

COVID-19사태로 본 감염병예방법상 제 이슈들에 대한 검토 (2)

- 집합금지명령과 집회 및 종교의 자유를 중심으로 -

신재명*

I. 서론

1980년대 세계 각국의 감염병에 대한 통제능력이 향상과 의학 기술 비약적인 발전, 각국 국민들의 위생의식이 고양됨에 따라 대폭 감소추이를 보였다. 그럼에도 불구하고 1990년대 이후 신종 감염병이 주기적으로 출현하고 있고, 퇴치단계에 있었거나 이미 박멸하였다고 여겼던 감염병마저 재출현하는 양상을 보이고 있다. 이 양상의 가운데 코로나바이러스감염증-19(coronavirus disease 19, 이하 ‘코로나-19’)가 출현하여 대유행(pandemic)에 이르렀고, 아직까지 그 기세를 누르지 못하고 있다. 게임체인저로 생각했던 예방접종이 중증화률을 감소시켰다는 평을 받으나, 변이바이러스에는 큰 효과를 나타내지 못하고 지금까지 확산세가 지속되고 있다.

우리나라는 감염병의 예방 및 차단을 위해 「감염병예방의 예방 및 관리에 관한 법률」(이하 ‘감염병예방법’)이 존재하였으나, 법령의 미비, 관련 행정기관의 권한과 책임의 혼선 그리고 정부와 지방자치단체간의 소통의 부재 등으로 2015년에 발발했던 중동호흡기증후군(MERS, 이하 ‘메르스’라 한다) 사태에서 큰 곤혹을 치른 바 있다. 2015년도의 메르스사태는 우리나라 방역체계의 문제점을 여과 없이 노출되었는데, 이는 우리나라가 신종 감염병에 대해 적절히 관리할 수 있는 법령체계와 방역체계를 갖추지 못한 것에서 비롯

* 법학박사, 질병관리청 연구원.

되었고, 특히 메르스와 같은 신종 감염병부분에 관하여 명확한 규정이 부재하여 예방조치에 대한 법적 근거가 없었다는 문제점이 대두되었다.¹⁾ 이에 메르스사태 후 「감염병예방법」과 관련된 여러 논의들이 있었고, 일정 부분의 개정도 이루어졌다. 그럼에도 불구하고 2020년에 발생한 코로나-19사태에서 더 큰 혼란을 겪었고²⁾, 법적 측면에서 많은 과제를 남기고 있다.

우리 정부가 코로나-19 확산 추세를 잡기 위하여 취한 여러 가지 조치들 중 「감염병예방법」 제49조 제1항 제2호에 따른 집합금지명령조치는 집회의 자유, 영업의 자유, 종교의 자유 등 우리 헌법상 핵심적 기본권을 직접적으로 제한하였는바, 큰 논란을 일으켰다. 코로나-19사태는 가까운 시일 내 종식될 것이나,³⁾ 그간 이슈화되었던 인권 또는 기본권들을 반추해보아야 포스트 코로나를 잘 대비할 수 있을 것이다.

하기에서는 「감염병예방법」상 집합금지명령의 성격과 그 문제점을 살펴보고, 집합금지명령과 직접 관련되는 이슈 중 집회의 자유와 종교의 자유를 중심으로 이론과 판례를 종합적으로 검토해보자 한다.

-
- 1) 전병율, “메르스 사태의 현황, 대응 및 개선방안”, 「대한의학회 E-NEWSLETTER」 제64호, 2015.8. 참조; 연호기, “신종 감염병 유행에 대한 근본 원인과 체계적 대책: 국내 메르스사태를 중심으로”, 「HIRA 정책동향」 제9권 제5호, 심사평가연구소, 2015 참조; 정종구·손정구, “코로나19 동선공개에 대한 법적 고찰”, 「법학논고」 제70집, 경북대학교 법학연구원, 2020.7., 105-106면 참조.
 - 2) 코로나-19초창기 대구시의 집단감염 혼란 속에서 대구시 대응, 특히 생활치료센터, 드라이브스루 등의 새로운 방식의 대응은 타 지자체에 큰 영향을 주었고, 현재에는 보편적인 감염병 대응조치로 인식되고 있다(대구시 대응에 대해서 자세한 내용은 이경수·정해용, 「대구가 아프다 그러나 울지 않는다」, 지식과 감성, 2021 참조).
 - 3) 2022년 5월 2일 실외마스크착용을 포함한 대부분의 방역조치들이 해제되었다. 그럼에도 불구하고 신규 확진자는 여전히 2만명을 기록하고 있고, 위중증자는 461명에 이르며, 사망자도 83명에 달하고 있다(출처: 코로나공식홈페이지, 보건복지부, 질병관리청, Johns Hopkins CSSE, 검색일: 2022년 5월 2일).

II. 우리나라 집합금지명령의 성격과 독일의 입법례

1. 집합금지명령의 법적 성격

예방조치 중 가장 논란이 되는 집합금지명령은 감염병의 급속한 확산을 방지하기 위하여 행정청이 취하는 적극적인 예방조치를 말한다.⁴⁾ 이러한 집합금지명령의 법적 근거는 「감염병예방법」 제49조 제1항 제2호이고, 위반에 따른 벌칙은 제80조 제7항에 규정되어 있다. 동법 제49조는 감염병예방에 필요한 조치들을 규정하고 있고, 제1항 제2호에서 흥행, 집회, 제례 또는 그 밖의 여러 사람의 집합을 제한하거나 금지하는 조치를 취할 수 있도록 하여 집합금지명령을 발할 수 있도록 하며, 제80조 제7호에서 300만원 이하의 벌금형으로 벌칙을 정하고 있다. 즉, 동조 제2호는 단순히 “흥행, 집회, 제례 또는 그 밖의 여러 사람의 집합을 제한하거나 금지하는 것”이라 규정한 것뿐인데, 사적 모임 금지, 영업시간 제한, 집회 제한 등 매우 포괄적인 범주제한의 근거로 두고 있는 것이다. ‘집합금지명령’은 ‘감염병예방조치’ 중 하나이다. 감염병예방조치를 규정한 제49조의 전반을 구체적으로 살펴보면, 아래와 같다.

첫째, 감염병예방조치의 목적이 명확하지 않다. 단지 “감염병을 예방하기 위하여”라고 규정하고 있고, 이러한 형식은 흔하지 않은 형태이다. 「감염병예방법」 제2조 제1호에서 ‘감염병’을 제1급~4급감염병, 기생충감염병, 세계보건기구 감시대상 감염병, 생물테러감염병, 성매개감염병, 인수공통감염병 및 의료관련감염병으로 정의하고 있다. 여기서 코로나-19가 포함된 제1급 감염병을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. “제1급감염병이란 생물테러감염병 또는 치명률이 높거나 집단 발생의 우려가 커서 발생 또는 유행 즉시 신고하여야 하고, 음압격리와 같은 높은 수준의 격리가 필요한 감염병으로서 다음

4) 김성률, “‘집합금지명령’에 대한 헌법적 쟁점”, 「법학연구」 제40권 제4호, 한국법학회, 2020, 73면.

각 목의 감염병을 말한다. 다만, 갑작스러운 국내 유입 또는 유행이 예견되어 긴급한 예방·관리가 필요하여 질병관리청장이 보건복지부장관과 협의하여 지정하는 감염병을 포함한다.”라고 정의된다(동조 제2호). 이는 감염병예방이라는 목적을 위한 제49조 제1항의 예방조치라는 수단의 요건으로 볼 수 있고, 감염병에 따른 위험상황의 특성상 ‘우려’까지, 즉 ‘위험의 의심(Gefahrverdacht)’, 감염병위해의 존재에 관한 불확실한 상태를 포함하는 것이다. 현재의 코로나-19사태에서 감염병의 전염경로, 전염력 등 위험성에 대한 예측이 난해한 경우를 대비하기 위하여 개입시점을 앞당기고 있는 것이다.⁵⁾ 이와 같은 정의는 여러 측면으로 구체화 또는 해석시도를 하더라도 매우 넓은 상황을 포괄하는 불확정적인 성격을 지울 수 없어 일반조항(Generalklausel)의 성격을 가진다고 볼 수 있다.

우리 법에서는 예방조치를 제49조 제1항에서 제1호~제14호에 이르는 상당히 방대하게 나열하고 있다. 그런데 「감염병예방법」에서 예방조치 중 집회, 영업활동 등의 제한 및 금지로 기본권 제한의 근거가 되어 가장 논란이 되는 것이 바로 제49조 제1항 제2호 “홍행, 집회, 제례 또는 그 밖의 여러 사람의 집합을 제한하거나 금지하는 것”, 이른바 ‘집합금지명령’이다. 이 집합금지명령의 규정이 논란이 되는 이유는 위 하나의 불확정적인 규정을 가지고 각종 영업장이나 시설의 운영자 및 관리자들의 기본권 제한의 근거로 삼고 있기 때문이다.

이러한 일반조항적 성격을 가진 제49조 제1항 제2호가 효과적인 위험방지의 원칙측면에서 정당화될 가능성이 존재할 수도 있으나⁶⁾, 법률유보원칙과 명확성원칙에 의한 헌법적, 행정법적 관점에서 이러한 일반조항적 근거의 행정명령에 대한 검토가 이루어져야 할 것이다. 코로나-19사태의 위기상황을

5) 박원규, “감염병예방법상 이동제한조치에 대한 법적 검토: 코로나19 관련 독일의 법적상황 및 논의를 중심으로”, 『경찰법연구』 제18권 제2호, 한국경찰법학회, 2020, 109-111면 참조.

6) 박원규, 앞의 논문, 109면.

감안할 때 위헌 또는 위법이라고 단언하기는 어려울 수 있으나, 민주적 행정을 위한 법률유보원칙의 기본적 의미를 고수하기 위해서는 현재와 같은 효율 또는 효과적인 행정적 또는 방역적 관점의 대응에만 초점을 맞추어서는 아니 되며, 아래에서 논할 독일의 입법례와 같이 법의 원칙을 준수하려는 부단한 노력이 있어야 한다.⁷⁾

2. 독일의 입법례

독일의 「감염병예방법」의 여러 조치 역시 일반조항적 성격을 지니는 것은 분명하나, 우리와 달리 그 조치에 대해서 되도록 구체적으로 또한 절제된 조치로 규정하고 있다. 이를 통하여 명확성의 원칙, 법률유보의 원칙 등을 준수하고자 하는 노력을 엿볼 수 있다. 관련된 규정의 상세 내용은 아래와 같다.

(1) 독일 감염병예방법 제28조

독일의 경우 감염병에 대한 일반법은 「감염병예방법(Infektionsschutzgesetz: IfSG)」이다. 독일 「감염병예방법」은 감염 발생 전 예방에 관한 일반조항(제16조) 외에 발생 후 대응조치(Schutzmaßnahmen)에 관한 제28조를 두고 있다. 이 조항이 우리 「감염병예방법」 제49조 및 사회적 가이드라인이 규율하는 내용과 유사하여 괄목할 필요성이 크다.

코로나-19의 발생 전 감염병법 제28조는 관할 행정청이 필요한 범위 내에서 필요한 기간 동안 전염성 질환의 확산을 방지하기 위한 필요한 조치를 한다는 필수적 조치를 할 의무를 부여하였지만, 구체적인 조치에 대해서는 재량에 맡기는 형태를 가지고 있었다.⁸⁾ 본 조항은 감염병예방대응에 대한 일

7) 이기춘, “코로나-19에 따른 행정명령에 관한 시론적 소고”, 「국가법연구」 제17집 제1호, 한국국가법학회, 2021, 12면 참조.

8) 과거 독일의 감염병법에 관하여는 윤진아, “독일의 감염병예방 및 관리체제 고찰”, 「법과 정책연구」 제19집 제4호, 한국법정책학회, 2018, 255-286면 참조.

반조항성격을 가지는 것으로 평가되었고, 코로나-19 발생 이후 제1차 개정에서 제28조에 따른 방역조치로 집회 및 거주 자유, 이동 자유에 대한 법률적 제한이 가능함을 명확히 하였다.⁹⁾ 개정된 제28조 규정을 보면 아래와 같다.

제28조 보호조치 (1) 감염병환자(Kranke), 감염병의사환자(Krankheitsverdächtige), 감염병의심자(Ansteckungsverdächtige) 또는 병원체 보유자(Ausscheider)가 확인되거나 사망자가 감염병환자, 감염병의사환자 또는 병원체 보유자로 판명되는 경우 관할관청은 감염병 확산을 저지하는 데 필요한 경우 특히 제29조부터 제31조까지에 언급된 필수 보호조치를 취하며 특히 해당인에게 현재 있는 장소를 떠나지 아니하거나 특정 조건에서만 떠나도록 또는 특정 장소나 공공장소에 출입하지 아니하거나 특정 조건에서만 출입하도록 의무를 부과할 수 있다. 제1문의 조건이 존재하는 경우 관할관청은 행사 또는 그 밖의 집회를 제한 또는 금지하고 수영장이나 제33조에 언급된 다중이용시설 또는 그 일부를 폐쇄할 수 있다. 치료를 명해서는 아니 된다. 이 경우 신체의 자유(기본법 제2조 제2항 제2문), 집회의 자유(기본법 제8조), 거주이전의 자유(기본법 제11조 제1항) 및 주거불가침(기본법 제13조 제1항)의 기본권은 제한된다.¹⁰⁾

9) 2020.3.27. 제28조 개정, BGBl. I S. 587, 590.

10) § 28 Schutzmaßnahmen 제28조(보호조치) (1) Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt oder ergibt sich, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in den §§ 29 bis 31 genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist; sie kann insbesondere Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten. Unter den Voraussetzungen von Satz 1 kann die zuständige Behörde Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen von Menschen beschränken oder verbieten und Badeanstalten oder in § 33 genannte Gemeinschaftseinrichtungen

이와 같은 제28조의 요건이 충족될 경우 감염병환자등에 대한 관찰(제29조), 격리(제30조), 직업활동금지(제31조)의 보호조치를 발동하게 된다.

(2) 특별대응조치 추가(제28a조)

코로나-19가 광범위하게 확산될 경우 그에 대한 구체적인 조치의 법적 근거가 희박하다는 비판이 있자 코로나-19에 한정하여 특별조치를 허용하는 조항을 추가하였다. 추가된 제28a조를 보면 아래와 같다.¹¹⁾

제28조a (1) 코로나19의 확산 저지를 위해 제28조 제1항 제1문과 제2문에 따라 필요한 대응조치는 연방하원에 의한 제5조 제1항 제1문에 따른 전국적 규모의 감염상황 확인이 계속되는 동안 다음과 같은 조치들을 포함된다.

1. 공공장소에서 거리두기명령
2. 입과 코를 가리는 마스크착용의 의무
3. 공적·사적 공간에서 외출 및 접촉 제한
4. 영업장, 시설 또는 대중교통에 대해 위생계획의 마련 및 시행을 의무화
5. 여가 행사나 그에 유사한 행사의 금지나 제한
6. 여가활동을 위한 시설영업의 금지나 제한
7. 문화행사나 문화시설영업의 금지나 제한
8. 스포츠행사와 스포츠활동의 금지나 제한
9. 전면적 또는 특정 시간에 한정하여 알콜판매를 금지하거나 특정 공적 장소 또는 특정 대중이용시설에서의 알콜소비 금지

oder Teile davon schließen. Eine Heilbehandlung darf nicht angeordnet werden. Die Grundrechte der Freiheit der Person (Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 des Grundgesetzes), der Freizügigkeit (Artikel 11 Absatz 1 des Grundgesetzes) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Absatz 1 des Grundgesetzes) werden insoweit eingeschränkt.

11) 2020년 11월 18일 개정. BGBl. I S. 2397.

10. 행사, 집합, 시위, 집회 및 종교적 또는 세계관적 회합을 금지하거나 또는 그 시행을 위해 부담 부과
 11. 여행의 금지나 제한: 특히 관광 목적 여행
 12. 숙박제공의 금지 또는 제한
 13. 요식 시설 운영의 금지 또는 제한
 14. 영업, 소매업 또는 대규모유통업의 금지 또는 제한
 15. 보건 또는 사회복지시설의 출입이나 방문 금지나 제한
 16. 제33조의 지역사회시설, 단과 대학교, 성인교육을 위한 비학교 시설 또는 유사 시설의 폐쇄나 이들의 운영지속을 위해 부담 부과
 17. 코로나-19 감염 이후 감염경로를 추적하고 전파를 차단하기 위한 고객, 손님 또는 행사참여자 연락정보의 처리 작업을 명령
- (2) 기존 대응조치를 감안하더라도 코로나-19의 효과적인 확산방지가 현저히 어려운 한도에서 제28조 제1항과 결합된 위 제1항에 따른 이하의 예방조치가 허용된다.

독일기본법 제8조에 따른 집회 및 시위와 제1항 제10호에 따른 종교적 또는 세계관적 모임의 금지

사적 주거영역의 이탈이 특정 시간대나 특정 목적을 위해서만 허용되는 제1항 제3호에 따른 외출제한의 명령

요양원, 보육원, 장애인시설, 조산원, 치료받고 배려 받는 친척 등과 같은 사람들의 병원과 같은 제1항 제15호의 시설방문이나 출입의 금지

제1항 제15호에 따른 예방조치는 개인들의 완전한 격리가 되어서는 아니 된다; 최소한의 사회적 접촉은 보장되어야 한다.

위와 같은 개정으로 코로나-19의 감염상황이 전국적인 유행이 될 경우에 거리두기(제1호), 마스크착용(제2호) 등 17개의 방역수칙의 법률적 근거가 되었다. 제28a조 제3항~제7항에서는 조치를 발동하기 위한 요건을 구체적

으로 단계화하여 규정하고 있다. 즉, 인구 10만명 당 감염병환자가 7일 확진자 지표로 50명을 넘는 경우와 35명을 넘는 경우로 나누어 각각의 조치를 발동할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 한번 발동된 조치는 4주간 유지할 수 있고, 독일의 각 주 정부는 제28조 및 제28a조의 조치를 구체화하여 법규명령을 발동할 수 있으며, 재위임도 가능하다(제32조).

(3) 전국단위 비상조치 등의 추가(제28조b, c)

위와 같은 조치를 시행하였으나, 코로나-19의 발생과 유행을 방지하지 못함에 따라 다시 한번 「감염병예방법」을 개정하였다.¹²⁾

제28조b 특별한 감염상황에서 코로나-19 확산 저지를 위한 전국 단위 통일적 대응조치 및 법규명령의 수권

(1) 주의 지방자치단위에서 로버트 코흐 연구소를 통해 공표된 코로나-19 추가감염자의 수가 7일 내에 3일 연속으로 10만명당 100명을 초과하는 경우에는 익일로부터 다음과 같은 조치가 적용된다.

공적·사적 공간에서의 사적 모임은 가구 구성원과 1인의 외부인(그의 가구에 속하는 14세 이하의 어린이는 포함)이 참석하는 경우에만 허용된다. 같은 가구 구성원사이만의 사적모임, 배우자간만의 사적 모임, 양육권 또는 면접교섭권의 행사만을 위한 만남, 사망한 경우 30명까지 행사의 범위 내에서 개최되는 사적 모임은 적용하지 아니한다.

오후 10시부터 익일 오전 5시 사이에 사람들은 주거 또는 숙박시설 및 그 각각의 범위에 속하는 토지 밖에 체류하는 것은 금지된다. 다만, 다음 목적을 위한 경우에는 적용되지 아니한다.

g) 22시에서 24시까지 혼자서 자유롭게 하는 신체 활동. 운동시설에서 하

12) 2021년 4월 23일 개정. BGBl. S. 802.

는 경우는 적용되지 아니한다.

최근의 개정은 비상조치(Notbremse)에 관한 것으로, 주민 10만명 당 7일 발병율이 연속 3일동안 100명 이상에 이르는 경우에 발동된다. 이는 과학적 판단의 컨트롤 타워인 로버트 코흐 연구소의 조사에 따라 100명 이상의 감염병환자가 발생하였을 경우 해당 지역에 대한 각종 봉쇄조치를 할 수 있도록 한 것이다. 여기에는 사적 모임 금지(제1호), 야간 외출금지(제2호), 여가 시설 폐쇄(제3호), 상점 폐쇄(제4호), 문화시설 폐쇄(제5호), 접촉이 있는 스포츠 활동 금지(제6호), 식당 폐쇄(제7호), 신체적 접촉을 동반할 수 있는 서비스의 금지(제8호), 대중교통 이용시 마스크 착용 의무 및 인원 제한(제9호), 관광 목적 숙박 제공 금지(제10호)가 있다. 이와 같은 추가 개정은 2021년 6월 30일까지 한시법으로 규정되었는데, 개정 이후 확진자 수가 감소하여 실제 적용은 되지 아니하였다.

한편 상기 조치를 법규명령으로 좀 더 구체화할 수 있도록 제28c조가 추가되기도 하였다. 이 조항에 따라 면역이 있거나 음성의 코로나-19검사결과를 제출하는 자에 대해서는 완화된 방역조치를 적용할 수 있는 근거를 마련하였다. 그 규정은 아래와 같다.

제28조c 접종자, 검사자 등에 대한 특별 규율을 위한 법규명령 수권
연방정부는 코로나-19 바이러스에 대하여 면역이 있는 것으로 확신할 수 있거나 감염검사에서 음성 결과를 제출할 수 있는 자에게는 「감염병예방법」 제5절이나 해당 규정에 근거하여 발급된 명령과 금지의 완화 또는 예외를 법규명령으로 규율할 권한을 가진다. 제1문에 따른 연방정부의 법규명령은 연방의회의 동의를 요한다. ...

이처럼 집합금지명령을 포함한 독일의 입법례에서는 방역조치뿐만 아니라

국민들의 기본권 수호를 위하여 일련의 조치를 되도록 법률에 명확히 규정하려는 노력이 엿보인다.

Ⅲ. 우리 감염병예방법상 집합금지명령의 문제점

1. 법치주의상 집합금지명령의 문제점

(1) 법률유보의 원칙

법률유보의 원칙이란 행정권의 발동은 법률의 수권에 의하여 행하여야 한다는 것으로서, 행정활동을 위한 법률적 근거를 적극적으로 요구한다. 이러한 법률유보원칙의 정신은 국회에 대한 신뢰 및 시민의 이익을 위한다는 뜻이 내포되어 있다.¹³⁾ 더 나아가 오늘날 법률유보의 원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현과 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 내포한다.¹⁴⁾

법률유보의 원칙 관점에서 집합금지명령규정을 보면, 예방조치의 주체·대상·절차가 명확하게 규정되어 있지 않고 있다. 그리고 예방조치 중 가장 광범위한 기본권침해가 가능한 부분이 단 하나의 조문에 의존하고 있는 형태는 이해하기 힘들다. 또한 이 조항을 위반할 경우 형사처벌을 하도록 규정되어 있는데, 과연 법치주의에서 요구하고 있는 기본적으로 본질적인 사항들이 제대로 규정되어 있다고 볼 수 있는지 의문이다. 이에 관한 자세한 내용은 아래에서 기술하겠다.

13) 이혜진, “입법권 위임금지법리로서의 법률유보”, 『공법학연구』 제20권 제4호, 한국비교공법학회, 2019.11., 28면 이하 참조.

14) 헌재 1999.5.27. 98헌바70.

(2) 명확성의 원칙

「감염병예방법」상 집합금지명령조치를 위반할 경우 형사벌인 벌금형에 처하도록 규정되어 있다. 그렇다면 죄형법정주의의 원칙인 명확성의 원칙이 타 법령보다 더욱 엄격하게 요구될 것이다. 벌칙이 형사벌로 규정되어 있는 경우에는 그 구성요건이 명확하여야 하는데, 그 요건이 명확성원칙에 충족되는지는 통상의 판단능력을 가진 국민 또는 사물의 변별능력을 제대로 가진 일반인들을 기준으로 판단한다.¹⁵⁾

그런데 「감염병예방법」의 집합금지명령은 어느 행위가 위반행위가 되는지 명확한 규정이 없고 단순한 조치의 내용만 있다. 하기의 해석론에서 논하겠지만, 사전적 의미 외 해석할 여지가 없을 뿐만 아니라, 그러한 해석에 의할지라도 ‘여러 사람의 집합’이라는 법문은 구체적인 해석조차 불가능하다.

죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 처벌대상인 행위가 무엇이며 그에 따른 벌칙이 어떠한 것인지 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 명확한 구성요건을 규정하여야 한다는 것을 의미한다.¹⁶⁾ 여기서 구성요건이 명확하여야 한다는 것은 그 법률을 적용하는 단계에서 가치판단을 전혀 배제한 무색투명한 서술적 개념으로 규정되어야 한다는 것을 의미하는 것은 아니고, 입법자의 입법의도가 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악될 수 있는 정도의 건을 의미한다.¹⁷⁾

독일의 「감염병예방법」상 집합금지명령의 성격과 우리 「감염병예방법」상 집합금지명령의 성격은 일반적 조항의 성격을 띠고 있다는 사실은 동일하다. 그러나 세부적인 사항을 살펴보지 않더라도 현재 우리 「감염병예방법」상 집합금지명령의 조치에 대한 요건 부분은 독일의 입법례에 비하자면, 사실상 거의 규정하는 바가 없다고 할 수 있을 지경이다.¹⁸⁾ 즉, 제49조 제1항은 단

15) 한국형사판례연구회, 「형법판례 150선」, 박영사, 2019, 4면.

16) 표명환, “헌법재판소의 명확성원칙의 적용에 관한 고찰”, 「법과 정책연구」 제20권 제4호, 한국법정책학회, 2020.12., 44면 참조.

17) 현재 2007.4.26. 2003헌바71.

지 ‘감염병을 예방하기 위하여’라고만 규정하고 있어 집합금지조치가 그에만 해당하면 되기 때문이다.¹⁹⁾ 이는 불가항력적으로 행정 판단에 의존 경향을 나타낼 수 밖에 없는 현 위기 상황에서 입법의 조정능력을 방기하는 것이고, 더욱 그 경향성을 짚게 하는 일이다.²⁰⁾

법문이 명확하지 않는 경우, 국가기관들이 자의적으로 형벌권을 행사할 위험성이 증가되고²¹⁾, 개인의 자유와 권리의 보장은 요원하게 된다.²²⁾ 이에 따라 국가기관들은 광범위하고 미확인된 재량권을 행사하게 될 것이고, 공정성 시비도 필연적으로 발생된다.²³⁾ 특히, 불명확성은 예외적인 재난상황 하에서 국민의 생명권과 건강권이라는 공공복리를 위한 예외적인 예방조치를 행정 명령으로 손쉽게 행할 수 있게 할 것이고, 이것이 선례가 되어 장래에도 국가가 유사한 상황에서 예외상태를 상례화할 위험성을 내포하고 있다.²⁴⁾ 물론 법문의 해석을 통하여, 즉 법관의 보충적인 가치판단을 통해 그 의미내용을 구체화하고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙에 반하지 않도록 할 여지가 전혀 없는 것

18) 김태호, “법치주의의 시험대에 선 코로나 방역 대응”, 「공법연구」 제49집 제4호, 한국공법학회, 2021.6., 222면 참조.

19) 권양섭·차상욱, “코로나바이러스감염증-19 예방 및 방역 과정에서의 위치정보 활용의 문제점과 개선방안”, 「법이론실무연구」 제8권 제4호, 사단법인 한국법이론실무학회, 2020.11., 23면 참조.

20) 김태호, 앞의 논문 222면 참조.

21) 죄형법정주의는 범죄와 형벌이 법률로 정해져야 함을 의미하며, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 누구나 범률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미하는 것으로서, 처벌법규의 구성요건의 내용이 모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없고 범죄의 성립여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없게 된다(헌재 2002.2.28. 99헌가8 결정 등).

22) 이상돈, 「형법강론」, 박영사, 2020, 21면 참조.

23) 이정민, “코로나19 대책과 형사법적 대응”, 「법학논총」 제44권 제3호, 단국대학교 법학연구소, 2020.9., 59면.

24) 이석민, “코로나19 공중보건위기와 헌법상 집회의 자유”, 「법학논고」 제73집, 경북대학교 법학연구원, 2021.4., 144면, 160-161면 참조.

은 아니다.²⁵⁾ 그러나 현 집합금지명령규정에서 나타나는 불명확성은 개인적 취향에 따라 좌우될 가능성이 매우 농후하며,²⁶⁾ 해석자에게 그러한 광범위한 해석의 범위를 부여하는 자체가 법률제정과 동일한 행위이라 평가할 수 있으므로, 이는 삼권분립의 원칙에 위배된다 할 것이다.

이러한 불확정적 의미를 가진 집합금지명령규정을 근거로 제80조 제7호에 따라 300만원 이하의 벌금이라는 형사벌을 내정하고 있고 구체적인 모든 구성요건에 대해서는 지침(행정명령)으로 미루고 있어,²⁷⁾ 형법의 최후수단성²⁸⁾ 및 행정종속성²⁹⁾을 초래하고 죄형법정주의와 백지위임금지의 원칙에도 위배된다.

범죄와 형벌에 관한 사항에 있어서 위임입법의 근거와 한계에 관한 「헌법」 제75조가 적용되나, 법률에 의한 처벌법규의 위임은 인권을 최대한 보장하기 위하여 죄형법정주의와 적법절차를 준수하여야 하며, 법률에 의한 처벌을 강조하고 있는 기본권보장 우위사상에 비추어 바람직하지 못한 일이므로, 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 적용되어야 한다. 이에 따라 처벌법규의 위임을 하기 위하여는 첫째, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고 둘째, 이러한 경우에도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상행위가 어떠한 것일 것이라

25) 1998.4.30. 95헌가16.

26) 명재진, “코로나사태와 종교의 자유”, 「교회와 법」 제7권 제1호, 한국교회법학회, 2020.8., 19면 참조.

27) 행정부가 형사법률의 금지규범의 내용을 구체화하는 규범을 보충규범이라고 하는데, 감염병예방법의 경우 이 규범이 수시로 변경되는 구조이다. 이와 같은 구조는 실무적으로 형사법률을 탄력적으로 적용할 수 있다는 장점이 있으나, 이는 수범자의 예측가능성을 약화시킨다. 현재 코로나-19관련 보충규범은 중앙재난안전대책본부에서 발표하는 사회적 거리두기 방역조치단계이다(이원상, “감염병예방법에 따른 형사처벌에 대한 고찰”, 「형사법연구」 제33권 제1호, 한국형사법학회, 2021, 233-234면 참조; 박혜림, “감염병예방법에 따른 형사처벌에 대한 비판적 검토와 입법 방향”, 「서울법학」 제29권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2021.11., 163면 참조).

28) 형법의 최후수단성에 자세한 내용은 박혜림, 앞의 논문, 165-167면 참조.

29) 형법의 행정종속성이란 행정법규 또는 행정청의 조치(허가 등) 등이 형법상 구성요건요소 또는 위법성의 일반요소로 기능을 하게 되는 것을 말한다(류진철, “형법상 불법판단에 있어서 행정행위의 종속성”, 「법학논총」 제33권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2013, 133면).

고 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하여야 하며 셋째, 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다.³⁰⁾

현행 집합금지명령규정은 그 긴급성은 충족이 되나 독일의 입법례로 볼 때 미리 법률로써 상세하게 정할 수 없는 부득이한 사정이 존재하는지는 의문이다. 그리고 「감염병예방법」 관련한 전체의 규정을 살펴보아도 어떠한 행위를 하였을 때 본 조항에 위배되는 것인지 구체적으로 인식하기는 쉽지 않다. 하기의 집합금지명령규정의 해석론에서 상술하겠지만, 현행 본 규정을 해석한다고 하더라도 ‘여러 사람의 집합’이 어느 정도의 인원을 말하는 것인지 전혀 알 수가 없다. 예를 들어 집합금지명령이 내려진 자신의 주점에서 영업목적이 아닌 지인 1인을 불러 술을 마셨다고 가정해보자. 2명이 모인 것이 여기에서 여러 사람에게 해당하는 것인가?³¹⁾ 방역당국에서는 본 행정명령이 영업금지가 아닌 집합금지임이 문언상 명백하고 2인 이상이 모이면 집합이라 말할 수도 있다. 그러나 사회통념상 관점에서 볼 때, 영업행위가 아닌 폐쇄된 자신의 영업장에서 단들이 음주행위를 한 것을 행정명령으로 이 행위를 가벌하는 것이 타당한가? 또한 그들에게 죄가 될 것이라는 위법성 인식이 존재하였을까? 존재하지 않았다고 하더라도 단순한 법률의 무지는 처벌된다. 하지만 법률전문가들 사이에도 의견이 분분한 사항을 두고 이를 단순한 법률의 무지라 볼 수 있을까? 여러 사람에게 해당한다고 하더라도, 「형법」 제 16조의 금지착오에 해당하지는 않을까?

(3) 포괄위임금지원칙 위배

집합금지명령이 규정된 「감염병예방법」 제49조는 감염병의 예방조치에 대하여 “질병관리청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 감염병을 예방

30) 1997.5.29., 94헌바22 결정 등.

31) 방역당국은 대상시설에서 거의 예외없이 2명 이상 모일 경우, 여러 사람에게 해당한다고 보고 집합금지명령위반으로 처벌을 하였다.

하기 위하여 다음 각 호에 해당되는 모든 조치를 하거나 그에 필요한 일부 조치를 하여야 하며.”라고 규정하고 있는데, 이러한 뚜렷한 정함이 없는 포괄적인 위임은 행정상 혼선을 줄 수 있다. 물론 코로나-19사태 이후 일련의 조치들은 각 지방자치단체의 장들이 보건복지부장관과 질병관리청장 등의 중앙행정기관의 방역지침의 기준을 대체로 존중해왔다. 그러나 명백한 것은 각 지자체의 장이 중앙행정기관에서 결정한 사항과 달리 판단하고 차별적인 행정을 할 수 있는 법적 근거가 된다는 점이다. 본 조문에 근거하여 지방자치단체는 고시와 지침을 통해 주민들의 기본권을 제한하고 있는데, 이는 명백히 법치주의에 반하는 것이며, 특히 벌칙이 형사벌인 경우 문제는 더욱 심각해진다.³²⁾

감염병예방과 전파차단에 관한 사항은 그 성질상 때로는 지역적, 때로는 전국적 조치가 유연하게 필요할 수 있다. 즉, 감염병에 대한 빠르고 효율적인 대응을 위해서 권역별 적절한 권한의 배분이 있어야 한다. 그렇다면 법령에 권한배분에 대해 상세한 관할의 구별과 조치내용을 명확하게 규정해두어야 한다. 그럼에도 불구하고 「감염병예방법」 제49조는 구체적인 관할의 구별과 조치내용을 명확하게 규정하지 아니하여 국민들의 예측가능성을 불투명하게 하고, 국민들은 불측의 형사처벌을 받을 수 있다.

헌법재판소는 “헌법은 위임입법의 근거와 그 범위 및 한계를 제시하고 있는데, 이러한 위임의 한계로서 헌법상 제시되고 있는 ‘구체적으로 범위를 정하여’라 함은 법률에 이미 대통령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다. 특히 형사처벌을 동반하는 처벌법규의 위임은 중대한 기본권의 침해를 가져오므로 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하며, 이러한 경우일지라도

32) 정태중, “감염병예방 및 관리에 관한 법률의 내용과 개선방안”, 「법학연구」 제20권 제3호, 한국법학회, 2020.9., 312면 참조.

법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상행위가 어떠한 것이라고 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고”³³⁾라고 판시하고 있다.

집합금지명령이 규정된 「감염병예방법」 제49조는 과연 위와 같은 헌법재판소에서 판시하고 있는 바에 충족될 수 있는 심히 의문시되고, 게다가 집합금지명령위반의 벌칙은 형사벌로 되어 있어 더욱더 해당 규정의 문제점은 심각하다 할 수 있다.

(4) 제49조 제1항 제2호 해석론

위와 같이 집합금지명령의 규정이 불명확하지만, 개인적 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다는 전제하에 아래와 같은 해석이 합리적이며 타당하다 사료되어 제시해보고자 한다.

「감염병예방법」을 비롯한 관련 법규에서 집합금지명령의 근거인 제49조 제1항 제2호 ‘그 밖의 여러 사람의 집합’의 개념에 대한 아무런 정의규정이 확인되지 않는다. 이러한 경우 먼저 문리해석을 통한 검토가 필요하다. ‘여러’의 사전적 의미는 ‘수효가 한둘이 아니고 많은’이고, ‘집합’은 ‘사람들이 한 곳으로 모임’을 뜻한다. 그리고 논리적·체계적 해석을 통해 살펴보면, ‘그 밖의 여러 사람의 집합’은 앞에 열거된 개념인 ‘홍행’, ‘집회’, ‘제례’와 동일선상의 의미를 가질 것으로 판단되므로 감염병예방의 목적을 위하여 유사한 수준이나 이에 준하는 금지의 필요성이 있는 것이라 할 수 있다. 이 용어 역시 정의규정이 없어 사전적 의미를 살펴보자면, ‘홍행’은 ‘영리를 목적으로 연극, 영화, 서커스 따위를 요금을 받고 대중에게 보여 줌’을 말하고, ‘집회’는 ‘여러 사람이 어떤 목적을 위하여 일시적으로 모임 또는 그런 모임’³⁴⁾을 뜻하며, ‘제례’는 ‘① 예법을 제정함 ② 갖추어야 할 식례를 덜어버림 ③ 제

33) 헌재 2000.7.20. 99헌가15.

34) 관련 법령으로 집회 및 시위에 관한 법률이 있으나, 대부분 옥외집회에 대한 제한규정을 가지고 있다.

사를 지내는 의례 ④ 모든 예절 등'을 의미하는데 법의 취지와 목적을 고려해볼 때 ③을 가리키는 것으로 보는 것이 바람직하다.³⁵⁾

따라서 '그 밖의 여러 사람의 집합'이란 다수의 사람이 동일한 장소에 모이는 것을 의미한다고 할 것이지 소수의 사람이 같은 장소에 모이는 것을 말하는 것은 아니라고 할 것이다. 이는 논리적·체계적 해석 또는 목적론적 해석에 의하더라도 다수의 모임에 이르지 아니하는 소수의 사람이 구분되는 공간에 모여 있는 것까지 '그 밖의 여러 사람의 집합'에 해당하는 것으로 해석하는 것은 무리가 있다고 보여진다. 이 해석과 달리 그 범위를 처벌의 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장하는 것은 엄격해석의 원칙 또는 유추해석금지의 원칙에 반할 수 있다.³⁶⁾

한편, 이러한 해석에 의할지라도 다수의 모임이 어디까지이며, 소수의 사람이 어디까지인지 도무지 알 길이 없다. 더욱이 이를 행정명령에 의해서 정할 경우 국민의 대표 국회를 통한 가별성이 아닌 국가의 행정청에 의한 가별성이 정해지느냐, 이는 법의 기본원칙에 정면으로 충돌된다.

2. 비례원칙과 평등원칙상 집합금지명령의 문제점

(1) 비례의 원칙

우리 헌법 제37조 제2항에 따르면, “국민의 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며 그 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”고 규정하여 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법을 할 경우 준수

35) 국립국어원 표준국어대사전.

36) 침익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용하여야 하고 행정처분의 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 안 되며, 그 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석이 전적으로 배제되는 것은 아니라 하더라도 그 해석이 문언의 통상적인 의미를 벗어나서는 아니 된다(대판 2008.2.28. 선고 2007두13791, 13807).

해야 할 비례의 원칙을 천명하고 있다. 즉, 기본권을 제한하는 입법을 함에 있어 입법목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소화성, 법익의 균형을 모두 갖추고 있어야 하며,³⁷⁾ 이를 충족하지 못하는 법령은 기본권제한의 입법한계를 이탈한 것으로 헌법에 반하게 된다. 현행 우리 「감염병예방법」상 집합금지명령규정이 비례의 원칙에 충족하는지 여부를 살펴보면 아래와 같다.

첫째, 목적의 정당성이다. 「감염병예방법」은 국민의 생명권과 건강권이라는 중대한 공익을 근거로 하여 국민 건강에 위해가 되는 감염병의 발생과 유행을 방지하고, 국민 건강의 증진 및 유지에 이바지함을 목적으로 한다는 점에 비추어 그 입법목적의 정당성은 인정된다(법 제1조).

둘째, 수단의 적합성이다. 감염병의 특성상 국민의 생명 및 건강을 지키기 위해 감염병이 발생 및 전파된 후의 사후적 조치보다 사전적 예방의 중요성이 훨씬 크다는 특수성이 있고, 비말에 의해 전파되는 것으로 알려져 있는 코로나-19와 같은 감염병은 사람들이 모여있을 경우 감염 및 전파우려가 더 크다는 것은 지극히 상식적인 것이므로, 일정한 경우 사람들의 집합을 제한 또는 금지하거나 방역지침의 준수를 명하고 그 위반에 대한 제재조치를 정한 집합금지명령은 감염병을 예방하기에 적합한 수단에 해당한다.

셋째, 피해의 최소화성이다. 이를 충족하기 위해서는 침해의 중대성의 정도에 있어 보다 낮은 단계의 침해 수단으로는 감염병 예방조치의 실효성을 확보하기가 어려운 경우이어야 할 것이다. 따라서 집합금지라는 수단만이 필요한 경우란 그 아래 단계인 제한으로는 동일한 목적을 실현할 수 없을 정도로 당해 상황이 중대하고 급박한 위험이 발생하는 것이어야 한다.³⁸⁾ 그런데 중

37) 목적의 정당성이란 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체계 내에서 정당성이 인정받을 수 있어야 한다는 것, 수단의 적합성이란 그 목적을 달성하기 위한 수단이 효과적이고 적합하여야 하는 것, 피해의 최소화성이란 입법권자가 선택한 기본권의 제한조치가 입법목적달성을 위하여 적절한 것일지라도 완화된 수단이나 방법을 모색함으로써 그 제한을 필요최소한의 것이 되게 하여야 한다는 것, 법익의 균형이란 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다는 것을 말한다(정회철·김유향, 「기본권의 헌법」, (주)윌비스, 2015, 129-130면, 280-287면 참조).

대하고 급박한 위험이 존재하지 아니한 상황에서 특정 시설에 일률적·일상적으로 집합금지명령을 내리고 있어 비례의 원칙에 어긋나는 측면을 보이고 있다. 예를 들어 종교시설의 경우 신천지의 방역방해나 위법적 행위에 대해서는 집합금지를 내릴 중대하고 급박한 위험이 존재하지만, 기타 다른 종교시설은 이와 모두 동질의 것이라 볼 수 없고, 조치명령에 있어 개별화를 하여 비동질적인 시설에는 집합제한조치로도 충분하였다.³⁹⁾ 혹자는 집합금지조치를 하고도 코로나-19사태가 진정되지 않는데, 제한조치로 절대 수습할 수 없을 뿐만 아니라 팬데믹상황을 더욱 악화시키는 일이라 비판한다. 그러나 여기서의 논의(문제)의 핵심은 기본권제한을 최대한 덜 침해하면서도 효과적인 방안을 찾는 것이며, 조치의 대체 방안(예를 들어 마스크 착용의 강화, 시설 입장인원 제한, 시설 내 거리두기 등)은 명백하게 존재함에도 불구하고, 일률적으로 집합금지를 함으로써 법적 문제를 초래하고 있다는 것에 있다.

넷째, 법익의 균형성이다. 여기서는 공익과 사익의 이익 간의 형량이 필요한데, 이것은 절대적으로 결정될 수는 없고 구체적인 상황에 따라 상대적 중요성에 의해 결정될 수밖에 없다.⁴⁰⁾ 양자의 비교형량을 함에 있어서는 한편으로는 기본권의 비중 및 그 제한의 정도를 다른 한편으로는 공공복리의 비중 및 긴급성을 가지고 판단한다. 이러한 판단에 있어서 정신적 및 신체적 기본권처럼 기본권의 비중이 높을수록 또한 같은 기본권이라도 개인적 자유의 보존에 기여할수록(의식주와 관련된 생존권적 기본권) 침해되는 사익의 평가정도가 높을 것이다.⁴¹⁾ 예를 들어, 헌법재판소는 양심적 병역거부를 인정하는 결정을 하면서, “병역종류조항이 추구하는 ‘국가안보’ 및 ‘병역의무의 공평한 부담’이라는 공익은 대단히 중요하나, 앞서 보았듯이 병역종류조항에

38) 헌재 2011.6.30. 2009헌마406 참조.

39) 명재진, 앞의 논문, 28면 참조.

40) 김종보, “기본권침해 심사기준에 대한 소고”, 「공법학연구」 제10권 제3호, 한국비교공법학회, 2009.8., 177면.

41) 정희철·김유향, 앞의 책, 286면.

대체복무제를 도입한다고 하더라도 위와 같은 공익은 충분히 달성할 수 있다고 판단된다. 반면, 병역종류조항이 대체복무제를 규정하지 아니함으로 인하여 양심적 병역거부자들은 최소 1년 6월 이상의 징역형과 그에 따른 막대한 유·무형의 불이익을 감수하여야 한다. 양심적 병역거부자들에게 공익 관련 업무에 종사하도록 한다면, 이들을 처벌하여 교도소에 수용하고 있는 것보다는 넓은 의미의 안보와 공익실현에 더 유익한 효과를 거둘 수 있을 것이다. 따라서 병역종류조항은 법익의 균형성 요건을 충족하지 못하였다.”⁴²⁾ 고 하여 법익균형에 대해 판시한 바 있다. 이처럼 정신적 및 신체적 기본권의 비중이 높을수록 개인적 자유의 보존에 기여할수록 침해되는 사익은 높게 평가된다. 따라서 후술할 집합금지명령으로 침해받을 수 있는 자유권적 기본권의 경우 법익균형성의 요건이 엄격하게 검토된다.

(2) 평등의 원칙⁴³⁾

헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등의 원칙은 일반적으로 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금지하고 있는 것으로 해석되고, 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니며, 법 적용뿐만 아니라 입법을 함에 있어서도 불합리한 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 · 실질적 평등을 의미한다.⁴⁴⁾ 평등원칙 위배 여부를 판단하기 위해서는 먼저 ① 차별취급의 존재(차별의 대상)가 확인되어야 하며 ② 차별취급에 헌법적 정당성이 있는지를 검토하여야 한다. “①의 요건과 관련하여 두 개의 비교집단이 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 당해 법규정의 의미와 목적에 달려 있고, ②의 요건에 관련하여 차별취급의 자의성은 합리적인 이유가 결여

42) 헌재 2018.6.28., 2011헌바379.

43) 한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2012, 559-591면 참조; 한수웅, “평등권의 구조와 심사기준, 「헌법논총」 제9집, 헌법재판소, 1998, 41면 이하 참조; 정회철 · 김유향, 앞의 책, 346-381면 참조.

44) 헌재 2005.6.30., 2003헌마341 등.

된 것을 의미하므로, 차별대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 이유가 존재한다면 차별대우는 자의적인 것이 아니게 된다.”⁴⁵⁾

평등원칙 위반여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 허용되는 입법형성권의 정도에 따라서 달라지는데⁴⁶⁾, 특별한 사정이 없는 한 법률의 평등원칙위반여부는 입법자의 자의성이 있는지 여부만을 심사하게 된다.⁴⁷⁾ 따라서 원칙적으로 합리적 근거 없이 차별하는 경우에만 평등원칙에 위배되는 것이다.

다만, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다. 엄격한 심사를 한다는 것은 자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적 이유 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단 간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다.⁴⁸⁾

현행 집합금지명령이 발동된다면, 종교, 직업, 집회의 자유가 침해되는 것일 것이고, 이는 헌법 제11조 제1항에 따라 헌법 스스로가 평등권을 구체화하는 경우 또는 기본권의 중대한 제한을 초래하는 경우에 해당되어 엄격한 비례의 원칙이 기준으로 적용될 것이다. 그렇지 않더라도 현행 집합금지명령은 자의금지원칙의 심사요건에도 불충족할 가능성이 존재한다. 현행 집합금지명령규정을 근거로 내려진 행정명령을 보면, 법률의 목적에 비추어 더 위

45) 헌재 2002.11.28. 2002헌마45.

46) 헌재 1999.12.23., 98헌마363 등.

47) 헌재 2003.12.18., 2002헌마593 등.

48) 헌재 1999.12.23., 98헌마363 등.

험하고 더 많은 사람들이 모이는 곳에는 집합금지명령뿐만 아니라 제한조차 적용하지 않고 있다. 즉, 지하철, 버스 등 공공교통수단이나 공공기관 등 훨씬 더 많은 다수의 사람들이 왕래하거나 운집하는 장소에 대해서 마스크 착용외에 특별한 규율은 없다. 대중교통시설과 종교·집회·유흥시설은 당해 법규정인 의미와 목적, 즉 감염병예방이라는 측면에서 그리고 사람이 모여 있는 곳이라는 점에서 본질적으로 동일하다. 그럼에도 불구하고 대중교통에 대해서는 아무런 제한을 하지 않으면서 감염자가 발생했던 곳이 아닌 개별 시설을 특정 업종에 포함된다는 이유로 집합금지가 가능하다고 해석하는 것은 합리적인 이유가 결여된 것으로서 평등의 원칙에 위배될 가능성이 전혀 없다고 할 수 없고, 더욱이 평등원칙의 엄격한 심사로서 비례의 원칙에 위배될 가능성은 더욱 농후하다.

IV. 집합금지명령과 침해받는 자유권적 기본권에 대한 검토

상기한 바와 같이 우리나라 및 독일의 「감염병예방법」상 집합금지명령관련 규정들은 동일하게 일반조항적 성격을 지니고 있으나, 예외적·한시적으로 상세하게 규정한 독일의 입법례와 달리 우리나라는 매우 간소하게 규정되어 있어 여러 문제점을 드러내고 있다. 그 문제점으로 크게 법률유보원칙, 명확성의 원칙, 포괄위임금지의 원칙, 비례원칙과 평등원칙으로 나누어 살펴 보았다. 아래에서는 집회 및 종교의 자유에 대한 기존의 이론과 법리를 간략하게 살펴본 뒤, 해당 기본권과 집합금지명령규정이 충돌한 국내의 판례를 검토해보고 어떠한 판단하고 있는지를 살펴보고자 한다.

국내의 판례들은 대체로 코로나-19 감염병이 접촉이나 비말에 의하여 전파된다는 과학적 사실을 근거로 사람들 군집을 그 목적과 상관없이 금지할

필요성은 인정하나, 군집의 성격이나 내용 및 방식에 따라 미시적인 조정을 충분히 하지 않고 일률적으로 금지하는 것에 대해서는 의문을 가지는 경향을 띠고 있다.⁴⁹⁾

1. 집회의 자유

(1) 의의

집회의 자유는 개인의 인격발현의 요소이자 민주주의를 구성하는 요소라는 이중적 헌법적 기능을 가지고 있다. 인간의 존엄성과 자유로운 인격발현을 최고의 가치로 삼는 우리 헌법질서 내에서 집회의 자유도 다른 모든 기본권과 마찬가지로 일차적으로는 개인의 자기결정과 인격발현에 기여하는 기본권이다. 뿐만 아니라 집회를 통하여 국민들이 자신의 의견과 주장을 집단적으로 표명함으로써 여론의 형성에 영향을 미친다는 점에서, 집회의 자유는 표현의 자유와 더불어 민주적 공동체가 기능하기 위하여 불가결한 근본요소에 속한다.⁵⁰⁾

(2) 허용 범위 및 그 법리

집회의 자유는 집회의 시간, 장소, 방법과 목적을 스스로 결정할 권리를 보장한다. 집회의 자유에 의하여 구체적으로 보호되는 주요행위는 집회의 준비 및 조직, 지휘, 참가, 집회장소·시간의 선택이다. 따라서 집회의 자유는 개인이 집회에 참가하는 것을 방해하거나 또는 집회에 참가할 것을 강요하는 국가행위를 금지할 뿐만 아니라, 예를 들어 집회장소로의 여행을 방해하거나, 집회장소로부터 귀가하는 방해하거나, 집회참가자에 대한 검문의 방법

49) 송기훈, “코로나19와 종교적 집회의 자유”, 「헌법학 연구」 제27권 제2호, 한국헌법학회, 2021.6., 246면 참조.

50) 현재 2003.10.30., 2000헌바67, 83(병합)의 판시내용.

으로 시간을 지연시킴으로써 집회장소에 접근하는 것을 방해하는 등 집회의 자유행사에 영향을 미치는 모든 조치를 금지한다. 집회의 목적·내용과 집회의 장소는 일반적으로 밀접한 내적인 연관관계에 있기 때문에 집회의 장소에 대한 선택이 집회의 성과를 결정짓는 경우가 적지 않다. 집회장소가 바로 집회의 목적과 효과에 대하여 중요한 의미를 가지기 때문에 누구나 ‘어떤 장소에서’ 자신이 계획한 집회를 할 것인가를 원칙적으로 자유롭게 결정할 수 있어야만 집회의 자유가 비로소 효과적으로 보장되는 것이다. 따라서 집회의 자유는 다른 법익의 보호를 위하여 정당화되지 않는 한, 집회장소를 향의 대상으로부터 분리시키는 것을 금지한다. 집회의 자유를 제한하는 대표적인 공권력의 행위는 집시법에서 규정하는 집회의 금지, 해산과 조건부 허용이다. 집회의 자유에 대한 제한은 다른 중요한 법익의 보호를 위하여 반드시 필요한 경우에 한하여 정당화되는 것이며, 특히 집회의 금지와 해산은 원칙적으로 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협이 명백하게 존재하는 경우에 한하여 허용될 수 있다.

물론 집회의 자유도 헌법 제37조 제2항에 따라 모든 기본권은 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요나 경우에 법률에 의하여 제한이 가능하다는 기본권의 일반적 제한법리에 따라 제한될 수 있다. 다만 제한하는 경우에도 이른바 비례의 원칙에 따라 공익적 필요를 위하여 최소한의 제한만이 가해져야 한다. 상기와 같은 집회자유 허용범위 내지 제한법리를 정리해보자면 아래와 같다.

① 집회의 금지와 해산은 집회의 자유를 보다 적게 제한하는 다른 수단, 즉 조건을 붙여 집회를 허용하는 가능성을 모두 소진한 후에 비로소 고려될 수 있는 최종적인 수단이어야 하고,⁵¹⁾ ② 옥내집회와 옥외집회로 구분하여 공익과의 충돌 위험성이 보다 큰 옥외집회에 대해서 보다 큰 제한이 가능하며,⁵²⁾ ③ 표

51) 헌재 2003.10.30., 2000헌바67 결정 등; 한국헌법학회, 「헌법주석 I」, 박영사, 2013, 680-681면 참조.

현의 자유의 내용 보호를 위하여 집회의 내용과 목적을 이유로 한 허가제는 인정되지 않지만 집회의 자유의 행사방법이나 양태를 이유로 한 신고제와 같은 최소한의 제한은 인정되고,⁵³⁾ ④ 기타 시간적 제한이나 장소적 제한을 부분적으로 가한 뒤에 최종적으로 금지여부를 고려해야 한다(단계적 구분의 사고).⁵⁴⁾

(3) 집회의 자유 제한 관련 법률의 적용 가능성

우선 적용 가능한 규정으로 「집회 및 시위에 관한 법률」 제5조를 염두에 둘 수 있다. 동조 제1항 제2호의 “공공의 안녕 질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백”한지 여부를 검토하여야 하는데, 동 법률은 기본권 보장을 위하여 그 문언을 엄격하게 해석하여야 하므로, 고의적으로 코로나-19를 전파하겠다고 하는 등 그러한 극단적인 경우를 제외하고는 실제로 이에 부합하는 사례를 찾기란 어려울 것이다. 즉, 단지 많은 사람들이 모였을 때 감염 및 전파의 위험성이 있다는 추상적인 사실로는 공공의 안녕 질서에 ‘직접적인 위협’ 또는 구체적인 위협이 된다거나 그러한 것들이 모두에게 ‘명백’하다고 할 수 없기 때문이다.⁵⁵⁾ 따라서 집회에 대해서는 코로나-19의 감염 우려를 이유로 집시법에 따라 집회를 금지하거나 제한하는 것은 어려울 것이다.

그 다음으로 검토 가능한 것은 「감염병예방법」이다. 이 경우 두 가지로 나누어볼 수 있는데, 첫 번째는 감염환자가 나온 경우이고, 두 번째는 감염환자가 나오지 않았더라도 감염의 우려가 있을 경우이다.

전자의 경우 동법 제47조에 따라 방역을 위한 장소적 폐쇄의 부수적 결과로 집회의 자유에 대한 제한조치가 이루어질 수 있으나, 이는 해당 규정으로 인한 직접적인 효과는 아니다. 후자의 경우 집회를 제한 또는 금지할 수 있

52) 한국헌법학회, 앞의 책, 681면 참조.

53) 자세한 내용은 한수웅, 앞의 책, 790-795면 참조.

54) 양태건, “코로나19 확산방지를 위한 집회 제한 및 금지 가능성”, 「한국법제연구원」 이슈페이퍼 20-05, 2020, 5면.

55) 양태건, 앞의 책, 6면 참조.

는 동법 제49조 제1항 제2호가 제기될 수 있다. 즉, 동호에서 집합금지명령의 예시로 ‘집회’를 들고 있어 가장 직접적인 근거규정이라 할 수 있을 것이다. 그러나 상기하였듯이 해당 규정이 매우 불명확하고 포괄적으로 규정되어 있으므로 엄격한 해석을 통해 운용되어야 한다.⁵⁶⁾

즉, 앞서 말한 비례성의 원칙과 단계적 구분의 사고에 유의하여야 한다. 이 기준에 따라 우리나라와 독일의 판례에서는 정부가 코로나-19 예방을 이유로 불허한 집회에 대해서 허용하는 결정사례가 속속 도출되고 있다.

(4) 판례

1) 우리나라

① 2020년 8.15 집회⁵⁷⁾

2020년 8월 13일 서울특별시장은 8월 15일 광화문 일대에서 개최하고자 하는 내용으로 관할경찰서장에게 신고된 여러 건의 집회에 대하여 「감염병 예방법」 제49조에 따라 집회금지통보를 하였다. 그 근거로 대규모 인파가 밀집하는 집회특성상 방역 수칙 준수가 어렵고, 여러 단체에서 주최예정인 당일 집회에 전국에서 모이는 참여자가 상당할 것으로 예상되어 확진자 발생 시 코로나-19 감염이 전국적 규모로 지역간 확산되는 결과를 초래할 수 있다는 점을 들었다.

서울행정법원은 2020년 8월 14일에 서울특별시장의 집회금지처분 중 3건에 대해 효력정지결정을 내린다. 법원은 「감염병 예방법」에 따라 집회의 자유를 제한하는 경우에도 감염병확산 우려가 합리적 근거에 의하여 객관적으로 분명하게 예상될 때 필요한 최소의 범위 내에서 이루어져야 한다고 보면서, 집회의 장소·방법·인원수·방역수칙 등을 지시하여 제한적으로 집회

56) 양태건, 앞의 책, 10면 참조.

57) 이석민, 앞의 논문, 155면 이하 참조.

를 허용하는 것이 아니라 집회개최자체를 원천금지하는 처분은 집회의 자유를 과도하게 제한하는 처분이 될 수 있다고 판시하였다.

② 개천절 집회⁵⁸⁾

2020년 광복절 집회에 이어 개천절 집회도 예정되어 있었다. 9월 29일 서울특별시시는 개천절 도심 집회를 원천차단하고 차량집회도 금지발표를 하였다. 이에 대해 서울행정법원은 8.15 비대위가 서울중로경찰서를 상대로 낸 집회금지처분집행정지신청은 기각하였으나, 10월 1일 ‘새로운 한국을 위한 국민운동(새한국)’ 측의 신청은 수용하여 경찰의 옥외집회금지처분에 대해 집행정지를 결정하였다. 다만, 9가지 조건을 제시하였고, 위반 시 즉시 해산 명령이 가능하도록 하였다.⁵⁹⁾

③ 한글날 집회⁶⁰⁾

한글날 집회신청에 대해서는 법원이 집회금지집행정지신청에 대해서 수용

58) 이석민, 앞의 논문, 157면 이하 참조.

59) - 사전에 집회 참가자 목록을 경찰에 제출해야한다. 준수 사항을 충분히 인식하였다는 각서도 같이 제출해야 한다.

- 경찰 입회 하에 제출된 명단이 실제 참가자와 일치함을 확인받아야 한다.

- 집회 물품은 반드시 퀵서비스 등 비대면 방식으로 전달되어야 한다. 자가설치가 불가능한 물품은 대면 방식(설치)으로만 전달이 가능하기에 사용이 금지된다.

- 집회 전후 대면 모임 또는 접촉 금지, 집회 도중에 접촉하는 행위 역시 금지된다.

- 차량 당 탑승 인원은 운전자 1인으로 제한되며, 차량 행진은 집합허용인원에 준하여 제한된다. 즉, 집결 인원에는 운전자만이 포함될 수 있으며, 총 운전자 수는 집회허용인원을 초과할 수 없다(개천절 집회 당시 집회허용인원은 최대 9명이었으며, 이 때문에 당시 차량 행진 역시 9대로 제한됨).

- 어떠한 경우에도 창문을 열지 말아야 한다. 이에 따라 차량을 열어야 가능한 구호 행위 역시 금지된다.

- 긴급상황이 아닌 경우 차에서 내릴 수 없다.

- 중간에 기습 참가 등으로 집회허용인원을 초과한 경우 경찰은 이를 제재할 수 있으며, 집회는 사유 해소 시까지 중단된다. 집회중단 시에는 행진 등을 일체 할 수 없다.

- 최종 목적지에 도착하지 못한 경우라도 신고된 집회 시간이 경과한 경우 즉시 해산해야 한다(개천절 집회 당시 신고된 시간은 오후 2시~4시).

60) 한겨레, “법원, 한글날 도심집회 금지도 정당”, 2020.10.08.

하지 않았다. 서울행정법원은 8.15 비상대책위원회(이하 ‘비대위’)가 서울중로경찰서와 서울시를 상대로 낸 옥외집회금지처분효력집행정지신청을 기각하였다. 재판부는 세종로공원과 광화문 교보빌딩 인근에서 각각 1천명이 모이는 집회가 열릴 경우 코로나-19의 ‘감염 예방 및 확산 방지’라는 공익을 실현하는데 심각한 어려움이 야기될 수 있고, 이는 공공의 안녕질서에 대한 명백한 위협에 해당한다고 판시하였다. 구체적인 기각사유로 코로나-19 신규 확진자가 꾸준히 발생하는 상황에서 전국 각지에 거주하는 1천명이 대중교통 등을 통해 집회에 나선다면 불가피하게 밀접 접촉이 발생하고 집회를 매개로 한 감염이 발생할 경우 경로 파악이 매우 어려우며 그 확산도 자명하다는 점, 비대위가 여러 방역대책을 제시하였지만 30명의 질서유지인이 최소 1천명의 참가자를 통제한다는 것은 코로나-19 예방 및 방지에 충분한 조치가 되지 못한다는 점을 들었다.

④ 전국택배노동조합 집회⁶¹⁾

2021년 10월 14일 전국택배노동조합은 CJ대한통운 앞에서 일감이 끊긴 택배노동자가 단식하는 상황을 들면서 ‘생존권 보장’과 ‘사회적 합의 이행 촉구’를 목적으로 하고, 참가 인원을 49명으로 하는 집회신고를 하였다. 이에 대해 2021년 10월 15일 서울시는 「감염병예방법」 제49조 제1항 제2호에서 부여된 지자체장의 집회금지권한을 근거로, 수도권 사회적 거리두기 4단계 시행에 따라 서울시내 전 지역에서 집회금지조치를 실시 중이라는 이유로 택배노동자의 집회신고를 금지 통보하였고(2021아12597), 남대문경찰서도 금지처분을 내렸다(2021아12604).

그러나 서울행정법원은 “집회에 대한 과도한 제한”이라며 집회를 허용하였다. 재판부는 31일까지 집회의 전면적 금지를 내용으로 하는 서울시 고시

61) 한겨레, “법원, 택배노동자 집회 허용…서울시 집회 전면금지, 과도한 제한”, 2021.10.20.; 오마이뉴스, “야구 관람은 되지만 집회는 안 되는 현실”, 2021.11.19.

를 두고 “집회시간, 규모, 방법 등을 불문하고 서울 시내 일체의 옥외집회를 전면 금지하는 것으로 코로나-19 확산 방지를 위한 필요성을 고려하더라도 집회에 대한 허가제를 넘어서는 과도한 제한에 해당해 그 효력을 인정하기 어렵다.”라고 밝히면서 “서울 시내 옥외집회라고 해도 코로나-19 확산 상황, 구체적인 집회장소, 집회시간 등을 구체적으로 살펴 필요한 최소 범위 내에서만 집회 개최를 제한할 수 있다.”라고 판시하였다. 또한 “코로나-19 백신 접종 완료자가 전 국민의 60%를 넘었고, 1차 접종자도 전 국민의 78%를 넘어섰다. 신청인이 개최할 예정인 집회는 실외에서 개최되는 것으로 코로나-19가 비말을 통해 전파되는 양상을 고려할 때 확산 위험성이 실내에서 개최되는 집회나 모임보다 낮아 보인다.”며 “개인 위생관리와 방역수칙을 철저히 준수해 집회를 개최한다면 공공복리에 중대한 악영향이 초래될 것으로 보이지 않는다.”라고 판단하였다. 더불어 재판부는 택배노조집회에 대해 서로 2미터 이상 거리를 유지하고 참석자들의 체온을 측정할 것, 모두 케이에프94 등급 이상의 마스크를 착용할 것 등을 조건으로 제시하였다.

2) 독일⁶²⁾

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

2020년 4월 청구인은 기센(Gießen)의 관할 관청에 4일 동안의 집회를 신고하였으나, 행정당국은 「헤센주 코로나령(Dritte Verordnung der Hessischen Landesregierung zur Bekämpfung des Corona-Virus vom 14. März 2020 in der Fassung der Verordnung vom 30. März 2020.)」 제1조 제1항을 근거로 집회금지처분을 내렸고, 이에 대하여 청구인은 행정심판청구 이후 항고 절차도 헤센 행정법원에서 배척되자, 헌법소원과 함께 집회를 허용해달라는 취지

62) 정다운, “독일의 코로나바이러스 감염병예방조치에 관한 헌법적 논의”, 헌법재판연구원, 2021, 9면 이하; , 배건이 · 차현숙 · 장민영, “코로나19 대응을 위한 주요국의 법률 제 · 개정 사례 및 시사점”, 국회사무처 · 한국법제연구원, 2021.2., 107면 이하 재인용.

의 가치분을 신청하였다.

이 신청에 대해 독일 연방헌법재판소는 기센시의 집회금지처분이 기본법 제8조의 집회의 자유에 대한 침해이기 때문에 집회를 허용하는 취지의 가치분 명령이 필요하다고 판단하였다. 즉, 헤센주 관청은 헤센주 코로나령을 지나치게 협의적으로 해석하여 2인 이상의 옥외집회를 일반적으로 금지하는 것으로 보았는데, 이에 대해 연방헌법재판소는 이러한 협의적인 해석은 기본법 제8조의 집회의 자유의 중요성과 범위를 적절하게 고려하지 못했다고 판시한 것이다. 그리고 연방헌법재판소는 기센시의 집회금지처분에 대해 청구인이 제기한 행정심판 집행정지를 부활시키고 기센시에게 관련 법률에 근거하여 집회를 전면금지할 것인지 아니면 일정조건 하에서 허용할 것인지에 대해 다시 결정하라고 주문하였다.

② Beschl. v. 17.04.2020 Az.1 BvQ 37/29

청구인은 2020년 4월 15일과 18일 집회를 계획하고 슈투트가르트(Stuttgart)시에 신고하였으나, 관할 관청은 「바덴-뷔르템베르크 코로나령(Die baden-württembergische Verordnung der Landesregierung über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-Cov-2(Corona-Verordnung - CoronaVO) vom 17. März 2020)」을 근거로 집회금지를 통보하였고, 청구인은 집회허가를 해달라는 내용으로 슈투트가르트 행정법원에 가치분을 신청했으나 기각되었다.

이후 항고절차인 바덴-뷔르템베르크 행정법원에서도 배척되었는데, 다음과 같은 이유였다. 청구인의 집회금지는 감염병의 확산을 방지하려는 정당한 목적을 가지고 있고, 청구인의 집회계획에는 마스크 착용 및 질서유지인의 안내 등이 생략되어 있어 감염확산의 위험 때문에 이러한 조치의 필요성이 인정된다고 보았고, 청구인이 신청한 집회에 대한 금지는 기본법 제8조 집회의 자유를 심각하게 침해하는 것이기는 하지만, 백신이나 치료제가 나오지

않은 상황을 고려했을 때 집회금지를 통하여 타인의 생명과 신체가 보호될 수 있다고 보아 (협의의) 비례의 원칙에도 부합한다고 판단하였다.

(5) 소결

우리나라는 독일의 입법례보다 일반조항적 성격이 더 짙게 나타나는 규정을 근거로 두고 있지만, 판례의 경향은 매우 유사한 경향을 띠고 있다. 즉, 감염병예방 및 전파차단을 위하더라도 집회 시간·규모·방법 등을 묻지 않고 모든 집회를 전면적으로 금지하는 조치는 집회에 대한 허가제를 넘어서는 과도한 제한에 해당한다고 보면서 집회의 자유 제한법리에 따라 행사방법에 있어 최소한의 제한을 가한 상태에서 되도록 집회의 자유를 폭넓게 인정해주려는 태도를 취하고 있다.

집회금지정지신청이 기각된 사례도 해당 단체가 집회 시 위반사례가 있었던 경력이 있거나 예정된 집회에서 감염병예방방지에 대한 대책이 미비한 경우 외에는 수용하여 두텁게 집회의 자유를 보장하고자 한다.

이와 같은 판례의 태도는 “집회의 자유에는 집회를 통하여 형성된 의사를 집단적으로 표현하고 이를 통하여 불특정 다수인의 의사에 영향을 줄 자유를 포함한다.”⁶³⁾ 즉 집회는 본질적으로 사람들의 눈에 보여야 하고 이를 통해 영향을 줄 수 있어야 한다는 것인데, 감염병 상황 하에서도 집회의 본질은 제한될 수 없다는 집회의 자유의 성격을 보장하고자 하는 것이며, 이 성격을 배제하는 것은 헌법 제37조 제2항 후단의 본질적 내용침해금지를 위반하게 되는 조치로 보고 있음을 드러내고 있는 것이다.

2. 종교의 자유

(1) 의의⁶⁴⁾

63) 헌재 2005.11.24. 2004헌가17.

종교의 자유는 일반적으로 신앙의 자유, 종교적 행위의 자유 및 종교적 집회 결사의 자유의 3요소로 구성된다. 신앙의 자유는 신과 피안 또는 내세에 대한 인간의 내적 확신에 대한 자유를 말하는 것으로서 이러한 신앙의 자유는 그 자체가 내심의 자유의 핵심이기 때문에 법률로도 이를 침해할 수 없다. 종교적 행위의 자유는 종교상의 의식 예배 등 종교적 행위를 각 개인이 임의로 할 수 있는 등 종교적인 확신에 따라 행동하고 교리에 따라 생활할 수 있는 자유와 소극적으로는 자신의 종교적인 확신에 반하는 행위를 강요당하지 않을 자유 그리고 선교의 자유, 종교교육의 자유 등이 포함된다. 종교적 집회 결사의 자유는 종교적 목적으로 같은 신자들이 집회하거나 종교 단체를 결성할 자유를 말한다. 이러한 종교적 행위의 자유와 종교적 집회 결사의 자유는 신앙의 자유와는 달리 절대적 자유가 아니므로 헌법 제37조 제2항에 의거하여 질서유지, 공공복리 등을 위해서 제한할 수 있으나, 제한할 수 있더라도 비례의 원칙이나 종교의 자유의 본질적 내용을 침해해서는 안 된다.⁶⁴⁾

(2) 감염병예방법의 적용가능성

종교의 자유도 상기한 집회의 자유에서의 검토방식과 동일한 방법으로 「감염병예방법」의 적용가능여부를 살펴볼 수 있다.

첫 번째는 감염환자가 나온 경우 「감염병예방법」 제47조에 따라 방역을 위한 장소적 폐쇄의 부수적 결과로 집회의 자유에 대한 제한조치가 이루어질 수 있으나, 이 역시 해당 규정으로 인한 직접적인 효과는 아니다. 두 번째로 감염환자가 나오지 않았더라도 감염의 우려가 있을 경우 집회를 제한 또는 금지할 수 있는 동법 제49조 제1항 제2호가 제기될 수 있다. 즉, 동호에서 집합금지명령의 예시로 ‘제례’를 들고 있는데, 그나마 이가 종교에 가장

64) 한수용, 앞의 책, 715-723면 참조.

65) 2011.12.29. 2009헌마527 등.

근접한 개념이라고 할 수는 있으나, 명확하다고는 보기 어렵다.

상기하였듯이, 단순한 한 줄의 규정으로 전면적으로 모이는 것을 금지할 수 있는지, 제한되는 인원수는 몇 명인지, 특정 종교만의 집회를 규제할 수 있는지 명확하지 않다. 이처럼 불명확한 규정을 근거로 한 행정명령으로 위반자에 대해서 형사처벌을 하고 있으니 그 정당성에 대해서 당연히 의문이 될 것이다. 코로나-19에 대한 공포와 두려움으로 국민 건강과 안전이라는 가치가 사회 절대적 우위의 가치를 점하게 된 분위기는 감염병예방 및 방역을 위한 강한 조치와 제재를 손쉽게 수용하게 하거나 수용을 강요할 수 있도록 조장한다.⁶⁶⁾ 이러한 모습은 차별적으로도 나타날 수 있는데, 실제로 2020년 7월 8일 종교단체 중 기독교에 대해서만 핵심방역수칙을 의무화한다는 내용의 발표한 바에서 잘 나타난다.⁶⁷⁾

(3) 판례

1) 우리나라

① 부산시 세계로 및 서부 교회 행정소송⁶⁸⁾

부산광역시장은 2021년 1월 3일 발령한 부산광역시 고시 제2021-4호를 통하여 사회적 거리두기 행정명령을 연장하였고, 변경한 고시 가운데 종교활동 중 교회의 대면예배를 금지하였다. 이를 위반한 세계로교회에 대해 2021년 1월 10일 운영중단 10일을 처분한 바 있다. 이에 세계로교회는 같은 해 1월 11일 본안판결확정시까지 집행을 정지하도록 부산지방법원에 신청하였다.

해당 신청을 받은 부산지법 행정1부는 세계로교회와 서부교회가 부산시와 각 기초단체에 제기한 집행금지가처분신청을 2021년 1월 15일 기각하였다.

66) 박혜림, 앞의 논문, 151면 참조.

67) 명재진, “감염병의 예방 및 관리에 관한 법률에 대한 헌법소원의 정당성”, 「교회와 법」 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021.2., 282-283면 참조.

68) 명재진, 앞의 논문, 292-293면 참조.

재판부는 “코로나-19확산 방지는 매우 중요한 공공복리이며 종교의 자유도 공공복리를 위하여 필요한 경우 법률로 제한할 수 있다.”라고 판시하였다. 그 이유로 “대면예배금지는 내면의 신앙자유와는 무관하고 예배 자체를 금지하는 것이 아니며, 예배장소와 방식만을 제한하는 것으로 종교의 자유를 침해한 것으로 보기 어렵다. 대면예배를 실시하면 다수의 교인들이 예배당에 한꺼번에 밀집해 대면접촉이 발생할 수 있고, 예방당 좌석의 거리두기, 마스크착용 등으로 대면접촉을 통한 감염가능성을 어느 정도는 감소시킬 수 있지만 교회 내부에서 발생하는 교인들의 일체의 접촉을 통제·관리하는 것은 불가능에 가깝다.”는 것을 들었다.

② 서울시 예배 회복을 위한 자유시민연대 행정소송⁶⁹⁾

예배회복을 위한 자유시민연대는 2021년 7월 13일 서울시의 대면 종교집회 금지 조치에 대해 서울행정법원에 대면예배금지본안소송과 집행정지신청을 함께 제출하였다. 이에 서울행정법원 행정 11부는 집행정지신청 일부를 인용하였다.

재판부는 결정의 근거로 “백화점·예식장·장례식장 등 다른 다중이용시설에 적용되는 4단계 수칙 대부분은 운영방식에 제한을 두거나 집합 인원의 상한을 정할 뿐, 현장 영업을 전면적으로 금지하고 있지는 않다.”며 다른 시설과의 형평성을 지적하였다. 그러면서 “물적·인적 자원의 한계로 비대면으로 이루어지는 예배·미사·법회 등 종교행사가 어렵거나 사실상 불가능한 종교단체도 존재하므로, 대면 종교행사의 전면적 금지는 기본권에 대한 본질적 침해가 있을 우려가 있다.”고 밝혔다. 다만, 재판부는 방역수칙으로 준수될 공익도 무시할 수 없다는 취지로 “방역 관련 조건을 더욱 엄격하게 강화하되, 일부나마 종교행사를 허용하는 방법으로 공익과 종교의 자유를 적절하게 조화할 수 있다.”고 판시하였다.

69) 연합뉴스, “법원 20인 미만 대면 종교집회 가능...서울시 방역지침 제동”, 2021.7.16.

이 결정으로 서울 내 종교단체는 대면 종교집회 시 띄어 앉기, 유증상자 출입제한, 출입자 명부관리, 마스크 착용 등 기본 방역수칙의 준수 하에, 20인 미만의 범위 내에서 전체 수용인원의 10%만 참석하면 대면 예배·미사·법회가 가능해졌다.

2) 독일

① BVerfG, 10.04.2020 - 1 BvQ 28/20⁷⁰⁾

청구인은 가톨릭 신자로서 종교시설에서의 집회금지를 규정한 ‘헤센주 코로나령(Vierte Verordnung zur Bekämpfung des Corona-Virus, GVBl)’ 제1조 제5항은 기본법 제4조⁷¹⁾에서 무제한적으로 보장하는 종교의 자유를 제한하는 법령이므로 비례적이지 않다고 주장하며 이에 대한 규범통제소송을 헤센주 행정법원에 제기하는 동시에 그 효력정지를 청구하는 가처분신청을 제기하였다. 동 법원은 해당 규정이 종교의 자유에 대한 광범위한 제한을 발생시킨다는 점은 인정되지만, 이 중대한 침해는 충분히 명확한 법적 근거에 의하고 있고, 정당한 목적을 달성하기에 적합하고 필요한 것이라고 보았다. 더불어 종교의 자유는 무제한적으로 보장되는 것이 아니라 타인의 기본권이나 기타 헌법적 가치를 위해 제한될 수 있다고 판시하면서 성직자 및 일반 신자의 생명과 건강 보호를 이유로 기각하였다. 이에 청구인은 곧바로 연방헌법재판소에 행정법원결정의 취소와 코로나령 제1조 제5항의 집행정지가처분명령의 발부를 청구하였다.

이에 연방헌법재판소는 코로나령에 따른 교회에서의 집회금지는 신앙의

70) 박중욱, “코로나19로 인한 종교활동 제한에 대한 독일 연방헌법재판소의 합헌성 심사”, 2020.4.20., <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Info?serial=160944>, 검색일: 2021년 12월 23일 참조.

71) 제1항 신앙 및 양심의 자유와 종교적 및 세계관적 신조의 자유는 침해되지 아니한다. 제2항 방해받지 않는 종교 활동이 보장된다. 제3항 누구도 자신의 양심에 반하여 집중병역을 강요받지 아니한다. 자세한 사항은 연방법률로 정한다.

자유에 대한 매우 중대한 침해라고 인정하면서도 생명과 신체에 대한 위협으로부터의 보호조치는 이에 우선한다고 판시하였다. 그 이유로 바이러스 감염위험, 감염·확진, 의료기관의 과부하, 그리고 나아가 최악의 경우 사망사건을 상당히 증가시킬 것이다. 이러한 위험은 자발적으로 미사에 참가한 사람에게만 제한되지 않고 많은 사람들에게 영향을 줄 수 있다는 점을 들고 있다. 한편, 헤센 주 행정법원이 지적한 바와 마찬가지로 로버트코흐 연구소(RKI)의 평가를 중요하게 반영하였는데, 해당 연구소는 코로나 팬데믹 초기에서는 의료시스템의 과부하 방지를 위해 접촉금지조치를 통하여 감염 확산을 최대한 방지하는 것이 중요하다고 판단하였다. 그리고 이익형량과 관련하여 ‘헤센주 코로나령’이 한시적으로만 효력을 발한다는 점도 고려하였다. 다만, 국민의 긴급한 생명·건강의 위험을 이유로 종교활동의 자유는 제한될 수 있으나, 코로나 팬데믹 상황의 진행경과에 따라 종교의 자유에 대한 중대한 제한조치를 최소화할 수 있는 방법을 모색하여야 한다는 점도 강조하였다.

② BVerfG, 29.04.2020 - 1 BvR 44/20⁷²⁾

청구인은 무슬림 종교단체로 2020년 4월부터 5월까지 라마단 금식 기간에 금요예배를 하고자 하였다. 그러나 해당 종교행사는 니더작센 주 코로나령(Niedersächsische Verordnung zum Schutze vor Neuinfektionen mit dem Corona-Virus vom 17. April 2020 in der Fassung der Änderungsverordnung vom 24. April 2020) 제1조 제5항 제3호에 의하여 금지대상이었다. 청구인은 당시 사람 간 1.5미터 거리두기를 조건으로 상점이 운영되고 있는 것처럼 예배 또한 허용되어야 한다는 취지로 예외 없이 모든 예배를 금지하고 있는 니더작센 주 코로나령 제1조 제5항 제3호는 효력이 없음을 주장하면서 고등행정법원에 규범통제소송(Normenkontrollklage)을 제기하는 동시에 본 규정에 대한 집행정지가처분을 신청하였다. 이에 대해 법원은 예외없는 전면적인

72) 정다운, 앞의 논문, 7면 이하 참조.

예배금지 중대한 신앙의 자유에 대한 제한이라는 것을 인정하지만, 예배당에서의 활동은 기도와 찬송 등으로 장시간 소요되는 단체 활동으므로 감염 위험성이 상점보다 매우 높다고 판단하여 집행정지가처분신청을 기각하였다. 청구인은 이에 대해 연방헌법재판소에 가처분신청을 하였다.

연방헌법재판소는 고등행정법원이 예배당과 상점의 위험상황을 다르게 평가한 점에 대해서는 동의하면서도, 이슬람교도들에게 매우 중요한 라마단 금식기간의 금요예배금지는 기본법 제4조의 신앙의 자유에 대한 중대한 침해라고 보았다. 이러한 측면에서 니더작센주 코로나령 제1조 제5항 제3호가 신청에 따른 개별 심사 후 예배를 허용하는 예외 가능성을 전혀 열어두지 않은 것은 정당화될 수 없다고 판시하였다. 즉, 청구인의 가처분을 인용하여, 상점에 적용되는 위생조치 등의 요건 준수를 조건으로 하여 금요예배를 허용하였다.

3) 미국

① 뉴욕주 예배인원 제한 행정명령 관련 결정(2020.11.25.)⁷³⁾

뉴욕주는 코로나-19 감염의 위험정도에 따라 레드존(red zone), 오렌지존(orange zone), 옐로우존(yellow zone)으로 분류하였다. 레드존에서는 예배참석자를 10인 또는 최대 수용인원의 25% 중 적은 수로 제한하였다. 다만, 뉴욕주가 필수영업장으로 지정한 사업장은 인원제한을 하지 아니하였다. 오렌지존의 경우 필수영업장이 아닌 경우도 입장인원 제한이 없는 반면 예배참석인원은 25인 또는 최대참석인원의 33% 중 적은 수로 제한하였다.

가톨릭 브루클린 교구와 유대교 단체인 Agudath Israel of America는 뉴욕주지사의 긴급행정명령이 연방헌법 수정 제1조의 종교의 자유를 침해한다는 이유로 소송을 청구하고 가처분신청도 하였으나 기각되자, 연방대법원에 가

73) Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Coumo, Governor of New York, 592 U.S.__(2020)(No. 20A87)(2020. 11. 25.)

처분신청을 하였고 이는 수용되었다. 연방대법원은 결정에서 엄격심사기준을 적용하였고 종교의 자유에 대한 제한이 치밀하게 설계(narrowly tailored) 되어야 하고, 완화된 조치도 가능하다는 점을 거론하였다. 좀 더 상세한 연방대법원의 결정을 보면 아래와 같다.

연방대법원은 본안소송의 승소가능성(Likelihood of success on the merits)에 대해 뉴욕주지사의 행정명령은 ‘국가의 중립성의 최소 요건’을 위반한 명백한 증거를 청구인들이 제시하였다고 판시하였다. 레드존에서는 예배참석을 10인 이상이 될 수 없는 반면에, 생활필수시설로 분류된 사업체들은 제한이 없이 허용된다. 더욱이 이 생활필수시설에는 ‘침술시설’, ‘야영장’, ‘주차시설’뿐만 아니라 ‘화학제조공장’과 ‘전자공학시설’ 및 ‘모든 운송시설’ 등 많은 서비스들을 포함하고 있다. 오렌지존에서는 생활필수시설이외의 사업체들에게도 입장인원수를 자율적으로 결정할 수 있도록 하고 있다. 이러한 집합제한은 중립적이지 않고 보편적으로 적용하지 않으므로, 이 사건 행정명령은 반드시 기본권제한의 ‘엄격심사기준’을 충족해야 하는데 ‘침해의 최소성 원칙’이 준수되지 못하여 위헌이다. 이 사건 심판대상조항들은 다른 주들의 법 규정보다 매우 엄격하고, 방역을 위한 필요정도를 초과하는 것이다. 이 사건 청구인들이 코로나-19를 전파하였다는 증거가 없을 뿐만 아니라 예배에 참석하는 사람들의 위험을 최소화할 수 있는 다른 수단들이 많이 존재한다. 이 행정명령에 해당하는 모든 26개의 교구 교회들이 최소 500명을 수용할 수 있고, 약 14개의 교회는 최소 700명을 수용할 수 있는 공간이 있으며, 2개의 교회는 1000명 이상을 수용할 수 있다. 이러한 상황에서 확일적으로 10인 이하만 입장을 허용한다는 규정은 비논리적이다.

연방대법원은 “비록 단기간이라도, 수정헌법 제1조의 종교의 자유를 잃는 것은 의심의 여지없이 회복하기 어려운 손해를 발생시킨다.”고 하면서 회복하기 어려운 현저한 손해(Irreparable harm) 또한 인정하였다. 예배에 참석하지 못한 사람들은 텔레비전으로 예배를 할 수도 있지만 직접 참석하는 것과

는 비교할 수가 없다. 집에서 미사를 드리는 천주교 신자들은 영성체를 받을 수 없으며, 유대인의 신앙에는 대면예배를 드려야한다는 중요한 종교적인 전통이 있다.

연방대법원은 집행금지신청이 인용된다고 하여 공공복리(Public interest)를 저해할 우려는 없다고 보았다. 주정부는 완화된 제한적 조치를 내릴 경우에 공중보건의 위태로워질 것이라는 점을 증명하지 못하였다. 연방대법원은 전 세계적으로 대유행하는 상황에서도 헌법은 가볍게 보거나 잊힐 수 없으며, 이 사건 행정명령은 많은 사람들이 예배에 참석하는 것을 실질적으로 막아 종교의 자유를 보장하는 수정헌법 제1조를 침해하여 위헌이라 판결하였다.

② 캘리포니아주 실내예배금지 행정명령집행금지 가처분 신청 인용 결정 (2021.2.5.)⁷⁴⁾

캘리포니아주는 코로나-19 확산을 방지하기 위하여 각 카운티를 코로나-19 진단 테스트 양성률 등을 고려하여 4단계로 분류하여 규제하는 ‘더 안전한 경제를 위한 대책(Blueprint for a Safer Economy)’⁷⁵⁾을 2020년 8월에 발표하였다.

가장 높은 단계인 1단계로 분류된 사우스베이오순절연합교회(South Bay United Pentecostal Church)는 캘리포니아주를 상대로 실내예배를 규제하

74) South Bay United Pentecostal Church, et al., v. Gavin Newsom, Governor of California, et. al. (No. 20A136 (20.746))

75) 더 안전한 경제를 위한 대책

① 종교시설

1단계: 실내예배 금지, 2단계: 최대 수용인원의 25% 또는 100명 참석 가능, 3단계: 최대 수용인원 50% 또는 200명 참석 가능, 4단계: 최대 수용인원 50%

② 비교 시설

1단계: 미용실, 마사지 샵 등 개인관리서비스, 호텔 및 소매업의 경우 수용인원의 25%, 2단계: 소매업의 경우 수용인원의 50%, 박물관과 동물원의 경우 수용인원의 25%, 극장과 식당은 수용인원의 25% 또는 100명, 3단계: 2단계의 2배 인원, 단, 소매업의 경우 제한 없음, 4단계: 주점영업 가능

는 것이 수정헌법 제1조를 위반하는 것이라고 소를 제기하였고, 항소심 중 해당 교회는 최대 수용인원을 기준으로 하는 예배참석 인원제한금지, 실내예배금지, 실내예배에서 찬송과 공동기도금지 등의 처분에 대한 집행정지가처분신청을 하였다.

이 결정에서 Gorsuch 대법관 등 3인은 캘리포니아주는 모든 예배를 금지한 유일한 주로서, 코로나-19가 창궐한 후 다른 사업장에 비하여 종교단체에 대해 엄격하게 규제하고 있고 이 점은 다른 소매점에 대한 규제와 비교할 때 명백하며, 이러한 규제가 주의 필수불가결한 이익(compelling interest)을 달성하기 위한 것이라는 점을 주가 입증하지 못한다면 수정헌법 제1조에 위반된다는 의견을 제시하면서 집행정지신청을 모두 인용해야 한다고 주장하였다. Roberts 대법원장은 공중보건에 관한 전문가의 의견이 존중되어야 하지만, 가장 큰 성당의 예배도 전면적으로 금지하는 것은 종교의 자유에 대한 이해가 부족한 것이라고 지적하였다. Barrett 대법관 등 2인은 공동기도 금지 외에 집행정지신청을 인용하는데 동의하였다.

(4) 소결

종교의 자유와 관련된 국내외 판례를 검토해보면, 대체적으로 대면예배의 전면적 금지조치는 허용하지 않고 있다. 즉, 일정한 조건 하에 일정한 인원의 수 내에서는 되도록 최대한 인정하고자 하는 태도를 보이고 있다. 공공복리를 위해서 종교의 자유도 일정 부분 제한할 수 있으나, 종교의 자유는 기본권 중에서도 본질적인 기본권이므로 그 제한에 있어 매우 엄격한 잣대를 적용하고 있는 것이다.

우리나라 판례의 경우 코로나-19 발병 초창기에는 미비한 근거 법률에도 불구하고 전면적인 대면예배 금지를 대체적으로 용인하는 태도를 보였으나, 코로나가 장기화되고 최근 여러 비판적인 주장과 판례가 나오면서 제한적으로 인정하고 있는 추세이다. 미국 연방대법원의 판례는 종교의 자유에 따라

구성된 나라답게 지속적으로 최대한 허용하는 태도를 보여왔다. 2020년 4월 29일 독일 연방헌법재판소의 판단은 4월 10일의 결정과는 결론에 있어 다소 다른 결정을 하였다. 그러나 종교의 자유에 대한 중대한 제한조치에 있어 최소한의 침해가 되도록 노력하여야 한다는 점을 강조한 것에서 그 방향성이 다르지 않음을 알 수 있다.⁷⁶⁾

V. 결론

코로나-19의 전파력과 치명률을 감안해볼 때, 「감염병예방법」 제49조 제1항 제2호에 근거한 집합금지명령은 공익적 목적을 달성하기 위한 것으로 그 입법 목적이 정당하고, 예방적 조치로서 효과적인 방법이라 할 수 있다. 그러나 독일의 입법례와 달리 어떠한 상황에서, 언제까지 내릴 수 있는지 등 형사벌로 규정된 구체적인 태양을 방역지침이라는 행정조치로 거의 미루고 있어 죄형법정주의 및 명확성의 원칙 등에 반한다. 물론 상기한 바와 같이 집합금지명령규정의 해석을 통하여 구체화해 볼 수 있으나, 해석에 의할지라도 모임인원에 대한 범위를 일관되게 확정할 수 없어 주관적인 판단에 따라 달라질 가능성이 다분하다.⁷⁷⁾ 게다가 이 하나의 집합금지명령규정으로 시위, 영업, 종교 등 거의 모든 모임에 대한 집합을 금지 또는 제한하고 있다는 점

76) 두 사건은 일정한 차이가 있는데, 이로 인하여 다른 결론이 도출된 것인지 본질적으로 다른 내용을 가지고 있는 판례는 아니다. 다른 결론을 도출하게 한 차이점은 ① 4월 10일 결정이 종교집회에 대한 행정명령의 위헌성을 전체적으로 판단한 것이라면, 4월 29일 결정은 좀 더 구체적으로 종교집회의 일률적 금지가 아닌 미시적인 조정의 가능성을 고려한 결정이라는 점, ② 종교적 집회의 성격과 규모가 다르다는 점(많은 신자를 보유하고 있고 부활절로 인하여 많은 인원의 집합이 예상되는 개신교의 종교집회와 소수의 신자를 보유한 이슬람교의 종교 집회), ③ 결정 당시 감염자의 수가 다르다는 점 등이다(송기춘, 앞의 논문, 253면).

77) 여러 판례를 종합해볼 때, 헌법상 집회와 집시법상 집회의 인적 요건은 2인 이상이 요구되는 것으로 보인다(헌재 2009.5.28. 2007헌바22, 대판 2011.9.29. 2009도2821, 대판 1982.10.26. 82도1861).

은 일반조항적 성격을 가진 규정이라고 하더라도 너무나 광범위한 범위를 포괄적으로 무책임하게 위임하고 있는 것이다. 비례의 원칙의 관점에서도 집합금지명령은 최소침해의 원칙과 법익균형성에 반할 우려를 충분히 의심할 수 있고, 집합금지명령 대상 간에 평등의 원칙에 위배될 가능성도 엿보인다.

집회의 자유와 관련한 국내의 판례들은 대체로 코로나-19 감염병이 접촉이나 비말에 의하여 전파된다는 과학적 사실을 근거로 사람들의 군집을 그 목적과 상관없이 금지할 필요성은 인정하나, 군집의 성격이나 내용 및 방식에 따라 미시적인 조정을 충분히 하지 않고 일률적으로 금지하는 것에 대해서는 의문을 가지는 내용을 띠고 있다.

종교의 자유와 관련한 국내의 판례들은 대체적으로 대면예배의 전면적 금지조치는 허용하지 않고 있다. 즉, 일정한 조건 하에서 되도록 최대한 인정하고자 하는 태도를 보이고 있다. 공공복리를 위해서 종교의 자유도 일정 부분 제한할 수 있겠으나, 종교의 자유는 기본권 중에서도 핵심적인 기본권이므로 그 제한에 있어 매우 엄격한 심사를 적용하고 있는 것이다.

이처럼 집합금지명령은 집회 및 종교의 자유와 같은 핵심적 기본권영역에 있어서 매우 조심스럽게 적용되어야 한다. 물론 코로나-19라는 역사적으로 초유의 불확실성에 대한 대응에 있어 '방역'에 방점을 둘 수밖에 없는 현실적인 이유가 수긍되지 않는 바는 아니다. 그럼에도 불구하고 독일의 입법례와 비교해볼 때, 우리나라의 집합금지명령은 방역과 기본권 간의 조화에 대해서는 관심 밖의 영역으로 방치하였다고 생각된다. 어떠한 국가의 조치도 국민의 기본권 수호없이 이루어진다면, 효과적인 이행력을 확보할 수 없을 뿐만 아니라 민주국가로서의 다짐을 저버리는 행태가 될 것이다.

앞으로 코로나-19와 같은 감염병위기는 또다시 올 것이다. 포스트 코로나 시대를 현명하게 대처하기 위해서는 효과적인 방역에 앞서, 기본권과 조화를 이루는 「감염병예방법」에 대한 진지한 고민이 있어야 할 것이다.

〈참고문헌〉

- 이경수·정해용, 「대구가 아프다 그러나 울지 않는다」, 지식과 감성, 2021.
- 이상돈, 「형법강론」, 박영사, 2020.
- 정회철·김유향, 「기본강의 헌법」, (주)윌비스, 2015.
- 한국헌법학회, 「헌법주석 I」, 박영사, 2013.
- 한국형사판례연구회, 「형법판례 150선」, 박영사, 2019.
- 한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2012.
-
- 권양섭·차상욱, “코로나바이러스감염증-19 예방 및 방역 과정에서의 위치정보 활용의 문제점과 개선방안”, 「법이론실무연구」 제8권 제4호, 사단법인 한국법이론실무학회, 2020.
- 김성률, “‘집합금지명령’에 대한 헌법적 쟁점”, 「법학연구」 제40권 제4호, 한국법학회, 2020.
- 김종보, “기본권침해 심사기준에 대한 소고”, 「공법학연구」 제10권 제3호, 한국비교공법학회, 2009.
- 김태호, “법치주의의 시험대에 선 코로나 방역 대응”, 「공법연구」 제49집 제4호, 한국공법학회, 2021.
- 류전철, “형법상 불법판단에 있어서 행정행위의 종속성”, 「법학논총」 제33권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2013.
- 명재진, “감염병의 예방 및 관리에 관한 법률에 대한 헌법소원의 정당성”, 「교회와 법」 제7권 제2호, 한국교회법학회, 2021.
- _____, “코로나사태와 종교의 자유”, 「교회와 법」 제7권 제1호, 한국교회법학회, 2020.
- 박원규, “감염병예방법상 이동제한조치에 대한 법적 검토: 코로나19 관련 독일의 법적상황 및 논의를 중심으로”, 「경찰법연구」 제18권 제2호, 한국경찰법학회, 2020.
- 박혜림, “감염병예방법에 따른 형사처벌에 대한 비판적 검토와 입법 방향”, 「서울법학」 제29권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2021.

- 배건이 · 차현숙 · 장민영, “코로나19 대응을 위한 주요국의 법률 제 · 개정 사례 및 시사점”, 국회사무처 · 한국법제연구원, 2021.
- 송기춘, “코로나19와 종교적 집회의 자유”, 「헌법학 연구」 제27권 제2호, 한국헌법학회, 2021.
- 양태건, “코로나19 확산방지를 위한 집회 제한 및 금지 가능성”, 「한국법제연구원」 이슈페이퍼 20-05, 2020.
- 염호기, “신종 감염병 유행에 대한 근본 원인과 체계적 대책: 국내 메르스사태를 중심으로”, 「HIRA 정책동향」 제9권 제5호, 심사평가연구소, 2015.
- 윤진아, “독일의 감염병예방 및 관리법제 고찰”, 「법과 정책연구」 제19집 제4호, 한국법정책학회, 2018.
- 이기춘, “코로나-19에 따른 행정명령에 관한 시론적 소고”, 「국가법연구」 제17집 제1호, 한국국가법학회, 2021.
- 이석민, “코로나19 공중보건위기와 헌법상 집회의 자유”, 「법학논고」 제73집, 경북대학교 법학연구원, 2021.
- 이원상, “감염병예방법에 따른 형사처벌에 대한 고찰”, 「형사법연구」 제33권 제1호, 한국형사법학회, 2021.
- 이정민, “코로나19 대책과 형사법적 대응”, 「법학논총」 제44권 제3호, 단국대학교 법학연구소, 2020.
- 이혜진, “입법권 위임금지법리로서의 법률유보”, 「공법학연구」 제20권 제4호, 한국비교공법학회, 2019.
- 전병율, “메르스 사태의 현황, 대응 및 개선방안”, 「대한의학회 E-NEWSLETTER」 제64호, 2015.
- 정다운, “독일의 코로나바이러스 감염병예방조치에 관한 헌법적 논의”, 헌법재판연구원, 2021.
- 정종구 · 손정구, “코로나19 동선공개에 대한 법적 고찰”, 「법학논고」 제70집, 경북대학교 법학연구원, 2020.
- 정태중, “감염병예방 및 관리에 관한 법률의 내용과 개선방안”, 「법학연구」 제20권 제3호, 한국법학회, 2020.

표명환, “헌법재판소의 명확성원칙의 적용에 관한 고찰”, 「법과 정책연구」 제20권 제4호, 한국법정책학회, 2020.

한수웅, “평등권의 구조와 심사기준”, 「헌법논총」 제9집, 헌법재판소, 1998.

박중욱, “코로나19로 인한 종교활동 제한에 대한 독일 연방헌법재판소의 합헌성 심사”, 2020.4.20., <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Info?serial=160944>.

연합뉴스, “법원 20인 미만 대면 종교집회 가능...서울시 방역지침 제동”, 2021.7.16.

오마이뉴스, “야구 관람은 되지만 집회는 안 되는 현실”, 2021.11.19.

한겨레, “법원, 한글날 도심집회 금지도 정당”, 2020.10.08.

_____, “법원, 택배노조 집회 허용...서울시 집회 전면금지, 과도한 제한”, 2021.10.20.

【국문초록】

COVID-19사태로 본 감염병예방법상 제 이슈들에 대한 검토 (2)

- 집합금지명령과 집회 및 종교의 자유를 중심으로 -

신재명*

코로나-19사태에 따른 우리 정부의 조치들 중 집합금지명령은 집회의 자유, 종교의 자유 등 헌법상 핵심적인 기본권을 직접적으로 제한하고 있고, 그동안 여러 조치 중 가장 큰 논란을 일으켰다. 코로나-19는 결국 종식이 될 것이나, 포스트 코로나를 잘 대처하기 위해서는 그 간 이슈화된 인권 또는 기본권을 반추해보는 과정이 반드시 필요하다. 이에 본고는 「감염병예방법」상 집합금지명령의 성격과 그 문제점을 살펴보고, 집합금지명령과 직접 관련되는 이슈 중 집회의 자유와 종교의 자유를 중심으로 그 이론과 판례를 종합적으로 검토해보았다.

코로나-19의 전파력과 치명률을 고려해볼 때, 「감염병예방법」 제49조 제1항 제2호에 근거한 집합금지명령은 공익적 목적을 달성하기 위한 것으로 입법 목적이 정당하고, 예방적 조치로서도 적합한 방법이라 할 수 있다. 그러나 독일의 입법례와 다르게 어떠한 상황에서, 언제까지 내릴 수 있는지 등 구체적인 발동요건이 매우 불명확하고, 대부분의 요건들을 행정조치로 미루고 있어 죄형법정주의 및 명확성의 원칙 등에 명백히 반하고 있다.

비례의 원칙의 관점에서 집합금지명령은 최소침해의 원칙과 법익균형성에 반할 우려를 충분히 의심할 수 있고, 집합금지명령 대상 간에 평등의 원칙에 위배될 소지도 보인다.

집회의 자유와 관련한 국내외 판례들은 대체로 코로나-19 감염병이 접촉이

* 법학박사, 질병관리청 연구원.

나 비말에 의하여 전파된다는 과학적 사실을 근거로, 사람들의 군집을 그 목적과 상관없이 금지할 필요성은 인정되나, 그 성격이나 내용 및 방식에 따라 미시적인 조정을 충분히 하지 않고 일률적으로 금지하는 것에 대해서는 의문을 가지는 경향을 띠고 있다.

종교의 자유와 관련한 국내외 판례들은 대체적으로 대면예배의 전면적 금지조치는 허용하지 않고 있다. 즉, 일정한 조건하에서 되도록 최대한 허용하고자 하는 태도를 보이고 있다. 이는 공공복리를 위해서 종교의 자유도 일정 부분 제한할 수 있겠으나, 종교의 자유는 기본권 중에서도 핵심적인 기본권이므로 그 제한에 있어 매우 엄격한 심사를 적용하고 있는 것이다.

이처럼 집합금지명령은 집회 및 종교의 자유와 같은 핵심적 기본권영역에 있어서 매우 조심스럽게 적용되어야 한다. 물론 코로나-19라는 역사적으로 초유의 불확실성에 대한 대응에 있어 '방역'에 방점을 둘 수밖에 없는 현실적인 이유가 수긍되지 않는 바는 아니다. 그럼에도 불구하고 독일 입법례 관점에서 볼 때, 우리나라의 집합금지명령은 방역과 기본권 간의 조화에 대해서는 크게 생각지 않았던 것으로 보인다.

국민의 기본권보호의 존중이 없이 이루어지는 어떠한 국가조치도 효과적인 이행력을 확보할 수 없을 뿐만 아니라 그것은 민주국가의 다짐을 저버리는 행위가 될 수 있다. 즉, 국민의 기본권을 등한시한 채 '방역'에만 초점을 맞춘 「감염병예방법」이라면, 그것이 실패한 사회주의국가의 법이라 할 수 있지 그것을 어찌 민주주의국가의 법이라 할 수 있겠는가?

앞으로 코로나-19와 같은 감염병위기는 또다시 우리를 찾아올 것이다. 다음의 감염병위기를 더욱 잘 극복하기 위해서는 효과적인 방역에 앞서, 기본권과 조화를 이룰 수 있는 「감염병예방법」에 대한 진지한 성찰이 있어야 할 것이다.

주제어: 감염병예방법, 집합금지명령, 집회의 자유, 종교의 자유, 코로나-19

【ABSTRACT】

A review of the various issues of COVID-19
and the Infectious Disease Prevention Act (2)
- The Administrative Orders of Gatherings Ban and
Freedom of Assembly and Religion -

SHIN JAEMYUNG*

Among the measures taken by the Korean government under COVID-19, the administrative orders of gatherings ban directly restricts the core fundamental rights of the constitution, such as freedom of assembly and freedom of religion, and has caused the biggest controversy among many measures. In order to cope with POST-COVID-19 well, it is essential to reflect on the issue of human rights or fundamental rights. Therefore, this paper examined the nature and problems of the administrative orders of gatherings ban under the Infectious Disease Prevention Act, and comprehensively reviewed its theories and precedents, focusing on freedom of assembly and religious freedom among issues directly related to the administrative orders of gatherings ban.

The administrative orders of gatherings ban based on Article 49 (1) 2 of the Infectious Disease Prevention Act is intended to achieve public interest purposes, and the legislative purpose is justified and can be said to be an appropriate method as a preventive measure. Unlike German legislation, the specific requirements for invocation are very unclear, and most of the requirements are postponed to administrative orders, which is clearly contrary to the principle of no punishment without law and clarity.

From the perspective of the principle of proportionality, the administrative

* Ph.D. in Law, researcher at the Centers for Disease Control and Prevention.

orders of gatherings ban may sufficiently doubt the principle of minimum infringement and the balance of legal interests, and it may violate the principle of equality between the objects of the administrative orders of gatherings ban.

No nation action taken without respect for the protection of the fundamental rights of the people cannot secure effective implementation power. Nation measures without respect for fundamental rights cannot be said to be an act of a democratic notion.

In the future, infectious disease crises such as COVID-19 will come to us again. In order to better overcome the next infectious disease crisis, prior to effective quarantine, there should be serious reflection on the Infectious Disease Prevention Act that can be harmonized with fundamental rights.

Keywords : Infectious Disease Prevention Act, Administrative Orders of Gatherings Ban, Freedom of Assembly, Freedom of Religion, COVID-19