

침묵시위 금지에 대한 가처분 신청 기각 결정¹⁾

1. 개요

앞의 사례와는 달리 신청인이 코로나 확산방지조치를 충분히 감안하지 않은 계획을 짜서 집회를 신고하였다. 그는 이전에도 코로나사태 이후 집회를 개최하면서 코로나 전염의 위험을 무시한 진행을 한 적도 있다. 연방헌법재판소는 그가 제기한 가처분신청사건에서, 중도에 집회계획을 좀 더 철저히 하였다는 사정변경이 있으면 이에 관해 원심을 거쳤어야 했는데 그러지 않았다하여 보충성원칙 위반으로 그 신청이 부적법하다 하면서도, 결과형량을 통해 신청이 이유 역시 없다고 판단하였다.

2. 사실관계

신청인은 코로나 전염병 퇴치를 위한 국가의 조치에 반대하여 “유럽인들을 베를린으로 초대합니다 - 자유와 평화를 위한 축제 캠프(Berlin invites Europe - Fest für Freiheit und Frieden - Camp)”를 모토로 2020년 8월 30일에서 9월 14일까지 지속적인 침묵시위를 계획하였다. 2020년 8월 22일 집회 신고를 하였으나, 관할청이 이를 금지하자, 이에 대해 행정심판을 제기하고 금지처분에 대한 정지효의 부활을 관할 행정법원에 신청하였다. 이 신청은 베를린-브란덴부르크 고등행정법원에 이르러 2020년 8월 29일 기각되었다. 그 이유는 신고에 행사의 목적과 행사를 진행하기 위한 제반 시설(표지판, 확장장치, 무대, 텐트 등)에 관한 구체적인 내용이 없어, 신청인이 계획한 저

1) 2020년 8월 30일자 사건번호 1 BvQ 94/20

항캠프가 기본법 제8조 제1항에 따라 보호되는 집회에 해당하는지, 만약 그렇다면 어느 정도로 보호되는 것인지 확정할 수 없다는 것이었다. 하지만 신청인이 다시 새로운 신고를 하면서 집회의 성격을 밝힐 기회는 있다고 하였다.

이에 따라 신청인은 2020년 8월 29일 신고내용을 구체화하였다. 토론공간이 될 무대로 60개의 화물차를 동원할 것이며, 명상과 예배로 아침을 시작하고 이어서 “우리는 미래에 어떻게 더불어 살기를 원하는가”를 주제로 새로운 민주주의에 관한 발제와 토론을 한다는 것이 주요 내용이며, 이에 텐트와 숙박차량, 무대와 기타 기술적 장치가 필요하다고 하였다. 하지만 행정청은 이 구체적인 내용의 신고를 수리하지 않고, 2020년 8월 30일에 캠프가 해체되었다.

3. 결정주문

가처분 신청을 기각한다.

4. 결정이유

(1) 이 신청은 부적법하다.

이 신청은 헌법재판소에 의한 긴급구제절차에 적용되는 보충성을 충족하지 못한다. 일반법원을 통한 권리구제수단이 더 이상 없는 경우에만 비로소 연방헌법재판소에 신청할 수 있는 것이다.

신청인은 베를린-브란덴부르크 고등행정법원의 결정 이후 원래 신고한 지

속적 침묵시위의 계획내용을 구체화했다고 주장하였다. 이로써 신청인은 그 고등행정법원이 결정할 당시에 고려할 수 없었던, 새로운 사실관계에 근거를 둔 것이다. 따라서 헌법재판소의 긴급권리구제절차에도 적용되는 보충성의 원칙에 따라 신청인은 먼저 변경된 사정을 계기로 새로이 일반법원에 긴급권리구제를 구하여야 한다. 하지만 신청인은 집회관할청에 변경된 신고를 하였으나 거부되었다는 사실 외에, 이와 관련하여 일반법원에 긴급구제절차를 구하였으나 배척되었다는 사실까지 진술하지는 않았다.

(2) 이 신청은 이유 역시 없다.

1) 신청인의 판단과 달리 권리보호를 하지 않는다고 해도 그것만으로 연방헌법재판소법 제32조 제1항2)이 규정하는 공공복리에 심각한 위험이 발생할 정도로 헌법소원의 인용가능성이 명백하지 않다.

여기서 문제가 되는 저항캠프의 금지는 집회법 제15조 제1항에 근거를 두고 내려졌다. 앞의 고등행정법원이 인정한 관할청의 판단에 의하면, 이 캠프를 진행하는 경우, 집회 참가자들이 감염방지를 위해 정한 최소한의 간격을 준수하지 않을 것이기 때문에 공공의 안전에 직접적인 위험이 될 것이 우려된다고 한다. 그리고 금지조치의 비교 관점에서 보자면, 주어진 이 상황에서는 좀 더 완화적이면서도 위험방지에 그만큼 적절한 조치가 현실적으로는 없다고 한다.

기본법 제8조 제1항에 규정된 집회의 자유에 대한 제한은 기본법 제2조 제2항 제1문3)에 근거를 둔, 생명과 신체의 완전성에 관한 제3자의 권리를 보호하기 위하여 정당화된다. 비례원칙의 엄격한 유지를 전제로, 감염 위험의 방

2) “연방헌법재판소는 분쟁사건에 있어서, 중대한 손실의 방지나 임박한 폭력의 저지를 위하여 또는 공공복리를 위한 기타 중요한 이유에서 긴급하게 필요한 경우에는, 가처분으로써 잠정적 결정을 할 수 있다.”

3) “모든 사람은 생명과 신체를 훼손당하지 않을 권리를 갖는다.”

지를 목적으로 집회를 제한하는 조치 역시 취할 수 있다. 이러한 관점에서, 집회 금지 외에 더 완화된 수단을 쓸 수 없는 상황이라면, 기본법 제8조 제1항에서 도출되는 기본권이 심각하게 제한된다고 하여도 비례관계에서 벗어나지 않는 한도 내에서는 집회금지를 내릴 수 있다. 일정한 최소 간격을 준수할 의무와 더불어 이 최소 간격을 넘지 않도록 참가자 수의 제한과 같은 부담을 고려할 수 있다. 이를 넘어서 집회법 제15조 제1항의 부담에 해당하는, 로버트 코흐 연구소의 판단에 따르면 어쨌든 감염의 속도를 늦추는 데에 유용하다는 마스크 착용의 의무를 집회참가자에게 부과할 수도 있을 것이다. 그밖에 집회 방식에 관한 규율로, 집회 장소를 고정시킨다거나, 감염 방지라는 취지에 더욱 적절한 대안이 될 수 있는 다른 장소로 옮기는 것도 고려할 수 있다.

이러한 관점에서 보자면, 이 사건에서 문제된 금지처분이 비례의 원칙에 위배하여 신청인의 집회의 자유를 침해한다는 것이 명백하지 않다. 관할청이 내린 위험진단이 최소한 명백히 부당하지는 않다. 이 행정청은 무엇보다 신청인이 2020년 8월 1일 동일한 장소에서 유사한 모토로 개최한 집회의 정황을 관찰한 결과를 판단의 근거로 하였다. 당시의 집회에서 수많은 간격 위반과 마스크 착용 위반 사례가 나와 결국 집회를 해산하기에 이른 것이었다.

2) 위와 같은 판단에 따른 결과형량⁴⁾은 신청인에 불리하다.

가처분이 내려지지 않았지만, 본안절차를 마친 후에 그 캠프의 금지가 위헌이라고 판명되는 경우, 기본법 제8조 제1항에서 도출되는 신청인의 집회의 자유는 침해될 것이다. 단지 신청인의 측면만이 아니라, 민주적 공동체 전체의 관점에서 자유로운 국가질서를 위한 집회의 자유가 갖는 의미에 비추어

4) 독일 연방헌법재판소가 가처분의 필요 여부의 심리에 관해 확립한 판단방식이다. '가처분을 하지 않았는데 본안에서 승소하게 되는 경우 어떤 결과가 발생할 것인가'와 '가처분을 했는데 본안청구가 이유 없는 것이라는 심판이 내려진 경우 어떤 결과가 발생할 것인가'라는 이중적 가정을 하고 그에 따른 가설적 결과들에 대한 형량을 통해 가처분 인용 여부를 결정하게 된다.

이 기본권 침해는 상당히 심각하다. 반면에 가처분이 내려지고, 추후에 그 캠프의 금지가 적법하다고 판명되는 경우, 기본법 제2조 제2항의 생명·신체를 훼손당하지 않을 권리와 관련한 공동체 다수의 일반인의 이익이 영향을 받는다.

각각의 이익을 형량한 결과는 신청인에 불리하다. 감염의 위험을 충분히 방지할 여건을 확보하고 캠프를 진행하는 것이라면 그 결과가 전혀 달라질 것이다. 이를 위해서는 적절한 위생계획이 필요하다. 신청인이 2020년 8월 29일 구체화한 신고에 따르면, 이전에 신고하고 진행한 집회를 계기로 제시한 위생계획을 이 사건에서 문제된 저항캠프에도 적용한다고 하였다. 이 계획에서는 마스크 착용을 포기하고, 질서유지인을 투입하여 최소 간격을 확보하는 데에 중점을 두고 있다. 신청인은 이전에 진행된 집회의 경험에 비추어 자신의 계획이 실제로 적절한지 평가하고, 필요한 경우 이를 수정했어야 했다. 하지만 그렇게 했다고 진술되지도 않았고, 이를 인정할만한 자료도 없다. 덧붙일 것은, 이 계획이 단 하루 동안의 집회에 맞추어진 것인데, 14일의 기간에 걸쳐 예정된 집회에서도 현실적으로 이 계획대로 실현될 수 있을지에 관해서 신청인은 아무 진술도 하지 않았다. 특히 집회에서 중요한 질서유지인의 배치에 소요되는 인건비가 그러하다.

5. 결론

연방헌법재판소는 1차적으로 보충성의 문제로 신청이 부적법하다 하였지만, 2020년 8월 30일부터 열기로 기획한 집회의 금지처분에 대한 가처분을 원심에서 같은 달 29일에 배척하였으니, 현실적으로 시간이 촉박하여 당일에 행정청에 신고를 보완하고 즉시 원심에서 다시 주장하면서 집회를 준비할 여유는 없었을 것이다. 이러한 이유에서 이유 유무를 판단한 것으로 보인다.

그 결과형량에서도 객관적 기준 외에 그동안 신청인이 집회를 주최하면서 보인 성향을 고려하였다. 앞의 사례와 포괄하여 연방헌법재판소의 입장을 살펴보면, 집회를 일반적으로, 그리고 기계적으로 금지하지 못하도록 상당히 유의하고 있음을 알 수 있다.