

집회 및 시위의 자유 - 미국의 경우를 중심으로*

한 상 희**

목차

- I. 들어가기
- II. 집회·시위와 헌법이념
- III. 표현의 자유 및 집회·시위의 규제방법-미국의 경우
 - 1. 표현규제의 대상
 - 2. 사전억제와 적법절차
 - 3. 방법규제 v. 내용규제
 - 4. 표현규제에 있어서의 명확성의 원칙
 - 5. 방법규제에 있어서의 기본원칙
 - 6. 방법규제와 명백하고도 현존하는 위험
- IV. 결론

I. 들어가기

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

* 이 글은 한상희, “집회 및 시위의 자유, 그 헌법상의 의미”, 일감법학 제11호, 2007을 바탕으로 미국의 법리를 소개하면서 우리나라의 집시법의 문제점을 부각시키고자 하는 목적에서 작성된 것임.

** 건국대학교 법학전문대학원 교수

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

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

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

실제 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유가 가지는 정치적 함의는 자못 다르다. 양자는 모두 사상의 자유시장을 바탕으로 민주적인 의사형성을 가능케 하는 시민권적 권리로 규정된다는 점에서 공통되지만, 근대 부르조아지의 관념과 이미지의 담론이 난무하는 전자에 비해 후자는 체제에 대한 무산대중의 항변으로서의 의미가 더욱 강조되고 있기 때문이다. 노동자들이 노동조합을 엮어내는 힘이 여기서 나오며, 버스에서조차 흑인칸으로 내몰려야 하던 흑인들이 시민권을 외치며 인종통합의 길로 내달을 수 있는 동력 또한 여기서 나오는 것이다.¹⁾

요컨대, 집회·시위의 자유는 대의제가 유도하는 관념의 정치를 길거리의 현실정치로 변환하는 힘을 가진다. 혹은 매스미디어가 만들어내는 시물라시옹을 깨는 또 다른 내과의 힘을 창출한다. 살과 살을 맞대고 일상과 농담을 주고 받

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

으며 모든 ‘사적인 것’들을 공적인 것으로 변환해 내는 공간이 바로 여기서 만들어지는 것이다. 그리고 이 공간에서 소통되는 비아냥과 웃음, 욕지기와 해학들이 매스미디어화된 민주주의, 시장이 인간을 대체한 자유지상주의, 그리고 이들의 대표자가 되는 것만이 살 길이라 믿는 정치적 다수자들이 내뿜는 그 폭력의 정치에 과감한 균열을 만들어내게 된다. 함성이 울리고 깃발이 나부끼며 침과 땀이 뒤섞이는 이 공간에서 우리는 그들의 폭력을 이겨내는 우리의 권력을 구성해 낼 수 있는 것이다.

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

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

새 정부가 들어서면서 ‘폐법문화’의 폐해를 강조하며 법과 질서를 빌미로 집회와 시위의 자유를 실질적으로 폐제하고 나아가 인간의 권리로서의 표현을 자유를 그 원천에서부터 통제하고자 하는 기도가 줄 잇고 있음은 바로 이 점과 무관하지 않다. 법무부의 공식문건에서조차 ‘폐법문화’라는 표제를 달아 법치확립-불법집단행동근절-각종 집회의 상습시위꾼 등의 언어폭력을 자행하는가 하

면, 한편으로는 사이버모욕죄를 도입하면서, 제정 이후 한번도 적용된 적이 없었던 허위통신죄(정보통신기본법 제47조제1항)를 적용, 인터넷을 통해 정부에 비판적인 경제평론을 저술한 사람을 체포·기소하는 등 전방위적으로 시민들의 공론참여를 막고 있다. 헌법으로 보장되는 집회와 시위의 자유, 나아가 그로 대표되는 표현의 자유를 인권으로 포착하기는 커녕 잠재적인 해악 내지는 반사회적 위험행위로 규정하고 이를 금기시하는 태도를 내보이면서 가장 우선적으로 보장되어야 할 인권 그 자체를 말살하고자 나선 것이다.

이 글은 이런 일련의 추이들을 비판하고 집회 및 시위가 진정한 인권으로 거듭나기 위한 전제로서 그 헌법적 이해를 도모해 보고자 하는 목적에서 쓰여졌다. 현행 집시법이 가지는 소위 독소조항들의 양상을 비판적인 관점에서 분석, 평가하면서 새 정부가 내세우는 법과 질서의 담론이 가지는 반인권성을 고발하는 한편, 집회·시위의 자유는 우리의 생활이며 우리의 삶의 방식임을 증명하고자 하는 것이다. 아울러 이런 새 정부의 음모에 대한 시민사회의 대응은 어떤 방식으로 이루어져야 할 것인지를 같이 고민하는 자리를 마련하고자 한다.

II. 집회·시위와 헌법이념

우리 헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다”고 선언하여 언론·출판의 자유와 같은 지위에서 집회·결사의 자유를 보장하고 있다. 언론·출판의 자유는 근대국가가 등장하는 단계에서, 구 체제에 의하여 절대적으로 부과되던 가치관의 통제로부터 벗어나 이성의 자유의지에 기반한 사상의 자유시장을 확보하는 가운데 형성된 것이다. 르네상스로부터 형성되어 온 인본주의의 이념으로부터, 정신 영역에 있어서까지 절대적 지배력을 발휘하여 오던 교황과 군주의 권력을 부정하고 인간의지의 자유성을 강조하면서 “모든 주의와 주장이 이 땅위에서 자유로이 활동하게 하라”(밀턴, 「아레오파지티카」)를 선언하였던 것이다. 여기서 「모든 주의와 주장」이 언어의 형식을 빌어 표출되는 것이 언론·출판이라고 한다면, 그것이 집단적 행동으로 표출되는 것이 집회·결사에 해당한다. 양자는 기본적으로 그 보호법익이 같은 것이다: 한 마디로 체제에 항의할 수 있는 권리로서 자유롭게 말하고 비판하며,

그것을 문자로든 언어로든 아니면 집회와 시위의 방법으로든 외부에 표명함으로써 공론화시키고 이로써 민주질서를 구축하며 그 발언자·집회자들이 그 민주사회의 구성원으로서 존재할 수 있도록 하는 일종의 시민권적 권리(citizenship)이기도 한 것이다.²⁾

하지만 집회 혹은 그 공간적 이동으로서의 시위가 가지는 이러한 기본권적 의미 즉, 민주적 기본질서의 기초로서의 시민권적 권리에도 불구하고 우리나라의 집회·시위에 관한 법제는 그것을 원칙적으로 사회질서에 종속되는 하위개념으로 설정하고 있다. 집회 및 시위에 관한 법률(이하 「집시법」이라 함)은 집회 및 시위에 관한 행정적 정보수집이라는 명분 하에 집회·시위에 대한 ‘준’허가제를 취하고 있을 뿐 아니라, 집회·시위를 필요악의 관념으로 설정함으로써 민주적 기본질서의 중심축으로서의 집회·시위의 자유를 과도하게 제한하고 있다.³⁾

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

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

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

즉, 경찰청장의 재량적 판단에 일임하고 있는 구조를 취함으로써 헌법규정의 취지와 정면으로 배치되는 양상을 보인다.⁴⁾

특히, 지난 2004년 1월 개정된 새 집시법은 외교공관 주변의 획일적 집회금지조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정에 기하여 그 위헌부분을 시정한다는 명분으로 주요 도로 집회금지, 폭력집회의 경우 잔여집회금지, 집회 시 소음규제 등 실질적으로 집회를 제한할 수 있는 독소조항들을 삽입, 집시법이 집회금지법으로 전락하도록 만들었다. 다중의 위력을 중심으로 이루어지는 집회 및 시위가 가지는 헌법적 특성-사회질서 혹은 타인의 권리와와의 충돌가능성에서 야기되는 타율적·외부적 규제의 필요성-을 전면에 내세우면서 실질에 있어서는 집회 및 시위가 헌법적인 기본권이 아니라 단순한 행정규제의 대상이 되는 일반행위영역에 지나지 않는다는 태도를 보이고 있는 것이다.

앞서 언급하였듯이 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유가 가지는 헌법적 의미는 동일한 터전에서 나온다. 사상의 자유시장을 바탕으로 민주적인 의사형성을 가능케 하는 시민권적 권리로서 양자는 규정되는 것이다. 하지만, 그 정치적 의미는 항상 같은 것은 아니었다. 실제 언론·출판의 자유는 전술한 바와 같이 근대초기 중세체제의 붕괴과정에서 구체제에 대한 부르조아 즉 유산시민의 권리로서 그 의미를 가진다. 봉건체제에서 획일화된 사고를 벗어나고 자본주의식의 자유와 창의를, 혹은 이성적 의지의 자유로운 발현이라는 점에 중점을 둔다. 하지만, 집회·결사의 자유는 그보다는 근대국가의 성립 이후, 자본주의적, 부르조아적 지배체제에 대한 무산대중의 항변으로서의 의미가 더욱 강하게 나타난다.⁵⁾ 유럽의 경우 노동자들의 조직인 노동조합의 합법화과정 또는

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

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

미국의 경우 이에 더하여 흑인들이 자유롭게 자신들의 조직을 형성하고 자신들의 주장을 대중집회의 형식으로 전달할 수 있는 방법을 추구하는 가운데 그 기본권의 실질적인 내용이 충당되는 것이다.⁶⁾

이에 집회의 자유가 현대사회에서 수행하는 기능을 나열하자면 다음과 같다.

- 건전한 여론형성과 여론표현의 수단 혹은 문화생활의 한 과정으로서의 의미를 가진다.
- 국민의 정치적·사회적·문화적 의사형성의 과정에 순기능을 수행한다. 특히 대의제민주주의를 근간으로 하는 현대정치사회에 있어서는 집회의 자유는 주로 대의과정에서 누락되거나 간과되는 소수자-민중의 이해관계를 표출하고 이를 정치과정에 투입시킴으로써 그것을 보완하는 기능을 수행한다.⁷⁾
- 궁극적으로는 국가로부터 자유롭고 자율적인 시민사회 내지는 생활영역을 형성하고 발전시키는 전제로서 작용한다.
- 뿐만 아니라 궁극적으로는 집회를 통하여 자신의 사회적 정체성을 모색하는 계기를 마련하고 이로써 인격의 실현(제10조), 민주주의 및 국민주권의 실현(제1조)라는 점에서 헌법적 의미를 가진다.⁸⁾

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

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

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

집회·시위의 자유에 대하여 헌법이 다른 기본권이나 사회적 이익에 대하여 우월적 지위를 인정하고 있음은 바로 이러한 기능들 때문이다. 우리 헌법재판소도 이러한 입장에서 “헌법이 집회의 자유를 보장한 것은 관용과 다양한 견해가 공존하는 다원적인 열린 사회에 대한 헌법적 결단”이라고 이해하고 있다.⁹⁾

하지만, 이 부분에서 두 가지의 점을 지적해 둘 필요가 있다. 첫째, 집회는 공동목적을 가지는 다중이 일시적으로 모임을 가지고 일정한 의사를 사회적으로 표명하는 행위를 말한다. 즉, 의사표시의 방법으로 개개인이 문자나 언어를 사용하는 언론이나 출판의 경우와는 달리 집회의 경우에는 다중의 모임이라는 일정한 위세나 물리적 크기로서 그 의사표시에 임하는 것이다. 따라서 그것은 원칙적으로 언론·출판의 자유에 해당하는 헌법상의 보호를 받게 되지만, 그것이 일정한 물리적 힘을 가지고 이루어진다는 점에서 그리고 그것이 사회질서나 타인의 권리 등에 직접적인 위해를 미치게 될 가능성이 있다는 점에서 질서유지를 위한 경찰규제의 대상이 될 수는 있다.¹⁰⁾ 요컨대, 언론·출판의 경우에는 아주 예외적으로만 적용되는 시간·장소·방법(time, space, and manner)에 대한 규제가 집회의 경우에는 어느 정도 예정되어 있다고 보는 것이 일반적이다.

둘째, 하지만 이렇게 경찰규제의 대상이 되는 경우에도 그것은 언제나 특정한 구성요건적 한계 내에서만 가능하다. 즉, ① 명백하고도 현존하는 위험이 존재하는 경우에 ② 명확성의 원칙(void for vagueness and overbreadth)과 ③ 과잉금지의 원칙, ④ 입증책임의 전환이론, ⑤ 법익형량의 이론이고, 이는 ⑤보다 덜 제한적인 조치(LRA)의 법리 등의 틀에 따라 법률로써 제한되어야 한다. 즉, 표현의 자유에 적용되는 제한의 법리가 그대로 적용되어야 하며, 혹여 과도한 제한이나 자의적인 제한으로 냉각효과(chilling effect)나 연쇄확산효과(slipping slop effect)가 나타나거나 그 가능성이 있는 경우 그 제한법률은 위헌으로 무효가 된다.

9) 헌재 2003.10.30. 선고 2000헌바67, 2000헌바83 결정.

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

III. 표현의 자유 및 집회·시위의 규제방법-미국의 경우

1. 표현규제의 대상

대체로 표현의 자유에 대한 규제는 세 가지의 틀에 의하여 이루어진다. 즉, 표현이 가지는 헌법적 가치를 구분함으로써 규제의 가능성을 차별화하는 틀(단계론)이 그 첫째라면, 규제의 대상이 표현의 외현을 향하는가 아니면 그 내용을 향하는가에 따라 분화시키는 틀이 둘째이다. 또한 규제의 방법에 있어 표현시점을 중심으로 사전규제와 사후규제를 나누는 것이 셋째이다. 여기에 최근에 새로운 법리가 형성되고 있는 표현의 소통구조에 대한 통제는 둘째와 셋째의 규제방식에 대한 하나의 유력한 대안으로서 등장하고 있다.¹¹⁾ 여기서 첫째는 연구의 주제와 약간 떨어져 있는 것인 만큼 간략히 살펴보는 것으로 그치고 사전·사후규제와 구조규제를 살펴보기로 한다.

먼저 단계론은 표현의 자유가 지향하는 궁극적인 헌법가치, 즉 보호법익과 밀접한 관련을 가진다. 미국의 연방대법원이나 헌법학계에서는 일반적으로 말하는 이단계론(two-tiers theory) 또한 표현을 높은 가치(high value)를 가지는 것과 낮은 가치(low value)를 가지는 것으로 구분하여 전자의 경우에는 「명백하고 현존하는 위험」이 존재하는 때에만 규제할 수 있을 뿐이며 후자의 경우는 일반적인 국가규제가 가능하다고 보고 있다.¹²⁾ 이러한 구분법은 공화주의의 경

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

12) C. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*(New York: Free Press, 1993), pp. 8-11. 우리 헌법재판소도 집회의 자유에 대하여 “합헌적 규제의 대상으로서의 집회·시위는 어디까지나 동 규정 소정의 집회·시위 가운데서 공공의 안녕과 질서유지에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 경우에 한정할 것”이라고 하여 동일한 취지의 판단을 하고 있다(헌법재판소 1992. 1. 28. 89헌가8). 문제는 이런 법원칙이 실제의 법 적용과정에서 준수되지 않고 있다는 점에 있다.

우에 가장 두드러진다. 그들은 자기지배의 원칙에 입각한 다수자지배를 실천하기 위한 헌법이념으로써 정치적 표현에 대하여는 절대적 보장을 요청하고 있다.¹³⁾ 또한 사상의 자유시장론에서는 사상의 기초를 이루는 정보의 자유로운 소통에 중점을 두는 만큼, 정보소통과 무관한 일방적인 주장이나 허위·기망적 주장(특히 상업광고의 경우), 단순한 감정이나 의사의 표현(오락이나 유모어, 혹은 음란) 등에 대하여는 낮은 가치를 부여하고자 한다.¹⁴⁾

이에 미국연방대법원의 경우 음란표현이나 혐오발언, 명예훼손 등과 같은 표현은 물론 경우에 따라서는 중대하고도 실질적인 악을 발생시킬 즉각적 위험(imminent danger of a grave substantive evil)을 이유로 집회·시위를 금지시킬 수 있다고 판단한다. 예컨대, Roth사건의 검찰측 의견에서 나타나는 3단계론에서는 좌익계열의 선동행위나, 국가기밀의 누설, 음란·외설 등 사회윤리에 반하는 내용의 표현, 명예훼손 등은 수정헌법 제1조의 보호밖에 속하는 것으로 규정한다.¹⁵⁾

13) A. Meeklejohn, "Testimony on the Meaning of the First Amendment," in: A. Meeklejohn, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*(New York: Oxford University Press, 1965) 참조.

14) 그 과정에 관하여 간단한 설명으로는 김한성, "언론·출판의 자유의 절차적 보호," 헌법연구 제 5호, 1994 참조. 음란물의 판단기준을 제시하였던 Roth사건에서 정부측은 표현의 내용을 중심으로 수정헌법 제1조의 보호범위를 규정하고자 하였다. 즉, 표현의 내용을 10개로 범주화하고 이를 3단계의 구획에 따라, 최상위에 정치적, 종교적, 경제적, 학문적 발언을 위치시키고, 중간단계에는 오락, 음악, 유모어를, 그리고 최하위의 단계에 중상모략(libel), 음란(obscenity), 불경(profanity), 상업적 포르노그래피(commercial pornography)를 각각 설정한 것은 이러한 구분론의 대표적인 예이다. S. H. Shiffrin & J. H. Chopper, op.cit., p.111 참조.

15) 하지만, 그것은 엄밀히 보자면 내용중립적 규제라기보다는 내용편향적 규제라고 하여야 할 것이다. C. Sunstein(op.cit., p.13)은 이를 표현자가 누군가에 관계없이 이루어지는 것이라는 점을 들어 관점중립적 규제라고 한다. 그러나 음란이나 선동, 명예훼손 등의 판단기준은 고도의 가치개입적인 것이며 동시에 상호 대립적인 가치의 충돌(예컨대, 음란의 경우에는 표현자의 주관적 가치와 사회적 다수자의 윤리감정 혹은 영국식으로 하자면 "읽을 가능성이 있는 사람들"의 도덕적 성향과의 충돌)이다. 따라서 이 문제는 단순한 범주설정의 문제를 넘어선다. 일례로 상업적 광고의 경우 그것이 상품에 대한 진실된 정보를 소비자에게 전달하는가의 여부를 중심으로 규제가능성을 객관적으로 판단할 수 있지만, *Hustler Magazine v. Falwell*(485 U.S. 46, 1988) 사건의 경우와 같이 명예훼손의 경우나 사생활침해의 경우에는 그 상대방의 주관적 인식 및 평가가 중요한 판단요소로 개입하게 됨으로써 실질적으로는 주관적 분쟁의 성격을 띠게 된다. 이에 대한 통제를 행하는 것은 어느 일방의 관점에 대한 타방의 관점을 우선적으로 취하는 결과를 야기하는 셈이 된다는 것이다. 자세한 것은 한상희, "표현의 자유의 헌법적 함의," 일감법학 제5권, 2000 참조.

2. 사전억제와 적법절차

일반적으로 미국에 있어서의 언론규제는 사전억제(prior restraint)와 사후억제로 구분하여 논의된다. 전자는 일정한 표현내용이 상대방에 도달하기 전에 국가적 규제가 행하여지는 경우로서 검열(censorship)이나 허가제(license) 등의 방식을 취하며, 후자는 명백하고도 현존하는 위험(clear and present danger)의 법리로 대변되는 표현규제의 방식이다. 하지만, 미국의 경우에는 사전규제는 몇 가지의 특이성을 가지면서 제시되고 있다. 즉, 연방대법원은 사전규제는 최악의 표현규제방법임을 전제로 되도록 그 적용범위를 축소하고자 한다.¹⁶⁾ 통상 미국에서 이루어졌던 사전억제의 방식으로는 사법부의 재판에 의한 유지처분(injunction), 행정처분 등에 의한 사전억제(일종의 면허제), 그리고 표현내용상의 특정한 유형에 대한 사전억제로 대별되는 바, 이 중 행정처분등에 의한 일종의 면허제 혹은 허가제의 사전억제는 원칙적으로, 당해 표현이 이루어지는 시간, 장소, 방법(time, place, and manner)을 중심으로 규제하는 방식과 중첩된다. 즉, 표현의 내용을 중심으로 하는 것이 아니라, 내용중립적으로 그 표현‘행위’가 미치는 외부적 효과를 사회질서 등의 공익목적과 대비시키면서 이루어진다. 따라서 지자체의 장은 행진이나 시위를 위하여 공용도로를 사용하는 것을 통제할 수 있는 권한을 가지며, 부공정한 차별이 행해지지 않는 한 그 권한내에서 표현을 위하여 시민들이 그 도로를 이용하는 시간과 장소, 방법을 고려하고 나름의 허가를 할 수 있는 권한을 가진다.¹⁷⁾ 따라서 이 규제방식은 위에서

16) *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454(1907)에서의 Holmes대법관은 출판에 대한 “이러한, 다른 정부들에서 행하여져 왔던 모든 사전억제”는 헌법적으로 금지되지만, “공공복리에 위반되는 것으로 보이는 것에 대하여 사후적으로 처벌(subsequent punishment)하는 것”은 그렇지 않다고 선언하였다. 205 U.S. 462.

17) *Cox v. New Hampshire*, 312 U.S. 569(1941) 마찬가지로 맥락에서 *Lovell v. Griffin*(303 U.S. 444(1938))사건도 이러한 시당국의 규제권을 인정하고 있다. 이에 대한 일종의 선례라고 할 수 있는 *Lovell*사건에서는 주최고법원의 판단을 인용하면서 “공공의 편의를 보호하기 위하여 [표현의] 시간과 장소, 방법을 고려하여” 행진허가를 할 수 있다고 선언하고 있으며, 그 이유는 치안을 유지하거나, 시위나 행진이 중복되는 것을 사전에 예방함으로써 혼란이나 혼잡의 위험을 예방하는 데에 있다고 한다. 나아가 *Lovell*사건은 모든 시위·행진신청을 통일된 방법으로 심사하여야 하며, 부적절하거나 부당한 고려 또는 불공정한 차별이 없어야 하며, 공공의 도로이용상의 편의와 관련하여 체계적이고 일관되고 정당한 판단을 해야 할 것을 요구하였다.

언급한 내용중립적 규제가 행정적으로 어떻게 이루어져야 하는가에 관한 방법상의 문제로 넘겨도 괜찮을 것이다.

반면에 대립되는 이해관계의 충돌을 당사자대립구조에 의하여 해결하는 사법적 유지처분의 방식은 문자 그대로 내용에 바탕한 규제에 해당한다. 실제 우리나라에서도 이러한 형태의 사전억제가 가능할 것인가 즉, 그것이 헌법 제21조 제2항에서 말하는 검열에 해당하며 따라서 절대적으로 금지되는 것은 아닌가라는 의문에 제기되고 있다.¹⁸⁾ 미국의 경우에는 이미 사법부에 의한 사전억제의 방법으로 법원의 유지처분을 구하는 예가 상당하며, 이의 선례적인 Near 사건¹⁹⁾에서는 ① “국가가 전쟁을 하고 있을 때에는, 평화시에 발할 수 있었던 많은 것들이 전쟁수행에 방해가 되고 그러한 것들을 말하는 것 자체가 (……) 인내할 수 없는 것이 되고, 따라서 법원이 헌법적 권리로서 보호되는 것이라고 선언할 수 없는” 경우도 있으며, 이에 징집을 방해하거나 수송선의 항해일자라든가 부대의 숫자나 위치 등이 해당할 수 있으며, ② 음란한 간행물이나, ③ 범죄행위를 선동하거나 폭력으로 정부를 전복하고자 하는 언동은 금지될 수 있다고 한다. 나아가 연방대법원은 “자유로운 표현에 대한 헌법상의 보장에도 불구하고 사실상 폭력의 효과만을 가지는 말을 내뱉는 것을 금지하는 유지처분을 내릴 수 있다”고 선언하기도 하였다. 하지만, 이 사건에서 연방대법원은, 사법부가 일정한 표현에 대하여 발표를 금지하는 유지처분을 내리게 되면 그 처분의 상대방은 사법부가 만족할 수준까지 내용을 수정하지 않는 한 영원히 그 표

18) 이 논란은 구 영화법(1984.12.31, 법률 제3776호(개정)) 제12조 제1항 및 제2항, 제13조 제1항 중 공연윤리위원회의 영상물심의에 관한 부분은 헌법에 위반된다는 취지의 헌법재판소 결정(헌법재판소 전원재판부 1996. 10. 4. 93헌가13, 91헌바10)과 관련하여 제기되었다. 이인호, “표현의 자유와 검열금지의 원칙: 헌법 제21조 제2항의 새로운 해석론,” 법과사회 제15호, 1997; 김옥, “영화에서의 사전검열금지의 원칙과 표현의 자유의 한계-2000헌가 9 위헌법률심판제청사건에 부처-,” 민주법학 제19호, 2001 참조. 여기서 이인호 교수는 사법부에 의한 사전억제도 검열의 개념에 포함시킬 것을 주장하는 반면, 김 옥 교수는 그것을 검열개념에 포함시키지 않은 헌법재판소의 결정에 찬동하는 취지의 주장을 한다. 여기서 미국에서 행하여지고 있는, 사법부에 의한 사전억제는 유지처분(injunction)의 방식을 취하고 있으나, 우리나라에서는 이에 상응하는 제도가 없다는 점에서 이인호 교수의 주장은 보다 많은 검토를 요한다고 할 것이다.

19) Near v. Minnesota, 283 U.S. 679(1931). 이 사건은 “악의적이거나 추문을 야기하거나 명예훼손적인 신문, 잡지 또는 기타 정기간행물”에 대하여 공공불법방해행위(public nuisance)로서 그 발행을 금하는 법원의 유지처분을 구할 수 있도록 한 미네소타주법을 실질적인 검열제도에 해당한다고 하면서 위헌이라고 선언하였다.

현을 발행할 수 없도록 강제되며, 이는 곧 실질적인 검열(the essence of censorship)에 해당한다는 이유로 유지처분을 불허하였고, 같은 이유에서 미국연방대법원은 계속하여 되도록 유지처분을 허용하지 않는 방향으로 판단을 내리고 있다.

예컨대, 문제되는 표현이 국가안보와 관련한 기밀사항을 다루고 있는 경우에도 연방대법원은 상당히 신중한 입장을 취해 왔다. 즉, 소위 미국무성문건사건(Pentagon Paper case)이라고 불리는 New York Times Co. v. U.S.²⁰⁾ 사건에서 연방대법원은, Near사건에서 말하는 ①의 요건-전시에 있어서의 군사적 기밀-이 충족된다고도 판단할 수 있음에도 불구하고 이러한 표현을 사전에 억제하는 유지처분은 허용할 수 없다고 함으로써 실질적으로 그 가능성을 크게 축소시키고 있다. 물론 U.S. v. The Progressive, Inc 사건²¹⁾에서 위스콘신 서부지구연방법원에서는 New York Times사건과는 다른 결론을 내리기도 하였다. 이 사건은 수소폭탄의 제조법을 출판하는 것은 Near사건에서 말하는, “전쟁중에 부대의 이동이나 위치를 출판”하는 것에 유추될 수 있다는 이유로 유지처분을 인정하였다.

하지만, 이러한 예외에도 불구하고 Near사건에서 제기되었던 부가적 금지규칙(collateral bar rule)²²⁾은 여전히 타당한 것으로 받아들여져, 유지처분에 의한

20) 403 U.S. 713(1971).

21) 467 F. Supp. 990, (1979). 여기서 Warren판사는, “만약 예비적 유지처분이 내려진다면, 당법원이 아는 한도내에서는, 우리나라의 역사상 이러한 유형의 출판에 대한 최초의 사전억제로 남게 될 것이다”라고 하면서 그 유지처분은 피고인의 표현의 자유를 치명적이고도 실질적으로 제한하게 될 것이며, 뿐만 아니라 국민들의 알 권리와 정보를 취득할 권리를 침해하게 될 것이라고 하는 등, 극도로 신중한 태도를 보이고 있다. 그러나 그럼에도 불구하고 Near사건이 내려졌던 1930년대의 국가안보환경과 달라진 현상-핵전쟁의 가능성-을 지적하면서 유지처분이 허용되는 극히 좁은 예외에 해당한다고 보았다.

22) 이는, 법원의 명령은 그것이 파기되지 않는 한 반드시 이행하여야 하며, 법원의 명령에 복종하여야 하는 자가 그 명령에 복종하지 않는 경우, 당해 명령이 잘 못된 것이라든가 위헌적이라는 이유로 법정모독죄의 면책을 주장할 수 없게 됨을 의미한다. S. H. Shiffrin, and J. H. Choper, *The First Amendment: Cases-Comments-Questions*, 2nd ed.(St. Paul: West Publishing Co. 1996), p.338. 즉, 유지처분을 받은 자가 그 처분에도 불구하고 표현행위로 나아간 때에는 법정모독죄의 죄책을 지게 되며, 이 때 유지처분의 오류 혹은 원처분의 근거가 된 법령이 위헌이라는 이유로 법정모독죄에 대한 면책을 주장할 수 없다는 것이다. 이는 결과적으로 표현의 발행을 금지하는 유지처분이 내려진 경우 그 당사자는 법정모독죄의 죄책을 감수하지 않는 한 혹은 법원의 마음에 들도록 그 내용을 수정하지 않는 한, 더 이상 당해 표현을 할 수 없게 되며, 이는 결국 법원에 의한 검

표현규제가 결국 사전억제 내지는 검열에 상당한 것으로 변질될 가능성이 있다고 이해되고 있다. 환언하자면, 표현에 대한 유지처분은 이 부가적 금지규칙과 결합함으로써 법원으로 대표되는 국가권력이 표현의 내용에 실질적으로 관여하게 되는 결과를 야기한다고 보는 것이다. 그리고 바로 이러한 인식이 미국에서 표현규제의 수단으로서 유지처분이 상당히 엄격한 심사의 과정을 거쳐 이루어지게 되는 것이며, 따라서 이 유지처분을 하기 위하여는 사후적인 제한의 경우보다 더 무거운 입증책임을 져야 하는 것으로 이해되고 있다.²³⁾

3. 방법규제 v. 내용규제

셋째, 표현에 대한 규제는 그것이 기반하는 증거와 관련하여 방법규제(method regulation) 혹은 내용중립적 규제(content-neutral regulation)와, 내용규제(content 혹은 content-based regulation)로 나눈다. 그리고 후자는 다시 그 내용이 담고 있는 일정한 입장을 대상으로 규제하는지의 여부에 따라 관점중립적 규제(viewpoint-neutral regulation)와 관점편향적 규제(viewpoint-based regulation)로 나눌 수 있다.²⁴⁾ 방법규제의 경우 그 표현의 내용, 즉 실체가 어떠한 성질의 것이건 어떠한 주장, 의견 혹은 사실표명을 제시하건 또는 누구에 의하여 그것이 표출되었건 관계없이 그 표현이 이루어지는 시간, 장소, 방법(time, place, and manner)을 중심으로 규제하는 방식을 말한다.²⁵⁾ 도서관 열람

열과 마찬가지로 된다는 것이다. Stone, Seidman, Sunstein, and Tushnet, *Constitutional Law* (Boston: Little Brown and Co., 1991), pp.1141-2 참조.

23) 이에 관하여는 양건, 헌법연구, 법문사, 1995, 95면 이하 참조. 하지만 거의 같은 구조로 이루어지는 사전억제방식 중 음란이나 저속한 표현에 대한 것은 이러한 엄격심사 혹은 강력한 위헌추정의 틀에서부터 벗어나 있다.

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

25) 미국에서 이 부분의 대표적인 선례는 U.S. v. O'Brien, 391 U.S. 367(1968)이다. O'Brien은 1966. 3. 동료 3명과 함께 보스톤 남부지방법원청사 앞에서 국민역편입영장(selective service certificate)을 불태우고, '고의적으로 영장을 파손하거나 훼손하는' 행위를 금하는 일반군사훈련 및 복무법(the Universal Military Training and Service Act of 1948[1965]) 위반혐의로 기소되었다. 연방대법원은 상징적 표현행위라고 주장하는 O'Brien측의 주장에 대하여, 그 법률은 일정한 행정목적 달성을 위하여 적절한 수단을 선택하고 있으며, 그 범위내에서 행위가 가지는 비표현적(noncommunicative) 효과들만 처벌하고 있으며, 그들의 소각행위는 이러한 행정목적에 저해하

실 내(장소)에서는 그 내용에 관계없이(내용중립적) 열람시간동안(시간) 어느 누구도 큰 소리로(방법) 말하지 못하도록 하는 것이나, 관공서에 인접한 장소에서나 심야에는 옥외집회나 시위가 금지되는 것(집회및시위에관한법률 제11조, 제10조), 공공시설물에 낙서하는 것을 금하는 것 등은 모두가 이에 해당한다. 여기서는 누가 무엇을 말하고자 하는가에 대하여는 무관심하다. 단지, 그 표현행위 그 자체가 어떠한 공익목적에 대립되며 따라서 그 표현행위를 규제할 뿐이다.

반면에 내용규제는 표현행위의 내용 혹은 실체를 중심으로 규율한다. 어떠한 특정한 내용을 가진 표현행위는 규제되는 반면 그와는 다른 내용의 표현행위는 그대로 허용되는 경우다. 이 중, 관점편향적 규제는 어떠한 이슈를 특정한 관점이나 입장에서 서술하거나 평가하는 의견들을 규제의 대상으로 한다. 예컨대, 국가보안법 제7조에서 이적단체에 이익이 되는 표현을 금지하고 있다든지, 혹은 유대인학살(holocaust)를 부인하는 강연을 하지 못하도록 강제한다든지 하는 경우는 이에 해당한다. 반면, 내용규제 중 관점중립적 규제(viewpoint-neutral, content-based regulation)는 표현행위가 담고 있는 내용-주제나 표현기법 등-을 범주화하여 일정한 범주에 속하는 표현을 일괄적으로 규제한다. 예컨대, 학교에서는 학생들이 정치운동을 할 수 없게 하거나, 공무원들은 집단적 의사표현행위를 할 수 없도록 하는 것(국가공무원법 제66조)들이 여기에 속한다. 즉, 이러한 규제에서는 학생들이 어떠한 정치인을 지지하건 또는 어떤 정치적 입장을 취하건 관계없이 취급되며, 공무원의 경우에는 그 집단표현이 친정부적이건 반정부적이건 가리지 않는다.²⁶⁾

여기서, 방법규제·내용중립적 규제와 관점중립적 내용규제의 차이가 나타난

고 있으며, 따라서 이를 처벌함을 정당화할 수 있는 충분한 정부의 이해관계가 존재한다는 이유로 합헌결정을 내리고 항소심의 위헌결정을 파기하였다. 이에 대하여 Douglas대법관은 O'Brien 등의 행위는 그 자체 표현(speech)행위로서 월남전에 반대하는 의사를 표명한 것이기 때문에 이를 처벌할 수는 없다고 한다. Tribe 교수는 이 결정을 표현의 자유에 관한 법리의 제2단계(track two)라고 하면서 '명백하고 현존하는 위협'의 법리가 적용되는 제1단계(track one)에 비하여, 그 때 그때 사안에 따라 표현의 자유라는 법익과 정부의 규제이익간의 균형(balance) 여하에 따라 그 규제입법의 위헌여부가 판단된다고 한다. Tribe, *American Constitutional Law*, 2nd. ed., pp.791-2 참조.

26) 이는 독일기본법 제5조에서 일반법률에 의하여 표현의 자유를 제한할 수 있도록 한 것과 일맥상통한다.

다. 즉, 전자의 경우에는 어떠한 표현이든 관계없이 그 표현을 위하여 사용하는 외형적 수단들—시간이나 공간, 또는 표현의 방법—을 중심으로 규제하는 것임에 반하여, 후자는 표현내용을 중심으로 일정한 기준에 의하여 범주화하고, 그 범주들 중 특정한 범주에 속하는 것에 대하여 국가가 규제하는 방식을 취한다. 예컨대, 상술한 바와 같이 Roth사건에서 검찰측이 제시한 3단계론은 일정한 표현유형에 따라 각각 상이한 법적 규제가능성을 제시하고자 한다.²⁷⁾ 음란표현은 수정헌법 제1조의 보호대상이 아니라고 한다면, 상업광고는 정보소통과 무관하기 때문에 그에 대한 국가규제가 정당화된다고 하는 판단들은 누가 말하는가에 관계없이, 혹은 대립되는 논쟁에 있어 어느 일방의 논쟁을 침묵시킴이 없이 단지 규제의 대상이 되는 범주나 유형에 속하는 표현이라면 획일적으로 규율된다. 즉, 이러한 구분에서는 어떠한 표현이 그 내용에 있어 일정한 범주에 해당하기만 하면 그에 상응하는 법적 처우를 받게 될 뿐, 그 내용상의 성향이 어떠한 정치적 이념이나 가치에 봉사하건 관계없다. 또한 그러한 표현이 이루어지는 장소나 시간, 또는 방법에 대하여도 특별한 차별이 이루어지지 않는다.

반면에 방법규제 혹은 내용중립적 규제는 표현의 자유에 관한 이론의 문제라기보다는 오히려 어디까지를 ‘표현’의 개념 속에 포함시킬 것인가의 존재론 내지는 인식론의 문제에 해당한다. 성조기를 불태우거나 징집영장을 찢어버리는 행위가 가지는 양면성—상징적 표현으로서의 성격과 외형적인 행위로서의 성격—을 어떻게 구획하고 또 법적으로 평가할 것인가의 문제가 전면에 나설 수밖에 없는 것이다.²⁹⁾

27) 연방대법원은 이러한 구분론을 다음과 같은 문언으로 암묵적으로 받아들인다.

1972년 표현의 자유를 보장하는 헌법개정이 이루어질 때 이를 비준한 14개 주 중에서 그 당시에 10개 주가 모든 발언에 대하여 절대적인 보장을 하고 있지는 않았다. 14개 주중 13개 주는 중상모략을 처벌하고 있었고, 11개 주는 신성모독 또는 불경(blasphemy or profanity)을 형사범죄로 규정하고 있었다. 일찍이 1712년에 매사추세츠주에서는 종교의식을 모방하거나 흉내내어 “외설이나 음란, 또는 불경스런 노래나 팜플렛, 중상모략적이거나 모욕적인 설교”를 출판하는 행위를 범죄로 하고 있었다. (……) 이러한 역사에 비추어 볼 때, 제1차 수정헌법이 비록 무조건적인 문언으로 되어 있다 할지라도 그것은 모든 발언을 보호하고자 하는 의도를 담고 있는 것은 아니라 할 것이다. Roth v. U.S. 354 U.S. 476, 483

28) Valentine v. Chrestensen, 316 U.S. 52(1942). 그러나 이 결정은, 약국에서 약값을 광고할 수 없도록 한 버지니아주법을 위헌이라고 선언한 Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council 사건(425 U.S. 748, 1976)에 의하여 번복되었다.

29) 이에 관하여 자세한 분석 및 비판은 한상희, 전제논문 참조.

또한 내용규제에 있어서의 관점편향적 규제(viewpoint-based content-based regulation)는 국가가 일정한 가치관이나 세계관을 표현자들에게 강요한다는 점에서 이미 표현의 자유를 기본권으로 규정하고 있는 헌법의 구조상 한계적 현상에 속한다.³⁰⁾

실제 이 방법규제와 내용규제, 혹은 행위(conduct)와 표현(speech)은 Ely교수도 밝히고 있듯이 100% 모두 행위에만 해당할 뿐 표현을 전혀 담고 있지 않는 경우도 없으며, 역으로 행위의 요소는 전혀 없이 100% 모두가 표현인 경우도 존재하지 않는다.³¹⁾ 표현의 자유에 대한 국가의 규제가 신중하여야 함은 바로 이 때문이다. 비록 표현에 대한 규제가 이원화되어 방법규제 혹은 관점중립적 규제는 어느 정도 자유로운 영역에 속하는 것처럼 보이기 는 하지만, 실질에 있어서는 방법/내용, 관점중립/관점편향의 구분 자체가 상대적이라는 점에서 언제나 조심스럽게 다루어야 할 필요가 나타나게 된다. 그리고 미국의 경우 바로 이 점으로 인하여 집회나 시위에 대한 공적 규제에는 행정청의 재량적 결정권에 대하여 극도로 부정적인 태도를 보인다.

이 영역에 있어 미국의 판례가 일관하여 명확성의 원칙을 강조하고 있음은 바로 이 점에서부터 연유한다.³²⁾ 무엇이 방법에 대한 규제인지 혹은 무엇이 내용에 대한 규제인지가 그 자체 명확하지 않을 경우 규제권을 가지는 행정청이 지나친 재량권으로써 실질적으로 자신에 비판적인 표현을 저지하고자 애쓸 가능성이 많기 때문이다.

30) 엄밀히 본다면 우리 집시법의 경우에도 실질적으로 내용규제를 하고 있다. 제15조에서 “학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제 및 국경행사에 관한 집회에는 제6조부터 제12조까지의 규정을 적용하지 아니한다.”고 하여 여타의 집회와 이런 학문 등의 집회를 구분하고 있음은 바로 이를 의미한다. 실제 집회 중에서 제15조에 거론한 집회를 제외할 경우 남는 것은 정치성의 집회 혹은 상업적 집회 정도이다. 사정이 그렇다면 집시법은 명확히 국민들의 정치행위를 제한하기 위한 정치규제법으로 특정지워질 수밖에 없다. 그리고 바로 이 점이 헌법에서 소극적으로 바라보는 국가규제의 전형적인 예가 된다.

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

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

4. 표현 규제에 있어서의 명확성의 원칙

그 대표적인 사건이 *Cohen v. California*³³⁾이다. 이 사건에서 미국연방대법원은 음란표현이나 혐오발언이 금지될 수도 있음을 인정하면서도 그 표현문구나 표현과정에서 나타나는 천박성(vulgarity)만으로 표현 자체를 금지하는 것은 허용되지 않는다고 선언하였다. 이 사건의 경우 미국연방대법원은 여성과 아이들이 함께 다닐 수 있는 법원 복도에서 징집에 반대하기 위한 목적으로 "Fuck the Draft"라고 쓰여진 윗도리를 입고 시위하는 행위를 처벌하는 캘리포니아주의 법률을 위헌이라 판단하면서 천박한 표현이 있다고 해서 그것이 던지는 메시지까지 부인하는 결과를 야기하여서는 아니될 것임을 선언하였다. 음란이나 혐오발언은 분명 표현의 자유의 보호범위에 해당되지 않지만, 그렇다고 해서 사소한 표현상의 문구를 이유로 그 정치적 메시지 자체를 부정하는 것은 허용되지 않음을 선언하고 있는 것이다.

공공장소에서의 복면착용행위를 처벌하는 캘리포니아주 형법 §650a의 규정을 위헌이라 선언한 캘리포니아주 항소법원의 판결³⁴⁾은 다른 관점에서 의미를 가진다. 이 규정에 의하면 오락이나 엔터테인먼트를 위한 경우 또는 위생관련 명령(health order)에 따른 경우를 제외하고는 자신의 신분을 숨기기 위하여 복면(mask)을 착용하는 행위는 경범죄로 처벌받는다. 이란계 학생이 시위하는 과정에서 자신의 얼굴을 유인물로 가리다 체포된 사건에서 캘리포니아 항소법원은, 이런 규정은 표현의 자유를 제한하는 것인 만큼 그런 금지규정으로 보호되어야 하는 필수적인 주의 이익(compelling interest)을 증명하여야 하며 동시에 오락이나 엔터테인먼트의 경우와 정치적 표현을 위한 시위의 경우가 어떻게 다르며 그것을 구별하는 기준은 무엇인지를 명확하게 규정하였어야 했다는 이유로 모호하기 때문에 무효의 법리를 적용하여 위헌으로 선언하였다.

*Brandenburg v. Ohio*³⁵⁾ 사건은 이전의 명백하고도 현존하는 위협의 법리³⁶⁾

33) 403 U.S. 15(1971).

34) *Ghafari v. Municipal Court*, 87 Cal. App. 3d 255, 150 Cal. Rptr. 813, 2 A.L.R.4th 1230 (1st Dist. 1978).

35) 395 U.S. 444(1969).

36) *Abrams v. U.S.* 250 U.S. 616(1919)에서의 Holmes 대법관의 반대 의견.

와 단순한 옹호발언(advocacy)/선동(incitement)의 구분론³⁷⁾을 결합함으로써 가장 강도 높게 표현의 자유를 보장한 판결로 손꼽힌다. 이 사건에서는 집회를 포함한 표현의 자유를 제한하는 법규정은 무엇이 금지되고 무엇이 금지되지 않는지를 명확하게 구획하여야 함을 판시하였다. 즉, 이 사건 적용법률의 경우 어떠한 행위에 대한 단순한 옹호발언과 즉각적인 불법을 촉발하는 발언(incitement to imminent lawless action)을 구분할 수 없기 때문에 그것은 위헌이라고 판단한 것이다.

요컨대 경찰관 등 행정관에게 어떠한 집회·시위가 “무질서한 행동을 촉발(provoke disorderly conduct)”한다든지 “불법침해를 야기한다(probably cause injury)”든지 혹은 “불법방해를 구성(create a disturbance)”할 것인지의 여부를 판단하고 이를 바탕으로 집회·시위를 허락할 수 있는 권한을 부여하는 것은 그 자체 위헌인 것이다. Beckerman v. City of Tupelo, Miss.³⁸⁾는 이 점을 잘 보여준다. 집회·시위에 대한 소극적 규제를 가하고 있는 규정이라면 그것은 어떤 경우에 집회·시위가 허락될 것인지를 충분히 특정하여 규정하여야 하기 때문이다.³⁹⁾ 하지만, 이 사건에서 문제가 되었던 Tupelo시의 조례는 “무질서한 행동(disorderly conduct)”이 무엇인지 정의하는 규정도 두지 않았고 더구나 이 규정이 입법된지 얼마 지나지도 않아 미시시피주 법원이 그 의미를 특정하는 판결을 내어 놓지도 않았다. 바로 이 점으로 인해 그 조항은 광범위하다는 이유로 위헌판단을 받게 되는 것이다.⁴⁰⁾

면허(permit)제도는 이 점에서 특별한 주목을 요한다. 집회·시위에 대한 규제가 만약 내용중립적으로 이루어진다면 특히 지방자치단체는 자신의 행정목적에 위하여 경우에 따라서는 집회·시위에 대한 면허제를 시행할 수도 있다. 하지만, 이 경우에는 그 면허의 조건이나 발부절차가 아주 명확하게(narrowly), 특정되어(specifically) 있어야 한다.⁴¹⁾ 그래서 만일 어떠한 면허제도가 주택가

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

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

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

40) 예컨대 전술한 나야가 Lovell사건은 문제된 조례가 시간, 장소, 방법에 대한 그 어떠한 판단의 기준도 제시하고 있지 않기 때문에 그 조례를 위헌이라 판단하였다(밀줄은 인용자의 것).

에서의 주거의 평온을 도모하기 위한 목적으로 시행된다고 한다면 그에 따른 면허는 그러한 목적을 직접 침해할 위험이 있는 집회·시위만을 규제하여야 한다.⁴²⁾

이와 관련하여 도시의 조례로 집회 자체를 직접 규제하는 방식도 헌법문제로 되어 왔다. 콜로라도주의 덴버에서는 월요일부터 금요일까지 5일동안 오전 6시부터 오후 7시까지 도시 중심부의 업무지역에서는 행진(parade)을 하지 못하도록 하는 조례를 제정하였다. 하지만, 이에 대해 연방순회법원에서는 도심지역(downtown area)은 주와 지방정부의 본거지이자 동시에 주의 상업적 이해관계가 집중되는 핵심지역인만큼 그것은 수정헌법 제1조의 행위(표현 및 집회·결사행위)가 결코 금지되어서는 아니되는, 적절한 public forum이라고 선언하면서 이런 조례는 사람들로 하여금 원하는 청중에게 가닿을 수 있는 기회 자체를 박탈하는 것이라고 판시하면서 이를 위헌으로 선언하였다.⁴³⁾

이와 유사하게 행진을 금지한 조지아주의 Valdosta시 조례도 위헌판단을 받았다. 이 시는 학교가 개학중인 기간동안은 오전 9:30부터 오후 2:00까지, 그리고 방학중에는 오후 4:00까지만 행진을 할 수 있도록 규정하였다. 이에 대하여 연방순회법원은 이런 식의 시간제한으로 추구하고자 하는 정부의 목적이 명확하게 입증되지 않는다는 이유로 위헌이라 선언하였다.⁴⁴⁾

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

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

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

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

5. 방법규제에 있어서의 기본원칙

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

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

이 점과 관련하여 미국연방대법원의 판결례는 중요한 시사점을 부여한다. 미국연방대법원은 표현의 자유를 규제하는 방식으로서의 시간-장소-방법규제가 정당하기 위하여는 세 가지의 요건을 충족시켜야 한다고 본다: ① 규제대상의 표현이 가지는 내용에 의거하는 것이어서는 결코 아니되며(content neutral), ② 중요한 정부이익(significant state interest)을 실현하기 위하여 그 규제방법이 엄격한 기준에 의하여 잘 다듬어져 있어야 하며(narrowly tailored), ③ 표현자들이 정보의 소통을 위한 대안적 통로(alternative channels)를 충분히 이용할 수 있는 상태에 있어야 한다.⁴⁵⁾ 이를 분설하면 다음과 같다.

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

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

둘째의 요건은 중간단계의 심사(intermediate test)에 해당한다. 규제는 반드시 중대한 정부의 이익에 봉사하여야 하며, 그 수단으로서의 규제행위는 잘 재단되어 있어야 한다. 환언하자면 표현의 자유를 보다 덜 제한하는 다른 대안을 선택하여서는 달성할 수 없는, 그런 중대한 이익을 보호하기 위하여서만 규제가 허용되는 것이다.⁴⁶⁾ 하지만 이 때의 Narrowly tailored 요건은 엄격심사에서 그 것보다는 완화된다. 즉, 규제목적을 달성하기 위하여 가장 덜 제한적인 수단(less restrictive means)을 선택하여야 하는 것이 아니라, 정부의 목적을 달성하는데 필요한 정도보다 “실질적으로 더 넓은 수단”(substantially broader)⁴⁷⁾을 선택하는 것을 피하기만 하면 된다.

셋째, 규제대상이 되는 표현자들이 정보의 소통을 위한 대안적 통로(alternative channels)를 충분히 이용할 수 있는 상태(open)가 이루어져 있어야 한다.⁴⁸⁾ 이 때 집회나 시위가 도로나 인도 등과 같은 public forum⁴⁹⁾에서 이루어질 것이 예정되어 있는 경우 다른 대안적 통로를 마련해 주었다고 해서 행정청이 위의 둘째의 요건(중간단계심사)을 완화시켜 적용하는 것은 허용되지 않는다.⁵⁰⁾

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

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

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

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

50) public forum이 아닌 경우 미국연방대법원은 규제의 가능성을 보다 많이 인정한다. 예컨대, 미국연방대법원은 공공도서관에서 연좌시위한 것에 대하여 “특별하고도 중요한 기능을 수행”하도록 되어 있는 도서관, 학교, 소방서, 법원 등의 경우에는 “질서와 평온”이 필요하다고 판단하면서 집회·시위와 관련할 때 이들은 거리와는 다른 판단의 대상이 되어야 할 것이라고 한다. Brown v. Louisiana, 383 U.S. 131(1966). 하지만, 그럼에도 불구하고 그 업무에 영향을 미치지 않게 하기 위하여 집회·시위를 규제하는 것은 허용되지만 반드시 구체적인 한계를 정해서 규제를 하여야 하며(Cox v. Louisiana, 379 U.S. 536(1965), 연방대법원 청사 주변의 건물에서 피켓

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

6. 방법규제와 명백하고도 현존하는 위험

넷째, 우리 헌법재판소는 시위의 개념을 두 가지로 나눈다. 즉, “도로·광장·공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행함으로써 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위”로서의 「행진시위」와, “위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는” 「위력시위」가 그것이다. 문제는 후자의 경우로, 여기에는 장소적 개념은 고려되지 않으며, 따라서 공중이 자유롭게 통행할 수 없는 장소라 하더라도 그 집회의 방법이 일정한 위력이나 기세를 동원하는 경우라면 시위에 해당한다고 보고, 이에 집시법의 적용을 인정한다⁵¹⁾는 점이다. 이러한 판단은 대학구내에서의 집회·시위가 그 주된 적용대상으로, 역사적으로 대학의 자치라는 이념에 의하여 엄격한 보호의 대상이 되어 왔던 대학내 시위에 대하여 집시법 등 일반행사법이 적용되고 대학구내에 경찰력이 투입될 수 있는 여지를 마련해 두고 있는 것이다.

실제, 위력의 개념은 집회의 당연한 필요요소이다. 집회의 목적이 내적 단합을 도모할 뿐 아니라 외부적으로 동조자를 획득하거나 일반대중에 영향을 미치고자 하는 것도 지향한다면, 집회에 참여한 참가자의 수, 즉 군중의 크기 그 자체가 위력이며 경우에 따라 어떠한 퍼포먼스를 한다든지, 외부인에 대하여 어떠한 접촉이나 대화를 도모한다는지 하는 것 모두가 위력에 해당한다. 문제는

탕하며 행진하거나 유인물을 나누어 주는 것 정도는 허용되어야 한다고 본다. U.S. v. Grace, 461 U.S. 171(1983) 사실 외국의 경우에는 일정한 시설로부터 몇 미터 이내 등과 같이 절대적인 기준에 의하여 집회나 시위를 금지하는 예는 거의 없다. 오히려 그 업무의 정상적인 수행을 방해하거나 인원의 안전을 위태롭게 하는가의 여부를 중심으로 판단할 뿐이다.

51) 헌재 1994. 4.28. 선고 91헌바14 결정.

그 위력이 사회질서를 혼란하게 할 경우에는 그것이 단순집회든, 행진시위든 관계없이 형사벌적 처벌의 대상이 되어야 하며, 이 판단은 집회의 목적과 위력의 양상 그리고 사회질서의 상관계속 속에서 구체적 타당성을 가지고 이루어져야 한다는 점이다. 그럼에도 헌법재판소(뿐만 아니라 우리 법제 전체)가 위력시위라는 개념을 별도로 설정하여 그에 대한 일의적 규제를 행하고자 하는 것은 반헌법적일 뿐 아니라 법의 구체적 타당성의 요청까지도 저버리는 일이다.

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

이 점과 관련하여 미국연방대법원의 판단은 의미 있다. 연방대법원은 시오니스트 유대인, 흑인, 루즈벨트행정부 등에 대해 ‘끈적거리는 찌꺼기’, ‘뱀’, ‘빈대’ 등의 표현을 사용하며 비난하면서 청중들을 격앙시키는 한편, 반대의 입장을 가진 사람들로 하여금 이에 대항하여 그 연설을 저지하기 위하여 폭력을 사용하게 만드는 등 사회질서를 교란시킨 Terminiello의 연설에 대해 평화교란죄(breach of peace)를 적용할 수 없다고 선고하였다. 이 판결에 의하면 “공공의 불편, 짜증 또는 불안을 훨씬 상회하는 중대한 실질적 해악을 야기할 가능성이 있는 명백하고 현존하는 위험이 제시되지 않는 한” 그 발언은 보호되어야 한다고 한다.⁵²⁾

실제 미국연방대법원의 입장에서는 어떠한 집회나 시위로 인하여 사회적 위험이 발생할 우려가 있는 경우 그 집회나 시위 자체를 금지하거나 제어하기 보다는 발생이 예상되거나 발생하고 있는 위험 그 자체를 억제하거나 통제하는 것이 바람직하다고 본다.⁵³⁾ 혹은 일부의 비평가들은 미국연방대법원의 표현의

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

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

자유에 대한 법리적용은 표현의 자유에 대한 보호가 가장 덜 필요한 시기에 가장 많은 보호를 하는 형태로 운영되는 경향을 보인다고 비아냥거리기도 한다. 하지만, 그럼에도 불구하고 오늘날에 있어 미국연방대법원의 명백하고도 현존하는 위협의 법리는 표현의 자유를 보호하는 최선의 이론으로 그 역할을 다하고 있다. 그것이 대표적으로 나타나는 것이 앞서 설명한 *Brandenburg v. Ohio*⁵⁴⁾ 사건이다. 이 사건은 그 이전까지 서로 혼착되어 명확한 구분이 이루어지지 못했던 명백하고도 현존하는 위협의 법리⁵⁵⁾와 단순한 옹호발언(advocacy)/선동(incitement)의 구분론⁵⁶⁾을 별개의 지표로 분리시키고 이 양자의 중첩적용을 통해 표현의 자유에 관한 제한의 법리를 도출하였다. 즉, 종래에는 위협의 발생여부의 명확성·현존성만 가지고 판단하던 법리를 세분하여 이중의 보호장치를 만들고 이를 바탕으로 가장 강도 높게 표현의 자유를 보장한 판결로 손꼽힌다.

이에 의하면 제1단계 심사로 어떠한 표현이 불법한 행동을 즉각적으로(imminent) 초래하거나 혹은 만들어낼 가능성이 있는 경우를 판단한다. 제2단계심사는 그 표현이 행동을 직접 옹호하는 것인지 아니면 추상적인 원칙에 대한 주장인지를 판단한다. 즉, 어떠한 표현이 불법적인 행동을 초래하거나 만들어내는 것을 직접 목적으로 지향(의도)하는 경우 규제의 대상이 된다고 보는 것이다. 그래서 이 기준에 의할 때 단순한 위법의 옹호(mere advocacy of lawlessness)까지도 헌법적 보호의 대상이 되고 있다.⁵⁷⁾

그리고 이러한 판단은 아직까지도 미국에서의 집회와 시위에 대한 규제의 법리로써 여전히 타당하다. 실제 이는 독일의 경우에도 크게 다르지 않다. 물론 미국보다는 완화된 법리를 채택하여 현존성의 요건에 이르지 못하고 있지만, 그럼에도 불구하고 집회나 시위를 금지하기 위해서는 그로 인하여 사회질서가 직접 위협에 노출되어야 할 것을 요구하고 있다. 즉, 그로 인하여 사회질서가 위협에 빠지게 될 가능성은 단지 간접증거 내지 억측에 의해서 판단되어서는 아니되며, 언제나 개별적 구체적으로 이루어지는 위협예측에 기해야 한다고 본

54) 395 U.S. 444(1969).

55) *Abrams v. U.S.* 250 U.S. 616(1919)에서의 Holmes 대법관의 반대 의견.

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

57) Smolla and Nimmer, id., p.3-93.

다.⁵⁸⁾ 또한 집회가 야기하는 위험성의 여부는 집회의 주최자 또는 지지자의 입장에서 판단할 것을 요구한다. 즉, 집회의 주최자 내지 그 지지자가 폭력행위를 의도하거나 혹은 타인의 폭력적 행위를 적어도 용인하고 있다는 판단이 고도의 개연성을 가지고 성립하는 경우에 그 집회는 비로소 “평온성”을 상실한 것이 되며 따라서 이에 기반하여 그 집회는 금지될 수 있다고 보는 것이다.⁵⁹⁾

※ 언론의 자유에 대한 미국연방대법원의 입장 정리⁶⁰⁾

1. 의사소통적 효과를 규제하는 경우<소위 내용규제>

1) 헌법에 의해 보호되지 않는 범주에 해당하는 경우

① 필수적인 주의 이익(Compelling interest)을 달성함에 필요한 경우 → <합헌>

② 필수적인 주의 이익(Compelling interest)을 달성함에 필요하지 않는 경우 → <위헌>

2) 헌법에 의해 보호되지 않는 범주에 해당하지 않는 경우

③ 필수적인 주의 이익(Compelling interest)을 달성함에 필요한 경우 → <합헌>

④ 필수적인 주의 이익(Compelling interest)을 달성함에 필요하지 않는 경우 → <위헌>

2. 의사소통적 효과를 규제하는 것이 아닌 경우<소위 방법규제>

1) Public Forum인 경우

⑤ 중요한 주의 이익(significant state interest)을 증진시키기 위해 엄격하게 입안된(narrowly drawn) 경우 → <합헌>

58) BVerfGE 69, 315.

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

- ⑥ 중요한 주의 이익(significant state interest)을 증진시키기 위해 엄격하게 입안되지(narrowly drawn) 아니한 경우 → <위헌>

2) Public Forum이 아닌 경우

- ㉠ 대안적 통로(alternative channels)가 제시된 경우
- ⑦ 수단과 정당한 주의 목표 사이에 합리적인 연관이 있는 경우 → <합헌>
- ⑧ 수단과 정당한 주의 목표 사이에 합리적인 연관이 없는 경우 → <위헌>
- ㉡ 대안적 통로(alternative channels)가 제시되지 아니한 경우
- ⑨ 중요한 주의 이익(significant state interest)을 증진시키기 위해 엄격하게 입안된(narrowly drawn) 경우 → <합헌>
- ⑩ 중요한 주의 이익(significant state interest)을 증진시키기 위해 엄격하게 입안되지(narrowly drawn) 아니한 경우 → <위헌>

IV. 결론

이상과 같은 미국연방대법원의 표현의 자유 혹은 그 분파영역으로서의 집회·시위의 자유에 대한 법리는 우리 헌법학계에서는 거의 수정이나 비판되지 않은 채 그대로 소개되어 왔다. 그 법리의 주요한 용어나 핵심적인 내용은 헌법학계 혹은 강단헌법학에서 주술처럼 되내어져 왔다. 그러나 이러한 “헌법학적”인 현상에도 불구하고 실제 집시법을 바라보는 시각은 상당히 왜곡된 채 오늘에 이르고 있다. 우리나라의 집시법은 1962년 제정된 이래 집회 및 시위를 헌법상의 기본권이라는 맥락에서가 아니라 사회질서의 교란행위 내지는 사회안

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

전의 적이라는 관점에서 접근하여 왔다. 예컨대, 1962년 제정된 이래 집시법은 “집회 및 시위를 보호하고”라는 문구와 더불어 “공공의 안녕과 질서를 유지함”이라는 대항적 이익을 명시하고 있을 뿐 아니라, 신고제를 도입하였음에도 불구하고 그 신고의 성격을 경찰서장의 재량에 달린 허가제의 방식으로 운영할 수 있는 여지를 부여함으로써 실질적인 집회금지법으로서의 성격이 강한 채 존속되어 왔었던 것이다.

그래서 그동안 집시법에 대해서는 ① 실질적으로 헌법이 금지하고 있는 허가제에 해당하는 형태로 신고제를 규정, 운영해 왔으며⁶¹⁾ ② 헌법구조상으로도 집회·시위를 필요악으로 오해할 수 있는 구조로 만들었다는 문제가 있으며, ③ 위력시위, 폭력시위 개념이 불명확하여 남용의 우려가 있을 뿐 아니라, ④ 주요 도로에서의 집회제한, 소음규제, 학교 등 주변지역에서의 집회제한 등 지나친 제한규정으로 점철되어 있으며, ⑤ 집회금지통고제도 등이 경찰청장에게 지나친 재량권을 부여하는 방식으로 규정되어 남용·오용의 가능성이 항존하며 ⑥ 절대적 집회금지사유로 위헌정당의 목적을 달성하기 위한 집회 등으로 규정하고 있으나 그 개념 자체가 애매·모호함으로 인하여 자의적 집행의 가능성을 열어두고 있으며,⁶²⁾ ⑦ 집회시간(특히 야간집회)을 절대적으로 제한하는 등 위헌적인 요소가 적지 않은 것으로 지적되어 왔다

실제 1980년대 중반이후 우리 사회는 하루가 다르게 민주화의 역정을 달려

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

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

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

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

한마디로 현행 집시법은 경찰청의 의견을 바탕으로 한 것 이상으로 집회·시위에 대하여는 적대적이며 행정규제-경찰질서규제에는 친화적인 것으로 되어 있다. 그것은 행정편의주의에 입각하여 집회·시위와 관련한 모든 행정조치의 판단권한이 경찰관서에 일임되어 있음에서 잘 나타난다. 즉, 경찰관서의 재량적(혹은 자의적) 판단에 의하여 거의 대부분의 집회·시위의 운명이 결정되는 구조를 갖추고 있는 것이다. 물론 개정법률은 이러한 비판을 완화하기 위해서인지 「집회·시위자문위원회」를 두고 있으나(제21조의2), 그것으로 적법절차의 요청이 충족될 수 있는 것은 아니다.

이런 점을 종합하자면, 현행 집시법은 기존의 집시법이 안고 있던 문제점을 더욱 가중시키면서 집회·시위의 자유를 보장하고 있는 우리 헌법의 기본취지를 불식시키고 있다. 집회·시위를 국민의 기본적 권리로서 국가가 그 실현을 최대한 보장하여야 할 의무를 지고 있는 것으로 인식하기보다는, 단순한 사회적 필요악 정도로 인식하면서 그것을 사회질서 혹은 일반인의 재산권적 권리에 종속되는 하위의 권리로 규정하는 우를 범하고 있는 것이다.

뿐만 아니라, 행정과정 특히 기본권을 제한하는 행정처분이 이루어지는 과정에서 필연적으로 요청되는 적법절차의 원리 또한 제대로 구현하고 있지 못하다. 즉, 집회·시위라고 하는 기본권적 권리의 제한을 법원이나 기타 중립적인 기관의 판단에 의하지 않고 오로지 경찰관서장의 자의적·재량적 판단에만 일임하는 한편, 그 중요한 일방당사자인 주최자측에 대하여는 처분이 있기 이전에 자신의 의견을 제시하거나 자신에 유리한 자료·증거를 제출할 수 있는 그 어떠한 기회도 허여하지 않고 있는 것이다.

더불어 현행 집시법이 집회·시위를 제한하는 방식 또한 ‘주요도로’, ‘대통령령이 정하는 소음기준’, ‘100m’ ‘주거지역’ ‘학교’ ‘군사시설’ 등 절대적 금지의 방법을 취함으로써 과잉금지의 원칙에 위반되는 한편, 입증책임의 전환법리에도 위반하고 있다. 이에 개정법률은 전체로서 반인권적이고 반헌법적인 것이며, 따라서 그것은 전면위헌판단과 더불어 폐지되어야 할 주요 악법 중의 하나라 할 것이다.

여기서 이러한 집시법에 대한 교정의 노력은 이제는 더 이상 선택사항이 아니게 되었다. 왜냐하면 2004년 1월 개정된 집시법은 집회·시위의 가능성을 너무도 협소하게 축소시켜 버려 시민사회가 정치과정에 자신의 의사를 제시하고 이를 통하여 정치적으로 참여할 수 있는 여지를 상당 부분 박탈해 버렸기 때문이다. 그동안 우리 사회의 민주화를 이끌어 왔던 시민사회의 추동력이 이 과정에서 합법성의 이름하에 스러져 버릴 가능성이 적지 않은 것이다. 이에 시민불복종은 적어도 이 집시법에 관한 한 가장 유효한 저항의 수단을 제공할 뿐 아니라, 유일한 대안으로서 존재하게 된다. 즉, 개정집시법이 규율하고자 하는 대상인 집회·시위 그 자체가 시민사회가 정치영역에 대하여 자신의 의사를 표현하는 방법이며, 이 점에서 집시법의 오류에 대한 항거는 논리필연적으로 그 오류를 거부하는 방식을 이루어질 수밖에 없는 것이다.

[논문투고일 : 2009. 2. 24, 논문심사일 : 2009. 6. 17, 게재확정일 : 2009. 6. 19.]

▶ **주제어** 집회 및 시위의 자유, 표현의 자유, 사법 심사, 민주주의와 인권, 규제수단의 한계

■ 참고문헌 ■

- 김 욱, “영화에서의 사전검열금지의 원칙과 표현의 자유의 한계-2000헌가 9 위헌법률심판제청사건에 부쳐-,” 민주법학 제19호, 2001
- 안경환, “표현의 자유와 사전제한-미국 헌법이론을 중심으로,” 인권과정의 제 153호, 1989
- 양 건, 헌법연구, 법문사, 1995
- 이인호, “표현의 자유와 검열금지의 원칙: 헌법 제21조 제2항의 새로운 해석론,” 법과사회 제15호, 1997
- 임재홍, “시위의 자유의 범위와 한계(상),” 인권과정의, 1991.3.
- 조병인, 집회 및 시위의 보장과 규제에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2002
- 한상희, “집회 및 시위의 자유, 그 헌법상의 의미” 일감법학 제11호 2007
- Thomas. I. Emerson, System of Freedom of Expression, Random House, New York, 1970
- Edwin C. Baker, Human Liberty and Freedom of Speech(Oxford: Oxford University Press, 1989)
- C. Sunstein, Democracy and the Problem of Free Speech(New York: Free Press, 1993)
- A. Meoklejohn, “Testimony on the Meaning of the First Amendment,” in: A. Meoklejohn, Political Freedom: The Constitutional Powers of the People(New York: Oxford University Press, 1965)
- S. H. Shiffrin, and J. H. Choper, The First Amendment: Cases-Comments-Questions, 2nd ed.(St. Paul: West Publishing Co. 1996)
- Stone, Seidman, Sunstein, and Tushnet, Constitutional Law(Boston: Little Brown and Co., 1991),
- C. Sunstein, Democracy and the Problem of Free Speech(New York: Free Press, 1993)
- Tribe, American Constitutional Law, 2nd. ed
- Ely, "A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing In First

Amendment Analysis," Harvard Law Review, vol.88, 1975

Ronnie J. Fischer, "'What's in a Name?': An Attempt To Resolve the
"Analytic Ambiguity" of the Designated and Limited Public Fora,"
Dickinson Law Review, Vol.107, Winter 2003

S. L. Emanuel, Constitutional Law(New York: Aspen Publishers, 2002)

Dietel, Gintzel, Kniesel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit (Carl
Heymann Verlag, 1991)



Right to Assembly and Demonstration
- With Some American Experiences

Sang Hee Han

(Professor, Konkuk University Law School)

This paper deals with constitutional problems of the reactionary measures that the current regime has made against people's political opposition to the Beef Agreement between Korea and U.S. Oppressive ruling against the so-called "candle light protest rally" is one of the most anti-democratic oppression of the regime. The regime even goes so far to say "culture of importunateness", which has, it said, caused economic unefficiency to lessen the growth rate of GDP by 1% point.

The Law on Assembly and Demonstration has been the most effective normative tool for such anti-democratic law enforcement. It prescribes that all assembly and demonstration should be licensed by a head of police station, who may exercise so much wide discretion. It substantially prohibits any assembly and demonstration after sunset and before sunrise. It does not know any part of the present and clear danger doctrine, so the police can order dissolution of any assembly and demonstration at his will, and arrest any one when he/she declined to obey the order.

This paper tries to show any clause of the Law can hardly escape from the review of constitutionality. It lacks clearance and concreteness, which means that it shall be void on its face. The clauses and words of the law is not narrowly tailored. It does not know any less restrictive alternative

doctrine. It does not require clear and present danger to compelling interest for banning the assembly and demonstration. None of criteria of constitutionality test for the U.S. Supreme Court would not let the law valid.

▶ Key words right to assembly and demonstrate, right to express,
judicial review, democracy and human rights,
limit of method regulation