

2004년도 국가인권위원회
연구용역보고서

집회·결사의 자유 분야 인권정책기본계획을 위한 연구

연구책임자 : 권 두 섭

민주사회를위한변호사모임

집회·결사의 자유 분야 인권정책기본계획을 위한 연구

2004년 국가인권위원회 연구용역보고서를 제출합니다.

2004. 8.

연구수행기관 민주사회를위한변호사모임

연구자 권 두 섭 (민주사회를위한변호사모임)
한 상 희 (건국대 헌법학 교수)
박 경 신 (민주사회를위한변호사모임)
구 미 영 (서울대 법학과 박사과정)
유 용 민 (민주언론운동시민연합 신문모니터위원회)

연구보조원 정 영 섭 (사회진보연대)
곽 현 석 (원진직업병관리재단부설 노동환경건강연구소)
이 성 민 (원진직업병관리재단부설 노동환경건강연구소)

목 차

<연구내용 요약>

[집회와 시위의 자유분야]

I 집회와 시위의 자유- 그 헌법상의 의미	1
1. 들어가며	1
2. 집회와 시위의 자유와 사회질서	2
(1) 집회, 시위의 헌법적 의의	2
(2) 표현의 자유의 규제방법	3
(3) 구 집시법의 헌법상의 문제점	9
(4) 개정집시법의 문제점	14
3. 소결	16
II 현행 집회와 시위의 자유 침해현실과 입법적대안	17
1. 들어가며	17
2. 현행집시법의 문제점과 침해현실, 외국입법례 그리고 입법적 대안	18
(1) 집시법의 규율대상이 되는 집회와 시위의 개념	18
(2) 불필요한 신고사항의 요구와 경찰의 개입	23
(3) 긴급집회와 우발적 집회에 대한 신고강요는 부당함	29
(4) 금지통고에 대한 이의신청제도와 경찰의 재량권 남용 통제방안	32
(5) 폭력시위전력을 이유로한 자의적인 집회금지	40
(6) 집회장소선점과 위장집회 논란을 불러오는 제8조 제2항	44
(7) 야간집회의 문제	50
(8) 소음규제문제	53
참고자료 1. 노동절 기념 행사(대학로, 2004년 5월 1일) 소음 측정평가 결과	60
참고자료 2. 공무원노조, 전교조에 대한 공안탄압분쇄와 정치활동자유 보장촉구 결의대회(2004년 4월 10일) 소 음 측정평가 결과	67
(9) 집회장소 금지 규정 개관	72
(10) 외교기관, 청와대, 국회, 법원 등 집회금지 장소 규정	75
(11) '주요도시 주요도로'에서의 집회금지 문제	82
(12) 주거지역이나 이와 유사한 장소, 학교지역, 군사시설 주변지역에서의 집회금지	86
(13) 서울 광장 조례에 의한 집회제한 문제	89
(14) 도시공원법의 점용허가에 의한 제한	93
(15) 집회장소에 사복경찰의 출입과 사진·비디오 채증 행위	98
(16) 집회현장에서 경찰당국의 과도한 개입과 강제진압	101

(17) 집시법상 형사처벌조항의 대폭 삭제	104
3. 결론	106

Ⅲ. 집회와 시위에 대한 언론의 왜곡된 보도태도의 실태와 문제점

1. 집시법 관련 신문보도 모니터 보고서
 - (1) 들어가는 말
 - (2) 집시법 개정이전 보도
 - (3) 개정이후 보도
 - (4) 집시법 ‘공론장’에 국회·정부만 있고, 국민은 없다
 - (5) 사례연구: 탄핵반대 촛불집회로 바라본 신문별 보도 태도
 - (6) ‘표현의 자유’ 억압은 언론의 자기 부정과 같아

2. 2003년 11월 집회관련 신문보도 모니터 보고서
 - (1) 집회 내용은 모르쇠, '싸움'에만 집중하는 언론
 - (2) 일부 사진 기자의 집회 시위 보도준칙
 - (3) 과격 시위 해법에 대한 언론 보도 태도
 - (4) 국민의 기본권을 제한하는 집시법 개정안 관련 보도

[결사의 자유 분야]

I. 서론	122
1. 비정규 노동자란	122
2. 비정규 노동자의 유형	122
(1) 임시계약직(기간제) 노동자	122
(2) 간접고용 노동자(파견, 용역, 도급 노동자)	123
(3) 단시간 노동자(파트 타이머)	123
(4) 특수고용 노동자	124
 II. 비정규 노동자 노동기본권 침해현실과 문제점	 124
1. 기간제, 계약직 노동자	124
(1) 개관	124
(2) 현실에서 나타나는 노동기본권 침해의 문제점	124
2. 간접고용 노동자	135
(1) 개관	135
(2) 간접고용의 유형과 구분	135
(3) 현실에서 나타나는 노동기본권 침해의 문제점	138
3. 특수고용 노동자	148

(1) 개념 - 특수고용의 개념 및 등장배경	148
(2) 특수고용형태의 도입과정	149
(3) 특수고용 노동자의 노동자성이 부정되는 방식	150
(4) 특수고용형태의 지속적인 확대가능성	155
(5) 특수고용 노동자의 노동기본권 침해실태	160

III. 정책 대안 169

1. 기간제	169
(1) 현행법	169
(2) 개정안	170
(3) 해설	170
2. 단시간 노동	171
(1) 현행법	171
(2) 개정안	171
(3) 해설	173
3. 동일가치노동 동일임금 등 차별해소 방안	174
(1) 현행법	174
(2) 개정안	174
(3) 해설	174
4. 파견제	175
(1) 현행법	175
(2) 개정안 및 해설	175
5. 특수고용 노동권 보장	180
(1) 현행법	180
(2) 개정안	180
(3) 해설	181
6. 최저임금 전체 노동자 임금 수준의 50% 이상으로	181
(1) 현행법	182
(2) 개정안	182
(3) 해설	182
7. 명예근로감독관 제도 등 근로감독 강화방안 182	
(1) 현행법	183
(2) 개정안	183
(3) 해설	183

참고문헌 184

부록1 국가인권정책기본계획(안) 185

연구내용 요약

[집회와 시위의 자유]

I. 집회와 시위의 자유 - 그 헌법적 의미

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, 구체체에 의하여 절대적으로 부과되던 가치관의 통제로부터 벗어나 이성의 자유의지에 기반한 사상의 자유시장을 확보하는 가운데 형성된 것이다.

집회와 시위의 자유는 다음과 같은 기능을 수행한다.

- 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.
- 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.

이 때문에 헌법은 제21조에서 집회·시위 등으로 구현되는 표현의 자유를 다른 기본권들보다 상위에 두는, 소위 우월적 지위를 인정하고 있다.

한편 집회와 시위의 자유는 그것이 경찰규제의 대상이 되는 경우에도 그것은 언제나 특정한 구성요건적 한계 내에서만 가능하다. 즉, ①명백하고도 현존하는 위험이 존재하는 경우에 ②명확성의 원칙(void for vagueness and overbreadth)과 ③과잉금지의 원칙, ④입증책임의 전환이론, ⑤법익형량의 이론 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.

즉, 집회·시위의 자유는 다른 기본권들보다 더욱 강하게 보호되어야 하는 것으로, 그것을 제한하기 위하여는 명백하고도 현존하는 (중대한) 위험이 존재하여야 하며 제한의 방법에 있어서도 일반적인 기본권제한과는 다른, 가중된 요건들을 요구하고 있다.

한편 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. 각 규제방법의 내용에 대하여 살펴

보았다.

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

특히, 지난 2004년 1월 개정된 새 집시법은 외교공관 주변의 획일적 집회금지조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정에 기하여 그 위헌부분을 시정한다는 명분으로 주요도로 집회금지, 폭력집회의 경우 잔여집회금지, 집회시 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 권리와 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.

II. 집회와 시위의 자유의 침해현실과 입법적 대안

현재 집회와 시위의 자유가 침해되는 가장 큰 이유는 집시법에 있는 각종 독소조항과 이를 자의적으로 해석적용하는 경찰당국의 법집행, 이 두가지가 가장 큰 문제이다. 각 문제영역들을 하나씩 살펴보면,

먼저 집시법은 옥외집회에 대하여 신고의무 등 여러 가지 규제조항을 두고 있다. 현행 집시법 제2조는 “옥외집회라 함은 천장이 없거나 사방이 폐쇄되지 않은 장소에서의 집회를 말한다”고 규정하고 있으나, 입법목적은 고려함이 없이 단지 천장이 있다는 없다는 이유로 자동적으로 옥외집회로 간주하여 다양한 규율을 가하는 것은 헌법에 합치하지 않으므로 집시법 제2조 제2호의 규정은 입법목적에 맞게 합헌적으로 해석하여야 한다.

입법적 방안으로서 옥외집회와 옥내집회의 구별의 기준은 그 집회가 일반대중들에 대한 개방성과 공개성의 정도에서 찾아야 하며, 이러한 개방성과 공개성에 어떠한 기준도 제시할 수 없는 “천장이 없거나”라는 구절은 삭제되어야 한다.

한편 현재 집시법 적용여부와 관련하여 기자회견, 추모제, 문화제, 1인시위 등이 논란되고 있다.

집시법 제6조 제1항과 시행령 제2조에서 규정하고 있는 신고사항은 목적, 일시 등 대략 22가지에 달한다. 신고제도의 취지는 옥외집회 또는 시위의 성격과 규모를 미리 파악함으로써 적법한 옥외집회 또는 시위를 보호하는 한편 그로 인한 공공의 안녕질서를 유지하기 위한 사전조치를 마련하고자 함에 있다. 그러나 불필요하게 과도한 신고사항을 요구하고 신고서의 기재사항을 보완하지 않았다는 이유로 신고된 옥외집회를 금지할 수 있도록 한 것은 결국 신고제를 허가제로 운영하는 것이 되어 신고제를 인정한 취지에 정면으로 배치되고, 사소한 기재사항 미비 등을 이유로 한 보완요구와 금지통고 등 경찰당국의 재량권 남용을 초래할 여지를 주는 제한규정이다. 나아가 신고사항과 사소한 차이가 있다는 이유로 현장에서 경찰력이 개입하는 경우도 있다. 따라서 신고제도의 취지에 부합하는 최소한의 것만 남겨두고 삭제하는 것이 필요하다. 불필요한 경찰당국의 개입 원인을 없앨 필요가 있다.

긴급집회는 그 목적을 달성하기 위하여 가능한 한 신속하게 개최할 수밖에 없고, 짧은 시간내에 개최해야 하기 때문에, 대부분 시사성있는 현실적인 사유로 즉각적으로 이루어지는 집회를 말하고, 우발적 집회란 집회개최자가

없고 사전의 계획도 없이 우발적으로 이루어지는 집회를 말한다. 긴급집회는 48시간전에 신고해야 하는 규정을 지키지 어려우며, 우발적 집회는 신고자체가 어렵다.

긴급집회와 우발적 집회는 경찰당국은 인정하지 않고 있으며 미신고 집회라는 이유로 해산명령을 내리고 심지어 평화적인집회임에도 경찰병력을 동원하여 해산에 나서고 있는 실정이다. 하지만 집시법의 일반적인 해석론에 비추어 보면 신고의무 내지 48시간전 신고의무가 면제된다고 보아야 한다. 경찰당국이 이를 수용하지 않고 있으므로 집시법에 명문규정을 도입할 필요가 있다.

경찰당국의 자의적인 금지통고에 대한 불복절차로서 이의신청 절차가 마련되어 있다. 그러나 이 역시 유명무실하다는 것이 현재의 평가이다.

그렇다고 이의신청의 재결청만을 이전처럼 사도지사로 한다고 해도 문제가 해결된다고 보이지는 않는다. 지방자치체가 시행되면서 중앙정부에 비판적인 집회뿐만 아니라, 지방자치단체의 정책을 비판하는 내용의 집회 역시 많은 실정인어서 자칫 자의적인 판단을 할 우려가 있다. 대안으로는 먼저 집회신고와 수리업무, 그리고 현장에서 질서유지, 집회보호 임무는 현재대로 경찰당국이 담당하면 될 것으로 보인다. 물론 현장에서의 질서유지와 관련한 경찰당국의 군사작전식 대응태도의 문제점은 분명히 개선되어야 한다.

남아 있는 것이 금지통고와 제한통고 권한을 누가 가질 것인가의 문제이다.

법원의 업무량을 고려하여 금지통고에 한해서만 법원의 결정을 얻어서 할 수 있도록 하되, 제한통고의 경우에는 경찰관장장이 이전대로 직접 할 수 있으나, 주최자가 제한통고에 대하여 법원에 즉시항고를 할 수 있도록 하는 절차를 두어 자의적인 재량권 행사를 통제할 수 있도록 하는 방안을 고려해 볼 수 있다.

제5조 1항 2호는 “공공의 안녕질서”라는 불확정개념을 사용함으로써, 실제 적용에 있어서는 폭넓게 해석하여 집회에 대한 사전허가의 규정으로 사용되고 있다. 즉, 성격상 어느 집단이 폭력행위를 할 것이라는 사전 예상을 그 요소로 포함하고 있기 때문에 본래적인 의미에서의 사전허가제적 성격을 내포하고 있음을 부인할 수 없게 한다. 그리고 경찰당국에게 그 판단의 전권을 부여하고 있음을 부인할 수 없다. 현실에서는 신고된 당해 집회가 아니라 단순히 이전에 폭력시위 전력이 있다는 이유만으로 금지통고를 하고 있으며, 다른 금지통고의 근거가 없을 때 주요 이용하고 있다. 따라서 제2호를 삭제하고 사후적인 제한을 통해 규제하는 것이 바람직하다고 본다.

위장집회가 문제되는 가장 큰 이유는 두 집회가 목적으로 보아 서로 상반되거나 방해가 되는 지 여부와 상관없이 무조건 나중에 신고된 집회를 금지하는 경찰당국의 자의적 법집행 때문이다. 이와 같은 경찰당국의 자의적 법집행을 악용하여 실제로는 집회를 개최하지도 않으면서 위장집회신고를 통하여 다른 집회를 막는 사례가 늘고 있다. 정확한 해결방안은 동시집회를 보장하는 것이다. 위장집회신고를 하는 곳에서는 어쭙히 집회를 할 생각도 없이 집회신고만 형식적으로 하는 것이므로 동시집회를 보장한다면 위장집회신고를 할 실익이 없어진다. 자연스럽게 위장집회신고는 사라지게 되어 있다.

우리 헌법이 주야간을 불문하고 집회에 대한 허가제를 금지하고 있는 이상, 야간의 옥외집회라 하여 집회에 대한 금지를 원칙으로 하는 것은 허용되어서는 안된다. 경찰당국의 법집행 현실을 보면 야간집회는 무조건 금지하고 있으며 현재까지 허용한 사례가 없는 것으로 보고되고 있다. 최근 촛불집회를 둘러싼 문화제 논란도 근본원인은 야간집회를 금지하는 경찰당국의 태도에 있다. 한국사회의 대다수 국민이 직장의 임금노동자로 생활하기 때문에 대부분의 만남과 여유생활이 일과 후인 일몰시간 후에 이루어지고 있는 점과 생활패턴의 변화로 인하여 야간의 활동이 활발해지고 있다는 점에 비추어 볼때, 야간의 옥외집회시위를 전면적으로 금지시키는 것을 원칙으로 하고, 일정한 제한된 요건 하에서만 예외적으로 허용한다는 것은 국민의 편의를 도외시킨 지나친 제약이라고 하겠다. 집시법에 야간이라고 하더라도 달리 규정할 것이 아니라, 질서유지인만을 두어야 하는 것 정도로 하면 충

분할 것이다.

집회에 참가한 다수인을 설득하고 이들과 소통하기 위해서는 단지 연설만이 아니라, 노래, 율동 등 다양한 방식이 이용되고 있으며, 이 모든 것을 위해서는 방송시설(확성기 등)이 필수적인 수밖에 없다. 몇 백명 이상이 모이는 집회에서 확성기 등 기계와 기구를 빌리지 않고 어떻게 연설을 통한 설득과 소통이 가능하겠는가. 집회는 일정한 장소를 점거하는 형태로 진행될 수밖에 없고(교통소통방해 등이 따를 수밖에 없음), 소음이 발생할 수밖에 없다.

2004년 대학로에서 열린 노동절대회에서도 주요 위치 건물에서 측정한 결과 87 내지 98 데시벨로 측정되었다. 결국 이 개정법에 의한 이와 같은 집회들은 이에 개최가 어렵게 된다는 이야기가 된다. 아무리 그 목적을 선해하는 입장에 서더라도 장소, 대상, 발생지속시간 등을 고려하지 않은 일반적 금지규정으로서는 과도한 제한이 되어 위헌이다. 이처럼 무차별적으로 적용하게 되어 결국 중규모 이상의 집회를 금지하는 결과를 초래하게 된다. 외국의 입법례를 보아도 우리처럼 광범위한 규제법률을 가진 나라가 없다. 독일만 보아도 하루 정도 이루어지는 집회 시위의 소음은 기본권 침해를 우려하여 경찰당국이 개입하지 않는다. 소음규제 조항은 삭제하는 것이 바람직하다.

대통령관저는 집무실과 숙소를 겸하고 있는 장소이므로 중요한 공공기관이라 할 수 있으나, 헌법재판소장 공관, 대법원장 공관, 국회의장 공관, 국무총리 공관 등은 이 규정에 포함시킬 성질의 건물이 아니라, 일반 주거지역에서의 집회문제로 규제하면 족하며 현행 11조의 규정은 권위주의적 발상에 따른 입법일 뿐이다. 이 부분은 삭제해야 한다.

국회, 청와대, 법원, 헌법재판소, 외교기관, 외교사절의 숙소의 경우에도 헌법재판소 결정 취지를 감안하여 먼저 해당 기관을 대상으로 하지 않는 경우, 업무가 이루어지지 않는 휴일의 집회, 소규모로 이루어지는 집회의 경우에는 제한해서는 안된다. 현행법의 '외교기관이나 외교사절의 숙소의 기능이나 안경을 침해할 우려가 없다고 인정되는 때'와 같은 요건은 자의적 운영의 가능성이 크므로 삭제되어야 한다.

그리고 도심구조상 100미터는 사실상 해당 장소에서의 집회 자체를 봉쇄하게 되므로 이를 50미터로 축소해야 한다. 국회, 청와대, 법원, 헌법재판소의 경우에 집회를 금지할 필요성은 없다고 보이므로 50미터 내에서 해당 기관을 대상으로 하면서 휴일이나 소규모 집회가 아닌 경우에도 일정한 제한만을 할 수 있도록 하면 될 것이다.

외교기관의 경우에는 옥외집회 및 시위가 당해 외교기관을 대상 및 목적으로 하면서도 휴일이나 소규모 집회가 아닌 경우에는 당해 외교기관의 안경을 침해할 명백한 위험성이 존재하는 경우에 한하여 50미터내에서 금지할 수 있도록 하면 충분할 것으로 본다.

시위장소가 교통요충지라는 이유만으로 금지통고를 하는 것은 재량권남용에 해당한다. 즉 시위 행진노선을 제한하는 것만으로도 교통소통에 초래될 지장을 덜 수 있는데도 굳이 시위 자체를 금지한 것은 재량권의 남용이 된다는 것이다. 주요도로에서의 집회뿐만 아니라, 행진도 금지통고할 수 있도록 개정되어 경찰당국의 자의적 운영 가능성이 더 커졌다.

금지통고를 삭제하고 조건통고로 개정해야 한다.

또한, 대통령령이 규정한 주요도시의 주요도로에서의 집회와 시위를 금지·제한하는 것은 헌법상 보장된 기본권의 제한에 해당하므로 이는 반드시 법률로써 해야 하는데도 이 조항에서 시위금지의 가장 중요한 요건이 되는 해당도로의 결정을 구체적 위임의 범위 없이 대통령령에 맡기는 것은 기본권 제한시 법률에 의한다는 헌법 제37조 제2항의 규정에 위반할 소지가 있다.

학교시설, 군사시설, 주거지역 집회금지조항은 사생활보호, 학습권, 군사시설의 안녕 보호를 명분으로 하고 있으

나, 주거지역 뿐만 아니라 이와 유사한 장소, 그리고 그 주변지역에까지 그 대상 범위가 광범위하게 확대되어 있다는 문제점이 있다. 나아가 경찰당국에서 먼저 당해 거주자, 시설관리권자에 대하여 시설보호요청을 유도함으로써 선별적으로 집회나 시위를 금지하는 데에 악용되고 있다는 문제가 있다.

먼저 군사시설은 삭제되어야 한다. 군사작전을 방해하거나 시설을 침해하는 것은 그 자체로 현행법 위반사안이므로 그 때 대처하면 된다. 단순한 군사시설에서의 집회라고 해서 이를 사전 금지할 이유는 없다.

학교시설의 경우에 도심 곳곳에 흩어져 있고 그 수가 많아 경찰당국의 자의적인 운영의 소지가 많다는 점이 문제이다. 제한규정이 없었던 이전에 특별히 사회적으로 문제가 되지 않았고 오히려 이 조항으로 인하여 사학재단의 비리 문제에 대한 문제제기조차 원천적으로 봉쇄될 우려가 있으므로 이전처럼 삭제하는 것이 맞다고 본다.

주거지역의 경우에는 법문을 명확하게 할 필요가 있으며, 집회의 금지조항을 삭제하고 필요시 제한할 수 있도록 하는 쪽으로 개정되어야 할 것이다.

지방자치단체와 국가는 집회의 자유를 보장하기 위하여 공원을 조성하는 경우에도 집회장소를 고려하는 등 조치를 해야 할 의무가 있다. 이미 서울시는 위 조례에 따라 자신들과 정치적 의견을 같이 하는 단체의 경우에는 집회를 허용하고 비판적인 단체에 대하여는 이를 불허하거나 과도한 사용료부과를 통해 사실상 집회자체를 금지하고 있다. 위헌 위법한 서울시 조례는 하루 빨리 폐지되어야 한다.

도시에서 공원은 시민의 휴식공간이기도 하지만 집회를 개최할 수 있는 유일한 장소이기도 하다. 주로 여의도공원, 광화문 열린마당공원, 종묘공원, 대학로 마로니에 등이 집회의 메카로 이용되는 것을 보면 알 수 있다. 도시공원법에 의한 점용허가의 대상에서 '상업적 목적에서 이루어지는 것이 아닌 한 집회에서 설치하는 단기공작물의 설치'는 제외되어야 한다. 그렇지 않으면 여의도 공원에서와 같이 공원관리청의 자의적인 운영에 의하여 집회주최자가 형사처벌되는 결과가 반복된다.

공원관리상 필요한 것은 집회신고가 이루어지고 있으므로 관할 경찰관서에서 공원관리청에 이를 통보하여 서로 협조하면 될 것이다.

사전정보취득활동이라는 이유로 경찰력에 의해서 이루어지는 사진촬영, 비디오녹화, 녹음 또는 출입차량 번호판 기록 등은 집회준비자나 참여자들의 의사표현력 또는 자기정보결정권을 침해할 우려가 높다고 할 것이다. 경찰이 폭력집회를 예방하고 사후범죄의 증거를 확보한다는 명목으로 이루어지는 그러한 정보취득활동은 집회 준비자의 실질적인 집회의 내용 준비와 집회 참가자들의 자유로운 의사소통 및 주장에 있어서 심리를 위축시켜 자기 검열을 하게 된다. 이는 자발적인 집회에 대한 제어가 되며 국가권력의 간섭이나 방해로부터 자유로울 수 있는 기본권을 침해하는 행위이다. 집회를 준비하고 실행하는데 참여하는 개인의 권리를 침해하며 방해받지 않고 집회 참여자들 상호간 또는 일반과의 사이에서 의사소통하는 권리를 침해한다.

따라서, 현재 집회현장에서 일상적이고 당연한 것으로 여겨지고 있는 경찰의 정보취득활동에 대한 제한규정의 명문화가 필요하다. 나아가, 집회의 전과정을 10분 내지 15분 간격으로 정보상황보고서를 작성하는 것은 집회에 대한 국가권력의 과도한 개입이므로 정보상황보고의 작성과 관련해 존재하는 관련 내부 규정이 있다면 삭제되어야 한다.

집회과정에서 경찰의 과도한 개입이 참가자와 마찰을 일으켜 평화로운 집회가 방해받고 있는 현실을 감안하여 별도의 준수사항에 대한 규정 신설이 필요하며 특히 대우자동차 조합원들에 대한 경찰의 야만적 폭력행위에서 보듯이 사후적으로라도 책임소재를 분명하게 하기 위하여 제4항에서 중대병력의 배치장소와 지휘책임자의 성명을 통보하게 해야 한다.

집회의 개최자가 집회신고를 했지만 경찰관청이 신고서를 수리하지 않거나, 신고서의 보완명령을 내렸음에도 불

구하고 신고서를 보완하지 않았든가 또는 처음부터 아예 신고를 하지 않은 상태에서 집회를 개최한 경우, 그 집회가 당연히 해산대상이 되는 집회는 아니다.

그러나 이미 위 관련부분에서 자세한 언급이 있었지만 신고제도 자체가 목적을 가지고 있는 것이 아니기 때문에 신고의무를 위반했다는 사실이 집회의 자유를 박탈하는 효과를 가져서는 안된다. 그렇다면 신고는 결코 집회의 조건이 아니며 집회의 자유를 행사하는데 부수적으로 부과되어 있는 행정법상의 의무에 지나지 않는다. 미신고 집회, 야간미신고집회라고 해도 신고를 하지 않고 집회를 하고 있다는 것만으로 그 자체로는 어떤 구체적 위협성도 없으며, 평화적인 경우에는 해산명령을 내려서도 안된다. 신고의무는 행정협력의무에 불과하므로 과태료 정도의 처분이 적절하므로 형사처벌규정을 삭제해야 한다.

그리고 집회 및 시위의 해산과정에서 해산명령의 고지 자체가 집회 및 시위의 주최자 및 참가자에게 불분명한 경우가 많아 그 방법을 개선하고, 특히 직접해산과정에서 경찰력의 행사가 가학적인 공격형태를 취하는 경우가 많으므로, 경찰력 행사의 원칙을 법률에 명문화해야 한다. 기타 현행 집시법의 벌칙조항이 과도한 측면이 있으므로 형량을 감하는 것이 필요하다.

III. 집회와 시위에 대한 언론의 왜곡된 보도태도의 실태와 문제점

집회하면 흔히 교통불편, 소음 등을 떠올리면서 인상을 찌푸리게 한다. 다른 사람들의 권리로서 절박한 목소리를 내고자하는 수단으로서 담담하게 이를 바라보기 보다는 부정적으로 이를 생각한다. 집회와 시위는 제한되어야 한다는 여론을 당해내기 어렵다. 여기에는 언론들의 책임이 크다. 집회와 시위의 자유가 가지는 의미까지 진지하게 고찰하는 것은 고사하더라도 사회적 소수자들이나 노동자들의 목소리를 언론지면에 반영하지 못함으로써 결국 거리로 나올 수 밖에 없는 현실을 외면하고 있다. 조선일보의 예를 보자. 과거, 시위의 폭력상과격성을 집중적으로 부각했던 **조선**은 11월 민주노총의 노동자집회에 대해 더욱 목소리를 높였다. 조선은 11월21일과 22일에 <대한민국은 불타고 있는가>, <집시법 개정 반대 명분없다>는 사실을 신고 “무정부상태를 방불케 한 내란급 폭력사태”라고 규정짓고 대한민국이 폭력 시위로 “막판까지 간 나라”라고 주장하며 집시법 개정을 주장했다. 아울러 11월 22일부터 4회에 걸쳐 집회의 폭력, 과격 양상에 초점을 맞춘 연재 기획물 <폭력시위에 나라가 멍든다>를 게재했다. 특히 <선진국선 폭력시위 가차 없이 진압>이라는 첫 회에서는 폭력시위에 대한 정부의 강력한 물리적 대응을 촉구하기도 했다.

이처럼 조선중앙동아 등은 이러한 내용을 제대로 보도하기는커녕 시위의 부정적 모습을 부풀리며 집시법을 개정해야한다고 앞장서서 주장했다. 실제 이들 언론이 집시법 개악에 일조했다는 비판의 목소리가 높다. 또한 이들은 시민사회의 ‘불복종’ 여론을 법질서를 훼손하려는 의도로 몰고 갔다. 아울러 개정 과정에서 일부 신문들이 개정안의 세부 조항과 그 의미, 향후 집회 및 시위 문화에 미칠 사회적 파장 등을 제대로 조명하지 않은 것은 명백히 국민의 알 권리를 침해한 것이라는 지적이다.

집회시위를 불편하고 귀찮은 것 정도로 생각하는 의식이 존재하는 한 이를 둘러싼 공방은 결코 해결될 수 없다. 성숙한 시위문화가 어디 시위대만이 책임질 문제인가. 강경 진압을 일삼는 경찰, 집회시위를 규제, 억압하는 데만 익숙해은 정부와 정치권이 원인 제공을 해온 측면도 적지 않다. 언론도 예외일 수 없다. 민의를 반영하는 데 제 몫을 해왔다면 집회나 시위가 격렬해질 까닭이 없다. 그럼에도 일부 언론은 본연의 역할을 수행하기는커녕 오히려 국민의 기본권을 제한하는데 앞장서고 있다. 언론 개혁이 대두될 때마다 ‘표현의 자유’를 방패막이로 자사 이익을 방어해온 것과는 철저히 대조적이다.

[결사의 자유 분야]

I. 서론

비정규 노동자는 말 그대로 정규 노동자가 아닌 노동자이다. 정규노동자는 기간을 정하지 않은 근로계약을 체결하여 정당한 이유가 없는 한 해고할 수 없고 고용이 정년까지 보장되는 노동자로서 해당 기업에 직접 고용된 노동자이다. 비정규 노동자는 이러한 정규노동자가 아닌 노동자로서, ①근로계약기간을 정해 일하는 노동자(임시계약직, 기간제, 일용직) ②단시간노동자(파트타임) ③파견, 용역 등 간접고용노동자 ④형식상 개인사업주로 위장되어 있는 특수고용노동자 등으로 나뉜다. 이밖에 호출노동자, 가내노동자 등의 형태로 있다.

이들 비정규 노동자의 핵심적이고 공통된 특징은 바로 임시적 고용이다. 이러한 임시적 고용의 성격은 비정규 노동자들을 항상적인 고용불안에 시달리게 하고 나아가 차별과 노동법상 무권리로 내몬다.

II. 비정규 노동자 노동기본권 침해현실과 문제점

계약직 노동자들은 우선 해고가 자유롭게 되어 있기때문에, 열악한 노동조건과 부당한대우가 있다해도 이를 개선하기 어렵다. 나아가 노동조합을 설립하는 경우에 회사에서는 노조간부들을 중심으로 계약갱신을 하지 않는다. 이 때문에 어렵게 노조가 설립되더라도 유지되기가 힘들고 쉽게 와해되어버린다.

복수노조 금지규정을 왜곡하여 해석하는 노동부의 법집행도 문제이다. 노동부는 형식적으로 정규직 노조의 규약만을 가지고 복수노조 여부를 판단하는데, 정규직노조가 형식적으로만 규약에 가입범위로 하고 있으면서 단체협약에서는 계약직 노동자를 조합원범위에서 제외시키고 있더라도 새로 설립된 계약직 노동자들의 노조를 복수노조라고 하여 설립신고를 반려하고 있다.

고용의 불안은 노조 설립과 같은 단결권뿐만 아니라, 최저생계비에도 미치지 못하는 열악한 임금과 차별을 가능하게 한다.

정규 노동자는 직접고용된다. 다시 말해 노동조건 등 노동 노동관계에 관한 실질적인 결정권이 있는 사용자가 바로 근로계약 체결의 상대방이다. 따라서 정규직 노동자는 해당 사용자를 상대로 노동3권을 행사할 수 있다. 반면에 중간에 다른 사용자가 끼어서 착취하는 구조를 가진 간접고용 노동자가 있다. 간접고용 노동자는 노동관계에 관한 실질적인 결정권이 있는 사용사업주(원청회사, 건물주, 사용업체) 아래에서 노동을 하고 있으나, 근로계약 체결은 실질적인 권한이 없는 파견사업주(용역업체, 하청회사 등)와 맺고 있다. 시설관리 노동자, 청소용역노동자, 방송사비정규노동자, 제조업의 사내하청 노동자 등이 바로 간접고용 노동자이다.

노조를 설립하는 경우에 원청업체나 사용사업주는 하청업체와 용역업체와의 도급계약을 해지하는 방법으로 노조를 와해시켜 버린다. 이러한 행위들은 노동자들에 대한 집단적 해고이지만 법률적으로는 원하청간의 계약의 문제로 취급된다. 어렵게 노조가 유지되는 경우에도 단체교섭권이 없는 셈이다. 하청 등 간접고용 노동자들의 노동조건에 대한 결정권은 원청회사와 같은 사용사업주가 갖고 있다. 그런데 사용사업주들은 형식적인 근로계약의 체결상대방이 아니라는 이유로 제3자라고 우긴다. 하청업체나 용역업체는 우리

는 권한이 없다고 하소연한다. 결국 단체교섭권이 없는 노조는 유지가 어렵게 된다.

단체행동권도 마찬가지다. 사업장내에 머무를 수 있는 권한도 애매하다. 그 사업장은 원청회사의 소유지이기 때문에 원청회사들은 제3자들이 왜 여기서 농성을 하나면서 나가라고 한다. 심지어 원청간 계약서에는 쟁의행위시 계약해지조항을 대부분 두고 있다. 모두 실질적인 사용자가 사용자로서 법적 책임(단체교섭에 응할 의무, 부당한 해고를 하지 않을 의무, 단체협약 체결의상대방 등)을 지지 않기 때문에 발생하는 문제라고 할 수 있다.

정규 노동자는 사용자와 위탁, 도급 등이 아닌 '근로계약'을 체결하고 법적으로 근로기준법이 당연히 적용된다. 그리고 임금도 정해진 기준에 따라 일반적으로 월급형태로 지급된다. 반면에 사용자와 위탁계약, 운송도급계약 등을 체결하고 개인사업자로 되어 있으며 일한 부분에 대하여 성과급(수수료, 운반료 등) 형태의 임금이 지급되는 특수고용 노동자들이 있다. 골프장 경기보조원, 학습지 교사, 지입차주겸 운송기사, 보험모집인, 텔레마케터 등이 그것이다.

특수고용 노동자들은 근로기준법 적용에서 완전히 배제되어 있다. 노조간부들을 해고해도 이를 부당한 해고로 다룰 방법이 없다. 노동부는 보험모집인을 제외하고는 대체로 노조법상 노동자성은 인정하여 노조 설립신고증을 내주고 있으며 행정감독과 노동위원회의 조정 등이 가능하다. 그러나 이 역시 사용자가 노조를 부인하고 나오면 대책이 없다. 특히 최근 법원에서 노동자가 아니라는 판결이 나오면서 사용자들은 노조활동정지가처분, 근로자지위부존재확인의 소 등 노동조합 활동과 노동자성 자체를 부인하는 태도로 나오고 있다.

어렵게 노조활동을 해나가는 경우에도 쉽지가 않다. 오랜 노력으로 만든 단체협약을 사용자가 위반해도 검찰에서는 단체협약이 아니라는 이유로 위반행위로 처벌할 수 없다고 한다.

단체교섭에 응하지 않더라도 부당노동행위가 안될 수 있고 사실 법적으로 강제할 방법이 없다. 단체행동권은 더 어렵다. 단체행동 자체가 아무리 절차를 거치고 목적상 정당한 경우에도 법원이나 검찰에 의해 업무방해(정당한 쟁의행위로 보호받지 못하는 불법집단행동으로 취급)로 처벌받게 된다.

III. 정책 대안

기간제근로에 대하여는 근로기준법 제23조의 개정으로 대처하여야 한다. 현재 기간제근로의 사용목적에 대한 제한이 전혀 없으나, 근로계약은 원칙적으로 기간의 정함이 없는 것으로 하고 기간제근로는 객관적이고 합리적인 사유가 있는 경우에만 극히 예외적으로 인정하여야 할 것이다. 프랑스, 스웨덴의 입법 내지 판례도 객관적이고 합리적인 사유가 있는 경우에만 기간제근로를 인정하고 있다. 따라서 기간제근로자를 사용할 수 있는 경우를 "1. 출산·육아 또는 질병·부상 등으로 인하여 발생한 결원을 대체할 경우, 2. 계절적 사업의 경우, 3. 일정한 사업 완료에 필요한 기간을 정한 경우. 다만, 사업자가 동일한 목적으로 수행하는 사업은 하나의 사업으로 본다. 4. 그 밖에 일시적임시적 고용의 필요성이 객관적으로 인정되는 경우"로 한정한다.

근로계약기간을 초과하여 사용하거나 반복 갱신함으로써 기간제근로를 상시적으로 사용하는 탈법이 행해질 수 있으므로 이를 엄격하게 제한할 필요가 있다. 이를 규제하기 위해서는 예외적인 사유에 해당하는 경우에도 그 근로계약기간은 그 해당기간이나, 1년으로 하고 그 기간을 초과하여 근로시키는 경우에는 근로계약기간의 정함이 없는 것으로 간주한다.

명목상의 단시간 근로문제를 개선하기 위하여 단시간 근로의 정의를 명확하게 할 필요가 있다. 통상근로시간보다 30%이하인 경우로 명시하는 것이 필요하다. 단시간근로에 대하여 현행법은 근로기준법에 정의규정과 비례적 근로조건 보장이라는 추상적 원칙만을 규정하고 세부적인 사항은 시행령의 별표로 규정하고 있으나, 이러한 입법 형식은 적절하다고 할 수 없으므로 구체적인 근로조건에 관한 사항은 근로기준법에 규정하여야 할 것이다. 그리고 단시간노동자는 근로시간의 차이만 있을 뿐이므로 원칙적으로 노동법에 의한 보호가 충실하게 이루어져야 할 것이다.

차별문제의 해결은 가장 핵심적인 문제인 임금차별에 관하여 동일노동동일임금 원칙을 명시하는 것이다. 근로형태의 차이에 불구하고 동일 사업 또는 사업장 내의 동일가치노동에 대하여 동일임금을 지급하여야 한다는 점을 명시하고 나아가 동일가치노동의 판단기준에 대하여도 “동일한 또는 유사한 조건하에 동일노동을 수행한 경우 또는 직무수행에서 요구되는 객관적인 기술·노동 강도·작업조건 등이 동일하거나 유사한 경우”라고 정할 필요가 있다.

근로자파견법은 불법파견을 양성화한다는 명목으로 합법적인 중간착취를 용인하고 있으며 도급, 사내하청 등의 이름으로 불법파견을 양산하고 있으며 파견노동을 광범위하게 인정하고 있다. 그리고 이중적인 고용관계를 악용한 임금체불, 저임금, 파견계약의 일방적인 중도해지, 안전보건상의 책임소재 불분명으로 노동자들이 재해에 노출되어 있으며 이중적인 고용관계로 파견노동자의 노동3권이 박탈되어 있기 때문에 현행 파견법은 철폐되어야 한다. 파견법이 폐지되면 파견법의 시행으로 근로자 공급사업에 대한 규율이 제외된 것이므로 파견법이 폐지되면 파견은 근로자공급사업에서 다시 규율되어야 한다.

불법파견이나 불법 근로자공급을 한 경우에는 원래 사용자로서 당연히 책임을 져야 할 사용사업주에게 직접 고용된 것으로 간주하는 규정이 필요하다. 아울러 공급을 받은 사용사업주에 대한 처벌조항도 신설되어야 한다. 사용사업주와 같이 실질적인 지배력과 영향력이 있는 자를 사용자로 보고 이들에게 사용자로서 법적 책임을 지도록 사용자 개념을 개정할 필요가 있다. 원청회사가 하청회사와 맺은 도급 또는 위탁계약 해지를 통해 부당한 노조활동방해를 부당노동행위로 명시해야 한다.

위장 자영업자 형태의 근로자의 문제는 사실 현행 근로기준법의 해석을 통하여 충분히 근로기준법상의 근로자에 해당하는 것으로 보아 근로기준법을 적용하는 것이 가능하다. 그러나 대법원이 사실상의 사용종속관계설의 입장에서 근로기준법상의 근로자 개념을 지나치게 협소하게 해석함으로써 위장자영업자 형태의 근로자의 대부분을 근로기준법의 보호에서 배제하고 있으므로, 이에 근로기준법의 근로자정의규정에서 위장 자영업자 형태의 근로자에 대하여 명문으로 규정하는 것이 필요하다.

사용자의 개념 역시 형식적인 근로계약 체결의 상대방에 국한해서는 안된다. 특수고용 노동자의 근로자성이 인정되더라도 노동법상 책임을 질 사용자가 없다면 아무런 실효를 거둘수 없을 것이기 때문이다. 따라서 사용자 개념 역시 위와 같이 개정되어야 한다.

우리나라의 법정 최저임금이 노동자의 생활안정과 저임금 해소라는 목적을 달성하기에도 너무 낮은 수준으로 책정되어 있다. 최저임금의 결정이 절대적 상대적 의미의 저임금 해소 및 소득 불평등 구조 개선에 부합되기 위해서는 선진 각 국에서 사용하는 방식과 같이, 전체 노동자의 임금수준에 대비한 적정 소득 불평등 개선비율에 의해 결정되도록 제도화해야 한다.

따라서 최저임금은 전체노동자 임금 평균의 50% 이하가 되어서는 안되도록 법정하고 여기서 전체 노동자의 평균임금의 산정기준과 절차, 산정방법 등 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 해야 한다.

근로감독강화가 절실하게 필요하다. 대다수 비정규, 영세사업장 노동자들은 법의 사각지대에서 방치되어 있다. 비정규 노동자 보호관련 법제의 개선이 이루어진 다고 해도 현장에서 법이 지켜지지 않는다면 소용이 없다. 비정규 노동자의 노동조건과 법적 보호를 위해서는 명예근로감독관제의 도입은 매우 절실하고 의미있다.

그 외 상습적인 부당노동행위, 임금체불 등에 대한 가중처벌과 위장폐업 등 악의적인 행위에 대하여도 가중처벌하는 규정을 둘 필요가 있다.

I. 집회와 시위의 자유- 그 헌법상의 의미

-담당집필자 : 한상희 교수

1. 들어가기

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, 구체제에 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 인간·의지의 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. 한마디로 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.

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. 집회및시위에관한법률(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.

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

특히, 지난 2004년 1월 개정된 새 집시법은 외교공관 주변의 획일적 집회금지조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정에 기하여 그 위헌부분을 시정한다는 명분으로 주요도로 집회금지, 폭력집회의 경우 잔여집회금지, 집회시 소음규제 등 실질적으로 집회를 제한할 수 있는 독소조항들을 삽입, 집시법이 집회금지법으로 전락하도록 만들었다. 다중의 위력을 중심으로 이루어지는 집회 및 시위가 가지는 헌법적 특성·사회

질서 혹은 타인의 권리와 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.

2. 집회와 시위의 자유와 사회질서

(1) 집회·시위의 헌법적 의미

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 창의, 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. 유럽의 경우 노동자들의 조직인 노동조합의 합법화과정 또는 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.

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.
- 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.

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.¹⁾ 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 크기로써 그 의사표시에 임하는 것이다. 따라서 그것은 원칙적으로 언론·출판의

1) 헌법재판소 2003.10.32 선고 2000헌바67,2000헌바83 결정

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 질서 유지를 위한 경찰규제의 대상이 될 수는 있다. 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, ①명백하고도 현존하는 위협이 존재하는 경우에 ②명확성의 원칙(void for vagueness and overbreadth)과 ③과잉금지의 원칙, ④입증책임의 전환이론, ⑤법익형량의 이론 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.

(2) 표현의 자유의 규제방법

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 표현 시점을 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.²⁾ 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 위협」이 존재하는 때에만 규제할 수 있을 뿐이며 후자의 경우는 일반적인 국가규제가 가능하다고 보고 있다.³⁾ 이러한 구분법은 공화주의의 경우에 가장 두드러진다. 그들은 자기지배의 원칙에

2) 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 의사의 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 의사의 유통의 문제가 된다. 따라서 이는 엄밀히 보자면 구조규제의 하위 형태라고 할 것이며, 이에 여기서는 이 구분법을 따르지 않는다.

3) C. Sunstein, Democracy and the Problem of Free Speech(New York: Free Press, 1993), pp. 8-11. 이 점에서 표현의 자유에 대한 제한법리를 단순히 이중기준(double standard)의 원칙에 의해서만 설명하고자 하는 태도(권영성, 헌법학원론, 2000, 483면)는 잘 못된 것이다. 실제 United States v. Carolene Products Co.(304 U.S. 144 (1938)) 사건에서 Stone 대법관이 작성한 판결문의 4번각주에서 등장하는 이 기준은, 미국 헌법체계의 특이성, 즉 권리장전의 입법사(및 헌법해석의 방법론), 공화주의적 전통, 소수자에 대한 배려 등의

입각한 다수자지배를 실천하기 위한 헌법이념으로써 정치적 표현에 대하여는 절대적 보장을 요청하고 있다.⁴⁾ 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.⁵⁾

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.⁶⁾

2) 방법규제와 내용규제

둘째, 표현에 대한 규제는 그것이 기반하는 준거와 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)으로 나눌 수 있다.⁷⁾ 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.⁸⁾ 도서관 열람실 내(장소)에서는 그

요인에 기하고 있는 것이다. 즉, 어떠한 기본권항목에 대하여 설정되는 범주론에 입각하기 보다는 그에 대한 국가규제의 기능론이라는 점에서 접근하는 경향이 많으며, 따라서 그때 그때의 헌법사안에 따라 다양한 기준이 적용되기도 한다. 이러한 비판론에 대하여는 Kovacs v. Cooper(336 U.S. 77 (1949))에서의 Frankfurter 대법관의 동조의견 참조. 그는 Holmes대법관이 표현의 자유에 대하여 우선적 지위(preferred position)를 부여한 것은 그가 진리를 추구할 권리를 일시적인 경제원리와는 다른 것이라고 보았기 때문이며 따라서 이 자유는 변화무쌍한 경제구조에서 추출되는 자유와는 다른 측면을 강조한 것에 불과하다고 한다. 뿐만 아니라, Calorine사건의 4번 각주는 다수의견의 주문에 해당되지도 않으며 따라서 어떠한 헌법상의 원칙을 구성하는 것도 아니라고 비판한다.

- 4) A. Meiklejohn, "Tesimony on the Meaning of the First Amendment," in: A. Meiklejohn, Political Freedom: The Constitutional Powers of the People(New York: Oxford University Press, 1965) 참조.
- 5) 이는 1989년 프랑스의 L.뤼미에르 형제가 시네마토그래프라는 촬영기와 영사기를 발명하여 실질적인 영화를 상영할 수 있게 한 직후인 1909년 영국에서 활동사진법(the Cinematography Act)을 제정하여 일종의 검열제도를 도입한 것에서부터 잘 나타난다. 즉, 영화와 같은 표현은 처음부터 헌법상의 표현의 자유의 보호대상 밖에 존재하는 것으로 인식되었고 이는 미국이나 여타 국가에서도 마찬가지였다. Mutual Film Corp. v. Industrial Commission Of Ohio, 236 U.S. 230 (1915) 사건은 이러한 표현규제의 역사를 잘 보여주는 것으로 영국에서 인쇄기술에 이은 출판규제의 노력과 마찬가지로 맥락에서 새로이 등장하는 영화매체에 대하여 획일적으로 헌법상의 보호를 배제하고자 하는 최초의 판단을 내리고 있다.(이 판결은 이후 Joseph Burstyn v. Wilson(343 U.S. 495(1952))사건에서 과기되어 영화도 표현의 자유의 보호대상이 되었다). 그 과정에 관하여 간단한 설명으로는 김한성, "언론·출판의 자유의 절차적 보호," 헌법연구 제5호, 1994 참조.
- 6) S. H. Shiffrin & J. H. Chopper, op.cit., p.111 참조. 물론 이러한 범주구분 자체가 진정으로 관점중립적으로 이루어지고 있는가는 별론이다. 자세한 것은 한상희, "표현의 자유의 헌법적 함의," 일감법학 제5권, 2000 참조.
- 7) 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.

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.⁹⁾

반면에 내용규제는 표현행위의 내용 혹은 실체를 중심으로 규율한다. 어떠한, 특정한 내용을 가진 표현행위는 규제되는 반면 그와는 다른 내용의 표현행위는 그대로 허용되는 경우다. 이 중, 관점평형적 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 등을 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.

여기서, 방법규제 혹은 내용중립적 규제와 관점중립적 내용규제의 차이가 나타난다. 즉, 전자의 경우에는 어떠한 표현이든 관계없이 그 표현을 위하여 사용하는 외형적 수단들-시간이나 공간, 또는 표현의 방법을 중심으로 규제하는 것임에 반하여, 후자는 표현내용을 중심으로 일정한 기준에 의하여 범주화하고, 그 범주들 중 특정한 범주에 속하는 것에 대하여 국가가 규제하는 방식을 취한다. 예컨대, Roth사건에서 검찰측이 제시한 3단계론은 일정한 표현유형에 따라 각각 상이한 법적 규제가능성을 제시하고자 한다.¹⁰⁾

8) 미국에서 이 부분의 대표적인 선례는 U.S. v. O'Brien, 391 U.S. 367(1968)이다. O'Brien은 1966. 3. 동료 3명과 함께 보스턴 남부지방법원청사 앞에서 국민역편입영장(selective service certificate)을 불태우고, '공적으로 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(달성하기 위하여 적절한 수단을 선택하고 있으며, 그 범위내에서 행위가 가지는 비표현적(noncommunicative) 효과들만 처벌하고 있으며, 그들의 소각행위는 이러한 행정 목적을 저해하고 있으며, 따라서 이를 처벌함을 정당화할 수 있는 충분한 정부의 이해관계가 존재한다는 이유로 합헌결정을 내리고 항소심의 위헌결정을 파기하였다. 이에 대하여 Douglas대법관은 O'Brien등의 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 그때 그때 사안에 따라 표현의 자유라는 법익과 정부의 규제이익간의 균형(balance) 여하에 따라 그 규제입법의 위헌여부가 판단된다고 한다. American Constitutional Law, 2nd. ed., pp.791-2 참조.

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

10) 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

음란표현은 수정헌법 제1조의 보호대상이 아니라고 한다든가, 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 확일적으로 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 문제라기 보다는 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 성격을 어떻게 구획하고 또 법적으로 평가할 것인가의 문제가 전면에 나서기 때문이다.¹²⁾

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. 좌익계열의 선동행위나, 국가기밀의 누설, 음란·외설 등 사회윤리에 반하는 내용의 표현, 명예훼손 등은 벌써 Roth사건의 검찰측 의견에서 나타나는 3단계론에서는 표현에 대한 하위범주를 구성하면서 수정헌법 제1조의 보호밖에 속하는 것으로 규정되기도 하지만, 그것은 엄밀히 보자면 내용중립적 규제라기 보다는 내용편향적 규제라고 하여야 할 것이다.¹³⁾

3) 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 가지면

홍내내어 “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**

11) *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.

12) 이에 관하여 자세한 분석 및 비판은 한상희, *전계논문 참조*.

13) C. Sunstein(op.cit., p.13)은 이를 표현자가 누군가에 관계없이 이루어지는 것이라는 점을 들어 관점중립적 규제라고 하지만, 음란이나 선동, 명예훼손 등의 판단기준이 고도의 가치개입적인 것이며 동시에 상호 대립적인 가치의 충돌(예컨대, 음란의 경우에는 표현자의 주관적 가치와 사회적 다수자의 윤리감정 혹은 영국식으로 하자면 “입을 가능성이 있는 사람들”의 도덕적 성향과의 충돌)이라는 점에서 단순한 범주설정의 문제를 넘어선다. 일례로 상업적 광고의 경우 그것이 상품에 대한 진실된 정보를 소비자에게 전달하는가의 여부를 중심으로 규제가능성을 객관적을 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 되고 이에 대한 통제를 행하는 것은 어느 일방의 관점에 대한 타방의 관점을 우선적으로 취하는 결과를 야기하는 셈이 된다.

서 제시되고 있다. 즉, 연방대법원은 사전규제는 최악의 표현규제방법임을 전제로 되도록 그 적용범위를 축소하고자 한다.¹⁴⁾ 통상 미국에서 이루어졌던 사전억제의 방식으로는 사법부의 재판에 의한 유지처분(injunction), 행정처분등에 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.¹⁵⁾ 따라서 이 규제방식은 위에서 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.¹⁶⁾ 미국의 경우에는 이미 사법부에 의한 사전억제의 방법으로 법원의 유지처분을 구하는 예가 상당하며, 이의 선례적인 Near사건¹⁷⁾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 항해일자리든가 부대의 숫자나 위치 등이 해당할 수 있으며, ②음란한 간행물이나, ③범죄행위를 선동하거나 폭력으로 정부를 전복하고자 하는 언동은 금지될 수 있다고 한다. 나아가 연방대법원은 “자유로운 표현에 대한 헌법상의 보장에도 불구하고 사실상 폭력의 효과만을

14) 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.

15) 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 Lovell사건에서는 주 최고법원의 판단을 인용하면서 “공공의 편의를 보호하기 위하여 [표현의] 시간과 장소, 방법을 고려하여” 행진허가를 할 수 있다고 선언하고 있으며, 그 이유는 치안을 유지하거나, 시위나 행진이 증폭되는 것을 사전에 예방함으로써 혼란이나 혼잡의 위험을 예방하는데 있다고 한다. 나아가 Lovell사건은 모든 시위·행진신청을 통일된 방법으로 심사하여야 하며, 부적절하거나 부당한 고려 또는 불공정한 차별이 없어야 하며, 공공의 도로 이용상의 편의와 관련하여 체계적이고 일관되고 정당한 판단을 해야 할 것을 요구하였다.

16) 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; 김욱, “영화에서의 사전검열금지의 원칙과 표현의 자유의 한계-2000헌가 9 위헌법률심판제청사건에 부쳐-,” 민주법학 제19호, 2001 참조. 여기서 이인호교수는 사법부에 의한 사전억제도 검열의 개념에 포함시킬 것을 주장하는 반면, 김욱교수는 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 이인호교수의 주장은 보다 많은 검토를 요한다고 할 것이다.

17) 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.

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 표현을 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.¹⁸⁾ 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 사건¹⁹⁾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)²⁰⁾은 여전히 타당한 것으로 받아들여져, 유지처분에 의한 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.²¹⁾

18) 403 U.S. 713(1971).

19) 467 F. Supp. 990, (1979). 여기서 Warren판사는, “만약 예비적 유지처분이 내려진다면, 당법원이 아는 한 국내에서는, 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.

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

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

4) 정리

물론 이러한 사전억제의 유형 외에도 일정한 표현·의료나 법률자문, 경영자문 등-에 대하여는 그 자유의 보호영역을 당해 전문가들에게만 한정하는 것이나, 상업광고에 대한 제한 등 다양한 것들이 존재한다. 하지만, 그것들은 예외적인 경우로 논외로 한다면, 앞서 살펴 본 내용중립적 사전규제를 제외하고는 거의 대부분의 일반적 사전억제가 헌법적으로는 허용되지 않거나 현실적인 실효성이 소멸된 것으로 보여진다. 환언하자면, 사법적 유지처분에 의한 사전억제의 경우 상당히 한정적으로만 인용되고 있을 뿐 아니라, 음란등을 이유로 종래 수많은 규제의 대상이 되어 왔던 영화의 경우에도 그 규제의 실질이 자율규제방식으로 전환되었던 것이다(오히려 이 경우 역시 적법절차에 의한 절차통제가 강조됨으로써 사법적 내지는 준사법적 사전억제의 방식으로 전자와 병합되는 듯한 양상을 보인다). 하지만, 그럼에도 불구하고 문제는 의연히 남는다. 표현의 자유가 절대적 보장으로 이해되건 아니면 이익형량을 전제로 하는 상대적 보장으로 이해되건 관계없이 이 표현의 자유와 충돌하는 또다른 법익들-타자의 권리나 명예, 국가안보, 공동체의 가치기준 등-은 여전히 남아 있기 때문이다. 뿐만 아니라, 표현의 자유가 자기지배를 바탕으로 하는 민주질서를 지향한다는 관점에서 보면, 그것은 정치적 참여와 숙고, 그리고 심의적 민주과정을 형성하는 일종의 적극적 기능도 수행하여야 하며, 이를 위하여 국가의 배려적·조성적 규제까지도 요청된다. 최근 수많은 관심의 대상이 되고 있는 구조규제의 방식은 바로 이러한 요청들을 조화시키기 위한 하나의 대안으로 등장하고 있다.²²⁾

(3) 구 집시법의 헌법상의 문제점

그러나 이러한 헌법상의 법리에도 불구하고 우리나라의 집시법은 1962년 제정된 이래 집회 및 시위를 헌법상의 기본권이라는 맥락에서가 아니라 사회질서의 교란행위 내지는 사회안전의 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. 그 대표적인 것만 몇 가지 정리하면 다음과 같다.

1) 허가제의 금지원칙

집회의 개최·진행의 자유, 집회에의 참가의 자유에는 허가제는 허용되지 않는다.(헌법 제21조 제2항) 여기서 허가제란 어떠한 행위에 대한 일반적 금지를 전제로 일정한 사유가 있는 경우 예외적으로 그 금지를 해제하는 제도를 말한다. 다만, 이렇게 일반적 금지를 전제로 하지 않고 단지 질서유지를 위하여 집회 개최전에 신고를 받는 것은 허가제에 해당되지 않는다. 집회는 다중의 회합이라는 점에서 그 물리력으로 인한 질서유지의 곤란성이 발생하고 나아가 교통 등 공중의 질서나 개인의 권리(주택가에서 집회가

22) 그 외에도 청소년유해표현물의 진열규제, 판매규제나 성인영화관의 설치지역을 한정하는 규제 등표현물의 내용을 기준으로 일정한 범주에 속하는 표현내용에 대하여는 일반인 혹은 특정집단의 접근을 통제하는 관점중립적 내용규제로서의 접근규제(access regulation)를 들 수 있다.

이루어지는 경우 주민의 휴식권, 수면권 등 쾌적한 생활공간에 대한 권리, 혹은 재산권에 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 가처분과 같은 방식으로 금지·통제하는 것이 바람직하다. 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 세가지의 요건을 충족시켜야 한다고 본다. ①규제대상의 표현이 가지는 내용에 의거하는 것이어서는 결코 아니되며, ②중요한 정부이익을 실현하기 위하여 그 규제방법이 엄격한 기준에 의하여 잘 다듬어져 있어야 하며(narrowly tailored), ③표현자들이 정보의 소통을 위한 대안적 통로를 충분히 이용할 수 있는 상태에 있어야 한다.²³⁾(밑줄은 인용자의 것) 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. 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 점이 이 사건에서 새롭게 조명되어야 할 것이다.

2) 신고제의 문제점

둘째, 이에 따라 현행 집시법은 옥외집회의 신고제를 채택하고 있다. 그러면 만일 신고하지 않은 채 행해지는 집회는 어떠한 법적 효과를 받게 되는가? 원론적으로 보자면, 집회에 대한 허가제는 허용되지 않기 때문에 신고하지 않은 집회라 해서 그 자체 불법적인 것은 아니다. 즉, 금지될 수도 없으며, 또 금지되어서도 아니된다.

현행 집시법이 가지는 가장 큰 문제점은 여기서 나온다. 통상적으로 신고제도는 행정질서·효율성·안정성 등의 확립을 위하여 운용되는 제도로서 사회질서유지를 위하여 행정권력이 발동됨에 요청되는 부수적인 의무사항에 지나지 않는다. 즉, 일반의 공중질서유지를 위하여 경찰행정청이 언제 어디서 어떤 규모의 집회가 행하여지는지에 관한 정보를 획득하기 위하여 집회의 주최자로 하여금 미리 그 사실을 알려주도록 강제하고 있음에 불과한 것이다. 따라서 만일 이러한 신고를 해태한 경우에는 그에 상응한 행정질서벌·과태료로써 제재하는 것으로 충분하다. 그리고 이 미신고집회에 대하여는 일반적인 질서법규-

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

도로교통법, 경범죄처벌법 등-를 적용함으로써 신고한 집회에 대한 보호장치의 작동을 거부하면 된다. 그러나 그럼에도 불구하고 현행의 집시법은 신고해태의 경우를 형벌로써 다스리고 있다. 즉, 집회의 과정에서 별다른 질서침해행위가 없다 하더라도 신고하지 않았다는 이유만으로 형사처벌할 수 있는 가능성을 열어두고 있는 것이다.

뿐만 아니라 신고되지 아니한 집회에 대하여는 그 집회·시위의 시간·장소·방법의 여하와는 관계없이 경찰서장의 재량적 판단에 의하여 즉각 해산을 명할 수 있도록 한 것(구 집시법 제18조 제1항 제1호)은 집회·시위를 금지시 하는 발상의 극단적인 형태이다. 즉, 이 제도는 신고라는 행정편의목적의 의무를 사회 질서목적의 의무로 전환하여 신고하지 않은 것 자체를 하나의 범죄로 규정하는 결과를 야기한다. 나아가 신고의무위반 자체를 범죄시함으로써 중국에는 모든 집회·시위를 일반적으로 금지하는 셈이 되어 버린다. 이의 단적인 예가 우발적 집회 혹은 비상·긴급집회의 경우이다. 군중이 일정한 사건을 중심으로 그 사건에 대한 의견을 교환하는 포럼을 형성하고 그 결과를 다중의 모임의 형식으로 일반에게 표명하고자 하는 우발적 집회나, 혹은 시간적 여유가 없이 닥친 사건에 대한 의견을 표명하기 위하여 집회하는 경우 원칙적으로 집시법상의 신고가 불가능하게 된다. 그럼에도 불구하고 집시법은 이러한 경우에 임하여 신고하지 못한 집회·시위자를 신고의무위반죄로 징벌하도록 하고 있고 따라서 집회·시위자는 처벌을 감내하지 않는 한 집회·시위로 나아가지 못하는 결과를 맞게 된다.

이는 명백히 헌법상의 집회의 자유에 반한다. 집회 그 자체를 추상적 위협범으로 예정하고 범죄화하고 있는 것은 또다른 유형의 허가제이기 때문이다. 즉, 집회는 헌법에 의하여 보장되는 민주적 의사표현의 한 방법이라는 인식보다는, 집회는 “사회적 필요악”이라는 관념의 지배를 받으면서 그것을 처음부터 끝까지 국가의 통제하에 두고자 하는 발상에 지나지 않는 것이다.

3) 헌법 구조의 문제점

셋째, 헌법정책적 맥락에서 보자면, 헌법 제21조 제1항에서 보호되는 집회의 자유의 범위가 너무 축소되어 있는 것도 문제의 하나이다. 우리 헌법은 정당(제8조), 학문·예술을 위한 집회(제22조 제1항), 종교적 집회(제20조 제1항), 노동자의 집회(제33조 제1항) 등을 별도의 규정으로 정함(그래서 집시법 제13조는 그 적용대상에서 학문·예술·체육·종교·의식·친목·오락·관혼상제 및 국경행사에 가한 집회는 제외한다고 규정하고 있다)으로써 제21조 제1항의 집회는 그 사회적 중요성이 반감되어 있다. 환언하자면, 역사적으로 문제가 되어 왔던 집회들을 제21조의 보호영역외에서 별도규정함으로써 역으로 제21조의 집회는 “사회적 필요악”일 수도 있다는 사고를 가능하게 한다.

물론 그렇다고 해서 이 별도규정에 의한 집회가 모두 완벽하게 보장되어 있는 것도 아니다. 정당의 경우 전국정당을 지향하면서 정당의 요건을 강화하고 있고, 노동자의 집회의 경우에도 다양한 노동통제장치를 동원하여 그 자유성을 크게 위축시키고 있다. 결국, 우리 헌법에서는 집회의 자유가 보장되기는 하지만, 그럼에도 불구하고 예외적 규정에 의하여 핵심영역이 빠져 나가고, 그나마도 헌법 제21조에서는 알지 못하는 방식으로 통제하는 개별공약의 전략에 시달리고 있는 셈이다.

4) 「위력시위」의 문제점

넷째, 통상적으로 장소적 이동에 의한 집회로서 개념규정되고 있는 시위에 대한 통제가 너무 강화되어 있다. 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 인정한다²⁴⁾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 일반형사법이 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 그 위력이 사회질서를 혼란하게 할 경우에는 그것이 단순집회든, 행진시위든 관계없이 형사벌적 처벌의 대상이 되어야 하며, 이 판단은 집회의 목적과 위력의 양상 그리고 사회질서의 상관관계 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.

5) 기타 집시법의 문제점

① 현행 집시법 제11조에서는 국회의사당, 법원, 헌법재판소, 외교기관, 대통령·국회의장·대법원장·헌법재판소장·국무총리등의 공관, 외교사절의 숙소 등의 경계지점으로부터 100m이내에서는 옥외집회 및 시위를 금지하고 있다.(외교기관의 경우 헌법재판소의 위헌판단으로 개정집시법에서는 삭제됨) 실제 공무의 효율적 수행을 위하여 이러한 규제는 불가피한 면이 있다. 하지만, 그럼에도 불구하고 “경계지점으로부터 100m”라는 제한은 과잉제한의 전형을 이룬다. 실제 이상의 시설에 대한 집회나 시위는 그 시설의 사용자에 대한 항의 혹은 의견전달을 위한 수단으로서의 성격을 가진다. 그래서 상대방에 의사를 전달하는 것을 불가능하게 할 정도로 지나치게 공간한계를 규제하는 것은 이러한 집회·시위의 본질까지 침해할 가능성이 있다. 뿐만 아니라, 이들의 업무에 실질적인 방해로 하지 않는 침묵집회나 단순 피켓팅 같은 것까지도 무차별적으로 100m내에서는 하지 못하도록 함으로써 그 제한의 범위가 과도하게 확장되어 버린다.²⁵⁾

24) 헌법재판소 결정 1994.4.28 선고 91헌마14

25) 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 피켓팅하며 행진하거나 유인물을 나누어 주는 것 정도는 허용되어야 한다고

이에 집회·시위로 인한 소음이나 그 위력이 업무의 방해에 이를 정도가 아닌 한 집회·시위의 공간을 최대한 허용할 필요가 있게 된다. 즉, 100m라는 물리적 거리는 되도록 축소하는 것이 바람직하며(우리 관공서의 구조상 실제 업무가 집행되는 건물은 그 경계 즉 담으로부터 상당거리 떨어져 있음을 감안할 때, 이 100m부분은 삭제해도 무방할 정도이다), 최소한 그 건물에의 진입로부근은 교통의 방해가 없는 한 집회·시위를 허용하도록 하여야 한다.

② 집회·시위의 신고기간을 48시간전까지 하도록 하고(제6조), 경찰서장은 신고서를 접수한 때로부터 48시간이내에 집회 또는 시위의 금지를 주최자에게 통고할 수 있도록(제8조) 하고 있다. 그러나 이러한 금지통고에 대하여 주최자가 이의를 제기하고 긴급한 구제를 받을 수 있는 장치가 실질적으로 존재하지 않는다. 제9조에서는 당해 경찰관서의 직근 상급경찰관서의 장에게 이의신청을 할 수 있도록 하고 그 접수시부터 24시간이내에 재결을 하도록 강제하고 있으나, 이는 시간상의 장애를 발생할 여지를 남기기도 있다는 점에서 문제이다. 즉, 신고가 있는 후부터, 최소한 관할경찰서장의 심사기간(48시간), 그리고 재결청의 심사기간(24시간) 등 총 72시간(3일)의 Lag이 발생하게 되며, 그 재결기간도 “24시간 이내에 발송”할 것을 요구할 뿐, 송달되는 것을 의미하지는 않음을 감안할 때, 실질적으로는 약 4일 이상의 lag을 필요로 하게 된다. 이는 시의성을 가지는 집회·시위뿐만 아니라, 집회·시위에 소요되는 시간적 비용을 감안할 때 치명적인 기간이다.

뿐만 아니라 이러한 기간동안 순수하게 행정권의 판단에 의하여 그 집회·시위를 지체시킬 수 있게 된다는 점에서 법치주의의 틀에도 반하는 결과를 야기한다. 물론 관할경찰서의 경우 접수후, 분류·정리하고 계층을 따라 결재받는데에 걸리는 시간등을 고려할 때, 행정업무의 처리라는 점에서는 그리 많은 시간이 허여된 것은 아니라 할 수 있겠지만, 집회·시위에 관하여만큼은 경찰관서 내부에서의 긴급결재 체제를 갖추어 이 시간을 되도록 축소해야 할 필요가 있다. 또한 그 금지의 방법도 경찰서장의 행정적 판단에만 일임할 것이 아니라, 경찰서장이 법원에 가처분의 형식으로 제소하고, 법원이 긴급절차(영장실질심사제도는 이러한 속전속결식의 절차를 취하고 있음을 참고)에 따라 이를 판단하게 하는 방법이 보다 법리에 적합하다.

그 외에도 다음과 같은 문제점을 같이 지적할 수 있다.

③ 옥외집회의 개념(제2조 제1호)이 지나치게 넓어 운동경기장에서의 집회나 대학구내 등에서의 집회까지도 행정규제의 대상으로 삼고 있다.

④ 사전신고제를 취하고 있으나 신고사항이 20개가 넘는 등 지나치게 많고²⁶⁾

⑤ 절대적 집회금지사유로 폭력집회, 위헌정당의 목적을 달성하기 위한 집회 등으로 규정하고 있으나 그

본다. U.S. v. Grace, 461 U.S. 171(1983)

26) 유사한 예로 집회·시위자에게 어떠한 부담을 주는 규제는 허용될 수도 있지만 그것이 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 1000달러 이하의 사용료를 부과하도록 한 시 조례에 대하여 그 자체가 표현의 자유에 대한 억제라기 보다는 그 사용료의 금액을 시당국이 임의로 조정할 수 있도록 함으로써 표현내용에 따른 억제가 이루어질 가능성이 많기 때문에 위헌이라고 판단하였다.

개념 자체가 애매·모호함으로 인하여 자의적 집행의 가능성을 열어두고 있으며,²⁷⁾

⑥ 경찰청장의 집회금지통고제도 역시 그 처분의 기준, 절차 등이 행정청에게 광대한 재량권을 부여하는 방식으로 되어 있어 허가제에 준하는 실질을 갖추고 있으며,²⁸⁾

⑦ 집회시간(특히 야간집회), 집회장소(주요공원, 주요도로) 등에 대하여 절대적인 집회금지규정을 두고 있어 과잉금지의 원칙과 입증책임전환의 이론에 위반되는 구조를 갖추고 있다. 이러한 경우는 질서유지의 난이도(야간집회의 경우), 혹은 타인의 권리나 공중의 이익 침해의 정도(주요공원·도로에서의 집회의 경우)라는 점에서 일반적인 집회와 상대적인 차이가 있을 뿐임에도 불구하고 그것을 절대적 금지사항으로 규정하고 있음은 지나친 규제에 해당한다 할 수 있을 것이다.²⁹⁾

⑧ 뿐만 아니라, 중복집회의 가능성을 애초부터 차단하고

⑨ 집시법 위반행위에 대한 벌칙규정 또한 실질적인 위협의 발생여하와는 관계없이 추상적인 위협만으로도 형벌을 과할 수 있도록 하는 등 지나치게 형벌 중심으로 구성되어 있어 집회·시위의 자유를 실현하도록 하는 법률이 아니라 그 행위를 처벌하기 위한 법이라는 느낌을 강하게 주고 있다.

(4) 개정집시법의 문제점

1) 집회신고기간, 집회취소통보의무: 개정집시법 제6조 제1항은 집회신고를 720시간전부터 48시간전까지 제출하도록 하여 집회·시위의 장기간 독점을 방지하고자 한다. 또한 이미 신고한 집회를 하지 아니할 경우 그 주최자는 그 사실을 경찰관서장에게 통지하여야 하도록 의무지움으로써 그 시간대에 당해 장소에서 다른 집회가 가능하도록 하였다.(제6조 제3항 내지 제5항)

하지만 이러한 개정조항은 집회·시위와 관련한 경찰의 행정편의주의에 기반한 것으로 수요자(집회·시위자) 중심의 사고에 의할 경우 없어도 되는 조항이다. 동일장소에서 동일시간대에 복수의 집회·시위가 개최되는 것을 방지하겠다는 것이 이 조항들의 기본적인 발상이기 때문이다. 경찰의 입장에서 동일장소에서 동일시간대에 복수의 집회·시위가 개최되더라도 경찰이 폴리스라인을 설치하거나 경비근무를 하는 등의 방법으로 질서가 유지될 수 있도록 행정력을 동원한다면 이렇게 번거로운 규정으로써 집회·시위자를 힘들게 할 이유가 없어진다.

27) 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.

28) 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 준수법적 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.

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

2) 소위 폭력집회의 경우 잔여 집회·시위의 금지(제8조 제1항 단서): 우리 집회·시위문화를 감안할 때, 개정집시법 중 가장 독소조항으로 작용할 가능성이 많은 부분이기도 하다. 이 규정은 “집회 또는 시위가 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위험을 초래한 경우”라고 하여 외관상으로는 명확성의 요건을 갖춘 것처럼 보이지만, ①실질적으로 이러한 폭력이 이루어지는 과정이 경찰력과의 충돌 등 외부적인 요인에 의하여 촉발되는 경우가 적지 않으며, ②집회·시위중의 폭력은 일시적·부분적인 충돌에 의한 경우가 대부분이며, ③이 단서조항이 예정하고 있는 장기적인 집회의 경우 이러한 폭력이 있다 하더라도 그것을 주최자들이 통제할 수 있는가의 문제로 접근되어야 할 것을 집회 자체의 허·불허의 문제로 접근하고 있다는 점에서 그 타당성을 결여하고 있다. 뿐만 아니라 보다 중요한 것은 그러한 위험의 판단권한을 경찰당국에 일임하고 있다는 점에서 적법절차의 원칙에 반한다는 점이다.

3) 거주자·관리자의 요청에 의한 집회·시위의 금지·제한통고(제8조 제3항): 집회·시위장소가 주거지역 혹은 각급학교, 군사시설주변지역인 경우 그 거주자·관리자의 요청에 의하여 집회·시위를 금지하거나 제한할 수 있도록 한 개정법률조항은 몇 가지의 점에서 문제를 안고 있다. ①첫째 그것은 집회·시위의 물리적 공간을 실질적으로 축소하는 효과를 야기한다.(서울시의 경우 학교 2229개) ②둘째, 제1항에서 말하는 “타인의 주거지역이나 이와 유사한 장소”의 개념 자체가 모호하게 되어 있어 이 조항의 적용범위를 한정하기 어려운 결과를 야기한다. ③또한 “재산 또는 시설에 심각한 피해가 발생하거나 사생활의 평온에 현저한 해를 입힐 우려”, “학습권을 현저히 침해할 우려”, “시설이나 군작전의 수행에 심각한 피해가 발생할 우려” 등의 규정 또한 애매·모호성을 안고 있다. ④더불어 이러한 우려의 판단주체가 제1차적으로는 거주자·관리자이며 제2차적으로는 경찰관서로 되어 있을 뿐이며, 이 판단의 과정에 집회·시위주최자의 의견이 반영될 수 있는 여지가 전혀 없다는 점에서 적법절차의 원칙에 반하도록 되어 있다.

4) 외교기관주변의 집회·시위의 예외적 허용(제11조 제4호): 이번 개정의 계기가 된 조항이나 여기서도 몇 가지 독소조항을 안고 있다. ①외교사절의 숙소의 경우 구법에서는 행진이 가능하도록 되어 있는 것을 삭제하였다. ②예외적 허용의 방식을 취함으로써 집회·시위에 우월적 지위를 부여하고 있는 헌법 제21조의 취지에 반한다. ③예외적 허용사유로서 “대규모 집회 또는 시위로 확산될 우려가 없는 경우”(제4호 나목)를 규정하고 있는 바 역으로 그러한 우려가 있을 경우 집회·시위가 금지되게 됨으로써 자의적인 적용의 가능성을 열어두고 있다. ④뿐만 아니라 보다 치명적인 것은 100m이내 집회·시위금지라는 절대적 금지공간을 설정하고 있다는 점이다. 이는 명백하고도 현존하는 위험의 범리에 어긋날 뿐 아니라, 집회·시위가 일정한 위험을 야기할 것이라는 것의 입증책임이 국가가 져야 한다는 입증책임 전환의 법리에도 반한다.

5) 주요도로에서의 행진 금지(제12조 제2항 단서): 이번 개정법률에서 가장 개악에 해당하는 조항이다. ①첫째, 집회·시위의 자유가 가지는 헌법적 의미는 교통소통이라는 이익을 훨씬 넘어서는 최우선적인 것이다. 즉, 단순한 교통소통에의 지장우려라는 이유만으로 집회·시위를 제한하는 것은 비례의 원칙을 위반한 과잉제한에 해당한다. ②둘째, 주요도로의 경우 절대적으로 행진을 제한할 수 있도록 함으로써 명

백하고도 현존하는 위협의 법리 및 입증책임전환의 법리를 위반하고 있다. ③행진이 금지되는 주요도로의 결정권한을 행정청에 일임하고 있다는 점에서 적법절차의 원칙에 반할 뿐 아니라, 실질적인 포괄적 위임입법의 형식을 띠고 있다. ④가장 문제인 것은 집회·시위에 대한 인식의 오류가 잠복해 있다는 점이다. 집회·시위는 다중에 대하여 자신들의 입장·의견·주장을 보이는 것을 주된 목적으로 한다. 이를 위해서는 다중이 교통하는 도로 등이 소위 공적 광장(public forum)으로서 제공되어야 한다. 하지만, 개정법률은 이러한 요청과는 정반대로 그 도로를 행진금지구역으로 시민의 손에서 빼앗고 있는 것이다.

6) 소음제한(제12조의3): 개정법률은 “타인에게 심각한 피해를 주는 소음”을 금지하면서 그것을 “대통령령이 정하는 기준”으로 판정하도록 하여 표현의 자유의 법리에서 “절대적”으로 허용되지 아니하는 절대적 금지의 방식을 취한다. 예컨대 80dB이상의 소음이라도 그것이 타인에게 심각한 피해를 주지 않는 경우가 있으며, 그 이하라도 타인에게 폭행으로 인식되는 경우도 있다. 이러한 상대적 차이를 이 규정은 전혀 고려하지 않는 획일적 규율방식을 취하고 있는 것이다. 또한 이 규정은 대규모집회나 시위의 경우 다중을 통제할 수 있는 수단을 박탈하는 효과도 야기할 수 있다는 점에서 문제를 안고 있다.

3. 소결

1980년대 중반이후 우리 사회는 하루가 다르게 민주화의 역정을 달려 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 하위 가치로 오인되는 경우도 생겨났다.

집시법의 태도는 이러한 잘 못된 인식의 대표적인 예를 이룬다. 그것은 과거 권위주의정권에서 집회·시위를 금지시하던 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 받아들여지게 한다. 교통정체의 문제는 시위라고 하는 민주적 의견표현행위에 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·시위 자문위원회」를 두고 있으나(제18조의2), 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 권리

로서 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 개정법률이 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 악법중의 하나라 할 것이다.

여기서 이러한 집시법에 대한 교정의 노력은 이제는 더 이상 선택사항이 아니게 되었다. 왜냐하면 지난 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.

II. 현행 집회와 시위의 자유 침해 현실과 입법적 대안

-담당집필자 : 권두섭 변호사, 구미영 서울대 박사과정(법학), 박경신 변호사

1. 들어가며

다음 기사는 현재 한국 사회에서 집회와 시위의 자유가 처한 상황을 상징적으로 표현하고 있다.

[사례 1] '8. 15. 통일대축전' 경찰, 도심행사 허용(한겨레 2001. 8. 11.)

경찰은 한총련과 민주노총 등으로 구성된 통일연대(대표 한상열 목사)가 오는 13~15일 개최할 예정인 '8·15 통일대축전' 행사와 거리행진을 원천봉쇄하거나 불허하지 않고 평화적으로 치르도록 유도하기로 했다. 서울경찰청 관계자는 10일 "그동안 분리개최돼 온 민족화해협력국민협의회(민화협) 행사에 한총련이 처음으로 참여하기로 한데다 통일 관련 행사를 놓고 학생과 경찰이 충돌하는 모습이 바람직하지 않다는 판단에서 이렇게 결정했다"고 밝혔다.

그러나 이 관계자는 "14일로 예정된 서울 용산 미8군 앞 집회는 금지통고할 방침"이라고 말했다.

이 기사는 경찰당국이 주요 집회(주로 정부에 비판적인 집회)의 신고업무를 처리하는데 있어, 이를 허용과 불허의 문제로 접근하고 있음과 허용과 불허의 판단기준도 집시법이 아니라 다른 정치적인 고려에 따른 판단을 먼저 하고 만일 불허하기로 결정한 경우에 그 금지통고의 이유를 집회및시위에관한법률(이하 집시법이라 한다)에서 적당히 찾아서 하고 있음을 보여주는 것이다. 위 사례에서 경찰당국이

불허하기로 결정하였다면 아마 집시법 제5조 제1항 2호를 근거로 제시하면서 폭력시위 전력을 문제삼았을 것이다. 미군부대 앞 집회금지는 아마 다른 단체가 위장집회신고를 해둔 것을 이유로 삼았을 것으로 추정된다. 정부에 비판적인 집회나 기업을 상대로 하는 집회 등에 있어서 경찰당국이 신고제도를 사실상 허가제도 운용하고 있는 일은 어제 오늘의 일이 아니고 이와 같은 관행은 형식적 민주주의가 진전된 문민정부, 국민의 정부, 그리고 참여정부에 들어서도 전혀 개선되고 있지 않다는 것이 관련 단체들의 평가이다.

아래에서는 현행 집시법 자체의 문제점과 이를 적용하는 과정에서 발생하는 집회와 시위의 자유 침해 현실에 대하여 살펴보고 정책대안을 제시하고자 한다.

2. 현행 집시법의 문제점과 침해현실, 외국 입법례 그리고 입법적 대안

(1) 집시법의 규율 대상이 되는 집회와 시위의 개념

-옥외집회의 개념

1) 현행법

제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다. <개정 99.5.24>

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.

2) 옥외집회와 옥내집회

집시법은 옥외집회와 옥내집회를 구분하여, 제6조 내지 제12조의 2 규정을 옥외집회 및 시위의 경우에만 적용하도록 하고 있다.

따라서 옥내집회의 경우 신고를 하지 않고도 집회가 가능하나 옥외집회의 경우에는 집시법 제6조에 의하여 신고를 해야 한다. 집시법은 제2조에서 “옥외집회라 함은 천장이 없거나 사방이 폐쇄되지 않은 장소에서의 집회를 말한다”고 규정하고 있다.

집시법이 옥외집회와 옥내집회를 구분하는 이유는 옥외집회의 경우 외부세계, 즉 다른 기본권의 주체와 직접적으로 접촉할 수 있기 때문에 옥내집회와 비교할 때 법익충돌의 위험성이 크기 때문이다

옥외집회는 집회장소로서 도로 등 공공장소의 사용을 필요로 한다는 점에서 교통소통장애 등 일반인에게 불편을 주게 되고 다수인에 의한 집단적 행동을 수반한다는 점에서 질서유지에 위협을 가져올 수 있다. 즉 옥외집회의 경우 외부와의 직접적인 접촉가능성으로 인하여 집회의 자유의 행사방법과 절차에 관하여 보다 자세하게 규율할 필요가 있는 것이다. 이는 한편으로는 집회의 자유의 행사를 실질적으로

가능하게 하기 위한 것이고 다른 한편으로는 집회의 자유와 충돌하는 제3자의 법익을 충분히 보호하기 위한 것이다.

따라서 옥내 옥외집회를 구분하는 기준은 '구분의 목적과 의미'에 의하여 결정되는데, 옥외집회란 불특정 다수인과의 우연한 접촉가능성으로부터 차단되지 않은 집회를 의미하는 것이며 옥외인가 아닌가의 구분은 집회참가자와 그 외의 자를 차단하는 4면의 벽이 있는지 여부에 달려 있다.

이에 대하여 천장이 있는지 여부는 결정적인 기준이 아니라고 할 수 있다. 집시법상 옥외집회라고 할 때 "옥외"의 개념에 천정의 존재 여부를 포함시키는 것은 일반 건물의 개념을 따온 것이라고 생각된다. 그러나 옥외집회에 대한 제한의 필요성이 집회 참가자와 일반대중 또는 서로 다른 집회참가자 사이의 접촉을 전제로 하고 있는 것인 만큼, 이 양자를 분리시킬 수 있는 경계라는 요소 이외에 옥내집회의 개념요소로 천정이라는 또다른 요소를 요구하는 것은 옥외집회에 대한 과도한 제한을 위한 것이라고 볼 수밖에 없다. 즉 옥외집회의 개념에서 "천정이 없거나"를 요구하는 것은 그 자체가 집회에 대한 과도한 제한이 될 가능성이 매우 높다. 따라서 천정이 있다 하더라도 사방이 폐쇄되어 있지 않아 집회참가자와 일반 대중을 분리시킬 수 없는 장소에서의 집회(예를 들면 기둥에 천막을 매달아 놓은 장소에서의 집회)는 옥외집회에 해당한다고 보아야 한다. 이러한 규정에 의할 경우 사방이 폐쇄된 운동경기장에서의 집회는 옥내집회로 봐야 할 것이다. 법률에 의한 개념정의도 상위법규인 헌법의 해석을 일탈해서는 안되기 때문이다³⁰⁾.

그러므로 집시법 제2조 제2호에서 옥외집회를 판단하는 기준으로서 사방의 폐쇄외에 천장을 독자적인 기준으로 언급한 것은 옥외 옥내집회의 구분의 목적과 의미에 완전히 부합되는 것이라 볼 수 없다.

입법목적은 고려함이 없이 단지 천장이 있다는 없다는 이유로 자동적으로 옥외집회로 간주하여 다양한 규율을 가하는 것은 헌법에 합치하지 않으므로 집시법 제2조 제2호의 규정은 입법목적에 맞게 합헌적으로 해석하여야 한다.

3) 기자회견

집회나 시위는 위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주는 방식으로 이루어지는 것이므로 **기자회견**은 '기자들을 상대로 한 의견발표'일 뿐이어서 옥외집회로 보지 않는다. 집시법 제1조(목적)는 "이 법은 적법한 집회 및 시위를 최대한 보장하고 위법한 시위로부터 국민을 보호함으로써 집회 및 시위의 권리의 보장과 공공의 안녕질서가 적절히 조화되게 함을 목적으로 한다"고 되어 있는 것을 감안하면 기자회견은 신고의무가 없으며 일반적인 관행도 기자회견에 별도의 집회신고를 요하지 않는다. 집시법 자체가 적용되지 않으며 따라서 대사관, 법원 100미터 이내에서도 얼마든지 가능하다.

4) 문화제, 추모제

여중생 추모 촛불집회와 같이 학문, 예술, 의식 등의 행사에 관한 집회에는 신고의무 등을 부과하고 있지 않다. 집시법 제13조(적용의 배제)는 "학문·예술·체육·종교·의식·친목·오락·관혼상제 및

30) 김종서, '집회 및 시위의 규제와 한계', 집시법 개정안 마련을 위한 공청회자료집, 2001, p.102

국경행사에 관한 집회에는 제6조 내지 제12조의 규정을 적용하지 아니한다”고 하여 이러한 옥외집회에 대하여는 신고의무, 야간집회 제한 등 집시법의 각종 제한규정이 적용되지 않는다.

그러나, 경찰당국은 탄핵관련 촛불집회 불법규정, 장애인 최옥란 열사 추모제 강제해산에서도 보듯이 필요에 따라 문화제 진행과정에 발언이나 심지어 노래의 가사를 문제삼아 문화제나 추모제가 아니고 ‘집회’라면서 통제를 가하고 있다. ‘임을 위한 행진곡’을 부르면 집회에 해당하고 ‘차차차’를 부르면 문화제인가. 문화의 내용이 다를 뿐 모두 문화제일 뿐이다. 당시 현안에 대한 발언을 하면 문화제가 집회로 둔갑하고 우스개소리나 지껄여야 문화제인가. 둘 다 모두 문화제일 뿐이다.

야간집회를 무조건 금지하는 경찰당국의 행태 때문에 교육지책으로 야간문화제, 추모제 형태로 집회프로그램을 문화제로 바꾸어 진행해 왔으나, 이마저 정치적인 이유와 경찰당국의 편의적인 통제로 위협받고 있는 현실이다. 사실 최근의 논란은 야간집회를 무조건 금지하는 경찰당국의 행태가 근본적인 원인을 제공하고 있는 측면이 크다(자세한 사항은 야간집회 관련 부분 참조). 최근 탄핵반대 촛불집회를 둘러싼 문화제이나 집회이냐의 논란은 본질적인 문제는 아니라고 본다.

5) 1인 시위, 릴레이 시위

① 1인 시위의 개념

집회란 집회에 참여하는 사람들을 내적으로 결합시키는 2인 이상으로 구성되어 있는 일시적 회합을 의미한다. 집회에는 양적 개념과 질적 개념이 들어 있다. 집회이기 위해서는 몇 명 이상이 참여해야 하는 가리는 문제가 양적 개념의 문제이고, 집회가 추구하는 목적은 무엇인가가 질적 개념의 문제이다.

집회의 개념상 집회는 다수인의 회합을 전제로 한다. 학설은 2인설과 3인설의 대립이 있기는 하지만, 대법원 판례가 밝히고 있는 것처럼, 2인 이상인 이상 사람의 수는 집회의 개념을 정하는 데 중요하지 않다고 보아야 한다. 물론 집회의 자유는 사람의 숫자가 많을수록 더 강력하게 전개되기는 한다. 그러나 집회의 목적에 반드시 공적인 것만 포함되는 것이 아닌 이상, 일반적인 학설이나 판례는 2인 이상이 모이는 경우에는 이를 집회의 개념으로 파악하고 있다³¹⁾. 그러나 집회의 개념을 비롯하여 위에서 언급한 옥외집회 등의 개념을 논의하는 실익은 현재로서는 집회의 개념에 포섭됨으로써 보호를 받는 의미보다는 집회의 개념 내지 옥외집회의 개념에서 제외됨으로써 국가권력의 개입으로부터 벗어나고자 하는 측면이 더욱 크다는 점을 잊어서는 안된다. 특히 2003. 12. 29.자 개정 집시법은 여러 가지 측면에서 집회금지법이라 불리면서 시민사회단체의 불복중운동을 불러오기도 한 것에서 볼 수 있듯이 국가권력 내지 집회의 항의대상이 될 가능성이 높은 기업 등 자본권력이 손쉽게 제한할 수 있는 내용들이 많이 들어 있어 더욱 그러하다.

어떻든 위와 같은 일반적인 견해에 의하면, 소위 1인 집회 또는 1인 시위(Ein-Mann-Demonstrationen)는 집회에 개념에 포섭되지 않는다. 그렇다고 하여 1인 집회 또는 1인 시위가 헌법적 보호의 범위 밖에 존재하는 것은 아니다. 그것은 의사표현의 자유로서 보호된다³²⁾. 이러한 1인 집회 또는 1인 시위는 집회

31) 김승환, ‘집회와 시위의 자유의 헌법적 의미’, 집시법 개정안 마련을 위한 공청회자료집, 2001, p.4

의 개념에 들어가지 않기 때문에, 그것은 집회및시위에관한법률(이하 '집시법'이라 함)의 규율대상에서 제외된다는데 그 논의의 의미가 있다.

② 등장 배경

1인 시위는 국회, 대사관, 청와대 등 집시법의 장소금지조항으로 인한 집회제한을 피해 의사표현을 하기 위한 방안의 하나로 고안되었다고 보는 것이 정확할 것이다. 실제로 최초의 1인 시위가 무엇인지는 확인되지 않았으나, 2000. 12. 18. 참여연대의 국제청앞 1인 시위가 79일간 이어지면서 이후 1인 시위가 매우 보편화되었다고 본다면 위 참여연대의 시위가 1인 시위의 시초라고 보는 것이 맞을 것이다. 아래 기사에서 보듯이 종로타워 국제청 건물에도 삼성생명이 온두라스 대사관을 유치하여 100미터내에서는 집회가 불가능하게 되어 있었다.

[사례1-1] 삼성 국제청빌딩에 온두라스대사관 유치 성공(경향신문 2000-06-10)

삼성은 특히 삼성생명 본사 건물뿐만 아니라 자사 소유인 국제청이 입주해 있는 종각 앞 삼성타워에 지난 5일 온두라스 대사관을 유치하는 데 성공했다.

삼성타워 앞은 200여평의 공간이 있어 각종 시위의 새로운 메카로 자리를 잡던 중이었다. 특히 삼성해고자복지투쟁위원회의 집회는 삼성본관에서 밀려나 삼성타워로 옮겼다가 이젠 갈 곳을 찾지 못하고 있다. 투쟁위측은 "민주적 집회 자체도 인정하지 않으려는 발상을 다시 한번 입증한 것"이라며 "과연 이런 것이 '삼성이 하면 다르다'는 것이냐"고 반문했다

최근에는 이에 더하여 경찰당국의 다양하고 성가신 집회제한과 간섭을 피할 수 있다는 점에서도 많이 이용되고 있으며, 집회문화의 측면에서 보면 다양한 집회참여수단의 하나로 이용되고 있다. 즉 종래 다수가 참여하는 1회의 집회 또는 시위가 일반적이었다면, 하루 1명씩 상당한 기간동안 지속적으로 1인 집회를 한다든지, 하루라고 해도 여러명이 1시간씩 돌아가면서 특정 항의대상을 상대로 의사를 표현하는 방식이 자주 이용되는 것이 그것이다.

③ 경찰당국의 규제 시도와 문제점

집회나 시위는 최소 2-3인 이상이 한 장소에 모이는 것을 전제로 하므로 1인 시위 내지 1인 집회는 명칭과 상관없이 집시법의 규제대상이 아니라는 해석이 일반적이다. 그러나 이 경우 역시 의사표현의 자유로서 보호되어야 한다. 실제 경찰당국은 민감한 장소에서의 1인 시위에 대하여 강제연행을 하였다가 법원으로부터 국가배상판결을 받은 바 있다.

[사례1-2] 1인 시위 연행 국가배상 판결(조선일보 2002. 11. 7.)

서울지방법원 민사 30단독 윤홍렬 판사는 2002년 11월 7일 1인시위를 하던 중 경찰에 강제 연행된 최모씨가 국가를 상대로 낸 손해배상 청구소송에서 "국가는 500만원을 지급하라"며 원고 일부승소판결을 내렸다. 재판부는 판결문에서 "원고의 1인 시위는 적법한데도 경찰이 이를 제지하고 원고를 강제연행한 것은 헌법에 보장된 신체의 자유

32) 위 김승환 글 p4

및 표현의 자유를 침해한 행위"라며 "국가는 경찰의 불법행위에 대한 배상책임이 있다"고 밝혔다. 최씨는 2001년 6월 청와대 분수대 부근에서 '국무회의 회의록 작성 촉구 및 공개운동'의 일환으로 1인 시위를 벌이던 중 서울 종로경찰서 경찰관들에게 강제로 연행되자 소송을 냈었다.

또 건설운송노조의 조합원이 해골마스크와 붕대를 감은 미이라 분장을 한 채 광화문에서 1인 시위를 하자, 종로경찰서는 이를 연행하여 경범죄처벌법 제1조 제24호의 '불안감을 조성한다'는 이유로 즉심에 회부하였고 법원은 벌금 3만원을 부과하였다(서울지방법원 형사 14단독 신광렬 판사). 재판부는 "이번 재판에서 1인 시위의 적법성 여부는 따지지 않고 미이라 분장이 타인에게 불안감이나 불쾌감을 줄 수 있는 지 여부가 쟁점이었다"고 설명한 바 있다.

이 사건은 1인 시위를 규제하려는 경찰당국의 조치가 빚어낸 것³³⁾이었다. 당시 필자가 당사자를 만나 확인한 바에 따르면 레미콘 운송 노동자의 노동자성 부정과 사용자의 노동조합 부인행위로 노동기본권이 사망에 이르렀음을 상징적으로 표현한 것이었고 이러한 복장으로 인하여 지나가던 여학생들조차 이를 재미있다는 듯이 웃고 지나가는 등 불안감 조성과는 무관한 행위였다. 방송이나 신문 등에서 퍼포먼스의 형태로 흔히 볼 수 있는 장면이다. 그러나 우리 법원이 이러한 상징적 표현행위를 이해하지 못하고 이를 경범죄처벌법으로 재단하는 웃지못할 사법회극을 내고 만 것이다.

한편 한 장소에 주변에 여러 사람이 대기하고 있으면서 돌아가며 1인 시위를 하는 릴레이 시위, 20미터 간격을 떨어져 특정 건물을 둘러싸는 인간띠 잇기, 아니면 행진을 50미터 간격으로 떨어져서 걸어가서 행위는 어떠한가. 이러한 행위는 의사표현의 자유 영역으로 보면 될 것이지, 집시법에서 규율할 사항이 아니다. 집시법이 규제대상이 되는지 여부를 판단함에 있어서는 단지 형식적인 요소만 고려해서는 안되고 집시법 제1조에 규정하고 있는 집시법의 목적을 고려해야 하기 때문이다. 20미터정도의 간격으로 떨어져서 동일한 주장을 하는 것은 "공공의 안녕질서(집시법 제1조)"에 아무런 위해도 주지 않기 때문이다. 간섭하는 행위 자체가 위헌이다. 그러므로 이러한 행위는 집시법에서 규율의 대상으로 상정하고 있는 "집회 내지 시위"가 아니어서 집시법이 적용되지 않는다고 보아야 한다. 그러나 경찰당국은 이를 하나의 집회로 보고 미신고 집회 내지 시위로 규제하고 있어 충돌이 벌어지고 있다.

즉 릴레이 1인 시위를 비롯한 변형된 1인 시위에 대하여 경찰당국은 실제로 행동하는 자는 1인이지만 공동의 의사를 가지고 의사연락이 용이한 시간에 인접한 장소에서 릴레이식으로 집회를 하는 것이어서 집시법상 집회에 해당하므로 동법에 의해 규제될 수 있으며 또한 "2인 이상이 동일목적을 가지고 공개 장소에서 위력을 과시하는 행위"라는 집시법상 구성요건이 충족되지 않는 1인 시위자 연행시 앞으로 대처요령에 따라 법률요건 충족여부를 확인하고 미란다 원칙 등 절차를 준수해 인권침해가 없도록 유의할 것"이라는 입장을 표한바 있다³⁴⁾

[사례1-3] “도보순례” - “불법집회” (한겨레 2003-09-29)

“따로따로 걷는 것뿐이다.” “불법집회다.”

33) 당시 무리한 연행에 대하여 청와대, 정부종합청사 등 주요인사들의 통로인 광화문 앞에서의 1인 시위가 부담 되었던 경찰당국이 경범죄처벌법으로 이를 제한하려 한 것이라는 평가가 지배적이었다.

34) 종로경찰서장(정광섭)은 보도자료 '준법과 포용이 요구되는 시대'에서 변질된 1인 시위는 분명한 위법이라는 견해를 밝힌 바 있다(2001. 5. 24.). 공공의 안녕질서와 하등 무관해 보이는 1인 시위까지도 규제하려는 군사 정권시절 이해 변하지 않고 있는 경찰당국의 대응태도의 일면을 보여주는 사례이다.

지난 27일 오후 서울 미국 대사관 부근에서는 민간인 10여명이 몇시간째 경찰에 에워싸여 입씨름을 하고 있었다. 이들은 ‘미공병대 스트라이커 부대 반대투쟁 구속자 석방대책위’의 ‘도보순례단’이다. 의정부 미군사격장 기습시위로 구속된 23명의 석방을 요구하며 지난 19일부터 매일 미 대사관을 거쳐 청와대까지 가는 순례를 시도하고 있다. 그러나 이들의 순례는 1주일 남짓 지나도록 끝마친 적이 한번도 없다. 경찰이 순례 행렬을 원천 봉쇄하고 있기 때문이다. 대책위의 금영재 상황실장은 “순례단은 각자 70~100m 간격으로 떨어져 걸어가기 때문에 ‘1인 시위’와 다를 게 없는데도 경찰은 출발지점이나 청와대 또는 미대사관 근처에서 선두를 막아 대열이 모이도록 유도한 다음 ‘불법집회’라며 연행하겠다고 한다”고 반발했다. 경찰은 순례단원들이 입고 있는 ‘전쟁훈련 반대투쟁 구속자 전원석방’이라고 쓰인 파란색 조끼를 문제 삼아 “통일된 복장을 하고 집단으로 움직이는 것은 (신고되지 않은) 불법집회”라는 논리로 제지하고 있다.

대책위는 지난 25일 “표현의 자유와 이동 통행의 자유를 침해했다”며 서울 중부중로경찰서장과 청와대 경비과장 등을 상대로 국가인권위원회에 진정서를 제출했다.

황준범 기자 jaybee@hani.co.kr

6) 입법적 대안

집시법상 “옥외집회”의 정의를 내리는 이유는 옥내집회와 구분하여 양자간 제한에 있어서 차이를 두기 위함이다. 옥내집회는 폐쇄공간으로서 시민의 사생활영역에 속하기 때문에, 옥내에서의 집회는 강한 보호를 받게 된다. 하지만 옥외집회는 다수인이 동시에 한 장소에 집합하여 외부와 직접 접촉함으로써 집회참가자와 일반대중 또는 서로 다른 집회참가자 사이의 기본권이 충돌할 위험이 증대하기 때문에 옥외 집회에서는 일정정도의 제한이 가해질 수 있게 된다. 즉, 집회참가자와 일반대중 사이의 접촉에 대한 정도가 옥외집회와 옥내집회를 구분하는 기준이 되어야 한다. 그러나, 기존의 집시법에서는 천장이 없는 경우까지 옥외집회로 정의함으로써 출입구를 통해서만 입장이 가능한 운동경기장은 물론 대학구내 등의 노천강당도 일괄적으로 모두 옥외집회로 보아야 하는 불합리한 경우가 발생하고 있다. 즉 옥외집회의 개념에서 “천장이 없거나”를 요구하는 것은 그 자체가 집회에 대한 과도한 제한을 두게됨을 부정할 수 없게 된다.

따라서, 옥외집회와 옥내집회의 구별의 기준은 그 집회가 일반대중들에 대한 개방성과 공개성의 정도에서 찾아야 하며, 이러한 개방성과 공개성에 어떠한 기준도 제시할 수 없는 “천장이 없거나”라는 구절은 삭제되어야 한다.

(2) 불필요한 신고사항의 요구와 경찰의 개입

1) 관련규정

제6조 (옥외집회 및 시위의 신고 등)

① 옥외집회 또는 시위를 주최하고자 하는 자는 그 목적, 일시(소요시간을 포함한다), 장소, 주최자(단체인 경우에는 그 대표자를 포함한다)·연락책임자·질서유지인의 주소·성명·직업·연락처, 참가예정단체 및 참가예정인원과 시위방법(진로 및 약도를 포함한다)을 기재한 신고서를 옥외집회 또는 시위의 720시

간전부터 48시간전에 관할 경찰서장에게 제출하여야 한다. 다만, 2 이상의 경찰서의 관할에 속하는 경우에는 관할 지방경찰청장에게 제출하여야 하고, 2 이상의 지방경찰청의 관할에 속하는 경우에는 주취지를 관할하는 지방경찰청장에게 제출하여야 한다. <개정 1991.5.31, 2004.1.29>

집시법 시행령 제2조(시위방법)

법 제6조제1항에서 "시위방법"이라 함은 다음 각 호의 사항을 말한다.

1. 시위의 대형
2. 차량·확성기·입간판 기타 주장을 표시한 시설물의 이용여부와 그 수
3. 구호제창의 여부
4. 진로(출발지·경유지·중간행사지·도착지 등)
5. 약도(시위행진의 진행방향을 도면으로 표시한 것)
6. 차도·보도·교차로의 통행방법
<삭제>(2004. 9. 23.개정).
8. 기타 시위의 방법과 관련되는 사항

2) 과도한 신고사항

집시법 제6조 제1항과 시행령 제2조에서 규정하고 있는 신고사항은 목적, 일시 등 대략 22가지에 달한다. 2004. 1. 29.자 개정 집시법에서는 종전법에 주취자, 연락책임자, 질서유지인의 '연락처'가 신고사항으로 추가되었고 종전에 신고사항으로 되어 있던 '연사의 주소, 성명, 직업, 연제' 부분은 삭제되었다.

"집시법상 신고제도의 취지가 신고를 받은 관할 경찰서장이 그 신고에 의하여 옥외집회 또는 시위의 성격과 규모를 미리 파악함으로써 적법한 옥외집회 또는 시위를 보호하는 한편 그로 인한 공공의 안녕 질서를 유지하기 위한 사전조치를 마련하고자 함에 있는 것(대법원 1990. 8. 14. 선고 90도870판결)"이고 집시법 제8조 제1항은 제7조 제1항에 의한 신고서의 기재사항을 보완하지 아니한 때에도 관할 경찰관서장이 당해 집회·시위를 금지할 수 있도록 규정하고 있는데, 집시법 제6조 제1항의 신고의무는 행정관청에의 절차적 협력의무에 불과하여 이에 위반할 경우 사후에 행정질서벌인 과태료를 부과할 수 있음은 별론으로 하고 신고서의 기재사항을 보완하지 않았다는 이유로 신고된 옥외집회를 금지할 수 있도록 한 것은 결국 신고제를 허가제로 운영하는 것이 되어 신고제를 인정한 취지에 정면으로 배치되고, 사소한 기재사항 미비 등을 이유로 한 보완요구와 금지통고 등 경찰당국의 재량권 남용을 초래할 여지를 주는 제한규정이다.

[사례2-1] 과도한 보완요구와 이를 충족하지 못했다는 이유로 금지통고한 사례

고용·실업대책과 재벌개혁 및 IMF 대응을 위한 범국민본부가 '98 실업자대행진'을 하겠다고 집회신고를 하자 중로경찰서장은 아래와 같은 미비사항이 있다는 이유로 그 기재사항을 보완할 것을 통고하였다.

즉 "① 신고서에 따르면, 시위 참가 예정인원은 3천명으로 하되, 광화문빌딩 앞 광장에 1,200명 정도가 모이는 시점까지 집회를 하고, 위 광장 수용인원 1,500명이 넘는 순간 행진을 시작하는 것으로 되어 있는데, (i) 신고인원이 몇 명인지 명확히 하고, (ii) 적정 인원 초과시 행진 차단 및 배제방법을 구체적으로 제시하며, (iii) 학생 300명 초과

시 제지 방안과 이적단체인 한총련 소속 학생의 참가 배제방법을 제시할 것.

② 질서유지인 선입에 있어 (i) 질서유지인이 모두 몇 명인지 명확히 밝히고 각 질서유지인은 참가단체별로 참가인원의 10% 비율로 그 소속을 표기하여 작성하고, (ii) 질서유지인임을 나타내는 표지방법을 기재하고, 주최측 총괄질서 유지 책임자를 명시할 것.

③ 집회 순서에 있어 (i) 사전문화행사의 내용을 구체적으로 기재하고, (ii) 연사의 주소·성명·직업 등을 작성하여 첨부하고, 퍼포먼스의 구체적 내용과 관련 시위용품을 기재하며, (iii) 광화문 빌딩 앞에서 세종문화회관 뒷길 인도를 이용 4월 중대로 정부종합청사를 돌아 왕복 행진을 할 때, 인도 폭이 좁아 4월 중대 행진이 어려울 경우의 행진 방법·행진중 휴대하는 시위용품의 종류와 수량·행진중 구호 제창 여부·연좌 등 중간행사 여부와 방법·교차로 통행방법 등을 구체적으로 기재할 것.

④ 준비물 중 (i) 플래카드·피켓·유인물의 규격 및 구체적인 문안을 예시하고, (ii) 앰프·방송차의 종류·용량·수량 등을 구체적으로 기재하며, (iii) 탈·수기·풍선·넥타이·장갑·상징물 등에 있어 종류·수량·상징내용·사용방법을 구체적으로 명시할 것.

⑤ 신고인 이동진은 삼미특수강 노조원 신분인데, 원고와 어떤 관계가 있으며, 원고의 집회신고권한을 위임받았다면 그 위임장을 제출할 것“

이에 범국민본부는 경찰의 요구에 따라 최대한 신고사항을 보완하였으나, 종로경찰서장은 다음과 같은 이유로 금지통고하였다.

“① 원고가 제출한 보완신고서는 형식적 요식절차는 충족하였지만 실질적인 보완이 이루어지지 않았으므로 보완이 되었다고 볼 수 없는데, 그 구체적 사유는 ‘(i) 집회신고인원은 3,000명을 유지하면서 집회장소의 수용가능인원인 1,500명의 80% 수준이 집결하는 시점에서 행진을 시작하겠다고 하였는데, 이는 신고서상의 행진 예정 시각을 부정하고 있으며, 상당한 인원이 집결하면 집회 신고서상의 집회 시각 이전이라도 행진하겠다는 불법행위까지 가상하고 있으며, (ii) 질서유지인을 참가 단체별로 분류 기재하라는 보완사항을 거부하였고, (iii) 집회신고는 집회 주최자가 하도록 되어 있는데 삼미특수강 노조원 이동진이 신고하여 주최자인 원고의 대리인임을 입증하라는 위임장을 제시하도록 요구하였으나 주최 단체의 대표자가 아닌 집행위원장 박석운의 위임장을 제출한 것’이며, ② 원고가 정부종합청사 앞에서 하려는 행위는 행진이 아닌 시위로서 그와 같은 시위는 교통장애가 예상되어 집회및시위에관한 법률(이하 ‘법’이라 한다) 제12조 제1항에 의거 금지대상이며, 같은 조 제2항 단서 조항에 해당되지 아니하므로, 법 제8조 제1항의 규정에 따라 위 집회를 금지한다”고 하였다.

위 사건에서 서울고등법원은 “또한 법 제8조 제1항은 신고서의 기재사항에 미비한 점이 보완되지 않는 경우 관할 경찰서장이 집회 또는 시위의 금지를 통고할 수 있도록 규정하고 있는데, 이러한 금지통고가 헌법에서 금하고 있는 사전허가가 되지 않기 위하여는 경찰서장이 집회의 실질적 내용에까지 들어가 그 위법 여부를 판단하여 허부를 결정하여서는 안 된다 할 것이다(서울고등법원 1998. 12. 선고 98누11290 판결)”고 하여 경찰당국의 금지통고를 취소한 바 있다.

3) 신고사항과 실제집회내용의 사소한 불일치를 이유로 한 경찰당국의 개입과 상징표현행위의 보호

[사례2-2] 2001. 6. 16. 제2차 민중대회에서 문제된 대통령 캐리커처가 그려진 만장

2001. 6. 16. 제2차 민중대회 집회가 끝나고 행진이 시작되어 16:50경 선두가 종로5가 4거리에 도달하였을 때, 정선모 동대문 경찰서장이 “시위대 여러분, 특정인을 지칭하는 조형물은 집회에 사용해서는 안됩니다. 즉각 조형물을 제거하지 않으면 제가 공권력으로 제거하겠습니다”라고 함과 동시에 행진대오의 양쪽 인도로 전경 300-400명이 김대중 대통령의 캐리커처가 그려져 있는 상징물이 있는 곳으로 이동하였고, 방송이 끝나자마자 전경들이 상

정물을 들고 있는 행진대열의 사방에서 달려들어 행진대열을 이수라장이 되었고 전경들에 의해 상징물은 부수어졌다.

[사례2-3] 참가인원, 신고시간초과를 문제삼은 경우(한겨레 2001-07-05)

전교조 교사들은 지난 3일 저녁 7시55분께 서울시교육청 앞에서 '비리재단 퇴진과 관선이사 파견 촉구대회'를 진행하던 중, 경찰에 신고한 집회 종료시간인 7시30분을 넘겼다는 이유로 현장에서 연행됐다. 종로경찰서는 또 같은 날 낮 12시께 신고된 인원(50명)보다 많은 수가 참가했다는 이유로 서울 광화문 앞에서 집회를 하던 건설운송노조 조합원 80여명 가운데 40여명을 연행했다. 경찰은 "그동안 이들이 집회시위 과정에서 여러 차례 불법을 저질렀고, 이날도 법에 따라 해산 명령을 내렸지만 이에 응하지 않아 참가자들을 연행한 것"이라며 "앞으로도 법에 어긋나는 집회는 강력히 통제하겠다"고 밝혔다.

그러나 시민단체들은 "집시법의 '현저히 일탈하는 행위'나 '상당한 시간'이라는 규정부터가 모호한데도, 시간을 불과 수십 분 초과한 것과 인원이 신고 내용보다 약간 많은 점을 문제삼아 집회 참가자를 연행한 것은 과도한 법적용"이라고 주장했다.

집회에서 미신고 물품을 사용하거나, 시간, 인원이 초과하는 문제에 대한 관련 규정은 아래와 같다.

제14조 제4항(주최자의 준수사항)

“집회 또는 시위의 주최자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다

1. 총포, 폭발물, 도검, 철봉, 곤봉, 석괴 기타 타인의 생명·신체에 위해를 가할 수 있는 기구를 휴대 또는 사용하거나 휴대 또는 사용하게 하는 행위
2. 폭행·협박·손괴·방화 등으로 질서를 문란하게 하는 행위
3. 신고한 목적·일시·장소·방법 등 그 범위를 현저히 일탈하는 행위”

제21조(벌칙)

“다음 각호의 1에 해당하는 자는 6월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금·구류·과료에 처한다

2. 제6조 제1항의 규정에 의한 신고를 허위로 하고 집회 또는 시위를 개최한 자”

즉 집시법은 제14조 제4항에서 총포, 폭발물, 쇠파이프 등 생명, 신체에 위해를 가할 수 있는 물품의 휴대 및 사용을 금지하고 있으며, 신고한 방법에서 현저히 일탈하는 방법으로 집회나 시위를 개최하는 것을 금지하고 해산명령을 발할 수 있음을 규정하고 있다.

그러나, 위 [사례2-2]의 '대통령 상징물'이 생명, 신체에 위해를 가할 수 있는 물품은 아니며, 상징물 하나의 사용이 신고한 방법에서 현저히 일탈하는 방법으로 집회를 개최하는 행위로 보기도 어렵다. 또 [사례2-3]와 같이 신고인원보다 30명이 더 참가하였다거나, 시간을 25분 초과한 것만 가지고 '그 범위를 현저히 일탈하는 집회'로 볼 수는 없다.

또 집시법 제21조의 신고를 허위로 하고 집회 또는 시위를 개최한 자에 해당하는가를 볼 때, 여기서 말하는 '허위 신고'란 신고된 집회와 실제 행해진 집회를 비교할 때 전체적으로 허위신고(전체적으로 전혀 다른 집회로 볼 수 있는 경우-예를 들어 다른 단체의 이름을 빌려 집회신고를 하고 규모나 내용이 다른 집회를 개최하는 경우 등)로 보이는 경우만을 의미하는 것이고 집회물품이나 참가인원에 약간의 차이가

있다고 하여 '허위신고'로 볼 수는 없으므로 이 조항 역시 적용되지 않는다.

위 대법원 1990. 8. 14. 선고 90도870판결도 밝히고 있듯이 집시법의 신고제도 취지를 감안할 때 신고서 기재사항을 통해 관할 경찰서장은 집회의 대체적인 윤곽만 파악하면 되는 것이고 집회신고 이후에 여러 가지 집회프로그램의 세부적 내용이 변할 수도 있기 때문에 세세한 경우까지 동일할 것을 요구하는 것은 아니라고 보아야 한다. 일부 위험한 물건이 아닌 미신고 물품을 사용하거나 휴대하고 있다하여 바로 강제철거하거나 그 자체를 처벌하는 규정을 두고 있지 않은 것은 신고사항중의 하나로 '집회방법'을 규정한 취지가 위와 같기 때문이며, 시간, 인원이 다소 차이가 있다하더라도 그것이 현저히 일탈한 행위가 아닌 경우에는 바로 해산명령의 대상이 되거나 처벌하지 않겠다는 것이 집시법 전체의 취지라고 할 것이다.

신고 사항 불일치나 나아가 미신고행위와 관련한 경찰개입의 문제 역시 다음과 같은 관점에서 파악되어야 한다. 현행 집시법에 의하면 신고의무를 이행하지 않은 경우, 그 집회는 해산될 수 있고(제18조 제1항 제3호), 집회를 개최한 자는 처벌되며(제19조 제2항), 신고는 하였으나 신고서 보완요구에 응하지 않은 경우에는(제7조 제1항) 그 집회는 금지될 수 있고(제8조 제1항), 금지된 집회를 하는 경우에는 해산될 수 있으며(제18조 제1항 제3호), 금지된 집회를 주최하는 자는 처벌된다(제19조 제2항) 또한 집회가 신고내용과 다를 경우에는(제14조 제4항 제3호) 집회의 해산을 명할 수 있으며(제18조 제1항 제5호) 위반한 자는 처벌받는다(제19조 제3항). 그러나 신고의무의 취지에 비추어 볼 때, 단지 신고를 하지 않았거나 신고서 보완요구에 응하지 않았거나 집회가 신고내용과 다르다는 이유만으로 집회의 금지나 해산이 정당화되지 않는다. 이와 같이 단지 질서유지적 규정위 위반된 경우에는 이러한 위반으로 인하여 집회가 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협에 해당하는지, 집회의 금지와 해산이 중대한 법익보호를 위하여 반드시 필요한 것인지를 항상 별도로 판단해야 한다. 따라서 집회의 금지나 해산은 신고의무의 이행을 강제하는 수단이 될 수 없으며 금지와 해산에 관한 규정들은 신고의무 위반과 더불어 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협이 존재한다는 조건 하에서만 정당화되는 것이고 이러한 헌법합치적 해석하에서만 그 합헌성을 유지할 수 있다. 비록 신고의무를 위반하였으나 집회가 다른 보호법익에 대한 침해없이 평화적으로 진행되는 경우, 이와 같이 법익충돌이 없는 상태 또는 상충하는 법익간의 조화가 이루어진 상태가 바로 집시법이 신고의무를 통하여 실현하고자 하는 상황이므로 이러한 집회를 해산해야 할 아무런 정당한 사유가 없다.

관할관청이 집회의 금지나 해산여부를 판단함에 있어서 사전에 신고하지 않은 집회나 규정대로 신고하지 않은 집회를 관용할 수 있는 가능성을 고려하지 않는다면 이는 행정청의 재량남용에 해당한다³⁵⁾

대법원은(2001. 10. 9. 선고 98다20929 판결) 민가협이 1996. 8. 8. 죄수복을 입고 포승으로 몸을 묶은 채 행진을 시작하자 경찰은 이 상징행위가 애초 신고내용에 없다는 이유로 이를 제지한 것에 대하여 국가배상청구를 한 사건에서,

“옥외집회 또는 시위가 그 신고사항에 미비점이 있었다거나 신고의 범위를 일탈하였다고 하더라도 그

35) 한수웅, “집회의 자유와 ‘집회 및 시위에 관한 법률’-집회금지장소규정에 대한 위헌성 판단을 겸하여”, 저스티스 2004. 2. 통권 77호, p23-24

신고내용과 동일성이 유지되는 한 신고를 하지 아니한 것으로 볼 수 없고 신고사항 미비나 신고범위 일탈하였다는 이유만으로 곧바로 당해 옥외집회 또는 시위 자체를 해산하거나 저지하여서는 아니될 것이고 옥외집회 또는 시위당시의 구체적인 상황에 비추어 볼 때 옥외집회 또는 시위의 신고사항 미비점이나 신고범위 일탈로 인하여 타인의 법익 기타 공공의 안녕질서에 대하여 직접적인 위협이 초래된 경우에 비로소 그 위협의 방지 제거에 적합한 제한조치를 취할 수 있으며, 그 조치는 법령에 의하여 허용되는 범위내에서 필요한 최소한도에 그쳐야 할 것이다"고 하여 위 사례들과 같은 신고사항과 사소한 차이를 이유로 한 경찰의 강제해산 등 제지행위가 위법하다"고 판결하여 신고사항에 없거나 사소한 위반을 이유로 경찰당국이 문제삼는 것은 불법이라는 점을 명확히 하고 있다.

헌법재판소 대사관 집회금지 위헌결정에서 "집회의 자유에 의하여 구체적으로 보호되는 주요행위는 집회의 준비 및 조직, 지휘, 참가, 집회장소, 시간의 선택이다. 주최자는 집회의 대상, 목적, 장소 및 시간에 관하여, 참가자는 참가의 형태와 정도, 복장을 자유로이 결정할 수 있다(헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바67, 2000헌바83 결정)"고 한 바 있다. 이에 비추어 보아도 경찰당국의 위와 같은 행위는 위법하다.

집회시위에서 상징물을 사용할 것인지, 상징물을 사용한다면 어떠한 상징물을 선택할 것인지에 관하여 결정할 권리도 집회의 자유에 포함되는 것으로 보아야 한다. 의사표현이 없는 집회시위란 생각할 수 없다는 점에서 볼 때 집회시위에서 사용되는 상징물은 바로 집회에 참여하는 사람들의 의사를 효과적으로 표현하기 위한 수단이다. 심지어 침묵시위조차도 그러한 침묵을 통하여 집회참여자들의 의사를 표현하고 있는 것이다. 참여자들이 자유롭게 그러한 상징물을 준비하고 주최자가 미리 계획하여 준비하는 모든 행위가 보호되어야 한다.

집회에서 등장하는 상징물을 보면 만장, 상여, 촛불, 허수아비, 걸게그림 등이다. 그러한 상징물들은 집회에 참여하는 사람들이 표현하고자 하는 많은 의사들을 간단하게 압축해서 일반에게 전달하는 매개체로서의 기능을 하고 있다

집회에서 만장이나 상여는 죽음을 상징한다. 예를 들어 민주주의, 국가의 주권, 노동정책, 특정 노동자들의 사망을 상징하고자 할 때에 만장이나 상여를 이용한다. 촛불이나 사름은 승화를 상징한다. 미군 장갑차에 치여 죽은 여중학생 효순이와 미선이를 추모하는 집회에서 집회참여자들이 이용했던 촛불은 반전·평화를 상징하는 것이었다. 효순이와 미선이의 죽음은 전쟁의 광기를 사르고, 평화의 불길을 지켰다는 것을 상징하는 것이었다. 허수아비는 대체로 집회참여자들의 공분을 느끼는 인물을 모델로 삼는다. 노동자 등 사회적 약자의 인권을 짓밟은 자, 대한민국의 주권을 유린한 외국의 정치지도자 등이 허수아비로 등장한다. 걸게그림은 일정한 경과를 가지고 있는 사건을 한 폭의 그림에 담아 집회참여자들의 의사를 표현하는 기능을 한다. 그러한 상징물들이 공공의 질서를 직접적으로 위태롭게 하지 않는 한 상징물의 형식에 의한 집회의 자유는 충분히 보장되어야 한다³⁶⁾

그러나 경찰당국은 상여에 대하여는 뚜렷한 법적 근거도 없이 집회금지물품이라는 이유로 신고단계에서부터 이를 제한하고 있는 실정이다. 나아가 집회와 시위의 현장에서 상여와 주요인물의 캐리커처 등이 등장하면 미신고 물품이라는 등의 이유로 경찰병력을 동원하여 이를 제거하고 있다. 이로 인하여 충돌이 격화되면서 결과적으로 주최자나 현장에서 연행된 집회참여자들이 특수공무집행방해 등으로 형사처벌되

36) 김승환, '집회·시위의 자유에 대한 변형적 규제', 집회와 시위의 자유, 공익과 인권 6호, p.70

는 실정이다.

4) 입법적 대안

집회 및 시위의 주최자에게 신고의무를 부여하는 것은 집회의 자유에 대한 실체법적 제한을 두기 위함이 아니라, 관할경찰관청에게 집회에 대한 정보를 제공함으로써 집회 및 시위에 따르는 질서유지를 위한 협력과 부담을 가능하게 하는 데 그 의의가 있다고 보아야 한다. 즉, 경찰에게 집회 및 시위의 성격과 내용을 구체적으로 제시하고 그로 인하여 경찰에게 집회에 대한 허가여부를 판단하게 하고자 하는 것이 아니라, '집회'와 '공공의 안전'을 위해 상호 필요한 조치를 취할 수 있는 협력의 원리를 표현한 것이다. 그런데, 현재 20개가 넘는 신고사항을 두고, 신고서의 기재사항에 미비한 점이 있는 경우에는 관할 경찰관서장이 그 기재사항을 보완할 것을 통고할 수 있도록 하는 "보완통고제도"를 두고 있는데, 이처럼 엄격하고 과도한 신고사항을 규정하고 있는 것은 사실상 이를 허가제로 운용하겠다는 것이라고 해석할 수 밖에 없다. 따라서 행정상 반드시 필요한 사항만을 신고하도록 하여 집회 및 시위의 신고제의 의미를 살려야 할 것이다.

"집시법상 신고제도의 취지가 신고를 받은 관할 경찰서장이 그 신고에 의하여 옥외집회 또는 시위의 성격과 규모를 미리 파악함으로써 적법한 옥외집회 또는 시위를 보호하는 한편 그로 인한 공공의 안녕질서를 유지하기 위한 사전조치를 마련하고자 함에 있는 것(대법원 1990. 8. 14. 선고 90도870판결)"이라는 판결도 이를 뒷받침한다.

그러한 현실에서는 여전히 인원, 시간, 집회물품이 신고내용과 다르다는 이유로 경찰이 강제연행하거나 철거함으로써 평화적인 시위를 방해하는 사건이 발생하고 있다. 여기에는 경찰의 불법적인 법집행이 문제이기는 하나, 신고내용이 과다하게 규정된 것도 한 원인을 제공하고 있는 것이다.

이를 위해 현재 과다한 신고사항을 신고제도의 취지에 부합하는 최소한의 것만 남겨두고 삭제하는 것이 필요하다. 불필요한 경찰당국의 개입 원인을 없앨 필요가 있다.

구체적인 개정안까지 생각해 본다면 다음과 같이 집시법 제6조 제1항을 개정하는 것이 바람직하다고 본다.

[집시법 제6조 제1항 개정안]

① 옥외집회 또는 시위를 주최하고자 하는 자는 그 목적, 일시(소요시간을 포함한다), 장소, 주최자(단체인 경우에는 그 대표자를 포함한다)·연락책임자의 성명·연락처, 예정인원, 행진로를 기재한 신고서를 옥외집회 또는 시위의 48시간전에 관할경찰서장에게 제출하여야 한다. 다만, 2이상의 경찰서의 관할에 속하는 경우에는 관할지방경찰청장에게 제출하여야 하고, 2이상의 지방경찰청의 관할에 속하는 경우에는 주최지를 관할하는 지방경찰청장에게 제출하여야 한다.

(3) 긴급집회와 우발적 집회에 대한 신고강요는 부당함

1) 개념

긴급집회는 그 목적을 달성하기 위하여 가능한 한 신속하게 개최할 수밖에 없고, 짧은 시간내에 개최해야 하기 때문에, 대부분 시사성있는 현실적인 사유로 즉각적으로 이루어지며, 옥외집회에 관하여 집시법에 들어있는 신고서를 제출할 수 있는 의무를 지킬 수 없는 집회를 말한다. 즉 즉시 개최될 때에만 주최자가 추구하는 목적이 달성될 수 있는 집회이다. 48시간을 기다려 집회를 개최하면 아무런 의미가 없거나 집회목적 달성이 어렵게 된다. 예를 들면 전날밤에 언론을 통해서 노동기본권과 교육시장개방 등 여러 가지 문제점을 지닌 경제특구법 추진이 발표되었을 때, 다음날 아침 정부여당이나 정부종합청사 등에서 즉시 항의집회를 개최할 필요가 있을 때 개최되는 집회이다.

한편 우발적 집회란 집회개최자가 없고 사전의 계획도 없이 이루어지는 집회이다. 독일연방헌법재판소가 사용한 용어에 따라 볼 때, 우발적 집회는 소위 자연발생적 집회라고 표현되기도 하며, 현안을 원인으로 하여 주최자 없이 무계획적으로 발생한 집회로 이해된다.

예를 들어 경찰서에 면회를 갔는데, 면회자체를 거부하자, 면회온 사람들이 '인권침해 자행하는 00경찰서는 각성하라'는 구호를 외치면서 우발적으로 항의집회가 벌어지는 경우를 생각해 볼 수 있다.

2) 경찰당국의 신고강요와 해산조치

경찰당국에서는 이와 같은 경우에 신고를 하지 않고 집회를 개최하면 미신고집회라면서 해산명령을 내리거나, 미신고죄로 형사처벌하려고 든다. 해산하는 과정에서 대체로 특수공무집행방해 등 다른 형사처벌문제로 확대된다.

그러나 긴급집회는 48시간전에 신고해야 한다는 요건을 도저히 지킬 수 없으므로, 48시간 사전신고라는 요건과 상관없이 집회개최 전까지라도 관할경찰서에 신고서를 제출하면 아무런 문제가 없다고 본다. 그러므로 48시간전에 하지 않았다고 금지통고하는 것은 위헌 위법한 행위이다.

우발적 집회는 신고자체가 불가능하므로 신고가 필요없다. 신고를 하지 않았다고 경찰당국이 개입하거나, 형사처벌하려고 해도 그것은 신고제도의 취지나, 법논리상 불가능하다.

우발적 집회와 관련하여 법원은 "고대앞 시위 사건"에서 "집회및시위에관한법률 제6조 제1항 소정의 신고를 요하는 집회 또는 시위라 함은 그 집회 또는 시위의 주최자, 목적, 일시, 장소 등이 사전에 특정될 정도의 계획적인 집회 또는 시위를 말한다 할 것이고, 집회 또는 시위의 주최자, 목적 등이 특정되지 아니하고 사실상 사전신고가 불가능한 우발적 집회 또는 시위는 여기에 해당하지 아니한다고 해석함이 타당하다 할 것인바, 범국민 대토론회에 참석할 목적으로 그 개최장소인 대학교 정문 앞에 도착한 피고인들이 학교당국과 경찰의 외부인 및 타교생에 대한 출입금지조치로 출입을 저지 당하여 교내로 들어갈 수 없게 되자 그에 항의하기 위한 방편으로 자진해산하기에 앞서 즉흥적으로 약 20분간에 걸쳐 당시 일반적으로 성행하던 반정부구호와 노래를 제창하였다면 이는 사전 계획에 없었던 우발적 집회 또는 시위에 불과하다 할 것이므로 사전에 이를 신고하지 아니하였다 하여 미신고 시위죄를 구성한다고 볼 수 없다(서울고등법원 1990. 8. 22. 선고 87노1404판결)"판시하여 미신고죄로 처벌할 수 없다고 명확히 판단하고 있다.

이처럼 우발적으로 이루어지는 자연발생적 집회의 경우, 신고의무의 이행이 불가능하므로 집시법의 사전신고의무는 이러한 집회에 대하여는 그대로 적용될 수가 없다³⁷⁾

만일 신고의무의 규정을 자연발생적 집회에 대해서도 적용하여 신고의무를 위반했다는 이유만으로 집회를 해산할 수 있다면, 집시법은 신고제를 취함으로써 자연발생적 집회를 처음부터 금지하는 것이 된다. 헌법상 집회의 자유는 집회의 유형과 관계없이 모든 집회를 보장하는데 반하여, 입법자가 법률로써 특정 유형의 집회를 집회의 정형으로 설정하고 신고의무를 도입함으로써 '신고의무를 이행할 수 없는 집회'를 기본권 보호로부터 배제하는 결과가 발생하는 것이다.

그러나 집회는 집시법이 아니라 기본권인 집회의 자유에 의하여 보장되는 것이다. 집회의 자유는 법률로써 제한될 수 있으나, 법률에 의한 제한이 특정 유형의 집회를 완전히 집회의 자유의 보호범위에서 제외할 수 없으며, 오히려 집회의 자유는 이러한 집회에 대하여 집시법의 적용을 배제한다.

따라서 신고의무의 이행을 요구하는 경우 집회를 통하여 추구되는 목적이 달성될 수 없다면, 신고의무 규정은 이러한 유형의 집회에 대하여 적용하지 않는다. 또한 사전에 계획되었지만 사안의 긴급성 때문에 규정된 48시간전에 신고가 불가능한 긴급집회의 경우에도 신고의무가 제한적으로 적용된다고 해석해야 한다. 이 경우에 법률에 규정된 신고의무는 가능한 한 조속하게 신고해야 할 의무로 변형된다고 보아야 한다.

독일의 경우에도 집회법이 우발적인 집회나 긴급집회를 예정하고 이에 대한 신고의무를 면제하는 명시적인 규정을 두고 있는 것은 아니지만, 집회법이 예정하고 있는 집회의 유형만이 헌법적 보호대상은 아니므로 긴급집회나 우발적인 집회와 같이 입법자가 예정하지 못한 집회에 대해서는 입법자가 예정한 집회에 대해서 적용되는 신고의무가 적용될 수 없다고 보고 있다³⁸⁾

3) 입법적 대안

긴급집회와 우발적 집회는 모두 옥외집회의 신고의무를 준수할 수 없는 집회라는 점에서 동일하다. 그리고 집회의 자유의 보호영역에 포함되는 것으로 헌법 제21조의 보호를 받는다는 점은 명백하다. 또한 신고의무는 평화적 집회를 가능하게 하는 수단이지 그 본질이 부작위의무(집회를 해서는 아니되는)를 해소하는 허가가 아니다. 요즘은 인터넷 등 정보통신기술의 발달로 인하여 어떠한 사회적 문제가 사람들에게 알려지는 것이 매우 빠르다. 그만큼 즉각적인 반응으로서 성명서 발표를 비롯하여 항의집회의 개최 역시 필요할 경우가 많아졌다. 집회는 현장에서의 행위 못지 않게, 그러한 집회가 있었다는 언론보도를 통하여 의사표시가 일반 국민들에게 전달되는 것이다. 그리고 늘 새로운 사회적 주체들이 등장하고 사라진다. 일반 국민들은 주요한 현안에 대하여 어떠한 단체가 어떤 입장을 취했는지 등을 보고 그 문제의 윤곽을 파악한다. 그런데 만일 긴급한 자기의사의 표시가 필요한 사안에 대하여 48시간이 지난 뒤의 항의집회는 아무런 의미가 없고 집회목적 달성을 하지 못하게 된다.

따라서, 긴급집회의 특성상 사전신고의무를 상황에 따라 완화해 줄 필요가 있고, 우발적 집회는 사전신고가 원천적으로 불가능하기 때문에 우발적 집회에 획일적으로 사전신고를 요구하는 것은 부당하다고

37) 자연발생적 집회의 경우, 신고의무의 예외를 인정해야 할 필요성은 독일법과 미국법에서 일반적으로 인정하고 있다. 한수웅, '집회의 자유와 '집회 및 시위에 관한 법률-집회금지장소규정에 대한 위헌성 판단을 겸하여-', 저스티스 통권 77호, p21, 각주 54에서 재인용

38) 전광석 '자율적 집회시위문화 정착 어떻게 할 것인가', 치안연구소 주최 2003년 공청회 자료집, p.53

할 것이다. 판례도 우발적 집회에 대하여 이를 확인한 바가 있으나, 경찰당국에서는 모든 집회는 48시간 전에 신고가 되어야 하며, 신고가 되지 못하는 우발적 집회나 긴급집회는 금지되는 집회로 여기고 있다. 이 이를 막고 있는 것이 현실이므로 이를 입법화할 필요가 있다.

해석으로 당연히 인정되어야 하는 것이지만, 현실이 그러하지 못하므로 집시법에 관련 규정을 신설하는 것을 검토해 볼 수 있다.

그 구체적 내용을 생각해 보자면 “주최자는 있지만 시급한 사유로 옥외집회 또는 시위의 개최 48시간 전에 신고가 불가능한 긴급 집회 및 시위의 경우에는 제1항의 신고서를 집회 및 시위의 개최전까지 관할경찰서장에게 제출하여야 한다. 다만, 2이상의 경찰서의 관할에 속하는 경우에는 관할지방경찰청장에게 제출하여야 하고, 2이상의 지방경찰청의 관할에 속하는 경우에는 주최지를 관할하는 지방경찰청장에게 제출하여야 한다. 단, 집회 및 시위의 주최자가 없으면서 자연발생적으로 행해지는 우발 집회에 대해서는 신고하지 않을 수 있다”는 정도면 될 것으로 본다.

(4) 금지통고에 대한 이의신청제도와 경찰의 재량권 남용통제 방안

1) 관련 규정

제9조 (집회 및 시위의 금지통고에 대한 이의신청 등)

- ① 집회 또는 시위의 주최자는 제8조의 규정에 의한 금지통고를 받은 날부터 10일 이내에 당해 경찰관서의 직근 상급경찰관서의 장에게 이의를 신청할 수 있다. <개정 97.12.13, 99.5.24>
- ② 제1항의 규정에 의한 이의신청을 받은 경찰관서의 장은 접수일시를 기재한 접수증을 즉시 이의신청인에게 교부하고 접수시부터 24시간 이내에 재결을 하여야 한다. 접수시부터 24시간 이내에 재결서를 발송하지 아니한 때에는 관할경찰관서장의 금지 통고는 소급하여 그 효력을 잃는다. <개정 97.12.13, 99.5.24>
- ③ 제2항의 규정에 의하여 금지통고가 위법 또는 부당한 것으로 재결되거나 그 효력을 잃게 된 경우에는 이의신청인은 최초로 신고한 대로 집회 또는 시위를 개최할 수 있다. 다만, 금지통고등으로 인하여 시기를 놓친 경우에는 일시를 새로이 정하여 집회 또는 시위의 24시간전에 관할경찰관서장에게 신고함으로써 집회 또는 시위를 개최할 수 있다.
- ④ 및 ⑤삭제 <99.5.24>

2) 문제점

우리 현대사속에서 권위주의 정권의 흔적은 집회에 조용히는 경찰당국의 태도에 고스란이 남아 있다고 할 수 있다. 정권에 의한 언론통제가 수반되던 시절 이른바 제도언론이 언론을 독점하고 왜곡된 여론과 사실을 은폐하던 시절에 국민의 정치적 의사형성 혹은 표현활동에 있어서 중요한 수단은 집회의 자유였다. 한편 권위주의 정권의 입장에서 보면 가장 위협적인 행위가 통제되지 않는 집회였다.

당연히 권위주의 정권은 언론의 자유는 물론이고 집회의 자유에 대한 억압적인 입법과 법률에 대한 자

의적인 해석 및 적용을 동원하였다. 이러한 역사적 상황속에서 집시법은 바로 집회의 자유 보장이 아니라, 통제의 기능을 수행해 온 측면이 더 크다고 할 수 있다.

이를 보여주는 대표적인 입법이 1989년 3월 29일 개정된 집시법 이전에 적용되던 집시법들이다. 1961년 5.16 쿠데타 후 군사정권에 의하여 군사정권이 과업을 달성하기 위하여 필요한, 즉 국가목적 이외의 집회 이외의 일체의 집회를 금지하였던 헌법무시적 집시법에서부터 ‘현저히 사회적 불안을 야기할 우려’가 있는 집회를 금지하였던 보다 세련된 형태의 집회의 자유에 대한 억제 등이 일상적으로 이루어져왔다.

이 규정은 집회금지의 요건이 모호할뿐더러 예방적으로 금지할 수 있도록 하고 있어 사실상 집회의 자유를 행정청이 자의하에 놓여 있게 하였다. 이러한 입법상황에서 집회의 자유가 현실적으로 공동화되었음은 물론이다³⁹⁾

[사례4-1] ‘8. 15. 통일대축전’ 경찰, 도심행사 허용(한겨레 2001. 8. 11.)

경찰은 한총련과 민주노총 등으로 구성된 통일연대(대표 한상열 목사)가 오는 13~15일 개최할 예정인 ‘8·15 통일대축전행사와 거리행진을 원천봉쇄하거나 불허하지 않고 평화적으로 치르도록 유도하기로 했다. 서울경찰청 관계자는 10일 “그동안 분리개최돼 온 민족화해협력국민협의회(민화협) 행사에 한총련이 처음으로 참여하기로 한데다 통일 관련 행사를 놓고 학생과 경찰이 충돌하는 모습이 바람직하지 않다는 판단에서 이렇게 결정했다”고 밝혔다. 그러나 이 관계자는 “14일로 예정된 서울 용산 미8군 앞 집회는 금지통고할 방침”이라고 말했다.

[사례4-2] “월드컵때 집회금지 2.6배 늘어(한겨레 2002-07-24)

국가인권위원회는 23일 월드컵 기간에 집회·시위의 자유가 현저히 침해됐으며 경찰청장에게 유감을 표시하고, 평상시는 물론 대규모 국제행사가 열릴 때에도 집회와 시위의 자유를 최대한 보장해 줄 것을 권고했다.

경찰청이 지난 10일 인권위에 제출한 자료를 보면, 경찰은 지난 월드컵대회 기간(5.31~6.30) 중 총 집회신고 1만599건 가운데 391건(3.7%)을 금지통고한 것으로 밝혀졌다.

이는 지난해 같은 기간(1.4%)과 비교했을 때 총신고 대비 금지비율이 세배 가까이 늘어난 수치다.

또 불법폭력 시위가 예상된다는 이유로 집회를 금지통고한 경우는 2001년 1건인 데 반해, 2002년에는 150건으로 크게 늘어났으며, 신고가 필요 없는 1인시위까지 경찰이 제한하거나 시위자를 연행한 것으로 드러났다.

인권위는 “경찰이 집회 주최자에 따라 선별적으로 집회를 금지하고 있다” 며 “모호하게 규정돼 있는 집회 금지의 사유를 구체적이고 객관적으로 마련해야 할 것” 이라고 말했다.

최혜정 기자 idun@hani.co.kr

[사례4-3] 경찰 ‘집회신고 싹쓸이’ 개입(한겨레 2003-11-12)

경찰이 대사관 주변 주요 건물주나 해당 구의원 등에게 ‘방어 집회’ 를 신고할 것을 권유해 장소 선점을 도운 것으로 드러났다.

11일 서울 종로경찰서와 집회 신고자 등에 따르면, 이 경찰서 정보과 B 경장은 ‘외국 대사관 주변 100m 이내 집회 금지’ 규정에 대한 현재의 위험 결정이 내려진 지난달 30일 오후 8시30분께 김아무개 종로구의원에게 전화를 걸어 베트남 대사관 맞은편인 감사원 주변에 집회신고를 낼 것을 권했다.

B 경장은 김 의원에게 “신고를 미리 해놓을테니 내일 아침 도장을 찍어달라” 고 한 뒤 2003년 11월2일부터 2005년 말까지 ‘삼청동 변영화 사유재산보장 결의대회’ 명목으로 집회신고를 대신 해줬다.

김 의원은 <한겨레>와의 통화에서 “B 경장이 전화를 걸어와 ‘집회신고를 대신 해놓겠다’ 고 말해 동의를 하고 이튿날 아침에 가보니 내 이름으로 서명까지 돼 있었다” 고 말했다.

39) 전광석, 집회 및 시위의 자유와 자율, 그리고 경찰개입의 한계, p89

현재 결정 뒤 가장 관심을 모았던 미국대사관 주변 집회신고 과정에서도 경찰의 개입 의혹이 일고 있다. 종로서는 현재 결정 직후 집회신고 희망자가 몰리자 정문 옆 민원실 방문자 접수 순서대로 집회신고를 받았다. 그러나 이날 오후 4시께 미대사관 앞을 행진코스로 선점한 대림산업은 방문자 목록에 기록돼 있지 않은 것으로 확인됐다. 이날 종로서를 방문해 집회신고를 낸 대림산업 김아무개씨는 “종로서 정문 앞에서 삼성생명해고자복지투쟁위 소속 사람들이 경찰과 실랑이를 벌이고 있어 소란한 틈에 방문증을 받지 않고 정보2계 사무실로 올라갔다”고 말했다. 이에 대해 천범녕 종로서 정보과장은 “경찰이 먼저 구의원에 전화해 집회신고를 대신 해주고, 방문자 접수도 하지 않은 사람의 집회신고를 받아 먼저 처리한 것은 명백한 잘못” 이라면서도 “사전에 대림산업 쪽에 집회신고를 요청한 일은 없다”고 해명했다.

황준범 기자 jaybee@hani.co.kr

[사례44] 2000. 아시아유럽정상회의(아셈) 장소였던 강남일대 주요도로 사전 선점에 경찰 개입(한겨레 2000-10-04)

아시아유럽정상회의(아셈) 기간 중 각종 기업과 유령단체 등이 회의장 및 참석자 숙소 주변 지역에 집회신고를 선점해 비정부기구(엔지오)들의 합법집회를 원천봉쇄한 데는 경찰의 조직적 개입이 있었던 것으로 밝혀졌다. 3일 아셈회의장 주변 서울 강남구 대치동의 한 공기업 관계자는 “경찰이 지난달 초 전화를 걸어와 ‘아셈 기간 동안 시민, 노동단체들의 집회와 시위가 예상된다’며 ‘이를 막기 위해 먼저 집회신고를 해달라’고 협조를 요청해 왔다”며 “경찰의 요구에 따라 ‘집회방지용’ 집회신고를 했을 뿐 실제 집회 계획은 없다”고 밝혔다. 이와 관련해 한 정보과 형사는 “서울경찰청의 지시로 일선 경찰서 정보과 형사들이 자신이 담당하는 관내 기업이나 단체에 집회신고를 내줄 것을 요청했다”고 털어냈다. 그는 또 “대부분 전화로 집회신고를 해줄 것을 요청했고, 일부 기업의 경우에는 정보과 형사가 기업체를 직접 찾아가 집회신고서를 받기도 했다”고 말했다. 또 다른 일선 경찰간부는 “아셈 기간 중 집회장소를 선점 당해 집회공간을 찾을 수 없게 된 NGO들이 틈새공간을 찾아 집회신고를 하기도 했지만, 가급적 구실을 내세워 집회를 불허했다”며 “이는 상부 지시에 따른 것”이라고 말했다. 실제 ‘사회진보연대’는 기업체 등의 집회신고 선점으로 집회장소를 찾다가 아셈 행사장 인근에 빈자리를 찾아 집회신청을 했으나 행진코스가 3km 가운데 800여m와 겹친다는 이유로 금지통보를 받기도 했다.

[사례45]경찰 과잉진압 옹호글 누가 올리나 했더니…(한국일보 2002-11-300)

경찰이 반미 시위에 대한 과잉진압을 비난하는 여론에 맞서 과잉진압을 옹호하는 글을 조직적으로 인터넷상에 게재하고 있는 것으로 드러나 물의를 빚고 있다.

29일 경찰에 따르면 경찰이 신분을 시민으로 가장, 사이버 경찰청 게시판에 반미시위대의 비도덕성 및 불순한 의도, 시위 진압의 정당성과 진압 경찰의 고충 등을 알리는 글을 조직적으로 올린 것으로 밝혀졌다. 또 일부 경찰조직은 27일부터 28일까지 댓글을 올린 횟수와 제목 등을 집계하기까지 한 것으로 드러났다.

사이버 경찰청 게시판에는 26일부터 경찰의 과잉진압에 항의하는 글이 매일 500~1,000건씩 게재되고 있는데 이중 20%선은 경찰을 옹호하는 내용이다. 경찰이 올린 댓글에는 ‘전의경도 인권이 있다’, ‘외교특권지대에 시위대를 통과시킬 수 없다’, ‘언론을 통해 보도된 전경이 곤봉과 방패를 휘두르고 시위대가 피 흘리는 장면은 시차가 있는 것으로 조작된 것이다’, ‘시위대가 전경을 향해 가래침을 뱉는 등 과잉진압을 유도한다’ 등의 내용이 들어있다.

이에 대해 네티즌들은 “경찰을비판하는 글과 동영상상을 올리면 즉시 삭제하고, 경찰 옹호 글은 넘쳐 난다”고 비난하고 “경찰이 자성하기는커녕 폭력진압을 변명하기에 급급하다”고 주장했다.

/최기수기자 mounta@hk.co.kr

위 사례는 현재까지도 여전히 경찰당국은 필요에 따라 특정한 시기 또는 특정한 장소에서의 집회나, 특정목적 내지 특정주최단체의 집회에 대하여는 집시법의 자의적 운용을 통하여 집회의 자유를 제약하고

있음을 보여주고 있다. 아셈대회 당시 경찰의 강남지역 집회봉쇄나, 대사관 위헌결정 이후에 종로경찰서에서 이루어진 집회대리신고를 통한 위장집회신고와 이를 이용한 집회봉쇄는 소극적인 금지통고와 제한통고를 넘어 더욱 적극적인 방법까지 동원하여 집회를 제한하고 있음을 보여주고 있다.

비록 형식적 민주주의는 진전되었지만 정치권력이나 관료집단의 권위주의적 행동양태가 완전히 사라졌다고 보기는 어렵다. 특히 경찰당국이 집회에 조응하는 태도는 과거 권위주의 정권시절의 행태와 본질적으로 달라지지는 않았다. 특정 집회를 금지하거나 제한할 필요가 있다면 집시법의 조항을 자의적으로 해석 적용하여 제한하는 행태가 여전히 반복되고 있는 것이다.

자의적인 금지통고에 대한 불복절차로서 이의신청 절차가 마련되어 있다. 그러나 이 역시 유명무실하다는 것이 현재의 평가이다.

원래 집회 및 시위의 금지통고에 대한 이의신청의 재결청은 시도지사였으나, 1999년 개정으로 인하여 상급경찰관서장으로 변경되었다. 이는 행정심판법 제5조의 규정에 의해 행정심판의 재결청을 통일하고자 하는 것으로 보인다. 즉, 행정심판법에 의하면 국가특별행정기관에 속하는 경찰청장 산하의 지방행정기관인 지방경찰청장의 처분 또는 부작위에 대해서는 경찰청장이, 지방경찰청장 소속하의 경찰관서장의 처분 또는 부작위에 대해서는 지방경찰청장이 재결청이 된다.

그러나, 이는 법령의 체계통일이라는 외형상의 이유에도 불구하고 그 실질은 금지통고에 대한 민간차원의 통제를 부정하는 데 있는 것으로 집시법상의 금지통고에 대한 재결청을 행정심판법과는 별도로 정한 취지를 무색케 하는 것이다. 1989년 집시법이 개정되었을 때 금지통고제도를 도입하면서 금지통고에 대한 이의신청의 재결청을 시도지사로 한 것은 물론 당시 정부조직법 상으로 아직 경찰청이 특별행정기관으로 신설되기 이전이었기 때문이다. 그러나 정부조직법상으로도 경찰청이 특별행정기관으로 설치되어 1991.5.31 법률 제4369호로 경찰법이 제정되었을 때에나 그 후에도 재결청을 종전대로 시·도지사로 둔 것은 군대와 마찬가지로 상명하복의 규율이 지배하는 경찰의 조직이나 업무의 특성상 그 재결청을 지방경찰청장 또는 경찰청장으로 하는 것은 사실상 이의신청을 무의미한 제도로 만들 것이라는 판단 때문이었을 것이다. 이것을 단순한 입법상의 불비라고 볼 수 없는 것은 집시법의 다른 규정들에서는 경찰법 제정에 따른 변화를 다 수용하고 있기 때문이었다.

그렇기 때문에, 집회에 대한 금지통고권한을 경찰서장에게 부여하고, 이의신청에 대한 재결청 역시 경찰상급기관으로 하는 것은 행정상 통일성과 효율성을 제고할 수 있지만 옥외집회가 정치적 성격을 많이 갖고 있기 때문에 경찰의 정치적 중립을 저해할 우려도 많이 가지고 있으며, 형식적인 재결이 될 우려가 크고 실제로 재결단계에서 금지통고가 취소된 사례는 거의 없는 것으로 파악되고 있으며, 실제 이러한 이유 때문에 거의 이용이 되지 않고 있다.

그렇다고 이의신청의 재결청만을 이전처럼 시·도지사로 한다고 해도 문제가 해결된다고 보지는 않는다. 지방자치제가 시행되면서 중앙정부에 비판적인 집회뿐만이 아니라, 지방자치단체의 정책을 비판하는 내용의 집회 역시 많은 실정으로서 자칫 자의적인 판단을 할 우려가 있고, 집회의 자유라는 기본권의 신장이라는 측면을 우선시하기보다는 즉자적인 불편을 호소하는 일반시민의 입장만을 고려하는 정치적 판단을 내릴 가능성이 크기 때문이다. 아래 사례를 보면 서울시가 자신의 입맛에 맞는 서울광장 집회는

허용하면서 비판적인 진보단체 등의 집회에 대하여는 서울광장 사용을 불허하고 있는데, 자의적 판단 우려가 단순한 우려가 아님을 보여주고 있다.

[사례 4-6] 서울광장은 보수단체 ‘앞마당’

허용 않겠다던 ‘정치집회’ 4일로 세 번째, 진보단체 문화제 미신고 고발했던 서울시
“6월부터 모든행사 허용” 뒤늦게 말바뀐

서울시가 시청 앞 ‘서울광장’을 문화적 행사 공간으로 사용하겠다는 애초 약속과 달리, 보수 단체들의 정치색 짙은 집회를 잇따라 허용하면서 정치 성향에 따른 차별 논란이 일고 있다.

서울시는 지난 5월 서울광장을 개장하면서 “정치적 집회·시위는 시민들의 자유로운 광장 이용을 제한하므로 허용하지 않겠다”고 천명한 뒤, 실제로 진보성향 시민단체들의 정치색 짙은 행사에는 광장 사용을 허용하지 않았다. 하지만 서울시는 이런 태도를 바꿔 “4일 열리는 ‘나라와 민족을 위한 구국기도회 및 국가보안법 사수 국민대회’의 서울광장 사용을 허가했다”고 3일 밝혔다. 이 집회는 한국기독교총연합회(회장 길자연) 주최의 종교행사를 표방하고 있지만, 이들은 신문광고를 통해 보안법 폐지 반대와 사립학교법 개정 반대 등 정치적 주장을 펴고 있다. 또 재향군인회(회장 이상훈)·반핵반김국민협의회(위원장 서정갑) 등의 보수·우익단체들이 2부 행사를 주도하는 등 ‘정치 집회’ 성격이 짙다.

이날 집회를 포함해 지난 5월 이후 9월 말까지 시가 허가한 81건의 행사 중 3건의 ‘정치 집회’는 모두 보수·우익 단체들이 신청한 것이다.

서울시는 지난 6월25일 보수적 개신교단의 ‘한미동맹 강화와 경제살리기 위한 6.25 대각성 비상구국기도회’와 같은달 29일 서울시의회와 수도이전반대 서울시민연합이 연 ‘수도이전 반대 범시민 쉼기대회’ 등의 정치성 집회에 대해서는 시청광장 집회를 모두 허용했다.

반면 서울시는 지난 5월20일 시청광장에서 ‘빈곤해결을 위한 사회연대’가 개최한 ‘문화제’를 “문화제를 가장한 정치적 집회”라며 ‘미신고 집회’ 혐의로 5월26일 남대문경찰서에 고발했다. 당시 시민단체들은 “시청광장이 서울시의 관변광장으로 전락하고 있다”며 항의 집회·시위를 계획했으나, 자유총연맹 등 보수단체들이 지난 5~6월 시청광장에 대한 집회 신고를 ‘씩씩이’ 해놓는 바람에 무산됐다. 실제 5월 한달간 새마을운동 서울지회와 자유총연맹이 대중교통이용 캠페인(1~2일), 밝고 깨끗한 서울가꾸기(3~19일), 기초질서 지키기캠페인(21~27일) 등을 신청했다. 6월도 바르게살기운동협의회, 자유총연맹 등이 아름답고 깨끗한 서울가꾸기(1~9일), 밝고 깨끗한 서울가꾸기(10~20일, 28~30일) 행사를 신청했다. 이들은 행사기간 동안 하루, 이틀동안만 행사를 치러 진보단체들의 집회를 원천봉쇄하기 위해 광장 사용 허가를 ‘선점’한 의혹을 받고 있다.

이에 대해 최임광 서울시 총무과장은 “(지난 6월29일 수도이전 반대집회 허가 뒤) 정치적 집회를 포함해 모든 행사를 허용한다는 원칙을 세웠다”며, “이념적 성향에 따라 사용허가 여부를 결정하는 것은 아니다”라며 해명했다.

그러나 진보적 시민단체들은 서울시가 여전히 입맛에 맞는 단체에 유리하게 시청광장을 운영하고 있다고 주장한다. 이민규 경실련 시민감시국 간사는 “진보적 단체들은 시청광장 개장 초기 관변단체들이 쉼기 집회신고를 낸 뒤 사실상 시청광장 이용을 포기했다”며, “서울시가 사용허가를 내준다고 해도 ‘구호를 외치거나 잔디밭을 훼손해서 안 된다’는 등 요구조건이 많아 광화문 네거리쪽을 선호한다”고 밝혔다.

서울시는 보수단체 집회의 구호나 잔디밭 훼손에 대해서는 “집회 참가자들이 약속을 지키지 않으면 어쩔 수 없다”는 궁색한 변명을 하고 있다.

류제홍 문화연대 공간환경위원회 부위원장은 “헌법과 집시법에 보장된 공공 공간에서의 집회·시위의 자유를 통제 하겠다는 서울시 조례 자체가 잘못된 것”이라고 지적했다.

남종영 유선희 기자 fandg@hani.co.kr

3) 신고제, 허가제를 둘러싼 외국 입법례

가) 영국

영국은 경찰에게 집회 및 시위를 금지할 수 있는 권한을 부여하지 않는다. 그 주된 이유는 경찰의 정치적 판단 혹은 경찰 책임자의 개인적 성향이나 소신에 따라 집회 및 시위를 허가 혹은 금지하는 상황이 발생할 가능성 때문이다. 단, 공공행진의 개최와 관련하여 ‘심각한 대중적 혼란이나 재산에 대한 심각한 피해 또는 사회에 심각한 와해를 초래할 수 있다고 판단하는 경우’에는 일정한 조건을 부과하거나 공공 장소 안으로의 진입을 금지할 수 있다(공공질서법 제12조). 제 13조에 따르면 경찰책임자는 행진이나 심각한 혼란의 발발로 막을 수 없는 특정한 상황이 관내에 존재한다고 판단될 경우 지역구 경찰위원회에 요청하여 언제라도 3개월 범위내에서 공공행진을 금지하는 조치를 취할 수 있고, 금지조치를 요청받은 경찰위원회는 국무장관의 동의를 얻어 요청서의 조건대로 또는 요구사항을 수정하여 금지를 명할 수 있다.⁴⁰⁾

나) 독일

집회 및 행진에 관한 법 제 14조는 옥외집회에 관한 조항으로 “집회 및 시위를 하려는 자는 늦어도 48 시간 이전에 집회 및 시위의 목적과 그 책임자를 명시하여 관할관청에 신고해야 한다”고 규정하여 옥외 집회 및 시위의 사전신고제를 채택하고 있다. 제 15조에서는 경찰의 직권으로 옥외집회 및 시위를 강제로 해산할 수 있는 예외를 규정하는데, 제1항에 따르면 관할 관청은 처분을 행할 당시에 주위의 사정에 비추어 집회 및 시위를 할 경우 공공의 안녕 질서가 직접 위태롭게 될 우려가 있는 때에는 당해 집회 또는 시위를 금지하거나 일정한 부담을 과할 수 있다.⁴¹⁾

그러나 집회가 공공의 안정과 질서에 직접적으로 위협요소가 될 것이라는 개연성 혹은 추측만으로 집회를 금지하는 것은 정당성이 없다고 이해되고 있다. 또한 독일 집시법은 절대적 금지사유가 우리 집시법에 비해 넓지 않다. 우리 집시법상의 금지사유인 “집단적 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 및 시위”는 독일 집시법에는 없다. 또한 우리와 같이 교통소통을 이유로 한 금지통고의 가능성을 두지 않고 제 15조 제1항의 일반조항을 통해 문제를 해결하고 있다.⁴²⁾

40) 조병인, 집회 및 시위의 보장과 규제에 관한 연구, 형사정책연구원, pp.72-74.

41) 조병인, 앞의 글, p. 90.

42) 이 점에 대해서는 예컨대 Michael Kloepfer, "Versammlungsferiheit", Josef Isensee/Paul Kirchhof(편), Handbuch des Staatsrechts Bd.VI(C.F.MÜLLER, 1989), p.756 이하 참조.; 전광석, 집회 및 시위의 자유와 자율, 그리고 경찰개입의 한계, 연세법학연구 제9권 제2호 통권제14호, 2003, pp.101-102.

다) 미국

미국은 인도, 도로, 공원 등과 같은 공공의 광장(public forum)에서의 집회에 관하여 일반적으로 허가제를 취하고 있다. 그러나 미국에서 신고제란 행정청이 단지 수동적으로 신고서를 접수하는 제도(완전한 의미에서의 신고제)로 제한적으로 이해되기 때문에⁴³⁾, 한국처럼 신고제나 허가제나가 아니라 집회 금지를 정당화하는 요건이 무엇인가를 중심으로 논쟁이 계속되고 있다.

Alabama주 Birmingham시 조례에는 “모든 공공도로에서의 행진 또는 시위는 사전에 경찰위원회의 허가를 받아야 하며, 경찰위원회는 평화, 안전, 건강, 품위, 질서, 도덕 또는 편의를 위하여 허가 거부할 필요가 있다고 판단되지 않는 한 시위와 행진은 허가해주어야 한다”고 규정되어 있다. 이에 대해 대법원은 “허가당국에게 지침을 주는 협조적이고, 객관적이고 명확한 기준이 설정되어야 하는데 Birmingham시 조례는 이 요건을 충족하지 못한다. 문제된 행위가 공동체의 복지, 품위 또는 도덕에 미치는 잠재적 효과에 대해 허가당국 공무원의 견해에 따라 허가 여부가 좌우될 수 있도록 해선 안 된다”고 하였다. 즉, 수정 헌법 제 1조의 기본권은 가장 근본적인 인권이므로 이를 제한하는 데는 신중을 기해야 하며, 만일 이를 제한하고자 할 때에는 구체적이고 확실한 기준이 설정되어야 한다는 것이다.⁴⁴⁾

집회 시위의 자유를 제한하는 기준은 도로, 공원과 같은 전통적인 공공의 광장(public forum)인 경우에 더 엄격하게 심사되는데 이러한 규제기준을 보통 ‘집회·시위의 시간·장소·방법 제한의 원칙(Time, place and manner doctrines)’이라 부른다. 그 내용을 보면, 첫째, 집회내용과 무관하게 규제여부가 결정돼야 하고, 둘째, 규제가 정부의 중요이익에 기여해야 하며, 셋째, 불필요하게 과도한 제한이어서는 안 된다. 넷째, 적절한 대체 장소나 방법이 존재해야 한다.⁴⁵⁾ 이 조건을 충족했을 때에야 집회 금지가 가능해진다. 교통혼잡, 불법시위 전력 등을 이유로 금지통고를 하는 경우가 많은 한국은 미국에서 위 원칙이 얼마나 엄격하게 적용되는지 참고할 필요가 있다.

집회 내용을 이유로 한 규제가 불가능한 것은 아니다. 그러나 1) 그 내용이 헌법의 표현의 자유의 보장 대상에서 제외되는 것이거나, 또는 2) 정부가 그 표현내용에 대한 제한에 대해 절박한 이익이 있음을 입증할 수 있는 경우에만 가능하다. 한국에서는 국가보안법 위반의 의심이 있는 표현을 전달하려는 집회·시위인 경우가 문제되는데, 집회 내용이 헌법상 보장되는 범위에서 제외되는 표현에 대한 것인가 하는 문제와 금지통고를 할만큼 절박한 국가 이익이 있는지 입증할 수 있는지가 중요한 문제이다.

라) 프랑스

43) vgl. Ehrentraut, Die Versammlungsfreiheit im amerikanischen und deutschen Verfassungsrecht, S.190; 한수웅, 집회의 자유와 ‘집회 및 시위에 관한 법률’, 저스티스 통권 제 77호, p. 16에서 재인용.

44) 김상희, 집회·시위관리를 위한 경찰작용의 법적정당성에 관한 연구, 고려대학교 석사학위논문, 2001, p.48.

45) Carey v. Brown판결, 447 US 455 (1980).

공공질서의 강화 내지 유지에 관한 법률 제2조 제1항에 따르면 집단시위, 행진이나 행렬, 집합, 일방공도상의 모든 집단행동 전 만 15일에서 만 3일 사이에 신고를 해야 한다. 신고제라 하더라도 공공질서를 문란케 하는 성질의 것일 때에는 24시간 내 금지 처분을 하도록 하고 있는데(제 3조 제1, 2항) '공공질서를 문란케 하는 성질의 것'의 개념이 명확하게 정의된 바도 없고 판례도 일반 기준을 제시하지 않아서 비판을 받고 있다.⁴⁶⁾

마) 일본

집회 집단행진 집단시위운동 등을 공안상의 견지에서 규제하기 위하여 제정한 일본의 공안조례들은 대체로 집회허가 신청서가 접수되면 공안위원회는 공공의 안녕질서를 유지하는 데 직접 위험을 미친다고 인정할만한 명백한 사유가 없으면 허가를 하도록 규정하고 있다. 하지만 허가에 일정한 조건을 붙일 수 있도록 되어 있어서 교통질서 유지, 위험물 휴대 금지, 진로/장소/관공서의 사무방해 금지, 야간의 정숙 유지 등을 조건으로 허가하는 경우가 많다.

4) 입법적 대안

무엇보다 현행 집시법의 독소적인 재량 조항들을 대폭 개정해야 하는 것이 우선이다. 그리고 다음으로 집회와 관련한 국가기관의 개입영역을 어떤기관에 부여할 것인지를 다시 판단해 보는 것이 필요하다. 먼저 집회와 관련한 국가기관의 관여부분을 보자면 집회신고의 접수, 수리 업무, 예외적인 금지통고와 제한통고, 현장에서의 질서유지, 집회보호 임무 등으로 나눌 수 있다.

먼저 집회신고와 수리업무, 그리고 현장에서의 질서유지, 집회보호 임무는 현재대로 경찰당국이 담당하면 될 것으로 보인다. 물론 현장에서의 질서유지와 관련한 경찰당국의 군사작전식 대응태도의 문제점은 분명히 개선되어야 한다.

남아 있는 것이 금지통고와 제한통고 권한을 누가 가질 것인가의 문제이다. 경찰당국의 자의적인 재량행사로 인하여 집회의 자유가 공동화되는 현실을 개선하기 위해서는 이 부분을 제3의 기관에 맡기는 것이 경찰자체의 정치적 중립을 위해서도 필요한 일로 보인다. 사전적인 통제의 필요성은 주로 비판의 대상이 되는 주체, 즉 정치권력이나 자본권력이 가지기 마련인데 경찰 스스로 이들로부터 독립적인 권력 행사를 위해서도 현재 권한을 포기하는 것이 바람직하다.

대안을 생각해 보자면 법원의 결정으로만 금지통고와 제한통고가 가능하도록 하는 방안을 고려해 볼 수 있다. 즉 경찰관서장의 금지통고 내지 제한통고의 청구, 주최자에게 즉시통보(금지통고 내지 제한통고의 근거와 사유제시)와 반론권 보장(심문절차 진행), 법원의 결정에 의한 금지통고 내지 제한통고, 주최자(즉시항고 절차는 주최자에게만 보장)의 불복절차로서 즉시항고(집회개최일 7일 이내에 항고가 제기 되는 경우에는 개최일전 항고절차 종료-현재 행정상 집행정지처분 절차가 있으나 이 역시 상당한 시일이 요구되므로 권리구제의 실효성이 떨어진다) 등을 그 절차로 상정해 볼 수 있다.

46) 유윤중, 집시법 운용상의 문제점과 개선방안에 관한 연구, 연세대 석사학위 논문, 2003, p. 56.

다만 제한통고의 경우에는 집회 당일의 상황을 고려하여 기본권 신장에 이익이 되는 방향으로 경찰당국이 탄력적으로 운용할 수는 있도록 해야 할 것이다. 예를 들어 법원의 결정은 도로 2차선까지로 행진이 제한통고되었으나, 만일 집회 당일 집회참여자도 많거나 일정이 늦어져 신속하고 원활한 행진이 요구될 경우 현장에서 경찰당국의 탄력적인 판단에 따라 3·4차로까지 열어줄 수 있도록 하는 것이다. 물론 행진차로를 법원 결정보다 더 줄이는 것은 허용되지 않는다고 보아야 한다.

다만 법원의 과도한 업무량으로 인하여 매우 형식화될 가능성이 크다는 난점이 있다. 그러나 자의적인 재량조항을 개정하면 현재보다는 금지와 제한통고의 대상건수가 줄어들 것이고, 경찰당국인 지금보다는 신중하게 금지통고와 제한통고 청구를 하게 될 것이므로 크게 우려할 것은 아니라고 본다.

그리고 법원의 업무량을 고려하여 금지통고에 한해서만 법원의 결정을 얻어서 할 수 있도록 하되, 제한통고의 경우에는 경찰관서장이 이전대로 직접 할 수 있으나, 주최자가 제한통고에 대하여 법원에 즉시항고를 할 수 있도록 하는 절차를 두어 자의적인 재량권 행사를 통제할 수 있도록 하는 방안도 고려해 볼 수 있다.

물론 법원이 금지통고와 제한통고업무를 담당하는 경우에도 다음과 같은 우려가 있다. 집회가 실제로 이루어지는 과정을 경찰당국보다는 잘 이해하지 못할 가능성(이것은 경찰당국이나 시민사회단체 양쪽 모두가 각기 다른 관점에서 비판을 제기할 수 있는 부분이다), 집회의 자유가 한편으로 다른 사람들의 소음불편, 공공장소나 도로이용의 불편, 교통소통의 장애, 업무의 방해를 필연적으로 수반하는 것이라는 관점에서 기본권 신장적 태도를 취하기 보다는, 매우 기계적인 법익균형적 고려하에서 제한적으로 집회의 자유를 사고할 가능성이 크다는 점이 문제로 지적된다. 특히 후자부분이 가장 우려되는 부분이다.

이를 보완하기 위한 방안으로는 즉시항고절차에서 국가인권위원회의 의견을 듣는 절차를 마련한다든가, 시민사회단체, 국가인권위원회, 헌법학교수, 경찰당국 등이 참여하는 자문위원회의 의견을 정기적으로 듣도록 하는 방안 등을 고려해 볼 수 있다.

(5) 폭력시위 전력을 이유로 한 자의적인 집회 금지

-집시법 제5조 제1항 제2호의 악용

1) 관련 규정

제5조(집회 및 시위의 금지)

① 누구든지 다음 각 호의 1에 해당하는 집회 또는 시위를 주최하여서는 아니된다.

1. 헌법재판소의 결정에 의하여 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위
2. 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위

제8조 제1항 단서 신설

.....다만, 집회 또는 시위가 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 초래한 경우에는 남은 기간의 당해 집회 또는 시위에 대하여 신고서를 접수한 때부터 48시간이 경과된 경우에도 금지통고를 할 수 있다.

2) 문제점

원래 위 조항은 구법에서 “현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회 또는 시위”로 규정되어 있었다. 이에 대하여 헌법재판소는 “문언해석상 그 적용범위가 과도하게 광범위하고 불명확하므로, 헌법상 보장된 집회의 자유를 위축시킬 수 있고 법운영 당국에 의한 편의적·자의적 법운영집행을 가능하게 함으로써 법치주의와 권력분립주의 및 죄형법정주의에 위배될 수 있으며 법집행을 받는 자에 대한 평등권 침해가 될 수 있어 기본권제한의 한계를 넘어서게 되어 위헌의 소지가 있다(헌법재판소 1992. 1. 28. 선고 89헌가8 결정)”고 한 바 있다.

그러나, 지금도 신고된 옥외집회가 집시법 제5조 제1항 제2호의 규정에 위반되는지의 여부에 대한 실제적 판단권한을 관할 경찰관서장에게 주고 그의 주관적 판단에 따라 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위라고 인정되면 당해 집회를 금지할 수 있도록 규정하고 있는데, 이는 ① 관할 경찰관서장의 자의적 판단에 따라 정부의 정책에 비판적인 성향의 집회·시위가 사전에 금지될 가능성이 농후하여 실질적으로는 집회·시위의 허가제와 다름없이 운용될 수 있는 점, ② 집회 및 시위를 금지하고 그 위반행위에 대하여 형벌을 과하는 법률은 최고도의 명확성이 요구될뿐더러 그 위반행위를 처벌하기 위하여는 그것이 장래에 있어 국가나 사회에 단지 해로운 결과를 가져올 수 있는 성향을 띠고 있다는 것만으로는 부족하고 법률에 의하여 금지된 해악을 초래할 명백하고도 현실적인 위험성이 입증된 경우에 한정되어야 하는 점을 고려할 때 이 조항은 집회·시위의 허가제를 금지한 헌법 제21조 제2항에 위반될 소지가 있다.

다음 사례는 이러한 우려가 괜한 것이 아님을 보여주고 있다.

[사례5-1] <취재파일> 끝나지 않은 대우차사태(한겨레 2001. 3. 23.)

정리해고에 반발해 농성을 벌이던 대우차 부평공장에 공권력이 투입된 지 22일로 한달이 지났다. 현재 공장은 가동되고 있지만 경찰력이 주둔하고 있어 여전히 긴장감이 돌고 있다.

회사쪽은 "지난 7일 조업재개 후 출근율이 95%선을 유지하며 생산라인이 한번도 멈춘 일이 없을 정도로 정상 가동되고 있다"고 밝히고 있다. 대우차 부평공장은 출입문 4곳과 공장 곳곳에서 경찰이 공장출입을 통제하고 검문 검색하는 일이 장기화되면서 노동자 불만도 고조되고 있다. 또 부평역을 비롯해 갈산역, 부평구청역 등 부평시내에선 경찰의 검문검색이 계속돼 주민 민원도 끊이지 않고 있다. 경찰은 대우차와 관련된 모든 집회를 불허하고 경찰력을 동원해 원천봉쇄하고 있다. 심지어 시민단체 대표의 인천경찰청 기자회견 출입조차 봉쇄하며 사태해결에 나서고 있으나 노동자투쟁은 좀처럼 수그러들지 않고 있어 대책마련에 부심하고 있다. 경찰은 지금까지 대우차 사태와 관련해 674명을 연행해 20명을 구속하는 등 모두 100여명을 형사입건했다고 밝혔다.

[사례5-2] 민주노총 주최 집회에 대하여 선택적으로 이 조항을 적용하여 금지통고하고 있음

민주노총이 주최자로 신고한 아래 집회에 대하여 금지통고의 주된 이유로 사용되었다. ‘예전 이러한 민주노총

이나 가맹연맹 주최 집회에서 폭력행위가 있었기 때문에 이 조항에 해당하여 금지한다는 식으로 금지통고하고 있다.

2000. 5. 2. 서울역에서 농협중앙회 행진, “반개혁적 통합농협법 철폐를 위한 민주노총 총력투쟁 결의대회”

-2000. 5. 29. - 6. 2. 마로니에 공원에서 집회 후 명동성당까지 행진, “민주노총 3대 요구 쟁취 총파업 승리 결의대회”

-2000. 7. 29. - 7. 31. 예정으로 신라호텔후문, 장충체육관 건너편으로 신고한 “공안탄압 김대중 정권 규탄 민주노총 결의대회”

-2001. 2. 이후 부평지역에서 대우자동차 관련 집회신고에 대하여 주최자가 민주노총뿐만 아니라 시민단체 주최인 경우에도 모두 이 조항을 근거로 금지통고 됨

위 [사례5-2]에서도 보듯이, 경찰당국이 이 조항을 적용하여 금지통고하는 근거는 주최단체나 주최단체에 소속된 단체 중 하나가 과거 폭력시위의 전력이 있다는 것이다. 즉 신고된 그 집회나 시위가 그 목적, 장소, 태양, 내용 등 모든 정황을 종합해 볼 때 ‘직접적 위협을 가할 것이 명백’하다는 것이 아니라 전에 그런 집회를 한 전력만을 문제삼고 있다.

이미 이러한 사례에 대하여 법원은 주한미군범죄근절을 위한 운동본부가 1995. 2. 18. 서울역광장에서 “세모녀 폭행미군 소환 및 한미행정협정 개정을 위한 시민대회”를 하겠다고 신고한 것에 대하여 경찰당국이 “위 집회참가인원 중 60-70%를 차지하는 한총련이 1994년도에 총 27회의 폭력시위를 주도하였고, 다른 시도의 학생들까지 동원하여 집회에 합류시킬 예정인 점 등에 비추어 이 사건 옥외집회가 집단적인 폭력행사로 공공의 안녕과 질서유지에 직접적인 위협을 가할 것이 명백”하다는 이유로 금지한 사건에서 “원고의 회원단체인 한총련이나 서총련이 종전에 개최한 집회에서 수차 집단적인 폭력행사가 있었다고 하더라도 그러한 사정만으로는 원고가 주최하는 이 사건 옥외집회에서 집단적인 폭력행사가 있을 개연성이 명백하다고 단정할 수 없다(서울고등법원 1995. 5. 30. 선고 95구6146판결)”며 경찰당국의 금지통고를 취소하여 이미 위와 같은 경찰당국의 자의적 법운영이 잘못된 것임을 확인한 바 있다. 그러나 경찰당국의 자의적인 금지통고는 멈추지 않고 있는 실정이다.

헌법재판소(1992. 1. 28. 89헌가8 결정)도 구 집시법 제3조 제1항 제4호 ‘누구든지 현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려있는 집회 또는 시위를 주관하거나 개최하여서는 안된다’는 조항에 대한 위헌심사에서 “적용범위가 과도하게 광범위하고 불명확하기 때문에 법운영 당국에 의한 자의적 집행의 소지도 생길 수 있다. 법규의 문언대로 적용하느냐 한정적으로 축소적용 하는냐는 법운영 당국의 재량의 여지가 있으므로 집회시위의 주최자에 따라서는 법규문언 그대로 적용하여 합헌적 행위까지도 단속·처벌하여 집회의 자유, 표현의 자유를 침해할 수 있는가 하면, 역으로 경우에 따라서는 가능한 한의 축소해석을 하여 위헌성을 띠는 행위마저 단속·처벌에서 면제시킬 수 있다. 다시 말하면 법운영 당국으로서 가장 경계하여야 할 편의적·자의적 법운영이 가능할 수 있도록 하였다. 무릇 법운영에 있어서 주관적인 자의성을 주는 것은 법치주의의 원리에 반하는 것이고, 결국 법집행을 받는 자에 대한 헌법 제11조의 평등권 침해가 될 것이다. 나아가 어떠한 것이 금지되며 어떠한 것이 범죄의 구성요건이 되는가를 법 제정기관인 입법자가 법률로 정하는 것이 아니라 사실상 법 운영당국의 재량으로 결정하는 결과가 되어 권력분립주의 내지 법치주의에 위배되고 죄형법정주의에도 저촉될 소지가 생겨날 것이다.

이상 본 바로 구 집시법 제3조 제1항 제4호를 그 문리대로 해석하면 그 적용범위의 광범성 때문에 헌법

제37조 제2항 소정의 기본권제한의 한계를 넘게 되며, 제한의 준칙을 어겨 국민의 기본권을 침해하는 결과를 피할 수 없는 것이다. 다시 말하면 동 규정 소정의 현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려 있는 집회 또는 시위를 그 어의 그대로 해석하면 공공의 안녕과 질서유지에 명백하게 직접적으로 혼란 내지 위협을 줄 위험성이 있는 집회·시위만이 아니라 이를 넘어서는 것이 될 것이므로 만일 그대로 규제하고 처벌하게 된다면 합헌적인 집회마저 단속처벌하게 되어 기본권 침해의 결과에 이를 수밖에 없고, 위헌을 면키 어렵게 된다고 할 것이다"라고 하여 폭력시위 관련한 조항의 자의적인 법운영에 대하여 우려를 표시한 바 있고,

나아가, "이러한 견지에서 합헌적 규제의 대상으로서의 집회·시위는 어디까지나 동 규정 소정의 집회·시위 가운데서 공공의 안녕과 질서유지에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 경우에 한정할 것이고, 이에 직접적 위협이 될 것이 명백하지 아니한 것은 배제시켜야 할 것이다. 다만 그와 같은 위협을 가할 것이 명백한가의 여부는 법 운영자의 주관적 자의적 심증에 맡길 문제가 아니고 구체적 사안을 놓고 집회 또는 시위의 장소, 목적, 태양, 내용 등 모든 정황을 종합하여 그 위협이 객관적으로 예측 판단될 경우라야 할 것이다"이라고 판시하여 폭력시위가 명백히 예견되는 경우에만 극히 제한적으로 이 조항을 적용하는 것이 그나마 헌법에 합치되는 해석임을 판시한 바 있다.

지난 2004년 1월 29일 개정 집시법은 제8조 제1항 단서를 신설하였다. 그 내용은 '집회 또는 시위가 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 초래한 경우에는 남은 기간의 당해 집회 또는 시위에 대하여 신고서를 접수한 때부터 48시간이 경과된 경우에도 금지통고를 할 수 있다'는 것이다. 예를 들어 A라는 단체가 월요일부터 일요일까지 일주일간 국회앞에 B라는 목적의 집회 신고를 하고 집회를 하던 중 첫날의 집회에서 '집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 초래한 경우'에는 이미 수리된 남아 있는 화요일부터 일요일까지의 나머지 집회 신고를 바로 금지통고할 수 있다는 것이다. 그러나 무조건 첫날의 집회에서 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 초래하는 상황이 발생하였다고 해서 남아 있는 집회도 모두 그러할 것이라고 단정할 수는 없다. 그런데 이 조항이 신설됨으로서 사실상 경찰당국은 첫날의 집회에서 그와 같은 상황이 발생하면 바로 남아 있는 집회를 금지하게 될 가능성이 높다.

남아 있는 화요일부터 일요일까지의 특정집회가 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회인 것이 구체적으로 입증되는 경우에만 사전적으로 금지통고하는 것은 가능하다고 해야 한다.

(3) 입법적 대안

집회 및 시위를 금지하고 그 위반행위에 대하여 형벌을 과하는 법률은 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 충실해야 한다. 또한 그 위반행위를 처벌하기 위해서는 그것이 장래에 있어 국가나 사회에 단지 해로운 결과를 가져올 수 있는 성향을 띠고 있다는 것만으로는 부족하고 법률에 의하여 금지된 해악을 초래할 명백하고도 현실적인 위험성이 입증된 경우에 한정되어야 한다.

그런데, 제5조 1항 2호는 "공공의 안녕질서"라는 불확정개념을 사용함으로써, 실제 적용에 있어서는 폭넓게 해석하여 집회에 대한 사전허가의 규정으로 사용되고 있다. 즉, 성격상 어느 집단이 폭력행위를 할

것이라는 사전 예상을 그 요소로 포함하고 있기 때문에 본래적인 의미에서의 사전허가제적 성격을 내포하고 있음을 부인할 수 없게 한다. 그리고 경찰당국에게 그 판단의 전권을 부여하고 있음을 부인할 수 없다. 따라서 제2호를 삭제하고 사후적인 제한을 통해 규제하는 것이 바람직하다고 본다.

그런데 만일 이 조항을 삭제하면 폭력시위가 명백히 예견되는 경우에도 사전금지를 할 수 없게 된다는 반론이 있을 수 있다. 그러나 폭력시위를 계획하고 있는 상황을 가정해 볼 때 이를 외부에서, 나아가 경찰당국에서 사전에 명백히 예견할 수 있다고 할 수 있는 상황이 존재할까. 왜냐하면 어느 주최자가 폭력시위를 계획하더라도 이를 외부에서 사전에 명백히 예견할 수 있을만큼 공개적으로 하지는 않는다. 그저 경찰당국의 예견이란 그럴 가능성이 높다는 경험에 기초한 주관적 판단이 있을 수는 있을 지언정, 객관적으로 명백히 예견되는 경우란 거의 없다고 봐야 한다. 평화적 시위가 아닌 폭력적 시위는 우발적으로 발생하거나, 계획이 되는 경우에도 사전에 경찰당국이 명백히 예견할 수 있는 경우란 상정하기 힘들다.

이 조항이 악용된 사례들을 보면 신고된 당해 집회가 객관적으로 명백히 폭력시위가 예견된다는 이유로 금지통고한 것이 아니라, 대부분 폭력시위 전력 등을 근거로 삼고 있을 뿐인 점을 보면 더욱 그러하다.

결국 이 조항은 현실에서는 거의 존재할 수 없는 상황, 즉 이론상에서나 가능한 상황을 염두에 둔 규정에 불과하다. 반면 현실에서 경찰당국이 집시법의 다른 조항을 근거로 삼기 어려운 경우에 보충적으로 이 조항을 근거로 삼는 관행을 고려하고 이 조항으로 인한 집회의 자유에 대한 침해는 매우 크다는 점을 생각하면 삭제하는 것이 바람직하다. 현재 규정 내용이 헌법재판소 결정의 취지를 반영하여 개정된 것인데다, 그보다 더 구체적인 내용으로 규정하는 것이 어렵다는 점을 보더라도 그러하다.

만일 삭제하지 않는다면, 단순히 폭력시위 전력만이 있다는 이유로 여기에 해당된다고 판단해서는 안된다는 점, 당해 집회가 객관적으로 폭력시위가 될 것이 명백히 예견되는 경우에 한정된다는 점 등을 집시법에 규정화할 필요가 있다.

(6) 집회장소 선점과 위장집회 논란을 불러오는 제8조 제2항

1) 관련 규정

제8조(집회 및 시위의 금지 또는 제한통고)

②집회 또는 시위의 시간과 장소가 경합되는 2이상의 신고가 있고 그 목적으로 보아 서로 상반되거나 방해가 된다고 인정될 경우에는 뒤에 접수된 집회 또는 시위에 대하여 제1항의 규정에 준하여 그 집회 또는 시위의 금지를 통고할 수 있다.

제6조

③주최자는 제1항의 규정에 의하여 신고한 옥외집회 또는 시위를 하지 아니할 경우에는 신고서에 기재된 집회일시전에 관할경찰관서장에게 그 사실을 통지하여야 한다.

④제3항의 규정에 의하여 통지를 받은 관할경찰관서장은 제8조 제2항의 규정에 의하여 금지통고한 집회 또는 시위가 있는 경우에는 그 금지통고를 받은 주최자에게 제3항의 규정에 의한 사실을 즉시 통지하여야 한다.

⑤제4항의 규정에 의하여 통지를 받은 주최자는 그 금지통고된 집회 또는 시위를 최초로 신고한 대로 개최할 수 있다. 다만, 금지통고 등으로 인하여 시기를 놓친 경우에는 일시를 새로이 정하여 집회 또는 시위의 24시간전에 관할경찰관서장에게 신고서를 제출하고 집회 또는 시위를 개최할 수 있다

2) 위장집회신고를 통한 집회봉쇄

위장집회신고를 통한 집회봉쇄는 현재 집회와 시위의 자유를 침해하는 가장 큰 문제로 되어 있다. 경찰당국은 두 집회가 서로 목적으로 보아 상반되는지 여부와 상관없이 무조건 나중에 신고된 집회를 금지하고 있다. 아래 사례들과 같이 이 조항을 악용하여 최근 다른 단체의 집회를 막고자 위장집회를 장기간 신고하는 경우가 많다. 개정법에서 720시간 이전부터만 신고가 가능하게 되었으므로 30일이 넘는 장기신고는 불가능하게 되었지만 위장집회신고를 통해 집회를 봉쇄하는 방법은 여전히 사라지지 않고 있다.

심지어 [사례 6-1, 2]와 같이 경찰당국이 이 조항을 악용하여 사회단체의 집회를 막는 경우도 있다.

[사례 6-1]의 경우에 광화문 미대사관, 정부종합청사 등 주요장소와 관련하여 헌법재판소에서 2003. 10. 30. 외국대사관 주변 100미터 집회금지조항의 위헌을 선고하자, 종로경찰서 정보과 형사들이 개입하여 주변지역의 기업이나 구의원 등을 동원하여 위장집회신고를 대리신고, 청탁신고한 것이 밝혀진 사례이다.

[사례6-1] 경찰 '집회신고 짝꿍이' 개입(한겨레 2003-11-12)

경찰이 대사관 주변 주요 건물주나 해당 구의원 등에게 '방어 집회' 를 신고할 것을 권유해 장소 선점을 도운 것으로 드러났다.

11일 서울 종로경찰서와 집회 신고자 등에 따르면, 이 경찰서 정보과 B 경장은 '외국 대사관 주변 100m 이내 집회 금지' 규정에 대한 현재의 위헌 결정이 내려진 지난달 30일 오후 8시30분께 김어무개 종로구의원에게 전화를 걸어 베트남 대사관 맞은편인 감사원 주변에 집회신고를 낼 것을 권했다.

B 경장은 김 의원에게 "신고를 미리 해놓을테니 내일 아침 도장을 찍어달라" 고 한 뒤 2003년 11월2일부터 2005년 말까지 '삼청동 번영화 사유재산보장 결의대회' 명목으로 집회신고를 대신 해줬다.

김 의원은 <한겨레>와의 통화에서 "B 경장이 전화를 걸어와 '집회신고를 대신 해놓겠다' 고 말해 동의를 하고 이튿날 아침에 가보니 내 이름으로 서명까지 돼 있었다" 고 말했다.

현재 결정 뒤 가장 관심을 모았던 미국대사관 주변 집회신고 과정에서도 경찰의 개입 의혹이 일고 있다.

종로서는 현재 결정 직후 집회신고 희망자가 몰리자 정문 옆 민원실 방문자 접수 순서대로 집회신고를 받았다. 그러나 이날 오후 4시께 미대사관 앞을 행진코스로 선점한 대립산업은 방문자 목록에 기록돼 있지 않은 것으로 확인됐다. 이날 종로서를 방문해 집회신고를 낸 대립산업 김어무개씨는 "종로서 정문 앞에서 삼성생명해고자복직투쟁 위 소속 사람들이 경찰과 실랑이를 벌이고 있어 소란한 틈에 방문증을 받지 않고 정보2계 사무실로 올라갔다" 고 말했다. 이에 대해 천범녕 종로서 정보과장은 "경찰이 먼저 구의원에게 전화해 집회신고를 대신 해주고, 방문자 접수도 하지 않은 사람의 집회신고를 받아 먼저 처리한 것은 명백한 잘못" 이라면서도 "사전에 대립산업 쪽에 집회신고를 요청한 일은 없다" 고 해명했다.

황준범 기자 jaybee@hani.co.kr

[사례 6-2] 2000년 아시아유럽정상회의(아셈) 장소였던 강남일대 주요도로 사전선점에 경찰개입

[한겨레 2000-10-04]

아시아유럽정상회의(아셈) 기간 중 각종 기업과 유령단체 등이 회의장 및 참석자 숙소 주변 지역에 집회신고를 선점해 비정부기구(엔지오)들의 합법집회를 원천봉쇄한 데는 경찰의 조직적 개입이 있었던 것으로 밝혀졌다. 3일 아셈회의장 주변 서울 강남구 대치동의 한 공기업 관계자는 "경찰이 지난달 초 전화를 걸어와 '아셈 기간 동안 시민·노동단체들의 집회와 시위가 예상된다'며 '이를 막기 위해 먼저 집회신고를 해달라'고 협조를 요청해 왔다"며 "경찰의 요구에 따라 '집회방지용' 집회신고를 했을 뿐 실제 집회 계획은 없다"고 밝혔다. 이와 관련해 한 정보과 형사는 "서울경찰청의 지시로 일선 경찰서 정보과 형사들이 자신이 담당하는 관내 기업이나 단체에 집회신고를 내줄 것을 요청했다"고 털어놨다. 그는 또 "대부분 전화로 집회신고를 해줄 것을 요청했고, 일부 기업의 경우에는 정보과 형사가 기업체를 직접 찾아가 집회신고서를 받기도 했다"고 말했다. 또 다른 일선 경찰간부는 "아셈 기간 중 집회장소를 선점 당해 집회공간을 찾을 수 없게 된 NGO들이 틈새공간을 찾아 집회신고를 하기도 했지만, 가급적 구실을 내세워 집회를 불허했다"며 "이는 상부 지시에 따른 것"이라고 말했다.

실제 '사회진보연대'는 기업체 등의 집회신고 선점으로 집회장소를 찾다가 아셈 행사장 인근에 빈자리를 찾아 집회신청을 했으나 행진코스가 3km 가운데 800여m와 겹친다는 이유로 금지통보를 받기도 했다.

[사례 6-3] 민주노총과 관련한 2002, 2003년 위장집회와 관련한 금지통고 문제

[서울시청]

- 민주노총이 2003. 11. 3.부터 서울시청 근처인 덕수궁 대한문앞 인도상에서 '노동자 민중 다 죽이는 노무현 정권 규탄대회'를 개최하겠다는 집회신고를 낸 것에 대하여 서울 남대문경찰서장은 역시 다른 집회신고가 되어 있다는 이유로 금지통고하였는데, 그 집회신고내역이 매우 흥미롭다.

먼저 2003. 11. 1. - 11. 30.까지는 바르게살기운동 서울시협의회에서 덕수궁 대한문 앞 인도에서 '범시민 기초질서 지키기 운동 계도활동 및 가두캠페인'이 신고되어 있었고

2003. 12. 1. -12. 31.까지는 한국자유총연맹 서울특별시지회에서 역시 덕수궁대한문 앞 인도에서 '포스트 월드컵 기초질서 10대과제 캠페인'이,

2004. 1. 1. - 1. 31.까지는 (주)이얼싼 중국문화원에서 광학빌딩과 덕수궁대한문 앞을 오가는 '건전시위문화 정착을 위한 캠페인'이 각 신고되어 있었다.

매월 1달 주기로 돌아가면서 서울시청과 특별한 관계를 가지고 있는 관변단체들이 집회신고를 해두고 있었던 것이다. 서울시와 남대문 경찰서가 개입되어 있지는 않나 하는 의혹이 강하게 드는 부분이다.

[여의도공원]

- 양노총 제조부문 공동투쟁본부가 2002. 10. 27. 여의도공원 문화마당에서 '근기법 개악저지 및 노동시간단축 쟁취를 위한 양노총 제조노동자 결의대회'에 대하여 영등포경찰서장은 같은 시간대에 여의도공원내 상인연합회인 자전거 물러연합회에서 생존권보장 요구집회를 개최하겠다고 이미 집회신고가 되어 있다면서 금지통고하였다.

[대학로]

- 민주노총의 2002. 4. 2. 대학로에서 발전소 매각저지 금속노동자 총파업 투쟁 승리 결의대회를 하겠다는 집회신고에 대하여 서울지방경찰청은 같은 장소와 시간대에 대학로 문화발전 추진협의회가 '건전한 시위문화 정착 축구 캠페인' 후 마로니에공원 - 혜화로터리 - 서울대병원후문 - 이화로터리 - 종로5가 로터리 - 이화로터리 - 마로니에공원 (사실상 이 행진코스는 대학로의 시작과 끝을 한번 도는 것으로 대학로전체에서 다른 집회가 개최되는 것을 막고자 한 것임을 알 수 있음)까지 행진하는 것으로 신고가 되어 있다는 이유로 금지통고하였다.

- 민주노총의 2003. 5. 1. 노동절대회를 대학로에서 개최하겠다는 집회신고에 대해서도 동일한 단체인 대학로 문화발전 추진협의회와 유사한 집회신고로 금지통고한 바 있다.

[경찰청 앞]

- 민주노총이 2003. 11. 9. 경찰청 앞 등에서 전국노동자대회 민주노총 사전 결의대회를 위한 행진신고를 낸 것에 대하여 금지통고한 사유를 보면 임광토건이 2003. 7. 1. - 12. 31.까지 임광빌딩 앞에서 '건전한 시위문화 정착촉구 캠페인'우 집회장소에서 의주로공원 - 농협후문 - 화양극장앞 - 경찰청 앞 - 임광빌딩 앞까지 인도 및 1개 차로 왕복행진신고가 되어 있다는 것이 그 이유였다. 임광토건의 집회신고는 경찰청 앞에서의 집회를 막기위한 것으로 알려져 있다.

[사례 64] 2001년 조사 당시 서울시내 주요 집회장소의 집회신고 현황

[대학로]

서울 대학로 주변 카페, 소극장 등 70여 업체 상인들로 구성된 대학로문화발전추진협의회는 지난달 25일부터 9월 25일까지 3개월간 오전 10시~오후 7시 마로니에 공원에서 '건전한 시위문화 정착을 위한 캠페인'을 갖겠다고 집회신고를 냈다. 협의회는 또 신고기간 매일 마로니에공원에서 종로5가까지 2km 구간에서 1개 차로로 거리행진을 벌이겠다고 신고해 시위대의 단골 행진구간도 원천봉쇄했다. 협의회 임원빈 회장(51)은 "상인들이 잇따른 도심시위로 매상이 떨어지는 등 피해를 보기 때문에 시위를 막기 위한 자구책으로 먼저 집회신고를 냈다"고 말했다(국민일보 2001-07-11) .

[경찰청 앞]

서울 미근동 경찰청 인근에 위치한 임광토건은 지난달 23일부터 12월31일까지 무려 6개월간 오전 7시부터 오후 7시30분까지 300명이 참가하는 '건전한 시위문화 정착을 위한 캠페인'을 임광빌딩앞에서 갖겠다고 신고했다. 임광토건측은 20층짜리 자사 빌딩에 입주한 업체들이 시위로 업무에 지장이 많다는 항의를 받아 이 같은 묘안을 낸 것으로 알려졌다(국민일보 2001-07-11) .

[명동]

관광특구 명동 운영위원회도 지난 7일부터 30일까지 명동성당 인근 한빛은행 앞에서 오후 2~6시 '시위근절 및 노점상 철거 집회'를 갖겠다고 신고했다. 민주노총 단병호 위원장이 명동성당에서 장기농성을 하고 있어 자칫 주변에서 시위가 일어날 지도 모른다는 우려 때문이다(국민일보 2001-07-11).

[종묘공원과 종로]

◎ 민주노총은 2001. 8. 1. - 2.까지 "비정규직 정규직화와 부당노동행위 사업주 구속처벌을 위한 총력투쟁 결의대회"를 서울지방경찰청에 신고하였다. 개최장소는 '종묘공원 집회 후 탑골공원 → 종각 → 광교 → 명동성당 앞(에스콰이어 로터리)까지 2개 차로 이용 행진 후 에스콰이어 로터리에서 마무리집회'로 하였다. 그러나, 이에 대하여 서울지방경찰청은 금지통고를 하였는데, ①행진로상인 종로2가에 온두라스 대사관(삼성타워빌딩 2층)이 있고 ②세운현대상가 상우회에서 이미 7. 9. - 8. 31.(8/2, 9, 15, 23, 28 제외)에 종묘공원에서 "세운상가 활성화를 위한 홍보 캠페인" 후 종묘공원 → 종로3가 → 형제약국 → 시사영어사 앞까지 행진을 한다는 집회신고가 있으며 ③또한 위 세운현대상가 상우회의 집회신고에서 제외된 날에는 (사)사랑체에서 "노인복지·권익신장 쉼기대회"가 신고되어 있다는 것이 그 이유였다.

◎ 확인한 결과 최근 다시 세운상가 상우회에서 9. 1. - 12. 31.까지 "세운상가 활성화를 위한 홍보 캠페인" 명목으로 집회신고가 되어 있었다.

[광화문 근처]

◎ 광화문 '열린마당'과 해태상 앞의 레미콘 지입차주 노동자들로 구성된 건설운송노조에서 계속 집회를 하자, 레미콘사용자단체 대표로 있는 유재필의 소유회사인 (주)유진기업이 노조집회에 따른 대응집회라는 목적으로 10. 1. - 12. 31.까지 위장집회신고를 해 놓고 있다.

◎ 한편 미대사관 100미터밖에 집회가능지역인 석탄회관앞도 위 (주)유진기업에서 10. 1. - 12. 31.까지 집회신고를 해 놓은 상태이다.

[서울역]

이에 장소를 바꾸어 서울역에서 집회를 하고자 남대문 경찰서 정보과에 문의하니, 서울역에는 인간성회복국민운동본부에서 “인간성회복국민운동결의대회”를 8. 1. - 8. 31.(09:00-19:00)까지 개최한다는 집회신고가 되어 있었다. 확인되지는 않았으나 그 이후에도 계속 집회신고를 한 상태로 보이며, 이 단체는 소규모 캠페인성 집회를 계속하는 것으로 미루어 위장집회신고는 아닌 듯 하다. 하지만 위 집회와 목적이 상반되지 아니함에도 경찰의 무조건 중복 집회를 막고 있는 실정이다.

[사례 6-5] 미군부대앞 집회 ‘씩쓸이’(한겨레 2001. 8. 1.)

주한미군 한국인노조(한국노총 소속) ‘내년 7월까지’ 위장시위 논란

미군부대에 근무하는 한국인들이 최근 전국의 주요 미군부대 들머리에서 장기간에 걸쳐 집회를 열겠다는 신고를 낸 것으로 밝혀져 시민단체들의 집회를 막기 위한 ‘위장 시위’ 논란을 불러일으키고 있다. 전국 주한미군 한국인노동조합(한국노총 소속)은 31일 "서울, 부산, 대구, 의정부, 동두천, 파주, 평택, 왜관, 군산 등 전국 11개 도시 14개 미군부대 들머리에서 주한미군 철수 반대 집회를 열기 위해 일제히 집회신고를 냈다"고 밝혔다. 이들은 부산에선 부산진구 연지동 미하얏리아부대 정문과 후문 앞에서 1일부터 내년 7월31일까지 매일 해뜰 때부터 해질 때까지 집회를 하겠다고 신고했다. 다른 지역도 1일부터 5~12개월 집회신고를 했으며, 이미 시민단체들이 집회신고를 한 일부 지역은 집회가 끝나는 다음날부터 집회를 하겠다고 신고했다. 이 때문에 이들이 집회신고를 한 기간에는 전국 대부분의 미군부대 부근에서는 이들 외에 아무도 집회를 열 수 없게 됐다. 조합 관계자는 "사실상 시민단체들의 주한미군 철수 요구 집회를 막기 위한 것"이라며 "미군범죄,환경오염 문제 등을 두고서는 시민단체들과 뜻을 같이하지만 미군부대를 생활터전으로 삼고 있는 우리는 주한미군이 철수하기를 바라지는 않는다"고 말했다. 이들 때문에 집회신고를 거부당한 시민단체들은 당장 반발하고 나섰다. 매주 수요일 하얏리아부대 앞에서 집회를 해온 '주한미군철수 국민운동 부산본부'는 "미군철수 반대를 위한 집회신고를 낸 이들의 의도를 결코 순수하게 받아들일 수 없으며, 설사 불법이 된다 하더라도 미군부대 앞 집회를 계속할 것"이라고 말했다

[사례6-6]대기업 ‘유령집회’ 노조행사 방해

<국감파일>장소선점' 신청뒤 안열어(한겨레 2004. 10. 7.)

대기업들이 노동조합 등의 집회를 막기 위해 장소선점 차원에서 경찰에 집회신청을 해놓고, 실제로는 열지 않는 사례가 많은 것으로 나타났다.

7일 경찰청이 국회 행정자치위 소속 최규식 열린우리당 의원에게 제출한 국정감사 자료를 보면, 롯데의 경우 올해 들어 8월까지 175회에 걸쳐 서울지방경찰청에 집회 신청을 해놓고도 실제로 집회를 열지 않은 것으로 나타났다. 엘지도 ‘유령집회’ 신고 건수가 169회였으며, 이어 두산(162회), 현대자동차(140회), 삼성(102회), 에스케이(63회), 한화(56건), 금호(27건) 차례였다. 이 가운데 삼성을 제외한 나머지 8개 그룹은 집회 신고후 단 한차례도 집회를 열지 않았다. 김재섭 정보통신전문기자

위장집회신고에 대하여는 간단한 해결책이 있음에도 경찰당국이 이를 하지 않고 있어서 문제가 되는 것이다. 재량조항을 자의적으로 운용하는 사례중의 하나이다. 오히려 동일장소에서 시간이 겹치는 집회 신고가 2개가 있는 경우에도 경찰당국이 현재처럼 뒤에 신고한 집회를 무조건 금지해서는 안 된다. 동시 집회를 보장하는 방향으로 법 운용을 해야 한다. 위장집회신고라는 것은 원래 집회를 하지도 않을 거면서 다른 단체의 집회를 막으려고 신고만 하는 것이다. 만일 동시집회가 보장된다면 그 사람들은 위장집

회신고를 해 보아야 집회를 막지 못하기 때문에 자연스럽게 위장집회신고를 사라지게 되어 있다.

2004. 1. 29. 개정 내용을 보면 일단 위장집회신고도 길어야 1개월 동안만 신고할 수 있다(720시간부터 신고 가능 규정). 또 집회신고를 하고서도 만일 집회를 개최하지 않을 경우에는 '집회일시전'에 관할경찰관서장에게 집회를 개최하지 않는다는 사실을 통지하도록 하였다. 통지를 받은 관할경찰서장은 그 집회 신고 때문에 금지 통고한 집회가 있는 경우에 그 주최자에게 즉시 이 사실을 통지해야 한다. 그리고 통지를 받은 주최자는 최초 신고한 대로 집회 개최 가능하다.

다만, 너무 늦게 통지가 오는 바람에 시기를 놓친 경우에는 일시를 새로이 정하여 24시간전에 신고서 제출하고 집회 개최가 가능하다(그러나 이 부분은 48시간을 24시간으로 바꾸어준 것일뿐 새로이 정한 일시에도 여전히 다른 집회신고가 되어 있다면 새로 신고한 집회도 금지통고될 것이므로 별 실효성이 없다). 그렇지만 집회를 개최하지 않는 사실을 통지하지 않더라도 아무런 제재가 따르지 않아 그러한 사실을 통지하지도 않을 뿐더러, 설사 통지를 하더라도 개최예정 시간 직전에 하게 되면 금지통고를 받은 단체로서는 미리 대기하고 있지 않고서는 실효성이 없게 된다. 결국 개정법의 내용 역시 위장집회신고를 규제할 효과적인 방안이 되고 있지 못하다.

3) 입법적 대안

위장집회가 문제되는 가장 큰 이유는 두 집회가 목적으로 보아 서로 상반되거나 방해가 되는 지 여부와 상관없이 무조건 나중에 신고된 집회를 금지하는 경찰당국의 자의적 법집행 때문이다. 이와 같은 경찰당국의 자의적 법집행을 악용하여 실제로는 집회를 개최하지도 않으면서 위장집회신고를 통하여 다른 집회를 막는 사례가 늘고 있다. 나아가 집회 목적을 아예 '건전시위 문화 정착 캠페인' '집회자체 축구 결의대회' 등 모든 집회와 목적이 상반될 수밖에 없는 내용의 집회신고까지 등장하는 현실이다.

두 가지 방향에서 이를 규제해야 한다.

먼저 제일 정확한 방안은 동시집회를 보장하는 것이다. 위장집회신고를 하는 곳에서는 어찌피 집회를 할 생각도 없이 집회신고만 형식적으로 하는 것이므로 동시집회를 보장한다면 위장집회신고를 할 실익이 없어진다. 자연스럽게 위장집회신고는 사라지게 되어 있다. 그리고 단지 집회신고 시간이 늦었다고 하여 무조건 사전에 금지통고하는 것은 집회의 자유를 침해할 소지가 있다. 양 집회 어느 것이든 집회의 자유로서 보장되어야 하는 것이므로 동시집회를 적극적으로 보장해야 할 것이다.

여기서 동시집회를 보장하게 되면 양 집회간 충돌의 문제를 어떻게 해결할 것인가 하는 반론이 있을 수 있다. 그러나 위장집회신고 관련한 사례를 보았지만, 실제로 동시집회가 개최되는 경우는 거의 없을 것으로 판단된다. 극히 예외적인 경우이겠지만, 설사 동시집회가 실제로 개최되는 때에도 질서유지전의 설정, 집회장소의 구획, 시간의 조정, 장소의 변경 협의 등을 통해 얼마든지 문제발생을 예방할 수 있다. 위와 같은 반론은 거의 일어나지 않을 극단적인 사례를 이유로 위장집회신고 문제를 해결할 유일한 방법을 포기하는 것밖에는 아무것도 아니다.

다음으로 악의적인 위장집회신고 행위에 대하여는 형사처벌을 부과함으로써, 위하적 효과를 통한 규제를 하는 것이다(집회방해죄의 한 유형으로 명시). 위장집회신고를 통해 다른 집회를 막는 것이 현행 집시법 제3조(집회 또는 시위의 방해 금지)에서 규정한 '기타 방법'에 의한 집회 방해에 해당하는 지가 불분

명하나, 포함되지는 않는 것으로 해석될 가능성이 높다. 그렇다면 악의적인 위장집회신고행위는 형사처벌 규정을 뒤편으로써 위하적 효과를 통한 규제를 모색해야 할 것이다.

(7) 야간 옥외집회의 문제

1) 관련 규정

제10조 (옥외집회 및 시위의 금지시간)

누구든지 일출시간전, 일몰시간후에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니 된다. 다만, 집회의 성격상 부득이 하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고하는 경우에는 관할 경찰관서장은 질서유지를 위한 조건을 붙여 일출시간전, 일몰시간후에도 옥외집회를 허용할 수 있다.

2) 현 실태와 문제점

현재 경찰당국은 집시법 규정과 무관하게 야간집회는 무조건 금지통고하고 있다. 현재까지 야간집회에 대하여 경찰당국이 이를 허용(?)한 경우는 없는 것으로 파악되고 있다. 2004년 국정감사와 관련하여 경찰청이 이영순 의원에게 제출한 자료에 따르면 2002. 1.부터 2004년 8.까지 야간집회신고가 6건 있었으나, 모두 금지통고하였다고 답변하고 있는 것에서도 이것이 확인된다. 오랫동안 이러한 관행이 계속되어 오다 보니 주로 집회를 하는 시민사회노동단체들조차도 야간에는 집회를 하지 못하는 것으로 알고 있을 정도이다. 사정이 이러하다 보니 이같은 집시법의 규제를 벗어날 수 있는 방법으로 고안한 것이 신고가 필요없는 '문화제'였고, 2004. 3. 탄핵반대 촛불집회를 두고 공안당국과 시민단체간에 문화제냐 집회냐 논란이 벌어진 것도 여기에서 연유한 것이다.

[사례7-1] 경찰 "촛불집회 문화행사 아니다",주최측 "적법한행사 계속 강행키로"(경향신문 2004-03-18)

경찰이 '탄핵무효 국민행동'의 지난 16일 촛불시위를 정치집회로 규정하고 행사 주최자를 사범조치키로 했다. 국민행동은 그러나 "촛불집회는 시민들의 자발적 문화행사"라며 강행 입장을 밝혀 마찰이 우려된다.

여기에 '경찰이 야간 옥외집회 허용을 임의로 판단할 수 없다'는 취지의 헌법재판소 해석이 제시돼 범리논쟁까지 벌어지고 있다.

◇경찰 "촛불시위 불법"=경찰청은 17일 "16일 촛불시위를 분석한 결과 이전 행사와 큰 차이점을 발견치 못해 순수한 문화행사로 보기 어렵다"며 "정치집회 성격이 짙어 주최자에 대해 사범조치할 계획"이라고 밝혔다. 경찰은 또 "앞으로의 모든 촛불집회를 이같은 기준에 따라 관리,대처하겠다"고 밝혀 사실상 촛불집회를 불법집회로 규정했다. 경찰은 정치집회로 규정한 근거로 ▲자유발언대 참석자들의 정치성 발언과 구호제창 내용 ▲현장에서 배포된 민주노동당 당보 ▲정치성 가사로 패러디한 노래 등을 들었다.

◇시민단체, "순수 의사표현"=탄핵무효 국민행동은 "광화문 촛불행사는 어디까지나 문화행사로 기획되었고 적법하게 추진되었다"며 "경찰의 이번 결정은 정치권의 압력에 굴복한 정치적 판단"이라고 반박했다. 국민행동은 "시민들의 자유로운 의사표현까지 제한하는 것은 지나친 처사"라며 촛불집회를 강행하기로 했다. 그러나 경찰은 촛불집회를 막기 위한 물리적 동원은 가능한 한 자제하고, 사후에 사범처리 절차를 밟는다는 입장이어서 일단 촛불집회가 원천봉쇄되지는 않을 전망이다.

[사례7-2] 경찰, 야간집회 '자의판단' 불허(한겨레 2004-03-24)

야간에 촛불집회를 열겠다는 시민단체의 첫 정식 신고를 받은 경찰이 자의적 판단으로 이를 금지시킨 사실이 뒤늦게 확인돼 헌법상 보장된 '집회의 자유'를 침해했다는 비판이 나오고 있다.

23일 충남경찰청에 따르면, '탄핵무효 부패정치 청산을 위한 범국민 대전행동'이 '20일 오후 6~9시에 대전역 광장에서 촛불집회를 열겠다'는 내용의 야간집회 신고서를 지난 18일 관할 경찰서에 냈다. 범국민 대전행동은 신고 당시 '참석자 대부분이 직장인이기 때문에 집회를 낮에 개최할 수 없고, 같은 장소에서 오후 5시부터 일몰시까지 민주노총의 집회가 신고돼 있는 만큼 부득이하게 야간집회를 열어야 한다'며 신고서를 냈다.

하지만 경찰은 '집회 및 시위에 관한 법률' 10조상 야간집회를 개최할 수 있는 부득이한 사유에 해당하지 않다고 집회를 불허했다. 경찰청 관계자는 "야간에 집회를 열겠다고 신고가 들어온 것은 이번이 처음"이라며 "그러나 부득이한 사유에 해당하지 않다고 판단해 불허한 것으로 안다"고 밝혔다.

경찰의 이번 조치는 '집회·결사에 대한 허가는 인정되지 않는다'는 헌법 제21조 2항 규정을 어기고 야간집회를 사실상 허가제로 운영하고 있음을 보여주는 것이어서 논란이 예상된다.

헌법재판소는 1994년 집시법 10조의 '야간집회 금지' 조항에 대해 "야간 옥외집회 허용 여부는 헌법 이념 및 조리상 관할 경찰관서장의 편의재량사항이 아니고 기속재량사항"이라고 해석한 바 있다.

[사례7-3] 전교조 위원장 등 25명 체포...경찰 "일몰후 집회 집시법 위반" (동아일보 2004-07-01)

경찰은 전국교직원노동조합(전교조) 원영만(元寧萬) 위원장 등 집행부 25명을 집회 및 시위에 관한 법률 위반 혐의로 29일 밤 체포해 중랑경찰서 등 서울지역 5개 경찰서에서 조사 중이다.

경찰은 "23일부터 농성을 벌여 온 집행부가 일몰 후에도 집회를 계속해 해산명령을 내렸으나 이를 거부해 현행범으로 체포했다"며 "서울중앙지검의 지휘를 받아 집시법 위반 혐의로 조사하고 있다"고 밝혔다.

위원장과 16개 지부 지부장 등 전교조 집행부 25명은 23일부터 '법정 정원 확보 및 표준 수업시수 법제화'를 요구하며 교육인적자원부가 있는 서울 종로구 세종로 정부중앙청사 후문 부근에서 농성을 벌여 왔다.

그러나 경찰은 "집행부 연행이 최근 논란이 되고 있는 전교조의 '반전수업'과는 무관하다"고 밝혔다.

이에 대해 전교조는 30일 기자회견을 열고 "일몰 후에는 집회를 하지 않고 앉아만 있었는데 경찰이 무작정 연행했다"며 "집회신고를 마치고 일주일 가까이 항의농성을 벌이는 동안 아무 말 없던 경찰이 이해찬(李海瓚) 신임 총리의 취임식을 앞두고 무리수를 두고 있다"고 비난했다.

한편 헌법재판소는 집시법 제10조 규정이 야간 집회를 일률적으로 금지하는 것이 아니고 예전과 달리 단서규정을 두고 있고 "이에 따른 야간옥외집회의 허용 여부는 헌법이념 및 조리상 관할 경찰관서장의 편의재량사항이 아니고 기속재량사항이라고 해석되는 점" 등을 이유로 제시하면서 "야간의 옥외집회를 규제하고 있는 위 법률 제10조가 형식상으로는 야간옥외집회를 원칙적으로 금지하고 있는 듯 하나 같은 조문 단서규정과 아울러 보면 내용상으로는 신고제와 같은 것으로서 그것이 집회의 자유의 본질적인 내용을 침해한 것이라고는 볼 수 없으므로 헌법 제21조 제2항이나 제37조 제2항에 위반된다고 할 수 없다"고 판시하였다.

그런데 위 헌법재판소 결정에서 언급한 기속재량사항이라고 함은 "법규상으로는 행정청에 재량적 판단이 인정되어 있는 것처럼 보이나, 그 요건이나 효과의 내용은 일의적으로 확정되어 있어서 실질적으로는 행정청에게 독자적 판단의 여지가 없는 행위라고 파악"(김동희 교수, 서울대 행정법 1 p238)하거나, "법문상으로는 자유로운 재량이 허용될 것 같지만 처분의 요건과 발동여부에 대하여 입법의 취지가

일의적(一義的)이므로 행정기관의 재량은 구체적인 경우에 그 취지 등이 무엇인가를 해석 판단하여 행위하는데 불과한 경우를 의미"(류지태 교수, 고려대, 행정법신론, p66)한다고 설명된다.

즉 집시법 10조가 그 범문상 ".....옥외집회를 허용할 수 있다."라고 되어 있어 마치 행정청인 경찰당국의 재량이 인정되는 것처럼 보이지만, 이미 10조 단서의 내용에서 그 처분(수리행위)의 요건이 일의적(집회와 시위의 자유에 관한 헌법규정의 취지 감안, 집시법의 단서 규정 취지)이므로 그 요건에만 해당이 되면 행정청이 경찰당국은 당연히 야간집회라도 금지할 수 없다는 것이다(헌법재판소의 기속재량사항이라고 말하는 취지의 해석).

집시법 10조 단서 규정대로 요건을 나누어 보면 두가지가 된다 ① 집회의 성격상 부득이 하여야 하고 ② 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고해야 한다. 이 요건에 해당이 되면, 관할 경찰관서장은 질서유지를 위한 조건을 붙일 수는 있으나 일출시간전, 일몰시간후에도 옥외집회를 금지할 수 없는 것이다. 그러나 현실은 일체의 야간집회를 금지하는 것으로 나타나고 있다.

위 [사례7-1] 촛불집회의 예를 보자. 먼저 집회의 성격상 부득이한 경우에 해당하는가?

촛불집회의 경우에는 주간에 촛불집회를 할 수는 없는 노릇이고 야간에 할 수밖에 없다. 그리고 촛불집회를 하는 이유는 촛불에 각자 그 입장에 따라 민주주의 회복, 보수정치 심판에 대한 염원을 담고자하는 의미의 표현행위이며 이러한 집회방식의 결정은 오로지 집회주최자가 하는 것이므로 이에 대하여 왈가왈부 할 수는 없는 것이다. 시민들의 참여가 가능해야 하는데 일반 시민들은 직장이나 생업을 마치고 나올 수밖에 없는 것이고 그렇다면 직장이 끝나고 생업시간이 마쳐질 야간시간에 할 수밖에 없다.

그렇다면 집회의 성격상 야간에 개최할 수 밖에 없는 부득이한 경우에 해당한다. 또 다른 부득이한 경우의 예를 보자면 국회에서 야간에 어떤 현안을 심의중인데 그것을 반대한다는 의사를 표현하고자 하는 단체나 국민들은 야간에 국회앞에서 집회를 할 수밖에 없다(이미 심의가 끝난 내일 낮에 하라고 할 수는 없는 노릇일 것임). 또 퇴근하는 직장인들을 상대로 홍보성 캠페인 집회를 하고자 계획을 하였다가 하자 그러면 이러한 경우에 퇴근시간인 야간에 할 수밖에 없다. 그렇다면 이제 주최단체는 질서유지인만 두고 이를 신고하면 모든 필요한 요건을 갖추게 되고 여기에 대하여 경찰당국이 야간집회라고 하여 금지해서는 안된다.

그러나, 헌법재판소의 결정에서 집시법 제10조의 자세한 해석과 합헌적 운용방법까지 제시하였음에도 불구하고 야간집회를 일체 금지하는 현실은 계속되어 왔다. 입법적 해결 이외에 경찰당국의 법집행이 제대로 되기를 기대하기는 어려운 상황이라고 하겠다.

3) 입법적 대안

위와 같은 결과는 현 집시법 제10조가 마치 야간에는 집회가 금지되고 예외적인 경우에 경찰당국의 허가를 받아야만 되는 것인양 규정되어 있는 것도 한 원인이 되었다.

집시법 제10조의 해석과 관련하여, 합헌결정을 내린 위 헌법재판소(헌법재판소 1994. 4. 28. 선고 91헌바14 결정)결정에서도 "규정의 체재로는 야간의 옥외집회·시위도 원천적으로 이를 허용하고 예외적으로 금지할 수 있는 경우를 구체적으로 규정하는 것이 집회의 자유를 보장한 헌법규정에 비추어 바람직스러

운 것"이라고 하여 10조 규정 체재에 문제가 있다는 점은 지적한 바 있다.

우리 헌법이 주야간을 불문하고 집회에 대한 허가제를 금지하고 있는 이상, 야간의 옥외집회라 하여 집회에 대한 금지를 원칙으로 하는 것은 허용되어서는 안된다. 헌법재판소도 "집회의 자유에 의하여 구체적으로 보호되는 주요행위는 집회의 준비 및 조직, 지휘, 참가, 집회장소, 시간의 선택이다. 주최자는 집회의 대상, 목적, 장소 및 시간에 관하여, 참가자는 참가의 형태와 정도, 복장을 자유로이 결정할 수 있다(헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바67, 2000헌바83 결정)"고 판시하고 있다.

더욱이 최근에 한국사회의 대다수 국민이 직장의 임금노동자로 생활하기 때문에 대부분의 만남과 여유 생활이 일과 후인 일몰시간 후에 이루어지고 있는 점과 생활패턴의 변화로 인하여 야간의 활동이 활발해지고 있다는 점에 비추어 볼때, 야간의 옥외집회시위를 전면적으로 금지시키는 것을 원칙으로 하고, 일정한 제한된 요건 하에서만 예외적으로 허용한다는 것은 국민의 편의를 도외시한 지나친 제약이라고 하겠다. 또한, 예외규정에 의한 야간집회의 허용여부는 경찰관서장의 재량사항이 아니고 기속재량사항이라고 해석되더라도 재량권남용을 효과 있게 막을 법률상의 장치가 마련되어 있지 아니할뿐더러 경찰의 정치적 중립이 의심되고 있는 우리의 경찰제도 아래에서는 그 재량권의 공정성을 확보하는데 어려움이 있다고 하겠다.

한편, 야간의 집회를 원칙적으로 허용한다고 하더라도 야간이라는 특수성으로 인하여 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 부득이한 경우에 한하여 야간 옥외집회·시위를 제한할 수 있다. 하지만, 이러한 제한도 집회의 사전금지로 발전해서는 안되며 집회 및 시위의 개최후에 집회가 현실적으로 공공의 질서나 안전에 직접적으로 위협을 주고 있다고 판단될 때에만 제한 또는 해산할 수 있도록 하여야 할 것이다. 따라서 집회 주최자에게 야간의 집회에 대해서는 평화적 질서유지에 대한 의무를 부여하고, 이에 대한 위반은 집회의 사전 금지가 아니라 사후 행정벌이나 형사벌로 다루어야 할 것이다. 따라서, 경찰에 의해 야간집회가 허가제로 운용될 수 있는 이 조항을 개정할 필요가 있다.

구체적인 개정방안으로는 야간이라고 하더라도 달리 규정할 것이 아니라, 질서유지인만을 두어야 하는 것 정도로 하면 충분할 것이다.

[개정안]

제10조(옥외집회 및 시위의 제한시간) 일출시간전, 일몰시간후에 옥외집회 또는 시위가 이루어지는 경우에 주최자가 평화적인 집회 및 시위의 질서유지를 위해 질서유지인을 두어야 한다.

(8) 소음규제 문제

1) 관련 규정

제12조의3 신설

제12조의3(확성기 등 사용의 제한)

①집회 또는 시위의 주최자는 확성기·북·징·뿔과리 등 기계·기구의 사용으로 대통령령이 정하는 소음기준을 위반하는 소음을 발생시켜 타인에게 피해를 주어서는 아니된다.

②관할경찰관서장은 집회 또는 시위의 주최자가 제1항의 규정에 의한 기준을 초과하는 소음을 발생시켜 타인에게 피해를 주는 경우에는 적정 수준의 소음 유지 또는 확성기 등의 사용중지를 명하거나 이를 위하여 필요한 조치를 할 수 있다.

[별칙] 제21조(6월 이하 징역 또는 50만원 이하 벌금, 구류, 과료)에 제5호 신설

5. 제12조의3제2항의 규정에 의한 명령에 위반하거나 필요한 조치를 거부·방해 또는 기피한 자

시행령 제8조의 3 신설

제8조의 3(확성기 등의 소음기준) 법 제12조의 3 제1항의 규정에 의한 확성기 등의 소음기준은 별표 2와 같다.

별표 2.

확성기등의 소음기준(제8조의3관련)

(단위 : Leq dB(A))

시간대 대상 지역	주간 (일출후~일몰전)	야간 (일몰후~일출전)
주거지역, 학교	65 이하	60 이하
기타 지역	80 이하	70 이하

비 고

1. 확성기등의 소음은 관할경찰관서장(현장경찰관)이 측정한다.
2. 소음측정장소는 피해자가 위치한 건물의 외벽에서 소음원 방향으로 1 ~ 3.5m 떨어진 지점으로 하되, 소음도가 높을 것으로 예상되는 지점의 지면위 1.2 ~ 1.5m 높이에서 측정한다. 다만, 주된 건물의 경비 등을 위하여 사용되는 부속건물, 광장·공원이나 도로상의 영업시설물, 공원의 관리사무소 등은 소음측정장소에서 제외한다.
3. 소음은 5분 이상 측정하되, 소음의 발생시간이 5분 이내인 경우에는 그 발생시간 동안 측정·기록하고, 비고 2의 측정지점에서 2회 측정하여 그 산술평균치를 측정소음도로 한다.
4. 측정소음도와 배경소음도의 차이가 3 ~ 9dB 이면 아래의 보정치를 보정한 후 대상소음도를 구하고, 그 차이가 2dB 이하인 경우에는 다시 2회 측정하여 측정소음도를 구하며, 다시 2회 측정하여 측정소음도를 구하여도 그 차이가 2dB 이하인 경우에는 확성기등의 소음으로 보지 아니한다.

측정소음도와 배경소음도의 차이	3	4	5	6	7	8	9
보 정 치	-3	-2				-1	

5. 그 밖에 소음의 측정방법 및 평가단위 등과 관련하여 필요한 사항은 소음·진동규제법 제7조(소음·진동공정시험방법)에서 정하는 바에 따르되, 생활소음 규제기준의 측정방법에 의한다.

2) 문제점

이미 우리 헌법이 집회와 시위의 자유를 보장하는 순간 집회로 인한 교통불편, 소음으로 인한 불편은 예정된 것이며 이를 감수하고서라도 집회와 시위의 자유라는 기본권을 보장하겠다는 것이 우리 헌법의 결단이다. 생각해 보자. 집회라는 개념 자체는 이미 다수인이 모이는 것을 전제로 하고 있다. 그리고 집회를 하는 주최자나 단체는 참가자들이나 시민들에게 집회를 하게 된 목적을 잘 설명하고 설득하여 자신들의 주장에 동조하거나 우호적인 태도를 취해줄 것을 바란다. 주요한 사안이라고 생각되는 사항을 사회적 의제로 제기하고 그러한 주장을 집회에 참가한 사람들에게 그리고 주변에 있는 시민들에게 알리고 설득하는 “소통”이야말로 집회의 목적이다. 신문이나 방송을 통해 이러한 주장을 충분히 전달할 수만 있다면 좋겠으나, “사회적 의제”를 설정하는데 있어서 조차 소외되는 것이 사회적 소수자나 정치적 반대자들이 처하는 역사적인 현실이므로 집회와 시위의 자유가 특히 사회적 소수자들과 정치적 반대자들에게 중요한 기본권인 것이다.

그리고 집회에 참가한 다수인을 설득하고 이들과 소통하기 위해서는 단지 연설만이 아니라, 노래, 율동 등 다양한 방식이 이용되고 있으며, 이 모든 것을 위해서는 방송시설(확성기 등)이 필수적인 수밖에 없다. 몇 백명 이상이 모이는 집회에서 확성기 등 기계와 기구를 빌리지 않고 어떻게 연설을 통한 설득과 소통이 가능하겠는가. 집회는 일정한 장소를 점거하는 형태로 진행될 수밖에 없고(교통소통방해 등이 따를 수밖에 없음), 소음이 발생할 수밖에 없다. 우리 헌법이 집회시위의 자유를 보장하는 순간 이미 소음 발생 등은 우리 사회가 용인하는 것을 전제로 한 것이다. 업무방해를 의도하여 고의적이고 지속적인 소음발생을 초래하는 경우에 대해서는 이미 업무방해죄로 처벌까지 하고 있는 마당에, 통상적으로 몇시간 이루어지는 집회에 대하여까지 소음을 규제하겠다는 것은 명분만 그럴듯하게 포장하여 사실상 대규모 집회자체를 금지하고자 하는 것이다. 극히 예외적이고 극단적인 경우를 상정하고 일반규제조항을 도입하는 것은 부당하다.

이번 개정법의 소음규제는 일반지역은 주간 80데시벨, 야간은 70데시벨로, 주거지역, 학교 주변지역은 주간 65데시벨, 야간 60데시벨을 기준으로 하고 있다. 그러나 일상대화가 60데시벨⁴⁷⁾이라는 점을 감안하면 80데시벨이라는 기준은 사실상 확성기 등 방송시설의 사용을 금지하는 것이며, 오로지 육성으로 집회가 진행될 수밖에 없다. 이는 다수인의 참가와 설득과 소통이라는 집회의 본래 취지를 무의미하게 하는 처사임과 동시에 집회의 개념과도 전혀 맞지 않는 것이다. 결국 몇 백명 이상의 다수가 참가하는 집회 특히 대규모 집회는 원천적으로 봉쇄되는 결과가 된다.

47) 통상적인 설명에 따르면 데시벨(decibel)은 줄여서 dB, db, 또는 DB 등으로 표기하며, 소리의 상대적인 크기를 나타내는데 사용되는 보편적인 단위로서, 전자공학에서는 두 출력 고도 사이의 상대적인 차이를 측정하는데에도 사용된다. 데시벨은 전화기를 발명한 알렉산더 그레이엄 벨의 이름을 딴 단위인 "Bel"의 1/10을 나타낸다. 소리에서, 두 소리 수준의 차이는 그들의 출력수준비 상용대수의 10배이다. 소리에서 데시벨은 사람이 들을 수 있는 점을 0 dB로 하여 척도를 정한 것으로, 점점 위로 올라가 120~140 dB가 되면 듣기에 고통스러운 정도가 된다. 예를 들어, 가정에서의 평균 생활소음은 약 40 dB, 일상 대화는 약 60 dB, 집에서 음악을 감상하는 것은 약 85 dB, 소리가 큰 록밴드의 경우 약 110 dB, 그리고 제트엔진의 소음은 150 dB에 근접한다.

한편 개정법은 제1항에서 “주최자는 확성기·북·징·꽁꽁리 등 기계·기구의 사용으로 대통령령이 정하는 소음기준을 위반하는 소음을 발생시켜 타인에게 피해를 주어서는 아니 된다”고 규정하고 있다. 이 조항은 주간 80데시벨을 넘게 되면 이는 타인에게 피해를 주는 것이 되므로 민사책임을 피할 수 없게 된다. 예를 들어 대학로에서 수 천명이 모이는 집회를 개최하는 경우 진행을 위해서는 확성기 등을 사용할 수밖에 없는데, 주변의 상인들이나 기업에서 주최단체를 상대로 각 100만원이라도 소음으로 인한 손해배상청구를 한다고 가정해 보자. 위 제12조의 3 제1항이 법적 근거가 되므로 법원은 주최단체의 민사책임을 인정할 수밖에 없게 된다. 검찰과 법률구조공단에서 무료로 소송대행까지 해주고 있으므로 매우 심각한 상황에 처할 것이다. 나아가 이 개정법은 경찰당국으로 하여금 사용증지를 명하거나 필요한 조치를 명할 수 있도록 하고 이를 위반하면 6개월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금, 구류, 과료에 처하도록 하고 있다. 결과적으로 정부비판적인 집회나 힘없는 소수의 집회 자체를 봉쇄하는 기능을 하게 될 가능성이 크다.

소음규제와 80데시벨이라는 기준은 소음진동규제법의 생활소음에서 이를 차용한 것으로 보인다. 그러나 소음진동규제법 제1조(목적)를 보면 “이 법은 공장, 건설공사장, 도로, 철도 등으로부터 발생하는 소음, 진동으로 인한 피해를 방지하고 소음, 진동을 적정하게 관리, 규제함으로써 모든 국민이 정온한 환경에서 생활할 수 있게 함을 목적으로 한다”고 되어 있다.

소음진동규제법은 타인의 재산권 보호 등을 위한 것임에도 상당기간 지속되는 소음만을 규제하는 것을 원칙으로 하고 있다. 즉 건축공사(기간), 공장, 도로, 철도 등에서 발생하는 소음진동을 규제하고자 하는 것이다. 또 확성기로 인한 생활소음도 이동행상의 확성기, 행락객의 확성기, 종교시설 등에서 배출하는 확성기 소음 등을 대상으로 하는 것을 내용으로 한다.

이 때 규제기준의 초과시 적용되는 규제조치인 작업시간의 조정, 소음진동 발생행위의 중지, 방음방진 시설의 설치 등은 활동행위가 지속적이며 시설이 설치된 규제대상에 대하여 개선 조치하는 것으로 일시적으로 소음이 발생하는 집회시위에 적용하기 곤란하다는 환경부의 행정해석(환경부 유권해석)에서도 볼 수 있듯이 집회와 시위의 소음은 단시간과 일시적이라는 특징과 집회시위의 자유의 특성상 불가피한 측면이 있기 때문에 소음진동규제법도 처음부터 규제대상으로 삼지 않고 있다.

한편 소음진동규제법은 지속적인 소음, 고정시설물의 설치로 인한 소음에 대한 규제 내지 방음시설 설치를 요구하고 있으며 위 규제로 인하여 일부 제한을 받게 되는 기본권은 재산권이다.

즉 소음진동규제법은 공장 건설공사장, 도로, 철도 등 특정 장소에서 상시적이고 최소한 장기간 소음이나 진동이 발생하는 경우만을 상정하고 규제하는 것이다. 그리고 규제로 인해 침해되는 기본권은 재산권 행사 등이다. 그러나 집회시위의 소음은 단시간, 일시적으로 발생하는 소음이고 이를 규제하게 되면 침해받게 되는 기본권은 집회시위의 자유라는 점을 고려해야 한다. 집회시위의 자유는 원래 소음발생이 예정된 것이고 그것을 우리 헌법이 보장하겠다는 선언하는 순간 타인의 기본권을 침해하는 것을 예정하고 있는 것이다. 결국 단시간, 일시적인 소음을 발생하는 통상적인 집회와 시위에 대하여는 소음규제를 가해서는 안되고 이는 우리 헌법이 예정하고 있는 것이므로 상대방은 수인의무가 있다고 보아야 한다. 따라서 단시간 이루어지는 경우가 일반적인 “집회”에까지 소음규제 조항을 도입하여 민주주의의 근간이 되는 기본권인 집회와 시위의 자유를 규제하는 것은 명백한 위헌이다.

실제 측정된 결과를 보자. 공무원노조, 전교조에 대한 공안탄압분쇄와 정치활동자유 보장촉구 결의대회(2004. 4. 10.)에서 소음을 측정해 보았다. 시간은 14:50분경부터 16:40까지 약 2시간이 진행되었으므로 일반적인 집회의 경우와 비슷한 시간이다. 그리고 참석인원은 700여명이었다. 확장기나 방송시설은 그 정도 인원엔 통상 사용하는 것이었고 보통의 집회와 같은 프로그램(연설, 노래, 구호 등)으로 진행되었다. 원진직업병관리재단부설 노동환경건강연구소의 소음측정결과 집회전시간, 대부분의 측정장소에서 80데시벨을 넘는 것으로 드러났다. 700명 규모의 경우에도 이러한데 1000명이 통상적으로 넘어서도 수만명까지 참석하는 집회는 결국 80데시벨을 항시 초과한다는 이야기가 된다.

그리고 2004년 대학로에서 열린 노동절대회에서도 주요 위치 건물에서 측정한 결과 87 내지 98 데시벨로 측정되었다. 결국 이 개정법에 의한 이와 같은 집회들은 이에 개최가 어렵게 된다는 이야기가 된다.

소수의 인원이 확장기를 틀어 놓고 지속적으로 집회를 하는 경우, 즉 통상적으로 생각할 수 있는 집회처럼 1-2시간동안 집회를 하고 마치는 것이 아니라, 소수의 동일인들이 하루종일 확장기만 틀어놓고 그것도 며칠동안 지속적으로 계속하는 경우는 규제해야 되지 않겠는가 한다. 이와 같은 극단적인 사례를 근거로 일반적인 규제조항을 도입하겠다는 발상은 매우 위험하다.

이미 극히 예외적인 사례는 법원에서 업무방해죄, 가처분 등을 통해 심하다 싶을 정도로 규제가 이루어지고 있다(나아가, 이와 같은 경우에도 무조건 억압만 하려 할 것이 아니라, 왜 그와 같은 행위가 나올 수밖에 없는 것인지를 살피는 것이 바람직한 자세일 것이다).

또 소음규제의 필요성의 사례로 드는 것을 보자면 특정장소 예를 들어 한나라당사 앞에서 여러단체들이 자주 집회를 갖는다든지, 과천정부청사 앞에서 여러단체들이 빈번하게 집회를 갖는다든지 하는 경우를 언급하고 있다. 이러한 장소들은 필요가 있기에 집회시위가 자주 열리는 곳일 것이다. 그러나 과연 그 횟수가 그렇게 자주 있는 지도 의문이다. 이런 경우는 마치 철도나 도로의 소음처럼 방음시설을 설치할 문제가 아닐까 생각한다.

한편 경찰당국은 보건적인 측면을 강조하고 있다. 일상적이고 지속적인 고소음은 소음성 난청, 스트레스 등을 가져올 수 있기 때문에 관리가 필요할지 모른다. 그리고 이에 대하여는 이미 소음진동규제법에 엄격한 규제기준과 방지조치에 관한 규율을 하고 있다. 그러나 집회의 경우에 일시적이고 한시적인 소음 발생원이라고 볼 수 있으며, 따라서 실제 이로 인한 건강상의 피해를 가져올 가능성은 매우 적다(원진직업병관리재단 부설 노동환경건강연구소).

3) 외국 입법례

a) 독일

독일의 집회 및 시위에 관한 법에는 확장기 소음 유발행위를 직접 규제하는 규정이 없다. 독일기본법 제 74조 1항 24호에 따르면 소음 대책은 연방과 주정부의 입법권이 경합하는 영역인데, 연방안온보호법(Bundes-Immissionsschutzgesetz)에서는 도로 및 철로상의 소음, 스포츠시설로 인한 소음의 허용수치를 규정하고 있을 뿐 집회 및 시위로 인한 소음에 대해서는 규정하지 않는다. 임준태교수는 과도한 소음유

발행위는 공공의 안녕과 질서를 파괴 혹은 교란시키는 것이기 때문에 경찰법상의 일반조항을 근거로 경찰이 직접개입할 수 있다고 한다.⁴⁸⁾ 그러나 어떤 경우에 공공의 안녕과 질서를 이유로 집회 시위의 자유라는 기본권을 제한할 수 있는가에 대한 구체적인 기준을 제시하지 못한다는 점에서 이 조항을 근거로 제한하기에는 무리가 있다. 또 다른 경찰 개입근거로 제시한 ‘연방과 각주들의 경찰법 통일을 위한 모범 초안(Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder)’ 은 모범초안이기 때문에, 아직 법률로서 성립하여 효력을 발생하고 있는 것도 아니고 역시나 일반적 수권조항과 경찰임무 조항을 근거로 한다는 점에서 설득력이 없다.

b) 일본

집회시위를 규율하는 독립된 단행법률이 없다. ‘靜穩保持에 관한 법률’이 있으나 이 법은 국회의사당 주변 지역 및 외국공관 등 주변지역에서의 소음만을 규제할 뿐이다.⁴⁹⁾ 집회 소음을 규제하는 조례로는 도쿄도, 교토부에서 제정한 조례가 있는데, 모든 지자체에서 관련 조례가 있는 것은 아니어서 요코하마시, 오키나와현, 오사카부, 후쿠시마현에는 집회 시위 관련 조례가 없고 폭소음 규제 관련 조례 역시 없다. 도쿄도 조례에 따르면 확성기 소음시위의 경우 시위대가 음원으로부터 10m이상 떨어진 곳에서 85db을 초과하는 소음을 내면 곧바로 시정명령을 내리고 명령을 받아들이지 않으면 확성기를 압수하고 형사처벌할 수 있다.⁵⁰⁾ 그러나 폭소음 관련 도쿄도, 교토부의 조례는 상업적 확성기 사용 등을 비롯한 소음 일반을 규제하는 것으로 집회소음만을 특별히 규제하는 것이 아니다. 또한 조례 제1조는 확성기에 의한 소음이 ‘사람의 신체의 안전, 업무의 원활한 수행 등에 중대한 지장을 미치고 있는 것에 한한다’고 규정하며, 제2조에서는 기본권인 표현의 자유, 집회결사의 자유를 침해하지 않도록 신중하게 적용되어야 한다고 강조하고 있다.

c) 프랑스

집회시위 도중 발생하는 소음에 관한 직접적인 규제조항이 없다. 임준태 교수는 “공공질서의 강화 내지 유지에 관한 법”, “소음방지에 관한 법률”, 프랑스 “신 형법”에서 경찰에 부여하는 광범위한 재량권을 근거로 간접적으로 규제하고 있다고 주장한다.⁵¹⁾ 그러나 이 법 어디에도 집회 시위로 인한 소음을 구체적으로 규제하는 조항은 없다.

d) 미국

소음을 규제하는 법률이나 조례를 제정한 주, 지자체가 많지만 해당 법률, 조례가 ‘집회·시위의 시간·

48) 임준태, 집회시위시 발생소음에 대한 각국의 규제기준에 관한 연구, 집회시 합리적인 소음기준 마련을 위한 토론회, 2004. pp.64-66.

49) 임준태, pp.68-69.

50) 확성기에 의한 폭 소음의 규제에 관한 조례 제 3조 내지 제 9조.

51) 임준태, 위의 글, p.73.

장소·방법 제한의 원칙(Time, place and manner doctrines)에 벗어날 경우에 무효화한 사례가 있다. 1998년 쟁의행위 중인 노동자들이 Detroit News and Free Press 건물 앞에서 호루라기를 불면서 피켓팅을 했는데 경찰에서 위 조례를 근거로 집회를 방해하였다. American Civil Liberties Union of Michigan에서 위 조례의 집행금지처분 명령을 신청한 사건에서 지방법원의 John Corbett O'Meara판사는 “성가시거나(annoying) 혼란스럽게 하는(disturbing) 소음을 내는 행위를 범죄로 규정한 이 조례는 주관적이고 애매하다는 점에서 위헌”라고 하였다. 지방법원은 표현의 자유에 대한 규제는 엄격하게 위헌성 여부를 심사받아야 한다고 하였다.⁵²⁾ 공공광장에서의 확성기 사용을 시간대 상관없이 일괄적으로 금지하는 것은 위헌이라 결정한 판례도 있다.⁵³⁾

4) 입법적 방안

이 법은 아무리 그 목적을 선해하는 입장에 서더라도 장소, 대상, 발생지속시간 등을 고려하지 않은 일반적 금지규정으로서는 과도한 제한이 되어 위헌이다. 예를 들어 학교주변을 행진하는 경우에도 일체의 소음발생이 불가능한가. 잠깐 지나가는 10여분 동안의 소음까지도 규제하겠다는 것이다. 이처럼 무차별적으로 적용하게 되어 결국 중규모 이상의 집회를 금지하는 결과를 초래하게 된다. 외국의 입법례를 보아도 우리처럼 광범위한 규제법률을 가진 나라가 없다. 독일만 보아도 하루 정도 이루어지는 집회시위의 소음은 기본권 침해를 우려하여 경찰당국이 개입하지 않는다. 그러한 경우에는 독일법상 손해배상책임의 대상도 되지 않을 것이다. 왜냐하면 통상적인 집회시위의 방식을 취하고 단시간 일시적인 소음이므로 상대방의 수인의무가 있다고 볼 것이기 때문이다.

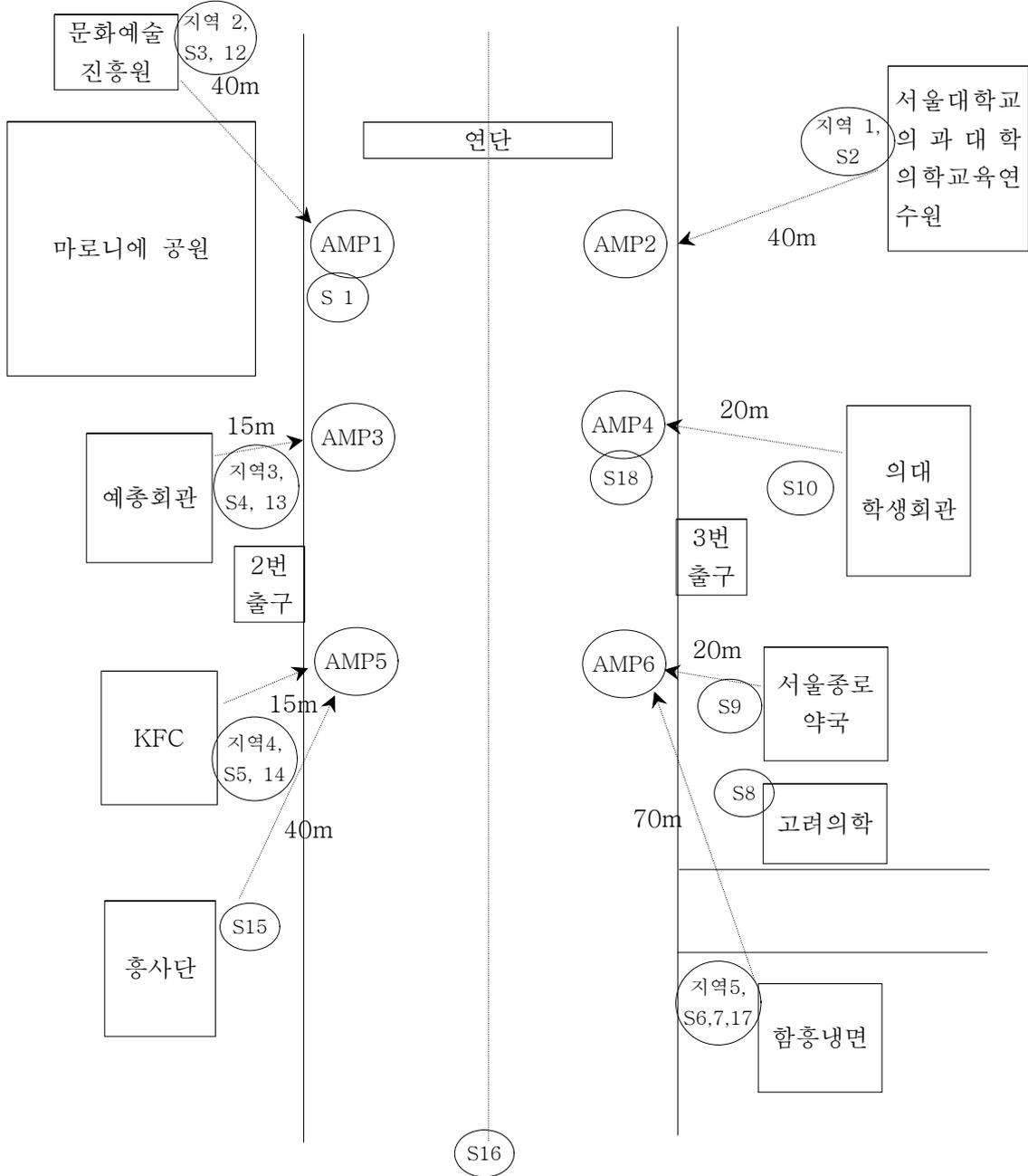
결론적으로 이는 지킬 수 없는 법률을 만들어 불법을 강요하는 결과만 초래할 것이다. 그리고 주최단체의 책임을 피하고자 신고절차를 통한 합법적이고 평화적인 집회보다는 주최단체가 드러나지 않는 게릴라성 시위 양태를 띠게 될 가능성이 크다. 모처럼 평화적이고 다양한 방식의 집회와 시위가 정착하는 이 시점에 이 법은 현장에서 불필요한 마찰을 불러일으키는 기능만 할 것이다. 집회와 시위는 규제하려고 해서 규제되는 것이 아니다. 그 사회의 문제가 있기 때문에 늘 있는 것일 뿐이다. 80년대를 돌아보면 그 많은 시위가 모두 집회신고가 불허된 채 이루어졌다. 당시에는 ‘사회 불안 야기’를 이유로 해서도 사전금지를 할 수 있었고 실제 대부분의 집회를 금지하고 원천봉쇄를 하였으나, 집회는 격렬하게 게릴라성으로 이루어졌다. 소음규제는 대규모집회 자체를 봉쇄하고자 하겠지만 오히려 더 많은 시위와 그 시위는 더 격해질 것이다. 집회와 시위에 대한 규제를 통해 접근할 것이 아니라, 오히려 굳이 집회와 시위를 하지 않더라도 그들의 목소리가 전달되는 통로가 열리고 활발한 토론의 장이 마련하는 것이 해야 할 일이지, 무조건 이를 규제하고 나아가 소음규제조항처럼 아예 봉쇄하겠다는 것은 민주주의 국가가 아니다. 따라서 소음규제 조항은 삭제하는 것이 바람직하다고 본다.

52) American Civil Liberties Union of Michigan 홈페이지에서 검색한 사례.
(<http://www.aclumich.org/modules.php?name=News&file=print&sid=19>)

53) Saia v. New York, 334 U.S. 558(1948) ;Joel M. Gora, David Goldberger, Gary M. Stern, Morton H. Halperin, The Right to Protest The Basic ACLU Guide to Free Expression, Southern Illinois University Press, 1991, p.186에서 재인용.

참고자료 1. 노동절 기념 행사(대학로, 2004년 5월 1일) 소음 측정평가 결과

1. 측정 위치 및 측정 방법 개요



AMPN : 앰프

SN : 소음 피해가 예상되는 건물 외벽에서의 단시간 소음 측정(5min)

지역N : 소음피해가 예상되는 건물 외벽에서 장시간동안 소음측정

소음 측정은 집회가 시작하기 전부터 집회 종료까지(13:58 ~ 17:35) 집회로 인한 피해가 예상되는 자가 위치한 건물의 외벽을 선정하여 소음기를 설치하였고, 지시소음계를 이용하여 5분간의 등가소음을 측정하

였다. 지시 소음계를 이용한 측정은 피해가 예상되는 지점에서 2회 정도 측정을 실시하였다.

2. 조사결과

1) 집회 및 시위에 관한 법률 시행령 중 개정령(안)의 측정 방법에 따른 조사

집회 및 시위에 관한 법률 시행령에서 명시하고 있는 측정의 방법에 따른 측정을 13시 58분부터 16시 41분까지 실시하였으며, 소음으로 인한 피해가 있을 것으로 예상되는 지점을 대상으로 측정을 실시하였다.

집회의 소음 수준은 집회 진행상황에 따라 다양하게 변하게 되며, 집회 인원, 스피커 출력 등에 의해 소음의 수준이 달라지게 되며, 피해 예상지역의 거리와도 관련이 있다.

피해가 예상되는 자가 위치한 건물의 외벽에서 1.5m에서 3m 정도 떨어진 거리에서 측정한 결과는 표 1과 같으며, 73~95.6dB(A)의 범위를 보이고 있고 대부분의 결과가 80dB(A)을 넘고 있었다.

더구나 엠프가 피해지역 인근에 위치한(예총회관, KFC, 서울종로약국) 경우에는 아래 표에서 보는 것처럼 95dB(A)의 높은 소음에 영향을 받고 있었다.

표 4. 피해 예상지역의 소음 수준(지역소음-지시소음계 이용)

지역	측정시간	Leq	특이사항	위치
1	13: 58~14:03	95.6	집회전 소개	연단 옆
2	14:13~14:20	82	집회전, 대열정비	서울대 의학교육연수원 앞
3	14:25~14:30	77.3	집회전, 대열정비	문화예술진흥원
4	14:36~14:42	95.6	집회전, 대열정비	예총회관
5	14:52~14:57	95.4	사전노래제창	KFC 앞
6	15:02~15:07	80.5	깃발입장	함흥냉면 앞
7	15:10~15:15	81.6	깃발입장,민중의례	함흥냉면 앞
8	15:17~15:22	84	참가인사소개(단체)	고려의학 앞, 크라운베이크리 앞
9	15:24~15:29	93.4	이수호 위원장 연설	서울종로약국 앞
10	15:32~15:37	88.9	이수호 위원장 연설	서울대학교 의대 학생회관 뒷편
11	15:38~15:44	79.9	권영길 의원 연설	서울대 의학교육연수원 앞
12	15:52~15:55	73.1	노래	문화예술진흥원
13	16:05~16:11	91.2	연설	예총회관
14	16:15~16:20	91.6	연설(여성대표)	KFC 앞
15	16:20~16:25	86.2	연설	흥사단 앞
16	16:28~16:33	77.6	연설	집회단 끝 도로
17	16:36~16:41	91.2	연설, 당선자소개	함흥냉면 앞

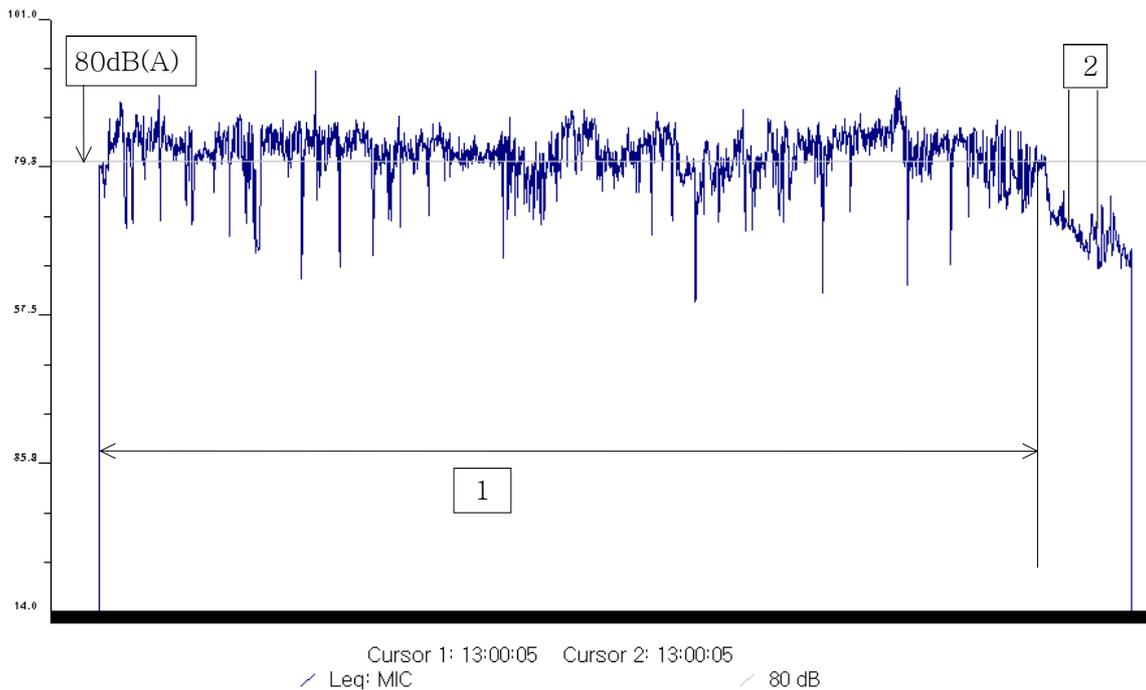
2) 시간대별 소음분석이 가능한 장비를 이용한 소음 조사

지시 소음계를 이용하여 측정한 결과는 피해 지역의 소음 수준의 변화를 알 수 없고 언제 측정을 하느냐에 따라 80dB(A)를 넘을 수도 있고 넘지 않을 수도 있다. 그래서 “피해가 예상되는 자가 위치한 건물

의 외벽에서 1.5~3m 떨어진 위치"에서 시간분석(Time-analysis)이 가능한 소음측정기를 이용하여 시간대별로 소음의 변화를 관찰하였다. 이번 측정이 실시된 노동절 행사는 참가 인원이 많고 소음이 높기 때문에 대부분 80dB(A)이상이므로 시간에 따른 결과가 큰 의미를 가지지는 않았다. 집회 시간동안의 소음 변화를 관찰 할 수 있도록 소음측정기를 설치한 곳은 모두 5곳이며 측정 결과는 다음과 같다.

1) 서울대학교 의과대학 의학교육 연수원(지역1)

연단 바로 옆에 위치한 서울대학교 의과대학 의학교육 연수원에서 측정한 자료는 14시 16분에서 17시 26분까지 전체 시간에 대한 평균이 82.3dB(A) 이었으며, 집회 종료 후의 배경 소음은 약 70dB(A)이었다. 전체 결과에 대한 평균 소음이 80dB(A)을 넘기 때문에 시간대별로 소음의 변화는 나타내지 않았다.



[참고]그래프의 중간에 있는 가로선은 80dB(A)를 나타내는 선으로서 그 선 이상으로 그래프가 나타나면 80dB(A)이 넘는 것이다.

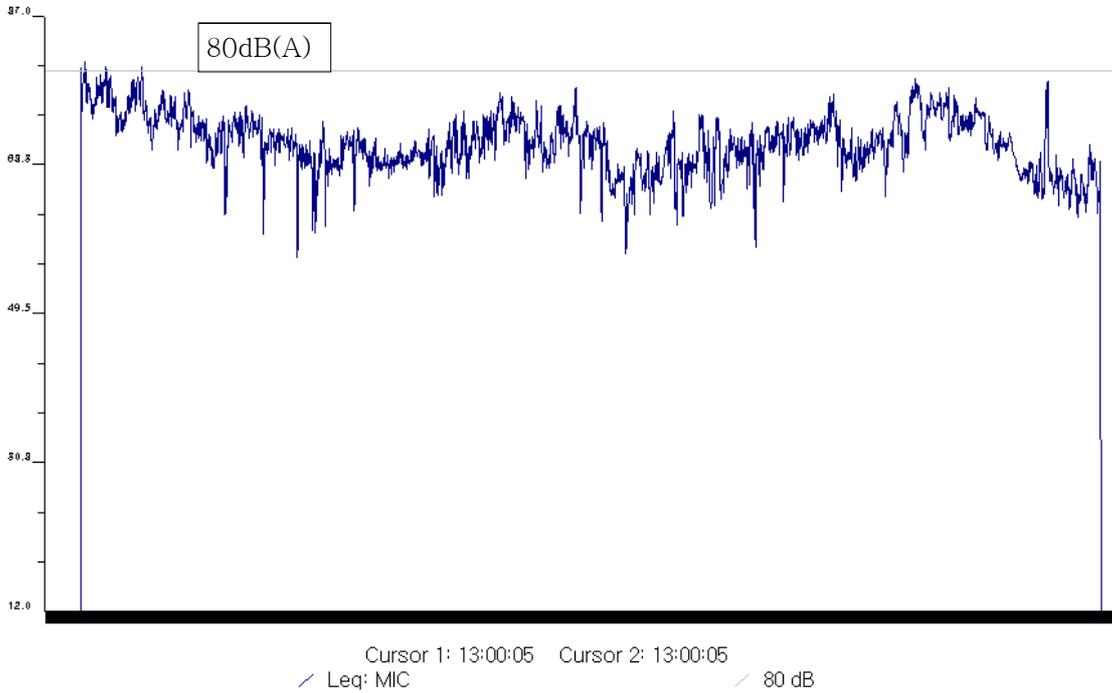
표 5 .서울대학교 의과대학 의학교육 연수원(지역1) 소음 측정 결과

번호	시간	결과	비고
1	14:16 ~ 17:26	82.3	전체 시간에 대한 결과
2	17:33~17:38	69.4	집회 종료 후 배경 소음

2) 문화예술진흥원(지역2)

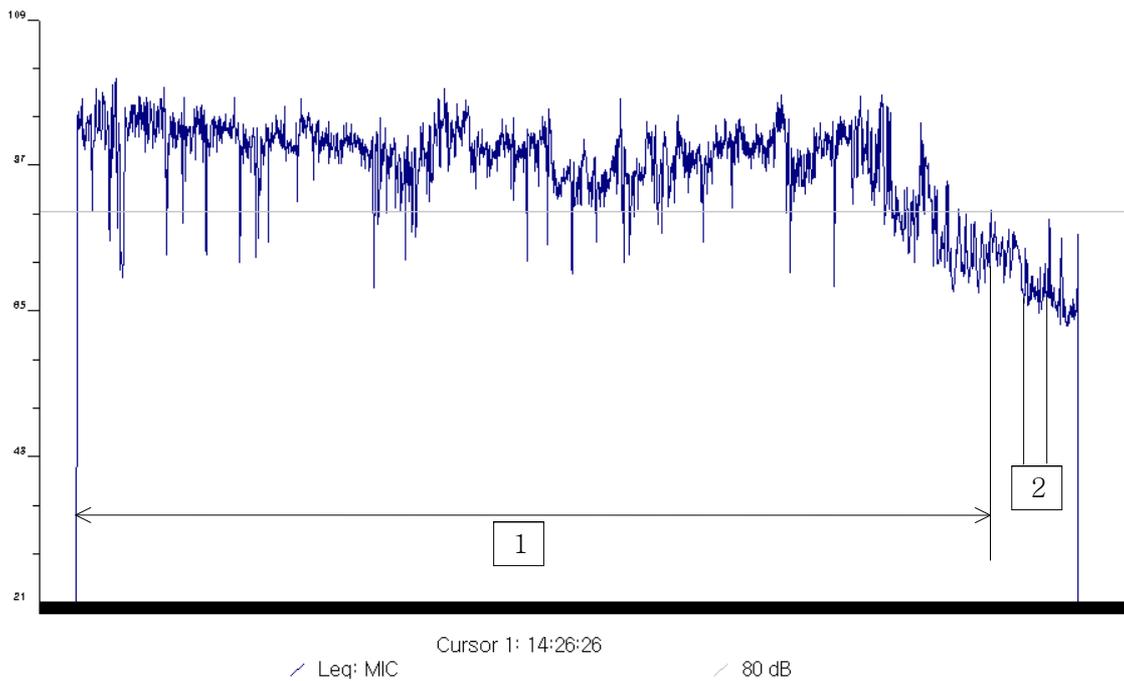
문화예술진흥원에서 측정한 결과는 모든 결과가 80dB(A)를 넘고 있지 않고 있다. 이는 주요 소음원이

되고 있는 집회장 뒤편에 위치하고 있기 때문에 집회 소음에 많은 영향을 받지 않았다.



[참고] 그래프의 중간에 있는 가로선은 80dB(A)를 나타내는 선으로서 그 선 이상으로 그래프가 나타나면 80dB(A)이 넘는 것이다.

3) 예충회관(지역3)



예충 회관에서 측정한 것은 엠프와 약 15m 정도 떨어진 곳이었으며, 엠프의 소음이 105dB(A) 이상인

것을 감안하면 15m 떨어진 지점에서 90dB(A)가 넘는 것은 당연한 결과이다.

표 6 .예총회관(지역3) 소음 측정 결과

번호	시간	결과	비고
1	14:39 ~ 17:39	90.5	전체 시간에 대한 결과
2	17:45 ~ 17:49	68.7	집회 종료 후 배경 소음

전체 시간에 대한 평균값이 90.5dB(A)이므로 그 이상의 소음이 발생한다고 생각하면 된다.

[참고]그래프의 중간에 있는 가로선은 80dB(A)를 나타내는 선으로서 그 선 이상으로 그래프가 나타나면 80dB(A)이 넘는 것이다.

4) KFC(지역4)

대부분의 소음이 90dB(A) 이상을 나타내고 있으며, 전체 시간에 대한 결과가 98dB(A)로서 아주 높은 소음에 노출되고 있었다. 앰프와의 거리는 약 15m 정도였다.

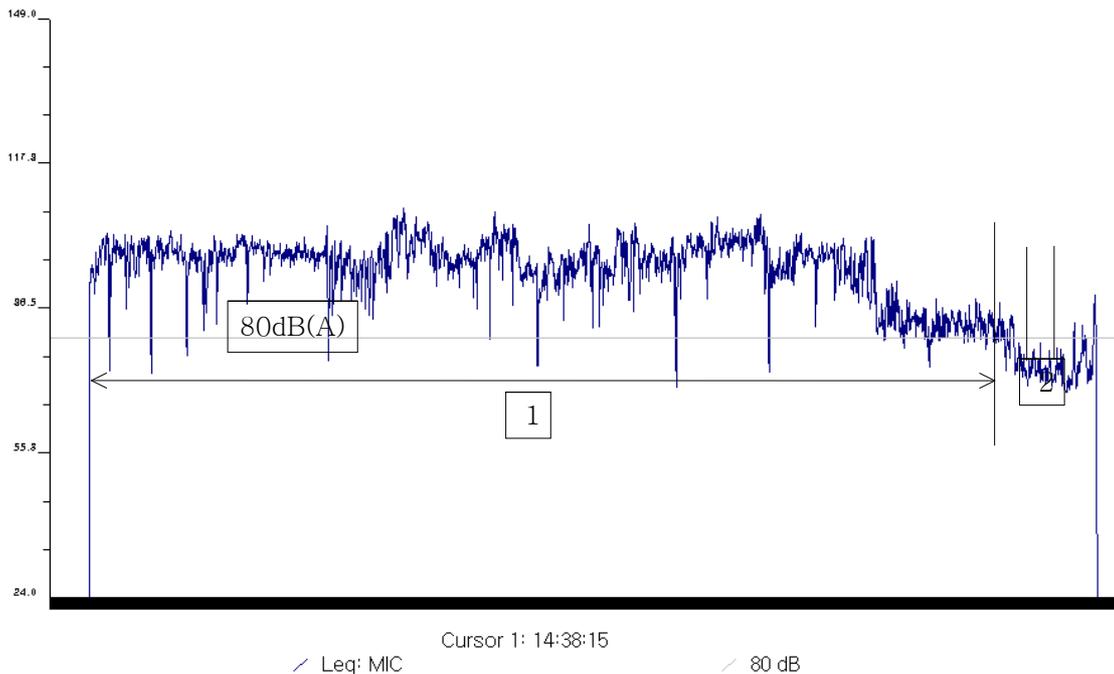
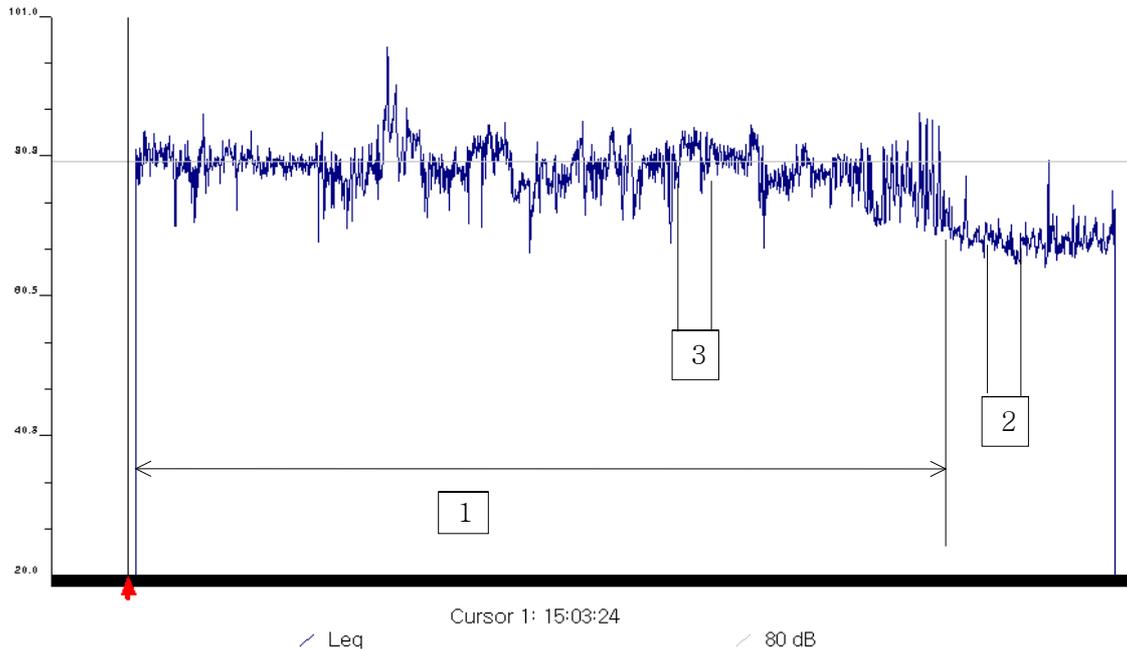


표 7 .KFC(지역4) 소음 측정 결과

번호	시간	결과	비고
1	14:53 ~ 17:41	98.3	전체 시간에 대한 결과
2	17:47 ~ 17:52	73.7	집회 종료 후 배경 소음

5) 함흥냉면(지역 5)

함흥냉면이 위치한 곳은 앰프와 거리가 70m정도 떨어진 곳이었으며, 전체 평균은 80.7dB(A)이었으며, 집회 종료 후의 배경소음은 68.6dB(A)이었다.



그래프를 살펴보면 80dB(A)을 나타내는 선을 중심으로 소음 그래프가 그려져 있는데, 80dB(A)을 넘는 시간대가 있는가하면, 80dB(A)이하로 발생하고 있는 시간대가 있어 측정 시기에 따라 기준치의 초과 여부가 달라질 수 있다.

표 8 .함흥냉면(지역 5) 소음 측정 결과

번호	시간	결과	비고
1	15:04 ~ 17:32	80.7	전체 시간에 대한 결과
2	17:41 ~ 17:47	68.6	집회 종료 후 배경 소음
3	16:44 ~ 16:49	83.3	

3. 평가 및 결론

① 이번 조사를 통해서 나타난 결과는 입법 예고된 집회 및 시위에 관한 법률 시행령중개정령(안)에서 규정하고 있는 소음기준인 주간(일출 후~일몰 전) 80dB(A)을 초과하고 있었다.

이번 노동절 행사에서 사용된 앰프의 출력은 총 1.2×36 kW, 참석인원2만명의 대규모의 집회이다. 따라서 이렇게 대규모의 집회는 이번에 개정령(안)의 규제기준에 부합하지 않기 때문에 처벌의 대상이 된다. 특히 교통량이 많은 지역에서는 배경소음이 이미 80 dB(A)에 육박하는 수준이므로 이러한 환경에서 집회시 발생하는 소음수준을 80 dB(A)로 적용규제하려 하는 것은 지극히 비현실적인 것으로 판단된다.

② 노동절 행사는 대규모의 집회이므로 소음 수준이 대체적으로 80dB(A)을 상회하는 수준이다. 그러므

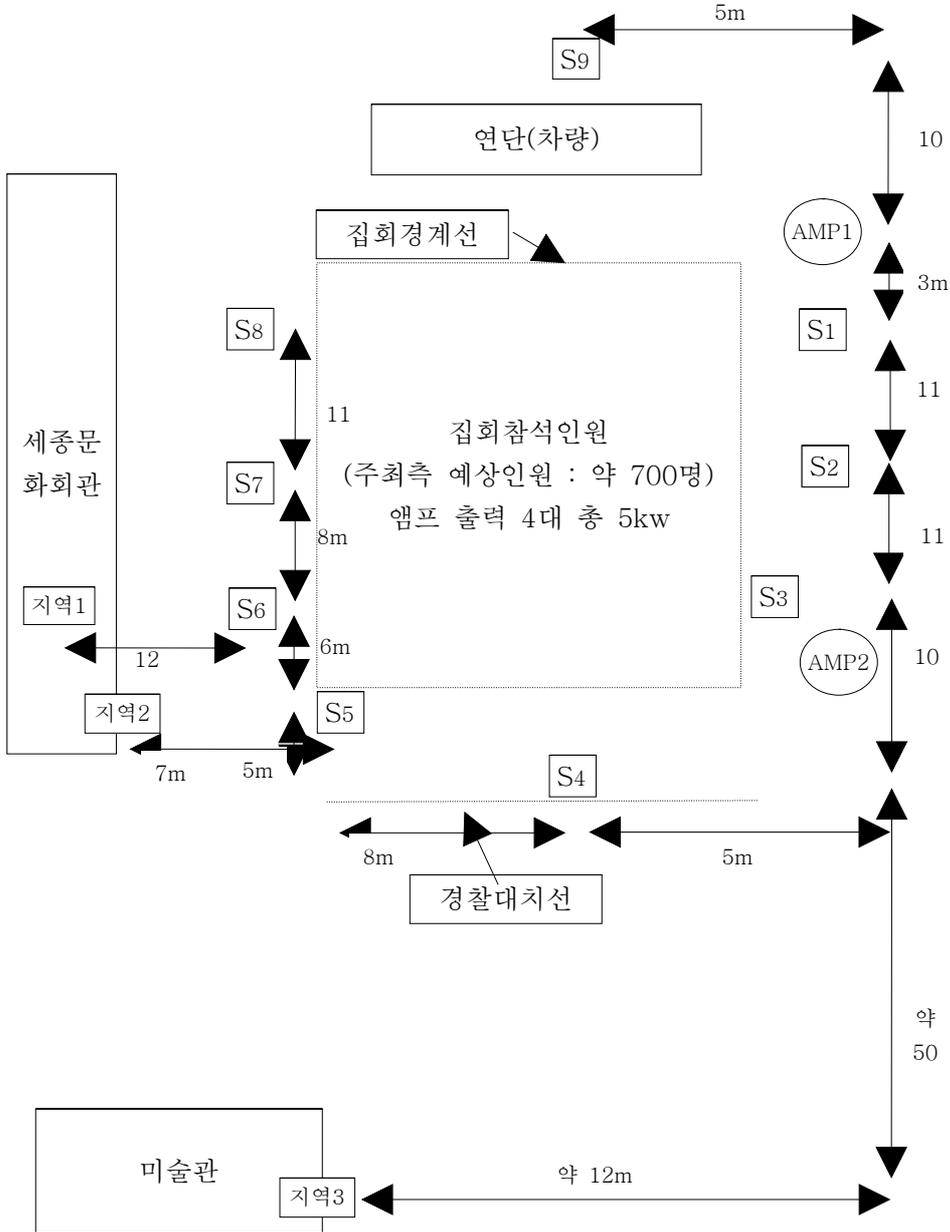
로 측정 시간에 따라 기준치의 초과 유무가 잘 나타나지 않으나, 비교적 소규모의 집회에서는 언제 측정을 하느냐가 중요한 문제가 된다. 집회 시간동안에 어느 한 장소, 어느 한 시간대에서는 등가소음이 80dB(A)을 넘는 소음이 발생 할 수 있다.

따라서 현재 개정안의 소음 규제치에 부합 할 수 있는 집회는 거의 없다고 볼 수 있다.

조사자 : 원진직업병관리재단부설 노동환경건강연구소 연구원 양 원 수

공무원노조, 전교조에 대한 공안탄압분쇄와 정치활동자유 보장촉구 결의대회(2004년 4월 10일) 소음 측정평가 결과

1. 집회장 주변 배치상황 및 소음조사방법 대한 개요



AMPN : 앰프

SN : 집회경계지역 소음측정

지역N : 소음피해가 예상되는 건물 외벽에서 장시간동안 소음측정

집회시작 전부터 종료까지(14:50~16:40) 집회에 참여한 사람들이 자리잡은 ①경계지역을 중심으로 소음을 측정하였으며, ②“피해가 예상되는 자가 위치한 건물의 외벽”을 선정하여 소음측정기를 부착하여 배

경소음과 집회중의 소음수준 등을 비교평가하였다.

2. 조사결과



표 1의 비교와 같이 집회가 진행되는 각 상황에 따라 소음수준은 매우 달라질 수 있다. 또한 참여한 인원과 앰프 수와 출력, 위치 등 여러 가지 변수에 의해서도 달라질 수 있는 것이다. 측정결과 집회 경계 지역에서의 소음수준은 77.2 ~ 109.0 dB(A)의 범위를 보이며, 대부분의 경우 80 dB(A)를 초과하는 것으로 나타났다.

표 9. 집회장 경계지역에서의 소음수준

지역	소음수준(측정시간별 평균치) [‡] 단위 : dB(A)	비고
S1	108.4 ~ 109.0	앰프 3m 앞에서 측정
S2	88.7 ~ 90.6	경찰대치와 연설, 구호
S3	90.3 ~ 93.2	앰프 뒤에서 측정
S4	89.3 ~ 97.6	구호, 투쟁가
S5	84.7 ~ 88.6	연설, 구호, 투쟁가
S6	88.5 ~ 88.6	연설, 구호
S7	84.2 ~ 85.8	연설, 투쟁가
S8	81.0 ~ 84.1	연설, 결의문 낭송
S9	77.2 ~ 83.9	연설, 집회종료

‡ : 집회가 시작되기 전인 14:50부터 16:40 집회종료까지 각 지역마다 5분씩 총 2회 측정하였으며, 결과는 측정시간동안의 평균치를 의미함.



“피해가 예상되는 자가 위치한 건물의 외벽”에서 측정한 결과는 표 2와 같다. 측정은 시간분석(Time-analysis)이 가능한 소음측정기를 이용하였으므로 각 시간대별로 비교하였다. 정식집회시작은 15:00부터 예정되어 있었으나, 경찰과 대치하는 과정에서 본격적으로 집회가 시작된 시점은 15:13분이었다. 따라서 14:00부터 15:13까지의 소음수준을 따로 산출하였으며, 실질적인 집회시작과 종료까지의 소음수준과 비교하였다.

세종문화회관 벽면과 매표소 벽면은 AMP 1, 2에 의해 직접적으로 소음이 전달될 수 있는 지역이었으며, 지역1(세종문화회관 벽면)은 AMP1에서 약 35m, AMP2에서 약 25m 정도 떨어진 위치였다. 지역2(매표소)는 AMP1에서 약 34m, AMP2에서 약 20m 떨어진 위치였다. 지역3(미술관 기둥)은 AMP2에서 약 60m 떨어진 위치로 AMP에 의한 영향을 가장 적게 받는 위치였다.

세종문화회관 인근은 교통량이 많은 도심지역이므로 평상시의 소음수준은 74~77 dB(A)에 이를 정도이다. 경찰과 대치하는 과정에서 구호를 외치는 등의 상황에서는 다소 상회하여 74.4~82.7 dB(A)에 이른다. 다만 집회가 진행되는 동안의 소음수준은 77.2~88.2 dB(A)로 훨씬 높아진다는 것을 알 수 있다.

표 10. “피해가 예상되는 자가 위치한 건물의 외벽”에서 측정된 시간대별 소음수준

지역	상황/시간대별		
	경찰대치 전까지의 소음* (14:00 ~ 15:13)	집회시간† (15:13 ~ 16:40)	총 측정시간의 소음수준 (14:00 ~ 16:40)
지역1(세종문화회관 벽면)	82.4	<u>87.0</u>	80.4
지역2(매포소 벽면)	82.7	<u>88.2</u>	81.6
지역3(미술관 기둥)	74.4	<u>77.2</u>	72.3

* : 집회가 본격적으로 시작되기 전부터 경찰과 대치과정까지의 소음수준. 이 수치를 배경소음으로 간주하기는 어려우며, 실제 배경소음은 경찰과 대치하지 않던 시점에서 SPL-meter(간이소음측정기)로 측정된 74~77 dB(A) 이었음.

† : 경찰과의 대치가 종료되고 실질적인 집회시작부터 종료까지의 소음수준

3. 평가 및 결론

① 집회장의 여러 가지 상황과 변수에 따라 소음수준은 달라질 수 있으나, 이번 조사를 통해서 나타난 결과는 입법예고된 집회및시위에관한법률시행령중개정령(안)(이하 개정령(안), 첨부자료 1. 참고)에서 규정하고 있는 소음기준인 주간(일출후 ~ 일몰전) 80을 초과하고 있으며, 측정소음과 배경소음의 차이에 따라 보정할 경우에도 쉽게 80 dB(A)를 초과할 수 있다. 또한 타 집회의 경우에도 초과할 가능성은 매우 높을 것으로 예상된다.

이번 조사에서도 나타났듯이 세종문화회관과 같이 교통량이 많은 지역에서는 배경소음이 이미 80 dB(A)에 육박하는 수준이므로 이러한 환경에서 집회시 발생하는 소음수준을 80 dB(A)로 적용·규제하려 하는 것은 지극히 비현실적이다.

② 집시법에 소음의 규제기준이 있을 이유가 있는가?

가. 현재 소음진동규제법 하에 생활소음규제기준(첨부자료 2. 참고)을 갖고 있고, 또한 환경정책기본법 하에서도 소음에 대한 환경기준을 갖고 있다. 어찌보면, 법리적으로 소음에 의해 일상적인 생활에 방해를 받고 건강상 악영향을 받지 않도록 해야 한다는 취지하에 현재까지 다른 법에서 제정하여 관리하고 있다는 얘기고, 여기에 집시법에서 규정하는 소음기준이 과연 필요한가에 대한 의문이 된다.

나. 그렇다면, 현재 개정령(안)의 내용을 볼 때, 소음의 측정위치나 대상 지역이 불분명하며 피해가 예상되는 지역의 외벽에서 측정한다는 점이 상당한 주관적 해석이 가능하고, 측정자가 경찰쪽이라는 점이 상당부분 소음수준을 빌미로 집회의 원천봉쇄를 의도하는 것이 아닌가 하는 의구심이 든다.

다. 이런 저런 점을 다 고려하더라도, 집회의 목적이 어떠한 쟁점과 주장에 대해 공공히 알려내고자 하는 것이며 이러한 목적을 따르기 위해서는 불필요한 소음은 어쩔수 없는 것이다. 물론 원치않는 인근 주민들에게 지나친 피해는 없어야 할 것이다. 보건적인 측면에서 볼 때, 일상적이고 지속적인 고소음은 소음성 난청을 가져올 수 있기 때문에 규제와 관리가 필요하다. 따라서, 소음진동규제법의 경우 지속적인

소음발생 사업장에 대해 엄격한 외부소음 규제기준을 만들고 적용하고 있다. 그러나, 집회의 경우 일시적이고 한시적인 소음발생원이라고 볼 수 있으며, 실제 이로 인한 건강상의 피해를 가져올 가능성은 매우 적다.

따라서, 이상의 내용을 정리할 때 집시법하의 소음규제기준은 그 근거가 미약하며 다른 소음관리 법안에 중복되는 내용이며, 그럼에도 불구하고 애매모호한 법적 규정등을 이용하여 개정안을 만들어 낸 데 대해 향후 집회를 원천봉쇄하기 위한 의도적인 규정안인가 하는 의심이 들며 이는 집시법의 본 취지에 어긋난다고 하겠다.

조사자 : 원진직업병관리재단부설 노동환경건강연구소 연구원 곽현석, 이성민

(9) 집회장소 금지 규정 개관

1) 집회장소의 중요성

현재 집회장소 금지규정은 침해의 측면에서 두가지로 대별해 볼 수 있다. 첫째, 항의대상이 되는 특정 장소나, 항의대상이 우연히 특정장소 인근에 있다는 이유로 금지되는 경우이다. 청와대, 외교기관, 법원, 국회 등 일정한 장소에서의 집회금지규정, 학교,주거, 군사시설 주변지역에서의 집회금지 내지 제한규정이 그것이다. 두 번째는 집회의 목적을 달성하기에 용이한 특정 공공장소에서의 집회를 제한하는 규정으로서 주요도로에서의 집회나 행진금지, 도시공원법에 의한 제한 등이 그것이다. 주요도로나 공원은 집회 개최의 용이성, 주장을 알리고 전달하는데 시내의 주요도로가 적절하다는 점 등에서 자주 선택될 수밖에 없다.

헌법상 집회의 자유에 의하여 구체적으로 보호되는 주요행위는 집회의 준비 및 조직, 지휘, 참가, 집회 장소, 시간의 선택이다. 주최자는 집회의 대상, 목적, 장소 및 시간에 관하여, 참가자는 참가의 형태와 정도, 복장을 자유로이 결정할 수 있다(헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바67, 2000헌바83 결정).

그 중에서도 집회시간과 함께 집회의 장소는 주최자에게 있어서 매우 중요하다.

즉 집회장소는 특별한 상징적 의미를 가진다. 특정 장소가 시위의 목적과 특별한 연관성이 있기 때문에 시위장소로서 선택되는 경우가 빈번하다. 일반적으로 시위를 통하여 반대하고자 하는 대상물이 위치하거나, 또는 시위의 계기를 제공한 사건이 발생한 장소에서 시위를 통한 의견표명이 이루어진다. 집회의 목적, 내용과 집회의 장소는 일반적으로 밀접한 내적인 연관관계에 있기 때문에 집회의 장소에 대한 선택이 집회의 성과를 결정짓는 경우가 적지 않은 것이다. 집회가 국가권력에 의하여 세인의 주목을 받지 못하는 장소나 집회에서 표명되는 의견에 대하여 귀기울이지 않는 장소로 추방된다면 기본권의 보호가 사실상 그 효력을 잃게 된다는 점에서도 집회의 자유에 있어서 장소의 중요성은 뚜렷하게 드러난다. 집회장소가 바로 집회의 목적과 효과에 대하여 중요한 의미를 가지기 때문에 누구나 '어떤 장소에서' 자신이 계획한 집회를 할 것인가를 원칙적으로 자유롭게 결정할 수 있어야만 집회의 자유가 비로소 효과적으로 보장되는 것이다. 따라서 집회의 자유는 다른 법익의 보호를 위하여 정당화되지 않는 한, 집회 장소를 항의의 대상으로부터 분리시키는 것을 금지되어야 한다(헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바67, 2000헌바83 결정).

2) 장소제한에 관한 외국 입법례

가) 독일

독일 집회 및 행진에 관한 법률 제 16조는 옥외집회 및 시위가 허용되지 아니하는 예외구역을 규정하고 있다. 제 1항에 따르면 연방 또는 주의 입법기관과 연방헌법재판소에 대해 설정된 금지구역 내에서는 옥외공개집회 및 시위를 할 수 없다. 장소 제한은 기본적으로 입법부 및 헌법재판소 주변 일정 범위에 국한되어 있을 뿐이다.

나) EU

오스트리아 정부가 고속도로를 가로막는 시위를 금지하지 않은 것은 상품의 자유로운 이동을 보장해야 한다는 EC조약 제 28조 위반이라며 소송이 제기된 사건. 오스트리아 정부는 관련된 다양한 법익을 비교 형량한 결과, 장거리 운송에 심각하거나 영구적인 방해가 되지 않는 한 집회시위의 자유를 보장해야 한다는 결론을 내렸다고 변론하였다. 원고측은 오스트리아 정부가 상품 운송에 방해가 덜 되는 대안적인 집회장소(주변의 다른 도로 등)를 유도해야 했다는 주장했다. 이에 대해 유럽사법재판소는 '주변의 다른 곳에서 집회를 하도록 했다면 과적 운송으로 인한 환경오염을 막아야 한다는 집회 내용이 강하게 전달 되지 않았을 것이며 운송을 상징적으로 멈추는 수준에 그쳤을 것이다. 따라서 다른 집회장소를 요구하는 것은 집회의 본질적인 부분을 침해하는 과도한 규제가 되었을 것'이라고 하였다.⁵⁴⁾

3) 미국

집회 장소가 공공의 광장인 경우 집회에 대한 규제의 정당성은 가장 엄격하게 심사된다. 피크닉, 산책, 경치 감상 등을 즐기기 위해 공원에 오는 사람들에 방해된다는 이유로 공원과 같은 공공의 광장에서의 집회시위를 금지할 수는 없다. A Quaker Action Group v. Morton판결에서 대법원은 "대중 집회를 하고 의사를 전달하기 위해 이용하는 것은 공원의 전통적이고도 기본적인 기능이다. 수정 헌법 제1조에 근거한 대중집회 역시 관광이나 여가 활동만큼 중요한 공원의 기능"이라고 하였다.⁵⁵⁾ 집회 장소가 좁다는 이유로 집회에 제한조건을 더하는 것이 불가능하지는 않지만 불필요하게 과한 제한을 하는 것은 효력이 없다. 상업빌딩이나 관공서 앞 도로, 인도에서의 집회를 완전히 금지하는 규정은 구체적인 조건과 상관없이 집회참가 인원을 일괄적으로 제한하므로 위헌이라고 결정하였다.⁵⁶⁾ 같은 장소에 이미 허가받은 행진이 있을 경우 금지할 수 있으나 두 행진이 서로 다른 경로로 진행돼서 방해될 위험이 없는 경우에는 둘 다 허가해야 한다.⁵⁷⁾

도서관, 학교, 소방서, 행정관서, 법원, 외국대사관, 교도소, 군부대, 병원 주변은 법령을 통해 집회시위를 규제하는 대표적인 예이다. 미국에서는 이 장소들 부근에서의 시위를 원칙적으로 금지하는 것이 아니

54) Eugen Schmidberger Internationale Transporte Planzuge v Austria (C112/00) [2003] 2 C.M.L.R. 34 (ECJ); Gerry Facenna, Euten Schmidberger Internationale Transporte Planzuge v Austria: Freedom of Expression and Assembly vs Free Movement of Good, European Human Rights Law Review, 2004. 1, pp.74-78에서 재인용.

55) 516F.2d 717, 724(D.C. Cir. 1975); Joel M. Gora, David Goldberger, Gary M. Stern, Morton H. Halperin, The Right to Protest The Basic ACLU Guide to Free Expression, Southern Illinois University Press, 1991, p.181에서 재인용.

56) Davis v. Francois, 395 F.2d 1111(D.C. Cir. 1969); 박경신, p.183에서 재인용.

57) Olivieri v. Ward, 801 F.2d 602(2d, Cir.1986); 박경신 p. 189에서 재인용.

라 집회 시위의 방법과 구체적으로 연결시켜서 판단하고 있다. *Cox v. Louisiana* 판결에서 대법원은 “법원의 업무에 영향을 미치지 않게 하기 위하여 시위를 규제하는 것은 허용되나 구체적인 한계를 명시”해야 한다고 하였다.⁵⁸⁾

주거지에 인접한 도로, 광장도 다른 공공의 광장에 비해 규제가 쉬운 편이지만 구체적인 상황에 근거하여 집회를 금지할 것을 요구한다. *Frisby v. Schultz*⁵⁹⁾ 판결은 피켓팅의 목적이 특정 집의 거주자에게 메시지를 전달하기 위한 것이라면 금지될 수 있다고 보았다. 특정 집의 거주자를 대상으로 그 집 앞에서 하는 것은 프라이버시 침해가 되지만 주변의 이웃집을 지나 행진하거나 걷는 것은 규제해선 안 된다고 하였다. 공무원의 공무집행상 행동에 항의하기 위해 그 공무원의 주거지에서 시위하는 것은 금지할 수 있다. 그러나 시위자들이 직장에 근무하여 퇴근 후에만 시위를 할 수 있는 경우에는 주거지 시위도 예외적으로 용납된다고 한다. 그 지역 주민이 바로 시민의 시위대상인 경우, 예컨대 집주인들이 특정인들을 차별하여 세를 주지 않는 경우 등에는 주거지역에서의 시위가 당연하다. 왜냐하면 다른 장소에서 시위를 한다는 것은 아무 의미가 없기 때문이다.

사유지나 건물에서의 집회나 시위에는 주거침입 등의 죄가 적용될 수 있지만 그렇다고 해서 집회 시위의 자유를 원천적으로 부정하는 건 아니다. 시위의 대상과 목적이 당해 사유재산과 관련된 경우이거나, 사유재산(상가건물의 경우)을 이용하는 사람들의 불편을 최소화하는 범위내에서⁶⁰⁾ 또는 노동자가 사용자에 대해 시위하는 경우에도 다른 적당한 장소가 없다면 사용자소유의 공장 내에서 시위할 수 있다고 봄이 상당하다⁶¹⁾고 한 판례가 있다. *Venetian Casino Resort, L.L.C. v. Local Joint Executive Board of Las Vegas* 판결에서⁶²⁾ 연방항소법원은 *Venetian Casino*의 사유지 위에 새로 만들어진 인도에서 집회할 권리를 막을 수 없다고 결정하였다. 새로 만들어진 인도 역시 통행로라는 역할을 한다는 점에서 공공광장으로서의 성격이 강하다고 보았다. *Pruneyard Shopping Center v. Robins* 판결에서도⁶³⁾ 다중에게 개방된 사유지에서의 연설 활동을 보호하기도 하였다.

1998년 같은 교단 소유의 교회건물 사이에 있는 거리를 보행자를 위한 아름다운 도로로 만들기 위해 당해 교단에 지역권(easement)을 인정해주는 계약을 *Salt Lake*시가 체결하였다. 보행자용 도로로 만든다는 목적에 따라 시는 지역권을 인정해준다 해도 울타리나 출입구를 설치해선 안 된다는 조건을 달았다. 또한 이 계약에서 당해 교단은 보행자용 도로에서의 집회, 시위, 피켓팅, 유인물 배포 등을 제한할 수 있다

58) 379 U.S. 536(561), 1965.

59) 487 U.S. 474(1988)

60) *Amalgamated Food Employees Union Local 590 v. Logan Valley Plaza*, 391 U. S. 308(1968). 슈퍼마켓이 주변에 넓은 주차장을 마련했는데 그 부근의 도로가 비좁을 경우라면 슈퍼마켓 이용 고객의 불편을 최소화하는 범위 안에서 주차장에서의 시위도 인정되어야

61) *NLRB v. Stowe Spinning Co.*, 336 U.S. 226, 1949.

62) 257 F.3d 937 (9th 2001).

63) 447 U.S. 74(1980); Joel M. Gora, David Goldberger, Gary M. Stern, Morton H. Halperin, *The Right to Protest The Basic ACLU Guide to Free Expression*, Southern Illinois University Press, 1991 p.163에서 재인용.

고 규정하였다. 연방항소법원은 교단에게 지역권을 인정했다 하더라도 여전히 보행자 통행을 목적으로 하는 공공광장으로서의 성격이 더 크므로 집회시위는 여전히 가능하다고 결정하였다.⁶⁴⁾ 사유지라해서 일괄적으로 집회를 금지하지 않는다는 것에서 알 수 있듯 미국은 집회시위의 자유 제한에 있어 구체적인 상황에 근거한 엄격한 심사를 하고 있다.

심지어 집회를 금지하는 법령이 합헌일지라도 집회장소가 도로처럼 집회의 자유를 최대한 보장해야 하는 곳과 겹쳐질 때에는, 문제가 없는 한 허용해야 한다는 판결도 있다. “연방대법원 주위의 공공보도에서 피켓을 들고 행진하거나 유인물을 나누어주는 것은 허용되어야 한다. 대법원 주위의 보도를 다른 곳과 구별하기 어렵다.”⁶⁵⁾

(10) 외교기관, 청와대, 국회, 법원 등 집회금지 장소 규정

1) 관련 규정

제11조 (옥외집회 및 시위의 금지장소)

누구든지 다음 각호에 규정된 청사 또는 저택의 경계지점으로부터 1백미터 이내의 장소에서는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니된다.

1. 국회의사당, 각급법원, 헌법재판소
2. 대통령관저, 국회의장공관, 대법원장공관, 헌법재판소장공관
3. 국무총리 공관. 다만, 행진의 경우에는 그러하지 아니하다.
4. 국내주재 외국의 외교기관이나 외교사절의 숙소. 다만, 다음 각목의 1에 해당하는 경우로서 외교기관이나 외교사절의 숙소의 기능이나 안녕을 침해할 우려가 없다고 인정되는 때에는 그러하지 아니하다.
 - 가. 당해 외교기관이나 외교사절의 숙소를 대상으로 하지 아니하는 경우
 - 나. 대규모 집회 또는 시위로 확산될 우려가 없는 경우
 - 다. 외교기관의 업무가 없는 휴일에 개최되는 경우

2) 집회장소의 중요성과 침해사례

집시법 제11조의 규정은 그 장소자체가 주로 항의의 대상이 될 가능성이 높은 곳이어서 국민의 비판과 여론에 오히려 더 적극적으로 귀를 기울여야 하는 곳임에도 아예 금지하고 있다.

외교기관의 경우에도 헌법재판소의 결정과 법개정에 따라 일부 개선서되기는 하였으나, 여전히 국제법이나 외국 입법례에 비하여 과도하게 집회의 자유를 제한할 소지가 있다.

64) First Unitarian Church v. Salt Lake City Corp., 308 F.3D 1114 (10TH CIR. 2002).; Seth D. Rogers, Constitutional Law - A Forum by any Other Name . . . Would be just as Confusing, Wyoming Law Review, 2004. 4, pp.775-777에서 재인용.

65) U.S. v. Grace, 1983.

집회의 목적, 내용과 집회의 장소는 일반적으로 밀접한 내적인 연관관계에 있고 집회의 장소에 대한 선택이 집회의 성과를 결정짓는 경우가 적지 않다. 그런데 집시법 제11조와 같이 해당장소로부터 100미터 내에서의 집회를 금지하게 되면 현실의 도시구조상 사실상 그 집회가 세인의 주목을 받지 못하는 장소나 집회에서 표명되는 의견에 대하여 항의대상이 귀기울이지 않는 장소로 추방되는 결과를 가져오게 된다. 이는 집회의 목적을 달성하지 못하게 하고, 집회의 성과를 미미하게 함으로써 주최단체는 집회자체를 포기하기에 이른다. 결국 그 장소에서 집회를 금지하는 결과를 초래하게 되는 것이다.

이 조항과 관련하여 주로 문제로 등장한 것은 외교기관이었다. 외교기관의 경우에는 그 숫자가 많아 주요집회장소나 행진로 인근에 외교기관이 있는 경우에 집회나 행진이 봉쇄되기 일수였고 심지어 재벌기업들이 본사앞에서의 집회를 봉쇄하고자 제3세계의 대사관을 유치하는 일들이 사회문제화되기도 하였다. 통상 집회는 그 목적에 맞는 장소에서 이루어지는 것이 보통이고 특히 노동문제에 있어서는 사업장이거나 본사가 위치한 건물에서 집회를 하기마련인데, 사업장 또는 본사 건물의 소유주인 사업주가 이러한 집회를 원천적으로 봉쇄하기 위하여 무상 또는 유상으로 대한민국에 주재한 각 국의 대사관을 유치 및 입주시킴으로써 헌법상 보장된 기본권을 기업들이 교묘한 방법으로 봉쇄해온 것이다.

[사례10-1] 재벌기업이 집회를 막기위해 위 규정을 악용하는 사례

◎ 삼성그룹 본사와 계열사가 있는 서울 중구 태평로 3개 빌딩 주변에선 앞으로 집회나 시위를 볼 수 없게 된다. 삼성이 지난 25일 서울 종로구 운니동에 있던 주한 엘살바도르 대사관을 이곳 삼성생명본사 사옥 21층에 유치했기 때문이다. 실제로 서울 남대문경찰서는 올 2월부터 이곳에서 원직복직과 명예회복을 요구하는 집회를 벌여온 '노조 설립추진 및 IMF관련 삼성해고자 복직투쟁위' 김성환 위원장(42) 앞으로 "이미 신청한 삼성생명 사옥 앞 집회 7건을 3월25일부터 모두 불허한다"고 24일 서면통보했다.

97년 삼성생명.삼성분관 빌딩 옆의 태평로빌딩에 싱가포르대사관과 싱가포르 무역진흥사무소를 입주시켜 당시 계열사였던 이천전기(98년 퇴출 후 일진그룹이 인수) 노동자들의 집회를 「원천봉쇄」 한 바 있는 삼성으로서는 또한 번 완벽한 '예방조치'를 취한 결과가 된 셈이다.

26일 본사 취재진의 확인결과 현재 삼성생명 21층 삼성생명 e-비즈니스팀 사무실 옆엔 엘살바도로 대사관의 간판이 이미 내걸렸으며 마무리 내장공사가 진행중이다.

삼성해고자 복직투쟁위는 "작년에는 삼성측에서 하지도 않을 자체집회를 신고하면서 광장을 선점하는 바람에 집회를 할 수 없었다"며 "집회를 막기 위해 일부러 엘살바도르 대사관을 유치했을 가능성이 짙다"고 비난했다. 한편 익명을 요구한 경찰의 한 관계자는 "해고노동자 집회 및 각종 민원과 관련된 집회.시위 등에 시달리는 일부 대기업들이 현행 집시법 규정을 활용해 임대료를 대폭 할인해주는 등의 방법으로 군소국가 대사관을 유치하려는 움직임을 보이고 있는 것으로 안다"고 말했다.

(경향신문 2000-03-27)

◎ 22일 현대상선 등에 따르면 오는 26일 서울 세종로 정부중앙청사 뒤편 이 회사 건물에 입주하는 주한 파나마 대사관측은 지난 1월 회사측으로부터 먼저 입주 제의를 받았던 것으로 알려졌다. 또 파나마 대사관은 현대측과 59평 사무실에 월 3백만원의 임대료로 입주를 계약하기로 했다. 이는 다른 입주사에 비해 싼 것이다. 지난해 7월 주한 브루나이 대사관이 입주한 동화면세점 빌딩에서도 보증금과 월세를 각각 10%씩 할인해준 것으로 나타났다.

(경향신문 2000-05-23)

◎ 삼성은 특히 삼성생명 본사 건물뿐만 아니라 자사 소유인 국제청이 입주해 있는 종각 앞 삼성타워에 지난 5일 온두라스 대사관을 유치하는 데 성공했다.

삼성타워 앞은 200여평의 공간이 있어 각종 시위의 새로운 메카로 자리를 잡던 중이었다. 특히 삼성해고자복직투쟁위원회의 집회는 삼성본관에서 밀려나 삼성타워로 옮겼다가 이젠 갈 곳을 찾지 못하고 있다. 투쟁위측은 "민주적 집회 자체도 인정하지 않으려는 발상을 다시 한번 입증한 것"이라며 "과연 이런 것이 '삼성이 하면 다르다'는 것이냐"고 반문했다

(경향신문 2000-06-10)

3) 외교기관 관련 국제법의 원칙과 외국 입법례

이에 관한 국제법으로는 비엔나 협약 제22조 제2항이 있다. "접수국은 어떠한 **침입**이나 **손해**에 대해서도 공관지역을 보호하며, 공관의 **안녕을 교란**시키거나, **품위의 손상**을 방지하기 위하여 모든 적절한 조치를 취할 특별한 의무를 가진다"고 하며, 또 같은 협약 제30조 제1항에 따르면 "외교관의 개인 주거는 공관지역과 동일한 불가침과 보호를 향유한다"고 되어 있다. 결국 위 협약에 따르면 우리 정부는 외교기관의 구체적인 위해 즉 "침입", "손해", "안녕을 교란", "품위의 손상"으로부터 방어할 의무가 있는 것이지, 현행법과 같이 외교기관의 주변지역에서의 집회와 시위를 다시 모호한 규정을 도입하여 제한하는 것은 과도한 제한이라고 아니할 수 없다. 비엔나 협약에 따르면 이미 집시법 제5조 제1항 제2호나, 해산명령 등 경찰권 발동관련 규정으로도 얼마든지 외교기관이나 사절의 숙소에 대한 보호가 가능하다.

미국은 이전에 '외국정부, 정당, 기구, 소속직원, 외교사절, 영사 등을 위협, 강제, 일반인의 혐오감 고취, 괴롭히기, 자유로운 업무수행을 방해하려는 등의 목적으로 워싱턴 D.C 내의 외국 외교공관이나 영사관으로 사용되는 건물이나 부지의 500피트 이내에서 경찰의 허가 없이 깃발, 기치, 플래카드, 기타 수단을 게시하는 행위를 금하는 한편, 500피트 이내 지역에서 워싱턴 D.C. 경찰당국의 해산명령에도 불구하고 집회를 계속하는 것을 금지하였었다. 그러나 이후 일부 위험선언이 내려지는 등 우려곡절을 겪다가 워싱턴 D.C.법은 폐기되었으며 현행 미국법은 외교공관 등으로부터 100피트 이내에서 외교사절들을 위협·강박·협박 등을 하거나, 이들의 업무수행을 방해하는 행위를 하기 위하여 2인 이상의 집회는 하는 경우에만 금지되고 있다.

영국의 경우에도 공관의 업무가 방해되지 않으며, 직원들이 공포에 휩싸이지 않고, 직원과 방문객의 자유로운 통행이 확보되면 협약상의 의무는 준수된 것으로 보고 있다. 따라서 외교공관 밖에서의 시위는 그것이 공관의 안전이나 업무효율성을 위태롭게 하지 않는 한 허용된다고 한다.

일본의 경우에는 관련 법률이 외교기관 등의 주변 장소에서 정숙을 해치는 방법으로 확성기를 사용할 수 없도록 하고 있을 뿐이다. 호주의 경우에도 외교공관의 업무에 해를 가하지 아니하고 존엄을 침해하지 않은 정도의 공관주변에서의 항의집회나 시위는 별달리 규제되지 않는다. 독일에서는 외교공관주변에서의 집회시위를 규제하는 직접적인 법률규정은 없다⁶⁶⁾.

4) 집시법 제11조 외교기관 부분에 대한 헌법재판소의 위헌결정과 그 이후상황

66) 자세한 내용은 정인섭, '집회시위의 자유와 외국공관의 보호', 집회와 시위의 자유, 공익과 인권 제6호, 2003. pp.150-157

헌법재판소는 2003. 10. 30. 집시법 제11조 외교기관 부분에 대하여 위헌결정을 내렸다. 심판의 대상이 된 사안이 외교기관에 관한 사건이므로 외교기관에 국한하여 위헌결정을 내릴 수밖에 없었지만, 그 전체적인 취지는 다른 장소의 경우에도 관련이 있다.

헌법재판소는 먼저 집회장소의 의미에 대하여 “집회장소가 집회의 목적과 효과에 대하여 중요한 의미를 가지기 때문에, 누구나 ‘어떤 장소에서’ 자신이 계획한 집회를 할 것인가를 원칙적으로 자유롭게 결정할 수 있어야만 집회의 자유가 비로소 효과적으로 보장되는 것이다. 따라서 집회의 자유는 다른 법익의 보호를 위하여 정당화되지 않는 한, 집회장소를 항의의 대상으로부터 분리시키는 것을 금지한다. 이 사건 법률조항이 집회금지구역을 규정함으로써 집회의 자유의 자유로운 행사를 장소적으로 제한하기 때문에, 이 사건 법률조항은 집회의 자유를 제한하는 규정이다”고 성격을 규정하면서,

이 조항의 위헌성 여부에 대하여 “입법자는 집회의 자유를 규율함에 있어서 특정 장소를 보호하는 별도의 규정을 둘 수는 있으나, 이 경우 비례의 원칙을 준수하여야 한다. 첫째, 외교기관에 대한 집회가 아니라 우연히 금지장소 내에 위치한 다른 항의대상에 대한 집회의 경우, 이 사건 법률조항에 의하여 전제된 법익충돌의 위험성이 작다고 판단된다. 이 사건 법률조항의 문제점은, 집회금지구역 내에서 외교기관이나 당해 국가를 항의의 대상으로 삼지 않는, 다른 목적의 집회가 함께 금지된다는데 있다. 특히, 서울과 같은 대도시에서 주요건물이 밀집해 있는 경우, 그 곳에 우연히 위치한 하나의 보호대상건물이 1백미터의 반경 내에 위치한 다수의 잠재적 시위대상에 대한 집회를 사실상 함께 금지하는 효과가 있다. 둘째, 소규모 집회의 경우, 일반적으로 이 사건 법률조항의 보호법익이 침해될 위험성이 작다. 예컨대 외국의 대사관 앞에서 소수의 참가자가 소음의 발생을 유발하지 않는 평화적인 피켓시위를 하고자 하는 경우, 일반 대중의 합세로 인하여 대규모시위로 확대될 우려나 폭력시위로 변질될 위험이 없는 이상, 이러한 소규모의 평화적 집회의 금지를 정당화할 수 있는 근거를 발견하기 어렵다. 셋째, 예정된 집회가 외교기관의 업무가 없는 휴일에 행해지는 경우, 외교기관에의 자유로운 출입 및 원활한 업무의 보장 등 보호법익에 대한 침해의 위험이 일반적으로 작다고 할 수 있다.

그렇다면, 이 사건 법률조항의 보호법익에 대한 위험이 구체적으로 존재하지 않는 경우에 대하여 예외적으로 집회를 허용하는 규정을 두어야만, 이 사건 법률조항은 비례의 원칙에 부합한다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은 전제된 위험상황이 구체적으로 존재하지 않는 경우에도 이를 함께 예외 없이 금지하고 있는데, 이는 입법목적을 달성하기에 필요한 조치의 범위를 넘는 과도한 제한인 것이다. 그러므로 이 사건 법률조항은 최소침해의 원칙에 위반되어 집회의 자유를 과도하게 침해하는 위헌적인 규정이다”라고 판단하였다.

위와 같은 위헌결정이 2003. 10. 30. 내려지자, 미국대사관 등 광화문 주변지역에서의 집회금지가 풀리면서 여러 시민사회단체들이 종로경찰서에 집회신고를 접수하고자 하였으나, 이미 그 사이에 종로경찰서가 개입하여 대리위장집회신고, 기업이나 단체로 하여금 위장집회신고를 접수하도록 하여 다시 광화문 주변지역의 집회를 봉쇄해 버렸다.

[사례9-2] 경찰대사관 시위 썩쓸이 '종로경찰서 등 대리인 앞세워' (CBS 뉴스 2003-11-11)

지난달 30일 헌법 재판소가 외교기관 주변에 대한 집회 허용 결정을 내린 직후, 광화문 일대 주요 장소에 대한 집회 신고가 오는 2천7년까지 모두 마감됐습니다.

그러나, 이들 집회 가운데 상당수는 명목상의 집회신고로 특히, 이들 집회신고 과정에 경찰이 깊숙이 개입한 사실이 CBS 취재결과 확인됐습니다.

헌법재판소 결정이 내려진 지난달 30일 종로구 의회 김모 의원은 베트남 대사관이 있는 감사원 주변에 집회 신고를 냈습니다. 그런데 김의원의 집회 신고 과정에는종로경찰서 정보과 배모 경장이 깊숙이 개입한 것으로 드러났습니다.

배 경장은 김의원에게 전화를 걸어 집회신고를 요청하는가 하면,신고서를 대신 작성까지 했습니다.특히, 김의원의 도장도 찍히지 않은 신고서에는 놀랍게도 서명까지 돼 있었습니다.

김의원의 얘깁니다.

인서트 ("몰어봤어요. 그랬더니 도장만 찍으면 되지, 내가 인정만하면 되지.그러더라고 내가 새로 쓰겠다고 했더니 이미 문서에 싸인이 됐더라고")

김 의원은 또 파나마 대사관 주변에 집회신고를 낸 종로구 의회 조 모의원도 종로서 정보과 오 모경장으로부터 연락을 받고 집회를 냈다고 밝혔습니다.

이에대해 배 경장은,"김의원에게 먼저 전화를 건 사실과 집회신고서를 대신 작성한 사실은 인정 하면서도 불법이 아니라고" 변명했습니다.

인서트 ("의원에게 얘기해 줬어요. 그 다음날 와 가지고 작성해주고,도장찍고 해주고 갔어요. 법적으로 문제가 안 돼요.")

경찰이 개입한 흔적은 이뿐만이 아닙니다.일본 대사관 주변에 접수된 집회 신고 역시 종로서 정보과 유모 경사가 주변 건물인 삼성수송타워 관리팀 윤모 팀장에게 전화를 걸어 집회신고를 접수토록 했습니다.

이에따라 윤 팀장은 다음날 집회 신고를 냈으나, 유모경사가 수요일은 집회일자에서 빼달라는 요청을 해 와 집회 일자를 고쳐 다시 팩스로 종로서 정보과에 보냈습니다.

이처럼 종로경찰서 정보과 직원들이 집회 신고 과정에 깊숙이 관련된 사실이 속속 확인됨에 따라 경찰의 조직적인 개입의혹과 함께 파문이 예상됩니다.

CBS뉴스 권민철기자 btwinpine@cbs.co.kr

[사례9-2] 경찰 '집회신고 썩쓸이' 개입(한겨레 2003-11-12)

경찰이 대사관 주변 주요 건물주나 해당 구의원 등에게 '방어 집회' 를 신고할 것을 권유해 장소 선점을 도운 것으로 드러났다.

11일 서울 종로경찰서와 집회 신고자 등에 따르면, 이 경찰서 정보과 B 경장은 '외국 대사관 주변 100m 이내 집회 금지' 규정에 대한 현재의 위헌 결정이 내려진 지난달 30일 오후 8시30분께 김아무개 종로구의원에게 전화를 걸어 베트남 대사관 맞은편인 감사원 주변에 집회신고를 낼 것을 권했다.

B 경장은 김 의원에게 "신고를 미리 해놓을테니 내일 아침 도장을 찍어달라" 고 한 뒤 2003년 11월2일부터 2005년 말까지 '삼청동 번영화 사유재산보장 결의대회' 명목으로 집회신고를 대신 해줬다.

김 의원은 <한겨레>와의 통화에서 "B 경장이 전화를 걸어와 '집회신고를 대신 해놓겠다' 고 말해 동의를 하고 이튿날 아침에 가보니 내 이름으로 서명까지 돼 있었다" 고 말했다.

현재 결정 뒤 가장 관심을 모았던 미국대사관 주변 집회신고 과정에서도 경찰의 개입 의혹이 일고 있다.

종로서는 현재 결정 직후 집회신고 희망자가 몰리자 정문 옆 민원실 방문자 접수 순서대로 집회신고를 받았다. 그러나 이날 오후 4시께 미대사관 앞을 행진코스로 선점한 대림산업은 방문자 목록에 기록돼 있지 않은 것으로 확인됐다. 이날 종로서를 방문해 집회신고를 낸 대림산업 김아무개씨는 "종로서 정문 앞에서 삼성생명해고자복직투쟁

위 소속 사람들이 경찰과 실랑이를 벌이고 있어 소란한 틈에 방문증을 받지 않고 정보2계 사무실로 올라갔다” 고 말했다. 이에 대해 천범녕 중로서 정보과장은 “경찰이 먼저 구의원에게 전화해 집회신고를 대신 해주고, 방문자 접수도 하지 않은 사람의 집회신고를 받아 먼저 처리한 것은 명백한 잘못” 이라면서도 “사전에 대립산업 쪽에 집회신고를 요청한 일은 없다” 고 해명했다.

황준범 기자 jaybee@hani.co.kr

어떻든 위험결정 이후 개정 집시법에서는 다음과 같이 규정하게 되었다.

“4. 국내주재 외국의 외교기관이나 외교사절의 숙소. 다만, 다음 각목의 1에 해당하는 경우로서 외교기관이나 외교사절의 숙소의 기능이나 안녕을 침해할 우려가 없다고 인정되는 때에는 그러하지 아니하다.

- 가. 당해 외교기관이나 외교사절의 숙소를 대상으로 하지 아니하는 경우
- 나. 대규모 집회 또는 시위로 확산될 우려가 없는 경우
- 다. 외교기관의 업무가 없는 휴일에 개최되는 경우“

개정법은 헌법재판소 결정의 취지를 일부 반영하였으나, 여전히 몇가지 문제점을 안고 있다. 먼저 외교사절의 숙소까지 금지장소의 대상에 포함되어 장소가 광범위해졌다(이전 집시법에서 외교사절의 숙소는 행진은 금지하지 않았다). 그리고 헌법재판소의 결정을 왜곡하여 여전히 자의적인 운영의 가능성을 그대로 남겨두었다. 이 개정법을 해석하면 당해 외교기관이나 외교사절의 숙소를 대상으로 하지 아니하는 경우에도 ‘외교기관이나 외교사절의 숙소의 기능이나 안녕을 침해할 우려가 없다고 인정되는 때’에만 집회가 금지되지 않는다. 각목 2호, 3호는 외교기관이나 외교사절의 숙소를 대상으로 하더라도 대규모 집회 또는 시위로 확산될 우려가 없는 경우나 업무가 없는 휴일에 개최되는 경우에는 집회를 금지해서는 안 된다는 헌법재판소 결정의 취지를 반영한 것인데, 이 경우에도 다시 ‘외교기관이나 외교사절의 숙소의 기능이나 안녕을 침해할 우려가 없다고 인정되는 때’라는 요건을 추가하고 있다.

그러나 이 요건의 판단주체가 경찰관서장이고 문구 자체가 자의적 해석의 가능성이 큰 것이어서 운영하기에 따라서는 개정전이나 다를 바 없는 결과를 초래할 수 있다. 왜냐하면 당해 외교기관과 아무런 관련이 없는 집회나 행진조차도 상당규모 이상의 집회인 경우에는 ‘외교기관의 기능이나 안녕을 침해할 우려가 있다’는 자의적인 판단 하나로 얼마든지 금지대상이 될 소지가 있는 것이다.

5) 국회, 청와대, 법원 등 집시법 제11조의 다른 장소의 문제

집시법 제11조는 특정한 장소에서 집회가 행해진다는 것만으로 추상적인 위험성이 존재한다는 예측관단에서 출발하여 위 장소에서의 집회를 일괄적으로 금지하고 있다.

그 중에서 국회의장공관, 대법원장공관, 헌법재판소장공관, 국무총리 공관의 경우에는 주로 집무가 이루어지는 곳이 아니라, 주거지역에 불과하므로 특별히 집회가 금지될 하등의 이유가 없다. 이 규정은 권위주의 시대의 대표적인 산물로서 헌법상 인정되는 다른 헌법적 기능의 보호와는 무관한 장소이다.

다음으로 국회의사당 인근에서의 집회를 전면적으로 금지한 것은 국회에의 자유로운 출입을 비롯하여 국회 및 그 하부기관(예컨대, 위원회, 원내교섭단체)의 원활한 기능과 의원의 신체적 안전을 보장하고자

하는 것이다. 국회의 기능보장이란 입법권을 의회에 귀속시킨 헌법규정(헌법 제40조), 의회의 기능을 보장하기 위한 일련의 헌법규정(헌법 제42조, 제44조, 제45조 등)에 비추어 헌법적으로 보호되는 법익이다.

한편 의사당 앞에서의 집회의 경우 의회가 시위의 직접적인 압력 하에서 공익과 배치되는 약속이나 결정을 할 위험이 있기 때문에 의회의 결정 또는 의사형성의 자유, 소수의 의한 직접적 위력으로부터 보호가 집회금지장소규정의 보호법익으로서 인정될 수 있는가 하는 문제가 제기될 수 있다.

헌법이 예정하고 있는 평화적인 시위는 그것이 비록 의사당 앞에서 이루어지더라도 헌법 제46조 제2항의 자유위임에 반하는 위임과 지시에 비교할만한 강력한 강제효과를 가진다고 할 수 없다. 물론 집회는 어느 정도 정치적 압력을 행사함으로써 국가기관의 정치적 의사형성에 영향을 행사하기에 적합하고 바로 이러한 이유로 집회의 자유는 민주국가에서 정치적 투쟁수단으로서 매우 중요한 의미를 가진다. 집회를 통한 정치적 압력의 행사는 오늘날 다원적 민주주의에서 그 자체로서 허용되는 것이며 헌법적으로 보장되는 기본권의 행사인 것이다. 집회의 자유는 선거권, 정당과 이익단체에의 참여, 표현의 자유 및 청원권의 행사 외에 대의민주제의 국가에서 국민이 정치의사형성과정에 영향력을 행사할 수 있는 몇가지 가능성 중의 하나이다. 더욱이 사회의 모든 중요한 이익이 빠짐없이 조직되어 거대 이익단체의 형태로서 정치의사결정과정에서 집단의 부분이익을 관철하려는 오늘날의 다원적 민주사회에서 사회단체로 조직되지 않은 개인에게는 단지 집회의 자유를 통하여 자신의 의견을 사회에 알리고 강조함으로써 정치적 의사형성과정에 참여하고 영향을 미치는 방법밖에 없다

오늘날 의회에서의 정치적 의사결정과정에서 이익단체의 로비를 비롯하여 수많은 사회단체의 간접적인 영향력 행사에 노출되어 있다는 것을 감안한다면 오히려 의원에 대한 위임이나 지시의 성격을 가지는 강력하고 거부할 수 없는 영향은 집회를 통하여 발생하는 것이 아니라 정당이나 거대조직인 이익단체로부터 나올 수 있는 것이다.

그렇다면 의사당 앞에서의 시위에 의하여 의원이 우려할 정도로 영향을 받으리라는 견해는 상당히 비현실적인 것이며, '의회를 길거리의 정치적 압력으로부터 보호하려는 것'은 헌법적으로 그 근거를 찾을 수 없는 법익인 것으로 판단된다. 오늘날 대의민주제의 위기라는 면에서 보면 국회의사당 앞에서의 집회는 오히려 장려되어야 한다.

집회가 국회의 회기가 아닌 시기에 행해지는 경우, 시위참가자가 소수인 경우, 집회의 목적이 우연히 집회금지장소에 위치한 다른 시위대상에 대한 것인 경우에는 일반적으로 국회와 그 구성원인 의원의 업무에 대한 방해가 우려되지 않는다. 나아가 집회의 성격이 의회의 결정에 영향을 미치려는 목적으로 가지고 있다고 하더라도 평화적인 시위가 예상된다면 집회를 통하여 의회의 결정에 영향을 행사하려는 시도는 의회의 회기중에도 허용되어야 한다⁶⁷⁾

청와대의 경우에도 그 논의가 국회의사당과 크게 다르지 않다.

그럼 법원, 헌법재판소의 경우에는 어떠한가. 일 견해는 법원 앞에서의 시위를 통하여 일반 국민이 사법의 독립성에 대하여 가지는 신뢰가 흔들릴 위험이 있으며, 시위참가자가 요구한 것과 우연히 동일한 내용의 법원판결이 내려진 경우, 일반국민들은 사법의 독립성에 대하여 의문을 제기할 수 있다는 이유로 사법의 독립성을 저해할 우려가 있는 집회를 원칙적으로 금지해야 할 필요가 있다고 한다.⁶⁸⁾

67) 한수웅, “집회의 자유와 ‘집회및시위에관한법률’-집회금지장소규정의 위헌성 판단을 겸하여”, 저스티스 2004. 2.(통권 77호), p29-30

그러나, 오늘날 사법권의 문제는 전관예우, 부적절한 외부인맥관계를 둘러싼 법조계 내부의 문제, 법관들이 사회적 현실과 약자들의 삶에 대한 이해의 부족, 단순한 법리에만 머무른 해석이나 일부 호도된 여론에 휩쓸려 보수적 의식이 고착화되는 문제 등이 우려스러운 문제이다. 집회시위에 의해 법관이 영향을 받아 사법권의 독립이 침해될 가능성은 매우 낮다. 오히려 강자의 보이지 않는 손에 영향을 받는 것이나 기득권 논리에 안주하는 법관들의 보수성이 현실과 동떨어진 판단을 내리는 주원인이다.

법원이 사회의 비판의 장에서 비켜날 아무런 이유가 없다고 본다. 사법권의 독립은 비판으로부터 벗어나 고독한 동굴에서 얻어지는 것이 아니다.

그렇다면 법원이나 헌법재판소라고 해서 국회의사당, 청와대 등과 달리 볼 것은 아니라고 생각한다.

6) 입법적 대안

대통령관저는 집무실과 숙소를 겸하고 있는 장소이므로 중요한 공공기관이라 할 수 있으나, 헌법재판소 장 공관, 대법원장 공관, 국회의장 공관, 국무총리 공관 등은 이 규정에 포함시킬 성질의 건물이 아니라, 일반 주거지역에서의 집회문제로 규제하면 족하며 현행 11조의 규정은 권위주의적 발상에 따른 입법일 뿐이다. 이 부분은 삭제해야 한다. 외교사절의 숙소 역시 일반 규정으로 보호하면 충분할 것이므로 별도 규정이 불필요하다고 본다.

국회, 청와대, 법원, 헌법재판소, 외교기관, 외교사절의 숙소의 경우에도 헌법재판소 결정 취지를 감안하여 먼저 해당 기관을 대상으로 하지 않는 경우, 업무가 이루어지지 않는 휴일의 집회, 소규모로 이루어지는 집회의 경우에는 제한해서는 안된다. 현행법의 '외교기관이나 외교사절의 숙소의 기능이나 안경을 침해할 우려가 없다고 인정되는 때'와 같은 요건은 자의적 운영의 가능성이 크므로 삭제되어야 한다.

그리고 도심구조상 100미터는 사실상 해당 장소에서의 집회 자체를 봉쇄하게 되므로 이를 50미터로 축소해야 한다. 국회, 청와대, 법원, 헌법재판소의 경우에 집회를 금지할 필요성은 없다고 보이므로 50미터 내에서 해당 기관을 대상으로 하면서 휴일이나 소규모 집회가 아닌 경우에도 일정한 제한만을 할 수 있도록 하면 될 것이다.

외교기관의 경우에는 옥외집회 및 시위가 당해 외교기관을 대상 및 목적으로 하면서도 휴일이나 소규모 집회가 아닌 경우에는 당해 외교기관의 안경을 침해할 명백한 위험성이 존재하는 경우에 한하여 50미터내에서 금지할 수 있도록 하면 충분할 것으로 본다.

(10) '주요도시 주요도로'에서의 집회금지 문제

1) 관련 규정

제12조 (교통소통을 위한 제한)

①관할경찰관서장은 대통령령이 정하는 주요도시의 주요도로에서의 집회 또는 시위에 대하여 교통소통을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 이를 금지하거나 교통질서유지를 위한 조건을 붙여 제한할 수 있

68) 위 한수웅, p32

다.

② 집회 또는 시위의 주최자가 질서유지인을 두고 도로를 행진하는 경우에는 제1항의 규정에 의한 금지를 할 수 없다. 다만, 당해 도로와 주변도로의 교통소통에 장애를 발생시켜 심각한 교통불편을 줄 우려가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

집시법 시행령 제8조(주요도시의 주요도로에서 집회·시위)

① 법 제12조 제1항의 규정에 의한 주요도시의 주요도로의 범위는 별표 1과 같다.

2) 문제점

집시법 시행령 제8조 제1항의 별표상 주요도시의 주요도로는 한 예를 보면 '경인로-마포로-종로-왕산로-망우리'를 하나의 주요도로로 지정하면서 오류동에서부터 영등포역-여의도-광화문4거리-종로-청량리-상봉동-망우리까지 인천방향에서 서울을 관통해 북쪽 망우리까지를 하나로 해서 2번 주요도로로 지정하고 있다. 이런 식으로 서울에만 1번 주요도로에서 16번 주요도로까지 지정되어 있다. 사실상 서울시내의 도로 전부를 지정하고 있다고 해도 과언이 아니다.

교통소통을 위해 집회·시위의 제한이 필요하다고 해도 집회·시위의 시간과 방법, 당해 도로의 교통상태를 종합적으로 고려하여 가능한 한 집회·시위를 허용하되, 제한은 예외적으로 행해져야 한다. 그러나, 제12조 제1항 자체가 경찰당국에 금지할 수 있는 재량권을 부여하고 있는데다가 위와 같이 서울시내 거의 대부분의 도로가 주요도로로 지정되어 있어 자의적인 법집행이 가능하도록 되어 있다.

[사례10-1] 2001년 조사당시 이 조항을 근거로 금지된 집회

① 2001. 5. 1. 제111주년 노동절 기념대회를 광화문에서 평화적으로 치르고자 하였으나, 대사관 100미터내리는 이유외에 대학로 및 광화문 4거리가 주요도로라는 이유로 금지통고 함

② 2001. 5. 21.-25. 경찰청 근처 임광빌딩 앞 인도에서 경찰청-소방도로-피어리스빌딩-임광빌딩으로 행진, "4. 10. 대우차 폭력책임자 처벌 민주노총 결의대회"에 대하여 '임광빌딩 앞 인도(의주로)는 주요도시에서 주요도로'여서 금지통고 함

③ 2001. 7. 22. 대학로에서 집회후 명동성당까지 행진, "신자유주의 분쇄 6대 요구 관철을 위한 민주노총 조합원 결의대회"를 신고한 것에 대하여 서울지방경찰청은 다른 집회신고가 있다는 이유외에 대학로가 주요도시 주요도로에 해당한다는 이유로 금지통고 함

위 사례 ②, ③의 의주로나 대학로는 평소에는 별 문제없이 집회나 시위가 이루어지는 장소이나, 위의 집회신고에 대하여는 주요도로라는 이유로 금지통고 되었다. 물론 위 금지된 집회가 예정된 시간이 다른 때와 달리 특별히 교통상황에 문제가 있다든지, 집회 규모가 다르다든지 하는 경우는 아니었고 금지통고의 이유설명에도 그러한 내용은 없었다. 이는 결국 경찰당국이 집회를 금지한다는 결정을 내려놓고 다만 금지의 근거로 이 조항을 제시한 것에 불과한 것이 아닌가 생각된다.

더구나 개정법에서는 종전과 달리 행진까지도 금지할 수 있게 되어 더욱 침해가능성이 커졌다. 주요도로에서 행진을 하는 경우에 그 도로와 주변도로의 교통소통에 장애를 발생시켜 심각한 교통불편을 줄

것이 예상되지 않는 곳이나 때가 있는가. 현재 서울이나 부산 등 주요도시의 교통상황을 생각해 보면 집회가 없는 때에도 교통소통에 어려움이 늘 있다. 그렇다면 개정법에서 '당해 도로와 주변도로의 교통소통에 장애를 발생시켜 심각한 교통불편을 줄 우려가 있는 경우'에는 행진도 금지할 수 있도록 하였는데, 심각한 교통불편을 줄 우려는 언제나 어느 주요도로에서나 있게 될 것이어서 경찰당국이 마음만 먹으면 위 이유를 들어 언제든지 주요도로 행진조차도 금지할 수 있게 되버린 셈이다.

서울의 경우에는 대규모 집회가 대학로에서 집회를 마치고 종로 내지 광화문까지 행진, 아니면 종묘공원에서 집회를 마치고 광화문까지 행진하는 코스에서 이루어지고 있다. 그런데 대학로, 종로, 광화문은 모두 주요도로에 해당한다. 이 때문에 시민사회단체나 노동단체에서는 개정법의 위 조항이 도심에서의 기존 집회의 행진을 통제하고 제한하는 근거로 악용될 것이라고 우려하고 있다. 실제 공안당국은 이러한 시도를 이미 한 적이 있다. 2001년 6월경 4대문안 도심지역에서 집회참가 인원수를 500명으로 제한하는 집시법 개정을 추진하겠다는 방침을 관계당국이 밝힌 바 있다.

[사례10-2] 검찰 '집회 인원제한' 추진 논란(한국일보 2001-07-06)

정부와 검찰, 경찰이 시민, 노동단체의 집회를 적극 제한하는 방안을 잇따라 추진 중이어서 논란을 빚고 있다. 검찰은5일 지역에 따라 집회 참가 인원수를 제한하는 방향으로 집회와 시위에 관한 법률 개정 추진을 내부 검토 중이라고 밝혔다. 서울의 경우 4대문안 도심에서는 집회 참가인원을 최대 500명으로, 그 외 지역은 최대 1,000명으로 제한하는 것을 골자로 하고 있다. 검찰의 이 같은 방침은 시민의 생계와 불편을 볼모로 한 대규모 집회는 더 이상 용납할 수 없으며 따라서 현 집시법을 규제 강화쪽으로 개정해야 한다고 주장해온 정부 및 경찰의 입장과 맥을 같이 한다. 정부는 최근 집회나 시위 중 소음을 규제할 방안을 검토 중이라고 밝혔으며, 이팔호 서울경찰청장도 지난 달 주요 도로에서의 집회에 대해 엄격히 제한해야 한다고 주장했다. 이에 대해 시민단체들은 국민의 기본권인 집회, 결사의 자유와 표현의 자유에 대한 침해라며 강력히 반발하고 있다. 김두수 참여연대 시민감시국장은 "정부와 검찰의 입맛에 맞게 집시법을 개정하는 것은 시대 착오적인 발상"이라며 "특히 검찰과 경찰의 집회제한방안은 정부에 대한 과잉충성의 발로"라고 비판했다. 손낙구 민주노총 선전실장은 "사회적 약자의 마지막 표현 수단인 집회를 제한하는 것은 갈등을 정화하지 못한 채 더욱 악화하는 결과를 낳을 것"이라고 지적했다.

그러나 법원은 고용·실업대책과 재벌개혁 및 IMF 대응을 위한 범국민본부가 신고한 '98 실업자대행진'에 대하여 종로경찰서장이 '정부종합청사 앞에서 하려는 행위는 행진이 아닌 시위로서 그와 같은 시위는 교통장애가 예상되어 집회및시위에관한법률(이하 '법'이라 한다) 제12조 제1항에 의거 금지대상이며, 같은 조 제2항 단서 조항에 해당되지 아니하므로, 법 제8조 제1항의 규정에 따라 집회를 금지한 사건에서 "이 사건에 있어 원고가 계획하고 있는 시위가 교통소통에 상당한 지장을 줄 우려가 있음은 앞서 본 바와 같지만, 원활한 교통소통을 위해서는 시위 참가인원 및 행진노선과 행진방법의 제한 등 적절한 조건을 부과하는 것만으로도 충분히 그 목적을 달성할 수 있다 할 것이며, 나아가 원천적으로 위 시위를 금지할 필요가 있다는 점을 인정할 수 있는 아무런 증거가 없다. 그렇다면 **단순히 교통소통에 지장을 초래할 우려가 있다는 이유만으로 시위 자체를 원천적으로 금지한 피고의 이 사건 처분은 헌법이 보장하고 있는 집회의 자유에 대한 과도한 제한으로서 재량권의 한계를 넘은 위법한 처분**이라 할 것이다(서울고등법원 1998. 12. 선고 98누11290 판결)"고 판시한 바 있다. 이 판결의 의미는 '교통소통에 지장을 초래할 우려가 있다는 이유'는 집회나 시위를 사전금지할 이유가 되지 못한다는 것을 명확히 하였다

는 점에서 찾을 수 있다.

교통 불편을 이유로 하나, 이는 민주주의의 비용으로써 집회와 시위의 자유를 보장하는 순간 우리 사회가 감내하기로 결단한 것이다.

그런데도 경찰당국은 서울시의 교통혼잡비용 분석이라면서 “2001년 6월 2일 민주노총 상경 결의대회 약 3억, 통일연대 2001년 6월 3일 대학로 집회 약 1억 4천만원, 2001년 3월 31일 민중대회 17억 원으로 추정된다”고 주장하고 있다.

민주주의 실현이나 기본권의 실현을 비용으로 분석하는 이 논리의 천박함에 말문이 막힌다. 이 비용 분석 내용이 사실이라고 하자. 그렇다면 노동자들의 목소리나, 국민들의 목소리를 억압하고 막아서 생기는 비용은 얼마일까. 지난 2002년 7월 24일 노동부가 펴낸 <2001 노동백서>에 따르면, 지난해 산업재해자는 8만1434명이 발생해 2000년 6만8976명에 비해 18.06% 늘었으며 이로 인한 경제손실액은 산재보상금 지급액 1조7445억원, 간접손실액 6조9781억원 등 모두 8조7227억여원으로 전년 대비 19.8% 증가했다고 한다. 산업안전 전문가들은 산재가 이처럼 크게 늘어난 것은 몇년 동안 구조조정 과정에서 인력이 대폭 줄고 노동강도가 강화된 데 따른 예고된 부작용이라고 진단하였다. 노동자들이 일방적 구조조정 반대, 노동강도 강화에 따른 근골격계 질환 문제의 제기 등을 이야기할 때, 이를 무조건 막는다면, 그래서 이와 같은 문제가 언론으로부터도 소외되고 완전히 사회적 공론화되는 것을 막아 산업재해문제가 더 심화된다면 그로 인한 사회적 손실은 위 경우처럼 교통불편으로 인한 손실과는 비교가 안될 정도로 훨씬 막대할 수 있다.

노동자들이나 사회적 약자들의 목소리를 다양한 방식으로 억압하는 것으로 사회에 존재하는 문제가 해결되지는 않는다. 이러한 점에서 노동자들이나 국민들의 일상적인 집회나 표현조차 막아 그 의견을 무조건 묵살할 것이 아니라, 오히려 이를 보장함으로써 사회내에서 이 문제가 공론화되고 해결의 실마리를 우리 사회 성원 모두가 찾아나가는 것이 사회 전체적인 손실을 줄이는 길이 될 것이다.

3) 입법적 대안

집회의 자유는 필연적으로 어느 정도 교통의 원활한 소통을 방해하는 효과를 갖는다. 그렇기 때문에 교통소통을 위해서 필요한 경우 집회를 금지할 수 있다는 것은 그것이 아무리 재량규정의 형태를 띠고 있더라도 너무 광범한 수권을 행정청에 부여한 것으로 평가된다.

이는 헌법적 이념이 법률의 내용을 지배하는 것이 아니라 오히려 거꾸로 법률의 범위내에서 헌법상의 기본권 보호의 여부 및 정도가 결정되는 것으로 헌법국가의 이념에 지극히 충실하지 못한 입법이라는 비난을 피할 수 없다⁶⁹⁾.

또 현행법을 적용함에 있어서 엄격한 비례의 원칙이 적용되어 결정에 이르러야 할 것이다. 따라서 집회 및 시위를 제한할 필요성이 있는 경우에도 조건을 부과하는 방법으로 목적을 달성할 수 있음에도 불구하고 시위 자체를 원천적으로 금지하는 처분을 하는 것은 경찰재량을 일탈하는 것이며, 과잉금지의 원칙에 반한다는 평가를 피할 수 없다⁷⁰⁾.

69) 위 전광석 p.118-119

70) 대판 1998.12. 98누11290 참조.

교통질서 유지를 위한 집회·시위의 규제는 특정도로에서 집회·시위가 행해진다는 사실만으로 규제가 행해져서는 안되고 그러한 집회나 시위의 시간과 방법 및 당해 도로의 교통상태를 종합적으로 고려하여 가능한 한 집회·시위를 허용하되 제한이 예외적으로 이루어져야 한다. 즉 현행법처럼 대통령이 정하는 주요도시의 주요도로에서의 집회와 시위가 일반적으로 금지되는 것이고 예외적으로 관할 경찰관서장의 조건부 허가에 의해서만 허용된다면, 그것은 신고제와는 전혀 무관한 명백한 허가제에 해당하기 때문이다. 따라서, 금지통고가 집회를 사전에 금지시킨다면 조건통고는 집회를 인정하면서 조건을 부과하는 것이다. 조건은 금지보다 완화적인 조치이므로 조건으로 공공의 안녕질서와 조화를 이룰 수 있다면 금지통고는 배제되어야 한다(비례성의 원칙). 따라서 시위장소가 교통요충지라는 이유만으로 금지통고를 하는 것은 재량권남용에 해당한다. 즉 시위 행진노선을 제한하는 것만으로도 교통소통에 초래될 지장을 덜 수 있는데도 굳이 시위 자체를 금지한 것은 재량권의 남용이 된다는 것이다. 따라서 금지통고를 삭제하고 조건통고로 개정해야 한다.

또한, 대통령이 규정한 주요도시의 주요도로에서의 집회와 시위를 금지·제한하는 것은 헌법상 보장된 기본권의 제한에 해당하므로 이는 반드시 법률로써 해야 하는데도 이 조항에서 시위금지의 가장 중요한 요건이 되는 해당도로의 결정을 구체적 위임의 범위 없이 대통령령에 맡기는 것은 기본권 제한시 법률에 의한다는 헌법 제37조 제2항의 규정에 위반할 수 있는 여지를 남겨두게 되는 것이다. 뿐만 아니라, 집시법 제20조는 본 규정을 위반한 경우에는 처벌하도록 규정하고 있으므로 본 조항은 범죄의 구성요건에 해당하는 것이어서, 이를 대통령령에 위임할 때에는 위임 또는 수권의 범위가 법률에 명백히 규정되어 있어야 함에도 본 조항은 그러한 범위를 명시하지 않고 있기 때문에 죄형법정주의의 법률주의에 위반된다고 할 수 있다. 그러나 현실적으로 주요도로를 개념짓는 것이 어려우므로 이런 점까지 고려하여 경찰당국의 판단에 따른 금지통고는 삭제하고 조건통고만 가능하도록 하는 것이 위헌소지를 줄일 수 있다.

[개정안]

제12조(교통소통을 위한 제한) 관할 경찰서장은 대통령이 정하는 주요도시의 주요도로에서의 집회 또는 시위에 대하여 교통소통을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 대통령이 정하는 바에 따라 교통질서 유지를 위한 조건을 붙여 제한할 수 있다.

②은 삭제

(11) 주거지역이나 이와 유사한 장소, 학교지역, 군사시설 주변지역에서의 집회금지

1) 관련 규정

제8조(집회 및 시위의 금지 또는 제한통고)

③ 다음 각호의 1에 해당하는 경우로서 그 거주자 또는 관리자가 시설이나 장소의 보호를 요청하는 때에는 집회 또는 시위의 금지 또는 제한을 통고할 수 있다. 이 경우 집회 또는 시위의 금지통고에 대하여는 제1항을 준용한다.

1. 제6조제1항의 신고서에 기재된 장소(이하 이 항에서 “신고장소”라 한다)가 타인의 주거지역이나 이와 유사한 장소로서 집회 또는 시위로 인하여 재산 또는 시설에 심각한 피해가 발생하거나 사생활의 평온에 현저한 해를 입힐 우려가 있는 경우
2. 신고장소가 초·중등교육법 제2조의 규정에 의한 학교의 주변지역으로서 집회 또는 시위로 인하여 학습권을 현저히 침해할 우려가 있는 경우
3. 신고장소가 군사시설보호법 제2조제1호의 규정에 의한 군사시설의 주변지역으로서 집회 또는 시위로 인하여 시설이나 군작전의 수행에 심각한 피해가 발생할 우려가 있는 경우

시행령 제3조의2 (주거지역 등의 범위)

- ①법 제8조제3항 제1호에서 "이와 유사한 장소"라 함은 주택 또는 사실상 주거의 용도로 사용되고 있는 건축물이 있는 지역 및 이와 인접한 공터·도로 등을 포함한 장소를 말한다.
- ②법 제8조제3항 제1호에서 "피해" 또는 "해"라 함은 합성·구호의 제창, 확산기·북·징·팽과리 등 기계, 기구(이하 확산기 등이라 한다)의 사용, 사람에게 모욕을 줄 수 있는 구호·낙서·유인물배포, 돌·화염병의 투척 등 폭력행위 기타 방법으로 재산·시설에 손해를 입히거나 사생활의 평온을 해하는 것을 말한다.
- ③ 법 제8조제3항제2호 및 제3호에서 “주변지역”이라 함은 학교 또는 군사시설의 출입문, 담장 및 이와 인접한 공터·도로 등을 포함한 장소를 말한다.

시행령 제3조의3 (주거지역 등에서의 집회 또는 시위의 제한·금지 요청)

법 제8조제3항의 규정에 의한 시설이나 장소의 보호요청은 주거지역이나 이와 유사한 장소 또는 학교, 군사시설의 거주자 또는 관리자가 그 이유 등을 명시하여 관할경찰관서장이나 집회 또는 시위의 장소에 있는 경찰관에게 서면 또는 구두로 하여야 한다. 이 경우 구두로 요청하는 때에는 지체 없이 그 이유 등을 명시한 서면을 제출하여야 한다.

시행령 제3조의4 (주거지역 등에서의 집회 또는 시위의 제한내용)

법 제8조제3항의 규정에 의하여 집회 또는 시위를 제한하는 경우 그 제한할 수 있는 내용은 다음 각 호와 같다.

1. 집회 또는 시위의 일시·장소 및 참가인원
2. 확산기 등의 사용, 구호의 제창, 낙서, 유인물을 배포하는 등의 집회 또는 시위의 방법

[본조신설 1999.10.20]

2) 문제점

개정법 이전에는 주거지역과 이와 유사한 장소에 관한 규정이 있었다. 당시 그 규정의 문제점은 첫째, ‘주거지역이나 이와 유사한 장소’가 주택 또는 사실상 주거의 용도로 사용되고 있는 건축물이 있는 지역 및 이와 인접한 공터·도로 등을 포함한 장소라고 되어 있어 그 범위가 매우 넓다는 것과 둘째, 역시 경

찰당국의 자의적인 법운영의 문제였다.

이 조항의 적용과정을 생각해보면 신고된 대로 집회가 1회라도 행해진 이후에 거주자나 또는 관리자가 그 집회로 인하여 재산·시설이나 사생활의 평온에 심각한 피해가 발생할 수 있음을 이유로 시설이나 장소의 보호를 요청하게 되고, 그 때 경찰당국은 시설보호요청서의 내용과 집회내용을 비교하여 거주자나 관리자의 사생활 보호와 집회·시위의 자유가 조화될 수 있는 방향으로 우선 제한통고를 하는 것이 합리적인 법집행과정일 것이다. 그러나 경찰당국은 아래 [사례11-1]에서 보듯이 시설보호요청이 있다는 이유로 집회예정일이 되기도 전에 제한통고도 아닌 금지통고를 하고 있다. 이것은 경찰당국이 거주자들에게 집회개최 사실을 알려주고 시설보호요청서를 받아 제한통고여부는 검토하지도 않은 채 무조건 금지하는 식으로 법운영을 하고 있는 것을 보여주는 사례이다.

[사례11-1] 2001년 조사 당시 이 조항을 이유로 금지 통고한 사례

①최근 건설운동노조는 법무부장관, 노동부장관의 집 앞에서 부당노동행위를 자행하는 사용자들의 처벌을 촉구하는 작은 인원의 캠페인성 집회를 개최하고자 신고했으나, 집회를 시작도 하기 전에 시설보호요청이 있었다면서 금지 통고함

②2000. 7. 27 - 8. 7. 롯데호텔 사장 집 앞, “롯데 불매운동 대시민 선전 및 공안탄압 분쇄 결의대회”(민주노총 서울본부 주최)에 대하여 집회가 있기도 전인 7. 26. ‘집회장소 주변 거주자들의 시설이나 장소보호 요청서를 접수’하였다면서 제8조 제3항에 의거 금지 통고함

한편 개정법중에서 군사시설 주변지역이 추가되었는데, 이 부분은 미군부대 주변에서 아예 집회를 막겠다는 발상에서 비롯된 것이라고 할 수 있다. 외교기관을 포함하여 미국을 항의대상으로 하는 집회는 원천적으로 금지하겠다는 것이다.

다음으로 학교시설 주변지역이 추가되었다. 학습권 보호라는 이유로 추가된 것이다. 그런데, 현재 초·중등교육법 제2조에서 규정한 학교시설은 다음과 같다.

초중등교육법 제2조 (학교의 종류) 유아교육 및 초·중등교육을 실시하기 위하여 다음 각호의 학교를 둔다.

1. 유치원
2. 초등학교, 공민학교
3. 중학교, 고등공민학교
4. 고등학교, 고등기술학교
5. 특수학교
6. 각종학교

그리고 서울시 교육청⁷¹⁾에 따르면 2003. 4. 1. 현재, 서울에는 유치원 976개, 초등학교 550개, 중학교 358개, 고등학교 206개, 실업고등학교 78개, 고등기술학교 5개, 특수학교 29개, 각종학교(각종학교라 함은 제2조제1호 내지 제5호의 1의 학교와 유사한 교육기관을 말한다) 11개, 외국인학교 16개 등 **총 2229개의 학교시설**이 있다고 한다. 이 조항에 따르면, 2229개의 학교시설 주변에서는 집회나 행진이 금지

71) http://www.sen.go.kr/law/index_a.html

되는 결과가 될 수 있다. 더구나 시행령에서 “주변지역”이라 함은 학교 또는 군사시설의 출입문, 담장 및 이와 인접한 공터·도로 등을 포함한 장소라고 되어 있어 매우 광범위하게 해석될 여지마저 있다.

그런데, 당장 서울시내 지도를 보더라도 유치원이나 초등학교 등 학교시설이 없는 장소는 거의 없다. 도봉산 밑에도 중학교, 초등학교 등 여러 학교시설이 있다. 결국 이 개정법 역시 주거지역 조항처럼 운영될 것이 예견되고(집회가 이루어지기도 전에 시설보호요청서를 받아 무조건 금지부터하는 관행) 그렇다면 경찰당국은 이제 도시지역 전 구역에서 집회나 행진을 사실상 허가할 권한을 가지는 결과가 되었다.

3) 입법적 대안

이 규정은 사생활보호, 학습권, 군사시설의 안녕 보호를 명분으로 하고 있으나, 주거지역 뿐만 아니라 이와 유사한 장소, 그리고 그 주변지역에까지 그 대상 범위가 광범위하게 확대되어 있다는 문제점이 있다. 나아가 경찰당국에서 먼저 당해 거주자에 대하여 시설보호요청을 유도함으로써 선별적으로 집회나 시위를 금지하는 데에 악용되고 있다는 문제가 있다. 즉, ‘이와 유사한 장소’, ‘주변지역’이라는 명확하지 못하는 용어를 사용하고 시행령에서 다시 해석여하에 따라서는 상당히 광범한 지역을 포괄할 수 있도록 개념규정함으로써, 그것이 의미하는 바를 기본권주체에게 충분히 전달하지 못하고 있다. 그 때문에 자의적인 해석·집행·적용의 여지가 매우 넓다. 그리고, 타인의 주거지역, 학교시, 군사시설이라는 이유로 집회를 금지·제한할 수 있느냐라는 것이다. 또 집회 중에는 제3자의 재산·시설이나 사생활의 평온, 학습권 등에 심각한 피해가 발생할 수 있다는 판단의 주체가 그 거주자 또는 관리자인 것처럼 되어 있다. 이는 소수 또는 극소수의 거주자 또는 관리자의 보호요청이 있다는 형식적 이유로 집회를 금지·제한할 수 있는 통로를 열어놓고 있는 규정으로서 그 남용의 여지가 매우 높다.

군사시설은 삭제되어야 한다. 군사작전을 방해하거나 시설을 침해하는 것은 그 자체로 현행법 위반사안이므로 그 때 대처하면 된다. 단순한 군사시설에서의 집회라고 해서 이를 사전 금지할 이유는 없다.

학교시설의 경우에 도심 곳곳에 흩어져 있고 그 수가 많아 경찰당국의 자의적인 운영의 소지가 많다는 점이 문제이다. 제한규정이 없었던 이전에 특별히 사회적으로 문제가 되지 않았고 오히려 이 조항으로 인하여 사학재단의 비리 문제에 대한 문제제기조차 원천적으로 봉쇄될 우려가 있으므로 이전처럼 삭제하는 것이 맞다고 본다.

주거지역의 경우에는 법문을 명확하게 할 필요가 있으며, 집회의 금지조항을 삭제하고 필요시 제한할 수 있도록 하는 쪽으로 개정되어야 할 것이다.

[개정안 : 제8조의 3 신설안]

① 관할 경찰서장은 제6조 제1항 내지 제2항의 신고서에 기재된 장소가 타인의 주거지역인 경우 그 신고된 집회 또는 시위의 규모 등 제반 사정에 비추어 당해 지역에서 생활하는 거주자의 사생활의 평온에 심각한 피해가 발생할 우려가 있다고 인정되는 경우에는 사생활 보호를 위하여 필요한 조건을 붙여 제한할 수 있다.

(12) 서울 광장 조례에 의한 집회제한 문제

1) 관련규정

서울특별시서울광장의사용및관리에관한조례

제4조(사용신청)

광장을 사용하고자 하는 자는 사용목적과 일시, 신청인의 성명과 주소, 사용예정인원 등을 기재한 별지 서식의 광장사용허가신청서를 사용하고자 하는 날(이하 “사용일”이라 한다)의 60일 전부터 7일전에 시장에게 제출하여야 한다.

제5조(사용허가 및 사용제한)

①시장은 제4조의 규정에 의하여 제출된 광장사용허가신청서에 따라 광장사용계획을 수립하며 신청인은 규칙에서 정하는 사항을 준수하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 광장사용을 허가하지 아니할 수 있다.

1. 광장의 조성목적에 위배되는 경우
2. 타 법령 등의 규정에 의해 그 이용이 제한되는 경우

제9조(사용료 징수 및 면제)

①시장은 사용인에 대하여 별표의 사용료를 징수하여야 한다.

2) 위 조례의 문제점과 기본권 침해실태

조례는 시청광장이라는 공공장소에서 집회와 시위를 하는 경우에도 사용신청과 시장의 허가를 받도록 되어 있고 사용료까지 내도록 되어 있다.

서울광장은 강학상 설명하고 있는 이른바 ‘공공용물’이므로 시민의 일반적인 이용이 가능하다고 보아야 한다. 공공용물이라고 함은 직접적으로 일반공중의 사용을 위하여 제공되는 공물을 말한다(유지태 행정법신론 2판 p.757, 김동희 행정법Ⅱ 신정판 p.198) 이는 강학상의 공용물과는 달리 행정청의 공적용도를 위하여 제공되고 있는 행정재산과는 달리 원칙적으로 시민이라면 누구나 이용할 수 있는 공물이다.

또 서울광장은 시민의 건전한 여가선용과 문화활동 등을 위하여 조성된 것으로서(조례 제1조) 공원으로 지정하는 행정재산의 공용지정행위가 있고 공물로서 공원의 형태를 가지고 있다면 서울광장은 공물로서 강학상의 공공용물에 해당한다.

서울광장은 공공용물이라고 할 것이나 서울광장을 ‘공용물’이라고 보는 입장이 있을 수 있다. 현재 행정재산인 공물은 기본적으로 공공용물, 공용물, 보존공물로 나뉜다. 그런데 보존공물은 별론으로 하고 공공용물과 공용물의 구별기준은 그 공물이 원칙적으로 일반인에게 제공되느냐, 또는 직접적으로 행정목적으

로 제공되고 단순히 부차적으로 일반인에게 사용허가될 수 있느냐로 구별될 수 있다. 전자를 공공용물, 후자를 공용물의 사용에 대한 특징으로 보고 있다.

공공용물의 성립요건은 형태적 요건으로 일반인의 사용에 사실상 제공되고 있고 의사적 요소로서 공용지정이 필요하다고 한다. 이에 반해 공용물은 형태적 요건으로 행정청의 직접 사용이 있고 의사적 요소로서 공용지정이 생각될 수는 있으나 실질적으로 공용지정이라는 요건은 공용물에서는 판단할 필요가 없다. 즉 이미 직접 행정목적에 사용되는 것이 나타나고 있는데 일반인에게 당해 공물의 공법적인 특성을 알리는 행위가 별도로 필요하지 않기 때문이다(유지태 앞의책 p. 759 김동희 앞의책 p.203)

그렇다면 공용물에서 가장 중시하는 것은 공물의 형태적인 특성일텐데 아무리 서울광장을 행정목적에 직접 제공된 공용물이라고 가정한다고 해도 공용물이라면 일반인의 출입은 원칙적으로 허용되지 않고 단순히 부차적으로 허용되어야 할 것인데, 그 광장의 설치 목적이 위 조례 제1조에서 밝힌 것처럼 시민의 건전한 여가선용 내지는 문화활동이며, 현실적으로 일반 공중의 사용에 공하고 있으므로 공용물이라고 우기는 것 자체가 이미 논리 모순이라고 할 것이다. 따라서 공용지정 내지는 공용개시라는 것이 그 물건이 공물이라고 선언하는 것에 불과한 이상(공용지정은 공용물이나 공공용물이나 단순히 그것이 공법이 적용된다는 것을 선언하는데 불과한 것이다. 유지태 앞의책 p.757, 김동희 앞의책 p.202) 공물의 사용형태가 일반인의 공중에 제공되고 있는 것이라면 이는 그 자체로 공공용물이라고 할 것이다.

따라서 서울광장은 일반대중의 사용에 제공되고 있는 공공용물이므로 서울시민이라면 누구나 자유롭게 사용되어야 할 것임에도 광장을 사용하려면 허가를 받아야 한다는 것은 논리모순이라고 할 것이다.

한편 조례는 지방자치단체가 법령의 범위안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 지방의회의 의결로써 제정하는 법이다. 위 조례는 시청광장의 합리적 이용 및 운영에 필요한 사항이라고 되어 있으나, 그 내용을 보면 집회와 시위의 장소로 시청광장을 사용하고자 할 때에도 일정한 제한과 규율을 가하고 있으므로 '집회와 시위의 자유'라는 기본권에 관한 문제도 규율하고 있다고 할 수 있다.

집회와 시위의 자유의 구체적 내용에 대하여 **헌법재판소는** "집회의 자유에 의하여 구체적으로 보호되는 주요행위는 집회의 준비 및 조직, 지휘, 참가, 집회장소, 시간의 선택이다. 주최자는 집회의 대상, 목적, 장소 및 시간에 관하여, 참가자는 참가의 형태와 정도, 복장을 자유로이 결정할 수 있다(헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바67, 2000헌바83 결정)"고 하여 집회장소 선택의 자유 역시 집회와 시위의 자유에 의하여 구체적으로 보호되는 것으로 보고 있다.

또한 헌법재판소는 "집회장소가 집회의 목적과 효과에 대하여 중요한 의미를 가지기 때문에, 누구나 '어떤 장소에서' 자신이 계획한 집회를 할 것인가를 원칙적으로 자유롭게 결정할 수 있어야만 집회의 자유가 비로소 효과적으로 보장되는 것이다. 따라서 집회의 자유는 다른 법익의 보호를 위하여 정당화되지 않는 한, 집회장소를 향의의 대상으로부터 분리시키는 것을 금지한다. 이 사건 법률조항이 집회금지구역을 규정함으로써 집회의 자유의 자유로운 행사를 장소적으로 제한하기 때문에, 이 사건 법률조항은 집회의 자유를 제한하는 규정이다(헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바67, 2000헌바83 결정)"이라고 하면서 장소적 제한 역시 집회와 시위의 자유라는 기본권 제한의 문제로 보고 있다.

그런데, 조례는 법률도 아니거니와 위 조례는 제4조와 제5조에서 집회와 시위를 개최하기 위해서는 시청광장이라는 장소사용의 신청과 시장의 허가에 관한 사항을 규정하고 있어 장소사용에 대한 허가제를

채택하고 있으므로 명백히 위헌적인 조례이다.

실제 서울시의 자의적인 허용과 불허용은 이미 여론의 비판대상이 되고 있다.

[사례 12-6] 서울광장은 보수단체 '앞마당'

허용 않겠다고 '정치집회' 4일로 세 번째, 진보단체 문화제 미신고 고발했던 서울시
"6월부터 모든행사 허용" 뒤늦게 말바꿔

서울시가 시청 앞 '서울광장'을 문화적 행사 공간으로 사용하겠다는 애초 약속과 달리, 보수 단체들의 정치색 짙은 집회를 잇따라 허용하면서 정치 성향에 따른 차별 논란이 일고 있다.

서울시는 지난 5월 서울광장을 개장하면서 "정치적 집회·시위는 시민들의 자유로운 광장 이용을 제한하므로 허용하지 않겠다"고 천명한 뒤, 실제로 진보성향 시민단체들의 정치색 짙은 행사에는 광장 사용을 허용하지 않았다. 하지만 서울시는 이런 태도를 바꿔 "4일 열리는 '나라와 민족을 위한 구국기도회 및 국가보안법 사수 국민대회'의 서울광장 사용을 허가했다"고 3일 밝혔다. 이 집회는 한국기독교총연합회(회장 길자연) 주최의 종교행사를 표방하고 있지만, 이들은 신문광고를 통해 보안법 폐지 반대와 사립학교법 개정 반대 등 정치적 주장을 펴고 있다. 또 재향군인회(회장 이상훈)·반핵반김국민협의회(위원장 서정갑) 등의 보수·우익단체들이 2부 행사를 주도하는 등 '정치 집회' 성격이 짙다.

이날 집회를 포함해 지난 5월 이후 9월 말까지 시가 허가한 81건의 행사 중 3건의 '정치 집회'는 모두 보수·우익단체들이 신청한 것이다.

서울시는 지난 6월25일 보수적 개신교단의 '한미동맹 강화와 경제살리기 위한 6.25 대각성 비상구국기도회'와 같은달 29일 서울시의회와 수도이전반대 서울시민연합이 연 '수도이전 반대 범시민 쫓겨대회' 등의 정치성 집회에 대해서는 시청광장 집회를 모두 허용했다.

반면 서울시는 지난 5월20일 시청광장에서 '빈곤해결을 위한 사회연대'가 개최한 '문화제'를 "문화제를 가장한 정치적 집회"라며 '미신고 집회' 혐의로 5월26일 남대문경찰서에 고발했다. 당시 시민단체들은 "시청광장이 서울시의 관변광장으로 전락하고 있다"며 항의 집회·시위를 계획했으나, 자유총연맹 등 보수단체들이 지난 5~6월 시청광장에 대한 집회 신고를 '씩씩이' 해놓는 바람에 무산됐다. 실제 5월 한달간 새마을운동 서울시지회와 자유총연맹이 대중교통이용 캠페인(1~2일), 밝고 깨끗한 서울가꾸기(3~19일), 기초질서 지키기캠페인(21~27일) 등을 신청했다. 6월도 바르게살기운동협의회, 자유총연맹 등이 아름답고 깨끗한 서울가꾸기(1~9일), 밝고 깨끗한 서울가꾸기(10~20일, 28~30일) 행사를 신청했다. 이들은 행사기간 동안 하루, 이들동안만 행사를 치러 진보단체들의 집회를 원천봉쇄하기 위해 광장 사용 허가를 '선점'한 의혹을 받고 있다.

이에 대해 취임광 서울시 총무과장은 "(지난 6월29일 수도이전 반대집회 허가 뒤) 정치적 집회를 포함해 모든 행사를 허용한다는 원칙을 세웠다"며, "이념적 성향에 따라 사용허가 여부를 결정하는 것은 아니다"라며 해명했다.

그러나 진보적 시민단체들은 서울시가 여전히 입맛에 맞는 단체에 유리하게 시청광장을 운영하고 있다고 주장한다. 이민규 경실련 시민감사국 간사는 "진보적 단체들은 시청광장 개장 초기 관변단체들이 썩썩이 집회신고를 낸 뒤 사실상 시청광장 이용을 포기했다"며, "서울시가 사용허가를 내준다고 해도 '구호를 외치거나 잔디밭을 훼손해서는 안 된다'는 등 요구조건이 많아 광화문 네거리쪽을 선호한다"고 밝혔다.

서울시는 보수단체 집회의 구호나 잔디밭 훼손에 대해서는 "집회 참가자들이 약속을 지키지 않으면 어쩔 수 없다"는 공색한 변명을 하고 있다.

류제홍 문화연대 공간환경위원회 부위원장은 “헌법과 집시법에 보장된 공공 공간에서의 집회·시위의 자유를 통제하겠다는 서울시 조례 자체가 잘못된 것”이라고 지적했다.

남종영 유선희 기자 fandg@hani.co.kr

또 조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별법령에 의하여 자치단체에 위임된 이른바 단체위임사무에 한한다. 국가사무는 그 대상이 아니다(대법원 1992. 7. 28. 선고 92추31 판결 등 다수). 시청광장이라는 공원 내지 공공장소의 순수한 관리는 서울시의 자치사무에 해당하나, 집시법의 규율대상이 되는 집회와 시위에 대한 업무는 행정자치부 소속 경찰청과 각급 경찰관서의 업무에 속하는 전형적인 국가사무로서 지방자치단체의 사무가 아니다.

따라서 위 장소의 상업적 이용, 일상적인 수목 관리 등에 관한 사항은 조례로 정할 수 있을 지 몰라도, 집회와 시위의 자유를 제한하는 새로운 규정을 들 수는 없다.

조례는 집회와 시위의 관한 사항을 규율하는 법률인 집시법이 설정하는 제한보다 엄격한 규제수단(장소 사용에 대한 허가제 채택)을 도입하고 있으므로 ‘법령에 위반되는 것’으로 허용되지 않고, 지방자치법 제 15조는 ‘주민의 권리제한, 의무부과, 벌칙을 내용으로 하는 조례는 법률의 위임이 있어야 하는데 그러한 위임이 전혀 없어 무효이다.

사용료 부과징수 또한 상업적 이용에 한해서 가능하다고 할 것이다. 집회 시위의 주최단체의 재정적 능력에 따라서 기본권 보장에 차별을 가할 수는 없고 그렇다면 이는 집회와 시위의 자유에 대한 새로운 제한의 설정이므로 법률의 명시적 위임이 필요한 사항이다. 오히려 국가와 지방자치단체는 집회와 시위의 장소를 적극적으로 제공해야 할 의무가 있으며 따라서 종전에 집회와 시위의 장소로 이용되던 공간을 다른 공간으로 변경할 때에도 이러한 점이 고려되어야 한다. 예를 들어 여의도광장을 공원으로 조성할 당시에 대규모집회 장소를 제공하는 의미에서 문화마당이 별도로 조성되었던 사례를 참고할 필요가 있다.

3) 입법적 대안

지방자치단체와 국가는 집회의 자유를 보장하기 위하여 공원을 조성하는 경우에도 집회장소를 고려하는 등 조치를 해야 할 의무가 있다. 이미 서울시는 위 조례에 따라 자신들과 정치적 의견을 같이 하는 단체의 경우에는 집회를 허용하고 비관적인 단체에 대하여는 이를 불허하거나 과도한 사용료부과를 통해 사실상 집회자체를 금지하고 있다. 위헌 위법한 서울시 조례는 하루 빨리 폐지되어야 한다.

(13) 도시공원법의 점용허가에 의한 제한

1) 관련규정

도시공원법 제8조(도시공원의 점용허가)

- ① 도시공원안에서 **공원시설 이외의 시설·건축물 또는 공작물을 설치**하거나 토지의 형질변경, 죽목의 벌채, 재식이나 토석의 채취 등의 행위를 하고자 하는 자는 **대통령령이 정하는 바에 의하여 공원관리청의 점용허가를 받아야 한다.** 허가받은 사항을 변경할 때에도 또한 같다.
- ② 공원관리청은 제1항의 규정에 의한 허가신청이 있을 때에는 **공원조성계획에의 저촉여부를 확인한 후 점용사유가 불가피하고 공중의 이용에 지장을 주지 아니한다고 인정되는 경우에 이를 허가할 수 있으며** 토지소유자가 허가신청을 한 경우에는 타에 우선하여 허가하여야 한다.
- ③ 제1항의 규정에 의하여 도시공원을 점용할 수 있는 대상 및 점용의 기준은 대통령령으로 정한다.

제32조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처한다.

- 1. 제6조제1항 및 제2항의 규정에 위반하여 인가 또는 위탁을 받지 아니하고 도시공원 또는 공원시설을 설치하거나 관리한 자
- 2. 제8조제1항 또는 제12조의2제1항의 규정에 위반하여 허가를 받지 아니하고 도시공원 또는 녹지안에 서 시설·건축물 또는 공작물을 설치한 자

도시공원법 시행령 제6조(점용허가를 받을 수 있는 경우)

①법 제8조제1항의 규정에 의한 도시공원의 점용허가를 받을 수 있는 경우는 다음 각호와 같다.

- 1. 전주·전선·변전소의 설치
- 2. 수도관·하수도관·가스관·공동구의 설치
- 3. 도로·교량·철도 및 궤도·노외주차장·선착장의 설치
- 4. 농업을 목적으로 하는 용수의 취수시설·관개용수로(위험방지시설을 설치하는 경우에 한한다), 생활용수의 공급을 위하여 고지대에 설치하는 배수시설(자연유하방식으로 공급하는 경우에 한한다), 비상급수시설과 그 부대시설의 설치
- 5. 경찰관파출소·초소·표지·등대의 설치
- 6. 삭제<1990·9·15>
- 7. 방화용저수조·지하대피시설의 설치
- 8. 통신시설·축성시설 기타 국방부장관이 작전상 불가피하다고 인정하는 최소한의 시설의 설치
- 8의2. 농업·임업·어업 또는 광업에 종사하는 자가 생산에 직접 공여할 목적으로 자기소유토지에 설치하는 관리용 가설건축물의 설치
- 8의3. 건축법시행령 별표 1의 규정에 의한 제2종 근린생활시설 중 사무소, 창고시설, 동물관련시설 중 축사 및 식물관련시설로서 자기 소유토지에 설치하는 가설건축물의 설치
- 8의4. 공원관리청 또는 법 제6조의 규정에 의하여 공원을 관리하는 자가 도시공원의 관리 및 운영을 위하여 필요로 하는 가설건축물의 설치
- 9. 비상재해로 인한 이재민을 수용하기 위한 가설공작물의 설치
- 9의2. 공원관리청이 재해의 예방 또는 복구를 위하여 필요하다고 인정하는 공작물의 설치
- 10. 경기·**집회**·전시회·박람회를 위하여 설치하는 **단기가설공작물의 설치**
- 11. 기존건축물 및 기존공작물의 개축·재축·증축 또는 대수선
- 11의2. 제1호 내지 제11호의 규정에 의한 시설의 설치에 필요한 공사용 비품 및 재료의 적치장의 설

치

12. 토지의 형질변경, 토석의 채취, 죽목의 벌채 및 재식

13. 제1호 내지 제5호와 제7호 내지 제10호에 규정한 시설과 유사한 기능을 갖는 시설의 설치

2) 문제점

도시공원법 제8조 제1항은 “도시공원안에서 공원시설 이외의 시설·건축물 또는 공작물을 설치하거나 토지의 형질변경, 죽목의 벌채, 재식이나 토석의 채취 등의 행위를 하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 공원관리청의 점용허가를 받아야”하도록 규정하고,

같은 법 시행령 제6조 제1항을 보면 점용허가를 받을 수 있는 경우를 아예 제한적으로 열거하고(집회에 설치하는 단기공작물은 제10호에서)

이와 같이 점용허가를 받을 수 있는 경우에 “공원관리청은 제1항의 규정에 의한 허가신청이 있을 때에는 공원조성계획에의 저촉여부를 확인한 후 점용사유가 불가피하고 공중의 이용에 지장을 주지 아니한다고 인정되는 경우에 이를 허가할 수 있으며(도시공원법은 제8조 제2항)”라고 하여 ① “점용 사유 불가피”, ② “공중의 이용에 지장을 주지 아니한다고 인정되는 경우”라는 두 가지 요건을 충족한 경우에 공원관리청의 재량으로 “허가할 수 있는” 것으로 규정되어 있다.

공원관리청은 현행 도시공원법 제8조 제1항의 공원관리청의 점용허가를 받아야 하는 “공원시설 이외의 시설·건축물 또는 공작물”에 관하여 같은 법 시행령을 들어 집회에 설치하는 무대(연단), 방송시설 등 2-3시간 정도로 설치되는 단기 공작물도 당연히 포함되는 것으로 해석하고 있다.

통상 집회가 이루어지는 과정을 보면, 예정된 시간이 되어 참가자들이 모인 경우에는 사회자가 무대(연단)에서 개회선언을 하고 민중의례, 참가한 내외빈을 소개한다. 그리고 주최단체의 대표자가 대회사(연설)를 하고 각 연대단체들에서는 연대사(연설)를 하게 된다. 대체로 2-3개의 연대사가 있게 되며, 대회사와 연대사 사이사이에는 문화공연이 배치되어 가수나, 노래패의 노래와 율동이 무대에서 이루어진다.

마지막으로는 당일 집회의 주요 주장을 담은 결의문을 낭독하는 순서가 있으며 이로서 집회는 종료되고 정해진 행진로를 따라 행진에 들어가게 된다. 여의도 공원 등 집회장소에서의 본 집회가 마칠때까지는 약 2-3시간 가량이 소요된다(본집회가 끝나면 바로 시설이 철거되며 따라서 무대 등이 시설이 공원을 점용하는 시간은 길어도 3시간 가량 된다).

위와 같은 모든 행사가 연단 또는 무대에서 이루어지는 것이고 다수의 참가자들은 앉아서 무대로 집중하면서 주장을 듣고 상호 의사를 공유·소통하게 된다. 한편 집회를 주최하는 단체나 사람들은 자신들의 주장을 가장 잘 시민들과 조합원들에게 전달할 수 있는 방법을 모색하게 된다. 집회라는 것이 일반적으로 목소리만 크게 낸다고 되는 것이 아니라, 참가자들과 주변의 시민들에게 집회를 하게 된 목적을 잘 설명하고, 설득하여 자신들의 주장에 동조하거나 우호적인 태도를 취해줄 것을 바라기 때문이다. 신문이나 방송을 통해 이러한 주장을 충분히 전달할 수만 있다면 좋겠으나, “사회적 의제”를 설정하는데 있어서조차 소외되는 것이 사회적 소수자나 정치적 반대그룹이 처하게 되는 역사적인 현실이므로 주요한 사안이라고 생각되는 사항을 사회적 의제로 제기하고, 그러한 주장을 집회에 참가한 사람들에게, 그리고 주변에 있는 시민들에게 알리고 설득하는 “소통”이야말로 집회의 주된 목적이다.

그러기 위해서는 목적에 걸맞게 프로그램을 준비해야 하고, 프로그램을 운영함에 있어서도 주장만을 늘어 놓는 연설만 계속 하는 것이 아니라, 그 사이에 문화공연을 배치하게 된다. 그것은 집회 자체를 지루하지 않게 하고, 긴장감을 유지하며, 참가자들이 집회에 집중하도록 하기 위함이다. 무대와 음향시설은 바로 이러한 프로그램을 진행하기 위한 필수적인 장치이자 시설이다.

무대는 위와 같은 프로그램을 진행하고 집회 참가자 전체가 잘 볼 수 있게 하기 위해서 세우는 것인데, 기본적으로 서로가 서로를 볼 수 있어야 대화를 하고, 소통을 하고, 설득을 할 수 있기 때문이다.

무대만큼 중요한 것이 바로 음향시설인데, 연설자의 목소리를 모인 사람 전체에게 들리게 하기 위해서는 음향시설이 필요하다. 아무리 목소리가 큰 사람 이라도 100명 이상의 사람에게 자기의 목소리를 정확하게 전달하기는 힘들 것이고, 통상 그 이상이 모이는 집회에서 연사와 참가자들간의 “소통”을 위해서는 음향시설이 필수적인 장치라고 할 수 있다. 허공에다 지르는 메아리나 ‘쇠귀에 경 읽기’가 되어서는 집회를 개최하는 목적을 달성할 수 없다. 주최자와 참가자 사이의 “소통”이야 말로 집회를 하는 이유이자 목적이기 때문이다.

근년에 여의도 공원 관리청은 시민사회단체의 집회에 대하여 도시공원법 위반으로 고발하고 있다. 그러나 집회를 위하여 점용허가를 신청하려 가면 그 자리에서 불허할 것이라는 이야기를 공공연히 하면서 실제로도 일괄적으로 허가를 해주지 않고 있는 실정이다. 관련 재판에서 증인으로 출석한 공원관리청 공무원인 이모씨(여의도공원 관리사무소 공무원) 역시 ‘자신이 근무한 기간인 2002년 7월경부터 2003년 8월경까지 20여건의 점용허가 신청에 대하여 공원관리청에서는 단 한건도 점용허가를 해준 사실이 없음을 인정’한 사실은 이를 잘 보여주고 있다.

아래는 여의도 공원관리사무소에서 취하고 있는 태도를 적나라하게 보여주는 사례이며 도시공원법 제 8조의 점용허가 규정을 자의적으로 운영하고 있는 것을 잘 알려준다.

[사례13-1] 2002. 2. 24. 민주노총 전국노동자대회 관련 사건의 경위

○ 사건의 경위

- 민주노총은 2002년 2월 24일 오후 2시부터 여의도 공원에서 중소기업 비정규노동자 희생없는 주5일근무 쟁취 전국노동자 대회를 개최하였다.
- 전국노동자 대회는 전국에서 4만여 명이 참가하는 대규모 집회였다.
- 2002년 1월 07일 영등포경찰서에 집회 신고를 마친 합법 집회이다.
- 집회신고의 필수 사항 중 대규모 집회임을 감안하여 집회 진행용 연단과 음향시설 등을 신고 한 바 있다.
- 여의도 공원 관리사무소는 날짜와 시간을 알 수 없는 때에 이날 집회시 설치한 3단 크기의 임시 무대를 설치하였다는 이유로 공원 관리법 제32조 2항, 동법 제 8조 1항을 들어 민주노총 허영구 직무대행을 고발하였다.

○ 연단 설치 허가 요청과 거부 경위

- 여의도 공원 관리소는 집회를 신고하자마자 민주노총에 전화를 걸어 공원에서 집회를 하지 말 것을 전화 등을 통해 종용하였다.
- 민주노총은 집시법에 규정한 정당한 절차를 거쳐 신고된 집회를 이유 없이 취소 또는 변경 할 수 없다는 답변을 하였다.

- 여의도 공원 관리소는 이에 맞서 도시공원법을 들어 고발하겠다고 수 차례 통보하여 민주노총은 여의도 공원 관리소 측의 요구를 반영하여 도시공원법에 맞게 허가를 요청하겠다고 말하였으나 허기는 내 줄 수 없다는 답변을 하였다. 이에 하는 수 없이 민주노총은 도시공원법상의 허가신청을 포기하였다.
- 그리고 여의도 공원 관리소측에 최종 통보하기를 집회와 시위의 자유는 헌법에 보장된 권리이고 집시법 상의 하자가 없어 신고된 집회를 여의도 공원관리소 측이 허가를 해주지 않겠다고 말하는 것은 심각한 기본권 침해행위이다. 기존 다른 단체들의 집회에 비추어 형평에도 맞지 않고 도저히 받아들이기 어렵다.
- 여의도공원 관리소는 민주노총이 3차례 이상의 성의있는 답변과 협조를 했음에도 불구하고 여의도공원관리소장은 무조건 집회를 못하게 할 목적으로 집회를 개최하지 말 것을 종용하고 도시공원법에 따른 허가신청을 해도 허가해 줄 수 없다는 답변만 반복하였다. 그리고는 그 사건으로 민주노총을 고발하였다.
- 여의도 공원은 자신의 홈페이지에 공원 사용 목적을 집회와 기타 여가 활동이라고 소개하고 있고 이곳에서는 그동안 한나라당, 미술학원 연합회 등 많은 집회가 개최되었으나, 힘있는 정당 등은 제외하고 주로 민주노총을 비롯한 시민사회단체들의 집회만을 문제삼는 것으로 알려지고 있다.

집회는 공공장소에서 이루어질 수밖에 없고 서울 시내에서 집회가 가능한 장소로는(도로에서 행진은 몰라도 집회가 불가능하다-집시법 제12조 참조) 결국 공원밖에 없다. 이미 여의도 공원의 연혁을 보아도 대규모 집회장소로 이용되어 왔고, 현재 문화마당은 그 안내문을 보면 집회를 하는 장소로 소개하고 있는데 그 이유는 기존 여의도 공원의 그러한 기능을 문화마당이 수행하는 것을 염두에 둔 때문이며 이미 여의도 광장을 공원으로 조성할 당시에도 집회장소가 없어진다는 논란이 제기된 바가 있어 문화마당을 별도로 조성하였다.

집회에서 설치하는 무대와 연단, 방송시설 등 단기공작물에 대하여 도시공원법에서 점용허가를 받도록 하는 것은 집회에서 무대나 음향시설의 필요 불가결한 기능에 비추어 이에 대한 허기는 결국 "집회"자체에 대한 허가처럼 기능할 수밖에 없고, 나아가 현실에서 점용허가 규정이 운용되는 사정을 보아도 이는 헌법 제21조 제2항의 사전 허가 금지에 위배되는 규정이다.

집회에서 사용하는 단기 공작물의 설치의 물론이고 집회의 개최여부 자체를 공원관리청이 사전에 인지할 필요가 있다면 이는 공원관리청이 사전에 그 옥외집회 또는 시위의 성격과 규모 등을 미리 파악함으로써 적법한 옥외집회 또는 시위를 보호하는 한편 그로 인하여 발생할 수 있는 여러 문제를 예방하기 위한 사전조치를 마련하는데 있다. 그러나, 이는 이미 집회신고가 관할경찰관서에 이루어지므로 관할경찰관서에서 공원관리청에 해당 사실을 통보하여 공원관리청과 질서유지업무를 담당하는 관할경찰관서가 상호 협조하여 집회가 원만하게 치루어 지도록 하면 충분히 달성될 수 있는 것이므로 굳이 도시공원법 제8조에서 다시 별도로 점용허가를 받아야 할 필요는 없다. 그럼에도 불구하고 도시공원법 제8조 제1항에서 "공원시설 이외의 시설·건축물 또는 공작물"에 집회에 설치하는 무대 또는 연단이나 방송시설을 포함하는 것으로 해석하여, 점용허가를 받지 않는 경우에 형사처벌까지 가할 수 있다고 하면 이는 기본권 제한에 있어서 과잉금지원칙, 최소침해의 원칙에도 위배된다.

3) 입법적 대안

도시에서 공원은 시민의 휴식공간이기도 하지만 집회를 개최할 수 있는 유일한 장소이기도 하다. 주로 여의도공원, 광화문 열린마당공원, 종묘공원, 대학로 마로니에 등이 집회의 메카로 이용되는 것을 보면

알 수 있다. 도시공원법에 의한 점용허가의 대상에서 '상업적 목적에서 이루어지는 것이 아닌 한 집회에서 설치하는 단기공작물의 설치'는 제외되어야 한다.

공원관리상 필요한 것은 집회신고가 이루어지고 있으므로 관할 경찰관서에서 공원관리청에 이를 통보하여 서로 협조하면 될 것이다.

(14) 집회장소에 사복경찰의 출입과 사진·비디오 채증 행위

1) 관련 규정

제17조 (경찰관의 출입)

①경찰관은 집회 또는 시위의 주최자에게 통보하고 그 집회 또는 시위의 장소에 정복을 착용하고 출입할 수 있다. 다만, 옥내집회장소에의 출입은 직무집행에 있어서 긴급성이 있는 경우에 한한다.

②집회나 시위의 주최자·질서유지인 또는 장소관리자는 질서를 유지하기 위한 경찰관의 직무집행에 협조하여야 한다.

2) 문제점

경찰청이 2004년 8월경 이영순 의원실에 제출한 '집회시위현장 안전관리 종합대책'에 따르면, 채증공보 활동 강화라는 제목 아래 "경찰서 정보요원 및 상설부대 등 충분한 채증조 운영, 입체적 채증으로 왜곡 선전 대응 사법조치 구증자료 확보, 장거리 음성녹음이 가능한 고성능 채증장비 구입 추진, 채증역량 극대화, 인터넷 언론 대응팀 운용, 왜곡선전, 과장보도에 실시간 대응으로 정확한 진상확보"라는 내용이 있었다. 또 아래 사례에서 보듯이 현재 집회전과정을 촬영하거나 심지어 인터넷으로 생중계하고 사복형사들이 집회현장에 직접 들어오거나 주변에서 10분 간격으로 연설내용과 주요 참가자, 발언 내용, 행진과정을 세세하게 정보상황보고를 하고 있는 실정이다.⁷²⁾ 이러한 정보상황보고 기록을 보면 집회현장내에 있지 않고서는 알 수 없는 내용이 다수 기록되어 있다. 그리고 경찰당국의 무분별한 비디오·사진촬영이 불필요하게 시위 참가자들을 자극해 평화적인 집회·시위 분위기를 저해하는 경우가 종종 있다. 예를 들면 집회나 행진이 진행되고 있는 바로 옆에 경찰병력이 도열해 있고 그곳에서 사진이나 비디오 촬영이 이루어지고 있을 때, 이를 제지하는 사람과 경찰간에 언쟁이 확대되어 충돌로 이어지는 일이 자주있다.

[사례14-1] '시위 비디오 채증' 위법 논란(경향신문 2001-04-21)

경찰이 과잉진압 시비에 대처한다며 '영상채증 전문팀'을 편성해 각종 시위의 전과정을 영상으로 남기기로 해 위법성 시비 등 논란을 빚고 있다. 경찰청은 20일 본청 제1회의실에서 이무영 청장을 비롯해 지방경찰청장 등이 참석한 가운데 전국 경찰지휘관 회의를 열고 '대우차 사태'를 논의, '집회시위 안전관리 강화대책'을 내놓았다. 경찰은 이 대책 중 하나로 전국 14개 지방경찰청에 영상채증팀을 신설, 시위의 전과정을 촬영키로 했다. 경찰 고위관계자

72) 집회와 관련한 형사재판에서 수사기록에 늘 첨부되는 것이 바로 관할경찰서 정보과에서 작성한 것으로 보이는 정보상황보고이다. 집회준비과정에서 종료시점까지 매우 자세한 내용이 기록되어 있다. 다만 경찰의 폭력행위 등 불리한 내용은 기재하지 않으며 일방적 시각에서 작성되어 있다.

는 "시위가 언제 폭력화할지 모르기 때문에 모든 시위에 대해 채증하겠다"며 "이를 방해하는 시위자에 대해서는 공무집행방해죄로 형사처벌할 계획"이라고 밝혔다. 하지만 노동계와 법조계 등에서는 이에 대해 "초상권 등 사생활침해 소지가 있으며 현행 집회 및 시위에 관한 법률에 저촉된다"고 지적하고 있다. 민주노총 손낙구 교육선전실장은 "지금까지 경찰은 사복차림으로 시위현장을 카메라로 촬영하는 등 불법을 저질렀다"며 "영상채증은 심리적 억제가 아니라 심리적 압박감을 초래하므로 영상채증을 막으려다 폭력이 일어나는 등 시위현장의 새로운 불씨가 될 수 있다"고 강조했다.

경찰 내부에서도 우려의 목소리가 나오고 있다. 한 경찰관은 "불법행위가 발생할 때 채증 차원에서 촬영하는 것은 문제가 없으나 합법적 집회를 다 찍는 것은 초상권 침해는 물론이고 헌법에 보장된 집회결사의 자유에도 어긋나는 것으로 알고 있다"고 말했다.

박찬은 변호사는 "자칫 초상권, 사생활침해 등에서 문제가 있을 수 있다"며 "영상기술을 활용해 시위자에게만 불리하게 편집되는 등 왜곡의 수단으로 이용될 소지도 있다"고 지적했다.

[사례14-2] “2003. 10. 29. 민주노총 종묘공원 집회 관련 정보상황보고”중에서 발췌

○ 15:00 현재

- 종묘공원내에서 노조원 등 1,700명(학생 100 포함), 이재웅 사무총장 사회로 ‘손배가압류 철회, 노동탄압 분쇄, 비정규직 차별철폐, 파병반대 00073)정권 규약 전국노동자대회’ 본 집회 시작, 진행중.

* 주로 참석자 : 단병호 민주노총 위원장, 권영길 민노당 대표, 백기완 민족문제연구소장, 홍근수 목사 등
 ⇒ 인원분류(1,700명) : 전국여성노조 100, 사회보험노조 100, 보건의료노조 100, 상용직 노조 150, 근로복지공단노조 300, 학생 100, 미확인 노조원 850

○ 조치

종로서 - 旣 대책에 의거 대비 철저(경 10中<교통 1中 포함>
 ⇒ 채증요원 10개조 30명(정사진 10, 비디오 10) 현장배치, 불법행위 전과정 채증 철저
<중략>.....

○ 16:45 현재

- 종묘공원내에서는 노조원 등 1,800명(학생 100명 포함), ‘손배가압류 철회, 노동탄압 분쇄, 비정규직 차별철폐, 파병반대 00074)정권 규약 전국노동자대회’ 본집회 마치고 2개 차로 이용 탑골공원까지 행진출발

- 투쟁사(권영길 민노당 대표) : 비정규직 철폐, 손배, 가압류 등의 불합리한 제도를 철폐하기 위해서는 1,300만 노동자들이 단결하여 투쟁해야 한다. 이라크 전투병 파병과 관련 000정권이 국민들의 여론을 조작하고 호도하고 있다. 이라크 파병을 약속했던 파키스탄 등이 파병을 철회하고 있다. 이라크 파병은 절대 안된다.

- 규탄사(이태호 참여연대 정책실장) : 영등포서장이 근로복지공단 비정규직 노조 이용석 광주본부장의 분신에 대해 노조가 배후라고 하는 등 무지한 소리를 했다, 이러한 일선 서장의 무지는 경찰에만 있는 것이 아니고 현정부 수뇌부 전체에 있다.

- 민주노총 관계자에 의하면 오늘 행진 후 근로복지공단으로 이동 중, 영등포 서장 기획분신 발언 보도 관련 영등포서를 항의방문할 예정이라고 언동하여, 서울청 정보요원이 영등포서 항의방문 하지 않도록 경고, 설득 중

73) 여기서 정보상황보고에 노무현을 000으로 표시한 것은 아마 대통령 이름을 여기서 쓰는 것이 불경하다고 생각해서인 듯 하다.

74) 여기서 정보상황보고에 노무현을 000으로 표시한 것은 아마 대통령 이름을 여기서 쓰는 것이 불경하다고 생각해서인 듯 하다.

○ 조치

종로서 - 旣 대책에 의거 대비 철저(경 10中<교통 1中 포함>)

⇒ 채증요원 10개조 30명(정사진 10, 비디오 10) 현장배치, 불법행위 전과정 채증 철저

영등포서 - 항의방문시 집단 진이 등 자체 대비 철저

全 署 - 노조단체 동향 파악 및 특이사항 발생시 즉보

-경찰청, 청장, 차장, 부장, 경비, 보안, 수사, 교통 -

헌법상의 집회의 자유 조항은 집회의 사전단계와 사후단계도 보호하며 경찰의 정보취득활동, 예를 들면 감시, 도청, 비디오 녹화, 사진촬영, 음성녹음, 집회 참여자 명단의 제출, 차량번호판의 등록 등으로부터도 집회, 시위를 보호한다. 경찰이 감시 카메라를 이용하여 집회, 시위현장을 상시 촬영하는 행위는 법이 허용하지 않는 위협방지라는 경찰법상의 일반조항을 통해서도 정당화될 수 없는 위법한 행위이다. 헌법상의 집회의 자유 조항은 집회의 사전단계, 진행단계에서 국가적 탐지를 당하는 것으로부터 집회참여자들을 보호해준다고 보아야 한다⁷⁵⁾

3) 입법적 대안

집회 및 시위의 자유는 공동의 목적을 가진 다수인이 자발적으로 일시적인 모임을 가질 수 있는 자유를 말한다. 그리고, 그러한 자유는 자유로운 의사표현을 전제로 하고 있으며, 그렇기 때문에 집회의 자유는 집회에 대한 국가권력의 간섭이나 방해로 배제할 수 있는 주관적 공권으로서의 성격을 가진다고 보고 있다. 그럼으로써, 국민의 의사가 서로 교환되고, 공감대를 얻으면서 정치적인 의사를 형성할 수 있게될 뿐만 아니라, 소수의 의견이 실효성을 가지게 된다.

그런데, 사전정보취득활동이라는 이유로 경찰력에 의해서 이루어지는 사진촬영, 비디오녹화, 녹음 또는 출입차량 번호판 기록 등은 집회준비자나 참여자들의 의사표현력 또는 자기정보결정권을 침해할 우려가 높다고 할 것이다. 경찰이 폭력집회를 예방하고 사후범죄의 증거를 확보한다는 명목으로 이루어지는 그러한 정보취득활동은 집회 준비자의 실질적인 집회의 내용 준비와 집회 참가자들의 자유로운 의사소통 및 주장에 있어서 심리를 위축시켜 자기 검열을 하게 된다. 이는 자발적인 집회에 대한 제어가 되며 국가권력의 간섭이나 방해로부터 자유로울 수 있는 기본권을 침해하는 행위이다. 집회를 준비하고 실행하는데 참여하는 개인의 권리를 침해하며 방해받지 않고 집회 참여자들 상호간 또는 일반과의 사이에서 의사소통하는 권리를 침해한다.

따라서, 현재 집회현장에서 일상적이고 당연한 것으로 여겨지고 있는 경찰의 정보취득활동에 대한 제한 규정의 명문화가 필요하다. 물론, 압수·수색·검증에 관한 영장주의 그리고 그 예외규정들을 유추적용하여, 범죄혐의의 명백성, 증거보전의 고도의 필요성, 긴급성, 촬영방법의 상당성 등의 요건을 구비한 경우에 한해서 사후영장을 받는 조건으로 촬영할 수 있겠지만, 이는 어디까지나 집회시위의 보장에 대한 예외로서 형사소송법에 의해 인정받는 경우로 보아야 할 것이다.

[개정안 : 집시법 제3조 제5항 신설]

75) 김승환, ‘집회와 시위의 자유’, 공익과 인권 6호, 서울대 BK21 법학연구단 공익인권법센터 p.59-60

⑤ 경찰은 평화적인 집회 또는 시위의 주최자의 동의를 얻지 않고는 집회 및 시위의 현장에서 사진촬영, 비디오녹화, 녹음, 출입차량 번호판 기록 등을 하여서는 아니된다.

나아가, 집회의 전과정을 10분 내지 15분 간격으로 정보상황보고서를 작성하는 것은 집회에 대한 국가 권력의 과도한 개입이므로 정보상황보고의 작성과 관련해 존재하는 관련 내부 규정이 있다면 삭제되어야 한다.

(15) 집회현장에서 경찰당국의 과도한 개입과 강제진압

1) 경찰당국의 집회현장출입과 개입행위

가) 관련 규정

제17조 (경찰관의 출입)

① 경찰관은 집회 또는 시위의 주최자에게 통보하고 그 집회 또는 시위의 장소에 정복을 착용하고 출입할 수 있다. 다만, 옥내집회장소에의 출입은 직무집행에 있어서 긴급성이 있는 경우에 한한다.

② 집회나 시위의 주최자·질서유지인 또는 장소관리자는 질서를 유지하기 위한 경찰관의 직무집행에 협조하여야 한다.

나) 문제점과 입법적 대안

[사례15-1] 경찰 대우차노조 폭력진압 파문(동아일보 2001-04-13)

비디오 테이프에 담긴 당시 진압상황은 다음과 같다.

10일 오후 1시5분경, 대우차 노조 조합원 350여명은 노조 사무실 출근 투쟁을 위해 부평공장을 향했다. 회사를 향해 인도를 따라 행진하던 노조원들이 진압경찰과 마주친 곳은 대우자동차 정비사업소 앞 사거리. 민주노총 소속 박변호사가 확성기를 통해 "법원이 노조원들의 사무실 출입을 허용했다. 이를 막는다면 경찰은 법원 판결을 무시하는 동시에 업무방해를 한 것이 된다"며 경찰의 해산을 요구했다. 그러나 경찰은 미동도 하지 않았다. 조합원들은 항의차원에서 상의를 벗기 시작하고 도로에서 연좌 농성을 시작했다. 경찰의 강제진압이 시작된 것은 오후 4시반경. 곤봉과 방패를 휘두르며 조합원들에게 우루루 돌진한 전투경찰은 방패와 곤봉으로 마구 머리와 배를 때렸고 군화발로 쓰러진 노조원들을 짓밟았다. 불과 15분여만에 6차선 도로는 이수라장으로 변했다. 얼굴과 머리가 피범벅이 된 조합원들로 가득 찼고 도로 곳곳에는 전경들에게 배를 차인 듯 고통스러운 얼굴을 한 조합원들이 웅크리고 쓰러져 있었다. 한 조합원은 여러 명에게 집단 구타를 당해 눈과 코 입안에서 피를 흘려 상체 전부가 피로 뒤덮였다. 노조원들 중 일부는 전경들에 의해 구급차와 전경버스로 실려갔다. 오후 4시반경, 시위대는 모두 강제해산됐다.

[사례15-2]<기자의 눈> 경찰 직위해제는 '훈장'(한국일보 2001-07-18)

지난 4월 인천 대우자동차파업에 대한 경찰의 폭력진압으로 직위해제됐던 민승기 전 인천경찰청장과 김종원 전 부평경찰서장이 지난 15일자로 복직하자 경찰청 관계자들은 정당한 절차임을 줄곧 되뇌고 있다. 민주노총 등의 반발에도 법규에 따랐을 뿐이라는 합창만이 메아리친다. 이들의 말은 물론 법논리상으로는 틀리지 않다. 국가공무원법은 직무수행능력 부족으로 직위해제됐을 경우 3개월내에 복직시켜야 한다고 규정하고 있다. 그러나 경찰은 민간기

관이나 기업이었다면 마땅히 해고됐을 사람에 대해 3개월 직위해제라는 솜방망이만을 들었을 뿐 중앙정계위원회에 업무수행과 관련해 직권면직(해고)을 신청한 적은 한번도 없다. 경찰의 족적을 돌아보면 직위해제는 오히려 상당수 경찰 간부에게 훈장으로 작용하곤 했다. 92년 부산경찰청장이던 박일룡씨는 부산 초원복집사건에 연루돼 직위해제된 뒤 YS정권 들어 해양경찰청장을 거쳐 경찰청장까지 고속승진했다. 서울청 경무국장이던 황용하씨도 95년 경찰관 시험지 유출사건의 책임을 지고 직위해제됐다가 5개월여만에 서울청장으로 당당히 입성한 뒤 박 청장의 바톤을 이었다. 이무영 경찰청장도 이 범주에서 벗어나지 못한다. 서울 강남경찰서장으로 있던 88년 관할 개포파출소에서 발생한 용의자 폭행치사에 대한 책임으로 직위해제됐다가 복직, 현재 경찰의 수장으로 있다. 이번에 복직한 두 경찰간부에게도 직위해제가 인사상의 불이익이 아니라 거꾸로 훈장이 될지 지켜볼 일이다.

[사례15-3] 어이없는 경찰...차부쉬 시위대 폭력성 조작(중앙일보 2001-07-12)

시위대와 진압경찰이 대치 중인 시위현장에서 경찰관이 길가에 서있던 택시 유리창을 보도블록 조각으로 깨뜨린 사건이 일파만파로 번지고 있다. 경북 경주시 천북면 (주)세광공업 노조원들은 지난달 13일부터 "노조가 강성이라는 이유로 회사측이 위장 폐업을 했다" 고 주장하며 연일 폐업 철회 촉구시위를 벌였다. 7일 오후에도 이 회사 노조원들은 경주 도심에서 가두시위를 했다. 경찰과 시위대가 대치 중인 가운데 경주경찰서 정보과 尹모(50)경사가 도로에 정차 중이던 택시에 돌을 던지고 달아났다. 민주노총 경주시협의회는 성명서를 내고 "경찰이 시위대의 폭력성을 부각하기 위해 사복 경찰관을 동원해 택시 유리창을 깬다" 고 주장했다. 이에 대해 경찰은 "시위대가 부순 보도블록을 길가로 치우는 과정에서 실수로 유리창이 깨진 것" 이라고 맞섰다.

그러나 10일 민주노총이 현장을 촬영한 비디오테이프를 공개하면서 경찰의 해명은 사실이 아닌 것으로 드러났다. 尹경장이 택시를 향해 돌을 던지고 달아나는 장면이 정확하게 녹화됐기 때문이다. 결국 경찰은 이날 오후 尹경사를 직위해제하고, 경주경찰서 정보과장, 경비교통과장을 전보 조치했다.

[사례15-4]이영순의원 경찰방패 맞아 부상/이라크 파병반대 촛불집회(세계일보 2004-08-04)

민주노동당 이영순의원이 3일 밤 이라크 추가파병을 규탄하는 집회에 참가했다가 경찰이 휘두른 방패에 얼굴을 다쳐 시내 한 병원 응급실로 옮겨져 치료를 받았다.

민노당에 따르면 이 의원은 이날 오후 9시30분쯤 당 지도부,시민단체 관계자 등과 함께 광화문 교보빌딩 앞 집회를 마친 뒤 농성 장소인 주한 미대사관 옆 공원으로돌아가려다 이를 막아선 경찰과 대치하던 중 이같은 변을 당했다. 이 의원과 동행한 김동혁 보좌관은 "경찰에 분명히 의원 신분을 밝혔고 '신변보호 차원'이라며 여경 1명까지 붙여준 상황에서 한 의경이 방패로 이 의원의 얼굴을 내리쳤다"고 말했다. 이 의원은 입술과 뺨 등이 찢어지고 출혈이 있어 무악동 세란병원에 옮겨져 치료를 받고 입원한 상태다. 김성희 부대변인은 "경찰이 국회의원에게 폭력을 쓸 수 있느냐"면서 "논의를 거쳐 내일 오전 당 차원의 대응방안을 공식 발표하겠다"고 말했다.

한편 이라크 파병반대비상국민행동과 민노당,한국대학총학생회연합 소속 500여명 (경찰추산)은 이날 오후 7시부터 자정이 넘도록 광화문 열린시민공원에서 파병철회촉구 집회를 갖고 이라크 파병을 강력히 비난했다.

현행법은 정복착용을 하고 통보후 출입할 수 있으나, 사복형사가 출입하고 있는 것이 관행이며 집회참가자들을 자극하여 평화로운 집회를 방해하는 한 원인이 되고 있다. 심지어 폭력사건을 조작하는 일도 벌어지고 있는 실정이다. 출입제한 규정의 실효성이 없는 원인이 위반시 처벌조항이 없는 점 때문이므로 처벌조항을 명시하여야 한다.

그 외 집회과정에서 경찰의 과도한 개입이 참가자와 마찰을 일으켜 평화로운 집회가 방해받고 있는 현실을 감안하여 위 제17조의 2 각 항과 같은 별도의 준수사항에 대한 규정신설이 필요하며 특히 대우자 동차 조합원들에 대한 경찰의 야만적 폭력행위에서 보듯이 사후적으로라도 책임소재를 분명하게 하기

위하여 제4항에서 중대병력의 배치장소와 지휘책임자의 성명을 통보하게 해야 한다.

[개정안]

제17조의2 (경찰관의 준수사항)

- ① 제6조1항과 제2항의 신고된 집회에 대해서 경찰관은 행인의 집회 및 시위장소의 출입을 막아서는 안 된다. 단, 제4조에 의해 집회의 주최자가 관할경찰관서장에 특정인 또는 특정단체의 출입을 배제요청하는 경우에는 해당 특정인과 특정단체는 예외로 한다.
- ② 관할경찰관서장 및 경찰관은 차량이나 경찰력을 사용해 평화적인 집회 및 시위 또는 행진장소의 외곽을 에워싸는 등의 조치로 집회 및 시위 또는 행진장소의 시야를 차단해서는 안 된다.
- ③ 관할경찰관서장 및 경찰관은 평화적인 집회 및 시위, 혹은 행진중인 대열을 향해 진압봉과 방패 등의 위해를 줄 수 있는 진압장구 또는 무기를 사용해서는 안 된다.
- ④ 관할경찰관서장은 신고된 집회 및 시위 또는 행진장소에 배치되는 경찰병력의 중대별 배치장소, 중대장이상 지휘책임자의 소속과 성명을 사전 혹은 현장에서 집회주최자 및 연락책임자에게 통보해야 한다.

[벌칙조항 개정]

제19조

- ① 제3조제1항 내지 제3항, 제5항 또는 제17조의 2 제1항 내지 제3항의 규정에 위반한 자는 3년이하의 징역 또는 300만원이하의 벌금에 처한다. 다만, 군인·검사 또는 경찰관이 제3조제1항 또는 제2항의 규정에 위반한 때에는 5년이하의 징역에 처한다.
- ② 제17조 제1항, 제17조의 2 제4항의 규정에 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처한다.

2) 경찰의 자의적인 해산명령권발동 규제

가) 평화로운 미신고 집회에 대하여는 해산명령 못하게

신고의무는 집시법에서의 협력의 원리를 구현하는 것 중의 하나이다. 신고는 관할경찰관청에게 집회에 관한 구체적 정보를 제공하고, 공공의 안전을 유지하기 위하여 협력과 부담을 가능하게 하는데 그 의의가 있기 때문이다. 신고는 결코 집회허가의 신청이 아니다. 이는 집회의 개최자가 집회신고를 했지만 경찰관청이 신고서를 수리하지 않거나, 신고서의 보완명령을 내렸음에도 불구하고 신고서를 보완하지 않았든가 또는 처음부터 아예 신고를 하지 않은 상태에서 집회를 개최한 경우, 그 집회가 당연히 해산대상이 되는 집회는 아니라는 뜻이다. 이러한 행위에 대하여 형사벌을 과하는 것은 별개이다. 그러나 이 경우에도 형사벌은 집시법의 목적을 달성하는 데 적합하고 필요하며 비례적인 것이어야 한다. 따라서 일정한 조건을 부과하면서 집회를 속행시키는 것으로 공공의 안녕질서를 유지할 수 있다면 해산명령에 앞서 조건통보가 고려되는 것이 비례성의 원칙에 상응하는 합헌적인 조치가 될 것이다. 그리고, 개정안에서 긴급집회와 우발적 집회를 규정하고 있는 법정신에도 합당하게 될 것이다.

나) 해산명령의 사전 절차규정 구체화

집회 및 시위의 해산과정에서 해산명령의 고지 자체가 집회 및 시위의 주최자 및 참가자에게 불분명한 경우가 많아 그 방법을 개선하고, 특히 직접해산과정에서 경찰력의 행사가 가혹적인 공격형태를 취하는 경우가 많으므로, 경찰력 행사의 원칙을 법률에 명문화해야 한다.

[개정안]

③ 제1항의 규정에 의해 집회 또는 시위를 해산시키고자 하는 때에는 관할경찰관서장 또는 관할경찰관 서장으로부터 권한을 부여받은 경찰관은 다음 각호의 순서에 의하여야 한다. 다만, 제1항 제1호 내지 제3호에 해당하는 집회 또는 시위의 경우와 주최자·주관자·연락책임자 및 질서유지인이 집회 또는 시위의 장소에 없는 경우에는 종결선언의 요청은 생략할 수 있다.

1. 종결선언의 요청 : 집회 및 시위의 주최자에게 집회 또는 시위의 종결선언을 요청하되, 주최자의 소재를 알 수 없는 경우에는 주관자·연락책임자 또는 질서유지인을 통하여 종결선언을 요청할 수 있다.

2. 자진해산의 요청 : 제1호의 종결선언요청에 응하지 아니하거나 종결선언에도 불구하고 집회 또는 시위의 참가자들이 집회 또는 시위를 계속하는 경우에는 직접 참가자들에 대하여 자진해산할 것을 요청한다.

3. 해산명령 및 직접해산 : 제2호의 규정에 의한 자진해산요청에 응하지 아니하는 경우에는 3회 이상 집회참가자 전원이 인지할 수 있을 정도로 자진해산할 것을 명령하고, 참가자들이 해산명령에도 불구하고 퇴거하지 아니하는 때에는 직접 해산시킬 수 있다. 단, 경찰력의 행사는 필요 최소한에 그쳐야 한다.

(16) 집시법상 형사처벌조항의 대폭 삭제

아래에서 형사처벌조항 내지 징역형의 삭제외에도, 전반적으로 현행 집시법의 벌칙조항이 과도한 측면이 있으므로 형량을 감하는 것이 필요하다.

1) 미신고 집회에 대하여는 형사처벌 규정 삭제하고 과태료 부과

현행 집시법 제19조는 미신고 집회에 대하여 2년이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금형에 처하도록 하고 있다.

집시법 제19조(벌칙)

②제5조제1항 또는 제6조제1항의 규정에 위반하거나 제8조의 규정에 의하여 금지를 통고한 집회 또는 시위를 주최한 자는 2년이하의 징역 또는 200만원이하의 벌금에 처한다.

그러나, 집시법상 신고제도의 취지가 신고를 받은 관할 경찰서장이 그 신고에 의하여 옥외집회 또는 시위의 성격과 규모를 미리 파악함으로써 적법한 옥외집회 또는 시위를 보호하는 한편 그로 인한 공공의 안녕질서를 유지하기 위한 사전조치를 마련하고자 함에 있는 것(대법원 1990. 8. 14. 선고 90도870판결)

이고 행정협력의무에 불과하므로 이를 해태하였다고 해서 형사처벌을 가하는 것은 위헌의 소지가 있다. 현실에서는 수명의 피켓시위나 기자회견의 경우에도 필요에 따라 경찰당국에서 미신고 시위라면서 해산명령과 연행, 그리고 형사처벌(해산명령 불응, 미신고 시위죄)을 하고 있다.

그러나 이미 위 관련부분에서 자세한 언급이 있었지만 신고제도 자체가 목적을 가지고 있는 것이 아니기 때문에 신고의무를 위반했다는 사실이 집회의 자유를 박탈하는 효과를 가져서는 안된다. 그렇다면 신고는 결코 집회의 조건이 아니며 집회의 자유를 행사하는데 부수적으로 부과되어 있는 행정법상의 의무에 지나지 않는다⁷⁶⁾. 미신고 집회, 야간미신고집회라고 해도 신고를 하지 않고 집회를 하고 있다는 것만으로 그 자체로는 어떤 구체적 위험성도 없으며, 평화적인 경우에는 해산명령을 내려서도 안된다.

따라서 이 부분 역시 과태료 정도의 처분이 적절하므로 형사처벌규정을 삭제해야 한다.

[사례16] 2004. 10. 28. 열린우리당 비정규관련법안 당정협의 항의 피켓팅

7명 정도가 국회의사당 정문 근처에서 조금씩 떨어져서 비정규 개악법의 철회를 촉구하는 피켓팅 진행하였는데, 전날 오전 7시 30분에 열리기로 확인되어 갑자기 잡힌 피켓팅이라 소수만이 참가하여 1인 시위처럼 떨어져 침묵 피켓팅을 하고 있었다.

어찌 알았는지 이미 국회주변에는 경찰버스 3대가 세워져 있었고 횡단보도와 정문 근처에서 긴 방패와 곤봉을 든 전경병력들이 서 있었다. 피켓을 들고 서자 무전기를 든 경찰들이 바빠지면서 다가와 같은 곳에서 나온 사람들이나, 동일한 내용으로 하는 것 아니냐 등 참견을 하기 시작했다.

무전기로는 속속 상황이 보고되는 등 “현재 정문 앞 7점(사람을 칭하는 듯)이 있음. 확인중” 소리도 들렸다. 3대가 있는 것으로 보아 족히 140여명의 전경병력이 나온 듯했다. 출근하는 국회의원들을 상대로 7명이 10여미터 이상씩 떨어져서 침묵으로 피켓을 들고 서 있는 행위에 대해서 경찰당국은 해산명령과 연행을 하지는 않았지만, 위 풍경은 21세기 민주국가 대한민국의 그 심장인 국회 앞의 슬픈 모습이다.

아마 마음만 먹었다면 그들은 전가의 보도처럼 집시법상의 미신고 시위죄, 국회 앞 100미터 집회금지규정을 들어 해산명령을 내리고 연행했을 것이다.

2) 단순집회 참가자에 대한 징역형 삭제

단순한 집회 및 시위의 참가자에게 징역형을 가하는 것은 형벌의 균형성이 침해되어 죄형법정주의상 적정성의 원칙에 반할 수 있으며 대량구속을 초래할 수 있으므로 이를 삭제함이 바람직하다. 실제로 우발적인 충돌에 의해 폭력이 발생한 경우에 경찰당국의 해산작전 → 다수 연행자 발생으로 이어지고 단순 참가자의 경우에도 일단 연행이 되면 특수공무집행방해, 폭력행위등처벌에관한법률위반죄 등의 공모 공동정범을 어렵게 피하더라도, 위 조항으로 처벌되고 있는 실정이다. 법원도 엄밀하게 판단하지 않고 쉽게 이 조항으로 처벌하고 있다. 아래 공소사실의 학생 2명과 교사는 행진대열의 뒤쪽에 서 있다가 갑자기 해산작전이 개시되면서 연행된 단순 참가자들이었다. 당시 심지어 공원안으로까지 가서 사람들을 연행하였는데, 일단 연행이 되면 집시법 위 조항으로라도 형사처벌을 하고 있다.

[사례16-3] 2003. 10. 29. 비정규 종묘공원 집회관련 단순참가 연행자에 대한 공소사실

피고인 000은 00대학교 1학년 학생, 피고인 000은 00대학교 3학년, 피고인 000은 00중학교 교사인 바, 공모하여, 2003. 10. 29. 14:00경부터<중략> 같은 날 16:50경부터 행진을 시작하는 과정에서 대회에

76) 위 전광석 글 p53

참가한 성명불상자들과 함께 같은 날 17:00경 위 종묘시민공원앞에서 당초 신고된 행진로인 2차선을 넘어 전차선을 점거하려다가 경찰관들로부터 제지당하자 몸싸움을 하면서 성명불상의 참가자들이 공원 등 부근에 있는 보도블럭을 깨뜨려 만든 돌을 던져 건너편 세운상가앞에서 시위현장을 카메라로 채증하던 00경찰서 소속 경장 장00(여, 29세)으로 하여금 전치 2주의 안면부 열상을 입게 하는 등, 집단적인 폭행 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회에 그 정을 알면서 참가한 것이다.

따라서 징역형은 삭제하고 “④ 그 정을 알면서 제5조 제1항의 규정에 위반한 집회 또는 시위에 참가한 자는 30만원이하의 벌금·구류 또는 과료에 처한다” 정도로 개정하는 것이 바람직하다.

3) 의식적인 질서유지선 침범행위만 처벌하게 개정

현행 규정은 “4. 제12조의2의 규정에 의하여 설정한 질서유지선을 경찰관의 경고에도 불구하고 정당한 이유없이 상당시간 침범하거나 손괴·은닉·이동 또는 제거하거나 기타의 방법으로 그 효용을 해한 자”로 되어 있다. 그러나 질서유지선이 기본적으로 집회 및 시위의 보호선으로 기능함을 원칙으로 하고 예외적으로 규제적 기능을 갖도록 한다는 점에서 역동적 집회 및 시위과정에서의 단순한 침범행위가 아닌 행위자의 의식적 질서유지선 침범행위만을 규제하는 것이 바람직하다.

[개정안]

4. 제12조의2의 규정에 의하여 설정한 질서유지선을 경찰관의 경고가 있는 점을 알고서도 정당한 이유없이 집회예정 시간의 1/3이상을 초과하여 침범하거나 손괴·은닉·이동 또는 제거하거나 기타의 방법으로 그 효용을 해한 자

4) 단체 대표자라도 직접 관여한 경우에만 주최자로 처벌받게 개정

현행 집시법 제22조(단체의 대표자에 대한 벌칙의 적용)는 “단체가 집회 또는 시위를 주최하는 경우에는 이 법의 벌칙의 적용에 있어서 그 대표자를 주최자로 본다”고 되어 있다.

그러나 형법상의 형벌은 사회적 유해성 내지 법익을 침해하는 반사회적 행위인 범죄행위를 행한 자에게 가해지는, 행위책임의 원칙이 지켜져야 할 것인바, 행위 당사자가 아님에도 불구하고 단순히 집회 또는 시위를 개최한 단체의 대표자라는 이유만으로 형사책임을 지우는 것은 지나치게 행정편의적 입법이다. 따라서 직접적인 관여를 한 경우에 한하여 주최자로 처벌받게 개정함이 바람직하다.

[개정안]

제22조 (단체의 대표자에 대한 벌칙의 적용)

단체가 집회 또는 시위를 주최하는 경우에는 이 법의 벌칙의 적용에 있어서 그 대표자를 주최자로 본다. 다만 그 집회 또는 시위의 주최에 직접적인 관여를 한 경우에 한한다.

3. 결론

집회·시위의 자유는 정부와 권력을 비판하는 사람들에게 더욱 요청되는 기본권이라는 것이 집회·시위의 자유의 유래와 본질 기능에 부합한 설명일 것이다. 사회적 소수자인 노동자들, 사회적 약자들의 목소리는 탈세를 일삼고 지면을 사유화한 족벌언론에서는 애써 외면하거나 무시당하기 일쑤이다.

이들의 목소리를 사회여론화하고 국민의 지지를 이끌어내며 정부에 전달하기 위하여는 부득이 집회와 시위를 개최할 수밖에 없다. 그러나 그 또한 위와 같이 집시법과 경찰당국의 자의적 법집행으로 인하여 어려움이 있다. 새로운 집회시위문화는 집시법에 더 많은 제한규정을 도입하고 엄격한 처벌을 통해 달성할 수 있다기보다는 사회적 소수자들의 목소리가 전달될 수 있는 통로가 마련되고 합리적 주장에 대하여는 다양한 의견수렴의 장을 마련하는 것이 필요하며 집시법과 그 집행 또한 기본권을 보장하는 방향으로 개선되어야만 가능할 것이다.

Ⅲ. 경찰당국의 군사적 대응방식의 구조적 문제점

- 담당 주계준(민중연대 조직국장) : 원고 미착 - 10월 13일전 도착 예정

Ⅳ. 집회와 시위에 대한 언론의 왜곡된 보도태도의 실태와 문제점

- 유용민(민주언론운동시민연합 신문모니터위원회)

1. 집시법 관련 신문보도 모니터 보고서

○모니터 주제: 집시법 관련 신문 보도

○모니터 기간: 2003년 11월19일~ 2004년 8월19일(기간 외 집시법 관련 신문 기사 일부 포함)

○모니터 대상: 경향신문, 동아일보, 문화일보, 중앙일보, 조선일보, 한겨레신문

○모니터 날짜: 2004년 8월 19일

(1) 들어가는 말

집회 및 시위에 관한 법률(이하 개정 집시법)에 대한 불복종운동이 벌어지는 등 논란이 계속되고 있다. 이 법안은 경찰이 일방적으로 주요도로의 행진을 금지시킬 수 있으며, 주거·학교·군사시설 주변의 집회가 제한되고 소음규제에 대한 기준이 자의적이어서 사실상 정부가 집회시위를 자의적으로 규제하는 '허가제'라는 비판을 받고 있다.

이에 시민사회는 명백히 반대의견을 밝히며 '불복종 운동'을 선포, 불복종 집회 개최 추진 등 집시법 재개정운동을 벌여왔다. 대한변협과 국가인권위원회도 개정안이 헌법 제21조(집회의 자유)를 침해한다고 결론짓고, 16대 국회에 개정안 반대 의견을 제출한 바 있다.

물론 집회로 인한 소음이나 교통통제로 인한 불편을 개선시킬 방안을 모색하는 노력은 필요하다. 그러나

시위현장의 일부 폭력 행위 등을 부각시켜 집회시위의 자유를 축소하는 것은 잘못된 일이다. 이는 표현의 자유를 보장한 헌법정신에 대한 명백한 훼손이며 국민의 기본권을 축소하는 것이기 때문이다.

그러나 조선·중앙·동아 등은 이러한 내용을 제대로 보도하기는커녕 시위의 부정적 모습을 부풀리며 집시법을 개정해야한다고 앞장서서 주장했다. 실제 이들 언론이 집시법 개악에 일조했다는 비판의 목소리가 높다. 또한 이들은 시민사회의 '불복종' 여론을 법질서를 훼손하려는 의도로 몰고 갔다. 아울러 개정 과정에서 일부 신문들이 개정안의 세부 조항과 그 의미, 향후 집회 및 시위 문화에 미칠 사회적 파장 등을 제대로 조명하지 않은 것은 명백히 국민의 알 권리를 침해한 것이라는 지적이다.

(2) 집시법 개정 이전 보도

·개악을 앞장서 요구한 보수 언론

집시법 개정이 추진된 배경에는 대형 집회가 빈번했던 작년 사회 분위기가 깔려 있다. 부안 방폐장 사태나 잇단 노동자 분신과 이어진 민주노총의 투쟁 등에서 경찰과의 마찰이 격렬하게 일어난 것이다. 이는 정부가 갈등을 해결하지 못하고 국민들의 일방적인 인내와 희생을 요구함으로써 분노가 폭발적으로 나타나게 된 것이다. 정부가 집시법 개정을 추진한 속내가 대처하기 꺼끄러운 집회, 시위를 잠재우기 위한 것 아니냐는 의심을 사고 있는 것도 그래서다. 한편 조선·동아·중앙 등의 일부 신문들은 집시법 개정이 논의되기 전부터 집회·시위를 일방적으로 매도하면서 강경 대응을 내용으로 하는 '집시법 개악'을 적극적으로 주문하며 법 개악을 유도했다.

과거, 시위의 폭력성·과격성을 집중적으로 부각했던 **조선**은 11월 민주노총의 노동자집회에 대해 더욱 목소리를 높였다. 조선은 11월21일과 22일에 <대한민국은 불타고 있는가>, <집시법 개정 반대 명분 없다>는 사실을 신고 "무정부상태를 방불케 한 내란급 폭력사태"라고 규정짓고 대한민국이 폭력 시위로 "막판까지 간 나라"라고 주장하며 집시법 개정을 주장했다. 아울러 11월 22일부터 4회에 걸쳐 집회의 폭력, 과격 양상에 초점을 맞춘 연재 기획물 <폭력시위에 나라가 멍든다>를 게재했다. 특히 <선진국선 폭력시위 가차 없이 진압>이라는 첫 회에서는 폭력시위에 대한 정부의 강력한 물리적 대응을 촉구하기도 했다.

동아일보 역시 11월11일 사설 <민노총 화염병시위 용납될 수 없다>과 12일 사설 <민노총, 정말 이래도 되는 것인가>에서 조선과 같이 폭력시위의 위법성을 강조한 바 있다. 동아는 또 작년 9월10일자 1면 <노, 집시법 개정 검토 지시>에서 작은 제목을 "자유 지나치게 보장 질서 안 지켜져"라는 청와대 발언과 "부안군수 폭행관련자 전원 형사처벌"하겠다는 경찰 발언으로 채웠다. 집시법 개정을 긍정적으로 보고 있는 대목이다.

중앙일보도 이와 다르지 않았다. 중앙은 11월11일 사설 <폭력시위, 민노총 지휘부 엄단하라>에서 "시위대의 폭력성은 어떤 이유로도 정당화되지 못한다"며 '폭력'만을 내세워 일방적으로 매도했다. 이러한 태도는 2002년 10대 국가과제를 조명하는 기획물 <업그레이드 코리아>에서 이미 예견된 것이다. 중앙은 2002년 3월12일자 <시위, 남에게 피해 없게(상)/ 시민 피해 뎀 손해배상 시켜야>에서 한 면을 털어 △시민 피해, 공공기물 파손 시 시위대 책임 △도심지 행진·소음 시위 제한 등을 내용으로 하는 집시법 개정을 제안하는가하면 시위로 인한 손해배상 소송 제기 방법을 소개했다. 이들 뒤인 14일자 <시위, 남에게 피해 없게(하)/폭력에 무방비... '무최루탄' 명분 버려야>에서는 최루탄을 쏘지 않겠다고 선언한 99년

경찰청의 '신집회·시위관리'방침이 "허약한 공권력"을 낳았다며 집회시위로 인한 경찰 측 피해 상황만 부각시켜 정부의 강력 대응을 촉구했다. 또 <도심행진 전면허용 폐지하고, 집회신고 후 안 하면 책임 물어야/ 손질 필요한 집시법>이라는 관련 기사를 실어 집시법 개정을 강력히 요구했다.

경향신문과 문화일보는 약각 달랐다. 경향의 경우 11일자 사설 <서울 도심서 도진 화염병 시위>에서 "각계의 집단시위가 더욱 과격양상을 보일 것"을 우려하면서도, "잘못된 노동 관련 법률, 제도를 고쳐 나감으로써 갈등을 풀어야"한다며 근본적인 해결책은 집회시위가 벌어지는 원인을 풀어야 가능하다는 점을 지적했다. 석간인 **문화일보**도 11월10일자 사설 <화염병으로 해결되나>에서 폭력시위에 대한 반대 입장을 밝히면서도 "노동자의 분신자살과 떼어놓고 생각할 수 없다"고 밝혔다. 같은 날 <다시 등장한 화염병 노동계-경찰 입장>에서도 전날의 화염병 시위에 대해 "노동자 분신의 직접적인 원인이 된 손배소 가압류와 비정규직 차별 해소에 정부가 미온적인 태도를 보이고 있기 때문"이라는 것이 민노총의 주장"이라며 노동계 발언도 함께 다루는 태도를 보였다.

한겨레신문은 11월11일 사설 <강경대응으로 문제를 '해결'할 수 없다>에서 "정부가 강경대응과 엄정 사법처리만 강조한다면 사태는 더욱 악화될 수 없다"고 단언해, 폭력·과격 시위를 이유로 집시법 개정을 주문하는 조중동의 보도 태도와 확연히 다른 입장을 취했다.

-외교공관 시위금지 현재 위헌 판결에 엇갈린 목소리들

한편, 작년 10월 헌법재판소는 외국 대사관 100미터 이내 집회·시위를 금지한 현행 법률이 위헌이라는 판결을 내렸다. 이번 판결은 집회 및 시위의 자유를 보장하는 헌법 11조의 취지를 살린 것으로 표현의 자유를 공간적으로 제한하는 것이 문제가 있음을 인정한 전향적인 판결이다.

이에 대해 **경향**은 10월31일자 사회면 <외국공관 주변 집회 제한 위헌...>에서 "현재의 이번 결정은 집회의 목적 및 특성을 무시한 일률적인 집회금지 규정이 국민의 기본권을 제한하고 있다고 판단한 데 따른 것"이라는 판결 취지를 전했다. **한겨레** 역시 10월31일 사회면 <외국공관 100M내 시위금지 위헌/현재 결정...>에서 "이 일대의 집회와 거리행진을 막을 근거가 사라졌다"고 전하고, 시민단체와 경찰 쪽 입장을 같이 다루었다.

중앙과 문화의 경우 10월31일자에 각각<외교기관 100M내 시위 금지는 위헌>, <광화문 집회신고 밀물-외국공관 100m내 금지는 위헌' 따라 하루 20여건>를 통해 판결내용과 집회신고 증가를 단순 보도했다.

그러나 **조선과 동아**는 **경찰 측** 주장만을 일방적으로 보도해 판결에 대해 부정적인 태도를 보였다. 동아는 10월31일자 사회면 <"외국공관 10M내 집회 금지는 위헌">에서 "집회 신고 취지와는 다르게 시위가 발생할 때 사전에 막을 수 없다는 점 때문에 곤혹스러워하고 있다"는 경찰 측 발언만 전달했다. **조선의 경우** 11월1일자 사회면 <도심 1년 내내 시위장 될판>이라는 제목아래 광화문에서 집회가 허용됨으로써 도심이 1년 내내 시위장화 될 것처럼 주장해 가장 부정적인 태도를 보였다. 특히 조선은 판결 이후 경찰이 집회를 봉쇄하기 위해 외교공관 주변에 사전 집회신고를 냈던 사실조차 유일하게 보도하지 않았다.

(3) 개정이후 보도

- 집시법 '개악' 감추고 '선진국형' 집시법으로 미화

일부 언론의 줄기찬 개정요구에 화답이라도 하듯 11월18일 집시법 개정안이 국회 행정자치위원회를 통과했다. 이에 시민단체들은 곧바로 개정 집시법 불복종운동을 선언했으며 이후 변협과 국가인권위 등에서 개정집시법에 대해 반대 입장을 밝혔다. 그러나 12월11일에 국회법사위, 29일에 본회의를 통과함으로써 2004년 2월부터 새 법안이 시행되게 되었다.

이에 대해 일부 언론은 개정을 당연시한 채 개정안에 대한 반대의견이나 향후 집회·시위문화에 미칠 영향 등에 대해 제대로 보도하지 않았다. 이는 국민의 알권리를 침해하고 기본권을 제한하는 것이라는 비판을 면키 어렵다.

조선은 11월20일 1면 <주요도로 교통불편 예상땀 신고된 집회라도 금지...>에서 집시법 개정안이 “해당 경찰청장·서장 판단으로 집회를 금지시킬 수 있다는 내용을 골자로”하고 있다고 간단히 전한 뒤, 11월 22일 사설 <집시법 개정 반대 명분 없다>에서는 개정된 집시법에 대한 적극적인 찬성 입장을 드러냈다. 조선은 이 사설에서 “교통의 요지와 중심가는 나라를 망하게 하려고 작정한 사람들의 운동장”이 됐다며 시위에 대한 극단적인 피해의식을 드러낸 후, “개정안의 핵심내용은 이런 불법 폭력시위를 막자는 것”이라고 옹호했다. 집시법 개정안의 세부 조항 해설, 시민단체가 지적하는 집시법 개정의 문제점 분석 기사 등은 조선에서 찾아볼 수 없었다.

동아의 경우 11월19일 사회면 <뉴스파일/“집시법 개정안 신고시한 독소조항” 논란>에서 “집회의 자유를 제한할 수 있다는 주장이 제기됐다”고 언급하면서도 정작 독소조항의 문제를 구체적으로 다루는 기사는 찾아볼 수 없었다. 오히려 11월29일 사설 <확성기 소음 왜 막지 못하나>에서 집회·시위를 “소음폭력”, “고성방가”에 빗대고 “목소리 크게 내고 떼쓰면 통하는 사회 현상”라고 비난하며 “집시법을 고쳐 소음 규제를 강화하는 일이 시급하다”며 집시법 개정을 두둔하고 나섰다. 12월2일자 사설 <시위 무기 이대로는 안 된다>에서도 “폭력시위는 어떤 명분으로도 용납될 수 없다는 사회적 합의가 실천되어야 할 때다”라고 주장해, 법사위 통과를 기다리던 개정안에 힘을 실어 주었다.

중앙의 경우 집시법 개정에 찬성하면서도 국회 통과과정 중심의 사실보도로 처리해 조선·동아와는 구분되는 모습을 보였다. 11월19일 10면 <경찰이 결정... 국회, 법개정안 마련...>에서 개정안의 행자위 통과 소식을 단순 전달했던 중앙은 다음날 2면 <도심 도로시위 엄격 제한 경찰서장에 허가권...>을 통해 “개정안에는 헌법에 보장된 집회·시위의 자유를 침해하는 독소조항으로 가득하다”고 한 시민단체의 발언을 전했다. 그러나 개정안이 본회의 통과를 기다리고 있던 12월16일, 김수길 기획담당 부국장이 쓴 칼럼 <시위대는 성숙하라! 성숙하라!>에서 중앙은 “가두 행진은 삼가야 하고 확성기 불륨은 줄여야 한다... 제대로 된 사회라면 경찰 저지선이 확실한 법”이라며 개정안을 옹호하며 강경한 법집행을 요구했다.

경향은 개정안이 행자위를 통과하기 전인 17일 사회면 기획기사 <그후/ 외교공관 주변 시위금지 위헌...집시법 개정 급류>에서 △소음규제 △복수 집회 허용 여부 △집회 선점 대응 △주민 피해 방지 규제책 등 집시법 개정의 쟁점 사안들을 설명하고 “80db로 소음도를 묶을 경우 침묵시위를 하라는 것”이라는 시민단체의 발언 등을 전해, 개정반대 여론에도 귀를 기울였다. 경향은 11월20일 사회면 <집시법 “경찰 입맛대로 개악”, 시민단체 “밀실 입법” 반발, 개정안 통과땀 불복종운동>에서 “일부단체는 개정안이 확정될 경우 시민불복종 운동을 벌이겠다고 선언하는 등 논란이 거세지고 있다”고 전하고, 논란이 되는 개정안 조항과 민주노총 등 이해 당사자들의 입장을 전달했다. 경향은 이 기사에서 “상임위원을 만드

는 과정에서 개별안들이 대폭 수정됐음에도 시민·사회단체들에게는 사실상 비밀로 부쳤다"고 적시해 법안 개정의 절차적 정당성의 문제를 지적했다. 경향은 또 올 4월 20일 <시민단체 여대야소 정국에 힘입어, 집시법 개정, 국보법 폐지 탄력>에서도 "개정된 집시법은... '개선이 아닌 개악'이란 비난을 받아왔다"며 17대 국회에 집시법 개정을 촉구하는 '개악 집시법 대응 연석회의'의 동향을 보도, 현행 집시법에 부정적인 입장을 분명히 했다.

그러나 경향은 사실기사 위주로 보도하고 사설이나 내부 칼럼에서는 입장을 분명히 밝히지 않아 소극적 태도라는 비판을 면치 못했다. 경향은 올해 3월 5일자 <표현의 자유 침해 안 된다>는 사설에서 "개정문제를 논의할 때부터 '집회금지법'이라는 논란에 휩싸인 바 있다"며, 집회·시위 자유에 대해 "함부로 훼손해서는 안 되며, 꼭 제한할 필요가 있다 하더라도 최소한의 수준에 그쳐야" 한다고 해 집시법 불복종운동에 '일리 있음'을 표명하기도 했다. 그러나 작년 개정 당시에는 뚜렷한 자기 목소리를 내지 않았던 터라 '늑장 비판'이 아니냐는 지적을 받을 만 했다. 더구나 경향이 위 사설에서 "정부와 국회는 집시법을 옛날대로 되돌려야 한다고 주장한 부분은 일몰 후 집회를 금지하는 독소조항을 안고 있는 과거 집시법의 문제를 무비판적으로 받아들이고 있어 한계를 드러냈다는 지적을 받았다.

이에 반해 **한겨레**는 개정에 적극 반대하는 태도를 보였다. 한겨레는 11월 20일 2면 <도심 행진 제한 집시법 통과/행자위 '복면집회 금지'는 제외... 시민단체 "집회금지법" 반발>에서 "법조계와 시민단체들은 '경찰들이 집회의 허가권을 쥐게 되는 사실상의 집회 제한법'이라며 강하게 반발하고 있다"며 개정안의 독소조항을 조목조목 지적했다. 한겨레는 이틀 뒤인 22일 사설 <집시법 개악, 국회통과 안 된다>에서 "행정자치위원회가 오히려 집회와 시위를 제한하는 법 개정안을 통과시키는 이변을 일으켰다"며 "개정안을 그대로 졸속으로 처리해 시민의 기본권을 침해하는 결과가 발생한다면 이는 국회의 존립근거를 스스로 부인하는 것"이라고 강하게 비판했다. 또 12월 13일자 사설 <개악 집시법안 본회의 처리 유보하라>에서는 "위헌 소지를 안고 있는 이 개악된 법안의 본회의 처리에 앞서 재심의 할 것을 강력히 촉구"했다. 한겨레는 여기서 그치지 않고, 올 5월 3일 기획기사 <17대 국회 바로 펴야 할 굵은 법 (3) 집시법>에서 △집시법 개정 통과 과정 △개정 집시법 문제점 분석 △재개정 필요성 및 시민단체의 재개정 요구 움직임 등을 다루며, 집시법 재개정은 "열린우리당 개혁성 시험대"라고 평가, 법안의 문제를 지적함과 동시에 여당이 재개정에 적극 나설 것을 촉구했다. 또 지난 7월 5일자 사회면 <불법시위 절반 줄었는데 검거·구속 75% 늘어/무리한 법집행>에서는 폭력시위가 "지난해 12건에서 6건으로 줄었"으나 "집회·시위 현장에서 검거·연행되는 사람은 무려 75%나 늘었다"며 경찰의 무리한 법 집행 실상을 꼬집었다. 같은 날 사설 <경찰의 '시위 과잉단속' 심하다>에서도 "집시법 자체가 모호한 규정이 많거나 경찰청의 일방적인 요구로 지난해 법이 개악된 상황"이라고 지적, 개정의 시급함을 다시금 강조했다.

문화는 집시법 개정과 관련한 분석, 해설 기사를 찾을 수 없을 정도로 개정안에 대해 침묵을 지켰다. 2003년 11월 21일 사회면 <개정 집시법 불복종운동 선언>과 12월 30일 사회면 <도심 교통장애맨 '집회' 금지/경찰서장 재량으로 폭력우려 집회 행진도 제한> 정도로 그나마 단순 보도가 주를 이루었으며 사설에서도 모호한 태도를 취해 눈치보기가 심하다는 지적을 받았다. 11월 20일 사설 <집시법 개정안 왜 나왔나>에서 문화는 "최근 과격 양상으로 치닫는 시위행태를 떠올려보면 개정 취지에 공감을 갖는다"고 찬성하는 듯한 입장을 보이면서도 "국민의 기본권이 걸린 사안이 충분한 의견수렴 없이 단기처방식으로 처리되는 것이라면 재고해볼 문제"며 "일부 규정은 위헌 시비에 휘말릴 소지가 있는 만큼 개정에 신중을 기해야 한다"고 주장했다.

(4) 집시법 '공론장'에 국회·정부만 있고, 국민은 없다

법안을 통과시키고 집행하는 주체가 아니라 실제 적용을 받는 국민의 입장이 중요하게 반영되어야 한다. 특히 집회 및 시위의 자유는 국민 모두의 기본권에 속하는 만큼 전 과정이 투명하게 공개되어야 하며 사회적 합의가 필수적이다. 그러나 이번 개정집시법에는 경찰과 국회, 언론의 입장만 드러날 뿐 국민은 소외되었다.

시민단체 쪽은 그동안 집시법 재개정을 위해 관련 토론회, '불복종 집회' 추진, '개악집시법 대응 연석회의' 발족 등 활발한 활동을 벌여 왔다. 그럼에도 조선·중앙·동아 등은 법 개정에 대한 국민 여론을 외면하거나 찬성 입장만을 부각시키는 등 지극히 편파적인 태도를 보였다. 또한 이들은 집시법 '불복종운동'을 몰상식한 불법·탈법 운동으로 매도하거나 아예 외면함으로써 사실보도라는 언론의 본령을 벗어났다.

조선은 개정 초기부터 반대 움직임을 제대로 보도하지 않았다. 작년 11월29일 사회면 단신 기사 <뉴스브리핑 /인권위 "집시법 개정안, 집회자유 침해">가 그나마 집시법 개정 반대여론에 초점을 맞춘 기사였고 2004년 3월4일 85개 시민사회단체가 모여 '개악 집시법 대응 연석회의'를 구성, 불복종운동을 선포한 것도 다음날 단신으로 다루는데 그쳤다. 개정 당시부터 반대 여론을 축소해 왔다는 비판을 면키 어려운 부분이다.

동아는 한술 더 떠 올 3월4일자 사설 <새 집시법 불복종운동 옳지 않다>에서 시민단체들이 "목소리 큰 사람이 이긴다거나 우는 아이 젖 더 준다는 사고방식"에 젖어 있다고 질타하며, "상식적인 내용을 담고 있는 개정법을 시행 일주일도 안돼 무력화시키겠다는 발상은 용납되기 어렵다"며 개악 집시법 보호에 나섰다.

개정 반대 여론을 외면해 왔던 **중앙**은 3월6일 사설 <집시법 불복종 엄격히 단속해야>를 통해서 "(시민)단체들은 앞으로 불법·탈법·폭력집회를 열겠다고 공표한 것"이라며 시민단체의 불복종운동에 '불법' 딱지를 붙이며 강하게 비판했다. 또 "집시법이 개정된 것은 그동안 각종 집회와 시위에 많은 문제가 있었기" 때문이라며 개정집시법을 재차 옹호했다.

경향은 집시법 비판 여론과 대응을 꾸준히 보도한 편이었다. 2003년 11월26일자 사회면 <변협 "집시법 개정안 위헌소지", 반대의견 국회에 제출>에서 대한변협(회장 박재승)이 국회 법사위에 집시법 개정 반대 의견을 제출한 사실을 전했다. 또 올 3월4일 기사 <발류는 집시법, 정치권 선거법 개악 반발, 시민 '불복종 운동' 거세진다>에서는 "집회 및 시위에 관한 법률 등 정치권의 밀실담합 입법이라는 비판을 받아온 각종 법안에 대한 시민사회단체들의 불복종운동이 확산되고 있다"며 불복종운동 취지와 향후 계획 등을 비중 있게 보도했다. 경향은 또 5월27일 <서울광장 사용허가제 논란...>에서 집시법 대응 연석회의가 집시법 규정에 대한 상징적 반발 차원에서 '야간 문화행사를 열 예정'이라는 사실과 함께 연석회의·민중연대 쪽의 입장을 보도했다.

집시법 개악 비판여론의 움직임을 가장 상세히 전달한 신문은 **한겨레**였다. 한겨레는 작년 11월21일 종합면 <시민단체 "새 집시법 불복종운동">, 11월26일 종합면 <시민단체 새 집시법 저지 '총력전'>, 11월27일 종합면 <집시법 개정안 토론회/ "곳곳 자위적 조항 사실상 집회허가제">, 12월29일 종합면 <"집시법 국회통과 막겠다"/ 시민단체 오늘 결의대회>, 12월31일 사회면 <시민단체, "개악 집시법 불복종운동"> 등을 내보낸 바 있다. 올해에도 1월17일 사회면 <새 집시법 불복종집회 '깃발'>, 3월5일 종합면 <새 집시법 불복종 운동/ 민주노동 등 85개 단체 발족식 "헌법소원·반대집회 전개">, 5월27일 <집시법 불복종운동 내일 첫 집회>, 5월29일 사회면 <집시법 불복종 집회 경찰봉쇄로 무산> 7월14일 사회면 <...인권단체, 강금실 법무 면담> 등 관련 기사를 지속적으로 실어 시민단체의 불복종 행보를 충실히 증계했다. 특히 2003년 12월15일 사회면 <경찰도 골아픈 '새 집시법'>은 눈에 띄는 기사였다. 한겨레는 여기서 "경찰 조직 안에서도 이번 개정안에 대한 불만의 목소리가

소리가 나오고 있다”며, “개정안은 집회·시위를 지나치게 제한하는 게 사실”이라고 한 경찰관계자의 발언을 보도했다. 개정반대 여론이 시민단체만의 ‘생떼’가 아님을 보여준 것이다.

문화는 개정반대 여론을 전달하는 데 매우 소홀했다. 문화는 3월3일 사회면 <시민·노동단체 집시법·개정 선거법등 항의·불복종 운동·갈수록 확산>에서 노동계와 시민단체의 불복종 운동 확산 조짐을 전달한 게 올해 들어 집시법 반대 여론 행보를 다룬 유일한 보도였다. 문화는 이틀 뒤인 3월5일 사설 <집시법 불복종 운동 자제해야>에서도 개정 당시의 모호한 태도를 반복했다. 문화는 사설에서 “이들 단체가 이 같은 ‘집시법 불복종 운동’에 나서게 된 이유와 명분에는 수궁이 가는 점”이 있지만 “집시법 불복종 운동은 최소한의 의사표시 범위 내에서 진행”되어야 한다고 주장했다. 반대로 경찰 측에는 “불복종 운동에 새 법의 잣대만 기계적으로 들이대서는 안 된다”고 촉구하고, 새 집시법은 “마찰의 불씨가 예고된 상태였다”며 “현실에 맞는 합리적인 방향으로 재개정돼야 한다”고 주장, 문제점을 인정하면서도 개정요구에는 소극적인 태도를 보였다.

(5) 사례연구: 탄핵반대 촛불집회로 바라본 신문별 보도 태도

지난 3월의 ‘탄핵반대 촛불집회’ 관련보도는 집회시위문화를 바라보는 신문들의 시각을 분명히 보여준다. 보수언론들은 평소 집회의 자유는 인정되어야 하지만 폭력을 사용하기 때문에 안 된다며 단호히 대처해야 한다고 주장해왔다. 그러나 평화적이고 질서정연하게 진행된 집회에 대해서조차 ‘일몰 후 야간집회 금지’ 조항을 내세우며 ‘불법집회’임을 부각시켜 비난하기에 바빴다.

조선은 3월18일 <“촛불집회 문화행사 아니다”> 3월19일 사회면 <“촛불집회 불법이지만 원천봉쇄 안 해”> 3월26일 종합면 <촛불집회 불법 규정...경찰 사법처리 방침> 등을 통해 촛불집회의 불법성을 부각하는 제목을 뽑았다. 3월16일자 9면 <시위인파 격감..주도세력 자제요청에 ‘역풍’ 피하는 듯>이라는 기사에서는 시위규모를 줄여 여파를 축소하려는 듯한 태도를 보이기도 했다. 특히 3월23일 태평로 <떼의 논리>에서는 “정부가 뭐라 하든, 법이 어떻든, 우리는 우리대로 간다는 식으로 집회가 개최”됐다고 촛불집회를 ‘막가파식’ 불법 집회로 매도했다.

동아는 3월17일 사설 <법 지켜야 평화시위다>에서 “불법 집회로 인해 다른 시민들의 권리가 침해받는 일이 계속되어서는 안 된다”라고 주장했다.

중앙은 3월16일 사설 <경찰의 촛불집회 금지 결정 옳다>에서 “야간 촛불집회를 불법으로 규정한 것은 합법적인 결정”이라고 주장했다. 조중동 모두 탄핵반대 촛불집회를 현행법의 테두리 안에 가두려는 태도를 보인 것이다.

문화 역시 3월16일 사설 <촛불집회 경찰통제 따라야>에서 “이 집회는 명백한 위법행위이고, 이에 대한 대응에 나선 경찰의 조치는 합당하다”며 그 근거로 “현행 집시법이 일출전과 일몰후의 옥외집회 및 시위를 금지하고 있기 때문”이라고 해 현행 집시법의 눈으로 촛불집회를 재단했다. 이는 작년, 집시법을 비판했던 사설과도 차이를 보이는 것으로 문화의 눈치보기식 보도태도를 보여주는 것이다.

이에 반해 **경향**은 촛불집회 불법 여부에 대한 찬반 여론을 고루 전했다. 3월18일 종합면 <경찰 “촛불집회 문화행사 아니다”, 주최 측 “적법한 행사 계속 강행키로”>에서 경찰과 촛불집회 주최 쪽 견해를 각각 다루었다. 다만 “ ‘부득이’ 야간에 치러야 되는 사정이 있고 혼란 없이 행사가 끝날 수 있다는 점이 인정되면 집회를 쉽게 제한해서는 안 된다”는 한 변호사의 발언을 인용해 보수 언론의 집시법 적용에 이의를 제기하기도 했다. 경향은 같은 날 사회면 <촛불’ 위법시비에 ‘탄핵’ 실종, 경찰 집회불허

싸고 네티즌들 찬반공방>에서도 네티즌 찬반 의견을 각각 다루었다. 한편 경향은 3월27일 사설 <촛불 집회 영장기각 당연하다>에서는 “촛불집회는 낡은 정치에 분노한 시민들의 자발적, 자율적인 행사”라며 촛불집회의 정당성을 인정하면서도, “법적으로 보면 촛불집회는 불법임에 틀림없다”라고 못을 박았다. 이는 촛불집회를 불법으로 규정한 집시법에 반하는 주장과 함께 ‘집시법 타당’ 해석을 동시에 내린 양시론(兩是論)적 입장을 취한 것으로 비판받을 소지가 컸다.

한겨레는 3월19일 사설 <촛불집회가 어찌 불법인가>에서 “뚜렷한 명분 없이 불법 낙인을 찍는 것은 법 집행 차원에서 전혀 온당하지 못한 처사”라고 정부를 비판하고, “4대 헌법적 자유인 집회자유를 하위법을 들이대 함부로 규제해서는 안 된다”고 월권행위를 강력히 경고했다.

(6) ‘표현의 자유’ 억압은 언론의 자기 부정과 같아

- 보수언론은 반헌법적 사고 버려야

시위문화의 개선은 필요하다. 그러나 그와 동시에 집회·시위에 대한 기본적 인식의 전환이 필요하다. 집회·시위를 불편하고 귀찮은 것 정도로 생각하는 의식이 존재하는 한 이를 둘러싼 공방은 결코 해결될 수 없다. 성숙한 시위문화가 어디 시위대만이 책임질 문제인가. 강경 진압을 일삼는 경찰, 집회시위를 규제, 억압하는 데만 익숙해진 정부와 정치권이 원인 제공을 해온 측면도 적지 않다. 언론도 예외일 수 없다. 민의를 반영하는 데 제 몫을 해왔다면 집회나 시위가 격렬해질 까닭이 없다. 그럼에도 일부 언론은 본연의 역할을 수행하기는커녕 오히려 국민의 기본권을 제한하는데 앞장서고 있다. 언론 개혁이 대두될 때마다 ‘표현의 자유’를 방패막이로 자사 이익을 방어해온 것과는 철저히 대조적이다.

시민사회 쪽은 17대 국회 인권입법과제에 집시법을 포함시켜 17대 국회에 재개정을 강력히 요구하고 있다. 언론의 반응이 거듭 주목된다. 무엇보다 보수 언론은 반(反)헌법적 사고방식부터 탈피해야 할 것이다.

2. 2003년 11월 집회관련 신문보도 모니터 보고서

◎ 민주언론운동시민연합 신문모니터분과 2003년 11월 1차 모니터 보고서

◎ 모니터 기간: 2003.11.1 ~ 2003. 11.20

◎ 모니터 대상: 경향신문, 동아일보, 조선일보, 중앙일보, 한겨레 신문

지난 11월에는 '전국 노동자대회'(9일), 19일 '전국 농민 대회'(19일), '부안군민 총 쉼기대회'(17,19일)등 전국에서 크고 작은 시위가 이어졌다. 그중 몇몇 집회에서는 시위참가자와 경찰측이 격렬하게 충돌, 많은 부상자를 내기도 했다. 이와 관련하여 언론은 집회의 주장이나 쟁점 보다는 집회 현장에서 빚어진 물리적 충돌을 집중 조명하였다.

<표 - 11월 주요 집회 발생 현황>

	규모	주장	피해상황 등
9일 <전태일 정신 계승 2003년 전국 노동자 대회>	공공연맹, 금속연맹 등 노동자 10만여명 참여	" 손배 가압류철폐 " 비정규직 차별 철폐 등	" 113명 연행, 42명 구속 " "부상자 100여명 중상자 50여명" "화염병 700여개 사용"
19일 <핵폐기장 안전 백지화, 부안군민 총 쉼기대회>	부안군민3000여명 참여	" 핵폐기장 안전 백지화	" 화염병 투척" "40여명 주민 입원" "경찰 10여명 부상"
19일 <전국 농민대회>	8개 농민단체, 7만여명의 농민 참여	" 한.칠레자유무역협정 비준 반대 " 세계무역기구도하 개발 아젠다 농업협상 및 쌀수입 개방반대 등	"농민 22여명 부상" "경찰 22명 부상" "117명 연행"

한편, 법, 제도적인 차원에서 집회 및 시위를 규제하려는 시도가 계속되고 있다. 20일 행정자치위원회를 통과한 집시법 개정안은 경찰 측의 요구를 거의 원안 그대로 반영하고 있어 시민단체의 강한 반발을 사고 있다. 이에 앞서 종로경찰서는 광화문 일대 집회장소를 선점하려 주변 기업체, 관공서 등을 동원한 사실이 드러나 비난을 받은 바 있다.

헌법 21조가 말하는 것

민주국가는 국민들의 기본권으로 '집회 및 결사의 자유'를 보장하고 있으며, 우리 헌법21조도 언론출판의 자유와 집회 및 결사의 자유를 함께 규정하고 있다. 그런데 20일 행자위를 통과한 '집시법 개정안'은 실질적으로 헌법이 금지하는 '사전 허가제'를 인정하고, '적법성'을 판단하는데 있어 경찰의 자의적 판단권을 허용하는 등 국민의 기본권을 제한하기 위한 법적 기술을 마련하는데 주력하고 있다. 집시법이 '집회의 자유를 보장하기 위한' 법

적 기술'로 존재해야 한다는 당위를 망각하고 있는 것이다.

그간 **조선일보**를 비롯한 일부 언론은 시민사회의 집회 및 시위에 대해 인색한 태도를 드러내 왔다. 특히 이들 언론은 집시법 개정안이 논의된 지난 11월에 열린 '전국노동자대회'를 편파·왜곡 보도했다. 이들 언론은 시위대의 폭력성만을 부각했으며, 반면 경찰의 과잉진압에는 침묵했다. 또 국민의 기본권을 침해할 소지가 다분한 집시법 개정안의 문제에 대해서도 제대로 보도하지 않았다.

(1) 집회 내용은 모르쇠, '싸움'에만 집중하는 언론

집회 및 시위는 공론의 장에서 소외된 이들이 '집단의 의사를 알리는 데'에 기본 목적이 있다. 하지만 우리 언론은 '집회 내용'이 아닌 경찰과의 '격렬한 대치'에만 집중해서 쓴다.

중앙일보의 경우 9일 열린 '전국노동자대회'와 관련하여 10일부터 19일까지 15건의 일반 기사와 3건의 사설을 게재했는데 노동자의 '과격함'에 분노하는 내용일색이었다. 집회 내용을 다룬 유일한 보도인 10일자 5면기사는 (<"盧대통령이 노동자 배신">) 이번 집회가 '손배가압류'와 '비정규직 차별'에서 비롯된 노사정 간의 갈등임에도 노정간 갈등만을 부각함으로써 사용자의 책임을 외면하고 있다.

<표 - 9일 "전국노동자대회" 관련 사설 제목>

신문	11월 11일 사설 제목
경향신문	서울도심서 도진 화염병 시위
동아일보	민노총 화염병시위 용납될 수 없다
조선일보	민노총 이 나라를 거덜낼 셈인가
중앙일보	폭력시위, 민노총 지휘부 엄단하라
한겨레신문	강경대응은 문제를 '해결'할 수 없다

▶ 중앙은 사설을 통해 민주노총을 비롯 한총련과 전교조 까지 거론하였다.

... 도시 게릴라처럼 얼굴에 복면을 하고 경찰을 향해 화염병을 던지는 시위대의 폭력성은 어떤 이유로도 정당화되지 못한다. ... 정부는 폭력시위를 준비하고 지시한 세력을 끝까지 추적해 엄단해야 한다. 집회를 개최한 민주노총 지도부에 엄정하게 책임을 물어야 하는 것은 너무나 당연하고, 집회에 동참한 한총련과 전교조 등 다른 단체의 위법성도 그냥 지나치지 말아야 할 것이다. ...

(11/11 <폭력시위, 민노총 지휘부 엄단하라> 中)

조선일보와 동아일보의 경우도 중앙과 매우 유사했다. 사실의 주장 내용은 물론 경찰의 과잉진압이나 노동자의 피해사례를 일체 보도하지 않은 것도 같다. 심지어 시위 참가자의 인터뷰 한 줄 실어 주지 않으면서, '볼트 너트 새총'에 관해 상세한 해설기사까지 동원한 것도 같다.

조선일보는 "그걸 뺀히 들여다보는 노조 지도부가 이렇게 나오는 것은 멧을 내줬다는 것인지 아니면 노동자의 희생을 딛고서라도 얻어야 할 다른 목표가 있다는 것인지 참으로 알다가도 모를 일"이라며 '사전계획 "다른 목표" 노동자들의 이익 말고 다른 것' 등의 단어를 사용해 노동계 시위에 뭔가 다른 목적이 있는 것처럼 '음모론'을 폈다.

▶조선은 노조지도부의 '다른 노림수'를 거론하였다.

... 국가 신용등급이 떨어지고 외채 금리가 올라 기업이 문을 닫거나 몸을 줄여야 할 때 길바닥에 나왔어야 하는 것은 노동자들 자신이란 사실을 민노총 지도부가 모를 리 없다. 그런데도 이 지경에까지 이른 것은 노조 지도부가 노동자들의 이익 말고 다른 것을 노리고 있다고 생각할 수밖에 없는 것이다. ... 그걸 뺀히 들여다보는 노조 지도부가 이렇게 나오는 것은 멧을 내줬다는 것인지 아니면 노동자의 희생을 딛고서라도 얻어야 할 다른목표가 있다는 것인지 참으로 알다가도 모를 일이다

(11/11 <민노총은 이나라를 거덜낼 셈인가> 中)

▶동아는 기자의 화염병 체험기를 전면기사로 실었다.



황... 1400도 열기 순식간에 방패타고 확산 '아찔'

본보 이진구기자 '화염병 체험' ... "시너, 물보다 가벼워 물로 불 끄면 더 위험"

↑
해제기자가 인명피해를 입고 직접 화염병의 위력을 체험했다. 화염병이 타지는 순간 1000도가 넘는 온도가 온몸을 덮치기 때문에 방패 주위의 고무가 순식간에 녹아 내렸다. 보통 시너는 화염병에 강한 물질이 오게까지 않지만 화염병에는 상당량의 시너가 들어 있어서 물에 담겨도 쉽게 타고 고기도 타인다.

이렇듯 노동자들의 폭력성에 대해서는 연일 비판하던 언론은 경찰의 과잉 진압에 대해서는 거의 보도를 하지 않았다. 9일 노동자대회가 끝난 뒤 민주노총은 경찰의 과잉진압으로 40여명의 부상자가 발생했다며 홈페이지에 사진을 게재했다. 경향은 경찰의 진압에 항의하는 시민의 목소리를 실었고, **한겨레**는 사실을 통해 비판하고 나섰다.

▶경향은 기사를 통해 경찰의 진압에 항의하는 시민의 목소리를 실었다..

...경찰의 진압에 항의하던 일반 시민들까지 다쳤다. 회사원 이정남씨(37)는 "경찰과 시위대의 몸싸움에 휘말렸는데 경찰이 방패로 내 다리를 마구 찌는 등 무차별적인 폭력을 가했다"며 강하게 항의하기도 했다. (11/10 18면 <종로일대 도로 화염 휩싸여,노동자대회 화염병 난무...> 中) ▶한겨레는 사실을 통해 경찰의 과잉진압을 비판하고 나섰다.

... 이번 경우 경찰의 유혈진압 책임을 먼저 엄중히 묻지 않을 수 없다. 방패에 찍혀 등뼈가 다치거나 머리를 열 바늘이나 켄맨 노동자가 있고, 곤봉에 맞아 한 여성 노동자는 코뼈가 부러졌다. 심지어 길 가던 시민까지 방패에 찍혀 눈이 찢어졌다. 그런데도 언론의 여론몰이에 힘입어 정부가 강경대응과 엄정 사법처리만 강조한다면 사태는 더 악화될 수밖에 없다.

(11/11 <강경대응으로 문제를 '해결'할 수 없다> 中)

그러나 **조선,중앙,동아**는 경찰 폭력에 대해 단 한 줄도 보도하지 않았다. 특히 **중앙**은 노동자들의 피해에 대해서는 "민주노총은 20여명의 노동자가 부상했다(11/10)"고 언급하는데 그친 반면, 경찰 측 피해와 관련하여서는 감성적인 타이틀의 사설(<"제발 전경 얼굴때리지 마세요">, 11/27)과 경찰병원 직원의 인터넷 게시물 까지 인용하며 상세히 다루어 매우 대조적이다.

▶중앙의 26일 6면 기사



(2) 일부 사진 기자의 집회 시위 보도준칙

또 하나 주목할 것은, 집회 기사와 함께 인용하는 사진이다. 대부분의 시위가 연설과 가두행진부터 시작하고 평화적으로 끝나는데 반해, 일부 신문의 지면에 등장하는 '시위 이미지'는 '파괴, 폭력, 화염' 일변도다. 매번 수십 여명의 부상자가 나오는 것으로 확인되고 있는 대규모 시위 현장 사진 속에, 항상 '때리는 시위 참가자와 맞는 경찰관' 등장하고 있는 것도 눈길을 끈다. 경향과 한겨레가 다양한 시위의 이미지를 보여주는 데 반해 **조선, 중앙, 동아**는 60%이상을 시위의 폭력성을 알리는데 할애했다. 10일 조선일보와 동아일보, **경향신문**은 화염병이 터지는 폭력적인 사진을 1면에 실어 시위의 과격성을 더욱 부각시켰다. 반면 **한겨레신문**은 경찰의 폭력으로 부상을 당한 시위대의 사진을 실어 차별성을 보였다.

<표 - 전체 집회사진 보도량 중 폭력행위 관련 사진의 비율 비교>

신문	집회사진 총량(A)	폭력행위 관련 사진 총량(B)	비율(B/A * 100)
경향	23	4	17.4 %
동아	10	6	60.0 %
조선	25	15	60.0 %
중앙	14	10	71.4 %
한겨레	35	6	17.1 %

20일 부안의 경우, 대규모 병력 파견으로 집회가 원천봉쇄 되어 부안 군민들은 터미널, 성당 등에서 소규모의 촛불집회를 가졌다. 다음날 **경향**은 '평화적 촛불집회' 모습을 사진으로 담고 있는데 반해, **조선**과 **중앙**은 전날의 격렬한 시위로 전소된 청소차량 사진을 게재하였다.

(3) 과격 시위 해법에 대한 언론 보도 태도

경향은 9일 노동자 대회와 관련하여 11일자 사설에서 "이번 사태를 계기로 각계의 집단시위가 더욱 과격양상을 보일 것"을 우려하며 "잘못된 노동관련 법규.제도를 고쳐나감으로써 갈등을 풀어야 하며, 단기간 내에 해결이 어렵다면 솔직히 입장을 밝히고 노동계의 이해를 구해야 마땅하다"는 해법을 내놓고 있다. "지금이라도 정부가 가압류와 비정규직 차별 해소에 대해 성의있는 대책을 내놓아야 한다."라고 주장한 한겨레의 해법은 조금 더 구체적이다.

반면, **조선**은 24일자 5면의 특집기사서 과격시위의 결과로 "외국투자가 이미 급감"하고 있고 "경쟁국들은 '패재'"를 부르고 있다고 보도한다. 과격시위에 대한 **조선**의 '해법'은 매우 간단하다. 사태의 원인은 오직 정부의 미온(?)한 대처에 있으니 이제라도 강력하게 '엄단'하고 '진압'하라는 것이다.

▶과격시위에 대한 강력 대처를 희망하는 중앙의 자세는 매우 적극적이다. 최루탄, 물대포 사용까지 촉구하고 나섰다.

...폭력시위 저지를 위해 최루탄을 사용하지 않겠다는 경찰청장의 언급은 무책임하다. 전경들만 화염병과 볼트,너트 공격에 부상해야 한다는 말인가. 최루탄과 물대포는 필요하면 사용해야 한다. ...

(11/12사설 <최루탄,물대포 필요하면 사용해야> 中)

...과격시위를 막기 위한 물대포나 최루탄이 있는 데도 사용을 마다하는 정부, 특히 경찰 수뇌부의 자세는 정말 납득하기 힘들다...

시위대에 경찰력을 분명하게 행사하고 폭력행사자에 대해서는 법정 최고형으로 처벌해야 한다.

(11/27사설 <"제발 전경 얼굴 때리지 마세요"> 中)

조선은 <선진국선 폭력시위 가차없이 진압(11/21, 5면 박스)>이라는 기사를 통해 미국, 프랑스, 일본의 '가차없는 진압 사례도 덧붙이고 있다.

동아와 **중앙**이 진단하는 문제의 원인과 대책도 조선의 그것과 다를 바 없다. 특히 **중앙**이 제시하는 해결책은 더욱 구체적이다. 과격 시위 관련하여 11월에 게재된 총 6개의 사설에서 지속적으로 '정부의 강력 대처'

를 요구하던 중앙은 급기야 '최루탄, 물대포'의 사용과 '분명한 경찰력의 행사' 및 '법정 최고형 처벌'까지 요구했다.

(4) 국민의 기본권을 제한하는 집시법 개정안 관련 보도

집시법 개정안에 대해 **한겨레**는 총 7건의 관련 기사를 게재하여 논란이 되고 있는 조항의 문제점과 지적하고 각계의 비판 내용을 상세히 보도하고 있다. **동아**는 두 건, **경향**은 시론을 포함한 네 건의 기사를 보도하며 개정안 통과 사실과 시민단체, 변협 등의 반대 의견을 다루었다.

조선은 개정안에 찬성하는 사실을 실으면서 문제가 되는 조항에 대한 설명이나 시민단체의 비판내용을 보도하지는 않았다. **중앙**은 단 한 건의 기사를 보도했을 뿐이며 조선, 중앙 모두 변협과 국가인권위의 반대 의견은 다루지 않았다. 정작 이들 신문은 지속적으로 집회의 문제점만을 부각하며 집시법 개정을 요구하기까지 했다.

<표-집시법 개정 관련 신문별 보도량>

신문	일반 기사	사설(제목)
경향	3	없음
동아	2	없음
조선	1	
중앙	1	없음
한겨레	6	

▶ 조선은 사설에서 '민란', '막판까지 간 나라' 등의 표현을 동원하며 정부의 강경한 대처를 요구하고 있다.

...머리가 깨진 어린 전경을 싣고 병원으로 가던 앰블런스까지 습격당하는 상황은 시위대 스스로가 말하고 있듯이 '민란(民亂)' 그대로다....비행기 타고 가서 우리에게 투자한 기업 본사 앞에서 시위를 벌이고, 공무원이나 마찬가지로 신분인 정부 위원회 사람까지 화염병을 나르고 있는 판이니 막판까지 간 나라다... 정부는 로드맵이니 태스크포스니 해서 무슨 고상한 말이나 입에 달고 다닐 때가 아니다. 폭력시위를 용납하지 않겠다는 대통령의 말이 나온 바로 그 다음날 엇그제와 같은 사태가 벌어진 것은 정부에 대한 조롱으로 받아들여야 한다.

(11/21 사설 <대한민국은 불타고 있는가> 中)

조선일보는 11월 1일 <도심 1년내내 시위장 될판>에서 현재가 주한 외교기관이 있는 곳 100m 내에서는 집회 신고를 할 수 없도록 한 집시법에 위헌결정을 내릴 것을 강하게 비판했으며, 21일 <대한민국은 불타고 있는가>, '폭력시위 나라가 명든다는 기획보도 등을 통해 시위의 불법성과 폭력성을 강조하고 정부의 안일한 대응을 비난했다.

중앙일보도 11월 19일 사설 <폭력시위 엄단 말로만 안끝나게>에서 "노동·시민단체의 시위가 날로 과격해지는 것은 폭력시위에 대해 정부가 미온적으로 대응했기 때문"이라며 "정부는 앞으로 폭력시위에 대해서는 강력한 경찰력을 행사하는 단호한 의지를 보여야 한다"고 주장하는 등 경찰의 강경한 진압을 촉구했다.

동아일보는 19일 <뉴스파일/"집시법 개정안 신고시한 독소조항" 논란>에서 "집회 및 시위에 관한 법률 개정안 가운데 일부 조항이 집회의 자유를 제한할 수 있다는 주장이 제기됐다"며 집시법 개정안에 대한 일부의 문제제기를 보도했으나 단순 보도에 불과했다. 이 외에 대부분의 보도에서 동이는 불안사태와 노동자 시위, 농민시위의 과격성과 폭력성을 부각했다.

"중립보도는 불공정 보도다"

순천향대 장호순 교수는 26일자 **경향신문**의 지면을 빌어 공론의 장에서 소외될 수 밖에 없는 사회적 약자의 입장을 고려한 '높은 수준'의 공정보도를 요구했다. 우리 사회의 진정한 폭력은 시위현장에 있는 것이 아니다. 산업현장에서 땀 흘리던 노동자를 거리로 내 몬 것은 자본의 폭력이었고 흙을 딛고 살아가던 농민들을 도심의 아스팔트 위로 내 몬 것은 세계화의 폭력이었다. 때문에 가시적으로 드러난 시위참가자와 경찰의 물리적 폭력만으로 균형을 맞춘다 해도 공정보도가 될 수 없다. 하지만 정작 우리 언론에게 시급한 것은 '낮은 수준'의 공정보도부터이다. 일련의 집회와 시위에서 나타난 '충돌'은 결국, 우리의 편향된 언론환경이 소외시킨 정치적 소수자들이 자력으로 공론의 장에 다가서고자 하는 과정에서 빚어진 것들이다.

▶경향신문 미디어비평 란에 실린 장호순 교수의 시론

...그나마 언론이 노동자와 농민들에게 관심을 보이는 것은 그들이 충격적인 행동을 벌일 때이다. 농민 수 천명이 상경해서 평화적으로 호소하면 절대 언론에 나가지 않는다. ... 도로를 점거하거나 화염병을 던지지 않는 이상 민중들의 시위에는 뉴스 가치가 없다고 보기 때문이다.

(11/26 경향 미디어비평 <중립보도는 불공정보도다> 中)

[결사의 자유 분야]

- 최근 중요한 쟁점으로 부각되는 비정규직 노동자의 단결권 부분에 국한해서 다루고자 함⁷⁷⁾

I. 서론

1. 비정규 노동자란?

비정규 노동자는 말 그대로 정규 노동자가 아닌 노동자이다. 정규노동자는 기간을 정하지 않은 근로계약을 체결하여 정당한 이유가 없는 한 해고할 수 없고 고용이 정년까지 보장되는 노동자로서 해당 기업에 직접 고용된 노동자이다. 비정규 노동자는 이러한 정규노동자가 아닌 노동자로서, ①근로계약기간을 정해 일하는 노동자(임시계약직, 기간제, 일용직) ②단시간노동자(파트타임) ③파견, 용역 등 간접고용 노동자 ④형식상 개인사업주로 위장되어 있는 특수고용노동자 등으로 나뉜다. 이밖에 호출노동자, 가내 노동자 등의 형태로 있다.

이들 비정규 노동자의 핵심적이고 공통된 특징은 바로 임시적 고용이다. 이러한 임시적 고용의 성격은 비정규 노동자들을 항상적인 고용불안에 시달리게 하고 나아가 차별과 노동법상 무권리로 내몬다.

2. 비정규 노동자의 유형

(1) 임시계약직(기간제) 노동자

정규 노동자는 기간을 정하지 않은 근로계약을 체결하고 있으며 따라서 근로기준법 제30조에 따라 사용자는 정당한 이유(노동자에게 중대한 징계사유가 있거나 정리해고의 요건을 충족한 경우)가 없는 한 해고할 수 없고 고용이 정년까지 보장된다. 반면에 1개월, 3개월, 6개월, 1년 등으로 근로계약의 기간을 정하고 있는 경우가 바로 비정규 노동자의 대표적인 형태인 '임시적 노동자'이다. 비정규 노동자 가운데 가장 많은 비중을 차지하고 있고, 계약직, 기간제 등으로도 불린다. 일용직도 그 한 형태이다. 한국통신 계약직 노동자(현재는 파견노동자로 전환), 근로복지공단 임시계약직 노동자, 서비스업의 계약직 노동자 등이 여기에 해당되고, 이러한 예 이외에도 모든 산업부문에 골고루 퍼져있다.

임시·계약직 노동자가 존재하는 이유는 해당 노동자의 자발적 의사에 의한 경우는 거의 없고, 사용자 입장에서 수요의 변동이나 환경 변화에 따라 근로기준법상의 해고책임을 회피하고 인건비를 줄이기 위한 방편으로 사용되며 갈수록 계약기간이 짧아진다.

77) 결사의 자유 대부분의 영역이 노동3권 분야에 관한 것이므로 그 중 비정규노동자의 단결권 침해와 관련된 부분에 국한하여 다루고자 하며, 노동3권 분야에서 비정규 노동문제에 대한 법리적 내용을 중심으로 다루었으므로 여기서 현실 침해사례를 중심으로 서술하고자 함. 진재선 '신자유주의와 비정규직 노동자의 노동권' 민주법학 2000, 민주노총 '비정규 노동자 노동기본권 침해사례 백서' 2004를 기초로 다수의 필자들이 작성한 글을 보고서 취지에 맞게 정리한 글임

(2) 간접고용노동자(파견, 용역, 도급 노동자)

정규 노동자는 직접고용된다. 다시 말해 노동조건 등 노동 노동관계에 관한 실질적인 결정권이 있는 사용자가 바로 근로계약 체결의 상대방이다. 따라서 정규직 노동자는 해당 사용자를 상대로 노동3권을 행사할 수 있다. 반면에 중간에 다른 사용자가 끼어서 착취하는 구조를 가진 간접고용 노동자가 있다. 간접고용 노동자는 노동관계에 관한 실질적인 결정권이 있는 사용사업주(원청회사, 건물주, 사용업체) 아래에서 노동을 하고 있으나, 근로계약 체결은 실질적인 권한이 없는 파견사업주(용역업체, 하청회사 등)와 맺고 있다. 시설관리 노동자, 청소용역노동자, 방송사비정규노동자, 제조업의 사내하청 노동자 등이 바로 간접고용 노동자이다.

판례에 따르면 형식적인 근로계약 체결의 상대방으로 되어 있는 파견사업주만이 노동법상 책임을 지도록 되어 있다. 따라서 파견·용역노동자들이 노동조합을 결성하더라도, 사용사업주인 원청회사는 근로계약의 형식적 당사자가 아니라는 이유로 단체교섭 거부로 일관하면서, “고용주인 파견·용역업체와 교섭하라”면서 아무 권한과 능력이 없는 파견·용역업체에게 사용자 책임을 전가한다. 실제 대상식품, 방송사, 이랜드, 한라중공업, SK 등 대부분의 사용업체는 단체교섭 거부로 일관하거나 비공식적인 면담만을 고집하였다. 용역업체는 ‘내가 무슨 힘이 있느냐 원청업체에서 주는 도급료가 뻔한데 올려줄 임금이 어디 있나 차라리 문을 닫지라고 한다. 단체교섭이 현실적으로 불가능한 구조인 것이다. 임금 등 근로조건에 대한 요구는 물론이고 노동조합 활동에 관한 요구도 모두 사용사업주가 교섭에 나서지 않는 이상 해결이 어렵게 된다.

한편 소속은 독립적인 도급회사 소속으로 해당회사와 도급 혹은 위탁계약을 맺고 해당회사의 사업장에서 일하는 도급노동자들이 있다. 그러나 이들 중 상당수는 도급으로 위장한 불법파견업체의 노동자로 실제적으로는 파견노동자들이다. 도급회사라면 경영상의 독립성과 인사노무관리에서 독립성이 있어야 하는데, 실제로는 사용업체에 경제적으로, 경영적으로 종속되어 있고, 인사노무관리와 업무의 지휘 감독도 사용업체에서 수행한다.

결국 파견용역으로 대체하면 사용자로서 노동법상 책임을 질 일도 없고 절반에 못 미치는 임금으로 일을 시킬 수 있으며, 조합원수도 줄이는 효과가 있으므로 사용자로서는 일석 삼조의 이득을 볼 수 있게 된다. 파견이 갈수록 확대되는 이유도 이 때문이다. 그런데 정부는 파견을 무제한 허용하겠다는 법안을 입법예고하였다.

(3) 단시간 노동자(파트타임)

정규 노동자는 정해진 기준근로시간에 따라 전일제(Full-time)로 근무한다. 즉 근로기준법이 정한 1일 8시간, 주44시간 내외의 근무를 하는 것이다. 반면에 단시간노동자(Part-time)는 기준 근로시간보다 짧은 시간을 일하는 노동자이다. 현재 근로기준법에 따르면 이보다 1시간이라도 짧은 시간을 근무하는 경우에 이를 단시간 노동자로 본다. 그러나 한국의 경우 근무시간은 정규직과 거의 동일하면서 명칭만

‘아르바이트, 파트타임’으로 불리면서 여타 근로조건을 차별 적용 받는 명목상 단시간 노동자가 대부분이다. 아르바이트로 불리우기도 하며 주로 청소년층과 노년층에 집중되어 있다.

(4) 특수고용노동자

정규 노동자는 사용자와 위탁, 도급 등이 아닌 ‘근로계약’을 체결하고 법적으로 근로기준법이 당연히 적용된다. 그리고 임금도 정해진 기준에 따라 일반적으로 월급형태로 지급된다. 반면에 사용자와 위탁계약, 운송도급계약 등을 체결하고 개인사업자로 되어 있으며 일한 부분에 대하여 성과급(수수료, 운반료 등) 형태의 임금이 지급되는 특수고용 노동자들이 있다. 골프장 경기보조원, 학습지 교사, 지입차주점 운송기사, 보험모집인, 텔레마케터 등이 그것이다.

이들 노동자들은 특정 사용자의 사업을 위해서, 특정 사용자의 지휘·명령에 따라 일하고 있음에도 형식상 개인사업주로 취급되어 노동법상 노동자로 인정받기 못하고 있고 노동3권도 일체 보장받지 못하고 있다.

II. 비정규 노동자 노동기본권 침해현실과 문제점

1. 기간제, 계약직 노동자⁷⁸⁾

(1) 개관

근로기준법은 기간의 정함이 있는 근로계약의 체결을 허용하면서 다만 그 기간은 1년을 넘지 못하도록 하고 있다(제23조). 기간을 정함이 있는 근로계약은 현실에서 임시직, 계약직, 일용직 등 다양한 이름으로 불린다. 위 용어들은 각자가 고정된 개념의 영역을 가지는 것은 아니고 일정 혼재되어 사용되기도 하지만, 현실의 용례에서 약간의 차이가 있다. 우선 일용직은 근로계약이 매일매일 이루어지는 경우를 의미한다는 점에서 나머지 둘과 구별이 된다. 임시직과 계약직은 근로계약의 기간이 대개 1월에서 1년 이하라는 점에서 비슷하나, 계약직은 보통 잦은 갱신을 통해 정규직과 다름없이 일하는 경우를 지칭하고, 임시직은 그 기간만을 쓰고 끝나는 경우를 지칭한다. 이들은 기간이 만료되면 별도의 해고 없이 근로관계가 종료되기 때문에 고용이 불안하고 이로 인해 열악한 노동조건에 처해 있다는 점에서는 공통점을 갖는다.

최근에는 장기근속 계약직, 즉 근로계약은 1년 미만이지만 실제 근속년수가 1년이 넘고 별다른 일이 없으면 계속적으로 근로계약이 갱신될 것으로 기대되는 노동자가 비정규직에 해당하는지가 논란이 되고 있다. 2003년 통계청의 경제활동인구조사 부가조사의 결과를 가지고 노동부에서는 비정규직의 규모를 32.6%로 추산해낸 반면, 한국노동사회연구소에서는 이를 55.4%로 해석하였다. 똑같은 통계를 분석한 결과가 이렇게 달라지는 것은 결국 비정규직에 장기근속 계약직⁷⁹⁾도 포함되는가에 여부에 대한 견해 차이 때문이다. 장기

78) 이하 설명은 진재선, ‘신자유주의와 비정규직 노동자의 노동권’, 민주법학 2001. 의 내용과 비정규직 노동자 노동기본권 침해백서(민주노총, 2004)를 참고하여 작성함

79) 이들은 조사 과정에서 “고용계약기간을 정하지 않았고 1년 이상 일할 수 있는 사람” 중에서 고용형태를 묻는

근속 계약직이라 하더라도 일반 단기 계약직과 마찬가지로 사용자가 노동조합 가입 등을 이유로 재계약거부를 하여도 해고가 되지 아니하므로 노동기본권 박탈과 고용이 불안하긴 마찬가지다.

(2) 현실에서 나타나는 노동기본권(단결권) 침해의 문제점

1) 갱신거부를 통한 해고의 자유

계약직 노동자들의 이런 열악한 지위는 근로계약의 갱신이 보장되지 않기 때문에 기인한 것이다. 계약갱신은 계약직 노동자들의 당연한 권리가 아니라 사측의 은전일 뿐이다. 계약직 노동자들은 갱신을 보장받기 위해서는 사측의 눈치를 보면서 열악한 노동조건과 부당한 대우를 견뎌야 했다. 이는 현행법이 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결함에 있어 그 기간만 1년으로 제한하고 있을 뿐 그 사유를 제한하고 있지 않기 때문이며, 사측은 기간의 제한을 잦은 갱신으로 회피해 나가고 있는 것이다.

호텔롯데노조는 2000년 처절한 투쟁을 통해 계약직 노동자들이 3년이 될 때마다 순차적으로 정규직화를 시킨다는 합의를 이끌어 냈다. 그러나 사측은 지난 2001. 1. 31. 정규직 전환을 1년 앞둔 5명의 계약직 노동자에 대하여 재계약을 거부했다. 이들 중 4명은 파업과정에서 회사측의 성희롱을 문제제기했던 피해자들이었고 이들의 인사담당은 이들의 가해자였다. 노동조합은 보복성 조치라며 거세게 반발을 했었으나 결국 이들은 해고를 막지는 못했다.⁸⁰⁾ 계약직 노동자들의 경우는 정규직화 약속을 받은 상태에서도 언제 해고될지 모를 정도로 극심한 고용의 불안을 겪고 있는 것이다.

대법원은 “기간을 정한 근로계약이라고 하더라도 장기간에 걸쳐서 그 기간의 갱신이 반복되어 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 경우에는 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약의 경우와 다를 바 없다”고 판시한 바 있다.⁸¹⁾ 그러나 이러한 해석론조차 이후에는 갈수록 좁아지고 있는데, 대법원 1998. 1. 23. 선고 97다42489 판결에서는 “단기의 근로계약이 장기간에 걸쳐서 반복하여 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 ‘예외적인 경우에 한하여’ 비록 기간을 정하여 채용된 근로자일지라도 사실상 기간의 정함이 없는 근로자와 다를 바가 없게 되는 것”이라고 하여 기간의 정함이 없는 근로계약으로 보는 범위를 더욱 좁히고 있다.⁸²⁾ 그렇지만 이와 같은 대법원 판례가 제시하는 요건을 충족하기는 매우 어렵다.

한국통신 사측이 한국통신계약직 노동자 10,000명을 재계약 거절하여 이에 계약직 노동자들이 부당해고구제신청을 한 사건에서 중앙노동위원회는 갱신거부는 정부의 공기업관리지침에 따른 이상 이의 거절을 부당해고로 볼 수 없다는 결정을 내렸다.

중앙노동위원회는 “피신청인 공사에서 정부의 공기업혁신추진지침에 따라 자체 계획에 의거 계약직들의 업무를 도급으로 전환하기 위해 고용을 해지한 것을 두고 부당하다고 판단할 수는 없다고 할 것이다.”라고

질문에서 임시직이나 일용직이라고 응답한 사람을 말한다. 여기서 고용계약기간을 정하지 않았다는 것은 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것을 의미하는 것이 아니다. 예로 건설일용직 노동자의 고용형태는 매일 근로계약이 체결되는 일용직이나, 만일 그에게 계약기간을 물으면 아마도 건물이 완성되는 기간이라고 대답할 것이기 때문이다.

80) 2001. 2. 2. 매일노동뉴스

81) 대법원 1994. 1. 11. 선고 93다17843판결.

82) 최홍엽, “근로계약의 기간”, 김유성 교수 화갑기념논문집 - 노동법의 쟁점과 과제, 법문사(2000. 12.), 102면.

판시하면서 그 이유로 한국통신은 도급화를 예상하여 2000년부터 계약직 노동자들의 근로계약기간을 1개월 내지 3개월의 단기계약으로 전환한 점과, 총 5,866명의 계약직 노동자 중 3,377명이 도급업체로 고용승계되는 등 시측이 최대한의 고용승계 노력을 다했으므로 이는 해고가 아닌 고용형태 변경으로 사용자의 적법한 권한에 속하는 점을 들었다.⁸³⁾

그러나 이러한 중노위의 결정은 구체적 타당성은 물론 법리에도 맞지 않은 것이다. 중노위 결정대로 최후의 근로계약기간의 설정은 그 기간의 정함이 형식적인 것에 불과한 것이라고 볼 수 없을 수도 있으나, 그 이전에 이미 이루어진 수십 차례의 재계약으로 인해 최후의 재계약 이전에 이들은 근로계약기간의 정함이 없는 근로자의 지위를 갖게 되는 것으로 보는 것이 타당하다. 도급전환이 사용자의 권한이라는 점도 납득하기 어렵다. 물론 계약직에서 도급으로 전환하는 방침을 세우는 것은 경영권의 영역에 속한다고 할 수도 있다. 그러나 도급업체로의 전환을 받아들일지 여부는 노동자가 결정할 사항이다. 전직의 경우도 최소한 노동자의 동의를 요하는데, 소속업체가 아예 변동되는 도급업체로의 전환을 노동자가 동의하지 않는다 해서 그를 해고한다면 이는 당연히도 부당해고를 구성하는 것이다.

■ 이랜드 부곡 창고 무더기 계약해지 말쟁

노조, '계약직은 9개월 파리 목숨인가?'

[매일노동뉴스, 2003. 12. 15.]

이랜드 부곡물류 창고에서 근무하던 계약직 주부사원 30여명이 오는 20일자로 무더기 계약해지 통보를 받은 것에 노조가 강하게 반발하고 나섰다.

이랜드노조(위원장 장석주)는 14일 “단기 계약직이라면 계약기간 이후 그 업무가 없어져야 하지만 상시적으로 필요한 업무에 9개월마다 노동자만 바꾸어가며 ‘9개월짜리 파리목숨 계약직’을 만들고 있다”며 “이에 따라 회사는 특별한 경영상의 악화나 징계의 경우가 아니면 안 되는 집단해고를 하고 있다”고 비난했다.

또한 노조는 30여 명의 노동자들이 모두 주부사원이며 80여만을 받으면서 어렵게 생계를 책임지고 있음에도 회사가 도의적인 책임조차 외면하고 있다고 지적했다.

이와 관련, 민주노총 서울지역본부 이남신 부분부장은 “최근 기간제 노동자 사용에 대한 ‘사유제한’을 노동계에서 주장하고 있지만 정부에는 이것을 쏙 빼고 2년이라는 기간규제만을 논의하고 있다”며 “이 같은 논의추세라면 이랜드처럼 9개월 계약직 등 2년 미만을 주기로 반복적으로 대량해고를 가져올 수밖에 없다”고 지적했다.

한편 이랜드노조는 지난 2000~2001년에 걸친 265일 파업으로 “만 3년이 경과된 비정규직 사원은 정규직으로 채용한다”와 “2001년 1월 현재 부곡분회 1년 이상 근무자에게 일방적 해지를 금지한다”는 내용에 합의했다.

그러나 단협 체결 이후 이전에는 구두로 수년을 반복하던 계약직들도 9개월 단위로 계약을 해지해서 노조의 반발을 불러왔다.

2) 노동조합 탄압 수단으로 갱신거절을 활용

83) 중앙노동위원회 2001. 8. 28. 2001부노79, 부해 261 결정.

-단결권 침해, 노동조합 외해의 수단으로 활용

■ 대상운수 사례

민주버스노조에 가입하여 분회결성하고 교섭준비와 행정관청에 통보하였음, 회사측에서는 서울경인지역버스노조에 가입되어 있다는 이유로 교섭거부, 가입원서 날짜 조작하여 행정관청에 통보, 이후 노조활동에 어려움 겪음, 노조에 가입한 사람은 재계약 거부, 탈퇴자와 비조합원만 재계약 함

<대상운수 사례요지>

1. 상담자 인적사항

성 명 : 성 0 0

소속 및 직책 : (주)대상운수 해고노동자, 전국 민주버스노조 대상분회 분회장 직무대행(8. 3. 서울지
노위에 부당노동행위 구제신청함)

2. 사업장 현황

명 칭 : (주)대상운수

소재지 : 서울 영등포구 가산동 87의 225

대표자 : 박 0 0

종원원수 : 운전기사 38명, 관리직 3명(여직원 포함)

3. 사건의 경위

1) 2001. 3. 4. 대상운수에 근무하는 9명의 노동자가 민주노총 가맹된 산별노조인 민주버스노조에 가입원서를 제출하였고 다음날인 5. 민주버스노조에서는 대상운수 소재지 관할행정관청인 구청인 영등포구청으로 이 사실을 통보하였음(증 제1호증 민주버스노조의 노동조합 운영협조 공문)

2) 3월 중순경 전 분회장인 최00이 가입하지 않은 근로자들을 만나 민주버스노조 대상분회의 설립사실을 알리고 가입을 권고하는 과정에서 회사측에 알려지게 되었으며, 민주버스노조에서는 3. 21. 대상운수 회사측에 단체교섭을 3. 27. 갖자고 요청공문을 보냄

3) 3. 21-22일 양일간 회사측에서 갑자기 운전주의사항 등에 관한 교육을 실시하였으며, 이 때 박00 사장은 관리 조장들을 사무실로 따로 불러 민주버스노조가 영등포구청에 통보한 공문(증 제1호증)과 서울경인마을버스노조에 서 3. 20.자로 회사측에 보낸 공문을 같이 보여주면서 '민주버스노조보다 서울경인마을버스노조에 먼저 가입하였으므로 민주버스노조쪽은 복수노조에 해당하며 그 쪽에 가입해 보았자 인정을 못 받으므로 알아서 하라'는 내용의 발언을 하였다고 함

4) 이후 회사측은 민주버스노조는 복수노조에 해당한다면서 5차례의 단체교섭요구를 모두 거부하였음

5) 성00은 3월말경 영등포구청에서 가서 서울경인마을버스노조에서 3. 23.자로 영등포구청으로 보낸 '(주)대상운수 에 근무하는 정00의 4명이 서울경인마을버스노조에 2001. 2. 27.자로 가입원서를 제출하였으므로 민주버스노조에

가입하는 것은 복수노조에 해당한다는 요지의 공문을 확인하였음(증 제2호증 서울경인마을버스노조의 업무협조 공문)

6) 이에 민주버스노조와 성00은 민주버스노조 대상운수분회 설립당시 (주)대상운수에는 다른 노조가 없었음에도 위와 같이 서울경인마을버스노조에 5명이 먼저 가입한 것으로 된 것은 대상운수분회의 노조활동을 봉쇄하려는 의도에서 사후에 관련서류를 조작했을 가능성이 있다고 보고 4. 4. 이러한 내용의 진상을 조사해 줄 것을 요구하는 진정서를 대검찰청에 제출함

7) 관할관청인 남부지방노동사무소에서 조사한 결과(근로감독관 박00) 혐의없다는 의견으로 내사종결 처리되었고 7월말경 하는 수 없이 관련진정을 취하하였다. 그러나 조사과정에서 46개 사업장의 노동자가 서울경인마을버스노조에 가입되어 있다는 사실이 확인되었음(증 제3호증 노조설립신고증 및 가입현황)

8) 다시 성00은 서울경인마을버스노조에 가입하였다는 (주)대상운수 소속 유00 등 가입근로자들을 상대방으로 복수노조금지규정을 악용하여 민주버스노조 대상운수분회의 업무를 방해(형법 제314조 업무방해죄)하였다며 진정서를 남부경찰서에 제출하였다. 지난 8. 25. 서울경인마을버스노조 위원장인 방00에 대한 참고인 조사가 있었는데, 거기에서 방00은 위 노조에 가입된 사업장이 75개가 있다고 하였다. 그리고 대상운수 소속 근로자들은 2001. 2. 27. 가입원서를 낸 것이 아니라, 3. 20. (주)대상운수에 근무하는 유00가 와서 5명의 가입원서를 제출했다는 사실을 시인하였다(증 제4호증 날짜가 허위 기재된 유00 가입원서). 다만 당시 경황이 없어서 유00가 제출한 가입원서에 기재된 날짜는 보지 못하고 그냥 받아둔 것이라고 진술하였다.

4. (주)대상운수의 민주버스노조 대상운수분회 탄압상황

(증 제6호증 재계약 현황)

1) 민주버스노조 대상운수분회 소속 조합원이었던 김00, 천00, 하00, 진00, 김00, 정00, 김00, 박00, 이00이 회사측의 탈퇴압력과 재계약거부 협박으로 인해 민주버스노조의 탈퇴하였으며 재계약과 함께 서울경인마을버스노조에 가입하였음

2) 이00은 노조 탈퇴후 퇴사하였고 황00은 조합원으로 있다가 계속되는 회사측의 압박을 못이기고 퇴사함, 분회장 최00은 5월초 이후 휴직을 하였다면서 나오지 않고 있음

3) 김00(계약만료일 4. 21.), 박00(계약만료일 5. 1.), 성00(계약만료일 6. 27.), 심00(계약만료일 8. 22.)은 탈퇴하지 않으니까 회사측이 재계약을 거부하여 해고당함(증 제7호증 자술서)

4) 한편 백00은 11. 5.이 계약만료일, 박00은 12. 20.이 계약만료일인데 현재는 아직 조합원으로 남아 있으나, 만일 민주버스노조를 탈퇴하지 않을시는 역시 재계약이 거부되어 해고당할 처지에 놓여 있음

5) 김00은 중앙노동위원회에 7월말경 재심신청, 박00은 포기, 성00은 서울지노위에 8. 3. 직접 구제신청, 심00은 서울지노위에 8. 25. 직접 구제신청함

5. 이 사건의 쟁점

(1) 복수노조 금지규정을 악용한 사례임

[해결방안의 요지]

초기업단위 유령노조를 통하여 노동자들의 단결권을 봉쇄한 사례로 판단된다. 서울경인마을버스노조의 설립과정

과 각 사업장별 2-3명의 노동자가 가입된 경위를 조사하여 방00 위원장 및 관련된 사업주들을 엄히 처벌하고 각 사업장 노동자들의 단결권을 회복시키는 조치를 취해야 한다.

한편 이러한 문제의 근원을 없애는 길은 노동조합및노동관계조정법 부칙 제5조에 대한 잘못된 노동부 행정해석을 변경하는 길이다.

노동부는 “이 경우 사업 또는 사업장에 노동조합이 조직되어 있는 경우라 함은 부칙 제5조 제1항에서 노동조합의 조직형태를 제한하고 있지 않다는 점에 비추어 볼 때 기업별 노동조합뿐만 아니라 지역별, 직종별, 산업별 단위노조가 사업 또는 사업장에 노동조합의 조직(지부, 분회 등)을 두고 있거나 조합원으로 가입시키고 있는 경우를 포함하는 것으로 보아야 한다. 그러므로 특정 사업 또는 사업장에 지역별, 직종별, 산업별 단위노조의 조직이 있는 경우 그 노동조합과 조직대상을 같이 하는 노동조합을 새로 설립하거나 당해 사업 또는 사업 소속 근로자들이 다른 노동조합에 가입하는 것은 허용되지 않는다”고 한다.

그러나, 최근 서울고등법원 2001. 5. 31. 선고 2000누10511 판결을 비롯한 주류적인 판례나 학설은,

1) 1997년 복수노조 금지규정 개정의 취지에 대하여

종래 복수노조 금지 규정은 헌법이 보장하는 노동자의 자주적인 단결권을 침해한다는 문제제기가 있어왔다. 이에 1997. 3. 13. 법률 제5310호로 공포·시행된 현행 노조법 제5조에서 “근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있다”고 규정하는 한편 구 노동조합법 제3조 단서 제5호와 같은 규정을 두지 않음으로써 복수노조의 설립을 전면 허용하였다. 1980. 12. 31. 법률 제3350호로 개정·시행된 구 노동조합법 제13조 제1항에서 단위노동조합의 형태를 근로조건 결정권이 있는 사업 또는 사업장의 단위로 한 기업별 노동조합으로 할 것을 법률상 강제한 이래 기업별 단위노동조합이 주축이 된 우리나라 산업현장의 사정하에서 교섭창구의 단일화 방안이 마련되지 아니한 상태로 사업 또는 사업장 단위에까지 복수노조를 즉시 허용하는 경우 교섭창구의 다원화로 인한 단체교섭상의 혼란, 노노간의 갈등 등 문제점이 야기될 것을 예상하여 부칙 제5조 제1항에서 사업 또는 사업장 단위에서는 조직대상을 같이하는 복수노조의 설립을 2001년 12월 31일까지 한시적으로 금지하되 같은 조 제3항에서 노동부장관으로 하여금 위 기한까지 교섭창구 단일화를 위한 단체교섭의 방법, 절차 기타 필요한 사항을 강구하도록 규정함으로써 복수노조의 허용으로 인한 산업현장의 혼란을 최소화하도록 하였다.

그러므로 현행 노조법 부칙 제5조 제1항은 위 입법취지에 비추어 구 노동조합법상의 복수노조 금지의 원칙을 하나의 사업 또는 사업장 단위에서만 한시적이거나 그대로 유지하고자하는 것일 뿐 금지의 정도를 강화하고자 하는 것은 아니라 할 것이다.

2) 조직대상의 동일성 여부를 판단하는 기준에 대하여

종래 복수노조 금지의 원칙을 규정하고 있던 구 노동조합법 제3조 단서 제5호 전단 소정의 “조직이 기존의 노동조합과 조직대상을 같이 하는 경우”에 해당하는 지 여부를 판단함에 있어서는, 법 제14조 제4호, 제7호가 노동조합의 설립시 그 조직대상을 규약에 필요적으로 기재하도록 하고 있어서 기존의 노동조합의 조직대상이 그 규약에 기재되어 있으므로, 일용 기존의 노동조합의 규약에 정하여진 내용을 기준으로 하여야 할 것이지만, 우선 조직대상의 동일성 여부는 동일한 형태의 노동조합 사이에서만 발생하는 문제이어서 단순히 규약의 조직대상에 관한 형식적인 규정내용만을 기준으로 하여서는 아니되고, 그 규약이 정하고 있는 조직형태와 실제 노동조합구성원들의 실제와

구성범위 등을 고려하여 기존의 노동조합이 새로 설립하려는 노동조합과 동일한 형태의 노동조합인지 여부를 검토하여야 할 것이다(대법원 1993. 5. 25. 선고 92누14007 판결, 대법원 2000. 2. 25. 선고 98두8988 판결)

즉 구 노동조합법 제3조 단서 제5호 전단의 복수노조가 되기 위하여는 기존 노동조합과 조직형태가 같을 것이 전제가 되었었다.

3) 노동부 행정해석대로 설립신고 업무를 처리하면 사업장단위에서는 오히려 개정전보다 복수노조 금지가 더 강화되는 결과를 가져와 부당하다고 판단

위 판결은 위와 같은 입법취지를 밝히면서 노동부해석과 같이

<기존 노동조합이 기업별 단위노동조합뿐만 아니라, 사업 또는 사업장에 지부, 분회 등 노동조합의 조직을 두고 있거나 사업 또는 사업장 소속 근로자를 조합원으로 가입시키고 있는 지역별, 직종별, 산업별 단위노동조합도 포함하는 것이라고 본다면>

예를 들어 산별 단위노조가 있고 1000명이 근무하는 어느 사업장에 단 1명의 노동자라도 그 산별노조에 가입하고 있다면 그 사업장의 다른 노동자들은 다시 어떠한 노동조합도 설립할 수 없고 다른 초기업 단위노조에 가입할 수 없다는 이상한 결론에 이르고 말야 “사업장 단위에서는 복수노조금지 원칙이 더 강화되는 부당한 결과가 된다.”고 하여 기존 노조는 기업별 단위노동조합만을 의미한다고 한다.

4) 이 뿐만 아니라,

첫째, 위 규정의 문리해석상 “하나의 사업 또는 사업장에 노동조합이 조직되어 있는 경우”는 기존노조는 기업별 단위 노동조합이어야 함을 규정하고 있는 것이고 노동부와 같이 문리적의미를 뛰어넘어 해석할 수는 없는 것이다. 둘째, “그 기업별 단위노동조합과 조직대상을 같이하는 새로운 노동조합”을 금지함으로써 조직대상의 동일성의 논하기 위한 전제로서 조직형태가 동일해야 하므로 신규노조도 역시 기업별 단위노동조합이어야 한다.

셋째, 이는 문구상 “설립”하는 것을 금지하고 있다는 것을 보아도 제2의 노동조합이 초기업단위의 노동조합인 경우에는 통상 가입하면 될 것이므로 위와 같이 해석될 수 밖에 없는 것이다.

넷째, 교섭창구단일화 문제는 위헌성에 대한 지적이 있다. 창구단일화 방안이 마련되어 있지 않으므로 노동부와 같이 해석할 수밖에 없다는 주장은 교섭창구단일화를 당연한 전제로 하고 있는 것이어서 부당하다. 즉 교섭창구문제와 관련해서 헌법상 단체교섭권을 보장취지에 비추어 자율교섭방식이 바람직하고 교섭비용문제는 산별교섭구조조정 등을 통해 노사가 자율적으로 해결할 문제이지 이를 우려하여 위헌적인 교섭창구단일화를 법으로 강제할 것이 아니라는 점에서 노동부가 이를 이유로 위 행정해석을 고집하는 것은 부당하다. 그리고 무엇보다도 법률규정의 해석이란 문리적 해석이 우선되어야 하므로 단지 현실적인 문제만을 근거로 문리적 해석의 틀을 넘어 금지의 범위를 확대해석하는 것은 타당하지 않다.

따라서 지역, 산업, 업종, 기업그룹 등 초기업적으로 설립된 단위노조가 어떤 기업의 노동자를 조직하고 있더라도 이것은 복수노조 금지대상이 되는 기존노조에 해당하지 않으므로 동일기업을 대상으로 하는 기업별 단위노조의 설립은 금지되지 아니하며, 또한 기업별 단위노조가 기존노조로 존재하더라도 당해 기업의 노동자를 포함하는 초기업적 단위노조를 설립할 수 있는 것이다.

(2) 계약직 노동자가 안고 있는 문제를 여실히 보여주는 사례이다.

성희룡을 당했다며 진정과 민사소송을 제기한 롯데 호텔 계약직 여성조합원들도 인사고평가(가해자로 지목된 사

람이 평가함) 낮다는 이유로 재계약이 거부되었다.

호텔롯데노조, "성희롱 피해자 재계약거부" 반발 [매일 노동뉴스 2001. 2. 3.]

— "정규직화 1년 앞둔 시점에 재계약 거부는 보복성 인사" —

호텔롯데노조(위원장 정주익)는 회사가 성희롱 사례로 판정된 면세점 계약직 노동자에 대해 정규직 전환을 일년 남겨둔 시점인 지난 31일, 구체적 근거 제시 없이 재계약을 거부했다며 반발하고 있다.

노조는 회사가 재계약을 거부한 5명 중 4명은 성희롱 피해 여성노동자들이고 3명은 우수 사원상을 수상한 경력도 있다며 이들은 노사가 합의한 2000년 단협인 '비정규직 3년 이상 4년 차 근무자에 대한 정규직화'에 따라 1년 후면 정규직 사원이 된다고 밝혔다. — **단협상 3년이상 정규직화 규정 언제든지 무력화 가능함을 보여주는 사례**

이와 관련 노조는 "해당자의 인사고과를 매긴 담당자들이 성희롱 가해자이고 민사소송에 계류중인 것을 악용한 것"이라며 "회사의 무더기 재계약 거부 전례가 없었던 것으로 볼 때, 명백한 보복성 인사로 부당해고"라고 주장했다. 또 노조는 "5명의 문제를 넘어 전 계약직들이 고용불안을 느낀다"고 덧붙였다. 이에 대해 회사 인사과 관계자는 "인사고과가 낮게 나와 재계약에서 제외됐고 구체적인 평가 결과는 회사 규정상 공개할 수 없다"며 "경영상 필요에 맞춰 명수를 결정했다"고 말했다.

노조는 향후 부당해고 구제 신청과 함께 5일 진행될 대의원대회에서 안전으로 상정, 원직복직을 위한 투쟁 방향 등 구체적인 계획을 세울 것이라고 밝혔다.

한편 서울지방노동청이 1일 회사가 성희롱 행위자에 대한 노동부의 징계지시를 따르지 않았으며 과태료 3000만원 을 부과했다.

이 사례에서도 계속 민주버스노조에서 탈퇴하지 않은 조합원들은 재계약이 거부되는 방식으로 사실상 해고를 당했으며, 이에 반해 탈퇴하고 서울경인마을버스노조에 가입한 사람들은 재계약이 되었다(첨부자료 참조). 결국 자주적인 노조활동을 하려는 노동자들은 재계약 거부라는 형식으로 모두 해고한 것이다.

그러나 현재 대법원은 다음과 같은 태도를 취하고 있다.

[대법원 95다5783판결의 요지]

①근로계약기간을 정한 경우에 있어서 근로계약 당사자 사이의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 그 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료된다(따라서 갱신거부는 기간만료의 통지이지 해고가 아니어서 다룰 수 없다. 그 사유가 무엇이든 간에)

즉 재계약거부는 해고가 아니어서 그 이유가 무엇이든 다룰 수가 없다는 말이 된다. 서울경인마을버스노조의 단결권 침해사례는 위 롯데호텔 여성조합원들의 사례와 함께 계약직 노동자들이 단지 고용불안이라는 문제를 넘어 노동기본권 나아가 인권마저 침해되고 있다는 사실을 보여주는 단적인 사례라고 할 수 있다.

■ 명월관 노동조합 사례

"네번째 신고필증반려, 그래도 다시 투쟁 시작"

[매일노동뉴스, 2001. 5. 26.]

"광진구청이 실질적 조직대상을 판단하지 않고, 단지 형식적 규약에만 의존해 자주적 단결권을 침해하고 있습니다."

서비스연맹 명월관노조 조형수 위원장은 지난 99년 12월부터 이번이 네 번째 노조설립필증 반려라며 목소리를 높인다. 25일 명월관노조 조합원 등 70여명은 신고서를 제출한 후 벌써 이틀째 광진구청 앞에서 집회를 하고 있다.

"기존노조는 이념 등이 다르다며 조합원으로 받아주지 않고 독자노조를 설립하기 위해 규약변경을 요구해도 들어주지 않으니..." 조위원장도 노조가 가능한 2002년만 바라보며 꾸준히 조합원(16명으로 시작해 현재 조합원 70여명)들을 조직했다고 한다. 하지만 복수노조 5년 유예로 가다가 잡힌 지금, 조위원장은 "허탈하고 억울했지만 주저앉을 수 없다"며 신고서를 내고 투쟁을 시작한다고 말했다.

"이번 독자적인 집회를 시작으로 광진구청장 면담 등 투쟁을 본격화 할 생각입니다"

명월관, 노조조합원 5명 계약해지

노조, "4번째 설립신고서 내고 집회 등 집단행동 원인인 듯"

[매일노동뉴스, 2001. 7. 16.]

복수노조 금지조항으로 노조 설립 필증이 4번이나 반려됐던 (주)쉐라톤위커텔호텔 외부사업부 명월관노조(위원장 조형수)는 최근 회사가 조합원 5명을 계약해지 한 것과 관련, 보복성 해고라고 주장하고 있다.

14일 노조에 따르면 명월관쪽이 지난 7, 8일 노조 교육선전부장 등 2명, 지난달 30일 위원장 등 3명에게 계약해지를 알려왔다. 회사의 공식 입장은 계약이 만료돼 재계약을 하지 않겠다는 것. 그러나 노조 조형수 위원장은 "지난 95년 입사 이후 회사가 일방적으로 이렇게 대량 해고한 적이 없었다"며 "지금까지 재계약 시점에서는 관행적으로 임금 조정만 할 뿐 자동으로 계약갱신이 됐다"고 말했다.

또 조 위원장은 "지난 99년 11월 노조 설립 이후에도 회사는 아무런 움직임이 없었다"며 "이번 4번째 설립 신고서를 내고 구청 앞에서 3일간 집회를 하는 등 집단행동을 한 것이 원인인 것 같다"고 덧붙였다.

노조는 14일 부당해고 및 부당노동행위(비합법 노조이기 때문에 해당 안됨) 구제신청을 하는 등 본격적으로 대응해 나갈 것이라고 밝혔다

3) 최저생계비에도 못 미치는 저임금, 정규직 임금의 반도 안 돼

한국통신은 전화가설, ADSL 등의 업무 등에 계약직 노동자들을 채용하였고, 정규직과 동일한 일을 시키면서도⁸⁴⁾ 절반 정도의 임금만을 지급하여 왔다. 대방전화국 고객센터과에 근무해온 한 계약직원은 1992. 4. 입사하여 2000. 12. 31. 해고될 때까지 8년 10개월을 계약직 노동자로 일해왔다. 남들은 한국통신 다닌다고 부러운 시선으로 바라보았지만, 계약직이라는 딱지가 붙은 그의 신세는 '고임금에 안정된 직장'이라는 공기업 이미지와는 거리가 멀다. 정규직과 함께 같은 일을 하고 있지만 1년 단위로 계약을 갱신 체결하고 있는 그가 8년 차인 2000년도에 받았던 월급은 고작 859,000원. 그 외에는 별도로 수당이

84) 정규직과 비정규직이 학력이나 자격증으로 구별되는 것이 아니라 온 좋게 정규직을 뽑는 해에 입사를 하면 정규직이 되고, 채용하지 않은 해에 입사하면 계약직이 될 수밖에 없었기 때문에 계약직 노동자들의 상대적 박탈감은 더하다고 하겠다.

나 비용의 지급이 일체 없다.

그와 동일한 일을 하고 있는 7급 정규직 신입사원의 경우 기본급만 본봉 181,600원에 직무급 849,300원을 더해 총 1,030,900원을 지급 받는다. 여기에 아래 표와 같이 월차수당, 초과근무수당, 상여수당, 효도휴가비 등 제수당을 합하면 연봉이 23,133,370원으로, 평균 월급여가 1,927,780원이다. 만약 8년 차 정규직원이라면 여기에 호봉만 7호봉 266,900원이 가산되어 연차수당 등 증가분을 제외하더라도 평균 월급이 2,194,680원에 이른다. 여기에 정규직원들의 경우 단체협약에 따라 지급받는 여러 복지후생 부분을 합한다면, 계약직 노동자의 월급은 정규직 임금의 반도 못되는 셈이다.

<표 36> 한국통신 정규직과 계약직 노동자와의 연간 급여 비교

구분	7급 1년차 정규직	8년차 계약직
기본급	12,370,80원 (월 1,030,900원)	10,308,000원 (월 859,000원)
월차수당	499,200원 (12월)	-
초과근무수당	1,346,520원 (12월)	-
상여수당	4,639,050원 (450%)	-
효도휴가비	2,161,800원 (200%)	-
연차수당	416,000원 (10일)	-
교통식대비	1,800,000원 (12월)	-
계	23,133,37원 (월 1,927,780원)	10,308,000원 (월 859,000원)

특히 여성 노동자들의 경우는 업무특성과 여성이라는 이유로 더욱 낮은 임금을 지급했다. 일례로 대방전 화국 전송기술과에 4년째 근무하는 한 여직원의 경우 99년에는 582,800원을, 2000년에는 612,750원을 월급으로 지급받았다.⁸⁵⁾

2000년 파업현장의 공권력투입으로 사회적 물의를 빚었던 롯데호텔의 경우도 계약직 노동자들의 월급은 총액이 80~100만원으로 같은 직종(숙박 및 음식점업) 노동자 임금평균인 120만원에 크게 못 미치며, 동종 업종 500인 이상 규모 노동자 임금 172만원에 비교하면 더욱 낮은 수준이다.⁸⁶⁾

이러한 계약직 노동자들의 임금 수준은 정규직원과의 차이도 차이지만, 정부 발표 최저생계비에도 못미치는 절대적인 저임금 수준이라는 점에서 문제가 심각하다. 민주노총이 당시 2001년 1월 자체 조사를 거쳐 산정한 4인 가구 표준 생계비인 3,057,972원은 고사하고서라도, 2000년 12월 당시 보건복지부가 발표한 2001년 4인가구 월 최저생계비인 956,000원에도 못 미친다. 이 최저생계비는 기초생활보장 수급자에게 지급되는 기준 금액으로 현실적인 생계비와는 거리가 멀다.

더군다나 계약직 노동자들은 근로계약에서 합의한 임금과 휴일조차도 보장받지 못한다. 일용직의 경우에는 보통 구두계약을 맺는데 건설회사가 부도나거나 중간 오야지가 임금을 가로채어 도망가는 일이 생기면 임금을 떼이는 일이 빈번하게 발생하고, 우리나라의 대표적인 공기업이라고 하는 한국통신 같은 경우에도 주먹구구식의 노무관리와 중간 관리직들의 임금횡령으로 노동자들이 피해를 본 사례까지 있다.

한국통신은 잦은 계약갱신이 거주장스럽게 느낀 시층이 아예 노동자들의 도장을 보관하며 기간이 만료할 때마다 총무부에서 계약서를 작성하는데, 99년에 들어서 계약직 노동자들에 대한 업무평가제를 도입하여 이에 따라 임금을 차등지급하도록 했다. 이는 취업규칙은 물론 개별 근로계약서의 내용으로 들어가 있지만

85) 한국통신계약직 노동조합, 한국통신계약직 임금체불 자료집, 2001. 9. 8., 1-2면.

86) 매일노동뉴스, 2000. 8. 10.자.

계약직 노동자들은 등급평가제가 있다는 사실조차도 알지 못했다. 자신의 근로계약서를 스스로 작성해 본 적이 없기 때문이다. 이를 이용해 일부 전화국장들은 등급평가는 A등급으로 해놓고 계약직 노동자들에게는 C나 D등급의 임금을 주고⁸⁷⁾ 나머지는 중간에서 착복을 한 일이 발생했다.⁸⁸⁾

퇴직금을 지급함에 있어서도 계산과정을 조작을 해서 부당하게 이를 낮추었다. 퇴직금산정의 기준이 되는 최근 3개월 중 계약직 노동자들이 파업을 했는데, 사측은 이 기간동안 무노동무임금 원칙을 적용했다. 이 경우 3개월 간 받은 임금을 쟁의행위행위 기간을 제외한 나머지 기간으로 나누어 평균임금을 산정하여야 함에도 분모에 쟁의행위기간도 포함시켜 평균임금을 20%정도 낮게 조작했다. 그리고 이렇게 낮게 조작된 평균임금을 퇴직금 중간정산 이전 기간까지도 소급하여 적용해, 중간정산 후 1년 넘게 일한 계약직 노동자의 퇴직금이 6만여 원이 나오는 경우까지 있었다.⁸⁹⁾

퇴직금을 아예 주지 않기 위해 계약직 노동자들을 놀리는 사업장도 있다. 청정원으로 유명한 대상식품의 사내하청업체인 성호산업은 대상식품에 파견할 노동자들을 계약직으로 채용하고는 11월을 근무시킨 후 강제로 1월을 놓게 하고 다시 입사해서 11월을 일하게 하는 방식으로 노무관리를 해 왔다. 이는 퇴직금과 연차수당 등의 지급의무를 피해 나가기 위함이었다.⁹⁰⁾

4) 계약직 노동자의 단결을 가로막는 복수노조금지

계약직 노동자들은 사용자로부터 직접고용된 것이기 때문에 간접고용노동자들처럼 사용자성에 대한 문제는 발생하지 않지만, 대신에 복수노조의 문제가 생기는 사업장이 많다. 정규직 노조는 독자적 계약직 노조가 설립되는 것에 대하여 부담스러워 하고, 이들의 근로조건이 상승되고 고용이 보장되면 반대로 정규직의 지위에 불이익이 생기지 않을지 우려한다. 작년 한국통신 정규직 노동조합이 파업을 하자 당시 이미 파업 중이던 계약직 노동자들이 파업대오를 찾았을 때 정규직 조합원 정서에 반한다고 집회에서 계약직 노조의 발언을 취소시켰던 한국통신 정규직 노조의 모습이 그 한 예가 될 수 있을 것이다.

체신노조는 조합규약 상 계약직인 상시위탁집배원들도 가입대상으로 되어 있다. 그러나 이들이 2000년 3월부터 체신노조가입을 요구하자 노조는 '정보통신부의 구조개편시기를 기다려야 한다, 비정규직의 조합비가 더 많아진다는 등의 이유를 대며 미루어 왔다. 결국 상시위탁집배원모임이 아예 독자노조 설립신고를 제출하자 이들을 1년 만에 조합에 가입시켰다. 그러나 체신노조는 상시위탁집배원들을 단체협약의 적용에서 제외시키는 등 오히려 이들의 이해에 반하는 행동을 하였고, 상시위탁집배원들은 체신노조의 행보가 자신들의 독자행동을 막기 위한 것이었음 깨닫고 광주전남 지역의 '상시위탁직비대위'는 단체협약 체결 이후 노조를 탈퇴하였다.⁹¹⁾

위에서 언급한 명월관의 경우는 1999. 11. 10 명월관 노동조합을 설립하였으나, 한국노총 산하 워커힐노동조합과 조직대상 중복을 이유로 광진구청으로부터 4차례 설립신고 반려통보를 받았다. 그러나 워커힐노조와 명월관노조의 구성원은 실제 단 한 명도 중복되지 않으며, 명월관 노동자를 조직하기 위한 어떠한 활동

87) 전화가설의 경우 A등급과 D등급은 월 60만원 정도의 차이가 난다.

88) 한국통신계약직 노동조합, 위 자료집, 7-8면.

89) 위 자료집, 19-21면.

90) 파견철폐공대위, 2000년 간접고용 실태보고서, 2000. 9. 20., 46면.

91) 전국불안정노동철폐연대(준), 비정규직 조직화투쟁 사례 평가분석자료집, 2001. 11. 10., 37면.

도 하지 않았다. 명월관의 노동자들이 워커힐 노조에 가입신청을 하자 워커힐 노조는 '상용 일당직과 노동 조건이 너무 다르다' 등의 이유를 대며 가입을 거부하였다. 심지어 워커힐노조는 단체협약 제5조에서 '임시 고용 및 계약고용자' 등을 '비조합원 범위'에 포함시켜 외부사업부인 명월관 상용일당직 노동자들이 단체협약도 적용받지 못하게 할 정도였다. 명월관노조는 법외노조로 남아 사측의 갖가지 부당노동행위에도 합법적 대응을 하지 못한 채 결국 위원장 및 핵심간부마저 해고당하는 상황을 맞게 된 것이다.⁹²⁾

2. 간접고용 노동자

(1) 개념⁹³⁾

간접고용이란 파견과 같이 고용과 사용이 분리되는 형태를 말한다. 파견의 경우 파견사업주가 파견노동자와 사용자업주를 연결하는 매개가 된다. 노동자는 파견사업주와 근로계약을 맺지만, 파견사업주와 사용자업주와의 계약에 따라 사용자업주의 지휘 아래 일하게 되는 것이다. 용역, 도급 등의 경우에도 마찬가지이다. 사용자업체와 용역노동자 사이에 용역업체가 개입하게 되어 파견과 같은 간접고용에 해당된다. 외주, 분사의 경우에도 사용자업체가 구조조정의 일환으로 분사하면서 분사된 회사가 독립성을 갖지 못하고 사용자업체에 종속되어 있는 경우 간접고용에 해당한다. 그 외에도 다양한 간접고용의 유형이 존재한다.

(2) 간접고용의 유형과 구분

1) 도급과 위장도급

도급은 수급인이 어떠한 일을 완성할 것을 약정하고, 도급인이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약이다(민법 제664조).

이와 같이 원래의 의미를 지닌 도급을 진정한 도급이라 한다면, 사용자로서의 책임과 의무를 면하기 위하여 도급형식을 취한 것에 불과한 노무도급관계를 위장도급이라 할 것이다⁹⁴⁾.

위장도급의 경우 형식적으로 수급인과 근로자 사이에 개별적 근로관계에 관한 징표가 존재하기 때문에 주로 고용관계에 따른 사용자의 의무 또는 책임을 도급인에게 부담시킬 수 있는지 여부가 문제된다.

위장도급에 해당하는 경우에 그 실질은 첫째, 파견근로관계(또는 근로자공급관계)인 경우가 있고, 둘째는 아예 수급인이 사업주로서 독자성이 없거나 독립성을 결하여 도급인의 노무대행기관과 동일시 할 수

92) 권두섭, “복수노조 금지조항으로 인한 자주적 단결권 침해사례”, 복수노조 금지조항 5년 유예의 문제점 - 제 111주년 노동절기념 정책토론회(민주노총, 2001. 4. 27.), 41-44면.

93) 이하에서는 전국불안정노동철폐연대에서 발간한 ‘2002년 간접고용 실태보고서’의 설명내용과 사례를 다수 인용하였음을 밝혀둔다.

94) 파견법상의 허가 및 제한 나이가 사용자업주로서의 책임과 의무를 면하기 위해서 위장도급을 이용하는 경우도 있겠지만, 노무도급계약의 외양을 취하고자 하는 사용자의 의도는 자신이 사용자로서 각종 책임을 면하는 동시에 그 결과 노동자들의 노동기본권을 봉쇄하려는 것이거나, 해고제한 법리의 회피 등에 있다고 보는 것이 정확할 것이다.

있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하여 도급인과 근로자 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있는 경우로 나누어 볼 수 있다⁹⁵⁾.

2) 근로자공급과 파견

직업안정법의 근로자공급이라 함은 자기가 고용하는 근로자 또는 지배관계에 있는 근로자를 공급계약에 의해 타인에게 사용시키는 것(직업안정법 제4조)을 말한다.

이를 반복계속의 의사로서 행하는 것을 근로자공급사업이라 하고 근로자를 공급하고자 하는 자(공급사업주)와 근로자를 공급받하고자 하는 자(사용사업주)사이에 체결된 계약을 근로자공급계약이라 한다.

직업안정법의 근로자공급이 되기 위해서는 근로자와 공급사업주의 관계가 법적인 근로계약관계인가 혹은 사실상의 지배관계인가를 불문하며 또는 근로자와 사용사업주의 관계에 관해서도 근로계약관계에 있는가 혹은 사실상의 사용관계에 있는가를 불문한다.

법원은 직업안정법이 규제하는 근로자공급사업의 개념과 관련하여 “근로자공급사업에 해당하기 위하여는 공급사업자와 근로자간에 고용 등 계약에 의하거나 사실상 근로자를 지배하는 관계가 있어야 하고 공급사업자와 공급을 받는 사용사업자간에 제3자의 노무제공을 내용으로 하는 공급계약이 있어야 하며 근로자와 공급을 받는 자간에는 사실상 사용관계가 있어야 한다”고 판시하고 있다.⁹⁶⁾

한편 근로자파견은 파견사업주와 근로자 사이에 근로계약관계를 필요로 하며 근로자파견은 근로자공급의 한 유형으로 파악되고 있다. 이는 파견사업주(파견업체)가 노동자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 그 노동자를 사용사업장에 파견하여 사용사업주의 지휘·명령을 받아 종사하게 하는 것을 말한다. 1998년 7월 1일 제정된 ‘파견근로자보호등에관한법률(일명 근로자파견법)’에 따라 26개업무에 대하여 근로자 파견이 가능하게 되었으며, 주요 업무로는 비서, 타자원, 전화외판원, 운전원, 수금원, 건물청소원 등이 있다.

3) 직업소개

직업안정법의 직업소개란 구인 또는 구직의 신청을 받아 구인자와 구직자간에 고용계약의 성립을 알선하는 것을 말한다(직업안정법 제4조 제2호). 이 직업소개에서는 직업소개자와 구직자간에 근로관계 내지 지배관계도 존재하지 않는다.

따라서 직업소개는 직업소개를 하는 자가 구인자와 구직자간의 근로계약의 성립을 알선할 뿐 근로자와 사이에 사실적 지배관계조차도 없다는 점에서 근로자공급과 구분되고, 구인자와 구직자 사이에는 근로계약관계의 성립이 있어야 하는 것으로 보고 있다.

95) 인사이트코리아 대법원 판결은 위장도급의 실질을 이렇게 구분하고 있다.

96) 대법원 1999. 11. 12. 선고 99도3157 판결; 대법원 1994. 10. 21. 선고 94도1779 판결; 1985. 6. 11. 선고 84도2858 판결 등.

4) 사내하청

하청회사가 원청회사의 일정한 생산 업무를 도급받아 이를 원청회사 사업장에서 원청회사의 생산시설을 이용하여 수행하는 경우를 말하며, 용역이나 도급의 한 유형이다. 부품을 외부에서 제작하여 납품하는 일반적인 하청과는 다르며, 사용자가 한 라인 혹은 한 공정, 또는 작업의 일부를 도급화하여 용역계약의 형식으로 주는 것이다. 사내하청의 경우 원청노동자와 동일한 장소에서 노동하게 되므로 원청사용자에 의한 업무 지시·감독이 있을 경우 불법파견에 해당할 수 있다.

5) 소사장제

사내 분사경영의 한 유형으로, 동일 사업장에서 근무하던 노동자(반장, 장기근속자, 중간관리자 등)에게 일부 생산라인이나 제조공정을 도급 주는 방식이다. 소사장 역시 원청에서 물량을 도급받거나, 한 라인을 인수하는 형식을 취하므로 사내하청의 초보적 형태라 할 수 있을 것이다.

자본이 소사장제를 도입하는 과정에서 정규직 노동자는 해고와 소사장 소속의 간접고용 가운데 하나를 선택할 것을 강제받게 된다. 해고의 위협 속에 소사장 소속으로 전직하게 되고 소사장 소속이 되는 순간 끊임없는 고용불안에 시달리게 되는 것이다.

6) 점원파견

생산회사가 상품판매를 위해 유통업 매장에 소속 종업원을 파견하는 경우로, 격지근무의 한 유형이라고 볼 수 있다. 파견된 노동자는 생산회사 소속임에도 실제 업무 과정에서 유통업 매장의 지시를 받게되거나, 근로시간 등에 있어서 유통업체의 지시를 받게되는 경우가 있어 불법파견의 소지를 가지고 있다.

7) 격지근무

기업이 업무상 필요에 의하여 당해 사업장이 아닌 거래업체 등의 사업장에서 근무하게 하는 형태로 벤처기업의 경우 사실상 전문인력을 파견하는 형태로 이루어지기도 한다. 이때 거래업체의 사업장에서 실제적 업무지시를 받게 되는 경우 불법파견의 문제가 발생한다.

8) 전출

소속기업과의 근로계약관계를 유지하고 있는 상태에서, 타기업의 사업장에서 타기업의 사용 하에 상당히 장기간 업무에 종사하는 것을 말한다. 역시 고용과 사용이 분리된 형태이기는 하나, 당사자의 동의가 있는 경우에만 가능하며, 사용업체가 일정정도의 책임을 지므로 간접고용과 동일한 문제가 발생하지는 않으나, 전출을 계속하여 반복적으로 수행한다면 간접고용의 형태에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

9) 외주/분사

외주란 회사의 작업의 일부를 외부의 업자에게 주문하는 일을 말하며, 분사는 기업을 몇 개의 기업으로 분할하여 운영하는 것을 말한다. 분사의 과정에서 분할된 각 기업이 완전히 독립된 기업이 될 수도 있으나, 대부분의 경우 자회사의 형식을 띠게 되며, 모회사의 권한이 상당부분 작용한다.

외주, 분사에 의한 간접고용화는 두가지로 구분해서 볼 수 있는데, 하나는 구조조정의 과정에서 외주, 분사하는 경우로 오랜 기간 비정규직화를 통해 분사를 준비해온 경우가 많다. 정규직의 신규채용 없이 비정규직 계속적으로 채용하고, 이후 비정규직을 자회사로 분사하는 것이다. 이때 분사된 회사에 대한 실질적인 권한은 모회사가 갖게되며, 간접고용의 문제가 발생하게 된다. 또 한가지는 사실상 파견노동 사용을 위해 외주, 분사하는 경우이다. 사용업체는 불법파견 사실을 은폐하고, 도급 위장을 위해 위장도급업체를 급조하여 형식상 이름만 만들어두고, 기존의 파견노동자나 비정규직 노동자를 외부업체 소속으로 옮기는 것이다.

(3) 현실에서 나타나는 노동기본권(단결권) 침해의 문제점⁹⁷⁾

1) 단결권의 침해

사용자가 파견노동자를 이용하는 가장 큰 이유 중 하나는 노동자들의 단결을 구조적으로 막을 수 있기 때문이다. 사용자의 입장에서는 동일한 근로조건에 일하는 노동자들이지만, 이들은 정규직과 파견직으로 분리하여 관리할 수 있다는 이점이 생긴다. 정규직이 파업을 하더라도 하청업체 소속 직원들로 공장을 운영할 수 있는 것이다.

광주의 에어컨 생산 외자기업인 캐리어의 경우 사내하청 노동자들이 노동조합을 결성하는 과정에서는 사내하청 노조 가입원서를 대의원들이 직접 받으려 다닐 정도로 정규직 노조가 힘을 기울여왔지만 사내하청 노조가 정규직화를 요구하며 파업에 돌입하고 사측이 자본철자 소문을 흘렸고 정규직 조합원들은 결국 구사대로 돌아서기도 했다.

또한 파견·용역직 내에서도 각 파견업체 소속 노동자들로 분리하여 이들의 단결을 막고 용이하게 통제할 수 있다. 앞에서 언급한 (주)대송택의 경우를 보면 대송택 직원들은 TKP 송유관이 미군 소유일 때부터 일해 왔는데, 이를 SK(주)가 운영하게 되면서 오륜에너지, 삼일사라는 두 용역업체를 설립하여 이들의 소속으로 있게 하였다. 주목할 점은 지역에 따라 두 용역업체를 둔 것이 아니라 파이프라인 따라 각 저장소를 징검다리처럼 오륜사와 삼일사로 번갈아 소속하게 했다는 점이다. 이는 효율성을 없더라도 노동자들의 단결을 막기 위한 조치라고 할 것이다.

무엇보다도 사용업체는 근로계약의 상대방이 아니라는 이유로 부당노동행위 책임을 지지 않기 때문에 사용업체는 노조가 만들어지면 계약해지 등의 노동3권 침해행위를 아무런 법적 제한없이 할 수 있다는 점이 가장 큰 문제이다. 아래에서는 이를 구체적으로 살펴 본다.

97) 이하 문제점 요약은 진재선, '신자유주의와 비정규직 노동자의 노동권', 민주법학,의 내용을 대부분 인용하였음

파견·용역노동관계에 있어서의 노동3권 침해행위는 대개 사용사업주의 주도 또는 지시에 의해 이루어진다. 주식회사 인사이트코리아는 SK(주)와 정부의 소유로 되어있는 저유시설 부분에 대해 지속적으로 인력을 파견해온 회사로서 사실상 SK(주)의 전직임직원이 퇴사 후 설립하고 사업을 인수받아 왔으며 따라서 저유시설 및 기타 용역부분에 대해서도 독점적으로 인력을 파견해왔다. 인사이트 소속의 파견노동자들이 2000. 3. 20. 노동조합을 결성하자 사용업체인 SK(주) 인천물류센터에서는 관리과장과 저유과장이 위 센터에 근무하는 조합원 20여명을 대상으로 2000. 3. 24. 부터 같은 달 27. 사이 개인 면담을 통해 “너희들은 도급제이기 때문에 SK가 계약을 체결하지 않으면 끝이다. 물류센터별로 계약되었기 때문에 인천부터 당장 그만 두게 할 수 있다”는 등으로 말하면서 조합 탈퇴서 작성을 강요하고, 나아가 조합원들의 친인척 등 인맥까지 동원하여 조합 탈퇴를 종용하여 결국 10일도 못가서 2000. 3. 27. 경 인천물류센터 소속 조합원 전원이 조합 탈퇴서를 제출하는 등 전국적으로 SK(주)의 강요로 인해 원고 등 2명을 제외한 26명이 모두 조합을 탈퇴하기에 이르렀다. 또한 대부분의 조합원들이 SK(주)의 강요에 못이겨 탈퇴한 나머지 조합 탈퇴서를 노동조합 측이 아닌 SK(주) 관리자들에게 제출하였다.

이에 대해 노동조합은 SK(주)와 인사이트코리아를 상대로 서울지방노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 내었으나 인사이트코리아에 대해서는 인정, SK(주)에 대해서는 각하결정이 나왔고⁹⁸⁾ 중앙노동위원회에 재심신청의 결과 역시 각하결정⁹⁹⁾이 내려졌다.

사용사업주의 단결권 침해의 가장 극단적인 형태는 사용업체가 노조 결성을 이유로 파견·용역업체와의 파견 내지 용역계약을 해지하는 것이다. 파견·용역계약에서 쟁의행위를 할 수 없다거나 노조 결성시 계약을 해지한다고 아예 규정한 경우도 있고, 그렇지 않더라도 대부분 사용업체 임의로 계약해지가 가능하도록 되어 있어 이를 이용하여 계약 해지를 하기도 한다.¹⁰⁰⁾ 파견·용역계약의 해지는 상용형 파견근로가 거의 없는 우리 나라 현실에서 곧바로 해고를 의미하기 때문에, 사용업체의 계약해지 위협은 아주 강력한 단결권 침해 수단이 되는 것이다.

대상식품은 2000년 4월 사내하청 업체에 노동조합이 생기자 노동조합 해산을 직간접적으로 종용하였고, 이것이 여의치 않자 같은 해 5월 31일 사내하청업체와의 계약을 해지했다. 대상식품과 사내하청업체간의 도급계약서에는 노조결성시 계약해지 조항이 있었고 사내하청 노동자는 노조활동시 해고된다는 각서를 입사할 때 제출해야 했다. 계약해지와 동시에 사내하청업체는 ‘생산 부진’을 이유로 폐업하여, 조합원들은 하루아침에 거리로 내몰리게 되었던 것이다.¹⁰¹⁾

이 밖에도 핵심 조합원들을 교체할 것을 요구한다거나 아니면 회유·협박을 통해 조합 탈퇴를 종용하는 등으로 사용업체는 파견·용역노동자의 단결권을 침해하고 있다.

98) 서울지방노동위원회 2000. 6. 8. 2000부노58 결정.

99) 중앙노동위원회 2000. 11. 28. 2000부노95 결정.

100) 대한송유관공사와 대송택간의 운영용역계약서를 보면, 제10조 제4호에서 “을”(대송택)의 “용역직원”들이 노동쟁의행위 또는 기타 유사한 행위로 인하여 “갑”에 손해가 발생한 경우, “을”은 “갑”에게 그 손해를 배상하여야 한다고 규정하고, 제25조 제6호에서는 “갑”(대한송유관공사)의 형편상 용역계약관계의 유지가 어려울 경우 “을”에게 서면으로 계약 해지를 통보함으로써 언제든지 본 계약을 해지할 수 있으며, “을”은 이에 대하여 이의를 제기하지 못한다. 제7호에서는 “갑”이 계약을 해제하였을 경우 “갑”과 “을” 및 “갑”과 “용역직원” 개개인과의 법령상 일체의 관계도 자동적으로 소멸하며 “을”은 “갑”에게 어떠한 피해를 주어서는 아니된다.고 규정하고 있다. 심지어 롯데쇼핑(주) 근로자파견계약서 제44조는 “을”의 파견근로자는 이유 여하를 불문하고 “갑”의 업무 지역 내에서 노동쟁의 및 기타 이에 준하는 단체 행동을 할 수 없으며, 담당 업무에 차질을 가져 올 때는 그로 인한 모든 손해를 “을”은 “갑”에게 배상하여야 한다고 규정하고 있다.

101) 파견철폐공대위, 2000년 간접고용실태보고서(2000), 46면.

2) 단체교섭권의 침해

파견·용역노동자들은 실제 사용업체의 사업장에서 사용업체의 노동조직에 편입되어 노무제공을 한다. 그런 만큼 파견·용역노동자들의 노동조건을 구체적으로 좌우하는 이는 사용사업주가 된다. 대개의 파견업체가 사용업체와의 관계에 있어서 열등한 지위에 있고, 또 사용업체의 필요에 따라 노동자를 모집하여 공급하는 것 이외에 별다른 노무지휘·감독을 하지 않는다. 파견·용역노동자들의 임금수준도 결국 파견·용역계약의 내용에 따라 정해질 수밖에 없고, 사용업체가 파견·용역계약해지를 요구하거나 어떤 노동자의 해고를 원한다면 그 노동자는 파견사업체로부터 어떠한 보호도 받을 수 없는 것이 대부분이다.

따라서 파견·용역노동자들이 노동조합을 결성하였을 때 단체교섭을 원하는 상대방은 사용업체인 경우가 대부분이다.¹⁰²⁾ 그러나 사용업체는 근로계약의 형식적 당사자가 아니라는 이유로 단체교섭 거부로 일관하면서, “고용주인 파견·용역업체와 교섭하라”면서 아무 권한과 능력이 없는 파견·용역업체에게 사용자 책임을 전가한다. 실제 대상식품, 방송사, 이랜드, 한라중공업, SK 등 대부분의 사용업체는 단체교섭 거부로 일관하거나 비공식적인 면담만을 고집하였다.

(주)대송택의 경우는 1년여 동안 단체교섭을 진행하고 있으나 타결점을 찾지 못하고 있다. 그 까닭은 대송택 노동자들의 노동조건을 사실상 결정하는 것은 대송택이 아니라 사용업체인 대송이기 때문이다. 대송택이 지출하는 임금도 결국 대송이 주는 도급금액으로 한정되고, 구체적 업무지시나 징계, 인사 등도 대송이 모든 권한을 가지고 결정한다. 대송택 노동자들의 일터가 대송의 사업장인만큼 조합활동 또한 대송의 건물 등에서 이루어질 수 없기 때문에 이 모든 것을 대송택이 혼자 결정할 수가 없는 것이다. 타결된 조항이라는 것도 보면 임금지급일이나 교섭절차 등 부수적인 것이거나, 아니면 “제6조 ① 회사는 조합원의 자유로운 조합활동을 보장하고 정당한 조합활동을 이유로 어떠한 불이익 처우도 하지 아니한다. ② 회사는 노동조합법 상의 부당노동행위를 하지 않는다.”처럼 근로기준법과 노동조합법을 지킨다는 것 이상은 아무것도 없다.¹⁰³⁾

	노동조합의 주장	대송택 측의 주장
근무시간중 조합활동	노조 규약에 따른 각종회의, 행사, 교육, 상급단체 교육/회의 참가시 유급 인정	근무시간에 관해서는 대한송유관공사의 지시에 따라야 하기에 대한송유관의 협조가 없이는 불가
조합원 교육	분기별 4시간	위와 같음
홍보활동	노조전용 게시판 설치와 사용 인정, 노조활동 관련 홍보물 게시와 배부 인정	대송택은 대한송유관의 시설물에 게시, 부착할 권리가 없으므로 대송의 협조없이 불가
조합전임	전임자 인정 및 전임자에 2백만원 지급	용역회사 특성 상 불가

<표 38> (주)대송택과 노조와의 불일치 항목

102) 서울대에서 경비, 미화업무를 담당하는 노동자들이 2000년 1월 노동조합을 결성하고 서울대를 상대로 파업을 벌였다. 노동조합은 서울대에 단체교섭을 요구하였는데, 이에 대해 서울대는 공식적으로 단체교섭을 거부하였다. 그러나 학내 비판 여론이 높아지자 비공식적인 대척기구를 통해 노동조합과의 교섭에 나섰다. 결국 서울대와 노동조합의 협상 끝에 파업에 종료되었다.

103) 파견철폐공대위, 2001년 비정규노동자투쟁실태보고서(2001), 44면.

결국 사용사업주와의 단체교섭이 인정되지 않는 이상 파견사업주와의 협상으로는 파견·용역노동자들의 단체교섭권이 사실상 보장되지 못하는 것이다.

3) 단체행동권의 침해

노동조합을 대등한 파트너로 인식하지 않는 사용자가 넘쳐나는 현실에서 단체행동은 노동조합의 중요한 무기이다. 그렇기에 단체행동권 침해는 파견·용역 노동자의 노동권 보호에 치명적인 영향을 준다. 특히 사용업체가 파견·용역 노동자의 조합활동을 인정하지 않고 매번 단체교섭을 거부하는 상황에서 신생 파견·용역 노동조합은 단체행동 외에는 별다른 선택이 없게 된다. 그러나 이 역시 이 같은 단체행동 또한 사용업체에 의해 침해당할 수밖에 없다. 왜냐하면 사용업체가 노동조합법상 사용자로 인정되지 않는 현실에서 사용업체를 상대로 한 단체행동의 정당성 또한 마찬가지로 부정되기 때문이다.

일례로 삼창플라자의 경우 삼창프라자시설관리노동조합이 결성되자, 건물주이자 사용업체인 SC종합건설은 곧바로 용역업체인 삼우와의 용역계약을 해지하고 비조합원만을 새 용역업체에 고용승계시키는 한편 삼우측은 조합원들을 모두 정리해고하였다. 이에 노조측은 2000. 10. 4.부터 부당해고 철회, 원직복직 등을 요구하며 쟁의행위에 돌입하여 건물 로비 등에서 농성을 벌여왔는데, SC종합건설측은 자신은 쟁의와 무관한 자라며 노조를 상대로 낸 쟁의행위(업무방해)금지과 노조사무실명도가처분신청을 법원이 받아들여 조합원들은 건물 밖에서 농성을 벌일 수밖에 없었다.¹⁰⁴⁾

일상적 조합활동의 경우도 제한되는 경우가 많다. 방송사 비정규직의 경우 사용업체인 KBS는 KBS 내 파견운전사 대기실의 칠판에 “알림. 쾌적한 근무분위기 쇄신 및 안락한 휴식공간이 될 수 있도록 다음 사항을 금지하오니 협조하여 주시기 바랍니다. 1. 일과중 노조활동 금지 1. 대기실 내에서 조합관련 회의 및 노조관련 유인물 부착행위 금지 1. 외부인 출입 금지”라는 지침을 적고, 대기실에 게시된 노보 등을 일제히 철거한 예도 있다.

4) 계약 해지, 교체요구 등을 통한 손쉬운 해고의 가능

근로기준법상 기간의 정함이 없는 근로계약(정규직계약)을 체결한 자를 해고할 경우에는 근로법 제30조의 ‘정당한 이유’라는 엄격한 요건을 요구한다. 그러나 파견·용역노동자의 경우는 사용사업주가 파견사업주와의 근로자파견계약을 ‘해지’하는 것만으로 해고의 효과를 가져올 수 있다. 형식상으로는 업체간의 계약 해지로 되어 있어 노동법에 따른 해고의 법리가 적용될 여지가 없고, 게다가 다음과 같이 파견사업주의 ‘영세성’과 ‘중속성’으로 인해 파견사업주는 일방적으로 해지를 당할 수밖에 없는 위치에 놓이게 된다.

사용사업주가 주로 대기업인데 비해 파견사업주는 대개 영세한 것이 보통이다. 게다가 파견사업주는 사용사업주 회사의 과거 임원이었던 자¹⁰⁵⁾거나 혈연적인 관계를 가지는 경우가 많다¹⁰⁶⁾. 그렇지 않은 경우라도

104) 서울지방법원 서부지원 2000. 12. 27. 선고 2000카합1487 결정.

105) 이들은 사용사업주 회사에서 퇴직하면서 노후보장책으로서 그 사업의 일정부분에 대한 독점권을 받아 나오는데 퇴직 후 곧바로 파견 또는 용역회사를 차려 그 부분에 대한 근로자공급을 담당하게 된다

106) 앞서 삼창플라자의 경우 용역업체인 삼우산업개발의 대표이사는 건물주인 SC종합건설 대표이사의 둘째 아들이며 이 공씨 일가가 두 회사의 이사나 감사를 겸직하고 있다.

근로자파견계약을 한 두 군데하고만 맺고 있는 곳이 대부분이다. 이런 상황 속에서 파견사업주는 파견·용역노동자의 노동조건을 보장하는 역할을 수행하기보다는 사용자업주와의 계약 유지에만 매달리게 되며 결국 파견사업주는 사용자업주에 대하여 독립적인 지위를 갖지 못하고 사용자업주의 중간관리인이나 유료직업소개소로 전락하게 되는 것이다.

파견·용역노동자들에게 있어서 이러한 계약해지는 해고통지나 다름없다. 왜냐하면 파견노동자들의 경우 파견업체에 의해 상용형으로 채용되어 있는 것이 아니라 그때그때 필요에 의해 채용되는 모집형이기 때문이다.¹⁰⁷⁾ 또한 파견업체에게 중요한 것은 파견노동자의 일자리 확보라기보다는 유력한 사용자업체와의 안정적인 계약의 확보에 있기 때문에, 일단 계약해지를 당한 파견·용역업체는 다른 유력한 사용자업체와의 계약성립만을 목표로 하게된다. 그 결과 파견노동자들의 해고회피를 위해 파견업체가 하고 있는 일은 간헐적으로 발생하는 일자리를 개별적으로 알선해 주는 정도에 그치고 있다. 실제로 계약해지나 교체요구에 의해 해고당한 파견·용역노동자들 상당수는 교차로 등의 정보지나 개인적인 친분관계 등에 의지하여 개별적으로 일자리를 찾아 나서고 있는 실정이다.

파견계약이 해지되어도 파견·용역업체는 큰 불이익을 입지 않는다. 이런 인적 관계가 바탕이 되기 때문에 비록 해지되었다 하더라도 폐업신고를 하여 회사문을 닫고 다시 새로운 용역회사를 설립하여 노동자를 공급할 수 있기 때문이다. 실제 대상식품과 INP 중공업의 사내하청의 경우나 중앙일보의 인쇄를 담당했던 중앙기획·동양기획¹⁰⁸⁾ 등 위장폐업이 문제가 된 사업장이 많이 있다. 특히나 최근 들어서 자신의 노동권을 쟁취하기 위해 간접고용노동자들의 노동조합결성과 활동이 활성화되자, 정당한 노동조합활동을 탄압하기 위해 계약해지가 악용되는 사례가 늘고 있어 더욱 문제가 되고 있다.

5) 불법파견 내지 위법한 근로자공급의 규율 - 직접고용의 문제¹⁰⁹⁾

근로기준법상 중간착취배제금지의 원칙이나, 근로자공급사업을 원칙적으로 금지하고 있는 직업안정법, 그리고 일정한 요건 하에 근로자파견을 허용하고 있는 파견법 등의 제 규정을 보았을 때 현행법상 간접고용은 원칙적으로 금지된다고 볼 수 있다. 또한 안정된 고용의 보장을 핵심 내용으로 하는 헌법상 근로권에서도 직접고용의 원칙은 도출된다고 할 수 있다.

파견법의 도입 이후에도 동법상의 요건을 갖추지 못한 경우 즉 파견대상업무¹¹⁰⁾ 이외의 업무에 대한 파견이나 무허가 파견업체에 의한 파견의 경우에는 불법파견 내지 위법한 근로자공급¹¹¹⁾이 되는데, 현행법상

107) 대부분의 파견·용역업체는 근로계약서에 사용자업체와의 파견계약이 해지되거나 사용자업체에서 교체요구가 있을 때 곧바로 해고할 수 있다는 규정을 두고 있다.

108) 중앙일보는 전국에 6개 인쇄소를 두고 이를 중앙기획과 동양기획이라는 업체에 도급을 주어 운영하고 있다. 운전기, 건물 모두 중앙일보 소유이고 실제 업무지시가 중앙일보에 의해 이루어지는 불법파견사업장이라 할 수 있다. 중앙기획과 동양기획에서 노조를 만들자 도급계약이 해지되고 이 두 회사는 폐업신고를 냈으며 노조 간부들을 제외한 나머지 직원들을 같은 건물에서 같은 운전기를 사용하는 새로운 업체인 J-Printing에 승계되었다.

109) 조경배, “직접고용의 원칙과 파견근로”, 민주법학 제19호(2001년 상반기) ; 조임영, “위장도급과 법적규제”, 민주법학 제19호(2001년 상반기) 참조

110) 현행 파견법 시행령은 파견대상업무를 26개 업무로 규정하고 있다.

111) 파견법의 제정으로 직업안정법상 근로자공급사업에 대한 정의규정에서 파견법에 의한 근로자파견사업을 제외한다고 규정함으로써, 근로자공급사업은 근로자파견사업을 제외한 형태 즉 공급사업주가 고용하지 않고 사실상 지배하에 두고 있는 근로자를 공급한 경우(이를테면 방송사의 사례에서 방송사에 파견노동자를 공급하는

으로 형사처벌 조항 이외에는 불법과건 내지 위법한 근로자공급(이하에서는 불법과건이라고만 쓴다)사의 경우 사법적 관계 즉 과건노동자와 사용사업주와의 고용관계 성립 여부에 대해서는 별도의 규정이 없다. 독일의 경우 무허가과건(위장도급의 경우는 다 무허가과건이 됨)시 근로자과건계약과 과건근로계약을 무효로 하고 과건노동자와 사용사업주와 직접 고용관계가 성립하는 것으로 간주하고 있으나, 현행법은 이에 대한 직접적인 규정을 두고 있지 않아 문제가 되는 것이다.

이와 관련된 학설로는 묵시의 노동계약설, 사실적 노동계약설, 객관적 묵시의 노동계약설, 편면적 사실적 노동계약설, 직접고용의 법리 등이 있다. 묵시의 노동계약설은 당사자간에 묵시적인 합의가 있어야 한다는 입장이고, 사실적 노동계약설은 당사자간 합의가 없더라도 있는 경우와 동일한 관계가 객관적 사실로 존재한다면 인정할 수 있다는 입장이고, 객관적 묵시의 노동계약설은 사용종속관계라는 객관적 사실 그 자체가 묵시의 의사표시에 해당한다는 입장으로 사실적 노동계약설을 보다 계약론적으로 구성한 것이고, 편면적 사실적 노동계약설은 기본적으로 사실적 노동계약설과 같으나 근로계약의 존재를 주장할 수 있는 것은 근로자에 한정된다는 점에서 차이가 있다. 이상의 논의들은 기본적으로 계약법리의 틀을 벗어나지 않고 양당사자간의 합의의 존재를 어떻게 논리 구성할 것인가라는 한계가 있다.

직접고용의 법리는 계약법리를 초월하여, 근로권에 기초한 직접고용의무에 의하여 사용사업주에게는 근로 계약체결의 승낙의 자유가 제약되고 사용종속관계가 존속하면 자동적으로 법적 승낙의무가 생기는 것으로 이론 구성할 수밖에 없다고 본다. 앞서 본 바와 같이 현행법상 근로자공급에 관한 법질서 전체가 사용자의 직접고용의무를 전제로 하고 있다고 본다면, 결국 과건근로자를 사용한 사용사업주는 이러한 직접고용의무의 결과로서 노동력 이용 선택의 자유가 일정정도 제한되고 당사자 의사에 관계없이(계약법리의 배제) 당해 근로자와 사용사업주간에 근로계약관계가 존재한다고 보아야 할 것이다.

이와 관련하여 대법원 판례를 보면 대법원은 은마아파트 사건에서 사용업체가 용역업체 소속 노동자에 대해 사용자로 인정되기 위해서는 “근로자가 수급인과 체결한 근로계약이 형식적이고 명목적인 것에 지나지 않고, 근로자들이 사실상 도급인과 종속적인 관계에서 그에게 근로를 제공하며, 도급인이 그 대가로 임금을 지급하는 사정 등이 존재하여 근로자들과 도급인과 사이에 적어도 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가되지 않으면 안된다”¹¹²⁾고 하여, 매우 엄격한 입장을 취하고 있다.

이같은 대법원의 입장은 고용관계에 민법상의 계약법리만을 고집한 결과로 노동법의 이념을 외면하여 부당한 결과를 초래하고 있는데, 위 판결은 공동주택관리령 등 관계법령에서 용역 등이 허용되는 시설관리 사안으로 이같은 입장이 불법과건이나 위법한 근로자공급의 경우에도 반드시 똑같이 적용된다고 보기는 어려울 것이다. 아래 대법원 판결은 그러한 의미에서 일정한 시사를 하는 바가 있다고 본다.

사용자가 법상 금지규정을 무시하고 노동법상 사용자 책임을 회피할 방편으로 도급업체 등을 개재시켜 근로자를 사용한 사안에서, 대법원 1979. 7. 10. 선고 78다1530 판결은 “광업법 제13조가 이른바 광산덕대계약을 금지하는 이유는 광업의 흥망은 국가경제에 커다란 영향을 미친다는 경제적 중요성과 더불어 광산경영으로 인해 사람의 생명신체, 재산등에 위해를 입힐 우려가 많다는 위험성의 관점에서 광업권자 스스로 또는 그 감독밑에 있는 광업대리인 이외의 자에게는 광업의 관리를 시켜서는 안된다는 취지에서 나온 것

렌트카업체가 위 노동자를 직접 고용하지 않고 자신과 과건계약을 체결한 별도의 과건업체에서 과건받아 이를 공급하는 경우)만을 가리키는에 대한 논란은 있다. 의문은 있으나 위 규정이 불법한 근로자과건사업마저 근로자공급사업의 정의에서 배제하려는 취지라고 보기는 어렵다. 다만 현행법상으로는 어차피 위반시 형사처벌규정밖에는 없어 현행법의 적용상의 문제에서는 큰 실익이 없다고도 볼 수 있다.

112) 대법원 1999. 7. 12. 선고 99마628 결정.

이라는 점에 비추어볼때 이러한 법률상의 제한을 무시하거나 회피하는 한편 광산사고로 인한 책임 또는 근로기준법상의 책임등을 면하기 위한 방편으로 노무도급의 형식을 빌려 비록 광업권자와 광부 사이에 도급업자를 개재시켜 놓았다 하더라도 실질상 광업권자의 강력한 지휘감독과 통제아래채탄작업이 행해지는 이 사건과 같은 경우에 있어서의 광부의 입장은 도급업자를 통하여 실질적으로 일면 광업권자와 고용계약을 맺은 것으로 그들간에 근로자, 사용자 관계에 있다고 보아 광업권자인 피고 회사에게 위 노사계약상의 사용자로서의 직접 책임도 지워야 한다.”고 실시하였다

아파트위탁관리에서의 대법원의 견해에 따르면 적어도 독립한 기업으로서의 실체를 갖춘 대부분의 위법한 근로자공급사업의 경우 사용사업주와 파견근로자간에 근로관계의 성립은 거의 부정되게 된다. 위법한 근로자공급계약을 위한 근로계약은 계약의 중요한 목적이 강행법규 위반으로 무효가 된다고 할 것인데, 근로계약 관계가 형식적이고 명목적인지 여부를 따지는 것은 불필요하다고 생각된다. 따라서 광산덕대계약에서의 대법원 판례처럼 법이 허용하지 않는 파견의 경우에 사용사업주의 실질적인 사용관계가 인정된다면 중간착취금지 및 직접고용의 원칙으로 돌아와 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접적인 근로관계가 맺었다고 보는 것이 타당할 것이다.

이 때 도급, 용역을 위장한 위법 근로자공급 내지 불법파견의 경우에는 당해 고용형태가 도급이 아닌 파견임을 인정받는 것이 가장 중요한 문제가 된다. 이들이 가장 손쉽게 택할 수 있는 방법은 노동부에 불법파견으로 진정을 제기하여 직접고용으로 시정하라는 명령을 받아내는 것이었다. 현재 노동부의 파견과 도급의 구별기준에 관한 고시¹¹³⁾가 문제가 없는 것은 아니나 현행 파견제도의 운영현실이 너무나도 주먹구구식이었기 때문에 현행 노동부의 기준만으로도 불법파견임을 인정받을 수 있었다.

하지만 불법파견임을 인정한 노동부의 조치가 “직접고용을 하든지 아니면 민법상 완전한 도급으로 시정하라”¹¹⁴⁾고 나옴으로써 사용자가 불법파견을 중단하고 합법도급으로 바꾸겠다는 핑계를 삼아 기존의 도급계약을 해지함으로써 당해 파견노동자들을 해고할 수 있는 여지를 만들어주었고, 대부분의 사용자들은 이같은 수순을 밟았다. 당연히 이같은 사용자의 행위에 대해 노동부는 어떤 조치도 취하지 않았다. 그래서 지금까지 노동부에 불법파견 진정을 넣는 방식으로 싸움을 벌여왔던 이랜드 노동조합, 인사이트코리아 노동조합, 캐리어 사내하청 노동조합, 대송택 노동조합 전부가 노동부 진정과 불법파견 판정 이후 계약해지를 당했다.

특히 대송택 노동조합의 경우는 과거 “직접고용 또는 민법상 완전도급으로 시정하라”는 이랜드나 캐리어에서의 노동부의 애매한 시정명령이 결국 사측에게 계약해지를 할 수 있는 근거를 주었다고 판단하고 2001. 5. 성남지방노동사무소에 진정을 넣고 그 후 수차례의 항의면담을 통해 불법을 시정하려는 노동자가 결국 해고당하는 불이익을 받는 사태를 지적하고 TKP 업무는 도급이 불가능하므로 “직접고용”으로 명시해 줄 것을 요구하였다. 그러나 성남지방노동사무소는 법상으로는 완전도급도 사용자가 택할 수 있는 것이라면서 직접고용만을 강제하는 것은 노동부의 직권남용에 해당한다며 조합의 요구를 수용하지 않았고 대신 시정명령에 “가. 용역, 도급계약해지 등으로 인하여 해고 등 실업사태를 야기하는 것은 절대 불가하며, 나. 직접고용 또는 민법상의 완전도급으로 시정하라”는 명령을 내렸으며, 이후 다시 대한송유관공사에 협조문을 보내 계약해지가 불가능함을 주지시켰다. 그러나 대한송유관공사는 이 협조문을 발송받은지 반

113) 노동부 고시 제98-32호(1998. 7. 20.)

114) 그간 노동부에 불법파견 진정을 내었던 사례들, 이랜드, SK, 캐리어, 대한송유관공사 등에서 모두 노동부는 이같은 시정조치를 내렸다.

나절 만에 대송택과의 도급계약을 해지하였고 지금 대송택 노동자들은 8월 10일 이후 100일째 복직투쟁을 벌이고 있는 상황이며, 이에 대해 노동부는 할 수 있는 조치는 다했다며 수수방관하고 있다.

결국 노동부가 그간 방치해 온 불법파견을 노동자들이 문제제기 하는 순간, 노동부의 애매한 시정명령으로 인하여 오히려 노동자들이 해고로 내몰리게 되어있고, 불법파견에 대한 싸움은 전원 해고당한 상황에서 한 축에서는 사용업체를 상대로 한 투쟁과, 한 축에서는 노동위원회에서의 부당해고구제신청을 통해 전개될 수밖에 없는 예정된 수순이 전개된다.

상황이 이와 같다면, 사용업체가 불법파견 내지 위법한 근로자공급을 받은 순간부터 직접고용한 것으로 보는 것만이 불법파견을 인정받은 파견·용역노동자들이 오히려 해고될 수밖에 없는 현실의 문제를 해결할 수 있는 유일한 방법이 될 것이다. 만일 그렇지 않다면 불법파견 내지 위법한 근로자공급이 행해졌다 할지라도 해당 파견·용역노동자들이 사법적으로 구제받을 수 있는 방법이 전무하게 되며, 특히 파견대상 업무 이외의 업무에 대한 불법파견의 경우에는 사용사업주와 파견노동자간의 직접고용을 간주하는 파견법 제6조 제3항이 적용되지 않는다는 중앙노동위원회 입장까지 고려해 본다면 더욱 더 그러하다.

6) 파견법의 본질을 드러낸 직접고용의제조항(파견법 제6조 제3항)의 문제

가) 주기적 해고의 제도화 - 파견노동자를 교체사용함으로써 영구적 파견 사용의 허용

현행 파견법은 파견근로자를 2년 이상 사용한 경우 직접고용된 것으로 의제한다. 하지만 이 조항은 현실에서 파견근로를 제한하고 파견노동자를 정규직화 하는 규정이 아니라 파견노동자들을 2년마다 해고하는 근거규정이 되어 버렸다. 대표적인 경우가 KBS, MBC 등 방송사인데, 이들 방송사는 파견된 운전사들을 2년이 도래할 때마다 해고하고 그 자리에 다른 파견근로자를 받아 써 영구히 파견근로자를 사용하고 있는 것이다.

노동부는 “파견근로자를 2년 이상 사용하는 경우라 함은 동일 파견근로자를 2년 이상 사용하는 경우를 의미한다”고 해석하고 있고,¹¹⁵⁾ 이를 직접 언급한 판례는 아직 없고 다만 관련하여 위의 방송사 운전직 노동자들이 KBS를 상대로 낸 근로자지위확인소송에서 법원은 첫째, KBS가 운전직 노동자들을 KBS의 지휘 명령을 받도록 하며 KBS를 위한 근로에 종사하게 한 것이므로 파견법상 사용사업주의 지위에 있다는 점을 인정하면서도, 둘째, 근로기준법 제30조 소정의 부당해고의 책임을 지는 사용자는 파견사업주일뿐 사용사업주인 KBS에는 적용의 여지가 없고, 셋째, 원고들이 2년이상 근무해왔다는 사실만으로는 KBS가 반드시 원고들을 계속 사용할 것이라고 보기 어려운 이상 원고들에 대한 사용 종료는 파견법의 입법취지에 반한다고 할 수 없을 뿐 아니라, 파견법 제6조 제3항을 회피한 법률효과에 대하여 어떤 입법도 없는 상태에서 2년 이상 사용한 경우와 동일하게 원고들을 KBS의 근로자로 간주할 수 없다고 판결했다.¹¹⁶⁾

나) 중층화된 파견에는 무력한 직접고용회피조항

일반적으로 사용사업주가 바뀐 경우라면 업무 자체가 변경되는 경우이므로, 당연히 사용사업주별로 2년

115) 노동부 1998. 6. 9. 고관 68460-407.

116) 서울지방법원 남부지원 2001. 9. 14. 선고 2000가합9001 판결.

을 산정한다. 그러나 최근의 경우에는 근로자파견의 고용형태 또한 중층화되고 있어 도급계약(실질적인)과 근로자파견계약이 중복되는 형태가 등장하고 있다. 즉 수급업체가 파견업체를 통해 노동자를 공급받은 도급받은 업무를 처리하는 경우가 문제가 된다. 이런 이중적인 형태는 파견법이 예측하지 못한 고용형태인데, 2년 중간에 사용사업주가 변경되기는 했으나 파견노동자가 해당 업무에 2년 이상 근로한 경우라면 위에서 살펴 본대로 업무를 중심으로 보나 노동자를 중심으로 보나 모두 다 2년이 경과한 것이 되므로 위 조항의 적용될 여지가 있는 것이다.

이에 대한 노동부의 입장은 사용사업주 사이에 고용의 이전 등에 대한 합의가 없는 이상 새 사용사업주로부터 2년을 산정하여야 한다고 한다. 새로운 사용사업주의 경우는 파견노동자를 사용한지 2년도 안 된 상황에서 불의의 결과를 당할 수 있다는 이유에서다.

국방부는 자신의 소유인 TKP 송유관에 대하여 SK(주)에게 운영도급을 주었다가 이를 해지하고 (주)대한송유관공사와 새로이 도급계약을 체결했다. 파견업체인 대송텍 노동자들은 과거 미군속 시절부터 계속하여 15년이 넘도록 동일업무를 수행해 왔는데 SK(주)에서부터 기산하면 2년이 넘고, (주)대한송유관공사로부터 기산하면 2년이 안되지만 시설주인 국방부를 매개로 하여 동일한 업무를 수행하고 있는 점, 첫 사용사업주인 SK(주)가 대한송유관공사 민영화과정에서 대주주로 된 점에 비추어 SK(주)에게 직접고용을 부담시켜도 타당성을 잃지 않는다. 대송텍 노동자들은 법적인 보호를 받지 못한채 현재 3달이 넘는 해고싸움을 하고 있으며, 현재 경기지방노동위원회에 부당해고구제신청을 해놓은 상태다.

다) 위법한 근로자공급에는 제6조 제3항 적용 부정

중앙노동위원회는 SK(주) 사건에서 “파견근로자보호법률을 적용하여 고용의제를 인정한다 하더라도 당해 근로자의 업무가 같은 법률 제5조에 의한 근로자파견대상업무에 해당하지 않는 업무까지 인정되어야 하는 것은 아니라고 할 것”이라고 판시하였다.¹¹⁷⁾ 앞서 SK(주) 경우 저유소의 업무를 (주)인사이트코리아에게 도급을 준 것이 2000. 10. 노동부로부터 불법파견으로 판정을 받게 되어 직접고용의제조항의 적용이 문제가 되자, SK(주)는 이들 인사이트코리아 소속 노동자들을 3개월 내지 1년 계약직으로 채용하면서 정규직을 요구한 4명의 조합원에 대해서는 직접고용을 하지 않았다. 이에 위 4명의 조합원이 SK(주)를 상대로 부당해고구제신청을 제기하여 서울지방노동위원회에서 부당해고구제명령¹¹⁸⁾을 받았으나, 이에 SK(주)가 불복하여 중앙노동위원회에 재심신청을 낸 것이다.

이같은 중앙노동위원회의 입장은 불법을 저지른 사용사업주를 허가받은 파견사업주보다 오히려 보호하는 결과를 초래하여 형평에 반한다고 할 것이다. 실제 사용사업주가 형사처벌 되어도 벌금 300-500만원에 그쳐, 위 조항을 불법파견 내지 위법한 근로자공급에 적용하지 않는다면 사실상 이를 규제할 수 있는 방법이 없게 됨이 명백하다.

또한 위 중앙노동위원회 결정은 법적으로 보았을 때도 지극히 부당하다. 왜냐하면 파견법 제6조 제3항은 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다”고 규정하고 있고, 여기서 사용사업주 내지 파견근로자라는 동법 제2조 소정의 정의규정에 의하여 해석하여야 하므로 파견대상업무인지 그 이외의 업무인지는

117) 중앙노동위원회 2001. 9. 18. 선고 2001부노53 및 2001부해184 결정.

118) 서울지방노동위원회 2001. 3. 2. 2000 부해902, 부노247 결정

상관없다고 보는 것이 마땅하다. 노동부도 파견대상업무 이외의 업무에 대한 파견에도 파견법 제6조 제3항은 적용된다는 입장이고, 이에 따라 캐리어의 경우 2년 이상 종사자에 대해서는 직접고용을 하도록 시정조치한 바 있다.

파견법을 도입하면서 정부와 사용자들은 파견법의 취지에 대하여 불법, 만연되어 있던 불법파견을 양지로 끌어내어 이를 규제하고 파견노동자들을 보호하기 위함이라고 노동계를 설득했었다. 그러나 파견법 제정 이후 마치 모든 파견이 허용된 것인양 대상업무 이외의 업무에 대한 파견이나, 무허가 파견 등이 도급을 위장하여 횡행하고 있는 것이 현실이다. 이같은 현실에서 파견법상의 유일한 파견노동자 보호조항이라고 할 수 있는 직접고용간주조항마저 불법파견의 경우에는 적용되지 않는다는 이번 중앙노동위원회의 결정은, 파견노동자 보호를 명분으로 제정된 파견법이 파견노동자 권리와는 얼마나 무관한 것인지를 여실히 보여주고 있다.

라) 계약직 채용으로 직접고용회피

파견법 제6조 제3항은 “직접고용된 것으로 본다.”라고만 언급하고 있을 뿐, 근로계약기간이나 근로조건에 대해서는 침묵하고 있다. 이를 이용해 사용자들은 2년 후 계약직으로 고용하면서 이 조항을 피해나가고 있다.

계약직도 파견직과 마찬가지로 불안정한 고용과 저임금에 시달리는 이상 계약직으로의 직접고용은 결국 또다른 비정규직을 양산할 뿐이다. 앞서 본 (주)인사이트코리아 직원 중 윤희유업무를 맡는 근로자들은 SK(주)에 6개월 계약직으로 직접고용되었다가 이 계약기간이 만료되기도 전인 3개월만에 반강제적으로 도급으로 전환시켜버렸다. 이들은 위장도급 불법파견에서 시작하여 3개월의 계약직을 거쳐 다시 위장도급으로 되돌아 왔다.¹¹⁹⁾ 이처럼 정규직으로 직접고용이 되지 않는다면 위 조항은 유명무실하게 될 것이다. 이에 대해 노동부는 사용자업주와 파견근로자가 합의하여 계약직 계약을 맺었다면 당사자의 의사를 존중해 한다는 논리로 이같은 현실을 방치하고 있다.¹²⁰⁾

7) 저임금과 장시간 노동의 구조화

간접고용(파견·용역)노동자들의 임금 수준은 비슷한 업무를 수행하는 정규직 노동자들에 비해 매우 낮다. 더군다나 파견·용역 노동은 고용의 불안정성과 파견·용역업체의 중간 착취로 인해 비정규직 중에서도 가장 낮은 임금군을 점하고 있다.

노동자모집과 임금지급 말고는 아무 일도 하지 않는 파견·용역업체의 중간착취율은 각 사업장별로 상이하게 나타나, 대략 적게는 20-30%에서 많게는 50-60%를 차지하는 것으로 나타난다. 일례로 인천제철의 사내하청업체인 거림산업의 경우, 거림산업이 인천제철로부터 인건비로 받는 돈은 1인당 1일 55,000원(1개월 1,650,000원)이다. 반면, 거림산업이 노동자들에게 주는 기본급은 월 337,600원이고, 3교대 근무를 할 경우 월 총 실수령액 643,742원에 불과하다. 거림산업이 중간에서 노동자 1인당 1백만원이 넘는 돈을 가로채

119) 고경섭, “사례를 중심으로 살펴 본 간접고용의 문제점”, 파견·용역노동자의 법적 지위에 관한 토론회 자료집 (2001. 3.), 64면.

120) 노동부 1998. 7. 6. 고관 68400-490.

고 있는 셈이다.

기생하는 용역업체를 유지하기 위한 비용이 추가지출된다는 점에서 효율적인 고용형태는 아니나 사용업체는 파견근로제의 도입을 통해 파견노동자들의 단결을 막고 저임금을 유지하여 오히려 비용절감의 효과를 향유한다.

또한 상당수의 파견·용역노동자들은 근로기준법상의 노동시간제나 수당제를 적용 받지 못하고 있는 것으로 나타났다. 이는 명백한 근로기준법위반임에도 파견·용역노동자들은 이에 대해 이의를 제기할 수 없다. 대우조선의 경우 연월차수당을 못 받은 하청노동자들이 노동부에 진정을 하자 대우조선 측은 소위 블랙리스트를 만들었고 결국 이들은 어떠한 협력업체에도 재취업을 하지 못하였다. 일부 사업장에서는 노동자들과 포괄임금제의 합의가 있었다고 주장하는 예도 있고 아니면 임금세목상으로는 연장근로수당, 연월차근로수당이 모두 존재하고 있더라도 사실상 임금총액이 먼저 고정되어 있고 이것을 편법적으로 나누어 세목을 설정하는 경우도 있다. 아래 표는 서울대의 시설관리 용역업체인 (주)대호안전관리공사의 2000년 근로계약서 중 임금명세 부분이다. 총 수령액을 400,000원으로 고정시켜 놓고 기본급 250,000원을 제외한 나머지 150,000원을 퇴직금까지 포함하여 제수당액으로 쪼개어 지급 명목을 맞춰놓은 것임을 알 수 있다.

기본급	제수당			월급여	월급여 외 별도지급항목			총 수령액
	상여금	O/T	월차		년차	퇴직금	계	
250,000	62,500	38,893	8,333	359,726	6,944	33,330	40,274	400,000

<표 39 > 서울대 여성 미화노동자의 2000년 임금 명세서

대부분의 파견·용역 노동자들은 하루 10시간 이상의 장시간 노동에 거의 연중무휴로 일하고 있는 실정이다. 워낙 임금수준이 열악하기 때문에 연장근로라도 해야 생계를 유지할 수 있는 데다가, 쉬고 싶어도 일자리 상실에 대한 두려움 때문에 쉬겠다고 할 수가 없기 때문이다.¹²¹⁾

3. 특수 고용 노동자

(1) 개념 - 특수고용의 개념 및 등장 배경

특수고용이란 사용자가 노동자를 개인사업자 등록을 내는 등의 방식으로 사업자화하여 근로계약 대신 위탁, 도급 등의 계약을 체결하여 일을 시키는 형식의 고용형태를 말한다. 학습지 교사, 레미콘 운송차주, 보험모집인, 애니메이터, AS기사 등과 같이 개인사업자화 되어 있어 노동자성이 부정되고 있는 다양한 이들이 특수고용형태 노동자로 불리고 있다.

특수고용 노동자군이 형성되게 된 배경에는 특수고용화 할 수 있는 업종이나 업무의 특성, 그리고 해

121) 시설관리에 종사하는 파견·용역 노동자들은 대부분 연중무휴 맞교대의 형태로 일하고 2-3일에 한 번씩 야간 근무를 한다. 주당 평균 72-80시간씩 일하고 한 달에 최소 10회는 야간 당직을 서야 한다. 경호 업무의 경우는 대개 24시간 격일제 교대근무를 한다.

당 업종의 내외부적 요인들이 작용하였다. 그러나, 이를 특수고용의 등장의 주된 이유로 볼 수는 없다고 생각된다. 즉, 업무나 사업의 특성이라는 것은 사측의 비근로자화 의도를 실현시키기 쉬운 조건에 불과하다는 것이다.

특수고용화 시도의 근거에는 성수기와 비수기의 격차로 인한 비용부담 보다는 진행되고 있거나, 곧 나날 노동자의 집단화와 그를 통한 노동조건 향상의 요구 등으로 인한 장래비용부담을 막아내겠다는 것, 즉 집단화된 노동자의 힘을 분산시키고 무력화시킬 수 있는 노무관리 체계의 필요성이 존재하였으며, 관리감독이 어렵다는 업종의 특성은 정규직으로의 고용 불가능이 아니라 오히려 개인사업자화를 통해 고용을 외부화하여 사용자로서의 법적 책임으로부터 벗어나면서도 여전히 노동자를 사업에 종속시켜 둘 수 있는 가능성이 존재하였던 것이다.

이는 현재 특수고용이라 불리는 노동자들이 과거에는 정규직형태로 고용되어 있었다는 사실과 그들의 정규직에서 특수고용으로의 전환과정을 보면 잘 드러난다. 특수고용 노동자들 역시 처음에는 정규직으로 고용되어 지금과 동일한 노동을 행하고 있었으나, 사용자가 경영 및 노무관리의 필요성에 따라 정규직에서 특수고용으로 전환시킨 것이다.

(2) 특수고용 형태의 도입 과정(정규직의 비정규직으로의 전환 과정)

학습지 교사들의 경우 90년대를 전후하여 정규직의 위탁계약직으로의 전환이 이루어지기 시작하는데, 이는 89-91년에 걸친 과외금지 조치 완전 해제와 그에 따른 학습지의 독점력 약화, 업체간의 치열한 경쟁이 그 배경을 이룬다. 보급 확대를 위해 실적에 따른 수당지급을 적극적인 유인책으로 삼아 위탁계약제를 도입했으며, 이에 학습지 시장의 확대에 따라 증가하는 학습지 교사들을 기존의 방식으로는 효율적으로 관리하기 어렵다는 측면도 작용했다. 또한 87년 대투쟁 이후 학습지에도 노동조합이 생기고 처우개선과 승진적체 해소를 위한 몇 차례 파업 시도가 있음에 따라 이에 맞서기 위한 필요성도 컸다. 대교의 경우 88년 노조 설립 후 89년 위탁계약제를 도입했고, 재능교육은 89년 노조 설립 직후에, 구몬도 92년 노조 설립 직후 위탁계약제를 도입하여 노조를 와해시켰다.

이같이 학습지의 경우 일반 정규직 형태로의 관료제적 통제방식이 시장의 변화에 따라 일정한 한계에 부닥치자 위탁계약이라는 형태로 그 노동 통제방식을 바꾸어, 사업자 형태로서의 노동자에게 비용을 전가함을 통한 노동 비용의 절감, 고용의 외부화를 통한 조직 관리의 효율화, 노조 등 집단행동에 대한 효과적인 대비 등을 이루어낸 것이다. 재능교육의 사측 문서를 보면 위탁계약직 도입 사유에 대해 “사원 개인에게 돌아가는 노동비용을 절감하고, 회원 수 증가에 비례하여 교사수가 급증함에 따라 발생하는 인사관리상의 어려움을 해소하기 위한 것”이라고 밝히고 있다.

건설운송의 경우 원래 정규직 노동자였으나 레미콘 차량의 강제불하를 통해 이른바 ‘지입차주’의 형태로 특수고용으로 전환되었고, 이후 건설운송에 몸담게 된 노동자들의 경우도 이들 불하차량을 인수하거나 차량을 지입하는 방식으로 특수고용 형태로 편입되었다. 90년도부터 동양, 쌍용같은 시멘트 회사, 대기업에서 먼저 일본의 웨어(share)제의 모델을 도입하여 차량 불하 및 도급으로의 전화를 추진해나갔고,

레미콘연합회의 적극적인 권장에 따라 93년부터 일반 레미콘 업체에도 이같은 경향이 보편화되었다. 사측으로서는 차량 운영에 따른 각종 세금, 공과금 등 비용과 위험 부담을 떠넘김에 따라 막대한 비용을 줄일 수 있고, 당시 사업장별로 건설되고 있던 노동조합을 무력화하기 위한 수단으로도 도급 전환은 매우 매력적이었다. 사측은 한편으로는 도급 전환시 수입 증대라는 당근과 한편으로는 도급 거부시 해고 위협이라는 채찍을 통해, 일방적으로 불하 및 도급을 확대시켜 나갔다. 또한 당시 500만호 건설 등 건설 부양책으로 레미콘 업체나 시설은 급증했으나 공사가 완료되어감에 따라 레미콘 가동률은 현저히 떨어져 95-96년경에는 평균 50% 정도에 머물게 돼 차량 불하를 통해 그 위험을 노동자에게 전가했고, 이같은 경향은 건설 경기의 지속적인 하락에 따라 더욱 급증해 현재에 이르게 되었다.

이렇게 사용자가 **특수고용형태를 도입하는 이유**는 세 가지로 정리해 볼 수 있다. 첫째, 사업운영 내지 경기변동의 불확실성에 따른 위험과 비용을 노동자에게 전가하는 것, 둘째, 이와 연동하여 개인사업자화 및 성과급 내지 수당제로의 전환을 통해 고용을 외부화하고, 노동통제의 내면화를 피하여 전형적인 방식보다 효과적인 노동통제를 이뤄내고, 셋째, 노동과정의 개별화를 강화하고, 집단성을 해체하는 한편, 고용자체를 불안정하게 만들어 기존의 노동조합을 무력화하고 노동조합으로의 조직을 봉쇄하고자 하고자 한 것이다.

(3) 특수고용 노동자의 노동자성이 부정되는 방식

앞서 말했듯 특수고용이란 ‘개인사업자화’되어 노동자성이 부정되고 있는 고용형태이다. 이를 좀더 구체적으로 살펴보고, 그 속에서 특수고용 노동자들의 노동자성이 어떤 방식으로 부정되고 있는지를 보자.

특수고용형태의 노동자성이 배제되는 공통의 지점을 살펴보는 것은 중요하다. 특수고용형태는 전형적인 근로관계에 있어서의 핵심적인 개념인 사용종속관계를 의도적으로 배제하기 위한 몇 가지 기제들을 포함하고 있으며, 이러한 특성들은 특수고용 노동자의 노동자성을 부정하는 근거로 작용하기 때문이다. 또한 이와 함께 특수고용이 도입되어 있는 각 직종의 개별적인 특성을 함께 살펴보아야 하는데, 이는 특수고용 형태가 활용되는 공통의 지점이 있기도 하지만 공통되지 않은, 다양한 지점에서 다양한 이유로 이들의 노동자성이 부정되고 있기 때문이다. 122)

따라서 법원이나 노동부의 형식적인 판단에 의해 노동자성이 부정되고 있기는 하나, 법원 판결에서 또는 노동부, 노동위원회의 결정에서 노동자성 부정의 이유로 들고 있는 구체적인 근거들을 살펴보는 것은 자본에 의해 노동자성이 탈각되는 양상과 지점을 밝혀내고 자본의 특수고용화 전략이 활용되는 지점을 예상, 대응을 준비하기 위해 의미있는 일이라 생각된다.

122) 아래 서술되는 특수고용형태의 속성들이 모든 특수고용 노동자에 공통된 것은 아니다. 그러나 이 가운데 단 한가지의 속성만 가지고 있더라도 다른 사유들과 함께 전체적으로 판단되기보다는 그 하나의 사유로 노동자성이 부정되고 노동법상 보호에서 배제되고 있다. 실제 특수고용은 사용자의 도입 목적에 따라 다양한 양상으로 드러나고 있다. 단 한가지 사유로도 노동자성이 부정될 수 있다는 것은 법원이 법적 보호를 적용할 ‘노동자’라는 개념 자체를 얼마나 시대에 뒤떨어지게 판단하고 있는지에 대한 의심을 끊임없이 던지게 한다.

1) 사업자로서의 외관

그 첫 번째가 사업자로서의 형식을 띠고 있다는 것이다. 사업자 등록을 하는 방식이든, 세법상 자유직업소득자로 구분되어 사업소득세를 납부하든 이들은 일정정도 사업자로서의 양상을 띠고 있다. 그러나 이는 노동자의 요구 혹은 개인의 의지에 의해 이루어진 것이 아니며, 취업을 위해 사업자 등록을 할 수밖에 없는 경우이거나 세법상 편의에 의해 분류되어 있는 것일 뿐이다.

특수고용형태 가운데에는 취업을 위해서는 사업자등록이 필수인 업무¹²³⁾가 있으며, 특별히 사업자 등록을 하는 절차를 거치지 않은 학습지 교사, 보험모집인, 애니메이터 등은 세법상 자유직업소득자라 하여 사업소득세를 납부하고 있다. 그럼에도 자본의 강요에 의한, 혹은 세법상 단순한 세금납부 기준에 의한 '사업자 등록'과 근로소득세가 아닌 '사업소득세'의 납부는 특수고용 노동자의 노동자성이 부정되는 근거가 되고 있는 것이다.

2) 성과에 따른 수당·수수료 체계의 급여

노동자성이 부정되는 두 번째 이유는 기본급이 정해져 있는 전형적인 임금체계가 아닌 실적 또는 성과에 따른 수당 내지 수수료 등으로만 구성된 급여를 지급 받는다는 것이다. 100% 성과급제로 운영되고 있다고 볼 수 있는데, 근로기준법에 의하면 100% 성과급이라는 것은 기본적인 생활급이 보장되지 않으므로 근로기준법 제46조¹²⁴⁾에 의해 무효가 되지만 특수고용 노동자에게는 오히려 이것이 노동자성을 부정하는 근거의 하나가 된다.

수당체계는 특수고용 노동자의 노동강도를 통제하는 가장 주요한 수단으로 작용하며, 또한 동시에 특수고용 노동자들이 '고소득자'라는 허상을 만들어 내어 사회적으로 특수고용형태 종사자는 노동자가 아니라는 개념을 형성한다.

3) 임금의 지급방식

세 번째로 임금의 지급방식을 이유로 노동자성이 부정되기도 한다. 골프장 경기보조원의 경우 고객으로부터 직접 임금을 지급받는데 이것이 사용자에 의해 지급되지 않으므로 임금이 아니라고 보아 노동자성을 부정하고 있는 것이다. 실제 골프장 경기보조원의 노동자성이 인정된 소수 사례에서는 사용자가 캐디피를 한꺼번에 모아서 경기보조원에게 지급하였으므로 '임금'에 해당하고 따라서 해당 사업장 경기보조원들은 근로기준법상의 노동자다라는 판결을 내리고 있다. 이는 임금 지급 방식이 어떠한가에 따라서도 노동자이나 아니냐가 다르게 결정될 수 있다는 것으로, 현재 판례의 이러한 법해석 태도에 따르면 사용자가 강구하는 약간의 변칙에 의해서도 노동자성은 박탈될 수 있다는 것을 보여주고 있다.

123) 사측의 요구에 의해 레미콘 운전기사의 경우 레미콘 차량을 소유하고 사업자등록을 하여야만 취업을 할 수 있으며, 린나 이코리아 AS기사의 경우에도 마찬가지로 서비스대행점 계약을 위해서는 사업자등록을 하여야만 했다.

124) 근로기준법 제46조 【도급근로자】 사용자는 도급 기타 이에 준하는 제도로 사용하는 근로자에 대하여는 근로시간에 따라 일정액의 임금을 보장하여야 한다.

4) 계약의 명칭

네 번째로 이들은 ‘근로계약서’가 아니라 ‘위탁 계약서’ 내지는 ‘도급 계약서’ 혹은 ‘대행점(대리점)계약서’ 등 근로계약을 다른 형식의 계약으로 위장하는 명칭의 계약서를 작성한다. 위탁 혹은 도급 계약서에는 기본적으로 포괄적인 내용만이 기재되어 있는 경우가 많다. 노동자인지 아닌지의 판단에 있어 계약의 형식을 불문한다고 하나¹²⁵⁾, 계약의 명칭이 ‘근로계약서’가 아닌 위탁, 도급 계약서라는 이유로 사실상 노동자성이 부정되고 있다.

5) 계약의 부재 및 계약 상대방의 은폐

또한 골프장 경기보조원의 경우에는 사용자와 어떠한 계약도 체결하고 있지 않다. 근로기준법상 구두의 근로계약이 부정되지 않으며, 묵시의 근로계약이 성립된 것으로 볼 수 있음에도 불구하고 계약서가 존재하지 않는다는 것이 오히려 노동자성을 부정하는 근거가 되고, 이들에게 사용지시를 하는 사용자는 은폐된 채 골프장을 이용하는 이용객과의 계약관계로 전환되어 노동자로서의 권리를 보장받지 못하는 상황인 것이다.¹²⁶⁾

6) 취업규칙의 적용 여부

여섯 번째로 취업규칙 등 사규가 적용되지 않는다는 것이 노동자성을 부정하는 근거가 되기도 한다. 취업규칙이라는 명칭의 규정은 특수고용 노동자에게 적용되지 않는다. 그러나 사업장에는 취업규칙이라는 명칭은 아니지만 취업규칙의 역할을 하는 다양한 세부규정들이 존재한다. 재능교육의 ‘학습지도사 업무관리지침’, 레미콘 회사의 ‘운행관리규칙¹²⁷⁾’ 등이 그것인데, 이들은 수많은 계약해지사유와 업무에 있어

125) 근로기준법상 근로자 여부는 계약이 민법상의 고용계약이든 도급계약이든 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 사용종속관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단(2000.07.24, 근기 68207-2214)

126) 90누1731의 원심판결(89구9762)에서는 “위 캐디들이 소외회사와 근로계약을 체결하였다고 보기 보다는 오히려 위 회사의 중개로 내장객과 고용 내지 도급계약을 체결하고 내장객의 경기를 보조하는 업무에 종사한다고 봄이 상당하다 할 것이고 다만 캐디들이 위 회사로부터 출근시간, 근무상태, 내장객의 경기과정에서 생긴 잔디과손부분의 손질이나 청소 등에 관하여 일정한 범위 내에서 지시감독을 받고 있는 것은 위 골프장 시설을 이용함에 부수하여 질서를 유지하는데 필요한 최소한의 범위에 국한되어 있는 만큼 그것만으로는 위 캐디들과 회사 및 내장객 사이의 법률관계를 달리 볼 수는 없다 할 것”이라 하고 있다.

127) 운행관리수칙(미화레미콘)

본 운행 관리수칙은 계약서 제10조 규정 외에 세부 운행수칙으로 “을”은 다음 각 호의 사항을 필히 숙지하여야 하며 위반시 회사의 조치(경고, 승무대기, 계약해지 등)에 대해 어떠한 이의도 제기할 수 없다.

- 다음 -

1. 회사의 명예를 손상시키는 일체의 행위시 계약해지 한다.
2. 회사 거래처에 대하여 금품 등의 요구를 한때는 승무대기 5일, 재발시 계약해지
3. 차량을 운전, 대기중에는 항상 복장 및 용모를 단정히 하여야 한다.
4. 회사의 직원 및 동료간에 폭언, 폭력, 협박, 절도, 사기, 도박, 파렴치한 행위 등을 행한 경우 승무대기 5일, 재발시 계약해지 한다.
5. 마약, 환각제 등 향정신성 의약품의 복용시 계약해지한다.
6. 음주후 회사내의 출입 및 운행시 승무대기 3일, 재발시 계약해지한다.
7. 출하 업무 종료전에 임의로 운반업무의 종료, 세차등의 행위시 승무대기 3일. 회사의 레미콘 출하 업무가 종료될 때까지

서의 세세한 지침을 그 내용으로 하고 있다. 그러나 이에 대하여는 정규직과 다른 규정이 적용되고 있다는 이유로, 혹은 그 명칭이 취업규칙이 아니라 업무의 운영을 위해 필요불가결한 기본적 규정이라는 이유로 특수고용 노동자들은 취업규칙의 적용을 받지 않는 것으로 해석되고 따라서 노동자성을 부정하는 근거가 된다.

더구나, 이러한 형식적인 노동자성 인정의 지표들은 점점 더 노동자성을 희석화 시키는 방향으로 진행되고 있는데, 재능교육의 경우 학습지 교사 업무관리지침을 사규에서 제외하여 독립시키고 명칭을 변경하는 등 학습지 교사들이 자기 회사 소속의 노동자가 아니라 독립적인 개인사업자라는 주장을 뒷받침하려 하고 있고, 레미콘의 경우 징계에 관한 세부적인 규정을 정하고 있던 운행관리규칙을 대폭 축소 완화시키거나 계약서의 수정과 함께 삭제하는 경향을 보이고 있다.

7) 상시적이고 직접적인 관리감독, 업무지시의 유무 - 외근형 노동

일급 번제는 노동과정의 특성이다. 특수고용형태의 대부분은 사용자의 상시적인 지시를 받지 않고 일정 정도 자율성이 보장된 상태에서 노동을 한다. 법원은 노동자성 인정을 위해 상시적이고 세부적인 업무지시를 요하며, 그러한 업무지시가 없다는 이유로 노동자성을 부정하고 있는데, 그 자율성이라는 것이 학습지 교사의 회원 방문 순서, 수업 내용, 레미콘 운송차주의 운행경로 등에 관한 세부적 통제를 하지 않는다는 것이다.

그러나 이에 대하여는 형식적으로 지시를 전달하였나 하지 않았나를 판단할 것이 아니라 실제 그러한 효과를 가지는 통제를 회사가 수행하고 있는가를 보아야 할 것이다. 앞서 언급한 수당체계에 의해 기본적인 노동강도에 대한 통제는 철저하게 이루어지고 있다. 또한 법원에서 요구하는 요건에도 부합하는 요소들, 즉 노동과정에서의 회사측의 통제도 찾아볼 수 있는데, 학습지 교사의 경우 수업시간의 길이나 지정된 수업일의 준수 등이 강제되기도 하며, 수업내용에 대한 교육, 수업시간의 길이 통제, 회원 관리 방법 등에 관한 교육을 받는다. 레미콘 운송차주 역시 출하시간, 거래처 도착시간, 복귀시간 등을 회사에서 모두 파악할 수 있는 것이 사실이며, 납품처를 정하는 것은 당연히 사측에 의해 이루어진다. 이 역시 다분히 계약의 형식, 사업자 등록 등 다른 형식적 지표에 의한 판단일 수밖에 없다고 보이는데,

공장내에 대기하여 레미콘 운반업무를 수행할 수 있도록 대기하여야 한다. 다만, 부득이한 때에는 회사의 사전승인을 받아 종료할 수 있다.

8. 차량은 항상 청결하여야 하며 지정된 장소 이외에서 세차 위반시 본인이 모든 책임을 진다.
9. 공장내에서는 절대 서행, 경적 사용금지 등 제반 안전수칙을 준수하여야 한다.
10. 차량의 주차시는 질서정연하게 주차시켜야 한다.
11. 회사의 업무지시에 순응하여야 한다.
12. 레미콘을 현장 타설후 회사에 도착 즉시 인수증을 출하실에 제출하여야 하며 미제출시 운반인정 없으며 제발시 승무대기 3일
13. 회사의 시설물을 이용할 시에는 선량한 관리자로서의 의무를 다하여야 하고 시설물에 대해 훼손 또는 망실 등을 했을 경우 본인 변상 조치하며 고의로 했을 경우는 계약해지한다.
14. 지정된 대기시간 위반(조조출하시간 포함) 시 승무대기 3일
15. 야간, 조조출하업무 회피(무단조퇴 포함)시 승무대기 3일
16. 지정된 휴무일 이외의 무단 휴무(무단결근)시 승무대기 5일
17. 타공장 레미콘 운반도급 업무 지원지시 위반시 승무대기 3일
18. 중기의 수리를 고의로 지연시키는 행위시 승무대기 3일
19. 페레미콘 및 잔량 처리 위반시 승무대기 5일
20. 지정 장소 외에서의 중기세차 및 드럼 흙바 세척시 승무대기 3일

왜냐하면 레미콘 운송차주의 경우 회사에의 사용종속을 인정하면서도 '레미콘 사업의 특성상 필요한 업무통제'라는 방식으로 노동자성을 부정하고 있으며, 특수고용 노동자와 노동과정 및 형태가 유사한 정규직 영업사원의 경우 그들에 대한 노동자성은 인정하고 있는 것이다.¹²⁸⁾

8) 상시적이고 직접적인 관리감독, 업무지시의 유무 - 재량형 노동

특수고용 노동자로 분류되는 직종 중 방송사 구성작가, MC, 리포터 등 방송프로그램 제작스텝, 영화 제작스텝 등은 전문직, 또는 프리랜서라는 이름으로 노동자성이 부정되고 자유직업이라는 외피를 강제받고 있다.

이러한 직종은 사업의 성격상 반드시 필요한 업무이나 노동자의 재량이 업무수행의 질에 미치는 영향이 커서, 그 노동의 질에 대한 통제가 필요한 업무라고 할 수 있는데, 최근 행정법원 판결¹²⁹⁾에서는 “구성작가가 제공하는 노무가 원고회사의 방송프로그램 제작에 있어서 중요한 부분에 속하고, 구성작가가 원고회사의 직원인 PD 등 스텝들과 함께 팀을 이루어 PD의 책임과 주도하에 업무를 수행함이 일반적인 점 등 노무의 성질 면에 있어서 종속성이 있다고 볼 수 있는 징표가 없지는 않다” 라고 하면서도, 구체적인 사실관계에서 업무수행에 대한 지시감독과 통제가 없고, 비품·작업도구 등이 노동자 개인의 소유이고, 보수가 근로시간에 의해 결정되는 것이 아니며, 보수가 근로의 대상적 성격을 가진 것이라 보기 어렵다는 이유로 노동자성을 부정하고 있다.¹³⁰⁾

또한 “노무의 성질 면에서의 종속성의 징표 및 구성작가의 업무가 창조적, 전문적 영역에 속하여 구체적인 업무수행과정에 대한 원고회사측의 관여는 간접적인 형태로 이루어질 수밖에 없다는 특성 등을 감안하더라도, 구성작가가 원고회사에 대하여 종속적인 관계에서 노무를 제공하였다고 할 수 없으므로” 라고 하여 창조적, 전문적 업무라는 특성과 그에 따라 직접적인 통제가 이루어지지 않는다는 것을 노동

128) 회사에서 지급되는 고정급보다 리베트에 의존하는 광고외무원이라도 사용종속관계가 인정된다면 직원으로 보아야 한다 (1988.11.08, 대법 87다카 683)

【요 지】 근로기준법 제14조 소정의 근로자란 직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자로서 근로에 대하여 사용자의 지휘, 감독을 받는 자이다. 광고외근원이 근무시간과 장소에 대한 구속이 없고 광고유치활동에 관하여 구체적인 지시를 받지 않는다고 하더라도 이는 광고외근원의 업무의 특수성때문에 그러하는 것이지 이것만을 가지고 사용자의 지휘감독을 받지 않는다고 회사와의 관계가 고용관계 아닌 위임관계이고, 회사의 직원이 아니라고 말할 수는 없을 것이다.

129) 2002.11.19, 서울행법 2002구합13079 부당노동행위구제제심판정취소

130) 노무 공급과 관련한 구성작가와 원고회사 사이의 상호 관계의 면을 살펴보면, 위 인정사실과 같이 구성작가가 스텝회의에 반드시 참석하여야 할 의무가 있다고 할 수 없고, 본래의 업무인 프로그램 내용 구성 및 원고 작성 업무 이외에 출원자섭외, 촬영·편집시 동행 참여 등 프로그램 제작 과정 전반에 대한 참여가 강제되어 있는 것도 아닌 점, 다만 구성작가가 원고회사로부터 도급 내지 위임받은 창작물의 특성상 담당 PD 및 다른 제작진과의 원활한 협조가 필수적이어서 스스로 PD를 책임자로 하는 팀 체제에 합류하는 것일 뿐이고, 실제로 팀 체제 내에서 PD 등이 구성작가의 업무수행을 지시감독하는 관계에 있다고 보기는 어려운 점, 원고회사측이 구성작가의 모집, 채용, 교육 등에 관여하고 있지 않고, 근무시간과 근무장소를 통제하고 있지도 않으며, 달리 원고회사측이 구성작가의 업무수행과정에 구체적, 직접적으로 관여하고 있다고 볼 만한 아무런 징표가 없는 점, 구성작가의 업무에 대체성이나 독자적 영업가능성이 없다고 할 수 없고, 원고회사에만 전속되어 있는 것도 아니며, 비품·작업도구 등의 소유, 이용이 전적으로 구성작가 개인에게 맡겨져 있는 점, 보수 결정이 기본적으로 개인의 능력과 구성능력 및 프로그램 자체의 난이도에 따라 이루어질 뿐 근로시간 등과는 무관하며, 기본급이나 고정급이 따로 정하여져 있는 것도 아니어서 근로 자체의 대상적 성격을 가진 것으로는 보기 어려운 점 등에 비추어 볼 때, 구성작가의 노무 제공이 원고회사에 의하여 종속성이 인정될 정도로 지휘·감독(지배·관리)된다고 볼 수 없다. (2002.11.19, 서울행법 2002구합13079 부당노동행위구제제심판정취소)

자성 부정의 이유로 들고 있다.

9) 생산수단의 소유 여부

생산수단을 소유하고 있다는 이유로 노동자성이 부정되는 사례도 있다. 레미콘 운송차주의 경우 회사가 업무수행을 위해 차량을 제공하는 것이 아니라 자신이 차량을 소유하고 있다는 것이 노동자성 부정의 이유가 되고 있다.¹³¹⁾ 그러나 이들에게 있어서 생산수단의 소유는 사업자로 활동하기 위한 노동자의 선택이 아니라 사용자에 의해 그렇게 제한되고 강요된 것이다.

레미콘 운송차주의 경우에는 차량을 소유하고 있지 않으면 취업할 수 없는 조건에 있다. 즉 취업의 요건으로 사업자 등록증과 함께 업무의 수행을 위해 필수적인 차량이 요구되는 것이다. 뿐만 아니라 차량의 관리 및 사용에 대해서도 차량의 소유자로서 차주가 행할 수 있는 권한이 극히 제한되어 있어 단지 사용자 회사의 업무를 위해서만 사용하도록 되어 있음에도 단지 명목상의 소유자가 차주라는 것으로 인해 노동자성이 부정되고 있다.¹³²⁾

(4) 특수고용 형태의 지속적인 확대 가능성

자본은 비근로자화 시도는 특수고용의 도입 및 전환이라는 하나의 단계로 일단락되는 것이 아니라, 일상적 구조조정을 통해 끊임없이 강화되고 있다. 특수고용 노동자들이 조직되고 특수고용 노동자의 노동자성 인정요구가 높아지고, 또 한편으로 이들에 대한 노동법적 보호의 필요성이 논의되면서 자본은 기존의 특수고용형태에 대해서도 노동자로서 인정될 수 있는 여지들을 계속해서 배제해 나가는 과정을 거치고 있다.

이 뿐만 아니라 이미 특수고용형태의 활용은 수많은 업종에서 나타나고 있는데, 개인성과의 측정이 가능한 업무이거나 간접적으로도 노동량 및 질에 대한 통제가 가능한 업무에는 1인 도급, 혹은 소사장이 라는 명칭으로 특수고용 형태가 도입되고 있다. 또한 노동조합의 결성시도가 있는 경우에는 어김없이 고소득의 유인을 던지면서 특수고용화를 시도하여 집단적 힘을 무력화시키고 있는 것이다.

현재 조직되어 있는, 혹은 존재하는 특수고용 형태 노동자들뿐만 아니라 아직은 정규직의 고용형태를 가진 업종이거나 다른 형태의 비정규직 노동자인 경우에도 특수고용화 될 가능성은 충분히 존재한다고 생각된다. 즉, 자본 사이에 점차로 확산되고 있는 특수고용화 정책은 단지 현재 존재하는 특수고용 노

131) “레미콘차량의 명의를 소유권이 원고들에게 있어 그 책임하에 차량관리를 할 뿐만 아니라 이를 타인에게 매각하는 것도 가능 (2002.05.03, 서울행법 2001구50964)”, “피신청인들은 레미콘 차량을 소유하고 있으면서 부품교환 등 차량관리를 회사의 간섭없이 전적으로 피신청인들의 책임 하에 하고 있다.(서울고법, 2001라183 노동조합원활동금지가처분)”, “레미콘 차량의 명의를 소유권이 전적으로 참가인들에게 있어 그 책임하에 차량관리를 할 뿐만 아니라 이를 타인에게 매각하는 것도 가능(서울행법 2002.4.30 선고, 2001구48374)”

132) 미화레미콘 구계약서 “제9조 (차량관리 및 사용) 1. “을”은 제1조의 차량을 “갑”이 지정하는 레미콘 운반도급 업무 수행에만 사용하여야 한다. 2. “을”은 제1조의 차량을 “갑”이 인정(주, 박차 확인 등)하는 경우를 제외하고 외부 건설기계 대여업 관리업체로 변경할 수 없다. 3. “을”은 제1조의 차량을 레미콘 운반도급 업무를 수행하지 않을 때에는 개인 책임관리하에 주차시켜 놓아야 한다. 다만, “갑”이 지정하는 때는 예외로 할 수 있다.

신계약서에는 “제3조 (차량관리 및 사용) “을”은 차량에대한 건설기계 대여업 관리 업체를 변경코저 할 때에는 사전에 “갑”과 상호협의하여야 한다.” 라고만 규정하고 있으나 사실관계는 다르지 않다.

동자들에게만 해당되는 이야기가 아니며, 특수고용화의 가능성이 조금이라도 있는 업종, 업무라면 이러한 위협에 이미 노출되어 있다는 것이다.

1) 관리업무 일부를 노동자에게 전가시키는 방식으로 노동자성 약화 및 노동강도 강화

특수고용이 확대되면서 관리노동의 일부가 특수고용 노동자에게 전가되어 오는 현상을 찾아볼 수 있다. 예를 들어 재능교육의 사업부제 팀장제도를 도입하여 특수고용 내부에 관리체계를 형성하고 있는데, 위탁교사팀장은 학습지교사로서의 자신의 업무와 함께 팀원을 관리하는 역할을 함께 수행하고 있다. 집단 성과급제를 통한 팀간 경쟁의 격화도 보이고 있으며, 교사 성과에 따라 팀장의 성과급이 결정되고 있어 종전에는 사측에 의해 수행되었던 휴회관리나 실적의 강제가 팀장에 의해 이루어지고 있는 실정이다. 보험모집인의 경우에도 팀장은 관리노동이라 불리 정도의 역할을 하지는 않으나 팀의 연락망의 역할을 수행하고 있다. 골프장의 경우 캐디피를 회사가 아닌 고객이 지급하는 방법으로 변경하고 캐디자치회나 조장 제도를 도입하고, 골프장 경기과 직원이나 캐디마스터와의 협의를 거쳐 조장회의 차원에서 자율수칙, 자치규정, 근무규정, 경운직 규칙을 제정하고 캐디피의 액수를 정하도록 하는 등의 지속적으로 노동자성을 배제하기 위한 조치들을 강구하고 있다.

이같은 조치들은 실질적으로 보았을 때는 노동조건이나 종속적인 관계의 변화 없이 단지 종속관계에 대한 형식적인 징표를 배제하는 방식의 변화라는 점을 지적할 수 있겠지만, 자치회라는 방식을 활용하거나 특수고용내부에 위계설정을 통하여 일정한 범위 내에서 사측과의 단절을 통한 노무관리방식의 변화를 내포한다는 점에서 주목해야 할 것이다.

뿐만 아니라 내근업무와 관리노동만을 수행하는 특수고용 노동자도 나타나고 있다. 웅진코웨이 코디 팀장의 경우에는 특수고용 노동자인 코디가 승진하여 팀장이 되는데, 이들은 독자적으로 내근업무를 수행하고 그에 대한 업무평가와 함께 자신이 관리하는 코디들의 실적에 따라 성과급을 지급받는다. 관리노동의 성과급화는 특수고용 노동자의 경우가 아니더라도 이미 이루어지고 있었던 것인데, 재능교육의 경우에도 정규직 관리자의 임금체계의 일부는 학습지 교사들의 실적에 따라 변경되도록 구성되어 있고, 여타 직종에서도 다양한 작업단위를 구성하고 해당 그룹 구성원의 실적이 그룹 관리자 혹은 팀장의 임금결정에 영향을 미치도록 임금체계를 구성하는 경우를 볼 수 있다. 그러나 이와 다르게 관리노동의 특수고용 노동자에게로의 전가와 결부된 관리노동의 성과급화는 기존의 관리직 노동자의 임금체계를 완전 성과급제로 전환하는 것이 가능하지 않을까라는 우려를 조심스럽게 던지게 한다.

2) 지시감독의 계속적 약화 및 다양한 외근형 업무에 특수고용형태 활용

학습지의 경우 인터넷 학습시스템의 구축 및 이전을 통해 재택근로를 도입, 지시감독의 측면을 극히 미미하게 만들어 특수고용 노동자들을 전통적 노동자 개념에서 계속적으로 멀어지도록 하고 있다. 인터넷 학습시스템으로는 대교의 마이더스, 재능의 EJAID, 웅진의 숙제도우미 사이트 등이 대표적이는데, 아직 전면적으로 시행되고 있는 것은 아니지만, 이를 통해 교사들의 노동강도를 강화하고 업무 방식을 더욱 개별화함에 따라 학습지 교사의 노동자성을 약화시키고 노동조합을 무력화시키려는 시도를 하고 있는

것이다.

또 학습지 교사, 보험모집인, 레미콘 운송차주 등과 같이 노동과정이 주로 사업장 밖에서 이루어져 상시적인 지시감독은 어렵지만 간접적 통제는 가능한 업무, 즉 수당체제로의 전환을 통해 노동강도를 더욱 강화시키고 필요충분한 통제를 행할 수 있는 업무에 있어서는 특수고용형태가 충분히 도입될 수 있고 실제로 이미 특수고용화가 진행되고 있다. 화물차 운전기사, 킥서비스 노동자, 보험모집인과 유사한 카드설계사, 검침원 등이 이에 해당하며 그 외에도 판매업무, 영업업무, 배달이나 운송 등의 업무에는 특수고용형태의 도입이 가능하다고 볼 수 있다.

3) 개인성과의 측정이 가능한 다양한 업무에 특수고용형태 활용

통상 특수고용 업종이나 사업장으로 꼽히는 경우 외에 다른 일반 업종이나 사업장에서도 이 같은 특수고용화는 더욱 늘어나고 있다.

특수고용의 성과에 따른 수당·수수료 체계는 과거 개수임금체계와 유사한 측면을 가지는데, 이미 오래 전 영세업체를 중심으로 횡행했던 소사장제나 제화나 의류업계의 객공제에서 그 모습을 찾아볼 수 있고, 최근에는 이 같은 소사장제나 객공제를 해고 위협을 무기로 강제 전환하는 사례가 늘어나, 서의노의 미스지콜렉션이나 서울제화의 미소페, 소다의 경우 개인사업자 철회, 부당해고 철회 등의 투쟁을 벌이기도 했다.

또한 최근 제조업 내에서도 기존 정규인력을 1인 도급사업자로 전환하는 등 특수고용 형태 활용이 나타나고 있으며¹³³⁾, 전기, 가스, 통신 등의 구조조정 과정에서 이미 최 말단의 노동자는 거의 대부분이 도급노동자화 되어 있거나 특수고용화 되어 있다. 뿐만 아니라 최근 안양보건소에서는 의사와 간호사에게 개인사업자 등록을 하게 하여 특수고용으로 전환하고자 하는 시도가 있었으며¹³⁴⁾, 환자를 치료하는 대가를 병원과 50:50으로 배분하여 지급받는 완전성과급의 물리치료사도 생기고 있다. 이는 거의 모든 노동자들이 특수고용전환을 통해 비근로자화 될 수 있다는 위협마저 느끼게 한다.

이를 볼 때 집단적 노동과정이 불필요한 업무, 개별적으로 업무를 수행할 수 있어서 그 성과에 따라 임금을 지급할 수 있는 것이라면 특수고용 형태의 도입이 가능하다고 보아야 할 것이다. 즉, 사업이나 업무의 특성상 성과·수수료 체계로의 전환이 가능하고 그를 통해 사용자의 비용부담을 덜 수 있는 업무라면 특수고용화가 충분히 예상될 수 있는 것이다.

4) 사업을 위해 필요한 인력을 알선의 형태를 빌어 사용, 고용관계를 은폐하는 경우

133) 최근 한라공조에서는 노동자에게 개인사업자 등록을 하게 하고 지게차를 임대하는 방식으로 특수고용으로의 전환을 꾀하였다. 다만, 공사현장의 일용직 노동자를 특수고용화 한 경우에 대하여 '전체적으로 보아 임금을 목적으로 종속적 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였다고 인정되는 이상, 근로자에 관한 여러 징표 중 원심 판시와 같이 임금, 근무일수 등 근로조건에 관한 일부의 사정이 정규직 근로자와 다르다고 하여 그러한 사유만으로 근로기준법상의 근로자가 아니라고 할 수는 없다.' 라고 하여 노동자성을 인정하고 있다.(2001. 7. 13. 대법원 제2부 2000도6086 근로기준법 위반)

134) 노동자들은 이에 응하지 않았으며, 전원 해고되어 투쟁을 전개하였으며, 이에 대하여 경기지노위는 이들의 근로기준법상 근로자성을 인정한 바 있다.(2003부노21 안양시청 부당노동행위구제신청, 2003부해136 안양시청 부당해고구제신청)

골프장 경기보조원의 경우 임금을 사용자로부터 받지 않고 고객으로부터 직접 지급 받는다는 것이 노동자성을 부정하는 하나의 근거가 되고 있는데, 골프장 경기보조원과 같이 고객에 의해 지불되는 봉사료가 임금의 근간을 이루는 노동자들의 경우에는 임금지급 방식의 변경만을 통해 직접고용이 아니라 취업기회의 알선 또는 제공이라는 방식으로 종속성이 은폐되고 있다.

캐디피를 노조법 제4조¹³⁵⁾ 소정의 '기타 이에 준하는 수입'에 해당한다고 적극적인 해석을 내리고, '캐디피의 지급방법을 내장객이 캐디에게 직접 지급하는 방법으로 변경하였다고 해도 이는 캐디피의 지급의 무가 있는 것으로 보이는 소외회사가 소외회사의 골프장에서 경기에 임하려면 어차피 캐디피를 지불해야만 할 입장에 있는 내장객으로부터 캐디피를 수령한 것으로 하고 그 대신 내장객에게 캐디에 대한 캐디피의 지급을 위임한 것으로 보아야 할 것이므로 캐디피의 지급방법 변경으로 캐디피의 지급주체가 달라진다고 볼 수는 없을 것' 이라는 판결¹³⁶⁾ 도 있으나, 다른 판결에서는 대부분 고객에 의해 직접 지급되는 팁이나 봉사료 등의 임금성을 부정하고 있다.

'팁이 전적인 수입으로 되는接客원의 경우는 사용자가 팁을 일정액으로 정하거나 사실상 일정액을 받도록 직·간접적으로 규제하고 팁을 사용자가 관리 분배하는지 여부 등도 함께 살펴보아야 한다. 유흥업소의 접대부는 최소계약기간의 정함이나 취업규칙 등이 없고, 출·퇴근이 비교적 자유로우며, 팁 이외에 고정급이 없으며 업주가 그 액수를 통제하거나 사용·관리하지 않고, 근로소득세를 원천징수하는 일도 없는 점 등에 비추어 근로기준법상의 근로자가 아니다'라는 대법원 판결¹³⁷⁾이나, '내장객의 경기보조업무 수행한 대가로 내장객으로부터 직접 캐디피(caddie fee)라는 명목으로 봉사료만을 수령하고 있을 뿐 골프장 시설운영자로부터는 어떠한 금품도 지급받지 아니하고, ... 여러 사정을 종합하여 볼 때, 골프장 시설운영자에 대하여 사용종속관계하에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법 제14조 소정의 근로자로 볼 수 없다' 고 한 사례¹³⁸⁾에서도 보듯 손님이 지불하는 팁 또는 봉사료 명목의 수입에 대해서 사용자가 지급하지 않는다 하여 임금성을 부정하고 있는 것이다. 또한 설사 시측이 지급하였다 하더라도 편의를 제공한 것일 뿐이라는 판결도 있어 봉사료가 임금의 근간을 이루는 경우 법원에서 노동자성을 인정받기란 참으로 힘들다는 것을 알 수 있다.¹³⁹⁾

팁이나 봉사료의 임금성에 대해서 지급방식에 따라 판단하는 것은 새롭게 등장하는 다양한 서비스 직종의 노동자들, 예를 들어 식당이나 호텔 등에서 식당이나 호텔을 이용하고자 하는 손님들에게 일정액

135) 현행 노조법 제2조 【정의】 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "근로자"라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금·참급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다.

136) 1993.5.25. 90누1731 노동조합설립신고수리취소처분취소

137) 1996.09.06, 대법 95다 35289

138) 대법원 1996.7.30. 95누13432, 유족급여등부지급처분취소

139) 서울행정법원 2000구30598 복직명령등처분취소 판결에서는 "캐디피는 캐디가 내장객의 요구에 따라 내장객이 당연히 하여야 하는 여러 가지 활동을 대신하여 주고 그에 따른 대가로 내장객으로부터 지급받는 금원에 불과하고, 골프장 운영자가 캐디에게 그 지급의무를 부담하고 있다고 할 수 없으며, 따라서 캐디가 내장객으로부터 자신의 공여가 제공의 대가인 캐디피를 지급받지 못한 경우에도 골프장 측에 캐디피의 지급을 청구할 수 있는 것은 아니다(정리전 회사의 경기과 직원들이 경기를 마친 내장객들로부터 캐디피를 수령하여 캐디에게 지급한 적이 있다고 하여도 이는 캐디들의 편의를 위한 것일 뿐이므로 이러한 사정만으로 정리전 회사가 캐디피의 지급의무를 부담하는 것이라고 볼 수는 없고" 라고 하고 있다.

의 봉사료를 받고 주차를 대행하는 노동자들의 경우에도 특수고용 노동자로 분류되어 노동자성이 부정될 수 있는 것이다.

또 병원의 간병인이나, 장례식장에서 일하는 노동자들의 경우에도 실적에 따른 급여형태의 임금을 받고 있는 경우가 있는데, 이들의 경우 실질적인 노무제공은 환자나 이용자들에게 하게 되고, 이용자들이 지급하는 수수료가 이들의 임금의 근간이 된다.

5) 소사장제 형태, 프랜차이즈 계약을 활용한 특수고용화

전국적인 사업망 확보, 지역 구석구석에서 고객을 만날 필요가 있고 그를 통해 이윤을 확보하는 업무의 경우에는 소사장제를 통해 비정규직을 확산시키고 있다.

대교는 2000년부터 시행해온 사업부제 지구장의 도입을 전면화하고 프랜차이즈 계약으로 이를 전환하여, 정규직인 지구장 산하에 지구장 라인을 소사장화하겠다는 구조조정안을 추진하고 있다¹⁴⁰⁾. 또한 처음에는 직영 소사장제에서 시작하여 위탁 소사장제를 전면화할 계획을 가지고 있다. 린나이코리아의 경우에도 협력점, 대행점, 지정점 등의 다양한 이름의 소사장제를 도입하여 노동자들을 특수고용화 하였다. 동종 AS 업계에서 이는 유사한 방식으로 진행되었으며, 귀뚜라미 보일러에서는 대리점 체계가 린나이코리아 보다 먼저 시행된 것으로 보인다.

홍익매점과 같은 영업직 노동자들의 경우 영업이라는 특성을 계기로 하여 개인도급을 추진하는 경우도 많다. 홍익매점 노동자들은 철도홍익회의 성과급 영원사원이라는 형태로 근무를 해오면서, 하루 16시간 이상의 장시간 노동으로 가족까지 나와 일해야 하며 한달 2600만원 정도의 매출을 해야 받는 급여가 100만원 정도, 그것도 같은 매점에서 근무하는 영업보조원과 나뉘야 한다.

자동차판매 영업소에는 크게 본사의 직영영업소와 대리점의 두 종류가 있는데, 여기에서도 특수고용화가 진행되었다. 직영영업소에 고용된 판매사원은 본사직원으로써 동일한 급여체계와 인사규정의 적용을 받고 있는 반면에 대리점의 경우는 대리점별로 채용이 되며, 독립된 별도의 사업체이기 때문에 고용되어 있는 판매사원의 규모나 급여체계 역시 파악하기 어려운 상황이다. 또한 직영영업소의 경우 IMF 이전의 700여 개의 지점들이 구조조정과 대리점 형태로의 전환을 통하여 300여 개의 지점으로 줄어들었으며, 이 과정에서 본사 영업사원이 대리점 소속으로 변경되는 구조조정의 경우가 많았다. 이러한 대리점 소속 영업사원의 경우 기본급이나 의료보험의 혜택마저도 받지 못하고 있는 실정이며, 오로지 영업 실적에 따른 수당에만 의존하고 있는 것으로 파악되고 있다.

6) 다른 비정규직 형태와의 중첩적 활용

성과급 체계의 도입이 가능한 직종, 개별적 노동과정을 가진 업무의 경우 특수고용화의 가능성을 가지

140) 대교의 「소사장제 실행 전략(안)」에 따르면, 소사장제 도입을 통한 사업 효율성 확보방안으로서, △성과급 중심의 소사장제 지점장 경영방식 도입을 통한 사업 효율화, △지점장·파트장 등 정규직의 소사장제를 통한 인력문제 해결, △교사의 중장기적 비전 제시 등을 들고 있다.

고 있으며, 이는 또한 다른 비정규직 형태와 중첩된다. 린나이코리아나 한솔교육 등 전국적 대리점 체계를 형성하고 있는 곳에서는 특수고용화된 1인 노동자가 대리점에 고용됨으로써 본사에는 간접적으로 고용되는 이중의 문제를 가지고 있으며, 파견업체를 통한 학습지 교사 고용도 진행되고 있다.

초기 소사장제를 이용한 간접고용, 불법파견이 문제되었던 대성산소의 경우에는 특수고용의 형태를 도입하고 있어 비정규직, 간접고용, 특수고용 등이 동시에 존재하며, EBS의 경우에는 동일한 업무에 특수고용과 파견노동자가 동시에 존재한다. 하나의 업체에, 동일한 업무에 여러 가지 비정규직 형태가 동시에 존재하게 되고 있는 것이다.

또한 이들 특수고용은 모두가 계약기간을 정한 계약직 노동자들이다. 계약직이 초기 비정규직의 유형으로 활용될 때와는 달리 지금은 비정규직의 유형이라기 보다는 오히려 비정규직 형태의 고용 속에 내재된 하나의 성질에 가깝다. 계약기간이 정하여져 있기 때문에 재계약을 위해서 노동강도를 스스로 강제하고 노동조합으로 조직되기 어려운 측면이 계약직과 동일하게 존재하는 것이다.

(5) 특수고용 노동자의 노동기본권 침해실태

특수고용 노동자들의 경우 노동자성 시비로 인해 행정관청으로부터 노조 설립신고필증을 교부받는 일조차 쉬운 일이 아니다. 99년 12월 특수고용 노동자들의 단위 노조로서의 설립신고필증 교부 문제가 불거졌던 재능교사노조의 경우 한달여에 걸친 파업투쟁 끝에 설립신고필증을 교부받을 수 있었고, 건설운송노조의 경우는 행정관청과의 실랑이 끝에 설립신고필증을 교부받았다. 그러나 보험모집인노조는 생명보험사, 손해보험사의 반발을 우려한 노동부가 보험모집인은 노동자로 볼 수 없다는 이유로 설립신고필증을 반려했다. 영등포구청과 강남구청은 2000. 10. 30. '전국보험모집인노동조합'과 '한국보험산업노동조합'의 설립신고서를 각각 반려하였다.

학습지노조 대교지부의 경우는 노동자성 인정 문제 외에도 복수노조라는 암초에 걸려 노조활동을 보장받지 못하고 있다. 사측이 사용자가 노동자성 시비와 더불어 복수노조를 이유로 지속적으로 단체교섭을 거부하면서 노조를 탄압하자, 이에 노조는 법원에 단체교섭옹박가처분신청을 하였으나 법원은 노동자로 단정하기 어렵고 법률상 단체교섭옹박가처분을 할 수 있는지 의문이라는 점에서 가처분의 요건에 부합하지 않는다는 형식적인 이유를 내세워 기각되었다.

2001년 하반기에 들어서서는 행정법원에서 캐디의 노동조합법상의 노동자성을 부인하고, 지노위에서 방송사 구성작가의 부당노동행위 구제신청을 각하시키고 2002년 들어서는 충남지노위에서 건설운송노조의 쟁의조정신청을 각하시키는 등 형식적 노동3권조차 위협받고 있다.

초기 재능교사 노동조합이나 건설운송노동조합 등의 특수고용 노동조합들은 사용자에게 대한 투쟁을 통해 노동조건을 상승시키고 단체협약을 체결하는 등 노동조합으로서의 활동을 해 왔다. 그러나 사용자들의 의도적 단체협약 위반과 고소고발의 과정, 법원에서의 소송 등에서 노동자성이 계속해서 부정당하였고 사용자들은 노동자성을 부정하는 판결을 얻기 위해 공세적으로 소송을 진행하고 있다. 이에 따라 노동3권을 인정받고 단체협약을 체결하고 쟁의행위까지도 합법적으로 하였던 노동조합들조차 사실상 노동3권을 완전히 박탈당하고 있는 실정이다.

1) 노동조합 결성과정에서 부딪히는 문제들

① 특수고용 노동자들의 경우 노동자성 시비로 인해 행정관청으로부터 노조 설립신고필증을 교부받는 일조차 쉬운 일이 아니다. 따라서 이 같은 우려로 인해 처음에는 프레아 CC 경우처럼 기존 노조의 조합원 가입이나 88CC 경우처럼 지부 형태로 설립하는 형태를 취했다. 이후 독자로 단위 노동조합을 설립하는 과정에서 골프장 경기보조원의 경우 노조법상 노동자성을 인정한 대법원 판례에 의해 설립신고 과정에서 노동자성에 대한 별 시비 없이 넘어갈 수 있었고, 전국에너지메이선노조의 경우 개인사업자로 되어 있음에도 불구하고 별 문제없이 구청에서 설립신고필증을 교부받기도 했다. 그리고 99년 12월 특수고용 노동자들의 단위 노조로서의 설립신고필증 교부 문제가 불거졌던 재능교사노조의 경우 한달여에 걸친 파업투쟁 끝에 설립신고필증을 교부받을 수 있었고, 건설운송노조의 경우는 행정관청과의 실랑이 끝에 설립신고필증을 교부받았다.

② 그러나 보험모집인노조는 생명보험사, 손해보험사의 반발을 우려한 노동부가 보험모집인은 노동자로 볼 수 없다는 이유로 설립신고필증을 반려했다. 영등포구청과 강남구청은 2000. 10. 30. '전국보험모집인노동조합'과 '한국보험산업노동조합'의 설립신고서를 반려하였다. 그 이유인즉, 출퇴근 및 활동구역에 있어서 특별한 제한을 받지 않고, 보험모집, 수금업무 등에 있어서도 각자의 재량과 능력에 따라 업무를 수행하고 있어 회사로부터 직접적이고 구체적인 지휘감독을 받는다고 보기 어려우며, 보험모집실적에 따라 수당을 지급받고 있으며, 실적 미달시 수당감소, 당사자간 약정에 의한 해촉 이외에 별도의 징계 등 제재조치가 없을 뿐만 아니라, 보험모집활동 이외에 겸업이 가능하여 회사에 전속되어 있다고 보기도 어려우므로, 보험모집인은 회사에 대하여 종속적 노동관계에 있다고 볼 수 없어 노조법상 근로자가 아니라는 것이었다.

③ 학습지노조 대교지부의 경우는 노동자성 인정 문제 외에도 복수노조라는 암초에 걸려 노조활동을 보장받지 못하고 있다. 사측이 사용자가 노동자성 시비와 더불어 복수노조를 이유로 지속적으로 단체교섭을 거부하면서 노조를 탄압하자, 이에 노조는 법원에 단체교섭응낙가처분신청을 하였으나 법원은 노동자로 단정하기 어렵고 법률상 단체교섭응낙가처분을 할 수 있는지 의문이라는 점에서 가처분의 요건에 부합하지 않는다는 형식적인 이유를 내세워 기각을 하고 말았다.¹⁴¹⁾

2) 단체교섭 거부의 부당노동행위

노조 설립신고필증을 교부받아 노조설립을 하였다 하더라도, 건설운송노조의 경우에서 보듯 사측이 노동자성 시비를 빌미로 노조를 인정하지 않고 교섭거부, 노조탄압 등을 자행하는 것이 사실 가장 큰 문제이다. 노동부의 적법한 설립신고필증 교부도, 법원의 노동자성 인정 판결도 대법원의 확정 판결 때까지는 절대 노동자로 인정할 수 없다는 레미콘연합회의 말 한 마디로 현실에서는 무력화되고 있다. 골프장의

141) 서울지방법원 2001. 7. 9. 선고 2001카합317 결정. 한편 사측의 노조 탄압의 일환으로 행해진 조합원들에 대한 계약해지와 관련하여 노동위원회에 구제신청을 제기했으나 노동자가 아니라는 이유로 대부분 각하 결정이 내려졌다고 한다.

경우도 노조 설립신고필증 교부와 무관하게 노동자도 아니고 우리와 어떤 계약도 체결한 바 없다는 것을 빌미로 노조를 무조건 인정하지 않고, 노캐디 선언 등을 통한 집단해고와 직장폐쇄를 단행하기도 하였다. 학습지 교사의 경우는 재능교사의 파업 투쟁으로 노조의 실체를 인정받고 단체교섭 및 2000년 단협, 2001년 임협 타결에 이르기까진 했으나, 최근 임협 과정에서도 사측은 노동자성 시비를 문제삼아 조인식을 미루면서 결국 노사화합선언문을 유도해냈다. 린나이의 경우도 조합원 자격 및 해고자라는 점을 문제삼아 계속 교섭을 해태하였으며, 전국애니메이션 노조의 경우도 사측과의 교섭은 마찬가지로 문제들을 겪었다. 전국여성노조 방송국 지부도 마산 MBC를 상대로 단체교섭을 요청했으나 사측은 노동자가 아니라는 이유만으로 노조의 요구를 일축했고, 이에 대해 경남지노위에 부당노동행위구제신청을 제기했으나 각하되었다.

이러한 단체교섭거부의 부당노동행위에 대해서 특수고용 노동자가 근로기준법상 노동자가 아니라는 이유로 부당노동행위가 아니라는 판정을 하고 있는 것이 현행법 하에서의 법원, 노동위원회 등의 태도이며, 법상 구제절차는 사측의 교섭을 강제하지 못하고 있는 특수고용 노동조합의 실정이다. 심지어 검찰에서도 부당노동행위 고소고발에 대해 노동자가 아니고 노동조합이 아니라는 이유로 처벌하지 않는다. 현재로서는 이를 해결할 방법으로는 노동조합의 투쟁만이 존재할 뿐이다.

3) 조정신청과 쟁의행위과정에서 나타나는 문제

① 조정신청과 노동자성 시비로 인한 문제

한편 특수고용 노동자들은 쟁의행위에 들어가는 경우도 역시 노동자성 시비로 인해 쟁의행위의 정당성이 부인될 소지를 안고 있다. 과거 일부 지노위에서 노동조합의 조정신청에 대해 노동자성을 문제삼아 각하하거나 행정지도를 내린바 있다.

☞ 이에 우리위원회는 노조측의 노동쟁의 조정신청 사항에 대한 노사간 주장사항과 쟁점사항을 확인하기 위하여 조정위원회를 개최하였는 바, "노동쟁의"라 함은 노동조합과 사용자 또는 사용자단체간에 임금,근로시간,복지,해고 기타 대우 등 근로조건에 결정에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태를 말한다.라고 되어 있다. 그러나 (주)경기레미콘에 소속되어 있는 자들은 일반 레미콘 회사의 지입제와는 달리 다른 형태를 보이고 있다. 예를 들면 차량의 소유를 기사들이 하고 있고 회사가 관여하고 있지 않는 점, 차량의 도색 및 회사 마크를 회사의 강요에 의하지 않고 차량 소유자들이 자유롭게 하는 점, 회사에서 유니폼을 제공하지 않고 있는 점, 출,퇴근시간을 기사들의 자율적으로 하고 있다는 점, 시간 구속에 있어서는 업무가 많을 시에는 순번을 당겨주라고 한 것은 사실이나 순번을 사용자가 관여하지 않고 기사들이 순번제를 자율로 정하여 시행하고 있는 점, 업무가 없을 시에는 회사 주선 또는 개인이 다른 사업체로 가서 일을 자유롭게 할 수 있도록 되어 있는 점, 휴무,휴일에 있어서는 회사의 용차 확보를 위하여 서로간 요청하고 회사가 운송계약을 해지한다는 규정이 없고 휴무,휴일을 회사가 개입 간섭을 하고 있지 않다는 점, 실제로 1주일 이상 휴무한 사실을 이유로 계약해지 한 적도 없고, 회사는 기사들이 휴무할 경우 용차를 쓰고 있는 점, 본인이 없을 때 대리운전이 회사의 사전 승인없이 자유롭게 할 수 있다는 점, 대리기사를 쓸 경우 회사가 관여하지 않을 뿐 아니라 그 비용을 기사가 직접 지급하고 있다는 점 등으로 보아 노동조합 및 노동관계조정법 상 근로자로 볼 수 없으므로 "노동쟁의"로 인정하기 어렵다.(경기지노위 2001조정28, 행정지도)

이는 극소수의 노동위원회에서만 문제가 되었던 것이나 올해 초 건설운송노조 1개 분회에 대하여 대법원에서 근로기준법상 근로자성을 부정한 판결을 내린바 있어 노동위원회에서 조정종료결정을 받고 합법적으로 파업투쟁을 진행하는 것이 불가능해질 수 있는 가능성 또한 존재한다. 대법원의 결정에 따라 노동위원회와 노동부 등에서 어떠한 태도를 취할 것인가는 아직 명확하지 않지만, 비정규노동자에 대한 법적 보호의 필요성에 대한 인식이 사회적으로 확대되면서 우려처럼 노동부, 노동위원회 등에서 노동자성이 전면 부정되고 있지는 않다. 대법원 판결 이후 최근 건설운송노동조합의 쟁의조정신청은 각하되지 않고 받아들여지고 있으며, 조정종료 결정을 받고 있어 노동위원회에서는 아직까지는 노동조합설립신고필증을 받은 적법한 노동조합으로서 인정하고 있는 듯 하다. 아래 결정문에서도 보듯이 노동위원회는 동종의 업체라 하더라도 구체적인 노동실태가 다를 수 있으므로 다른 사업장에 대한 법원의 판결을 가지고 노동부로부터 적법하게 설립신고증을 교부받은 노동조합의 적법성을 부인할 수 없다는 입장을 취하고 있다.

☞ 신청인은 노조법 관련규정에 의거하여 행정관청으로부터 적법하게 노동조합설립신고증을 교부받은 합법적인 노동조합으로서 노동관계 당사자는 노동쟁의가 발생한 때에는 직접 노사협의 또는 단체교섭에 의하여 이를 지속적으로 해결하도록 노력하고(노조법 제48조), 정당한 이유 없이 단체교섭을 거부하거나 해태하여서는 아니된다(노조법 제30조)고 규정되어 있어 당사자간 자주적·자율적 해결을 원칙으로 하고 있다. 그럼에도 피신청인 사용자들은 노동조합의 거듭된 단체교섭 요청에도 불구하고 최근 일부사업체 레미콘운송차주들에 대한 법원의 판결을 들어 신청인 노동조합의 조합원들은 회사로부터 구체적인 지휘·감독을 받지 않고 업무수행의 재량성을 인정받는 독립된 운송사업자로 노조법상의 근로자가 아니므로 운송비 등은 노조법상의 교섭대상으로 볼 수 없다며 노동조합의 인상요구 안에 대한 대안을 제시하지 않을 뿐만 아니라 교섭자체를 거부하고 있다. 최근 법원의 일부 사업체의 레미콘운송차주들에 대한 근로자성을 부인하는 판결로 인해 노동조합 인정여부에 대한 논란이 있는 것은 사실이나, 특히 레미콘업체의 근로조건 및 근로형태의 다양성으로 인해 근로자성 여부는 당사자간의 계약 및 그 이행방법의 실질적 내용을 가지고 판단하여야 할 사항으로 일부 사업체의 판결을 피신청인 회사에 직접적으로 적용할 수 없다. 더구나 신청인 노동조합은 적법하게 노동조합설립신고증이 교부된 만큼 권한 있는 기관으로부터 구체적으로 이 노동조합의 적법성을 부인하는 최종결정이 있기까지는 그 실체를 인정하고 대화와 타협의 자세로 자주적·자율적인 해결을 위해 노력을 하여야 할 것이다. (중앙노동위원회 결정서 2003조정10, 2003. 5. 21.)

② 쟁의행위 시 발생하는 민형사 문제

노동조합및노동관계조정법에 따르면 노동조합의 쟁의행위에 대해서는 민형사상 면책이 이루어지도록 되어 있다. 그러나 특수고용 노동조합은 노동부의 설립신고필증을 받았음에도 불구하고 노동조합의 적법성이 검찰과 법원에 의해 부정되고 있다. 노동조합이 노동위원회의 조정절차를 거치고 적법하게 쟁의행위를 하였음에도 불구하고 그에 대하여 법원이 업무방해금지가처분을 내리고 있으며, 업무방해로 고소되고, 손해배상청구를 당하고, 조합비가 가압류되고 있는 실정이다. 특수고용 노동조합이 쟁의행위를 하고자 하면 갖가지 노동조합원활동금지가처분, 업무방해배제등 가처분 신청, 업무방해에 대한 형사고발, 손해배상청구 등의 법적 소송이 이루어지는 것이다.

이러한 법적 소송을 통한 노동조합에 대한 탄압은 신중노동탄압이라 불리며 노동자성이 인정되는 노동조합에 대해서도 마찬가지로 일어나는 일이지만, 특수고용 노동조합에 있어서는 이러한 소송들은 또 다

른 의미이다. 즉, 소송을 통해 자본이 얻고자 하는 궁극적인 목표는 '노동자성의 부정'이다. 이순산업의 경우에서도 보이듯이 '노동조합원활동금지가처분 신청에 대한 인천지방법원 부천지원 판결(2001카합160)에서 사측의 가처분 신청을 일부 받아들였으나¹⁴²⁾ 노조법상의 근로자에 해당한다는 결정이 내려지자 신청이 기각된 부분에 대하여 다시 고등법원에 항소하여 노동자로 볼 수 없다는 결정을 얻어낸 것이다.

4) 단체협약 체결에 있어서의 성과와 한계

① 단체협약 체결에 있어서의 성과

특수고용 노동조합 가운데 재능교사 노조, 건설운송노조, 골프장 경기보조원 노동조합 중 일부는 단체협약을 체결하는 성과를 거두기도 했다.

근로기준법상 근로자성이 부정됨으로 인해 법적인 보호가 이루어지지 않는 부분의 일부를 단체협약을 통해 얻어내고 있는데, 재능교육교사노동조합의 경우 산재보험이나 모성보호가 적용되지 않아 계약을 해지할 수밖에 없었던 것을 단체협약에 일시계약정지에 대한 규정을 두어¹⁴³⁾ 개선시키고 있으며, 대영루미나CC의 경우에도 모성보호를 단체협약을 통해 쟁취하고 있다¹⁴⁴⁾.

또 특수고용 노동자들의 경우에는 법적으로는 해고에 대한 보호가 전혀 이루어지지 않으나, 건설운송노동조합의 경우 단체협약에 일방적으로 근로조건을 변경하거나 계약을 해지할 수 없도록 정하여 노동자들의 고용안정을 꾀하고 있다¹⁴⁵⁾.

142) 1. 피신청인들은 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니된다.

- 가. 정당한 이유없이 신청인의 레미콘 운반요청을 거절하는 등의 방법으로 신청인 회사의 업무를 방해하는 행위.
- 나. 노동조합활동과 연계하여 신청인 회사의 출입문 또는 신청인 회사의 출입하는 차량의 소통에 이용되는 도로 등에 피신청인들 소유의 레미콘 차량이나 기타 장애물을 설치하여 신청인 회사의 레미콘 운반을 방해하는 행위
- 다. 노동조합활동과 관련없이 언론, 출판물에 광고를 게재하거나, 인터넷에 게시물을 게재하는 등의 방법으로 신청인 회사와 그 소속 임직원의 명예를 훼손하거나 모욕하는 행위 또는 신청인 회사의 정상적인 업무수행을 방해하는 행위.

143) 제28조 [일시 계약 정지]

재능 선생님이 다음 각 호에 해당하는 경우 일시 계약기간을 정지한다.

1. 관리중, 관리외 부상으로 14일 이상 입원 및 요양이 필요한 경우 : 6개월
2. 질병, 출산으로 인한 요양 : 3개월

제29조 [계약 정지자의 처우]

- ① 계약 정지 기간중 관리중 부상, 출산으로 인한 정지기간은 근무기간에 통산한다.
- ② 회사는 계약기간 정지자의 누계 순증수와 저축수당 지급등 제반조건을 복귀 후 종전 기준에 따라 인정한다.
- ③ 전조 1호의 관리중 부상일 경우 아래와 같이 생계비를 보조한다.
 1. 2주 이상 입원 : 20만원
 2. 3주 이상 입원 : 30만원
 3. 4주 이상 입원 : 50만원

여기서 입원이라고 하면 입원, 입원에 준하는 요양을 말한다.

144) 제56조 [생리 및 검진휴가] 회사는 여자인 일반조합원에게 월 1일의 생리휴가와 임신중인 경우 정기검진휴가를 유급으로 실시한다. 또한 도우미조합원에 대하여도 이에 준하는 휴가를 무급으로 사용하게 한다.

제57조 [임신한 여성조합원의 근로전환] 회사는 임신중인 여성인 일반조합원의 요구가 있을 시 본인의 의사에 따라 보다 경미한 작업으로 배치 전환하여야 하며, 또한 도우미 조합원에게는 본인이 희망할 경우 출산시까지 무급으로 임신휴가를 사용할 수 있다.

제59조 [유급유산휴가] 임신중인 여성인 일반조합원이 임신 4개월 이전에 유산을 하였을 때는 30일간의 유급유산휴가를 부여한다. 다만 여성인 도우미조합원은 무급으로 한다.

제61조 [육아휴직] 다만 도우미 조합원인 경우 이를 무급으로 실시하며 휴직후 업무의 복귀를 보장한다.

145) <삼광산업(주) 2001년 단체협약>

그리고 특수고용 노동자들의 경우 수당·수수료체계를 취하고 있어 8시간을 초과하여 근로하더라도 시간외 수당이나 휴일근무에 대한 가산수당 등이 발생할 여지가 없으나, 건설운송노조 청해분회에서는 단체협약으로 정휴제를 실시¹⁴⁶⁾하여 특정 일요일에 근무할 경우 기본회전수에 관계없이 일정액을 추가 지급하도록 정하여 휴일근무에 대한 보상조치를 확보하고 있다.

② 단체협약 체결의 한계

그러나, 단체협약 체결은 노동자성의 부정으로 인해 어쩔수 없는 한계를 가지기도 하는데, 재능교사 노동조합의 경우 사측은 여전히 임금을 인정하지 않고 수수료라는 명칭을 고집하여 이를 병행¹⁴⁷⁾키로 하였고 그 과정에서 노조가 임금협약이란 명칭을 고수한다는 핑계를 내세워 합의 후 협약체결을 부당 지연하는 처사를 보이기도 하였다. 그리고 아직까지는 임금 부분을 제외한 휴일·휴가·노동시간 등의 근로기준법상의 기준 적용이나 4대보험의 적용은 여전히 협약에서 빠져 있는 상태이다. 골프장 경기보조원 최초로 단체협약을 체결한 88CC의 경우도 “노사가 합의하여 경기보조원 근무규정을 마련한다. 현행 자치회 및 자치규정, 조장제도는 폐지하되, 단 경기보조원의 배치, 근태, 제재에 관한 사항은 회사에서 주관한다, 노조와 회사는 12월까지 단체협약을 체결한다”는 협약안을 체결했으나 “노조단협안 중 근로기준법과 관련된 사항은 근로기준법 개정 후 2개월 이내에 합의한다”고 되어 있다.

뿐만 아니라 이렇게 투쟁을 통해 쟁취한 단체협약 체결의 성과도 사측의 단체협약 위반 앞에서 어이없이 무너지기도 하는데, 재능교사노조의 경우 회사측은 단체협약을 체결하여 놓고도 합의한 내용을 이행하지 않았고, 그에 대한 노동조합의 고소에 대해 검찰은 노동자가 아니므로 노동조합이라 볼 수도 없고 이미 체결한 단체협약을 단체협약이라 볼 수도 없다는 결정을 내렸다. 즉, 투쟁을 통해 근로조건을 개선 시키더라도 결국은 법적으로 노동자성이 인정되지 않기 때문에 이를 사측이 위반하더라도 단체협약 위반의 부당노동행위에 해당되지 않는다는 것이다.

☞ 서울지방 검찰청, 분류기호 및 문서번호 9168, 2002. 09. 11. 2002형제36013호 공소부제기이유고지

- 피의자가 단체협약을 위반한 사실은 인정되나,
- 단체협약은 근로자 단체인 노동조합이 근로조건 기타 노동관계에 관한 사항에 대하여 사용자와 단체교섭을 통해 합의한 내용을 협약의 형식으로 체결한 것이라 할 것인 바,
- 본건 고발인인 재능교육 교사노조가 근로자 단체인지에 관해 살피건대,

제5조 (일방적인 근로조건 변경 및 계약해지의 금지)

회사는 조합의 동의 없이 조합원의 근무지 변경, 근로조건 변경과 조합원에 대한 일방적인 계약해지를 할 수 없다.

<청해레미콘 2002년 단체협약>

제4조 (일방적인 도급계약 해지의 금지)

회사는 일방적인 레미콘 도급 운반계약을 해지할 수 없다.

146) <청해레미콘 2002년 단체협약>

제10조 (정휴제 실시)

1. 1, 3주 일요일은 휴무를 실시한다.

2. 2, 4, 5주 일요일은 부득이 예정이 잡힐 시 근무할 수 있다. 단 근무자에 한하여 기본회전수에 관계없이 80,000원을 추가 지급한다.

147) 임금 부분 노사협약의 명칭은 『2001년 수수료·수당(회사) 임금·급료 또는 기타 이에 준하는 수입에 관한 사항(조합) 협약서』로 돼있다.

- 피의자는 재능교육 교사는 회사와 사이에 위탁계약을 체결하고, 기본급의 정함이 없이 위탁업무 수행실적에 따른 수수료만을 지급받는 등으로 회사와의 관계에 있어 사용종속관계 하에서 임금을 목적으로 근로를 제공한 근로자로 볼 수 없다고 주장하고,
- 단체협약, 위탁계약서의 각 기재내용도 피의자의 변수에 부합하고,
- 재능교육 교사가 회사를 상대로 제기한 퇴직금 지급청구 사건과 관련하여 대법원 판결도 재능교육 교사의 근로자성을 인정하지 아니하였음(기록 제151정 내지 제160정 대법원 판결 참조)
- 따라서 재능교육 교사를 근로자라고 볼 수 없어 재능교육 교사노동조합은 비록 그 명칭이 노동조합이고, 설립신고를 하였다 하더라도 그 실체는 근로자의 단체라고 볼 수 없음
 - 따라서 피의자와 재능교육 교사노동조합에 체결된 본건 단체협약은 위탁자와 수탁자 단체(재능교육 교사노동조합) 간의 사법상의 계약관계에 불과하고 노동조합및노동관계조정법의 적용을 받는 단체협약이라 할 수 없어 피의자가 이를 위반하였다고 하여도 민사적인 계약불이행 책임은 별론으로 하고 형사적인 죄책을 묻기는 어려움
 - 혐의없음

이는 건설운송노동조합의 경우에도 마찬가지이다.

☞ 수원지방법검찰청, 사건번호 2001형제58681, 58683, 92793, 92794호, 문서번호 2002-257 공소부제기이유고지
 ... 운송차주들이 전적으로 독립된 운송사업자의 성격만을 가진다고 보기 어려운 측면은 있으나, 이는 앞에서 살펴본 바와 같이 개별사업자 체제로는 해결할 수 없는 레미콘업의 특성에 따른 불가피한 상황에 불과하고 오히려 운송차주들은 회사의 정식직원들에 비하여 정하여진 근무시간과 근무장소에 구속을 받는 편이 아니고 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행하는 것이 불가능하지 않다는 점, 레미콘운송차량의 소유권은 운송차주들에게 있고 근로소득세를 원천징수한 것이 아니라 오히려 각자 사업자등록을 하여 사업소득세 및 부가가치세를 납부하였다는 점, 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받지 아니하고 기본급이나 고정급, 퇴직금이 정하여져 있지 아니하며, 다른 관계법령에 의하여도 근로자로서 취급하고 있지 않는 점, 연혁적으로도 운송차주들이 스스로 근로관계에서 벗어나 독립적인 사업자로서의 지위를 선택하였다는 점 등에 비추어 보면, 운송차주들은 노조법에서 상정하는 근로자로 보기는 어렵고 독립된 운송사업자로 보아야 할 것이므로 일반 근로자와 같은 사용종속관계에서 근로를 제공하였다고 보기는 어려움 ... 최근에도 다른 레미콘 회사의 레미콘 운송차주들도 노조법상 근로자로 볼 수 없다는 지방노동위원회의 결정(경기지방노동위원회 2001. 4. 20. 2001조정28호 결정)과 중앙노동위원회의 판정(중앙노동위원회 2001.11.20. 2001부해435호 재심판정)이 있으며(위 서울지검 사건 결정문 참조), 법원 판례상으로도 레미콘 운송차주들이 노조법상의 근로자로 확고하고 일관되게 인정되지 아니한 이상(대법원 판례는 레미콘 운송차주들이 “근로기준법”상 근로자가 아니라고 일관되게 판시하고 있고 <대법원1997.11.28. 선고97다7998호 사건, 대법원 2001.8.21. 선고2001도2778호 사건>, 최근의 하급심 법원판결 <광주지방법원 목포지원 2001.11.9. 선고 2001카단5562 업무방해배제 등 가처분사건> 은 레미콘운송차주들은 “노조법”상의 근로자가 아님을 명백하게 밝히고 있음) 피의자에게 노조법위반의 고의(범의)가 있다고 단정하기는 어려움.

이는 특수고용 노동조합이 노동부로부터 설립신고필증을 교부받고 적법한 노동조합으로 인정받고, 쟁의 행위를 통해 유의미한 단체협약을 체결하는 성과를 거두기는 했으나, 이 역시 노동자성을 완전히 쟁취하지 못하면 한계를 가질 수밖에 없다는 것을 적나라하게 보여주는 사례이다.

5) 근로자 지위, 조합원 지위의 부정

쟁의행위시 발생할 수 있는 사측으로부터의 각종 고소고발에 대해서는 앞서 언급한 바 있다. 그리고 이러한 고소고발이 당면 투쟁에 대한 대응으로만 그치는 것이 아니라 궁극적으로는 노동자성 자체를 부정하는 결론으로의 귀결을 의도하는 것이라는 것을 앞서 언급한 이순산업의 사례와 또 하나 CKI분회 사례에서 살펴 볼 수 있다.

CKI의 경우 근로기준법상 노동자성에 대해 다투어진 사례로 '해당 사업장의 근로자가 아니다(근로기준법상 근로자가 아니다)'라는 결정이 대법원의 판결(2002다57959, 근로자지위부존재확인)로 나왔으나, 근로기준법상 근로자와 노동조합법상 근로자를 동일하게 판단하는 법원의 입장에 비추어 볼 때 명시하지는 않았으나 노조법상 노동자성까지도 부정된 것이라고 볼 수 있는 여지도 존재하며, 아직 대법원 계류 중이지만 이순산업의 경우에는 고등법원 판결(에서 명확하게 노조법상 노동자가 아니라고 밝히고 있다.

☞ 원고의 운송차주들이 원고의 지시에 따라 원고가 제조한 레미콘을 원고가 지정한 장소에 운송해야 하는 등 그 업무 내용이 원고에 의하여 정해지고, 운반의뢰 불이행이나 구내 도박 및 음주 등의 경우에 배차중지 등의 불이익을 받을 수 있으며, 원고로부터 근무태도에 대하여 교육받는 등 업무수행 과정에 있어서도 원고의 구체적인 지휘·감독을 받아 마치 고용관계에 유사한 외관을 형성한 면이 없지 않지만, 그와 같은 사실만으로 운송차주들이 원고의 근로자라고 단정할 수는 없고, 오히려 원고가 레미콘을 필요로 하는 건설현장으로부터 공급주문을 받는 주체인 이상, 운반도급계약의 상대방인 운송차주들로 하여금 운반장소를 지정하여 운송을 위탁하는 것은 운반도급계약의 기본적인 내용에 속하는 사항이고, 운송차주들이 원고가 제조한 레미콘을 위와 같은 방식으로 운반하는 것은 레미콘의 정확한 강도와 규격에 대한 품질보증이 필요하고 생산 후 90분 이내에 현장에 도착해야 하는 레미콘 자체의 특성에 기인하는 바가 크며, 레미콘 제조사가 레미콘의 타설시간을 조정할 수 있는 것이 아니라 수요자인 건설현장의 공정관리상 원하는 시간에 맞추어 타설하여야 하는데, 운송차주들이 건설현장에서 원하는 시간을 개별적으로 파악하기는 어려우므로 일반적으로 원고가 운송차주들에게 출하시간을 알려줄 수밖에 없는 점, 운송차주들이 원고의 물량을 안정적이고 독점적으로 운반함으로써 자신들의 경제적 이익을 증대시키기 위해 원고와 장기간의 운반도급계약을 체결한 이상 원고의 신용과 영업상의 이익을 위하여 그 업무수행 과정에서 어느 정도 원고의 지휘·감독을 받는 것은 불가피한 점, 운송차주들의 복귀시간이 정해져 있지 않고 그 복귀여부도 자유로운 점, 운송차주들이 스스로 제3자를 고용하여 업무를 대행하는 것이 불가능하지 않은 점, 레미콘 운송차량의 소유권이 운송차주들에게 있고 그 차량의 관리를 운송차주들 스스로 하여 온 점, 근로소득세를 원고가 원천징수한 것이 아니라 운송차주들이 각자 사업자등록을 하여 사업소득세 및 부가가치세를 납부한 점, 운송차주들이 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받지 아니하고, 기본급이나 고정급이 정하여져 있지 아니한 점 등을 종합하면, 위 운송차주들의 일원인 피고들은 원고에 대하여 종속적인 고용관계에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받는 원고의 근로자라고 볼 수 없다고 판단하였는바, 기록 및 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유 제1점의 주장과 같은 채증법칙 위배나 법리오해 또는 판단유타 등의 위법이 있다고 할 수 없다. (2002다57959 근로자지위부존재확인)

☞ 가. 피보전권리에 대한 판단(피신청인들이 노동조합법상의 근로자인지 여부)

(1) 노동조합법 제2조 제4호는 노동조합의 주체는 근로자임을 명시하고 있고, 같은 조 제1호는 근로자라 함은 '직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자'를 말한다고 규정하고 있는바, 이러한 노동조합법상의 근로자에 관한 정의는 근로기준법 제14조의 근로자 정의(근로자라 함은 '직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자'를 말한다)와 비교하여 볼 때, '사업 또는 사업장'을 요건으로 하지 않는 점에서 일응 차이가 있는 듯이 보이나, 근로기준법이나 노동조합법이나 종속노동의 대가로 생

활을 영위하는 자의 보호를 목적으로 하는 점에서는 차이가 없고, 다만 근로기준법은 특정의 사용자와 근로자의 현실적인 근로관계를 규율대상으로 하는 반면에(사업 또는 사업장을 요건으로 한다) 노동조합법은 그와 같은 현실적인 근로관계에 있어서의 근로조건의 유지·개선 등을 효과적으로 달성할 수 있는 근로자의 자주적인 단결권 등의 보장을 그 입법목적으로 하는 것이어서 단지 근로자 보호를 위한 방법론적인 차이가 있는 것에 불과한 것이다.

따라서, 노동조합법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서도 그 계약이 민법상의 고용계약이든 또는 도급계약이든 그 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 임금 등을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고(대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결, 1996. 7. 30. 선고 95누13432 판결 등 참조), 근로자인지 여부를 판단하는 기준인 사용종속성이나 근로의 대상성에 관한 판단에 있어서 근로기준법과 노동조합법 사이에 어떤 차이가 있다고 할 수 없으므로, 근로자가 담당하는 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고, 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받으며, 업무 수행과정에 있어서도 근로자가 시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계, 보수가 근로 자체의 대상적(對償的) 성격을 갖고 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공 관계의 계속성과 사용자에게에의 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 사용종속성과 근로의 대상성 여부를 판단하여야 할 것이다.(대법원 1997. 11. 28. 선고 97다7998판결 등 참조)

(2) 이 사건의 경우, 피신청인들을 비롯한 레미콘운송차주들은 기록에 의하여 인정되는 아래의 여러 사정들에 비추어, 신청인 회사에 대하여 사용종속관계 하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 노동조합법 소정의 근로자라고 볼 수 없다. (2001라183 노동조합원활동금지가처분, 고법, 이순산업)

그 외에도 검찰에서는 일관되게 특수고용 노동자의 노동자성을 부정하여 사측의 근로기준법이나 노동조합법 위반혐의에 대해 '혐의없음'의 결정을 내리고 있으며, 재능교육교사노동조합에 대한 결정도 그 연장선에 있는 것이다. 설사 재능교육이 단체협약의 의도적 위반을 통해 검찰로부터 노동자성 부정의 결정을 받아내리라는 의도를 사전에 가지고 있지 않았다 하더라도 이를 시작으로 특수고용 노동조합에 대한 단체협약 위반의 부당노동행위는 얼마든지 법적 제재를 받지 않고 저질러 질 수 있는 것이다.

이러한 소송은 종래 부당하고 및 부당노동행위에 대항한 노동조합의 법적 투쟁의 일환으로 진행되고 사측이 그에 대응해왔던 것과는 전혀 다른 양상이다. 노동조합의 투쟁의 한 방편으로서의 소송이 법원이나 노동위원회, 검찰 등의 보수적인 결정에 부딪치게 되자, 오히려 자본이 공세적으로 소송을 제기하고 있다. 법원은 사업자 등록증이나 사업소득세의 납부, 근로계약서가 아닌 위수탁계약서 혹은 도급계약서의 작성 등의 형식적인 요건들을 근거로 노동자성을 부정하고 있다. 따라서 사측은 법적으로 불리할 것이 없다는 판단하에 법원의 판결, 이왕이면 대법원의 판결로 '노동자가 아니다'라는 결정을 확고히 받아두기 위해 소송을 진행하고 있으며, 그 과정에서 형식적으로 노동자성을 탈각시키기 위한 노력들을 꾸준히 계속하고 있다. 계약서상 독립된 사업자처럼 위장될 수 있는 몇 가지 조항을 넣고 불필요한 통제조항들을 삭제하거나, 실제로 필요한 통제들을 행하면서도 세부적인 운영수칙을 배제하는 등 노동자성이 부정될 수 있는 형식적 근거들을 갖추어 나가고 있는 것이다.

6) 해고에의 위협과 고용불안정

특수고용 노동자들은 사용자의 일방적이고도 정당하지 못한 해고가 부당해고로 인정되지 않는 가운데, 사측의 노동탄압에 대응할 수 있는 기초적인 방어막조차 형성할 수 없는 상황에 처해있다. 노동자가 아니기 때문에 근로기준법상의 해고제한의 법리를 적용하지 않는다는 것이고, 특수고용 노동자들이 부당해고에 대해 노동위원회에 구제신청을 하면 각하되고 마는 것이다. 특수고용 노동자들에게 있어 계약해지는 당연히 고용의 박탈, 즉 해고에 해당되지만, 근로계약관계가 아닌 민법상 도급관계의 해지에 해당된다는 말로 채무불이행으로 인한 정당한 계약의 파기에 해당되어 부당해고로 받아들여지지 않고 있다. 간혹 심정적으로 부당한 계약해지라 생각되더라도 노동위원회는 어찌할 수 없으니 공정거래 위원회로 제소하라는 것이 최선이다.

☞ 피신청인들에 대하여 취업규칙이나 복무규정, 인사규정의 적용이 없고, 피신청인들이 계속하여 출근하지 아니하여 레미콘 운반 업무에 종사하지 아니하더라도 계약 해지 등의 불이익을 받을 뿐이고 결근을 이유로 징계처분을 받는 것은 아니다. (2001라183 노동조합원활동금지가처분, 고법)

☞ 취업규칙이나 복무규정 및 인사규정의 적용을 받고있지 않음에 따라 교육불참 등 위탁계약을 성실히 이행하지 않거나 해태 하였을 경우에도 계약해지나 종료시에 고려대상이 될 뿐 징계 등 어떠한 제재도 받지 아니하였으며 (경남지방법노동위원회 2002부해15, 부노11)

☞ 일반사원에게 적용되는 취업규칙과는 다른 별도의 '생활설계사 규정'을 적용받으며, ... '생활설계사 규정'에 일반적 취업규칙 규정과 달리 징계에 관한 규정이 없고, 위촉 및 해촉에 관한 규정만 있는 사실 등을 고려할 때, 근로기준법상의 근로자가 아니라는 피신청인의 주장은 이유가 있다. (서울지방법노동위원회 2001부해282,부노52)

특수고용 노동자들의 경우 근로계약이 계약기간을 정한 도급계약의 형식을 띄고 있기 때문에 계약이 유지되는 일정 기간동안의 기간 동안만 고용을 보장받을 수 있다. 이는 노동자성 인정만으로 해결될 수 없는 문제로 해마다 계약갱신을 반복해야 하고, 계약갱신의 주도권을 회사측이 가지고 있음으로 인해 노동조건을 하락을 감수할 수밖에 없는 비정규직 노동자 전체의 문제이다. 또한 특수고용 노동자들은 부당하게 계약이 해지되더라도 부당해고로 다룰 수가 없어 고용의 불안정성은 더욱 심하게 나타난다.

III. 정책 대안

1. 기간제

(1) 현행법

근로기준법 제23조(계약기간) 근로계약은 기간의 정함이 없는 것과 일정한 사업완료에 필요한 기간을

정한 것을 제외하고는 그 기간은 1년을 초과하지 못한다.

(2) 개정안

제23조(계약기간) ①근로계약은 기간의 정함이 없는 것으로 한다. 다만, 다음 각호의 경우에는 예외로 한다.

1. 출산·육아 또는 질병·부상 등으로 인하여 발생한 결원을 대체할 경우
 2. 계절적 사업의 경우
 3. 일정한 사업완료에 필요한 기간을 정한 경우. 다만, 사업자가 동일한 목적으로 수행하는 사업은 하나의 사업으로 본다.
 4. 그 밖에 일시적·임시적 고용의 필요성이 객관적으로 인정되는 경우
- ②제1항 단서의 사유에 해당하지 않는 경우에는 기간의 정함이 없는 것으로 본다.
- ③제1항 단서의 경우에는 근로계약을 서면으로 작성하고 계약기간 및 사유를 명시하여야 한다. 서면에 의한 근로계약을 작성하지 않거나 근로계약서에 계약기간 및 사유를 명시하지 않은 경우에는 기간의 정함이 없는 것으로 본다.
- ④제1항 단서의 근로계약기간은 제1호 내지 제3호의 경우에는 그 해당기간, 제4호의 경우에는 1년을 초과할 수 없다.
- ⑤ 제4항의 기간을 초과하여 계속 근무하는 경우 그 기간을 초과하는 시점부터 근로계약기간의 정함이 없는 것으로 본다.
- ⑥ 근로계약기간을 정한 근로자의 계약기간이 종료한 경우 사용자는 기간의 정함이 없는 근로자로 우선적으로 채용하도록 노력하여야 한다.

(3) 해설

기간제근로는 계약직·임시직 등 근로계약기간이 정해져 있어 그 기간이 종료되면 근로계약관계가 자동적으로 종료되는 근로계약관계를 의미한다. 기간제근로를 조건 없이 허용한다면 사용자로서는 적당한 기간을 정하여 근로계약을 체결하고 그 기간이 종료할 때마다 적절하게 다시 계약을 체결하거나 또는 갱신을 거절함으로써 근로기준법의 해고제한규정을 회피할 수 있게 된다.

모든 형태의 비정규근로는 일반적으로 계약기간을 정하고 있기 때문에 본질적으로 기간제근로의 문제점을 포함하고 있다고 할 수 있다. 2003. 8. 현재 1년 미만의 임시·일용직 노동자는 768만여명으로 전체 임금근로자의 54.3%를 차지하고 있으며, 성별로 보면 2003. 8. 기준으로 남자의 경우는 44.1%, 여자의 경우는 68.6%가 임시·일용직이라고 한다. 이러한 현실에 비추어 보면 비정규근로자 보호를 위한 법개정의 최소한은 기간제근로에 대한 엄격한 제한을 도입하는 것이라 할 수 있다.

기간제근로에 대하여는 근로기준법 제23조의 개정으로 대처하여야 한다. 현재 기간제근로의 사용목적에 대한 제한이 전혀 없으나, 근로계약은 원칙적으로 기간의 정함이 없는 것으로 하고 기간제근로는 객관적이고 합리적인 사유가 있는 경우에만 극히 예외적으로 인정하여야 할 것이다. 프랑스, 스웨덴의 입법 내지 판례도 객관적이고 합리적인 사유가 있는 경우에만 기간제근로를 인정하고 있다. 따라서 기간제근로

자를 사용할 수 있는 경우를 “1. 출산·육아 또는 질병·부상 등으로 인하여 발생한 결원을 대체할 경우, 2. 계절적 사업의 경우, 3. 일정한 사업완료에 필요한 기간을 정한 경우. 다만, 사업자가 동일한 목적으로 수행하는 사업은 하나의 사업으로 본다. 4. 그 밖에 일시적·임시적 고용의 필요성이 객관적으로 인정되는 경우”로 한정한다.

기간제근로를 사용할 경우에는 반드시 근로계약을 서면으로 작성하고 계약기간과 사유를 명시하여야 하고, 서면에 의한 근로계약을 작성하지 않거나 근로계약서에 계약기간과 사유를 명시하지 않은 경우에는 기간의 정함이 없는 것으로 간주한다.

근로계약기간을 초과하여 사용하거나 반복 갱신함으로써 기간제근로를 상시적으로 사용하는 탈법이 행해질 수 있으므로 이를 엄격하게 제한할 필요가 있다. 이를 규제하기 위해서는 예외적인 사유에 해당하는 경우에도 그 근로계약기간은 그 해당기간이나, 1년으로 하고 그 기간을 초과하여 근로시키는 경우에는 근로계약기간의 정함이 없는 것으로 간주한다.

근로계약기간을 정한 노동자의 계약기간이 종료한 경우 사용자는 기간의 정함이 없는 노동자로 우선적으로 채용하도록 노력할 의무를 부담하도록 하여야 한다.

2. 단시간 노동

(1) 현행법

제21조(단시간근로자의 정의) 이 법에서 “단시간근로자”라 함은 1주간의 소정근로시간이 당해 사업장의 동종 업무에 종사하는 통상근로자의 1주간의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자를 말한다.

제25조 (단시간근로자의 근로조건) ①단시간근로자의 근로조건은 당해 사업장의 동종 업무에 종사하는 통상근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 결정되어야 한다.

②제1항의 규정에 의하여 근로조건을 결정함에 있어서 기준이 되는 사항 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③1주간의 소정근로시간이 현저히 짧은 단시간근로자로서 대통령령이 정하는 자에 대하여는 이 법의 일부규정을 대통령령이 정하는 바에 따라 적용하지 아니할 수 있다.

시행령 제9조 (단시간근로자의 근로조건 기준 등)

①법 제25조제2항의 규정에 의한 단시간근로자의 근로조건을 결정함에 있어 기준이 되는 사항 기타 필요한 사항은 별표1의2와 같다.<개정 1998·2·24>

②법 제25조제3항에서 “1주간의 소정근로시간이 현저히 짧은 단시간근로자로서 대통령령이 정하는 자”라 함은 4주간(4주간미만으로 근로하는 경우에는 그 주간)을 평균하여 1주간의 소정근로시간이 15시간미만인 근로자를 말한다.

③법 제25조제3항의 규정에 의하여 제2항의 규정에 의한 근로자에 대하여는 법 제34조, 법 제54조, 법 제57조 및 법 제59조를 적용하지 아니한다.

(2) 개정안

제4장의2 단시간근로자의 근로조건

제61조의2(단시간근로자의 정의) ①이 법에서 “단시간근로자”라 함은 1주간·1개월간의 소정근로시간이 당해 사업장의 동종업무에 종사하는 통상근로자의 1주간·1개월간의 소정근로시간에 비하여 100분의 30 이상의 짧은 근로자를 말한다.

②동일사업 내의 복수사업장에서 근무하는 단시간근로자의 경우에는 전체 근로시간을 통산하여 소정근로시간을 산정한다.

제61조의3(단시간근로계약의 서면작성 및 통상근로로의 전환) ①사용자가 단시간근로자를 고용할 경우에는 시간당 임금·근로일·근로시간의 시작과 종료시각 그 밖의 근로조건을 명확히 기재한 근로계약을 작성하여 근로자에게 교부하여야 한다.

②사용자는 통상근로자를 본인의 의사에 반하여 단시간근로자로 전환하여서는 아니 된다.

③사용자는 단시간근로자가 통상근로로 전환해 줄 것을 요청하는 때에는 동일직종의 통상근로자를 채용할 때 우선적으로 채용하여야 한다.

제61조의4(단시간근로자의 임금계산) ①단시간근로자의 임금산정 단위는 시간급을 원칙으로 하며, 시간급임금을 일급통상임금으로 산정할 경우에는 제2항의 규정에 의한 1일 소정근로시간수에 시간급임금을 곱하여 산정한다.

②단시간근로자의 1일 소정근로시간수는 4주간의 소정근로시간을 그 기간의 총일수로 나눈 시간수로 한다.

제61조의5(단시간근로자의 초과근로의 제한) ①사용자는 단시간근로자에 대하여 소정근로일이 아닌 날에 근로시키거나 소정근로시간을 초과하여 근로시키고자 할 경우에는 근로계약서·취업규칙 등에 그 내용 및 정도를 명시하여야 하고, 근로자와의 합의가 있는 경우에 한하여 초과근로를 시킬 수 있다.

②단시간근로자의 초과근로시간은 1주간에 8시간을 한도로 한다.

③사용자는 단시간근로자의 초과근로·휴일근로 및 야간근로에 대하여 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 지급하여야 한다.

제61조의6(단시간근로자에 대한 휴일·휴가의 적용) ①사용자는 단시간근로자에 대하여 제54조의 규정에 의한 유급휴일을 주어야 한다.

②사용자는 단시간근로자에 대하여 제57조의 규정에 의한 월차유급휴가 및 제59조의 규정에 의한 연차유급휴가를 주어야 한다. 이 경우 유급휴가는 각각 다음의 방식으로 계산한 일수로 하며, 1일 미만은 1일로 본다.

$$\frac{\text{통상근로자의 월차 또는 연차휴가일수} \times \text{단시간근로자의 소정근로시간}}{\text{통상근로자의 소정근로시간}} \times 8$$

÷ 단시간근로자의 1일 소정근로시간수

③사용자는 여자인 단시간근로자에 대하여 제71조의 규정에 의한 유급생리휴가 및 제72조의 규정에 의한 산전후휴가를 주어야 한다. 이 경우 통상근로자와 휴가일수에 차이를 두어서는 아니 된다.

④제1항 및 제3항의 경우에 사용자가 지급하여야 하는 임금은 일급통상임금을 기준으로 한다.

⑤제2항의 경우에 사용자가 지급하여야 하는 임금은 시간급을 기준으로 한다.

제61조의7(단시간근로자에 대한 취업규칙의 작성 및 변경) ①사용자는 단시간근로자에게 적용되는 취업규칙을 통상근로자에게 적용되는 취업규칙과 별도로 작성할 수 있다.

②제1항의 규정에 의하여 취업규칙을 작성하거나 이를 변경하고자 할 경우에는 적용대상이 되는 단시간근로자 과반수의 의견을 들어야 한다. 다만, 취업규칙을 단시간근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에는 그 동의를 얻어야 한다.

③단시간근로자에게 적용될 별도의 취업규칙이 작성되지 아니한 경우에는 통상근로자에게 적용되는 취업규칙이 적용된다. 다만, 취업규칙에서 단시간근로자에 대하여 적용이 배제되는 규정을 두거나 달리 적용한다는 규정을 둔 경우에는 이에 따른다.

(3) 해설

단시간 노동자는 정규 노동자에 비하여 통상근로시간이 짧은 노동자로서 대개는 임시직이나 촉탁 또는 아르바이트 등의 형태로 근무하고 있다. 단시간 노동자의 다수는 고령층, 주부, 청소년 노동자 등 주변노동자이고 단시간근로는 비경제활동인구의 경제활동인구화에 중요한 역할도 수행하고 노동의 대체성이 큰 미숙련 노동력의 활용에 많이 이용되는 고용형태로서 단시간 노동자의 문제는 노동자의 보호와 차별의 금지가 중요한 문제이다.

단시간근로에 대하여 현행법은 근로기준법에 정의규정과 비례적 근로조건 보장이라는 추상적 원칙만을 규정하고 세부적인 사항은 시행령의 별표로 규정하고 있으나, 이러한 입법형식은 적절하다고 할 수 없으므로 구체적인 근로조건에 관한 사항을 근로기준법에 규정하여야 할 것이다. 그리고 단시간노동자는 근로시간의 차이만 있을 뿐이므로 원칙적으로 노동법에 의한 보호가 충실하게 이루어져야 할 것이다.

단시간 노동자의 근로조건에 대한 전반적인 규정을 근로기준법에 하게 된다면 별도의 장으로 설치하고 그 위치는 '제4장의 1 단시간근로자의 근로조건'을 신설하는 것이 무난한 것으로 보인다.

현행법상의 단시간노동자의 정의규정에 의하면 통상노동자보다 1시간이라도 근로시간이 짧은 경우에는 모두 단시간노동자에 해당하는 결과가 되어 장시간근로가 상시화되어 있는 명목상의 단시간노동자에 대한 보호를 외면하고 차별을 합리화하는 결과를 낳고 있다. 따라서 단시간노동자의 정의를 1주간, 1월간의 소정근로시간이 당해 사업장의 동종업무에 종사하는 통상노동자의 1주간, 1개월간의 소정근로시간에 비하여 30%이상 짧은 노동자로 함으로써 명목상의 단시간 노동자는 통상노동자로 인정하여야 할 것이다. 다만, 이 경우 동일사업 내의 복수사업장에서 근무하는 단시간노동자는 전체 근로시간을 통산하여 소정근로시간을 산정한다.

현행법은 소정근로시간이 현저히 짧은 단시간노동자(1주 근로시간이 15시간 미만인 노동자)를 별도로 취급하여 근로기준법의 많은 규정을 배제하고 있으나, 시간에 비례하여 취급하면 되는 것이고 달리 취급해서는 안될 것이므로 위 조항을 삭제하여 일반 단시간노동자와 동등하게 취급하여야 할 것이다.

사용자가 단시간노동자를 고용할 경우에는 시간당 임금·근로일·근로시간의 시작과 종료시각 그 밖의 근로조건을 명확히 기재한 근로계약서를 작성하여 근로자에게 교부하도록 하여야 하고, 통상근로와 단시간근로의 전환과 관련하여 통상노동자를 본인의 의사에 반하여 단시간노동자로 전환하여서는 아니되고, 단시간노동자가 통상근로로 전환해 줄 것을 요청하는 때에는 동일직종의 통상노동자를 채용할 때 우선

적으로 채용하여야 한다.

단시간근로자에 있어서는 근로시간 자체가 매우 중요한 의미를 가지므로 초과근로에 대하여는 엄격하게 제한하고 초과근로에 대하여 할증수당을 지급하여야 할 것이다. 즉 소정근로일이 아닌 날에 근로시키거나 소정근로시간을 초과하여 근로시키고자 할 경우에는 근로계약서·취업규칙 등에 그 내용 및 정도를 명시하여야 하고, 근로자와의 합의가 있는 경우에 한하여 초과근로를 시킬 수 있도록 한다. 그리고 1주간에 8시간을 한도로 하며 단시간노동자의 초과근로·휴일근로 및 야간근로에 대하여 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 지급하여야 할 것이다.

단시간 노동자의 주휴, 연월차 휴가는 통상 노동자와 같은 일수가 보장되도록 하는 방안을 규정하고 여야 한다. 여자인 단시간노동자에 대하여 제71조의 규정에 의한 유급생리휴가 및 제72조의 규정에 의한 산전후휴가를 주어야 한다. 이 경우 통상근로자와 휴가일수에 차이를 두어서는 아니 된다.

기타 단시간근로자의 임금계산, 단시간 근로자에 대한 취업규칙의 작성과 변경에 대하여도 근로기준법에 명확하게 규정하여야 할 것이다.

3. 동일가치노동 동일임금 등 차별해소 방안

(1) 현행법

근로기준법 제5조(균등처우)

사용자는 근로자에 대하여 남녀의 차별적 대우를 하지 못하며 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.

(2) 개정안

제5조(균등처우)

①사용자는 근로자에 대하여 남녀의 차별적 대우를 하지 못하며, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건 그 밖의 근로자의 대우에 관한 차별적 처우를 하지 못한다.

②사용자는 근로계약기간을 정하였거나 근로시간이 짧거나 하는 등의 근로형태의 차이를 이유로 근로조건 그 밖의 근로자의 대우에 관한 차별적 처우를 하지 못한다.

③사업주는 근로형태의 차이에 불구하고 동일 사업 또는 사업장 내의 동일가치노동에 대하여 동일임금을 지급하여야 한다.

④제3항의 동일가치노동이라 함은 동일한 또는 유사한 조건하에 동일노동을 수행한 경우 또는 직무수행에서 요구되는 객관적인 기술·노동 강도·작업조건 등이 동일하거나 유사한 경우를 말한다.

⑤제3항의 동일임금이란 통상적·기본적 임금과 사용자가 고용을 이유로 근로자에게 현금 또는 현물로 직·간접적으로 지불하는 모든 부가적인 급여를 말한다.

(3) 해설

비정규노동자들은 정규노동자들과 동일한 직무를 수행함에도 불구하고 근로조건에서 차별을 받고 있다. 그런데, 현행 근로기준법 제5조의 균등처우조항은 차별금지사유로 '고용형태'를 명시적으로 규정하고 있지 않다. 따라서 근로기준법 제5조를 개정하여 비정규노동자에 대한 균등대우원칙을 근로기준법에 명시할 필요가 있다. 개정안은 제2항에서 "사용자는 근로계약기간을 정하였거나 근로시간이 짧거나 하는 등의 근로형태의 차이를 이유로 근로조건 그 밖의 근로자의 대우에 관한 차별적 처우를 하지 못한다"라고 하여 고용형태를 차이로 한 차별을 금지한다는 점을 명시하였다.

그러나 무엇보다 가장 핵심적인 문제인 임금차별에 관하여 동일노동동일임금 원칙을 명시하는 것이다. 개정안은 제3항에서 근로형태의 차이에 불구하고 동일 사업 또는 사업장 내의 동일가치노동에 대하여 동일임금을 지급하여야 한다는 점을 명시하고 나아가 동일가치노동의 판단기준에 대하여도 "동일한 또는 유사한 조건하에 동일노동을 수행한 경우 또는 직무수행에서 요구되는 객관적인 기술·노동 강도·작업조건 등이 동일하거나 유사한 경우"라고 정하고 있다.

이 뿐만 아니라 개정안은 통상적인 임금항목 외에 부가적인 급여 부분에서 차별이 이루어지는 것을 막고자 제5항에서 "동일임금"이란 통상적·기본적 임금과 사용자가 고용을 이유로 근로자에게 현금 또는 현물로 직·간접적으로 지불하는 모든 부가적인 급여를 포함하는 것으로 명시하고 있다.

4. 파견제

(1) 현행법

- 파견근로자보호등에관한법률과 직업안정법에서 파견과 근로자공급을 규율하고 있음
- 파견근로자보호등에관한 법률에 의해 26개 대상업무에 한정해서 파견근로 인정
- 기간은 1년 한도로 가능하되, 1년 더 연장이 가능하여 최장 2년임
- 2년기간이 지난 경우에는 직접고용으로 간주하는 규정을 둠

(2) 개정안

1) 파견근로자보호등에관한법률 폐지

기업들이나 근로자파견법을 제정할 당시 그 명분으로 내세운 것은 전문인력의 원활한 확보를 위해서 파견제의 허용이 꼭 필요하다는 것이었다. 그래서 중간착취의 위험 등 여러 가지 폐해에도 불구하고 파견근로를 허용해야 한다는 것이었다.

그러나 현실에서 나타나고 있는 여러 가지 사례들이나, 실제 근로자파견법에서 허용업무로 되어 있는 26개 업무 대부분이 전문적인 업무라기보다는 단순 노무의 성격이 대다수를 구성하고 있는 점에서 볼 때, 이러한 명분은 그야말로 명분에 불과한 것으로 보인다. 또한 한국노동연구원의 조사에 따르면 파견 노동자를 이용하는 이유로 사용업체들은 인력관리의 원활화(32.7%), 비용의 절감(32.4%), 일시적 업무량 변화에 대응(26.6%), 전문인력의 필요(8.3%) 순으로 응답했다¹⁴⁸⁾. 보다 구체적으로 인력관리의 원활화와

148) 김승택, 『근로자파견제도의 도입효과 평가 및 개선방안』, 한국노동연구원, 2002, <표 V-47.1>

관련해서는 “고용조정 용이”가 36.8%, 비용절감 관련해서는 임금절감이 57.3%로 가장 비중이 큰 고려사항으로 나타났다. 즉 현재 파견노동을 사용하는 기업의 65%가 비용절감과 고용조정 등 인력관리를 원활하기 위한 것이고, 기업 외부로부터 전문인력을 확보할 필요성은 미미하다는 것이다. 결론적으로 기업이 일상적으로 확보하기 어려운 전문인력을 활용하기 위해 파견제가 필요하다는 주장은 거짓에 불과하다.

나아가 질병, 부상 등으로 일시적 고용의 필요성을 그 이유로 들고 있지만, 이 역시 직접고용을 하면서 예외적으로 일시적 고용의 객관적 필요성이 있는 경우에는 기간제 고용을 통해 해결하면 되는 것이므로 이 역시 파견고용을 허용해야 할 이유가 되지 못한다.

근로자파견법은 불법파견을 양성화한다는 명목으로 합법적인 중간착취를 용인하고 있으며 도급, 사내하청 등의 이름으로 불법파견을 양산하고 있으며 파견노동을 광범위하게 인정하고 있다. 그리고 이중적인 고용관계를 악용한 임금체불, 저임금, 파견계약의 일방적인 중도해지, 안전보건상의 책임소재 불분명으로 노동자들이 재해에 노출되어 있으며 이중적인 고용관계로 파견노동자의 노동3권이 박탈되어 있기 때문에 현행 파견법은 철폐되어야 한다. 파견법이 폐지되면 파견법의 시행으로 근로자 공급사업에 대한 규율이 제외된 것이므로 파견법이 폐지되면 파견은 근로자공급사업에서 다시 규율되어야 한다.

2) 불법파견을 비롯한 불법근로자공급의 효과적인 규제를 위한 사용사업주의 직접고용책임

① 개정안

직업안정법 제33조의3(직접고용) 이 법 위반의 근로자공급사업이 행해진 경우에는 공급을 받은 자가 당해 근로자를 직접 고용한 것으로 본다. 다만, 당해 근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우를 제외한다.

② 해설

위장도급형태로 이루어지는 불법파견 내지 불법 근로자공급사업에 대한 규제가 필요하다. 현재처럼 당해 행위에 대한 형사처벌로는 충분하지 않고, 파견근로자와 사용사업주간에 직접 고용관계를 의제하는 규정을 두어야 한다.

대송택 노조(사용사업주-대한송유관 공사), 하나로테크 노조(사용사업주-하나로통신) 등 불법파견이 문제가 된 대부분의 사업장이 겪게 되는 과정은 다음과 같다.

① 노조설립 → ② 불법파견 노동부 진정과 직접고용 요구(근로자파견법위반은 노동부 소관사항이 아니라 일반 경찰서에서 수사하고 있다) → ③ 노동부의 행정지도 수준의 시정지시(불법파견 인정, 향후 불법파견 중단, 2년 이상 직접고용 및 고용불안 야기 금지 등) → ④ 사용사업주는 용역업체 등과 도급계약 해지(“이제 더 이상 불법파견을 하지 못하게 하므로”라는 그럴듯한 이유를 들며) → ⑤ 용역업체에서는

이하에서는 파견제 사용에 관한 용역업체의 인식을 보여주는 하나의 지표로서 이 보고서를 자주 인용할 것이다. 노동부가 파견제의 실태에 대한 조사감독을 방기하다시피 하고 있는 상황에서 그나마 한국노동연구원의 실태 조사가 현실을 부분적으로 반영하고 있기 때문이다.

정리해고라는 형식으로 해고(아예 용역업체가 사라져 버리는 경우가 많다) → ⑥ 이후 직접고용 요구 투쟁 → ⑦ 사용사업주는 영업방해금지가처분, 형사고소 → ⑧ 구속, 장기투쟁으로 인한 생활의 어려움 등으로 노조 외해가 그것이다.

현재 하급심 판례는 “① 불법파견이 인정된다고 해도 사용사업주의 직접고용책임을 인정하기는 어렵다. ② 대상업무가 아닌 경우에는 근로자파견법 제6조 제3항(2년 경과 후 직접고용 간주)도 적용되지 않는다”는 입장이다. 법원은 해석을 통해 현실의 문제를 해결하는데 매우 소극적이기 때문에 이런 결론이 나온 것으로 보인다.

유일한 규제장치인 근로자파견법의 형사처벌도 대부분 벌금형 등에 그치기 때문에 현 상황은 “불법파견이 자유롭다”고 말해도 지나친 말이 아니다. 현재로서는 불법파견을 통해 얻는 경제적 이익의 향유주 체이자, 실질적인 근로조건의 결정권을 행사하는 사용사업주에게 직접고용책임을 지우는 입법조치가 유일한 대안이라고 할 수 있다.

이에 관한 입법례로는 무허가 불법 파견시 파견근로자를 사용사업주에게 직접 고용된 것으로 간주하는 독일의 경우를 참조할 수 있다.

[독일 관련법규정]

- 파견사업주가 근로자파견법에 따른 허가를 받지 아니한 경우에는 파견계약과 파견근로계약은 무효로 된다(법 제9조 제1호).

- 이와 같이 파견사업주와 파견근로자 사이의 계약이 제9조에 의해 무효로 되면 사용사업주와 파견근로자 간의 근로관계는 노무제공을 개시하기로 한 시점에서 성립한 것으로 한다. 사용사업주가 그 노무제공을 받아들인 후에 비로소 무효로 된 경우에 사용사업주와 파견근로자 사이의 근로관계는 무효의 효력이 발생한 때에 성립한 것으로 한다(법 제10조 제1항)

3) 근로자공급을 받은자에 대한 처벌규정 신설

① 개정안

직업안정법 제47조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 5년이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금에 처한다

1. 제19조제1항 또는 제33조제1항의 규정에 의한 등록을 하지 아니하거나 허가를 받지 아니하고 유료직업소개사업 또는 근로자공급사업을 한 자 및 그로부터 직업소개 또는 근로자공급의 역무를 제공받은 자

② 해설

현행 직업안정법에는 불법 근로자공급을 받은 자에 대한 처벌 규정을 두고 있지 않고, 파견법에는 파견대상이나 파견기간을 위반하여 파견근로자를 사용한 사용사업주에 대해서 처벌 조항을 두고 있는 바, 파견법 폐지에 따라 직업안정법상에 불법 근로자공급을 받은 자에 대한 처벌규정을 신설해야 한다.

4) 도급 등과 파견의 구별기준의 명확화

① 개정안

제33조의2 및 제33조의3을 각각 다음과 같이 신설한다.

제33조의2(도급 등과의 구별) ①근로자를 타인에게 제공하여 사용시키는 자는 다음 각호 모두에 해당하는 경우를 제외하고는 근로자공급사업을 행하는 자로 본다.

1. 계약의 목적·내용이 특정되어 있고 단순히 노동력의 공급을 목적으로 하는 것이 아닌 경우
 2. 다음 각목의 사항에 관하여 도급인 또는 위임인의 사업과 독립적으로 스스로 결정하고 직접적으로 지시·관리하는 등 노동력을 스스로 직접 이용하는 경우
 - 가. 업무수행방법·업무수행결과 평가 등에 관한 사항
 - 나. 휴게시간·휴일·휴가·사업 및 종업시간·연장근로 등에 관한 사항(근로시간 관련사항의 단순한 파악은 제외한다)
 - 다. 배치결과 그 변경 및 복무상 규율·채용 및 해고·인사이동과 징계에 관한 사항
 - 라. 도급인 또는 위임인과 구별되는 독자적 사업목적에 따른 작업조직 및 작업수행방식
 3. 다음 각목에 해당되는 경우로서 도급인 또는 위임인으로부터 독립하여 업무를 처리하는 경우
 - 가. 소요자금을 전부 자기 책임 하에 조달·지급하는 경우
 - 나. 민법·상법 기타 법률에 규정된 사업주로서의 모든 책임을 부담하고, 그 근로자에 대하여 법률에 규정된 사용자로서의 모든 의무를 다하는 경우
 - 다. 자기 책임과 부담으로 제공하는 기계·설비·기재(업무상 필요한 간단한 공구는 제외) 또는 자재를 사용하거나, 스스로의 전문적인 기획과 기술에 따라 업무를 처리하는 경우로서 단순히 근로자의 노동력을 제공하는 것이 아닌 경우
 - 라. 계약에 대한 보수가 수급인의 근로자의 수·근로시간 등을 기초로 산정되는 것이 아닌 경우
- ②제1항의 각호에 해당하는 것으로 보이는 경우에도 그것이 법의 규정을 위반하는 것을 면하기 위하여 고의로 위장된 것인 때에는 근로자공급사업을 행한 것으로 본다.

② 해설

현재 근로자공급사업, 파견과 도급 등의 구별 기준에 대해서는 「국내근로자공급사업허가관리규정」(개정 1995. 2. 15. 노동부 예규 제259호)와 「근로자파견사업과도급등에의한사업의구별기준에관한고시」(1998. 7. 20. 노동부 고시 제98-32호)가 운영되고 있는데, 실제 위 기준에 입각한 불법 근로자공급사업이나 불법 파견에 대한 관리감독이 이루어지지 않고 있다. 따라서 위 기준을 법규적 효력이 없는 예규나 고시의 형태가 아니라 직업안정법이나 동법 시행령에 규정하고 그 내용을 강화하여 실질적인 관리감독이 이루어지도록 해야 한다.

5) 권한과 책임을 일치시키는 사용자 개념 규정

① 개정안

근로기준법

② 근로계약의 체결 여부와 상관없이 당해 근로자의 근로조건 등의 결정에 대하여 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자도 사용자로 본다.

노조법 제2조제2호에 후단 신설

2. 근로계약의 체결 여부와 상관없이 당해 근로자의 근로조건 등의 결정에 대하여 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자도 사용자로 본다.

② 해설

간접고용과 관련하여 노동법상의 사용자개념의 정상화가 중요한 의미를 가진다. 사용사업주가 경제적 이익의 귀속 주체이기도 하면서 해당 노동자의 근로조건에 대한 실질적 권한을 가지고 있으므로 이에 대한 책임 또한 마땅히 져야 할 것이다.

간접고용 사업장에서 노조가 결성되면 사용사업주(원청업체, 건물주 등)는 이를 이유로 도급계약을 해지하거나 용역업체를 압박하는 경우가 많다. 노조가 실질적인 근로조건 결정권이 있는 사용사업주를 상대로 단체교섭 요구를 하면 “사용자가 아니다. 근로계약을 체결하고 있는 용역업체에 알아 보라”고 하고 용역업체를 상대로 단체교섭을 요구하면 “모든 결정권이 사용사업주에게 있는데 우리가 무슨 힘이 있느냐”고 하소연한다. 도급계약이 해지되거나 실질적인 교섭이 이루어지지 않으면 노조는 그 조직을 유지하기가 힘들게 된다.

위장노무도급(즉 도급 등의 형식을 가장한 근로자공급사업)의 경우에 해당 노동자는 공급을 받은 자에게 직접 고용된 것으로 간주하는 규정을 둬으로써 해결할 수 있지만, 동시에 근기법상의 사용자개념을 확대하는 방법도 유효할 것이다.

불법적 근로자공급사업으로까지 보기 어려운 도급 및 사외파견(출향) 등 복합적·중층적 고용관계의 경우에도 매우 필요하다. 특히 수급업체와 같은 중간매개자의 사용자성을 완전히 부정하기는 어렵지만, 사용사업주의 해당근로관계에 대한 지배력이 실제로 중요한 경우에 있어서는 근기법상으로는 사용자책임의 중첩적 부담이 필요하고 노조법상으로 부당노동행위의 주체, 단결권을 용인하고 단체교섭에 응할 의무를 지는 사용자로서 책임을 지을 필요가 있다.

이 부분 역시 법원이 해석을 통해 현실의 문제를 해결해야 마땅하나, 현재는 형식적인 근로계약체결의 상대방이 누구인가에만 집착하고 있으며 근로계약이 형해화에 이르지 않고는 사용사업주의 사용자책임을 부정하고 있으므로 적극적인 입법조치가 필요한 것이다.

6) 도급·위탁계약 해지를 부당노동행위의 한 유형으로 명문화

① 개정안

제81조(부당노동행위) 사용자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위(이하 “부당노동행위”라 한다)를 할 수 없다.

1. 근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 노동조합을 조직하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 도급·위탁계약 등을 해지하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위
5. 근로자가 정당한 단체행위에 참가한 것을 이유로 하거나 또는 노동위원회에 대하여 사용자가 이 조의 규정에 위반한 것을 신고하거나 그에 관한 증언을 하거나 기타 행정관청에 증거를 제출한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 도급·위탁계약 등을 해지하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위

② 해설

하청업체에서 노동조합이 설립되는 경우에 원청회사가 도급계약이나 위탁계약을 해지하는 방법으로 해당 하청업체에 불이익을 주거나, 폐업하게 만들어 노조활동을 봉쇄하는 경우가 흔히 있게 된다. 이러한 행위도 부당노동행위에 해당한다는 것을 명문으로 규정할 필요가 있다.

라. 특수고용 노동권 보장

(1) 현행법

근로기준법 제14조(근로자의 정의) 이 법에서 “근로자”라 함은 직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자를 말한다.

노조법 제2조(정의)제1호는 “1. “근로자”라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다.”

(2) 개정안

1) 근로자의 정의

근로기준법 제14조에 제2항 신설

②근로계약을 체결하지 않은 자라 하더라도 특정사용자의 사업에 편입되거나 상시적 업무를 위하여 노무를 제공하고 그 사용자 또는 노무수령자로부터 대가를 얻어 생활하는 자는 근로자로 본다.

노동조합및노동관계조정법 제2조제1호에 후단 신설

....., 근로계약을 체결하지 않은 자라 하더라도 특정사용자의 사업에 편입되거나 상시적 업무를 위하여 노무를 제공하고 그 사용자 또는 노무수령자로부터 대가를 얻어 생활하는 자는 근로자로 본다.

2) 사용자의 정의

근로기준법 15조 제2항 신설

② 근로계약의 체결 여부와 상관없이 당해 근로자의 근로조건 등의 결정에 대하여 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자도 사용자로 본다.

노조법 제2조 제2호에 후단 신설

2. 근로계약의 체결 여부와 상관없이 당해 근로자의 근로조건 등의 결정에 대하여 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자도 사용자로 본다.

(3) 해설

위장 자영업자 형태의 근로는 사용자가 노동법의 적용을 회피하기 위하여 사실상으로는 기업의 필수적인 업무에 해당함에도 불구하고 직접 고용하는 형태를 취하지 않고 근로자로 하여금 사업자등록을 하게 하고 도급, 위탁 등의 형식으로 노동력을 이용하고 대가를 지급하는 방식을 말한다. 노동법상의 근로자에 해당하는지 여부가 문제로 되는 보험모집인, 골프장 경기보조원, 학습지 교사, 레미콘 운송기사, 화물 운송기사, 구성작가 등 이에 해당한다.

이러한 위장 자영업자 형태의 근로자는 실질적으로 사용자의 사업에 편입되어 사용자에게 근로를 제공하고 그 대가로 지급 받는 급여를 유일한 생계의 원천으로 하므로 근로자에 해당함에도 형식적으로는 자영업자로서의 외양을 띠고 있기 때문에 노동법의 보호영역 밖에 방치되어 있다. 따라서 이들을 노동법상의 근로자로 인정하여야 할 것이다.

위장 자영업자 형태의 근로자의 문제는 사실 현행 근로기준법의 해석을 통하여 충분히 근로기준법상의 근로자에 해당하는 것으로 보아 근로기준법을 적용하는 것이 가능하다. 그러나 대법원이 사실상의 사용 종속관계설의 입장에서 근로기준법상의 근로자 개념을 지나치게 협소하게 해석함으로써 위장자영업자 형태의 근로자의 대부분을 근로기준법의 보호에서 배제하고 있으므로, 이에 근로기준법의 근로자정의 규정에서 위장 자영업자 형태의 근로자에 대하여 명문으로 규정하는 것이 필요하다.

사용자의 개념 역시 형식적인 근로계약 체결의 상대방에 국한해서는 안된다. 특수고용 노동자의 근로자성이 인정되더라도 노동법상 책임을 질 사용자가 없다면 아무런 실효를 거둘수 없을 것이기 때문이다. 따라서 사용자 개념 역시 위와 같이 개정되어야 한다.

마. 최저임금 전체 노동자 임금 수준의 50% 이상으로

(1) 현행법

제4조(최저임금의 결정기준과 구분) ①최저임금은 근로자의 생계비, 유사근로자의 임금 및 노동생산성을 고려하여 사업의 종류별로 구분하여 정한다.

(2) 개정안

제4조(최저임금의 결정기준과 구분)

①최저임금은 근로자의 생계비, 유사근로자의 임금 및 노동생산성을 고려하여 사업의 종류별로 구분하여 정한다. 단 최저임금은 전체노동자 임금 평균의 50% 이하가 되어서는 아니된다.

②(현행과 같음)

③제1항의 규정에 의한 전체근로자 평균임금의 산정기준과 절차, 산정방법 등 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

(3) 해설

현행 최저임금법 제4조는 최저임금 수준의 결정기준으로 근로자의 생계비, 유사근로자의 임금, 노동생산성을 제시하고 있는데, 우리나라의 최저임금은 실제로 이상의 3요소에 의해 결정되고 있다고 보기 어렵다. 매년 최저임금 결정과정에 뒤풀이되는 노사간의 불협화음과 공익위원의 자의적 판단으로 결정되는 편의적 결정방식을 객관화해야 할 필요가 있다.

현재 각국의 최저임금결정기준은 ① '절대적 저임금 해소'를 목적으로 하는 생계비에 비해 '상대적 저임금 해소, 임금격차 축소, 소득분배구조 개선'이라는 좀더 포괄적인 목적에 충실할 수 있고, ② 최저임금 수혜자 수, 최저임금 영향률, 직접 임금비용 등 각종 지표를 종합적으로 검토할 수 있으며, ③ 생계비와는 달리 그 산정방식이나 금액을 둘러싼 논란이 불필요하기 때문에 '비교 가능한 임금' 즉 '임금평균(또는 중위임금) 대비 최저임금'을 가장 많이 사용하고 있다.

예를 들면 OECD는 상대적 빈곤선(저임금)을 '상용직 중위임금의 2/3로 정의하고 있으며, 프랑스, 네덜란드, 벨기에, 룩셈부르크 등 서유럽 국가는 상용직 중위임금의 1/2~2/3 사용하고 있다. 그리고 미국, 캐나다, 일본 등은 상용직 중위임금의 40~50% 수준에서 최저임금을 정하고 있다.

우리나라의 법정 최저임금이 노동자의 생활안정과 저임금 해소라는 목적을 달성하기에도 너무 낮은 수준으로 책정되어 있다. 최저임금의 결정이 절대적 상대적 의미의 저임금 해소 및 소득 불평등 구조 개선에 부합되기 위해서는 선진 각 국에서 사용하는 방식과 같이, 전체 노동자의 임금수준에 대비한 적정 소득 불평등 개선비용에 의해 결정되도록 제도화해야 한다.

따라서 개정안에서는 최저임금은 전체노동자 임금 평균의 50% 이하가 되어서는 안되도록 법정하고 여기서 전체 노동자의 평균임금의 산정기준과 절차, 산정방법 등 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하였다.

바. 명예근로감독관 제도 등 근로감독 강화방안

(1) 현행법

없음

(2) 개정안

근로기준법 제109조의2를 신설

제109조의2(명예근로감독관) ①노동부장관은 근로감독활동에 대한 참여와 지원을 촉진하기 위하여 근로자·근로자단체 및 사업주단체에 소속된 자 중에서 명예근로감독관을 위촉할 수 있다.

② 사업주는 명예근로감독관으로 정당한 활동을 수행한 것을 이유로 당해 명예근로감독관에 대하여 불이익한 처우를 하여서는 아니 되며, 노동부장관은 명예근로감독관의 활동지원을 위하여 수당 등을 지급한다.

③명예근로감독관은 다음 각호의 권한을 가진다.

1. 노동관계법령위반여부를 확인하기 위한 사업장 방문 및 사용자와 근로자의 의견청취
2. 근로감독관이 행하는 사업장 감독 및 조사에의 참여
3. 법령위반사실이 있는 경우 사업주에 대한 개선요청 및 감독기관에의 신고
4. 법령개선 건의

④제106조 및 제107조의 규정은 명예근로감독관에도 적용된다.

⑤제1항의 규정에 의한 명예근로감독관의 수 및 위촉방법 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

근로기준법 제117조의2를 신설

제117조의2(상습범 등)

①상습적으로 제30조·제36조·제42조 또는 제55조의 규정을 위반한 자는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

② 위장청산 또는 위장법인의 설립 등 위계를 이용하여 제1항의 각 해당 조를 위반한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

노조법 제90조의2(상습부당노동행위 등)

① 상습으로 제81조의 규정을 위반한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

② 노동조합 탈퇴중용·근로계약해지·도급계약 해지 등의 방법을 이용하여 제81조의 규정을 위반한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

(3) 해설

대다수 비정규, 영세사업장 노동자들은 법의 사각지대에서 방치되어 있다. 이에 따라 노동행정에 대한

노동자들의 불신은 매우 높은 상태이다. 이러한 상황은 비정규 노동자 보호관련 법제의 개선이 이루어진다고 해도 시급히 개선이 필요한 부분이다.

현재 정부의 노동행정력이 미치지 못하는 공백을 메우기 위해서 명예산업안전감독관 제도와 명예고용평등감독관 제도가 이미 시행되고 있다. 노동현장에서 산업안전보건과 고용평등에 대한 상시적 감시 감독 기능이 절실히 요구되었던 때문이다. 비정규 노동자의 노동조건과 법적 보호가 시급한 상황에서 명예근로감독관제의 도입은 매우 절실하고 의미있다.

정부의 근로감독관수의 대폭적인 확대 등 정부의 의지가 행정력의 강화로 나타나야 하지만 이는 매우 요원하고 단순히 근로감독관의 확충으로만 해결될 문제도 아니다. 근로감독관을 대폭 증원함과 함께 명예근로감독관 제도를 신설하여야 한다.

개정안은 노동부장관은 근로감독활동에 대한 참여와 지원을 촉진하기 위하여 근로자·근로자단체 및 사업주단체에 소속된 자 중에서 명예근로감독관을 위촉할 수 있도록 하고, 사업주는 명예근로감독관으로 정당한 활동을 수행한 것을 이유로 명예근로감독관에 대하여 불이익한 처우를 해서는 안된다.

개정안에 따르면 위촉된 명예근로감독관은 첫째, 노동관계법령위반여부를 확인하기 위한 사업장 방문 및 사용자와 근로자의 의견을 청취할 수 있고, 둘째, 근로감독관이 행하는 사업장 감독 및 조사에 참여할 수 있으며, 셋째, 법령위반사실이 있는 경우 사업주에 대한 개선요청 및 감독기관에 신고할 수 있는 권한이 있다. 그리고 활동의 결과를 모아 노동부장관에게 법령개선의 건의를 할 수 있는 권한을 부여하였다.

또한 개정안은 상습적으로 부당해고 등 징계(제30조), 임금 및 퇴직금 체불(제36조, 42조, 55조)행위를 하는 사용자는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중하도록 하고, 위장청산 또는 위장법인의 설립 등 위계를 이용하여 부당해고나 임금 및 퇴직금을 지급하지 않는 사용자는 1년 이상의 유기징역에 처하도록 하였다. 이는 이러한 행위가 현실에서 계속 반복되고 있음에도 검찰의 불공정한 법집행으로 인하여 늘 100여만원 남짓의 벌금형이라는 가벼운 처벌로 그치는 것을 개선하고자 함이다.

그리고 부당노동행위에 대해서도 상습으로 부당노동행위(제81조)를 행하는 자는 1년 이상의 유기징역에 처하도록 하고, 상습적이 아니더라도 노동조합 탈퇴종용·근로계약해지·도급계약 해지 등의 방법을 이용하여 부당노동행위를 한 사용자는 1년 이상의 유기징역에 처하도록 하였다. 부당노동행위에 대한 형사처벌의 실효성을 확보하기 위한 조치이다.

집회와 결사의 자유

I. 집회와 시위의 자유

1. 집회와 시위의 자유를 보장하는 방향으로 집시법 개정

▶ 필요성

- 헌법은 제21조에서 집회와 시위 등으로 구현되는 표현의 자유를 다른 기본권들보다 상위에 두는 우월적 지위를 인정하고 있음. 그러나 이러한 헌법원칙에도 불구하고 현행 집시법은 어떠한 위험 발생가능성의 존재만으로 집회와 시위를 제한할 수 있도록 하고 있을 뿐 아니라, 그 판단의 주체나, 절차, 요건 등에 대하여도 별다른 제약을 가하지 않은 채 행정청인 경찰서장의 재량적 판단에 일임하고 있는 구조를 취함으로써 헌법규정과 정면으로 배치되는 양상을 띠고 있음
- 집회의 자유가 현대사회에서 수행하는 기능은 건전한 여론형성과 여론표현의 수단 혹은 문화생활의 한 과정으로서의 의미, 국민의 정치적·사회적·문화적 의사형성의 과정에 순기능을 수행하고 특히 대의제민주주의를 근간으로 하는 현대정치사회에 있어서는 집회의 자유는 주로 대의과정에서 누락되거나 간과되는 소수자·민중의 이해관계를 표출하고 이를 정치과정에 투입시킴으로써 그것을 보완하는 기능을 수행하며, 궁극적으로는 국가로부터 자유롭고 자율적인 시민사회 내지는 생활영역을 형성하고 발전시키는 전제로서 작용하고 있음. 뿐만 아니라 집회를 통하여 자신의 사회적 정체성을 모색하는 계기를 마련하고 이로써 인격의 실현(제10조), 민주주의 및 국민주권의 실현(제1조)라는 점에서 헌법적 의미를 가지고 있음. 그러나 위헌적인 집시법으로 인하여 위와 같은 기능을 수행하는 집회와 시위의 자유는 단지 경찰서장의 재량적 허가사항으로 전락할 위기에 놓여 있음

▶ 추진전략

- 1-1. 집시법 적용의 대상이 되는 옥외집회의 개념정의를 명확히 함
- 1-2. 불필요한 신고사항의 대폭축소
- 1-3. 긴급집회와 우발적 집회 보호를 위한 명문규정 도입
- 1-4. 금지·제한통고의 남용 : 법원의 결정에 의해서만 금지통고와 제한통고가 가능하도록 재량권 남용 방지책 마련

- 1-5. 집시법 제5조 제1항 제2호 삭제 : 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회인지 여부를 객관적으로 판단하는 것을 불가능하고 결국 경찰의 주관적 판단이므로 이 부분은 삭제
- 1-6. 위장집회신고 문제 : 동시집회 보장, 악의적인 위장집회신고에 대하여는 형사처벌 검토
- 1-7. 야간 집회 : 질서유지인을 두는 것을 추가요건으로 하는 것외에 주간집회와 동일하게 보장
- 1-8. 소음규제 조항 : 무차별적용으로 사실상 집회봉쇄 결과 초래하므로 삭제
- 1-9. 외교기관, 청와대, 국회, 법원 등 금지장소규정
 - 1-9-1 헌법재판소 공관 등 숙소에 불과한 공관들은 삭제하고 주거지역과 동일하게 보호함
 - 1-9-2 국회, 법원, 청와대, 헌법재판소 : 외교기관에 관한 헌법재판소 결정 취지를 고려하여 소규모, 휴일, 당해기관을 대상으로 하지 않는 경우는 제한을 못하게 함 / 그 외 제한을 하는 경우에도 50미터내로 축소하고 금지가 아닌 제한만 가능하도록 함
 - 1-9-3 외교기관과 그 외교사절의 숙소 : ‘...기능이나 안녕을 침해할 우려가 없다고 인정하는 때’라는 부분은 삭제하고 ‘당해 외교기관의 안녕을 침해할 명백한 위험성이 존재하는 경우에 한하여 50미터내에서 금지 또는 제한할 수 있도록 개정
- 1-10. 주요도시 주요도로 집회금지 규정 : 조건을 붙여 제한통고만 가능하도록 개정
- 1-11. 주거지역, 학교지역, 군사시설 : 군사시설과 학교주변지역은 이전처럼 삭제, 주거지역은 조건을 붙여 제한만 가능하도록 개정
- 1-12. 경찰의 집회장소 출입과 개입 : 주최자의 동의를 얻지 않고는 사진, 비디오 촬영, 녹음, 차량번호판 기록을 못하게 금지
- 1-13. 형사처벌 조항의 개정 : 미신고 집회에 대한 형사처벌 규정삭제하고 과태료로 대체, 단순집회참가자에 대한 징역형 삭제, 의식적인 질서유지선 침범행위만 처벌, 단체 대표자라도 직접 관여한 경우에만 주최자로 처벌

▶ 근거 및 외국사례

- 헌법제 21조. 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바83, 67(병합) 결정
- 독일 집회법, 미국 판례법 등에서 집회와 시위의 자유를 표현의 자유의 영역으로 보고 보호하고 있음

▶ **관련기관** : 행정자치부, 경찰청, 법무부

2. 경찰당국의 군사적 대응방식과 구조의 개선

▶ **필요성**

- 집회현장에서 경찰의 개입방식에 상당한 문제가 있음. 현장에는 늘 집회참가예정인원의 1.5배의 병

력이 배치되고 집회참가자들에게 위압감을 주고 있음. 경찰버스로 아예 집회장소를 에워싸는 일도 빈번함. 이들 병력은 형식적인 신분만이 경찰일 뿐 그 훈련방법, 영내생활, 나이 등에 비추어 사실상 군인이라고 해도 과언이 아님. 특히 서울시경찰청 기동단 1001, 1002, 1003 부대는 특별히 차출된 경찰들로 구성되는 병력으로 폭력이 문제된 사건에는 늘 개입한 것으로 드러나고 있음.

- 과도한 정보취득활동과 10여분 간격으로 보고작성되는 정보상황보고서는 집회자체가 국가권력의 일방적인 감시체계하에 놓여 있음을 보여줌. 나아가 자의적으로 작성된 정보상황보고가 재판과정에서 증거로 제출되어 심증형성과 직접증거로 활용되고 있음
- 사소한 신고사항 위반, 미신고 물품 등의 소지, 미신고 평화 집회 등에까지 경찰병력이 개입하여 해산명령을 내리고 물리력을 동원하여 직접해산을 하고 있음

▶ 추진전략

- 2-1. 전투경찰, 의무경찰 병력의 집회현장 배치 금지, 꼭 필요한 경우에도 원거리 배치
- 2-2. 전투경찰, 의무경찰 병력의 조정 : 대폭 축소, 민생치안에 투입, 부족한 군병력으로 전환
- 2-3. 정보상황보고서 작성 금지, 각종 정보취득활동 금지
- 2-4. 경찰버스로 집회장소를 에워싸서 주변시민과 참가자들을 분리하는 행위 금지
- 2-5. 사소한 신고사항의 위반, 미신고 평화집회, 미신고 물품 소지 등을 빌미로 해산명령과 물리적 해산 행위의 중단

▶ 근거 및 외국사례

- 헌법제 21조, 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바83, 67(병합) 결정
- 독일 집회법, 미국 판례법 등에서 집회와 시위의 자유를 표현의 자유의 영역으로 보고 보호하고 있음. 외국의 경우에는 예외적인 경우가 아닌 한 우리와 같이 늘 현장에 경찰병력을 배치하고 있지 않음. 그리고 그 경찰병력의 신분도 정규교육과 훈련을 받은 경찰관이 아니라 우리처럼 사실상 군인병력이 아님

▶ **관련기관** : 행정자치부, 경찰청, 법무부

3. 언론의 보도태도 개선과 사회일반의 인식제고

▶ 필요성

- 언론과 방송에 비친 집회와 시위는 늘 교통불편, 폭력의 이미지로 보여지고 있음. 그 집회와 시위에서 주장되는 내용이나 그와 같은 일이 왜 발생하는 지에 대하여는 보도되지 않음. 더구나 집회와 시위의 자유가 가지는 의의와 다소간 불편에 대하여 우리 사회가 수인해야 한다는 점에 대하여는 전

혀 언급이 되지 않고 있음

○ 사회일반의 인식이나 법원의 태도 역시 집단적인 표현의 자유인 집회에 대한 부정적 인식이 강함

▶ 추진전략

- 3-1. 언론이 사회적 소수자나 약자들의 목소리를 충실히 반영해야 함
- 3-2. 집회보도시 주장 내용과 집회를 하는 이유를 중심으로 보도, 교통문제는 길안내 중심으로 보도
- 3-3. 국가인권위원회는 집회와 시위의 자유에 대한 국민인식의 제고를 위한 각종 권고와 활동전개
- 3-4. 법원도 집회의 자유에 대한 인식전환 필요

▶ 근거 및 외국사례

- 헌법제 21조
- 프랑스의 경우에 관용의 정신에 따라 다른 사람들이 자신의 권리를 주장함에 따라 자신이 다소 불편을 겪더라도 이를 당연한 것으로 받아들이는 의식이 있음

▶ 관련기관 : 국가인권위원회, 대법원

II. 결사의 자유

1. 비정규 노동자들의 노동기본권 보장을 위한 입법적 개선

▶ 필요성

- 경제활동인구조사 부가조사(2004년 8월)를 분석한 결과 비정규직은 2003년 8월 784만명(임금노동자의 55.4%)에서 2004년 8월 816만명(임금노동자의 55.9%)으로 31만명(0.5%) 증가했음.
- 여성의 경우 정규직이 30.8%, 비정규직이 69.2%로 10명중 7명이 비정규직으로 조사되었음. 한편 현재 비정규직의 노조조직율은 25만명으로 3.1%에 불과하고 상용직 풀타임 중위임금의 2/3이하에 해당하는 저임금 계층은 전체노동자 47.9%에 해당하는 699만명이고 이중 비정규직이 568만명으로 69.7%의 비정규직, 즉 10명중 7명이 저임금계층에 속하는 것으로 나타나고 있음.
- 정규직과 비정규직 사이에 노동조건 격차는 정규직을 100으로 할 때 비정규직 월임금총액은 51.9%, 시간당 임금은 53.0%로 나타나고 있음. 직장에서 사회보험(국민연금·건강보험·고용보험) 가입률은 정규직은 81~97%인데, 비정규직은 30~33%, 퇴직금·상여금·시간외수당·유급휴가를 정규직은 81~99% 적용받지만, 비정규직은 14~19%만 적용받고 있음.
- 그 근본적인 원인은 비정규직 노동자들이 상시적인 고용불안과 현실에서 노동기본권이 보장되고 있지 못하기 때문임. 특히 단결권 등 노동조합을 통한 노동조건 개선이 불가능한 상황임

▶ 추진전략

1. 차별 : 동일가치노동동일임금 규정의 도입
2. 기간제 노동 : 객관적인 사유가 있는 경우에만 사용가능하도록 사유제한 도입, 아울러 기간도 제한
3. 파견노동 : 근로자파견법의 폐지, 직업안정법에 불법파견시 사용사업주이 직접고용간주조항 도입과 사용사업주 처벌조항 신설, 실질적 지배력이 있는 사용자의 노동법상 책임 명문화, 도급계약해지 등을 통한 부당노동행위 명시
4. 단시간 노동 : 명목상의 단시간노동 규제 및 보호조항을 법률에 규정
5. 특수고용 노동 : 근로기준법 및 노동조합및노동관계조정법상의 근로자, 사용자 개념의 확대를 통한 노동법적 보호 부여

▶ 근거 및 외국사례

- 헌법 제 33조 제34조
- 프랑스, 독일 등의 유럽국가의 경우, 정규직과 비정규직간의 균등대우 원칙이 법률로서 명문화되어 있음. 또한 객관적 사유가 있는 경우에만 기간을 정한 근로계약을 체결할 수 있게 함으로서 비정규직 사용을 제한하고 있음. 특수고용 노동자에 대한 노동권이 해석에 의해 당연히 보장되고 있음

▶ 관련기관 : 노동부, 노사정위원회