발 간 등 록 번 호
33-9750040-000245-07

ISSN 3022-943X

세계헌법재판 조사연구
2024-E-3

2024 제3호(통권 제66호)

세계헌법재판 조사연구보고서

Constitutional Research Institute

헌법재판소
헌법재판연구원

목 차

세계헌법재판 조사연구보고서 2024년 제3호 소개 / 비교헌법연구팀장 최규환

최신 세계헌법판례

미국

트럼프 전 대통령의 대통령선거 출마 자격 / 책임연구관 장효훈 ····· 3

독일

2020년 개정 연방선거법상 의석배분조항의 명확성 원칙 등
위배 여부에 대한 판단 / 책임연구관 김태호 ····· 27

독일

탈리도마이드 약화 사고에 대한 연금수급청구권과 관련하여
외국인에게는 자국 지원금을 공제하기로 한 법률조항의 위헌 여부
/ 책임연구관 김태호 ····· 45

유럽인권재판소

온라인상 '잊힐 권리'와 표현의 자유 / 책임연구관 장효훈 ····· 57

세계헌법재판 관련 논문 목록

세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호) ····· 85

국외통신원 소식

▌SNS 플랫폼 기업의 콘텐츠 편집재량권에 관한 논의:
연방헌법 수정 제1조를 중심으로 ····· 91

알 림

「세계헌법재판 조사연구보고서」 2024 제3호(통권 제66호)는 헌법재판연구원에서 2024년 4월에 메일로 보내드린 「세계헌법재판 조사연구」 뉴스레터를 책자로 발간한 것임.

세계헌법재판 조사연구보고서 2024년 제3호 소개

❑ 최신 세계헌법판례

미국 연방대법원은 <트럼프 전 대통령의 대통령선거 출마 자격> 사건에서, 연방의회 의사당 난입·폭동 사건과 관련된 트럼프 전 대통령의 행위를 내란에 관여한 행위에 해당한다고 보고 주(州)의 주무장관은 트럼프 전 대통령의 이름을 2024년 대통령 예비선거 투표용지에서 제외하고 그의 이름이 적힌 투표용지를 계표해서는 안 된다고 판시한 콜로라도 주대법원 판결에 대해, 연방헌법 수정 제14조 제3항에 따른 대통령선거 후보자의 자격을 평가할 권한은 주가 아닌 연방의회에 있으므로 콜로라도 주대법원의 판결은 유지될 수 없다고 판단하였습니다.

독일 연방헌법재판소는 <2020년 개정 연방선거법상 의석배분조항의 명확성 원칙 등 위배 여부에 대한 판단> 사건에서, 연방의회 의원선거의 연동형 비례대표제에서 보정의석의 과도한 발생을 방지하기 위해 개정된 연방선거법에 대한 추상적 규범통제심판 청구에 대하여, 의석배분절차에 관한 해당 조항은 주로 선거관리기관을 대상으로 하며 기관이 그 규율을 적절히 할 수 있을 정도로 규정되어 있으므로 유권자가 다른 정보원의 도움 없이 법률의 문언만으로는 그 세부적인 내용을 이해하기 어렵다고 하여 곧바로 명확성 원칙에 위배된다고 볼 것은 아니라고 판단하였습니다.

독일 연방헌법재판소는 <탈리도마이드 약화 사고에 대한 연금수급청구권과 관련하여 외국인에게는 자국 지원금을 공제하기로 한 법률조항의 위헌 여부> 사건에서, 탈리도마이드 약화 사고 피해 아동과 그 부모에게 해당 제약회사에 대한 모든 법적인 청구권의 포기와 연계하여 공법상의 재단을 통해 연금을 지급하던 가운데, 법률을 개정하여 연금급여액을 인상하는 동시에 탈리도마이드 약화 사고를 원인으로 제3자, 특히 외국 국가로부터 지급받은 금전을 해당 연금에서 공제하도록 한 것은 피해자 간의 불평등을 방지하고 사회 내 연대의 재정적 유지에 기여하며 제한된 공적 자금을 일관되고 효율적으로 집행하기 위한 목적으로 비례원칙에 부합하게 재산권을 제한한 것이라고 판단하였습니다.

유럽인권재판소는 <온라인상 '잊힐 권리'와 표현의 자유> 사건에서, 합법적으로 취재·게재된 후 언론사의 디지털아카이브에 보관되어 인터넷으로 접근가능한 온라인 기사를 익명처리 하라는 벨기에 법원의 판결에 대해 ① 보관된 정보의 성격, ② 사건 후 최초보도와 온라인게시 사이에 경과된 시간, ③ 현 시점에서의 정보의 가치, ④ '잊힐 권리'를 주장하는 정보주체가 공인인지 여부 및 사건 이후 정보주체의 행동, ⑤ 온라인게시 유지로 인한 부정적 효과의 발생가능성, ⑥ 디지털아카이브에 보관된 정보에 대한 접근용이성, ⑦ 언론의 자유에 미칠 영향을 심사한 후 유럽인권협약 제10조에 위배되지 않는다고 판단하였습니다.

❑ 세계헌법재판 관련 논문 목록

최신 학회지에 실린 세계헌법재판 관련 논문들을 정리해 놓았습니다.

❑ 국외통신원 소식

미국 통신원의 <SNS 플랫폼 기업의 콘텐츠 편집재량권에 관한 논의: 연방헌법 수정 제1조를 중심으로>에서는 SNS 플랫폼 기업이 사용자가 올린 콘텐츠를 통제하는 것을 제한하면서 특히 정치적 견해를 반영하는 게시물에 대해 차단, 삭제, 거부, 탈수익화 등의 조치를 하지 못하도록 제한하는 플로리다 주법 및 텍사스 주법에 대하여 내려진 각 연방지방법원과 연방항소법원의 판결들을 소개하였습니다. 제5연방항소법원과 제11연방항소법원에서 서로 엇갈리는 판결이 나왔던 해당 사건들은 현재 연방대법원에 계류되어 그 판단의 귀추가 주목되고 있습니다.

미국

트럼프 전 대통령의 대통령선거 출마 자격

/ 책임연구관 장효훈

트럼프 전 대통령의 대통령선거 출마 자격[1)]

Ⅰ. 사건개요

콜로라도에서 대통령 예비선거가 치러지기 6개월 전인 2023년 9월, 4명의 공화당 원과 2명의 비당원 유권자는 콜로라도 주법원에서 도널드 트럼프(Donald J. Trump) 전 대통령과 제나 그리즈월드(Jena Griswold) 콜로라도 주무장관(secretary of state)[2)]을 상대로 소를 제기하였다. 이 유권자들(이하 '피상고인들')[3)]은 트럼프 전 대통령이 2020년 대통령선거에서 패배한 후 2021년 1월 6일 연방의회가 선거결과를 인준하기 위해 모인 자리에서 의도적으로 군중을 조직하고 선동해 연방의회 의사당을 습격하도록 하여 평화로운 정권 이양을 방해했다고 보았다. 이에 따라 피상고인들은 트럼프 전 대통령이 연방헌법 수정 제14조 제3항[4)]에 따라 다시 대통령직에 취임하는 것이 금지된다고 주장하였다.

피상고인들의 청구요지는 트럼프 전 대통령이 2017년 대통령 선서를 한 이후 2020년 1월 6일 정권을 유지하기 위해 의도적으로 연방의회 의사당을 습격하도록 군중을 선동한 행위가 연방헌법 수정 제14조 제3항이 명시한 '행정부 공직자'로서 '연방헌법을 옹호할 것을 선서하고' '후에 이에 대한 내란'에 관여한 행위에 해당한다는 것이었다. 이에 따라 피상고인들은 트럼프 전 대통령이 모든 공직, 특히 대통령직을 수행

1) Trump v. Anderson, 601 U.S. 100 (2024) (2024. 3. 4 선고) 및 Anderson v. Griswold, 543 P.3d 283 (Colo. 2023) (2023. 12. 19 선고).

2) 콜로라도 주의 주무장관은 선거인명부 등 선거관리 업무를 책임지는 직책을 맡는다.

3) 여기서 유권자들을 피상고인으로 지칭한 이유는, 트럼프 전 대통령이 콜로라도 주대법원의 판결에 대하여 연방대법원에 상고하였을 때 그 상대 당사자가 본문의 유권자들이었기 때문이다. 연방대법원 판결에서 이들을 피상고인으로 지칭하였기에 원고의 통일성을 위하여 콜로라도 주대법원 판결에서도 이들을 피상고인으로 지칭한다.

4) **연방헌법 수정 제14조 제3항**
과거에 연방의회 의원, 연방공직자, 주의회 의원, 또는 주의 행정부 공직자나 사법부 공직자로서 연방헌법을 옹호할 것을 선서하고, 후에 이에 대한 내란이나 반란에 관여하거나 또는 그 적에게 원조를 제공한 자는 누구라도 연방의회 상원의원이나 하원의원, 대통령 및 부통령의 선거인단, 연방이나 미합중국이나 각 주에 종속된 민간 또는 군의 모든 공직에 취임할 수 없다. 다만, 연방의회는 각 원의 3분의 2의 표결로써 이 결격을 해제할 수 있다.

할 자격이 없고 콜로라도 주무장관은 그런 트럼프 전 대통령을 대통령 예비선거 투표용지에서 제외해야 한다고 주장하였다.

콜로라도 주(州)지방법원은 명백하고 설득력 있는 증거를 통하여 1월 6일에 발생한 사건이 내란에 해당하고 트럼프 전 대통령이 그 내란에 관여했다고 판단하였다. 그러나 주지방법원은 연방헌법 수정 제14조 제3항에서 사용된 용어에 따라 대통령직이 '미국에 종속된 공직'(office under the United States)이 아니며 대통령은 '이전에 미국의 헌법을 옹호하기 위해 선서한' '미국의 공직자'(officer of the United States)가 아니라는 이유로 동 조항이 트럼프 전 대통령에게 적용되지 않는다고 판단하였다. 이에 따라 주무장관은 트럼프 전 대통령을 대통령 예비선거 투표용지에서 제외할 수 없게 되었다. 이에 피상고인들과 트럼프 전 대통령은 각각 콜로라도 주(州)선거법[5] §1-1-113(3)[6]에 따라 주지방법원의 판결에 대한 검토를 청구하였다.

Ⅱ. 콜로라도 주대법원의 판단[7][8]

1. 주법원이 콜로라도 주선거법에 따라 대통령선거 후보자의 자격에 대한 이의를 심사할 권한이 있는지

먼저, 주가 대통령의 자격을 평가할 헌법적 권한을 가지고 있는지 확인한다. 주의회가 주법률을 통하여 그러한 권한을 부여하였다면, 주가 대통령의 자격을 평가할 수 있다고 본다. 콜로라도 주선거법의 관련 조항을 검토한 결과, 콜로라도 주의회가 콜로라도 주법원에 대통령의 자격을 다룰 권한을 부여했고, 따라서 피상고인들이 주선거법에 의거하여 적절한 청구를 제기했다고 본다.

콜로라도 주헌법 제7조 제11항[9]은 주의회에 '선거의 청렴성을 보장하기 위한 법률

5) Colorado's Uniform Election Code of 1992.

6) **콜로라도 주선거법 §1-1-113(3)**
주대법원이 재량에 따라 사건의 관할권을 거부하지 않는 한, 주지방법원의 절차가 종료된 후 3일 이내에 당사자 일방이 주대법원에 청구를 하면 주대법원은 해당 절차를 검토하고 최종적인 판결을 내릴 수 있다.

7) Anderson v. Griswold, 543 P.3d 283 (Colo. 2023) (2023. 12. 19 선고).

8) 콜로라도 주대법원의 판단은 연방대법원에서 파기되었기에 법정의견만 소개한다. 콜로라도 주대법원의 법정의견에는 7명의 대법관 중 4명(Márquez, Hood III, Gabriel, Hart 대법관)이 참여하였다.

을 제정하고 선거권의 남용을 방지'할 권한을 부여하였다. 이러한 헌법적 의무를 준수할 목적으로 주무장관은 주선거법에 따라 주에서 치러지는 예비선거와 일반선거를 감시하고 주선거법 규정을 집행할 의무를 진다.

콜로라도 주선거법 제4조 제12부(Part 12 of article 4)는 대통령 예비선거에 관하여 규율한다. 그중 주선거법 §1-4-1201은 '제12부의 규정이 대통령 예비선거에 적용되는 연방법 및 정당규칙의 요건에 합치되도록 해석하는 것은 콜로라도 주민의 뜻이다.'라고 명시한다. 이는 주의회가 주선거법 제12부를 대통령 예비선거에 대한 요건을 포함하여 연방법과 조화롭게 작동할 수 있도록 계획했다는 것을 의미한다.

콜로라도 주선거법은 '자격 있는' 후보만 대통령 예비선거에 참여할 수 있도록 제한한다. 실무적으로 대통령 예비후보는 주무장관에게 '출마의향서'(statement of intent)를 제출하는 방법으로 자신이 '자격을 갖춘 후보'임을 증명한다. 주요 정당의 대통령 예비후보가 되기 위한 출마의향서 양식은 후보자가 연방헌법 제2조에 명시된 대통령의 자격요건, 특히 후보자가 35세 이상이며, 14년 이상 미국에 거주하였고, 미국에서 출생한 시민임을 확인란을 통해 확인하도록 한다. 또한 주선거법 §1-4-1204(4)[10]는 '대통령 예비선거의 후보명단에 대한 이의제기를' 허용한다.

주지방법원은 콜로라도 선거법 §1-1-113(1)에 따라 다음의 경우에 관할권을 갖는다: (1) 자격 있는 유권자가; (2) 관할 지방법원에 검증된 청원서를 제출하고; 그 청원서에는 (3) 선거법상 의무를 가진 사람이; (4) 의무 위반이나 위법행위를 범하거나 범하려고 한다는 주장이 있는 경우.

이 사건에서 주지방법원은 콜로라도 주선거법 §1-1-113에 따라 피상고인들의 청구를 심리할 관할권을 갖는다. 첫째, 피상고인들은 공화당원과 비당원 유권자로서 특정 선거, 즉 공화당 대통령 예비선거에서 투표할 자격을 갖춘 사람이기 때문에 주선거

9) **콜로라도 주헌법 제7조 제11항**
주의회는 선거의 청렴성을 보장하기 위한 법률을 제정하고 선거권의 남용을 방지하여야 한다.

10) **콜로라도 주선거법 §1-4-1204(4)**
대통령 예비선거 투표용지의 후보자 명단에 대한 모든 이의제기는 서면으로 이루어져야 하며 후보자 등록 마감일로부터 5일 이내에 §1-1-113(1)에 따라 지방법원에 제출되어야 한다. 이러한 모든 이의제기는 그 원인이 되는 부정행위를 요약하는 방식으로 정보를 제공해야 한다. 이의서가 제출된 후 5일 이내에 심리가 열려야 하며, 이 때 지방법원은 이의제기를 심리하고 모든 제기된 부적절한 점의 타당성을 검토하여야 한다. 지방법원은 심리가 끝난 후 48시간 이내에 사실관계에 대한 판단과 법적인 결론을 선고해야 한다. 이의를 제기한 당사자는 증거 우월성(preponderance of evidence) 원칙에 따라 이의를 제기할 부담을 진다. 지방법원이 내린 모든 명령은 §1-1-113(3)에 따라 검토될 수 있다.

법상 자격이 있는 유권자이다. 둘째, 피상고인들은 주선거법 §1-1-113 및 §1-4-1204(4)에 따라 적절한 주지방법원에서 적시에 검증된 청원서를 제출하였다. 셋째, 피상고인들의 청원은 주선거법상 공적인 의무가 있는 주무장관을 상대로 한 것이었다. 그리고 넷째, 그 청원은 트럼프 전 대통령이 헌법상 대통령직을 수행할 자격이 없기 때문에 주무장관이 주선거법상 의무 위반 또는 기타 위법행위를 범하려했다고 주장했다.

우리는 연방헌법이 주에 대통령선거 후보의 헌법적 자격을 평가할 권한을 부여했다고 본다. 연방헌법 제2조 제1항에 따르면 각 주는 '주의회가 정하는 바에 따라' 대통령 선거인단을 지명할 권한이 있다.[11] 주의 지명권 행사가 다른 헌법상 제약에 위배되지 않는 한 이는 전권(plenary power) 사항이다.[12]

그러나 유권자들은 선거일에 더 이상 정당이 제시한 선거인 명부 중에서 선택하지 않는다.[13] 대신 유권자들은 서약한 선거인을 대리하는 대통령선거 후보자에 직접 투표한다.[14] 따라서 주는 선거인단뿐만 아니라 대통령선거 후보명단에 들려는 후보자의 접근을 규정하기 위해 완전한 지명권을 행사한다. 다른 헌법적 제약이 없다면, 주는 전권으로 지명권을 행사하여 헌법상 대통령직을 수행할 자격이 있는 후보에 한하여 대통령 투표명단에 접근하도록 통제할 수 있다. 그리고 연방헌법의 어떠한 조항도 주가 자격 없는 후보자의 대통령선거 후보명단 접근을 통제하는 것에 대하여 명시적으로 금지하고 있지 않다.[15]

콜로라도 주선거법 §1-4-1204(4)는 주의 이익을 증진시키기 위한 콜로라도의 장치이다. 주무장관이 헌법상 공직을 수행할 자격이 없는 후보자를 대통령 예비선거 투표용지에 포함한 것에 대하여 자격 있는 유권자는 이의를 제기할 수 있는데, 이 경우 주선거법 §1-4-1204(4)는 선거일 전에 발생하는 의무 위반 또는 위법행위로 인해 발생하는 다툼에 유일한 심판수단을 제공한다.

자격 없는 후보자를 대통령 예비선거 투표용지에 포함되도록 인증하는 것은 콜로

11) **연방헌법 제2조 제1항 제2호**
각 주는 그 주의 주의회가 정하는 바에 따라, 그 주가 연방의회에 보낼 수 있는 상원의원과 하원의원의 총수와 같은 수의 선거인을 임명한다. 다만, 상원의원이나 하원의원, 도는 연방의 위임 또는 유급 공직에 있는 자는 선거인이 될 수 없다.

12) Chiafalo v. Washington, 140 S. Ct. 2316, 2324 (2020); McPherson v. Blacker, 146 U.S. 1, 25 (1892).

13) Chiafalo v. Washington, 140 S. Ct. 2316, 2321 (2020).

14) Chiafalo v. Washington, 140 S. Ct. 2316, 2321 (2020).

15) Lindsay v. Bowen, 750 F.3d 1061, 1065 (9th Cir. 2014).

라도 주선거법 §1-4-1203(2)(a)[16]에 위반되고 주선거법의 목적을 훼손하는 '위법행위'이다. 또한 주선거법 §1-4-1203(2)(a)는 대통령 예비선거에서 정당이 '자격 있는' 후보를 출마시키도록 제한하고 있다. 주선거법 §1-4-1203(2)(a)는 '자격 있는'에 대하여 정의를 내리지 않지만, 선거 후보와 관련된 주변 조항은 '자격 있는' 후보자란 공직자로서의 자격을 갖춘 자를 의미한다는 것을 보여준다. 콜로라도 주선거법을 전반적으로 해석하면, §1-4-1203(2)(a)에 명시된 '자격 있는'이라는 개념이 최소한 연방헌법하에서 후보가 대통령직을 수행할 자격이 있음을 의미해야 한다는 결론을 내릴 수 있다.

결론적으로 콜로라도 주선거법은 콜로라도 주법원이 동법 §1-1204(4) 및 §1-1-113 하에서 제기된 청구를 통해 후보의 헌법적 자격을 평가하고 주무장관에게 자격 없는 후보를 선거에서 제외하도록 명령할 수 있게 허용한다. 이러한 규정은 주무장관이 '헌법적으로 공직을 수행할 수 없도록 규정된 대통령선거 후보자를 선거에서 제외'할 수 있도록 함으로써 '정치적 과정의 무결성과 실질적인 기능을 보호하여 콜로라도의 정당한 이익'을 증진시킨다.[17] 또한 이러한 규정은 정당의 결사권을 침해하거나 복잡한 사실적·법적 쟁점에 대한 법원 판결의 유효성을 훼손하지 않는다. 오히려 이 조항은 콜로라도 선거의 청렴성을 보호할 수 있는 강력한 수단을 제공한다.

2. 연방헌법 수정 제14조 제3항을 집행하기 위하여 연방의회의 입법이 필요한지

연방헌법 수정 제14조 제3항에서 연방의회의 권한에 대한 유일한 언급은 '연방의회는 각 원의 3분의 2의 표결로써', '내란에 관여한' 이전 공직자의 결격을 해제할 수 있다는 것이다. 동 조항은 결격을 판단하는 주체가 누구인지에 대해서는 규율하고 있지 않다.

연방대법원은 연방헌법 수정 제14조가 '그 조항이 현존하는 상황에 적용될 수 있는 한 어떠한 부가적인 입법이 없더라도 명백하게 독자적으로 집행된다.'고 설시한 바 있다.[18] 물론, 이러한 설시는 the Civil Rights Cases에서 연방대법원이 연방헌법 수

16) **콜로라도 주선거법 §1-4-1203(2)(a)**
본항의 제5호에 규정된 경우를 제외하고는, 본항에 따라 대통령 예비선거에 참여할 자격을 갖춘 후보자를 보유한 각 정당은 콜로라도 대통령 예비선거에 참여할 자격이 있다. 대통령 예비선거에서 특정 정당에 소속된 유권자는 해당 정당의 후보자에게만 투표할 수 있다.

17) Hassan v. Colorado, 495 F. App'x 947, 948-949 (10th Cir. 2012).

18) The Civil Rights Cases, 109 U.S. 20 (1883).

정 제13조에 집중했기 때문에 방론(dicta)으로만 언급되었을 뿐이다. 그러나 연방헌법 수정 제13조, 제14조, 제15조[19]와 그 해석은 이 설시의 정확성과 중요성을 뒷받침한다. 연방헌법 수정 제14조의 제1항부터 제4항은 실체적인 부분에 해당한다. 연방헌법 수정 제14조 제5항은 각 실체 조항에 적용되는 집행 규정이다. 그럼에도 불구하고 연방대법원은 동조 제1항이 독자적으로 집행된다고 설시하였다.[20] 따라서 연방의회는 동조 제5항에 따라 이를 집행할 법률을 제정할 수 있지만, 해당 규정이 발효하기 위하여 연방의회의 입법이 반드시 필요한 것은 아니다.[21]

연방의회가 연방헌법 수정 제14조 제3항을 다른 재건 수정조항과 다르게 해석되도록 의도했다는 문언상의 증거는 없다. 동일한 구조를 가지는 재건 수정조항을 독자적으로 집행되지 않는 것으로 해석하는 것은 불합리한 결과를 초래할 것이라는 피상고인들의 의견에 동의한다. 만약 이 수정조항들을 집행하기 위해 입법이 필요하다면, 연방의회는 단순히 법을 제정하지 않음으로써 이 수정조항들을 무효화시킬 수 있기 때문이다.

요약하자면, 연방헌법 수정 제14조 제3항의 명료한 문언, 관련 재건 수정조항의 독자적 집행을 선언한 연방대법원의 판결, 연방의회의 입법이 필요하다고 해석할 경우 발생하는 불합리한 결과를 이유로 결격 조항이 연방의회의 입법 없이 적용될 수 있다는 점에서, 동조 제3항이 독자적인 집행 규정이라고 결론 내린다.

3. 연방헌법 수정 제14조 제3항에 대하여 사법심사가 가능한지

‘원칙적으로 사법부는 기꺼이 피하고 싶은 사건이라도 법정 앞에 놓인 사건을 제대로 판단할 책임이 있다.’[22] ‘정치문제원칙’(the political question doctrine)은 이 일반적인 원칙에 대한 좁은 예외이고 법원은 단순히 ‘정치적 함의’가 있다는 이유만으로 사건을 심판해야 할 책임을 회피할 수 없다.[23] ‘헌법이 해당 사안을 정치영역에 맡긴다는 문언상 입증할 수 있는 위임이 있는 경우’ 또는 사안을 해결하기 위하여 사법적

19) 여기서 연방헌법 수정 제13조, 제14조, 제15조는 재건 수정조항(the Reconstruction Amendments)이라고 불린다. 이는 미국 남북전쟁 직후 남부를 재건하면서 제정된 수정조항을 뜻한다.

20) City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507, 524 (1997).

21) Katzenbach v. Morgan, 384 U.S. 641, 651 (1966).

22) Zivotofsky ex rel. Zivotofsky v. Clinton, 566 U.S. 189, 194 (2012).

23) Zivotofsky ex rel. Zivotofsky v. Clinton, 566 U.S. 189, 195-196 (2012).

으로 발견 가능하고 적용 가능한 기준이 부재한 경우에 그 사안은 사법심사가 불가능한(nonjusticiable) 정치문제이다.[24]

트럼프 전 대통령의 주장과 달리, 대통령선거 후보자의 자격을 평가할 권한을 연방의회에 위임한다는 것을 문언상 입증하는 연방헌법 규정은 발견할 수 없다. 오히려 연방헌법은 대통령선거와 관련된 특정 권한을 주에 위임하였으며 주가 대통령선거 후보의 자격을 평가할 권한을 행사하는 것을 금지하지 않는다. 연방헌법 제2조 제1항 제2호는 주의회에 대통령선거인단을 지명하는 방식을 정할 권한을 부여하고 있으며, 연방대법원은 이 조항이 '다른 헌법적 제약이 없는 한 대통령선거인단에 대한 광범위한 권한'을 주에 부여한다고 인정한 바 있다.[25] 이러한 권한의 위임에 따라 주는 연방 및 주 선거와 관련하여, 가장 실질적인 방식으로 규제하는 포괄적이고 다방면으로 복잡한 선거법, 그 중에서도 '후보의 선정과 자격'에 대한 규정을 발전시켜 왔다.[26]

연방헌법 수정 제14조 제3항의 문언은 연방헌법이 대통령선거 후보의 자격 문제를 연방의회에 위임하지 않았다는 우리의 결론과 완전히 일치한다. 동 조항에 명시된 결격을 해제하려면 '각 원의 3분의 2의 표결'이 필요하지만, 동 조항은 애초에 누가 그 결격을 판단하는지에 대해서는 아무런 언급도 하지 않고 있다. 이러한 이유로 우리는 대통령선거 후보자의 자격을 평가할 권한을 연방의회에 부여하는 헌법적 위임을 문언상 입증할 수 없다.

사건을 판단하기 위해 사법적으로 발견 가능하고 적용 가능한 기준이 있는지에 대한 문제는, 앞서 언급한 문언상 입증할 수 있는 위임이 있는지에 대한 문제와 완전히 유리되지 않는다.[27] 연방헌법 수정 제14조 제3항은 '미합중국의 공직자'로서 '미합중국 연방헌법을 옹호하기로 선서'하고 이후 '내란 또는 반란에 관여한' 사람으로부터 특정 공직의 자격을 박탈한다. 이하에서 논의하겠지만, 이러한 용어 중 일부는 의미가 완전히 명확하지는 않지만 우리는 '당사자가 제시한 언어적, 구조적, 역사적 증거를 신중하게 검토하는 것'과 같이 '헌법해석의 익숙한 원칙'을 이용하여 그 의미를 파악할 수 있다.[28] 실제로 이러한 맥락이나 다른 맥락에서 법원들은 이미 해석이 필

24) Nixon v. United States, 506 U.S. 224, 228 (1993).

25) Chiafalo v. Washington, 591 U.S. 578, 589 (2020).

26) Storer v. Brown, 415 U.S. 724, 730 (1974).

27) Nixon v. United States, 506 U.S. 224, 228 (1993).

요한 용어를 해석해 왔으며 해당 사건의 실체적 문제에 직면해 왔다.[29]

따라서 연방헌법 수정 제14조 제3항을 해석하는 것은 '사법적 적용이 불가능한 기준에 의존하는 것'이 아니라는 결론을 내린다.[30] 이러한 이유로 이 사건에서 제기된 쟁점들은 사법심사가 불가능한 정치문제가 아니다.

4. 대통령직이 연방헌법 수정 제14조 제3항의 범위에 포함되는지

연방헌법 수정 제14조 제3항은 어떠한 사람이 '미합중국의 공직자로서' '미합중국 연방헌법을 옹호하겠다고' 선서하고 그 후 내란에 관여한 경우, 그 사람이 '미합중국에 종속된 민간 또는 군의 공직'을 수행하는 것을 금지한다. 따라서 동 조항은 (1) 대통령직이 '미합중국에 종속된 민간 또는 군의 공직'(office, civil or military, under the United States)에 해당하고, (2) 대통령이 '미합중국의 공직자'(officer of United States)에 해당하며, (3) 연방헌법 제2조[31]에 따른 대통령 선서가 '미합중국 연방헌법을 옹호'(to support the Constitution of the United States)하겠다는 선서에 해당할 경우에만 트럼프 전 대통령에게 적용된다.

첫째, 연방헌법을 해석할 때 우리는 '건국기의 보통 시민이 알 수 없었을 은밀하고 기술적인 의미'보다 문구의 통상적이고 일반적인 용법을 선호한다.[32] 연방헌법 수정 제14조가 비준될 당시의 사전은 '공직(office)'을 '공공의 목적을 위해 공권력에 의해 부여된 특정한 직무, 책임 또는 의무,' 즉 '정부나 정부의 관리자의 권한을 수행하는 것'이라고 정의한다.[33] 대통령직은 이 정의에 잘 부합한다.

---

28) Zivotofsky ex rel. Zivotofsky v. Clinton, 566 U.S. 189, 201 (2012).

29) United States v. Powell, 27 F. Cas. 605, 607 (C.C.D.N.C. 1871); United States v. Rhine, No. 210687 (RC), 2023 WL 2072450, at *8 (D.D.C. Feb. 17, 2023); Holiday Inns Inc. v. Aetna Ins. Co., 571 F. Supp. 1460, 1487 (S.D.N.Y. 1983); Gitlow v. Kiely, 44 F.2d 227, 233 (S.D.N.Y. 1930); Hearon v. Calus, 178 S.C. 381, 183 S.E. 13, 20 (1935).

30) Zivotofsky ex rel. Zivotofsky v. Clinton, 566 U.S. 189, 201 (2012).

31) **연방헌법 제2조 제1항 제8호**
대통령은 그 직무 수행을 시작하기에 앞서 다음과 같은 선서 또는 확약을 해야 한다. "나는 미국 대통령의 직무를 성실히 수행하며, 나의 최선의 능력을 다하여 미국 헌법을 보전하고 보호하며 수호할 것을 엄숙히 선서(또는 확약)한다."

32) District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570, 577 (2008).

33) Noah Webster, An American Dictionary of the English Language 689 (Chauncey A. Goodrich ed., 1853); 5 Johnson's English Dictionary 646 (J.E. Worcester ed., 1859); United States v. Maurice, 26 F. Cas. 1211, 1214 (C.C.D. Va. 1823).

대통령직이 '미국에 종속된' 공직이 아니라고 해석하는 것은 대통령을 포함하여 정부의 모든 공직자가 국민을 위해 봉사한다는 관념과 근본적으로 부합하지 않는다. '미합중국에 종속된'이라는 문구를 더 그럴듯하게 해석하기 위해서는, 헌법초안자가 단순히 연방공직을 수행하는 사람을 '모든 주에 종속된'(under any State) 공직을 수행하는 사람으로부터 구분하기 위해 사용했다고 보아야 한다. 따라서 자격 없는 사람이 '미합중국에 종속된 민간 또는 군의 공직을 수행'할 수 없다고 명시한 연방헌법 수정 제14조 제3항의 통상적인 의미는 대통령직을 포함한다고 보아야 한다.

둘째, 대통령이 '미국의 공직자'에 해당하는지 확인한다. 먼저, '미국의 공직자'라는 용어의 통상적이고 일반적인 용법은 대통령을 포함한다. 앞서 서술한 바와 같이 '미국에 종속된 공직'의 일반적인 의미는 대통령직을 포함하고, 이에 따라 대통령은 '미국의 공직자'이다.[34] 연방헌법 수정 제14조 제3항의 초안자와 그 당시 사람들은 대통령을 미국의 공직자로 이해하였다.[35]

연방헌법 수정 제14조 제3항의 구조는 대통령이 미국의 공직자라는 점에 설득력을 더한다. 동 조항의 전반부는 보호받는 공직을 묘사하고 후반부는 이러한 보호를 받는 공직을 수행하지 못하는 당사자에 대하여 언급한다. 둘 사이에는 병렬적 구조가 존재한다. 후반부에 상응하는 당사자가 없는 유일한 단어는 '대통령 및 부통령의 선거인단'이다. 선거인단은 헌법에 명시된 선서를 하지 않으므로 상응하는 당사자가 없기 때문에 이는 타당하다.

연방헌법 수정 제14조 제3항의 명확한 목적은 불충한 공직자가 다시는 국가를 관리하는 역할을 수행할 수 없도록 보장하는 것이다. 이 목적은 '미합중국의 공직자'가 법기술적인 용어로 사용되었다는 결론을 내리지 못하게 한다. 동 조항의 초안자는 배신감, 즉 선서를 위반한 공직자의 유형이 아니라 선서를 위반한 행위 자체로 인해 해당 조항을 제정하였다. 따라서 우리는 동 조항에서 사용된 '미합중국의 공직자'가 대통령을 포함한다고 결론짓는다.

셋째, '연방헌법을 보존하고 보호하며 수호'하기 위하여 대통령이 한 선서가 '미국 연방헌법을 옹호'하기 위한 선서인지 확인한다. 연방헌법 제6조[36]는 '미국의 모든 행

34) Motions Sys. Corp. v. Bush, 437 F.3d 1356, 1372 (Fed. Cir. 2006) (Gajarsa, J., concurring in part).

35) Mark Graber, Section Three of the Fourteenth Amendment: Our Questions, Their Answers, 18-19 (Univ. of Md. Legal Stud. Rsch. Paper No. 2023-16); Cong. Globe, 39th Cong., 1st Sess. 915 (1866); The Floyd Acceptances, 74 U.S. 666, 676–77, 7 Wall. 666, 19 L.Ed. 169 (1868).

정부 공직자와 사법부 공직자는 선서 또는 확약에 의하여 연방헌법을 옹호(support)할 의무가 있다.'라고 명시한다. 연방헌법 제2조는 대통령이 '연방헌법을 보전(preserve)하고 보호(protect)하며 수호(defend)'하겠다는 선서를 해야 한다고 명시한다. 연방헌법 제2조의 선서가 연방헌법을 '옹호'한다는 서약을 포함하지 않기 때문에 내란을 선동한 대통령은 연방헌법 수정 제14조 제3항에 따라 장래에 공직 수행 자격이 박탈되지 않는다는 주장은 타당하지 않다. 왜냐하면 더 구체적인 선서가 정해져 있긴 하지만, 대통령은 연방헌법 제6조에 따른 미국의 '행정부 공직자'이기 때문이다.

또한, 대통령 선서에는 '연방헌법을 보전하고 보호하며 수호'하겠다는 서약이 포함되어 있다. 이 서약의 내용은 '옹호'라는 단어의 일반적인 의미와 합치한다. 현대 사전은 '옹호'가 '수호'의 의미를 포함한다고 정의하며 그 반대도 마찬가지다.[37] 연방헌법 수정 제14조 제3항이 작성된 시대의 사전도 동일하다.[38]

요약하자면, 문언과 역사에 따른 연방헌법 수정 제14조 제3항에 대한 명확하고 합리적인 해석은, (1) 대통령직은 '미합중국에 종속된 공직'이고, (2) 대통령은 '미합중국의 공직자'이며, (3) 연방헌법 제2조의 대통령 선서는 연방헌법을 '옹호'하겠다는 선서라는 것이다.

5. 트럼프 전 대통령의 행위가 '내란'에 '관여한' 행위에 해당하는지

연방헌법은 '내란'(insurrection)과 '관여'(engage in)의 의미를 정의하지 않고 남겨두었다. 따라서 헌법초안자와 비준자가 연방헌법 수정 제14조 제3항에 이러한 단어를 선택하면서 무엇을 의도했는지 법적 판단을 내려야 한다.

'내란'이라는 단어와 관련하여 우리는 그 정의가 다양하고 그 중 일부는 다른 것들보다 더 광범위하다는 점을 인정하지만, 이 사건을 판단할 목적으로 '내란'이라는 단어의 단일하면서 모든 것을 포괄하는 정의를 채택할 필요는 없다. 오히려 연방헌법

36) **연방헌법 제6조 제3호**
앞서 언급한 상원 및 하원의원, 각 주의 주의회 의원, 연방 및 각 주의 행정 공직자 및 사법 공직자는 선서 또는 확약에 의하여 연방헌법을 옹호할 의무가 있다. 다만, 미국의 어떠한 관직 또는 위임에 의한 공직에도 그 자격 요건으로서 종교상의 심사는 요구되지 않는다.

37) Support, Merriam-Webster Dictionary, https://www.merriam-webster.com/dictionary/support[https://perma.cc/ WGH6-D8KU]; Defend, Merriam-Webster Dictionary, https://www.merriam-webster.com/dictionary/defend[https://perma.cc/QXQ7-LRKX].

38) Samuel Johnson, A Dictionary of the English Language (5th ed. 1773); Noah Webster, An American Dictionary of the English Language 271 (Chauncey A. Goodrich, ed., 1857).

수정 제14조 제3항의 목적상 '내란'의 정의는 평화로운 정권 이양을 위한 미국 정부의 행위를 방해하거나 막기 위해 집단이 조직적이고 공개적으로 폭력 또는 폭력에 대한 위협을 하는 것을 포함한다고 결론 내리는 것으로 충분하다. 그 요건이 되는 폭력이나 폭력에 대한 위협은 유혈사태를 수반할 필요는 없으며 성공가능성을 보장할 정도로 상당한 규모일 필요도 없다.

대규모 집단이 연방의사당에 강제로 난입했으며 이 행위가 현장에 있던 경찰관이 통제할 수 없을 정도로 위력이 있었다는 점은 분명하다. 폭도들이 치명적인 무기로 무장하고 폭력적인 내란에 부합하는 방식으로 경찰관을 공격했다는 증거가 없다는 트럼프 전 대통령의 주장과는 달리, 주지방법원은 심지어 폭도들이 다양한 무기로 무장했다는 점을 인정하였다. 많은 증거는 이러한 무력 사용이 조직적이고 공개적으로 이루어졌다는 사실을 증명한다. 또한 여러 증거에 따르면, 폭도들의 단일한 목적은 연방의회가 연방헌법 수정 제12조[39]에 따라 선거인단의 표를 계표하여 2020년 대통령선거결과를 인준하는 것을 방해하고 막기 위한 것, 즉 평화로운 정권 이양에 필요한 조치를 취하지 못하게 하려는 것이었음을 알 수 있다. 모든 가능한 정의에 따르더라도 이는 내란에 해당하기에, 이하에서는 트럼프 전 대통령이 이 내란에 '관여'하였는지 확인한다.

우리는 '관여'한다는 것이 '공동의 위법적인 목적을 돕거나 진행시킬 의도를 가지고 명시적이고 자발적으로 한 행위'를 요건으로 한다고 본다.[40] 여러 증거자료는 2020년 11월 선거 이전에도 트럼프 전 대통령이 선거가 조작되었다는 주장의 근거자료를 준비하고 있었다는 것을 보여준다. 그 후 트럼프 전 대통령은 선거에서 패배하였고, 그 측근들이 투표조작에 대한 증거가 없다고 거듭 조언하고 그 자신도 선거에 부정이 있었다고 믿을 증거가 없었음에도 트럼프 전 대통령은 선거가 도둑맞았다는 주장을 퍼뜨리며 선거결과의 인준을 막기 위해 노력했다.

또한 트럼프 전 대통령은 선거부정에 대한 지속적인 거짓 주장으로 지지자들의 분노에 불을 지폈고, 1월 6일까지 '도둑질을 중단하라'(Stop the Steal) 운동 및 전국적 집회를 추진하도록 했다. 특히 2020년 선거일과 1월 6일 사이에 '도둑질을 중단하라'

39) **연방헌법 수정 제12조**
… 상원의장은 상원의원 및 하원의원의 참석 하에 모든 증명서를 개봉하고 계표한다. 대통령으로서의 최고 득표자를 대통령으로 한다. …

40) Anderson v. Celebrezze, 460 U.S. 780, 788 (1983).

운동의 주최자들은 전국적으로 수십 차례 집회를 열어 대통령선거에 대한 허위정보를 퍼뜨리고 폭력적인 극우단체의 회원 등을 참가자로 모집했다. 이러한 간헐적인 폭력 사태를 완전히 주지한 상태에서 트럼프 전 대통령은 2020년 12월 19일에 지지자들에게 1월 6일 워싱턴 DC로 이동하라고 부추기는 트위터 메시지를 작성했다. 당시 자료에 따르면 트럼프 전 대통령의 '계획'은, 연방의회가 1월 6일 선거결과를 인준하기 위해 모였을 때 펜스(Pence) 전 부통령으로 하여금 바이든(Biden) 대통령에게 투표한 진짜 선거인단을 거부하고 트럼프 전 대통령을 지지하는 가짜 선거인단 명부를 인준하거나 추가적인 절차를 위해 주에 선거인단 명부를 반환하도록 하는 것이었다.

이러한 자료는 트럼프 전 대통령의 메시지가 지지자들에게 투쟁을 촉구하였고 지지자들은 이에 호응했다는 사실을 보여준다. 이러한 위협은 온라인에서 공개적으로 이루어졌으며 언론에 널리 보도되었다. 위협에 대한 어느 한 정부기관의 평가에 따르면, 폭력적인 극단주의자들이 총기를 포함한 무기와 '소규모 전쟁에서 승리'하는 데 충분한 탄약을 가지고 1월 6일의 폭동을 계획한다는 점이 언급되어 있다. 자료는 트럼프 전 대통령이 1월 6일 발생한 폭동의 가능성을 인지하고 있었을 근거가 존재함을 보여준다. 대통령으로서 그는 진행되고 있는 위협에 대한 정부기관의 보고를 무시했다.

1월 6일 새벽 트럼프 대통령은 트위터에 '마이크 펜스 부통령이 우리를 위해 해낸다면, 우리는 대통령직을 얻을 것이다. 많은 주는 주의회가 승인하지 않은 절차에서 부정확하고 심지어는 잘못된 숫자를 인준한 실수를 철회하고 싶어 한다(반드시 그래야 한다). 마이크는 이를 돌려보낼 수 있다.'라고 올렸다. 이러한 트위터 메시지는 펜스 부통령을 겨냥한 것으로, 트럼프 전 대통령 지지자들이 선거인단 개표를 감독하고 평화로운 정권 이양을 보장하기 위해 2020년 대통령선거결과를 인준하는 부통령의 역할에 집중하도록 하는 분명한 효과가 있었다.

같은 시각, 트럼프 전 대통령의 연설을 듣기 위해 수만 명의 지지자들이 백악관 앞 광장(the Ellipse)에 결집하기 시작했다. 그 후 트럼프 전 대통령은 지지자들에게 연방의회 의사당에서 투쟁할 것을 -말 그대로- 강요하는 연설을 했다. 백악관 앞 광장에 모여 있던 군중은 폭력을 요구하는 트럼프 전 대통령의 발언에 반응했다. 군중은 연방의회 의사당으로 진격했고, 그중 많은 사람은 독립전쟁 깃발과 남부군의 전투 깃발을 들고 있었다. 그들은 빠르게 건물로 진입했고 2020년 대통령선거결과의 인준을 저지하려는 임무를 가지고 즉시 상원과 하원의 회의실로 진격했다.

재판에서 다툼의 여지가 없었던 대부분의 증거를 포함하여 앞서 언급한 증거들은 트럼프 전 대통령이 내란에 관여했다는 것을 보여주었다. 트럼프 전 대통령이 수개월에 걸쳐서 지지자들에게 자신이 거짓으로 표현한, 국민에 대한 사기를 막기 위해 연방의회 의사당으로 진격하도록 한 직접적이고 명시적인 노력들은 분명히 명시적이었고 자발적인 것이었다. 또한, 증거는 트럼프 전 대통령이 자신이 계획하고 실천에 옮긴 공동의 불법적인 목적-연방의회가 2020년 대통령선거결과를 인준하지 못하게 하고 평화로운 정권 이양을 막으려는 목적-을 조성하고 촉진하기 위해 이러한 모든 행동을 하였음을 충분히 보여주었다. 이러한 이유로 우리는 트럼프 전 대통령이 제3항의 의미 내에서 내란에 관여하였다는 주지방법원의 판단을 지지한다.

6. 트럼프 전 대통령의 행위가 연방헌법 수정 제1조에 의해 보호되는지

연방헌법 수정 제1조는 '연방의회는 표현의 자유를 제한하는 법률을 제정할 수 없다.'라고 명시한다. 그럼에도 표현의 자유는 모든 시기 그리고 모든 상황에서 절대적인 것은 아니다.[41] 예컨대 연방헌법 수정 제1조는 진정한 위협,[42] 범죄행위에 필요한 표현,[43] 불법행위를 선동하는 표현[44]을 보호하지 않는다. 이 사건에서 당사자들이 다투는 부분은 이중 마지막에 해당하는 연방헌법 수정 제1조의 법리이다.

연방대법원이 Brandenburg 판결에서 판시하였듯이, 연방헌법 수정 제1조의 '자유로운 표현에 대한 헌법적 보호'는 무력이나 위법행위의 사용에 대한 고취(advocacy) 행위가 즉각적인 불법행위를 선동 또는 초래하거나 그러한 가능성을 목적으로 한 것이 아닌 한 국가가 이를 금지하거나 배척하지 못하도록 한다.[45] Brandenburg와 그 후속 판결에 따르면, 표현이 불법행위를 선동하여 연방헌법 수정 제1조의 보호를 못 받는지 판단하기 위한 현대의 심사기준은 (1) 해당 표현이 명시적으로 또는 묵시적으로 폭력이나 불법행위를 부추기는지, (2) 화자가 그 표현을 통해 폭력이나 불법행위의 사용을 초래하려고 의도하였는지, (3) 즉각적인 폭력이나 불법행위의 사용이 해당 표현의 결과일 가능성이 큰지 확인하는 것이다.

41) Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568, 571 (1942).

42) Watts v. United States, 394 U.S. 705, 708 (1969).

43) Packingham v. North Carolina, 582 U.S. 98, 107 (2017).

44) Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 447 (1969).

45) Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 447 (1969).

트럼프 전 대통령은 평화로운 정권 이양을 방해하기 위해 폭력과 불법행위를 선동하고 부추겼다. 트럼프 전 대통령이 1월 6일 지지자들에게 워싱턴 DC로 이동하자고 부추기면서 전한 메시지의 핵심은 명확하고 분명했다. 이는 조작 의혹이 제기된 선거는 전쟁행위이며 이로 인해 피해를 본 사람은 맞서서 공격적으로 싸워야 할 의무가 있다는 것이었다. 그리고 트럼프 전 대통령의 지지자들은 이 메시지를 놓치거나 오해하지 않았다.

트럼프 전 대통령이 자신의 표현이 평화로운 정권 이양을 막기 위해 폭력이나 불법행위의 사용을 초래할 것을 알고 있었다는 점에 동의한다. 트럼프 전 대통령은 자신이 조장한 분노, 무장을 촉구한 사실, 1월 6일까지 있었던 폭력에 대한 위협, 그리고 군중의 많은 사람들이 분노하고 무장한 사실을 알고 있었음에도 불구하고, 분노한 지지자들에게 연방의회 의사당으로 내려가 싸우라고 말했다. 그리고 그는 자신의 발언이나 군대를 통하여 이를 막을 능력과 권한이 있었음에도 불구하고 폭동이 발생하도록 방치하였다. 이는 트럼프 전 대통령이 이 폭동을 의도했다는 사실을 뒷받침한다.

트럼프 전 대통령이 그의 지지자들에게 '매우 다른 규칙을 따라도 된다.'며 '지옥에서처럼 싸우지' 않는다면 '더 이상 조국은 없을 것'이라고 말함으로 인하여 지지자들이 그 선동에 귀를 기울이고 폭력적으로 행동했을 가능성이 높다. 따라서 Brandenburg 심사기준의 세 번째 기준을 만족한다. 정리하자면, 1월 6일 트럼프 전 대통령의 행위는 연방헌법 수정 제1조의 보호를 받지 못한다.

7. 콜로라도 주대법원의 결론

트럼프 전 대통령은 연방헌법 수정 제14조 제3항에 따라 대통령직을 수행할 자격이 없기 때문에, 주무장관이 트럼프 전 대통령을 대통령 예비선거 명단에 포함하는 것은 콜로라도 주선거법상 위법행위이다. 따라서 주무장관은 트럼프 전 대통령의 이름을 2024년 대통령 예비선거 투표용지에서 제외하고 그의 이름이 적힌 투표용지를 계표하지 말아야 한다.[46] 그러나 이 판결은 2024년 1월 4일(주무장관이 대통령 예비선거 투표결과를 인증해야 하는 마감일 전날)까지 유예된다. 만일 유예기간이 도래하기 전 연방대법원에 이 사건이 청구된다면, 이 판결은 그대로 유예되고 주무장관은

46) §1-7-114(2), C.R.S. (2023).

연방대법원의 명령이나 지시를 받기 전까지 트럼프 전 대통령의 이름을 2024년 대통령 예비선거 투표용지에 포함해야 한다.

Ⅲ. 연방대법원의 판단[47]

1. 법정의견[48]

가. 이 사건의 쟁점

연방대법원은 트럼프 전 대통령이 상고허가를 신청하면서 제기한 한 가지 쟁점, '콜로라도 주대법원이 트럼프 전 대통령을 2024년 대통령 예비선거에서 배제하도록 한 명령이 잘못되었는지'에 대하여 다룬다.

나. 연방헌법 수정 제14조의 제정 배경과 집행 규정 (II-A)

1866년 연방의회에서 발의되어 1868년 주들로부터 비준된 연방헌법 수정 제14조는 '주의 자치권(autonomy)을 희생하여 연방의 권력을 확대'함으로써 '헌법에 명시된 주와 연방의 권력 균형을 근본적으로 수정'하였다.[49] 예컨대 동조 제1항은 주로 하여금 '적법한 절차 없이 개인의 생명, 자유, 또는 재산을 박탈할 수' 없게 만들거나 개인에 대한 '법률의 평등한 보호를 거부하지' 못하도록 하였다. 또한 동조 제5항은 연방의회에 다른 수정조항과 함께 이 금지조항을 적절한 입법을 통해' '집행할 권한'을 부여하였다.

마찬가지로 연방헌법 수정 제14조 제3항은 다른 방식을 통해 주의 자치권을 제한한다. 이 조항은 남북전쟁 이후 옛 남부동맹(Confederates)이 다시 권력을 장악하는 것을 막고 연방의 영속성을 보장하기 위해 고안되었다.[50] 동 조항은 '연방헌법을 옹호할 것을 선서하고' 후에 '연방정부에 대한 반란에 관여한 자'가 공직을 수행할 수 없도록 금지함으로써 그러한 세력의 재기를 막으려 하였다.[51]

---

47) Trump v. Anderson, 601 U.S. 100 (2024) (2024. 3. 4 선고).

48) 나. (II-A) 부분은 Roberts 대법원장, Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh 대법관 등 5인의 대법관이 참여한 상대다수의견이지만, 다. (II-B) 부분은 Barrett 대법관이 추가로 참여한 6인의 대법관이 참여한 다수의견이다.

49) Seminole Tribe of Fla. v. Florida, 517 U.S. 44, 59 (1996); Ex parte Virginia, 100 U.S. 339, 345 (1880).

50) Cong. Globe, 39th Cong., 1st Sess., 2544, 2768 (1866).

연방헌법 수정 제14조 제3항은 모든 사람에게 권리를 부여하는 방식이 아니라 특정 개인에게 여러 공직에 대한 결격이라는 예방적이고 심각한 불이익을 부과하는 방식으로 작동한다. 이에 따라 체이스(Chase) 전 연방대법원장이 결정하고 콜로라도 주 대법원이 인정하였듯이 위 조항에 '어떤 특정한 개인이 포섭되는지 규명하는 것'이 필요하다.[52]

연방헌법은 이를 규율할 권한을 연방의회에 부여하였다. 이와 관련된 조항은 연방헌법 수정 제14조 제5항으로, 연방의회에 '적절한 입법'을 통해 동조를 '집행할' 권한을 부여하며, 이는 물론 사법심사의 대상이 된다.[53] 동조 제5항에 따른 연방의회의 권한은 동조 제3항과 결부되었을 때 중요하다. 실제로 수정조항이 비준되고 1년이 안 되었을 당시 이를 집행할 입법에 관한 논의에서 트럼불(Trumbull) 당시 상원의원은 '수백 명의 사람들이 연방헌법 수정 제14조 제3항에도 불구하고 공직을 수행하고 있다.'라고 지적했다.[54] 트럼불 상원의원은 헌법이 공직 수행 자격을 '박탈할 수 있는 수단을 규정하고 있지 않다'면서 '헌법에 포함된 근본적인 원칙에 효력을 부여하기 위한 법안'이 필요하다고 지적하였다.[55]

다. 연방공직에 대하여 연방헌법 수정 제14조 제3항을 집행할 주의 권한 (II-B)

이 사건은 연방의회뿐만 아니라 주도 연방헌법 수정 제14조 제3항을 집행할 수 있는지에 대한 쟁점을 제기한다. 우리는 주가 주의 공직을 수행하거나 수행하려는 사람들의 자격만 박탈할 수 있다고 결론 내린다. 주는 연방공직, 특히 대통령직과 관련해서는 연방헌법 수정 제14조 제3항을 집행할 헌법상 권한을 가지고 있지 않다.

'우리 연방체제에서 연방정부는 제한된 권한만을 보유한다. 나머지 권한은 주와 국민이 보유한다.'[56] '각 주의 통치 절차를 정할 권한'은 주가 보유한 권한들 중 하나이다.[57] 특히 주는 '각 주의 공직에 대한 자격을 정할 권한'과 '연방헌법이 명시한 것에 과도하게 위배되는 것을 제외하면 외부의 개입으로부터 자유롭게 선거방식을 규율

51) Cong. Globe, 41st Cong., 1st Sess., 626 (1869).

52) App. to Pet. for Cert. 53a.

53) City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507, 536 (1997).

54) Cong. Globe, 41st Cong., 1st Sess., 626 (1869).

55) Cong. Globe, 41st Cong., 1st Sess., 626 (1869).

56) Bond v. United States, 572 U.S. 844, 854 (2014).

57) Alden v. Maine, 527 U.S. 706, 752 (1999).

할' 권한을 보유한다.[58] 연방헌법 수정 제14조가 주의 권한을 제한하고 있긴 하지만, 그 조항의 어떠한 부분도 주의 전통적인 권한을 박탈하지는 않는다. 연방헌법 수정 제14조 비준 이후 주는 이 권한을 통해 주법에 따라 주의 공직자 자격을 박탈해 왔다.[59]

그러나 통치에 관한 이러한 권한은 연방공직자 및 그 후보자에게까지는 확장되지 않는다. 연방공직자는 '그들의 존재와 역할이 국민의 일부가 아닌 국민 전체의 하나된 선택에 의해 부여'되었기 때문에, 그들의 선거와 자격에 관한 권한은 '주가 보유한 것이 아니며 구체적으로 위임되어야 하는 것'이다.[60] 그러나 연방헌법의 어떠한 부분도 주가 연방공직자 및 그 후보자에 대하여 연방헌법 수정 제14조 제3항의 권한을 행사할 수 있도록 위임하고 있지 않다.

연방헌법 수정 제14조의 문언은 표면상 관련된 어떠한 권한도 주에 확정적으로 부여하고 있지 않다. 연방헌법 수정 제14조의 문언은 동조 제5항에서 입법을 통하여 동조를 집행할 연방의회의 권한에 관해서만 언급하고 있을 뿐이다. 수정조항의 실체조항[61]이 '주의 권한에 중대한 제한을 부과'한다는 사실을 주지한다면 이는 놀랍지 않다.[62] 수정조항에 따라 주는 특권이나 면책권을 제한할 수 없으며, 적법한 절차 없이 개인의 생명, 자유, 재산을 박탈할 수 없고, 주민의 선거권을 거부할 수 없다. 반면, 연방헌법 수정 제14조는 연방의회가 이 조항을 주에 대하여 집행할 수 있도록 하는 새로운 권한을 부여한다. 이 조항을 주에 연방공직 후보자의 자격을 박탈할 권한을 부여하는 것으로 이해하는 것은 맥락상 맞지 않는다.

오랫동안 연방공직자 및 그 후보자에 대하여 연방헌법 수정 제14조 제3항의 권한을 행사하였던 것은 연방의회였다. 수정조항을 비준하고 얼마 지나지 않아 연방의회는 1870년 민권법(Enforcement Act of 1870)을 제정하였다. 이 법은 연방 검사로 하여금 연방법원에 민사소송을 제기하여 연방헌법 수정 제14조 제3항을 위반한 공직자(의회 공직자 제외)를 해임할 수 있도록 하였으며 동 조항을 위반하여 공직을 수행하거나 수행하려는 행위를 연방범죄로 규정하였다. 비준 이후 몇 년 동안 연방상원과

58) Taylor v. Beckham, 178 U.S. 548, 570-571 (1900).

59) Worthy v. Barrett, 63 N.C. 199, 200, 204 (1869); State ex rel. Sandlin v. Watkins, 21 La. Ann. 631, 631-633 (1869).

60) U. S. Term Limits, Inc. v. Thornton, 514 U.S. 779, 803-804 (1995).

61) 여기서는 연방헌법 수정 제14조 제1항부터 제4항까지를 의미한다.

62) Fitzpatrick v. Bitzer, 427 U.S. 445, 456 (1976).

연방하원은 연방헌법 수정 제14조 제3항을 근거로 의석을 차지하거나 유지할 수 없다는 주장을 판단하기 위하여 연방헌법 제1조[63]에 따라 고유한 권한을 행사하였다.

또한 주가 연방공직자 및 그 후보자에 대하여 연방헌법 수정 제14조 제3항의 권한을 행사할 수 있도록 하는 것은 그 권한의 범위에 심각한 문제를 야기할 것이다. 연방헌법 수정 제14조 제3항은 엄격하게 '처벌적인'(remedial) 성격을 갖기 때문에 동조 제3항을 집행하는 연방의회의 입법을 제한한다.[64] 이 제한을 준수하기 위해서 연방의회는 관련된 조항이 금지하는 특정한 행위를 '처벌하거나 방지하도록 그 입법 체계를 재단해야 한다.'[65] 연방헌법 수정 제14조 제3항을 집행하기 위한 연방의회의 모든 입법은 1870년 민권법이나 연방법 제2383조[66]와 마찬가지로 해당 행위를 방지하거나 처벌하려는 목적과 '그 목적을 위한 수단' 사이의 '일관성과 비례성'을 반영해야 한다.[67] 그러나 주가 연방공직자 및 그 후보자에 대하여 연방헌법 수정 제14조 제3항을 집행하는 것은 그러한 권한을 '연방의회'에만 부여하고 있는 동조 제5항으로부터 도출될 수 없다. 따라서 주가 그러한 권한을 집행하는 것은 선례에 따라 연방의회의 집행보다 더 광범위하게 적용될 수 있다고 주장할 수 있다. 그러나 헌법이 연방공직과 관련하여 연방의회보다 주에 더 자유로운 권한을 부여하였다는 관념은 타당해 보이지 않는다.

마지막으로 주가 대통령직에 관하여 연방헌법 수정 제14조 제3항을 집행하는 것은 더 높은 수준의 문제를 야기한다. 대통령선거에서 주가 부과한 제한은 매우 중요한 국익에 영향을 준다.[68] 그러나 특정 대통령선거 후보의 출마를 금지하는지에 관하여

63) **연방헌법 제1조 제5항**
1. 각 원은 그 소속 의원의 당선, 득표수 및 자격을 정한다. 각 원은 소속 의원의 과반수가 출석함으로써 의사를 진행시킬 수 있는 정족수를 구성한다. 정족수에 달하는 경우에는 출석 의원이 연일 유회할 수 있으며, 각 원에서 정하는 방법과 벌칙에 따라 결석 의원의 출석을 강요할 수 있다.
2. 각 원은 의사 규칙을 결정하며, 원내의 질서를 문란케 한 의원을 징계하며, 의원 3분의 2 이상의 찬성을 얻어 의원을 제명할 수 있다. (이하 생략)

64) City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507, 520 (1997).

65) Florida Prepaid Postsecondary Ed. Expense Bd. v. College Savings Bank, 527 U.S. 627, 639 (1999).

66) **연방법 제2383조 반란 및 내란 (18 U.S.C. §2383)**
누구든지 미국 정부 또는 그 법률에 반하는 반란이나 내란을 선동, 개시, 지원 또는 관여하거나 이에 원조 또는 위문을 제공한 자는 이 조항에 따라 벌금형이나 10년 이하의 징역형 또는 벌금형과 징역형 모두에 처하며 미국에서의 어떠한 공직도 수행할 수 없다.

67) City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507, 520 (1997).

68) Anderson v. Celebrezze, 460 U.S. 780, 794, 795 (1983).

연방헌법 수정 제14조 제3항에 대한 해석이 주별로 달라지면, '대통령은 국가의 모든 유권자를 대표한다.'라는 기본원칙에 부합하는 통일된 답변을 도출하는 것이 어렵게 될 것이다.[69] 본안에 대한 견해 차이뿐만 아니라 동조 제3항의 결격을 결정하는 데 필요한 절차 규정의 다양성으로 인하여 동일한 후보자에 대한 주의 해석이 상충하게 될 가능성이 있다. 주 정부의 개별적인 집행으로 인해 발생할 수 있는 '누더기'(patchwork)는 '헌법제정자들이 매우 중요하다고 보았던 연방정부와 미국 국민 사이의 직접적인 연결고리를 완전히 끊어버릴 것이다.'[70] 대통령선거에서 '각 주에서 행해지는 투표는 다른 주에서의 다양한 후보에 대한 투표-혹은 이 사건에서는 투표가 허용되지 않았다는 사실-에 의해 영향을 받는다.'[71] 서서히 변화하는 선거 지형(evolving electoral map)은 다양한 방식과 다양한 시기에 유권자, 정당, 주의 행태를 극적으로 변화시킬 수 있다. 연방의 투표가 끝난 후 연방헌법 수정 제14조 제3항에 따른 집행이 청구된다면, 심각한 혼란이 발생할 수 있으며 어쩌면 수백만의 투표를 무효화하고 선거결과를 바꿀 수도 있다. 헌법의 어떠한 부분도 대통령의 취임까지 혹은 취임 이후까지 이러한 혼란을 견디도록 요구하지 않는다.

라. 법정의견의 결론

앞서 서술한 이유에 따라 연방공직자 및 그 후보자에 대해 연방헌법 수정 제14조 제3항을 집행할 수 있는 권한은 주가 아닌 연방의회에 있다. 따라서 콜로라도 주대법원의 판결은 유지될 수 없다.

2. Sotomayor 대법관의 별개의견(3인 의견)[72][73]

가. 서론

오늘 법정의견은 중요한 원칙을 위반하여 이 사건뿐만 아니라 앞으로 발생할 수

69) Anderson v. Celebrezze, 460 U.S. 780, 795 (1983).

70) U. S. Term Limits, Inc. v. Thornton, 514 U.S. 779, 822 (1995).

71) Anderson v. Celebrezze, 460 U.S. 780, 795 (1983).

72) Sotomayor, Kagan, Jackson 대법관의 의견.

73) 본 원고에서 Barrett 대법관의 보충의견(1인 의견)은 생략한다. Barrett 대법관은 법정의견의 나. 부분에는 참여하지 않고 다. 부분에만 참여하였다. Barrett 대법관의 보충의견의 요지는 주에 대통령선거 후보자에 대하여 수정 제14조 제3항을 집행할 권한이 없다는 법정의견에는 동의하지만 연방의회가 이 조항을 집행할 수 있는 유일한 기관인지는 이 사건에서 다루지 않아도 될 쟁점이라는 것이다.

있는 문제에 대하여 판단하고 있다. 이 사건에서 법정의견은 연방헌법 수정 제14조 제3항에 따라 선서를 위반하여 내란을 선동한 자는 연방공직을 수행할 자격이 없다는 것을 근거로 콜로라도 주대법원이 대통령선거 후보자를 예비선거에서 배제할 수 있는지에 대하여 판단해야 한다. 콜로라도에 그러한 권한을 부여한다면 주별로 혼란스러운 '누더기'가 발생할 것이고 이는 미국의 연방주의 원칙과 맞지 않는다는 점에 우리는 동의한다. 그러나 법정의견[74]은 여기서 더 나아간다. 5명의 대법관은 연방대법원과 트럼프 전 대통령을 향후 논란으로부터 보호하기 위하여 새로운 헌법적 질문에 관하여 판단한다. 이 사건에서의 쟁점은 개별 주의 행위에 관한 것이지만, 법정의견은 어떠한 연방주체가 연방헌법 수정 제14조 제3항을 집행해야 하는지 그리고 어떻게 해야 하는지까지 의견을 밝힌다. 이를 통해 법정의견은 다른 잠재적인 연방의 집행수단에 대한 가능성을 없앤다.

연방헌법은 일부 문제는 주에 맡기고 나머지는 연방정부에 맡기고 있다. 이 헌법적 구조에 내재된 연방주의 원칙은 이 사건을 판단할 수 있도록 한다. 주는 '연방정부를 약화시키기' 위한 목적으로 선거에 대한 통제권을 이용할 수 없다.[75] 대통령선거에서 그 위험성은 훨씬 더 커진다.[76] 대통령선거에서 주의 제한은 주의 한계를 넘어서는 '고유하고 중대한 연방의 이익'을 내포한다.[77] 물론 주는 '대통령선거의 선거인단'과 대통령선거에 관한 중요한 권한을 가지고 있다.[78] 그러나 이 권한은 연방주의 원칙을 포함하여 '다른 헌법적 제약'에 의해 제한된다.[79]

재건 수정조항은 '연방의 권한을 확장하고 주의 주권에 개입'하기 위해 고안되었다.[80] 연방헌법 수정 제14조 제3항은 연방헌법 최초로 주가 주의 공직자를 선택할 수 있는 권한에 실체적인 제한을 부과하였다. 이러한 맥락에서 연방헌법 수정 제14조 제3항이 주에 누가 대통령직을 수행할 수 있을지 결정할 새로운 권한을 부여했다

74) 여기서 법정의견이라 함은 Barrett 대법관을 제외한 나머지 5명의 대법관의 상대다수의견, 즉 나. 부분을 의미한다.

75) U. S. Term Limits, Inc. v. Thornton, 514 U.S. 779, 810 (1995).

76) Anderson v. Celebrezze, 460 U.S. 780, 794-795 (1983).

77) Anderson v. Celebrezze, 460 U.S. 780, 794-795 (1983).

78) Chiafalo v. Washington, 591 U.S. 578, 588 (2020).

79) Chiafalo v. Washington, 591 U.S. 578, 589 (2020).

80) City of Rome v. United States, 446 U.S. 156, 179 (1980).

는 것은 논리적으로 모순된다. 이는 이 사건을 해결할 확실하고 충분한 근거를 제공한다. 법정의견은 이 결론에서 시작하여 이 결론으로 마무리했어야 한다.

그러나 법정의견은 이어서 아직 우리 앞에 주어지지 않은 문제에 대하여 판단한다. 법정의견은 연방의 행위와 전혀 관련이 없는 사건에서 연방이 어떻게 연방헌법 수정 제14조 제3항을 집행해야 하는지에 관해 설시한다. 먼저, 동 조항의 어떠한 부분도 연방공직자 자격에 대한 결격이 어떠한 방식으로 운영되어야 하는지에 대한 법정의견을 뒷받침하지 않는다. 이 명확한 조항의 어디에서도 동 조항에 따라 제정된 법률을 시행하는 것이 중요하다고 명시되어 있지 않다. 마찬가지로 연방헌법 수정 제14조의 나머지 부분 중 어떠한 부분도 법정의견을 뒷받침하지 않는다. 동조 제5항은 연방의회에 '적절한 입법을 통해 연방헌법 수정 제14조를 집행할 권한'을 부여한다. 그러나 반드시 처벌적인 입법일 필요는 없다. 모든 재건 수정조항은 독자적으로 집행되며 입법을 필요로 하지 않는다.[81] 법정의견은 연방헌법 수정 제14조 제3항의 내란으로 인한 결격에 관하여 특별 규정을 만들어 내고 있다.

결과적으로 법정의견은 '결정에 대한 완전한 설명'을 제공한다는 미명하에 연방헌법 수정 제14조 제3항과 관련된 많은 불확실한 쟁점들을 풀어낸다. 법정의견은, 예컨대 당사자가 내란죄로 기소되어 이에 대한 항변을 제기할 때 야기될 수 있는 연방헌법 수정 제14조 제3항의 사법적 집행을 불가능하게 한다.

'오늘 연방대법원이 한 일은 하지 말았어야 하는 것이다.'[82] 법정의견은 개별 주가 내란에 관여했다고 알려진 대통령선거 후보자를 예비선거에서 배제할 수 있는지에 대한 하나의 쟁점만 판단했어야 한다. 법정의견은 우리 앞에 놓인 사건보다 더 많은 것들을 판단했다. 연방헌법 수정 제14조 제3항에 대한 연방의 집행은 이 사건의 쟁점이 아니었지만, 법정의견은 어떻게 집행해야하는지에 대한 새로운 규칙을 선언한다.

우리는 콜로라도 주가 연방헌법 수정 제14조 제3항을 집행할 수 없다는 점에는 동의하지만, 이 사건을 통해 해당 조항에 대한 연방의 집행의 한계를 규정하려는 법정의견의 노력에는 반대한다. 우리는 앞에 놓인 쟁점에 대해서만 판단하기 때문에 법정의견의 결론에 대해서만 동의한다.

81) City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507, 524 (1997); Civil Rights Cases, 109 U.S. 3, 20 (1883).
82) Bush v. Gore, 531 U.S. 98, 158 (2000) (Breyer, J., dissenting).

Ⅳ. 판결의 의의

이번 연방대법원의 판결은 올해 11월에 있을 미국 대통령선거에 큰 영향을 미칠 것으로 보인다. 트럼프 전 대통령은 2020년 대선에서 바이든 대통령에게 패배하여 재선에 실패하였고, 이에 분노한 트럼프 전 대통령 지지자들은 2021년 1월 6일 연방의회가 차기 대통령을 인준하는 것을 막기 위해 연방의회 의사당에 난입하여 폭동을 일으켰다. 트럼프 전 대통령은 이 과정에서 폭동을 선동하고 방관하였다는 혐의로 기소되기도 하였다. 이와 관련하여 콜로라도 주의 유권자들은 콜로라도 주법원에 트럼프 전 대통령이 연방헌법 수정 제14조 제3항에 따라 대통령직을 수행할 자격이 없기에 이번 대통령 예비선거에서 제외되어야 한다는 요지로 소를 제기하였다.

콜로라도 주대법원은 주가 대통령선거 후보자의 자격에 대하여 판단할 권한이 있으며 이는 연방의회의 입법을 필요로 하지 않는다고 보았다. 또한 트럼프 전 대통령이 연방헌법 수정 제14조 제3항의 대상에 해당하며 연방의회 의사당에서의 난동을 부추긴 트럼프 전 대통령의 행위가 내란에 관여한 행위라고 판단하였다. 이에 따라 콜로라도 주대법원은 트럼프 전 대통령이 대통령 예비선거에 출마할 자격이 없다고 판단하였다.

그러나 연방대법원은 이러한 콜로라도 주대법원의 판결을 파기하였다. 그 이유는 주에는 대통령선거 후보의 자격을 판단할 권한이 없다는 것이었다. 여기서 더 나아가 5명의 대법관은 연방헌법 수정 제14조 제3항을 집행하기 위해서는 연방의회의 입법이 필요하다고 설시하였다. 그러나 Sotomayor 대법관은 별개의견을 통하여 법정의견이 판단했어야 할 사건의 범위를 넘어 불필요하게 연방헌법 수정 제14조 제3항의 집행 방식을 선언하였다고 비판하였다.

이 판결이 나오고 트럼프 전 대통령이 공화당의 대선 후보로 확정된 가운데, 그 과정에 영향을 미친 콜로라도 주대법원과 연방대법원의 판결을 확인하는 것은 시의성이 있어 보인다.

독일

2020년 개정 연방선거법상 의석배분조항의 명확성 원칙 등 위배 여부에 대한 판단

/ 책임연구관 김태호

2020년 개정 연방선거법상 의석배분조항의 명확성 원칙 등 위배 여부에 대한 판단[1)]

Ⅰ. 사실관계

‘연동형 비례대표제’(Mixed Member Proportional System)를 실시하고 있는 독일 연방의회(Bundestag) 선거에서는 각 정당의 총의석수가 비례대표후보에 대한 각 정당명부 투표(제2투표)의 득표비율에 따라 배분하지만, 그 의석은 지역선거구(Wahlkreis, 이하 ‘선거구’라 한다)의 직접투표(제1투표)에서의 당선인에게 우선 배정한다. 이를 통해 정당의 득표와 의석에 대한 비례성을 확보하면서도 지역의 대표성을 보장할 수 있다.

그런데 각 정당에 배분된 의석수보다 선거구 당선인의 수가 더 많은 경우에도 선거구 당선인의 의석은 모두 우선 보장하기 때문에 법에서 정한 연방의원의 총의석(598석, 선거구 대표 299석과 비례대표 299석)을 넘은 초과의석(Überhangmandat)이 발생할 수 있다. 이에 2013년 연방선거법 개정에서는 초과의석을 인정한 결과로 각 정당 득표의 비례성에 왜곡이 발생하는 문제를 해소하기 위해 초과의석을 받지 못한 정당에게 득표비율에 맞도록 보정의석(Ausgleichmandat)을 추가적으로 인정하는 제도를 도입하였다.

그런데 이러한 법 개정은 독일의 정치 지형 변화와 맞물려 초과의석 및 보정의석의 수가 계속해서 늘어나는 문제를 낳았다. 2017년 연방의회 선거 결과 총의석이 709석에 이르게 되었다. 이에 연방의회의 다수당은 본 사건에서 문제된 2020. 11. 19. 발효된 연방선거법의 개정을 통해 의석배분에 관한 절차 규율을 수정하여 보정의석이 과도하게 발생하는 것을 막고자 하였다. 2020년의 연방선거법 개정에 대해 의회 소수당 의원 216인[2)]은 개정 조항이 명확성 원칙에 반하고 평등선거원칙, 정당에 대한 기회균등원칙에도 반한다고 주장하며 추상적 규범통제심판을 청구하였다. 한편, 규

1) 연방헌법재판소 2023. 11. 29. 결정, 2 BvF 1/21.

2) 녹색당, 좌파당, 자유민주당 소속 연방의회 의원들이다.

범통제심판청구와 함께 제기된 가처분 신청이 2010. 7. 기각[3]되었기 때문에 제20대 연방의회 선거는 2021. 9. 개정된 선거법에 의해서 그대로 치러졌다.[4]

Ⅱ. 주문

「연방선거법의 제25차 개정 법률」(2020. 11. 14. 연방관보 I 2395면) 제1조 제3호에서 제5호는 기본법에 합치한다.

Ⅲ. 관련 조항 및 쟁점

1. 심판대상조항의 주요 내용

심판청구된 조항은 「연방선거법의 제25차 개정법률」[5] (2020. 11. 14.) 제1조 제3호에서 제5호이다. 이 조항에 따라 「연방선거법」(Bundeswahlgesetz, BWahlG) 제6조 제5항·제6항 및 제48조 제1항 제2문이 개정된다. 즉 연방선거법의 제25차 개정법률 제1조 제3호에 따라 연방선거법 제6조 제5항 및 제6항이, 제5호에 따라 연방선거법 제48조 제1항 제2문이 개정되었다.[6] 개정된 연방선거법 제6조 제5항·제6항, 제48조 제1항 제2문에서 개정된 부분이 헌법적 판단의 대상이다. 그 내용은 다음과 같다(문제된 법 개정이 이루어진 부분에 밑줄).

[연방선거법]

제6조(주후보자명부에 의한 선거)[7]

---

3) 기각된 가처분 신청은 연방헌법재판소 2021. 7. 20. 결정 - 2 BvF 1/21.

4) 다만, 법 개정에도 불구하고 제20대 연방의회 선거에서는 초과의석 37석, 보정의석 104석이 발생하여 연방의회 의원수가 736명에 이르렀고, 그 결과 연방선거법이 2023년 재개정된다.

5) Fünfundzwanzigstes Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes (BWahlGÄndG) vom 14. November 2020.

6) 「연방선거법의 제25차 개정법률」 제1조 제4호는 조문번호를 수정하는 형식적 내용이다.

7) 관련 조항은 다음과 같다.
제6조 ① 주후보자명부에 대하여 의석을 배분하기 위하여 각 주후보자명부에 대해 행사된 제2투표를 합산한다. 이 경우에 제20조 제3항의 규정에 의한 후보자(역주: 무소속 후보를 가리킨다), 제3항에 따라 의석 배분에서 제외된 정당이 추천한 후보자 또는 해당 주에서 주후보자명부가 승인되지 아니한

⑤ 제1항 제3문에 따라 남은 의석수는 각 정당이 제6항 제1문에 따른 제2차 의석수 배분을 통해 제2문 및 제3문에 따라 적어도 주(州)후보자명부에 할당된 총의석수를 확보할 때까지 늘어난다. 각 주후보자명부는 제5조에 따라 해당 정당의 후보자가 선거구에서 얻은 의석수 또는 이 의석수와 제2항 및 제3항에 따른 제1차 의석수 배분에 따라 해당 정당의 주후보자명부에 대해 확정된 의석수의 평균에서 반올림한 의석수 중 더 많은 의석을 배분받는다. 각 정당은 적어도 제2항 및 제3항에 따른 제1차 의석수 배분에서 해당 정당의 주후보자명부에 대해 배분된 의석수를 확보한다. 제4항 제1문에 따라 주후보자명부에서 결정된 의석수에서 차감할 수 없는 선거구의 당선인 의석은 3석까지 고려하지 않는다. 전체 의석수(제1조 제1항)는 그 수적 차이(Unterschiedszahl)만큼 증가된다.

⑥ 제5항에 따라 배분되는 의석은 제2항 제2문부터 제7문까지 규정된 산정절차에 따라 제3항에서 정하는 정당을 대상으로 제2투표를 집계한 결과에 의하여 배정된다. 각 정당은 제2항 제2문부터 제7문까지 규정된 산정절차에 따라 제2투표 집계 결과에 의하여 각 주후보자명부에서 의석을 배정받는데, 이 경우 각 주후보자명부에는 적어

정당에 의하여 추천된 후보자가 당선된 경우 그 후보자에게 제1투표를 행사한 선거권자의 제2투표는 제외한다. 전체 의석수(제1조 제1항)로부터 제2문에 따른 선거구 당선인의 수는 차감한다.

② 제1차 의석수 배분에서는 우선 제2문부터 제7문까지의 산정 절차에 따라 전체 의석수(제1조 제1항)를 각 주의 인구수 비율(제3조 제1항)에 기초하여 각 주에 배분한 다음 각 주에서 제1항 제3문에 따라 남은 의석수를 제2투표가 적용된 주후보자명부에 따라 배분한다. 주후보자명부에 대해 행사한 제2투표의 총수를 분배 기준으로 나눈 후에 발생하는 만큼의 의석이 각 정당의 주후보자명부에 배분된다. 0.5 이하의 소수점 자리는 바로 아래 자연수로 내림하며 0.5 이상의 소수점 자리는 바로 위의 자연수로 올림한다. 0.5로 떨어지는 소수점 자리는 배분 의석의 총수가 유지되도록 올림하거나 내림하는데, 이때 의석 할당에 대한 여러 가능성이 있는 경우에는 연방선거위원회위원장의 추첨으로 결정한다. 할당 분모는 배분되어야 할 만큼의 의석이 전부 주후보자명부에 돌아가도록 정해져야 한다. 이를 위해서 우선 고려 대상이 되는 모든 주후보자명부의 제2투표의 총득표수가 제1항 제3문에 따라 남은 의석의 총수로 나누어진다. 배분되어야 할 의석보다 더 많은 의석이 주후보자명부에 배분되면 할당 분모는 배분되어야 할 총의석수가 나오도록 상향 조정되어야 하고, 더 적은 의석이 주후보자명부에 배분되면 할당 분모는 그에 상응하게 하향 조정되어야 한다.

③ 주후보자명부에 의석을 배분할 때 모든 선거구에서 투표된 제2투표의 유효투표총수의 100분의 5 이상을 얻었거나, 최소한 3개 이상의 선거구에서 의석을 획득한 정당만이 포함된다. 제1문은 소수민족을 대표하는 정당들이 제출한 명부에는 적용되지 아니한다.

④ 각 주후보자명부에 배분된 의석수에서 각 주의 선거구 내에서 정당이 획득한 의석수(제5조)는 공제된다. 선거구 내에서 획득한 의석수가 제2항과 제3항에 따라 배분된 의석수를 초과하더라도 그 의석은 정당이 그대로 보유한다.

⑦ 제2항에서 제6항까지의 규정에 따라 의석을 배분할 때 고려되는 모든 정당의 제2투표 총수의 과반을 획득한 정당이 의석의 과반을 얻지 못한 경우 해당 정당이 의석의 과반을 얻을 때까지 추가 의석을 배분한다. 이 경우 제6항 제2문에서 제6문이 적용된다. 그 경우 제5항에 따른 전체의석수는 그 수적 차이만큼 증가한다.

도 제5항 제2문에 따라 확정된 의석수가 배정된다. 각 주후보자명부에서 확정된 의석수에서 각 정당의 선거구 당선인 수(제5조)를 차감한다. 선거구 당선인 수가 제1문에 의하여 확정된 의석수를 초과하는 경우에도 선거구 당선인의 지위는 유지된다. 이 경우 전체 의석수(제1조 제1항)는 그 수적 차이만큼 증가하는데, 그 경우에 제1문에 따라 산정을 다시 하지는 아니한다. 남은 의석은 주후보자명부 순위에 따라 부여된다. 주후보자명부에 등재된 선거구 당선인은 제외된다. 배정된 의석수가 해당 주후보자명부상 후보자 수를 초과하는 경우 해당 의석은 공석으로 둔다.

제48조(명부상 승계인의 의석취득과 보궐선거)

① 당선인이 사망하였거나 주선거위원장에게 서면으로 의원직에 대한 거부를 표시한 경우 또는 의원이 사망하였거나 그 밖에 다른 이유로 독일 연방의회 의원직을 사직한 경우에 해당 의석은 당선인이나 전 의원이 선거 당시 소속되었던 정당의 주후보자명부에 따라 의석을 취득한다. 다만, 해당 정당이 해당 주에서 제6조 제6항 제4문이 규정하는 초과의석을 보유하는 경우에는 그렇지 아니하다. (생략)

2. 쟁점 및 요지

종래 연방의회 선거 결과에 따른 의석배분은 크게 두 단계의 배분절차로 나누어 이해할 수 있다. 우선 제1차 배분으로 순전히 산술적 계산에 따라 총 598석의 연방의회 전체 의석수를 각 주의 인구수 비율에 따라 각 주에 배분하고 각 주에 배분된 의석수는 각 정당의 주후보자명부에서 비례투표 결과를 반영하여 배분한다.

다음으로 각 정당이 주마다 배분받은 의석수에서 각 주의 선거구에서 선출된 당선인에게 배당할 의석수를 먼저 차감하고 남은 의석수가 비례대표 의석수가 된다. 문제는 의석 분배를 산정하는 과정에서 지역구 당선인의 수가 많은 정당의 경우 제1차 배분에서 해당 정당의 주후보자명부에 분배된 의석수보다 지역구 당선인의 수가 많아 초과의석이 발생하게 된다. 법 개정 이전까지 연방선거법은 이 경우에 초과의석을 그대로 인정하는 대신 초과의석을 얻지 못한 정당에게 전체 정당투표에 대한 비례에 합치하도록 보정의석을 주어 비례투표 결과의 비례성을 확보해 왔는데, 이러한 방식은 선거법이 정한 총의석수보다 과도하게 의석수를 증가시키는 문제를 초래하였다.

이에 개정 연방선거법은 보정의석의 과도한 발생을 막기 위해 보정의석 배분 전 단계에서 비례의석에 초과의석을 단순 합산하는 것이 아니라 '최소보장의석수'

(Mindestsitzzahl)를 정하여 이를 확보하는 방식을 택하였다. 여기서 최소보장의석수는 각 주별로 '선거구 당선인수'와 '(제1차 배분 의석수 + 선거구 당선인수)/2' 중에서 큰 값(제6조 제5항 제2문, 제3문 참조)을 가리킨다. 여기에 더해 개정 연방선거법은 초과의석이 발생하더라도 3석을 넘지 않는 범위 내에서는 초과의석에 대한 보정의석을 주지 않고(제6조 제5항 제4문 참조), 의원승계 사유가 발생하더라도 초과의석을 보유한 경우에는 의원승계를 하지 않도록 하였다(제48조 제1항 제2문 참조).

연방헌법재판소 제2재판부의 법정의견은 심판대상조항에 대한 추상적 규범통제 심판에서 심판대상조항의 규율이 헌법상 명확성 원칙에 반하지 않으며, 평등선거원칙 및 정당에 대한 기회균등원칙에도 위배되지 않는다고 보았다. 이에 대해서는 선거법에 적용되는 명확성 원칙이 갖는 민주주의적 의미를 감안할 때 심판대상조항이 명확성 원칙에 위배된다는 재판관 3인의 반대의견이 있었다.

Ⅳ. 판단

1. 적법요건에 대한 판단

이 사건 추상적 규범통제 심판청구는 적법하며, 특히 신청에 요구되는 객관적 해명의 이익이 있다. 기본법상 특별한 의무가 있는 기관 또는 기관의 일부가 심판대상 규범이 상위 연방법에 합치하지 않아 무효라는 확신을 갖고 연방헌법재판소에 그 확인을 청구한다면 이미 객관적 해명의 이익은 제시된 것이다. 심판대상규범이 법적 효력을 갖는 동안 객관적 해명의 이익은 유지되며, 생각할 수 있는 모든 관점에서 법적 효력이 더 이상 없을 때 해명의 이익도 없게 된다.

이 결정에서 심판대상조항은 제20대 연방의회가 존재하는 한 계속 법적 효력을 가진다. 연방의회는 또한 베를린 주에서 제20대 연방의회 선거를 베를린 주 일부에서 재실시하기로 결정하였고 재선거는 본 선거와 동일하게 실시되어야 하는바, 심판대상조항은 그 범위에서는 여전히 법적 효력을 가질 수 있으므로 객관적 해명의 이익이 있다.

2. 헌법상 명확성 원칙[8]의 위배 여부

헌법상 요구되는 명확성의 정도는 일반적·추상적으로 결정될 수 없고, 규율대상의 성격과 관련 규범의 목적에 따라 달라진다. 해당 조항의 적용과 영향을 받는 사람의 범위도 중요할 수 있다. 특히 법적 상황에 대한 평가의 불확실성이 기본권 행사를 더욱 어렵게 만드는 경우 명확성의 요구 정도는 더욱 강화된다. 반면에 기본권을 침해하지 않거나 중대하게 침해하지 않는 규범의 경우, 기본권 행사시 수범자 및 영향을 받는 당사자가 그 내용을 구체적으로 예상할 수 있어야 하는 성격의 규범이 아니라면 명확성 원칙의 요구 정도는 낮아진다.

규범이 명확해야 한다는 일반원칙은 선거법에 관한 규율에도 적용된다. 이하에서 보는 바와 같이 심판대상조항은 명확성 원칙을 충족한다.

가. 연방선거법 제6조 제5항에 대한 판단

방법론적으로 타당한 해석을 하면 연방선거법 제6조 제5항으로부터 독일 연방의회의 의석수가 어떻게 증가하는지, 그에 따라 전체 의석수가 어떻게 산정되는지 알 수 있다.

연방선거법 제6조 제5항 제1문은 연방의회의 의석수가 어떻게, 그리고 어느 지점까지 늘어나는지를 충분히 확정적인 방식으로 규정하고 있다. “각 정당이 제6항 제1문에 따른 제2차 의석수 배분을 통해 제2문 및 제3문에 따라 적어도 주후보자명부에 할당된 총의석수를 확보할 때까지” 의석수가 늘어난다고 규정함으로써, 제6조 제6항 제1문에 따른 실제 의석배분에서 각 정당이 제6조 제5항 제2문 및 제3문에 따라 주후보자명부에 배당된 총의석수를 받을 때까지 연방의회의 의석수가 반복적인 과정을 거쳐 늘어난다는 것을 명확히 하고 있다.

연방선거법 제6조 제5항 제2문 및 제3문은 제6조 제5항 제1문에 따라 연방의회 총의석수를 증가시킬 때, 어떤 각 주후보자명부 또는 정당의 의석수를 고려해야 할지에 대해 충분히 확정적으로 규율하고 있다. 제6조 제5항 제2문에 따라 각 주후보자명부는 정당 후보자가 선거구에서 획득한 의석수, 즉 지역선거구에서 직접 선출된 당

8) 규범의 명확성 원칙에서 명확성은 Bestimmtheit로 표현되기도 하고 Klarheit로 표현되기도 하며, Bestimmtheit und Klarheit로 병기되기도 한다. 엄밀히 이를 확정성과 명백성으로 구분(가령 규범을 확정할 수는 있으나 명백한 것은 아니라는 식의 구분을 상정할 수 있다)하고 명확성은 양자를 포괄하는 것으로 이해할 수도 있겠으나, 연방헌법재판소는 두 표현의 차이를 구분하거나 세부적으로 다른 의미를 부여하지 않고 명확성 원칙을 하나의 원칙으로 이해한다고 설시하였다.

선인의 의석수를 보장한다. 만약 선거구에서 선출된 각 정당 당선인의 수가 제1차 배분으로 주후보자명부에 할당된 의석수의 반올림한 평균값과 비교하여 더 적다면 그 평균값이 의석수로 사용된다. 즉 두 대안 중 더 많은 수를 의석수로 인정하는 것이다. 그리고 제6조 제5항 제3문은 제1차 배분을 통해 주후보자명부에 배분된 의석수를 각 정당에게 보장한다고 정하고 있다.

연방선거법 제6조 제5항 제4문은 제6조 제4항 제1문에 따른 제1차 배분에서 주후보자명부에 대해 결정된 의석수로부터 선거구에서 직접 얻은 의석을 공제할 때 선거구 당선인이 많아 공제가 되지 않을 정도로 선거구 당선인이 초과될 때에는 3석까지는 고려하지 않는다고 규정하고 있다. 이 때 "3석까지"라는 요건표지를 해석해 보면, 이는 연방선거법 제6조 제5항 제4문이 총 3석까지의 초과의석에만 해당되는 것임을 알 수 있다. 그리고 제6조 제5항 제4문에서 초과의석의 증가를 "고려하지 않는다"고 규정하고 있다는 것은, 이 의석이 연방의회 총의석수의 증가로 처리되지 않고 그 결과 보정의석이 주어지지 않는다는 것을 의미한다.

독일 연방의회의 총의석수는 제6조 제5항 제5문에 따라 그 "수적 차이"만큼 증가한다. 이것이 법에 따른 독일 연방의회의 일반적 총의석 규모와 자리가 늘어나 의석수가 증가한 것 간의 차이를 가리킨다는 데 대해 진지한 의심을 가질 만한 여지는 없다.

나. 연방선거법 제6조 제6항에 대한 판단

제2차 (실질적인) 의석배분에 대해 규율하는 연방선거법 제6조 제6항 또한 방법론적으로 타당한 해석을 하면 명확성 원칙을 충족한다.

우선 연방선거법 제6조 제6항 제1문에서 "제6조 제5항에 따라 배분되는 의석"이라는 문언은 초과의석을 배제하고 증가된 의석수를 가리킨다.

연방선거법 제6조 제6항 제2문에서 각 정당이 제6조 제2항 제2문에서 제7문까지에 규정된 산정절차에 의해 제2투표 집계 결과를 각 정당의 주후보자명부에 따라 분배한다고 할 때, 이때의 의석수는 보정의석이 뒤따르지 않을 수 있는 초과의석을 포함하는 것이다. 그러므로 제6조 제6항 제2문에 따르면, 연방선거법 제6조 제6항 제1문에 따라 각 정당에 제1차 배분(상위배분: Oberteilung)되는 의석보다 주후보자명부에는 3석까지 더 많은 의석이 배분될 수 있게 된다.

그 밖에 연방선거법 제6조 제6항 제2문으로부터 주후보자명부에 대한 2차 배분(하

위배분: Unterteilung)이 어떻게 이루어지는지 또한 충분히 명확하게 의미를 파악할 수 있다. 제6조 제2항 제2문에서 제7문까지에 따른 산정 절차에 따르면 정당 간의 하위배분은 생뜨-라귀/쉐페스(Sainte-Laguë/Schepers)의 표준 분할 절차에 의해 이루어진다. 또한 제6조 제6항 제2문 후단에 따르면 각 주후보자명부에 적어도 제6조 제5항 제2문에 따라 배당된 의석수가 보장된다. 배분기준의 적용 결과 제1차 배분 후 직접 선출된 의석수를 반영하여 비례의석을 (또한) 포함하게 되는 주후보자명부는 선거구에서 직접 선출되는 전체 의석과 적어도 이러한 직접 선출의석을 반영한 후에 남는 비례대표의석의 절반을 받는 결과가 된다.

연방선거법 제6조 제6항 제3문은 개인화된 비례대표(personalisierte Verhältniswahl)[9] 제도 유형의 취지에 맞게 비례대표선거의 결과에 지역구 선출의석을 반영하여 산정하도록 충분히 명확하게 규정하고 있다. 그리고 제6조 제6항 제4문은 선거구에서 획득한 의석수가 제6조 제6항 제1문에 의해 결정된 의석수를 초과하더라도 그 의석수는 해당 정당에게 보장된다고 정하고 있다. 이에 따라 방법론적으로 타당한 해석을 하면, 한 정당이 해당 주 선거구에서 획득한 직접 선출된 의석수가 각 주후보자명부에 배분된 최소보장의석수(제6조 제6항 제2문 후단)는 고려하지 않고 늘어난 전체 의석수(제6조 제6항 제1문) 증가로 주후보자명부에서 정당이 받을 수 있는 의석수를 초과하더라도 한 정당이 주 선거구에서 확보한 의석은 유지된다는 의미로 이해되어야 한다.

다. 연방선거법 제48조 제1항 제2문에 대한 판단

연방선거법 제48조 제1항 제2문 또한 명확성 원칙을 충족한다. 이에 따르면 제48조 제1항 제1문에 따른 의석승계는 정당이 해당 주에서 제6조 제6항 제4문, 즉 보정되지 않는 초과의석을 보유하고 있는 한 인정되지 않는다. 언제 그리고 어떤 주에서 그러한 초과의석이 발생하는지를 해당 규율로부터 확실히 파악할 수 있다.

라. 심판대상규범의 수범자와 명확성 원칙

선거권을 가진 시민들이 다른 정보원의 도움 없이 법률의 문언만으로 연방선거법 제6조 제5항 및 제6항과 제48조를 이해하기 어렵다고 하여 이 조항이 헌법 위반이 되는 것은 아니다.

9) ‘연동형 비례대표제’와 사실상 동일한 의미이다.

연방선거법 제6조 및 제48조는 주로 법적용자로서의 선거기관을 대상으로 하는 것이고 선거권이 있는 시민에게 직접 맞춰진 조항은 아니다.

법률이 충분히 확정적이고 명확해야 한다는 요청은 규범의 목적에 비추어 규율되어야 할 사실 상황의 성격에 따라 가능한 정도까지만 명확성을 요구하는 것이다. 따라서 의석배분절차에 관한 규율이 그에 관해 권한을 위임받은 선거기관의 입장에서는 적절히 적용할 수 있는 정도로 규정되어 있다면, 선거권을 가진 시민이 규범 텍스트만으로는 그 내용 파악이 어려워 그 밖의 정보원을 동원해야 세부적인 사항을 이해할 수 있는 경우라고 하더라도 이는 수용할 수 있는 범위라 할 것이다.

입법자는 헌법합치적인 방법으로 지역구의 인적 대표와 결합한 비례대표 선거를 채택하였다. 이러한 선거 시스템에서는 의석배분절차가 어느 정도 복잡해지는 것을 피할 수 없다. 더욱이 입법자가 초과의석을 보정하기로 결정하였기 때문에 연방의회의 총의석수는 법률에서 절댓값으로 확정할 수 없다. 여기에다 입법자가 연방제적 관점을 고려하기로 결정한 것은 복잡성을 더 키운다. 또한 연방의회 선거에서 지역구의 인적 대표성을 강화하는 동시에 연방의회의 규모 확대는 제한하고자 한 입법자의 결정은 복잡성을 재차 증가시킨다.

그러나 그럼에도 불구하고 유권자는 심판대상조항으로부터 자신의 투표행위가 의석수 산정과 의석배분에 대해 어떤 근본적 영향을 미치는지에 대해서 신뢰할 만한 정보를 얻을 수 있다. 그러한 한 연방선거법 제6조, 제48조는 민주적 헌정국가에서 선거가 특별한 방식의 국민 통합 과정으로 기능해야 한다는 민주주의 원리에 따른 요청을 충족하고 있다. 해당 문언에는 진정한 규율내용을 은폐하는 문구를 담고 있지 않다. 또한 개정 연방선거법의 심판대상조항이 새로운 선거 제도를 구축한 것도 아니다. 따라서 유권자는 이전 선거의 경험과 관행을 바탕으로 개정된 규정을 이해할 수 있다. 그리고 심판대상조항을 개정하는 과정에서 이미 정치적 논의를 거쳐 개정 절차에 따른 의석배분 산정모델을 세밀하게 계산하였고 연방선거위원장이 이를 공개함으로써 유권자가 이를 알 수 있도록 하였다.

3. 기본법 제38조 제1항 및 제21조 제1항의 선거 원칙 위배 여부

개정 선거법을 통해 변경된 의석배분절차는 평등선거원칙 및 직접선거원칙(기본법 제38조 제1항 제1문[10])과 정당의 기회균등(기본법 제21조 제1항[11])원칙에 위배되지 않는다.

가. 평등선거원칙과 직접선거원칙의 위배 여부

연방선거법 제6조 제6항 제3문이 3석의 초과의석까지는 보정의석을 인정하지 않음으로써 평등선거원칙과 정당의 기회균등원칙을 제한하지만, 이는 헌법적으로 정당한 개인화된 비례대표제의 목표 설정에 비추어 헌법에 합치한다.

최대 3석까지 보정의석 없이 초과의석을 허용하는 것은 선거구에서 선출되는 인적 대표 요소를 유지하고 강화하려는 목적을 위해 적합하고 필요한 것이다. 신법의 규정은 개인화된 비례대표제 도입에서 입법자에게 열려 있는 합헌적 통로의 범위 안에 있다. 초과의석을 허용하게 되는 것이 의도된 결과인지 아니면 입법자가 시스템에 관하여 결정한 데 따른 의도하지 않은 부수적 결과인지는 중요하지 않다.

나. 정당의 기회균등원칙 위배 여부

원칙적으로 선거에 있어서의 평등과 정당의 기회균등 사이의 균형을 맞추는 것은 입법자의 임무이다. 연방헌법재판소는 단지 입법자가 헌법적 한계를 준수하였는지 여부만을 심사할 뿐 입법자가 적절하거나 법적으로 바람직한 해결책을 찾았는지 여부는 심사하지 않는다. 다만, 선거법에서는 의회의 다수파가 공익에 대한 고려보다는 자신의 권한을 유지하려는 의도로 선거법을 설계할 위험이 있기 때문에, 헌법재판소는 선거법의 설계가 헌법적 요건을 준수하고 있는지를 엄격하게 심사하게 된다.

연방선거법 제6조 제5항 제2문과 결부된 제6조 제6항 제2문 후문은 어느 선거구에서 직접 선출된 의원을 그 의원 소속 동일 정당의 다른 주 후보자명부에 올려 해당 정당의 총의원수를 보정할 수 있도록 허용하고 있다. 이러한 규율은 평등선거원칙을 제한하는 점이 있으나 그렇더라도 연방의회의 인적 대표성 강화라는 관점에 비추어 헌법적으로 정당화될 수 있다. 선거구 직접 선출대표와 비례대표를 주 단위를 넘어 보정할 수 있도록 하는 것은 모든 직접 선출대표에게는 의석을 부여하고자 하는 목적을 달성하게 하여 선거제도에서 인적대표의 요소를 강화시킨다. 이는 하나의 정당이 전국적으로 선거구에서 당선된 모든 이들의 의석을 확보해 주면서도 직접 선출대표와 비례대표 수를 대략적으로 동일하게 맞추는 데 기여한다. 선거평등을 덜 제한하면서 이 목표를 달성할 수 있는 더 완화된 대안적 수단은 없다.

---

10) **[기본법 제38조 제1항 제1문]** 독일연방의회 의원은 보통·직접·자유·평등·비밀 선거에 의하여 선출된다.
11) **[기본법 제21조 제1항]** 정당은 국민의 정치적 의사형성에 참여한다. (이하 생략)

다. 평등 원칙 위배 여부

평등선거원칙과 정당의 기회균등원칙, 직접선거원칙에 위배되는 투표가치의 반전 효과(Negative Stimmgewicht)는 심판대상이 된 의석배분절차와는 관련이 없다.

개정 연방선거법이 어느 정도까지 투표가치의 반전 효과를 발생시킬 것인지에 대해서는 다양한 견해가 있지만, 이와는 별개로 이러한 반전 효과가 헌법적으로 중요한 의미를 가질 정도로 발생하게 될 것이라고 보기는 어렵다. 보정의석 없이 초과의석을 허용하게 되면 하나의 정당에 대한 제2투표(비례투표)가 증가할 때 보정을 받지 못하는 초과의석이 줄어들 수 있는 것은 사실이다. 그러나 투표가치의 반전 효과가 발생하는 방식으로 득표가 늘어난다고 해서 해당 정당이 기대와 달리 의석을 잃게 되는 것은 아니다. 해당 정당에 배정되는 의석수는 동일하며, 다만 보정의석을 받지 못하는 초과의석이 제2투표에 따른 비례의석을 대체하는 것이다. 이로써 제2투표가 늘어난 정당에게 불이익을 주게 되는, 민주적 선거의 취지에 반하는 모순적인 효과는 발생하지 않는다. 이는 제2투표가 줄어들어 보정되지 않는 초과의석이 발생하는 반대의 경우에도 마찬가지이다.

4. 3인 재판관의 소수의견

법정의견은 선거법에서 규범명확성의 헌법적 원칙이 가진 내용과 비중에 대해 합당한 의미를 부여하지 못하였는데, 이는 유권자들이 민주적 자기결정에 관해 갖는 기본권을 '맹목적으로' 행사하도록 만든다. 이러한 결정은 민주주의에서 투표행위가 갖는 고귀함에 부합하지 않는 것이며, 유권자들이 민주적 정당성의 원천으로서 그들이 행하는 투표행위의 기능에 대해 주의를 기울이지 못하게 한다. 법정의견은 법치주의와 결합된 민주주의 원리로부터 도출되는 헌법적인 요청을 충족하지 못한다. 헌법적 요청에 따를 때 선거법은 투표권자로 하여금 자신의 투표가 의회 구성에 미칠 수 있는 영향을 알고서 자유롭게 스스로의 결정에 따라 투표권을 행사할 수 있게 하는 정도로 이해할 만한 것이어야 한다. 이 점에서 심판대상조항은 헌법에 위배된다.

가. 선거법에서 명확성 원칙

(1) 선거법에 대한 민주주의원리의 요청

민주주의의 원리와 그로부터 도출되는 민주적 자기결정권은 투표권자들로 하여금

자신의 투표가 선거 결과에 어떤 영향을 미칠 수 있는지에 대해 자신의 관점에서 인식하고 그에 따라 투표를 결정할 수 있게 선거법에 관한 규범을 만들도록 명한다. 의회선거는 민주적 공동체의 결정적 행위로서 독일 연방의회 및 의회를 매개로 한 다른 모든 국가기관에게 민주적 정당성을 부여한다. 그러나 민주적 정당성 부여의 효과는 투표행위가 스스로의 결정에 따라 투표행위에 연결된 효과에 대한 인식을 하여 행해진 것일 때에만 발생할 수 있다.

선거의 자유와 평등은 평균적인 유권자가 그 본질적인 규율을 이해할 수 있을 때에만 보장된다. 특히 유권자가 자신의 투표가 선거후보자의 당락에 어떤 영향을 미칠 수 있는지를 투표 전에 알 수 없는 선거 절차는 선거의 자유와 평등에 부합하지 않는다.

이로부터 선거법에서의 규범명확성의 원칙은 선거과정의 모든 본질적인 국면, 특히 투표권의 행사에 결정적인 영향을 미치는 선거법 규정에 대해 적용된다. 독일 연방의회 선거에서 민주주의 원리에 따라 정치적 의사형성에 동등하게 참여할 수 있는 시민의 권리는 투표행위에 대한 권리로 한정되지 않는다. 정치참여는 적어도 투표행위에 따른 영향이 충분히 예측가능하고 그 영향을 투표행위에서 고려할 수 있음을 전제로 한다. 선거법 조항은 이를 감안해야 한다. 선거법의 문언만을 놓고 볼 때 투표 결정에 관한 규정을 선거기관만이 이해할 수 있고 투표권자의 경우 다른 정보원으로부터의 도움을 받아야 이를 이해할 수 있다면, 투표행위가 자유롭고 자기결정적인 참여에 의하여야 한다는 민주주의 원리의 요청을 충족하지 못한다.

(2) 의석배분절차와 명확성 원칙

법정의견의 견해와 달리, 선거기관이 의석배분절차를 충분히 이해할 수 있다는 것만으로 선거법상 규범명확성의 원칙이 충족되는 것은 아니다.

의석배분절차는 투표권 행사에서 본질적인 중요성을 갖는다. 투표권을 자유롭고 자기결정적으로 행사한다는 것은 유권자가 자신의 투표에 대한 결정이 의회 구성에 어떻게 관철될 것인지 예측할 수 있다는 것을 전제로 한다. 이는 유권자가 의석배분절차에 대한 이해를 따라갈 수 있을 때에만 그러하다. 선거는 전체 국가와 공동체에 관한 모든 시민의 관심사이기 때문에 법적으로 교육받지 않은 유권자도 의석배분을 포함해 핵심적인 선거규범을 이해할 수 있어야 한다.

의석배분에 대한 규범의 명확성 포기를 지지하는 법정의견은 설득력이 부족하다.

법정의견은 의석배분에 관한 규율이 주로 선거기관과 관련되고 유권자와는 직접적인 관련이 없다는 점을 지적한다. 그러나 이 점이 규범명확성의 원칙을 제한하거나 심지어 유예하는 결론을 이끌어 내는 것은 아니다. 여기서 결정적인 것은 법률 규정의 규율 내용이 투표 결정에서 중요성을 갖는가이다. 이것이 중요한 내용이라면 그 규범을 유권자가 투표 결정에서 이해할 수 있을 정도로 명확하게 규정하여야 한다. 의석배분에 관한 규율이 바로 이에 해당한다. 다수의견과 같이 "개별 투표행위가 의석에서 어떻게 계산되는지 유권자가 대략적으로 이해할 수 있다"는 것만으로는 충분하지 않다. 그런 '대략적인' 참여권은 민주주의 원리로부터 도출되는, 정치적 의사형성 및 국가권력의 정당화에 개인이 참여할 수 있어야 한다는 요청을 충분히 고려하지 못한다.

유권자가 자신의 투표행위가 의석수 산정과 의석배분에 대해 어떤 근본적 영향을 미치는지에 대해 신뢰할 만한 정보를 얻는 것이 보장되어 있다는 논거도 잘못된 것이다. 다수의견은 특히 연방선거위원장이 제공하는 정보서비스와 의석배분산정 모델을 유권자가 얻을 수 있는 정보로 제시하고 있으나, 규범을 명확히 하는 것은 입법자의 몫이다. 충분히 명백하고 확정적인 선거규범을 제정할 입법자의 의무를 제3자의 법률해석 노력에 의지하는 방식으로 피해갈 수 없다.

(3) 기본법 제38조 제3항의 위임과 명확성의 원칙

입법자에 대한 기본법 제38조 제3항[12]의 위임을 준수함에 있어 입법자는 선거법에 관한 규범명확성의 요청을 고려해야 한다. 복잡한 선거제도를 선택하는 것은 입법자의 재량이다. 그렇다고 해서 유권자가 자유롭고 자기결정적인 선택을 할 수 있도록 선거제도를 규범적으로 명확하게 규율해야 할 의무가 면제되는 것은 아니다. 선택하게 된 선거제도가 너무 복잡하여 규범적으로 명확하고 유권자가 이해할 수 있는 규율을 하는 것이 처음부터 어렵고 유권자가 의석배분에 있어 더 이상 자신의 투표행위의 결과를 감안하여 투표행위를 할 수 없는 상황이라면, 법률을 형성할 입법자의 공간은 어쨌거나 한계에 이른 것이다. 이 경우에 입법자에게 맡겨진 형성위임만을 일방적으로 강조하게 되면 기본법 제38조 제3항을 다른 헌법적 원칙보다 우위에 두는 것이나 마찬가지가 된다. 기본법 제38조 제3항이 부여한 위임권한을 행사할 때 입

12) **[기본법 제38조 제3항]** 자세한 사항은 연방법률로 정한다.

법자가 기본법 제20조 제2항 및 제3항에서 도출되는 선거법 규범의 명확성 요청을 면제받는 헌법의 법리적인 근거를 법정의견은 제시하고 있지 않다.

나. 소결

심판대상규율은 선거 규율의 명확성에 대한 헌법적 요청을 충족하지 못한다. 투표권을 가진 시민들은 여타의 정보나 선거법에 관한 법률전문가로부터의 도움을 받지 않고 법률문언에만 터 잡아 심판대상조항을 파악할 수 있는 상황에 있지 않다. 따라서 이는 선거법에서 규범명확성의 요청을 위배한 것이다.

Ⅴ. 결정의 의의

본 결정 이후 연방선거법은 2023. 6. 종래의 개인화된 비례대표제(2000년 개정 연방선거법 제1조 제1항 제2문), 즉 이른바 연동형 비례대표제를 초과의석과 보정의석을 배제한 순수 비례대표제에 가깝게 개정(2023년 개정 선거법 제1조 제2항 제1문)[13] 하였다(그에 따르면 의원정수가 가급적 630석에 고정되게 된다).[14]

이 점에서만 보면 본 결정에서 문제된 복잡한 법상황은 2023. 6. 13.의 법 개정으로 일단 입법적인 해결이 되었다고 볼 수도 있을 것이다. 그러나 본 결정이 갖는 특별한 법리적 의미는 개별 제도에 대한 평가와 별개로 선거법이라는 영역에서 헌법상 명확성 원칙이 어떻게 적용될 것인지에 대해 일반적 원칙을 정립하였다는 데 특별한 법리적인 의미가 있다. 또 독일 내에서는 2021. 9. 26. 연방의회 선거에서의 부실한 선거관리가 문제되어 베를린주 일부 지역에 한정하여 연방의회 선거에 대한 재선거가 2024. 2. 11. 치러졌는데,[15] 이 사건 결정은 베를린주 재선거를 당초 선거와 같이 2020년 개정 선거법에 따라 실시할 수 있도록 심판대상조항의 합헌성을 확인하였다는 점에서 그 실질적인 의미를 갖고 있다.

---

13) Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes (2023. 6. 13. BGBl. 2023 I, Nr. 147).

14) 개정법에 대해서는 현재 야당에 의한 기관쟁의(2 BvE 2/23, 2 BvE 9/23, 2 BvE 10/23)와 바이에른 주정부에 의한 추상적 규범통제(2 BvF 1/23)가 계속 중이다.

15) 베를린 주 재선거와 관련하여 재선거를 실시하도록 한 2023. 12. 19. 연방헌법재판소 결정(2 BvC 4/23)에 대해서는, 정다은, 독일의 선거에 관한 사법심사에서의 헌법적 논의, 세계헌법재판 조사연구보고서 2024년 제2호, 83면 이하를 참조.

우리나라에서도 선거제도에 대해 다양한 형태의 개정 필요성이 제기되고 있다. 본 결정은 독일식 연동형 비례대표제의 제도적 의의, 제도 운영 과정의 변천, 개별 의석 배분 방식의 장단점에 대해 살필 수 있는 계기를 제공하고 있을 뿐만 아니라, 선거법에서 헌법상 명확성 원칙이 어느 정도까지 관철되어야 하는가에 대한 헌법적 기준을 제시하고 있다. 이러한 논의는 한국의 선거제도를 발전적으로 정립하는 데 의미 있는 참고가 될 수 있을 것이다.

독일

▌탈리도마이드 약화 사고에 대한 연금수급청구권과 관련하여 외국인에게는 자국 지원금을 공제하기로 한 법률조항의 위헌 여부

/ 책임연구관 김태호

탈리도마이드 약화 사고에 대한 연금수급청구권과 관련하여 외국인에게는 자국 지원금을 공제하기로 한 법률조항의 위헌 여부[1)]

Ⅰ. 사실관계

1958년부터 1962년 사이에 전 세계적으로 1만여 명의 어린이가 심각한 사지 기형과 기타 신체적 손상을 입고 태어났는데, 조사 결과 제약회사 그뤼넨탈(Chemie Grünenthal GmbH)에서 생산한 '탈리도마이드'(talidomide) 약물의 수면제·진정제를 임신부가 복용한 것이 원인으로 밝혀졌다. 그뤼넨탈사는 탈리도마이드 약물을 '콘테르간'(Contergan)이라는 이름의 약품으로 판매하고 있었고, 이는 입덧을 완화하는 효과가 있다고 알려져 상당한 판매고를 기록하고 있었다.

희대의 약화사고 원인이 드러나면서 1970년에 그뤼넨탈사는 피해 어린이들과 그 부모들이 그뤼넨탈사에 대한 모든 법적인 청구권을 포기하는 조건으로 콘테르간으로 피해를 입은 어린이들에게 1억 마르크(DM)를 내놓는 방식의 조정을 시도하였으나 관철되지 못하였다.

1972년에 이르러 「'장애 어린이를 위한 구호 단체' 재단의 설립에 관한 법률」[2)](이하 '재단법')이 시행되었다. 이 법은 독일과 외국에서 콘테르간으로 인해 피해를 입은 어린이들에 대한 지원을 주된 목적으로 하는 공법상 재단 설립을 위해 제정되었다. 이 재단은 연방 기금에서 1억 마르크, 그뤼넨탈사에서 1억 마르크를 받아 재원으로 삼았다. 재단법은 그뤼넨탈사에 대한 국내 피해자의 모든 청구권이 소멸되는 것으로 정하고, 해외 거주 피해자에 대해서는 재단법에 따른 청구권을 그뤼넨탈사에 대한 청구권 포기와 연계하였다.

재원의 소진으로 1997년부터는 콘테르간 피해에 대한 연금이 온전히 연방재정으로

1) 연방헌법재판소 2023. 11. 21. 결정, 1 BvL 6/21.

2) Gesetz über die Errichtung einer Stiftung „Hilfswerk für behinderte Kinder" (Stiftungs- gesetz - StHG). 1971. 12. 17. 제정(BGBl I S. 2018)되고 1972. 10. 31. 발효(BGBl I S. 2045)되었다.

충당되게 되었고, 2005년에 재단법은 「장애를 입은 사람을 위한 콘테르간 재단법」(이하 '콘테르간 재단법')으로 대체되면서 재단의 명칭이 '콘테르간 재단'(Conterganstiftung)으로 변경되었다.

콘테르간 재단법에 따르면 콘테르간으로 인해 손상을 입은 사람은 일회성 일시보상금과 평생 동안의 콘테르간 연금을 받게 된다(제13조 제1항 제1문). 급부액은 신체적 손상의 정도와 장애로 인한 신체적 기능장해에 따라 결정된다. 2013년 8월 1일부터 시행된 콘테르간 재단법의 제3차 개정법은 고령화된 수급권자들에게 필요한 수요를 반영하여 급여액을 대폭 상향 조정하였는데, 가령 최대 연금 수준을 기존 연금에서 6.3배까지 인상하였고 그에 더해 특정 필요를 충족하기 위한 추가 급여청구권을 신설하였다. 그 결과 2013년의 경우 매월 지급되는 콘테르간 연금이 612유로에서 6,912유로 사이에서 책정되게 되었다. 문제는 콘테르간 재단법의 제3차 개정법에서 이상과 같은 연금 인상과 함께 신설한 제15조 제2항 제2문이었다. 그 내용은 탈리도마이드 함유 제제로 인해 제3자, 특히 외국 국가로부터 금전을 받으면 이를 콘테르간 재단으로부터 받는 일시보상금 및 콘테르간 연금에서 공제하도록 한 것이다(한편, 2017년 콘테르간 재단법의 제4차 개정에 따라 콘테르간 연금이 최소 월 662유로에서 최대 7,480유로 사이로 인상되었다).

탈리도마이드 피해를 입은 아일랜드 거주 아일랜드 국민인 본 사건의 청구인(1962년생)은 콘테르간 재단으로부터 콘테르간 연금을 수령하고 있다. 그는 또한 '탈리도마이드 피해자를 위한 아일랜드 정부의 보상 프로그램'(Irisch Thalidomide Compensation Scheme)에 따라 아일랜드 정부로부터 매월 금전 급부를 받고 있다. 콘테르간 재단은 콘테르간 재단법에 따라 2013. 7.의 결정에서 청구인이 아일랜드로부터 받는 월 지급액 1,109유로를 2013. 8.부터 청구인의 월 콘테르간 연금 3,686유로 급여에서 공제하기로 하였다.[3)]

이에 청구인은 콘테르간 재단의 결정에 대해 퀼른 행정법원과 노르트라인-베스트팔렌 주 고등행정법원에 소를 제기하였으나 기각되었고, 상고심에서 연방행정대법원은 심리를 중지하고 신설된 콘테르간 재단법 제15조 제2항 제2문이 헌법상 평등원칙과 재산권 보장에 합치하는지 여부에 대해 연방헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하였다.

3) 콘테르간 재단의 2013. 7. 결정에서부터 본 사건 심판청구인이 제기한 노르트라인-베르트팔렌 주 고등행정법원의 2019. 7. 2. 판결 사이 기간 동안 콘테르간 재단법에 따라 연금수급청구권을 갖는 사람은 2,700명이었다(BTDrucks 17/12678, S. 4).

Ⅱ. 주문

제3차 개정(2013. 6. 26. 연방관보 I, 1847) 및 제4차 개정(2017. 2. 21. 연방관보 I, 263)에 따른 「장애를 입은 사람을 위한 콘테르간 재단법」(ContStifG)[4] 제15조 제2항 제2문은 기본법에 합치한다.

Ⅲ. 관련 조항 및 쟁점

1. 심판대상조항

장애를 입은 사람을 위한 콘테르간 재단법(이하 '심판대상법'이라 한다, '심판대상조항'인 제15조 제2항 제2문에는 밑줄)

제15조 국외에 대한 특례

(1) 수급권자 또는 그 법정대리인은 이 법의 적용 지역 밖에 주소지 또는 거주지를 두고 있는 경우 사전에 서면으로 그뤼넨탈 유한회사(Grünenthal GmbH), 그 주주, 운영자 및 고용인을 상대로 탈리도마이드 함유 제제의 복용으로 인한 그 어떠한 청구권 주장을 철회불가능하게 포기하는 경우에만 이 법의 규정에 따른 급부를 지급받는다.

(2) 탈리도마이드 함유 제제 복용으로 인해 잠재적으로 책임이 있는 자가 이미 지급한 금액은 이 법에 따른 급부에서 공제한다. 탈리도마이드 함유 제제 복용으로 인해 제3자, 특히 외국에서 지급한 금전은 일시보상금 및 콘테르간 연금에서 공제한다.

2. 쟁점 및 요지

본 사건에서 연방행정대법원은 심판대상조항이 콘테르간 연금수령자 중에서 외국에서 급부를 수령하는 사람에 대해 연금을 축소하도록 한 것이 기본법 제14조 제1항[5] 및 제3조 제1항[6]에 합치하지 않는지 여부에 대하여 위헌법률심판을 제청하였다.

이에 대해 연방헌법재판소는 외국으로부터 급부를 받는 경우 독일이 지급하는 급

4) Gesetz über die Conterganstiftung für behinderte Menschen (Conterganstiftungsgesetz - ContStifG).

5) **[기본법 제14조 제1항]** 재산권과 상속권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.

6) **[기본법 제3조 제1항]** 모든 사람은 법 앞에 평등하다.

부에서 이를 공제하도록 한 심판대상조항이 콘테르간 연금수령자의 재산권을 제한하지만 그 제한은 정당화될 수 있다고 판단하였다. 즉 콘테르간 연금은 법률에 의해 재산권으로 형성된 것으로서 기본법상 재산권 보장의 대상이 되고, 심판대상조항은 '재산권의 내용 및 한계를 정한 조항'(Inhalts- und Schrankenbestimmung)으로서 콘테르간 연금 수령자의 재산권을 제한하지만, 그 제한은 비례원칙에 위배되지 않는다고 판시하였다.

나아가 연방헌법재판소는 심판대상조항의 효과가 모든 대상자에게 동일하게 적용되지 않는다고 하더라도 반드시 평등원칙에 위배되는 것은 아니며, 불평등한 처우가 있더라도 자의금지원칙에 위배되지 않는 한 정당화될 수 있는바, 심판대상조항이 이중 지급을 방지하여 연금수령자 간의 평등이 저해되는 것을 막는다는 점에서도 평등원칙에 부합한다고 보았다.

Ⅳ. 판단

1. 적법요건에 관한 판단

기본법 제100조 제1항 제1문 제2조건문[7]에 따르면, 법원은 재판에 결정적인 영향을 미치는 법률이 위헌이라고 판단하는 경우 재판절차를 정지하고 연방헌법재판소의 결정을 받아야 한다. 법원의 제청이유에서는 위헌으로 판단하는 법률조항이 유효할 경우와 무효일 경우 제청법원이 다른 재판의 결론에 도달하게 되는 이유와 그 근거가 충분히 명확하게 제시되어야 한다. 원칙적으로 제청법원의 법률적 견해는 명백하게 유지될 수 없는 경우를 제외하고는 재판의 전제성을 판단하는 데 결정적인 역할을 한다. 또한 제청법원은 심판대상으로 제청하는 규범의 위헌성에 확신을 가져야 하고 그러한 확신을 갖게 되기까지 고려한 사항을 이해될 수 있게 제시해야 한다.

제청법원은 제기한 법적 문제가 재판에 결정적인 문제임을 충분히 소명하고 있다. 청구인은 자신이 외국국적 보유자이고 외국에 거소를 두고 있으나 자신의 재산권 주장이 독일인에 한정되지 않는다는 점 등에 대해 충분한 근거를 제시하였다. 또한 제

7) **[기본법 제100조 제1항 제1문 제2조건문]** 법원은 재판이 그 유효 여부가 재판의 전제가 되는 법률을 위헌으로 판단하는 때에는, 절차를 정지하고, (…) 기본법의 위배가 문제된다면 연방헌법재판소에 심판을 제청하여야 한다.

청법원은 심판대상조항의 위헌성에 대해서도 충분히 소명하였다. 심판대상조항의 목적 판단에서 제청법원이 정확히 파악하지 못한 점이 있으나 이로 인해 소명에 흠결이 있다고 할 수 없다.

2. 재산권 침해 여부

가. 재산권의 보장 대상인 콘테르간 연금의 제한

(1) 재산권의 내용과 한계에 대한 조항

콘테르간 연금은 기본법 제14조 제1항에 따른 재산권 보장대상에 해당한다. 사회법적 청구권은 그것이 권리 주체에게 사적 이익을 배타적 권리의 방식으로 부여하는 재산적 가치 있는 법적 지위를 구성하는 것이고, 권리 주체의 중요한 개인적 기여에 따른 것이며, 권리 주체의 기본적 수요를 충족하는 데 기여하는 것일 때에만 헌법상의 재산권으로서 보호를 받는다.

재산권으로서 권리의 구체적 범위는 재산권의 내용과 한계의 확정에 따른다. 입법자에 의한 재산권 확정을 통해 기본법 제14조 제1항에 의해 보호되는 헌법적 지위가 한편으로는 확장되고 다른 한편으로는 제한(복합적 형성)되는 과정에서 해당 법적 지위에 대한 할당행위와 그 박탈행위 간의 관계 속에 재산권 보장의 범위가 정해진다. 여기서 결정적인 점은, 법적 지위의 할당행위에 의해 기본법 제14조 제1항에 의해 보장되는 확장된 법적 지위가 창출된 후 박탈행위에 의해 그 법적 지위가 제한되는가, 아니면 재산권의 내용과 한계를 단일하게 확정하고 그에 따라 법적 지위의 할당은 처음부터 박탈행위의 범위 내에서 한정되는 것인가이다. 이 때 법적 지위의 할당과 박탈 간의 관계는 규율 기법에 따라 정해지는 것이 아니고, 해당 법률에 대한 입법자의 전체적 구상에 따라 판단되어야 한다. 이는 재산권이 그 내용과 한계의 형성을 입법자에게 위임함으로써 법률의 영향을 받는 기본권이라는 속성에 따른 것이다. 입법자의 구상에서 박탈행위와 할당행위가 분리되지 않는다면 재산권의 복합적 형성은 재산권의 내용과 한계가 단일하게 확정된다는 것을 의미한다.

(2) 재산권적 보호를 받는 콘테르간 연금

콘테르간 연금은 사회법에 따른 입법적 보장의 범위에서 재산권으로서 보호를 받는다. 연금수급권이 수급자의 사적 이익을 위해 수급자에게 배당되고, 수급자가 원칙

적인 처분 권한을 가지며, 연금지급의 기반이 수급자의 중요한 자기 기여에 기반을 두고 있고, 수급자의 기초적인 필요를 충족시키는 것이라면, 그 연금수급권은 사회법적 지위를 재산권으로서 인정하기 위한 징표를 갖추고 있다고 할 수 있다.

특히 연금수급권이 수급자의 중요한 자기 기여에 기반을 두고 있다는 점과 관련하여, 그뤼넨탈사에 대한 청구권 소멸과 국가의 1억 마르크에 달하는 합의금 충당은 연금수급자가 재단법에 따른 사회법적 지위를 형성하는 데 연금수급자의 기여가 영향을 미쳤다는 것을 보여준다. 또한 콘테르간 연금은 수급권자의 생존을 보장하기 위한 필요를 충족하는 것이기도 하다.

이처럼 연금수급권이 재산권으로서 보호된다면 심판대상조항에 따른 공제조치로부터도 보호를 받는다. 제3차 개정법에서 공제 관련 조항이 연금수급권의 실질적인 인상과 함께 도입되었다는 사실이 이와 다른 평가를 하게 하지는 않는다. 입법자의 구상에서 연금 인상이 그와 동시에 신설된 심판대상조항의 공제 규정과 불가분의 관계에 있는 것은 아니므로 이 때 재산권의 복합적 형성이 재산권의 내용과 한계를 단일하게 확정한 것은 아니다.

(3) 재산권에 대한 제한

심판대상조항은 공제되는 연금수령자에 대한 수용조항이 아니다. 공제가 구체적인 법적 지위의 박탈로 귀결되는 것은 사실이지만, 기존의 법적 지위가 재화 조달의 목적으로 국가 또는 제3자에게 이전되는 것이 아니기 때문이다.

심판대상조항은 기본법 제14조 제1항 제2문에 따라 재산권의 내용과 한계를 확정하는 조항으로서 연금수령자의 재산권을 제한한다. 또한 기본권으로 보장되는 법적 지위로서의 재산권의 내용과 한계를 정하는 입법자는 기본법 14조 제1항 제1문에 따라 사적 재산권을 보장할 때 기본법 제14조 제2항에 따른 재산권의 사회적 의무를 감안해야 한다.[8] 심판대상조항은 재산권의 내용과 한계 확정에 대한 헌법적 요청을 충족한다.

나. 형식적 헌법적 요청

심판대상조항은 입법에 대한 헌법의 형식적 요청 또한 충족한다. 입법자는 외국에서 해당 대상자에게 주어지는 (사회적) 급부에 대해 광범위한 정보를 수집하였는데,

8) **[기본법 제14조 제2항]** 재산권은 의무를 수반한다. 재산권의 행사는 동시에 공공복리에 적합하여야 한다.

이를 국내에서의 급부 수준과 종합적인 비교를 하지 않아 입법에서 요구되는 합리성의 요청을 위반하였다고 하더라도 그 때문에 심판대상조항이 헌법에 위배되게 되는 결과를 낳지는 않는다. 본 사건이 헌법적인 이유로 입법절차에 대해 독립적인 사실조사의무를 요구할 만한 특별한 사정도 존재하지 않는다. 일반적으로 입법 상황은 복잡한 생활 관계에 대한 평가 및 형량을 통해 결정이 이루어지는데 심판대상법률의 의결 상황이 그와 특별히 구조적으로 구별될 만한 점도 없다. 이 사건에서 입법에 대한 근거를 제시해야 할 헌법상 의무 위반도 없는데, 입법자가 입법절차에서 무슨 근거를 언제, 어떻게 제시해야 하는지에 대해 헌법이 정한 바 없고, 이에 관해서는 정치적 협상과 합의의 공간이 허용되어야 한다는 것이 확립된 판례의 태도이다.

다. 심판대상조항의 비례성 심사

(1) 심판대상조항의 입법 목적은 헌법상 정당한 목적을 추구한다.

정당화될 수 없는 공적 재정의 이중 부담이 초래되지 않도록 이중 급부를 가급적 피하고 과잉 급부의 측면을 제거하는 것은 입법이 추구하는 일반화할 수 있는 이익이라고 할 수 있다. 이 점에서 독일과 외국에서 유사한 급부가 한 번만 제공되도록 하는 입법을 하고자 하는 것은 정당한 목적으로 인정된다. 이 경우에 이중 급부로 보려면 그 청구권이 법리적 차원에서 유사한 것이어야 한다는 연방행정대법원의 견해는 헌법적 원칙으로서는 인정될 수 없다. 두 급부가 실제 그 기능이 사실상 유사한 것이면 이중 급부로 인정하기에 충분하다. 심판대상조항이 추구하는 여타의 목적, 즉 피해자 간의 불평등을 방지하고 사회 내 연대의 재정적 유지에 기여하며 공적 자금을 절약하며 투입하고자 하는 목적에 대해서도 이의를 제기할 수 없다.

(2) 수단의 적합성

심판대상조항은 입법목적의 달성에 적합하다. 조정되어야 할 이중 급부가 존재하고, 그러한 이중적 급부 수령이 급부수령자 간의 평등을 침해한다고 보는 입법자의 판단은 충분히 근거 있는 것이며, 이중 급부를 공제를 하도록 하는 것은 연대공동체의 급부제공능력과 공적 재원의 절약을 촉진하는 데 적합한 수단이다.

심판대상조항의 규율은 이중 지급이고 피해야 할 이중 급부에 해당한다. 왜냐하면 외국에서 지급되는 급부는 독일의 콘테르간 연금과 마찬가지로 콘테르간 약화 피해를 구체적이고 배타적으로 보상하는 역할을 하는 것이기 때문이다. 이러한 연금수급

권을 만든 기원을 고려할 때, 독일에서의 연금 급부와 외국에서의 급부를 유사하게 취급하는 것은 헌법적으로 배제되지 않는다. 즉 보상적 기능을 가진 청구권을 일반 사회법적 급여에서 공제하는 것을 금지하거나 발생한 급여에 대한 청구권이 책임법적 배경이 있다는 사실 때문에 공제를 해서는 안 된다고 할 수는 없다.

먼저 책임법적 배경을 감안할 때 혜택을 조정하면 안 된다고 하여 급부를 조정하지 못할 것은 아니다. 콘테르간 연금수급권이 책임법적 배경을 갖고 있다고 하더라도 연방행정대법원의 견해와 달리 이 연금수급권이 손해배상청구권과 동일하게 순수한 불법행위법적인 성격을 갖는다고 할 수는 없다. 연방헌법재판소는 콘테르간 재단법에 관한 1976. 7. 8.의 연방헌법재판소 결정[9]에서 콘테르간 피해자의 사법상 채권자로서의 지위가 재단을 세워 피해자를 구제하려고 하는 경우에도 어느 정도까지는 연속된다고 하기는 하였다. 이를 통해 손해배상청구권적 성격을 포함하여 사법상 청구권이 소멸되면서 사회법적 지위가 형성되고 연속성이 유지되었다는 것이다. 그러나 이로 인해 콘테르간 연금의 법적 성격이 결정되는 것은 아니다. 연방헌법재판소가 분명히 한 것은 재단법에 따른 청구권이 화해계약에 따른 청구권과 동일한 성격의 것이 아니고, 그 청구권은 최소한 같은 가치의, 객관적으로는 더 큰 가치의 청구권을 의미한다고 한 바 있다.[10] 이는 손해배상청구권이 재단을 통한 해결로 전환될 때에도 마찬가지라 할 수 있다.

다음으로 책임법과 사회법적 성격이 서로 얽혀 있어 청구권이 복합적 성격을 갖는 점이다. 연방헌법재판소가 밝힌 바와 같이 약화사고의 피해자들은 피해자로서의 차원에서뿐만 아니라 사회국가원리에 터 잡아 헌법적으로 보호되는 차원에서의 청구권을 가진다. 연금수급권이 사회국가적 성격의 기초를 갖는다는 것은 국가가 콘테르간 피해 규율을 위해 국가 재원을 투입하면서 채무인수와 유사한 방식으로 가해자의 지위를 대신하고자 하지 않았다는 점에서 드러난다. 입법자는 문제해결을 위해 사법적 해결이 적절하지 않다고 판단하였고 법률을 제정하여 문제를 해결하고자 하였던 것이다.

입법자는 자신이 가지는 재량에 따라 탈리도마이드 손상을 이유로 제공되는 급부 간에 내용이 겹치면 이를 이중 급부라고 하고 해당 급부제도가 없었다면 작동하게 될 사회보장시스템을 급부 제공시 배제할 재량이 있다. 사회적 급부가 이중으로 이

9) BVerfGE 42, 263, 292-293.

10) BVerfGE 42, 263, 303-304.

루어졌는지를 입법자가 식별하고자 할 때, 국가에 의해 주어지는 모든 사회적 급부의 일반적 수준과 그 밖의 전반적인 혜택을 통틀어 감안해야 한다는 헌법적인 요청은 인정되지 않는다.

(3) 수단의 필요성 및 협의의 비례원칙

공제 규율이 필요하다는 데 대해 의문의 여지가 없다. 이중 수령을 막고, 특정 피해자가 우대를 받는 것을 방지하며, 공동체의 급부 능력을 보장하고, 공적 재원을 효율적으로 투입하고자 하는 입법목적을 동일한 정도로 효과적으로 달성할 수 있는 수단을 상정하기 어렵다.

콘테르간 연금은 특별히 보호받을 가치가 있지만 그러한 보호가 무제한적인 것은 아니다. 콘테르간 연금의 경우 그 재산권의 보호가치는 개인의 자유에 관한 기본권으로서 중요한 의미를 갖지만, 동시에 콘테르간 피해자 집단과 관련된 전체 맥락 하에 연금의 사회적 차원을 고려할 필요가 있다.

심판대상조항으로 인한 재산권 제한의 정도는 균형적인 것이다. 먼저 연금청구권의 축소와 연결된 재산권 제한은 콘테르간 재단법의 제3차 개정법이 콘테르간 연금을 상당히 인상한 것에 더하여 추가적으로 특정한 필요 충족을 위한 연 단위 급부청구권을 창설하였다는 사실로 완화될 수 있다.

심판대상조항의 공제 규율이 추구하는 정당한 목적은 이중 지급을 공제하여 그와 결합된 모든 연금수령자를 평등하게 취급하고자 하는 중대한 공적 이익에도 부합한다. 이는 연금수령자의 공동체 내에서 분배적 정의를 추구하는 공익과 제한된 공적 자금을 최대한 일관되고 효율적으로 사용하여 다양한 사회적 요구를 충족시키고자 하는 국익에 의해 정당화된다.

재산권 제한은 전체적 형량 차원에서 볼 때 비례적이다. 여기서 심판대상조항이 추구하는 공익은 공제에도 불구하고 사실상으로는 상승한 콘테르간 연금수령자의 사익보다 크다. 콘테르간 연금이 낮아진 삶의 질에 대한 보상적 성격을 갖는다는 점에서 보호의 가치가 있는 것은 사실이지만, 그 때문에 공제를 통해 완화된 방식의 재산권 제한을 한 것이 협의의 비례원칙에 위배된다고 할 수는 없다.

독일에 거주하지 않는 권리자들이 선택한, 재단의 급부를 통한 해결 방안은 콘테르간으로 인한 손상으로 모든 동일한 피해자들에게 동일한 급부를 제공하려는 목표를 추구하는 것이었기는 하다. 그러나 그것이 연대공동체에서 모든 구성원에게 동일

한 수준의 일반적 사회보장을 제공하는 목표를 추구한다는 의미는 아니다. 연금지급액은 피해 사안에 초점을 맞춘 목표 설정에 따라 신체적 손상의 경중과 장애가 야기하는 신체기능의 장해를 기준으로 결정되는 것이고 손상과 무관한 기준은 배제되어 있다. 입법자가 콘테르간 연금청구권의 재산권적 지위를 신체적 피해를 기준으로 급부기준을 정하였다면 그와 무관한 기준을 별도로 고려할 헌법적 의무는 없다.

3. 평등원칙 위배 여부

심판대상조항은 평등원칙의 요구에도 부합한다.

이 조항은 외국 국가가 지급한 급부를 수령한 자를 국가가 아닌 측으로부터 급부를 수령한 자에 비해, 또 계속적 연금수령자를 일시지급액 수령자에 비해 차별대우하고 있지 않다. 심판대상조항은 콘테르간 연금을 전액 수령하는 수급자에 비해 지급 청구액이 줄어든 수급자를 사실상 차별 취급하는 결과를 낳지만 이러한 취급은 정당화될 수 있다.

Ⅴ. 결정의 의의

본 결정은 탈리도마이드 약화 사고에 대한 구제를 위해 법률로 공법상 재단을 세워 연금을 지급하는 방식을 채택한 독일에서 외국으로부터 금전지급을 받는 경우 이를 공제하도록 법률로 정하여 연금 지급액의 감소가 발생한 외국인이 재산권 침해 여부 등을 다툰 사건이다. 독일연방헌법재판소는 본 사건에서 연금수급권이 재산권으로 보장받을 수 있는 요건을 재확인하면서 심판대상조항의 재산권 제한이 정당화될 수 있다고 판단하였다. 본 결정을 통해 60여 년 전의 사회적 참사와 그 구제를 위해 어떠한 법률적 해법이 추구되어 왔는지, 오늘에 이르기까지의 사회적 여파는 어떠한지에 대해 헌법적 판단의 한 단면을 엿볼 수도 있다.

우리나라에서는 가습기살균제 참사 이후 「가습기살균제 피해구제를 위한 특별법」이 제정되었고 다양한 차원에서의 법적 분쟁 속에 피해자 구제에 대한 여러 모색이 지속되고 있다. 이와 관련하여 본 결정에 대한 관심은 문제된 연금수급청구권의 성격 등에 대한 헌법 법리적 차원의 검토를 넘어 사회적 참사에 대한 법률적 해법과 그 헌법적 평가에 대해 살펴보는 계기도 될 수 있을 것이다.

최신 세계헌법판례

유럽인권재판소

온라인상 '잊힐 권리'와 표현의 자유 / 책임연구관 장효훈

온라인상 '잊힐 권리'와 표현의 자유[1)]

Ⅰ. 사건개요

벨기에 일간지 *Le Soir*의 발행인인 청구인은 아카이브에 보관된, G.의 성명이 언급된 기사의 온라인 버전에 대해 '잊힐 권리'를 이유로 익명처리를 하라는 명령의 민사판결에 대해 이 사건 청구를 제기하였다. 1994년 발행된 종이신문은 G.가 음주상태에서 교통사고를 내 사상자가 발생했다는 기사를 담고 있었다. 교통사고 당시 G.는 의사였고 현재까지도 의사로서의 직업을 이어오고 있다. 2000년 G.는 이 교통사고로 징역 2년에 집행유예를 선고받았고 2006년 사회에 복귀하였다.

2008년 6월 13일 청구인의 신문사는 웹사이트를 통하여 위에서 언급한 기사를 포함한 1989년 이후의 기록물들을 전자버전으로 공개하기 시작했다. 이 아카이브가 온라인에 공개되고 국내 법원에서 소송이 진행되는 동안 해당 기사는 웹사이트에서 무료로 열람 가능했다.

2010년 G.는 *Le Soir*의 소유주인 S. A. Rossel사 법무팀에 해당 기사를 삭제하거나 익명처리를 해 달라는 서신을 보냈다. 신문사 내부의 검색엔진이나 구글과 같은 검색엔진에서 자신의 이름을 검색했을 때 해당 기사가 검색결과로 나타나는데, 이로 인하여 자신이 해고되거나 환자를 잃게 되어 의사로서의 '경력 단절이 예상'된다는 이유 때문이었다.

그러나 S. A. Rossel사 법무팀은 아카이브에서 해당 기사를 삭제하기를 거부하였고, 등기우편을 통하여 구글 벨기에 대표에게 해당 기사를 검색목록에서 제외해달라는 통지를 보냈다. 하지만 S. A. Rossel사 법무팀은 구글로부터 어떠한 회신도 받지 못했다.

2012년 5월 24일 G.는 청구인을 상대로 이 사건 기사의 전자기록물을 익명처리할 것을 요구하며 Neufchâteau 제1심 법원에 소를 제기하였다. G.는 청구인이 정보의 익명처리가 불가능하다는 반박할 수 없는 기술적 증거를 제시할 경우에 대비하여 해당 기사의 온라인 버전에 '색인 없음(noindex)' 태그를 추가하도록 하는 명령 또한 구했다.

1) Hurbain v. Belgium [GC], no. 57292/16, 4 July 2023.

이에 대해 청구인은 익명처리 요청을 거부하였다. 청구인은 구글 검색엔진 관리자에게 해당 기사를 검색목록에서 제외해달라고 통지했지만 구글이 이를 거부했기 때문에 G.가 구글에 대해 직접 소를 제기해야 한다고 주장하였다. 프랑스의 경우에서 보듯, 개인의 사생활을 침해하는 콘텐츠에 대해서는 구글에 문제된 콘텐츠를 검색목록에서 제외하도록 명령을 내리는 것이 법원의 관행이라는 것이었다.

2013년 1월 25일 벨기에 제1심 법원은 G.의 청구 대부분을 인용했다. 이 판결에서 법원은 청구인이 해당 기사의 익명처리가 불가능하다는 증거를 제시하지 않았기 때문에, 청구인에게 신문사 웹사이트상의 온라인 기사와 다른 모든 데이터베이스에서 G.의 성과 이름을 문자 X로 대체할 것을 명령했다.

이에 청구인은 항소하였지만, 2014년 9월 25일 Liège 항소법원(이하 '항소법원')은 청구인의 항소를 기각하였다. 항소법원은, 표현의 자유 제한의 정당성 심사기준과 관련하여 자국 판례와 법학 문헌이 '잊힐 권리'를 「유럽인권협약」(이하 '협약') 제8조, 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제17조,[2] 벨기에 헌법 제22조[3]가 보호하는 사생활에 대한 권리의 필수적인 영역으로 보고 있다는 점에 주목했다. '잊힐 권리'와 관련하여 항소법원은 다음의 점을 강조하였다.

> "잊힐 권리에는 언론사가 개인의 유죄판결을 처음 공개하는 것과 관련한 전통적 측면뿐만 아니라 디지털 데이터, 특히 인터넷에서 접근 가능한 데이터의 삭제와 관련된 두 번째 측면이 존재한다.
>
> 언론사의 디지털 아카이브에 관한 이 사건은 두 번째 측면, 즉 온라인상에서의 잊힐 권리에 관한 문제를 제기한다. 이 권리는 개인이 일정 기간이 지난 후 자신과 관련된 정보, 특히 온라인상 게시된 디지털 정보를 삭제하도록 요청할 수 있는지에 관한 것이다. 따라서 그 목적은 과거의 사건을 더 이상 공개하지 못하게 막거나 공개를 처벌하려는 것이 아니라 인터넷상 접근 가능한 정보를 삭제하도록 하는 것이다.
>
> … 온라인상 잊힐 권리는 최근 유럽사법재판소의 결정(CJEU(Grand Chamber), 13 May 2014, Case C-131/12)[4]을 통해 인정되었다. … 이 판결은 사실 스페인 국민과 검

2) **시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제17조**
1. 어느 누구도 그의 사생활, 가정. 주거 또는 통신에 대하여 자의적이거나 불법적인 간섭을 받거나 또는 그의 명예와 신용에 대한 불법적인 비난을 받지 아니한다.
2. 모든 사람은 그러한 간섭 또는 비난에 대하여 법의 보호를 받을 권리를 가진다.

3) **벨기에 헌법 제22조**
법으로 정하는 경우와 조건은 제외하고, 개인은 자신의 사생활과 가족생활을 보장받을 권리를 가진다. 법률, 명령 또는 제134조의 규정은 이러한 권리의 보호를 보장한다.

색엔진(구글) 사이의 분쟁에 관한 것이었다. 하지만 이 판결에서 확립된 원칙은 신문 발행인이 문제의 기사를 그 신문사의 웹사이트를 통해 무료로 접근할 수 있도록 하여 현출시킨 이 사건에도 적용될 수 있다. 구글형 검색엔진에 사용되는 '크롤링'(crawling)[5] 소프트웨어의 개발은 그 효과를 크게 배가시켰다.

… 온라인상의 잊힐 권리는 전통적인 잊힐 권리와 마찬가지로 언론사의 무제한적인 권리인 것은 아니며, 자유와 충돌할 수 있는 한 엄격하게 규율되어야 한다. … 잊힐 권리가 인정되기 위해서 해당 사실이 애초에 합법적으로 공개되었어야 하며 사법적인 성격의 것이어야 한다. 그 공개에 대해 동시대적인 가치가 있어서는 안 되며, 역사적인 가치가 있어서도 안 된다. 두 공개 사이에는 일정한 시간이 경과해야 한다. (더 정확하게는, 사건 당시 출간된 기사의 온라인 아카이브 버전에 대해서는 그 형식에 관계없이 기사의 최초 유포와 익명화 요청 사이에 일정한 시간이 경과해야 한다.) 관련 당사자는 공인이 아니어야 하고 사회에 재통합되는 것에 대한 이익이 있어야 하며 자신의 책임을 다했어야 한다."

항소법원의 임무는 '이 사건과 앞서 서술한 기준에 비추어 G.의 요청에 따른 언론의 자유 제한이 협약 제10조 제2항에 따라 정당한 목적을 추구하고 비례성 심사를 통과하는지 확인하는 것'이었다. 항소법원은 이에 대하여 다음과 같이 판시하였다.

"이번 사건에서는 원문 기사를 연결하는 링크를 포함한, 사회로의 재통합 명령에 대한 짧은 기사를 게시하는 방식으로 청구인이 주장한 디지털 정정권(right to digital rectification) 또는 디지털 통신에 관한 권리(right to digital communication)를 인정해서는 균형을 달성할 수 없다. 이러한 방법은 시간의 경과에 따라 가치가 낮아지는 정보를 전달하는 기사에서는 적합하지 않다. 청구인이 제시한 방법은 G.가 저지른 심각한 위법행위와 이미 책임을 다한 유죄선고에 대한 낙인효과를 영원히 지속되게 할 것이며 그에 대한 재통합 명령(rehabilitation order)을 의미 없게 만들 것이다."

항소법원은 청구인이 익명처리 요청을 거부한 것은, 동일한 상황에서 합리적이고 성실한 발행인이 행동했을 방식이 아니라고 보았다. 청구인은 항소법원의 판결에 대

4) Google Spain SL, Google Inc. v. AEPD, Mario Costeja Gonzalez, (ECJ 13 May 2014).

5) 크롤링(crawling)이란 다양한 정보 자원을 자동화된 방법으로 수집해서 분류 및 저장하는 것을 의미한다. 크롤링을 수행하는 소프트웨어인 크롤러(crawler)는 웹페이지를 돌아다니며 어떤 데이터가 어디에 있는지 색인을 만들어 데이터베이스에 저장한다. (출처: 한국정보통신기술협회 정보통신용어사전, https://terms.tta.or.kr/dictionary/dictionaryView.do?word_seq=191767-1)

해 상고하였지만, 2016년 4월 29일 벨기에 파기원은 청구인의 상고를 기각하였다. 벨기에 파기원은 다음과 같이 판시하였다.

"항소심 판결은 '개인이 일정 시간이 경과한 후 자신에 대한 정보, 구체적으로는 온라인에 게시된 정보의 삭제를 요청할 수 있는지 여부'와 관련된 잊힐 권리를 다루는 쟁점과 '과거의 사건을 더 이상 공개하지 못하게 막거나 공개를 처벌하려는 것이 아니라 인터넷상 접근 가능한 정보를 삭제하도록 하는 목적'에 관하여 언급한 후 '청구인은 무료로 접근할 수 있는 신문사 웹사이트의 검색엔진을 통해 그 기사가 더 알려질 수 있도록 만들었다.'라고 판시하였다.

즉 항소심 판결은 문제된 기사를 온라인 아카이브에 보관한 것은 G.의 과거 유죄 판결을 새롭게 공개한 것과 같으며, 이는 그의 잊힐 권리를 침해하는 것이라고 적법하게 판단하였다.

이에 덧붙여 항소심 판결은, 청구인의 역사적으로 정확한 아카이브를 생성할 권리와 대중의 아카이브를 참고할 권리보다 G.의 잊힐 권리에 더 비중을 두어 G.가 잊힐 권리 청구에 필요한 심사기준을 충족하였다고 보았으며, 보도된 지 수년이 지난 기사를 익명화하지 않고 온라인에 남겨두는 것은 청구인의 표현의 자유를 엄격히 보호함으로써 얻는 이익과 비교했을 때 G.에게 불균형적인 피해를 야기한다고 보았다. 또한 항소심 판결은 '이번 사건에서 표현의 자유를 제한하기 위해 협약 제10조 제2항에 의해 부과되는 합법성, 적법성, 비례성 조건이 충족되었다.'라고 판시하였다. 이를 통해 항소심 판결은, 청구인이 '이번 사건의 구체적인 상황에서 합리적인 근거 없이 기사를 익명화하라는 요청을 거부하여' 위법을 저질렀다는 법적 근거를 제시하였다."

Ⅱ. 쟁점 및 판단

Le Soir 신문사 웹사이트에 아카이브로 공개된 이 사건 기사 기록물을 익명처리하도록 한 법원의 명령이 협약 제10조에 따른 표현의 자유, 출판의 자유, 정보를 전달할 자유를 침해하였는지 여부가 쟁점이 되었다.

1. 법정의견

가. '법률에 근거했는지' 및 '정당한 목적'을 추구하였는지 여부

유럽인권재판소(이하 '본 재판소')는 *Le Soir* 웹사이트에 게시된 이 사건 기사의 기

록물을 익명처리하라는 청구인에 대한 법원의 명령이 협약 제10조가 보호하는 표현의 자유와 언론의 자유 제한이라는 점에 대해서는 당사자들 사이에 다툼이 없다고 본다. 마찬가지로, 해당 법원의 명령에는 타인의 명예나 권리(이 사건에서는 G.의 사생활을 존중받을 권리)의 보호라는 정당한 목적이 있었다는 점에 대하여도 당사자들 사이에 다툼이 없다. 따라서 본 재판소는 그러한 권리의 제한이 '민주사회에 필요한지'(necessary in a democratic society) 여부에 대하여 검토한다.

나. '민주사회에 필요한지' 여부

(1) 이 사건의 범위에 대한 사전 정리

본 재판소의 판단에 결정적인 영향을 줄 수 있는 이 사건의 특징들을 먼저 확인하는 것이 중요하다.

첫째, 본 재판소는 이 사건 기사가 인쇄판에 더하여 두 종류의 아카이브에 보관되어 있다는 점에 주목한다. 하나는 대중들이 접근할 수 없는 '마스터' 아카이브이고 다른 하나는 온라인상 *Le Soir* 웹사이트에 게시되어 대중들이 접근할 수 있는 아카이브이다. 본 재판소는 항소법원의 판결이유가 *Le Soir* 웹사이트의 기록물만을 익명처리하는 것과 관련되어 있다고 본다. 따라서 본 재판소도 웹사이트에 게시된 온라인 기사의 익명처리에 대해서만 다룬다.

둘째, 본 재판소가 지금까지 다룬 대부분의 선례적 사건은 개인 또는 가족 사생활의 최초 공개와 관련하여 표현의 자유와 사생활을 존중받을 권리 사이의 충돌에 대한 것이었다.[6] 그러한 선례들과는 달리, 이 사건은 애초 1994년에 발행되었던 *Le Soir*의 지면 기사를 2008년에 웹사이트에 탑재하여 온라인으로 계속 접근이 가능하게 한 것이 문제가 된 것이고, 이에 따라 청구인은 이 온라인 기사에서 G.의 성명을 문자 X로 대체하는 익명처리 명령을 받았다. 따라서 이 사건에서 문제가 된 부분은 원본의 공개 그 자체라기보다는 인터넷에서 해당 정보의 계속적인 이용가능성 여부이다.

6) Hachette Filipacchi Associés (ICI PARIS) v. France, no. 12268/03, 23 July 2009; Axel Springer AG v. Germany [GC], no. 39954/08, 7 February 2012; and Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France [GC], no. 40454/07, ECHR 2015 (extracts).

(2) 보편적인 원칙

① 협약 제10조와 온라인 신문 아카이브에 관한 보호

본 재판소는 표현의 자유가 민주사회에 필수적인 근간 중 하나이며 사회 발전과 각 개인의 자아실현을 위한 기본 조건 중 하나라고 일관되게 판시해 왔다. 협약 제10조에서 명시된 것처럼 표현의 자유 보호에는 예외가 있지만, 이는 엄격하게 해석되어야 하며 그 제한의 필요성이 명백히 입증되어야 한다.[7] 언론의 자유와 관련하여, 비록 언론은 특히 타인의 명예나 권리와 관련하여 일정한 한계를 넘어서는 안 되지만, 언론의 의무는 공공의 이익에 해당하는 정보와 사상을 -언론으로서의 의무와 책임을 준수하며- 전달하는 것이다. 따라서 언론의 정보 전달의 역할은 그 스스로가 자신에게 부과하는 한계뿐만 아니라 '의무와 책임'을 필연적으로 수반한다.[8]

오늘날 언론 정보는 더 이상 종이신문이나 방송매체를 통한 뉴스에 국한되지 않기에 언론의 자유의 내용은 정보 기술의 발전에 비추어 평가되어야 한다. 본 재판소는 언론이 '공공의 감시자'로서의 역할뿐만 아니라 과거에 보도된 뉴스 등의 기록물을 보존하고 이를 대중들이 이용할 수 있도록 하는 부가적이지만 중요한 임무를 수행한다고 반복적으로 판시한 바 있다. 이와 관련하여 본 재판소는 인터넷 아카이브가 뉴스와 정보를 보존하고 이용할 수 있게 하는 데 크게 이바지한다고 판시해 왔다. 디지털 아카이브는 대중이 접근할 수 있고 보통 무료로 제공되기 때문에 교육 및 역사 연구에 중요한 자료가 된다.[9] 언론의 이러한 역할은 아카이브 접근에 대한 대중의 정당한 이익과 마찬가지로 협약 제10조에 의해 보호된다.[10]

본 재판소는 *Times Newspapers Ltd* 결정[11]에서 다음과 같이 판시하였다. "충돌하는 권리들을 이익형량하는 과정에서 국가에 주어진 재량의 범위는 현재 사건에 대한 뉴

7) Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, § 101, ECHR 2012; Couderc and Hachette Filipacchi Associés, no. 40454/07, § 88, ECHR 2015; and Bédat v. Switzerland [GC], no. 56925/08, § 48, 29 March 2016.

8) Couderc and Hachette Filipacchi Associés, no. 40454/07, § 89, ECHR 2015; and Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, § 102, ECHR 2012.

9) Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2), nos. 3002/03 and 23676/03, §§ 27 and 45, ECHR 2009; Węgrzynowski and Smolczewski v. Poland, no. 33846/07, § 59, 16 July 2013; and M.L. and W.W. v. Germany, nos. 60798/10 and 65599/10, § 90, 28 June 2018.

10) M.L. and W.W. v. Germany, nos. 60798/10 and 65599/10, § 102, 28 June 2018.

11) Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2), nos. 3002/03 and 23676/03, ECHR 2009.

스 보도보다 과거 사건에 대한 기록물과 관련되어 있을 때 더 클 것이다. 특히, 소멸성이 아닌 역사적 정보의 정확성을 보장함으로써 책임 있는 저널리즘 원칙에 따라 행동해야 할 언론의 의무는 정보의 시급성이 없는 경우 더 엄격하게 적용될 수 있다."[12] 그러나 본 재판소는, 명예훼손적이라는 비판을 받았고 그 정확성에 의문이 제기된 기사를 디지털 신문 아카이브에 저장하는 것과 관련된 해당 사건의 특수한 맥락을 고려하여 이러한 법리가 해석되어야 한다는 점을 강조한다.

이전에 본 재판소는, 대중이 현대사를 배울 수 있도록 하고 같은 방법으로 언론이 민주적 여론 형성을 돕는 임무를 수행할 수 있도록 하는 디지털 신문 아카이브의 중요성에 대해 강조했었다.[13] 본 재판소는 또한 지난 10년간 신문 아카이브의 중요성에 대한 공감대가 형성되었다는 점에 주목한다. 이러한 이유로 유럽개인정보보호법(General Data Protection Regulation; GDPR)은 표현의 자유와 정보의 자유를 행사하기 위해 정보처리가 필요한 경우 개인정보를 삭제할 권리의 예외를 명시적으로 규정하였다.[14]

청구인의 주장과 마찬가지로, 본 재판소도 아카이브의 역할은 특정 시점에 합법적으로 공표된 정보의 지속적인 가용성을 보장하는 것이므로 그 기록물들은 원칙적으로 진본성(authentic), 신뢰성(reliable), 완전성(complete)이 유지되어야 한다는 점을 고려한다. 따라서 디지털 신문 기록물의 무결성(integrity)은 역사의 보존을 위해, 특히 이 사건에서처럼 기사의 합법성이 문제된 바 없었다면, 보관된 기사 전체 혹은 부분의 삭제·정정을 심사하는 지도원칙이 되어야 한다.

마지막으로, 공공의 이익에 해당하는 언론보도를 포함하여 협약 제10조의 표현의 자유는 절대적이지 않으며 앞서 서술한 점들이 모두 고려되어야 하지만, 그럼에도 불구하고 국가의 당국은 사생활을 존중받을 권리를 근거로 이러한 기록물의 삭제나 정정 요청을 심사할 때 특히 신중해야 하며 철저한 검토를 거쳐야 한다.

---

12) Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2), nos. 3002/03 and 23676/03, § 45, ECHR 2009.

13) M.L. and W.W. v. Germany, nos. 60798/10 and 65599/10, §§ 101-102, 28 June 2018.

14) 유럽개인정보보호법**(GDPR) 제17조 (삭제에 대한 권리('잊힐 권리')) 제3항**
처리가 다음에 필요한 경우에는 제1항과 제2항이 적용되지 않는다.
(a) 표현과 정보의 자유에 대한 권리 행사 (이하 생략)

② 협약 제8조와 ‘잊힐 권리’의 보호

이 사건에서 벨기에 법원들의 판결이유는 ‘잊힐 권리’에 초점을 맞추고 있다. 그러나 ‘잊힐 권리’는 다양한 방식으로 해석될 수 있다. 따라서 본 재판소는 이 사건의 목적을 위해 ‘잊힐 권리’로부터 발생하는 청구의 범위를 협약의 관점에서 명확히 해야 한다.

‘사생활’이라는 개념은 완벽한 정의가 불가능한 광범위한 개념이다.[15] 협약 제8조의 사생활의 권리는 ‘인간의 신체적·정신적 완전성’(physical and psychological integrity of a person)을 포함하며, 이에 따라 성 정체성, 성적 지향, 성명, 또는 초상권과 관련된 요소 등 정체성의 여러 측면을 포괄할 수 있다는 것을 여러 선례를 통해 확인하였다.[16] 뿐만 아니라 본 재판소는 사생활이 직업적이거나 사업적인 성격의 활동,[17] 그리고 원치 않는 관심에서 벗어나 은밀하게 살 권리[18]로까지 확장된다는 점을 분명히 하였다.

개인의 명예를 존중받을 권리에 관하여, 본 재판소는 개인의 명예가 그의 정체성과 정신적 완전성의 일부를 형성하기 때문에 ‘사생활’에 포함된다고 판시해 왔다.[19] 그러나 협약 제8조에 의해 보호되는 다른 영역에서와 마찬가지로 이 조항이 적용되기 위해서는 개인의 명예에 대한 훼손이 일정 수준 이상의 심각성을 가져야 하며 사생활을 존중받을 권리에 대한 개인의 향유를 침해하는 방식으로 이루어져야 한다. 이 요건은 사회적 명예와 직업적 평판 모두에 해당된다. 마찬가지로 범죄행위와 같이 자신의 행위의 결과로 인해 예측가능했던 결과인 명예의 훼손에 대해서는 협약 제8조에 의존하여 그 불만을 제기할 수 없다. 이러한 원칙은 형사범죄뿐만 아니라 ‘사생활’에 예측가능한 부정적인 영향을 미치는 법적 책임이 수반되는 그 밖의 위법행위에도 적용되어야 한다.

더 나아가, 통상적으로 예측가능한 범위나 방식을 넘어 특정 개인에 대한 자료를 수집하거나 개인정보를 처리·이용하는 경우 또는 관련 자료를 공개하는 경우에는 사생활에 대한 고려의 문제가 제기됨을 본 재판소는 다시 한 번 강조한다. 본 재판소는

15) S. and Marper v. the United Kingdom [GC], nos. 30562/04 and 30566/04, § 66, ECHR 2008.

16) M.L. and W.W. v. Germany, nos. 60798/10 and 65599/10, § 86, 28 June 2018.

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

18) Smirnova v. Russia, nos. 46133/99 and 48183/99, § 95, ECHR 2003-IX (extracts).

19) Denisov v. Ukraine [GC], no. 76639/11, § 97, 25 September 2018.

개인정보의 보호가 협약 제8조에 의해 보장되는 개인의 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리를 향유하는 데 있어 근본적으로 중요하다는 점을 인정해 왔다.[20]

인터넷에 공개되어 한동안 이용가능했던 개인정보는 해당 정보주체가 여론에 어떻게 인식되는지에 광범위하게 부정적인 영향을 미칠 수 있음이 분명하다. 그 외에도 여러 다른 부정적인 영향의 위험이 있다. 먼저, 정보가 집적되면 해당 정보주체의 신상이 밝혀질 수 있으며, 또한 그 정보가 맥락에 맞지 않게 배치되면 해당 정보주체에 대한 온라인 기사를 참조하는 독자는 사실에 대한 단편적이고 왜곡된 인식을 가지게 될 수 있다.

그럼에도 불구하고, 본 재판소는 협약 제8조가 이러한 부정적인 효과들로부터 보호를 제공하는지, 제공한다면 어느 정도까지인지에 관하여 다루어야 한다. 이와 관련하여, '잊힐 권리'는 여러 측면을 가지고 있다는 점, 이 권리가 여전히 정립 중에 있다는 점, 그리고 실무에 적용될 때 여러 독특한 특징을 가지고 있다는 점에 유의하여야 한다.

협약의 관점에서 볼 때 '온라인상 잊힐 권리'는 협약 제8조, 보다 구체적으로는 그 목적을 위해 어떠한 수단을 취하든(온라인 아카이브에서 신문 기사를 삭제 또는 정정하든 언론매체에 의한 색인제거를 통해 그 기사에 대한 접근을 제한하는 것이든) 개인의 명예를 존중받을 권리와 연관되어 있다. 본 재판소의 견해에 따르면, '잊힐 권리'에 대한 청구는 협약에 의해 보호되는 자생적 권리(self-standing right)에 해당하지 않으며, 협약 제8조가 적용되는 범위 내에서 특정 상황과 정보의 세부내용이 고려되어야 한다. 아무튼 본 재판소는 지금까지 저널리즘의 목적으로 합법적으로 게시되어 언론사 웹사이트에 보관된 정보를 삭제하거나 정정하는 조치를 지지한 적이 없다.

③ 본 재판소의 심사기준

이 사건에서 본 재판소가 다루어야 할 쟁점은, '잊힐 권리'를 근거로 청구인에게 신문사 *Le Soir* 웹사이트에 게시된 해당 기사의 아카이브를 익명처리하도록 한 벨기에 법원의 판결이 협약 제10조상 표현의 자유를 침해하였는지 여부이다. 이와 관련하여 본 재판소는 익명처리 명령이 이 사안의 구체적인 상황에 비추어 적절하고 충분한 근거를 기반으로 했는지, 특히 익명처리 명령이 정당한 목적에 비례하는지 여부를 심사해야 한다.

---

20) Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland [GC], no. 931/13, §§ 136 37, 27 June 2017.

본 재판소는 *Couderc and Hachette Filipacchi Associés* 결정[21]에서 이와 관련된 일반 원칙을 다음과 같이 판시하였다.

> "본 재판소의 확립된 판례에 따르면, '민주사회에 필요한지' 여부에 대한 심사는 문제의 제한이 '긴급한 사회적 필요'에 해당하는지 여부, 정당한 목적을 비례적으로 추구하는지 여부, 그리고 국가당국이 이를 정당화하기 위해 제시한 근거가 적절하고 충분한지를 본 재판소가 심사할 것을 요구한다. 그러나 그러한 '필요'가 존재하는지 여부와 이를 위해 어떠한 수단을 선택할지를 평가할 때 국가당국에 주어진 판단의 여지는 무제한적이지 않으며, 문제의 제한이 협약 제10조에 따라 보호되는 표현의 자유와 조화를 이루는지를 최종적으로 판단하는 본 재판소의 통제와 연관된다."

그러나 이 사건의 특수성, 즉 기사의 원본이 아닌 전자 아카이브 기록물에 관한 사건이라는 점으로 인하여, 협약 제8조 및 제10조 각각의 권리 사이의 충돌을 해결하기 위해 본 재판소가 지금까지 적용해 왔던 심사기준이 조정될 필요가 있는지 의문이 제기된다. 본 재판소는 이 사건이 정보의 최초 공개를 다뤘던 다른 사건들과 맥락이 다르다는 점을 고려하여 심사해야 한다. 앞서 언급한 일반원칙, 특히 언론 아카이브의 무결성을 보존할 필요성과 유럽평의회 회원국 법원들의 관행을 고려하여, 본 재판소는 온라인에 보관된 뉴스기사를 정정해달라는 요청이 있을 때 동등한 가치를 지닌 다양한 권리를 비교형량하는 과정에서 다음과 같은 기준들을 고려해야 한다: (i) 보관된 정보의 성격, (ii) 사건 이후, 그리고 최초 게재와 온라인 공개 이후 경과된 시간, (iii) 현 시점에서 정보의 가치, (iv) '잊힐 권리'를 주장하는 정보주체가 잘 알려진 사람인지 여부 및 사건 이후 정보주체의 행동, (v) 온라인상 정보가 계속해서 이용가능할 경우 발생하는 부정적인 효과, (vi) 디지털 아카이브 형태의 정보에 대한 접근성 정도, 그리고 (vii) 표현의 자유, 더 구체적으로는 언론의 자유에 대한 제한조치의 영향.

대부분의 경우 사생활에 대한 보호를 판단하기 위해서는 관련된 다른 이익들과 특정 사안에서 그러한 보호를 위해 사용되는 수단을 비교하여 여러 기준이 동시에 고려되어질 필요가 있다. 즉 '잊힐 권리'가 주장되는 상황에서 사생활에 대한 보호는 그것을 실제로 구현하는 수단과 분리하여 고려될 수 없다. 이러한 관점에서 볼 때, 상충하는 법익 각각의 비중과 구체적인 사안에서 사용된 수단의 정도를 고려하여 사

21) Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France [GC], no. 40454/07, §§ 90-93, ECHR 2015.

생활을 존중받을 권리에서 도출되는 '잊힐 권리'와 표현의 자유 중 어느 쪽에 더 무거운 비중이 부여되었는지를 판단하는 것은 형량을 수행하는 데 있어 중요한 문제이다.

이러한 맥락에서 본 재판소는 *M.L. and W.W. v. Germany* 결정[22]에서 다음과 같이 판시한 바 있으며, 이것은 유럽사법재판소의 *Google v. Spain* 결정 및 검색엔진에 의한 목록제외에 관한 후속 판결에 부합한다.

> "해당 언론사가 보유한 청구인에 관한 정보를 인터넷 사용자가 쉽게 찾을 수 있는 것은 주로 검색엔진 덕분이다. 그럼에도 불구하고, 청구인의 사생활을 존중받을 권리에 대한 최초의 제한은 정보를 공개하고 이를 웹사이트에서 계속 열람이 가능하도록 한 언론사의 결정에서 비롯된 것이다. 검색엔진의 존재는 단지 이러한 제한의 범위를 증폭시켰을 뿐이다. 그러나 정보의 유포에 대한 이러한 증폭효과와 특정인에 대한 정보 게시의 기저를 이루는 활동의 특성 때문에, 정보주체 개인에 대한 검색엔진의 의무와 애초에 정보를 게시한 주체의 의무는 다를 수 있다. 따라서 삭제 요청이 표현의 자유가 보장하는 활동의 핵심에 있는 정보의 최초 게시자와 관련된 것인지, 아니면 해당 개인에 대한 정보를 최초로 게시하는 것이 아니라 그 개인에 대한 정보의 식별을 용이하게 하여 프로필을 구축하는 데 주된 관심이 있는 검색엔진에 대한 것인지에 따라 관련된 이익의 비교형량 결과는 달라질 수 있다."

본 재판소의 입장에서 '잊힐 권리'를 근거로 한 표현의 자유에 대한 제한을 검토할 때 검색엔진 관리자의 활동과 언론사의 활동을 구분하는 것은 중요하다.

끝으로, 본 재판소는 최초에는 합법적으로 게재되었던 기사를 익명처리해야 하는 의무로 인해 발생하는 언론의 자유에 대한 위축효과도 무시할 수 없다고 본다. 피해자라고 주장하는 사람의 요청에 따라 기사를 온라인에 계속 게시하는 것이 적법한지 여부를 추후 단계에서 검토해야 할 의무(모든 이해관계를 형량해야 할 의무)는 언론사가 향후 온라인 아카이브에 기사를 보관하지 않거나 그러한 요청의 대상이 될 수 있는 개인적 요소를 기사에서 누락할 위험을 수반한다.[23] 그럼에도 불구하고, 콘텐츠 제공자는 정보주체의 명시적인 요청이 있는 경우에만 표현의 자유와 사생활 존중의 측면에서 이해관계를 평가하고 형량할 것이 요구된다. 이와 관련하여, 본 재판소는 협약 제8조가 적용되기 위해서는 개인의 명예에 대한 훼손이 일정 수준 이상의 심각

22) M.L. and W.W. v. Germany, nos. 60798/10 and 65599/10, 28 June 2018.

23) M.L. and W.W. v. Germany, nos. 60798/10 and 65599/10, § 104, 28 June 2018.

성을 가져야 한다는 점을 다시 한 번 강조한다. 따라서 이러한 종류의 요청을 하는 관련 당사자는 보관된 기사의 지속적인 온라인 게시로 인한 훼손의 심각성을 충분히 입증하여야 한다.

표현의 자유와 사생활을 존중받을 권리 사이의 형량이라는 맥락에서 이 두 권리는 동등한 가치를 지닌 것으로 간주되어야 하지만, 그렇다고 해서 그 형량을 수행하는 데 적용되는 기준이 모두 동일한 비중을 갖는 것은 아니다. 이러한 맥락에서 신문 아카이브의 무결성 보존 원칙은 지켜져야 한다. 이는 정보 전달 및 아카이브 유지라는 언론의 업무 수행에 미칠 수 있는 위축효과를 방지하기 위하여 보관된 기사내용의 정정 및 삭제가 꼭 필요한 경우만으로 한정되어야 한다는 것을 의미한다. 따라서 앞서 서술한 기준을 적용할 때에는 신문 아카이브에서 자신과 관련된 기사의 정정·삭제를 요청하는 개인의 이익과 이러한 요청이 언론사와 언론의 기능에 미치는 영향 사이의 적절한 형량에 특히 주의를 기울여야 한다.

(3) 이 사건에의 적용

본 재판소는 항소법원이 온라인 아카이브에 있는 이 사건 기사의 익명처리를 명령하면서 다음과 같은 기준에 따라 결정을 내렸다는 점에 주목한다: 해당 사실이 애초에 합법적으로 공개되었으며 사법적 성격을 지녔어야 한다는 점; 현 시점에서는 그 공개에 가치가 없어야 한다는 점; 역사적 가치가 없어야 한다는 점; 두 번의 공개 사이에 일정한 시간이 경과했어야 한다는 점; 정보주체가 공적인 인물이 아니어야 한다는 점; 그리고 사회에 재통합되는 것에 대한 이익이 있어야 하고 죄 값을 치렀어야 한다는 점.

본 재판소는 협약 제8조와 제10조 사이의 충돌을 해결하기 위해 국가당국에 주어진 재량의 범위를 고려하여 항소법원이 수행한 심사가 앞서 서술한 기준에 부합하는지를 검토해야 한다. 또한 앞서 서술한 기준을 적용할 때에는 '잊힐 권리'를 근거로 온라인 아카이브에 보관된 합법적인 기사의 정정에 관한 사건이 가진 구체적인 특성도 참작하여야 한다. 이 경우, 본 재판소가 항소법원의 판단을 대체하기 위해서는 강력한 근거를 제시해야 한다.

① 보관된 정보의 성격

쟁점이 되는 정보의 성격과 관련하여, 본 재판소는 먼저 해당 정보가 정보주체의

사적인 부분, 직업적인 부분 또는 공적인 부분 중 어느 부분에 관한 것인지 그리고 사회적인 영향이 있는지 아니면 사생활의 내밀한 영역에 해당하여 특별히 민감한 성격의 것인지를 확인해야 한다. 이와 관련하여 본 재판소는 최근 결정에서 형사절차와 관련된 정보를 민감정보라고 보았다.[24)]

또한 본 재판소는 주어지는 특정의 주제를 다루는 방식은 언론의 자유의 문제라는 점과 협약 제10조는 기사의 신뢰성을 보장하기 위해 어떤 내용의 기사를 게재해야 하는지의 결정이 언론인으로서의 직업적 윤리규칙과 행동강령에 근거하는 경우 이를 언론인에게 맡기고 있다는 점을 거듭 강조한다.[25)] 형사절차에 관한 뉴스기사의 경우, 관련자의 성명과 같은 개인정보를 포함하는 것은 중요한 부분이며[26)] 개인의 이름이 협약 제8조가 보호하는 사적인 영역이라 할지라도 그 자체로는 협약상의 문제를 제기하지 않는다.[27)] 이는 최초 보도 시점과 온라인 아카이브에 게시되는 시점 모두에 적용된다.

이 사건에서 문제가 된 기사는 1994년에 며칠에 걸쳐 발생한 여러 건의 교통사고를 담아 보도한 것이었는데, G.가 일으킨 교통사고도 그 중에 하나였다. 이 기사는 G.의 실명을 언급하고 사고 경위를 설명하였다. 본 재판소는 이 기사가 현재 진행 중인 수사나 유죄판결에 관한 것은 아니지만 의심할 여지없이 그러한 유죄판결로 이어질 사실과 관련되어 있었다고 본다. 따라서 보도된 사실이 사법적 성격을 가지고 있다는 항소법원의 판단에 동의한다.

이 사건 기사는 입증된 사건을 간결하고 객관적인 방식으로 보도한 일련의 짧은 뉴스기사였으며 G.는 국내 소송절차의 어떠한 단계에서도 기사에 포함된 문제의 정보를 최신화하거나 수정할 필요가 있다고 주장하지 않았다는 점에 본 재판소는 주목한다. 그러나 본 재판소가 보기에, 보도된 사실은 비극적이지만 그 심각성으로 인해 시간이 지나도 중요성이 변하지 않는 범죄의 범주에 속하지는 않는다. 또한 G.의 유죄판결의 원인이 된 이 사건은 해당(문제의) 기사를 제외하고는 언론보도의 대상이

24) Biancardi v. Italy, no. 77419/16, § 67, 25 November 2021.

25) Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland [GC], no. 931/13, § 186, 27 June 2017; M.L. and W.W. v. Germany, nos. 60798/10 and 65599/10, § 105, 28 June 2018; and Recommendation Rec(2003)13 of the Committee of Ministers to member States on the provision of information through the media in relation to criminal proceedings.

26) Fuchsmann v. Germany, no. 71233/13, § 37, 19 October 2017.

27) S. and Marper v. the United Kingdom [GC], nos. 30562/04 and 30566/04, § 66, ECHR 2008.

아니었고, 사건이 보도될 당시나 그 기사의 아카이브 버전이 온라인에 게시될 당시에도 대중의 주목을 끌지 못했다는 점도 고려해야 한다.

② 사고 및 최초 보도와 온라인 보도 이후 경과된 시간

본 재판소가 보기에, 정보의 적절성은 종종 그 화제성과 밀접하게 연관된다. 청구인의 주장과는 달리, 본 재판소는 상당한 시간의 경과가 '잊힐 권리'의 인정 여부에 영향을 준다고 본다. 같은 쟁점을 다룬 유럽의 법원들도 최초 보도 이후 시간의 경과를 중요하게 강조하는 기준 중 하나로 보았다.

1994년 발행된 이 사건 기사는 2008년에 *Le Soir*의 온라인 아카이브에 게시되었다. 항소법원의 판결에서 시간의 경과가 중요한 요소로 작용했는데, 해당 기사의 최초 보도와 첫 익명처리 요청 사이에 상당한 기간(16년)이 경과했고 판결문 송달 시점까지는 약 20년이 지났다는 점에 주목했다. 이러한 상황에서 본 재판소는 2006년 사회에 복귀한 G.가 그 이후에 자신의 과거를 영구히 상기시키지 않고 사회에 재통합될 수 있도록 할 정당한 이익을 가지고 있다고 본다.

③ 현 시점에서 정보의 가치

기록물을 생성하고 보존하는 언론의 역할에 관한 위의 고려사항들과 직결되는 문제로서 본 재판소는 이 사건 기사가 공적인 논의에 계속해서 기여하는지, 역사적·연구적·통계적 가치가 있는지, 최근의 사건들을 더 잘 이해하기 위한 맥락상의 관련성이 있는지를 평가해야 한다. 이러한 평가는 정보주체가 '잊힐 권리'에 관한 요청을 했을 시점을 기준으로 내려져야 한다.

이러한 맥락에서 지적되어야 할 점은 본 재판소가 최초 공개와 관련하여, 공공의 이익이 관련된 사안에서는 협약 제10조 제2항에 따라 표현의 자유를 제한할 수 있는 범위가 좁다고 일관되게 판시해 왔다는 점이다.[28] 공익적 사안에 대한 논쟁이 관련된 경우 국가의 재량 범위는 축소된다. 본 재판소의 선례에 따르면, 공공의 이익이란 대중이 정당하게 관심을 가질 수 있을 정도로 영향을 미치는 사안, 대중의 관심을 끌거나 특히 시민의 안녕이나 공동체의 삶에 영향을 미친다는 점에서 대중이 상당히 관여하게 되는 사안을 말한다. 많은 논란을 불러일으킬 수 있는 사안, 중요한 사회적

28) Editions Plon v. France, no. 58148/00, § 44, ECHR 2004 IV; and Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France [GC], no. 40454/07, § 96, ECHR 2015.

이슈 혹은 대중이 알고 싶어 하는 문제와 관련된 사안도 마찬가지이다. 그럼에도 불구하고, 공공의 이익은 타인의 사생활 정보에 대한 대중의 갈증이나 독자의 선정주의(sensationalism) 혹은 관음증으로 좁혀질 수 없다.[29] 이러한 관점에서 공익과 관련된 논쟁에 대한 기사의 기여는 정보 그 자체 또는 공개 이후 발생한 새로운 요소들로 인하여 시간이 지나도 지속될 수 있다.

그러나 화제성이 거의 없는 정보를 다루는 디지털 신문 아카이브의 특성으로 인해 현재의 공적 논쟁에 대한 기여는 대부분의 경우 결정적이지 않다. 공적 논의에 대한 기여가 없다면, 보관된 정보가 역사적·과학적 가치처럼 다른 가치를 지니고 있는지 확인해야 한다.

이 사건에서 항소법원은 사건이 발생한지 20년이나 지난 지금, 공적인 인물이 아니었던 사람의 신원정보는 기사의 공익성을 제고하지 않으며 단지 도로교통 안전과 관련된 공적 논의에 통계적으로 기여했을 뿐이라고 보았다. 항소법원의 견해에 따르면, 기사에 보도된 사건은 역사적 의미가 없다는 것이 분명했다. 이 점에서 본 재판소는 항소법원과 다르게 판단할 근거가 없다.

④ '잊힐 권리'를 주장한 정보주체가 잘 알려져 있는지 여부 및 이 사건 이후 그의 행동

일반적으로 보도나 사진의 대상이 되는 사람의 직무나 직업은 협약 제8조 및 제10조가 보장하는 권리를 이익형량하는데 고려해야 할 또 다른 중요한 기준이 된다.[30] 개인이 얼마나 공적인 인물인지 또는 잘 알려져 있는지는 사생활이 제공할 수 있는 보호에 영향을 미치기 때문에, 본 재판소는 공적 인물의 사생활의 특정 측면에 대한 대중의 알 권리를 여러 차례 인정한 바 있다. 기사가 최초로 보도되는 경우에 적용되는 이 기준은 디지털 신문 아카이브에도 적용될 수 있다.[31] 해당 인물이 잘 알려져 있는지 여부는 사건의 정황과 '잊힐 권리'에 대한 요청이 이루어진 시점을 기준으로 판단되어야 한다.

원래 기사의 대상이 된 사건 이후의 정보주체의 행동도 경우에 따라 '잊힐 권리'

29) Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France [GC], no. 40454/07, §§ 101 and 103, ECHR 2015.

30) Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, § 110, ECHR 2012; and Axel Springer AG v. Germany [GC], no. 39954/08, § 91, 7 February 2012.

31) M.L. and W.W. v. Germany, nos. 60798/10 and 65599/10, § 106, 28 June 2018.

요청을 거부하는 근거가 될 수 있다.[32] 반대로 언론의 관심 밖에 있었다는 사실은 개인의 명예를 보호하는데 유리하게 작용할 수도 있다.

이 사건에서 항소법원은 G.가 어떠한 공직도 맡지 않았다고 보았다. 항소법원은 G.가 의사라는 사실만으로는 사건 발생 20여년이 경과한 후에도 온라인 기사에서 그의 신상을 계속 공개하는 것을 정당화 할 수 없다고 판단하였다. 본 재판소는 G.가 사건 발생 당시와 익명처리를 요청한 시점 모두 대중에게 알려지지 않은 개인이었다는 점에 주목한다.[33] 또한 이 사건은 보도될 당시나 이 기사의 온라인 아카이브 버전이 게시될 당시에도 대중의 관심을 널리 받은 것이 아니었다.

벨기에 법원들은 사고 이후의 G.의 행동에 대해서는 명시적으로 판단하지 않았다. G.가 자신의 상황을 공론화하기 위해 언론사에 접촉했다는 증거는 전혀 없다.[34] 오히려 G.가 취한 모든 조치들은 언론의 관심을 받지 않으려는 열망을 보여준다.

⑤ 온라인상 정보가 계속 열람 가능할 경우 발생하는 부정적인 효과

협약 제8조에 따라 개인의 사회적 또는 직업적 명예를 보호하는 것과 관련된 사건들에서 본 재판소는 개인의 명예에 대한 훼손이 일정 수준 이상으로 심각해야 하며 사생활을 존중받을 권리의 향유를 침해하는 방식으로 이루어져야 한다고 판시해 왔다. 이와 관련하여 청구인은 공익적인 측면에서 대중이 습득할 권리가 있는 정보에 대한 접근이 특히 설득력 있는 이유로 정당화되어야 하며, 해당 정보가 특히 공적인 성격의 것인 경우 그와 같은 접근을 제한하려는 자가 심각한 피해가 실제로 존재함을 증명해야 한다고 주장했다.

본 재판소가 보기에, 이러한 고려사항들은 검색엔진에 대한 목록제외 요청이 아닌 디지털 신문 아카이브에 보관된 정보의 익명화에 대한 이 사건과 관련이 있다. 따라서 디지털 신문 아카이브에 보관된 기사의 정정을 정당화하기 위해서 정보주체가 자신의 사생활에 심각한 피해가 있음을 합당하게 입증할 수 있어야 한다.

이와 관련하여 사법적 성격의 정보의 경우에는 해당 정보의 지속적인 이용이 그 개인의 사회재통합에 미치는 영향을 고려하는 것이 당사자의 피해를 평가하는 데 중요하다고 본다.[35] 이러한 배경에서 그리고 정보공개 후 경과된 시간과 긴밀히 연계

32) M.L. and W.W. v. Germany, nos. 60798/10 and 65599/10, § 106, 28 June 2018.

33) M.L. and W.W. v. Germany, nos. 60798/10 and 65599/10, § 106, 28 June 2018.

34) M.L. and W.W. v. Germany, nos. 60798/10 and 65599/10, §§ 108-109, 28 June 2018.

하여, 정보주체의 유죄판결이 범죄 기록에서 삭제되고 정보주체가 갱생하였는지 여부를 확인해야 한다. 여기서 염두에 두어야 할 점은 유죄판결을 받은 정보주체의 이익뿐만 아니라 사회의 이익도 고려되어야 한다는 점 그리고 유죄판결을 받은 사람이 형기를 마친 후 사회에 완전히 재통합되기를 정당하게 열망할 수 있다는 점이다. 그럼에도 불구하고, 본 재판소는 그 사람이 갱생했다는 사실 자체가 '잊힐 권리'의 인정을 정당화할 수는 없다고 본다.

이 사건에서 항소법원은 범죄에 관한 기사의 전자기록 보관이 형기를 마치고 갱생한 G.에 대한 일종의 '가상의 범죄기록'을 생성해서는 안 된다고 보았다. 항소법원은, *Le Soir*의 웹사이트나 구글에서 G.의 성과 이름에 대한 간단한 검색으로 곧바로 이 사건 기사가 연결된다는 사실을 확인했다. 항소법원이 보기에 이것은 의심할 여지없이 G.에게 적어도 심리적인 피해를 입힐 원인이었다. G.가 의사였기 때문에 이러한 상황은 필연적으로 환자, 동료, 그리고 지인을 포함한 많은 대중이 그의 과거 유죄판결에 대해 쉽게 알 수 있도록 만들었고, 이에 따라 그를 낙인찍고 그의 명예를 심각하게 훼손하며 정상적인 사회재통합을 막았다. 이와 관련하여, 본 재판소는 항소법원의 합당한 판단에 이의를 제기해야 할 강력한 이유가 없다고 본다.

⑥ 디지털 아카이브에 보관된 정보에의 접근용이성

게시된 정보의 접근성과 관련하여, 인터넷 사이트는 특히 정보를 저장하고 전송하는 능력에 있어 인쇄매체와는 구별되는 정보 및 커뮤니케이션 도구이며, 인터넷상의 콘텐츠 및 커뮤니케이션은 인권과 자유, 특히 사생활을 존중받을 권리의 향유에 미치는 위험이 인쇄물에 비해 훨씬 더 크다.[36]

그러나 일반적으로 아카이브를 참조하기 위해서는 신문사의 아카이브가 있는 전용 웹페이지에 키워드를 검색하는 등의 적극적인 검색행위가 필요하다는 점을 유념해야 한다. 즉 그러한 식의 검색행위를 하지 않는다면, 디지털 아카이브에 보관된 기사는, 특정인과 관련된 정확한 정보를 굳이 찾으려 하지 않는 인터넷 사용자들의 이목을 끌지 못할 가능성이 높다.[37] 관련 이익을 형량할 때, 보관된 기사의 접근성 정도, 즉

35) M.L. and W.W. v. Germany, nos. 60798/10 and 65599/10, § 100, 28 June 2018.

36) Delfi AS v. Estonia [GC], no. 64569/09, § 133, ECHR 2015; Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine, no. 33014/05, § 63, ECHR 2011 (extracts); and Cicad v. Switzerland, no. 17676/09, § 59, 7 June 2016.

37) M.L. and W.W. v. Germany, nos. 60798/10 and 65599/10, § 113, 28 June 2018.

제한 없이 무료로 열람이 가능한지 또는 구독자만 열람이 가능하다든가 그 밖에 다른 방식으로 접근을 제한하고 있는지를 확인하여야 한다.

이 사건에서 벨기에 법원들은 온라인 기록물이 2008년 게시되었을 때 *Le Soir*의 기사를 무료로 열람할 수 있었다는 점을 확인하였다. 또한 G.가 익명처리를 요청했을 때와 국내 소송이 진행되는 동안 그 기록물은 아무런 제한이나 비용 없이 열람이 가능했다는 점에 대해서도 다툼이 없다. 높은 접근용이성을 고려했을 때, 본 재판소는 항소법원과 마찬가지로 이 사건 기사가 명백하게 G.에게 피해를 야기했다고 본다.

⑦ 표현의 자유, 특히 언론의 자유에 미치는 효과

본 재판소는 이제 익명처리 명령이 표현의 자유와 언론의 자유에 미치는 영향에 관한 항소법원의 판단을 검토하여야 한다. 이를 위하여 본 재판소는 항소법원이 한편으로는 G.의 이익을, 다른 한편으로는 정보전달 및 기록보관 업무와 관련된 청구인의 이익을 적절히 형량한 것을 바탕으로 청구인의 업무에 대한 간섭을 G.가 주장하는 사생활을 존중받을 권리를 보호하기 위해 꼭 필요한 만큼으로 한정하였는지를 확인하여야 한다.

디지털 영역의 기술적인 발전과 관련하여 유럽의 사법적 관행은 이러한 맥락에서 개인의 명예와 권리를 보호하기 위하여 여러 유형의 조치를 인정해 왔다. 언론사의 웹사이트에 대해서는 다음의 예와 같은 조치가 취해질 수 있다: (i) 디지털 아카이브에 보관된 문서의 전부 또는 일부의 삭제, (ii) 문서에 언급된 사람의 세부적 정보에 대한 익명화, (iii) 문서에 메모를 첨부하는 것, 즉 정보가 부정확한 경우에는 디지털 정정을 통해, 정보가 불완전한 경우에는 전자통신을 통해 문서를 업데이트 하는 것, (iv) 웹사이트 내부 검색엔진의 색인에서 해당 문서 삭제, (v) 외부 검색엔진 프로그램이 특정 위치를 크롤링하지 못하도록 하는 액세스 코드 또는 지침에 따라 외부 검색엔진이 해당 문서의 전부 또는 일부(관련자의 이름에 기반을 둔 검색만 관련되는 경우)의 색인을 해제하도록 하는 것.

디지털 신문 아카이브의 무결성이 중요하다는 점을 고려할 때, 회원국 국내 법원들은 이러한 종류의 분쟁을 해결하고 어떤 조치를 취할지 결정할 때, 정보주체가 추구하는 목적(그 목적이 정당하다고 가정할 때)에 가장 적합하면서도 언론사의 언론의 자유를 가장 덜 제한하는 수단을 우선시해야 한다. 정부주체의 요청을 거부하는 한이 있더라도 이러한 이중의 목적을 함께 충족하는 경우에만 해당 조치를 명령할 수 있다.

이 사건에서 G.는 *Le Soir*의 검색엔진이나 구글에서 자신의 성과 이름을 검색하면 이 사건 기사가 첫 번째 결과로 나타나는데, 이는 자신의 사생활과 직업생활에 영향을 미치는 상황이라고 주장하였다. G.는 검색엔진 관리자를 상대로 자신의 이익을 보호하려고 하지 않고 청구인을 상대로 기사의 익명화를 요구하였고, 예비적으로 신문사의 내부 검색엔진에서 해당 기사의 색인을 제거해 줄 것을 요구하였다. 이에 대해 G.는 시장에 여러 검색엔진이 존재하고 제소 당시의 기술 수준상 각 검색엔진마다 별도의 '색인 없음' 태그가 필요한데, 그가 보기에 이 방법은 효과가 의심스럽기 때문이라고 진술하였다. 이러한 구체적인 배경을 바탕으로 본 재판소는 벨기에 법원들이 기사를 익명처리하라는 명령의 심각성을 검토하였는지, 했다면 어느 정도로 검토하였는지 심사해야 한다.

항소법원은 청구인의 표현의 자유를 과도하게 제한하지 않으면서 G.의 사생활을 보호할 수 있는 가장 효과적인 수단은 G.의 성과 이름을 X로 대체하여 *Le Soir* 웹사이트의 기사를 익명화하는 것이라고 판단했다. 이와 관련하여 본 재판소는 이전에 익명화가 기사 전체를 삭제하는 것보다 표현의 자유를 덜 제한한다고 판시한 바 있다.[38] 익명화는 관련자의 성과 이름만 변경하고 전달된 정보의 내용에는 영향을 미치지 않는다는 점에서 보관된 자료를 변경하는 특별한 수단이다. 항소법원은 G.의 요청에 응했다는 사실이 곧 모든 개인에게 역사를 고쳐 쓸 주관적 권리를 부여한 것은 아니며 청구인에게 역사를 '위조'하는 것을 가능하게 하거나 '과도한 책임'을 부담시킨 것도 아니라고 결론지었다.

항소법원은 아카이브의 무결성이 중요하다는 점을 판결이유로 고려하였다. 기억의 의무와 아카이브에 신뢰성 있는 기록물을 보존할 필요성에 관한 청구인의 주장에 대하여 항소법원은 아카이브에서 기사를 삭제해달라는 요청이 실제로 없었다는 점을 분명히 했다. 또한 지면 기사 아카이브는 그대로 유지되며 청구인은 여전히 디지털 원본(마스터 아카이브의 기록물)의 무결성을 보장할 수 있다는 점을 강조했다.

본 재판소는 이 사건에서 익명처리 되지 않은 원본 기사가 여전히 인쇄물 형태로 제공되고 있으며 관심 있는 사람은 누구나 열람할 수 있으므로 아카이브 기록으로서의 고유한 역할은 모두 충족되고 있다는 점에 주목한다.

마지막으로, 언론사에 대해 애초에는 합법적으로 발행된 기사를 익명처리하도록 함으로써 발생하는 언론의 자유에 대한 위축효과에 대하여, 본 재판소는 그러한 의

38) M.L. and W.W. v. Germany, nos. 60798/10 and 65599/10, § 105, 28 June 2018.

무가 원칙적으로 언론의 '의무와 책임'에 속할 수 있으며 언론에 부과될 수 있는 한계 내 있다고 본다. 이 사건에서는 익명처리 명령이 *Le Soir* 신문의 저널리즘 업무 수행을 실질적으로 저해할 정도로 중대한 영향을 미치는 것으로 보이지는 않는다.

(4) 소결

앞서 설시한 바에 따라 본 재판소는 벨기에 법원들이 이 사건 기사에서 보도된 사법적인 사실의 성격과 중대성, 해당 기사가 시사적·역사적·과학적 가치를 지니지 않았다는 점, 그리고 G.가 잘 알려진 사람이 아니라는 사실을 일관된 방식으로 고려했다고 본다. 이에 더하여 벨기에 법원들은 해당 기사가 온라인에서 제한 없이 계속 게시됨으로써, 특히 기사가 최초 보도된 후 경과한 시간을 고려할 때 '가상의 범죄기록'을 생성하기 쉽다는 점에서 G.가 입게 된 심각한 피해를 중요하게 고려하였으며, 기사의 익명화가 청구인에게 과도하고 실행불가능한 부담을 부과하지 않으면서도 G.의 사생활을 보호하는 가장 효과적인 수단이라고 판단하였다.

이러한 상황에서 그리고 국가에 인정되는 재량의 여지를 고려할 때, 본 재판소는 벨기에 법원들이 관련 권리들을 협약에 맞춰 신중하게 형량하였고 이에 따라 협약 제10조가 보장하는 권리를 민주사회에서 필요하고 비례적인 방식으로 제한하였다고 본다. 본 재판소는 벨기에 법원의 판단을 대체해야만 할 강력한 근거가 없다고 본다. 따라서 협약 제10조를 위반하지 않았다.

다. 법정의견의 결론

앞서 서술한 이유들로 인해 본 재판소는,

12대 5의 표결로, 협약 제10조가 위반되지 않았다고 결정한다.

2. RANZONI 재판관의 반대의견[39][40]

가. 서론

이 사건은, 최초에 합법적으로 공개되고 저널리즘의 목적에 따라 디지털 신문 아

39) KŪRIS, GROZEV, EICKE, SCHEMBRI ORLAND 재판관 참여.

40) 본 원고에서는 KRENC 재판관의 별개의견은 생략한다. KRENC 재판관은 별개의견을 통하여 유럽인권재판소가 충돌하는 권리들을 직접 비교형량할 것이 아니라 벨기에 법원들의 판결을 검토하는 데 그쳐야 했다고 보았다. 그는 벨기에 법원들의 판단을 검토한 후, 이를 대체할 '강력한 근거'가 없다는 취지로 법정의견의 결론에 동의하였다.

카이브에 보관된 기사의 무결성에 직접적으로 개입함으로써 '잊힐 권리'의 적용에 관한 새로운 쟁점을 제기한다. 이 사건의 주요 쟁점은 이러한 유형의 사건에 적용될 방법론적 접근과 고려되어야 할 기준을 결정하는 것이다.

법정의견은, 이 사건의 특정한 상황에 한정되어, 벨기에 법원들이 지나치게 호의적으로 해석한 판결을 근거로 매우 좁은 관점에서 이 사건을 다루기로 하였다. 따라서 법정의견은 새로운 쟁점과 적용 원칙들에 관하여 철저하게 심사하지 않고, 이러한 사건에 적합하지 않아 보이는, 개입을 최소화하려는 관점을 취하였다. 또한, 법정의견의 입장은 언론의 자유를 심각하게 약화시킬 위험이 있다. 이하에서 나는 법정의견이 어떤 방식으로 이 사건을 다루었어야 했는지 간략하게 제시하고자 한다.

나. 대안적인 접근방법

이 사건에서 본 재판소의 역할은 온라인 신문 아카이브뿐만 아니라 일반적인 언론의 아카이브의 가치를 결정하는 것이다. 나는 언론이 과거에 보도한 자료의 내용을 정정하라는 압박을 계속해서 받는다면 사건을 보도하는 데 훨씬 더 자제해야 할 책임감을 느끼게 될 것이라고 본다. 또한 비용이 많이 드는 법적 소송과 소송에서 패소할 위험을 피하기 위하여 보관한 정보의 정정에 대한 요청을 수락할 강력한 유인을 갖게 될 것이다. 이러한 요소들은 언론의 역할을 약화시키고 틀림없이 위축효과를 야기할 것이다.

특히 현재의 지정학적·사회적 분위기에서 본 재판소는 언론의 자유와 온라인 신문 아카이브의 중요성을 약화시킬 것이 아니라 강화해야 한다. 이와 관련하여 본 재판소는 집단기억과 그에 따른 '기억할 권리'를 보호해야 하고, 부적절하고 불균형한 수단을 사용하여 '잊힐 권리'에 우선순위를 부여함으로써 이를 위태롭게 해서는 안 된다.

여기서 제안하는 대안적인 접근법은 '잊힐 권리'에 대한 주장이 점점 더 빈번해지는 여러 회원국의 추세와 전적으로 부합한다. 이러한 추세는 인터넷에 정보가 지속적으로 존재하고 검색엔진의 기능이 여기에 결합된 결과이다. '잊힐 권리'에 관한 현재 논의의 특질을 규정하고 개인정보보호 요청의 증가를 촉발한 것은 주로 검색엔진이 정보에 접근할 수 있도록 하는 기능이라는 점에 유의해야 한다. 검색엔진이 없었다면 논의의 틀이 완전히 달라졌을 것이다. 따라서 이러한 현실에 주목하고, 특히 검색엔진이 '잊힐 권리' 청구에 대한 방안을 모색하는 첫 번째 창구가 되어야 한다는 점을 강조할 필요가 있다. 법정의견은 이러한 현실이 반영된 판단을 했어야 한다. 또

한, 법정의견은 언론의 디지털 기술로의 전환과 뉴스 포털사이트의 확산을 경시해서는 안 된다.

사실 이 사건은 협약 제8조의 '잊힐 권리'보다 협약 제10조의 '기억할 권리'와 더 관련이 있다. 어떠한 경우에도 개인의 '잊힐 권리'에 대한 청구는 합법적으로 공개되고 인터넷 아카이브에 보관된 사실의 변경을 구할 수 있는 권리의 지위를 획득할 수 없다.

정보 보존이라는 신문 아카이브의 고유한 역할을 고려한다면, 아카이브에 보관된 기사의 변경 여부를 결정할 때 시간의 경과에 따른 영향을 지나치게 중시해서는 안 된다. 과거 사건에 대해 게시된 정보가 처음에는 대중의 관심에서 멀어진 인물에 대한 최근 뉴스로서만 관련성이 있었지만, 이후 해당 인물이 대중의 관심의 전면에 등장할 경우 관련성이 더 높아질 수 있다. 게다가 보관된 정보는 역사적·연구적·통계적 가치를 획득하거나 최근 사건의 맥락을 파악하기 위한 목적으로 계속해서 가치를 유지할 수 있다. 이러한 모든 요소는 현 시점에서의 공익적 논의에 대한 기여도와는 무관하게 합법적으로 공개된 정보를 보존하는 쪽에 더 유리하게 작용한다.

정보주체는 검색엔진에 대한 자신의 권리를 행사하기 위해 사전에 또는 동시에 원본이 있는 웹사이트에 연락하지 않아도 된다. 왜냐하면 검색엔진과 원본이 있는 웹사이트는, 각기 고유한 정당성의 근거가 있으며 개인의 권익에 미치는 영향이 다른 두 가지 형태의 처리이기 때문이다. 즉 검색엔진 관리자의 활동과 협약 제10조에 의해 보장되는 표현의 자유에 의지할 수 있는 뉴스 발행인의 활동에 대한 구분은 표현의 자유에 대한 침해를 심사할 때 고려해야 할 중요한 부분이다. 불행히도 법정의견은 이러한 구분을 소홀히 한 채 판단을 내렸다.

이러한 상황에서 특히 디지털 언론 아카이브의 무결성 원칙과 그 중요성에 비추어 볼 때, 온라인 아카이브에 보관된 언론콘텐츠에 대한 변경 요청에 관한 심사는 동등한 지위를 가진 두 권리 사이의 균형을 맞추는 것이어야 한다. 더 정확히는, 협약 제10조 제2항에 따른 필요성 심사, 즉 긴급한 사회적 필요의 존재 여부와 엄격한 비례성 요건에 대한 철저한 검토가 수반되어야 한다. 특히 원본 기사의 합법성에 의문이 제기되지 않는다면 디지털 언론 아카이브는 원칙적으로 그 진위성과 무결성을 유지해야 한다는 것이 기본원칙이 되어야 한다.

긴급한 사회적 필요와 관련하여, 첫째, 이 사건 기사는 사법적 성격을 가지고 있었으며 특별히 민감한 주제가 아니었다. G.는 그가 심각한 피해를 입었다는 점을 입증

하지 않았으며, 벨기에 법원들 또한 온라인 기사를 계속해서 열람 가능하도록 하는 것이 그의 명예에 피해를 줄 수 있다는 점을 논증하지 않았다. 둘째, '잊힐 권리'를 주장하는 사람의 상황과 관련하여, G.는 신문 아카이브의 변경과 같은 특별한 보호를 청구할 수 있는 약자가 아니었다는 점에 주목해야 한다. 셋째, 디지털 아카이브에 보관된 정보의 열람 가능성과 관련하여, 이 사건에서 아카이브가 아무런 제한 없이 무료로 접근 가능했다는 점에 주목해야 한다. 그러나 마찬가지로 그 사실 자체는 온라인 아카이브에 보관된 신문 기사의 정정을 뒷받침하지 못한다.

앞서 서술한 모든 점들로 인하여 나는 이 사건의 상황에서 애초에 합법적인 방식으로 공개된 정보의 정정을 정당화하는 '긴급한 사회적 필요'가 없었다고 본다.

청구인에게 부과된 조치의 경중과 언론의 자유, 특히 '기억할 권리'에 미치는 영향을 평가하기 위하여, 벨기에 법원들이 수단의 비례성을 검토했는지 그리고 가능한 덜 제한적인 수단을 고려했는지 확인해야 한다.

G.가 검색엔진을 상대로 검색목록에서 제외해달라는 요청을 하지 않았다는 점이 언론사를 상대로 제기된 소송에서 벨기에 법원들이 사건을 검토할 때 대체수단을 고려하지 못하도록 막아서는 안 된다.

청구인과 정부는 표현의 자유를 최대한 보호하기 위한 수단으로써 검색엔진의 검색목록에서 삭제하는 것이 아카이브를 정정하는 것보다 더 바람직하다는 점에 동의했다. 벨기에 법원들은 이 요소를 고려하지 않았고 당사자들이 언급한 몇 가지 대안적 수단을 검토하는 데 그쳤다. 그러나 G.에게는 비슷한 효과를 주면서 언론의 자유와 아카이브의 무결성을 덜 훼손할 수 있는 몇 가지 다른 조치들이 존재했다.

나는 또한 인터넷 아카이브에 보관된 기사의 정정 요구를 검토할 때, 동일한 기사의 인쇄물 버전이 그대로 남아있다는 점은 고려요소가 아니라고 본다. 저널리즘의 목적과 마찬가지로 집단기억의 생성에 기여하는 신문 아카이브의 역사적 목적은 그것이 디지털 형태라 해도 변하지 않는다. 따라서 온라인 아카이브는 인쇄물 형태를 포함한 다른 유형의 아카이브와 동일한 보호를 받아야 한다.

마지막으로, 언론사가 합법적인 기사를 익명처리해야 하는 의무로 인해, 언론의 자유가 위축될 수 있다는 점도 무시할 수 없다. 실제로, 피해자라고 주장하는 사람의 요청에 따라 기사를 온라인에 계속 보관하는 것이 적법한지 여부를 추후에 검토해야 하는 의무는 특히 언론사가 향후 기사를 온라인 아카이브에 보관하지 않거나 그러한

요청의 대상이 될 수 있는 개인과 관련된 사항들을 기사에서 생략할 위험을 수반한다. 이는 언론의 자유 전체와 '기억할 권리'를 훼손할 수 있다.

법정의견은 *Le Soir*에 미치는 영향만을 판단함으로써, 필요하고 일관된 추론을 도출하는 것을 생략하고 다른 뉴스기사와 언론매체의 기능 전반에 미칠 수 있는 잠재적 영향에 대해서는 전혀 고려하지 않았다. 앞서 서술한 내용들에 비추어 이 사건 익명처리 명령은 협약 제10조에 따른 비례성 요건을 만족하지 않는다.

다. 반대의견의 결론

앞서 분석한 요소들-언론의 자유에 대한 제한을 정당화하는 긴급한 사회적 필요가 부재하다는 점과 비례성 요건을 충족하지 않았다는 점-을 고려할 때, 나는 신문사 웹사이트의 기사를 익명처리하도록 한 명령이 '민주사회에 필요'하지 않았고, 따라서 협약 제10조를 위반했다고 본다.

Ⅲ. 결정의 의의

이번 결정에서 유럽인권재판소는 언론사의 온라인 아카이브에 보관된 기사를 익명처리 하도록 한 벨기에 법원의 민사판결이 유럽인권협약 제10조를 위반하지 않았다고 판시하였다. 왜냐하면 이 익명처리 조치가 법률에 근거하였고, 정당한 목적을 가지고 있었으며, 민주사회에 필요하다고 보았기 때문이다. 유럽인권재판소는 '민주사회에 필요한지' 여부를 판단하는 과정에서 (i) 기록된 정보의 성격, (ii) 사건 이후, 그리고 최초 공개와 온라인 공개 이후 경과된 시간, (iii) 현 시점에서의 정보의 가치, (iv) '잊힐 권리'를 주장하는 정보주체가 잘 알려진 사람인지 여부 및 사건 이후 정보주체의 행동, (v) 온라인상 정보가 계속해서 이용 가능할 경우 발생하는 부정적인 효과, (vi) 디지털 아카이브 형태의 정보에 대한 접근성 정도, 그리고 (vii) 언론의 자유에 대한 제한의 효과 등 총 7가지의 요소를 검토하였다.

RANZONI 재판관이 작성한 반대의견에 4명의 재판관도 동조하였다. 그는 이 사건을 협약 제8조의 '잊힐 권리'보다 협약 제10조의 언론의 자유 측면에서 검토해야 한다고 보았다. 협약 제10조에 따라 긴급한 사회적 필요와 엄격한 비례성 심사기준에 비추어 보았을 때, 익명처리 조치는 민주사회에 필요한 것이 아니었다고 판단하였다.

유럽에서는 유럽사법재판소의 2014년 *Google v. Spain* 결정 이후로 '잊힐 권리'에 대한 개념이 통용되기 시작하였다. 이에 따라 유럽에서는 정보가 공개된 이후 일정한 시간이 지나고 정보주체에게 잠재적으로 해악을 끼칠 수 있는 개인정보의 경우 이를 보이지 않도록 청구할 권리를 인정하였다.[41] 이후 유럽인권재판소도 이러한 기조를 이어 정보주체의 '잊힐 권리'를 인정하는 결정들을 내려왔다. 이전까지의 결정들은 대부분 구글과 같은 검색엔진의 검색목록에서 제외시키는 것과 관련되어 있었지만, 이번 결정은 원천 정보를 제공한 언론사의 웹사이트 아카이브의 기사를 익명처리하는 것과 관련되었다는 점에서 그 의미가 다르다고 볼 수 있다.

한편, 우리나라에서는 개인정보보호법 제36조[42]에 의해 개인정보의 정정·삭제할 권리가 보장되고 있다. 다만 동법 제58조[43]에 해당하는 개인정보에 대하여는 예외를

41) 한동훈, 유럽연합의 잊힐 권리에 관한 연구 -프랑스의 경우를 중심으로-, 2021-B-5,헌법재판소 헌법재판연구원, 2021, 1-2면.

42) **개인정보보호법 제36조 (개인정보의 정정·삭제)**
① 제35조에 따라 자신의 개인정보를 열람한 정보주체는 개인정보처리자에게 그 개인정보의 정정 또는 삭제를 요구할 수 있다. 다만, 다른 법령에서 그 개인정보가 수집 대상으로 명시되어 있는 경우에는 그 삭제를 요구할 수 없다.
② 개인정보처리자는 제1항에 따른 정보주체의 요구를 받았을 때에는 개인정보의 정정 또는 삭제에 관하여 다른 법령에 특별한 절차가 규정되어 있는 경우를 제외하고는 지체 없이 그 개인정보를 조사하여 정보주체의 요구에 따라 정정·삭제 등 필요한 조치를 한 후 그 결과를 정보주체에게 알려야 한다.
③ 개인정보처리자가 제2항에 따라 개인정보를 삭제할 때에는 복구 또는 재생되지 아니하도록 조치하여야 한다.
④ 개인정보처리자는 정보주체의 요구가 제1항 단서에 해당될 때에는 지체 없이 그 내용을 정보주체에게 알려야 한다.
⑤ 개인정보처리자는 제2항에 따른 조사를 할 때 필요하면 해당 정보주체에게 정정·삭제 요구사항의 확인에 필요한 증거자료를 제출하게 할 수 있다.
⑥ 제1항·제2항 및 제4항에 따른 정정 또는 삭제 요구, 통지 방법 및 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

43) **개인정보보호법 제58조 (적용의 일부 제외)**
① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 개인정보에 관하여는 제3장부터 제8장까지를 적용하지 아니한다.
1. 삭제
2. 국가안전보장과 관련된 정보 분석을 목적으로 수집 또는 제공 요청되는 개인정보
3. 삭제
4. 언론, 종교단체, 정당이 각각 취재·보도, 선교, 선거 입후보자 추천 등 고유 목적을 달성하기 위하여 수집·이용하는 개인정보
② 제25조제1항 각 호에 따라 공개된 장소에 고정형 영상정보처리기기를 설치·운영하여 처리되는 개인정보에 대해서는 제15조, 제22조, 제22조의2, 제27조제1항·제2항, 제34조 및 제37조를 적용하지 아니한다.
③ 개인정보처리자가 동창회, 동호회 등 친목 도모를 위한 단체를 운영하기 위하여 개인정보를 처리하는 경우에는 제15조, 제30조 및 제31조를 적용하지 아니한다.

두어 정정 또는 삭제의 권한을 제한하고 있다. 한편, 대법원은 인격권 침해를 이유로 한 방해배제청구권으로서 기사삭제 청구의 당부를 판단하면서, “그 표현이 진실이 아니거나 공공의 이해에 관한 사항이 아닌 기사로 인해 현재 원고의 명예가 중대하고 현저하게 침해받고 있는 상태에 있는지 여부를 언론의 자유와 인격권이라는 두 가치를 비교·형량하면서 판단”해야 한다는 기준을 제시하였다.[44)]

‘잊힐 권리’의 개념과 보장범위 그리고 구체적인 심사기준은 지금도 정립되어 가는 중이다. 유럽인권재판소의 이번 결정은 ‘잊힐 권리’의 세부적인 발전 과정을 잘 보여주고 있어 주목할 필요가 있다.

④ 개인정보처리자는 제1항 각 호에 따라 개인정보를 처리하는 경우에도 그 목적을 위하여 필요한 범위에서 최소한의 기간에 최소한의 개인정보만을 처리하여야 하며, 개인정보의 안전한 관리를 위하여 필요한 기술적·관리적 및 물리적 보호조치, 개인정보의 처리에 관한 고충처리, 그 밖에 개인정보의 적절한 처리를 위하여 필요한 조치를 마련하여야 한다.

44) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010다60950 판결; 이헌환 편, 대한민국 헌법사전, 박영사, 2023, 1004면.

세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호)

▌세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호)▐

공진성, 독일 연방헌법재판소의 사실인정에 관한 연구 – 우리 헌법재판소의 사실인정에 관한 제도적 개선을 위한 비교법적 시사점 도출을 중심으로 –, 외법논집 제48권 제1호, 2024. 2. 325-351면.

길준규, 독일의 국유재산법에 관한 법적 고찰, 공법연구 제52권 제3호, 2024. 2. 227-255면.

김기우, 공무원의 정치적 기본권 보장을 위한 실효적 제도화 방안 고찰 – 일본, 영국, 대만의 사례를 중심으로 –, 국가법연구 제20권 제1호, 2024. 2. 105-134면.

김 린, 미국 우선임금(prevailing wage) 제도의 시사 – Davis-Bacon Act를 소재로, 노동법연구 제56호, 2024. 3. 409-452면.

김미연, 2019년 사회주의 헌법 개정 이후 북한의 경제관리방식 변화: 경제 관련 개별법 개정 내용을 중심으로, 동북아연구 제39권 제1호, 2024. 2. 79-111면.

김성배, 미국 연방제도하에서 지방자치단체의 입법 권한의 행사에 관한 이론과 실제, 국민대학교 법학논총 제36권 제3호, 2024. 2. 43-77면.

김종서, 집회 장소 규제 비판: 집시법 제11조를 중심으로, 인권법평론 제32호, 2024. 2. 3-54면.

김환권, 불이익 재심의 타당성에 대한 검토 – 독일 연방헌법재판소의 2023년 불이익 재심 조항 위헌 결정을 참조하여 –, 형사법의 신동향 제82호, 2024. 3. 67-103면.

문재완, ‘특정중대범죄 피의자 등 신상정보 공개에 관한 법률’의 위헌성 검토 – 얼굴사진 공개를 중심으로 –, 외법논집 제48권 제1호, 2024. 2. 353-376면.

민지원, 난민신청자의 최저 생활을 할 ‘권리를 가질 권리’와 법무부의 생계비 동결 – 영국과 독일의 사법심사를 중심으로 –, 입법학연구 제21권 제1호, 2024. 2. 149-176면.

박귀천, 독일의 근로자 개인정보보호 법제의 발전과 최근 동향, 노동법연구 제56호, 2024. 3. 453-493면.

박찬주, 『검수완박』 법안, 대통령거부권의 행사·불행사와 『Nemo iudex』 법리의 충돌가능성, 인권과 정의 통권 519호, 2024. 2. 127-160면.

서진석, 탐정업법 입법(안) 현황 및 입법방향의 타당성에 대한 연구: 독일 탐정제도의 검토를 바탕으로, 한국치안행정논집 제21권 제1호, 2024. 2. 117-136면.

안문희, 프랑스민법상 부모의 폭력 금지에 관한 연구 – 우리 민법 제915조의 징계권 삭제와 관련하여 –, 중앙법학 제26권 제1호, 2024. 3. 127-156면.

오병두, '검찰권의 일원적 행사론'에 대한 비판적 검토: 검찰기구의 분할 사례에 관한 비교법적 검토를 겸하여, 법과 사회 제75호, 2024. 2. 169-194면.

유주성, 프랑스에서의 소년범에 대한 형사적 대응에 관한 연구 – 교육처분과 전자감시제도 활용을 중심으로 –, 연세법학 제44호, 2024. 2. 563-593면.

이세주, 독일 기본법의 개별적 차별금지 기준에 대한 고찰 – 독일 기본법 제3조 제3항을 중심으로 –, 연세법학 제44호, 2024. 2. 147-182면.

이창위, ICJ의 국가관할권 면제 사건과 이탈리아의 주장 및 후속 조치, 고려법학 제112호, 2024. 3. 293-321면.

이춘희, 적극적 평등실현조치(Affirmative Action)에 관한 미연방대법원의 최근 판결(SFFA)과 그 시사점 – 헌법 이론과 실제의 관점에서 –, 공법연구 제52권 제3호, 2024. 2. 59-99면.

이희훈, 중국 내 북한이탈주민에 대한 대한민국의 외교적 보호권의 한계 및 여러 인권보호방안, 서강법률논총 제13권 제1호, 2024. 2. 89-119면.

임수진, 칠레 헌법제정 과정의 국민참여: 2019~2023년 제헌의회의 헌법초안 작성 과정 비교분석, 한국과 국제사회, 제8권 제1호, 2024. 3. 189-217면.

장응혁, 일본 개정형법의 비동의간음죄에 관한 검토, 경찰법연구 제22권 제1호, 2024. 2. 131-156면.

장혜영, 아동학대에 관한 캐나다 형사법의 규율 – 캐나다 형사법 제43조 및 관련 대법원판결을 중심으로 –, 사법 통권 67호, 2024. 3. 455-492면.

정일영, 인공임신중절에 대한 의료인의 양심적 거부권 연구, 중앙법학 제26권 제1호, 2024. 3. 7-50면.

전형준, 차별의 문제로서의 여성에 대한 젠더 기반 폭력: 유럽인권법원 '볼로디나 대 러시아'판결(제2호)에 적용된 국가의 적극적 의무 법리의 분석을 중심으로, 인권법평론 제32호, 2024. 2. 381-417면.

정문식, 감사원 내 기관의 권한과 의사결정절차 – 독일 연방감사원의 운영상 특징을 중심으로 –, 공법연구 제52권 제3호, 2024. 2. 1-28면.

조소영, 디지털시대의 ‘현실적 악의’ 기준에 대한 쟁점적 검토 – 미국에서의 논의와 공인(public figure) 범주 변화의 필요성을 중심으로 –, 공법학연구 제25권 제1호, 2024. 2. 103-127면.

국외통신원 소식

SNS 플랫폼 기업의 콘텐츠 편집재량권에 관한 논의: 연방헌법 수정 제1조를 중심으로

SNS 플랫폼 기업의 콘텐츠 편집재량권에 관한 논의: 연방헌법 수정 제1조를 중심으로

미국 조지워싱턴대 로스쿨 Juris Doctor 서현우

1. 들어가는 말

지난 2024년 2월 26일, 미국 연방대법원은 Moody v. NetChoice, LLC 사건[1] 및 NetChoice, LLC v. Paxton 사건[2]과 관련하여 언론·표현의 자유 등을 보장한 연방헌법 수정 제1조가 소셜네트워킹서비스(Social Networking Service, 이하 “SNS”)에 어떻게 적용되는지에 대한 심리를 개시했다. 위 두 소송은 SNS 플랫폼 기업들의 연합단체인 넷초이스(NetChoice)와 미국 컴퓨터·통신산업협회(Computer & Communications Industry Association)가 SNS 플랫폼 기업의 편집재량권[3]을 제한하는 내용의 플로리다 주법과 텍사스 주법에 이의를 제기하고 각 주정부의 공무원을 상대로 소를 제기한 사건이다. 넷초이스와 미국 컴퓨터·통신산업협회는 SNS 플랫폼 기업이 플로리다 주의 공직 후보자를 자사 플랫폼에서 영구적으로 차단하는 것을 금지하고 있는 플로리다 주법이 연방헌법 수정 제1조[4] 및 제14조[5]에 위반된다고 주장했다. 또한 SNS 플랫폼 기업이 정치적인 견해를 이유로 콘텐츠를 차단 및 삭제하는 것을 금지하고, 부당한 대

1) Moody v. NetChoice, LLC, (Docket 22-277).

2) NetChoice, LLC v. Paxton, (Docket 22‐555).

3) 방송사, 케이블 시스템, 신문과 같은 매체가 규제 범위 내에서 자체 콘텐츠에 대한 결정을 내리는 권한을 의미한다.

4) **미연방헌법 수정 제1조 (종교와 표현의 자유)**
연방의회는 국교를 수립하거나 자유로운 신앙행위를 금지하는 법률을 제정할 수 없다. 또한 언론·출판의 자유나 평화로운 집회를 할 수 있는 개인의 권리 및 고충의 구제를 위하여 정부에 청원할 수 있는 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다.

5) **미연방헌법 수정 제14조 (공민권)**
(1) 합중국에서 출생하거나 귀화하고, 합중국의 관할권에 속하는 모든 사람은 합중국 시민이자 그 거주하는 주의 시민이다. 어떠한 주도 합중국 시민의 특권과 면책권을 제한하는 법률을 제정하거나 시행할 수 없다. 어떠한 주도 적정한 법의 절차에 의하지 않고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유, 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 그 관할권 내에 있는 어떠한 사람에 대해서도 법률의 평등한 보호를 거부하지 못한다. (이하 생략)

우를 받았다고 느끼는 사용자에게 SNS 플랫폼 기업을 상대로 한 제소권을 부여하는 텍사스 주법이 연방헌법 수정 제1조에 위반된다고 주장했다. 이에 대해 플로리다 주정부 대변인은 SNS 플랫폼 기업이 정치적 견해를 이유로 사용자를 임의로 차별하는 것은 사용자가 향유하는 표현의 자유를 침해하는 행위이자 검열이라고 반박하였고, 텍사스 주정부 대변인도 텍사스 주법은 내용중립적 규제에 해당하여 연방헌법 수정 제1조에 위배되지 않는다고 반박하였다.[6)]

이 사건의 하급심인 플로리다 주 연방법원 제1심과 항소심은 모두 문제의 플로리다 주법이 위헌이라고 판단하였다. 특히 항소심 재판부는 SNS 플랫폼 기업의 콘텐츠 편집도 본질적으로 표현에 해당한다고 판시하였다.[7)] 유해 콘텐츠에 대한 SNS 플랫폼 기업의 자율규제 권한을 인정한 것이다. 반면, 텍사스 주 연방법원에서는 텍사스 주법에 대하여 원심은 위헌 판단을 내렸으나 항소심은 합헌이라고 판단하였다.[8)] 제2심 재판부의 판시에 따르면, 헌법상 보장된 언론의 자유에서 아무런 제한이 없는 검열권을 도출하려는 SNS플랫폼 기업의 시도는 권한을 벗어난 행위이며, SNS 플랫폼 기업은 신문과 같은 언론기관이 아니기 때문에 그들의 검열은 '표현'에 해당하지 않는다는 것이다.

이렇게 서로 배치되는 연방항소법원 판결이 나옴에 따라 2024년 2월 마침내 연방대법원이 두 사건에 대한 심리를 개시하게 되었다. 9명의 대법관 중 상당수는 플로리다 및 텍사스 주법이 SNS 플랫폼 기업의 편집재량권을 훼손할 수 있다는 우려를 표명했다.[9)] 이것은 만약 SNS 플랫폼 기업이 특정 사용자나 게시물을 차단할 수 있는 재량권을 갖지 못하는 경우 혐오표현, 허위정보 유포, SNS 사용계약 미준수자 등을 차단하지 못할 위험성을 지적한 것이다. 제소 후 현재까지 해당 주법들 모두 집행이 정지된 상태이며, 금년 6월에 연방대법원은 SNS 플랫폼 기업이 편집권을 가진 언론의 자유의 향유 주체가 될 수 있는지에 관해 최종 판단을 내릴 예정이다.

페이스북, 유튜브 등의 게시물을 삭제하거나 계정을 차단하는 등의 콘텐츠 편집재량권을 제한하는 내용을 골자로 하는 2021년 플로리다 주법 및 텍사스 주법의 배경

6) NetChoice, LLC v. Paxton, (Docket 22‐555).

7) NetChoice, LLC v. Attorney General of Fla., 34 F.4th 1196, 1203 (11th Cir. 2022).

8) NetChoice, L.L.C. v. Paxton, 49 F.4th 439, 445 (5th Cir. 2022).

9) US supreme court appears skeptical of social media content moderation laws, *The Guardian*, (February 26, 2024). https://www.theguardian.com/technology/2024/feb/26/social-media-moderation-us-supreme-court-case.

을 살펴본 후, Moody v. NetChoice, LLC 및 NetChoice, LLC v. Paxton 사건의 주요 내용과 연방대법원 심리의 향방을 살펴보고자 한다.

2. 배경

이 사건의 시발점은 지난 2021년 1월 6일 연방의회 의사당 폭동 사태[10]와 관련이 있다. 트위터(twitter, 현 엑스), 페이스북(facebook) 및 인스타그램(instagram) 등 SNS 플랫폼 기업들은 대선 패배에 불복한 도널드 트럼프(Donald Trump) 전 대통령이 연방의회 의사당에 난입한 자신의 극렬 지지자들을 향해 '애국자'라고 부르짖는 등 폭력을 선동했다는 이유를 들어 그의 계정을 정지시켰다. 이에 대해 트럼프 전 대통령 지지자들을 중심으로 한 보수층은 SNS 플랫폼 기업들이 온라인 검열을 하는 것이라고 반발하였고, 보수 성향의 주지사를 둔 플로리다 주와 텍사스 주는 2021년 SNS 플랫폼 기업들이 임의로 게시물을 삭제하거나 계정을 차단하지 못하게 콘텐츠 큐레이션(콘텐츠를 그 목적에 따라 수집, 선별, 분류, 편집, 구조화하는 작업)을 제한하는 내용의 주법을 제정하였다. 이로부터 약 2년 후 페이스북과 인스타그램, 트위터 모두 트럼프 전 대통령의 계정을 복구시켰지만 해당 주법을 둘러싼 논쟁은 계속되었고, 결국 페이스북 운영사 메타, X, 구글 등을 회원으로 둔 이익단체 넷초이스는 이러한 주법이 연방헌법 수정 제1조에 위배된다며 소송을 제기하기에 이르렀다.

표현의 자유를 보장하고 있는 연방헌법 수정 제1조의 핵심은 국가가 내용에 근거하여 표현을 규제할 수 없다는 데 있다. 즉, 국가 등 공권력 주체에는 메시지, 사상, 주제와 같은 구체적인 내용을 근거로 표현의 자유를 제한할 권한이 없다는 것을 의미한다. 이에 따라 연방헌법 수정 제1조가 문제가 된 다수의 사건에서 법원은 '내용에 근거한'(content-based) 규제인지 아니면 '내용 중립적'(content-neutral) 규제인지를 구별하여 판단의 기초로 삼았다. 여기서 특히 표현 규제가 '내용에 근거'했다고 판단

10) 2021년 1월 6일 조 바이든(Joe Biden) 차기 대통령 당선인의 승리 확정을 위한 연방의회 회의가 도널드 트럼프 대통령 지지층의 국회의사당 난입 사태로 긴급 중단되는 사태가 발생하였다. 연방의회는 이날 주별 선거인단 투표 결과를 인증하고 바이든을 당선인으로 확정하기 위한 상하원 합동회의를 개최하려고 하였으나, 트럼프 지지자들이 의사당에 난입함으로써 회의 시작 1시간여 만에 중단되었다. 시위대는 의사당 내로 진입하여 상원 의장석을 점거하고 하원 의장실을 짓밟았다. 물리적 충돌이 빚어졌고 총격 사망자까지 발생하였다. 이러한 상황에도 불구하고 트럼프 대통령은 이들을 '애국자'라 지칭했다.

할 때의 기준이 무엇인지가 쟁점이 되는데, 특정의 '견해'(viewpoint)에 대해 규제하는 것만을 내용규제라고 보는 입장과 표현 '주제'(subject matter)의 선별에 대한 국가의 관여로까지 확장해서 보는 입장이 대별된다.[11]

'견해에 근거한' 규제란, 주제 혹은 쟁점 그 자체를 규제하는 것이 아니라 그 주제나 쟁점에 대한 견해 중 특정의 일방만을 규제하고 다른 쪽의 견해에 대해서는 규제하지 않는 것을 말한다.[12] 예를 들어, 정부가 정부 정책에 우호적인 표현만 허용하고 비판적 견해의 표현을 금지하는 것은 헌법에 반한다. 반면, '주제에 근거한' 규제란, 국가가 표현의 주제 자체를 선별하는 방식으로 표현의 자유를 제한하는 것을 말한다. 연방대법원은 정부가 공적 논쟁의 주제를 선택할 수 있게 하는 것은 곧 정치적 진실 추구에 대한 임의적 통제 권력을 국가에 부여하는 것과 같다고 판시하였다.[13]

한편 연방대법원은 어떤 규제가 그 메시지의 내용을 불문하고 모든 표현에 적용되는 경우 이를 '내용 중립적' 규제라고 판단하고 있다. 예를 들어, 모든 개인에 대해 공공시설에 임의적인 게시를 하지 못하게 막는 법은 그 게시가 다루는 주제나 견해에 상관없이 모든 표현행위에 대한 규율이기 때문에 내용 중립적 규제에 해당한다.[14]

연방대법원은 표현규제가 내용에 근거한 규제인지 아니면 내용 중립적 규제인지에 따라 상이한 심사기준을 적용하고 있다. 내용규제인 경우, 즉 표현의 특정 내용을 이유로 그 표현행위를 억압하고 불이익을 주거나 차별적인 부담을 부과하는 경우에는 엄격심사기준(strict scrutiny)을 적용한다.[15] 따라서 정부의 행위가 합헌으로 추정되지 않으며, 당해 행위가 '긴절한 국가 이익'(compelling state interest)의 달성에 '필수불가결한 수단'임이(necessarily related) 입증될 경우에만 합헌으로 판단한다.[16] '필수불가결한'의 의미는 그 법률이 최소한의 제한 수단이거나 최소한의 차별 수단이라는 것이 입증될 것을 요구한다는 뜻이기 때문에, 그 법률이 최소한의 제한 수단(the least restrictive alternative)이 아니라면 목적을 달성하기 위해 필수불가결한 것에 해당하지 않게 된다.[17] 이와는 달리 내용 중립적 규제에 해당하는 경우에는 중간심사기준

11) 최희경, 미국헌법상 표현의 내용에 근거한 규제법리와 적용, 이화여자대학교 법학논집, 제17권 제4호, 2013, 3-4면.

12) Clay Calvert, "Free Speech and Content-Neutrality: Inconsistent Applications of an Increasingly Malleable Doctrine," 29 McGeorge L. Rev. 69, 76 (1997).

13) Consolidated Edison Co. of N.Y., Inc. v. Public Service Commn., 447 U.S. 530, 538 (1980).

14) Members of the City Council of Los Angeles v. Taxpayers for Vincent, 466 U.S. 789 (1984).

15) United States v. Playboy Entertainment Group, 529 U.S. 803, 817 (2000).

16) Tuner Broadcasting System v. Federal Communication Commission, 512 U.S. 622, 641 (1994).

(intermediate scrutiny)[18]을 적용하여, 입법목적이 '정부가 추구할 수 있는 정당한 목적' 이상의 것이어야 하고 '중요한(important) 정부 목적과 실질적으로 관련'(substantially related)이 있는 경우에만 합헌으로 판단하고 있다.[19][20]

연방헌법 수정 제1조가 적용되기 위해서는 먼저 SNS 플랫폼 기업이 자사 플랫폼에서 유통되는 콘텐츠에 대해 통제권을 행사하는 것이 언론의 자유의 행사로 포섭될 수 있어야 한다. 만약 SNS 플랫폼 자체가 언론의 성격을 가지고 있는 것이라면, SNS 플랫폼 기업들이 자체기준에 따라 콘텐츠를 규제하는 것을 금지하는 법률은 SNS 플랫폼 기업이 가진 표현의 자유를 억압하는 것으로서 위헌일 가능성이 높다. 반면에 SNS 플랫폼 자체는 언론이 아니고 그것은 단지 광범위한 대중의 표현과 담론을 담아내는 공론장에 불과한 것으로 보는 경우 SNS 플랫폼 기업의 콘텐츠 큐레이션을 제한하는 법률은 오히려 SNS 플랫폼 사용자의 표현의 자유를 보호하기 위한 것으로서 합헌적 규율일 가능성이 있다. 이 사건에서와 같이 텍사스와 플로리다는 SNS 플랫폼 기업의 콘텐츠 편집재량권을 주법을 통해 억제하고 있지만, 캘리포니아와 뉴욕은 SNS 플랫폼 기업이 행하는 유해 게시물 검열 및 삭제에 대해 간섭하지 않고 있다.

3. 사건개요

2021년 5월 24일, 플로리다 주지사는 SNS 플랫폼 기업에 대해 투명성을 요구하고 그 책임을 물으며 플로리다 주민이 온라인 플랫폼에 자유롭게 참여할 수 있도록 하는 내용의 플로리다 주 '상원 법안 7072'(Senate Bill 7072)[21]에 서명했다. 이 주법은 연간 총매출이 1억 달러를 초과하거나 월간 개별 SNS 플랫폼 참가자가 1억 명 이상인 SNS 플랫폼을 규제 대상으로 하는데, 자신이 부당한 검열을 당했다고 생각하는 SNS 사용자는 주정부로 하여금 해당 SNS 플랫폼 기업을 상대로 민사 또는 행정 소송을 할 수 있도록 허용하는 내용까지 규정하고 있다.[22]

17) Ashcroft v. ACLU, 535 U.S. 564, 600 (2002).

18) Craig v. Boren, 429 U.S. 190, 210 (1976).

19) United States v. O'Brien, 391 U.S. 367, 377 (1968).

20) Rostker v. Goldberg, 453 U.S. 57, 78 (1981).

21) 2021년 5월, 론 드산티스 주지사가 법으로 서명한 '소셜 미디어 검열 중지법'으로도 알려진 법안으로 소셜 미디어 플랫폼의 보수 성향 여론에 대한 검열을 금지하는 것과 관련된다.

특히 이 주법은 다음과 같은 2가지 규제 내용을 규정하고 있다. 첫째는 콘텐츠 통제의 제한에 관한 것으로 SNS 플랫폼 기업의 '검열'(censoring), '그림자 차단'(shadow banning), '공개 표현 금지'(deplatforming)[23]와 같은 특정 형태의 콘텐츠 통제를 금지하는 것이다.[24] 또한 SNS 플랫폼 기업이 공공기관 입후보자를 의도적으로 플랫폼에서 제외하는 것도 금지한다. 둘째는 개별적 설명의무와 관련된 것[25]으로 SNS 플랫폼 기업이 사용자의 게시물을 삭제하거나 수정할 때마다 그에 관한 설명을 제공해야 한다는 규정이다. SNS 플랫폼 기업은 사용자의 게시물을 삭제하거나 수정한 후 7일 이내에 그 게시자에게 통지해야 하는데, 이 통지에는 그러한 조치를 한 근거와 SNS 플랫폼 기업이 해당 게시물을 어떻게 인지했는지에 대한 설명이 포함되어야 한다. 플로리다 주법의 이러한 규제에 대해 넷초이스와 미국 컴퓨터·통신산업협회는 플로리다 주의회에서 통과되어 공포된 플로리다 주법 7072가 연방헌법 수정 제1조에 따른 표현의 자유를 침해하고 있고 법률선점주의(Preemption Doctrine)[26]원칙에 따라 연방법에도 반하여 위헌이라고 주장하며 플로리다 주정부 공무원을 상대로 플로리다 북부 연방지방법원에 가처분 신청을 하였다.

2021년 6월경 플로리다 북부의 연방지방법원은 SNS 플랫폼 기업이 사용자의 게시물을 삭제하거나 그 우선순위를 낮추는 것에 대하여 연방법이 선점하고 있으며, 문제의 플로리다 주법의 규율내용은 SNS 플랫폼 기업의 '편집적 판단'(editorial judgment)을 규제함으로써 SNS 플랫폼 기업이 향유하는 연방헌법 수정 제1조의 표현의 자유를 침해한다고 판단하여 원고의 가처분 신청을 인용하였다.[27] 연방지방법원은 문제의 플로리다 주법이 SNS 플랫폼 기업들이 진보주의 입장을 취한다는 전제 아래 보수주의자의 표현의 자유를 옹호해야 한다는 견해를 기반으로 한 규제에 해당한다고

22) Fla. Stat. § 501.2041 (5).

23) 상원 법안 7072에서 '검열'은 사용자가 게시한 모든 콘텐츠나 자료를 제한, 편집, 변경하거나 보충하거나 게시하는 모든 조치를 포함하는 것으로 정의하였다. '그림자 차단'은 사용자나 사용자가 게시한 콘텐츠나 자료의 노출을 제한하거나 삭제하는 조치를 의미한다. '공개 표현 금지'는 사용자를 금지하거나 사용자의 게시물을 14일 이상 삭제하는 것을 의미한다.

24) Fla. Stat. § 501.2041(2)(j) (2022); Moody v. NetChoice, LLC, (Docket 22-277).

25) Fla. Stat. § 501.2041(2)(d)(1) (2022).

26) 연방헌법 제6조에 따라 연방법률은 최고의 법원으로서 모든 주법률은 연방헌법과 연방법률에 따라야 한다는 원칙을 말하며, 연방법에 명시적으로 모순되거나 입법취지에 어긋나는 각 주법률을 정지시키거나 연방법을 우선(supersede)하여 적용할 수 있다.

27) Moody v. NetChoice, LLC, No. 4:21-cv-00220 (N.D. Fla.) (June 30, 2021).

보아 엄격심사기준을 적용하였다. 그리고 문제의 주법이 긴절한 정부의 이익을 위한 것도 아니며, 중대한 국가 이익 달성에 필수불가결한 수단이라는 점도 입증되지 않았기 때문에 엄격심사기준을 통과하지 못한다고 판결하였다. 이에 플로리다 법무부 장관은 제11연방항소법원에 항소하였지만, 항소법원 역시 같은 이유를 들면서 가처분 신청을 인용한 원심 판결을 유지했다. 특히 제11연방항소법원은 SNS 플랫폼 기업이 사용자의 계정을 정지하거나 게시물을 삭제하는 것, 시청자의 피드(feed)나 검색결과에서 특정 게시물의 우선순위를 정하거나 약관을 위반한 사례에 제재를 가하는 것은 연방헌법 수정 제1조가 보호하는 표현행위에 해당한다고 판시하였다.[28] 또한 SNS 플랫폼 기업을 단순한 정보 운송업자가 아니라 편집재량권을 가지고 채널을 선택할 수 있는 케이블 운영자로 간주했다. 케이블 운영자가 특정 채널을 선택하여 전송하는 것은 법률에 의해 보호되는 표현행위이므로, 케이블 운영자에게 특정 TV채널의 전송을 강요하는 정부의 규제 행위는 연방헌법 수정 제1조의 심사기준을 충족시켜야 한다고 판단하였다.[29]

한편, 2021년 9월 9일 미 텍사스 주의회는 페이스북, 트위터, 유튜브처럼 월간 이용자가 5,000만 명 이상인 SNS 플랫폼 기업에 대해 텍사스 주민들의 정치적인 견해를 반영하는 게시물을 차단, 금지, 삭제, 퇴출, 탈수익화, 제한, 거부, 기타의 차별 취급을 하지 못하도록 금지하는 텍사스 주 '하원 법안 20'(House Bill 20)을 통과시켰다. 이 주법은 SNS 플랫폼 기업들이 보수주의 성향을 가진 사용자의 목소리를 억압한다는 일명 '실리콘밸리 검열'을 막기 위해 도입되었다.[30] 특히 해당 주법은 플로리다 주법과 마찬가지로 SNS 플랫폼 기업이 사용자의 게시물을 삭제·수정하는 경우 그때마다 해당 사실을 개별적으로 통지하고 그러한 조치의 근거를 상세히 설명할 의무를 규정하고 있고, 게시물 삭제에 대해 SNS 플랫폼 기업을 상대로 하는 제소권을 사용자에게 부여하고 있다.[31]

넷초이스와 미국 컴퓨터·통신산업협회는 SNS 플랫폼 기업이 편집재량권을 가지므로 문제의 텍사스 주법은 연방헌법 수정 제1조가 보장하는 표현의 자유를 침해하는

28) NetChoice, LLC v. Attorney General of Fla., 34 F.4th 1196 (11th Cir. 2022).

29) *Id* at 1212.

30) Texas governor signs bill prohibiting social media giants from blocking users based on viewpoint, *The Washington Post*, (September 9, 2021). https://www.washingtonpost.com/technology/2021/09/09/govgreg abbott-social-media-censorship-bill.

31) Tex. Bus. & Com. Code Ann. § 120.103(a)(1).

것이라고 주장하면서 텍사스 주정부 공무원을 상대로 텍사스 서부의 연방지방법원에 가처분을 신청했다. 2021년 12월경 텍사스 서부의 연방지방법원은 해당 텍사스 주법이 SNS 플랫폼 기업의 편집재량권에 부당한 간섭을 하고 있다며 원고의 가처분 신청을 인용하였는데, 특히 SNS 플랫폼 기업이 사용자의 게시물을 삭제·수정할 때마다 개별적으로 설명을 제공해야 할 의무를 부과하는 것은 동 플랫폼에 게시되는 표현물의 규모를 고려할 때 지나치게 부담을 가중시키는 것임을 강조하여 설시하였다.[32)]

이에 텍사스 법무부 장관은 제5연방항소법원에 항소하였는데, 항소법원은 원심 판결을 뒤집었다. 제5연방항소법원에 따르면, 동 주법 제7조[33)]는 표현을 억제하는 것이 아니라 오히려 검열을 규제하여 다양한 생각과 의견의 장이 형성되도록 촉진하는 것으로 보았다. 또한 제7조는 SNS 플랫폼 기업 자신의 표현을 전혀 규제하지 않으며, SNS 플랫폼 사용자들의 표현을 보호하고 해당 기업의 자의적 행위를 규제하는 것이어서 중간심사기준을 충족한다고 판시하였다.[34)]

이렇게 제11연방항소법원과 제5연방항소법원의 판결이 엇갈리게 되면서 2023년 9월 20일 플로리다 법무부 장관은 연방대법원에 제11연방항소법원 판결에 대한 상고허가(Writ of Certiorari)[35)]를 신청하였고, 9월 29일 원고 넷초이스와 미국 컴퓨터·통신산업협회는 연방대법원에 제5연방항소법원 판결에 대한 상고허가를 신청하였다. 연방대법원은 각 상고허가를 인용하였다.

4. 연방대법원 심리에서 드러난 대법관들의 입장과 향후 전망

2024년 2월 26일 연방대법원은 구두변론을 열어 약 4시간에 걸쳐 넷초이스와 미국 컴퓨터·통신산업협회가 제기한 플로리다 주법 7072 및 텍사스 주법 20과 관련한 헌법소송을 심리했다. 핵심 쟁점은 SNS 플랫폼 기업들이 허위 정보나 선동의 위험이

32) NetChoice, LLC v. Paxton, 573 F. Supp. 3d 1092 (W.D. Tex. 2021).

33) Texas HB20 Section 7, Title 6, Section A143A.006.

34) NetChoice, L.L.C. v. Paxton, 49 F.4th 439 (5th Cir. 2022).

35) 연방대법원의 상고허가 신청에 대한 심리는 권리가 아닌 사법부 재량으로 상고허가의 청구는 현저한 이유가 있을 때에 한하여 인용된다. 현저한 사유에는 연방항소법원이 동일한 주요 사안에 관하여 다른 항소법원의 결정과 충돌하는 결정을 내린 경우, 중요한 연방 문제에 관하여 주의 최고법원의 결정과 충돌하는 방식으로 결정한 경우, 일반적이고 승인된 재판 절차에서 크게 벗어나거나 또는 하급심의 이러한 일탈을 인가하여 대법원의 감독권의 행사가 요청되는 경우 등이 있다.

있는 게시물을 언론처럼 편집할 권리가 있는지 여부였다. 연방대법원이 비록 보수 우위(대법관 6명 보수, 3명 진보)의 구도를 이루고 있지만 이번 소송의 향방은 여전히 베일에 싸여있다.

이번 심리에서 9명의 연방대법관 중 상당수는 플로리다 주법 및 텍사스 주법이 SNS 플랫폼 기업의 편집재량권을 억제하고 있다고 보았다.[36] 보수 성향의 새무얼 앨리토(Samuel A. Alito) 대법관은 SNS 플랫폼 기업의 편집이 검열이 아닌 '콘텐츠 큐레이션'이라는 주장에 대하여 공격적인 행위를 부드러운 표현으로 포장하는 완곡어법에 불과함을 지적했다. 클래런스 토머스(Clarence Thomas) 대법관은 연방헌법 수정 제1조가 검열권까지 포괄하는 것으로 판시한 선례가 있는지 의문을 제기했다. 반면에 보수 성향의 브렛 캐버노(Brett M. Kavanaugh) 대법관은 표현의 자유 등을 제한하는 그 어떠한 법률도 만들어져서는 안 된다며, 우리 사회에서 발언을 제한할 수 있다는 관념은 연방헌법 수정 제1조에 전적으로 어긋남을 강조하였다. 진보 성향의 소니아 소토마요르(Sonia Sotomayor) 대법관은 해당 플로리다 주법 및 텍사스 주법에 따라 규제받게 되는 기업이 지나치게 광범위하다는 견해를 밝혔다. 반면에 몇몇 연방대법관들은 이메일 제공, 다이렉트 메시징, 자동차 공유 등과 같은 특정 비표현적 인터넷 서비스를 규제하는 법률은 허용될 수도 있다는 입장을 표명했다.

이처럼 대법관들 사이에 의견이 팽팽하게 대립되는 가운데 연방대법원의 여름 휴정기 전인 6월쯤 최종 판결이 내려질 것으로 전망된다. 물론 연방대법원이 최종 판단을 유보한 채 사건을 하급심으로 환송할 가능성도 있다.

5. 나가는 말

이 사건에 대한 연방대법원의 판결은 향후 SNS를 통해 어떤 콘텐츠를 볼 수 있는지를 판가름하게 될 뿐만 아니라 인터넷담론 문화 자체에도 커다란 변화를 불러일으킬 수 있다. 미 법무부는 SNS 플랫폼 기업의 편집재량권은 언론의 자유를 보장한 연방헌법 수정 제1조에 의해 보호되어야 한다는 입장이다.[37] 조 바이든 미 행정부는

36) Justices appear skeptical of Texas, Florida social media laws, *The Washington Post*, (February 26, 2024). https://www.washingtonpost.com/technology/2024/02/26/supreme-court-social-media-netchoice-texas-florida.

37) DOJ: States' Social Media Laws Violate First Amendment, *Government Technology*, (August 15, 2023). https://www.govtech.com/policy/doj-states-social-media-laws-violate-first-amendment.

대체로 SNS 콘텐츠나 게시물에 대해 불간섭주의를 견지해 왔다.

2020년 초부터 코로나가 창궐하면서 전 세계적으로 코로나백신 접종이 시작되었지만 SNS상에서는 보건당국 대응에 대해 불신을 조장하는 콘텐츠가 퍼졌다. 특히 백신 부작용에 대한 일부의 불안감을 넘어 왜곡된 정보가 퍼지면서 '백신 음모론'이 제기되기도 했다. 또한 같은 해 11월에 열린 미국 대선 이후 선거 불복을 부추기는 SNS 선동이 난무했고 이듬해 연방의회 의사당 난입 사태마저 벌어졌다. 여기서 소개한 넷초이스 사건과 유사하게, 연방헌법 수정 제1조가 보장하는 표현의 자유가 SNS 플랫폼상에서 어디까지 허용되어야 하는지에 관한 소송도 제기되었다. 2022년 초 바이든 미 행정부는 빅테크 기업인 메타(페이스북), 알파벳(구글), X(옛 트위터) 등에 접촉해 코로나 관련 정책이나 선거보안 문제 등에 관한 허위정보의 삭제를 요구했다.[38] 2022년 5월 공화당 소속의 루이지애나 주 법무장관과 미주리 주 법무장관은 이러한 정부의 행위가 표현의 자유를 침해한다며 바이든 미 행정부를 상대로 소송을 걸었고, 이에 대해 2023년 제5연방항소법원은 정부가 헌법상의 표현의 자유를 침해했다며 주 법무장관들의 손을 들어줬다.[39] 2024년 3월 연방대법원은 이 사건에 대한 첫 심리를 개시하였고 상당수 대법관은 하급심 판단에 동의하지 않았다.[40]

아직까지는 SNS 플랫폼 기업의 콘텐츠 통제에 국가가 어느 정도까지 관여할 권한을 가지고 있는지에 대하여 심층적으로 논의된 바 없다. 연방대법원은 올 11월 대통령 선거라는 국가적인 큰 이슈를 앞둔 상황에서 표현의 자유라는 헌법적 가치를 유지하는 가운데 SNS 플랫폼 기업의 편집재량권과 정부의 역할을 포함하는 다각도의 논의를 진행 중이다. 이것은 결국 인터넷상의 표현의 자유의 보장범위를 결정하는 이정표가 될 수 있다는 점에서 이 사건에 대한 연방대법원의 판단에 귀추가 주목된다.

38) Federal Judge Limits Biden Officials' Contacts With Social Media Sites, *The New York Times*, (July 4, 2023). https://www.nytimes.com/2023/07/04/business/federal-judge-biden-social-media.html.

39) State of Louisiana v. Biden, No. 22-30019 (5th Cir. 2022).

40) Supreme Court leans against limiting Biden administration contacts with social media platforms, *NBC News*, (March 18, 2024). https://www.nbcnews.com/politics/supreme-court/supreme-court-tackles-government-coercion-claims-social-media-nra-case-rcna143391.

세계헌법재판 조사연구보고서

(2024 제3호)

2024년 5월 16일 인쇄

2024년 5월 22일 발행

발 행 : 헌 법 재 판 소
헌법재판연구원

인 쇄 : 크리커뮤니케이션
02) 2273-1775

<비매품>