

# 의견서

## 1. 의견의 요지

### 가. 최종의견

(1) 「집회 및 시위에 관한 법률」(이하 집시법이라 한다) 제10조와 제23조 중 제10조 본문과 관계된 항목 및 제2조 제1호는 헌법 제21조 제2항에서 금지하는 집회에 대한 허가제를 도입하는 것으로 헌법에 위반된다.

(2) 설령 위 집시법 규정이 헌법 제21조 제2항에서 금지하는 집회에 대한 허가제를 도입하는 것이 아니라는 해석론을 취한다고 하더라도, 이 규정은 헌법 제37조 제2항에 따른 과잉금지의 원칙, 본질적 내용 침해 금지의 원칙 등에 위배되어 헌법에 위반된다.

### 나. 이유의 요지

#### (1) 한국 헌법상 집회의 자유와 관련한 규정의 특징

(가) 이 사건에서 심판의 대상이 되는 규정의 위헌성을 심사할 때 특히 주의하여야 할 것은 현행 헌법이 집회의 자유를 인식하는 기본적인 태도에서 위헌판단의 준거를 형성하여야 한다는 점이다.

(나) 현행 헌법은 언론·출판의 자유와 더불어 병렬적으로 집회의 자유를 보장함으로써 우리 헌법이 집회의 자유를 표현의 자유의 일종으로 이해하고 있음을 알 수 있다. 의견형성과 표현의 자유의 일종으로 집회의 자유를 인식할 때 집회의 자유는 공동생활을 전제하고 타인에 영향을 미치는 것을 본질로 하는 관계적 자유(relational liberty)의 일종으로 이 자유를 헌법상 보장한다는 것은 제3자의 권리나 이익에 불리한 영향이 발생할 위험이 있다는 일반·추상적인 이유만으로 제한이 가능하지 않으며 권리나 이익침해의 직접성·구체성·명백성이 존재하고 그 침해위험의 정도가 매우 높은 수준에 이를

것이 요청된다. 따라서 야간옥외집회 금지입법의 경우 야간이라는 시간적 특성이 타인의 생활이나 사회에 미치는 영향이 주간에 비하여 어느 정도 심대한지, 주간에 비하여 상대적으로 제한의 강도가 높다고 하더라도 원칙적 금지사항으로 삼고 매우 한정적 범위에서만 자유를 회복해 줄만큼 중대한 요건인지, 현대 사회의 인간생활의 일반적 조건에 비추어 부당하게 특정계층의 집회의 자유를 축소시키는 것은 아닌지 등을 고려하여 예외적으로만 인정되어야 한다.

(다) 집회의 자유는 헌정시스템 자체를 형성하고 그 민주적 본질을 형성하는 헌정시스템의 시원성(始原性)을 공유하는 자유민주적 기본질서의 중핵적 기본권으로 그 제한에 있어서 절차와 수단, 정도에 있어 다른 기본권에 비하여 강한 보호를 받아야 한다. 특히 정치적 집회의 경우 이런 우월성은 다른 집회의 경우보다 더 우월하게 되며 기본권의 최대보장을 위한 법치주의의 파생원칙인 명확성의 원칙, 과잉금지의 원칙, 광범성 무효의 법리, 입증책임의 전환의 법리, 사전제한의 금지원칙 등이 법률의 위헌심사에서 엄격한 심사척도로서 엄중히 적용되어야 한다.

(라) 집회의 자유에 대한 헌법규정의 특색은 허가나 검열과 같은 표현의 자유에 대한 사전제한적 규제를 헌법적으로 금지하고 있다는 점이다. 표현의 자유도 헌법공동체의 질서유지와 공공복리를 전제로 하기 때문에 절대적일 수 없으며 일정한 조건하에서 제한이 불가피하다. 그러나 그 제한의 방법에는 사전적 제한과 사후적 제한이 있을 수 있는데 현행 헌법은 최소한 집회의 자유를 포함하는 표현의 자유에 관한 사전적 제한은 원칙적으로 허용할 수 없음을 허가와 검열의 금지원칙을 통해 분명히 하고 있는 것이다. 다만 모든 사전제한이 금지되는 것이 아니라 허가나 검열에 해당하는 사전제한이 금지되고 신고제와 같이 특별한 조건하에서 집회의 자유의 최대한의 보장을 위해 필요한 행정적 목적을 위한 사전제한은 허용될 수 있는 여지가 있다. 이처럼 허가제에 의하여 금지되는 국가작용이 무엇인지, 허가제 금지를 명문으로 규정한 헌법정신은 허가제에 해당하지 않는 사전제한의 경우에

도 확장될 수 있는 것인지는 헌법해석의 문제를 제기한다.

(마) 한편 집회의 자유와 관련하여 사회적 불안요소가 많은 옥외집회의 경우 입법례상 헌법정책적으로 다른 집회의 경우와 구별하여 강한 규제의 여지를 헌법적으로 유보하는 경우가 있는데 우리의 경우는 그러하지 아니다. 따라서 옥외집회에 대한 법률유보규정을 둔 헌법과는 달리 일체의 그러한 구분을 헌법적으로 인정하고 있지 않기 때문에 법률유보규정을 둔 다른 나라의 입법례를 들어 우리 집시법의 위헌여부를 논하는 것에는 한계가 있음에 유의하여야 한다. 특히 제5차 개정헌법(1962년 헌법)의 제18조 제4항과 같이 이전 헌법에서 그러한 구분을 인정했던 예가 있었음에도 현행 헌법의 제정과정에서 이러한 과거의 헌법례를 채택하지 아니한 것은 헌법제정자의 의도가 헌법적 차원에서 옥외집회여부를 불문하고 사전제한적 허가제도는 어떠한 경우에도 허용하지 않겠다는 강한 의지를 명문으로 피력한 것으로 해석할 수 있다.

## (2) 헌법 제21조 제2항 위반 여부

(가) 헌법 제21조 제2항의 허가개념이 행정법 강학상의 허가개념에 반드시 일치할 필요는 없지만 일반적 금지-집행권의 결정에 따른 허용이라는 형식적 규범구조를 가진 행위를 본질적 요소로 한다는 점에서 양자는 중첩적인 개념이다. 헌법상 허가의 형식적 기준은 예방적 공익목적을 실현하기 위한 일반적 금지를 명확하고 구체적인 조건하에서 집행권의 결정으로 해제하는 규범구조를 가지는 것이다. 따라서 행정법학상의 허가개념의 기본구조인 일반적 금지-집행적 제한의 개념프레임은 헌법상 허가개념의 핵심요소를 이룬다.

(나) 헌법상 허가개념의 기본구조가 행정법학상의 허가개념의 기본구조에 따른 개념프레임을 가지는 것으로 이해한다고 하더라도 그 형식적 요건만으로 모든 행정행위가 반드시 헌법상 금지되는 허가에 해당되는 것이 아니다. 형식적 요건에 더하여 실체적 기준을 충족하여야 하는데 그 요건은 집회의

자유의 제한요건으로 헌법재판소(이하 ‘헌재’라 한다)가 일관되게 제시해 온 원칙에 근거하여 ‘공공의 안녕 질서에 직접적이고 구체적인 위협을 명백하게 초래하지 않아야 한다’는 것이다. 즉 이런 매우 중대한 위협을 초래하지 않음에도 불구하고 일반적 금지-집행적 제한의 구조를 가지는 집회의 자유의 제한규정은 허가제에 해당된다. 정리하면, 헌법 제21조 제2항의 허가란 “공공의 안녕 질서에 직접적이고 구체적인 위협을 명백하게 초래하지 아니하는” 일반적 금지사항에 대하여 일정한 조건하에 집행권의 판단에 따라 허용하는 행위이다. 반면 원칙적으로 허용되지만 예외적으로 집회의 방법 등을 법령에 의해 금지하는 경우에는 허가제가 아니라 통상적인 자유와 권리에 대한 부분적인 제한이 된다. 따라서 무엇을 원칙적으로 허용하거나 규제하는 것으로 보고 무엇을 예외적으로 규제하거나 허용하는 것으로 인식하는 지, 관여되는 결정권자가 누구인지에 따라 허가제인지의 여부가 달라질 수 있다.

(다) 허가에 해당하는 경우 그 행위는 법률에 근거하는 경우에도 유효할 수 없다. 반면 허가에 해당하지 아니하는 예외적인 부분적 제한이나 조건의 부과와 같은 사전제한은 과잉금지의 원칙이나 본질적 내용의 침해금지와 같은 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 법치주의원리에 따라 엄격한 심사를 거쳐 그 합헌여부가 가름된다. 특히 허가제로서의 형식적 요건을 갖추었으나 실체적 요건에 부합하지 아니하는 사전제한의 경우에도 절대적으로 금지되는 아니하지만 허가제와 형식적 외형을 공유하며 사전제한으로서의 성격 때문에 집회의 자유의 본질적 내용을 침해할 수 있을 정도로 과도한 제한으로서의 추정을 받게 되므로 실체적이고 절차적인 양면에 걸쳐 최고도의 엄격한 심사기준을 충족하여야만 위헌성의 추정을 벗어나 합헌성을 확인받을 수 있다.

(라) 특별한 예외적인 상황에서 허가적 형식을 가지는 국가행위가 합헌성을 확보하기 위해서는 표현내용에 대한 규제가 자의적으로 행하여 질 수 없도록 명확한 요건을 설정하여 집행권자의 자의적인 재량의 여지가 없어야 하며, 통상의 공익목적보다 훨씬 구체화되고 실질적인 중대한 이익에 기여하

여야 하고, 제한하는 경우에도 침해를 최소화할 수 있는 수단(less restrictive alternative)을 사용하여 불필요하게 과도한 제한이어서는 아니 된다는, 법치주의와 집회의 자유의 본질에 기초한 실체적 한계가 있음을 분명히 인식하여야 한다. 예를 들어, 우월적 지위를 가지며 관계적 자유로서의 특징을 가지는 집회의 자유의 본질을 고려하여, 집회의 개최의의를 본질적으로 훼손하지 아니하는 합리적인 범위내의 대안적 시간, 장소, 방법을 실질적으로 확보할 수 있어야 한다. 또한 절차적으로도 사전제한의 필요성과 그로부터 확보될 수 있는 공익의 중요성에 대한 입증부담은 국가가 부담하여야 하며, 사전제한의 신청 및 결정간의 기간이 합리적인 범위 내로 설정되어야 한다.

(마) 제21조 제2항의 허가는 헌법 제37조 제2항에 의해 대체될 수 있는 것이 아니라 일반법-특수법의 법리에 따라 일반법의 기본원리에 본질적으로 반하지 아니하는 범위 내에서 특수법의 법리가 우선적으로 적용되어야 한다. 허가제금지의 경우 기본권의 철저한 보장을 위한 입법의 한계를 구체적으로 정한 경우로서 헌법 제37조 제2항의 법치주의적 기본원리를 보다 충실히 구현하는 제도이므로 이 규정에 해당하는 경우 우선적으로 적용되어야 하며 헌법 제37조 제2항의 제한이 허가제를 대체할 수는 없다.

(바) 허가제의 본질은 집행권이 매개되어 그 결정에 따라 개별사안별로 자유와 권리의 행사가 금지되거나 허용되는 구조를 가지고 있는 것이다. 즉 허가는 개별집회의 허용여부를 집행권이 결정하는 구조를 가지는 것이며 이점에서 집행권의 매개가 없는 절대적·전면적 금지와 구별된다. 따라서 설령 1994년의 현재의 선결정례의 법정의견과 같이 집시법 전체를 기준으로 원칙적 허용-예외적 규제의 틀로 바라본다고 하여 허가제가 자동적으로 신고제가 되는 것이 아니다. 집시법 전체를 기준으로 허가제 여부를 판단한다고 하더라도 원칙적 허용-예외적 규제의 프레임에서 후자인 예외적 규제에 대하여 또다시 집행권이 매개한 개별사안별 허용 및 금지가 가능하다면 그 제도는 허가제임을 면할 수 없다. 현행 집시법 제10조와 같이 야간집회를 원칙

적으로 금지하면서도 일정한 요건하에서 관할경찰관서장이 기속적으로 예외적 허용을 하여야 한다면, 집시법 제10조의 규범구조는 ‘원칙적 허용’-‘예외적 규제’-‘예외적 규제에 대한 예외적 허용’의 삼단계 구도를 가지게 되는 것이며, 이 중 두 번째 규범적 단계구조가 첫 번째 규범적 단계구조와 별도로 일반적 금지와 예외적 허용의 규범구조를 가지게 되어 바로 허가제를 구성하는 것이다.

(사) 집시법 전체를 기준으로 원칙적 자유-예외적 금지의 구조로 심판대상 규정의 구조를 선해한다고 하더라도 예외적 금지의 범위가 과도하게 광범위하게 되면 이 또한 허가제에 해당한다고 하지 않을 수 없다. 말 그대로 예외는 예외에 해당할 정도로 전체적인 기준에서 매우 한정적인 범위만을 대상으로 하여야 한다. 그런데 심판대상규정의 경우 특수한 사정의 여부를 배제하고 사회생활의 구체적인 상황을 전혀 고려하지 아니하면서 일몰 후부터 일출 전까지의 현대사회의 국민의 일상적 활동시간의 반 이상을 집회금지시간으로 설정하고 어떠한 구체적 기준에 따른 구역의 설정없이 모든 옥외지역을 금지구역으로 설정함으로써 시간과 장소적 기준 모두에서 과도하게 광범위한 대상을 제한하고 있으므로 예외성의 기준을 충족한 것으로 볼 수 없다. 합헌성을 확보하는 예외성의 조건을 충족하기 위해서는 그 시간이나 장소가 매우 한정적이고 한시적이며 공동체생활의 일반적인 기준에 비추어 국지적인 제한으로 볼 수 있는 경우라야 할 것이다. 예를 들어, 야간집회의 통제체제를 두고 있는 많은 국가들에서 볼 수 있듯이 밤 11시 이후부터 4-5시까지의 심야시간대에 공공도로나 주거지역에서의 집회를 제한하는 경우이거나 공휴일과 같은 특정일의 특정시간대에 특정 종교시설 주변의 집회를 제한하는 경우가 부분적 제한이나 조건의 부과에 해당할 수 있다.

(아) 형식적 규범구조에 따라 허가제에 요청되는 형식적 요건을 갖춘 경우에도 그 금지행위가 “공공의 안녕 질서에 직접적이고 구체적인 위협을 명백하게 초래하는” 경우에는 시간과 장소에 대한 제한을 부과할 수 있다. 즉 심판대상규정이 허가제가 아니어서 허가제금지원칙에 따른 위헌판단을 면하기

위해서는 야간의 집회 자체가 “공공의 안녕 질서에 직접적이고 구체적인 위협을 명백하게 초래하는 집회”를 구성함이 객관적으로 증명되거나 별도로 “공공의 안녕 질서에 직접적이고 구체적인 위협을 명백하게 초래하는 집회”와 그러하지 아니한 집회를 구별하여 시간적·장소적 제한을 부과하여야 한다. 야간의 모든 옥외집회가 그러한 엄격한 요건에 해당하여 사회반가치가 매우 높은 집회가 되지 않음은 의문의 여지가 없다. 예를 들어 3인 이상의 소규모 집회가 극단적이지만 상징적인 예가 될 수 있을 것이다. 또한 별도의 실체적 요소를 갖추지 못한 집회의 경우에도 야간옥외집회를 금지하고 있는 바 너무 광범위한 집회를 금지하도록 하는 심판대상규정은 역시 허가제에 해당한다고 보지 않을 수 없다.

(자) 더구나 허가에 해당하지 아니하는 사전제한적 성격의 부분적 조건이나 제한의 부과에 해당하기 위해서는 구체적이고 명확한 법정요건이 수반된다. 그런데 심판대상규정은 “집회의 성격상 부득이” 하다는 매우 추상적이면서 동시에 경우에는 따라서는 매우 한정적인 요건만을 관할경찰관서장의 허가요건으로 제시하고 있을 뿐이다. 예외적 허용의 요건인 “집회의 성격상 부득이”한 경우는 개념의 내포범위가 불명확하여 집회의 자유를 향유하고자 하는 국민의 혼란을 초래하여 위축효과(chilling effect)를 유발할 수 있을 뿐만 아니라 역으로 요건을 집회의 개최자나 주요참여대상이 직장인이어서 야간에 개최할 필요성이 높다거나 집회대상이 야간을 중심으로 활동하는 경우와 같이 아주 한정된 범위만을 야간옥외집회의 허용범위로 인정하여 집회의 자유를 과도하게 제한할 수 있다. 이와 같은 이유에서 이 사건 심판대상규정은 부분적 제한의 성격을 벗어난 허가제의 일종으로 보지 않을 수 없다.

(차) 한편 집시법 제23조가 야간옥외금지규정을 위반한 자를 형사처벌하고 있는 것은 집시법 제10조 단서가 예외적 허용의 조건으로 신고를 요건으로 하고 있는 것과 결합하여 이 신고제를 허가제로 전환하는 규범구조를 형성한다. 제23조는 제10조의 본문을 위반한 자를 처벌한다고 하고 있으나, 집시법 제10조는 본문만으로는 야간의 옥외집회에 대한 원칙적 금지규정이 되

어 단서조항과 결합하지 아니하면 야간옥외집회에 대한 전면적 절대적 금지를 구성하여 사실상 과잉금지원칙의 위반혐의를 벗어나기 힘들다. 이미 1994년의 헌재선결정례가 바로 이 점을 지적하면서 어떤 규범구조에서건 집회의 허용가능성을 열어두어야만 합헌성이 인정된다고 보았으며, 집회의 자유와 관련한 일련의 결정례에서도 예외없는 전면적 집회금지조항은 절대적 금지가 헌법자체에 의하여 자명하게 정당화되는 경우가 아니라면 침해의 최소성 요건을 충족하지 못하는 것으로 보고 있기 때문이다. 그렇다면 위헌소지를 피하는 논거로 단서조항에 예외적 허용규정을 신설하고 그 요건으로 신고를 요구하고 있기 때문에 신고제없이 합헌성이 사실상 상실되는 제10조 본문의 위반을 형벌의 구성요건으로 하는 것은 신고강제를 법률로 규정하는 것이 되고 이처럼 행정법적 신고강제를 넘어 형사법적 신고강제는 집회에 대한 허가제를 구성하게 된다.

(카) 집회방법에 대한 조건이나 제한은 부분적 제한이나 조건에 해당하는 경우가 일반적이다. 왜냐하면 이 경우 집회의 개최 자체는 원칙적으로 영향을 받지 않는 경우가 일반적이며 방법에 대한 제한은 사실상 사전제한이라기 보다는 사후제한의 성격을 가질 수 밖에 없다. 예를 들어 일정 수준이하의 소음도로 확성기를 사용하도록 조건을 부과하는 경우에도 실제 집회에서 이 소음수준을 지켰는지의 여부에 따라 집회에 대한 제한이 현실화되기 때문이다. 복면금지의무의 부과도 마찬가지다. 따라서 복면금지와 같은 방법상의 제한을 여타의 사전제한과 같은 수준에서 논의하는 것은 적절하지 않다.

(타) 집회의 시간이나 장소에 대한 제한은 제한의 정도와 범위, 제한요건의 명확성과 구체성의 정도, 제한이 집회의 자유의 최대한의 보장에 미치는 정도, 다른 수단을 통하여 경미한 제한이 가능한지의 여부 등을 종합적으로 판단하여 헌법상 금지되는 허가인지, 아니면 단순한 부분적 제한이나 조건의 부과에 불과한지를 판단하여야 한다. 즉, 특수한 조건이나 제한의 부과와 관련하여 허가개념을 한정적으로 새김으로써 헌법상 절대적으로 당연히 금지

되는 행위태양으로 보지 않는 경우를 상정한다고 하더라도 그러한 예외적인 경우는 구체적이며 엄격한 요건을 갖춘 경우로 한정해야지 허가개념의 본질을 형해화할 수 있을 정도로 확대해석되어서는 안된다.

(과) 결론적으로 이 사건 심판대상규정인 야간집회금지규정과 그 위반에 대한 처벌규정은 광범위한 시간대에 모든 공공장소에서의 집회의 자유를 공공의 안녕질서에 대한 직접적이고 구체적인 위협이 명백하게 초래되지 않는 경우에도 일반적으로 금지하고 그 예외적 허용여부를 모호한 규정에 근거한 경찰관서장의 결정에 종속시킴으로써 헌법이 명문으로 금지하고 있는 집회에 대한 허가제를 도입하여 헌법을 위반하고 있다.

(하) 따라서 야간옥외집회금지규정의 합헌성을 인정한 1994년의 현재 1994.04.28, 91헌바14결정의 법정의견은 허가제의 본질을 오해하여 심판대상규정이 허가제에 해당하는지에 대한 면밀한 검토없이 허가제가 아니라고 단정하고 곧바로 헌법 제37조 제2항에 근거한 과잉금지원칙에 따른 위헌심사로 넘어간 잘못이 있으므로 그 헌법과 법률에 대한 종래의 해석을 변경하여야 한다.

### **(3) 헌법 제37조 제2항 위반 여부**

(가) 야간옥외집회금지규정의 합헌성을 인정한 1994년의 현재 1994.04.28, 91헌바14결정의 법정의견은 예외적 허용의 단서규정을 두고 있어 집회의 자유의 본질적 내용을 침해하지 아니한다고 보았으나, 법전체를 기준으로 살펴서 원칙적 허용과 예외적 금지의 기본구조를 갖춘다고 하더라도 예외적 금지에 대한 또 다른 예외적 허용제도를 부과하는 것은 전면적 금지에 비하여 자유의 허용가능성은 상대적으로 더 높다고 하더라도 허가제를 수용하게 되는 점에서 헌법상 금지되는 제도가 된다. 그러나 선해하여 허가제에까지는 해당되지 아니한다는 입장을 취한다고 하더라도 헌법상 집회의 자유에 대한 허가제 금지원칙에 나타난 헌법정신을 존중하기 위해서는 집행권의 자의적 재량에 의해 집회의 자유가 과도하게 제한되지 않도록 엄

격한 요건하에 제한이 설정되어야 하는데 심판대상규정은 추상적인 요건만을 제시하여 집행권의 자의적 권한남용의 가능성을 열어 두고 있어 위헌의 의심을 완전히 제거하는 데는 불충분하다.

(나) 법률이 현실 적용에 있어 요건기속적으로 행사되지 않을 수 있는 형식을 가지고 있고 법률상의 요건이 광범위한 재량의 여지를 허용하는 경우에는 헌법합치적 법률해석을 통해 기속행위로 해석하는 유권해석이 있다고 하더라도 그러한 불문(不文)의 권한행사의 한계보다는 성문(成文)으로 명확히 제시된 법률의 형식에 의존하여 집행권을 자의적으로 해석할 가능성을 현저하게 높여주기 때문에 그로 인하여 위헌적인 자유침해의 가능성을 법률 자체가 내포하고 있는 셈이므로 그 위헌성이 완전히 제거된다고 할 수 없다. 만에 하나 헌법합치적 해석방법에 의해 위헌성이 치유되기 위해서는 자의적 재량권 남용의 위험을 현저히 축소시키는 객관적 증거에 기초하여야 할 것이다. 즉 법 적용의 현실에서 허가여부를 기속재량으로 운용하는 규범적 증거-예컨대 훈령이나 매뉴얼 등 최소한의 재량행사통제규범-이 존재하는지, 현실 적용 사례의 통계나 사실관계 확인을 통해 오남용의 사례가 어떤 유형하에 어느 정도 이루어지고 있는지를 충분히 검토하여 법문 자체의 과도된 규범구조나 불명확성에도 불구하고 기속재량의 원칙에 맞게 재량권의 일탈남용에 대한 충분한 통제장치가 존재한다는 객관적 신뢰가 있는 경우라야 할 것이다.

(다) 설령 헌법합치적 법률해석을 원용하여 헌법이념과 조리상 심판대상규정의 경찰권의 성격을 기속재량으로 해석된다고 하더라도 집회의 자유의 보장체계에 기초하여 실질적인 의미에서의 위헌심사가 이루어져야 한다. 기속재량이라고 하더라도 집행권자에게 재량이 부여되므로 그 기속의 전제가 되는 법적 요건이 집회의 자유의 본질에 따른 최대보장의 정신을 반영하여 매우 엄격하게 설정되어 법문으로 형성되지 아니한다면 그 법률규정의 위헌성은 극복될 수 없다.

(라) 집회의 자유의 연혁이나 본질 및 헌법적 기능을 고려할 때 집회의 자

유에 의해 보호되는 집회의 개념에 집회개최의 주관적 요소에 있어 내적 유대가 약한 학문·예술·체육·종교·의식·친목·오락 등에 관한 집회는 다른 기본권보장규정에 의한 보장은 별론으로 하고 헌법 제21조 제1항에 의한 집회의 자유에는 포함되지 않는다고 보아야 한다. 설령 이런 류의 집회도 집회의 자유로 포섭한다고 하더라도 집회의 자유의 보호범위에서 가치의 우열관계가 있을 수밖에 없고 특히 집회의 자유의 본질적 영역을 구성하는 정치적 집회의 원칙적 금지와 예외적 허용의 규범구조를 정당화하기 위하여 집회의 자유의 주변부를 구성하는 이런 류의 집회를 예외적으로 허용한다는 것을 정당화사유로 제시하는 것은 부적절하다. 모든 집회를 평면적으로 두고 유형화하여 제한의 정도에 대해 위헌성을 판단할 것이 아니라 우월적 지위를 가지는 정치적 집회나 사회적 집회의 경우에도 헌법정신에 충실한 평화적 집회인지 공공의 안녕질서에 직접적이고 명백한 위험을 초래하는 집회인지를 구분하여 전자의 경우 제도적으로 집회의 자유가 온전히 보장될 수 있을 때라야 일부 중대한 위험성이 있는 집회의 금지를 정당화할 수 있을 것이다.

(마) 공동체의 공동관심사에 대한 의견표현과 여론형성을 핵으로 하는 집회의 자유의 본질상 옥내집회와 옥외집회는 ‘부분적’ 대안관계에 있을 뿐 본질적 대안이 될 수는 없다. 옥내집회는 옥내라는 제한에 따라 사회적 영향을 미칠 수 있는 범위나 정도가 구조적으로 제한되어 있어 집회를 통하여 달성하고자하는 의견전파와 여론형성에 구조적인 한계를 가지고 있기 때문이다. 따라서 옥내집회라는 대안도 원칙적 허용 예외적 제한의 규범구조에서는 충실한 정당화사유가 될 수 있을지 몰라도 그 반대인 원칙적 금지와 예외적 허용의 규범구조에서는 충분한 정당화사유가 되지 못한다.

(바) 설령 야간집회금지가 집회의 시간 및 장소에 대한 특별한 제한이어서 집회여부에 대한 허가제로 볼 수 없다는 일부의 주장을 받아들인다고 하더라도, 규제목적의 구체적 목적은 필요한 정도의 규제를 넘어 과도한 규제영역을 설정하고 있어 특별한 제한이나 조건의 부과로 보기 힘든 법률조항에 의존하고 있으므로 집회의 자유를 자의적인 집행권의 판단하에 과도하게 제

한하려는 것은 아닌지 그 정당성이 의심되며, 규제대상시간과 장소가 필요한 범위를 넘어 과도하게 광범위한 점, 야간옥외집회의 예외적 허용의 기준이 불명확한 동시에 매우 한정적인 점, 야간옥외집회에 대한 미신고집회를 전면적으로 금지하고 있는 점, 야간옥외집회의 개념정의 또한 과도하게 광범위한 점, 야간옥외시위는 절대적으로 금지하고 있는 점, 집회규제를 위한 다양한 수단을 입법적으로 형성하여 집회의 자유를 오남용하는 데 대한 적절하고도 효과적인 통제수단을 마련하고 있음에도 불구하고 일반적 금지제도와 예외적 허용의 규범구조를 취하여 집회를 원천적으로 봉쇄할 수 있는 위험성을 내재하고 있는 점 등을 고려할 때 기본권 제한 방법의 적절성과 침해의 최소성의 요건을 준수하고 있지 못하며, 야간옥외집회를 원칙적으로 금지하고 경찰관서장의 결정여하에 따라 예외적으로 허용되는 규제입법은 집회의 자유보다 일반·추상적인 위험에 기초한 공익의 보호에 일방적인 우위를 부여함으로써 법익의 균형성 요건도 준수하는데 실패하고 있다. 따라서 이 사건 심판대상규정은 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 과잉금지의 원칙과 본질적 내용 침해금지의 원칙을 위반하여 위헌이다.

(사) 결국 심야시간대로 집회금지시간대를 합리적으로 조정하거나 주거지역 등 제3자의 자유의 본질적 내용을 침해할 수 있는 지역에서의 야간집회 금지구역을 설정하는 방법이나 금지구역의 축소집회대상과의 거리제한, 질서유지선 제도의 엄격한 시행, 소음규제 등 집회방법 및 소요시간에 대한 조건의 부과 등 집회의 자유에 대한 침해를 최소화할 수 있는 방법을 채택해야만 방법의 적절성과 침해의 최소성 요건을 충족하여 그 위헌성을 극복할 수 있을 것이다.

(아) 일반적으로 집회의 자유를 포함한 표현의 자유의 경우에는 허가가 본질적 내용의 침해임이 인정되고 있다. 따라서 심판대상규정이 허가제에 해당한다면 본질적 내용의 침해임을 부정할 수 없고 절대적으로 금지된다. 현재는 헌법 제21조 제2항상의 검열제도를 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것으로서 절대적 금지사항으로 판시하고 있기 때문에 허가의 경우에도

같은 법리가 적용될 수 있을 것이다.

(자) 허가는 집회의 자유를 제한하는 특정한 수단이기 때문에 이 외의 경우에도 집회의 자유의 본질적 내용을 침해하는 경우가 있을 수 있다. 만일 허가의 경우를 모든 사전제한으로 확장해석한다면 허가이외의 본질적 내용 침해에 해당하는 경우를 상정하기 어려울 것이나, 허가를 모든 형태의 사전적인 규제가 아니라 단지 집회의 개최 및 참여여부가 오로지 집행권의 재량에 달려있는 사전제한만을 의미한다면 집행권이 매개되지 아니하면서, 즉 입법 자체를 통해 특정한 집회의 자유를 절대적으로 제한하는 경우 집회의 자유의 본질적 내용을 침해하는 경우가 있을 수 있다. 예를 들어, 아무런 예외적 허용의 가능성없이 야간옥외시위를 금지하는 경우가 여기에 해당할 수 있다.

(차) 기본권의 상대성에 기초하여 모든 기본권간의 법익충돌에 대한 최적화를 국가가 담당하여야 한다는 전제로부터 예외적으로 특별한 조건이나 제한의 부과를 인정할 수 있다고 하더라도 이러한 특별한 조건이나 제한이 집회의 목적이나 내용에 비추어 원래의 목적을 달성할 수 없는 조건이나 제한에 해당하는 것이라면 그것은 허가에 해당하지 아니하는 경우라도 집회의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것으로 보아야 한다. 집회의 목적상 야간옥외집회가 필요한 경우, 예를 들어 직장인으로 주간집회가 사실상 불가능하거나 집회의 대상이 야간이라는 시간적 조건과 결합한 특정장소여야 하는 경우, 혹은 소규모 평화집회이고 대규모 집회로 확대될 우려가 있는 사안이 아니어서 공공의 안녕질서에 일반·추상적인 위협을 초래할 가능성마저 매우 낮은 경우에도 모든 야간시간대, 모든 공공장소에서의 집회를 원칙적으로 금지하고 ‘집회의 성질상 부득이’한 사실을 증명한 경우에만 관할경찰관서장에게 집회신고를 할 수 있도록 강제하는 심판대상규정은 집회의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이다.