

## 집회의 자유의 보장과 제한가능성의 경계\*

— 독일 헌법 제8조와 집회법의 충돌과 그 해결과정을 중심으로 —

남 경 국\*\*

### 목차

- I. 들어가는 말
- II. 독일의 집회의 자유의 역사
- III. 독일 ‘집회 및 행진에 관한 법률’
- IV. 독일 헌법 제8조와 집회법의 충돌과 조화가능성
  - 1. 독일 헌법 제8조 제1항: “friedlich und ohne Waffen”
  - 2. 독일 헌법 제8조 제1항: “ohne Anmeldung oder Erlaubnis”
    - 가. 집회의 신고의무(신고제)
    - 나. 집회의 허가의무(허가제)
  - 3. 독일 헌법 제8조 제1항 및 제2항의 관계
  - 4. 헌법과 집회법의 충돌상황과 그 극복의 과정
    - 가. 집회법 제17a조 복면착용금지 규정
    - 나. 집회법 제16조 집회금지장소 규정 및 연방과 주의 집회금지구역법
- V. 보충: 한국의 헌법과 집시법의 충돌상황
  - 1. 출발점: 집시법의 태생적 한계와 그 실례(집시법 제10조)
  - 2. 헌법 제21조 제2항 집회의 허가금지: 허가제의 본질
  - 3. 헌법 제21조 제2항과 제37조 제2항의 관계
  - 4. 집시법 제6조 제1항 신고제와 집시법 제10조 단서 조항의 관계
  - 5. 과잉금지원칙 심사의 필요성 여부
  - 6. 1994년 헌법재판소 결정에 대한 비판
- VI. 맺는 말

\* 이 논문은 지난 2009년 1월 16일(금) ‘야간집회 금지의 위헌성’ 학술토론회(주최: 서강대학교 법학연구소·민주주의 법학연구회·법과사회이론학회) 발제문을 수정·보완하였습니다.

\*\* 독일 쾰른대학교 ‘국가철학 및 법정책 연구소’ 객원연구원, LL.M, 박사과정.

## I. 들어가는 말

“서양의 역사는 피의 역사”라고 일컬어지곤 한다. 소중한 생명을 잃는 것을 마다하지 않고 왕과 정부의 불의에 항거하고 거리로 나서 얻은 민주주의라는 것이다. 즉 집회를 통하여 왕정이 무너지고, 독재정권이 무너지는 계기가 되었다. 이런 연유로 집권세력은 집회를 가능한 한 억압하려고 한다. 이에 대다수 국가들의 헌법은 명시적으로 집회의 자유를 보장함으로써 특히 대의민주주의 하에서의 정부 등의 실정과 독재에 저항하는 길을 열어 놓고 있다. 대한민국도 마찬가지다. 우리 헌법 제정시 집회의 자유 규정은 이러한 서양의 ‘피의 역사’의 혜택을 본 것도 사실이다. 하지만, 4·19 의거, 5·18 민주화 운동, 6·10 항쟁을 거치며 우리도 서양에 못지않게 피를 흘리며 헌법이 보장하고 있는 집회의 자유를 때론 누리며, 때론 집회의 억압 속에서도 집회의 자유를 지켜온 것도 사실이다.

2008년 5월, 6월의 촛불집회를 통해 대한민국 헌법 제21조 집회의 자유는 대규모 시민들에 의해 누러지기도 하였지만, 촛불집회 내내 정부와 경찰, 검찰 당국에 의해서 억압되고, 그 주최자와 참여자들이 속속 구속되는 상황에 몰리게 되었다. 우리 헌법은 제21조 제1항에서 집회의 자유를 보장하고 동조 제2항에서는 집회의 (사전)허가를 금지하고 있다. 그럼에도 불구하고, 우리 현행 집시법은 제10조에서 야간옥외집회를 원칙적으로 금지하고 있고, 또한 집시법 제11조에서 국회, 헌법재판소, 각급 법원 등 주변에서 집회를 절대적으로 금지하고 있다. 이는 우리 헌법 제21조 제2항이 보장하고 있는 집회의 사전허가 금지에 역행하는 것으로 그 자체 위헌에 해당하는 것으로 보여진다. 그런데 우리 헌법 재판소는 1994년 집시법 제10조 등의 헌법소원 사건에서 합헌결정을 하였고,<sup>1)</sup> 또한 2005년 집시법 제11조 위헌제청사건에서 각급 법원 경계로부터 100미터 이내에서의 집회를 절대적으로 금지하는 규정에 대하여 합헌결정을 한 바 있다.<sup>2)</sup> 2009년 우리 헌법재판소는 다시 집시법 제10조 규정에 대하여 위헌여부를 판단할 예정이다.

1) 헌재결 1994. 4.28, 91헌바14.

2) 헌재결 2005.11.24, 2004헌가17.

우리 법률은 초기 대륙법계인 독일 법률들의 영향을 직·간접적으로 받아 왔고, 우리 헌법 또한 그 영향을 받은 것은 주지의 사실이다. 우리 헌법과 마찬가지로 독일 헌법 제8조 제1항은 집회의 사전허가를 금지하고 있다. 따라서 이 논문에서는 독일의 헌법과 '집회 및 행진에 관한 법률'을 살펴봄으로써, 우리 현행 집시법 제10조 원칙적 야간옥외집회금지 조항 등과 같은 유사조항이 있는지 확인하고, 또한 비교법적으로 그 가능여부를 해명해 보려고 한다.

## II. 독일의 집회의 자유의 역사

독일에서 집회의 자유는 1848/49년의 혁명과 함께 서서히 돌파구가 마련되었다.<sup>3)</sup> 독일에서 집회의 자유는 1849년 프랑크푸르트 제국헌법(파울교회헌법) 제6장 제8절 제161조에서 다음과 같이 규정되었다:

“(1) 독일인은 평화적으로 무기 없이 집회를 할 권리를 가진다. 이를 위하여 특별한 허가를 필요로 하지 않는다. (2) 옥외에서의 국민집회는 공공질서와 공공안전을 위하여 긴박한 위협의 경우 금지될 수 있다.”

또한 1919년 바이마르헌법 제123조에서 집회의 자유는 다음과 같이 규정되었다:

“(1) 모든 독일인은 신고 또는 특별한 허가 없이 평화적으로 그리고 무기 없이 집회를 할 권리를 가진다. (2) 옥외집회는 제국법률에 의하여 신고의무가 부과될 수 있고, 공공안전을 위하여 직접적인 위험이 있는 경우 금지될 수 있다.”

제2차 세계대전 이후 1949년 5월 23일 독일 헌법은 공포되었고, 제8조에서 집회의 자유는 다음과 같이 규정된 후 지금에 이르고 있다:

“(1) 모든 독일인은 신고 또는 허가 없이 평화적으로 그리고 무기 없이 집회를 할 권리를 가진다. (2) 옥외집회는 법률로써 또는 법률에 근거하여 제한될 수 있다.”

3) 이에 대해 자세히는 Quilisch, Die demokratische Versammlung, 1970, S. 49; 또한 독일 집회의 자유의 법적 역사에 대해서 자세히는 Depenheuer, in: Maunz-Dürig, GG, 2006, Art. 8 RN 23-26.

독일에서 집회의 자유의 행사는 19세기와 20세기에 걸쳐 시민과 국가의 긴장 관계에서 전형적인 양면성을 띄기도 하였다.<sup>4)</sup> 즉, 한편으로는 정치적 의사소통이 막힌 억압된 시민의 의사표출의 수단으로 나타났고(예를 들어, 1848년 3월 혁명 이전의 프로이센, 구동독의 마지막 단계), 다른 한편으로는 국가가 대중선동을 위하여 집회를 도구화하기도 하였다(예를 들어, 나치 시대, 구동독 시대).

독일은 1989년 구동독 시민들의 집회(Die Montags-Demonstrationen von 1989/90)를 통하여 베를린 장벽이 무너지는 계기를 마련하고 이후 통일독일을 경험하였다. 한편으로 NPD(일명 신나치정당), 신나치단체 또는 극우단체들의 끊임없는 집회에 직면하고 이들의 집회를 막고자 독일 집회법으로 규제를 하고 있다. 그럼에도 불구하고 규제가 어려울 경우 집회법 개정을 통하여 이들의 집회를 규제하기도 한다. 때론 이런 집회법 개정이 독일 헌법 제8조와 충돌을 일으켜 위헌논란을 일으키기도 하였다.<sup>5)</sup> 따라서 독일의 경우에도 독일 헌법이 보장하고 있는 집회의 자유가 독일 집회법 등을 통해 침해되기도 한다. 그러나 독일의 집회의 자유의 역사를 살펴보면 평화적 집회를 보장하는 헌법정신에 걸림돌로 작용한 요소들을 하나하나 치워가는 과정을 밟고 있다.

### III. 독일 ‘집회 및 행진에 관한 법률’

#### 1. 개관

1953년 7월 27일 집회법이 발효된 후, 1978년 11월 15일 집회 및 행진에 관한 법률(Gesetz über Versammlungen und Aufzüge; Versammlungsgesetz; 이하 ‘집회법’이라고 한다)<sup>6)</sup>이 새로 공포된 후, 마지막으로 2005년 3월 24일 개정되었다.<sup>7)8)</sup> 독일 집회법은 5장 37개 조항으로 구성되어 있다: 제1장(총론; 제1

4) Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, 2000, Art. 8 RN 1.

5) Vgl. Hufen, Staatsrecht II, 2007, S. 474.

6) BGBl. I S. 1789.

7) BGBl. I S. 969.

8) 2006년 헌법의 “Föderalismus-Reform”을 통하여 헌법 제74조(연방과 주의 경합적 입법의 대상) 제1항 제3호에 있던 “집회법”을 삭제하였다. 따라서 이제 집회법은 헌법 제125a조에 따라 각 주 법에 의해서 대체되지 않는 한 연방법으로 계속해서 효력이 있을 뿐이다.

조-제4조), 제2장(공공연한 옥내집회; 제5조-제13조), 제3장(공공연한 옥외집회와 행진; 제14조-제20조), 제4장(형벌과 과태료 규정; 제21조-제30조) 그리고 제5장(부칙규정; 제31조-제33조). 제1장 중 제4조는 현재 폐지된 상태이고, 제5장(부칙규정) 중 제31조(폐지규정)과 제32조(Berlin-Klausel)는 규정이 현재는 빈 상태이고, 또한 제33조(법의 발효)는 1953년 7월 27일 최초의 법률에 의해서 이 집회법이 발효된 것으로 본다. 제12a조(경찰의 사진촬영과 음성녹음), 제17a조(방어무기소지금지, 복면착용금지), 제19a조(옥외집회에서 경찰의 사진촬영과 음성녹음), 제29a조(제16조 집회금지장소 위반 집회에 대한 과태료 부과) 등의 조항이 나중에 추가로 규정되었다.

## 2. 특이점과 차이점: 우리의 현행 집시법과의 비교

독일 집회법은 집회와 행진을 규정하고 있다.<sup>9)</sup> 행진(Aufzug)은 “움직이는 집회”로 이해된다.<sup>10)11)</sup> 집회법 제3장과 제4장 제목은 “공공연한(öffentlich)” 옥내집회와 옥외집회를 규정하고 있다. “공공연한(öffentlich)”의 개념은 “집회에 누구나 출입이 가능한”으로 해석된다.<sup>12)</sup>

또한 눈에 띄는 규정은 집회법 제3조(제복착용금지)<sup>13)</sup>와 제17a조(복면착용금지)<sup>14)</sup> 그리고 제15조 제2항(나치정권 희생자 유적지 등에서의 집회와 행진의 금지 또는 제한)<sup>15)</sup>이다. 이 조항들은 신나치세력 등 극우세력의 집회를 제한하

9) 이와 달리 우리 현행 집시법은 “집회”와 “시위”를 규정하고, 집시법 제2조 제2호에서 시위를 행위개념으로 파악하면서, “시위”개념에 “행진”을 포함시키고 있다. 우리 현행 집시법 제2조 정의 규정 중 “옥외집회”와 “시위”개념의 위헌성에 대해서 자세히는 남경국, “집시법 제10조 야간집회 금지 조항 등의 위헌성”, 법학연구(연세대학교 법학연구소) 제18권 제4호, 2008, 376면 이하 참조.

10) Depenheuer, in: Maunz-Dürig, GG, 2006, Art 8. RN 58.

11) 독일과 달리 우리 학계와 헌법재판소는 “시위”를 “장소이동적 집회”로 이해하고 있다; 허영, 한국헌법론(박영사, 2008), 564면; 현재결 1992. 1. 28, 89헌가8 (판례집 4, 16면).

12) Vgl. BVerwG NVwZ 1999, 991 (992); Heckmann, JuS 2001, 675 (678); Kniesel, NJW 2000, 2857 (2862).

13) 집회에서 “집단적인 정치적 의사를 표명할 목적으로 제복을 입는 경우”를 금지하고 있다. 이 규정은 원칙적 금지에 해당하고, 예외적으로 청소년단체에만 허용되고 있다. 따라서 집회법 제3조는 헌법 제8조와 합치하지 않는다; Vgl. Höfling, in: Sachs, GG, 2007, Art. 8 RN 61.

14) 집회에서 “신분확인을 방해할 목적으로 복면착용을 한 경우”를 금지하고, 다만 “공공안전과 공공질서에 위험을 야기하지 않을 경우” 복면착용을 허용하고 있다; 이 복면착용금지조항의 위헌성에 대해서는 앞으로 살펴보기로 한다.

려는 의도 등으로 입법되었다.

집회법 제16조(집회금지구역) 제1항은 원칙적으로 연방의회, 연방헌법재판소 그리고 각 주 의회 근처에서의 공공연한 옥외집회와 행진을 금지하고 있다. 동조 제2항에서 그 구체적 사항은 연방법률과 각 주 법률에서 규정하도록 하고 있다. 현재 위 조항 위반의 경우 제29a조는 행정질서법로서 과태료를 부과하고 있다.<sup>16)</sup>

독일 집회법에는 우리 현행 집시법 제10조와 같은 야간옥외집회금지 조항은 없다.<sup>17)</sup> 또한 독일 집회법에는 우리 집시법 제1조나 제2조와 같은 ‘(집회법의)

- 
- 15) 집회와 행진은 “나치정권 하에서 비인간적인 행위를 당한 희생자를 기리기 위하여 역사적으로 중요한, 또 초지역적인 의미를 가지는 추모지역 - 베를린에 위치한 유럽에서 학살당한 유대인 추모기념비가 있는 구역 - 등과 집회와 행진을 통하여 희생자의 존엄이 침해될 구체적으로 확정할 수 있는 상황이 우려되는 경우”에는 금지되거나 또는 구체적인 부대조건을 붙여 허용될 수 있다; NPD(신나치정당)는 2005년 5월 8일 - 2차 세계대전 종전 60주년 - 베를린의 ‘브란덴부르거토어’를 지나 행진을 하겠다고 집회신고를 하였다. 이에 이 집회와 행진을 막을 의도에서 또한 앞으로 이러한 집회와 행진을 일반적으로 피하기 위해서 이와 같은 규정이 입법되었다. 이 집회법규정을 위반하는 경우 처벌하기 위해서 형법 제130조 제4항도 신설하였다; 하지만 입법취지와 달리 “이 규정을 통하여 실제 극우세력의 집회와 행진을 막을 수 없다”는 학계의 많은 비판에 직면하고 있다; Depenheuer, in: Maunz-Drüing, GG, 2006, Art. 8. RN 161; Vgl. Porscher, NJW 2005, 1316 (1318).
- 16) 1999년 연방집회금지구역법 개정을 통하여 형법 제106a조를 폐지하고 현행과 같이 집회법 제29a조를 통하여 행정질서법로서 과태료만 부과하고 있다. 이 집회금지구역법에 대해서는 앞으로 자세히 살펴보기로 한다.
- 17) 프랑스의 경우에도 야간집회를 원칙적으로 금지하는 규정은 없다. 한편 우리 일부 논문에서 1881년 집회에 관한 법률(Loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion) 제6조를 근거로 프랑스의 경우 “공공장소에서의 집회를 허용하지 않는”다고 주장하고 있다(이관희/강태수, 우리의 집회시위제도 발전방안 모색을 위한 각국의 집회시위제도 비교고찰, 1995, 치안연구소, 55면 이하 참조). 그러나 위 법률 제6조는 공공도로(voie publique)에서의 집회를 금지하고 있다. 원칙적으로 공공도로에서 집회를 금지하고 있다고 해서 그 의미가 집회가 원칙적으로 금지된다고 할 수는 없다. 공공도로의 일반적 용도는 차량 등의 통행이기 때문이다. 또한 같은 법률 제6조는 원칙적으로 집회는 23시를 넘어서까지 할 수는 없다고 규정하고 예외적으로 23시 이후에도 가능하다고 규정하고 있다. 이것이 또한 우리 현행 집시법 제10조 야간집회의 원칙적 금지와 유사하다고 할 수는 없다. 집시법 제10조는 “해가 뜨기 전이나 해가 진 후” 옥외집회 또는 시위를 금지하고 있어, 저녁시간과 심야시간까지 너무 광범위하게 집회를 금지하고 있다. 이에 반하여 프랑스 집회법 제6조는 단지 23시 이후의 심야집회를 금지하고 있다. 따라서 프랑스 집회법 제6조는 야간집회를 원칙적으로 보장하고 있다. 그러나 현재 집회나 가두시위가 23시를 넘었다고 하여 이 규정을 근거로 처벌하는 경우는 없다. 프랑스의 1881년 집회법은 폐지된 법은 아니지만, 현재 실무에서 적용되지 않는 124년 전의 사문화된 법일 뿐이다. 참고로 1881년 제정된 집회법은 집회의 사전신고의무를 규정하고 있었다. 하지만 1907년 집회에 관한 법률(Loi du 28 mars 1907 relative aux réunions publiques)을 통하여 집회에 대한 사전신고의무 규정은 폐지되었다. 이후 1935년 공공질서의 강화 및 유지에 관한 통령(Décret du 23 octobre 1935

목적'규정이거나 '옥외집회 등에 관한 (용어)정의' 규정이 없다. 한편, 1985년 연방 헌법재판소는 '브룩도르프 결정'에서 집회법 규정들은 자유민주주의 국가에서 집회의 자유의 기본권의 근본적인 의미에 비추어 기본권 친화적으로 해석되고 적용되어야 한다고 밝히고 있다.<sup>18)</sup>

#### IV. 독일 헌법 제8조와 집회법의 충돌과 조화가능성

##### 1. 독일 헌법 제8조 제1항: "friedlich und ohne Waffen"

우리 헌법과 달리 독일 헌법 제8조 제1항은 모든 독일인은 "평화적, 그리고 무기 없이" 집회를 할 권리를 가진다고 명시적으로 선언하고 있다.<sup>19)</sup> 따라서 헌법 제8조 제1항 자체에서 모든 집회가 보호되는 것이 아니라, 평화적 집회만을 보호한다고 하여 헌법 제8조 제2항의 법률유보에 앞서 헌법 스스로 보호범위에 대한 제한을 가하고 있다.<sup>20)</sup> 즉 집회의 행사는 일반적 행동자유권과 달리 헌법의 지시에 의하여 명확하게 이미 제한된다.<sup>21)</sup>

연방헌법재판소는 비평화적 집회이기 위해서는 사물의 물리적 또는 인간의 신체적 불가침성에 대한 위험가능성이 고조되어야 할 것을 필수적 요소라고 추정하였다.<sup>22)</sup> 모든 법률위반이 이미 비평화적인 집회를 야기하는 것은 아니며, 오히려 사람과 사물에 대한 현저한 그리고 공격적인 물리적 행사가 있을 때 비로소 비평화적 집회에 해당하는 것이다.<sup>23)</sup> 연방헌법재판소는 대규모 집회에서

---

portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public)에 의해서 사전신고의무를 부과하고 있을 뿐이다.

18) BVerfGE 69, 315 (Leitsatz) und (349); Vgl. Dietel/Gintzel/Kniesel, Versammlungsgesetz Kommentar, 15. Aufl., 2008, S. 34.

19) 우리 헌법 제21조 제1항은 "평화적" 집회를 명시적으로 규정하고 있지 않지만, 우리 헌법재판소는 "집회의 자유에 의하여 보호되는 것은 단지 평화적 또는 비폭력적 집회이다. 집회의 자유는 민주국가에서 정신적 대립과 논의의 수단으로서, 평화적 수단을 이용한 의견의 표명은 헌법적으로 보호되지만, 폭력을 사용한 의견의 강요는 헌법적으로 보호되지 않는다"고 밝히고 있다(헌재결 2003.10.30, 2000헌바67, 판례집 15-2, 53면).

20) Depenheuer, in: Maunz-Drürig, GG, 2006, Art. 8 RN 78.

21) Depenheuer, in: Maunz-Drürig, GG, 2006, Art. 8 RN 79.

22) BVerfGE 69, 315 (360).

23) Depenheuer, in: Maunz-Drürig, GG, 2006, Art. 8 RN 79.

일부세력이 폭력을 행사했다고 하여 그 집회 전체가 폭력집회가 되는 것은 아니라고 지적하고 있다.<sup>24)</sup> 또한 연방헌법재판소는 평화적 집회를 전제로 “헌법 제8조는 집회의 장소, 시간, 방법과 내용을 선택할 자기결정권을 보장하고 있다”고 밝히고 있다.<sup>25)</sup> 그리고 2004년 연방헌법재판소는 NPD(일명 ‘신나치정당’)가 “유대인 사원건축을 위한 세금은 없다!”는 모토로 집회신고를 하자 공공 질서를 위반한다는 이유로 행정청이 집회를 금지한 사안에 대해서, “집회는 ‘표현의 내용’에 의해서가 아니라 ‘집회의 방법과 방식(예를 들어, 집회참가자들의 위협적인 행위)’에 의해서만 거부될 수 있다”고 결정하였다.<sup>26)</sup>

## 2. 독일 헌법 제8조 제1항: “ohne Anmeldung oder Erlaubnis”

### 가. 집회의 신고의무(신고제)

독일 집회법 제14조는 집회의 신고의무를 규정하고 있다. 따라서 이 규정에 대하여 위헌논의가 끊임없이 제기되었고, 지금도 위헌시비가 있다. 이와 관련하여 다음과 같은 두 가지 견해가 있다. 첫째, 집회법 제14조 신고의무 규정은 헌법 제8조 제2항의 법률유보를 통하여 헌법합치적으로 해석할 때 수긍될 수 있다는 견해이다.<sup>27)</sup> 둘째, 집회법 제14조 신고의무 규정은 헌법 제8조 제1항의 “신고 없이” 집회를 할 수 있다는 구성요건적인 보장을 고려할 때 상당히 회의적이라고 보면서, 일반적 신고의무의 도입은 그 자체 헌법적으로 정해진 자유와 침해의 “원칙-예외 관계”를 뒤바꾼 것으로 위헌이라는 견해이다.<sup>28)</sup>

1985년 독일 연방헌법재판소는 집회법 제14조 집회신고의무 조항은 우발적 집회에는 신고의무를 부과할 수 없다고 한정 해석하는 한 합헌이라고 판단하였고, 또한 신고의무와 관련하여 집회의 해산과 금지는 엄격한 비례의 원칙에 따

24) BVerfGE 69, 315 (362).

25) BVerfGE 69, 315 (343).

26) BVerfGE 111, 147 (156 f).

27) BVerfGE 69, 315 (349 f.); 85, 69 (75); Herzog, in: Maunz-Dürig, GG, Art. 8 RN 106; Kloepfer, HStR VI, § 143 RN 53; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 1996, Art. 8 RN 48.

28) Höfling, in: Sachs, GG, 2007, Art. 8 RN 58; Frowein, NJW 1969, 1085; Schwäble, Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit, 1975, S. 202; Geis, NVwZ 1992, S. 1027 f; Wege, NVwZ 2005, S. 900 ff; Vgl. BVerfGE 69, 315 (351).



라서 동일한 가치의 법익을 보호하기 위하여 그리고 단지 이러한 법익의 직접적인 위험이 발생한다고 볼 충분한 이유가 있을 때에만 가능하다고 보았다.<sup>29)</sup> 또한 연방헌법재판소는 1991년 긴급집회의 경우에도 헌법합치적 해석을 할 때 사전 신고의무를 요구할 수 없고, 가능한 빨리 사후에 신고하면 된다고 판단하였다. 또한 우발적 집회와 관련하여 신고의무를 부과하는 것은 일반적 금지(원칙적 금지)에 해당하기 때문에 신고의무를 부과할 수 없다고 판단하였다.<sup>30)</sup>

이처럼 연방헌법재판소는 독일 집회법 제14조를 엄격하게 해석하고 있다. 집회의 사전신고 제도가 집회의 억압과 규제의 측면에서 기능하는 것이 아니라 집회의 중복에 의한 혼란 등을 예방하고 실질적으로 평화적 집회가 보장되도록, 즉 집회의 보호의 측면에서 기능할 때 집회의 사전신고의무는 헌법적으로 그 의의를 가질 수 있다.<sup>31)</sup> 생각건대, 집회에 대한 허가의 금지는 집회의 보호 측면에서 엄격히 지켜져야 하는 위치에 있지만, 집회의 자유에서 “신고 없이” 규정은 오히려 집회의 보호측면에서 허가금지와 달리 상대화될 여지가 있다.<sup>32)</sup>

## 나. 집회의 허가의무(허가제)

독일 헌법 제8조 제1항은 집회의 허가를 명시적으로 금지하고 있다. 이는 독일 헌법 제5조 제1항 제3문에서 표현의 자유에 대한 사전검열을 금지하는 것과 같이 집회에 대한 사전검열을 금지하는 것과 같다.<sup>33)</sup> 이는 헌법제정권자들이 예정한 특별한 ‘법률에 의한 기본권의 제한에 대한 제한(Schranken-Schranke)’<sup>34)</sup>으

29) BVerfGE 69, 315.

30) BVerfGE 85, 69 (75).

31) Vgl. BVerfGE 69, 315 (349); Benda, in: Dolzer/Waldhoff/Graßhof, GG, 1995, Art. 8 RN 78; Pieroth/Schlink, Grundrechte, 2008, RN 715.

32) 한편, 1919년 바이마르 헌법 제123조 제1항에서는 “신고 없이” 집회의 자유는 보장된다고 하면 서도, 동법 제2항에서 “제국법률에 의하여 신고의무가 부과될 수 있”다고 규정하면서, 덧붙여 “공공안전을 위하여 직접적인 위험이 있는 경우 집회는 금지될 수 있”다고 규정하였다. 하지만, 현행 독일 헌법은 바이마르헌법 제123조 제2항과 달리 법률에 의한 신고의무 부과 가능성을 배제하고 있다. 이는 바이마르헌법 당시 신고제가 허가제로 운용된 반성에서 비롯된 것으로 판단된다.

33) Vgl. Wege, NVwZ 2005, S. 900.

34) 헌법에서 보호하는 기본권은 법률유보를 통하여 제한될 수 있다. 그러나 기본권의 최대보장·최소침해라는 헌법정신에 따라 다시 그 법률에 의한 침해 또는 제한에 대하여 제한이 가해진다. 이것을 일컬어 “Schranken-Schranke”라고 한다. 이러한 헌법상의 “Schranken-Schranke”는 과잉금

로 기능한다.<sup>35)</sup> 따라서 이를 위반하는 법률의 입법은 그 자체 헌법위반이다.<sup>36)</sup>

행정행위에 의한 금지는 “허가유보 하의 예방적 금지(ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt; 이하 “예방적 금지”라고 한다.)”<sup>37)</sup>와 면제유보 하의 억제적 금지(ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt; 이하 “억제적 금지”라고 한다.)”로 나누어 생각할 수 있다.<sup>38)</sup> 그러나 실제로 있어서 예방적 금지와 억제적 금지가 항상 명확하게 서로 구별되는 것은 아니다.<sup>39)</sup> 연방헌법재판소는 1966년 처음으로 독일 헌법 제2조 제1항(일반적 행동자유권)과 관련하여 “예방적 금지”와 “억제적 금지”의 차이를 뚜렷하게 하였다.<sup>40)</sup>

예방적 금지는 구체적 행위나 구체적 계획이 일반적(원칙적)으로 금지되기 때문이 아니라, 구체적 사안에서 그러한 행위나 계획이 구체적인 실체법적 법률조항을 위반한 것인지 여부가 미리 심사되어야 하기 때문에 구체적 행위 또는 구체적 계획을 금지하는 것을 말한다. 따라서 구체적 행위 또는 구체적 계획이 실체법과 조화를 이루면 허용되어야 한다. 이러한 금지는 법률상 거부사유가 없다면 처음부터 허가유보 하에 있는 것으로 여겨진다.<sup>41)</sup> 즉 예방적 금지는 구체적 행위 또는 구체적 계획을 원칙적으로 허용하지만, 단지 법률위반의 여부를 심사하기 위한 제어의 목적을 추구한다.<sup>42)43)</sup>

---

지원칙, 기본권의 본질적 침해금지, 표현의 자유에 대한 사전검열금지 조항, 집회의 자유에 대한 허가금지 규정 등이다.

35) Pieroth/Schlink, Grundrechte, 2008, RN 715.

36) Vgl. Höfling, in: Sachs, GG, 2007, Art. 8 RN 62; Geis, in: Friauf / Höfling, GG, 2004, Art. 8 RN 107.

37) 예방적 금지는 또한 "Erlaubnis" 또는 "Kontrollerlaubnis"로 쓰이기도 한다. 한편 독일 헌법 제8조 제1항은 "ohne Erlaubnis(허가 없이)"를 규정하고 있는데, 여기서의 "Erlaubnis(허가)"는 원칙적 금지와 예외적 허용을 의미한다. 그러나 행정행위와 관련한 "Erlaubnis"는 기속재량에 의한 원칙적 허용과 예외적 금지를 의미한다. 따라서 예방적 금지와 관련하여 언급되는 "Erlaubnis"는 헌법상의 "허가"의 의미가 아니라 "허용" 정도의 의미로 달리 구별할 필요가 있다. 본문에서는 "허가유보하의 예방적 금지"로 쓰고 있지만, 혼동을 피하기 위해서 "허용유보 하의 예방적 금지"로 표현할 수도 있다고 생각한다.

38) 이에 대해서 자세히는 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009, S. 219 ff; Gusy, JA 1981, 80; Schwabe, JuS 1973, 133; Friauf, JuS 1962, 422.

39) Maurer, a.a.O., S. 219; Vgl. Gromitsaris, DÖV 1997, S. 401 ff.

40) BVerfGE 20, 150; Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, 24. Aufl., 2008, RN 297.

41) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009, S. 219; BVerfGE 20, 150; E 104, 1 (11); BVerwGE 71, 324; BVerwGE 106, 228 (234).

42) Pieroth/Schlink, Grundrechte, 24. Aufl., 2008, RN 297; Maurer는 집회법 제14조 제1항의 집

이와 달리 억제적 금지는 ‘사회에 해악을 끼치는 행위’ 또는 ‘사회적으로 기대되지 않는(탐탁치 않는) 행위’를 일반적으로(원칙적으로) 금지하고, 특별히 예외적인 상황의 경우에 금지를 해제(면제)하는 것을 말한다<sup>44)</sup> 즉 억제적 금지는 될 수 있는 대로 금지되는 행위를 금지하려고 하고, 단지 예외적으로 허용하려는 목적을 가지고 있다.<sup>45)</sup> 한편 1999년 개정 전 연방집회금지구역법(Bannmeilengesetz)은 연방의회, 연방상원 그리고 연방헌법재판소 주변에서의 집회를 원칙적으로 금지하고 예외적으로 허용하고 있었다.<sup>46)</sup><sup>47)</sup> 그러나 헌법 제8조 제1항은 집회에 대한 허가(원칙적금지·예외적허용)를 금지하고 있다. 따라서 1999년 개정 전 연방집회금지구역법과 같은 집회에 대한 억제적 금지는 허용되지 않는다. 억제적 금지는 반사회적 행위 등에 대해서 허용되는데, 집회 자체는 반사회적 행위가 아니라 헌법이 특별히 보호하는 우월적 지위에 있기 때문이다.<sup>48)</sup>

### 3. 독일 헌법 제8조 제1항 및 제2항의 관계

독일 헌법 제8조 제1항은 집회는 “신고 또는 허가 없이(ohne Anmeldung oder Erlaubnis)” 보장된다고 규정하고 있다. 한편, 헌법 제8조 제2항은 옥외집

회신고의무(신고제)를 예방적 금지로 판단하고 있다. Maurer, a.a.O., S. 222.

43) Maurer는 예방적 금지와 때때로 구별되는 것으로 “die Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt(금지유보 하의 허용)”을 들고 있다. 이는 명확한 전제조건 하에서 ‘허용되는 행위’도 금지되어 질 수 있다는 것을 의미한다. 예를 들어 옥내집회는 원칙적으로 허용되지만, 집회법 제5조(집회금지사유; 헌법재판소의 결정에 따라 해산된 정당 등의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 집회 주최자가 집회 참가자에게 무기 등을 휴대하고 집회에 참가하게 한 경우 등; 우리 현행 집시법 제5조 규정 내용과 유사)에 따라서 금지되어질 수 있다. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009, S. 222; 이와 달리 Hufen은 집회법 제14조 제1항의 집회신고의무는 예방적 금지가 아니라 금지유보 하의 허용(die Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt)으로 이해하고 있다. Hufen, Staatsrecht II, 2007, S. 484.

44) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009, S. 222.

45) Pieroth/Schlink, Grundrechte, 24. Aufl., 2008, RN 297.

46) Vgl. Kniesel, NJW 1996, 2606 (2610); Depenheuer, in: Maunz-Dürig, GG, 2006, Art. 8 RN 160; Höfling, in: Sachs, GG, 2007, Art. 8 RN 62; Geis, in: Friauf / Höfling, GG, 2004, Art. 8 RN 107.

47) 독일 도로교통법 제29조 제1항(§ 29 I StVO)은 공공도로에서 자동차경주를 원칙적으로 금지하고 있다. 다만 동법 제46조 제2항(§ 46 II StVO)에 따라 예외적으로 허용될 수 있다; Vgl. BVerwGE 104, 154.

48) Vgl. Dietel/Gintzel/Kniesel, Versammlungsgesetz Kommentar, 15. Aufl., 2008, S. 412.

회는 “법률 또는 법률에 근거하여 제한될 수 있다”고 규정하고 있다. 따라서 헌법 제8조 제2항을 근거로 집회에 대한 신고의무(신고제) 또는 허가 의무(허가제) 도입이 가능한지 의문이 생길 수 있다.

Kunig는 “독일헌법 제8조는 집회의 보호의 차원에서 집회의 자유를 신고나 허가의 유보 하에 두어서는 안된다는 금지를 명시적으로 규정하는 형식을 취하고 있는데 이는 특수한 것으로서, 동조 제2항의 제한의 차원에서 신고의무나 허가 의무의 가능성을 규정하고 이를 옥외집회에 제한하는 것을 고려해 볼 수도 있지만, 집회의 자유의 우월적 지위를 강조하는 측면에서 독일 헌법 제8조는 지금과 같은 형식을 취하고 있다”고 지적하고 있다.<sup>49)50)</sup> 따라서 헌법 제8조 제2항을 충실히 따를 때 집회에 대한 신고제 또는 허가제의 도입은 헌법 제8조 제1항에 의하여 배제된다.<sup>51)</sup>

그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 허가 의무(허가제)와 달리 신고 의무(신고제)와 관련하여 연방헌법재판소와 일부 학자들은 독일 헌법 제8조 제1항과 제2항의 규정체계에도 불구하고 헌법합치적 해석을 통하여 헌법규정의 딜레마를 피해가려는 노력을 하고 있는 것도 사실이다.<sup>52)</sup>

#### 4. 헌법과 집회법의 충돌상황과 그 극복의 과정

##### 가. 집회법 제17a조 복면착용금지 규정

독일 집회법 제17a조 제2항에서 원칙적으로 복면착용을 금지하고 동조 제3항에서 예외적으로 공공의 안전이나 공공질서를 해치지 않는 경우에는 복면착용을 허용하고 있다. 따라서 이 조항은 억제적 금지에 해당한다.<sup>53)</sup> 한편, 동조 제3

49) Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, 2000, Art. 8 RN 27.

50) 1919년 바이마르헌법 제123조 제2항은 “옥외집회는 제국법률에 의하여 신고의무가 부과될 수 있다”고 규정하고 있다.

51) Höfling, in: Sachs, GG, 2007, Art. 8 RN 58; Frowein, NJW 1969, 1085; Schwäble, Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit, 1975, S. 202; Geis, NVwZ 1992, S. 1027 f; Wege, NVwZ 2005, S. 900 ff; Vgl. BVerfGE 69, 315 (351).

52) BVerfGE 69, 315 (349 f.); 85, 69 (75); Herzog, in: Maunz-Dürig, GG, Art. 8 RN 106; Kloepfer, HStR VI, § 143 RN 53; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 1996, Art. 8 RN 48; Vgl. Michael/Morlok, Grundrechte, 1. Aufl., 2008, S. 322.

항의 복면착용금지의 예외는 자유재량사항이 아니다.<sup>54)</sup> 따라서 복면착용이 공공의 안전이나 공공질서를 해치는 경우가 아니면 바로 허용된다. 그리고 단순한 공공질서의 위협의 정도로는 복면착용의 원칙적 금지는 허용되지 않는다.<sup>55)</sup>

복면착용금지 조항은 복면착용을 원칙적으로 금지하고 있지만, 이것이 바로 독일헌법이 보장하는 집회 자체의 금지를 의미하지는 않는다. 단지 복면착용이라는 한 형식을 금지로 삼고 있기 때문이다. 그렇지만 대규모 집회와 달리 소규모 집회의 경우 집회참여자들이 익명의 보호 하에 집단적으로 의사표현의 한 방식으로 복면을 착용하고자 한 경우에는 이 규정으로 인하여 집회 자체가 원칙적으로 금지되는 결과를 가져온다. 한편, 입법자들은 복면을 착용한 집회참여자들 이 현저하게 자주 폭력집회에 참여했다고 판단하였다.<sup>56)</sup> 하지만 복면착용 자체가 반사회성을 띄는 경우인지 또 비평화적인 집회 즉, 폭력집회의 증거가 되는지는 회의적이다.<sup>57)</sup> 따라서 복면착용을 원칙적으로 금지하는 조항은 위험의 소지가 있다.<sup>58)</sup>

## 나. 집회법 제16조 집회금지장소 규정 및 연방과 주의 집회금지구역법

### (1) 개관

53) Dietel/Gintzel/Kniesel, Versammlungsgesetz Kommentar, 15. Aufl., 2008, S. 434.

54) Dietel/Gintzel/Kniesel, a.a.O., S. 434; 이와 같이 '공공의 안전이나 공공질서를 해치는 경우'의 판단을 엄격하고 제한적으로 하여, 즉 명백한 침해가 있는 경우 복면착용은 금지될 수 있다는 것이다.

55) Dietel/Gintzel/Kniesel, a.a.O., S. 435.

56) BT-Drs. 10/3580, S. 2; 11/4359, S. 20; Dietel/Gintzel/Kniesel, a.a.O., S. 426.

57) Vgl. Hoffmann-Riem, AK, 2001, Art. 8 RN 25; 남경국, 앞의 논문, 386면 각주 74 참고.

58) Höfling, in: Sachs, GG, 2007, Art. 8 RN 60; Dietel/Gintzel/Kniesel, a.a.O., S. 428; Hoffmann-Riem, AK, 2001, Art. 8 RN 25; 하지만 Depenheuer는 복면착용금지조항은 공공안전의 보호에 유용하다면서 복면착용을 통하여 야기된 익명성은 폭력행위의 '억제의 문턱'을 낮추고 있다고 지적하고 있다. 또한 복면착용금지조항은 과잉금지원칙에 위반하지 않는다고 보고 있다. Depenheuer, in: Maunz-Dürig, GG, 2006, Art. 8 RN 148; 독일에서의 복면착용금지조항은 극우 세력 등의 폭력집회를 규제하기 위한 수단으로써 기능하는 한에서, 즉 엄격하게 제한적으로 적용된다는 전제하에서 이 조항의 필요성이 한편에서 주장되고 있다. 하지만 현재 우리나라에서 논의되고 있는 복면금지조항 신설의 목적과 의도, 그리고 지금까지의 경찰의 집회의 해산과 금지 행태 등을 고려할 때, 복면금지조항이 신설될 경우 이 또한 정치적 집회 등의 금지와 해산의 도구로 전락할 위험성이 크다고 생각한다.

독일 집회법 제16조 제1항은 공공연한 옥외집회나 행진은 연방의회, 연방헌법재판소, 각 주의회 근처에서 원칙적으로 금지하고 있고, 동법 제2항은 이와 같은 집회금지구역은 연방과 각 주의 법에 따라서 규정된다고 하고 있다.<sup>59)</sup> 1955년 8월 6일 연방의회는 연방집회금지구역법(Bannmeilengesetz)을 제정하였다.<sup>60)</sup> 이 법을 통하여 연방의회, 연방상원(Bundesrat), 연방헌법재판소 등 주변에서의 옥외집회나 행진을 원칙적으로 금지하고, 연방의회, 연방상원 등의 의장의 동의하에 또는 연방헌법재판소장의 동의하에 연방내무부장관은 해당 지역 주변에서의 옥외집회나 행진을 예외적으로 허용하였다.<sup>61)</sup> 따라서 독일 헌법 제8조 제1항 집회의 자유와 독일 집회법 제16조 및 연방 및 주의 집회금지구역법은 원칙과 예외가 뒤바뀐 상태였다. 즉, 헌법에서는 집회의 허가를 금지하고 원칙적으로 집회를 보장하고 있는데, 집회금지구역법에서는 집회를 원칙적으로 금지하고 예외적으로 허용하고 있어 위헌문제가 끊임없이 제기되었다.<sup>62)</sup>

## (2) 집회금지구역법의 기원: “Seditious Meetings Act 1817”

중세유럽에는 도시 내 거주민의 영업을 보호하기 위하여 도시 1마일 내에서 타지역 사람들의 상행위를 금지하는 법(Bannmeile)이 있었다.<sup>63)</sup> 하지만 집회와 관련한 장소적 금지(집회금지구역)법의 기원은 1817년 영국의 “Seditious Meetings Act 1817”에서 찾고 있다. 이 법은 “의회의 개회 중 영국의회의사당으로부터 1마일 이내에서 50명 이상의 집회를 금지”하고 있다.<sup>64)</sup> 이 규정은 노

59) 한편 1950년 형법전개정법률안(Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs; Strafrechtsänderungsgesetz 1950) 제137a조(Bannmeile um Gerichtsgebäude)는 “각급 법원” 근처에서 집회를 원칙적으로 금지하였다. 하지만, 연방의회의원 Mehs의 의회발언에 따르면 연방내무부의 “Empfehlung(권고)”에 따라 연방헌법재판소를 제외한 나머지 법원들은 집회금지 구역(Bannmeile)에서 배제하였다고 한다. BT-Drs. 1307 S. 44 참조; Vgl. BT-Prot. 264. Sitzung v. 6.5.1953, S. 12850; 독일과 달리 우리 현행 집시법 제11조는 각급 법원도 절대적 집회금지장소로 규정하고 있다.

60) BGBl. I, S. 504.

61) § 3 Bannmeilengesetz vom 6. August 1955.

62) Breitbach, NVwZ 1988, S. 584 ff; Tsatsos/Wietschel, ZRP 1994, S. 211 ff; Höfling, in: Sachs, GG, 2007, Art. 8 RN 62; Höfling/Augsberg, ZG 2006, S. 166; Geis, in: Friauf/Höfling, GG, 2004, Art. 8 RN 107.

63) Küchler, Das Bannmeilenrecht, 1964, S. 151 ff.

동자제급의 권익을 위하여 개혁을 요구하는 노동자들을 억압하기 위하여 입법한 여섯 개의 재갈법률들(Knebelgesetzen) 중 하나에 속하는 것으로 평가된다.<sup>65)</sup> 이 법률들은 1824년 다시 완화되었고, 단지 의회구성원들의 신체적 침해를 야기하는 경우 등에 해당 당국이 그 집회를 불법으로 선언하기 위한 가능성으로 남겨졌다.<sup>66)</sup> 따라서 1824년 이후 이 규정은 단지 구체적 위험이 있는 경우 집회를 금지할 수 있는 것으로 해석된다.<sup>67)</sup>

독일에서 집회금지구역법의 기원을 영국의 “Seditious Meetings Act 1817”에서 찾고 있기도 하지만, 다음과 같은 문제를 지적할 수 있다. 독일 연방집회금지구역법(1955년 제정)은 원칙적으로 집회를 금지하고, 예외적으로 허용하고 있지만, 이와 달리 영국의 이 법은 원칙적으로 집회를 허용하고 있다.<sup>68)</sup> 즉 50명 이하의 집회는 명시적으로 허용하고 있고, “개회 중” 집회를 제한하고 있으므로, “비개회 중”에는 제한 없이 원칙적으로 허용된다.<sup>69)</sup> 따라서 1999년 연방집회금지구역법 개정 전의 연방집회금지구역법의 기원을 영국의 “Seditious Meetings Act 1817”에서 찾는 것은 법의 규정체계를 오해한 것이다. 한편, “Seditious Meetings Act 1817”은 1986년 공공질서법(“Public Order Act 1986” – 1986 Chapter 64)을 통하여 폐지되었고, 이후 영국의회의사당 주위에서 집회는 집회인원수와 의회 개회여부와 상관없이 원칙적으로 허용되고 있다.<sup>70)</sup>

### (3) 집회금지구역규정의 보호목적

집회금지구역법은 독일 집시법 제16조 제1항에서 열거하고 있는 연방의회, 연방상원, 연방헌법재판소 그리고 주의회의 기능을 보호할 목적이다.<sup>71)</sup> 기능보

64) Section 23 of the Seditious Meetings Act 1817 (“prohibition of certain meetings within on mile of Westminster Hall when Parliament sitting”).

65) Vgl. Breitbach, NVwZ 1988, 584 (586).

66) Vgl. Breitbach, a.a.O., S. 586.

67) Vgl. Breitbach, in: Ridder/Breitbach/Rühl/Steinmeier, Versammlungsrecht, 1992, S. 565.

68) Vgl. Breitbach, NVwZ 1988, 584 (586).

69) 한편, 집회를 참가인원수로 제한하는 것은 집회의 자유의 보장이라는 취지와 관련하여 문제가 있다.

70) 이후 운용실태에 대해서는 House of Commons Procedure Committee, “Sessional Orders and Resolutions”, Third Report of Session 2002-03, 특히 7-11면 참조.

71) Gusy, in: v. Mangoldt, GG, Art. 8, 2005, RN 75; Schwarze, DÖV 1985, 213 (215).

호를 위하여 다음의 두 가지가 지적되고 있다. 첫째는 해당 기관의 소속원들의 신체적 안전 즉, 신체적 불가침성이다. 둘째는 해당 기관의 소속원들의 자유로운 의사결정권 즉, 거리의 부담(Druck der Straße)으로부터 자유로운 심리적 불가침성이다.<sup>72)</sup>

#### (4) 개정 연방집회금지구역법(원칙적 금지에서 원칙적 허용으로 개정)

1999년 8월 11일 독일 연방집회금지구역법(Gesetz über befriedete Bezirke für Verfassungsorgane des Bundes; BefBezG)<sup>73)</sup>의 개정을 통해 연방의회 및 헌법재판소 등 근처에서의 집회를 원칙적으로 허용하였다. 이 법 제5조 제1항에 따르면 연방의회, 연방상원, 그리고 연방헌법재판소 등에서의 공공연한 옥외 집회와 행진은 허용된다. 다만 이 평화구역에 해당하는 건물로 해당 의원 등의 자유로운 출입이 방해될 우려가 있는 경우에는 제한될 수 있다. 연방의회와 연방상원이 개회 중이 아닌 경우에 옥외집회와 행진은 가능하다.<sup>74)75)</sup> 따라서 현행 독일 연방집회금지구역법<sup>76)</sup>은 억제적 금지가 아니라 독일 헌법 제8조와 합치하게 예방적 금지 즉 ‘원칙적 허용, 예외적 금지’를 규정한 것으로 평가된다.<sup>77)</sup> 한편, 집회법 제16조 집회금지구역(Bannmeile)과 관련하여 그 규정위반의 경우 형법(제106a조)으로 다루고 있었으나, 1999년 이를 폐지하고 현재는 행정질서벌로서 단지 과태료만 부과하고 있다.<sup>78)</sup> 1999년 집회금지구역법 개정법률은 이전 연방집회금지구역법과 비교하여 집회금지구역의 장소적 범위를 상당히 좁혀 놓았다.<sup>79)</sup> 이 법률개정안 논의 시에도 집회금지구역 자체가 위헌이

72) Vgl. OVG Münster, DVBl. 1994, 541 (543 m. w. N); Breitbach, NVwZ 1988, 584 (588 f).

73) BGBl. I S. 1818.

74) § 5 BefBezG.

75) 1999년 집회금지구역법 개정으로 연방의회 근처 등에서 원칙적으로 집회가 허용되는 것으로 이해되더라도 불구하고 이와 같이 “의회가 개회 중이 아닌 때” 집회가 가능하다고 제한을 가하고 있어 문제가 있다. 또한 이 지역에서 집회를 개최하려는 자는 “일주일 전”에 집회신고를 연방내무 부장관에 해야한다.

76) 기존의 “die Bannmeile(금지구역)”에서 “der befriedete Bezirk(평화구역)”로 명칭은 바뀌었으나, 이 논문에서는 이후에도 독일에서 통상 쓰이는 “die Bannmeile(집회금지구역)”로 쓰기로 한다.

77) Depenheuer, in: Maunz-Dürig, GG, 2006, Art. 8 RN 160; Höfling, in: Sachs, GG, Art. 8 RN 62; Geis, in: Friauf / Höfling, GG, 2004, Art. 8 RN 107.

78) Vgl. § 29a VersammlG.



고 불필요하다는 지적이 끊임없이 제기 되었다.<sup>80)</sup> 이러한 과정 속에서 이 법률 제7장 제2조는 개정 연방집회금지구역법이 2003년 6월 30일 효력을 상실하는 것으로 예정하였다.<sup>81)</sup> 하지만 개정 연방집회금지구역법 시행 후 연방내무부장관에 의해서 연방의회 주변 등에서의 집회허용 등에 관한 보고서를 보고 이 법률의 연장여부를 결정하기로 하였다. 제1차 보고서 결과<sup>82)</sup>를 보고 2003년 6월 20일 이 법률은 재개정을 통해 연장되었고, 효력상실 규정을 삭제하였다. 다만 개정법률 제1장 제9조를 신설하고 연방내무부장관은 매 회기마다 집회허용여부에 대한 결과보고서를 제출하도록 규정하였다.<sup>83)</sup> 지금까지 제2차 보고서가 제출되었다.<sup>84)</sup>

현재 독일의 경우 연방과 10 곳의 주와 도시(바덴-뷔르템베르크, 바이에른, 베를린, 함부르크, 헤센, 니더작센, 노트라인-베스트팔렌, 라인란트-팔츠, 자라란트, 튀링엔)에 집회금지구역법이 있다. 한편, 쉬레스비히-홀슈타인의 경우 1990년 집회금지구역법(Bannkreisgesetz)을 폐지하였다.<sup>85)</sup> 또한 헤센 주는 2004년 집회금지구역법(Bannmeilengesetz)를 2007년 말까지 폐지하기로 잠정 결정하였으나,<sup>86)</sup> 다시 2012년 12월 31일까지 연장하였다.<sup>87)</sup>

79) Vgl. Kniessel, NJW 2000, 2857 (2866).

80) BT-Drs. 14/516 v. 16.03.1999.

81) Artikel 7 II (Inkrafttreten) BefBezG.

82) 조사기간(1999.08.16~2002.09.30) 중 옥외집회 또는 행진 신청 건수 총 266건 중 연방의회 197건, 연방상원 49건, 연방헌법재판소 1건 등 257건이 허용되었다. 이 기간 동안 연방헌법재판소 주변에서의 집회신청은 1건 이었다; BT-Drs. 15/117 v. 26.11.2002.

83) BGBl. I. S. 864.

84) 조사기간(2002.10.01~2006.08.31) 중 옥외집회 또는 행진 신청 건수 총 448건 중 연방의회 236건, 연방상원 140건 등 총 376건이 허용되었다. 이 조사기간 중 연방헌법재판소 근처에서 집회신청은 없었다; BT-Drs. 16/6877 v. 26.10.2007; 한편, 2006년 헌법의 "Föderalismus-Reform"으로 집회법이 주(Land)의 관할사항이 되어, 이후 연방의회가 베를린에 위치하고 있는 것과 연방헌법재판소가 바덴-뷔르템베르크 주에 위치하고 있는 것 때문에 논란이 일자 2008년 10월 16일 연방의회는 새로운 연방집회금지구역법(일명 BefBezG)을 의결하였다. 또한 이 법률은 연방상원(Bundesrat)에서 2008년 11월 7일 의결을 거쳐 2008년 12월 8일 공포되었다. 1999년 연방집회금지구역법(BefBezG)과 내용은 대동소이하다. 다만, 집회허용여부에 대한 조사보고서 제출의무 등이 삭제되었다; vgl. BT-Drs. 16/9741 v. 24.06.2008; BGBl. I S. 2366.

85) Dietel/Gintzel/Kniessel, Versammlungsgesetz Kommentar, 15. Aufl., 2008, S. 405 f.

86) GVBl. I v. 15.12.2004.

87) GVBl. I v. 28.09.2007.

(5) 과잉금지원칙 심사의 경우: 집회금지구역법(BefBezG)은 비례원칙위반이다.

앞에서 살펴본 바와 같이, 1999년 개정된 새로운 연방집회금지구역법(BefBezG)은 원칙적으로 집회를 허용하고 예외적으로 금지하고 있다. 그렇다면 개정 전 연방집회금지구역법(Bannmeilengesetz)과 달리 개정 법률(BefBezG)은 이제 비례원칙심사의 대상이 될 뿐이다. 이 법률의 목적(연방의회, 연방상원 그리고 연방헌법재판소 등 기관의 “기능의 보호”; 신체적 불가침성, 심리적 불가침성)과 수단 간의 비례성심사를 할 경우 위헌의 소지가 있다.<sup>88)</sup> 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 신체적 안전(신체적 불가침성)을 침해하는 집회의 경우 이미 평화적 집회가 아니고, 이 규정 없이도 독일 형법 제105조, 제106조에서 이미 안전장치를 확보하고 있다.<sup>89)</sup> 또한 독일집회법 제15조, 불법침입에 대한 의회의 불가침권(Hausrecht) 그리고 경찰법 등을 통하여 충분히 신체적 안전은 보호될 수 있기 때문에 집회금지구역법은 “필수불가결한(notwendig)” 법률이 아니다. 즉 최소 침해원칙 위반이다.<sup>90)</sup> 둘째, 방송이나 신문에 접근이 용이하지 않았던 시대에는 의회 주위에서의 대규모집회가 의회의원 등의 자유로운 의사결정권에 영향을 준다고 가정할 수도 있지만, 현대와 같이 방송과 신문 등이 발달하고, 정치적 사안에 대하여 의회 등이 결정하기 전 여론조사가 활발한 상황에서는 집회로 인한 “거리의 부담”이 더 크다고 할 수 없다.<sup>91)</sup> 이와 같이 언론 등이 발달한 상황에서 의회 근처 집회는 의회의원 등에게 심리적 부담이 있고, 다른 지역에서의 집회는 심리적 부담이 덜 한 것인지도 의문이다. 예를 들어 동일한 이슈를 가지고 베를린 의회 근처에서 50명이 집회를 하는 경우와 쾰른에서 50만명이 집회를 하는 경우를 가정할 때, 당연히 의회 근처 50명의 집회가 의회의원들에게 “거리의 부담” 즉 심리적 부담이 더 크다고 할 수는 없다. 헌법의 집회의 자유의 보장은 특히 정치적 집회 즉 정치적 의사표현을 보호하는 것이고, 집회를 통하여 나타나는 시민들의 영향력 행사가 의회건물에 난입하여 표결을 방해하거나 강압하는 상황이 아니라면 의원들은 의회 내에서 결국 여러 이익집

88) Werner, NVwZ 2000, 369 (370 f); Höfling, in: Sachs, GG, 2007, Art. 8 RN 62; Vgl. Depenheuer, in: Maunz-Dürig, GG, 2006, Art. 8 RN 160 FN 4.

89) Vgl. Soiné/Mende, DVBl 2000, 1500 (1503 f).

90) Vgl. Tsatsos/Wietschel, ZRP 1994, 211 (213).

91) Vgl. Soiné/Mende, DVBl 2000, 1500 (1503); Kargl/Kirsch, NJ 1997, 561 (564).

단, 여론조사, 방송과 신문의 비판 등 부담에도 불구하고 결국 스스로 의결권을 행사한다는 점에서 의원들의 심리적 불가침성과 관련하여 주장되는 독일 헌법 제38조 “의원의 자유로운 의사표결권”을 침해한다고 볼 수 없다.<sup>92)</sup> 특히 오늘날 민주주의국가에서 대의제는 목적이 아니라 민주주의의 실현을 위한 수단에 불과한 것이고, 대의제를 이유로 집회의 자유가 배제될 수는 없기 때문이다.<sup>93)</sup> 따라서 집회금지구역법(BefBezG)은 헌법기관의 보호와 집회의 자유를 법익형량하게 될 경우 법익균형성원칙에 위반된다.<sup>94)</sup>

## V. 보충: 한국의 헌법과 집시법의 충돌상황

### 1. 출발점: 집시법의 태생적 한계와 그 실례(집시법 제10조)

1961년 5월 16일 박정희 등 군인들의 군사쿠데타가 있는 후, 동년 6월 6일 군사쿠데타세력은 국가재건비상조치법을 제정하여 헌법의 효력을 일부 정지시켰다.<sup>95)</sup> 군사정부는 또한 종교단체를 제외한 모든 집회를 금지하였다.<sup>96)</sup> 비정상적으로 정권을 잡은 박정희 등은 여러 입법을 통하여 국민의 기본권을 제한하고자 하였다. 이러한 맥락에서 1962년 12월 31일 ‘집회및시위에관한법률’을 제정하여<sup>97)</sup> 군사정권의 집권에 반대하는 세력 등 비판적 목소리를 사전에 제한하려는 의도를 드러내었다. 즉, 제정 집시법이 헌법이 보장하는 집회의 자유를 보호하려는 의도가 아니라 국민들의 집회를 억압하려는 측면에서 규정되었다. 이러한 의도에 부합하는 조항들 중 하나가 당시 집시법 제6조 야간옥외집회금지 조항이다. 이 규정을 통하여 야간옥외집회는 예외 없이 절대적으로 금지되었다.<sup>98)</sup> 이후 영구집권을 기도한 박정희 정부는 1972년 제7차 헌법개정(유

92) Vgl. Soiné/Mende, a.a.O., S. 1503.

93) Vgl. Werner, NVwZ 2000, 369 (371); Breitbach, Die Bannmeile als Ort von Versammlungen, 1994, S. 120; Breitbach, KJ 1998, 238 (242); Wefing, in: FAZ v. 13.7.1999 Nr. 159, S. 45.

94) Vgl. Soiné/Mende, a.a.O., S. 1503; Vgl. Tsatsos/Wietschel, ZRP 1994, 211 (213).

95) 전광석, 한국헌법론 (법문사, 2009), 48면.

96) 전광석, “집회 및 시위의 자유와 자율, 그리고 경찰개입의 한계”, 연세법학연구, 제9권 제2호, 2003, 78면; 군사혁명위원회 포고 제1호 및 국가재건최고회의 포고 제4호 참조.

97) 이 법률의 제정과 동시에 기존의 ‘집회에 관한 법률’과 ‘집회에 관한 임시조치법’은 폐지되었다; 전광석, 앞의 논문, 79면 참조.

신헌법)을 통하여 기본권을 더욱 제한할 수 있게 개별적 법률유보를 규정하였다. 또한 집회허가제 금지규정을 삭제하였고(헌법 제18조), 그리고 기본권의 본질적 내용에 대한 침해금지조항을 삭제하였다(헌법 제32조).<sup>99)</sup> 이와 같이 국민의 기본권인 집회의 자유가 억압되는 상황 속에서 집시법은 제정되고 운용됨으로써 국민의 집회의 자유의 보장이라는 헌법의 명령이 기능하지 못하는 결과를 가져왔다. 또한 1972년 유신헌법을 통하여 집회에 대한 사전허가금지 조항이 삭제되고 기본권의 본질적 내용에 대한 침해금지조항이 삭제됨으로써, 당시 집시법 제6조 야간옥외집회 금지조항 등 위헌적 조항들이 명맥을 유지할 수 있었다.

현행 헌법과 같이 집회에 대한 사전허가를 명시적으로 금지하고 있고, 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없다고 밝히고 있는 헌법 하에서는 현행 집시법 제10조 야간옥외집회금지 조항이나 집시법 제11조<sup>100)</sup> 국회, 헌법재판소, 각급 법원 등 주변에서의 절대적 집회금지 조항은 병존할 수 없다. 그러나 이러한 집시법의 태생적 한계와 그 집시법 개별 위헌적인 조항들이 1994년, 2005년 헌법재판소의 결정을 통하여 정당화되기도 하였다. 결국 헌법재판소 결정을 통하여 헌법 제21조 제2항의 집회에 대한 사전허가금지 규정과 헌법 제37조 제2항의 기본권의 본질적 내용침해금지 조항이 무력화되었다.

## 2. 헌법 제21조 제2항 집회의 허가금지: 허가제의 본질

헌법 제21조 제2항은 언론·출판의 허가과 검열을 금지하고,<sup>101)</sup> 또한 집회의

98) 第6條 (屋外集會 또는 示威의 禁止時間) 누구든지 日出前, 日沒後에는 屋外集會 또는 示威를 하여서는 아니된다; 이후 1989년 집시법 개정을 통하여 현행 집시법과 같이 예외규정을 두었다. 집시법 제10조 단서 예외규정의 문제점에 대해서는 아래에서 다시 다루기로 한다.

99) 전광석, 앞의 책, 53면; 전광석 앞의 논문, 82면.

100) 현행 집시법 제11조는 옥외집회나 시위를 해당 구역에서 절대적으로 금지하고 있는데, 이는 헌법 제21조 제1항과 제2항에서 보장하는 집회의 자유에 정면으로 반한다. 또한 보호목적으로 주장되는 '기능보호'와 '안녕보호'도 비례의 원칙심사의 경우에도 당연히 비례원칙위반이다. 독일 집회금지구역의 보호목적 비판과 동일한 비판을 할 수 있다. 또한 우리는 서양과 달리 '담장문화'를 가지고 있다. 따라서 국회의사당, 헌법재판소, 각급 법원 건물 등은 사방이 담으로 쌓여 있어 오히려 독일 등의 경우보다 그 기능보호 등이 원천적으로 보장되어 있다. 우리 헌법재판소는 집회에 대한 절대적 금지를 규정한 집시법 제11조는 그 자체 위헌임에도 불구하고, 과잉금지원칙 심사를 통하여 합헌으로 결정한 바 있다. 헌재결 2005.11.24, 2004헌가17 참조.

101) 우리 헌법 제21조 제2항은 명시적으로 언론출판의 허가과 검열을 금지하고 있지만, 그 실제

허가를 금지하고 있다. 우리 헌법 제21조 제2항의 집회에 대한 허가금지 규정은 앞서 살펴본 독일 헌법 제8조 제1항의 집회에 대한 허가금지 규정과 동일하다. 집회에 대한 사전허가의 금지는 달리 표현하면, 언론·출판에 대한 사전검열이 금지되는 것처럼, 집회에 대한 사전검열이 금지된다는 것이다.<sup>102)</sup>

생각건대, 헌법상 집회의 허가제 금지의 취지는 ‘집회를 원칙적으로 허용하고, 단지 예외적으로 금지할 수 있다’는 것이다.<sup>103)</sup> 따라서 집회에 대한 ‘억제적 금지’를 규정하는 경우 이는 헌법위반에 해당한다.

### 3. 헌법 제21조 제2항과 제37조 제2항의 관계

앞에서 살펴본 바와 같이 독일 헌법 제8조 제1항은 집회에 대한 신고제와 허가제를 금지하고 있다. 이와 달리 우리 헌법 제21조 제2항은 집회에 대한 허가제만을 금지하고 있다. 그 이외에 독일 헌법의 집회의 자유의 보호와 제한 및 제한의 한계 규정은 우리 헌법조항과 유사하다. 독일 헌법 제8조의 경우 제1항에서 집회의 자유를 보장하면서 허가금지 규정을 두고 있고, 제2항에서 옥외집회의 경우 법률에 의해서 제한할 수 있도록 하고 있다. 이와 달리 우리 헌법은 제21조 제1항에서 집회의 자유를 보장하고 동조 제2항에서 집회의 허가를 금지하면서, 제37조 제2항에 의해서 집회의 자유라는 기본권이 법률에 의해서 제한될 수 있다고 규정하고 있다.

그렇다면, 독일 헌법과 다소 차이를 보이는 우리 헌법 규정체계를 고려할 때, 헌법 제37조 제2항에 의해서 헌법 제21조 제2항 허가금지 규정이 배제될 수 있는지 살펴볼 필요가 있다. 그러나 다음과 같은 이유로 헌법 제37조 제2항에 의

---

적 의미는 헌법합치적 해석을 할 때, 언론·출판의 검열을 금지, 즉 사전검열을 금지하는 것으로 판단된다. 또한 우리 헌법재판소도 언론·출판의 자유에 있어서 허가과 검열은 동일한 것으로 판단하고 있는 것으로 보인다. 전광석, 앞의 책, 310면, 각주 136 참조; 헌재결 2001.05.31, 2000 헌바43등 (판례집 13-1, 1179면 이하 참조); 언론·출판의 자유와 관련하여 독일 헌법 제5조 제1항 제3문도 사전검열을 금지하고 있다.

102) 허영, 한국헌법론 (박영사, 2008), 565면 참조.

103) 이와 달리 집회를 원칙적으로 금지하고 예외적으로 허용하게 되면, 예외적으로 허용하는 집회의 범위는 제한적일 수밖에 없고, 필연적으로 예외적 허용의 기준을 자의적으로 판단할 개연성이 높을 수밖에 없다. 또한 일반적·추상적 입법기술의 특성상 예외적 허용기준을 명확하게 할 수 없다는 한계도 인식할 필요가 있다.

해서 집회에 대한 허가제를 도입하는 경우 헌법 제21조 제2항 허가제 금지 규정에 의해서 헌법위반에 해당한다.

첫째, 헌법 제21조 제2항의 집회에 대한 허가금지 규정은 헌법제정권자들이 예정한 독립된 하나의 특별한 “Schraken-Schranke”이다. 표현의 자유에 있어서 사전검열의 금지가 헌법이 예정한 특별한 Schraken-Schranke인 것과 같이 집단적 의사표현의 자유인 집회의 자유에서 허가의 금지의 지위도 마찬가지이다. 따라서 헌법 제37조 제2항의 법률유보에 의해서 배제될 수 없다.

둘째, 우리 헌법 제37조 제2항의 규정의 특이성에서 찾을 수 있다. 이 규정은 일반적 법률유보의 조항으로 기능하기도 하고, 또한 그 법률유보를 제한하는 즉, 과잉금지원칙(Schraken-Schranke)의 근거로 기능하기도 한다. 헌법 제37조 제2항은 또한 기본권의 본질적 내용의 침해금지(Schraken-Schranke)를 규정하고 있다. 무엇보다 헌법 제37조 제2항의 법률유보는 독일 헌법 등의 개별적 법률유보보다 더욱 '기본권 친화적으로' 해석될 수 있다. 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 … 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있”다고 밝히고 있다. 따라서 단순히 법률로써 제한 할 수 있다는 것이 아니라 “필요한 경우에 한하여”라는 단서를 달고 있다. 따라서 기본권을 제한하려는 경우 제37조 제2항 자체에 의해서 다시 역으로 더 제한을 당하게 된다. 이 규정의 “필요한 경우에 한하여”는 또한 엄격히 해석되어야 한다. 결국 독일 헌법 제8조 제1항(허가금지) 및 제2항(법률에 의한 제한)과 그 구조가 다르지 않고 오히려 더욱 헌법 제37조 제2항에 의하여 헌법 제21조 제2항(허가금지)이 배제될 수 없는 구조를 가지고 있다.

셋째, 제37조 제2항은 명시적으로 “국민의 모든 자유와 권리는 … 법률로써 제한 될 수 있”다고 밝히고 있으므로, 집회에 대한 사전허가를 도입하는 경우 그 법률은 집회의 자유라는 국민의 권리, 즉 기본권에 앞서 헌법이 예정하고 있는 집회의 허가금지 조항인 제21조 제2항에 위반하게 된다. 왜냐하면 제37조 제2항은 “국민의 자유와 권리”가 “법률로써 제한 될 수 있”다는 것이지, 국민의 자유와 권리를 보장하기 위하여 헌법제정권자들이 예정한 허가금지를 제한 할 수 있다는 것이 아니기 때문이다. 즉, 집회에 대한 허가의 금지 자체가 국민의 자유와 권리, 즉 기본권은 아니기 때문이다. 그렇다면, 우리 헌법 제37조 제2항

자체에서 제21조 제2항의 허가제를 배제할 수 없다는 결론에 이르게 된다.

#### 4. 집시법 제6조 제1항 신고제와 집시법 제10조 단서 조항의 관계

현행 집시법 제6조 제1항은 옥외집회 또는 시위<sup>104)</sup>의 경우 집회신고의무(사전신고제)를 규정하고 있고, 이 규정을 위반한 경우, 동법 제22조 제2항에 따라 주최자는 2년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다. 또한 집회의 사전신고의 경우에도 관할경찰관서장이 금지를 통고한 집회 또는 시위를 주최한 자도 2년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다. 집시법 제10조 단서규정은 “다만 집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고한 경우에는 관할경찰관서장은 질서 유지를 위한 조건을 붙여 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에도 옥외집회를 허용할 수 있다”고 규정하고 있다. 또한 집시법 제10조 본문을 위반한 경우에 한하여 동법 제23조에서 주최자는 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처한다.

우선 집시법 제6조 제1항과 집시법 제10조 단서 조항의 관계를 살피기 전에 위 규정들의 벌칙규정체계의 문제점을 살펴보고자 한다. 집시법 제10조 본문을 위반한 경우, 즉 사전신고 없이 야간에 옥외집회나 시위를 한 경우에는 동법 제23조에 따라 주최자는 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처한다. 한편, 집시법 제10조 단서조항에 따라 야간옥외집회를 사전신고 후 관할경찰관서장의 야간옥외집회의 금지통고(집시법 제8조)를 받은 후 야간옥외집회를 주최한 자는 제22조 제2항에 따라 2년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처하게 된다. 또한 집시법 제10조 단서는 시위를 명시적으로 제외하고 있다. 현행 집시법 제2조 제2호의 시위개념의 문제점은 별론으로 하고 이 규정의 개념정의를 따를 때, “시위”는 “행진”을 포함하고 있다.<sup>105)</sup> 따라서 야간의 시위행진

104) 현행 집시법은 “옥외집회 또는 시위”라는 개념을 사용하고 있으나, 시위가 아니라 행진으로 규정하는 것이 바람직하다고 생각한다. 이에 대한 자세한 논의는 남경국, 앞의 논문, 379면 이하 참조.

105) 헌법재판소는 시위를 “움직이는 집회”로 정의한 바 있다. 이렇게 시위를 해석하는 한 집시법 제10조 단서는 명시적으로 야간의 시위 즉 움직이는 집회를 사전신고한 경우에도 허용하지 않는 것으로 판단할 수 있다. 헌재결 1992.01.28, 89헌가8; 헌재결 1994.04.28, 91헌바14, 재판관조규광, 재판관 변정수의 견해; 허영, 앞의 책, 564면.

의 사전신고가 있는 경우에는 관할경찰관서장은 금지통고를 할 것이고, 이를 위반하여 야간에 시위행진을 한 경우에는 벌칙 제22조 제2항이 적용될 것이다. 그렇다면 야간옥외집회나 시위를 주최하려는 자는 오히려 야간옥외집회나 시위를 사전신고 없이 개최하는 것이 사전신고 후 금지통고를 받는 경우보다 형량에 있어서는 훨씬 유리하다. 이와 같이 집시법 위 벌칙조항들은 오히려 야간옥외집회나 시위를 사전신고 없이 하도록 유도(?)하는 듯한 인상을 지울 수 없다.<sup>106)</sup>

다음으로는 집시법 제6조 제1항과 제10조 단서조항의 실체적 관계를 살펴보기로 한다. 집시법 제6조 제1항 옥외집회나 시위를 주최하려는 자는 사전신고 의무를 준수해야 한다. 현재 집회의 신고제가 해당 경찰당국에 의하여 허가제로 운용되는 것은 별론으로 하고, 집회의 신고제 자체는 해당 경찰당국의 편의 재량사항이 아니고 기속재량사항이다. 즉 집시법 제6조 제1항에 따라 신고사항을 충족한 경우에는 그 집회는 당연히 허용되어야 한다.<sup>107)</sup> 집회에 대한 신고제는 헌법이 보호하는 집회의 자유라는 우월적 지위를 고려하여 ‘기본권 친화적으로’ 적용될 때 신고제의 헌법적 정당성이 있기 때문이다. 또한 집시법 제10조 본문에서 원칙적으로 야간옥외집회와 시위를 금지하고 있기 때문에 집시법 제6조 제1항의 신고의무는 주간의 옥외집회 또는 시위로 제한된다고 보여진다. 하지만, 집시법 제10조는 처음 입법 제정시와 달리 1989년 집시법 개정을 통하여 단서조항을 두어 “미리 신고한 경우”에는 야간옥외집회가 허용될 수 있다고 규정하여, 집시법 제6조 제1항 신고의무규정은 주간뿐만 아니라 야간옥외집회도 포함하는 듯한 인상을 준다. 그럼에도 불구하고 야간의 시위는 제외되는 구조를 취하고 있다. 그렇다면 집시법 제10조는 단서조항을 새로 규정함으로써 집시법 제6조 제1항의 신고의무를 준수한 경우 야간의 옥외집회도 해당경찰당국의 기속재량사항으로 보장되는 것이 아닌지 의문이 들 수 있다.

106) 집시법 제23조 벌칙 조항의 위헌성에 대해서 자세히는 남경국, 앞의 논문, 395면 이하 참조.

107) 헌법재판소도 옥외집회 사전신고제를 규정한 집시법 제6조 제1항에 대하여 “일정한 신고절차만 밟으면 일반적·원칙적으로 옥외집회 및 시위를 할 수 있도록 보장하고 있”다면서 합헌결정을 하였다. 헌재결 2009.05.28, 2007헌바22; 헌법재판소의 결정에서도 밝히고 있는 것처럼 옥외집회 신고제의 합헌의 전제조건은 “일정한 신고절차만 밟으면 일반적·원칙적으로 옥외집회나 시위가 허용되어야 한다”는 것이다. 그러나 이명박 정부 들어 집회신고제는 헌법이 금지하고 있는 사전 허가제로 변질된 것도 사실이다. 따라서 헌법재판소는 집회에 대한 신고제가 허가제로 운용되고 있는 위헌적 현실에 대하여 지난 5월 28일 결정에서 적극적으로 경고했어야 한다고 생각한다.



1994년 헌법재판소 또한 집시법 제10조 단서조항을 근거로 야간옥외집회의 허용여부는 해당경찰관서장의 편의재량사항이 아니고 기속재량사항이라고 결정한 바도 있다.<sup>108)</sup> 그러나 다음과 같은 이유로 집시법 제6조 제1항과 제10조 단서 조항은 구조적 차이가 있다.

첫째, 집시법 제6조 제1항은 경찰관서장의 기속재량사항이지만, 집시법 제10조 단서 조항은 경찰관서장의 편의재량사항이다. 왜냐하면 집시법 제10조 단서는 단순히 “미리 신고한 경우” 옥외집회를 허용하는 것이 아니라, 야간옥외집회를 주최하려는 자는 “야간옥외집회의 부득이 함”을 입증하여야 하고, 또한 “질서유지인을 필수적으로 두고”, 그 경우에도 관할경찰관서장은 “질서 유지를 위한 조건을 붙여” “옥외집회를 허용할 수 있다”고 규정하여 집시법 제6조 제1항 신고의무 사항과 달리 그 제한의 강도가 높기 때문이다. 집시법 제6조 제1항의 신고제가 신고요건을 갖추면 집회를 허용해야 하는 관할경찰관서장 등의 기속재량사항인 것과 달리 ‘(야간옥외)집회의 부득이 함’<sup>109)</sup>이라는 불명확한 조건을 부과하고 있어 “미리 신고한 경우”에는 옥외집회가 허용될 수 있다고 하

108) 헌재결 1994.04.28, 91헌바14 (판례집 6-1, 301면); 이에 대한 비판으로 남경국, 앞의 논문, 396면 각주 98 참조.

109) ‘부득이’라는 용어가 다른 법률들과 시행령, 시행규칙 등에서 쓰이고 있고, ‘부득이’가 어떠한 경우인지 최소한 시행령, 시행규칙 등에서 예시되어 있다. 그러나 집시법 제10조뿐만 아니라 집시법 시행령, 시행규칙에도 ‘부득이 한 경우’가 어떠한 경우인지 밝히고 있지 않다. 집시법 제10조는 해당 관할경찰관서장의 자의적 판단에 의해서 야간집회 허용여부가 결정될 수밖에 없는 구조이다. 특히 집시법 제10조와 같이 형사처벌과 결부된 경우에는 ‘부득이 한 경우’가 어떠한 경우인지 법률에서 명확하게 밝히고 있어야 함에도 그렇지 않다. 지난 3월 12일 법무부가 헌법재판소에 제출한 변론요지서 12면에서 법무부는 헌법 제21조 제2항이 금지하는 집회의 허가제에 대하여 다음과 같이 정의하고 있다. “허가제는 원칙적 금지와 예외적 허용이라는 형식을 취하면서 그 허용에 있어서 ‘광범위한 재량’이 인정되는 경우”이다. 한편 법무부의 동일 변론요지서 22면에서 “그런데 이 문제(‘집회의 성격상 부득이 한 경우’)에 있어서는 위 경우가 무엇을 가리키는지에 대한 충분한 실무적·이론적 자료가 축적되어 있지 않다는 사실을 주의할 필요가 있습니다”라고 주장하고 있다. 즉, 경찰과 검찰 스스로 ‘부득이 한 경우’가 어떠한 경우인지 모른다는 것이다. 쉽게 말해서 지금까지 집시법 제10조 야간집회 예외적 허용여부에 대하여 관할경찰관서장이 광범위한 재량사항으로, 자의적으로 판단해 왔다고 법무부 스스로 고백하고 있는 셈이다. 따라서 법무부가 제정한 헌법이 금지하는 집회의 허가제에 따르더라도 집시법 제10조는 위헌이다. 또한 법무부는 ‘부득이 한 경우’가 어떠한 경우인지 이론적으로도 자료가 축적되어 있지 않다고 주장하고 있으나, 헌법이론적으로는 앞에서 지적한 바와 같이 집시법 제10조와 같이 형사처벌과 결부된 경우에는 ‘부득이 한 경우’가 어떠한 경우인지 법률에서 명확하게 밝히고 있지 않다면 위헌이다.

고 있음에도 불구하고 이는 야간옥외집회를 주최하려는 자가 집시법 제6조 제1항의 신고의무를 갖춘 경우에도 그 야간옥외집회의 허용을 차단하는 결과를 가져온다. 현실에서는 보는 바와 같이 집시법 제10조 단서에도 불구하고 집시법 제10조의 야간옥외집회의 원칙적 금지는 헌법상의 집회의 자유가 더욱 엄밀히 보장하는 2008년 5·6월 촛불집회와 같이 정부를 비판하는 정치적 집회의 경우에는 오히려 절대적 금지로 기능하기 때문이다. 따라서 집시법 제10조 단서에서 “... 미리 신고한 경우 ... (야간)옥외집회를 허용할 수 있다”는 것은 ‘朝三暮四’에 불과하다.

둘째, 집시법 제6조 제1항 신고의무 조항에도 불구하고 우발적 집회와 긴급 집회의 경우 사전신고의무를 부과할 수 없다고 판단하고 있다.<sup>110)</sup> 우발적 집회와 긴급집회에 사전신고의무를 부과하는 것은 일반적 금지(원칙적 금지)에 해당하기 때문이다. 그런데 집시법 제10조 본문은 야간옥외집회와 시위를 원칙적으로 금지하고, 동조 단서조항은 “집회의 부득이 함”을 입증 후 “미리 신고한 경우”에만 “(야간)옥외집회를 허용할 수 있다”고 명시적으로 규정하고 있다. 그렇다면 우발적 집회와 긴급집회는 이 규정자체로 인하여 절대적으로 금지된다. 따라서 집시법 제10조의 위헌성이 더욱 두드러진다.<sup>111)</sup>

## 5. 과잉금지원칙 심사의 필요성 여부

헌법 제21조 제2항에서 집회에 대한 사전허가를 명시적으로 금지하고 있음에도 불구하고 집시법에서 집회에 대한 허가를 규정한 경우, 즉 헌법 제21조 제2항 위반의 경우에 해당한다고 확인한 경우에도 다시 과잉금지원칙 심사가 필요한 것인지 살펴보기로 한다. 앞서 밝힌 바와 같이 기본권은 법률에 의해서 제한될 수 있지만, 헌법제정권자들이 예정한 헌법 제21조 제2항의 허가제 금지는 집회의 자유라는 기본권 자체가 아니다. 헌법이 규정한 집회의 허가제 금지규정은 헌법제정권자들의 결단의 산물이다. 즉, 집회의 자유라는 우월적 지위에 있는 기본권보호를 위하여 헌법에 명시적으로 허가제 도입을 금지하고 있는 것

110) 대판 1991. 4. 9, 90도2435; 전광석, 앞의 책, 305면; 허영, 앞의 책, 566면; BVerfGE 69, 315; BVerfGE 85, 69.

111) 남경국, 앞의 논문, 394면 참조.

이다. 따라서 이에 위반하는 법규정의 경우 바로 헌법위반에 해당하는 것이지, 과잉금지원칙심사를 통하여 위헌여부를 판단하는 것이 아니다. 다만, 헌법이 금지하고 있는 집회에 대한 허가제를 도입하는 경우에 자유권심사방법인 과잉금지원칙심사를 할 경우 그 자체는 단지 헌법이 예정하고 있는 집회의 허가금지 규정 위반을 통하여 개인의 기본권이 침해되는 상황을 구체적으로 확인하는 정도의 의의는 있을 수 있다.

## 6. 1994년 헌법재판소 결정에 대한 비판

1994년 헌법재판소는 집시법 제10조 등 헌법소원사건에서 집시법 제10조를 합헌결정한 바 있다.<sup>112)</sup> 그러나 집시법 제10조 야간옥외집회금지 조항의 합헌 결정에 이르는 논증은 구체적이지도 또한 체계적이지도 못했다.<sup>113)</sup> 간단히 몇 가지를 지적하면 다음과 같다.

첫째, 헌법재판소는 야간옥외집회금지의 현실적 타당성을 수궁하면서, 야간이 주간보다 자극에 민감하고 흥분하기 쉽다는 점, 불순세력 개입이 용이하고 이를 단속하기 어렵다는 점을 들고 있는데, 야간에 자극에 민감하고 흥분하기 쉽다는 것도 동의하기 어렵지만, 야간집회참가자들이 이성적이지 않고 본능에 따라서만 행동하는 세력인지도 의문이다. 또한 불순세력이 구체적으로 어떤 세력인지도 의문이고, 불순세력 단속이 어려워 야간옥외집회금지의 현실적 타당성을 수궁할 수 있다는 입장도 이해하기 어렵다. 만약 불순세력이 있다면 경찰력의 보안을 통해서 해결해야 하는 것이지, 경찰의 단속의 어려움 때문에 집회의 자유라는 헌법상의 기본권의 제한이 긍정될 수는 없는 것이다. 헌법을 수호하고 국민의 기본권을 최후의 보루로서 지켜내야 하는 헌법재판소의 지위에 명백히 어긋나는 판단이라고 보여진다. 또한 헌법재판소가 밝혀야 하는 것은 ‘현실적 타당성’이 아니라 ‘헌법적 타당성’이어야 할 것이다.

둘째, 헌법재판소는 “규정의 체재로는 야간의 옥외집회·시위도 원천적으로<sup>114)</sup> 이를 허용하고 예외적으로 금지할 수 있는 경우를 구체적으로 규정하는

112) 헌재결 1994.04.28, 91헌바14 (판례집 6-1, 299면 이하).

113) 이에 대한 비판으로 자세히는 남경국, 앞의 논문, 389면 이하 참조.

114) 헌법재판소 결정문 원문에는 “원천적으로”라고 서술되어 있는데, 이것은 “원칙적으로”의 오키

것이 집회의 자유를 보장한 헌법규정에 비추어 바람직스러운 것이나”<sup>115)</sup>라고 하여 헌법 제21조 제2항의 허가제 금지 규정의 의미를 단순히 마치 ‘권장사항’ 정도로 폄훼하는 듯한 인상을 주고 있다. 또한 헌법재판소는 헌법 제21조 제1항 및 제2항과 관련하여 언급되는 집시법 제10조의 원칙과 예외의 뒤바뀐의 지적이 허가제(원칙적 금지·예외적 허용)의 의미 하에서 지적되고 있다는 것을 간과하거나 파악하지 못하고 있다고 생각된다.

셋째, 헌법재판소는 “(야간옥외집회의) 원칙적 금지와 예외적 허용이라는 규정체제로 되어 있다 하여 그 사실만으로 곧 기본권 제한입법의 한계로서 요구하는 과잉금지의 원칙에 위배된다고는 볼 수 없”<sup>116)</sup>다고 보고 있다. 앞에서 이미 지적한 것처럼, 허가를 도입하는 집시법 제10조 규정은 바로 헌법 제21조 제2항 허가(원칙적 금지·예외적 허용)금지 규정을 위반한 것으로 그 자체 위헌이 되는 것이지, 과잉금지원칙의 심사대상이 아니다.<sup>117)</sup> 헌법 제37조 제2항에 따라 과잉금지원칙 심사는 국민의 자유와 권리 즉, 기본권이 법률에 의해서 침해된 경우 그 법률을 제한하기 위하여 하는 것이고, 집시법 제10조는 집회의 자유라는 국민의 기본권의 침해의 판단에 앞서 헌법제정권자의 결단의 성격을 지니고 있는 집회의 허가제 금지 즉, 직접적으로 헌법 제21조 제2항의 위반에 해당하기 때문이다. 또한 집회에 대한 허가규정은 그 자체 과잉심사의 경우에도 최소침해원칙을 위반하고 있다.<sup>118)</sup> 헌법제정권자들은 집회의 “원칙적 허용·예외적 금지”를 명시적으로 규정하였는데, 이와 반대로 집회의 “원칙적 금지·예외적 허용” 규정의 도입은 그 자체 기본권 제한의 경우 완화된 수단의 선택이라는 최소침해원칙에 반하기 때문이다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 집시법 제10조에 대해서 비례원칙심사를 통하여 비례원칙위반을 구체적으로 확인한 것이 아니라 오히려 구체적 설명 없이 단순히 “과잉금지원칙을 위반한 것”이라고 볼 수 없”다고 잘못 판단하고 있다.

인듯 하다. 그러나 그 의미에 있어서는 별반 차이가 없다고 보여진다.

115) 헌재결 1994.04.28, 91헌바14 (판례집 6-1, 302면).

116) 헌재결 1994.04.28, 91헌바14 (판례집 6-1, 302면).

117) 헌법에서 집회의 허가의 금지를 명시적으로 규정한 것은, 즉 평화적 집회의 “원칙적 금지·예외적 허용”을 금지하는 것은 그 자체 최후수단으로서 집회는 금지될 수 있다는 것으로 - 이는 비례원칙에서 도출되는 것으로 - 헌법제정권자들은 집회에 허가를 부과하는 것은 그 자체 비례원칙에 위반된다고 보고, 헌법에서 그 자체를 명시적으로 금지한 것으로 판단할 수 있다.

118) Vgl. Geis, in: Friauf/Höfling, GG, 2004, Art. 8 RN 41 FN 172; Vgl. BVerfGE 20, 150(157, 158).

## VI. 맺는 말

앞에서는 독일 헌법 제8조 집회의 자유와 집회법을 중심으로 집회의 자유보장과 그 제한의 한계에 대해서 살펴보았다. 또한 비교법적 고찰을 통해서 현재 우리 집시법이 안고 있는 문제점을 지적하는 기회도 가졌다. 법은 그 나라의 고유한 문화와 사회 속에서 특정될 수 있다는 측면에서 독일과 우리나라의 법 현실을 단순비교하는 것은 무리인 것도 사실이다. 우리의 현행 집시법이 1962년 군사정부의 마인드로 만들어진 것이 사실이고, 어느 덧 46년이 지난 지금에도 우리 사회가 그 군사정부의 마인드에 머물러 있다면 독일 집회법과 우리 현행 집시법의 비교 자체가 무의미할 것이다. 하지만 우리 사회도 독일과 차이는 있을지 모르나 헌법이 살아 숨 쉬는 민주주의국가라는 점을 확신하면서 현행 집시법 제10조 야간옥외집회금지의 위헌성을 지적하지 않을 수 없었다. 이 논문의 지적을 통하여 우리 헌법재판소가 1994년 결정과 같은 오류를 두 번 다시 되풀이 하지 않는데 조금이라도 도움이 되었으면 하는 바람이다. 2009년 봄 즈음에 헌법재판소의 결정을 통하여 집시법 제10조와 같은 위헌적 조항 등이 제거되어 우리 집시법에도 봄이 왔으면 하는 기대가 간절하다.<sup>119)</sup>

[논문투고일 : 2009. 2. 4, 논문심사일 : 2009. 6. 17, 게재확정일 : 2009. 6. 19.]

▶ **주제어** 집회의 자유, 야간집회금지, 면제유보 하의 억제적 금지, 허가유보 하의 예방적 금지, 집시법의 태생적 한계

119) 지난 1월 16일 학술회의 당시에는 우리 헌법재판소가 올 봄이 다 지나기 전에 결정을 했으면 하는 기대가 있었다. 그러나 헌법재판소에서 지난 3월 12일 공개변론을 한 지 벌써 3개월이 지났다. 법무부 측에서조차 집시법 제10조는 위헌이라고 부지불식간에 밝히고 있는 상황(각주 109 참조)에서 더 이상 결정을 미룰 이유가 없다. 이번 집시법 제10조 결정을 통해서 헌법재판소의 위상을 높이는 계기로 삼아야 한다. 정치적 결정이 아니라 헌법적 판단에 따른 결정을 해야 함은 두말할 필요도 없다. 헌법재판소도 숙지하고 있는 바와 같이 현재 집회의 신고제가 허가제로 변질되었고, 정치적 집회는 원천봉쇄 되기 일쑤다. 헌법의 정신과 국민의 헌법상 기본권을 지켜주어야 하는 헌법재판소의 책무를 더 이상 망기해서는 안 된다. 현재 민주주의의 위기는 바로 헌법의 위기다. 헌법재판소는 가능한 빨리 야간집회금지 조항에 대하여 결정을 내려야 한다.

## ■ 참고문헌 ■

김성수, 一般行政法 (법문사, 2008).

김종철, “평화시위구역제도에 대한 헌법적 검토 - 집회 및 시위의 자유의 본질을 중심으로“, 집회·시위 자유의 법적 문제와 합리적 대안, 한국경찰법학회 제 27차 학술회의 (2008. 9. 27) 자료집, 53-78면.

남경국, “집시법 제10조 야간집회금지 조항 등의 위헌성 - 헌법재판소 1994.04.28, 91헌바14 결정을 중심으로 -“, 법학연구(연세대학교 법학연구소) 제18권 제4호, 2008, 365-408면.

전광석, 한국헌법론 (법문사, 2009).

최우정, 한국헌법학 (진원사, 2008).

허 영, 한국헌법론 (박영사, 2008).

허 영, 헌법이론과 헌법 (박영사, 2006).

홍성방, 헌법학 (현암사, 2006).

Breitbach, Michael, Das Versammlungsverbot innerhalb von Bannmeilen um Parlamente und seine Ausnahmeregelungen, NVwZ 1988, S. 584 ff.

Breitbach, Michael, Die Bannmeile als Ort von Versammlungen, 1994.

Dietel/Gintzel/Kniesel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 12. Aufl., 2000.

Gromitsaris, Athanasios, “Die Unterscheidung zwischen präventivem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und repressivem Verbot mit Befreiungsvorbehalt“, DÖV 1997, S. 401 ff.

Höfling, Wolfram / Augsberg, Steffen, Versammlungsfreiheit, Versammlungsrechtsprechung und Versammlungsgesetzgebung, ZG 2006, S. 151 ff.

Hufen, Friedhelm, Staatsrecht II, 2007.

Kargl, Walter/Kirsch, Stefan, Bannmeilengesetz und Bannkreisverletzung (§ 106a StGB) - Symbolischer Schutz eines Symbols - , NJ 1997, S. 561 ff.

- Kniesel, Michael, Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit – Entwicklung des Versammlungsrechts seit 1996, NJW 2000, S. 2857 ff.
- Küchler, Winfried, Das Bannmeilenrecht, 1964.
- Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009.
- Michael, Lothar/Morlok, Martin, Grundrechte, 1. Aufl., 2008.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Grundrechte, 24. Aufl., 2008.
- Quilisch, Martin, Die demokratische Versammlung, 1970.
- Soiné, Michael/Mende, Boris, Das Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Verfassungsorganen des Bundes – eine Bestandaufnahme, DVBl 2000, S. 1500 ff.
- Wege, Donat, Präventive Versammlungsverbot auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, NVwZ 2005, S. 900 ff.
- Werner, Sascha, Das neue Bannmeilengesetz der “Berliner Republik“, NVwZ 2000, S. 369 ff.



## Zusammenfassung

### Gewährleistung der Versammlungsfreiheit und die Grenzen der Einschränkbarkeit der Versammlungsfreiheit

- Im Mittelpunkt steht der Konflikt und die Lösung zwischen Art. 8 GG  
und den Versammlungsgesetz in Deutschland –

Nam, Kyoung Kook

(Gastwissenschaftler Seminar für Staatsphilosophie und Rechtspolitik Universität zu Köln)

Durch die Betrachtung der deutschen Verfassung und des Versammlungsgesetzes zielt dieser Aufsatz auf die Bestätigung der Verfassungswidrigkeit der Vorschrift des § 10 (Verbot von Versammlungen in der Nacht) koreanische Versammlungsgesetzes ab.

Die Versammlungsfreiheit gewährleistet den Grundrechtsträgern das Selbstbestimmungsrecht über Ort, Zeitpunkt, Art und Inhalt der Veranstaltung. Art. 8 GG stellt fest, dass eine Versammlung von Verfassungs wegen ohne Erlaubnis gewährleistet wird.

Im deutschen Versammlungsgesetz gibt es keine dem § 10 koreanisches Versammlungsgesetz (KVersammlG) vergleichbare Vorschrift.

§ 10 KVersammlG, das sich als repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt darstellt, kehrt das Regel–Ausnahme–Verhältnis von Versammlungsfreiheit und Einschränkung um. Daher ist § 10 KVersammlG verfassungswidrig.



#### Key words

Versammlungsfreiheit, Verbot von Versammlungen in der Nacht, ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt, das Selbstbestimmungsrecht über den Zeitpunkt der Versammlung, Verfassungswidrigkeit der generellen Erlaubnispflicht der Versammlung.