

# 독일의 코로나 19 팬데믹 대응 고찰

신옥주

전북대학교  
법학전문대학원 교수

GLOBAL LEGAL ISSUES

독일의 코로나 19 팬데믹  
대응 고찰



한국법제연구원  
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

## CONTENTS

<b>I. 서론</b>	<b>06</b>
<b>II. 코로나 19 팬데믹에 대한 규범적 대응과 문제점</b>	<b>08</b>
1. 기본법상 비상사태 규정과 코로나 19 팬데믹에 적용 여부	08
2. 코로나 19 팬데믹 대응을 위한 입법관할권	10
3. 연방감염병보호법의 코로나 19 관련 규정	11
4. 주정부의 코로나 19 대응 관련 법규명령	18
5. 코로나 19 관련 법령의 문제점	21
<b>III. 코로나 19 팬데믹 대응지침 관련 기본권의 침해문제와 연방헌법재판소 등의 결정</b>	<b>28</b>
1. 코로나 19 위기에서의 기본권 제한과 시간변화에 상응하는 비례원칙의 적용 필요성	28
2. 연방헌법재판소의 코로나 19 관련 기본권 제한 조치에 대한 판단	29
<b>IV. 코로나 19 백신의무접종과 신체불쾌손권의 침해문제</b>	<b>38</b>
1. 특정직업단체의 코로나 19 백신접종의 법적 근거	38
2. 일반적 백신접종을 위한 감염병보호법의 개정 논의와 연방의회에서의 부결	44
<b>V. 결론</b>	<b>46</b>
<b>참고문헌</b>	<b>48</b>

## 요약

- 독일에서 2020년 2월 28일 코로나 19가 발생되자, 기본법상 방위사안에 준하여 국가시스템이 코로나 19 감염병에 대한 신속한 위험방어체계로 전환됨. 이에 상응하여 연방의회는 신속하게 법적 근거들을 마련함. 특히 2020년 3월 27일 연방감염병보호법을 개정하여 연방의회가 전국단위의 감염병 여부를 결정할 수 있도록 하였고 코로나 19 비상상황에서 연방의회집회의 감염위험에 대비하여 연방의회 의사규정을 개정하여 한시적으로 회의실에 의원이 1/4 존재하면 의결을 할 수 있도록 함
- 코로나 19 감염병의 예방 및 대응조치는 연방과 주 차원에서 이루어지고 있음. 연방 차원에서 살펴보면 연방감염병보호법에 따라 전국적 단위의 감염병의 경우 연방건강부 장관이 상원의 동의 없이 약품수급확보를 위한 조치를 할 수 있는 등 광범위한 권한을 위임받게 됨. 또한 연방건강부 장관은 감염병보호법 제28a조와 제29조부터 제31조에서 언급한 필요한 조치를 취할 수 있음. 특히 제28조에 따라 연방건강부 장관의 명령으로 기본법상 보장되는 신체불 훼손권(기본법 제2조제2항제1문), 인간의 자유(기본법 제2조제2항제2문), 집회의 자유(기본법 제8조), 이동의 자유(기본법 제11조제1항), 주거의 불가침(기본법 제13조)이 제한될 수 있음
- 제28a조에서는 거리두기, 접촉금지, 마스크착용, 접종증명서 소지, 문화시설, 종교시설, 숙박 시설, 음식점영업, 영업장 등 17개의 항목에서 광범위한 금지 및 제한 조치들이 시행될 수 있도록 규정하고 있음. 주 차원의 조치들은 주정부에게 법규명령을 통하여 “전염병 퇴치를 위하여 상응하는 명령과 금지”를 발령할 수 있도록 위임을 하고 있는 연방감염병보호법 제32조제1문에 따라 이루어짐. 제32조제1문에 근거하여 각 주들은 외출금지, 접촉금지, 출입금지 등에 관한 법규명령을 제정함
- 코로나 19 감염병에 신속하게 대응하기 위하여 필요한 조치들은 의회의 입법이 아니라 연방과 주의 행정입법을 통하여 이루어졌다는 특징이 있음. 코로나 19의 상황이 변화한 2020년에는 학계에서는 의회가 아닌 행정을 통한 기본권 제한에 대한 문제제기와 법치국가와 민주주의 원칙의 침해의 관점에서 근본적인 문제제기가 이루어지고 있음. 그리고 기본권침해의 행정입법에 대한 사법적 통제가 이루어지고 있는데 연방헌법재판소를 비롯한 사법기관들은 시간의 변화에 상응하는 비례원칙을 적용하여 판단하고 있음

- 즉, 연방감염병보호법에 따른 기본권 제한 조치들이 모두 위헌이라고 할 수 없지만 코로나 19의 초기상황에서 상당한 변화가 나타난 현재의 시점에서 초기의 강한 기본권 제한 조치들에 대하여 비례원칙을 적용하여 판단하면 위헌이라고 볼 수 있게 되는 것임. 연방헌법재판소는 공간에서 신체적 참여의 예배를 금지(교회, 유대교 화당, 회교사원 등)하는 조치들이 기본법 제4조제1항제2문 종교의 자유를 침해하는지 여부를 판단하면서 특히 이와 같은 비례원칙 적용의 중요성을 강조하고 있음. 또한 집회의 자유 제한과 관련하여, 연방헌법재판소는 더 완화된 조치(예컨대 집회참가자들의 거리두기와 위생명령 등)의 검토 없이 완전한 집회금지를 하는 것은 비례원칙에 반한다고 판단함. 또한 연방헌법재판소는 코로나 19 확진자 치료의 우선순위를 정하기 위한 ‘중증도 분류(Triage)’와 관련하여 우선순위 결정과정에서 장애를 이유로 하는 차별이 이루어지지 않도록 구체적인 법규범을 마련할 입법자의 헌법적 의무가 있다고 하면서 입법부작위로 인한 헌법소원심판청구를 인용함
- 연방의회에서는 신체불휘손권의 침해와 관련이 깊은 일반적 백신의무를 위한 규정뿐만 아니라 60세 이상의 백신의무규정의 도입을 위한 감염병보호법 개정이 무산됨. 현재에는 업무의 특수성과 관련된 특정 직업군에 대한 백신접종의무가 규정되어 있음





# 1. 서론



- 독일에서는 2020년 2월 28일 바이어른 주에서 새로운 유형의 코로나 19 바이러스의 발생(Coronavirus (SARS-CoV-2))이 발견되었으며, 2022년 5월 13일 현재 연방차원에서 코로나 감염이 약 256만여 건, 사망은 137,628명임<sup>1)</sup>
- 독일의 코로나 19 팬데믹에 대한 목표는 회피 가능한 중증 질병과 사망 및 장기후유증을 최소화하고 코로나 19 팬데믹 감염시에 모든 사람들에게 가능한 한 최선의 건강돌봄 (Gesundheitsversorgung)을 제공하는 것임. 연방 및 주정부의 코로나 19 퇴치를 위한 3가지 중심전략은 전파감소, 감염자보호, 후유증 약화임
- 연방감염병보호법에서 일반 국민들을 대상으로 외출금지, 접촉금지, 출입금지, 집회·행사 금지, 종교집회금지 등에 대한 다양한 조치를 취할 수 있는 법적 근거를 제공하고 이를 근거로 연방건강부령, 주의 법규명령 등을 통하여 국민의 기본권이 제한되고 있음. 코로나 19 팬데믹 시기에 이처럼 행정입법을 통하여 기본권을 제한하는 것에 대하여 기본법상 규정된 비상사태의 시기와 유사하게 의회의 법률을 대신하여 행정의 시대가 도래하였다는 평가도 있음. 코로나 감염병에 대한 효과적 대응을 위하여 주(Woche) 단위로 새롭게 명령들을 가결하는 연방 및 주정부들이 대체입법자로 등장하였다고 보는 것임. 이 명령들은 입법부단계의 통제를 받을 수가 없고 모든 중요한 것은 연방수상과 연방장관, 그리고 주수상들 사이에서 결정됨
- 연방과 주는 명령을 통하여 다양한 코로나 19 예방 및 대응을 위한 조치들을 시행하고 있는데, 많은 경우 기본법상 보호되는 일반적 자유권, 집회의 자유, 종교의 자유, 신체 불훼손권 등 기본권을 금지 또는 제한하고 있으며 이러한 다양한 조치들이 서로 관련이 깊고 상호 유효하게 영향을 미치고 예방 및 대응효과를 강화하는 것으로 평가되어 옴. 예컨대 사회적 거리두기와 연계하여 국민들의 이동의 자유를 제한할 수 있도록 하는 것임. 코로나 19 발생초기에는 다양한 기본권 제한에 대하여 국민뿐만 아니라 사법 기관도 수용적 태도를 보임. 그러나 팬데믹의 장기화와 더불어 특히 법치국가원칙과 비례원칙에 따른 기본권 제한의 관점에서 다양한 비판이 제기됨

1) 2022년 5월 13일 현재 세계적으로 볼 때 코로나 감염병이 190국 이상에서 확산되었다. 세계적으로는 미국, 브라질, 인디아, 터키, 러시아가 감염사건이 가장 많고, 유럽에서는 이탈리아, 스페인, 프랑스, 독일, 영국이 코로나 감염건이 가장 많다. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1102667/umfrage/erkrankungs-und-todesfaelle-aufgrund-des-coronavirus-in-deutschland/>(방문일: 2022.05.14.).

- 전 독일연방헌법재판소장 한스-유르겐 파피어는 코로나 팬데믹을 이유로 연방 및 주정부의 조치들을 통해 자유권의 전면적 침해가 장기간 계속되고 기본권에 대한 특별한 손상이 이루어지는 경우 자유주의적 민주주의를 무너뜨릴 수도 있는 “법치국가원칙 파괴(Erosion des Rechtsstaats)”의 위험이 있음을 경고함. 그는 엄격한 조치를 오래 지속하는 것은 법치국가의 종말을 가져올 것이기 때문에 이제는 연방정부, 지방정부, 지방자치단체의 정치세력들은 기본권 제한의 조치들이 폐지될 수 있는지 여부에 대하여, 또는 적어도 덜 침해적인 조치들이 가능한지 여부에 대하여 심사해야 한다고 봄
- 코로나 19 관련 기본권 제한이 감염병보호법에 따른 조치는 일반적 행정행위, 일반처분, 법규명령의 형태로 행해지고 있는데, 이러한 행정입법에 대하여 연방의회가 갖는 통제기능이 유명무실해지고 현재 이에 대한 통제는 사법부에 의해 이루어지는 단계임. 특히 사법심사에 있어 헌법적 관점에서는 시간의 변화에 상응하는 비례원칙에 입각할 것이 요구됨
- 이러한 조치들이 조치의 개시시점에서 뿐만 아니라 현재에도 감염병 예방 및 확산 방지라는 목적 달성이 적합하여야 하며, 목적 달성에 적합한 보다 완화된 수단이 존재하지 않아야 하며, 이러한 조치들로 인하여 국민들에게 수인할 수 없을 정도의 부담이 발생하여서는 안 된다는 것을 기준으로 그 합헌성 여부를 판단하여야 한다는 것임
- 이 글은 코로나 19 팬데믹 관련된 독일의 법적 구조와 대응체계, 그리고 관련 조치들에 대한 사법적 심사내용을 고찰하는 내용으로 구성되어 있으며, 우리나라 감염병법에서 규정하고 있는 코로나 19 팬데믹 관련 조치들에 대한 합헌성 판단을 위한 기준을 설정하는 데 도움을 주기 위한 목적을 가짐

## II. 코로나 19 팬데믹에 대한 규범적 대응과 문제점

### 1. 기본법상 비상사태 규정과 코로나 19 팬데믹에 적용 여부

■ 비상사태헌법(Notstandverfassung)은 기독교민주연합/기독교사회연합/사회당(CDU/CSU/SPD)의 대연정 당시 합의를 통해 1968년 6월 24일 기본법 속으로 들어온 일련의 규정들로서 현재까지 실제로 적용된 사례는 없음. 그 내용을 간략히 살펴보면 다음과 같음

첫째, 방위사안(Verteidigungsfall) 제115a조 등

- 무력으로 침략을 당하거나 그러한 침략의 위험에 처하게 된 경우를 위한 규정임. 연방상원의 동의를 얻어 연방의회가 2/3 의결로 방위사안임을 결정함. 연방의회가 소집될 수 없거나 의결이 불능할 경우, 방위사안이라고 하는 결정은 “공동 위원회 (Gemeinsame Ausschuss)”에서 결정하는데, 공동위원회는 방위사안의 경우 상원의원 1/3, 하원의원 2/3으로 구성되는 특별한 헌법기관으로 비상의회 지위를 가지며 의회의 전체 권한을 넘겨받게 됨
- 방위사안의 경우 무기사용(Waffengewalt)이 되고 국제법상으로 방위사안임이 대외에 공표됨. 평시 국방부장관이 가지는 명령지휘권이 수상에게 속하게 되며 주의 입법관할이 경합적 연방의회 관할로 변경되고, 연방정부가 주정부와 주의회에 지침을 제공하는 등 연방주의에 대하여 대폭적인 제한이 이루어짐

둘째, 긴장사안(Spannungsfall) 제80a조제1항

- 기본법에서 정의를 하고 있지는 않으며, 방위사안으로 발전될 수 있는 “대외정책상 위험상황”으로 이해됨. 방위사안의 경우와 같이 연방의회가 확정하며 연방상원의 동의는 불필요함. 과거에 있었던 소위 징집조치(Mobilmachung)라고 하는 조치들을 위한 전제가 되는 것으로 예컨대 기본법 제12a조상의 조치와 같은 일련의 처분을 할 수 있게 됨

셋째, 연합사안(Bündnisfall) 제80a조제3항

- 연방정부의 동의를 얻어 연합조직은 징집에 상응하는 조치를 취할 수 있음. 이를 위하여 연방의회 의결이 요구되지 아니하며, 연방의회는 철회권(가중된 정족수)만을 가짐. 그러나 연방헌법재판소는 병력투입을 위하여서는 상응하는 연방의회 의결이 있어야만 허용된다고 결정하고 있음. 연합사안과 그 법적 결과는 NATO-위원회에서 독일의 동의에만 종속됨



## 넷째, 복무의무(Dienstverpflichtung) 제12a조

- 제12a조제1항에 따라 만 18세 이상 남성은 병역, 연방경계보호, 시민보호기관에서 복무의무를 짐. 제2항에서는 제4조제3항에서 보장하는 전쟁복무거부에 대한 자세한 규정을 둠. 제3항에 따라 제1항과 제2항에 따른 복무의무를 다 하지 아니한 사람은 방위사안의 경우 법률에 따라 또는 법률에 근거하여 시민보호를 포함하는 국가방위를 위하여 의무적인 업무관계에 편성될 수 있음
- 이러한 내용의 기본법상 방위사안 규정들은 팬데믹 비상상황의 경우에는 적용될 수 없음. 기본법상 다른 비상상황 유관조항들이 팬데믹에 적용될 수 있는지 살펴보면 다음과 같음.
  - 기본법 제91조의 “내부적 비상” 조항은 연방과 주의 존속이나 자유민주적 기본질서에 대한 위협을 방어하기 위하여 한 주가 다른 주의 경찰력 및 다른 행정기관과 연방경계보호기관의 인력과 시설을 요구할 수 있다는 규정으로 팬데믹의 경우와는 완전히 다른 국가위험의 경우를 상정하고 있는 것이어서 팬데믹에 적용되기는 어려움.
  - 또한 기본법 제35조제2항에 따라 주는 공공의 안전 또는 질서의 유지나 재건을 위하여 특별히 의미가 있는 경우에 주의 경찰을 지원하기 위하여 연방경계보호기관의 인력이나 시설을 요구할 수 있는데, 그 경우는 주의 경찰이 연방경계보호기관의 인력이나 시설이 없으면 그 업무를 수행할 수 없거나 제한적으로나 수행할 수 있을 때임
  - 자연재해나 매우 중대한 불행한 사태의 경우 한 주는 다른 주의 경찰력, 다른 행정기관과 연방경계보호기관 및 병력의 인력과 시설을 요청할 수 있음.
  - 제3항에서는 자연재해나 불행한 사태가 한 주 이상의 지역을 넘어 발생한 경우, 이에 대한 유효한 극복을 위하여 연방정부는 필요한 한에서 주정부들에게 다른 주에 경찰력을 사용할 수 있도록 지침을 내릴 수 있고 또한 경찰력을 지원하기 위하여 병력과 연방 경계보호기관의 조직을 투입할 수 있도록 지침을 내릴 수 있음.
  - 일치된 학자들의 견해에 따르면 자연재해에 대규모 질병이 포함되기 때문에 제35조제 2항과 제3항의 “자연재해” 규정이 코로나 19에 대응 하는 조치를 위한 기본법상의 연결고리가 될 수 있음. 그러나 연방경계보호기관과 연방군은 각 연방주의 동의를 받아 투입이 되기 때문에 코로나 19 팬데믹 퇴치를 위한 조치들이 어떻게 연방적 동의를 얻어 성공적으로 실행될 수 있을지의 문제가 남음<sup>2)</sup>
  - 기본법 제11조에서는 모든 사람에게 이동의 자유를 보장하면서 제2항에서는 “법률에 따라 또는 법률에 근거하여 감염으로 인한 이동의 자유를 제한할 수 있다”고 규정하고 있어 코로나 19로 인한 이동의 자유제한의 기본법적 근거를 제공함

2) Jörn Ipsen, Notstandverfassung und Corona-Virus. Rückblick und Ausblick, in: Recht und Politik Beiheft 7, Zeitschrift für deutsche und europäische Rechtspolitik, Corona und Grundgesetz, Hers. Robert Chr. van Ooyen und Hendrik Wassermann, 2022, S. 25-39.

## 2. 코로나 19 팬데믹 대응을 위한 입법관할권

- 2020년 3월과 4월에 실시된 제1차 코로나 봉쇄조치를 통해 기본권들이 임시적으로 전면적이고 완전하게 금지되었는데, 입법 대신 행정명령을 통해 위험예방 및 방어가 이루어지게 됨으로써 정치가 행정에 완전히 자리를 내어주게 되는 상황이 발생됨<sup>3)</sup>
- 코로나 19 팬데믹 법률의 제정을 위한 관할을 살펴보면 다음과 같음. 먼저 기본법 제11조에서는 명시적으로 거주이전의 자유가 “전염위험(Seuchengefahr)” 등의 퇴치를 위하여 법률에 따라, 또는 법률에 근거하여 제한될 수 있는 규정을 두고 있음. 기본법 제74조는 경합적 입법관할(Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung)을 규정하고 있는데 이에 따라 연방에서 입법을 하지 않으면 주가 법률을 제정할 수 있음. 제74조 각호 19에서는 “공동체에 위험이 되거나 전염이 되는 사람과 동물들에게서의 질병에 대응하는 조치들, 의사 또는 다른 치료직업, 치료업 및 약국, 약품, 의료품, 치료수단, 마취제, 독약의 허가”를 규정하고 있어 코로나 19 팬데믹 대응조치들은 경합적 입법관할에 놓여 있음을 알 수 있음
- 코로나 19 대응을 위하여 연방이 법률제정관할권을 행사함. 연방의회는 코로나 19 사태가 발생하자 ① 1차, 2차 추가예산법 2020 ② 기업들의 유동성 부족 해결을 위한 경제안정화자금법 ③ 경기부양 및 위기극복 패키지 실행에 수반되는 조치들에 관한 법 ④ 1차, 2차 코로나 위기 세금지원법 등과 같은 재정지출확대를 통한 경기회복 및 경제안정화 지원 분야 입법 ⑤ 고용시장 안정을 위해 조업단축지원금 지원요건을 임시직 및 계약직까지 적용대상 확대 및 고용주에 대한 면세 내용 등을 규정한 고용시장 안정 입법 ⑥ 코로나 19로 인한 임차료 체납의 경우 임대차계약을 해지할 수 없는 특례를 인정한 내용이나 실업급여 3개월 연장과 같이 코로나로 인해 경제적 어려움을 겪고 있는 사회적 약자 보호 입법 ⑦ 소상공인 보호 및 가계지원 입법 ⑧ 행정절차 특례인정 입법 ⑨ 연방의회 의원 활동비 동결 입법<sup>4)</sup> 등 23개의 긴급입법을 신속하게 의결함
- 연방의회의 소집을 통하여 코로나 바이러스 감염위험이 높아지게 되므로 연방의회의 의사규정(Geschäftsordnung des Bundestages : GOBT)의 의사결정조항이 개정되어 제126a조에 따라 회의실에 의원의 1/4가 존재하면 연방의회가 의결할 수 있게 됨. 위원회도 회의실에 위원 1/4 이상이 참석하고 있거나, 또는 전자적 소통수단을 통해 자문에 참여하고 있으면 의결할 수 있음(제126a조제2항). 제126a조제5항제1문에 따라 이 규정은 2020년 9월 30일부터 효력을 상실하여 현재는 적용되지 않음

3) Robert Chr. van Ooyen und Hendrik Wassermann, Zur Einführung: Freiheit, Demokratie und Grundgesetz im Pandemie-Notstand, in: Recht und Politik Beiheft 7, Zeitschrift für deutsche und europäische Rechtspolitik, Corona und Grundgesetz, Hers. Robert Chr. van Ooyen und Hendrik Wassermann, 2022, S. 7-10.

4) 홍선기, “코로나 19 극복을 위한 독일의 법적 대응과 기본권보호”, 「헌법학연구」 제27권 제2호, 2021, p.66-76.

- 기본법 제84조제1항제1문에 따라 연방의 각 주들이 연방법을 주의 고유사무로 실행하는 경우, 주들은 기관의 시설, 행정절차를 규정함. 연방법이 다른 규정을 하는 경우 주들은 연방법과는 상이한 규정을 둘 수 있음. 주법에서 후에 규정된 연방법과 상이한 규정을 갖는 경우, 연방상원의 동의를 얻어 다르게 규정하는 경우가 아니라면 연방법상의 규정은 제정 후 최소 6개월이 지난 후 발효됨. 예외적으로 연방은 특별한 요구에 따라 각 주들의 상이한 규정제정의 가능성 없이 연방전체에 통일적인 행정절차규정을 제정할 수 있으며, 이 경우 연방상원의 동의가 필요함. 제2항에 따라 연방정부는 연방상원의 동의를 얻어 일반적 행정규정을 제정할 수 있음
- 연방은 2020년 4월 8일 연방보건부장관의 명령을 통하여 CoronaVMeldeV<sup>5)</sup>를 근거로 다른 나라에서 독일로 입국하는 사람들과 연방감염병보호법 제30조제1항제2문상 감염의심이 있는 사람들에게 신원(생년월일 포함), 여행경로, 접촉일시, 거주지<sup>6)</sup>를 관청에 알리는 의무를 지우도록 결정함

### 3. 연방감염병 보호법<sup>7)</sup>의 코로나 19 관련 규정

#### (1) 연방감염병보호법의 법적 성격

- 연방감염병보호법은 특별 경찰법의 성격을 가지며 경찰책임원칙 등 일반 경찰법상 책임원칙 등의 기본원칙이 보충적으로 연방감염병보호법에도 적용될 수 있음. 연방감염병보호법은 개별수권조항과 일반수권조항을 가지고 있음. 연방감염병보호법 제28조제1항<sup>8)</sup>은 감염병의 예방영역에서의 일반수권조항으로서 “감염병의 확산 방지를 위하여

5) Siehe die CoronaVMeldeV im Wortlaut auf <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/03/CoronaVMeldeV.pdf>. (letzter Abruf: ).

6) 세부적으로는 Fluggesellschaft, Flugnummer, Sitzplatz, Ankunftsdatum, Familien- und Vornamen, Geschlecht, Telefonnummern (mobil, privat, Arbeit), E-Mailadresse, Wohnanschrift, vorübergehende Anschrift in Deutschland (z. B. Hotel mit Anschrift), erreichbare Personen für den Notfall (Telefon und E-Mail), Mitreisende.

7) Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG), Ausfertigungsdatum: 20.07.2000.

Vollzitat: “Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 18. März 2022 (BGBl. I S. 473) geändert worden ist”

Stand: Zuletzt geändert durch Art. 4 G v. 18.3.2022 I 473

「인간에게서 감염병의 보호와 퇴치를 위한 법률」이 원 명칭이다. 우리나라에서는 ‘감염병예방법’으로 의역하는 경우가 많으나 이 글에서는 독일 법에서 제시한 약칭에 따라 ‘연방감염병보호법’으로 표기하고자 한다.

8) (1) Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt oder ergibt sich, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in § 28a und in den § § 29 bis 31 genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist; sie kann insbesondere Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten. Unter den Voraussetzungen von Satz 1 kann die zuständige Behörde Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen von Menschen beschränken oder verbieten und Badeanstalten oder in § 33 genannte Gemeinschaftseinrichtungen oder Teile davon schließen. Eine Heilbehandlung darf nicht angeordnet werden. Die Grundrechte der körperlichen Unversehrtheit (Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes), der Freiheit der Person (Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 des Grundgesetzes), der Freizügigkeit (Artikel 11 Absatz 1 des Grundgesetzes) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Absatz 1 des

필요한 보호조치(notwendige Schutzmaßnahmen)를 할 수 있다”고 규정하고 있음. 그리고 제28조제1항에서 규정하는 치료조치금지는 경찰법적 성격에서 기인하는 것인데, 전통적 경찰법은 현재 상태의 유지라는 소극적인 목적만을 추구할 뿐, 복지 등을 통하여 현재 상태를 적극적으로 개선하는 것은 목적으로 하지 않기 때문임. 개별수권조항으로 제29조 감시, 제30조 격리조치, 제31조 직업활동금지 규정을 들 수 있음

- 제1조에 따른 법의 목적은 사람에 대한 감염병<sup>9)</sup>을 예방하고, 감염병을 조기에 발견하고, 확산을 방지하는 것임. 이를 위하여 필수적인 연방기관, 주정부, 지자체, 의사, 수의사, 병원, 학문기관 및 기타 참여자들 사이의 공동참여(Mitwirkung)와 협업은 각각의 의학·감염병학적인 학문 및 기술의 수준에 상응하여 형성·지원됨. 공동체시설, 식료품업소, 건강시설의 담당기관, 책임자 및 전염 가능한 질병의 예방에 있어 개인 자신의 고유한 책임은 명확하고, 또한 그러한 개인의 책임은 촉진됨<sup>10)</sup>
- 법은 위험방지법으로서 감염병 위험으로부터 국민의 생명과 건강을 보호하는 것을 목적을 가지며 이를 위하여 ‘감염병 영역에서의 효과적 위험방지의 원칙(der Grundsatz der Effektivität der infektionsspezifischen Gefahrenabwehr)’이 중요한 의미가 있음. 감염병 예방 및 확산 방지라는 목적을 효과적으로 달성을 위하여 ‘위험의심(Gefahrenverdacht)’ 상황, 즉 구체적 위험이 존재하는지에 대해 확신할 수 없으나, 그렇다고 하여 위험의 존재 가능성을 전적으로 배제할 수 없는 불확실한 상황에서의 연방 또는 주정부의 개입을 가능하게 함
- 이처럼 위험의심 상황에서도 격리조치 등 종국적인 위험방지조치 등 감염병 대응을 위한 보호조치(Schutzmaßnahme)를 허용하는 이유는 구체적 위험이 확인될 때까지 감염병 확산 방지 조치를 하지 못하도록 한다면 다수 사람들의 생명, 건강에 대한 위험을 방지하는 결과를 초래할 수 있기 때문이라고 할 수 있음<sup>11)</sup>

---

Grundgesetzes) werden insoweit eingeschränkt.

9) 감염병의 개념에 대해서는 연방감염병보호법 제2조제3호에서 규정하고 있는바, 직접적 또는 간접적으로 사람에게 전염된 병원체 또는 그 독성 생성물에 의해 야기된 병을 의미한다.

10) (1) Zweck des Gesetzes ist es, übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern.

(2) Die hierfür notwendige Mitwirkung und Zusammenarbeit von Behörden des Bundes, der Länder und der Kommunen, Ärzten, Tierärzten, Krankenhäusern, wissenschaftlichen Einrichtungen sowie sonstigen Beteiligten soll entsprechend dem jeweiligen Stand der medizinischen und epidemiologischen Wissenschaft und Technik gestaltet und unterstützt werden. Die Eigenverantwortung der Träger und Leiter von Gemeinschaftseinrichtungen, Lebensmittelbetrieben, Gesundheitseinrichtungen sowie des Einzelnen bei der Prävention übertragbarer Krankheiten soll verdeutlicht und gefördert werden.

11) 박원균, “감염병예방법상 이동제한조치에 대한 법적 검토”, 『경찰법연구』 제18권 제2호, 2020, p.109-110.

## (2) 연방의회의 전국적 전염범위를 가지는 전염상황 판단

- 2020년 3월 27일 연방감염병보호법 제5조가 “전국적 전염범위를 가지는 전염상황”이라는 제목하에서 새롭게 규정됨.<sup>12)</sup> 제5조제1항제1문에 따라 연방의회는 제6문상의 전제가 충족되는 경우, 즉 “1. 세계보건기구가 국제적 범위의 건강 응급상황을 주창하고 위협적인 감염가능한 질병이 독일 내로 유입될 우려가 있거나, 또는 2. 여러 국가에서의 위협적인 감염될 수 있는 질병이 독일 안에서 역동적으로 확산될 위험이 있거나 확산이 시작되어” 전체 독일의 공적 건강에 심각한 위험이 존재하는 때 전국적 전염범위를 갖는 전염상황으로 확정할 수 있게 되며, 이러한 전제가 더 이상 존재하지 않으면 국가적 범위의 감염병 상황을 다시 해제함
- 법 제5조제2항에 따라 연방건강부장관은 국가적 범위의 감염병 상황의 범주 내에서 주들의 권한들에도 불구하고 각호 4-10(1-3 삭제)에서 정한 광범위한 권한의 위임을 받는데, 각호 4에서는 연방상원의 동의 없이 약품<sup>13)</sup> 수급을 확보하기 위한 조치들을 위해 법규명령을 발할 수 있도록 규정하고 있음. 이외에도 연방건강부장관은 기본법 제1조제1항과 결부된 제2조제1항의 일반적 인격권, 기본법 제11조제1항 거주이전의 자유, 기본법 제2조제2항제2문 신체불훼손권과 기타 다른 기본권의 침해를 위한 권한을 위임받음. 언급된 요청을 수행함에 있어 영업적·기술적 가능성의 범주 내에서 위협적인 전염병 확정 및 전염병 유입을 방지하기 위하여 철도, 버스, 배, 비행기 운송사업자들과 항공, 부두, 버스터미널 및 여행사에게 경계를 넘는 여행객을 운송하는 데 참여하도록 여행제한, 정보 및 신고의무, 개인확인 협조 등의 의무가 지워질 수 있음. 예컨대 2020년 3월 31일 연방보건부장관을 통하여 이란으로부터 승객운송을 중단하도록 명령<sup>14)</sup>이 발령됨
- 법 제5a조에서는 코로나 19가 촉발한 팬데믹과 같은 전염병에 있어서 환자의 종류와 위중정도에 따른 건강상태에 따라 어떠한 경우에 의사의 처치가 필수적이지는 않지만 의사의 참여가 전제가 되는 환자들에 대하여 교육받은 노인돌봄인 및 아동과 성인을 위한 건강돌봄인과 간호인 및 비상위생사, 돌봄전문인력이 의사를 대신하여 취득한 자격과 개인적 능력에 근거하여 개인의 책임하에 전염병 상황에서 필요한 각 조치들을 통한 치유적 행위를 실행할 수 있는지를 규정함. 또한 연방건강부장관은 전국 차원의 감염병 상황 동안에 치유활동의 실행을 위하여 연방상원의 동의 없이 법규명령을 통하여 다른 사람들에게 규정된 건강전문직업의 직업표시를 사용하도록 허용할 수 있음

12) 코로나 19 발생이후 2020년 5월 19일; 2020년 11월 18일; 2021년 4월 22일; 2021년 12월 10일 그리고 2022년 3월 18일 최종적으로 개정되었다.

13) einschließlich Impfstoffen und Betäubungsmitteln, mit Medizinprodukten, Labordiagnostik, Hilfsmitteln, Gegenständen der persönlichen Schutzausrüstung und Produkten zur Desinfektion sowie zur Sicherstellung der Versorgung mit Wirk-, Ausgangs- und Hilfsstoffen, Materialien, Behältnissen und Verpackungsmaterialien, die zur Herstellung und zum Transport der zuvor genannten Produkte erforderlich sind.

14) Anordnung des BMG vom 31. 03. 2020: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/gesetze-und-verordnungen.html>.

### (3) 중추적 컨트롤 타워로써 로베르트 코흐 연구소(Robert-Koch-Institut: RKI)

- 연방제 국가인 독일의 경우 감염병과 관련된 조치들은 주정부 관할이지만, 코로나 19와 같은 국가적 차원의 감염 위기 상황에서는 연방기관인 로베르트 코흐 연구소가 위험성 평가를 하고 관련 조치들을 조정하는 등 컨트롤타워 기능을 수행함
- 2020년 3월 27일 전염병보호법 제1차 개정에서 제4조가 개정되어 로베르트 코흐 연구소의 기능이 강화됨. 동 연구소는 독일 연방보건부 산하 공공보건기관, 감염병보호법에 따라 코로나 19 팬데믹 발생 후 현황을 파악하고 독일 내 시민의 리스크를 산정하고 코로나 19로부터 보호를 위한 광범위한 권고를 작성함.<sup>15)</sup> 코로나 19에 대한 위험평가를 주기적으로 하고 있으며, 평가보고서를 공개함
  - 동 연구소에 의하여 마지막으로 실시된 위험평가는 2022년 5월 5일 자이며 이를 통해 2022년 2월 28일의 위험평가가 변경되었다. 이하는 마지막 위험평가의 내용임.<sup>16)</sup> 위험평가는 전파성(Übertragbarkeit),<sup>17)</sup> 위중성(Krankheitsschwere),<sup>18)</sup> 건강시스템 자원에 대한 부담(Ressourcenbelastung des Gesundheitssystems)<sup>19)</sup> 지표를 가지고 실시함. 로베르트 코흐 연구소는 현재 코로나 19를 통한 시민건강 위험을 ‘높음’으로 측정함. 그러나 고령자, 이전에 아픈 사람, 불충분한 면역보호를 받는 사람 등 중질환의 고도 위험성은 2회백신과 3차, 4차 추가접종을 통해 근본적으로 감소하였으며 현재 우세인 오미크론변형(Omikronvariante, 특히 BA.2)이 지금까지의 바이러스변형보다 명백히 빠르고 효과적으로 확산하고 있으나 첫 번째 코로나 사태만큼 중한 질병이나 사망자 수가 많지는 않다고 평가함
- 동 연구소는 전국적 범위의 감염병에 있어 연방감염병보호법 제4조에 따른 다음의 업무를 수행함. 제1항에 따라 전염될 수 있는 질병의 예방 및 감염의 조기 인지와 확산의 방지를 위하여 국가기관, 감염질병의 분석연구, 진단, 예방업무를 포함하여 관할 연방관청, 연구소, 주정부, 국가신용조회센터(nationale Referenzzentren), 기타 학문기관, 연구소들과 협업함

15) [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/nCoV.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/nCoV.html)(방문일: 2022.05.14.).

16) Risikobewertung zu COVID-19 [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Risikobewertung.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html)(방문일: 2022.05.14.).

17) Fallzahlen und Trends in Deutschland und in anderen Staaten.

18) Anteil schwerer, klinisch kritischer und tödlicher Krankheitsverläufe sowie Langzeitfolgen von COVID-19 in Deutschland und in anderen Staaten.

19) Öffentlicher Gesundheitsdienst, ambulante und stationäre Versorgung, intensivmedizinische Kapazität in Deutschland und in anderen Staaten unter Berücksichtigung der jeweils getroffenen Maßnahmen sowie aller Möglichkeiten der Prävention und Kontrolle.

- 제4조제1a항에 따라 연방건강부는 연방상원의 참여하에 늦어도 2020년 3월 21일까지 새로운 코로나 바이러스가 유발한 감염병에 대한 인식보고서를 제출해야 하며, 이 보고서에는 로베르트 코흐 연구소의 법적, 설비구조적·인적 강화를 위한 제안들 및 경우에 따라서는 이 법의 목적을 달성하기 위한 부가적 기구의 건설을 위한 제안이 담겨야 함
- 제2항에 의해 로베르트 코흐 연구소는 ① 각각의 관할 관청과 협조하에서 전문가집단을 위하여 예방적 건강보호 조치로써 지침, 권고, 설명서를 작성하고 및 기타 감염병 확산의 예방, 인식, 저해를 위한 정보 생산 ② 신고의무가 있는 질병정보와 동법 및 연방감염병 보호법-실행법 제11조제5항, 제16조제4항에 따른 감염질환을 유발하는 신고의무가 있는 증거들을 평가 ③ 관할 연방관청 등 기관과 연구소들<sup>20)</sup>에게 전염질병에 대한 평가를 제공 ④ 주기적으로 감염질환에 대한 평가결과 공개 ⑤ 이 법에 따른 감염질환의 감시 업무범주 내에서 주와 기타 참여자를 지원함

#### (4) 연방차원의 조치

- 법의 목적을 달성하기 위하여 코로나 19 감염자 등 신고, 사전예방수단, 대응수단이 마련되어 있음

##### 1) 신고의무

- 법 제6조제1항제1문제1호 및 제7조제1항제1문에 따라 보툴리누스중독증, 콜레라 등 관할 보건행정청에 신고하고, 관할 보건행정청에서 로베르트 코흐 연구소에 전달하면, 동 연구소가 그 결과를 주 보건행정청 등 유관기관에 전달하도록 규정함. 그러나 신종 코로나 바이러스인 ‘SARS-CoV-2’ 및 그로 인한 호흡기 질환인 ‘코로나바이러스 감염증-19’는 연방감염병보호법 제6조 및 제7조에서 규정하고 있는 신고의무 질병 및 병원체에 해당하지 않음
- 따라서 연방감염병보호법 제15조제1항에서는 새로운 유형의 코로나 19로 인한 질병 및 병원체로 인한 위기상황에 적절히 대응하기 위하여 연방상원의 동의하에 연방보건부가 여타 감염병 및 병원체에 대해서도 신고의무를 확장하는 법규명령을 제정할 수 있다고 규정하고 있고, 제2항에 따라 긴급한 경우 국민의 보호를 위하여 연방상원의 동의 없이 법규명령을 발할 수 있다고 명시하고 있음. 이러한 명령은 발효 후 1년이 경과되면 효력을 상실하며, 연방상원의 동의를 얻어 효력을 연장시킬 수 있음

20) 제4조제2항 3. a) den jeweils zuständigen Bundesbehörden, b) dem Kommando Sanitätsdienst der Bundeswehr, c) den obersten Landesgesundheitsbehörden, d) den Gesundheitsämtern, e) den Landesärztekammern, f) dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen, g) der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, h) dem Institut für Arbeitsschutz der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung und i) der Deutschen Krankenhausgesellschaft.

## 2) 예방조치

- 제16조제1항제1문은 관할 행정청이 감염병 예방을 위하여 필요한 조치를 취할 수 있는 일반적 수권조항임. 제16조에 근거하여 관할 행정청은 조사를 위하여, 또는 이미 명령된 조치의 준수여부에 대한 감독을 위하여 특정 장소나 시설, 교통수단 등에 출입을 할 수 있고, 책이나 서류 등을 열람하거나 복사할 수 있고, 그 밖의 물건을 조사하거나 실험을 위한 샘플을 요구할 수 있음
- 이러한 조치의 상대방은 행정청의 조치에 대하여 수인할 의무뿐만 아니라 해당 장소에 관할 행정청이 원활하게 출입할 수 있도록 적극적으로 협조할 의무를 짐. 감염병 보호법은 제16조제1항에 따른 명령을 위반한 행위에 대해서는 과태료나 형벌 규정을 두고 있지 않으나 필요한 경우에는 이행강제금, 대집행, 직접강제 등을 통하여 의무 이행을 강제할 수 있음

## 3) 대응조치

- 감염병 확산방지를 위한 조치로 연방감염병보호법 제24조부터 제32조에서 규정함
- 각 주의 법규명령으로 인한 기본권 제한은 특히 의회유보라는 헌법원칙에 위반된다는 비판이 있었는데, 2020년 11월 18일 제3차 개정을 통해 연방감염병보호법 제28a조가 삽입됨으로써 코로나19 대응조치에 대한 구체적 법적 근거가 명시됨
- 제28조제1항은 감염병 대응에 관한 일반적 수권조항으로써 앞서 살펴본 제16조제1항에 상응하는 규정임. 개별적 수권조항으로는 제29조의 감시, 제30조의 격리조치, 제31조의 직업활동금지규정이 있음. 감염병환자 등 감염병보호법상 책임자가 아닌 일반 국민들을 대상으로 하는 출입금지, 외출금지, 집회금지 등의 조치들은 개별적 수권규정이 없기 때문에 감염병보호법 제28조제1항의 일반적 수권조항에 근거하여 행해지고 있으며 그 내용은 다음과 같음

### 첫째, 제28조 보호조치

- ① 감염병환자, 감염의심자, 또는 전파의심자로 확정이 되거나 사망자가 감염병 환자거나, 감염의심이 있거나, 감염전파자로 밝혀지면, 관할 관청은 감염될 수 있는 감염병의 확산을 막기 위해 필요한 특히 제28a조와 제29조부터 제31조에서 언급한 필요한 조치(notwendige Massnahmen)를 취할 수 있음. 관할 관청은 특히 어느 장소에 있는 사람들에게 장소를 떠나지 못하도록 하거나 특정한 조건하에서만 장소를 떠날 수 있도록 의무를 지우거나, 또는 사람들에게 특정한 장소나 공공 장소들을 출입하지 못하게 하거나 특정한 조건하에서만 출입할 수 있도록 의무지울 수 있음. 제2문의 전제조건하에서 담당 관청은 행사나 기타 모임을 제한하거나 금지하거나 목욕시설 또는 제33조에서 언급한 공동체시설 또는 그 시설의 일부를 폐쇄할 수 있음. 치유행위는 명령될 수 없음. 신체불훼손권(기본법 제2조



제2항제1문), 인간의 자유(기본법 제2조제2항제2문), 집회의 자유(기본법 제8조), 이동의 자유(기본법 제11조제1항), 주거의 불가침(기본법 제13조)은 그러한 한도에서 제한됨

둘째, 제28a조 2019 코로나 바이러스 질병의 확산 저지를 위한 특별한 보호조치

① 제28조제1항제1문, 제2문의 의미에서 코로나 바이러스 질병의 확산 저지를 위하여 제5조제1항에 따라 연방의회를 통하여 결정된 국가적 범위의 감염병 상황의 확정 기간 동안 특히 다음의 필요한 조치들이 취해질 수 있음:

1. 공공장소에서 거리두기 명령
2. 마스크 착용의무
- 2a. 접종증명서, 치료완료증명서, 실험증명서의 소지의무
3. 사적 및 공적 영역에서 외출 및 접촉제한
4. 영업소, 시설, 또는 대중교통 제공을 위한 컨셉의 수립과 적용 의무
5. 여가선용 및 기타 유사한 행사의 금지 또는 제한
6. 여가선용을 위한 시설운용의 금지 또는 제한
7. 문화행사 또는 문화시설 운용의 금지 또는 제한
8. 운동행사 또는 운동의 금지 또는 제한
9. 광범위한 시간에 또는 제한된 시간 내에서 특정한 공공장소 또는 특정한 공적 접근이 가능한 시설에서 알콜소지 또는 알콜제공의 금지
10. 행사, 모임, 승강기, 집회 및 종교적 및 세계관적인 모임 금지 또는 부담의 부과
11. 여행금지 또는 제한; 이는 특히 관광여행에 유효
12. 숙박제공 금지 또는 제한
13. 음식점 시설의 운용금지 및 제한
14. 공장, 영업장, 소매 및 대량판매업소의 폐쇄 및 제한
15. 건강 및 사회복지시설의 출입 또는 방문의 금지 또는 제한
16. 제33조 의미에서의 공동체시설, 대학교, 학교 외 성인교육시설 또는 유사한 시설의 폐쇄 또는 이 시설의 운영을 위한 부담의 부과
17. 코로나 바이러스 감염의 발생 후 가능한 감염사슬을 추적하고 이를 판단하기 위하여 고객, 손님, 행사방문객의 접촉정보에 대한 가공 명령

② 다음의 보호조치 명령은 지금까지 취한 모든 보호조치들의 고려에서 코로나 바이러스 실질적인 역제가 현저하게 위험해질 경우 발해질 수 있음:

1. 기본법 제8조 의미의 집회 및 행진의 금지와 제1항 각호 10에 따른 종교적 및 세계관적인 모임 금지

2. 제1항 각호 3에 따른 외출금지 명령, 사적인 주거영역을 떠나는 것은 특정한 시간 동안만, 혹은 특정한 목적을 위해서만 허용

3. 제1항 각호 15 의미에서의 시설의 출입 또는 방문 금지 또는 예컨대 양로원, 요양원, 장애인지원시설, 출산시설, 병원의 돌봄을 받거나 처치를 받는 사람은 가까운 가족을 위한 시설의 출입 또는 방문 금지

그 밖에 코로나 19 확산을 방지하기 위하여 연방 동한 보호조치로는 제28b조의 운송수단에 대한 규제, 제28c 백신접종규정, 제29조의 환자 등에 대한 관찰규정, 제30조 격리규정, 그리고 제31조의 환자 등에 대한 직업금지규정이 있음

#### 4. 주정부의 코로나 19 대응 관련 법규명령

- 연방감염병보호법은 기본법 제84조제1항제1문에 따라 연방의 감독하에 주의 고유한 사무로서 주들에 의하여 실행됨. 동법 제32조제1문에서는 주정부에게 법규명령을 통하여 “전염병 퇴치를 위하여 상응하는 명령과 금지”를 발령할 수 있도록 위임을 하고, 각 주에서는 이 위임규정을 근거로 코로나 바이러스의 완화를 위한 명령과 금지를 발령하고 있음. 이러한 조치들은 각 주에서 주법과 명령 등의 형태로 공포됨. 명령은 공통적으로 외출금지,<sup>21)</sup> 접촉금지 또는 제한(Kontaktverbot bzw. -beschränkung),<sup>22)</sup> 출입금지<sup>23)</sup> 등에 관한 명령과 금지를 담고 있고, 이러한 규정의 위반은 질서범으로 처분되고, 경우에 따라서는 형법상 처벌도 가능함. 예를 들면 다음과 같은 법규명령들이 있음

21) 외출금지 또는 제한(Ausgangsverbot bzw. -beschränkung). 외출금지·제한이란 타당한 사유 없이 주거지 밖을 나가는 것을 금지하거나 제한하는 조치이다. 대부분의 주에서 법규명령을 통하여 실행하였으며 감염병환자, 감염의심자, 병원체배출자 등 감염병보호법상 책임자뿐만 아니라 일반 국민들도 그 대상으로 삼고 있다. Fulya Zeiml, Die Verfassungsmässigkeit von Ausgangssperren anlässlich der Corona-Pademie, Rechtswissenschaftliche Beilage der Hamburger Sozialökonomie Heft 44.

22) 접촉금지·제한이란 다른 사람과의 물리적 접촉을 금지하거나 제한하는 조치로서 공공장소에서 모이거나 단체 활동을 금지하는 것이다. 감염병환자, 감염의심자, 병원체배출자 등 감염병보호법상 책임자뿐만 아니라 일반 국민들도 그 대상이다. 접촉금지는 여러 사람이 공공장소에서 접촉하는 것을 금지할 뿐, 이동의 자유를 직접적으로 제한하는 것은 아니어서 외출금지에 비해 기본권 제한 정도가 낮다고 볼 수 있다. 우리나라의 경우 경기도에서 이태원 클럽 등 집단감염이 발생한 시설을 방문한 사람들을 대상으로 대인접촉금지명령(경기도 보도자료, “이재명, 이태원 클럽 관련 업소 출입자에 감염검사·대인접촉금지 긴급행정명령 내려”, 2020. 5. 10.)을 내렸는데, 이러한 명령은 감염이 의심되는 사람들만을 수범자로 한다는 점에서 독일에서 논의되고 있는 접촉금지와의 차이가 있다. 접촉금지는 사람들이 주거지에서 벗어나거나 공공장소에 출입하는 것을 금지하지는 않기 때문에 직접적으로 거주이전의 자유침해는 아니나 접촉금지에 의하여 간접적으로는 이동의 자유가 제한될 수 있기 때문에 본 넓은 의미에서의 이동제한조치의 하나로 분류하고 있는 경우도 있다. 예컨대 박원균, “감염병보호법상 이동제한조치에 대한 법적 검토”, 『경찰법연구』 제18권 제2호, 2020, p.121. 그러나 이는 일반적 행동의 자유의 제한이라고 볼 수 있다. 접촉금지 관련 독일의 자료로 Laura Kristin Hass, Infrktionsschutzgesetz: Verhältnismässigkeit von Grundrechtseinschränkungen am Beispiel von Kontaktbeschränkung, Rechtswissenschaftliche Beilage der Hamburger Sozialökonomie Heft 44.

23) 출입금지란 학교, 유치원, 대학 등 감염병 확산 위험성이 높은 장소에의 출입을 금지하는 조치로 기본법 제2조제2항제2문의 이동의 자유(Bewegungsfreiheit)를 제한하는 것이다. Laura Kristin Hass, Infrktionsschutzgesetz.

**(1) 니더작센의 코로나 팬데믹 완화를 위한 사회적 접촉제한 행정명령<sup>24)</sup>**

- 동 행정명령에서는 모든 사람이 한 가족에 속하지 않는 사람과의 신체적 접촉을 최소화해야 하는 내용의 일반조항 외에 문화센터부터 세차장에 이르기까지의 시설들의 폐쇄에 관한 세부적인 규정을 두고 있음. 폐쇄되는 시설에는 일상에 필요한 생필품, 재화, 서비스를 제외한 개별상점도 포함하고 숙박업주들에 대하여서는 여행목적의 사람들에 대한 숙박을 금지함
- 금지규정 이외에도 다음과 같은 사항을 규율하고 있음:
  1. 단체시설과 기타 운동 및 여가시설 및 시민학교, 음악학교, 기타 학교이외의 공공·사립 교육시설에서 모임
  2. 제2거주시설(Zweitwohnungen)에서 여행목적으로 단기 체류
  3. 교회, 무슬림 사원, 유대교회에서 모임과 자치단체회관에서의 모임을 포함한 다른 종교공동체에서 모임
  4. 자치단체회관에서 열리는 지역 및 자치구 대표회의 및 지방의회와 지방의회 위원회를 제외한 모든 공공 집회
- 1.5미터 거리를 둔 상태에서의 야외에서 육체적, 운동적 활동은 허용함
- 레스토랑, 숙박업소 음식점, 간이음식점은 영업할 수 없으며, 음식은 제공될 수 있으나 50미터 반경 내에서 섭취가 불가함. 지역 관할 관청은 건강보호를 위하여 필요하고 제정된 법령의 규정에 반하지 않는 범위 내에서 계속해서 요청을 할 수 있음. 특히 특정 공공장소, 주차장, 그 관할 내에 있는 유사한 장소에 대한 진입금지명령을 발할 수 있음. 연방감염병보호법상의 관할 관청과 경찰이 동 행정명령의 관철과 위반에 관한 추적을 담당함<sup>25)</sup>

**(2) 베를린주 사스-코로나 저지조치명령****(SARS-CoV-2-Eindämmungsmaßnahmenverordnung)**

- 매우 많은 금지규정을 통하여 기본권 제한이 이루어지고 있음. 동 조치명령 제1조에서는 공식적·비공식적 행사, 집회, 모임을 금지함(매우 적은 예외 있음). 제2조에서는 무도장, 박람회, 전시회, 특별시장, 도박장, 내기시설장 및 이와 유사한 사업장, 위락시설, 극장, 연극장, 콘서트장, 박물관, 이와 유사한 공·사적 교육시설, 미장원, 미용실, 마사지사, 문신샵, 이와 유사한 영업장이 강제로 폐쇄되고 영업적인 유람 및 도시관광을 금지함.

24) Niedersächsischen Verordnung über die Beschränkung sozialer Kontakte zur Eindämmung der Corona-Pandemie vom 2. April 2020 (Nds. GVBl., S. 55), die am 4. April 2020 in Kraft getreten ist. Entsprechende Vorschriften finden sich in den Eindämmungs-Verordnungen der anderen Bundesländer.

25) Jörn Ipsen, Notstandverfassung und Corona-Virus, S. 32.

제3조에 따라 음식점에서는 음식점 외부에서만 음식을 판매할 수 있음. 호텔과 다른 숙박시설 및 휴가펜션 영업시설에서는 관광객을 받아서는 안됨. 제8조에 따라 모든 학교, 보육시설 및 제4조에 따라 매우 적은 예외를 두고 있기는 하지만, 스포츠 시설, 수영장, 피트니스센터, 사우나, 증기탕, 선스튜디오가 폐쇄됨

- 그리고 제10조부터 제13조는 대학 등의 폐쇄를 규정한 것으로 시험응시를 위한 경우를 예외로 하고 모든 공공 및 사립대학이 폐쇄되며, 대학식당, 대학외부의 연구시설도 접근이 금지됨. 제14조에 따라 전체 베를린에서 시민은 항상 집이나 거처에 머물러야 한다는 부담과 더불어 다른 사람과의 접촉이 제한됨. 제14조제2항에 따라 집이나 거처를 떠난 이유가 경찰과 행정질서기관에 신뢰할 수 있는 근거를 제시를 통해 소명되어야 함. 이외에도 다른 자유권의 제한규정을 두고 있고, 이 규정들의 위반에 대하여는 최대 2,500유로의 벌금에 처해짐

### (3) 바이에른주 2020년 3월 27일 코로나 팬데믹에 따른 감염병보호조치에 관한 명령<sup>26)</sup>

- 동 조치명령에서는 행사 및 집회금지, 영업금지, 출입 및 방문금지를 규정하고 있음. 또한 제4조에서 한시적 외출제한 등에 대하여 규정하면서 제2항에서는 ‘타당한 사유(triftige Gründe)’가 없는 경우에는 주거를 벗어날 수 없다는 규정을 두고, 타당한 사유에 대해서는 제3항에서 예시적으로 직업활동 영위, 의료적 필요, 생필품 구매, 배우자·노약자 등 방문, 보조를 필요로 하는 사람이나 미성년자의 동반, 가까운 가족의 장례식 참여, 야외활동 및 운동(단, 혼자 또는 같은 세대 구성원과 함께 하는 경우에만 허용) 등을 열거하고 있음

### (4) 바덴-뷔르템베르크주 2020년 4월 9일 코로나 법규명령<sup>27)</sup>

- 동 법규명령에서는 학교, 유치원 폐쇄(제1조), 대학 학사 일정 중단(제2조), 공공장소 체류, 행사 및 기타 집합금지(제3조), 해외 입국자 등에 대한 조치(제3a조), 문화·교육·체육시설 등 폐쇄(제4조), 출입금지(제7조) 등의 조치를 하고 있음. 제3조에 따라 공공장소에서의 체류는 혼자 또는 같은 세대 외에 거주하는 추가 1인, 또는 같은 세대 구성원과 함께 하는 경우에만 허용됨(제1항제1문). 다른 사람들과의 최소거리는 불가피한 경우를 제외하고는 1.5미터를 유지하여야 함(제1항제2문). 동 법규명령에 따라 바덴-뷔르템베르크주에서는 같은 세대에 거주하는 구성원을 제외하고는 3인 이상이 공공장소에서 모이는 것은 금지됨. 참가자가 2인인 경우에도 집회법상 집회라고 인정될 수 있기 때문에, 공공장소에서 행해지는 모든 유형의 옥외집회가 금지되는 것은 아니라고 할 수 있음. 또한 공공장소가 아닌 경우에도 5인을 초과하는 사람이 참여하는 행사나 그 밖의

26) Bayerische Verordnung über Infektionsschutzmaßnahmen anlässlich der Corona - Pandemie (Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung - BayIfSMV) vom 27. März 2020.

27) Verordnung der Landesregierung über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-Cov-2 (Corona-Verordnung - CoronaVO) vom 17. März 2020 (in der Fassung vom 9. April 2020).

집합은 금지됨(제2항제1문). 예를 들어 사적 장소에서 행해지는 집회의 경우에도 5인을 초과한다면 허용되지 않음. 다만 사적 공간에서 5인 이상이 모이는 경우라 하더라도 직계가족 간의 모임에 대해서는 예외를 인정함(제2항제2문)

- 학생 및 어린이들이 학교, 유치원 시설에 출입하는 것을 금지하였으며(제1조제8항), 병원·요양병원 등 돌봄을 필요로 하거나 장애가 있는 사람들을 위한 시설에 면회 목적으로 출입하는 것을 금지(제6조제1항)함. 환자, 노약자가 감염이 된다면 치명적인 결과로 이어질 수 있기 때문에 이러한 시설에의 면회 목적 출입을 금지한 것임. 또한 코로나 19 확진자와 접촉한지 14일이 경과하지 않은 사람, 고열 또는 호흡기 질환이 있는 사람은 학교, 유치원, 대학교 시설에의 출입을 금지(제7조)하고 있음
- 제3조제4항에서는 교회, 이슬람 사원, 유대인 교회당 등에서의 행사 및 모임, 즉 ‘종교 집회’를 원칙적으로 금지하고 있음. 주 문화부(Kultusministerium)는 감염병 보호조치를 준수한다는 조건하에 종교집회금지의 예외에 관한 법규명령을 제정할 수 있는데, 2020년 5월 3일 제정된 예배 및 그 밖의 종교행사 및 모임, 장례식 영역에서의 SARS-Cov-2 바이러스 확산 방지를 위한 감염병보호조치에 관한 문화부 법규명령<sup>28)</sup>에서 예외적으로 종교행사 가능하도록 규정함<sup>29)</sup>
- 이외에도 쉘레스빅 홀슈타인(Schleswig-Holstein)주도 감염병보호법을 근거로 입국자들 격리, 마스크 착용을 비롯하여 다른 주의 코로나 명령과 유사한 법규명령과 다양한 개별 명령을 발령하였으며 규정의 위반에 대하여 최대 5,000유로의 벌금을 규정함

## 5. 코로나 19 관련 법령의 문제점

- 코로나 19 팬데믹에 대하여서는 기본법상 비상사태 규정들이 제115조 등 및 제12a조 제3항 내지 제6항을 적용하기 어려움. 기본법 제35조제3항이 코로나 바이러스의 퇴치를 위하여 매우 제한적인 범위 내에서 연방경찰과 병력의 투입을 허용할 수 있기 위한 근거가 될 수 있는 조문이라고 할 수 있음. 개념적으로는 기본법 제11조제2항의 전염병에 따른 이동의 자유제한규정이 고려되는데, 동 조항은 1968년 개정되어 “전염병유보(Seuchenvorbehalt)”를 두고 있기 때문임
- 따라서 경합적 관할을 규정하고 있는 기본법 제74조제1항제19호, 제11조제2항 전염병으로 인한 이동의 자유제한을 위한 법률유보, 제12조제2항 공적 업무제공의무가 코로나 19와 관련된 기본법상의 근거조항들로 볼 수 있을 것임. 그 중 제12조제2항

28) Verordnung des Kultusministeriums über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-Cov-2 im Bereich von Gottesdiensten und weiteren religiösen Veranstaltungen und Ansammlungen sowie Bestattungen vom 3. Mai 2020.

29) ①참가자 간에 1.5미터의 최소거리를 유지하고(동일 세대 내에 거주하는 사람에게는 적용되지 않음), ②사람들이 접촉하는 물건을 행사 전후로 소독하고, ③손 소독제를 제공하고, ④방역지침을 게시하는 등의 조건을 준수하는 경우에는 종교집회를 개최할 수 있음.

공적 업무제공의무규정은 발생사적으로 볼 때 댐이나 소방업무를 염두에 둔 것이고 의료적 업무제공의무는 전혀 고려되지 않았었기 때문에 코로나 19 바이러스의 극복을 위하여 다양한 직업군을 끌어들이는 것은 이 조항에 배치되므로 의료기관의 종사자가 업무제공의무 직업군에 속하기 위하여 기본법의 보완이 필요하다는 견해도 있음<sup>30)</sup>

- 팬데믹 시기에는 불명확한 상황에 대하여 신속한 조치를 통해 국가적으로 대응할 필요가 있음. 코로나 19 팬데믹의 초기에는 코로나 19 바이러스로 인한 감염병 상황을 예외상황(Ausnahmezustand)과 비상상황(Notstand)에 준하는 비상적인 상황으로 인정하고, 전시상황처럼 힘있는 행정기관의 행위를 통한 질병의 통제와 종식이 중시됨에 따라 연방정부는 의회의 법률이 아니라 행정입법을 통하여 신속하게 대응하고 예방을 하려는 정책을 전개함. 이는 곧 의회가 아니라 행정의 시간이 도래함을 의미하는 것임
- 2022년 현재 로베르트 코흐 연구소의 위험보고서에 따르면 높은 감염성으로 인해 여전히 위험도는 높지만 사망률, 위중증율이 낮아짐으로써 코로나 19 감염병 상황이 발생초기와는 달라졌다고 할 수 있음. 따라서 코로나 19 팬데믹 초기의 다양한 조치들이 당시의 상황에서 합헌이라고 할 수 있을지라도 이제는 법치국가원칙, 기본권보장과 비례원칙에 따른 제한의 관점에서 면밀하게 검토되어야 함

### (1) 인용명령(Zitiergebot) 위반 문제

- 기본법 제19조<sup>31)</sup>에서는 이 기본법에 따라 어떤 기본권이 법률을 통해, 혹은 법률에 근거하여 제한이 될 수 있는 경우에 한해서, 그 기본권 제한 법률은 일반적이어야 하며 개별 사안을 위한 법률이 아니어야 한다고 규정함. 제19조에 따른 인용명령<sup>32)</sup>이 요청되는 경우는 법률유보가 있는 기본권을 대상으로 하는 것으로 기본권 제한 법률의 경우 제한되는 기본권을 조문과 함께 밝힐 것을 요구하고 있음. 연방감염병보호법 제28조에서는 제한되는 기본권을 적시하고 있으나 제28a조, 제29조부터 제31조까지의 보호조치를 통하여 많은 기본권이 침해됨에도 불구하고 침해되는 기본권에 대한 적시가 없음. 이에 따라 연방감염병보호법과 이를 근거한 법규명령에서 기본법상 인용명령이 준수되지 않았다는 견해가 있음

30) Jörn Ipsen, Notstandverfassung und Corona-Virus, S. 26.

31) Art. 19 (1) Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen.

32) Remmert: in Maunz/Durig, Grundgesetz-Kommentar, 63. EGL, 2011, Art. 19 Abs. 1 GG, Rn. 44.

## (2) 의회유보원칙 위반여부

- 2020년 3월 10일부터 전 독일에서 연방감염병보호법 제28조(제한되는 기본권 규정), 제32조제3문(명령으로 위임)에 근거하여 제정된 주법에 따라 관할 관청에서 집회 금지, 강력한 외출제한, 영업장폐쇄 등 기본권을 제한 혹은 금지하는 일반조치(Allgemeinverfügung)와 법규명령을 발령함
- 감염병보호법 제28조제1항제4문에 따라 자유권(기본법 제2조제2항제2문), 집회의 자유(제8조), 거주이전의 자유(제11조), 주거의 불가침(제13조제1항)이 제한되는데 이러한 기본권의 제한이 의회유보를 통해서만 가능한지가 문제됨. 연방헌법재판소는 기본권 제한에 있어 법치국가원칙과 관련이 있는 법률유보원칙과 민주주의원칙과 관련이 있는 의회유보원칙을 발전시킴.<sup>33)</sup> 입법자가 본질<sup>34)</sup>적 기본권 제한에 대하여 스스로 결정해서 법률에서 그 제한에 관하여 직접 정할 것을 요구하는 의회유보원칙에 대하여, 연방헌법재판소는 본질이론에서 기본권침해가 본질적인 것인지 여부는 어떠한 기본권인지의 문제가 아니고 기본권의 실현을 침해하는가의 문제라고 보고 있으며 개인의 기본권에 대한 침해가 크거나 또는 그 효과가 크면 기본권에 중대한 본질적인 내용을 침해하는 것으로 보고 있음.<sup>35)</sup> 즉, 기준이 되는 본질은 기본권침해의 집약성(Intensität)과 관련이 있는 것이며, 또한 그러한 결정의 광범위한 효과성과도 관련이 있다고 할 것임<sup>36)</sup>
- 연방감염병보호법상 수권규정인 일반조항으로서 법 제28조제1항제1문에 의거한 주법과 법규명령을 통한 개인의 기본권의 침해는 기본권의 실행에 대한 중대한 침해를 가져오기 때문에 헌법재판소가 다양한 결정들<sup>37)</sup>을 통해 발전시킨 본질이론에 따라 의회유보원칙에 의하여 법률에서 직접 규정해야 하므로 명령 등으로 기본권의 본질적으로 중요한 내용을 침해하는 것은 위헌적이라는 비판이 제기됨<sup>38)</sup>

33) Andreas Voßkuhle: Grundwissen - Öffentliches Recht: Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes. In: JuS. 2007, S. 118-119, S. 118: "Aus dem in Art. 20 II 1 GG verankerten Demokratieprinzip folgt, dass das durch seine unmittelbare Volkswahl und durch sein öffentliches, transparentes Verfahren besonders demokratisch legitimierte Parlament die grundlegenden Entscheidungen in einem Gemeinwesen selbst treffen soll. Diese Entscheidungen können in Form eines Gesetzes (parlamentarischer Gesetzesvorbehalt), aber auch durch Parlamentsbeschluss (Parlamentsvorbehalt) ergehen."

34) 본질에 대한 이해는 독일 기본법 제19조제2항에 따라 어떠한 경우에도 기본권의 본질적 내용을 침해해서는 안 된다는 조항과도 깊은 관련이 있다. 제19조제2항에 따른 본질이론에 대한 자세한 설명과 연방헌법재판소의 견해에 대한 비판은 Ludwig Schneider, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, Duncker und Hombolt 1983.

35) Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 113 m.w.N.; Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, 86. EL Januar 2019, Art. 20 VI Rn. 107.; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Reichweite der Wesentlichkeitslehre: Grenzfälle der Wesentlichkeit. Ausarbeitung vom 23. Februar 2015.

36) Kotzur, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Auflage 2021, Art. 20 Rn. 156 ff.

37) BVerfGE 47, 46 (83) - Sexualkundeunterricht; BVerfGE 150, 1; BVerfGE 147, 253 등.

38) Stephan Rixen, Grenzloser Infektionsschutz in der Corona-Krise?, in: Recht und Politik Beiheft 7, Zeitschrift für deutsche und europäische Rechtspolitik, Corona und Grundgesetz, Hers. Robert Chr. van Ooyen und Hendrik Wassermann, 2022, S. 68.

- 그러나 다른 의견은 위 기본권 제한이 헌법유보사항은 아니고 연방의회가 신속하게 연방감염보호법(Infektionsschutzgesetz, 2021년 11월 18일 BGBl. I S. 2379)을 개정함으로써 입법기관으로서의 연방의회의 역할은 충족하였다고 보면서 입법부의 다른 기능, 즉 기본법 제20조제2항제1문 “국민(Volk)”과 관련하여 볼 때 공적 과제에 대한 여론형성과 공개(기본법 제42조제1항제1문) 및 중재를 통한 대국민 소통기능, 특히 코로나 19 바이러스가 국민에게 위협적이지 않다고 주장<sup>39)</sup>하는 사람들과의 소통과 설득에 문제가 있었다는 점을 지적하고 있기도 함<sup>40)</sup>

### (3) 행정입법을 통한 기본권침해의 문제

- 독일에서는 2020년 3월 이후부터 코로나 19의 대응을 위하여 연방감염병보호법적 관점에서 특별법적 성격의 행정명령인 병렬적 법규명령(Parallerechtsordnung)의 생성을 통해 국민의 모든 행동유형이 규제되고 있음. 병렬적 법규명령은 기본법상의 비상상황에 발령되는 것이 아니며, 현존하는 법률의 효력을 상실시키는 결정에 따라 제정되는 것도 아님. 연방감염병보호법 제32조에 따라 주정부는 법 제28조, 제28a조, 제29조부터 제31조에 따른 조치들에 필요한 법규명령을 제정하고 관할하게 됨. 또한 주정부는 법규명령을 통하여 다른 기관에 위임을 할 수 있음. 동조에서는 기본법상 보장된 기본권들인 제2조제1항제1문의 신체불훼손권, 제2조제2항제2문 인간의 자유, 제11조제1항 이동의 자유, 제8조 집회의 자유, 제13조제1항 주거의 불가침, 제10조 우편 및 서신의 비밀이 제한될 수 있다고 열거하고 있음. 이러한 기본권의 제한이 기본법에서 법률로서 제한이 가능하다고 유보된 기본권인지에 대한 이해가 필요함

첫째, 법규명령을 통한 절대적 기본권의 침해문제

- 독일의 기본법에서는 개별적으로 법률유보를 규정하여 법률에 따른 제한이 가능한 기본권과 법률유보가 없어 절대적 성격을 갖는 기본으로 구분됨. 연방헌법재판소는 기본법에 법률유보가 없는 생명권과 자유로운 인격발현권의 제2조제1항,<sup>41)</sup> 표현의 자유의 제5조제1항<sup>42)</sup> 기본권의 경우 원칙적으로 유보 없이 보장되어야 한다고 보고 있음.<sup>43)</sup> 또한 제19조에 속하지 않는 기본권에는 법률에서 그 내용을 규정할 수

39) Klafki, Risiko und Recht, 2017, S. 349; Pieper/Schwager-Wehming, DÖV 2021, 287 (288); Rixen, Rechtmäßigkeit und Semantik der Impfpflicht, Verfassungsblog.de vom 28. Juli 2021, <https://verfassungsblog.de/rechtmassigkeit-und-semantik-der-impfpflicht/>(방문일: 2020.05.17.).

40) Wolfgang Zeh, Pademik und Parlament, in: Recht und Politik Beiheft 7, Zeitschrift für deutsche und europäische Rechtspolitik, Corona und Grundgesetz, Hers. Robert Chr. van Ooyen und Hendrik Wassermann, 2022, S. 11-20.

41) Art. 2 Abs. 1 GG, (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

42) Art. 5 Abs. 1 GG, (1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.

43) BVerfGE 10, 89, 99; Jarass, in: ders./Pieroth, Grundgesetz, 10. Aufl. 2011, Art. 19, Rn. 5 ff.



있다고 명시하고 있는 형성적 법률유보를 규정한 직업선택의 자유 제12조제1항<sup>44)</sup>과 재산권보장의 제14조제1항, 제3항<sup>45)</sup>이 속함. 이러한 기본권에 대하여서는 제19조 인용 명령이 고려되지 않음

- 기본법에서는 다음과 같은 기본권에 대하여 법률을 통한, 또는 법률에 근거한 제한을 할 수 있다고 규정함:

- ① 제2조제2항제3문: 모든 사람은 생명과 신체의 불훼손에 대한 권리를 갖는다. 인간의 자유는 불가침이다. 이들 권리는 법률에 근거해서만 침해될 수 있다<sup>46)</sup>
- ② 제6조제3항: 양육권자가 아동을 포기하거나 다른 이유에서 아동이 고아가 되는 위험에 처한 경우, 양육권자의 의지에 반하여 아동이 법률에 근거하여서만 가족으로부터 분리될 수 있다<sup>47)</sup>
- ③ 제8조제2항: 옥외집회를 위한 권리는 법률을 통해서 또는 법률에 근거해서만 제한될 수 있다<sup>48)</sup>
- ④ 제10조제2항제1문: ‘서신비밀’의 제한은 법률에 근거해서만 명해질 수 있다<sup>49)</sup>
- ⑤ 제11조제2항: ‘이전의 자유’에 대한 권리는 법률을 통하여 또는 법률에 근거하여서만 제한될 수 있다<sup>50)</sup>
- ⑥ 제13조제2항, 제3항, 제7항: 제1항 주거는 불가침이다. 제2항 ‘주거’의 수색은 법관을 통하여서만, 지연시 위험이 있을 경우 다른 법률에서 예정하고 있는 기관을 통하여서만 명령될 수 있고 그 서류에 서술된 형태로만 수색될 수 있다. 제7항 또한 침해와 제한은 단지 공동의 위험이나 개인의 생명의 위험에 대한 방어를 위하여, 그리고 공공 안녕과 질서를 위한 긴급한 위험으로부터 보호를 위하여, 특히 공간부족의 해소, 감염위험의 퇴치 또는 위험에 처한 청소년의 보호를 위하여 법률에 근거하여서만 가능하다<sup>51)</sup>

44) Art. 12 Abs. 1 GG, (1) Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

45) Art. 14 Abs. 1 und Abs. 3 GG. (1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt. (3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung.

46) Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG, (2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.

47) Art. 6 Abs. 3 GG, (3) Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur auf Grund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen.

48) Art. 8 Abs. 2 GG, (2) Für Versammlungen unter freiem Himmel kann dieses Recht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beschränkt werden.

49) Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG, (2) Beschränkungen(des Briefgeheimnisses) dürfen nur auf Grund eines Gesetzes angeordnet werden.

50) Art. 11 Abs. 2 GG, (2) Dieses Recht(Freizügigkeit) darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes und nur für die Fälle eingeschränkt werden.

51) Art. 13 Abs. 2, Abs. 3, Abs. 7 GG (1) Die Wohnung ist unverletzlich. (2) Durchsuchungen dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzuge auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe angeordnet und nur in der dort vorgeschriebenen Form durchgeführt werden. (7) Eingriffe und Beschränkungen dürfen im übrigen nur zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen, auf Grund eines Gesetzes auch zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere zur Behebung der

⑦ 제16조제1항: 독일국적은 박탈될 수 없다. 독일국적의 상실은 당사자가 무국적자가 되지 않는 경우에만 당사자의 의지에 반하여 법률에 근거하여 발생할 수 있다<sup>52)</sup>

- 팬데믹에 대응하기 위하여 감염병보호법에서 기본법상 제한유보규정이 없는 기본권에 대해서도 법규명령으로 제한을 하고 있는 문제가 있음. 특히 기본법 제12조제1항 직업선택의 자유는 기본권 제한이나 침해유보가 없으며, 제2항에서는 직업실행에 대하여 법률로써 정한다고 규정하고 있어 기본법 제19조제1항에 따라 제한될 수 없는 절대적 성격의 기본권이고, 제12a조는 직업의 자유에 대하여 업무제공의무(국방의무, 대체복무 등)로 직업의 자유를 정지시키는 예외적 조항임. 또한 기본법 제8조에서 보장하는 폐쇄된 공간에서 집회의 자유, 기본법 제4조제2항 방해받지 않는 종교실행의 자유도 법률에 따른 제한을 받지 않는 기본권임. 예술의 자유에 대하여서는 논쟁이 지속되고 있는 사실상 기본법 제5조제2항에 따른 제한을 받는다고 이해됨
- 연방감염병보호법 제28조 등에 근거한 법규명령에 따라 실내집회, 종교실행, 직업의 자유 등 절대적 성격의 기본권이 침해되는 문제가 나타나고 있음. 그러나 기본법상 법률유보의 규정이 없는 경우 기본권 제한은 최소한 입법자가 직접 규정해야 하는 것으로 보는 것이 타당함

#### 둘째, 행정입법의 성격으로 인한 문제

- 2020년 3월 27일 개정된 연방감염병보호법 제5조에서는 국가적 차원의 전염병의 경우 연방건강부에게 주의 권한을 침해되지 않은 채,<sup>53)</sup> 병원조직, 인력계획, 입국통제 등 광범위한 내용의 특별명령을 발령할 수 있는 권한을 위임하고 있음. 이러한 연방건강부의 위임명령은 거의 모든 공적인 삶에서 거의 모든 기본권을 침해하고 있음
- 의회입법과 달리 법규적 행정명령은 재량이나 균형, 타협의 근거가 아님. 기본법에서 명하는 권리보호를 위한 방법으로 행정명령은 예정되어 있지 않으며, 또한 적합한 권리보호방법이라고 보지도 않음. 법규적 행정명령은 법에서 구체적으로 위임받은 세부적 내용을 규정하는 것으로서 충돌하는 기본권 사이의 형량을 통한 균형을 잡는 것은 행정명령의 과제가 아님. 법규적 행정명령의 과제는 수권법률에서 정한 내용을 정확하게 실행하는 것에 있는 것임. 기본법 제80조제1항제2문 위임의 한계(Delegationsgrenzen)를 설정하고 있으며 이에 따라 법규적 행정명령의 한계는 법률의 위임 범위 내라고 할 것임
- 연방감염병보호법은 구체적 위험이 있는 지역과 개인에 대하여 지역적 조치들을 보장함으로써 감염질병의 발발과 퇴치의 대비를 위한 것임. 동법을 통해 인간 사이에 전이

Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutze gefährdeter Jugendlicher vorgenommen werden.

52) Art. 16 Abs. 1 S. 2 GG (1) Die deutsche Staatsangehörigkeit darf nicht entzogen werden. Der Verlust der Staatsangehörigkeit darf nur auf Grund eines Gesetzes und gegen den Willen des Betroffenen nur dann eintreten, wenn der Betroffene dadurch nicht staatenlos wird.

53) 예컨대 바이어른에서 재난상황이 발생하는 경우 바이어른 주정부의 법규명령, 일반적 처분, 공고가 공·사적 생활을 규율하게 된다.

되는 질병을 예방하고 감염을 조기에 인식하고 그 확산을 저지하기 위한 것으로서 우선적으로 확산을 저지하는 예방적 목적을 가지고 있는 것이므로 법익형량에 대한 관심이 적다는 특징이 있음. 감염병보호법에서 주정부와 주정부가 다른 기관으로 위임하는 법 제28조, 제32조는 많은 기본권들의 제한을 할 수 있도록 하고, 기본권의 제한 결과는 또 다른 기본권들의 제한 및 침해와 연결됨. 그러나 기본권의 제한을 위하여 필수적인 다양한 법익들의 형량이 없이 전염병 감염위험의 저지를 목적으로 일방적으로 기본권을 금지하는 문제가 발생하게 되는 것임

셋째, 위임의 한계를 벗어난 행정입법의 문제

- 연방감염병보호법 제28조가 규정하는 제한되는 기본권은 열거조항으로 보아야 함. 제한되는 기본권에 종교의 자유나 경제적 기본권이 포함되어 있지 않음. 그런데 보호법익에 대한 형량도 전혀 하고 있지 않은 감염병보호법에 근거한 법규명령을 통해 특정 영업분야(Branchen)의 광범위한 영업장소에 대하여 “폐쇄(Lock down)” 조치를 함으로써 영업금지를 규정하고 있음. 이러한 사업장폐의 영업금지조치를 통한 감염병보호의 근거로 연방감염병보호법 제28조제1항을 들 수 없음. 그리고 연방 감염병보호법 제28a조제1항 각호 1 공공장소에서 거리두기 명령을 근거로 영업금지 조치를 내리게 된다면, 다음과 같은 문제가 발생함
- 어떤 분야의 영업장이 다른 영업장보다 더 큰 감염을 초래한다는 근거가 없음. 그렇다면 감염에 강한 직업과 그렇지 않은 직업이 있는지의 질문과 더불어 헌법적으로 금지하는 차별이라는 주장도 가능할 것임.<sup>54)</sup> 또한 제28a조제1항이 일반적 영업장 폐쇄를 규정한 것이 아니고 사회적 거리두기를 위한 것임을 고려하면, 거리두기의 일환으로서의 영업장폐쇄는 감염의 위험이 있는 사업장의 폐쇄에 한정된다고 할 것임. 사람 간의 감염 또는 감염의 확산을 예방하는 사람들 간의 접촉금지를 관철하기 위한 것이 목적이라고 한다면 감염지역의 지역적 관련 속에서 특정한 장소, 공적 장소에 대한 영업금지만이 가능하다고 할 수 있을 것임. 따라서 특정 사업분야의 영업장 일반에 대한 폐쇄는 감염병보호법의 목적에 상응하여 필요한 조치라고 보기 어려움. 또한 전면적 영업금지보다 영업규모의 축소, 위생조치 강화 등 기본권을 덜 침해하는 수도 존재함

54) Oliver Lepsius, Grundrechtsschutz in der Corona-Pandemie, in: Recht und Politik Beiheft 7, Zeitschrift für deutsche und europäische Rechtspolitik, Corona und Grundgesetz, Hers. Robert Chr. van Ooyen und Hendrik Wassermann, 2022, S. 40-63.

### III. 코로나 19 팬데믹 대응지침 관련 기본권의 침해문제와 연방헌법재판소 등의 결정

#### 1. 코로나 19 위기에서의 기본권 제한과 시간변화에 상응하는 비례원칙의 적용 필요성

- 코로나 19와 관련된 기본권 제한에 있어 시간의 변화에 따른 사법적 판단이 이루어지고 있음. 행정법원들<sup>55)</sup>은 법치국가원칙에 의거한 판단을 하면서도 경우에 따라 개별사건에서 평등권침해에 대하여 질책을 하고 있고,<sup>56)</sup> 시간의 변화에 상응하는 비례원칙의 적용을 통한 기본권침해에 대하여 통제하고 있음. 연방감염병보호법 제28조는 이러한 상황에 대비하기 위한 것으로 이에 근거한 행정명령을 통한 조치들이 모두 위헌이라고 할 수 없음. 그러나 기본권 제한의 법률에 있어서 비례원칙의 적용은 법치국가원칙에서 도출되는 국민의 기본권보호를 위한 헌법적 요청임
- 또한 연방감염병보호법 제28조제1항제1문에서는 환자, 의심환자, 감염의심자로 확정이 되거나 또는 사망한 사람이 병에 걸렸거나 질병에 걸린 의심이 있거나 또는 질병에서 나온 사람이라고 확정이 되면 관할 관청은 전염질병의 확산 방지를 위하여 필요한 한에서 특히 제28조, 제28a조, 제29조부터 제31조까지에서 언급한 필요한 보호조치를 취한다고 규정하고 있는데, “필요한 한에서”라는 문구는 비례원칙을 표현한 것으로 볼 수 있음
- 특히 코로나 19 팬데믹과 관련된 법규명령상의 조치들에 대하여 비례원칙을 적용함에 있어서 “시간과 더불어(in der Zeit)”(자알란트 헌법재판소는 이를 “동반적 정당성 통제(begleitende Rechtfertigungskontrolle)”라고 표현함<sup>57)</sup>)라고 하는 개념을 주목할 필요가 있음. 코로나 19 관련 각종 규제적 법규명령들이 보통 몇 주의 단위로 발령이 되면서 기본적으로 기본권의 제한에 있어 시간적 한계를 설정한 것은 담당 행정기관들이 비례원칙에 따라 조치들을 시간과 더불어 심사하겠다고 하는 표현이라고 볼 수 있음
- 법원은 비례원칙심사에서 입법부와 행정부를 존중함. 특히 수단의 적합성과 필요성 심사에서 경험상 혼란스러운 상황에 적합하게 대처하기 위하여 재량이 필요하다는 점을 인정함. 그러나 코로나 관련 사안을 판단한 행정법원, (연방)헌법재판소도 역시 코로나 19 위기에서 처음에 허용되는 것으로 보이는 기본권 제한이 현재에도 여전히 수인될 수

55) 가게크기에 따라 상이한 영업시간에 대한 판단. VG Hamburg, Beschl. v. 21. 04. 2020- 3 E 1675/20 -, <https://justiz.hamburg.de/vg-aktuelles>; 학년에 따라 상이한 학교 개교. HessVGh, Beschl. v. 24. 04.2020 - 8B1097/20.N -.

56) Stephan Rixen, Grenzloser Infektionsschutz in der Corona-Krise? S. 70.

57) VerfG Saaland, Beschl. v. 28.04.2020-Lv 7/20-, S.11.

있는지를 면밀하게 관찰하고 심사해야만 하는 것이라고 명확히 밝히면서 비례원칙에 따른 기본권침해 여부를 시간의 변화와 함께 해야 한다는 입장을 밝히고 있음

- 연방헌법재판소는 공간에서 신체적 참여의 예배를 금지(교회, 유대교 화당, 회교사원 등) 하는 조치들이 기본법 제4조제1항제2문 종교의 자유를 침해하는지 여부를 판단하면서 특히 이와 같은 비례원칙의 적용의 중요성을 강조하고 있음.<sup>58)</sup> 또한 집회의 자유의 제한과 관련하여, 연방헌법재판소는 더 완화된 조치(예컨대 집회참가자들의 거리두기와 위생명령 등)의 검토 없이 완전한 집회금지를 하는 것은 비례원칙에 반한다고 판단함<sup>59)</sup>
- 시간과 더불어 적용이 되는 비례원칙심사는 코로나 19 관련 규제들에 대하여서도 유효함. 수인할 수 없는 부담을 피하기 위하여 초기 코로나 19 바이러스의 발병과 관련하여 내려졌던 다양한 기본권들의 행사에 대한 금지조치는 코로나 19 위기상황의 변화와 더불어 수용할 수 있는 기본권 제한의 방향으로 변화하여야 하고 기본권 친화적으로 적용되거나 혹은 기본권 친화적인 규정으로 개정되어야 함. 상황이 변화하였음에도 불구하고 언제나 추상적인 건강보호, 경우에 따라서 생명보호가 절대적인 우위에 있다고 할 수는 없음. 코로나 19 관련 규제를 통한 심리적, 경제적(특히 수입- 경우에 따라서 일자리상실, 미시경제적 효과) 결과 및 사회적 결과(특히 고독, 가정폭력, 학교폐쇄로 인한 교육의 기회, 홈오피스의 조건하에서 아동양육)와 법익형량이 필요함

## 2. 연방헌법 재판소의 코로나 19 관련 기본권 제한 조치에 대한 판단

- 행정법원들은 코로나 19 팬데믹 퇴치를 위한 개개의 조치들에 대한 일부 사안에서 비례 원칙에 부합하지 않는다고 판단함. 함부르크의 행정법원은 음식점 폐쇄를 비례원칙에 따른 것으로 보고 음식점주들의 함부르크주 코로나 완화명령<sup>60)</sup> 제13조제1항에서 규정하고 있는 음식점, 간이음식점, 학교 등 식당, 기타 음식점 영업의 금지를 따를 의무가 없다고 주장하는 청구를 기각함.<sup>61)</sup> 연방헌법재판소의 태도도 초기에는 소극적이었음을 이하의 몇 개의 결정들을 통해서 살펴볼 수 있음

### (1) 코로나 19 감염병 초기의 대응조치에 대한 연방헌법재판소의 태도

- 주들이 코로나 바이러스 확산의 완화를 위하여 발령한 법규명령들이 인간의 자유권들을 깊이 침해하고 비례원칙에서 수단의 적정성의 문제를 야기함. 이러한 조치들에는

58) BVerfG, Beschl. v. 10. 04. 2020 – 1 BvQ 28/20 –; siehe auch BVerfG, Beschl. v. 29. 04.2020 –1 BvQ 44/20 –.

59) BVerfG, Beschl. v. 15. 04. 2020– 1 BvR 828/20.

60) Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg vom 2. April 2020 in der Fassung vom 17. April 2020 (HmbGVBl., S. 217 ff. –HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO).

61) Beschlüsse der 13. Kammer des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 22. April 2020– 13 E 1707/20 sowie der 11. Kammer des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 21. April 2020 –11 E 1705/20.

베를린 주의 Eindämmungsmaßnahmenverordnung v. 22.03.2020 – SARS-CoV-2-EindmaßnV) 제1조제1항, 슈레스빅-홀슈타인주 SARS-CoV-2-퇴치명령 (Landesverordnung zur Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2 : Corona-Bekämpfungsverordnung – Corona-BekämpfVO) 제7조제2항에 따른 교회, 무슬림회당, 유대교 회당, 기타 신앙공동체 및 세계관공동체 시설에서 종교적 행사에 참여금지가 속함. 주들의 법규명령에서 규정하고 있는 이러한 조항들은 기본법 제4조제1항, 제2항에 따른 종교의 자유에 대한 침해로 상정함. 또한 개별 점포중에서 판매면적이 800m<sup>2</sup> 이상인 경우 폐쇄해야 하는데 반해, 건축 및 정원상품 판매점이 크기에 관계 없이 개점할 수 있는 것도 합리성에 대한 수궁이 어려워 기본법상의 평등권침해문제를 야기함(베를린 주의 SARS-CoV-2-완화명령 제3a조제2항, 슈레스빅-홀슈타인주 SARS-CoV-2-퇴치명령 제6조 제1항). 이러한 규정들에 대하여 동 명령의 제정 초기부터 연방헌법재판소에 헌법소원 심판청구를 하였으나 성과가 없었음<sup>62)</sup>

- 연방헌법재판소는 코로나 19 감염병 발생초기의 사안들에 대하여 소극적인 태도를 취함. 연방헌법재판소는 코로나 19 팬데믹 관련한 헌법소원과 임시명령(einstweilige Anordnungen) 청구가 보충성원칙을 충족하지 못했다는 이유로 여러 차례 각하결정을 함.<sup>63)</sup> 코로나 19 발생초기에 내린 첫 번째 헌법소원은 2020년 3월 22일 베를린주 코로나 19 법규명령의 효력정지 임시명령청구였음. 연방헌법재판소는 이 청구가 모든 권리구제수단을 다 취한 후 최후로 헌법소원심판청구를 해야 한다는 보충성원칙에 부합하지 않는다는 이유에서 헌법소원을 각하함.<sup>64)</sup> 동 재판소는 이러한 조치들에 대하여 상응하는 법적 도움이 허용이 되는지, 그리고 구체적인 경우에 수단을 취할 수 있는지가 의심스러운 경우에도 역시 보충성원칙이 지켜져야만 한다고 판단함. 당해 사건의 청구인에게는 행정법원을 통한 권리구제방법을 취하도록 요구됨. 신앙의 자유에 대한 침해에 대하여서도 연방헌법재판소는 결정을 내리기를 거부함. 2020년 3월 22일 발령된 헤센주의 코로나명령(Die Hessischen Corona-Verordnung vom 20. März 2020) 제1조제5항에 따라 교회, 무슬림 사원, 유대교 회당, 기타 신앙공동체에서의 모임금지에 대하여 본안 판결 전까지 효력을 정지시켜 줄 것을 요청하는 임시명령청구를 기각함<sup>65)</sup>

62) 7 Einstimmiger Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats des BVerfG vom 31. März 2020 – 1 BvR 712/20 –[https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rk20200331\\_1bvr071220.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rk20200331_1bvr071220.html)(letzter Abruf: 2022.5.24.).

63) 집회금지에 대한 임시명령청구를 보충성원칙을 준수하지 아니하였다거나 소의 이익이 없다는 이유로 기각 BVerfG, Beschlüsse der 1. Kammer des Ersten Senats vom 20. März 2020– 1 BvR 661/20 und vom 1. April 2020– 1 BvR 742/20. 또한 베를린 주의 코로나명령에 대한 임시명령청구에 대하여서도 보충성원칙 위반을 이유로 각하 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 31. März 2020 – 1 BvR 712/20.

64) Kammerbeschluss Erster Senat des BVerfG vom 31. März 2020 (1 BvR 712/20).

65) Einstimmiger Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG vom 10. April 2020 – 1 BvQ 28/20 [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200410\\_1bvq002820.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200410_1bvq002820.html).

- 연방헌법재판소는 기본권이 직접 침해되는 경우 이 청구가 허용되지 않는다고 하거나 또는 이유 없다고는 할 수 없으나 이러한 청구가 신속한 임시명령청구에 의해 이루어질 수 있는지를 살펴보아야 하고, 코로나 19로부터 발생하는 생명과 신체에 대한 위험과 국가가 기본법 제2조제2항에 따라 이러한 위험으로부터 생명과 신체의 불훼손성을 보호하도록 의무가 지워져 있어서<sup>66)</sup> 원칙적으로 공동의 예배에 대한 신앙의 자유는 제한될 수 있다고 판단함<sup>67)</sup>
- 또한 연방헌법재판소가 바이어른 주 조치명령과 관련된 다른 임시명령청구에서 헌법 소원심판청구인이 보충성원칙을 준수하였지만 이유 없다(Unbegründerheit)고 청구를 기각한 사안도 있음.<sup>68)</sup> 이 헌법소원은 바이어른 주 수상이 건강과 돌봄을 위한 일반조치 및 바이어른 주 주 건강과 돌봄장관, 가족·사회·노동장관의 일반조치를 규정하고 있는 바이어른 주의 코로나 19 팬데믹 대응 조치명령<sup>69)</sup>에 대하여 제기된 것임. 연방헌법재판소는 이 사건에서 다음과 같은 법익형량을 통하여 개인의 자유의 제한에 대하여 생명신체의 위험이 더 중요하다고 판단함.<sup>70)</sup> 동 재판소는 한편으로는 코로나 팬데믹의 극복을 위하여 취한 다양한 조치들, 예컨대 직접적인 신체접촉과 실제적인 만남을 제한하거나 금지, 사람들이 시설에서 만나는 것을 금지, 영업을 금지, 특별한 이유 없이 자신의 주거를 떠나는 것을 금지 등의 조치들이 원칙적으로 광범위하게 보호되는 기본권을 축소하고 바이어른에 거주하는 사람들의 기본권들을 현저하게 제한한다는 점을 인정하고 있음
- 그러나 동 재판소는 다른 한편으로 동 바이어른 명령의 집행을 정지하게 되면, 예컨대 많은 사람들이 이 사안에 공격을 받는 규정들을 방해하는 행동을 하게 될 것으로 봄. 즉, 경제적 손해를 입은 점포들이 다시 개점을 하고, 사람들이 광범위한 신체적 접촉을 하고, 집밖으로 외출을 더 자주 하게 된다면, 감염위험이 커지고, 감염환자가 많아지게 되고 그 결과 위중한 사례들과 최악의 경우 사망사건에서 의료기관에 큰 부담을 주게 되는 일들이 현재의 인식수준에 따르면 크게 증가할 것이라고 보고 개인의 자유와 감염병 예방조치를 통한 생명, 신체의 자유 공익을 형량한 후 공익이 더 크다고 판단한 것임

## (2) 집회금지에 따른 집회자유침해 조치들에 대한 연방헌법재판소 태도의 변화

- 코로나 19 발생초기인 2020년 3월의 완전금지부터 4월, 5월의 코로나 제한을 넘어 6월의 대규모 반인종주의 데모에 이르기까지 코로나 19 위기시기에 집회의 자유 제한에 대한 “수인(Zumutung)”의 정도가 변화함

66) 국가의 생명과 신체의 보호의무에 대하여서는 BVerfGE 77, 170 (214); 85, 191 (212); 115, 25(44 f.).

67) 7 Kammerbeschluss Erster Senat des BVerfG vom 10. April 2020 (1 BvQ 28/20).

68) BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 7. April 2020- 1 BvR 755/20, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200407\\_1bvr075520.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200407_1bvr075520.html).

69) die Bayerische Verordnung über eine vorläufige Ausgangsbeschränkung anlässlich der COVID-19-Pandemie Vom 24. März 2020, (BayMBl 2020 Nr. 130).

70) Kammerbeschluss Erster Senat des BVerfG vom 7. April 2020 (1 BvR 755/20).

- 코로나 19초기의 조치이전까지 집회의 자유의 규범력은 매우 확고했음. 1985년 연방헌법재판소의 “국가의 침해에 대한 방어권으로서 제8조는 집회의 장소, 시간, 방법, 내용에 대한 자기결정권을 보장”하는 것이라는 기념비적 결정<sup>71)</sup> 이후 모든 시민들은 거리에서 시위를 할 자유를 실질적으로 보장받게 됨. 동 사건에서 연방헌법재판소는 시민의 공적 의견의 형성을 위한 적극적 참여는 민주주의에서 상수인 것이며 시민들이 방해 없이 집회를 할 권리는 이전부터 의식 있는 시민들의 자유와 독립의 표징으로서 받아들여진 것으로 봄. 그런데 코로나 19 초기에 법규명령을 통한 록다운 조치를 통해 실질적인 예외 없이 집회가 완전히 또는 원칙적으로 금지됨에 따라 순식간에 기본법 제8조 따라 평화롭고 무기 없이 옥외에서 집회할 자유가 텅 빈 구절이 되었다는 비판을 받음<sup>72)</sup>
- 함부르크 행정법원은 2020년 4월 16일 함부르크주 코로나 완화명령에서 집회자유에 대한 제한조치를 규정한 제2조제1항제1, 3문과 제2항은 코로나 19 팬데믹 결과의 현존하는 위험을 고려한다고 해도 고도의 개연성을 가지고 비례원칙을 견지하지 못하였다고 봄. 동법원은 먼저 집회의 자유가 유보 없이 보장되는 기본권이 아니고 기본법 제8조 제2항에 따라 옥외 집회는 법률에 근거하여 제한 가능하다고 하면서, 함부르크주 코로나 완화명령의 규정들이 예외를 가진 기본법상의 집회의 자유에 대한 충분한 법적 근거가 있는지에 대하여 의구심을 표명함. 그리고 집회의 자유에 대한 침해는 엄격한 비례원칙에 따라야 판단하여야 한다고 설명하면서, 비례원칙은 수단의 적합성에서 수긍할 수 없는 방법으로 기본권을 침해하지 않도록 요구하고 중대한 기본권 침해는 추구하는 목적에 비례를 벗어나지 않아야 하는데도 함부르크주의 동명령은 이러한 비례원칙에 반한다고 판결함<sup>73)</sup>
- 독일 연방헌법재판소는 기센시의 집회금지처분이 기본법 제8조의 집회의 자유에 대한 침해이기 때문에 집회를 허용하는 취지의 임시명령이 필요하다고 판단함.<sup>74)</sup> 청구인들은 “기본권을 약화하는 대신 건강을 강화 – 인간으로부터가 아니라 바이러스로부터 보호”라는 주제로 집회 및 시위를 계획하고 헤센주의 기센(Gießen)의 관할 관청에 집회를 신고함. 이에 대하여 관할 행정관청은 헤센주 코로나령(Dritte Verordnung der Hessischen Landesregierung zur Bekämpfung des Corona-Virus vom 14. März 2020 in der

71) BVerfGE 69, 315; instruktiv Doering-Manteuffel/Greiner/Lepsius (Hrsg.), Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 1985. Tübingen: Mohr 2015; Horst Meier, Protestfreie Zonen? In: Essayband gleichen Titels mit 44 „Variationen über Bürgerrechte und Politik“: Berliner Wissenschaftsverlag 2012.

72) In der „Frankfurter Allgemeinen Zeitung“ war von „Polizeistaat“ die Rede. Hank, Die gute Hirtin Angela. Die Kanzlerin und der deutsche Polizeistaat. In: Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 12. April 2020.

73) Beschluss der 17. Kammer des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 16. April 2020 – 17 E 1648/20, <https://justiz.hamburg.de/contentblob/13858150/5dcce7cac604b552dd5ffa03163fe49/data/17-e-1648-20-beschluss-vom-16-04-2020.pdf> (letzter Abruf).

74) BVerfG, 15.04.2020 - 1 BvR 828/20.



Fassung der Verordnung vom 30. März 2020) 제1조제1항을 근거로 집회금지처분을 함. 청구인은 행정심판 청구 이후, 항고 절차에서도 주장이 배척되자, 헌법소원과 동시에 집회를 허용해달라는 취지의 임시명령을 신청함

- 2020년 4월 15일 연방헌법재판소 제1세나트의 제1소부는 기센시의 집회금지조치에 대한 효력을 중지하고 기센시에게 위 집회가 집회법 제15조제1항에 따른 부담을 부과하고 실행될 수 있는지 여부에 대하여 결정할 수 있는 기회를 부여함. 동 제1소부는 결정이유를 기센시가 2020년 3월 14일 코로나 바이러스 퇴치를 위한 명령 발령자가 2020년 3월 20일 명령에서 집회법에 따른 공공 집회를 의식적으로 방해하려고 하였고, 이를 통해 처음부터 이 사건 집회가 기본법 제8조제1항의 의미와 효력범위 내에서 적합하게 고려할 수 없다는 오류에서 출발했다고 설명함. 그리고 다른 한편으로 동 재판소 소부는 이 사건 집회금지조치가 구체적인 개별상황들이 고려가 되지 않고 모든 집회가 금지되어야 한다는 사고를 관철하고 있기 때문에 기본법 제8조제1항의 헌법상 척도에 상응하지 않는다고 판단함<sup>75)</sup>
- 슈투트가르트(Stuttgart)에서 사람들이 2020년 4월 15일과 18일 집회를 계획하고 관할 관청에 신고했는데 관할관청은 ‘바덴-뷔르템베르크 코로나명령<sup>76)</sup>’을 근거로 집회금지를 통보하는 일이 발생함. 그 후 슈투트가르트 행정법원에 집회허가 가처분을 신청했으나 기각되자 청구인은 연방헌법재판소에 슈투트가르트와 바덴-뷔르템베르크 행정법원 결정에 대한 파기환송 취지의 임시명령을 신청함. 연방헌법재판소는 먼저 기본법 제8조 제2항에 따라 법률에 근거하여 집회의 자유가 제한될 수 있다는 점을 명확히 하면서, 그러나 이러한 제한은 자유 민주적질서로서의 집회의 자유의 근본적 의미를 반드시 고려하여, 다른 중대한 법익 보호 목적하에 엄격한 비례성 심사를 거친 경우에만 가능하다는 점을 강조함
- 연방헌법재판소는 관할관청이 법령에 따른 재량권을 행사함에 있어서 일반적 집회금지를 전제로 각 개별 사안의 구체적 상황을 충분히 고려하지 않는다면, 이는 기본법 제8조에 반하는 것으로 판단하면서 이 사건의 관할관청은 미흡한 위생수칙을 이유로 집회금지를 통보할 것이 아니라 청구인이 관할관청과의 협력을 통해 집회가 가능하도록 개별 사안에 맞추어 감염위험의 최소화를 위한 방침을 제시했어야 했다고 봄. 이 사건 집회와 관련하여 관할관청이 집회자유를 보장하기 위한 노력을 기울이지 않았다고 보고 동 재판소는

75) BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 15. April 2020- 1 BvR 828/20; [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200415\\_1bvr082820.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200415_1bvr082820.html).

76) Die baden-württembergische Verordnung der Landesregierung über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-Cov-2 (Corona-Verordnung CoronaVO) vom 17. März 2020.

청구인의 가처분 신청을 인용하여, 슈투트가르트시에 집회허용 여부를 검토하라고 명하고, 만약 결정을 내리지 않는다면 청구인은 집회의 권리를 갖는다고 결정함<sup>77)</sup>

- 헌법재판소의 일련의 집회의 자유 임시명령결정들은 종이휴지에 불과한 기본권에 숨을 불어 넣은 것이고, 이 결정 이후 여러 주에서 집회의 자유 보장을 위한 발전의 길을 닦게 되었던 것이라는 평가를 받음. 위와 같은 임시명령인용 결정 이후 위생부담의 부과에서 처음에는 작은 규모의, 그리고 이어서 대규모의 시위가 이루어졌고 특히 미국에서 조지 플로이드(George Floyd)의 폭력적 죽음 이후 베를린, 함부르크 기타 각지에서 대규모 반인종주의와 반경찰권력 시위가 이루어짐. 이는 집회의 자유의 일상적 회귀로 말할 수 있는 것임<sup>78)</sup>
- 공론은 거리에서만 형성되는 것은 아님. 특히 현대사회에서 공론은 오히려 인터넷 등 다양한 매체들을 통하여 더 활발하게 형성되고 있음. 그러나 그럼에도 불구하고 사람들이 신체적으로 공공장소에 와서 함께 시위하는 것이 사람들의 유대와 연대를 기반으로 하는 집회자유 의 핵심임은 여전히고 경찰은 집회우호적인 태도를 취하여야 하며, 시위를 공공질서 및 안녕의 방해로 보고 저해하면 안 되고 시민권을 존중<sup>79)</sup>하고 자유로운 집회와 시위가 가능하게 해야 함.<sup>80)</sup> 특히 시위는 공적인 비판과 통제의 창조적 소요(Unruhe)의 순간으로 “이를 유지하는 것은 형성된 정치적 루틴의 완고함으로부터 정치적 동력을 보조하기 위하여 적합한 일정한 부분의 직접적인 민주주의를 지키는 것”<sup>81)</sup>을 의미함<sup>82)</sup>

77) BVerfG, 17.04.2020 - 1 BvQ 37/20 <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=2020-04-17&Aktenzeichen=1%20BvQ%2037/20>.

78) Horst Meier, Über die Verfassungsfreiheit in der Corona-Krise-eine Zwischenbilanz, in: Recht und Politik Beiheft 7, Zeitschrift für deutsche und europäische Rechtspolitik, Corona und Grundgesetz, Hers. Robert Chr. van Ooyen und Hendrik Wassermann, 2022, S. 76-79.

79) 기본권은 다수의 의견을 끊임없이 도발하고 요청하는 불편한 소수를 보호한다. 표현 및 집회의 자유는 모든 사람이 잠재적으로 모든 사안에 다룰 수 있도록 초대하는 것이다. 1949년 미국연방대법원 In Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1,4 (1949) und des öfteren, z.B. im Flag burning case Texas v. Johnson, 491 U.S. 397, 408 (1989): “Accordingly a function of free speech under our system of government is to invite dispute. It may indeed best serve its high purpose when it induces a condition of unrest, creates dissatisfaction with conditions as they are, or even stirs people to anger. Speech is often provocative and challenging”

80) Hoffmann-Riem, Versammlungsfreiheit. In: Handbuch der Grundrechte, hrsg. von Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier, Heidelberg: C. F. Müller 2011, Bd. IV. und Hoffmann-Riem, Demonstrationsfreiheit auch für Rechtsradikale? Über das Gebot rechtsstaatlicher Toleranz. In: Horst Meier/Fritz Dyckmans (Hrsg.), Rechtsradikale unter dem Schutz der Versammlungsfreiheit. Hofgeismarer Protokolle 352: Evangelische Akademie 2010.

81) BVerfGE 69, 315. m Brokdorf-Beschluss aus dem Jahr 1985.

82) Horst Meier, Über die Verfassungsfreiheit in der Corona-Krise-eine Zwischenbilanz, in: Recht und Politik Beiheft 7, Zeitschrift für deutsche und europäische Rechtspolitik, Corona und Grundgesetz, Hers. Robert Chr. van Ooyen und Hendrik Wassermann, 2022, S. 76-79.

### (3) 종교시설 예배 금지와 종교의 자유 침해 조치들에 대한 연방헌법재판소 태도의 변화

- 청구인들은 종교시설에서의 집회금지를 규정한 ‘헤센주 코로나령’(Vierte Verordnung zur Bekämpfung des Corona-Virus, GVBl) 제1조제5항은 기본법 제4조에서 보장하고 있는 종교의 자유를 비례원칙에 맞지 않게 제한하는 법령이라고 주장하며 헤센주 행정법원에 제1조제5항의 효력정지를 요구하는 가처분 신청을 하였으나 2020년 4월 7일 기각됨. 청구인들은 연방헌법재판소에 제1조제5항의 효력정지 임시명령을 청구 하였으나 연방헌법재판소는 생명과 신체에 대한 위험으로부터의 보호조치는 신앙의 자유에 대한 매우 중대한 제한임에도 불구하고 이에 우선한다고 판시하면서 기각함.<sup>83)</sup> 연방헌법재판소는 헤센주 행정법원이 지적한 바와 같이 로베르트 코흐 연구소(RKI)의 평가에 따르면 코로나 팬데믹 초기에서는 의료시스템의 과부하 방지를 위해 접촉금지 조치를 통해 감염 확산을 최대한 방지하는 것이 중요하다고 판단하였고 ‘헤센주 코로나령’이 한시적으로만 유효하다는 점도 고려함
- 니더작센주 코로나령<sup>84)</sup> 제1조제5항제3호에서는 종교행사를 금지하고 있는데 무슬림 종교단체인 청구인은 2020년 4월부터 5월까지의 라마단 금식 기간에 금요일예배를 하고자 함. 청구인은 당시 사람 간 1.5m 거리두기를 조건으로 상점이 운영되고 있는 것처럼 예배도 허용되어야 한다는 취지로 예외 없이 모든 예배를 금지하고 있는 니더작센주 코로나령 제1조제5항제3호는 무효라고 주장하면서 고등행정법원에 이 규정에 대한 집행정지 가처분을 하였으나, 기각되자 연방헌법재판소에 이 사건 규정의 효력정지 가처분 청구를 함
- 연방헌법재판소 제1세나트 제2소부는 고등행정법원이 예배당과 상점의 감염위험성을 달리 평가한 부분에 대해서는 동의하면서도, 이슬람교도들에게 매우 중요한 라마단 금식기간의 금요일예배 금지는 기본법 제4조의 신앙의 자유에 대한 중대한 침해라고 봄. 니더작센주 코로나령 제1조제5항제3호가 개별 심사 후 감염위험의 가능성이 없다면 예외적으로 예배가 허용될 수 있어야 하는데 이러한 고민 없이 예배허용의 가능성을 전혀 열어두지 않은 것은 정당화될 수 없다고 판단함. 연방헌법재판소는 또한 예외가 없는 금지가 문제가 없다고 판단한 주고등행정법원의 결정은 기본법 제4조에 합치하지 않는 것으로서 따를 수 없다고 하면서 청구인의 가처분을 인용하고, 상점에 적용되는 위생조치 등의 요건준수를 조건으로 하여 금요일예배를 허용함<sup>85)</sup>

83) BVerfG, 10.04.2020 - 1 BvQ 28/20 [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200410\\_1bvq002820.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200410_1bvq002820.html).

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

85) BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. April 2020 - 1 BvQ 44/20, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200429\\_1bvq004420.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200429_1bvq004420.html).

#### (4) 확진자우선순위 분류를 위한 중증도 분류와 차별의 문제

- 독일에서 코로나 19 감염병 환자를 위한 집중병상이 부족할 경우 누구를 우선적으로 처치하여야 하는가에 대한 논의가 있었고 독일 중증 및 응급의료를 위한 학제간 연합 (Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin : DIVI)이 우선순위 처치기준을 마련함. 이에 대하여 전 독일연방헌법재판소장 한스 유르겐 파피어는 집중병실 처치기준이 젊은 사람과 건강한 사람을 우대하는 것으로 인간존엄과 평등한 인간존엄성은 절대 의문시 될 수 없는 것이기 때문에 연방헌법재판소는 이에 대하여 모든 생명은 동등한 지위를 갖고 동등하다고 하고 있으며<sup>86)</sup> 따라서 생명과 생명을 형량하는 것은 헌법에 반한다고 비판함<sup>87)</sup>
- 2021년 12월 16일 연방헌법재판소 제2소부는 코로나 19 확진자 치료의 우선순위를 정하기 위한 ‘중증도 분류(Triage)’와 관하여 우선순위 결정과정에서 장애를 이유로 하는 차별이 이루어지지 않도록 구체적인 법규범을 마련할 입법자의 헌법적 의무가 있다고 하면서 입법부작위로 인한 헌법소원심판청구를 인용함<sup>88)</sup>
- 청구인들은 시각장애인 8인, 근위축증인 1인 등 9인의 중증장애인이며, 그중 1인은 당뇨 등 합병증이 있는 사람들로서 2020년 6월 헌법소원심판청구를 함. 연방감염병보호법에는 중증도 분류규정이 존재하지 않고 DIVI가 마련한 권고가 분류기준으로 통용되고 있었음. 이 기준에 따르면 가장 중요한 기준은 치료의 성공가능성, 즉 생존확률이 높거나 더 나은 예후가 보장될 때 우선적 치료를 한다는 것임. 청구인들은 DIVI의 권고에 따라 자신들이 낮은 치료순위를 배정받거나 치료에서 배제 받을 가능성이 있다고 봄. 청구인들은 치료우선순위를 위해서는 DIVI의 권고가 아닌 법적 근거가 필요하며 이에 대하여 입법자들은 기본법 제3조제3항제2문<sup>89)</sup>과 장애인차별협약 제25조<sup>90)</sup>에서부터 도출되는 입법의무가 있다고 보았으며, 입법의 불비로 인하여 기본법 제1조제1항의 인간의 존엄, 제2조제2항의 생명과 신체에 대한 권리가 침해되었다고 주장함
- 연방헌법재판소는 코로나 19 환자들이 중증도 분류상황에서 장애를 이유로 우선치료 순위의 결정과정에서 차별을 받게 될 위험이 실질적으로 존재한다면 이는 기본법 제3조 제3항제2문에 따른 보호의무, 즉 장애인차별을 저지하기 위하여 효과적인 조치를

86) Frankfurter Allgemeine Zeitung, Früherer Verfassungsrichter Papier warnt vor „Erosion des Rechtsstaats“, F.A.Z.net vom 02.04. 2020, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/corona-ex-verfassungsrichter-papier-sorgt-sich-um-grundrechte-16708118.html>.

87) BVerfGE 115, 118 – Luftsicherheitsgesetz <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv/115118.html>.

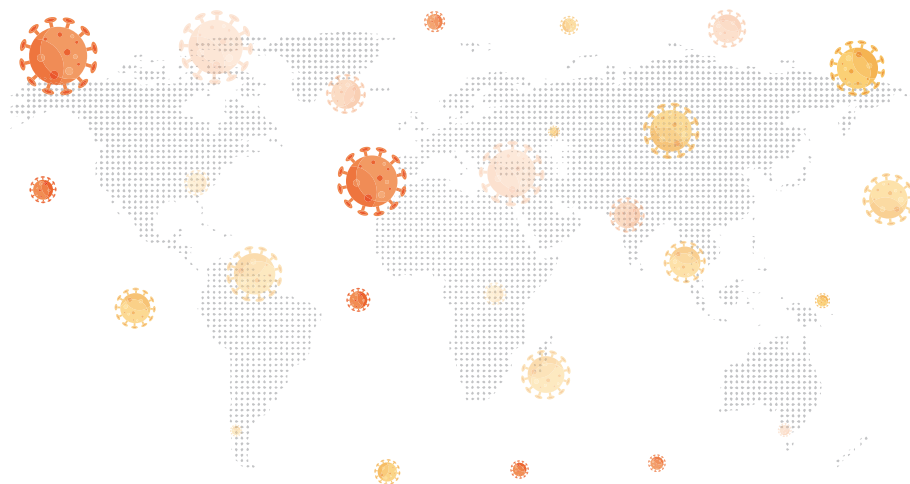
88) BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 16. Dezember 2021 - 1 BvR 1541/20 <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=16.12.2021&Aktenzeichen=1%20BvR%201541%2F20>.

89) 어느 누구도 장애로 인하여 차별을 받아서는 안 된다.

90) 협약당사국들은 장애를 이유로 한 차별 없이 가능한 한 가장 높은 수준의 장애인 건강권을 인정한다.

취하여야 할 구체적인 의무로 발전되는 상황이라고 판시하고 있음. 이러한 차별은 생명과 건강을 매우 침해하는 차별이므로 이에 대한 방지조치가 필요하며, 특히 장애인이 스스로 차별로부터 자신을 보호하기 어렵다는 점도 고려해야 한다고 실시하고 있음

- 연방헌법재판소는 코로나 19 중증도 분류에 있어 장애인이 장애를 이유로 차별을 받게 된 상황에서 장애인을 차별로부터 보호하기 위한 입법자의 부작위의무가 기본법 제3조 제3항제2문에서 도출되고 구체적으로 입법의무를 실현하기 위하여 입법자는 광범위한 판단 및 형성여지를 가진다고 판시하고 있음. 입법자에게는 의학적 사유에 따라 합당하다고 여겨지는 결정의 속도, 전문 의학지식과 경험에 따른 구체적 개별사례에서의 판단과 이에 대한 의료진의 최종 책임 문제 등을 고려하여 장애인 보호를 위한 새로운 기준을 정할 수 있고 분배절차에 관련된 기준도 정할 수 있다고 보고 있는 것임
- 헌법소원심판청구 이후 DIM가 권고의 내용을 수정하여 특정 기저질환이나 장애를 이유로 우선순위를 결정해서는 안 된다는 기준을 명시하였으나 병약함과 합병증이 치료의 성공 가능성 판단에 있어 여전히 중요한 고려사항으로 제시되고 있어 장애와 이로 인한 다양한 증상들이 허약함과 합병증에 해당하는 것이 당연시 될 수 있다는 점도 지적되고 있음<sup>91)</sup>



91) 정다운, “치료 우선순위 결정에 있어 장애인의 보호에 관한 헌법적 논의”, 『외국헌법재판정보』, 헌법재판연구원 국외통신원, 2022.

## IV. 코로나 19 백신의무접종과 신체불휘손권의 침해문제

- 백신의무접종으로 침해되는 기본권은 기본법 제20조제2항 신체의 불휘손권임. 동 기본권은 생명과 신체의 불휘손에 대한 권리로서 인적·물적 관점에서 보호범위는 신체의 온전성을 포괄하는 사람의 물리적 건강에 대한 권리 보호도 포함함. 침해란 보호범위를 직접적, 목적으로 휘손을 할 때 발생하는 것으로서 백신접종의무는 신체의 온전성을 침해함

### 1. 특정직업단체의 코로나 19 백신접종의 법적 근거

#### (1) 전염병보호법 제20조에 따른 일반적 백신의무

- 1) 의회유보사항인지 등과 관련된 논의
  - 2021년 12월 10일 연방감염병보호법이 개정되어 제22a조가 코로나 19 백신 관련 규정이 법에 삽입되기 이전까지 백신접종의 근거는 제20조였음. 제20조제6항<sup>92)</sup>에서는 백신접종에 관하여 연방건강부장관에게 위임을 하고 있는데 제22a조의 도입 이전까지 코로나 19와 관련하여 백신의무접종 명령을 제정하지 않고 있었음. 이러한 경우에 한하여 법 제20조제7항<sup>93)</sup>에 따라 주정부가 백신접종에 관한 명령을 발할 권한이 있으나, 주정부도 법규명령을 제정하지 아니한 상황이었음
  - 연방감염병보호법 제20조제6항, 제7항이 부분적으로 기본법 제80조제1항제2문에 따른 위임의 특정명령(delegationsrechtlichen Bestimmtheitsgebotes)의 관점에서 헌법적 문제가 있는 것으로 볼 수 있다는 견해가 있음. 기본법 제80조제1항제2문에 따라 법률에서 위임의 “내용, 목적, 범위”를 특정하여 위임을 해야 하는데, 법에서는 “전염병 확산”, “위험에 처하게 된 국민의 일부” 등은 불특정개념이어서 명령의 발령권자가 지나치게 광범위한 재량을 가지게 된다는 것임.<sup>94)</sup> 또 다른 관점에서의 문제제기는

92) (6) Das Bundesministerium für Gesundheit wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates anzuordnen, dass bedrohte Teile der Bevölkerung an Schutzimpfungen oder anderen Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe teilzunehmen haben, wenn eine übertragbare Krankheit mit klinisch schweren Verlaufsformen auftritt und mit ihrer epidemischen Verbreitung zu rechnen ist. Personen, die auf Grund einer medizinischen Kontraindikation nicht an Schutzimpfungen oder an anderen Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe teilnehmen können, können durch Rechtsverordnung nach Satz 1 nicht zu einer Teilnahme an Schutzimpfungen oder an anderen Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe verpflichtet werden. § 15 Abs. 2 gilt entsprechend.

93) (7) Solange das Bundesministerium für Gesundheit von der Ermächtigung nach Absatz 6 keinen Gebrauch macht, sind die Landesregierungen zum Erlass einer Rechtsverordnung nach Absatz 6 ermächtigt. Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf die obersten Landesgesundheitsbehörden übertragen.

94) Gebhard, in: Kießling, IfSG, 2. Auflage 2021, § 20 Rn. 31.

법률에서 백신접종의무를 정해야 한다는 것임. 2019년 독일윤리위원회는 일반적 백신접종의무가 명령으로 시행될 수 있는지의 문제에 대하여 이것이 명령으로 가능한 것인지, 또는 본질이론에 따른 의회유보원칙에 의해 법률로 정하여야 하는 것은 아닌지의 문제에 대하여 일반적 백신접종의무는 아동에게 있어서 아동의 건강권, 신체불훼손권, 부모의 자녀양육권이 침해된다고 하고, 성인의 백신의무접종이 성인은 아동과 달리 활발한 사회활동을 하기 때문에 일반적으로 헌법에 위반된다고 볼 수는 없지만 성인 백신의무접종을 위해서는 접종의 이익과 그로 인해 침해되는 이익의 엄격한 형량이 필요하다고 봄<sup>95)</sup>

- 의회유보의 관점에서 보면 명령에서 접종의무를 규정하는 것은 헌법적인 문제가 있다고 볼 수 있으나 백신의무접종을 위해 의회입법이 필요하지 않고 연방감염병 보호법 제20조제6항으로 충분하다고 보는 경우, 백신의무접종의 발령을 위하여서는 제20조제6항에서 규정한 특별한 전제조건이 충족되어야 함. 코로나 19가 임상적으로 위중한 경과형태를 가지고 있고 전염확산이 예측될 때라는 조건을 충족한다는 점에 대하여서는 논쟁의 여지가 없을 것임.<sup>96)</sup> 이와 함께 충족되어야 할 전제조건은 의학적·전염병적 사실들이 결정적인 “위험을 받는 일부의 국민(bedrohte Teile der Bevölkerung)”임. 이 전제조건이 충족되었다고 보는 입장에서는 경찰법상 위험(Gefahr)의 개념은 객관적으로 기대될 수 있는 발생이 저지를 받지 않고 진행되는 경과에서 어떤 상황에서의 관계(Verhalten)가 고도의 개연성을 가지고 법익(이 사안에서는 예컨대 건강, 질병확산 등)을 손상시키는 것이라고 하고 있음<sup>97)</sup>

## 2) 감염병보호법 제20조제8항등의 천연두접종의무

- 접종의무를 위하여서는 먼저 입법권한이 전제가 됨. 연방관할은 기본법 제74조제1항 각호 19에서 도출되는데, 이에 따라 연방이 “공동체에 위험이 되고 전염되는 질병(gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten)”에 대한 조치(이러한 조치에는 그러한 질병의 퇴치뿐만 아니라 이에 상응하는 예방책 및 백신접종의무도 포함됨)들을 위하여 경합적 관할을 가짐. 연방은 자신의 입법권한을 사용하여 입법자는 천연두로부터 보호와 백신접종예방강화를 위한 법률을 제정하여 연방 감염병보호법 제20조제8항부터 제12항으로 삽입하였으며 2020년 3월 1일부터 효력을 가지고 특정집단의 국민들을 위한 원칙적인 천연두백신접종의무가 도입됨. 연방감염병보호법 제20조제8항제1문에 따라 1970년 12월 31일 이후 출생한 사람과 제20조제8항제1문에서 열거하는 시설에서 살거나 돌봄을 받거나 그러한 시설에서

95) Deutscher Ethikrat, Impfen als Pflicht?, Stellungnahme vom 27. Juni 2019, S. 38 <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-impfen-als-pflicht.pdf>, S. 78(방문일: 2020.05.17.).

96) Vgl. Gebhard, in: Kießling, IfSG, 2. Auflage 2021, § 20 Rn. 27; Huster/Kingreen, Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, Kapitel 5 Rn. 24.

97) Aligbe, in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, 7. Edition, Stand: 1. Oktober 2021, § 20 Rn. 85.

활동을 하는 특정한 사람들에게 접종 의무가 있음. 또한 법 제23조제3항에 따라 예컨대 병원, 주간병원, 재활시설, 의원, 치과의원 등에서 일하는 사람들도 백신접종 의무가 있음<sup>98)</sup>

- 독일 연방의회의 학문적 지원실(Wissenschaftliche Dienst)이 발간한 교사 및 돌봄 인력을 위한 코로나 19 백신의무에 대한 보고서<sup>99)</sup>에서는 특정한 백신의무접종 규정이 없는 상황에서 합헌성 판단에는 한계가 있다고 밝히면서, 연방감염병보호법 제22a조의 삽입 이전에도 교사·돌봄인력에 대한 의무접종이 합헌인지에 대하여 비례원칙에 따른 검토를 하고 있음
- 동 보고서에서는 연방감염병보호법 제20조제8항부터 제12항에서 홍역(Masern)에 대하여 원칙적인 백신의무를 규정하고 있고, 군인법 제17a조제2항제1문과 제2문에서 군인들에게 직업관련 백신의무를 통한 군인의 건강유지의무를 규정하고 있는 점을 고려하고, 감염병보호법 제20조제6항제1문 “연방건강부는 감염질환이 임상적으로 심각한 경과형태를 띄거나 감염병적인 확산이 계산이 되는 경우 연방상원의 동의를 받은 법규명령을 통하여 위협을 받는 국민의 일부에게 보호백신 또는 다른 특별한 예방조치에 참여하도록 하는 명령을 내릴 권한을 부여받는다”는 규정을 통하여 연방 건강부에게 특정한 상황에서 보호백신을 위한 더 많은 의무를 지우는 법규명령을 발령할 수 있도록 위임하고 있는 점을 종합적으로 살펴봐야 한다고 하면서 제22a조 삽입 전 특정 단체의 사람들에게 의무백신접종이 가능하다는 입장에서 논리를 전개 하고 있음
- 동 보고서에서는 교사 및 돌봄인력에 대한 코로나 19 백신접종의 의무를 통하여 기본법 제2조제2항의 생명과 신체불훼손권이 비례원칙에 따라 제한될 수 있는지에 대하여 다음과 같이 살펴보고 있음
- 목적의 정당성에 대하여 코로나 19 백신의무규정은 다양한 보호필요성이 있는 사람을 위하여 백신주사를 맞은 사람 및 맞지 않은 사람을 코로나 19 질병에서 보호 하려는 정당한 목적을 갖는다고 하면서, 교사와 돌봄인력은 감염폭증그룹에 속한다고 판단하고 있음. 교사의 백신접종을 통해 학생보호가 가능한데, 특히 12세 미만 아동을 위한 백신접종이 유럽에서는 허용되지 않기 때문에 아동과 교사 자신을 보호할 수 있고 12-17세 아동 백신접종률이 높지 않아 이들도 보호할 수 있다고 보고 있음. 그리고 돌봄인력의 접종 의무는 특히 직업적으로 돌봄이 필요한 사람 및 노인과 규칙적으로 접촉을 하는 직업의 영향 때문이며 노인들의 경우 백신접종에도 불구하고 감염위험이

98) 감염병보호법 이외에 백신접종 의무는 군인법 제17a조에 따라 전염질환에 대한 군인의 백신접종 의무. 이에 따라 코로나 19에 대한 백신접종이 2021년 12월 말 경에 군인들에게 실시. Bangert, Duldungspflicht für COVID-2019-Schutzimpfung in den Streitkräften, 25. November 2021, <https://www.bundeswehr.de/de/aktuelles/meldungen/duldungspflicht-covid-19-schutzimpfung-streitkraefte-5291448>(방문일: 2022.05.17.).

99) Wissenschaftliche Dienst Deutscher Bundestag, COVID-19-Impfpflicht für Lehr- und Pflegekräfte und 2G-Zugangsbeschränkung, WD 3-3000-187/21, 22.Nov.2021. <https://www.bundestag.de/resource/blob/869964/569b0ea82748c29b7447d00e466e3015/Wd-3-187-21-pdf-data.pdf>(방문일: 2022.05.14.).



높다고 로베르트 코흐 연구소가 보고하고 있다는 점을 근거로 들고 있음

- 수단의 적합성에 따른 판단은 다음과 같음. 감염병보호법 제20조제2항제1문에 따라 로베르트 코흐 연구소에 설치된 상설백신위원회에 따르면 백신이 가장 유효하고 가장 효과가 있는 의료적 조치에 속하고 WHO의 수임권자인 ‘Maria van Kerkhove’도 세계의 시민이 광범위한 접종을 통해서만 질병으로부터 보호받을 수 있다고 의견을 제시하고 있으며,<sup>100)</sup> 지금까지 코로나 19 백신물질에 대한 연구들은 높은 효과와 상당히 지속적인 면역보호, 바이러스 전파 리스크 감소를 보이고 있다는 점을 들어 인정하고 있음. 또한 이러한 점들은 코로나 19 감염고리를 절단할 뿐만 아니라 코로나 19 감염으로 인한 의료시스템의 부담을 경감시키는 데에 기여한다는 점도 들어 수단의 적정성을 인정하고 있는 태도를 보임
- 필요성은 다음과 같이 설명됨. 기본권을 덜 침해하는 수단으로는 학교폐쇄, 영업금지, 외출금지 등이 있으나, 이러한 금지 및 폐쇄조치가 갖는 부정적인 영향들도 고려해야 하는데 학생의 수업권, 영업의 자유와 재산권 등의 침해의 관점에서 기본권을 덜 침해하는 조치라고 볼 수 없다고 함. 또한 매일 코로나감염테스트를 하는 것도 기본권을 덜 침해하는 조치이나 이러한 테스트로 법의 목적을 달성할 수 있을지에 대하여는 의문을 표함. 즉, 침해의 최소성도 인정되는 태도를 보임
- 법익의 형량에 있어서는 모든 질병·감염·백신리스크를 고려하고 현재까지의 학문적, 의학적 관점도 중요하다고 보면서 가중된 감염리스크의 경감, 질병후유증 경감, 의료시스템 부담 완화의 공익이 인정된다고 설명하고 있음

## (2) 특정직업단체의 코로나 19 백신의무접종을 위한 감염병보호법의 개정

### 1) 논의

- 코로나 19로부터 보호를 위한 일반적 백신접종의무는 기본법 제2조제2항제2문 신체 불훼손권(Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit)에 대한 침해를 상정하므로 백신의무접종으로 인한 기본권침해는 비례원칙을 준수하는 경우에만 정당화될 수 있음. 비례원칙을 고려함에 있어 또한 백신접종이 필요하지 않는 사람에 대한 고려가 포함되어야 하며, 의무적 백신접종의 예외에는 코로나 바이러스 감염으로부터 치유가 된 사람들도 포함될 필요가 있음. 근본적으로 백신접종의무의 합헌성판단을 위하여서는 시민의 건강보호가치와 접종으로 인한 신체불훼손권 사이에 합리적인 비례가 형성되었는가의 문제라고 할 것이며, 이러한 법익 형량의 범주 내에서 입법자들에게는 필요한 예측과 평가에 있어 산정 및 판단재량이 인정된다고 할 것임

100) Ärzteblatt.de, WHO: Herdenimmunität bei Coronavirus nur durch Impfung sicher, 28. August 2020, abrufbar unter: <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/116050/WHO-Herdenimmunitaet-bei-Coronavirus-nur-durch-Impfung-sicher>.

- 독일윤리위원회(Ethikrat)<sup>101)</sup>의 상설기구인 상설백신위원회와 국가학문아카데미 레오 폴디나(Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina)<sup>102)</sup>가 공동으로 2020년 10월 백신의무접종에 대한 입장을 발표함. 주요내용은 무차별적 일반적 백신의무는 배제되어야 하며, 백신접종의무는 중대한 근거를 기반으로 상세하게 정의된 인적 그룹을 위하여서 적용되는 것이 정당화될 수 있다고 하고 있음. 이 인적 그룹에는 예컨대 고위험군 가족들과 항상 접촉하여 잠재적으로 다중적 위험요소를 가진 사람들이 속하며 이러한 인적그룹은 백신을 통해서만 위중한 침해로부터 벗어나게 될 수 있는 경우라고 설명함<sup>103)</sup>
- 2021년 11월 11일 독일윤리위원회는 특정 그룹의 백신접종의무에 대하여 이러한 직업에서 담당 실무자들이 퇴직할 수 있을 것이라고 하는 부작용도 고려할 필요가 있지만 고도의 리스크를 가진 특정한 직업적 책임이 있는 실무자를 위하여 신속하게 코로나 19 의무적 백신의 법적근거를 마련하고 실질적이고 효과적인 의무화의 실행을 준비할 것을 권고함<sup>104)</sup>

## 2) 감염병보호법 제20a조의 삽입을 통한 특정직업집단의 백신접종의무화

- 2021년 12월 10일 연방의회는 “코로나 19에 대한 백신예방강화 및 코로나 19 팬데믹 관련 규정들의 개정”을 위한 사회당, 녹색당/자유민주당(SPD, Bündnis 90/Die Grünen, FDP)의 공동 법률안을 가결(569명의 연방의회 의원중 79명 반대, 38명 기권)함.<sup>105)</sup> 이 법률은 2021년 12월 12일 효력이 발생하고 2023년 1월 1일 효력을 상실하게 되며, 이 법률을 통하여 감염병보호법 제20a조 규정이 삽입됨
- 감염병보호법 제20a조에 따라 2022년 3월 15일부터 건강 및 돌봄시설 종사자 등은 코로나바이러스 백신접종을 하였거나 코로나로부터 치유<sup>106)</sup>되었다는 증명을 해야 하고 이를 위반할 경우 근로자는 2,500유로 이하의 벌금을 부과받으며, 백신접종의무를 위반한 사람을 고용하거나 백신의무접종자를 차별한 병원 등 시설의 장도 벌금에

101) 독일윤리위원회법(Gesetz zur Einrichtung des Deutschen Ethikrats, 2007.08.01. 발효)에 근거한 기구로 연방의회와 연방정부에 의견과 권고안 제시한다. 동 위원회에 관하여서는 신옥주, “독일의 입법례를 중심으로 살펴본 제한적 익명출산제도의 도입필요성 연구”, 『한양법학』 제25권 제4집(통권 제48집), 2014, P.331-367.

102) 1652년 설립된 독일 자연과학연구자 학술아카데미이다. 2008년에 국립 학술아카데미로 지정됨으로써 외국에 대하여 독일의 학문을 대표하고 국내적으로는 정치와 대중에 대한 조연의 업무를 가지게 된다. <https://www.leopoldina.org/ueber-uns/ueber-die-leopoldina/leitbild-der-leopoldina/>(방문일: 2022.05.14.).

103) Gemeinsames Positionspapier des Deutschen Ethikrates mit der Ständigen Impfkommission und der Nationalen Akademie der Wissenschaften Leopoldina (2020): Wie soll der Zugang zu einem COVID-19-Impfstoff geregelt werden? <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/gemeinsames-positionspapier-stiko-der-leopoldina-impfstoffpriorisierung.pdf>.(방문일: 2022.05.14.).

104) Deutscher Rat, Pressemitteilung 06/2021, <https://www.ethikrat.org/mitteilungen/mitteilungen/2021/ethikrat-empfohlene-pruefung-einer-impfpflicht-gegen-covid-19-fuer-mitarbeitende-in-besonderer-beruflicher-verantwortung/?cookieLevel=not-set>(방문일: 2022.05.14.).

105) <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw49-de-infektionsschutzgesetz-impfpraevention-870424> (방문일: 2022.05.14.).

106) 치유효과를 3개월 이후 그 효력을 다하기 때문에 3개월이 경과하면 1개월 이내에 코로나 접종증명이나 코로나 접종이 불필요하다는 의사의 검사결정이 필요.

처해짐. 또한 거짓이나 부정확한 증명서의 발급 및 사용에 대해서는 형법 제277조부터 제279조의 적용을 받으며, 이러한 문서를 발급한 의사의 경우 의료법상의 제재를 받게 됨<sup>107)</sup>

● 제20a조 코로나 19에 대한 백신접종증명규정은 다음과 같음:

(1) 다음의 사람은 2022년 3월 15일부터 제20a조제1항과 제2항에 따른 백신접종 또는 치유증명서를 가져야 한다:

1. 다음의 시설 또는 사업장에서 종사하는 사람

① 병원 ② 외래 응급수술시설(Einrichtungen für ambulantes Operieren) ③ 돌봄 및 재활시설 ④ 신장투석시설(ialyseeinrichtungen) ⑤ 주간병원 ⑥ 출산시설 ⑦ 위 ①~⑥에 상응하는 처치 및 돌봄시설 ⑧ 의원, 치과의원 ⑨ 기타 인간의학적 치유직업의 치유실 (Praxen sonstiger humanmedizinischer Heilberufe) ⑩ 의료적 진찰, 예방조치, 응급 조치가 이루어지는 공공 건강서비스 시설 ⑪ 구조시설 ⑫ 사회법전 제5권 제119조에 따른 사회교육시설 ⑬ 사회법전 제5권 제119c에 따른 성인의 정신장애 또는 중증중복 장애인을 위한 의료적 처치시설 ⑭ 사회법전 제9권 제51조에 따른 직업재활시설 ⑮ 사회법전 제5권 또는 제11권에 규정에 근거를 둔 감정 및 심사기관

2. 노인, 장애인, 돌봄필요자를 위한 완전 또는 부분 입원시설, 또는 이와 유사한 시설에서 근무하는 사람

3. 외래 돌봄서비스기관 또는 각호 2의 기관에 상응하는 시설의 외래 영역에서 일하는 사람. 이러한 시설에는 특히 다음과 같은 기관이 속한다:

- a) 사회법전 제11권 제72조에 따른 외래 돌봄시설 및 사회법전 제11권 제77조에 따른 개인
- b) 시설, 그룹주거, 기타 공동 주거형태에서 외래적으로 집중돌봄을 시행하는 외래돌봄 서비스
- c) 사회법전 제9권 제78조에 따른 보조서비스를 실시하는 사업자
- d) 사회법적 제9권 제42조제2항 각호 2<sup>108)</sup>와 조기촉진과의 관련되어 사회법전 제9권 제46조에 따른 학제간 조기인지 및 조기촉진 서비스, 사회법전 제9권 제79조에 따른 치료교육서비스를 실시하는 사업자
- e) 각호 2에 따른 시설에서 처치받고 돌봄받고, 지원받는 사람들을 위한 수송(befördern) 업무를 하는 수송기관(Beförderungsdienste) 또는 사회법전 제9권 제83조제1항 각호 1에 따른 급부기관

107) Bundesministerium für Gesundheit, Impfprävention im Bereich einrichtungsbezogener Tätigkeit, 2022.03.22. [https://assets.ctfassets.net/ea4e45wp4t29/dfd0qfx1igh1W60rxjUqX/90261ad8653dd03a7b7d89f36f02d319/2022-03-22\\_FAQ\\_20a\\_IFSG\\_v3\\_Anpassung\\_IFSG\\_BGBL\\_I\\_466\\_611\\_002\\_.pdf](https://assets.ctfassets.net/ea4e45wp4t29/dfd0qfx1igh1W60rxjUqX/90261ad8653dd03a7b7d89f36f02d319/2022-03-22_FAQ_20a_IFSG_v3_Anpassung_IFSG_BGBL_I_466_611_002_.pdf)(방문일: 2022.05.17).

- 제1문은 의학적 반대지표에 근거하여 코로나바이러스 접종이 되지 않을 수 있는 사람에게는 유효하지 않다
- (2) 제1항제1문에서 언급하는 시설이나 사업장에서 종사하는 사람들은 각각 시설이나 사업장의 지도에 따라 2022년 3월 15일까지 다음의 증명서를 제시해야 한다:
1. 제22a조제1항에 따른 백신접종증명서
  2. 제22a조제2항에 따른 치유증명서
  3. 임신 삼분기의 제1분기에 속한다는 의사의 증명서
  4. 의학적 반대지표를 근거로 코로나 바이러스에 대한 백신접종이 되지 않을 수 있다는 의사의 증명서
- 2022년 3월 15일까지 증명서를 제시하지 않거나 제시된 증명서의 진위나 내용의 진실성에 의심이 있는 경우, 해당 각 기관이나 영업장의 지도부는 기관이나 영업장이 있는 건강청에게 지체없이 이에 관하여 통보하고 건강청에 관련 종사자의 정보를 전달해야 한다. 주의 최고건강행정기관 또는 그 기관의 특별청은 다음의 결정을 할 수 있다:
    1. 제1문상의 증명서를 각각의 시설이나 사업장의 지도부가 아니라 건강청이나 다른 국가 기관에게 제출하도록 하는 것
    2. 제2문상 통보를 각 시설이나 사업장의 지도부를 통해서가 아니라 제1호에 따른 기관을 통하여 이루어지도록 하는 것
    3. 제2문상의 통보를 건강청이 아니라 다른 국가기관에게 하도록 하는 것

■ ■

## 2. 일반적 백신접종을 위한 감염병보호법의 개정 논의와 연방의회에서의 부결

- 일반적인 코로나 19 백신접종의무를 도입하기 위하여 합헌성에 대한 검토가 비례원칙에 따라 이루어졌는데 일반적 백신접종에 대한 합헌성 여부에 대한 결론에 대하여서는 유보적 이지만 대체로 다음과 같이 긍정적으로 평가하고 있었음
  - 목적의 정당성에 관하여 코로나 19 백신접종은 다양한 접종필요성을 갖는 사람을 구분하여 접종은 접종완료자를 중한 질병에서부터 보호하고 이를 통해 건강 보호에 기여하는데 이것은 일반적으로는 정당한 목적이라고 할 수 있지만, 백신접종의무가 백신접종자만을 보호하는데 기여한다면, 이를 정당한 목적이라고 할 수 없을 것임.<sup>108)</sup>

108) Wolff/Zimmermann, NVwZ 2021, 182 (183); Gierhake, ZRP 2021, 115 (116).

- 따라서 접종 의무의 목적은 만일 비접종자가 코로나 19에 감염이 되는 경우 직접적으로 건강침해가 올 수 있는 제3자 또는 일반인의 건강보호가 목적일 필요가 있는데, 로베르트 코흐 연구소에 따르면 새로운 감염자가 적고 백신접종자가 많아야만 노인등과 리스크 집단뿐만 아니라 일반인들을 중증경과절차, 집중치료필요성, 사망 등으로부터 보호할 수 있고<sup>109)</sup> 또한 건강시스템의 과중한 부담을 줄일 수 있어 더 많은 중증환자를 치료할 수 있다고 보고하고 있으므로 일반인을 위한 보호의 측면에서도 목적의 정당성이 인정된다고 보고 있음
  - 수단의 적합성에 대하여서는 접종 의무가 목적을 달성하기에 적합한 수단이어야 하는데, 감염병보호법 제20조제2항에 근거하여 로베르트 코흐 연구소에 설치된 상설접종위원회 (Ständigen Impfkommision : STIKO)에 따르면 접종은 가장 효과적이고 가장 예방적인 의학상의 조치로 감염으로부터 보호하고 이로써 바이러스의 확산위험을 매우 줄일 수 있음.<sup>110)</sup> 국민들의 자발성기반으로는 충분하지 못할 정도로 국민들의 감염률이 높을 경우 백신의무접종은 적합한 수단인데, 로베르트 코흐 연구소의 모니터링 자료에 따르면,<sup>111)</sup> 2021년 12월 4일 현재 백신 접종률(12세 미만 아동제외)이 약 70%임에도 감염이 증가하고 있어 자발적 접종으로 목적을 달성할 수 없다고 보고 있음
  - 필요성의 검토에 있어서는 기본권을 덜 침해하고 목적도 달성할 수 있는 다른 수단이 존재하지 아니해야 하는 점이 중요함. 백신접종을 위한 재정상 인센티브나 권고는 신체의 온전성을 침해하지 않으므로 덜 기본적 침해적인 수단이라고 할 수 있으나 이러한 수단들은 자율성을 기반으로 하는 것이어서 목적을 달성하기가 어렵다는 의견을 피력하고 있음
  - 법익의 형량을 위하여 신체불훼손권 침해와 코로나 19 감염으로부터의 보호사이의 형량이 필요하며, 이를 위하여서 건강, 감염, 접종리스크가 종합적으로 고려되어야 하는데 이 경우 학문적, 의학적 관점이 고려될 필요가 있다고 강조함
- 그러나 연방의회에서 2022년 4월 7일 일반적 코로나 19 백신접종 의무를 위한 법률안이 부결된 후 타협안으로 제출되었던 60세 이상에 대한 백신접종 의무법안도 부결(찬성 296, 반대 378, 기권 9)됨

109) Risikobewertung zu COVID-19, Stand 8. Dez. 2021. [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Risikobewertung.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html)(방문일: 2020.05.17.).

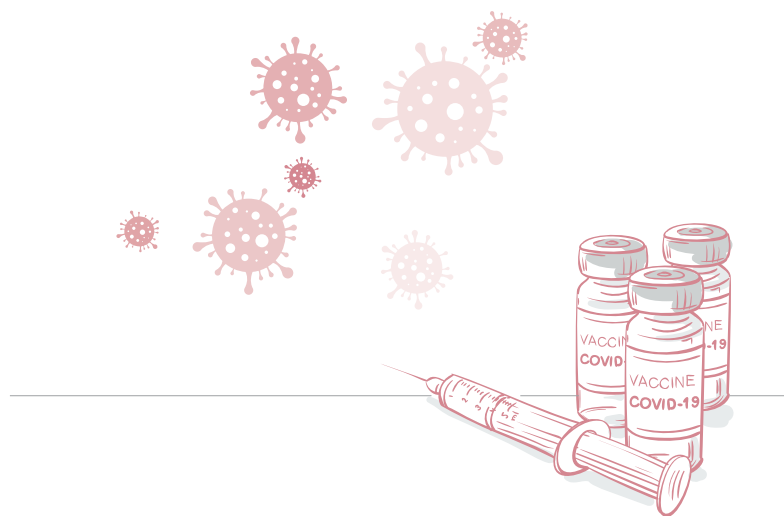
110) RKI, Epidemiologisches Bulletin, 35/2015 vom 24. August 2015.

111) RKI, Digitales Impfquotenmonitoring zur COVID-19-Impfung (Stand 14. Dezember 2021), [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Daten/Impfquoten-Tab.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Impfquoten-Tab.html)(방문일: 2020.05.17.).

## V. 결론

- 연방감염병보호법은 통상적으로 경찰법에 속하는 특별경찰법으로서 사전에 확실한 위험에 대응하기 위하여 적용됨. 따라서 팬데믹의 영향력과의 관련성 속에서 증명된 감염을 기다리면 이미 늦는다고 이해하기 때문에 의심여지 없는 감염위험이 아닌 경우에도 국민들에게 광범위한 의무를 지우고 있음. 연방감염병보호법은 이러한 경찰법상의 특성을 잘 드러내고 있는데, 법의 내용이 한편으로는 위험을 밝히고 또 다른 한편으로는 위험을 회피하는 데 도움을 주는 것으로 이루어져 있어 일련의 발견에서 간섭하는 조치(검사, 위생규정, 사회적 거리두기 등)들로 구성되어 있는 점에서 알 수 있음
- 코로나 19와 관련하여 이루어진 기본권 제한에 있어 시간의 변화에 따른 사법적 판단이 이루어지고 있음. 특히 코로나 19 팬데믹과 관련된 법규명령상의 조치들에 대하여 “시간과 더불어(in der Zeit)” 비례원칙을 적용할 필요가 있다는 점이 독일 연방헌법재판소에서 강조되고 있음. 각 주가 발령한 각종 코로나 19 관련 규제적 법규명령들이 보통 몇 주의 단위로 발령이 되면서 기본적으로 기본권의 제한에 있어 시간적 한계를 설정한 것도 담당 행정기관들이 비례원칙에 따라 조치들을 시간과 더불어 심사하겠다고 하는 표현이라고 볼 수 있음
- 코로나 19 관련 규제들에 대한 시간과 더불어 적용이 되는 비례원칙심사는 수인할 수 없는 부담을 피하기 위하여 처음 코로나 19 바이러스의 발병과 관련하여 내려졌던 다양한 기본권들의 행사에 대한 금지조치가 코로나 19 위기상황의 변화와 더불어 수용할 수 있는 기본권 제한의 방향으로 변화하여야 하고 기본권 친화적으로 적용되거나 혹은 기본권 친화적인 규정으로 개정되어야 한다는 점에서 중요함. 코로나 19 위기상황이 변화하였음에도 불구하고 추상적인 건강보호, 경우에 따라서 생명보호가 언제나 절대적인 우위에 있다고 할 수는 없음. 코로나 19 관련 규제를 통한 심리적, 경제적(특히 수입의 경우에 따라서 일자리상실, 미시경제적 효과) 결과 및 사회적 결과(특히 고독, 가정폭력, 학교 폐쇄로 인한 교육의 기회, 홈오피스의 조건하에서 아동양육)와 법익형량이 현재적 시점에서 필요한 것임
- 연방헌법재판소는 코로나 19 감염병 발생초기의 사안들에 대하여 소극적인 태도를 취함. 그러나 이러한 관점에서 연방헌법재판소는 최초발생기가 지난 후 비례원칙을 적용하여 좀 더 엄격하게 법익을 형량한 후 기본권침해를 인정하는 판단들을 하고 있고 코로나

19 발생 초기에는 소극적으로 보았던 기본권 침해의 행정조치들에 대하여 현재는 적극적으로 비례원칙에 따른 기본권침해를 인정하는 판단을 하고 있음. 대표적으로 2020년 4월 16일 오후 6시에 계획된 “비상상황 대신 거리두기상황(Abstand gegen Notstands)” 집회에 대하여 행정법원은 기본법상 집회의 자유를 실질적으로 배제하는 것에 반대하고 함부르크 시청광장에서 집회가 가능해야만 한다고 결정함. 그러나 연방헌법재판소가 집회의 자유에 대한 법규명령을 통한 침해에 대하여 그 위헌성을 인정하고 가처분신청을 인용한 것을 계기로 현재는 집회의 자유가 그 일상성을 회복하여 보장되고 있음



## 참고문헌

### [국내문헌]

박원균, “감염병예방법상 이동제한조치에 대한 법적 검토”, 『경찰법연구』 제18권 제2호, 2020

신옥주, “독일의 입법례를 중심으로 살펴본 제한적 익명출산제도의 도입필요성 연구”, 『한양법학』 제25권 제4집(통권 제48집), 2014

정다운, “치료 우선순위 결정에 있어 장애인의 보호에 관한 헌법적 논의”, 『외국헌법재판정보』, 헌법재판연구원 국외통신원, 2022

홍선기, “코로나 19 극복을 위한 독일의 법적 대응과 기본권보호”, 『헌법학연구』 제27권 제2호, 2021

### [외국문헌]

Jörn Ipsen, Notstandverfassung und Corona-Virus. Rückblick und Ausblick, in: Recht und Politik Beiheft 7, Zeitschrift für deutsche und europäische Rechtspolitik, Corona und Grundgesetz, Hers. Robert Chr. van Ooyen und Hendrik Wassermann, 2022

Robert Chr. van Ooyen und Hendrik Wassermann, Zur Einführung: Freiheit, Demokratie und Grundgesetz im Pademie-Notstand, in: Recht und Politik Beiheft 7, Zeitschrift für deutsche und europäische Rechtspolitik, Corona und Grundgesetz, Hers. Robert Chr. van Ooyen und Hendrik Wassermann, 2022

Remmert: in Maunz/Durig, Grundgesetz-Kommentar, 63. EGL, 2011

Jarass, in: ders./Pieroth, Grundgesetz, 10. Aufl, 2011

Andreas Voßkuhle: Grundwissen - Öffentliches Recht: Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes. In: JuS, 2007

Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 3. Aufl, 2015

Wolff/Zimmermann, NVwZ 2021, 182 (183)



Gierhake, ZRP 2021, 115 (116)

Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, 86. EL Januar 2019

Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Reichweite der Wesentlichkeitslehre: Grenzfälle der Wesentlichkeit. Ausarbeitung vom 23. Februar 2015

Ludwig Schneider, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, Duncker und Homblot 1983

Stephan Rixen, Grenzloser Infektionsschutz in der Corona-Krise?, in: Recht und Politik Beiheft 7, Zeitschrift für deutsche und europäische Rechtspolitik, Corona und Grundgesetz, Hers. Robert Chr. van Ooyen und Hendrik Wassermann, 2022

Wolfgang Zeh, Pademik und Parlament, in: Recht und Politik Beiheft 7, Zeitschrift für deutsche und europäische Rechtspolitik, Corona und Grundgesetz, Hers. Robert Chr. van Ooyen und Hendrik Wassermann, 2022

Klafki, Risiko und Recht, 2017, S. 349; Pieper/Schwager-Wehming, DÖV 2021, (288)

Kotzur, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Auflage 2021

Oliver Lepsius, Grundrechtsschutz in der Corona-Pandemie, in: Recht und Politik Beiheft 7, Zeitschrift für deutsche und europäische Rechtspolitik, Corona und Grundgesetz, Hers. Robert Chr. van Ooyen und Hendrik Wassermann, 2022

Fulya Zeiml, Die Verfassungsmässigkeit von Ausgangssperren anlässlich der Corona-Pademie, Rechtswissenschaftliche Beilage der Hamburger Sozialökonomie Heft 44

Laura Kristin Hass, Infrktionsschutzgesetz: Verhältnismässigkeit von Grundrechtseinschränkungen am Beispiel von Kontaktbeschränkung, Rechtswissenschaftliche Beilage der Hamburger

Hoffmann-Riem, Versammlungsfreiheit. In: Handbuch der Grundrechte, hrsg. von Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier, Heidelberg: C. F. Müller 2011, Bd. IV

Hoffmann-Riem, Demonstrationsfreiheit auch für Rechtsradikale? Über das Gebot rechts staatlicher Toleranz. In: Horst Meier/Fritz Dyckmans (Hrsg.), Rechtsradikale unter

dem Schutz der Versammlungsfreiheit. Hofgeismarer Protokolle 352: Evangelische Akademie Gebhard, in: Kießling, IfSG, 2. Auflage 2021

Huster/Kingreen, Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021

Aligbe, in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, 7. Edition, Stand: 1. Oktober 2021. Sozialökonomie Heft 44, 2010

Horst Meier, Über die Verfassungsfreiheit in der Corona-Krise-eine Zwischenbilanz, in: Recht und Politik Beiheft 7, Zeitschrift für deutsche und europäische Rechtspolitik, Corona und Grundgesetz, Hers. Robert Chr. van Ooyen und Hendrik Wassermann, 2022

#### [웹사이트]

[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200410\\_1bvq002820.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200410_1bvq002820.html)

[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200429\\_1bvq004420.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200429_1bvq004420.html)

<https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/corona-ex-verfassungsrichter-papier-sorgt-sich-um-grundrechte-16708118.html>

<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv115118.html>

<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=16.12.2021&Aktenzeichen=1%20BvR%201541%2F20>

Deutscher Ethikrat, Impfen als Pflicht?, Stellungnahme vom 27. Juni 2019, S. 38 <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-impfen-als-pflicht.pdf>

Rixen, Rechtmäßigkeit und Semantik der Impfpflicht, Verfassungsblog.de vom 28. Juli 2021, <https://verfassungsblog.de/rechtmassigkeit-und-semantik-der-impfpflicht/>

[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200410\\_1bvq002820.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200410_1bvq002820.html)

[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200407\\_1bvr075520.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200407_1bvr075520.html)

[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200415\\_1bvr082820.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200415_1bvr082820.html)

<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=2020-04-17&Aktenzeichen=1%20BvQ%2037/20>

Bangert, Duldungspflicht für COVID-2019-Schutzimpfung in den Streitkräften, 25. November 2021, <https://www.bundeswehr.de/de/aktuelles/meldungen/duldungspflicht-covid-19-schutzimpfung-streitkraefte-5291448>

<https://www.leopoldina.org/ueber-uns/ueber-die-leopoldina/leitbild-der-leopoldina/>

Deutscher Rat, Pressemitteilung 06/2021, <https://www.ethikrat.org/mitteilungen/mitteilungen/2021/ethikrat-empfehl-pruefung-einer-impfpflicht-gegen-covid-19-fuer-mitarbeitende-in-besonderer-beruflicher-verantwortung/?cookieLevel=not-set>

<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw49-de-infektionsschutzgesetz-impfpraevention-870424>

Bundesministerium für Gesundheit, Impfprävention im Bereich einrichtungsbezogener Tätigkeit, 2022.03.22. [https://assets.ctfassets.net/eaae45wp4t29/dfdOqfx1igh1W60rxjUqX/90261ad8653dd03a7b7d89f36f02d319/2022-03-22\\_FAQ\\_\\_\\_\\_20a\\_lfSG\\_v3\\_Anpassung\\_lfSG\\_BGBL\\_I\\_466\\_611\\_\\_002\\_.pdf](https://assets.ctfassets.net/eaae45wp4t29/dfdOqfx1igh1W60rxjUqX/90261ad8653dd03a7b7d89f36f02d319/2022-03-22_FAQ____20a_lfSG_v3_Anpassung_lfSG_BGBL_I_466_611__002_.pdf)

Wissenschaftliche Dienst Deutscher Bundestag, COVID-19-Impfpflicht für Lehr- und Pflegekräfte und 2G-Zugangsbeschränkung, WD 3-3000-187/21, 22.Nov.2021. <https://www.bundestag.de/resource/blob/869964/569b0ea82748c29b7447d00e466e3015/WD-3-187-21-pdf-data.pdf>

Ärzteblatt.de, WHO: Herdenimmunität bei Coronavirus nur durch Impfung sicher, 28. August 2020, abrufbar unter: <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/116050/WHO-Herdenimmunitaet-bei-Coronavirus-nur-durch-Impfung-sicher>

Bundesministerium für Gesundheit, Impfprävention im Bereich einrichtungsbezogener Tätigkeit, 2022.03.22. <https://assets.ctfassets.net/eaae45wp4t29/dfdOqfx1igh1W60rxjUqX>

/90261ad8653dd03a7b7d89f36f02d319/2022-03-22\_FAQ\_\_\_\_20a\_lfSG\_v3\_Anpassung\_lf  
SG\_BGBI\_I\_466\_611\_\_002\_.pdf

<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1102667/umfrage/erkrankungs-und-todesfaelle-aufgrund-des-coronavirus-in-deutschland/>

[https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/nCoV.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/nCoV.html)

Risikobewertung zu COVID-19 [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Risikobewertung.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html)

Risikobewertung zu COVID-19, Stand 8. Dez. 2021. [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Risikobewertung.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html)

RKI, Digitales Impfquotenmonitoring zur COVID-19-Impfung (Stand 14. Dezember 2021)

[https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Daten/Impfquoten-Tab.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Impfquoten-Tab.html)

<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1102667/umfrage/erkrankungs-und-todesfaelle-aufgrund-des-coronavirus-in-deutschland/>

[https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/nCoV.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/nCoV.html)

Risikobewertung zu COVID-19 [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Risikobewertung.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html)



GLOBAL LEGAL ISSUES

## 독일의 코로나 19 팬데믹 대응 고찰

신옥주  
전북대학교  
법학전문대학원 교수



발행일 2022. 8. 5. 발행인 김계홍 발행처 한국법제연구원  
30147 세종특별자치시 국책연구원로15 한국법제연구원  
Tel. 044)861-0300 Fax. 044)868-9913

ISBN 979-11-92325-11-8(95360)

