

발 간 등 록 번 호

33-9750040-000245-07

세계헌법재판 조사연구
2023-E-3

2023 제3호(통권 제60호)

세계헌법재판 조사연구보고서



Constitutional Research Institute



헌법재판소
헌법재판연구원

목 차

■ 세계헌법재판 조사연구보고서 2023년 제3호 소개 / 비교헌법연구팀장 정유진

◆ 최신 세계헌법판례

■ 독일

범죄 예방을 위하여 경찰에 부여된, 자동화 시스템을 통한 데이터 처리
권한의 위헌성/ 책임연구원 김태호 3

■ 오스트리아

언론 활동 목적의 개인정보 처리에 대하여 개인정보 보호 규정의 적용을
포괄적으로 배제하는 법률조항의 위헌성/ 책임연구원 김태호 17

■ 유럽인권재판소

내부 고발자에게 벌금형을 선고한 룩셈부르크 법원 판결의 표현의 자유 침해
/ 책임연구원 장효훈 29

동성 커플을 법적으로 인정하고 보호할 국가의 의무
/ 책임연구원 장효훈 50

◆ 세계헌법재판기관 소개

■ 카자흐스탄 헌법재판소 73

◆ 세계헌법재판 관련 논문 목록

- 세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호) 79

◆ 국외통신원 소식

- 미국 연방대법원의 대학 입시 소수 인종 우대정책에 관한 논의: 하버드대와 노스캐롤라이나대를 상대로 제기된 소송을 중심으로 83
- 변호사 사무실 및 자택에 대한 압수·수색을 예외적으로 허용하는 형사소송법 조항 등의 합헌성 - 프랑스 헌법재판소의 2023년 1월 19일 n° 2022-1030 결정에 대한 분석을 중심으로 - 91

알림

「세계헌법재판 조사연구보고서」 2023 제3호(통권 제60호)는 헌법재판연구원에서 2023년 4월에 메일로 보내드린 「세계헌법재판 조사연구」 뉴스레터를 책자로 발간한 것임.

세계헌법재판 조사연구보고서 2023년 제3호 소개

□ 최신 세계헌법판례

독일 연방헌법재판소는 <범죄 예방을 위하여 경찰에 부여된, 자동화 시스템을 통한 데이터 처리 권한의 위헌성> 결정에서, 경찰이 범죄 예방 목적으로 자동화된 시스템을 통해 개인정보를 포함한 데이터를 분석·평가할 수 있도록 한 함부르크 주 ‘경찰 데이터 처리에 관한 법’ 조항과 헤센 주 ‘공공질서·안전법’ 조항이 ‘정보 자기 결정권’으로 일컬어지는 인격권을 침해한다고 판단하였습니다. 연방헌법재판소는 특히 위 조항들이 이용되는 데이터의 범위와 데이터에 대한 분석·평가 방법을 한정하고 있지 않다는 점을 지적하였습니다.

오스트리아 헌법재판소는 <언론 활동 목적의 개인정보 처리에 대하여 개인정보 보호 규정의 적용을 포괄적으로 배제하는 법률조항의 위헌성> 결정에서, 미디어 기업과 언론인이 언론 활동을 위한 목적으로 개인정보를 처리하는 경우 연방 개인정보 보호법 및 유럽연합 일반 개인정보 보호법의 개인정보 보호 규정의 적용을 ‘포괄적’으로 배제하도록 하는 연방 개인정보 보호법 조항이 개인정보 보호에 관한 기본권을 침해한다고 판단하였습니다.

유럽인권재판소는 <내부 고발자에게 벌금형을 선고한 룩셈부르크 법원 판결의 표현의 자유 침해> 결정에서, 내부 고발자 보호 필요성에 관하여 선례에서 정립된 심사기준의 요소인 (1) 폭로를 위한 대체 수단의 이용 가능 여부, (2) 폭로된 정보의 공익성, (3) 폭로된 정보의 진실성, (4) 회사가 입은 손해, (5) 내부 고발자 행동의 선의, (6) 제재의 심각성의 구체적 내용을 재정립하고, 이 사건에서 회사의 기밀을 폭로한 청구인에 대한 유죄판결이 유럽인권협약 제10조를 위반하여 표현의 자유를 침해하였다고 판단하였습니다.

유럽인권재판소는 <동성 커플을 법적으로 인정하고 보호할 국가의 의무> 결정에서, 러시아가 동성 커플의 혼인을 인정하지 않고 동성 커플을 법적으로 인정하고 보호할

다른 제도를 마련하지도 않은 것이 유럽인권협약 제8조를 위반하여 동성 커플의 생활 및 가족생활에 대한 권리를 침해한다고 판단하였습니다.

□ 세계헌법재판기관 소개

이번 호에서는 카자흐스탄 헌법재판소를 소개하였습니다.

□ 세계헌법재판 관련 논문 목록

최신 학회지에 실린 세계헌법재판 관련 논문들을 정리해 놓았습니다.

□ 국외통신원 소식

미국 통신원의 <미국 연방대법원의 대학 입시 소수 인종 우대정책에 관한 논의: 하버드대와 노스캐롤라이나대를 상대로 제기된 소송을 중심으로>에서는, ‘공정한 입학학을 위한 학생들’(Students for Fair Admissions)이라는 단체가 대학 입시에서의 소수 인종 우대정책의 불공정성을 다투며 제기한 소송과 관련하여, 소수 인종 우대정책이 등장하게 된 배경 및 이를 둘러싼 논란, 그리고 위 소송의 변론 과정에서 드러난 대법관들의 입장을 살펴보았습니다.

프랑스 통신원의 <변호사 사무실 및 자택에 대한 압수·수색을 예외적으로 허용하는 형사소송법 조항 등의 합헌성 - 프랑스 헌법재판소의 2023년 1월 19일 n°2022-1030 결정에 대한 분석을 중심으로 ->에서는, 변호사의 사무실 및 자택에 대한 압수·수색을 예외적으로 허용하는 형사소송법 조항 등에 대한 프랑스 헌법재판소의 합헌 결정을 소개하였습니다.

최신 세계헌법판례

독일

■ 범죄 예방을 위하여 경찰에 부여된, 자동화 시스템을 통한
데이터 처리 권한의 위헌성 / 책임연구관 김태호

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, 중요하지 않은 정보를 필터링하며, 정보로부터 얻은 판단을 알려진 사실관계에 귀속시

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 비교해 보면 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.

키고 저장된 데이터를 통계적으로 평가할 수 있게 된다(함부르크 주 ‘경찰 데이터 처리에 관한 법’ 제49조 제2항, 헤센 주 공공질서·안전법 제25a조 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, 헤센 주 공공질서·안전법 제25a조 제1항 제1조건문은 다음의 단서에 따른 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 사안

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.

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

에서 예상되는 범죄행위의 방지를 위해 적용될 데이터의 구체적인 적합성을 이유 제시를 통해 뒷받침할 수 있으며, 데이터 분석의 대상에 주거 감시, 온라인 수색, 통신 감청, 교통정보 조회, 장기 관찰, 위장요원·정보원의 투입 또는 그에 상응할 만한 정보 자기결정에 대한 중대한 제한을 하여 획득된 정보가 포함되지 않을 때에만, 공공 질서·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 위험을 방지하기 위해 필요한 경우, 경찰은 개별 사례에서 근거가 뒷받침되면 자동화된 데이터 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 위험 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, 데이터 베이스)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 정당한 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 문제된 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 이용하는 범위에서 고려될 수 있다. 이에 해당한다

고 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 압박한 위험을 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 심판대상조항들은 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 혐의의 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 활용

하는 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 일반 추상적 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 헌

법적으로 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 법익에 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 응용프로그램의 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. 문언 상으로는 기계적인 방법으로 사실관계를 평가하여 검색 결과를 도출하는 것도 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 혐의의 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 위협

이 식별되는지, 그것이 위협의 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 위협이 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 위협을 개입조치의 전제조건으로 삼는 것이 헌법적으로 배제되는 것은 아닐 것이다. 그러나 그 경우 입법자는 특히 형사구성요건의 보호법익에 대한 구체적 또는 구체화된 위협이 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 요구되

어야 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.

최신 세계헌법판례

오스트리아

■ 언론 활동 목적의 개인정보 처리에 대하여 개인정보 보호 규정의 적용을 포괄적으로 배제하는 법률조항의 위헌성 / 책임연구관 김태호

언론 활동 목적의 개인정보 처리에 대하여 개인정보 보호 규정의 적용을 포괄적으로 배제하는 법률조항의 위헌성¹⁾

I. 사실관계

오스트리아의 ‘개인관련 데이터(personenbezogene Daten, 이하 ‘개인정보’라 한다)의 처리에서 개인의 보호에 관한 연방법률²⁾(DSG, 이하 ‘연방 개인정보 보호법’이라 한다)은 미디어 기업과 언론인에게 이른바 ‘미디어 특권’을 인정함으로써 언론·미디어가 개인정보를 언론 활동 목적으로 처리할 때 연방 개인정보 보호법 및 유럽연합 일반 개인정보 보호법(DSGVO)³⁾의 주요 규정 적용을 제외하고 있다.

미디어 기업이 가림 처리하지 않은(ungeschwärzt) 명함의 사진과 가택 수색과 관련하여 촬영한 사진을 웹사이트에 게시한 것(G 287/2022 사건)과 출판사와 방송기업이 전자우편 사서함의 정보 유출을 보도한 것(G 288/2022 사건)에 대해, 해당 개인정보의 주체들은 자신들의 개인정보에 대한 비밀유지권 침해 등을 주장하며 개인정보보호청에 구제를 신청하였다.

이에 개인정보보호청은 연방 개인정보 보호법의 적용 제외 규정을 들어 해당 기관에 관할권이 없다는 결정을 하였다. 구제를 신청했던 개인정보 주체들은 연방행정재판소에 개인정보보호청의 결정에 대해 제소하면서 그와 함께 연방헌법재판소에 대한 위헌법률심판 제청을 신청하였다.

연방행정재판소는 2022. 11. 3. 광범위한 미디어 특권을 부여한 연방 개인정보 보호법의 주요 규율이 개인정보보호에 관한 기본권과 조화를 이루기 어렵다고 보고 연방헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하였다.⁴⁾

1) 오스트리아 헌법재판소 2022. 12. 14. 결정, G 287/2022-16, G 288/2022/14.

2) Bundesgesetz zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz - DSG), BGBl. I 165/1999, in der Fassung der Novelle BGBl. I 24/2018 (Datenschutz-Deregulierungsgesetz 2018).

3) EU Datenschutz-Grundverordnung 2016/679 (DSGVO). 흔히 영문 약칭인 EU GDPR(EU general data protection regulation)로 통용된다.

4) 오스트리아 행정재판소 2022. 11. 3. 제청, W214 2235037-1/21Z.

II. 주문

연방헌법재판소 결정의 주문은 다음과 같다.

1. 연방 개인정보 보호법 제9조 제1항은 헌법에 위배되어 폐지한다.
2. 폐지의 효력은 2024. 6. 30.을 경과하며 발효한다.
3. 이전의 법률 규정은 다시 효력을 갖지 아니한다.
4. 연방총리는 이 결정을 연방관보 I 에 지체 없이 게재할 의무를 진다.

III. 관련 조항 및 쟁점

1. 심판대상조항 및 관련 조항

연방 개인정보 보호법 제9조 제1항(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)은 다음과 같다.

연방 개인정보 보호법

제9조 표현의 자유와 정보의 자유

제1항 미디어 소유자, 미디어 편집자, 미디어 종사자, 미디어법⁵⁾에 따른 미디어 기업 또는 미디어 서비스의 근로자가 개인정보를 처리하는 경우 미디어 기업 또는 미디어 서비스가 하는 언론 목적의 활동을 위해서는 이 법 및 유럽연합 일반 개인정보 보호법의 제2장(기본원칙), 제3장(정보주체의 권리), 제4장(컨트롤러와 프로세서), 제5장(제3국 또는 국제기구에 대한 개인 데이터 전송), 제6장(독립감독기구), 제7장(협력 및 일관성) 및 제9장(특수한 정보처리 상황)은 적용되지 않는다. 개인정보보호청은 제1문에서 언급된 자에 대해 권한을 행사할 때에는 편집의 비밀 보호(미디어법 제31조)에 유의해야 한다.

관련 주요 조항은 다음과 같다.

연방 개인정보 보호법

5) Mediengesetz (MedienG), BGBl. 314/1981.

제1조 헌법적 규정(Verfassungsbestimmung)⁶⁾

(1) 누구나, 보호할 가치가 있는 이익이 있는 한, 특히 사생활 및 가족생활의 존중과 관련하여 자신과 관련한 개인정보의 비밀을 유지할 권리를 갖는다. 일반적으로 이용 가능한 정보나 정보주체에게 귀속시킬 수 없는 정보이어서 비밀유지청구권을 보장할 수 없다면 보호할 가치가 있는 이익은 부정된다.

(2) 개인정보가 정보주체의 중대한 이익을 위한 경우 또는 정보주체의 동의를 받아 사용되는 경우가 아닌 한, 개인정보의 비밀유지청구권에 대한 제한은 타인의 우월하고 정당한 이익을 보호하기 위해서만 허용되고, 국가기관이 제한하는 경우에는 유럽인권협약⁷⁾ 제8조 제2항에 규정된 사유⁸⁾에 따라 필요한 법률상의 근거 하에서만 제한이 허용된다. 그러한 법률은, 특별히 보호가치가 있는 정보를 중요한 공익을 보장하기 위한 방식으로만 이용하도록 할 수 있으며, 동시에 정보주체의 비밀유지이익을 적절히 보장할 수 있도록 정해야 한다. 제한이 허용되더라도 기본권 제한은 가장 조심스럽게 목적에 이르는 방식으로 취해질 수 있다.

유럽연합 일반 개인정보 보호법

제9장 특정한 정보 처리 상황에 관한 규정

제85조 개인정보 처리와 표현의 자유·정보의 자유

제1항 회원국은 언론 목적과 학술·예술·문학적 표현을 위한 처리를 포함하여, 각국의 법으로 이 법에 따른 개인정보 보호에 관한 권리와 표현의 자유 및 정보의 자유에 관한 권리를 조화시켜야 한다.

제2항 회원국은, 개인정보 보호에 관한 권리와 표현의 자유 및 정보의 자유를 조화시키기 위해 필요한 경우에는, 언론 목적과 학술·예술·문학적 표현 목적에 따른 개인정보 처리에 대해, 제2장(기본원칙), 제3장(정보주체의 권리), 제4장(컨트롤러와 프로세서), 제5장(제3국 또는 국제기구에 대한 개인 데이터 전송), 제6장(독립감독기

6) 일반법률에 규정하고 있으나 헌법적 효력을 가지는 조항이다. 오스트리아의 헌법체계는 연방헌법 이외에 헌법률(Verfassungsgesetz), 일반법률 내 헌법적 규정, 조약 중의 헌법규정을 포함한다.

7) Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), BGBl. 210/1958.

8) 유럽인권협약 제8조(사생활과 가족 생활에 대한 존중의 권리)

제1항 모든 사람은 사생활과 가족생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 갖는다.

제2항 공권력 주체는 국가 안보, 공공의 안전, 국가의 경제적 복리, 무질서 및 범죄의 방지, 보건 또는 도덕의 보호, 타인의 권리 및 자유를 보호하기 위해 법으로 정하고 민주사회에서 필요한 경우를 제외하고는 이 권리를 제한할 수 없다.

구), 제7장(협력 및 일관성) 및 제9장(특정한 처리 상황에 관한 규정)의 규정을 면제 또는 수정 적용한다.

2. 쟁점 및 요지

이 결정은 미디어 기업과 언론인이 언론 활동을 위한 목적으로 개인정보를 처리하는 경우 연방 개인정보 보호법의 개인정보 보호 조항과 유럽연합 일반 개인정보 보호법의 개인정보 보호 조항 적용을 ‘포괄적’으로 면제하도록 하는 심판대상조항이 개인정보보호에 관한 기본권을 침해하여 위헌인지 여부가 쟁점이 된 사건에 관한 것이다.

연방헌법재판소는 이 결정에서, 민주사회의 언론이 ‘공공의 감시자’(public watchdog)로서 공익에 중요한 기여를 하고 있으므로 언론 활동의 특수성이 개인정보보호 규정과 충돌하는 경우 일정한 전제 하에서 개인정보 보호의 예외를 인정할 필요는 있다고 본다. 그럼에도 연방헌법재판소는, 언론 활동 목적으로 행사되는 표현의 자유 및 정보의 자유가 개인정보보호에 관한 기본권에 원칙적으로 우선한다고 할 수는 없다고 하였다. 따라서 언론 활동을 통한 개인정보처리를 통해 개인정보보호가 침해된 경우, 민사법·언론법에 따라 일반법원에서 이에 대한 구제를 구할 수도 있다는 점은 별론하고, 언론 활동 목적의 개인정보처리를 개인정보보호를 위한 고유의 보장장치 전반의 적용 대상에서 포괄적으로 제외하는 것은 헌법에 위배된다고 판단하였다. 이에 따라 연방헌법재판소는 심판대상조항이 헌법적으로 보장되는 연방 개인정보 보호법 제1조 제1항에 따른 개인정보보호권에 위배되어 위헌이므로 심판대상조항을 폐지한다고 선언하였다.

IV. 판단

1. 위헌법률심판 제청의 적법 여부에 대한 판단

1) 연방헌법재판소는 재판의 전제성에 대한 판단에서 특정한 법해석에 대해 위헌법률심판을 제청한 법원을 구속하지 않는다는 점을 확인한다. 그렇게 되면 연방헌법재판소가 제청 법원의 본안 판단을 선취할 수 있기 때문이다. 연방헌법재판소의 확립된 선례에 따를 때, 심판대상조항의 위헌 여부가 당해 사건에서 재판의 전제가

된다는 제청법원의 판단이 명백히 잘못되었다면 재판의 전제성 결여로 심판제청은 각하되어야 한다.

2) 문제되는 조항이 직접 적용될 수 있는 유럽연합법에 명백히 반하는 경우에는, 위헌법률심판 절차에서도 유럽연합법의 우위 원칙에 유의하여 위헌법률심판 제청을 각하하여야 한다. 이 때 유럽연합법에 명백히 위배된다는 것은 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 명백한 것이어야 한다.

3) 학계에서는 심판대상조항이 유럽연합 일반 개인정보 보호법에 합치하는지 여부에 대해 상당히 의문스러워하고 있으나, 연방행정재판소는 심판대상조항이 유럽연합 일반 개인정보 보호법 제85조 제2항에 명백히 반한다는 전제에서 위헌법률심판을 제청한 것이 아니다. 이에 연방행정재판소의 제청은 적법하다.

2. 심판대상조항의 위헌 여부에 대한 판단

1) 연방행정재판소의 위헌법률심판 제청 취지는 연방 개인정보 보호법 제1조에 따른 개인정보 보호에 관한 기본권이 심판대상조항의 입법으로 그 적용영역에서 사실상 ‘폐지’되었다는 것이다. 그리고 그 결과 특히 개인정보보호법 제24조⁹⁾에서 정한 개인정보보호청에 대한 권리구제가 가능하지 않게 되었다는 것이다. 이처럼 이 사건에서 문제되는 것은 개인정보보호 규정의 포괄적 또는 전면적 적용제외이다.

2) 연방 개인정보 보호법 제1조 제1항에 따르면, “특히 사생활 및 가족생활의 존중과 관련하여” 보호할 가치가 있다면, “누구나 자신과 관련한 개인정보의 비밀을 유지할 권리”를 갖는다고 한다. 연방 개인정보 보호법 제1조 제2항은 실체적인 법률유보 조항이다. 이에 따르면 개인정보 주체의 중대한 이익을 위해 또는 개인정보 주체의 동의 하에 개인정보를 사용하는 경우 외에, 개인정보보호의 비밀유지에 대한 청구권을 제한하는 것은 타인의 우월하고 정당한 이익을 보호하기 위해서만 허용된다. 따라서 입법자는 정보주체의 개인정보보호에 관한 이익과 타인의 정당한 이익을 형량하여야 한다. 즉 타인의 정당한 이익을 보장하는 것이 정보주체의 정보보호에 대한 권리를 앞서는 경우에만 개인정보 보호에 대한 법률적 제한이 허용된다.

9) 연방 개인정보 보호법 제24조(개인정보보호청에 대한 소원)

제1항 자신의 개인정보 처리가 유럽연합 일반 개인정보 보호법이나 이 법 제1조 또는 제2장 제1절에 위배된다고 판단하는 사람은 개인정보보호청에 소원을 제기할 권리를 가진다.

3) 한편, 입법자가 심판대상조항을 통해 유럽연합 일반 개인정보 보호법 제85조 제2항에 따른 의무를 이행하고자 한 것과 관련하여, ‘언론 목적으로’의 의미에 대해 유럽사법재판소는 이 조항의 이전 형태였던 유럽연합 개인정보보호지침 제9조의 해석과 관련하여 언론 활동의 범위를 폭넓게 인정하는 결정을 한 바 있다.¹⁰⁾ 이 결정에 따르면, 언론 목적의 개인정보 처리에서 문제되는 언론 활동은 제도화된 매스 미디어뿐만 아니라 언론 활동을 하는 모든 시민에게도 해당되는 것으로, 언론 활동으로부터 이익을 얻는지가 판단기준이 되는 것은 아니라고 하였다. 해당 데이터가 전통적 방법으로 처리되는지, 인터넷에서의 데이터 업로드와 같이 현대적 방법으로 처리되는지도 결정적이지 않다고 보았다. 기준은, 처리를 하는 사람이 공공적으로 정보 또는 견해를 처리하는가이다.

반면, 심판대상조항은 언론 활동을 하는 주체를 특정한 인적 범위로 한정하고 있다. 여기서는 미디어 소유자, 편집자, 미디어종사자, 미디어법에 따른 미디어 기업 및 미디어 서비스의 근로자가 문제되는 것이다.

4) 유럽연합 일반 개인정보 보호법은 개인정보보호와 언론의 자유의 관계에 대해 스스로 정하지 않고 회원국의 입법에 위임하고 있다. 유럽연합 일반 개인정보 보호법 제85조 제1항에 따르면, 회원국은 법규정으로 유럽연합 일반 개인정보 보호법에 부합하도록 개인정보 보호권을 표현의 자유 및 정보의 자유와 조화시켜야 하고, 이것은 언론 활동 목적의 처리에 대한 내용을 포함한다.

연방헌법재판소의 확립된 결정에 따르면, 유럽연합법을 시행(Ausführung)·전환(Umsetzung)한 오스트리아의 법률은 이중의 구속을 받는다.¹¹⁾ 입법자는 유럽연합법을 이행할 때 연방헌법의 요청에(도) 여전히 구속된다. 이중의 구속이란, 오스트리아 입법자가 유럽연합법에 따른 구속과 오스트리아 헌법이 허용하는 범위의 구속을 모두 받는다는 것이다.

유럽연합법은 오스트리아 입법자로 하여금 언론 목적인 경우 모든 미디어소유자,

10) Gerichtshof der Europäischen Union, 2008. 12. 16, Rs. C-73/07. 이러한 판단이 유럽연합 일반 개인정보 보호법 제정 이후에도 유지될 것인지에 대해서는 아직 판단이 이루어진 바 없다.

11) VfSlg. 15.106/1998, 15.204/1998, 15.683/1999, 20.209/2016. 유럽연합의 입법형식으로는 지침(Directive, Richtlinie)과 법(Regulation, Verordnung: 종래 ‘명령’, ‘규칙’ 등으로 번역되는 경우가 많다)이 대표적이다. 지침의 경우 회원국이 지침의 내용을 회원국의 법으로 제·개정하여 ‘전환’하여야 하는 의무를 지는 반면, 법의 경우에는 회원국의 입법화를 필요로 하지 않고 회원국에 직접 적용되는 효력을 가지지만 회원국은 종종 법 ‘시행’을 위한 법률을 입법화하기도 한다.

편집자, 미디어법에 따른 미디어 기업 및 미디어 서비스의 근로자에게 연방 개인정보 보호법과 유럽연합 일반 개인정보 보호법의 특정 장을 적용하지 말라고 요구하고 있지 않다. 오히려 반대로, 유럽연합 일반 개인정보 보호법 제85조 제1항은 오스트리아 입법자에게 법 규정으로 개인정보 보호와 견해표명의 자유(언론의 자유)의 관계를 더 상세히 규율하고 그러한 방법으로 상호 맞서는 기본권적 지위 간에 상황에 적합한 조정을 할 것을 의무지우고 있다.

따라서 심판대상조항의 규율 내용이 유럽연합법에 의해 강제되는 것이 아닌 이상, 연방헌법재판소는 심판대상조항이 국내 헌법에 부합하는지 여부만을 심사한다. 심판대상조항이 유럽연합법에 (완전히) 부합하는지 여부에 대해 연방헌법재판소는 판단할 필요가 없고 그 문제는 연방헌법재판소와 무관하다.

5) 연방 개인정보 보호법 제1조 제1항에 따른 개인정보에 관한 기본권은, 그것이 특히 사생활에 대한 존중과 관련하여 보호할 가치가 있는 경우, 개인정보 주체의 개인정보에 대한 비밀유지 청구권을 보장한다. 연방 개인정보 보호법 제1조 제1항은 그에 관한 법률유보 조항이다. 개인정보 주체의 중요한 이익이나 그의 동의에 의해 개인정보가 이용되는 경우가 아니라면, 비밀유지청구권은 타인의 우월하고 정당한 이익을 보호하기 위해서만 제한될 수 있다.

심판대상조항은 연방 개인정보 보호법뿐만 아니라 유럽연합 일반 개인정보 보호법 제2장~제7장, 제9장을 절대적이면서 포괄적으로 배제하고 있다. 이는 연방 개인정보 보호법 제1조 제2항이 입법자로 하여금 언론 활동 목적의 개인정보처리에 대해 형량을 하도록 한 것과 모순된다.

6) 연방헌법재판소와 유럽인권재판소는 언론이 민주사회에서 ‘공공의 감시자’로서 중추적 역할을 수행한다고 한 바 있다. 유럽연합 일반 개인정보 보호법 제85조 제2항에 따르면, 회원국의 입법자는 언론 목적의 이용을 포함한 개인정보의 처리와 관련하여 표현의 자유, 정보의 자유를 개인정보보호에 관한 권리와 조화시키기 위한 법률 조항을 마련하여야 한다. 이 때 필요한 경우 회원국의 입법자는 언론이 그 임무를 준수하고 그에 부합하는 언론 활동을 하도록 유럽연합 일반 개인정보 보호법의 예외를 정할 수 있다.

언론 활동 목적의 개인정보 처리 시 연방 개인정보 보호법의 전체 규정을 그대로 적용하도록 하면, 언론 활동을 과도하게 제한하거나 경우에 따라서는 언론 활동을

불가능하게 만들 수 있다. 이에 입법자는 언론 활동으로 인한 개인정보 보호에 관한 개인의 이익과 유럽인권협약 제10조¹²⁾가 보호하는 언론 활동의 요청을 적절하고 세분화된 형태로 조정해야 한다.

이러한 맥락에서 세부적으로 가령 (미디어 기업, 미디어 서비스에 따른) 인적 측면, (보도의 공개 시점까지의 상황에 따른) 시간적 측면, (특정한 정보처리나 관련 권리에 따른) 사항적 측면에 따라 개인정보보호권을 제한하는 것을 생각해 볼 수 있다. 또 입법자는 (특정한) 개인정보보호 규정의 적용 배제를 규정하되 그에 상응하게 언론기업의 내부 조직, 문서 및 처리되는 개인정보의 기술적 보장에 대한 요구 수준을 높일 수도 있을 것이다.

그럼에도 불구하고 심판대상조항은, 개인정보에 관한 기본권에 대해 미디어의 특권을 인정하여, 즉 개인정보보호권과 비교하여 표현의 자유·정보의 자유를 범주적으로 우선시키고 연방 개인정보 보호법과 유럽연합 일반 개인정보 보호법의 적용을 포괄적으로 배제하였다. 이러한 범주적인 특권 인정은 연방 개인정보 보호법 제1조에 따른 헌법적 요청과 그에 관한 연방헌법재판소의 결정들에 반한다.

7) 그 밖에, 연방 개인정보 보호법 상 언론·미디어가 언론 목적의 개인정보 처리를 하면서 개인정보 침해로 한 경우 이 법에 따라 개인정보주체가 개인정보보호청에 구제를 구할 수는 없지만, 일반법원에서의 구제를 활용할 여지는 열려 있다. 미디어법 제7조 이하¹³⁾의 규정과 일반민법전의 규정들에 따른 구제를 생각해 볼 수 있다. 개인정보보호청도 그러한 가능성을 인정하고 있다.

그러나 이 점이 심판대상조항의 헌법 합치 여부에 대한 이 사건에서의 판단에 영향을 줄 수 없다. 이 사건에서 문제되는 것은 유럽인권협약 제10조 차원에서 보장되는 언론 활동과 관련하여 입법자가 특정 개인정보 보호에 관한 규율을 적용하지 않

12) 유럽인권협약 제10조(표현의 자유)

제1항 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공권력 주체의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 이 조항이 방송, 텔레비전 또는 영화 사업자에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다.

제2항 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위해 법으로 정하여 민주사회에서 필요한 경우에 그 행사에 대해 형식, 조건, 제약 또는 제재를 부과할 수 있다.

13) 미디어법 제7조는 가장 개인적인 생활영역에 대한 침해에 대해 규율하고 있으며, 해당 장은 인격권 침해에 대한 손해전보에 대해 규율하고 있다.

거나 단지 수정된 형태로만 적용할 수 있다고 선언할 수 있는가를 판단하는 것이다.

8) 이상과 같은 이유로 심판대상조항은 헌법에 위반된다. 이 결론에 따라 연방 행정재판소가 위헌법률심판 제청에서 제기한, 그 밖의 기본권 보장 측면에서의 의문에 대해서는 더 이상 판단하지 아니하기로 한다.

V. 결정의 의의

우리나라의 개인정보 보호법도 일정한 제한 하에 언론이 취재·보도의 고유 목적을 달성하기 위해 수집·이용하는 개인정보에 관하여는 위 법의 상당수의 조항(제3장~제7장)의 적용을 배제하고 있다(제58조 제1항 제4호). 이처럼 취재·보도의 목적을 위한 개인정보 처리에 대해 예외적 규정을 두는 것은 언론의 자유를 보장하기 위한 조치로 이해할 수 있으나, 그러한 규율이 개인정보에 관한 기본권에 대한 과도한 제한이 되지 않도록 유의해야 할 것이다. 위 법은 언론에 대한 적용 제외 규정에도 불구하고 언론 활동 목적의 개인정보 처리는 고유 목적을 위해 필요한 범위에서 최소한의 기간에 최소한도로 이루어져야 한다는 규정을 두고 있다(제58조 제4항).

언론 기업이 이미 개인정보보호를 위해 신중하게 개인정보를 처리하고 자체적으로 개인정보 침해를 거를 수 있는 절차를 마련한 경우에는 개인정보 관련 규율에서 적용 면제 조항을 두더라도 그 영향이 미미할 수 있겠으나, 선정적 보도 등 사생활 영역에 깊숙이 침투하는 언론 활동을 벌이는 경우 개인정보 보호 조항의 적용 면제가 기본권적 법익 형량에서 문제의 소지를 낳을 수 있는 것이 사실이다. 오스트리아 연방헌법재판소가 연방 개인정보 보호법의 언론미디어에 대한 ‘포괄적인’ 적용 면제 조항에 대해 헌법에 위반된다고 결정한 본 사례는 언론의 자유와 개인정보 보호에 관한 기본권 간에 형량이 요구된다는 점을 확인하고 그 기준을 모색하였다는 점에서 참조의 가치가 있다.

최신 세계헌법판례

유럽인권재판소

■ 내부 고발자에게 벌금형을 선고한 룩셈부르크 법원 판결의 표현의 자유 침해

/ 책임연구관 장효훈

■ 동성 커플을 법적으로 인정하고 보호할 국가의 의무 / 책임연구관 장효훈

내부 고발자에게 벌금형을 선고한 룩셈부르크 법원 판결의 표현의 자유 침해¹⁾

I. 사건개요

이번 사건은 프랑스인 Raphaël Halet(이하 “청구인”)가 유럽인권협약(이하 “협약”) 제34조²⁾에 따라 룩셈부르크 대공국을 상대로 제기한 청구에서 비롯되었다. 청구인은 회사가 발행한, 직업상 비밀에 속하는 16건의 문건을 기자에게 폭로한 것으로 인해 받은 유죄 판결이 자신의 표현의 자유를 부당하게 침해했다고 주장했다.

청구인은 회계 감사, 세무 및 경영 자문 서비스를 제공하는 PricewaterhouseCoopers(이하 “PwC”)의 직원이었다. PwC의 업무 중에는 고객을 대리하여 소득 신고서를 작성하고 조세 당국에 세법해석 사전결정(advance tax ruling)³⁾을 요청하는 것이 포함되어 있었다. 청구인은 PwC에서 재직하는 동안 PwC 업무의 핵심 관계자였다.

이번 사건은 2012년과 2014년 사이 PwC가 작성한 수백 건의 사전 조세 합의서(Advance Tax Agreements)⁴⁾와 소득 신고서가 여러 언론을 통해 폭로된 것으로부터 발단되었다. 이 폭로로 인해 2002년부터 2012년 사이에 PwC와 룩셈부르크 조세 당국 사이에 체결된, PwC에 매우 유리한 조세 합의 관행이 세간의 이목을 끌게 되었다.

청구인이 회사를 떠나기 하루 전인 2010년 10월 13일, PwC는 첫 번째 내부 조사를 실시했고, 이 조사에서 감사인 A.D.가 538건의 사전 조세 합의서 등 45,000쪽의 기밀 문건을 복사했다는 것이 밝혀졌다. A.D.는 2011년 여름 E.P.라는 기자에게 이 문건을

1) Halet v. Luxembourg [GC], no. 21884/18, 14 February 2023.

2) 유럽인권협약 제34조 (개별적 제소)

재판소는 협약 또는 의정서에 규정된 권리를 계약국의 위반에 의하여 침해당하였다고 주장하는 모든 사람, 비정부조직, 개인 집단으로부터의 제소를 접수한다. 계약국은 어떠한 경우에도 이 권리의 실질적인 행사를 방해하지 아니할 것을 약속한다.

3) 세법해석 사전결정이란 납세자가 자신과 관련된 특정한 거래의 세무 관련 의문사항에 대해 사전(법정신고기전 전)에 구체적인 사실관계를 명시하여 질의할 경우 국세청장이 명확하게 답변을 주는 제도이다.

4) 사전 조세 합의서란 장래 활동에 적용되는 조세 법률에 대해 조세 당국과 다국적 기업 사이에 체결된 합의서를 의미한다.

넘겼다.

PwC가 수행한 두 번째 내부 조사에서는 청구인의 행위가 발각됐다. A.D.에 의해 복사된 사전 조세 합의서 일부가 언론에 폭로된 후, 청구인은 기자 E.P.와 접촉하여 자신이 복사한 문건을 전달했다. 청구인은 2012년 10월과 12월 사이에 16건의 문건을 넘겼고, 이는 12건의 소득 신고서와 2건의 동봉 편지를 포함하고 있었다. 기자 E.P.는 해당 문건 중 일부를 2013년 6월 10일 방영된 TV 프로그램을 제작하는 데 이용했다. 또한, 국제탐사보도언론인협회(International Consortium of Investigative Journalists)는 2014년 11월 5일과 6일 이 16건의 문건을 온라인에 게재했다.

청구인의 행위가 발각된 후, 2014년 12월 2일 청구인과 PwC는 이 폭로에 대하여 합의를 했다. 합의에 따라 PwC는 청구인에게 명목상 1유로를 요구하고 청구인의 자산에 1000만유로 상당의 저당권을 설정했다. 그리고 결국 청구인은 해고 통보를 받고, 2014년 12월 29일 통보 기간 후에 해고되었다.

PwC는 A.D., E.P. 그리고 청구인을 고소하였고, 이들은 기소되어 룩셈부르크 지방 법원에서 재판을 받게 되었다. 2016년 6월 29일, 룩셈부르크 지방법원은 A.D.와 청구인에게 회사로부터 문건을 절도한 것, 자료 처리 및 전송을 위한 시스템에 기밀을 목적으로 접속한 것, 직업상 비밀유지 의무를 위반한 것, 그리고 자금을 세탁하고 보유한 것에 대해 유죄 판결을 내렸다. 제1심에서 청구인은 징역 9개월에 집행유예 9개월을 선고 받았고, 1,000유로의 벌금형에 처했다.

A.D.와 청구인은 제1심 판결에 대해 항소했다. 룩셈부르크 항소법원은 A.D.와 청구인이 협약 제10조5)에 따라 ‘내부 고발자(whistle-blower)’의 지위를 인정해 줄 것을 요청하며 무죄를 주장했다는 것에 주목하고 다음과 같이 판단했다.

“유럽인권협약, 특히 표현의 자유를 인정하고 보호하는 협약 제10조는 유럽인권재판소가 해석한 대로 그리고 본국법과 결합하여 이번 사건에 적용된다.

5) 유럽인권협약 제10조 (표현의 자유)

- ① 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공권력의 제한을 받지 않고 국경에 관계없이 정보와 사상을 주고받을 자유를 포함한다. 이 조항은 방송, 텔레비전 또는 영화사업에 대한 국가의 허가 제도를 금지하지 아니한다.
- ② 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로 국가안보, 영토보전 또는 공공의 안전을 위해, 무질서나 범죄의 방지를 위해, 보건이나 도덕의 보호를 위해, 타인의 명예나 권리의 보호를 위해, 비밀리에 얻은 정보의 공개를 방지하기 위해 또는 사법부의 권위와 중립성의 유지를 위해 **민주사회에서 필요한 경우** 법이 정하는 형식과 조건에 따라야 하고, 제한과 처벌의 대상이 될 수 있다.

협약 제10조에 따르면 모든 사람은 표현의 자유를 가진다.

초국가적 협약이 보호하는 이 자유는 본질적이고 본국법에 의해 훼손될 수 없다. 따라서 질세, 면세 및 탈세와 관련한 공익에 대한 논쟁의 맥락에서 내부 고발자의 표현의 자유는 그 상황에 따라 우선시되고 본국법의 위반을 정당화하는 근거가 될 수 있다.

내부 고발은 공익적인 정보를 폭로하여 발생한 법의 위반을 성실하고 적절한 방식으로 정당화한다.”

항소법원은 자국 형법을 근거로 하여 A.D.와 청구인이 회사로부터 문건을 절도한 것, 자료 처리 또는 자동 전송 시스템에 기밀을 목적으로 접속한 것, 직업상 비밀유지 의무를 위반한 것, 그리고 문건을 통해 얻은 수익을 세탁한 것에 대한 지방법원의 판단이 옳았다고 보았다.

항소법원은 A.D.와 청구인의 상황을 협약 제10조에 대한 본 재판소의 선례 *Guja* 결정⁶⁾에 따라 판단했다. 항소법원은 이 선례가 내부 고발자의 보호 여부를 심사하기 위해 6가지 요소를 제시한 것을 강조했다.⁷⁾ 그리고 “폭로 행위의 위법성은 내부 고발자의 보호 여부를 결정하는 유일한 기준이 아니다. 이러한 사건에서 심각한 문제를 폭로한 직원은 협약의 보호를 받을 수 있다.”라고 설시했다.

하지만 항소법원은 결론적으로 청구인이 협약 제10조의 완전한 보호를 받을 수 없고 형량을 완화하는 사유로만 인정받을 수 있다고 판단했다. 이에 따라 항소법원은 청구인의 징역형 부분을 파기하고 1,000유로의 벌금형은 유지하기로 결정했다. 청구인은 항소법원의 판결에 대해 상고했지만, 룩셈부르크 대법원은 2018년 1월 11일 청구인의 상고를 각하했다. 이에 따라 청구인은 그에게 내려진 유죄 판결이 협약 제10조에서 보호하는 표현의 자유를 부당하게 침해한 것이라고 주장하며 본 재판소에 제소했다.

II. 쟁점 및 판단

이 사건의 쟁점은 청구인에게 내려진 유죄 판결이 협약 제10조에서 보호하는 표현

6) *Guja v. Moldova* [GC], no. 14277/04, ECHR 2008.

7) 이 6가지 요소는 II. 쟁점 및 판단 부분에서 후술한다.

의 자유를 침해한 것인지 여부이다.

1. 법정의견

본 재판소는 청구인에 대한 유죄 판결이 협약 10조에서 보호하는 표현의 자유를 제한했다고 본다. 또한 본 재판소는 이 제한이 법적으로 규정된 것이고 협약 제10조 제2항에 제시된 정당한 목적 중 하나, 타인의 명예나 권리를 보호할 목적을 추구한다고 본다. 따라서 남아있는 쟁점은 이 제한이 ‘민주사회에 필요한(necessary in a democratic society)’ 것인지 판단하는 것이다.

가. 선례를 통해 정립된 원칙

표현의 자유를 제한하기 위해 민주사회에 필요한 것에 관한 원칙은 본 재판소의 선례에 잘 정립되어 있고 여러 다른 선례에서 정리되었다.⁸⁾

“협약 제10조 제2항의 ‘필요한’이라는 용어는 ‘절박한 사회적 필요’의 존재를 의미한다. 일반적으로 표현의 자유를 제한할 ‘필요성’이 설득력 있게 입증되어야 한다. 해당 제한을 정당화할 수 있는 필요성이 존재하는지 판단하는 것은 기본적으로 국가 정부의 역할이고, 이를 위해 국가 정부는 일정 범위에서 존중을 받는다. 하지만 존중의 범위는 법과 이를 적용한 결정을 포괄하는 유럽의 통제하에 있다.

이러한 권한을 행사하기 위해 본 재판소는 사건의 전체적인 측면에서 제한을 확인해야 한다. 특히, 본 재판소는 문제된 제한이 ‘추구하는 정당한 목적에 비례하는지’와 국가 정부가 제시한 근거가 ‘관련 있고 충분한지’ 결정해야 한다. 이 과정에서 본 재판소는 국가 정부가 협약 제10조에 내재된 원칙과 합치하는 기준을 적용했는지 그리고 관련 사실관계에 대한 적절한 평가를 근거로 했는지 확인해야 한다.”

직업적 관계에서의 표현의 자유 사안에 대해 다룰 때, 본 재판소는 협약 제10조의 보호가 일반적인 회사까지 확대된다고 보았다.⁹⁾ 본 재판소는 또한 협약 제10조가 공법의 적용을 받는 회사와 직원 관계뿐만 아니라 사법의 적용을 받는 관계에도 적용

8) Hertel v. Switzerland (25 August 1998, § 46, Reports of Judgments and Decisions 1998 VI), Steel and Morris v. the United Kingdom, no. 68416/01, § 95, ECHR 2005 II; and Guja v. Moldova [GC], no. 14277/04, ECHR 2008.

9) Kudeshkina v. Russia, no. 29492/05, § 85, 26 February 2009.

된다고 언급했다.¹⁰⁾ 여러 사건에서 사인에 의한 표현의 자유 제한에 대해서도 국가는 이를 보호할 적극적인 보호 의무를 가지고 있었다.

본 재판소는 ‘내부 고발자’라는 용어를 사용하지는 않았지만, 이들을 보호하는 선례를 구축해 왔다. *Guja* 결정에서 본 재판소는 개인이 회사에서 얻은 기밀 정보를 폭로했을 때 이들이 협약 제10조의 보호를 받을 수 있는지 그리고 얼마나 받을 수 있는지에 대한 심사기준을 처음으로 마련했다. 또한 본 재판소는 이러한 폭로로 인해 부과된 처벌이 표현의 자유를 제한하고 협약 제10조를 위반하게 되는 상황에 대해 설시했다. *Guja* 결정에서 정립된 심사기준은 다음과 같다.

- (1) 폭로를 위한 대체 수단의 이용 가능 여부
- (2) 폭로된 정보의 공익성
- (3) 폭로된 정보의 진실성
- (4) 회사가 입은 손해
- (5) 내부 고발자 행동의 선의
- (6) 제재의 심각성

내부 고발자의 표현의 자유는 직원 또는 공무원이 회사에서 일어나는 일을 아는 유일한 또는 소수의 사람이라서 회사나 대중에 신고하여 공익을 위해 행동할 수 있는 최적의 자리에 있을 때 보호될 가능성이 크다.¹¹⁾ 그럼에도 불구하고, 직원들은 회사에 대해 충실·비밀·신중의 의무를 진다.¹²⁾ 이는 공정한 균형을 위해서는 표현의 자유에 대한 제한과 고용 계약 및 직업 환경에 따른 상호 간의 권리와 의무가 고려되어야 한다는 것을 의미한다.¹³⁾

본 재판소는 이번 사건을 통해 오늘날의 국제적 맥락에 맞게 심사기준을 재정의함으로써 내부 고발자의 보호와 관련하여 선례에서 정립된 원칙들을 정리하고 확립하는 것이 적절하다고 본다.

10) *Palomo Sánchez and Others v. Spain* [GC], nos. 28955/06 and 3 others, § 59, ECHR 2011.

11) *Guja v. Moldova* [GC], no. 14277/04, ECHR 2008; and *Heinisch v. Germany*, no. 28274/08, §§ 88-90, ECHR 2011.

12) *Heinisch v. Germany*, no. 28274/08, §§ 88-90, ECHR 2011.

13) *Palomo Sánchez and Others v. Spain* [GC], nos. 28955/06 and 3 others, § 59, ECHR 2011; and *Rubins v. Latvia*, no. 79040/12, § 78, 13 January 2015.

(1) 폭로를 위해 사용된 수단

첫 번째 심사기준은 폭로 수단 또는 신고 수단과 관련된 것이다. *Guja* 결정 이후 많은 사건들에서 본 재판소는 내부 신고 수단을 우선적으로 확인해야 한다고 강조했다. 신고는 가능한 한 상급자나 권한이 있는 당국 또는 기관에 먼저 이루어져야 한다. 정보를 대중에게 폭로하는 것은 내부 신고가 명백하게 불가능할 때 행해지는 최후의 수단이 되어야 한다.¹⁴⁾ 원칙적으로는 내부의 상향식 신고가 직원의 충실 의무와 폭로를 통한 공익 사이에서 가장 조화로운 수단이다. 따라서 본 재판소는 내부 고발자가 내부 신고 수단이 있는 것을 알면서도 상급자에게 신고하지 않았고 이에 대해 충분한 해명을 하지 않았다면 내부 고발 상황은 쟁점이 되지 않는다고 본다.¹⁵⁾

하지만 본 재판소는 특정 상황에서 직접 내부 고발을 하는 것이 정당화되는 경우도 있다고 본다. 이는 내부 신고 수단이 신뢰할 수 없거나 효과가 없을 경우¹⁶⁾, 그리고 내부 고발자가 보복에 노출되거나 폭로하려는 정보가 회사 업무의 핵심과 관련 있을 경우에 해당된다.

(2) 폭로된 정보의 진실성

폭로된 정보의 진실성은 내부 고발자의 표현의 자유를 제한할 필요성을 심사하는데 있어서 본질적인 부분이다. 표현의 자유는 ‘의무와 책임’을 수반하고, “정보를 폭로하기로 결정한 사람은 상황이 허락하는 범위에서 그 정보가 정확하고 믿을 만하다는 것을 상세하게 증명해야 한다.”¹⁷⁾

하지만 내부 고발자가 반드시 신고하는 시점에 폭로한 정보의 진실성을 증명해야 할 필요는 없다. 이와 관련하여 본 재판소는 내부 고발자가 심각해질 수 있는 문제가 있다고 믿을 만한 근거를 가지고 있더라도 모든 정보를 알 수 있는 위치에 있을 경우는 거의 없다고 언급했다. 추후에 이에 대한 조사에서 내부 고발자가 실수했다는 것이 밝혀지는 것은 어쩔 수 없는 것이다. 이와 비슷하게, 본 재판소는 “내부 고발자의 폭로 내용이 틀렸더라도 합리적인 믿음을 근거로 한 것이라면 보복으로부터 보호

14) *Guja v. Moldova* [GC], no. 14277/04, §73, ECHR 2008

15) *Bathellier v. France* (dec.), no. 49001/07, 12 October 2010; and *Stanciulescu v. Romania* (no. 2) (dec.), no. 14621/06, 22 November 2011.

16) *Guja v. Moldova* [GC], no. 14277/04, §§ 82-83, ECHR 2008; and *Heinisch v. Germany*, no. 28274/08, § 74, ECHR 2011.

17) *Guja v. Moldova* [GC], no. 14277/04, § 75, ECHR 2008.

받아야 한다.”라고 본다.¹⁸⁾

내부 고발자가 가능한 성실하게 폭로한 정보의 진실성을 증명하려 했다면, 단지 정보가 정확하지 않다고 판명되었다는 이유만으로 협약 제10조의 보호를 잃지는 않는다. 선의의 기준과 함께 정보의 진실성을 심사할 때, 본 재판소는 “만약 내부 고발자가 폭로한 정보가 진실이라는 합리적인 근거를 가지고 있었다면 정보가 추후 거짓으로 판명되더라도, 그가 불법적이거나 비윤리적인 목적을 가지고 있던 것이 아니라면, 모든 내부 고발자는 성실하게 행동한 것으로 간주된다.”라는 원칙을 적용한다.

(3) 내부 고발자 행동의 선의

본 재판소는 “내부 고발자의 폭로 동기는 해당 행위의 보호 여부를 판단하는 결정적인 요소이다.”라고 강조했다.¹⁹⁾ 내부 고발자의 선의를 심사하기 위해 본 재판소는 각 사건에서 내부 고발자가 개인적인 이익을 위해 행동하거나 회사에 대한 개인적인 불만을 가지고 있었는지 또는 폭로 행위의 이면에 다른 의도가 있었는지 확인한다.²⁰⁾ 판단을 내리기 위해 본 재판소는 폭로된 내용을 고려해야 하고, 내부 고발자가 선의로 했다는 것을 뒷받침하기 위해 “불필요한 개인적인 공격”이 없었다는 것을 확인해야 한다.²¹⁾ 폭로를 전달 받은 사람의 정체성도 선의를 평가하는 요소 중 하나이다. 따라서 본 재판소는 내부 고발자가 “대중의 관심을 최대한 받기 위해 즉각적으로 언론이나 전단의 배포를 이용하지 않았는지²²⁾ 또는 그가 먼저 회사 내부에서 문제된 상황을 해결하려 노력했는지²³⁾를 고려해 왔다.

(4) 폭로된 정보의 공익성

본 재판소는 협약 제10조 제2항에 따라 공익과 관련된 토론을 제한할 여지가 거의 없다고 본다.²⁴⁾ 선례에 따르면, 표현과 정보의 자유와 관련된 사건의 통상적인 상황

18) UN Special Rapporteur on the promotion and the protection of the right to freedom of opinion and expression, A/70/361 of 8 September 2015.

19) *Guja v. Moldova* [GC], no. 14277/04, § 77, ECHR 2008.

20) *Guja v. Moldova* [GC], no. 14277/04, §77, ECHR 2008.

21) *Matúz v. Hungary*, no. 73571/10, § 46, 21 October 2014.

22) *Heinisch v. Germany*, no. 28274/08, § 86, ECHR 2011; and *Balenović v. Croatia*, (dec.), no. 28369/07, 30 September 2010.

23) *Matúz v. Hungary*, no. 73571/10, § 47, 21 October 2014.

24) *Sürek v. Turkey* [GC], no. 26682/95, § 61, ECHR 1999 IV; and *Stoll v. Switzerland* [GC], no. 69698/01, § 106, ECHR 2007 V.

에서, 공익은 정당하게 대중이 관심을 가질 정도로 대중에 영향을 주는 사안과 관련되어 있다. 그러한 사안은 대중의 관심을 끌거나 대중과 상당 부분 관련된 것, 특히 대중의 행복이나 공동체의 삶과 관련된 것이다. 또한 공익은 중요한 사회 문제에 대한 격한 토론을 유발하거나 대중이 이에 대한 정보를 알게 되어 이익을 얻는 문제와 관련이 있다.²⁵⁾ 어떤 사례에서는 대중이 갖는 특정한 정보에 대한 관심이 법적인 비밀유지 의무보다 더 우선시 되는 경우도 있다.²⁶⁾ 하지만 공익이 사생활 정보에 대한 대중의 욕망 또는 선정적인 것이나 관음적인 것에 대한 대중의 욕심으로 전락해서는 안 된다.²⁷⁾

규칙을 위반하고 직장에서 얻은 기밀 정보를 폭로한 직원과 관련한 내부 고발자의 보호 사건에서, 본 재판소는 폭로된 정보가 ‘공익’을 내세우는지 확인한다.²⁸⁾ 이와 관련하여 본 재판소는 공익의 개념이 폭로된 정보의 내용과 폭로의 원칙을 기반으로 평가되어야 한다고 강조했다.

본 재판소는 직원이 비밀유지 의무를 지고 있음에도 불구하고 회사에서 얻은 정보를 폭로하고 내부 고발자에 대한 특별한 보호를 요구한 사건들에서, 공익성이 비밀유지 의무를 위반하는 것과 관련되어 평가되어야 한다고 강조한다. 또한 협약 제10조 제2항에 따라 비밀로 얻게 된 정보의 폭로를 방지하는 것이 표현의 자유를 제한하기 위해 허용되는 명시적 근거 중 하나라고 설명한다. 이와 관련하여 조문에서 명시된 이익을 보호하기 위하여 많은 기밀 정보가 법에 의해 보호된다는 것을 유념해야 한다. 이러한 기밀 정보는 국가 안보, 영토 보전, 공공 안전, 무질서나 범죄의 예방, 보건이나 윤리에 대한 보호, 사법부의 권위와 공정성 유지, 또는 타인의 명예나 권리 보호와 관련되어 있다. 이러한 의무의 존재와 내용은 보통 법으로 정해진 비밀유지 의무가 보호하는 권리나 이익의 범위와 중요성을 반영한다. 따라서 비밀유지 의무가 보호하는 정보를 폭로하여 얻어지는 공익에 대한 평가는 비밀유지 의무가 보호하고자 하는 이익을 고려하여 평가되어야 한다. 이는 특히 폭로가 회사의 활동뿐만 아니라 제3자의 활동과 관련된 정보일 경우 더욱 그렇다. 선례에서 알 수 있듯이

25) *Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France* [GC], no. 40454/07, §§ 97-103, ECHR 2015 (extracts).

26) *Fressoz and Roire v. France* [GC], no. 29183/95, ECHR 1999-I.

27) *Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France* [GC], no. 40454/07, § 101, ECHR 2015 (extracts).

28) *Guja v. Moldova* [GC], no. 14277/04, §74, ECHR 2008.

내부 고발을 정당화하는 공익적 정보의 범위는 직원이 신고한 회사 내부의 불법적인 활동, 관행이나 행위 또는 적법하지만 도덕적으로 비난받을 만한 활동, 관행이나 행위에 국한된다.

본 재판소는 폭로된 정보의 공익성이 처한 상황에 따라 다양할 것이라고 본다. 기밀 정보 폭로에 따른 공익은 폭로된 정보가 불법적 활동이나 관행, 도덕적으로 비난받을 만한 활동, 관행이나 행위 또는 공익에 해가 되는지에 대한 토론을 유발한 사안과의 연관성에 따라서 감소할 수 있다. 불법적인 활동이나 관행과 관련된 정보는 분명히 공익과 관련된 것이다.²⁹⁾ 적법하지만 도덕적으로 비난받을 만한 또는 논란이 되는 활동, 관행 또는 행위에 관한 정보 또한 중요하다.³⁰⁾ 따라서 비록 공익을 다루는 것처럼 보이는 정보가 원칙적으로는 정부나 공공기관에 관한 것이라고 하더라도, 어떤 경우에는 상업적 관행, 회사 이사진의 책임³¹⁾, 조세 의무 위반³²⁾ 또는 넓은 의미의 경제적인 선³³⁾과 관련하여 엄격한 검토를 받는 사적 집단의 행위와 관련된 것일 수도 있다.³⁴⁾

결론적으로, 대중이 다양한 범위의 주제에 대해 관심을 가질 수 있다는 것은 명백하지만 이 사실만으로 해당 주제에 대한 기밀 정보가 폭로되는 것이 정당화될 수는 없다. 비밀유지 의무를 위반하고 폭로한 것이 공익을 위한 것인지 확인하기 위해서는 각 사건의 상황과 맥락을 검토해야 한다.³⁵⁾

(5) 폭로로 인한 손해

선례에 따르면, 폭로로 인한 손해는 공익에 대치되는 이익을 의미한다. 따라서 본 재판소는 *Guja* 결정에서 ‘폭로로 인해 정부 기관이 입은 손해’를 평가하고 ‘이러한 손해가 정보가 폭로되어 얻은 공익을 초과하는지’ 검토해야 한다고 실시했다.

회사에 대한 손해 기준은 정부 기관 및 국유 기업과 관련하여 처음으로 정립되었다. 하지만 본 재판소는, 사기업에 그 활동에 대하여 문제를 제기하고 해당 회사의,

29) *Gawlik v. Liechtenstein*, no. 23922/19, § 73, 16 February 2021.

30) *Heinisch v. Germany*, no. 28274/08, § 71, ECHR 2011.

31) *Petro Carbo Chem S.E. v. Romania*, no. 21768/12, § 43, 30 June 2020.

32) *Público Comunicação Social, S.A. and Others v. Portugal*, no. 39324/07, § 47, 7 December 2010.

33) *Steel and Morris v. the United Kingdom*, no. 68416/01, § 94, ECHR 2005 II; and *Heinisch v. Germany*, no. 28274/08, § 89, ECHR 2011.

34) *Steel and Morris v. the United Kingdom*, no. 68416/01, § 94, ECHR 2005 II.

35) *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary [GC]*, no. 18030/11, § 162, 8 November 2016.

어떤 사건에서는 제3자의, 재정적인 또는 평판에 대한 피해를 야기하는 것처럼 고용 관계에서 얻은 정보를 폭로하는 것이 사적인 이익에도 영향을 줄 수 있다는 점을 지적했다.

본 재판소는 경합하는 이익 사이에서 수행되는 이익형량의 조건을 재조정할 필요가 있다고 본다. 회사가 입은 손해에 더하여서, 전체적으로 봤을 때, 협약 제10조에 의해 보호되는 내부 고발자의 표현의 자유에 대한 제한의 적절성을 평가할 때 폭로로 인해 발생한 모든 손해를 고려해야 한다.

(6) 제재의 심각성

본 재판소는 처음부터 내부 고발자에 대한 제재가 직업적 제재, 징계 또는 형사상 처벌 등 다양한 방식으로 나타날 수 있다는 점에 주목한다. 이와 관련하여, 본 재판소는 청구인을 예고 없이 해고하는 것이 노동법하에서 가장 무거운 제재라고 보았다.³⁶⁾ 또한 본 재판소는 이러한 방식의 제재가 청구인의 경력에 부정적인 영향을 줄 뿐만 아니라 다른 직원들을 위축되게 만들고 부적절한 행위에 대해 신고하지 않도록 만들 것이라고 강조해 왔다. 이렇게 직원들을 위축되게 하는 효과는 사회 전체에 손해로 작용할 수 있다.³⁷⁾

이는 형사상 처벌을 부과하는 것과 관련해서도 마찬가지다. 본 재판소는 협약 제10조와 관련된 사건에서 형사상 처벌을 부과하는 것이 표현의 자유를 제한하는 최악의 방식 중 하나이고,³⁸⁾ 정부 기관은 형사상 절차에 의존하는 것을 자제해야 한다고 자주 강조해 왔다. 내부 고발의 특수한 상황과 관련하여 본 재판소는 기밀 정보를 폭로한 것을 처벌하기 위해 형사상 처벌을 이용하는 것이 폭로한 개인의 경력과 다른 직원들을 위축되게 하는 것과 관련하여 표현의 자유와 합치하지 않는다고 결정한 적이 있다.³⁹⁾

그럼에도 불구하고, 본 재판소의 선례에 따르면 부과된 제재의 성질이나 심각성은 표현의 자유의 제한의 비례성을 심사하는 데 고려되어야 할 요소이다.⁴⁰⁾ 이는 청구

36) *Gawlik v. Liechtenstein*, no. 23922/19, § 84, 16 February 2021.

37) *Heinisch v. Germany*, no. 28274/08, § 91, ECHR 2011.

38) *Rouillan v. France*, no. 28000/19, § 74, 23 June 2022; *Z.B. v. France*, no. 46883/15, § 67, 2 September 2021; and *Reichman v. France*, no. 50147/11, § 73, 12 July 2016.

39) *Bucur and Toma*, no. 40238/02, § 119, 8 January 2013; and *Marchenko v. Ukraine*, no 4063/04, § 53, 19 February 2009.

인에 부과된 다양한 제재의 누적 효과에도 동일하게 적용된다.⁴¹⁾

나. 6가지 심사기준의 적용

(1) 선결문제

이번 사건은 청구인이 회사에 고용되어 있는 동안 직업상 비밀로 보호되는, 회사에서 입수한 기밀문건을 폭로한 것에 대해 다룬다. 이번 사건에서는 청구인의 회사가 사기업이라는 점, 직업상 비밀을 지킬 법적 의무 및 회사와 직원 사이의 고용관계에 일반적으로 존재하는 충실 의무가 있었다는 점, 그리고 폭로 전 제3자가 이미 회사의 활동에 대해 폭로를 했었다는 점이 특수하다. 특수한 상황임에도 불구하고 본 재판소는 이전 사건들과 비슷한 쟁점을 다룬다. 이러한 상황에서 대재판부는 이번 사건에 상술한 일반적인 심사기준과 원칙을 적용하는 것이 적절하다고 본다.

먼저, 본 재판소는 청구인에 대한 유죄 판결이 협약 제10조에서 보장하는 표현의 자유를 부적절하게 제한한 것인지 확인해야 한다. 둘째로, 본 재판소는 내부 고발자 보호의 구체적인 쟁점과 관련하여 일반적인 절차에 따라 검토를 수행할 것이다.

(2) 룩셈부르크 항소법원의 판단

본 재판소는 협약에 합치하는 방식으로 본국법을 해석하고 적용하는 것은 본래 국가 정부, 특히 법원의 역할이라는 것을 다시 강조한다. 본 재판소의 역할은 법이 해석되고 적용된 방식이 협약의 원칙과 합치하는 결과를 낳았는지 최종적으로 결정하는 것이다.⁴²⁾

협약 제10조와 관련하여 국내 법원이 충분한 근거를 제시하지 않고 이로 인해 선례에 정립된 기준이 올바르게 적용되었는지에 대해 본 재판소가 적절히 심사할 수 없다면, 국내 법원이 해당 조항을 위반한 것이라고 본다.⁴³⁾

이번 사건에서 본 재판소는 먼저 항소법원이 내부 고발자에게 부여된 보호의 중요성을 인식하면서 협약 제10조에 따른 선례에서 정립된 원칙을 따르려 노력하고 있다

40) *Stoll v. Switzerland* [GC], no. 69698/01, § 153, ECHR 2007 V; and *Bédat v. Switzerland* [GC], no. 56925/08, § 81, 29 March 2016.

41) *Lewandowska-Malec v. Poland*, no. 39660/07, § 70, 18 September 2012.

42) *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* [GC], no. 26374/18, § 250, 1 December 2020.

43) *Ergüdoğan v. Turkey*, no. 48979/10, § 33, 17 April 2018; and *Ibragim Ibragimov and Others v. Russia*, nos. 1413/08 and 28621/11, §§ 106-111, 28 August 2018.

는 것에 주목한다. 이와 관련하여 국내 법원이 단순히 ‘*Guja* 심사기준’을 언급만 하고 실제로 적용하지 않았다는 또는 부분적으로만 적용했다는 청구인의 주장에는 근거가 없다고 본다.

판결에 따르면, 항소법원은 협약이 본국법에 미치는 효과를 실시하고 내부 고발자 지위를 인정하는 본국법이 이번 사건에는 적용되지 않는다고 판단한 후, 협약 제10조와 관련된 선례를 기준으로 판결을 내렸다. 이를 통하여 “초국가적 협약이 보호하는 본질적인 자유인” 표현의 자유는 “본국법에 의해 훼손될 수 없다.”라고 실시하고, 공익에 관한 토론의 맥락에서 “내부 고발자의 표현의 자유가 상황에 따라 우선시되고 본국법의 위반을 정당화하는 상황에서 근거로 이용될 수 있다.”라고 인정했다.

본 재판소는 청구인이 협약 제10조에 따라 내부 고발자의 보호를 받기 위해 필요한 선례에 정립된 몇 가지 조건을 충족했다는 것에 대해 당사자들이 동의했다는 것에 주목한다. 이는 청구인이 폭로를 위해 선택한 수단, 폭로의 공익성, 폭로된 문건의 진실성 그리고 청구인의 선의에 관한 것이다. 대재판부 심리 중 이러한 부분에 관하여는 사실관계 또는 국내 법원의 평가에 대한 이의가 제기되지 않았다.

(i) 폭로에 활용할 다른 수단이 존재했는지 여부

본 재판소는 거대 다국적 기업의 이익을 위한 세금 최적화(tax-optimisation) 관행과 청구인의 회사가 고객을 대신하여 룩셈부르크 조세 당국에 제출한 소득 신고서가 룩셈부르크에서 적법하다는 점을 고려한다. 회사의 행위는 법적으로는 전혀 문제될 것이 없었다.

본 재판소는 이번 사건에서 내부 고발 수단을 직접 이용하는 것만이 실질적인 신고 방법이었을 것이라고 본다. 어떠한 상황에서는 언론을 이용하는 것만이 실질적인 내부 고발의 수단이 될 수도 있다. 회사의 통상적인 활동 또는 관행이 연루되어 있고 이것이 불법적이지 않다면, 공익적인 정보를 전달할 자유에 대한 실질적인 보호는 언론을 포함하여 내부 고발 수단을 직접 이용하는 것을 용인한다. 이는 이번 사건에서 청구인이 다르게 행동할 수 없었고, 언론을 통해 대중에게 알린 것이 신고를 위한 유일한 실질적 방안이었다는 판단을 내리면서 항소법원이 인정한 것이다. 본 재판소는 이 판단이 선례에 합치한 것이라고 본다.

(ii) 폭로된 정보의 진실성

청구인은 기자 E.P.에게 14건의 소득 신고서와 2건의 동봉 편지를 전달했는데 이

문건의 정확성과 진실성은 항소법원에 의해 확인되었고, 재판 당사자들은 이를 문제 삼지 않았다. 이는 폭로된 정보의 진실성 기준에 부합하기 때문에 본 재판소가 항소법원의 판단과 다르게 볼 여지가 없다.

(iii) 청구인의 선의

항소법원의 판결에 따르면 청구인은 자신의 “이익을 위해 또는 회사에 손해를 입힐 목적으로” 행동하지 않았고, 이는 선의의 심사기준에 부합한다. 본 재판소는 이 판단과 다르게 볼 여지가 없고 청구인의 폭로가 선의 요소를 충족했다고 본다.

(iv) 폭로된 정보의 공익과 회사가 입은 손해 사이의 이익형량

이번 사건에서의 쟁점은 서로 다른 두 권리 사이의 경합이 아니다. 본 재판소의 판단은 오로지 협약 제10조하에서 이루어졌다. 정보를 공개할 자유를 포함하여 표현의 자유를 보장하는 제1항과 타인의 명예나 권리를 보호하고 비밀로 얻은 정보의 폭로를 방지하기 위해 정부가 그 권리를 제한할 수 있도록 규정한 제2항 사이의 경합이 핵심이다.

본 재판소는 폭로를 하게 된 배경이 폭로로 인한 손해와 대치되는 공익성 요소를 판단하는 데 중요한 역할을 할 수 있고, 본 재판소가 이를 사실관계에 비추어 평가해야 한다고 본다. 문건을 전달한 배경을 조사하면서, 항소법원은 문제된 소득 신고서가 언론인들의 탐사 결과를 확인하는 데 있어서는 기자 E.P.에게 유용했지만 “절세에 대한 토론을 재개하거나 이에 기여할 만한 새로운 중요한 정보”를 제공하지는 않았다고 판단했다. 항소법원은 소득 신고서가 “룩셈부르크의 사전 조세 합의 관행에 대한 공적인 토론의 발단이 되거나 절세에 대한 토론의 계기가 되지 않았다고 보았고 또한 본질적이고 새로운 그리고 이전에는 알려지지 않은 정보를 제공하지도 않는다.”라고 결론 내렸다. 그리고 청구인이 정보를 폭로하여 회사에 공익을 초과하는 수준의 손해를 입었다고 판단했다.

이와 관련하여 본 재판소는 공적인 토론이 지속적인 성격을 띠 수 있고 추가적인 정보를 필요로 할 수 있다는 점을 강조한다.⁴⁴⁾ 진행 중인 사건이나 과거의 토론에 관한 폭로 또한 공익적일 수 있다.⁴⁵⁾ 공적인 토론은 시간이 지난다고 하여 끝나는 것이

44) *Dammann v. Switzerland*, no. 77551/01, § 54, 25 April 2006; and *Colaço Mestre and SIC - Sociedade Independente de Comunicação, S.A. v. Portugal*, nos. 11182/03 and 11319/03, § 27, 26 April 2007

45) *Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France* [GC], no. 40454/07, § 114, ECHR 2015 (extracts).

아니고 시민들의 공익적 사안에 대한 입장은 시간에 따라 변한다. 따라서, 룩셈부르크에서 조세 관행에 대한 공적 토론이 이미 진행 중이었다는 사실 하나만으로는 폭로된 정보가 유럽, 특히 프랑스의 기업 조세 관행에 대한 논쟁을 촉발하고 대중의 관심을 불러올 공익적인 정보일 가능성을 배제할 수 없다.

본 재판소는 조세에 관한 문제가 원칙적으로는 의심할 여지없이 사회의 공익에 관한 사안이라는 것을 강조한다.⁴⁶⁾ 이와 관련하여, 본 재판소는 이미 다른 사건에서 조세 자료에 대한 정보를 공개하는 것과 세액경정통지서를 공개하는 것이 공익에 관한 공적 토론에 기여할 수 있다고 보았다.⁴⁷⁾ 이번 사건에서 항소법원은 청구인과 A.D.가 폭로한 것이 공익에 대한 것이고 “유럽과 룩셈부르크에서 법인세, 특히 다국적 기업의 조세, 조세 투명성, 사전 조세 합의 관행, 그리고 일반적인 조세 공정성에 대한 공적 토론의 장을 만들었다.”라고 판단했다. 본 재판소는, 청구인이 폭로한 정보가 공익의 영역에 속하는지와 관련하여, 항소법원이 공익의 범주에 관한 선례에 따라 청구인이 강조한 관행이 문제가 될 만하다고 판단한 것과 달리 판단할 이유가 없다고 본다.

본 재판소는 내부 고발의 목적이 정보를 공개하고 대중의 관심을 끄는 데에만 국한되지 않고 관계 당국이나 사인의 해결 방안을 통해 관련된 상황에 변화를 가져오기 위한 것이라고 본다. 하지만 관계 당국이 신고 내용을 실질적으로 해결하도록 하기 위해 또는 사회를 움직여 감시 기능을 강화하기 위해 같은 사안에 대하여 여러 번 경종을 울려야 할 필요가 있는 경우가 가끔 있다. 따라서 룩셈부르크에서 탈세 관행이나 세금 최적화 관행에 대한 논의가 이미 진행 중이었고 청구인의 폭로가 처음이 아니었다는 사실이 청구인이 폭로한 문건의 공익성을 훼손하지는 않는다.

본 재판소는 청구인에 의해 공개된 세금 신고서와 같은 다국적 기업의 조세 관행에 관한 정보가 탈세, 투명성, 공정성 그리고 조세 정의에 대해 진행되고 있는 공적 토론에 기여한다고 본다. 폭로된 관행이 이 사건에서 조세 정책이 문제되었던 룩셈부르크뿐만 아니라 그러한 관행으로 인해 조세 수입에 영향을 받을 수 있는 유럽 및 다른 국가들에서 여론의 관심사가 될 만한 정보라는 점에는 의심의 여지가 없다.

내부 고발로 인한 손해에 관하여, 첫 번째로, 본 재판소는 항소법원이 PwC가 “부

46) *Taffin and Contribuables Associés v. France*, no. 42396/04, § 50, 18 February 2010.

47) *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland [GC]*, no. 931/13, § 172, 27 June 2017; and *Fressoz and Roire v. France [GC]*, no. 29183/95, § 50, ECHR 1999-I.

적절한 탈세 관행과 연관되었고, 형사 범죄의 피해자가 되었으며, 어쩔 수 없이 손해를 입었다.”라고 판단한 것에 주목한다. 본 재판소의 입장에서 PwC가 입은 손해는 단순히 폭로로 인한 재정적인 부분에 국한되지 않는다. 본 재판소는 폭로로 인하여 PwC에게 맡겨진 재정 관련 정보와 고객들을 대신하여 수행한 조세 활동의 비밀성을 보장하는 능력이 의심받게 되면서 고객들 사이에서 PwC의 평판이 실추되었다고 본다. 두 번째로, 본 재판소는 폭로로 인해 영향을 받은 다른 이익들을 조사할 필요가 있다고 본다. PwC의 고객과 관련하여 본 재판소는, 세금 신고서가 폭로된 후에 일어난 언론 및 정치적 파장을 고려한다면, 폭로가 대중에게 공개된 다국적 기업의 사적 이익과 평판에 어느 정도 부정적인 영향을 주었다고 본다. 또한 직업상 비밀을 유지하는 것은 그 목적이 전문가와 고객 사이에 신뢰 관계를 형성하고 특정 업무의 신뢰를 쌓는다는 점에 있어서 분명히 공익과도 관련이 있다. 이 또한 공익 질서의 원칙이며 이를 위반하면 형사상 처벌을 받을 수도 있다.

하지만 항소법원은 PwC가 입은 피해만 이익형량의 한 측면에 두고 회사가 부적절한 탈세 관행과 연관되었다는 점, 형사 범죄의 피해자가 되었다는 점, 그리고 손해를 입었다는 점만 고려했다. 항소법원은 성격과 범위가 세부적으로 결정되지 않은 손해가 왜 공익보다 더 크다고 결정했는지에 대한 구체적인 근거는 제시하지 않고 일반적인 문구로만 실시했다. 즉 항소법원은 이익형량의 한 측면에서 폭로로 인해 발생한 모든 손해를 충분히 고려하지 않았다.

상술한 내용에 비추어 보았을 때, 본 재판소는 항소법원이 수행한 이익형량이 선례의 요건을 충족하지 못했다고 판단한다. 항소법원은 폭로된 정보의 공익성을 과도하게 제한적으로 해석했다. 또한, 폭로된 정보로 인해 발생한 손해 전부를 고려하지 않고 PwC가 받은 손해에만 집중했다. PwC의 고객의 사적 이익, 절도의 예방 및 처벌에 관한 공익, 그리고 직업상 비밀유지에 관한 손해는 고려하지 않았고, PwC가 받은 손해에만 집중하여 PwC의 사업이나 평판의 측면에서 평가되지 않은 손해가 정보의 폭로와 관련된 공익보다 중요하다고 판단했다. 즉 항소법원은 이번 사건의 특징에 따라 고려해야 할 사항들을 충분히 고려하지 못했다.

이러한 상황에서 본 재판소는 자체적으로 관련 이익들을 형량해야 한다. 본 재판소는 청구인이 폭로한 정보가 의심할 여지없이 공익적이라고 인정한다. 동시에 폭로가 자료를 절도하고 직업상 비밀유지 의무를 위반한 것이라는 점 또한 간과할 수 없다. 따라서 본 재판소는 폭로된 정보의 성격과 이로 인한 위협과 관련하여 폭로된 정

보의 상대적인 이익형량에 주목한다. 본 재판소는 청구인이 정보를 폭로함으로써 기여한 다국적 기업의 조세 관행 관련 공적인 토론에 무게를 두고 정보의 폭로로 인한 공익이 그로 인한 모든 손해보다 중요하다고 판단한다.

(v) 제재의 심각성

제재가 가벼운지와 상관없이, 비례의 원칙과 관련해 평가할 때 중요한 것은 청구인에게 부과된 판결의 실질적 효과이다.⁴⁸⁾ 내부 고발자의 본질적인 역할과 관련하여, 표현의 자유에 대한 모든 과도한 제한은 내부 고발자가 불법적인 행위를 신고하지 못하도록 위축시켜 장래에 공익적인 정보를 폭로하지 못하도록 막을 위험을 내포한다.⁴⁹⁾ 이는 협약 제10조가 보장하는 대중의 공익적 정보에 대해 알 권리를 위협한다.

이번 사건에서 회사에 의해 해고된 후 청구인은 기소되었고 형사 소송의 결과로 1,000유로 벌금형을 선고받았다. 항소법원이 고려하지 않은 것으로 보이는, 부과된 제재의 성격과 이러한 제재가 누적된 효과 -특히 청구인이나 다른 내부 고발자의 표현의 자유에 대한 위축 효과- 의 심각성, 그리고 관련된 이익에 대한 형량을 통해 내려진 결론을 고려했을 때, 본 재판소는 청구인에 대한 유죄 판결이 정당한 목적을 구현하는 비례의 원칙을 위반했다고 본다.

다. 소결

본 재판소는 청구인에 대한 유죄 판결의 성격, 심각성 그리고 위축효과를 고려하여 모든 이익들을 따져본 결과, 청구인의 표현의 자유를 제한한 것이 ‘민주사회에서 필수적’이지 않았다고 판단한다.

따라서 12대 5의 표결로, 협약 제10조가 위반되었다고 결정한다.

2. RAVARANI, MOUROU-VIKSTRÖM, CHANTURIA, SABATO 재판관의 반대 의견

우리는 항소법원이 청구인의 내부 고발자 지위를 인정해주지 않은 것이 협약 제10조를 위반한 것이라고 판단하여 청구인이 절도와 직업상 비밀유지 위반에 대해 형법에 규정된 벌금을 내지 않도록 한 법정의견에 동의하지 않는다. 우리는 *Guja* 심사

48) *Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France* [GC], no. 40454/07, § 151, ECHR 2015.

49) *Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France* [GC], no. 40454/07, § 151, ECHR 2015; and *Görmüş and Others v. Turkey*, no. 49085/07, § 74, 19 January 2016.

기준에 대해 재논의할 필요성과 이 심사기준을 발전시켜 온 방식에는 동의한다. 하지만 이번 사건에서 법정의견이 정립한 원칙과 이를 적용하는 부분에는 동의하지 않는다.

가. 법정의견이 새롭게 정립한 원칙

법정의견은 내부 고발자에 관한 선례, 특히 *Guja* 결정에서 정립된 심사기준에 대해 재논의한다. 내부 고발자 지위는 보호 받는 사람에게 형법이 적용되지 않도록 막고 강력한 보호를 제공한다. 따라서 이러한 지위를 보장하는 것은 극도로 조심스러워야 하고 엄격하게 규정된 심사기준을 따라야 한다.

법정의견은 법적 안정성과 법의 예측 가능성을 중요하게 본다. 하지만 “선례에서 정립된 내부 고발자 관련 원칙을 확인하고 확립해야 한다.”라고 주장하며 원칙을 ‘미세하게 수정’하고 있다. 이를 통해 법정의견은 내부 고발자가 보호를 받기 위해 필요한 폭로된 정보의 공익성 개념을 대폭 확장하고 있다. 법정의견은 내부 고발자가 보호 받기 위해 필요한 공익성에 대하여 회사 입장에서의 두 범주의 정보에 대해 설명한다. 하나는 ‘회사의 불법적인 활동, 관행 또는 행위에 대한 정보’이고, 다른 하나는 ‘적법하지만 도덕적으로 비난받을 만한 활동, 관행 또는 행위에 대한 정보’이다. 이에 대해 설명한 후에 법정의견은 내부 고발자 관련 사건에서 처음 등장하는 세 번째 범주를 추가하는데, 이는 “민주사회에서 정부 기관의 업무에 관한, 공익에 해가 되는지 여부와 관련하여 대중이 정보를 알게 되면 정당한 이익을 가져올 수 있는 논쟁을 일으키고 공적인 토론을 유발하는 정보”라고 한다.

내부 고발자에 의해 공개될 수 있는 세 범주의 정보와 관련하여, 법정의견은 폭로로 인한 공익이 정보가 어느 범주에 속하느냐에 따라 감소할 수 있다고 강조한다. 이 세 범주로 인해 법적 안정성이 훼손되었다는 것은 분명하다. 어떤 행위가 불법이라는 것은 쉽게 알 수 있지만, 어떠한 행위가 적법하면서 도덕적으로 비난받을 행위인지는 결정하기 훨씬 어렵다. 게다가 공적인 토론을 유발하는 정보에 대해 판단하는 것은 가장 불확실한 것이다.

이번 결정은 또한 직업상 비밀유지 의무를 저해하는 위험을 감수하고, 불법적이거나 도덕적으로 비난받을 행위를 폭로하는 것이 아니라 ‘단순히’ 대중의 관심을 끄는 정보에 우선권을 부여하면서 알 수 없는 영역으로 들어간다. 법정의견은 폭로를 정당화하는 데 활용되는 공익성 요소가 “비밀유지 의무를 위반한 것과 분리되어 심사

될 수 없다.”라고 인정한다. 하지만 직업상 비밀유지 의무의 중요성에 관하여 국내 법원에 대한 존중에 대해서는 결론을 내리지 않고, 폭로와 비밀유지 의무 사이의 경합은 풀리지 않은 채로 남겨 두었다. 법정의견은 최소한의 명확성을 가지고 내부 고발자와 그에 대한 기소에 대해 지침을 줄 심사기준을 제시하지 않고, 오히려 혼란을 초래하고 불확실한 결과와 어려운 선택을 하도록 방치했다.

나. 원칙의 적용

법정의견은 항소법원이 선례를 적용하기 위해 성실히 노력했다고 보았다. 그럼에도 불구하고, *Guja* 결정에서 정립된 심사기준을 ‘재정의’하고 이번 사건의 특수성이 추가적인 설명을 필요로 한다고 언급하며, 이를 적용한다고 실시한다. 그리고 항소법원이 내부 고발자의 보호에 대해 판단한 방식을 평가한 뒤, 이 판단이 선례에서 정립된 원칙과 심사기준과 합치하는지 판단하고, 스스로 이번 사건에 원칙과 심사기준을 적용한다.

법정의견은 *Guja* 심사기준을 재정의하는 과정에서 실질적으로는 이를 변경했다. 특히 법정의견은 폭로된 정보에 내재된 공익성의 기본적인 개념에 새로운 내용을 추가했고, 회사에게 입힌 손해뿐만 아니라 공익상 피해까지 포괄하며 폭로로 인한 손해에도 새로운 내용을 추가했다.

법정의견은 이번 사건에서 새로운 심사기준을 사건의 사실관계가 아닌 항소법원의 판결에 적용한다. 하지만 심사기준이 변경되었다는 것을 고려했을 때, 이전의 *Guja* 심사기준을 따른 항소법원의 판결이 새로운 심사기준의 결과와 일치하는 결론에 이르게 된다면, 이는 사실상 우연의 일치일 수밖에 없다. 이러한 상황에서는 법정의견이 자체적인 이익형량을 수행하고 그 결과를 바탕으로 하여 국내 법원이 이전의 기준을 적용하여 도달한 결과를 평가하는 것이 더 논리적이었을 것이다. 하지만 법정의견은 새로운 심사기준을 항소법원이 이용한 검토 사항에 적용했고, 결국 항소법원의 각각의 이익에 대한 평가가 새로운 심사기준에 합치하지 않는다는 결정을 내렸다.

새로운 심사기준을 통해 수행한 이익형량과 관련하여 법정의견이 사건의 구체적인 사실관계를 충분히 고려했는지 그리고 이 부분에서 항소법원의 판단을 충분히 존중했는지가 문제될 수 있다. 특히, 항소법원이 내부 고발자를 보호하려는 의지가 없었다는 것은 잘못된 것이므로 비난받을 수 없다.

항소법원이 판단의 재량 범위를 넘어섰는지 평가하기 위하여 법정의견은 “룩셈부

르크에서 조세 관행에 대한 공적 토론이 이미 진행 중이었다는 사실 하나만으로는 폭로된 정보가 유럽, 특히 프랑스의 기업 조세 관행에 대한 논쟁을 촉발하고 대중의 관심을 불러올 공익적인 정보일 가능성을 배제할 수 없다.”라고 설시한다. 하지만 항소법원은 폭로된 정보가 청구인이 내부 고발자 지위를 인정받는 데 충분하지 않다고 결정할 때, 본질적이고 새롭고 이전에 알려지지 않은 정보에 대한 심사기준만 근거로 삼은 것은 아니다. 항소법원은 사전 조세 합의서와 탈세에 관한 공적인 토론에 대한 기여라는 다른 심사기준이 충족되지 않았다고도 판단했다.

법정의견은 항소법원이 청구인의 폭로로 인해 발생한 모든 손해를 고려하지 못한 것에 대해 비판한다. 이를 설명하기 위해 법정의견은 PwC가 평판에서 입은 손해와 두 가지 다른 손해를 강조한다. 하나는 PwC의 고객이 입은 손해이고, 다른 하나는 공익과 관련된 손해이다. 폭로로 인한 다양한 형태의 손해를 포괄하여 공익과 대치되는 다른 측면에 두고, 법정의견은 이익형량을 수행한 후에 놀랍게도 공익이 폭로로 인한 모든 손해보다 크다고 결정한다. 이는 법정의견이 “폭로가 자료를 절도하고 직업상 비밀유지 의무를 위반하여 발생한 것이라는 점을 간과해서는 안 된다.”라고 반복해서 언급한 후에 내린 결론이다.

청구인에게 내려진 벌금형은 본질적으로 비례의 원칙을 위반한다고 볼 수 없다. 법정의견이 내린 결론에 따르면, 비례의 원칙은 어떠한 형사상 처벌도 부과되지 말았어야 할 때만 위반되지 않는 것처럼 보인다. 하지만 이를 통해 우리는 법정의견이 ‘제재’에 대한 심사기준을 자의적으로 해석하고, 이를 폭로된 정보를 이익형량하는 심사기준 중 하나로 만들었다고 의심할 수 있다.

항소법원이 이번 사건에서 사실관계를 포함한 모든 정보를 고려했다는 점, *Guja* 결정에서 정립된 심사기준을 세심히 고려했다는 점, 그리고 그에 포함된 모든 요소들을 고려했다는 점을 보았을 때, 우리는 항소법원의 판결이 청구인의 내부 고발자 지위를 인정하지 않은 것이 존중받아야 할 범위에 있고 협약 제10조를 위반한 것이 아니라고 본다.

3. KJØLBRO 재판관의 반대성명(statement of dissent)

나는 협약 제10조가 위반되었다는 판단에 반대한다.

먼저, 법정의견이 이른바 ‘두 번째 *Guja* 심사기준’의 일반적인 원칙, 특히 폭로된

정보의 공익성을 확장하는 것에 반대한다. 둘째로, 법정의견이 이번 사건의 특수한 상황에 새로운 일반 원칙을 적용하는 것에 동의할 수 없다.

Ⅲ. 결정의 의의

유럽인권재판소의 이번 결정은 회사 직원이 회사의 기밀 정보를 폭로했을 때 그가 내부 고발자의 지위를 인정받아 협약 제10조에 따라 표현의 자유를 보호받을 수 있는지에 관한 것이다.

이번 사건의 발단이 된 PwC의 내부 문건 폭로는 이른바 ‘룩스리크스’라고 불리면서 유럽 내에서 큰 관심을 받았다. 그러면서 이를 폭로한 내부 고발자들의 보호에 대해서도 이목이 집중되었는데, 룩셈부르크 항소법원은 첫 번째로 내부 고발을 한 A.D.에게는 집행유예를 선고했고, 두 번째로 내부 고발을 한 이번 사건의 청구인에게는 1,000유로의 벌금형을 선고했다. 이로 인해 청구인은 유럽인권재판소에 이 사건을 제소하게 되었다.

유럽인권재판소의 법정의견은 *Guja* 결정에서 정립한 6가지 요소로 이루어진 심사 기준을 가지고 이번 사건을 판단했다. 이 6가지 요소는 (1) 폭로를 위한 대체 수단의 이용 가능 여부, (2) 폭로된 정보의 공익성, (3) 폭로된 정보의 진실성, (4) 회사가 입은 손해, (5) 내부 고발자 행동의 선의, (6) 제재의 심각성을 다루고 있다. 법정의견은 그 중에서 (2) 폭로된 정보의 공익성과 (4) 회사가 입은 손해를 이익형량하여 폭로로 인한 공익이 손해보다 더 우월하다는 것을 근거로 청구인의 손을 들어줬다.

한편, 반대의견은 법정의견이 *Guja* 결정에서 정립한 기준을 재정의하면서 법적 안정성을 해쳤다고 비판했다. 법정의견이 폭로로 인한 공익성의 범위를 과도하게 넓혀 심사기준을 변경하였고, 룩셈부르크 항소법원의 판단 재량을 충분히 존중하지 않았다며 법정의견에 동의하지 않았다.

우리나라에서는 공익 신고가 양심의 자유, 표현의 자유, 알 권리 등의 헌법적 근거를 통해 정당화된다고 보고,⁵⁰⁾ 「공익신고자 보호법」을 통하여 ‘공익을 침해하는 행위를 신고한 사람’을 보호하고 있다. 하지만 실질적으로는 신고자의 비밀보장이 미흡하고, 신고자 보호의 사각지대가 존재하며, 공익신고와 관련된 법률지원이 미흡하

50) 이호용, 공익신고제도의 법적 과제와 전망, 단국대학교 법학논집 제37권 제2호, 2016. 6. 127쪽.

다는 것이 한계로 지적되고 있다.⁵¹⁾ 공익 신고가 헌법상 보호를 받는 권리라는 점에 비추어 이번 결정이 이러한 우리나라 상황에도 의의가 있을 것이라고 본다.

51) 국회입법조사처, 공익신고자 보호제도 현황과 개선과제, NARS 입법·정책 제76권, 2021. 3. 12-21쪽.

동성 커플을 법적으로 인정하고 보호할 국가의 의무¹⁾

I. 사건개요

이번 사건은 러시아 연방(이하 “피청구국”)을 상대로 6명의 러시아 국민(이하 “청구인들”)이 각각 2010년 7월 20일, 2014년 4월 5일, 2014년 5월 17일에 제기한 3개의 청구에서 비롯되어 병합된 것이다. 청구인들은 피청구국이 동성 커플이 혼인하는 것을 허용하지 않고, 동성 커플을 법적으로 인정 및 보호하지 않기 때문에 자신들의 권리가 침해되었다고 주장하였다.

청구인들은 세 쌍의 동성 커플로 각자 등기소의 지역 사무소에서 혼인 신고를 했다. 하지만 이들의 혼인 신고는 등기소에 의해 거부당했다. 피청구국 당국은 혼인을 ‘남자와 여자 사이의 자발적인 부부 결합’이라고 규정한 러시아 가족법 제1조²⁾에 의거하였다. 즉 청구인들 커플이 남자와 여자로 이루어지지 않았기 때문에 혼인 신고를 받아들일 수 없다고 판단하였다. 청구인들은 국내법원에 당국의 이러한 결정을 다투는 소송을 제기하였다.

(1) Fedotova와 Shipiko 커플의 국내 소송 절차

청구인들 중 Fedotova와 Shipiko 커플은 모스크바의 Tverskoy 지방법원에 혼인 신고의 거부를 다투는 소송을 제기했다. 그들은 혼인 신고가 가족법에 명시된 요건을 충족하였지만 당국이 혼인 신고의 수리를 거부한 것이 러시아 헌법 및 유럽인권협약(이하 “협약”) 제8조³⁾와 제12조⁴⁾가 보호하는 권리를 침해하는 것이라고 주장했다.

1) Fedotova and Others v. Russia [GC], nos. 40792/10, 30538/14 and 43439/14, 17 January 2023.

2) 러시아 가족법 제1조 (가족법의 기본 원칙)

(1) 가족, 모성(motherhood), 부성(fatherhood), 자녀는 국가에 의해 보호된다.

...

(3) 가족관계에 대한 규정은 남자와 여자 사이의 자발적인 부부 결합의 원칙과 가족 내 부부의 권리 평등 원칙을 기반으로 한다.

(4) 어떠한 형태로든 사회적, 인종적, 민족적, 언어적 및 종교적인 이유로 개인의 결혼할 권리를 제한하는 것은 금지된다.

3) 유럽인권협약 제8조 (사생활 및 가족생활을 존중받을 권리)

(1) 모든 사람은 그의 사생활과 가족생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.

2009년 10월 6일, Tverskoy 지방법원은 그들의 청구를 기각하고, 이 커플에 남자가 포함되어 있지 않기 때문에 ‘남자와 여자 사이의 자발적인 부부 결합’이라는 가족법의 혼인 요건을 충족시키지 못했다고 판단했다. 이 법원은 국제법과 헌법이 정부에 동성혼을 장려하거나 옹호할 의무를 부과하지 않았다고 보았다. 마지막으로, 이 법원은 혼인 신고 양식이 ‘남자’와 ‘여자’ 두 개의 공란을 포함하고 있음을 지적했고, 이로 인해 동성 커플은 이를 이용할 수 없다고 보았다.

이 커플은 가족법이 동성 간의 혼인을 금지한 것이 아니라고 주장하며 항소했다. 그들은 가족법 제14조⁵⁾의 혼인에 대한 제한 규정에 동성 커플이 명시되어 있지 않다는 것을 근거로 들었다.

2010년 1월 21일, 모스크바 항소법원은 지방법원의 판결이유를 옹호하며 원심 판결을 유지했다. 위 항소법원은 동성혼에 대한 명시적인 금지조항이 없다는 것이 국가가 동성혼을 허용하는 것으로 해석될 수 없다고 판단했다.

(2) Chunosov와 Yevtushenko 커플의 국내 소송 절차

청구인들 중 Chunosov와 Yevtushenko 커플은 혼인 신고가 거부된 것에 대해 Gryazi 지방법원에 소송을 제기했다. 그들은 가족법이 동성 커플의 혼인할 권리를 제한하지 않는다고 주장했다. 그들은 또한 협약을 포함한 다양한 국제 합의들이 성적 지향을 기반으로 하는 차별 등 모든 차별을 금지하고, 협약의 체약국에 사생활과 가족생활을 보호할 의무를 부과한다고 주장했다. 그들은 협약 제8조, 제12조 및 제14조⁶⁾에 의

(2) 공권력은 국가 안보, 공공의 안전, 국가의 경제적 복리를 위해, 무질서 또는 범죄의 방지를 위해, 보건 또는 도덕의 보호를 위해, 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위해 민주사회에서 필요하고 법에 따라 이루어지는 경우를 제외하고는 이 권리의 행사를 제한할 수 없다.

4) 유럽인권협약 제12조 (혼인할 권리)

혼인 적령기의 남자와 여자는 이 권리 행사에 관한 국내법에 따라 혼인을 하고 가정을 구성할 권리를 가진다.

5) 러시아 가족법 제14조 (혼인의 제한)

다음의 경우, 혼인은 인정될 수 없다.

- 둘 중 한명이라도 이미 혼인한 상태인 경우;
- 가까운 친척, 형제자매 또는 의붓형제자매인 경우;
- 양부모와 그들의 양자인 경우; 또는
- 둘 중 한명이 정신적 질환으로 인해 법원에 의해 법적 능력을 상실한 경우.

6) 유럽인권협약 제14조 (차별의 금지)

성, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 소수민족에의 소속, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 차별도 없이 본 협약에 규정된 권리와 자유의 향유가 확보되어야 한다.

거하였다.

2013년 8월 2일, Gryazi 지방법원은, 러시아 법에 따르면 혼인 신고에 대한 심사가 의무적이기 때문에, 등기소가 혼인 신고를 심사하지 않고 거부한 것은 위법하다고 판단했다. 하지만 위 지방법원은 동성혼의 거부에 관해서는 헌법재판소가 헌법이나 법률이 동성 커플에 혼인할 권리를 부여하지 않았다고 판단한 결정을 인용하면서, 동성혼이 국가와 종교의 전통, 남자와 여자 사이의 생물학적 결합이라는 결혼에 대한 이해, 가족을 보호하려는 국가의 정책, 부모와 자녀의 본질적인 성격, 그리고 동성애에 대한 금지에 반한다고 덧붙였다. 또한 위 지방법원은 협약이 체약국에 동성혼을 허용할 의무를 부과하지 않았다고 언급했다.

이 커플은 러시아 법이 혼인을 이성 간 결합으로 정의하지 않았고, 가족법이 동성혼을 금지하지 않았다고 주장하며 항소했다. 2013년 10월 7일 Lipetsk 항소법원은 그들의 항소를 기각했다. 위 항소법원은 그들의 주장이 가족법과 국가 전통을 잘못 해석하여 생긴 개인적인 의견에 불과하다고 언급했다. 2014년 3월 12일, 위 항소법원은 그들의 상고를 불허했다.

(3) Shaykhrznova와 Yakovleva 커플의 국내 소송 절차

청구인들 중 Shaykhrznova와 Yakovleva 커플은 혼인 신고가 거부된 것에 대해 다른 커플들과 같은 주장을 하며 Gryazi 지방법원에 소송을 제기했다. 그들은 협약 제8조, 제12조 및 제14조에 의거하였다.

2013년 8월 12일 위 지방법원은 그들에게 불리한 판결을 내렸다. 위 지방법원은 혼인 신고가 심사되지 않은 채 거부된 것처럼 보이지만, 실제로는 심사되었다고 판단했다. 위 지방법원은 등기소가 신고를 적절히 심사하고 적법하게 거부했다고 보았다.

2013년 11월 18일과 2014년 3월 11일 Lipetsk 항소법원은 그들의 항소를 기각하고 상고를 불허했다.

II. 쟁점 및 판단

이번 사건의 쟁점은 (1) 청구인들의 청구가 본 재판소의 관할에 속하는지 여부 및 (2) 피청구국이 동성 커플인 청구인들의 관계를 법적으로 인정 및 보호하지 않은 것

이 협약 제8조에서 보호하는 청구인들의 사생활 및 가족생활의 권리를 침해하였는지 여부이다.

1. 법정의견

가. 이번 사건에 대한 본 재판소의 관할권

피청구국은 2022년 3월 16일부로 유럽평의회 회원국 자격을 상실했고, 2022년 9월 16일부로 협약의 당사국 지위를 상실했다.

이러한 상황에서, 비록 피청구국이 대재판부에 사건 이송을 요청하며 이 절차에 대해 이의를 제기하지는 않았지만, 본 재판소는 본 재판소가 이번 청구를 다룰 권한을 가지고 있는지 판단한다. 본 재판소의 관할권 범위는 구체적인 사건에 대한 당사자들의 신청이 아닌 협약 자체, 특히 제32조7)에 따라 결정되므로, 단순히 관할권에 대한 항변이 없었다고 하여 관할권을 확장시킬 수는 없다.⁸⁾

협약 제58조(폐기 통고)는 다음과 같이 명시하고 있다.

(1) 체약국은 당사국이 되고 5년이 경과된 이후, 그리고 유럽평의회 사무총장에게 폐기를 통고하고 6개월이 경과된 이후에만 이 협약을 폐기할 수 있고, 사무총장은 이 사실을 다른 체약국에게 알려야 한다.

(2) 폐기가 발효하기 전 의무 위반에 해당될 수 있어 체약국이 이행했어야 하는 행위에 대하여는, 폐기 통고가 체약국을 협약에 따른 의무로부터 면제시켜 주는 것은 아니다.

(3) 유럽평의회 회원국 자격을 상실하는 체약국은 같은 조건하에서 이 협약의 당사국 지위를 상실한다.

협약 제58조, 특히 제2항과 제3항의 문언에 따라 유럽평의회 회원국 자격을 상실하였더라도, 그 국가는 협약의 당사국 지위를 상실한 날짜 이전에 행해진 행위에 대한 책임을 면제받지 않는다.

7) 유럽인권협약 제32조 (재판소의 관할권)

(1) 재판소의 관할권은 제33조, 제34조, 제46조, 제47조에 언급된 협약과 의정서의 해석과 적용에 관한 모든 사안들에 대해 적용된다.

(2) 재판소의 관할권과 관련하여 분쟁이 있는 경우, 재판소가 이를 결정한다.

8) Blečić v. Croatia [GC], no. 59532/00, § 67, ECHR 2006 III.

이번 사건에서, 청구인들이 협약 위반을 주장하는 사실관계는 2022년 9월 16일 이전에 발생했다. 청구들은 2010년과 2014년에 제기되었기 때문에, 본 재판소는 이 청구들을 다룰 관할권이 있다.

나. 피청구국의 선결적 항변(preliminary objections)

대재판부에서 피청구국은 두 가지의 선결적 항변을 하였다. 하나는 청구인들이 피해자로서의 지위를 상실하였다는 것이었고, 다른 하나는 청구인들이 국내의 법적 구제수단을 소진하지 않았다는 것이었다.

(1) 청구인들의 피해자로서의 지위

피청구국은 청구인들이 더 이상 협약 위반의 피해자가 아니라는 자료를 제출했다. 피청구국은 청구인들 중 Fedotova와 Shipiko 커플은 2009년 토론토에서 혼인했지만 이후 결별했다고 주장했다. 또한 청구인들 중 Chunosov는 2014년 다른 러시아인과 혼인하여 현재 독일에서 거주하고 있다는 것을 보여주었다. 마지막으로, Shaykhaznova와 Yakovleva 커플은 결별했고 그중 Shaykhaznova는 독일에서 거주하고 있다고 언급하였다. 이러한 이유로 피청구국은 청구인들이 피해자로서의 지위를 상실했고, 이번 청구에 소의 이익이 없다고 주장하였다.

이러한 경우, 본 재판소는 (1) 국가가 청구인이 주장한 위반 사항을 적어도 실질적으로는 인정했는지, 그리고 (2) 청구인에게 적절하고 충분한 구제를 제공했는지 판단해야 한다. 이번 사건에서, 청구인들은 피청구국에서 그들의 관계를 법적으로 인정받고 보호받을 기회가 없는 것이 그들의 사생활과 가족생활에 대한 권리를 침해했고, 이는 성적 지향으로 인한 차별에 해당한다고 주장했다. 하지만 피청구국이 제출한 자료 중 어떠한 것도 피청구국이, 명시적으로든 실질적으로든, 청구인들이 주장한 위반 사항을 인정했다는 사실을 보여주지 않았다. 또한 청구인들에게 위반 사항에 대한 구제를 제공했다는 것도 보여주지 않았다. 오히려 피청구국은 본 재판소에서 청구인들의 혼인을 인정하지 않는 것이 협약에 합치한다고 주장했다.

상술한 바에 따라 본 재판소는 청구인들이 여전히 협약 위반의 피해자라고 판단한다. 같은 이유로, 본 재판소는 이 사건을 계속 조사하는 것이 타당하다고 본다.

(2) 국내 구제수단을 소진하지 않은 것

피청구국은 두 가지 이유를 들어 국내 구제수단이 소진되지 않았다고 이의를 제기

했다. 먼저, 피청구국은 청구인들이 ‘2단계로 된’ 상고 절차에 따라 대법원에 상고했어야 한다고 주장했다. 두 번째로, 청구인들이 국내 법원에서 혼인할 권리만 주장할 것이 아니라, 그들의 관계를 법적으로 인정받지 못하는 것에 대해 명시적으로 다투었어야 한다고 보았다.

피청구국은 대재판부 이전 절차에서는 이에 대한 이의를 제기하지 않았고, 특히 피청구국이 본 청구의 적법요건과 본안에 관한 의견을 최초로 진술할 당시 이러한 이의를 제기할 수 없었던 사정이 있었다는 점을 밝히지 않았으므로, 유럽인권재판소 규칙 제55조⁹⁾에 따라 피청구국의 위와 같은 이의 제기는 허용되지 않는다.¹⁰⁾

상술한 바에 의하여 본 재판소는 국내 구제수단의 소진에 관한 피청구국의 두 번째 항변도 받아들이지 않는다.

다. 협약 제8조의 위반 여부에 대한 판단

청구인들은 피청구국에서 그들의 커플로서의 관계가 법적으로 인정되고 보호받는 것이 불가능하다고 이의를 제기했다. 청구인들의 입장에서 이는 협약 제8조가 보호하는 사생활과 가족생활에 대한 권리를 침해당한 것이었다.

(1) 협약 제8조의 적용 여부

본 재판소는 먼저 피청구국이 협약 제8조에서 말하는 ‘사생활’ 부분과 ‘가족생활’ 부분이 모두 이번 사건의 사실관계에 적용된다는 것에 대해 반박하지 않았다는 것에 주목한다. 본 재판소는 다음과 같은 이유로 이 쟁점에 있어서 당사자들의 입장을 따른다.

‘사생활’ 부분과 관련하여, 본 재판소는 협약 제8조에서 말하는 ‘사생활’ 개념이 엄밀하게 정의하기 어려운 포괄적인 개념이며, 인격이나 개인의 자율성 측면에서¹¹⁾ 자기 개발의 권리를 포함한다는 것¹²⁾을 강조한다. 이는 협약 제8조의 해석에 근본이 되는 중요한 원칙이다.¹³⁾

9) 유럽인권재판소 규칙 제55조 (적법요건에 대한 항변)

적법요건에 대한 항변은, 항변의 특성과 상황이 허용하는 한, 제51조와 제54조에 따라 피청구 협약국에 의해 청구의 적법요건에 관한 서면 또는 구두 의견을 통해 제기되어야 한다.

10) *Navalnyy v. Russia* [GC], nos. 29580/12 and 4 others, § 61, 15 November 2018; and *López Ribalda and Others v. Spain* [GC], nos. 1874/13 and 8567/13, § 83, 17 October 2019.

11) *Bensaid v. the United Kingdom*, no. 44599/98, § 47, ECHR 2001-I; and *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 90, ECHR 2002-VI.

12) *K.A. and A.D. v. Belgium*, nos. 42758/98 and 45558/99, § 83, 17 February 2005.

13) *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III.

성적 지향은 협약 제8조가 보호하는 사생활의 영역에 포함된다.¹⁴⁾ 게다가 본 재판소는 사생활의 개념을 개인의 삶의 가장 은밀한(intimate) 부분에만 한정하는 것이 과도한 제한이라고 보았다.¹⁵⁾ 따라서 제8조는 ‘개인의 사회생활’을 영위할 권리, 즉 개인이 자신의 사회적 정체성을 발달시킬 가능성을 포함하는 넓은 의미에서의 ‘사생활’에 대한 권리를 보호한다. 이와 관련하여, 이 권리는 타인과의 관계를 맺기 위해 타인에게 접근할 가능성을 보장한다.¹⁶⁾ 따라서, 개인의 ‘사생활’은 개인의 사회적 정체성의 여러 측면을 포괄한다.¹⁷⁾

이번 사건에서 본 재판소는 동성 커플을 인정하고 보호하는 제도가 미비된 것이, 법에 의해 인정되고 보호받길 바라는 동성애자로서의 청구인의 개인적 정체성과 사회적 정체성에 영향을 미쳤다는 것을 인정한다. 따라서 제8조의 ‘사생활’ 부분은 이번 사건에 적용된다.

‘가족생활’과 관련하여, 협약 제8조에서 말하는 ‘가족생활’의 개념은 본질적으로 가까운 인간관계의 존재에 따라 결정되는 문제이다.¹⁸⁾ 제8조에서 말하는 ‘가족’의 개념은 결혼을 기반으로 한 관계뿐만 아니라 다른 실질적 가족 관계와도 관련이 있다.¹⁹⁾

동성 관계와 관련하여, 본 재판소는 *Schalk and Kopf v. Austria* 결정²⁰⁾에서 상당수의 유럽평의회 회원국이 동성 커플을 법적으로 인정하며 추세가 급속하게 변화하고 있다고 보았다. 이 추세를 근거로, 동성 커플이 이성 커플과는 다르게 제8조의 ‘가족생활’을 누릴 수 없다는 입장을 유지하는 것이 잘못되었다고 판단했다. 이에 따라 본 재판소는 사실상(*de facto*) 파트너로서 동거하던 그 사건 청구인들의 관계가 같은 상황의 이성 커플 간 관계처럼 ‘가족생활’의 개념에 포함된다고 판단했다.²¹⁾

14) *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, § 41, Series A no. 45; *E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, § 43, 22 January 2008; and *Gas and Dubois v. France*, no. 25951/07, § 37, ECHR 2012.

15) *Niemietz v. Germany*, 16 December 1992, § 29, Series A no. 251 B.

16) *Bărbulescu v. Romania* [GC], no. 61496/08, § 70, 5 September 2017.

17) *López Ribalda and Others v. Spain* [GC], nos. 1874/13 and 8567/13, § 83, 17 October 2019.

18) *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 31, Series A no. 31; and *K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, § 150, ECHR 2001-VII.

19) *Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, § 55, Series A no. 112; *Keegan v. Ireland*, 26 May 1994, § 44, Series A no. 290; and *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], no. 25358/12, § 140, 24 January 2017.

20) *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, ECHR 2010.

21) *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, § 94, ECHR 2010.

이번 사건에서 청구인들이 처음 피청구국 당국에 혼인 신고를 할 당시 안정되고 헌신적인 관계를 형성하고 있었다는 사실에 대하여는 다툼이 없다. 따라서 본 재판소는 협약 제8조의 ‘사생활’ 부분과 ‘가족생활’ 부분이 이번 사건에 적용된다고 결론을 내린다.

(2) 협약 제8조의 위반 여부

① 동성 커플을 법적으로 인정하고 보호할 피청구국의 적극적인 의무에 대한 검토

협약 제8조의 근본적인 목적은 공권력의 독단적인 침해에 맞서 개인의 권리를 보호하는 것이지만, 위 조항은 개인의 권리를 효과적으로 보장하기 위해 국가에 적극적인 의무를 부과할 수도 있다.²²⁾ 이번 사건에서 협약 제8조는 동성 커플이 그들의 관계에 있어 법적인 인정과 보호를 받을 수 있도록 보장할 적극적인 의무가 당사국에 있는지에 대한 쟁점을 제기한다. 러시아 법체계에서는 형식과 관계없이 동성 커플이 법적으로 인정받을 가능성이 전혀 없다.

협약 제8조에 따라 동성애자에게 부여되는 보호에 관한 본 재판소의 선례는 점차 중요해지며 계속해서 발전해 왔다. 본 재판소가 초기에는 동성 커플의 사생활의 가장 내밀한 부분에 영향을 미치는 침해에 대해 심사했다면,²³⁾ 이제는 점차 동성 커플에 대한 보호의 부재나 미비와 관련된 청구를 다루게 되었다.²⁴⁾

예를 들어, *Schalk and Kopf* 결정²⁵⁾에서 그 사건의 청구인들은 그들이 동성 커플이어서 혼인 또는 그 이외의 방식으로 그들의 관계를 법적으로 인정받을 수 없었다는 이유로 차별을 당했다고 주장했다. 본 재판소는 협약 제8조와 결합한 제14조하에 한정하여 청구를 심사하면서, 그 사건의 청구인들이 관계에 대한 인정과 보호 측면에

22) *Odièvre v. France* [GC], no. 42326/98, § 40, ECHR 2003 III; *Hämäläinen v. Finland* [GC], no. 37359/09, § 62, ECHR 2014; and *Bărbulescu v. Romania* [GC], no. 61496/08, § 108, 5 September 2017.

23) *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Series A no. 45; *Norris v. Ireland*, 26 October 1988, Series A no. 142; *Modinos v. Cyprus*, 22 April 1993, Series A no. 259; *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, ECHR 1999-VI; and *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, nos. 31417/96 and 32377/96, 27 September 1999.

24) *Karner v. Austria*, no. 40016/98, ECHR 2003 IX; *Kozak v. Poland*, no. 13102/02, 2 March 2010; *Gas and Dubois v. France*, no. 25951/07, ECHR 2012; *Taddeucci and McCall v. Italy*, no. 51362/09, 30 June 2016; and *Pajić v. Croatia*, no. 68453/13, 23 February 2016.

25) *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, ECHR 2010.

서 이성 커플과 비슷한 상황에 있다는 것을 확인했다. 다음으로, 본 재판소는 혼인 이외에는 법적 인정을 위한 다른 수단이 없다는 점을 다투는 청구를 심사하면서, 오스트리아 의회가 그 청구가 제기된 후 동반자등록법(Registered Partnership Act)을 통과시켰다는 것에 주목했다. 이러한 상황에서 쟁점은 동성 커플에 대한 법적 인정의 결여가 협약 제8조와 결합한 협약 제14조를 위반하는지가 아니라, 오스트리아가 법적 인정을 위한 대안을 더 일찍 마련했어야 하는지였다. 이와 관련하여, 본 재판소는 2010년부터 동성 커플에게 혼인 관계와 유사한 법적 지위를 부여한 오스트리아가 협약 제8조와 결합한 제14조를 위반하지 않았다고 판단했다.

Vallianatos and Others 결정²⁶⁾은 다른 쟁점에 관한 것이었다. 그 사건의 청구인들은 그리스가 도입한 ‘시민 결합(civil union)’ 제도가 이성 커플만을 위한 제도라고 주장했다. 본 재판소는 혼인의 대안으로 법에 따라 공식적으로 인정된 시민 결합 제도가, 그 사건의 청구인들에게 주는 법적 효과와 관계없이 그리고 그 범위의 좁고 넓은에 관계없이 본질적인 가치를 지닌다고 보았다. 본 재판소는 삶을 공유하는 동성 커플이 이성 커플과 마찬가지로 상호간의 지지와 지원을 필요로 한다는 점을 강조했다. 결과적으로, 동성 커플에게 시민 결합 관계를 맺는 것은 이성 커플의 경우와는 달리 그리스 법상 그들의 관계를 인정받을 수 있는 유일한 수단이라는 점에서 특히 중요한 이해관계가 있다. 하지만 그리스 정부는 동성 커플을 시민 결합 제도에서 배제한 것을 정당화할 만한 설득력 있는 근거를 제시하지 못했기 때문에, 본 재판소는 그리스 정부가 협약 제8조와 결합한 제14조를 위반했다고 결정했다.

Schalk and Kopf 결정과 Vallianatos and Others 결정에서 본 재판소가 협약 제8조만을 근거로 하는 결정을 내린 것은 아니다. 하지만 이후 본 재판소는 다른 사건들에서 동성 커플에 대한 법적 인정과 보호의 부재에 직접적으로 연관된, 협약 제8조의 위반만을 주장하는 청구를 심사했다.

Oliari and Others 결정²⁷⁾에서 본 재판소는 이탈리아가 동성 커플에 대한 인정과 보호를 보장하는 법적 제도를 통해 그들의 사생활과 가족생활을 보호해야 한다고 판단하였다. 본 재판소는 동성 커플이 이성 커플처럼 안정되고 헌신적인 관계를 맺을 수 있어야 하고, 이성 커플과 마찬가지로 그들의 관계에 대한 법적 인정 및 보호를 필요로 한다고 강조했다. 그리고 본 재판소는 동성 커플의 특정한 권리와 의무를 법적으로

26) Vallianatos and Others v. Greece [GC], nos. 29381/09 and 32684/09, ECHR 2013.

27) Oliari and Others v. Italy, nos. 18766/11 and 36060/11, 21 July 2015.

로 인정하고 보호해야 한다고 한 이탈리아 헌법재판소의 입장에 주목했다. 본 재판소는 이러한 입장이 이탈리아 국민 다수의 정서를 반영하는 것이라고 보았다. 본 재판소는 그 사건의 청구인들의 이익을 고려한 뒤, 그 사건의 청구인들의 이익보다 더 우위에 있는 공동체의 이익이 없다면, 이탈리아가 동성 커플에 대한 인정과 보호를 제공할 법적 제도를 보장해야 할 적극적인 의무를 충족하지 못한 것이라고 판단했다.

본 재판소의 선례들을 살펴보면, 협약 제8조는 이미 당사국이 ‘구체적인 제도’를 통해 동성 커플을 법적으로 인정하고 보호하도록 요구하고 있다고 해석되어 왔다.²⁸⁾ 하지만 아직까지는 협약 제8조가 당사국에 동성 커플이 혼인할 수 있도록 하는 적극적 의무를 부과하는 것으로는 해석되지 않고 있다. 결과적으로 본 재판소는 협약 제8조와 결합한 제12조하에서 국가가 동성 커플이 혼인을 할 수 없도록 제한하는 것은 가능하도록 남겨두었다.²⁹⁾

동성 커플에게 법적 인정과 보호를 제공할 적극적인 의무를 부과한, 협약 제8조에 대한 본 재판소의 선례들은 현재 진행 중인 국내법과 국제법의 실질적인 추세를 따라가고 있다. 협약은 현재의 상황과 민주국가의 이념에 따라 해석되어야 하는 살아있는 문서다.³⁰⁾ 협약은 인권을 보호하는 가장 중요한 체계이기 때문에, 본 재판소는 계약국들의 변화하는 상황에 관심을 가지고 변화하는 기준에 대응해야 한다.³¹⁾

자료에 따르면, 30개의 당사국이 현재 동성 커플이 법적으로 인정받을 수 있도록 하고 있다. 그중 18개의 당사국은 동성 커플의 혼인을 승인했고, 12개의 당사국은 혼인을 대체하는 수단을 도입했다.

본 재판소는 선례와 유럽평의회의 회원국들에서 명백하게 진행 중인 추세를 함께 고려하여, 협약 제8조하의 적극적 의무에 따라 유럽평의회 회원국들이 동성 커플에게 그들의 관계를 인정하고 보호할 법적 제도를 도입해야 한다는 것을 재확인한다.

28) *Oliari and Others v. Italy*, nos. 18766/11 and 36060/11, § 185, 21 July 2015; and *Orlandi and Others v. Italy*, nos. 26431/12 and 3 others, § 210, 14 December 2017.

29) *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, §§ 101 and 108; ECHR 2010; *Gas and Dubois v. France*, no. 25951/07, § 66, ECHR 2012; *Chapin and Charpentier v. France*, no. 40183/07, § 48, 9 June 2016.

30) *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, § 31, Series A no. 26; *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 41, Series A no. 31; and *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI.

31) *Stafford v. the United Kingdom* [GC], no. 46295/99, § 68, ECHR 2002 IV; *Scoppola v. Italy* (no. 2) [GC], no. 10249/03, § 104, 17 September 2009; and *Bayatyan v. Armenia* [GC], no. 23459/03, § 102, ECHR 2011.

② 국가의 재량의 여지(margin of appreciation)

당사국은 협약 제8조를 준수하기 위해 적극적인 의무를 이행하는 과정에서, 여러 요소에 따라 다양한 수준으로 재량의 여지를 가진다. 개인의 존재나 정체성에 있어서 중요하거나 본질적인 부분이 관련되어 있다면, 국가에 허용되는 재량의 여지는 한정적일 것이다.³²⁾ 반면, 유럽평의회 회원국 간에 쟁점이 된 가치의 상대적 중요성이나 이를 보호할 최고의 수단에 대한 공감대가 형성되지 않았고, 특히 민감한 도덕적 또는 윤리적 쟁점과 관련된 사안에 대한 것이라면, 이 재량의 여지는 더 넓어질 수 있다.³³⁾

이번 사건에서 제기된 쟁점과 관련하여, 본 재판소는 동성 커플의 법적 인정과 보호에 대한 필요성이 그들에게 특히 중요한 개인적이고 사회적인 정체성과 관련된 것이라고 본다. 또한 공감대의 존재에 관하여, 본 재판소는 이미 동성 커플의 법적 인정과 보호에 대하여 유럽 차원에서 진행 중인 추세가 있다고 판단하였다. 즉, 개인적이고 사회적인 정체성의 중요한 측면이 문제가 되고, 유럽평의회 회원국들 사이에서 분명히 진행 중인 추세가 있다는 것을 고려했을 때, 본 재판소는 동성 커플에게 법적 인정과 보호의 수단을 제공하는 부분에 있어서 당사국의 재량 범위가 매우 좁다고 본다.

③ 피청구국의 적극적 의무 준수 여부

상술한 바에 따라, 본 재판소는 피청구국이 청구인들을 위해 법적인 인정과 보호를 보장했는지 확인해야 한다. 이를 위해 본 재판소는 피청구국에 주어진 재량의 여지를 고려하여, 피청구국이 스스로 근거로 삼은 이익과 청구인들이 주장한 이익을 공정하게 비교형량했는지 확인해야 한다.³⁴⁾

청구인들이 당국에 법적인 인정을 요청하였을 당시 러시아 법이 동성 커플을 법적으로 인정하는 제도를 두고 있지 않았다는 것은 자명하다. 청구인들이 청구를 제기

32) *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, § 60, Series A no. 45; *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 90, ECHR 2002-VI; and *Mennesson v. France*, no. 65192/11, § 80, ECHR 2014 (extracts).

33) *S.H. and Others v. Austria* [GC], no. 57813/00, § 97, ECHR 2011; *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], no. 25358/12, §§ 194-95, 24 January 2017; and *Dubská and Krejzová v. the Czech Republic* [GC], nos. 28859/11 and 28473/12, §§ 182-84, 15 November 2016.

34) *Hämäläinen v. Finland* [GC], no. 37359/09, § 65, ECHR 2014; *Oliari and Others v. Italy*, nos. 18766/11 and 36060/11, § 175, 21 July 2015; and *Orlandi and Others v. Italy*, nos. 26431/12 and 3 others, § 198, 14 December 2017.

한 이후에도 러시아 법이 개정되지 않았다는 것 또한 명백하다. 본 재판소는 피청구국이 동성 커플을 공식적으로 인정하고 보호하는 제도를 마련하겠다는 계획을 밝힌 바 없다는 것에 주목한다. 오히려 피청구국은 동성 커플이 법적 인정과 보호를 받을 수 없다는 사실이 협약 제8조와 합치하며, 이는 청구인들의 이익보다 우위에 있는 이익을 보호하기 때문에 정당화된다고 주장했다. 이와 관련하여, 피청구국은 2020년 헌법 개정을 통해 남자와 여자의 결합을 기반으로 한 전통적인 가족에 대한 보호를 강화했다. 따라서 피청구국의 상황은 동성 커플의 사생활과 가족생활의 보호를 보장하기 위해 국내법을 개정했던 대다수 당사국들의 상황과는 매우 다르다.

청구인들은 그들을 커플로서 인정하지 않는 법적 공백으로 인해 법적인 보호를 받지 못하고 일상에서 많은 어려움과 마주한다고 주장했다. 청구인들은 동성 커플로서 주택 지원과 가족들을 위한 재정적 지원을 받을 수 없었고, 사망한 파트너로부터 유산을 상속받을 수 없었으며 이혼이나 사망으로 인한 보조금을 지급받지 못했다. 청구인들은 또한 파트너의 질병으로 인한 휴가를 받을 수 없었고, 병원 치료에 관한 중요한 결정을 내릴 권리 또한 없었다. 그리고 청구인들은 형사 절차에서 동성 파트너에 불리한 증언을 하지 않을 권리조차 인정받지 못했고, 수감된 파트너를 면회할 권리도 자유롭게 주어지지 않았다.

본 재판소는 청구인들이 관계에 대한 공식적인 인정을 받는 것이 그들에게 본질적으로 중요한 것임을 인정한다. 공식적인 인정은 협약 제8조가 보장하는 개인적이고 사회적인 정체성을 발달시키는 한 부분이다. 본 재판소는 이미 혼인에 대한 공식적인 대안으로 인정되는 동반자관계(partnership)가 동성 커플에게 본질적으로 중요하다고 판단한 바 있다.

본 재판소는 러시아 법이 동성 커플을 공식적으로 인정하지 않는 상황에서, 동성 커플이 사실상의(*de facto*) 결합에 불과하다고 결론내릴 수밖에 없다. 상술한 바에 따라, 피청구국의 법체계는 동성 커플을 안정적이고 헌신적인 관계로 인정하고 보호하는 데 핵심적인 요소를 청구인들에게 제공하지 못했다.³⁵⁾ 따라서 본 재판소는 피청구국이 법적 인정과 보호의 부재를 정당화하기 위해 제시한 근거들을 검토해 보아야 한다.

먼저, 피청구국은 헌법에서 보호하는 사회의 근본적인 가치인 전통적인 결혼과 가족 제도를 보호해야 한다고 주장했다. 본 재판소는 전통적인 가족을 옹호하는 것이

35) Oliari and Others v. Italy, nos. 18766/11 and 36060/11, § 172, 21 July 2015.

그 자체로 정당하고 훌륭하다고 보았다.³⁶⁾ 하지만 전통적인 의미의 가족을 보호하려는 목적은 추상적인 것이고 이를 실현할 수 있는 많은 수단들이 있다.³⁷⁾ 게다가 가족의 개념은 협약이 채택된 이래로 변화해 온 것처럼 필연적으로 변화한다. 협약이 오늘의 상황에 맞춰 해석되어야 하는 살아있는 문서임을 감안하면, 국가는 가족을 보호하고 가족생활의 존중을 보장하기 위한 수단을 선택할 때 사회의 발전과 사회 및 시민적 지위의 문제, 그리고 관계에 대한 인식의 변화를 반드시 고려해야 한다.³⁸⁾

이번 사건에서 안정적이고 헌신적인 관계에 있는 동성 커플에게 법적 인정과 보호를 제공하는 것이 그 자체로 전통적인 방식으로 구성된 가족에게 해를 주거나 가족의 미래나 온전성을 저해했다고 볼 수 없다.³⁹⁾ 동성 커플을 인정하는 것은 이성 커플이 혼인하거나 자신들의 생각에 맞게 가족을 구성하는 것을 방해하지 않는다. 보다 일반적으로, 동성 커플의 권리를 보호하는 것은 그 자체로 타인이나 다른 커플의 권리를 약화시키지 않는다. 따라서 본 재판소는 전통적인 가족을 보호한다는 목적이 동성 커플에 대한 법적 인정과 보호의 부존재를 정당화할 수 없다고 본다.

다음으로, 피청구국은 본 재판소가 *Oliari and Others* 결정에서 채택했던 접근법을 따라야 하고, 이 사건에서 러시아 국민의 정서, 즉 동성 관계에 대하여 널리 퍼져 있는 반감을 고려해야 한다고 주장했다. 본 재판소는 먼저 *Oliari and Others* 결정에서 이탈리아 국민들의 정서를 고려했지만, 그것이 결정적인 판단이유는 아니었다는 것을 밝힌다.

또한, 본 재판소는 민주주의가 단지 다수의 의견이 항상 옳은 것을 의미하지는 않는다고 반복해서 판단해 왔다. 소수를 공정하고 적절하게 대우하며 지배적인 위치의 남용을 피할 수 있도록 이익형량이 이루어져야 한다.⁴⁰⁾ 본 재판소는 소수의 동성애자에 대한 다수의 이성애자의 편견이 내재된 정책과 결정들에 일관되게 반대해 왔

36) *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 40, Series A no. 31.

37) *Karner v. Austria*, no. 40016/98, § 41, ECHR 2003 IX; *Kozak v. Poland*, no. 13102/02, § 98, 2 March 2010; and *Vallianatos and Others v. Greece* [GC], nos. 29381/09 and 32684/09, § 139, ECHR 2013.

38) *Vallianatos and Others v. Greece* [GC], nos. 29381/09 and 32684/09, § 94, ECHR 2013.

39) *Bayev and Others v. Russia*, nos. 67667/09 and 2 others, § 67, 20 June 2017.

40) *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, 13 August 1981, § 63, Series A no. 44; *Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94 and 2 others, § 112, ECHR 1999 III; *Gorzelik and Others v. Poland* [GC], no. 44158/98, § 90, ECHR 2004-I; and *İzzettin Doğan and Others v. Turkey* [GC], no. 62649/10, § 109, 26 April 2016.

다.⁴¹⁾ 본 재판소는 또한 협약 제14조하에서 특정 국가에서의 전통, 고정관념, 우세한 사회적 분위기가 성적 지향을 기반으로 하는 차별을 정당화할 수 없다고 판단해 왔다.⁴²⁾

마지막으로, 소재판부의 절차에서 피청구국은 동성 커플을 공식적으로 인정하는 것이 동성애를 조장하는 것으로부터 미성년자를 보호해야 한다는 중요한 원칙에 위배된다고 주장했다. 피청구국은 이것이 미성년자의 건강과 도덕성을 해치고 ‘전통적인 혼인 관계와 그렇지 않은 혼인 관계의 사회적 평등에 관한 왜곡된 이미지’를 심어 줄 수 있다고 주장했다.

이에 대하여, 본 재판소는 이미 *Bayev v. Others* 결정⁴³⁾에서 해당 결정에서 문제된 조항이 ‘소수인 동성애자에 대한 이성애자의 편견을 내포하고 있다’고 판단했다. 그리고 본 재판소는 ‘민주주의에 내재된 평등, 다원주의 및 관용성의 개념과 합치하지 않는 규범을 채택함으로써, 정부가 낙인과 편견을 강화하고 동성애 혐오를 조장했다.’라는 결론을 내렸다.

따라서 본 재판소는 피청구국이 제기한 공익적 근거들 중 어느 것도, 청구인들의 관계가 법적으로 인정되고 보호될 때 얻어질 청구인들의 이익보다 우위에 있지 않다고 본다. 본 재판소는 피청구국이 재량의 여지를 벗어났고 사생활과 가족생활에 대한 청구인의 권리를 보장할 적극적 의무를 충족하지 못했다고 판단한다.

라. 협약 제8조와 결합한 협약 제14조의 위반 여부에 대한 판단

청구인들은 그들의 관계에 대한 법적 인정을 혼인의 대체 수단을 통해 보장받지 못한 것이 성적 지향을 근거로 한 차별에 해당한다고 주장했다. 그들은 협약 제8조와 결합한 협약 제14조에 의거했다.

협약 제8조에 따라 내려진 결론을 고려할 때, 본 재판소는 협약 제8조와 결합한 협약 제14조의 위반 여부에 대해서는 따로 다룰 필요가 없다고 본다.

41) *Bayev and Others v. Russia*, nos. 67667/09 and 2 others, § 68, 20 June 2017; *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, § 97, ECHR 1999-VI; *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, no. 33290/96, §§ 34-36, ECHR 1999-IX; and *L. and V. v. Austria*, nos. 39392/98 and 39829/98, § 52, ECHR 2003 I.

42) *Khamtokhu and Aksenchik v. Russia* [GC], nos. 60367/08 and 961/11, § 78, 24 January 2017.

43) *Bayev and Others v. Russia*, nos. 67667/09 and 2 others, 20 June 2017.

마. 소결

따라서 본 재판소는,

만장일치로, 2022년 9월 16일 이전의 사실관계에 한하여 본 재판소가 청구인들의 청구를 판단할 권한이 있다고 결정한다.

14대 3의 표결로, 협약 제8조가 위반되었다고 결정한다.

13대 4의 표결로, 협약 제8조와 결합한 협약 제14조의 위반 여부를 다루는 청구를 별도로 검토할 필요가 없다고 결정한다.

2. PAVLI, MOTOC 재판관의 일부 반대의견

이번 사건에서 협약 제8조가 위반되었다는 법정의견에 아무런 거리낌 없이 동의한다. 본 재판소는 이번 결정을 통해 유럽 전역의 성 소수자들을 가리고 있던 진실을 밝혔다.

하지만 협약 제8조와 결합한 제14조의 위반 여부를 다루는 청구를 따로 검토할 필요가 없다는 법정의견에는 동의할 수 없다. 이번 청구는 혼인을 대체할 수단을 통해 청구인들에게 법적 인정을 보장해주지 않은 것이 성적 지향에 따른 차별이라는 주장을 기반으로 하고 있다. 법정의견은 불평등한 처우를 받는 것에 기인한 청구가 ‘사건의 근본적인 부분’을 구성하지 않는다는 것을 시사한다.⁴⁴⁾ 나는 이에 동의하지 않는다.

협약 제14조 관련 청구에 대한 법정의견의 약식 처분(summary disposal)은, 많은 선례들에서 보여준, 평등을 근거로 본 재판소가 협약 제8조하에서 한 많은 분석과 대비된다. 본 재판소의 확립된 입장은 동성 커플이 ‘그들의 관계에 대한 인정과 보호의 필요성 측면에서 이성 커플과 거의 비슷한 상황에 있다.’라는 기본적인 이해를 기초로 한다. 다시 말하면, 동성 커플을 법적으로 보호할 가치가 덜하다고 할 수 없고, 특히 ‘그들의 개인 및 사회적 정체성의 중요한 부분’에 있어서 더 그렇다.

최근 비슷한 상황에서 언급했던 것처럼 법은 도덕적인 차원을 가지고, 사회의 도덕적 관점을 형성하는 데 기여한다. 법은 사람들에게 성 소수자들이 보이지 않는 존재가 아니라, 차이와 상관없이 사회의 동등한 구성원으로 인정받는다라는 것을 알려준

44) *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, § 67, Series A no. 45; *Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94 and 2 others, § 89, ECHR 1999-III; *Timishev v. Russia*, nos. 55762/00 and 55974/00, § 53, ECHR 2005-XII; and *A.K. and L. v. Croatia*, no. 37956/11, § 92, 8 January 2013.

다. 반면, 허용되지 않는 근거를 가지고 차별하는 법은 그 반대를 야기한다. 그러한 법은 편견과 사회 분열을 강화하고 협약 제8조의 개인의 권리에 대한 침해를 야기한다. 따라서 ‘권리의 평등한 향유’ 원칙을 확립하는 본 재판소의 결정은 그 자체로 큰 가치를 지닌다.

이번 결정은 동성 커플을 법적으로 인정하고 보호하는 법적 제도를 제공하여야 한다는 점에 있어서는 재량의 범위가 상당히 좁아졌음을 확실히 하였으나, 국가가 관련 법적 제도를 정하는 과정에서 법적 인정의 형식과 보호의 내용 측면에서 가지는 재량의 범위는 넓다는 점을 분명히 하였다. 나는 재량의 여지에 대한 위와 같은 설명에는 반대하지 않는다. 하지만 나는 법정의견이 이러한 보호가 적절하여야 한다는 단순한 지시에서 한 걸음 더 나아가, 동성 커플에게 제공되어야 하는 법적 보호에 관한 재량의 한계를 대략적으로라도 정해주었으면 더 좋았을 것이라고 생각한다.

3. WOJTYCZEK 재판관의 반대의견

나는 이번 사건에서 협약 제8조가 위반되었다는 결정에 반대한다. 이번 사건은 본 재판소의 역할의 본질과 협약의 해석에 대한 근본적인 쟁점을 제기한다. 이 반대의견은 이 두 가지 쟁점에 대한 법정의견의 접근법에 관한 것이다.

가. 본 재판소의 역할

이번 사건은 본 재판소의 역할에 대한 확인으로부터 시작한다. 협약 제19조⁴⁵⁾는 본 재판소의 역할을 ‘협약 및 그 의정서의 체약국이 동의한 약속의 준수를 보장하기 위’한 것이라고 정의한다. 체약국이 동의한 약속은 정립된 내용에 따라 그리고 공동의 유산에 속한, 명확하게 정의된 권리를 보호하는 것이다. 체약국은, 명확한 동의 없이 내용이 변하고 동의 없이 조정되는 권리를 보호하는 것에는 동의하지 않았다.

협약 제1의정서 제3조는 다음을 보장한다.

“체약국은 의회 의원 선거를 통해 시민의 자유로운 의견 표현을 보장하며, 합리적인 시기마다 비밀투표에 의한 자유로운 선거를 실시할 것을 약속한다.”

45) 유럽인권협약 제19조(재판소의 설립)

협약 및 그 의정서의 체약국이 동의한 약속의 준수를 보장하기 위하여 유럽인권재판소를 설립한다. 본 재판소는 상설적으로 활동한다.

입법 권한, 즉 본질적인 사회 문제에 대한 법 규범을 제정할 권한은 선출된 의회에 부여되어야 한다. 다시 말하면, 협약은 선출된 법 제정 기관이 아닌 기관들이 구속력 있는 법적 규칙을 정하는 것으로부터의 자유를 보장한다. 기본적인 법 규범들은 법률 또는 의회가 승인한 국제 조약의 형태로 채택되어야 한다. 근본적인 사회 문제와 관련된 규범을 제정할 권한은 사법 기관, 즉 유럽인권재판소에 의해서는 행사될 수 없다.

본 재판소의 역할은 적용되는 조약 해석 원칙을 준수하며 기존의 조약을 적용하고 해석하는 것에 한정되고 조약을 조정하거나 개정할 수는 없다. 조약을 조정하거나 개정할 권한은 체약국들이 독점적으로 가지고 있는 것이다.

나. 역동적 해석(dynamic interpretation)의 문제

법정의견은 협약을 역동적으로 해석하고 이번 결정을 정당화했다. 이 접근법은 본 재판소의 선례에 의해 정립되어 있지만, 그럼에도 불구하고 이에 동의하기는 어렵다. 협약은 분명 역동적인 문서이고, 본 재판소는 이를 새로운 상황에 적용하고 새로운 맥락에서 조항에 의미를 부여해야 한다. 본 재판소는, 협약이 가지고 있는 기존의 추상적이면서 가끔은 모호한 형식에 구체적인 의미를 부여하는 범위에서, 법을 만드는 역할을 한다. 하지만 상술한 바와 같이, 이에 관한 본 재판소의 역할은 한정적이고, 본 재판소가 규범을 만드는 권한은 부수적인 것이다. 협약에 대한 해석은 반드시 문언과 침범되어서는 안 될 한계 내에서 행해져야 한다.

다. 인권 보호 패러다임의 근본적인 변화

협약은 세계 인권 선언(Universal Declaration of Human Rights; 이하 “선언”)에 비추어 해석되어야 한다. 선언 제16조⁴⁶⁾에 따르면 가족은 남자와 여자의 혼인에 의해 형성된다. 이렇게 형성된 가족은 사회의 본질적이고 기본적인 공동체 요소이며 사회와 국가의 보호를 받는다. 선언은 다른 어떠한 유형의 가족 구성에 대해서도 언급하고 있지 않다.

이러한 상황에서 국가에 동성 커플을 법적으로 인정하고 보호할 적극적인 의무를

46) 세계인권선언 제16조

성인이 된 남녀는 인종이나, 국적, 종교에 따른 어떠한 제약도 받지 않고, 결혼할 수 있는 권리 그리고 가정을 이룰 권리가 있다.

부과하는 것은 가족법 분야에서 인권 보호 패러다임을 근본적으로 변화시키는 것이다. 이는 협약 승인 당시 피청구국이 예측할 수 없던 것이었다. 만약 피청구국이 그들의 의무에 관한 이 중대한 변화를 알았었다면 협약을 승인하지 않았을 것이다. 하지만 본 재판소는 법정의견이 제시한 방안을 채택하여 그 권한을 초과하고 있다.

라. 결정의 효과

만일 본 재판소가 협약을 통해 권리와 가치의 보호에 관한 일반 원칙들을 도출한다면, 이는 보편적인 효력을 가진다. 하지만 이 원칙들은, 본 재판소가 모든 관련 이익들과 유럽 내 가치관을 세심하게 비교형량했을 경우에만 보편적 효력을 가질 수 있다. 특히, 모든 국가에 적용되는 원칙을 정립하기 위해서는 모든 유럽 국가의 공통된 이익과 관련된 가치를 규정하고 설명해야 한다.

이번 결정은 매우 특수한 국제적 상황에서 이루어졌다. 2022년 3월 16일 러시아 연방은 유럽평의회에서 추방되었다. 2022년 9월 16일부로 피청구국은 실질적으로 협약이 보호하는 권리를 보호할 의무를 지지 않는다. 따라서 이번 사건은 실질적으로 피청구국 내부의 법적 체제의 변화에 영향을 미치지 않는다.

마. 소결

본 재판소가 민주주의만이 협약이 인정하는 유일한 정치체제이고 협약에 합치한다는 견해를 확립함에 따라, 협약 해석에 관한 어떠한 이론이 민주주의에 합치하는지가 중요한 문제가 되었다. 법정의견이 이번 사건에서 선택한 방식은 체약국으로 하여금 민주적 절차를 거치지 않았음은 물론 그들이 동의한 바 없는 새로운 국제적인 약속을 이행하도록 한다. 결과적으로 이는 법의 지배 원칙을 약화시키는 것이다.

4. POLÁČKOVÁ 재판관의 반대의견

2022년 10월 12일에 평의한 대재판부가 협약에 따라 구성되지 않았기 때문에 절차적 측면에서 법정의견에 동의할 수 없다. 피청구국은 2022년 3월 16일 유럽평의회 회원국 자격을 상실했고, 2022년 9월 16일 협약의 체약국 지위를 상실했다.

협약 제20조47)에 따르면, 본 재판소는 체약국과 같은 수의 재판관들로 구성되어야

47) 유럽인권협약 제20조 (재판관의 수)

재판소는 체약국 수와 같은 수의 재판관으로 구성된다.

한다. 이 조항의 규정은 본질적인 성격을 지니며, 본 재판소의 재판관 수가 협약의 체결국 숫자를 초과하면 안 된다는 협약의 정신에서 비롯된 것이다. 또한 이 규정은 한 국가가 체결국 지위를 상실하면, 그 국가를 대표하여 선출된 재판관에게는 이미 진행 중인 사건을 계속할 권한이 없다는 것을 시사한다.

피청구국 출신의 전 재판관이 2022년 10월 12일 -2022년 9월 16일 이후- 두 번째 평의에 참여한 것은 이번 사건의 대재판부를 협약 제20조하에서 ‘법에 따라 설치되지 않은 재판소’로 만들었다. 이로 인하여 이번 사건에서 대재판부가 내린 모든 결정은 무효가 되어야 한다.

5. LOBOV 재판관의 반대의견

이번 사건에서 협약 제8조가 위반되었다는 결정에 반대한다. 선례의 상황과 이번 사건에 대한 유럽 내 합의가 없다는 것을 고려해 보았을 때, 협약은 동성 커플을 법적으로 인정하도록 하는 적극적 의무를 부과하고 있지 않다. 동성 커플을 법적으로 인정해야 할 적극적 의무를 옹호하는 법정 의견의 입장은, 이전에 개인의 권리에 영향을 미치는 명확한 상황에서만 위반 사항을 발견해 왔던 입장과는 달라 보인다. 이전에는 동성 간 성적 행위를 범죄화한 사건, 특정 직업에서 동성애자를 고용하기를 거부한 사건, 임대권의 승계를 거부한 사건 등에서 위반 사항을 발견해 왔다.

하지만 이번 결정은 매우 다른 목적을 지니고 있다. 청구인들은 시민적 권리, 세금, 사회 복지 등 분야에서의 구체적인 피해를 주장하는 대신, 실존하지 않는 권리인 동성 커플의 혼인할 권리를 주장하며 소송을 제기한 것이다.

본 재판소는 구체적인 위반 사항을 근거로 하여 명확하고 세분화된 입장을 취해 왔지만, 이에 대한 주목할 만한 예외가 있었다. 이는 *Vallianatos and Others* 결정과 *Oliari and Other* 결정 및 *Orlandi and Others* 결정⁴⁸⁾으로, 그 결정의 피청구국들은 동성 커플을 승인할 적극적 의무를 위반했다는 판단을 받았다. 하지만 이번 사건은 그 사건들과 법적, 사실적인 측면에서 매우 다르다.

Vallianatos and Others 결정에서는 시민 결합 제도의 차별적인 대우가 문제가 되었다. 하지만 피청구국에서는 시민 결합 제도나 그와 유사한 제도가 없었기 때문에, 이를 근거로 한 차별이 존재하지 않는다. *Oliari and Others* 결정과 *Orlandi and Others* 결

48) *Orlandi and Others v. Italy*, nos. 26431/12 and 3 others, 14 December 2017.

정은 매우 특정하고 예외적인 맥락에서 소재판부에서 결정된 것으로, 이는 피청구국이나 동성 커플을 법적으로 인정하지 않는 유럽의 다른 16개 국가의 상황과는 관련이 없는 것이다.

법정의견은 동성 커플에 대한 법적인 인정에 관한 유럽 내 합의가 없다는 점을 ‘명백한 진행 중인 추세’라는 개념을 사용해 극복하려 했다. 하지만 이 ‘추세’를 형성하고 있는 30개 국가는 체약국의 3분의 2에도 이르지 못한다는 것을 기억해야 한다. 오히려 17개의 ‘소수’ 국가들의 인구가 유럽평의회 회원국 인구의 거의 절반을 차지한다는 것을 유념해야 한다. 법정의견은, 성 소수자의 권리를 옹호하며, ‘추세’에 편승할 준비가 되지 않은 거대한 소수의 국가들 내의 민감한 문제와 사회적 제한을 무시했다.

따라서 이번 결정은 피청구국의 상황과 그들의 헌법재판소의 상이한 입장에도 불구하고, 동성 커플을 법적으로 인정하도록 요구하며, 피청구국에 대하여는 그러한 법적 인정의 형태에 관한 좁은 범위의 재량만을 남겨두고 있다. 하지만 이와 같이 도덕과 윤리와 관련된 민감한 문제를 다루는 조치는 국가의 입법자가 입법적 권한을 통해 결정해야 할 문제이다.

Ⅲ. 결정의 의의

이번 결정은 유럽인권재판소가 동성애자의 권리를 확장시켜 온 최근의 흐름 속에서 내린 것이다. 러시아에서는 동성 커플의 혼인이 인정되지 않아, 동성 커플은 법적인 인정이나 보호를 받을 수 없는 상태에 있었다. 이에 세 쌍의 동성 커플이었던 청구인들은 협약 제8조를 근거로 하여 유럽인권재판소에 청구를 제기하였다. 법정의견은 피청구국인 러시아가 동성 커플의 혼인을 인정하지 않으며 혼인을 대체하는 다른 제도 또한 마련하지 않은 것이 청구인들의 사생활에 대한 권리와 가족생활에 대한 권리를 침해하는 것이라고 결정했다. 그러면서 러시아가 동성 커플의 혼인을 법적으로 인정하지는 않더라도, 이를 대체할 제도는 마련해야 한다고 실시했다. 이에 대하여 WOJTYCZEK 재판관은 반대의견을 통해 유럽인권재판소가 법을 해석하고 적용하는 범위를 넘어 실질적으로 법을 제정하려 하고 있다고 비판하였다. 또한 동성 커플에 대한 국가의 법적 인정 및 보호는 해당 국가의 입법기관에 의해 결정될 문제라고

언급하였다.

한편, 우리 헌법 제36조 제1항은 ‘혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.’라고 규정하고 있다. 이 조항은 혼인에 대한 개념을 직접 정의하고 있지는 않지만 ‘양성의 평등’이라는 문언을 통해 혼인이 기본적으로 남녀 간의 결합이라는 것을 시사한다고 볼 여지가 있다. 우리 헌법재판소는 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등 결정에서 ‘혼인이 1남 1녀의 정신적·육체적 결합이라는 점에 있어서는 변화가 없다.’라고 판시하며 현재까지는 동성혼을 인정하지 않는 태도를 유지하고 있는 것으로 보인다. 하지만 헌법 제·개정 당시 ‘양성의 평등’이라는 문언이 동성혼을 금지하기 위한 목적에서 쓰여졌다고 단정하기는 어렵다는 점에서, 추후 헌법재판소가 위 문언의 의미를 다르게 해석할 가능성도 있다. 그러므로 이번 유럽인권재판소 결정을 포함하여 세계 각국에서 동성 커플에 대한 법적 보호를 인정하고 있는 추세에 관심을 가져볼 만하다.



세계헌법재판기관 소개

카자흐스탄 헌법재판소

카자흐스탄 헌법재판소

국 가 개 요

- 1. 국명 : 카자흐스탄 공화국(Republic of the Kazakhstan)
- 2. 수도 : 아스타나(Astana)
- 3. 인구·면적 : 1964만명(2022), 272만 4900km²(한반도의 약 12배)
- 4. 공용어 : 카자흐스탄어(공식국어), 러시아어(통용)
- 5. 1인당 GDP : 1만374달러(2021년)
- 6. 독립일 : 1991. 12. 16.(소비에트연방으로부터)
- 7. 정부형태 및 의회 : 대통령중심제, 양원제

1. 명칭 : 헌법재판소

- Constitutional Court of the Republic of Kazakhstan

2. 연혁

- 1991. 12. 16. ‘카자흐스탄 공화국 국가독립에 관한 헌법적 법률’ 제정
(헌법재판소 설립 규정)
- 1992. 7. 2. 헌법재판소 설립
- 1995. 8. 30. 헌법 제정(헌법재판소 폐지 및 헌법위원회 설립 규정)
- 1996. 2. 헌법위원회 설립
- 2022. 11. 5. ‘카자흐스탄 공화국 헌법재판소에 관한 헌법적 법률(이하 “헌법 재판소법”)’ 제정(헌법위원회 폐지 및 헌법재판소 재설립 규정)
- 2023. 1. 1. 헌법재판소 설립

3. 구성

- 헌법재판소장 1인을 포함한 재판관 11명으로 구성됨(헌법 제71조 제1항)

- 헌법재판소장은 대통령에 의해 임명되고 상원의 동의가 필요함(헌법 제71조 제2항)
- 헌법재판관 중 4명은 대통령에 의해, 3명은 상원에 의해, 3명은 하원에 의해 임명됨(헌법 제71조 제3항)
- 헌법재판관의 자격: 고등법학교육을 받고 법조 분야에서 우수한 성과를 내고 결점이 없는 명성을 가진 40세 이상의 카자흐스탄 국민으로, 최소 15년 이상의 법조 경력을 가진 자(헌법재판소법 제5조)
- 헌법재판관의 임기는 8년이고 재임할 수 없음(헌법 제71조 제1항, 헌법재판소법 제6조)

4. 권한

- 대통령, 상원의장, 하원의장, 총리의 청구 또는 각 의회의 5분의 1이상의 결의가 있을 경우(헌법 제72조 제1항)
 - 선거 관련 소송(대통령 선거, 의회 의원 선거, 국민투표)
 - 사전적 위헌법률심판(의회 통과 후 대통령 서명 전) 및 국회 결의안의 위헌 여부 심판
 - 비준 전인 국제조약의 위헌 여부 심판
 - 헌법 규정에 대한 유권해석
 - 의회가 제기한, 질병으로 인한 대통령 궐위 또는 탄핵 절차에 대한 심판
- 대통령의 청구나 법원의 제청이 있을 경우(헌법 제72조 제2항)
 - 법률이나 하위법령의 위헌 여부 심판
- 국민의 청구가 있을 경우(헌법 제72조 제3항)
 - 헌법이 보호하는 권리와 자유에 직접적으로 영향을 주는 정부의 규제행위(regulatory legal acts)의 위헌 여부 심판
- 검찰총장의 청구가 있을 경우(헌법 제72조 제4항)
 - 비준 전인 국제조약의 위헌 여부 심판
 - 헌법 규정에 대한 유권해석
 - 정부의 규제행위의 위헌 여부 심판

- 인권위원회 위원장의 청구가 있을 경우(헌법 제72조 제5항)
 - 헌법이 보호하는 권리와 자유에 직접적으로 영향을 주는 정부의 규제행위의 위헌 여부 심판

5. 심리 및 결정

- 원칙적으로 재판관의 3분의 2 이상이 출석한 헌법재판회의(the Constitutional Court session)에서 심리함(헌법재판소법 제25조 제2항)
- 국민의 청구는 5명의 재판관으로 이루어진 소재판부가 심리할 수 있지만, 규제적 결정(regulatory resolution)은 만장일치로 채택되어야 함(헌법재판소법 제25조 제3항)
- 소재판부의 결정이 채택되지 않고, 국민의 청구에 대한 결정이 선례의 법리와 불합치하거나 중요한 개념적 사안과 관련되어 있다면, 헌법재판소장은 헌법재판회의에 해당 청구를 회부해야 함(헌법재판소법 제25조 제4항)
- 헌법재판소장은 헌법재판소법 제48조에 따라 본안 심리에 회부된 청구에 관하여, 헌법재판회의를 위한 자료를 준비할 헌법재판관을 지명함. 자료 준비가 완료되면 헌법재판소장은 명령을 통해 본안을 심리할 헌법재판회의의 일정을 지정함(헌법재판소법 제49조 제1항 및 제5항)
- 청구가 본안 심리에 회부된 날로부터 1개월 이내에 이를 심사하고 최종 결정을 내려야 함. 다만, 국민에 의한 청구는 본안 심리에 회부된 날로부터 3개월 이내에 최종 결정을 내려야 함. 이 기간은 청구가 복잡하고 더 완벽한 조사가 필요할 시 합리적인 기간 동안 연장될 수 있음. 대통령의 청구한 사건의 사안이 긴급한 경우 대통령의 요청이 있으면 해당 기간을 10일로 단축할 수 있음(헌법재판소법 제53조)
- 헌법재판소법 제25조 제3항에 규정된 경우 외에는 헌법재판회의에서 공개 포결을 통해 참여 재판관 중 다수의 찬성으로 결정을 채택함(헌법재판소법 제58조 제2항)
- 헌법재판소의 결정은 규제적 결정, 성명문(messages), 보고서(reports), 판결(decree) 형태로 발표됨(헌법재판소법 제56조)

6. 연락처

- 주 소 : 010000, Astana city,
Mangilik El Street, 13
- 전화번호 : 8(7172) 57-63-68, 8(7172) 57-63-66, 8(7172) 57-63-60
- 이 메 일 : gulmira@ksrk.gov.kz, okr@ksrk.gov.kz
- 홈페이지 : <https://www.gov.kz/memleket/entities/ksrk>

- ※ 출처 : 카자흐스탄 헌법재판소 홈페이지
카자흐스탄 헌법
카자흐스탄 공화국 헌법재판소에 관한 헌법적 법률

(2023. 4. 작성)



세계헌법재판 관련 논문 목록

세계헌법재판 관련 논문 목록(최신평)

Ⅰ 세계헌법재판 관련 논문 목록(최신평) Ⅰ

- 공진성, 독일과 우리나라의 헌법연구관제도에 관한 비교법적 연구 - 신속한 재판을 위한 헌법연구관제도의 효율적 운영방안을 중심으로 -, 외법논집 제47집 제1호, 2023. 2. 53-88면.
- 김준영, 중국 헌법상 경제 질서와 ‘민법전(民法典)’의 입법, 한중관계연구 제9권 제1호, 2023. 2. 21-52면.
- 네테스하임, 마틴, 유럽연합 기본권 헌장과 유럽연합 회원국 기본권 목록 담론의 상호관계, 공법연구 제51권 제3호, 2023. 2. 1-11면.
- 박종현, 미국 연방대법원의 정부언론법리에 대한 헌법적 고찰 - 2022년 *Shurtleff v. City of Boston* 판결에 대한 논의를 포함하여 -, 공법연구 제51권 제3호, 2023. 2. 447-479면.
- 박종현, 미국 연방헌법 수정조항 제2조의 무기소지권과 총기규제에 대한 연방대법원의 논의: 2022년 *New York State Rifle and Pistol Association v. Bruen* 판결에 대한 검토를 중심으로, 공법학연구 제24권 제1호, 2023. 2. 61-92면.
- 신상현, 산업기술 및 영업비밀 보호를 위한 형사처벌 규정의 재정비 필요성 - 독일 법과의 비교법적 관점에서 -, 저스티스 통권 제194호, 2023. 2. 154-189면.
- 신옥주, *Verwaltungsvollstreckung und Verwaltungssanktionen als Mittel zur Bekämpfung einer Pandemie und ihre Aufgabe in Korea*, 토지공법연구 제101호, 2023. 2. 311-347면.
- 염윤호 · 정제용, 영국의 중복집회 관련 입법례 및 판례 분석: 유럽인권재판소 판례를 포함하여, 영미연구 제57집, 2023. 2. 243-264면.
- 오호철, 독일 개정 성년후견법의 주요 내용, 법이론실무연구 제11권 제1호, 2023. 3. 421-439면.
- 에레라, 카를로스 M., 프랑스의 인권 혁명, 그 전환점들과 미래, 공법연구 제51권 제3호, 2023. 2. 65-73면.
- 이상수, 미국 수정헌법 제4조의 영장발부 요건인 ‘상당한 이유(Probable Cause)’에 대한 연구, 저스티스 통권 제194호, 2023. 2. 243-272면.
- 이지우 · 이경렬, 형사절차상 E-Discovery와 제출명령제도에 관한 연구 - 미연방 형사소송규칙 및 수정헌법 제5호 관련 판례법리를 중심으로 -, 홍익법학 제24

- 권 제1호, 2023. 2. 505-535면.
- 이현정, Protection for Marriage and the Family in a German Context - Focusing on the Implications on the Discussion of Same-Sex Marriage in South Korea -, 인권법 평론 제30호, 2023. 2. 79-118면.
- 전윤성, 낙태 합법화 판례를 폐기한 미국 연방대법원 판결의 비교법적 함의 - 돕스 대 잭슨 여성건강기구 판결과 현재 낙태죄 헌법불합치 결정의 비교를 중심으로 -, 교회와 법 제9권 제2호, 2023. 2. 63-91면.
- 정문식, 독일연방헌법재판소의 PSPP결정 - 유럽중앙은행 역할과 기능의 변화 및 그 한계를 중심으로 -, 공법연구 제51권 제3호, 2023. 2. 415-445면.
- 조하늬, 국가의 생명보호의무 위반과 사후(死後) 헌법소원, 공법연구 제51집 제3호, 2023. 2. 321-353면.
- 주민호, 슈레임스 II 결정 후 유럽데이터보호위원회(EDPB) 권고에 대한 평가 - GDPR의 위험기반접근을 중심으로 -, 공법학연구 제24권 제1호, 2023. 2. 213-241면.
- 풍옥동, 베트남 조세 관리법과 헌법에 따른 납세자의 권리 보호에 대한 고찰 - 한국의 세무조사 규정과 비교 중심으로 평가 -, 국민대학교 법학논총 제35집 제3호, 2023. 3. 727-764면.
- 최용현 · 김상진, 토지수용절차에서 사익수용과 생활보상제도에 관한 법적 검토 - 각국의 토지수용제도 특히 동아시아 국가의 비교를 중심으로 -, 법이론실무연구 제11권 제1호, 2023. 3. 263-308면.
- 최인화, 헌법재판소의 권한 확대방안에 관한 연구 - 프랑스 헌법재판제도와 비교를 중심으로 -, 법제 통권 700호, 2023. 3. 163-187면.
- 최희수, 유럽에서 권리구제기관들 간의 경쟁과 협력, 충남대학교 법학연구, 제34권 제1호, 2023. 2. 11-55면.
- 허지원, 영장없는 주거수색에 대한 비교법적 검토 - Lange v. California 사건을 중심으로 -, 경찰학연구 제23권 제1호, 2023. 3. 5-30면.
- Klement, Jan Henrik, Herausforderung und Bewährung des Rechtsstaats in der Corona-Pandemie am Beispiel des Grundrechtsschutzes, 토지공법연구 제101호, 2023. 2. 267-285면.
- Ruthig, Josef, Rechtsstaatliche Lehren aus der Pandemie - Bevölkerungsschutz und Industrie 4.0., 토지공법연구 제101호, 2023. 2. 247-265면.

국외통신원 소식

- 미국 연방대법원의 대학 입시 소수 인증 우대정책에 관한 논의:
하버드대와 노스캐롤라이나대를 상대로 제기된 소송을 중심으로
- 변호사 사무실 및 자택에 대한 압수·수색을 예외적으로 허용하는
형사소송법 조항등의 합헌성
 - 프랑스 헌법재판소의 2023년 1월 19일 n°2022-1030 결정에 대한 분석을
중심으로 -

미국 연방대법원의 대학 입시 소수 인종 우대정책에 관한 논의: 하버드대와 노스캐롤라이나대를 상대로 제기된 소송을 중심으로

미국 조지워싱턴대 로스쿨 Juris Doctor 서현우



<미 연방대법원 앞에서 소수 인종 우대정책을 옹호하는 시위대가 피켓 시위를 하고 있다.>¹⁾

1. 들어가는 말

지난 2022년 10월 31일, 미국 연방대법원은 *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College* 사건²⁾ 및 *Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina* 사건³⁾과 관련하여 소수 인종을 배려하는 대학 입학제도

1) 사진 출처: Financial Times, <https://www.ft.com/content/fc0eea3d-4fa0-43fb-badd-cb5820e8056d>.

2) *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College*, (Docket 20 - 1199).

3) *Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina*, (Docket 21-707).

인 ‘소수 인종 우대정책(Affirmative Action)’의 합헌 여부에 대한 심리를 개시했다. 위 두 소송은 2014년 11월경 공정한 입학을 위한 학생들(Students for Fair Admissions, 이하 ‘SFA’)이라는 단체가 소수 인종 우대정책으로 인해 백인과 아시아계 지원자들이 차별을 당했다며 하버드 대학교(이하 ‘하버드대’)와 노스캐롤라이나 대학교(이하 ‘노스캐롤라이나대’)를 상대로 각각 제기한 것이다. SFA는 하버드대가 연방 재정 지원을 받는 프로그램이나 활동에서 인종이나 피부색, 출신 국가에 따른 차별을 금지한 1964년 민권법⁴⁾을 위반했다고 주장하고 있다. 또한 노스캐롤라이나대에 대해서는 백인과 아시아계 지원자를 차별해 법의 보호를 동등하게 받을 권리를 규정한 헌법 수정 제14조를 위반했다고 주장하고 있다. 이에 대해 하버드대와 노스캐롤라이나대는 인종은 지원자를 평가하는 여러 요인 중 하나일 뿐이라고 반박하고 있다. 소송 결과 SFA가 제1심과 제2심에서 모두 패소하였다. 각 해당 주에 위치한 연방지방법원과 연방항소법원은 대학이 합격자의 인종 분포 비율을 결정할 수는 없지만 여러 요인 중 하나로 인종을 고려할 수 있다고 한 기존 대법원 판례를 두 대학이 준수했다고 판결했다.

그러나 도널드 트럼프 전 대통령 재임 기간 동안 보수 우위로 재편된 연방대법원이 지난 2022년 10월 위 두 사건에 대한 심리를 개시하였고, 연방대법관 9명 중 존 로버츠 대법원장을 포함한 6명의 보수 성향 대법관들이 대학 입시에서의 소수 인종 우대정책의 합헌성에 의구심을 나타냈다. 이에 소수 인종 우대정책이 61년 만에 폐지될 가능성이 제기되고 있어 올 6월 연방대법원 판결에 그 귀추가 주목되고 있다.

본 보고서는 미국의 소수 인종 우대정책과 1964년 민권법의 배경을 살펴본 후, Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College 및 Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina 사건의 주요 내용과 연방대법원 심리의 향방을 살펴보고자 한다.

2. 배경

미국의 소수 인종 우대정책은 1964년 민권법이 제정된 연유와 궤를 같이한다.

4) Title VI of the Civil Rights Act of 1964로 불리며 1964년 린든 존슨 전 대통령이 서명 공표하면서 만들어진 법률. 인종 및 피부색, 출신 국가, 종교, 성별 등에 근거한 차별을 법으로 금지한다는 조항이 포함되어 있다.

1861년 미국 남북전쟁이 일어난 후 1868년에 법 앞의 평등을 보장하는 헌법 수정 제 14조가 비준되어 흑인들이 주민으로서 법적 평등을 보장받게 되었다. 그러나 흑인들의 법적 평등권은 온전히 보장되지 않았고 흑백 분리주의적 인종차별법인 이른바 ‘짐 크로우법(Jim Crow Laws)⁵⁾’이 공식적으로 제도화되었다. 이후 미국 연방대법원은 여러 차례 짐 크로우법을 지지하는 판결을 내렸다. 1896년 연방대법원은 *Plessy v. Ferguson* 사건⁶⁾에서 철도회사가 백인 승객들이 타는 객차와 흑인 승객들의 객차를 분리하도록 허용했다. 연방대법원은 흑인과 백인을 두 대의 다른 객차에 분리해 태우는 것이 승객을 분리하긴 하지만 똑같은 대우를 하기 때문에 평등조항에 위배되지 않는다고 판단했다. 또한 1899년 *Cumming v. Richmond County Board of Education* 사건⁷⁾에서도 연방대법원은 인종별로 다른 학교에 다닌다고 해서 누군가의 권리가 침해되는 것은 아니라고 판결했다.

1954년 연방대법원은 *Brown v. Board of Education of Topeka* 사건⁸⁾에서 흑인과 백인을 각각 다른 학교에 다니도록 규정하는 것은 본질적으로 불평등한 조치로 헌법에 위배된다고 판결했다. 이 판결은 인종차별 정책을 정당화한 *Plessy v. Ferguson* 판결을 58년 만에 뒤집어 미국 전역의 마을과 도시들에서 흑인과 백인 학생들이 같은 학교에 다니도록 제도를 바꾼 중요한 변환점이 되었다.

이 같은 판결의 영향으로 흑인 민권 운동이 본격적으로 전개되었고 미국 전역에서 인종차별에 저항하는 조직들이 결성되었다. 1961년 존 에프 케네디 대통령이 인종과 민족 차별을 없애기 위한 ‘동등 고용 기회 위원회’를 설립하는 행정명령을 실시하면서 본격적으로 소수 인종 우대정책이 도입되었다. 소수 인종 우대정책의 도입으로 인해 미국 사회에서 소수자 권리 보호 문제가 본격적으로 화두가 되었다. 소수 인종 우대정책의 일차적인 목적은 흑인에 대한 진정한 의미의 평등을 이루기 위해 과거 흑인들이 겪었던 제도적, 관행적 차별에 대한 보상의 의미로 흑인들을 경제적, 사회적, 정치적으로 지원하는 적극적인 우대조치를 하고자 하는 것이었다.

5) 1880년대 미국 남부에서 실시됐던 흑백 분리정책. 1830년대 뮤지컬에 나오는 등장인물의 이름에서 유래되었으며, 백인 뮤지컬 배우들이 흑인들을 비하하는 공연을 했었다. 이후 ‘짐 크로우’는 남부의 여러 주와 도시가 흑인들을 박해하고 차별하기 위해 제정한 흑백분리법을 일컫게 되었다. 짐 크로우법은 흑인이 백인들과 같은 학교에 다니지 못하도록 규정했을 뿐만 아니라, 백인들과 같은 식당이나 교통수단을 이용하지 못하도록 하였다.

6) *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 540 (1896).

7) *Cumming v. Richmond County Board of Education*, 175 U.S. 528, 535 (1899).

8) *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 500 (1954).

이러한 정책 변화와 더불어 1963년 존 에프 케네디 대통령이 민권법안을 제안한 후 1964년 7월 린든 존슨 대통령이 서명하면서 1964년 민권법이 제정되었다. 1964년 민권법은 최초의 민권법(1875)과 비교해볼 때 법의 적용 대상과 방법, 행정 및 사법 절차, 관할 기관의 운영 등을 세밀하게 명시하였다.⁹⁾ 특히 차별 금지 조항에서 기존의 민권법과는 다르게 출신 민족, 인종, 피부색, 신념을 이유로 한 차별 없이 모든 시민이 누릴 수 있는 대상이 숙박시설, 대중교통, 극장, 공중 유흥시설뿐만 아니라 교육 기관과 기업 및 직장으로까지 확대되었다.¹⁰⁾ 눈에 띄는 점은 연방 정부가 보기에 ‘법의 평등한 보호’가 부족하여 인종 차별의 소지가 있다고 판단되면 연방 법원에 소송을 제기할 수 있는 가능성을 열어 두어 인권 운동가들이 연방 법원을 이용한 법적 전략을 채택하는 데 결정적인 영향을 미쳤다는 것이다.

민권법 제정과 맞물려 실시된 소수 인종 우대정책은 이후 백인들의 거센 반발에 부딪히게 되었다. 백인들은 소수 인종 우대정책이 다수자의 법적 권리를 침해하는 역차별에 해당한다며 대학 입시나 직원채용 등에서 인종적 요소를 고려하는 것은 부당하다고 주장하였다. 연방대법원에는 이에 대한 판결을 요구하는 일련의 소송들이 제기되었다. 1978년 *Regents of the University of California v. Bakke* 사건¹¹⁾에서 연방대법원은 헌법 수정 제14조의 평등조항은 적극적 우대조치에 의한 소수 인종에 대한 특혜라는 ‘자애로운 차별(benign discrimination)’까지도 금하는 것이므로 캘리포니아 주립대학교가 인종적인 요소만 고려하여 일정 비율의 학생을 선발한 것은 위헌이라고 판결했다. 이 판결은 적극적 우대조치로서 인종을 대학 입시에서 고려할 수 있으나, 특정 인종의 비율을 정해 놓은 할당제는 위헌이라고 판단하였다는 점에서 주목 받았다.

3. 사건개요

2014년 11월 17일, 비영리단체 SFA는 하버드대가 입학 심사에서 아시아계 미국인

9) 최초 민권법은 1875년 미국 남북 전쟁 재건 시대에 제정된 민권법(Civil Rights Act of 1875)으로 아프리카계 미국인이 공공 편의 시설과 대중교통에 동등하게 접근할 수 있도록 보장했다. 이후 1964년 실질적인 민권법이 제정되기 이전 1957년 9월 공민권법(Civil Rights Act of 1957)이 도입되어 대통령에게 흑인의 투표권 실시에 관하여 광범위한 권한을 부여하였다.

10) 변영학, 미국의 민권정치: 1964년 민권체제를 중심으로, 2021, 11, 12면

11) *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 280 (1978).

입학 지원자들을 지속적으로 차별해 1964년 민권법을 위반했다며 보스턴에 위치한 연방지방법원에 소송을 제기했다.¹²⁾ SFA는 지난 2000년부터 2015년까지 하버드대에 지원했던 16만여 명에 대한 자료를 분석하고 입학사정관들을 인터뷰한 결과 하버드대가 학업성적 이외의 지표인 주관적 개인평가에서 아시아계 학생들에게 지속적으로 낮은 점수를 주었고, 입학 심사에서 수치적으로 학업성취도가 높은 아시아계를 차별했다고 주장했다. 이번 소송을 제기한 SFA는 미국 내 대표적인 소수 인종 우대정책 폐지론자인 에드워드 블럼이 이끄는 단체로 이미 수차례 소수 인종 우대정책으로 피해를 겪은 대학생들의 소송을 제기해 왔다. 이에 하버드대는 어떤 집단의 지원자에 대해서도 의도적인 차별을 가한 적이 없고, 입학 심사에서 여러 요소들을 종합적으로 평가하고 있다면서 인종도 여러 요소 중 하나라고 반박하였다.

2019년 10월경 보스턴에 위치한 연방지방법원은 하버드대의 입학 심사는 아시아계 학생들을 의도적으로 차별하지 않았다고 판단하여 원고 패소 판결을 내렸다. 2020년 2월경 SFA는 제1연방항소법원에 항소하였고, 항소법원은 같은 이유로 원고 패소를 결정한 제1심 판결을 유지했다. 이에 2021년 2월, SFA는 하급심의 판결을 재심리해 달라고 연방대법원에 상고하였고, 연방대법원은 상고 요청을 받아들여 심리에 들어가게 되었다. 미 법무부는 ‘법정 의견서’를 제출하는 방식으로 SFA에 대한 직접적인 지원을 하게 되었다. 법정 의견서에서 법무부는 하버드대가 소수 인종 우대정책을 통해 아시아계 미국인들을 차별하였고, 소수 인종 우대정책이 아닌 다른 방식으로는 인종의 다양성을 달성할 수 없다는 점을 입증해야 한다고 주장하였다. 이에 하버드대 및 25개 시민단체와 하버드대 동창회 등은 법무부에 반대하고 하버드대를 지지하는 의견서를 제출했다. 이들은 입학 심사에서 소수 인종 우대정책 폐기는 일부 아시아계를 비롯해 유색인종들에 대한 더 큰 차별을 야기한다며 도널드 트럼프 정부가 의도적으로 소수 인종 우대정책 철폐를 시도해 왔다고 주장하였다.

뉴욕타임스를 비롯한 다수 미국 언론들은 SFA가 제기한 소송이 단순히 하버드대가 입학 심사에서 아시아계 미국인을 차별했는지 여부에 의의를 두고 있지 않다. 이면에는 소수 인종 우대정책 폐기를 수십 년간 주장해온 미국 내 보수주의자 특히 백인우월주의자 등이 전략적으로 정책 폐기를 요구하는 심리가 깔려있다. 이번 SFA의 소송은 아시아계 미국인들, 그중에서도 중국계와 다른 아시아계들 사이의 분열을 조

12) Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College, (Docket 20 - 1199).

장하고 있다는 비판도 있다. 2000년대 초반부터 특정 주들에서 소수 인종 우대정책에 대한 비판이 강해지면서 현재 주민투표를 통해 이 정책을 금지한 미시간주를 포함하여 캘리포니아, 플로리다, 워싱턴 등 9개 주는 공립대에서 소수 인종 배려 입학 금지한 상태다. 특히 캘리포니아주는 인종 요소가 아닌 사회경제적 지표 활용, 즉 저소득층을 우대함으로써 대학 입학 심사에서 인종 다양성을 달성하고자 했다.

한편, 2014년 11월 SFA는 하버드대와 마찬가지로 노스캐롤라이나대에 대해서도 백인과 아시아계 지원자를 차별해 법의 보호를 동등하게 받을 권리를 규정한 헌법 수정 제14조¹³⁾를 위반했다며 노스캐롤라이나에 위치한 연방지방법원에 소송을 제기했다.¹⁴⁾ SFA는 노스캐롤라이나대가 대학 입학 심사에서 인종적인 배경을 중요한 기준으로 삼아 소수 인종 지원자들에게 유리하게 하여 백인 및 아시아계 지원자들을 차별하였다고 주장하였다. 이에 노스캐롤라이나대는 입학 심사에서 헌법 수정 제14조에 위배되지 않는 입학 심사 정책을 취했고, 인종 다양성 추구의 교육 목표라는 공립학교의 중대한 이익이 있다고 반박하였다.

2015년 6월경, 노스캐롤라이나 변호사 위원회 및 노스캐롤라이나주 정의 센터는 소송참가(intervention)¹⁵⁾를 법원에 요청하였다. 2017년 1월 노스캐롤라이나에 위치한 연방지방법원은 이 소송이 노스캐롤라이나 주민들에게 공립학교 입학에 직접적이고 중대한 영향을 끼칠 수 있다는 점에서 노스캐롤라이나 변호사 위원회 및 노스캐롤라이나주 정의 센터의 허가참가(permissive intervention)를 받아들였다.

2021년 11월 4일, 노스캐롤라이나에 위치한 연방지방법원은 노스캐롤라이나대가 입학 심사에서 여러 요소들을 종합적으로 평가하였고, 인종도 여러 요소 중 하나였다고 판단하였다. 또한 존립 가능한 인종 중립적인 다른 대안이 없는 상황에서 노스캐롤라이나대의 인종 요소를 고려한 입학 심사는 인종 다양성 교육 목적을 달성하기

13) 미 헌법 수정 제14조는 미국 시민의 신분과 자격, 권리, 박탈 조건 등을 포괄하는 내용을 담고 있다. 총 5개 항으로 구성되어 있으며, 어떠한 주도 적법절차 없이 개인의 생명과 자유, 재산을 빼앗을 수 없다는 적법절차 조항 및 각 주에 대하여는 주에 속하는 모든 시민에 대해 법아래 동등하게 보호할 것을 요구하는 평등 보호 조항이 포함되어 있고, 미국 시민의 특권이나 면책 권한을 제한하는 법을 만들거나 강제할 수 없다는 내용 등이 규정되어 있다.

14) *Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina*, (Docket 21-707).

15) 미 민사소송법에서 소송참가는 권리참가(intervention as of right)와 허가참가(permissive intervention) 두 가지 유형으로 나뉜다. 권리참가는 현재 진행되고 있는 소송이 제3자의 이익에 영향을 끼치고, 제3자를 제외했을 때 제3자의 이익 보호에 피해가 가는 경우 법원에 의해 인정된다. 허가참가는 연방 법에 의해 제3자가 조건부로 개입하거나 현재 진행되고 있는 소송과 법률상 혹은 사실 관계상 공통의 요소가 있는 경우, 법원에 의해 허용된다.

위해 필연적이었다고 판단하여 엄격심사기준(strict scrutiny)을 충족시킨다고 보아 원고 패소 판결을 내렸다. SFA는 즉시 제4연방항소법원에 항소하였고, 항소법원은 같은 이유로 원고 패소를 결정한 제1심 판결을 유지했다. 이에 2021년 2월, SFA는 하급심의 판결을 재심리해달라고 연방대법원에 상고하였고, 연방대법원은 이전 SFA의 하버드대 소송과 병합하여 심리에 들어가게 되었다.

4. 연방대법원의 변론에서 드러난 대법관들의 입장과 향후 전망

2022년 10월 31일, 연방대법원은 구두 변론을 열어 약 5시간에 걸쳐 SFA가 하버드대와 노스캐롤라이나대를 상대로 제기한 헌법 소송을 연이어 심리했다. 도널드 트럼프 행정부에서 총 9명의 연방대법관 가운데 6명이 보수 성향 대법관 위주로 재편된 현 대법원 구성상 소수 인종 우대정책에 관해 위헌 결정을 할 가능성이 있다.

변론에서 보수 성향 새뮤얼 얼리토 대법관은 대학 입학에 제로섬 게임에 비유하며 인구 대비 입학생의 비율이 적은 소수에게만 특혜를 주면 다른 학생에게는 불이익이 가게 된다고 의견을 내놓았다. 또한 클래런스 토머스 대법관은 다양성이 정확히 무엇을 의미하는지 모르겠다고 의구심을 제기했다. 브렛 캐버노 대법관은 소수 인종 우대정책 방식의 인종 분류는 잠재적인 위험성을 가지고 있다고 의견을 밝혔다. 존 로버츠 대법원장도 소수 인종 우대정책의 영향으로 아시안계 미국인들이 하버드대와 노스캐롤라이나대 모두에서 희생양이 되었다면서 인종 중립적인 대안에 관한 질의를 하였다.¹⁶⁾

한편, 진보 성향의 대법관 중에서 최초의 흑인 여성 대법관인 커탄지 브라운 잭슨 대법관은 소수 인종 우대정책 실시가 곧바로 흑인과 히스패닉 지원자에 대한 우대를 의미하는 것이 아니라며 대학이 지원자의 배경과 개인적 특성을 모두 고려하면서 인종을 고려하지 않는다면, 평등 보호 문제가 발생한다고 밝혔다. 또한 소니아 소토마요르 대법관은 흑인이라면 교육적 자원이 제한적이고 양질의 교육을 제공받지 못해 학문적 잠재력이 부족한 것으로 보일 가능성이 크다고 언급했다. 엘레나 케이건 대법관은 미국인이 된다는 것과 미국의 다원주의를 신봉한다는 것의 일부는 우리 사회의 기관들이 모든 다양성을 실제로 수용하고 반영하는 것이라고 표명했다.

16) Nina Totenberg, "Supreme Court's Conservatives Are Openly Hostile to Affirmative Action in Admissions," *National Public Radio News*, October 31, 2022.

이처럼 대법관들 간의 의견 대립이 팽팽한 가운데 대법원 다수를 차지하는 보수 대법관들이 소수 인종 우대정책이 백인과 아시아계 미국인 학생들에게 불리하게 작용한다며 회의적인 입장을 보이고 있어 소수 인종 우대정책이 폐기될 수 있음을 시사하고 있다.

5. 나가는 말

소수 인종 우대정책에 대한 미국 내 여론은 부정적이다. 톰슨 로이터가 실시한 최근 여론 조사 결과에 따르면, 62%의 미국인들은 대학 입시에서 인종 및 민족을 고려하지 않아야 한다고 생각하는 것으로 나타났다.¹⁷⁾ 이번 여론 조사에는 미국 전역의 성인 4,408명이 참여했다. 특히 응답자의 당 지지도에 따라 다른 결과가 나타났다. 공화당 지지자 중 73%가 소수 인종 우대정책 철폐를 지지한 반면, 민주당 지지자 중 46%만 소수 인종 우대정책에 반대 의사를 밝혔다. 이외에도 응답자 중 백인은 67%가 인종배려 입시에 반대 의사를 표명했고, 흑인들을 포함한 소수 인종의 소수 인종 우대정책 폐지 지지율도 52%로 절반을 넘어섰다.

연방대법원이 소수 인종 우대정책을 폐기하는 판결을 내릴 경우, 지난 2022년 6월 연방대법원이 낙태 권리를 인정한 *Roe v. Wade* 판례를 폐기하는 결정을 내린 것에 이어 큰 파장을 일으킬 것으로 전망된다. 특히 미국 내 대학 입학 심사뿐만 아니라 취업 등 사회적, 경제적 전반에서 큰 변화가 예상된다는 점에서 올 6월경 윤곽을 드러낼 예정인 연방대법원의 최종 결정에 이목이 집중되고 있다.

연방대법원이 소수 인종 우대정책을 폐기하는 판결을 내린다면 미국 내 인종적 갈등이 격화되고 주별 간극이 심화될 것으로 전망된다. 이는 단순히 대학 입시 변화에 그치지 않고 군사, 의료, 과학기술, 기업 등 사회 여러 분야에 걸쳐 큰 파장이 야기될 수 있다. 소수 집단에 대한 구조적 억압을 해결하기 위해 소수 집단의 권리를 보장하는 제도에 대하여 인종의 다양성에 대한 근본적인 물음과 인종 중립적인 대안의 모색이 제기되고 있는 가운데 소수 인종 우대정책이 존폐기로에 서 있어 소수 집단의 우려가 커지고 있다.

17) Gabriella Borter, "Most Americans Think College Admissions Should Not Consider Race - Reuters/Ipsos Poll," *Reuters*, February 16, 2023.

변호사 사무실 및 자택에 대한 압수·수색을 예외적으로 허용하는 형사소송법 조항 등의 합헌성

- 프랑스 헌법재판소의 2023년 1월 19일 n°2022-1030 결정에 대한 분석을 중심으로 -

벨기에 브뤼셀 자유 대학교 철학 박사 과정 및
프랑스 툴루즈 카피톨 대학교 법학 박사 과정 이 은 설

I. 들어가며

의뢰인과 변호사 사이의 비밀유지권(Attorney-Client Privilege), 혹은 변호사의 직업적 비밀 보장(secret professionnel)은 오랜 논쟁의 대상이다. 그러나 이 권리가 절대적인 것은 아니므로 비밀유지권에 반하는 변호사 사무실과 주거지에 대한 압수·수색은 유럽인권재판소의 2011년 2월 15일 *Heino v. Finland* 결정 등 여러 사례에서 쟁점화된 바 있다.¹⁾ 유럽인권재판소는 위 결정을 통해 변호사 사무실 수색 및 자택 수사를 위해서는 사법기관의 허가가 우선적으로 필요하며 수색의 전후과정에서 사법적인 통제를 벗어나는 경우 유럽인권협약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 이하 ‘협약’) 제8조에 위배된다고 하였다. 협약 제8조 제1항에 따르면 모든 사람은 자신의 사생활과 가족생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.²⁾ 또한 협약 제8조 제2항에 따라 이러한 공권력의 행사는 국가 안보, 공공의 안전, 국가의 경제적 복리, 무질서 또는 범죄의 방지, 보건 또는 도덕의 보호, 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위해 법에 따라 민주 사회에서 필요한 경우를 제외하고는 비밀유지권의 행사를 제한할 수 없다.³⁾

1) Case of *Heino v. Finland* (Application no. 56720/09)

2) 협약 제8조 제1항은 다음과 같이 규정하고 있다: “Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.”

3) 협약 제8조 제2항은 다음과 같이 규정하고 있다: “There shall be no interference by a public

한국에서도 2016년, 2018년, 2019년에 이어 2022년에도 주요 법무법인을 대상으로 행해진 압수·수색에 대한 논란이 있었다. 2022년 12월 15일 서울지방법변호사회는 성명을 통해 “압수·수색 영장을 청구하는 검찰과 이를 발부하는 법원이 모두 변호사의 비밀유지권을 중대하게 침해하는 사태가 반복적으로 초래”되고 있으며, 이는 “헌법상 변호인 조력권을 부당하게 침해하는 행위”라는 취지의 뜻을 밝혔다.⁴⁾ 특히 가장 최근에 이루어진 법무법인에 대한 압수·수색은 아직 공판이 진행 중인 사안과 관련이 있다는 점에서 변론권 위축이 초래되었다는 서울지방법변호사회의 반발이 있었다.

의뢰인과 변호사 간의 비밀유지권에 관한 입법이 필요하다는 주장은 꾸준히 제기되고 있다. 2019년에 발행된 OECD의 보고서에 따르면, OECD 국가 중 일본과 한국을 제외한 나머지 국가에서는 비밀유지권이 명문화되어 있다.⁵⁾ 이를 통해 헌법상 보장되는 기본권인 방어권을 실질적이고 효과적으로 보장하고 의뢰인이 자신에게 유리하고 불리한 모든 것을 변호사에게 가감 없이 털어놓을 수 있도록 하는 것이다. 2020년 6월 제21대 국회에서 변호사 사무실 및 자택 압수·수색에 관한 논의 및 변호사의 비밀유지권 관련 내용을 담은 변호사법 일부개정법률안이 발의되었으나 2023년 현재까지 입법화되지는 못했다.

프랑스의 경우, 2021년 12월 형사소송법 개정(LOI n°2021-1729 du décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire)을 통해 변호사 사무실과 주택에 대한 압수·수색 요건과 절차를 강화했다. 이에 따르면 변호사 사무실 등에 대한 수색은 해당 사안을 회부한 석방구금판사(le juge de la liberté et de la détention)가 내린 서면 결정에 따라 치안판사(magistrat), 변호사협회장 또는 그의 위임인이 입회한 상태에서만 실시할 수 있다. 해당 판사가 내린 결정에는 조사 중인 범죄의 성격, 수색을 정당화

authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

4) https://www.seoulbar.or.kr/cop/bbs/selectBoardList.do?nttId=29258&bbsId=BBSMSTR_00000000041

5) OECD에서 2019년 1월 31일에 발행된 보고서(Background Paper), “Treatment of Legally Privileged Information in Competition Proceedings”는 다음과 같이 기술하고 있다: “According the Secretariat’s research of public resources, the OECD Members that do not recognize legal privilege are Japan and Korea.”, <https://www.oecd.org/daf/competition/treatment-of-legally-privileged-information-in-competition-proceedings.htm>.

하는 이유, 수색의 목적 및 사실의 성격과 심각성에 대한 비례성이 명시되어야 한다.⁶⁾

변호사의 비밀유지권 적용의 예외와 관련해 최근 프랑스 헌법재판소는 2023년 1월 19일 n°2022-1030 결정(Décision n° 2022-1030 QPC du 19 janvier 2023)을 통해 사법부 신뢰에 관한 2021년 12월 22일 법률 제2021-1729호(La loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, 이하 '사법부 신뢰에 관한 법률')에 따라 변호사 사무실 또는 자택을 수색하는 것이 헌법에 부합함을 선언한다. 헌법재판소는 변호사의 직업적 비밀(secret professionnel de l'avocat)에 관한 사후적 위헌법률심사(Question Prioritaire de Constitutionnalité) 사건에서 '사법부 신뢰에 관한 법률'에 따른 신설 조항인 형사소송법 제56-1조와 제56-1-2조(Code de procédure pénale, article 56-1, article 56-1-2)가 헌법에 보장된 권리와 자유에 부합한다고 판단한 것이다.

뿐만 아니라 헌법재판소는 같은 날 내려진 n°2022-1031 결정(Décision n° 2022-1031 QPC du 19 janvier 2023)을 통해서도 변호사 사무실 수색 및 자택 수색이 헌법에 부합함을 선언한다. 이 결정은 세금 문제와 관련해 변호사 사무실 또는 자택 방문 및 압수·수색이 타당함을 보여준다. 조세절차법 제16B조(L'article L. 16B du livre des procédures fiscales)에 따르면 석방구금판사는 세무 행정의 공인 대리인에게 소득세, 수익세 또는 매출세 분야의 사기 행위와 관련된 문서 및 서류가 보관되어 있을 가능성이 있는 모든 장소를 방문하고 이를 압수할 수 있는 권한을 부여한다. 헌법재판소는 석방구금판사가 이러한 권한을 가지고 있는 것은 공정성의 원칙에 위배되지 않는다고 보았다.⁷⁾

이 글에서는 헌법재판소의 2023년 1월 19일 n° 2022-1030 결정과 관련한 전후 상황과 배경을 검토하고, 헌법재판소가 어떠한 근거를 토대로 변호사 사무실 및 자택 수

6) 형사소송법 제56-1조 제1항 제1문 참조

7) 사후적 위헌법률심사를 제기한 신청인에 따르면, 형사소송법 제56-1조는 석방구금판사에게 변호사 사무실 또는 자택에 대한 수색 중에 발견된 문서 또는 물건의 압수에 대한 이의에 대한 결정을 내릴 수 있는 권한을 부여하는데 이는 공정성의 원칙에 위배된다. 압수·수색을 허용하는 주체와 이미 이루어진 압수·수색의 적절성을 판단하는 판사가 석방구금판사로 동일한 것은 공정성과 관련한 심각한 문제를 야기할 수 있다는 것이 그들의 입장이다. 그러나 헌법재판소는 이 조항이 한 명의 석방구금판사가 압수를 집행하고 이의에 대한 결정도 내릴 수 있도록 허용하는 것으로 해석되어서는 안 된다고 한다. 헌법재판소에 따르면 (공정성의 원칙은) 수색을 허가한 석방구금판사와 이미 이루어진 수색의 적절성을 판단하는 석방구속판사가 다를 수 있음을 고려한다.

색을 허용하는 형사소송법 제56-1조가 합헌임을 판단했는지, 또한 변호사의 직업적 비밀 보장의 예외를 허용하는 형사소송법 제 56-1-2조가 어떠한 근거로 의뢰인과 변호사의 권리를 침해하는 것이 아님을 판단했는지를 확인할 것이다.

II. 배경 및 제반 상황

헌법재판소는 헌법 제61-1조에 규정된 요건에 따라 2022년 10월 19일 국사원(Conseil d'État)의 2022년 10월 18일 결정 n°463588, 463683에 의해 사후적 위헌법률 심사를 접수했다.⁸⁾ 이 심사는 파리변호사협회(Barreau de Paris)의 SCP 피브니카와 몰리니에(SCP Piwnica et Molinié), 그리고 오드센변호사협회(Barreau des Hauts-de-Seine)의 SARL Briard 사무실(SARL Cabinet Briard)에 의해 신청되었다. 이 심사에서 쟁점이 되는 사안은 '사법부 신뢰에 관한 법률'에 따라 개정된 형사소송법 제56-1조와 제 56-1-2조가 헌법상의 권리 및 자유를 침해하는지 여부이다.

우선 '사법부 신뢰에 관한 법률'에 대해 알아볼 필요가 있다. 이 법률은 법무부 장관인 에릭 뒤퐁-모레티(Eric Dupont-Moretti)의 주도하에 이루어진 개혁의 일환으로, 그 궁극적인 목표는 시민들이 정의(justice)와 법률의 작동 방식에 대해 더 잘 이해할 수 있도록 함으로써 시민과 사법 기관 간의 신뢰를 회복하는 것이다.⁹⁾

이러한 개혁을 통해 개정된 형사소송법 제11조(Article 11 du Code Procédure Pénale)는 변호사의 변호 및 자문 활동 모두에서 변호사의 직업적 비밀을 인정하는 내용을 포함한다. 위 조문에 따르면 법률이 달리 규정하고 있고 의뢰인의 방어권을 침해하지 않는 경우를 제외하고, 조사 및 조사 과정의 절차는 비밀로 유지된다. 이 절차에 참여하는 모든 사람은 형법 제434-7-2조에 규정된 조건에 따라 직업적 비밀을 준수해야 하고, 위반 시 처벌을 받게 된다. 다만, 불완전하거나 부정확한 정보의 유포 방지, 공공질서 문란의 종식, 혹은 기타 공공의 이익의 보장을 위해 검사는 자신의 직권으로 예심법원(jurisdiction d'instruction) 또는 당사자의 요청에 따라 직접 또는 그의 동의와 감독하에 활동하는 사법경찰관의 개입을 통해 관련자에 대한 혐의에 대한 평

8) 프랑스 헌법 제61-1조는 다음과 같이 규정하고 있다: “법원에 소송이 계속 중에 법률조항이 헌법에 보장된 권리와 자유를 침해한다는 주장이 제기되는 경우, 해당 사안은 정해진 기간 내에 하도록 되어 있는 국사원 또는 파기원의 제청에 따라 헌법재판소가 이를 심판한다.”

9) <https://www.vic-publicque.fr/loi/279445-loi-confiance-dans-linstitution-judiciaire-reforme-dupont-moretti>

가를 포함하지 않는 절차 안에서 도출된 객관적인 요소를 대중에게 공개할 수 있다.

또한 이번 개혁은 변호사의 통신 기록(*fadettes*)에 대한 보호를 포함한다. 실제로 그 전까지 파기원(*Cour de cassation*)은 변호사의 자문 활동에서 변호사의 비밀을 인정하지 않았으나 이 개혁으로 인해 비밀유지권이 광범위하게 보장된 것이다. 그러나 정부 수정안을 통해 변호사의 직업적 비밀이 늘 보장되는 것이 아니며 예외 상황이 있을 수 있음이 명확해 졌다. 세금과 관련된 사기, 부패 또는 이러한 범죄의 자금 세탁 및 테러 자금 조달의 경우에는 변호사의 직업적 비밀이 보장되지 않는다.

위와 같은 사법개혁을 기반으로 한 ‘사법부 신뢰에 관한 법률’에 의해 개정된 형사소송법 제56-1조는 변호사의 직업적 비밀에 대해 다음과 같이 규정한다:

형사소송법 제56-1조

제1항 변호사의 사무실 또는 자택에 대한 수색은 해당 사안을 회부한 석방구금판사가 내린 서면 결정에 따른다. 석방구금판사는 조사할 범죄의 성격, 수색을 정당화하는 이유, 수색의 목적 및 범죄의 성격과 심각성이 비밀유지권에 대한 제한과 적절하게 비례하는지를 명시해야 하며, 이러한 수색은 치안판사와 변호사협회장 또는 그 위임인의 입회하에서만 수행할 수 있다. 이 결정의 내용은 수색을 집행하는 판사가 수색을 개시하는 즉시 변호사협회장 또는 그 위임인에게 통보되어야 하며, 판사와 변호사협회장 또는 그 대리인은 압수 전에 부지에서 발견된 문서 또는 물건에 대해 협의하거나 인지할 권리를 단독으로 갖는다. 앞서 언급한 결정에 기재된 것 이외의 범죄와 관련된 문서 또는 물건에 대한 압수는 허용되지 않는다. 또한 변호사의 범죄 연루에 의해 수색이 정당화되는 경우, 그가 가해자 또는 공범으로서 소송의 대상이 되는 범죄 또는 제203조의 의미 내에서 밀접한 관련이 있는¹⁰⁾ 범죄를 저질렀거나 저지를 것을 시도했다고 의심할 만한 그럴듯한 이유(*raisons plausibles*)가 있는 경우에만 수색이 허가될 수 있다. 본조를 위반한 수색은 이를 무효로 한다.¹¹⁾

10) 형사소송법 제203조에 따르면 범죄들은 다음과 같은 경우에 밀접한 관련이 있다: 여러 사람이 동시에 함께 저지른 경우, 서로 다른 시간과 장소에서 서로 다른 사람이 저지른 경우라도 그들 사이에 사전에 형성된 공모의 결과인 경우, 또는 유죄 당사자가 다른 범죄를 저지르기 위한 수단을 확보할 목적으로 다른 범죄의 실행을 용이하게 하거나, 실행하거나, 면책을 보장하기 위해 일부 범죄를 저지른 경우, 또는 중범죄 혹은 경범죄에 의하여 탈취, 횡령 혹은 습득한 물건의 전부 또는 일부가 은폐된 경우.

11) Portail de la Question Prioritaire de Constitutionnalité,
<https://qpc360.conseil-constitutionnel.fr/commentaire-decision-2022-1030-qpc#note%2013.%2013%20Cass.>

제2항 수색을 지휘하는 판사는 수사가 변호사 직업의 자유로운 행사를 침해하지 않도록 해야 하며, 특정 사법 및 법률 전문직의 개혁에 관한 1971년 12월 31일 법률 제71-1130호(Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) 제66-5조¹²⁾에 따라 의뢰인의 방어권 및 변호사의 비밀유지권 행사와 관련된 문서를 압수의 대상에서 제외하여야 한다.

제3항 변호사협회장 또는 그 위임인은 문서 또는 물건의 압수가 비정상적(irrégulière)이라고 판단하는 경우 해당 압수에 이의를 제기할 수 있다. 이 경우 해당 문서 또는 물건은 봉인된 상태로 보관되어야 한다. 압수에 대한 이의 신청은 보고서의 대상이 되며, 이 보고서에는 변호사협회장 또는 그 위임인이 이의제기를 했다는 내용이 포함되어야 한다. 이 보고서는 사건기록에 첨부되지 않는다. 수색 과정에서 해당 사건과 관련 없는 다른 문서나 물건이 압수되었으나 아무런 이의가 제기되지 않은 경우, 이 보고서는 형사소송법 제57조에 규정된 것과는 별도로 작성되어야 한다.¹³⁾ 보고서와 봉인된 문서 또는 물건은 사건기록의 원본 또는 사본과 함께 지체 없이 석방구금 판사에게 송달되어야 한다.

제4항 석방구금판사는 이러한 서류를 받은 날로부터 5일 이내에 합리적인 판단을 통해 이의 제기에 대한 결정을 내려야 한다.

제5항 이를 위해 석방구금판사는 수색을 진행한 판사, 필요한 경우에 검사, 수색이 진행된 사무실 또는 자택의 변호사, 변호사협회장 또는 그 위임인의 의견을 청취해야 한다. 석방구금판사는 이들의 입회하에 봉인된 문서를 개봉할 수 있다.

제6항 석방구금판사가 문서 또는 물건을 압수할 이유가 없다고 판단하는 경우, 판사는 이러한 문서와 물건의 즉시 반환을 명하며, 해당 압수에 관한 보고서의 파기를 명할 수 있다. 필요한 경우, 압수·수색보고서에 적시된 문서 또는 물건 및 그 보

¹²⁾ %20crim.,%205%20octobre%201999,%20n%C2%B0C2%A098-80.007.

12) 특정 사법 및 법률 전문직의 개혁에 관한 1971년 12월 31일 법률 제66-5조의 제1항에 따르면, “자문 분야든 변호 분야든, 변호사가 의뢰인에게 전달하거나 의뢰인을 위해 의도한 상담, 의뢰인과 변호사, 변호사와 동료 간에 주고받은 서신, '공식'으로 표시된 서신, 인터뷰 기록 및 보다 일반적으로 파일에 포함된 모든 문서는 전문적 기밀로 보호된다.” 또한 제2항에 따르면, “이 조항은 신탁 계약 체결 시점부터 수탁자 역할을 하는 변호사에게 이 활동에 적용되는 특정 규정을 적용하는 것을 막지 않는다 (단, 해당 변호사가 이 역할을 하고 있다는 사실을 통보 받지 않은 동료가 이 변호사에게 보낸 '공식'으로 표시되지 않은 서신은 제외한다).”

13) 형사소송법 제57조는 물건 및 서류의 압수와 관련된 규정을 포함한다. 위 조항에 따르면 수색 중에 범죄와 관련 없는 문서나 물건이 압수되었지만 그 압수에 대해 이의가 제기되지 않은 경우에 해당 문서나 물건이 적절한 법적 절차에 따라 처리되도록 하기 위해서 별도의 보고서가 작성되어야 한다.

고서의 내용 자체에 대한 인용금지를 명할 수 있다.

제7항 이 경우가 아니라면, 석방구금판사는 사건기록에 봉인된 보고서를 보관하도록 명한다. 이 명령은 당사자들이 나중에 본안의 관할법원(jurisdiction de jugement)이나 고등법원 예심부(chambre de l'instruction)에 압수의 무효를 요청할 수 있는 후속 가능성을 배제하지 않는다.

제8항 석방구금판사의 결정은 24시간 이내에 검사, 변호사 또는 변호사협회장 또는 그 위임인이 고등법원 예심부장에게 제기하는 효력정지신청(recours suspensif)의 대상이 될 수 있다. 고등법원 예심부장은 이 조의 제5항에 명시된 절차에 따라 사안이 회부된 날로부터 5일 이내에 결정을 내려야 한다.

제9항 뿐만 아니라 이 항소는 행정부(administration) 또는 관할 행정 당국(authorité administrative compétente)에 의해 제기될 수 있다.

제10항 이 조의 규정은 변호사협회 또는 변호사 금융 결제를 위한 자율 기금(Caisses de Règlement Péniculaire des Avocats, CARPA) 사무실에서 수행된 수색에도 적용된다. 이 경우, 사법법원(tribunal judiciaire)의 장이 석방구금판사의 역할을 대신하고, 사법법원의 장은 수색에 대해 사전에 통지해야 한다. 변호사협회장의 사무실 또는 자택을 수색하는 경우에도 동일하다.

제11항 이 조의 규정은 다른 법령 또는 특별법에 근거하여 변호사의 사무실이나 자택 또는 끝에서 두 번째 항(제10항)에서 언급된 구내에서 수행되는 수색(perquisitions) 또는 자택 방문(visites domiciliaires)에도 적용된다.

사법부 신뢰에 관한 법률에 의해 개정된 형사소송법 제56-1-2조는 다음과 같이 규정하고 있다 :

형사소송법 제56-1-2조

형사소송법 제56-1조 및 제56-1-1조에 규정된 경우, 제56-1조에 규정된 변호사협회장 또는 그 위임인의 특권 및 제56-1-1조에 규정된 피수색자의 권리를 침해하지 않는 범위에서, 변호사 또는 그의 의뢰인이 보유 또는 전송한 상담, 서신 또는 문서가 프랑스 일반 조세법 제1741조, 제1743조, 제421-2-2조 및 형법 제421-2-2조, 제433-1조, 제433-2조 그리고 제435-1조부터 제435-10조에 규정된 범죄와 관련해, 이와 같은 증거가 해당 범죄를 저지르거나 용이하게 할 목적으로 사용되었음이 입증되는 경우 변호사의 직업적 비밀은 보장되지 않는다.

사후적 위헌법률심사를 신청한 파리변호사협회, 오드센변호사협회 및 대리인은 이러한 조항이 의뢰인과 변호사 사이의 직업적 비밀을 침해한다고 주장하며, 헌법재판소가 이 직업적 비밀을 개인의 권리 및 자유의 보장과 같은 헌법상의 요건(exigence constitutionnelle)으로 인정해 줄 것을 요청한다. 또한 그들은 이러한 조항이 방어권, 사생활의 비밀, 서신의 비밀, 공정한 재판을 받을 권리, 자기부죄거부의 권리를 침해하고 있다고 주장한다. 이러한 측면에서 형사소송법 제56-1-2조가 변호사의 직무상 비밀에 해당하는 문서를 방어권 행사와 관련이 있는 경우에도 압수할 수 있도록 허용한 점을 비판한다.¹⁴⁾

뿐만 아니라 일부 소송 참가인들이 합류한 오드센변호사협회도 수색이 정당화되기 위한 필수 조건인, 변호사가 범죄를 저질렀다고 의심할 수 있는 ‘그럴듯한 이유’(raison plausible)의 존재와 이와 관련한 조건들이 너무나도 불명확하다고 주장한다. 더욱이 수색 과정에서 변호사협회장이 압수의 정상성(régularité)에 대해 이의를 제기하는 경우, 석방구금판사가 결정을 내려야 하는 5일의 기간은 물리적으로 너무 짧다는 점을 지적한다. 이는 앞서 언급한 헌법상 요건을 위반하는 결과를 초래할 수 있다는 것이다.¹⁵⁾

파리변호사협회는 위와 동일한 이유로 앞의 형사소송법 조항들이 헌법상의 요건과 관련된 조건들에 따라 ‘권한의 소극적 행사로 인한 무능’(incompétence négative)의 법리에 의해 무효화된다고 주장한다.¹⁶⁾

‘권한의 소극적 행사로 인한 무능’은 관할 기관이 법령에서 부여한 권한을 충분히 활용하지 않는 경우를 뜻한다. 이중 부정으로 표현되는 권한의 ‘소극적’(négative) 행사로 인한 ‘무능’(incompétence)에서 ‘소극적’이란 표현은 어떤 기관이 자신의 권한에 미치는 힘을 온전히 행사하지 못한 경우에 사용된다. 반대로 어느 기관이 자신의 권한을 초과하여 다른 기관의 권한을 침해한 경우에는 ‘적극적(positive)’이라고 표현된다.¹⁷⁾ 이번 사후적 위헌법률심사의 경우에서 이러한 법리는 법기관이 자신의 권한을 소극적으로 행사함과 관련이 있다.

결론적으로, 그들은 형사소송법 제56-1조 제1항 제5문의 ‘그럴듯한 이유’와 같은

14) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 3번째 단락.

15) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 4번째 단락.

16) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 5번째 단락.

17) ‘권한의 적극적 행사로 인한 무능’의 법리를 통해 판사는 해당 기관이 다른 기관의 권한을 침해한 경우 이를 제재할 수 있다.

조 제2항의 ‘방어권 행사와 관련된’, 그리고 같은 조 제4항의 ‘5일 이내’라는 세 부분 및 제56-1-2조에 대해 사후적 위헌법률심사를 신청한다.¹⁸⁾ 또한 사후적 위헌법률심사를 신청한 변호사 중 한 명은 형사소송법 제56-1조가 법률의 명확성 및 명료성 요건과 효과적인 사법적 구제를 받을 권리(droit à un recours juridictionnel effectif)를 침해한다고 주장한다. 더불어 형사소송법 제56-1-2조가 법 앞의 평등 원칙(principe d'égalité devant la loi)에 위배된다고 주장한다.¹⁹⁾

Ⅲ. 프랑스 헌법재판소의 판단

헌법재판소는 다음과 같은 사항이 헌법에 부합한다고 결정했다. 첫째, ‘사법부 신뢰에 관한 법률’에 따른 형사소송법 제56-1조 제1항 제5문에 등장하는 ‘그렇듯한 이유’(raisons plausibles) 부분은 합헌이다. 둘째, 같은 조 제2항의 ‘방어권 행사와 관련된’(relevant de l'exercice des droits de la défense) 부분은 합헌이다. 셋째, 같은 조 제4항의 ‘5일 이내’(dans les cinq jours) 부분은 합헌이다. 넷째, ‘사법부 신뢰에 관한 법률’에 따른 형사소송법 제56-1-2조는 합헌이다.

헌법재판소는 형사소송법 제56-1조에 대해 다음과 같이 판단하였다:

첫째, 형사소송법 제56-1조는 위에서 언급한 ‘사법부 신뢰에 관한 법률’에 따라 변호사 사무실 또는 자택에서 수색을 실시할 수 있는 요건과 이를 통해 발견된 문서 또는 물건을 압수할 수 있는 방법을 명시한다. 사후적 위헌법률심사 사건의 대리인 측은 이러한 조건이 개인의 자유와 권리를 침해한다고 주장하지만 이는 적절하지 않다. 1789년 인간과 시민의 권리 선언(Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, 이하 ‘1789년 선언’) 제16조에 따르면 “권리가 보장되지 않고 권력 분립이 결정되지 않은 사회에는 헌법이 없다”. 위 조항은 의뢰인의 권리, 즉 방어권 보장의 중요성을 역설한다. 그러나 위 조항은 의뢰인과 변호사 사이의 교환 및 서신에 대한 비밀 보장의 의무를 구체적으로 명시하지는 않으며, 또한 이 권리(비밀 보장)에 대한 구체적 헌법 조항이 없기 때문에 위헌이라고 판단내릴 수 없다.²⁰⁾ 또한 형사소송법

18) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 6번째 단락.

19) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 7번째 단락.

20) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 9번째 단락.

제56-1조 제2항은 방어권의 행사와 관련된 특정 사법 및 법률 전문직의 개혁에 관한 1971년 12월 31일 법률 제66-5조에 따라 변호사 및 법률고문의 직업적 비밀로 보호되는 문서를 압수하는 것을 금지하고 있다.²¹⁾ 따라서 이러한 조항들은 사법 절차(*procédure juridictionnelle*)나 제재(*sanction*)를 부과하는 절차와 관련된 문서의 압수를 허용하지 않으며 이는 1789년 선언 제16조에 의해 보장된 방어권의 영역에 해당한다.²²⁾ 이는 변호사협회의 변호사들(*requérants*) 및 이 심사의 소송 참가인(*intervenantes*)이 주장하는 내용과 정반대의 결과를 도출해 내기 때문에, 이러한 권리가 침해되었다는 불만은 배척될 수밖에 없다.

둘째, 헌법적 가치의 권리와 원칙을 보호하기 위해 필요한 범죄자에 대한 수색이 헌법상 보장된 권리 및 자유의 행사와 조화를 이루도록 보장할 의무가 입법부에 있다. 후자에는 1789년 선언 제2조에 의해 보호되는 사생활의 비밀과 서신의 비밀을 존중할 권리가 포함된다.²³⁾ 1789년 선언 제2조에 따르면 “모든 정치적 결사의 목적은 인간의 천부적이고 불가침한 권리를 보존하는 것이다. 이러한 권리에는 자유, 재산, 안전, 억압에 대한 저항이 포함된다.” 형사소송법 제56-1조는 변호사 사무실이나 자택에서 발견된 문서와 물건의 압수를 허용한다.²⁴⁾ 그러나 한편으로는 수사와 관련된 범죄의 성격, 이러한 조치를 정당화하는 이유, 그 목적 및 사실의 성격과 심각성에 대한 비례성(*proportionnalité*)을 명시하는 석방구금판사의 합리적인 결정에 의해서만 수색이 진행될 수 있으며, 이를 위반한 경우 무효로 한다. 변호사가 범죄에 연루되었을 가능성으로 인해 이러한 조치가 정당화되는 경우 이 승인은 해당 변호사가 절차의 대상이 되는 범죄 또는 관련 범죄를 저질렀거나 저지르려고 했다고 의심할 만한 그럴듯한 이유(*existence de raisons plausibles*)가 있어야 한다는 모호하지 않은 조건을 전제로 한다.²⁵⁾

다른 한편으로는, 앞서 말한 바와 같이, 수색을 허가하는 결정에 언급된 범죄 이외의 범죄와 관련된 문서나 물건은 압수할 수 없다. 압수는 판사 또는 변호사협회장 또는 그 위임인의 입회하에만 수행될 수 있으며, 치안판사는 압수가 비정상적이라고 판단하는 경우 이를 반대할 수 있다. 이 경우 석방구금판사는 합리적인 명령(*ordonnance*

21) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 10번째 단락.

22) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 11번째 단락.

23) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 13번째 단락.

24) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 14번째 단락.

25) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 15번째 단락.

motivée et susceptible)에 따라 5일 이내에 이의 제기에 대해 결정을 내려야 하며, 이 경우 고등법원 예심부장²⁶⁾에게 항고할 수 있다.²⁷⁾ 따라서 형사소송법 제56-1조의 논쟁이 되는 조항은 범죄자를 추적한다는 헌법적 목적과 사생활의 비밀과 통신의 비밀을 존중받을 권리 사이의 균형 있는 조정에 대해 규정하고 있다.²⁸⁾

따라서 ‘권한의 소극적 행사로 인한 무능’의 법리를 해치지 않으면서 공정한 재판을 받을 권리, 자기부죄거부의 권리, 효과적인 사법적 구제를 받을 권리 또는 헌법에 의해 보장된 다른 권리나 자유를 침해하지 않은 이 조항은 헌법에 부합한다고 선언되어야 한다.²⁹⁾

‘권한의 소극적 행사로 인한 무능’의 법리와 관련한 헌법재판소의 선례에 따르면 입법자가 자신의 능력과 권한에 미치지 못한 결정을 내림으로써 기본권에 보장된 권리 또는 자유에 영향을 미칠 수 있는 경우에는 헌법재판소가 입법 절차 및 권한에 대해 문제를 제기할 수 있다. 입법자가 법 제정을 소극적으로 함에 따라 스스로 행사해야 할 권리를 위임하는 경우, 입법자는 기본 규칙과 원칙을 정할 권리를 포기하고 명시적 또는 묵시적으로 다른 기관이 자신을 대신하여 개입할 수 있도록 허용하게 된다.³⁰⁾

그러나 이번 결정을 통해 헌법재판소는 입법자가 형사소송법 제56-1조를 제정할 때에 스스로의 권리를 정확히 행사했음을 지적했으며 따라서 위 조항이 ‘권한의 소극적 행사로 인한 무능’의 법리에 따라 무효화되는 것이 아니라고 선언하였다. 다시 말해, ‘그럴듯한 이유’ 부분, ‘방어권 행사와 관련된 사항’ 부분, ‘5일 이내’ 부분은 입법기관이 자신들의 무능(*incompétence*)으로 이를 모호하게 작성한 것이 아니며, 그 결과 헌법재판소가 입법 절차 및 권한에 문제를 제기하는 것은 적절치 않다는 것이 요지이다.

26) 고등법원 예심부(*chambre de l'instruction*)는 재판 전 구금에 대한 결정을 포함하여 예심판사 및 석방 구금판사의 결정에 대한 항고를 심리하는 곳이다. 형사소송법 제220조에 따르면 고등법원 예심부장은 항소법원(*cour d'appel*)의 관할권 내에서 예심수사부(*cabinets d'instruction*)의 적절한 기능을 보장하게 한다.

27) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 16번째 단락.

28) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 17번째 단락.

29) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 18번째 단락.

30) <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-etat-de-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-sur-l-incompetence-negative>

뿐만 아니라, 헌법재판소는 형사소송법 제56-1-2조에 대해서도 다음과 같이 판단하였다:

쟁점이 되는 조항은 형사소송법 제56-1조에 대한 예외로서 방어권 행사와 관련되고 변호사의 직업적 비밀에 해당하는 문서가 변호사의 사무실, 자택 또는 그 밖의 장소를 수색하는 과정에서 발견된 경우, 특정 범죄와 관련된 수사 또는 기소 조치와 관련해 일정한 요건 하에서 이러한 비밀을 주장할 수 없다고 규정한다. 따라서 이러한 조항은 방어권을 침해할 가능성이 있다.³¹⁾

그럼에도 불구하고 입법자는 이 조항을 채택함으로써 조세 사기 또는 다른 범죄의 범행을 드러낼 수 있는 문서를 압수할 수 있도록 의도하였다. 따라서 이 조항은 범죄자를 추적하고 세금 사기를 방지해야 한다는 헌법적 목표를 충족시킨다.³²⁾ 한편으로, 문제된 조항은 변호사의 직업적 비밀이 보장되는 문서에는 적용되지 않는다. 법률고문의 직업적 비밀이 적용되는 문서 중 탈세, 부패, 영향력 거래, 테러리스트 사업 자금 조달 또는 이러한 범죄의 세탁을 저지르거나 용이하게 할 목적으로 사용된 문서만 압수될 수 있다. 이러한 압수에 반대하는 경우, 변호사협회장이나 그 위임인 또는 수색이 실시되는 장소의 소유자는 형사소송법 제56-1조 및 제56-1-1조에 규정된 조건에 따라 해당 서류의 압수에 이의를 제기할 수 있다.³³⁾

따라서 방어권이 침해되었다는 주장은 배척되어야 하며³⁴⁾, 이 결정의 제14번째 단락 및 제15번째 단락에 명시된 이유와 동일한 이유로 사생활 존중권 및 서신의 비밀을 침해했다고 주장 또한 배척되어야 한다.³⁵⁾

이상에서 살펴본 바와 같이 ‘권한의 소극적 행사로 인한 무능’의 법리에 의해 무효화되지 않고, 공정한 재판을 받을 권리, 자기부죄거부의 권리, 법 앞의 평등원칙, 기타 헌법에 보장된 권리 또는 자유를 침해하지 않는 형사소송법 제56-1-2조는 헌법에 부합하는 것으로 선언되어야 한다.³⁶⁾

헌법재판소의 결정을 정리하자면 다음과 같다. 첫째, 변호사의 직업적 비밀과 관련

31) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 19번째 단락.

32) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 20번째 단락.

33) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 21번째 단락.

34) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 22번째 단락.

35) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 23번째 단락.

36) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 24번째 단락.

된 헌법적 권리는 존재하지 않는다. 1789년 선언 제16조에 근거하여 방어권 보장에 대한 헌법적 가치는 인정되지만, 의뢰인과 변호사 사이의 교류 및 서신에 대한 비밀 보장의 권리를 특별히 보장하는 헌법 조항은 존재하지 않는다. 실제로 헌법재판소는 2015년 7월 24일 n°2015-478결정(Décision n°2015-478 QPC du 24 juillet 2015)을 통해 의뢰인과 변호사 사이에서 발생하는 소통과 관련한 비밀의 보장이 헌법에 의해 보호되는 권리임을 인정하지 않았다.³⁷⁾)

둘째, 헌법재판소는 다양한 헌법원칙의 공정하고 적절한 조화의 필요성을 강조한다. 두 가지의 헌법적 가치가 충돌하는 경우에 그 가치들 사이의 균형을 확보하는 것은 입법자의 책임이다. 이 결정에서 헌법재판소는 법이 추구하는 목적으로서의 범죄자에 대한 수색 행위와 법의 근간을 이루는 방어권 및 자유의 행사의 보장 사이에서 전자로 인하여 후자가 침해되지 않음을 지적한다. 그러나 이 결정은 전자가 후자를 우선하는 것을 의미하는 것은 아니며 단지 두 헌법적 가치가 균형 잡힌 조화를 이룰 수 있음을 시사한다.

셋째, 변호사의 직업적 비밀을 보장할 수 없는 특정 범죄에 대한 예외 상황은 주어진 범조항 안에서 충분히 명확하게 설명된다. 형사소송법 제56-1-2조는 탈세, 부패, 테러 자금 조달, 범죄의 자금 세탁이라는 위법적 행위와 압수·수색 행위 사이에서의 비례성 및 중요도를 따진 다음 위법적 행위가 더 큰 사회적 혼란과 문제를 야기하는 경우에 압수·수색이 가능함을 정확히 명시한다.

IV. 나오며

의뢰인과 변호사 간의 비밀유지권에 대한 논의가 프랑스를 비롯한 많은 나라에서 활발하게 진행되고 있다. 한국과 일본을 제외한 OECD에 포함된 대부분의 국가들이 변호사의 비밀유지권을 법으로 제정했으나, 법의 적용과 이러한 적용의 예외는 여전히 논쟁의 대상이다. 비밀유지권이 방어권 보장을 위해 필수적이라는 것이 다수의 의견임에도 불구하고 몇몇의 예외조항으로 인해 변호사 사무실과 자택에 대한 압수·수색이 진행되기도 한다.

따라서 이번 헌법재판소의 결정과 관련해 가장 쟁점이 되는 부분은 비밀유지권이

37) <https://qpc360.conseil-constitutionnel.fr/commentaire-decision-2022-1030-qpc#note%2054>.

갖는 가치와 비밀유지권 적용의 예외를 통해 예상할 수 있는 이점 사이에서의 트레이드-오프(trade-off)이다. 비밀유지권은 작게는 방어권 보장부터 헌법적 요청인 적법 절차원칙의 보호, 더 크게는 인간의 가장 기본적 권리인 사생활과 자유의 보장까지 본질적인 법의 가치와 인간의 권리 보호를 내포한다. 의뢰인이 법적으로 보호받기 위해 제공한 정보들이 변호사 사무실이나 자택의 압수·수색으로 인해 수사기관에 노출된다면 변호사 선임이 아이러니하게도 더 이상 개인의 방어권 보장으로 이어지지 않을 것이다. 법 전문가의 도움을 받으려는 행위가 오히려 수사기관에 자신의 죄를 입증하기 위해 쓰일 것을 우려하는 의뢰인들은 변호사를 신뢰하지 못하는 것은 물론 법 제도에 대한 깊은 의구심을 품게 될 것이다. 또한 변호사 사무실 및 자택의 압수·수색은 의뢰인뿐만 아니라 변호사가 자신의 업무를 행함에 있어서 보장되어야 하는 자율권과 자유가 침해되는 행위로 받아들여질 수 있다.

그러나 비밀유지권을 무조건적으로 보장함에 따라 발생하는 문제도 무시할 수는 없다. 의뢰인의 방어권 보장이 절대적인 가치가 되어 범죄자를 추적하지 못하고 이에 따라 사회에 혼란을 야기한다면 과연 이러한 법은 사회의 요구, 즉 사법정의의 실현을 충족시킬 수 있는가? 비밀유지권이 절대적으로 보장된다면, 가장 극단적인 예로는 변호사가 범죄에 가담한 경우에도 이를 증명할 만한 적절한 증거를 찾아낼 수 없을 것이다. 이는 필연적으로 범죄의 은닉 혹은 수사 자료의 은닉으로 이어질 수밖에 없으며 이러한 내용의 범조항은 결과적으로 실제적 진실 발견이라는 형사소송법의 원칙을 위반할 수밖에 없다. 뿐만 아니라 이러한 가치가 변하지 않는 최우선 순위로 고려된다면 피의자나 피고인의 권리 보장을 극대화함에 따라 피해자의 권리 보장이 위축되는 문제가 발생할 것이 자명하다.

한국의 경우, 현행법은 직무상 알게 된 비밀을 누설해서는 안 된다는 변호사의 비밀유지의무만 규정하고 있다(변호사법 제26조). 이에 지난 2020년 6월 제21대 국회에서 의뢰인의 방어권 보장, 혹은 변호인에게 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위해 변호사의 비밀유지권에 관한 규정을 신설하는 변호사법 일부개정법률안(의안번호 제597호)이 발의되었다. 이러한 개정안은 프랑스의 형사소송법 개정안과 비슷한 목적을 지닌다. 비밀유지권 입법을 통해 변호사가 수입한 사건과 관련한 서류나 자료, 증거가 될 수 있는 문서 등을 열람하거나 공개하거나 압수·수색하는 것을 막을 수 있게 된다. 정당한 원칙이 없이 수사기관의 편의를 위해서 헌법의 기본 정신인 개인의 방어권 보장 및 자유를 침해할 수 없게 되는 것이다. 실제로 2019년 대한

변호사협회는 실태조사를 통해 비밀유지권이라는 실제적 법의 부재로 인해 발생하는 의뢰인의 권리 침해 사태를 적나라하게 보여주었다.

그럼에도 불구하고 프랑스의 경우에서도 보여지듯이 비밀유지권 입법만이 모든 문제를 해결하는 핵심이라고 단정짓는 것은 위험하다. 프랑스에서는 한국과 달리 형사소송법 개정을 통해 비밀유지권과 관련한 조항들이 상세히 입법되었음에도 법조항을 적용하는 과정에서 실질적인 문제들이 여전히 공존한다. 앞서 언급한 두 가지 가치 사이에서의 적절한 조화와 비례성의 원칙에 따른 비밀유지권 예외의 인정은 단순한 입법만으로는 해결되지 않는 양면적인 사회의 요구를 포함하는 것이다.

더욱이 변호사 사무실 및 자택에 대한 압수·수색이 헌법적 가치를 위반한다는 주장은 이번 프랑스 헌법재판소의 결정을 통해 적절하지 않음이 드러났다. 지금까지 비밀유지권의 입법을 지지하는 측에서는 비밀유지권을 헌법상의 권리를 제대로 보장하기 위한 장치로 고려하였으나 프랑스 헌법재판소의 결정은 이 권리 적용의 예외 또한 헌법상의 권리와 맞닿아 있음을 보여주는 것이다. 물론 비밀유지권 적용의 예외가 사법에 대한 신뢰를 해치지 않는 선에서 인정되려면 변호사 사무실 등에 대한 압수·수색 기준과 절차가 정확히 세워져야 할 것이다. 무분별하고 정당화되지 않은 압수·수색은 선진사법을 지향하는 많은 나라들의 목표들과 반대되는 일이기 때문에 기준과 절차에 관한 심도 깊은 논의는 필연적으로 요구된다.

그러나 이러한 논의를 통해 도출되는 압수·수색에 대한 기준과 절차가 사소하리만큼 자세할 필요는 없다. 실례로 프랑스의 형사소송법은 ‘그럴듯한 이유’가 있는 경우에만 압수·수색이 정당화됨을 명시한다. 사후적 위헌법률심사를 신청한 변호인단은 이 용어의 모호성을 지적하지만, 법의 본질적 기능이 발생 가능한 모든 상황을 가정하여 자세하게 설명하는 일이 아님을 인지하고 받아들인다면 이 용어와 헌법 및 다른 법률 사이의 정합성을 통해 비밀유지권 보장의 예외가 정당화될 것이다. 법은 각 상황에 대한 구체적인 규칙보다는 일반적인 원칙과 규범만을 말하는 경향이 있다는 것을 잊어서는 안 된다.

기준과 절차가 법을 통해 세워진다 하더라도 실제 사건에 법을 적용하는 일에서 예상치 못한 다양한 이차적 문제들이 따라올 수 있다. 그럼에도 불구하고 법조항의 부재로 인해 변호사와 관련된 압수·수색이 임의로 발생한다면 이는 법의 근간을 흔들리게 하기에 충분하다. 뿐만 아니라 사내변호사의 비밀유지권에 대한 논의도 필수적이다. 압수·수색이 보통의 경우에 예외 없이 인정된다면 기업 입장에서는 법률자

문을 받지 않는 것이 오히려 이득인 아이러니한 상황을 낳게 된다. 따라서 어떤 경우에 있어 압수·수색이 허용될 것인지에 대한 명확한 기준을 만드는 것, 그 전에 그 기준에 대한 사회적 합의에 이르는 것이 법 제정을 위한 첫 걸음이 될 것이다. 실제로 OECD의 국가 중 19개국은 사내변호사의 비밀유지권도 충분히 보장하고 있다. 그러나 대부분의 나라가 비밀유지권을 법으로 제정하여 변호사의 직업적 의무 및 의뢰인의 방어권 보장을 고려하고, 나아가 과반수의 국가가 사내변호사의 비밀유지권을 보장하고 있다고 하더라도 국가별 사법시스템의 개별적 특성에 대한 충분한 고려 또한 필요할 것이다. 각 나라가 자국의 헌법과 사법체계 그리고 사회적 요구를 고려하여 이 법률을 제정한 만큼 한국의 경우에도 그들의 사례를 참조하되 한국의 실정에 맞는 법을 제정해야 할 것이다.

세계헌법재판 조사연구보고서

(2023 제3호)

2023년 5월 17일 인쇄

2023년 5월 23일 발행

발행: 헌법재판소
헌법재판연구원

인쇄: 성문인쇄사
02) 2272-7553

<비매품>

