

**감염예방조치를 마련한 집회의 금지에 대한 가처분 신청
일부인용결정¹⁾**

1. 개요

신청인은 코로나 감염방지조치를 감안하여 일련의 집회계획을 세우고, 이를 신고하였으나, 코로나확산방지를 이유로 하는 즉시집행부 집회금지처분이 내려지자, 이에 대해 제기한 행정심판을 계기로 연방헌법재판소에 잠재상태의 정지효를 부활시키는 가처분을 신청하였다. 동 재판소는 본안판단을 기다리면 회복할 수 없는 손해가 발생할 우려가 있다고 보아, 승소가능성을 기준으로 판단하여 처분의 즉시집행성을 배제하여 집회금지의 정지효를 확보하였다.

2. 사실관계

신청인은 “기본권 약화 없는 건강 증진 - 인간으로부터의 보호가 아닌, 바이러스로부터의 보호”라는 모토 하에 일련의 집회를 계획하여 이 사건의 피신청인인 기센(Gießen)시²⁾에 신고하였다. 집회일시로 2020년 4월 14, 15, 16, 17일에 각각 14시부터 18시까지를 열거하고, 예상 참여자수를 약 30명이라 하였다. 매번 기센시의 베를린 광장에서 약 2시간 집결 집회를 한 후 몇 개의 도로를 경유하는 시위를 하면서 중간 중간 정지하여 3-15분간씩 집회를 한다는 계획이었다. 동시에 신청인은 원심절차의 피신청인에 “CoViD-19로 인한 감염방지조치”를 하려 한다고 통지하였다. 구체적으로 다음과 같다: “집회참가자들이 안전거리 준수를 위한 표지를 기준으로 머물되, 표시된 집

1) 2020년 4월 15일자 사건번호 1 BvR 828/20

2) 헤센주 북부의 중심도시

결지점까지 질서유지인이 안내를 한다. 집결지의 표지는 전후로 10미터, 좌우로 6미터의 간격으로 표시될 것이며, 각각은 한 개인 또는 한 가족에 배분된다. 발언은 각 발언자의 휴대폰을 통해 확성기로 전달된다. 이동 중에는 정해진 간격이 유지될 것이며, 새로운 집회참여자는 후미로 집결할 것이다. 그 외의 감염방지조치에 대한 제안이 있다면 환영하며, 그에 따른 의무를 준수할 것이다. 집회는 전단과 인터넷을 통해 홍보한다.”

원심절차의 피신청인은 집회법 제15조 제1항3)에 근거하여 집회금지 처분을 하고 이에 즉시집행명령을 부가하였다.⁴⁾ 그 이유는 다음과 같다: “집회를 실행하는 경우 공공의 안전과 공공질서에 직접적으로 위협을 초래한다. 그리고 ‘코로나 바이러스 퇴치를 위한 헤센 주정부 명령’ 제1조 제1항5)에 위반된다. 이에 따라 금지되는 행태에 공공집회 역시 포함되며, 경험에 의하면 어떤 종류의 집회에서도 최소 간격이 지켜지지 않는다. 신청인 역시 이를 확실히 할 수 없다. 그러한 집회는 코로나에 관한 주정부의 명령을 준수하는 시의 주민 대부분에게 도발로 여겨져 공공질서에 직접적인 위협을 초래한다.”

신청인은 행정심판을 청구하고, 기센 행정법원에 행정심판 제기를 통한 집

3) “처분 당시의 상황에 비추어 집회 또는 시위를 실행하는 경우 공공의 안전이나 질서에 직접적인 위협이 초래되는 경우 관할 행정청은 그 집회 또는 시위를 금지하거나 일정한 부담을 부과할 수 있다.”

4) 독일 행정소송법(VwGO) 제80조

(1) 행정심판과 취소소송(이 제기된 경우)에는 정지효가 있다. (생략)

(2) 다음의 경우에만 정지효가 없다.

1. (생략)

2. (생략)

3. (생략)

4. 공익 또는 관련자의 우월한 이익을 위하여 처분청 또는 재결청이 별도로 즉시집행을 명한 경우

(3) 제2항 제4호의 경우 행정행위의 즉시집행을 위한 특별 이익에 관해 문서로써 이유 제시를 하여야 한다. 지체할 경우 생명이나 건강, 소유권의 손실과 같은 위협이 있어 해당청이 공익을 위해 그 자체로 명백한 비상조치를 취하는 경우에는 별도의 이유제시가 필요 없다.

(5) 본안의 관할법원은 신청에 따라 (중략) 제2항 제4호의 경우 정지효의 전부 또는 일부를 부활시킬 수 있다. 이 신청은 취소소송의 제기 이전에도 허용된다. (중략) 정지효의 부활은 안전조치의 이행이나 기타 부담을 조건으로 할 수 있다. 그 부활에는 기간을 부여할 수도 있다.

(이하 생략)

5) 2020년 3월 14일 동 명령의 제정(동월 3월 17일 공포) 당시에 제1조 제1항은 “코로나 바이러스 확산을 방지하기 위하여 참여자가 100명을 초과하거나 초과할 것으로 추산되는 집회는 공개 여부를 불문하고 금지한다”고 하였으나, 3월 중에 계속 개정을 하면서 “가족 이외의 타인과의 접촉은 절대적으로 필요한 최소한으로 제한한다”고 엄격하게 규정하였다. 이 명령은 헤센에서 코로나에 관해 제정한 제1의 격리명령 및 제2의 방문금지명령과 더불어 사회적 접촉 제한에 관한 제3의 명령이며, 이후 제4의 시설폐쇄명령과 제5의 불요불급한 의료처치 제한 명령이 추가된다. 제정 당시 제3의 명령 제2조에서 2020년 4월 19일 실효된다고 규정하였지만, 계속 개정되어 2020년 10월 19일 현재 2021년 1월 31일까지 효력을 갖는다고 규정하고 있다.

행정지효력의 부활을 신청⁶⁾하였으나 배척되었고, 헤센 행정법원은 이에 대한 항고를 2020년 4월 14일 배척하였다. 같은 날 신청인은 헌법소원을 제기하고 동시에 연방헌법재판소법 제32조 제1항에 따른 가처분으로써 자신이 제기한 행정심판의 집행지 효력을 부활시킬 것을 신청하였다.

3. 결정주문

신청인이 2020년 4월 8일자 기센시의 처분(32 21 00/Ha/Dr)에 대해 제기한 행정심판의 정지효가, 신청인이 2020년 4월 4일 신고한 집회 중 2020년 4월 16일과 17일자 집회의 금지에 한하여 부활한다.⁷⁾

기센시는 당 재판부 결정의 취지를 고려하여 상기 집회의 실행을 집회법 제15조 제1항에 근거하여 일정한 부담을 지울 것인가 또는 금지할 것인가에 관하여 의무에 합당한 재량에 따라 새로이 결정할 기회를 가진다.

그 외의 가처분신청은 기각한다.

4. 결정이유

중대한 손실의 방지나 급박한 폭력의 저지를 위하여 또는 공공복리를 위한 다른 중요한 이유에서 긴급히 필요한 경우에는, 연방헌법재판소법 제32조 제1항에 따라 연방헌법재판소가 분쟁사건에서 가처분을 통해서 범상태를 잠정

6) 위에서 보았듯이 독일 행정소송법 제80조에 의하면, 행정처분에 대하여 행정심판 또는 취소소송이 제기되면 원칙적으로 그 처분의 집행이 정지되나(‘정지효’, 제1항) 처분청이 별도로 즉시집행을 명한 경우에는 정지효가 없다(제2항 제4호). 다만 이 경우에도 당사자의 신청에 따라 법원이 정지효의 전부 또는 일부를 부활시킬 수 있다(제5항). 신청인은 이 조항에 따라 집행지효력의 부활을 신청하였던 것이다.

7) 이 사건의 결정일이 4월 15일이므로, 결정일 이후로 예정된 16일, 17일 집회에 관해서만 인용결정 하였다.

적으로 규율할 수 있다. 여기서 문제가 되는 권력작용의 위헌성을 뒷받침하는 사유는 원칙적으로 고려하지 않는다. 하지만 헌법소원의 승소가능성이 결정적인 경우가 있는데, 가구제절차에서 행정법원의 결정이 내려지고 여기서 본안에 관한 판단도 이루어지는 경우, 특히 가구제를 배척하게 되면 청구인이 침해되었다고 주장하는 권리가 회복될 수 없는 경우, 즉 본안 결정이 너무 늦게 내려지는 경우가 그것이다. 이에 비추어보면, 집회 금지를 계기로 행정심판 제기의 정지효를 부활시키기 위한 가구제 신청에 대해 판단하여야 하고, 헌법소원절차나 본안절차가 종결될 때까지 기다린다면 집회의 목적이 달성되기 어려운 경우, 긴급구제절차에서 파악할 수 있는 헌법소원의 승소가능성을 고려해야 한다.

이에 비추어보면 피신청인의 금지처분으로써 기본법 제8조8)에서 도출되는 기본권이 침해되는 것이 명백한 경우에는 가처분명령이 내려질 필요가 있다. 기본법 제8조 제1항은 평온하고 비무장이라면 신고나 허가 없이 집회를 할 권리를 모든 독일인에게 보장한다. 옥외집회의 경우에는 이 권리가 동조 제2항에 따라 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여 제한될 수 있다. 어떠한 경우든 ‘코로나 바이러스 퇴치를 위한 헤센 주정부 명령’이 같은 가족이 아닌 2인 이상의 옥외집회에 대한 일반적인 금지를 내용으로 하지 않는다. 이에 반하여 원심절차의 피신청인은 이 법규명령 제정자가 “집회법에 근거한 공개집회 역시 분명히 차단할” 의지를 가진 것으로 보았다. 어쨌든 문제의 금지 처분에서 한 가족이 아닌 2인 이상의 집회는 일반적으로 금지한다는 입장이라는 것이다. 이러한 부당한 판단을 바탕으로 원심절차의 피신청인은, 기본권으로 보호하는 집회의 자유 역시 고려하여 집회법 제15조 제1항이 부여한 재량을 행사하도록 그 명령 제1조에서 관할청에게 결정의 여지를 부여하였다는 점을 간과함으로써 기본법 제8조 제1항을 위반하였다. 이미 이 점에서 보아도 피신청인은 애초에 기본법 제8조 제1항에서 도출되는 신청인의

8) 기본법 제8조

(1) 모든 독일인은 신고나 허가 없이 평온하게 그리고 무기를 휴대하지 않고 집회를 할 권리를 갖는다.
(2) 옥외집회의 경우에는 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여 이 권리가 제한될 수 있다.

기본권이 갖는 중요성과 효력범위를 적절히 고려하지 못했다. 이를 넘어 원심절차의 피신청인이 개별 사안의 구체적인 상황을 충분히 고려하지 않고 이 집회가 헤센 주정부 명령 제1조에 부합하는지에 관해 결정을 하였다는 점 때문에도 역시, 그가 내린 결정은 기본법 제8조 제1항의 규정에 어긋난다. 원심절차의 피신청인이 어떤 집회에든 제기될 수밖에 없는 우려 사항을 집회금지의 이유로 주장하고 있으며, 이에 따르자면 기본법 제8조 제1항의 의미를 고려하여야 하는 동 명령 제1조에서 도출되는 판단의 여지가 무시되는 결과가 된다.

5. 결론

연방헌법재판소는 기본법상의 집회의 자유와 집회법 제15조 제1항을 근거로 행정청이 근거로 삼았던 법규명령이 오히려 “같은 가족이 아닌 2인 이상의 옥외집회에 대한 일반적인 금지를 내용으로 하지 않는다”고 해석함으로써 행정청의 재량여지를 인정하여 신청인의 신청을 인용하였다. 이 결정 이후 관할행정청은 집회시간과 집회참가자의 수를 제한하고, 마스크 착용의 의무를 부과하면서 집회를 허가하였다.⁹⁾ 이 결정은 일반적 금지처분의 위법성을 확인하고, 행정심판의 정지효를 부활시킴으로써 집회의 자유가 갖는 가치를 존중하였다는 데에 의미가 있다고 할 것이다.

9)

<https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/corona-kein-generelles-versammlungsverbot-in-hessen-16727883.html>