

감염병 팬데믹에서의 ‘리스크’ 개념과 방역조치에 대한 비례성 심사의 구체화 -집합제한조치에 대한 국내외 판결을 중심으로-

유 기 훈*

I. 서론

II. 감염병 팬데믹에서의 자유제한과 ‘리스크’ 개념

1. ‘해악’에서 ‘리스크’로
2. ‘타인에 대한 리스크’에서 ‘인구집단에 대한 리스크’로
가. 감염재생산지수와 ‘인구집단에 대한 리스크’
나. 방역조치 미준수 시의 ‘인구집단에 대한 리스크’

III. 감염병 팬데믹에서의 방역조치에 대한 비례성 심사기준

1. 감염병 팬데믹 방역조치에 대한 비례성 심사기준의 부재
2. 감염병 팬데믹 방역조치에 대한 비례성 심사기준의 구체화
가. 수단적 적합성 심사: 공익에 대한 수단의 인과적 기여
나. 피해의 최소화성 심사: ‘개입방식’과 ‘규율의 대상의 범위’
다. 법익의 균형성 심사: ‘허용가능한 리스크’와 ‘리스크의 변화’

IV. 집합제한조치에 대한 비례성 심사의 구체화

1. 집합제한조치의 특수성과 비례성 심사기준
가. 집합제한조치에 대한 ‘수단의 적합성’ 심사
나. 집합제한조치에 대한 ‘피해의 최소화성’ 심사
다. 집합제한조치에 대한 ‘법익의 균형성’ 심사
2. 집합제한조치의 정당성과 관련한 판례 검토
가. 집합제한조치에 대한 국내 집행정지 결정례 검토
나. 집합제한조치에 대한 해외 판례 검토

V. 결론

* 논문접수: 2022. 9. 16. * 심사개시: 2022. 9. 16. * 게재확정: 2022. 9. 30.

* 서울대학교병원 정신건강의학과, 법학석사

* 본 논문은 필자의 법학 석사학위 논문의 일부, 특히 제2장, 제3장, 제4장 제4절을 요약 및 수정·보완한 것임을 밝힌다.

I. 서론

2020년 초, 전 세계로 퍼져나가기 시작한 코로나19 바이러스는 인류의 삶과 문화, 사회 제도를 총체적으로 변화시켰다. 감염병의 광범위한 전파로 인하여 수많은 사람이 감염으로 고통받고 생명을 잃었으며, 따라서 중대한 공중보건 위기 속 ‘감염병 대응’이 국가의 중심 과제로 떠올랐다.

감염병 팬데믹에 대한 방역 대책이 국가의 안보와도 직결되는 상황 속에서, ‘공중보건 수호’라는 이름으로 개인의 자유에 대한 국가의 다양한 개입 조치가 이루어졌다. ‘감염병 예방’을 근거로 개인에게 격리·치료·검사 및 집합제한과 같은 여러 방역조치 준수 의무가 부과되었으며, 공공장소에 출입하거나 집회를 개최하는 등의 개인의 일상적 자유에도 다양한 제한이 부과되었다.

그러나 ‘공중보건 위기’를 근거로 일상적인 상황 속에서는 정당화되기 어려운 국가의 자유제한적 개입이 허용되면서, 팬데믹과 같은 공중보건 위기 속 ‘공익의 압도’ 상황에서도 기본적 권리의 보장은 위기 대응의 핵심에 있어야 한다는 지적이 이어졌다. 감염병 팬데믹 상황을 근거로 국가의 과도한 기본권 제한이 무분별하게 허용되어서는 안 되며, 기본권 제한의 정당성 검토는 공중보건 위기의 상황 속에서도 반드시 이루어져야만 한다는 것이다. 따라서 국가의 개인에 대한 자유제한의 허용가능한 한계를 어떻게 설정할 것인가 하는 문제가 감염병 팬데믹 상황에서의 주요한 문제로 떠오르게 된다.

그러나 ‘감염병 팬데믹’이라는 현상이 지니는 난해한 특성으로 인하여, 감염된 개인으로 인해 초래되는 ‘공익의 훼손’은 비례성 심사와 같은 법적 평가의 분석 대상이 되지 못하는 경우가 많았다. 감염(의심)자가 타인을 감염시키고, 감염시킨 타인을 통한 감염의 연쇄로 인구집단으로 감염이 퍼져나가는 현상은 오직 ‘확률적’으로만 예측되는데, 그러한 ‘확률적 불확실성’의 결과로 초래되는 ‘감염병 리스크(risk)’를 어떻게 법적 분석의 대상으로 다룰지가 문제가 되었던 것이다.

이러한 이론적 분석틀이 부재한 상황 속에서 감염병 팬데믹하의 감염(의심)

자의 리스크가 법적 차원에서 구체적이고 엄밀하게 분석되지 못함에 따라, 감염병 팬데믹하의 기본권 제한 조치에 대한 비례성 심사 또한 ‘공익 보호의 중대성’과 ‘개인의 기본권 제한’이라는 추상적 차원의 비교에 그치는 경우가 많았다. 그리고 그 결과, 감염병 팬데믹하의 기본권 제한 조치에 대한 비례성 심사는 그 구체적 논증 없이 손쉽게 ‘공익 보호의 중대성’의 손을 들어주는 경우가 많았으며, 이로 인해 기본적 권리가 제대로 보호받지 못하게 되는 결과가 초래되었다.

따라서 본 논문은 ① 감염병 팬데믹이라는 공중보건 위기 상황에서의 ‘리스크’를 어떻게 구체화하고 분석의 대상으로 개념화할 수 있는지를 선행연구를 기초로 하여 이론적으로 검토하고(2장), ② 구체화된 ‘리스크’ 개념을 바탕으로 감염병 팬데믹 상황에서의 기본권 제한 조치에 대한 비례성 심사의 세부 심사기준을 확립하여 감염병 팬데믹하 방역조치의 정당성을 보다 엄밀히 판단할 수 있는 이론적 자원을 개발하며(3장), ③ 집합금지조치와 관련 국내외 판례를 검토하는 것(4장)을 그 목표로 하였다.

II. 감염병 팬데믹에서의 자유제한과 ‘리스크’ 개념

“국민 건강에 위해(危害)가 되는 감염병의 발생과 유행을 방지하고, 그 예방 및 관리를 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 국민 건강의 증진 및 유지에 이바지함을 목적”으로 한다는 감염병예방법의 목적에서 볼 수 있듯이,¹⁾ 공중보건법제(public health law)에서는 ‘인구집단의 건강’이라는 압도적 공익에 대한 ‘해악(harm)’을 방지하여야 한다는 필요성에 의거하여 개인의 자유에 대한 다양한 자유제한을 부과하여 왔다.

그러나 코로나19 팬데믹과 같은 공중보건 위기 상황에서는 이러한 ‘해악’ 개념을 어떻게 법적으로 다룰 수 있을지가 새로운 쟁점으로 떠오른다. 감염자로

1) 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」(법률 제18507호, 2021.10.19 일부개정, 2022.4.20. 시행. 이하 ‘감염병예방법’으로 칭함) 제1조 (강조 필자).

부터 타인에게 병원체가 전파되는 것은 오직 ‘확률적’으로 일어나기 때문이다. 예를 들어, 코로나19 확진자가 격리조치를 따르지 않고 외부로 나가 일상생활을 유지한다고 할 때, 그 사람이 몇 명의 타인에게 코로나19 바이러스를 전파시켜서 얼마만큼의 해악을 발생시킬 것인지는 오직 확률적으로만 예측될 수 있을 뿐이다.

그렇다면 감염병 팬데믹 상황을 설명하기 위해, “임박하고 확실하게 발생하는”²⁾ 것이 전제되었던 ‘고전적 해악’ 개념을 어떻게 수정하여야 할까? 본 장에서는 리스크를 둘러싼 법철학에서의 선행연구와 감염병 역학(infectious disease epidemiology)에서의 개념을 접목하여 감염병 팬데믹에서의 ‘리스크’ 개념을 이론화하고, 법적으로 분석할 수 있는 개념으로 구체화하는 것을 목표로 하였다.³⁾

1. ‘해악’에서 ‘리스크’로

일찍이 미국의 법철학자 Joel Feinberg는 고전적 해악 개념으로는 설명되지

2) Feinberg, J., *The Moral Limits of the Criminal Law: Volume 1: Harm to Others*, Oxford University Press, 1987, 190면.

3) 이러한 관점을 제기한 주요한 선행연구로는 유기훈·김도균·김옥주, “코로나 19 공중보건 위기 상황에서의 자유권 제한에 대한 ‘해악의 원리’의 적용과 확장-2020년 3월 개정 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」을 중심으로”, *의료법학*(제21권 2호), 2020, 110-129면을 참조. 유기훈·김도균·김옥주의 선행연구에 따르면, Mill의 ‘고전적 해악의 원리’는 감염병 팬데믹 상황을 분석하기 위한 충분한 이론적 자원을 제공하지 않는다. 첫째로, 감염병에 걸린 개인은 ‘타인을 전염시켜 해악을 발생시키고 동시에 ‘자신’의 건강 또한 해치게 된다는 특수성을 갖는다. 즉, 다른 사람에게 해악을 가하는 것뿐만 아니라, 감염으로 인해 ‘자신’에 대한 해악(harm to self)’을 초래하게 되기에 고전적 해악의 원리로는 설명의 한계가 발생한다는 것이다(112-115면). 둘째로, 감염병은 Mill이 제시한 것처럼 명확하고 임박한 해악이 아닌, 일정 확률로 해악을 발생시킬 ‘리스크’만을 담지할 뿐이다. 즉, 감염병에 걸렸더라도 타인을 감염시키지 않을 수 있기에 감염자는 타인에 대해 ‘확률적 해악’을 부과할 뿐이며, 따라서 고전적 해악의 원리로는 이러한 상황을 충분히 설명할 수 없다는 것이다(116면). 마지막으로, 감염병은 단지 타인 1명을 감염시키는 것을 넘어, 감염자가 감염시킨 타인이 다시 제3의 타인을 연쇄적으로 감염시키며 인구집단으로 퍼져나간다는 특성이 있다. 이러한 ‘인구집단에 대한 해악’이 발생하는 상황을 고전적 해악의 원리는 충분히 설명해낼 수 없다(128-129면). 본 논문의 2장 1절은 이후의 논의 전개를 위해 유기훈·김도균·김옥주의 선행연구의 두 번째 논지를 간략히 소개한 것이며, 2장 2절은 해당 선행연구의 세 번째 논지를 비판하고 새롭게 발전시킨 것으로 볼 수 있다.

않는 ‘확률적 해악’의 문제를 포착하여 ‘리스크(risk)’라고 정의하고, 리스크를 다음과 같은 방식으로 개념화하였다.⁴⁾

$$\text{리스크(risk)} = \text{해악의 중대성(gravity)} \times \text{해악의 발생확률(probability)}$$

[수식 1] 리스크의 정의

Feinberg는 확률적 해악으로서의 ‘리스크’는 일련의 “스펙트럼(spectrum)”에 놓여 있다고 지적한다.⁵⁾⁶⁾ 감염병을 예로 들면, 타인을 전염시키는 경우의 ‘타인에 대한 해악(harm to others)’이 매우 큰 경우에도 그러한 전염의 발생 확률이 매우 작게 통제된다면, ‘타인에 대한 리스크(risk to others)’ 값은 작은 값을 지니게 된다. 반대로 감염병의 전파력이 매우 높아 그 발생확률이 100%에 수렴하더라도, 감염에 의한 해악의 중대성이 매우 작다면 리스크는 마찬가지로 작은 값만을 나타내게 된다.

한편, 상기의 Feinberg의 리스크 개념에서는 ‘해악의 발생확률’을 단일한 값으로 규정하고 있으나, 공중보건 위기 상황에서의 리스크는 여러 단계의 확률적 불확실성을 경유하여 최종적 해악으로 이어지는 경우가 많다. 대표적인 사례가 ‘감염병의심자’의 사례이다.⁷⁾ 감염병의심자가 타인에게 최종적 해악을

4) Feinberg, 앞의 책, 190-192면의 논의를 유기훈·김도균·김옥주, 앞의 논문, 118면에서 수식으로 정리한 것을 필자가 국문으로 번역하여 재인용.
 5) 이때, 리스크를 ‘해악의 발생확률’만이 아닌, ‘해악의 발생확률’과 ‘해악의 중대성’의 곱으로 정의하기에, 고전적 해악의 개념은 이미 리스크 속에 반영된다는 점에 주의할 필요가 있다. 예를 들어, 감기는 타인 1명을 감염시킴으로써 발생시키는 해악 값이 10이고 코로나19는 100이라고 한다면, 두 경우 모두 해악 발생확률이 80%이라 하더라도,
 1) 감기의 타인 1명에 대한 리스크 = 0.8 * 10 = 8
 2) 코로나19의 타인 1명에 대한 리스크 = 0.8 * 100 = 80
 으로, 해악의 크기가 다르게 반영되어 두 감염병의 리스크 또한 다른 값을 나타내게 된다.
 6) 앞선 [수식 1]에 따라, 고전적 해악은 해악의 발생확률이 100%에 수렴하는 특수한 상황에서의 ‘리스크’에 해당한다.
 7) 2020년 3월 4일 감염병예방법 개정에서는 규율의 대상으로 상기의 “감염병의심자” 규정을 새롭게 신설하였다. 감염병예방법 제2조 제15의2호에 따르면, 감염병의심자란 ① 접촉자, ② 검역관리지역 또는 중점검역관리지역에 체류하거나 그 지역을 경유한 사람으로서 감염이 우려되는 사람, ③ 감염병병원체 등 위험요인에 노출되어 감염이 우려되는 사람’을 의미

끼치기 위해서는 첫째, 감염병의심자가 실제로 감염된 확진자여야만 하고, 둘째, 해당 타인과 밀접하게 접촉하여야만 하며, 셋째, 접촉한 타인이 하필 전염이 되어야 하고, 넷째, 상대방이 전염이 되어서도 무증상 발현이 아니어야 한다. 이처럼 여러 단계의 확률적 불확실성을 경유하여서만이 ‘최종적 해악’에 도달할 수 있기에, Feinberg가 언급한 단일 단계의 ‘해악의 발생 확률’은 여러 단계의 확률 사이의 곱으로 확장될 필요가 있다.

2. ‘타인에 대한 리스크’에서 ‘인구집단에 대한 리스크’로

해악의 원리를 감염병 팬데믹 상황에 적용하는 것의 또 하나의 난점은, 특정 개인이 타인을 감염시키게 되면 해당 타인이 다시 감염원(infection source)이 되어 제3자를 감염시킨다는 것이다. 전염된 ‘피해자’로서의 타인은 다시 ‘매개체’가 되어 감염병 해악의 확률적 연쇄를 만들어내는 것이다.

더욱이, 감염의 전파는 단선적으로 일어나지 않는다. 일반적으로 한 명의 감염병 환자가 2명의 타인에게 감염병을 전파시킨다고 할 때, 감염병 환자 A에 의해 감염된 두 명의 타인(B1, B2)은 다시 감염의 매개체가 되어 각자 두 명의 타인(C1과 C2, C3와 C4 : 총 네 명)에게 감염을 전파한다.⁸⁾ 이처럼 감염의 연쇄가 일어나는 경우 감염의 초기 전파는 지수함수적으로 발생하며, 특히 팬데믹 상황에서는 이러한 감염의 연쇄가 인구집단 전체로까지 확장될 위험이 동반된다. 즉, 감염병 팬데믹 상황에서의 리스크는 단지 ‘타인에 대한 리스크(risk to others)’를 넘어, 감염의 연쇄 증폭을 통해 ‘인구집단에 대한 리스크(risk to population)’로 확대될 가능성이 있는 것이다.

따라서 이러한 감염의 연쇄의 결과로서의 리스크를 어떻게 확장된 해악의 원리로 포섭하여 형량가능한 법적 대상으로 규율할 것인지가 쟁점으로 떠오른다. 이러한 감염의 연쇄를 단지 ‘공익에 대한 중대한 해악’ 혹은 ‘공익에 대한 중

한다.

8) 단, 이러한 추정은 인구집단 전체가 면역능이 없는 상태라는 가정에 근거하고 있다. 이후에 살펴볼 것처럼, 이때의 감염재생산지수 R_0 는 2가 된다.

대한 위험’이라는 식으로 추상적이고 모호하게 포섭할 경우, 결국 해당 리스크는 법적 형량이 불가능한 대상이 되며, 이러한 (추상적) 공익을 수호하기 위해 서라면 개인의 자유제한을 무제한적으로 허용하는 ‘만능패’로 작용할 우려가 발생한다. 즉, 감염의 연쇄를 억제함으로써 얻어지는 공공의 이익과 그 억제 과정에서 제한되는 개인의 사익 사이의 형량을 위해서는, 연쇄적 감염의 결과로 초래되는 ‘인구집단에 대한 리스크’를 명확히 개념화할 필요가 있는 것이다.

가. 감염재생산지수와 ‘인구집단에 대한 리스크’

그렇다면 “위험이 (...) [특정] 사람에게 한정되지 않고 훨씬 큰 집단군으로 확장”⁹⁾되는 상황을 어떻게 논의의 대상으로 포섭할 수 있을 것인가? 이를 위해서는 ‘감염재생산지수’의 개념을 이해하여야 한다.

앞서 감염병의 전파 예시에서 도입한 ‘한 명의 감염자가 일반적으로 전염시킬 것으로 기대되는 타인의 수’를 감염병 역학(infectious disease epidemiology)에서는 ‘감염재생산지수(Reproduction number, R)’라고 부른다.¹⁰⁾ 특히 그 중에서 인구집단 전체가 면역 형성이 안 되어있는 경우(즉, 해당 감염병에 대한 면역이 형성된 구성원이 없는 상태에서 감염이 퍼져나가는 경우)의 감염재생산지수를 R_0 (기초감염재생산지수)라 부른다.¹¹⁾ 이때, 일반적으로 감염재생산지수 R값은 다음의 세 요인으로 구성된다.¹²⁾

9) BVerfG 1 BvQ 28/20 (2020.4.10.)

10) Nelson, K. E., & Williams, C. M. ed., *Infectious Disease Epidemiology: Theory and Practice*, Jones & Bartlett Publishers, 2014, 133면.

11) 이러한 R_0 값은 감염병마다 제각기 다른 값을 지니고 있다. 감염 전파력이 굉장히 강하다고 알려진 콜레라(Cholera) 균의 경우 연구에 따른 편차를 고려하더라도 R_0 값이 최소 2.6 이상이라고 알려져 있으며, SARS의 경우 연구에 따라 상이하나 적어도 1.2 이상의 R_0 값을 가진다는 것이 알려져 있다. Nelson & Williams, 앞의 책, 134면.

그러나 R_0 가 아무리 크더라도, ① 인구 대부분에게 면역능이 형성되어 있거나, ② 감염 전파를 차단하기 위한 공중보건 조치가 적극적으로 이루어지는 경우, 실제적 R값은 그보다 작아진다는 사실에 주목할 필요가 있다. 즉, R값이 1을 넘어가는 경우 감염의 지수함수적 연쇄 증폭이 일어나므로, 공중보건 정책의 주된 목표는 여러 방역조치를 통해 감염재생산지수를 1 아래로 낮추어 감염의 확대 증폭을 통제하는 것이 된다.

12) 유명수 외, “감염재생산지수 개념 및 방역정책에 따른 변화”, 주간 건강과 질병(제14권 6호), 2021, 283면.

| |
|---|
| 감염재생산지수 (Reproduction number, R) = { 감염자와의 시간당 접촉자 수 (contact) × 감염자가 감염을 전파시키는 기간 (duration) } × 감염자와 접촉 시 감염될 확률 (probability of infection) = 감염자와의 접촉자 수 × 감염자와 접촉 시 감염될 확률 |
|---|

[수식 2] 감염재생산지수 (R)

즉, ‘한 명의 감염자가 일반적으로 전염시킬 것으로 기대되는 타인의 수’인 감염재생산지수는 ‘(1) 감염자와의 접촉자 수’와 ‘(2) 감염자와 접촉 시 감염될 확률’로 구해질 수 있는 것이다. 방역조치는 이러한 감염재생산지수를 낮추는 전략에 해당한다. 예를 들어, 격리 조치나 집합금지조치는 감염자와의 접촉자 수를 줄이는 것을 통해, 백신접종은 접촉 시의 감염 확률을 낮추는 방식으로 감염재생산지수를 감소시키게 된다.

감염재생산지수 개념을 통해, 감염 전파가 연쇄적으로 발생하여 해악이 인구집단 전체를 대상으로 발생하는 현상을 포착할 수 있다. 감염병 팬데믹 상황에서 ‘타인에 대한 해악’이 어떻게 증폭되는지를 살펴보기 위해, 우선 최초의 감염자로부터 한 단계의 감염 전파가 일어나는 상황을 생각하여 보자. 첫 번째 단계의 감염 연쇄에서는 확률적으로 R명에게 감염이 전파되므로, 앞서 타인에 대한 리스크를 해악의 발생 확률(probability)과 해악의 중대성(gravity)의 곱으로 표현하였던 [수식 1]에서의 Feinberg의 논의를 따르면 첫 번째 단계의 타인에 대한 리스크는 다음과 같이 표현된다(이때, 이하에서의 ‘해악의 중대성’은 한 사람이 감염되었을 때 해당 개인에게 평균적으로 발생하는 해악의 크기를 의미한다.).

타인에 대한 리스크의 총합 (첫 번째 감염전파단계)

- = 최초 감염자로부터 감염되는 타인의 수
 - × 해악의 중대성(gravity of harm)
- = 감염자와의 접촉자 수 × 감염자와 접촉 시 감염될 확률
 - × 해악의 중대성(gravity of harm)
- = $R \times$ 해악의 중대성(gravity of harm)

[수식 3] 감염재생산지수와 타인에 대한 리스크 총합

이어서 두 번째 감염전파단계까지 진행이 된다면, 첫 번째 단계에서 감염되었던 R명이 각자 R명에게 다시 감염을 전파시키게 된다.¹³⁾ 따라서 첫 번째 감염전파단계에서 감염된 R명에 더하여 두 번째 감염전파단계에서는 $R \times R$ 명이 새로운 감염자로 추가되며, 따라서 $R + R^2$ 명에게 감염에 의한 해악이 부과된다. 이러한 감염의 연쇄가 m번째 단계까지 진행된다면, 결국 초기 감염자의 감염 전파로 인하여 영향받는 인구집단 내 구성원의 수는 $R + R^2 + R^3 + (\dots) + R^m$ 명이 된다. 이처럼 감염재생산지수를 이용하면 인구집단 전체로 감염이 확률적으로 전파하는 것을 개념적으로 포착할 수 있고, 이러한 각 단계의 타인에 대한 리스크의 합을 통해 감염자의 ‘인구집단에 대한 리스크’를 도출할 수 있다. 이를 수식으로 나타내면 하기와 같다.

13) 이는 특별한 공중보건 조치나 사회적 상황의 변화가 없어 우선 R값이 시간에 따라 모든 사람에게 일정하게 유지된다고 가정하고 논의를 전개한 것이다. 이러한 논의 전개는 실제 상황에서는 그른 것이다. 최초의 감염자로부터 첫 번째 감염전파 단계로 R명의 사람에게 감염이 전파된 경우, 다시 매개체가 된 R명의 사람들이 제 3자에게 감염을 다시 전파할 때에는 시간이 흘러 인구집단의 면역능을 포함한 감염 환경의 변화로 R값이 동일하게 유지되지 않을 가능성이 높기 때문이다. 또한 R이 1 이상이고 m값이 매우 커지는 경우에는 $R + R^2 + R^3 + (\dots) + R^m$ 가 인구수를 넘어선 숫자를 나타낼 수 있다는 모순적 상황에 놓인다. 이는 앞의 경우와 마찬가지로, 감염된 환자수가 증가하면서 집단면역(herd immunity)이 형성되어 R값이 줄어든다는 점이 수식에서 고려되지 않은 결과이다. 그러나 본 논문에서는 정확한 감염전파의 모델링을 목적으로 하는 것이 아니라 ‘인구집단에 대한 리스크’를 개념화하는 수단으로써 감염전파 모델을 도입한 것이므로, 논의 전개의 편의를 위해 본문에서는 R이 일정하게 유지된다는 가정에 논의를 전개하였다.

| |
|--|
| <p>감염자의 인구집단에 대한 리스크</p> <p>= R × 해악의 중대성</p> <p style="padding-left: 20px;">+ R × R × 해악의 중대성</p> <p style="padding-left: 20px;">+ R × R × R × 해악의 중대성</p> <p style="padding-left: 20px;">(…)</p> <p style="padding-left: 20px;">+ R^m × 해악의 중대성</p> <p>= (R + R² + R³ + (…) + R^m) × 해악의 중대성</p> |
|--|

[수식 4] 감염자의 인구집단에 대한 리스크

즉, 감염병의 연쇄적 전파로 인해 한 명의 감염자가 인구집단에 대해 끼치는 리스크의 크기는, 한 명의 타인을 감염시킴으로 인해 해당 개인이 입는 해악의 크기인 ‘해악의 중대성’에 (R + R² + R³ + (…) + R^m)의 가중치가 부여된 값으로 추정할 수 있다.

위 수식에서 볼 수 있듯이, R값이 1 이상인 경우 감염은 급속도로 퍼져나가 인구집단에 대한 리스크를 지수함수적으로 증가시킨다. 반면 R값이 1 이하인 경우, (R + R² + R³ + (…) + R^m)의 가중치는 제한된 값만을 지니고 감염병의 연쇄는 어느 시점에 자연적으로 종료된다.¹⁴⁾

나. 방역조치 미준수 시의 ‘인구집단에 대한 리스크’

한편, 위의 논의는 어떠한 자유제한 조치도 부과되지 않거나 구성원들이 동일한 정도로 해당 조치를 준수하여 R값이 모두에게 일정하다는 가정하에 이루어졌다. 그렇다면 방역조치의 주요한 근거로 다루어지는, ‘특정한 개인이 자유제한 조치를 거부하는 경우’에 초래하는 인구집단에 대한 리스크는 어떻게 구

14) 감염병 통제를 위한 공중보건 조치가 R값을 1 이하로 유지하거나 적어도 일정 수준까지 낮추는 것에 집중하는 이유는, ‘인구집단에 대한 리스크’의 이러한 지수함수적 증가 양상으로부터 기인한다. Meehan, M. T., et al., “Modelling insights into the COVID-19 pandemic,” Paediatric respiratory reviews, 35, 2020, 66면.

체화될 수 있을까? 모두가 방역조치를 비슷한 수준으로 따르는 가운데 특정한 개인만이 이를 어기는 상황은, 다른 사람들의 감염재생산지수는 R로 일정한 가운데 방역조치 위반자의 감염재생산지수만이 R'으로 증가하는 것으로 개념화할 수 있다. 방역조치를 위반함으로써 '감염자와의 접촉자 수' 혹은 '감염자와 접촉 시 감염될 확률'이 증가하기 때문이다([수식 2] 참조). 그렇다면 해당 방역조치 위반 감염자의 인구집단에 대한 리스크는 다음과 같이 변화한다.

방역조치 미준수 감염자의 인구집단에 대한 리스크

$$\begin{aligned}
 &= R' \times \text{해악의 중대성} \\
 &\quad + R' \times R \times \text{해악의 중대성} \\
 &\quad + R' \times R \times R \times \text{해악의 중대성} \\
 &\quad (\dots) \\
 &\quad + R' \times R^{m-1} \times \text{해악의 중대성} \\
 \\
 &= R' \times (1 + R + R^2 + R^3 + (\dots) + R^{m-1}) \times \text{해악의 중대성} \\
 &= (\text{방역조치 미준수 시의}) \text{접촉자 수} \\
 &\quad \times (\text{방역조치 미준수 시의}) \text{접촉 시 감염될 확률} \\
 &\quad \times (1 + R + R^2 + R^3 + (\dots) + R^{m-1}) \\
 &\quad \times \text{해악의 중대성}
 \end{aligned}$$

* R' = (방역조치 위반으로 증가한) 접촉자 수
 × (방역조치 위반으로 증가한) 접촉 시 감염될 확률

[수식 5] 방역조치 미준수 감염자의 인구집단에 대한 리스크

위 수식의 의미를 구체적으로 이해하기 위해 다음과 같은 예를 생각하여 보자. 모든 감염자들이 국가에 의한 자유제한 조치를 준수함으로써 감염재생산지수 R이 1로 조절되어 매일 감염병 환자 발생이 비슷한 수준으로 유지되는 상황에서, 감염자 A가 홀로 자유제한 조치(자가격리 및 마스크 착용)를 어겼다고 가정하여 보자.

이때, 다음과 같은 다양한 결과가 발생할 가능성이 있다. 첫 번째 가능성으로, A가 해당 방역조치를 어김으로써 하필 타인 4명을 마주치게 되고(접촉자 수의 증가), 마주친 타인 4명에게 하필 모두 바이러스가 도달하였으며(접촉

시 감염될 확률의 증가), 그 바이러스로 인해 하필 4명 모두가 감염되는 경우가 존재할 수 있다. 이처럼 방역조치를 지키지 않음으로써 해악 발생가능성의 증가함에 따라 타인 4명을 감염시키게 되었다면 개인 A의 R'값은 4가 되며, (조치를 모두가 준수하였을 때의 R에 비해 4배의 값을 가지므로) 위 수식에 따라 인구집단에 대해 4배의 리스크를 부과하게 된다.¹⁵⁾

마지막으로, 위의 수식 전개는 모두 감염병이 확인된 감염자를 기준으로 이루어진 것이므로, 감염병예방법의 주요한 자유제한 조치의 대상인 ‘감염병의 심자’의 경우 한 단계의 추가적 불확실성이 발생한다. 즉, 감염병의심자는 위와 같은 수식을 통해 도출한 리스크에 ‘실제 감염되었을 확률’이 곱해진 값을 최종적 인구집단에 대한 리스크 값으로 갖는 것이다.

방역조치 미준수 감염병의심자의 인구집단에 대한 리스크

- = 감염병의심자가 실제 감염되었을 확률
 × 방역조치 미준수 감염자의 인구집단에 대한 리스크
- = 감염병의심자가 실제 감염되었을 확률
 × R' × (1 + R + R² + R³ + (...) + R^{m-1}) × 해악의 중대성
- = 감염병의심자가 실제 감염되었을 확률
 × (방역조치 미준수 시의) 접촉자 수
 × (방역조치 미준수 시의) 접촉 시 감염될 확률
 × (1 + R + R² + R³ + (...) + R^{m-1})
 × 해악의 중대성

[수식 6] 방역조치 미준수 감염병의심자의 인구집단에 대한 리스크

15) 그러나 여기서 문제가 되는 점은, 똑같은 가설적 상황에서 A의 방역수칙 위반은 전혀 다른 결과로도 이어질 수 있다는 점이다. 위와 같은 가능성 이외에도, A가 방역수칙을 어겼지만 인적이 드문 장소만 방문하여 감염시킬 타인을 아무도 안 마주쳤을 경우도 있을 수 있으며, 설사 마주치더라도 상대방에게 바이러스가 도달하지 않거나 상대방이 감염되지 않을 경우도 충분히 가능하다. 즉, R'값은 여러 단계의 불확실성의 연쇄를 통해 우연적으로 결정되며, 방역 수칙 미준수로 인하여 해당 감염자의 R'값이 증가할 것이라는 ‘확률적 추정’ 혹은 ‘통계적 위험성’만으로 해당 개인에게 사전예방적(precautionary)으로 자유제한을 부과하는 것이 정당화될 수 있는지가 문제로 떠오르게 된다.

즉, 감염의심자 A가 방역조치 미준수 시에 인구집단에 가하는 리스크는 ① 감염의심자가 실제 ‘감염자’일 확률에 ② 타인과 접촉하는 ‘접촉자 수’와 ‘접촉 시 감염될 확률’을 곱하고(이때, 그 곱의 결과로 해당 감염자에 의해 직접적으로 감염되는 타인의 수를 구할 수 있으며, 그 값은 R'이라 정의된다), ③ 인구집단으로 감염이 연쇄적으로 전파되어 나가는 가중치(이는 인구집단의 평균적 감염재생산지수를 R이라 할 때 $[1 + R + R^2 + R^3 + (\dots) + R^{m-1}]$ 으로 구해진다)를 곱한 뒤에 ④ 타인 1명을 감염시켰을 때에 평균적으로 발생하는 ‘해악의 중대성’을 마지막으로 곱함으로써 얻어질 수 있는 것이다.

이제까지 고전적인 ‘타인에 대한 해악’ 개념을 선행연구의 논의를 참고하여 ‘타인에 대한 리스크’로 확장시키고, 이를 다시 감염병 역학의 감염재생산지수 개념을 이용하여 ‘인구집단에 대한 리스크’로 확장하여 정의하였다. 이제 감염병 팬데믹에서의 방역조치에 대한 비례성 심사 과정에서 보다 엄밀하게 정의된 ‘인구집단에 대한 리스크’, 즉 ‘공익의 훼손’이 어떻게 형량의 대상으로 구체화될 수 있는지 살펴보고자 한다.

III. 감염병 팬데믹에서의 방역조치에 대한 비례성 심사기준

1. 감염병 팬데믹 방역조치에 대한 비례성 심사기준의 부재

코로나19 팬데믹 상황에서 자유제한 조치를 둘러싼 다양한 논의가 있었으나, 정작 감염병 리스크의 발생 속 기본권 제한 심사를 ‘구체적으로 어떻게 시행할 것인지’에 대한 논의는 거의 이루어지지 않았다. 현재 시행되고 있는 자유제한 조치가 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 주장하는 기존의 선행연구들에서는 “신체적 자유의 구속을 통한 격리 및 강제적 치료 조치만이 공중보건의 수호를 포함하여 피격리자의 생명 및 건강상의 위해 제거라는 법익의 보호를 위하여 유일한 해결방법이라는 점에서 목적의 정당성, 수단의 적합성과 침해의 최소성, 법익의 균형성이 충족된다”라거나 “얻어지는 보건안전의 공익이

결코 적지 않으므로 법익의 균형성에 위배된다고 할 수는 없다”¹⁶⁾는 등의 방식으로 기본권 제한의 법익형량을 실시하고 있으나, 앞서 언급한 것처럼 비례성 심사과정의 구체적 논증은 특별히 제시되고 있지 않아, 객관적인 비례성 심사의 방법론에 대한 연구는 부재한 상황이다.

반대로 현재 시행되고 있는 자유제한 조치에 대해 문제를 제기하고 ‘방역조치가 부당하다’고 결론 내리는 경우에도, 대부분은 감염병예방법과 그 집행이 명확성의 원칙¹⁷⁾이나 형법의 보충성 원칙,¹⁸⁾ 법률유보의 원칙¹⁹⁾ 등에 어긋

- 16) 김용민, “신종감염병 대응체계 개선을 위한 공법적 고찰 -코로나19 팬데믹 사태를 통해 개정된 감염 3법에 대한 검토를 중심으로”, 법학논총(제40권 3호), 2020, 196면; 류성진, “코로나19 방역조치와 기본권 제한 법제의 정당성 -「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」을 중심으로”, 법학연구(제29권 3호), 2021, 118면.
- 17) 감염병예방법에 명시된 “감염병의사환자”와 “감염병의심자”의 경우, 해당 조문에서의 “의심”을 어떻게 해석하는 지에 따라 그 범위가 무제한적으로 확장될 우려가 있다는 지적이 지속적으로 이루어졌다. 관련한 대표적 연구로는 강태경·유진, 코로나19 위기관리 정책의 인권·형사정책적 개선 방안 연구, 한국형사정책연구원, 2021, 118면; 감염병예방법 시행규칙 [별표 2]와 질병관리청 고시 「감염병의 진단기준」에 따라 “의사환자”의 기준을 명확히 해야한다는 지적과 관련하여서는 홍관표, “감염병예방법에 관한 인권적 측면에서의 검토”, 인권법평론(제26호), 2021, 227-230면 참조; 감염병예방법 제72조의2에서의 “감염병을 확산시키거나 위험성을 증대시킨 자”라는 규정은 명확하지 않고 “위험성”을 어떻게 정의하느냐에 따라 그 외연이 지나치게 확장될 여지가 있다는 지적으로는 박정일, “감염병의심자에 대한 격리조치와 인권”, 한국의료법학회지(제29권 2호), 2021, 119면; 주현경, “코로나19와 감시의 형사정책의 한계”, 형사정책(제32권 4호), 2021, 162면; 전상현, “감염병 시대의 방역과 기본권 보장의 쟁점”, 공법연구(제49집 2호), 2020, 348면; 강태경·유진, 앞의 보고서, 66면 및 118면 참조.
- 18) 현재의 감염병예방법상의 방역조치 위반은 과태료 등의 행정적 제재로 통제가 가능함에도 형벌을 통해 규율하고 있다는 점을 지적하며, 이는 형법의 보충성 원칙에 반하기에 감염병 예방법상의 해당 행정형벌 규정은 행정질서벌로 전환되어야 한다는 논의가 이어졌다. 관련하여서는 이정민, “코로나19 대책과 형사법적 대응”, 법학논총(제44권 3호), 2020, 53-56면; 조기영, “코로나 시대 형사정책의 과제”, 동북아법연구(제15권 2호), 2021, 252면; 강태경·유진, 앞의 보고서, 44면, 120면; 이원상, “감염병예방법에 따른 형사처벌에 대한 고찰”, 형사법연구(제33권 1호), 2021, 234-237면 참조.
- 19) 기본권을 중대하게 제한하는 방역조치의 권한을 구체적 제한의 내용과 형식에 대한 제한 없이 행정주체에게 위임하고 있다는 비판이 이루어졌다. 대표적 연구로 이노홍, “코로나 시대 기본권 제한의 새로운 쟁점과 법치주의”, 헌법학연구(제27권 4호), 2021, 89면 이하; 김철우, “‘집합금지명령’에 대한 공법상 권리구제방안”, 법학연구(제24권 3호), 2021, 221면 이하; 이재희, “집합금지명령의 법적 근거의 문제점에 대한 고찰”, 세계헌법연구(제27권 3호), 2021, 111-117면; 이기춘, “코로나-19에 따른 행정명령에 관한 시론적 소고”, 국가법연구(제17집 1호), 2021, 7면; 하대인, “감염병예방법 형벌규정의 문제점과 개선방안”, 동아법학(제91호), 2021, 465-466면; 이준서, 감염병 예방 및 대응체계에 관한 법제개선방안 연구, 한국법제연구원, 2018, 79-80면; 정문식·정호경, “코로나위기와 헌법국가 -독일에

난다는 지점을 지적하는 데에 집중되어, 구체적인 비례성 심사의 논증 방법은 제시되지 않은 경우가 많았다.

방역조치의 정당성이 문제가 된, 현재까지 누적된 국내의 행정법원 판례 및 해외의 최고법원 판례에서 또한, 피해 최소화 원칙의 주요한 논점을 제시하였던 소수의 판례를 제외하고는 비례성 심사의 구체적 논증 과정을 불충분하게 제시한 경우가 많았다. 방역조치의 정당성이 쟁점이 된 판결에서 그 구체적 논증을 제시하지 못하고 있는 상황에 대하여, 해외에서도 “[방역조치의 정당화 근거에 대하여 재판부가] 무언도 논변하지 않고 있다(has contested none of this)”는 비판이 제기되기도 하였다.²⁰⁾

이처럼 선행연구와 판례에서 코로나19 방역조치에 대한 명확한 비례성 심사 기준을 구체적으로 제시하지 못하고 있는 상황 속에서, 기본권의 중대한 제한이 이루어지는 공중보건 방역조치에 대한 엄밀한 비례성 심사기준 확립이 요구된다. 이에 본 장에서는 2장에서 살펴본 ‘리스크’를 둘러싼 이론적 논의를 과잉금지원칙에 적용하여, 감염병 팬데믹 상황에서의 자유제한 조치의 비례성 심사기준을 구체화하고자 한다.

2. 감염병 팬데믹 방역조치에 대한 비례성 심사기준의 구체화

헌법 제37조 2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안정보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 선언한다. 제37조 2항의 전단부는 ‘법률유보의 원칙’과 함께 ‘과잉금지원칙’을 실시하고 있는 것으로 이해되며, 후단 부분은 ‘본질적 내용 침해 금지 원칙’을 규정하고 있다고 받아들여지고 있다.

서의 코로나위기 대응에 대한 헌법적 논의를 중심으로”, 헌법재판연구(제7권 2호), 2020, 92면; 전상현, 앞의 논문, 351면; 류성진, 앞의 논문, 126-127면; 강태경·유진, 앞의 보고서, 117면 참조.

20) John Does 1-3, et al. v. Janet T. Mills, Governor of Maine, et al., No. 21A90. (2021.10.29.). Gorsuch 대법관 외 2인의 반대의견.

이때 ‘과잉금지원칙’은 국가가 개인의 기본권을 제한할 때에 충족하여야 하는 헌법상의 제약을 설치한 것으로, 헌법재판소는 다음과 같이 과잉금지의 원칙을 구체화하고 있다.

“과잉금지의 원칙이라는 것은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서, ① 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), ② 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), ③ 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소화), ④ 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 헌법상의 원칙이다.”²¹⁾

그렇다면 “국민 건강에 위해가 되는 감염병의 발생과 유행을 방지”하고 “국민 건강의 증진 및 유지에 이바지함을 목적”²²⁾으로 하는 감염병예방법에서의 자유제한 조치가 헌법상의 과잉금지원칙에 위배되는지 여부는 어떻게 평가할 수 있을까.

앞서 살펴보았듯이, 방역조치가 통제의 대상으로 하는 감염병 팬데믹에서의 위해(危害)는, 즉각적이고 명확하게 발생하는 ‘고전적 해악’과는 다른 특성을 지닌다. 감염병 팬데믹에서의 해악은 ① 여러 단계의 확률적 불확실성을 거쳐야만 최종적 해악에 도달하고(2장 1절), ② 예측하기 어려운 확률로 2차, 3차 감염의 연쇄를 거쳐 인구집단으로 퍼져나간다는 독특성을 지니기에(2장 2

21) 헌법재판소 1990. 9. 3. 선고 89헌가95 결정, 헌법재판소 1994. 12. 29. 선고 94헌마201 결정, 헌법재판소 1998. 5. 28. 선고 95헌바18 결정, 헌법재판소 2000. 2. 24. 선고 98헌바38 결정 등(인용문 강조 및 번호는 필자 추가).

22) 감염병예방법 제1조.

절), 단지 ‘최종적 해악이 중대할 수 있다’는 위해의 가능성만으로 개인의 자유를 과도하게 침해할 위험성이 있는 것이다.

따라서 감염병 팬데믹 상황에서 ‘인구집단에 대한 리스크 예방’의 허용가능한 외연을 책정하는 비례성 심사가 요청되며, 이를 위해 이하에서는 비례성 심사의 세부 원칙인 ① 수단의 적합성, ② 피해의 최소성, ③ 법익의 균형성을 감염병 팬데믹의 특수성을 반영하여 구체화하고자 한다.²³⁾

가. 수단의 적합성 심사: 공익에 대한 수단의 인과적 기여

수단의 적합성 심사에서는, 기본권 제한의 수단이 공익성을 갖춘 목적의 달성에 인과적으로 기여할 수 있는지를 검토한다(이하 ‘공익에 대한 수단의 인과적 기여’라 칭한다).²⁴⁾ 이때, 여타의 상황에 대한 ‘공익에 대한 수단의 인과적 기여’ 판단이 상대적으로 간단한 것과는 달리, 감염병 팬데믹에서의 ‘인구집단에 대한 해악’은 확률적 불확실성을 갖는다는 점에서 차이를 나타낸다. 즉, 공익에 대한 훼손이 단지 ‘확률적’으로 나타날 때, 공익을 보호하기 위한 자유제한 조치라는 수단이 공익의 보호에 ‘인과적으로 기여하는가’를 판단하는 것이 새로운 쟁점으로 등장하는 것이다.

이러한 ‘공익에 대한 수단의 인과적 기여’를 감염병 팬데믹 상황에서 명확히 판단하기 위해서는, 공중보건 조치를 통해 확률적 불확실성이 줄어드는 확률적 연쇄의 단계를 정확히 명시하고 그 경험적 근거를 제시할 필요가 있다. 즉, ‘리스크가 심대하다’는 것으로부터 특정 공중보건 조치가 필요하다고 주장하거나, ‘리스크가 불확실하다’는 이유로 공중보건 조치 도입을 주장하는 것은

23) 감염병 팬데믹 상황에서의 방역조치의 경우, 매우 예외적인 경우를 제외하고는 ‘공중보건 보호’라는 ‘목적의 정당성’이 확보될 수 있는 경우가 대부분이기에, 본 논문에서는 목적의 정당성 심사에 대한 구체적인 검토를 생략하였다.

24) 이때, 기본권 제한의 수단이 기본권 제한의 목적인 ‘공익’의 보호 및 증진을 “완전히 실현”시킬 수 있어야 하는 것은 아니다. 기본권 제한의 수단이 기본권 제한의 목적을 실현시키는 데에 “부분적으로 기여”하는 것이어도 된다는 것이다(정중섭, 헌법학 원론, 제12판, 박영사, 2018, 384면). 즉, 이러한 수단이 “목적달성을 위하여 유일무이한 것일 필요는 없”다(헌법재판소 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정).

불충분한 논증이라는 것이다. 예를 들어, ‘감염병 팬데믹이 심각하므로 감염의 심자에 대한 격리 부과는 적절한 수단이다’라는 식의 주장이나 ‘감염병 팬데믹 상황에서의 리스크는 불확실하므로 그 저감 여부를 논증할 수 없다’는 주장은 충분한 논증이 될 수 없다.

정확한 논증에서는 해당 자유제한 조치가 도입되기 전과 후의 리스크를 비교하고, 어떠한 단계에서 해당 조치가 효력을 발휘하는지 설명하여야 한다. 이때, 리스크가 불확실하더라도 특정 조치 전후의 리스크 사이의 ‘비교’는 논증 될 수 있다는 사실에 주목할 필요가 있다. 이를 위해 ‘인구집단에 대한 리스크’에 대한 앞서의 [수식 6]을 살펴보자. 방역조치 미부과 감염자의 인구집단에 대한 리스크는 다음과 같이 표현되었다.

$$\begin{aligned}
 & \text{방역조치 미준수 감염자의 인구집단에 대한 리스크} \\
 & = (\text{방역조치 미준수 시의}) \text{ 접촉자 수} \\
 & \quad \times (\text{방역조치 미준수 시의}) \text{ 접촉 시 감염될 확률} \\
 & \quad \times (1 + R + R^2 + R^3 + (\dots) + R^{m-1}) \\
 & \quad \times \text{해악의 중대성}
 \end{aligned}$$

이때, 감염자에 대한 특정 방역조치가 ‘공익에 대한 수단의 인과적 기여’를 만족하기 위해서는, 위의 수식 중 특정 단계의 발생 가능성을 낮춰 리스크를 감소시킨다는 것을 보여야 한다. 예를 들어, 특정 조치가 위의 수식에서의 ‘접촉자 수’에 작용하여 그 발생 가능성을 낮춘다고 가정하고 논의를 전개하여 보자. (예를 들어, 격리 조치를 통해 해당 개인이 타인을 마주칠 가능성을 낮추는 과정을 상상해볼 수 있다.) 그렇다면 해당 방역조치 전과 후의 인구집단에 대한 리스크의 차이는 다음과 같다(이때, 해당 값의 변화량을 나타내는 기호 ‘ Δ ’를 앞에 붙여 표현하였다).

$$\begin{aligned}
 &\Delta \text{ 방역조치 적용에 따른 감염자의 인구집단에 대한 리스크 감소} \\
 &= \{ (\text{방역조치 미준수 시의}) \text{ 접촉자 수} \times \text{접촉 시 감염될 확률} \\
 &\quad \times (1 + R + R^2 + R^3 + (\dots) + R^{m-1}) \times \text{해악의 중대성} \} \\
 &- \{ (\text{방역조치 준수 시의}) \text{ 접촉자 수} \times \text{접촉 시 감염될 확률} \\
 &\quad \times (1 + R + R^2 + R^3 + (\dots) + R^{m-1}) \times \text{해악의 중대성} \} \\
 &= \{ (\text{방역조치 미준수 시의}) \text{ 접촉자 수} - (\text{방역조치 준수 시의}) \text{ 접촉자 수} \} \\
 &\quad \times \text{접촉 시 감염될 확률} \\
 &\quad \times (1 + R + R^2 + R^3 + (\dots) + R^{m-1}) \times \text{해악의 중대성} \\
 &= \Delta \text{ 접촉자 수} \\
 &\quad \times \text{접촉 시 감염될 확률} \\
 &\quad \times (1 + R + R^2 + R^3 + (\dots) + R^{m-1}) \times \text{해악의 중대성}
 \end{aligned}$$

[수식 7] 방역조치 적용 여부에 따른 감염자의 인구집단에 대한 리스크 감소

이때, 비록 ‘인구집단에 대한 리스크’ 자체는 여러 단계의 불확실한 단계를 거쳐 해악으로 이어지게 되어 확정적이지 않은 값을 나타내지만, 적어도 {접촉 시 감염될 확률 $\times (1 + R + R^2 + R^3 + (\dots) + R^{m-1}) \times$ 해악의 중대성} 이 어떤 값을 나타내든지 방역조치 적용으로 인한 ‘접촉자 수’의 감소분(Δ 접촉자 수)이 존재한다면 조치 이후의 인구집단에 대한 리스크의 크기는 줄어드는 사실을 논증할 수 있다. 예를 들어 위의 [수식 7]에서 {접촉 시 감염될 확률 $\times (1 + R + R^2 + R^3 + (\dots) + R^{m-1}) \times$ 해악의 중대성} 값이 50부터 100 사이의 값을 지닐 수 있는, 리스크의 크기가 불확실한 상황을 생각하여 보자. 단지 해당 값이 ‘불확실하다’는 것만으로 ‘ Δ 방역조치 적용에 따른 감염자의 인구집단에 대한 리스크 감소’ 분이 존재한다는 것을 밝힐 수 없는 것은 아니다. 만약 방역조치가 적용되지 않았을 때의 접촉자 수 값이 10이고 방역조치가 이루어짐으로써 접촉자 수 값이 5로 낮아진다면, {접촉 시 감염될 확률 $\times (1 + R + R^2 + R^3 + (\dots) + R^{m-1}) \times$ 해악의 중대성} 값이 50이었던 경우는 그 값이 500에서 250으로, 100이었던 경우는 그 값이 1000에서 500으로 줄어드는 것을 보일 수 있다.

이처럼 ‘리스크가 크고 불확실하다’는 사실에 근거하여 특정 자유제한 조치

의 도입이 정당화될 수는 없으며, 최종적 해악을 초래하는 데에 기여하는 다양한 단계들 중 대상 조치로 인해 특정 단계의 발생 가능성이 줄어들고, 이로써 전체 리스크 크기가 감소한다는 점이 명확히 증명되어야만 해당 조치에 대한 수단의 적합성 심사가 만족될 수 있다.

나. 피해의 최소성 심사: ‘개입방식’과 ‘규율의 대상의 범위’²⁵⁾

피해의 최소성 원칙은 “입법자는 공익실현을 위하여 기본권을 제한하는 경우에도 입법목적을 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 가장 존중하고 기본권을 최소로 침해하는 수단을 선택해야 한다”는 원칙을 말한다.²⁶⁾ “입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도, 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야” 한다는 것이다.²⁷⁾ 이러한 피해의 최소성 원칙은 공중보건 개입에 있어서 ‘(1) 개입 방식에 있어서의 피해의 최소성’과 ‘(2) 대상 집단에 있어서의 피해의 최소성’으로 나누어 고려할 수 있다.

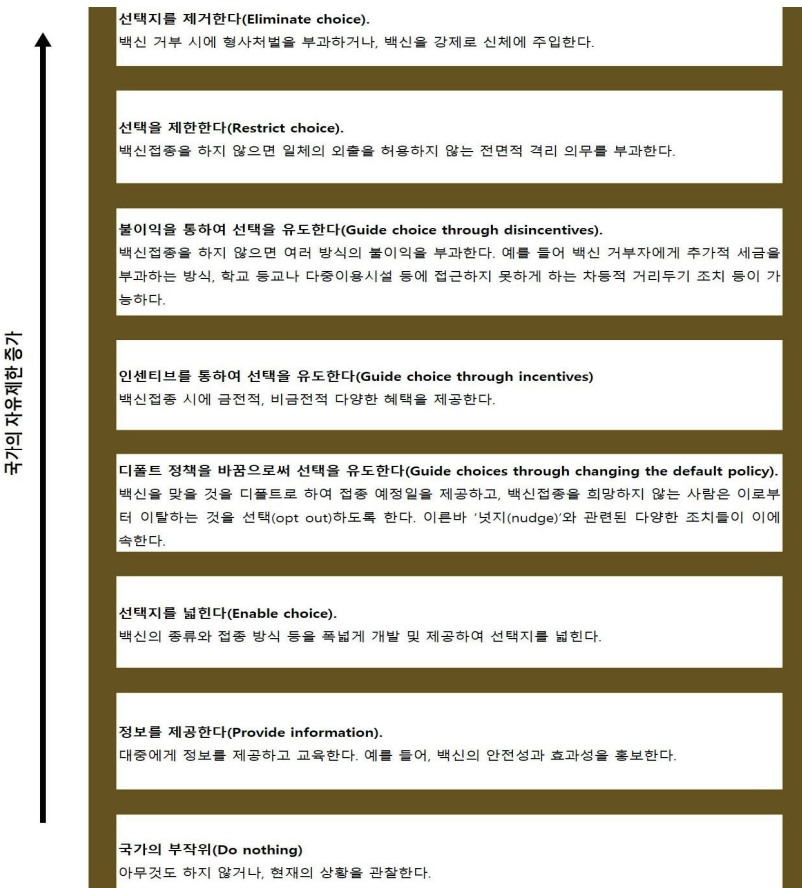
25) 과잉금지원칙의 세 번째 단계인 ‘피해의 최소성’ 원칙은 ‘최소침해성’ 혹은 ‘침해의 최소성’과 같은 용어로 불리기도 한다. 그러나 통상적으로 기본권적 법익의 제한이 헌법상 정당화될 수 없는 경우를 ‘침해’라 칭한다는 측면에서, 용어 자체에 가치판단적 요소가 들어간 ‘최소침해성’ 혹은 ‘침해의 최소성’보다 ‘피해의 최소성’이 적절한 용어라 판단된다(이와 같은 의견으로는 강신일, 과잉금지원칙에서 법익형량-헌법이론적·비교헌법적 연구, 헌법재판연구원, 2018, 12면; 이민열·최규환, 기본권의 기초이론, 한국방송통신대학교출판문화원, 100-101면 등 참조).

26) 헌법재판소 1998. 5. 28. 선고 96헌가5 결정.

27) 헌법재판소 2006. 6. 29. 선고 2002헌바80, 87, 88, 2003헌가22(병합) 결정.
이재홍은 이러한 피해의 최소성 심사를 보다 체계적으로 검토할 수 있는 단계적 방법론을 제안한다. 피해의 최소성 심사를 엄밀히 수행하기 위해서는 ① 대안적 수단이 존재하는지 검토하는 “입법대안 준부 검증단계”, ② 이를 통한 동일한 공익의 달성이 가능한지 확인하는 “목적달성 동일성 검증단계”, ③ 같은 정도의 입법목적을 달성하기 위해 (심판대상 조치에 의해 제한된 기본권 이외에) 추가적 대가가 필요한 것은 아닌지 파악하는 “대가 동일성 검증단계”, ④ 대안적 수단에 의해 기본권 제한이 완화될 수 있는지 판단하는 “제한 완화 검증단계”로 나누어 단계적·순차적으로 검토하여야 한다는 것이다(이재홍, 과잉금지원칙의 이론과 실무, 경인문화사, 2021, 39-48면 참조). 예를 들어, 본문에서 다루는 ‘개입의 사다리’ 모형은 선행연구가 제시한 피해의 최소성 심사의 4단계 중 ①, ②, ④ 단계를 직관적·도식적으로 구체화한 것으로 파악할 수 있다.

(1) 개입 방식에 있어서의 피해의 최소화

이러한 피해의 최소화 원칙을 공중보건 분야에 적용하려는 대표적인 시도로, 너필드 생명윤리위원회(Nuffield Council on Bioethics)에서는 ‘개입의 사다리(Intervention Ladder)’ 모형을 개발하였다.²⁸⁾ 하기와 같은 ‘개입의 사다



[도식 1] 개입의 사다리(Intervention Ladder) 모형 (백신접종 정책의 예시)

28) 이하의 ‘개입의 사다리’ 모형과 관련된 설명은 Nuffield Council on Bioethics, Public Health: Ethical Issues, 2007, xv-xix면 및 41-42면 참조. 개입의 사다리를 소개한 국내의 문헌으로는 유기훈·김옥주, “코로나 19 공중보건 위기 상황에서 백신접종 의무화 정책의 정당성 검토”, 한국의료윤리학회지(제25권 1호), 2022, 13면 참조.

리’ 모델에서는 사다리의 각 칸마다 특정 유형의 공중보건 개입의 방식이 적혀 있는데, 아래에서 위로 갈수록 점점 더 강압적인(coercive) 방식의 조치가 제시되어 있다. 따라서 아래 칸에서 위 칸으로 올라갔음에도, 혹은 위 칸에서 아래 칸으로 내려왔음에도 “여전히 목적을 동일하게 달성(still achieving their aims)”할 수 있다면, 입법자는 사다리 칸들 중에 가장 아래에 있는 “최소 침해적(least intrusive)”인 방식을 선택하여야 한다.²⁹⁾ [도식 1]은 너필드 생명윤리위원회의 ‘개입의 사다리’ 모델을 필자가 백신접종의 사례를 예시로 하여 구체화한 것이다.

백신접종 정책의 예를 들면, 국가가 국민에게 정보를 충실하게 제공하거나 (provide information), 선택지를 넓히는(enable choice) 방식으로 백신접종을 이 충분히 확보되는 상황에서는, 개입의 사다리의 상단에 있는 백신 거부자에 대해 불이익의 부여나 전면적 격리 부여는 정당화될 수 없다. 공중보건을 위한다는 이름으로 국가의 개인에 대한 과도한 자유제한이 초래될 우려가 높은 상황에서, 개입의 사다리 모형은 공중보건 개입의 주된 방법들을 침해의 정도 순으로 직관적으로 도식화하여 피해의 최소성을 구체적으로 판단하는 데에 도움을 준다.

(2) 규율 대상의 범위에 있어서의 피해의 최소성

한편, 개입의 사다리 모형에서 제시한 자유제한의 ‘수단’ 사이의 최소침해성 이외에도, 해당 조치가 규율하는 ‘대상 집단’의 최소화 또한 피해의 최소성 심사에서 중요하게 고려될 필요가 있다. 인구집단에 대한 리스크 통제를 위해 집단의 일부에 해당하는 소수의 구성원에게만 자유제한을 부과하는 것이 가능함에도, 인구집단 전체나 특정 집단 전부를 대상으로 일률적인 자유제한을 부과하는 조치는 피해의 최소성 원칙을 만족하지 못한다는 것이다. 헌법재판소가 판시하듯, 일률적인 자유제한은 특정 조건 하에서만 자유를 제한하는 등의 “[피해를 줄일 수 있는] 가능성을 모두 소진한 후에 비로소 고려될 수 있는 최

29) Nuffield Council on Bioethics, 앞의 책, xviii면.

중적인 수단”이며,³⁰⁾ “사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 일체 배제하는 필요적 규정을 둔다면 이는 비례의 원칙의 한 요소인 ‘최소침해성의 원칙’에 위배”된다.³¹⁾

감염병예방방법의 가능한 예시로, ‘감염병환자등’으로 확인된 사람에게 특정 자유제한 조치를 부과하는 것만으로 인구집단에 대한 리스크를 동일한 수준으로 통제하는 것이 가능하다면, 그보다 외연이 넓은 ‘감염병의심자’나 ‘전체 인구집단’을 대상으로 해당 자유제한 조치를 부과하는 것은 정당화될 수 없다. 즉, ‘확진자 격리 조치’만으로 동등한 수준의 인구집단에 대한 리스크 통제가 가능하다면, ‘감염병의심자 격리 조치’나 ‘인구집단 전체에 대한 일률적 락다운(lockdown) 명령’은 피해의 최소성 심사를 통과할 수 없다.

다. 법익의 균형성 심사: ‘허용가능한 리스크’와 ‘리스크의 변화’

어떠한 기본권 제한 입법이 목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소성 심사를 통과하더라도, 그로 인한 공익의 달성보다 기본권 제한으로 인한 사익의 침해가 더 중대하다면 해당 입법은 허용될 수 없다.³²⁾ 따라서 감염병 팬데믹 상황에서 국가의 자유제한 조치의 마지막 심사관문으로, 해당 조치를 통해 달성되는 ‘인구집단에 대한 리스크’ 방지의 법익과 ‘개인의 자유제한’ 초래의 법익을衡量할 필요가 있다.

30) 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바67 결정. 해당 결정례에서는 국내 주재 외국의 외교기관 1백 미터 이내의 장소에서 옥외집회 및 시위를 금지하는 구 집회및시위에관한법률 제11조 조항에 대한 위헌소원을 검토하며, “집회의 금지와 해산은 원칙적으로 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위험이 명백하게 존재하는 경우에 한하여 허용될 수 있다. 집회의 금지와 해산은 집회의 자유를 보다 적게 제한하는 다른 수단, 즉 조건을 붙여 집회를 허용하는 가능성을 모두 소진한 후에 비로소 고려될 수 있는 최종적인 수단이다”라고 언급한다.

31) 헌법재판소 1995. 2. 23. 선고 93헌가1 결정; 헌법재판소 2000. 6. 1. 선고 99헌가11 결정; 헌법재판소 2005. 4. 28. 선고 2004헌바65 결정 등.

32) 이처럼 공익과 기본권 제한 사이의 직접적 비교衡量은 ‘법익의 균형성 심사’에 이르러 처음으로 시작되며, 수단과 대안적 수단 사이의 기본권 제한의 정도만을 비교하는 피해의 최소성 심사와는 구별된다. 법익의 균형성 심사가 피해의 최소성 심사와 구별되는 고유한 심사 영역에 해당한다는 논증과 관련하여서는 강신일, 앞의 책, 22-23면; 이재홍, 앞의 책, 66-71면 참조.

그러나 이때 다시 문제가 되는 것은, 감염병 전파로 인한 인구집단에 대한 피해는 오직 ‘확률적’으로만 예측된다는 점이다. 어떤 개인이 여러 단계의 해악 발생 가능성을 거쳐 공익을 훼손할 ‘위험’이 있다면, 이때 훼손되는 공익은 어떻게 형량할 수 있는가? 특히 해악의 중대성과 발생가능성이 모두 확실히 밝혀지지 않은 상황이라면 모호하고 불확실한 ‘공익’을 어떻게 형량의 저울에 올려놓을 것인지가 더욱 문제가 된다. 신종 감염병 팬데믹 발생 초기, 해당 감염병에 대한 지식이 불충분한 상황이 그 대표적 예시로,³³⁾ 그러한 팬데믹 초기에는 사전주의 원칙(precautionary principle)³⁴⁾에 따라 국가가 예방적으로 개입하는 것이 보다 쉽게 허용되곤 한다. 따라서 팬데믹이 최악으로 치달을 수 있다는 ‘확률적 불확실성’을 근거로 사익과 형량되는 공익이 ‘형량불가능한 압도적 공익’으로 규정되고, 대부분의 법익의 균형성 심사가 특별한 제한 없이 공익을 우선하는 방향으로 빠르게 통과될 우려가 존재한다.

단지 ‘공익훼손의 위험성이 크다’는 이유로 논증없이 기본권을 제한하여서는 안 될 것이기에, 감염병 팬데믹과 같이 불확실한 리스크를 근거로 개인의 자유를 제한하는 국가의 개입에 대한 법익형량은 면밀한 이론적 검토를 요한다. 이에 이하에서는 감염병 공중보건 위기 상황의 법익의 균형성 심사에서 필요적으로 만족시켜야 하는 제한사항들을 검토하고자 한다.³⁵⁾

33) 리스크를 구성하는 ‘해악의 중대성’과 ‘해악의 발생가능성’ 각각이 알려져 있는지 여부를 네 가지 분류로 나누어 리스크를 분류하는 시도로는 Stirling, A., “Risk, precaution and science: towards a more constructive policy debate: talking point on the precautionary principle,” EMBO Reports, 8(4), 2007, 310-311면; 이에 대한 국내의 연구로는 유기훈·김도균·김옥주, 앞의 논문, 19면 참조.

34) 사전주의 원칙이란, 기존에 없었던 물질이나 병원체, 기술 등의 새로운 리스크가 잠재적으로 큰 해악을 초래할 가능성이 있고 그 변화가 비가역적인 경우, 설사 과학적 근거가 충분히 축적되지 않았더라도 이러한 새로운 리스크에 대해 선제적·예방적으로 개입하는 것이 가능하다는 원칙이다. 1992년 환경과 개발에 관한 리우 선언(The Rio Declaration on Environment and Development)에서는 사전주의 접근(the Precautionary Approach)에 근거하여 “심각한 또는 비가역적 피해의 우려(threats of serious or irreversible damage)가 있을 경우, 완전한 과학적 확실성의 결여(lack of full scientific certainty)가 환경 악화를 예방하기 위한 비용-효과적인 조치를 지연시키는 이유로 사용되어서는 안 된다”고 선언하였다.

35) 유의할 점은, 하기의 제한사항들이 공익과 사익의 형량에 있어서의 ‘충분조건’이 아니라는 점이다. 본 절의 목적은 ‘리스크의 불확실성’이라는 공중보건 위기상황의 특수성을 반영하여, 인구집단에 대한 리스크를 근거로 개인의 자유를 제한함에 있어서의 ‘최소한’ 만족하여

(1) ‘허용가능한 리스크’ 여부에 근거한 법익의 균형성 심사

타인이나 인구집단에 대한 리스크가 존재한다고 할지라도 모든 리스크 유발 행위가 금지되는 것은 아니다. 만약 모든 리스크 유발 행위가 금지된다면 우리의 사회적 삶을 구성하는 수많은 행위들이 허용되지 않는 결과가 초래될 것이기 때문이다. 예를 들어 일상적 자동차 운전의 사례를 생각하여 보자. 자동차 운전은 설사 교통법규를 충실히 지킨다고 할지라도 일정 확률로 타인에게 중상해를 입힐 수 있는 위험성을 지닌 행위이다. 그럼에도 자동차 운전은 우리의 삶에서 필수적인 ‘허용가능한’ 행위로 여겨지고 있다.³⁶⁾

이러한 ‘리스크 유발 행위’로서의 일상적 자동차 운전이 허용되는 것은, 자동차 운전이 허용됨으로써 발생하는 이익을 얻는 대가로 그로 인해 상호 간에 초래되는 리스크는 감수하겠다는 구성원 간의 사회적 합의가 성립하였기 때문이다. 일례로, 어떤 공동체의 구성원 A가 자동차 운전을 함으로써 이익을 얻지만, 이와 동시에 개인 B를 포함한 타인들에게 리스크를 부과하는 상황을 생각하여 보자. 이때 만약 개인 B 또한 자동차 운전을 한다면, 해당 행위로 인해 마찬가지로 개인 A를 포함한 타인들에게 리스크를 부과하게 될 것이다. 이러한 상황에서, 개인 A와 B는 상호 간에 운전을 허용하여 상대방이 자신에게 부과하는 리스크를 감내하는 대신, 자신의 운전 행위를 통한 이익을 추구하는 것을 선택할 수 있다. 즉, 개인 A와 B는 리스크와 이익의 상호호혜적 교환을 통해 운전이란 리스크 유발 행위를 ‘허용가능한(acceptable)’ 것으로 합의할 수 있는 것이다.

이러한 사회 구성원 사이의 리스크와 이익의 상호호혜적 교환을 통해 “사회적 삶을 가능하게 하는”³⁷⁾ 여러 행위들이 허용될 수 있다. 이러한 ‘허용가능한 리스크(acceptable risk)’의 성립을 Hansson은 다음과 같이 정리하였다.³⁸⁾

야 하는 심사 방식과 여러 제한 요건들을 검토하는 데에 있다. 즉, 감염병 팬데믹에 대한 법익의 균형성 심사의 필요조건으로서의 정당화 요건들을 밝힘으로써, 불확실한 감염병 리스크를 근거로 자유를 제한하는 국가 작용이 만족하여야 하는 ‘최소한의 합의된 출발점’을 제시하고자 한다.

36) Hansson S. O., Ethical criteria of risk acceptance, Erkenntnis, 59(3), 2003, 291면 이하.

37) Hansson S. O., “Ethical criteria of risk acceptance,” Erkenntnis, 59(3), 2003, 298면.

38) Hansson, 앞의 논문, 291-309면; Hansson S. O., The Ethics of Risk: Ethical Analysis in

<표 1> Hansson의 ‘허용가능한 리스크’ 이론

| |
|---|
| 1. 모든 개인은 타인의 행위에 의해 (부정적 효과를 일으키는) 리스크에 노출되지 않을 일응의(prima facie) 도덕적 권리가 있다고 간주된다. |
| 2. 그러나, 이러한 우선적 권리는, 사회적 삶을 가능하게 하기 위해 몇몇 경우에 기각되어야만 한다. |
| 3. 개인에 대한 리스크 부가가 허용되는 것은, <ul style="list-style-type: none"> 3.1. 그 리스크에의 노출이 ‘리스크 부담에 있어서 형평성 있는 사회 시스템 (equitable social system of risk-taking)’의 일부로서 이루어지고,³⁹⁾ 3.2. 이러한 시스템이 그 개인의 이익을 위한 것일 때 그리고 오직 그 때에만(if and only if) 허용가능하다. |

Hansson의 도식에 맞추어 앞의 일상적 자동차 운전의 사례를 검토하면 다음과 같다. (1) 개인은 일응 타인의 자동차 운전 행위로 인한 리스크에 노출되지 않을 도덕적 권리가 존재한다. (2) 그러나 사회적 삶을 가능하기 위해서는 이러한 운전의 리스크 중 일부가 허용되어야 한다. (3) 그렇기에 일상적 운전의 리스크 노출이 형평성 있는 사회 시스템의 일부로 이루어지고 그 시스템이 해당 개인의 이익을 위한 것인 경우, 운전 행위는 사회적으로 합

an Uncertain World, Springer, 2013, 97-110면을 참고하여 필자가 재구성함. Hansson은 2003년 논문에서 제안한 자신의 초기 논의를 일부 수정·발전하여 2013년의 저작인 *The Ethics of Risk: Ethical Analysis in an Uncertain World* 에서 제시하였다. 그러나 본 논문에서 다루는 요점을 설명하는 데에는 Hansson의 초기 이론이 보다 적합하여, 2003년도에 그가 제시한 이론을 기본으로 2013년에 수정된 이론을 일부 반영하여 본문에 재구성하였다. Hansson의 리스크 이론을 백신접종 사안에 대한 적용한 국내의 논의로는 유기훈·김옥주, “코로나 19 공중보건 위기 상황에서 백신접종 의무화 정책의 정당성 검토”, *한국의료윤리학회지*(제25권 1호), 2022, 9면 이하를 참고할 수 있다.

- 39) Hansson은 그의 초기 저술에서 “리스크 부담에 있어서 형평성 있는 사회 시스템(equitable social system of risk-taking)”이 무엇이며 그렇지 않은 경우와 어떻게 구분할 수 있는지에 대하여 구체적으로 실시하지 않았다(관련한 비판적 논의로는 Hayenhjelm, M., “What is a fair distribution of risk?”, in Roeser, S. et al. ed. *Handbook of Risk Theory: Epistemology, Decision Theory, Ethics, and Social Implications of Risk*, Springer Netherlands, 2012, 909-929면 참조). Hansson은 이러한 지적에 대한 응답으로, 2013년 저작에서 해당 문구를 “리스크 부담에 있어서 지속적으로 정의를 추구하는 사회적 관습(a persistently justice-seeking social practice of risk-taking)”으로 구체화하며 추가적 설명을 제공하였으나(Hansson, 앞의 책, 104-108면), 이러한 추가적 설명에서 또한 무엇이 “지속적으로 정의를 추구하는 사회적 관습”인지에 대해서는 명확한 정의를 내리고 있지 않아 지속적인 후속 논의가 이루어지고 있다.

의된 ‘허용가능한 리스크’의 영역 내로 포섭될 수 있다. 예를 들어, 일상적 자동차 운전은 <표 1>의 요건들을 만족시킨다는 점을 어렵지 않게 추론할 수 있다.⁴⁰⁾ 반면 음주운전의 경우, (일반적 운전과는 달리) 구성원 중 소수의 사람들만이 그 허용을 통해 이익을 얻는 반면, 타인에 대한 리스크 초래는 매우 중대한 경우에 해당한다. 따라서 음주운전 행위는 Hansson이 제기한 세 번째 기준을 통과하지 못하며, 따라서 ‘허용가능하지 않은 리스크’ 부과 행위에 해당하게 된다.⁴¹⁾ 즉, 음주운전 행위는 사회적 삶을 가능하게 하기 위한 ‘형평성 있는 사회 시스템의 일부’가 될 수 없으며, 사회 구성원 간의 ‘리스크-이익 교환’의 합의가 일어날 수 없다는 것이다.

이처럼 사회적 삶을 가능하게 하기 위해서는 일부 리스크 유발 행위에 대해서 구성원 상호 간의 리스크-이익 교환(risks-benefits exchange)의 합의⁴²⁾가 이루어질 수 있으며, 그렇게 합의된 행위는 설사 타인과 인구집단에 대한 리스크를 담지한다 하더라도 허용될 수 있다. 즉, 어떤 행위를 단지 ‘타인이나 인구집단에 대한 리스크를 유발한다’는 근거로 무조건 제한하는 것은 옳지 않음

40) 한편, 대부분의 국가에서는 일상적 자동차 운전에도 일정한 요건 충족을 요구하고 있다. 바로 ‘운전면허 제도’라는 사회 시스템이다. 운전면허 없이도 운전이 가능한 사회에서는 구성원 개개인은 면허 취득이라는 번거로운 절차 없이 바로 운전할 수 있으나, 그 대가로 타인의 무면허 운전으로 인한 높은 리스크 유발을 감수하여야만 한다. Hansson의 이론에 따르면, 이와 같은 리스크 감수의 상호 수인가능한, 각 구성원에게 이익이 되는 한계를 찾는 과정에서 구성원들 모두는 일정한 자격 요건 (즉, ‘운전면허’) 하에서 일상적 자동차 운전이 가능하다는 데에 합의하게 된다. 즉, 운전면허 제도하의 일상적 자동차 운전은 ‘구성원 개개인의 이익을 위한 형평성 있는 사회 시스템의 일부로서의 리스크 부과’의 범주에 들어올 수 있으며, 반면 무면허 운전은 ‘허용될 수 없는’ 리스크 유발 행위에 해당하게 된다.

41) 관련하여, 음주측정 거부를 처벌하는 구 도로교통법 제41조 제2항 및 제107조의2에 대한 국내의 위헌제청 심판을 참고할 수 있다. 헌법재판소는 “심판대상 법률조항에 의한 기본권 제한은 음주운전을 방임함으로써 발생하는 생명, 신체, 재산에 대한 중대한 침해 및 도로교통에 있어서의 공공위험의 발생을 미연에 방지할 필요성에서 나온 부득이한 제한이며, 이에 비해 운전자가 부담하는 행위는 호흡검사 등의 간단한 것”이므로 “음주운전하였다고 인정할 상당한 이유가 있는 때에 음주측정을 거부한 운전자를 처벌한다고 하여 헌법 제37조 제2항 소정의 과잉금지원칙에 어긋나는 것이 아니다”라고 판단하였다(헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌가11 결정. 현행 도로교통법에서 해당 조항은 제44조[술에 취한 상태에서의 운전금지] 및 제148조의2[벌칙]에 해당한다.).

42) Hansson, 앞의 논문, 305면.

며, 해당 리스크 유발 행위가 ‘허용가능한’ 범주 내에 있는지 여부를 파악할 필요가 있다는 것이다.

한편, 이러한 허용가능한 리스크 논변은 설사 해당 리스크의 발생 확률과 그 중대성이 완전히 밝혀지지 않은 상황에서도 마찬가지로 적용될 수 있다. 사전주의 원칙을 적용하여 예방적으로 불확실성에 대비하는 경우에도, 국가의 자유제한의 대상이 되는 리스크 유발 행위가 ‘허용가능한’ 외연 내에 있는지에 대한 심사가 선행되어야만 한다는 것이다.⁴³⁾ 예를 들어 만약 충분히 감수할만한 사소한 리스크 유발 행위까지도 그 발생 확률이 ‘불확실하다’는 이유로 금지의 대상이 되었다면, 우리는 코로나19 팬데믹 초기의 모든 순간에 집 밖을 한 발자국도 나갈 수 없었을 것이다. 집을 나서는 순간 타인과 접촉하게 되며, 필연적으로 감염 전파의 불확실성이 발생하기 때문이다. 그러나 팬데믹 초기의 ‘불확실성’이 지배하였던 시기에도 사람들은 마스크를 착용하고 외출할 수 있었으며, (비록 통제된 형태이지만) 타인과 사회적으로 상호작용할 수 있었다.⁴⁴⁾ 즉, 이러한 제한된 사회적 상호작용이 가능하였던 것은, 해당 리스크 유발 행위는 ‘허용가능한 리스크’의 범주에 포함되어야 한다는 것이 사회적으로 합의를 이루었기 때문이다. 만약 이처럼 합의를 통해 ‘허용가능한 리스크’에 포함된 행위임에도 국가가 사전주의 원칙에 따라 해당 행위를 제한한다면, 이는 부당한 자유제한에 해당할 소지가 크다.

그렇다면 어떤 감염병 환자나 감염병의심자의 타인/인구집단에 대한 리스크 유발 행위가 ‘허용가능한 리스크’에 해당하는지 여부를 어떻게 판단할 수 있을까? 어떠한 방역조치를 통해 개인이 얻는 이익을 직접적으로 형량하는 것은

43) 이하의 논증의 초기 형태는 Hansson의 리스크 이론을 백신접종 사안에 대한 적용한 유기훈·김옥주, 앞의 논문, 8-9면, 16-17면에 제시되어 있다. 본 절에서는 선행연구의 통찰을 보다 일반적으로 적용될 수 있는 ‘비례성 심사’의 형식에 적용하고 발전시키는 것을 목표로 하였다.

44) 허용가능한 리스크가 극단적으로 축소된 대표적 사례가 극단적 락다운(lockdown) 봉쇄 조치이다. 그러나 이러한 락다운 상태에서도 여전히 가정 내의 대면 상호작용이나 필수적인 외출은 허용되는 경우가 많았다. 이처럼 락다운 상태에서도 좁은 범위의 리스크 유발 행위들은 ‘허용가능한 리스크’로 분류되어 허용되었던 것이다.

서로 통약불가한(incommensurable) 법익들 사이의 형량이라는 법익의 균형성 심사의 난관에 봉착하므로,⁴⁵⁾ 본 논문에서는 이를 우회하여 방역조치로 인하여 금지의 대상이 된 리스크 유발 행위를 이미 허용가능한 리스크로 분류된 행위와 비교하고, 둘 사이의 차등적 조치가 정당한 것인지를 판단하는 방법론을 제시하였다.

예를 들어 특정 집단에서는 이미 사회적으로 합의된 허용가능한 리스크가 다른 집단에는 (허용할 수 없는 추가적 이유 제시 없이) 적용되지 않거나, 이전 시점에는 허용가능한 리스크로 분류되었던 행위가 이후에 (허용할 수 없는 추가적 이유 제시 없이) 허용불가능해지는 경우는 ‘정당화될 수 없는 차등 조치’이며, 따라서 법익의 균형성 심사를 통과하지 못한다고 볼 수 있다. 즉, 이미 사회적으로 ‘허용가능한 리스크’로 합의된 행위는 보편적이고 지속적으로 보장되어야 할 일응의 정당성이 있다는 것이다. 이러한 ‘허용가능한 리스크’ 여부에 근거한 법익의 균형성 심사가 리스크에 근거한 기본권 제한이 비례성 심사를 통과하기 위한 첫 번째 필요조건이 되며, 이후의 4장에서 이러한 세부 심사 기준의 구체적 적용을 살펴볼 것이다.

(2) ‘리스크의 변화’를 반영한 법익의 균형성 심사 여부

신종 감염병 팬데믹의 또 하나의 특성은, 타인/인구집단에 대한 리스크의 양상이 시간이 지남에 따라 변화한다는 점이다. 신종 감염병 팬데믹의 리스크가 변화한다는 점은 코로나19 팬데믹을 예시로 생각하여 보면 보다 명확해지는데, 이하에서는 리스크 변화의 원인을 네 가지 요소로 나누어 검토하고자 한다.

45) ‘공중보건의 보호’라는 법익과 ‘개인의 자유권 제한’이라는 법익은 동일한 잣대로 줄 세우고 비교할 수 있는 속성이 아니기에, 애초에 이익형량 저울의 양 팔에 올릴 수 있는 것이 아니라는 것이다. Scalia 전 미국 연방대법원 대법관이 지적하듯, 비교형량은 전혀 다른 법익 간의 비교를 수행하여야 하며, 이는 마치 “어떤 돌의 무게보다 어떤 선이 더 긴지 아닌지를 판단하는” 것과 같은 어려움을 동반한다[Bendix Autolite v. Midwesco Enterprises, 486 U.S. 888, 897 (1988)]. 통약불가능성과 법익형량과 관련한 논의로는 Sunstein, C. R., “Incommensurability and valuation in law.” Mich. L. rev. 92, 1993; Urbina, F. J., “Incommensurability and balancing.” Oxford Journal of Legal Studies, 35.3, 2015 참조.

시간에 따른 리스크 변화의 첫 번째 이유는, 신종 감염병 병원체에 대한 경험적·과학적 지식이 축적되기 때문이다. 처음에 코로나19 바이러스가 중국 우한에서 시작되어 전 세계로 퍼져나가던 당시에는 감염재생산지수는 물론, 그 전파경로 또한 명확히 파악되지 않았다. 그러나 이후 팬데믹이 점차 진행하며 경험적 지식과 과학적 연구 결과가 축적되었고, 이를 통해 리스크의 발생 확률과 그 중대성이 점차 명확해질 수 있었다.

둘째로, 팬데믹 중간에 병원체 자체의 변이가 생기며 리스크의 양상이 지속적으로 변화하기도 한다. 그 최근의 사례로, 코로나19 팬데믹 또한 그 주요 원인 병원체가 델타 변이와 오미크론 변이로 변화하며, 병원체의 전파양상과 치명률 등이 지속적으로 변화하였다. 이처럼 숙주와 병원체 사이의 상호작용 속에서 해악이 발생하는 병원체의 특성상, 시간에 따른 돌연변이 발생으로 인해 병원체가 변화하면 그 리스크 또한 필연적으로 바뀌게 된다.

셋째로, 인구집단의 해당 감염병에 대한 면역 형성 정도의 변화에 따라 리스크가 변화할 수 있다. 감염병은 타인 1명을 감염시키는 것이 아니라 연쇄적 해악을 통해 ‘인구집단’으로 퍼져나간다는 특성을 갖기에, 같은 병원체에 의한 감염이라 할지라도 인구집단 중 감염 후 회복된 사람의 비율이나 백신접종 비율에 따라 그 해악의 크기가 달라지게 된다.

넷째로, 한 국가에서 시행되는 방역조치의 수준 및 구성원의 협조 정도, 감염병의 치료·대응 역량은 시간에 따라 변하며, 이에 따라 감염병 리스크 또한 달라진다. 앞서 2장 2절에서는 감염재생산지수 R 값이 해당 사회에서 어떠한 방역조치가 시행되고 있으며 구성원이 그 조치에 얼마나 협조하는지에 따라 변화한다는 점을 살펴보았다. 즉, 감염자에 대한 방역조치가 적절하게 이루어지고 구성원들도 이에 성실히 협조하는 경우, 감염된 개인이 타인에게 전염시킬 확률 자체가 줄어들며 R 값이 줄어들게 된다는 것이다. 리스크에 영향을 미치는 다른 요인으로, 감염병에 대한 효과적 치료제나 치료방식이 개발된 경우, ‘해악의 중대성’ 자체가 줄어들 수도 있다. 이처럼 시행되는 방역조치의 수준 및 구성원의 협조 정도, 감염병의 치료·대응 역량의 시간에 따른 변화는 R 값

과 해악의 중대성의 크기를 바꾸게 되며, 따라서 ‘인구집단에 대한 리스크’의 크기까지도 변화시킬 수 있는 것이다.

이처럼 네 가지 요인들이 중첩적으로 작용함에 따라 신종 감염병 팬데믹의 리스크의 양상은 시간이 지남에 따라 지속적으로 변화한다. 이때 중요한 것은, 어떤 공익적 목적을 위해 개인의 기본권을 제한하는 법률을 제정하는 입법자는 “그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다”는 “입법활동의 한계”를 갖는다는 점이다.⁴⁶⁾ 따라서 감염병에 의한 ‘인구집단에 대한 리스크’가 지속적으로 변하며 보호하려는 공익의 크기가 변동하는 경우, 그 비교형량의 판단 또한 시간이 지남에 따라 달라지게 된다.⁴⁷⁾ 예를 들어, 연구와 경험적 지식이 부족하고 인구집단의 면역능도 형성이 되어있지 않았던 팬데믹 초기의 기본권 제한적 방역조치의 정당화 가능한 외연과, 상당한 지식과 경험이 축적되고 다수의 구성원들에게 백신에 의한 면역능이 형성된 팬데믹 후기의 정당화 가능한 외연은 큰 차이를 보일 수 밖에 없다. 즉, 이전 시기에 정당화되었던 방역조치라도 여러 상황의 변화에 따라 이후에는 정당화되지 않을 수 있으며, 따라서 시간에 따른 ‘리스크의 변화’를 반영한 법익의 균형성 심사가 새롭게 이루어져야 한다는 것이다. 이러한 감염병 팬데믹의 특성을 반영하기 위하여, 여러 국가들은 감염병예방법의 일부 조항을 한시법적으로 설정하거나 아예 특정한 감염병 팬데믹 시기에만 적용되는 특별법 형식의 입법을 추진하기도 하였다.⁴⁸⁾ 이처럼 감염병 리스크의 큰

46) 헌법재판소 1990. 9. 3. 선고 89헌가95 결정 등.

47) 유사하게, 시간적에 따른 의학적 정보량의 변화, 방역 준수율의 증가 등의 요소에 의해 입법적·행정적 정책결정의 재량범위는 축소되고 기본권 제한 시의 입법자의 근거제시 의무 또한 증대될 수 있다는 의견으로는 정문식·정호경, 앞의 논문, 93면 참조.

48) 그 대표적 사례로, 독일의 입법례를 참고할 수 있다. 2021년 4월, ‘제4차 국가 전역의 감염상태에서 국민의 보호를 위한 법률’에서는 독일 감염방지법 제28b조와 제28c조를 추가하였다. 특히 제28b조에서는 로버트 코흐 연구소(Robert Koch-Institut, RKI)가 발표하는 발병도(Inzidenz, 인구 10만 명당 7일 동안의 신규 감염자 수)를 기준으로 단계적 자유제한 조치를 시행하도록 하였다. 즉, 시간에 따라 변화하는 감염병 팬데믹의 리스크 수준을 반영하여 방역조치를 차등적으로 시행할 것을 법률로 명시하였던 것이다(관련한 판례 검토로는 본 논문의 4장 참조. 관련한 선행연구로는 김환학, 독일의 코로나 사태 대응조치에 관한 헌법적 검토, 헌법재판연구원, 2021, 25면 이하 참조).

나아가 일부 자유제한 입법은 코로나19에 대한 특별법적·한시법적 성격을 지니고 제정되

변화가 발생한 경우 이를 반영하여 비교형량이 새롭게 시행되어야 한다는 점이 방역조치에 대한 법익의 균형성 심사의 세 번째 필요조건이다.

3장에서는 2장에서 이론화한 ‘인구집단에 대한 리스크’ 개념을 이용하여 감염병 팬데믹 상황하의 방역조치에 대한 비례성 심사의 구체적 방법론을 정립하였다. 다음 장에서는 이러한 방역조치에 대한 비례성 심사의 구체화 논의를 (1) 「감염병예방법」에 근거한 집합제한조치에 적용하고, (2) 집합제한조치와 관련된 국내외의 여러 판례를 분석하여 각 판례에서 보이고 있는 논증구조를 본 논문에서 제시한 이론적 틀에 기반하여 평가하고자 한다. 이를 통해 감염병 예방법상의 자유제한 조치가 정당한 것으로 판별될 수 있는 기준을 밝히고, 기존의 판결들에서 관찰되는 법익형량의 문제점을 비판하여 보다 정합적인 비례성 심사 방식을 제시하고자 한다.

IV. 집합제한조치에 대한 비례성 심사의 구체화

<표 2> 「감염병예방법」 상의 집합제한 조항

| 대상 | 금지행위 | 조항 | 벌칙 |
|--------|--|--------------|-------------------|
| 불특정 다수 | 흥행, 집회, 제례 또는 그 밖의 여러 사람의 집합을 제한하거나 금지하는 조치를 위반하는 행위 | 제49조 제1항 제2호 | 제80조 300만원 이하의 벌금 |

감염병 팬데믹 상황에서 다수의 집합을 제한·금지하는 것은 국가가 오래 전부터 시행해온 대표적 방역조치이며, 국내에서도 1954년 제정된 「전염병예방

었다는 점에 주목할 필요가 있다. 상기의 독일 감염방지법 제28a조, 제28b조, 제28c조의 경우 모두 코로나19 팬데믹 상황에 한정하여 적용되는 법률이었다. 예를 들어 감염방지법 제28a조의 제목은 “코로나19의 확산을 방지하기 위한 특별 보호 조치(Besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit - 2019)”로, 그 제목에서 볼 수 있듯이 코로나19에 한정하여 적용되는 특별입법의 형태를 지남을 알 수 있다(§ 28a Abs. 1 IfSG). 이러한 입법 방식을 통하여, 코로나19 팬데믹이라는 ‘특수한’ 상황 하에서 허용되었던 광범위한 국가의 개입 조치들이 팬데믹 이후에도 상시적·일상적으로 시행될 우려를 방지할 수 있었던 것이다.

법」의 “홍행, 집회, 제례 기타 다수인의 집합을 제한 또는 금지하는 것”이라는 규정이 현행 감염병예방법까지 큰 수정 없이 이어져 내려오고 있다.⁴⁹⁾

코로나19 팬데믹 상황에서도 각 지방자치단체는 감염병예방법 제49조 제1항 제2호에 근거하여 다수의 집합을 금지하거나 제한하는 처분을 내려왔다. 특히 집회나 종교행사, 대면수업과 같은 다양한 다중의 집합 활동이 수반하는 ‘다수와의 장시간 접촉’이라는 특성과, 이로 인한 ‘인구집단에 대한 리스크’ 증가 우려가 집합제한조치에 의한 여러 기본권 제한을 정당화하는 주요한 근거로 여겨져 왔다.⁵⁰⁾ 그러나 반대로, ‘인구집단에 대한 중대한 해악’을 일으킬 수 있다는 불확실한 가능성만으로 집회의 자유나 종교의 자유와 같은 핵심적 기본권을 일률적으로 금지하는 것은 과도한 기본권 제한에 해당한다는 우려 또한 존재한다.⁵¹⁾

공익을 근거로 한 집회의 자유, 종교의 자유, 교육받을 권리를 제한하는 것의 정당한 한계와 관련한 논의는 각각의 주제만으로 긴 논의가 필요하며, 이미 관련한 선행연구도 상당수 축적되어 있다. 이에 본 논문에서는 각각의 제한되는 자유와 권리 자체에 대한 논의보다, 앞선 2·3장에서 정립한 감염병 팬데믹에서의 ‘리스크’ 개념과 비례성 심사의 구체화 논의를 집합제한조치에 적용하여, “감염병을 예방”하고 “국민 건강에[의] 위해”를 방지한다는⁵²⁾ 집합제한 근거의 타당성을 엄밀히 판단하는 것을 중심으로 이론적 논의를 진행하고자 한다.

49) 구 전염병예방법(1963.3.12. 법률 제1274호로 개정되기 전의 것) 제39조 제1항 제2호.

50) 코로나19 팬데믹 상황에서 집회 개최가 감염전파의 위험성을 높인다는 비판이 일자, 「집회 및 시위에 관한 법률」 개정 발의안이 다수 제출되기도 하였다. 대표적으로 이원욱 의원 등 11인이 2020년 8월 21일 발의한 개정안(의안번호 2103167)에서는 “국가 재난 상황이어서 신속한 재난 복구를 위해 사회적 질서 유지가 더 시급한 경우이거나 불특정 다수의 국민의 생명권을 보장하기 위해서 (...) 집회나 시위가 원칙적으로 금지되어야 할 필요가 있”다며 감염병 확산이 우려되는 특정 상황에서의 집회나 시위를 “원칙적으로 금지하고, 예외적으로 법원의 판단을 통해서 허용되도록” 할 것을 제안하였다.

51) 이에 대한 국내의 대표적 연구로 전상현, 앞의 논문; 이석민, “‘코로나19’ 공중보건위기와 헌법상 집회의 자유”, 법학논고(제73집), 2021; 이노홍, 앞의 논문 등을 참고할 수 있다. 집회제한에 대한 시민사회에서의 비판적 논의로는 공권력감시대응팀, “코로나19와 집회시위의 권리.” (2021.8.12.)을 참고할 수 있다.

<https://hrfund.or.kr/now-response/?idx=7956290&bmode=view> (2022.5.12. 확인).

52) 감염병예방법 제49조 제1항; 제1조.

1. 집합제한조치의 특수성과 비례성 심사기준

가. 집합제한조치에 대한 ‘수단의 적합성’ 심사

집합제한조치가 수단의 적합성 심사를 만족하는지 확인하기 위해서는, ‘공익에 대한 수단의 인과적 기여’를 엄밀하게 보일 수 있어야 한다. 우선 2장 2절의 [수식 6]을 변형하여 집합제한조치에 적용하면 다음과 같은 수식을 얻을 수 있다.

집합에 참여한 개인 A의 인구집단에 대한 리스크

$$\begin{aligned}
 &= A가 실제 감염되었을 확률 \\
 &\quad \times \text{집합 참여 시의 접촉자 수} \times \text{접촉 시 감염될 확률} \\
 &\quad \times (1 + R + R^2 + R^3 + (\dots) + R^{m-1}) \\
 &\quad \times \text{해악의 중대성}
 \end{aligned}$$

[수식 8] 집합에 참여한 개인의 인구집단에 대한 리스크

이때 우리가 관심을 가지는 것은, 방역조치를 통해서 증진되는 공익의 크기이다. ‘집합제한 미준수자의 인구집단에 대한 리스크’ 값이 집합제한조치 적용 전후로 어떻게 변화하는지 [수식 6]과 [수식 8]을 참고하여 정리하면 다음과 같은 [수식 9]를 얻을 수 있다.

집합제한조치 시행을 통한 ‘공익에 대한 수단의 인과적 기여’를 보이기 위해서는, [수식 9]의 리스크 감소가 0을 초과함을 보일 수 있어야 한다. 이를 만족하기 위해서는 (1) 집합제한조치로 인한 ‘접촉자 수’의 감소분이 존재하여야 하며, 이외에도 이와 곱해지는 값인 (2) ‘A가 실제 감염되었을 확률’과 (3) ‘(감염자와) 접촉 시 감염될 확률’, 그리고 (4) ‘해악의 중대성’이 0보다 커야 한다는 전제가 필요하다.

방역조치의 대상이 되는 감염병의 경우 (2), (3), (4)의 전제는 많은 경우 만족하므로, 집합제한조치를 통해 ‘접촉자 수’를 줄일 수 있다는 것이 증명된다면 ‘수단의 적합성 심사’는 만족하는 것으로 판단할 수 있다. 실제 대다수의 집합제한조치의 경우 접촉하는 타인의 수를 줄이는 데에 기여할 수 있다는 것

집합제한조치로 인해 참여자 A가 집합에 참여하지 못함으로써 획득되는 인구집단에 대한 리스크 감소

= 집합제한조치가 없을 때 집합에 참여한 A의 인구집단에 대한 리스크
 - 집합제한조치로 집합에 참여하지 못한 A의 인구집단에 대한 리스크

= {A가 실제 감염되었을 확률
 × 집합 참여시의 접촉자 수 × 접촉 시 감염될 확률
 × (1 + R + R² + R³ + (...) + R^{m-1}) × 해악의 중대성}
 - {A가 실제 감염되었을 확률
 × 집합 미참여시의 접촉자 수 × 접촉 시 감염될 확률
 × (1 + R + R² + R³ + (...) + R^{m-1}) × 해악의 중대성}

= Δ 접촉자 수
 × A가 실제 감염되었을 확률 × 접촉 시 감염될 확률⁵³⁾
 × (1 + R + R² + R³ + (...) + R^{m-1}) × 해악의 중대성

[수식 9] 집합제한조치 부과에 따른 인구집단에 대한 리스크 감소

이 자명하므로, 팬데믹 상황에서의 대부분의 집합제한조치는 수단의 적합성 심사를 통과하는 것을 밝힐 수 있다.

단, 드물지만 집합제한조치를 통해서 ‘접촉자 수’가 유의하에 줄어들지 않는 경우에는 해당 조치는 수단의 적합성 심사를 통과할 수 없다. 대표적인 사례가 차량을 이용한 시위의 경우이다. 차량을 이용한 시위의 경우, 밀접하게 접촉하는 타인의 수 자체의 증가가 없기 때문에,⁵⁴⁾ 해당 시위에 대한 불허가는 수단의 적합성 심사를 통과하지 못한다. 실제로 차량 9대를 이용한 옥외집회의 신청을 서울특별시 경찰청장이 “감염병 예방법상 금지구역에서 차량 행진을 진행할 가능성”, “대규모 차량 시위로 변질될 가능성” 등을 근거로 금지한 사례가 있었다.⁵⁵⁾ 이러한 행정처분에 대해 신청인들은 집행정지를 신청하였고, 법원

53) 편의상 ‘접촉 시 감염될 확률’은 집회에서도 동일하다고 가정하고 수식을 전개하였다.

54) 물론 여기에는 차량에 동승하는 등의 이유로 밀접 접촉자가 집회로 인해 늘어나는 추가적 고려사항이 없다는 전제가 필요하다.

55) 서울행정법원 2020. 10. 2.자 2020아12845 결정.

은 결정문에서 “이 사건 각 처분으로 인하여 신청인은 (...) 회복불가능한 손해를 입게 되는 반면에 이 사건 차량시위로 인한 코로나19 감염병 확산 및 교통소통의 방해 우려는 충분히 소명되지 않았”고, “위험성이 구체적 객관적으로 존재한다고 보기에 부족”하다며 집행정지 신청을 인용하였다.⁵⁶⁾ 해당 판결에서는 이러한 판단의 근거가 되는 비례성 심사의 구체적 단계를 명시하지는 않았으나, 앞선 논의에 비추어볼 때 상기의 행정처분은 ‘수단의 적합성 심사’를 통과하지 못하여 과잉금지원칙에 위배되는 것으로 구체화할 수 있다.

나. 집합제한조치에 대한 ‘피해의 최소화’ 심사

3장 2절에서 다루었던 것처럼, 감염병 팬데믹 상황에서의 방역조치는 ‘개입 방식’과 ‘규율 대상의 범위’에서의 피해의 최소화 심사를 만족시켜야 한다. 본 사례에서 ‘규율 대상의 범위’는 집회 등으로 다중이 집합하는 경우로 고정되어 있으므로, 이하에서는 ‘개입방식’에 있어서의 피해의 최소화 심사의 방식을 검토하고자 한다.

‘개입방식’에 있어서의 피해의 최소화 심사에서는, 집합제한조치를 적용함에 있어서 보다 덜 침해적인 방식으로 동등한 목적의 달성이 가능한지 여부를 평가한다. 이를 위해 [수식 8]에서 제시한 ‘집합에 참여한 개인의 인구집단에 대한 리스크’를 다시 서술해보면 다음과 같다.

집합에 참여한 개인 A의 인구집단에 대한 리스크

$$\begin{aligned}
 &= A \text{가 실제 감염되었을 확률} \\
 &\quad \times \text{집합 참여시의 접촉자 수} \times \text{접촉 시 감염될 확률} \\
 &\quad \times (1 + R + R^2 + R^3 + (\dots) + R^{m-1}) \\
 &\quad \times \text{해악의 중대성}
 \end{aligned}$$

56) 서울행정법원 2020. 10. 2.자 2020아12845 결정. 단, 해당 결정에서는 상세한 별지조건을 첨부하여 집회 진행에 있어서의 제한 조건을 명시하였다. 별지조건 항목에 대한 검토와 관련하여서는 이후 이어지는 판례 검토에서 보다 구체적으로 살펴보고자 한다.

예를 들어, 완전한 집회 금지에 대한 대안으로 가능한 최소침해적 조치들을 생각해보자. 위 수식에 비추어 보면, 단지 ‘집합 참여시의 접촉자 수’를 0으로 통제하는 것 이외에도 ‘A가 실제 감염되었을 확률’이 0임을 확인함으로써 리스크 발생을 통제하는 것도 가능함을 알 수 있다. 즉, 집회 참여자에 대해 감염병 음성 결과 제출을 요구하는 방식을 집회의 완전한 금지의 대안으로 고려할 수 있는 것이다.⁵⁷⁾

또한 집회 등 다수의 집합을 원천적으로 금지하는 것에 대한 대안으로, “최소한의 범위를 정하여 질서유지선을 설정”하거나, “집회시간 및 장소, 규모, 방법 등에 관하여 감염병 예방을 위한 구체적인 조건을 부과”하는 최소침해적 방법으로 동등한 감염병 리스크 예방의 효과를 거둘 수 있을 것이다.⁵⁸⁾ 실제로 집합제한조치와 관련한 다수의 판례에서는 이러한 최소침해적 대안들을 제시하여 왔다. 이에 대해서는 다음 절에서 이어지는 판례 검토에서 보다 자세히 논하고자 한다.

다. 집합제한조치에 대한 ‘법익의 균형성’ 심사

마지막으로, 집합제한조치가 정당성을 획득하기 위해서는 ‘법익의 균형성’ 심사를 통과하여야 한다. 우선 ‘허용가능한 리스크’ 여부에 근거한 법익의 균형성 심사의 만족 여부부터 검토하여 보자. ‘허용가능한 리스크’ 여부에 근거한 법익의 균형성 심사에서는, 특정 행위가 방역조치로 인하여 금지의 대상이 되는 반면 인구집단에 대한 리스크 발생 양상이 유사한 다른 행위는 ‘허용가능한 리스크’로 받아들여지고 있다면, 이는 ‘정당하지 않은 차등대우’에 해당한다고 판단한다(3장 2절 참조).

대표적인 사례가 집합제한조치를 통해 집회·종교의 자유를 제한하면서, 다른 사적 공간에서의 집합은 허용하는 경우이다. 구호를 외치거나 마스크를 벗는 등의 변인은 통제된다는 가정하에, 100인이 모이는 실내 집회와 100인이

57) 단, 실제로는 감염 검사의 위음성(false negative)의 문제, 검사시점과 집회 참여시점 간 시차의 문제 등을 추가로 고려할 필요가 있다.

58) 서울행정법원 2021. 9. 24.자 2021아12380 결정.

모인 실내 쇼핑몰의 감염전파 리스크는 유사하다고 일응 추정할 수 있다. 따라서 다른 추가적 사유가 없다면, 둘 중의 하나의 행위는 ‘허용가능한 리스크’로 수용되지만, 다른 하나의 행위는 ‘허용되지 않는 리스크’로 방역조치의 통제 대상이 되는 것은 부당한 차등대우라 할 수 있다.

두 번째로, 이러한 ‘허용가능한 리스크’의 범위는 시간에 따른 ‘리스크의 변화’에 따라 다르게 평가되어야 함에 유의하여야 한다. 코로나19 팬데믹의 사례에서도 볼 수 있듯이, 감염병의 전파양상 및 리스크의 크기에 대한 지식이 축적되지 않았던 팬데믹 초기와, 지식이 축적되어 리스크에 대한 구체적 예측이 가능하였던 팬데믹 후기의 ‘허용가능한 리스크’의 범주는 상당히 달라지게 된다 (3장 2절 참조).

이제까지 살펴본 집합제한조치에 대한 논의와 관련하여, 감염병예방법 제 49조 제1항 제2호에 의거한 지방자치단체장의 집회금지처분에 대한 국내 행정법원에서의 집행정지 결정이 다수 이루어진 바 있으며,⁵⁹⁾ 해외에서는 종교 집회의 제한을 중심으로 최고법원의 가처분 결정례가 다수 이루어졌다. 이에 이하에서는 앞선 논의를 바탕으로 ‘집합제한조치’에 대한 국내외 법원 판결에서의 비례성 심사의 논증 구조를 비판적으로 검토하고자 한다. 이를 통해 판례에서 사용되고 있는 비례성 심사 논증의 이론적 근거를 보다 엄밀히 해석하고, 각 판례에서의 미흡한 부분에 대해서 비판적으로 살펴볼 것이다.

2. 집합제한조치의 정당성과 관련한 판례 검토

가. 집합제한조치에 대한 국내 집행정지 결정례 검토

(1) 서울행정법원 2020. 8. 14.자 2020아12428 결정

2020년 7월 29일, 신청인은 2020년 7월 31일부터 2020년 8월 28일까지 광

59) 서울행정법원 2020. 6. 1.자 2020아11589 결정; 서울행정법원 2020. 8. 14.자 2020아720 결정; 서울행정법원 2020. 8. 14.자 2020아12428 결정; 서울행정법원 2021. 2. 16.자 2021아10313 결정; 서울행정법원 2021. 9. 24.자 2021아12380 결정 등.

화문 일대에서 이루어지는, 참가 예정 인원 약 100명 가량의 옥외집회를 신고 하였다.⁶⁰⁾ 서울중로경찰서장은 “서울시 코로나 19 확산방지를 위한 도심내 집회 제한 고시”⁶¹⁾에 입각하여 해당 집회의 금지를 통보하였다. 이에 신청인은 “이 사건 고시는 집회 시간, 규모 등과 무관하게 제한 지역 내 집회를 전면적으로 금지한다는 점에서 위헌”이라 주장하며 집회금지처분에 대한 집행정지를 신청하였다.

재판부는 해당 신청을 기각하며, “서울특별시장은 이 사건 고시를 통해 유동 인구가 많은 도심의 광장과 도로로서 다수의 사람이 참가하는 집회가 빈번하게 진행될 경우 COVID-19의 감염 우려가 현저히 높다고 판단되는 특정 장소를 집회제한 장소로 지정”하였으며, 따라서 “이러한 기준에서 이루어진 집회 제한 장소의 지정이 비합리적이라고 보기 어렵다”고 판시하였다.⁶²⁾ 나아가 해당 집합금지명령의 필요성을 언급하며 재판부는 “진정세로 접어두고 있는 듯 보였던 일별 확진자수가 갑자기 급증세를 보이고 있”으며, “재난상황의 심각성과 현황, 사회적 손실 등에 비추어 보면, 현시점에서 예방 및 확산 방지를 위한 조치의 필요성이 감소하였다고 보기는 어렵다”고 언급하였다. 즉, “이 사건 처분의 집행을 정지하는 경우 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려”가 있으며, “[해당] 사건 처분이 자의적이라고 보기 어렵”다는 것이다.⁶³⁾

해당 결정에는 비례성 심사의 구체적 논증이 누락되거나 미흡하게 판단된 부분이 다수 존재한다. 예를 들어 위 결정에서 재판부는 결정의 근거로 “COVID-19에 감염된 사람이 집회에 참가하게 되면 (...) 그 주변을 통행하거나 집회를 지켜본 사람들에게 대한 감염 가능성[을] 배제할 수 없”다는 점을 언

60) 서울행정법원 2020. 8. 14.자 2020아12428 결정.

61) 서울특별시 고시 제2020-85호.

서울특별시장은 2020년 2월 27일, 감염병예방법 제49조 제1항 제2호에 근거하여 “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 장소”에서 집회를 제한하는 “서울시 코로나 19 확산방지를 위한 도심내 집회 제한 고시”를 발표하였다.

62) 서울행정법원 2020. 8. 14.자 2020아12428 결정.

63) 서울행정법원 2020. 8. 14.자 2020아12428 결정.

급하고 있으나,⁶⁴⁾ 이는 ‘개입 방식에 대한 피해의 최소성 심사(3장 2절)’를 엄밀하게 적용하지 않은 판단이다. 해당 집회를 규율하는 방식에는 일률적 제한 혹은 일률적 허가만이 존재하는 것이 아니며, 따라서 해당 단계의 리스크를 통제하기 위한 ‘최소침해적 대안’을 충실히 검토하여야 한다. 특히, 리스크 유발 행위에 대한 자유제한 조치의 피해의 최소성을 검토할 때에는, (전체 행위를 뭉뚱그려 검토하는 것이 아닌,) 해당 행위로 인해 리스크가 증가하는 구체적 단계를 명시하고, 그 단계의 발생 확률을 동등한 정도로 통제하는 보다 최소침해적 대안이 있는지 검토할 필요가 있다. 앞의 예시에서 등장한 “집회를 지켜본 사람들에게 대한 감염 가능성”은 ‘집회’라는 리스크 유발행위 전체를 금지하는 방식이 아닌, 리스크 유발 행위에 의해 최종적 해악에 도달하는 여러 확률적 연쇄 중 특정 단계를 통제함(예를 들어, 감염 전파가능 거리 이내로의 인파의 접근 제한 등)으로써 동등한 목적 달성이 가능하므로, 올바른 논증의 근거가 되지 못하는 것이다.

나아가, 해당 결정은 법익의 균형성 심사를 수행하지 않았다는 한계를 지닌다. 재판부는 결정의 근거로 “일별 확진자수가 갑자기 급증세를 보이고 있”다거나, “이 사건 처분의 집행을 정지하는 경우 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려”가 있다는 것을 제시하고 있으나,⁶⁵⁾ 단지 감염병 팬데믹의 ‘위험이 중대하다’는 것으로부터 법익의 균형성 심사를 생략하는 것은 정당화될 수 없다.⁶⁶⁾ 타인과 인구집단에게 리스크를 부과하는 행위라 하여서 모두 금지되어야 하는 것은 아니기에, 유발되는 리스크에 근거하여 해당 행위를 제한하기 위해서는 ‘허용가능한 리스크의 한계’를 확인하는 작업이 선행되어야 한다. 그러나 해당 결

64) 서울행정법원 2020. 8. 14.자 2020아12428 결정.

65) 서울행정법원 2020. 8. 14.자 2020아12428 결정.

66) 유사한 문제가 집합금지명령에 대한 다수의 집행금지 결정례에서 발견된다. 예를 들어 서울행정법원 2020. 6. 1.자 2020아11589 결정에서 재판부는 신청인의 집행금지 신청을 기각하며, “현재 수도권 코로나19 확산세를 고려하면 국민 생명권 보호가 절실하고 새로운 유형의 재난에 대응하기 위한 행정력 소모가 극심”하다며 “중대한 피해를 입힐 수 있는 감염병 확산의 위험성이 인정된다”고 판시하였으나, 그 비교형량의 구체적 논증을 제시하지 않았다.

정에서 공익과 그로 인해 제한되는 기본권의 제약 정도를 비교형량하는 것이 아니라, 단지 ‘공익의 중대성’만을 강조하는 것은 사실상 법익의 균형성 심사를 수행하지 않은 것이므로 논증 상의 보완이 필요할 것으로 판단된다.

(2) 서울행정법원 2021. 9. 24.자 2021아12380 결정

거리두기 4단계 하에서 모든 집회·시위를 금지하였던 서울특별시 고시⁶⁷⁾에 의해 집회가 제한된 신청인들이 제기한 집행정지 신청에서,⁶⁸⁾ 재판부는 집회금지처분의 효력을 정지하며 “집회시간과 장소, 규모, 방법 등을 개별적, 구체적으로 살펴 감염병의 예방 및 관리와 조화를 이루면서도 필요한 최소한 범위 내에서 집회를 제한”하는 구체적 방법을 제시한다. 해당 결정문에서는 “필요하다고 인정되면 최소한의 범위를 정하여 질서유지선을 설정하여 집회 규모의 확산 및 불특정 다수와 접촉 등의 방지를 도모할 수 있”고, “신청인에게 집회 시간 및 장소, 규모, 방법 등에 관하여 감염병 예방을 위한 구체적인 조건을 부과하여 감염병의 예방 및 관리와 집회의 자유 사이에 조화를 꾀할 수도 있다”며 “[이러한 점]에 비추어 감염병 확산 우려가 객관적으로 분명하게 예상된다 보이지 않는다”고 판시하였다. 즉, 해당 조치는 “집회의 자유에 대한 필요한 최소한 범위의 제한방법에 관한 고려 없이 이 사건 집회에 관하여 금지 통고하였”으며, 따라서 정당하지 않은 자유제한에 해당한다는 것이다.⁶⁹⁾ 해당 결정의 이러한 논증은, 앞서 언급한 ‘개입 방식에 있어서의 피해의 최소성 심사’가 구체적으로 수행된 사례로 해석할 수 있다. 집회를 일률적으로 금지하는 것이 아닌, 불확실한 리스크 발생 단계들을 구체적으로 나누고 검토하여, 집회의 세부 사항을 세밀하게 통제하여 침해 최소화적 대안을 찾으려는 시도인 것이다.

67) 서울특별시 고시 제2021-497호. 해당 고시에서는 2021년 7월 12일부터 2021년 10월 3일까지 수도권에서 시행된 거리두기 4단계 하에서 모든 집회·시위를 금지하였다.

68) 서울행정법원 2021. 9. 24.자 2021아12380 결정.

69) 서울행정법원 2021. 9. 24.자 2021아12380 결정.

(3) 서울행정법원 2020. 8. 14.자 2020아720 결정

여러 결정례에서는 집회와 유사한 정도의 리스크 유발 행위가 ‘허용가능한’ 것으로 받아들여지고 있음을 보임으로써 해당 집회금지처분이 비례적이지 않음을 논증하는 전략을 취하기도 한다.

그 대표적 예시로, 서울행정법원 2020. 8. 14.자 2020아720 결정에서는 서울특별시의 집회금지처분이 과도한 자유제한이라는 근거로 “공연장 등 공중 밀집 장소의 영업 등을 전면 제한하고 있지는 않”고 있다는 점을 제시한다.⁷⁰⁾ “이 사건 집회장소 인근 공연장을 포함한 서울 소재 여러 공연장에는 공연을 보기 위해 많은 관객이 운집하고 있”음에도, 집회만을 다르게 취급하여 엄격히 제한하는 것은 “필요한 최소한 범위를 벗어나 집회의 자유를 제약하는 것으로 보인다”는 것이다.⁷¹⁾

이러한 재판부의 주장은, ‘허용가능한 리스크 여부에 근거한 법익의 균형성 심사’를 통해 보다 엄밀하게 해석될 수 있다(3장 2절 참조). 집합금지처분이 이루어졌던 당시, 공연장과 같은 시설에서는 많은 관객이 운집하는 것이 가능했는데, 이는 해당 공간에서의 집합으로 발생하는 리스크가 리스크-이익의 상호호혜적 교환의 결과 ‘허용가능한’ 것으로 여겨지고 있음을 의미한다. 그러나 해당 조치에서는 집회에 대해서는 집합을 엄격히 제한하고 있으며, 집회 개최로 인한 리스크 유발을 ‘허용가능하지 않은 리스크’로 분류하고 있다. 그러나 집회가 공연장에서의 집합행위보다 ‘인구집단에 대한 리스크’를 더 크게 유발시킨다는 근거는 없으며, 집회가 금지됨으로써 집회·결사의 자유가 제한된다는 점에서 공연 등의 기타 활동 제한에 비하여 사적 보호법익 제한의 정도 또한 결코 덜하지 않다.

70) 서울행정법원 2020. 8. 14.자 2020아720 결정의 기초적 사실관계는 다음과 같다. 2020년 8월 15일에 광화문 일대에서 참가 예정인원 약 100명 정도의 집회를 개최하려는 주최측의 신청에 대해, 서울특별시장은 “코로나19 감염[의] 전국적 규모의 지역간 확산”을 근거로 집회금지처분을 내렸다. 이러한 집회금지처분에 대해 주최측은 집행정지 신청을 하였고, 서울행정법원 제11부는 해당 옥외집회금지처분의 효력을 정지하였다.

71) 서울행정법원 2020. 8. 14.자 2020아720 결정.

따라서 (리스크-이익의 상호호혜적 교환의 결과) 공연장과 같은 집회 이외의 행위에 대해서는 집합이 가능하도록 ‘허용가능한 리스크’의 경계를 정했음에도, 집회에 대해서는 합의된 허용가능한 리스크의 범주를 크게 축소하여 적용하고 있는 것은 정당화되기 힘들다. 즉, 리스크-이익의 상호호혜적 교환이 공연장과 집회에서 다르게 합의된다는 충분한 근거를 제시하지 못한다면, 두 실내 공간에 대해서 차등적 조치를 하는 것은 부당한 차별에 해당한다는 것이다. 다시 말해, 해당 조치는 ‘허용가능한 리스크 여부에 근거한 법익의 균형성 심사’를 통과할 수 없다(3장 2절 참조).⁷²⁾

나. 집합제한조치에 대한 해외 판례 검토

(1) 미국 연방대법원 Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York 결정 (2020)⁷³⁾

(가) 결정의 요지

2020년 10월, 뉴욕주는 각 지역의 코로나19 심각성에 따라 레드존(red zone), 오렌지존(orange zone), 옐로우존(yellow zone)으로 분류하여 차등적인 거리두기 조치를 시행하였다.⁷⁴⁾ 이때, 상황이 가장 심각한 레드존에서는

72) 한편, 다수의 집회금지처분에 대한 집행정지 결정례에서는 ‘전면적 인용’이 아닌, 별지에 여러 준수조건을 제시하여 ‘제한된 범위’ 내에서의 집회를 허가하는 인용을 하는 추세가 관찰되기도 하였다. 예를 들어 서울행정법원 2021. 2. 16.자 2021아10313 결정에서는 집회 금지처분에 대해 효력 정지를 결정하며, 별지에 “효력정지 범위”를 구체적으로 제시한다. 해당 결정의 별지에서는 “코비드19의 사회적 거리두기 단계가 3단계로 격상되는 경우가 사전 집회를 중단”하며, “집회 참가자 규모[를] 9명 이내에 한”하는 등의 집회 개최의 조건을 구체적으로 제시하고, 만약 이러한 조건에 위배되는 경우 “감독하는 방역당국과 경찰의 (...) 해산명령에 즉시 응하여야 한다”고 조건부 인용의 상세를 명시하고 있다. 별지를 통한 구체적 가이드라인의 제시는 본문에서 살펴본 피해의 최소성과 법익의 균형성을 보다 상세히 반영하려는 재판부의 시도라 평가할 수 있다. 그러나 대부분의 판례에서는 그 ‘조건부 인용’의 기준들이 나오게 된 경우나 구체적 근거가 명시되지 않아, 제시된 각 조건에 따른 집회의 자유 제한이 비례성 심사를 통과할 수 있는가에 대한 또 다른 의문이 제기되기도 한다.

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

(이하 ‘Roman Catholic Diocese of Brooklyn’).

74) N.Y. Exec. Order No. 202.68. (2020.10.6.).

뉴욕주가 필수영업장으로 지정한 사업장은 입장 인원 제한이 없는 반면, 실내 예배의 경우에는 참석자 10인 혹은 최대 수용인원의 25% 중에 더 적은 수로 인원을 제한하도록 하였다. 또한 오렌지존의 경우에는 (다른 영업장과는 달리) 실내예배의 경우 참석자 25인 혹은 최대수용인원의 33%로 제한을 두었다. 이에 뉴욕 브루클린 교구의 카톨릭 교회와 정통파 유대교 단체는 뉴욕주지사의 행정명령이 미국 수정헌법 제1조 종교의 자유를 침해한다며 뉴욕주 행정명령에 대한 금지명령구제(injunctive relief)를 신청하였다.⁷⁵⁾

뉴욕 동부지구 연방지방법원은 가톨릭 교회와 정통파 유대교 단체의 뉴욕주지사의 행정명령 효력에 대한 임시제한명령(temporary restraining order)과 예비적 금지명령(preliminary injunction) 신청을 기각하였고, 이에 두 단체는 각각 항소법원에 금지명령과 신속심리절차를 신청하였다. 그러나 항소법원 또한 금지명령 신청을 기각하였고, 이에 두 단체는 결국 연방대법원에 금지명령을 신청하기에 이른다. 2020년 11월 25일, 연방대법원은 항소 판결이 나오기 전까지 예배 참석인원을 제한하는 행정명령을 정지하도록 금지명령 신청을 인용하였다.⁷⁶⁾

미국 연방대법원은 “브루클린 교구와 Agudath Israel 모두 [뉴욕주의] 제한 조치가 유사한 일반 시설(comparable secular facilities)에 비해 예배당(house of worship)을 훨씬 더 강하게 규제하고 있”으며, 이러한 예배 참석인원 제한이 “수정헌법 제1조 종교의 자유를 침해하는 것이라고 주장”한다고 청구인의 주장을 정리하였다.⁷⁷⁾ 연방대법원은 오렌지존에서 “예배 참석인원은 25명으로 제한되는데, 오렌지존에 위치한 사업장은 비필수적인 사업장(non-essential businesses)도 스스로 수용인원을 결정할 수 있다”며 “해당 규제는 예배당을 특정하여 특별히 가혹한 대우(especially harsh treatment)를 하고 있기 때문에 중립적이라 볼 수 없다(cannot be viewed as neutral)”고

75) Roman Catholic Diocese of Brooklyn, 1-2면.

76) Roman Catholic Diocese of Brooklyn, 2면.

77) Roman Catholic Diocese of Brooklyn, 2면.

판시하였다.⁷⁸⁾

나아가 연방재판소는 “해당 제한이 중립적이지 않고 일반적 적용가능성 (general applicability)이 없기 때문에, 해당 제한조치는 엄격심사(strict scrutiny)를 만족하여야 하며, 이는 해당 조치들이 주의 중대한 법익(compelling interest)을 달성하기 위해 좁고 엄밀하게(narrowly tailored) 입안되어야 함을 의미한다”고 언급한다.⁷⁹⁾ 재판부는 비록 “코로나19 확산이 의문의 여지 없이 중대한 법익을 지니는 것은 맞지만, “해당 규제가 ‘좁고 엄밀하게’ 시행되었다고 보기는 어렵다”고 보고 해당 규제가 정당화 될 수 없다고 지적하였다.⁸⁰⁾ 또한 해당 결정에서는 뉴욕주에서 취해진 자유제한이 감염 통제에 필요한 것보다 더 과도한 조치였음을 지적한다. “예배가 재개되었던 이후로 어떠한 브루클린 교구의 교회에서도 코로나19 환자가 발생하지 않았”던 것을 고려할 때, 해당 조치는 “코로나19의 확산을 예방하기 위해 필요한 것으로 밝혀진 것보다 훨씬 더 엄격하였다(far more severe than has been shown to be required to prevent the spread of the virus)”는 것이다.⁸¹⁾

해당 결정에서는 “400석의 시나고그(synagogue)나 1000석의 교회에 10명 이상의 사람이 들어가는 것을 허용하는 것이 [뉴욕]주가 허용하는 어떠한 다른 활동들보다 건강에 대한 더 중대한 리스크를 초래할 것이라 생각하기 어렵다”고 지적하며, 종교시설과 기타 세속 시설들과의 차등대우가 정당화되기 힘들다고 주장한다.⁸²⁾

78) Roman Catholic Diocese of Brooklyn, 2-3면.

79) Roman Catholic Diocese of Brooklyn, 4면.

80) Roman Catholic Diocese of Brooklyn, 4면.

81) Roman Catholic Diocese of Brooklyn, 4면.

82) Roman Catholic Diocese of Brooklyn, 5면.

따라서 결정문에서는 문제가 된 뉴욕주의 조치보다 “최소침해적인(less restrictive) 다양한 대안이 존재한다”는 점을 지적하고, 대표적 대안으로 “예배 참석 최대 인원을 교회·회당의 크기와 연동”시키는 방식을 제안한다(Roman Catholic Diocese of Brooklyn, 4면).

(나) 보충의견

대법관 Gorsuch의 보충의견에서는 “정부는 위기의 시간에도 수정헌법 제1조를 무시할 수 없다”며, 여타의 일상 활동을 “필수적(essential)”인 것으로 보면서도 전통적 종교 활동은 필수적이지 않은 것으로 여기는 해당 조치는 “수정헌법 제1조가 금지하는, 바로 그러한 종류의 차별”이라 비판한다.⁸³⁾ 나아가 보충의견은 해당 조치를 검토함에 있어 특별히 고려하여야 할 사항으로, 종교 행사에 대한 인원수 제한이 여성에 대한 차별을 초래할 수 있음을 지적한다. “레드존에 위치한 예배당에서 예배드릴 수 있는 사람은 최대 10명으로”, “예배 정족수를 맞추는 과정만으로 10명의 남성이 필요하기 때문에” “정통 유대교 공동체의 예배참석자를 10인으로 제한할 경우, 모든 여성이 예배에서 배제될 수 있다”는 것이다.⁸⁴⁾

Kavanaugh 대법관 또한 보충의견에서 “뉴욕주의 예배 참석인원 제한은 엄격할 뿐만 아니라 차별적(discriminatory)”이라며 “레드존과 오렌지존에서 예배참석자는 각각 10명, 25명으로 제한되지만, 같은 장소에 있는 일반적인 건물에는 이러한 규제가 적용되지 않는다”고 지적한다. “뉴욕주는 세속적인 사업장에 비해 예배당을 더 엄격하게 규제하는 것을 정당화할 수 있는 충분한 근거를 제시하지 못했다”는 것이다.⁸⁵⁾

한편 본 결정의 보충의견에서 눈여겨볼 부분은, 팬데믹이 진행되며 축적된 지식의 양이 변화함에 따라 기본권 제한의 정당성 여부 또한 다르게 판단되어야 한다는 점이 언급되었다는 점이다. Gorsuch 대법관은 해당 결정의 보충의견에서, 예배당에 대한 인원제한 조치에 대한 집행정지 가처분 신청을 기각했던 2020년 초의 South Bay United Pentecostal Church v. Newsom 결정⁸⁶⁾과

83) Roman Catholic Diocese of Brooklyn, Gorsuch 대법관의 보충의견, 2면.

84) Roman Catholic Diocese of Brooklyn, Gorsuch 대법관의 보충의견, 1면.

85) Roman Catholic Diocese of Brooklyn, Kavanaugh 대법관의 보충의견, 3면.

86) Gorsuch 대법관의 보충의견에서 언급된 결정은 South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, Governor of California, 590 U.S. _____, No. 19A1044. (2020, 5. 29.) 결정을 의미한다. 해당 사건에서, 캘리포니아주가 부과한 실내예배 관련 규제와 관련하여 사우스베이연합오순절교회가 제기한 가처분(injunction) 신청이 연방지방법원 및 제9연방항소법원의

(본 결정이 이루어졌던) 2020년 말의 차이를 지적한다. Gorsuch 대법관은 “[South Bay 사건이 이루어진 2020년 5월] 당시는 코로나19 사태가 본격적으로 시작된 지 3개월쯤”이었으며, “당시 대법원의 논리는 더 이상 유효하지 않다”고 지적한다. “South Bay 결정[은] (...) 오늘날 우리의 상황과 상이한 상황을 다룬 것”이라는 것이다.⁸⁷⁾

(다) 평가

Gorsuch 대법관이 보충의견에서 시기에 따라 심사기준이 달라져야 함을 지적한 것은, 3장 2절에서 살펴본 ‘리스크의 변화를 반영한 법익의 균형성 심사’와 연결된다. 즉 해당 보충의견은, 팬데믹에 대한 경험적·과학적 지식이 축적됨에 따라 감염자가 인구집단에 대해 지니는 리스크의 불확실성과 그 양상이 달라진다면, 그렇게 변화된 리스크를 고려하여 비례성 심사가 새롭게 이루어져야 한다는 원칙이 구체화된 것이라 볼 수 있는 것이다. 불확실하였던 코로나 19 팬데믹의 리스크가 점차 구체화됨에 따라, 과거에는 불확실성에 근거하여 정당화되었던 기본권의 제한도 이후의 시점에서는 기본권 침해가 될 수 있다.

이어서, 결정문 본문과 Kavanaugh 대법관의 보충의견에서 ‘다른 세속적 장소와 예배당 사이의 부당한 차별’을 논하고 있는 대목은, 법익의 균형성 심사의 두 번째 세부 심사기준인 ‘허용가능한 리스크 여부에 근거한 법익의 균형성 심사’를 통해 보다 엄밀하게 해석할 수 있다. 해당 행정명령 하 ‘오렌지 존’에서는 ‘세속적 공간’에 대해 집합가능 인원을 한정하지 않는데, 이는 해당 공간에서의 집합으로 발생하는 리스크가 리스크-이익의 상호호혜적 교환의 결과 ‘허용가능한’ 것으로 여겨지고 있음을 의미한다. 그러나 해당 조치에서는 예배당에 대해서는 집합을 엄격히 제한하고 있으며, 예배당 내 집합으로 인한 리스크

기각을 거쳐 연방대법원에서 최종적 판단이 다투어졌고, 결국 재판부는 그 가치분신청을 기각하였다. 본문의 보충의견에서 Gorsuch 대법관은 위의 South Bay 판결이 이루어진 2020년 5월 말의 상황 및 불확실성의 정도와 2020년 11월 말의 상황 및 불확실성의 정도가 상이하며 따라서 그 판결도 달라질 수 있는 것임을 언급하고 있다.

87) Roman Catholic Diocese of Brooklyn, Gorsuch 대법관의 보충의견, 3면.

유발을 ‘허용가능하지 않은 리스크’로 분류하고 있다. 그러나 예배당에서의 집합행위가 세속적 공간에서의 집합행위보다 ‘인구집단에 대한 리스크’를 더 크게 유발시킨다는 근거는 없으며, 현장 예배가 금지됨으로써 종교의 자유가 크게 제한된다는 점에서 세속적 활동 제한에 비하여 사적 보호법의 제한의 정도 또한 결코 덜하지 않다.

따라서 (리스크-이익의 상호호혜적 교환의 결과) ‘일상적 공간’에서는 집합가능 인원을 한정하지 않도록 ‘허용가능한 리스크’의 경계를 정했음에도, 예배당에 대해서는 합의된 허용가능한 리스크의 범주를 다르게 적용하고 있는 것은 정당화되기 힘들다. 즉, 리스크-이익의 상호호혜적 교환이 일상적 건물과 예배당에서 다르게 합의된다는 충분한 근거를 제시하지 못한다면, 두 실내 공간에 대해서 차등적 조치를 하는 것은 부당한 차별에 해당한다.

(2) 미국 연방대법원 South Bay United Pentecostal Church, et al. v. Gavin Newsom, Governor of California et al. 결정 (2021)⁸⁸⁾

(가) 결정의 요지

2020년 8월 28일, 캘리포니아주는 코로나19 양성률 등을 고려하여 주 내의 각 카운티를 감염 확산도에 따라 단계별로 분류하였다(이른바 “Blueprint for a Safer Economy” 정책, 이하 “Blueprint”). 그중 가장 감염 확산이 많은 Blueprint 1단계 지역이었던 출라 비스타(Chula Vista) 내에 있던 사우스베이 연합오순절교회(South Bay United Pentecostal Church)는 캘리포니아주를 상대로, 해당 실내예배 관련 규제가 수정헌법 제1조 종교의 자유를 침해하는 것이라 주장하며 주정부의 Blueprint 관련 행정명령에 대한 금지명령(injunction)을 신청하였다. 연방지방법원과 항소심에서의 기간 결정 끝에, 사우스베이연합오순절교회는 캘리포니아 주정부가 부과한 조치에 대해 ①

88) South Bay United Pentecostal Church, et al., v. Newsom, Governor of California, et. al., 592 U.S. _____, No. 20A136 (2021. 2. 5.)
(이하 ‘South Bay United Pentecostal Church (2021)’이라 표기한다).

Blueprint 1단계에서 실내예배를 금지하는 조치를 중지할 것, ② 최대 수용인원 비율에 따른 예배 집합인원 제한(percentage capacity limitation)을 중지할 것, ③ 실내예배에서의 찬송 및 기도문 낭송(chanting) 제한 조치를 중지할 것을 요구하는 금지명령을 신청하였다. 연방대법원은 신청인의 금지명령 신청을 부분적으로 인용하여, 금지명령 신청 ②와 ③은 기각하고, 본안 판단이 나오기 전까지 금지명령 신청 ①을 인용하기로 결정하였다.⁸⁹⁾

Roberts 대법원장은 일부 인용 의견에서 “연방대법원은 공중보건을 평가할 배경지식, 능력 및 전문성이 있는 정치적으로 책임있는 공직자들에게 특별한 경의(significant deference)를 표하여야 하”지만, 금지명령 신청 ①과 관련하여서는 “가장 큰 성당에서조차 안전하게 예배할 수 있는 최대 인원수가 0명이라는 것은 쟁점이 되는 법익에 대한 불충분한 평가·고려이다”라고 판단하였다.⁹⁰⁾

반면 전부인용 취지의 대법관 3명의 소수의견⁹¹⁾에서는 “주가 집합적 이익(collective interest)을 위해 개인의 권리(individual rights)를 양보하여야 한다고 요구하는 것”은 타당하지 않으며, “위기의 시기에도 우리는 정부가 헌법을 준수하도록 해야 할 의무가 있다”고 주장하였다.⁹²⁾

특히 전부인용 의견에서는 다른 세속적 실내 공간에서의 집합금지과 종교 집회를 차등대우하는 근거로 캘리포니아주가 제시한 4가지 이유(종교집회에서는 “① 다른 세대(世帶)의 사람들이 대규모로 ② 근접한 물리적 거리에 ③ 장시간 동안 집합하여 ④ 노래를 부른다”) 각각에 대한 반론을 전개한다.⁹³⁾ 전부

89) South Bay United Pentecostal Church (2021), 1면.

90) South Bay United Pentecostal Church (2021), Roberts 대법관의 찬성의견, 2면.

반면 대법관 Kagan과 Breyer, Sotomayor의 기각의견에서는 “오늘의 결정은 (...) 우리의 사법적인 역할을 넘어서는 것”이라 지적하며 금지명령 일부 인용 결정에 반대하는 의견을 표명하였다.

91) 대법관 Gorsuch, Thomas, Alito은 신청인의 금지명령 세 가지 모두를 전부 인용할 것을 주장하였다.

92) South Bay United Pentecostal Church (2021), Gorsuch, Thomas, Alito 대법관의 전부인용 의견, 2면.

93) South Bay United Pentecostal Church (2021), Gorsuch, Thomas, Alito 대법관의 전부인용 의견, 2면.

인용 의견은 “캘리포니아주는 상기 네 가지 요인들이 예배에는 항상 있고, 다른 세속적인 활동에서는 발생하지 않는다고 생각하는 우를 범했다”고 지적한다.⁹⁴⁾ “캘리포니아주는 왜 실내예배를 완전히 금지하는 것(total ban)보다 덜 제한적인 방식으로 주의 정당한 우려를 해결하지 않았는지 설명하지 않았”으며, “한 시점에 모일 수 있는 사람의 수를 제한하는 덜 제한적인 선택지가 다른 수많은 상점이나 사업장에서는 적절한데, 왜 예배당에서는 불충분한지 설명하지 않았다”는 것이다.⁹⁵⁾

또한 전부인용 의견은 캘리포니아주가 종교집회에 대한 차등적 대우의 네 번째 근거로 든 “[종교집회에서는] 노래를 부른다”는 점에 대하여 “완전한 금지” 이외에 다른 대안적 조치가 가능하였음을 지적한다. “[예배당의] 모든 신자들이 찬송가를 부르는 것이 너무나 위험하다(too risky) 할지라도, 캘리포니아주는 한 사람이 마스크를 끼고 아크릴 가림막(plexiglass shield) 뒤에 혼자 서서 노래를 부르며 예배를 인도할 수 없는지 설명하지 않았다”는 것이다.⁹⁶⁾

마지막으로, Gorsuch 대법관은 전부인용 의견에서 “캘리포니아주는 분명(…) 이러한 규제가 일시적일 뿐(merely temporary)이라 주장할 것이다. (…) 그러나 ‘일시적인’ 실내예배 금지 조치는 2020년 8월부터 시행되어, [2021년] 3월부터는 일상적으로 적용되었다”는 점을 지적하며 해당 자유제한 조치의 부당성을 언급하였다.⁹⁷⁾

94) South Bay United Pentecostal Church (2021), Gorsuch, Thomas, Alito 대법관의 전부인용 의견, 2면.

95) South Bay United Pentecostal Church (2021), Gorsuch, Thomas, Alito 대법관의 전부인용 의견, 2-3면. 나아가 전부인용 의견에서는 캘리포니아주는 왜 “좁고 세밀한(narrowly tailored) 선택지들, 가령 합당한 정도의 실내에서의 종교적 집합 시간 제한과 같은 [보다 덜 침해적인] 선택지들”이 충분치 않은가에 대해 설명해야 함에도 그 근거를 제시하지 못하였다고 지적한다(South Bay United Pentecostal Church [2021], Gorsuch, Thomas, Alito 대법관의 전부인용 의견, 4면).

96) South Bay United Pentecostal Church (2021), Gorsuch, Thomas, Alito 대법관의 전부인용 의견, 5면.

97) South Bay United Pentecostal Church (2021), Gorsuch, Thomas, Alito 대법관의 전부인용 의견, 6면.

(나) 평가

캘리포니아주가 보다 엄격한 자유제한의 근거로 제시한 ‘④ 노래를 부르다’는 점에 대해 전부인용 의견이 대안 제시(아크릴 가림막 뒤에서 마스크를 끼고 한 명만 찬양을 부르며 예배를 인도하는 방식)를 통해 논증하고자 하였던 것은, ‘개입방식’과 ‘규율 대상의 범위’에 있어서의 피해의 최소성 심사가 구체화된 것으로 해석할 수 있다(3장 2절 참조).

우선 Blueprint 조치와 같이 ‘노래를 부르다’는 예배의 특성에 근거하여 ‘집합한 전부’를 그 제한의 대상으로 삼는 경우, ‘규율 대상의 범위’를 모든 사람으로 확대하지 않고도 동일한 목적이 달성될 수 있는지 검토하여야 한다(‘규율 대상의 범위에 있어서의 피해의 최소성 심사’). 전부인용 의견에서는 ‘규율 대상의 범위’가 모든 사람으로 확대되지 않고도 감염의 리스크가 통제될 수 있는 반례(적어도 한 사람만 아크릴 가림막 뒤에서 마스크를 끼고 노래를 부르는 것은 실제적 리스크를 늘리지 않을 수 있다는 사례)를 제시함으로써 이러한 논증을 전개하고 있는 것으로 해석할 수 있다.

또한 해당 찬양 인도자 한 명에 대한 ‘개입 방식’에 있어서의 피해의 최소성 또한 검토되어야 한다. 해당 개인에게 아예 찬양을 못하게 하는 최대한의 자유제한을 적용하는 대신, 개입의 수준을 완화하면서(즉, 3장 2절 [도식 1]의 ‘개입의 사다리’를 한 칸씩 내려가면서) 동등한 목적이 달성될 수 있는지 확인할 필요가 있는 것이다. 재판부가 제시한 마스크·아크릴 가림막의 반례는 최대한의 자유제한보다 ‘완화된’ 대안으로 동일한 입법 목적을 달성할 수 있음을 보이는 사례로, 3장 2절에서 제시한 ‘개입 방식에 있어서의 피해의 최소성’의 논증을 전개하고 있는 것으로 해석할 수 있다.

한편, 전부인용 의견이 제시한 ‘세속적 공간에서의 집합과 종교집회를 차등적으로 대우할 근거가 없다’는 지적은, 앞서 여러 판례에서 검토하였던 것처럼 ‘허용가능한 리스크 여부에 근거한 법익의 균형성 심사’를 통과하지 못한다는 점을 언급한 것이라 해석할 수 있다. 우선 전부인용 의견에서는 네 가지 근거 각각에 대해 반박하는 예시를 들며 ① “기차역 내에서의 길게 늘어선 행렬”보

다 통제된 종교 집회가 더 많은 수가 모인다고 볼 수 없고,⁹⁸⁾ ② “헤어스타일리스트나 매니큐어 업자와 고객 간의 물리적 근접성(physical proximity)”과 ③ “접촉 지속시간(extended periods)”이 종교집회보다 결코 덜하다고 할 수 없다는 점을 언급하며⁹⁹⁾ 세속 활동과 종교 활동 사이의 차등대우가 정당화될 수 없음을 지적한다. 이는 세속적 활동과 종교적 활동에서의 ‘인구집단에 대한 리스크’를 다르게 취급할 근거가 없다는 점을 지적한 것으로, 동등한 리스크 유발 행위¹⁰⁰⁾에 대하여 허용가능한 외연을 다르게 취급하는 것은 부당하다는 본 논문의 논의로 보다 이론적으로 해석될 수 있다(3장 2절 참조).

나아가 해당 자유제한 조치의 ‘일상성’에 대한 Gorsuch 대법관의 지적은, 지식이 축적되어 팬데믹 하의 불확실성이 감소함에 따라 기본권 제한 조치는 보다 엄격하게 통제될 필요가 있다는 3장 2절의 ‘리스크의 변화를 반영한 법익의 균형성 심사’ 원칙이 구체화된 것이라 볼 수 있다. 전부인용 의견에서 주장하듯, “캘리포니아주가 임시적인 긴급사태를 주장하며 극단적인 조치들(extreme measures)을 옹호”하는 것은 이미 그 불확실성이 상당부분 경감된 상황에서는 과도한 자유제한에 해당한다는 것이다.¹⁰¹⁾

98) South Bay United Pentecostal Church (2021), Gorsuch, Thomas, Alito 대법관의 전부인용 의견, 3면.

99) South Bay United Pentecostal Church (2021), Gorsuch, Thomas, Alito 대법관의 전부인용 의견, 3면.

100) 단, 감염병의 리스크는 두 차원으로 구성되며, 따라서 ‘인구집단에 대한 리스크’ 이외에 ‘자신에 대한 해악/리스크’의 측면 또한 고려하여야 한다(본문 2장 2절 및 3장 3절 참조). 해당 판결의 전부인용 의견에서는 반복하여 수정헌법 제1조에서의 종교의 자유가 특별하게 고려되어야 하는 중대한 법익이라는 점을 언급하며 ‘자신에 대한 해악/리스크’ 측면에서는 오히려 여타의 세속 활동의 제한보다 종교 활동의 제한이 더 엄격하게 심사되어야 함을 주장한다.

101) South Bay United Pentecostal Church (2021), Gorsuch, Thomas, Alito 대법관의 전부인용 의견, 6면.

(3) 독일 연방헌법재판소 1 BvQ 28/20 결정 (2020)¹⁰²⁾

(가) 결정의 요지

헤센 주정부는 코로나바이러스 퇴치를 위한 헤센 주정부 명령(Verordnung zur Bekämpfung des Corona-Virus der hessischen Landesregierung)을 통해 시설폐쇄명령을 내렸는데, 이로써 부활절 기간의 예배에도 참석이 불가해진 카톨릭 신도인 신청인이 신앙의 자유 제한이 비례성을 가지지 못한다며 헤센 주 행정법원을 거쳐 연방헌법재판소에 명령의 집행정지를 신청하였다.¹⁰³⁾

그러나 독일 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht)는 “신청인은 (...) 가톨릭의 믿음에 따르면 성찬식을 공동으로 이행하는 것은 신앙의 핵심 요소이며, 예배를 인터넷으로 중계하는 방식이나 개별적인 기도와 같이 다른 형식으로 대체할 수 없다는 점을 설득력있게 주장”하였고 “이러한 금지가 (...) 신앙생활에서 정점을 이루는 부활절 기간 동안의 성찬식에도 적용된다는 점에서 [그 제한의 정도가] 더욱 강력하다”는 점,¹⁰⁴⁾ 이로써 “신청인의 신앙과 신앙의 자유에 돌이킬 수 없는 침해(irreversible Eingriff)“가 이루어지는 것임을 인정하였다.¹⁰⁵⁾

그러나 재판소는 “이러한 [코로나19 감염의] 위험은 자발적으로 예배에 참여한 사람들에게만 국한되지 않고, 뒤따른 감염(Folgeinfektionen) 가능성으로 인해 (...) 훨씬 더 많은 사람들(größeren Personenkreis)에게 확장된다”는 점을 지적하고,¹⁰⁶⁾ “생명과 신체에 대한 이러한 위험의 방지는 현재 이와 결부된 신앙의 자유에 대한 심각한 제한에도 불구하고 정당화될 수 있다”¹⁰⁷⁾며 신청인의 가처분 신청을 기각하였다. “지금과 같은 팬데믹 초기의 단계에서는, 가급적 [대인간] 접촉을 방지함으로써 전염성이 높은 바이러스 질병의 확산

102) BVerfG 1 BvQ 28/20 (2020.4.10.)

103) 1 BvQ 28/20 Rn. 5.

104) 1 BvQ 28/20 Rn. 14.

105) 1 BvQ 28/20 Rn. 15.

106) 1 BvQ 28/20 Rn. 16. (강조 필자)

107) 1 BvQ 28/20 Rn. 17.

속도를 늦추어, 무수한 사망자 발생으로 인한 국가의 보건체계의 붕괴를 방지하는 것이 중요하다”는 것이다.¹⁰⁸⁾

여기까지 해당 결정례는 비례성 심사의 구체적인 논증을 제시하지 않은 여타의 판례와 큰 차이를 보이지 않지만, 재판부는 결정의 말미에 “코로나 전염병의 새로운 추세(neuer Entwicklungen)를 고려하여 [주정부는] 해당 명령을 개정해야 한다”는 중요한 단서를 추가한다.¹⁰⁹⁾ 즉 재판부에 따르면, “바이러스의 전파양상 또는 보건의료 시스템에의 과부하가 걸릴 위험에 대해 새롭게 발견”된 사항에 입각하여 헤센 주정부는 해당 명령이 “교회의 집합 금지에 대한 엄격한 비례성 심사(strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit)”를 만족하는지 매번 새롭게 검토하여야 할 책임이 있다는 것이다.¹¹⁰⁾

(나) 평가

먼저 해당 결정례는 코로나19 감염은 단지 예배에 모인 사람뿐만이 아니라 2차, 3차의 연쇄적 감염을 거쳐 “훨씬 더 많은 사람들(größeren Personenkreis)에게 확장된다”¹¹¹⁾는 점을 적절히 지적하고 있다. 이는 본 논문의 2장 2절에서 제시한 것처럼, 감염병 팬데믹 상황에서 감염자는 단지 ‘타인에 대한 리스크’만을 지니는 것이 아니라 ‘인구집단에 대한 리스크’를 초래할 수 있다는 점을 반영한 판단이라고 평가할 수 있다.

아울러 해당 판결 또한 신종 감염병에 대한 지식의 축적에 따라 감염병 리스크의 유형과 정도가 변화할 수 있고, 비례성 심사는 그 시점에 맞게 다시 이루어져야 한다는 점을 지적한다. 즉, 판결 당시와 비교하여 감염병 팬데믹의 리스크의 불확실성이 감소함에 따라 비례성 심사 또한 매번 새롭게 행해져야 한다는 원칙을 구체적으로 명시한 것이다. 실제로 해당 판결에서는 2020년 3월 17

108) 1 BvQ 28/20 Rn. 17.

109) 1 BvQ 28/20 Rn. 17.

110) 1 BvQ 28/20 Rn. 17. 이러한 맥락 속에서, 재판부는 해당 헤센 주정부 명령이 “2020년 4월 19일까지의 시한을 두는 것”이 본 결정에 중요한 근거가 되었음을 언급한다(Rn. 17).

111) 1 BvQ 28/20 Rn. 16.

일의 행정명령이 오직 2020년 4월 19일까지 적용된다는 시간적 제한을 가졌다는 점, 즉 당시의 지식 수준에 따른 불확실성에 입각한 ‘한시적 조치’라는 점이 기본권 제한을 정당화하는 중요한 근거로 고려되었다.

(4) 독일 연방헌법재판소 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 결정 (2021)¹¹²⁾

(가) 결정의 요지

2021년 4월 22일 독일 연방참사원은 코로나19 팬데믹 대응을 위한 연방의 긴급개입(Bundesnotbremse)을 ‘제4차 국가 전역의 감염상태에서 국민의 보호를 위한 법률’을 통해 규정하였다. 새롭게 규정된 감염방지법 제28b조 제3항에 따라, 특별한 주정부의 법규명령 없이도 일정 조건 만족 시 법률에 따른 학교폐쇄명령이 내려지게 되었다. 이러한 법령에 대하여 뮌헨(München)과 슈베비슈-할(Schwäbische-Hall)에 거주하는 학생¹¹³⁾과 학부모¹¹⁴⁾가 헌법소원을 제기하였다. 해당 법령이 학생에 대해서는 교육에 대한 권리, 부모에 대해서는 가정생활을 자유롭게 형성할 권리를 과도하게 침해한다는 것이다.¹¹⁵⁾

그러나 독일 연방헌법재판소는 감염방지법 제28b조 제3항 제2문과 제3문에 따른 학교폐쇄 조치가 교육의 권리를 과도하게 제한하는 것은 아니라고 판단하였다. 재판부는 “대면 수업의 금지는 기본법 제2조 제1항 및 제7조 제1항이 보호하는 학교교육을 받을 권리의 제한”¹¹⁶⁾이며, “청소년은 인격을 발전시킬 균등한 기회를 갖기 위하여 최소한의 교육을 제공할 것을 요구하는 청구권(Anspruch)”을 지닌다고 인정하면서도,¹¹⁷⁾ “헌법적 법익 보호의 우월한 이유

112) BVerfG 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 (2021.11.19.).

113) 병합된 두 사건 중 1 BvR 971/21에 해당한다.

114) 병합된 두 사건 중 1 BvR 1069/21에 해당한다.

115) 해당 결정의 많은 부분은 대면 수업 금지 조치로 인한 학생들의 ‘교육에 대한 권리’ 제한의 정당성 판단에 초점이 맞춰져 있다. 본 논문에서 참고할 만한 결정문의 핵심적 논증 또한 ‘교육에 대한 권리’ 제한의 비례성 심사 부분에서 다루어진다. 본 논문에서는 해당 결정문에서 ‘교육에 대한 권리’를 다룬 전반부를 위주로 검토를 진행하였다.

116) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 42.

117) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 57.

가 있는 예외적인 경우, 이러한 청구권은 제한될 수 있다”고 보았다.¹¹⁸⁾ 재판부는 “[대면 수업의] 금지는 (...) 다른 접촉 제한과 마찬가지로 감염을 억제하여 생명과 건강을 보호하고, 보건의료시스템의 부담이 과중하지 않도록 하려는 것”으로,¹¹⁹⁾ “해당 입법이 채택되었을 때에 가용하였던 지식에 비추어 볼 때, (...) 추구하는 공공선과 학생에 대한 기본권 제한 사이의 적절한 균형이 이루어졌다”¹²⁰⁾고 판단하였다.

한편 해당 결정에서는, 독일 감염방지법 제28b조 제3항의 대면 수업 금지 조치가 비례성 심사를 만족하는 근거에 대하여 다음과 같은 논거를 제시하였다. 결정문에서는 먼저 목적의 정당성¹²¹⁾과 수단의 적합성¹²²⁾을 검토하며, 해당 조치가 “생명과 건강을 보호하고 보건의료시스템의 적절한 기능을 보장”한다는 “압도적 중요성을 갖는 공공선”¹²³⁾을 목적으로 추구하고 있으며, 대면 수업의 금지는 이러한 목적에 합리적으로 기여할 수 있다고 판단하였다.¹²⁴⁾

이어서 재판부는 필요성(피해의 최소화) 심사를 수행하며,¹²⁵⁾ 대면 수업 금지에 대한 보다 최소침해적 대안으로 “학교를 여는 대신, [학생들에게] 주 2회의 코로나19 검사의 의무를 부여하는 방식”¹²⁶⁾을 비교 검토하였다. 재판부는 감염방지법 제28b조 제3항의 대면 수업 금지 조치가 필요성(피해의 최소화)을 만족한다고 판단하며, 그 근거로 (1) 대안과 비교하여 “학교 폐쇄를 통해서만이 추가적으로 예방할 수 있는 감염”¹²⁷⁾이 존재하고, (2) “학교에서의 포괄적 [코로나19] PCR 검사를 수행하는 것은 검사 역량의 한계로 불가능하다”¹²⁸⁾는 전문가 의견을 인용하였다. 즉, 대안적 조치로는 ‘동등한 공익 달성’

118) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 57.

119) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 119.

120) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 133.

121) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 110-112.

122) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 113-120.

123) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 111.

124) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 118.

125) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 121-132.

126) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 125.

127) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 129.

이 불가하며, 당시 검사 역량을 고려할 때 대안적 조치의 현실적 실현 가능성도 없었다는 것이다.

마지막으로, 해당 결정에서는 감염방지법 제28b조 제3항의 대면 수업 금지 조치에 대한 비례성(법익의 균형성)을 검토하였다.¹²⁹⁾ 재판부는 다양한 사례와 연구결과를 참고하여 대면 수업 제한이 학생들의 교육에 미치는 심각한 영향을 ‘학습 시간의 단축,’¹³⁰⁾ ‘사고 공간의 상실,’¹³¹⁾ ‘취약한 가정의 아동이 더욱 배제되는 효과,’¹³²⁾ ‘대면 수업에 의존하는 초등학생에 대한 추가적 악영향’¹³³⁾ 등으로 나누어 상세하게 검토하면서도, 해당 조치가 코로나19 감염이 “기하급수적으로(exponentiell)”¹³⁴⁾ 퍼졌던 입법 당시의 “불확실성”¹³⁵⁾의 상황 속에서 “가장 중요한 공동선의 목표(Gemeinwohlziele)”¹³⁶⁾인 “건강과 생명”¹³⁷⁾을 보호하기 위한 피치 못할 대응이었다는 점을 충분히 고려해야 한다고 주장한다.

재판부는 해당 조치가 비례적이라고 주장하며,¹³⁸⁾ 다음과 같은 논거들을 제시한다. (1) 독일 연방참사원은 (발병도 100을 기준으로 폐쇄하는 다른 시설과 달리) “학교가 발병도 165에 이르러서야 비로소 완전히 폐쇄되도록 함”¹³⁹⁾으로써 학교 교육을 받을 권리라는 중대한 기본권을 제한함에 있어서 추가적 고려를 하였고, (2) 연방 정부는 대면 교육 금지 조치를 적용하면서도 가능한 범위 내에서 디지털 원격 교육을 시행하여 교육에 대한 권리를 일부나마 실현할 수 있도록 노력을 기울였으며,¹⁴⁰⁾ (3) 문제가 되는 감염방지법 조

128) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 129.

129) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 133-199.

130) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 142-143.

131) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 144.

132) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 145-146.

133) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 147-148.

134) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 155.

135) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 159.

136) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 157-158.

137) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 157-158.

138) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 133.

139) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 161.

항의 효과는 2개월이 조금 넘는 매우 짧은 기간만 유효한 한시법으로 입법되었다¹⁴¹⁾는 것이다.

즉, 독일 연방헌법재판소는 비록 감염방지법 제28b조 제3항의 대면 수업 금지 조치가 학생들의 ‘교육에 대한 권리’를 제한할지라도, 그 제한을 통해 목적 하였던 “건강과 생명”¹⁴²⁾이라는 공익이 매우 중대하고, 그 제한의 정도를 최소화하기 위한 다양한 노력이 있었으므로 법익의 균형성 심사가 만족될 수 있다고 판단하였다.

(나) 평가

해당 결정은 비례성 심사를 목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소화, 법익의 균형성으로 나누어 검토하고, 그 구체적 논증을 제시하였다는 점에서 의의가 있다. 또한 해당 결정에서는 비례성 심사의 각 단계에서 고려할 사항으로 감염병 팬데믹의 “불확실성(Unsicherheiten)”이라는 특성을 주요하게 언급하고 논의를 전개한다는 장점을 지닌다.

특히 본 판례는 (1) 입법자가 ‘발병도’에 따라 차등적으로 자유제한 조치를 적용하였다는 점을 심사 과정에서 주요하게 고려하고 있으며, (2) 감염병에 대한 정보가 부족한 상황에서의 사전예방적 조치에 대한 비례성 심사는 시간에 따라 변화될 수 있다는 점을 명확히 한다는 의의를 갖는다.

실제로 다른 장소에 대한 집합금지명령과는 다르게, 당시 독일에서는 학교에 대한 집합금지명령의 조건으로 보다 엄격한 발병도 기준을 적용하였다. 당시의 독일 감염방지법 제28b조에 따르면, “일정한 시나 군에서 3일 연속 7일 발병도가 100의 한계치를 초과하는 경우”(즉 3일 연속으로 인구 10만명 당 7일 평균 확진자 수가 100명을 초과하는 경우) 그 2일 뒤부터 일반학교와 직업학교, 대학, 성인교육을 위한 교외 시설 기타 유사한 시설(이하 ‘교육시설’)에

140) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 164-174.

141) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 179.

142) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 157-158.

서 출석 수업은 격일제로 시행되었으며, “일정한 시나 군에서 3일 연속 7일 발병도가 165의 한계치를 초과하는 경우”, 그 2일 뒤부터 교육시설에서의 출석 수업이 금지되었다. 이처럼 입법자가 팬데믹의 심각도에 대한 과학적이고 구체적인 수치를 바탕으로 교육시설을 다른 장소와 달리 보다 감염이 심각한 상황에 이르러서야 비로소 폐쇄되도록 조치하였던 것을 근거로, 재판부는 해당 조치가 “대면수업의 특별한 중요성을 고려”¹⁴³⁾하여 시행됨으로써 법익의 균형을 조화적으로 판단하였다고 보았던 것이다.

또한 앞의 독일 연방헌법재판소 1 BvQ 28/20 결정과 유사하게, 해당 결정 또한 과학적 지식 축적과 상황의 변화에 따라 불확실성이 감소하면 이에 맞추어 비례성 심사가 다르게 이루어질 수 있다는 점을 명확하게 언급하였다. 즉, “입법자가 불확실한 사실과 예측에 근거하여 어떤 조치를 취한 경우, 사실적 상황이나 가용한 지식 수준의 변화에 따라 해당 조치가 위헌이 될 것이라는 우려가 발생할 때는, 추가적 변화 상황을 모니터링하고 법률을 개정할 것이 요구된다”는 것이다.¹⁴⁴⁾ 특히, 연방 정부가 로버트 코흐 연구소(Robert Koch Institute)에 여러 기본권 제한조치의 실제 감염병 예방효과의 연구를 의뢰하고, 이를 향후 정책에 반영하고자 하였다는 사실이 비례성 평가 과정에서 언급되기도 하였다는 점은 특기할만 하다.¹⁴⁵⁾

V. 결론

국가가 ‘공중보건’이라는 공익을 보호한다는 근거로 구성원에 대해 방역조치 준수 의무를 부과하고 위반 시에 처벌하는 것은, 해약 유발의 ‘불확실한 리스크’만으로 개인의 자유를 중대하게 제한하는 것이 정당한 것인지에 관한 의문을 불러일으킨다. 2020년 초부터 전 세계를 휩쓴 코로나19 팬데믹은 ‘감염

143) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 161.

144) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 198.

145) 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 181.

예방을 통한 공중보건의 수호'라는 거대한 공익 보호를 위해 개인의 자유를 어디까지 제한할 수 있는가 하는 범사회적 논의를 촉발하였다.

그러나 관련한 논의들에서는, 자유제한 조치의 정당성 판단의 가장 핵심이 되는 '감염병 전파 예방을 통한 공중보건 달성'과, 이로 인해 초래되는 '개인의 자유제한' 사이의 형량을 엄밀하게 수행하지 않는 경우가 많았다. 자유제한의 근거로 '코로나19 팬데믹의 상황이 엄중하다'라는 것을 언급하는 것에 그침으로써 비례성 심사의 논증 자체를 누락하거나, '형량되는 공익에 비하여 자유제한이라는 사익의 제한은 지나치다고 할 수 없다'는 방식으로 그 구체적 논증은 하지 않은 채 내면의 심증을 통해 결론에 이르는 경우가 잦았던 것이다.

이러한 혼란의 배경에는 감염병 팬데믹 상황에서 개인이 확률적으로 초래하는 '공익 훼손의 리스크'를 법적 분석 대상으로 정립하지 못하였던 것이 자리하고 있었다. 이에 본 논문에서는 '감염병 팬데믹'이라는 현상에서의 '리스크' 개념을 이론적으로 분석하고, 그 분석의 결과를 구체화하여 감염병 팬데믹 상황하의 자유제한 조치에 대한 비례성 심사기준을 구체화하는 것을 그 목표로 하였다.

우선 2장에서는 고전적 해악 개념이 감염병 팬데믹을 적절히 설명하지 못한다는 점을 지적하고, Joel Feinberg와 유기훈·김도균·김옥주의 선행연구를 기반으로 '해악'에서 '리스크'로의 개념 확장을 제안하였다. 또한 감염이 연쇄적으로 발생하며 인구집단으로 퍼져나가는 현상을 법적으로 분석가능한 대상으로 포섭하기 위해, 감염병 역학의 '재생산지수' 논의를 리스크 개념에 적용하여 '인구집단에 대한 리스크'를 법적으로 분석가능한 대상으로 정립하였다.

3장에서는 기존 비례성 심사의 방법론에 2장의 이론적 논의를 접목하여, 감염병 팬데믹 상황에서의 국가의 기본권 제한 조치에 대한 과잉금지원칙의 구체적 심사기준을 제시하였다. 우선 수단의 적합성 심사에서는, 공익에 대한 훼손이 '확률적'으로 나타나는 감염병 팬데믹의 경우에 '공익에 대한 수단의 인과적 기여'를 평가하는 구체적 방식을 제시하였다. 피해의 최소성 심사는 '개입 방식에 있어서의 피해의 최소성'과 '규율 대상의 범위에 있어서의 피해의 최

소성’으로 나누어 검토하였으며, 법익의 균형성 심사에서는 ‘인구집단에 대한 리스크’ 방지의 법익과 ‘개인의 자유제한’ 초래의 법익 사이의 비교형량의 구체적 방법론을 제시하였다. 이를 통해 단지 ‘감염병 팬데믹의 리스크가 중대하다’라거나 ‘리스크가 불확실하다’는 것을 근거로 비례성 심사를 건너뛰어서는 안 되며, 해당 방역조치로 인한 자유제한과 공익 훼손의 리스크 저감 사이의 비례적 관계를 명확히 논증하여야 함을 주장하였다.

4장에서는 2장의 ‘리스크’에 대한 이론적 논의와 3장의 감염병 팬데믹에서의 방역조치에 대한 비례성 심사기준 논의를 종합하여, 감염병 팬데믹하 집합 제한조치의 정당성을 검토하고, 국내외 판례에서의 논증 구조를 비판적으로 분석하였다. 일부 판례에서는 비례성 심사를 누락하고 있다는 점을 지적하였으며, 세부적 논증을 제시한 판례의 경우, 해당 논증이 3장에서 제시한 비례성 심사기준을 통해 보다 엄밀하게 판단되고 해석될 수 있음을 살펴보았다.

코로나19 이후의 또 다른 팬데믹을 대비함에 있어, ‘공중보건’의 이름으로 개인의 자유를 어떠한 방식으로 제한하는 것이 옳은가에 대한 논의는 앞으로 지속적으로 연구되어야 할 주제일 것이다. 이러한 논의가 명확하고 객관적으로 이루어지기 위해서는, 감염병에 의한 ‘공익 훼손의 리스크’를 법적 분석의 대상으로 엄밀히 정립하는 것이 선행되어야 한다. 본 논문의 시도가 감염병 팬데믹 상황에서의 자유제한에 대한 보다 엄밀한 비례성 판단을 수행하는 데에 조금이나마 기여할 수 있기를 바란다.

[참고 문헌]

1. 국내 문헌

가. 단행본

이민열·최규환, 『기본권의 기초이론』, 한국방송통신대학교출판문화원, 2021.

이재홍, 『과잉금지원칙의 이론과 실무』, 경인문화사, 2021.

정종섭, 『헌법학 원론(제12판)』, 박영사, 2018.

나. 연구논문

김철우, “‘집합금지명령’에 대한 공법상 권리구제방안”, 『법학연구』 제24권 3호, 2021.

류성진, “코로나19 방역조치와 기본권 제한 법제의 정당성-「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」을 중심으로”, 『법학연구』 제29권 3호, 2021.

박정일, “감염병의심자에 대한 격리조치와 인권”, 『한국의료법학회지』 제29권 2호, 2021.

유기훈·김도균·김옥주, “코로나 19 공중보건 위기 상황에서의 자유권 제한에 대한 ‘해악의 원리’의 적용과 확장-2020년 3월 개정 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」을 중심으로”, 『의료법학』 제21권 2호, 2020.

유기훈·김옥주, “코로나 19 공중보건 위기 상황에서 백신접종 의무화 정책의 정당성 검토”, 『한국의료윤리학회지』 제25권 1호, 2022.

유명수·김연주·백수진·권동혁, “감염재생산지수 개념 및 방역정책에 따른 변화”, 『주간 건강과 질병』 제14권 6호, 2021.

이기춘, “코로나-19에 따른 행정명령에 관한 시론적 소고”, 『국가법연구』 제17집 1호, 2021.

이노홍, “코로나 시대 기본권 제한의 새로운 쟁점과 법치주의”, 『헌법학연구』 제27권 4호, 2021.

이석민, “‘코로나19’ 공중보건위기와 헌법상 집회의 자유”, 『법학논고』 제73집, 2021.

이원상, “감염병예방법에 따른 형사처벌에 대한 고찰”, 『형사법연구』 제33권 1호, 2021.

- 이정민, “코로나19 대책과 형사법적 대응”, 『법학논총』 제44권 3호, 2020.
- 이재희, “집합금지명령의 법적 근거의 문제점에 대한 고찰”, 『세계헌법연구』 제27권 3호, 2021.
- 전상현, “감염병 시대의 방역과 기본권 보장의 쟁점”, 『공법연구』 제49집 2호, 2020.
- 정문식·정호경, “코로나위기와 헌법국가-독일에서의 코로나위기 대응에 대한 헌법적 논의를 중심으로”, 『헌법재판연구』 제7권 2호, 2020.
- 조기영, “코로나 시대 형사정책의 과제”, 『동북아법연구』 제15권 2호, 2021.
- 주현경, “코로나19와 감시의 형사정책의 한계”, 『형사정책』 제32권 4호, 2021.
- 하태인, “감염병예방법 형벌규정의 문제점과 개선방안”, 『동아법학』 제91호, 2021.
- 홍관표, “감염병예방법에 관한 인권적 측면에서의 검토”, 『인권법평론』 제26호, 2021.

다. 연구보고서 및 기타 문헌

- 강신일, 과잉금지원칙에서 법익형량-헌법이론적·비교헌법적 연구, 헌법재판연구원, 2018.
- 강태경·유진, 코로나19 위기관리 정책의 인권·형사정책적 개선 방안 연구, 한국형사정책연구원, 2021.
- 김환학, 독일의 코로나 사태 대응조치에 관한 헌법적 검토, 헌법재판연구원, 2021.
- 이준서, 감염병 예방 및 대응체계에 관한 법제개선방안 연구, 한국법제연구원, 2018.

2. 해외 문헌

가. 단행본

- Feinberg, J., *The Moral Limits of the Criminal Law: Volume 1: Harm to Others*, Oxford University Press, 1987.
- Hansson S. O., *The Ethics of Risk: Ethical Analysis in an Uncertain World*, Springer, 2013.

Nelson, K. E., & Williams, C. M. ed., *Infectious disease epidemiology: theory and practice*, Jones & Bartlett Publishers, 2014.

Nuffield Council on Bioethics, *Public Health: Ethical Issues*, 2007.

나. 연구논문

Hansson S. O., "Ethical criteria of risk acceptance," *Erkenntnis*, 59(3), 2003.

Hayenhjelm, M., "What is a fair distribution of risk?," in Roeser, S. et al. ed. *Handbook of Risk Theory: Epistemology, Decision Theory, Ethics, and Social Implications of Risk*, Springer Netherlands, 2012.

Meehan, M. T., et al., "Modelling insights into the COVID-19 pandemic," *Paediatric respiratory reviews*, 35, 2020.

Stirling, A., "Risk, precaution and science: towards a more constructive policy debate: talking point on the precautionary principle," *EMBO Reports*, 8(4), 2007.

Sunstein, C. R., & Richard H. T., "Libertarian paternalism is not an oxymoron." *The University of Chicago Law Review*, 70(4), 2003.

Urbina, F. J., "Incommensurability and balancing." *Oxford Journal of Legal Studies*, 35.3, 2015.

3. 국내외 판례

가. 국내 판례 및 결정례

헌법재판소 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정

헌법재판소 1990. 9. 3. 선고 89헌가95 결정

헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌가11 결정

헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바67 결정

헌법재판소 2006. 6. 29. 선고 2002헌바80, 87, 88, 2003헌가22(병합) 결정

서울행정법원 2020. 6. 1.자 2020아11589 결정

서울행정법원 2020. 8. 14.자 2020아720 결정

서울행정법원 2020. 8. 14.자 2020아12428 결정

서울행정법원 2020. 10. 2.자 2020아12845 결정

서울행정법원 2021. 2. 16.자 2021아10313 결정

서울행정법원 2021. 9. 24.자 2021아12380 결정

나. 해외 판례 및 결정례

1) 독일 판례

BVerfG 1 BvQ 28/20 (2020.4.10.)

BVerfG 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 (2021.11.19.)

2) 미국 판례

South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, Governor of California, 590 U.S. _____, No. 19A1044. (2020, 5. 29.).

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

South Bay United Pentecostal Church, et al., v. Newsom, Governor of California, et. al., 592 U.S. _____, No. 20A136 (2021. 2. 5.).

[국문초록]

감염병 팬데믹에서의 ‘리스크’ 개념과 방역조치에 대한 비례성 심사의 구체화 - 집합제한조치에 대한 국내의 판결을 중심으로 -

유기훈(서울대학교병원 정신건강의학과, 법학석사)

코로나19 팬데믹에 대한 방역 과정에서 개인의 자유에 대한 국가의 다양한 자유제한 조치가 이루어짐에 따라, ‘감염병 예방’이라는 공익을 근거로 국가의 과도한 기본권 제한이 무분별하게 허용되고 있다는 지적이 이루어졌다. 따라서 국가의 개인에 대한 자유제한의 허용가능한 한계를 어떻게 설정할 것인가 하는 문제가 감염병 팬데믹 상황에서의 주요한 문제로 떠오르게 되었다.

그러나 ‘감염병 팬데믹’이라는 현상이 지니는 난해한 특성으로 인하여, 감염된 개인으로 인해 초래되는 ‘공익의 훼손’은 비례성 심사와 같은 법적 평가의 분석 대상이 되지 못하는 경우가 많았다. 감염(의심)자가 타인을 감염시키고, 감염시킨 타인을 통한 감염의 연쇄로 인구집단으로 감염이 퍼져나가는 현상은 오직 ‘확률적’으로만 예측되는데, 그러한 ‘확률적 불확실성’의 결과로 초래되는 ‘감염병 리스크(risk)’를 어떻게 법적 분석의 대상으로 다룰지가 문제가 되었던 것이다. 이러한 이론적 분석들이 부재한 상황 속에서 감염병 팬데믹하의 감염(의심)자의 리스크는 법적 차원에서 구체적이고 엄밀하게 분석되지 못하였고, 감염병 팬데믹하의 기본권 제한 조치에 대한 비례성 심사 또한 ‘공익 보호의 중대성’과 ‘개인의 기본권 제한’이라는 추상적 차원의 비교에 그치는 경우가 많았다.

따라서 본 논문은 ① 감염병 팬데믹이라는 공중보건 위기 상황에서의 ‘리스크’를 어떻게 구체화하고 분석의 대상으로 개념화할 수 있는지에 대한 이론적 검토를 수행하고, ② ‘리스크’ 개념의 구체화에 대한 이론적 검토를 바탕으로 감염병 팬데믹 상황에서의 기본권 제한 조치에 대한 비례성 심사의 세부 심사기준을 확립하여, ③ 감염병 팬데믹하 방역조치의 정당성을 보다 엄밀히 판단할 수 있는 이론적 자원을 확보하는 것을 그 목표로 하였다.

우선 2장에서는 고전적 해악 개념이 감염병 팬데믹을 적절히 설명하지 못한다는 점을 지적하고, 선행연구를 발전시켜 ‘해악’에서 ‘리스크’로의 개념 확장을 시도하였다. 또한 감염이 연쇄적으로 발생하며 인구집단으로 퍼져나가는 현상을 법적으로 분석가능한 대상으로 포섭하기 위해, 감염병 역학의 ‘재생산지수’ 논의를 접목하여 ‘인구집단에 대한

리스크’를 법적으로 분석가능한 대상으로 정립하였다.

3장에서는 기존 비례성 심사의 방법론에 2장의 이론적 논의를 접목하여, 감염병 팬데믹 상황에서의 국가의 기본권 제한 조치에 대한 과잉금지원칙의 구체적 심사기준을 제시하였다. 우선 수단의 적합성 심사에서는, 공익에 대한 훼손이 ‘확률적’으로 나타나는 감염병 팬데믹의 경우에 ‘공익에 대한 수단의 인과적 기여’를 평가하는 구체적 방식을 제시하였다. 피해의 최소성 심사는 ‘개입 방식에 있어서의 피해의 최소성’과 ‘규율 대상의 범위에 있어서의 피해의 최소성’으로 나누어 검토하였으며, 법익의 균형성 심사에서는 ‘인구집단에 대한 리스크’ 방지의 법익과 ‘개인의 자유제한’ 초래의 법익 사이의 비교형량의 구체적 방법론을 제시하였다. 이를 통해 단지 ‘감염병 팬데믹의 리스크가 중대하다’거나 ‘리스크가 불확실하다’는 것을 근거로 비례성 심사를 건너뛰어서는 안 되며, 해당 방역조치로 인한 자유제한과 공익 훼손의 리스크 저감 사이의 비례적 관계를 명확히 논증하여야 함을 주장하였다.

4장에서는 2장의 ‘리스크’에 대한 이론적 논의와 3장의 감염병 팬데믹에서의 방역조치에 대한 비례성 심사기준 논의를 종합하여, 감염병 팬데믹하 집합제한조치의 정당성을 검토하고, 국내의 판례에서의 논증 구조를 비판적으로 분석하였다. 일부 판례에서는 비례성 심사를 누락하고 있다는 점을 지적하였으며, 세부적 논증을 제시한 판례의 경우, 해당 논증이 3장에서 제시한 비례성 심사기준을 통해 보다 엄밀하게 판단되고 해석될 수 있음을 살펴보았다.

주제어: 코로나19, 비례성 심사, 리스크, 방역조치, 집합금지명령

The Concept of 'Risk' and the Proportionality Review of Infectious Disease Prevention Measures

Kihoon You

Seoul National University Hospital

=ABSTRACT=

As various state restrictions on individual freedom were imposed during the COVID-19 pandemic, concerns have been raised that excessive infringements on fundamental rights were indiscriminately permitted based on the public interest of preventing infectious diseases. Therefore, the question of how to set acceptable limits of liberty restrictions on individuals has emerged.

However, since the phenomenon of infections spreading to the population is only predicted statistically, how to deal with the risk of the infected individual as a subject of legal analysis has become a problem. In the absence of a theoretical framework of legal analysis of risk, the risk of infected individuals during the pandemic was not analyzed strictly, and proportionality review of infection prevention measures was often only an abstract comparison of the importance of public interest and individual rights.

Therefore, this research aims to conduct a theoretical review on how risk can be conceptualized legally in a public health crisis, and to develop a theoretical framework for proportionality review of the risk of liberty-limiting measures during a pandemic.

Chapter 2 analyzes the legal philosophical concepts of risk, which are the basis for liberty restrictions during a public health crisis, and applies and extends them to the pandemic.

Chapter 3 reviews previous studies related to liberty restriction measures in the context of the COVID-19 pandemic, and points out they have a limitation that specific criteria for the proportionality review of public health measures in the pandemic have not been presented. Accordingly, Chapter 3 specifies the

methodological framework for proportionality review, referring to the theoretical discussion on risks in Chapter 2.

Chapter 4 reviews the legitimacy of gathering restriction orders, applying the theoretical discussion in Chapter 2 and the criteria for proportionality review established in Chapter 3. In particular, Section 4 examines logic of proportionality review in judicial precedents over the ban on gathering restrictions implemented in the COVID-19 pandemic. In analyzing the precedents, the logic of proportionality review in each case is critically reviewed and reconstructed based on the theoretical framework presented in this research.

Keyword : COVID-19, Proportionality review, Risk, Public health measure,
Gathering restriction