

## 체포치상(인정된죄명:체포미수)-공무집행방해

[서울고등법원 2016. 10. 27. 2015노2449]



### 【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 3인

【항 소 인】 쌍방

【검 사】 김정훈(기소), 임길섭(공판)

【변 호 인】 법무법인(유한) 현 외 6인

【원심판결】 서울중앙지방법원 2015. 8. 20. 선고 2014고합1256 판결

### 【주문】

】

피고인들과 검사의 항소를 모두 기각한다.

### 【이유】

#### 】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

##### 1) 사실오인 내지 법리오해(2013. 7. 25.자 체포미수 부분)

가) 원심이 유죄로 인정한 체포미수 부분과 관련하여, 체포행위라고 평가할 만한 피고인들의 행위는 존재하지 않았고, 피고인들에게는 체포에 착수하려는 고의도 없었다(객관적 구성요건 및 주관적 구성요건의 부존재).

나) 체포행위라고 평가할 만한 피고인들의 행위가 있었다고 하더라도 피해자의 동의에 의해 구성요건해당성이 조각된다(양해에 의한 구성요건해당성 조각). 설령 피해자의 동의가 없었다고 하더라도 이를 있는 것으로 오신하고 행위에 나아간 경우에 해당하므로 사실의 착오로서 고의가 조각된다(사실의 착오로 인한 고의 부존재).

다) 피고인들이 체포행위의 실행에 착수하였다고 하더라도 피고인들의 행위는 정당방위 내지 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다(정당방위 내지 정당행위로 인한 위법성 조각).

라) 피고인들에게는 위법성의 인식이 없었고, 나아가 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오에 해당하므로 벌할 수 없다(책임조각사유의 존재).

##### 2) 양형부당

원심이 피고인들에 대하여 선고한 형(피고인 1, 피고인 3 : 벌금 각 200만 원, 피고인 2, 피고인 4 : 벌금 각 150만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

##### 1) 사실오인 내지 법리오해

가) 피고인들의 2013. 7. 25.자 공무집행방해의 점

2013. 7. 25. 설정된 질서유지선은 ○○ 노동위원회가 2013. 7. 11. 집회신고를 하기 이전인 2013. 6. 10.부터 공공의 안녕과 질서유지를 위해 경찰관직무집행법(이하 '경직법'이라 한다) 제5조 제1항, 제6조, 제10조 제1항과 경찰장비관리규칙 제156조에 따라 설치된 것이다.

따라서 이러한 목적으로 설정된 질서유지선은 법원의 집행정지결정에도 불구하고 여전히 적법한 것이다.

한편 위와 같은 경직법상의 질서유지선 이외에 집회 및 시위에 관한 법률(이하 '집시법'이라 한다)에 기한 질서유지선을 둘 것인지는 경찰이 합리적 판단 하에 재량권을 행사하여 결정할 수 있는 것인데, 서울남대문경찰서장(이하 '남대문경찰서장'이라 한다)은 경직법상의 질서유지선을 집시법상의 질서유지선으로도 사용하기 위하여 집시법에 따라 질서유지선 설정고지서 전달 등을 하였다.

그에 따라 위 질서유지선은 경직법상의 질서유지선과 집시법상의 질서유지선의 성격을 겸유하게 된 것이다.

이러한 질서유지선의 설정경위, 화단 경계 앞에 서 있던 경찰 병력을 전날에 비하여 줄이는 등 단계적으로 그 범위를 줄여나간 경찰의 조치, 당시 집회참가자들의 집회가 실제로 개최되어 진행된 점 등에 비추어 보면, 질서유지선을 설정하고 경찰병력을 배치한 피해자 공소외 1의 직무집행은 적법한 것으로 보아야 한다.

#### 나) 피고인들의 2013. 7. 25.자 체포치상의 점

- (1) 체포되는 객관적으로 피해자의 행동의 자유를 침해한 사실이 있으면 기수가 되는 것이므로, 피고인들이 피해자 공소외 1의 신체활동의 자유를 박탈한 이상 피고인들의 행위는 체포죄의 기수에 이르렀다고 보아야 한다.
- (2) 피해자 공소외 1의 진술과 피해사진, 상해진단서의 기재내용 등에 비추어 보면, 위 피해자가 피고인들로부터 체포되는 과정에서 상해를 입은 사실을 인정할 수 있다.

#### 다) 피고인 3의 2013. 8. 21.자 공무집행방해의 점

남대문경찰서 경비과장 공소외 1의 질서유지선 설정 및 경찰병력 배치는 적법한 직무집행으로 보아야 하고, 경찰관 공소외 3이 공소외 2를 제지하기 위하여 최소한의 물리력을 사용한 것도 적법한 직무집행으로 보아야 한다.

#### 2) 양형부당

원심이 피고인들에 대하여 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

#### 2. 기본적인 사실관계

기록에 의하면 아래와 같은 사실을 인정할 수 있다.

##### 가. △△△ 앞 화단의 조성 경위 등

- 1) 공소외 4 주식회사(이하 '□□□'라 한다)는 2009. 2.경 회생절차가 개시되었는데, 이후 정리하고 여부를 둘러싸고 파업이 벌어지는 등 노사간 갈등이 계속되어 왔다.

2012. 3. 30.경 □□□에서 해고된 근로자 공소외 5가 처지를 비관해 자살하는 등 □□□ 정리하고 사태의 진행과정에서 병사하거나 자살한 노조원 등의 수가 22명에 이르게 되자, 공소외 6 법인(이하 '◇◇◇◇'이라 한다) 산하 ☆☆☆☆ 노동조합은 2012. 4. 4.경 인터넷 홈페이지를 통해 정리하고 철회와 □□□ 경영진 처벌 등을 요구하였고, 위 노동조합 산하 □□□지부는 그 지부장인 공소외 7이 공소외 5의 상주를 자처하면서 2012. 4. 5.경 서울 (주소 생략)에 있는 ▽▽▽△△△ 앞 인도 상에 분향소용 천막을 설치하였다.

- 2) 그 이후인 2012. 4. 13.경에 이르러 ◇◇◇◇, 공소외 8 법인, 공소외 9 법인(이하 '○○○'이라 한다) 등이 참여하는 □□□ 희생자 범국민 추모위원회(이하 '□□□ 추모위'라 한다)가 구성되었다가 2012. 5. 19.경 개최된 범국민대회

를 계기로 □□□ 희생자 추모와 해고자 복직을 위한 범국민대책위원회(이하 '□□□ 대책위'라 한다)로 확대되었다. □□□ 추모위 및 대책위는 분향소와 천막 등을 설치한 채 △△△ 앞 인도 상에서 지속적으로 집회·시위를 개최하여 오면서 □□□ 정리하고 사태와 관련된 특별법의 제정과 국정조사 등을 요구하여 왔다.

- 3) 서울 중구청장이 2012. 5. 24.경 △△△ 앞 인도 위에 설치된 천막 2동을 행정대집행 절차를 통해 철거하자, □□□ 대책위는 그 직후 천막 2동을 다시 설치하였고, 2012. 11. 3.경에 이르러 천막 1동을 추가로 설치하였다. 그 이후인 2013. 3. 3.경에 이르러 노숙자의 방화로 인해 위 천막 3동이 모두 소실되고, ▽▽▽ 담장과 서까래 일부까지 훼손되는 사건이 발생하였다.
- 4) 이에 문화재청장은 2013. 3. 6. 서울 중구청장에게 '역사문화환경 훼손을 막고 화재 등으로부터 문화재를 보호하기 위하여 ▽▽▽△△△ 앞 화재발생지역 등 불법 시설물 설치 우려 지역에 화단을 조성하는 등으로 불법 시설물 설치와 집회·시위를 원천적으로 차단해 줄 것'을 요청하는 한편, 같은 날 남대문경찰서장에게 '▽▽▽△△△ 앞에서의 집회·시위에 따른 문화재 훼손과 역사문화환경 저해가 우려되므로 집회·시위가 장기화되지 않도록 경비인력을 증원하고 경계를 강화해 줄 것'을 요청하였다.
- 5) 이에 따라 서울 중구청장은 2013. 4. 4. 행정대집행 절차를 통해 △△△ 앞 인도 위에 설치된 천막을 철거한 후 바로 그 자리에 화단(이하 '이 사건 화단'이라 한다)을 조성하였고, 서울지방경찰청과 남대문경찰서에서는 이 사건 화단이 조성된 무렵인 2013. 4. 4.부터 하루 평균 300여 명의 경찰관을 △△△ 인근에 근무하도록 하는 한편, 경찰관들을 교대로 이 사건 화단 주위에 배치하여 이 사건 화단을 계속 경비하여 왔다.

나. ○○ 노동위원회의 집회 신고와 남대문경찰서장의 제한통보 등

- 1) □□□ 대책위는 2013. 4. 4.경부터 △△△ 앞에서 천막 철거 및 이 사건 화단 조성에 항의하는 집회를 계속하여 왔는데, 2013. 5. 29. △△△ 앞에서 개최된 집회에서 집회참가자들이 이 사건 화단의 나무에 현수막을 걸려고 하자 경찰관들이 집회장소에 들어와 이를 막으려고 하는 과정에서 물리적인 충돌이 발생하였다. 이에 남대문경찰서장은 2013. 5. 30.부터 □□□ 대책위의 △△△ 앞 집회 신고에 대하여 금지통고를 하기 시작하였다. 이에 □□□ 대책위 측은 위 금지통고처분에 대하여 무효확인소송을 제기함과 아울러 집행정지신청(서울행정법원 2013아10107호)을 하였으나, 위 법원은 2013. 6. 18. 위 집행정지신청을 기각하였다.
- 2) 위와 같은 금지통고로 □□□ 대책위의 △△△ 앞 집회가 금지되기 시작하자, 공소외 10 법인은 2013. 6. 19. '집회시위 권리 찾기 시민캠페인'이라는 명칭의 집회신고를 하였고, 남대문경찰서장은 2013. 6. 21. 위 집회가 □□□ 대책위의 집회신고와 사실상 동일하다는 이유로 금지통고를 하였다.
- 3) ○○ 노동위원회는 2013. 7. 6. 남대문경찰서장에게 다음과 같은 내용의 집회신고(접수번호 생략)를 하였다.

[2013. 7. 6.자 집회신고서(생략)]○ 명칭: 집회 통제를 위한 화단설치의 위법성 규탄과 집회의 자유 회복을 위한 시민강연 및 집회○ 개최목적: 공소외 4 회사 희생자 분향소 설치를 금지하기 위하여 설치된 △△△ 앞 화단 조성의 위법성과 경찰력의 남용으로 인해 집회의 자유가 침해되는 현실을 시민들에게 강연 및 집회의 형식으로 알리기 위함○

개최일시: 2013. 7. 11. (목) ~ 7. 22.(월) \*일요일 제외 2013. 7. 24. (수) ~ 7. 26. (금) 각 일의 17:00~21:00○ 개최장소: 매표소가 있는 돌담이 꺾이는 부분으로부터 ◎◎◎ 방향으로 지하철<, >호선 ♡♡역 원형 엘리베이터 지상 탑승구까지의 인도(화단 안은 제외) (별지 도면 참조)○ 주최자, 주관자: ○○ 노동위원회 (위원장 공소외 2)○ 질서유지인: 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13○ 참가예정단체: ○○ 등 다수의 시민단체, 노동단체○ 참가 예정 인원: 30여 명

4) 남대문경찰서장은 2013. 7. 10. 위 (접수번호 생략) 집회신고에 대하여 "신고한 집회장소가 집시법상 주요 도로에 해당하고, 이 사건 화단으로 인해 인도 폭이 매우 협소하며, 평소 ∇∇∇ 관람객, 횡단보도 이용 시민, 통행인 등이 많아 매우 혼잡하여 주변 교통소통에 직접적인 위험이 초래될 우려가 있다.

"는 이유를 들어 "집회를 이 사건 화단 앞이 아닌 우측(남쪽 방향) 앞 인도에서 개최하여야 한다.

"는 내용의 집시법 제12조에 기한 교통질서 유지를 위한 조건통보를 하였다.

5) 이에 ○○ 노동위원회는 2013. 7. 11. 위 집회신고를 취하하고, 같은 날 다음과 같은 내용의 집회신고[(접수번호 생략), 이하 '이 사건 집회신고'라 한다]를 다시 하였는데, 그 집회신고서에 첨부된 별지 도면의 주요내용은 별지 1. 기재와 같다.

[2013. 7. 11.자 집회신고서(생략)]○ 명칭: 집회를 원천봉쇄하기 위한 화단 설치 규탄 및 위법한 경찰권 남용으로 집회 금지 구역이 되어버린 화단 앞과 옆 장소에서의 집회의 자유 확인을 위한 집회○ 개최목적: 경찰력의 남용으로 인해 집회금지장소가 된 화단 옆과 앞의 장소(아래 집회신고장소)도 집회의 자유가 있는 민주공화국의 자유로운 공간임을 확인하고, 이를 시민들에게 보여주며, 공소외 4 회사 희생자 분향소 설치를 금지하기 위하여 설치된 △△△ 앞 화단 조성의 위법성을 평화로운 방법인 집회와 강연을 통해 알리기 위함임○ 개최일시: 2013. 7. 15. (월) ~ 7. 22. (월) \* 토요일과 일요일 제외 2013. 7. 24. (수) ~ 7. 26. (금) 각 일의 17:00~21:00○ 개최장소: 매표소가 있는 돌담이 꺾이는 부분으로부터 ◎◎◎ 방향으로 지하철<, >호선 ♡♡역 원형 엘리베이터 지상 탑승구까지의 인도 중 화단 경계로부터 폭 1.5m 부분. 단, △△△ 정문 쪽은 폭 3m (별지 도면 참조)○ 주최자, 주관자: ○○ 노동위원회 (위원장 공소외 2)○ 참가예정단체: ○○ 등 다수의 시민단체, 노동단체○ 참가 예정 인원: 30여 명○ 질서유지인: 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13

6) 남대문경찰서장은 2013. 7. 12. 이 사건 집회신고에 대하여 "신고한 집회장소는 집시법상 주요 도로에 해당하고, 이 사건 화단 등으로 인해 주변 인도 폭이 매우 협소하며, 평소 ∇∇∇ 관람객, 횡단보도 이용 시민, 일반 통행인 등이 많아 매우 혼잡하다.

"는 이유를 들어 "집회로 인한 주변 교통소통에 직접적인 위험이 초래될 우려가 있는 ◎◎◎ 방향 지하철 <, >호선 ♡♡역 원형 엘리베이터 지상탑승구까지 구간은 제외하고, △△△ 정문 쪽(화단 우측, ◎◎◎과 반대 방향) 인도에서 개최하여야 한다.

"는 내용의 집시법 제12조에 기한 교통질서 유지를 위한 조건통보(이하 '이 사건 집회제한처분'이라 한다)를 하였다.

7) 이에 ○○ 노동위원회측은 2013. 7. 15. 서울행정법원 2013구합18315호로 이 사건 집회제한처분에 대하여 취소소송을 제기함과 동시에 같은 법원 2013아2286호로 집행정지 신청을 하였다.

서울행정법원은 심문을 거쳐 2013. 7. 22. 이 사건 집회제한처분의 효력을 본안판결 선고 시까지 정지하는 결정(이하 '이 사건 집행정지 결정'이라 한다)을 하였다.

다.

2013. 7. 24. 및 같은 달 25.자 각 집회 개최 등

1) 이 사건 집행정지 결정이 내려지자 남대문경찰서장은 2013. 7. 22. 집시법 제13조에 따른 질서유지선을 설정하기로 하고, 그에 관한 질서유지선 설정고지서(제73호)를 작성하였다.

위 질서유지선 설정고지서(제73호)에 의하면, 질서유지선의 형태는 '유인, 무인 P/L, 차도와 인도 경계석'으로 되어 있는데, 그 뒷면에 첨부된 별지 2. 기재와 같은 사진을 통해 질서유지선의 구체적인 모습이 드러나도록 하였다.

2) 남대문경찰서의 경찰관들은 2013. 7. 24. ○○ 노동위원회의 집회가 개최되기 전에 미리 이 사건 화단의 경계로부터 일정한 간격을 두고 노란색 플라스틱 구조물로 된 폴리스라인을 설치한 후 화단 경계와 플라스틱 폴리스라인 사이의 공간에 2열로 도열함으로써 별지 2. 기재와 같은 형태의 질서유지선을 형성하였다.

이로 인해 이 사건 집회신고에 따른 집회장소인 이 사건 화단 경계로부터 노란색 점자블록 이전까지의 간격인 약 2.88m의 공간 중에서 플라스틱 폴리스라인과 경찰관이 차지하고 있는 공간을 제외한 나머지 공간의 간격은 약 0.9m가 남게 되었다.

3) 남대문경찰서 소속 정보관은 2013. 7. 24. 17:00경 ○○ 노동위원회 위원장인 공소외 2에게 위 2013. 7. 22.자 질서유지선 설정고지서를 전달하려 하였으나, 공소외 2는 경찰의 질서유지선 설치가 위법하다는 취지로 항의하면서 그 수령을 거부하였다.

한편 ○○ 소속 변호사들은 그 무렵부터 17:10경까지 현장에 출동하여 있던 남대문경찰서 경비과장 공소외 1에게 위와 같은 플라스틱 폴리스라인 및 경찰관 배치는 이 사건 집행정지 결정에 저촉되는 것이고, 집회장소를 위법하게 제한하는 것이므로 모두 철거 및 철수하여 달라고 항의하였으나, 공소외 1은 플라스틱 폴리스라인 및 경찰관 배치가 이 사건 집행정지 결정과는 별개로 집시법 제13조 및 집시법시행령 제13조에 따라 적법하게 설치된 질서유지선이라는 이유로 이를 거부하였다.

이에 ○○ 소속 변호사들을 비롯한 집회참가자들은 이 사건 화단 앞에 설치된 플라스틱 폴리스라인 바깥 선으로부터 노란색 점자블록 안쪽까지 약 0.9m 간격의 공간에 일렬로 늘어서서 "집회 통제를 위한 화단 설치의 위법성 규탄과 집회의 자유 회복을 위한 법률가 시민 한마당"이라고 기재된 현수막을 펼치고 18:10경까지 집회를 개최하였다.

4) ○○ 노동위원회는 2013. 7. 24. 국가인권위원회에 "남대문경찰서장이 신고된 집회장소에 질서유지선을 설정하고 경찰력을 배치하여 집회를 방해함으로써 집회시위의 자유를 침해하였다.

"는 취지로 긴급구제신청을 하였다.

국가인권위원회는 2013. 7. 25. "남대문경찰서측이 신고된 집회공간의 일부를 점유함으로써 공간의 협소함으로 인하여 신고된 내용의 집회개최를 사실상 어렵게 한다면 이는 이 사건 집행정지결정에 반하는 결과가 된다.

"는 이유를 들어 "남대문경찰서장에게 이 사건 집행정지결정의 취지에 따라 집회가 개최될 수 있도록 할 것을 권고한다.

"는 내용의 긴급구제결정을 하였다.

5) 남대문경찰서장은 2013. 7. 25. 집시법 제13조에 따른 질서유지선을 다시 설정하기로 하고, 그에 관한 질서유지선 설정고지서(제75호)를 작성하였다.

위 질서유지선 설정고지서(제75호)에 의하면, 질서유지선의 형태는 '유인, 무인 P/L, 차도와 인도 경계석'으로 되어 있는데, 그 뒷면에 첨부된 별지 3. 기재와 같은 사진을 통해 질서유지선의 구체적인 모습이 드러나도록 하였다.

6) 남대문경찰서의 경찰관들은 2013. 7. 25. ○○ 노동위원회의 집회가 개최되기 전에 미리 이 사건 화단의 경계로부터 일정한 간격을 두고 플라스틱 폴리스라인을 설치한 후 화단 경계와 플라스틱 폴리스라인 사이의 공간에 1열로 도열하는 한편 노란색 점자블록 바깥 선을 따라서 플라스틱 폴리스라인을 추가로 설치함으로써 별지 3. 기재와 같은 형태의 질서유지선(이하 '이 사건 질서유지선'이라 한다)을 형성하였다.

이로 인해 이 사건 집회신고에 따른 집회장소인 이 사건 화단 경계로부터 노란색 점자블록 이전까지의 간격인 약 2.88m의 공간 중에서 플라스틱 폴리스라인과 경찰관이 차지하고 있는 공간을 제외한 나머지 공간의 간격은 약 1.5m가 남게 되었다.

7) 남대문경찰서 소속 정보관은 2013. 7. 25. 17:25경 피고인 2에게 위 2013. 7. 25.자 질서유지선 설정고지서를 전달하려 하였으나, 피고인 2는 그 수령을 거부하였다.

그 후 ○○ 소속 변호사들을 비롯한 집회참가자들은 17:30경 피고인 2의 사회 아래 집회(이하 '이 사건 집회'라 한다)를 시작하였는데, 피고인 2는 사회를 보는 과정에서도 계속해서 이 사건 질서유지선의 철거 및 경찰관들의 철수를 요구하였고, 집회참가자들도 이에 동조하였다.

이 사건 집회가 시작된 이후 ◇◇◇◇ 부위원장의 인사말과 ♥♥대학교 교수 공소외 14의 강연이 이어졌고, 위 강연이 있던 이후에는 가수 공소외 15의 노래공연이 시작되었다.

가수 공소외 15의 노래공연이 진행되던 도중인 17:45경 집회참가자들 중 일부가 노란색 점자블록 바깥에 배치된 플라스틱 폴리스라인 앞쪽에 서서 "집회 통제를 위한 화단 설치의 위법성 규탄과 집회의 자유 회복을 위한 법률가 시민 한마당"이라고 기재된 현수막을 펼쳐 들자, 공소외 1은 현수막 쪽으로 다가간 다음 현수막을 들고 있던 집회참가자들에게 집회장소를 벗어났으니 안쪽으로 이동할 것을 요구하였다.

이에 피고인 2가 "집회장소 내에 경찰들이 있으니 현수막이 앞으로 나온 것 아니냐"는 취지로 항의하는 등 이 사건 질서유지선의 적법성을 둘러싸고 피고인들을 비롯한 집회참가자들과 공소외 1 사이에 언쟁이 발생하였다.

그와 같이 피고인들과 공소외 1이 언쟁을 벌이던 중 피고인 3이 "당신, 조금 있다 현행범으로 체포당할지 몰라"라고 말하였는데, 공소외 1이 "체포하세요, 마음대로 하세요"라고 대꾸하자, 피고인들은 "체포하겠습니다", "직권남용죄, 집회방해죄로 체포합니다"라는 등의 말을 하면서 공소외 1의 오른팔을 움켜잡거나 등을 떠밀어 △△△ 앞 인도 쪽으로 약 6~7m 정도를 끌고 갔다.

그 후 피고인들은 잠시 멈춰 서서 공소외 1과 다시 언쟁을 벌이다가 공소외 1의 팔을 붙잡은 채 △△△ 앞 인도 쪽으로 약 15m 정도를 더 끌고 갔으나, 현장에 있던 국가인권위원회 조사관의 만류와 경찰관들의 저지로 인해 더 이상 공소외 1을 끌고 가지 못하였다.

라. ○○의 2013. 8. 21.자 집회 개최 등

1) ○○은 2013. 8. 2. 남대문경찰서장에게 다음과 같은 내용의 집회신고(접수번호 생략)를 하였다.

[2013. 8. 2.자 집회신고서]○ 명칭: 집회를 원천 봉쇄하기 위한 화단 설치 규탄 및 위법한 경찰권 행사로 집회 금지 구역이 되어버린 화단 앞과 옆 장소에서의 집회의 자유 확인을 위한 시민캠페인○ 개최목적: 경찰력의 남용으로 인해 집회 금지 장소가 되어버린 △△△ 화단 앞과 옆 장소도 집회의 자유가 있는 민주국가의 자유로운 공간임을 확인하고 이를 시민들에게 보여주며, 집회를 차단할 목적으로 설치된 △△△ 앞 화단 조성의 위법성을 시민강연과 집회 등 평화로운 방법으로 알리기 위함.○ 개최일시: (1) 2013. 8. 6. (화) (2) 2013. 8. 13. (화) (3) 2013. 8. 16. (금) (4) 2013. 8. 19. (월) ~ 8. 24. (토) \* 개최 시간은 각 일의 17:00~21:00○ 개최장소: 매표소가 있는 돌담이 꺾이는 부분으로부터 ◎◎◎ 방향으로 지하철 4, 5호선 4 역 원형 엘리베이터 지상 탑승구까지의 인도 중 화단 경계선부터 노란색 시각장애인 점자 블록까지의 구역. 단, △△△ 정문 쪽은 폭 약 3m가량 (별지 도면 참조)○ 주최자: 1) ○○ 2) 공소외 16 법인○ 참가예정단체: ○○, 공소외 16 법인 등 법률가단체, 시민단체, 노동단체 등○ 참가 예정 인원: 50여 명○ 질서유지인: 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 17, 공소외 18, 공소외 19, 피고인 4, 피고인 1, 공소외 20

2) 남대문경찰서장은 2013. 8. 21. 집시법 제13조에 따른 질서유지선을 설정하기로 하고, 그에 관한 질서유지선 설정고지서(제86호)를 작성하였다.

위 질서유지선 설정고지서(제86호)에 의하면, 질서유지선의 형태는 '유인, 무인 P/L'로 되어 있는데, 그 뒷면에 첨부된 별지 4. 기재와 같은 사진을 통해 질서유지선의 구체적인 모습이 드러나도록 하였다.

3) 남대문경찰서장은 2013. 8. 21. ○○의 집회가 개최되기 이전에 미리 이 사건 화단의 경계로부터 일정한 간격을 두고 플라스틱 폴리스라인을 배치한 후 화단 경계와 플라스틱 폴리스라인 사이의 공간에 남자 경찰관을 1열로 띄엄띄엄 배치하여 이 사건 화단을 경비하도록 하는 형태로 질서유지선을 설치하였는데, 위와 같이 설치된 질서유지선이 차지하는 공간은 이 사건 화단 경계로부터 약 0.6m 정도였다.

그 후 집회 개최 예정시각 직전에 위와 같이 배치되어 있던 남자 경찰관은 모두 여자 경찰관으로 교체되었다.

4) ○○ 소속 변호사들을 비롯한 집회참가자들은 17:25경부터 이 사건 화단 앞에서 집회를 개최하였다.

공소외 2는 17:49경 집회참가자들에게 경찰이 위법한 질서유지선을 설치하여 집회를 방해하고 있다는 취지로 말하면서 집회참가자들과 함께 플라스틱 폴리스라인을 치운 뒤 집회참가자들로 하여금 이 사건 화단의 철제 출입통제선 바로 앞 여자 경찰관들 사이사이에 서 있도록 한 후 집회를 계속 진행하였다.

5) 집회가 진행되던 도중인 18:30경 △△△ 앞 광장에서 매일 개최되던 ●●교 미사가 진행되자, 집회참가자들은 집회를 잠시 중단한 채 이 사건 화단 앞에 앉아서 휴식을 취하였다.

그 과정에서 일부 집회참가자들은 이 사건 화단의 철제 출입통제선 바로 앞 여자 경찰관들 사이사이에 앉아 있기도 하였다.

6) 공소외 1은 18:45경 여자 경찰관들에게 주황색 띠로 된 폴리스라인을 주어 질서유지선을 설치하라고 지시하였는데, 이와 같은 폴리스라인의 설치에 대하여 미리 ○○ 등 집회주최자 측에 이를 고지하지는 아니하였다.

위 지시에 따라 이 사건 화단을 바라보았을 때 맨 오른쪽에 서 있던 여자 경찰관에게 폴리스라인 띠가 전달되었으며, 여자 경찰관들은 이를 잡고 옆으로 건네면서 질서유지선을 형성하기 시작하였다.

이에 공소외 2와 일부 집회참가자들은 여자 경찰관들이 건네고 있던 띠를 빼앗기 위해 잡아당기기 시작하였고, 여자 경찰관들과 집회참가자들 사이에 실랑이가 벌어지자 남자 경찰관들 수십 명이 현장에 투입되었으며 집회참가자들도 모여들어 상호간에 물리적 충돌이 발생하였다.

그 과정에서 공소외 2도 경찰관들을 미는 등의 유형력을 행사하였는데, 경찰관 공소외 3이 공소외 2의 등 뒤에서 공소외 2의 왼팔을 뒤로 꺾고 오른쪽 어깨 뒷부분을 손바닥으로 밀어붙이자 공소외 2는 뒤돌아서서 오른손으로 공소외 3의 얼굴을 1대 때렸다.

이에 주위에 있던 경찰관 공소외 21, 공소외 22 등이 공소외 2를 체포하려고 하자, 피고인 3은 공소외 2를 감싸 안은 채 경찰관들이 공소외 2를 체포하지 못하도록 저지하였다.

### 3. 피고인들의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단 - 체포미수 부분

가. 구성요건해당성에 관하여

#### 1) 체포행위의 존부 및 고의에 대한 판단

형법 제276조 제1항의 체포죄에서 말하는 '체포'라 함은 사람의 신체에 대하여 직접적이고 현실적인 구속을 가하여 신체활동의 자유를 박탈하는 행위를 의미하는 것으로서 그 수단과 방법은 불문한다.

체포죄의 실행의 착수 시기는 체포의 고의로써 타인의 신체적 활동의 자유를 침해하는 행위를 개시한 때이고, 그 기수 시기는 신체적 활동의 자유가 현실적으로 침해된 때이다.

한편 일시적인 신체구속행위가 폭행행위에 해당하는지 아니면 체포미수행위에 해당하는지 여부는 행위의 객관적 태양뿐만 아니라 그러한 행위에 이르게 된 경위와 행위자의 주관적 의사 등을 함께 고려하여 판단하여야 한다.

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인들은 2013. 7. 25. 17:50경 피해자 공소외 1(이하 '피해자'라 한다)의 신체적 활동의 자유를 침해하는 행위를 개시함으로써 체포죄의 실행에 착수하였다고 봄이 상당하고, 피고인들에게 피해자를 체포하려는 고의도 있었던 것으로 판단된다.

같은 취지의 원심판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못은 없다.

피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

피고인들은 피해자의 팔을 잡아당기거나 등을 미는 등의 방법으로 피해자를 이 사건 집회장소로부터 △△△ 앞 인도 방향으로 끌고 갔는데, 피해자는 현장에 있던 국가인권위원회 조사관과 다른 경찰관들의 도움으로 피고인들로부터 벗어날 때까지 피고인들을 비롯한 집회참가자들에게 신체의 일부를 붙잡힌 상태에 있었던 것으로 보인다.

피고인들은 당시 피해자에게 "집회방해죄, 직권남용죄의 현행범으로 체포한다.

"는 취지로 말하면서 피해자를 끌고 갔을 뿐만 아니라, 피해자에게 미란다 원칙을 고지하려 하는 등 피해자를 체포하려는 의사로 행동하였음이 분명하고, 주변에 있던 집회참가자들 역시 피고인들이 피해자를 체포하려는 것으로 인식하고 이에 가세한 것으로 보인다.



이와 같은 경위와 피고인들의 주관적 의사에 비추어 보면, 피고인들의 행위를 단순한 폭행행위에 해당한다고 볼 수는 없다.

## 2) 피해자의 동의가 있었는지 여부 등

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정에 비추어 보면, 피해자가 피고인들의 체포행위에 대하여 명시적 또는 묵시적으로 동의하였다고 볼 수는 없고, 피고인들이 피해자의 동의가 있는 것으로 오신하여 체포행위에 나아간 것이라고 볼 수도 없다.

같은 취지의 원심판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다. 피고인들의 이 부분 주장도 이유 없다.

피해자는 피고인들에 의해 팔을 붙잡히거나 등이 떠밀리면서 △△△ 앞 인도방향으로 끌려간 것으로 보일 뿐 자발적으로 이동한 것으로 보이지 않는다.

피고인들이 피해자에게 유형력을 행사하기에 앞서 피해자가 피고인들에게 "체포하세요. 마음대로 하세요."라는 동의 말을 한 사실은 있으나, 이는 피해자가 피고인들과 사이에 이 사건 질서유지선의 적법 여부에 관하여 언쟁을 벌이다가 감정이 격해져 내뱉은 말로 보일 뿐이고, 그것이 피고인들의 체포행위에 대하여 동의하는 의미에서 한 것으로 보이지 않는다.

피해자는 피고인들에게 끌려가면서도 다른 경찰관들에게 "채증하라"는 지시를 반복적으로 하였는데, 이는 피고인들의 행위가 '피해자가 동의한 바 없는 위법행위'라는 피해자의 인식을 분명하게 드러낸 것으로 볼 수 있다.

피고인들은 이와 같이 피해자가 다른 경찰관들에게 "채증하라"는 지시를 반복적으로 하고 있는 상황 아래에서 피해자의 팔을 붙잡은 채 계속 끌고 갔다.

## 나. 위법성에 관하여

### 1) 법령에 의한 행위(현행범 체포)로서 정당행위에 해당하는지

가) 피해자가 집시법위반죄 또는 직권남용죄를 범한 것이 명백한지

체포·구속은 개인의 신체자유에 대한 중대한 제한을 가져오기 때문에 헌법과 형사소송법에서는 원칙적으로 법관이 발부한 영장에 의하여 체포·구속할 것을 요구하고 있다.

그러나 현행범인을 체포할 경우에는 그러한 영장을 요구하지 않으며, 나아가 체포의 주체도 수사기관뿐만 아니라 일반인에게까지 확장하고 있다.

이는 현행범인이 아닌 경우의 체포에 있어서는 범죄혐의가 의심할 정도에 불과하지만, 현행범의 경우에는 범죄사실과 진범여부가 명백하여 권한남용의 우려가 그만큼 적다는 점이 작용하고 있기 때문이다.

따라서 적법한 현행범 체포로 인정되기 위하여는, 먼저 피체포자가 범죄를 범하였음이 명백하다고 볼 수 있어야 한다.

이 사건의 경우, 피고인들은 피해자를 집시법위반죄(집시법 제3조 제1항, 제21조 제1항) 또는 직권남용죄(형법 제123조)의 현행범으로 체포하려 하였으나, 아래와 같은 사정에 비추어 보면 피해자가 집시법위반죄 또는 직권남용죄를 범한 것이 명백하다고 보기 어렵다.

집시법 제3조 제1항은 "누구든지 폭행, 협박, 그 밖의 방법으로 평화적인 집회 또는 시위를 방해하거나 질서를 문란하게 하여서는 아니 된다.

"라고 규정하고 있고, 집시법 제22조 제1항은 "제3조 제1항을 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금에 처한다.

다만, 군인·검사 또는 경찰관이 제3조 제1항을 위반한 경우에는 5년 이하의 징역에 처한다.

"라고 규정하고 있다.

집시법 제3조 제1항에서의 '폭행, 협박'은 이른바 '광의의 폭행, 협박'으로서 사람에 대하여 직·간접적으로 유형력을 행사하거나 일반적으로 사람에게 외포심을 일으킬 만한 해악을 고지하는 행위를 의미하는 것이고, '그 밖의 방법'은 집회 또는 시위를 방해하거나 질서를 문란하게 하는 일체의 행위로서 '폭행, 협박에 준하는 행위'를 의미하는 것이다.

그런데 피고인들이 피해자를 체포하려 할 당시에 피해자를 비롯한 경찰관들이 피고인들을 비롯한 집회참가자들에게 어떠한 폭행, 협박을 가한 사실은 없다.

한편 피해자를 비롯한 경찰관들이 집회장소 내에 설정된 이 사건 질서유지선을 계속 고수하면서 집회장소의 일부를 점유하였다고 하더라도, 이를 들어 폭행, 협박에 준하는 행위에 해당한다고 단정하기는 어렵다.

남대문경찰서장이 집시법 제13조에 따라 이 사건 질서유지선을 설정하였고, 남대문경찰서 경비과장인 피해자는 집회 현장에서 경찰관들을 통솔하여 질서유지에 임하고 있었다.

비록 이 사건 질서유지선이 사후적으로 위법한 것임이 밝혀졌다고 하더라도, 경찰서장이 설정한 질서유지선을 현장책임자인 경비과장이 그대로 유지하려 한 행위를 들어 형법 제123조 소정의 직권남용죄에 해당한다고 보기는 어렵다.

#### 나) 피해자를 현행범으로 체포할 필요성이 있는지

현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있는데, 현행범인으로 체포하기 위하여는 행위의 가벌성, 범죄의 현행성·시간적 접촉성, 범인·범죄의 명백성 이외에 체포의 필요성 즉, 도망 또는 증거인멸의 염려가 있어야 하고(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도3682 판결 참조), 이는 사인이 현행범을 체포하는 경우에도 마찬가지이다(대법원 1999. 1. 26. 선고 98도3029 판결 참조).

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정에 비추어 보면, 피해자가 도망하거나 증거를 인멸할 염려가 있었다고 볼 수는 없으므로, 피해자를 현행범으로 체포할 필요성이 있었다고 볼 수 없다.

피해자는 경찰공무원으로서 남대문경찰서 경비과장의 직책을 맡고 있었고, 남대문경찰서장의 지시에 따라 2012. 4.경부터 △△△ 앞에서 현장지휘 및 경비업무 등을 계속 담당해 왔다.

피해자는 이 사건 당일에도 이 사건 집회현장에 출동한 경찰관들을 통솔하여 질서유지 임무를 수행하고 있었는데, 피해자의 신분과 역할 등은 피고인들도 모두 잘 알고 있었다.

이 사건 집회현장을 포함하여 △△△ 앞에서 벌어진 일련의 집회상황은 경찰뿐만 아니라 집회참가자들에 의해서도 줄곧 촬영되어 왔다(이 사건 재판과정에서도 검사와 피고인들은 이 사건 집회현장을 촬영한 다수의 동영상을 증거로 제출하였다). 또한 이 사건 집회현장에는 집회참가자와 경찰관 등을 비롯하여 수백 명의 사람들이 모여 있었고, 피해자와 피고인들 사이에 벌어진 일련의 상황을 바로 옆에서 목격한 사람들도 다수 있었다.

이러한 사정으로 인해 이 사건 집회현장에서 일어난 일들에 대하여 어느 일방이 증거를 인멸한다는 것은 당초부터 상정하기 어려운 상태였다.

#### 다) 소결

피고인들이 피해자를 체포하려 할 당시에, 피해자가 집시법위반죄 또는 직권남용죄를 범하였음이 명백한 것이었다고 볼 수 없고, 피해자를 현행범으로 체포하여야 할 체포의 필요성이 있었다고 볼 수도 없다.

따라서 피고인들이 피해자를 체포하려 한 행위가 법령에 의한 행위(현행범 체포)로서 정당행위에 해당한다고 볼 수는 없다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 2) 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 정당행위에 해당하는지

가) 형법 제20조 소정의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하고, 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 하므로, 이와 같은 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도3000 판결, 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006도9307 판결 등 참조).

나) 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 비록 피해자를 비롯한 경찰관들이 이 사건 질서유지선을 고수하려던 행위가 위법한 것이고 피고인들이 이에 대항하기 위하여 피해자를 체포하려 한 것이라 하더라도, 경찰관들을 통솔하여 질서유지 임무를 수행하고 있던 현장책임자인 피해자를 현행범으로 체포하려 한 피고인들의 행위는 그 수단과 방법에 있어서 상당성이 인정된다고 보기 어렵고 긴급하고 불가피한 조치였다고 볼 수도 없으므로, 이를 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위에 해당한다고 볼 수 없다.

같은 취지의 원심판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

피고인들의 이 부분 주장도 이유 없다.

이 사건 질서유지선은 집시법의 규정에 위반하여 설정된 것이고 행정상 즉시강제로서의 요건도 갖추지 못한 것으로서 위법하다는 점은 아래에서 보는 바와 같다.

그러나 이와 같은 위법성 판단은 사후적인 것일 뿐이며 이 사건 당시에 이 사건 질서유지선이 위법하다는 점(피해자의 공무집행행위가 위법하다는 점)이 명백한 것이었다고 보기는 어렵다.

이는 아래와 같은 사정에 의하여 뒷받침된다.

- ㉠ 집시법 제12조에 따른 집회제한과 집시법 제13조에 따른 질서유지선 설정은 각각 별개의 행정처분으로서 그 근거규정도 다르고, 그로 인해 제한되는 집회 자유의 정도에도 분명한 차이가 있다.

이 사건 집회제한처분은 집시법 제12조에 따른 처분으로서 이 사건 화단 앞 쪽 부분에 대한 집회를 전면적으로 제한한 것이었던 반면에, 이 사건 질서유지선 설정은 집시법 제13조에 따른 처분으로서 이 사건 화단 앞 쪽 부분에 대한 집회를 부분적으로 제한한 것이었다.

한편 피해자를 비롯한 경찰관들은 국가인권위원회의 긴급구제결정이 있는 이후에 전날과는 달리 이 사건 화단 앞 쪽에 배치된 경찰관들을 2열에서 1열로 줄임으로써 집회장소를 더 확보할 수 있도록 조치하였다.

따라서 이 사건 질서유지선 설정처분이 이 사건 집회제한처분의 효력을 정지한 행정법원의 집행정지결정이나 위 집행정지결정의 취지에 따라 집회를 개최할 수 있도록 권고한 국가인권위원회의 긴급구제결정에 반하는 것이라고 단정하기는 어렵다.

- ㉡ 이 사건 이전까지 질서유지선을 집회장소 내에 설정하는 것이 위법하다는 유권해석이나 확립된 선례는 없었던 것으로 보인다.

또한 질서유지선의 한 가지 종류로 이른바 '유인 질서유지선'이 허용되는지 여부, 경찰관이 집회장소 내에 나란히 도열한 채 집회장소의 일부를 점유하는 것이 집시법위반죄에 해당하는지 등에 대한 마땅한 선례도 없었던 것으로 보이고, 오히려 일선 경찰에서는 '유인 질서유지선'이 당연히 허용되고 질서유지선의 설정을 통해 집회장소를 일부 제한하는 것도 가능하다는 인식 아래 집회현장에서 질서유지임무를 수행하여 왔던 것으로 보인다.

이 사건 질서유지선의 위법 여부를 둘러싸고 피고인들과 피해자 사이에 의견대립이 발생하자 피고인들은 피해자를 집시법위반죄 또는 직권남용죄의 현행범으로 체포하려 하였다.

그러나 이 사건 발생 이전까지는 집회참가자들의 발언과 가수의 노래공연이 이어지는 등 집회가 진행되어 왔던 점 등에 비추어 보면, 피고인들이 피해자를 현행범으로 체포할 정도의 긴급한 사정이 있었다고 보이지 않는다.

오히려 앞서 본 사실관계에 의하면, 피고인들과 피해자는 이 사건 질서유지선의 존치 여부를 둘러싸고 지속적으로 다툼을 벌여오다가 현수막 설치 문제가 직접적인 계기가 되어 다분히 감정적으로 대응하였던 것으로 보인다.

우리 헌법은 집회의 자유를 기본권의 하나로 보장하고 있으나, 이러한 집회의 자유도 헌법 제37조 제2항에 따른 제한에서 자유로운 것은 아니다.

집시법은 집회의 자유를 보장하는 여러 조항들과 함께 공공복리와 질서유지를 위하여 집회의 자유를 제한하는 여러 조항들을 두고 있는데, 이러한 제한규정의 핵심적인 내용 중 하나가 집회주최자와 집회참가자들의 경찰에 대한 협력의무라고 할 수 있다.

집시법은 이와 같은 협력의무의 일환으로서 옥외집회나 시위를 주최하려는 자에게 신고의무를 부담하게 하는 한편(집시법 제6조), 질서를 유지하기 위한 경찰관의 직무집행에 협조하도록 규정하고 있다(집시법 제19조 제2항). 이 사건

의 경우, 피고인들은 이 사건 집회현장에서 경찰관들을 통솔하여 질서유지에 임하고 있던 현장책임자인 피해자를 현행범으로 체포하려 하였다.

비록 피해자의 직무집행이 위법한 것임은 아래에서 보는 바와 같지만, 그 위법성이 명백하지 아니하고 현행범으로 체포하여야 할 필요성도 인정되지 않는 상태에서 현장책임자인 피해자를 현행범으로 체포하는 것은 집회현장에 무질서와 혼란을 일으키는 것으로서 '집회 및 시위의 권리 보장과 공공의 안녕질서가 조화를 이루도록 하는 것'을 목적으로 하는 집시법의 입법취지에 부합하지 않는다.

### 3) 정당방위에 해당하는지

형법 제21조 소정의 정당방위가 성립하려면 침해행위에 의하여 침해되는 법익의 종류, 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급과 방위행위에 의하여 침해될 법익의 종류, 정도 등 일체의 구체적 사정들을 참작하여 방위행위가 사회적으로 상당한 것이어야 한다(대법원 1992. 12. 22. 선고 92도2540 판결, 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006도9307 판결 등 참조).

앞서 본 바와 같은 여러 사정들에 비추어 보면, 피고인들이 피해자를 체포하려 한 행위가 사회적으로 상당한 것이었다고 볼 수는 없으므로, 피고인들의 행위가 정당방위에 해당한다고 볼 수 없다.

같은 취지의 원심판단은 정당하고 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다. 피고인들의 이 부분 주장도 이유 없다.

다.

책임에 관하여

### 1) 법률의 착오에 해당하는지

가) 형법 제16조에서 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이고, 이러한 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3717 판결 참조).

나) 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정을 종합하여 보면, 피고인들 스스로 자신들의 행위가 죄가 되지 않는 것으로 잘못 인식하였다고 하더라도 그와 같이 잘못 인식함에 있어서 정당한 이유가 있다고 볼 수 없다.

따라서 피고인들의 행위에 대하여 형법 제16조를 적용할 수는 없다.

같은 취지의 원심판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

피고인들의 이 부분 주장도 이유 없다.

피고인들은 이 사건 집회제한처분의 효력을 정지한 이 사건 집행정지결정을 들어 이 사건 질서유지선의 위법을 주장하였으나, 이 사건 집회제한처분과 이 사건 질서유지선 설정처분은 별개의 행정처분으로서 그 근거법령과 요건 및 효과를 모두 달리하는 것이다.

피고인들은 피해자를 현행범으로 체포하려 하였으나 피해자가 어떠한 범죄를 범하였다는 점이 명백하지 아니한 상태였다.

또한 당시 상황에 비추어 볼 때 피해자가 도주하거나 증거를 인멸할 염려도 없었으므로 피해자를 현행범으로 체포할 필요성도 인정되지 않는 상태였다.

피고인들은 모두 법률전문가인 변호사로서, 위법행위를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 자신들의 주장이나 행동에도 앞서 본 바와 같은 문제점이 있음을 충분히 인식할 수 있었을 것으로 판단된다.

특히 피해자를 현행범으로 체포할 필요성이 인정되지 않는다는 점은 약간의 주의만 기울이더라도 충분히 알 수 있었을 것으로 보인다.

그럼에도 불구하고 피고인들은 이 사건 질서유지선의 적법 여부에 관하여 피해자와 언쟁을 벌이다가 흥분한 나머지 다분히 감정적으로 대응하였던 것으로 보인다.

## 2) 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오에 해당하는지

원심은, 피고인들이 피해자를 체포함에 있어서 사실관계를 오인한 것은 없으므로, 위법성조각사유의 전제사실을 착오한 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

피고인들의 이 부분 주장도 이유 없다.

## 4. 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

### 가. 피고인들의 2013. 7. 25.자 공무집행방해의 점

#### 1) 이 사건 질서유지선의 적법 여부에 대한 판단

가) 집시법상 질서유지선으로서 적법한지

##### (1) 집회의 자유에 있어서 집회장소가 가지는 의미 및 중요성

집회의 자유는 집회의 시간, 장소, 방법과 목적을 스스로 결정할 권리를 보장한다.

집회의 자유에 의하여 구체적으로 보호되는 주요행위는 집회의 준비 및 조직, 지휘, 참가, 집회장소·시간의 선택이다.

그 중에서도 집회장소는 특별한 상징적 의미를 가진다.

특정 장소가 시위의 목적과 특별한 연관성이 있기 때문에 시위장소로서 선택되는 경우가 빈번하다.

일반적으로 시위를 통하여 반대하고자 하는 대상물이 위치하거나(예컨대 핵발전소, 쓰레기 소각장 등 혐오시설) 또는 시위의 계기를 제공한 사건이 발생한 장소(예컨대 문제의 결정을 내린 국가기관 청사)에서 시위를 통한 의견표명이 이루어진다.

즉 집회의 목적·내용과 집회의 장소는 일반적으로 밀접한 내적인 연관관계에 있기 때문에, 집회의 장소에 대한 선택이 집회의 성과를 결정짓는 경우가 적지 않은 것이다.

집회가 국가권력에 의하여 세인의 주목을 받지 못하는 장소나 집회에서 표명되는 의견에 대하여 아무도 귀기울이지 않는 장소로 추방된다면, 기본권의 보호가 사실상 그 효력을 잃게 된다는 점에서도 집회의 자유에 있어서 장소의 중요성은 뚜렷하게 드러난다.

집회장소가 바로 집회의 목적과 효과에 대하여 중요한 의미를 가지기 때문에, 누구나 '어떤 장소에서' 자신이 계획한 집회를 할 것인가를 원칙적으로 자유롭게 결정할 수 있어야만 집회의 자유가 비로소 효과적으로 보장되는 것이다.

따라서 집회의 자유는 다른 법익의 보호를 위하여 정당화되지 않는 한, 집회장소를 항의의 대상으로부터 분리시키는 것을 금지한다(헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바67 전원재판부 결정 참조).

## (2) 집회장소와 질서유지선의 관계 등

### (가) 집회장소 내에 질서유지선을 설정하는 것이 가능한지

아래에서 보는 바와 같은 집시법의 개정경위와 집시법의 규정내용에다가 집회의 자유에 있어서 집회장소가 가지는 중요성 등을 더하여 보면, 집회장소 내에 집시법 제13조에 따른 질서유지선을 설정하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 한다.

따라서 집회장소 내에 질서유지선을 설정함으로써 집회장소를 제한하는 것은 집시법의 관련규정을 위반한 것으로서 적법성을 인정할 수 없다.

집시법상의 질서유지선은 1999. 5. 24. 법률 제5985호로 집시법이 개정되면서 처음 도입된 것이다.

위 개정법률에 따라 집시법 제2조 제5호, 제12조의2, 제21조 제4호(현행 제2조 제5호, 제13조, 제24조 제3호)가 신설되었는데, 당시 집시법 개정과 관련하여 공소외 23 의원 등이 제출한 개정 법률안에는 "집회·시위장소 또는 행진구역 '외곽에' 경찰보호선을 설정할 수 있는 근거조항을 신설함(안 제12조의2)"이라고 기재되어 있다.

집시법 제2조 제5호는 "집회 또는 시위의 장소나 행진 구간을 일정하게 구획하여 설정한 띠, 방책, 차선 등의 경계표지"를 질서유지선으로 규정하고 있다.

이와 같은 문언내용에 의하더라도, 질서유지선은 '집회장소와 그 밖의 장소를 구획하는 경계표지'로서의 기능을 하여야 하는 것이지 집회장소 자체를 양분하거나 제한하는 기능을 할 수는 없다고 보아야 한다(집시법시행령 제13조 제1항 제1호는 질서유지선을 설정할 수 있는 사유의 하나로 "집회·시위의 장소를 한정할 필요가 있을 경우"를 예시하고 있으나, 이는 신고된 집회·시위의 장소 자체를 제한한다는 의미가 아니라 집회·시위가 종전에 신고된 집회·시위의 장소를 벗어나 확장되는 것을 막는다는 의미로 해석된다).

집시법은 엄격한 요건 아래 집회나 시위의 금지 또는 제한이 가능하도록 규정하고 있다.

즉 집시법은 헌법재판소의 결정에 따라 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회·시위의 금지(제5조 제1항 제1호), 집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한 집회·시위의 금지(제5조 제1항 제2호), 집회신고서의 기재 사항을 보완하지 아니한 경우의 금지통고(제8조 제1항 제2호), 집회·시위의 시간과 장소가 중복되는 2개 이상의 신고가 있는 경우 그 목적으로 보아 서로 상반되거나 방해될 경우의 금지통고(제8조 제2항), 주거지역이나 학교 및 군사시설의 주변지역에 해당하는 경우로서 그 거주자나 관리자가 시설이나 장소의 보호를 요청하는 경우의 금지 또는 제한통고(제8조 제3항), 국회의사당 등 주요 청사 또는 저택의 경계 지점으로부터 100m 이내의 장소에서의 집회·시위의 금지(제11조), 주요 도시의 주요 도로에서의 교통 소통을 위해 필요한 경우의 금지 또는 제한통고(제12조 제1항) 등을 규정하면서, 각 규정마다 집회나 시위를 금지 또는 제한할 수 있는 요건을 구체적으로 규정하고 있다.

그에 반하여 집시법 제13조 제1항은 '집회 및 시위의 보호와 공공의 질서유지'를 위하여 필요한 경우에는 질서유지선을 설정할 수 있도록 함으로써, 질서유지선 설정에 관하여 그 요건 자체를 매우 추상적으로 규정하고 있다.

그런데 집시법 제13조 제1항에 따른 질서유지선을 집회장소 내에 설정할 경우, 질서유지선의 설정형태와 정도에 따라서는 집회를 부분적으로 '제한'하거나 전면적으로 '금지'하는 것과 같은 결과를 초래할 수 있다는 점을 고려하여 보면, 집시법 제13조 제1항에 따른 질서유지선을 집회장소 내에 설정할 수 있도록 허용하는 것은 엄격한 요건 아래에서만 집회나 시위의 금지 또는 제한이 가능하도록 규정하고 있는 집시법의 전체적인 체계와도 부합하지 않는다.

(나) 이른바 '유인 질서유지선'을 설정하는 것이 가능한지

집시법 제2조 제5호는 질서유지선의 정의에 관하여 집회 또는 시위의 장소나 행진 구간을 일정하게 구획하여 설정한 '띠, 방책, 차선 등의 경계표지'라고 규정하고 있고, 집시법 제24조 제3호는 질서유지선을 경찰관의 경고에도 불구하고 정당한 사유 없이 상당 시간 침범하거나 '손괴·은닉·이동 또는 제거하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해친 자'를 처벌한다고 규정하고 있다.

위 규정에서 알 수 있는 바와 같이 질서유지선을 침해하는 범죄의 태양을 형법상 손괴죄에 준하여 규정하고 있는 점, 경찰관들을 줄지어 세우는 방법으로 설치된 폴리스라인에 대하여 유형력을 행사하는 행위에 관하여는 공무집행방해죄 등으로 처벌하는 것이 가능한 점, 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고 형벌법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 않는 점 등에 비추어 보면, 집시법 제2조 제5호, 제13조, 제24조 제3호에서 각각 규정하고 있는 '질서유지선'은 유형적인 물건에 의하여 구현·설치된 경계표지를 의미하는 것이라고 봄이 상당하다.

따라서 사실상 질서유지선 설치의 목적으로 경찰관들을 줄지어 세우는 등의 방법으로 이른바 '유인 질서유지선'을 형성하더라도 이를 집시법상의 질서유지선이라고 볼 수는 없고, 경계표지를 구성하는 유형적인 물건을 경찰관들이 손으로 잡거나 몸으로 지탱하는 등의 방법으로 보조하는 경우에도 그 질서유지선은 유형적인 물건에 의해 구현된 경계표지 자체이지 경찰관들을 유인 질서유지선이라고 볼 수는 없다.



(3) 소결

앞서 본 바와 같이 집시법상의 질서유지선은 '집회장소와 그 밖의 장소를 구획하는 경계표지'이므로 집회장소의 일부를 점유하는 형태가 아니라 집회장소 외곽에 설정되어야 한다.

그러나 이 사건 질서유지선은 이 사건 집회장소 내에 설정되었고, 이 사건 하루 전인 2013. 7. 24. 설정되었던 질서유지선에 비해 집회장소에서 차지하는 면적이 절반 정도로 축소되기는 하였으나 여전히 위 집회장소의 약 1/3을 차지하고 있다.

따라서 이 사건 질서유지선은 집시법 제2조 제5호, 제13조의 규정에 따라 적법하게 설정된 것이라고 볼 수 없다.

한편 이 사건 집회 당시에 '유인 질서유지선'이라는 명목 아래 집회장소 내에 경찰관들이 나란히 도열해 있었던 것은, 집시법상의 질서유지선에 해당한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 집회의 자유를 보호하기 위하여 마련된 집시법의 규정들, 특히 경찰과 집회주최자의 협력의무에 관하여 규정하고 있는 집시법 제19조에도 위반되는 것이다.

집시법 제19조는 집회장소에 경찰관이 출입하는 경우에는 집회주최자에게 알리도록 하는 한편 집회주최자와 질서유지인 등은 이러한 경찰관의 직무집행에 협조하도록 규정하고 있다.

그런데 '유인 질서유지선'이라는 명목으로 집회장소의 일부를 경찰관들이 계속 점유하는 것은 집시법 제19조에서 정한 경찰관의 집회장소 출입에 관한 규정을 형해화시키고 상호간의 협력의무를 정하고 있는 규정취지에도 어긋나는 것이 분명하다.

나) 경직법상 질서유지선으로서 적법한지

(1) 판단의 전제

경직법 제6조 제1항은 "경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.

"고 규정하고 있는데, 위 조항 중 경찰관의 제지에 관한 부분은 범죄의 예방을 위한 경찰 행정상 즉시강제 즉, 눈앞의 급박한 경찰상 장애를 제거하여야 할 필요가 있고 의무를 명할 시간적 여유가 없거나 의무를 명하는 방법으로는 그 목적을 달성하기 어려운 상황에서 의무불이행을 전제로 하지 아니하고 경찰이 직접 실력을 행사하여 경찰상 필요한 상태를 실현하는 권력적 사실행위에 관한 근거조항이다.

행정상 즉시강제는 그 본질상 행정 목적 달성을 위하여 불가피한 한도 내에서 예외적으로 허용되는 것이므로, 위 조항에 의한 경찰관의 제지 조치 역시 그러한 조치가 불가피한 최소한도 내에서만 행사되도록 그 발동·행사 요건을 신중하고 엄격하게 해석하여야 하고, 그러한 해석·적용의 범위 내에서만 우리 헌법상 신체의 자유 등 기본권 보장 조항과 그 정신 및 해석 원칙에 합치될 수 있다.

따라서 경찰관은 형사처벌의 대상이 되는 행위가 눈앞에서 막 이루어지려고 하는 것이 객관적으로 인정될 수 있는 상황이고, 그 행위를 당장 제지하지 않으면 곧 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 상황이어서, 직접 제지하는 방법 외에는 위와 같은 결과를 막을 수 없는 절박한 사태일 때에만 경찰관직무집행법 제6조 제1항에 의하여 적법하게 그 행위를 제지할 수 있고, 그 범위 내에서만 경찰관의 제지 조치가 적법한 직무집행으로 평가될 수 있는 것이다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2007도9794 판결 참조). 그리고 이와 같은 법리는 경찰관이

경직법 제5조 제1항에 따른 조치를 하는 경우에도 그대로 적용된다.

## (2) 판단

기록에 의하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정을 종합하여 보면, 이 사건 당일 집회장소 내에 질서유지선을 설치하여야 할 필요가 있을 정도의 급박한 경찰상의 장애가 있었던 것이라고 볼 수 없다.

따라서 이 사건 질서유지선이 경직법 제5조 제1항, 제6조에 근거하여 적법하게 설정된 것이라고 볼 수는 없다.

이 사건 발생 이전에 △△△ 앞에 설치된 천막의 철거여부를 둘러싸고 여러 가지 문제가 발생하였고, 그 대집행과정에서도 공무원과 □□□ 대책위 사이에 충돌이 빚어지기도 하였다.

그러나 2013. 5.경 이후 △△△ 근처에서 있었던 일련의 집회·시위 과정에서 이 사건 화단에 침범하여 이를 훼손하려 하는 행위가 있었다고 볼 만한 증거는 부족하다.

이 사건 집회 전날인 2013. 7. 24.에도 집회참가자들은 이 사건 화단 내로 진입하려는 시도를 한 사실이 없었고, 이 사건 집회 당일인 2013. 7. 25.에도 집회참가자들이 이 사건 화단 내로 진입하려는 시도를 한 사실은 없었다.

이 사건 집회 당시 □□□ 대책위와 관련을 가진 사람들도 집회에 일부 참가하였지만, 그들 중에 집회주최자의 통제에 따르지 않고 개별적으로 행동한 사람은 없었던 것으로 보인다.

이 사건 집회현장에 출동한 경찰관들은 약 300명 정도였고, 집회참가자들은 수십 명 정도에 불과하였다.

현장에 출동한 경찰관들로서는 집회장소 외곽에서 이 사건 집회의 상황을 지켜보다가 급박한 위험이 발생할 경우에 집회장소로 진입하여도 충분하였을 것으로 보인다.

집회참가자들은 집회주최자가 신고한 질서유지인과 협의하여 집회장소 내에서 자율적으로 질서를 유지할 권리가 있다.

따라서 집회의 질서가 혼란스럽게 되기는커녕 집회가 시작하기도 전에 경찰이 미리 집회장소에 진입하여 집회장소의 일부를 점유하는 것은 집회참가자들의 자율적 질서유지권을 침해하는 것으로서 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다고 보아야 한다.

## 2) 공무집행방해죄의 성립 여부에 대한 판단

형법 제136조가 규정하는 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 성립하는 것이고, 여기서 적법한 공무집행이라고 함은 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리키는 것이므로, 이러한 적법성이 결여된 직무행위를 하는 공무원에게 대항하여 폭행이나 협박을 가하였다고 하더라도 공무집행방해죄가 성립한다고 볼 수는 없다(대법원 2005. 10. 28. 선고 2004도4731 판결, 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011도7259 판결 등 참조).

앞서 본 바와 같이 이 사건 질서유지선은 집시법 또는 경직법에 따라 적법하게 설정된 것이라고 볼 수 없고, 그 설정경위나 형태 등에 비추어 볼 때 집회의 자유를 현저하게 침해한 것으로서 그 위법의 정도도 가볍지 않다.

이와 같이 위법하게 설정된 질서유지선을 계속 고수하려던 피해자의 행위는 형법적으로 보호하여야 할 필요가 있는 공무집행에 해당한다고 볼 수 없으므로, 적법성이 결여된 직무행위를 하는 피해자에게 대항하여 피고인들이 유형력을 행사하였다고 하더라도 이를 들어 공무집행방해죄가 성립한다고 볼 수는 없다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 나. 피고인들의 2013. 7. 25.자 체포치상의 점

##### 1) 체포죄가 기수에 이르렀는지에 대한 판단

형법 제276조 제1항 소정의 체포죄는 침해범이자 계속범으로서의 성격을 가지고 있으므로, 신체활동의 자유를 박탈하는 행위가 일정 시간 계속되고 그 행위태양이나 신체구속의 정도 등에 비추어 신체활동의 자유가 현실적으로 침해되었다고 볼 수 있는 때에 기수에 이르게 된다.

따라서 그와 같은 정도에 이르지 못하는 일시적·부분적인 자유 박탈은 체포의 고의가 있는 경우에는 체포죄의 미수범이 성립하고, 체포의 고의가 없는 경우에는 폭행죄 등이 성립할 수 있을 뿐이다.

기록에 의하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정을 종합하여 보면, 피고인들의 행위는 피해자의 신체활동의 자유를 일시적·부분적으로 박탈한 데에 그친 것이므로, 이를 들어 체포죄의 기수에 이르렀다고 볼 수는 없다.

같은 취지의 원심판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

검사의 이 부분 주장도 이유 없다.

피고인들의 체포행위가 지속된 시간은 약 1분 10초 정도에 불과하였다.

피고인들이 체포행위에 착수한 직후부터 현장에 있던 국가인권위원회 조사관이 피해자의 몸이나 왼쪽 팔을 붙잡으면서 피고인들의 행위를 저지하려 하였고, 그와 더불어 다수의 경찰관들이 피고인들과 피해자를 에워싸는 바람에 피고인들은 체포행위에 착수한 지점으로부터 약 20m 정도 떨어진 곳까지 피해자를 끌고 가는데 그쳤다.

피해자의 주위에는 피해자의 지휘를 받는 경찰관들이 다수 대기 중이었고, 그 중 일부가 피고인들을 저지하기 위해 피고인들 및 피해자에게 다가갔으나 피해자는 끌려가면서도 도움을 요청하기보다는 “놔둬, 채증해”라는 지시를 반복하였다.

피해자는 끌려가던 도중에 멈춰 서서 피고인들 및 집회참가자들과 언쟁을 하거나 피고인 2로부터 “교통방해죄로 체포한다”는 취지의 말을 듣게 되자 “교통방해죄가 뭔지 아느냐”고 반문하는 등 실랑이를 벌이기도 하였다.

##### 2) 체포치상죄의 성립 여부에 대한 판단

체포치상죄에 있어서의 상해는 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되는 것을 말하는 것으로서, 피해자가 입은 상처가 극히 경미하여 굳이 치료할 필요가 없고 치료를 받지 않더라도 일상생활을 하는 데 아무런 지장이 없으며 시일이 경과함에 따라 자연적으로 치유될 수 있는 정도라면, 그로 인하여 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되었다거나 생활기능에 장애가 초래된 것으로 보기 어려워 체포치상죄에 있어서

의 상해에 해당한다고 할 수 없다.

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정을 종합하여 보면, 피해자가 피고인들의 체포행위로 인해 생활기능에 장애가 왔다거나 건강상태가 불량하게 변경되어 상해를 입은 사실이 합리적인 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 보기 어렵다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장도 이유 없다.

다.

#### 피고인 3의 2013. 8. 21.자 공무집행방해의 점

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정을 종합하여 보면, 남대문경찰서 소속 경찰관 공소외 21, 공소외 22가 2013. 8. 21. 집회장소에서 질서유지업무를 수행한다는 명목으로 집회참가자들에게 유형력을 행사하거나 공소외 2를 현행범으로 체포하려 한 행위는 적법한 직무집행으로 볼 수 없으므로, 그와 같은 행위를 제지하려 한 피고인 3의 행위가 공무집행방해죄를 구성한다고 볼 수는 없다고 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

검사의 이 부분 주장도 이유 없다.

#### 5. 피고인들과 검사의 양형부당 주장에 대한 판단

피고인들은 인권 옹호와 사회정의의 실현이라는 변호사로서의 직업적 소명을 다하기 위하여 노력하여 온 것으로 보이고, 개인적 이익을 위하여 이 사건 집회에 참가한 것이 아니라 △△△ 앞에서 집회의 자유가 제한되고 있는 현실에 대해 문제제기를 하기 위하여 이 사건 집회에 참가하였던 것으로 보인다.

남대문경찰서장이 집회장소 내에 설정한 이 사건 질서유지선은 집시법이나 경직법의 규정에 따라 적법하게 설치된 것이라고 볼 수 없으므로, 그와 같은 위법한 질서유지선의 제거를 요구하는 과정에서 피해자와 물리적 충돌을 빚은 피고인들의 행위는 그 동기와 목적에 있어서는 참작할 만한 사정이 인정된다.

그러나 행위의 동기와 목적이 아무리 정당성을 띤다고 하더라도 그와 같은 목적을 실현하는 방식에 있어서 불법적인 수단까지 용인될 수는 없다.

특히 헌법상 보장된 집회·시위의 자유가 기본권으로서 온전히 그 역할을 다하기 위하여는, 집회·시위의 권리를 두텁게 보장하는 것과 함께 그러한 권리보장이 공공의 안녕질서 더 나아가 전체 법질서와도 적절한 조화를 이룰 필요가 있다는 점을 고려하여 보면 더욱 그러하다.

피고인들이 피해자를 현행범으로 체포할 만한 상황이 아니었음에도 불구하고 이 사건 질서유지선의 적법 여부를 둘러싸고 감정적으로 대응하는 과정에서 집회현장에 출동한 경찰관들 중 현장책임자인 피해자를 현행범으로 체포

하려 한 것은, 그 수단이나 방법이 적절하지 못하다는 점에서 책임을 면하기 어렵다.

그 밖에 피고인들의 연령, 성행, 환경 등 이 사건 변론에 나타난 모든 양형조건 등을 종합하면, 원심이 피고인들에 대하여 선고한 형이 너무 무겁거나 가벼워서 부당하다고 할 수는 없다.

따라서 피고인들과 검사의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

#### 6. 결론

그렇다면 피고인들과 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 모두 기각한다.

[별지 생략]

판사 황한식(재판장) 신숙희 김종기