

## 집회의 자유와 재산권 충돌에서 우리 헌법이 보호하고자 하는 가치\*

임 지 봉\*\*

### 목 차

- I. 문제의 제기
- II. 집회의 자유와 ‘집회 및 시위에 관한 법률’
  - 1. 집회의 자유의 의의와 우월적 지위
  - 2. 헌법 제21조의 집회의 자유와 ‘집회 및 시위에 관한 법률’
  - 3. ‘집회 및 시위에 관한 법률’에서 문제되는 규정들
  - 4. 집시법의 적용단계에서의 문제점
  - 5. 소결
- III. 집회지역이나 인근지역 상가의 영업상 이익과 재산권
  - 1. 재산권의 의의와 법적 성격
  - 2. 재산권의 범위
  - 3. 집회지역이나 인근지역 상가의 영업상 이익이 재산권인가
- IV. 이중기준의 원칙과 집회의 자유 및 재산권
  - 1. 이중기준의 원칙의 의의와 내용
  - 2. 이중기준의 원칙의 적용
- V. 집회의 자유와 재산권의 충돌과 그 헌법이론적 해결
  - 1. 기본권 충돌의 의의와 해결이론
  - 2. 기본권 충돌 해결이론의 적용
- VI. 미국 판례에 나타난 집회의 자유와 재산권의 충돌과 그 해결
- VII. 결 론

\* 이 연구는 2010년도 서강대학교 교내연구비 지원에 의한 연구임(201010023.01).

\*\* 서강대학교 법학전문대학원 부교수

## I. 문제의 제기

집회의 자유는 우리 헌법이 보장하는 표현의 자유의 하나이다. 반면에 재산권도 헌법 제23조에 의해 명문규정으로 보장되는 기본권임에 틀림없다. 그러면 이러한 집회의 자유와 재산권이 충돌할 경우에, 우리 헌법이 보호하고자 하는 가치는 무엇일까? 집회의 자유 행사의 일환으로 집회주최자가 집회를 열었는데 집회지역이나 그 인근지역 상가의 영업상 이익이 감소했다면 그 경우를 집회주최자의 집회의 자유와 상가 영업주의 재산권이 충돌한 경우로 설명할 수 있다.

이러한 물음에 대한 헌법적 해답을 찾는 것이 본 연구의 목적이다. 이를 위해 다음에서는 집회의 자유와 이를 구체화한 ‘집회 및 시위에 관한 법률’에 대해 법률상의 문제점을 중심으로 살펴보고, 집회지역이나 인근지역 상가의 영업상 이익이 재산권으로 치환될 수 있는지를 알아본다. 그리고 나서 이를 집회주최자의 집회의 자유와 상가 영업주의 재산권의 ‘기본권 충돌’의 문제로 봤을 때 이충기준의 원칙이나 기본권 충돌의 해결이론을 적용해 어떤 식으로 그 기본권 충돌을 해결할 수 있는지 살펴본다. 그리고 이러한 경우 미국 연방대법원 판례에 의해 확립된 미국 판례법상의 원칙은 어떤 해결기준을 제시하고 있는지 알아본다.

## II. 집회의 자유와 ‘집회 및 시위에 관한 법률’

### 1. 집회의 자유의 의의와 우월적 지위

최고법인 헌법은 제21조에서 언론·출판의 자유와 함께 집회·결사의 자유를 국민 기본권의 하나로 보장하고 있다. 그리고 이들 언론, 출판, 집회, 결사에 대한 사전 ‘허가제’를 헌법상의 명문규정을 통해 금지하고 있다. 이 중 집회의 자유란 ‘다수인이 공동의 목적을 가지고 일정한 장소에서 일시적으로 회합하는 행위를 함에 있어 간섭받지 않을 권리’로 정의된다. 이에는 집회를 개최하는 자유, 집회를 사회 또는 진행하는 자유, 집회에 참가하는 자유와 함께 소극적으로 집회를 개최하지 않을 자유, 집회에 참가하지 않을 자유가 포함된다.

이 집회의 자유는 표현의 자유의 하나이고, 표현의 자유는 다시 정신적 자유권에 속하기 때문에 집회의 자유는 ‘정신적 자유권 우월론’에 근거해 다른 기본권보다 상대적으로 우월적 지위를 가진다. 왜냐하면 집회의 자유와 같은 정신적 자유권은 인간의 존엄성을 유지하기 위한 기본조건이고 민주주의 체제의 존립을 위해 필수적인 기본권이기 때문이다. 따라서 집회의 자유가 다른 기본권과 충돌하는 경우 집회의 자유의 우월적 지위 때문에 집회의 자유가 다른 기본권에 우선하는 경우가 많다.<sup>1)</sup>

## 2. 헌법 제21조의 집회의 자유와 ‘집회 및 시위에 관한 법률’

헌법이 보장하고 있는 집회의 자유를 구체화한 하위법률이 바로 우리가 보통 집시법이라고 흔히 부르는 ‘집회 및 시위에 관한 법률’<sup>2)</sup>이다. 따라서 집시법은 집회의 자유라는 헌법상의 국민적 기본권을 어떻게 하면 제대로 보장할 수 있느냐에 초점이 맞추어져야 한다. 그런데 우리 현행 집시법은 집회의 자유의 ‘보장’이라는 본연의 사명에서 비켜나, 오히려 집회의 자유 ‘제한’ 쪽에 무게중심을 두고 있어 문제다. 이런 문제의식을 가지고 집시법의 규정들을 찬찬히 훑어보면 헌법이 국민에게 부여한 집회의 자유를 사실상 형해화시키고 무력화시킬 수 있는 독소조항들이 적지 않게 발견된다. 그리고 文面上으로는 크게 문제가 없어 보이는 집시법 조항들이라 할지라도 그 해석 및 적용의 단계에서 경찰 등 공권력에 의해 집회의 자유를 침해하는 쪽으로 잘못 적용되는 조항도 있음을 알 수 있게 된다. 집시법의 첫 조항인 제1조는 “이 법은 적법한 집회 및 시위를 최대한 보장하고 위법한 시위로부터 국민을 보호함으로써 집회 및 시위의 권리 보장과 공공의 안녕질서가 적절히 조화를 이루도록 하는 것을 목적으로 한다.”고 규정하고 있다. 그러나, 현실은 ‘집회 및 시위의 권리 보장’보다는 ‘공공의 안녕질서’라는 미명하에 집회의 자유가 희생당하는 경우가 많다는 점이 문제다. 집시법 제1조가 집시법의 여타 다른 조항들의 해석과 적용에 기준이 되는 목적

1) 집회의 자유의 우월적 지위론에 대해 자세히는 김종철, “한국헌법상 야간집회금지입법의 위헌성” 「서강대 법학연구소·민주주의 법학연구회·법과사회이론학회 공동주최 학술대회 자료집」(2009년 1월 16일) 참조.

2) 이하에서는 ‘집시법’으로 표기함.

조항이라는 점에서 봤을 때에도, 집회의 자유를 자유답지 못하게 만드는 집시법의 적용은 잘못된 것이다.

### 3. ‘집회 및 시위에 관한 법률’에서 문제되는 규정들

우선 첫째, 집시법 규정들 중 모법인 헌법상의 집회의 자유를 형해화시킬 수 있는 악법조항으로 제10조의<sup>3)</sup> 야간옥외집회금지규정을 들 수 있다. 이 조항은 “누구든지 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니된다.”고 규정함으로써 야간에 이루어지는 옥외집회나 시위를 원칙적으로 금지하고 있다. 다만 단서에서 “집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고한 경우에는 관할경찰관서장은 질서유지를 위한 조건을 붙여 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에도 옥외집회를 허용할 수 있다.”고 규정해 관할경찰서장이 몇 가지 조건적 상황 하에서는 경찰서장의 재량에 의해 야간옥외집회를 허용할 수 있는 예외를 열어놓았다. 그러나 이 야간옥외집회에 대한 원칙적 금지와 예외적 허용이야말로 최고법인 헌법이 명문규정을 통해 금지하고 있는 집회에 대한 ‘허가제’에 해당할 수 있다. 원래 법에서 ‘허가’란 “자연적 자유에 속하는 자유를 일단 일반적으로 금지한 후에 특정한 경우에 한해 그 금지를 해제해 주는 행정처분”이라고<sup>4)</sup> 정의된다. 야간옥외집회금지규정은 이 ‘허가’의 정의에 딱 들어맞는 조문구조를 가지고 있다. 즉, 야간옥외집회에 대한 원칙적 금지규정을 통해 자연적 자유에 속하는 ‘집회의 자유’를 일반적으로 금지한 후에 관할경찰서장의 재량에 의해 예외적으로 일부 야간옥외집회는 허용해 줄 수 있게 함으로써 특정한 경우에 한해 그 금지를 해제해주는 것을 내용으로 하고 있기 때문이다. 경찰서장의 자의적인 판단에 근거해 집회를 사실상 경찰서장의 ‘허가사항’으로 만들고 있는 위헌적 규정인 셈이다. 특히 야간옥외집회 금지규정은 주간에는 직장에서 일을 해야 하고 야간이 되어야 시간을 낼 수 있는 직장인들에게는 옥외집회나 시위를 하지 말라는 조항이 될 수도 있다.

3) 집시법 제10조는 “옥외집회와 시위의 금지 시간”이라는 제하에 “누구든지 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니 된다. 다만, 집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고한 경우에는 관할경찰관서장은 질서유지를 위한 조건을 붙여 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에도 옥외집회를 허용할 수 있다.”고 규정하고 있다.

4) 권영성, 「헌법학원론」(법문사, 2010년) 513면 참조.

둘째, 집시법 제5조는<sup>5)</sup> 절대적으로 금지되는 집회에 대해 규정하면서 제1항 제2호에서 “집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한 집회”를 절대적으로 금지되는 집회에 포함시키고 있다. “공공의 안녕질서”나 “위협을 느낄 것” 등은 상당히 추상적이고 애매모호한 규정들이다. 집회의 자유와 같은 표현의 자유 제한에는 명확성의 원칙이 엄격히 적용된다. 즉, 집회의 자유를 제한하는 법률들은 어떤 경우에 집회의 자유가 어떻게 제한되는지 누가 보더라도 객관적으로 명확히 알 수 있게 규정되어야 하는 것이다. 이러한 애매모호한 규정으로는 집회의 자유를 제한할 수 없으며 따라서 이 규정은 명확성의 원칙에 위배되어 위헌의 소지가 높다. 나아가 이런 추상적이고 애매모호한 집회금지 규정은 경찰 등 공권력이 집회의 자유를 침해하는 공권력을 발동할 수 있는 빌미를 제공해 줄 수 있기 때문에 큰 문제다. 예를 들어, 화물연대나 민주노총이 과거 폭력시위를 했다고 해서 이 단체들이 개최할 미래의 집회까지 “공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 끼칠 집회”라 주장하면서 금지한다면, 이는 아직 시작도 하지 않은 집회를 과거 전력만을 이유로 불법집회로 치부해 버림으로써 집회의 자유를 침해하는 위헌적인 ‘불법집회 낙인찍기’에 다름 아니다.

셋째, 집시법 제11조는<sup>6)</sup> 일정 장소에서의 옥외집회를 봉쇄하고 있다. 즉, 국회의사당, 각급 법원, 대통령 관저, 삼부요인의 공관, 국내 주재 외국의 외교기관이나 외교사절의 숙소 경계지점으로부터 100미터 이내에서의 옥외집회를 금

5) 집시법 제5조는 “집회 및 시위의 금지”라는 제하에 “①누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 집회나 시위를 주최하여서는 아니 된다. 1. 헌법재판소의 결정에 따라 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위 2. 집단적인 폭행, 협박, 손괴(損壞), 방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한 집회 또는 시위 ②누구든지 제1항에 따라 금지된 집회 또는 시위를 할 것을 선전하거나 선동하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있다.

6) 집시법 제11조는 “옥외집회와 시위의 금지 장소”라는 제하에 “누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 청사 또는 저택의 경계 지점으로부터 100미터 이내의 장소에서는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니 된다. 1. 국회의사당, 각급 법원, 헌법재판소 2. 대통령 관저(官邸), 국회의장 공관, 대법원장 공관, 헌법재판소장 공관 3. 국무총리 공관. 다만, 행진의 경우에는 해당하지 아니한다. 4. 국내 주재 외국의 외교기관이나 외교사절의 숙소. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우로서 외교기관 또는 외교사절 숙소의 기능이나 안녕을 침해할 우려가 없다고 인정되는 때에는 해당하지 아니한다. 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 경우”라고 규정하고 있다.

하고 있다. 이들 삼부 최고기관이나 외교기관들의 원활한 업무수행에 옥외집회가 차질을 줄 수 있어 이런 제한을 둔 것으로 보인다. 그러나, 오히려 이런 기관들 앞의 옥외집회야말로 집회자측의 입장에서 보면 그들의 목소리를 가장 효과적으로 알리고 국정운영에 반영시킬 수 있는 집회이다. 집회의 자유가 그들의 목소리를 통상적인 정치과정을 통해 국정운영에 제대로 반영할 수 없는 소수자 및 약자가 같이 모여 집단적 의사표명을 할 수 있게 하는 권리라고 봤을 때, 거꾸로 이런 기관들 앞의 집회야말로 더 자유로워야 하는 것이다. 미국 연방대법원 앞이 낙태, 동성애 등 사회적으로 논란거리가 되는 판결이 내려질 즈음이면 항상 옥외집회자들로 대만원이라는 점을 상기해보면 더더욱 그렇다.

넷째, 집시법 제12조는<sup>7)</sup> 교통소통을 위해 집회를 금지할 수 있게 하고 있다. 즉, 관할경찰서장은 대통령령으로 정하는 주요 도시 주요 도로에서의 집회에 대해 교통 소통을 위해 이를 금지할 수 있으며 집회주최자가 질서유지인을 두고 도로를 행진하는 경우에도 해당 도로와 주변 도로의 교통 소통에 장애를 발생시켜 심각한 교통불편을 줄 우려가 있으면 집회를 금지할 수 있게 하고 있다. 서울 도심의 주요 도로를 대부분 대통령령으로 정하는 주요 도로에 포함시켜 놓았다면, 이들 도로에서의 집회는 ‘심각한 교통불편을 줄 우려’가 있다는 관할경찰서장의 재량적 판단에 의해 얼마든지 금지될 수 있는 것이다. 이 또한 ‘심각한 교통불편을 줄 우려’라는 지극히 추상적이고 애매모호한 규정을 통해 집회의 자유를 제한할 수 있게 하고 있으므로 명확성의 원칙에 반하여 위헌의 소지가 높다.

#### 4. 집시법의 적용단계에서의 문제점

더 큰 문제는 집시법의 ‘적용단계’에서 위에서 이야기 한 위헌적 독소조항들에 근거해 집회 개최지 관할경찰서장이 신고된 집회에 대해 금지통고를 할 수

7) 집시법 제12조는 “교통 소통을 위한 제한”이라는 제하에 “①관할경찰관서장은 대통령령으로 정하는 주요 도시의 주요 도로에서의 집회 또는 시위에 대하여 교통 소통을 위하여 필요하다고 인정하면 이를 금지하거나 교통질서 유지를 위한 조건을 붙여 제한할 수 있다. ②집회 또는 시위의 주최자가 질서유지인을 두고 도로를 행진하는 경우에는 제1항에 따른 금지를 할 수 없다. 다만, 해당 도로와 주변 도로의 교통 소통에 장애를 발생시켜 심각한 교통 불편을 줄 우려가 있으면 제1항에 따른 금지를 할 수 있다.”고 규정하고 있다.

있다는 점이다. 집시법 제8조가<sup>8)</sup> 이를 규정하고 있다. 경찰서장의 집회금지통고권이 남용되면 사실상 집회는 ‘신고제’가 아니라 ‘허가제’로 운용되는 것이고 이것은 집회에 대한 ‘허가제’를 금지하고 있는 우리 헌법규정에 정면으로 위배되는 위헌적인 법 적용이 된다. 집시법 제6조는 집회주최자가 집회 시작 720시간 전부터 48시간 전에 관할 경찰서장에게 신고서를 제출할 것을 요구하는 ‘신고제’를 규정하고 있다. 집회에 대한 ‘허가제’가 헌법에 의해 금지되고 있기 때문이다. 집회에 대해 ‘허가제’가 아니라 ‘신고제’를 규정하고 있는 근본취지를 놓고 봤을 때, 집회에 대한 ‘신고제’란 신고만 하면 집회나 시위를 할 수 있는 자유를 전제로 하는 것이다. 따라서 말 그대로 ‘신고제’가 되기 위해서는 신고서 접수 후 48시간 이내에 관할경찰서장이 내릴 수 있는 집회금지통고는 아주 예외적으로만 이루어져야 한다. 그러나, 현실에서 경찰서장의 집회금지통고는 남발되고 있다. 2009년 5월부터 2009년 6월초까지 시민·사회단체가 서울 도심에서 열려던 민생·시국 관련 집회 42건이 관할경찰서장에 의해 모두 100% 금지통고처분을 받았다는 점이 그 증거다. 위헌적인 독소조항들을 확대해석하고 자의적으로 적용해 이를 불법집회로 예단하고 금지하는 금지통고처분이 남발

8) 집시법 제8조는 “집회 및 시위의 금지 또는 제한 통고”라는 제하에 “①제6조제1항에 따른 신고서를 접수한 관할경찰관서장은 신고된 옥외집회 또는 시위가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 신고서를 접수한 때부터 48시간 이내에 집회 또는 시위를 금지할 것을 주최자에게 통고할 수 있다. 다만, 집회 또는 시위가 집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 공공의 안녕 질서에 직접적인 위협을 초래한 경우에는 남은 기간의 해당 집회 또는 시위에 대하여 신고서를 접수한 때부터 48시간이 지난 경우에도 금지 통고를 할 수 있다. 1. 제5조제1항, 제10조 본문 또는 제11조에 위반된다고 인정될 때 2. 제7조제1항에 따른 신고서 기재 사항을 보완하지 아니한 때 3. 제12조에 따라 금지할 집회 또는 시위라고 인정될 때 ②관할경찰관서장은 집회 또는 시위의 시간과 장소가 중복되는 2개 이상의 신고가 있는 경우 그 목적으로 보아 서로 상반되거나 방해가 된다고 인정되면 뒤에 접수된 집회 또는 시위에 대하여 제1항에 준하여 그 집회 또는 시위의 금지를 통고할 수 있다. ③다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 그 거주자나 관리자가 시설이나 장소의 보호를 요청하는 경우에는 집회나 시위의 금지 또는 제한을 통고할 수 있다. 이 경우 집회나 시위의 금지 통고에 대하여는 제1항을 준용한다. 1. 제6조제1항의 신고서에 적힌 장소가 다른 사람의 주거지역이나 이와 유사한 장소로서 집회나 시위로 재산 또는 시설에 심각한 피해가 발생하거나 사생활의 평온을 뚜렷하게 해칠 우려가 있는 경우 2. 신고장소가 「초·중등교육법」 제2조에 따른 학교의 주변 지역으로서 집회 또는 시위로 학습권을 뚜렷이 침해할 우려가 있는 경우 3. 신고장소가 「군사기지 및 군사시설 보호법」 제2조제2호에 따른 군사시설의 주변 지역으로서 집회 또는 시위로 시설이나 군 작전의 수행에 심각한 피해가 발생할 우려가 있는 경우 ④집회 또는 시위의 금지 또는 제한 통고는 그 이유를 분명하게 밝혀 서면으로 주최자 또는 연락책임자에게 송달하여야 한다.”고 규정하고 있다.

된다면, 집회에 대해 신고제를 규정한 법의 취지는 몰각되고 경찰서장의 금지 통고처분이 사실상 집회 개최의 허, 불허를 결정하는 것이 되어 신고제가 아닌 위헌적 허가제로 집시법의 신고제 규정이 운용되게 되는 것이다.

## 5. 소결

그러면 이 위헌적 상황을 어떻게 개선해 나가야 하는 것일까? 우선, 국민의 대표기관인 국회가 최고법인 헌법이 국민들에게 부여한 집회의 자유를 형해화, 무력화시키는 위헌적인 독소조항들에 대해 전면적인 재검토 작업을 벌이고 헌법이 집회의 자유를 국민의 기본권으로 보장한 취지를 살리는 쪽으로 이 조항들을 개정해야 한다. 물론 국회의 법 개정이 이루어지기까지는 넘어야 할 산도 많고 시간도 적지 않게 걸릴 것이다. 그 때까지는 경찰, 검찰, 법원 등이 기존의 집시법을 적용함에 있어 집회의 자유를 기본권으로 보장한 헌법의 정신이나 “집회 및 시위의 권리 보장과 공공의 안녕질서가 적절히 조화를 이루도록 하는 것을 목적”으로 삼는다는 집시법 제1조의 취지에 맞게 집시법을 기본권 친화적으로 유연하게 해석하고 적용하는 자세를 견지해야 한다. 집시법상의 위헌적인 독소조항들을 자의적으로 확대해석해 무리하게 적용하면서 집회금지 일변도로 나아가는 것이 ‘법치주의’가 아니다. ‘진정한 법치주의’는 최고법인 헌법의 정신에 맞게 집시법을 집회의 자유 ‘제한’보다는 ‘보장’의 측면에서 유연하게 해석하고 적용하면서 국민들이 응당 누려야 할 헌법상의 기본권을 제대로 향유할 수 있게 도와주는 것이다.

## III. 집회지역이나 인근지역 상가의 영업상 이익과 재산권

### 1. 재산권의 의의와 법적 성격

재산권이란 “경제적 가치가 있는 모든 공법상 및 사법상의 권리”로<sup>9)</sup> 정의된다. 이 재산권은 근대 초기에 계약자유 의 원칙과 함께 자본주의경제질서의 원

9) 권영성, 전게서, 555면 참조.



동력이 되었고 근대 시민사회의 법률적 지주가 되었다. 하지만 세계 1, 2차 대전 이후의 현대에 와서 재산권은 자연권에서 실정권으로 지위가 낮아졌고 우리나라처럼 사회국가나 복지국가원리를 헌법상의 기본원리로 채택한 나라들에서는 헌법에서 앞 다투어 재산권의 사회적 제약성을 선언했다.

이러한 재산권은 사유재산에 대한 임의적 처분권과 그 침해에 대한 방어권인 자유권으로서의 성격도 가지면서, 개인의 재산을 사유할 수 있다는 사유재산제라는 제도보장으로서의 성격도 아울러 가지고 있다.<sup>10)</sup>

## 2. 재산권의 범위

재산권의 객체에는 위의 ‘재산권의 의의’에서 본 바와 같이 공·사법상 경제적 가치가 있는 모든 권리가 포함된다. 그러나, 분명히 ‘권리’이어야 하고, 단순한 기대이익, 반사적 이익, 단순한 경제적 기회, 우연히 발생한 법적 지위는 재산권의 객체가 될 수 없다. 헌법재판소도 한약사가 아닌 양약사의 한약 조제를 금지한 약사법 규정에 대한 합헌결정을 통해 약사 면허는 재산권이지만 양약사의 한약조제권은 ‘권리’가 아니라 법률에 의해 약사의 지위에서 인정되는 하나의 권능에 불과하다고 보면서 ‘권리’와 구분한 바 있다.<sup>11)</sup>

## 3. 집회지역이나 인근지역 상가의 영업상 이익이 재산권인가

집회지역이나 인근지역 상가의 영업상 이익이 집회로 인해 감소했다고 했을 때, 이 감소된 영업상 이익이 재산권인가, 아니면 재산권이라는 ‘권리’는 아니고 사실상의 이익에 불과한 것인가? 위의 ‘재산권의 범위’에서 본 바와 같이 단순한 기대이익이나 단순한 경제적 기회는 권리로서의 재산권이라고 볼 수 없다는 것이 지배적인 학설과 헌법재판소 판례의 입장이다.

이 입장을 적용해보면, 집회로 인해 감소했다고 주장되는 영업상 이익이란

10) 재산권의 자유권으로서의 성격과 제도보장으로서의 성격에 대해 자세히는 김철수, 「학설·판례 헌법학」(서울: 박영사, 2008년) 859-60면 참조.

11) 헌재 1997. 11. 27. 97 헌바 10.

집회를 안 했을 때 얻을 수 있으리라 기대되는 ‘단순한 기대이익’이나, 집회를 열지 않았을 때 얻게 되는 ‘단순한 경제적 기회’로 이해될 수 있다. 그러므로 집회지역이나 집회 인근지역 상가에서는 집회로 인해 영업상 이익이 감소했다고 주장할 경우, 이 영업상 이익을 재산권이라는 권리가 아닌 단순한 기대이익이나 단순한 경제적 기회와 같은 경제적 ‘이익’이라고 봤을 때, ‘재산권’이라는 권리의 침해가 주장될 수 있는 경우인지 모호하다.

## IV. 이중기준의 원칙과 집회의 자유 및 재산권

### 1. 이중기준의 원칙의 의의와 내용

헌법재판소 등 사법부에 의한 위헌심사에는 세계 각국에 의해 받아들여지는 몇 가지 보편적 기준들이 존재한다. 그 중의 하나가 미국 연방대법원에 의해 판례이론으로 탄생하고 발달한 ‘이중기준의 원칙’(double standard doctrine)이다. 기본권의 제한과 관련해 중요한 원칙들 중 하나인 이중기준의 원칙은 정신적 자유권을 제한하는 제한입법과 경제적 기본권을 제한하는 제한입법의 합헌성 판단기준이 서로 달라서 ‘이중의 기준’이 되어야 한다는 원칙을 말한다. 즉, 양심·종교의 자유, 학문·예술의 자유, 표현의 자유인 언론·출판·집회·결사의 자유와 같은 내심활동과 그 내심활동의 결과물인 사상이나 의견에 대한 표현을 내용으로 하는 ‘정신적 자유권’은 원칙적으로 제한되지 않으며, 예외적으로 제한되는 경우에도 그 제한입법의 합헌성 여부에 대한 판단은 재산권이나 직업선택의 자유와 같은 경제활동과 관련된 경제적 기본권에 대한 제한입법의 합헌성 여부에 대한 판단보다 엄격해야 하는 것이다.

### 2. 이중기준의 원칙의 적용

이러한 이중기준의 원칙을 적용해봤을 때, 집회주최자의 집회의 자유라는 정신적 자유권은 인근 상가 영업주의 재산권이라는 경제적 기본권에 비해 합헌성 심사기준이 더 엄격하다. 즉, 집회의 자유의 제한 법률이 재산권을 제한하는 법

를보다 합헌적 제한의 가능성이 적은 것이다. 제한의 가능성이 적다는 것은 더 강력한 기본권이라는 것을 의미한다. 또한, 더 강력한 기본권이라는 것은 보호 법익이 더 큰 기본권을 의미하고, 집회의 자유가 재산권보다 보호법익이 더 큰 기본권이라는 말은 집회의 자유가 재산권보다 일반적으로 더 상위의 기본권이라는 것을 의미한다.

## V. 집회의 자유와 재산권의 충돌과 그 헌법이론적 해결

### 1. 기본권 충돌의 의의와 해결이론

‘기본권 충돌’이란 “복수의 기본권 주체가 서로 충돌하는 권리를 실현키 위해 국가에 대해 각기 대립되는 기본권 적용을 주장하는 경우”를<sup>12)</sup> 말한다. 이처럼, 각기 다른 기본권 주체가 서로 각자의 기본권을 주장할 수 있는 ‘기본권 충돌’의 해결을 위한 해결이론으로<sup>13)</sup> 제1차적으로 ‘법익형량의 원칙’이 존재한다.<sup>14)</sup> 이 ‘법익형량의 원칙’에 따라 충돌하는 기본권의 법익을 형량하여 보호법익이 더 큰 기본권을 우선시켜 사안에 적용하고 더 적은 기본권은 후퇴시켜 적용하지 않게 된다. 이 ‘법익형량의 원칙’ 중에는 보편적으로 다른 기본권 보다 보호법익이 더 큰 기본권들을 우선시킨다는 의미에서, 생명권·인격권 우선의 원칙, 생존권 우선의 원칙, 자유권 우선의 원칙이 있음은 우리나라와 독일의 학설이 공히 인정하는 바이다.<sup>15)</sup> 그러나 물론 어느 기본권이 그 기본권 충돌의 사안에서 보호법익이 더 크냐는 것은 사안의 특수성을 고려해 사안별로 정해지므로 이러한 생명권·인격권 우선의 원칙, 생존권 우선의 원칙, 자유권 우선의 원칙

12) 권영성, 전거서, 337면 참조.

13) 기본권 충돌의 해결이론에 관해 자세히는 상거서, 341-344면; 허영, 「한국헌법론」全訂5版(서울: 박영사, 2009) 264-268면 참조.

14) 그리고 충돌하는 기본권의 보호 법익의 크기가 우열을 가릴 수 없는 등의 이유로 ‘법익형량의 원칙(혹은 이익형량의 원칙)’으로 해결할 수 없는 기본권 충돌의 사안은 제2차적으로 ‘형평성의 원칙(규범조화적 해석의 원칙)’으로 해결한다. 권영성, 상거서, 342-43면; 허영, 상거서, 267-268면 참조.

15) Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd.III/1, C. H. Beck, 1988, § 82, 625 쪽 이하; 권영성, 상거서, 242면; 허영, 상거서, 266면 참조.

은 일반적인 경우에, 생명권·인격권이나, 절박한 생존을 위한 생존권이나 자유권이 우선한다는 의미만을 지닌다.

충돌하는 기본권들이 보호법익의 크기가 비슷해 상위기본권을 가릴 수 없을 때에는 ‘규범조화적 해석의 원칙’이 적용된다. 즉 기본권 충돌의 사안에 어느 한 기본권만 적용하고 다른 기본권은 후퇴시킬 것이 아니라 두 기본권을 규범조화적 해석을 통해 모두 적용하는 방식을 취한다. 이 ‘규범조화적 해석의 원칙’에는 다시 충돌하는 기본권들을 모두 조금씩 제한해 적용함으로써 기본권 충돌의 상황을 해결한다는 ‘공평한 제한의 원칙’이 세부원칙으로서 존재한다. 그리고 충돌하는 기본권들을 조금씩이라도 제한해서는 그 기본권들의 보장 취지를 살릴 수 없을 때 제3의 대안을 사안에 적용해 그 기본권 충돌을 해결하는 ‘대안발견의 원칙’이 ‘규범조화적 해석의 원칙’이 또 다른 세부원칙으로 존재한다.

## 2. 기본권 충돌 해결이론의 적용

집회 주최자의 집회의 자유와 인근 지역 상가 주민들의 - 영업이익을 단순한 경제적 ‘이익’이 아닌 재산권이라는 권리로 보더라도 - 재산권이 충돌하는 본 사안에서 ‘자유권 우선의 원칙’에 따라 자유권 중에서도 보호법익이 큰 정신적 자유권에 속하는 집회의 자유가 경제적 기본권에 속하는 재산권 보다 보호법익이 더 크다고 볼 수 있다. 따라서 기본권 충돌의 해결이론인 ‘범익형량의 원칙’에 따라 재산권 보다 집회의 자유가 우선하는 것이다. 그러므로 헌법적으로 봤을 때, 집회 인근 상가의 영업이익 감소를 재산권 침해라 보더라도 집회 주최자 등의 집회의 자유와 이 인근 상가지역 주민의 재산권이 충돌했을 때 집회의 자유가 우선되는 것이며, 인근 상가지역 주민의 재산권은 후퇴되어 적용되지 않는다고 볼 수 있다. 즉, 상위기본권인 집회의 자유 앞에 재산권은 일정한 제한을 감내 당하는 것이다.

## VI. 미국 판례에 나타난 집회의 자유와 재산권의 충돌과 그 해결

위에서 본 바와 같이 국내의 학설과 판례가 공히 받아들이고 있는 기본권 충

들의 해결이론이나 이중기준의 원칙을 적용해 봤을 때 헌법적으로 집회주최자의 집회의 자유가 집회지역 상가 영업주의 재산권보다 우선한다. 미국 연방대법원도 ‘기본권 충돌’이라는 용어를 명확히 사용하고 있지는 않지만, 이런 취지의 판결들을 내리면서 판례법이론을 형성하고 있다. 다음에서 그 주요판결들을 살펴보고 분석해본다.

### (1) 1966년 연방대법원의 *United Mine Workers v. Gibbs*판결<sup>16)</sup>

#### 1) 사실관계

이 사건은 Grundy석탄회사가 광산을 폐광하면서 ‘광산노동자연합’(United Mine Workers, 줄여서 UMW) 소속 광부들을 대량해고한 후, 그 석탄회사의 자회사가 남부 Appalachia 탄광지역에 근거를 둔 다른 노조인 ‘남부노동조합’(Southern Labor Union, 줄여서 SLU)의 조합원들을 동원하여 인근의 Gray 계곡 지역에 새로운 광산을 개발하려 하자, 물리적 충돌이 발생한 사안이다. 석탄회사는 감독자 Gibbs에게 석탄을 가장 가까운 열차운송지점까지 운송하는 운송계약도 체결하였다. 감독자 Gibbs가 새 광산 개발을 시도하자 UMW의 5881구역 지부 조합원들이 이틀간 무장을 한 채 Gibbs를 협박하였으며, SLU의 조직책을 폭행하기도 하였다. 이러한 폭력행위가 이틀간 발생한 후에는 더 이상의 폭력행위 없이 UMW 조합원들은 피켓라인을 지키면서 평화적인 피켓팅을 9개월 동안 지속하였다. UMW 지부장인 Gilbert는 폭력행위가 발생하기 전에 회의 참석차 그 지역을 떠났었고 그가 돌아온 직후 이틀간의 폭력행위는 진정되었다. 그러나 평화적인 피켓시위가 다시 지속되었고 Gibbs는 감독직을 잃었고 운송계약 등이 실제 이행되지 않아 경제적 손해가 발생하였다. 이에 Gibbs는 연방법원에 UMW를 상대로 UMW가 압력을 행사해 자신과 Grundy와의 고용계약을 파기시키고 운송계약도 파기시켰다는 이유로 주법원에 손해배상청구소송을 제기하였다. 주 사실심법원은 UMW에게 연방노사관계법(Labor Management Relations Act) 제303조<sup>17)</sup> 위반사실은 인정하지 않았고,

16) *United Mine Workers v. Gibbs*, 383 U.S. 715(1966)

운송계약 파기가 UMW의 책임이라는 Gibbs의 주장도 받아들이지 않았다. 그러나 Grundy석탄회사와 Gibbs간의 고용계약 파기에 대한 UMW의 손해배상책임을 인정하였고, UMW는 연방대법원에 이 사건을 상고하였다.

## 2) 다수의견의 논점과 추론 및 판시사항

Brennen대법관이 집필한 법정의견은 주법원의 판결을 파기한다고 판시했다. 州가 부여할 수 있는 구제의 범위는 폭력적 행위의 직접적 결과로 엄격하게 한정되며, 평화적인 단체 피켓시위나 다른 노동조합의 활동으로부터 발생하는 결과는 이에 포함되지 않는다는 점을 주된 근거로 들었다. 또한 배상되어야 할 손해는 피고가 저지른 불법행위와 직접적이거나 ‘근접한’(proximate) 인과관계가 있는 부분으로 한정된다고 보았다. 즉, 州法上으로 폭력행위의 직접적인 결과에 대해서만 책임을 부과할 수 있다는 것이다. 다음은 그 추론의 요지이다.

전통적인 불법행위법의 법리가 정의하듯, 피고의 손해배상책임은 피고의 불법적 행위에 의해 “직접적으로나 그에 근접해 발생한 손해”(damages directly and proximately caused)에<sup>18)</sup> 한정된다. 따라서 州의 권한이 폭력행위의 직접적인 결과 이외의 것에 대해 손해배상을 하게 하는 손해배상 산정기준이란 존재하지 않는다. 하나하나 봤을 때는 평화로운 행위들도 폭력행위와 결부될 때에는 강제적이고 폭력적인 행위가 될 수 있다. 이 사건의 피켓시위는 폭력행위 뒤에 이루어졌다. 앞의 폭력행위에 의해 발생한 공포가 계속 남아 뒤의 전적으로 평화적인 피켓시위의 동력이 되었다면 그 피켓시위도 폭력행위가 될 수 있는 것이다. 피켓시위로부터 초래된 손해가 앞의 폭력행위가 발생시킨 공포나 폭력적인 요소들에 의해 야기되었다는 근접한 인과관계만 있어도 손해배상책임은 발생할 수 있다. 그러나 평화적인 행위의 결과와 폭력적인 행위의 결과가 분리될 수 있다면 손해배상책임은 폭력적인 행위에 대해서만 발생한다.

17) 당시 미국의 연방노사관계법은 제303조는 노동조합 등의 노동단체가 通商에 영향을 주는 ‘불공정노동행위’(unfair labor practice)를 하면 불법이라 규정하고 있었다. 이 불공정노동행위 중에는 통상을 하는 회사에 고용된 사람에게 노동단체의 회원이 업무 수행에의 협조를 거부하거나 파업을 하는 것도 포함되어 있었다.

18) 383 U.S. 715, 730.

州法을 적용해 봤을 때, UMW가 실제로 구체적 폭력행위를 승인하거나 폭력행위에 가담했다는 증거도 없다. 폭력행위를 ‘共謀’(conspiracy)하고 실제로 이에 가담한 이들 중의 일부가 UMW의 조합원이라는 사실만 존재한다. 본 사건의 주 一審(事實審)法院은 ‘공모’를 2인 이상이 불법을 행하거나 불법적 수단으로 적법한 행위를 할 것에 합의하는 것이라고 정의했다. 이 ‘공모’의 요건이 충족되기 위해서는 각각의 공모자가 모두 공모의 존재를 알고 있어야 하고 각자가 불법적 목적의 성취나 불법적 목적의 성취를 위한 불법적 수단의 사용을 어떤 식으로든 돕고자 해야 한다.

연방법률인 Norris-LaGuardia법 제6조는<sup>19)</sup> “노사분쟁에 개입하거나 이해관계를 가진 단체의 간부나 구성원 혹은 단체는 그 간부나 구성원의 불법행위에 가담했거나 알면서 그러한 불법행위를 승인했다는 데 대한 ‘명백한 입증’(clear proof)이 있을 때에만 그 간부나 구성원의 불법행위에 대해 미합중국 내의 법원에서 손해배상의 책임을 진다.”고 규정하고 있다. 상고인인 UMW는 이 Norris-LaGuardia법 제6조를 적용해 봤을 때 UMW나 노조지부장이 8월 15일과 16일 이틀간의 폭력행위에 가담하거나 그에 대해 알고 있지 않았다고 주장한다. 또한 UMW나 지부장이 폭력행위에 대해 알고 나서 한 폭력행위 중단 촉구와 사태 진정을 위한 여러 행위들은 폭력행위의 승인이나 앞의 폭력행위에 대한 공포를 이용해 피켓시위를 했다는 Gibbs측의 주장과 거리가 멀다.

법이 본 사안과 같은 경우에서 요구되는 ‘명백한 입증’의 정의를 내리고 있지는 않지만 법의 일반원칙은 이 경우 연방의회가 “명백하고 명확하며 설득력있는 입증”(clear, unequivocal and convincing proof)을<sup>20)</sup> 요구한다고 말해준다. 이 입증책임은 형사사건에서의 ‘합리적 의심을 넘어서는’(beyond a reasonable doubt) 입증이나 일반 민사사건에서의 입증책임 중간 정도에 위치하는 입증책임이다. 본 법원이 보기에 Gibbs는 이러한 입증책임을 다하지 못했다.

그 근거로 첫째, Gibbs는 UMW나 지부장 Gilbert가 그 폭력행위를 승인했음을 입증하지 못했다. 지부장 Gilbert는 폭력행위 발생시 그 지역에 없었고 폭력행위의 발생도 알지 못했으며 회의에서 돌아온 후 오히려 폭력행위를 진정시키려는 노력을 보였다. 기록에 의하면, Gilbert는 회의 참석 중 폭력행위의 발생을

19) 47 Stat. 71, 29 U.S.C. s 106(1964 ed.)

20) 383 U.S. 715, 737.

전해 듣고는 즉시 그 지역으로 돌아와 폭력적인 파업을 중단시키고 폭력을 진압하려 했으며 피켓라인의 크기도 제한했고 다른 지역의 광산들이 영향을 받지 않도록 조치를 취했다. 확실히, Gilbert와 UMW가 SLU 노조원들과 함께 Gray 계곡에 새 광산을 개발하려는 Gibbs의 시도를 불쾌해한 것은 사실이다. 그러나 그것이 Gibbs와 석탄회사와의 고용계약이 파기된 것과는 무관하다. 석탄회사의 한 간부는 “새 광산이 결국 문을 열었을 때 Gibbs는 해고된 상태였다. 만약 내가 Gibbs를 계속 고용했었다면 오늘날 새 광산은 문을 열 수 없었을 것이다.”라고<sup>21)</sup> 증언하기도 했다.

둘째 피켓시위가 앞의 폭력행위의 여파에 영향을 받았다는 것도 입증되지 못했다. 폭력행위의 위협이 그 후 수일 수개월간 남아있었다는 ‘인상’(impression)은 ‘명백한 입증’의 결과가 되기에는 너무 영성하다. 광산지역에서 피켓시위가 계속되었다는 사실만으로 UMW나 지부장 Gilbert가 폭력행위를 승인했다는 점을 입증하지는 못한다.

### 3) 이 판결이 가지는 의미

Harlan대법관과 Clark대법관은 결론은 같고 판결이유가 다른 소위 ‘동조의견’(concurring opinion)에서 Norris-LaGuardia법 제6조에 대한 해석을 법정의견인 다수의견과 달리했다. 좀 더 좁게 해석한 것이다. 즉, 동조의견은 이 법조항의 취지가 일반적인 경우 노조가 파업을 수행하거나 불법행위 중단을 위한 적극적 조치를 취하는데 실패하는 것은 불법행위를 노조가 승인했다는 점을 입증하는 것과는 무관하다고 보았다.

## (2) 1982년 연방대법원의 NAACP v. Claiborne판결<sup>22)</sup>

### 1) 사실관계

유색인종 인권단체인 全美有色人種地位向上協會(National Association for

21) 383 U.S. 715, 739.

22) NAACP v. Claiborne Hardware Co. 458 U.S. 886(1982)



the Advancement of Colored People, 줄여서 NAACP) 회원들은 미시시피주 클레어본 카운티에서 정의에 반하는 인종차별의 관행을 철폐하기 위해 청원서를 냈지만 이것이 받아들여지지 않았다. 그러자 그 지역 백인 상인들에 대해 7년간의 보이콧을 시작했다. 그 보이콧은 부분적으로는 연설로 그리고 부분적으로는 비폭력적인 피켓팅으로 이루어졌다. 그러나 폭력 사태나 폭력 위협도 또한 있었으며 그 보이콧에 동참하는데 호의적이지 않은 시민들을 억지로 보이콧에 동참시키려는 시도도 있었다. 백인상점의 유리에 벽돌을 던져 부순다든지, 차량을 손괴하는 다수의 폭력사태가 사태가 벌어졌다.

이러한 폭력 사고, 폭력 위협, 보이콧 동참 강제 등을 이유로 보이콧 대상이 됐던 백인 상인들은 그 보이콧이 불법이라고 주장했다. 그러면서 그 백인 상인들은 전미유색인종지위향상협회의 보이콧 때문에 생겨난 그들의 경제적 손실 피해에 대한 배상을 구하는 민사상의 손해배상소송과 보이콧 중지소송을 제기하였다. 미시시피주 하급심 법원은 흑인들에게 손해배상의 책임과 보이콧의 중지를 모두 인용하였고, 미시시피주 주대법원은 손해배상책임은 인용한 반면, 보이콧 중지는 기각하였다. 그러면서 미시시피주 주대법원은 그 보이콧이 불법이라는 점을 인정했고 그 손해배상소송에서 거명된 전미유색인종지위향상협회의 92명 회원 각자가 백인 상인들의 손해에 대해 배상할 책임이 있다고 판시했다. 그러자 전미유색인종지위향상협회가 연방대법원에 이 사건을 상고했다.

## 2) 다수의견의 논점과 추론 및 판시사항

Stevens대법관이 집필한 법정의견은, 미국 수정헌법 제1조의 표현의 자유가 적용될 수 있는 상황에서 발생한 특정한 불법적 행동들에 대해서는 더 높은 입증책임이 존재한다고 판시했다. 다음은 그 추론의 요지이다.

미시시피주 주대법원은 전체 전미유색인종지위향상협회의 보이콧이 불법이고 그 결과 모든 보이콧 참여 회원들에 대해 손해배상책임을 부과해야 한다고 한 점에서 실수를 범하고 있다. 그렇게 판시하는데 있어, 미시시피주 주대법원은 전미유색인종지위향상협회가 벌인 행동들 중에, 수정헌법 제1조에 의해 보호되는 언론행위나 집회행위처럼 헌법에 의해 실질적으로 보호받는 활동들이

있었음을 간과했다. 주정부는 폭력행위의 결과에 대하여는 합법적으로 손해배상책임을 부과할 수 있겠지만, 비폭력적이면서 수정헌법 제1조에 의해 표현의 자유로 보호받는 활동의 결과에 대한 배상을 인정할 수는 없고, 위법한 행위와 근접한 인과관계에 있는 손해만이 전보될 수 있다. 보이콧 과정 중에 백인상점에 대해 직접적으로 폭력행위를 행사한 것에 대해서는 배상책임이 있으나 그렇지 않은 경우에는 비록 영업적 손실을 입혔다고 하더라도 그 책임을 물을 수 없다. 왜냐하면, 폭력 사태나 폭력의 위협으로 인한 영업손실에 대하여 손해배상책임을 부과하는 것이 금지되지는 않지만, 그러한 행위가 헌법상 보호받는 활동의 맥락에서 발생한다면, 그 행위규제에 있어 특히 ‘규제의 정밀성’(precision of regulation)이 요구되고 그 결과 수정헌법 제1조에 의하여 보호받는 활동에 대해서는 손해배상책임을 제한된다. 그러한 수정헌법 제1조의 보호대상 행위들이 그 사건에 존재한다면 불법적 행위들도 또한 발생했다는 점을 입증하기 위해 보다 더 높은 입증책임이 요구된다. 그러나 본 사건에서는 이러한 입증책임이 충족되지 않았다.

보이콧에 참여한 각각의 참여자들은 그들 자신이 보이콧에서 발생한 불법적 폭력행위들에 가담했다는 증거 없이 손해배상책임을 부담해야 한다는 판결을 받은 것이다. 그러한 경우에는 민사상의 손해배상책임을 부과되지 않는다. 개인은 구성원 중 일부가 폭력행위를 범한 단체에 소속되어 있다는 이유만으로 민사책임을 부담하지는 않는 것이다. 대신에 만약 어떤 단체의 회원이라는 이유만으로 손해배상책임을 부과하려면, 그 단체 자체가 불법적 목적을 가지고 있고 손해배상책임을 지는 회원 각자가 그러한 불법적 목적을 이루려는 ‘구체적 의도’(specific intent)를 가지고 있어야 한다. 만약 그에 대한 입증 없이 전미유색인종지위향상협회 회원이라는 이유만으로 손해배상책임을 지우는 것은 언론·출판의 자유와 함께 집회·결사의 자유를 보장하고 있는 미국 수정헌법 제1조를 위반하는 것이 된다. 이와 같은 이유로 미시시피주 주대법원의 판결을 파기한다.

### 3) 이 판결이 가지는 의미

본 사건의 판결이유 부분에서 미국 연방대법원은 어떤 표현행위가 “공격

적”(offensive)이거나 “강제적”(coercive)이라는 사실만으로 그것이 곧 그 표현행위가 미국 수정헌법 제1조의 표현의 자유에 의한 보호를 받을 수 없음을 의미하는 것은 아니라고 설시했다. 그렇게 설시하면서 연방대법원은 Organization for a Better Austin v. Keefe 사건 판결을<sup>23)</sup> 인용했다. 이 사건은 한 개인이 인종차별적인 한 부동산 소개업자의 사업관행을 비난하는 전단지 배부하는 것을 하급심 법원 판결이 금지한 사건이었다. 연방대법원은 그 금지결정을 뒤집었다. 비난 내용을 담은 전단지 배부라는 그 표현행위가 비록 강제적이고 공격적인 속성을 가지지만 그것은 수정헌법 제1조에 의해 보호되는 표현행위에 대한 ‘사전 억제’(prior restraint)에 해당한다는 것이 그 이유였다.

### (3) 2001년 캘리포니아주 항소법원의 Tony Lam v. Ky Ngo 판결

#### 1) 사실관계

1999년에 Westminster의 비디오 가게에서 북베트남의 공산당기와 호치민의 포스터를 유리창에 내걸었다. 캘리포니아주 Orange카운티의 베트남인들 중 다수가 이에 격앙되어 그 비디오 가게 앞에서 시위를 벌였다. 그들은 또한 Garden Grove시의 베트남계 시의원인 Lam을 포함한 그 지역의 베트남계 정치인들이 자신들의 입장을 지지해 주기를 기대했다. 그러나 Lam은 그에 대해 침묵을 지켰다. 그러자 일군의 시위대들은 베트남 공동체의 분노에 대해 현저한 관심 부족을 보인 시의원 Lam에게 눈길을 돌렸다. 시의원 Lam은 Vien Dong이라는 레스토랑을 소유하고 있었는데, 1999년 3월 12일부터 시위대들이 그 레스토랑에 지속적으로 나타나 Lam이 시의원직을 사임할 것을 요구하며 레스토랑에 대한 보이콧을 시작했다. 그 레스토랑의 땅주인인 Ngo는 시위자들의 입장에 동조적이었고 그들이 식당의 주차장에 운집하는 것을 허락했다.

일부 시위자들은 시위의 첫 일주일 동안 레스토랑에 대해 정치적 의사표현을 한 것이 아니라 폭력을 행사했다. 익명의 일부 시위자들은 Vien Dong 레스토랑을 이용하려는 고객들에게 야유를 퍼부었고 주차된 차들의 타이어에 펑크를 냈

23) Organization for a Better Austin v. Keefe, 402 U.S. 415.

으며 레스토랑 바깥에 포스터를 붙이고 여기에 오줌을 누었다. 시위대의 일부는 레스토랑 이용객들의 차량번호판을 비디오로 촬영하거나 기록했다. 시위대들은 Lam을 공산주의자나 반역자로 묘사하는 여러 사인들을 내걸었다. 그들은 Lam을 입에서 피를 흘리는 빨간 악마로 묘사한 그림을 가지고 있었다. 또한 그들은 실물 크기의 호치민 초상화 옆에 교수대에 매달린 실물 크기의 Lam의 초상화를 내걸었다. 남베트남의 국기 위에 피묻은 도끼, 관 그리고 “공산주의자들과 함께 사라져라”라는 슬로건들이 장식되어 있었다. 시위대들은 또한 레스토랑 길 건너편에 Lam과 호치민이 저속한 性的 자세를 취하고 있는 3차원 초상화도 내걸었다. 이 모든 것들이 명백히 보호받지 못할 행동들이었다.

Vien Dong 레스토랑에는 손님이 크게 줄었고 일주일도 안 돼 Lam은 Ngo와 1,500명의 익명의 시위대들을 상대로 소송을 제기했다. 1심에서 시위대의 보이콧에 대한 ‘금지 가처분결정’(Temporary Restraining Order, 줄여서 TRO)이 내려지자, 이에 대하여 시위자들과 시위주최자들이 ‘캘리포니아주 제4구역 제3부 항소법원’(Court of Appeal, Fourth District, Division 3, California)에 항소하였다.

## 2) 주요논점과 추론 및 판시사항

캘리포니아주 항소법원은 Lam의 청구를 ‘일부 인용, 일부 기각’하는 판결을 내렸다. 특히 땅주인 Ngo에 대한 청구는 기각되었다. 다음은 그 추론의 요지이다.

단지 시위주최자의 역할을 했다는 이유만으로 그 시위주최자에게 민사상의 불법행위책임을 지울 수는 없다. 시위자들은 미국 수정헌법 제1조상의 표현의 자유에 의해 보호받는다. 정치인의 ‘장래 예견되는 경제적 이익’(prospective economic advantage)을 침해했다는 것은 손해배상책임을 지울 근거가 되지 못한다.

본 사건에도 앞서 연방대법원의 NAACP v. Claiborne Hardware Co. 판결의 다음과 같은 법리가 적용될 수 있다. 첫째, 정치적인 이유로 인한 평화적인 피켓시위는 보호되기 때문에 장래 예견되는 경제적 이익을 침해한다 하여도 민사상의 손해배상책임을 지울 수 없다. 그러나 둘째, 폭력행위 등 다른 범죄행위는

정치적인 이유로 정치적인 시위의 도중에 발생했다 하더라도 민사상 손해배상 책임의 근거가 될 수 있으며 이러한 행위는 헌법상 표현의 자유의 보호를 받지 못한다. 셋째, 정치적인 시위의 주최자가 구체적인 불법행위를 승인, 선동 또는 지휘하거나 폭력을 행사하도록 구체적으로 지시하지 않은 이상 단지 시위의 주최자라는 이유로 다른 시위자들의 행동에 대해 손해배상책임을 지지는 않는다.

이러한 법리들을 적용하면 시위와 관련해 발생한 폭력행위들이 Ngo의 행위와 구분될 수 있고 무관함에도 불구하고 이러한 폭력행위들에 근거해 시위의 주최자 중의 한 사람인 Ngo에게 손해배상책임을 지우기에는 증거가 불충분하다. 또한 비폭력적인 시위의 결과에 대해서는 민사상의 손해배상책임이 발생하지 않는다. 그러므로 Ngo에게 손해배상책임을 지울 수는 없다.

그러나 시위 중 폭력을 행사한 시위자들에게는 손해배상책임이 발생한다. 폭력을 행사한 시위자들은 지금 익명으로 되어 있다. Lam이 폭력을 행사한 시위자들에게 손해배상책임을 묻기 위해서는 우선 피고를 실명으로 구체적으로 지정해야 한다. 본 법원은 이를 명한다.

### 3) 이 판결이 가지는 의미

이 판결은 미국 연방대법원 판결이 아니고 2001년에 선고된 캘리포니아주 二審法院인 州抗訴法院의 판결이다. 이 판결에서 1982년 연방대법원의 NAACP v. Claiborne Hardware Co.판결의 법리가 미국 법원의 중요한 판례법상의 원칙으로 자리를 잡아 주법원 판결에도 적용되고 있음을 알 수 있다. 즉, 정치적인 시위는 헌법에 의한 보호를 받으므로 민사상의 손해배상책임을 지지 않으나, 정치적인 시위 도중에 발생한 폭력행위로 인한 손해는 손해배상책임을 발생시킨다. 그러나 그 폭력행위로 인한 손해배상책임은 그 폭력행위에 가담한 사람에게만 물을 수 있다. 시위의 주최자가 구체적인 불법행위를 승인, 선동 또는 지휘하거나 폭력을 행사하도록 구체적으로 지시하지 않은 이상 단지 시위의 주최자라는 이유로 다른 시위자들의 행동에 대해 손해배상책임을 지지는 않는다는 원칙이 미국 판례법상의 대원칙이 된 것이다.

#### (4) 소결

이상에서 살펴본 집회의 자유와 손해배상책임의 관계에 관한 판례들을 분석해보면, 미국 연방대법원에 의해 이 분야에 다음과 같은 법리가 확립되어 있음을 알 수 있다.

첫째, 집회나 시위 도중 발생한 손해 중 배상되어야 할 손해는 피고가 저지른 불법행위와 ‘직접적이거나 근접한’ 인과관계가 있는 부분으로 한정된다.

둘째, 정치적인 이유로 인한 평화적인 피켓시위는 보호되기 때문에 영업주의 장래 예견되는 경제적 이익을 침해한다 하여도 이 피켓시위에 대해 민사상의 손해배상책임을 지울 수 없다.

셋째, 폭력행위 등 불법행위는 정치적인 이유로 정치적인 시위의 도중에 발생했다고 하더라도 민사상 손해배상책임의 근거가 될 수 있다. 이런 행위는 헌법상 표현의 자유의 보호를 받지 못한다.

넷째, 정치적인 시위의 주최자가 구체적인 불법행위를 승인, 선동 또는 지휘하거나 폭력을 행사하도록 구체적으로 지시하지 않은 이상, 단지 시위의 주최자라는 이유 때문에 다른 시위자들의 불법적 행동에 대해 손해배상책임을 지지는 않는다.

### VII. 결 론

집회주최자에 대한 인근 상가 상인들의 영업이익 감소를 이유로 한 손해배상 청구는 순수한 민사상 불법행위의 문제라기보다는 헌법상의 기본권이 관련되어 있는 사안이다. 따라서 헌법적 측면을 고려사항에서 배제하여서는 안 된다. 이상에서 살펴본 바와 같이 본 사안에 대한 법적 판단에서는 헌법적으로 다음과 같은 점들이 반드시 고려되어야 한다고 믿는다.

첫째, 헌법상 집회의 자유를 구체화한 하위법률인 ‘집회 및 시위에 관한 법률’이 집회의 자유 ‘보장’보다는 ‘제한’에 중점을 두고 입법화 되었으며 특히 몇몇 조항들은 애매모호하고 추상적으로 규정되어 관할 경찰서장이 이 모호한 규정들에 근거해 자의적으로 재량권을 남용함으로써 헌법상의 집회의 자유를 형

해화 시킬 위험을 안고 있다.

둘째, 집회 인근 상가에서는 집회로 인해 영업상 이익이 감소되었다고 주장하고 있는데, 이 영업상 이익을 그야말로 경제적 ‘이익’이라고 봤을 때 ‘재산권’이라는 권리의 침해가 주장될 수 있는 경우인지 모호하다.

셋째, 이중기준의 원칙에 의하더라도 정신적 자유권인 집회의 자유가 경제적 기본권인 재산권보다 합헌성판단기준이 더 엄격하고 제한 가능성이 더 적은, 더 강력한 상위의 기본권이다.

넷째, 백번 양보하여 집회 인근 상가 영업주의 재산권이 침해되었다 하더라도 집회 주최자의 집회의 자유와 집회 인근 상가 영업주의 재산권이 충돌했을 때 기본권 충돌의 해결이론 중 하나인 법익형량의 원칙을 적용했을 때, 보호법익이 더 큰 집회 주최자의 집회의 자유가 우선해 적용되고 집회 인근 상가 영업주의 재산권은 후퇴되어 적용되지 않는다고 볼 수 있다. NAACP v. Claiborne판결 등 미국의 여러 유사 판결에서도 이러한 취지의 판결이 내려진 바 있다.

결론적으로 말해서, 집회의 자유와 재산권 충돌에서 우리 헌법이 보호하고자 하는 가치는 재산권이 아니라 집회의 자유 보장으로 얻어지는 가치들인 것이다.

[논문투고일 : 2010. 5. 17, 논문심사일 : 2010. 6. 8, 게재확정일 : 2010. 6. 17]



주제어

집회의 자유, 재산권, 기본권의 충돌, 법익형량의 원칙,  
미국 연방대법원

## ■ 참고문헌

### [국내문헌]

- 권영성, 「헌법학원론」(법문사, 2010년)
- 김종철, “한국헌법상 야간집회금지입법의 위헌성” 「서강대 법학연구소·민주주의 법학연구회·법과사회이론학회 공동주최 학술대회 자료집」(2009년 1월 16일)
- 김철수, 「학설·판례 헌법학」(서울: 박영사, 2008년)
- 문홍주, 「미국헌법과 기본적 인권」(유평출판사, 2002년)
- 성낙인, 「헌법학」(법문사, 2010년)
- 정종섭, 「헌법학원론」(서울: 박영사, 2009년)
- 허영, 「한국헌법론」 全訂5版(서울: 박영사, 2009년)
- 홍성방, 「헌법학」(현암사, 2009년)

### [국외문헌]

- Jereme A. Barron/ C Thomas Dienes, *Constitutional Law* (West Group, 2003)
- Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies* (2nd ed., New York: Aspen Law & Business, 2002)
- William B. Lockhart/ Yale Kamisar/ Jesse H. Choper/ Steven H. Shffrin, *Constitutional Law: Cases, Comments, Questions* (7th ed., St. Paul/ Minnesota: West Publishing Co., 1991)
- John E. Nowak/ Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law* (6th ed., St. Paul/ Minnesota: West Group, 2000)
- Ronald D. Rotunda, *Modern Constitutional Law*(6th ed., St. Paul/ Minnesota: West Group, 2000)
- Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.III/1, C.* H. Beck, 1988





The Constitutional Interest in the Conflicts  
between the Freedom of Assembly and the Property Right

Jibong Lim

(Associate Professor, Sogang University Law School)

The Freedom of Assembly is one of the Freedoms of Expression protected by the Korean Constitution. On the other side, the Property Right is also a constitutional right provided in Article 23 of the Korean Constitution. Then, what will be the interest which the Constitution should protect when the Freedom of Assembly conflicts with the Property Right?

This paper aims at exploring the constitutional answer for this question. To achieve this aim, this paper will examine the problematic provisions of Assembly and Demonstration Act in Korea at first. Then, it will review on whether the sales interest of the shop owners neighboring with the area of the assembly could be protected by the constitution as a Property Right. This paper will analyze the situation as the conflict of the constitutional rights, namely the conflict between the Freedom of Assembly of the assembly host and the Property Right of the neighboring shop owners. From this viewpoint of the analysis, it tries to solve the conflict of the two constitutional rights by applying the Double Standard Principle and some other constitutional theories.

Finally, this paper examines on the solution criteria of the conflict of the constitutional rights suggested by the United States Supreme Court through analyzing some Supreme Court cases such as *United Mine Workers v. Gibbs* in 1966 and *NAACP v. Claiborne* in 1982, and one California

Appellate Court case, Tony Lam v. Ky Ngo in 2001.

▶ Key words

Freedom of Assembly, Property Right, The Conflict of Constitutional Rights, The Principle of Balancing Interests, U.S. Supreme Court