

〈논문〉

## 헌법불합치결정유형에 관한 몇 가지 생각<sup>\*</sup> - 집시법 헌법불합치결정을 중심으로 -

崔大權<sup>\*\*</sup>

### 요약

이번 집시법 헌법불합치결정은, 야간 옥외집회금지의 원칙이 헌법에 어긋나느냐, 어긋나는 것이 야간 옥외집회를 풀어주는 허가제 때문이나, 해 지고 뜨는 시간을 중심으로 야간 옥외집회를 금한 것이 너무 지나치기 때문이나의 실제헌법(제37조제2항)의 문제도 제기하지만, 헌법불합치결정의 주문에 대한 재판관들의 의견들이 상대적 다수의견(5인), 보충의견(5인 중 2인) 및 헌법불합치의견(2인)으로 나뉘어 주문에 상응하여 이를 뒷받침하는 적어도 6인의 구속력을 가지는 의견(결정이유)이 없다는 절차법적 문제를 심각하게 제기하고 있다. 그러므로 이 불합치결정에서 각각의 의견들은 혹시 설득적 효력은 가질지언정 문제된 법률조항의 어느 점이 구속력을 가지면서 헌법에 어긋난다고 하는 것인지 알 수 없다는 문제점을 제기한다. 그러므로 재판관들 개개의 의견이 아니라 불합치결정을 내리고 있는 헌법재판소로서의 명확한 의견이 국민이나 (법개정에 임하는) 국회에 대한 관계에서, 그리고 일반법원에 대한 관계에서 중요하다. 이러한 점들은 헌법재판소로서의 의견(전원일치나 6인 이상의 의견)을 내게 함에 영향력을 미치는 헌법재판소장의 법리적 도덕적 지도력의 문제를 제기하게 만든다. 나아가 야간을 규정하는 어려운 문제를 포함하여 문제된 법 조항의 어느 부분이 헌법에 어긋나는 것인지 명확히 아니하다는 점들은, 더구나 국민대표 및 입법가능상 파행을 일삼고 있는 국회로 하여금 알아서 처리하라는 것이어서 입법학상의 여러 실천적 문제점들을 또한 던져준다.

주제어: 헌법불합치결정 유형, 야간 옥외집회금지, 허가제, 결정이유, 명확성, 선례 형성, 헌법재판소장의 지도력, 설득력

\* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2009학년도 학술연구비 지원을 받았다.

\*\* 서울대학교 법과대학·법학대학원 명예교수.

## I. 머리말

헌법재판소가 최근에 선고한 집회 및 시위에 관한 법률(이하 집시법)의 헌법불합치 결정<sup>1)</sup>은, 이 법률이 집회 및 시위의 자유에 관하여 천명한 헌법조항(제21조 제1항 및 제2항 및 그 제한이나 한계에 관한 제37조 제2항)에 과연 어긋나느냐 하는 헌법실체법상의 문제에 못지않이하, 이 결정의 형식(변형결정)이나 내용이 헌법재판의 본질에 비추어 과연 적절하냐 하는 헌법절차법적인 문제를 제기한다고 생각한다. 이 집시법 헌법불합치 사건에서 헌법실체법상으로 집시법의 야간 옥외 집회/시위 금지가 헌법에 어긋나느냐 그러하지 아니하냐의 문제와 함께 집시법 제 10조 및 제23조를 사전허가제의 조항으로 볼 것이냐 허가조항은 예외조항이고 옥외문제는 원칙조항이기 때문에 원칙조항의 위헌여부를 문제 삼아야 하느냐의 문제를 제기한다고 생각한다. 이러한 실체법상의 문제가 그 자체가 중요치 않은 것은 아니다.

그러나 이러한 실체법상의 문제 보다는 이 글에서 심각하게 제기하고자 하는 바는 헌법절차법적인 문제이며 위 결정은 특히 이 문제를 부각시키고 있다는 점이다. 위 결정에서, 첫째로 집시법 제10조 및 제23조의 야간 옥외집회부분은, 헌법에 어긋나니 지금 그대로 두어서는 아니되며, 둘째로 그 조항들을 내년(2010) 6월 30일까지 헌법에 맞게 국회가 고쳐야 하고 그 때까지 그 조항들은 그대로 유효하며, 셋째로 그 때까지 고치지 않으면 그 조항은 효력을 잃는다는 이 세 가지 점은 분명하다. 그러나 야간집회금지의 문제와 같은 논란이 많은 집시법 조항을 아예 합헌이나 위헌으로, 혹은 사전허가의 문제만은 한정위헌 등으로 처리해서 국민에게 전하고자 하는 합헌 또는 위헌의 뜻이나 그 범위를 분명히 전해서 혼란이 없게 할 일이지, 이념 및 여야당의 충돌 등 국회의 국민통합기능 및 입법기능의 실패로 우리나라에서 의회주의가 실패하고 있는 것이 아니냐의 진단을 받고 있는 국회로 하여금 이를 헌법의 뜻에 맞게 알아서 적절히 개정하라고 하는 것이 과연 헌법재판제도의 헌법정신 또는 헌법재판소의 책무에 부합하느냐의 문제를 제기한다고 생각하는 것이다. 왜냐하면 우리나라 국회의 의회주의의 실패가 우리나라 정치의 사법화 증대 현상의 한 요인으로 작용하고 있는데<sup>2)</sup> 이제 헌법재판

1) 헌법재판소 2009.9.24.일자 결정(2008헌가25).

2) 崔大權, “우리나라 법치주의 및 의회주의의 회고와 전망,” 『서울대학교 法學』, 49권4호, 231-239면(2008); 崔大權, “민주주의와 법치주의. 헌법재판의 정치학,” 『憲法論叢』, 19집, 199-205

소는 공을 다시 국회로 떠넘기고 있는 것이나 마찬가지로 때문이다. 그 결정은 정치적 혼란을 잠재우는 것이 아니라 더욱 키우는 것은 아니냐, 그리하여 이 변형결정의 경우에 그것이 과연 적절한 선택이냐, 위의 세가지 점 이외에는 분명한 것이 하나도 없다는 점에서, 이 변형결정의 내용이 적절하냐의 문제점을 제기한다고 생각하는 것이다.

결정문을 보면, 위헌결정의 상대적 다수(5인)의견 이외에 이에 대한 보충(2인)의견이 있고 또 헌법불합치결정(2인)의견이 있어서 위 헌법불합치결정을 이끌어낸 다수(7인)의견 내에서 어떤 부분이, 즉 야간 옥외집회 금지 부분이 헌법에 어긋나는 부분이라고 판단한 것인지 혹은 사전허가부분이 헌법에 어긋나는 부분이라고 판단한 것인지 솔직히 불분명하다. 위 5인의 의견이 법적 구속력을 가지는 것이라거나, 그 중 2인의 의견이 구속력을 가지는 것이라거나, 헌법불합치결정(2인)의 의견이 구속력을 가지는 것이라고 말할 수 없기 때문이다.<sup>3)</sup> 그리하여 국회가 사전허가부분만 삭제하면 되는 것인지 아니면 야간 옥외집회금지의 적용시점 등 적절한 금지완화의 개정만하면 되는 것인지 의문이다. 그것은 국회가 2010년 6월 30일까지 손을 대지 아니하고 그대로 두면 어느 부분이 효력을 잃는 것인지 불분명해질 수도 있다는 의미도 된다. 그렇다면 국민에 대한 분명한 사법의사전달의 요청에 부응하여 어느 부분이 헌법에 부합하지 아니하는 부분인지 분명하게 유도하거나 지휘하는 결정 심의시의 재판장의 능력 내지 책무 즉 지도력(leadership)을 논하여야 하지 않는가 하는 문제도 제기되어야 한다고 믿는다. 그것은 법의 명확성(clarity)의 요청에서도 나온다고 생각한다.

---

면(2008). 그리고 최대권, “한국의 의회주의와 그 문제점”, *의정연구*, 1995년 제1호, 87-106면; Carl Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, trans. by Ellen Kennedy, (Cambridge: MIT Press, 1985); 칼 슈미트 김효진 옮김, *현대 의회주의의 정신사적 지위*, (서울: 관악사, 2007) 참조.

3) 결정에 참가한 재판관 사이의 의견들이 이같이 각기 나뉘어 문제된 법률조항의 어느 부분이 구속력을 가지는 위헌(또는 헌법불합치) 부분이 되는지 알 수 없는 상황이 미국의 헌법재판에서도 일어나고 있으며, 이러한 상황의 발생을 미국에서도 개탄한다고 할까 비판하고 있다. 이러한 경우의 다수의견(우리의 5인 재판관의 의견)을 plurality의견이라고 하면서 과반수 의견(우리의 6인 재판관의 의견)의 경우의 majority의견과 구별하고 있다. Plurality의견은 구속력을 가지지 못하며 다만 설득적 효력을 가질 뿐이 아니냐 등의 해석상의 문제점들을 논의하고 있다. James A. Bloom, “Plurality and Precedence: Judicial Reasoning, Lower Courts, and the Meaning of United States V. Winstar Corp.,” *Washington University Law Review*, 85: 1373-1417 (2008).

나아가 이 사건에서의 헌법불합치결정에 참여한 7인의 재판관의 분열된 의견에 비추어 그 최저공통분모에 기초하여 헌법불합치결정에 이르렀다고 말할 수 있지만, 그러나 과연 공통분모의 논리에 의하여 헌법불합치결정에 이를 수 있었던 경우인지 의문이다. 왜냐하면 바로 위헌이라 모든 헌법불합치로 모든 헌법에 문제의 법률조항이 어긋난다고 보는 점에서는 공통분모라 할 수 있지만, 분열된 별개의 의견(재판관 5인의 상대적 다수의견, 이 가운데의 재판관 2인의 보충의견, 재판관 2인의 헌법불합치의견 등)을 뒷받침하는 (헌)법적 근거를 중심으로 판단하면 적어도 재판관 6인의 요건을 충족하는 공통분모(즉 헌법불합치를 정당화하는 공통의 법적 근거)가 없기 때문이다. 그렇다면 이 사건의 헌법불합치결정(주문)은 이를 지지하는 (헌)법적 근거(결정이유)를 가지지 못한 결정이라고 할 수 있게 된다. 그러한 만큼 2010년 6월 30일까지 집시법 제10조를 헌법재판소가 해석한대로 헌법에 알맞게 개정하지 아니하는 경우에는, 그리고 그렇게 될 가능성도 많은데, 그러면 문제의 법조항은 전면적으로 (위헌)무효가 되도록 되어 있다. 그러나 이 조항의 전면적 위헌 무효의 논거를 편 것은 보충의견을 낸 상대적 다수(5인) 중의 2인의 재판관들뿐이다. 그렇다면 극히 소수인 재판관 2인의 의견(법적 논거)이 문제 조항의 전면적 무효결정의 법적논거로 둔갑하는 결과가 된다.

뿐만 아니라 헌법불합치결정유형은 헌법재판소가 그 결정에서 보여준 해석대로의 헌법의 뜻에 맞게 문제의 법률을 개정하라고 실질적으로 명한다는 점에서, 더구나 명시적인 법적 근거도 없다는 점에서, 국회의 입법권의 침해라 할 수 있고, 따라서 권력분립의 원리에 어긋난다고 말할 수 있는 여지가 있다. 사실 헌법재판소는 관행적으로 헌법불합치결정 유형을 채택하곤 했지 과연 이러한 결정을 행할 권한이 있는지, 그 권한행사에 어떠한 내재적 제약은 없는 것인지 진정으로 고민하며 탐구하여야 한다고 생각한다. 그러므로 헌법재판소가 행하는 헌법불합치결정유형을 헌법적으로 어떻게 정당화할 수 있는가 하는 문제가 있다. 그러한 만큼 헌법불합치결정유형은 그 정당성의 근거에 비추어 더구나 신중하고 엄격하게, 즉 그 권한의 본질에 맞게 행사되어야 한다고 생각한다.

헌법불합치결정은 국회로 하여금 헌법에 맞게 개정하라는 결정이다. 어떠한 부분이 헌법에 어긋나는지에 관한 명확한 지적 내지 기준을 주지 아니한 위의 문제점 못지 아니하게 예컨대 야간의 定義와 같은 입법상의 어려움도 주고 있다. 그러나 이렇게 어려운 개정입법의 주문을 이념적 지역적 당리당락적 이해에 따라 여야와 정파가 사사건건 극심한 갈등과 파행적 의사진행으로 국민대표기능·국

민통합가능·입법기능을 헌법이 위임한대로 제대로 수행하지 못하고 있는 국회에 대하여 행하고 있다. 사실 집시법의 개정방향에 대하여 여야의 의견이 다르다는 점은 이미 밝혀져 있다. 이러한 국회로 하여금 이념적으로나 입법적으로 문제가 많은 법률을 개정하라고 하는 것은 그 자체 문제가 많다고 생각된다. 이같이 이 헌법불합치결정은 입법학상의 문제점도 제기하고 있음은 후술하는 바이다.

그러면 아래에서 집시법 제10조의 헌법불합치결정과 관련하여 실제법적 문제와 함께 헌법절차법적 문제 및 입법학적 문제를 차례로 다루어 보자.

## II. 헌법실체법상의 문제

이 사건에서 집시법이 당장 위헌이라고 판단한 재판관이 5인이고 헌법불합치 즉 시한을 주고 그 시한 안에 고치되 그 시한까지 고치지 아니하면 그 시한 이후에는 위헌·무효가 된다고 판단한 재판관이 2인이어서 이들 7인 재판관들의 의견의 최소한의 공통분모를 찾아 위헌결정에 필요한 6인의 재판관 요건을 충족하는 7인의 재판관의 의견에 따라 헌법불합치 결정이 이루어졌다함은 주지의 사실이다. 그러나 집시법의 헌법에 어긋남이 당장이나 시한을 둔 헌법에 어긋남이냐의 차이를 잠시 접어두고 이 사건의 결정문을 분석하여 보면 집시법의 어느 부분이 헌법에 어긋나느냐의 점이 불분명하다. 상대적 다수인 5인 재판관의 결정이유를 살펴보면 집시법 제10조의 야간 옥외집회 금지가 허가에 의한 야간 옥외집회 허용(허가제) 부분과 어울려서 비로소 헌법에 어긋난다고 판단하고 있음은 다수 5인 중 2인 재판관이 보충의견을 개진하여 허가제에 의한 허용부분의 위헌의견과 별개로 야간 옥외집회 금지 부분의 위헌 의견을 개진하고 있음에 비추어도 분명하다. 그런데 불합치 의견을 낸 2인 재판관의 의견을 보면 허가제에 의한 허용 부분은 전반적인 야간 옥외집회 금지 완화의 규정 즉 전반적인 금지의 원칙에 대한 예외 조치에 불과하여 문제되지 아니하고 문제가 되는 것은 해 뜨고 지는 시점을 기점으로 한 전반적인 야간 옥외집회 금지가 지나친 금지(즉 위헌)이라 판단하고 있다.

그렇다면 집시법의 헌법불합치 결정을 보도한 언론에서 해설하고 있는 것처럼 “집회 금지시간이 너무 광범위”하기 때문에 집시법이 위헌이라는 것인지<sup>4)</sup>도 의문

4) 조선일보, 2009.9.25.일자 A3면.

이다. 즉 허가제 부분만 손질하면 된다는 것인지 해 뜨고 지는 시점만 완화하면 된다는 것인지 허가제 부분과 함께 해 뜨고 지는 시점을 중심으로 한 야간의 시점을 완화하면 된다는 것인지 국민에게 즉 입법부에게 주는 뜻이 불분명하다. 왜냐하면 공통분모적으로 헌법불합치 결정에 이른 7인의 의견이 3인(5인중 보충의견을 낸 2인을 제외한 3인), 2인(보충의견을 낸 2인) 및 순전히 불합치의견만을 낸 2인 재판관들이 헌법에 어긋난다고 적시한 집시법 제10조의 부분이 각기 다르기 때문이다. 이 같이 헌법에 어긋난다고 지적하는 부분이 각기 다르고 3대 2대 2로 각기 나뉘인 각각의 의견은 위헌결정에 필요한 6인의 요건을 어느 것도 충족하고 있지 못하다고 말할 수 있다. 그렇다면 이번의 집시법 헌법불합치 결정은 집시법의 야간 옥외집회금지 원칙과 같이 논란이 많은 문제에 대하여 국민에게 대단히 혼란스러운 메시지를 주는 결정, 이 결정에 따른 집시법 제10조의 개정과정에서 국민적 혼란과 분열을 완화가 아니라 그 조장 내지 조장에 기여하는 결정이라 할 수 있다. 예컨대 야간의 定義는 하위법의 제정이나 해석에서도 항상 문제가 되는 것이 아닌가? 아무튼, 특히 헌법불합치 결정에서 이 같이 그 뜻이 혼란스러운 결정을, 즉 통일된 뜻을 전하지 못하는 결정유형은 헌법재판에서 심각하게 재검토되어야 할 문제점이 아니냐, 재검토되어야 할 쟁점 가운데는 국회에 대한 국민의 신뢰의 문제도 포함되어야 하지 않느냐 하는 점들이 지적되어야 한다.

이 문제점은 그 자체로 대단히 중요한 쟁점으로 부각되어야 한다고 믿기 때문에 상세히 후술하기로 하고, 이곳에서는 실체헌법적 쟁점들, 즉 야간 옥외집회 금지가 헌법(제21조)에 어긋나느냐, 야간 옥외집회 금지는 헌법상 정당화되나 해 뜨고 지는 시점을 중심으로 하는 야간의 定義가 그 금지를 헌법의 요청에 반하는 지나친 집회의 자유 제약으로 만드는 것이냐, 그리하여 완화된 시점을 중심으로 한 야간의 정의라면 옥외집회금지가 정당화될 수 있는 것이냐, 야간 옥외집회금지의 지나침을 허가에 의한 허용으로 완화하는 규정을 두면 야간 옥외집회 금지의 원칙조항이 헌법상 정당화될 수 있느냐 하는 쟁점들을 다루어 보자.

(1) 첫째로 주간에는 허용되는 옥외집회를 야간에 행하는 것이라면 금지하는 것(야간 옥외집회 금지)이 헌법상 정당화될 수 있느냐를 다루어야 할 필요가 있다. 사실 국회의 선택지에는 아예 집시법 제10조의 완전 폐기도 포함된다고 할 수 있다. 문제의 결정이 정한 2010년 6월 30일까지 개정하지 아니하고 시간이 도파하는 경우에는 집시법 제10조 전체가 어차피 법적 효력을 상실하게 되리라는 점도 주의할 필요가 있다. 그리고 야간 옥외집회는 과격 불법시위를 연상시키기 쉬우

나, 그러나 형식논리적·법적으로 접근할 때 “야간”이라는 요인은 헌법 제37조제2항에 비추어 옥외집회의 금지를 특히 정당화할 수 있는 근거로 작용할 수 없으리라 일응 생각된다. 왜냐하면 과격 불법시위는 주간에도 일어날 수 있으며, 그리고 집시법에는 아예 과격 불법시위를 금하고 혹은 예방하는 시간적, 장소적 및 방법적인 여러 가지 법적 장치들을 마련하고 있기 때문이다. 폭행 등 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 끼치거나 끼칠 것이 명백한 집회나 시위의 금지(법 제5조, 제8조 등), 교통 소통을 위한 주요 도시의 주요 도로에서의 집회나 시위의 제한(법 제12조), 확성기 등 사용의 제한(법 제14조), 관할경찰서장의 질서유지선의 설정 권한 조항(법 제 13조) 및 필요시의 집회나 시위의 해산 명령 권한조항(법 제20조), 질서유지인의 임명 등 주최자에게 과한 준수 사항 조항(법 제 16조, 제17조, 제 18조 등), 국회의사당·헌법재판소·대통령 관저 등 집회/시위가 허용되지 아니하는 장소에 관한 조항(법 제11조) 등이 그러한 법적 장치의 예다. 또 집시법의 규정 뿐만 아니라 폭행이나 상해, 공무방해나 업무방해 등을 범죄로 다스리는 형법의 조항들이 있음은 말할 필요도 없다.

그러한 만큼, 이러한 조항들이 대체로 집회/시위자에 의해 준수되고 또 경찰관 등에 의해 엄격히 집행되는 법문화(legal culture)를 전제로 한다면 다수(5인) 재판관의 의견에서 인용한 외국의 자정에 가까운 밤 11시라는 야간집회/시위 금지시간조차도 불필요할 것이다. 그러나 심지어 엄격히 형식적인 법 논리로 따지면 기본적으로는 민·형사사건에 불과한 사고나 사건(예컨대 성수교 사건, 삼풍백화점 사건, 평택미군기지이전 사건, 최근의 용산철거민 사선)까지도 과격한 집회/시위로 정치문제화하여 해결하려는 경향을 가진 우리나라 사회의 소위 시위문화를 변수(variable)로 고려할 때 위에서 거론한 형식논리적·법적 접근만으로는 문제가 있다는 사실이 분명해진다. 법을 사회·문화적으로 관찰할 때 우리나라 사회에는 법을 반드시 바람직한 것만으로는 보지 아니하는 전통적 태도, 법경시사상, 정치·경제적 이해에 따른 법편의주의, 법도구관이 강학적으로 논의되고 있는 법치주의 이전에 존재하기 때문에 이러한 법문화가 법치주의가 주는 법적 안정성·예측가능성을 훼손하고 있음을 살필 수 있다.<sup>5)</sup> 집회/시위는 거의 언제나 불법 집회/시위와 동거하고 있다. 경험적으로 보면 합법적 집회/시위와 동거하는 불법 집회/시위는 사물의 식별이 어려워지는 야간에는 더 과격해지거나 악화되는 경향이 있다.

<sup>5)</sup> 崔大權, 전계 “우리나라 법치주의 및 의회주의의 회고와 전망,” 221-226면; 崔大權, 전계 “민주주의와 법치주의-헌법재판의 정치학,” 190-198면 등.

이를 저지하고 법과 질서를 지켜 평화적 집회/시위로 유도해야 하는 치안에 대한 수요는 그 만큼 증대할 수밖에 없다. 그리하여 언제든지 과격화해져서 견잡을 수 없게 되기 쉬운 야간 옥외집회/시위에 대비하기 위해서는 더 많은 경찰력과 장비의 동원을 불가피하게 만든다. 이것은 공적 비용의 증대를 동반하는 것임은 물론이다. 이러한 현실적 및 법문화적 변수를 감안하면 야간 옥외집회/시위 금지의 원칙은 헌법적으로 정당화될 수 있다고 믿는다. 즉 헌법 제37조제2항의 이익형량상 기본권 제약의 공공의 필요성이 큰 만큼 주간에는 허용되지 않을 기본권에 대한 제약이 정당화될 수 있을 것이기 때문이다. 말할 것도 없이 이 문제는 준법이나 법치가 일상화되어 있는 소위 선진 법문화의 나라에서의 그것과 동등한 차원에서 논의할 수는 없다고 생각한다.

(2) 둘째로는, 주간에는 허용되지 아니하는 제약을 야간에는 필요로 하는 공공의 이익이 존재하나, 그러나 해 뜨고 지는 시점을 기준으로 하여 야간 옥외 집회/시위의 금지를 원칙으로 하되 “집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고한 경우에는 관할경찰서장은 질서 유지를 위한 조건을 붙여…옥외집회를 허용”할 수 있게 한 예외를 허용한 것이 헌법 제37조제2항 상 요구되는 “꼭 필요(부득이)한 최소한”의 제약이냐의 문제가 남는다. 이 문제에서도 우선 ① 해 뜨고 지는 시점을 기준으로 한 야간의 定義가 헌법 제37조제2항의 비교형량상 야간의 옥외집회/시위 금지의 지나침을 완화하는 요인으로 작용할 수 있느냐의 문제(헌법불합치의견을 낸 2인의 재판관은 이것만을 문제삼고 있다)와 ② 야간 옥외집회/시위 금지의 원칙이 예외적 허용의 단서조항의 존재로 인하여 그 지나침이 완화되어 헌법상 정당화될 수 있느냐의 문제(보충의견에 동조하지 아니한 3인의 재판관은 이것만을 문제삼아 법 제10조 전체를 위헌으로 판단하는 것으로 보인다) 및 ③ 법 제10조의 해 뜨고 지는 시점을 기준으로 하는 야간의 정의 및 허가조항 둘 다 합쳐서 헌법 제37조제2항 상의 “꼭 필요한 최소한의 제약”에 어긋나게 만드는 것이냐의 문제가 있다고 분석적으로 판단된다.

사실 법적 규율을 위한 야간의 定義만큼 입법 및 해석 실무 상 어려운 개념의 정의는 그리 많지 않을 것이다. 위에서 개진한 바와 같이 야간에 증대하는 치안 수요의 증대에 비추어 야간의 옥외집회/시위 금지의 원칙은 헌법 상 정당화된다고 믿는다. 해 뜨고 지는 시점을 기준으로 하는 야간의 정의는 표현의 자유와 관련하여 요구되는 금지의 명확성은 충족되나 이렇게 정의되는 야간의 옥외 집회/시위의 금지는 지나친 금지를 동반한다고 생각한다. 주지하다시피 해가 진 후 및



해 뜨기 전 얼마 동안은 아직도 흰하게 밝다. 또 여름이나 겨울이나의 계절적 차이는 있지만 대체로 “주간동안 직업활동이나 학업활동을 해야 하는 직장인이나 학생 등”에게는 해 뜨고 지는 시점을 기준으로 하는 야간 옥외 집회/시위 금지의 지나친 제약일 수 있다. 그러한 만큼 제약의 명확성을 유지하되 금지의 지나침을 완화할 수 있는 시점, 예컨대 해 진 후 1시간 및 해 뜨기 전 1시간의 시점을 기준으로 한 야간의 옥외집회/시위 금지의 원칙을 유지하는 것이 어떨까 하는 것이 우리의 균형 감각이다.

이 야간을 정의하는 입법적 문제와 관련하여 헌법재판소 결정의 다수의견에서 개진한 유럽 몇 나라의 오후 11시 등의 예는 적절치 아니하다고 판단된다. 위도상 우리나라 보다 훨씬 북쪽에 위치한 유럽 여러 나라의 여름 밤 11시는 우리의 경우와 달리 아직도 대낮같이 밝다는 사실을 주의할 필요가 있다고 생각한다. 이러한 나라의 밤 11시가 우리의 합리적 기준이 될 수 없음은 분명하다. 더구나 언론 및 시위의 자유 등 표현의 자유 원칙이 존중되지 아니하고 있는 중국의 예(밤 10시~오전 6시)를 언론이 들고 있음<sup>6)</sup>은 참으로 적절치 않다고 판단된다. 표현의 자유와 관련하여 중국은 우리와 비교의 대상이 되지 아니하기 때문이다. 그리고 밤 10시나 11시와 같은 특정 시점을 기준으로 한 야간의 기준 보다는 우리의 해가 뜨고 지는 시점의 야간 기준이 야간 옥외 집회/시위 금지의 공공의 필요성을 긍정한다면 오히려 훨씬 과학적·합리적이라 생각한다. 우리의 것이 지구 북반부의 계절의 차이를 감안하는 기준이기 때문이다. 다만 일몰/일출의 기준이 지나친 제약이라는 균형감각에 비추어 해 진 후 뜨기 전 1시간이라는 시점을 기준으로 하여 지나침을 완화함이 적절하지 않을까 하는 생각을 위에서 방금 개진하였다.

비록 위에서 본 바와 같이 일몰과 일출의 기준을 완화한다고 하더라도 야간의 옥외 집회/시위의 일률적 금지는 헌법 제37조 제2항 상의 “꼭 필요한 최소한”의 제약의 요건에 비추어 지나친(과잉) 금지의 가능성이 크다. 지나침을 완화하는 허용(허가)의 단서 조항을 둬으로써 그 지나침이 완화될 수 있을까, 그리하여 야간 옥외 집회/시위의 금지 원칙이 헌법상 정당화 될 수 있을까? 사실 법 제10조의 본문의 야간 옥외 집회/시위 금지는 원칙이고 허가조항은 예외조항인 만큼 원칙은 넓게 그리고 예외는 엄격히 해석하여야 한다는 법해석의 원칙 상(일몰과 일

6) 조선일보 2009.9.25.일자 A3면.

출의 기준을 완화한) 야간 옥외 집회/시위 금지의 원칙은 헌법 상 정당화된다고 일응 주장할 수 있으리라 생각한다(헌법불합치를 개진한 2인의 재판관의 의견). 다만 아무리 예외조항으로 두었다 하더라도, 그리고 허가는 그것이 비록 기속재량의 문제라고 하더라도, 허가주체(경찰)에 의하여 남용될 수 있는 가능성이 얼마든지 존재하는 까닭에 조항 전체를 오염시킬 가능성(즉 법 제10조 전체를 허가제도로 변질시킬 가능성)도 존재한다고 생각한다. 그러한 만큼 기속재량의 그 기속되어야 할만하다고 상정되는 사항을 아예 입법적으로 규정하여 허가 대신 일종의 요건으로 입법화하면, 예컨대 질서유지인의 숫자를 주간의 3배수로 한다든지 불법시위의 벌과금을 미리 적립 내지 공탁하게 하여 이를 이행하면 자동으로 허용하도록 하는, 허용의 기준 내지 조건을 객관화하여 규정하면, 위의 과잉금지의 문제점은 해결될 수 있으리라 생각된다. 그리하면 완화된 야간의 시점과 함께 이렇게 객관화된 허용기준의 규정을 두면 야간 옥외 집회/시위 금지는 헌법 제37조 제2항 상의 합헌의 판정을 받기에 충분해 지리라 믿는다.

### III. 헌법절차법적 문제

(1) 우리나라에서 헌법불합치결정이 헌법재판소 결정유형의 하나로 정착되어 오고 있으나, 그간의 관행(practice)을 살펴보면 이제는 이 헌법불합치결정 유형을 뒤돌아보고 한번 쯤 이에 대한 비판적 성찰을 거쳐 거듭 태어나야할 시점에 이르지 않았나 하는 생각을 하게 한다. 특히 이번의 집시법 헌법불합치결정이 그러한 계기를 마련해 주었다고 생각한다. 도대체 헌법불합치결정유형이 헌법적 근거를 가지고 실행하는 결정유형이나, 그리고 실제로 행하여진 집시법 헌법불합치결정에서 그 헌법적 존재근거에 적합하게 실행되어진 것이냐의 질문들이 제기되고 있는 바가 그러하다.

그동안 헌법불합치결정유형의 인정근거에 관하여 부정설(소수의견) 및 긍정설(다수의견)의 도식적인 찬반논쟁이 있었을 뿐<sup>7)</sup> 반드시 그 헌법적 근거에 대한 천

7) 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌심판(1989.9.8. 88헌가6); 黃祐呂, “違憲決定의 形式-變形決定,” 金哲洙 외, 法律의 違憲決定과 憲法訴願의 對象, 憲法裁判研究 1(서울: 헌법재판소, 1989), 127면 이하; 許慶·郭舜根, “憲法裁判上 憲法不合致決定에 관한 研究-독일 연방헌법재판소의 경우를 중심으로,” 延世行政論叢 19집, 207면(1994) 주) 13 등.

착이 있었다고 말할 수 없다. 다만 헌법불합치결정유형이 어떠한 필요에서 나왔느냐, 어떠한 기능을 수행하느냐 또는 어떠한 유용성을 가지느냐의 논의가 있었을 뿐이다. 단순 위헌결정의 경우에 따르기 마련인 “법적 공백상태 또는 법적 혼란을 방지”하고 “입법자에게 입법개선을 촉구”하기 위하여 이 헌법불합치결정유형을 헌법재판소가 채택한다는 논의가 그것이다.<sup>8)</sup> 그러나 엄밀히 필요성이나 유용성 그 자체만으로 헌법불합치결정유형을 헌법적으로 근거지어 준다고 말하기 힘들다. 사실 헌법불합치결정유형은 헌법재판소가 일정한 시점으로 정하여 놓고 국회로 하여금 헌법재판소가 해석해준 헌법의 뜻에 맞게 개정하라고 실질적으로 명(구속력을 가진다)한다는 점에서 권력분립의 원칙에 반하여 국회의 입법권을 침해한다고 말할 수 있는 측면이 있다. 나아가 주지하다시피 헌법이나 헌법재판소법 등에 이 결정유형에 관한 아무런 명시적 조항이 없기 때문에 형식적인 법논리만으로는 이 결정유형을 헌법적으로 역시 근거 짓기가 어렵다. 비교법적으로 볼 때 실질적으로 헌법재판소라 할 수 있는 미국 연방대법원의 판결유형으로 헌법불합치결정과 같은 것은 없다.<sup>9)</sup> 독일에서는 이 결정유형이 1970년의 명시적인 법적 근거까지 가지게 되었는데, 아무튼 독일의 유형을 따라하게 되었다는 이를 테면 “모방설”<sup>10)</sup>은 우리로 하여금 우리의 헌법불합치결정유형의 법적 근거를 탐구하도록 일깨워준다고 생각한다.

결국 헌법불합치결정유형의 헌법적 존재근거는 헌법이 그리고 있는 전체 構圖 속에서 헌법재판소가 차지하고 있는 위치 및 그 헌법재판소가 가지는 헌법재판권의 의미에 비추어 발견되어야 한다고 믿는다. 말할 것도 없이 헌법재판소는 무엇보다도 헌법상 최고의 국가기관이자 헌법재판을 통한 헌법수호기관이요 권력통제 기관이며 (사실상의) 법창조(판례법형성)기관으로서의 권한을 가진다.<sup>11)</sup> 그러한 만큼 헌법재판소는 이러한 헌법상 권한행사의 합헌결정·위헌결정 형태의 권한뿐

8) 權寧星, 憲法學原論, 개정판(서울: 法文社, 2006), 1139-1140면; 김주환, “헌법불합치결정의 적용영역과 그 효과,” 헌법학연구, 제11권2호, 503-532면(2005); 金哲洙, 憲法學概論, 제18전정신판(서울: 博英社, 2006), 1511-1515면; 成樂寅, 憲法學, 제6판(서울: 法文社, 2006), 1109-1113면; 鄭宗燮, 憲法學原論, 제3판(서울: 박영사, 2008), 1345-1347면; 許營, 憲法訴訟法論, 3판(서울: 博英社, 2008), 246-251면 등.

9) 미국 헌법학자들에게 미국 연방대법원에 헌법불합치결정에 상당한 판결유형이 있느냐는 질문에 한결같이 그러한 판결유형은 없으며 있다면 그것은 입법권의 침해를 구성할 것이라는 대답이었다.

10) 許營, 전거 憲法訴訟法論, 248면.

11) 崔大權, 憲法學講義, 증보판(서울: 박영사, 2001), 414-419면.

만 아니라 이러한 헌법상 권한을 더 적절하게 행사하자면 필요불가결하게 따르게 마련이라고 합리적으로 판단되는 순기능적 권한, 즉 헌법상 권한의 순기능적인 묵시적(implied) 내지 파생적 권한도 가진다고 생각된다. 헌법불합치결정유형은 바로 헌법재판소가 가지는 본질적 권한에 따르는 이러한 묵시적 내지 파생적 권한의 대표적 예가 된다고 생각한다. 그러한 만큼 헌법불합치결정은 꼭 필요한 경우에 즉 헌법재판소의 본질적 권한에 비추어 정당화될 수 있는 경우에만 행하여야 한다고 생각한다. 헌법불합치결정유형은 다른 나라에서 하나까 우리도 따라할 수 있다는 것이 아니라 이같이 정당한 헌법적 근거를 가질 수 있는 것이라고 판단된다. 그러나 헌법불합치결정을 선택하는 경우에는 그것이 과연 그 선택이 정당화될 수 있느냐, 어떻게 정당화될 수 있느냐의 문제를 아울러 따져야 한다고 믿는다.

(2) 이같이 헌법불합치결정유형의 헌법적 정당성을 근거지울 수 있다면 그러면 실제로 행하여진 집시법의 헌법불합치결정이 헌법불합치결정유형의 헌법적 존재 이유에 적합하게 행하여졌느냐 하는 점을 분석하여볼 필요가 있다고 생각한다. 만약 2010년 6월 30일까지 집시법 제10조가 국회에 의하여 개정되지 못한다면 조항 전체가 효력을 상실하게 되는 것으로 보인다. 그리고 국회가 근래에 보여준 그 입법실적을 보면 그 시점까지 헌법에 적합하게 적절히 개정해 내지 못할 가능성도 결코 적다고 말할 수 없는 실정이다. 그러나 이 집시법에 관한 결정문을 엄밀히 분석하여 보면 다수의견이나 헌법불합치의견이나 집시법 제10조 전체의 헌법불합치(위헌)를 주장하지 아니 하였다. 다수의견은 집시법 제10조의 허가부분을 문제 삼았고 헌법불합치의견은 해 뜨고 지는 시간을 중심으로 하는 야간의 기준이 집회 자유에 대한 지나친 제약이라는 것이지 집시법 제10조 전체의 헌법불합치를 주장하지 아니하였다. 오직 다수의견에 대한 보충의견(2인의 재판관)만이 집시법 제10조 전체의 위헌을 주장하였다. 그렇다면 다수의견(엄밀히는 3인의 재판관)이나 헌법불합치의견은 허가부분이나 야간 기준을 문제 삼을 뿐 야간 옥외집회금지 원칙 그 자체의 합헌성(헌법합치성)은 받아들이는 것으로 판단된다. 그렇다면 2010년 6월 30일까지 국회에 의한 개정이 없는 경우의 위헌의 결과는 오로지 다수의견에 대한 보충의견을 낸 2인 재판관의 주장이, 즉 소수의 의견이 위헌 결정에 필요한 6인 재판관의 의견으로 둔갑하게 된다. 이러한 결과가 위헌결정에 재판관 6인 이상의 찬성을 요구하고 있는 헌법 제113조제1항에 어긋나는 것이 아니냐 하는 질문을 제기케 한다고 생각한다. 왜냐하면 발효시점을 2010년 7월 1일

로 하였을 뿐이지 국회가 알맞게 개정에 나가지 못하는 상황에서는 위헌결정을 행한 것이나 마찬가지이기 때문이다.

이러한 점은 상대적 다수의견(5인 재판관)이 허가제의 문제점 때문에 집시법 제10조 전체(야간집회금지 원칙)의 위헌성을 주장하였다고 하더라도 마찬가지이다. 왜냐하면 재판관 5인은 위헌주장에 필요한 재판관 6인의 요건을 여전히 충족시키지 못하고 있기 때문이다. 그러나 보충의견을 낸 2인 재판관의 주장을 보면 이 2인 재판관을 제외한 3인 재판관의 주장은 허가제 부분만을 문제삼았지 집시법 제10조 전체의 위헌성은 이를 주장하지 아니하였음이 틀림없다. 아무튼 상대적 다수의견의 문면을 살펴보면 허가제만을 문제삼은 것인지 허가제로 인하여 영향을 받고 있는 집시법 제10조 전체의 위헌을 주장한 것인지 반드시 분명한 것은 아니다. 이같이 불분명한 의견 내지 결정을 헌법재판소가 낸다는 것은 후술하는 바와 같이 국민에게 혼란을 주고 법의 명확성 원칙(clarity)에 어긋난다는 점에서 그 자체 문제가 되지 않을 수 없다고 믿는다.

사실 보기 나름으로는 다수의견(5인 재판관) 가운데 보충의견을 낸 2인 재판관을 제외한 3인의 재판관은 허가제 부분을 제외한 야간 옥외집회금지의 원칙 자체는 합헌적이라고 보았다고 할 수 있다. 또 헌법불합치결정의 의견을 낸 2인 재판관들도 야간의 시점 등만 제외한다면 야간 옥외집회금지 원칙의 합헌성을 지지한다고 할 수 있다. 그렇다면 반대의견을 낸 2인 재판관의 야간 옥외집회금지 원칙의 합헌성 지지의견을 포함하면 야간 옥외집회금지의 원칙 자체는 7인의 재판관이 지지의견을 냈다고 말할 수 있다. 이러한 결과는 만약 국회가 문제된 법률 조항의 개정작업 없이 결정문이 지정한 2010년 6월 30일을 도과하는 경우에 발생하는 결과(집시법 제10조 전체의 효력 상실)와 어긋난다고 말할 수 있다. 이 점도 법의 명확성의 원칙에 반하는 점이 된다고 말할 수 있게 된다.

(3) 집시법 헌법불합치결정과 관련하여 또 하나 문제를 제기하고자 하는 바는 국회로 하여금 문제의 집시법 제10조를 지정된 시점까지 헌법에 맞게 개정하라는 사법적 메시지가 불분명하다는 점이다. 어떤 점이 위헌이라는 것이 분명해야 여타의 부분은 입법재량에 따라 국회가 개정한다 하더라도 적어도 위헌이라고 지적된 점은 반드시 국회가 따라야 한다고 믿는다. 즉 헌법재판소의 헌법불합치결정에서 위헌이라고 지적한 부분을 국회는 삭제한다든지 하여 위헌이 되지 않도록 개정작업에 임하여야 한다(헌법재판소법 제47조제1항 참조). 그런데 집시법의 헌법불합치결정에서는 위에서 이미 지적한 바와 같이 어느 부분이 헌법에 어긋나

는지에 관하여 적어도 6인의 재판관이 입을 모아 결단한 바가 없고 각기 다른 소수의 여러 의견들을 개진하고 있을 뿐이다. 헌법불합치결정을 낸 재판관 7인 가운데 몇 재판관은 허가제의 위헌성을, 몇 재판관은 조항 전체(야간집회금지 원칙)의 위헌성을, 그리고 나머지 몇 재판관은 해 뜨고 지는 시점을 기준으로 하는 야간 결정의 위헌성을 말하고 있다. 헌법재판소는 이 사건의 결정에서 마치 헌법토론장의 각기 다른 토론의 모습을 보여주고 있을 뿐이다. 그렇다면 국회가 반드시 따라야 하는(즉 구속되는) 부분이 어느 부분인지 모르고 또는 상관없이 국회는 제10조 전체의 폐기의 선택지를 포함하여 어떻게 개정하든 개정만 하면 된다는 것인지 불분명한 위치에 놓이게 된다.

(4) 이 문제는 나아가 첫째로는 법이론적(jurisprudential) 문제점을 제기한다. 이 집시법사건에서 헌법불합치 결정(이것이 이 결정의 主文이다)에 이르게 만든 결정적인 주요 요인이 소위 최저(소)의 공통분모의 논리이다. 그러나 어떠한 법적 근거를 기초로 어떠한 부분이 위헌인 부분이라 하든간에 하여튼 집시법 제10조가 헌법에 어긋난다(위헌)고 보는 점에서는 최저공통분모일 수는 있어도, 주문의 법적 근거(즉 결정 또는 판결 이유; reasoning)를 중심으로 판단할 때 이 사건의 결정에서는 최저 공통분모가 없다. 이 시각에서 판단하면 이 사건에서는 헌법불합치결정을 낼 수 없다. 그렇다면 이 사건의 헌법불합치결정 주문은 법적 근거에 의하여 지지되는 주문이라고 할 수 없다. 만약 판결 또는 결정 이유에서 제시하는 법적 근거의 뒷받침 받지 못하는 주문을 일반 법원 판결 과정에서 냈다면 이 판결은 대법원 등 법률심에서 파기될 수밖에 없는 판결이 되리라 믿는다. 그런데 이 집시법 사건의 헌법불합치 결정(주문)은 결과적으로 이를 뒷받침하는 법적 근거(최소한 6인 재판관의 지지) 없이 내려진, 또는 대단히 미약한 법적 근거를 가지는 결정이라 할 수 있다.

(5) 무엇보다도 헌법재판소는 대한민국을 위한 헌법사건의 결단의 장이지 헌법이론의 토론장인 것은 아니지 아니한가? 그러한 만큼 둘째로는 이 집시법 사건에서 헌법불합치결정을 내기 위해서는 결정이유에서 허가제부분을 근거로 위헌을 거론하는 상대적 다수의견(5인)을 헌법불합치결정의 결론으로 양보케 하되 이상대적 다수의견에 해 뜨고 지는 시점을 중심으로 하는 야간의 문제를 거론하여 헌법불합치결정의 소수의견을 개진한 2인 재판관 중 적어도 한사람을 동참하게 하여 6인의 요건을 충족시키면서 허가제 부분의 논거(즉 1개의 논거)를 헌법적 근거로 하는 헌법불합치결정을 행하든지, 허가제 부분의 논거와 함께 해 뜨고 지는

시점의 야간 부분의 논거의 두 가지 논거(2개의 논거)를 헌법적 근거로 하는 헌법불합치결정에 이르렀다면 좋았을 것이라고 생각한다. 이 문제는 말할 것도 없이 주문을 이끝에 있어 헌법재판소 소장(내지 대법원 원장)이 결정(또는 판결) 과정에서 행사하여야 할 법리적 도덕적 지도력(leadership)의 문제를 제기한다고 믿는다. 이것은 사건의 배당 등을 통해서나 결정이나 판결에서 결론에 이르는 심의과정에서 동료 재판관 내지 동료 대법관을 바람직한 헌법재판소의 결론으로 이끄는 설득력이나 영향력의 지도력 문제이다. 재판관들의 개개의 의견에 못지 아니하게 헌법재판소로서의 의견이 중요하기 때문이다.

특히 이 집시법 사건, 그 중에서도 야간 옥외집회금지 원칙의 경우에서와 같이 국론이 분열되어 있는 민감한 중요 사건에서는 헌법재판소가 국익을 위해서나 국민에게 혼란을 주지 아니하고 국민에게 명확한 메시지를 전하기 위해서 그리고 명확성(clarity)의 법적 요청<sup>12)</sup>을 위해서 국민에게 법적 논거가 불명확하거나 혼란을 주는 결정 내지 판결을 내리는 것은 결코 바람직하지 아니다. 국론이 분열되어 있는 이같은 민감한 중요사건에서 내부적으로 의견이 분분한 결정이나 판결을 내려 국민에게 혼란을 주거나 혼란을 오히려 부추기는 듯한 결론을 내리기 보다는 헌법재판소의 단합된 뜻을 분명하게 밝히는 것은 국가와 국민을 위해서나 일반 법원을 위해서나 헌법재판소의 미덕에 속한다고 생각한다. 기본적으로 헌법재판소도(헌법해석·헌법심판기능 및 사실상의 법창조기능 등을 통한 헌법수호라는) 국익을 위하여 국민에게 서비스하는 국가기관의 하나이다. 헌법해석이나 헌법적 결단도 궁극적으로는 국익에 적합하여야 하리라 믿는다. 다만 국익을 위하는 방법이 다른 국가기관의 그것과 다를 뿐이다. 그리하여 헌법재판소(또는 대법원)의 이러한 의미의 미덕을 이끄는 헌법재판소 소장(또는 대법원장)의 지도력을 여기서 문제 삼는 것이다. 그리고 재판관 한 사람 한 사람이 가지는 독립성에 비추어 혹은 소장이 소수의견에 가담하게 되는 경우 등 헌법재판소 소장의 지도력에 한계가 있는 것은 사실이다. 그러나 헌법재판소 소장은 여타의 재판관들과 꼭

<sup>12)</sup> Fuller가 법의 일반적 적용가능성, 효력불소급의 원칙 등과 함께 명확성의 원칙을 법을 법이게 만드는 도덕성이라고 보고 있음은 잘 알려져 있다. *The Morality of Law*, rev. ed., (New Haven: Yale University Press, 1969), 63-65면. 명확성의 원칙이 가장 중요한 입법원칙이 되는 것임은 물론이다. 崔大權, “立法學 研究-立法案 作成을 중심으로”, **서울대학교 법學**, 제35권3·4호, 48-69면, 특히 6면(1994). 나아가 명확성의 원칙이 법률의 위헌성 판단의 가장 중요한 원칙의 하나임도 물론이다. 崔大權, 전거 **憲法學講義**, 211면; 權寧星, 전거 **憲法學原論**, 351면, 金哲洙, 전거 **憲法學概論**, 340면 등 참조.

같이 한 표를 던지는 한사람(pares)의 재판관이 아니라 소장으로서 동료 재판관을 이끌어 헌법재판소의 목소리로 우리나라 헌법의 발전방향과 철학을 형성하고 전하는 지도적 또는 동료 중 첫째가는(primus inter pares) 재판관이어야 한다고 믿는다. 그리하여 이러한 헌법재판소 소장의 지도력의 문제는 결코 개개의 재판관이 가지는 재판권(사법권)의 독립에 대한 침해의 문제가 아니고 국가를 위하여 법적 도덕적으로 바람직한 헌법재판소로서의 결정에 이르게 하는 소장의 설득력과 영향력의 문제를 거론하는 것이다. 이번의 집시법 사건의 헌법불합치결정을 보면서 이제 우리나라에서도 이러한 의미의 소장(또는 대법원장)의 지도력을 거론할 시점에 이르렀다고 생각한다. 그리하여 주심을 선정하거나 헌법재판소 소장을 임명하는 문제에 부딪혔을 때 고려되어야 할 사항 가운데 하나는 이러한 의미의 지도력의 소지 여부의 문제도 포함되어야 한다고 믿는다. 그러므로 추첨으로나 컴퓨터로 주심을 정하고 또는 법적 경력이나 그 밖에 임명시 및 청문회 등에서 지금 고려되고 있는 사항들에 더하여 이같은 법리적 도덕적 지도력의 문제도 반드시 고려되어야 한다고 믿는다.

이러한 지도력은 헌법재판소의 선례형성능력(사실상의 법창조능력)과도 밀접히 관련되어 있는 문제라고 생각한다. 단순히 재판관 6인의 지지를 얻은 결정과 전원 일치 결정 사이에는 법적 설득력(persuasive effect)의 점에서 큰 차이가 있다고 생각한다. 설사 재판관 6인의 지지를 받은 결정이라 하더라도 6인 사이에 의견의 차이가 심한 결정이라면 그것이 가지는 설득력은 대단히 의심스러울 수밖에 없다. 그러한 의미에서 사실 보충의견이나 소수의견이나 반대의견의 개진이 능사가 아니라고 생각한다. 그것이 가지는 다른 법원에 대하여, 그리고 이 사건에서와 같이 국민에게 또는 국회에 대하여 어떠한 법적 및 도덕적 의미와 무게를 가지느냐의 문제가 또한 중요하다고 생각한다. 나아가 헌법재판소장의 지도력의 문제는 선례형성능력의 문제와 함께 헌법재판소의 위상의 문제와도 밀접하게 관련되어 있다. 국민에게 설득력을 가지지 못하는 결정을 내리는 일은 궁극적으로는 헌법재판소의 위상을 훼손하거나 떨어지게 하는 결과를 가져온다. 정치적으로 야당에서 이 집시법 사건의 결정과 다른 주장을 하는 것은 그렇다 하더라도 법원하급심에서 헌법불합치결정의 법개정 시까지 유효하다는 취지의 뜻에 어긋나는 재판진행을 행하고 있는 것<sup>13)</sup> 등의 혼란은 이곳에서 거론하는 지도력의 문제와 관련하여 의미

13) “‘야간 옥외집회 금지’ 헌법불합치 결정에 판사들 法적용 혼란”이라는 제목하의 신문 기사, 조선일보, 2009.9.29.일자 A11면 참조.



가 심장하다고 생각한다. 이러한 혼란이 이번 헌법불합치결정에서 혼란스러운 결론을 내리고 있는 것과 관련있는 것이 아니냐 하는 생각 때문이다.

사실 위에서 거론한 바 헌법불합치결정의 결정이유에서의 혼란스러운 분열된 의견들에 더하여 법개정시까지 유효하다는 다수의견에 반하여 낸 즉시 적용중지의 소수의견 등이 혼란만 부추길 뿐 헌법재판소가 가지는 국가의 최고헌법재판기관으로서의 권한과 위상과 책무에 비추어 무슨 의미를 가지는지 의문스럽다. 특히 이곳에서 거론하는 헌법재판소의 바람직한 결론을 위한 헌법재판소장의 지도력의 문제에 비추어 그러하다. 나아가 헌법재판소의 변형결정과 관련하여 그것은 법원을 구속하는 것이 아니고 헌법해석의 문제인 만큼 법원은 헌법재판소의 해석과 다른 법해석도 가능하다는 대법원의 태도<sup>14)</sup>에 비추어보면 더욱 우려스럽기 까지 하다. 헌법재판소 내부적으로나 재판관 개인의 소신에 비추어 의미가 있는 일이라 하더라도 그것이 국민에 대하여, 국회에 대하여, 그리고 일반 법원에 대하여 설득력을 가지지 못한다면 확실히 문제가 있음이 분명하다.

사실 집시법 헌법불합치결정을 보면서 이제 실행(practice)의 단계에서는 헌법재판소 소장(또는 대법원장)의 위에서 거론한 바와 같은 설득적 지도력의 문제를 화두에 올려야 할 때가 되었다는 발상의 계기를 만든 것이 미국 공립학교에서의 흑백인 분리 사건(소위 Brown 사건)에서 50년도 더 된 선례 Separate But Equal 원칙을 위헌으로 선언한 미연방대법원의 전원일치 판결<sup>15)</sup>의 심의과정을 보여주는 기록물들<sup>16)</sup>이다. Separate But Equal 원칙은 (미국법에서는 구속력을 가지는) 선례(법)일 뿐만 아니라 형식적 법이론으로 보면 법 앞의 평등(equal protection of law) 조항에 어긋날 이유가 없다. 그야말로 흑백인을 분리하더라도 평등하게 대한다는데 평등조항에 어긋난다고 할 이유가 없기 때문이다. 그러나 현실은 Separate But Equal 원칙의 이름 밑에서 흑인에 대한 광범위한 차별이 자행되어 오고 있었던 것이다. 그러한 만큼 당시 흑백인 통합의 문제는 미국사회의 국론을 극단으로 분열시키는 쟁점이었다. 전임자가 미루어오던 이 사건을 신임 대법원장 Earl Warren이 맡았을 때 동료대법관들의 의견이 위헌 대 합헌의 의견으로 팽팽하게 맞서 대법원장

14) 대법원 1996.4.9. 판결 95누11405 참조.

15) Brown v. Board of Education 347 U.S. 483(1954).

16) Richard Kluger, *Simple Justice*, (New York: Vintage Books, 1975), 특히 657-699면(제 25장); *Separate But Equal* 제목, Sidney Potter, Burt Lancaster 및 Richard Kiley 주연의 다큐멘터리 비디오 녹음물 등.

자신이 가담함으로써 위헌 5 대 합헌 4로 갈려지고 있음을 발견했다. 그리하여 대법원장은 과반수로 위헌판결을 내릴 수도 있었다. 그러나 대법원장은 5 대 4의 위헌판결은 대법원의 의견이 반으로 갈라져 있음을 국민에게 보여주게 되고 그러한 만큼 그 위헌판결은 국민에게 설득력을 가지지 못하리라는 점을 거론하면서 합헌 쪽에 선 대법관들에게 대법원이 이왕에 위헌결정으로 나갈 바에는 전원일치의 결정으로 나가는 것이 국민에게 분명한 메시지를 주어 국익에 더욱 유리하다고 하나씩 설득하여 전원일치의 판결을 이끌어낼 수 있었다. 이러한 에피소드에서 도덕적 확신과 설득의 힘으로 대법원의 전원일치 판결을 이끌어가는 대법원장의 지도력의 지혜를 엿볼 수 있다고 생각했다. Warren 외에 미국의 역대 대법원장 중에서 Marbury 판결을 이끌어낸 John Marshall<sup>17)</sup>과 최근의 William H. Rehnquist<sup>18)</sup>가 가장 지도력이 강했던 대법원장으로 뽑히고 있다.<sup>19)</sup>

이 같이 집시법 헌법불합치결정문을 대하면서 가장 먼저 떠올린 것이 위 Brown 판결에서의 Warren의 대법원장으로서의 역할이었다.<sup>20)</sup> 1987년에 우리나라에 헌법재판소 제도가 도입된 이래 우리나라 민주주의의 성장과 함께 헌법재판소는 장족의 발전을 해온 것이 사실이다. 그러나 지금까지 이룩하여온 헌법재판소의 법리적 도덕적 위상을 한 단계 발전케 하는 데에는 위에서 거론한 바 헌법재판소장의 지도력도 요구되는 바라고 생각한다.

(6) 위 집시법 사건에서 헌법재판소가 특히 강조하지 아니하였더라도 헌법불합치결정이 지정한 시점까지 문제의 집시법 제10조의 효력이 지속되어야 함은 헌법불합치결정유형의 취지에 비추어(by definition) 당연하다. 문제의 법률조항이 형벌

<sup>17)</sup> Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court*, (New York: Oxford University Press, 1993), 32-68면, 특히 58면 이하.

<sup>18)</sup> David M. O'Brien, *Storm Center: The Supreme Court in American Politics*, 5th ed., (New York: Norton, 2000), 206-7면 등 참조.

<sup>19)</sup> Theodore W. Ruger, "Forward: Symposium, The Chief Justice and the Institutional Judiciary", *University of Pennsylvania Law Review*, 154: 1323-1330(2006); Frank B. Cross and Stefanie Lindquist, "The Decisional Significance of the Chief Justice", *University of Pennsylvania Law Review*, 154: 1665-1707(2006); Sue Davis, "The Chief Justice and Judicial Decision-Making: The Institutional Basis for Leadership on the Supreme Court", in Cornell W. Clayton and Howard Gillman, eds., *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*, (Chicago: University of Chicago Press, 1999), 135-154면 등 참조.

<sup>20)</sup> Warren 대법원장의 영향력·지도력에 관한 학자적 서술로 전게 Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court*, 266-7 등 참조.

에 관한 것이라고 하더라도 마찬가지이며, 장차 국회가 개정입법을 행하는 경우의 소급효나 미래효의 문제는 전적으로 입법부의 재량에 속한다고 생각한다. 그렇지 아니하다면 바로 위헌결정을 택하는 대신 헌법불합치결정을 택하여야 할 이유가 없을 것이다. 만약 국회가 지정된 시점까지 개정입법을 행하지 못하여 문제의 조항이 효력을 상실한다고 하는 경우는 헌법재판소법 제47조제2항의 취지에 비추어 소급효를 가져야한다고 생각한다. 그럼에도 불구하고 이러한 경우를 미리 감안해서 헌법불합치결정과 함께 집시법 제10조의 효력이 정지된다는 별개의 의견의 개진은 국민이나 일반 법원에 잘못된 신호를 주어 정치적 사회적 혼란을 조장하는데 기여할 뿐이라 생각한다.

#### IV. 입법학적 문제

헌법불합치결정유형은 국회의 개정입법작용에 의하여 그 법과정(legal process)이 완결적으로 되는 헌법재판소의 결정유형이라 할 수 있다. 그러한 만큼 헌법불합치결정은 입법학의 과제를 동반한다. 입법학은 법철학·법학적 과제와 함께 어떻게 하면 훌륭한 입법을 만들 수 있을까하는 실천적 목표를 또한 가지고 있다.<sup>21)</sup> 입법상 제기하는 질문은 크게는 목표나 방법이 철학적으로 타당하나, 헌법에 실제적이나 절차적으로 합치하느냐(헌법 제37조제2항의 총족 등), 법으로서의 형식적 요소(예컨대 일반적 적용가능성, 미래효, 명확성, 확실성, 안정성 등)를 갖추었느냐, 목표나 내용이나 방법 등이 합리적이냐 등의 질문들을 포함한다. 이러한 질문에 적절하게 입법적으로 대응할 수 있게 입법학에서는 입법자, 입법기관, 입법과정과 절차, 입법보좌장치 등의 문제를 또한 다룬다.

이러한 입법학적 관심사항에 비추어 볼 때 위의 집시법 헌법불합치결정은 첫째로는 근래에 우리나라 국회가 보여주는 의회주의의 실패라고 할 만한 극심한 입법과정의 파행과 졸속입법의 실태를 헌법재판소는 헌법불합치결정 과정에서 고려

21) 崔大權, “立法的 原則”, **서울대학교 法學**, 제25권4호, 61-84면(1984); 崔大權, “制定法の 解釋”, **서울대학교 法學**, 제30권1·2호, 122-137면(1989); 崔大權, “立憲學研究-立法辯論을 중심으로”, **서울대학교 法學**, 제31권1·2호, 73-97면(1990); 崔大權, 전거 “立憲學研究-立法案 作成을 중심으로”, **서울대학교 法學**, 제35권3·4호, 48-69면(1994); 최대권, “사회변화와 입법”, 최대권 외, **사회변화와 입법**(서울: 오름, 2008) 등.

하였어야 하지 않았느냐의 질문을 던질 수 있다고 생각한다. 헌법불합치결정에 따라 개정입법에 임하게 될 입법자·입법기관과 관련하여 우리나라 전래의 “자리를 보아 다리를 뺏으라”는 속담을 상기케 한다. 항상 그러하지는 않겠지만 경우에 따라서는 국회개정입법에 맡기면 복잡한 문제도 다 잘 해결될 수 있으리라 상정하는 것은 오직 희망사항일 수도 있다. 헌법재판소는 이 집시법 사건에서 한정합헌결정이나 한정위헌결정을 포함하여 합헌결정이나 위헌결정을 내렸더라면 더 좋았을 것이라고 생각한다.

둘째로 이번 헌법불합치결정은 집시법 제10조의 어떠한 무엇이 헌법에 어긋나는지에 관하여 헌법불합치결정에 가담한 재판관 7인 사이에 의견의 분열이 존재하여 구속력을 가지는(즉 적어도 재판관 6인의 지지를 받는) 부분이 불분명하다. 그러므로 입법자는 헌법에 적합하게 개정입법을 행하기 위하여 무엇을 어떻게 하여야 하는지에 관하여 알지 못하게 되어 있다 함은 위에서 이미 지적한 바이다. 결과적으로 개정입법은 입법자의 자유재량에 맡겨져 있다고 말할 수 있다. 위 헌법불합치결정에 가담한 재판관들의 의견들은 어느 것이나 설득력(persuasive effect)을 가지는데 불과할 것이기 때문이다. 또 무엇이 또는 언제부터 언제까지가 야간이라는 문제는 입법학상 및 해석학상 모호함 또는 지나침(vagueness)<sup>22)</sup>의 대표적 사례임은 주지의 사실이다. 야간집회금지의 원칙을 받아들이는 한 야간을 합리적으로 규정하는 문제는 언제나 어려운 작업이다. 이 원칙을 받아들이는 한 해 뜨고 지는 시각을 기준으로 하는 야간의 정의가 왜 반드시 불합리한지 잘 모르겠다 함은 위에서 이미 보아온 바이다. 우리는 위에서 야간 옥외집회금지 원칙의 불가피성을 거론하고 그 전에 위에서 해 뜨고 지는 시각의 지나침을 완화하는, 해 지고 1시간으로부터 해 뜨기 전 1시간의 야간기준과 허가제는 비록 그것이 야간집회금지 원칙 완화의 요소라 하더라도 그것의 자의적 남용가능성을 막기 위해 허가제 대안으로 질서유지인 수의 증가와 위법 시의 범칙금의 예치제를 제안한 바 있다.

## V. 맺는말

우리는 근래에 내려진 헌법재판소의 집시법 제10조 헌법불합치결정이 제기하고

22) 崔大權, 전제 “立法學 研究-立法案 作成을 중심으로”, 66면.

있는 문제점들을 헌법실체법, 헌법절차법 및 입법학적인 시각에서 살펴보았다. 이 헌법불합치결정이 제기하는 문제점들 가운데에는 헌법재판소의 다른 결정유형 즉 합헌이나 위헌 결정유형에서도 일어날 수 있는 문제점들도 있지만 헌법불합치결정유형에서만 특이하게 제기되는 문제점들도 있다. 이 집시법과 같은 사건에서 헌법재판소의 본질적 존재 이유 내지 책무에 비추어 헌법불합치결정 유형이 반드시 적절한 결정유형이나와 같은 질문은 헌법불합치결정유형에만 특유한 후자의 질문이고, 이 유형의 결정에 대한 결정이유가 재판관 사이에서 여러 개로 나뉘어 문제의 법률조항의 어느 부분이 혹은 전체가 헌법에 어긋나는지 알 수 없어 국민에게 오히려 혼란을 주는 것이 아니냐, 그리고 그것은 법의 명확성의 원칙에도 반하는 것이 아니냐 하는 문제는 단순 또는 한정 위헌결정에도 타당한 전자의 문제라 할 수 있을 것이다. 그리고 이러한 문제와 관련된 헌법재판장의 법적 도덕적 지도력의 문제도 전자의 문제에 속한다고 할 수 있을 것이다.

헌법실체법적으로는 무엇보다도 헌법상의 집회 자유에 비추어 집시법 제10조의 야간 옥외집회금지원칙이 헌법 제37조제2항 상으로 정당화될 수 있는지의 문제를 제기한다. 형식적 법논리로만 보면 주간의 경우와 달리 야간 옥외집회를 금지하는 원칙을 정당화하기 힘들다. 집회 자유에 대한 지나친 제약이라 할 수 있기 때문이다. 그러나 우리나라 사회의 준법의식과 함께 야간 옥외집회의 경우에 치안 수요가 증대하는 우리나라 사회의 법문화라는 요인을 감안할 때 야간 옥외집회 금지의 원칙이 정당화될 수 있는 여지가 있다. 다만 예외적으로 일정한 조건하에 야간 집회를 허가할 수 있게 하면 일률적인 야간 집회금지의 지나침을 완화할 수 있어서 야간 집회금지의 원칙을 정당화할 수 있게 될 수 있는 것이 아니냐, 그리고 야간 집회금지의 필요성을 긍정하더라도 해 지고난 후부터 해 뜨기까지를 야간으로 보는 것은 집회 자유에 대한 지나친 제약을 동반하는 것이 아니냐의 문제점들이 제기될 수 있다. 다만 허가제는 자의적 행사의 위험을 동반할 수 있음으로 허가제 대신 허가의 요건을 질서유지인수의 증가 및 위법시의 과징금의 예치와 같은 객관적 요건으로 만들어 이러한 요건을 충족하면 자동적으로 야간 집회를 허용하는 원칙과 함께 한다면 일률적 야간 집회금지 원칙의 지나침이 완화되어 헌법적으로 정당화될 수 있을 것이다. 그리고 예컨대 해 지고 1시간부터 해 뜨기 1시간 전까지의 야간 집회금지의 원칙이라면 필요한 최소한의 제약으로서 정당화될 수 있으리라 보았다.

헌법절차법적으로 위의 집시법 헌법불합치결정은, 이 결정에 동참한 7인의 재

판관 가운데 허가제를 근거로 위헌으로 보는 재판관 5인의 상대적 다수의견, 제 10조 전체를 위헌으로 보는 재판관 5인 중의 2인의 보충의견, 그리고 별개로 야간의 시점을 중심으로 야간의 기준을 문제삼아 헌법불합치를 주장하는 재판관 2인의 의견으로 각기 나뉘어 있어 그 각각의 의견으로는 헌법불합치결정으로 하여금 구속력을 가지게 하는데 필요한 6인의 요건(공통분모)을 어느 것도 갖추지 못하고 있다고 하는 점에서, 헌법불합치결정의 주문을 뒷받침하는 법적 논거(결정이유)가 없는 헌법불합치결정이라 할 수 있다. 즉 결정주문에 상응하여 이를 뒷받침하는 결정이유가 없는 것이나 마찬가지라 할 수 있다. 따라서 이 집시법사건의 결정을 과연 헌법불합치결정으로 결정할만한 것이었는지가 의문이다. 이 헌법불합치결정에 따른 의견들이 이렇게 각각 다르다면 집시법 제10조의 어느 부분이 헌법에 반하는 부분인지 국민에게 주는 메시지가 혼란스럽게 된다. 이것은 법개정에 임하는 국회에 대하여도 헛갈리는 결정이 된다. 더구나 근래에 보여주는 국회의 운영실정은 우리나라 의회주의의 실패를 논의하리만큼 파행으로 이어지고 있는데 이러한 국회로 하여금 잘 해보라고 던지는 것은 어느 의미에서는 그 자체 무책임한 처사라고 할 수도 있다. 이번 집시법사건에서 행한 헌법불합치결정 유형의 선택은 정당화하기 어렵다고 판단된다.

이러한 문제는 헌법재판소 소장의 사건 심의 시의 법리적 도덕적 지도력(leadership)의 필요성 문제를 제기한다. 소장이 심의 시 한 사람의 투표권 소지자로 남아 자기 의견을 개진하고 투표에 1표로 참여하는 것으로 남아서는 능사가 아닐 것이다. 분열이 아니라 분명한 메시지를 지닌 재판관 6인의 다수나 전원일치를 유도하는 설득력·영향력의 지도력이 요청되는 것이다. 그것은 재판관 개개인의 의견만이 아니라 헌법재판소로서의 의견이 중요하기 때문이다. 그것은 국민이나 입법부인 국회에 대한 책무일 뿐만이 아니라 법의 명확성(clarity)의 요청에서도 나오는 책무라고 생각한다. 헌법재판소는 국민에 대하여 헌법재판(헌법해석·헌법심판 등)의 서비스를 수행하는 국가 최고기관이다. 나아가 이번의 집시법 헌법불합치결정은 집시법을 중심으로 하여 기본적인 입법학적 과제의 문제도 많이 남기고 있다. 국회로 하여금 문제의 집시법을 헌법에 맞게 개정토록 하면서도 어떠한 것이 헌법에 맞는 것인지 헌법의 의미를 분명하게 밝혀주지 못하고 있다. 우리나라에서 보여주고 있는 의회주의의 실패는 정치의 사법화 현상에 기여하는 한 요인으로 작용하고 있지만 다른 한편으로는 입법학의 과제 달성을 어렵게도 만들고 있다. 입법학은 어떻게 하면 좋은 입법을 만들게 할 수 있을까 하는 실천적 목표를 가지고

법의 목적·내용·형식 등의 실체와 입법기관 및 절차 등의 문제를 탐구하고 있다.

투고일 2009. 11. 25    심사완료일 2009. 12. 11    게재확정일 2009. 12. 14

## 참고문헌

- 權寧星, **憲法學原論**, 개정판 (서울: 法文社, 2006).
- 김주환, “헌법불합치결정의 적용영역과 그 효과”, **헌법학연구**, 제11권 2호, 503-532면(2005).
- 金哲洙, **憲法學概論**, 제18전정신판, (서울: 博英社, 2006).
- 방승주, “헌법불합치결정의 문제점과 그 개선방안”, **憲法學研究**, 13권 3호, 49-106면(2007).
- 成樂寅, **憲法學**, 제6판 (서울: 法文社, 2006).
- 李基喆, “憲法裁判所의 變形決定에 대한 論據 - 독일헌법헌법재판제도를 중심으로”, **公法研究**, 26집 2호, 177-204면(1998).
- 全光錫, “不合致決定에 대한 憲法裁判所 決定 分析”, **行政判例研究 II** (서울: 서울대학교 출판부, 1996), 347-366면.
- 鄭宗燮, **憲法學原論**, 제3판 (서울: 박영사, 2008).
- 崔大權, “立法的 原則”, **서울대학교 法學**, 제25권4호, 61-84면(1984).
- \_\_\_\_\_, “制定法の 解釋”, **서울대학교 法學**, 제30권1·2호, 122-137면(1989).
- \_\_\_\_\_, “立法學研究 - 立法辯論을 중심으로”, **서울대학교 法學**, 제31권1·2호, 73-97면(1990).
- \_\_\_\_\_, “立法學 研究 - 立法案 作成을 중심으로”, **서울대학교 法學**, 제35권3·4호, 48-69면(1994).
- \_\_\_\_\_, **憲法學講義**, 증보판 (서울: 박영사, 2001).
- \_\_\_\_\_, **事例中心 헌법학**, 증보판 (서울: 박영사, 2001).
- \_\_\_\_\_, “민주주의와 법치주의 - 헌법재판의 정치학”, **憲法論叢**, 19집, 199-205면(2008).
- \_\_\_\_\_, “우리나라 법치주의 및 의회주의의 회고와 전망”, **서울대학교 法學**, 49권4호, 231-239면(2008).
- \_\_\_\_\_, “민주주의와 법치주의 - 헌법재판의 정치학”, **憲法論叢**, 19집, 199-205면(2008).
- \_\_\_\_\_, “한국의 의회주의와 그 문제점”, **의정연구**, 1995년 제1호, 87-106면.
- 최대권, “사회변화와 입법”, 최대권 외, **사회변화와 입법** (서울: 오름, 2008).
- 許慶·郭舜根, “憲法裁判上 憲法不合致決定에 관한 研究 - 독일 연방헌법재판소의 경우를 중심으로”, **延世行政論叢** 19집, 203-219면(1994).



- 許營, **憲法訴訟法論**, 3판 (서울: 博英社, 2008).
- 黃祐呂, “違憲決定의 形式 - 變形決定”, 金哲洙 외, **法律의 違憲決定과 憲法訴願의 對象**, 憲法裁判研究 1 (서울: 헌법재판소, 1989), 115-171면.
- James A. Bloom, “Plurality and Precedence: Judicial Reasoning, Lower Courts, and the Meaning of United States V. Winstar Corp.”, *Washington University Law Review*, 85: 1373-1417(2008).
- Cornell W. Clayton and Howard Gillman, eds., *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches* (Chicago: University of Chicago Press, 1999).
- Frank B. Cross and Stefanie Lindquist, “The Decisional Significance of the Chief Justice”, *University of Pennsylvania Law Review*, 154: 1665-1707(2006).
- Sue Davis, “The Chief Justice and Judicial Decision-Making: The Institutional Basis for Leadership on the Supreme Court”, in Cornell W. Clayton and Howard Gillman, eds., *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches* (Chicago: University of Chicago Press, 1999), 135-154면.
- Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, rev. ed. (New Haven: Yale University Press, 1969).
- Richard Kluger, *Simple Justice* (New York: Vintage Books, 1975).
- David M. O’Brien, *Storm Center: The Supreme Court in American Politics*, 5th ed. (New York: Norton, 2000).
- Theodore W. Ruger, “Forward: Symposium, The Chief Justice and the Institutional Judiciary”, *University of Pennsylvania Law Review*, 154: 1323-1330 (2006).
- Klaus Schleich, *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 4판(1997)의 한국어판, 클라우스 술라아히 저 정태호 역 독일헌법재판론 - 독일연방헌법재판소의 지위·절차·재판 (서울: 미리, 2001).
- Carl Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, trans. by Ellen Kennedy, (Cambridge: MIT Press, 1985); 칼 슈미트 김효전 옮김, **현대 의회주의의 정신사적 지위** (서울: 관악사, 2007).
- Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court* (New York: Oxford University Press, 1993).
- Separate But Equal* 제목의 비디오, Sidney Potter, Burt Lancaster 및 Richard Kiley 주연의 도큐멘타리 비디오 녹음물 등.

- G. Edward White, “The Internal Powers of the Chief Justice: The Nineteenth-Century Legacy”, *University of Pennsylvania Law Review*, 154: 1463-1510 (2006).

<Abstract>

## Some Thoughts on Suspended Unconstitutionality Decision-Making: with the Focus on the Constitutional Court's Assemblies and Demonstrations Act Decision

Dai-Kwon Choi\*

The Constitutional Court's recent ruling on the statutory ban on night time outdoor meetings and demonstrations took a suspended unconstitutionality decision-making pattern (called inconsistency decision; *Unvereinbarerklärung*) in which its decision would take effect becoming *null and void* from a designated future date unless the National Assembly revised the statutory provision so as to be consistent with the Constitution up to the time set. The general statutory ban defined night time as beginning from sunset and ending at sun rise and also provided for an exception when a meeting permission was granted by the police on certain conditions.

Constitutionally it requires at least 6 votes for the nine member Constitutional Court to declare a statutory provision as unconstitutional. At the ruling, however, there was no 6 votes majority emerged with tri-partite division among 7 Justices supporting the inconsistency decision: 5 Justices plurality for the article's unconstitutionality on the ground of the permission clause, 2 out of the plurality for the ban being unconstitutional on its entirety, and 2 for inconsistency ruling. Thus, the inconsistency decision was regarded as a minimum common denominator. It is difficult, however, to determine which part of the statutory provision at issue is indeed inconsistent with the Constitution(unconstitutional) since no opinion commands binding force with 6 supporting Justices. Each opinion possesses perhaps only a persuasive power.

For the people, for the National Assembly, and for the trial courts, it is desired of the Constitutional Court to give an undivided message for the sake of clarity principle, particularly in such a politically sensitive area of law as statutory night

---

\* Professor Emeritus, College of Law/School of Law, Seoul National University.

time ban on rallies and demonstrations involving freedom of expression. Naturally, it is also desirable for Chief Justice to possess ability to play a moral, jurisprudential or intellectual leadership role influencing over associate Justices in having the Constitutional Court reach a consensus or 6 votes majority.

To a certain extent, failure in parliamentarism contributes to judicialization of politics phenomenon in Korea with increased number of constitutional litigations filed at the Constitutional Court. Now, the suspended unconstitutionality (inconsistency) decision, however, passes the buck on the legislature. Jurisprudentially definition of night time is not easy to legislate. Besides, the Constitutional Court's inconsistency decision left a number of legislatively thorny issues and tasks with the National Assembly whose performance and behavior disappoint the people greatly these days.

Key words: suspended unconstitutionality(inconsistency decision; *Unvereinbarerklärung*),  
ban on night time outdoor meetings, permission, reasoning, clarity,  
precedence creation, chief justice's leadership, persuasive power