

독일의 코로나바이러스 감염예방조치에 관한 헌법적 논의

독일 레겐스부르크 대학교 법학 박사과정 정다운

1. 들어가는 말

2020년 겨울 이래, 전 세계가 다시 코로나바이러스감염증-19(COVID-19, 이하 '코비드-19')의 대유행 상황 속에 놓여있다. 독일 또한 지난 11월 부분 봉쇄령을 시행했음에도 코비드-19의 확산세가 쉽게 꺾이지 않자, 결국 12월 13일 전면 봉쇄령을 결정하게 되었다.¹⁾ 당초 2021년 1월 10일까지로 예정되어 있던 전면 봉쇄령은 뚜렷한 감소세를 보이지 않는 확진자수와 무엇보다 높은 사망자수로 인해 1월 31일로 한차례 연장되었다.²⁾ 그러나 얼마 지나지 않아 영국발 변이 바이러스가 발견되면서, 독일은 연방-주(Bund-Länder) 정부간의 회의를 통해 2월 14일까지 더욱 강력한 봉쇄령을 시행하기로 신속히 결정하였다.³⁾ 이로써 현재 독일에는 FFP2 마스크⁴⁾ 착용의 의무화, 재택근무의 확대 등 새로운 감염예방조치들이 추가된 이른바 메가-록다운

1) Telefonkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 13. Dezember 2020 (연방정부 홈페이지 <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/merkel-beschluss-weihnachten-1827396>, 최종검색일: 2021. 2. 7.).

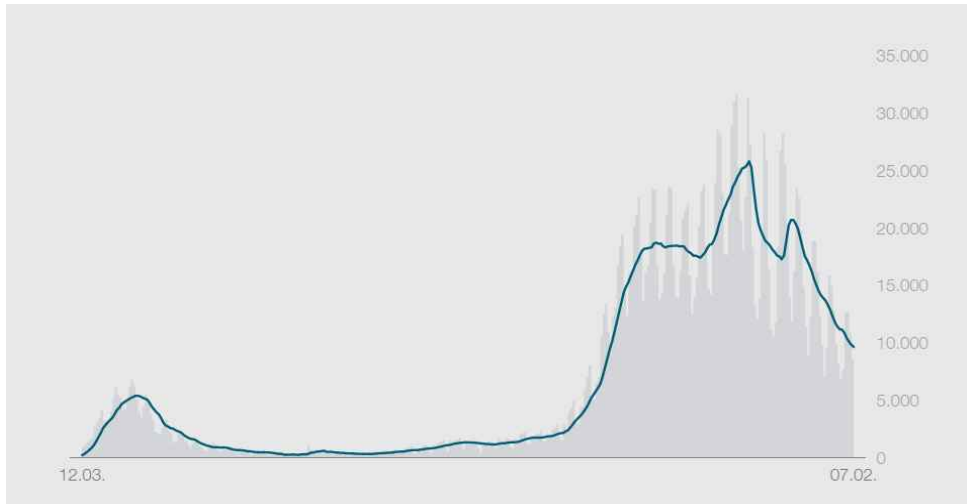
2) Videoschaltkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 5. Januar 2021 (연방정부 홈페이지 <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/mpk-beschluss-corona-1834364#:~:text=Folgendes%20haben%20Bund%20und%20L%C3%A4nder,zum%2031.%20Januar%202021%20verl%C3%A4ngern,> 최종검색일: 2021. 2. 7.).

3) Videoschaltkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 19. Januar 2021, (연방정부 홈페이지 <https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/videoschaltkonferenz-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-am-19-januar-2021-1841020>, 최종검색일: 2021. 2. 7.).

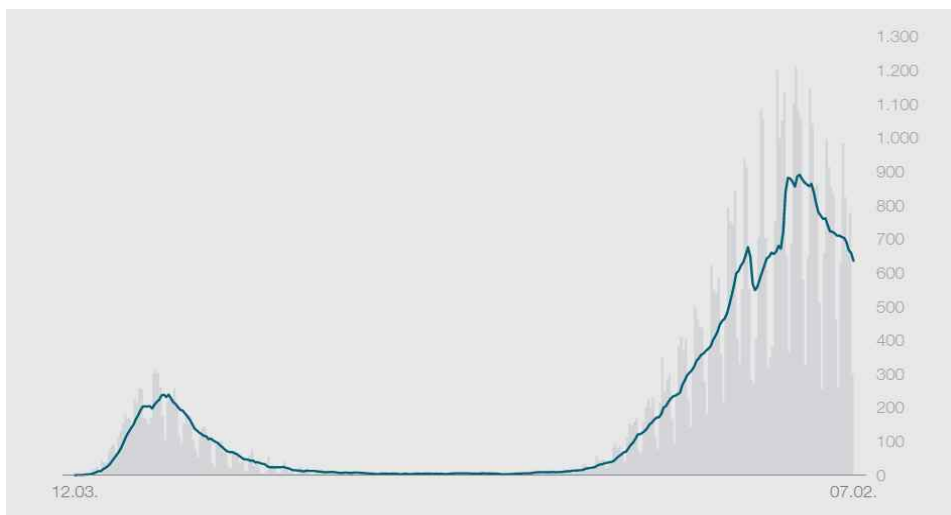
4) FFP(Filtering Face Piece)는 유럽의 마스크 인증 코드로, 유해물질 차단 성능에 따라 FFP1, FFP2, FFP3로 나뉜다. 이 중 FFP2 마스크의 성능은 우리나라 KF94 마스크의 성능과 동일하다.

(Mega-Lockdown)이 시행되고 있다.

<독일의 코비드-19 확산 추이>5)



[그래픽 1] 2020년 3월 12일부터 2021년 2월 7일까지의
■ 1일 신규확진자수, — 7일 평균 신규확진자수



[그래픽 2] 2020년 3월 12일부터 2021년 2월 7일까지의
■ 1일 사망자수, — 7일 평균 사망자수

5) ZDF, Alle Zahlen und Grafiken zum Coronavirus, (https://www.zdf.de/nachrichten/heute/coronavirus-ausbreitung-infografiken-102.html, 2021. 2. 7.).

07.02.2021
최종검색일:

그러나 높은 확진자수와 사망자수의 통제를 위해 시행되고 있는 이러한 봉쇄령으로 인해 국민의 일상생활 전반이 통제되면서 각각의 감염예방조치로 인해 야기되는 기본권 침해 문제와 관련해 많은 논란이 일고 있다. 특히 감염예방조치의 법적 근거와 개별 처분의 합헌성 등 헌법적 문제들에 대해 활발한 논의가 이루어지고 있는데, 구체적으로 이는 감염예방조치를 규율하는 ‘인간 감염병의 예방 및 퇴치를 위한 법률’(Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen, Infektionsschutzgesetz - IfSG, 이하 ‘감염보호법’)⁶⁾에 대한 논의와 감염예방조치를 위한 행정청의 개별 처분에 대해 연방헌법재판소에 제기되고 있는 가처분 신청 사례들과 관련된다. 이에 본 글에서는 우선 감염예방조치의 법적 근거로서 감염보호법상의 주요 규정들에 대한 헌법적 논의를 살펴보고, 지금까지 연방헌법재판소에 제기된 감염예방조치 관련 가처분 신청 중 인용 결정된 사례들을 소개해 보고자 한다.

2. 감염보호법에 대한 헌법적 논의

감염보호법에는 감염예방조치의 법적 근거와 관련된 주요 규정으로 제28조와 제32조가 존재한다. 먼저 제28조는 일반조항(Generalklausel)인 제1항의 제1문을 통해 “환자, 의심환자, 감염의심자, 병원체배출자가 확인되었거나, 사망자가 환자, 의심환자, 감염의심자, 병원체배출자였음이 밝혀진 경우 관할 행정청은 감염병의 확산을 방지하기 위해 필수적인 한에서 필요한 보호조치, 특히 제28조a 제1항과 제29조에서 제31조까지 규정된 보호조치를 취하여야 한다”라고 규정하고 있다.⁷⁾ 다음으로 제32조는 제1문을 통해 “제28조에서 제31조까지의 조치들을 위해 필수적이라는 전제하에, 주정부는 또한 법규명령

6) Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), das zuletzt durch Artikel 4a des Gesetzes vom 21. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3136) geändert worden ist.

7) 제29조는 감시(Beobachtung), 제30조는 격리(Absonderung), 제31조는 직업활동의 금지(Berufliches Tätigkeitsverbot)에 관하여 규정하고 있는데, 이 규정들은 일반조항이 아닌 표준조치로, 감염보호법상의 모든 감염병에 적용될 수 있는 특별한 보호조치에 관해 규율하고 있다. 이와 달리 제28조a는 표준조치에 해당하지 않으며 코비드-19에만 적용될 수 있는 특별한 보호조치에 관해 규정하고 있다. 이에 대해서는 후술하는 ‘(1) 감염보호법 제28조 제1항에 대한 논의’에서 상세히 다룬다.

을 통해 전염병의 퇴치를 위한 적절한 명령과 금지를 발할 수 있다”라고 규정하여 주정부에 감염예방조치의 시행을 위한 법규명령 제정권을 허용하고 있다. 이러한 규정들을 종합해 보면, 제28조a에서 제31조에 걸쳐 특별한 보호조치들이 개별적으로 규정되고 있지만, 이에 해당하지 않더라도 감염병 확산 방지를 위해 필수적이라고 판단된다면 사실상 일반조항인 제28조 제1항을 근거로 그 외의 다양한 감염예방조치들이 시행될 수 있는 체계인 것으로 파악된다. 따라서 기본권을 침해하는 감염예방조치들의 합헌성 문제에 있어 핵심적 논의는 제28조 제1항에 관한 부분이라고 할 수 있다. 또한 실제에 있어서는 제32조에 따라 주정부의 법규명령에 의하여 대부분의 감염예방조치들이 시행되고 있는데 제32조의 규정이 입법위임의 한계를 준수했는지 여부와 관련하여 논의가 이루어지고 있다.

(1) 제28조 제1항에 대한 논의

일반조항인 감염보호법 제28조 제1항의 의의는 감염병의 확산에 따라 예기치 못한 상황이 발생했을 때 상황에 적합한 유연한 조치를 시행케 한다는 데에 있다. 그러나 기본권을 침해하는 감염예방조치들이 요건과 효과를 명시한 표준조치(Standardmaßnahme) 형식의 개별조항이 아닌 이러한 일반조항을 법적 근거로 하여 시행되는 것과 관련해 많은 문제 제기가 이루어지고 있다. 기본법 제20조 제2항⁸⁾과 제3항⁹⁾에서 도출될 수 있는 의회유보(Parlamentsvorbehalt)의 원칙, 즉 기본권의 실현에 있어 본질적인 문제들을 의회 입법자가 스스로 규정해야 한다는 요청에 반한다는 비판이다.¹⁰⁾ 특히 이러한 비판은 혼란했던 2020년 3월의 코비드-19 1차 대유행 시기를 점차 벗어나면서 더욱 거세졌다. 코비드-19 확진자의 첫 발생 이후 반년 이상의 시

8) “모든 국가권력은 국민으로부터 나온다. 국가권력은 국민에 의해 선거와 투표로 행사되고, 입법·집행 및 사법 기관을 통해 행사된다.”

9) “입법은 헌법질서에, 집행과 사법은 법률 및 법에 구속된다.”

10) LTO, Es bleibt so verfassungswidrig wie es ist, Gastbeitrag von Prof. Dr. Thorsten Kingreen, 21.10.2020(<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-krise-parlament-ermaechtigung-verordnungen-verfassungsrecht-pandemie-covid-19-regieren/>, 최종검색일: 2021. 2. 7.).

간이 경과한 후에도 계속해서 일반조항을 법적 근거로 수많은 감염예방조치들이 시행되는 것에 대해 비판하고, 경찰법에서와 같이 감염보호법에도 각 감염예방조치에 대한 표준조치 규정을 마련해야 한다는 주장이 제기되고 있다.¹¹⁾ 감염예방조치의 시행을 위해 일반조항을 법적 근거로 삼는 것은 입법자가 표준조치를 제정하기 전까지만 정당할 뿐이라는 주장¹²⁾ 또한 입법자의 표준조치 제정을 촉구하는 같은 취지의 주장이라고 볼 수 있다. 그러나 이러한 의견은 아직까지 받아들여지지 않고 있다. 지난 11월 감염보호법의 개정 절차에서 표준조치 마련에 대한 논의는 이루어지지 않았고, 대신 제28조a의 신설이 추진되었다. 개정법률안은 의회유보의 헌법적 요청에 따르기 위해 제28조a를 추가한다고 밝혔는데,¹³⁾ 동 규정은 ‘코로나바이러스감염증-2019(코비드-19)의 방지를 위한 특별한 보호조치’라는 제목하에 제1호에서 제17호에 걸쳐 보호조치를 구체적으로 열거하고 있다.¹⁴⁾ 그러나 예시형식인 제28조a의 신설만으로는 의회유보의 원칙을 충실히 실현시킬 수 없다는 비판을 제기하면서 여전히 각 감염예방조치들의 요건과 효과를 명시한 표준조치의 마련을 주장하는 감염보호법 개정 요구가 계속되고 있는 상황이다.¹⁵⁾

11) Volkmann, Uwe, Heraus aus dem Verordnungsregime – Die erheblichen Grundrechtseingriffe der Corona-Krise bedürfen endlich einer tragfähigen Rechtsgrundlage, NJW 2020, 3157.

12) Siegel, Thorsten, Verwaltungsrecht im Krisenmodus, NVwZ 2020, 581.

13) Entwurf eines Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 03.11.2020, BT-Drs. 19/23944, S. 2.

14) 1. 공적 공간에서의 간격두기 명령

2. 마스크 착용 의무화

3. 사적·공적 공간에서의 외출 또는 접촉 제한

4. 영업장, 시설 또는 대중교통에 대해 위생계획의 마련 및 시행을 의무화

5. 여가행사 및 유사한 행사들의 제한 또는 금지

6. 여가활동 시설의 운영을 제한 또는 금지

7. 문화행사 또는 문화시설의 운영을 제한 또는 금지

8. 체육행사 또는 운동행위의 제한 또는 금지

9. 전면적으로 또는 특정 시간에 한정하여 알콜판매를 금지하거나 특정 공적 장소 또는 특정 대중이용시설에서의 알콜소비 금지

10. 행사, 모임, 행렬, 집회 및 종교적 또는 세계관적 회합을 금지하거나 또는 그 시행을 위해 부담 부과

11. 여행의 금지 또는 제한; 특히 관광여행

12. 숙박제공의 금지 또는 제한

13. 요식업 시설의 운영 금지 또는 제한

14. 기업, 사업, 소매·도매업의 제한 또는 금지

15. 보건·사회복지시설의 접근 및 방문을 제한 또는 금지

16. 제33조의 지역사회시설, 단과 대학교, 성인교육을 위한 비학교 시설 또는 유사 시설의 폐쇄나 이들의 운영 지속을 위해 부담 부과

17. 코로나바이러스 감염 발생 후 감염고리를 추적하기 위해 고객, 손님 또는 행사참여자 연락정보의 처리 작업을 명령

(2) 제32조에 대한 논의

주정부의 감염예방조치에 대한 법규명령 제정권을 허용하고 있는 감염보호법 제32조가 기본법 제80조 제1항 제2문의 요구, 즉 법규명령 제정권의 위임시 “위임의 내용, 목적과 범위를 법률에 규정하여야 한다”는 헌법적 요구에 부합하는지 여부에 대해 논의가 이루어지고 있다. 연방헌법재판소 판례에 따르면 기본법 제80조 제1항의 위반 여부를 판단하는 기준으로 세 가지가 존재하는데, 입법자 스스로 규율되어야 할 특정 문제를 결정하고, 규율의 목적을 정해야 한다는 자기결정기준(Selbstentscheidungsformel)¹⁶⁾, 입법자가 법규명령이 준수해야 할 기본방침을 제시해야 한다는 방침기준(Programmformel)¹⁷⁾, 국민의 관점에서 보았을 때 수권법률을 통해 법규명령에 규율될 내용이 예측될 수 있는지에 대해 판단하는 예견가능성기준(Vorhersehbarkeitsformel)¹⁸⁾이 그에 해당한다. 이와 관련하여 제32조는 특히 방침기준을 충족시키지 못하며, 그 위임의 목적과 내용은 예견이 가능하지만 위임의 범위는 명확하지 않아 예견가능성기준 또한 충족시키지 못한다는 의견이 제시되고 있다.¹⁹⁾ 그러나 상기한 기준들은 규율 대상의 성질에 따라 적용의 엄격성을 달리할 수 있다고 보면서 감염보호법의 경우 예기치 못한 다양한 경우들까지 규율해야 하기 때문에 다른 법률에서와는 달리 요구되는 위임의 명확성이 완화되며, 위임조항 하나만으로 위임의 한계 위반을 판단해서는 안 되고, 감염보호법 전체, 즉 다른 규정들과의 관계를 통해 판단해야 한다는 다른 의견 또한 제시되고 있다.²⁰⁾ 이러한 의견에 따르면 제32조의 규정은 제28조 제1항과의 관계 속에서 살펴야 하는데, 제28조 제1항이 ‘~인 한

15) Kießling, Andrea, Was verlangen Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgebot?: Standardmaßnahmen im Infektionsschutzgesetz, Verfassungsblog, 04.11.2020 (<https://verfassungsblog.de/was-verlangen-parlamentsvorbehalt-undbestimmtheitsgebot/>, 최종검색일: 2021. 2. 7.).

16) BVerfGE 2, 307 (334).

17) BVerfGE 5, 71 (77).

18) BVerfGE 1, 14 (60).

19) Pautsch, Arne/Haug, Volker M., Parlamentsvorbehalt und Corona-Verordnungen – ein Widerspruch, NJ 2020, 282 f.

20) Martini, Mario/Thiessen, Bianca/Ganter, Jonas, Zwischen Vermummungsverbot und Maskengebot: Die Versammlungsfreiheit in Zeiten der Corona-Pandemie, NJOZ 2020, 929.

에서(solange)', '필요한 보호조치(notwendige Schutzmaßnahme)'와 같은 표현들을 사용하여 시간적, 내용적 한계를 제시하고 있고, 감염보호법의 규정이라는 특수성을 고려했을 때 제32조에는 완화된 명확성이 요구되기 때문에 동조를 통해 주정부의 위임입법이 충분히 통제될 수 있는 수준이라고 한다.

3. 연방헌법재판소의 감염예방조치 관련 가처분 신청 인용 사례

연방헌법재판소가 감염예방조치와 관련하여 가처분 신청을 인용한 사례는 예배금지조치 관련 1건, 집회금지조치 관련 2건으로 현재까지 총 3건에 그친다.

(1) 예배금지에 관한 법규명령 규정의 집행정지 가처분 신청 인용결정²¹⁾

1) 사실관계

신청인은 약 1300명의 등록 신도를 보유한 무슬림 종교단체로 2020년 4월 23일부터 5월 23일까지의 라마단 금식 기간에 단체가 이용해 오던 사원에서 금요일예배를 시행하고자 하였다. 그러나 이는 “교회, 이슬람교 사원, 유대교회당에서의 모임과 그 외 다른 신앙공동체의 모임은 교구회관에서의 모임을 포함하여 금지된다”라고 규정한 ‘코로나바이러스 신규감염의 보호를 위한 니더작센 주정부 명령’(이하 ‘니더작센주 코로나령’)²²⁾ 제1조 제5항 제3호에 따라 금지된 것이었다. 이에 신청인은 사람 간 1.5m 간격두기와 같은 감염예방책의 실시하에 상점 운영이 허용되고 있는 것처럼 예배 또한 감염예방책을 마련하여 실시된다면 허용되어야 하고, 니더작센주 코로나령 제1조 제5항 제3호는 어떠한 예외도 허용하지 않고 모든 예배를 금지하고 있어 무효라고

21) Beschl. v. 29.04.2020 Az. 1 BvQ 44/20.

22) Niedersächsische Verordnung zum Schutze vor Neuinfektionen mit dem Corona-Virus vom 17. April 2020 in der Fassung der Änderungsverordnung vom 24. April 2020.

주장하면서, 고등행정법원에 규범통제소송(Normenkontrollklage)을 제기하였다. 동시에 동 규정의 집행정지 가처분을 신청하였는데, 법원은 라마단 금식 기간에 시행되는 금요예배의 의미를 고려할 때 전면적인 예배금지 신앙의 자유를 심각하게 침해한다고 인정하면서도, 예배당에서는 기도와 찬송가 부르기처럼 목적이 분명하고 더 오랜 시간이 걸리는 단체 활동들이 이루어지기 때문에 예배당에서의 감염위험성이 상점에서보다 더욱 높다고 판단하였다. 결국 법원은 감염의 방지를 위해서는 예배금지조치가 계속 필요하다고 보아 신청인의 집행정지 가처분 신청을 기각하였다. 이에 신청인은 연방헌법재판소에 가처분으로써 금요예배 실시를 허용해 달라고 요청하였다.

2) 결정내용

연방헌법재판소는 헌법소원의 승소가능성을 결정적인 기준으로 하여, 향후 고등행정법원의 기각결정에 대해 제기된 헌법소원이 인용된다 하더라도 헌법소원절차가 종결될 때까지는 라마단 금식 기간에 예배가 실시되지 못하고 이에 따라 이슬람교의 중요한 신앙적 표현인 공동기도가 불가능해지기 때문에, 이는 연방헌법재판소법 제32조 제1항23)에 따라 방지해야 할 공공복리에 대한 중대한 손실에 해당하여 가처분 명령이 내려질 필요가 있다고 판단하였다. 이어 고등행정법원이 예배당과 상점의 위험상황을 다르게 평가한 점에 대해서는 동의하면서도, 이슬람교도들에게 매우 중요한 의미인 라마단 금식 기간의 금요예배까지 금지한다면 이는 기본법 제4조24)의 신앙의 자유에 대한 극히 중대한 침해를 의미한다고 보면서, 이러한 측면에서 니더작센주 코로나령 제1조 제5항 제3호가 신청에 따른 개별 심사 후 예배를 허용하는 예외 가능성을 전혀 열어두지 않은 것은 정당화될 수 없다고 판단하였다. 개별

23) “중대한 손실의 방지나 급박한 폭력의 저지를 위해 또는 공공복리를 위한 다른 중요한 이유에서 긴급히 필요한 경우에, 연방헌법재판소가 계쟁사건에서 가처분을 통해 상황을 잠정적으로 규율할 수 있다.”

24) 제1항: “신앙 및 양심의 자유와 종교적 및 세계관적 신조의 자유는 침해되지 아니한다.”

제2항: “방해받지 않는 종교 활동이 보장된다.”

제3항: “누구도 자신의 양심에 반하여 집총병역을 강요받지 아니한다. 자세한 사항은 연방 법률로 정한다.”

사안들의 구체적 상황을 면밀하게 심사했을 때 - 경우에 따라서는 보건당국의 관여하에 - 감염위험의 증가 가능성이 없다고 확실하게 판단된다면 예외적으로 예배 실시가 허용될 수 있어야 하며, 이는 현재 감염병에 대해 밝혀진 사실들과 위험상황을 극복하기 위해 시행되고 있는 전략들을 고려해 보아도 가능한 일이라고 한다. 또한 가처분 신청서에는 예배 중 모든 신도에게 마스크를 착용하게 하고 찬송가를 부르지 않게 할 것이며, 미리 표시해 둔 기도 좌석에 신도들을 착석시킨 상태에서 이맘(Imam)이라 불리는 지도자만이 대표로 기도문을 낭송할 것이고, 예배 참석자 수를 줄이기 위해 여러 번에 나누어 금요일예배를 진행할 것이라는 상세한 예방책이 기술되어 있는데, 연방헌법재판소는 이러한 구체적인 계획들을 고려했을 때, 감염위험이 증가할 가능성이 없다는 긍정적 판단이 전혀 기대되지 않는 상황은 아니라고 판단하였다. 이러한 이유에서 연방헌법재판소는 니더작센주 코로나령 제1조 제5항 제3호에 따른 예배금지는 잠정적으로 집행이 정지된다고 결정하면서, 본 사안에서처럼 예배금지의 예외를 허용해달라는 신청이 있을 때, 관할 행정청이 심사를 통해 상황에 적합한 부담(Auflage)과 제한을 부과해 예배를 실시하게 할 수 있을지 판단해야 한다고 밝혔다. 또한 이러한 심사에서 결정적인 것은 예배금지로 인해 야기되는 신앙의 자유 침해의 중대성(Gewicht)이며, 이외에도 관할 행정청이 부담과 제한의 준수를 효과적으로 통제할 수 있는지 여부, 각 신앙공동체의 크기와 구조, 사회적 접촉이 신체와 생명에 끼치는 위험 정도에 대한 평가 등이 종합적으로 고려되어야 한다고 덧붙였다. 이에 따라 연방헌법재판소는 신청인의 가처분 신청을 인용하여, 상점 및 쇼핑센터에 적용되는 위생조치에 관한 동 명령 제2조, 제8조, 제9조의 준수를 조건으로 하여 5월 1일부터 5월 10일까지 금요일예배를 실시하도록 허용하였다.

(2) 기센시의 집회금지처분에 대한 가처분 신청 일부인용결정²⁵⁾

25) Beschl. v. 15.04.2020 Az.1 BvR 828/20.

1) 사실관계

신청인은 기센(Gießen)시의 집회 관할 행정청에 상세한 감염예방책들을 제시하며 - 간격 표지판의 마련, 질서유지 담당자의 안내하에 집회 진행 등 - 2020년 4월 14일에서 17일까지 4일에 걸쳐 시행될 예정인 집회를 신고했다. 이에 행정청은 집회의 실시가 “자신의 가족 이외의 타인과의 접촉은 절대적으로 필요한 최소한으로 제한된다”라고 규정한 ‘헤센 주정부의 코로나 바이러스 퇴치를 위한 제3 명령’(이하 ‘헤센주 코로나령’)²⁶⁾ 제1조 제1항을 위반하며, 집회 시 간격이 유지되기 어렵고 주민들에게 선동으로 느껴질 수 있어 공공안전과 공공질서에도 직접적 위험이 초래된다고 설명하면서, 집회법 제15조 제1항²⁷⁾에 근거해 신청인에게 집회금지처분을 내리고 이의 즉시집행 또한 명했다. 이에 대해 신청인은 행정심판을 청구했고, 기센 행정법원에 행정심판의 집행정지효의 부활을 신청했으나 배척되었다.²⁸⁾ 이후 항고 절차인 헤센 행정법원에서도 배척되자, 신청인은 헌법소원을 제기하면서 동시에 집회금지처분에 대해 제기한 행정심판의 집행정지효를 부활시켜 달라는 내용의 가처분을 신청하였다.

2) 결정내용

연방헌법재판소는 기센시의 집회금지처분이 기본법 제8조²⁹⁾에서 도출되는 집회의 자유를 명백히 침해하기 때문에 가처분 명령이 내려질 필요가 있다고 판단하였다. 관할 행정청은 헤센주 코로나령 제1조 제1항의 내용을 같은

26) Dritte Verordnung der Hessischen Landesregierung zur Bekämpfung des Corona-Virus vom 14. März 2020 in der Fassung der Verordnung vom 30. März 2020.

27) “처분 당시의 상황에 따라 집회 또는 시위의 실행 시 공공의 안전이나 질서에 직접적인 위험이 초래되는 경우 관할 행정청은 그 집회 또는 시위를 금지하거나 일정한 부담을 부과할 수 있다.”

28) 행정심판 또는 취소소송이 제기된 행정처분에는 행정소송법 제80조 제1항에 따라 그 집행이 정지되는 효과가 발생하는데, 이 사안에서와 같이 처분 행정청이 별도로 즉시집행을 명한 경우에는 동조 제2항 제4호에 따라 집행정지효가 발생하지 않는다. 하지만 동조 제5항에 따르면 당사자가 법원에 신청할 경우 법원이 집행정지효의 전부 또는 일부를 부활시킬 수 있다.

29) 제1항: “모든 독일인은 신고나 허가 없이 평화롭게 비무장으로 집회할 권리를 가진다.”

제2항: “옥외집회에 있어 이 권리는 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여 제한될 수 있다.”

가족이 아닌 2인 이상의 옥외집회까지 일반적으로 금지하는 것으로 해석하고 있는데, 연방헌법재판소는 이러한 해석이 잘못됐다고 보았다. 집회법 제15조 제1항이 관할 행정청에게 재량권을 부여하고 있는 것은 바로 기본권으로 보호되는 집회의 자유를 고려하기 위함인데, 이러한 관점에서 헤센주 코로나령 제1조의 내용도 집회 관할 행정청에 결정의 여지를 부여하는 것으로 해석해야 한다는 판단이다. 관할 행정청이 동조의 내용을 일반적 집회금지로 해석했다는 것은 이미 기본법 제8조에서 도출되는 집회의 자유의 중요성과 효력범위를 적절하게 고려하지 못했다는 것이고, 이러한 잘못된 해석에 더해 개별 사안의 구체적 상황들을 고려하는 재량권 행사의 과정이 간과된 채 신청인의 집회가 헤센주 코로나령 제1조에 부합하는지 여부만이 판단되었기 때문에 결국 이 사안의 집회금지처분은 기본법 제8조를 위반하는 것이라고 한다. 이러한 이유에서 연방헌법재판소는 당 재판부의 4월 15일자 결정으로 4월 16일과 17일의 집회금지처분에 한해 신청인이 제기했던 행정심판의 집행정지효를 부활시켰다. 또한 기센시에는 의무에 합당한 재량을 행사하여 신청인의 집회를 집회법 제15조 제1항에 근거해 금지할 것인지 또는 일정한 부담의 부과에 허용할 것인지에 대해 다시 결정하라고 주문했다.

(3) 슈투트가르트시의 집회금지조치에 대한 가처분 신청 인용결정³⁰⁾

1) 사실관계

신청인은 “우리는 헌법의 처음 20개 조항³¹⁾을 주장한다. 우리는 비상사태 체제의 종식을 주장한다”라는 모토하에 2020년 4월 15일과 18일에 열릴 집회를 계획하고 이를 슈투트가르트(Stuttgart)시에 신고했다. 신청인은 관할 행정청에 집회당 최대 참가자 수가 50명이며, 이들에게 1.5m 간격유지와 같은

30) Beschl. v. 17.4.2020, Az. 1 BvQ 37/29.

31) 기본법 제1조에서 제20조까지의 규정들을 뜻한다. 기본법 제1장에 속하는 제1조에서 제19조까지의 규정은 기본권에 관해 규정하고 있다. 제20조는 연방 및 주에 관해 규정한 제2장의 첫 조항에 해당한다.

위생수칙 정보를 사전에 전달할 것이고, 집회용 표지판을 사용하여 산책과 같은 방식으로 집회를 진행할 예정이라고 설명하였다. 4월 8일 신청인은 관할 행정청의 공무원으로부터 전화를 받았는데, 그로부터 현재 집회가 금지되어 있기 때문에 신청인의 집회계획에 관해서도 결정될 사항이 없다고 전달 받았다. 이에 신청인은 대리인을 통해 서면으로 작성된 거부 결정(Bescheid)의 송달을 요청했으나, 이 공무원은 'SARS-Cov-2 바이러스의 전파를 예방하는 감염보호조치에 관한 바덴-뷔르템베르크 주정부의 명령'(이하 '바덴-뷔르템베르크 코로나령'³²⁾)을 통해 현재 집회금지가 시행되고 있음을 알 수 있기 때문에, 거부 결정은 별도로 송달되지 않을 것이라고 설명했다. 이에 4월 14일 신청인은 피신청인인 슈투트가르트시에 신청인의 집회에 대한 허가 의무를 부여해 달라는 내용으로 슈투트가르트 행정법원에 가처분을 신청했으나 배척되었다. 이후 항고절차인 바덴-뷔르템베르크 행정법원에서도 배척되었는데, 법원의 판단은 다음과 같았다. 우선 법원은 공적 장소에 머무를 수 있는 인원을 제한하고 있는 바덴-뷔르템베르크 코로나령 제3조 제1항³³⁾이 집회에도 적용될 수 있다고 보면서, 동령의 집회금지는 감염예방을 목적으로 하는 일반적 금지에 해당한다고 설명하였다. 신청인의 집회허가 주장에 대한 법적 근거가 될 수 있는 규정은 동령 제3조 제6항³⁴⁾으로, 이는 동조 제1항의 집회금지의 예외를 인정할 수 있는 관할 행정청의 재량에 관한 규정인데, 다만 법원은 이 규정의 적용과 관련하여 관할 행정청이 재량권을 전혀 행사하지 않았다는 신청인의 주장은 중요하지 않다고 보았다. 관할 행정청에 집회에 대한 허가 의무를 부여하는 가처분을 내리기 위해서는 관할 행정청의 재량이 0으로 수축되어야 하는데 신청인의 사안은 그에 해당하지 않는다고 보았기 때문이다. 법원은 관할 행정청이 일반적 금지를 원칙으로 신청인의 집회에

32) Die baden-württembergische Verordnung der Landesregierung über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-Cov-2 (Corona-Verordnung - CoronaVO) vom 17. März 2020 (GBl. BW S. 120), zuletzt geändert durch Verordnung vom 9. April 2020.

33) “공적 장소에 머무르는 것은 혼자일 때, 다른 가구의 구성원 1인과 함께일 때, 또는 자기 가족 구성원들과 함께일 때만 허용된다. 다른 사람들에게는 가능한 모든 공적 장소에서 1.5m 최소간격이 준수되어야 한다.”

34) “관할 행정청은 중요한 이유에서, 감염보호를 위한 부담을 부과하여 제1항과 제2항에 따른 금지에 대한 예외를 허용할 수 있다. 그 중요한 이유는 특히 (다음의 경우에) 인정된다,

1. 집회와 그 외 행사가 제1조 제6항의 중요한 사회기반시설의 유지에 도움이 되거나
2. 법률에 규정된 행사이거나 일정의 연기가 불가능할 때”

대해 그 예외를 인정하지 않은 것은 감염병의 확산을 줄이려는 정당한 목적에서 비롯되었으며, 신청인의 집회계획이 마스크 착용, 질서유지 담당자의 안내 등이 생략된 미흡한 위생수칙을 제시하고 있어 감염확산의 위험이 예상되기 때문에 이를 방지하기 위한 적합하고 필요한 조치에 해당한다고 보았다. 또한 집회금지가 기본법 제8조의 집회의 자유를 심각하게 침해하는 것은 인정하지만, 백신과 치료제가 개발되지 않은 현재의 팬데믹 상황을 고려했을 때 집회금지를 통해 수많은 사람의 생명과 신체가 보호될 수 있기 때문에 (협의의) 비례의 원칙에도 어긋나지 않는다고 판단하였다. 바덴-뷔르템베르크 행정법원의 이러한 결정 후, 신청인은 연방헌법재판소에 슈투트가르트 행정법원과 바덴-뷔르템베르크 행정법원의 결정을 파기하고 사건을 원심으로 환송해 달라는 내용의 가처분을 신청하였다.

2) 결정내용

연방헌법재판소는 신청인의 집회를 금지하고 있는 슈투트가르트시의 태도에 비추어 보았을 때 신청인의 침해된 권리가 더 이상 회복 불가능해지는 권리상실 상태가 우려된다고 보아, 향후 제기될 수 있는 헌법소원의 승소가능성을 결정적 기준으로 가처분 명령이 내려질 필요가 있다고 판단하였다. 슈투트가르트시가 기본법 제8조에 따라 인정되는 신청인의 집회의 자유를 명백히 침해하고 있으며, 신청인이 신고한 집회는 2020년 6월 15일까지 한시적으로 적용될 예정이었던 바덴-뷔르템베르크 코로나령의 제한조치와 금지조치에 반대할 목적에서 계획되었기 때문에 헌법소원절차가 종결될 때까지 기다릴 경우 집회의 목적이 달성되지 못할 가능성이 매우 크다는 설명이다. 연방헌법재판소는 기본법 제8조 제2항에 따라 법률 또는 법률에 근거하여 동조 제1항의 집회의 자유가 제한될 수는 있지만, 이러한 제한은 자유민주적 국가질서의 구성요소인 집회의 자유의 근본적 의미를 반드시 고려하여, 다른 중대한 법익을 보호하려는 목적하에 비례성 원칙을 엄격히 적용한 경우에만

허용되는 것임을 강조하였다. 이러한 측면에서 볼 때 슈투트가르트시는 바덴-뷔르템베르크 코로나령 제3조 제6항을 통해 부여된 재량권을 행사하지 않으므로써, 기본법 제8조 제1항의 집회의 자유의 의미와 효력범위를 제대로 고려하지 않았다고 한다. 거부 결정의 송달을 거부했던 슈투트가르트시 공무원은 연방헌법재판소에 의견서를 제출하여 바덴-뷔르템베르크 코로나령 제3조 제6항에 대한 자신의 해석을 밝혔는데, 동 규정을 통해 관할 행정청에 행위여지(Handlungsspielraum)가 인정된다는 사실을 생각하지 못했다고 밝혔다. 또한 뒤늦게 일정한 부담의 부과에 신청인이 신고한 집회를 허용할 수 있을지 여부를 검토하면서 애초부터 신청인의 집회는 집회금지의 예외로 인정될 수 없었다고 주장하였는데, 연방헌법재판소는 이러한 뒤늦은 검토를 통해 재량권의 불행사가 치유되는 것은 아니기 때문에 시공무원의 주장은 고려할 필요가 없다고 보았다. 더욱이 이러한 주장은 상기한 기본법 제8조의 의미와 효력범위에 비추어 보았을 때 받아들일 수 없다고 판단하였다. 재판부는 법규명령의 일반적 집회금지 원칙을 통해 집회의 자유 행사를 규율하는 것이 기본법 제8조에 부합하는지 여부는 가처분 절차에서 다룰 수 없는 문제이지만, 적어도 신청인의 사안에서 문제가 된 바덴-뷔르템베르크 코로나령 제3조 제6항의 해석과 관련해서는 집회금지의 예외를 허용함에 있어 반드시 기본법 제8조의 의미가 고려되어야 한다고 보았다. 동령에 따른 재량권을 행사함에 있어 일반적 집회금지를 전제로 각 개별 사안의 구체적 상황을 충분히 고려하지 않는다면 이는 기본법 제8조에 반하는 것으로, 일괄적 검토방식이 아닌 개별 사안의 검토가 필요하다고 강조하였다. 덧붙여 재판부는 관할 행정청 또한 집회 신고자에게 효과적인 감염예방책을 제시할 책임이 있다고 판시하였다. 미흡한 위생수칙의 제시를 이유로 집회를 금지할 것이 아니라 관할 행정청과의 협력과 합의를 바탕으로 집회가 시행될 수 있도록 관할 행정청이 직접 개별 사안에 맞추어 감염위험의 최소화를 위한 방침을 제시할 필요가 있는데, 신청인의 집회와 관련하여 관할 행정청은 이러한 노력을 기울이지 않았다고 판단하였다. 이러한 이유에서 연방헌법재판소는 신청인의

가처분 신청을 인용하여, 슈투트가르트시에 재판부의 의견을 고려해 신청인의 2020년 4월 18일 집회를 허용할지 여부를 검토하라고 명하면서, 만약 시가 결정을 내리지 않는다면 신청인은 상기한 집회를 시행할 권리를 갖는다고 결정하였다.

4. 나가는 말

지난 12월부터 시행된 전면 봉쇄령으로 인해 현재 독일의 코비드-19 신규 확진자 수는 차츰 감소세를 보이고 있다. 그러나 감염병 확산을 막기 위해 독일 정부가 선택한 전면 봉쇄령은 살펴본 바와 같이 많은 공법적 문제들을 야기하고 있다. 팬데믹 상황에서 국가는 국민의 생명과 신체를 보호해야 하는 중대한 헌법적 의무의 수행을 요청받는데, 그러한 의무의 수행이 헌법의 테두리를 벗어나지 않아야 함은 당연하다. 독일의 감염보호법상 감염예방조치의 법적 근거에 대한 문제 제기, 연방헌법재판소의 가처분 신청 인용사례들을 통해 살펴본 주정부 코로나령의 규정 및 행정청 처분에 대한 문제 제기는 국가가 헌법의 테두리 안에서, 특히 관련 기본권의 의미와 효력범위를 충분히 고려하여 국가의 의무를 다하고 있는지에 관해 묻고 있는 것이다. 높은 사망자수와 변이 바이러스의 문제로 독일 정부가 앞으로 어떠한 조치들을 시행해 나갈지 쉽게 예측할 수 없는 상황에서 이러한 질문들은 계속될 것으로 예상된다.