

# 독일 집회법상 복면금지의 의미\*

주 현 경\*\*

## I. 들어가며

### 1. 연구의 목적 및 논의의 순서

이른바 ‘복면시위금지법’이 화두이다. 2015년 11월 국무회의에서 복면시위 금지에 대한 언급이 있자마자, 다음날인 2015년 11월 25일 새누리당 정갑윤 의원 등 32인은 불법폭력집회에서 신원확인을 방해할 수 있는 복면착용을 금지하는 “집회 및 시위에 관한 법률(이하 ‘집시법’이라 한다) 일부개정법률안(의안번호: 1917879)”을 발의하였다. 이후 같은 회기의 이노근 의원 등 11인이 발의한 집회 및 시위에 관한 법률 일부개정법률안(의안번호:1917892) 및 박인숙의원 등 11인 발의의 같은 법 일부개정법률안(의안번호: 1918194) 역시 집회에서 신원확인을 어렵게 하는 복면도구 등을 착용하는 행위를 금지할 것을 제안하고 있다. 동 법률안은 모두 19대 국회의 임기만료로 폐기되었으나, 복면금지를 요구하는 목소리 자체까지 사라졌다고 보기는 어려울 것이다.

한편, 복면시위를 금지하자는 논의에서 주되게 제시되고 있는 선진 외국의 사례 중 하나가 바로 독일의 연방 집회 및 행진에 관한 법률(Gesetz über Versammlungen und Aufzüge: Versammlungsgesetz: VersammlG, 이하 ‘독일 연방 집회법’이라 한다)이다. 따라서 독일 집회법에서 어떠한 방식으로 복면 시위를 금지하고 있는지, 그리고 왜 이러한 행위를 규제하려 하는지를 살펴보는 것은 우리 법제에서의 시사점을 획득한다는 점에서 연구과제로 다루어 볼 가치가 있다.<sup>1)</sup>

\* 투고일자 : 2016. . 심사일자 : 2016. . 게재확정일자 : 2016. .

\*\* 법학박사, 충남대학교 법학전문대학원 조교수

1) 그 외 프랑스, 오스트리아, 스위스 등의 법제에 대하여 배종대·조성용, “시위형법의 형사정책 -선진 각국의 시위관련법을 중심으로-”, 고려법학 제37호, 2001, 11면 이하; 이성용, “집시법상의 복면시위 금지”, 한국경찰연구 제7권 제2호, 2008, 102면 이하; 최병각, “복면시위의 금지·처벌과 그 한계”, 경찰법연구 제8호, 2008, 29면 이하; 전하선, “프랑스 복면금지법과 헌법재판소 결정에

아래에서는 독일 연방 집회법상의 복면금지 규정이 우리에게 주는 시사점을 찾기 위해 첫째, 연방 집시법의 현재 법조항의 내용 및 해석방법을 살펴보고(아래 II), 이러한 규정이 생기게 된 입법과정 및 입법의도를 살핀 후(아래 III), 독일 집시법상 복면금지 규정과 관련하여 최근 쟁점화되고 있는 판례와 비판점 등을 다룸과 동시에 한국 법제에 대한 시사점을 찾아보려 한다(아래 IV).

## 2. 연구 대상

### 1) 신원확인 방해 목적의 치장행위

일반적으로 ‘복면 시위’라 불리우는 이 행위는 독일법상으로는 집회 등에서 “신원 확인 방해 목적의 치장행위”를 하는 것이라 표현되고 있다. 이와 비교하여 일반적으로 복면착용이란 이러한 치장행위의 한 가지로서 얼굴 전부 또는 일부를 형질 따위로 싸서 가리는 데에 쓰는 수건이나 보자기와 같은 물건을 착용하는 행위를 뜻한다. 그러므로 ‘복면 금지’라는 단어는 단순히 복면만으로 신원확인을 방해하는 행위만을 뜻하여 전체 금지행위를 포괄하지는 못한다. 그러나 독일법에서도 신원확인 방해 목적의 치장행위에 대한 표제어를 ‘복면금지(Vermummungsverbot)’라 일컫고 있으므로, 이 글에서는 복면 금지라는 표현 역시 신원확인 방해 목적의 치장행위와 동일한 뜻으로 쓰기로 한다.

### 2) 연방 집회법과 주 집회법

독일은 연방주의를 채택하고 있는 국가이며, 집회법의 내용은 예전에는 연방의 경합적 입법 대상이어서 연방 집회법만 존재하였으나,<sup>2)</sup> 2006년 이후 각 주가 입법권을 가지게 되었다.

그러나 이 글에서는 이러한 권한 이동에도 불구하고 독일 연방법상의 집회법을 다루려 한다. 그 이유는 첫째, 아직 고유의 집회법을 제정한 주가 4개에 불과하여, 이외의 주에서는 아직 연방법이 효력을 발휘하고 있다는 점, 둘째, 각 주의 집회법에서 규

관한 연구”, 외법논집 제37권 제3호, 2013, 3면 이하 등을, 미국의 법제에 대하여 이관희·강태수, 우리의 집회·시위제도 발전방안 모색을 위한 각국의 집회·시위제도 비교고찰, 치안연구소 연구보고서, 1995, 35면 이하; 최병각, 같은 글, 30면 이하 참조. 그 외 전반적인 불법집단행동에 대한 비교법적 분석으로 이용, 불법집단행동 규율의 비교법적 분석 - 우리나라와 주요선진국의 법집행기관 및 사법부의 태도 비교, 법무연수원, 2015 참조.

2) 경합적 입법에 대하여 Hesse(콘라드 헷세)/계희열 역, 통일 독일헌법원론, 제20판, 박영사, 2001, 151면.

정하는 신원확인 방해 목적의 치장행위 금지 규정은 기존의 연방법과 본질적 측면에서 유사하다는 점 때문이다.<sup>3)</sup>

## II. 독일 집회법상 신원확인 방해 목적의 치장 금지

### 1. 독일 기본법상의 집회의 자유와 제한

집회의 자유를 규정하고 있는 독일기본법 제8조 제1항에 따르면 “모든 독일인은 신고나 허가 없이 평온하게 그리고 무기를 휴대하지 않고 집회할 권리를 가진다.” 이어 제2항에서는 옥외 집회를 제한하는 내용을 담고 있는데, “이 권리는 옥외집회의 경우에는 법률에 의하거나 법률에 근거하여 제한될 수 있다.”고 한다. 즉, 독일 기본법은 옥내 집회와 옥외 집회에 대한 제한 방법을 구분하고 있다. 옥내 집회의 제한에 대하여는 법률 유보가 불가하며 오로지 직접 헌법에 의해서만 제한할 수 있고, 이에 반하여 옥외 집회의 경우 집회참석자와 충돌하는 타인의 이익을 고려할 필요성 때문에 법률에 의한 제한이 가능하다.<sup>4)</sup>

이에 따라 독일 연방 집회법은 제20조에서 옥외 공공집회 및 시위에 대하여 규정하고 있는 동법 제3장(제14조 내지 제20조)에서 독일 기본법상의 집회의 자유라는 기본권을 제한할 수 있다고 규정하고 있다. 이 글에서 살펴볼 신원확인 방해 목적의 치장행위를 금지하는 내용 역시 이 장의 옥외 공공집회에서의 금지행위 중 한 가지이다. 그 구체적인 제한 내용은 다음과 같다.

### 2. 연방 집회법상 신원확인 방해 목적의 치장 금지

#### 1) 신원확인 방해 목적의 치장금지

옥외 공공집회 및 시위에 대하여 규정하고 있는 독일 연방 집회법 제3장 중 독일 집회법에서 복면금지(Vermummungsverbot)를 규정하고 있는 조항은 제17a조 제2항이다. 이에 따르면 신원확인을 방해할 목적으로 그러한 치장을 하고 옥외 대중집회, 시위, 기타 옥외 공공행사에 참여하는 행위(제1호) 및 동 행사장소 또는 행사로 향하는 길에 상황에 따라 신원을 방해할 수 있는 물건을 휴대하는 행위(제2호)는 금지된

3) 연방 집회법과 주 집회법의 관계 및 각 주의 입법현황에 대해서는 아래 II. 4에서 좀 더 자세히 다룬다.

4) Scheidler/서정범 역, 바이에른 집회법, 세창출판사, 2010, 5면; 옥외 집회의 제한 가능성에 대하여 BVerfGE 69, 315(348).

다. 이 조항의 보호법익은 공공의 안전이다.<sup>5)</sup>

독일 집회법상 신원확인 방해 목적의 치장행위로는 얼굴을 알아볼 수 없게 하는 방법 또는 얼굴을 가리는 방법을 들 수 있다. 알아볼 수 없게 하는 방법으로는 페인팅(광대분장), 가짜 수염·가짜 코 붙이기 등의 방법을 들 수 있고, 얼굴을 가리는 방법은 가면, 전체·부분 마스크 착용, 모자나 머플러 이용, 스웨터 목부분을 위로 올려 얼굴을 가리는 행위 등을 들 수 있다.<sup>6)</sup>

이 조항은 치장행위의 목적이 바로 신원확인을 방해하려는 것이어야 함을 명시하고 있다. 즉, 증인이 다시 알아보거나 사진, 동영상 촬영 등을 막으려는 의도여야 한다는 것인데, 이는 사안마다 전체적 상황을 고려하여서만 판단 가능하다고 한다.<sup>7)</sup> 예를 들어 겨울 추위에 머플러로 얼굴을 가린 것이라면 제2항의 객관적 구성요건을 충족하지 못한 것이지만,<sup>8)</sup> 여름의 기온임에도 불구하고 머플러를 두르는 행위에서는 이러한 목적을 인정할 수 있을 것이다.<sup>9)</sup> 또한 행사에서 예술목적으로 분장을 하거나 반전시위에서 해골 마스크를 착용하는 등 상징적 목적으로 치장한 경우라면 신원확인 방해 목적을 결여한 것으로 본다.<sup>10)</sup> 제2호에서 금지하고 있는 휴대행위 에서도 역시 휴대한 물품이 신원확인 방해 목적에 부합하여야 한다. 또한 이 조항은 목적범이다. 따라서 주관적 구성요건으로 고의 외에 목적도 요구된다.<sup>11)</sup>

## 2) 예외사유

다만 동조 제3항에서는 신원확인을 방해하는 치장에 대한 예외사유를 규정하고 있다. 첫 번째 예외사유는 제17조에서 규정하고 있는 옥외 종교예배·미사, 교회행사, 기원행렬과 성지참배, 관례적 장례식, 결혼식 행렬, 그리고 전통적 주민축제 등이다. 두 번째 예외사유는 공공안전 및 질서에 위협을 미치지 않는다고 관할기관이 판단하는 경우이다.

## 3. 연방 집시법상 처벌 및 명령, 몰수 규정

집회·시위와 관련된 신원확인 방해 목적의 치장 관련 금지규정을 위반할 경우, 행

5) Maunz/Dürig/Depenheuer, Grundgesetz-Kommentar, München 2016, Art. 8 Rn. 148.

6) Erbs/Kohlhaas/Wache, Strafrechtliche Nebengesetze, München 2016, VersammlG § 17a Rn. 6; MüKoStGB/Althain/Tölle, VersammlG § 27 Rn. 20.

7) Erbs/Kohlhaas/Wache, VersammlG § 17a Rn. 7.

8) MüKoStGB/Althain/Tölle, VersammlG § 27 Rn. 23.

9) BT-Drucks. 10/3580, S. 4.

10) Erbs/Kohlhaas/Wache, VersammlG § 17a Rn. 7; MüKoStGB/Althain/Tölle, VersammlG § 27 Rn. 23.

11) MüKoStGB/Althain/Tölle, VersammlG § 27 Rn. 2.

위 유형에 따라 형사불법행위 또는 질서위반행위로 보아 처벌받게 된다.

형사처벌을 받는 자는 신원확인을 방해하는 치장행위를 한 자(동법 제17조 제2항 제1호 위반자)로서, 법정형은 1년 이하의 자유형 또는 벌금형이다(동법 제27조 제2항).<sup>12)</sup> 치장을 하지 않았으나 집회행사 또는 행사로 향하는 길에 신원 방해 물건을 휴대한 자(동법 제17조 제2항 제2호 위반자)는 질서위반행위로 보아 제재된다. 휴대행위를 한 자에게는 1,000 마르크 이하의 질서위반금(Geldbuße)이 부과된다(제29조 제1항 제1a호, 동조 제2항). 그 외에도 그러한 집회에 뒤이어 또는 그 밖에 그러한 집회와 관련하여 다른 사람과 함께 폭동을 일으킨 자로서, 신원확인 방해용 치장을 한 자 역시 1년 이하의 징역 또는 벌금형에 처해진다(동법 제27조 제2항 제4호 제c목).

또한 관할기관은 집회 및 시위에서의 신원확인 방해 목적의 치장에 관련된 금지규정을 관철시키기 위하여 명령을 내릴 수 있고, 금지규정 위반자들을 집회에서 퇴장시킬 수 있다(동법 제17조 제4항). 퇴장명령을 받았으나 즉시 공공집회 또는 시위에서 퇴장하지 않은 자 역시 1,000 마르크 이하의 질서위반금 부과 대상이 된다(제29조 제1항 제5호).

제27조 및 제29조에 따른 신원확인 방해 목적의 치장 관련 물건은 몰수할 수 있으며, 몰수의 요건을 규정한 독일 형법 제74조와 몰수요건을 확대하는 질서위반법 제23조 규정이 준용된다(동법 제30조).

**<표> 독일 집회법의 복면금지규정**

대상집회	구성요건행위	처벌
①옥외 집회·행진·행사 참여시 또는 ②행사 참가로 향하는 길 ③예외사유: 옥외 종교예배 등 (제17조 ③항)	신원확인 방해 치장행위 (제17a조 ②항 1호)	·형사처벌(제27조) ·퇴장명령(제17a조④항) ·퇴장명령에 응하지 않는 경우 질서위반벌(제29조①항 5호) ·몰수(제30조)
	신원확인 방해 물건 휴대행위 (제17a조 ②항 2호)	·질서위반벌 (제29조 ①항 1a호) ·몰수(제30조)

12) 독일은 일수벌금제를 채택하고 있기 때문에 벌금액은 개인의 수입 등에 따라 결정된다. 독일 형법 제40조 제1항에 따른 벌금일수는 최소 5일, 법률에 다른 규정이 없는 한 최대 360일이다. 일수정액은 법원이 결정하되, 범죄행위자의 “개인적·경제적 사정을 고려”하여 일반적으로 행위자의 일일 평균소득액을 기준으로 한다. 일일 벌금정액은 최소 1유로, 최대 3,000유로이다(동조 제2항).

#### 4. 각 주의 집회법상 복면 금지 규정

##### 1) 연방집회법과 주 집회법의 관계

독일 기본법(Grundgesetz: GG)은 연방법과 주법의 관계에 대하여 정리하고 있다. 독일의 집회법은 독일의 구 기본법 하에서 연방의 경합적 입법 대상이었다. 그러나 독일 각 주(Land)의 입법권 강화를 목적으로 한 2006년 독일 기본법 개정<sup>13)</sup>으로 집회법에 대하여 경합적 입법을 규정하였던 구 기본법 제74조 제1항 제3호의 조항에서 결사권을 제외한 집회권이 삭제되었다. 이로써 집회법은 기본법 제70조 제1항의 “독일기본법이 연방에게 입법권을 부여하고 있지 않은 사항”이 되어, 각 주(州, Land)가 입법권을 가지게 되었다.<sup>14)</sup>

##### 2) 각 주의 집회법

이에 따라 2008년 7월 22일 바이에른 주 집회법이 제정되었고, 작센-안할트 주는 2009년 주집회법(VersammlG LSA)<sup>15)</sup>을, 니더작센주는 2010년 집회법(NVersG)<sup>16)</sup>을, 작센주는 2010년 2012년 2월 2일 집회법을 제정하였다.<sup>17)</sup> 베를린은 2013년 연방 집회법의 일부분만을 규정하는 주법(Gesetz über Aufnahmen und Aufzeichnungen von Bild und Ton bei Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen)을 만들어 연방법 제19a조만을 대체하고 있고, 쉘레스비히-홀슈타인 주는 2015년 집회자유법(VersFG SH)<sup>18)</sup>을 제정하였다. 각 주의 신원확인 방해 목적의 치장 금지규정은 바이에른 주 집회법 제16조, 니더작센주 집회법 제9조, 작센-안할트주 집회법 제15조, 쉘레스비히-홀슈타인주 집회자유법 제17조이다.

한편 아직 주 고유의 집시법을 제정하지 않은 다른 주에서는 독일 기본법 제125조 제1항에 따라 여전히 연방 집시법이 효력을 지닌다.<sup>19)</sup>

13) Scheidler/서정범 역, 앞의 책, 7면.

14) Scheidler/서정범 역, 앞의 책, 7면 이하; Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 70 Rn. 26; 연방법과 지방법의 관계에 대한 헌법 해석에 대하여는 Hesse(콘라드 헷세)/계희열 역, 앞의 책, 151면 이하 참조.

15) GVBl. LSA S. 558.

16) Nds. GVBl, S. 465, ber, S. 532.

17) 2012년 1월 25일 제정된 Gesetz über Versammlungen und Aufzüge im Freistaat Sachsen (Sächsisches Versammlungsgesetz - SächsVersG)는 2010년 집회법이 작센주 헌법재판소를 통해 형식적 요건을 갖추지 못한 것으로 결정된 후, 새로 만들어진 법이다.

18) GVOBl. Schl.-H, S.135-142.

19) Scheidler/서정범 역, 앞의 책, 8면; Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 125a Rn. 19 ff.

주 법으로 최초 제정된 바이에른 주 집시법(BayversG)을 살펴보면, 제16조 제2항에서 신원확인 방해 목적의 치장금지(제1호), 이러한 물품의 휴대금지(제2호), 집회에 관련하여 타인과 함께 폭동을 일으킨 자로서 신원확인 방해용 치장을 하는 행위(제3호)를 금지하는 등 신원확인 방해 목적 치장 관련 금지조항의 내용이 기존 연방법과 거의 일치한다. 처벌 내용 역시 연방법과 유사하다. 동법 제20조 제2항 제6호 및 제7호에서 치장행위 및 폭동자의 치장행위를 1년 이하의 자유형 또는 벌금에 처하도록 하고 있으며, 신원확인 방해용 치장물품의 휴대행위를 질서위반행위로 보고 있다. 다만, 질서위반금은 3,000유로(제21조 제1항 제8호)로, 기존 연방 집시법이 정하고 있었던 마르크화를 유로화로 바꾸고 금액도 상향조정하였다. 니더작센주 집회법(NVersG), 작센-안할트 주 주집회법(VersammlG-LSA) 역시 연방법과 비교하여 질서위반행위의 구성요건이 약간 다르지만, 형사불법과 질서위반행위의 구별 등에 있어 본질적 차이는 없다.<sup>20)</sup>

### III. 독일법상 복면금지규정의 역사적 궤적

#### 1. 입법적 기원

##### 1) 1985년 형법전상 제재수단 마련

독일에서 복면 집회 참가와 관련한 처벌조항이 처음 형법전에 도입된 것은, 1975년 형법전(BGBI. I S. 1)을 개정한 1985년 7월 18일 시행 형법 및 집시법 개정법(BGBI. I S. 1510)에 따른 것이다. 당시 시위자의 수가 1970년 1383명였던 것에 비하여 1984년 7453명였던 증가 경향을 보임과 더불어 폭력행위자들이 1972년 77명에서 1981년 357명으로 늘어났다는 점이 입법의 배경이 되었다.<sup>21)</sup>

사실 1985년 형법 제125조 제2항 개정 이전인 1984년 형법 제125조에 대한 연방정부 입법안<sup>22)</sup>에서는 단순히 대규모 폭력행위 또는 위협행위를 한 자가 해산요구에 응하지 않을 경우 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하는 안이 제시되었다. 이 입법안에서는 폭력행위자들을 빠르게 대중으로부터 퇴장명령하는 등의 경찰적 조치를 취함으로써 위험을 사전에 방지하고자 하였다.<sup>23)</sup> 그러나 이 연방정부 입법안에 대한

20) MüKoStGB/Althain/Tölle, VersammlG § 29 Rn. 1.

21) BTDrucks-10/3580, S. 2.

22) BTDrucks-10/901.

연방상원(Bundesrat)의 의견은 좀 달랐다. 단순한 폭력행위자 처벌 뿐만 아니라 복면 착용 및 소극적 무기소지 등에 대하여도 법적 제재수단이 강구되어야 한다는 것이었다.

이러한 점을 수용한 1985년 개정법에서는 비평화집회와 평화집회를 구분하여 금지 행위를 각각 형사처벌 및 질서위반행위로 처벌하였다. 1985년 개정형법 제125조<sup>24)</sup> 제2항 제2호에 따르면, 다중이 집합하여 사람 또는 물건에 대한 폭력행위 또는 위협 행위를 행하는 등의 집회 등에 한정하여, 집시법 또는 경찰법에 근거한 고권적 권한을 지닌 자가 치장을 해제하기를 요구하였음에도 불구하고 신원확인 방해 치장을 하였을 경우 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하도록 규정하였다.<sup>25)</sup> 그 외 동조 제4항에 몰수규정도 마련하였다. 평화시위에서의 신원확인 방해행위는 집시법에서 별도로 규율되어, 옥회집회·시위에서 신원확인 방해행위를 금지하고(집시법 제17a조 제2항), 위반자는 퇴장명령(동조 제4항) 및 1,000 마르크 이하의 질서위반금(Geldbuße)이 부과할 수 있도록 규정하였다.<sup>26)</sup>

## 2) 1989년 형법 및 집회법 개정

그러나 계속되는 폭력시위 증가를 이유로 집권당이었던 기민(CDU)·기사당(CSU)은 좀 더 강력한 제재수단을 강구하게 되었고,<sup>27)</sup> 그 결과 1989년 형법 및 집시법 개정을 통하여 형법에 있던 복면금지 관련조항을 집회법으로 이동하여 전체적으로 집회법을 통한 규율을 확립하였다. 개정 집회법에서는 아래와 같은 두 가지의 큰 변화가 있었다.

첫째, 평화집회에 대한 형사처벌이다. 비평화집회시 복면금지규정이었던 형법 제125조 제2항을 삭제하는 대신, 1989년 개정 집회법에서는 집회의 성격을 막론하고 신원확인 방해 목적의 치장행위를 형사처벌하고 있다.<sup>28)</sup>

둘째, 범죄 및 행정불법의 대상이 되는 집회 등의 영역을 확장한 점이다. 옥외집회 뿐만 아니라 옥외에서 이루어지는 일반행사도 집시법 제17a조의 구성요건으로 포함되었다. 또한 옥회집회·행진 외에도 동 행사 개최지로 향하는 때까지도 구성요건에

23) BTDrucks-10/901, S. 4.

24) 구 소요죄(제125조)는 1871년 제국 형법전 제정시 입법되어, 이미 1970년 제3차 형법개정법 등에서 큰 개정을 맞은 바 있으며, 복면 금지 조항 제정시 다시 개정의 대상이 되었다. 이 법조항의 역사적 발전과정에 대하여 Roth, Kollektive Gewalt und Strafrecht: Die Geschichte der Massedelikte in Deutschland, Berlin 1989, S. 204 ff.; Wolski, *Die Wende im Demonstrationsrecht*, in: KJ 1983, 272 f. 이에 대하여 다룬 한국문헌으로 배종대·조성용, 앞의 글, 5면 이하 참조.

25) BGBI I. S. 1511.

26) 배종대·조성용, 앞의 글, 9면; 최병각, 앞의 글, 27면.

27) 배종대·조성용, 앞의 글, 9면 이하.

28) BGBI. I. S. 1059 ff. v. 15. Juni 1989.



포함되었다.

그 외에도 몰수규정 역시 형법에서 집시법으로 이동한 점도 개정법상의 변화이며, 신원확인 방해 금지규정과 함께 경찰의 사진촬영 및 녹음 가능 규정(집시법 제12조)이 집시법에 새로 도입되었다.

## 2. 복면 금지의 입법 의도

### 1) 평화시위에서의 복면 금지 필요성

1989년 형법 및 집회법 개정의 근간이 된 형법 및 집시법 개정안<sup>29)</sup>에서는 1989년 법률개정의 배경을 다음과 같이 설명하고 있다. 집회·시위의 폭력성이 과도화되어 기존 집회법이 오용되고 있는 상황이며, 비평화집회에서의 폭력성이 두드러지고 있다는 것이다. 게다가 이 폭력의 대상이자 목적이 사물이 아닌 사람인 경우가 많으며, 특히 1986년에 집회에서 상해를 입은 경찰관이 800 명 이상인 것처럼 경찰관의 피해 또한 빈번하므로<sup>30)</sup> 비평화집회를 방지할 필요성이 높다는 것이다.

이러한 배경 하에서, 이 법은 폭력행위의 행사는 복면 착용과 명확한 관련성이 있다는 진단으로 법 개정의 근거를 마련하였다. 예를 들어 집회·시위에서 복면을 한 사람들은 이미 폭력행위를 준비하고 있는 자들이며, 이들이 다른 이들의 폭력성을 더욱 부추겨서 평화집회를 비평화집회로 변질시킨다고 본 것이다.<sup>31)</sup>

### 2) 형사처벌의 필요성

문제는 복면 치장행위를 질서위반행위로 규율한 1985년 집회법 규정은 폭력시위를 저지하는데 충분치 않았다는 것이다.<sup>32)</sup> 그 이유는 바로 “위협효과”가 충분하지 못했다는 점 때문이라고 한다.<sup>33)</sup> 당시 경찰관 총기 사망 사건이 일어나는 등 여전히 폭력 집회의 문제는 해결되지 않은 것으로 보였기 때문에 더욱 강한 제재인 형사처벌이 필요하다고 보았다.<sup>34)</sup>

29) BTDrucks-11/2834.

30) BTDrucks-11/2834, S. 7.

31) 더 나아가 이 법률은 복면 착용과 함께 소극적 방법의 무기 소지 역시 마찬가지로의 효과를 지니는 것으로 보고 있다. BTDrucks-11/2834, S. 7.

32) BTDrucks-11/2834, S. 7; 이러한 입법 근거를 소개하는 한국문헌으로 배종대·조성용, 앞의 글, 10면; 최병각, 앞의 글, 34면 등 참조.

33) BTDrucks-11/2834, S. 12.

34) 당시 경찰관 총기 사망사건이 1989년 법개정 결과로 나타나게 되었다는 Meyer, *Vom Recht auf*

이러한 상황에서는 복면치장행위가 과연 형사처벌의 대상이 될 정도로 형법적 법익을 침해하는가에 대한 의문 역시 쉽게 해결되었다. 집회에서의 복면 착용은 폭력집회와의 개연성이 아주 높다는 것이다. 실제 이 법의 개정 즈음에 신원확인 방해 목적의 치장을 한 집회참여자도 눈에 띄게 늘어났고, 경찰의 보고에 따르면 복면 치장행위는 경험칙적으로 폭력행위 발발의 전단계라는 것이다. 따라서 복면치장행위는 평화 집회를 비평화집회로 변동시킬 수 있는 법익침해적 성격을 지니고 있어, 형벌로써 다루어야 하는 “사회유해적 불법행위”에 해당한다고 보았다.<sup>35)</sup>

### 3) 적용 영역 확장의 의미

한편 1989년 집회법에서는 옥외집회 뿐만 아니라 일반적인 옥외행사까지도 복면금지 대상에 삼고 있는데, 이는 스포츠·엔터테인먼트 행사에서도 이 조항을 적용할 필요가 있기 때문이라고 한다.<sup>36)</sup> 유럽의 경우 특히 축구경기장에서의 폭력행위가 많기 때문에 이를 규제하기 위한 의도로 대상 영역이 확장되었다.

또한 집회 뿐만 아니라 집회나 행사로 가는 길에서의 신원확인 방지목적의 치장행위까지도 형사처벌의 대상으로 확대되었다. 그 이유는 복면치장행위를 통해 폭력행위가 이루어질 위험상황을 집회 등 행사 이전의 시기에 좀 더 수월하게 사전방지하기 위해서라고 한다.<sup>37)</sup>

## IV. 현대 독일 집시법에서 복면금지 규정의 쟁점

### 1. 과잉금지 위반인지의 여부

독일의 복면 금지 규정이 마련된 지 27년이 지난 지금 이 규정에 대한 논쟁은 크지 않은 편이다. 그동안 쟁점화되었던 때는 주로 입법 전후의 시기였으며, 주로 옥외 집회 등에서 신원확인 방해 목적의 치장행위를 법률로써 처벌하는 것이 과잉금지 위

*Anonymität* v. 28.06.2010. <<https://www.neues-deutschland.de/artikel/174046.vom-recht-auf-anonymitaet.html>> (최종접속일: 2016.11.26.)

35) BTDrucks-11/2834, S. 12.

36) BTDrucks-11/2834, S. 11; 김택수·이성용, “외국의 집회·시위 관리시 물리력 사용에 관한 규정 및 실태에 관한 연구”, 치안논총 제25집, 2009, 270면.

37) BTDrucks-11/2834, S. 11.

반인지에 관하여 논쟁이 되었다.

특정행위를 형벌로 처벌하기 위한 요건인 당벌성, 형벌필요성이라는 측면에서 동조항을 비판한 견해에 따르면, 집회에서의 복면 행위는 고도의 범의침해나 위협행위로 볼 수 없어 당벌성이 낮다고 한다. 또한 형벌필요성에 대하여는, 1985년 법개정 이후 1987년까지의 시간은 이전 범의 실효성을 검증하기에는 너무 짧은 기간이므로, 1985년 법이 위협효과를 가지지 못했다고 단정지을 수 없다는 점이 지적되기도 하였다.<sup>38)</sup> 그러나, 이러한 비판에도 불구하고 옥외 집회 등에서의 신원확인 방해 목적의 치장금지 규정은 집시법 제17a조 제3항의 예외사유를 통하여 재량적 결정이 가능하므로 법률해석상 적법한 규정으로 보는 시각이 더 우세하다.<sup>39)</sup>

## 2. 보복에 대한 두려움과 복면 행위

최근 독일에서 이 규정에 대한 논쟁은 주로 집회반대자로부터 자신을 보호하기 위하여 신원확인을 방해할만한 치장행위를 한 경우에도 집회법상의 형사처벌 대상이 되는지이다. 이 쟁점이 불거진 것은 지난 2004년 극우파 정당인 독일 민족민주당(NPD) 지지자와 이에 반대하는 집단의 동시집회 장소에서 극우파 참가자에게 사진찍힐 경우 극우파 단체 및 인터넷 등에 자신의 신원이 밝혀질 것을 우려한 피고인이 후드티의 모자를 눌러써서 눈만 보이게 한 행위에 대한 법원의 태도가 각각 상이하였기 때문이다.

AG Tiergarten(베를린 소재 Tiergarten 구(區)법원)에서는 당시 상황이 경찰에게는 신원확인이 불가능한 상황이 아니었다는 점을 들어 집시법 제17조 제2항 제1호의 객관적 구성요건이 충족되지 못한 것으로 보았다.<sup>40)</sup> AG Tiergarten은 경찰의 신원확인 가능성을 막는 행위를 복면금지 조항의 입법목적으로 본 것이다.

LG Hannover(하노버 지방법원) 역시 유사한 사례에 대하여 동일한 결론을 내린 바 있다. LG Hannover는 반대집회 참가자들에게서 과거에 여러 차례 위협을 당한 바 있는 피고인이 네오나치 진영의 사진촬영을 막으려는 이유로 모자와 선글라스 및 목수건을 이용해 자신의 신원확인이 불가하도록 한 사례에 대하여 피고인의 무죄를 선고하면서 집시법 제17조 제2항 제1호는 형사소추기관으로부터의 신원확인을 막을 의도가 필요하다는 의미로 해석하였다.<sup>41)</sup>

38) Amelung, *Stellungnahme zum Artikelgesetz*, in: StV 1989, 72 f.

39) Maunz/Dürig/Depenheuer, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 8 Rn. 148; 유사하게 자유권 제한이라는 측면의 문제가 존재하지만 헌법합치적이라 보는 Werner, *Dürfen Weihnachtsmänner demonstrieren?*, in: VR 2000, 377.

40) NStZ 2012, 455 (457); Güven, NStZ 2012, 427.

41) LG Hannover StV 2010, 640 f.

그러나 앞선 AG Tiergarten 판결에 대한 상고심에서 KG Berlin(베를린 고등법원)은 다른 결론을 내렸다. KG Berlin 판례는 옥외 집회 등에서의 복면행위가 처벌되는 근거를 오로지 폭력행위와의 상관관계에 따른 전단계범죄화라는 점에서 찾고 있다. 따라서 신원확인 방해 목적의 치장행위의 목적이 단순히 형사수사·소추기관의 집회참가자 신원확인을 가능하게 하려는 것이라는 목적론적 축소해석은 허용되지 않는다고 본 것이다.<sup>42)</sup>

베를린 고등법원의 동 판결에 대한 비판적 입장에서는,<sup>43)</sup> 복면금지규정의 목적은 한 가지가 아니라는 점을 강조하고 있다. 베를린 고등법원에서는 폭력에 대한 사전저지 목적만을 금지 규정의 목적으로 보아 기준으로 삼았지만, 복면 금지 조항은 이들에 대한 형사소추를 쉽게 하려는 부차적인 목적까지 가지는 것으로 보아야 한다는 것이다. 따라서 복면금지 규정에 대하여 주된 목적과 부차적 목적을 모두 종합적으로 고려하여야 오히려 입법자의 의도에 걸맞은 해석이 된다고 한다. 예술적 목적이나 의사표현 수단으로서의 복면·가면 등의 착용 등에 대하여는 신원확인 방해 목적이 없다고 본 입법자의 평가에 따른다면, 입법자는 이미 폭력상황 발생과의 개연성이 부족한 사례에 대하여는 신원확인 방해 목적이 없다고 보는 목적론적 축소해석을 한 것이라고 평가해 볼 수 있다는 논거도 제시된다.<sup>44)</sup>

한편 집시법 제17a조에 대한 1985년 연방의회 법사위원회 보고서 상의 입법의도에 따르면, 동조 제3항의 예외사유 중 공공안전 및 질서에 위험을 미치지 않는다고 관할기관이 판단하는 경우의 예로 외국인이 정치집회에 참여하면서 보복의 두려움으로 신원을 가리는 행위 등을 고려하였다고 한다.<sup>45)</sup> 따라서 입법자의 의도를 논거로 드는 이상 베를린 고등법원의 해석은 정당성을 얻기 어려울 것으로 생각된다.

### 3. 우리 법제에의 시사점

이로써 독일 집회법이 규정하고 있는 복면금지규정의 현황과 해석방법, 그리고 입법 연혁과 입법 의도 등을 살펴보았다. 외국법을 다루는 작업은 궁극적으로 우리 법제에도 이러한 금지 규정이 필요한지를 판단하기 위한 수단 중 일부가 된다. 아래에서는 위에서 살펴본 독일 법제가 우리 법제에 시사하는 점을 짚어보려 한다. 독일에서의 시사점이 현재 우리나라의 상황과 어떠한 연관성을 지니는지에 대하여는 후속연

42) KG NStZ 2012, 455 (457) = KG StV 2010, 637 (638).

43) 비판적 입장으로 Meyer, *Vom Recht auf Anonymität* v. 28.06.2010; Güven, *Zur Reichweite des Vermummungsverbot - Ist Vermummung zum Schutz vor Gegendemonstranten strafbar?* in: NStZ 2012, 428 ff.

44) Güven, NStZ 2012, 428.

45) BT-Drucks. 10/3580, S. 5; Erbs/Kohlhaas/Wache, *VersammlG § 17a* Rn. 9.

구를 통하여 좀 더 집중적인 분석과 검토가 필요하리라 생각되지만, 지면을 빌어 시론적 성격으로 간단히 검토해 보려 한다.

### 1) 현시대 집회 현상에 대한 인식

앞서 살펴본 바와 같이 독일 집시법에서 신원확인 방지 목적의 치장행위를 형사처벌하기 시작한 배경은 폭력집회의 증가, 그리고 이를 통한 경찰관의 상해 증가 등이 라는 상황을 배경으로 하고 있다. 따라서 우리 법에서 동일한 행위를 제재하겠다는 의도를 가지고 있다면, 우리나라 집회의 현상이 독일의 입법당시의 상황과 유사한지를 검토하여 증명할 필요가 있다. 다시 말해, 우리나라의 현재 집회·시위 문화가 독일의 1980년대 집회·시위문화와 비교하여 유사한 정도의 폭력성을 지니지 않는다면 복면금지 규정은 필요하지 않다.

현재 우리의 집회문화를 고려해 볼 때, 우리 법률에 집회시 복면 금지조항은 필요하지 않으며, 정당하지도 않다. 우리나라의 집회문화는 유럽의 1980년대의 집회와도 유사하지 않으며, 우리나라의 1990년대까지의 시위와도 차별성을 지니기 때문이다. 현재 우리 집회는 1980년대 이후 정권에 대항한 화염병, 쇠파이프 시위 등의 폭력집회와는 확연히 구분된다.<sup>46)</sup> 촛불을 들고 어린 아이를 유모차에 태우고 참여하는 집회, 그리고 경찰의 차벽을 꽃으로 장식하는 집회, 150만명 이상의 참가자 중 연행자가 없는 집회<sup>47)</sup> 등 한국의 집회문화는 평화집회의 상징이 되고 있다. 오히려 그동안의 폭력집회는 경찰과의 마찰 때문에 불필요하게 생겨난 측면도 없지 않음을 증명하는 것으로 볼 수도 있다. 또한 유럽의 경우 옥외 집회 뿐만 아니라 옥외 행사, 즉 대규모 스포츠 경기 등에서 복면 금지 규정을 활용하여 폭력·난동행위를 부리는 훌리건 등을 규제할 필요성이 있는 것과 달리 우리나라의 경우 스포츠 경기에서도 이러한 폭력적 경향은 거의 존재하지 않는다.

### 2) 복면착용이 폭력행위의 전단계인지 여부

두 번째로 독일의 입법근거에서 계속적으로 주장하는 옥외 집회 복면 금지의 가장 큰 이유는 이 행위가 폭력행위의 전단계로서 폭력행위와 강한 개연성을 가지고 있기 때문이라는 것이었다. 그렇다면 우리나라에서도 복면시위행위가 폭력집회로 이어질만

46) 촛불집회를 필두로 평화적 성격이 강조되고 있는 현대 시위문화에 대한 분석으로 김욱, “촛불집회와 한국시위문화의 변화: 거시적 변화에 대한 미시적 설명”, 한국정당학회보 제9권 제2호, 2010, 33면 이하 참조.

47) 중앙일보, “150만명 모인 5차 촛불집회 연행자 없이 끝나”, 2016.11.27. <http://news.joins.com/article/20931893> (최종접속일: 2016.11.30.).

한 개연성이 높은지에 대한 검토가 필요하다.

우리나라에서의 신원확인 방해목적의 치장행위는 주로 경찰의 채증행위를 막기 위한 이유가 가장 크다. 그러나 이 행위가 폭력행위와 높은 상관관계가 있는지는 의문이다. 앞에서 살펴본 바와 같이 폭력행위와의 상관성이 금지규정이 보호하고자 하는 주된 범익이라는 부수적 목적이 달성되지 않는다 하여도 처벌의 필요성이 있다고 보기 어렵다. 또한 우리 사회에는 독일의 극우나치주의자, 미국의 KKK단, 프랑스의 카쇠르(Casseur)와 같은 특수성있는 단체도 존재하지 않는다고 판단된다.<sup>48)</sup>

### 3) 사회의 변화에 따른 형벌 필요성 검토

셋째, 집회 중 복면행위에 대한 형사처벌이 타당한가라는 물음이다. 독일의 신원확인 방해 목적의 치장행위에 대한 제재는 단계적으로 높은 수준의 처벌로 변화되어 왔음을 살펴보았다. 처음 법제에 도입되었을 때에는 질서위반행위로 규율되던 행위가, 폭력집회라는 명백한 상황 하에서는 형사처벌의 대상이 되었고, 이후 폭력성과 관계 없이 복면행위 자체를 형사처벌하는 순서를 밟아왔다. 형벌규정이 점차 강도를 높이는 현상은 우리법에서도 볼 수 있는 모습이다.<sup>49)</sup> 동시에 우리는 한 번 마련된 형벌규정이 사라지기까지 얼마나 큰 노력이 필요한지도 보아 왔다.<sup>50)</sup>

우리의 집회문화가 후대에 어떤 방식으로 변할지 알 수 없다. 그러나 미래의 집회의 형태가 현재보다 더욱 평화적으로 바뀌어도 이미 제재규정이 존재한다면 이를 폐지하기는 매우 어렵다는 사실을 고려하여야 한다. 따라서 그동안 범죄화하지 않았던 행위를 범죄화하는 데에는 더욱 신중을 가할 필요가 있다.

또한 현대 사회는 정보통신망을 통해 집회참가자의 신원이 빠르게 퍼져 나갈 수 있는 시대라는 점도 고려하여야 한다. 수사기관의 신원확보를 법익으로 고려할 때에는 동시에 집회참가자의 익명성 보장 및 신원보호를 이전 시대보다 더욱 크게 고려해야 하는 상황인 것이다.

### 4) 제재수단의 적정성

마지막으로, 만약 앞에서의 논의에 대하여 반대 견해를 밝히며 우리 사회가 집회에

48) 미국 KKK단의 인종차별적 범죄에 대항하기 위한 목적의 복면금지 및 프랑스의 카쇠르단속에 대하여 설명하는 이희훈, “집회 및 시위에 관한 법률 개정안 중 복면 금지 규정의 위헌성”, 공법연구 제37집 제3호, 2009, 216-217면 참조.

49) 성폭력범죄에 대한 처벌의 상향화, 각종 보안처분의 부가 등을 예로 들 수 있다.

50) 예를 들어 간통죄가 폐지되기까지 헌법재판소의 1990년, 2001년, 2008년 세 차례 합헌 결정, 그리고 2015년의 위헌 결정이라는, 25년에 걸친 총 4차례의 헌재 결정이 존재하였다.

서의 복면 착용 행위를 금지해야 할 필요성이 존재한다고 주장하는 경우에 있어서도, 우리 법에서 어떠한 제재수단을 활용할 것인지에 대한 논의는 필요할 것이다. 이 과정에서는 형법의 최후수단성 원칙에 따라 형사처벌 이외의 다른 대체수단을 최대한 활용하는 방법, 그리고 최대한 위험범의 형식을 피함으로써 전단계범죄화를 최소화하려는 노력을 거쳐야 할 것이다.

## V. 맺음말

이로써 독일 집시법상 신원확인 방해 목적의 치장 금지 규정의 현황, 역사적 발전 과정, 그리고 입법 의도 등을 다루어 보고, 이 과정에서 독일에서 옥외 집회 시 복면 행위를 금지하며 형사처벌하는 이유를 살펴보았다. 가장 중요한 입법 의도는 복면 치장행위를 할 경우 그 집회참여자들 통하여 집회 중 폭력행위가 발발할 개연성이 높으므로, 이를 사전에 방지하겠다는 것이었다. 그 외 수사기관 또는 형사소추기관이 신원확인을 손쉽게 하는 점도 부차적 목적으로 언급되었다. 1989년 형사처벌 조항이 마련된 이후 법 자체의 정당성에 대한 논의는 주춤한 상황이지만, 집회 참가자에 대한 보복을 막기 위한 구성요건적 행위를 어떻게 평가할 것인지는 다시금 독일에서 새로운 연구과제로 떠오르고 있다.

이러한 점은 우리나라에서 복면금지법을 새롭게 도입하여야 하는가의 화두에 대하여 다양한 시사점을 전해 주고 있다. 독일에서의 시사점을 바탕으로 우리 법제에서 복면금지법이 부당함을 논증하는 부분에서는 시론적 성격으로 4가지 테제를 제시하였다. 첫째, 현시대의 집회 현상은 독일의 입법 당시의 상황과 구별된다는 점, 둘째, 우리 사회에서 집회에서의 복면착용은 폭력행위의 전단계로 보기 어렵다는 점, 셋째, 형법규정이 사회의 변화에 대해 반응하는 속도가 느린 점을 감안하여 범죄화에 더욱 신중을 가하여야 하며, 현대 정보통신사회에서 집회참가자의 신원 역시 보호되어야 할 이익이라는 점, 그리고 마지막으로 형사제재 고유의 원칙을 지켜야 한다는 점이다.

독일 집회법상 복면금지규정은 오히려 우리 사회에서는 집회 중 복면착용행위를 금지할 필요가 없음을 보여주고 있다. 단순히 외국의 입법례가 존재한다고 하여 형벌제재의 대상을 확장하자는 논의는 바람직하지 않다. 우리는 우리 사회의 토대에 걸맞은 형법을 가질 권리가 있기 때문이다.

## 참 고 문 헌

### 국내 문헌

- 김 욱, “촛불집회와 한국시위문화의 변화: 거시적 변화에 대한 미시적 설명”, 한국정당학회보 제9권 제2호, 2010.
- 김택수·이성용, “외국의 집회·시위 관리시 물리적 사용에 관한 규정 및 실태에 관한 연구”, 치안논총 제25집, 2009.
- 배종대·조성용, “시위형법의 형사정책 -선진 각국의 시위관련법을 중심으로-”, 고려법학 제37호, 2001.
- 이관희·강태수, “우리의 집회·시위제도 발전방안 모색을 위한 각국의 집회·시위제도 비교고찰”, 치안연구소 연구보고서, 1995.
- 이성용, “집시법상의 복면시위 금지”, 한국경찰연구 제7권 제2호, 2008.
- 이 용, “불법집단행동 규율의 비교법적 분석 - 우리나라와 주요선진국의 법집행기관 및 사법부의 태도 비교”, 법무연수원, 2015.
- 이희훈, “집회 및 시위에 관한 법률 개정안 중 복면 금지 규정의 위헌성”, 공법연구 제37집 제3호, 2009.
- 전하선, “프랑스 복면금지법과 헌법재판소 결정에 관한 연구”, 외법논집 제37권 제3호, 2013.
- 최병각, “복면시위의 금지·처벌과 그 한계”, 경찰법연구 제8호, 2008.

### 외국 문헌

- Amelung, *Stellungnahme zum Artikelgesetz*, in: StV 1989, 72 f.
- Erbs/Kohlhaas, *Strafrechtliche Nebengesetze*, München 2016.
- Güven, *Zur Reichweite des Vermummungsverbot - Ist Vermummung zum Schutz vor Gegendemonstranten strafbar?* in: NStZ 2012, 425 ff.
- Hesse(콘라드 헷세)/계희열 역, 통일 독일헌법원론, 제20판, 박영사, 2001.
- Joecks u.a., *Münchener Kommentar zum StGB*, 2. Aufl., 2013 (MüKoStGB).
- Maunz/Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, München 2016.
- Roth, *Kollektive Gewalt und Strafrecht: Die Geschichte der Massedelikte in Deutschland*, Berlin 1989.
- Scheidler, *Änderungen im Versammlungsrecht Themen der Zeit*, ZRP 5/2008, 151.
- Scheidler/서정범 역, 바이에른 집회법, 세창출판사, 2010.
- Werner, *Dürfen Weihnachtsmänner demonstrieren?*, in: VR 2000, 377.



Wolski, *Die Wende im Demonstrationsrecht*, in: Krimische Justiz(KJ) 1983, 272 ff.

#### 기타

Meyer, Jörg , *Vom Recht auf Anonymität*

<https://www.neues-deutschland.de/artikel/174046.vom-recht-auf-anonymitaet.html> (최종접속일: 2016.11.26.).

중앙일보, “150만명 모인 5차 촛불집회 연행자 없이 끝나”, 2016.11.27.

<http://news.joins.com/article/20931893> (최종접속일: 2016.11.30.).

