코로나 바이러스 확산방지를 위한 학교폐쇄에 대한 헌법소원[1)]

1. 사건개요

코로나 사태 대응에 필요한 조치가 자유에 대한 제한을 수반하기 마련이므로 각 주정부가 이를 꺼려하자, 2021년 4월 22일 연방참사원에서 의결된 '제4차 국가 전역의 감염상태에서 국민의 보호를 위한 법률'[2)]을 통해 연방의 긴급개입(Bundesnotbremse)을 도입하였다. 지역별로 코로나19 발병의 정도를 지수화하여 이를 기준으로 대응조치가 자동적으로 이루어지고, 주정부의 결정과 처분이 별도로 필요하지 않도록 법률에 근거를 둔 것이다. 인간 감염병의 방지와 퇴치를 위한 법률[Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen: Infektionsschutzgesetz(IfSG), 이하 '감염방지법'이라 함] 제28b조 제3항[3)]에 따른 학교폐쇄명령 역시 이러한 일련의 조치 중 하나이다. 특히 일정한 시나 군에서 3일 연속 7일 발병도(Relevanz)가 165의 한계치를 초과하는 경우, 그 다음다음날부터 일반학교와 직업학교에서 출석수업의 시행은 금지된다. 각 주는 졸업반 등의 경우에 수업금지의 예외를 인정할 수 있으며, 각 주가 정한 기준에 따라 긴급한 경우에 적절한 조치를 할 수 있다. 일반학교와 직업학교의 출석수업 시행은 적절

---

1) 2021년 11월 19일자 사건번호 1 BvR 971/12, 1 BvR 1069/21.

2) 독일에서는 일정한 개혁취지에 따라 관련되는 여러 법률과 하위법령을 일괄하여 제정 및 개정하고 이에 개혁의 취지에 맞춘 법률의 명칭을 붙이는 실무가 정착되어 있는데 이를 일괄입법(Paket-, Mantel-, Artikelgesetz)이라 한다. 코로나 사태의 극복을 위한 일괄입법인 국가 전역의 감염상태에서 국민의 보호를 위한 법률은 이 사건 당시 4차까지 개정되었으며, 이를 통하여 감염방지법 제28b조가 추가되었다.

3) 감염방지법 제28b조
(3) 일반학교와 직업학교의 출석수업 시행은 적절한 보호 및 위생기준이 준수된 경우에만 허용되며, 학생과 교사는 일주일에 2회 검정된 방식으로 코로나 바이러스 감염검사를 받은 경우에만 출석 수업에 참여할 수 있다. 일정한 시나 군에서 3일 연속 7일 발병도가 100의 한계치를 초과하는 경우, 그 다음다음날부터 일반학교와 직업학교, 대학, 성인교육을 위한 교외 시설 기타 유사한 시설에서 출석수업은 격일제로 시행된다. 일정한 시나 군에서 3일 연속 7일 발병도가 165의 한계치를 초과하는 경우, 그 다음다음날부터 일반학교와 직업학교, 대학, 성인교육을 위한 교외 시설 기타 유사한 시설에서 출석수업의 시행은 금지된다. (이하 생략)

한 보호 및 위생기준이 준수된 경우에만 허용되며, 학생과 교사는 일주일에 2회 검정된 방식으로 코로나 바이러스 감염검사를 받은 경우에만 출석 수업에 참여할 수 있다. 발병도가 한계치 이하인 경우 그 제한조치는 실효된다. 이 규정의 효력은 국가 전역의 감염상태가 확정된 기간 동안에만, 그리고 2021년 6월 30일까지만 효력을 갖는다.

이에 대하여 뮌헨과 슈배비쉬-할(Schwäbisch-Hall)에 거주하는 학생과 학부모가 헌법소원을 제기하였다.[4] 심판청구를 한 학생들은 교육의 권리 침해를 주장하며. 이 심판청구인의 부모들은 무엇보다 출석수업을 금지함으로써 기본법 제6조 제1항[5]에서 보호하는, 가정생활을 자유롭게 형성할 권리가 비례원칙에 위반되어 침해된다고 주장한다.

이에 관하여 재판부는 의료계와 감염연구, 학교, 교육계 등 많은 전문가에게 견해를 표명할 기회를 제공하였다.

2. 결정주문

이 헌법소원들을 기각한다.

3. 결정이유

(1) 감염방지법 제28b조 제3항 제2문과 제3문에 따른 출석수업의 금지가 학교교육을 받을 권리를 침해하지 않는다.

1) 이 금지는 기본법 제2조 제1항 및 제7조 제1항이 보호하는 학교교육을

4) 전자가 사건번호 1 BvR 971/21, 후자가 1 BvR 1069/21이며, 두 사건이 병합되었다.
5) "혼인과 가족은 국가질서의 특별한 보호를 받는다."

받을 권리의 제한이다.

기본법 제2조 제1항에 근거를 둔, 청소년이 자기 인격을 발현할 권리에는 기본법 제7조 제1항에서 도출되는 교육의 책무에 따라 공동체 내에서도 자기책임에 바탕을 둔 인격을 발전시키도록 뒷받침하고 촉진할 것을 국가에 요구할 권리를 포함된다. 여기서 청소년이 자기책임에 바탕을 둔 인격을 발전시킬 균등한 기회를 갖기 위하여 최소한의 교육을 제공할 것을 요구하는 청구권이 도출된다. 헌법적으로 우월한 법익의 보호를 근거로 이 청구권에 대한 예외가 인정될 수는 있다. 학교교육을 받을 권리에는 기존의 학교 시스템을 기반으로 한 국가 교육에 동등하게 접근할 기회가 포함되며, 이를 넘어서 이 기존의 학교 시스템에 변화가 없는데 학교교육의 기회를 제한하는 조치에 대한 방어권 역시 이에 속한다.

학교교육을 받을 권리의, 이러한 방어권적 보장의 차원이 이 사건에서 문제된다. 출석수업의 금지는 비례원칙에 비추어 판단할, 이 권리의 제한이다. 이 금지는 오로지 유행병의 퇴치를 위한 것이며, 학교 시스템 자체는 변함이 없기 때문이다.

2) 출석수업의 금지는 합헌이다. 심판대상인 규정은 특히 비례원칙을 충족한다.

이 금지는, 연방의 긴급개입(Bundesnotbremse)에 해당되는 다른 접촉제한과 마찬가지로 감염을 억제하여 생명과 건강을 보호하고, 보건체계의 부담이 과중하지 않도록 하려는 것이다. 이러한 조치는 법률제정자가 기본법 제2조 제1항 제1문에서 도출되는 헌법적 보호의무를 이행하여 도달하려는 목적에 기여한다.

발병도가 높은 경우 출석수업의 금지는 다른 연방의 긴급개입조치와 더불어 생명과 건강 및 보건체계의 기능성 보호를 촉진할 것이라는 법률제정자의 판단에 헌법적으로 의심의 여지가 없다. 청소년에게서는 중증이 거의 나타나지 않지만, 그들 역시 지금까지 등장한 바이러스의 모든 변이에 역시 감

염되고 전파시킬 수 있다는 것이 중립적인 전문가들이 표명한 견해이다. 그렇다면 학교를 다시 여는 경우 이를 통해 감염이 발생할 수 있는 것이다.

3) 출석수업의 금지는 감염에서 비롯되는 신체와 생명의 위험으로부터 국민을 보호하고, 보건체계의 기능을 유지하는 데에 필요하다.

학교를 열고 정기적인 검진과 위생조치를 하는 등 덜 침익적인 대안을 통하여 출석금지와 적어도 동등한 감염퇴치효과를 볼 수 있다고 명확히 확정할 수 있다면야 그 필요성이 그 부인될 것이다. 하지만 이에 대한 학문적 인식상태에는 불확실성이 지배하고 있다. 여러 중립적인 전문가가 학문에 기반을 둔 평가가 가능하지 않다는 의견을 보였다. 감염방지를 위하여 지금까지 학교에 취한 여러 조치의 효과에 관한 자료가 전혀 수집되거나 분석되지 않았다는 것이다. 따라서 대안이 얼마나 효과가 있을지에 관한 그들의 언명은 모호하다.

4) 심판대상인 법률의 통과 기준 시점의 사실관계나 인식수준에 비추어 출석수업의 금지가 이를 통해 추구하는 목적에 대한 비례성에 어긋나지 않는다.

① 출석수업의 금지가 학교교육을 받을 청소년의 권리에 중대한 제한이 됨은 물론이다. 연방인구연구소(Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung)에 따르면, 2020년 3월부터 2021년 6월까지 전면적, 부분적 학교 폐쇄가 총 173일에 이른다. 독일 교사연합 의장의 발표에 따르면, 전체 평균으로 약 반 학년도의 휴교가 이루어졌다.

② 학교교육을 받을 권리에 대한 이러한 중대한 제한에, 2021년 4월 심판대상인 법률이 통과될 당시 감염으로 인한, 생명과 건강 및 보건체계의 기능성에 대한 위험으로부터 보호한다는 의미에서 압도적인 중요성을 갖는 공공복리가 대립한다. 감염의 경과는 매우 역동적이었다. 감염의 확산이 기하급

수적으로 이루어져서, 수많은 병원들이 비상체제에 돌입하여 계획적인 운영이 곤란한 상황이 닥칠 우려가 있었다. 더구나 더욱 치명적인, 새로운 변이 바이러스가 급속히 확산되는 중이었다.

③ 이 상황에서 법률제정자는, 통제를 벗어난 감염사태를 통하여 생명과 건강 및 보건체계의 기능성에 발생할 위험을 차단할 수 있으려면, 결정적인 접촉지점에서 접촉을 차단하여야 한다고 판단할 수 있다. 이러한 의미에서 출석수업의 금지는 상호보완적인 조치들을 통한 전체 보호체계의 일부인 것이다.

④ 출석수업이 누락됨으로써 이루어지는, 청소년의 학교교육을 받을 권리에 대한 중대한 제약은, 이로써 추구하는 우월한 공익인 생명과 건강의 보호와의 비례성에 어긋나지 않는다.

이 법률이 일방적으로 공익만 우선으로 하는 것은 아니다. 출석수업을 통해 학생이 자기책임에 바탕을 둔 인격을 발전시킬 기본여건인 학교교육이 이루어진다는 점을 염두에 두고, 학교는 다른 접촉지점과 달리 발병도 100 이상이 아니라 165에 이르러야 비로소 폐쇄되도록 함으로써, 출석수업의 중요성을 배려하였다. 또한 각 주정부가 졸업반 등의 예외를 둘 수 있도록 하여서도 출석수업의 금지를 통한 제한의 강도가 완화될 수 있다.

코로나 사태와 같이 위험한 상태가 오래 지속되는 경우, 지속적으로 부담을 주는 위험방지조치의 수인가능성을 판단함에 있어, 가능한 한 자유를 존중하면서 이 조치들을 구성할 수 있는지를 고려하여야 한다. 위험상태와 부담적인 규정의 효력이 오래 지속될수록, 법률제정자가 정확한 지식 획득이 가능한 범위에서는 좀 더 설득력 있는 근거에 바탕을 두고 판단하여야 한다. 하지만 자유의 측면을 존중하는 대안에 관한 연구가 부족한 상황에서 국가가 생명과 신체의 과대한 위험을 무릅써서는 안 된다.

끝으로 단기간의 시한을 둠으로써 학교폐쇄를 통하여 이루어지는, 학교교육을 받을 권리의 중대한 제한을 수인할만하게 하였다. 2021년 4월 당시 법률제정자는 생명과 건강의 보호를 위한 접촉제한조치가 매우 긴급하며 공공

복리에 중요하다는 판단에서 “연방의 긴급개입”을 통과시켰는데, 이는 애초에 이 사태가 어떻게 진전될 것인지 지켜보자는 전제에서 이루어진 것이다. 감염사태의 역동성이 “연방의 긴급개입” 조치를 통해 깨질지, 그렇다면 언제쯤일지, 여기서 바이러스 신종 변이는 어떠한 작용을 할 것인지에 관해 확언할 수 있는 것은 없었다. 그 헌법적 평가가 잠정적이라는 점은 당시 시작한 백신 캠페인에서 잘 나타난다. 지금까지의 전문가적 판단에 따르면, 백신을 맞지 않은 학생이 감염된 경우, 백신을 맞지 않은 성인과 달리 이환(罹患)되는 경우가 드물며, 통상 기저질환이 있는 경우에만 중증으로 나타난다. 따라서 법률제정자는, 백신이 일반화되면 출석수업의 금지가 점차 그 정당성을 잃을 것이라고 여겼음에 틀림없다. 이는 출석금지의 영향을 특히 강하게 받는 초등학교 학생의 경우에 더욱 그러하다. 이러한 일련의 조치에 단기의 시한을 둠으로써, 학교교육을 받을 권리에 대한 중대한 제한이 더 이상 정당화되지 못하는 시점까지 출석수업의 금지가 적용되지 못하도록 보장하였다.

(2) 출석수업의 금지는 기본법 제6조 제1항에 따른 가족에 관한 기본권에 위반하지도 않는다.

1) 학부모는 출석수업의 금지에 대하여, 이와 결부되어 추가적으로 부양하여야 하고 가정생활과 직업적 활동에 부담을 준다하여, 기본법 제6조 제1항에 따른 가족에 관한 기본권에서 도출되는 방어권을 갖지 못한다. 이 부담이 가족에 관한 기본권을 간접적-사실적으로 제한한 결과(Ergebnis eines mittelbar-faktischen Eingriffs)는 아니다. 출석수업의 금지는 오로지 감염의 억제를 위한 것이지 학부모의 가정생활이나 직업적 활동의 가능성을 변화시키려는 것은 아니다. 가정생활의 부담은 학교 폐쇄의 비의도적 부작용일 뿐이다.

2) 학부모인 심판청구인은 기본법 제6조 제1항과 제3조 제2항 제2문[6]에서

도출되는, 국가의 지원 및 보호명령의 위반을 주장할 수 없다.

출석수업을 금지함으로써 학부모가 갖는 부담은 물론 무겁다. 중립적 전문가들은 학습과 교육에 관하여 학교가 부담하여야 할 무수한 임무가 학부모에게 전가된다는 점을 지적하였다. 연방인구연구소의 발표에 따르면, 시간적인 추가부담이 평균적으로 매일 1.3-2.3 시간에 이른다고 한다. 특히 부담이 큰 집단은 보육이 필요한 아동의 학부모이다. 출석수업으로 이루어지던 보육이 없어지는 경우 이를 대체할 보육체계가 의무교육 때문에 구축되지 않은 것이다. 나아가 학교폐쇄로 보육에 큰 공백이 발생하는 한부모가족의 경우 매우 부담이 크다고 한다.

이러한 학부모 부담에 비추어, 그리고 학교폐쇄에 대처할 수 없기 때문에, 국가는 기본법 제6조 제1항과 제3조 제2항 제2문에서 도출되는 국가의 지원 및 보호명령에 따라 학교폐쇄가 가족과 학부모의 직업적 활동에 미치는 불이익을 가족 지원조치로써 전보할 의무가 있다. 여기서 언급할 것은, 보육이 필요한 아동의 학부모가 직업이 있는 경우 그 보육의 부담을 경감시킬 수 있는 긴급보육시설을 각 주정부가 설치할 수 있다는 것이다. 또한 “연방의 긴급개입”에 따라 학교폐쇄조치를 당한, 직업이 있는 부모가 아동의 보육 때문에 일을 할 수 없게 된 경우, 감염방지법 제56조 제1a항 제1문 제1호에 근거하여 국가로부터 손실보상을 받아 소득의 감소분을 보전 받을 수 있다.

4. 결정의 의의

지금까지 코로나 사태에 관한 연방헌법재판소의 결정은 주로 가처분 결정이나 각하 또는 심판불회부결정이 주를 이루었고, 이 사건에서와 같이 체계적이고 자세한 본안판단은 드물었다. 하지만 이 결정에서도 가처분결정에서 보인 판단과 질적인 차이를 찾기는 어렵다. 비례원칙이나 기본권 규정을 판

6) “국가는 남녀의 동등한 권리가 실제 실현되도록 지원하고, 현존하는 불이익을 제거하기 위하여 노력한다.”

단의 척도로 삼으면서 감염방지조치(수단)의 필요성이 다른 헌법적 가치를 압도한다고 인식하는 한,[7] 다른 요소의 비중이 떨어지기 마련일 것이다.

이러한 연방헌법재판소의 법리보다 주목할 점은, 주정부의 결정이 아니라 발병도를 기준으로 법률에 정한대로 제한조치가 직접 효력을 발하도록 한 "연방의 긴급개입"이라는 입법방식이다. 독일의 감염방지법은 발병도가 높아질수록 보호강도가 더 높은 법익을, 더 높은 강도로 제한할 수 있도록 규정하고 있다. 한편으로 집회 및 시위를 억제하려는 의도에서 방역조치의 강도를 높이려 한다는 의혹을 불식시키고, 다른 한편으로 자유의 제한을 부담스러워 하여 이를 주저하는 정치적 입장이 개재되지 못하도록 하여, 코로나 사태 대응조치의 정당성을 고양시킨 점은 한국에도 시사하는 점이 크다고 할 것이다.

7) Jonas Heller, Die Unstrittigkeit des Zwecks, https://verfassungsblog.de/die-unstrittigkeit-des-zwecks/, 2020.3.28.