

## 시민참여에 대한 규제장치로서의 법의 문제점

하승수 \*

민주화 이후에도 한국에서는 시민참여에 대한 과도한 규제가 이루어져 왔다. 「집회 및 시위에 관한 법률」은 야간옥외집회를 원칙적으로 금지하는 등 집회의 자유를 과도하게 제한하고 있다. 「정당법」과 「공직선거법」은 시민의 정치참여를 규제하고 있다. 「옥외광고물 등 관리법」은 표현의 자유를 과도하게 제한해 왔고, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」과 「전기통신기본법」은 인터넷과 이동통신을 이용한 표현의 자유를 제한하고 있다. 사법기관은 촛불집회와 관련된 소비자 불매운동에 형법상의 업무방해죄를 적용하여 기소하기도 했다.

최근 들어 이명박 정부는 알 권리, 표현의 자유, 집회의 자유에 대한 규제를 더욱 강화하려는 움직임을 보이고 있다. 이러한 움직임들은 시민참여에 심각한 위협이 될 것으로 보인다.

한국에서 시민참여를 활성화하기 위해서는 한국의 법체계 전반이 시민참여에 대해 보다 전향적으로 변화되어야 한다. 시민참여를 과도하게 제한하는 규제들은 폐지될 필요가 있다. 그리고 정부와 법원은 시민사회에서 일어나는 직접행동에 대해 보다 관용적인 태도를 가질 필요가 있을 것이다.

주제어 : 시민참여, 집회의 자유, 표현의 자유, 정치참여

\* 제주대학교, 변호사

## 1. 문제제기

최근까지 한국 민주주의에 관한 논의의 주축은 ‘절차적 민주주의는 어느 정도 정착되었으므로, 민주주의의 공고화 또는 질적 심화가 필요하다’는 것이었다. 실제로 87년 헌법이 추구했던 핵심인 ‘선거를 통한 집권세력의 교체가능성 보장’은 여러 차례의 정권교체를 통해 어느 정도 달성되기도 했다.

그러나 시민참여<sup>1)</sup>의 측면에서 보면, 한국 민주주의가 어느 정도 수준에 도달했다고 볼 수 있는지에 관해 의문이 존재한다. EIU(Economist Intelligence Unit)가 2006년도에 발표한 민주주의의 지수(Index of democracy)에서 한국의 순위는 167개국 중 31위에 머물렀고, 결함있는 민주주의(Flawed democracy) 국가군에 속하는 것으로 평가되었다.<sup>2)</sup> 특히 선거과정과 다원주의(Electoral process and pluralism)에서는 10점 만점에 9.58점으로 비교적 높은 평가를 받았지만, 정치적 참여(Political participation)는 7.22점, 시민적 자유(Civil liberties)는 7.94점으로 비교적 낮은 평가를 받았다(김정훈 2007, 38; Kekic 2006, 3).

CIVICUS가 진행한 글로벌 ‘시민사회지표’ 연구결과를 보아도, 정부와 시민사회단체(CSO)와의 관계에서 한국은 ‘CSO의 정치활동 자유’ 점수가 1.3에 불과하여 2-3 사이에 있는 독일, 스코틀랜드, 웨일즈, 북아일랜드

---

1) 이 글에서 ‘시민참여’라는 단어는 제도화나 합법성 여부에 관계없이 공공정책의 형성, 결정 및 집행과정에서의 참여 전반을 의미하는 것으로 사용한다(이승중 1993, 78-80). 시민참여의 양태는 개인활동에서부터 단체조직, 대중교육, 연구조사활동, 집회·시위·불매운동·시민불복종 등의 직접행동, 시민로비, 소송, 시민발의, 주주활동, 언론활동 등 다양하다(캐서린 아이작 2002, 307-312).

2) 당시 평가에 있어서는 완전한 민주주의(Full democracy), 결함있는 민주주의(Flawed democracy), 혼합체제(Hybrid regimes), 권위주의체제(Authoritarian regimes)의 4개 범주로 167개 국가들을 분류했다. 가장 높은 평가를 받은 국가들로는 스웨덴(1위), 아이슬란드(2위), 네덜란드(3위), 노르웨이(4위), 덴마크(5위), 핀란드(6위) 등이 있고, 미국은 17위에 해당했다.

드, 이탈리아, 네덜란드에 비해 낮은 수치를 보여준다(주성수 2008, 26).<sup>3)</sup> ‘CSO의 정치활동 자유’와 관련해서 문제가 된 법제도들은 집회의 자유를 과도하게 제한하는 「집회 및 시위에 관한 법률」, 선거운동의 자유를 과도하게 제한하는 「공직선거법」 등이었다.

이런 평가결과들이 시사하는 것처럼, 민주화 이후에도 한국사회에는 시민참여를 가로막는 장벽들이 존재한다. 시민사회가 활성화되고 시민들의 참여욕구는 강해졌지만 법제도는 여전히 시민들의 참여를 과도하게 규제하고 있기 때문이다. 그리고 최근 들어 나타나고 있는 권력기관의 자의적인 법 적용 행태는 시민들의 참여를 억압하는 양상까지 보이고 있다.

물론 법이 시민참여를 규제하는 측면만 있는 것은 아니다. ‘현존하는 법’이 시민참여를 규제하는 측면도 있지만, ‘현존하는 법’을 활용해 시민들이 참여할 수도 있다.<sup>4)</sup> 정보공개제도나 지방자치에 있어서의 주민투표, 주민소환 등과 같은 주민참여제도는 시민들의 참여를 활성화 하는데 기여하기도 한다.<sup>5)</sup> 또한 입법운동처럼, 현재의 법을 보다 나은 법으로 개선하기 위해 시민들이 참여하는 경우도 있다(하승수 2001, 368) 그러나 근본적으로 법이 시민참여를 과도하게 규제하고 있다면, 시민참여는 활성화될 수 없을 것이다.

그동안 시민참여를 규제하는 법의 문제점에 대해 개별적인 문제제기는 계속되어 왔다. 법학계나 법조계에서는 「집회 및 시위에 관한 법률」의 문제점에 대한 논의가 있어 왔고, 사안이 터질 때마다 표현의 자유에 관

3) 시민사회지표는 주요통계, 설문 등에 기초하여 0(최저)부터 3(최고)까지 점수가 매겨지며, 인용한 점수는 2004-2006년에 해당된다(주성수 2008, 26).

4) ‘현존하는 법’을 활용해 시민들이 참여하는 경우에는 소송이나 고발과 같은 수단을 활용할 수도 있고, 정보공개, 주민소환, 주민투표, 주민소송 등 시민참여 자체를 보장하기 위해 도입된 제도들을 활용하는 경우도 있을 수 있다(하승수 2003, 84).

5) 그런 점에서 사회운동의 입장에서 볼 때, 정보공개법(Freedom of Information Act)과 같은 ‘현존하는 법’은 의사결정자들을 보다 책임성있게 만드는 유용한 수단이기도 하다(Staples 2004, 15).

한 논의도 있어 왔다. 그러나 이러한 개별적인 문제제기에도 불구하고 시민참여에 관한 법적 규제는 개선되지 않았다.

특히 지난 5월 이후에 진행된 ‘촛불집회’와 그 이후의 과정에서 시민참여를 규제하는 법의 문제점이 보다 분명하게 드러나고 있다. 법제도 자체의 문제점과 법적용 과정에서의 문제점이 복합적으로 나타나고 있다. 게다가 이명박 정부는 촛불집회 이후에 시민참여에 대한 규제를 더욱 강화하기 위한 여러 법률들을 추진하고 있는 상황이다. 따라서 시민참여를 규제하는 ‘현존하는 법’의 문제점을 점검하고, 이를 개선할 수 있는 방향에 대해 모색하는 것이 그 어느 때보다도 필요한 시점이다.

이 글에서는 시민참여를 규제하고 있는 법제도들의 문제점을 경험적 사례들과 함께 전반적으로 살펴보고자 한다. 법제도 자체의 문제점뿐만 아니라 필요한 경우에는 법적용에 있어서의 자의성, 권력남용의 가능성도 살펴보고자 한다. 그리고 시민참여를 과도하게 규제하고 있는 법의 문제점을 극복하기 위해 필요한 과제는 무엇인지에 대해 모색해 보고자 한다.

## 2. 시민참여를 규제하는 법의 문제점

### 1) 집회·시위의 자유에 대한 과도한 규제

#### (1) 집회·시위의 자유가 가지는 의미

헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 ... 집회·결사의 자유를 가진다”라고 규정하고 있다. 그리고 같은 조 제2항에서는 “... 집회·결사의 자유에 대한 허가는 인정되지 아니한다”라고 하여 집회의 자유에 대한 사전허가제를 금지하고 있다.

헌법재판소에 따르면, 집회의 자유는<sup>6)</sup> 개인의 자기결정과 인격발현에 기여하는 기본권임과 동시에 국민들이 집회를 통해 의견과 주장을 집단적으로 표명함으로써 여론의 형성에 영향을 미친다는 점에서 민주적 공동체가 기능하기 위한 필수적이고 근본적인 요소이다.<sup>7)</sup> 또한 집회의 자유는 언론매체에 접근하기 어려운 소수집단이 그들의 주장을 옹호하기 위해 사용할 수 있는 수단이기도 하므로 ‘다수에 의한 독재’를 억제하고 소수자를 보호하기 위해서도 의미 있는 기본권이다(한수용 2004, 9).

한편 시위란 “여러 사람이 공동의 목적을 가지고 도로, 광장, 공원 등 일반인이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 행진하거나 위력(威力) 또는 기세(氣勢)를 보여, 불특정한 여러 사람의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위”라고 정의되고 있다(「집회 및 시위에 관한 법률」 제2조 제2호). 집회와 시위의 관계를 본다면, 집회가 시위를 포함하는 넓은 개념이라고 볼 수 있다(이희훈 2006, 165).

## (2) 집회의 자유에 대한 규제의 문제점

집회나 시위는 가장 고전적인 시민참여의 방법 중 하나라고 할 수 있지만, 한국의 경우에는 민주화 이후에도 집회·시위의 자유가 제대로 보장되지 못했다. 헌법에서는 집회에 대한 사전허가제를 금지하고 있지만, 실제로는 집회의 자유에 대해 여러 형태의 과도한 규제가 존재해 왔다.

2000년도에 등장하여 새로운 시위방법의 하나로 주목받았고 지금

---

<sup>6)</sup> 집회의 자유는 집회의 목적, 시간, 장소, 방법에 관하여 스스로 결정할 권리를 보장하는 기본권이다. 집회의 자유에 의해 보호되는 구체적인 행위는 집회에 참가하는 행위 뿐만 아니라 집회장소로의 이동을 포함해서 집회를 준비하는 일련의 행위, 집회의 해산 후 집회장소로부터 귀가하는 행위 등을 포함한다(한수용 2004, 9).

<sup>7)</sup> 헌법재판소 2003. 10. 30.선고 2000헌바67·83(병합) 결정 참조.

까지도 많이 행해지고 있는 ‘1인시위’만<sup>8)</sup> 하더라도 비합리적인 법률의 규제 때문에 교육지책으로 나온 행동방법이었다. 당시 참여연대는 삼성재벌 일가의 변칙증여 문제에 대한 과세를 주장하며 국세청 앞에서 집회나 시위를 하려고 했는데, 국세청이 청사로 사용하고 있던 빌딩 안에 외국대사관이 있어서 집회·시위가 절대적으로 금지되어 있었던 것이다. 그래서 그런 법률의 규정을 회피하기 위해 ‘1인 시위’라는 방식이 개발되었던 것이다.<sup>9)</sup>

올해 5월부터 진행된 촛불집회의 과정에서도 「집회 및 시위에 관한 법률」이 문제가 되었다. 특히 쟁점이 된 것은 야간 옥외집회를 전면금지하고 있는 것이었다. 현행 「집회 및 시위에 관한 법률」 제10조에서는 “누구든지 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니된다. 다만, 집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고한 경우에는 관할경찰서장은 질서유지를 위한 조건을 붙여 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에도 옥외집회를 허용할 수 있다”라고 규정하여, 야간 옥외집회를 원칙적으로 금지하고 있다. 이런 조항이 있었기 때문에 그동안 야간에 열린 집회는 문화제의 형식

8) ‘1인 시위’는 혼자서 일정한 장소를 차지하거나 행진하며 의사표시를 하는 것이다. 1인 시위는 ‘다수’가 참여하는 것이 아니므로 「집회 및 시위에 관한 법률」 상의 집회나 시위에 해당하지 않고, 따라서 규제를 받지 않는다(차병직 2002, 162). 다만 다수인이 일정한 간격을 두고 떨어져서 벌이는 변형된 1인시위는 「집회 및 시위에 관한 법률」 상의 집회에 해당할 수 있다.

9) 당시의 「집회 및 시위에 관한 법률」 제11조에서는 외국대사관으로부터 100미터 이내의 장소에서는 옥외집회를 무조건 금지하고 있었다. 따라서 큰 빌딩의 한 층에 외국대사관이 입주하고 있으면 그 빌딩 100미터 이내에서는 그 외국대사관과는 아무런 관련이 없는 사안에 대해 집회를 하는 것도 금지되었던 것이다. 이 조항은 결국 헌법재판소로부터 집회의 자유를 과도하게 침해하는 위헌적인 규정이라는 판단을 받았다(2003. 10. 30. 선고 2000헌바67·83(병합)). 그 후 「집회 및 시위에 관한 법률」이 개정되어 외교기관이나 외교사절의 숙소에서 100미터 이내라고 하더라도, ① 해당 외교기관 또는 외교사절의 숙소를 대상으로 하지 아니하는 경우, ② 대규모 집회 또는 시위로 확산될 우려가 없는 경우, ③ 외교기관의 업무가 없는 휴일에 개최하는 경우에는 집회를 금지하지 않고 있다(「집회 및 시위에 관한 법률」 제11조 제4호).

을 취해 왔다. 야간 옥외집회 금지조항이 예술이나 오락 등에 관한 집회에는 적용되지 않는 것을 이용한 것이었다.<sup>10)</sup>

이처럼 일률적으로 야간 옥외집회를 금지하고 있는 법조항은 헌법이 보장하고 있는 집회의 자유에 대한 과도한 제한이라고 볼 수 있다. 직장인, 자영업자, 학생 등 주간집회에 참석하기 어려운 사정이 있는 사람들이 다수 존재하므로, 야간 옥외집회의 필요성이 현실적으로 존재하기 때문이다. 뿐만 아니라 야간의 옥외집회가 주간의 옥외집회와 근본적으로 달리 취급되어 일률적으로 금지되어야 할 이유는 없다. 평화적인 옥외집회라면 야간에도 허용되는 것이 당연할 것이며, 필요하다면 질서유지를 위해 일정한 조치를 취하면 될 것이기 때문이다. 그리고 야간(일몰 후 일출 전) 옥외집회를 일률적으로 금지하면 극단적으로 겨울철 동지(冬至)의 경우에는 하루 24시간 중 집회가 가능한 시간이 9시간 30분을 조금 넘는 시간에 그치게 된다는 것도 야간 옥외집회 금지조항이 집회의 자유에 대한 과잉규제임을 보여주는 것이다.<sup>11)</sup>

그러나 검찰은 촛불집회에 대해서도 야간 옥외집회 금지조항을 적용하여 촛불집회 자체가 불법이었던 것으로 규정하고, 관련자들을 수사·기소하고 있다. 이에 대해 지난 10월 10일 서울지방법원 박재영 판사는 야간 옥외집회 금지조항이 위헌적인 법률조항이라고 하여 헌법재판소에 위헌 법률심판을 제청하였다. 그 이유를 보면, 야간 옥외집회를 금지해두고 예외적으로 허용할 수 있도록 하는 것은 집회에 대한 사전허가제이므로, 이는 집회에 대한 사전허가제를 금지하고 있는 헌법 제21조 제2항과 정면으로 배치되는 위헌적 법률조항이라는 것이다.<sup>12)</sup>

---

10) 「집회 및 시위에 관한 법률」 제15조는 “학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제 및 국경행사에 관한 집회”의 경우에는 야간 옥외집회 금지조항을 적용하지 않도록 하고 있다.

11) 서울중앙지방법원 2008초기2418 결정 참조.

12) 서울중앙지방법원 2008초기2418 결정 참조. 이 결정문의 이유를 보면 “야간의 옥외

야간 옥외집회 금지조항 이외에도 「집회 및 시위에 관한 법률」에는 문제가 되는 조항들이 많이 존재한다. 그 중 하나는 집회신고에 대한 금지통보제도이다. 「집회 및 시위에 관한 법률」 제6조에서는 옥외 집회나 시위를 사전신고하도록 하면서, 같은 법률 제8조에서는 신고된 옥외집회 또는 시위에 대해 관할경찰서장이 금지통고를 할 수 있도록 하고 있다. 금지통고를 할 수 있는 사유는 ① 헌법재판소의 결정에 따라 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회·시위 ② 집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한 집회·시위 ③ 야간 옥외 집회·시위 ④ 금지된 장소에서의 옥외 집회·시위, ⑤ 관할경찰서장이 보안을 요구한 신고서 기재사항을 보완하지 아니한 때 ⑥ 관할경찰서장이 교통소통을 위해 필요하다고 인정하여 금지한 집회·시위인 경우이다. 그리고 집회신고장소가 i) 다른 사람의 주거지역이나 이와 유사한 장소로서 집회·시위로 재산 또는 시설에 심각한 피해가 발생하거나 사생활의 평온을 뚜렷하게 해칠 우려가 있는 경우, ii) 학교의 주변지역으로서 집회·시위로 학습권을 뚜렷이 침해할 우려가 있는 경우, iii) 군사시설 주변지역으로서 집회·시위로 시설이나 군 작전의 수행에 심각한 피해가 발생할 우려가 있는 경우에는 거주자나 관리자가 시설이나 장소의 보호를 요청하면 집회·시위를 금지할 수 있다(「집회 및 시위에 관한 법률」 제8조 제1항 및 제3항). 이처럼 집회 금지 통고를 할 수 있는 사유가 광범위하고, 다수의 불확정적 개념들을 사용하고 있으며, ‘우리’

---

집회에 대해서만 “집회에 대한 사전허가제의 금지”라는 뚜렷한 헌법정신을 도외시할만한 합리적이고도 설득력있는 헌법상의 근거를 찾을 수 없다”는 것이다. 또한 야간 옥외집회 금지조항은 “오랜 독재 및 권위주의 정권에서 사실상 기본권이라기보다는 범법행위로 취급되었던 집회의 자유, 정치적 소수자의 최후의 권리였던 집회의 자유에게 원래의 자리를 되찾아주기 위하여 노력하였던 1987년 10월 29일 헌법 개정 당시의 입법자들의 입법의도와도 배치”된다는 것이다.

만으로도 집회를 금지할 수 있는 등 현행 법규정에는 많은 문제점들이 존재한다. 그리고 금지 통고 여부를 판단할 수 있는 광범위한 재량권이 관할경찰서장에게 부여되어 있다. 이런 문제점 때문에 집회의 자유에 대한 규제가 사실상 사전허가제로 운용되고 있다는 비판을 받고 있다. 그리고 관련 법조항들은 집회의 자유에 대한 과도한 규제로 인해 위헌적이라는 비판을 받고 있다(강태수 2004, 443; 차병직 2002, 164).

### (3) 법적용에 있어서 일관성의 상실과 자의성

한편 「집회 및 시위에 관한 법률」의 적용에 있어서도 자의적인 잣대가 사용되고 있다. 2002년 미군장갑차에 희생된 여중생 추모집회는 그 성격이 상당히 정치적인 성격을 띠었지만, 경찰은 종교집회로 보고 야간집회금지 규정을 적용하지 않았다(강태수 2004, 427). 그런데 올해 촛불집회의 경우에는 야간집회 금지 규정을 적용하고 있다.

또한 촛불집회가 한참 진행되고 있을 당시에는 문제삼지 않던 행위를 사후에 문제삼아 처벌하는 것도 논란이 되고 있다. 촛불집회가 가라앉은 이후에 관련 카페를 운영한 네티즌, 유모차시위·자동차시위 등에 참여한 사람들에게 대해 광범위한 수사가 이루어지고 있다.

또한 소수 참가자의 폭력행위를 빌미로 전체 집회를 폭력집회로 규정하려는 것도 문제이다. 소수 참가자의 폭력행위가 예상되더라도, 집회가 그 전체로서 폭력적으로 진행되리라고 우려되지 않는 한, 평화적으로 집회를 하고자 하는 다수의 기본권 행사는 보호되어야 한다(한수웅 2004, 14)는 것이 원칙이다. 그러나 법집행과정에서 이런 원칙은 제대로 지켜지지 않고 있다.

## 2) 시민의 정치참여를 제한하는 「정당법」 과 「공직선거법」

### (1) 「정당법」 의 문제점

정당제 민주주의에 대해 여러 의견들이 있을 수 있지만, 정당제 민주주의라는 정치현실을 인정하더라도 득권을 가진 정당들이 사실상 국민의 사형성과정을 독점하는 것은 문제가 있다(이종수 2007, 106-107). 최소한 정당설립의 자유가 실질적으로 보장되어야 하고, 정당이 아닌 정치적 결사체의 존재와 활동이 보장되어야 한다. 그런데 한국의 기성 정당들은 정당법 등을 통해 높은 진입장벽을 쳐 놓고 정당아닌 정치적 결사체의 존재를 인정하지 않고 있다. 그리고 선거법 등을 정당에게 유리하도록 만들어서 무소속 후보자나 정당 아닌 정치적 결사체의 활동을 매우 어렵게 만들어 놓았다.

현재 어떤 정치적 결사체가 정당으로 활동하려면 중앙선거관리위원회에 등록을 해야 한다. 그런데 등록요건을 보면 5개 이상 시·도에서 각각 1,000명 이상의 당원을 확보해야 한다(정당법 제17조 및 제18조).

그런데 독일의 경우를 보면 한국과는 달리 정당법에서 등록을 요구하지 않고 있고, 군소정당의 경우에도 선거일 90일 전에 연방선거관리위원장에게 선거참여를 위한 신청을 문서로 제출하면 정당으로 인정받을 수 있도록 하고 있다. 그리고 오직 지방선거에만 참여하는 지역정당(Kommunalpartei 또는 Rathauspartei)은 정당은 아니지만 자기의 이름으로 선거참여를 할 수 있다(이종수 2007, 115-116).<sup>13)</sup> 다른 말로 유권자단체(Wählervereinigungen

---

<sup>13)</sup> 독일 바이에른주 지방선거법 제24조 제1항에서는 “후보자명부는 정치적 정당과 유권자단체에 의하여 제출될 수 있다”라고 규정하고 있고, 유권자단체를 “지방선거에 참여하는 것을 목적으로 하는 모든 기타의 인적 결사체 또는 그룹”으로 정의하고 있다 (김남철 2007, 184: [http://www.verwaltung.bayern.de/Titelsuche-.116/index.htm?purl=http%3A%2F%2Fby.juris.de%2Fby%2FKomWBG\\_BY\\_Art24.htm](http://www.verwaltung.bayern.de/Titelsuche-.116/index.htm?purl=http%3A%2F%2Fby.juris.de%2Fby%2FKomWBG_BY_Art24.htm))

또는 Wählergruppen)라고 부르기도 하는 지역정당이 제도적으로 보장되어 있기 때문에, 독일에서는 유권자들이 정당이 아닌 정치조직(지역정당 또는 유권자단체)을 조직하여 지방선거에 참여할 수 있다.<sup>14)</sup>

일본의 경우에는 「정당법」이 별도로 제정되어 있지 않고 별도의 정당등록이 요구되지도 않는다. 정당교부금을 받으려고 할 때에는 일정한 요건을 요구하지만, 한국처럼 시·도당이나 당원수를 요구하는 것은 아니다.<sup>15)</sup> 또한 일본에서도 지역적 정치조직이 선거에 참여하는 것이 인정되고 있다.

그런데 한국에서는 지역정당이나 유권자 단체라는 개념은 제도적으로 전혀 인정되지 않고 있다. 그리고 지역정당과 비슷한 시도가 형사처벌을 받은 경험도 있다. 2006년 지방선거 당시에 충청북도 옥천에서는 ‘풀뿌리 옥천당’이라는 조직이 결성되었는데, 여기에 대해 「정당법」 위반을 문제삼은 것이다. 당시 ‘풀뿌리 옥천당’은 옥천지역의 농민운동가, 시민활동가 등이 ‘중앙정당에 끌려다니는 지역정치를 탈피하고 풀뿌리민주주의를 실현’하기 위해 만든 지역적 정치운동조직이었다. 어차피 현행 「정당법」 상으로는 군(郡)단위의 지역에 국한된 정당을 설립할 수 없으므로, 이들은 「정당법」상의 정당이 아닌 지역적 정치조직을 표방했다. 그런데 문제가 된 것은 「정당법」 제41조 제1항과 제59조 제1항이었다. 「정당법」 제41조 제1항에 의하면, “정당법에 의해 등록된 정당이 아니면 그 명칭에 정당임을 표시하는 문자를 사용하지 못한다”라고 규정하고

14) 독일의 경우에는 지방선거에서 실제로 여러 유권자단체들이 참여하고 있으며, 유권자단체가 얻는 득표율은 주에 따라 다르게 나타나고 있다. 그 중 유권자단체의 득표율이 비교적 높게 나타나는 바덴-뷔르템베르그주의 경우에는 2004년 시행된 게마인데(Gemeinde, 한국의 기초지방자치단체) 선거에서 여러 유권자단체들이 참여했는데, 이들이 34.3%를 득표하기도 했다(김남철 2007, 188).

15) 정당의 요건은 중의원 의원 또는 참의원 의원을 5인 이상 소속의원으로 가지고 있거나 직전 선거에서 유효투표 총수의 2% 이상을 확보할 것을 요구하고 있다(이종수 2007, 116)

있었고, 「정당법」 제59조 제1항에서는 이를 위반하면 1년 이하의 징역이나 100만원 이하의 벌금에 처한다고 규정되어 있기 때문이다. 그리고 검찰은 ‘풀뿌리 옥천당’이 ‘당’이라는 표현을 사용한 것을 문제삼아 관계자를 「정당법」 위반혐의로 기소했다. 기소된 ‘풀뿌리 옥천당’ 관계자들은 2심에서 벌금형의 선고유예 판결을 받았다.

‘풀뿌리 옥천당’의 사례는 시사하는 바가 크다. ‘풀뿌리 옥천당’ 관계자들은 재판과정에서 ‘정권 획득이 아닌 정치적 개혁을 목적으로 하는 단체임에도 단지 ‘당’이라는 문자를 사용했다고 하여 처벌하는 것은 국민의 기본권을 침해하는 것’이라고 주장했다. 또한 이들은 ‘풀뿌리 옥천당’은 정당이 아니며 애초부터 정당을 만들 의사가 없었음을 주장했지만, 받아들여지지 않았다(「오마이뉴스」, 2006. 9. 13).

사실 풀뿌리옥천당과 같은 지역적 정치조직은 외국에서 흔히 볼 수 있는 것이다. 그리고 ‘당’이라는 글자를 썼다고 하여 문제를 삼았지만, 옥천이라는 지역에 국한해서 활동하는 조직이 「정당법」 상 정당이 될 수 없다는 것은 누가 보아도 명백한 것이다. 현행 「정당법」에 의하면 5개 이상의 시·도에 조직이 있어야만 정당이 될 수 있는데, ‘풀뿌리 옥천당’이 그런 정당이 될 수 없음은 분명한 것이었기 때문이다. 또한 ‘풀뿌리 옥천당’은 스스로 홍보책자에서 정당이 아님을 분명히 명시하기도 했다. 따라서 현행 「정당법」의 규정도 문제이고, 그 규정을 기계적으로 해석하는 검찰이나 법원도 문제이다. 그리고 시민들의 정치적 결사의 자유, 정치활동의 자유는 이런 법규정과 법집행으로 인해 심각하게 제약당하고 있다.

## (2) 「공직선거법」의 문제점

‘선거의 자유’와 ‘선거의 공정’은 선거법제의 기본이념이자 목적이라고 할 수 있지만, 한국의 선거법은 선거운동의 자유를 과도하게 규제하고 있

다(정만희 2007, 67). 선거운동의 기간, 방법 등에 대해 광범위하면서도 엄격한 제한을 두고 있기 때문이다. 선거운동기간을 제한해 놓고 사전선거운동에 대해서는 처벌하는 조항을 두고 있고, 선거운동방법도 매우 구체적이고 제한적으로만 허용하고 있다. 그러다보니 공직선거법은 매우 복잡하고 난해한 법률이 되었고, 복잡한 선거법의 규정은 자의적인 선거법의 적용을 가능하게 하고 있다. 복잡한 법률이기 때문에 악의적이지 않더라도 위반하기가 쉽고, 정치권력은 그 중에서 선별하여 법적용을 할 수 있기 때문이다.<sup>16)</sup>

그러나 미국과 유럽의 선거운동은 비교적 자유로우며, 선거비용에 대한 규제에 중점을 두고 있다. 영국, 미국의 경우에는 호별방문, 공개집회, 포스터, 전단 등이 허용되며 선거운동방법에 대한 특별한 제한은 없다. 미국의 경우에는 사전선거운동에 대한 제한도 없다(정만희 2007, 75). 주요국가 중에서는 일본만이 우리와 유사하게 선거운동의 기간과 방법에 대해 구체적인 제한을 가하고 있을 뿐이다(국회 정치개혁특별위원회 2005, 13).

선거운동의 기간을 대통령 선거의 경우에는 22일간, 그 외의 선거의 경우에는 13일간으로 제한하고<sup>17)</sup> 있는 사전선거운동 금지 조항만 하더라도, 선거운동의 자유와 선거운동의 기회균등을 제한하고 있는 조항이다. 선거운동의 자유가 제한되면 유권자들로서는 충분한 정보를 얻지 못하게 되므로 실질적으로 정치참여의 기회가 제한되게 된다. 또한 선거운동의 기간제한은 기성 정치세력에게 유리한 것이므로 새로운 정치세력의 진입을 어렵게 한다.

사전선거운동 금지의 문제점 때문에 예비후보등록제도가 시행되고 있지만, 여전히 사전선거운동 제한 규정은 많은 문제점을 안고 있다. 예비후

16) 그런 점에서 1990년대 이후 시민단체들이 선거법 자체의 문제점을 지적하지 않으면서 공명선거운동이나 선거법 준수를 주장하는 행동을 한 것은 분명한 한계가 있는 운동방향이었다.

17) 「공직선거법」 제59조.

보가 할 수 있는 행위도 제한되어 있고, 예비후보가 활동할 수 있는 기간도<sup>18)</sup> 충분하다고 볼 수 없기 때문이다.

한편 선거운동의 방법에 대한 제한도 지나치다. 현행 「공직선거법」은 법에 의해 허용된 극히 제한된 방식의 선거운동만 허용하고 있다. 미국이나 영국에서 허용되고 있는 호별방문은 엄격히 금지되어 있고(제106조), 시설물설치 금지(제90조), 확장장치와 자동차 등의 사용제한(제91조), 영화 등을 이용한 선거운동금지(제92조), 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시금지(제93조), 연설회 등의 금지(제101조), 각종 집회 등의 제한(제103조), 행렬 등의 금지(제105조), 서명운동의 금지(제107조) 등 선거운동방법의 제한은 지나칠 정도로 구체적이고 까다로우며 복잡하다.

특히 “누구든지 선거일전 180일부터 선거일까지” 선거에 영향을 미치기 위하여 문서·도화 등을 배부·게시하지 못하도록 금지한 것은 대표적인 독소조항이라고 할 것이다. 이 조항 때문에 문서를 배부하며 유권자들에게 설명·설득하는 것이 금지되기 때문이다. 문서에 의한 선거운동은 후보자의 정책을 논리적으로 설명·설득할 수 있고 이를 통해 유권자는 상세한 정보를 얻을 수 있으므로, 문서반포를 일률적으로 금지하는 것은 합리적 제한이라 할 수 없다(정만희 2007, 72-73).

이러한 선거운동의 제한은 단지 후보자에게만 적용되는 것도 아니다. 이러한 제한은 낙선운동 등의 유권자들의 참여에 대해서도 적용되기 때문이다. 낙선운동도 선거운동에 포함된다는 것이 판례의 입장이고, 실제로 2000년 총선 당시에 벌어진 낙선운동에 대해서도 선거운동의 기간·방법에 관한 제한규정들이 적용되어 유죄판결이 선고되기도 했다.<sup>19)</sup>

---

<sup>18)</sup> 대통령선거의 경우에는 선거일전 240일, 지역구 국회의원 선거 및 시·도지사 선거의 경우에는 선거일전 120일, 지역구 지방의회 의원 선거 및 자치구·시·군의 장 선거의 경우에는 선거일전 60일부터 예비후보등록을 할 수 있다(「공직선거법」 제60조의2 제1항).

<sup>19)</sup> 대법원 2004. 4. 27. 선고 2002도315 판결. 이 판결에서 문제가 된 행위는 낙선운동

또한 선거운동 방법의 제한으로 인해 일반 시민들이 참여하는 자원봉사 선거운동이나 창의적인 정치참여운동이 제한되고, 오히려 동원된 선거운동원들에 의한 선거운동만이 벌어지고 있는 것이 현실이기도 하다.

한편 만 19세 미만 청소년의 선거운동을 금지하고 있는 것도 문제이다. 청소년들이 돈을 받고 선거운동에 동원되는 것은 금지되어야 하겠지만, 자발적인 자원봉사를 하는 것은 정치에 대한 관심과 참여의식을 높이기 위해 허용될 필요가 있다. 오히려 아르바이트의 명목으로 대학생 연령의 청년들이 선거운동에 동원되고 있는 현실이 더 문제이다.

결국 현재의 「공직선거법」은 과도한 제한규정으로 인해 선거과정에서의 시민참여 가능성을 봉쇄하고 있다. 정치적 무관심이 갈수록 증폭되고 투표율은 낮아지는 현상이 이러한 규제와 무관하지 않을 것이다.

### 3) 표현의 자유에 관한 과도한 규제

표현의 자유는 민주주의에 있어서 매우 중요한 의미를 갖는 기본권이다. 특히 공적 의사결정과정에서의 시민참여는 기본적으로 표현의 자유가 보장될 때에만 가능하다. 그런데 한국에서는 표현의 자유에 대한 규제가 여러 법률들을 통해 다양하게 행해지고 있다.

그러한 규제중 하나로 들 수 있는 것이 옥외광고물에 대한 규제이다. 현수막이나 깃발 등을 이용해 정부 정책에 대한 의견을 표명하는 경우에 「옥외광고물 등 관리법」을 빌미로 규제를 하는 경우들이 발생하고 있다.

영리를 목적으로 하지 않는 표현행위에 대해 ‘옥외광고물’에<sup>20)</sup> 대

---

을 전개하면서 확장장치 사용, 연설회 개최, 행렬, 서명날인운동, 집회개최 등을 한 것이었고, 이에 대해 대법원은 낙선운동에 대해서도 선거운동제한에 관한 공직선거법의 규정이 적용된다고 판단했다.

20) 「옥외광고물 등 관리법」 제2조 제1호는 ‘옥외광고물’을 “상시 또는 일정기간 계속

한 규제가 적용되는 것 자체가 모순이지만, 실제로 그러한 규제는 행해지고 있다. 2001년 강원도 춘천시에서 국가보안법 철폐를 주장하는 내용의 현수막을 설치하기 위해 신고서를 제출했는데, 시장이 현수막에 기재된 구호의 내용을 문제삼아 신고수리를 거부한 사건도 있었다(차병직 2002, 168). 한편 지난 5월에는 경기도 과천시에서 가정집에 내건 미국산 쇠고기 수입반대 현수막에 대해 「옥외광고물 등 관리법」을 적용하려다 논란이 일기도 했다(「서울신문」, 2008. 5. 17). 6월에는 서울대 앞 서점에서 동일한 현수막을 내걸자 구청에서 철거하라고 통보를 하여 논란이 벌어지기도 했다(「연합뉴스」, 2008. 6. 25). 7월에는 제주도에서 해군기지에 반대하는 주민들이 설치한 깃발을 강제철거하려 해 논란이 일기도 했다(「제주일보」, 2008. 8. 5).

인터넷상의 표현행위도 규제의 대상이 되고 있다. 인터넷이 민주주의에 미치는 영향에 대해서는 긍정론인 견해와 부정적인 견해가 동시에 존재할 수 있지만, 인터넷이 시민들의 의견이 표명되는 중요한 참여공간으로서의 의미를 갖는 것은 분명하다.

그런데 한국에서는 인터넷상의 표현이 개인의 명예나 사회공익을 해친다는 이유로 규제를 강화하려는 흐름이 존재한다. 이미 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에서는 상당한 규제를 가하고 있다. 즉 위 법률 제70조 제1항에서는 “사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다”라고 규정하고 있고, 같은 조 제2항에서는 그 사실이 허위의 사실일 경우에는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하도록

---

하여 공중에게 표시되어 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소에서 볼 수 있는 것(대통령령이 정하는 교통시설 또는 교통수단에 표시되는 것을 포함한다)으로서 간판·입간판·현수막·벽보·전단 기타 이와 유사한 것”이라고 포괄적으로 정의하고 있다.

하고 있다. 이처럼 인터넷상에 올라온 내용이 허위가 아닌 사실일 경우에도 “비방할 목적”이라는 추상적 기준으로 처벌하는 것은 표현의 자유에 대한 중대한 위협이 될 수 있다.<sup>21)</sup> 실제로 대법원에서 무죄판단을 받기는 했으나 ‘고등학교 교사가 자신이 근무하고 있는 학교의 여학생에 대한 퇴학처분의 부당함을 알리는 내용의 글을 인터넷 사이트 게시판에 게재한 경우’나<sup>22)</sup> ‘인터넷신문 기자가 시의회의원이 시청공무원에게 욕설 등 폭언을 하며 질책하였다는 내용의 기사를 작성·보도한 사안’에<sup>23)</sup> 대해 위법조항이 적용되기도 했다.

한편 이동통신이 발달하면서 이동통신을 이용한 표현에 대해서도 규제가 이루어지고 있다. 「전기통신기본법」 제47조 제1항에서는 “공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다”라고 규정하고 있고, 같은 조 제2항에서는 “자기 또는 타인에게 이익을 주거나 타인에게 손해를 가할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다”라고 규정하고 있다. 그리고 이러한 규정은 단순히 개인의 명예를 훼손한 경우에만 적용되는 것이 아니라, 사회적·정치적 문제에 대해 의견을 표명한 행위에 대해서도 적용되고 있다. 촛불시위가 확산되던 시기에 단체 휴교 문자메시지를 보낸 혐의로 10대가 전기통신기본법 위반 혐의로 기소되었다가 무죄판결을 받은 일도 있었다.<sup>24)</sup>

21) 대법원은 ‘사람을 비방할 목적’이란 “가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있다고 할 것이므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부인된다”라고 판단하기도 했다(대법원 2007. 6. 1. 선고 2006도1538판결). 그러나 ‘적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것’이라는 기준 역시 추상적이어서 법해석 및 적용에 있어서 자의성을 배제하기는 어렵다.

22) 대법원 2006.10.26. 선고 2004도5288 판결.

23) 대법원 2006.10.13. 선고 2005도3112 판결.

24) 이 사건은 10대 청소년이 고등학생에게 ‘5월 17일 전국 중고교생 단체 휴교 시위’

사실 인터넷이나 이동통신을 통해 개인의 명예를 훼손한 경우에도 형법상의 명예훼손죄나 모욕죄로 처벌이 가능하다. 그럼에도 불구하고 새로운 규제조항을 계속 신설하여 인터넷이나 이동통신을 이용한 의견표명에 대해 규제를 강화하려는 것은 실질적으로는 표현의 자유를 규제하는 결과를 낳을 수 있다.

한편 청소년들의 표현의 자유도 과도하게 규제되고 있다. 학교와 관련된 의견표현으로 인해 징계를 받는 경우들이 발생하고 있고 사회적 문제에 대한 의견표현도 제약당하고 있다.<sup>25)</sup> 청소년들의 표현의 자유에 대한 규제는 법률에 명시적인 근거를 두고 있기 보다는 학교의 학칙 등에 의해 행해지고 있기 때문에 더욱 문제가 되고 있다.

#### 4) 기타 직접행동에 대한 과도한 규제

시민참여의 한 형태로, 시민들이 소비자로서의 권리를 이용하는 방법이 있을 수 있다. 불매운동 등의 방법으로 기업에 대해 자신의 의견을 표명하고 이를 관철시키려는 것이다. 이것은 매우 일반화된 시민참여의 방법이라고 할 수 있다. 예를 들어 미국의 풀뿌리지역사회조직(Grassroots Community Organization)들은 소비자로서의 힘을 활용할 필요성을 강조하고 있다. 저소득층이나 중산층은 개개인으로 보면 경제적 힘이 약하지만, 그들이 집단적으로 행동하면 강력한 힘을 가질 수 있기 때문이다(Staples

---

라는 문자메시지를 보낸 경우였는데, 검찰은 전기통신기본법 위반혐의로 기소했다. 그런데 재판부는 개인적 의견을 표명한 것으로서 문자메시지를 받은 학생들이 자발적 의사로 시위에 참여하는 것을 제안하려 했다고 보아야 하므로 무죄라고 판결했다(「경향신문」. 2008. 9. 19).

<sup>25)</sup> 학교에서 외부 토론회 전단지를 뿌린 학생을 학교당국이 징계하려 한 사례에 대해 국가인권위원회가 2008. 3. 18. “개인의 표현의 자유를 침해할 소지가 있다”며 재발 방지책을 권고하기도 했다(「한겨레신문」 2008. 3. 18.) 또한 촛불집회가 진행될 당시에는 경찰이 집회신고를 한 고교생을 수업 중에 불러내어 조사하는 바람에 물의를 빚기도 했다(「한국일보」. 2008. 7. 5).

2004, 18-19). 그런데 한국에서는 이러한 불매운동이 형사처벌의 대상이 되고 있다. 이번 촛불정국에서 문제가 된 것은 특정신문에 광고를 게재하는 광고주에 대해 불매운동을 벌여 광고를 게재하지 말도록 압력을 가한 것이었다. 이는 분쟁의 상대방이 된 기업이 아니라 그 기업에 광고를 신는 기업에 대한 불매운동이므로 2차 불매운동(secondary boycott)으로 볼 수 있다. 서울지방검찰청은 이러한 행위에 대해 ‘인터넷 신뢰저해사범 전담수사팀’까지 꾸려서 불매운동을 벌인 네티즌들을 출국금지하고, 그 중 2명을 업무방해 혐의로 구속기소 했으며, 불구속 기소 14명, 약식기소 8명으로 처분했다. 불매운동 대상 기업의 리스트를 상습적으로 게시한 네티즌과 관련 인터넷 카페를 운영한 네티즌이 특히 수사의 초점이 되었다.

이와 관련해서 이러한 불매운동이 과연 형사처벌의 대상이 될 수 있는지를 둘러싼 법리적 논란도 계속되고 있다. 이러한 행위를 처벌할 수 있다는 실정법적 근거도 명확하지 않고, 외국의 판례나 이론에 대해서도 해석이 엇갈리고 있기 때문이다(「오마이뉴스」. 2008. 8. 26; 「미디어 오늘」. 2008.9.3 등). 그러나 소비자들의 불매운동에 형사처벌을 한 외국의 사례를 찾기 어려운 상황에서 업무방해죄라는 죄명으로 기소한 것은 직접 행동(direct action)에 대한 과잉대응이라는 비판을 면하기 어렵다.

### 3. 시민참여에 대한 규제강화의 움직임

최근 들어 시민참여에 대한 규제가 더욱 강화될 조짐을 보이고 있다.

우선 국민의 알 권리에 대한 제한이 강화될 가능성이 높다. 알 권리의 제한은 전반적인 ‘참여의 위축’으로 귀결될 수 있으므로 매우 신중해야 한다. 문제가 되고 있는 것은 국가정보원이 주도하여 추진하고 있는 「비밀의 보호 및 관리에 관한 법률안」이다. 이 법률안은 이미 국회에 제출

되어 있는 상태이다. 이 법률안의 명목상의 취지는 “비밀을 보호함과 동시에 비밀관리업무의 투명성을 높여 국민의 알권리를 보장”한다는 것이다. 그리고 비밀 최초 지정 후 30년이 경과하면 비밀에서 자동해제하는 등 개선된 내용도 일부 담고 있다. 그러나 비밀의 범위를 국가안전보장에 관한 사항 외에도 통상·과학·기술개발 등 국가이익과 관련된 사항까지 확대하고 있고<sup>26)</sup>, 비밀을 누설하는 행위뿐만 아니라 수집·탐지하는 행위까지 처벌하는 등의 독소조항을 담고 있다. 따라서 이 법률안의 내용이 그대로 통과된다면, 국민의 알 권리가 더욱 제한되고 시민단체나 언론에 의한 정부감시활동은 매우 어려워질 수 있다. 비밀지정에 대한 객관적인 통제장치가 부재한 상태에서<sup>27)</sup> ‘국가이익’이라는 막연한 잣대로 비밀지정이 남발될 가능성이 높기 때문이다. 그리고 단순히 비밀에 접근하는 행위까지도 처벌하므로 사실상 정부감시활동의 손발을 묶는 결과가 초래될 것이다.

한편 집회의 자유에 대해서도 규제를 더욱 강화하려는 움직임이 있다.

26) 현행 보안업무규정(대통령령) 제2조 제1호에서는 비밀의 범위를 “그 내용이 누설되는 경우 국가안전보장에 유해로운 결과를 초래할 우려가 있는 국가기밀로서 이 영에 의하여 비밀로 분류된 것”으로 정의하고 있다.

27) 법률안에서는 대통령·국무총리·감사원장·국가정보원장장 행정 각 부의 장 또는 이에 준하는 공무원으로서 대통령이 정하는 사람은 I급 비밀을 지정할 수 있도록 하고 있다. 그리고 II급 비밀 및 III급 비밀의 지정권자는 I급 비밀지정권자 외에 ① 중앙행정기관의 장으로서 차관급 공무원, ② 지방자치단체의 장, ③ 특별시·광역시와 도 및 특별자치도의 교육감, ④ 앞서 언급한 비밀지정권자가 지정한 공공기관의 장으로 확대된다.

그런데 I, II, III비밀의 구분기준은 추상적이다. 구체적인 기준을 대통령령으로 정한다고 하지만, 추상성을 피하기 힘들 것이다. 비밀구분기준의 추상성은 결국 비밀지정권자에게 광범위한 재량권을 부여하는 것으로 귀결될 수밖에 없다. 법률안에서 “비밀은 그 내용과 가치의 정도에 따라 적절히 보호될 수 있는 최저등급으로 지정하여야 한다”는 조항이 있고, ‘법령 위반사실의 은폐’나 ‘업무수행상의 과오 또는 과실의 은폐’, ‘보호가치가 없는 정보에 대한 공개의 제한 또는 지연’을 목적으로 비밀로 지정할 수 없도록 하고 있지만, 이런 조항 자체도 선언적인 것에 불과하다. 이런 조항을 위반할 경우에 대한 통제장치나 제재장치가 없기 때문이다. 결국 이런 내용들을 종합적으로 감안할 때에 비밀지정은 남용될 가능성이 높고, 이 법률안은 국민의 알 권리에 부정적인 영향을 크게 미칠 것으로 예상된다.

한나라당은 기존에 가해지던 규제에 덧붙여서 실정법을 위반한 집회 및 시위에 대한 집단소송제 도입을 추진하고 있고<sup>28)</sup>, 법무부는 불법 집회에 대해 손해배상, 이행강제금 도입 등을 추진하겠다고 한다.<sup>29)</sup> 한나라당 신지호 의원은 시민단체의 회원이 「집회 및 시위에 관한 법률」 위반으로 벌금형 이상의 확정형을 받으면 그 시민단체에 지급된 보조금을 환수하는 내용의 「비영리민간단체지원법」 개정안과 「보조금의 예산 및 관리에 관한 법률」 개정안을 발의했다.<sup>30)</sup> 이런 일련의 움직임들은 소송이나 보조금 환수 등의 압박수단을 통해 정부 정책에 반대하는 집회의 기획·추진·참여를 억압하려는 의도로 볼 수 있기에, 집회의 자유에 대한 심각한 위협이 될 수 있다.

한편 인터넷상의 표현의 자유에 위협이 될 수 있는 법률개정도 추진되고 있다. 사이버모욕죄의 신설움직임<sup>31)</sup>, 제한적 본인확인제 적용 대상 확대 추진, 도메인등록실명제 추진 등이 거론되고 있다.<sup>32)</sup> 구체적으로 어떤 내용들이 담길 것인지는 앞으로 법개정 추진과정을 지켜보아야 하겠지만, 이런 일련의 움직임들은 인터넷에서의 자유로운 의견표현에 장애물이 될 가능성이 높다.<sup>33)</sup>

28) 한나라당은 불법시위로 인해 피해를 본 상인 등 시민들이 집회 주최자를 상대로 집단소송을 제기할 수 있도록 한 집단소송제 법안을 조만간 국회에 제출키로 했다 (「국민일보」, 2008. 9. 21).

29) 국가경쟁력강화위원회 회의자료(2008. 9. 25).

30) 이 법률안에서는 “대표자를 제외한 구성원이 단체의 의사와 무관하게 개인적으로 그러한 행위를 한 경우에는 그러하지 아니하다”라는 단서를 두고 있으나, 어떤 경우가 단체의 의사와 무관한 경우인지가 불명확하므로 자의적인 해석·적용이 가능하다.

31) 기존 형법상의 모욕죄는 피해자의 고소가 있어야 공소제기를 할 수 있는 친고죄인데 반해, 사이버모욕죄는 고소가 없이도 수사·공소제기를 할 수 있는 반의사불벌죄(피해자의 의사와 관계없이 수사·공소제기를 할 수 있고, 피해자가 처벌을 원하지 않는다는 의사를 표시하면 공소기각의 판결을 함)로 추진되고 있다.

32) 국가경쟁력강화위원회 회의자료(2008. 9. 25).

33) 제주대 김경호 교수는 2008. 10. 6. ‘미디어공공성포럼’에서 주제발표를 통해 사이버 모욕죄의 신설은 공격 사안이나 인물에 관한 표현의 자유에 위축을 줄 수 있고, 본인확인제의 확대는 주민등록번호를 부여받지 못한 청소년, 외국인, 재외동포 등의 표현의 자유를 제약하게 되며, 인터넷 언론의 다양성과 특수성을 인정하지 않는 것

## 4. 시민참여의 보장을 위한 과제

### 1) 시민참여와 법치주의에 대한 인식수준 제고

시민참여에 대해 규제일변도의 태도를 보이고 있는 한국의 법제도를 개선하기 위해서는 시민참여에 대한 인식 수준부터 높아질 필요가 있다. 현재 시민참여에 대한 정치권이나 정부의 인식수준은 매우 낮은 편이다. 시민참여에 대한 부정적인 태도가 과도한 규제로 이어지고 있는 것이다.

한편 법치주의에 관한 담론의 수준은 시민참여를 어떤 시각으로 바라볼 것인가의 문제와 연관되어 있다. 비정형적으로 일어나는 다양한 시민참여를 기존의 실정법적 시각에서만 해석하려 하는 경우에는 그 자체가 시민참여를 가로막는 장벽이 될 수밖에 없기 때문이다. 그런데 아직도 법치주의에 관한 사회적 담론이 법실증주의의 수준을 벗어나지 못하고 있다. 법실증주의는 법의 이론이나 해석·적용에 있어서 형식논리적으로 접근하는 입장이다. 법실증주의는 실정법에 대한 과도한 확신을 낳아 법이라는 형식을 갖추기만 하면 어떠한 것이든 허용할 수 있다는 잘못된 이해를 낳는다. 그러나 시민의 자유를 과도하게 규제하면서 그것이 ‘법’이라는 형식을 취하고 있다고 하여 정당화시킨다면, 그것은 법을 빙자한 불법을 자초할 수밖에 없다.<sup>34)</sup> 그런데 정부나 일부 언론은 시민참여를 규제하는 실정법의 문제점은 외면하고 실정법규정을 절대시하며 때로는 자의적인 해석과 적용도 주저하지 않고 있다.

---

이라고 비판하기도 했다(「제주의 소리」, 2008. 10. 7).

<sup>34)</sup> 독일의 법철학자 라트부르흐는 나찌즘을 겪은 후 발표한 논문인 “법률적 불법과 초법률적 법”에서 법실증주의를 비판한다. 그는 ‘법은 정의를 향한 의지’라고 정의하고, 정의를 향한 의지를 의도적으로 부정하는 법을 ‘법률적 불법’이라고 정의한다. 그리고 ‘법률적 불법(gesetzliches Unrecht)’은 법률의 탈을 쓴 불법이라고 인정한다. 현재 시민참여를 과잉규제하는 한국의 법률들이 ‘법률적 불법’의 수준은 아니라고 하더라도, 이에 접근하는 담론은 ‘법률적 불법’을 용인하는 법실증주의의 수준에 머물러 있는 것이 현실이다.

결국 시민참여를 과도하게 규제하는 지금의 현실을 극복하기 위해서는 시민참여의 중요성과 필요성에 대한 정부나 정당들의 이해도가 높아져야 하고, 법치주의에 관한 사회적 담론의 수준이 심화될 필요가 있다. 정부나 기성 정당들이 스스로 시민참여에 관한 인식을 변화시킬 가능성은 별로 없으므로, 결국 정부와 정당들의 인식수준을 제고하기 위해서는 정부의 관료주의와 기득권적 정당구조를 개혁하는 것이 필요할 것이다.

또한 규제에 대한 이중적 태도도 불식되어야 한다.<sup>35)</sup> 기업들에 대한 규제에 대해서는 최소주의적 입장을 취하면서도 시민사회의 활동에 대해서는 최대주의적 규제를 가하는 것이 지금의 현실이다. 그러나 시민사회에 대한 규제도 합리화되어야 한다. 최소주의적 규제까지는 이르지 못하더라도 과잉규제와 비민주적이고 비합리적인 규제의 틀은 벗어나야 한다.

## 2) 시민참여를 봉쇄하는 여러 법조항들의 개선

시민참여를 과도하게 규제하는 법제도들의 개선이 필요하다. 「집회 및 시위에 관한 법률」은 ‘집회에 대한 사전허가제의 금지’라는 헌법의 취지에 충실한 방향으로 개정될 필요가 있다. 위헌 논란이 있는 야간옥외 집회에 대한 금지조항, 사실상 사전허가제처럼 운영되고 있는 금지통고 제도 등은 개선되어야 한다. 유사한 입법례를 찾을 수 없는 집회·시위에 대한 집단소송제 도입 논의나 집회와 보조금을 결부시키려는 일체의 시도는 중단되어야 할 것이다.

---

<sup>35)</sup> 「행정규제기본법」 제2조 제1호에 의하면 ‘행정규제’란 “국가 또는 지방자치단체가 특정한 행정목적을 실현하기 위하여 국민(국내법을 적용받는 외국인을 포함한다)의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것으로서 법령 등 또는 조례·규칙에 규정되는 사항”을 말한다고 정의하고 있다. 이러한 정의에 따르면 시민의 권리를 제한하는 여러 법률들도 규제에 해당하는 것이다. 그런데 시민의 자유와 참여를 제한하는 이런 법률들에 대해서는 규제개혁의 잣대를 들이대지 않고 있는 것이다.

또한 표현의 자유를 과도하게 규제하는 법률들도 정비될 필요가 있다. 입법취지에 맞지 않게 표현의 자유를 규제하는 수단으로 악용될 여지가 있는 「옥외광고물 등 관리법」은 영리목적이 아니며 공공장소를 이용하지 않는 표현행위(가정집에 현수막을 거는 것과 같은)에 대해서는 적용되지 않는 것으로 개정될 필요가 있다. 인터넷 공간이나 이동통신을 활용한 표현행위에 대한 과도한 규제도 합리화되어야 한다. 그런 점에서 현재 추진되고 있는 규제강화의 움직임은 재검토되어야 한다.

한편 시민의 정치적 참여를 확대하기 위해서는 불합리한 정당제도와 선거제도 전반을 개선할 필요가 있다. 유권자들의 정치적 결사체를 제도적으로 보장하고, 선거운동에 대한 과도한 제한을 풀어야 한다.

## 5. 글을 맺으며

빠르게 변화하는 사회는 시민참여에 긍정적인 영향과 부정적인 영향을 모두 주고 있다. 인터넷, 이메일, 휴대폰 등 새로운 기술들은 사람들 간의 소통을 쉽고 원활하게 하고 있다. 이러한 변화는 참여방식에도 큰 변화를 일으키고 있다. 시민참여가 활성화되려면 법제도가 이러한 사회변화를 반영하여 새로운 참여의 흐름을 보장해야 한다. 그러나 한국의 경우에는 오히려 시민참여에 대한 시대착오적인 규제들을 유지하고 있는 것이 현실이다.

1990년대 이후에 시민들의 권리의식과 참여가 확대된 것은 사실이나, 여전히 시민참여를 가로막는 제도적 장벽은 높다. 그리고 이런 장벽 앞에서 시민참여의 활성화는 어려움을 겪고 있고, 이는 결국 정치적·사회적 무관심과 회의를 증폭시키고 있다.

이런 현실에 반전의 계기를 마련하기 위해서는 시민참여를 확대하기 위한 새로운 흐름이 필요하다. 특히 민주화 이후에도 시민참여를 규제하

는 법제도의 문제점은 근본적으로 개선되지 않았다는 점에 주목하고, 시민참여를 과잉규제하는 법제도를 개선하기 위한 흐름이 필요하다. 이러한 흐름은 알 권리, 표현의 자유, 집회의 자유, 정치참여의 보장을 목적으로 해야 할 것이다. 또한 이러한 흐름은 민주주의의 지평을 넓히는 다른 차원의 흐름(시민참여를 확대하는 새로운 제도 도입 운동 등)과도 연결될 수 있을 것이다.

#### 참고문헌

- 강태수. 2004. “집회의 자유와 개정된 ‘집회 및 시위에 관한 법률’의 문제점.” 『헌법학연구』 . 10(1). 413-447.
- 국회 정치개혁특별위원회. 2005. 『선거운동의 합리적 개선방안』 .
- 김남철. 2007. “다양한 정치세력의 지방선거 참여를 위한 법적 과제.” 『공법연구』 . 35(3). 173-199.
- 김정훈. 2007. “민주화 20년의 한국 사회.” 『경제와 사회』 . 74. 34-65.
- 이승중. 1993. 『민주정치와 시민참여』 . 삼영.
- 이종수. 2007. “정당제민주주의의 현안문제의 검토” 『헌법학연구』 . 13(2). 103-136.
- 이희훈. 2006. “집회의 개념에 대한 헌법적 고찰.” 『헌법학연구』 . 12(5). 147-187.
- 이희훈. 2008. “집회시 경찰의 사전차단조치에 대한 문제점과 개선방안.” 『토지공법연구』 . 39. 479-498.
- 정만희. 2007. “정치관계법의 근본문제와 개정방향.” 『헌법학연구』 . 13(2). 53-101.
- 정부. 2008. “비밀의 보호 및 관리에 관한 법률안.”
- 주성수. 2008. “‘민주적’ 거버넌스와 시민사회 : 정부와 시민사회 파트너십을 중심으로.” 『시민사회와 NGO』 . 6(1). 5-33.

- 중앙선거관리위원회. 2004. 『일본 공직선거법령집 I』 .
- 차병직. 2002. 『NGO와 법』 . 이화여자대학교 출판부.
- 최종고. 2005. 『법철학-제2판』 . 박영사.
- 캐서린 아이작(Katherine Isaac) 지음. 조희연 옮김. 2002. 『우리는 참여와 행동을 통해 민주주의로 간다』 . 아르케.
- 하승수. 2001. “시민운동과 법.” 조희연 편. 『NGO가이드』 . 한겨레 신문사.
- 하승수. 2003. “시민참여적 법제도의 의의와 그 활용론.” 조효제 역음. 『NGO시대  
대의 지식키워드 21』 . 아르케.
- 한수웅. 2004. “집회의 자유와 ‘집회 및 시위에 관한 법률’ -집회금지장소 규정에  
대한 위헌성 판단을 검하여.” 『저스티스』 . 77. 5-33.
- 選舉管理研究會 編. 2003. 『地方選舉における政黨・政治團體の政治活動  
の手引』 . 東京: 第一法規.
- Dreier, P. 2007. “Community Organizing for What -Progressive Politics and  
Movement Building in America.” Orr, M. (ed.). *Transforming the City*. University  
Press of Kansas.
- Joo, Sung-soo, Lee, Seon-mi and Jo, Young-jae. 2006. “The Explosion of CSOs and  
Citizen Participation: An Assessment of Civil Society in South Korea 2004.”  
CIVICUS.  
[http://www.civicus.org/media/CSI\\_South\\_Korea\\_Country\\_Report.pdf](http://www.civicus.org/media/CSI_South_Korea_Country_Report.pdf)
- Kekic, L. 2006. “The Economist Intelligence Unit’s index of democracy.”  
[http://www.economist.com/media/pdf/DEMOCRACY\\_INDEX\\_2007\\_v3.pdf](http://www.economist.com/media/pdf/DEMOCRACY_INDEX_2007_v3.pdf)
- Staples, L. 2004. *Roots to Power*. Praeger Publishers.  
[http://www.verwaltung.bayern.de/Titelsuche-.116/index.htm?purl=http%3A%2F%2Fby.juris.de%2Fby%2FKomWBG\\_BY\\_Art24.htm](http://www.verwaltung.bayern.de/Titelsuche-.116/index.htm?purl=http%3A%2F%2Fby.juris.de%2Fby%2FKomWBG_BY_Art24.htm)

## ‘Law’ as The Means of Restriction on Civic Engagement and Its Legal Issues

*Seung-Soo Ha*

In Korea, civic engagement has been under the excessive restrictions of Government. Despite of the Democratization, many laws have limited civic engagement.

Assembly and Demonstration Act has restricted excessively freedom of gathering. The act has prohibited an out-of-door gathering at night. Political Parties Act and Public Official Election Act have restricted political participation. Outdoor Advertisement Control Act has restricted freedom of expression. Act on Promotion of Communications Network Utilization and Information Protection has restricted freedom of expression in cyberspace. Framework Act on Telecommunications has restricted freedom of expression in mobile communications. The prosecutory authorities prosecuted consumer's boycott concerning with "candle gathering" for the violation of Criminal Act.

Recently Lee Myung-Bak Government tries to intensify restrictions on right to information, freedom of expression, freedom of gathering, etc. Civic engagement and political participation are under threat because of those attempts.

In order to activate civic engagement, forward-looking changes in Korean legal system are necessary. Excessive restrictions on civil liberties should be abolished. The Government and the Court should be more

tolerable to direct actions in civil society.

Key words : civic engagement, freedom of gathering, freedom of expression, political participation