

집합금지처분취소청구의소

[대법원 2024. 7. 18. 2022두43528]



【판시사항】

- [1] 헌법 제20조 제1항에서 정한 종교의 자유의 내용과 제한
- [2] 행정청이 전문적인 위험예측에 관한 판단에 기초하여 감염병을 예방하기 위한 여러 종류의 조치 중에서 필요한 조치를 선택한 데에 비례의 원칙 위반 등 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지를 판단할 때 고려할 사항
- [3] 甲 광역시장이 관내 코로나바이러스감염증-19 누적 확진자 수 급증과 특정 교회에서의 집단감염 사례 등 확진자 증가 사실을 알리면서, 사회적 거리두기를 2단계로 유지하되 사실상 3단계에 준하는 집합금지 확대 등의 조치를 취한다는 취지의 발표와 함께, 구 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제49조 제1항 제2호에 따라 '관내 종교시설에 대한 집합금지' 등을 명하는 예방 조치를 하자, 관내 乙 교회 및 그 대표자인 목사가 위 처분이 비례의 원칙 등을 위반하여 자신들의 종교의 자유를 침해한다며 처분의 취소를 구한 사안에서, 甲 시장이 위 처분을 하면서 비례의 원칙과 평등의 원칙을 위반하여 乙 교회 등의 종교의 자유를 침해했다고 보기 어렵다고 한 사례

【판결요지】

- [1] 헌법 제20조 제1항의 종교의 자유는 일반적으로 신앙의 자유, 종교적 행위의 자유 및 종교적 집회·결사의 자유로 구성된다. 신앙의 자유는 신과 피안 또는 내세에 대한 인간의 내적 확신에 대한 자유를 말하는 것으로서, 이러한 신앙의 자유는 그 자체가 내심의 자유의 핵심이기 때문에 법률로써도 이를 제한할 수 없다. 종교적 행위의 자유에는 종교상의 의식·예배 등 종교적 행위를 각 개인이 임의로 할 수 있는 등 종교적인 확신에 따라 행동하고 교리에 따라 생활할 수 있는 자유와 소극적으로는 자신의 종교적인 확신에 반하는 행위를 강요당하지 않을 자유, 그리고 선교의 자유, 종교 교육의 자유 등이 포함된다. 종교적 집회·결사의 자유는 종교적 목적으로 같은 신자들이 집회하거나 종교단체를 결성할 자유를 말한다. 이러한 종교적 행위의 자유와 종교적 집회·결사의 자유는 신앙의 자유와는 달리 절대적 자유는 아니지만, 이를 제한할 경우에는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 준수하여야 한다.
- [2] 헌법 제34조 제6항은 "국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다."라고 규정하고, 제36조 제3항은 "모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다."라고 규정하여 재해나 질병으로부터 국민을 보호할 국가의 보호의무를 강조하고 있다. 이러한 헌법 이념에 근거하여 국민 건강에 위해가 되는 감염병의 발생과 유행을 방지하고 그 예방 및 관리를 위하여 구 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(2020. 8. 11. 법률 제17472호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 감염병예방법'이라 한다)을 마련하고, 재난 및 안전관리 기본법(이하 '재난안전법'이라 한다) 제3조 제1호 (나)목에서 구 감염병예방법에 따른 감염병을 사회재난의 일종으로 규정하고 있다. 이에 감염병의 예방 및 관리를 통해 국민의 생명·신체 및 재산을 보호할 것을 국가와 지방자치단체의 책무로 하면서, 국가 등으로 하여금 감염병 예방 조치 등을 통해 감염병으로 인한 피해를 신속히 대응·복구하도록 규정하고 있다(구 감염병예방법 제4조 제2항, 재난안전법 제4조 제1항 참조). 이러한 규정 체계 등에 따라, 구 감염병예방법 제49조 제1항은 각호에서 국가나 지방자치단체가 감염병을 예방하기 위하여 취해야 할 여러 유형의 조치를 열거하면서 감염병 예방 조치의 유형, 예방 조치별 범위 및 강도 등을 행정청의 선택에 맡기고 있는데, 행정청이 어떠한 감염병 예방 조치가 필요한지 결정할 때에는 의학, 역학, 통계학 등 과학적 지식을 바탕으로 장래에 발생할 불

확실한 상황과 파급효과에 대해 전문적인 위험예측에 관한 판단을 하게 된다. 위와 같이 헌법 제34조 제6항, 제36조 제3항에서 정한 국가의 기본권 보호의무와 구 감염병예방법, 재난안전법의 내용 및 취지 등에 비추어 보면, 행정청이 전문적인 위험예측에 관한 판단에 기초하여 감염병을 예방하기 위한 여러 종류의 조치 중에서 필요한 조치를 선택한 데에 비례의 원칙 위반 등 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지를 판단할 때에는, 감염병의 특성과 확산 추이, 예방 백신이나 치료제의 개발 여부, 예방 조치를 통해 제한 또는 금지되는 행위로 인한 감염병의 전파 가능성 등 객관적 사정을 기초로, 해당 예방 조치가 행정목적을 달성할 수 있는 효과적이고 적절한 수단인지, 그러한 행정목적을 달성하는 데 해당 예방 조치보다 상대방의 권리나 이익이 덜 제한되도록 하는 합리적인 대안은 없는지, 행정청이 해당 예방 조치를 선택하면서 다양한 공익과 사익의 요소들을 고려했는지, 나아가 예방 조치를 통해 달성하려는 공익과 이에 따라 제한될 상대방의 권리나 이익이 정당하고 객관적으로 비교·형량 되었는지 등을 종합적으로 고려해야 한다.

[3]

[다수의견] 甲 광역시장이 관내 코로나바이러스감염증-19(이하 '코로나19'라 한다) 누적 확진자 수 급증과 특정 교회에서의 집단감염 사례 등 확진자 증가 사실을 알리면서, 사회적 거리두기를 2단계로 유지하되 사실상 3단계에 준하는 집합금지 확대 등의 조치를 취한다는 취지의 발표와 함께, 구 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(2020. 8. 11. 법률 제17472호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 감염병예방법'이라 한다) 제49조 제1항 제2호에 따라 '관내 종교시설에 대한 집합금지' 등을 명하는 예방 조치를 하자, 관내 乙 교회 및 그 대표자인 목사가 위 처분이 비례의 원칙 등을 위반하여 자신들의 종교의 자유를 침해한다며 처분의 취소를 구한 사안에서, ① 위 처분은 밀폐, 밀접, 밀집된 상황에서 비말에 의한 전파가능성이 가장 높은 것으로 알려진 코로나19의 확산을 방지하여 공공의 건강과 안전을 도모하기 위한 것이고, 코로나19의 확산을 차단하기 위한 방법으로 교인들의 대면 예배라는 집합 자체의 금지를 선택한 것은 위와 같은 행정목적을 달성하기 위한 유효·적절한 수단인 점, 당시 지역 내 주민 등의 생명과 건강을 보호하기 위한 목적을 달성하는 데 위 처분보다 덜 침해적이지만 동일하게 효과적인 수단이 있었다고 보기 어려운 점, 위 처분으로 인한 종교의 자유 제한의 효과가 일시적이고 한시적으로 적용되는 점과 과학적 불확실성이 높고 질병과 관련한 환경이 빠르게 변화하는 팬데믹 상황의 특수성을 고려할 때, 위 처분으로 제한되는 乙 교회 등의 종교의 자유가 이를 통하여 달성하고자 하는 공익보다 중하다고 보기 어려운 점에 비추어, 甲 시장이 위 처분을 하면서 비례의 원칙을 위반하여 乙 교회 등의 종교의 자유를 침해하였다고 보기 어렵고, ② 위 처분에서 각종 시설들을 세분화하여 집합금지 대상, 10인 이상 집합금지 대상, 집합제한 대상으로 분류하여 예방 조치를 명하였는데, 甲 시장이 참가자들 사이의 물리적 거리의 확보 가능성과 더불어 특정한 목적의 집합에서 전형적으로 수반되는 행위에 대해 방역의 관점에서 어느 정도의 위험성이 있는지를 판단하여 시설들을 분류한 것으로 보이고, 이와 같은 기준의 설정은 합리성이 인정되는 점, 甲 시장이 종교시설을 오락실, 워터파크, 공연장, 실내체육시설, 목욕탕·사우나(지하), 멀티방·DVD방(지하)과 함께 집합금지 대상으로 분류하여 예방 조치를 강화한 것은 비말 발생이 많은 활동이 주로 이루어지거나 이용자의 체류시간이 비교적 길게 나타나는 등의 특징을 가진 시설들을 함께 분류한 것으로 보이고, 이와 같은 판단이 객관적이고 합리적인 범위를 벗어난 것이라고 보기 어려운 점, 코로나19 확산 초기부터 교회를 중심으로 한 집단감염 사례가 꾸준히 보고되었고, 위 처분도 특정 교회 내에서 30명의 집단감염이 발생하자 그러한 위험의 추가 발생을 선제적으로 차단하고자 하는 목적에서 이루어진 것으로서, 감염 경로나 종교시설발 확진자가 차지하는 비중, 집단감염 관련 기존 통계치 등에 비추어 합리적인 근거가

없는 것이라고 보기 어려운 점, 위 처분은 교회뿐만 아니라 관내의 종교시설 전체에 대하여 집합금지의 예방 조치를 명한 것임이 문언상 분명한 점에 비추어, 甲 시장이 위 처분을 하면서 평등의 원칙을 위반하여 乙 교회 등의 종교의 자유를 침해했다고 보기 어렵다고 한 사례.

[대법관 김선수, 대법관 이동원, 대법관 김상환의 반대의견] 다수의견은, '관내 종교시설에 대한 집합금지'를 명한 위 처분이 비례의 원칙이나 평등의 원칙을 위반하지 아니하였기 때문에 재량권 일탈·남용의 위법이 없다는 것이다. 그러나 다수의견은 위 처분 당시 코로나19가 급격히 확산되고 있었다는 상황의 긴급성만을 강조하였을 뿐이고, 그러한 상황에서 甲 시장이 신뢰할 만한 정보를 폭넓게 수집하여 이를 근거로 전문적인 위험예측을 하고 그에 상응한 조치를 하였는지에 대해서는 면밀히 살피지 않은 아쉬움이 있다. 행정청의 전문적인 위험예측에 관한 판단과 그에 따른 조치는 특별한 사정이 없는 한 존중하는 것이 옳으나, 행정청이 그 근거가 되는 위험의 존재를 확인하고 그에 상응하는 조치를 하기 위하여 구체적인 판단 기초자료를 널리 수집하고, 그중 신뢰할 만한 정보를 채택하였는지는 법원이 충분히 심사할 수 있는 영역이다. 甲 시장이 위 처분을 함에 있어 구체적으로 어떠한 사항들을 고려하여 전문적인 위험예측에 관한 판단을 하였는지 기록상 찾아보기 어렵고, 특히 기존에 시행되어 적정한 조치라고 평가받은 인원제한, 거리두기 등 조치의 강도를 높이는 대안을 우선적으로 고려하지 않은 채 곧바로 대면예배를 전면적으로 금지하는 처분으로 나아간 것은 침해의 최소성을 갖춘 것으로 볼 수 없다. 국가나 지방자치단체가 헌법상 보장되는 기본권인 종교의 자유를 제한하기 위해서는 상황이 긴급하더라도 침해의 최소성을 갖추는 등 비례의 원칙을 따라야 한다. 또한 위 처분은 식당이나 결혼식장 등에 대해서는 기존의 조치를 유지하면서도 종교시설 전체에 대해 전면적인 집합금지를 명하는 것인데, 이는 방역의 관점에서 본질적으로 같은 시설들을 자의적으로 다르게 취급한 것이다. 따라서 위 처분은 비례의 원칙, 평등의 원칙을 위반한 것으로서 재량권의 범위를 일탈·남용하여 위법하다고 보기에 충분하므로, 다수의견에 찬성할 수 없다.

【참조조문】

- [1] 헌법 제20조 제1항, 제37조 제2항
- [2] 헌법 제34조 제6항, 제36조 제3항, 구 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(2020. 8. 11. 법률 제17472호로 개정되기 전의 것) 제4조 제2항, 제49조 제1항, 재난 및 안전관리 기본법 제3조 제1호 (나)목, 제4조 제1항
- [3] 헌법 제11조 제1항, 제20조 제1항, 제34조 제6항, 제36조 제3항, 제37조 제2항, 행정기본법 제9조, 제10조, 구 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(2020. 8. 11. 법률 제17472호로 개정되기 전의 것) 제4조 제2항, 제49조 제1항, 재난 및 안전관리 기본법 제3조 제1호 (나)목, 제4조 제1항

【참조판례】

- [1] 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 2000헌마159 전원재판부 결정(헌공61, 940), 헌법재판소 2016. 6. 30. 선고 2015헌바46 전원재판부 결정(헌공237, 1083)

【전문】

【원고, 상고인】 ○○○교회 외 1인 (소송대리인 법무법인(유한) 로고스 외 2인)

【피고, 피상고인】 광주광역시 (소송대리인 변호사 김민표)

【원심판결】 광주고법 2022. 4. 14. 선고 2021누12328 판결

【주문】

】

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고들이 부담한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. 사건의 개요

원심판결 이유와 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 당사자의 지위

원고 ○○○교회(이하 '원고 교회'라고 한다)는 광주 (주소 생략)에 있는 교회이고, 원고 2는 원고 교회의 대표자(목사)이다.

나. 광주광역시에서의 코로나바이러스감염증-19 확산 추세

1) 광주광역시에서 2020. 2. 3. 첫 코로나바이러스감염증-19(이하 '코로나19'라고 한다) 확진자가 발생한 이래 2020. 7. 4.경까지의 누적 확진자가 96명, 2020. 8. 27.경까지의 누적 확진자가 345명에 이르렀다.

2) 광주광역시에서 2020. 7. 4. 신도 1,500명 규모의 대형 교회에서 4명의 확진자가 발생하였고, 2020. 8. 26., 8. 27. 이틀간 함께 56명의 확진자가 발생하였는데, 그중 30명이 특정 교회에서 발생한 것이다.

특히 2020. 8. 15. 서울 광화문 광장에서 열린 집회(이하 '광화문 집회'라고 한다)에 참석한 사람과 관련된 확진자는 2020. 8. 21.부터 8. 26.까지 총 42명이고 위 특정 교회에서 발생한 30명도 광화문 집회와 관련된 확진자이다.

다.

원고들에 대한 집합금지 처분의 경위

1) 피고는 2020. 7. 4. 관내 한 대형 교회에서 4명의 코로나19 확진자가 발생하였고, 예배와 모임에 참석하였던 신도들을 대상으로 전수조사를 실시하고 있음을 알리면서, '모든 종교단체는 집합 예배 대신 온라인 예배나 가정 예배로 대체하고, 불가피하게 집합 예배를 할 경우에도 사회적 거리두기 2단계 지침에 따라 50인 미만으로 제한할 것을 요청하며, 감염이 확산될 경우 사회적 거리두기를 3단계로 격상할 수밖에 없다.'고 발표하였다.

2) 피고는 2020. 8. 27. 위의 나.항에서와 같은 확진자 증가 사실을 알리면서, '광주공동체의 안전이 최대 위기에 처하여 사회적 거리두기 3단계 격상을 적극 검토하여야 하나 경제적·사회적 타격을 감안하여 사회적 거리두기를 2단계로 유지하면서 사실상 3단계에 준하는 집합금지 확대 등의 조치를 취한다.'

'는 취지로 발표하였다.

- 3) 그와 함께 피고는 같은 날 구 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」(2020. 8. 11. 법률 제17472호로 개정되어 2020. 9. 12. 시행되기 전의 것, 이하 '구 감염병예방법'이라고 한다) 제49조 제1항 제2호에 따라 2020. 8. 27. 12:00부터 9. 10. 12:00까지 '관내 종교시설에 대한 집합금지' 등을 명하는 예방 조치(이하 '이 사건 처분'이라고 한다)를 하였다.

2. 이 사건 처분의 고지 관련 상고이유에 대하여

구 감염병예방법 제49조 제2항은 같은 조 제1항 제2호 등에 따른 조치를 하려면 그 사실을 주민에게 미리 알려야 한다고 규정하고 있다.

원심은 그 채택 증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고가 구 감염병예방법 제49조 제1항 제2호에 따른 이 사건 처분을 함에 있어서, 원고들을 포함한 광주광역시 지역 주민들에게 이를 미리 알렸다고 봄이 타당하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 처분의 고지에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

3. 이 사건 처분의 재량권 일탈·남용 관련 상고이유에 대하여

가. 관련 법리

- 1) 헌법 제20조 제1항의 종교의 자유는 일반적으로 신앙의 자유, 종교적 행위의 자유 및 종교적 집회·결사의 자유로 구성된다.

신앙의 자유는 신과 피안 또는 내세에 대한 인간의 내적 확신에 대한 자유를 말하는 것으로서, 이러한 신앙의 자유는 그 자체가 내심의 자유의 핵심이기 때문에 법률로써도 이를 제한할 수 없다.

종교적 행위의 자유에는 종교상의 의식·예배 등 종교적 행위를 각 개인이 임의로 할 수 있는 등 종교적인 확신에 따라 행동하고 교리에 따라 생활할 수 있는 자유와 소극적으로는 자신의 종교적인 확신에 반하는 행위를 강요당하지 않을 자유, 그리고 선교의 자유, 종교 교육의 자유 등이 포함된다.

종교적 집회·결사의 자유는 종교적 목적으로 같은 신자들이 집회하거나 종교단체를 결성할 자유를 말한다.

이러한 종교적 행위의 자유와 종교적 집회·결사의 자유는 신앙의 자유와는 달리 절대적 자유는 아니지만, 이를 제한할 경우에는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 준수하여야 한다(헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 2000헌마159 전원재판부 결정, 헌법재판소 2016. 6. 30. 선고 2015헌바46 전원재판부 결정 참조).

- 2) 헌법 제34조 제6항은 "국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.

"라고 규정하고, 제36조 제3항은 "모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.

"라고 규정하여 재해나 질병으로부터 국민을 보호할 국가의 보호의무를 강조하고 있다.

이러한 헌법 이념에 근거하여 국민 건강에 위해가 되는 감염병의 발생과 유행을 방지하고 그 예방 및 관리를 위하여 구 감염병예방법을 마련하고, 「재난 및 안전관리 기본법」(이하 '재난안전법'이라고 한다) 제3조 제1호 (나)목에서 구 감염병예방법에 따른 감염병을 사회재난의 일종으로 규정하고 있다.

이에 감염병의 예방 및 관리를 통해 국민의 생명·신체 및 재산을 보호할 것을 국가와 지방자치단체의 책무로 하면서, 국가 등으로 하여금 감염병 예방 조치 등을 통해 감염병으로 인한 피해를 신속히 대응·복구하도록 규정하고 있다(구 감염병예방법 제4조 제2항, 재난안전법 제4조 제1항 참조).

이러한 규정 체계 등에 따라, 구 감염병예방법 제49조 제1항은 각호에서 국가나 지방자치단체가 감염병을 예방하기 위하여 취해야 할 여러 유형의 조치를 열거하면서 감염병 예방 조치의 유형, 예방 조치별 범위 및 강도 등을 행정청의 선택에 맡기고 있는데, 행정청이 어떠한 감염병 예방 조치가 필요한지 결정할 때에는 의학, 역학, 통계학 등 과학적 지식을 바탕으로 장래에 발생할 불확실한 상황과 파급효과에 대해 전문적인 위험예측에 관한 판단을 하게 된다.

</u>

3) 위와 같이 헌법 제34조 제6항, 제36조 제3항에서 정한 국가의 기본권 보호의무와 구 감염병예방법, 재난안전법의 내용 및 취지 등에 비추어 보면, 행정청이 전문적인 위험예측에 관한 판단에 기초하여 감염병을 예방하기 위한 여러 종류의 조치 중에서 필요한 조치를 선택한 데에 비례의 원칙 위반 등 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단할 때에는, 감염병의 특성과 확산 추이, 예방 백신이나 치료제의 개발 여부, 예방 조치를 통해 제한 또는 금지되는 행위로 인한 감염병의 전파가능성 등 객관적 사정을 기초로, 해당 예방 조치가 행정목적 달성을 할 수 있는 효과적이고 적절한 수단인지, 그러한 행정목적 달성을 하는 데 해당 예방 조치보다 상대방의 권리나 이익이 덜 제한되도록 하는 합리적인 대안은 없는지, 행정청이 해당 예방 조치를 선택함에 있어서 다양한 공익과 사익의 요소들을 고려하였는지, 나아가 예방 조치를 통해 달성하려는 공익과 이에 따라 제한될 상대방의 권리나 이익이 정당하고 객관적으로 비교·형량 되었는지 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

</u>

4) 한편 항고소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실 상태를 기준으로 판단하여야 하고, 법원은 행정처분 당시 행정청이 알고 있었던 자료뿐만 아니라 사실심 변론종결 당시까지 제출된 모든 자료를 종합하여 처분 당시 존재하였던 객관적 사실을 확정하고 그 사실에 기초하여 처분의 위법 여부를 판단할 수 있다(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두11843 판결 등 참조).

나. 비례의 원칙 위반 여부

1) 비례의 원칙(과잉금지의 원칙)은 법치국가 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원리로서 모든 국가작용에 적용된다.

행정목적 달성을 위한 수단은 목적달성에 유효·적절하고, 가능한 한 최소한의 침해로 가져오는 것이어야 하며, 아울러 그 수단의 도입에 따른 침해가 의도하는 공익을 능가하여서는 안 된다(대법원 1997. 9. 26. 선고 96누10096 판결, 대법원 2019. 7. 11. 선고 2017두38874 판결 참조).

2) 원심판결 이유에 의하면, 다음의 사실을 알 수 있다.

가) 2019. 12.경 발생한 코로나19는 강력한 전염력과 높은 치사율을 가진 바이러스로 전 세계적으로 유행하였고, 2020.

3.경 세계보건기구(WHO)가 감염병이 세계적으로 유행하는 상태인 팬데믹(Pandemic)을 선포하기도 하였다.

코로나19는 밀폐, 밀접, 밀집된 상황에서 비말에 의한 전파가능성이 가장 높은 것으로 알려져 있는데, 비말전파는 감염자가 기침이나 재채기를 하거나 힘주어 말을 할 때 바이러스를 다량 포함한 비말이 뿜어 나오면서 이를 통해 전파되는 형태이다.

나) 이 사건 처분 당시는 코로나19 유행의 초기 단계로서 코로나19를 예방하기 위한 백신이나 그 치료를 위한 약제의 개발이 완료되지 아니한 상태였고, 피고는 지역 내 모든 확진자에게 번호를 부여하고 역학조사를 통하여 접촉자를 확인한 뒤 검사를 진행하는 등 코로나19의 확산을 막기 위해 노력하던 시기였다.

다) 2020. 2. 3. 광주광역시에서 첫 확진자가 발생한 이래 2020. 7. 4.경까지 96명 정도에 불과했던 누적 확진자 수가 2020. 8. 27.까지 345명으로 급증하게 되었고, 그중 특정 교회에서 집단감염(30명) 사례가 발생하였는데, 특히 광화문 집회에 참석한 사람과 관련된 확진자가 2020. 8. 21.부터 8. 26.까지 총 42명에 이르게 되자, 피고는 '코로나19로 인해 광주공동체의 안전이 최대 위기에 처했다.

'는 내용의 기자회견을 하면서 이 사건 처분을 알렸다.

3) 위와 같은 사실관계 및 원심이 적법하게 채택한 증거 등에 따라 알 수 있는 여러 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고가 이 사건 처분을 함에 있어 비례의 원칙을 위반하여 원고들의 종교의 자유를 침해하였다고 보기 어렵다.

그 구체적인 이유는 다음과 같다.

가) 이 사건 처분은 밀폐, 밀접, 밀집된 상황에서 비말에 의한 전파가능성이 가장 높은 것으로 알려진 코로나19의 확산을 방지하여 공공의 건강과 안전을 도모하기 위한 것이고, 코로나19의 확산을 차단하기 위한 방법으로 교인들의 대면 예배라는 집합 자체의 금지를 선택한 것은 위와 같은 행정목적 달성을 위한 유효·적절한 수단이 된다.

나) 나아가 당시 광주광역시 주민 등의 생명과 건강을 보호하기 위한 목적을 달성하는 데 이 사건 처분보다 덜 침해적이지만 동일하게 효과적인 수단이 있었다고 보기 어렵다.

(1) 먼저 이 사건 처분의 위법성을 판단함에 있어, 단순히 제반 상황을 사후적·회고적인 시각으로 판단하여, 처분 당시에 기대할 수 있었던 최선의 조치 또는 해당 처분보다 덜 침해적이면서도 행정목적 유사하게 달성할 수 있는 대안이 있었을 것이라 하여 가벼이 이를 기준으로 처분의 위법성을 판단할 것은 아니다(대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결 등 참조).

(2) 코로나19 중앙방역대책본부는 코로나19 유행 분석 및 예측에 활용하고자 '감염재생산지수'를 산출하여 왔는데, 이는 '집단 내 감염성이 있는 환자 1명이 감염 전파가능 기간에 전염시키는 평균 사람 수'로 정의된다.

그 값이 1보다 크면 최소 한 사람 이상이 추가적으로 감염될 수 있다는 뜻으로 감염병이 인구 집단 내에서 확산되어 유행이 지속됨을 의미한다.

이 사건 처분 무렵 특정 시점에서 인구 집단의 평균 감염력을 나타내는 '실시간 감염재생산지수'를 살펴보면, 전국 기준으로 2020. 8. 2.부터 8. 8.까지 0.84였던 지수가 8. 9.부터 8. 15.까지는 2배 이상인 1.93으로 급등하였고, 8. 16.부터 8. 22.까지는 3.05로 더 높은 수치를 기록하였으며, 8. 23.부터 8. 29.까지도 1.38을 기록함으로써 강력한 감염병 유행

확산이 예측되었다.

이에 코로나19 중앙사고수습본부는 2020. 8. 16.부터 서울·경기 지역에 '사회적 거리두기 2단계'를 적용하고, 2020. 8. 19.부터는 이를 수도권 전역으로 확대함과 동시에 수도권 교회가 주관하는 모든 대면 모임과 행사 등을 금지하는 조치를 시행하였으며, 2020. 8. 23.부터는 '사회적 거리두기 2단계'를 전국으로 확대 적용하기로 하는 등 코로나19 확산을 막기 위한 여러 조치가 이루어지고 있었다.

(3) 광주광역시의 경우에도 2020. 8. 20. 5명, 8. 21. 11명, 8. 22. 17명 등 확진자가 꾸준히 증가하고 있었고, 위와 같은 '사회적 거리두기 2단계' 조치에도 불구하고 2020. 8. 24. 4명, 8. 25. 7명에 이어 8. 26.에는 무려 39명이 확진되었다. 특히 위 인원 중 42명이 광화문 집회 관련 확진자로 확인되었고, 그중 30명은 특정 교회에서 위 집회에 참석하였다가 확진된 사람으로부터 집단감염된 것으로 확인되는 등 코로나19의 확산을 막기 위한 조치가 필요한 급박한 상황이었다고 보인다.

광주광역시의 실시간 감염재생산지수 역시 2020. 8. 15. 1.13으로 1을 돌파한 이래 2020. 9. 2. 0.73으로 1 미만으로 떨어지기 전까지 18일간 1을 초과하는 수치가 유지되었고, 특히 2020. 8. 26.에는 1.99를 기록하여 전일(8. 25. 1.09)에 비해 거의 2배 가까이 급등하였으며, 이 사건 처분일(8. 27. 1.66)과 그다음 날(8. 28. 1.42)에도 매우 높은 수준이었음을 알 수 있다.

(4) 대면 예배는 밀폐된 실내에서 밀집된 상태로 오랜 시간 이루어지는 특성이 있고, 그 과정에서 설교나 찬송 등으로 비말 발생이 많은 활동도 이루어지며, 교인들 간의 인적 유대관계가 높아 밀접한 접촉 기회가 증가하여 코로나19에 취약한 면이 있다.

2020. 7. 1.부터 9. 10.까지 광주광역시 관내 종교시설에서 발생한 코로나19 확진자 수는 145명으로, 같은 기간 동안 광주광역시의 총 확진자 수 416명의 34.8%를 차지했다는 통계에서도 이를 확인할 수 있다.

2020. 8. 23.부터 전국이 '사회적 거리두기 2단계'로 격상됨에 따라 원고 교회 같은 종교시설은 출입명부 관리, 마스크 착용, 좌석 간격 유지 등 방역수칙을 준수할 것을 조건으로 50인 미만의 대면 예배만을 할 수 있었는데, 피고는 같은 날 이에 더하여 수요일·주일 예배를 제외한 소모임·단체식사 등의 활동을 금지하는 집합제한 조치를 추가적으로 하였다.

이러한 집합제한 조치가 시행 중이었음에도 특정 교회에서 단 한 사람의 확진자로부터 무려 30명의 집단감염이 발생하였고, 이에 피고는 기존의 방역수칙 준수, 참석 인원 제한 및 소모임·단체식사 등의 활동 금지 조치만으로는 전염성이 강한 코로나19의 확산을 막는 것이 역부족이라고 판단한 것으로 보인다.

또한 피고는 222명의 광화문 집회 참석자 명단을 확보하고 있었으나 그중 29명과 연락이 닿지 않았고, 파악하지 못한 집회 참석자가 있을 가능성도 배제하지 못하였기 때문에, 확진자가 발생한 일부 교회만을 대상으로 집합금지를 명하는 것이 이 사건 처분과 동일한 정도로 행정목적 달성이면서도 원고들의 종교의 자유를 덜 제한하는 대안이라고 보기 어렵다고 판단한 것으로 보인다.

(5) 이 사건 처분은 2020. 8. 27. 12:00부터 9. 10. 12:00까지 2주간 적용되는 것으로서, 향후 감염병의 새로운 추세를 고려하여 관련 조치를 변경할 수 있도록 시한을 두고 있다.

사회적 거리두기는 개인 또는 집단 간 접촉을 최소화하여 감염병 확산 규모를 줄이거나 늦추기 위한 공중보건학적 감염병 통제 전략 중 하나로서, 피고는 동일하거나 유사한 집단에 대하여 일시에 전면적으로 예방 조치를 시행하는 것이 코로나19 확산을 최대한 막고, 방역 및 보건의료체계가 감당 가능한 수준으로 확진자 발생을 억제하는 데 더욱 효과적이라고 판단한 것으로 보인다.

한편 피고 외에도 부산광역시와 충청남도가 2020. 8. 21.부터, 대전광역시가 2020. 8. 23.부터 각각 이 사건 처분과 같이 일정 기간 동안 종교시설에서의 집합을 금지하는 내용의 행정명령을 하였다.

(6) 이 사건 처분은 코로나19 유행의 초기 단계에 이루어진 것으로서, 당시까지도 코로나19에 대한 정보가 부족하고 예방 백신이나 치료제가 없는 상황이었다.

감염병의 확산은 눈에 보이지 않기 때문에 그 감염 경로를 파악하고 예측하는 것이 쉽지 않고, 불특정 다수가 급속히 감염될 가능성이 있으므로 발생 초기에 그 차단과 예방을 위한 선제적이고 강력한 조치가 필요할 수 있다(헌법재판소 2024. 4. 25. 선고 2020헌마1028 전원재판부 결정 참조). 구체적인 감염 경로를 구분하여 위험성을 평가하는 역학조사를 실시할 시간적·물리적 여유가 충분하지 않은 긴급한 상황에서 관내 종교시설에서의 집합을 금지하는 이 사건 처분에 나아간 피고의 판단이 객관적으로 불합리하거나 부당한 것이라고 보이지 않는다.

다) 기독교의 교리상 대면 예배는 종교적으로 중요한 의미를 가지고, 비대면 예배가 대면 예배를 전적으로 대체할 수는 없으며, 소규모 교회나 인터넷 접근이 어려운 고령자, 장애인 등의 경우 비대면 방식으로 예배를 하기 어려운 점 등을 고려하면, 이 사건 처분으로 인하여 원고들의 종교의 자유가 상당한 정도로 제한되는 것은 사실이다.

그러나 이 사건 처분으로 달성하고자 하는 공익은, 일부 개인들의 법익 보호가 아니라, 국민 전체의 생명과 신체의 안전에 대한 위협으로부터 공동체 구성원을 보호하는 것이다.

생명과 신체의 안전은 매우 중요한 법익이고, 코로나19는 이에 대한 직접적이고도 심각한 위협이다.

이 사건 처분 당시까지 코로나19의 전파력, 치명률 등의 특성이 명확히 규명되지 않아 그 파급효과를 예측하기 어려웠고, 예방 백신이나 치료제도 없는 상황이었다.

나아가 코로나19의 강력한 감염성은 사회적·경제적 측면에서도 막대한 손해를 초래할 수 있고, 이러한 간접적, 잠재적, 확산적 위험까지 비교·형량에서 고려하지 않을 수 없다.

이 사건 처분으로 인한 종교의 자유 제한의 효과가 일시적이고 한시적으로 적용되는 점과 과학적 불확실성이 높고 질병과 관련한 환경이 빠르게 변화하는 팬데믹 상황의 특수성을 고려할 때, 이 사건 처분으로 제한되는 원고들의 종교의 자유가 이를 통하여 달성하고자 하는 공익보다 중하다고 보기 어렵다.

4) 원심의 판단은 앞서 본 법리에 기초한 것으로서 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 비례의 원칙 등에 대한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

다.

평등의 원칙 위반 여부

1) 헌법상 평등원칙은 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게 취급함을 금지하는 것으로서, 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 뜻하는 것이 아니라 입법을 하고 법을 적용할 때에 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻한다(대법원 2007. 10. 29. 선고 2005두14417 전원합의체 판결, 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018두44302 판결 참조).

2) 원심판결 이유에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가) 피고는 2020. 8. 22. 광주광역시 고시 제2020-355호로 2020. 8. 23. 0시부터 9. 6.까지 2주간 방역대응단계를 '사회적 거리두기 2단계'로 격상하고, 그에 따른 행정조치를 고시하였다.

그중 종교시설은 학원, 오락실, 300㎡ 이상의 음식점, 워터파크, 공연장, 실내 결혼식장, 영화관, 목욕탕·사우나, 실내체육시설, 멀티방·DVD방, 장례식장과 함께 '다중이용시설'로 분류되어 방역수칙 의무화를 포함한 집합제한 조치(실내 50인 이상, 실외 100인 이상의 집합금지)가 적용되었다.

종교시설에 대해서는 이에 더하여 비대면 예배를 강력히 권고하고, 50인 미만 수요일·주일 예배를 제외한 소모임·단체 식사 등 모든 활동을 금지하는 내용이 포함되어 있었다(이하 '당초 처분'이라고 한다).

나) 피고는 2020. 8. 27. 광주광역시 고시 제2020-364호로 2020. 8. 27. 12:00부터 9. 10. 12:00까지 '사회적 거리두기 2단계'를 강화하는 행정조치를 고시하였는데, 이 사건 처분은 위 고시의 일부이다.

당초 종교시설과 함께 '다중이용시설'로 분류되었던 시설 중 식당, 결혼식장, 영화관, 목욕탕·사우나(지상), 멀티방·DVD방(지상), 장례식장은 그대로 집합제한 조치가 유지되었고, 학원은 10인 이상 집합금지로, 나머지 오락실, 워터파크, 공연장, 실내체육시설, 목욕탕·사우나(지하), 멀티방·DVD방(지하)은 종교시설과 함께 집합금지 대상으로 기존의 조치보다 강화되었다.

3) 위와 같은 사실관계 및 원심이 적법하게 채택한 증거 등에 따라 알 수 있는 여러 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고가 이 사건 처분을 함에 있어 평등의 원칙을 위반하여 원고들의 종교의 자유를 침해하였다고 보기 어렵다.

그 구체적인 이유는 다음과 같다.

가) 피고의 당초 처분에서는 각종 시설들을 ① 집합금지 대상(정부가 지정한 고위험시설 12종)과 ② 집합제한 대상(종교시설 등 다중이용시설 등)으로 구분하여 예방 조치를 명하였는데, 이 사건 처분에서는 이를 보다 세분화하여 ① 집합금지 대상, ② 10인 이상 집합금지 대상, ③ 집합제한 대상으로 분류하여 예방 조치를 명하였다.

피고는 참가자들 사이의 물리적 거리의 확보 가능성과 더불어 특정한 목적의 집합에서 전형적으로 수반되는 행위에 대해 방역의 관점에서 어느 정도의 위험성이 있는지를 판단하여 시설들을 분류한 것으로 보이고, 위와 같은 기준

의 설정은 합리성이 인정된다.

나) 이 사건 처분은 당초 처분에서 '다중이용시설'로 함께 묶여있던 시설들을 새로운 분류에 따라 규율을 달리하였는데, 피고는 종교시설을 오락실, 워터파크, 공연장, 실내체육시설, 목욕탕·사우나(지하), 멀티방·DVD방(지하)과 함께 집합금지 대상으로 분류하여 예방 조치를 강화하였다.

이는 비말 발생이 많은 활동이 주로 이루어지거나 이용자의 체류시간이 비교적 길게 나타나는 등의 특징을 가진 시설들을 함께 분류한 것으로 보이고, 위와 같은 피고의 판단이 객관적이고 합리적인 범위를 벗어난 것이라고 보기 어렵다.

특히 대면 예배는 인적 유대관계가 강한 교인들이 정기적·반복적으로 상당히 긴 시간 동안 행하는 의식으로서, 아무리 대면 예배 참석자의 감염 여부를 확인하고 사람과 장소에 대한 방역을 철저하게 한다고 해도 감염의 위험이 다른 경우에 비하여 낮다고 보기 어렵다.

따라서 종교시설 이용에 대한 제한이 다른 다중이용시설 이용에 대한 제한보다 당연히 약화되어야 한다고 볼 수는 없다.

다) 2020년 초 대구 △△△교회를 중심으로 한 전파, 2020. 8. 15. 서울 □□□교회와 그 교인들이 주축이 된 광화문 집회를 매개로 한 전파 등 코로나19 확산 초기부터 교회를 중심으로 한 집단감염 사례가 꾸준히 보고되었다.

이 사건 처분도 위 광화문 집회에 참석한 교인 한 사람으로 인해 특정 교회 내에서 30명의 집단감염이 발생하자 그러한 위험의 추가 발생을 선제적으로 차단하고자 하는 목적에서 이루어진 것으로서, 감염 경로나 종교시설발 확진자가 차지하는 비중, 집단감염 관련 기존 통계치 등에 비추어 합리적인 근거가 없는 것이라고 보기 어렵다.

라) 한편 원고들은 이 사건 처분이 '관내 교회'만을 대상으로 한 것으로서, 다른 종교시설과 합리적 이유 없는 차별을 한 것이라고 주장한다.

그러나 원고들이 피고로부터 받은 행정명령서는 '관내 교회'의 책임방역관리자에게 교부하는 양식으로 보일 뿐이고, 이 사건 처분은 교회뿐만 아니라 피고 관내의 종교시설 전체에 대하여 집합금지의 예방 조치를 명한 것임이 문언상 분명하다.

따라서 이와 다른 전제에 선 원고들의 위 주장도 받아들일 수 없다.

4) 원심의 판단은 앞서 본 법리에 기초한 것으로서 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 평등의 원칙에 대한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

4. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여 주문과 같이 판결한다.

이 판결에는 이 사건 처분의 재량권 일탈·남용 판단 부분에 관하여 대법관 김선수, 대법관 이동원, 대법관 김상환의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였고, 다수의견에 대하여는 대법관 권영준의 보충의견이 있다.

5. 재량권 일탈·남용 여부에 관한 대법관 김선수, 대법관 이동원, 대법관 김상환의 반대의견

가. 반대의견의 요지

다수의견은, '관내 종교시설에 대한 집합금지'를 명한 이 사건 처분이 비례의 원칙이나 평등의 원칙을 위반하지 아니하였기 때문에 재량권 일탈·남용의 위법이 없다는 것이다.

그러나 다수의견은 이 사건 처분 당시 코로나19가 급격히 확산되고 있었다는 상황의 긴급성만을 강조하였을 뿐이고, 그러한 상황에서 피고가 신뢰할 만한 정보를 폭넓게 수집하여 이를 근거로 전문적인 위험예측을 하고 그에 상응한 조치를 하였는지 여부에 대해서는 면밀히 살피지 않은 아쉬움이 있다.

행정청의 전문적인 위험예측에 관한 판단과 그에 따른 조치는 특별한 사정이 없는 한 존중하는 것이 옳으나, 행정청이 그 근거가 되는 위험의 존재를 확인하고 그에 상응하는 조치를 하기 위하여 구체적인 판단 기초자료를 널리 수집하고, 그중 신뢰할 만한 정보를 채택하였는지 여부는 법원이 충분히 심사할 수 있는 영역이다.

피고가 이 사건 처분을 함에 있어 구체적으로 어떠한 사항들을 고려하여 전문적인 위험예측에 관한 판단을 하였는지 기록상 찾아보기 어렵고, 특히 기존에 시행되어 적정한 조치라고 평가받은 인원제한, 거리두기 등 조치의 강도를 높이는 대안을 우선적으로 고려하지 아니한 채 곧바로 대면 예배를 전면적으로 금지하는 이 사건 처분으로 나아간 것은 침해의 최소성을 갖춘 것으로 볼 수 없다.

국가나 지방자치단체가 헌법상 보장되는 기본권인 종교의 자유를 제한하기 위해서는 상황이 긴급하더라도 침해의 최소성을 갖추는 등 비례의 원칙을 따라야 한다.

또한 이 사건 처분은 식당이나 결혼식장 등에 대해서는 기존의 조치를 유지하면서도 종교시설 전체에 대해 전면적인 집합금지를 명하는 것인데, 이는 방역의 관점에서 본질적으로 같은 시설들을 자의적으로 다르게 취급한 것이다.

따라서 이 사건 처분은 비례의 원칙, 평등의 원칙을 위반한 것으로서 재량권의 범위를 일탈·남용하여 위법하다고 보기에 충분하므로, 다수의견에 찬성할 수 없다.

그 구체적인 이유는 다음과 같다.

나. 종교의 자유에 대한 제한과 그 한계

- 1) 종교의 자유는 양심의 자유 등과 더불어 우리 헌법이 최고의 가치로 상정하고 있는 도덕적, 정신적, 지적 존재로서의 인간의 존엄성을 유지하기 위한 기본조건으로서 다른 기본권에 비하여 보다 고도로 보장되어야 한다(대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 전원합의체 판결 참조).

특히 종교활동의 자유 중 예배 등의 종교의식은 신앙의 자유와 직접적인 관련성을 가질 뿐 아니라 타인에게 미치는 영향이 작다는 점에서 이에 대한 제한은 매우 예외적인 경우에 한하여 보다 신중하게 이루어져야 한다.

- 2) 원고들은 이 사건 처분 전에 이루어진 피고의 당초 처분으로 50인 미만의 수요일·주일 예배만을 할 수 있는 상황이었는 데, 이 사건 처분으로 인하여 교회에서의 대면 예배를 전혀 할 수 없게 되었다.

피고는 대면 예배를 금지하는 이 사건 처분에도 불구하고 원고들에게 '비대면 예배'라는 대안을 허용하였다는 취지로 주장하나, 이는 다음과 같은 이유로 받아들이기 어렵다.

가) 예배 등의 종교의식은 신앙의 가장 직접적인 표현으로서, 코로나19 감염병 유행(팬데믹)이라는 국면에서 심리적으로 불안정하고 위축되어 있는 교인들에게 심적 위안을 주고 안정된 정신건강을 지원하는 순기능을 가진다.

종교의식은 오랜 역사와 전통 속에서 나름의 형식과 내용을 갖추으로써 신과의 영적인 교감을 위한 최선의 대안을 형성해 왔다.

코로나19 확산의 방지를 위해 부득이한 상황이라는 이유로 비대면 예배가 대면 예배와 같은 역할과 기능을 할 것으로 기대하기 어렵다.

특히 교인들이 모인 예배에서 성찬식을 공동으로 치르는 것은 신앙의 중심이 되는 구성요소 중 하나로서, 그에 대한 제한에는 신중한 접근이 필요하다.

단순히 '비종교인'의 입장에서 대면 예배를 인터넷으로 중계하는 방식이나 개별적인 기도와 같이 다른 형식으로 대체할 수 있다고 판단하는 것은 지양되어야 한다.

나) 더욱이 비대면 예배는 그 자체로 여러 사람의 집합을 전제로 하지 않고 개인적인 영역에서 갖는 예배이어서 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 이를 제한한다는 것을 현실적으로 상정하기 어려우므로, 비대면 예배를 '허용'하였으니 예배를 전면적으로 금지한 것이 아니라고 말하는 것은 이 사건 처분이 가져온 종교활동에 대한 중대한 침해를 희석하려는 그럴듯한 말에 불과하다.

다) 대면 예배의 금지는 비종교인의 입장에서는 그 무게를 실감하기 어려울 수도 있지만, 종교인의 입장에서는 핵심적인 종교의식인 예배를 금지한다는 점에서 존재 자체의 본질적인 문제에 해당하므로, 이러한 문제에 대한 법적 판단은 그 종교적 의미와 비중을 충분히 존중하는 가운데 내려져야 한다.

3) 결국 이 사건 처분은 교인들에게 예배를 전면적으로 금지한 것과 마찬가지로의 효과를 가지므로, 이를 바탕으로 이 사건 처분이 비례의 원칙 및 평등의 원칙을 위반한 것으로 볼 수 있는지 나아가 살펴본다.

다.

비례의 원칙 위반

1) 이 사건 처분은 밀폐, 밀접, 밀집된 상황에서 비말에 의한 전파가능성이 가장 높은 것으로 알려진 코로나19의 확산을 방지하여 공공의 건강과 안전을 도모하기 위한 것이고, 코로나19의 확산을 차단하기 위한 방법으로 교인들의 대면 예배라는 집합 자체의 금지를 선택한 것이 행정목적 달성을 위한 유효·적절한 수단이라는 점은 수긍할 수 있다.

2) 그러나 이 사건 처분은 그러한 행정목적 실현할 수 있는 수단으로 가능한 한 최소한의 침해를 가져오는 것이라고 보기 어렵다.

가) 감염병을 예방하기 위하여 어떠한 종류와 내용의 조치를 할 것인지에 관하여 피고에게 비교적 폭넓은 재량권이 인정된다.

그러나 이 사건 처분과 같은 예방 조치를 위반할 경우 형사처벌까지 함으로써(구 감염병예방법 제80조 제7호) 종교적 행위에 중대한 불이익을 결부시키고 있으므로, 이 사건 처분이 위와 같은 재량권의 범위 내에 있는지 여부는 법의

간의 비교·형량 등을 통하여 엄격하게 판단하여야 한다.

나) 이 사건 처분 당시 광주광역시에서는 코로나19 중앙사고수습본부의 요청에 따라 2020. 8. 23.부터 전국으로 확대 시행된 전국 '사회적 거리두기 2단계'가 적용되고 있었고(당초 처분), 원고 교회와 같은 종교시설은 출입명부 관리, 마스크 착용, 좌석 간격 유지 등 방역수칙을 준수할 것을 조건으로 50인 미만의 수요일·주일 예배만을 할 수 있었다. 위와 같이 이미 상당히 제한적인 범위 내에서 이루어지고 있었던 대면 예배를 전면적으로 금지하는 이 사건 처분이 정당성을 가지기 위해서는, 대면 예배가 감염병의 발생과 유행에 상당한 위협이 되고, 기존의 예방 조치만으로는 감염병의 확산을 차단하는 데 부족하다는 점에 관한 전문적인 조사와 논의가 뒷받침되어야 한다.

만약 이 사건 처분 과정에서 법익 간의 비교·형량 등에 대한 검토가 부실하여 예방 조치에 관한 재량행사의 고려대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락하는 등 재량권의 불행사 또는 해태가 인정되거나 재량권 일탈·남용으로 볼 수 있는 구체적 사정이 인정된다면, 이 사건 처분은 위법하다고 평가될 수 있다(대법원 2015. 8. 27. 선고 2013두1560 판결, 대법원 2017. 8. 29. 선고 2014두10691 판결 참조). 그런데 이 사건 처분으로 기본권을 침해받았음을 주장하는 원고들이 전문적인 위험예측에 관한 피고의 재량권 불행사나 해태를 증명하는 것은 매우 곤란한 반면, 처분청인 피고가 그러한 재량권 행사에 관하여 충분한 검토를 거쳐 이 사건 처분을 하였음을 주장·증명하는 것은 보다 용이하다.

원고들은, 피고가 ① 방역수칙을 준수하지 않는 종교시설을 대상으로 한 개별적인 처분이 가능함에도 광주광역시 소재 교회 전체를 대상으로 처분을 한 점, ② 방역수칙 준수를 더 강력히 시행하는 것으로 감염병 예방 목적을 달성할 수 있음에도 집합 자체를 금지한 점 등을 들어 이 사건 처분이 침해의 최소성을 위반하였다는 내용의 주장을 하였다.

따라서 피고는 어떠한 전문적인 논의와 조사 등을 거쳐 종전의 예방 조치보다 한층 강화된 집합 자체를 금지하는 내용의 이 사건 처분을 하였는지에 관하여 합리적으로 수긍할 수 있는 주장을 하고 이에 관한 자료를 제출할 부담을 지는 것이 원칙이고, 원고들이 피고의 주장과 제출된 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 재량권 불행사나 해태 등을 증명하는 것이 정상적인 소송의 진행이다.

재량권 일탈·남용에 관한 증명책임이 원고들에게 있다는 의미는 위와 같은 공방을 거친 뒤에도 원고들의 증명이 충분하지 아니하여 이 사건 처분의 재량권 일탈·남용 여부가 불분명하다고 최종 판단되는 경우 비로소 그로 인한 궁극적 불이익을 원고들에게 부담시킨다는 의미이지, 피고가 재량권 행사의 기초가 된 전문적인 조사 등에 대한 주장이나 관련 자료를 제출할 책임까지 부정하는 것이라고 볼 수 없다.

코로나19 중앙사고수습본부는 2020. 8. 19.부터 수도권에 한정하여 대면 예배 등을 금지하였을 뿐이고, 이 사건 처분 4일 전인 2020. 8. 23.부터 '사회적 거리두기 2단계'를 전국적으로 확대 적용하면서도 수도권 이외 지역의 종교시설에 대한 예방 조치를 특별히 정하지 아니하였다.

그런데 피고는 앞서 본 기존의 예방 조치만으로는 광주광역시의 코로나19 확산세 차단에 역부족이라고 판단하고 그보다 더 강화된 이 사건 처분을 하였다.

피고의 이러한 판단에는 당시 광주광역시 관내 종교시설에서의 대면 예배를 긴급히 금지할 필요성, 즉 기존의 예방 조치나 덜 침해적인 예방 조치만으로 더 이상 감염병 확산에 대응하기 어려웠다는 점에 관한 근거가 요구된다.

그러나 기록상 피고가 이 사건 처분 과정에서 의학, 역학, 통계학 등 과학적 지식을 바탕으로 장래에 발생할 불확실한 상황과 파급효과에 대해 전문적인 위험예측에 관한 판단을 하였거나 최소한 이를 고려하였다고 볼 만한 자료를 찾기 어렵다.

한편 이 사건 처분에 앞서 비수도권 지역인 부산광역시, 대전광역시, 충청남도 등에서 이 사건 처분과 같이 일정 기간 동안 종교시설에 대한 집합을 금지하는 내용의 행정명령이 내려졌다.

그러나 피고가 다른 지방자치단체의 코로나19 확산세나 종교시설과의 관련성, 대면 예배의 위험성 등에 대한 자료를 검토하고 이를 광주광역시의 상황과 비교하여 이 사건 처분을 하였음을 확인할 만한 자료도 발견하기 어렵다.

피고는 이 사건 처분을 하면서 독자적으로 어떠한 전문적인 논의와 조사 등을 거쳤는지, 코로나19 중앙사고수습본부나 다른 지방자치단체의 유사한 처분 관련 자료를 검토하였는지 등에 대하여 합리적으로 수긍할 수 있는 주장을 하거나 관련 자료를 제출하지 못하고 있다.

그런데도 피고가 당시 이용 가능한 자료 등을 통하여 필요한 고려를 다했을 것이라고 막연히 추단하기는 어렵다.

상황이 이러한 이상 피고가 이 사건 처분 과정에서 필요한 재량권을 행사하지 않았거나 해태하였다고 보는 것이 사리에 맞다.

피고가 국민 건강을 증진하고 유지하려는 목적에서 구 감염병예방법 등 관계 법령이 정하는 바에 따라 필요한 조치를 할 수 있다고 하더라도, 위와 같은 전문적 판단을 거치거나 필요한 사항을 고려하지 아니한 채 이 사건 처분에 이르렀다면 이 사건 처분이 비례의 원칙을 충족하였다고 보기는 어렵다.

다) 오히려 이 사건 처분 무렵의 '실시간 감염재생산지수'를 살펴보면, 이미 정점을 지나 하향 안정화되고 있었음을 확인할 수 있다.

즉, 주간 단위로 산출된 전국 실시간 감염재생산지수는 2020. 8. 16.부터 8. 22.까지 3.05로 최고점에 이른 이후, 8. 23.부터 8. 29.까지 1.38을 기록하여 확연한 감소세에 있었을 뿐만 아니라, 8. 30.부터는 수 주간 1 미만을 기록하였다.

광주광역시의 실시간 감염재생산지수 역시 이 사건 처분 전날인 2020. 8. 26.의 1.99를 정점으로 하여, 8. 27. 1.66, 8. 28. 1.42, 8. 29. 1.11을 기록하여 안정화 단계에 있었는데, 이 사건 처분일과의 시간적 간격을 고려하면 위와 같은 감소세가 이 사건 처분의 직접적인 효과라고 보기 어렵다.

또한 코로나19 중앙사고수습본부는 2020. 7. 8. '코로나19 예방을 위한 교회 방역 강화 조치 안내'를 시달하면서 '그간 종교계의 협조로 정규 예배 시에는 방역수칙이 비교적 잘 준수되고 있다.

'고 밝혔고, 제1심법원의 광주광역시장에 대한 사실조회결과 피고는 이 사건 처분 당시 대면 예배와 그 외 활동을 통한 감염을 구분하여 역학조사를 실시하지 않았으며, 관련 사건에서의 사실조회에서도 질병관리청은 '교회 예배라는 특정 행위에 한정된 확진자 통계를 별도 관리·보유하고 있지 않다.

‘는 회신을 한 사정이 확인될 뿐이다.

팬데믹이라는 불확실한 상황에서 예방 조치가 취해졌다는 점에서 행정청의 재량을 널리 인정할 수 있지만, 법원으로서 그 재량이 충분하고 전문적인 논의와 조사를 거쳐 이루어진 것이었는지를 심사하여야 한다.

원심으로서 피고가 처분 당시 어떠한 판단과 고려를 하였는지 설명하는 등으로 피고의 재량권 행사의 적절성을 확인할 수 있었을 것인데 그와 같이 하지 않은 잘못이 있다고 보인다.

라) 다수의견이 지적한 바와 같이 광주광역시 지역에서 코로나19 확진자 수가 특정 교회를 중심으로 급격히 증가하는 추세에 있었던 점이 인정되고, 감염병의 확산을 최대한 신속하게 저지할 긴급한 필요성이 있었다고 하더라도, 피고가 기존에 효과적인 수단이었음이 경험적으로 확인된 여러 덜 침해적인 대안이나 그보다 조금 더 강화된 예방 조치를 건너뛰고 곧바로 대면 예배를 전면적으로 금지하는 이 사건 처분으로 나아간 것은 정당화되기 어렵다.

즉, 교회 내 소규모 모임 등에서 집단감염이 지속적으로 발생하자 코로나19 중앙사고수습본부는 위 2020. 7. 8. 자 ‘코로나19 예방을 위한 교회 방역 강화 조치’를 통하여 2020. 7. 10.부터 전국 교회에서 ‘정규 예배는 정상 진행’하되, 그 외 교회 명의로 이루어지는 각종 모임 및 행사 금지, 예배 시 찬송 자제, 통성기도 금지, 단체 식사 및 식사제공 금지, 그 외 방역수칙(출입명부 관리, 마스크 착용, 좌석 간격 유지 등)을 준수할 것을 내용으로 하는 조치를 하였고, 광주광역시에서는 2020. 8. 2.경까지 위 조치가 유지되었다.

위 조치는 기본적으로 방역수칙을 준수할 것을 조건으로 ‘정규 대면 예배’를 허용하는 것이었는데, 그 시행 이후인 2020. 7. 25.부터 8. 2.까지 광주광역시에서 단 1명의 확진자만이 발생하는 등 그 조치가 매우 효과적이었음이 증명되었다.

이는 ‘정규 대면 예배’ 자체는 감염병 확산의 위협요소가 아니라는 하나의 방증으로 볼 수 있고, 피고가 이 사건 처분 무렵 교회발 집단감염을 우려하였다면 위와 같은 전례에 따른 조치를 우선적으로 충분히 선택할 수 있었다고 보인다.

한편 이 사건 처분은 특정 교회를 중심으로 한 집단감염 사태가 발생하자 그로 인한 코로나19 확산을 방지하기 위한 목적을 강하게 가지는 것으로 보인다.

사정이 그러하다면 해당 교회에 대하여 강화된 예방 조치를 명하는 것이 합리적이고, 이를 교회 일반 더 나아가 종교시설 전체에 대한 집합금지를 명하는 데까지 나아간 것은 종교의 자유에 대한 지나친 제한이다.

피고는 이 사건 처분 전인 2020. 7. 6. 관내 대형 교회에 대하여 예배 중 방역수칙을 제대로 지키지 않아 확진자가 다수 발생하였다는 이유로 구 감염병예방법 제47조 제1호 (가)목에 따라 일시적 폐쇄 조치를 한 바도 있다.

특정 교회에서의 집단감염 사태에 대한 우려는 해당 교회에 위와 같은 조치를 취하거나 더 강화된 방역수칙을 요구함으로써 충분히 상응한 목적을 달성할 수 있고, 만약 그러한 조치만으로도 코로나19 확산 방지라는 목적을 달성할 수 없을 때 비로소 그다음 단계의 조치로 나아갈 수 있는 것이다.

마) 피고는 이 사건 처분으로 방역수칙을 준수한 50인 미만의 수요일·주일 예배가 허용되던 상황에서 어떠한 예외도 두지 아니하고 대면 예배 자체를 금지하였다.

어떠한 예외도 두지 아니하고 대면 예배 자체를 금지하는 예방 조치는, 그에 상응하는 정도의 방역상 위험성이 존재하고, 다른 선택 가능한 대안이 없는 경우에 한하여 정당화될 수 있다.

코로나19는 2019. 12. 말 중국 후베이성 우한시에서 처음 보고된 감염병으로, 이 사건 처분 당시까지 그 특성이 명확히 규명되지는 않았다.

그러나 2020. 2. 초부터 5. 초까지 대구·경북의 특정 종교집단 관련 대규모 집단감염을 중심으로 한 코로나19 '1차 유행' 시기를 거치면서, 코로나19는 밀폐, 밀접, 밀집된 상황에서 비말에 의한 전파가능성이 가장 높다는 것이 어느 정도 확인되었다.

이에 대해 방역 당국은 생활 속 거리두기, 마스크 착용, 주기적인 환기와 소독 등의 대응방안을 마련하였고, 이로써 2020. 5. 초부터 8. 초까지는 코로나19 확진자 발생이 상대적으로 잘 관리되었다.

이 사건 처분은 국내에서 첫 코로나19 확진자가 발생한 때로부터 7개월가량 경과한 시점으로, 수도권 종교시설 및 대규모 도심 집회와 관련된 코로나19 '2차 유행' 시기에 이루어졌다.

코로나19가 다시 유행하여 그 확산을 막기 위한 조치가 필요한 급박한 상황이었어서 대응방안을 강화하여야 한다고 하더라도, 앞서 본 코로나19의 감염경로나 그에 대한 대응방안에는 차이가 없으므로, 피고는 거리두기의 정도나 방역수칙 준수의 의무화 등 예방 조치의 강도를 높이는 대안을 우선적으로 고려하였어야 한다.

교회와 같은 종교시설의 경우, 참석 인원을 최대한 제한하면서 거리두기를 철저히 하는 등으로 밀집도를 완화하는 한편 마스크를 착용하도록 함과 동시에, 유증상자의 출입 및 음식물 섭취를 금지하고, 예배를 제외한 대면 모임 및 행사 등을 금지하며, 성가대 및 찬양팀의 활동을 제한하거나 큰 소리로 기도하는 것을 금지하는 등의 조치로써 감염병 확산을 방지할 수 있다고 보이고, 기록상 위와 같은 조치만으로는 충분하지 않다고 볼 만한 자료를 찾기 어렵다. 이는 이 사건 처분 이후의 코로나19 대유행 국면에서 훨씬 많은 수의 확진자가 발생했지만, 전면적 집합금지가 아닌 인원 제한과 일정한 방역수칙 준수하에서 교회의 예배가 허용되었고, 그러한 조치만으로도 감염병의 확산이 크게 문제 되지 않았던 실증적 결과로 확인할 수 있는 부분이기도 하다.

침익적 행정처분의 경우 완전히 동일한 효과를 발생하는 다른 수단이 있는지 찾는 것이 쉽지 않은 일이기는 하나, 완전히 동일한 효과는 아니더라도 유사한 효과를 달성할 수 있는 덜 침해적인 수단이 존재할 경우에는 이를 우선적으로 선택하는 것이 바람직하다.

이 사건에서 덜 제한적인 조치가 시행되었을 경우 공중보건에 해가 되었을 것이라고 볼 만한 자료 역시 찾기 어렵다.

바) 감염병의 유행은 일률적이고 광범위한 기본권 제한을 허용하는 면죄부가 될 수 없고, 감염병의 확산으로 인하여 의료자원이 부족할 수도 있다는 등의 막연한 우려를 이유로 대면 예배를 일률적으로 금지하는 것은 원고들의 기본권을 과도하게 제한한 것이라고 볼 수밖에 없다(헌법재판소 2023. 2. 23. 선고 2020헌마1736 전원재판부 결정 참조). 결국 원고들을 비롯한 대부분의 종교시설이 기존에 요구되던 방역수칙을 위반하였다거나, 기존의 방역수칙을 준수하였음에도 당초 예측과 달리 코로나19 감염이 발생하였다는 등의 특별한 사정을 찾아볼 수 없음에도, 일률적으로 대면 예배를 전면적으로 금지한 이 사건 처분은 침해의 최소성을 갖춘 것으로 보기 어렵다.

3) 나아가 이 사건 처분으로 의도하는 공익이 이 사건 처분으로 인하여 제한되는 원고들의 종교적 행위나 종교적 집회의 자유보다 더 크다고 보기도 어렵다.

피고가 이 사건 처분으로 달성하고자 하는 행정목적은 코로나19의 확산을 방지하여 공공의 건강과 안전을 도모하기 위한 것으로 중요한 것임에는 분명하다.

그러나 대면 예배 시 50인의 인원 제한, 마스크 착용, 좌석 간격 유지 등의 방역수칙 준수, 수요일·주일 예배 외 활동 금지 등 이미 감염병을 예방하기 위한 여러 조치들이 시행 중이었던 사정에 비추어 보면, 대면 예배를 일률적으로 금지함으로써 달성할 수 있는 추가적인 감염병 확산 방지의 공익은 제한적이다.

반면, 이 사건 처분은 어떠한 예외도 두지 아니하고 모든 대면 예배를 전면적으로 금지함으로써 원고들의 종교적 행위나 종교적 집회의 자유를 중대하게 제한한다.

앞서 본 바와 같이 비대면 예배는 대면 예배의 대안으로 볼 수 없을 뿐만 아니라, 소규모 교회나 인터넷 접근이 어려운 교인들의 경우 온라인을 활용한 비대면 예배에 참여할 기회조차 보장받지 못하게 될 우려가 있고, 기록상 이 사건 처분 당시 원고 교회 등 광주광역시 관내 교회들이 비대면 예배에 대한 기술적 준비가 되었다거나 그에 대한 지원이 있었다는 점을 엿볼 만한 자료도 찾아볼 수 없다.

따라서 이 사건 처분은 법익의 균형성도 갖춘 것으로 보기 어렵다.

라. 평등의 원칙 위반

1) 2020. 8. 23.부터 광주광역시를 포함한 전국이 '사회적 거리두기 2단계'로 격상되었고, 종교시설은 '중위험 시설'로서, 출입명부 관리, 마스크 착용, 좌석 간격 유지 등 방역수칙을 준수할 경우 50인 미만의 대면 예배를 할 수 있었다.

피고는 이 사건 처분으로 종교시설에서의 대면 예배를 어떠한 예외도 두지 아니하고 모두 금지하였으나, 이에 대한 별다른 의학적, 역학적, 통계적 근거를 제시하지 못하고 있음은 앞서 본 바와 같다.

2) 그런데 이 사건 처분은 당초 종교시설과 함께 '중위험 시설'로 분류되어 있었던 식당이나 결혼식장, 영화관, 장례식장 등에 대해서는 기존의 방역수칙을 준수하며 50인 이상의 집합만 제한하는 조치를 유지하였고, 300인 미만의 학원에 대해서는 10인 이상 집합을 제한하는 조치로 변경하였을 뿐, 전면적인 집합의 금지를 명하지 아니하였다.

식당은 마스크를 벗고 음식을 취식하므로 비말 발생에 취약하고, 여러 사람이 같은 물건을 공용으로 사용하므로, 방역수칙을 준수하며 갖는 대면 예배보다 코로나19 확산 위험이 작다고 보기 어렵다.

결혼식은 사회자와 주례가 주로 발언을 하고, 하객들은 신랑, 신부를 바라보며 같은 방향으로 앉아 식이 진행되는 등 그 행사의 방식에 있어 대면 예배와 유사한 면이 많다.

종교시설에서 예배를 하는 과정에는 찬송을 함께 부르거나 큰 소리로 기도하는 등 방역상 취약한 부분이 있을 수 있기는 하나, 예방 조치로서 그와 같은 취약성이 있는 행위를 금지한다면 결혼식 행사 정도로 방역상의 위험도를 유지할 수 있다.

그럼에도 식당이나 결혼식장의 경우에는 기존의 조치를 유지하여 방역수칙을 준수하는 경우 50인 미만의 집합을 허용하면서도, 특정 종교인들의 개인적인 일탈 행위가 발생한 종교시설에 한정하지 아니하고, 종교시설 내에서 방역수칙을 준수한 대면 예배 등을 통한 코로나19 감염 위험이 증가한다고 볼 만한 자료를 찾아보기 어려운 대부분의 종교시설에 대해서까지 전면적인 집합금지를 명한 이 사건 처분에 합리적인 이유가 있다고 말하기 어렵다.

3) 한편 이 사건 처분 중 피고가 300인 미만의 학원에 대하여 인원을 줄이는 형태로 집합제한을 강화한 조치를 한 것은 주목할 만하다.

학원 수업은 정기적으로 같은 장소에서 반복되고, 참석하는 인원이 일정 범위 내에 있어 참석자 확인이 용이하며, 강의를 진행하는 강사가 주로 발언을 하고, 학생들은 강사를 바라보며 같은 방향으로 수강하며 비말 발생 행위를 상대적으로 적게 한다는 점에서 대면 예배와 유사한 점을 찾을 수 있다.

그렇다면, 피고로서는 대면 예배의 경우에도 300인 미만의 학원과 마찬가지로 기존의 50인보다 적은 인원 제한을 설정하는 방식으로 대면 예배를 허용할 여지가 있었음에도, 그에 대한 충분한 조사나 논의 없이 이 사건 처분으로 대면 예배를 전면적으로 금지하였으니 이 사건 처분은 합리적 근거 없는 차별이라고 볼 여지가 크다.

마. 소결

이 사건 처분은 비례의 원칙, 평등의 원칙을 위반한 것으로서 재량권의 범위를 일탈·남용하여 위법하다.

따라서 이 사건 처분의 취소를 구하는 원고들의 청구를 배척한 원심판결은 파기되어야 한다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝힌다.

6. 다수의견에 대한 대법관 권영준의 보충의견

아래에서는 다수의견의 배경과 의미를 밝히면서 재량권 일탈·남용 판단에 적용된 비례의 원칙 및 평등의 원칙에 관하여 다수의견의 논거를 보충한다.

가. 다수의견의 배경과 의미

다수의견과 반대의견의 법리적 이해는 별로 다르지 않다.

종교의 자유는 고도로 존중되고 보호받아야 한다.

다만 종교적 집회·결사의 자유는 공공복리 등을 위하여 법률로써 제한할 수 있다(헌법재판소 2011. 12. 29. 선고 2009헌마527 전원재판부 결정 참조). 따라서 행정청은 관련 법률에 따라 종교적 집회·결사를 제한하는 예방 조치를 취할 수 있다.

행정청은 이러한 판단에 재량권을 가지나 그 재량권의 한계를 일탈하거나 재량권을 남용해서는 안 된다.

이는 재난 상황에서도 달라지지 않는다.

이때도 헌법은 작동을 멈추지 않아야 하고, 기본권은 정당한 범위 내에서 계속 보호되어야 한다.

이상과 같은 공통의 법리적 이해에도 불구하고 이 사건 처분이 내려진 당시 상황에 대한 인식과 평가의 차이는 그 처분의 위법성 판단에 영향을 미칠 수 있다.

재량권 일탈·남용 판단은 본질적으로 상황 의존적 판단이다.

따라서 재량권 일탈·남용 여부는 개별 사안의 구체적 상황을 떠나서는 판단할 수 없다.

구체적 상황 차이는 그 상황에 내재한 기본권이나 법익 충돌의 구체적 양상 차이로 이어진다.

따라서 상황이 달라지면 판단 결과도 달라질 수 있다.

반대의견이 어떤 재난 상황에서도 언제나 대면 예배의 자유가 우선적으로 보장되어야 한다는 취지는 아닐 것이다.

다수의견도 감염병 상황에서는 언제나 대면 예배의 자유가 뒤로 물러서야 한다는 취지가 아니다.

결국 다수의견은 어디까지나 이 사건을 둘러싼 구체적 상황의 맥락에서 이해되어야 한다.

이 사건 처분은 강력한 전파력과 높은 치사율을 가진 코로나19에 대응하는 과정에서 이루어졌다.

코로나19 발발로 국민의 생명과 신체가 위협을 받게 되었다.

이 사건 처분 당시는 유행 초기 단계였다.

확산 속도는 빨랐고, 확산 경로는 예측하기 어려웠다.

정보는 부족하였고, 피해는 속출하였다.

백신이나 치료제는 개발되지 않았고, 국민들의 불안감도 팽배하였다.

종교시설을 매개로 코로나19가 확산되는 사건들도 연달아 발생하였다.

이 사건 처분 2주 전 광화문 집회에 참석한 교인들 가운데 확진자가 다수 나왔다.

이 사건 처분 직전 이틀간 광주 지역 확진자의 50% 이상이 교인들이었다.

모두 광화문 집회 관련 확진자들이었다.

이 사건 처분 당시 실시간 감염재생산지수는 확산세 기준인 1을 넘는 상태였다.

확실한 대처가 필요한 긴급한 재난 상황이었다.

이러한 상황적, 시기적 특수성은 이 사건 처분의 위법성 판단에 적절하게 고려되어야 한다.

특히 이 사건 처분이 시시각각 변화하는 감염병 상황에 대응하여 긴급하게 내려지는 성격의 처분임을 고려하면 처분이 내려진 시기의 특수성은 사법심사에 중요한 의미를 지닌다.

외국의 사법심사 사례들을 보면, 코로나19 유행 초기 단계에는 행정청의 재량을 폭넓게 존중하다가 시간이 흘러 코로나19에 대한 예측력과 통제력이 강화되면서 행정청의 판단을 더욱 엄격하게 심사하는 경향성이 발견된다.

물론 상황 논리가 모든 예방 조치를 정당화할 수는 없다.

개별 사안의 구체적 상황은 사법심사에 세밀하게 고려되어야 하나, 상황의 긴급성만을 이유로 사법심사 기준 자체가 달라지거나 완화되어서는 안 된다.

다수의견도 이미 확립된 사법심사 기준에 의거하되 이 사건의 구체적 상황을 세밀하게 고려하여 결론에 이른 것이지, 감염병 상황에서는 기본권 제한이 더 느슨한 방식으로 이루어질 수 있다는 새로운 법리를 선언한 것이 아니다.

오히려 이 사건에서 좀 더 의미 있는 법리는, 감염병에 대한 예방 조치의 위법성 여부는 구체적 상황에 대한 세밀한 관찰과 평가에 기초하여 비례적·조화적으로 판단해야 한다는 것이다.

나. 비례의 원칙에 관하여

1) 침해의 최소성

가) 침해의 최소성은 처분 시점을 기준으로 판단하여야 하고, 사후적·회고적인 시각으로 판단하지 않도록 해야 한다.

감염병 예방 조치는 장래 위험에 대한 예측을 기반으로 이루어진다.

그런데 감염병 상황은 불확실성으로 가득 차 있어 장래 위험을 정확하게 예측하기 어렵다.

시간이 흐르고 정보가 축적되면서 그 불확실성이 점차 줄어들 수는 있다.

이처럼 사후적으로 획득된 명확성이 처분 시점에 소급하여 투영되면 마치 처분 당시 장래 위험을 더 잘 예측할 수 있었던 것처럼 생각될 수도 있다.

하지만 시간의 경과에 따른 불명확성 해소는 행정청과 무관하게 사후에 발생한 요인이다.

이를 처분의 위법성 판단에 반영하면 원래 적법하던 처분이 시간이 흐르면서 위법한 처분으로 뒤바뀌는 부당한 결과가 발생할 수도 있다.

그러므로 법원은 판단 시점과 처분 시점 사이의 상황 차이를 고려함으로써 이러한 부당한 결과를 피해야 한다.

처분의 위법성은 처분 당시 법령과 사실 상태를 기준으로 판단해야 한다는 판례(대법원 1993. 5. 27. 선고 92누19033 판결, 대법원 2018. 6. 28. 선고 2015두58195 판결 참조)도 이러한 요청과 맞닿아 있다.

나) 재량권 일탈·남용은 이를 이유로 처분의 효력을 다투는 사람이 증명해야 한다(대법원 2020. 7. 9. 선고 2020두31798 판결, 대법원 2022. 5. 13. 선고 2019두57701 판결 참조). 재량권 일탈·남용의 기준으로 활용되는 비례의 원칙 위반을 판단할 때도 그렇다.

한편 비례의 원칙의 내용을 이루는 침해의 최소성 요건이 충족되지 않았다고 하려면, 단지 다른 대안을 선택할 가능성이 있었다는 점만으로는 부족하고, 당시 상황에 비추어 그 대안의 합리성과 실현 가능성, 동등 효과성이 모두 인정되어야 한다.

다) 행정청이 국민의 건강을 보호하고 증진하려는 목적에서 관계 법령이 정하는 바에 따라 전문적인 위험예측에 관한 판단을 하였다면 그 내용이 현저히 합리성을 결여하였거나 형평이나 비례의 원칙에 뚜렷하게 배치되는 등의 사정이 없는 한 그 판단은 폭넓게 존중되어야 한다(대법원 2016. 1. 28. 선고 2013두21120 판결, 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490 판결 참조). 비유하자면 이는 '최선의 정답을 골랐는가'의 판단보다는 '현저히 비합리적이고 부당한 오답을 고른 것은 아닌가'의 판단에 가깝다.

감염병 대응을 위해 조직·운영되는 행정청은 감염병에 대한 전문성을 갖추었을 가능성이 크다.

행정청은 자신의 판단에 따른 결과에 대하여 관련자의 사임이나 문책 등의 형태로 정치적 책임을 지기도 한다.

반면 법원은 위와 같은 의미의 전문성을 갖추었다고 단정할 수 없고, 위와 같은 의미의 책임에서도 어느 정도 자유롭다.

또한 사후에 충분한 시간을 가지고 사법심사를 하는 법원은 처분의 위법성을 꼼꼼이 따져볼 수 있는 위치에 있으나 그 과정에서 자칫하면 당시 상황의 급박성과 가변성을 충분히 고려하지 못한 채 판단에 이를 위험도 없지 않다.

정확한 의사결정에 필요한 과학적 사실이 충분히 확립되어 있지 않아 생길 수 있는 오류 가능성을 쉽사리 행정청의 책임으로 돌린다면 이를 염려하여 적시에 필요한 사전 예방적 조치가 충분히 시행되지 못할 우려도 있다.

따라서 감염병 분야에 관한 행정청의 전문적인 위험예측에 따른 처분의 위법성 판단에는 일정한 정도의 존중과 신중함이 요구된다.

라) 이상의 점에 비추어 침해의 최소성에 관한 반대의견의 몇 가지 논거에 관하여 입장을 밝힌다.

- (1) 반대의견은 피고가 참석 인원 제한, 마스크 착용 및 거리두기, 유증상자 출입 및 음식물 섭취 금지, 예배 외의 모임이나 행사 금지, 찬송 제한과 통성기도 금지 등의 대안적 조치로도 감염병 확산을 방지할 수 있었을 것이라고 보았다. 당시 이러한 대안을 고려하거나 선택할 가능성은 있었다.

그러나 그 대안의 관철 가능성과 실효성 있는 감독 가능성은 별도로 살펴보아야 할 문제이다.

또한 찬송 제한이나 통성기도 금지 등의 조치는 국가가 종교의식의 본질적 부분에 지나치게 관여한다는 또 다른 논란으로 이어질 여지도 있었다.

무엇보다도 당시 이러한 대안이 이 사건 처분과 동등한 효과를 거둘 수 있었는가는 불확실하였다.

코로나19는 밀폐, 밀접, 밀집된 상황에서 비말 발생 활동이 많을 때 전파가능성이 높아진다는 점은 분명하였다.

또한 광화문 집회 이후 전국적으로 다수의 교인 확진자들이 발생한 상황이기도 하였다.

피고는 이러한 과학적 정보 및 당시의 엄중한 사태 전개에 비추어 한시적으로나마 위와 같은 상황 발생 가능성을 최대한 줄이면서 확산 추이를 지켜보고자 이 사건 처분에 이르렀다.

이러한 피고의 판단이 현저히 합리성을 결여하였다고 보기는 어렵고, 달리 그러한 사정이 증명되지도 않았다.

반대의견이 언급하는 사정들은 대체로 광화문 집회 이전 상황에 관한 것이다.

- (2) 반대의견은 피고가 대면 예배 제한보다 침해의 정도가 중대한 대면 예배 금지 조치를 취함에 있어서 신뢰할 만한 정보를 폭넓게 수집하고 이를 근거로 전문적인 위험예측에 관한 판단을 하였거나 최소한 이를 고려하였다고 볼 만한 사정을 기록상 발견할 수 없다고 한다.

이러한 반대의견의 지적은 절차적 정당성과 투명성을 강조하였다는 점에서 귀 기울여 들어야 할 부분이 있다.

다만 다음 사정을 종합하면 이 사건 처분에 침해의 최소성 판단에 관한 재량권 일탈·남용의 위법이 인정된다고 보기는 어렵다.

(가) 처분의 재량권 일탈·남용 여부는 사실심 변론종결 당시까지 제출된 모든 자료를 종합하여 처분 당시에 존재하는 객관적 사실을 인정한 뒤, 이러한 사실관계를 전제로 행정청이 행한 재량권 행사에 잘못이 있었는지의 관점에서 심사된다.

이때 인정된 사실관계를 전제로 재량권 일탈·남용 여부에 관하여 이루어지는 법원의 규범적 평가는 증명책임이 적용되는 영역이라고 볼 수 없다.

반면 그 규범적 평가를 구성하는 처분 당시의 구체적 사실은 요건사실로서 증명책임이 적용된다.

법원은 지속적으로 '재량권 일탈·남용은 이를 닦는 사람이 증명책임을 진다.

‘는 법리를 밝히고 있다.

이러한 법리에 비추어 볼 때, 행정처분의 재량권 일탈·남용 여부에 관한 법원의 판단은 그 효력을 다투는 원고들이 위법사유에 해당하는 구체적 사실을 주장함으로써 시작된다.

그런데 이 사건 기록상 원고들은 이 사건 처분 과정에 피고의 재량권 일탈·남용이 있다고 주장하면서도, 원심 변론 종결 시까지 피고가 재량행사의 고려대상에 마땅히 포함시켜야 할 어떠한 사항을 누락하였는지 등 처분 당시 ‘재량권 불행사 또는 해태’의 위법사유에 해당하는 구체적인 사실을 주장하였다고 보이지 않는다.

이러한 상황에서 피고에게 이 사건 처분 경위에 관하여 상세하게 주장하거나 관련된 모든 자료를 제출할 책임이 있다고 보기는 어렵다.

(나) 기록상 피고가 이 사건 처분 과정에서 검토했던 자료들이 전부 제출되지는 않은 것으로 보이고, 제출된 자료가 다소 부족하다고 볼 여지도 있다.

그러나 원심판결의 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거 등에 따르면, 이 사건 처분의 구체적인 경위, 즉 당시를 기준으로 한 광주광역시의 코로나19 확진자 수와 증가 속도, 주요 확진자 발생 장소와 감염 경로, 의료체계의 역량 등 아래와 같은 사실관계를 충분히 알 수 있다.

그리고 이와 같이 기록상 알 수 있는 사실관계는 이 사건 처분의 근거를 구성하고 있다.

① 광주광역시에서는 2020. 2. 3. 첫 확진자가 발생한 후 2020. 7. 4.까지 5개월간 96명의 확진자가 발생하였는데, 그 이후 이 사건 처분일인 2020. 8. 27.까지 불과 54일 만에 그 2.5배가 넘는 249명이 확진되었다.

특히 이 사건 처분 무렵의 추이를 살펴보면 2020. 8. 24. 4명, 8. 25. 7명, 8. 26. 39명으로 매우 급격한 증가세를 보였고, 이 사건 처분일에도 17명이 확진되는 등 그 수치만으로도 당시까지 광주광역시에서 경험하지 못했던 감염병의 급격한 확산세가 있었음이 확인된다.

② 2020. 8. 26.과 8. 27. 양일간 발생한 확진자 56명에 대한 감염 경로 조사 결과 그중 30명이 특정 교회에서, 10명이 한 체육시설에서 집단으로 감염된 것으로 파악되었다.

이러한 집단감염이 발생하자 피고는 관내 모든 종교시설과 각종 실내체육시설 등을 집단감염의 위험이 높은 주요 다중이용시설로 분류하고 그 시설들에 대한 집합금지 등을 명하는 이 사건 처분을 한 것이다.

③ 2020. 8. 21.부터 8. 26.까지 광주광역시에서 발생한 확진자 79명에 대한 역학 조사 결과 광화문 집회 관련 확진자가 42명으로 절반이 넘었고, 위 특정 교회에서 발생한 30명의 확진자는 모두 광화문 집회에 참석했던 교인 1인으로부터 감염된 것으로 확인되었다.

피고는 광주광역시민 중 광화문 집회 참석자 명단을 가지고 있었으나 연락이 되지 않는 인원이 상당수 있었고, 피고가 파악하지 못한 참석자가 더 있을 가능성도 배제할 수 없었다.

이에 피고는 이 사건 처분을 하면서 광화문 집회 참석자로 인한 추가적인 N차 감염을 차단하기 위해 신속한 처분의 필요성이 있음을 밝혔다.

④ 코로나19 중앙재난안전대책본부는 2020. 6. 28. 거리두기 명칭을 '사회적 거리두기'로 통일하고 코로나19 확산 정도에 따라 1~3단계로 구분해 시행하기로 하면서, 전국적으로 단계 조정을 적용하되 권역·지역별 적용을 차등화할 수 있으며, 각 단계의 실행 내용도 감염 발생 상황 등에 따라 유연·탄력적으로 조정 가능함을 명시하였다.

위와 같은 규율 상황 아래 '사회적 거리두기 2단계'를 적용하면서 교회에 대한 대면 예배를 금지하는 것은 광주광역시만의 독자적인 것이 아니었다.

즉, 수도권은 이미 2020. 8. 19.부터 '사회적 거리두기 2단계'와 대면 예배 금지 조치가 동시에 시행 중이었음이 확인된다.

⑤ 이 사건 처분 무렵에는 코로나19 예방 백신이나 치료제가 개발되지 않았고, 광주광역시는 코로나19의 급속한 확산으로 의료자원이 부족한 상황이었다.

피고는 관내에 격리할 시설이 부족하여 2020. 7. 4. 한 교회에서 발생한 4명의 확진자를 전라남도 소재 '◇◇의료원'으로 이송하였고, 2020. 8. 26. 발생한 확진자 중 1명[광주(번호 생략)]도 위 '◇◇의료원'으로 이송한 내역이 확인된다. 이는 그 무렵 광주광역시의 의료체계 역량이 한계에 다다르고 있었음을 방증한다.

(다) 구 감염병예방법 제4조 제3항은 "국가·지방자치단체(교육감을 포함한다)는 감염병의 효율적 치료 및 확산방지를 위하여 질병의 정보, 발생 및 전파 상황을 공유하고 상호 협력하여야 한다.

"라고 규정한다.

당시 국가는 전문 인력이 포함된 중앙 행정 조직을 통해 코로나19 관련 정보를 광범위하게 수집·분석하고, 이에 기초하여 스스로 필요한 조치를 취하거나 지방자치단체를 위한 지침을 제공하고 있었다.

그리고 이러한 상세한 자료들은 방역 당국의 홈페이지나 보도자료, 언론보도 등 다양한 방식으로 지방자치단체들이나 국민들에게 거의 실시간으로 제공되고 있었다.

이러한 공유와 협력은 국경을 넘어서서 국제적 차원에서도 활발하게 이루어지고 있었다.

또한 광화문 집회로 인한 코로나19 확산은 지역 간 경계를 가리지 않고 발생하고 있었고, 이를 이유로 코로나19 중앙사고수습본부나 부산, 대전, 충남 등 다른 지방자치단체들이 피고에 앞서 대면 예배 금지 조치를 시행하였다.

이 사건 처분은 광주광역시와 관련된 코로나19 관련 정보 외에도 코로나19 일반에 관하여 지속적으로 광범위하게 축적되어 온 과학적 정보나 광주광역시 이외 지역의 대처 방식에 관한 정보의 토대 위에서 이루어진 것이지 아무런 근거 없이 백지상태에서 자의적으로 이루어진 것은 아니라고 보아야 한다.

기록상 인정되는 사실관계에 나타난 당시 상황 또는 이 사건 처분에 기재된 처분 배경과 발령 사유에 비추어 보더라도 그렇게 보는 것이 사리에 맞다.

피고가 더 나아가 구체적으로 어떤 정보가 어떤 방식으로 재량권 행사 과정에 영향을 미쳤는지를 일일이 특정하여 밝히지 않았다고 하여 달리 볼 이유가 없다.

(라) 반대의견은 앞서 상세하게 밝힌 이 사건 처분의 근거나 관련 자료 외에도 침해의 최소성 요건과 관련하여 당시 피고가 대면 예배 제한이 아닌 금지가 방역상 더 우월하였음을 증명하는 구체적인 근거 자료를 제출하였어야 한다고 보는 듯하다.

그러나 코로나19가 밀폐, 밀접, 밀집된 상황에서 비밀 발생 활동이 많을 때 전파가능성이 높아진다는 점은 당시 이미 확립되어 널리 공유된 지식이었다.

이를 넘어서서 각 시설별로 역학조사 등을 통해 대면 예배 금지의 방역상 효과를 구체적으로 밝혀내어 증명하는 것은 당시 상황으로서는 거의 불가능하였을 것으로 보인다.

이러한 상황에서 위와 같은 일반적인 지식과는 달리 대면 예배 금지가 제한보다 방역상 꼭 더 효과적이지 않다는 특별한 사정은 재량권 일탈·남용 증명책임의 일반론에 비추어 보더라도 원고가 증명하여야 한다.

(마) 제1심법원은 이 사건 처분의 집합금지 기간이 경과하여 효과가 상실되었음을 이유로 원고들의 소를 각하하였으나, 원심법원은 피고가 이 사건 처분을 하면서 채택한 기준을 향후 그대로 반복·적용할 것으로 예상되는 점 등에 비추어 볼 때 이 사건 처분의 위법성 확인 내지 불분명한 법률문제의 해명이 여전히 필요하므로 예외적으로 확인의 이익이 인정된다고 보아 본안 판단에 나아갔다.

대법원도 같은 이유로 본안 판단을 하는 것이다.

이처럼 예외적으로 확인의 이익을 인정하여 대법원이 본안 판단을 하는 주된 이유는 '불분명한 법률문제의 해명', 특히 감염병 상황에서 종교의 자유를 제한하는 이 사건 처분 내용의 당부를 규명하여 향후 유사 사건의 지침으로 삼고자 하는 것이다.

이에 관하여 대법원의 최종 판단이 이루어지는 이 시점에, 반대의견이 지적하는 바와 같이 증명책임과 관련된 원심의 석명권 불행사나 심리미진의 위법을 이유로 원심판결을 파기환송하여 추가로 심리를 하게 할 실익도 크지 않다.

2) 법익의 균형성

법익의 균형성 판단은 법익 형량을 수반한다.

이 사건에서는 종교의 자유와 국민 전체의 생명과 신체의 안전이 경합한다.

이러한 법익들의 형량은 해당 사건에서 각 법익이 가지는 의미와 비중을 비교하는 작업이기도 하다.

이 사건의 법익 형량에서는 다음 사항들을 고려하여야 한다.

가) 대면 예배에 관한 종교의 자유

대면 예배에 관한 종교의 자유가 가지는 의미와 비중은 반대의견의 지적처럼 종교인의 관점을 존중하는 가운데 판단하여야 한다.

다만 이러한 의미와 비중은 예배의 본질과 형식, 예배의 장소와 빈도, 집회 형태 예배의 필요성과 중요성, 종교의 사회적 역할 등에 대한 이해에 따라 종교, 종파, 나아가 개인마다 달라질 수 있다.

기독교 내에서도 감염병 상황에서 대면 예배를 대체하는 비대면 예배를 어떻게 바라볼 것인가에 대하여 다양한 견해가 있다.

대면 예배 금지에 대한 종교인들의 태도와 행동도 다양하다.

따라서 대면 예배에 관한 법익의 무게는 종교인의 관점을 존중하되 결국은 '객관적'으로 측정될 수밖에 없다(대법원 2015. 11. 19. 선고 2015두295 전원합의체 판결 참조). 이 사건에서도 위 법익 침해의 중대성은 사건 당사자의 주관적 관점뿐만 아니라 평균적인 종교인의 관점까지 함께 고려하여 판단하여야 한다.

이 사건 처분의 한시성도 고려하여야 한다.

감염병 예방 조치는 감염병 상황에 즈음하여 신속하고 선제적인 대처를 위하여 단기의 시한을 정한 처분을 연속하여 발령해 나가면서 상황 변화에 유연하게 대응해 나가는 특수성을 지닌다.

이 사건 처분도 2주일의 기한을 한도로 이루어졌다.

이는 대면 예배의 한시적 금지이지만, 대면 예배 사이의 시간적 간격을 늘리는 내용의 조치이기도 하다.

한편 반대의견이 대안으로 제시한 대면 예배 '제한'도 이로 인해 대면 예배에 참여하지 못하는 종교인 개인의 관점에서는 대면 예배의 한시적 금지나 다름없다.

결국 대면 예배 '금지'와 '제한'은 처분의 강도가 다를 뿐 경계선이 꼭 뚜렷하지만은 않다.

이와 같은 이 사건 처분의 한시성과 이로 인한 '금지'와 '제한'의 상대성도 대면 예배 '금지'가 비례의 원칙에 위반되는지를 판단할 때 고려하여야 한다.

나) 국민의 생명이나 신체의 안전 등

국민의 생명·신체의 안전이라는 공익이 가지는 의미와 비중은 그 위험성과 더불어 회복 불가능성까지 염두에 두고 판단하여야 한다.

감염병으로 인한 국민의 생명·신체에 대한 위험은 일단 현실화되면 회복하기 어렵거나 그 회복에 이르기까지 막대한 시간과 비용이 소요되는 성격을 지닌다.

감염병의 급격한 확산으로 지역 의료체계 역량을 뛰어넘는 인명 피해가 발생하는 경우에는 더욱 그렇다.

특히 생명권은 모든 기본권 보호의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권으로서 그것이 침해되면 무엇으로도 돌이킬 수 없다.

코로나19 상황에서 이러한 위험성은 사회의 약자인 고령층에서 더 현저하게 나타난다.

따라서 국민의 생명·신체를 보호할 책무를 지는 행정청으로서 예측 판단에 기초하여 가능한 한 위험의 현실화를 최소화하는 선제적 조치를 취할 수 있고, 이러한 점은 비례의 원칙 위반 여부의 심사 과정에서 고려되어야 한다(헌법재판소 2024. 3. 28. 선고 2020헌가10 전원재판부 결정 취지 참조).

또한 감염병 확산은 국민 전체의 생명과 신체의 안전이라는 공익을 넘어서 다른 사익의 침해로 이어질 수 있으므로 이러한 파급 효과까지 고려하여 법익 형량을 하여야 한다.

감염병 확산으로부터 파생되는 위험은 국민 개개인의 건강권뿐만 아니라 일반적 행동의 자유, 영업의 자유, 직업의 자유, 집회·결사의 자유, 이전의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 종교의 자유 등 거의 모든 기본권 분야에 전방위로 영향을 미칠 수 있다.

이러한 위험은 신체적으로나 경제적으로 취약한 계층의 생존과 생계에 더 큰 위협이 된다.

그러므로 이 사건은 감염병 예방을 위해 개인의 기본권을 제한하는 국가와 그 기본권이 제한당하는 개인의 구도로만 보아서는 안 된다.

이는 대면 예배의 자유를 누리고자 하는 개인과 그 자유의 대가로 발생할 수 있는 위험을 떠안게 될 다른 사회 구성원 개인 간의 구도이기도 하다.

이러한 형량 구도의 다양한 층위도 고려하여야 한다.

3) 소결론

이상 살펴본 바에 따르면 이 사건 처분에 관한 피고의 전문적인 위험예측에 관한 재량적 판단이 비례의 원칙에 배치된다는 등의 사정이 있다고 보기 어려우므로 비례의 원칙 위반에 관한 원고들의 주장을 받아들이지 않은 원심의 판단은 정당하다.

다.

평등의 원칙에 관하여

평등의 원칙에 관한 판단은 비교 대상의 선정 및 그 대상과의 비교를 수반한다.

수많은 시설들이 집합금지 또는 제한의 대상이 된 이 사건에서 교회와 비교될 수 있는 시설의 종류는 많다.

다수의견과 반대의견은 각각 다른 비교 대상에 주목하였다.

다수의견은 오락실, 공연장, 실내체육시설 등 다른 집합·금지·시설과의 공통점에 주목하였다.

반대의견은 식당, 결혼식장, 영화관 등 다른 집합·제한·시설과의 공통점에 주목하였다.

그런데 어떤 비교 대상과의 관계에서든 공통점과 차이점이 병존하기 마련이므로, 몇몇 시설들만 비교 대상으로 특정한 뒤 그 시설들과의 공통점만 강조하는 것은 평등의 원칙 위반 판단에 큰 도움이 되지 않는다.

오히려 구 감염병예방법 관련 조항의 의미와 목적에 비추어 집합금지시설과 집합제한시설을 분류하는 본질적 징표가 무엇인지, 교회는 그러한 징표를 얼마나 충족하는지를 살펴 교회를 집합금지시설로 분류한 것이 합리적 근거를 결여하였는지 판단하는 방법이 더 포괄적이고 실용적이다.

이 사건 처분 발령 사유로 '광주 시내에서의 감염 사례가 증가함에 따라 지역사회 감염 위험성이 크고, 감염병의 확산 차단을 위한 긴급한 조치가 필요함', 주요 행정조치 내용으로 '집단감염의 위험이 높은 주요 다중이용시설 집합금지'를 든 것이나 구 감염병예방법의 전체 내용과 관련 조항의 취지에 비추어 보면 집합금지시설과 집합제한시설을 분류하는 본질적 징표는 감염병 확산 위험성이었다.

이러한 위험성의 정도를 측정하는 획일적 기준을 제시할 수는 없으나, 해당 시설의 밀폐, 밀접, 밀집 정도, 비말 발생 가능성, 체류 시간, 체류 행태, 공용 물품의 공유 가능성, 처분 무렵 해당 시설에서의 집단감염 발생 여부 및 숫자 등이 주로 고려되었을 것으로 보인다.

당시 교회는 이러한 대부분의 고려 요소들에 관하여 위험성을 지니고 있었고, 다른 집합금지시설과도 이러한 공통점을 다수 공유하였던 것으로 보인다.

따라서 교회를 집합금지시설로 분류한 이 사건 처분이 합리적 근거 없는 차별이라고 보기는 어렵다.

교회가 몇몇 집합제한시설과 공통점을 일부 공유한다는 사정만으로 달리 볼 수도 없다.

또한 평등의 원칙과 정교분리의 원칙을 함께 고려하여 보면, 종교는 차별하여서도 안 되지만 우대하여서도 안 된다.

구 감염병예방법 제49조 제1항 제2호는 금지의 대상을 '집회'라고만 규정할 뿐 집회의 목적이나 성격에 따라 금지 여부를 달리 취급하지 않는다.

감염병 예방 조치로 행해지는 집합금지에서 중요한 것은 집회의 목적이나 성격이 아니라 그러한 집회에서 전형적으로 수반되는 행위들이 방역의 관점에서 얼마나 위험성이 있는가이다.

유사한 위험성을 가진 다른 시설과 비교하여 종교시설에만 엄격한 기준을 적용하였다면 평등의 원칙 위반 가능성이 높다.

그러나 종교적 집회가 전형적으로 발생시키는 위험성에도 불구하고 그 집회의 목적과 성격에 착안하여 완화된 기준을 적용하는 것 역시 평등의 원칙, 나아가 정교분리원칙 위반의 위험성이 있다.

종교의 자유 또는 종교시설의 특수성은 비례의 원칙과 관련하여 법익 형량 과정에서 고려될 수 있다.

하지만 평등하고 중립적인 방역이라는 관점에서는 방역과 무관한 종교시설의 특수성 때문에 다른 특별한 사정 없이 종교가 차별받거나 우대받지 않도록 해야 한다.

이 사건 처분에는 그러한 의미의 문제점도 존재하지 않는다.

이러한 사정에다가 다수의견에서 밝힌 이유를 보태어 살펴보면, 평등의 원칙 위반에 관한 원고들의 주장을 받아들이지 않은 원심의 판단도 정당하다.

이상과 같이 다수의견에 대한 보충의견을 밝힌다.

대법원장 조희대(재판장) 김선수 이동원(주심) 노정희 김상환 노태악 이흥구 오경미 오석준 서경환 권영준 엄상필 신숙희