특집

https://doi.org/10.35215/jcj.2020.7.2.003
헌법재판연구 제7권 제2호(2020. 12.), 77~116쪽

코로나위기와 헌법국가*

-독일에서의 코로나위기 대응에 대한 헌법적 논의를 중심으로-**

Corona Crisis and Constitutional State

-Constitutional Discourse over the Corona-Measures in Germany-

한양대학교 법학전문대학원 교수 정문식
Hanyang University, School of Law, Prof., Munsik Jeong
한양대학교 법학전문대학원 교수 정호경
Hanyang University, School of Law, Prof., Hokyoung Jung

목 차

I. 서론: 코로나위기 대응 시에도 헌법적 논의는 필요한가? ····· 79
1. 코로나 대유행과 한국과 독일의 대응 ····· 79
2. 코로나위기 대응 시 한국과 독일에서 차이 ··· 80
3. 코로나위기 대응조치에 대한 헌법적 논의의 필요성 ····· 80
II. 코로나위기의 발생과 국가의 대응 ····· 82
1. 코로나위기 발생 ····· 82
2. 의회의 입법적 대응 ····· 83
3. 주정부의 행정적 대응 ····· 84
III. 코로나위기 상황과 헌법적 비상사태 ····· 87
1. 코로나위기는 비상사태인가? ····· 87
2. 코로나위기는 헌법과 법률의 통제를 받는 상황88
IV. 코로나위기 대응조치들과 기본권 ····· 90
1. 제한조치에 따른 관련 기본권 ····· 90
2. 기본권 보호의무 이행으로서 제한조치와 그 한계 및 문제해결로서 형량 ····· 90
3. 형량 관련 문제들 ····· 91
4. 비례원칙에 따른 제한조치들의 다양화 가능성93
V. 코로나위기 대응과 국가조직법 ····· 96
1. 코로나위기와 의회 ····· 96
2. 코로나위기와 행정 ····· 99
3. 코로나위기와 사회국가원리 ····· 103
VI. 코로나위기 관련 연방헌법재판소 결정들 105
1. 집회금지 ····· 105
2. 예배금지 ····· 106
3. Triage ····· 107
VII. 코로나위기에 대응하는 헌법국가 ····· 108
1. 독일의 헌법적 논의를 통해 본 우리나라의 코로나위기 대응 ····· 108
2. 잠정적 결론 ····· 110

* 이 논문은 2017년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임. (NRF-2017S1A5B4055753)
** 이 논문의 작성시점은 기본적으로 2020년 10월 31일을 기준으로 하며, 11월 이후 독일의 상황변화에 대해서는 반영할 수 있는 범위 내에서 수정·가필했음을 밝힌다. 독일 유학 중에 도움을 준 김휘홍·김예동 석사에 감사를 드린다.

www.kci.go.kr

국문초록

2020년 3월부터 본격적으로 독일에서 시작된 코로나19 감염의 확산으로 독일연방의회는 감염병예방법을 개정하고, 코로나위기에 대응하기 위한 일련의 입법작업을 완료하였다. 연방행정부와 각 주정부는 감염병예방법에 근거하여 코로나19 확산을 방지하기 위한 각종 조치를 취했는데, 사람들의 집합을 금지하고, 학교를 폐쇄하며, 상점의 영업활동을 금지하고, 사람 간 거리간격을 강제로 유지하도록 하거나, 일정 지역에 대해 외출을 기본적으로 금지하는 봉쇄조치들을 취하였다.

이러한 조치들은 일부 헌법학자들에게 위기상황을 통해 독일이 헌법과 법률이 작동하지 않는 비상사태로 발전하면서, 보건독재국가로 변질되는 것이 아닌지 의문을 불러일으켰다. 또한 구체적인 코로나위기 대응조치들이 기본권 보장과 비례원칙 차원에서 정당한 것인지에 대한 논란이 발생하였다.

그러나 전반적으로 독일에서는 헌법기관들의 활동과 기능이 정지되거나 중단된 것이 아니며, 주정부의 행정조치들도 헌법과 법률의 통제 하에 감독되고 있어서 비상사태라는 평가는 적합하지 않다. 또한 논란이 되는 제한조치들, 집회나 예배금지, 그 밖에 다양한 제한조치들이 개별적이고 구체적인 상황에서 비례원칙에 따라 심사한다면 합헌적인 것으로 평가될 수 있다.

그러나 무엇보다 중요한 것은, 코로나 위기 뿐만 아니라 일반적인 위기상황에서도, 국가의 행정조치로 인하여 헌법과 기본권이 경시되는 상태로 전환되지 않고, 헌법질서와 헌법적 가치가 유지되어야 한다는 것이다. 그것이 헌법이 실질적으로 보장되는 것이며, 명실상부 헌법국가라고 할 수 있다.

주제어: 코로나위기, 제한조치, 비상사태, 헌법국가, 비례원칙

(논문접수일: 2020. 11. 26. 심사개시일: 2020. 11. 26. 게재확정일: 2020. 12. 8.)

www.kci.go.kr

I. 서론: 코로나위기 대응 시에도 헌법적 논의는 필요한가?

1. 코로나 대유행과 한국과 독일의 대응

2019년 12월 중국 후베이성 우한시에서 최초 발생한 것으로 알려진[1] 신종 코로나바이러스(SARS-CoV-2) 감염에 의한 코로나바이러스감염증-19(COVID-19)에 대하여,[2] 2020년 3월 11일 세계보건기구(WHO)가 홍콩독감(1968)과 신종플루(2009)에 이어 세 번째로 대유행(pandemic)을 선언했다.[3] 우리나라에서는 2020년 1월 20일 우한에서 입국한 중국인 여성이 코로나 확진자로 확인되면서 확진 사례가 시작되어, 2월 18일 신천지 대구지구의 집단감염과 경북 청도 대남병원의 확진자가 급증하자 정부는 2월 23일부터 중앙사고수습본부를 중앙재난안전대책본부로 격상시키고 위기경보를 최고단계인 '심각'단계로 올려 대응체계를 강화하였다. 비록 5월 이태원 클럽, 8월 광복절 광화문 대규모 집회 등으로 몇 번 확진자의 증가 위기가 있었지만 대한민국은 전반적으로 커다란 사회적 혼란 없이 2020년 10말 현재까지 상대적으로 잘 대응하고 있다.[4]

독일도 2020년 2월 28일 감염자를 확인하기 시작한 이후로 3월 13일부터 1일 새로운 확진자 숫자가 1천 5백 명대에 이르더니 3월 말부터 4월 초까지는 약 7천 명에 이르렀다. 5월부터는 1일 확진자 발생이 안정화되어(?) 1천 명대 미만을 유지하다가, 8월 초부터 1천 명대를 상회하기 시작하더니 9월부터는 2천 명대를 넘어 10월 21일부터는 1만 명을 넘어서는 날이 늘어나고 있다.[5] 비록 숫자상으로는 독일에서 상황이 우리나라보다 심각한 수준이지만,

1) 세계보건기구(WHO)는 코로나바이러스감염증에 대해 12월 31일 중국 우한에서 처음 인지된 것으로 보고 있다. https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19 (최종 방문일: 2020.10.27.)

2) SARS-CoV-2는 급성호흡기증후군 코로나바이러스2(Severe acute respiratory syndrome coronavirus 2)의 약자이며, 세계보건기구는 코로나바이러스에 의한 질병의 정식명칭을 COVID-19(Coronavirus disease-2019)로 명명하였으나, 대한민국 정부는 '코로나19'라는 명칭을 별도로 정해서 사용하고 있다. http://ncov.mohw.go.kr/baroView.do?brdId=4&brdGubun=41 (최종방문일: 2020.10.27.)

3) 2020년 10월 27일 17시 기준 218개국에서 감염자는 약 4천 3백만 명이며, 확인된 사망자는 115만 명에 이른다. https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019 (최종 방문일: 2020.10.27.)

4) 코로나위기를 잘 대응했다는 것의 객관적이고 구체적인 기준제시는 어렵지만, 세계보건기구 홈페이지에 기록된 코로나 상황판(Coronavirus Disease Dashboard)에 제시된 신규확진자와 사망자의 숫자라는 수치만 본다면, 대한민국은 2만 6천여명 확진에 460명 사망으로 2020년 10월 27일 17시 현재 218개 국가 중 90위에 있다. https://covid19.who.int/table (최종 방문일: 2020.10.27.). 이와 달리 장기적인 측면에서 코로나위기에 대한 대응으로서 집단면역 방역대책과 고위험군에 대한 중점적 보호 및 경제활동의 개선 등에 대한 주장은 대표적으로 전용일, 한국의 코로나 대응, 과연 성공했는가?, 동아시아재단 정책논쟁, 제148호(2020.10.27.), 1-5면 참조.

5) 구체적인 수치에 대해서는 https://interaktiv.tagesspiegel.de/lab/karte-sars-cov-2-in-deutschland-landkreise/ (최종방문일: 2020.10.27.); https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesundheit/coronavirus/zahlen-zum-coronavirus-die-pandemie-im-ueberblick-16653240.html (최종방문일: 2020.10.27.) 등 참조.

www.kci.go.kr

프랑스, 영국, 스페인, 이탈리아 등과 비교하면 총 확진자 숫자나 사망률 면에서 상대적으로 잘 대응하고 있는 편이다.[6]

2. 코로나위기 대응 시 한국과 독일에서 차이

우리나라와 독일의 코로나위기 대응을 접하면서 몇 가지 차이점을 볼 수 있다. 첫째, 확진자와 사망자 등에 관한 객관적인 수치가 우리나라보다 독일이 더 심각한데도 독일에서 취한 위기대응조치는 우리 경우보다 상대적으로 약하다는 것이다. 둘째, 상대적으로 약한 제한조치를 취했음에도 독일에서는 학계와 언론에서 제한조치에 관한 헌법적 논의가 강하게 제기되고 있다는 점이다. 주로 젊은 공법연구자들과 교수들이 중심이 되어 독일 내 헌법문제를 중심으로 다루던 헌법블로그(Verfassungsblog on Matters Constitutional)에 2020년 3월 2일부터 당시 독일에서 문제가 되던 홍역(Masern) 강제접종과 코로나바이러스위기 대응책의 기본권 침해 문제점이 제기되기 시작하면서[7] 유력한 헌법학자들의 견해가 지속적으로 블로그에 게시되고, 찬반의 논쟁이 진행되었다.[8] 이 글들은 그 후에 학계에서 발간되는 전문학술지에서도 주요한 근거로 인용되고 있다.[9]

3. 코로나위기 대응조치에 대한 헌법적 논의의 필요성

2020년 10월 말 현재 독일에서 코로나 확진자가 다시금 증가하고, 11월부터는 제한조치가 강화되면서 어쩌면 성탄절에 가족들과 모임이 취소될 수 있다는 암울한 뉴스가 나오는 독일의

6) 송영신, '코로나 시대'의 독일의 공동체 지키기, 월간 공공정책, 177호(2020.7.), 68면. 그 밖에도 독일의 대표적인 일간지 Frankfurter Allgemeine Zeitung(FAZ https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesundheit/coronavirus/zahlen-zum-coronavirus-die-pandemie-im-ueberblick-16653240.html (최종방문일: 2020.10.27.))과 베를린 지역 일간지 Tagesspiegel(https://interaktiv.tagesspiegel.de/lab/karte-sars-cov-2-in-deutschland-landkreise/) 홈페이지 상황판 참조. 흥미롭게도 두 신문의 상황판에는 모두 환자 발생이 가장 적은 국가로서 한국의 상황이 대비적으로 표시되어 있다.

7) Andrea Kießling, Coronavirus, Masern und die Grundrechte, VerfBlog, 2020-3-02. 본래 본 블로그에서는 글에 대한 인용형식에 하이퍼텍스트 전송 프로토콜 보안주소(https://)와 디지털 고유 식별번호(DOI)를 표시하도록 제안하고 있으나, 여기서는 편의상 양자를 생략한다.

8) 코로나 관련 헌법적 논의가 확대되자, 헌법블로그는 3월에 세계 각 국가의 코로나위기 대응(Fighting COVID 19: https://verfassungsblog.de/category/debates/fighting-covid-19-debates), 4월에는 코로나와 비상사태(COVID 19 and States of Emergency: https://verfassungsblog.de/category/debates/covid-19-and-states-of-emergency-debates/)를 주제로 논의의 장을 확대하였다. 이석민 박사가 코로나위기 대응란에 한국의 상황을 소개하는 글을 올렸다. Seokmin Lee, Fighting COVID 19 – Legal Powers and Risks: South Korea, VerfBlog, 2020-3-25.

9) 코로나위기 관련 헌법학 논문을 찾게 되면, 헌법블로그에 게시되었던 글들의 인용을 쉽게 찾아볼 수 있고, 코로나위기 대응에 대한 헌법적 논의를 다룬 대표적인 도서로서 2020년 8월 말에 출간된 Jens Kersten/Stephan Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2020, S. 169ff. 참고문헌 목록에서도 많은 블로그의 글을 확인할 수 있다.

www.kci.go.kr

상황을 볼 때,[10] 코로나위기 대응조치에 대해 헌법적 문제를 제기하기보다,[11] 국가조치에 순응한 대한민국의 선택이 더 나았다는 안심이 든다. 그럼에도 불구하고 독일의 코로나위기 상황에 대한 대응조치와 그에 대한 헌법적 논의에 대해 지난 8개월 간 지속적인 관심을 끊을 수 없었던 것은, 그것이 '헌법' 문제이기 때문이다. 매일 TV에 질병관리청장이나 중앙재해대책본부장이 나와 코로나상황을 보고하더라도, 대한민국은 보건관료국가가 아니라 자유민주적 헌법국가이다.[12] 보건담당 관료들이 주요 행정을 담당하더라도 그들에게 국가의 운명을 책임지울 수 없다. 결국 국가의 중요한 사항에 대해서는 국민대표들이 정치적 책임을 지는 헌법국가성을 위기 시에도 유지해야 하는 것이다. 물론, 그 유지에 대한 구체적인 방법은 상황에 따라 다를 수 있다. 독일에서도 코로나 대응조치에 대한 헌법적 문제 제기가 환영만 받은 것은 아니다.[13] 코로나위기 상황이 더 심각해진다면 헌법적 논의는 무용지물이 될 수도 있다. 그럼에도 대한민국 공동체가 법치국가, 특히 헌법국가라는 기본이념을 유지하는 국가공동체임을 확인하고 증명하려면, 위기 시 헌법적 가치가 작용하고 영향을 미치는 범위는 어디까지이고, 그 한계는 어디부터인지 구체적인 경계를 인식하고 설정하는 것이 당연히 요구되고 확인되어야 한다. 그러한 노력이 부족했다면 헌법적 경계에 대한 인식과 설정을—지금부터라도—찾는 노력을 기울여야 한다.[14]

여기서는 독일에서 지난 8개월 간 지속된 코로나위기 대응조치에 대한 헌법적 논의를 다룬

10) Zunehmende Corona-Infektionen: Fällt Weihnachten dieses Jahr aus?, FAZ v. 27.10.2020. https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesundheit/coronavirus/faellt-weihnachten-wegen-corona-aus-17016606.html (최종방문일 2020.10.28.)

11) 2020년 11월부터 독일에서 제2차 부분봉쇄(Teil-Lockdown)조치가 취해지자 연방헌법재판소에 4건의 헌법소원심판과 2건의 가명령신청이 청구되었다. 코로나위기 관련 독일연방정부와 주정부의 대응조치에 대하여 2020년 11월 7일 현재까지 518건의 헌법소원이 제출되었고, 331건이 기각 내지 종료되었으며, 187건의 헌법소원과 53건의 가명령신청이 계류 중인 것으로 보도되었다. Mehr als 500 Verfassungsbeschwerden wegen Corona in Karlsruhe, Handelsblatt v. 07.11.2020 (https://www.handelsblatt.com/dpa/wirtschaft-handel-und-finanzen-mehr-als-500-verfassungsbeschwerden-wegen-corona-in-karlsruhe/26600420.html?ticket=ST-10769150-bahQZTlHHBmAllnOeZBB-ap1 최종방문일 2020.11.10.). 2020년 11월에 취해진 두 번째 봉쇄조치에 대한 헌법적 문제에 대해서는 대표적으로 Walter Frenz, Zweiter Lockdown und Verfassungsrecht, COVuR 2020, S.794ff. 참조.

12) 여기서 헌법국가는 개략적으로 헌법의 내용과 형식을 통해서 형성된 국가(Josef Isensee, Staat und Verfassung, in: ders./Kirchhof(Hrsg.) HStR Bd.II, 3.Aufl., 2004, §15, Rn.170), 또는 헌법이 국가 질서의 기초를 이루며 개인의 자유를 보장하는 국가(Christoph Degenhart, Staatsrecht I, 35.Aufl., 2019, Rn.6), 모든 국가작용의 헌법 적합성을 특별히 중시하고 이를 추구하는 국가(양건, 헌법강의, 법문사, 2020, 30-31면)로서 요약하면 헌법(과 헌법적 가치)이 국가운용의 중심적 기능을 담당하는 국가를 의미한다.

13) 예컨대 당시 코로나 대응조치에 대한 과도한 헌법적 논의에 대해 비판적인 입장은 대표적으로 Friedhelm Hase, Corona-Crise und Verfassungsdiskurs, JZ 2020, S.697ff.; Hanno Kube, Leben in Würde – Würde des Lebens, VerfBlog, 2020-4-02; Julian Krüper, Nix wissen macht nix: unsere fiebrige Lust am Pandemic Turn, VerfBlog, 2020-4-02 등 참조.

14) 물론 코로나위기 상황에 대한 헌법적 논의가 부족한 것은 우리나라 뿐만은 아니고, 같은 유럽연합 회원국이면서 독일과 인접한 오스트리아의 경우에도 헌법적 논의가 부족하다는 자기비판적 견해에 대해서는 Alexander Somek, A Reply to Sebastian Kurz, VerfBlog 2020-4-16. 참조.

www.kci.go.kr

다. 물론 독일에서 문제가 된 사례들이나 그 기준은 우리에게 직접 적용될 가능성도 있겠지만, 우리나라의 사회적·문화적 가치체계의 차이점으로 인해서 시사점만 제공할 수도 있다. 그럼에도 불구하고 코로나위기 상황에서 우리 국회와 정부가 보여준 대응에 관하여 구체적인 헌법적 기준선을 인식하—고 구체적으로 마련하—는데 도움이 될 것이다. 따라서 먼저 독일에서 코로나위기 발전과정에 따른 입법적 대응, 그에 근거한 연방과 주에서의 행정적 조치들을 살펴본다(II). 그리고 이 대응조치들에 대한 헌법적 문제점들을 기본권(IV)과 국가조직법적(V) 측면으로 나누어 분석해 보는데, 그 전에 코로나위기를 해결하려는 상황이 헌법과 법률의 효력이 적용되지 않는 예외적인 상황인지 먼저 확인한다(III). 그리고 코로나 대응조치에 대한 구체적인 연방헌법재판소—또는 그 밖의 법원—의 결정들을 확인하고, 이를 평가해 본다(VI). 결론적으로는 대한민국 정부의 코로나위기 대응과 비교하여 우리에게 주는 헌법적 시사점은 무엇인지 정리한다(VII).

II. 코로나위기의 발생과 국가의 대응

1. 코로나위기 발생

신종 코로나바이러스(SARS-CoV-2)는 박쥐에게서 발원하여 인간에게 감염된 것으로 알려져, 인간의 유기체에 적응하며 유전적 변형을 이루는 바이러스로 알려져 있다. 지금까지는 기침이나 재채기를 할 때 발생하는 비말(침방울)을 통해 바이러스가 다른 사람에게 전파되면, 몸 속 체세포를 감염시키면서 바이러스 숫자가 폭발적으로 증가하고, 이 때 발열, 권태감, 기침 등 경증에서 호흡곤란이나 폐렴 등 중증까지 다양한 증상이 나타난다. 지금까지 신종 코로나바이러스에 대해 알려진 것이 별로 없어서, 특정 의약품이나 생활습관과 관련이 있는 것인지, 연령이나 면역체계 등과 관련이 있는 것인지, 집단면역이 가능한지 등에 대해 확실하게 확인된 것이 적은 편이다. 무엇보다 코로나바이러스는 선택과 변형을 통해 진화하는 성격을 가지고 있어서, 인간 면역체계를 속이고 면역체계에 적응하며 지속적으로 발전하는 특징을 가진 것으로 알려져 있다.[15] 이러한 신종 코로나바이러스의 성격 때문에 우리가 얼마나 오랫동안 대응할 수 있을지, 언제 치료제가 나올 수 있을지 의문이고,[16] 2020년 가을과 겨울

15) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.17ff.

16) 2020년 12월 10일 미국 식품의약국(FDA) 자문기구인 VRBPAC(백신·생물의약품자문위원회)는 화이자(Pfizer)의 코로나19 백신의 긴급사용승인을 FDA에 권고했고, 모더나와 존슨앤존슨, 아스트라제네카 백신 심사가 이어질 전망이다(https://www.yna.co.kr/view/AKR20201211021151071?input=1195m 최종방문일 2020.

www.kci.go.kr

새로운 감염확산이 발생할 것을 우려하고 있다.[17]

2. 의회의 입법적 대응

독일연방의회(Bundestag)는 3월 27일 코로나위기에 대한 대응책으로 일련의 법률을 통과시켰다.[18] 먼저 단축근로관련 법률과 법규명령을 재정비하였다.[19] 둘째 감염병예방법(Infektionsschutzgesetz: IfSG)을 개정하였다.[20] 감염병예방법은 5월 19일 다시 한 번 개정되었는데[21] 광범위하게 행정입법권을 허용하고 있어서 문제가 되고 있다.[22] 셋째, 의료기관

12.11.).

17) 실제로 2020년 10월 28일 현재, 독일 메르켈(Angela Merkel) 총리는 10월 말 새로운 확진자의 증가로 의료체계에 부담이 증가될 것을 우려하여, 11월부터 봉쇄조치(lockdown)를 4주 간 실시한다고 발표했다. Der zweite Lockdown, der keiner ist, FAZ v. 28.10.2020. https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/neue-corona-beschluesse-der-zweite-lockdown-der-keiner-ist-17024588.html#void (최종방문일: 2020.10.29.) 이 기사에 게재된 신규 확진자 숫자 상황판을 보면 3월 중순부터 시작하여 4월 중순에 잦아들었던 확진자 숫자가 10월 중순부터 다시 폭발적으로 늘어나고 있어 제2차 감염기가 시작된 것처럼 보인다.

18) 독일연방의회는 코로나위기와 관련하여 신속한 대응을 위하여 수많은 법률을 의결하였지만, 여기서는 일부 주요 법률만 소개한다.

19) Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelung für Kurzarbeitergeld v. 13.3.2020 (BGBl I S.493); Verordnung über die Erleichterung der Kurzarbeit (Kurzarbeitergeldverordnung – KugV) v. 25.3.2020 (BGBl. I S.595); Verordnung über die Bezugsdauer für das Kurzarbeitergeld (Kurzarbeitergeldbezugsdauerverordnung – KugBeV) v. 16.4.2020 (BGBl. I S.801). 이에 대한 내용은 대표적으로 이승현, 코로나19 관련 독일의 지원정책, 국제노동브리프(2020.4.), 78-80면 참조.

20) 독일 감염병예방법의 공식명칭은 Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen(Infektionsschutzgesetz – IfSG) v. 20.Juli 2000 (BGBl. I S.1045)이다. 독일어 번역으로는 '인간감염병 예방과 대응에 관한 법률(감염보호법)' 정도가 적절하겠지만, 우리나라 감염병예방법과의 비교를 위하여 여기서는 '감염병예방법'으로 번역하여 사용함을 밝힌다. 이러한 번역에 대해서는 박원규, 감염병예방법상 이동제한조치에 대한 법적 검토, 경찰법연구 제18권 제2호(2020), 108면, 각주7 참조. 3월 27일에 의결된 법률은 Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 27.3.2020 (BGBl. I S.587)이며, 이 법률은 감염병예방법의 개정내용을 담고 있다.

21) 5월 19일 개정법률은 Zweites Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 19.5.2020 (BGBl. I S.587)이며, 그 뒤 다른 법률의 개정으로 2020년 6월 19일까지 개정된 내용을 반영한 최근 법률은 정호경 편저, 주요 국가의 감염(전염)병 관련 법령집, 법문사, 2020, 5-115면 사이에 원문으로 게재되어 참조할 수 있다.

22) 2020년 10월 말부터 독일의 상황이 더욱 악화되면서 2020년 11월 18일 감염병예방법에 대한 올 해 세 번째 개정법률(Drittes Gsetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 18.11.2020 (BGBl. I S.2397))을 연방의회(Bundestag)에서는 찬성 413, 반대 235표로, 연방상원(Bundesrat)에서는 총 69표 중에 49표가 찬성하여 의결하였다(https://www.bundesrat.de/DE/plenum/bundesrat-kompakt/20/996/996-pk.html#top-1 최종방문일 2020.11.19.). 이 법률은 같은 날 연방대통령이 이에 서명하고, 2020년 11월 19일 발효되었다(https://www.tagesschau.de/inland/infektionsschutzgesetz-verabschiedet-101.html 최종방문일 2020.11.19.). 이번 세 번째 개정법률안은 주로 병원에서 코로나19 환자들에 대한 치료와 코로나위기로 어려움에 처한 사업자들의 지원에 관한 내용을 담고 있으며, 그 동안 문제로 지적되었던 제한조치들의 법률상 근거를 마련하는 것이어서(법 제28a조 제1항에 공공장소에서 거리유지의무(제1호), 마스크착용의무(제2호), 외출금지의무(제3호) 등 17개 방역조치와 관련된 근거조항을 둠) 여기서 주로 다루는 내용에는 큰 영향이 없는 것으로 파악되어 그 내용을 반영하여 다루지는 않았음을 밝힌다. 법률개정에 대한 클라프키(Anika Klafki) 교수의 인터뷰는 (https://www.tagesschau.de/multimedia/video/video-784687.html 최종방문일 2020.11.19.)에서, 괴팅겐대학 하이닉(Hans Michael Heinig) 교수의 인터뷰는 (https:/

www.kci.go.kr

재정지원법률을 의결하여 병원 등 의료기관에 대한 재정지원을 보장하였다.[23] 넷째, 2020년도 추가경정예산법률(Nachtragshaushaltsgesetz 2020)을 의결하여 기업, 병원 및 근로자 등에 대한 재정 지원정책을 시행하기 위한 재원 마련 명목으로 1,225억 유로를 추가로 편성하였다.[24] 다섯째로 소위 사회보장패키지(Sozialschutz-Paket)라 불리는 법률을 제정하여 코로나위기로 피해를 입은 영세기업과 자영업자들에 대한 지원책을 마련하고[25] 민사·파산·형사법 관련 규정들을 개정하였다.[26]

3. 주정부의 행정적 대응

(1) 행정작용의 형식으로서 일반처분과 법규명령

각 주정부는 감염병예방법 제28조 제1항과 제32조에 근거하여,[27] 코로나바이러스가 사람

/verfassungsblog.de/corona-constitutional-51-corona-im-bundestag/ 최종방문일 2020.11.19.)에서, 그 밖에 데겐하르트(Christoph Degenhart) 교수의 신문지면상 인터뷰는 (https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/interview-staatsrechtler-zum-infektionsschutzgesetz-es-muss-sicherlich-noch-einmal-nachgebessert-werden/26634908.html?ticket=ST-396989-s56GRcFGHUlL6dt0aap2-ap1 최종방문일 2020.11.19.)에서 참조할 수 있다.

23) Gesetz zum Ausgleich COVID-19 bedingter finanzieller Belastungen der Krankenhäuser und weiterer Gesundheitseinrichtungen (COVID-19-Krankenhausbelastungsgesetz) v. 27.3.2020 (BGBl. I S.580).

24) Gesetz über die Feststellung eines Nachtrags zum Bundeshaushaltsplan für das Haushaltsjahr 2020 v. 27.3.2020 (BGBl. I S.556). 이에 대해서는 이승현(주 19), 81-82면 참조. 추경예산은 1,225억 유로이지만, 세입규모가 335억 유로 정도 줄어들 것으로 예상되어, 실제로는 약 1,560억 유로 규모의 새로운 국가채무부담을 허용하는 내용을 담고 있다. 독일연방헌법 제115조 국가채무제한규정(소위 Schuldenbremse) 때문에 함부로 추가적인 예산확대가 불가능하나, 자연재해나 예상치 못한 비상상황이 발생한 경우에는 예외적으로 연방의회의 동의하에 국채부담을 통한 예산확대가 가능하다. 이에 대해서는 정문식, 독일헌법상 국가채무제한, 공법연구 제41집 제3호(2013), 232-233면 참조. 추가경정예산에 대해서는 7월 14일 제2차 추가경정예산법률이 공표되었고, 소급하여 2020년 1월 1일부터 발효한다. Gesetz über die Feststellung eines Zweiten Nachtrags zum Bundeshaushaltsplan für das Haushaltsjahr 2020 (Zweites nachtragshaushaltsgesetz 2020) v. 14.7.2020 (BGBl. I S.1669). 이에 대해서는 대표적으로 Kyrill-A. Schwwarz, Haushaltsverfassungsrecht in Zeiten der Corona-Krise, COVuR 2020, S.74ff. 참조.

25) Gesetz für den erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung sozialer Dienstleister aufgrund des Coronavirus SARS-CoV-2 (Sozialschutzpaket) v. 27.3.2020 (BGBl. I S.757). 이 법률은 5월 20일 다시 개정·보완되었다. Gesetz zu sozialen Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (Sozialschutz-Paket II) v. 20.5.2020 (BGBl. I S.1055). 이 사회보장패키지에 대한 상세한 내용은 이승현(주 19), 75-77면 참조.

26) Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19 Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafrecht v. 27.3.2020 (BGBl. I S.569). 각주 23에서 언급한 제2차 추경예산법률 외에도 코로나위기 관련 법률들, 예컨대 조세혜택에 관한 법률 등이 추가적으로 개정되었으나, Zweites Gesetz zur Umsetzung steuerlicher Hilfsmaßnahmen zur Bewältigung der Corona-krise (Zweites Corona-Steuerhilfegesetz) v. 29.6.2020 (BGBl. I S.1512), 여기서는 모두 생략한다.

27) 제28조: (1) 환자, 의심환자, 감염의심자 또는 병원체배출자임이 확인되었거나, 사망자가 환자, 의심환자 또는 병원체배출자였음이 밝혀진 경우, 관할 행정청은 감염병의 확산 방지를 위하여 제29조부터 제31조에 규정된 필요한 보호조치를 취하되, 특히 자신이 머무르고 있는 장소에서 퇴거를 금지하거나, 특정 조건하에서만 퇴거하도록, 또는 공공장소에 출입을 금지하거나 특정 조건하에서만 출입하도록 의무를 부과할 수 있다. 제1문의

www.kci.go.kr

들을 통해 전파되는 것을 방지하기 위하여 필요한 조치를 법규명령(Rechtsverordnung)이나 일반처분(Allgemeinverfügung) 형식으로 발할 수 있다.[28] 일반성과 추상성을 가지는 법규적 효력을 가지는 조치가 필요할 때는 법규명령을, 구체적이고 개별적인 처분으로서 효력을 가지는 조치가 필요할 때는 일반처분의 형식으로 대응할 수 있는 것이다.[29] 그러나 일반처분은 구체적으로 제한된 인적·상황적·공간적 대상에 대해서만 규율할 수 있으므로 일반 시민들에 대해 적용할 때는 허용되지 않는 것으로 인식되어,[30] 초기에 일반처분으로 대응했던 주들이 대부분 법규명령으로 대응조치 형식을 변경하였다.[31]

요건 하에 관할 행정청은 행사 또는 그 밖에 집회(Ansammlungen)를 제한하거나 금지할 수 있고, 또는 수영장 시설이나 제33조에 규정된 공동체시설의 전부 또는 일부를 폐회할 수 있다. 치료는 명령할 수 없다. 이에 따라 신체의 자유(헌법 제2조 제2항 제2문), 집회의 자유(헌법 제8조), 주거불가침(헌법 제13조 제1항)의 기본권이 제한된다.

제32조: 주정부는 감염병에 대응하기 위하여 제28조부터 제31조에 규정된 요건에 따라 법규명령(Rechtsverordnung)을 통해 그에 상응하는 명령이나 금지를 발할 수 있다. 주정부는 법규명령을 통해 다른 기관(andere Stelle)에 위임할 수 있다. 이에 따라 신체의 자유(헌법 제2조 제2항 제2문), 이전의 자유(헌법 제11조 제1항), 집회의 자유(헌법 제8조), 주거불가침(헌법 제13조 제1항), 우편·통신 비밀(헌법 제10조)의 기본권이 제한된다. (감염병예방법 번역은 박원규(주 20), 128면의 제28조 제1항 번역도 참조하였음)

28) 주로 주지사의 지시(Weisungen)에 따라 내려지는 일반처분은 함부르크주, 자아란트주 등에서 사용하였고, 헤센주, 메클렌부르크-포어포만주, 베를린주, 작센-안할트주 등에서는 법규명령을 통해 대응조치를 취했다. Stephan Rixen, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise, NJW 2020, S.1097(1098), Fn.11ff. 그 밖에 연방과 주의 모든 코로나 관련 법률, 법규명령 등에 대한 자료는 지속적으로 https://lexcorona.de/doku.php?id=start에서 참조 가능.

29) Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18.Aufl., 2011, S.74f.; 214ff. 행정행위는 '개별사안'에 대한 규율이라는 점에서, 법규명령이나 조례와 같은 일반적 규율은 행정행위의 개념에 포함될 수 없고, 따라서 취소소송의 대상이 되지 않는다. 그러나 일반적인 특성에 따라 정해지거나 특정 가능한 인적 범위를 대상으로 하거나, 또는 어떤 사물의 공법적인 특성이나 그의 일반인에 의한 이용에 관한 행정청의 행위는 독일행정절차법(VwVfG) 제35조 제2문 일반처분의 정의에 따라 행정행위에 해당한다. 여기서 일반처분이 '개별적'이라는 말은 '특정된' 또는 '일반적 표지에 의해 특정될 수 있는(nach allgemeinen Merkmalen bestimmbar)' 인적 범위를 말한다. 조치가 내려지는 시점에서 수범자의 범위가 확정되어 있거나, 불확실한 방법으로 확대되지 않을 것이 핵심이다. 이에 대한 상세한 내용은 정호경, 독일 행정소송의 체계와 유형- 대상적격과 원고적격을 중심으로-, (한양대)법학논총 제23집 제2호(2006), 220-221면 참조. 따라서 규율대상 인구가 적은 지방에서는 일반처분을, 사람이 많은 대도시 지역에서는 법규명령을 사용할 수 있다. Rixen, NJW 2020, S.1097(1100f.); Thorsten Siegel, Verwaltungsrecht im Krisenmodus, NVwZ 2020, S.577(579). 그 밖에도 법규명령은 독일 행정법원법(VwGO) 제47조 제1항 제2호의 추상적 규범통제(abstrakte Normenkontrolle)를 통해서 법규적 효력을 일반적으로 무효화시킬 수 있지만, 일반처분은 행정법원법 제42조 제1항에 따라 취소소송을 통해 처분 상대방에 대해서만 효력을 취소할 수 있다는 점에서 양자를 구분하기도 한다. Annette Guckelberger, Ausgangsbeschränkungen und Kontaktverbote anlässlich der Corona-Pandemie, NVwZ-Extra 9a/2020, S.1(13f.). 그러나 코로나위기 상황에서 각 주는 반드시 이러한 일반적 구분에 따라 대응조치의 법형식을 사용하지는 않은 것으로 평가받고 있다. Andrea Kießling, Infektionsschutzgesetz Kommentar, C.H.Beck, 2020, §32, Rn.7ff.

30) Anika Klafki, Verwaltungsrechtliche Anwendungsfälle im Kontext der Covid-19-Pandemie, JuS 2020, S.511(512); Siegel, NVwZ 2020, S.577(579). 특히 코로나위기 관련 대응조치는 더 이상 개별적이거나 구체적일 수 없고, 일반적 효력을 가지기 때문에 일반처분으로는 불가능하다는 내용을 설시한 것으로 VG München, Ausgangsbeschränkung anlässlich der Corona-Pandemie, NVwZ 2020, S.651(653) Rn.21ff. 참조.

31) Thorsten Kingreen, Das Studium des Verfassungsrechts in der Pandemie, Jura 2020, S.1019(1021).

www.kci.go.kr

(2) 제한조치의 내용

신종코로나바이러스에 의한 코로나감염을 방지하기 위하여 내릴 수 있는 제한조치들은 여러 가지가 있다.[32] 공공장소에서 1.5m 이상 개인 간 거리를 유지하는 거리두기명령(Distanz- und Abstandsgebot)이 있다. 자신의 주거에만 머무르도록 요구하는 접촉·외출제한(Kontakt- bzw. Ausgangsbeschränkung)조치도 가능하다.[33] 사람들의 모임을 포괄적으로 제한하기 위해서 모든 집합(Ansammlung), 집회(Versammlung), 종교적 회합을 금지할 수도 있다. 어린이집, 초·중·고등학교, 대학, 상점이나 가게, 음식점 등의 등교나 방문을 금지하거나, 병원이나 요양원, 사회보육시설 등에 대한 방문을 금지시킬 수 있다. 사적인 여행이나 방문을 금지할 뿐만 아니라 자신의 별장을 방문하는 것도 금지할 수 있다.

코로나위기에 대응하는 주의 대응조치들은 각 주가 처한 상황과 환경적·문화적 배경에 따라 상이하게 나타났고, 제한조치를 취하더라도 예외가 인정되었다. 예컨대 외출금지를 규정하더라도 출근이나 생필품 구입, 운동을 위한 외출의 경우에는 예외적으로 허용이 된다거나, 이에 따라 상점의 폐쇄에도 생필품 판매점은 예외적으로 개점할 수 있었다. 일정 기간이 지나자 상점 폐쇄를 완화하면서 800제곱미터 이하의 상점만 개장을 하도록 허용함으로써 논란이 되기도 했다.[34] 반대로 바이에른주는 법규명령을 통해 마스크 착용의무(Maskenpflicht)를 도입함으로써 논란을 야기하기도 했으며,[35] 작센주는 10월 초에 여행객들에게 숙박을 제공하지 못하도록 제한하는 소위 숙소제공금지(Beherbergungsverbot)를 실시했다.[36]

32) 코로나위기에 대한 각 주에서 취할 수 있었던 대응조치에 대한 일반적인 설명은 대표적으로 Kießling, in: ders., IfSG, §28, Rn.25ff.; Christian Johann/ Moritz Gabriel, in: Christian Eckart/ Michael Winkelmüller (Hrsg.), BeckOK Infektionsschutzrecht, C.H.Beck, 2020, § 28, Rn.33ff.; Guckelberger, NVwZ-Extra 9a/2020, S.1(2ff.); 박원규(주 20), 120-127면 등 참조.

33) 언론에서는 보통 외출금지(Ausgangssperren)라고 일컫는다.

34) 예컨대 800-qm-Regel sorgt für Kopfschütteln, tagesschau.de v. 16.04.2020 (https://www.tagesschau.de/inland/corona-massnahmen-117.html 최종방문일: 2020.10.29.).

35) 2차 바이에른주 감염병예방조치명령 제2조 제6항 제2호, 제3호 등. Zweite Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung v. 21.4.2020 (BayGVBl. S.222). 이에 대한 최근 글로서 대표적인 것은 Dirk Moritz/ Sebastian Felz/ Marc Schulze, Atemschutzmasken im Recht der Pandemie, COVuR 2020, S.684ff. 참조.

36) 이에 대해서는 대표적으로 Henrick Eibenstein, Die Unverhältnismäßigkeit jüngster Beherbergungsverbote am Beispiel Niedersachsens, COVuR 2020, S.688ff. 참조.

www.kci.go.kr

(3) 제한조치의 한계로서 치료행위 강제 금지

이러한 조치들은 헌법적 측면에서 본다면 시민의 기본권을 제한하는 것으로서 헌법적 평가가 필요하다. 물론 감염병예방법 제28조 제1항 제3문에 명시적으로 규정되었듯이 치료를 할 수는 있지만 강제로 치료를 받도록 명령할 수 없는 한계를 규정하기도 했다. 치료행위의 명령은 독일연방헌법 제2조 제2항 제1문의 신체불가침(körperliche Unversehrtheit)을 위헌적으로 침해한다고 입법자가 판단했기 때문이다.[37] 그러나 그 밖에 제한조치들을 통해서는 법률에서 언급하고 있는 신체의 자유, 거주이전의 자유, 주거불가침, 집회의 자유, 통신의 자유 외에도, 일반적 인격권, 교육권, 종교의 자유, 예술의 자유, 결사의 자유, 직업의 자유, 재산권 등 사실상 모든 기본권이 제한될 수 있다. 그러나 이러한 제한조치들로 말미암아 헌법적으로 논란이 되는 것은 기본권 문제만은 아니다.

III. 코로나위기 상황과 헌법적 비상사태

1. 코로나위기는 비상사태인가?

코로나19 감염자의 갑작스런 확대로 말미암아 세계 각국은 혼돈과 공포 속에 빠지고, 각 정부는 이에 대처하기 위하여 할 수 있는 모든 조치를 취하기 시작했다. 그런데 이 상황에서 그 동안 권위주의적인 정부행태로 유럽연합(EU) 내에서 비판을 받고 있던 헝가리나 폴란드 정부는 자유민주주의를 더욱 억압하고 민주주의 헌법국가체제를 부정하는 방향으로 나아갔다.[38] 자유시민사회에 가해진 코로나위기 해결을 위한 조치들에 대해서 철학자들뿐만[39] 아니라 법학자들도[40] 자유민주주의 국가체제가 보건상 위기를 극복한다는 명목하에 독재적인 국가체제로 변모하는 것은 아닌지 우려하는 목소리를 냈다. 특히 프랑크푸르트대학 헌법교수이자 법철학자인 폴크만은 코로나위기에 대응하는 독일의 상황을 '파시즘경향의 신경과민 보건국가(faschistoid-hysterischen Hygienestaat)'라고 표현하며, 칼 슈미트(Carl Schmitt)

37) BT-Drs. 8/2468, S.28; Johann/Gabriel, in: Eckhart/Winkelmüller(Hrsg.), BeckOK IfSG, § 28, Rn.29; Kießling, in: Ders.(Hrsg.), IfSG, § 28, Rn.19. Grundgeset를 보통 '기본법'이라고 번역하지만, 여기서는 '독일연방헌법'으로 일컫는다.

38) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.27.

39) 대표적으로 Giorgio Agamben, Wir sollten uns weniger sorgen und mehr denken, NZZ v. 7.4.2020. (https://www.nzz.ch/feuilleton/giorgio-agamben-zur-coronakrise-wir-sollten-uns-weniger-sorgen-und-mehr-nachdenken-ld.1550672?reduced=true 최종방문일 2020.10.30)

40) 대표적으로 Uwe Vollkmann, Der Ausnahmezustand, VerfBlog 2020-3-20.

www.kci.go.kr

가 이야기했던 비상사태(Ausnahmezustand)가[41] 일반적 상황(Normalzustand)이 되어 가는 것은 아닌지, 그 사이의 경계가 사라지는 것은 아닌지 의문을 제기했다.[42]

비상사태에 대해 법적으로 확립된 개념은 찾기가 어렵지만, 대략 국가에 중대한 위험이 발생하였을 때 평상시 사용할 수 있는 수단으로는 그 위험을 제거하거나 국가의 안전과 (법)질서를 회복하기 어려운 상황이라고 할 수 있다.[43] 독일에서 비상사태란 용어의 표현과 사용에 대해 거부감을 일으키는 것은, 바이마르헌법 제48조에서 이 개념이 사용되어[44] 나치(독재)시대로 전환할 수 있었다고 보거나,[45] 'Ausnahme(예외/비상)'라는 표현이 주는 인상처럼 국가의 조치가 법적 구속을 받지 않는 것으로 보기 때문이다.[46] 실제로 코로나위기 같은 상황에선 행정부가 대응조치를 주도하되, 야당이나 반대파의 주장은 환영받기 어렵고, 정부의 조치를 통해 기본권 제한만 더욱 강화될 수 있다. 코로나위기 상황이 개선되면 정부의 조치는 완화되겠지만, 이 모든 조치에도 불구하고 코로나위기 상황이 개선되지 않는다면 어떻게 할 것인가. 경제기반은 파괴되고 개인의 생존은 위협받으며 결국 남는 것이 폐허뿐이라면, 비상사태와 유사한 상황을 단순하게 생각할 것만은 아니다.[47]

2. 코로나위기는 헌법과 법률의 통제를 받는 상황

헌법적으로 비상사태와 정상상태 구별은, 헌법이 작동하는가 여부에 따라 판단할 수 있다면 명확하다고 할 것이다. 앞에서 언급한 것처럼 신종 코로나바이러스로 인한 새로운 코로나19

41) Ausnahmezustand는 아감벤의 책 번역처럼 예외상태 또는 예외상황이라고 번역될 수 있으나, 평상(平常) 또는 정상(正常)의 상대적 개념으로서 비상사태라고 번역했다.

42) Vollkmann, Ausnahmezustand, S.2ff.

43) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl., 1999, S.301; Eckart Klein, Innerer Staatsnotstand, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), HdStR Bd. XII, 3. Aufl., 2014, §280, Rn.1; Jens Kersten, Ausnahmezustand?, JuS 2016, S.193(194). 비상사태에 대한 개념에 대해서 참조할 수 있는 최근 문헌으로는 대표적으로 Anna-Bettina Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht, 2020, S.49ff. 참조.

44) 제48조 (1) 주가 제국헌법이나 제국법률에 따라 주에게 부과된 의무를 이행하지 않는 경우, 제국대통령은 병력을 사용하여 그 의무이행을 강제할 수 있다. (2) 제국대통령은 독일제국 내에서 공공의 안전과 질서가 심각하게 침해되었거나 위험하게 된 경우, 공공 안전과 질서의 회복을 위하여 필요한 조치를 취할 수 있고, 필요한 경우에는 병력을 사용할 수 있다. 이를 위하여 잠정적으로 제114조, 제115조, 제117조, 제118조, 제123조, 제124조 및 제153조에 규정된 기본권을 전부 또는 일부 정지시킬 수 있다. (이하 생략)

45) 1930년 독일제국대통령인 힌덴부르크(Paul von Hindenburg)가 바이마르헌법 제48조를 활용하여 독일을 대통령중심의 '영구적 긴급상황(permanenter Notsstand)'으로 유지하였고, 결국 독일은 1933년 히틀러(Adolf Hitler) 가 주도하는 나치체제로 바뀌었다. Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.33f.

46) 예컨대 Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.II, 1980, S.1294. 칼 슈미트도 비상사태를 평가함에 있어서 평상시를 규율하는 법적 상황으로는 비상사태를 판단하거나 결정할 수 없어서, 주권자가 누구인지를 극명하게 드러낼 수 있는 상황으로서 정상상태의 한계상황이 비상사태라고 보고 있다. Carl Schmitt, Politische Theologie, 9.Aufl., 2009, S.1f.; 43f.

47) Vollkmann, Ausnahmezustand, S.4ff.

www.kci.go.kr

환자들이 발생하고 사망하고 있음에도 불구하고, 연방의회는 이에 대응하기 위한 법률제정 활동을 지속하고 있으며, 연방정부의 주도하에 각 주정부는 상호 협력하면서 필요한 행정조치들을 취하고 있다. 연방헌법재판소를 비롯한 각 주의 법원들도 코로나위기 대응과 관련된 조치들에 대한 (헌)법적 판단을 지속적으로 수행하고 있다.[48] 이런 상황은 독일연방헌법상 국가긴급권 등이 발동될 수 있는 전시상황(제115a조 이하)이나 긴장상황(제80a조 제1항), 그 밖에 국가 긴급상황 또는 국내 긴급상황(제91조) 그 어디에도 해당되지 않는다. 그나마 재난상황(제35조 제2항, 제3항)에 해당한다고 볼 수 있는 것이 가장 근접한 상황평가에 해당한다.[49]

연방정부와 주정부가 코로나위기 해결을 위한 각종 조치들을 취하고 있다고, 독일연방헌법의 규정들이 정지되거나, 독일 국민들의 기본권효력이 상실되는 것이 아니다.[50] 코로나위기를 해결한다고 행정부가 무엇이든지 할 수 있는 것이 아니라,[51] 국가의 존립과 국민들의 생명뿐만 아니라 그 밖에 경제적·사회적·문화적으로 중요한 헌법적 가치들과 기본권을 종합적으로 고려하여 판단하고 대응해야 한다.[52] 그러한 행정부의 판단이 최종적으로 사법적 심사를 통해 통제될 수 있는 한 현재의 상황이 비상사태라고 평가하기는 어렵다.[53] 코로나위

48) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.30f.; Thorsten Kingreen, Whatever it Takes?, VerfBlog. 2020-3-20, S.1.

49) 코로나위기가 헌법적으로 어떤 위기 내지 긴급상황인지에 대해서는 Jörn Ipsen, Notstandsverfassung und Corona-Virus, RuP 2020, S.118ff.

50) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.40f. 예컨대 코로나위기 대응조치를 통해 연방헌법기관이나 주헌법기관의 활동과 기능을 정지시킨다거나, 국민들의 중요한 기본권으로서 선거권 제한은 상당히 문제가 있을 수 있다. 실제 독일에서는 코로나위기 확산으로 말미암아 일부 주에서 선거와 지방선거가 논란이 되었으나 이에 대한 제한은 발생하지 않았을 뿐만 아니라, 연방의회의 경우에도 코로나위기 대응조치를 통해서 연방의회 의원들의 활동이 정지되거나 제약받지 않는다고 의사규칙을 개정하기도 했다. Nr.6 der Anlage 6 der GOBT (BT-Drs. 19/18126, S.5f.). 그 밖에도 긴급상황이라서 기본권이 유보되는 상태도 아니라는 견해에 대해서는 Hubert Schmidt, COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise, C.H.Beck, 2.Aufl. 2020, § 17, Rn.32f. 참조. 물론 기본권이나 헌법의 효력 정지(suspension)가 비상사태의 필요조건은 아니라는 주장은 대표적으로 Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht, S.53ff. 참조.

51) 대표적으로 Kingreen, Whatever it Takes?, S.1. 여기서 킹그린 교수는 국민들의 건강과 보건상태를 보호하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있으나 무엇이든 가능한 것은 아니며, 내용 면에서뿐만 아니라 제한조치의 형식적 측면에서도 일반처분이 아닌 법규명령으로 해야 한다고 주장했다. 킹그린은 2010년부터 시작된 세계적인 금융위기에 대응하여 유럽중앙은행(ECB) 드라기(Mario Draghi) 총재가 유로(euro)를 구할 수 있다면, 무엇이든지 하겠다(whatever it takes)는 표현을 빗대어 주정부의 일반처분을 통한 제한조치를 표현한 것이다.

52) Hase, JZ 2020, S.697(702f.).

53) Jens Kersten, Covid-19 — Kein Ausnahmezustand!, ZRP 2020, S.65; Stephan Rixen, Grenzenloser Infektionsschutz in der Corona-Krise?, RuP 2020, S.109f. 케르스텐 교수는 코로나위기를 해결하기 위하여 내린 조치들은 비상사태가 아님을 증명할 뿐만 아니라, 긴급상황에서 적용되는 국가긴급권 조항도 활용되지 않았으며, 일반적으로 헌법이 상정한 재난 상황에서 감염병예방법상 일반수권조항을 통해 조치들이 내려지고, 이를 통제하는 헌법이 작동하고 있는 것으로 평가하고 있다. Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.32ff. 칼 슈미트의 비상사태 개념에 관한 헌법이론에 따르더라도 현재 코로나위기에 대한 정부 대응이 비상사태라고 보기 어렵다는 주장에 대해서는 대표적으로 Reinhard Mehring, Carl Schmitt und die Pandemie. Teil 1, VerfBlog. 2020-5-11; Teil 2, VerfBlog. 2020-5-12 참조.

www.kci.go.kr

기는 독일연방헌법과 감염병예방법 그리고 연방정부와 주정부 간 협력 가운데 대응하고 있는 위험한 위기상황일 뿐이다.[54]

IV. 코로나위기 대응조치들과 기본권

1. 제한조치에 따른 관련 기본권

감염병예방법에 적시된 관련 기본권보다 제한조치들로 인해 실제로 제한되는 기본권은 더 다양하다. 사람들의 접촉을 금지하는 것은 일반적인 행동의 자유를 제한한다. 감염의심자를 격리시키거나 개인의 정보를 수집하는 것은 신체의 자유, 일반적 인격권, 개인정보 자기결정권 등의 제한이 문제된다. 감염병예방법상 감시조치나 격리조치, 외출금지 등은 법에 규정되었듯이 신체의 자유를 제한한다. 예배를 위한 집합금지는 종교의 자유를, 영화나 공연 등을 금지하거나 극장이나 미술관, 박물관을 폐쇄하는 것은 예술의 자유와 직업의 자유를 제한하는 것이다. 학교를 폐쇄하는 것은 교육의 기회를 제한하는 것이며, 코로나위기 대응조치에 대한 정치적 의사표현을 위한 집회의 금지는 집회의 자유를, 단체활동을 위한 집합금지는 결사의 자유를 제한하는 것이다. 연방 내 또는 주 내에서 이동의 자유를 제한하는 것은 이전의 자유를 제한하고, 상점을 닫게 하는 것은 직업의 자유를, 방역활동을 위해 공무원들이 집안에 들어가게 되면 주거불가침을 제한하는 것이며, 영업의 정지나 중단으로 파산에 이르게 된다면 직업의 자유와 재산권을 침해하는 것일 수 있다.

2. 기본권 보호의무 이행으로서 제한조치와 그 한계 및 문제해결로서 형량

신종코로나바이러스 확산을 방지하고, 다른 사람들이 코로나19에 감염되는 것을 방지하기 위해 정부가 개입하여 제한조치를 취하는 것은, 기본권적 시각에서 보면 스스로를 보호하기 어려운 약자들의 생명을 보호하기 위하여 국가가 기본권 보호의무를 이행하는 것이다.[55] 그런데 국가의 기본권 보호의무 이행은 일반적으로 다른 사람들에 대한 자유의 제한으로

54) 카이저 교수는 위기와 관련하여 일반적 상황, 단순한 위기상황, 일반적 상황을 벗어난 비상사태, 진정한 의미의 비상사태 등으로 구분하는데(Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht, S.65f.), 그에 따르면 진정한 의미의 비상사태는 아니지만 (헌법의 지배를 받음에도 불구하고) 일반적인 상황을 벗어난 상태로 평가할 수 있을 것으로 보이며, 슈미트가 상정하는 의미의 비상사태로 보기는 어려울 것으로 보인다.

55) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.45; Kingreen, Jura 2020, S.1019(1026ff.); Kube, Leben in Würde – Würde in Lebens, S.2.

www.kci.go.kr

나타난다.[56] 즉, 국가가 특정인의 기본권 보호의무를 강하게 이행할수록, 다른 사람들에 대한 자유의 제한이 강하게 나타나는데 특징이 있다. 따라서 코로나위기 극복을 위한 주정부의 제한조치들은 기본적으로 다른 사람의 기본권을 제한하는 측면에서 과잉금지원칙을 위반하지 않아야 헌법적 정당성이 인정되는 것이다.[57] 한편에는 코로나위기 관련 제한조치들이 추구하는 코로나19 위험으로부터 사람들의 생명과 신체의 보호, 국가의 기본적인 보건의료시스템의 유지라는 헌법적 이익이 있고, 다른 한편에는 제한조치들을 통해 영향을 받는 자유권의 기본권 이익이라는 헌법적 이익이 있다. 코로나위기에 대응하는 제한조치에 대한 헌법적 평가는 이러한 양 헌법적 이익 간 형량에 따라 이루어진다는 것을 의미한다.[58] 다만 코로나위기 대응조치에 대해서 적용되는 형량은 몇 가지 특징을 갖는다는 점을 유의해야 한다.

3. 형량 관련 문제들

(1) 고려사항의 다양성

코로나위기와 관련된 형량에는 기본적으로 몇 가지 어려움이 있다.[59] 코로나19처럼 아직 신종코로나바이러스에 대한 정보가 완벽하게 파악되지 않은 경우에는 불확실성 가운데 구체적인 경우마다 개별적으로 판단해야 한다는 것이다. 정보가 확실하지 않은데도 불구하고 신속하게 대처해야 하는 어려움도 있다. 개인적인 차원에서 한편으로는 생명의 보호를 지향해야 하지만, 다른 한편으로는 다른 사람의 자유도 생각해야 한다. 거기에 더해서 전체 사회적인 영향과 결과도 고려해야 하는 어려움이 더해진다. 이런 형량과정을 전제한다면, 코로나위기에 대응하는 제한조치를 결정함에 있어서 국가가 모든 사항들을 고려하지 못할 가능성을 배제할 수 없다. 그러나 어떤 제한조치를 결정하더라도 가능한 고려할 수 있는 모든 것을 고려해서 판단해야 한다는 당위는 변함이 없다.[60]

---

56) 이에 대해서 대표적으로 Michael Kloepfer, Verfassungsrecht Bd.II, 2010, S.42, Rn.62ff. 참조.

57) Christian Calliess, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 2006, S.321(329f.); Lothar Michael, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, JuS 2001, S.148(151f.).

58) 코로나위기에 대한 대응조치들에 대하여 구체적인 헌법적 이익 간 충돌과 형량을 다룬 것에 대해서는 대표적으로 Holger Schmitz/ Carl-Wendelin Neubert, Praktische Konkordanz in der Covid-Krise, NVwZ 2020, S.666(667ff.) 참조.

59) 위헌심사기준으로서 비례원칙, 특히 법익의 균형성(또는 협의의 비례원칙)에 대해서는, 이 심사기준이 과연 객관적인 심사기준인지, 어떤 상황에서 어떤 기본권 내지 헌법적 가치에 우위를 둘 것인지 등에 대해서 헌법 자체적으로는 확립된 심사기준이 없다는 근본적인 의문점이 있음을 부정할 수는 없지만(예컨대 Christian Hillgruber, Grundrechtsschranken, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), HStR Bd.IX, 3.Aufl., 2011, § 201, Rn.80ff.), 그럼에도 여기서는 코로나위기처럼 국민의 건강보건에 대한 중대한 위험에 대응하여 구체적인 제한조치에 대한 결정을 내려야 하는 경우 형량을 통해서 결정할 수밖에 없음을 전제로 하다.

60) Hillgruber, Grundrechtsschranken, Rn.77; Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.47f.

www.kci.go.kr

(2) 입법, 행정, 사법 단계에서 형량의 차이

코로나위기 해결을 위한 조치를 결정하는데 입법, 행정, 사법분야에서 국가기관은 판단을 하고, 이 때 다양하게 관련된 헌법적 이익들과 가치들을 추상적 차원에서 형량하게 된다. 국가의 중요하고도 기본적인 사항은 민주적 정당성을 가지는 국민대표기관인 의회가 결정한다는 의회유보원칙에 따라[61] 입법자는 위기대응을 위한 1차적 판단을 할 수 있고, 이 때 의회는 가장 넓은 의미의 평가고권(Einschätzungsprärogative)과 형성재량(Gestaltungsspielraum) 권한을 가지고 대응책을 법률로 결정한다.[62] 국민의 생명보호를 위한 기본적인 조치의 근거를 마련하고, 다른 사람들의 자유를 제한하는 법적 근거를 마련해야 한다.[63]

행정부는 독일연방헌법 제80조 제1항에 근거하여[64] 의회로부터 권한을 위임받아 법규명령 등을 통해 구체적인 제한조치를 시행할 수 있다. 법치국가원리에 따라 행정부가 결정하고 판단하는 구체적인 조치들은 입법자의 기본적인 결정으로 형식화 된 법률에 위배될 수 없고(법률우위),[65] 법률이 수권한 범위 내에서 이루어져야 한다(법률유보)는 헌법적 한계가 있다.[66] 그러나 입법자가 불확정 개념 등을 통해 행정청에게 허용한 범위 내에서, 행정청은 구체적인 사안에서 불확정 개념을 사용하여 재량권을 행사하고, 개별적인 사안마다 비례원칙에 따라 판단한 내용을 제한조치로서 결정하고 집행한다.

법원은 기본적으로 입법과 행정부의 평가고권과 형성재량을 존중하지만, 상대적으로 입법부와 행정부보다 재량의 여지가 좁은 비례원칙을 적용하여 기본권 침해 논란이라는 법적 분쟁으로 발전한 사안들을 판단하게 된다. 기본권침해에 대한 위헌심사로서 비례원칙 적용 시에는, 특히 헌법적 판단에서 최고위치에 있는 헌법재판소가 헌법질서 전체를 고려하여 결정한다.[67]

---

61) 의회유보원칙과 본질성이론(Wesentlichkeitstheorie)에 대해서는 대표적으로 Michael Kloepfer, Verfassung srecht Bd.I, 2010, S.320, Rn.121ff. 참조.

62) BVerfGE 147, 253(309f. Rn.115ff.).

63) 입법 영역에 있어서 비례원칙의 적용에 대해서는 대표적으로 Sebastian Seedorf, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Gesetzgebung, in: Matthias Jestaedt/ Oliver Lepsius(Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, Mohr Siebeck, 2015, S.130ff. 참조.

64) 제80조 (1) 법률로 연방정부, 연방장관 또는 주정부에 법규명령을 제정할 권한을 위임할 수 있다. 이 때 위임된 권한의 내용, 목적, 범위는 법률에 명시되어야 한다. 법규명령에는 법적 근거가 제시되어야 한다. 법률이 권한을 재위임 할 수 있음을 규정할 때, 권한의 재위임에는 법규명령이 필요하다. (이하 생략)

65) 법률우위에 대해서는 대표적으로 Kloepfer, Verfassungsrecht I, S.316, Rn.104ff. 참조.

66) 법률유보에 대해서는 대표적으로 Kloepfer, Verfassungsrecht I, S.318, Rn.111ff. 참조.

67) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.49. 물론 이 때 헌법질서 전체를 고려한 결정이란 법관의 가치판단을 적극적으로 실현한다는 의미보다는 소극적으로 헌법과 법률을 실현하고 집행하는 차원에서 이루어진다는 의미라고 할 수 있다. 입법자의 형성의 자유를 보장하기보다 적극적으로 사법적 판단을 하게 된다면, 자칫 헌법재판소의 결정이 정치적 반대의 표현으로만 평가될 수 있기 때문이다. 이에 대해서는 Hillgruber, Grundrechtsschranken, Rn.84ff. 참조.

www.kci.go.kr

(3) 시간적 추이에 따른 형량에서 관계 변화

코로나위기 상황의 진행에 따라 형량 시 고려사항의 개별적인 반영폭이나 정책결정자의 재량범위가 유동적일 수 있다.[68] 예컨대 대유행이 진행될수록 코로나바이러스에 대한 의학적 정보가 증대하거나, 시민들의 방역규칙과 제한조치에 대한 준수수준이 올라갈수록, 입법이나 행정적 차원에서 정책결정의 재량범위는 축소되고, 기본권 제한조치에 대한 입법자의 근거제시의무도 증대될 수 있다. 이에 따라 법원의 제한조치에 대한 통제강도도 시간이 지날수록 강화될 수 있어서, 초기에 국가의 제한조치에 대한 긍정적인 결정이 일정 시간이 지나면 부정적인 결정으로 변경될 수 있다.[69] 이 때문에 독일에서 제한조치를 규정한 법규명령은 보통 각 주에서 2주-짧게는 1주, 길게는 6주-를 효력기간으로 정하여 제한조치가 필요한 기간 동안 지속적으로 새롭게 발령되었다.[70] 물론, 코로나위기가 진행되면서 보건상황이 악화된다면 제한조치가 강화될 수도 있다. 따라서 형량은 시간의 변화에 따라서도 유동적이지만, 상황의 개선이나 악화 여부에 따라서도 변동적인 것이다.[71]

4. 비례원칙에 따른 제한조치들의 다양화 가능성

(1) 신분증 소지의무

베를린주는 3월 22일 코로나19 완화조치 법규명령을 개정하면서,[72] 제17조에서 신분증을 반드시 소지하고 경찰이 요구할 시 이를 제시하도록 의무를 부과하는 신분증소지 의무를 규정하였다.[73] 그러나 신분증 소지의무가 코로나19 확산을 방지하거나 예방하는데 어떻게 도움이 될 수 있을지 의문이 제기되었다.[74] 신분증 소지가 코로나19 확산방지와 예방이라는 목적달성에 기여할 수 있는 적합한 수단인지 문제가 된 것이다. 결국 10여일이 지나서

68) 이에 대해서는 대표적으로 Kingreen, Jura 2020, S.1019(1028f.) 참조.
69) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.50. 예컨대 자아란트주 헌법재판소는 신체의 자유를 제한하고 상실시키는 것은 매일 자유를 제한하는데 불이익을 더하는 것이므로, 시간이 지나면 보정할 수 없다고 설시하기도 하였다. SaarlVerfGH, Beschl. v. 28.4.2020 – Lv 7/20 eA, S.15 (https://verfassungsgerichtshof-saarland.de/frames/index.html 최종방문일 2020.11.4.); NVwZ-RR 2020, S.514(518, Rn.42).
70) Kingreen, Jura 2020, S.1019(1021; 1028f.).
71) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.51f.
72) Verordnung über erforderlich Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in Berlin(SARS-CoV-2 EindmaßnV) v. 22. März 2020 (https://lexcorona.de/doku.php?id=rechtsakteland:berlin:verordnung_ueber_erforderliche_massnahmen_zur_eindaemmung_der_ausbreitung_des_neuartigen_coronavirus_sars-cov-2_in_berlin 최종방문일 2020.11.3.)
73) 제17조: 신분증 또는 주소지를 확인할 수 있는 서류와 사진이 부착된 행정청 발급 증명서를 소지하고, 경찰이나 관할 행정청의 요구에 따라 신분증을 제시하여야 한다.
74) 예컨대 Jan Fährmann/ Clemens Arzt/ Hartmut Aden, Verordnungsgeber missachten rechtsstaatliche Grenzen, VerfBlog. 2020-3-29, S.2ff.

www.kci.go.kr

4월 2일 베를린주 법규명령이 개정되면서 신분증 소지의무는 삭제되었다.[75]

(2) 예배금지

예배금지는 종교의 자유에 대한 중대한 제한을 야기한다. 코로나19 확산 초기에 많은 주에서는 예외 없이 예배금지 인정하기를 주저하지 않았지만, 일부 주에서는 일정한 예외를 인정하여 예배를 허용하였다.[76] 많은 사람들이 모이기 때문에 감염병 전파의 가능성이 높아지는 것이 문제된다면, 이러한 전파가능성을 낮추려는 목적을 동일한 정도로 달성하면서도, 예배의 자유나 행복추구권을 가능한 최소한으로 제한하는 예외를 마련하도록 노력하는 것이 비례원칙에 부합하는 것이다. 예컨대 방역기준을 준수하는 조건이나, 일정 수 이상의 실내집합은 금지하면서 예배를 드리도록 하는 조치가 침해의 최소성에 위반되지 않을 것이다.[77]

(3) 집회금지

집회금지도 그러한 시각에서 생각한다면, 예외적으로 방역기준 준수 하에 옥외에서 엄격한 거리유지를 조건으로 허용하는 것이 가능하다. 그런데 코로나위기가 확산되던 2020년 3월 말 모든 주에서는 집회를 전면적으로 금지하는 제한조치를 법규명령으로 발했다. 그러나 시간이 지나면서 많은 주에서 집회금지를 다시 완화하였다. 기본적으로 완전한 집회금지는 코로나위기 시에도 과잉금지원칙[78] 또는 본질적 내용침해 금지(Wesensgehaltsgarantie)에 위배되는 것으로 평가될 수 있기 때문이다.[79] 독일 연방헌법재판소 판례에 따르면 집회의 금지나 해산은 공공안전과 질서가 직접적으로 위험에 처한 경우에만 허용된다.[80] 따라서 집회금지는 최후의 수단(ultima ratio)으로서 중대한 공익을 보호하기 위한 목적으로 비례원칙을 준수하며 예외적인 경우에만 인정될 수 있는 것이다.[81] 예컨대 방역기준을 준수한다거나

75) Verordnung zur Änderung über erforderlich Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in Berlin (SARS-CoV-2 EindmaßnV) v. 2. April 2020 (https://lexcorona.de/doku.php?id=rechtsakteland:berlin:aenderung_der_sars-cov-2-eindaemmungsmassnahmenverordnung 최종방문일 2020.11.3.)

76) 예컨대 바덴뷰르템베르크주, 바이에른주, 함부르크주, 메클렌부르크포어포만주 등은 옥외에서 방역기준 준수를 조건으로 예배를 허용하였다. 각 주의 근거 법규명령에 대해서는 Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.54, Fn.107 참조.

77) Rixen, NJW 2020, S.1097(1102).

78) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.60f.

79) Stefan Martini/ Michael Plöse, Politische „Bewegung an der frischen Luft" - Teil I: Versammlungs-ermöglichung im gesperrten öffentlichen Raum, JuWissBlog. Nr.42/2020 v. 31.03.2020, S.3 (https://www.juwiss.de/42-2020/ 최종방문일 2020.11.4.); Andreas Gutmann/ Nils Kohlmeier, Versammlungsfreiheit Corona-konform, VerfBlog. 2020-4-8, S.2.

80) BVerfGE 69, 315(354).

www.kci.go.kr

집회 참가자의 숫자를 제한한다거나, 자동차에 탑승하여 사람들 간 거리를 유지하는 등, 감염 위험을 봉쇄할 수 있는 경우라면 행정청은 집회의 자유를 허용할 수 있도록 협력적 자세를 취해야 한다.[82]

(4) 상점, 음식점, 학교 등의 폐쇄와 재개

상점이나 음식점, 학교 등은 많은 사람들이 모이게 되고 코로나바이러스 감염에 취약할 수 있으므로 모두 폐쇄조치를 명할 수 있다. 그러나 우리나라처럼 택배제도가 발달되지 않은 독일에서는 상점 폐쇄의 경우 생필품 구매까지 제한될 수 있고, 학교폐쇄의 경우에는 인터넷 통신이 충분히 보장되지 않는다면 학생들의 기본적인 교육까지 제한되는 것이다. 음식점 폐쇄는 음식점 운영자들의 직업 활동을 제한할 뿐만 아니라 파산으로 인한 생업이나 생존의 위험도 야기할 수 있다.[83] 따라서 생명과 건강의 보호를 위한 폐쇄조치가 오히려 사람들의 경제상황과 생존을 위협하게 될 수 있어서, 균형적인 형량(법익의 균형성)이 요구된다. 예컨대 생필품을 구매하는 경우 상점 내부에 제한된 숫자의 출입을 허용하는 조건하에 상점의 운영을 허용할 수 있을 것이다. 또한 일정 기간 잠정적인 폐쇄는 가능하나 시간이 길어질수록 법익의 균형성이 인정되기 어려움을 예상할 수 있다. 따라서 폐쇄의 경우에는 언제 상점이나 음식점의 영업 재개 또는 학생들의 등교를 허용할 것인지도 함께 고려해야 한다.[84]

이러한 제한조치들은 평등원칙 측면에서도 평가될 수 있다. 상점이나 음식점, 학교

81) Stefan Martini/ Michael Plöse, Politische „Bewegung an der frischen Luft“ - Teil II, JuWissBlog. Nr.43/2020 v. 31.03.2020, S.1 (https://www.juwiss.de/43-2020/ 최종방문일 2020.11.4.)

82) BVerfG, Beschl. d. 1. Kammer d. Ersten Senats v. 17.04.2020 – 1 BvQ 37/20 – Rn.38ff.,(https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/qk20200417_1bvq003720.html 최종방문일 2020.11.4.); Peters/Janz, GSZ 2020, S.223(225). 따라서 전면적인 집회금지라 하더라도 본질적 내용침해 금지에 위배되지 않는 것으로 보는 견해는 대표적으로 Berit Völzmann, Versammlungsfreiheit in Zeiten von Pandemien, DÖV 2020, S.893(902) 참조.

83) 상점 등의 폐쇄에 대한 손실보상문제에 대해서는 Michael Brenner, Entschädigungsansprüche von Hotels und Gaststätten im Angesicht von COVID-19?, DÖV 2020, S.660ff.; Henrik Eibsenstein, Zur Entschädigung von durch Schließungsanordnungen betroffenen Gewerbetreibenden, NVwZ 2020, S.930ff.; Ludger Giesberts/ Michael Gayger/ Philip Weyand, COVID-19, NVwZ 2020, S.417ff.; Peter Itzel, Staatliche Entschädigung in Zeiten der Pandemie, DVBl 2020, S.792ff.; Martin Kment, Düstere Aussichten: Keine Entschädigung für die wirtschaftlichen Folgen der Corona-Krise, NVwZ 2020, S.687ff.; Boas Kümper, Zur Verortung der infektionsschutzrechtlichen Entschädigungstatbestände im Gefüge der öffentlichen Ersatzleistungen, DÖV 2020, S.904ff.; Carl-Moritz Reschke, Entschädigungsansprüche für rechtsmäßige infektionsschutzrechtliche Maßnahmen im Zuge der COVID-19-Pandemie, DÖV 202, S.423ff.; Jens Rinze/ Rouven Schwab, Dulde und liquidiere, NJW 2020, S.1905ff.; Foroud Shirvani, Defizitäres Infektionsschutz-Entschädigungsrecht, NVwZ 2020, S.1457ff.; Philipp Scholz, Das Verhältnis von Entschädigung und Störung der Geschäftsgrundlage, NJW 202, S.2209ff.; Lukas Struß/ Johannes Fabi, Entschädigungsansprüche für unternehmensbezogene Eingriffe nach dem IfSG, DÖV 202, S.665ff. 등 참조.

84) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.54f.

www.kci.go.kr

등을 동시에 폐쇄하는 것도 평등원칙 측면에서 문제삼을 수 있을 뿐만 아니라, 모두 폐쇄했다가 완화하는 과정에서 단계적으로 학교나 상점을 먼저 운영 재개하도록 허용하고, 음식점을 뒤늦게 영업할 수 있도록 완화한다면 평등원칙 측면에서 문제될 수 있다. 상점이 폐쇄되었다가 영업을 재개하도록 허용하는 과정에서 베를린주는 800제곱미터 이하 상점들만 일단 개장하도록 허용하였는데, 이에 대해서 베를린 행정법원 제14부는 그러한 조치가 과잉금지원칙에 위반될 뿐만 아니라 평등원칙에도 위반된다고 판단하였다.[85] 결국 코로나위기에 대응하는 제한조치들은 과잉금지원칙에 의해서 형량 속에서 평가될 뿐만 아니라 평등원칙에 의해서도 심사되어 그 위헌성을 판단할 수 있는 것이다.[86]

V. 코로나위기 대응과 국가조직법

1. 코로나위기와 의회

(1) 위기 시에도 의회활동의 유지

연방의회의 운영과 활동은 코로나위기 시에도 중요하다. 법치국가원칙 측면에서 본다면, 코로나위기에 대응하는 연방정부가 적절하게 행정사무를 이행할 수 있도록 법적 근거를 마련하고(법률유보), 사무를 수행하는데 인적·물적 자원공급에 어려움을 겪지 않도록 재정적인 지원도 결정해야 한다. 뿐만 아니라 행정부의 위기 대응조치가 헌법과 법률에 위반되지 않는지 더욱 엄격하게 감독할 의무가 있다(법률우위, 의회의 행정부통제).[87] 연방의회는 코로나19 감염자가 갑작스럽게 증가하기 시작하자 3월말 감염병예방법을 개정할 뿐만 아니라, 노동법, 사회법, 파산법, 형법 등 관련 법률을 개정했고, 코로나위기를 해결하는데 재정적 문제가 발생하지 않도록 2020년 추가예산도 의결했다.[88]

85) VG Berlin Beschl. v. 30.4.2020 / VG 14 L 55/20, Rn.32f. (http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal/portal/t/vsh/bs/10/page/sammlung.psml?doc.hl=1&doc.id=JURE200006570&documentnumber=2&numberofresults=163&doctyp=juris-r&showdoccase=1&doc.part=L&paramfromHL=true#focuspoint 최종방문일 2020.11.4.)

86) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.57.

87) Robert Roßmann, Jetzt bloß keine hektische Verfassungsänderung, SZ v. 25. März 2020 (https://www.sueddeutsche.de/politik/corona-bundestag-legislative-1.4855283 최종방문일 2020.11.5.).

88) 앞의 II. 2. 참조.

www.kci.go.kr

(2) 위기 시 의회 구성

우리나라는 코로나위기 상황에서 국회의원 총선거를 치른 반면, 독일에서는 바이에른주 각 시장과 지방의회의원들을 선출하는 지방선거가 3월 15일 실시되었고,[89] 노르트라인베스트팔렌 주의회 의원선거가 9월 13일 치러졌다. 9월 13일 선거는 코로나19 확진자 발생이 잦아들었고, 어느 정도 시민들이 방역수칙에 적응한 시기여서 우리나라 4월 총선처럼 방역거리를 유지하면서 실시되어 큰 문제는 발생하지 않았다. 그러나 3월 15일 선거는 코로나19 확진자 발생이 막 1천 명대를 넘어서기 시작했을 때였는데, 과반수 득표자를 얻지 못한 지역이 많아서 3월 29일 2차 결선투표(Stichwahlen)를 치러야 했다. 코로나위기가 심각하게 전개된 상황에서도 의회의원 선거는 진행되어야 하는지 문제가 될 수 있다.[90] 이 때는 확진자 수가 5천 명대에 이르렀을 때라 선거연기가 고려되기도 했지만 결선투표를 우편투표로 실시하도록 3월 19일 일반처분이 내려졌다.[91]

하지만 이러한 우편투표강제는 공개선거원칙에 중대한 위반을 야기할 수 있었고, 감염병예방법이 선거법을 우선할 수 있는지 문제, 일반처분 형식으로 선거사무집행을 규율할 수 있는지 등의 복잡한—주로 선거법과 감염병예방법 간 효력 충돌—문제가 제기되었다.[92] 이에 바이에른 주의회는 3월 25일 바이에른주 감염병예방법(Bayerisches Infektionsschutzgesetz : BayIfSG)을 개정하면서 선거법 제60a조에 3월 29일 선거를 우편선거로 치른다는 규정을 삽입한다고 규정하여(제9a조) 법률간 충돌문제를 해결하였다.[93] 그러나 법률로 강제된 우편선거는 위헌문제, 특히 연방헌법재판소가 불문의 헌법상 선거원칙으로 인정한 공개선거

89) 코로나위기에도 지방선거를 미루지 않고 치르는 것은, 바이에른주 선거법(특히 "3월 중 일요일"에 선거를 치른다는 규정)에 근거해서 변경될 수 없는 것이며, 감염예방을 위한 충분한 조치를 취하고 치러져야 한다는 주장에 대해선 대표적으로 Josef Franz Lindner, Wahlen in Zeiten von Corona: Zur „Infektionsschutzfestigkeit" des Wahlrechts, VerfBlog. 2020-3-13 참조.

90) 헌법개정이 없이는 선거는 결코 연기될 수 없기 때문에, 코로나위기 시에는 헌법개정보다도 선거운동(특히 온라인 선거운동 방법 등)과 선거실시를 어떻게 인정할지를 집중적으로 논의해야 한다는 주장에 대해서는 대표적으로 Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.96ff. 참조.

91) https://www.verkuendung-bayern.de/files/baymbl/2020/150/baymbl-2020-150.pdf. 2020년 3월 중순과 3월 말의 상황도 차이가 있지만, 2020년 11월 1일 현재 독일의 코로나19 신규확진자 숫자가 매일 1만 명을 상회하면서 4주간 제한조치들이 강화되었다. 특히 2021년은 여러 주에서 지방선거와 주의회 의원선거가 있을 뿐만 아니라 연방의회 의원선거도 예정되어 있어서, 앞으로도 코로나위기 상황의 심각성에 따라 의회선거 실시 방법이 중요한 문제가 될 수 있다. 이 때문에 2020년 11월에 실시된 미국의 대통령선거에서 우편선거에 대한 부정선거의혹 제기를 무리한 주장이라고 보더라도, 실제 우편선거가 가진 문제점을 너무 안이하게 평가해서는 안 될 것으로 보인다.

92) https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/corona-bayern-stichwahl-kommunalwahl-rechtsgrundlage-briefwahl-aenderung-wahlgesetz/ (최종방문일 2020.11.5.)

93) https://www.verkuendung-bayern.de/files/gvbl/2020/07/gvbl-2020-07.pdf#page=2 (최종방문일 2020.11.5.) 이 때 상황에 대해서는 대표적으로 Josef Franz Lindner, Wahlen in Zeiten von Corona Teil 2: Infektionsschutzrecht bricht doch Wahlrecht?, VerfBlog. 2020-3-25 참조.

www.kci.go.kr

(Öffentlichkeit der Wahl)원칙에[94] 위반됨이 없는지 의문이 제기될 수 있다. 물론 공개선거원칙에 대해서도 다른 헌법상 중요한 이익을 위해서 예외가 인정될 수 있다.[95] 모든 사람들이 감염의 위험 없이 건강하게 선거를 치를 수 있도록 하는 것은, 보통선거원칙을 실현하기 위한 것으로서 우편선거의 강제를 반드시 위헌적인 것으로 평가할 수는 없을 것이다.[96]

(3) 구체적인 의회 운영방식

코로나위기 상황에서 의회의 활동을 보장하더라도, 의원들의 회의 참석의 가능성 여부, 의원간 방역거리 유지 등 실제 의회활동의 안전성을 보장해야 하는 문제가 있다.[97] 예컨대 스위스 연방의회는 코로나위기 시 연방의회 회의를 박람회장에서 개최했는데, 베를린의 경우 대규모의 박람회장이 마련되어 있어 가능한 것으로 보고 있다.[98] 장소문제는 방역수칙에 따라 공간의 확보를 통해 해결하더라도, 실제 709명의 의원들을 모두 참석시키는 본회의 형식을 유지할 것인지, 아니면 원내대표와 집행부 의원들을 중심으로 새롭게 위원회를 구성—또는 비상의회를 구성—해서 운영할 것인지도 문제가 될 수 있다. 독일의 일부 주헌법에는[99] 비상위원회 제도가 규정되어 있는데, 주의회 의장이 의회소집이 불가능한 것을 확인한 경우 하나의 위원회가 비상의회의 역할을 할 수 있도록 한 것이다. 이런 비상위원회나 비상의회에 대한 주장은 상당한 비판을 겪은 뒤 사라졌다.[100] 그러나 원격회의 형태로 본회의 등을 운영하는 것에 대해서는 헌법상 인정하는데 큰 문제는 없을 것으로 평가되고 있다.[101]

(4) 코로나위기와 야당의 기능보장

코로나위기 같은 국가위기 시에는 행정부의 대응조치가 중요하고도 핵심적인 역할을 하기

94) BVerfGE 123, 39(Ls.1): "다른 헌법적 이익이 예외를 정당화 하지 않는 한, 헌법 제38조 및 제20조 제1항과 제2항에 근거한 공개선거원칙(Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl)은 모든 본질적인 선거과정에 대한 공적인 심사가능성(öffentlche Überprüfbarkeit)이 있어야 함을 요구한다."

95) BVerfGE 134, 25(30, Rn.13).

96) Lindner, Wahlen in Zeiten von Corona Teil 2, S.4f.

97) 실제로 2020년 3월 말 4월 초에 개최된 연방의회 본회의에 의원의 1/4이 참석하지 않아서 연방의회 자체를 위한 보호조치가 필요함이 제기되었다. Robert Roßmann/ Georg Mascolo, Ein Rettungspaket für den Bundestag, SZ v. 3. April 2020 (https://www.sueddeutsche.de/politik/corona-bundestag-schaeuble-1.4867460 최종방문일 2020.11.5.)

98) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.100.

99) 예컨대 바덴뷔르텐베르크주헌법 제62조, 작센주헌법 제113조.

100) 이에 대한 비판적 견해에 대해서는 대표적으로 Christoph Möllers, Über den Schutz der Parlamente vor sich selbst in der Krise, VerfBlog. 2020-3-20.

101) 이에 대해서는 대표적으로 Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.103ff. 회의장소에 대한 문제가 의회 본회의 개최에 있어서 핵심적인 것은 아니며, 오히려 앞으로 기술발전을 통해 화상회의 등 매체를 통한 회의형식은 확장될 가능성도 있다.

www.kci.go.kr

때문에 실제 야당의 역할과 기능은 축소될 가능성이 높으며, 오히려 여론에서는 위기 해결에 불필요하거나 부담적인 요소로 평가되기 쉽다. 또한 위기 시에는 정부와 여당의 활동이 국민의 지지를 얻기 쉬우며, 위기를 잘 극복할 경우 잃었던 여론의 지지도가 상승하기 쉽다.[102] 그러나 독일의 의회에서 야당은 코로나위기에서도 연방정부의 독주를 견제하고, 비판적인 견해와 시각을 지속적으로 제시하는데 게으르지 않았다.[103] 다만 독일에서의 야당의 역할과 기능이 위기 시에도 어느 정도 보장될 수 있는 것은, 독일 특유의 연방과 주차원에서 집권정당이 다를 수 있는 가능성 때문이다.[104] 예컨대, 연방차원에서 집권정당이 각 주에서는 주로 야당의 역할을 하고 있다면, 각 주에서 집권정당 역할을 하는 정당은 연방상원(Bundesrat)을 통해서 연방의회와 연방정부에 대해 야당으로서 기능을 발휘할 수 있다.[105] 실제로 4월 말부터 어느 정도 코로나위기가 잦아들기 시작하자 각 주정부는 완화조치를 언제 시작할지 경쟁적으로 논의하게 되었는데, 연방정부에서 이를 경고하는 메시지를 내보내기도 하였다.[106]

2. 코로나위기와 행정

(1) 집행과정의 전문성, 투명성, 민주성과 헌법적 근거

코로나위기에 대한 행정부의 대응은 결코 간단한 과정이라고 할 수 없다. 먼저 코로나19 관련 전문적인 정보수집과 획득이 필요하고, 이에 대한 구체적 대응책이 어떤 것들이 있는지 그 가능성을 타진해야 하며, 대응조치가 가져올 사회적·경제적 결과와 효과가 어떤 것인지 파악한 후에야 행정부의 개입이 가능하다. 이 과정에서 의료·보건 분야 전문가만 참여하는 것이 아니라 경제·사회분야 전문가, 법전문가들이 개입하여 함께 논의하게 된다. 그리고 국민들의 여론도 살펴야 한다. 결국 전문가들의 전문지식은 민주적 헌법국가의 정치적 결정과정에

102) 집권 4기를 맞이하고 있는 메르켈 총리는 실제로 코로나위기에 대한 대응을 통해 다시금 인기를 회복한 것으로 평가받고 있다. 또한 2020년 1월 튀링겐주 선거에서 승리한 기독민주당(CDU) 대표가 여론과 기독민주당 연방 정당지도부의 의견을 무시하고 대안정당(AfD)과 연립정부를 구성하려다가 사퇴하는 일이 발생하면서 인기를 잃었지만, 2020년 4월에는 정당지지도를 40%까지 끌어올려서 위기 시는 집권 정당이 국민들의 지지와 신뢰를 회복할 수 있는 기회를 얻게 되는 것을 단적으로 보여주고 있다. Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.110.

103) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.107.

104) 독일은 연방차원에서 현재 기독연합(CDU/CSU)과 사회당(SPD)이 연립정부를 구성하고 있지만, 각 주에서는 기독민주당(CDU)과 기독사회당(CSU), 사회당, 심지어는 녹색당이 연립정부를 구성하고 있어서, 연방차원에서 여당과 주차원에서 여당이 다르게 되면, 주정부가 야당으로서의 역할을 하게 되기 때문에, 독일에서 야당의 기능은 연방주의와 관련이 있는 것으로 평가된다. Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.106ff. 참조.

105) Peter Michael Huber, Regierung und Opposition, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), HStR Bd. III, 3. Aufl., 2005, §47, Rn.63.

106) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.107f.

www.kci.go.kr

투명하게 반영되어야 한다.[107]

연방국가 체제 하에서 실질적으로 입법은 주로 연방(의회)에서 이루어지지만,[108] 행정은 원칙적으로 헌법에 규정되지 않는 한 주가 자기사무로서 집행한다(독일연방헌법 제83조).[109] 이 때문에 독일에서 행정권한은 일반적으로 주에게 부여된 것으로 평가된다.[110] 감염병예방법은 독일연방헌법 제74조 제1항 제19호에[111] 근거한 경합적 입법권한에 속하여[112] 연방의회가 제정하고 개정하였지만, 감염병예방법의 집행은 각 주에서, 주의 사무로서 주의 헌법과 법률에 따라 집행한다.[113]

(2) 관련 전문기구로서 로버트코흐연구소(RKI)

감염병예방법 제4조에 연방기구로서 로버트코흐연구소(Robert-Koch-Insitut: RKI)의 사무가 규정되어 있지만,[114] 로버트코흐연구소는 전통적인 행정청으로서 법률집행이나 감독업무를 수행하는 것이 아니라, 감염병 관련 전문적인 정보를 각 관련 기관으로부터 수집하거나 제공하고, 연방과 주 관할 행정청에 대해 과학적·의료적 자문을 수행하는 기관이다.[115] 형식적으로 로버트코흐연구소는 강력한 권한을 가졌다고 할 수 없지만, 기능적으로 볼 때 전문지

107) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.111f.
108) Christoph Degenhart, Staatsrecht I, 33.Aufl., 2017, Rn.162.
109) 제83조: 본 헌법이 달리 정하거나 허용하지 않는 한, 주는 연방법률을 자기 사무로서 집행한다.
110) Degenhart, Staatsrecht I, Rn.514ff.; Kloepfer, Verfassungsrecht I, §22, Rn.23ff.
111) 제74조: 19. 인간과 동물에게 위험하고 전염성이 있는 질병에 대한 조치, 의학 및 그 밖에 치료직업에 대한 허가제도, 의약품, 치료와 마취제, 독극물의 유통
112) 경합적 입법(konkurrienrende Gesetzgebung)권한에 속하는 사안은 원칙적으로 연방과 주 모두 규율할 수 있지만, 연방이 입법권한을 행사하면 주는 이와 다른 법률을 제정할 수는 없다(제72조 제1항, 제3항). 경합적 입법권한에 대한 일반적인 내용은 대표적으로 Degenhart, Staatsrecht I, Rn.187ff.; Kloepfer, Verfassungsrecht I, §21, Rn.67ff. 참조. 물론 이에 대하여 예컨대 바이에른주는 독자적인 감염병예방법을 제정하였으나, 이는 감염병예방을 목적으로 하는 것이 아니라 바이에른주의 보건시스템의 과부하를 방지하고, 의료인력과 물자의 원활한 공급을 보장하기 위한 것으로, 연방법과는 목적과 기능면에서 차이를 보이기 때문에 위헌문제는 발생하지 않는다고 본다. 이에 대한 상세한 내용은 대표적으로 Schmidt, COVID-19, § 17, Rn.5ff. 참조.
113) Schmidt, COVID-19, § 17, Rn.15. 코로나위기 대응에 있어서 중앙집권적이고 통일된 대응이 더 나은지, 연방국가원리에 따라 각 주가 차별적으로 대응하는 것이 더 나은지에 대한 정답이 있거나 실증적으로 증명된 것이 있는 것은 아니다. 연방국가적 차원에서 법규범이 제정되더라도 각 주의 상황과 형편에 따라 달리 법집행이 이루어지는 것이 주민 편에서는 불평등처럼 느껴질 수 있지만, 헌법적 측면에서 문제되는 것은 아니다. 이에 대해서는 Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.113ff. 참조.
114) 제4조 (1) 로버트코흐연구소는 감염병예방과 사전확인 그리고 전파를 방지하기 위한 국가행정청(nationale Behörde)이다. 본 연구소는 감염병의 원인, 진단, 예방을 위한 분석과 연구의 발전과 수행을 담당한다. 연구소는 관할 연방행정청, 주행정청, 국가연구소들, 연구기관들과 전문학회들과 협력한다. (이하 생략)
115) Schmidt, COVID-19, § 17, Rn.16. 1994년 법률개정이 있기 전까지 로버트코흐연구소는 실제로 '연방보건청(Bundesgesundheitsamt)'으로 표시되었다. Stephan Rixen, Befugnisse und Grenzen des staatlichen Infektionsschutzrechts, in: Michael Kloepfer(Hrsg.), Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, Nomos 2011, S.67(77f.).

www.kci.go.kr

식을 수집하고, 분석하며, 재구성해서 연방과 주 관할 행정청에 중요한 정보를 제공하고 자문을 수행하기 때문에 연방보건청으로서 역할을 한다고 볼 수 있다.[116]

(3) 주무 행정청으로서 연방보건부(BMG)

감염병예방법 제5조 제2항에 근거하여 연방보건부(Bundesministerium für Gesundheit: BMG)가 전국적인 대유행 상황에서 각종 명령(Anordnungen)과 법규명령을 제정하고, 관할 주 행정청에서 이 법규명령과 명령을 집행한다.[117] 연방보건부는 주 관할 보건행정기관의 보건시스템 기술발전과 제도개선을 위한 재정지원도 할 수 있다(법 제5조 제2항 제9호). 이는 연방헌법 제104b조 제1항에 따라[118] 각 주의 보건시스템의 개선(디지털화)을 위한 재정지원을 규정한 것이다.[119] 연방헌법 제104a조 제5항 제1문에 따라 연방과 주는 각각 독립적으로 행정비용을 부담하므로 연방의 재정지원은 원칙적으로 허용되지 않는다.[120] 이런 재정지원 문제는 다른 한편 코로나위기를 극복하는데 있어서 법적 근거마련과 권한분배도 중요하지만, 구체적인 위기대응을 위한 법률의 집행과 인적·물적 자원의 투입을 위해서는 실제로 재원마련이 더 중요한 역할을 한다는 것을 나타내는 것이다.[121]

(4) 법치국가원리 내용으로서 행정의 법규범적 형식

행정은 입법에 근거하여 법규명령을 제정하고 구체적인 행정을 집행하지만, 국가에 위기가 발생했고 행정부의 역할이 중요하다고 해서 아무런 제한 없이 활동할 수 있는 것이 아니다.

116) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.117f.

117) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.125f. 연방보건부는 상당히 포괄적인 법규명령과 명령권한을 가지는데, 의료진과 보건분야 종사자들의 교육, 보험제도, 요양제도, 보건관련 제품 및 의약품 마련과 공급, 의료관련 제조업의 개업과 폐업 등에 관한 규정과 예외를 규율할 수 있다. 이에 대한 내용은 대표적으로 Stephan Rixen, RuP 2020, S.109(114f.) 참조.

118) 제104b조 (1) 본 헌법이 입법권한을 부여한 범위 내에서, 연방은 다음 각호의 목적에 필요한 경우, 주 또는 지방자치단체(지방자치단체연합)에 특별히 의미있는 투자를 위하여 재정지원을 할 수 있다. 1. 거시경제적 균형성에 장애를 방지하기 위하여 2. 연방지역 내 상이한 경제력의 조정을 위하여 3. 경제성장의 지원을 위하여. 제1문과 달리 연방은 주가 통제할 수 없고 주의 재정상태를 현저하게 침해하는 자연재해나 예외적인 긴급상황이 발생한 경우, 입법권한 없이 재정지원을 할 수 있다.

119) Kathrin Dingemann/ Bettina Gausing, in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, Art.5, Rn.61. 물론 이런 재정지원에 대해서 코로나위기가 각 주의 경제력에 영향을 주는 것은 맞지만, 보건시스템 개선에 재정지원을 하는 것이 각 주 간 경제력 조정에 영향을 주는 것인지 의문을 표하면서 헌법적 측면에서 의문을 표하는 견해도 있다. 대표적으로 조항에 대해서는 Anna-Lena Hollo, in: Kießling, IfSG, Art.5, Rn.32.

120) 이에 대해서는 대표적으로 Michael Kloepfer, Finanzverfassungsrecht, C.H.Beck, 2014, S.112ff.; Henning Tappe/ Rainer Wernsmann, Öffentliches Finanzrecht, 2.Aufl., 2019, Rn.99ff. 참조.

121) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.118ff. 우리나라 뉴스에서도 종종 코로나위기 대응에 투입되었던 의료진에 대해서 비용지불이 늦어지는 것이 보도되는데, 코로나위기에 대응해서 전방에서 고군분투하는 의료진을 영웅시 대우하는 것으로는 그 보상이 충분한 것으로 보이지 않는다.

www.kci.go.kr

행정은 법률우위와 법률유보 등 법치행정의 원리가 유지되어야 하는 한계를 가진다. 행정사무가 과도하게 집행되는 것을 방지하기 위하여 감염병예방법 제5조 제1항은 기본적으로 행정부가 적극적으로 활동할 수 있는 전염병 상황의 개시와 종료를 확인하는 권한을 연방의회에 부여하였다.[122] 또한 코로나위기에 대응하는 행정부의 적극적인 활동으로서 법규명령과 명령의 효력도 최대 2021년 3월 31일까지만 효력을 갖도록 한시적으로 규정하였다(감염병예방법 제5조 제4항).[123]

다만, 감염병예방법 제5조 제2항 제3호, 제4호, 제7호, 제8호, 제10호에 법규명령 제정권한을 부여하면서 예외를 규정할 수 있도록 위임한 것은—예컨대 기본권 제한에 있어서 법률이 예정한 것보다 더 포괄적인 기본권제한이 발생한다면—자칫 법률우위와 법률유보원칙에 위배될 수 있다.[124] 실제 코로나위기로 말미암아 긴박한 상황에서는 예외적인 조치가 필요할 수 있다는 가능성을 부정하기는 어렵다. 다만 이런 조항에 대해서는 가능한 엄격하게 해석한다면 위헌성을 피할 수 있을 것으로 본다.[125]

제5조 제2항에서 연방보건부는 법규명령뿐만 아니라—제1호, 제2호, 제5호, 제6호에서—명령도 제정할 수 있는데, 이 때 명령은 행정행위나 일반처분과 같은 것으로서 연방에게 행정권한이 전제되어야 가능한 것이다.[126] 하지만 전반적으로 연방에게는 감염병예방에 관한 부분에 대한 행정권한이 인정되지 않는 것으로 평가되어 연방헌법 제83조에 위반되는 것으로

122) 제5조: (1) 독일연방의회는 전국적인 전염병 상황(epidemische Lage)을 확인한다. 전염병 상황이 더 이상 존재하지 않으면, 독일연방의회는 전국적인 전염병 상황 확인을 폐지한다. 이 폐지는 연방법률공보에 게재한다.

123) 제5조: (4) 제2항 또는 제5a조 제2항에 근거하여 제정된 법규명령은 전염병 상황의 종료와 함께, 그 밖에는 늦어도 2021년 3월 31일 이후 효력을 상실한다. ... 제2항에 따른 명령은 전염병 상황의 종료와 함께, 그 밖에는 늦어도 2021년 3월 31일 이후 효력을 상실한다. 제2항에 근거한 명령에 대한 취소소송은 정지효를 갖지 아니한다.

124) 감염병예방법의 법규명령이 가지는 문제점에 대해서 상세하게는 Wissenschaftliche Dienste, Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz, WD 3-3000-080/20, S.4ff. (https://www.bundestag.de/resource/blob/690262/cb718005e6d37ecce82c99191efbec49/WD-3-080-20-pdf-data.pdf); Rixen, NJW 2020, S.1097(1102f.) 참조.

125) 여기서 엄격한 해석이란 목적을 표현하는 문구들(예컨대 제7호의 "보건의료공급제도의 유지(zur Aufrechtserhaltung der Gesundheitsversorgung)" 또는 제8호의 "요양공급제도의 유지(zur Aufrechtserhaltung der pflegerischen Versorgung)")을 엄격하게 해석함을 의미한다. Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.124f.; Dingemann/Gausing, in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, Art.5, Rn.13. 이와 달리 법규명령권한이 위임범위가 포괄적이며 불분명하여 위헌이라는 입장은 대표적으로 Klaus Ferdinand Gärditz/ Maryam Kamil Abdulsalam, Rechtsverordnungen als Instrument der Epidemie-Bekämpfung, GSZ 2020, S.108(114); Thomas Mayen, Der verordnete Ausnahmezustand: Zur Verfassungsmäßigkeit der Befugnisse des Bundesministeriums für Gesundheit nach § 5 IfSG, NVwZ 2020, S.828(830ff.) 참조. 다만, 2020년 11월 18일 세 번째로 감염병예방법이 개정되면서 제28a조에 구체적인 제한조치들의 근거를 마련하였으므로 법률유보문제는 어느 정도 해결된 것으로 보인다.

126) 제5조 제2항의 위헌성에 대해서는 대표적으로 Dingemann/Gausing, in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, Art.5, Rn.4ff.; Schmidt, COVID-19, § 17, Rn.23ff.; Wissenschaftliche Dienste, Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz, S.9f. 참조.

www.kci.go.kr

보고 있다.[127]

3. 코로나위기와 사회국가원리

(1) 위기 대응을 대비한 사회적 인프라구축 노력

독일에서 사회적 위험, 특히 보건상 위험과 제도, 인프라시스템 등에 대해서 논의할 때면 보통 '생존배려(Daseinsvorsorge)'가 언급된다.[128] 코로나위기와 관련해서도 코로나19 확진으로 인한 결과는 행정의 위기로서, 포르스트호프가 생존배려라고 설명한 급부를 국가가 더 이상 제공할 수 없다고 본 견해가 있다.[129] 그러나 코로나위기를 겪으면서 앞으로 이에 대응할 수 있는 사회적인 인프라가 얼마나 갖추어지는지, 그러한 인프라가 자유주의적 시민사회의 공적 이익이나 서비스로서 지속적으로 운영될 수 있는지 등이 더 중요하게 되었다.[130] 왜냐하면 앞으로 감염병에 대한 예방과 대응은 수도, 에너지, 교통, 통신, 교육 등과 마찬가지로 시민사회의 생존에 필수적인 것으로 평가될 수 있고,[131] 이를 전적으로 국가에게만 의존할 수 없기 때문이다.[132] 따라서 사회국가적 시각에서 본다면, 국가는 최소한 코로나위기와 같은 보건·의료 위기에 대응할 수 있는 제도적·조직적인 사회적 인프라와 공적 서비스를 구축해야 한다.[133] 다만 사회국가원리에 근거하더라도 국가는 국민들의 사회적 안정과 보장을 위하여 어떤 제도나 조직까지 제공해야 하는지에 대해서 구체적인 헌법적 기준은 도출하기 어렵다.[134]

---

127) Dingemann/Gausing, in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, Art.5, Rn.10; Schmidt, COVID-19, § 17, Rn.28ff.; Wissenschaftliche Dienste, Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz, S.10. 제1호, 제2호, 제6호의 경우에는 위헌임을 인정하면서도, 제5호의 경우에는 합헌적 가능성을 인정하는 견해는 Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.125ff. 참조.

128) 생존배려의 개념에 대해서는 대표적으로 Hans Zacher, Das soziale Staatsziel, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), HdStR Bd. II, 3. Aufl., 2004, §28, Rn.64ff. 참조.

129) Florian Meinel/ Christoph Möllers, Eine Pandemie ist kein Krieg, FAZ v. 20.03.2020, S.9 (https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesundheit/coronavirus/eine-pandemie-ein-ausnahmezustand-aber-kein-krieg-16686801.html 최종방문일: 2020.11.5.). 그러나 코로나위기는 이러한 생존배려의 문제라기보다 위험사회에서 생존에 필수적인 인프라구조의 문제로 다루어져야 한다는 견해는 Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.68ff. 참조.

130) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.71.

131) Kloepfer, Verfassungsrecht I, §11, Rn.39.

132) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.71f.

133) Udo Di Fabio, An den Grenzen der Verfassung, FAZ v. 06.04.2020, S.7 (https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/corona-trifft-liberale-demokratie-grenzen-der-verfassung-16710755.html 최종방문일 2020.11.5.)

134) Kloepfer, Verfassungsrecht I, §11, Rn.38ff.

www.kci.go.kr

(2) 사회국가원리의 한계

사회국가적 보장문제는 두 가지 측면에서 어려움이 발생할 수 있다. 첫째, 사회국가 원리는 자원분배의 문제이기 때문에 부족한 자원을 이유로 한 분배의 (정의)문제가 발생할 수 있다. 예컨대 코로나위기 상황에서 갑작스런 확진환자의 폭증으로 말미암아 의료시설과 장비 등이 부족할 때, 어떤 환자를 먼저 검사하고 치료할 것인가를 결정하는 것이 문제 될 수 있다. 의료시설과 장비가 부족한 상황에 직면하여 환자들의 치료우선순위를 결정하는 것을 환자분류 또는 triage라 하는데, 이 때 결정기준을 어떤 형식으로 정할지 그리고 그 기준은 어떻게 설정할지가 중요한 문제가 될 수 있다.[135]

둘째, 사회국가 원리의 실현은 기본권의 제한을 가져올 수도 있기 때문에 기본권 침해의 문제가 발생할 수 있다. 예컨대—코로나 치료제가 개발되지 않아서—코로나19 감염으로부터 사전예방적으로 보호하기 위하여 면역의약품을 강제접종해야 하는지 논란이 될 수 있다. 즉, 의약품이 부족하다면 분배의 문제가 발생하지만, 면역의약품을 접종해야 한다고 할 때, 누가 접종해야 하는지 뿐만 아니라, 본인의 의사에 반해서까지 접종시킬 수 있는지 문제될 수 있는 것이다. 감염병예방법 제20조 제6항과 제7항은 연방보건부가 법규명령으로 일부 국민에 대하여 예방조치를 강제할 수 있도록 수권하고 있으며,[136] 연방보건부가 조치를 취하지 않는 한 주 관할 행정청이 이를 강제할 수 있도록 규정하고 있다.[137] 하지만 이에 대해서는 면역접종의무를 부과할 수 있는 구체적인 요건과 대상확정의 불명확성, 중대한 기본권제한을 야기하는 접종의무를 법규명령으로 정할 수 있는지에 대한 형식적 위헌가능성 때문에 인정되

135) 코로나위기와 관련된 triage 문제에 대해서는 대표적으로 Armin Engländer/ Till Zimmermann, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise?, NJW 2020, S.1398ff.; Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.73ff.; Anika Klafki, Iustitia Distributiva und die rechtlichen Fallstricke medizinischer Priorisierungsentscheidungen, VerfBlog, 2020-9-22; Josef Franz Lindner, Die „Triage“ im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte, MedR 2020, S.723ff.; Reinhard Merkel/ Steffen Augsberg, Die Tragik der Triage, JZ 2020, S.704ff.; Detlev Sternberg-Lieben, Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision, MedR 2020, S.627ff.; Jochen Taupitz, Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben?, MedR 2020, S.440ff.; Daniel Wolff, Priorisierung in der Pandemie, DVBl 2020, S.1379ff. 등 참조. 우리나라는 2009년 신종플루 대유행 때 항바이러스제 타미플루와 백신을 충분히 확보하지 못해서 논란이 된 사례가 있다. 이 당시 의약품 부족과 관련된 분배문제와 헌법적 측면에서의 평가에 대해서는 정문식, 감염병의 대유행에 있어서 의약품 부족 시 의약품 제공기준에 관한 헌법적 정당성, 의료법학 제13권 제1호(2012), 155-197면 참조.

136) 제20조: (6) 연방보건부는 임상적으로 중대한 발전형식으로 감염병이 발생하고 그 전염을 예측할 수 있을 때, 연방상원의 동의를 얻어 법규명령으로, 국민의 일부에 대하여 보호면역이나 특별한 예방조치에 참여하도록 의무를 명할 수 있다. 의학적 부작용 때문에 보호면역이나 특별한 예방조치에 참여할 수 없는 사람에 대해서는, 제1문의 법규명령으로 보호면역이나 특별한 예방조치에 참여하지 않도록 의무를 부과할 수 있다. 제15조 제2항을 준용한다.

137) 제20조: (7) 연방보건부가 제6항의 권한을 행사하지 않는 한, 주정부가 제6항의 법규명령에 대한 권한을 갖는다. 주정부는 이 권한을 법규명령으로 주 최고 보건행정청에 위임할 수 있다.

www.kci.go.kr

기 어려운 것으로 본다.[138] 면역치료제의 경우에는 접종강제보다는 중대한 위험을 야기하지 않는 한 자발적인 신청에 의해 접종하도록 하는 것이 침해의 최소성 측면에서 정당할 것으로 보인다.[139]

VI. 코로나위기 관련 연방헌법재판소 결정들

코로나위기에 대응하기 위한 제한조치들은 일반처분과 법규명령의 형식으로 발령된 것이므로, 이에 대한 권리구제는 취소소송이나 가명령신청 등의 형식으로 행정법원에 청구가 이루어졌다. 각 주의 행정법원은 대부분 코로나 대응조치들에 대해서 소극적 자세를 취하여 청구를 기각하였다.[140] 독일 연방헌법재판소도 이러한 행정법원의 결정들에 대한 가명령신청에 대해서 대부분 기각결정을 하였지만, 소수 결정에서는 이를 인용함으로써 위기 시에도 기본권을 보장하려고 노력하였다.

1. 집회금지

헤센주 기센(Gießen)시 시민이 30여명의 규모로 개인 간 간격을 6-10미터 정도 유지하면서 집회하려는 신청이 거부되고 헤센주 행정법원에서 기각결정을 받자, 연방헌법재판소에 가명령을 신청하면서 행정법원 결정에 대해 헌법소원심판을 제기하였다. 연방헌법재판소는 피청구인(시 행정청)이 집회의 자유의 중요성을 충분히 고려하지 않고, 코로나위기 상황만을 고려해서 판단하였고, 집회의 방법 등에 대해서도 구체적인 상황 등을 고려하지 않고 판단하여 청구인의 집회의 자유가 침해되었다고 판단하였다.[141] 이틀 뒤 다른 일부 인용 결정에서는 시민의 생명과 안전을 보장하는 방법으로서 집회 참가인원의 숫자와 관련 없이 집회를 금지할 수 있지만, 감염위험을 감소시킬 수 있는 다른 대안을 전혀 고려하지 않고, 집회주최자와

138) 이에 대해서 대표적으로 Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.86ff. 참조.
139) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.90.
140) 이러한 행정법원의 경향에 대해 비판적인 입장은 대표적으로 Uwe Volkmann, Wenn die Justiz der Herde folgt, FAZ v. 06.05.2020 (https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/wenn-die-justiz-der-herde-folgt-wie-der-zeitgeist-die-rechtsprechung-beeinflusst-16755465.html 최종방문일 2020.11.4.)
141) BVerfG, Beschl. d. 1. Kammer d. Ersten Senats v. 15.04.2020 – 1 BvR 828/20 – Rn.13f.,(https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rk20200415_1bvr082820.html 최종방문일 2020.11.4.). 이에 대한 판례평석은 Michael Sachs, Grundrechte: Versammlungsverbot(Covid-19), JuS 2020, S.474ff. 참조. 코로나위기 대응조치로서 집회금지에 대한 연방헌법재판소 결정들에 대한 평가는 대표적으로 Wilfried Peters/ Norbert Janz, Grenzloser Shutdown bei Art. 8 GG?, GSZ 2020, S.223ff. 참조.

www.kci.go.kr

함께 집회의 자유를 허용할 수 있는 협력적 해결책을 찾고자 노력하지 않은 것을 지적하였다.[142]

연방헌법재판소는 두 결정에서 근거 법률의 위헌성을 직접 다루지 않고, 관할 행정청이 코로나위기 대응조치로서 집회를 금지하면서 집회의 자유가 가지는 기본권의 의미를 충분히 고려하지 않은 것을 문제삼았다.[143] 이는 행정청이 기본권을 제한하는데 제한목적인 공익과 기본권 사익 간 형량을 충분히 하지 않은 것을 비판한 것이라고 할 수 있다. 기본권 제한에 대한 일반적인 기준은 법규범으로 정해지지만, 구체적이고 개별적인 사안에서 구체적인 명령이나 처분을 해야 하는 행정청은 특히 집회의 자유와 같은 중대한 기본권 제한을 다룰 때에는 형량을 주의깊게 이행하도록 요구한 것이다.[144]

2. 예배금지

3월 말 독일 전역에서 코로나19 환자가 증가할 때, 대부분의 주에서는 개신교나 카톨릭, 이슬람 등 종교를 불문하고 예배를 금지하는 법규명령을 발했다. 코로나위기를 대응하기 위한 헤센주의 예배금지 제한조치는 종교의 자유를 침해한다며 카톨릭 신자에 의해 제기된 가명령신청에 대해, 4월 10일 독일연방헌법재판소는 당시 로버트코흐연구소 등이 밝힌 위험예측을 근거로 예배금지 제한조치는 생명보호를 위한 국가의 기본권 보호의무 이행이며, 예배의 자유가 이에 양보해야(zurücktreten) 한다고 설시했다.[145] 이에 가명령신청은 기각되었다.

그러나 3주 후 4월 29일에 내려진 결정에서는 이전 결정과 약간 다른 내용이 포함되고 일부 인용이 인정되었다. 작센주 법규명령에 의한 5월 1일부터 23일까지 3주간 예배금지 제한조치가 이슬람교 신자의 예배의 자유를 침해한다며 제기된 가명령신청에 대해, 연방헌법재판소는 기본적으로 예배행위는 같은 목적을 가진 사람들의 같은 행동이 장시간 유지되기 때문에, 대형상점에서 각기 다른 물건을 구매하려는 목적으로 방문한 사람들의 시간적 차이가 있는 구매행위보다 위험성이 높아서 공연이나 운동경기에서 관중의 관람금지처럼 금지될

142) BVerfG, Beschl. d. 1. Kammer d. Ersten Senats v. 17.04.2020 – 1 BvQ 37/20 – Rn.38ff.

143) Michael Sachs, Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen ein offensichtlich grundrechtsverletzendes Versammlungsverbot, JuS 2020, S.474(475).

144) Peters/Janz, GSZ 2020, S.223(224); Sachs, JuS 2020, S.474(476); Schmitz/Neubert, NVwZ 2020, S.666(668). 이런 시각에서 집회의 자유는 위기 시에도 민주적 정치과정에 참여권으로서 보장되어야 하며, 구체적으로 위기 시에 행정청이 어떻게 형량할 것인지에 대한 사례와 고려사항 등에 대해서 상세한 내용은 대표적으로 Völzmann, DÖV 2020, S.893(895f.; 899ff.) 참조.

145) BVerfG, Beschl. d. 2. Kammer d. Ersten Senats v. 10.04.2020 – 1 BvQ 28/20 – Rn.13f.,(https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/qk20200410_1bvq002820.html 최종방문일 2020.11.4.)

www.kci.go.kr

수 있음을 인정했다.[146] 그러나 라마단 같은 중요한 종교행사 기간에 예배의 자유를 제한하는 것은 기본권 제한의 심각성(정도)이 증대됨을 인정할 수 있다. 따라서 '당시 위험상황과 대유행 위기에 대한 대응전략을 고려하여' 예외 없이 예배를 금지하는 것은 쉽게 인정되기 어렵고, 관할 행정청이 감염의 위험이 크지 않다고 볼 수 있는 경우 예외적으로 예배를 할 수 있도록 가능성을 인정해야 한다고 보았다.[147]

물론 이러한 연방헌법재판소의 결정이 이전의 결정과 전혀 다른 입장에 서 있는 것은 아니다. 이미 4월 10일 결정에서 연방헌법재판소는 헤센주의 법규명령이 한 달이라는 단기간 동안만 효력을 발휘하고, 코로나위기 상황의 경과나 변화에 따라서 법규명령이 이를 고려해야 한다고 설시했다. 따라서 시간이 지나면 엄격한 비례원칙을 적용하여 교회예배가 감염의 원인으로 확인되는지 보건시스템의 부담위험에 책임이 있는지 등을 심사하여, 상황에 따라서는 엄격한 조건 하에 예외적으로 예배를 인정한다거나 또는 지역적으로 예배금지를 해제할 수 있다고 보았다.[148] 4월 29일 결정은 그러한 시간의 경과와 상황의 변화, 그리고 종교적으로 중요한 행사의 의미 등을 반영하여 엄격한 심사기준이 적용된 결과라고 볼 수 있다.

3. Triage

장애인들은 보통 고위험군에 속하여 코로나19 확진이 되었을 때, 통계적으로 생존가능성이 적어 다른 환자들에 비해 차별을 받거나 아예 치료대상에서 배제될 가능성이 있다. 이에 일부 장애인이 그러한 선별기준을 법률로 정하지 않은 입법자의 부작위를 대상으로 헌법소원 심판을 청구하며 가명령을 신청했는데, 연방헌법재판소는 청구인들이 걱정하는 상황이 도래할 것으로 보이지 않는다며 청구를 기각했다.[149] 헌법적 측면에서 본다면 장애인 보호를 위하여 국가는 의료물품과 시설 등의 부족 시 환자분류에 대한 기준을 법률로 규정해야 할 기본권 보호의무가 있는지, 있다면 언제 있는지, 전제조건이 무엇인지, 구체적으로 기준을 제시하고 규율하는데 어느 정도의 평가고권과 형성재량이 있는지 등을 해결해야 한다.[150] 연방헌법재판소는 이런 중요한 문제들을 가명령신청 재판을 통해서 신속하게 판단하고 결정

146) BVerfG, Beschl. d. 2. Kammer d. Ersten Senats v. 29.04.2020 – 1 BvQ 44/20 – Rn.11 (https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/qk20200429_1bvq004420.html 최종방문일 2020.11.4.)
147) BVerfG, Beschl. d. 2. Kammer d. Ersten Senats v. 29.04.2020 – 1 BvQ 44/20 – Rn.14.
148) BVerfG, Beschl. d. 2. Kammer d. Ersten Senats v. 10.04.2020 – 1 BvQ 28/20 – Rn.14.
149) BVerfG, Beschl. d. 3. Kammer d. Ersten Senats v. 16.07.2020 – 1 BvR 1541/20 – Rn.9 (https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rk20200716_1bvr154120.html 최종방문일 2020.11.4.).
150) Erfolgloser Eilantrag auf verbindliche Regelung der Triage im Rahmen der Covid-19-Pandemie, Pressemitteilung Nr. 74/2020. v. 14. August 2020 (https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/bvg20-074.html 최종방문일 2020.11.4.)

www.kci.go.kr

할 수 있는 것은 아니라고 본 것이다. 다만, 2020년 11월 1일 현재 다시금 독일에서 신규 코로나19 확진자 숫자가 하루 1만여명 이상으로 늘어나고 제한조치가 강화되는 현실을 볼 때, 이 문제해결을 얼마나 더 미룰 수 있는지, 어떻게 해결될지 지켜볼 필요가 있다.[151]

VII. 코로나위기에 대응하는 헌법국가

1. 독일의 헌법적 논의를 통해 본 우리나라의 코로나위기 대응

(1) 코로나위기 대응에 대한 헌법적 논의

한국에서는 한국공법학회의 주관하에 "코로나19, 공법학의 과제포럼"이 6차에 걸쳐 개최되어, 그나마 코로나위기에 대한 법적 차원에서 논의가 이루어졌다.[152] 그러나 2020년 10월 1일 현재까지 코로나위기와 관련된 헌법적 차원의 논문은 많지 않다.[153] 코로나위기 대응에

151) 참고로 독일 국가생명윤리위원회(Deutscher Ethikrat)는 2020년 11월 9일 로버트코흐 연구소 상임면역위원회(STIKO), 국립자연과학회(Leopoldina)와 함께 "코로나19 면역물질 접종을 어떻게 규율할 것인가?"라는 공동입장문을 발표했고(https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2020_Positionspapier_COVID-19-Impfstoff_final.pdf 최종방문일 2020.11.20.), 2020년 11월 18일 "누구에게 코로나 면역치료제를 먼저 분배할 것인가?(Wer zuerst? Verteilung von Impfstoffen gegen SARS-CoV-2)"라는 주제로 온라인발표회를 개최하였다. 이 발표회는 영어로 이루어졌으며, https://www.ethikrat.org/forum-bioethik/wer-zuerst-verteilung-von-impfstoffen-gegen-sars-cov-2/에서(최종방문일 2020.11.20.) 녹화된 자료로 확인 가능함.

152) 제1차 포럼은 5월 28일 "감염병 대응의 법체계의 현황과 과제(이준서)", "감염병 대응을 위한 정보전달체계의 현황과 개선 방안(박나연)"을 주제로, 제2차 포럼은 7월 9일 "코로나19와 동선, 그리고 프라이버시(이진규)", "코로나19 확진자 동선관리와 지자체의 현장 대응(김인국)"을 주제로, 제3차 포럼은 8월 7일 "감염병예방법 제34조의2에 대한 공법이론적 검토(정필운)", "감염병예방법 제76조의2 정보제공요청의 법적 문제(김가연)", "감염병예방법에 따른 확진자 동선공개와 인권(김민섭)"을 주제로, 제4차 포럼은 11월 18일 "포스트 코로나 시대의 뉴노멀과 디지털 정부혁신 현황 및 법제도 이슈(오강탁)", "코로나19 역학조사 및 밀접 접촉자 추적조사 데이터의 활용 가능성과 한계(박미정)", "코로나19 대응에서 행정조사의 법적 쟁점(이희정)"을, 제5차 포럼은 11월 27일 "코로나19 시대 시민의 생명·건강보호에 관한 국가의 역할과 헌법(박진완)", "감염병 시대의 방역과 기본권(이황희)", "코로나19: 행정부의 행정조치와 헌법상 인격권 보호(유디트 얀나 메르텐스)", "코로나19: 공중보건위기와 헌법상 집회의 자유(이석민)"을 주제로, 제6차 포럼은 12월 2일 "코로나19 대응과 공공조달법(김대인)", "경찰질서법적 수단에 의한 코로나 대응 진단과 그 한계(박병욱)", "감염병 질병관리 행정조직의 발전과 과제(서재호)"를 주제로 다루었다. 이는 한국공법학회 홈페이지(https://www.kpla.or.kr/80 최종방문일 2020.11.5.)에서 확인할 수 있다. 그 밖에도 11월 18일과 25일 독일 콘라드 아데나워재단과 고려대 법학전문대학원, (사)헌법이론실무학회가 공동으로 "COVID-19와 헌법"을 주제로 온라인 한-독 국제학술대회를 개최하였다.

153) 국내논문은 주로 개인정보자기결정권에 관한 내용으로서 예컨대 권건보, 감염병 위기 대응과 정보인권, 공법학연구, 제21권 제3호(2020), 3-32면; 이근옥, 정보공개법상 개인정보보호와 공익의 조화, 한국언론정보학보, 통권 제103호(2020), 145-176면; 정종구/손정구, 코로나19 동선공개에 대한 법적 고찰, (경북대)법학논고, 제70집(2020), 103-131면; 송가영, 감염병환자 개인위치정보자기결정권의 침해위험성 증대에 따른 개선방안에 관한 연구, 범죄수사학연구, 제6권 제1호(2020), 5-31면 등이 있고, 독일의 상황을 연구한 박원규(감염병예방법상 이동제한조치에 대한 법적 검토, 경찰법연구 제18권 제2호(2020), 105-142면)의 논문과 석사논문(변

www.kci.go.kr

대한 헌법적 논의는 양적인 측면에서 독일과 비교할 수 없을 정도일 뿐만 아니라, 양적인 부족은 구조적으로 질적인 빈곤함과 연결될 수 있다. 물론 헌법적 논의가 양적으로나 질적인 면에서 독일보다 적다는 것이, 반드시 한국의 대응이 독일보다 헌법적 측면에서 뛰어나다는 것을 입증하는 것이라고는 할 수 없다. 다른 한편 2020년 11월 1일 현재 코로나19 확진자 숫자 면에서, 우리나라가 독일보다 적다고 하는 것이 코로나위기 상황에 대한 대응에 있어서 우리나라가 독일보다 못하다는 것을 입증하는 것이라고도 할 수 없다. '위기 시에도 헌법적 가치를 지키기 위한 논의는 상대적으로 독일에서 활발했으나, 실제 코로나위기 대응에 있어서 국민들의 생명보호는 상대적으로 한국에서 더 잘 이루어졌다'고 할 수는 있을 듯하다.[154] 한국의 코로나위기 대응이 적절했다면, 부족했던 헌법적 가치를 지키기 위한 노력을 앞으로 더 기울이면 될 것이다.

(2) 코로나위기 대응조치와 기본권

코로나위기 대응과 관련된 조치들에 대해서는 기본권 측면에서 비교해 볼 수 있다. 첫째, 집회의 자유에 대한 허용 면에서 독일은 집회의 자유를 상대적으로 한국보다 더 인정하는 경향이 있었다. 한국에서 집회의 자유 주장이 주로 정부와 여당에 반대입장을 가진 보수층의 주장이라면, 독일에서는 정치적 이념성향과는 관계없이 전반적으로 집회의 자유 확대를 주장한 점이 차이라고 할 수 있다.

둘째, 예배금지와 관련하여 독일은 예배금지를 일반적인 집합금지의 한 내용으로서 제한할 뿐, 특정 종교에 대한 제한이나 종교영역에서만의 제한은 아니었는데, 우리나라는 언론의 영향 탓인지 기독교, 특히 개신교에 대한 예배제한을 상당히 중요한 문제로 다루는 경향이 있었다. 신천지교회와 8·15 집회이후 코로나19 신규확진자의 증가 경험 때문에 집회의 자유와 종교의 자유에 대한 부정적인 인상이 여론에 영향을 미친 것은 아닌가 추론해 볼 수는 있지만, 구체적인 인과관계는 확인할 수 없다.

셋째, 개인정보 자기결정권 측면에서 독일에서는 코로나추적 앱(Corona-Tracing-Apps) 사용에 대한 논의가 한 때 사회적으로 논란이 되었으나 강제적으로 실시되지는 않았다.[155]

준범, 감염병 관련 국가재난관리와 국민의 기본권 보장-코로나바이러스19를 중심으로-, 영남대 석사학위논문, 2020)이 있다.

154) 실제 독일의 주요 언론이나 뉴스에서 한국에서 생명보호가 잘 이루어지는 만큼, 독일에서도 헌법적 논의를 중단하고 코로나위기 대응에 더욱 강력한 조치를 취해야 한다는 주장은 찾아보기 어렵고, 오히려 10월 말까지는 시민들의 제한조치 완화에 대한 요구가 높아지는 추세였다.

155) 코로나 추적 앱은 자발적으로(freiwillig) 다운받아 사용할 수 있는 것으로서, 이에 대한 헌법적 평가에 대해서는 대표적으로 Anna Gamper, Verpflichtende Corona-Trac(k)king-Apps: von der ≫demokratischen Zumutung≪ zum ≫Rand der Demokratie≪, NLMR 202, S.155ff.; Jürgen Kühling/ Roman Schildbach,

www.kci.go.kr

그에 반하여 우리나라에서는 카카오앱을 통한 방문기록 등의 활용이 점차 일반화되는 경향이 있다.

(3) 코로나위기 대응과 국가조직법

첫째, 독일연방의회와 마찬가지로 대한민국 국회도 코로나위기에 대한 대응에 있어서—법률개정의 내용과 범위, 예산의 내용과 규모 등 구체적인 면에서는 차이가 있지만—필요한 법률개정과 예산지원 측면에서는 유사한 활동과 기능을 발휘했다고 평가할 수 있다.

둘째, 코로나위기 대응을 위한 행정 측면에서는 독일은 연방국가원리 때문에 연방과 주간 입법뿐만 아니라 행정권한에 있어서 위헌적인 문제가 제기되고 있는데, 한국의 경우에는 행정권한에 있어서는 지방자치단체가 주와 같은 역할을 하고 있지만 특별히 중앙정부와 권한문제로 갈등을 빚은 경우는 없었던 것으로 보인다.

셋째, 사회국가원리 측면에서는 독일의 대응과 한국의 대응을 곧바로 비교하기는 어렵다. 사회국가원리의 실현은 국가의 재정규모와 관련이 있는 것이고, 이러한 측면에서 경제규모나 재정규모가 다른 한국과 독일의 단순비교는 적절하지 않기 때문이다. 다만 triage와 관련하여 흥미로운 것은 한국의 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(감염병예방법)」 제40조의2는 감염병 대비 의약품 공급의 우선순위 등 분배기준을 정할 수 있는 법률상 근거를 마련하고 있다.[156] 물론 이 규정 자체로 환자들의 치료에 있어서 우선순위까지 결정할 것으로 보이지는 않지만, 독일에서 논의되고 있는 triage 문제에 있어서 최소한 우리는 법률상 근거를 두고 있다는 점에서 독일과 차이가 있다.

2. 잠정적 결론

(1) 지속적인 위기 대명사로서 코로나위기

코로나19로 인한 보건의료상 위기 이후 긍정적이든 부정적이든, 새로운 사회변화와 경향이 나타날 것이라는 점은 일반적인 평가로 보인다. 중장기적인 질서변화로서 거대정부나 독재자가 귀환한다는 예측도 있고,[157] 의료기술수준은 높은 편이지만 의료인력의 부족을 지적하면

Corona-Apps-Daten und Grundrechtsschutz in Krisenzeiten, NJW 2020, S.1545ff.; Christian Hamann, „Zwangstrcking“ - Ein rechtliches No-Go?, RuP 2020, S.133ff., Simone Kuhlmann, Tracing-Apps zur Eindämmerung der Covid-19-Pandemien – Eine datenschutzrechtliche Analyse bestehender Handlungsspielräume, GSZ 2020, S.115ff. 참조.

156) 제40조의2(감염병 대비 의약품 공급의 우선순위 등 분배기준): 질병관리청장은 생물테러감염병이나 그 밖의 감염병의 대유행에 대비하여 제40조 제1항 및 제2항에 따라 비축하거나 생산한 의약품 공급의 우선순위 등 분배기준, 그 밖에 필요한 사항을 위원회의 심의를 거쳐 정할 수 있다.

www.kci.go.kr

서 이를 개선해야 한다고 주장하는 견해도 있으며,[158] 앞으로 개인의 프라이버시는 점차 사라질 것이라는 어두운 전망도 있다.[159] 코로나위기에 대한 대응은 전통적인 시각에서 보면 자유와 안전(Freiheit v. Sicherheit; freedom v. security) 간 갈등 내지 균형문제의 또 다른 측면을 나타낸 것으로 평가할 수 있다. 위험사회 시대에는 앞으로 또 다른 형식의 위기가 지속적으로 도래할 수 있다고 생각하면, 코로나위기는 일회적인 것은 아니고 앞으로도 계속 대응해야 할 위기문제의 대명사라고 볼 수 있다.

(2) 위기대응 시 헌법국가 보장

그러나 그러한 위기에 직면해서도 한 국가공동체가 '헌법국가'라고 할 수 있으려면, 최소한 (코로나)위기에서도 자유주의, 민주주의, 사회복지국가원리, 법치국가원리라고 하는 헌법상 기본원리가 작동하고 유지되어야 한다. 감염병이 대유행하는 상황에서도 개인의 자유와 안전, 그리고 구성원들의 연대 간에 민주적·법치국가적 균형을 찾을 수 있는 대응이 이루어지고, 그러한 대응조치가 헌법과 법률의 통제하에 효력을 발휘하는 국가가 헌법국가라고 할 수 있는 것이다. 경제적으로 자유주의 사회이지만, 위기상황에서 부조와 협력이 작동하는 사회복지국가적 성격이 보장되는 국가가 헌법국가라고 할 수 있다.[160] 그렇게 본다면 독일뿐만 아니라 대한민국에서도 일단은 헌법국가성이 코로나위기에서도 유지되었다고 평가할 수 있다.

헌법국가에서는 최종적으로 헌법재판을 통해 헌법적합성 내지 헌법의 효력이 보장되는 것이므로,[161] 최후에는 헌법재판을 통해 (코로나)위기 시 국가의 대응조치가 제대로 평가될 수 있는지가 관건일 것이다. 다만, 최후에 헌법재판소에서 헌법재판을 통해 헌법국가성을 보장받기에 앞서 헌법학계와 국민 여론에서 위기극복을 위한 국가의 대응조치에 대한 헌법적 논의가 조금 더 양적으로 늘어나고 질적으로 수준이 향상될 때, 사회적 또는 시민생활적 차원에서 헌법국가성 보장이 실현될 것으로 희망하고 기대할 수 있다.

157) 최윤식, 빅체인지: 코로나19 이후 미래 시나리오, 김영사, 2020, 186-197면; 한국경제신문 코로나 특별취재팀, 코로나 빅뱅, 뒤바뀐 미래, 한국경제신문, 2020, 77-84면.
158) 임승규 외 6인, 포스트코로나: 우리는 무엇을 준비할 것인가, 한빛비즈, 2020, 213-219면.
159) 한국경제신문 코로나 특별취재팀, 코로나 빅뱅, 69-76면.
160) Kersten/Rixen, Verfassungsstaat, S.5.
161) 양건(주 12), 31면.

www.kci.go.kr

참고문헌

〈단행본〉

양건, 헌법강의, 법문사, 2020.

임승규 외 6인, 포스트코로나: 우리는 무엇을 준비할 것인가, 한빛비즈, 2020.

정호경 편저, 주요 국가의 감염(전염)병 관련 법령집, 법문사, 2020.

최윤식, 빅체인지: 코로나19 이후 미래 시나리오, 김영사, 2020.

한국경제신문 코로나 특별취재팀, 코로나 빅뱅, 뒤바뀐 미래, 한국경제신문, 2020.

Eckart, Christian/ Winkelmüller, Michael, BeckOK Infektionsschutzrecht, C.H.Beck, 2020.

Kersten, Jens/ Rixen, Stephan, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, C.H.Beck, 2020.

Kießling, Andrea, Infektionsschutzgesetz Kommentar, C.H.Beck, 2020.

Schmidt, Hubert, COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise, C.H.Beck, 2.Aufl. 2020.

〈논문〉

박원규, 감염병예방법상 이동제한조치에 대한 법적 검토, 경찰법연구 제18권 제2호(2020).

송영신, '코로나 시대'의 독일의 공동체 지키기, 월간 공공정책, 177호(2020.7.).

이승현, 코로나19 관련 독일의 지원정책, 국제노동브리프(2020.4.).

전용일, 한국의 코로나 대응, 과연 성공했는가?, 동아시아재단 정책논쟁, 제148호 (2020.10.27.).

Engländer, Armin/ Zimmermann, Till, "Rettungstötungen" in der Corona-Krise?, NJW 2020, S.1398ff.

Guckelberger, Annette, Ausgangsbeschränkungen und Kontaktverbote anlässlich der Corona-Pandemie, NVwZ-Extra 9a/2020, S.1ff.

Hase, Friedhelm, Corona-Krise und Verfassungsdiskurs, JZ 2020, S.697ff.

Ipsen, Jörn, Notstandsverfassung und Corona-Virus, RuP 2020, S.118ff

Kersten, Jens, Ausnahmezustand?, JuS 2016, S.193ff.

www.kci.go.kr

Kersten, Jens, Covid-19 — Kein Ausnahmezustand!, ZRP 2020, S.65

Kingreen, Thorsten, Das Studium des Verfassungsrechts in der Pandemie, Jura 2020, S.1019ff.

Klafki, Anika, Verwaltungsrechtliche Anwendungsfälle im Kontext der Covid-19-Pandemie, JuS 2020, S.511ff.

Kühling, Jürgen/ Schildbach, Roman, Corona-Apps-Daten und Grundrechtsschutz in Krisenzeiten, NJW 2020, S.1545ff.

Kuhlmann, Simone, Tracing-Apps zur Eindämmerung der Covid-19-Pandemien – Eine datenschutzrechtliche Analyse bestehender Handlungsspielräume, GSZ 2020, S.115ff.

Moritz, Dirk/ Felz, Sebastian/ Schulze, Marc, Atemschutzmasken im Recht der Pandemie, COVuR 2020, S.684ff.

Peters, Wilfried/ Janz, Norbert, Grenzloser Shutdown bei Art. 8 GG?, GSZ 2020, S.223ff.

Rixen, Stephan, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise, NJW 2020, S.1097(1098)

Rixen, Stephan, Grenzenloser Infektionsschutz in der Corona-Krise?, RuP 2020, S.109ff.

Sachs, Michael, Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen ein offensichtlich grundrechtsverletzendes Versammlungsverbot, JuS 2020, S.474

Schmitz, Holger/ Neubert, Carl-Wendelin, Praktische Konkordanz in der Covid-Krise, NVwZ 2020, S.666(667ff.)

Siegel, Thorsten, Verwaltungsrecht im Krisenmodus, NVwZ 202, S.577ff.

Taupitz, Jochen, Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben?, MedR 2020, S.440ff.

Völzmann, Berit, Versammlungsfreiheit in Zeiten von Pandemien, DÖV 2020, S.893

www.kci.go.kr

〈그 외 자료〉

Fährmann, Jan/ Arzt, Clemens/ Aden, Hartmut, Verordnungsgeber missachten rechtsstaatliche Grenzen, VerfBlog. 2020-3-29

Gutmann, Andreas / Kohlmeier, Nils, Versammlungsfreiheit Corona-konform, VerfBlog. 2020-4-8

Kube, Hanno, Leben in Würde – Würde des Lebens, VerfBlog, 2020-4-02

Krüper, Julian, Nix wissen macht nix: unsere fiebrige Lust am Pandemic Turn, VerfBlog, 2020-4-02

Lee, Seokmin, Fighting COVID 19 – Legal Powers and Risks: Sotuth Korea, VerfBlog, 2020-3-25

Lindner, Josef Franz, Wahlen in Zeiten von Corona: Zur „Infektionsschutzfestigkeit" des Wahlrechts, VerfBlog. 2020-3-13

Lindner, Josef Franz, Wahlen in Zeiten von Corona Teil 2: Infektionsschutzrecht bricht doch Wahlrecht?, VerfBlog. 2020-3-25

Martini, Stefan/ Plöse, Michael, Politische, Bewegung an der frischen Luft - Teil I: Versammlungs-ermöglichung im gesperrten öffentlichen Raum, JuWissBlog. Nr.43/2020

Martini, Stefan/ Plöse, Michael, Politische „Bewegung an der frischen Luft" - Teil II, JuWissBlog. Nr.42/2020

Möllers, Christoph, Über den Schutz der Parlamente vor sich selbst in der Krise, VerfBlog. 2020-3-20

Somek, Alexander, A Reply to Sebastian Kurz, VerfBlog 2020-4-16

Vollkmann, Uwe, Der Ausnahmezustand, VerfBlog 2020-3-20

Wissenschaftliche Dienste, Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz, WD 3-3000-080/20

www.kci.go.kr

| Abstract |

Corona Crisis and Constitutional State*
-Constitutional Discourse over the Corona-Measures in Germany-

With the spread of Corona 19 infection, which began in Germany from March 2020, the German Federal Congress(Bundestag) revised the Infection Protection Act(Infektionsschutzgesetz: IfSG) and completed a series of legislative work, for example Social Security Act and Labour Law, to respond to the corona crisis. The federal administration and state governments have taken various measures to prevent the spread of COVID-19 based on the Infection Protection Act, prohibiting gathering of people, closing schools, shops, groceries, stores and pharmacies, leisure and sports facilities, restaurants and bars, and enforcing distance between people. It was also prohibited going out to certain areas.

However, these restrictions and measures have raised doubts for some constitutional scholars whether or not Germany is transformed into a health dictatorship, as Germany develops into a state of emergency in which the constitution and laws do not work. In addition, controversy arose over whether specific measures to respond to the corona crisis were justified in terms of guaranteeing constitutional rights and the principle of proportionality.

In general, the activities and functions of constitutional institutions in Germany are not suspended or stopped, and administrative measures of the states are also supervised under the control of the constitution and laws, so the emergency state

* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea (NFR-2017S1A5B4055753)

www.kci.go.kr

is not appropriate and in real. In addition, controversial restrictions, prohibition of assembly or worship, and various other restrictions can be evaluated as not unconstitutional if they are examined according to the proportional principle in specific situations.

Most importantly, not only in the corona crisis but also in general crisis situations, the constitution and laws should be maintained without being converted into a state where the constitution and constitutional rights are not guaranteed due to general administrative measures. That is, the constitution is practically guaranteed, and in fact, it is a situation that can be called a constitutional state.

Key words: corona-crisis, corona measures, emergency state, constitutional state, proportionality

www.kci.go.kr