

海上集會·示威의 公法的 考察

이기춘

한국해양대학교 해양경찰학과

I. 序論 - 問題의 提起

자신과 공동체의 이익을 지키기 위하여 최근 무수한 숫자의 집회·시위가 벌어지고 있음은 주지의 사실이다. 개별국민이나 시민단체는 ‘집회및시위에관한법률’의 악법적 요소를 주장하고 있고, 경찰 및 행정기관에서는 그 집회의 보호를 위한 법률이 된다고 반대입장을 밝히면서 평행선과도 같은 사회적 갈등을 겪고 있다. 이러한 와중에 과거 집시법이 예정하지 않았던 즉 주최자와 주관자가 있고 사전에 기획, 준비되어 있는 질서정연한 집회·시위에서 벗어나는 새로운 모델의 행사들이 등장하고 있다. 시간적 특수성을 고려한 우발·긴급집회, 형식적 특수성을 가지는 비공개행사 등이 있다. 더 나아가 해상이나 자동차전용도로, 공중 등 장소적 특수성을 갖는 유형의 집회·시위가 문제의 하나로 발생하고 있으며, 이러한 유형의 행사가 헌법상 집회·시위의 자유의 보호범위 안에 편입될 수 있는지, 이에 대해 기존 집시법을 적용할 수 있는지 등이 논의되어 왔다. 그러나 그 내용은 그리 자세하지 않았고 법적 논리를 적용함에 있어서 고려되어야 할 판단요소를 간과했던 것이 사실이다. 이하에서는 특히 해상시위에 관한 사실적·법적 현황검토에서 출발하여 그것이 헌법상 자유권의 한 내용이 될 수 있는지, 집시법적용가능성은 어떠한지, 일반경찰법의 세계에서는 어떻게 규율될 수 있는지 등을 고찰함으로써 그 해결책을 제시해보고자 한다.

II. 海上集會·示威에 관련된 事實的·法的 狀況

1. 事實現況

2003년까지의 해양경찰청백서와 연감에 나오는 2002년까지의 해상관련 시위·농성 발생현황표에 따르면, 매립·간척개발피해, 해양오염피해, 어업권보장 등을 이유로 한 해상시위(해상관련문제 육상시위는 제외)는 전국적으로 1993년 6건, 1994년 1건, 1995년 7건, 1996년 13건, 1997년 7건, 1998년 8건, 1999년 3건, 2000년 1건, 2001년 없음, 2002년 4건이 벌어진 것으로 통계가 나오고 있다. 참가척수와 참가인원은 1998년에 465척, 2,379명으로 가장 많았으며, 전혀 발생하지 않은 2001년도를 제외하면 통계치가 나온 2002년까지 최소

는 2000년으로 70척에 120명만이 참가한 바 있었음이 확인된다(1993-2002년까지 각 년당 평균 5회, 약 276척, 약 1151명)¹⁾. 그러나 2003년도 부안군수의 위도 원전수거물 관리센터설치계획이 발표되면서 부안군의 반대주민들에 의한 집회 및 촛불시위 등이 진행되면서 그 일환으로 위도와 격포항 일대에서 대규모 해상시위가 벌어졌으며²⁾, 어업권보장문제로 크고 작은 해상시위들이 계속 벌어지고 있으며 해상레저 및 해상자원개발과도 관련하여 장차 증가경향에 있게 될 것임을 충분히 예측할 수 있다³⁾⁴⁾.

이에 대해 경찰은 해상시위는 ‘집회및시위에관한법률’(앞으로 ‘집시법’이라 함)상 의미의 집회·시위에 해당하지 않으므로⁵⁾ 시위의 신고를 받지 않거나 받더라도 보완통고를 통해

- 1) 해양경찰청 1994년도 연감 472면, 1997년도 연감 366면, 1998년도 연감 395면, 2001년도 연감 437면과 2003년도 해양경찰청 백서 114면 참고.
- 2) 2003년 7월 31일 격포항 해상시위에는 선박 250여척, 주민 300여명의 참가가 이루어졌다고 한다(전북인터넷대안신문 참소리 7월 31일게재, <http://cham-sori.net/bbs/view.php?id=cast&no=1394>의 사진 참고). 이 사건에 대해 대통령비서실, 국무총리실, 관계부처, 타 지자체 등에 상황전파된 문건으로 자치행정과의 ‘지방행정여론동향’이란 것이 있는데(<http://www.fire.go.kr/info/notice/data/지방행정여론동향5.hwp>참고(<http://search.naver.com/searsch.naver?where=nexearch&query=%C7%D8%BB%F3%BD%C3%0%A7&frm=t>에서 발췌한 것임), 여기서는 300여척에 300여명이 격포항-위도간 왕복해상에서 어민들의 폐기물처리장유치반대 분위기 조성을 위하여 평화시위 퍼레이드를 실시하였다고 하며, 이때 자체 방침으로 ①여객선 등 타선박 운항에 지장이 없도록 해상시위 실시, ②해상질서유지를 위하여 1선박 1인 승선원칙 준수, ③육상에 고성능 음향시설을 설치, 해상질서유지 통제, ④격포 유선 모터보트 15척을 동원, 해상질서유지 등을 설정하여 운영하였다고 한다. 이에 군산해경에서는 ①선주들에 대한 지속적인 순화활동과 함께 해상시위 불법참가 시 처벌대상이 된다는 내용의 서한문을 발송하고, ②경비합정을 시위장소에 사전배치 및 해경선(4편대 16척) 동원, 출항어선 집결지 차단봉쇄에 주력하였다고 한다.
- 3) 부안군 격포-위도 2003년 8월 21일 어민 1000명 참가, 300여척의 어선 해상시위(연합뉴스, 2003.08.21 기사), 2004년 2월 17일 전북군산지역 어민 200여명이 어선 70여척을 이끌고 ‘과잉불법어업 단속’에 항의하는 해상시위(연합뉴스, 2004.02.17일자 기사), 북제주군 우도해녀들의 도항선운항반대 해상시위(연합뉴스, 2004.06.30일자 기사) 등 참고.
- 4) 주요 해상시위 사례에 관해서는 장인식, 법학연구(전북대학교 부설법학연구소 발간) 제22집, 2001.12, 272면 이하 참고.

사실상 금지시키고 있고, 집시법 이외의 해상관련법예의 위반으로써 불법시위가 되는 것으로 경고하고 있다. 그리고 주로 정부의 시책을 이해시켜 시위자들의 마음을 회유하는 조치인 선무(宣撫)활동을 통해 자진해산시키거나 아니면 육상집회로 전환시키는 방법으로 대처하고 있다.¹⁾ 또한 어선의 조업을 위해 출항한다는 신고를 하고 나서 해상시위를 할 경우나 선박 안전조업규칙(제13조)에 따르면 신고의무가 없는 공동해태양식관리선을 가지고 해상시위를 위해 출항하는 경우 등에 있어서는 통제가 불가능하여 그대로 방치될 수밖에 없는 실정이라고 한다²⁾.

해상시위의 특징을 분석한 자료를 보면, 우선 큰 위험잠재성을 내포하고 있다는 점, 필연적으로 선박이라는 수단이 동원된다는 점, 어민들의 생계에 관련된 사례가 많다는 점, 법제도가 미비되어 있어서 보호목적이 상이한 개항질서법, 해상교통안전법, 형법 등에 의해 우회적으로 처리되고 있다는 점등이 제시되고 있다³⁾.

2. 法的 論議狀況

1) 實定法的 規律狀況

대한민국헌법은 제21조 제1항에서 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다”고 하며, 제2항에서는 “언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 않는다”고 하여 집회·시위의 자유라는 기본권을 규정하고 있다. 또한 동 헌법 제37조 제2항에 따라 이 기본권을 제한하기 위해 제정된 ‘집회및시위에관한법률’은 제2조에서 “1. ‘옥외집회’라 함은 천장이 없거나 사방이 폐쇄되지 않은 장소에서의 집회를 말한다 2. ‘시위’라 함은 다수인이 공동목적 가지고 도로·광장·공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행하거나 위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위를 말한다”고 규정하고 있다.

이러한 집회·시위에 관한 기본 실정법을 문리적으로만 고찰하면 해상시위는 성문화되어 규율되고 있지 아니한 것은 분명하다. 그러나, 경찰관직무집행법 제10조(경찰장비의 사용등) 제4항에 의해 위입되어 제정된 ‘경찰장비의사용기준등에관한규정’(제정 1999.11.27 대통령령 제16601호) 제13조(가스차·살수차·특수진압차·물포의 사용기준) 제3항은 “경찰관은 불법 해상시위를 해산시키거나 정선명령에 불응하고 도주하는 선박을 정지시키기 위하여 부득이한 경우에는 현장책임자의 판단에 의하여 필요한 최소한의 범위에서 경비합정의 물포를 사용

할 수 있다”이라고 규정한다. 여기서 우리 실정법령체계에서 해상시위에 관한 규율이 없지는 않다는 것을 알 수 있으나, 이 규정에서 말하는 ‘불법’적 ‘해상시위’가 어떠한 기준이나 요건에 의해 그 불법성이 인정되는지, 해상시위가 기본권인지를 밝혀주는 성문규정은 찾아볼 수 없고, 이것은 헌법과 집시법의 해석에 따르는 것으로 이해된다⁴⁾.

해상집회·시위를 기본권차원에서가 아니라 각 해당 법률목적의 관점에서 규제 및 처벌의 대상으로 간주하여 간접적으로 관련된 법률로는 형법의 제185조 이하 교통방해죄, 제136조 이하 공무집행방해죄 처벌조항, 화염병사용등의처벌에관한법률, 해상교통안전법상 해상교통질서유지를 목적으로 하는 제50조의 3(항만등 및 항로의 안전확보)에 따른 해상교통방해(우려)자에 대한 자신해산요청 및 해산명령, 즉시퇴거명령 규정과 이에 대한 벌칙조항(제53조), 개항질서법상으로는 제5조(입·출항의 신고)에 따른 신고의무, 제12조(항로 안의 정박 등 금지)에 따른 항로 안의 정박, 정류금지 의무, 제20조에 따른 위험물반입 시 신고의무와 제한·안전조치명령, 제39조(선박교통의 제한)에 따른 지방해양수산청장의 선박교통의 안전을 위한 선박교통제한·금지재량권능 부여, 제44조 이하의 벌칙규정, 선박안전법, 선박직원법, 수산업법 등의 제 조항 등이 있으며, 실무에서는 이들 규정을 근거로 해상시위를 불법으로 단죄하고 있는 현실이다.

2) 判例·學說상 論議 및 法制處나 警察機關의 立場

(1) 소극적 입장

역시 해상시위에 관해 명시적으로 입장을 밝힌 법원 내지 헌법재판소의 판례는 발견되지 않는다. 학설에서도 해상시위에 관해 법적 관점에서 고찰한 문헌은 많지 않으나, 다수학자는 이에 대해 무관심하거나 견해를 밝힌 일부학자도 소극적으로 평가하고 있다. 이에 속하는 한 공법학자는 최근에 “해상시위도 역시 과연 기존의 집회·시위의 관념에 포섭하여 해석할 수 있는지는 의문이다. 무엇보다 해상이라는 공간적 특수성이 도로나 광장에서 벌어지는 기존의 집회·시위와는 구별되는 특징을 야기한다. 해상시위에 관하여도 일정한 법적 규율이 필요하겠지만, 이 역시 기존의 집시법의 연장선상에서가 아니라 해상질서법 등에서의 규율로 대응함이 타당할 것이다”라고 하여 육상공간에서의 집회·시위만이 헌법적 집회의 자유라는 기본권의 개념과 집시법상 집회개념에 포섭된다고 보고 해상시위논의를 배제하고 있다⁵⁾.

5) 경찰청의 해상에서의 집시법 적용여부에 관한 입장 : 현행 집시법상 시위장소는 도로·광장·공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소로 국한하여 동 장소에서의 시위만을 집시법상의 시위로 인정·적용하고 있으므로 해상에서의 시위는 본법 적용 외라는 입장이다(양태규, 집시법상의 문제점 및 그 개선방안에 관한 연구 - 건전 시위문화정착 측면을 중심으로 -, 형사정책연구 제12권 4호, 2001 겨울호, 172면 각주 60에서 인용함).

1) 해양경찰청연감 2001, 438면 이하.

2) 장인식, 위의 논문, 274면.

3) 장인식, 위의 논문, 268-271면.

4) 장인식, 위의 논문, 275-276면. 여기서 장인식교수는 동 대통령령에서 ‘불법’해상시위를 규정해놓고 있는 태도를 미루어볼 때 해상시위의 자유라는 기본권을 전제하는 것이며, ‘적법’한 해상시위의 존재를 인정함으로써 이해되어야 한다고 보고 있다. 이러한 설명이 일리가 없는 것은 아니나, 이 경찰장비사용규정에서 해상시위를 논한 것은 헌법이나 집시법측면에서 해상시위를 고찰한 뒤에 이루어진 것이 아니라 경비합정의 물포를 사용하기 위한 하나의 사건 내지 현상으로 나타나는 것을 보고 개항질서법이나 해상교통안전법 등의 위반을 이유로 ‘불법’이라는 표현이 사용된 것이기 때문에 위와 같은 해석에는 무리가 있다. 기본권은 헌법과 그 해석에 따라 인정될 수 있는 것이지, 하위법령에 의해 결정되는 것은 아니다.

더 나아가 경찰청의 1995년 10월 28일자 '해상선박시위 및 차량시위 등 처리지침'에 의하면 "해상에서의 집회·시위와 관련하여 발생하는 범죄행위는 형법상 교통방해, 개항질서법, 유선및도선사업법, 해상교통안전법, 해양오염방지법 등을 적용, 현행법체포·사후처벌 외에 경찰관직무집행법에 근거한 조치를 해야 할 것임"이라고 하고 있으며¹⁾, 현행 집시법상 시위장소는 도로·광장·공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소로 국한하여 동 장소에서의 시위만을 집시법상의 시위로 인정·적용하고 있으므로 해상에서의 시위는 본법적용 외라는 입장을 보이고 있다²⁾.

(2) 적극적 입장

그러나 법제처는 1990년대 초반 2차에 걸쳐 모순된 내용의 질의회신을 한 바 있으나³⁾, 현재 최종 유권해석으로 행해진 해상집회·시위의 집시법적용에 관한 법령해석질의응답은 해상시위에 대한 집시법의 적용을 적극적으로 평가하고 있다. 즉 법제처의 유권해석은 "집회및시위에관한법률이 헌법에 보장된 국민의 기본권인 집회 및 시위의 자유를 진정한 기본권으로 신장시키기 위하여 집회 및 시위의 규제에 있어서 절차의 적정성을 확보하고자 하는 법률(1989. 3. 29 법률제4095호의 전문개정자유)임에 비추어 볼 때, 해상에 있어서의 집회 및 시위에 대한 동법의 적용에 있어서는 해상의 특수성에 관한 신중한 고려가 있어야 할 것인 바, ...(중략) ... 현실적으로 문제가 되는 것은 귀 질의에서 나타난 바와 같이 해상시위라 할 것인 바, 이는 곧 해상시위가 동법 제2조 제2호에 정의되어 있는 시위(다수인이 공동목적 을 가지고 도로·광장·공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행하거나 위세 또는 기세를 보여 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위)에 해당하는지의 여부가 관건이라 할 것인데, 동 규정 중 "공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소"라 함은 누구나 특별한 제한을 받지 아니하고 통행할 수 있는 장소를 의미한다고 볼 것이며(도로·광장·공원 등은 예시에 불과한 것임), 그러한 통행가능성이 있는 한 현실적으로 다수인이 항시 통행을 하고 있는지의 여부는 불문한다고 할 것입니다. 따라서 시위의 장소가 해상이라 하더라도 선박 등에 의한 자유로운 통행이 보장되고 있는 항만이나 연안 또는 해로 상에서의 시위에 대하여는 동법 제6조 제1항의 규정이 적용된다고 할 것입니다"라고 밝히고 있다⁴⁾.

5) 이관희, 한국민주헌법론 I, 2004, 357면.

1) 장인석, 위의 논문, 278면에서 인용.

2) 양태규, 위의 논문, 172면 각주 60에서 인용. 여기서 해양경찰청의 입장도 엿볼 수 있는 바, 외국의 사례 등이 검토되지 않은 상황이므로 집시법 개정안 검토 등 여러 방안을 고심하고 있다고 하여 입장표현을 유보하고 있다.

3) 1990년 11월 19일자 1차회신에서 법제처는 해상시위에는 집시법이 적용되며 신고의무에 관한 집시법 제6조 제1항도 적용된다고 하였다(법제처기획 02102-24호), 1992년 9월 24일자 2차회신에서는 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소인가에 적용여부가 달려 있는데, 개항질서법 등 해상에서의 통행을 규제하는 법률의 신고·허가사항으로 되어 있으므로 해상은 자유통행장소라고 볼 수 없으므로 신고의무 등 집시법 적용대상이 될 수 없다고 한 바 있다.

그리고 해상집회·시위의 법적 문제점을 고찰하고 나서 집시법의 적용을 적극적으로 간주하여야 함을 강조한 견해가 있다. 경찰종합학교 장인석교수는 해상시위는 당연히 헌법상 기본권이며, 집시법상 자유통행가능성을 개념요소로 하는 시위 개념에 포섭될 수 있고, 타 해상관련법률(특히 해상교통안전법, 개항질서법 등)의 적용은 집회·시위의 보장 및 제한에 관한 법률이 아니라 해상교통의 안전확보를 목적으로 하는 것이고 이러한 해상관련법률들에 의해서는 사전예방적 규제가 불가능하므로 이를 통해서 해상집회·시위의 위법성을 논할 수 없고, 본질적 문제해결이 아니라 일시적 규제를 위한 단속행정만이 이루어질 뿐이라고 한다⁵⁾.

3. 評 價

위에서 본 바와 같이 소극적 입장은 해상시위가 헌법상 기본권적 자유권의 하나로서 보장되어야 함에도 불구하고 별 근거 없이 실정법체계 안에서 규율의 대상이 되는 집회·시위의 개념에 포섭되기 어렵다고 단정하여 버리는 태도를 취하고 있는 바, 최소한 이는 일반적 행동의 자유권으로 보장될 수 있는 것이며 위법성을 내포하고 있다고 하여 헌법상 기본권이 되지 못한다고 하면 현대 위험사회에서 기본권으로 보장될 수 있는 권리는 찾아보기 힘들게 될 것이다. 그리고 법적 장치로 각종 해상관련법률로 충분할 것이라고 하는 주장은 민주사회에서 집회·시위의 자유가 갖는 최상위의 기본권성을 고려할 때 타당치 않다. 후술하는 바와 같이 공공의 안녕질서에 대한 직접적이고도 명백한 위협이 있을 경우 각종 제한조치를 취할 때 이 해상관련법률들은 공공의 안녕이라는 법개념의 한 요소로 포함되어 해상시위의 자유와 비교형량 시 실제적 조화를 이루어야 할 하나의 반대측면의 공익요소가 될 뿐이다.

우선 이러한 소극설보다 진일묘한 적극적 입장에 속하는 법제처의 유권해석에 대해서는 해상시위를 일단 헌법적으로 보호되어야 하는 기본권으로 간주하는 것으로 보이고 자유로운 통행가능성에 해상시위가 포섭되는 것으로 해석하는 것은 결론에 있어서는 타당한 면을 가지지만, 그러나 옥외집회와 시위의 개념에 대하여 최종적 사법판단을 내린 바 있는 1994년도 헌법재판소의 결정과 집회장소에 대한 행사주체 측의 자기결정의 자유측면을 강조한 2003년도 결정을 고려하고 있지 않은 점이 문제이다. 법제처의 법령해석질의에 대한 응답에 따른 유권해석은 사법부나 법학학설의 견해가 충분치 않을 때 각 부처간 법해석의 혼란을 방지하기 위하여 모델을 제시하는 것에 그치는 것이며 관련된 사법부의 판단이 있을 경우 특별한 반대논거가 없는 한 그 최종판단에 구속되어야 하는 것은 당연하기 때문이다.

마지막으로 장인석교수의 견해를 살펴보면, 결론적인 부분에 대해서는 찬성해야 할 부분이 많이 있으나, 해상시위가 헌

4) 법제처 인터넷홈페이지(www.moleg.go.kr)에서 법제자료>법령해석질의응답>제2장 내부·외무>제2절 치안>15. 해상시위에 관한 질의에 대한 응답부분(<http://152.99.72.115/test/lawinter/cgis/srchbon.cgi?keyval=020215>) 참고.

5) 장인석, 위의 논문, 275-279면.

법상 보장될 자유권적 기본권의 하나라는 데 대한 논증부분이 부족하며, 역시 헌법재판소의 결정부분을 참고하여야 함을 간과하였으며, 집시법에서 규율되어야 함을 당연히 전제하고 있는 바 만약 집시법이 적용되기 곤란하다고 할 경우 위협방지를 목적으로 하는 일반경찰법 특히 경찰관직무집행법의 적용가능성을 검토하는 작업이 유익하다는 점을 무시한 점이 아쉬워 보인다.

따라서 이하에서는 해상집회·시위가 헌법상 기본권적 자유의 대상으로 보장되어야 하는 당위성을 집회·시위와 집시법의 현대적 의미와 함께 고찰하고 이에 관련된 2003년도 헌법재판소의 견해를 참고할 것이며, 더 나아가 해상시위가 헌법상 개념과 구별하여 별도로 개념제시를 하고 있는 집시법의 적용대상이 될 수 있는지, 직접적용이 어렵다면 유추적용이 가능할지를 법률유보원칙의 의미를 결부시켜 고찰하며, 마지막으로 만약 집시법의 적용이 어렵다면 일반경찰법의 세계에서 적용될 수 있는지 그리고 경찰간섭상태의 법리를 고려해야 할지를 타진해보고자 한다.

III. 海上集會示威의 憲法的 基本權性

1. 集會示威의 自由 및 集示法の 意義와 憲法上 集會示威의 概念

1) 집회·시위의 자유와 집시법의 의의

집회와 시위는 대한민국의 의회민주주의 질서에 있어서 극히 중요한 부분이다. 집회할 권리라는 것은 개별국민에게 의견형성 및 의사표현을 위한 공동참여로써 자신의 요구를 일반공중에게 강조할 기회를 부여하는 것이며, 또한 정당과 국회의 의사형성에의 압력행사 측면도 동일하다. 특히 여론형성에 충분한 영향력을 발휘할 조직을 가질 수 없을뿐더러 매스미디어에 의해 소외되는 소수자들이 자신의 견해를 경청할 수 있게끔 한다. 성숙한 시민을 위해 국회의원선거 이외에 집회와 집단적 의사표현의 가능성은 능동적으로 정치적 의사형성과정에 직접 참여할 수 있는 얼마 안 되는 기회 중 하나가 된다. 집회의 자유를 통해 우리의 민주주의에서 시민의 의사를 지향하는 지속적 발전이 이루어질 수 있음이 보장된다. 공중에게 새로운 견해를 피력하고 이로써 정치가들과 타 시민에 대해 생각할 수 있는 자극제를 제공할 수 있는 가능성이 존재하게 된다. 집회과정은 계속적 변화를 받아들이는 현대적 민주법치 국가의 형성, 안정화 및 정당화를 가져오게 된다. 따라서 집회의 자유는 민주공동체의 불가결한 기능요소에 속한다¹⁾. 또한 집회와 시위의 자유는 개인의 자기결정과 인격발현에 기여하는 타인 및 일반공중과의 의사소통기본권(Kommunikationsgrundrecht)²⁾이자 언론의 자유에 대한 보완기능(Komplementärfunktion)³⁾을 하는 기본권으로서 생각을 달리하는 소수

자들에게 유용한 방어권을 제공함으로써 집회의 장소·시점·형태, 내용에 관한 “자기결정권”을 보장하며⁴⁾, 공적 집회에의 참여·비참여에 대한 국가적 강제를 금지하는 헌법상 고차원의 기본권이기도 하므로, 헌법상 이중적 기능을 수행하고 있다.

이러한 집회의 자유는 헌법 제21조에서 헌법적으로 규범화되어 있다. 이 자유권을 사회질서유지를 위하여 필요한 경우 법률로 제한할 수 있도록 하는 헌법 제37조 제2항에 따라 입법자에 의해 형성된 집시법은 법률유보원칙의 일환으로 제정된 것이며, 이러한 점에서 동 기본권을 제한할 수 있는 권능을 관할행정관청(경찰)에게 부여하는 법률이고 여기서 한 걸음 더 나아가 집회의 자유를 실현하고 구체화하는 법률(Ausführungsgesetz)⁶⁾이다. 개별법률의 하나로서 집시법이 헌법의 내용을 결정할 수 있는 것은 아니지만, 헌법 제21조 제1항에 기초한 집회의 자유의 내용을 명확히 하는 기초를 제공한다. 이렇게 헌법적 차원에서 집시법을 높이 평가함으로써 집시법은 원래 고전적으로 경찰법의 소재였던 것에서 민주생활과 사회적 갈등해소의 핵심체로 격상하게 된다⁷⁾.

2) 헌법상 집회·시위의 개념

헌법 제21조의 집회·시위의 자유는 우선 공동목적을 가진 다수인의 일시적인 평화적 집단행동의 자유라고 정의되고 있다⁸⁾. 여기서 기본적 개념요소는 ①다수인에 의한 모임이 있을 것, ②공동의 결속목적이 존재할 것, ③일시적일 것, ④평화적, 비폭력적 행사일 것을 요구한다. ①에 의해 표현의 자유로 보장될 소위 ‘1인시위’와 구별되며, ②에 의해 교통사고구경꾼들과 같은 군집(Ansammlung)과 구별되며, ③에 의해 결사(結社)의 자유와 다르고, ④에 의해 폭력적 행사는 집회·시위의 자유의 헌법적 보호범위에서 배제되게 된다. 즉 헌법은 집회의 자유를 통해 평화적인 집단행동을 보호하려는 것이기 때문에 폭력적이고 폭동적인 집회는 보호대상에서 제외된다⁹⁾.

이 중에서 특히 ‘공동의 결속목적’의 의미에 대하여 전통적으로 견해가 대립한다¹⁰⁾. 참여자들 사이의 공동의 목적추구라는 “내적 유대 내지 결합”이 존재하여야 한다는 것에는 이설이 존재하지 않으나, 이것을 정치적 사안과도 같은 공적 사안에 대한 의견형성 및 의사표현목적에 한정하는 협의설(狹義說)이 있고, 공공성과 무관하게 사적 사안이라도 ‘집단적 의견형

1) M. Bergmann, Die Polizeifestigkeit des Versammlungsgesetzes, 1996, S. 1f.
2) 허영, 헌법이론과 헌법, 2004, 672면; B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 15. Aufl., 1999, Rn. 688, S. 170; B. Spießhofer, Der Störer im allgemeinen und im Sonderpolizeirecht, 1989, S. 240.

3) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20 Aufl., Rn. 404, S. 176.
4) BVerfGE 69, 315 (343); 김승환, 집회·시위의 자유에 대한 변형적 규제, 서울대학교 BK21법학연구단 공익인권법센터추천 학술대회자료집, 2003 참고.
5) 헌재결 2003.10.30선고(전원재판부), 2000헌바67, 83(병합).
6) M. Kniessel, Versammlungswesen, in: H. Lisker/E. Denninger, Handbuch des Polizeirechts (Hrsg.), H. 3. Aufl., 2001, S. 55; 장인식, 위의 논문, 275면.
7) Ossenbühl, Der Staat 1971 53 (62).
8) 허영, 헌법이론과 헌법, 2004(신정9판), 674면.
9) 허영, 위의 책, 676면; 헌재결 2003.10.30선고(전원재판부), 2000헌바67, 83.
10) 이러한 학설대립에 관해 일반적으로는 B. Pieroth/B. Schlink, aa.O., Rn. 690ff.; S. 171ff. 참고.

성·의사표현의 목적' 즉 의사소통(Kommunikation)의 목적이 있으면 집회로 성립할 수 있다는 광의설(廣義說)이 있으며, 마지막으로 모임의 참여자들이 단순한 '소비자'의 입장으로 관여하는 것이 아닌 이상, 집회의 내용적 확정시도를 단념하고 참여자들간에 내적 결합의 요소 즉 타인과의 내적 유대에 의한 접촉의 목적이 있는 것으로 충분하고 굳이 특정한 내용의 의사표현목적이 별도로 존재할 필요가 없다는 최광의설(最廣義說)이 있다¹⁾.

공적 사안에 제한하는 협의설은 전적으로 공적 여론형성을 위한 행사의 국가에 의한 제한으로부터의 보호에 관심을 두었던 집회의 자유의 역사적 발전 측면을 근거로 삼고 있다. 그러나 공적 사안이나 관심사라는 것은 다의적이기 때문에 이것을 명확한 구별기준으로 이해하는 견해는 의견상으로만 그런 것을 오해한 것이다. 특정생활영역에 한정함이 없이 지역적, 지방적, 국가적 혹은 국제적 범위에서 일반적인 이익을 발견하고 형성할 수 있는 것을 공적 관심사라고 이해한다면 협의설의 의미는 상실된다. 집회의 자유가 갖는 정치적 민주주의적 의미 이외에 개인의 인격발현이라는 개인권리적 측면의 내용이 효력을 발휘하려면 공적 관심사의 집단적 주장에 국한시키는 것은 타당치 않다²⁾. 그러나 최광의설과 같이 특정내용의 의사표현목적은 요구함이 없이 접촉의 목적이 있는 것으로 족하다고 한다면 집회의 자유가 사교적 권리의 성격을 갖게 될 우려가 있다³⁾.

집회의 자유의 민주주의적 기능이라는 관점에서 국민의 의견형성·의사표현을 위해 대규모 정치행사만 중요한 것은 아니라는 점이 고려되어야 한다. 이와 같은 정치적 대규모행사도 사적인 영역에서 먼저 행해지는 의견형성과정을 미리 전제하는 것이다. 대중매체의 영향력을 일단 무시한다면, 민주적 의견형성과정의 첫걸음은 보통 소수자 사이의 사적 정보교환으로부터 시작된다⁴⁾. 따라서 이렇게 이해한다면 해상집회·시위의 목적으로 주로 고려되는 매립·간척개발피해, 해양오염피해, 어업권보장에 관련된 정부에의 항의나 최근 핵폐기물방폐장설치계획에 대한 항의목적 등은 헌법상 집회의 자유개념에서 요구하는 공동목적 내지 내적 유대 혹은 결합이라는 개념 요소를 충족하며, 이는 공적 관심사를 목적상 요소로 요구하는 협의설에 비추어보아도 각 지역의 공동관심사 내지 환경문제라는 현 국민과 자손들의 공익이 관련된다는 점에서 헌법상 집회·시위에 해당한다고 볼 수 있다.

2. 集會場所의 自己決定權

자유권으로서 집회·시위의 자유를 규정한 헌법 제21조는 집회의 내용형성을 포기하고 있으며, 이는 주최자 측의 자기결정(Selbstbestimmung)에 유보되어 있고, 집회참가자들은 자신의 관

심을 고유한 표출형태를 가지고 표현할 권리를 갖는다⁵⁾. 국가는 행사의 프로그램과 주제, 진행에 내용적으로 영향을 끼치는 것이 허용되지 않는다. 그러나 제3시민의 법익과 충돌이 있을 때에는 본질적 내용의 침해가 없는 한도에서의 제한을 통해 실제적 조화상태를 유지하여 기본권행사에 있어 질서정연한 양립상태를 가능케 하여야 한다. 즉 주최측은 계획된 행사의 장소, 시점, 유형 및 내용과 관련하여 형성의 자유를 갖지만⁶⁾, 이는 절대적 권리는 아니며 제3시민들의 상반되는 권리를 고려하여야 하고 따라서 원래의 계획은 수정될 수 있는 것이다.

장소의 자기결정권이라는 것은 집회·시위의 성과를 높이게 한다. 특정 대상물에 접근하는 것이 일반공중이나 대중매체에 대하여 시위주체와 관련된 주의환기를 위해 본질적 전제조건이 되는 경우가 많다. 따라서 헌법 제21조는 가능한 한 많은 공중에게 행사의 주제를 알릴 수 있는 장소를 선택할 가능성도 보장하는 것이다⁷⁾. 따라서 될 수 있는 한 대중의 큰 관심을 끌 수 있는 시위루트의 확정도 보장된다. 물론 제3시민의 교통을 마비시키고 영업자나 다른 시위주최자의 이익을 현저히 침해할 수 있는 경우라면 이러한 자기결정권은 제한될 수 있고 경찰은 이러한 시위루트를 변경하는 조치를 내릴 수 있다. 그러나 이러한 제3시민의 법익이 본질적으로 침해되지 않는 경우라면 먼저 신고를 한 자는 자신의 시위경로에 대한 청구권을 보유한다.

우리나라 헌법재판소도 집회의 자유는 시간, 장소, 방법과 목적을 스스로 결정할 권리를 보장하는 것이고 이를 통해 집회의 준비 및 조직, 지휘, 참가, 집회의 장소·시간선택 등이 보호되는 행위가 된다고 판시하고 있다⁸⁾. 특히 집회의 목적·내용과 장소는 일반적으로 밀접한 내적 연관관계에 있으므로 집회의 장소선택이 집회의 성과를 결정짓는 경우가 많다고 하여 '어떤 장소'에서 자신의 계획한 집회를 할 것인가를 원칙적으로 자유롭게 결정할 수 있어야만 집회의 자유가 비로소 효과적으로 보장되는 것이라고 한다. 따라서 집회의 자유는 다른 법익의 보호를 위하여 정당화되지 않는 한, 집회장소를 항의의 대상으로부터 분리시키는 것을 금지한다고 결정하였다.

3. 評價

집회장소의 자기결정권과 관련된 위와 같은 견해와 헌법재판소의 입장을 따를 때, 해상이라는 장소를 해상관련목적 가진 집회·시위의 장소로 선택하는 것은 국가로부터의 방어권으로서 보장되는 집회·시위의 자유의 보호범위 안에 편입되는 것으로 이해되어야 한다. 해상에서의 일시적 행사가 있다고 하여 해상교통이나 제3시민의 법익을 본질적으로 침해한다고 막연하게 간주하는 것은 부당하다. 헌법상 집회·시위의 보호범위 안에 들어가는 집회·시위가 타 법익의 행사를 방해한다고 하더

1) 위 학설에 대한 우리문헌에서의 논의로 허영, 위의 책, 675면; 이관희/강태수, 우리의 집회시위제도 발전방안모색을 위한 각국의 집회시위제도 비교고찰, 치안연구소연구보고서 95-12, 10면 이하.

2) M. Kloepfer, Handbuch des Staatsrechts VI, Rn. 20, S. 749.

3) 허영, 위의 책, 675면.

4) Kloepfer, a.a.O., Rn. 17-21, S. 748-749.

5) Kiesel, a.a.O., Rn. 46, S. 619.

6) BVerfGE 69, 315 (343).

7) G. Schwerdtfeger, "Leichtigkeit des Verkehrs" als Grenze der Demonstrationsfreiheit, in: GS für Martens, 1987, S. 456.

8) 헌재결 2003.10.30선고(전원재판부), 2000헌바67, 83.

라도 일정 한도 내에서 이는 동 자유권의 고차원성·중요성에 비추어 감수되어야 하며 더 나아가 침해받는 권리자들도 행사를 방해해서는 아니 되는 수인의무를 갖는다. 그러나 해상에서의 집회·시위가 사정에 따라 해상교통을 마비시키거나 직접적이고도 명백한 해상안전에의 위협이 된다면 제한될 수 있으며 극단적인 경우 금지될 수도 있음은 물론이다. 결론적으로 육상 즉 도로나 공원, 광장에서 집회행사보다 해상에서의 시위가 시위자 자신은 물론 타 법익에의 침해가능성을 높일 수 있다는 점은 감안되어야 하므로, 이러한 점이 질적·양적 제한가능성을 높게 한다는 점은 부정할 수 없다. 하지만 이러한 측면 때문에 해상을 집회장소로 선택할 자기결정권으로서의 자유권이라는 것이 부정될 수는 없다.

IV. 集示法上 集會概念과 海上集會示威

1. 集示法上 集會概念에 관한 제2조의 문제점

대한민국헌법 제21조는 집회의 자유에서 보호되는 '집회'에 관련된 정의를 두고 있지 않다. 이것을 구체화하는 의미로 우리 집시법은 제2조에서 "1. '옥외집회'라 함은 천장이 없거나 사방이 폐쇄되지 않은 장소에서의 집회를 말한다 2. '시위'라 함은 다수인이 공동목적 가지고 도로·광장·공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행하거나 위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위를 말한다"고 규정하고 있다.

그런데, 집시법의 이러한 옥외집회나 시위의 개념규정이 헌법상 자유권으로 보호되는 '집회'의 개념을 결정하는 것이 아니라는 것을 유의하여야 한다. 왜냐하면 집시법은 독일에서 그러한 것처럼 주최자를 두고 사전에 기획·준비되어 행해지는 질서정연한 통상적 집회모델을 이상형으로 삼은 것일 뿐이기 때문이다¹⁾. 따라서 문리적으로만 이해하면 주최자나 사전계획이 없이 행해지는 우발집회(Spontansammlung), 긴급집회(Eilversammlung), 비공개사적집회(nichtöffentliche private Versammlung), 단일한 조직과 기획 없이 다수의 주최자가 공존하는 대규모시위(Großdemonstration) 등은 집시법의 규율대상에서 제외될 수밖에 없고 보다 완화된 요건 하에서 강력한 공권력행사를 가능케 하는 일반경찰법의 영역으로 들어가게 된다²⁾. 그러나 현대적 이해에 따르면 이러한 유형의 행사들도 모두 헌법상 집회·시위의 자유의 보호범위 안에 해당하는 행사들이라고 하며 헌법합치적 관점의 해석을 통해 어떻게든 집시법의 규율 하에서 다루고자 하는 것이 또한 현대적 추세이다³⁾. 이러한 관점은 해상집회·시위에의 집시법적용가능성을 다룸에 있어서도 고려되어야 한다. 이하에서는 현행 집시법의 집회·시위개념정의에 관해 입장을 밝힌 헌법재판소

의 다수의견과 반대의견을 고찰하고 해상집회·시위와의 관련성을 분석하고자 한다.

2 憲法裁判所(91헌바14결정)의 見解

1) 91헌바14결정의 다수의견

학교 구내에서의 집회가 문제된 사안에서, 현재 다수의견은 집시법 제2조 제2호의 '시위'정의규정에서 "공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소"라는 장소적 제한개념은 '시위'의 정의에서 필요불가결한 요소가 아니라고 판단하였다. 규정의 문리와 이 규정의 개정연혁⁴⁾에 비추어 볼 때, "다수인이 공동목적 가지고 (1) 도로·광장·공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행함으로써 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위와 (2) 위력 또는 기세를 보여 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위"라고 풀이된다고 한다. 이렇게 되면 (2)의 경우 위력 또는 기세를 보인 장소가 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소이든 아니든 상관없이 그러한 행위가 있고 그로 인해 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가할 개연성이 있으면 집시법상 '시위'에 해당하므로, 즉 장소적 제한개념은 모든 시위개념의 필요불가결한 요소가 아니라고 한다. 또한 이렇게 보지 않으면, 공중이 자유로이 통행할 수 없는 장소이지만 그 장소의 위치, 그 장소와 공중의 자유통행이 허용된 장소 사이의 차단장치나 시설의 높이, 구조, 형태 등에 따라서는 그 곳에서의 위력 또는 기세의 과시가 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가할 개연성이 있고 또 그것이 명백히 위법한 시위인데도 공중의 자유통행가능성이 없다는 이유만으로 규제할 수 없는 불합리한 결과가 발생할 수 있음을 지적하고 있다. 이것은 제2조 제1호의 '옥외집회'의 정의에서도 동일하게 이해되어야 한다고 한다.

2) 조규광 재판관의 반대의견

조규광 재판관은 우리 헌법이 집회의 자유를 국민의 기본권으로 보장하고 있고 동시에 허가제를 금지하고 있는 것은 집회의 자유를 표현의 자유의 집단적 형태와 다른 것이 아니며 자유민주주의국가에서 국민의 정치적·사회적 의사형성과정에 있어서 효과적인 역할을 담당하는 수단이 되는 것으로 보았기 때문이라고 하며, 이러한 집회의 헌법상 의의에 비추어 옥외집회나 시위 모두 동 집단 이외의 접촉대상인 불특정다수인의 존재를 당연한 전제로 하는 것이라고 하여 이것 때문에 옥외집회·시위는 공공위해의 발생가능성이 높아서 집시법의 규제대상으로 정당화되는 것으로 본다. 따라서 옥외집회·시위는 모두 공중의 자유통행가능성이라는 장소적 제한개념을 전제한다고 판단한다. 따라서 그는 제2조 제1호를 "옥외집회"라 함은 천장이 없

1) Kniessel, aa.O., Rn. 293, S. 672.

2) Werner Müller, Wirkungsbereich und Schranken der Versammlungsfreiheit, insbesondere im Verhältnis zur Meinungsfreiheit, Berlin 1974, S. 104-105.

3) 이러한 취지를 대표하는 독일의 판례가 바로 소위 "Brokdorf"판결(BVerfGE 69, 315)이다.

4) 구 집시법(1989.03.29 법률 제4095호로 전문개정되기 전의 집시법) 제1조의 2 제2호는 "시위"라 함은 다수인이 공동목적 가지고 도로 기타 옥외장소를 진행하거나 위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위를 말한다"고 규정하고 있었던 것을 그 중 "도로 기타 옥외장소"라는 부분만을 보다 명확하게 "도로·광장·공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소"로 고쳤을 뿐 나머지 부분은 고쳐진 것이 없다고 한다.

거나 사방이 폐쇄되지 않은 '공중이 자유로이 통행할 수 있는' 장소에서의 집회를 말한다"라고, 제2호를 "다수인이 공동목적 을 가지고 '공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소에서' '행진 기타 위력 또는 기세를 보이는 방법으로' 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위"로 해석하여야 허가 제를 금지하는 헌법의 기본정신에 부합될 수 있다고 하며, 이러한 한정해석이 있어야만 집시법 제2조는 합헌이 된다고 보고 있다.

3) 현재의견에 따른 집시법상 집회개념과 해상집회·시위

앞서 본 해상집회·시위의 법적 처리상황에서와 같이, 공중의 자유통행가능성을 개념요소로 보기 때문에 그 동안 우리 행정실무는 해상이라는 장소가 이 요소를 충족할 수 없다고 보았다. 최근 법체제의 유권해석도 일단은 이러한 통행가능성을 개념요소로 보고 해상이라는 장소가 이러한 가능성이 결코 없다고 보기 힘들다는 방식으로 논리를 전개하였으므로, 이 범주에서 벗어나지 않는다.

헌법재판소의 다수의견에 따르면, 해상에서의 집회·시위가 일반공중의 자유로운 통행가능성이 없는 장소에서의 행사라고 하여 집시법상 옥외집회·시위개념에서 벗어난다고 볼 수 없다. 즉 다수의견은 공중의 자유통행가능성이 없다고 해도 "다수인이 공동목적 을 가지고 '위력 또는 기세를 보여 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위'"가 있으면 집시법상 규율대상이 된다고 보기 때문에, 해상집회·시위가 이러한 개념요소를 갖추기만 하면 그 장소를 불문하므로 집시법이 쉽게 적용될 수 있는 것이다.

그러나 반대의견에 의하면, 집시법상 옥외집회는 시위든 일반공중의 자유통행가능성 내지 접촉가능성을 전제하는 것이 되므로, 해상에서의 집회·시위는 연안에서의 거리에 따라 사정에 차이는 있겠지만 분명히 대중이 자유로이 통행할 수 없는 장소임은 분명하여 집시법의 적용대상에서 배제될 가능성이 크게 된다.

4) 평가 - 집회개념의 헌법합치적 해석

헌법상 자유권의 대상이 되는 집회는 가능한 한 현대적 차원의 것으로 이해되어야 함은 전술한 바 있다. 인터넷상 온라인집회·시위, 1인시위, 사교·소비목적의 행사들이 현행 집시법의 규율대상에 포함되기는 어렵다고 하여도 해석상 이에 해당하는 것으로 보는 것이 헌법상 정당화될 수 있다면 집회의 자유의 실현 및 구체화법률인 집시법을 적용하는 것이 그 보호목적에 부합하는 것이다.

일반공중의 자유통행 혹은 접촉가능성이라는 것은 현저히 육상집회·시위에 초점이 맞추어진 요소이다. 그러나 소수자들이 자신과 의견을 같이 하는 집단을 형성하여 결집된 의사를 표현할 수 있는 창구를 제공하는 것이 소수자보호를 목표로 하는 현대 민주주의에서 강조되며, 최근의 집회·시위라는 것이 의사소통이 어려웠던 과거와 같이 현실적으로 존재하는 타 대중과의 의사전파를 추구한다기 보다는 오히려 TV, 신문 등 매스미디어에의 접근을 시도하고자 하고 실제 그 영향력이라

는 것이 훨씬 더 크다는 점을 볼 때 도로, 광장, 공원 등 육상 공간만을 집회·시위의 장소로 선택하여야 집시법상 집회의 자유로 보장된다는 것은 지나친 축소해석이 되는 결과가 된다.

위 현재의 반대의견은 집회의 자유의 헌법상 의의를 들어 이와 같이 한정해석하여야 집시법에서 자유로운 즉 규제를 받지 않게 되는 영역이 확보된다고 보는 것 같다. 그러나 그것은 - 이하에서 다시 보겠지만 - 집시법이 위험방지법영역 중 특별법률의 하나일 뿐이며 특별법과 일반법의 관계 즉 일반법의 보충적 적용원칙에 따라 공공의 안녕질서에 대한 구체적 위험이 있게 되면 손해가 현실화되기 전에 상황에 필요한 조치를 취할 수 있게 되므로 경우에 따라 위험정도가 보다 약할 수도 있는 자유로운 통행가능성이 없는 집회·시위가 오히려 집시법보다 더 가혹한 조치의 대상이 될 수 있다¹⁾. 이러한 측면을 우리 현재의 소수반대의견은 간과한 것으로 보인다. 따라서 결론적으로 현대적 집회·시위의 양상과 집시법의 집회의 자유 구체화법률로서의 의미 및 위험방지법의 체계에 비추어 볼 때 집시법 제2조는 현재의 다수의견과 같이 해석하는 것이 타당하다.

3. 集示法の 適用可能性과 一般警察法の 關係

이하에서는 해상집회·시위에 집시법을 적용하기 곤란하다는 것을 가정하였을 때 어떠한 법리를 통해 그것을 규율하여야 할 것인가를 보충적으로 다루어 본다.

1) 집시법상 비전형적 집회에 관한 집시법상 제한규범 유추적용설

우리나라의 학설에서는 집시법상 집회개념에 포섭되기는 곤란하나 헌법상 집회개념에 해당하는 행사에 대하여 고찰된 바는 없었으나, 독일에서는 이러한 행사가 공공의 안녕질서에 대한 위험과 관련될 경우 법적으로 어떻게 취급할 것인지 견해가 주장되어 대립하고 있었다. 특히 주최자가 없거나 사전 기획 없이 현실상황의 돌발로 인해 발생하는 우발적 혹은 돌발적 집회, 법률에서 요구하는 신고기한을 지키게 되면 집회의 목적을 달성할 수 없는 긴급집회, 독일집시법에서 요구하는 공개성(Öffentlichkeit)을 갖추지 못한 비공개(사적옥내)집회 등과 관련되며²⁾, 독일집시법은 본법률의 규율대상이 되는 집회·시위의 정의규정을 두고 있지 않으나, 옥내든 옥외든 공개집회일 것을 요구하고 기본적으로 주최자와 주관자가 사전에 기획하여 준비한 정비된 정상적 행사를 모델로 한 법률이기 때문에 이러한 문제가 발생하였다.

어쨌든 이러한 집시법의 직접적용은 곤란하나 헌법상 보호범위 안에 해당하는 집회·시위가 공공의 안녕질서에 현저한 위험을 가져올 경우에 집시법을 유추적용하자는 견해가 있다³⁾. 이에 따르면 "비공개 집회에는 독일집시법이 직접적용될

1) W. Müller, aa.O., S. 105.

2) Kniessel, aa.O., Rn. 234ff., S. 60ff.; Spießhofer, aa.O., S. 258-259; 우발적 집회(Spontanversammlungen)에 대하여 집시법으로 완전히 금지된다는 견해, 집시법규정의 유추적용견해, 경찰법적용견해 등을 소개하는 문헌으로 김승환, 위의 논문, 5면 참고.

3) Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986, S.

수 없다(예외: 독일집시법(VersG) 제3조, 제21조, 제28조). 그럼에도 불구하고 이러한 집회를 일반경찰법의 일반조항(Generalklausel)에 따르게 하고 따라서 국가의 제한권한을 이러한 집회에 확장시키는 것은 집회의 자유라는 기본권의 중요성과 부합되지 않게 될 것이다. 사리에 맞지 않는 차별화를 피하기 위해서는 오히려 개괄적 수권규범에 따른 경찰기능을 제한하는 것으로도 작용하는 집시법의 권한규정을 유추적용하는 것이 필요해 보인다¹⁾). 또한 “독일집시법 제5조와 제13조는 경찰의 집회금지·해산권한을 일반경찰법에 비하여 ‘본질적으로 제한’하고 있다. 동 조항은 일반조항(Generalklausel)을 사용하지 않고 상당히 구체적이며 상세한 요건을 설정해놓고 있기 때문이다. 만약 공개집회보다 영향력과 갈등요소를 덜 갖고 있는 비공개 집회가 경찰의 일반적 개입에 노출된다면 오히려 납득할 수 없는 일이 될 것이다. 집시법이 공개집회의 규율에 한정됨으로써, 오히려 사적 모임은 법률로 규제되지 않는다는 것 즉 공권력에 의해 침해받을 수 없다는 점이 인식된다. 헌법에서 직접 도출되는 한계 즉 비폭력적 집회여야 한다는 점만이 계속 적용된다. 집회가 일단 폭력적 또는 무장하였다면, 집회가 공개적인지 비공개적인지 여부는 법적 평가를 위하여 그리 중요하지 않다. 왜냐하면 그 어떤 경우에 있어서도 공공의 안녕 및 질서는 위협을 받고 있으며, 공개집회의 경우 일반공중에 대한 영향력은 보다 더 크고 직접적이기 때문에 그 위협은 더 크고 지속적이다. 따라서 사적 집회가 공개집회보다 경찰의 더 포괄적인 제한권한에 노출될 수 없다는 해석 즉 경찰은 폭력적이며 무장한 사적 모임에 조치를 취할 때에도 집시법상 경찰에게 부여된 권한을 초과해서는 안 된다는 해석²⁾이 정당화된다. 따라서 집시법의 유추적용에 일반경찰법적용보다 우위를 인정하여야 할 것이다”라고 하면서 더 나아가 집시법상 조치가 일반경찰법에 따른 조치보다 집회의 자유를 주장하는 국민에게 유리하다는 것을 강조하고 있다.

그러나 집시법상 집회자유에 대한 제한권한규범을 유추적용하자는 견해에 대해서는 헌법상 법률유보원칙의 의의를 만족시키지 못한다고 본다³⁾. 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 기본권의 제한이 필요한 경우 법률에 의해야 하며, 그 법률에 의해 기본권의 본질적 내용은 침해되어서는 아니 된다는 데 따라 입법자에 의해 형성된 특별법률은 그 내용, 목적, 범위, 요건, 기준 등이 명확하게 되어 있어야 하며, 그러한 법률은 중극적 성격을 갖는다. 따라서 입법자가 집시법에 규율해놓지 않은 이유는 위와 같이 문제되는 행사들은 그 위협잠재성이 작은 것이므로 의도적으로 그에 대한 제한권한규범을 설정하지 않았기 때문이라고 한다⁴⁾. 그러므로 집시법에서 규율되지 않은 유형의 행사는 집시

법상 제한조치에서 자유로우며, 설사 집시법보다 가혹한 조치를 가능케 하는 일반경찰법의 영역으로 들어가게 된다고 하여도 - 이하에서 보는 바와 같이 - 반드시 집시법의 조치보다 엄격한 제약이 이루어지는 것은 아니기 때문이다.

2) 일반경찰법 특히 경찰관직무집행법상 제한규범의 적용문제

위 유추적용설과는 달리 집시법이라는 특별법에서 규율가능한 사실관계에 대하여 보충성원칙, 특별법우선원칙에 따라 일반법으로서 일반경찰법상 개괄적 수권조항(Generalklausel)을 적용하자는 독일학자들의 견해가 있으며⁵⁾, 이것은 우리나라 경찰관직무집행법상 제한규범을 적용할 수 있는가의 문제로 이어진다. 적용될 수 없는 특별위험방지법상 제한수권규범이 없는 상황에서 공공의 안녕질서에 대한 구체적 위협이 있을 경우 필요한 조치를 취할 수 있다는 독일의 개괄적 수권조항이 우리나라에 명시적으로 존재하지 않아서 그 존재성에 관한 확실대립이 있으나⁶⁾, 일단 경찰관직무집행법 제2조(경찰직무의 범위) 5호(기타 공공의 안녕질서)와 제5조(위험발생의 방지), 제6조(범죄의 예방과 제지) 등 결합하여 이러한 규범의 기능을 한다는 생각⁷⁾을 따른다.

그러나 집회·시위의 자유가 갖는 중요성을 고려하여 특별법으로 제정된 집시법이 엄연히 존재하는 한 집시법 내에서의 해석으로 포섭이 가능하면 일반경찰법의 적용은 배제된다는 것이 타당하다. 하지만 그것이 불가능할 경우 불가피하게 일반경찰법의 적용이 고려되어야 하는데, 또한 이 경우 공공의 안녕질서에 속하는 보호법익들 즉 생명, 신체, 중대한 재산적 법익 등의 사익, 국가법질서(해상시위에 관련된 각종 해사관련법령), 불문의 규범총체 등이 개연성있는 위협에 빠지게 될 경우 집회의 자유를 제한하게 되어 결국 동 자유와 충돌하는 제3시민의 법익이나 일반공중의 이익을 침해하지 말아야 한다는 헌법 자체에 의한 제약이 허용되는 결과가 된다⁸⁾. 이것은 법률유보원칙의 취지와도 부합되지 않는 결과가 된다.

하지만 일반경찰법영역에서 개괄적 수권조항은 경찰긴급사태법리의 기초로 인정될 수는 있다고 본다⁹⁾. 현장에서 개입을

176; Rühl, NVwZ 1988, 581; Diemel/Gintzel/Kniesel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit(Komm.), 12. Aufl., 2000, §1 Rn. 217, S. 92; W. Müller, a.a.O., S. 104-105.
 1) Drews/Wacke/Vogel/Martens, a.a.O., S. 176.
 2) “argumentum a maiore ad minus” 해석원칙에 대하여 일반적으로 Larenz, Methodenlehre, S. 367ff.
 3) Kniesel, a.a.O., Rn. 236, S. 661; BVerfG DÖV 1998, 356f.
 4) M. Bergmann, a.a.O., S. 40; Höllein, NVwZ 1994, 636; Ketteler, DÖV 1990, 956; Kniesel, NJW 2000, 2865.

5) Schmidt-Jortzig, JuS 1970, 508; Frowein, NJW 1969, 1082; Drosdzol, JuS 1983, 413; OVG Saarbrücken, DÖV 1973, 864; OVG Lüneburg, NVwZ 1985, 925; OVG Lüneburg, NVwZ 1988, 638; VGH Mannheim, NVwZ 1987, 237ff.; VG Minden, DÖV 1988, 85ff.
 6) 경찰관직무집행법 제2조 제5호 ‘기타 공공의 안녕질서유지’라는 직무규정을 독일식 개괄적 수권조항으로 이해하는 견해(김남진/김연태, 행정법 II, 2004, 260-261면), 권한규정으로서 개괄적 수권조항은 존재하지 않으나 입법정책상 필요함을 강조하는 견해(홍정선, 행정법원론 下, 2004, 350-351면), 경찰관직무집행법의 일반적 내용을 가진 규정들로 대부분 커버된다는 견해(김동희, 행정법 II, 190면), 경찰관직무집행법의 제5조와 제6조의 일반조항을 먼저 검토하고 나서도 포괄되지 않는 위협이 있으면 불가피하게 최종적, 보충적으로 제2조 5호 직무규정을 개괄조항으로 볼 수밖에 없다는 견해(박정훈, 사건보호를 위한 경찰권 발동에 관한 연구, 치안연구소연구보고서 2001-05, 22면 이하), 과거 완전부정설(이상규, 신행정법론 下, 303면; 박윤훈, 최신행정법강의 下, 325면) 등이 있다.
 7) 박정훈, 위의 논문, 22면 이하(특히 22-31면 참고).
 8) Kniesel, a.a.O., Rn. 238, S. 661-662.

위한 근거법령의 존부를 판단하기 어려우나, 상황에 따라 경찰 비책임자 즉 위험방지법상 원인자가 아닌 제3자나 원인자라고 하여도 자신의 기본권을 적법하게 행사하는 사람들에게 조치를 취해야 할 필요가 인정되는 경우에는 위험방지법상 일반원칙이기도 한 비례의 원칙 내지 과잉금지원칙 및 경찰책임의 원칙⁹⁾을 매개로 하여 이 법리를 원용할 수 있다고 본다²⁾. 즉 ①위해가 급박할 것, ②다른 방법에 의한 위험방지가 불가능할 것, ③제3자의 생명이나 건강을 해치지 않을 것, ④제3자의 본래의 급박한 업무를 방해해서는 안 될 것, ⑤위해방지를 위한 최소한도에 그칠 것, ⑥일시적·임시적 방편에 그칠 것, ⑦제3자에게 손실이 발생한 경우 보상이 지급될 것 등의 요건³⁾이 갖추어지면 집시법상 비전형적 집회에 대해서도 필요한 조치를 취할 수 있을 것이며 이러한 긴급상태법리의 적용을 해상시위에도 고려해볼 수 있을 것이다.

4. 評 價 - 海上示威에 대한 集示法の 直接適用

바로 위에서 본 바와 같이 해상시위를 집시법상 집회·시위 개념에서 포섭되지 못한다고 일단 가정할 때, 그렇다고 하여 우리 실정법체계 내에서 자유로운 행위가 된다고 볼 수는 없다. 특별법우선의 원칙이 특별법에 따른 규율을 받을 수 없다고 하여 법적 규율의 흠결을 의미하게 되는 것으로 볼 수는 없기 때문이다. 집시법의 적용이 곤란하다면 위험방지법체계상 보다 일반적 성격을 갖는 경찰관직무집행법이 적용될 것인바, 이 법상 제5조나, 제6조, 개괄적 수권조항 등에 따른 조치를 위한 전제요건은 집시법상 금지, 해산 등 제한조치의 그것보다 완화되어 있어서 집회·시위의 자유를 주장하는 시민에게 불리하게 된다. 그것을 피하기 위하여 자신의 권리를 보호범위 안에서 즉 폭력 등 비평화적 행위를 하지 않는 평화적 집회·시위자들에게 해상교통의 안전 등 공공의 안녕을 보호하기 위한 제한조치를 취하기 위해서는 경찰긴급상태라는 엄격한 요건을 갖추어야 한다는 법리가 추가적용되어야 한다. 이러한 긴급상태법리는 현재 우리 경찰법학에서 경찰책임원칙과 관련된 조리(條理)의 하나로 받아들여지고 있으나 이는 개괄적 수권조항의 존재를 전제로 하며 또한 이에 관련된 별도의 입법이 있어야 한다는 반대주장이 있기 때문에 적용이 사실 그리 쉽지만은 않다. 따라서 이러한 후회적 해결책보다는 가능하다면 해상집회·시위를 집시법상 규율대상으로 하는 것이 여러 측면에서 유용하다.

해상집회·시위는 해상이라는 특수한 공간에서 열린다는 측면 때문에 헌법적 측면에서 보호되어야 할 집회·시위의 대상에서 제외될 수 없으며, 우리 헌법재판소의 다수견해와 같이 공중의 자유로운 통행가능성을 집시법상 집회·시위개념의 필요요소로 보지 않는다면 해상집회·시위는 집시법의 적용을 받아야 할 대상이 된다. 이것은 집시법이 기본권의 제한법률만 되는 것이 아니라 시민의 행사에 대하여 법의 보호를 제공하

고자 하는 기본권실현 및 구체화범이라는 관점에서 타당하다. 그러므로 그것이 헌법상 인정되는 우발집회 내지 긴급집회가 아니라면 집시법 제6조에 따른 신고의무를 그 주최자는 부담하게 되며, 하지만 폭력행사의 개연성이 입증되거나 해상교통 안전이나 타인의 생명·신체·중대한 재산적 법익을 포괄하는 공공의 안녕질서에 대한 직접적이고도 명백한 위협이 인정될 경우에는 금지나 해산조치가 내려질 수도 있는 것이다. 그러나 해상시위주최자가 신고의무를 준수하고 신고된 내용과 본질적인 점에서 차이없게 진행된다면 감수될 수 있는 정도의 타인의 법익침해를 야기하여도 그것은 집시법의 보호를 받아 적법하게 되며, 위와 같은 직접적이며 명백한 위협요건이 갖추어지지 않는 한 집시법과 경찰관직무집행법 및 각종 해사관련법령상 제한조치 수권규정의 적용을 받지 않는다.

V. 結 論 - 協力的 命令

현행 실정법질서 내에서 해상집회·시위에 관한 명시적 규율이 없음으로 인해서, '공공의 안녕질서' 특히 해상교통안전이나 항만질서에 대한 위협의 방지를 주된 보호목적으로 하는 각종 해사관련법규의 단속규정이나 처벌법규의 적용을 받아 해상집회·시위는 처음부터 금지 내지 해산의 대상으로 비춰져 온 것이 사실이다. 그러나 공공의 안녕질서에 대한 위협의 존재나 그 야기자의 존재를 법적으로 판단할 때에는 반드시 어떤 조치의 대상자가 될 위험야기자가 자신의 기본권을 적법하게 즉 그 보호범위 안에서 행사하고 있는지, 그 기본권이 헌법에서 차지하는 의의나 위상이 어떠한 지를 확인하여 반드시 형량하여야 한다. 이때 해상집회·시위의 자유는 그 장소적 특수성으로 인해 도로나 공원, 광장 등을 주로 생각했던 과거 집회장소에 대한 논의에서 별로 고려된 바 없었지만, 현대적 의미의 집회·시위개념에 충분히 포섭될 수 있으므로 이 역시 개인적 권리측면과 소수자보호를 위한 민주주의적 기능을 보유하는 최상위의 기본권이 될 수 있다. 이러한 의미는 현행 집시법상 집회·시위개념에도 반영되어야 하므로 해상집회·시위는 집시법의 직접 적용대상이 되며, 그 유추적용이나 보충적 성격의 일반조항들을 검토하는 것은 타당하지 않다.

그러므로 해상집회·시위는 집시법에서 말하는 옥외집회 내지 시위가 되며, 각 관할 경찰서장은 그 신고를 받아들여야 한다. 하지만 그 자체 해상교통질서나 승선자의 생명·신체에 대한 큰 위협성으로 인하여 재량의 남용이 되지 않는 한도에서의 제한조치는 시위행사측에서도 받아들여야 한다. 더 나아가 폭력을 의도하는 사전준비가 확인되거나 타인의 해상교통을 완전히 마비시킬 정도로 심각한 불편을 야기할 경우 헌법상 보호범위를 일탈하는 것이 되어 금지통고의 대상이 될 것이며 실행 중 행사의 영향력을 확장시키기 위해 폭력이나 물리력을 행사하면 해산조치의 대상이 될 수 있음은 물론이다. 결론적으로 최근 위험방지법 특히 집시법에서도 협력의 명령(Kooperationsgebot)이라는 것이 많이 논의되고 있다. 경찰기관은 경찰법상 부과받는 위험방지의무로부터 집회·시위진행에 대한 협력의무를 부담하게 되며, 주최측은 공공의 안녕질서에 대한 위협을 야기하여 부담하게 되는 경찰책임측면에서 협력

9) Kniessel, a.a.O., Rn. 238, S. 662.

1) 이에 대해서는 이기춘, 참고.

2) 김연태, 행정법사례연습 제2판, 2004, 729면.

3) 이에 대해서는 김남진/김연태, 행정법 II, 2004, 268면 참고.

의무를 지게 된다. 이러한 협력의 명령은 주로 신고를 통한 사전절차법적 차원에서 기능을 발휘하므로, 주최자는 집시법에 따라 제대로 된 신고를 하여 경찰에게 공공의 안녕질서에 대한 위협야기에 대한 대처가 가능하도록 정보를 제공하여야 하고 또한 신고된 내용과 본질적으로 차이가 없는 행사진행이

되도록 협력하여야 한다. 이에 경찰은 어떤 조치를 내리기 전에 최대한 주최자측에 의견제시의 기회를 제공하여야 하며, 금지나 해산조치보다는 완화된 제한조치를 내리는 등 시위측에 신뢰를 줄 수 있는 노력을 하여야 한다.