

가. 사건의 개요

(1) 제청신청인은 2008. 5. 9. 19:35경부터 21:47경까지 야간에 옥외에서 미국산 쇠고기 수입반대 촛불집회를 주최하였다는 등의 이유로 집회및시위에관한법률위반 등 혐의로 기소되었다(서울중앙지방법원 2008고단3949). 제청신청인은 1심 계속중 제청신청인에게 적용된 ‘집회 및 시위에 관한 법률’ 제10조, 제23조 제1호가 헌법상 금지되는 집회의 사전허가제를 규정한 것으로서 헌법에 위반된다고 주장하며 위헌법률심판 제청신청(서울중앙지방법원 2008초기2418)을 하였다.

(2) 서울중앙지방법원은 위 법률조항들이 당해사건 재판의 전제가 되고, 위헌이라고 인정할 만한 상당한 이유가 있다며 2008. 10. 13. 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

나. 심판의 대상과 관련 조항

이 사건 심판의 대상은, ‘집회 및 시위에 관한 법률’(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것, 이하 ‘집시법’이라 한다) 제10조 중 ‘옥외집회’ 부분 및 제23조 제1호 중 ‘제10조 본문의 옥외집회’ 부분(이하 위 두 조항을 합하여 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

제청법원은 법 제10조 및 제23조 제1호 전체에 대하여 위헌법률심판제청을 하였으나, 그 법률조항들 중 제청신청인에게 적용된 부분은 ‘옥외집회’에 관한 부분이라고 보이므로 심판의 대상을 위와 같이 한정한다.

이 사건 심판대상 법률조항들 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상 법률조항]

집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것)

제10조(옥외집회와 시위의 금지 시간) 누구든지 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니 된다. 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.

제23조(벌칙) 제10조 본문 또는 제11조를 위반한 자, 제12조에 따른 금지를 위반한 자는 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.

1. 주최자는 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금

[관련 조항]

집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "옥외집회"라 함은 천장이 없거나 사방이 폐쇄되지 않은 장소에서의 집회를 말한다.

2. "시위"라 함은 다수인이 공동목적을 가지고 도로·광장·공원등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행하거나 위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위를 말한다.

3. 내지 6. 생략

제6조(옥외집회 및 시위의 신고 등) ① 옥외집회나 시위를 주최하려는 자는 그에 관한 다음 각 호의 사항 모두를 적은 신고서를 옥외집회나 시위를 시작하기 720시간 전부터 48시간 전에 관할 경찰서장에게 제출하여야 한다. 다만 옥외집회 또는 시위 장소가 두 곳 이상의 경찰서의 관할에 속하는 경우에는 관할 지방경찰

청장에게 제출하여야 하고, 두 곳 이상의 지방경찰청 관할에 속하는 경우에는 주최지를 관할하는 지방경찰청장에게 제출하여야 한다.

각호 생략

② 내지 ⑤ 생략

2. 법원의 위헌법률심판 제청이유 및 이해관계기관의 의견

가. 법원의 위헌법률심판 제청이유

(1) 집시법 제10조는 야간옥외집회를 미리 금지하고 일정한 요건을 갖춘 경우에 관할경찰서장이 예외적으로 허용할 수 있도록 하는바, 이는 헌법 제21조 제2항이 절대적으로 금지하고 있는 집회에 대한 사전허가제에 해당하고, 집회의 자유를 본질적으로 침해하는 것이다.

(2) 집시법 제10조가 규정하는 옥외집회 금지 시간이 해가 진 이후부터 해가 뜨기 전까지로 하루의 절반이나 되어 ‘예외’라고 보기에 너무 넓고, 적지 않은 국민들이 주간에 학업이나 생업에 종사하고 있는 상황에서 야간 옥외집회가 금지된다면 집회의 자유라는 정치적 기본권이 형해화될 수밖에 없다. 한편 집시법은 집회에 대한 사전신고제 규정(집시법 제6조, 제7조, 제8조, 제9조), 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한 불법집회 등의 금지 규정(집시법 제5조), 집회금지장소 규정(집시법 제11조), 교통소통을 위한 제한규정(집시법 제12조), 확성기 등 사용의 제한 규정(집시법 제14조) 등을 두고 있는바, 이러한 규정들을 유효 적절하게 운용할 경우 집회에 대한 적절한 제한을 가할 수 있다. 그럼에도 야간옥외집회를 원칙적으로 금지하는 집시법 제10조는 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉금지원칙에도 위반하여 집회의 자유를 침해하는 것이다.

나. 법무부장관의 의견

(1) 헌법 제21조 제2항이 규정하는 집회에 대한 사전허가제 금지의 해석은 집회의 자유의 최대한 보장과 공공의 안전 및 제3자의 권리 보호가 조화를 이루는 방향으로 이루어져야 한다. 일반적 집회는 신고만 하면 개최가 가능하도록 하여 원칙적으로 허용하되, 야간이라는 시간적 특수성과 옥외집회라는 장소적 특수성을 고려하여 야간 옥외집회를 금지하는 것은 사전허가제 금지에 반하지 아니한다.

(2) 집시법 제10조는 공공의 안녕질서 유지, 집회의 폭력화 방지 및 제3자의 권리 보장 등을 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 야간옥외집회를 원칙적으로 금지하고 일정한 조건이 충족된 경우 예외적으로 허용하도록 한 것은 야간옥외집회를 통해 발생할 수 있는 과생적 혼란 및 사고 방지에 효과적인 수단이라 할 것이므로 수단의 적절성 또한 인정된다. 또한 집시법 전체의 체계에 비추어 보면 위 조항에 의하여 규제되는 집회의 범위는 넓지 아니하고, 집회의 성격상 야간개최가 부득이하다는 사정이 인정되면 질서유지를 위한 조건을 붙여 야간집회를 할 수 있게 하여 기본권 침해가 최소화하고 있으므로 최소침해성 원칙에도 반하지 않는다. 나아가 위 조항은 사실상 신고제와 같이 운용되고 있고, 학문, 예술 등에 관한 집회에는 위 조항이 적용되지 않을 뿐만 아니라 야간이라도 옥내집회는 일반적으로 허용된다는 점에서 위 조항으로 인한 사익의 침해는 공공의 안녕질서 유지 및 제3자의 기본권 보호 등 달성되는 공익과 적절한 균형관계를 갖추고 있다고 할 것이므로 법익균형성도 인정된다. 결국 집시법 제10조는 과잉금지 원칙에 위배하여 집회의 자유를 제한하는 것이라 볼 수 없다.

다. 경찰청장의 의견

(1) 헌법 제21조 제2항이 규정하는 집회에 대한 허가 금지가 모든 사전제한을 금지하는 것은 아니고, 타인의 기본권 침해 가능성이 큰 집회의 자유의 특성에 비추어 집회에 대한 허가금지는 언론·출판에 대한 허가금지에 비하여 완화된 기준을 적용하여야 하며, 헌법 제37조 제2항과의 관계에서 헌법 제21조 제2항은 집회의 자유의 본질적 내용을 침해하는지 여부의 문제로 이해해야 한다.

(2) 집회 및 시위의 자유는 다수인의 집단행동에 관한 것이기 때문에 공공의 안녕질서 및 법적 평화와 충돌될 가능성이 크고, 특히 야간의 옥외집회 및 시위는 ‘야간’이라는 상황적 특수성과 ‘옥외집회·시위’의 속성상 주간의 경우보다 공공의 안녕질서를 침해할 수 있는 개연성이 높으므로 법 제10조가 공공의 안녕질서 유지를 위하여 야간의 옥외집회 및 시위를 제한하는 것은 정당한 목적 달성을 위한 적절한 수단이라 할 것이며, 선진 각국의 입법례에 비추어 살펴보아도 과도한 제한이라고 볼 수 없다. 한편 법 제10조로 인하여 침해되는 사익은 매우 경미함에 비하여 달성되는 공익은 폭력집회 등을 방지하고, 집회 지역 인근 거주자 등 시민들의 주거환경권 등을 보호하여 공공의 안녕질서를 유지한다는 것으로 현저히 크다. 따라서 이 사건 법률조항들이 과잉금지원칙에 위배하여 집회 및 시위의 자유를 제한하거나 집회의 자유를 본질적으로 침해하여 헌법이 금지하는 허가를 규정한 것으로 볼 수 없다.

3. 이 사건의 쟁점

가. 옥외집회에 관한 헌법 및 법률조항

우리 헌법은 처음 제정되었을 때부터 지금까지 줄곧 집회의 자유를 기본권으로 보장하여 오면서 옥외집회에 대한 규제와 집회허가제에 대해서는 아래 표(1)과 같

이 변천하여 왔다.

표(1) 집회의 자유와 옥외집회, 집회허가제에 관한 헌법 규정	
제헌 헌법	제13조 모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 언론·출판·집회·결사의 자유를 제한받지 아니한다.
1960.6.15. 개정 헌법	제13조 모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 언론·출판·집회·결사의 자유를 제한받지 아니한다. 제28조 ② 국민의 자유와 권리는 질서유지와 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다. 단, 그 제한은 자유와 권리의 본질적인 내용을 훼손하여서는 아니되며, 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가를 규정할 수 없다.
1962.12.26. 개정 헌법	제18조 ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다. ② 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다. 다만 공중도덕과 사회윤리를 위하여 영화나 연예에 대한 검열을 할 수 있다. ③ (생략) ④ 옥외집회에 대하여는 그 시간과 장소에 관한 규제를 법률로 정할 수 있다.
1972.12.27. 개정 헌법	제18조 모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 언론·출판·집회·결사의 자유를 제한받지 아니한다.
1980.10.27. 개정 헌법	제20조 ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.
1987.10.29. 개정 헌법	제21조 ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다. ②언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.
※ 헌법이 개정되었더라도 집회의 자유와 옥외집회, 집회허가제에 관하여 변동이 없는 경우에는 생략하였음	

1962. 12. 26. 개정된 헌법 제18조 제4항에서 옥외집회에 대한 시간과 장소를 법률로 규제할 수 있도록 하자, 1962. 12. 31. 제정된 집시법은 제6조에서 일출 전,

일몰 후(현행 집시법 상으로는 ‘해가 뜨기 전이나 해가 진 후’로 문구만 바뀌었는데, 이하에서는 ‘야간’이라 한다) 옥외집회를 금지하고 그에 위반하는 경우에 제15조에 의하여 처벌하도록 규정하였다.

한편 1989. 3. 29. 개정된 집시법 제10조는 야간옥외집회를 여전히 금지하면서 예외적으로 허용할 수 있는 단서규정을 신설하였고, 2007. 5. 11. 개정된 집시법도 그러한 입장을 유지하고 있다. 그 변천과정은 아래 표(2)와 같다.

표(2) 집시법 중 야간옥외집회에 관한 규정의 변천	
1962.12.31. 제정된 집시법	제6조(옥외집회 또는 시위의 금지시간) 누구든지 일출 전, 일몰 후에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니 된다. 제15조 제6조의 규정에 위반한 자는 다음 구분에 의하여 처벌한다. 1. 주최자는 3년 이하의 징역 또는 6만원 이하의 벌금
1989.3.29. 개정된 집시법	제10조(옥외집회 및 시위의 금지 시간) 누구든지 일출 전, 일몰 후에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니 된다. 다만 집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고한 경우에는 관할경찰관서장은 질서 유지를 위한 조건을 붙여 일출시간 전, 일몰시간 후에도 옥외집회를 허용할 수 있다. 제20조(벌칙) 제10조 본문의 규정에 위반한 자는 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다. 1. 주최자는 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금
2007.5.11. 개정된 집시법	제10조(옥외집회와 시위의 금지 시간) 누구든지 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니 된다. 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. 제23조(벌칙) 제10조 본문을 위반한 자는 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다. 1. 주최자는 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금

나. 쟁점의 정리

이 사건 법률조항들은 헌법이 보장하는 집회의 자유에 대한 사전적 제한에 해당하므로, 집회에 대한 허가를 금지하는 헌법 제21조 제2항에 위반되는지 여부와, 집회의 자유를 과도하게 제한하여 헌법 제37조 제2항에 위반되는 것인지 여부가 문제된다.

4. 판단

가. 재판관 이강국, 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 송두환의 위헌의견

(1) 현대 대의민주국가에서의 집회의 자유의 의미와 역할

(가) 헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”고 규정하여 집회의 자유를 표현의 자유로서 언론·출판의 자유와 함께 국민의 기본권으로 보장하고 있다. 그러므로 우리 헌법상 집회의 자유는 우선, 국가에 대한 방어권으로서 집회의 주체, 주관, 진행, 참가 등에 관하여 국가권력의 간섭이나 방해로 배제할 수 있는 주관적 권리로서의 성격을 가지며, 아울러 자유민주주의를 실현하려는 사회공동체에 있어서는 불가결한 객관적 가치질서로서의 이중적 성격을 갖는다.

(나) 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하기 위하여 자유로운 인격발현을 최고 가치중의 하나로 삼는 우리 헌법질서내에서 집회의 자유는 국민들이 타인과 접촉하고 정보와 의견을 교환하며 공동의 목적을 위하여 집단적으로 의사표현을 할 수 있게 함으로써 개성신장과 아울러 여론형성에 영향을 미칠 수 있게 하여 동화적 통합을 촉진하는 기능을 가지며, 나아가 정치·사회현상에 대한 불만과 비판을

공개적으로 표출케 함으로써 정치적 불만세력을 사회적으로 통합하여 정치적 안정에 기여하는 역할을 한다. 또한 선거와 선거 사이의 기간에 유권자와 그 대표 사이의 의사를 연결하고, 대의기능이 약화된 경우에 그에 갈음하는 직접민주주의의 수단으로서 기능하며, 현대사회에서 의사표현의 통로가 봉쇄되거나 제한된 소수집단에게 의사표현의 수단을 제공한다는 점에서, 언론·출판의 자유와 더불어 대의제 자유민주국가에서는 필수적 구성요소가 되는 것이다(헌재 2009. 5. 28. 2007헌바22, 공보 제152호, 1125 이하 참조). 이러한 의미에서 헌법이 집회의 자유를 보장한 것은 관용과 다양한 견해가 공존하는 다원적인 ‘열린사회’에 대한 헌법적 결단인 것이다(헌재 2003. 10. 30. 2000헌바67, 판례집 15-2하, 41, 53).

(2) 집회의 자유에 대한 제한의 한계로서의 ‘집회에 대한 허가 금지’

(가) 헌법 제21조 제2항의 취지와 의미

1) 헌법 제21조 제2항(이하 이 사건 헌법규정이라 한다)은 “언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.”고 규정함으로써 헌법 자체에서 언론·출판에 대한 허가나 검열의 금지와 더불어 집회에 대한 허가 금지를 명시함으로써, 집회의 자유에 있어서는 다른 기본권 조항들과는 달리, ‘허가’의 방식에 의한 제한을 허용하지 않겠다는 헌법적 결단을 분명히 하고 있다.

헌법 연혁적으로 살펴보면, 집회에 대한 허가 금지조항은 위 표(1)에서 보는 바와 같이 처음으로 1960. 6. 15. 개정헌법 제28조 제2항 단서에서 규정되었으며, 1962. 12. 26. 개정헌법 제18조 제2항 본문에서 그대로 유지되었으나 1972. 12. 27. 개정헌법에서 삭제되었다가 1987. 10. 29. 개정된 현행 헌법에서 다시 규정된 것이다. 위와 같은 이 사건 헌법규정의 연혁적 변천과정, 그 중에서도 특히 1972년 소

위 유신헌법에서 삭제되었던 언론·출판에 대한 허가나 검열의 금지와 함께 집회에 대한 허가제 금지규정을 다시 부활시킨 역사적 배경 내지 정치·사회·문화적 상황 등을 종합하여 보면, 이 사건 헌법규정은, 언론·출판의 자유와 더불어 집회의 자유가 형식적·장식적 기본권으로 후퇴하였던 과거의 헌정사에 대한 반성적 고려에서, 집회의 자유가 실질적으로 보장되지 않는 한 자유민주주의적 헌정질서가 발전·정착되기는 어렵다는 역사적 경험을 토대로, 그동안 삭제되었던 언론·출판에 대한 허가나 검열 금지와 함께 집회에 대한 허가제 금지를 다시금 살려내어, 집회의 허용 여부를 행정권의 일방적·사전적 판단에 맡기는 집회에 대한 허가제는 집회에 대한 검열제와 마찬가지로 이를 절대적으로 금지하겠다는 헌법개정권력자인 국민들의 헌법가치적 합의이며 헌법적 결단이라고 보아야 할 것이다.

2) 또한 비교헌법적으로 보더라도, 이 사건 헌법규정처럼 헌법자체에서 집회의 자유에 대하여 허가제금지를 규정하고 있는 입헌례는 우리나라와 독일을 제외하고는 그 유례를 찾기 어려울 정도로 매우 드문 경우인 바, 현행 헌법이 이처럼 매우 독특한 입헌례를 가지게 된 이유는 앞서 본 바와 같이 과거의 헌정사에 대한 반성에서 집회의 자유를 더욱 철저하게 보장하기 위한 헌법적 결단이므로 이 사건 헌법규정을 해석함에 있어서는 이러한 비교법적 연구의 결과도 충분히 감안되어야 할 것이다.

3) 따라서 이 사건 헌법규정은 헌법 자체에서 직접 집회의 자유에 대한 제한의 한계를 명시하고 있으므로 기본권 제한에 관한 일반적 법률유보조항인 헌법 제37조 제2항에 앞서서, 우선적이고 제1차적인 위헌심사기준이 되어야 하는 것이다.

따라서, 집회의 자유를 제한하는 법률규정이 비록 헌법 제37조 제2항이 정하고 있는 기본권제한의 요건을 갖추고 있다고 하더라도, 그것이 허가제의 방식을 취하고 있다면 그 법률규정은 이 사건 헌법규정에 위반되는 것이어서 허용될 수 없는 것이다.

(나) 이 사건 헌법규정에 의하여 금지되는 ‘집회’에 대한 허가의 의미

1) 우선 옥내집회에 대하여 허가가 금지되는 것은 물론이다. 옥외집회에 관하여는 현행 헌법 자체가 특별한 의미를 가지고 있다. 즉 위 표(1)에서 보는 바와 같이, 1962. 12. 26. 개정헌법 제18조 제2항에서 집회에 대한 허가 금지를 규정하는 한편, 같은 조 제4항에서 “옥외집회에 대하여는 그 시간과 장소에 관한 규제를 법률로 정할 수 있다.”는 개별적 법률유보규정을 두었으나, 1980. 10. 27. 개정 헌법에서는 같은 취지의 규정을 두지 아니하였고 현행 헌법에서도 이 사건 헌법규정에서 집회에 대한 허가 금지를 규정하였을 뿐 옥외집회에 대하여 특별히 개별적 법률유보조항을 두고 있지 아니한바, 이는 현행 헌법에서는 옥외집회에 대하여 그 시간과 장소에 관하여 특별히 개별적 법률유보에 의한 제한을 하지 않겠다는 헌법개정권력자인 국민들의 헌법적 선택과 결단의 결과라고 보아야 할 것이다. 따라서 옥외집회에 대한 시간과 장소에 관한 규제부분을 해석함에 있어서는 이 부분에 관한 헌법규정의 연혁적 변천과정까지도 주목하고 감안해야 할 것이다.

2) 현행 헌법에서는 위에서 본 바와 같이 옥외집회의 시간과 장소에 관하여 개별적 법률유보조항을 두지 아니하였을 뿐만 아니라, 또한 집회의 자유는 집회의 시간·장소·방법과 목적을 스스로 결정할 권리를 보장하는 것이며, 구체적으로 보호되는 주요행위는 집회의 준비 및 조직, 지휘, 참가, 집회장소·시간의 선택을

포함하는 것이다(헌재 2003. 10. 30. 2000헌바67, 83(병합) 판례집 15-2하, 41, 53-54 참조).

그러므로 결국 집회의 자유에 대한 허가금지를 규정한 이 사건 헌법규정의 취지는, 집회의 내용 그 자체를 기준으로 한 허가뿐만 아니라 집회의 시간·장소·방법을 기준으로 한 허가도 이 사건 헌법규정에 의하여 금지되는 허가에 해당하는 것으로 볼 수밖에 없는 것이다. 따라서 옥내·외의 집회나 주·야간의 집회를 막론하고 집회 전반에 걸쳐 집회에 대한 허가는 모두 이 사건 헌법규정에 의하여 금지되는 것이다. 이에 대하여 2인 재판관의 반대 견해는, 집회의 내용에 관한 규제와 집회의 시간·장소에 관한 규제를 구분하여, 집회의 내용 규제가 아닌 시간·장소에 관한 허가는 내용 중립적인 것이어서, 헌법에서 금지하고 있는 허가에 해당하지 않는다고 보아야 하며, 이렇게 해석하는 것이 언론·출판에 대한 허가나 검열금지에 관한 우리 재판소의 기존 선례와도 부합 할 것이라고 주장한다. 그러나 이러한 견해는 앞서 본 바와 같은 이 사건 헌법규정에 대한 문리해석과 연혁적 검토결과로부터는 도출되기 어려운 해석이다. 뿐만 아니라, 언론·출판에 대한 허가나 검열금지의 경우에는 표현물이 전제가 되는 것이어서 표현의 내용 그 자체가 심판대상이 되는 것이지만(헌재 2001. 5. 31. 2000헌마43, 판례집 13-1, 1167, 1179 참조), 집회의 자유는 표현내용이 선재하지 아니하는 상태에서, 공동의 목적을 가진 다수인이 일정한 장소에서 일시적으로 회합하는 행위 자체를 보호하는 것이므로(헌재 2009. 5. 28. 2007헌바22, 공보152, 1125, 1130 참조), 위와 같은 견해는, 표현물을 대상으로 하는 언론·출판의 자유와 표현물이 아닌 표현행위를 본질로 하는 집회의 자유와의 차이를 오해하고, 더욱이 집회의 자유에 있어서 집회

의 내용의 중요성뿐만 아니라 집회의 시간·장소 등이 갖는 중요성을 간과한 것이며, 그것들 상호간의 밀접연관성을 고려하지 아니한 것이어서 합당하지 않은 것이다{헌재 2003. 10. 30. 2000헌바67, 83(병합) 판례집 15-2 하, 41, 54 참조}.

(다) 이 사건 헌법규정에 의하여 금지되는 집회에 대한 ‘허가’의 의미

이 사건 헌법규정에서 금지하고 있는 ‘허가’는 행정권이 주체가 되어 집회 이전에 예방적 조치로서 집회의 내용·시간·장소 등을 사전심사하여 일반적인 집회 금지를 특정한 경우에 해제함으로써 집회를 할 수 있게 하는 제도, 즉 허가를 받지 아니한 집회를 금지하는 제도를 의미한다(헌재 2001. 5. 31. 2000헌마43, 판례집 13-1, 1167, 1179; 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506 판례집 20-1하, 397, 410 등 참조). 그러므로 이 사건 헌법규정에서 금지하고 있는 ‘허가’제는 집회의 자유에 대한 일반적 금지가 원칙이고 예외적으로 행정권의 허가가 있을 때에만 이를 허용한다는 점에서, 집회의 자유가 원칙이고 금지가 예외인 집회에 대한 신고제와는 집회의 자유에 대한 이해와 접근방법의 출발점을 달리 하고 있는 것이다{집회 신고제를 규정한 집회 및 시위에 관한 법률 제6조 제1항에 관하여 헌법재판소는 이미 2009. 5. 28. 2007헌바22 결정(공보 152호 1125이하)에서 합헌결정을 한 바 있다}. 따라서 집회에 대한 ‘허가’를 금지하고 있는 이 사건 헌법규정 속에 담겨져 있는 국민들의 가치적 합의는 집회의 자유가 행정권의 사전판단에 따라 그 허용여부가 결정되는 이상, 그것은 언론출판의 자유에 있어서 허가나 검열과 같은 것이므로 비록 그 허용여부가 행정권의 기속재량이라고 하더라도 이를 헌법자체에서 직접 금지하겠다는 헌법적 결단의 표현인 것이다.

(3) 집시법 제10조가 이 사건 헌법규정에 위배되는지 여부

(가) 집시법 제10조 본문은 “누구든지 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니된다.”고 규정하여 ‘야간옥외집회’를 일반적으로 금지하면서 그 단서에서는, “다만 집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고한 경우에는 관할경찰서장은 질서 유지를 위한 조건을 붙여 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에도 옥외집회를 허용할 수 있다.”고 규정하고 있는 바, 위 조항 본문에 의하면 야간옥외집회는 일반적으로 금지하되, 그 단서에서는 행정권인 관할경찰서장이 집회의 성격 등을 포함하여 야간옥외집회의 허용 여부를 사전에 심사하여 결정한다는 것이므로, 결국 야간옥외집회에 관한 일반적 금지를 규정한 집시법 제10조 본문과 관할 경찰서장에 의한 예외적 허용을 규정한 단서는 그 전체로서 야간옥외집회에 대한 ‘허가’를 규정한 것이라고 보지 않을 수 없고, 이는 이 사건 헌법규정에 정면으로 위반되는 것이다.

(나) 한편 집시법 제11조 내지 제14조에서도 집회의 장소, 방법 등에 관하여 집회의 자유를 제한하는 규정을 두고 있긴 하지만, 위 규정들은 집시법 제10조와 같이 행정권에 의한 사전허가의 방식으로 집회의 자유를 규제하지 아니하고, 법률에 의한 제한의 방식을 취하고 있으므로 이 사건 헌법규정에 대한 위반의 문제는 발생하지 않는다. 나아가 집시법 제11조 제4호는, 원래 국내 주재 외국의 외교기관이나 외교사절의 숙소부근에서는 옥외집회 및 시위를 절대적으로 금지하는 규정을 두었다가 헌법재판소의 위헌결정 {헌재 2003. 10. 30. 2000헌바67, 83(병합) 결정}에 따라 단서조항이 신설되는 개선입법이 이루어졌지만, 이때에도 행정권에 의한 사전허가의 방식이 아니라 법률에 의한 규제방식을 택하였을 뿐이므로, 행정권에 의한 사전허가의 방식으로 집회의 자유를 제한하고 있는 집시법 제10조와는

다르다는 점을 주목할 필요가 있다{집시법 제11조 제1호중 ‘각급 법원’부분에 관하여 헌법재판소는 2005. 11. 24. 2004헌가17 결정(판례집 17-2, 360이하)에서 합헌결정을 한 바 있다}.

(다) 다음, 야간옥외집회의 금지여부에 관한 세계적인 입법례를 살펴 보건대, 이미 앞에서 본 바와 같이 헌법자체에서 집회에 대한 ‘허가’를 금지하고 있는 나라는 우리나라와 독일의 경우뿐이지만 영국, 독일, 일본, 오스트리아 등에서도 야간옥외집회를 특별히 금지하거나 행정권에 의한 ‘허가’의 방법으로 이를 제한하는 규정을 두고 있지 않으며, 프랑스의 경우에는 밤 11시 이후의 집회만을 금지하고 있고, 러시아의 경우에도 밤 11시부터 아침 7시까지의 집회를 금지하고 있을 뿐이다. 다만 미국의 경우에는 집회 및 시위에 관하여는 연방차원이 아닌 각 주의 주법이나 시의 조례 등에 의하여 규제하고 있을 뿐이어서 우리나라의 경우와 단순 비교하기가 적절하지 않다.

따라서 전세계적으로 볼 때 야간옥외집회만을 특별히 금지하거나 ‘허가’의 방법으로 제한하는 규정을 가지고 있는 국가가 많지 않다는 점도 집시법 제10조의 위헌여부를 평가함에 있어서 고려되어야 할 것이다.

(라) 우리 재판소는 이전에 집시법 제10조가 이 사건 헌법규정에 위배되지 않는다고 판시한바 있지만(헌재 1994. 4. 28. 91헌바14, 판례집 6-1, 281, 302), 위 선례는 앞서 본 바와 같은 집회의 자유에 대한 자유민주주의 국가에서의 현대적 의의와 기능 및 이 사건 헌법규정에 담긴 국민들의 헌법의지에 대하여 충분히 고려하지 않은 채, 제2차적인 위헌심사 기준이며 일반적 법률유보조향인 헌법 제37조 제2항의 위반여부만을 주된 쟁점으로 삼아 판단한 것에 불과하므로, 변경되어야 할

것이다.

(4) 소결

(가) 집시법 제10조 중 ‘옥외집회’ 부분은 이 사건 헌법규정에 의하여 금지되는 허가제를 규정한 것으로서 헌법에 위반되고, 따라서 헌법에 위반되는 집시법 제10조 본문의 ‘옥외집회’ 부분을 위반한 경우에 적용되는 처벌조항인 집시법 제23조 제1호 중 ‘제10조 본문의 옥외집회’ 부분도 헌법에 위반된다.

(나) 끝으로 덧붙이자면, 집회의 자유는 현대 대의민주국가에서 민주적 공동체의 필수적 구성요소이기 때문에 고도로 보장되어야 할 기본권이지만, 다른 한편 집회의 자유는 다수인이 집단적 형태로 의사를 표현하는 것이므로 공공의 질서 내지 법적 평화와 마찰을 일으킬 가능성이 상당히 높은 것이어서, 집회의 자유에 대한 일정 범위내의 제한은 불가피할 것인바, 그러한 경우에는 헌법이 직접 금지하고 있는 허가제 이외의 방법으로 관련 법익들을 비교형량하여 그러한 법익들이 실제적 조화의 원칙에 따라 모두 동시에 최대한 실현될 수 있도록 정리·정돈되어야 할 것이다. 또한 특별히 강조되어야 할 점은, 우리 헌법상 집회의 자유에 의하여 보호되는 것은 오로지 ‘평화적’ 또는 ‘비폭력적’ 집회에 한정되는 것이므로 {헌재 2003. 10. 30. 2000헌바67, 83(병합) 판례집 15-2하, 41, 53 참조} 집회의 자유를 빙자한 폭력행위나 불법행위 등은 헌법적 보호범위를 벗어난 것인 만큼, ‘집회 및 시위에 관한 법률’, 형법, 국가보안법, ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’, 도로교통법 등에 의하여 형사처벌되거나 민사상의 손해배상책임 등에 의하여 제재될 수 있을 것임은 말할 나위가 없는 것이다.

나. 재판관 조대현, 재판관 송두환의 위헌보충의견

(1) 우리는 이 사건 법률조항들은 헌법 제21조 제2항에 위반될 뿐만 아니라 집시법 제10조 본문이 야간옥외집회를 일반적·전면적으로 금지하고 있는 점은 헌법 제37조 제2항에도 위반된다고 생각한다. 이 사건 법률조항들이 헌법 제21조 제2항에 위반된다고만 선언할 경우에, 국회가 집시법 제10조 단서를 삭제하면 행정청이 집회의 허부를 결정하는 허가제에 해당되지 않게 되어 헌법 제21조 제2항에 위반되는 점은 해소되지만, 집시법 제10조 본문이 야간옥외집회를 일반적·전면적으로 금지하고 있는 점의 위헌성은 해소되지 않게 된다. 그러므로 이 사건 법률조항들이 헌법 제21조 제2항에 위반된다고 선언할 뿐만 아니라 더 나아가 집시법 제10조 본문이 야간옥외집회를 일반적·전면적으로 금지하고 있는 점도 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 선언할 필요가 있다고 생각한다.

(2) 그러므로 집시법 제10조 본문이 헌법 제37조 제2항에 위반된다는 이유를 추가로 설명하고자 한다.

집시법 제10조 본문이 야간옥외집회를 일반적으로 금지하고 있는 이유는 야간옥외집회가 집단적인 행동으로 공공질서나 타인의 법익을 침해할 개연성이 높기 때문에 그러한 위헌성을 예방할 필요가 있다는 것이다.

그러나 헌법과 집시법은 평화적인 집회만을 보호하는 것이고 집회과정에서 공공질서나 타인의 법익을 침해하는 경우에는 형법 기타의 법률에 의하여 처벌대상으로 되기 때문에, 공공질서나 타인의 법익을 침해할 위험이 있다고 하여 집회를 금지할 필요가 있다고 할 수 없다. 집시법은 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한 집회 또는 시위를 금지하고(제5조), 모든 옥외집회를 48시간 전에 신고하게 하며(제6조), 옥외집회가

신고된 경우에 공공의 질서유지를 위하여 필요한 경우에는 질서유지선을 설정할 수 있도록 하고(제13조), 집회의 주최자나 참가자가 타인에게 심각한 피해를 줄 수 있는 소음을 발생시키는 것을 금지하면서 이에 위반하는 경우 관할경찰서장이 확성기 사용 중지 등 필요한 조치를 할 수 있도록(제14조) 규정하고 있으므로, 공공질서나 타인의 법익을 침해할 위험을 방지하기 위하여 야간옥외집회를 원천적으로 금지할 필요가 있다고 볼 수 없다.

그리고 집회의 자유는 개인의 사회생활과 여론형성 및 민주정치의 토대를 이루고 소수자의 집단적 의사표현을 가능하게 하는 중요한 기본권이기 때문에 단순히 위법행위의 개연성이 있다는 예상만으로 집회의 자유를 제한할 수는 없는 것이다. 집회 과정에서 구체적인 위법행위가 현실적으로 발생하면 그 때에 현존하는 위법행위를 제재하면 되는 것이지, 그러한 위법행위가 발생하기도 전에 미리 위법상황을 예상하여 집회의 자유를 제한할 수는 없는 것이다.

야간옥외집회의 폭력행위 빈도가 주간옥외집회에 비하여 높다는 증거도 없고, 현실적으로 야간옥외집회 과정에서 폭력사태가 발생하는 주된 이유는 야간옥외집회 자체를 불법집회로 취급하여 강제적으로 금지·해산시키려고 하는 과정에서 충돌이 생기기 때문이므로, 야간옥외집회를 합법적으로 허용하고 보호할 경우에도 야간옥외집회의 속성으로 인하여 저절로 폭력사태가 발생할 것이라고 보기 어렵다. 야간옥외라는 이유만으로 집회를 원천적으로 금지할 사유로 삼을 수는 없는 것이다.

야간옥외집회가 공공질서나 타인의 법익을 해칠 위험성이 있다고 하나, 야간옥외집회의 시간과 장소에 따라 타인의 법익을 침해할 개연성이 확실하게 인정될

경우도 있을 수 있겠지만, 모든 야간옥외집회가 항상 타인의 법익을 침해할 것이라고 볼 수 있는 것은 아니다. 야간옥외집회가 타인의 법익을 침해할 개연성이 확실하다고 인정할 수 있는 경우를 가려내어 그러한 위험성을 예방하기에 필요하고도 적절한 조치를 강구하면 되는 것이므로, 야간옥외집회의 법익침해가능성을 내세워 모든 야간옥외집회를 금지할 수는 없는 것이다.

야간은 어둠 속에 감추어지는 은닉성을 가지지만, 현대의 도시생활에서는 야간조명이 충분하고 야간생활이 보편화·일상화되었기 때문에, 야간의 은닉성을 이유로 야간옥외집회를 전면적으로 금지하는 것은 집회의 자유를 제한하는 정도가 매우 중대함에도 불구하고 그 합리성은 아주 미약하다고 생각된다.

그리고 해가 진 후부터 해가 뜨기 전까지 옥외집회를 전면적으로 금지하면 주간에 직장에서 일하거나 학교에서 공부하는 사람들에게는 집회의 자유를 명목상의 자유에 그치게 할 것이다.

결국 집시법 제10조 본문이 야간옥외집회를 일반적·전면적으로 금지하는 것은 합리적인 사유도 없이 집회의 자유를 상당 부분 박탈하는 것이므로 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 보지 않을 수 없다. 이는 집시법 제10조 단서가 삭제되어 집회허가제가 없어지는 경우에도 마찬가지이다.

따라서 집시법 제10조의 본문과 단서가 헌법 제21조 제2항에 위반될 뿐만 아니라 집시법 제10조 본문만 남더라도 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 선언하여야 한다.

다. 재판관 민형기, 재판관 목영준의 헌법불합치 의견

(1) 헌법 제21조 제2항 위반 여부

(가) 헌법 제21조 제2항의 ‘집회에 대한 사전허가금지’

우리 헌법 제21조 제2항은 “…… 집회에 대한 허가는 인정되지 아니한다.”고 규정함으로써 집회에 대한 사전허가제를 금지하고 있다.

한편 헌법 제21조 제2항의 ‘허가’는 ‘행정청이 주체가 되어 집회의 허용 여부를 사전에 결정하는 것’으로서 행정청에 의한 사전허가는 헌법상 금지되지만, 입법자가 법률로써 일반적으로 집회를 제한하는 것은 헌법상 ‘사전허가금지’에 해당하지 않는다는 점은 5인의 위헌의견도 인정하고 있다(헌재 2001. 5. 31. 2000헌바43, 판례집 13-1, 1167, 1179 참조).

따라서 입법자는 법률로써 옥외집회에 대하여 일반적으로 시간적, 장소적 및 방법적인 제한을 할 수 있고, 실제로도 우리 집시법은 이 사건 법률조항인 제10조에 의한 시간적 제한 이외에도, 국회의사당 등 특정장소에서의 집회 금지와 같은 장소적 제한(제11조), 교통소통을 위한 제한(제12조)이나 확성기등 사용의 제한(제14조) 등과 같은 방법적 제한에 관하여 규정하고 있다.

물론 이러한 법률적 제한이 실질적으로는 행정청의 허가없는 옥외집회를 불가능하게 하는 것이라면 헌법상 금지되는 사전허가제에 해당되지만, 그에 이르지 않는 한 헌법 제21조 제2항에 반하는 것이 아니라, 위 법률적 제한이 헌법 제37조 제2항에 위반하여 집회의 자유를 과도하게 제한하는지 여부만이 문제된다고 할 것이다.

(나) 집시법 제10조의 규정

집시법 제10조 본문은 “누구든지 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니 된다.”고 규정함으로써, 옥외집회를 시간적으로 제한하

고 있다. 또한 그 단서는 “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.”라고 규정하여 행정청의 허가를 받아 야간옥외집회를 할 수 있도록 하고 있다.

5인의 위헌의견은, 집회금지의 범위를 법률에 의하여 일정한 목적·시간·장소·방법 등에 국한하여 금지한 뒤에 예외적으로 허용하여 주는 경우도 헌법상 금지되는 ‘집회에 대한 허가’에 해당한다고 하면서, 집시법 제10조의 본문과 단서는 일체로서 ‘야간옥외집회에 대한 허가제’를 규정한 것이라고 보고 있다.

그러나 그와 같은 해석은 법률의 형식과 입법취지를 전혀 고려하지 않은 것이다. 집시법 제10조 본문은 ‘해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는’ 옥외집회를 못하도록 시간적 제한을 규정한 것이고, 단서는 오히려 본문에 의한 제한을 완화시키려는 규정이다. 따라서 본문에 의한 시간적 제한이 집회의 자유를 과도하게 제한하는지 여부는 별론으로 하고, 단서의 ‘관할경찰관서장의 허용’이 ‘옥외집회에 대한 일반적인 사전허가’라고는 볼 수 없는 것이다.

만일 5인의 위헌의견과 같이 해석한다면, 집시법 제10조의 본문만 규정되어 있는 경우에는 헌법 제21조 제2항에 위반되지 아니하여 그 다음 단계인 과잉금지 원칙 위반 여부를 심사받게 되는 반면, 오히려 제한에 대한 완화조항인 단서가 있음으로써 바로 헌법 제21조 제2항의 위반이 되어 과잉금지 원칙 위반 여부를 따져 볼 필요조차 없게 되는 논리적 모순에 이르게 된다. 위헌의견 중 재판관 조대현, 재판관 송두환의 의견(집시법 제10조에 대하여 헌법 제21조 제2항 위반만을 선언할 경우 입법자가 제10조 단서만을 폐지시키면 위 조항의 위헌성이 치유되므

로 위 조항 본문도 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 함께 선언하여야 한다는 취지)도 이와 같은 논리적 문제점을 전제로 하였다고 볼 것이다.

(다) 소결

결국 집시법 제10조는 법률에 의하여 옥외집회의 시간적 제한을 규정한 것으로서 그 단서 조항의 존재에 관계없이 헌법 제21조 제2항의 ‘사전허가금지’에 위반되지 않는다고 할 것이다.

(2) 헌법 제37조 제2항 위반 여부

집회의 자유 역시 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로써 제한될 수 있으나(헌법 제37조 제2항), 그 경우에도 그 본질적 내용을 침해하지 않는 필요최소한의 범위에 그쳐야 하므로, 집시법 제10조가 위와 같은 비례의 원칙을 준수하고 있는지를 본다.

(가) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

옥외집회는 천장이 없거나 사방이 폐쇄되지 않은 장소에서 여는 집회로서(집시법 제2조 제1호) 이는 다수인의 집단적인 행동을 수반하기 때문에 그 속성상 개인적인 의사표현의 경우보다 공공의 안녕질서, 법적 평화 및 타인의 평온과 마찰을 빚을 가능성이 크다. 특히 야간이라는 특수한 시간적 상황은 집회장소 인근에서 거주하거나 통행하는 시민들의 평온이 더욱더 요청되는 시간대일 뿐 아니라, 집회참가자 입장에서조차 주간보다 감성적으로 민감해져 자제력이 낮아질 가능성이 높다. 또한 옥외집회를 관리하는 행정관서 입장에서조차 야간옥외집회는 주간옥외집회보다 질서를 유지시키기가 어렵고, 예기치 못한 폭력적 돌발상황이 발생하여도 어둠 때문에 행위자 및 행위의 식별이 어려워 이를 진압하거나 채증하기가 쉽지

않다.

집시법 제10조는 야간옥외집회의 위와 같은 특징과 차별성을 고려하여, 원칙적으로 야간옥외집회를 제한하는 것이므로, 그 입법목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다.

(나) 침해의 최소성 및 법익균형성

그러나 집회의 자유는 집회의 시간, 장소, 방법과 목적을 스스로 결정할 권리, 즉 집회를 하루 중 언제 개최할지 등 시간 선택에 대한 자유와 어느 장소에서 개최할지 등 장소 선택에 대한 자유를 내포하고 있다(헌재 2003. 10. 30. 2000헌바 67, 판례집 15-2 하, 41, 53 참조). 따라서 옥외집회를 야간에 주최하는 것 역시 집회의 자유로 보호됨이 원칙이고, 이를 사회의 안녕질서 또는 국민의 주거 및 생활의 평온 등을 위하여 제한함에는 목적 달성에 필요한 최소한의 범위로 한정되어야 한다.

그런데 오늘날 우리 사회 대다수의 직장인과 학교는 그 근무 및 학업 시간대를 오전 8-9시부터 오후 5-6시까지로 하고 있어 평일의 위 시간대에는 개인적 활동을 할 수 없으므로, 집회를 주최하거나 참가하려는 직장인이나 학생은 특별한 사정이 없는 한 빨라도 퇴근 또는 하교 후인 오후 5-6시 이후에 할 수 밖에 없다. 그 결과 낮 시간이 짧은 동절기의 평일의 경우에는 직장인이나 학생은 사실상 집회를 주최하거나 참가할 수 없게 되어, 헌법이 모든 국민에게 보장하는 집회의 자유를 실질적으로 박탈하거나 명목상의 것으로 만드는 결과를 초래하게 된다.

또한 도시화·산업화가 진행된 현대 사회는 낮과 밤의 길이에 따라 그 생활형태가 명확하게 달라지지 않는 경우가 많고, 해가 진 후라고 할지라도 일정한 시간

동안에는 낮 시간 동안 이루어지던 활동이 계속되는 것이 일반적이다. 그러므로 전통적 의미의 야간 즉, ‘해가 뜨기 전이나 해가 진 후’라는 광범위하고 가변적인 시간대는 앞에서 본 바와 같은 ‘야간’이라는 시간으로 인한 특징이나 차별성이 명백하게 존재한다고 할 수 없고, 설사 일부 있다고 하여도 그 정도가 심각한 수준에 이른다고 보기 어렵다. 오히려 위와 같은 특징이나 차별성은 보다 구체적으로 표현하면 ‘야간’이 아닌 ‘심야’의 특수성으로 인한 위험성이라고도 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 집시법 제10조는 ‘해가 뜨기 전이나 해가 진 후’라는 광범위하고 가변적인 시간대의 옥외집회를 금지하고 있으므로, 이는 목적달성을 위해 필요한 정도를 넘는 지나친 제한이라고 할 것이다.

나아가 우리 집시법은 다른 사람의 주거지역이나 이와 유사한 장소로서 집회나 시위로 재산 또는 시설에 심각한 피해가 발생하거나 사생활의 평온을 뚜렷하게 해칠 우려가 있는 경우 또는 학교의 주변 지역으로서 집회 또는 시위로 학습권을 뚜렷이 침해할 우려가 있는 경우로서 거주자나 관리자가 시설·장소의 보호를 요청하는 때에는 관할경찰관서장이 집회의 금지 또는 제한통고를 할 수 있도록 규정하고(제8조 제3항 제1호, 제2호), 집회의 주최자나 참가자가 타인에게 심각한 피해를 줄 수 있는 소음을 발생시키는 것을 금지하면서 이에 위반하는 경우에는 관할경찰관서장이 확성기 사용 중지 등 필요한 조치를 할 수 있도록 규정하며(제14조), 관할경찰관서장이 대통령령으로 정하는 주요 도시의 주요 도로에서의 집회 또는 시위에 대하여는 교통 소통을 위하여 필요하다고 인정하면 이를 금지하거나 교통질서 유지를 위한 조건을 붙여 제한할 수 있도록 규정하는(제12조 제1항) 등 국민의 주거 및 사생활의 평온과 사회의 공공질서가 보호될 수 있는 보완장치를

마련하고 있으므로, 옥외집회가 금지되는 야간시간대를 집시법 제10조와 같이 광범위하게 정하지 않더라도 위와 같은 입법목적은 달성하는데 큰 어려움이 없다고 할 것이다.

한편 집시법 제10조 단서는, 위와 같은 과도한 제한을 완화하기 위하여 관할경찰관서장이 일정한 조건하에 이를 허용할 수 있도록 규정하고 있으나, 그 허용 여부를 행정청의 판단에 맡기고 있는 이상, 과도한 제한을 완화하는 적절한 방법이라고 할 수 없다.

따라서 집시법 제10조는 침해최소성의 원칙에 반한다고 할 것이고, 이와 같은 광범위한 시간대의 제한으로 인하여 집회예정자가 받을 침해가 이로 인하여 달성할 공익보다 결코 작다고 할 수 없으므로 법익균형성도 갖추지 못하였다고 할 것이다.

(다) 소결

결국 집시법 제10조 중 ‘옥외집회’에 관한 부분은 목적달성을 위하여 필요한 범위를 넘어 과도하게 야간옥외집회를 제한함으로써, 과잉금지 원칙에 위배하여 집회의 자유를 침해하는 것으로 헌법에 위반되고, 이를 구성요건으로 하는 집시법 제23조 제1호의 해당 부분 역시 헌법에 위반된다.

(3) 헌법불합치 결정의 필요성

앞에서 본 바와 같이, 이 사건 법률조항들이 가지는 위헌성은 야간옥외집회를 제한하는 것 자체에 있는 것이 아니라, 사회의 안녕질서와 국민의 주거 및 사생활의 평온 등을 보호하는데 필요한 범위를 넘어 ‘해가 뜨기 전이나 해가 진 후’라는 광범위하고 가변적인 시간대에 일률적으로 옥외집회를 금지하는데 있다. 즉, 위와

같은 시간대 동안 옥외집회를 금지하는 것에는 위헌적인 부분과 합헌적인 부분이 공존하고 있는 것이다.

그런데 ‘해가 뜨기 전이나 해가 진 후’ 중 어떠한 시간대에 옥외집회를 금지하는 것이 위와 같은 입법목적을 달성하면서도 집회예정자의 집회의 자유를 필요최소한 범위에서 제한하는 것인지에 관하여는 이를 입법자의 판단에 맡기는 것이 바람직하다고 할 것이다. 입법자로 하여금 우리나라 일반인의 시간대 별 생활형태, 주거와 사생활의 평온이 절실히 요청되는 ‘심야’시간의 범위 및 우리나라 옥외집회의 현황과 실정 등 제반 사정을 참작하여 옥외집회가 금지되는 시간대를 법률로 한정하도록 하는 것이 이 사건 법률조항들의 위헌성을 제거하면서도 입법자의 재량을 존중하는 것이기 때문이다(참고로, 프랑스의 경우 원칙적으로 오후 11시 이후로, 중국의 경우 오후 10시 이후로, 러시아의 경우 오후 11시 이후로 금지시간대를 규정하고 있고, 미국은 각 지방자치단체마다 조례로써 정하는데 오후 8시 이후, 오후 9시 이후 또는 오후 10시 이후 등 다양하다).

따라서 이 사건 법률조항들에 대하여 헌법불합치의 결정을 선고하되, 위 법률조항에는 위헌적인 부분과 합헌적인 부분이 공존하고 있으므로 입법자가 2010. 6. 30. 이전에 개선입법을 할 때까지 계속 적용되어 그 효력을 유지하도록 하고, 만일 위 일자까지 개선입법이 이루어지지 않는 경우 위 법률조항들은 2010. 7. 1.부터 그 효력을 상실하도록 한다.

라. 재판관 김희옥, 재판관 이동흡의 합헌의견

(1) 집시법 제10조가 헌법 제21조 제2항에 위배되는지 여부

(가) 헌법 제21조 제2항의 취지 - 집회에 대한 허가 금지

우리 헌법은 제헌 헌법에서부터 현행 헌법에 이르기까지 일관되게 집회·결사의 자유를 보장하면서도 법률에 의하여 그 자유를 제한할 수 있음을 천명해왔고, 그 중 1960. 6. 15. 개정헌법, 1960. 11. 29. 개정헌법, 1962. 12. 26. 개정헌법, 1969. 10. 21. 개정헌법에서는 특히 집회·결사에 대한 허가 금지조항을 두었으며, 현행 헌법도 제21조 제2항에서 ‘집회·결사에 대한 허가는 인정되지 않는다.’고 규정하여 이를 계승하고 있다.

이와 같은 집회에 대한 일반적 허가의 금지는 우리와 같이 헌법에서 명문의 규정을 두고 있는 독일의 경우는 물론이고(독일연방기본법 제8조 제1항에서는 ‘모든 독일인은 신고 또는 허가 없이 평온하게 그리고 무기의 휴대 없이 집회를 할 권리를 가진다.’고 규정하고 있다.), 명문의 규정을 두고 있지 아니한 미국과 일본에서도 헌법상의 원칙으로 받아들여지고 있는 것이다(미국에서는 ‘연방의회는 국민이 평온하게 집회할 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다.’는 수정헌법 제1조의 위배 문제로, 일본에서는 집회 등에 대한 검열금지원칙을 규정한 일본헌법 제21조의 위배 문제로 다루어진다.).

따라서 기본권제한의 일반원칙에 따라 집회의 자유를 제한하는 경우에도 집회 허가제를 금지하는 헌법정신이 엄격히 존중되어야 하므로, 집회에 대하여 일반적 인 허가제를 정하여 이를 사전 억제하는 것은 헌법 제21조 제2항의 취지에 반하여 허용될 수 없다고 할 것이다.

(나) 집회에 대한 허가금지와 집회의 시간·장소·방법에 관한 규제

집회의 자유는 자유민주주의 국가에서 언론·출판의 자유와 함께 국민의 정치적·사회적 의사형성과정에 기여하는 매우 중요한 기본권이긴 하지만, 그렇다고

그러한 자유가 모든 사람이 언제, 어디에서건 항상 집회를 할 수 있다는 것을 의미하는 것이라고는 볼 수 없다. 특히 집회라는 집단행동의 속성상 의사표현수단으로서 개인적인 행동의 경우보다 공공의 안녕질서나 법적 평화와 마찰을 빚을 가능성이 큰 것 또한 사실이다(헌재 1994. 4. 28. 91헌바14, 판례집 6-1, 281, 300 참조).

따라서 모든 국민의 기본권을 보장할 의무가 있는 국가로서는 무질서의 과잉이 초래할 수 있는 자유 자체의 박탈이라는 혼돈상태를 방지하기 위하여 헌법 제37조 제2항에 따라 합리적인 범위 내에서 집회의 자유에 관한 사전억제적인 제한을 할 수 있다고 할 것이지만, 앞에서 본 헌법 제21조 제2항의 취지에 비추어 그러한 사전적 제한은 내용중립적인 집회의 시간, 장소 또는 방법에 관하여 구체적이고 명확한 기준 하에서만 가능하다고 할 것이고, 이와 같은 집회의 자유에 대한 사전적 제한은 헌법 제21조 제2항의 집회에 대한 금지된 허가에는 해당하지 않는다고 할 것이다.

이와 같은 입장은 미국과 일본 등에서도 판례에 의하여 확고히 지지되고 있다. 즉, 미연방대법원은 이미 오래전부터 수정헌법 제1조가 보장하고 있는 집회의 자유에 대하여 아무런 구체적 기준도 없이 모든 집회에 사전허가제를 규정하는 것은 위헌이지만, 그 허가의 재량권이 광범위하고 포괄적인 것이 아니고, 시간, 장소 또는 방법에 관한 규제로서 그것이 구체적이고 명확하며 내용을 차별하는 것이 아니라면, 수정헌법에 위반되지 않는다는 입장을 일관되게 밝혀왔다 {Shuttlesworth v. Birmingham, 394 U.S. 147(1969); Forsyth County, Georgia v. The National Movement, 505 U.S. 123(1992) 등 참조}. 또한 일본최고재판소도 집

단행동에 대하여 일반적인 허가제를 정하여 사전에 억제하는 것은 헌법의 취지에 반하여 허용될 수 없지만, 특정한 장소 또는 방법에 관하여 합리적이고 명확한 기준 하에 사전에 허가를 받게 하는 것은 헌법 제21조에 위배되지 않는다고 판시한 바 있다(최고재, 소화 29. 11. 24, 형집 8, 11, 1866 참조).

한편 독일의 경우에도, 연방기본법 제8조 제1항에서 집회에 대한 허가 금지를 규정한 다음, 같은 조 제2항에서 ‘옥외집회에 관해서는 법률로써 또는 법률에 근거하여 제한할 수 있다.’고 규정하여, 다수의 연방법과 주법에서 옥외집회의 자유에 대한 시간, 장소 또는 방법에 관한 사전적 규제조항(집회법 제16조 제1항, 제2항, 제17조a 제1항, 제3항, 연방의 헌법기관을 위한 집회금지장소에 관한 법률 제2조, 제3조, 바이에른 주 공휴일법 제8조 등 참조)을 쉽게 찾아볼 수 있는 것도 이와 같은 맥락에서 이해할 수 있는 것이다.

이와 같이 집회에 대한 허가가 무조건적, 절대적으로 금지된다는 헌법상의 원칙은 전 세계 어디에도 존재하지 않는 것이고, 미국, 일본, 독일 등에서도 규정내용의 차이에도 불구하고 옥외집회에 대한 시간, 장소에 관한 합리적 규제가 헌법에 반하지 않는다고 보는 점에 있어서는 실질적인 차이가 없는 것이다.

이에 대하여 재판관 5인의 위헌의견에서는, 1962. 12. 26. 개정헌법과 1969. 10. 21. 개정헌법에서는 집회·결사에 대한 허가 금지조항과 함께 옥외집회에 대한 시간과 장소에 관한 개별적 법률유보조항을 두고 있었으나 현행 헌법에서는 집회·결사에 대한 허가 금지조항만을 부활시켰을 뿐, 옥외집회의 시간과 장소에 관한 개별적 법률유보조항을 두고 있지 아니하다는 점과 집회의 자유에는 집회의 시간과 장소 등을 스스로 결정할 권리도 포함된다는 점을 근거로, 집회의 시간과 장소

에 관한 사전적 규제도 헌법 제21조 제2항의 금지되는 허가에 해당하는 것으로 보고 있다. 그러나 1962. 12. 26. 개정헌법과 1969. 10. 21. 개정헌법에서 옥외집회에 대한 시간과 장소에 관한 개별적 법률유보조항을 둔 것은, 옥외집회에 대한 시간과 장소에 관한 규제는 일반적 법률유보조항의 적용 없이도 법률로써 제한할 수 있다는 취지를 밝힌 것일 뿐이므로, 그와 같은 개별적 법률유보조항을 두지 않은 현행 헌법 하에서도 옥외집회에 대한 시간과 장소에 관한 규제는 일반적 법률유보조항인 헌법 제37조 제2항에 따라 가능한 것이다(이와 달리 우리 헌법과 같은 일반적 법률유보조항을 두고 있지 아니한 독일의 경우에는 옥외집회에 대한 시간과 장소에 관한 규제가 가능하도록 하기 위해서는 개별적 법률유보조항을 두지 않을 수 없는 것이다). 또한 집회의 자유에 집회의 시간·장소 등을 스스로 결정할 권리가 포함된다는 것은, 집회의 시간·장소에 대한 규제도 집회의 자유에 대한 제한에 해당한다는 것을 의미할 뿐, 집회의 시간·장소에 대한 사전적 규제가 반드시 헌법상 금지된 허가에 해당한다는 것과는 별개의 문제인 것이다. 오히려 재판관 5인의 위헌의견대로라면, 우리 헌법의 집회·결사에 대한 허가금지조항의 의미를 옥외집회의 시간과 장소에 관한 개별적 법률유보조항이 있었던 경우(1962. 12. 26. 개정헌법, 1969. 10. 21. 개정헌법)와 없었던 경우(1960. 6. 15. 개정헌법, 1960. 11. 29. 개정헌법, 현행 헌법)를 구분하여 시간·장소에 관한 사전적 규제가 헌법상 금지되는 허가에 해당하는지, 해당하지 않는지를 달리 판단할 수 있다는 것이 되는데, 이러한 견해야 말로 집회·결사에 대한 허가 금지를 규정한 헌법조항에 대한 연혁적 검토결과나 미국·독일·일본 등과의 비교법적 검토결과로부터 도출되기 어려운 해석이라고 하지 않을 수 없는 것이다.

(다) 언론·출판에 대한 허가 및 검열 금지와 집회에 대한 허가 금지

집회의 자유에 대한 내용중립적인 시간·장소·방법에 관한 규제가 구체적이고 명확한 기준에 의하여 이루어지는 한, 헌법 제21조 제2항의 허가에 해당하지 않는다는 입장은 언론·출판에 대한 허가 및 검열금지에 관한 우리 재판소의 해석과도 상통하는 것이다. 즉, 헌법 제21조 제2항에서는 집회·결사에 대한 허가 금지와 함께 언론·출판에 대한 허가 및 검열 금지를 규정하고 있는바, 표현의 자유에 대한 헌법상 허용될 수 없는 사전적 제한이라는 점에서 언론·출판에 대한 허가 및 검열 금지는 집회·결사에 대한 허가 금지와 그 궤를 같이 하고 있는 것이다.

그런데 우리 재판소는 언론·출판에 대한 허가 및 검열의 의미에 관하여, 언론의 내용에 대한 허용될 수 없는 사전적 제한이라는 점에서 위 조항 전단의 ‘허가’와 ‘검열’은 본질적으로 같은 것이고, 언론·출판에 대한 허가·검열금지의 취지는 정부가 표현의 내용에 관한 가치판단에 입각해서 특정 표현의 자유로운 공개와 유통을 사전 봉쇄하는 것을 금지하는 데 있으므로, 내용규제 그 자체가 아니거나 내용규제의 효과를 초래하는 것이 아니라면 위의 금지된 ‘허가’에는 해당되지 않는다는 입장을 분명히 한 바 있다(헌재 1992. 6. 26. 90헌가23, 판례집 4, 300, 307; 헌재 2001. 5. 31. 2000헌바43, 판례집 13-1, 1167, 1179 등 참조). 이와 같이 언론·출판에 대한 허가 및 검열에 관한 우리 재판소의 입장은 집회의 자유에 대한 허가의 경우에도 동일하게 적용될 수 있는 것이라 할 것이고, 따라서 집회의 ‘내용’ 규제를 통한 집회의 전면적·사전적 억제가 아니라 옥외집회에 대한 시간·장소·방법에 관한 규제는 그것이 내용규제의 효과를 초래하는 것이 아니라면 원칙적으로 헌법상 금지된 ‘허가’에는 해당되지 않는다고 보아야 할 것이다. 다만 옥외

집회에 대한 시간·장소·방법에 관한 규제라 하더라도 앞서 살핀 바와 같이 그 제한의 기준이 내용차별적인 것이라거나 구체적이고 명확하지 않은 경우라면 실질적으로는 헌법상 허용되지 않는 일반적 허가제와 다름없는 것이라고 보아야 할 것임은 물론이다.

한편 재판관 5인의 위헌의견에서는, 언론·출판에 대한 허가나 검열은 그 표현물이 전제되므로 그 내용 자체가 심판대상이 되는 것이지만, 집회의 자유는 표현내용이 선재하지 아니한 상태에서 공동의 목적을 가진 다수인이 일정한 장소에서 일시적으로 회합하는 행위 자체를 보호하는 것이므로, 집회의 자유에 대한 허가나 표현내용을 기준으로 한 언론·출판에 대한 허가나 검열을 같이 취급할 수 없는 것이라고 하고 있다. 그러나 집회의 자유는 언론·출판의 자유와 마찬가지로 표현의 자유의 한 영역으로서 보장되고 있는 것이고, 재판관 5인의 위헌의견에서도 집회의 자유가 표현의 자유로서 언론·출판의 자유와 더불어 대의제 자유민주국가에서 필수적 구성요소가 된다는 점을 강조하고 있다. 이러한 표현의 자유의 사전적 제한에 있어서는 그것이 언론·출판의 영역이건, 집회·결사의 영역이건 간에 시간·장소·방법에 관한 내용중립적인 규제와 내용차별적인 규제를 구분할 수 있는 것이다. 또한 집회의 자유에 한정해서 보더라도, 특정한 공동 목적이 없는 다수인의 우연적·일시적 회합은 이른바 ‘군집’에 불과하여 헌법이 보호하는 집회에 해당하지 않는 것이고, 비록 집회에 참가한 참가자들의 구체적 의견이 표출되거나 모아지지 않는다고 하더라도 집회의 내용에 의한 사전규제는 얼마든지 상정할 수 있는 것이기도 하다(옥외집회에 대한 사전신고제를 규율하고 있는 집시법 제6조 제1항에서도 사전에 신고할 사항으로 제일 먼저 옥외집회의 ‘목적’을 들고

있다). 재판관 5인의 위헌의견이 현대 대의민주국가에서의 언론·출판의 자유와 집회의 자유의 역할을 강조하면서도, 유독 집회에 대한 사전규제에 있어서는 이미 사전에 확정되어 있는 집회의 목적이나 내용을 도외시하고 다수인의 일시적 회합이라는 개념 요소에만 중점을 두어 집회의 자유를 언론·출판의 자유와 구별하는 태도는 도무지 납득하기 어려운 것이다.

(라) 집시법상의 집회의 자유에 대한 규제조항과 그 체계

뿐만 아니라 집시법의 연혁과 내용을 종합해보면, 입법자는 집회의 자유에 대한 내용중립적인 시간·장소·방법에 관한 규제가 헌법 제21조 제2항의 집회에 대한 금지된 허가에 해당하지 않는다는 입장에 서서 집회의 자유를 제한하는 규제조항을 마련한 것임을 쉽게 확인할 수 있다.

집시법의 규율 체계를 보면 제5조(집회 및 시위의 금지)에서 헌법상 보호되지 아니하는 집회 및 시위에 관한 금지조항을 두고 있고, 집회의 시간에 관한 규제조항으로 이 사건 심판대상 법률조항인 제10조(옥외집회와 시위의 금지시간)를, 집회의 장소에 관한 규제조항으로 제8조(집회 및 시위의 금지 또는 제한 통고) 제3항, 제11조(옥외집회와 시위의 금지장소), 제12조(교통소통을 위한 제한)를, 집회의 방법에 관한 규제조항으로 제14조(확성기등 사용의 제한) 등을 두고 있는바, 이는 헌법상 보호되는 집회(제5조에 해당하는 집회 제외)에 관하여 신고제를 취하면서도 특히 시간, 장소 및 방법에 관한 사전적 규제는 허용된다는 전제에서 비롯된 것이라고 할 것이다.

한편 집시법상의 시간·장소·방법에 관한 규제조항 중 일부는 절대적 금지를 규정하고 있기도 하고(예컨대 제11조 1호 내지 3호), 일부는 예외가 허용되는 상

대적 금지를 규정하고 있기도 하다(예컨대 제10조 및 제11조 제4호). 그런데 상대적 금지조항에 해당하는 집시법 제10조(옥외집회와 시위의 금지시간)에서 예외적 허용을 내용으로 한 단서조항은 1989. 3. 29. 법률 제4095호로 개정된 집시법에서 처음 도입된 것으로 그 입법취지는 헌법에 보장된 국민의 기본권인 집회·시위의 자유를 진정한 기본권으로서 더욱 신장시키기 위한 것이었다. 또한 외교기관 주변 옥외집회의 전면금지를 규정하였던 집시법 제11조 제4호에서 예외적 허용을 내용으로 한 단서조항은 2004. 1. 29. 법률 제7123호로 개정된 집시법에서 처음 도입된 것으로 그 입법이유는 구 집시법 제11조 제1호에 대한 우리 재판소의 위헌결정, 즉 “입법자가 외교기관 인근에서의 집회의 경우에는 일반적으로 고도의 범익충돌 위험이 있다는 예측판단을 전제로 하여 이 장소에서의 집회를 원칙적으로 금지할 수는 있으나, 일반·추상적인 법규정으로부터 발생하는 과도한 기본권제한의 가능성이 완화될 수 있도록 일반적 금지조항에 대한 예외조항을 두어야 할 것이다. 즉 이 사건 법률조항의 보호법익에 대한 위험이 구체적으로 존재하지 않는 경우에 대하여 예외적으로 집회를 허용하는 규정을 두어야만, 이 사건 법률조항은 비례의 원칙에 부합하는 것이다.”는 위헌결정(헌재 2003. 10. 30. 2000헌바67, 판례집 15-2 하, 41, 58-59)에 따른 것이다.

따라서 집시법 제10조 및 제11조 제4호에서 전면적, 일반적 금지에 부가된 단서조항은 입법자가 일반적 금지에 대한 예외적 허용의 가능성을 열어둠으로써 기본권제한에 관한 비례원칙을 충족시키려는 목적에서 마련한 것으로 보아야 할 것이고, 이를 재판관 5인의 위헌의견과 같이 ‘원칙적 금지, 행정청에 의한 예외적 허용’이라는 형식적 도식에 집착하여 단서조항의 신설이 곧 헌법상 금지되는 허가제

를 창설한 것으로 보는 것은 헌법상 금지되는 집회에 대한 허가의 의미와 집시법 제10조 단서 조항의 입법연혁과 그 취지를 제대로 이해하지 못한 데서 비롯된 해석이라고 할 수밖에 없는 것이다.

(마) 집시법 제10조가 헌법상 금지된 허가에 해당하는지 여부

이상에서 살핀 바를 종합해보면, 야간옥외집회를 원칙적으로 금지하되 예외적으로 허용하는 내용의 집시법 제10조가 헌법 제21조 제2항에서 금지하는 집회에 대한 허가에 해당하는지의 여부는 결국 그 사전적 제한의 기준이 내용중립적인 것으로서 구체적이고 명확한 것인지에 따라 결정되어질 문제라고 할 것이다.

그런데 집시법 제10조는 옥외집회의 자유를 제한함에 있어서 야간, 즉 ‘해가 뜨기 전이나 해가 진 후’라는 내용중립적이고 구체적이며 명확한 시간적 기준을 정하고 있다. 따라서 집시법 제10조가 헌법 제21조 제2항에서 금지하고 있는 허가에 해당한다고 볼 수는 없는 것이고, 이는 그 단서조항에서 그 기본권제한을 완화시키려는 목적에서 관할경찰관서장의 기속재량권의 행사에 의한 예외적 허용을 가능하도록 규정하고 있다고 하여 달리 볼 것은 아닌 것이다.

이와 같은 견지에서 우리 재판소는 이미 집시법 제10조에 대한 위헌소원사건에서, “집시법 제10조는 바로 일몰상태하의 옥외집회 및 시위라는 특수한 상황조건하의 옥외집회·시위에 관한 특별한 예외적 규제규정(즉 옥외집회 및 시위의 예외적 금지규정 또는 ‘옥외집회 및 시위의 금지시간’에 관한 규정)이라고 볼 수도 있다. 따라서 집시법 제10조는 헌법 제21조 제2항에 위배된다고 할 수 없다.”고 판시하였던 것이고(헌재 1994. 4. 28. 91헌바14, 판례집 6-1, 281, 302), 또 옥외집회에 관한 장소적 규제를 정한 집시법 제11조 제1호에 대한 위헌소원사건에서도

이와 같은 장소적 규제가 헌법상 금지된 허가제에 해당하는지는 아예 쟁점으로 판단조차 하지 않거나(헌재 2005. 11. 24. 2004헌가17, 판례집 17-2, 360-377 참조), 오히려 헌법합치적 관점에서 금지에 대한 예외적인 허용 규정을 두어야 한다고 판시하였던 것이다(헌재 2003. 10. 30. 2000헌바67, 판례집 15-2하, 41, 58 참조).

이에 대하여 재판관 5인의 위헌의견은, 집시법 제10조의 규정형식, 특히 단서조항이 ‘행정청’에 의한 예외적 허용의 규제방식을 띄고 있는 것만을 중시하여 이를 헌법상 금지되는 허가제에 해당한다고 보고 있는 듯하다. 그러나 이러한 견해는 만일 집시법 제10조에서 예외적 허용의 단서조항이 신설되지 않고 전면적 금지의 본문조항만이 남아 있었더라면, 이는 헌법상 금지되는 허가가 아니라는 모순된 결론에 도달할 수밖에 없게 되는데, 이와 같은 결론이 집회의 자유를 한층 더 보장하기 위한 헌법 제21조 제2항이나 집시법 제10조 단서조항의 취지에 부합되지 않는 것임은 명백하다. 결국 재판관 5인의 위헌의견은, 앞에서 언급한 바와 같이 ‘원칙적 금지, 행정청에 의한 예외적 허용’이라는 형식적 도식에 집착한 나머지 헌법상 금지되는 집회에 대한 허가의 헌법적 의미와 집시법 제10조 단서 조항의 입법 연혁과 취지를 도외시한 데서 비롯된 것이라고 할 수밖에 없는 것이다.

(바) 소결론

따라서 집시법 제10조는 헌법 제21조 제2항에서 규정한 허가에 해당하지 아니하므로, 헌법 제21조 제2항에 위배되지 아니한다.

(2) 집시법 제10조가 과잉금지원칙에 위배되는지 여부

(가) 집회 및 시위의 자유의 제한 필요성

헌법 제21조 제2항의 집회 및 시위의 자유는, 표현의 자유의 집단적인 형태로서 집단적인 의사표현을 통하여 공동의 이익을 추구하고 자유민주국가에 있어서 국민의 정치적·사회적 의사형성과정에 효과적인 역할을 하는 것이므로 민주정치의 실현에 매우 중요한 기본권인 것은 사실이지만, 다른 한편 언론의 자유와는 달리 다수인의 집단행동에 관한 것이기 때문에 집단행동의 속성상 의사표현의 수단으로서 개인적인 행동의 경우보다 공공의 안녕질서나 법적 평화와 마찰을 빚을 가능성이 큰 것 또한 사실이다. 따라서 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등 기본권 제한입법의 목적원리에 의한 제한의 필요성이 그만큼 더 요구되는 기본권이라 할 것이다(헌재 1994. 4. 28. 91헌바14, 판례집 6-1, 281, 300).

(나) 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

집시법은 제1조에서 그 목적을 “적법한 집회 및 시위를 최대한 보장하고 위법한 시위로부터 국민을 보호함으로써 집회 및 시위의 권리보장과 공공의 안녕질서가 적절히 조화를 이루도록 하는 것을 목적으로 한다.”고 밝히고 있고, 야간옥외집회의 원칙적 금지와 예외적 허용을 내용으로 하는 집시법 제10조는 이와 같은 집회 및 시위의 보장과 공공의 안녕질서 유지의 조화라는 입법목적 하에 규정된 것이므로 그 입법목적의 정당성이 인정된다.

특히 야간의 옥외집회는 ‘야간’이라는 상황적 특수성과 ‘옥외집회’의 속성상 주간의 옥외집회의 경우보다 공공의 안녕질서를 침해할 수 있는 높은 개연성을 지니고 있다는 점에서 야간의 옥외집회의 원칙적 금지에 대한 현실적 타당성을 수긍할 수 있으므로(헌재 1994. 4. 28. 91헌바14, 판례집 6-1, 281, 300-301), 집시법 제10조는 입법목적 달성에 기여할 수 있는 적합한 수단이라고 할 것이다.

(다) 침해의 최소성 및 법익의 균형성

야간옥외집회에 대한 시간적 사전규제가 헌법 제21조 제2항에서 정한 허가에 해당하지는 않는다 하더라도, 그와 같은 시간적 사전규제가 지나치게 광범위하여 실질적으로 집회의 자유를 형해화할 정도에 이른다면, 이는 침해의 최소성 또는 법익균형성 원칙에 위반된다고 할 것이지만, 아래와 같은 점 등을 종합해 볼 때 집시법 제10조가 침해의 최소성 또는 법익균형성 원칙에 어긋나는 것으로 볼 수는 없다.

첫째, 야간이라는 특성상 옥외집회의 사전규제의 필요성이 증대된다. 일반적으로 야간의 옥외집회는 주간의 옥외집회보다 질서유지가 어렵고 따라서 그만큼 공공의 안녕질서에 해를 끼칠 개연성이 높으며, 심리학적으로도 야간에는 주간보다 자극에 민감하고 흥분하기 쉬워서 집회 및 시위가 본래의 목적과 궤도를 이탈하여 난폭화 할 우려가 있고, 또 불순세력의 개입이 용이하며 이를 단속하기가 어려운 점 등 여러 가지의 특성이 있다. 형법 및 ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’에서 ‘야간’의 행위를 더욱 엄격히 규제하고 있는 것도 이와 맥락을 같이 하는 것이다 (헌재 1994. 4. 28. 91헌바14, 판례집 6-1, 281, 301; 헌재 2006. 4. 27. 2005헌바38, 공보 제115호, 638, 641 등 참조). 뿐만 아니라 야간의 옥외집회가 폭력적 집회로 전개되었을 때에는 주간에 비하여 경찰력 동원에 어려움이 존재하고 행사의 규모에 따라서는 다른 지역에 최소한의 경찰력을 동원·배치하는 것도 불가능해지는 등 집회의 평화적 종료와 공동체의 질서유지를 위해서는 야간옥외집회에 대한 예방적인 억제조치가 불가피한 측면도 있고, 나아가 국민의 기본권보장의무를 부담하고 있는 국가로서는 야간에는 집회에 참가하지 않는 일반 국민들의 휴식권(수

면권), 통행권, 영업권 등을 보호할 필요성도 증대된다고 할 수 있다. 미연방항소법원에서, 오후 8시 이후의 퍼레이드에 대하여는 허가를 금지하도록 한 규정에 대하여, 가두행진을 할 권리보다 합리적인 시간·장소·방법 규정이 우선한다면서 전통적으로 야간은 휴식을 취하여야 할 시간이고 또한 야간에는 범죄방지 및 공공안전의 유지에 어려움이 발생하므로, 위 규정은 합헌이라고 판단한 것도 이와 같은 맥락에서 이해할 수 있는 것이다(Arbernathy v. Conroy 429 F. 2d 1170).

둘째, 야간이라는 옥외집회의 시간적 규제범위를 좀 더 세분화하거나 구분하는 것은 현실적으로 불가능하다. 우리나라 대도시에서 일몰 직후의 시간은 매우 교통이 혼잡한 시간대이고, 그 이후인 심야나 새벽에는 집단적 의사표시의 표출이라는 집회의 목적 달성 자체가 불가능하거나 불필요하게 될 것이라는 점 등을 고려해볼 때 입법자가 원칙적으로 금지되는 옥외집회의 시간적 규제 범위를 ‘해가 뜨기 전이나 해가 진 후’로 정한 것은 앞에서 본 ‘야간’이라는 옥외집회의 시간적 특성을 고려한 불가피한 결단인 것이다. 또한 2008년 서울지역의 일몰시각을 보면, 하계에는 19:57경에야 해가 지지만 동계에는 17:14경에도 해가 지는 등 계절별로 일몰시각의 차이가 매우 크다. 이는 시간적 규제기준으로서 특정시각을 정하는 것이 계절에 따라서는 오히려 광범위하거나 자의적인 규제에 해당할 수 있다는 것이 되므로, 결국 ‘해가 진 후’라는 시간적 규제기준은 야간옥외집회의 제한을 위한 합리적인 기준이 될 수 있다고 할 것이다. 이에 관해서는 미연방항소법원의 판례를 참고로 언급해 둔다. 즉, 미연방항소법원은 튜펠로시 사건에서 아직도 낮이라고 할 수 있는 6시에 별 다른 정당화 없이 임의적으로 퍼레이드 등에 대한 허가를 절대적으로 금지하는 것은 위헌이라고 판시하면서 그 이유로, “해가 지지 않

은 오후 6시에 임의적으로 허가를 주지 못하도록 하는 조항은 해가 일찍 지는 겨울에는 합리적일 수 있지만, 오후 8시 반에 해가 지는 여름에는 합리적일 수 없고, 또한 오후 6시부터 9시까지 음성 기기를 사용할 수 없다는 조항에 대해서도 해가 지고 나서는 그 규제의 정당화를 인정할 수 있지만, 튜펠로시는 6시 이후에도 대부분 해가 떠 있으므로, 이는 지나치게 광범위한 규제에 해당한다.”면서 일몰 시각을 시간적 규제의 합리적 기준으로 제시한 바 있다(Joan Beckerman v. City of Tupelo 664 F. 2d 502).

셋째, 야간옥외집회의 금지의 규제범위를 공간적·장소적으로 더 세분화하는 것도 어렵다. 우리나라의 경우에는 주거지역과 상업지역이 밀착되어 있고 상업지역의 경우에도 일반적으로 심야시간대까지 영업이 이루어지고 있으며, 공적 행사장소로 이용될 만한 공간 자체도 매우 협소하거나 상업 지역 혹은 교통의 요충지와 중복되는 등 주거지역과 그 외의 지역을 일률적으로 구분하여 야간옥외집회의 허용여부를 달리 규정하기도 어렵다. 한편 미국 뉴욕시의 경우에도 교통의 방해를 받을 수 있거나 상업지구의 경우에는 원칙적으로 시위를 허가하지 아니하고, 다만 상업지구의 경우라도 공휴일이나 영업이 끝난 이후에만 예외적으로 이를 허가할 수 있도록 하도록 하고 있는 것이다.

넷째, 부득이 야간옥외집회가 필요할 수밖에 없는 경우에는 그러한 야간옥외집회는 일정한 조건하에서 허용된다. 즉 집회의 자유를 더 한층 보장하기 위한 목적에서 도입된 집시법 제10조 단서조항에 의하면, 집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고한 경우에는 관할경찰관서장은 질서 유지를 위한 조건을 붙여 해가 뜨기 전이나 해가 진후에도 옥외집회를 허용할 수 있다. 나아가

이러한 단서조항에 따른 야간옥외집회의 허용 여부는, 만일 그것이 관할경찰관서장의 광범위하고 포괄적인 편의재량사항이라면 위와 같은 제도가 위헌이라고 볼 여지가 있지만, 헌법이념 및 조리상 관할경찰관서장의 편의재량사항이 아니라 기속재량사항으로 해석되고(헌재 1994. 4. 28. 91헌바14, 판례집 6-1, 281, 301), 실제로도 신청된 집회 중 약 77%가 허용되었으며, 관할경찰관서장의 야간옥외집회금지통고에 대한 불복절차가 마련되어 있기도 하다.

다섯째, 야간옥외집회의 규제범위가 한정적이고, 대안적 의사형성 및 소통수단도 마련되어 있다. 먼저 학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제 및 국경행사에 관한 집회에는 집시법 제10조가 적용되지 않고, 야간이라도 옥내집회는 일반적으로 허용된다. 또한 주 5일제의 확대실시에 따라 평일에 주간옥외집회에 참가하기 어려운 주간 근무자의 경우에도 주말 또는 공휴일을 이용하여 집회참석 이 가능하고 특히 인터넷 등의 보급 확대에 따라 집회를 통하지 않고서도 효율적이고 신속하게 집단적 의사의 형성과 표시가 가능한 여건이 마련되어 있다.

무릇 집회 및 시위의 보장과 공공의 안녕질서 유지의 조화라는 입법목적 달성을 위하여 어느 정도의 시간적 규제가 필요하고 상당한 것인가의 문제는 당시의 집회 및 시위문화의 성숙도, 법과 질서에 대한 존중의 정도 등을 종합적으로 고려하여 궁극적으로 의회가 합리적인 입법재량의 범위 내에서 결정할 문제라고 할 것이다. 그런데 앞에서 본 사정 등을 종합해보면, 집시법 제10조에서 옥외집회의 시간적 규제범위를 ‘해가 뜨기 전이나 해가 진 후’로 정한 것은 ‘야간’ 옥외집회의 특성을 고려한 합리적인 기준이라 할 것이고, 입법목적 달성을 위한 덜 기본권 제약적인 대체수단을 찾기 어렵다 할 것이므로, 집시법 제10조는 침해의 최소성 원

칙에 어긋나지 않는다. 또한 집시법 제10조가 달성하려는 집회 및 시위의 보장과 공공의 안녕질서 유지의 조화라는 공익에 비하여 이로 인한 집회의 자유라는 기본권의 제한은 감수할 만한 정도로 평가된다고 할 것이어서, 집시법 제10조가 법익 균형성 원칙에 위배된다고 볼 수도 없다.

한편 이에 대하여 재판관 2인은 위헌의견에 대한 보충의견에서, 집시법 제5조, 제6조, 제13조, 제14조 등에 의해서도 집시법 제10조가 추구하는 공공질서의 유지라는 입법목적은 달성할 수 있고, 모든 ‘야간’ 옥외집회의 폭력성, 위험성도 입증되지 않았다고 하고 있다. 그러나 주·야간의 옥내·외 집회를 불문하고 집회의 자유의 보호대상인 평화적 집회에 해당하지 아니하는 폭력적 집회를 금지하기 위한 집시법 제5조나 일반적 신고제를 채택한 집시법 제6조 등이 야간의 특성을 고려하여 옥외집회에 대한 ‘시간적’ 금지를 정한 집시법 제10조를 대체할 수 있는 조항이 될 수는 없다. 또한 야간이라는 특성상 야간옥외집회가 본래의 목적과 궤도를 이탈하여 난폭화 할 우려가 있고, 위법행위를 단속하기도 어렵다는 것은 사회통념이나 경험칙에 의해서도 인정될 수 있는 것이다.

또한 재판관 2인은 헌법불합치의견에서, 야간이라는 광범위하고 가변적인 시간적 규제기준이 일조시간이 짧은 동절기에는 합리적인 기준이 될 수 없고, 야간옥외집회의 위험성 정도도 심야시간대와 그 이전의 시간대가 구분될 수 있다고 하고 있다. 그러나 앞에서 언급한 바와 같이 계절별로 일조시간에 현격한 차이가 있는 우리나라의 경우에 일몰 시각이라는 시간적 규제기준은 입법목적 달성을 위한 합리적 기준이 될 수 있다 할 것이고, 또한 심야시간대에 이르지 못한 야간의 경우에도 옥외집회를 규제할 필요성은 여전히 존재하는 것이다. 특히 입법목적 달성

을 위하여 옥외집회에 대하여 어느 정도의 시간적 규제가 필요한 것인가 하는 문제는 당시의 집회 및 시위 문화의 성숙도, 법과 질서에 대한 존중의 정도 등을 종합적으로 고려하여 궁극적으로 의회가 입법재량으로 결정할 문제라 할 것인데, 집시법 제10조에서 정한 시간적 규제범위가 집회의 자유의 본질을 침해할 정도로 입법재량의 범위를 현저히 벗어난 것으로 보기는 어렵다 할 것이다.

(라) 소결론

따라서 집시법 제10조는 과잉금지원칙에 어긋나지 아니한다. 나아가 세계 각 국 어디에서도 일몰 이후의 옥외집회에 대한 시간적 규제조항을 위헌이라고 판단한 예는 찾아보기 어렵다. 이는 옥외집회에 대한 야간이라는 시간적 규제기준의 필요성과 합리성의 관점 이외에도 타인의 기본권 보호와 존중이라는 관점에서도 야간 옥외집회를 규제할 정당한 국가적 이익이 인정되기 때문이라 할 것이다.

(3) 결론

그렇다면, 집시법 제10조는 ‘옥외집회 및 시위의 금지시간’에 관한 규정으로 집회의 자유에 대한 구체적이고 명확한 내용중립적인 시간적 기준에 의한 사전적 제한에 해당하므로 헌법 제21조 제2항에 위배되지 아니하고, 나아가 그 제한에 있어 침해의 최소성 등 과잉금지원칙에 위배되지도 아니하므로, 이 사건 심판대상 법률조항들은 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

5. 결론

이 사건 법률조항들이 헌법에 위반된다는 의견이 5인이고, 헌법에 합치되지 아니한다는 의견이 2인이므로, 단순위헌 의견에 헌법불합치 의견을 합산하면 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 규정된 법률의 위헌결정을 함에 필요한 심판정족수

에 이르게 된다. 따라서 이 사건 법률조항들에 대하여 주문과 같이 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하고, 입법자가 2010. 6. 30. 이전에 개선입법을 할 때까지 계속 적용하되, 만일 위 일자까지 개선입법이 이루어지지 않는 경우 위 법률조항들은 2010. 7. 1.부터 그 효력을 상실하도록 한다.

아울러 종전에 헌법재판소가 이 결정과 견해를 달리해, 구 ‘집회 및 시위에 관한 법률’(1989. 3. 29. 법률 제4095호로 전문개정된 것) 제10조는 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 1994. 4. 28. 91헌바14 결정은 이 결정과 저촉되는 범위 내에서 이를 변경하기로 한다.

6. 재판관 조대현의 적용중지의견

가. 위헌법률심판의 본질적 효력 - 위헌법률의 제거

헌법이 위헌법률심판제도를 규정한 것은 헌법의 최고규범력을 확보하기 위하여 헌법에 위반되는 법률을 제거하기 위한 것이므로, 헌법재판소가 위헌이라고 심판한 법률의 효력이 상실되는 것(헌법재판소법 제47조 제2항)은 위헌법률심판제도의 본질적인 내용이다. 헌법재판소가 위헌이라고 심판한 법률은 헌법재판소법 제47조 제2항에 의하여 법률상 당연히 효력을 상실한다. 헌법재판소는 위헌법률을 제거하기 위하여 위헌법률의 효력 상실을 선언할 필요도 없고, 헌법에 위반되는 법률의 효력 상실을 보류시키거나 배제할 수 있는 권한도 없다.

나. 위헌 선언 대상의 특정

헌법재판소가 위헌이라고 결정한 법률조항은 효력을 상실하게 되므로, 헌법재판소가 법률의 위헌을 선언할 때에는 법률조항의 내용 중 헌법에 위반되는 부분을 명확하게 특정하여 위헌결정에 의하여 실효(失効)되는 범위를 명확히 하여야 한

다. 법률조항의 문구나 내용 중 일부만 위헌인 경우에는 그 부분을 명확하게 특정하여 위헌부분만 실효시켜야 한다. 그래서 일부위헌·한정위헌 등의 결정형식이 필요한 것이다. 법률의 내용 중 일부만 위헌인 경우에 위헌부분을 명확하게 특정할 수 없다고 하여 위헌부분과 합헌부분을 포함한 전부에 대하여 위헌결정하는 것은 허용되지 아니한다. 합헌부분에 대하여 위헌선언하여 실효시키면 입법권을 침해하게 되기 때문이다.

다. 헌법불합치결정의 필요성과 허용 영역

법률조항의 내용 중 일부는 위헌이고 일부는 합헌인 경우에는 위헌부분만 실효시키고 합헌부분은 존속시켜야 한다. 그런데, 법률조항의 내용 중 일부는 위헌이고 일부는 합헌인 경우에 위헌부분을 특정하여 가려낼 수 없거나 권력분립의 원칙상 위헌부분과 합헌부분을 구분하는 일을 입법형성권에 맡기는 것이 타당한 경우에는, 헌법재판소가 위헌부분을 특정할 수 없기 때문에 위헌부분에 대해서만 위헌선언할 수가 없다. 그리고 법률조항의 위헌부분과 합헌부분을 특정할 수 없는 경우에 그 법률조항을 전부 실효시키면 합헌부분까지 부당하게 실효되어 입법권의 침해와 입법의 공백이 초래되고, 그 법률조항을 전부 존속시키면 위헌부분의 규범력까지 존속시키게 되어 위헌법률심판제도의 사명을 포기하게 된다. 그래서 이러한 경우에는 그 법률조항 전부에 대하여 헌법에 합치되지 아니한다는 결정을 선고하고 위헌부분과 합헌부분을 국회의 개선입법에 의하여 구분시키는 방법을 취하지 않을 수 없다.

이러한 헌법불합치결정은 헌법재판소가 법률 내용의 일부가 위헌임을 선언하면서 그 위헌부분의 특정을 국회의 입법형성권에 맡기는 것이므로, 법률의 위헌부분

과 합헌부분을 구분하는 일이 입법형성권의 소관에 속하기 때문에 헌법재판소가 스스로 위헌부분을 특정할 수 없는 경우에만 허용된다고 할 것이다. 헌법재판소가 스스로 위헌부분을 특정할 수 있는 경우에는 그 위헌부분에 대하여 위헌결정을 하여 효력을 상실시켜야 하므로 헌법불합치결정을 할 수 없다. 선례는 헌법불합치결정이 정당화되는 경우로서 법률조항의 합헌부분과 위헌부분의 경계가 모호한 경우 외에, 평등원칙 위반의 위헌결정이 기존 수혜자의 권익을 부당하게 박탈하는 경우¹⁾와 위헌결정이 법적 공백을 초래할 우려가 있는 경우를 들고 있지만, 그러한 경우도 구체적으로 따져 보면 모두 법률조항의 내용에 합헌부분과 위헌부분이 공존하고 그 구분업무가 국회의 입법형성권에 속하는 경우라고 할 수 있다.

라. 헌법불합치결정의 헌법적 정당성

헌법불합치결정은 위헌부분을 헌법재판소가 특정하지 아니하고 국회로 하여금 특정하게 하는 결정이라는 점에서 변형결정이라고 부르기도 한다. 그러나 법률 내용에 위헌부분과 합헌부분이 섞여 있고 그 경계를 구분하는 일이 국회의 입법형성권에 속하는 경우에는 헌법재판소가 그 위헌성을 선언하고 국회가 입법형성권에 의하여 위헌부분을 가려내어 특정하는 방법이 헌법에 규정된 위헌법률심판과 권력분립의 요청을 아울러 구현하기에 가장 적절하고 마땅한 방법이라고 할 것이다. 헌법불합치결정은 위헌심판제도와 권력분립주의를 규정한 우리의 헌법질서에 의하여 필연적으로 요청되는 결정방식이라고 할 수 있다.

1) 기존의 법률이 일정한 사람에게 권익을 부여하는 것은 합헌인데 단지 그 수혜대상에 포함되지 아니한 자가 있어서 평등원칙에 위반되는 경우에는 그러한 수혜제외자를 수혜대상에 포함시키지 아니한 입법부작위가 평등원칙에 위반된다고 선언하여야 하는 것이고 전부 합헌인 기존 법률 내용에 대하여 헌법불합치를 선언해서는 아니된다. 입법부작위의 위헌성은 국회의 입법형성작용에 의하여 제거된다.

마. 헌법불합치 법률의 위헌성 제거 - 개선입법

어느 법률조항에 대하여 헌법재판소의 헌법불합치결정이 내려지면 국회는 그 법률조항에서 위헌부분을 제거하는 개선입법을 하여야 한다. 헌법재판소가 국회의 개선입법을 촉구하거나 요구하는 결정을 하지 않더라도, 국회는 위헌법률심판제도와 권력분립제도를 규정한 헌법질서에 의하여 헌법불합치결정에 따른 개선입법을 하여야 할 의무를 부담한다고 할 것이다. 따라서 헌법불합치결정도 헌법재판소법 제47조 제1항에 의하여 국회를 기속한다고 보아야 한다.

헌법불합치결정이 내려진 법률조항 중 위헌부분과 합헌부분은 국회의 입법형성권에 의하여 구분되고 특정된다. 종전의 법률조항 중 위헌부분으로 구분된 내용은 국회의 개선입법에 포함되지 않게 되고, 종전의 법률조항 중 합헌부분은 개선입법의 내용 속에 존속하게 될 것이다.

바. 개선입법에 의하여 특정된 위헌부분의 효력 상실

헌법불합치결정에 따른 개선입법이 이루어지면, 헌법불합치 법률조항 중에서 개선입법에 의하여 위헌부분으로 구분된 부분만 헌법재판소법 제47조 제2항에 의하여 효력을 상실하고, 종전의 법률 중 위헌부분으로 구분되지 아니하고 개선입법에 존속하게 된 내용은 합헌부분으로서 종전 법률의 효력을 상실하지 아니하고 개선입법이 시행되기 전의 사항에 대하여 계속 적용된다. 헌법불합치결정이 위헌결정의 일종이라고 하더라도 헌법불합치 법률 중 합헌부분까지 실효시키는 것은 아니므로 종전의 법률 중 합헌 부분은 종전의 법률로서 효력을 지속한다고 보아야 한다. 이러한 효과는 개선입법을 소급하여 적용하는 것과 실질적으로 같다고 할 수 있지만, 개선입법이 종전의 법률 중 합헌부분을 대체하여 소급하여 적용된다고 볼

이유가 없다.

헌법불합치 법률 중에서 국회의 개선입법에 의하여 위헌부분으로 구분되어 제거된 부분은 헌법재판소법 제47조 제2항에 의하여 법률의 효력을 상실한다. 헌법 불합치 법률이 형벌에 관한 법률이면, 종전의 법률 중 위헌부분으로 구분된 부분은 소급하여 법률의 효력을 상실하게 되며(헌법재판소법 제47조 제2항 단서), 그 위헌부분에 의하여 처벌받은 사람은 재심을 청구할 수 있게 된다(헌법재판소법 제47조 제3항).

위헌법률이 형벌에 관한 법률이 아닌 경우에는 위헌결정이 있는 날로부터 효력을 상실하는데, 헌법불합치 법률 중 위헌부분은 헌법재판소의 헌법불합치결정 외에 국회의 개선입법까지 이루어져야 비로소 특정되기 때문에, 헌법불합치 법률의 위헌부분이 특정되는 개선입법의 시기를 위헌부분의 실효시기로 보아야 한다는 주장도 가능하지만, 그렇게 보면 헌법재판소가 헌법불합치결정에 의하여 법률의 일부 위헌성을 선언하였음에도 불구하고 개선입법이 이루어질 때까지 그 위헌부분의 효력을 인정하게 되어 헌법불합치결정의 효력을 제한하고 위헌법률심판제도의 요청에 충실하지 못하게 된다. 따라서 헌법재판소가 헌법불합치결정을 내린 법률의 위헌 부분이 나중에 국회의 개선입법에 의하여 특정된다고 하더라도 헌법재판소가 헌법불합치결정에 의하여 일부 위헌성을 선언한 날로부터 헌법재판소법 제47조 제2항에 의한 효력 상실의 효과가 발생한다고 보아야 할 것이다.

사. 헌법불합치 법률의 적용중지

헌법불합치결정이 내려진 법률은 헌법에 위반되는 부분을 포함하고 있는 것이므로 그러한 법률을 계속 적용하는 것은 헌법의 최고규범력에 위반되는 법률의

효력을 제거하려는 위헌법률심판제도의 본지에 맞지 아니한다. 헌법불합치결정의 적용중지 효과는 헌법재판소가 특별히 선언하지 않아도 헌법이 위헌법률심판제도를 마련한 취지와 헌법재판소법 제47조 제2항에서 당연히 우러나온다고 봄이 상당하다. 따라서 헌법불합치 법률은 개선입법에 의하여 합헌부분과 위헌부분이 명확하게 구분될 때까지 적용이 중지되어야 한다.

헌법불합치결정의 적용중지 효과는 개선입법에 의하여 헌법불합치 법률의 위헌부분이 특정될 때까지만 한시적·잠정적으로 인정된다. 개선입법에 의하여 헌법불합치 법률의 위헌부분이 구분되면 헌법불합치결정의 효력이 확정되므로 헌법불합치 법률에 대한 적용중지의 효과는 소멸되고 헌법불합치결정에 따른 확정적 효과가 적용된다. 즉, 헌법불합치 법률 중 위헌부분은 헌법재판소법 제47조 제2항에 의하여 효력을 상실하게 되고, 개선입법에 의하여 합헌부분으로 구분된 부분은 법률의 효력을 상실하지 아니하므로 개선입법이 시행되기 전의 사항에 대하여 계속 적용된다.

그런데 국회의 개선입법이 이루어지지 아니하면 헌법불합치 법률의 위헌부분이 제거되지 아니하고 합헌부분의 적용도 중지되어 위헌적인 상태가 지속된다. 그래서 헌법불합치결정을 선고할 때에는 개선입법의 시한을 정하고 그 시한까지 개선입법이 이루어지지 않으면 헌법불합치결정을 받은 법률조항 전부가 효력을 상실한다고 선언하기도 하는데, 이러한 조치는 합헌부분까지 실효시키는 점에서 문제가 있지만, 국회의 개선입법이 이루어지지 아니하여 법률의 불특정 위헌성이 제거되지 못하는 위헌적인 상태가 지속되는 것을 막기 위한 조치로서 부득이하다고 할 것이다.

아. 이 사건 법률조항들의 적용중지

이 사건 법률조항들은 형벌에 관한 법률조항이다. 형벌에 관한 법률조항이 위헌결정을 받으면 소급하여 효력을 상실한다(헌법재판소법 제47조 제2항 단서). 따라서 이 사건 법률조항들 중 위헌부분이 국회의 개선입법에 의하여 구분되면 그 위헌부분은 소급하여 효력을 상실하게 된다. 그리고 이 사건 법률조항들의 위헌성은 국회의 개선입법이 이루어지기 전에도 이 사건 헌법불합치결정에 의하여 불특정인 채로 확정되어 있는 것이다. 따라서 위헌부분이 포함된 이 사건 법률조항들을 헌법불합치결정 선고 후 개선입법 이전에 계속 적용하게 허용하는 것은 위헌법률의 규범력을 제거하려는 위헌법률심판제도의 본지에 어긋나고 헌법재판소법 제47조 제2항에 위반된다고 할 것이다.

이 사건 법률조항들에 대하여 헌법불합치결정을 하면서 계속 적용하도록 하는 것은, 헌법재판소가 이 사건 법률조항들에 위헌부분이 포함되어 있음을 선언하였고 그 위헌부분이 국회의 개선입법에 의하여 구분되면 소급적으로 효력을 상실하게 됨에도 불구하고, 그 위헌부분이 포함된 이 사건 법률조항들에 의하여 처벌받은 뒤 나중에 위헌부분에 의하여 처벌받았음이 밝혀지면 재심을 청구하여 구제받으라고 하는 것이다. 이는 위헌법률에 기한 형사처벌을 허용하는 것이고 구체적 규범통제의 필요에 따라 위헌법률의 규범력을 제거하도록 하는 위헌법률심판제도의 사명을 저버리는 것이어서 우리 헌법상 허용될 수 없는 것이다.

그리고 헌법불합치결정은 일부위헌결정의 일종이고 위헌법률에 대해서는 규범력을 부정하려는 것이 위헌법률심판제도의 본지이므로, 헌법재판소가 어느 법률조항이 헌법에 합치되지 아니한다고 결정하는 경우에는 그 법률조항에 위헌부분이

포함되어 있기 때문에 헌법불합치결정이 있는 날로부터 적용되어서는 아니된다는 내용이 포함되어 있다고 보아야 한다. 따라서 헌법재판소가 어느 법률조항에 대하여 헌법불합치결정을 하면서 그 법률조항을 계속 적용하도록 결정하려면 그 점에 대하여 특별한 평의와 합의 절차를 거쳐야 한다고 할 것이다. 그런데 이 사건의 경우에는 단순위헌 의견이 5인이고 헌법불합치 의견이 2인이다. 5인의 단순위헌 의견은 이 사건 법률조항들 전부가 소급적으로 실효되어야 한다는 의견이라고 할 수 있다. 단순위헌 의견이 위헌결정의 정족수에 미달되어 헌법불합치 의견과 합쳐서 헌법불합치의 결론에 이르렀다고 하여, 단순위헌 의견이 위헌이지만 계속 적용하여도 좋다는 의견으로 바뀌는 것이 아니다. 헌법불합치의견을 표시한 재판관 2인이 헌법에 합치되지 아니하는 이 사건 법률조항들의 계속 적용을 결정할 수는 없다고 보아야 한다.

이 사건 법률조항들은 개선입법이 이루어질 때까지 적용 중지되어야 하고 계속 적용하게 해서는 아니된다.

2009. 9. 24.

재판장 재판관 이강국 _____

 재판관 이공현 _____

재판관 조대현 _____

재판관 김희옥 _____

재판관 김종대 _____

재판관 민형기 _____

재판관 이동흡 해외출장으로 서명날인 불능

재판장

재판관 _____

재판관 목영준 _____

재판관 송두환 _____