

범죄 예방을 위하여 경찰에 부여된, 자동화 시스템을 통한 데이터 처리 권한의 위헌성¹⁾

I. 사실관계

함부르크 주와 헤센 주는 경찰의 임무 수행을 보다 원활하게 하기 위해서, 종전에는 상호 연결되지 않았던 데이터와 데이터베이스를 자동화된 데이터 분석 플랫폼에서 연결하고, 검색 기능을 통해 기존 데이터에 체계적으로 접근할 수 있도록 하기 위한 구체적인 법적 근거를 두고자 각각 2018. 6. 25., 2019. 12. 12. 주 법을 개정하였다.

본질적으로 동일한 취지의 문언으로 이루어진 함부르크 주 ‘경찰 데이터 처리에 관한 법’²⁾ 제49조 제1항과 헤센 주 공공질서·안전법³⁾ 제25a조 제1항은, 주 경찰이 형사소송법 제100a조 제2항⁴⁾에 따른 중범죄 행위를 예방하기 위하여나 특정 법익에 대한 위협을 방지하기 위한 개별 사안에서 보유중인 개인 관련 데이터(personenbezogene Daten)⁵⁾를 재사용하여 자동화된 애플리케이션을 통해 데이터 분석(Datenanalyse: 헤센 주) 또는 데이터 평가(Datenauswertung: 함부르크 주)를 할 수 있도록 하였다. 이를 통해 특히 개인, 그룹, 기관, 조직, 대상 및 사물 간의 관계 또는 관련성을 설정하고, 중요

1) 연방헌법재판소 2023. 2. 16. 결정, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20.

2) Hamburgischen Gesetzes über die Datenverarbeitung der Polizei (HmbPolDVG) in der Fassung des Gesetzes über die Datenverarbeitung der Polizei und zur Änderung weiterer polizeirechtlicher Vorschriften vom 12. Dezember 2019 (GVBl Hamburg S. 485).

3) Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) in der Fassung des Gesetzes zur Neuausrichtung des Verfassungsschutzes in Hessen vom 25. Juni 2018 (GVBl Hessen S. 302).

4) 독일 연방 형사소송법(Strafprozessordnung, StPO) 제100a조는 통신감청의 요건에 관한 규정으로 제2항에서 통신감청이 허용되는 중범죄의 목록을 열거하고 있다. 목록은 내란·외환죄(a)부터 뇌물죄(u)까지 다양한 범죄를 포괄한다. 한편, 독일 연방 형사소송법 제100b조는 온라인 수색에 관한 규정으로서, 제2항에 온라인 수색이 허용되는 중범죄의 목록을 열거하고 있다. 목록은 내란·외환죄(a)부터 뇌물죄(m)까지 다양한 범죄를 포괄한다. 제100a조와 제100b조의 중범죄 목록을 비교해보면 제100b조의 목록이 더 중한 범죄로 한정되어 있고 다수의 범죄의 예비에 관한 중범죄가 빠져 있음을 알 수 있다.

5) 데이터(Daten)와 정보(Information)를 구분하는 의미에서 원문에 따라 ‘개인 관련 데이터’로 번역하였으나, 이는 통상 ‘개인정보’로도 번역된다.

하지 않은 정보를 필터링하며, 정보로부터 얻은 판단을 알려진 사실관계에 귀속시키고 저장된 데이터를 통계적으로 평가할 수 있게 된다(함부르크 주 ‘경찰 데이터 처리에 관한 법’ 제49조 제2항, 헤센 주 공공질서·안전법 제 25a조 제2항 참조).

함부르크 주에서는 개정 후에 아직까지 문제된 조항을 적용한 조치를 취한 바 없으나, 헤센 주에서는 위 조항에 따라 ‘헤센 데이터’(hessenDATA)라는 이름의 분석 플랫폼을 구축하고 주 경찰이 매년 수 천 건의 활용을 해 왔다.

함부르크 주(1 BvR 2634/20)와 헤센 주(1 BvR 1547/19)의 개정 법률 조항을 다투는 청구인들은 이 사건 심판대상조항들이 정보 자기결정권으로 일컬어지는 청구인들의 인격권(기본법 제1조 제1항과 결부된 제2조 제1항)을 침해하여 헌법을 위반하였다고 주장하며 이 사건 헌법소원을 청구하였다.

II. 주문

1. 2019. 12. 12. 개정된 함부르크 주 경찰 데이터 처리에 관한 법(PolIDVG) 제49조 제1항 제1조건문(함부르크법령집 485면)은 기본법 제1조 제1항과 결부된 제2조 제1항에 위배되어 무효이다.⁶⁾

(생략)

2. 2018. 6. 25. 개정된 헤센 주 공공질서·안전법 제25a조 제1항 제1조건문(헤센법령집 302면)은 기본법 제1조 제1항과 결부된 제2조 제1항에 합치하지 아니 한다.

그러나 늦어도 2023. 9. 30.를 기한으로 새로운 규율이 이루어질 때까지, 헤

6) [독일 기본법 제1조]

(1) 인간의 존엄성은 훼손될 수 없다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.

[독일 기본법 제2조]

(1) 모든 사람은, 다른 사람의 권리를 침해하지 않고 헌법질서나 도덕률에 반하지 않는 한, 자신의 인격을 자유롭게 실현할 권리를 가진다.

센 주 공공질서·안전법 제25a조 제1항 제1조건문은 다음의 단서에 따를 경우 유효하다: 명확하고 충분히 구체화된 사실관계에 따라 형사소송법 제100b조 제2항⁷⁾에 규정된 특별히 중한 범죄행위를 범했다는 혐의가 뒷받침되고, 그러한 개별 사례에서 존재하는 혐의의 구체적 사정을 토대로 장래에도 계속 유사한 범죄행위가 예상되며, 신체, 생명, 또는 연방·주의 존립 내지 안전이 위협되고, 이러한 전제조건하에 해당 사안에서 예상되는 범죄행위의 방지를 위해 적용될 데이터의 구체적인 적합성을 이유 제시를 통해 뒷받침할 수 있으며, 데이터 분석의 대상에 주거 감시, 온라인 수색, 통신 감청, 교통 정보 조회, 장기 관찰, 위장요원·정보원의 투입 또는 그에 상응할 만한 정보 자기결정에 대한 중대한 제한을 하여 획득된 정보가 포함되지 않을 때에만, 공공질서·안전법 제25a조 제1항 제1조건문에 따른 데이터 분석이 허용된다.

(생략)

Ⅲ. 관련 조항 및 쟁점

1. 심판대상조항

함부르크 주의 ‘경찰 데이터 처리에 관한 법’ 제49조 제1항 제1조건(이하 ‘함부르크 주법 심판대상조항’이라 한다)은 다음 밑줄 친 부분과 같다.

제49조 기존 데이터의 평가를 위한 자동화 애플리케이션

제1항 형사소송법 제100a조 제2항에서 언급된 범죄행위를 예방하기 위해 필요한 경우, 또는 연방과 주의 존립 내지 안전, 또는 개인의 생명, 자유, 공익을 위해 보존이 요구되는 중요한 가치가 있는 사물에 대한 위협을 방지하기 위해 필요한 경우, 경찰은 개별 사례에서 근거가 뒷받침되면 자동화된 데

7) 독일 연방 형사소송법 제100b조의 내용에 관하여는 각주 4 참조.

이터 평가 애플리케이션을 사용하여 경찰 데이터 시스템에 저장된 개인 관련 데이터를 처리할 수 있다.

헤센 주의 공공안전·질서법 제25a조 제1조건문(이하 ‘헤센 주법 심판대상조항’이라 한다)은 다음 밑줄 친 부분과 같다.

제25a조 데이터 분석을 위한 자동화 애플리케이션

제1항 형사소송법 제100a조 제2항에서 언급된 범죄행위를 예방하기 위해, 또는 연방과 주의 존립 내지 안전, 또는 개인의 신체, 생명, 자유 또는 공익을 위해 보존이 요구되는 중요한 가치가 있는 사물에 대한 위협 방지를 위해, 또는 그와 동등한 환경 피해가 예상되는 경우, 경찰은 개별 사례에서 근거가 뒷받침되면 자동화된 데이터 분석 애플리케이션을 사용하여 저장된 개인 관련 데이터를 재처리할 수 있다.

2. 쟁점 및 요지

이 사건에서는 범죄 행위 예방을 위해 자동화된 데이터 처리시스템(플랫폼, 데이터베이스)을 통해 개인정보를 포함한 데이터를 분석(헤센 주)하거나 평가(함부르크 주)할 수 있도록 권한을 부여한 함부르크 주법 심판대상조항과 헤센 주법 심판대상조항(이하 두 주의 심판대상조항을 합쳐 ‘이 사건 심판대상조항들’이라 한다)이 정보 자기결정권으로 불리는 청구인들의 인격권(기본법 제1조 제1항과 결부된 제2조 제1항)을 침해하는지 여부가 문제되었다.

연방헌법재판소는, 이 사건 심판대상조항들이 데이터 분석·평가에 의한 기본권 제한 조치에 대해 해당 조치를 허용하는 충분한 경계기준을 마련하지 않은 점을 지적한다. 특히 이 사건 심판대상조항들은 이용되는 데이터의 범위와 데이터의 분석·평가 방법을 한정하고 있지 않은바, 그러한 광범위한

기본권 제한을 정당화하기 위해서는 구체화된 위험(konkretisierte Gefahr) 등의 요건이 반드시 필요하다고 보았다.

이에 연방헌법재판소는 아직 적용되지 않은 함부르크 주법 심판대상조항에 대해서는 위헌 결정을 하고, 헤센 주법 심판대상조항에 대해서는 일정한 조건하에 2023년 9월 30일을 기한으로 법 개정 전까지 잠정 계속 적용을 명하는 헌법불합치 결정을 하였다.

IV. 판단

1. 정보 자기결정권 제한에 대한 헌법적 정당화 요구

가. 정보 자기결정권 제한과 비례원칙

1) 데이터 분석·평가를 위한 자동화된 애플리케이션을 사용하여 저장된 데이터를 처리한다면, 이는 처리 과정에서 자신의 개인 관련 데이터가 이용되는 모든 사람들의 정보 자기결정권을 제한하는 것이다. 처리 과정에서 종전에는 결합되어 있지 않던 데이터를 추가적으로 이용하는 경우뿐만 아니라 자동화된 데이터 분석·평가를 통해 특히 기본권과 관련한 새로운 정보를 획득하는 경우에도 정보적 자기결정은 제한될 수 있다.

2) 자동화된 데이터 분석·평가를 하려면 헌법적인 정당화가 요구된다. 이러한 활동이 원칙적으로는 가능한 것이지만, 그 활동을 허용하는 구체적인 권한의 범위가 비례원칙에 부합하는 것인지 전제적인 판단이 있어야 한다.

3) 이 사건 심판대상조항들은 경찰 데이터에서 탐지되지 않은 상태로 남아 있을 수 있는 임박한 중대 범죄의 징후를 발견할 수 있도록 함으로써 정보 기술의 발전에 따라 중대 범죄의 예방적 대처에 대한 실효성을 높인다는 정

당한 목적에 기여한다. 이 사건에서 주 정부가 제시한 바에 따르면, 특히 테러리스트와 극단주의자의 폭력, 조직적이고 심각한 범죄의 영역에서 디지털 미디어와 통신 수단이 이용되면서, 경찰당국은 점점 더 그 성질과 형식에서 이질적인 데이터들이 흘러다니는 상황에 직면하고 있다. 주 정부로서는 경찰 데이터기록을 전통적인 방식으로 검색할 경우 시간적 제약 하에서 이러한 범죄에 대한 정보를 제대로 획득하기가 어렵기 때문에, 자동화된 데이터 분석이 성공적인 경찰 활동을 위해 필수적이라고 한다.

이 조항들은 범죄 예방의 실효성을 높이는 데 헌법적 차원에서 적합하고, 필요한 것이라고 판단된다. 자동화된 데이터 분석·평가를 통해 범죄 예방과 관련이 있는 인식(Erkenntnis)을 획득할 수 있도록 한 것과 관련하여 그보다 더 기본권 존중적이면서 동일하게 효과적인 방식을 상정하기 어렵다.

나. 협의의 비례원칙에 따른 헌법적 판단

기본권 제한의 정당화에 관한 특별한 요청을 협의의 비례원칙으로부터 도출할 수 있다. 개별 사례에서 이러한 요청이 얼마나 엄격히 요구되는지는 문체된 조치로 인한 기본권 제한의 경중에 따라 결정된다.

1) 자동화된 데이터 분석·평가로 인한 기본권 제한의 경중은 우선 이전 데이터 수집 당시 있었던 기본권 제한의 경중에 따라 결정된다. 여기서 적용되는 원칙이 목적 구속(Zweckbindung) 및 목적 변경(Zweckänderung)의 원칙이다.

이에 따르면 입법자가 데이터의 원래 수집 목적의 범위 내에서 데이터 수집의 계기가 되었던 관련 절차 외의 사안에서도 데이터를 추가적으로 이용하도록 허용할 수 있다(목적 범위 내 추가 이용). 원래 수집된 목적에 부합하는 데이터의 추가 사용은 동일한 행정청이 동일한 임무의 범위 내에서, 수집 당시에 중요했던 법익과 동일한 법익을 보호하기 위해 데이터를 이용하

는 범위에서 고려될 수 있다. 이에 해당한다고 하면 추가 이용은 허용된다.

입법자는 또한 원래 수집된 목적 이외의 목적으로 데이터를 추가 이용하는 것도 허용할 수는 있다(목적 변경을 통한 추가 이용). 이 경우에 비례원칙 심사의 척도는 가설적 데이터 신규수집의 판단기준(Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung)이다. 이 기준에 따르면, (해당 데이터 수집 당시 문제된 범죄 행위와) 상응할 정도로 중대한 범죄 행위를 탐지하거나 중립적 관점에서 볼 때 적어도 해당 데이터 수집을 허용하게 한 법적 이익에 필적할 정도로 중요한 법익에 대한 임박한 위협을 방지하기 위한 경우로서, 수집되어 있는 데이터가 새로운 사안에서 구체적인 조사의 단초가 되는 정보에 해당한다면, 입법자가 경찰 당국에게 목적을 변경하는 데이터의 추가 이용을 허용할 수 있다.

또 목적 범위 내의 추가 이용과 목적 변경을 통한 추가 이용 모두에서 추가 이용되는 데이터가 주거감시와 온라인 수색으로부터 얻어진 경우에는 엄격한 판단이 요구되어야 할 것이다.

이 사건 심판대상조항들에 의해 개인 관련 데이터는 목적 범위 내에서는 물론 목적 변경의 방식을 통해서도 추가 이용될 수 있다. 이 사건 심판대상 조항들은 대량의 데이터 처리를 허용하지만, 기본적으로 데이터의 출처 또는 당초 수집 목적에 따른 구분을 하지 않고 있다. 따라서 목적 구속에 관한 헌법적 요청을 준수하도록 하려면 규범적 측면과 실제 적용 측면에서 규범적으로 명확한 규율을 마련하여야 한다.

2) 나아가 자동화된 데이터 분석·평가 조치로 인해 초래되는 기본권 제한에 대해서는 별도의 평가가 필요하다. 한번 수집되고 저장된 데이터를 자동화된 데이터 분석·평가 시스템을 통해 추가 처리하는 것은 당초의 수집으로 인한 기본권 제한의 정도를 넘어서 별도의 부담을 주는 효과를 낳는 것이기 때문이다. 이 점에서 자동화된 데이터 분석·평가 조치에 대해서는 협의

의 비례원칙 차원에서 그 정당화 여부에 대한 추가적인 판단이 필요하다.

(가) 자동화된 데이터 분석·평가는 새로운 지식(Wissen)을 획득하기 위한 것이다. 이를 처리하는 행정청은 실용적으로 가능한 모든 정보기술 수단을 동원하여 보유한 데이터로부터 광범위한 인식을 획득하고 평가를 통해 새로운 데이터 간 관련성을 추론할 수 있다. 사실 경찰이 한번 획득한 인식 그 자체 또는 해당 인식과 다른 보유 정보를 결합한 것을 이용해 추가적인 추적 또는 조사의 출발점으로 삼고 활용하는 것은 드문 일이 아니다. 그러나 자동화된 분석·평가는, 그것이 많은 양의 복잡한 정보 처리를 가능하게 한다는 점에서 더 나아간 것으로 볼 수 있다. 분석 방법에 따라서는 기존 데이터를 링크(연결)한 평가를 통해 새로운 개인 관련 데이터가 획득될 수 있는데, 그 새로운 정보는 이러한 방법이 아니고서는 접근이 어려운 정보이다. 이러한 조치는 데이터가 담고 있는 정보를 이전보다 더 강도 높게 추출하는 것이다. 이 과정은 데이터에 존재하는, 링크 조치가 아니라면 숨겨져 있을 개인에 대한 인식을 생성하게 할 뿐만 아니라, 투입되는 내용에 따라 프로파일링 행위에 근접하는 것이 될 수 있다. 왜냐하면 해당 소프트웨어가 문제된 사람의 주변으로부터의 관계와 관련성에 대한 데이터 및 알고리즘 가정까지 끌어들이므로써 한 사람에 대한 완성된 상을 창출하는 새로운 가능성이 열릴 수 있기 때문이다. 따라서 목적 구속의 원칙을 두는 것만으로는 그 기본권 제한의 중대성을 충분히 고려하지 못하게 될 수 있다.

(나) 자동화된 데이터 분석·평가를 통한 기본권 제한은 법적 설계에 따라 대단히 상이한 강도로 전개될 수 있기 때문에, 자동화된 데이터 분석·평가를 법적으로 정당화하기 위한 헌법적 요청 또한 다양할 수 있다.

일반적으로는 정보 자기결정에 대한 제한의 중대성은 무엇보다 데이터의 유형, 범위 및 상정 가능한 데이터 이용 및 그 남용의 위험에 따라 정해진다. 그 외에 허가된 데이터 분석·평가의 방법 또한 제한의 중대성에 영향을

미친다. 복잡한 형태의 데이터 크로스체크 기법을 사용하는 경우 그로 인한 기본권 제한이 특히 문제될 수 있다. 전체적으로 볼 때 자동화된 데이터 분석·평가 방법을 통해 획득되는 개인에 대한 인식이 광범위하고 깊을수록, 오류 발생과 차별 가능성이 높을수록, 소프트웨어에 의존한 링크를 사후 검증하는 것이 어려울수록, 자동화된 데이터 분석·평가 방법의 제한 강도는 크다고 할 것이다.

(다) 따라서 입법자는 사용할 데이터의 유형 및 범위와 평가 방법의 한계에 대한 규율을 함으로써 기본권 제한의 전제조건을 입법적으로 정하도록 하는 헌법적 요청에 응답할 수 있다. 협의의 비례원칙에 따른 헌법적 요청은 보호해야 할 법익과 경찰조치의 허용기준, 즉 조치의 발동요건에 따른 제한의 강도에 상응하게 달라진다.

자동화된 데이터 이용이 정보 자기결정에 대한 중대한 제한을 야기할 수 있다면, 이러한 제한은 통상 강도 높은 제한에 속하는 비밀 감시조치에서 적용되는 엄격한 허용요건을 충족시킬 수 있을 때 정당화된다. 이 경우 조치는 개인의 생명, 신체, 자유와 같이 특히 중요한 법익의 보호를 위한 경우에만 허용된다. 여기서 헌법적으로 필요한 제한조치의 허용기준은 충분히 구체화된 위험(hinreichend konkretisierte Gefahr)이다.

반면에, 비교적 덜 중대한 제한조치는 그 조치가 적어도 중대한 비중을 갖는 법익의 보호에 기여하고 그것이 범죄행위의 예방을 위해 적어도 상당한 정도의 중요성을 갖는다면, 구체화된 위험이라는 허용기준에 따라 정당화될 수 있다. 또 그 조치가 우선순위의, 특별히 중요하거나 또한 특별히 비중 있는 법익의 보호를 위한 것이라면, 제한조치의 허용기준은 구체화된 위험보다 덜 엄격한 허용기준이 적용될 수 있다.

한편, 행정청에 자동화된 조치 권한을 부여하더라도, 포함되는 데이터의 유형과 범위를 법률에 의해 제한하고 이용 가능한 분석·평가 방법을 사전에 한정함으로써 자동화된 데이터 처리가 자동화된 처리 없이 획득할 수 있는

인식과 비교하여 개인의 삶을 더 깊이 들여다보지 못하도록 제한한다면, 부여한 권한이 처음부터 개인 관련 데이터를 생성하지 않고 위험하거나 위험에 처해진 장소를 식별하는 데에만 목적이 있다면, 그런 경우에는 목적 구속의 원칙을 준수하도록 하는 것만으로도 자동화된 데이터 처리를 법적으로 정당화하기에 충분할 수도 있다.

(라) 특별히 중요한 법익 보호를 위한 조치의 허용기준으로서 구체화된 위험 기준을 두지 않는 것을 헌법적으로 용인하려면, 자동화된 분석·평가의 허용 여부를 규범적으로 명확히 정하고 허용되는 조치에 따른 기본권 제한의 강도가 상당히 약화될 정도로 관련 사항을 좁게 한정하여야 한다.

원칙적으로 입법자는 이러한 규율 임무를 입법자와 행정 사이에 배분할 수도 있다. 입법자는 법률유보원칙을 준수하도록 전반적으로 충분한 규율을 담보해야 하는데, 특히 이용할 수 있는 데이터의 유형과 범위를 한정하고 허용 가능한 데이터 처리 방법을 규율하여야 한다. 입법자에 의해 직접 규율될 필요가 없는 사항에 대해서는 위임명령을 이용할 수 있다. 나아가 이때 입법자는 법률 또는 법규명령에 규정된 일반추상적 형태의 규율을 구체화할 의무를 행정에 부여할 수도 있다. 어떤 경우에도 행정규칙을 통한 구체적 규정을 두는 것은 법적인 근거를 필요로 한다. 입법자는 법적인 근거를 마련하면서 행정으로 하여금 개별 사례에서 규정을 적용하는 데 판단의 기준이 될 구체적이고 표준화된 기준에 대해 이를 사후 확인할 수 있도록 문서화하고 공개하도록 해야 한다.

3) 이상의 일반적 기준에 따르면, 이 사건 심판대상조항들에서 데이터 분석·처리와 관련하여 데이터 및 이용 방법에 대해 열린 형태로 권한을 둔 데 따른 기본권 제한의 강도는 잠재적으로 매우 높고, 따라서 이러한 규율 방식이 허용되려면 헌법적으로 엄격한 조건을 충족해야 한다. 이 사건 심판대상조항들이 부여한 권한은 무제한의 데이터를 법적인 제한 없는 방식으로

처리하는 것을 허용한다. 이에 따라 경찰은 한 번의 클릭으로 개인, 그룹 및 모임에 대한 포괄적인 프로파일을 만들 수 있다. 법적으로 결백한 많은 사람들의 데이터가 그 어떤 맥락에서 수집된 다음 그 데이터에 대한 자동화된 평가가 경찰로 하여금 그들을 용의자로서 잘못 인식하게 하는 경우에 경찰은 이들이 추가적인 경찰 조치에 연루되게 할 수도 있다. 따라서 이러한 조치를 위해서는 특히 중요한 범익에 대한 구체화된 위험이 요구된다.

(가) 이 사건 심판대상조항들은 모두 데이터 분석·평가에 이용할 수 있는 데이터의 유형과 이용량에 사실상 제한을 두고 있지 않다. 이 사건 심판대상조항들은 자동화된 데이터 분석·평가에 어떤 유형의 데이터와 어떤 데이터베이스가 이용될 수 있는지에 대해 규율하고 있지 않다. 특히 이 사건 심판대상조항들은 범죄를 저질렀을 수 있다는 가정에 단서를 제공한 개인의 데이터와 그러한 개인과 특별한 관련성을 갖는 개인의 데이터, 그리고 그 밖의 개인 데이터를 구분하고 있지 않다. 이에 따라 대상 데이터에 무관한 사람들의 데이터가 광범위하게 포함될 있고, 그 결과로서 이들이 경찰 조사의 대상이 될 수 있다.

(나) 문언으로 볼 때 이 사건 심판대상조항들은 자동화된 데이터 분석·평가를 위해 광범위한 방법의 사용을 허용한다. 입법자는 어떤 분석·평가 방법이 허용되는지에 대해 제한을 두고 있지 않다. 이 사건 심판대상조항들은 인공지능의 자기학습체계 사용을 포함한, 데이터 마이닝(Data-Mining)을 위한 기초를 제공하거나 공개 검색을 허용하게 할 수 있다. 데이터 분석·평가는 데이터 속에서 단순한 통계적인 특이점을 발견하는 것을 목표로 할 수 있으나, 경우에 따라서는 다른 자동화 응용 프로그램의 지원을 받아 추가적인 결론을 이끌어낼 수도 있다. 이 사건 심판대상조항들은 여기서 획득할 수 있는 검색 결과와 관련하여 그에 대한 제한 또한 전혀 두고 있지 않다. 문언상으로는 기계적인 방법으로 사실관계를 평가하여 검색 결과를 도출하는 것

도 가능한데, 여기에는 예측 경찰활동(predictive policing)을 통해 특정 개인들에 대한 위험 예측을 하는 것도 포함될 수 있다. 이러한 데이터 분석·평가를 통해서 새로운 개인 관련 데이터가 생성될 수 있으며, 이러한 정보는 데이터 분석·평가 조치가 아니고서는 경찰이 획득할 수 없는 정보이다. 이처럼 잠재적으로 획득할 수 있는 새로운 지식이 광범위한데도 그 이용에 대한 기본권 제한의 중대성을 완화할 수 있는 규율은 이루어지고 있지 않다.

함부르크 주에서는 입법자가 ‘데이터 분석’ 대신 ‘데이터 평가’라는 용어를 사용함으로써 데이터의 광범위한 이용을 배제하고자 하기는 하였다. 그러나 자동화된 애플리케이션은 특정한 검색 기준을 통해 정보를 매칭하는 데 한정되고, 이것이 경찰의 데이터 평가를 대체하여서는 안 된다는 점을 헌법적으로 충분한 방식으로 명확히 하는 데 성공하지는 못했다.

(다) 무제한적인 데이터 평가 기술을 현재 이용할 수 없다고 하여 문제되는 권한이 헌법적으로 적절히 제한되고 있다고 할 수는 없다. 이후 추가적인 기술 발전에 의해 비로소 데이터 평가 기능의 확장이 이루어질 수 있다고 하더라도, 헌법적 요청은 원칙적으로 법적으로 현재 이미 가능하게 된 기본권 제한의 가능성에 초점을 맞춰야 한다.

2. 이 사건 심판대상조항들의 위헌성

이상의 기준에 따라 이 사건 심판대상조항들은 충분한 방법으로 기본권 제한의 경계선을 긋지 못했기 때문에 협의의 비례원칙에 대한 요청을 충족하지 못한다.

1) 심판대상조항이 형사소송법 제100a조 제2항에서 열거된 범죄행위의 예방을 목적으로 데이터 분석·평가를 허용하는 한, 그 기본권 제한의 중대성에 비추어 볼 때 심판대상조항은 비례원칙에 위배되도록 광범위하게 기본권

제한을 허용하여 위헌이다. 이 사건 심판대상조항들은 개별 사례마다 그 조치의 근거가 뒷받침될 것을 전제하고 있지만, 어떠한 경우에 근거가 뒷받침되는지에 대해 상세한 내용을 규정하고 있지는 않다. 사실 구술 변론에서 제시된 실무적 구상(Konzept der Praxis)은 좀 더 엄격한 것이기는 하였다. 헤센 주의 경찰은 엄격한 실무적 구상에 따라 개별 사례에서 허용 기준을 적용하고 있다는 것이다. 그에 따르면 데이터 분석은 항상 이미 저질러진 범죄 행위와 연결되어 있거나, 적어도 사실관계를 통해 범죄행위가 저질러졌다는 혐의와 연결된 경우에 이루어진다. 미래에 대한 예측도 이러한 토대 위에서 수행된다. 이러한 실무적 구상에 따르면 자동화된 데이터 분석을 수행하기 위해서 다음과 같은 두 가지 조건을 충족하여야 한다. 첫째, 형사소송법 제100a조 제2항에 열거된 범죄행위 중의 하나가 과거에 저질러졌고, 둘째, 이러한 토대 위에 미래에 유사한 범죄 행위가 이루어질 것을 상정할 수 있어야 한다.

헤센 주의 경찰 실무가 보다 엄격한 구상에 따라 전개되고 있다는 것과 별개로 헤센 주의 실무 구상은 애초에 헌법적 요청을 충족하지 못한다. 적어도 구체화된 위험이 식별되는지, 그것이 위험의 방지에 적합한 데이터인지에 초점을 맞춰 규율을 하고 있지 않기 때문이다. 이 사건 심판대상조항들에서 부여한 권한은 대상이 되는 데이터와 처리의 방법에 대해 제한을 두고 있지 않기 때문에 구체화된 위험이 존재할 것 등과 같은 조치의 허용기준이 있어야 한다.

게다가 형사소송법 제100a조 제2항에 따른 범죄 목록에는 범죄예비에 관한 구성요건이 포함되어 있는바, 범죄예비에 대한 단순한 위협의 경우에도 데이터 분석·평가의 권한을 행사할 수 있도록 하고 있는 점을 보더라도 이 사건 심판대상조항들이 기본권 제한의 허용기준에 대해 충분히 규율하고 있지 않다고 할 수 있다. 범죄예비 행위가 범해질 위험을 개입조치의 전제조건으로 삼는 것이 헌법적으로 배제되는 것은 아닐 것이다. 그러나 그 경우 입법자는 특히 형사구성요건의 보호법익에 대한 구체적 또는 구체화된 위험이

실제로 존재함을 전제로 하여 개별 사안이 규율될 수 있도록 하여야 한다. 그러한 보호조치가 이 사건 심판대상조항들에서는 부족하다.

2) 법률의 정의에 따르면 이 사건 심판대상조항들에 따른 범죄행위의 예방적 대처는 범죄의 억제뿐만 아니라 미래의 범죄 기소를 위한 예비적 조치 또한 포함한다. 이 사건 심판대상조항들에서 경찰 데이터는 자동화된 데이터 분석을 통해 미래의 정보 활동과 경찰 조사에 대한 통찰을 얻기 위해 이용된다. 이에 대해 자동화된 분석을 허용하기 위한 구체적 위협이나 구체화된 위협이 존재하는 사정이 있는 상황임이 분명하다고는 할 수 없다. 따라서 이 경우에 대해서도 제한의 허용 기준을 한정적으로 구체화하였다고 할 수 없다.

3. 위헌 결정과 헌법불합치 결정

헤센 주 심판대상조항은 새로운 조항이 개정될 때까지 계속 적용되지만, 이는 2023년 9월 30일까지로 한정된다. 국가 임무의 행사와 헤센 주에서의 경찰 활동을 수행하는 데 있어 입법자가 문제된 권한에 중요성을 부여한 점을 감안할 때 헤센 주 심판대상조항의 잠정 적용은 무효 선언보다 낫다.

그러나 헤센 주 심판대상조항의 계속적인 적용을 위해서는 영향을 받는 기본권의 보호를 위해 일정한 제한을 둘 필요가 있다. 이러한 제한이 향후 입법자가 제정할 새로운 조항을 헌법재판소가 미리 정하는 것이 되는 것은 아니다. 헤센 주의 실무에서 채택하고 있는 구상을 전제로 할 때 헤센 주 심판대상조항의 권한 행사에서 요구되어야 할 바는, 충분히 구체적으로 인식할 수 있는 특정 사실관계에 따라 형사소송법 제100b조 제2항에 따른 특별히 중한 범죄행위가 저질러졌다는 혐의가 뒷받침될 것, 그러한 개별 사례에서 존재하는 혐의의 구체적 사정에 기반하여 장래에도 계속 유사한 범죄행위가

예상될 것, 신체, 생명, 또는 연방·주의 존립 내지 안전이 위협되고, 이러한 전제조건이 존재하면서 예상되는 범죄행위의 방지를 위해 적용되는 데이터의 구체적인 적합성이 해당 사안에서 서면으로 된 이유 제시를 통해 뒷받침될 것, 데이터 분석에 주거 감시, 온라인 수색, 통신 감청, 교통정보 조회, 장기 관찰, 위장요원·정보원의 투입 또는 그에 상응할 만한 정보 자기결정에 대한 중대한 제한을 함으로써 획득된 정보가 포함되지 않아야 할 것이다.

함부르크 주 심판대상조항에 대해서는 이를 잠정적으로 계속 적용하는 것을 정당화할 사정이 보이지 않는다.

V. 결정의 의의

범죄예방을 위한 경찰의 정보 활동에 대한 권한규범의 입법화는 독일뿐만 아니라 우리나라에서도 입법 현안이다.⁸⁾ 위협 예방을 위한 경찰활동에서 정보 활동이 차지하는 비중은 갈수록 커지고 있기 때문이다. 독일은 질서·안전에 관한 경찰 활동의 규율을 주의 권한으로 하고 있고 이 사건에서는 함부르크 주와 헤센 주의 경찰법이 문제되었지만, 경찰의 예방적 정보 활동에 대한 규율은 독일 모든 주 경찰법에서의 쟁점 사항이라고 할 수 있다.

특히 본 사건은 전통적 정보 활동 기법을 넘은, 정보 기술의 발달에 따른 데이터 처리 기법의 활용 가능성에 대해 헌법적 정당화 조건을 제시하고 있다는 점에서 의미가 크다. 결정에서 제시된 ‘구체화된 위협’ 요건 등은 독일 경찰법 고유의 법리 전개를 적용한 것이라고 할 수 있지만, 기본권 제한 조치의 비중을 감안하여 기본권 제한의 요건을 명확하고 한정적으로 정하여야 한다는 지적은 우리의 경우에도 시사하는 바가 큰 법리라고 할 것이다. 최근 인공지능의 눈부신 발전을 감안할 때 본 결정에서 정보 기술을 활용한 기본권 제한에서 비례원칙을 구체화한 논리에 대해서도 좀 더 관심을 가져볼 수 있을 것이다.

8) 가령 김성태, 경찰 정보활동 임무 - 경찰관 직무집행법의 해석과 개선, 박영사, 2021, 133면 이하.