외가 되고 예외는 일반화 됨

흔히 휴대폰 압수라고 말하지만, 정확한 압수대상은 ‘휴대폰에 저장된 전자정보’입니다. 휴대폰이 직접적인 흥기로 사용되지 않은 이상, 휴대폰 그 자체는 전자정보를 담는 그릇입니다.

전자정보 압수는 저장매체에 소재지에서 수색검증 후, 혐의 사실과 관련된 전자정보만을 문서로 출력하거나 촬영하는 방법으로 진행하는 것이 원칙입니다. 즉, 압수수색 영장이 발부되었다 하여 피의자의 휴대폰을 서울청으로 보내어 휴대폰 전체를 복제하여 포렌식하는 것이 아니라, 일선 경찰서 현장에서 피압수자의 협조 하에 범죄 혐의와 관련된 내용만을 추출하는 과정을 거쳐야 합니다.

그러나 실제 압수 집행 과정에서는 이런 원칙은 지켜지지 않고, ‘피의자가 협조요청을 거부하였다, (혹은 협조하였더라도) 삭제된 정보가 있을 수도 있다’는 이유만으로 휴대폰 자체를 압수하였습니다. 영장 발부 전 피의자가 휴대폰 대한 임의수사에 협조하지 않는 것은 당연한 권리 행사일 뿐이며, 단순히 휴대폰에 손을 대었다거나 휴대폰을 주지 않으려 했다는 사실 역시 구체적인 증거인멸 정황이라고 보기 어렵습니다.

#### 4. 휴대폰 전체 복제의 문제점

서버 압수수색의 경우 서버 전체를 복제하지 않습니다. 서버를 외부에서 분석하는 경우에도 며칠씩 걸려 혐의와 관련된 추출합니다.

그러나 휴대폰의 경우 일선 경찰서에서 서울청으로 반출되는 경우, 혐의사실과 관련이 없는 내용을 포함하여 전체 복제를 합니다. 이후 전체 복제된 파일을 재정리하고 일선 경찰서에서 내용 추출하는 작업을 진행합니다.

휴대폰에는 개인의 모든 사생활이 들어가 있기 때문에 이를 전체 복제하고 경찰에서 원본을 보관하는 것, 그리고 수사를 위하여 분석하는 과정에 대화의 전후 맥락 등을 파악해야 한다는 이유로 상당 기간의 대화내용(사실상 휴대폰 구입일로부터)을 확인할 수 있는 길을 열어 놓은 것은, 범죄혐의와 관련된 내용만을 추출해야한다는 영장주의의 기본 취지와 개인의 사생활 보호 원칙에도 반한다고 보아야 합니다.

#### 5. 결론

그 외에도 압수수색 영장 미제시(혹은 불충한 제시), 압수수색 절차 참여권 미고지, 휴대폰 포렌식 과정에서 탈옥(향후 A/S 불가)/파손 가능성, 압수수색 후 휴대폰 반환 지연 등의 문제점이 있습니다.

범죄의 유형에 따라 휴대폰 압수수색의 불가피한 경우가 있습니다. 그러나 418 세월호 추모집회의 경우 휴대폰 압수수색이 불가피하였다고 볼 수 없으며, 집회참여자들에 대한 의도된 과잉 대응의 일환입니다.

## 경찰력에 대한 시민감시의 필요성과 제안

최은아 | 인권운동사랑방 상임활동가

얼마 전 프란치스코 교황님의 글을 읽다가 ‘개인의 자유를 보장하기 위한 국가의 역할’이란 문구를 보고, 아! 국가가 개인/집단의 자유를 증진시키기 뭔가 역할을 하기도 하구나 하는 생각을 했습니다. 한국사회에서 ‘국가’라는 존재가 워낙 개인/집단의 자유를 훼손하고 침해해온 존재이다 보니, 새로운 국가공동체에 대한 상상조차 쉽지 않은 것 같습니다.

2015년 4월 세월호 집회에 등장한 차벽을 보면서, 2008년 촛불집회 차벽이 데칼코마니처럼 보였습니다. 당시 시민들은 “대한민국은 민주공화국이고 모든 권력은 시민에게 있다”는 말을 참 많이도 외쳤습니다. 지금 시민들은 “세월호특별법 시행령을 폐지하라”고 말하고 있습니다. 나에게는 두 주장이 데칼코마니처럼 다가옵니다. “더 이상 이런 사회에서는 살 수 없다. 세상을 바꾸고 싶다”는 외침으로!!

1. 세월호 특별법 시행령폐지를 요구하며 청와대로 가려했으나 보이는 것은 ‘차벽’ ‘깡싸이신’ ‘경찰’ ..... 시민항의, 스스로 생각하고 말하고 모임에서 움직임이 시작되다.

세월호특별법 시행령 폐지를 요구하며 청와대로 가려했으나 보이는 것은 ‘차벽’ ‘캠싸이신’ ‘경찰병력’ 등. 현재 시민이 국가를 마주하는 방식입니다. ‘차벽’ ‘캠싸이신’ ‘경찰병력’에 마주하는 시민들은 가만히 있지 않았습니다. 경찰에게 따졌고 불복종으로 맞섰습니다. 4.11/4.16/4.18 세월호 집회에서 보여준 시민항의는 국가와 나의 관계를 바꾸려는 역동적인 목소리와 몸짓이라고 저는 생각합니다. 물론 경찰은 듣거나 말거나 하지만. 이후 경찰은 언론, 국회의 질타를 들으면서도, 차벽이 질서유지선이라는 등, 법이 없으면 만들겠다는 등 줄곧 거짓의 얼굴로 시민을 대하고 있습니다. 국가 스스로 법을 어기고 거짓이 드러나도 부끄러운 줄 모르는 국가를 향해 시민들은 스스로를 변화시키며 불복종을 선택했습니다. 시민들은 집회를 방해하는 경찰력을 향해 함성을 지르고 차벽으로 막히면 돌아가고 그 자리에 앉아 농성하고..... 그러면서 아주 조금씩 앞으로 앞으로 걸어가고 있습니다. 시민항의, 스스로 생각하고 말하고 모이면서 움직임이 시작됩니다.

서구 사회에는 정부에 의해 자신의 주권이 침해당했다고 여길 때 시민이 선택하는 적극적인 저항 방법으로 ‘시민불복종’이 있고, 이는 ‘시민저항권’으로 확대되기도 했다. 국가가 권력을 남용해 시민을 공격하면, 시민들은 부당한 권력에 맞서 자기방어를 할 수 있다는 논리다. (한겨레21 2015.5.5 1059호 여섯 겹 차벽 ‘인권치매’ 경찰)

세계인권선언은 ‘폭정과 억압에 대항하는 마지막 수단’으로서 저항권의 행사를 인정하고 있습니다. 부당한 법률과 명령에 불복종하는 저항권의 행사를 국제법상 권리이자 의무로까지 승격시킨 바 있습니다. 부도덕한 정권과 국가를 바꾸려는 시민행동은 저항권의 발현입니다. 인권옹호자 선언 12조 1항은 “모든 이들은 개별적으로 공동으로, 인권과 기본적 자유의 침해에 저항하는 평화적인 활동에 참여할 수 있는 권리를 갖는다”고 하여 평화적 저항권을 재확인하고 있습니다.

## 2. 인권침해감시단은 ‘특별한’ 사람들만 하나요?

인권침해감시단 활동은 특별한 사람들만 하는 것은 아닙니다. 단지 저희들은 ‘시민항의’를 촉진하는 사람들입니다. 경찰은 적법하고 인권침해 없이 공권력을 집행한다고 주장하지만, 경찰이 적극적으로 집회시위의 권리를 제한하려는 강한 의지를 보이는 한 집회시위 현장에서 경찰에 의한 인권침해가 발생할 개연성이 높습니다. 그 현장에서 경찰력을 견제하는 역할은 시민 우리 모두의 역할이라고 생각합니다. 인권을 증진하기 위한 활동은 그 자체로 누구에게나 개방되고 보장받아야 할 인권으로, 유엔 역시 “유엔 인권옹호자 선언”을 통해 인권옹호 활동을 보장하고 있습니다. 유엔 ‘인권옹호자 선언문’의 핵심적인 정신은, ‘모든 사람은 인권의 증진, 보호, 실현을 위해 노력할 권리를 가진다’고 천명하면서, 이를 위해 △평화적 회합 또는 집회 △비정부기구, 협회, 또는 단체의 결성,

가입 및 참여 △비정부 또는 정부간 기구와 의견 교환을 명시하고 있습니다.

인권단체들은 2004년부터 집회시위 현장에서 공권력에 의한 인권침해를 감시, 견제하기 위한 “인권침해감시단”을 구성하여 활동을 해왔습니다. 그동안 2006년 평택미군기지, 2008년 촛불집회, 2011년 희망버스에서 감시활동을 해왔습니다. 인권침해감시단은 아래와 같은 일을 합니다.

#### ▷ 집회 현장에서 발생하는 인권 침해 조사 및 기록, 자료화

집회시위 현장에서 강제적인 불심검문, 경찰의 위법하거나 과도한 무기사용, 원천봉쇄에 가까운 차벽설치, 원천적인 이동차단, 필요 이상의 이동 자유 제한, 현행범 체포 요건에 맞지 않는 위법한 체포, 공격적 해산 및 위협, 집회 참여자에 대한 사진 및 동영상 채증, 경찰에 의한 언어적 폭력 등을 감시하고 이러한 사례를 목격하고 조사해 기록, 자료화합니다. 사례조사, 증언, 언론 자료들을 모아 헌법과 국제인권기준, 법원 판례에 기초한 실태 및 분석 보고서를 제출합니다.

#### ▷ 자의적이고 폭력적인 법집행 과정 감시와 항의

집회시위 현장에서 불심검문, 경찰의 위법하거나 과도한 무기사용, 원천봉쇄에 가까운 차벽설치, 원천적인 이동차단, 필요 이상의 이동 자유 제한, 현행범 체포 요건에 맞지 않는 위법한 체포 등 자의적인 경찰의 법집행에 대해 감시하고 항의합니다. 최근 경찰의 공격적인 해산과 검거위주의 집회대응으로 인해 다수 시민들이 연행하고 부상을 경험하는 경우 이 과정에서 인권활동가들은 미란다 원칙을 비롯해 체포적부심사 청구 고지 등과 같은 인신구금에 있어서 적법절차가 지켜지도록 감시하고 항의합니다. 또한 연행되는 시민들에게 ‘인권을 지키는 시위대를 위한 안내서’를 배포합니다. 안내서에는 집회시위현장 및 형사소송 과정에서 시민의 권리가 무엇인지 안내하고 있습니다.

#### ▷ 피해 구제를 위한 국가인권위원회 진정 및 국가배상청구 소송 등 피해자 지원

경찰폭력 피해사례를 수집해 기자회견, 보고대회를 통해 사회에 알리고 피해사례를 국가인권위원회에 진정하거나 국가배상청구소송을 하기도 합니다. 또한 유치과정에서 피해자의 방어권을 행사하기 위한 지원 및 상담 활동을 전개합니다.

#### ▷ 사법부의 인권친화적인 판결에 반하는 경찰의 법집행 모니터

경찰이 과잉하게 법집행을 한 것에 관해 그동안 사법부는 인권친화적인 판결을 내렸습니다. 집회 시위와 관련해 최근 △차벽설치위헌결정(2009헌마406) △상경저지 위법판결(2007고합13) △미신고 집회에 대한 해산명령 위법(2011도6294) 등이 있었습니다. 그럼에도 경찰은 사법부의 판결에는 아랑곳 하지 않고 경찰의 관행대로 차벽을 설치하고 신고하지 않았다는 이유로 경고방송을 진행하며 위협적으로 해산절차를 이행합니다. 이에 인권활동가들은 사법부의 판결을 경찰에게 이야기하며 위법한 관행의 종단을 촉구합니다.

#### ▷ 경찰폭력이 처벌되지 않는 관행으로 불처벌과의 투쟁

인권침해에 관해 처벌되지 않는 관행을 ‘불처벌’이라고 합니다. 국제인권규범은 불처벌과의 투쟁을 통해 불처벌에 관한 국가의 의무를 명시적으로 제시하고 있습니다. 즉 모든 인권 침해에 관해 국가는 반드시 조사를 하여 진실을 밝히고, 인권 침해 피해자들이 보상 받을 수 있게 하며, 가해자들에게는 책임을 묻고 그러한 인권 침해가 반복되지 않도록 조치를 취할 의무를 국가에 부여하고 있습니다. 그러나 집회시위 현장에서 경찰에 의해 발생하는 불법행위나 폭력행위는 ‘형사범죄’로서 처벌되지 않습니다. 집회시위 현장에서 진압 작전을 수행하는 경찰의 경우 신원을 확인할 수 있는 식별표시가 부착되어 있지 않아 과잉 진압 사건에 대한 조사에 큰 어려움을 겪고 있습니다. 실제 검찰은 많은 경우의 경찰 폭력 고소 사건에 대해 가해자를 특정할 수 없다는 이유로 불기소 처분을 내리고 있습니다. 그렇기 때문에 인권침해 감시단이 현장에서 경찰폭력의 관련자를 파악하는 것이 필요합니다.

그러나 인권옹호활동은 검경의 표적이 되기도 합니다. 최근 권영국 변호사님의 경우 집회현장에서 공무집행방해죄로 연행되어 영장재청구까지 하는 등 감시단을 다양하게 압박하고 있습니다. 또한 몇몇 인권활동가들도 세월호집회와 관련해서 경찰로부터 소환장을 받고 있는 상황입니다. 사법부는 인권침해감시단 활동으로 인해 기소된 사건들(공무집행방해, 집시법, 일반교통방해죄 적용)에 대해 무죄판결을 내리고 있음에도 불구하고 이를 따르지 않는 검경의 작태는 참 문제가 있습니다. 당장 검경은 영장재청구를 철회하고 소환장 발부도 중단해야 합니다.

3. 집회의 권리를 침해/방해하는 경찰력 행사에 대한 항의와 사회적 비판/고발이 지속적으로 이루어져야 경찰을 통제할 수 있고 집회의 자유를 확장할 수 있습니다. 그래야 집회를 관리하는 경찰의 모습도 바뀔 수 있습니다.

집회에서 경찰력 행사가 법과 인권의 시각에서 볼 때, 어떤 문제가 있는지 항의하고 감시하는 활동은 이후 경찰력에 대한 비판과 고발로 이어집니다.

<p><b>경찰 집회방해 행위에 항의하기</b></p> <p>집회방해 상황이 발생하는 경우 주변 시민들과 함께 근거 조항과 판례를 외치면서 책임자에게 불법행위 중단을 적극적으로 요청합니다. 경찰의 불법행위를 촬영하고 녹음해서 증거자료로 남겨주세요.</p> <p>[제보: 인권침해감시단 0416free@gmail.com]</p>	<p><b>① 불심검문</b></p> <p>경찰이 소속과 검문이유를 밝히지 않은 채 시민의 동의를 구하지 않고 검문하면 위법. 불심검문을 거부할 권리가 있어요.(경직법 3조 1항, 7항)</p>	<p><b>경찰 집회방해 행위에 항의하기</b></p> <p>집회방해 상황이 발생하는 경우 주변 시민들과 함께 근거 조항과 판례를 외치면서 책임자에게 불법행위 중단을 적극적으로 요청합니다. 경찰의 불법행위를 촬영하고 녹음해서 증거자료로 남겨주세요.</p> <p>[제보: 인권침해감시단 0416free@gmail.com]</p>	<p><b>③ 채증</b></p> <p>채증사진은 충돌상황 혹은 그 직전에만 사용 가능. 충돌이 없거나 이미 상황이 종료된 경우에는 사용이 금지돼요(채증활동규칙 2조)</p>
<p><b>경찰 집회방해 행위에 항의하기</b></p> <p>집회방해 상황이 발생하는 경우 주변 시민들과 함께 근거 조항과 판례를 외치면서 책임자에게 불법행위 중단을 적극적으로 요청합니다. 경찰의 불법행위를 촬영하고 녹음해서 증거자료로 남겨주세요.</p> <p>[제보: 인권침해감시단 0416free@gmail.com]</p>	<p><b>② 물포</b></p> <p>물포로 직사하는 경우 가습 이하로만 해야 해요(물포운용지침)</p>	<p><b>경찰 집회방해 행위에 항의하기</b></p> <p>집회방해 상황이 발생하는 경우 주변 시민들과 함께 근거 조항과 판례를 외치면서 책임자에게 불법행위 중단을 적극적으로 요청합니다. 경찰의 불법행위를 촬영하고 녹음해서 증거자료로 남겨주세요.</p> <p>[제보: 인권침해감시단 0416free@gmail.com]</p>	<p><b>④ 차벽</b></p> <p>경찰차벽으로 집회를 가리고 시민들이 통행하지 못하게 하는 것은 위헌이에요. (헌법재판소 2011.6.30 2009헌마406결정)</p>
<p><b>경찰 집회방해 행위에 항의하기</b></p> <p>집회방해 상황이 발생하는 경우 주변 시민들과 함께 근거 조항과 판례를 외치면서 책임자에게 불법행위 중단을 적극적으로 요청합니다. 경찰의 불법행위를 촬영하고 녹음해서 증거자료로 남겨주세요.</p> <p>[제보: 인권침해감시단 0416free@gmail.com]</p>	<p><b>⑤ 해산명령</b></p> <p>신고하지 않았다고 무조건 미신고집회라며 해산명령을 내리고, 명령에 따르지 않을 경우 연행하겠다고 방송하는 것은 불법 (대법원 2012.4.19 선고 2010도6388 전원합의체 판결)</p>	<p><b>경찰 집회방해 행위에 항의하기</b></p> <p>집회방해 상황이 발생하는 경우 주변 시민들과 함께 근거 조항과 판례를 외치면서 책임자에게 불법행위 중단을 적극적으로 요청합니다. 경찰의 불법행위를 촬영하고 녹음해서 증거자료로 남겨주세요.</p> <p>[제보: 인권침해감시단 0416free@gmail.com]</p>	<p><b>⑦ 경찰신분확인</b></p> <p>집회를 방해하고 폭력을 행사하는 경찰의 신분을 밝혀내 그 책임을 끝까지 물어요. 이름표를 착용하지 않는 경찰에게 이름과 소속을 밝히라고 항의합니다. (프랭크 라 뤼 유엔 표현의 자유 특별보고관의 한국 방문조사 이후 한국경찰이 이행하겠다고 약속한 사항)</p> <p><b>[연행되었을 때 침착하게 대처하기]</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▶ 연행되었을 때 416연대 라인경 (02-2285-0417) 에게 연락 주세요.</li> <li>▶ 영장없이 핸드폰을 요구할 때 거부하고, 핸드폰 압수수색 영장에는 &lt;집행장여를 요구해요 이 때 &lt;협의 관련 정보만 제공하겠다&gt;는 의견을 밝히고, 녹음 등을 통해 기록을 남기세요.</li> <li>▶ 변호인선인권, 잔술거부권(신원프함), 점건교통권, 진료권, 기타 일반적 행동자유권 (수면/취식/음용/씻기 등)을 요구하고 행사합니다.</li> </ul>

이 과정은 집회의 자유 실태와 경찰 대응에 대한 구체적인 기록과 분석의 과정이기도 합니다. 또한 이러한 기록과 분석의 내용들을 축적하여 전반적인 경찰력 행사에 대한 문제제기를 할 수 있으며 공동대응을 위한 자료로 소송, 진정 등 후속작업을 도모할 수 있는 기초적인 자료가 될 수 있습니다. 법, 시행령, 지침 등 제도가 문제라면 국회라는 공간을 통해 입법운동을 할 수도 있습니다. 가령, 캡사이신 등 장비사용을 지금처럼 추상적으로 규정하거나 현장 지휘관의 판단에 두는 것이 아니라 엄격하게 사용을 규제하도록 하는 방안도 가능합니다. 집시법을 전면개정해서 '차벽' 자체를 설치하지 못하도록 할 수도 있습니다. 차벽으로 쓰이는 경찰버스를 당장이라도 압수해서 교통사각

지대에 투입하여 출퇴근하는 직장인들의 이동권을 위해 쓰였으면 좋겠습니다. 이런 과정이 쌓이고 쌓이면서 경찰을 변화시킬 수 있다고 생각합니다. 아래 박스의 내용은 집회 현장에서 경찰에게 쫓지 말고 잘 싸울 수 있는 비법(?)을 정리한 것입니다. 비법이라기 보다, 주눅 들지 않고 우리의 생각과 행동을 경찰이 그어놓은 감시에 놓이지 않겠다는 의지입니다. 집회시위를 제대로 하고 싶은 사람들이 함께 지혜를 모아 만든 것으로 널리널리 나누고 싶습니다.

#### <집회시위 제대로 하기 위한 매뉴얼> 중에서 일부 정리

##### ○ 일단 제대로 항의하자

차벽이나 이동차단, 고착, 물품반입저지, 질서유지선 등의 경찰력 발동은 집회현장에서 자주 접할 수 있는 갈등상황이다. 그런데 다수의 경찰병력과 물리력을 동원하여 치고 들어오는 경찰에 대항하여 효과적으로 막아내기란 여간 어려운 것이 아니다. 때론 경찰의 집회방해에 속수무책으로 당하면서 무력감을 느낄 수도 있다. 아무리 그렇더라도 경찰의 부당한 집회방해에 적극적으로 항의하는 것은 매우 중요하다.

경찰은 말도 안 되는 법조항을 들먹이면서 경찰력 행사의 적법성을 운운하겠지만, 공권력 행사의 위법함을 현장에서 즉각적으로 그리고 강력하게 지적해야 한다. 평화적인 집회의 자유를 침해하는 경찰의 각종 규제와 탄압이 집회방해죄에 해당하는 범죄임을 분명히 지적하고 그러한 집회방해의 범죄행위를 즉각 중단할 것을 강력하게 항의해야 한다. 당장은 효과가 없을 수도 있다. 그렇지만, 집회의 현장에서 경찰의 부당한 탄압에 적극적으로 항의하고 저지하는 것은 참여자들에게는 집회의 정당성과 공권력의 위법성을 드러내고 확인받는 중요한 과정이기도 하다.

다만, 위와 같이 치고 들어오는 경찰과 물리적 충돌이 발생하면 경찰은 병력을 동원하여 공무집행방해죄를 적용하여 현행범으로 체포하려 할 것이다. 집회의 준비단계에서 경찰과의 물리적 충돌은 결국 집회의 정상적인 개최를 무산시킬 수 있기 때문에 이에 대해서는 신중한 판단이 필요하다.

##### ○ 현장에서 경찰을 옥죄려면 그들의 소속과 성명을 밝혀내 압박하자

첫째, 집회시위 현장에서 경찰과 마주할 때, 특히 경찰이 집회장소를 침범하거나 집회장소를



에워싸거나 행진을 차단하는 등으로 위법한 공권력을 행사할 때에는 집회 참가자 모두가 자신의 앞에 있는 경찰에게 성명과 소속을 밝히도록 요구하고 압박해야 한다. 집회를 준비하는 단계에서 경찰관이 다가와 이런저런 시비를 거는 경우도 많이 있는데, 이때에도 우선 경찰관의 소속과 신분을 분명히 제시하도록 요구하자. 공무를 집행하는 공무원이 자신의 신분을 국민에게 알리지 않는 것은 말이 안 된다.

둘째, 성명과 소속을 밝히지 않는 경찰에 대해 사진을 찍어 증거를 남기고, 경찰청에 민원을 넣거나 국가인권위원회에 진정하는 등의 적극적 대응을 강구하자. 사실 우리가 항의해도 경찰이 스스로 자신의 소속과 이름을 밝히는 일은 아마 거의 없을 것이다. 경찰이 공무집행을 하면서 신분을 밝히지 않거나 제복 위에 경찰장구를 착용해서 이름을 가리고 있는 경우에는 현장에서 사진을 찍는 등 적극적으로 대응할 필요가 있다.

#### ○ 불심검문에 맞서기

경찰이 불심검문을 하려 할 때 무엇보다 기억할 것은 불심검문은 경찰이 ‘강제로 할 수 없다’는 점이다. 경찰이 불심검문을 경직법의 절차에 따라 했든 위법하게 했든 원하지 않는다면 신분증 요구를 거부할 수 있다. 경찰관의 불심검문을 거부하는 것은 우리의 권리이다. 또한 집회장소로 가지 못하게 하는 이동차단과 고착은 적법한 공무집행이 아니다. 경찰의 위법한 공권력에 대항하고 거부하는 것은 공무집행방해에 해당하지 않는다. 이로 인해 경찰이 강제로 연행하거나, 통행을 제한하거나, 거리에서 움직이지 못하도록 감금한다면, 경찰에게 신분을 밝히도록 요구하고 주변에 도움을 청하거나 사진을 찍는 등 증거를 확보해야 한다. 휴대폰, 카메라를 이용해서 그 상황을 녹음, 녹화, 촬영하는 것도 좋다.

#### ○ 불법채증에 강력하게 항의하며 다양한 대응수단을 강구하자

경찰의 불법채증에 대해서는 무엇보다 현장에서 항의하는 것이 필요하다. 경찰이 사복을 입고 집회시위 참여자들 속에 섞여서 채증 하는 경우라든가 집회현장 부근에서 채증 하는 경우에는 우선 채증하는 경찰 앞에 가서 강력히 항의하고 촬영한 것을 지우도록 요구하자. 집회의 현장에서 경찰이 채증하려면 원칙적으로 법원의 영장이 있어야 한다. 물론 경찰은 합법집회든 불법집회든 가리지 않고 채증을 하고 있지만 영장 없는 경찰채증은 위법이라고 당당하게 따지며 영장제시를 요구하자. 항의 외에도 채증 하는 경찰 앞에서 피켓 등으로 카메라 앞을 가리

기, 우리 쪽에서 채증경찰관을 집중 촬영하기 등의 방법으로 채증을 못하도록 압박하는 방안도 적극 실천해 보자.

#### ○ 차벽을 넘는 상상력을 꽃피우자

집회시위 현장에 차벽이 설치되면 물리력으로 차벽을 넘는 일이 쉽지 않다. 그래서 누구나 한 번쯤 차벽 앞에서 답답함을 경험했을 것이다. 그럴 때 차벽을 ‘넘는’, 차벽을 ‘무시하는’ 상상력을 꽃 피워보는 것은 어떨까? 2011년 7월 9일 2차 희망버스 참가자들은 행진 중에 차벽으로 막히자 벽돌을 쌓아 넘어서고자 했다. 2011년 등록금집회 참가자들은 시내 곳곳이 차벽으로 막히자 우회하여 행진하면서 사람들에게 왜 집회를 하고자 하는지 등록금 이슈를 적극적으로 알려나갔다. 중요한 것은 차벽에 멈추지 않고 차벽에 안주하지 않고 차벽에 갇히지 않는 저항의 의지이다. 집회참여자들끼리 차벽 혹은 그 무엇으로부터도 관리, 통제받지 않고 정치적 의지를 표현하는 것이다.

#### ○ 고착과 이동차단의 현장에서 간이집회 개최하자

고착과 이동차단으로 막히게 되면, 즉시 위법한 공권력행사임을 지적하면서 항의하는 것도 중요하지만, 경찰의 위법한 공권력 행사를 효과적으로 지적하고 시민들의 관심과 참여를 끌어내기 위한 방안을 적극적으로 강구해 볼 필요가 있다. 이동차단의 현장에서 간이집회를 개최하는 것도 하나의 방법이다. 이러한 집회는 위법한 공권력 집행에 항의하는 정당한 행위이며, 경찰이 집시법을 들먹이며 제지할 수 있는 성질이 아니다.

#### ○ 소음규제나 해산명령의 방송에 위축되지 말자

소음규제는 일단 무시하자. 소음기준을 넘어섰다고 해서 집회의 해산사유나 체포사유가 되지 않는다. 다만, 경찰이 소음규제를 빌미로 확장기 차단 등의 강제력 행사를 도모할 가능성은 있다. 이런 가능성은 대개 소규모 집회에서 문제될 수 있는데, 만약 경찰의 소음규제가 강제력 발동으로 연결될 가능성이 있다고 판단되면 상황에 따라 잠시 음향을 줄이는 식의 탄력적인 대응이 필요할 수도 있다.

경찰의 해산명령 방송 자체가 집회를 방해하는 위법한 것이므로, 경찰의 해산명령 방송에 대

해서도 경찰에게 해산명령 사유에 해당하지 않는다는 점, 해산명령 자체가 집회방해의 위법한 행위라는 점을 분명하게 항의하자. 집회의 흐름상 가능하다면, 경찰의 해산명령 방송을 규탄하고 위법성을 지적하는 집회발언을 즉석에서 해 보는 것도 좋다. 그 외에도, 경찰의 해산명령 방송에 대응하기 위하여 대응구호를 미리 준비하여 즉각 항의구호를 외치거나 야유함성 등으로 대응하는 것도 한 방법이다.

#### ○ 공무집행방해죄나 모욕죄 등 경찰의 시비결기에 적극적으로 대응하자

경찰은 위법한 공권력행사에 항의하는 과정에서 경찰의 몸에 손을 댄다는 이유로 공무집행방해죄로 체포하겠다고거나 경찰을 비하하는 발언을 했다는 이유로 모욕죄로 체포하겠다고 하는 경우가 있다. 경찰의 그러한 경고에 위축될 필요는 없다. 위법한 공권력행사에 항의하는 것은 정당한 정당방위권에 해당한다. 다만, 경찰과의 시비가 붙는 경우에 경찰이 실제로 물리력을 동원하여 체포에 나설 수 있다는 점은 신중하게 판단해야 한다. 경찰은 집회시위 현장에서 일부러 시위대를 자극해 집시법이 아닌 그 밖의 법률로 체포하려고 하기도 한다. 이때 현장의 상황판단이 중요하다.

#### ○ 현장에서 경찰장비사용을 감시 기록해 추후 대응하자

경찰장비 사용에 관해서 경찰관직무집행법, 경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정, 집회시위현장 물포 운용지침을 보아도 현장에서 장비사용이 적법하게 이뤄졌는지를 확인하는 것은 쉽지 않다. 하지만 명백하게 지침이나 규정 위반 사항, 심각한 신체/정신적 손상은 당시 사건을 정확하게 기록해서 해당 경찰관을 국가인권위원회에 진정하거나, 고소고발하거나, 국가손해배상청구 소송을 할 수 있다. 집회현장에 있는 사람들은 경찰이 장비를 사용함에 있어서 다음과 같은 내용을 확인해서 위법사항을 언제든 확인하자.

#### ○ 적법한 경찰장비 사용 여부 체크리스트

- ✓ 진압봉과 방패의 머리 사용은 안 된다.
- ✓ 방패는 모서리 부분이 날카롭지 않도록 해야 한다.

- ✓ 전자방패는 우천 등으로 피복이 젖은 경우에는 사용을 자제하여야 한다. 또한 14세 미만자나 임신부임이 명백한 경우에는 사용하지 않아야 한다.
- ✓ 경찰이 살수 할 경우, 규정에 맞게 하는지 살펴야 한다. 특히 직사살수의 경우, 가슴 이하로 해야 한다.
- ✓ 전자충격기를 사용하는 경우 상대방의 얼굴을 향하여 전극침을 발사하여서는 안된다.

퍼낸날: 2013년 1월 14일 퍼낸이: 집회시위제대로모임

## 4.18 세월호 집회 인권침해감시보고서<sup>56)</sup>

2015.04.20 | 세월호 집회 인권침해감시단

### 1. 개요

4월 18일 4시 30분 유가족과 시민들은 세월호특별법 시행령 폐기를 주장하며 시청에서 집회를 끝내고 광화문으로 이동하였다. 그러나 4월 16일처럼 이들을 막아선 것은 광화문부터 종로3가에 이르는 거대한 차벽이었다. 유가족과 시민들은 경찰차벽을 우회하여 광화문 광장으로 모였고 일부 참가자들은 경찰의 차벽과 질서유지선을 건너 광화문 누각 가까이 갔으나 다시 차벽에 막혔다. 이 과정에서 경찰은 캡사이신, 최루액을 넣은 물포를 대량으로 살포하고 유가족과 시민 등 100명을 연행했다. 또한 많은 시민들이 부상을 입어 병원으로 이송되었다. 밤 10시 20분쯤 누각에 있던 유가족들이 북측 광장에 있는 시위대에 합류해 정리 집회를 하고 이날 행사를 마무리 하였다.

경찰은 차벽 트럭 18대를 비롯해 차량 470여대와 안전펜스 등을 동원해 경복궁과 광화문광장, 세종로 네거리 등에 겹겹이 저지선을 쳤다. 경찰 병력도 172개 부대, 1만3700여명을 배치했다.

---

56) 4.20 기자회견을 위해 정리한 1차 버전임을 밝힙니다. 시민들의 제보와 추가 조사를 통해 보완할 예정입니다.

경찰청(청장 강신명)은 4월 19일 기자회견을 통해 "장시간 도로를 점거한 채 경찰관을 폭행하거나 경찰 장비를 파손하는 등 불법 폭력행위가 발생했다"며 "불법폭력 시위 주동자 등에 대해 엄중 사법처리 할 방침"이라고 밝혔다. 경찰청은 4월 18일 집회를 불법폭력 시위로 규정지으면서 집회참가자들에게 모든 책임을 돌리려하나 원인제공은 경찰에게 있다.

4월 16일에 이어 4월 18일에도 등장한 차벽은 시민들의 추모행렬을 가두어버렸다. 서울의 주요 도심은 마치 '계엄' 상태에 준하는 상태가 되어 청와대로 통하는 모든 도로와 인도는 경찰에 의해 점령되었다. 1주기 추모제에 참여한 시민들이 광화문 분향소까지 가는데 몇 시간이 걸리기도 해 분향과 추모를 하기 위해 참여했던 시민들이 분노했다. 게다가 광화문 누각에 고립된 유가족들에 대한 경찰폭행과 용변을 해결하거나 추위를 피하기 위한 조치를 막는 등 비인도적 행위가 난무하고, 4월 18일 집회를 앞두고 기습적으로 유가족을 연행을 함으로서 집회 참가자들을 더욱 분노케 했다. 4월 18일 집회에서 벌어진 여러 상황은 4월 11일, 16일을 경과하면서 경찰의 대응에 대한 시민들의 분노와 항의의 맥락에 있다.

## 2. 경찰 집회관리에서 발생한 인권침해

### 1) 유가족을 포함하여 시민들 100명 연행과 부상

4월 18일 오후 3시경 경찰은 광화문 누각 앞에서 세월호특별법 폐지를 요구하며 모여있던 유가족을 연행하였다. 연행 당시 유가족들은 광화문 누각 주변으로 차벽을 설치하는 것에 대해 항의하던 상황이었다. 또한 광화문 북측 광장에서 유가족 연행을 규탄하던 시민들을 경찰은 연행하였다. 4월 18일 경찰은 광화문 광장에서만 79명을 연행했다. 연행된 시민과 유가족 등은 모두 100명이다. 이중 '유민아빠' 김영오씨 등 유가족은 20명이고, 청소년 5명은 훈방 조치됐다. 이들은 금천, 성동, 마포 등 일선 경찰서 11곳으로 분산 호송돼 조사를 받았다.

경찰은 미성년자도 무작위로 연행하였으며, 일부는 훈방되었으나 여전히 구금상태에 있는 이들도 있다. 연행 과정에서 경찰이 여성의 옷을 요구리까지 들어 올리는 성추행도 있었다. 집회현장에서는 경찰들이 여성을無理하게 잡아당기며 연행하기도 했다. 여경이 아닌 남자 경찰이 여성을 연행하면서 바지를 잡아당기기도 했다. 여성집회 참가자가 연행될 경우 남성경찰이 아닌 여성경찰이 연행해야 한다는 규정에 어긋난다.

연행된 유가족도 연행 과정에서 안경이 깨지고 무릎 등에 타박상을 입었다. 유민아빠 김영오씨는 버스 지붕에서 안전매트 위로 떨어지자마자 경찰에게 목이 졸리고 사지가 들려 연행되었다.



◀ 유민 아빠 김영호 씨가 버리지봉에서 안전매트로 떨어지자마자 경찰에게 목이 졸리고 있다. (출처=민중의 소리)

성호아빠 최경덕 씨는 손이 다친 채 연행되었으나 경찰은 적절한 의료적 조치를 하지 않았다. 연행 과정에서 사지가 들리거나 강제로 끌려가면서 손목 등에 타박상과 상처가 난 연행자들도 다수였다. 사지가 들린 채 머리를 두 차례 밟힌 학생도 있었다. 최루액을 맞은 연행자가 많아 피부가 따갑고 간지러웠으나 접견 전까지 씻어내는 것도 허용되지 않았다.

한 시민은 연행된 후 경찰에게 핸드폰을 빼앗겼다가 5시간 30분 후 돌려받았다. 뿐만 아니라 경찰이 연행된 시민의 주머니에 손을 넣어 핸드폰을 뺏어간 사례도 있다. 핸드폰은 압수수색영장 없이 경찰이 압수할 수 없다.

4월 18일 이규환 종로경찰서 경비과장은 광화문 북측 광장에 모여있는 유가족과 시민들 모두를 잠재적 범죄자로 취급하면서 집시법 20조1항, 2항에 따른 해산명령불응죄, 형법 185조 일반교통방해죄 현행범으로 체포할 것을 명령했다. 경찰도 알다시피 해산명령불응죄로는 현행범 체포요건이 성립하지 않는다. 그렇기에 경찰은 일반교통방해죄까지 들먹이고 있으나 차벽으로 경찰이 교통소통을 불통케 한 장본인은 경찰임을 밝혀둔다. 또한 경찰은 미란다원칙을 방송으로 고지하기도 했는데 미란다원칙을 다중에게 방송으로 고지하는 것이 효력이 있을지는 의문스럽다.

4월 18일 경찰에게 연행된 사람들의 경우 현행범 체포요건에 해당하지 않는 과도한 연행이다. 시민 대부분이 광화문 광장 차벽으로 둘러싼 좁은 공간에서 대거 연행되었는데 경찰에게 폭력을 행사하기는커녕 공간이 매우 좁아 경찰의 살수와 캡사이신도 피할 수 없는 매우 위험한 조건이었다. 이곳에는 여성과 노인들이 상당 수였고, 오로지 유가족들이 있는 광화문 현판 쪽으로 가까이 가기 위해 앞쪽으로 전진한 시민들이었다. 오히려 경찰은 캡사이신과 물포를 피하기 위해 우산을 펴들고 있는 사람을 뒷덜미를 잡아 연행하였고, 싸움을 말리는 성직자도 연행했다. 차벽 안쪽으로 밀려들 어온 여성들도 별다른 행동을 취하지도 않았는데 저항할 새도 없이 무작위로 연행되었다.

경찰 폭력에 의한 부상자 숫자도 확인된 것만 100여명이 넘었다. 무릎분쇄골절 중상을 입은 50대

남성부터, 염좌 및 좌상 환자도 다수 생겼다. 허벅지가 밟혀서 심한 대퇴관절염좌 부상도 있었다. 열상 환자도 많이 생겼다. 적어도 5명 이상이 시민단체가 파견한 응급의료팀에게 치료 받았다. 한 여성은 코가 찢어졌고, 시민단체 회원 1명은 다리가 찢어져 병원으로 옮겨졌다. 찰과상과 타박상 등 경찰의 과잉 진압 과정에서 경미한 부상을 입고 간단한 응급처치를 받은 시민들은 너무 많아 수를 헤아리기 어렵다. 특히 캡사이신과 최루액을 섞은 섞은 물대포 살포로 인한 각결막염, 피부손상은 다수였다. 차벽에 둘러싸여 피할 곳이 없던 200여명은 모두 여기에 노출됐다. 캡사이신 등은 어린이와 노인들에게는 몹시 위험할 수 있다. 부상 및 피해상황은 계속 취합 중이다.

## 2) 시민들의 이동을 가로막는 통행제한과 평화로운 집회시위를 전면적으로 막는 차벽설치

4월 16일에 이어 4월 18일에도 경찰은 차벽을 설치하여 시민들의 추모행렬을 막아섰다. 광화문, 청계, 종로, 안국, 경복궁에 이르는 모든 도로와 인도는 마치 '계엄'에 준하는 상태가 되어 청와대로 통하는 모든 도로와 인도는 경찰에 의해 점령되었다. 광화문, 종로, 안국, 경복궁으로 난 도로에 차는 다닐 수 없었고, 인도마저도 경찰이 시민들의 이동을 통제하였다. 세월호 희생자를 추모하기 위해 광화문 광장으로 향하는 시민들, 경복궁역·안국역 일대 거주민들은 사실상 경찰에 의해 봉쇄된 도로와 인도로 갈 수 없었다. 종각역과 안국역의 경우 출입구까지 봉쇄되어 지하철 이용승객마저도 통행이 불가능했다.

지하철 출입구를 봉쇄하는 것은 아무런 근거도 없이 국민의 통행권을 침해하는 위헌, 위법한 행위이다. 경찰은 광화문으로 갈 수 있는 종각역 2, 4번 출구도 막아서 시민들이 위험한 계단에 갇혀서 거의 30분 이상 감금되었다.



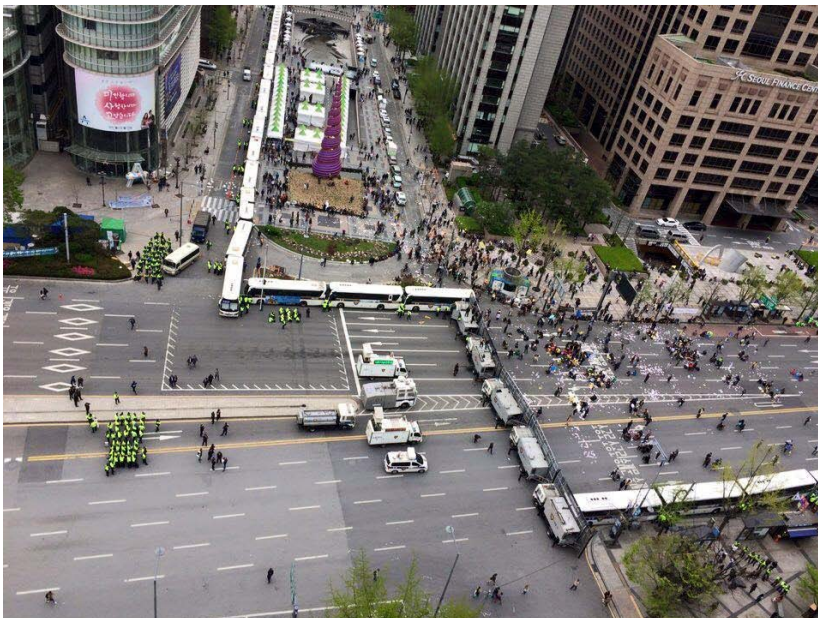


▲ 종각역 4번 출구를 경찰이 봉쇄하고 있다.

또한 집회를 마치고 평화롭게 행진을 하는 유가족과 시민들을 향해서도 경찰은 차벽으로 응수했다. 4월 16일, 18일 경찰은 버스와 경력을 청계광장에서 광고 넘어서까지 청계천 북쪽 길가에 길게 늘어 세워놓고 거대한 차벽을 설치하였다. 또한 광화문 광장사거리와 종로일대, 안국동에서 광화문, 경복궁 역까지 거대한 차벽을 겹겹이 세워놓았다. 이로 인해 평화로운 집회행진은 차벽으로 막혔고 원활한 행진이 이루어지지 못했다.



▲ 4.18 추모 집회를 막기 위해 동원된 경찰의 모습과 차벽 (사진=미디어스)



4월 16일, 4월 18일 경찰의 차벽설치는 ‘위헌’이며 ‘불법’이고 집회의 자유를 침해하는 수단이다. 차벽은 모든 통행을 금지하는 전면적 통제행위이며 상상할 수 있는 가장 극단적인 봉쇄조치이다. 집회의 자유라는 기본권을 제한하는 경우에도 개별적인 위법행위에 대해 필요한 최소한의 조치만이 취해져야 하는 것이 원칙이며(2009헌마406<sup>57)</sup>), 차벽설치와 같은 원천봉쇄는 개별적 집회의 금지나 해산으로는 방지할 수 없는 급박하고 명백한 위험이 있는 경우에만 취할 수 있는 최후의 수단이어

야 한다.

평화로운 행진을 막아선 경찰의 차벽설치가 과연 헌법재판소의 위헌결정에도 불구하고 최후의 수단이었는지 의심스럽다. 4월 16일, 18일 설치된 차벽은 2008년 촛불집회에서 경찰의 대응방식을 떠올리게 한다. 국책연구소 한국형사정책연구소는 2008년 촛불집회에서 나타는 폭력행동이 경찰 차벽에 의한 것이라고 연구결과를 내놓은 바 있다. 한국형사정책연구소는 집회가 폭력으로 변화하는 이유로 경찰의 집회관리방식(차벽, 불심검문, 이동차단, 채증, 물포/최루액을 앞세운 경찰장비 등)을 손꼽았다. 집회참여자들도 집회할 장소로 이동할 수 없도록 만들고, 시민들과 소통하는 것을 차단하기 위해 차벽을 설치하며, 준무기에 해당하는 경찰장비들을 무방비 시민들에게 쏟아낼 때, 결국 저항의 힘이 경찰을 향해 분출하는 것이다.

경찰은 이와 같은 경찰력 발동의 근거로 경찰관직무집행법(아래 ‘경직법’) 6조를 주로 거론한다. 그런데 경직법 6조 1항에 근거하여 경찰의 집회봉쇄조치가 적법성을 갖추기 위해서는 “범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있을 것”이라는 요건과 “생명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우”라는 요건에 해당해야 한다. 뿐만 아니라, 경직법 1조 2항이 규정하는 바와 같이 경찰권 행사는 “그 직무수행에 필요한 최소한도 내에서 행사되어야 하며 이를 남용하여서는 아니 된다.”는 요건도 준수해야 한다. 이러한 요건에 비추어 볼 때 경찰의 차벽 설치와 이동차단 등의 조치는 거의 대부분의 경우 불법이다.

### 3) 최루액이 섞인 물포 발사와 캡사이신 사용 등 위법한 경찰장비 사용

경찰의 차벽과 병력배치는 오히려 추모하고 유가족을 위로하려는 시민들을 분노하게 했다. 집회와 추모 참여자들뿐만 아니라 통행하는 시민들까지 모두 통행이 통제되었으며 우회로조차 알려주지 않아 항의가 이어졌다. 모든 길을 막아놓은 것에 대해 항의하는 사람들에게 경찰은 캡사이신 분사기를 사용했다.

---

57) 서울광장 차벽설치에 관한 위헌결정에서 헌법재판소는 차벽은 “집회의 금지나 해산으로는 방지할 수 없는 급박하고 명백한 위험이 있는 경우에만 취할 수 있는 마지막 수단으로만 정당화”될 수 있다고 분명하게 판시하였다. 차벽과 같이 집회를 사전에 봉쇄하는 경찰조치는 집회의 해산사유보다도 더욱 엄격한 요건이 적용되어야 한다는 취지이다. 결국 차벽 등 경찰의 집회봉쇄조치는 명백히 헌법과 경직법 6조에 어긋나는 위법한 공권력 행사이다.





▲ 종각역 4번출구 봉쇄에 항의하자 캡사이신 분사

광화문 광장에서도 역시 차벽에 가로막힌 시민들이 차벽의 틈을 벌리려고 하자 경찰은 캡사이신을 분사하고 물포를 사용했다. 특히 물포를 곡사살수한 것이 아니라 사람을 향해서 직사로 분사하여 높은 수압에 사람들이 밀려 넘어지기도 했다. 경찰은 직사살수의 경우 가슴이하로 해야 한다는 물포운용지침조차 지키지 않았다.



▲ 시민을 조준해서 물포 직사분사 (출처: 노컷뉴스)



▲ 물포가 정확히 시민가슴으로 향하고 있다. (출처: 인권침해감시단)

이날 4시간 가량 캡사이신과 최루액을 섞은 물포를 맞은 시민들은 눈과 얼굴의 통증과 호흡곤란을 호소했다. 특히 캡사이신 분사기를 시민들을 얼굴을 조준해서 분사하여 수분간 눈을 뜰 수 없고 눈과 얼굴의 따가운 통증이 지속되었다. 캡사이신과 최루액 물포를 연달아 사용해 시민들의 움직임이 자유롭지 않은 상황에서 경찰이 방패를 밀며 사람들을 밀어내는 위험한 상황이 발생했다.

물포의 과다사용으로 준비된 분량을 다 사용하게 되자 경찰은 소화전을 무단으로 사용해 물을 채우기도 했다. 오후 10시경 경찰이 물포에 물을 보충하기 위해 무단으로 소화전을 사용하려하자 이에 대해 종로소방서에 경찰의 소화전 사용허가에 대해 확인한 이상호 기자는 종로소방서가 사용허가를 한 적이 없기 때문에 사용해서는 안된다고 항의했다. 그러자 경찰은 이상호 기자를 현행범으로 연행했다.



#### ▲ 경찰의 무단소화전 사용에 대한 이상호기자의 트위터

또한 경찰은 물포를 광화문현판 방향으로도 쏘았다. 문화제 훼손에 따른 책임 역시 경찰의 몫을 밝힌다.

#### 4) 이규환 종로경찰서 경비과장의 폭력 조장 행위

경찰은 평화로운 집회와 행진을 방해하였고 강제해산하려 했다. 게다가 집회를 해산하는 과정에서 보여준 경찰의 태도는 시민의 안전과 생명을 보호하고 있는지 의문을 갖게 했다. 무엇보다 경찰은 유가족을 만나러 평화롭게 광화문 누각으로 이동하는 시민들을 범죄자 취급하였다. 게다가 이규환 종로경찰서 경비과장은 해산명령 방송을 남발하는가하면 미란다원칙을 방송으로 고지했으니 해산명령불응죄, 일반교통방해죄 현행범으로 체포하겠다고 유가족과 시민들을 겁박하였다. 경찰들을 향해 물포 각도를 이렇게 저렇게 맞추어 발사하라, 시민들을 채증하고 체포하라는 등 마이크로 반

말 고성을 지르며 작전 명령을 지시하였다. 뿐만 아니라 경찰에게는 “자신감을 갖고 하라” 등 강경하게 진압할 것을 독려하고 시민들에게는 경찰이 방송을 하는데 욕을 한다면 비난을 하기도 했다.

당시 어두운 밤이고 시야 확보가 어려운 상황에서 경찰들과 시위대가 근접거리에서 대치하고 있었음에도 안전거리를 확보하지 않았다. 대치 상황에서 집회참여자들과 경찰이 흥분하지 않도록 자제시키는 것이 경찰 상급자의 역할이어야 함에도 불구하고 이규환 종로경찰서 경비과장은 혼자 흥분한 상태로 집회참여자들과 경찰이 서로 적대하도록 자극하였다. 이 과정에서 많은 경찰과 집회참여자들이 부상을 겪었다. 경찰지휘관의 폭력 조장과 이로 인해 발생한 시민, 경찰의 부상에 대해서 이규환 종로경찰서 경비과장은 응당 그 책임을 져야 한다. 이규환 종로경찰서 경비과장의 태도와 행위는 위계조직인 경찰조직이라고 해도 지휘관으로서 동료 경찰관을 존중하지 않은 모습이었다.

#### 5) 경찰 개인 식별이 가능한 이름표 미착용

2010년 한국을 방문해 조사 활동을 벌인 프랭크 라 튀 유엔 의사 표현의 자유 특별보고관은 법집행 공무원들에게 명찰, 군복 등 기타 신분확인이 부착되지 않아 과잉무력 사용 혐의에 관한 조사에 어려움이 있음을 우려한 바 있다. 이후 한국 경찰은 모든 경찰복에 명찰을 달도록 하겠다고 유엔에 보고했으나 이는 거짓이다. 4.11, 4.16, 4.18 세월호 집회관리를 한 경찰들은 개인 식별이 가능한 이름표를 착용하지 않았다. 경찰들이 소속되어 있는 부대를 확인할 수 있는 깃발은 있었으나 그것이 곧 시민들의 입장에서 경찰의 신원을 알 수 있지는 않다. 4.18 세월호 집회에서 많은 연행자와 부상자가 생길 수밖에 없는 조건은 경찰폭력에 관한 불처벌의 관행이 여전히 존재하기 때문이다. 경찰폭력에 대한 불처벌을 막기 위해서는 경찰 신원을 확인할 수 있는 이름표 착용은 물론이거니와 경찰폭력에 관해 독립적으로 조사하고 처벌할 수 있는 방안이 필요하다.

### 3. 결론

유가족과 시민들에 대한 광범위한 연행과 부상, 차벽설치, 이동통제, 자의적인 경찰장비 사용 등 경찰은 세월호 침몰의 진실을 알고 싶어 모이고 외치고 행동하는 사람들을 폭력으로 해산하였다. 그 과정에서 종로경찰서 경비과장은 폭력을 조장하였고 평화로운 집회의 자유를 방해했다. 우리는 이 모든 책임이 경찰에게 있음을 밝힌다. 유엔 등 국제사회는 한국 경찰의 과잉적인 무력 사용에 대해 주목하고 있으며 그동안 법집행기관들에게 ‘유엔 법집행관 행동강령’과 ‘법집행관의 무력 및 화기사용기본원칙’을 준수하라고 재차 강조한 것을 다시한번 환기시키고자 한다.