

미국에서의 집회의 자유에 대한 검토*

지 유 미**

< 목 차 >

- I. 들어가며
- II. 무장경찰에 의한 진압과 집회의 자유에 대한 열망 고조
- III. 집회의 자유를 제한하는 기제
- IV. 평가와 전망

I. 들어가며

2014년 세월호 사건 관련 집회와 시위를 시작으로 해서 얼마 전에 있었던 박근혜 정권 퇴진을 위한 집회 및 시위까지, 최근 우리 사회에서는 다수의 국민들이 참여하거나 또는 대부분의 국민들이 관심을 가졌던 굵직굵직한 집회와 시위들이 빈번하게 발생해 왔다. 이 중에서는 박근혜 정권 퇴진을 위한 촛불집회와 같이 평화적이었던 것으로 대부분에 의해 평가 받는 집회 및 시위도 있었는데, 경찰의 물대포에 맞아 시위 참가자가 사망하는 사건이 발생하는 등 참가자들과 경찰 간에 심각한 물리적 충돌이 빚어졌던 집회 및 시위도 있었다. 이와 같은 집회 및 시위를 둘러싸고는 집회의 자유라는 헌법상의 기본권 보장¹⁾과 공공의 질서와 안전 보장이라는 이익이 (잠재적으로든 현실적으로든) 언제나 상충할 수밖에 없다.

* 이 논문은 한국형사정책연구원에서 수행했던 “집회 및 시위의 권리 보장과 공공질서의 조화를 위한 형사정책 연구”란 연구과제와 관련하여, 집회 및 시위에 관한 미국법제에 대해 저자가 자문했었던 내용을 대폭 수정·보완하여 작성한 것이다.

** 대구대학교 법과대학 조교수, 법학박사.

1) 우리 헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”고 하여 집회의 자유를 기본권의 하나로 규정하고 있다.

집회와 시위를 둘러싸고 발생하는 이와 같은 문제는 비단 우리나라에서만
문제는 아니다. 미국에서도 최근 점거운동(Occupy Movement)이나 흑인생명존
중운동(Movement for Black Lives)과 같은 집회 및 시위와 이들에 대한 경찰
의 대응 방식을 둘러싸고, 미국연방 수정헌법 제1조²⁾에 의해 보장되는 집회의
자유(freedom of assembly)를 남김없이 보장해야 한다는 입장과, 공공장소에서
일반 공중의 편익과 안전을 위해서는 그와 같은 집회의 자유도 한 발짝 물러설
수밖에 없다는 입장이 팽팽하게 대립되어 오고 있다. 이와 관련하여 본고는 상
대적으로 개인의 자유가 잘 보장되고 있다고 여겨지는 미국에서, 현재 집회의
자유가 입법·행정·사법의 영역에서 어떠한 위치를 차지하고 있는지를 검토
해 보는데 그 목적을 두고 있다.

이를 위해 이하에서는 먼저, 미국사회에서 최근 특히 집회의 자유에 대한 열
망을 고조시키고 있는 원인으로 경찰의 군대화 문제를 검토해 보고자 한다
(Ⅱ). 그 후에는, 집회의 자유에 대한 이와 같은 고조된 열망에도 불구하고 미
국에서 현재 집회의 자유가 연방헌법이 제정될 당시의 지위를 누리고 있지 못
하고 있는 원인들, 즉, 현재 미국에서 집회의 자유를 제한하고 있는 기제들에
대해 분석하도록 할 것이다(Ⅲ). 마지막으로, 이처럼 집회의 자유를 제한하는
기제들에 대한 미국 사회의 평가를 살펴보고, 앞으로 미국에서 집회의 자유가
연방헌법이 제정될 당시에 누렸던 지위를 다시 갖게 될 수 있을지, 아니면 이
러한 지위를 다시 회복하는 것이 시대적으로 가능하지도 또 타당하지도 않을지
에 대해 전망하는 것으로 본고를 마치고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 무장경찰에 의한 진압과 집회의 자유에 대한 열망 고조

최근 미국에서 특히 집회의 자유에 대한 갈망이 고조된 데에는, 점거운동이
나 흑인생명존중운동과 같은 집회 및 시위가 미국사회에서 빈번하게 발생하였
을 뿐 아니라, 경찰이 군사장비로 무장한 채로 그와 같은 집회나 시위를 진압
해 온데 기인하는 바가 크다. 아래와 같이 Missouri주 Ferguson시에서 Michael
Brown이라는 흑인 청년의 사망에 기인하여 흑인생명존중운동의 일환으로 발생

2) 미국연방 수정헌법 제1조는 “의회는 평화적으로 집회할 사람들의 자유를 박탈하는 내용의 법률을 제정해서는 안 된다”고 규정하여 집회의 자유를 보장하고 있다(U.S. Cons. art. I).

한 시위 및 이에 대한 경찰의 대응은 그 대표적인 예라 할 수 있다.

2014년 8월 9일, Missouri주 Ferguson시에서는 Michael Brown이라는 18살의 흑인 청년이 백인 경찰관이 쏜 총에 맞아 숨지는 사건이 벌어졌다. 사망 당시 Brown이 어떠한 무기도 소지하고 있지 않았을 뿐 아니라, 무려 4시간 반 동안이나 Brown의 사체가 길거리에 그대로 방치되어 있었다는 점에 경악한 시민들은 그 날 밤부터 총격이 발생한 장소로 나와 시위를 시작했다. 이에 대응하기 위해 100여명이 넘는 경찰관들이 돌격 소총(assault rifle)과 SWAT(Special Weapons Assault Team) 차량으로 무장한 채 시위 현장에 급파되었다. 그 후 며칠 동안 시위대는 진정을 찾지 못했고, 밤이 되면 시위대의 일부는 지역의 상점을 약탈하거나, 주유소의 유리창을 깨거나, 경찰의 차량을 공격하는 등 폭력적으로 변했다. 2014년 8월 11일 밤, 폭동 진압장비를 갖춰 입은 경찰관들과 다수의 시위 참가자들은 서로 대치상태에 있었는데, 시위 참가자들은 시위를 그만 두길 거부하면서 “쏘지 마세요. 손 들었어요”를 계속해서 외치고 있었다. 그럼에도 경찰은 시위 참가자들에게 접근하면서 최루가스를 분사하거나 고무탄을 발사했다. 경찰과 시위대 사이의 이와 같은 충돌은 시위대가 강제로 집으로 돌려보내질 때까지 몇 시간 동안이나 계속되었다. 그 다음 날에도 물론 긴장상태는 계속되었는데, 몇몇 기자들이 시위 현장 근처에 있는 맥도날드에 들어가 자신들의 노트북으로 시위현장의 모습을 보도하려 하자, 경찰의 SWAT팀이 맥도날드에게까지 진입하여 기자들에게 더 이상 시위현장을 촬영하지 말고 현장에서 떠날 것을 요구했다. 경찰은 이와 같은 요구에도 불구하고 그 자리를 떠나지 않은 두 명의 기자들을 체포하기에 이르렀고, 맥도날드 밖에 있었던 시위대 및 기자들을 향해 다시금 최루가스를 분사하고 고무탄을 발사하였다.³⁾

미국 경찰이 처음부터 이와 같이 군사장비로 무장화 되어 있었던 것이 아님은 물론이다. 오히려 초기 미국의 헌법제정자들은 압제에 대한 두려움으로 인해, 미국이 경찰국가화 되는 것을 방지하고자 하였다. 급기야 New York주는 군대가 미국연방 수정헌법 제1조에 규정되어 있는 것과 같은 개인의 기본적인 자유를 위협할 것이라는 우려에서, 헌법에 상비군(standing army)을 두지 못하도록 금지하는 규정을 둘 것을 주장하기도 하였다.⁴⁾ 그 후 1878년에 민병대소

3) Missouri주 Ferguson시에서의 흑인생명존중운동에 대해서는 Ashley M. Eick, *Forging ahead from Ferguson: Re-evaluating the Right to Assemble in the Face of Police Militarization*, 24 *Wim. & Mary Bill Rts. J.* 1235, 1243-1244 (2016).

4) *Id.* at 1237-1238.

집법(Posse Comitatus Act)이 제정됨에 따라 국내법을 집행하기 위해 군대를 이용하는 것이 원칙적으로 금지되기에 이르렀다.⁵⁾

하지만 이처럼 확고한 것으로만 여겨졌던 군대와 경찰 사이의 경계는 군사장비를 통한 경찰의 무장화가 가속화됨에 따라 흐트러지게 되었다. 미국에서 군대와 경찰 사이의 경계를 흐트러지게 만든 이와 같은 경찰의 무장화는 특히, 다음과 같은 두 가지 요인에 기인하는 것으로 평가 된다. 첫째, 1989년 미국 의회는 전국적인 마약과의 전쟁에서 국방부(Department of Defense)의 역할을 확대했는데, 1990년에 국방부에게 연방 및 주 경찰기관에 잉여의 군사장비를 이전할 수 있도록 허가하는 국방수권법(National Defense Authorization Act)의 제정도 그 일환으로 이루어졌다.⁶⁾ 동법률에 의해 미국 의회는 1033 Program을 개발하였는데, 이 프로그램 하에서 연방 및 주 경찰기관은 국방부의 잉여 군사장비를 확인 한 후 그와 같은 군사장비를 어디에 사용할지를 소명하여 군사장비의 이전을 요청할 수 있게 되었고, 이를 통해 이전된 군사장비는 경찰기관의 무장화를 촉진시키게 되었다. 둘째, 경찰조직 내에서 SWAT팀의 이용이 활성화된 것 또한 경찰의 무장화를 도모하는 기제로 작동하였다.⁷⁾ 원래 경찰 SWAT팀은 국내에서의 테러나 인질 사건에서 사용할 목적으로 창설되었지만, 지난 20년 동안 SWAT팀의 이용은 무려 1,500%나 증가한 것으로 나타났다.⁸⁾

III. 집회의 자유를 제한하는 기제

이처럼 집회 및 시위 현장에 군사장비로 무장한 경찰이 등장하게 되자, 집회의 자유에 대한 열망은 더욱 고조되었다. 이러한 열망에도 불구하고 미국에서 현재 집회의 자유는 아래와 같은 다양한 기제들에 의해 제한적으로만 인정되고 있다.

5) Emmanuel Hiram Arnaud, *The Dismantling of Dissent: Militarization and the Right to Peaceably Assemble*, 101 Cornell L. Rev. 777, 783 (2016).

6) Id. at 802.

7) Ashley M. Eick, *Forging ahead from Ferguson: Re-evaluating the Right to Assemble in the Face of Police Militarization*, 24 Wim. & Mary Bill Rts. J. 1235, 1241 (2016).

8) Id.

1. 사전허가제와 그 합헌성 인정

1) 집회 및 시위에 대한 사전허가제의 등장

미국에서도 집회 및 시위에 대한 사전허가제도는 19세기 말이 되어서야 등장하기 시작하였다. 그 전까지 미국에서는 공로나 공원과 같은 공공장소에 진입함에 있어 따라야 할 아무런 절차가 존재하지 않았고, 일단 이와 같은 공공장소에 진입한 후에는 공공의 평온을 해하지 않는 한 계속해서 그 장소에 남아 있을 수 있었다.⁹⁾ 다만, 19세기 말 이전에도 이처럼 공로나 공원과 같은 공공장소에의 진입이나 또는 그 장소에서의 활동이 폭동으로 변질되거나 아래(III. 2.)에서 검토할 불법집회죄에 해당하는 경우에 형사법적 제재를 통해 통제하는 것이 가능했음은 물론이다.¹⁰⁾

그러던 것이 19세기 말부터 미국의 각 도시들이 공공장소에 대한 규제를 강화하기 시작하면서, 그 일환으로 공공장소에서 모임을 갖고자 하는 자들에게 사전에 허가를 얻을 것을 요구하는 조례를 제정하기 시작하였다. 예컨대, New York주의 New York City는 1914년에 공로에서의 행진이나 행렬을 위해 사전허가를 요구하는 조례를 제정하였다.¹¹⁾ 뿐만 아니라, 1931년에 이르러서는 공로에서의 집회를 위해서까지도 사전허가를 요구하기에 이르렀다.¹²⁾

2) 사전허가제의 합헌성: 부정에서 인정으로

물론 미국 법원들이 처음부터 이와 같은 사전허가제도의 합헌성을 인정했던 것은 아니다. 오히려 Massachusetts주 대법원을 제외하고 다른 모든 주의 대법원들은 공적 장소에서의 집회 및 시위를 위해 사전에 허가를 받도록 요구하는

9) Tabatha Abu El-Haj, *The Neglected Right of Assembly*, 56 *UCLA L. Rev.* 543, 561-562 (2009).

10) Jesse D. Proctor, *So When Did Public Order Start Trumping Fundamental Constitutional Right? Rethinking the Modern Interpretation of the Right to Assemble and the Role Police Should Play in Protecting that Right*, 8 *Drexel L. Rev.* online 77, 82-83 (2016).

11) N.Y., N.Y., *New Code of Ordinances of the City of New York*, ch. 24, *Traffic Regulations*, §38 (1922).

12) N.Y., N.Y., *The Code of Ordinances of New York* (1931).

조례들이 위헌이라는 입장을 취하였던 바 있다. 아래는 사전허가제의 위헌성을 인정한 대표적인 판례이다.

In re Frazee 판결¹³⁾에서, 문제된 Grand Rapids시의 조례는 ‘사전에 Grand Rapids시의 시장이나 시의회로부터 동의를 얻지 않고는, 누구든지 악기, 현수막, 깃발, 손전등, 횃불을 소지하거나, 또는 노래를 부르거나 소리를 지르면서 Grand Rapids시의 공로에서 행진, 운전 등을 하지 못’하도록 규정하고 있었다. Grand Rapids시의 조례는 또한 ‘이와 같은 규정에 위반하여 유죄판결을 선고 받는 경우에는 500달러 이하의 벌금을 부과할 수 있고, 만약 벌금을 납부하지 않는 경우에는 90일을 초과하지 않는 기간 동안 벌금을 완납할 때까지 노역장에 유치하는 것도 가능하도록 규정하고 있었다. 이와 같은 규정들에도 불구하고 Frazee 등은 Grand Rapids시의 시장이나 시의회로부터 사전에 동의를 받지 않고 악기, 현수막, 그리고 깃발을 소지한 채로 노래를 부르고 소리를 지르면서 Grand Rapids시의 공로에서 행진을 감행하였고, 결국 Frazee는 Grand Rapids시의 조례를 위반한 혐의로 체포되었다. 이에 Frazee는 Grand Rapids시의 이와 같은 조례는 Grand Rapids시의 권한 범위를 넘어서서 제정된 것이고, 자신은 이와 같이 Grand Rapids시의 권한 범위를 넘어 제정된 조례의 위반을 이유로 체포되었다는 점을 근거로 Michigan주 대법원에 인신보호영장(writ of habeas corpus)¹⁴⁾을 청구하였다. 이에 Michigan주 대법원은 공로에서의 집회 등에 사전허가를 요구하는 조례를 제정하는 것은 Grand Rapids시의 권한 범위를 넘어서는 것이라고 판시함으로써 Frazee의 주장을 받아들였다.¹⁵⁾ Michigan주 대법원은 특히, 공적 집회와 정치적 시위가 영국으로부터 계승된 기본권으로서 모든 자유국가에서 관례적으로 인정되어 왔다는 점을 강조하였다.¹⁶⁾ Michigan주 대법원에 따르면, Grand Rapids시는 물론 폭동(riots), 소요(disturbances), 무질서한 집회(disorderly assembly) 등을 방지하거나, Grand Rapids시의 고속도로, 도로, 거리 등이 사용되는 방법을 통제·금지·규제할 수 있는 권한을 갖지만, 이와 같은 권한들로부터 이 사안에서 문제가 된 조례를 제정할 수 있는 권한까지 도출되는 것은 아님을 명백히 하였다.¹⁷⁾¹⁸⁾

13) 30 N.W. 72 (Mich. 1886).

14) 인신보호영장(writ of habeas corpus)이란, 교도소 등에 구금된 자가 자신에 대한 구금 이 헌법이나 법률에 반하는 것은 아닌지에 대해 판단해 달라고 법원에 청구하는 것으로, 만약 법원이 이와 같은 청구가 이유 있는 것으로 인정하면 그 구금된 자를 즉시 석방하는 제도를 의미한다. 인신보호영장의 이와 같은 의미에 대해서는 Limin Zheng, Actual Innocence as a Gateway through the Statute of Limitations Bar on the Filing of Federal Habeas Corpus Petitions, 90 Cal. L. Rev. 2101, 2108 (2002).

15) In re Frazee, 30 N.W. 72 (Mich. 1886).

16) Id. at 75.

이에 반해, Massachusetts주 대법원은 *Commonwealth v. Abrahams* 판결¹⁹⁾에서 사전허가제 도입 초기에 주대법원으로서 유일하게 아래와 같이 사전허가제의 합헌성을 인정한 바 있다.

Central Labor Union의 간사인 Henry Abrahams는 Boston 공원에서 집회를 열기 위해 사전에 이에 대한 허가를 신청하였다. Abrahams가 계획했던 집회의 주제는 “공익에 관해 논의하고 사회적 문제에 대해 논쟁하기 위해 시민들이 평화롭게 모일 수 있는 권리”였다. 하지만 Abrahams의 사전허가신청은 거부되었고, 집회가 예정되어 있던 당일 아침 경찰관은 Abrahams에게 Boston 공원에서 계획되었던 연설을 하지 말도록 명령했다. 그럼에도 불구하고 Abrahams는 몇몇 사람들 앞에서 연설을 감행한 후, 사전허가를 받지 않았을 뿐 아니라 연설을 하지 말라는 경찰관의 명령에도 위반했다는 이유로 체포되었다. Abrahams는 Boston 공원에서 집회를 위해 사전에 허가를 받도록 요구하고 있는 규정이 허가권자에게 무제한적인 재량을 부여하고 있을 뿐 아니라, “시민들은 공익에 대해 논의하기 위해 질서 있고 평화로운 방법으로 모일 수 있는 권리를 갖는다”고 규정하고 있는 Massachusetts주의 권리장전에도 반한다고 주장했다. 하지만 Massachusetts주 대법원은 이와 같은 Abrahams의 주장을 받아들이지 않았다. Massachusetts주 대법원에 따르면, 공공도로, 공공정원에서의 집회가 그 장소의 존재이유인 공적 사용에 부합하지 않는 경우, 사람들은 그와 같은 공적 장소에서 적시된 목적들을 위해 모일 수 있는 권리를 갖지 않게 될 수도 있다.²⁰⁾ Massachusetts주 대법원은 이와 같은 논리가 공원에 대해서도 마찬가지로 적용된다고 판시하면서, Boston시에 있는 공원들은 일반 공중의 이용을 위해 존재하는 것이므로, 집회 등을 위해 특정 공원이나 그 공원의 일부를 사용하는 것이 이와 같은 일반 공중의 이용을 위해 일시적으로나마 제한될 수 있는지의 여부는 허가권자의 합리적 재량에 의해 결정될 사항이라는 점을 명백히 하였다.²¹⁾

이와 같이 사전허가제 도입 초기에 주법원들은 - Massachusetts주 대법원을 제외하고는 - 그와 같은 제도가 헌법에 반하는 것이라는 입장을 취해 왔다. 하

17) Id.

18) 이와 같은 *In re Frazee* 판결 이외에 사전허가제의 위헌성을 인정한 대표적인 판례로는 *Anderson v. City of Wellington*, 19 P. 719 (Kan. 1888), *City of Chi. v. Trotter*, 26 N.E. 359 (Ill. 1891) 등.

19) 30 N.E. 79 (Mass. 1892).

20) Id. at 79.

21) Id.

지만 미국 연방대법원이 아래와 같은 Cox v. New Hampshire 판결²²⁾에서 사전허가제의 합헌성을 인정함에 따라 사전허가제는 현재까지도 미국에서 집회 및 시위와 관련하여 보편적인 제도로서 자리 잡게 되었다.

New Hampshire주의 법률은 공로에서의 행진이나 행렬을 위해서는 사전에 허가를 받도록 요구하는 규정을 두고 있었다. 그럼에도 불구하고 Cox를 포함하여 여호와의 증인(Jehovah's Witnesses) 신도 5명은 사전에 허가를 신청하지도 않고 결국 사전허가를 받지 않은 상태에서 공로에서의 행진 및 행렬을 감행하였다. Cox 등은 결국 위에서의 법률에 위반하여 사전에 허가를 받지 않고 공로에서의 행진이나 행렬에 참가하였다는 공소사실로 기소되었고, 주법원에서 이와 같은 공소사실이 인정되어 유죄판결을 받았다. 이에 Cox 등은 문제된 법률이 자신들의 집회의 자유 등을 침해하는 것이라는 등을 근거로 연방대법원에 상소를 제기하였다. 이에 연방대법원은 만약 지방정부가 행진이나 행렬을 목적으로 공로를 사용하는 것에 대해 통제할 수 있는 권한을 갖는다면, 지방정부는 또한 (부당하게 차별하는 것이 아닌 한) 그 공로를 다른 용도로 사용하는 것과 관련하여 행진이나 행렬의 시간, 장소, 방법 등에 대해 고려할 수 있는 권한도 갖게 되는데, 지방정부가 행진이나 행렬을 위해 공로를 사용하는 것에 대한 통제 권한을 갖는다는 점은 분명하다고 판시하였다.²³⁾ 그러면서 연방대법원은 문제된 법률은 허가를 내릴 기관에게 제한된 권한만을 부여하고 있는 것이므로, 그와 같은 권한이 집회의 자유 등 개인의 기본권을 침해하고 있다고 볼 수는 없다고 판시함으로써 Cox 등의 주장을 배척하였다.²⁴⁾ 이와 같은 결론에 도달함에 있어 연방대법원은 고속도로의 사용에 있어 일반 공중의 안전과 편익을 위해 일정한 규제를 가할 지방정부의 권한이 시민의 자유에 부합하지 않는다고 여겨진 적은 단 한 번도 없었고, 오히려 그와 같은 고속도로 사용에 대한 제한이 일반 공중의 편익을 도모하기 위한 경우라면 - 다른 상황에서라면 보호를 받아야 마땅한 - 특정 시민권의 행사로 인해서 그와 같은 제한이 무시되어서는 안 된다고 판시하였다.²⁵⁾

3) 사전허가제를 통한 집회 및 시위의 광범위한 통제

이처럼 사전허가제가 보편화됨에 따라, 미국에서는 공적 장소에서 집회나 시위를 위해 대개의 경우에는 사전에 정부기관으로부터 허가를 얻을 것이 요구되

22) 312 U.S. 569 (1941).

23) Id. at 576.

24) Id.

25) Id. at 574.

고 있다. 예컨대, Chicago시에서는 공공도로에서의 시위(parade)²⁶⁾를 위해서는 사전에 먼저 허가를 받아야 하고,²⁷⁾ 이처럼 사전허가를 받기 위해서는 원칙적으로 최소한 그와 같은 시위의 15영업일 이전에 Chicago시 교통국장(commissioner of transportation)에게 시위에 대한 허가신청서를 제출하도록 요구하고 있다.²⁸⁾ 교통국장에게 제출해야 하는 허가신청서에는 시위의 날짜, 시작 및 종료 시간, 시위를 위한 집합 및 해산의 장소와 정확한 도로명 주소, 시위의 예상 경로, 추산 참가자 수 및 그와 같은 추산의 근거 등을 자세하게 기재하도록 하고 있다.²⁹⁾

물론 미국의 도시들이 이와 같은 사전허가제에 대해 전혀 예외를 두고 있지 않은 것은 아니다. 예컨대, North Carolina주의 Greensboro시는 ‘누구든지 사전허가를 받지 않고서는 공공의 안전, 교통, 또는 거주자나 방문객의 안전 및 복리에 영향을 줄만한 규모의 행사에 참석하거나 그와 같은 행사에의 참석을 촉진, 관리, 조력, 또는 권유’하지 못하도록 하면서도,³⁰⁾ i) 장례식이나 장례행렬, ii) 인도에서의 합법적인 피켓시위, iii) 차량, 동물, 폭죽, 불꽃놀이, (음향기기 이외의) 기구를 수반하지 않고, 참가 요건으로 참가비용이나 기부금의 납부를 요구하지 않으며, 그 시작 48시간 전까지 신고한 시위의 경우 등에는 예외적으로 위에서와 같은 사전허가를 요구하지 않고 있다.³¹⁾

사전허가제도를 통한 집회나 시위의 통제는 특히, 사전허가를 내리면서 부

26) 여기서의 시위(parade)는 사람, 동물, 차량, 물건, 또는 이들의 조합으로 이루어진 행진, 행렬, 기타 이와 유사한 활동으로서 그와 같은 시위가 통상적인 교통 법규 및 통제에 따르지 않을 것이라거나 또는 따를 수 없음이 예상되어, 도로의 폐쇄가 요구되거나 또는 권한 있는 공무원이 차량의 통행을 차단하거나 우회시켜야만 하는 경우를 의미한다(Chicago Municipal Code, §10-8-330(a)). 이에 반해 공적 집회(public assembly)에 대해서는 사전허가를 요구하고 있지 않고, 다만 교통국장에게 늦어도 그와 같은 집회로부터 5영업일 이전에 또는 집회가 즉흥적이고 긴급한 성격의 것인 경우에는 가능한 한 빨리 신고할 것만을 요구하고 있다. 이처럼 시위와 구별되는 공적 집회란, 인도(sidewalk) 위 특정장소에 함께 모여 있는 사람들의 집합, 또는 인도 위에서 사람들의 조직화된 행진이나 행렬로서, 보행자들의 왕래를 방해하거나 지연시킬 것이라고는 합리적으로 예상되나, 차량의 통행을 방해하거나 또는 통상적인 교통 법규 및 통제에 따르지 않을 것이라거나 또는 따를 수 없음이 예상되지는 않아, 도로의 폐쇄가 요구된다거나 또는 권한 있는 공무원이 차량의 통행을 차단 또는 우회시켜야만 하는 경우가 아닌 것을 의미한다(Chicago Municipal Code, §10-8-334(a)).

27) Chicago Municipal Code, §10-8-330(b).

28) Chicago Municipal Code, §10-8-330(c).

29) Chicago Municipal Code, §10-8-330(e).

30) Greensboro, NC Code of Ordinances, §26-248(a).

31) Greensboro, NC Code of Ordinances, §26-249(c).

과하는 부수적 조건들을 통해서도 광범위하게 이루어지고 있다. 예컨대, 2003년에 George W. Bush 대통령의 이라크 침공이 예상되자 전쟁에 반대하는 자들이 이에 반대하는 시위를 하고자 New York City에 허가를 신청하였는데, New York City는 안전에 대한 염려를 이유로 UN 본부로부터 멀리 떨어진 곳에서 움직이지 않고 시위할 것을 조건으로 하여 그 시위를 허가한 바 있다.³²⁾ 사전 허가를 내리면서 부과하는 부수적 조건의 대표적인 예로는 i) 집회나 시위를 위해 공적 도로나 공원을 사용한다에 대해 수수료를 납부하도록 하거나, ii) 집회나 시위로 인해 발생할 수 있는 인적·물적 손해에 대비한 보험가입을 요구하거나, 또는 iii) 이와 같은 손해에 대해 배상할 것을 약속하도록 하는 것 등을 들 수 있다.³³⁾

2. 불법집회죄의 구성요건 완화

1) 불법집회죄: 보통법상의 범죄에서 제정법상의 범죄로

불법집회죄(crime of unlawful assembly)는 원래 보통법상의 범죄였다. 보통법 초기에 불법집회죄는 “3명 이상의 사람들이 폭동(riot)을 일으킬 목적으로 함께 모였으나, 그와 같은 목적의 실현을 위해 아직 아무런 외부적 행위를 하지는 않은 것”을 의미했다.³⁴⁾ 하지만 18세기에 접어들면서 이와 같은 보통법상 불법집회죄의 범위와 목적을 둘러싸고 견해가 대립되기 시작했는데, 다음과 같은 Hawkins와 Blackstone의 견해 대립은 그 대표적인 예라 할 수 있다.

먼저, Hawkins는 위에서와 같은 보통법상 불법집회죄의 개념이 너무 협소하다고 비

32) 이에 대해서는 *United for Peace & Justice v. City of N.Y.*, 243 F. Supp. 2d 19 (S.D.N.Y.), *aff'd per curiam*, 323 F.3d 175 (2d Cir. 2003).

33) 이와 같은 부수적 조건이 당연위헌은 아니라는 것이 미국 판례들의 입장이다. 예컨대, 공무원으로 하여금 허가신청절차를 처리하는데 필요할 것으로 합리적으로 예상되는 액수의 수수료를 부과할 수 있도록 허용하는 조항(*S. Or. Barter Fair v. Jackson County*, 372 F.3d 1128, 1140-1141 [9th Cir. 2004])이나, 보험가입의 조건이 10,000명 이상의 사람들이 참여할 것으로 예상되는 행사의 경우에만 적용되고, 요구되는 보험금액 또한 행사의 내용이 아니라 행사의 규모에 의해 정해지도록 하는 경우(*CAMP Legal Def. Fund, Inc. v. City of Atlanta*, 451 F.3d 1257, 1282 [11th Cir. 2006]) 등에는 그 효력을 인정하고 있다.

34) 보통법상 불법집회죄의 이와 같은 개념에 대해서는 *What Constitutes Offense of Unlawful Assembly*, 71 A.L.R 2d 875.

판하면서, “공적 평화(public peace)를 위태롭게 만들 상황을 야기할 수 있고, 왕의 신민들(king's subjects)로 하여금 공포심을 갖게끔 하는 다수 사람들의 모임은 불법집회죄로 인정”될 수 있다고 주장하였다.³⁵⁾ 즉, Hawkins는 현실적으로 그것을 실행에 옮긴다 하더라도 폭동에까지는 이르지 않을지라도 여전히 공적 평화를 위태롭게 할 수 있는 행위를 목적으로 하는 것이라면 불법집회죄에 해당한다고 함으로써 보통법상의 불법집회죄보다 그 적용범위를 확장시키고 있는 셈이다.³⁶⁾ 이에 반해, Blackstone은 “3명 이상의 사람들이 담이나 벽을 무너뜨리거나 뿔뿔이 들어선 건물을 파괴하는 것과 같은 불법적 행위를 하기 위해 함께 모였으나, 그와 같은 행위를 현실적으로 하기 전 또는 그 행위를 하기 위한 어떠한 외부적 움직임도 없이 해산한 경우”를 불법집회죄로 규율해야 한다고 주장한 바 있다.³⁷⁾

이처럼 불법집회죄는 보통법상의 범죄였으나, 현재 불법집회죄는 대부분의 주(州)에서 제정법상의 범죄로 인정되고 있다.³⁸⁾ 불법집회죄에 관한 이와 같은 미국의 법제는 19세기 말까지는 불법집회죄의 개념을 협소하게 정의함으로써 폭력을 수반하지 않는 무질서에 대해서는 상당한 관용을 보여준 바 있다. 즉, 19세기 말까지 불법집회죄에 관한 미국의 법제는 즉각적이고 중대한 폭력의 위험이 있는 경우에만 불법집회죄의 성립을 인정하였다. 하지만, 현재 미국의 많은 주들은 아래에서 검토하는 바와 같이, 입법작용이나 사법작용을 통해 불법집회죄의 구성요건을 완화시키는 등으로 불법집회죄가 성립할 수 있는 여지를 확장시켜 오고 있다.

2) 입법을 통한 불법집회죄 구성요건의 완화

시간이 경과함에 따라 주의회의 입법작용을 통해 불법집회죄의 구성요건이 완화된 대표적인 예는 위스콘신(Wisconsin)주에서 찾을 수 있다. Wisconsin주는 처음에는 불법집회죄를 매우 협소하게 규정하고 있었다. 예컨대, Bonville

35) Hawkins, *Pleas of the Crown*, ch 65 § 9 (What Constitutes Offense of Unlawful Assembly, 71 A.L.R 2d 875.에서 재인용).

36) 이에 대해서는 John Inazua, *Unlawful Assembly as Social Control*, 64 *UCLA L. Rev.* 2, 10 (2017).

37) 4 Cooley's Blackstone, *Commentaries* 145 (What Constitutes Offense of Unlawful Assembly, 71 A.L.R 2d 875.에서 재인용).

38) 보통법상 불법집회죄의 이와 같은 개념에 대해서는 *What Constitutes Offense of Unlawful Assembly*, 71 A.L.R 2d 875.

v. State 판결³⁹⁾에서 Wisconsin주 대법원은 이와 같은 불법집회죄 규정을 해석 하면서 이와 같은 규정에 따를 때 불법집회죄란, “폭력적, 불법적, 또는 격동적 방법을 통해, 합법적 혹은 불법적 행위를 시도하거나 또는 시도하고자 어떠한 행위를 함으로써, 다른 사람들에 대해 공포(terror)나 소란(disturbance)을 발생케 하는 것”⁴⁰⁾으로 정의한 바 있다. 그 후, 1955년에 Wisconsin주는 형법전을 개정하면서 “만약 즉각적으로 해산되지 않는다면 인적 손해 및 물적 손해를 야기하게 될 것임을 합리적으로 믿을 수 있을 만큼 공적질서에 대한 방해를 야기하는 3명 이상의 사람들의 모임”⁴¹⁾을 불법집회죄로 규정하기에 이르렀다.

1955년 형법전 개정 이전의 불법집회죄와 비교할 때, 개정 이후의 불법집회죄는 특히 다음과 같은 두 가지 점에서 그 구성요건을 완화시키고 있다.⁴²⁾ 첫째, 1955년 형법전 개정 이후에는 사람들이 i) 공동의 목적을 가지고 모이기는 했으나 아직 아무런 외부적 행위로 나아가지 않은 경우와, ii) 공동의 목적을 가지고 모여 그 목적을 실현하기 위한 행위를 시도하거나 또는 시도하고자 하는 어떠한 행위를 행한 경우를 더 이상 구별하지 않는다. 즉, 그와 같은 집회를 즉각적으로 해산시키지 않는 경우 인적 또는 물적 손해를 야기할 것이라는 점을 합리적으로 믿을 수 있을 만큼 공적질서에 대한 방해를 야기하는 사람들의 모임이라면, 위의 ii)의 경우 뿐 아니라, i)의 경우에도 불법집회죄는 성립될 수 있게 된 셈이다. 둘째, 다른 사람들에 대해 공포나 소란을 야기할 만한 불법적 또는 격동적 방법을 사용할 것이 더 이상 불법집회죄의 구성요건요소가 되지 않는다는 점이다. 물론, 인적 손해나 물적 손해를 야기할 것으로 합리적으로 믿을 수 있는 상황에는 폭력이 수반되는 것이 대부분일 테지만, 다수의 군중이 폭력적 행위 없이 평화적인 행진에 참여하는 경우에도 그 자연스런 결과로서 사소한 인적 또는 물적 손해의 발생이 예상될 수 있고, 형법전의 개정으로 말미암아 이와 같은 경우에도 정부당국은 그 집회를 불법집회로 해산시킬 수 있게 되었다.

Wisconsin주는 그 후 여기서 더 나아가, 불법집회죄에 해당하는 행위양태를 추가하는 입법까지 감행하기에 이르렀다. 즉, Wisconsin주에서는 현재, 타인으

39) 11 N.W. 427 (Wis. 1882).

40) Id. at 428.

41) WIS. STAT. § 947.06 (1955).

42) 이에 대해서는 John Inazua, Unlawful Assembly as Social Control, 64 UCLA L. Rev. 2, 26-27 (2017).

로 하여금 사적 또는 공적 주요도로나 재산, 또는 사적 또는 공적 건물, 주거 공간 또는 그와 같은 건물이나 공간의 일부에의 출입을 위한 공간 등을 합법적으로 사용하지 못하도록 차단하거나 방해할 목적으로 모여, 실제 그 타인의 합법적인 사용을 차단하거나 방해한 경우에도 불법집회죄를 구성하는 것으로 규정하기에 이르렀다.⁴³⁾ 그러므로 현재 Wisconsin주에서는 i) 만약 즉각적으로 해산되지 않는다면 인적 손해 및 물적 손해를 야기하게 될 것임을 합리적으로 믿을 수 있을 만큼 공적질서에 대한 방해할 야기하는 3명 이상의 사람들의 모임이거나, ii) 타인으로 하여금 사적 또는 공적 주요도로나 재산, 또는 사적 또는 공적 건물, 주거 공간 또는 그와 같은 건물이나 공간의 일부에의 출입을 위한 공간 등을 합법적으로 사용할 수 없게 차단하거나 방해할 목적으로 모여, 실제 그 타인의 합법적인 사용을 차단하거나 방해한 경우에 불법집회죄가 성립할 수 있다.

3) 해석을 통한 불법집회죄 구성요건의 완화

Wisconsin주가 주의회의 입법작용을 통해 불법집회죄의 구성요건을 완화시켜 온 대표적인 예에 해당한다면, Missouri주는 법원의 법해석, 즉 사법작용에 의해 불법집회죄의 구성요건을 완화시켜 온 대표적인 예라고 할 수 있다. Missouri주 형법전은 불법집회죄를 “고의로 6명 이상의 다른 사람들과 모여 유형력이나 폭력을 사용하여 Missouri주의 주법이나 미국 연방법을 위반하기로 합의에 이르는 행위”로 규정하고 있다. 이러한 Missouri주의 불법집회죄는 특히, 합의된 범위반 행위가 유형력이나 폭력을 사용하여 행해질 것을 요구하고 있으므로, 6명 이상의 다른 사람들과 모여 단순히 비폭력적 방법을 통해 주법이나 연방법에 위반하는 행위를 하고자 합의에 이르는 행위만으로는 불법집회죄를 구성하지 않게 된다. 따라서 Missouri주의 입법 자체는 - 예컨대, 위의 Wisconsin주의 그것과 비교할 때 - 상대적으로 불법집회죄를 협소하게 규정하고 있다고 평가할 수 있을 것이다.

하지만 Missouri주의 불법집회죄는 Missouri주 법원의 해석을 통해 그 구성요건이 완화되어오고 있다. 법원의 해석을 통한 구성요건의 완화를 가장 잘 보

43) WIS. STAT. ANN. § 947.06(2) (2015).

여주는 예가 바로 “불법집회죄로 유죄판결을 받기 위해 피고인 자신이 직접 유형력이나 폭력을 행사하는 것과 같이 불법적인 행위를 감행해야 할 필요가 없다”⁴⁴⁾는 Missouri주 항소법원의 판결이다. 즉, Missouri주 항소법원에 따르면, “피고인은 단순히 불법집회에 참가하기만 해도 불법집회죄의 유죄가 되는데, 이는 왜냐하면 그 집회의 다른 구성원이 실제로 불법적인 행위를 감행하고 나서부터는 그와 같은 집회로부터 이탈할 의무가 피고인에게 인정되고, 그럼에도 불구하고 피고인이 이탈하지 않고 그대로 집회에 남아 있었다면 피고인은 불법집회죄의 유죄”⁴⁵⁾가 된다고 한다.

법원의 해석을 통한 불법집회죄 구성요건의 완화는 비단 Missouri주 만의 문제는 아니다. California주에서도 법원은 해석을 통하여 불법집회죄의 구성요건을 완화시켜 오고 있다. Missouri주에서와 마찬가지로, California주 대법원은 미국연방 수정헌법 제1조가 평화롭게 집회할 권리를 보장하고 있음에 비추어 볼 때, 오직 폭력이 존재하거나 또는 즉각적인 폭력의 명백하고 현존하는 위험이 존재하는 경우에만 집회는 불법적인 것이 될 수 있다고 하여 불법집회죄의 개념을 협소하게 이해하고 있다.⁴⁶⁾ California주 대법원은 이와 관련하여, 규모가 크고 소란스러울 것이라는 예상만으로는 집회의 자유를 제한할 수 없고, 오직 이와 같은 예상이 타당하고 합리적일 뿐 아니라, 그 집회가 폭력의 위협을 수반하는 경우에만 집회의 자유는 제한될 수 있다고 판시하였다.⁴⁷⁾ 그럼에도 불구하고 California주 법원은 “피고인이 직접 폭력적이거나 또는 폭력에 대한 명백하고 현존하는 위험을 야기하는 행위를 하지 않았다고 하더라도, 함께 집회에 참석한 다른 사람들이 이미 폭력적인 행위를 하는 등 그 집회가 불법집회로 변질 된 이후 이러한 사실을 알면서도 여전히 집회에 남아 있거나 또는 새로이 그 집회에 참가하는 경우라면 피고인은 불법집회죄의 유죄”⁴⁸⁾가 된다고 하여 불법집회죄가 성립할 여지를 크게 하고 있다.

3. 사전허가 거부사유로서 복면금지법위반

1) 복면금지법의 합헌성

44) State v. Mast, 713 S.W.2d 601 (Mo. Ct. App. 1986).

45) Id.

46) In re Brown, 510 P.2d 1017, 1021 (Cal. 1973).

47) Id.

48) In re Wagner, 119 Cal. App. 3d 90 (2d Dist. 1981).

미국에서 처음에 복면금지법(anti-mask laws)이 제정된 것은 Ku Klux Klan(KKK)의 범죄행위에 대응하기 위함이었다.⁴⁹⁾ 현재 미국에서 가장 강력한 형태의 복면금지법은 공개적인 장소에서의 복면 착용을 금지하는 것이다.⁵⁰⁾ 복면금지법은 대개의 경우 다음과 같은 두 가지 요소로 구성 된다: 첫째, 지정된 공적 장소 등에서 자신의 정체성을 숨길 수 있도록 얼굴을 가리는 것을 금지하고, 둘째, 해롭지 않거나 바람직한 관례(예: 할로윈데이에 할로윈 복장을 하는 것)들의 경우에는 이와 같은 금지에 예외를 인정해주는 것이다.⁵¹⁾ 이와 같은 복면금지법은 특히, 미국연방 수정헌법 제1조상의 표현의 자유와 관련하여 그 합헌성이 의문시될 수 있으나, 아래 State v. Miller 판결⁵²⁾에서 Georgia주 대법원의 입장과 같이 그 합헌성을 인정하는 것이 일반적이다.⁵³⁾

1990년 2월 28일, Invisible Empire, Knights of the Ku Klux Klan의 멤버인 Shade Miller, Jr.는 Georgia주 Lawrenceville시의 그윈넷 카운티(Gwinnett County) 법원 앞에 있는 자신의 픽업트럭에서 Klan의 전통적인 복면을 착용한 채로 나타났다. Miller는 곧바로 Georgia주의 복면금지법에 위반한 혐의로 체포되어 기소되었는데, Georgia주 복면금지법은 공적 장소에 있는 동안에는 얼굴에 정체성을 숨길 수 있도록 하는 복면 등을 착용하지 못하도록 금지하고 있었다. Miller는 문제된 Georgia주의 복면금지법이 자신의 헌법상 표현의 자유 및 결사의 자유를 침해하는 것일 뿐 아니라, 너무 광범위하여 무효라는 점을 근거로 자신의 무죄를 주장하였다. 하지만 Georgia주 대법원은 i) 주(州)는 복면의 착용을 금지함으로써 폭력과 위협을 방지한다는 데에 상당한

49) Wayne R Allen, Note, Klan, Cloth and Constitution: Anti-Mask Laws and the First Amendment, 25 Ga. L. Rev. 819, 821 (1991).

50) Evan Darwin Winet, Face-Veil Bans and Anti-Mask Laws: State Interest and the Right to Cover Face, 35 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 217, 219 (2012).

51) Id. at 232-233.

52) State v. Miller, 270 Ga. 669 (1990).

53) 물론 학계에서는 이와 같은 복면금지법의 합헌성을 둘러싸고 견해가 첨예하게 대립되고 있다. 먼저, 복면금지법은 표현의 내용에 기반하는 것으로 보든 아니면 표현의 내용으로 부터 중립적인 것으로 보든 미국연방 수정헌법 제1조상의 표현의 자유를 침해하는 것으로서 위헌이라는 대표적 견해로 Oskar E. Rey, Note, Anti-Mask Laws: Exploring the Outer Bounds of Protected Speech under the First Amendment - State v. Miller 260 Ga. 669, 398 S.E.2d 547 (1990), 66 Wash. L. Rev. 1139 (1991) 이에 반해, 복면금지법은 범죄를 예방하고 범죄자를 검거한다는 목적을 실현해 오고 있으므로, 내용 중립적 견지에서만 복면의 착용을 금지하고 복면을 착용하는 자에게 정체성을 숨길 고의를 요구하는 등 그와 같은 금지의 범위를 좁히는 한 수정헌법 제1조상의 표현의 자유를 침해하는 것은 아니라는 견해로 Wayne R Allen, Note, Klan, Cloth and Constitution: Anti-Mask Laws and the First Amendment, 25 Ga. L. Rev. 819 (1991).

이익을 갖고 있고, ii) 동법은 복면 착용자의 특정한 메시지와 무관하게 특정한 형태의 위협적 행위만을 금지하는 것이라는 점에서 내용 중립적(content-neutral) 규제에 해당하며, iii) 위협, 협박, 또는 폭력을 합리적으로 예상할 수 있는 경우의 복면착용에 대해서만 복면금지법은 적용되므로 동법이 광범위해서 무효인 것도 아니라고 하여 Miller의 주장을 배척하였다.⁵⁴⁾

2) 복면금지법위반을 근거로 한 사전허가거부의 정당성

이처럼 복면금지법의 합헌성을 인정한다면, 다음과 같이 복면금지법 위반의 우려를 근거로 집회나 시위에 대한 사전허가를 거부하는 것도 정당화될 수 있다.

American Knights는 1999년 9월 24일 New York City 경찰청에 같은 해 10월 23일로 예정되어 있는 시위를 위하여 사전허가를 신청했다. 허가신청서를 검토한 New York City 경찰청은 American Knights가 시위에서 복면을 착용할 계획이라고 밝혔는데, 이와 같은 복면 착용이 New York주 복면금지법에 위반하게 될 수 있다는 점을 이유로 사전허가를 거부하였다. American Knights는 백인과 기독교적 신념을 대변하는 정치적 성격의 조직으로 Ku Klux Klan(KKK)과는 공식적으로 관련된 바 없지만, 인종분리에 찬성하고 십계명의 중요성과 종교적 신념을 신뢰한다는 점에서는 부분적으로나마 Ku Klux Klan과 동일시될 수 있었다. 뿐만 아니라 American Knights의 멤버들은 후드(hood)와 로브(robe)를 착용하는 전통을 따르고 있었다. New York City 경찰청이 사전허가를 거부하자 American Knights는 New York City 경찰청으로 하여금 American Knights의 멤버들이 복면을 착용한 채로 시위에 참가하는 것을 허락하도록 강제하기 위해 지방법원에 예비적 금지명령(preliminary injunction)을 청구하였다. 지방법원은 American Knights의 이와 같은 예비적 금지명령 청구를 받아들였지만, 그 다음날 항소법원은 복면의 착용을 허용하는 지방법원의 명령에 대해 그 효력을 부인하는 결정을 내렸다. 결국, American Knights는 후드와 로브는 착용했지만 복면은 착용하지 않은 채로 예정된 시위를 감행했다. 시위를 마치고 American Knights는 다시 지방법원에 영구적 금지명령(permanent injunction)을 청구하였다. 지방법원은 다시금 American Knights의 멤버들로 하여금 복면을 착용하지 못하도록 하는 것은 연방 수정헌법 제1조상의 표현의 자유를 침해하는 것이라고 하여 American Knights의 손을 들어주었다. 하지만 항소법원은 다시 한 번 다음과 같은 근거 등을 이유로 하여 American Knights의 주장을 배척하였다. 첫째, New York주 복면금지법이 금지하는

54) State v. Miller, 270 Ga. 669 (1990).

것은 American Knights 멤버들의 복면 착용일 뿐, 후드와 로브를 착용하는 것까지 금지하는 것은 아닌데, 후드나 로브를 착용하는 것만으로도 American Knights는 KKK와 동일시할만한 메시지를 충분히 전달할 수 있으므로, 복면의 착용이 후드나 로브의 착용과 다른 어떤 독립적인 메시지를 전달한다고 볼 수는 없다. 둘째, 연방대법원은 많은 사안들에서 수정헌법 제1조가 보장하는 표현의 자유 및 결사의 자유로부터 익명에 의한 표현의 자유를 도출시켜 온 바 있지만, 아직 단 한 번도 연방대법원이 이러한 익명에 의한 표현의 자유에 공적 시위에의 참가자들이 외모를 가질 수 있는 권리까지 수반되는 것으로 판시한 적은 없다. 마지막으로, New York주 복면금지법은 표현행위를 규제하는 것일 뿐 그 표현의 내용을 규제하는 것은 아니다.⁵⁵⁾ 이에 따라, American Knights의 영구적 금지명령의 청구는 항소법원에 의해 기각되었다.

IV. 평가와 전망

현재 미국에서는 집회의 자유가 이와 같이 제한되어 오고 있는데 대해 우려하는 목소리가 매우 크다. 특히, 이와 같은 우려는 i) 집회 및 시위를 위해 원칙적으로 사전허가를 요구하면서 허가권자로 하여금 사전허가에 다양한 조건을 부과할 수 있도록 하고, ii) 의회의 입법을 통해서든 아니면 법원의 해석을 통해서든 불법집회죄의 구성요건이 지속적으로 완화되어 오고 있다는 점에 주로 초점을 맞추고 있다. 먼저, 전자(위의 i))와 관련하여, 정치적 목적을 위한 집회를 위해 시민들에게 사전에 허가를 받도록 요구하고, 허가권자가 이를 허가 하면서 다양한 조건들을 부과할 수 있도록 하는 것은 결국, 대의제도에 영향을 미치고 이를 통제할 수 있는 수단으로서 공적 집회의 효율성을 저해하는 것이라는 비판이 제기되고 있다.⁵⁶⁾ 이러한 비판적 견해에 따르면, 집회나 시위를 위한 사전허가의 요구는 그 집회나 시위에 대한 열망을 야기한 사건이 발생한 시점과 실질적으로 집회 및 시위를 개최하게 되는 시점 사이에 큰 시간적 격차를 발생시키고, 집회나 시위의 장소나 시간과 관련하여 사전허가에 부과되는 조건들은 그 집회나 시위가 대상으로 삼는 청중들로부터 그와 같은 집회와 시위를 멀리 떨어뜨려 놓는 결과를 초래하게 된다고 한다.⁵⁷⁾

55) Church of American Knights of the Ku Klux Klan v. Kerik, 356 F.3d 197 (2004).

56) 대표적으로 Tabatha Abu El-Haj, The Neglected Right of Assembly, 56 UCLA L. Rev. 543, 546 (2009).

뿐만 아니라, 후자(위의 ii))에 관해서는, 이전의 경찰력과 현재의 경찰력을 비교할 때 불법집회죄의 구성요건을 완화시킬 필요가 없다는 주장이 제기되고 있다. 즉, 현재보다 경찰력이 현저히 미약했던 시기에는 경찰로 하여금 조금 더 빠른 시기에 예방적 관점에서 집회 및 시위에 개입할 수 있도록 허용할 필요가 있었으나, 현재는 훈련이나 장비 면에서 경찰력이 상대적으로 훨씬 강해졌기 때문에 구성요건 완화를 통해 경찰이 집회 및 시위에 이전보다 더 빨리 개입할 수 있도록 허용해야 할 필요성은 사라졌다는 것이다.⁵⁸⁾ 여기서 더 나아가 불법 집회죄 구성요건의 완화를 비판적으로 바로 보는 또 다른 이유는, 경찰은 많은 경우 차후에 불법집회죄로 기소하거나 유죄판결을 내리는 것이 불가능해 보이는 경우에도 일단 집회에 참가한 자들을 불법집회죄로 체포하는 경향이 있는데, 불법집회죄의 구성요건이 완화되면 될수록 이와 같은 경향은 더 커지게 될 것이라고 한다.⁵⁹⁾ 그와 같은 체포는 집회 및 시위 참가자들을 거리에서 쫓아내는 것이 되는데, 나중에 불법집회죄로 공소유지가 되지 않거나 무죄판결이 선고되는 것과 무관하게 그 자체만으로도 수정헌법 제1조상의 집회의 자유는 무의미해지게 된다고 주장하고 있다.⁶⁰⁾

미국에서 집회의 자유가 점차 제한적으로만 인정되는데 대해 위에서와 같이 비판적 관점을 제시하는 입장들은 공공장소에서의 집회나 시위가 지금까지 정치 참여를 위한 특별한 수단이 되어 왔고 앞으로도 그럴 것이라는 기대를 가지고 있다. 하지만 지금의 현실에 비추어 볼 때, 공공장소에서의 집회나 시위가 헌법 제정 당시에 가졌던 의미를 현재에도 동일하게 가지므로 집회의 자유가 헌법 제정 당시의 지위를 다시금 회복해야 한다는 이들의 주장은 다소 실현 가능성이 없어 보인다. 이는 특히 두 가지 점에 근거하는데, 먼저 미국에서 헌법이 제정될 당시의 시대적 배경에서는 국가에 의한 압제가 우려의 대상이어서 ‘국가로부터의 자유’가 매우 큰 의미를 가졌다면, 오늘날에는 ‘국가로부터의 자유’ 만큼이나 (혹은 그보다는) ‘국가에 의한 보호’의 요구가 커졌다고 할 수 있다. 예컨대, 앞의 *Cox v. New Hampshire* 판결에서 ‘일반 공중의 안전과 편의

57) Id.

58) 대표적으로 John Inazua, *Unlawful Assembly as Social Control*, 64 *UCLA L. Rev.* 2, 8 (2017).

59) 예컨대, Tabatha Abu El-Haj, *Defining Peaceably: Policing the Line Between Constitutionally Protected Protest and Unlawful Assembly*, 80 *Mo. L. Rev.* 961, 974 (2015).

60) Id.

을 위해서 고속도로 사용에 일정한 규제를 가할 수 있는 지방정부의 권한은 특정 기본권의 행사를 이유로 무시되어서는 안 된다⁶¹⁾는 연방대법원의 판결이 이와 같은 입장에서 있는 것으로 보인다. 뿐만 아니라, 현재는 페이스북(Facebook), 트위터(Twitter) 등과 같은 사회관계망서비스(Social Network Services; SNS)의 이용이 활성화되어 있고, 이와 같은 SNS가 정치 참여를 위한 수단으로 효율적으로 활용되고 있다. 즉, 현재에는 정치 참여를 위한 효과적 대안이 등장해 있는 상태인 셈이다.⁶²⁾ SNS 등이 활성화되기 이전에는 정치에 참여할 수 있는 대안이 없었다는 점에서 집회나 시위에 참가하지 않는 일반 공중의 불편이나 위험을 감수하고라도 집회 및 시위를 허용하지 않을 수 없었다 하더라도, 정치 참여의 대안이 갖추어져 있는 현재에도 집회 및 시위를 위해 일반 공중으로 하여금 이전과 동일한 정도의 불편이나 위험을 감수하라고 요구하는 것은 무리일 것이다. 이러한 점들로부터 볼 때, 미국에서 집회의 자유가 지속적으로 제한되고 있는 현실을 비판하는 입장에서 주장하는 것처럼, 집회의 자유가 다시 미국헌법이 제정될 그 당시의 지위를 회복하는 것은 어려울 것으로 보인다.

투고일 : 2017.11.30 / 심사완료일 : 2017.12.8 / 게재확정일 : 2017.12.18

61) Cox v. New Hampshire, 312 U.S. 569, 574 (1941).

62) 부정적인 예이긴 하나, 이슬람국가(Islamic State; IS)는 온라인을 통해 지금까지 매우 성공적으로 뜻을 같이 하는 테러범들을 모아올 수 있었다고 한다. 이에 테리사 메이(Theresa May) 영국 총리는 테러 확산의 온상이 된다는 이유로 온라인 규제의 필요성을 주장하기도 하였다. 이에 대해서는 서울신문, “메이 총리 “극단주의 확산 막는 SNS 새 규제 필요”” 인터넷 기사(2017.6.5.자) 참조, available at http://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20170606016023&wlog_tag3=naver.

[참고문헌]

- Ashley M. Eick, Forging ahead from Ferguson: Re-evaluating the Right to Assemble in the Face of Police Militarization, 24 *Wim. & Mary Bill Rts. J.* 1235 (2016).
- Emmanuel Hiram Arnaud, The Dismantling of Dissent: Militarization and the Right to Peaceably Assemble, 101 *Cornell L. Rev.* 777 (2016).
- Jesse D. Proctor, So When Did Public Order Start Trumping Fundamental Constitutional Right? Rethinking the Modern Interpretation of the Right to Assemble and the Role Police Should Play in Protecting that Right, 8 *Drexel L. Rev.* online 77 (2016).
- John Inazua, Unlawful Assembly as Social Control, 64 *UCLA L. Rev.* 2 (2017).
- Limin Zheng, *Actual Innocence as a Gateway through the Statute of Limitations Bar on the Filing of Federal Habeas Corpus Petitions*, 90 *Cal. L. Rev.* 2101 (2002).
- Oskar E. Rey, Note, Anti-Mask Laws: Exploring the Outer Bounds of Protected Speech under the First Amendment - *State v. Miller* 260 *Ga.* 669, 398 *S.E.2d* 547 (1990), 66 *Wash. L. Rev.* 1139 (1991).
- Tabatha Abu El-Haj, Defining Peaceably: Policing the Line Between Constitutionally Protected Protest and Unlawful Assembly, 80 *Mo. L. Rev.* 961 (2015).
- Tabatha Abu El-Haj, The Neglected Right of Assembly, 56 *UCLA L. Rev.* 543 (2009).
- Wayne R Allen, Note, Klan, Cloth and Constitution: Anti-Mask Laws and the First Amendment, 25 *Ga. L. Rev.* 819 (1991).
- Evan Darwin Winet, Face-Veil Bans and Anti-Mask Laws: State Interest and the Right to Cover Face, 35 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 217 (2012).

[국문초록]

미국에서의 집회의 자유에 대한 검토*

지 유 미**

최근 미국에서는 점거운동이나 흑인생명존중운동과 같은 집회 및 시위가 빈번하게 발생하였을 뿐 아니라, 경찰이 군사장비로 무장한 채 그와 같은 집회나 시위를 진압해 온 이유로, 집회의 자유에 대한 관심과 열망이 고조되어 왔다. 이와 관련하여 본고는 상대적으로 개인의 자유가 잘 보장되고 있다고 여겨지는 미국에서, 현재 집회의 자유가 어떠한 위치를 차지하고 있는지를 검토해 보는데 그 목적을 두고 있다.

먼저, 미국사회에서 집회의 자유에 대한 관심과 열망을 고조시킨 원인으로 지목되는 경찰의 군대화는 특히, 다음과 같은 두 가지 요인에 기인하는 것으로 평가된다. 첫째, 1989년 미국 의회는 전국적인 마약과의 전쟁에서 국방부의 역할을 확대했는데, 그 일환으로 국방수권법을 제정하여 국방부가 잉여의 군사장비를 연방이나 주의 경찰에게 이전할 수 있도록 하였다. 둘째, 애초에 경찰 SWAT팀은 국내에서의 테러나 인질 사건에서 이용할 목적으로 창설되었지만, 그 후 이와 같은 목적 범위를 넘어서서까지 매우 빈번하게 이용되고 있다.

이처럼 집회 및 시위 현장에 군사장비로 무장한 경찰이 등장하게 되자, 미국사회에서 집회의 자유에 대한 열망은 더욱 고조되었다. 하지만 이러한 열망에도 불구하고 미국에서 현재 집회의 자유는 다음과 같은 기제들로 인해 제한적으로만 인정되고 있는 것이 현실이다. 먼저, 집회 및 시위를 위한 사전허가제가 보편화되었다는 점이다. 물론 19세기 말 사전허가제가 처음으로 도입되었을 때에는 Massachusetts주 대법원을 제외하고 다른 모든 주의 대법원들은 이와 같은 사전허가제가 위헌이라고 판시한 바 있다. 하지만, 1941년 미국 연방대법원이 *Cox v. New Hampshire* 판결에서 사전허가제의 합헌성을 인정한 이래로

* 이 논문은 한국형사정책연구원에서 수행했던 “집회 및 시위의 권리 보장과 공공질서의 조화를 위한 형사정책 연구”란 연구과제와 관련하여, 집회 및 시위에 관한 미국법제에 대해 저자가 자문했었던 내용을 대폭 수정·보완하여 작성한 것이다.

** 대구대학교 법과대학 조교수, 법학박사.

사전허가제는 보편화되게 되었다. 다음으로, 불법집회죄의 구성요건이 지속적으로 완화되고 있다는 점이다. 19세기 말까지 불법집회죄에 관한 미국의 법제는 즉각적이고 중대한 폭력의 위험이 있는 경우에만 불법집회죄의 성립을 인정하였지만, 현재 미국의 많은 주들은 입법작용이나 사법작용을 통해 불법집회죄의 구성요건을 완화시킴으로써 불법집회죄가 성립할 수 있는 여지를 확장시켜 왔다. 마지막으로, 미국연방 수정헌법 제1조상의 표현의 자유와 관련하여 그 합헌성이 의문시 될 수 있음에도, 일반적으로 복면금지법의 합헌성을 인정하고 그 결과 복면금지법 위반의 가능성을 근거로 집회나 시위에 대한 사전허가를 거부하는 것도 정당화되고 있다.

현재 미국에서는 이처럼 집회의 자유가 제한되어 오고 있는데 대해 우려하는 목소리가 크다. 미국에서 집회의 자유가 점차 제한적으로만 인정되는데 대해 이처럼 비판적 관점을 제시하는 입장들은 공공장소에서의 집회나 시위가 지금까지 정치 참여를 위한 특별한 수단이 되어 왔고 앞으로도 그럴 것이라는 기대를 가지고 있다. 하지만 ‘국가로부터의 자유’ 만큼이나 ‘국가에 의한 보호’의 요구가 커져 있고, SNS의 활용 등 정치 참여를 위한 효율적 대안이 갖추어져 있는 지금의 현실에 비추어 볼 때, 집회의 자유가 헌법 제정 당시의 지위를 다시금 회복해야 한다는 이들의 주장은 다소 실현 가능성이 없는 것으로 보인다.

주제어 : 집회의 자유, 경찰의 군대화, 사전허가, 불법집회, 복면금지법

[Abstract]

The Freedom of Assembly in the United States

Jee, Yu-Mi*

This Article examines the freedom of assembly in the United States, that is guaranteed by the First Amendment to the U. S. Constitution. In recent years, desires for the freedom of assembly have been stronger, because not only have there been a number of assemblies as well as demonstrations, such as the Occupy Movement, the Movement for Black Lives, etc., in the U. S., but law enforcement agencies have responded to those assemblies and demonstrations with specialized military equipment.

Despite the stronger desires for the freedom of assembly in the U. S., such freedom has narrowly been guaranteed for the following reasons. First of all, requiring a prior permission for an assembly or demonstration has become more common since the U. S. Supreme Court's decision in *Cox v. New Hampshire*. Secondly, until the late nineteenth century, the crime of unlawful assembly could be constituted only when there was an immediate and serious risk of violence. However, the elements of the crime of unlawful assembly have been continuously relaxed since then. Finally, it has not been uncommon for courts to find the anti-mask laws constitutional, thereby justifying the denial of prior permission for an assembly or demonstration based on the possible violation of such anti-mask laws.

Many critics have argued that it is problematic for the freedom of assembly to be so narrowly guaranteed, when considering that an assembly and demonstration in a public space has been a unique means for political participation. However, such argument has overlooked the fact that demands for being protected by state has increased, and the alternative means for

* Assistant Professor, College of Law, Daegu University, Ph.D.

political participation, including Facebook, Twitter, etc., has emerged.

Key words : freedom of assembly, militarization of police, prior permission,
unlawful assembly, anti-mask law