

‘코로나19’ 공중보건위기와 헌법상 집회의 자유

이 석 민*

〈국문초록〉

코로나19로 인한 미증유의 공중보건위기 속에서, 그 대응 법제에 흠결이 확인되고 있다. 이 문제의 중심에는 ‘집회의 자유’ 문제가 놓여있다. 이는 구체적으로는 (감염병예방 관련) 집회제한·금지처분 및 불복에서의 여러 문제들로 드러나는바, 그 해결방법으로 첫째, 법원의 충실하고 면밀한 검토를 보장토록 해야 한다. 해당 법원(판사)이 갖는 과중한 판단 부담은 시간적 한계, 전문지식적 한계, 법원 내 통일적 기준 준비 부족의 한계에 기인한다. 감염병예방법 상에 해당 제한·금지처분의 기한과 집회신고시점을 명시하는 제도 개선을 고려해볼 수 있다. 실무적으로는 ‘전문심리위원회’를 적극 활용할 수 있는 방안이 권장되며, 나아가 양형기준을 정하는 ‘양형위원회’(법원조직법 제81조의2)와 같이 전문가가 포함된 위원회가 합리적 기준을 미리 대강이나마 마련하는 방안이 요청된다. 둘째, 행정청 처분의 정당성 제고가 필요하다. 감염병예방법상 집회 제한 또는 금지의 법적 기준을 법령상으로 제시하는 방안을 고려할 수 있다. 셋째, 시간적, 지역적으로 집회를 일괄 금지하는 것은 헌법상 과잉금지원칙(제37조 제2항) 등에 비추어 엄격히 검토되어야 한다. 새로운 위험에 대한 공권력 작용은 학습적 발전과정을 거칠 수 밖에 없다. 관련 법제의 학습적·동태적인 발전이 ‘방역’과 ‘기본권’이라는 두 요청 사이의 실제적 조화를 추구하는 방향성을 잃지 않도록 강한 국가의 힘뿐만 아니라 강한 사회의 힘이 작용하는 균형이 중요하다.

주제어 : 공중보건, 집회의 자유, 코로나19, 감염병예방법, 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률, 집회 및 시위에 관한 법률

• 투고일 : 2021.1.10. / 심사일 : 2021.1.22. / 게재확정일 : 2021.1.22.

I. 들어가며

1. 대한민국 헌정사에서의 집회의 자유 보장의 중요성

우리 대한민국 헌법은 집회의 자유를 언론·출판·결사의 자유와 함께 명시

* 초빙교수(인하대학교)/겸임교수(국민대학교). 법학박사

하고¹⁾, 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니함을 규정하여²⁾ 국민이 국가 헌안에 대해 의사를 다양한 방법으로 공표할 권리가 있음을 보장한다. 제헌 이후 최근까지를 살펴보면, 그간 폭력, 손괴 등의 위험이 명백한 경우가 아니라면 집회의 자유는 점차 폭넓게 인정되는 방향으로 법제와 판례의 발전이 이루어져왔으며, 사회적으로도 집회에 따른 불편은 대체적으로 수용할 만큼 우리 사회의 민주주의제도에 대한 이해도 성숙해졌다. 특히 집회 자체를 전면적으로 금지한다거나 불손하게 여기는 사고는 지난간 권위주의 시대애나 있었던 구습일 뿐이라고 믿기에 이르렀다.

2. 공중보건위기라는 특수하고 ‘예외’적인 상태

그러나 2020년, 집회의 자유는 새로운 국면을 맞게 되었다. 바로 코로나19의 대유행(이하 ‘코로나 대유행’) 때문이다. 이러한 공중보건위기는 우리의 다양한 기본권에 영향을 미쳤으나 특히 집회의 자유에는 심각한 영향을 주고 있다. 그 가장 중요한 이유는 전염성 때문이다.

이러한 전염성의 요소는 집회의 자유의 제한 문제에서의 비교형량을 전과 다르게 진행할 수 밖에 없는 영향을 주게 된다. 다시 말해서, 이전에는 폭력, 손괴 등의 직접적, 가시적, 제한적 위험과의 비교형량을 통하여 집회의 자유가 제한되었다면, 이제는 강력한 전염이 가져올 간접적, 잠재적, 확산적 위험까지도 그 비교형량에서 고려하지 않을 수 없게 되었다.³⁾ 게다가 더 큰 문제는 이 비교형량에서 따져야 할 위험이 불확실하고 (대유행 사태의 초반일수록) 그 미지의 성격이 매우 크다는 것이다. 집회에서 나타날 코로나의 전염방식이나 확산성, 위험도에 관하여 대유행으로 접어든 지 거의 1년이 다 되어가는 지금도 의학적으로도 아직 불분명한 요소가 많은 것은 주지의 사실이다. 따라서 이러한 위험에 대한 ‘사실적 평가’보다도 한 수준 더 나아간 ‘규범적 논의’는 숙명적으로 각인각색식의 논쟁이 될 수 밖에 없다.

이러한 것은 공중보건위기라는 특수하고 ‘예외’적인 상태에서 기인한다. 공중보건위기라는 것은, 평범한 일상에서 멀리 벗어난 상황이지만, 그렇다고 전쟁 등의 상황도 아닌, 특정한 수준과 특수한 성격의 위기 상황이다. 특히 신종의

1) 헌법 제21조 제1항.

2) 헌법 제21조 제2항 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.

3) 홍기태, “집회의 자유와 제한”, 법률신문 (2020. 10. 15).

전염병이 원인이 될 경우 그 위기상황의 성격은 불확실성과 동태성을 필연적으로 수반한다. 이번 코로나 대유행은 바로 여기에 속한다.

3. 예외상태의 상례화 위험성

한편, 이러한 코로나 대유행이 예외상태임을 인정할 수 있고, 그에 대한 국가의 비상한 대응이 필요함을 인정할 수는 있지만, 이러한 예외상태가 앞으로 상례화가 될 위험성을 경고하는 학자들이 적지 않고 전세계적으로 존재하고 있다. (예컨대, 유발 하라리⁴⁾, 전 독일 연방헌법재판소장 한스 위르겐 파피어⁵⁾ 등)

또한 이 위험성이 이미 현대 민주주의국가 자체에 내재하고 있음이 코로나 사태 이전에도 깊이 논의된 바가 있다. 예컨대 아감벤(Giorgio Agamben)에 따르면, 세계1차대전으로 인해 예외상태가 상례화되며 ‘통치 패러다임으로서의 예외상태’가 본격화되었다. 그에 따르면, 예외상태의 상례화가 잇따른 세계대전을 통해 더욱 강화된 후 현대 민주주의 국가에 이르러서는 통치의 기반으로까지 자리매김했다고 분석한다.⁶⁾

관련된 칼 슈미트(Carl Schmitt)의 논의⁷⁾를 비판적으로 수용한 아감벤은 칼 슈미트와 마찬가지로 역시 예외상태를 ‘주권론’ 즉 주권자의 통치방식이란 틀에서 분석하고 있다. 다만, 예외상태의 일시성을 강조하고 그것을 정당화한 슈미트와 달리 아감벤은 예외상태가 상례화되면서 국가권력의 통치수단이 된 점에 주목한다.

4. All or nothing을 넘은 ‘방역’과 ‘기본권’ 사이의 균형의 모색

전술한 현대 민주주의국가의 역사적 경험이라는 증거를 고려할 때, 우리는 이러한 위험이 존재함을 인지하고 주의하지 않을 수 없다. ‘방역을 위해’ 다섯

4) “Yuval Noah Harari: the world after coronavirus”, Financial Times (2020. 3. 20.) <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>

5) “Papier warnt vor „Erosion des Rechtsstaats“, Frankfurter Allgemeine Zeitung (2020. 4. 2.) <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/corona-ex-verfassungsrichter-papier-sorgt-sich-um-grundrechte-16708118.html>

6) 조르조 아감벤, 「예외상태」, 김향 옮김, 새물결, 2009, 특히 30-50면 참조. [원문은 Giorgio Agamben. *Stato di eccezione: Homo sacer*, II, I. Vol. 130. (Turin: Bollati Boringhieri) 2003]

7) 칼 슈미트, 「독재론」, 김효전 옮김, 법원사, 1996. [원문은, Carl Schmitt. *Die Diktatur* (Berlin: Duncker & Humblot) 1921/1978]

글자 앞에 쪼그라든 개인의 자유의 상황에 대해 주목해야 하고, ‘방역이 모든 이슈 빨아들이는 블랙홀 되고 있지는 않은지’ 주목해야 한다. All or nothing의 해법이 아닌, “위드 코로나” 시대에도 그리고 코로나의 위협이 종료된 후의 “포스트 코로나” 시대에도 계속되어야 할 민주주의와 법치주의라는 두 기둥에 근거하는 우리 헌정공동체 질서가 보장하는 자유에 대해 민감하게 주목하고 있어야 한다. 그렇지 않을 때에는 ‘예외상태’의 종료시기가 도래하였다는 것이 그 조건들을 검토할 때 분명한 경우라 하더라도 그러한 ‘예외상태’를 공식적으로는 유지하려는 힘이 통치방식으로서 의도한 것이든, 의도치 않은 관성으로든 그대로 남을 수가 있기 때문이다.

이러한 것을 극복하기 위해서는 (“The narrow corridor”에서 설명된 바와 같은⁸⁾) ‘강한 국가’와 ‘강한 사회’ 간의 균형이 필요하다. 어떤 ‘예외상태’에서도 사회적 수준에서의 자유의 제한에 대해서는 비례적으로 이루어져야 하고, 이러한 ‘예외상태’의 명분으로 사회가 그 잠재적 힘을 회복불가능한 수준으로 박탈당하지 않도록 하는 것이 중요하다.

다른 말로 표현하자면 결국 ‘방역(국민의 보건적 안전 보장을 위한 국가의 역할)’과 ‘기본권’은 함께 달성되는 것이 모색되어야 하며, ‘실제적 조화’의 기술이 필요하며, ‘예외상황’의 종료가 확인될 경우 다시 일상적 규범상황으로 즉시 복귀할 수 있다는 것이 확증되어야 할 것이다.⁹⁾

5. 이 글의 순서

이 글에서는 공중보건위기라는 (평범한 일상은 아니지만 그렇다고 전쟁 등

8) 대런 애쓰모글루, 제임스 A. 로빈슨, 『좁은 회랑』, 장경덕 옮김, 시공사, 2020. [원문은 Daron Acemoglu and James A. Robinson. The narrow corridor: States, societies, and the fate of liberty. Penguin Books, 2020]. 저자는 이 책에서 국가는 자유에 필수이지만, 동시에 자유를 파괴할 수 있는 괴물이며, 그러므로 국가는 족쇄를 차야 한다(‘족쇄를 찬 리 바이어던’)고 지적한다. 그리고 역사적 사례들의 고찰을 통해 국가와 사회가 서로 경쟁하며 만들어내는 아주 좁은 길(회랑)이 있으며, 그것은 서로 압력을 받아 둘 다 강해지지만, 어느 쪽도 서로를 압도하지 못하고 팽팽한 상태로서, 여기서만 자유는 살아남고 그 공동체는 번성함을 밝혔다.

9) 참고로, 감염병 관련 법제는 그 속성상 헌법의 ‘국가긴급권’과의 사이에서 각각의 발동 요건 및 효과 등에 있어서 많은 점에서 비교해볼 가치가 있다고 하겠다. 다만, 감염병 관련 법제에 있어서 그 상황(‘심각’ 등) 종료의 판단은 원칙적으로 행정부에 따르게 되며 입법부가 종료의 판단을 내릴 수 있는 방법은 법률 개정 외에는 현 법제상 존재하지 않는 것으로 보인다. 「재난 및 안전관리 기본법」 제3조(정의), 제38조(위기경보의 발령 등) 참조 (“재난관리 주관기관의 장”).

의 상황도 아닌) 특정한 수준과 특수한 성격의 위기 상황 하에서의 ‘방역’과 ‘기본권’ 사이의 균형을 이를 합리적 대안을 찾는 문제에 대해서 ‘집회의 자유’를 중심으로 논하고자 한다. 이러한 균형을 통해 합리적 대안을 찾는 것을 헌법학에서는 ‘규범조화적 해석’ 또는 ‘실제적 조화(praktische Konkordanz) 원칙’라고 불러왔다.

이 논제를 논하기 위해, 이하에서는 다음의 순서에 따라 검토해본다. 우선, 집회의 자유 제한에 관한 헌법상 원칙을 검토한다. 둘째로, 공중보건위기(감염병 확산)시 집회의 자유 제한 관련 법령을 본 후, 셋째로 집회의 자유 제한 관련 해외 입법례를 분석한다. 이어서 최근 8·15 집회 및 개천절 집회, 노동절 집회 등 관련 현황을 검토하며 마지막으로 헌법의 규범조화적 해석에 입각한 제도 개선 방향을 밝혀본다.

II. 집회의 자유 제한에 관한 헌법상 원칙

헌법 제21조는 집회·결사의 자유를 보장함과 동시에 이에 대한 허가제도를 금지하고 있다. 헌법 제21조제1항은 “모든 국민은 집회·결사의 자유를 가진다”고 정하고, 제2항은 “집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다”고 규정하고 있다. 헌법에서 집회의 자유를 정하면서 허가의 금지를 명시하고 있는 사례는 일반적인 것은 아니며 우리 헌법과 독일 헌법의 사례를 들 수 있다.

그간 폭력, 손괴 등의 위험이 명백한 경우가 아니라면 집회의 자유는 점차 폭넓게 인정되는 방향으로 법제와 판례의 발전이 진행되어 왔다. 헌법재판소는 먼저 집회의 자유의 내용과 보호범위에 대하여, ‘집회의 자유는 집회의 시간·장소·방법·목적 등을 스스로 결정하는 것을 내용으로 하며, 구체적으로 보호되는 주요 행위는 집회의 준비·조직·지휘·참가 및 집회 장소와 시간의 선택 등(2014헌가3, 2018헌바137)’ 이라고 판시하였다. 그리고 집회 장소를 선택할 자유는 집회의 자유의 실질적 부분을 형성한다(2004헌가17)고 하였으며, 누구나 ‘어떤 장소에서 자신이 계획한 집회를 할 것인가를 원칙적으로 자유롭게 결정할 수 있어야 하며, 다른 법익의 보호를 위하여 정당화되지 않는 한, 집회의 자유는 집회장소를 항의의 대상으로부터 분리시키는 것을 금지한다(2000헌바67)고 판시한 바 있다. 또한 집회의 자유에 의하여 보호되는 것은 ‘평화적’ 또는 ‘비폭력적 집회이며, 집회의 자유를 빙자한 폭력행위나 불법행위 등은 헌

법적 보호범위를 벗어난 것이다(2000헌바67, 2008헌가25).

이러한 집회의 자유도 헌법 제37조 제2항을 근거로 공익을 위하여 제한될 수 있다.¹⁰⁾ 헌법이 보장하는 집회의 자유도 스스로의 한계가 있어 무제한의 자유가 아닌 상대적 기본권이므로¹¹⁾ 헌법 제37조 제2항에 의하여 법률에 의한 제한을 받는다.

질서유지 등 공공의 이익을 위하여 집회의 자유를 제한하는 대표적인 법률은 「집회 및 시위에 관한 법률」(이하 '집시법')이며, 집시법은 공공의 안녕질서 침해 등을 이유로 집회에 대한 금지통고를 할 수 있도록 하고, 집회 금지 장소를 특정하고 소음 정도를 제한하고 있으며, 위반 시 벌칙조항과 금지 집회에 대한 해산명령절차를 규정하는 등 집회의 자유를 제한하고 있다.

한편, 집회의 자유 제한 수단으로서 집회에 대한 허가는 금지된다(제21조 제2항). 헌법재판소는 헌법 제12조제2항의 '허가'란 집회에 대한 일반적인 금지가 원칙이고 예외적으로 행정권의 허가가 있을 때에만 허용하는 것으로서, 행정권이 주체가 되어 일반적인 집회금지를 특정한 경우에 사전에 심사하여 이 금지를 해제하는 것이라고 밝힌 바 있다(2000헌마43, 2005헌마506).

그리고 헌법재판소는 현행 집시법상 집회 개최시 사전에 관할 경찰서장에게 신고 하게 하는 신고제는 집회의 자유가 원칙이고 예외적인 경우에 금지하는 것으로서 집회에 대한 허가에 해당하지 않는다고 보면서, 미신고 옥외집회 주최자를 형사처벌하는 규정으로 신고제가 사실상 허가제화한다고 볼 수도 없다고 하였다(2007헌바22).

따라서, 코로나 19와 같은 중대한 감염병 확산 가능성 차단은 헌법 제37조 제2항이 정한 질서유지 및 공공복리라는 공익에 해당하며 이를 위하여 필요한 범위 내에서 법률로 집회의 자유를 제한하는 것은 집회에 대한 허가제 도입에 이르지 않는 한에서는 헌법적으로는 정당화된다고 할 수 있다. 달리 말하면, 이러한 제한은 헌법상 과잉금지원칙을 준수해야 한다.

10) 헌법 제37조 제2항에 따라 국민의 기본권은 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

11) 성낙인, 헌법학, 2018, 1247면 참조.

Ⅲ. 공중보건위기(감염병 확산)시 집회의 자유 제한 관련 법령

1. 「집회 및 시위에 관한 법률」

집시법은 일반적으로 집회를 허용하면서 예외적으로 집회를 금지하거나, 장소 제한, 경찰의 금지통고 등의 방식으로 제한하고 있다. 감염병 확산 시 집회의 자유 제한 수단으로 활용될 수 있는 집시법상 수단은 다음과 같다.

가. 법정 사유에 의한 개최 자체 금지

집시법은 다음과 같은 경우 그 개최 자체를 금지하고 있다(제5조제1항). 헌법재판소의 결정에 따라 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위(제5조제1항제1호), 집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 공공의 안녕 질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한 집회 또는 시위(제5조제1항제2호)이 그것이다. 이 중, 경찰은 코로나19 감염병 관련 집회 금지의 근거를 “집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 공공의 안녕 질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한 집회”를 금지하고 있는 집시법 규정에서 찾고 있는 것으로 판단된다.

나. 집회주최자의 사전신고의무와 관할경찰서장의 금지통고제도

한편, 집시법은 관할경찰서장에 대한 집회주최자의 사전신고의무와 관할경찰서장의 금지통고제도를 규정하고 있다. 다시 말해, 옥외집회 또는 시위를 주최하려는 자는 집회 개최 720시간 전부터 48시간 전에 관할 경찰서장에게 집회 목적 일시·장소 예정인원 등을 기재한 신고서를 제출하여야 하고(제6조제1항), 집회신고서를 접수한 관할 경찰서장은 집시법상 일정한 사유에 해당하는 경우 신고서를 접수한 때부터 48시간 이내에 집회를 금지할 것을 주최자에게 통고할 수 있다(제8조).

이에 따라, 관할경찰서장은 신고된 집회·시위 중 “집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 공공의 안녕 질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한 집회 또는 시위”에 대하여 신고서를 접수한 때부터 48시간 이내에 금지를 통고할 수 있다(제8조제1항제1호, 제5조제1항제2호). 집회·시위가 집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 공공의 안녕 질서에 직접적인 위협을 초래한 경우에는 남은 기간 해당 집회·시위에 대하여 신고서 접수 후 48시간이 지난 경우에도 금지통고가 가능하다(제8조제1항 단서).

이러한 금지통고가 발해진 경우, 집회 주최자는 상급경찰관서의 장에게 이의를 신청할 수 있으며(제9조), 금지통고처분의 효력을 다투는 행정심판이나 행정소송을 제기할 수도 있다.¹²⁾

다. 집회 주최자의 질서유지의무

집시법은 집회 주최자의 질서유지의무를 규정하고 있다. 즉, 집회 주최자는 질서유지에 관하여 자신을 보좌하도록 18세 이상의 사람을 질서유지인으로 임명할 수 있고(제16조제2항), 집회 주최자는 집회의 질서를 유지할 수 없는 경우에는 그 집회의 종결을 선언하여야 한다(제16조제3항). 또한 집회 주최자는 신고 목적, 일시, 장소, 방법 등의 범위를 뚜렷이 벗어나는 행위를 하여서는 안 된다(제16조제4항제3호).

(4) 제재

미신고 집회, 금지통고 받은 집회의 주최 등은 집시법에 의거해 형사처벌의 대상이 된다. 다시 말해, 집시법 제5조에 따라 금지되는 집회, 미신고 집회, 관할경찰서장이 금지를 통고한 집회·시위를 주최한 자는 2년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금에 처해진다(제22조제2항). 그리고 집시법 제5조에 따른 금지 집회임을 알면서 집회에 참여한 자는 6개월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금·구류·과료에 처해진다(제22조제4항).¹³⁾ 다만, 집시법 제22조제4항에 따른 참여자 처벌 규정은 집시법 제5조에 따른 금지집회 참여 시 적용되고, 미신고 집회나 금지통고 받은 집회에 대한 참여에는 적용되지 않는다.

2. 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」

(1) 의의

감염병의 예방 및 확산 방지를 위하여 필요한 행정조치 등을 규정하고 있는 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」(이하 '감염병예방법')은 감염병 유행 상

12) 그리고, 실제로 있어서 금지통고가 발해진 경우라도 집회가 강행되는 경우가 있다. 이 경우, 관할경찰서장은 금지통고를 받은 집회 등에 대하여 자진해산을 요청하고 이에 따르지 않을 경우 해산명령을 할 수 있다(제20조)

13) 제22조 (벌칙) 2 제5조제1항 또는 제6조제1항을 위반하거나 제8조에 따라 금지를 통고한 집회 또는 시위를 주최한 자는 2년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다. 4 그 사실을 알면서 제5조제1항을 위반한 집회 또는 시위에 참가한 자는 6개월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 처한다.

황에서 집회·시위의 자유 제한에 대한 특칙으로 적용된다고 할 수 있다. 즉, 감염병예방법 제3조는 감염병의 예방 및 관리에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에 따른다고 규정하고 있어서, 감염병 예방법은 감염병 유행 상황에서 집회·시위의 자유 제한에 대한 특칙으로 적용되는 것이다.

(2) 동법 제49조의 집회(집합) 금지 등 조치

감염병예방법 제49조는 감염병 예방을 위하여 취해지는 교통차단, 방역지침 준수명령, 의료인력동원 등 행정조치에 대하여 규정하고 있으며 집회 금지 등 집합금지조치도 명시하고 있다.

이러한 권한과 관련하여, 감염병예방법은 원칙적으로 감염병 예방조치를 내릴 수 있는 권한을 질병관리청장, 지방자치단체장에게 부여하면서 감염병 예방 조치 중 집합금지조치는 보건복지부장관도 할 수 있다고 규정하고 있다. 질병관리청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 감염병 예방을 위하여 “홍행, 집회, 제례 또는 그 밖의 여러 사람의 집합을 제한하거나 금지” 하는 조치를 하여야 한다. 또한, 보건복지부장관도 집합금지조치를 할 수 있다(제49조 제1항제2호)¹⁴⁾

참고로, 과거 기존 감염병예방법 제49조는 감염병 예방조치 권한을 보건복지부장관 및 지방자치단체장에 두고 있었으나, 2020.8.12. 감염병예방법 개정으로 감염병 예방조치를 할 수 있는 권한을 질병관리청장과 지방자치단체장에게 부여하고, 다만, 집합금지조치에 대하여는 보건복지부장관도 권한을 가지는 것으로 개정하였으며, 개정사항은 2020.9.12.부터 효력이 발생하였다.

(3) 제재 및 불복절차

이에 따른 집합 제한 및 금지조치에 위반할 경우 300만원 이하의 벌금에 처하게 된다(제80조제7호).¹⁵⁾ 감염병예방법상 집회금지통보처분에 대하여도 일반

14) 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제49조(감염병의 예방 조치) 1 질병관리청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 감염병을 예방하기 위하여 다음 각 호에 해당하는 모든 조치를 하거나 그에 필요한 일부 조치를 하여야 하며, 보건복지부장관은 감염병을 예방하기 위하여 제2호에 해당하는 조치를 할 수 있다.

15) 제80조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 300만원 이하의 벌금에 처한다. 7. 제47조(같은 조 제3호는 제외한다) 또는 제49조제1항(같은 항 제2호의2부터 제2호의 4까지 및 제3호 중 건강진단에 관한 사항과 같은 항 제14호는 제외한다)에 따른 조치에 위반한 자.

적인 행정처분 불복절차와 마찬가지로 행정소송법에 따라 ‘처분취소소송’을 제기할 수 있다.

IV. 집회의 자유 제한 관련 해외 입법례

1. 강화된 규제의 추세

코로나19로 인한 공중보건위기 하에서의 집회의 자유 제한과 관련하여 참고할 만한 법치주의 국가로 간주할 수 있는 영국, 미국, 독일, 프랑스, 스위스 등(이하 ‘주요국’)의 예를 살펴보면 코로나 19 감염병 대응을 위해 일반적인 집회 규제보다 강화된 규제를 도입하였으며, 감염병 확산 방지 조치에 관한 별도의 법령을 두거나 기존 관련 법률을 근거로 행정명령 등을 발령하는 방식으로 대처하고 있다.

(1) 법률제개정으로 대처하는 사례

독일은 「인간 감염병의 예방 및 대응에 관한 법률」¹⁶⁾에 근거하여 일반적인 집회 관련 규제보다 더 강화된 집회 제한과 처벌이 가능하며, 영국은 「코로나 바이러스 법(Coronavirus Act 2020)」¹⁷⁾을 새로 제정하여 집회금지처분의 법적 근거를 명확히 하였고, 일본은 「신형인플루엔자 등 대책 특별조치법」¹⁷⁾을 개정하였으며, 스위스는 「인간의 전파 가능한 질병의 퇴치에 관한 연방법률」¹⁸⁾을 두면서 이 그 개정로서 대처하고 있다.

(2) 시행령 등 하위법령 형태로 대처하는 사례

시행령 등 하위법령 형태로 규율하는 사례도 다수 발견되는데, 영국은 「코로나 바이러스 제한조치 건강보호규칙 2020 제2호」¹⁹⁾를, 오스트리아는 「COVID-19

16) Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen.

17) 新型インフルエンザ等対策特別措置法.

18) Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen.

19) The Health Protection (Coronavirus. Restrictions) (No. 2) (England) Regulations 2020. . 특히 제5조[section 5 (Restrictions on gatherings)] 참조: 30 인 이상의 모임 금지(제 1 항(a)), 예외적으로, 넓은 실외에서 이루어지는 업무·자선단체·공공기구·정치집단이 주최한 집회는 주최자가 필요한 모든 방역조치를 다한 경우, 교육, 보육, 운동경기 및 훈련, 소송업무, 응급상황의 경우는 가능(제 3항(a).(b).(c)).

전이의 퇴치를 위하여 취하여진 조치의 적절한 완화에 관한 연방 사회·건강·후견 소비자보호부 시행령」²⁰⁾을, 스위스는 「코로나바이러스 퇴치를 위한 조치에 관한 시행령 2」²¹⁾를 각 발령하고 있다.

(3) 주에 권한 부여 형태로 대처하는 사례

한편, 연방제 국가로서 주에 집회 관련 규제 권한을 부여하는 체계를 취하고 있을 경우 주별로 코로나19 관련 집회 제한·금지 조치가 내려지고 있다. 예컨대 독일은 각 주마다 코로나19 대응 관련 시행령을 제정하여 집회의 제한·금지 및 위반 시 과태료 부과 등을 규정하고 있으며, 미국도 각 주에서 개별적으로 행정명령을 발령하여 집회금지를 포함한 집합제한 조치를 내리고 위반시 형사처벌을 부과하고 있다.

2. 집회 제한 방식

집회 제한 방식을 살펴보면, 집회 규모를 한정하거나 조건을 부여하여 제한하는 방식과 집회를 전면금지하는 방식을 다양하게 채택하고 있다.

(1) 집합금지 차원에서 집회를 전면금지하는 사례

집합금지 차원에서 집회를 전면금지하는 사례로서, 미국 캘리포니아 주²²⁾, 뉴욕 주²³⁾는 일시적으로 집회를 포함한 모든 모임을 금지하는 내용의 행정명령을 발령한 바 있다.

(2) 집회의 규모를 제한하는 사례

집회의 규모를 제한하는 사례로서 독일 여러 주에서 집회 참여인원을 제한하고 있으며, 브란덴부르크 주는 150명, 메클렌부르크-포에폼메른, 니더작센, 쉐레스비히-홀스타인 주는 500명, 라인란트-팔츠 주는 350명으로 집회 참여인원의 상한을 정하고 있다. 영국의 경우 30인 이상 회합을 금지하면서 예외적으

20) Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der die COVID-19-Einreiseverordnung.

21) Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen. (Epidemiengesetz, EpG). 특히 제40조 참조.

22) <https://covid19.ca.gov/img/Executive-Order-N-33-20.pdf> (최종접속일 2020.12.30.)

23) <https://www.governor.ny.gov/news/governor-cuomo-signs-new-york-%20state-pause-executive-order> (최종접속일 2020.12.30.)

로 주최자가 방역조치를 다 한 경우 일정한 목적의 집회는 30인 이상 규모도 허용하고 있다.

(3) 집회의 방식을 제한하거나 조건을 부여하여 제한적으로 허용하는 방식
 집회의 방식을 제한하거나 조건을 부여하여 제한적으로 허용하는 방식으로
 는 독일 바덴-뷔르템베르크, 바이에른, 노르트라인-베스트팔렌, 라인란트-팔츠,
 쉘레스비히-홀스타인 주는 집회 참가자 간 1.5m 거리 유지 조건을 의무화하거
 나 행정청이 거리유지 조건을 부가할 수 있도록 하고 있다. 독일 함부르크 주
 는 거리두기 등 위생규정을 준수하고 행정청이 요구한 보호조치를 강구할 것
 을 의무화하고 있으며, 작센-안할트 주는 행정청은 전염병 보호를 위한 조건
 을 부과할 수 있다. 스위스는 30명 이하의 집회만을 허용하면서 집회 개최시
 보건관청이 정한 위생 및 사회적 거리두기를 할 것을²⁴⁾ 요구하고 있다.

3. 전문기관의 의견 청취 절차

집회 허가 또는 조건 부과 시 보건담당기관의 의견을 듣도록 하는 절차를
 두고 있는 사례도 발견된다.²⁵⁾

V. 최근 8·15 집회 및 개천절 집회 등 관련 현황

1. 도심 집회 금지 관련 서울특별시 고시 발령

서울시는 감염병예방법 제49조제1항제2호²⁶⁾에 따라 서울 도심 내 집회를 제

24) Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen. (Epidemiengesetz, EpG). 특히 제40조 참조.

25) 독일 작센-안할트 주는 10명 이상 참가자가 신고된 집회에 대하여 관할 행정기관이 보건 담당기관의 참가 하에 금지, 제한, 전염병보호를 위한 조건을 부과할 수 있다고 규정하고 있음. 「작센-안할트의 코로나 바이러스 전이의 조치 및 방지에 관한 시행령 7」(Siebte Verordnung über Maßnahmen und Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in Sachsen-Anhalt) 제2조 제5항 제2문 참조.

26) 감염병예방법 제49조(감염병의 예방 조치) ① 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 감염병을 예방하기 위하여 다음 각 호에 해당하는 모든 조치를 하거나 그에 필요한 일부 조치를 하여야 한다. <개정 2015. 7. 6., 2015. 12. 29.>

2. 흥행, 집회, 제례 또는 그 밖의 여러 사람의 집합을 제한하거나 금지하는 것

한 및 금지하는 고시를 발령하였다 [2020.2.26., 「서울시 코로나19 확산 방지를 위한 도심내 집회 제한 고시」(서울특별시고시 제2020-85호)]²⁷⁾.

집회금지 대상장소를 특정하는 내용으로서, 집회금지 대상장소는 1) 서울역 광장에서 서울광장, 청계광장, 광화문광장, 효자동삼거리로 이어지는 광장, 도로 및 주변 인도, 2) 신문로 및 주변 인도, 3) 종로1가 도로 및 주변 인도, 4) 광화문광장에서 국무총리공관까지의 도로 및 주변 인도, 5) 기타 서울시 홈페이지를 통해 공지하는 인근 장소이다. 경찰은 위와 같이 서울시에서 집회금지 장소로 고시한 구역 내 집회신고에 대하여 “집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 공공의 안녕 질서에 직접 적인 위협을 끼칠 것이 명백한 집회 또는 시위”에 해당한다고 보아 집시법 제8조제1항제1호, 제5조제1항제2호에 근거하여 2020년 12월 현재까지 금지통고하고 있다.

2. 8·15 집회 개최 현황

8·15 집회 이후 코로나19 확산이 가속화된 상황에서, 2020.8.21. 서울시는 「서울시 코로나 19 확산 방지를 위한 서울 전역 집회 제한 연장 고시(서울특별시고시 제2020-359호)를 발령하였다.²⁸⁾ 이 고시의 내용은 서울특별시 전지역에서 개최되는 10인 이상의 집회(집시법 제6조에 따른 신고대상인 옥외집회·시위)를 금지하는 내용이다. 그리고, 당초 서울특별시고시 제2020-353호로 정한 2020.8.21.부터 8.30.까지의 집회 금지기간을 9.13. 24시까지 연장하였다.

2020.8.13.에 서울특별시장은 8월 15일 광화문 일대에서 개최하고자 하는 내용으로 관할경찰서장에게 신고된 여러 건의 집회에 대하여 감염병예방법 제49조에 따라 집회금지통보를 하였다. 대규모 인파가 밀집하는 집회특성상 방역수칙 준수가 어렵고, 여러 단체에서 주최예정인 당일 집회에 전국에서 모이는 참여자가 상당할 것으로 예상되어 확진 자 발생 시 코로나 19 감염이 전국적 규모로 지역간 확산되는 결과를 초래할 수 있다는 점을 근거로 집회금지를 통보한 것이다.

그 후 2020.8.14.에 서울행정법원은 서울특별시장의 집회금지처분 중 3건에 대하여 효력정지결정을 내렸다. 8·15 광화문 집회 관련 서울시의 집회금지통

27) <https://news.seoul.go.kr/welfare/archives/514359> (최종접속일 2020.12.30.)

28) <https://news.seoul.go.kr/welfare/archives/522153> (최종접속일 2020.12.30.)

보처분 대상 중 10건의 집회주최자들이 집회금지통고처분의 효력정지를 구하는 신청을 제기하였고, 이 중 3건에 대하여 효력정지결정을 내린 것이다. 법원은 감염병예방법에 따라 집회의 자유를 제한하는 경우에도 감염병 확산 우려가 합리적 근거에 의하여 객관적으로 분명하게 예상될 때 필요한 최소한의 범위 내에서 이루어져야 한다고 보면서, 집회의 장소 방법 인원수 방역수칙 등을 지시 하여 제한적으로 집회를 허용하는 것이 아니라 집회 개최 자체를 원천 금지하는 처분은 집회의 자유의 과도한 제한이 될 수 있다고 하였다.

서울시는 집회신고한 인원과 실제 참여인원의 차이 가능성, 소규모 단시간 집회의 동시다발적 진행 시 집회의 대규모화 가능성, 신체적 밀착을 수반하는 집회의 현실적 특성상 집회금지령이 감염병 전파예방을 위한 유일한 수단이라고 주장하였다. 그러나, 법원은 집회의 인원·방법·시간 등을 제한하는 조건을 붙여 집회를 허용하는 방안이 가능한 점, 해당 집회주최자들이 과거 개최한 집회에서 자체적 방역대책을 시행한 점, 코로나19 확산 방지와 관련하여 실내 활동이나 영업활동의 전면 금지가 도입되지 않은 상황에서 옥외집회의 전면금지가 아닌 대안적 해결책 모색 이 가능한 점, 8월 초 서울 도심에서 개최된 집회로 인하여 코로나19가 확산되었다는 근거는 없는 점 등을 들어 집회금지처분 효력정지신청을 인용하였다.

이상을 살펴볼 때 알 수 있는 바는, 서울시는 8월 13일 집회금지처분을 하였고, 이에 대하여 행정법원은 효력정지결정이 8월 14일 이루어졌으며 8월 15일 집회가 개최되었다는 것이다. 집회금지처분의 타당성에 대한 충실한 심사를 기대하기에는 매우 촉박한 시한이라고 평가할 수 있다. 이것은 현행 집시법 제 8조제1항은 관할경찰서장은 신고서를 접수한 때부터 48시간 이내에 집회금지통고를 할 수 있도록 규정하고 있으나, ‘감염병예방법’상 집회제한 금지처분은 처분시한이 명시되어 있지 않기 때문이다.

8·15 광화문 집회 현황을 살펴보면, 32개 단체가 8월 15일 서울 도심 집회를 신고하여 집회가 개최되었다. 8월 15일 광화문 일대 집회·시위의 경우 합법적 집회와 불법적 집회가 혼재하여 진행되었다.

3. 개천절 집회 관련 현황

수 개의 보수단체들이 주도하였던, 2020년 광복절에 이어 개천절에 일어난 집회가 있었다. 처음에는 대규모 집회로 계획되었지만, 정부와 경찰의 방어조치로 인해 드라이브 스루 집회나 1인 시위 등으로 소규모, 산발적으로 진행되었다. 중앙재난안전대책본부 측에 따르면, 9월 11일 기준으로 291건의 서울 시내 집회 신고가 경찰에 접수되었으며, 78건의 10인 이상 또는 금지 구역 내 집회에 대해 금지 명령을 내리고 나머지에는 집회 자체를 설득하고 있다고 밝혔다. 서울지방경찰청은 9월 14일까지 접수된 개천절 집회신고 101건과 한글날 집회신고 15건을 모두 반려했다고 밝혔다.²⁹⁾ 이 후, 앞서 본 바와 같이, 서울특별시는 10인 이상 집회 금지 행정명령의 유효기간을 10월 11일까지 연장하게 된다.

9월 29일 서울특별시는 개천절 도심 집회를 원천차단하고 차량집회도 금지하겠다고 발표하였다. 그리고 9월 29일, 서울행정법원은 8.15 비대위가 서울중로경찰서를 상대로 낸 집회금지 처분 집행정지 신청을 기각했다. 이로써 8.15 비대위는 개천절에 집회가 금지된다.³⁰⁾

10월 1일 서울행정법원 행정6부(이성용 부장판사)는 그 이전 날에 제기된 ‘새로운 한국을 위한 국민운동’(새한국) 측의 신청을 받아들여 경찰의 옥외집회 금지 처분에 대해 집행정지를 결정하였다.³¹⁾ 그러면서 9가지 조건을 제시하였고, 대신 이를 지키지 않는 경우는 경찰이 즉시 해산명령을 내릴 수 있도록 하였다. 9가지 조건은 아래와 같다.

- 사전에 집회 참가자 목록을 경찰에 제출해야 한다. 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.

29) <http://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=5003708> (최종접속일 2020.12.30.)

30) <https://n.news.naver.com/mnews/article/003/0010103907?sid=102> (최종접속일 2020.12.30.)

31) <https://www.yna.co.kr/view/AKR20201001021900004> (최종접속일 2020.12.30.)

- 집회 전후 대면 모임 또는 접촉 금지, 집회 도중에 접촉하는 행위 역시 금지된다.
- 차량 당 탑승 인원은 운전자 1인으로 제한되며, 차량 행진은 집합 허용 인원에 준하여 제한된다. 즉, 집결 인원에는 운전자만이 포함될 수 있으며, 총 운전자 수는 집회 허용 인원을 초과할 수 없다.(개천절 집회 당시 집회 허용 인원은 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 집합 허용 인원을 초과한 경우 경찰은 이를 제재할 수 있으며, 집회는 사유 해소 시까지 중단된다. 집회 중단 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)

10월 3일 개천절에 정부는 90여곳의 검문소를 세워 도심 진입 차량을 점검하고 보행도 통제하였다. 또한 경찰버스 다수가 동원되어 청계천광장과 광화문광장을 차단하였다. 다시 말해, 두 광장을 차벽으로 폐쇄한 것이다.³²⁾

4. 11월 14일 전국노동자대회

11월 14일에도 전국노동자대회 등 다수의 집회와 관련해 논란이 발생하였다. 서울 지방경찰청에 따르면 이날에만 여의도 전국노동자대회·전국민중대회 등 전국민주노동조합총연맹(민주노총) 중심의 집회 31건(61개 장소)과 보수단체들의 집회 47건(85개 장소)이 신고됐다. 각각 99명을 넘지 않는 사전집회 이후에는 오후 3시쯤부터 여의도공원 1문과 12문 사이에서 99명 규모의 민중대회 본대회를 열고, 본대회 후 오후 4시부터는 여의도 민주당·국민의힘 당사 인근 5개 구역에서 각각 99명이 모인 집회가 1시간가량 이어질 계획이었다.³³⁾

32) 이 때, 광장 근처의 종각역, 시청역, 광화문역, 경복궁역을 일시 폐쇄하였으며 지하철은 통과, 버스는 우회 운행했음. 또한 차단된 도심지역을 통과하는 차량들은 검문하였다.

33) <https://www.chosun.com/politics/2020/11/14/UPU2SQUITTVAVRKUBBNSCDZE6AA/> (최종 접속일 2020.12.30.)

신종 코로나바이러스 감염증(코로나19) 확진자가 200명을 육박하는 상황에서 정부·여당과 서울시가 한 목소리로 ‘대규모 인파가 모이는 집회 특성상 방역수칙 준수가 어려우며 감염 위험이 매우 높다고 판단한다’며 자제를 촉구한 바 있지만,³⁴⁾ 민주노총은 노동자들의 생존권 보호를 위해 집회를 강행할 수밖에 없다는 입장이었다.

결국, 이와 같이 민주노총 중심의 전국노동자대회 등이 지난 11월 14일 99명 참가인원으로 서울 시내 곳곳에서 열리게 되었고, 개천절 집회 직전에는 집회 직전 정부 대응으로서, 경찰버스 500여대를 동원한 차벽과 1만여개의 바리케이드가 있었지만, 이번 민주노총 집회 직전엔 차벽이나 바리케이드가 없었다. 이를 두고 일각에서 방역당국의 ‘이중잣대’라는 비판이 나오게 되었다. 이 가운데, 중앙사고수습본부 관계자는 이 집회 상황은 광복절·개천절 집회 당시와 단순 비교는 어렵다고 밝혔으나,³⁵⁾ 그 잣대의 일관성과 형평성에 대해서는 여전히 비판적 의견이 제시되고 있다.

5. 서울시의 ‘집회금지구역’ 설정

앞서본 바와 같이 서울시는 2020.2.26. 「서울시 코로나19 확산 방지를 위한 도심내 집회 제한 고시」(서울특별시고시 제2020-85호)를 발령하였다.³⁶⁾ 서울시는 10월초에 이어서, 11월 27일 현재 기준으로 ‘사회적 거리두기’ 2단계 하에서, 10인 이상 집회에 대한 집합금지명령을 내린 상태이다. 10인 미만의 집회라 해도 지방자치단체가 설정한 집회 금지구역에서는 열 수 없다. 구체적 지역은, 10월초 기준으로는 서울에서는 중구·노원구 전 지역과 종로구·서대문구·영등포구·강남구·강서구·동작구 일부 지역이 금지구역이다.³⁷⁾ 그 후 11월 27일 현재 기준으로는 서울 도심내에서는 집회를 전면 금지하고 있다.³⁸⁾

34) <https://www.donga.com/news/Society/article/all/20201113/103945410/1> (최종접속일 2020.12.30.)

35) 윤태호 중앙사고수습본부 방역총괄반장은 11월 16일 MBC 라디오 ‘김종배의 시선집중’에 출연해 “이중잣대라기보다 코로나19에 대해 점점 더 알아가면서 ‘완전히 종식시키기 거의 불가능한 바이러스다’라는 것을 점차 알게 됐다”고 밝혔다. 이어 “사회적 거리두기 조정을 해서 일상과 방역이 조화를 이루고 지속가능한 방역체계로 전환하겠다고 10월에 발표했던 것”이라며 “그래서 대응의 원칙이나 방식 자체가 달라지는 부분이기 때문에 8월 집회와 11월 집회를 단순히 비교하긴 어려울 것 같다”고 하였다. <https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2020111608082783115> (최종접속일 2020.12.30.)

36) 서울시 홈페이지 참조. <https://news.seoul.go.kr/welfare/archives/514359> (최종접속일 2020.12.30.)

37) 세계일보 참조. <https://www.sedaily.com/NewsView/1Z91G3Q0ZL> (최종접속일 2020.12.30.)

VI. 헌법의 규범조화적 해석에 입각한 제도 개선 방향

1. 제도상 문제의 종합적 검토

공중보건위기 하에서의 헌법상 집회의 자유에 관련된 현행법인 집시법 및 감염병예방법에 의거한 처분 및 그 불복제도 등을 종합적으로 검토할 때 제도상 문제는 다음과 같다고 할 수 있다.

가. 원리·추상적 문제

원리·추상적으로는, 첫째, 당해 감염병으로 인한 공중보건위기의 본질을 명확히 인식하는 것이 필요하다. 이 위기는 그 병의 호흡기 감염성 및 신유형적 변종성으로 인해 생명, 건강 뿐만 아니라 이전의 자유, 집회의 자유, 직업의 자유 등 매우 광범위한 기본권에 대한 제약을 초래하는 위기이며, 불확실성과 긴급성을 내포한다. 그리고 이 위기는 일상적인 보건 행정으로 대처 가능한 상황은 물론 아니지만 그렇다고 내란이나 외환에 동일시할 수 있는 국가안보적 위기 상황도 아닌, 예외적 재난 상황속 국민의 건강이라는 공공복리를 위협하는 특정한 수준과 특수한 성격의 위기라고 할 수 있다.

다음으로, 집회의 자유와 방역의 균형이 필요하다. 헌법 제21조에 의해 보장되는 집회의 자유도 물론 우리 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있으나, 동 조항에서 명시하고 있듯이 “국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 때에만 법률로써 제한할 수 있다”. 이 헌법상 조항들을 근거로 보면, 집회가 대규모로 실시될 수 있는 시공간에서의 집회를 집시법이나 감염병예방법 등에 근거한 행정명령과 같은 방법으로 제한하려는 것은 ‘방역’ 조치 중 하나로서, 코로나19 대유행이라는 예외적 재난 상황하에 국민의 건강이라는 공공복리를 위한 조치라 평가할 수 있다.

그러나 코로나19와 같은 특수한 상황이 있다고 해서 과도하고 일괄적인 자유 억압을 그대로 정당화할 수 있다고 보기는 어렵다. 이것은 물론 특별한 상황이라고 할 수 있지만, ‘예외적 상황에서 집회를 아예 금지할 수 있다’는 식의 결정이 용이해진다면, 이것이 선례가 되어 장래에도 정부가 비슷한 상황에서 비슷한 이유로 얼마든지 집회를 막게 될 수도 있다. 뿐만 아니라, 그 정부가

38) https://news.seoul.go.kr/welfare/archives/524847?tr_code=sweb (최종접속일 2020.12.30.)

다른 국민의 자유들도 억압하는 조치를 ‘예외적 상황’을 근거로 밀며 정당화할 수도 있다. 즉 앞서 본 바와 같이 ‘예외상황’을 상시적 통치술로 활용할 위험이 존재하는 것이다(아감벤).

다른 사회활동과 집회 사이의 형평성의 문제도 있다. ‘사회적 거리 두기’ 하에서는 많은 사회활동이 ‘전면 금지’가 아닌, 비대면 진행 등 대체 방법들이 권고되고 있는데, 집회를 대체 방법의 언급 없이 금지해버리는 행정명령은 형평적 문제 소지를 분명 내포한다. 앞서 본 바와 같이 서울시에서 발한, ‘광복절 도시 집회’를 금지하는 내용의 행정명령의 집행을 정지시킨 행정법원의 결론은 이러한 맥락에 놓여있다고 판단된다. 다시 말해, 집회의 자유와 방역 사이에는 균형이 있어야 한다.

나. 구체적 문제점

이는 구체적으로는 집회제한·금지처분 및 불복에서의 여러 문제들로 드러나고 있다. 먼저, 불복절차에서 해당 법원(판사)이 갖는 과중한 판단 부담 문제가 존재한다. 앞서 ‘광복절 집회’ 사례를 예컨대 살펴보면, 서울시는 8월 13일 집회금지처분을 하였고, 이에 대하여 행정법원은 효력정지결정이 8월 14일 이루어졌으며 8월 15일 집회가 개최되었다. 집회금지처분의 타당성에 대한 충실한 심사를 기대하기에는 매우 촉박한 시한이라고 평가할 수 있다. 이것은 현행 집시법 제8조제1항은 관할경찰서장은 신고서를 접수한 때부터 48시간 이내에 집회금지통고를 할 수 있도록 규정하고 있으나, ‘감염병예방법’상 집회제한 금지처분은 처분시한이 명시되어 있지 않기 때문이다.

둘째, 행정청의 감염병예방조치 결정시 처분의 (과학적) 정당성의 문제가 있다. 감염병예방법상 집회 제한 또는 금지의 법적 기준을 보다 명확히 제시함으로써 집회금지처분의 정당성을 높일 여지가 있다. 감염병예방법 제49조 제1항은 각종 감염병 예방조치를 열거하면서, 질병관리청장 및 지방자치단체장은 감염병을 예방하기 위하여 전부 또는 일부 조치를 하여야 한다고 규정하고 있을 뿐 감염병예방조치의 발령 기준을 법령상 명시하고 있지는 않다. 한편 해외 사례 중 예컨대 독일 각 주의 감염병 관련 집회 규제 법령에서 상세한 제한 방식을 규정하고 있는 것과 비교해볼 수 있다.³⁹⁾

39) 예컨대 바덴-뷔르템베르크, 바이에른, 노르트라인-베스트팔렌, 라인란트-팔츠, 쉬레스비히-홀슈타인 주는 집회 참가자 간 1.5m 거리 유지 조건을 의무화하거나 행정청이 거리유지

셋째, 서울시의 집회금지구역 설정 관련 특수 문제가 있다. 앞서본 바와 같이 서울시는 2020.2.26. 「서울시 코로나19 확산 방지를 위한 도심내 집회 제한 고시」(서울특별시고시 제2020-85호)를 발령하였다.⁴⁰⁾ 서울시는 10월초에 이어서, 11월 27일 현재 기준으로 ‘사회적 거리두기’ 2단계 하에서, 10인 이상 집회에 대한 집합금지명령을 내린 상태이다. 10인 미만의 집회라 해도 지방자치단체가 설정한 집회 금지구역에서는 아예 개최할 수가 없다. 이와 관련하여, ‘아외’가 ‘실내’보다 더 안전할 수 있음에도 불구하고, 금지구역에서는 아예 집회를 할 수가 없는데 사회적 거리두기 제2단계라도 실내에서는 수십명의 회합도 가능한 상황이어서 형평성의 문제가 제기된다. 또한, 애초에 왜 그 구역만 선택되었는지에 대한 과학적 근거도 확실치가 않다. 이러한 모든 점을 고려할 때 결국 그러한 제한이 헌법상 과잉금지원칙을 충족하고 있는지에 대한 의심이 발생할 수 있다.

마지막으로, 집회참여자 사이에서도 행위불법의 경중의 차이가 존재한다는 점이 있다. 주최자의 경우 행위불법이 다를 수 있고, 그리고 단순참여자라도 일단 금지된 집회 참여자의 경우 자신의 참여로 인해 감염병 확산 가능성이 높다는 사실을 알면서 금지집회에 참여한 경우는 그 행위불법이 다르다는 문제가 있다. 현행의 감염병예방방법의 제재조치는 이를 구분하지 않는다. 집합 제한 및 금지조치에 위반할 경우 300만원 이하의 벌금에 처하게 된다고만 규정하고 있다(제80조제7호).⁴¹⁾ 단, 이와 같이 행위불법을 나누더라도 이것을 형벌로 다스릴지 과태료 등으로 충분할지에 대해서는 또 다른 논의가 필요하다고 판단된다. 형벌의 보충성, ‘집회의 자유’라는 중요 기본권 보장의 헌법적 요청 및 감염병 상황의 성질을 고려한 구체적 타당성을 함께 고려한 입법자의 판단이 필요하다.

2. 제도적 개선 방안

조건을 부가할 수 있도록 하고 있다.

40) 서울시 홈페이지 참조. <https://news.seoul.go.kr/welfare/archives/514359> (최종접속일 2020.12.30.)

41) 제80조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 300만원 이하의 벌금에 처한다. 7. 제47조(같은 조 제3호는 제외한다) 또는 제49조제1항(같은 항 제2호의2부터 제2호의 4까지 및 제3호 중 건강진단에 관한 사항과 같은 항 제14호는 제외한다)에 따른 조치에 위반한 자.

앞서 본 문제점들을 위한 해결방안으로서 다음과 같은 사항들에 주목해볼 수 있다.

가. 법원 판단시 여건적 한계를 완화하여 충실·면밀한 검토 보장

(1) 세 가지 한계 고려 필요

무엇보다도 앞서 본 바와 같이 불복절차에서 해당 법원(판사)이 갖는 과중한 판단 부담 문제가 존재한다. 그것은 아래에서 보는 바와 같이 주로 세 가지의 흠결 내지 한계 때문이다.

① 시간적 한계 : 예컨대 앞서 본 8.15 집회 사례에서 서울시는 8월 13일 집회금지처분을 하였고, 이에 대하여 행정법원의 효력정지결정이 8월 14일 이루어졌으며 8월 15일 집회가 개최되었다.

② 전문지식적 한계 : 전문가의 판단 등이 필요한 형량요소가 존재하는데, 이것을 독자적으로 제한된 시간내 법원(판사)가 파악하도록 하는 것은 과중한 기대이다.

③ 법원의 통일적 기준 부족 : 해당 법원(판사)의 재량이 지나치게 크다고 볼 수 있고 이는 오히려 그 법원(판사)에게 과중한 부담이 되지 않을 수 없다. 대강의 기준이 존재할 경우 이러한 부담은 감경될 수 있다.

이러한 세 가지의 한계는 이것은 법원의 판단에 큰 부담으로 작용하며 법원의 오판을 초래할 수도 있다. 그리고 일반적인 사법부의 판단이 어떤 사태가 벌어진 뒤 시간적 여유를 두고 그 평가를 하는 사후적인 방법을 취하는 것과 달리, 감염병예방법에 근거한 집회제한·금지처분의 불복절차에서의 사법부의 판단은 형식적으로는 이미 내려진 ‘금지처분’에 대한 것이지만, 실질적으로는 앞으로 일어날 사태를 금지할지 허용할지를 ‘사전적’으로 결정짓게 된다는 특징을 갖고 있다. 또한 이러한 사법부의 판단이 사실적으로 어떤 결과를 낳았는가라는 점(예컨대, 그 집회 후 그 집회에 의해서 ‘확진자’가 몇 명 증가했는지 여부 등)이 곧바로 역학추적 등을 통해 대중적으로도 공개되고 평가받게 되고, 때로는 강력한 여론적 공격에 직면할 수도 있음을 유의할 필요가 있다. 따라서 감염병예방법에 근거한 집회제한·금지처분의 불복절차에서의 사법부의 판단과정에서는 무엇보다도 당사자 뿐만 아니라 가능하다면 국민일반도 결과에 수긍할 수 있는 검토 방식이 필요할 수 있으며, 이는 국 위의 세 한계에도 불구

하고 사법부가 면밀하고 충실한 판단을 할 수 있도록 제도를 개선하는 것이 아닐 수 없다. 아래에서 그 구체적 방안을 살펴본다.

(2) 기한의 확보와 시점의 명시

감염병예방법에 근거한 집회제한·금지처분의 시기는 앞서 본 바와 같이 감염병예방법에 규정되어 있지 않다. 다시 말해, 현행 집시법 제8조제1항은 관할 경찰서장은 신고서를 접수한 때부터 48시간 이내에 집회금지통고를 할 수 있도록 규정하고 있으나, ‘감염병예방법’상 집회제한·금지처분은 처분시한이 명시되어 있지 않다.

향후 감염병예방 관련 집회제한·금지처분의 기한을 명시하고, 집회신고시점을 앞당겨 일반국민의 예측가능성을 보장하고 충실한 사법적 판단을 위한 기간을 확보할 수 있다. 특히, 감염병예방법에 근거한 집회제한·금지처분의 시기를 집회신고시점으로부터 일정 기간 내로 명시한다면, 일반국민 입장에서는 예측가능성을 보장하고 불복절차 진행 시 법원은 충실한 사법적 판단을 위한 기간을 확보할 수 있기 때문에, 보다 충실하고 면밀한 검토를 할 수 있게 될 것이다.

(3) 법원의 조건 제시 등의 예외적 허용

법원이 처분의 일부 변경이나 조건부 허용 결정을 내릴 수 있는 방법이 있을 것인지가 문제된다. 법원의 집회·통고금지처분 판단의 성질과 관련하여, 처분청의 재량처분인 집회·통고금지처분의 효력을 판단하는 법원은 원칙적으로, 본안판단에서는 효력의 유지 또는 정지만을 결정할 수 있을 뿐 처분의 일부 변경이나 조건부 허용 결정을 내릴 수가 없다. 재량처분에 대하여 법원은 재량권 일탈, 남용 여부만을 판단할 수 있을 뿐이지 재량권의 범위 내에서 어느 정도가 적정한지를 판단할 수는 없기 때문이다⁴²⁾.

다만, 앞서 본 이른바 ‘개천절 집회’ 사례와 관련하여 10월 1일 서울행정법원 행정6부의 집행정지결정은 9가지 조건을 명시하였는데, 금지처분취소소송 등이 제기된 경우 그 본안판단 전 집행정지신청을 인용하는 결정에서 이와 같은 조건을 부여하는 방식이 감염병 상황 하에서의 집회의 자유를 최대한 보장하는, ‘기본권’과 ‘방역’ 사이의 균형을 추구하는 규범조화적 해석의 조치로서 앞으로도 주목받을 가치가 있다고 판단된다.⁴³⁾

42) 대법원 2009.6.23. 선고 2007두18062 판결.

43) 다만, 그러한 조건을 부여하는 데 과학적 사실적 정당성을 강화하기 위해서는 뒤에서 살

(4) 재정합의제도 활용

실무적으로는, 집회 제한 또는 금지의 취소소송 등에서 기존의 ‘재정합의제도’를 활용하는 방안도 고려 가능할 것으로 판단된다. ‘재정합의제도’란 단독 판사에게 배당된 사건을 법률이 정한 요건에 따라 직권으로 합의부로 옮겨 사건을 처리하는 제도다(법원조직법 제32조 제1항 제1호).

이 제도는 판사 개인에 대한 사회적 관심을 분산하고, 법원 내에서 더 통일된 기준을 추구하면서도 숙고할 수 있는 방안이 될 수 있다. 실제로 2010년경 사회·정치적으로 민감한 사건(특히 소위 시국사건)에서 형사단독 판결이 문제되었을 때 해결방안 중 하나로써 제안된 바 있던 방안이기도 하다. 이 때, 그 외의 해결방안으로는 형사단독판사의 경력 요건 강화도 제안되었던 바도 있었다.

앞서 본 바와 같은 서울특별시장의 집회금지처분 중 3건에 대한 (이른바 ‘광복절 집회’ 사례에서) 8월 14일 서울행정법원 행정11부의 효력정지결정은 합의부의 결정이고, 이른바 ‘개천절 집회’ 사례에서) 9가지 조건을 제시한 10월 1일 서울행정법원 행정6부의 결정도 단독이 아닌 합의부의 결정인 점은 현재 행정법원이 합의제를 활용하면서 대응하고 있음을 보여준다. 아울러 합의부 각 판사의 경력 요건을 강화하는 것도 방안이 될 수 있다.

다만, 이러한 합의제 운영이나 판사의 경력 요건 강화로도 그 자체로는 과학적 전문성을 확보하지는 못한다. 그 방안에 관하여 아래에서 보는 바와 같은, ‘양형위원회’ 등을 참고하여 전문가위원회 등을 구성하여 일응의 기준을 마련하는 방법 등을 추가로 고려해볼 수 있다.

(5) 위원회 설치 및 활용

양형기준을 정하는 ‘양형위원회’가 있듯이(법적 근거는 법원조직법 제81조의 2), 법원의 판단에 대해서도 전문가가 포함된 위원회가 설치되고, 감염병예방법에 근거하여 중요한 기본권을 제한하는 공권력 작용 및 규제들(대표적으로 집회제한·금지처분 등)에 대한 불복절차에서 법원이 가져야 할 대강의 합리적인 기준을 미리 도출하고 제시할 수 있을 것이다. 이러한 기준을 마련하는 위원회에는 물론 ‘양형위원회’를 참고하여 그와 같은 또는 그 보다 더 많은 비율의 일정 인원의 과학적 ‘전문가’의 참여가 바람직할 것이다.

퍼블 법원 산하의 ‘전문가위원회’ 등 추가적인 제도 보완이 필요할 수 있다.

(6) 사건별 판단시 ‘전문적’ 의견을 획득할 수 있는 제도의 필요성

행정청에서는 이러한 감염병 관련 ‘전문적’ 의견의 획득 통로가 그나마 존재하지만(보건복지부 및 그 산하 기관에 존재), 법원에는 그렇지 않아 사건마다 해당 판사(그것도 보통 단독판사)가 전문가의 전문적 의견이 필요한 형량의 요소까지 모두 스스로 추정하고 판단해야 하는 책임이 부과되는 불합리가 존재한다. 이러한 불합리를 성찰하고 개선할 필요가 있다.

이는 아래에서 살펴보듯이 첫째, 집회 제한 또는 금지 처분의 발령시에도 행정청은 그 처분의 (과학적·전문적) 이유를 구체적으로 제시할 법령상 의무를 지고 있지 않다. 둘째, 집회 제한 또는 금지에 대한 불복절차(취소소송)에서도 지자체 등 행정청은 그 처분의 (과학적·전문적) 이유를 법원에 구체적으로 제시할 실질적 유인(incentive)이 높지 않다는 두 가지 문제가 있기 때문이다. 따라서 발령시든 불복절차에서든 행정청이 이러한 이유 제시를 자세히 할 것으로 막연히 기대하는 것은 현실적이지 않다.

따라서 법원이, 행정청과 별도로, 독자적으로 감염병예방법에 근거하여 중요한 기본권을 제한하는 공권력 작용 및 규제들에 대한 불복절차에서 여러 요소를 형량시 ‘전문적’ 의견을 획득할 수 있는 제도의 필요성이 있다고 하겠다.⁴⁴⁾ 나아가 ‘질병관리기관’이 전문기관적 관점에서 명시적으로 우려의견을 제출한 경우로서 행정청이 법원이 집행정지결정에 ‘즉시항고’한 경우에는 그 결정의 집행을 정지하도록 하는 방안도 고려할 수 있다.⁴⁵⁾ 이것은 앞서 (5)에서 본 전문가위원회의 일률적 기준이 이미 있다고 하더라도 상호보완적으로 활용될 수 있다.

나. 행정청 처분의 정당성 제고 방안

그리고 애초에 당해 행정청 처분의 정당성 제고를 하는 방안이 고려되어야

44) 이와 관련해서는 2020년 12월 현재 국회에서 발의된 동법 개정안이 복수로 존재하고 있다. 예컨대, 이원욱의원 대표발의 「행정소송법 일부개정법률안」(2103166)은 감염병 예방조치와 관련한 집행정지 사건의 경우 법원이 질병 관리 기관의 의견을 의무적으로 청취하도록 하는 내용이다. 또한 이수진의원 대표발의 「행정소송법 일부개정법률안」(2103564)은 감염병 예방조치와 관련된 집행정지 사건에서 법원이 질병관리청장의 의견을 의무적으로 하도록 하고 있다.

45) 이와 관련해, 앞서 본 이수진의원 대표발의 「행정소송법 일부개정법률안」(2103564)은 질병관리청장이 우려의견을 제출한 경우로서 행정청이 법원이 집행정지결정에 즉시항고한 경우에는 그 결정의 집행을 정지하도록 하는 내용을 담고 있다.

할 필요성이 크다. 이 방안으로는 아래와 같은 세 가지가 유용할 것으로 판단된다.

(1) 집회 제한 또는 금지의 법적 기준을 법령상으로 제시하는 방안

먼저, 감염병예방조치를 결정시 처분의 정당성을 더 높일 수 있도록 법개정을 고려할 수 있다. 다시 말해 감염병예방법상 집회 제한 또는 금지의 법적 기준을 법령상으로 제시함으로써 이에 따른 집회금지처분의 정당성을 높이는 방안을 고려할 수 있다. 감염병예방법상 감염병예방조치 채택 여부 수준에 대한 법령상 기준을 제시함으로써 행정청 재량행사의 입법적 기준을 마련하고 재량이 해당 기준을 준수하여 행사된 경우 적법한 것으로 간주되는 효과를 기대할 수 있다. 보건행정에 대한 전문적 판단의 필요성, 보다 유연하고 신속한 대처의 필요성을 고려하면 법률에 위임근거를 두고 시행령에 별표 등 방식으로 단계별 조치를 구체화하는 방안도 가능하다.

(2) 감염병예방조치를 결정할 때 전문가의 의견을 원칙상 필요적으로 청취

또한 지방자치단체장이 집회금지처분을 포함하여 감염병예방조치를 결정할 때 전문가의 의견을 원칙적으로 ‘필요적으로’ 듣도록 하는 방안을 고려할 수가 있다.⁴⁶⁾ 감염병예방 조치 발령 시 보건의료전문가 의견청취 또는 자문을 거치도록 할 경우 처분에 대한 신뢰를 강화할 수 있으며, 재량행사가 객관적·과학적 증거에 근거하도록 하여 처분의 정당성을 높일 수 있다. 또한 뒤에서 볼바와 같이, 취소소송 등 불복절차가 진행되더라도 지자체에서 그 사실을 법원에 구체적으로 제시할 수 있어 그 취소 등의 가능성을 낮출 수 있다.

(3) 취소소송 등 불복절차에서 구체적 이유 제시

애초에, 지자체에서 집회 제한 또는 금지시 그 처분의 이유를 구체적으로 제시하는 것이 필요하다. 취소소송 등 불복절차(관련 가처분 절차를 포함하여)가 진행되더라도 지자체에서 이 이유를 법원에 구체적으로 제시하는 것이 법원의 공정한 판단의 전제가 아닐 수 없다. 다만 이것은 현실적으로 지자체에서 자발적으로 준비할 것으로 기대하기 어려울 수 있다.

따라서, 이 문제는 지자체에서 애초에 위 처분시 이유를 과학적 근거가 포함되어 제시되도록 국회가 법률개정등을 통해 강제할 필요가 있다고 판단된다.

46) 즉, 감염병예방법 제49조 제1항 등에 이와 같은 점을 추가로 규정할 수 있다.

법률에 위임근거를 두고 시행령에 별표 등 방식으로 단계별로 강도가 다른 처분이유제시의 요청을 두는 방법도 고려할 수 있겠다.

(4) 서울시의 집회금지구역 설정 관련 특수 문제의 해결

앞서 본 바와 같이 서울시의 집회금지구역 설정 관련한 특수 문제가 있다. 이것은 시간적, 지역적으로 집회 금지를 일괄적 형태로 설정하고 있기 때문이다.

앞서본 바와 같이 서울시는 2020.2.26. 「서울시 코로나19 확산 방지를 위한 도심내 집회 제한 고시」(서울특별시고시 제2020-85호)를 발령하였다.⁴⁷⁾ 서울시는 10월초에 이어서, 11월 27일 현재 기준으로 ‘사회적 거리두기’ 2단계 하에서, 10인 이상 집회에 대한 집합금지명령을 내린 상태이다. 10인 미만의 집회라 해도 지방자치단체가 설정한 집회 금지구역에서는 아예 개최할 수가 없다. 이와 관련하여, ‘야외’가 ‘실내’보다 더 안전할 수 있음에도 불구하고, 금지구역에서는 아예 집회를 할 수가 없는데 사회적 거리두기 제2단계라도 실내에서는 수십명의 회합도 가능한 상황이어서 형평성의 문제가 제기된다. 또한, 애초에 왜 그 구역만 선택되었는지에 대한 과학적 근거도 확실치가 않다.

이러한 모든 점을 고려할 때 결국 그러한 제한이 헌법상 과잉금지원칙을 충족하고 있는지에 대한 의심이 발생할 수 있다. 시간적, 지역적으로 집회 금지를 일괄적 형태로 설정하는 것은⁴⁸⁾ 헌법상 과잉금지원칙(제37조 제2항) 등에 비추어 엄격히 검토되어야 한다. 해당 조치가 과잉금지원칙을 엄격히 충족시키지 못할 경우, 그 조치의 일부 또는 전부의 해제가 될 필요가 있다.

다. 행위불법의 차이를 고려한 법개정?

감염병예방방법상 제한·금지된 집회의 주최자에 대하여는 그 행위불법의 차이를 고려하여 단순 참여자에 비하여 더 가중된 처벌을 부과할 수 있다는 입

47) 서울시 홈페이지 참조. <https://news.seoul.go.kr/welfare/archives/514359> (최종접속일 2020.12.30.)

48) 이와 관련해, 현재 국회에 계류중인 법안이 있다. 이원욱의원 대표발의 「집회 및 시위에 관한 법률 일부개정법률안」(2103167)은 감염병예방방법에 따른 집합제한·금지가 내려진 지역이거나 「재난 및 안전관리 기본법」상 재난사태가 선포된 지역 내에서의 집회 또는 시위를 금지하는 내용을 담고 있다. 다시 말해, 현행 집시법 제5조 제1항은 “헌법재판소의 결정에 따라 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위” “집단적인 폭행, 협박, 손괴 방화 등으로 공공의 안녕 질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한 집회”를 금지하고 있는데 집회 시위의 금지 대상에 위와 같은 집회를 추가하는 것인데, 이는 위의 본문에서 본 이유로, 그리고 “재난사태가 선포된 지역 내에서의 집회 또는 시위”라는 것이 매우 광범위하게 적용될 수 있다는 우려가 있어, 헌법상 과잉금지원칙(제37조 제2항) 등에 비추어 엄격히 따져볼 때 위헌의 소지가 존재한다고 판단된다.

론도 가능하다.

현행 감염병예방법은 집합금지조치 위반 시 300만 원 이하의 벌금을 부과하고 있으며, 이는 집회의 주최자와 단순 참여자의 구분 없이 적용되고 있다. 감염병예방이라는 중요한 공익적 목적을 고려하여 집시법상의 처벌수준인 2년 이하 징역 또는 200만원 이하 벌금보다는 강화할 수 있을 것이다. 나아가, 조건을 붙여 제한적으로 집회를 허용한 경우 조건을 위반하였거나 제한범위를 넘어선 집회 주최자에 대하여도 동일한 제재가 적용될 수 있을 것으로 판단된다.

감염병예방법상 금지 집회 참여자의 경우 자신의 참여로 인해 감염병 확산 가능성이 높다는 사실을 알면서 금지집회에 참여한 경우에는 가중처벌하는 방안도 고려할 수 있다. 먼저 감염병예방법 상 격리대상자가 집회 등 다수인의 회합에 참여한 경우에는 가중처벌하는 방안을 고려할 수 있다. 그리고, 금지집회임을 알면서 참가한 자는 6개월 이하의 징역 또는 50만원 이하 벌금·구류·과료에 처하는 집시법 규정을 참고하여⁴⁹⁾ 처벌수준을 정할 수 있을 것이다.

다만, 현재 국회에 제기되어 있는 감염병예방법 관련 개정안들 중에 ‘집회’ 내지 ‘집합’에 대한 처벌 강화 관련 개정안들이 많은데, 이러한 개정안들이 헌법상 과잉금지원칙이라는 기준에서 볼 때, 또는 실효성이라는 견지에서나 형사정책적 관점에서 볼 때 과연 모두 정당화될 수 있는 것인지에 대해서는 의문이 있다. 따라서 벌금이나 징역 등 형사적 처벌 일변도로 제재방식을 정하기보다는, 과태료 부과 등의 비형사적 제재를 더 활용하는 방법도 고려해볼 필요가 있다. 또한 실제 감염병 발생시 유책행위자에 대한 ‘구상권’ 청구는 현재에도 활용하고 있는 방안이다.

VII. 나가며

코로나19로 인한 미증유의 공중보건위기 속에서, 그에 대응하는 법제가 완비되어 있지 않은 것이 확인되고 있다. 이러한 법제 개선에 있어서는 ‘방역’과 ‘기본권’이라는 두 요청 사이의 균형이 필요하다. 전자가 일방적이고 무조건적으로 강조된다면, 자칫 상시적인 ‘국가의 확대’ 및 “예외상태의 상례화”의 위험

49) 또한 해외의 입법례로는, 예컨대 미국 메릴랜드 주에서 행정명령으로 10인이상의 회합을 금지하면서 의도적으로 이를 위반한 경우 1년 이하의 징역 또는 5,000 달러 벌금을 부과하거나 이를 병과할 수 있도록 한 것을 참고할 수 있다.

성이 있다. 그와 반대로 후자만 강조될 경우 사람과 사람 사이의 빠른 확산이라는 감염병의 특징으로 말미암아 국민 일반의 ‘건강권’과 ‘생명’에 대한 위험이 크게 증가할 수도 있다. 그리고 이 문제의 중심에는 ‘집회의 자유’ 문제가 놓여있다.

이는 구체적으로는 집회제한·금지처분 및 불복에서의 여러 문제들로 드러나는 바, 그 해결방법으로 첫째, 법원의 충실하고 면밀한 검토를 보장토록 해야 한다. (감염병예방 관련) 집회제한·금지처분의 불복절차에서 해당 법원(판사)이 갖는 과중한 판단 부담이 존재하며, 그것은 시간적 한계, 전문지식적 한계, 법원내 통일적 기준 준비 부족의 한계 때문이다. 해당 제한·금지처분의 기한을 명시하고, 집회신고시점을 앞당기는 제도 개선을 통해, 국민의 예측가능성을 보장하고 충실한 사법적 판단 기간 확보를 할 수 있다. 또한 실무적으로는 해당 집회제한·금지처분의 불복소송에서 기존의 ‘재정합의제도’(법원조직법 제32조 제1항 제1호)를 적극 활용하도록 할 것이 권장되며, 나아가 양형기준을 정하는 ‘양형위원회’(법원조직법 제81조의2)와 같이 해당 집회제한·금지처분에 관한 법원의 판단에 대해서도 전문가 포함 위원회가 합리적 기준을 미리 대강이나마 마련토록 하는 제도가 필요하다.

둘째, 행정청 처분의 정당성 제고가 필요하다. 감염병예방법상 집회 제한 또는 금지의 법적 기준을 법령상으로 제시함으로써 이에 따른 집회금지처분의 정당성을 높이는 방안을 고려할 수 있다. 법률에 위임근거를 두면서 시행령에 별표 등 방식으로써 단계별로 강도가 다른 처분이유제시의 요청을 규정하는 방법도 고려할 수 있다. 또한, 행정청은 불복소송 등에서 그 구체적 이유를 제시할 유인이 실제에서는 낮기 때문에 결국 이것은 법원의 판단에 큰 부담으로 작용하며 법원의 오판을 초래할 수도 있다. 최소한 이러한 집회제한·금지처분의 경우라도 취소소송 등 불복절차에서 행정청이 구체적 이유를 제시하도록 국회가 법률개정등을 통해 강제할 필요가 존재한다고 판단된다.

셋째, 시간적, 지역적으로 집회 금지를 일괄적 형태로 설정하는 것은 헌법상 과잉금지원칙(제37조 제2항) 등에 비추어 엄격히 검토되어야 한다. 해당 조치가 과잉금지원칙을 엄격히 충족시키지 못할 경우, 그 조치의 일부 또는 전부의 해제가 되어야 한다.

이번 감염병 대유행과 같이 가까운 과거에 경험하지 못했던 성질의 위험에 대한 공권력 작용은 학습적 발전(learning process)과 반성적 평형(reflective equilibrium)의 과정을 거쳐야 할 수 밖에 없다. 우리의 경우에 있어서 긍정적인 것은, 감염병예방법과 행정당국의 조치가 사회적 요청에 반응하여 여러 차례 수

정되고 있다는 것이다. 다만, 통상적 경우처럼 행정처분의 변화, 판례 발전 등 반성적 평형의 결과를 마냥 시간을 두고 기다리기만 하는 것도 현 상황의 위중함 및 상황 종료 시점의 불확실성을 고려할 때 적절치 않을 것이다. 기관 및 전문가 협조 하에 보다 합리적인 재량 행사의 기준 등 선제적이고 입법적인 조치 노력이 긴요히 요청된다. 그리고, 이러한 노력 와중에서도, 특정한 “예외상태”가 상례화되어 ‘통치술로서의 예외상태’로 안착하기 십상이라는 역사적 경고를 감안할 때, 헌법국가에서의 국민의 자유 및 기본권에 대한 근본적 감수성의 보존은 가장 처음 그리고 가장 깊이 고려되어야 할 점이 아닐 수 없다.

환언하면, 이 과정 속에는 강한 국가의 힘 뿐만 아니라 강한 사회의 힘이 작용하는 균형을 창출하고 유지하는 것이 중요하다. 이 힘의 균형 하에 국가는 사회의 요구를 수용하고 반성적 고려를 통한 제도 개선을 지속하게 되며, 공중보건위기 하에서의 집회 제한 관련 법제의 학습적·동태적인 발전은 ‘방역’과 ‘기본권’이라는 두 요청 사이의 실제적 조화를 추구하는 방향성을 잃지 않게 될 것이다.

[참고문헌]

- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2020.
- 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2013.
- 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2018.
- 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2016.
- 전현욱/한민경/장영민, 집회 및 시위의 권리 보장과 공공질서의 조화를 위한 형사 정책 연구, 한국형사정책연구원, 2016.
- 한수웅, 헌법학, 법문사, 2020.
- 허영, 한국헌법론, 박영사, 2017.
- 홍성방, 헌법학(中), 박영사, 2015.
- 김해원, 집회의 자유에 대한 헌법재판소의 판단 - 헌법재판소 판례에 대한 비판적 분석을 중심으로 -, 헌법재판연구 제4권 제1호, 2017.
- 박선영, “헌법 제21조”, 헌법주석 [I], 박영사((사)한국헌법학회 편), 2013
- 한국법제연구원, 감염병 예방 및 대응체계에 관한 법제개선방안 연구, 한국법제연구원(2018. 10).
- 박중욱, '코로나19'로 인한 종교활동 제한에 대한 독일 연방헌법재판소의 합헌성 심사, 법률신문, 2020-04-20.
- 이세주, 집회의 자유 보장과 제한에 대한 헌법적 검토, 법학연구, 연세대학교, 제28권 제3호.
- 이육한, 집회의 자유의 헌법적 기능과 보호범위에 관한 연구, 강원법학 제38권, 2013.
- 홍기태, 집회의 자유와 제한, 법률신문, 2020-10-15.
- 국회입법조사처, “코로나19(COVID-19)” 대응 종합보고서, 국회입법조사처(2020. 4).
- Klafki, A., Risiko und Recht: Risiken und Katastrophen im Spannungsfeld von Effektivität, demokratischer Legitimation und rechtsstaatlichen Grundsätzen am Beispiel von Pandemien. Vol. 29. Mohr Siebeck, 2017.
- Di Fabio, U., Gefahr, Vorsorge, Risiko: Die Gefahrenabwehr unter dem Einfluss des Vorsorgeprinzips, in: Jura 1996, 566
- Isensee J., Abwehrrecht und Schutzpflicht. § 191 in ders./P. Kirchhof (Hg.), HdBdStR 9 (S.525 이하)

- Lepsius, Oliver: Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie, VerfBlog, 2020/4/06, <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/>, DOI: <https://doi.org/10.17176/20200406-131152-0>.
- Hałub-Kowalczyk, O., Redefining the Right to Privacy in the Age of the COVID-19 Pandemic, Int'l J. Const. L. Blog, Apr. 2, 2020, at: <http://www.iconnectblog.com/2020/04/redefining-the-right-to-privacy-in-the-age-of-the-covid-19-pandemic>
- Klafki, Anika; Kießling, Andrea: Fighting COVID 19 - Legal Powers and Risks: Germany, VerfBlog, 2020/3/20, <https://verfassungsblog.de/fighting-covid-19-legal-powers-and-risks-germany/>, DOI: <https://doi.org/10.17176/20200321-003123-0>.
- Ginsburg, Tom, and Mila Versteeg. "Binding the Unbound Executive: Checks and Balances in Times of Pandemic." Available at SSRN 3608974 (2020).
- Sachs, M., Verfassungsrecht II- Grundrechte, 3. Auflage, Springer, 2017.
- Deppenheuer, O., "Art. 8", in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Band II, C.H.BECK, 2013.

[Abstract]

Freedom of assembly during 'Covid-19' public health crisis

Seokmin LEE*

In the midst of unprecedented public health crisis following COVID-19, a clear absence of part of our legal system to respond to the crisis has been revealed. In order to improve the relevant legal system, a fair and balanced implementation of two demands- 'quarantine' and 'constitutional rights'- is essential. If the former is emphasized unilaterally and unconditionally, the risks of constant "expansion of the state power" and "perpetuating state of exceptions" are inevitable. And, the issue of "freedom of assembly" lies at the heart of whole discussion. Specifically, it has revealed itself as a problem in various situations, such as prohibitions against assemblies, restrictions and the appeal to the courts regarding assembly. This paper suggests several possible solutions as below. First, the court should be guaranteed for its faithful and thorough review of circumstances. In the need of protection against infectious diseases, simultaneously, there is a heavy burden of judgment the court (judge) carries during the proceedings upon the request of suspension of execution against prohibitions and restrictions of assemblies. It is possible to ensure the predictability of the people and secure a faithful judicial judgment period by specifying the deadline for such restrictions and prohibitions. Second, legal standards for restricting or prohibiting assembly as a reason for preventing infectious diseases can be provided in the 'Infectious Disease Control and Prevention Act'. Third, a temporal but general prohibition of assembly at certain local area must be reviewed with strict scrutiny in the light of the constitutional principle of proportionality (Article 37, Paragraph 2).

Keywords : Public Health, Freedom of Assembly, Covid-19, the Infectious Disease Control and Prevention Act, Assembly and Demonstration Act

* Visiting Professor(Inha Univ.)/Adjunct Professor(Kookmin Univ.), Ph.D. in Law.