

문화시설 출입을 금지하고 불특정 다수의 예술 관련 회합을 허용하지 않는 코로나19 긴급조치시행령의 위법 여부1)

I. 사실관계

청구인들은 문화·예술 계통 종사자 또는 관련자로서 코로나19로 인한 위기 상황 방지를 위한 특별 보호조치를 규정한 연방 사회·보건·보육·소비자보호 장관(이하 연방장관)의 시행령²⁾(이하 제5차 코로나19 긴급조치시행령) 제7조 제1항 제4호³⁾ 또는 동 시행령 동조와 연계한 제18조 제1항 제7호⁴⁾ 및 이와 연계한 제14조 제1항 제2호⁵⁾가 위법하거나 위헌이므로 폐지되어야 한다는 청구를 하였다. 이와 더불어 동 시행령 제14조 제1항 제9호⁶⁾의 ‘관중 없이’라는 문언 또는 해당 문언과 연계한 동 시행령 제14조 제1항 제2호 및 이와 연계한 제18조 제1항 제7호 또는 제7조(전체)와 연계한 제18조(전체) 및 이와 연계한 제14조(전체)가 위법하거나 위헌이므로 폐지되어야 한다는 청구를 하였다.

1) 오스트리아 헌법재판소 2022. 6. 30. 결정, V 312/2021-15.

2) Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung einer Notsituation auf Grund von COVID-19 (5. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung - 5. COVID-19-NotMV, BGBl. II Nr. 475/2021). 해당 시행령은 연방 전체에 대한 록다운(Lockdown)을 규정하는 내용을 담고 있으며, 2021. 11. 22.부터 2021. 12. 1.까지 시행되었고 1차 개정(BGBl. II 511/2021)을 통해 2021. 12. 11.까지 연장되었다.

3) [제5차 코로나19 긴급조치시행령 제7조 제1항 제4호]

(1) 다음 각 호의 고객 영역에 출입하는 것은 금지된다.

4. 문화시설에서의 서비스를 이용하기 위한 문화시설

4) [제5차 코로나19 긴급조치시행령 제18조 제1항 제7호]

(1) 이 시행령은 다음 각 호의 경우에는 적용되지 않는다.

7. 종교행사를 위한 회합

5) [제5차 코로나19 긴급조치시행령 제14조 제1항 제2호]

(1) 자신의 사적 거주 영역을 벗어나 거주지 외의 곳에서 회합 참여를 목적으로 체류하는 것은 다음 각 호의 회합에만 허용된다.

2. 집회법 1953, BGBl. Nr. 98/1953에 따른 집회

6) [제5차 코로나19 긴급조치시행령 제14조 제1항 제9호]

(1) 자신의 사적 거주 영역을 벗어나 거주지 외의 곳에서 회합 참여를 목적으로 체류하는 것은 다음 각 호의 회합에만 허용된다.

9. 관중 없이 고정된 인원으로 직업상 수행하는 연습 공연 및 예술 공연

청구인들은 해당 조항으로 인해 직업으로서 예술을 행하는 행위와 문화·예술 행위, 예술과 문화의 소비 및 관련 교육과 의견 수렴이 불가능해진다고 하였다. 해당 조항이 실제로 효력을 발함으로써 청구인들은 수많은 공연과 행사를 취소해야만 했다고 하였다.

연방 장관은 시행령 제정의 근거가 되는 자료를 제출하였으며, 이 사안에서 문제되는 기간 동안 오스트리아의 역학적 상황과 이에 대응하는 법적으로 허용된 조치를 어떻게 내렸는지에 관해 설명하였다.

II. 주문

1. 제5차 코로나19 긴급조치시행령 제18조 제1항 제7호는 법률에 위배된다. 연방장관은 이 판결을 연방법률관보 II에 지체 없이 게재할 의무를 진다.
2. 제5차 코로나19 긴급조치시행령 제7조 제1항 제4호 및 제14조 제1항 제2호와 제9호에 대한 청구인1 내지 청구인5 및 청구인7의 청구는 기각한다.
3. 그 밖의 청구는 각하한다.

III. 관련 법령과 쟁점

1. 제5차 코로나19 긴급조치시행령

제7조

(1) 다음 각 호의 고객 영역에 출입하는 것은 금지된다.

1. 물품 구매를 목적으로 하는 상점

2. 신체와 밀접한 서비스를 받기 위한 서비스 업장

3. 여가 서비스를 이용하기 위한 시설

4. 문화시설에서의 서비스를 이용하기 위한 문화시설

제1호와 제2호는 사업자 간 거래를 목적으로 하는 경우에는 적용되지 않는다. 제1호와 제4호는 문화시설에서 제5항 제7호에 따라 사전에 주문한 물품을 수령하는 경우에는 적용되지 않으며, 이 경우 마스크를 착용해야 한다.

(...생략...)

(5) 제1항 제4호의 문화시설에는 문화를 창설하고, 문화생활에 참여하는 데 기여하는 시설, 특히 다음 각 호의 시설이 해당한다.

1. 극장

2. 실내 콘서트홀과 야외 콘서트 극장

3. 영화관

4. 버라이어티 극장

5. 카바레 공연장

6. 박물관, 문화전시관 및 미술관

7. 도서관 및 기록보관소

(...생략...)

제14조

(1) 자신의 사적 거주 영역을 벗어나 거주지 외의 곳에서 회합 참여를 목적으로 체류하는 것은 다음 각 호의 회합에만 허용된다.

1. 연기할 수 없는 직업상 회합, 이 회합이 직무 유지를 위해 필요하고 디지털 형식으로 수행될 수 없는 경우

2. 집회법 1953, BGBl. Nr. 98/1953에 따른 집회
3. 제15조에 따른 고도의 기량이 요구되는 운동 종목에서의 회합
4. 연기할 수 없는 정치 정당 기관의 회합, 디지털 형식의 개최가 불가능한 경우

(...생략...)

9. 관중 없이 고정된 인원으로 직업상 수행하는 연습 공연 및 예술 공연

(...생략...)

제18조

(1) 이 시행령은 다음 각 호의 경우에는 적용되지 않는다.

1. 제16조, 제18조 제2항 내지 제4항 및 제19조 내지 제21조를 제외한 기초 교육기관, 탁아소, 학교기관법에 따른 학교 및 사립학교법에 따른 사립학교, 농업 및 산림업학교, 정규 수업과 학교 밖 아동 보육을 위한 시설 차원에서의 스포츠 시설 이용

2. 각 시설 도서관을 포함한 종합대학법 2002에 따른 종합대학, 사립대학법에 따른 사립대학, 전문대학법에 따른 전문대학, 단과대학법 2005에 따른 교육대학

3. 자치규정이 달리 존재하지 않는 한 입법기관의 영향력이 미치는 영역에서의 활동

4. 자치규정이 달리 존재하지 않는 한 제3호에 포함되지 않는 일반 대의기관의 영향력이 미치는 영역에서의 활동

5. 자치규정이 달리 존재하지 않는 한 행정법원에서의 당사자 행정업무를 제외한 법원의 영향력이 미치는 영역에서의 활동

6. 자치규정이 달리 존재하지 않는 한 - 제7조 제9항 제1호, 제8조, 제18조 제3항 내지 제6항 및 제19조 내지 제21조를 제외한 - 집행기관에서의

영향력이 미치는 영역에서의 그 밖의 활동

7. 종교행사를 위한 회합

(...생략...)

2. 쟁점

문제된 시행령이 예술의 자유를 침해하는지 여부와, 예술과 관련된 회합을 전적으로 금지하는 반면에 집회 및 종교행사에 관한 회합은 허용하는 것이 평등원칙에 위배되는지 여부가 쟁점이다.

IV. 판단

1. 제5차 코로나19 긴급조치 시행령의 제정 배경과 내용

코로나19조치법⁷⁾ 제3조 제1항, 제4조 제1항, 제4a조 제1항, 제5조 제1항 및 제6조 제1항을 근거로 국민의회 중앙위원회의 동의를 얻어 제5차 코로나19 긴급조치시행령이 제정되었고, 2021. 11. 22.부터 2021. 12. 11.까지 효력을 발하였다. 이 시행령을 통해 연방장관은 코로나19 확산을 막기 위해 접촉자와 코로나19로부터 치유된 사람까지 포함하는 연방 차원의 록다운을 명하여 해당 기간 동안 시행되었다.

제5차 코로나19 긴급조치시행령 제7조 제1항 제4호는 문화시설에서의 서비스를 이용하기 위한 문화시설 출입을 금지하였다. 제5항에서는 문화시설에 해당하는 시설에 관해 구체적으로 명시하고 있다.

7) COVID-19-Maßnahmegesetz, BGBl. I 12/2020, 시행령 제정 당시 BGBl. I 183/2021. 해당 법률에서는 코로나19 확산을 방지하기 위한 보건 조치를 규정하고 있다. 동 법 제3조 내지 제4a조에서는 코로나19 발생 시 특정한 장소의 출입에 관해, 제5조에서는 회합의 제한에 관해, 제6조에서는 외출의 제한에 관해 시행령을 통해 규율할 수 있다고 규정하고 있다.

제5차 코로나19 긴급조치시행령 제14조 제1항은 자신의 사적 거주 영역을 벗어나 거주지 외의 곳에서의 회합 참여를 목적으로 하는 체류를 집회법 1953에 따른 집회(제2호)나 관중 없이 고정된 인원으로 직업상 수행하는 연습 공연 및 예술 공연(제9호) 등 위 규정에 열거된 회합에만 가능하도록 하였다.

제5차 코로나19 긴급조치시행령 제18조 제1항 제7호는 종교행사를 위한 회합을 동 시행령의 적용범위로부터 제외하였다.

2. 국가기본법⁸⁾ 제17a조⁹⁾에 따른 예술의 자유

헌법재판소가 이미 2021. 10. 6. 결정(V 86/2021)에서 총체적으로 설명하였다시피 현재 청구인이 이의를 제기하고 있으며 종전 결정의 심판대상과 결과적으로 대체로 동일한 내용을 규정한 제5차 코로나19 긴급조치시행령은 특히 군중의 결집을 방지하여 코로나19의 확산을 예방하고, 생명과 건강을 보호한다는 정당한 목적을 추구하는 규정의 총체 중 일부이다. 당국의 설명에 따르면 이를 통해 의료 기반 시설의 기능 유지 또한 보장되어야 한다. 제5차 코로나19 긴급조치시행령 제7조 제1항 제4호에 따른 문화시설의 출입금지과 동 시행령 제14조 제5항에 언급된 회합 외의 다른 회합의 금지는 그러므로 예술 행위 자체에 대한 규제가 아니라 군중의 결집을 방지하려는 일반적인 조치이다. 군중의 결집을 방지하는 것이 코로나19 확산 방지라는 최우선 목표에 부합한다는 사실은 충분히 증명되었다.

문제된 조항이 문화 부문에 대해 단독으로 취해진 예외적 조치가 아니라 환대 산업¹⁰⁾(Gastgewerbe), 숙박 시설 및 스포츠 시설과 생필품이 아닌 물

8) Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, StGG, RGBl. Nr. 142/1867.

9) [국가기본법 제17a조]

예술가의 창작, 예술의 중개 및 교육은 자유이다.

10) 주로 관광 산업 또는 호텔 산업의 동의어 개념으로 사용되고 있으나, 실질적인 환대 산업은 포괄적인 서비스 산업으로서 숙박 산업, 관광 산업, 식음 산업, 레스토랑 산업을 포함한다.

품에도 적용되는 포괄적인 조치들(제5차 코로나19 긴급조치시행령 제7조 제1항 제1호와 연계한 동조 제6항 및 제9조 내지 제11조 참조) 중 하나이며, 제5차 코로나19 긴급조치시행령 제정 당시 존재한 역학적 정보는 제7조 제1항 제4호에 따른 문화시설 출입금지명령 및 동 시행령 제14조 제5항에 따른 회합에의 제한은 앞서 언급한 목적을 달성하기에 적합한 수단이라는 당국의 설명에 이의를 제기하기 어렵다. 헌법재판소의 견해에 따르면, 문화시설 방문은 방문자 간의 교류 및 소통에도 기여하므로 논쟁의 여지가 있는 금지조치는 어쨌든 이 법안에 따라 추구되는 접촉의 감소로 이어진다. 해당 시점에서 시행령 제정자가 ‘기본적 생계’에 포함하지 않거나 시스템적으로 중요한 시설로 간주하지 않은 거의 모든 사회 영역에서 이러한 접촉을 줄이기 위한 조치가 시행되었다.

청구인들은 가령 업장 면적에 따른 출입자 수 제한과도 같은 더 완화된 조치를 통해서 목적(접촉 감소를 통한 코로나19 확산 방지)을 달성할 수 있었을 것이라고 주장한다. 시행령 제정 당시 역학적 상황은 감염력이 높은 바이러스 종류인 ‘델타’의 확산으로 불안정하였고, 의료 기반 시설이 최대치로 가동되어 개별 연방 주들은 이미 시스템 과부하에 당면하거나 그러한 상황이 임박한 위기 상태였다. 제5차 코로나19 보호조치시행령¹¹⁾에서 완화된 조치로서 명령한 ‘미접종자를 위한 록다운¹²⁾’은 당시 필요한 의료 기반 시설의 부담을 더 이상 경감할 수 없었다. 시행령 제정자는 입법자가 규정한 전문가 집단인 코로나 위원회가 시행한 상황 평가를 고려하여 생명과 건강 보호를 위한 출입금지 및 집합 관련 제한을 예술 영역에 대한 규제를 포함하는 총체적인 코로나 조치로 포괄하여 규정하였다. 시행령 제정자는 코로나19조치법 제3조¹³⁾와 제6조¹⁴⁾에 규정된 법률상 권한을 행사하였으며, 해당 조항은 집결

11) 5. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung, BGBl. II 465/2021.

12) 오스트리아 정부는 코로나19 확산을 방지하기 위해 2021. 11. 15.부터 2022. 1. 30.까지 코로나19 백신 접종을 완료하지 않았거나 치유되지 않은 사람에게 외출과 특정 업장 이용을 제한하는 ‘미접종자를 위한 록다운(Lockdown für Ungeimpfte)’을 시행하였다.

13) 코로나19조치법 제3조에서는 코로나19 발생 시 영업장이나 직장에서의 출입 제한을 시행령으로 규율할 수 있다고 규정하고 있다.

제한을 목적으로 하는 특정 시설에의 출입금지를 규정하고 있다. 시행령 제정자가 결정재량 내에서 조치로 인한 침해의 최소성을 고려하였다는 사실은 특히 이전에 제5차 코로나19 보호조치시행령을 통해 명령한 ‘미접종자를 위한 록다운’과 문제된 규정이 총 20일 동안이라는 시간적으로 제한된 기간 동안만 적용되었다는 점에서 알 수 있다(VfGH 24.6.2021, V 592/2020 참조). 그러므로 제5차 코로나19 긴급조치시행령 제7조 제1항 제4호에 따른 문화시설 출입금지와 동 시행령 제14조 제1항 제9호에 따른 집결과 관련한 제한은 적절하고, 필요하였으며 비례의 원칙에도 부합한다(VfGH 6.10.2021, V 86/2021 참조). 따라서 해당 조항은 국가기본법 제17a조에 따른 예술의 자유를 과도하게 제한하지 않았으므로 이에 관한 청구인들의 권리는 침해되지 않았다.

3. 연방헌법 제7조15)와 국가기본법 제2조16)에 따른 평등원칙

이 밖에도 청구인들은 예술 행사와 집회 또는 종교행사를 위한 집결을 달리 대우하는 것이 평등원칙에 위배된다고 주장하고 있다.

이에 대해 연방장관은 청구인들이 규정의 총체적 구조를 오해하고 있다고 대응하였다. 제5차 코로나19 긴급조치시행령 제14조 제1항 또는 제18조 제1항의 예외는 역학과 관련된 사실상의 차이에 근거하지 않는다는 것이다. 후자의 조항에서 예외를 객관적으로 정당화하는 것은 오히려 특히 위기의 시대에 ‘공동체에서 종교행사를 시행하는 기본적인 필요로서 중점적이고 매우 개인적인 중요성’에 있다고 하였다. 또한 종교공동체의 특별한 위상이 예외를

14) 코로나19조치법 제6조에서는 코로나19 확산 방지를 위해 특정 요건 하에서 외출의 제한을 시행령으로 규율할 수 있다고 규정하고 있다.

15) [연방헌법 제7조]

(1) 모든 국민은 법 앞에서 평등하다. 출신, 성별, 신분, 계급 및 신앙에 따른 특권은 인정되지 않는다. 누구도 장애로 인해 불이익을 받아서는 안 된다. 공화국(연방, 주, 지방자치단체)은 장애인과 비장애인에게 일상생활의 모든 분야에서 평등한 대우를 보장한다.

(2) 연방, 주 및 지방자치단체는 남성과 여성이 실질적으로 동등함을 시인한다. 여성과 남성의 사실상 동등을 장려하기 위해 특히 실질적으로 존재하는 차별을 제거하는 것은 허용된다.

(...생략..)

16) [국가기본법 제2조]

법 앞에서 모든 국민은 평등하다.

인정하는 것에 대한 이유이기도 한데, 자체적으로 코로나19의 확산을 방지하기 위해 그에 상응하는 효과적인 조치를 취하도록 할 수 있기 때문이라고 하였다. 종교공동체가 자치권을 유지하는 것은 특권을 의미하는 것이 아니라 주어진 ‘구조, 조직화 능력 및 집행 권한’과 함께 이를 자제하는 것에 대한 합의를 배경으로 발생한다는 것이다. 제5차 코로나19 긴급조치시행령 제14조 제1항 제2호와 제5호의 예외는 민주 사회에서 집회의 자유가 갖는 중요성을 고려한 것이라고 하였다.

평등원칙은 시행령 제정자도 기속한다(VfGH 5.6.2014, V 44/2013; 24.6.2021, V 592/2020). 평등원칙은 입법자에 대해 실질적 차이를 통해 정당화될 수 없는 차별을 금지하고, 서로 다른 사안을 같은 것으로 취급하거나 객관적으로 근거 없는 규정을 제정하는 것을 금지함으로써 내용적 제한을 가한다.

이 사안에서 문제되는 제5차 코로나19 긴급조치시행령의 조치들은 위에서 언급하였다시피 총체적인 규정 중 일부이며, 특수한 위기 상황에서 특히 의료 기본 시설이 기능할 수 있도록 군중의 집결을 막고 이를 통해 코로나19가 확산되는 것을 방지하는 역할을 위한 것이다. 이 목적을 위해 시행령 제정자는 제한되는 회합을 열거하여 규정하였다. 이 제한은 부분적으로는 다양한 목적을 갖고 함께 모이거나 함께 특정한 장소를 방문하는 자유를 제한하게 된다. 다른 이들과 함께 모이는 자유는 그 회합의 목적에 따라 다양한 기본권을 통해 보호된다. 이 사안에서는 특히 유럽인권협약 제11조17)나 국가기본법 제12조18)에 따른 집회의 자유, 유럽인권협약 제9조19)에 따른 종교적 회

17) [유럽인권협약 제11조]

(1) 모든 사람은 자신의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 조직하고, 이에 가입하는 권리를 포함하여 평화적인 집회 및 다른 사람과의 결사의 자유에 관한 권리를 가진다.

(2) 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 의하여 규정되고, 국가안보 또는 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호, 또는 다른 사람의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 가하여져서는 아니된다. 이 조는 국가의 군대, 경찰 또는 행정부의 구성원이 이러한 권리를 행사하는 데 대하여 합법적인 제한을 부과하는 것을 방해하지 아니한다.

18) [국가기본법 제12조]

합의 보호 및 국가기본법 제17a조에 따른 예술적 목적을 위한 회합의 보호가 문제된다.

헌법재판소는 본 사안에서 문제된 시행령의 조치와 비교될 만한 규제에 관한 지금까지의 판례에서 그러한 기본권을 통해 보호되는 군중의 집결에 대한 제한이 기본권에 비례적이어야 한다는 점에만 초점을 맞추지 않았다. 헌법재판소는 기본권에 의해 동등하게 보호되는 자유 활동에 대한 제한이 평등의 원칙과 양립할 수 있는 방식으로 수행되어야 하며, 부적절한 특혜나 불이익을 초래해서는 안 된다는 측면을 항상 강조해 왔다(다양한 영업장에 대한 출입금지에 관해서는 VfSlg. 20.399/2020; VfGH 1.10.2020, V392/2020; VfGH 24.6.2021, V 592/2020; 24.6.2021, V 593/2020; VfGH 24.6.2021, V 2/2021 참조). 이는 본 사안에서의 유럽인권협약 제9조에 따른 종교의 자유, 동 협약 제11조나 국가기본법 제12조에 따른 집회의 자유 또는 동법 제17a조에 따른 예술의 자유처럼 그 중 어느 한 기본권의 보호를 받는 자유 활동이 다른 기본권의 보호를 받는 자유 활동보다 더 보호받을 가치가 있는 일반적인 ‘우위’를 갖는다고 할 수 없다는 점에서 볼 때에도 그러하다.

국가가 제한을 가하는 상황에서 특정한 경우에는 개별 기본권으로 보호되는 자유의 행사에 시혜를 주는 것이 객관적으로 정당화될 수 있으며, 때로는 기본권의 측면에서 명령되기도 한다. 민주적 관점에서 집회의 자유에 관한 기본권은 자유에 대한 국가의 제한에 반대하는 시민사회의 항의를 분명히 할 때 특히 중요하다. 이 측면은 또한 시행령 제정자가 집회법 1953(BGBI. 98/1953)에 따른 집회를 특별히 강조하여 그 개최를 제한하지 않은 점을 정

오스트리아 국민은 회합하고 결사를 결성할 권리를 갖는다. 이 권리의 행사는 특별한 법률로 규정된다.

19) **[유럽인권협약 제9조]**

(1) 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이러한 권리는 자기의 종교 또는 신념을 변경하는 자유와 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로 예배, 선교, 행사와 의식에 의하여 그의 종교 또는 신념을 표명하는 자유를 포함한다.

(2) 자기의 종교 또는 신념을 표명하는 자유는 법률에 규정되고, 공공의 안전, 공공질서, 보건, 또는 도덕, 또는 다른 사람의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에 있어서 필요한 경우에만 제한받을 수 있다.

당화한다(집회가 일반적으로 야외에서 개최되는 점도 고려해야 함).

시행령 제정자는 제5차 코로나19 긴급조치시행령 제18조 제1항 제7호에서 ‘종교행사를 위한 회합’을 시행령의 적용 범위로부터 제외하였다. 시행령에 따르면 그러한 회합은 야외이건 실내이건, 종교 예배이건 기도 또는 다른 종교적 예식이건 간에 참여 인원의 수와 무관하게 허용된다. 시행령 제정자는 공동체 내에서 다른 이들과 함께 하는 종교 활동을 특정한 제한 하에 허용하는 것이 아니라, 연방 당국의 표현에 따르자면 위기의 시대에 본질적이고 기본적인 요구로서 공동체 내에서의 종교 활동이 가능하도록 제5차 코로나19 긴급조치시행령 제18조 제1항 제7호를 통해 그러한 형태의 회합을 종교행사의 형식과 무관하게 해당 시행령의 적용범위로부터 제외하고 있다.

이에 반해 제5차 코로나19 긴급조치시행령은 고정된 인원으로 직업상 수행하는 경우를 제외하고는 다른 이들과 함께 하는 예술 활동과 다른 이들에게 예술의 창작을 전달하는 활동을 완전히 금지하고 있다.

유럽인권협약 제9조와 국가기본법 제17a조의 보호목적에 비취볼 때 헌법재판소는 이러한 범주적인 차별에 대한 객관적인 정당화 사유를 찾을 수 없다. 종교와 더불어 예술은 - 서로가 독립적으로, 하지만 많은 경우에 서로 얽힌 상태로 - 문명화된 사회의 기본적 요구에 속한다. 두 경우 모두 다른 사람과 함께 또는 다른 사람 앞에서 해당 기본권을 행사하는 것이 매우 중요하다. 이러한 배경에서 제5차 코로나19 긴급조치시행령에서 군중의 결집을 가능한 한 방지한다는 목표에 비취본다면, 종교적 목적을 가진 결집과 예술적 목적을 가진 결집 사이에는 별다른 차이가 없으며, 그러한 차이가 국가기본법 제17a조의 보호영역에 있는 결집을 실질적으로 광범위하게 금지하고, 유럽인권협약 제9조의 보호영역에 있는 결집은 전적으로 가능하게 하는 것을 정당화할 수 없다.

헌법재판소는 특정한 경우에 유리한 예외와 함께 자유 행사에 대한 불평등한 대우를 정당화할 수 있는 특별한 근거가 있을 수 있다는 점을 간과하지 않는다. 제5차 코로나19 긴급조치시행령 제18조 제1항 제7호가 명하는 종교 행사를 위한 회합의 한계 없는 예외에 대해서는, 필연적으로 관중 앞에서 시행되고 여기에 의존하는 예술 공연까지 포함하여 광범위하게 금지된 예술 행위와는 달리 이를 허용할 객관적 정당성을 찾을 수 없다.

제5차 코로나19 긴급조치시행령의 보호목적에 감안하면 시행령 제정자에게 회합 개시에 관해 매우 광범위한 재량을 부여할 수는 없으므로, 동 시행령 제18조 제1항 제7호는 유럽인권협약 제9조의 보호영역에서의 모임과 국가기본법 제17a조의 보호영역에서의 모임에 대한 정당화될 수 없는 불평등한 처우를 규정하고 있다. 따라서 헌법재판소는 제5차 코로나19 긴급조치시행령 제18조 제1항 제7호가 평등원칙에 위배되어 법률에 위배된다고 확인할 수 밖에 없다.

IV. 결정의 의의

오스트리아 헌법재판소는 이미 2021. 10. 7 결정(V 86/2021-19)에서 당시 제4차 코로나19 보호조치시행령²⁰⁾의 유사한 규정에 관하여 판단한 바 있다. 당시 결정에서도 헌법재판소는 예술의 자유에 관한 제한이 생명 보호를 위한 의료 기반 시설 보장을 위해 정당화될 수 있다고 하였다. 하지만 당시 종교 행사와의 차별에 관하여서는 해당 규정에 대한 취소 청구를 제기하지 않았다는 이유로 본안에서 자세한 판단이 이뤄지지 않았다. 이번 결정에서는 종교의 자유와 예술의 자유 간에 우열이 존재하지 않으므로 종교 행사를 광범위하게 용인하고 예술 영역에서의 결집을 거의 전적으로 금지하는 시행령

20) 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung, BGBl II Nr. 58/2021.

규정이 평등원칙에 위배된다고 한 점에서 이전 결정과 차이가 있다.