

발 간 등 록 번 호

33-9750040-000245-07

ISSN 3022-943X

세계헌법재판 조사연구
2025-H-1

2025 제1호(통권 제70호)

세계헌법재판 조사연구보고서



Constitutional Research Institute



헌법재판소
헌법재판연구원

목 차

■ 세계헌법재판 조사연구보고서 2025년 제1호 소개 / 비교헌법연구팀장 최규환

◆ 최신 세계헌법판례

■ 미국

총기옹호 억압을 위해 보험회사에 총기협회와의 사업관계 청산을 강요한
금융규제당국 행위의 위헌성 / 책임연구원 임기영 3

■ 캐나다

군사법원 군판사가 준장교 신분일 것을 요구하는 국방법 조항의 합헌성
-법관의 독립성 및 공정성- / 책임연구원 임기영 21

■ 스페인

자발적 임신중절법에 대한 위헌법률심판(上) / 책임연구원 임윤정 35

■ 일본

동성파트너에 대한 범죄피해자유족급부금 지급 / 책임연구원 서누리 51

■ 프랑스

「사이비 종교의 일탈행위에 대처하고, 피해자 지원을 개선하기 위한 법률」에
대한 사전적 위헌법률심판 / 책임연구원 한동훈 73

명예훼손죄와 모욕죄의 예심수사피의자에 대한 예심 통지시 묵비권 고지를
규정하지 않은 법률조항이 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제9조에
반하는지 여부 / 책임연구원 한동훈 84

■ 오스트리아

성전환자의 본국 송환 시 고려해야 하는 사실관계
/ 책임연구원 이지효 95

■ 독일

광범위한 비밀감시와 데이터 저장을 가능하게 하는
연방범죄수사청법 조항의 위헌성 / 책임연구원 이지효 105

◆ 세계헌법재판 관련 논문 목록

■ 세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호) 151

◆ 국외통신원 소식

■ 미성년 젠더확정치료 금지 법안의 합헌성 논의:
United States v. Skrmetti 사건의 심리 동향을 중심으로 155

알림

「세계헌법재판 조사연구보고서」 2025 제1호(통권 제70호)는 헌법재판연구원에서 2024년 12월에 메일로 보내드린 「세계헌법재판 조사연구」 뉴스레터를 책자로 발간한 것입니다.

세계헌법재판 조사연구보고서 2025년 제1호 소개

□ 최신 세계헌법판례

미국 연방대법원은 <총기옹호 억압을 위해 보험회사에 총기협회와의 사업관계 청산을 강요한 금융규제당국 행위의 위헌성> 사건에서, 뉴욕주 금융서비스부 감독관이 전미총기협회 및 기타 총기옹호단체와의 사업상 관계를 끊지 않는 기관들에 대해 단속조치로 위협함으로써 금융서비스부의 규제를 받는 기관들이 총기옹호를 억압하는데 협조할 것을 강요한 것은 수정헌법 제1조에 위반된다고 판단하였습니다. 정부는 정부가 원하는 바를 말할 수 있고 정부가 표현하고자 하는 관점을 선택할 수 있지만 (허용되는 설득 시도), 비선호 표현을 처벌하거나 억압하기 위해 국가권력을 사용할 수는 없다(허용불가능한 강압 시도)고 판시하였습니다. 공무원들이 비선호 표현을 억압하기 위해 법적 제재조치나 기타 강압적 수단으로 협박하는 것은 수정헌법 제1조에 의해 금지된다는 것입니다. 또한 공무원이 제3자인 매개자에 대한 규제와 강압을 통해 자신의 규제관할권의 직접적인 통제 대상이 아닌 단체의 표현을 (간접적으로) 억압하는 것 역시 금지된다고 실시하였습니다.

캐나다 연방대법원은 <군사법원 군판사가 군장교 신분일 것을 요구하는 국방법 조항의 합헌성-법관의 독립성 및 공정성> 사건에서, 군사법원의 군판사가 군장교 신분일 것을 요구하는 국방법 조항이 법관의 독립성 및 공정성을 보장하는 캐나다 권리자유헌장 제11조 제d호에 위반되는 것은 아니라고 판단하였습니다. 법관의 독립성은 ① 재임기간의 보장, ② 재정적 보장, ③ 행정적 독립이라는 헌법상 최소한의 세 가지 필수 조건을 기반으로 하는데, 군판사의 경우 국방법 조항을 통해 이러한 필수 조건이 모두 충족되고 있다고 보았습니다. 군사재판은 군사적 맥락에 맞게 일반 형사재판과는 다소간 다른 점들이 있지만, 법관의 독립성 보장이 이러한 이유로 약화되지 않는다고 보았습니다.

스페인 헌법재판소는 <자발적 임신중절법에 대한 위헌법률심판(上)> 사건에서, 자발적 임신중절에 관한 법제도를 형성함에 있어 임신중절의 ‘사유’ 중심에서 벗어나

‘임신 주기별’ 제도로 전환하는 것이 헌법 제15조에 따른 국가의 생명보호의무에 위배되지 않는다고 판단하였습니다. 임신중단의 규율 방식과 이에 대한 법적 판단은 20세기 후반부터 심오한 변화를 겪어왔는데, 낙태에 대한 엄격한 형사처벌에서 벗어나 여성의 주관적 공권이자 의료서비스로서 임신중단을 규제하는 체계로 발전해왔고, 여성의 권리와 정당한 이익 그리고 태아의 생명 보호 사이에 균형을 모색해 왔다고 보았습니다. 임신 주기별 제도는 태아의 생명을 점진적으로 보호하는 ‘단계적 보호’이면서, 태아의 생명을 보호하기 위해 여성의 기본권을 점진적으로 제한하는 것으로서, 태아 생명의 보호 메커니즘일 뿐만 아니라 여성의 권리에 대한 비례적인 제한 조치라고 판시하였습니다. 이 결정의 구체적인 쟁점에 대한 상세한 내용과 반대의견의 요지는 다음 호 세계헌법재판 조사연구보고서로 이어질 예정입니다.

일본 최고재판소는 <동성파트너에 대한 범죄피해자유족급부금 지급> 사건에서, 범죄피해자지원법상 유족급부금의 지급대상자를 규정한 제5조 제1항 제1호의 “혼인신고를 하지 않았으나 사실상 혼인관계와 같은 사정에 있던 자”에 동성파트너가 포함된다고 해석하였습니다. 범죄피해자지원법상 범죄피해자 등 급부금 제도의 목적에 비춰볼 때, 유족급부금을 지급받을 수 있는 유족은 범죄피해자의 사망으로 정신적, 경제적 타격이 예상되어 조기에 경감 등을 도모할 필요성이 높다고 생각되는 자를 상정한 것으로 해석되는데, 이와 같은 필요성이 범죄피해자와 공동생활을 영위하고 있던 사람이 이성인지 동성인지에 따라 달라진다고 볼 수 없기 때문이라고 판시하였습니다. 심판대상법률조항에 대한 법률해석을 통해 문제의 해결을 도모한 최고재판소와 달리 원심인 나고야고등재판소는 심판대상법률조항에 대해 적극적으로 위헌심사를 하여 상반된 결론에 이르렀던 바 있습니다.

프랑스 헌법재판소의 <「사이버 종교의 일탈행위에 대처하고, 피해자 지원을 개선하기 위한 법률」에 대한 사전적 위헌법률심판> 사건을 통해, 의료 분야에서 무자격의 사이버 종교 관련 인플루언서들이 인터넷이나 소셜미디어를 통해 치료와 관련된 제품을 판매하거나 시술을 전파함으로써 심각한 질병을 앓고 있는 환자들로 하여금 건강에 필수적인 처치를 회피하게 만드는 사회적 병폐를 근절하기 위한 프랑스 정부의 노력을 볼 수 있습니다. 프랑스 헌법재판소는 심판대상법률조항들이 죄형법정주의에 반하지 않고 표현의 자유, 통신의 자유, 양심의 자유 등을 침해하지도 않는다고 판단

하였습니다. 다만, 일부 심판대상법률조항에 대해서는 입법절차의 관점에서 위헌임을 확인하였습니다.

프랑스 헌법재판소는 <명예훼손죄와 모욕죄의 예심수사피의자에 대한 예심 통지 시 묵비권 고지를 규정하지 않은 법률조항이 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제9조에 반하는지 여부> 사건에서, 무죄추정원칙을 규정한 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제9조로부터 자기부죄거부권이 도출되고 이를 근거로 묵비권이 헌법상 권리로서 인정되며, 명예훼손죄와 모욕죄에 대한 예심절차에도 묵비권이 적용되어야 함을 명확히 하였습니다.

오스트리아 헌법재판소의 <성전환자의 본국 송환 시 고려해야 하는 사실관계>는, 스스로를 ‘성전환 여성’으로 규정하고 있는 중국 국적의 청구인이 ‘연방 이민 및 난민청’으로부터 난민 지위 인정 신청과 보충적 보호 지위 인정 신청 모두에 대해 거부 처분 및 본국으로의 송환을 결정 받고 연방행정법원으로부터도 권리구제를 받지 못하자 헌법재판소에 재판소원을 청구한 사건입니다. 헌법재판소는 행정법원이 ① 법적 상황판단에 있어 오류를 범한 경우, ② 핵심적인 문제 조사에서의 부작위, ③ 적법한 조사절차 자체에서의 부작위, 특히 당사자의 진술을 무시하거나 기록내용 및 구체적인 사실관계를 경시하여 왜곡하는 경우에 헌법에 위배되는 자의적인 결정을 하는 것이라고 실시하면서, 이 사건 연방행정법원의 결정은 헌법상 청구인에게 보장되는 외국인의 평등권을 침해한 것이라고 판단하였습니다.

독일 연방헌법재판소의 <광범위한 비밀감시와 데이터 저장을 가능하게 하는 연방 범죄수사청법 조항의 위헌성>은, 「연방범죄수사청 및 연방과 주 사이의 형사업무 협업에 관한 법률」에 대한 개정법이 광범위한 비밀감시와 이러한 감시 조치를 통해 획득한 개인 데이터의 저장 및 추가적인 후속처리 권한을 규정한 것에 대해 제기된 헌법소원 사건입니다. 이 사건에서 독일 연방헌법재판소는 개인정보자기결정권 제한의 헌법적 정당성 심사와 관련하여 비례성 원칙, 데이터 최소화 원칙, 목적에 따른 데이터 사용의 원칙, 목적변경의 원칙, 규범명확성의 원칙 등과 같은 심사기준을 적용하였고, 수집된 데이터를 원래 목적 외의 용도로 사용하는 것은 새로운 기본권제한으로서 목적제한의 원칙에 따라 별도의 헌법적인 정당화가 요구된다고 실시하였습니다. 또한 삭제의무 규정은 비례성 판단의 중요한 요소 중 하나임을 확인하였습니다.

□ 세계헌법재판 관련 논문 목록

최신 학회지에 실린 세계헌법재판 관련 논문들을 정리해 놓았습니다.

□ 국외통신원 소식

미국 통신원의 <미성년 젠더확정치료 금지 법안의 합헌성 논의: *United States v. Skrametti* 사건의 심리 동향을 중심으로>는, 만 18세 이하에 대한 젠더확정치료를 금지하고 그러한 치료를 제공하는 의료인을 처벌하도록 규정한 테네시주의 ‘미성년자 젠더확정치료 금지 법안’의 개요 및 찬반 논쟁, 해당 금지법안에 대한 하급심 판결과 현재 계류 중인 연방대법원에서의 심리 동향을 분석하여 소개하였습니다.

최신 세계헌법판례

미국

Ⅰ 총기옹호 억압을 위해 보험회사에 총기협회와의
사업관계 청산을 강요한 금융규제당국 행위의 위헌성

/ 책임연구관 임기영

총기옹호 억압을 위해 보험회사에 총기협회와의 사업관계 청산을 강요한 금융규제당국 행위의 위헌성¹⁾

I. 사건개요

미국 연방대법원은 이 사건에서 정부 공무원이 정부가 선호하지 않는 관점(비선호 관점)을 처벌하거나 억압하기 위해 사인을 강압하려고 해서는 안 된다는 것을 재확인하였다. 뉴욕주 금융서비스부(Department of Financial Services, DFS)²⁾의 감독관 마리아 볼로(Maria Vullo)는 전미총기협회(National Rifle Association of America, NRA) 및 기타 총기옹호단체와의 관계를 끊지 않는 기관들에 대하여 단속조치로 위협함으로써 금융서비스부의 규제를 받는 기관들이 총기옹호를 억압하는데 협조할 것을 강요하였다. 전미총기협회는 볼로가 헌법 수정 제1조를 위반하였다고 주장하였고, 연방대법원은 이를 인정하였다.

1. 사실관계

뉴욕주 금융서비스부(DFS)는 뉴욕주의 보험회사와 금융기관을 감독하는 기관이다.³⁾ 뉴욕주 금융서비스부는 규제 대상이 되는 기관에 대한 수사와 민사집행조치를 개시할 수 있고, 뉴욕주 법무부 장관에게 잠재적인 형사 위반 사항을 언급하여 기소할 수 있도록 할 권한이 있다.⁴⁾ 이 사건에서 문제가 된 뉴욕주 금융서비스부의 규제 대상은 전미총기협회와 사업관계를 맺어 온 보험회사들이었다.

2000년 이후 전미총기협회는 회원들에게 다양한 보험 프로그램들을 혜택으로 제공

1) **National Rifle Association of America v. Vullo, 602 U. S. 175 (2024) (2024. 5. 30. 선고).**

2) ‘뉴욕주 금융서비스부’(The New York State Department of Financial Services)는 미국 내 가장 오래된 은행 감독기구로 1851년에 설립되었고, 보험회사, 국영은행, 신용조합, 모기지 뱅커 및 가상화폐 회사를 포함한 3,000개 이상의 금융기관의 활동을 감독하고 규제하고 있다. 금융서비스부규제의 목적은 소비자를 보호하고 금융 기관의 안전과 건전성을 확보하는 것이다. (https://www.dfs.ny.gov/About_Us, 2024. 12. 13. 최종방문).

3) N. Y. Fin. Servs. Law Ann. § 201(a).

4) N. Y. Fin. Servs. Law Ann. §§ 301(b), (c)(4).

하였다. 전미총기협회는 록톤 사(社)(Lockton Companies, LLC)의 관계사들과 계약하여 이러한 다양한 제휴 보험 프로그램들을 운영하였는데, 당시 보험을 인수한 회사들은 처브 사(社)(Chubb Limited)와 로이즈 사(社)(Lloyd's of London)였다. 전미총기협회는 그 대가로 회원들이 낸 보험료 납입금의 일정 비율을 지불받았다.

전미총기협회의 제휴 상품 중 하나인 ‘캐리가드’(Carry Guard)는 면허 총기 사용과 관련된 신체 상해 및 형사 변호사 비용을 보장하고, 뉴욕주민이 총기를 사용하여 고의·부주의·형사상의 과실로 다른 사람을 상해하거나 살해하는 행위에 대한 보험 보장도 제공하였다.

2017년 9월 총기규제운동 단체가 뉴욕주 지방검찰청에 연락하여 캐리가드 보험이 규정을 준수하지 않았다고 제보하였다. 뉴욕주 지방검찰청은 이와 같은 주장을 뉴욕주 금융서비스부로 넘겼고, 당시 금융서비스부 감독관이었던 블로는 처브 사(社)와 록톤 사(社)를 타깃으로 하여 캐리가드에 대한 수사를 시작하였다. 이 수사를 통해 최소 두 가지의 뉴욕주법 위반을 밝혀냈는데, 하나는 캐리가드가 고의적인 범죄행위에 보험을 제공했다는 것이고, 다른 하나는 전미총기협회가 보험판매인(insurance produce) 자격증 없이 캐리가드를 홍보했다는 것이었다. 9월 중순 경 처브 사(社)와 록톤 사(社)는 캐리가드를 중단하였고, 블로는 전미총기협회의 다른 제휴 보험 프로그램들로 수사를 확대하였다. 이들 보험 프로그램들 중 다수는 록톤 사(社)가 운영하고 로이즈 사(社)가 인수한 보험들이었다. 이렇게 전미총기협회가 지원한 보험들은 비슷한 보장을 제공하고 있었고, 마찬가지로 법적 결함을 갖고 있었다.

수사가 진행 중이던 2018년 2월 14일, 플로리다 주 파크랜드의 고등학교에서 총기참사가 일어나 17명이 사망하는 사건이 발생하였다. 이 총기사건 이후 전미총기협회와 여타 총기옹호단체는 전국적으로 집중적인 반발을 겪었다. 많은 기업들이 전미총기협회에 반대의 목소리를 내었고 일부는 협회와의 관계를 끊었다. 2018년 2월 25일 록톤 사(社)의 회장은 전미총기협회에 전화를 걸어 뉴욕에서의 사업 면허를 잃지 않기 위해 전미총기협회와의 관계를 끊을 것이라고 말하였고, 다음 날 이와 같은 결정을 공개적으로 발표하였다. 이 결정 이후 전미총기협회의 기업보험업자들도 협회와의 관계를 끊고 보험 갱신을 거절하였다. 전미총기협회는 록톤 사(社)와 기업보험업자들의 이러한 조치가 파크랜드 총기사건 때문이 아니라 블로로부터의 보복을 두려워했기 때문이라고 주장하였다.

그즈음 블로 역시 전미총기협회와 사업을 함께 하는 보험회사들의 경영진을 만나

기 시작했다. 2018년 2월 27일 블로는 로이즈 사(社)의 고위 간부들을 만나 뉴욕주 금융서비스부와 당시 뉴욕주지사였던 앤드류 쿠오모(Andrew Cuomo)를 대표하여 총기 규제에 우호적인 그들의 관점을 표현하였고, 총기와의 전쟁에 그들의 권한을 이용하려는 갈망과 특히 전미총기협회를 약화시키려는 바람을 나타내었다. 또한 블로는 뉴욕의 제후 보험 시장을 괴롭히는 일련의 기술적인 규정 위반들에 대해 논하였다. 블로는 로이즈 사(社)의 간부들에게 “로이즈 사(社)가 총기단체, 특히 전미총기협회에 보험을 제공하는 것을 중단하는 한, 뉴욕주 금융서비스부는 전미총기협회와 관계없는 법규위반을 추적하는 데에는 관심이 덜하다.”라고 언급하였다. (로이즈 사(社)가 뉴욕주 금융서비스부의 반(反)총기단체 캠페인을 돕는 한, 다른 비슷한 상황의 보험에 관한 규정위반 책임을 피할 수 있을 것이라고 블로가 분명히 밝혔다고 한다.)

블로와 로이즈 사(社)는 다음과 같이 합의하였다. “로이즈 사(社)는 그 조직에 총기 관련 보험의 인수 중단을 지시하고, 전미총기협회와 관련된 사업을 축소한다. 그 대신 뉴욕주 금융서비스부는 다가오는 제후 보험 단속조치를 전미총기협회에 기여하는 조직에만 집중한다.”

2018년 4월 19일 블로는 ‘전미총기협회 및 유사 총기장려단체와 관련된 위기관리 지침’(Guidance on Risk Management Relating to the NRA and Similar Gun Promotion Organizations)이라는 제목의 -사실상 동일한- 두 개의 지침문(guidance letters)을 내렸다. 이 중 하나는 보험회사들에게, 다른 하나는 금융기관들에게 보내졌다. 이 지침문에서 블로는 플로리다 주 파크랜드 사건을 포함하여 최근의 끔찍한 총기사건들 이후 전미총기협회 및 총기를 장려하여 무분별한 폭력을 야기하는 단체들에 대한 사회적 반발을 언급하였다. 그리고 최근 전미총기협회와의 관계를 끊은 기업들의 사례를 기업이 사회적 책임을 다한 예로 언급하였다.

지침문의 마지막 문단에서 블로는 뉴욕주 금융서비스부의 규제를 받는 기관들이 (1) 전미총기협회 및 유사 총기장려단체와의 거래로부터 야기될 수 있는 평판 리스크를 비롯한 위기를 지속적으로 평가·관리할 것, (2) 전미총기협회 및 유사 총기장려단체와 그들이 갖고 있는 관계를 검토할 것, (3) 이러한 위기를 관리하고 공중 보건 및 안전을 고취하는 즉각적인 조치를 취할 것을 촉구하였다.

뉴욕주 금융서비스부가 지침문을 내린 당일, 블로와 쿠오모 주지사는 합동 보도자료를 통해 지침문 내용의 많은 부분을 상기시켰다. 이 보도자료에는 뉴욕에서 사업

을 하는 모든 보험회사와 은행들이 전미총기협회와의 협의를 중단할 것을 촉구하는 불로의 말이 인용되어 있었고, 보도자료는 캐리가드의 인수를 중단하기로 한 처브 사(社)의 결정을 그 본보기로 언급하였다. 다음날 쿠오모 주지사는 트위터에 “전미총기협회는 극단주의 단체이다. 나는 뉴욕주의 회사들이 전미총기협회와의 관계를 재고하고, 그들의 평판과 공공에 대한 책임을 고려할 것을 촉구한다.”라는 메시지를 올렸다.

지침문과 보도자료가 나간 후 2주가 지나기 전, 뉴욕주 금융서비스부는 록톤 사(社) 및 처브 사(社)와 각각 동의판결(*consent decree*)⁵⁾을 받았는데, 그 내용에는 캐리가드가 고의적인 범죄행위에 대해 보험 보장을 제공하였고 전미총기협회가 보험판매인 자격증 없이 캐리가드 등의 프로그램을 홍보하였기 때문에 캐리가드는 뉴욕주 보험법을 위반하였다는 내용과 그 외 기타 뉴욕주 보험법 위반 사항들이 담겨 있었다. 록톤 사(社) 및 처브 사(社)는 책임을 인정하면서 전미총기협회가 지원한 프로그램들을 (비록 적법한 것일지라도) 제공하지 않기로 합의하고 각각 700만 달러와 130만 달러의 벌금을 내는 데 동의하였다. 다만 전미총기협회에 기업보험을 판매하는 것은 허용되었다. 5월 9일 로이즈 사(社)는 자사 조직에게 전미총기협회와의 기존 협약을 종료시키고 새로운 보험 보장을 하지 않도록 지시하였다. 그리고 같은 날, 전미총기협회와의 관계를 끊기로 한 결정을 공개적으로 발표하였다. 2018년 12월 20일 뉴욕주 금융서비스부와 로이즈 사(社)는 동의판결에 들어갔고, 위와 비슷한 조건에 합의하고 500만 달러의 벌금 부과에 동의하였다.

2. 소송의 전개

전미총기협회는 쿠오모 주지사와 불로 그리고 뉴욕주 금융서비스부를 제소하였다. 이번 연방대법원 사건은 불로에 대한 것으로, 전미총기협회는 불로가 뉴욕주 금융서비스부의 규제를 받는 기관들을 강압하거나 헌법 수정 제2조⁶⁾를 옹호하는 전미총기협회의 관점 및 그들의 핵심적인 정치적 표현(*political speech*)을 억압함으로써 헌법

5) ‘동의판결’(consent decree)은 양 당사자가 합의한 내용을 법원이 인정하는 판결로서 합의 내용은 당사자 쌍방을 구속한다.

6) 미국 헌법 수정 제2조 **【무기소지의 권리】**

규율 있는 민병대는 자유로운 주의 안보에 필수적이므로 무기를 보유하고 휴대하는 개인의 권리는 침해될 수 없다.

수정 제1조7)를 위반하였다고 주장하였다. 원고인 전미총기협회가 검열과 보복 모두를 주장한 반면, 불로는 원고가 주장한 행위가 허용될 수 없는 강압에 해당하지 않으며 분명하게 확립된 법률을 위반한 것이 아니므로 제한적 면책특권(qualified immunity)⁸⁾을 적용받는다고 주장하며 소각하 신청(motion to dismiss)⁹⁾을 하였다.

제1심인 뉴욕 북부 연방지방법원(United States District Court for the Northern District of New York)은 불로의 소각하 신청을 받아들이지 않았다. 1심 법원은 불로와 쿠오모 주지사의 행위들은 상호 결합되어 전미총기협회와의 관계를 끊든 아니면 금융서비스부의 단속조치를 감수하라는 양자택일의 간접적 위협으로 해석될 수 있다는 전미총기협회의 주장이 설득력 있다고 판단하였다. 그리고 그러한 위협은 헌법 수정 제1조에 위반된다고 보았다. 또한 소각하 신청 단계에서 불로는 제한적 면책특권을 갖지 않는다고 판단하였다.

제2연방항소법원은 제1심을 뒤집어 불로의 행위들이 허용되는 정부표현(government speech)으로서 적법한 법집행에 해당하며 위협적인 강압이 아니라고 판단하였다. 제2연방항소법원에 따르면 지침문과 보도자료가 위협적이지 않은 어조로 공정하게 작성되었고 협박보다는 설득을 위한 단어를 사용하였기 때문에 위협적 강압이 아니라는 것이었다. 제2연방항소법원은 불로가 진행 중인 수사나 가능한 규제조치를 언급하지 않은 채 총기폭력에 대한 커져가는 공공의 우려 속에 사업 관련 리스크만을 언급했

7) 미국 헌법 수정 제1조 【종교와 표현의 자유】

연방의회는 국교를 정하거나 또는 자유로운 신앙 행위를 금지하는 법률을 제정할 수 없다. 또한 언론·출판의 자유나 평화로이 집회할 수 있는 개인의 권리 및 고충의 구제를 위하여 정부에 청원할 수 있는 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다.

8) ‘제한적 면책특권’(qualified immunity)은 미국에서 경찰 등 공무원이 분명하게 확립된 법적 권리나 헌법상의 권리를 침해한 경우가 아닌 한, 그 행위를 한 공무원의 책임을 면제해주는 것을 말한다.

9) 미국에서 ‘소각하’(dismissal)란 더 이상의 심리 없이 소송이 없었던 것처럼 소송을 종결시키는 것을 의미하며, 일반적으로 본안의 쟁점과는 상관없이 소 또는 신청을 종결시키는 것을 말한다. ‘소각하 신청’(motion to dismiss)은 소송의 법적 전제에 심각한 흠결이 있어서 당해 소송이 성공할 수 없는 운명인 경우 소송당사자에게 불필요한 변론 전 활동과 변론 활동의 부담을 덜어주기 위해 소송을 조기에 차단하여 종료시키는 기능을 한다.

연방민사소송규칙 제12조(b)(FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE Rule 12(b) HOW TO PRESENT DEFENSES)에 근거한 소각하 사유에는 ① 물적 관할권의 흠결(lack of subject matter jurisdiction), ② 인적 관할권의 흠결(lack of personal jurisdiction), ③ 재판적 위반(improper venue), ④ 절차의 하자(insufficient process), 소장 송달의 하자(insufficient service of process), ⑤ 원고가 소장에 기재한 주장만으로는 청구를 인용하기에 부족한 경우(failure to state a claim upon which relief can be granted), ⑥ 필수적 공동소송의 당사자를 추가하지 못한 경우(failure to join a party under Rule 19)가 있다. 오규성, 미국 소각하에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서 2017-12, 2017, 47면, 63-65면.

던 것을 중요하게 보았다. 로이즈 사(社)에 대한 불로의 만남에 관해서 법원은 아슬 아슬함을 인정하면서도 불로는 단지 그녀의 규제임무를 수행하고 있었던 것이라고 보았다. 그리고 불로가 제한적 면책특권을 갖는다고 판결하였다.

전미총기협회는 연방대법원에 상고허가를 신청하였고, 연방대법원은 소장에 기재된 불로에 대한 헌법 수정 제1조상의 주장이 청구를 인용하기에 충분한지¹⁰⁾에 관한 문제에 한하여 상고를 허가하였다.

II. 쟁점 및 판단

1. Sotomayor 대법관의 법정의견(전원일치)¹¹⁾

불로는 전미총기협회를 자유롭게 비판할 수 있고 뉴욕주 보험법 위반을 추적할 수도 있다. 그러나 그녀는 전미총기협회의 총기옹호를 처벌하거나 억압하려는 목적으로 그녀의 권한을 사용하여 뉴욕주 금융서비스부의 규제를 받는 기관들에게 단속조치로 위협해서는 안 된다. 불로가 그렇게 하였음이 소장(訴狀)에 설득력 있게(plausibly) 주장되어 있으므로, 헌법 수정 제1조 위반을 주장한 전미총기협회의 청구를 인용하기에 충분하다고 판단하는 바이다.

가. 공무원의 비선호 표현 억압과 Bantam Books (1963) 판결의 적용

헌법 수정 제1조 표현의 자유 조항의 중심에는 관점차별(viewpoint discrimination)이 자유롭고 민주적인 사회에 특히 유해하다는 인식이 자리 잡고 있다. 표현의 자유 조항은 정부기관이나 정부행위자가 표현의 자유를 침해하는 것을 금지한다. 반면에 정부 공무원 자신이 표현적 행위에 관여하는 경우에는 표현의 자유 조항이 적용되지

10) 연방민사소송규칙 제12조(b)(6)에 의하면, 원고가 소장에 기재한 주장만으로는 청구를 인용하기에 부족한 경우(failure to state a claim upon which relief can be granted), 이는 피고의 소각하 신청사유가 된다. 이는 소장에 기재한 내용에 의하면 구제수단이 인정될 수 없다는 내용의 항변으로서, 다른 사실이나 증거를 제출해서는 안 되고 소장만을 근거로 소송을 종결해야 한다는 항변이다. 법원은 제12조(b)(6) 소각하 소각하 신청을 판단함에 있어 소장이 아닌 다른 증거들을 고려해서는 안 되고 오로지 소장에 기재된 내용만을 기준으로 판단하여야 한다. 오규성, 미국 소각하에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서 2017-12, 2017, 79면.

11) Sotomayor 대법관, Roberts 대법원장, Thomas 대법관, Alito 대법관, Kagan 대법관, Gorsuch 대법관, Kavanaugh 대법관, Barrett 대법관, Jackson 대법관의 의견.

않는다.¹²⁾ 정부는 정부가 원하는 바를 말할 수 있고, 정부가 표현하고자 하는 관점을 선택할 수 있다.¹³⁾ 정부기관의 행동방침은 필연적으로 특정한 관점을 취하고 다른 관점은 버리게 되어 있다. 따라서 공무원이 그러한 사업에 관해 이야기 할 때에는 관점중립성을 유지할 필요가 없다.¹⁴⁾

정부 공무원은 자신의 관점을 자유롭게 공유하고 특정한 믿음을 비판할 수 있으며 다른 사람을 설득하기 위해 강력히 주장할 수도 있다. 그러나 공무원은 비선호 표현을 처벌하거나 억압하기 위해 국가권력을 사용할 수는 없다.¹⁵⁾ 그러한 사건에서 우리가 면밀한 검토를 요청받는 것은 국가권력의 적용이다.¹⁶⁾

Bantam Books, Inc. v. Sullivan (1963)¹⁷⁾ 사건에서 연방대법원은 허용가능한 설득 시도와 허용불가능한 강압 시도 사이의 구분에 대해 살펴보았다. *Bantam Books* 사건에서 로드아일랜드 주 위원회는 위원회 자신의 관점상 청소년의 도덕을 위협하는 저속한 출판물을 검열하기 위해 수사와 형사기소를 권하는 데 그 권한을 사용하였다.¹⁸⁾ 위원회는 블랙리스트에 오른 출판물의 유통업자에게 공식 공고를 보내 주(State) 음란법(*obscenity laws*) 위반을 법무부장관에게 회부할 위원회의 의무를 강조하였다.¹⁹⁾ 또한 이 공고를 통해 블랙리스트 출판물 목록이 지방경찰국에 회람되었으며 유통업자가 해당 출판물을 서가에서 제거하는 데 협력한다면 검찰에 회부할 필요성은 제거될 것이라고 유통업자에게 통보하였다.²⁰⁾ 경찰은 법률 준수를 확인하기 위해 후속 방문을 실시하였다. 이에 유통업자는 재판을 받게 될 것이 두려워 해당 출판물의 유통을 중단하는 조치를 취했다.²¹⁾

블랙리스트 출판물의 출판사는 위원회를 고소하며 이러한 비공식 검열이 헌법 수정 제1조상의 권리를 침해한다고 주장하였다. 이에 대해 위원회는 음란성을 규제하거나 억압하지 않았고 단지 서점들에게 훈계 조치를 하고 그들의 법적 권리를 알렸

12) *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U. S. 460, 467 (2009).

13) *Id.*, at 467-468 (quoting *Rosenberger v. Rector and Visitors of Univ. of Va.*, 515 U. S. 819, 833 (1995)).

14) *Matal v. Tam*, 582 U. S. 218, 234 (2017).

15) *Rosenberger*, 515 U. S., at 830.

16) *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U. S. 449, 463 (1958).

17) *Bantam Books, Inc. v. Sullivan*, 372 U. S. 58, (1963).

18) *Id.* at 59-62, 71.

19) *Id.*, at 62-63, and n. 5.

20) *Ibid.*

21) *Id.*, at 63.

을 뿐이라고 대답하였다.²²⁾ 연방대법원은 출판사의 편을 들어 위원회는 유통업자가 블랙리스트 출판물의 판매 및 진열을 중단하도록 강요함으로써 출판사들의 표현의 자유를 침해하였다고 판결하였다.

연방대법원은 정부 공무원들이 비선호 표현을 억압하기 위해 법적 제재조치나 기타 강압적 수단으로 협박하는 것은 헌법 수정 제1조에 의해 금지된다고 설시하였다.²³⁾ 비록 위원회에게 정식 법적 제재를 적용할 권한은 없었지만, 유통업자는 위원회의 불이익 조치 위협으로 합리적으로 이해하였고, 따라서 유통업자가 위원회의 지침을 따른 것은 자발적인 것이 아니었다.²⁴⁾ 이러한 결론에 이르기 위해 연방대법원은 ▲ 위원회와 법집행기관의 협력 그리고 사건을 검찰에 회부할 수 있는 위원회의 권한, ▲ 형사절차 개시의 간접적 위협을 포함하여 사실상 명령을 고지한 공고문들 그 자체, ▲ 그 공고들과 후속 방문에 대한 유통업자들의 반응 등을 고려하였다.²⁵⁾

Bantam Books 판결 이후 연방항소법원들은 문제가 된 대화를 강압적인 협박으로 해석하는 것이 합리적인지 여부를 결정하기 위해 비슷한 요소들을 고려해 왔다. 예를 들어 이 사건의 하급심 판결에서 제2연방항소법원은 (1) 단어 선정과 톤, (2) 규제 당국의 존재, (3) 표현이 위협으로 인지될 수 있는지, 그리고 아마도 가장 중요한 것으로서 (4) 표현이 불이익 조치를 언급하고 있는지를 살펴보고자 하였다.²⁶⁾ 다른 연방항소법원들도 유사한 접근법을 취하여 다원적 심사 내지 전체상황 분석을 활용하였다. 다원적 심사를 사용하는 연방항소법원들은 한 가지 요소만으로 결정될 수 없다는 점에 동의하였다.

결국 Bantam Books 판결은 정부 공무원 자신이 직접 행사하는 것이 금지된 조치는 간접적으로라도 행사할 수 없다는 원칙을 의미한다. 즉, 정부 공무원은 사적 당사자를 강요하여 자신을 대신해 비선호 표현을 처벌하거나 억압하게 할 수 없다.

나. 불로의 행위에 대한 검토

정부가 제3자 강압을 통해 헌법 수정 제1조를 위반하였다는 원고의 주장이 청구를

22) Id., at 66.

23) Id., at 67.

24) Id., at 66-68.

25) Id., at 68.

26) 전미총기협회는 다음의 3가지 요소를 살펴보는 3요소 심사를 채택하였다. (1) 행위자의 권한, (2) 행위자의 발언의 내용과 목적, (3) 청취자의 반응.

인용하기에 충분하기 위해서는, 원고가 ‘맥락상 그 행위가 정부의 불이익 조치 협박을 전하는 것으로 합리적인 해석이 가능하다’는 점을 설득력 있게 주장해야 한다.²⁷⁾ 이 사건에서 전미총기협회는 불로가 총기옹호를 처벌하거나 억압하기 위해 뉴욕주 금융서비스부의 규제를 받는 기관들에게 전미총기협회와의 관계를 끊을 것을 강요함으로써 헌법 수정 제1조를 위반하였다는 점을 설득력 있게 주장하였다.

불로는 뉴욕주 금융서비스부의 감독관으로서 뉴욕에서 사업을 하는 모든 보험회사와 금융서비스 기관에 직접적인 규제 및 단속 권한을 갖고 있었다. 그녀는 수사를 개시할 수 있었고, 사건을 검찰에 회부할 수 있었으며, 민사 고발을 통지할 수 있었고, 동의판결에 들어갈 수 있었다. 불로와 뉴욕주 금융서비스부의 규제를 받는 기관들, 특히 로이즈 사(社)와의 대화는 불로의 권한을 배경에 놓고 고려하여야 한다. 불로는 로이즈 사(社)가 모든 총기단체와의 관계를 끊기를 원한다는 점을 명확히 하였다. 그 총기단체들이 전미총기협회의 보험과 같은 불법적인 보험 정책을 갖고 있다는 징후가 없었음에도 불구하고 이들과의 관계를 끊기를 종용하였다. 또한 불로는 로이즈 사(社)의 간부들에게 전미총기협회와 관계를 맺고 있는 조직에게만 단속조치를 집중하겠다고 말하였다. 그 메시지는 분명하다. 로이즈 사(社)가 뉴욕주 금융서비스부의 총기단체반대 캠페인을 돕는다면 다른 무관한 규정위반 책임을 피할 수 있다는 것이다. 로이즈 사(社)의 추후 반응이 확인해주듯이 불로의 대화는 - 협박으로 보이든 권유로 보이든 간에 - 강압적인 것으로 합리적인 해석이 가능하다. 지침문과 보도자료에 관한 다른 주장들도 그 배포의 맥락에서 보았을 때 헌법 수정 제1조에 관한 전미총기협회의 주장을 강화시킨다.

요컨대, 전체적으로 평가해 볼 때 소장에는 불로가 전미총기협회의 총기옹호를 처벌하거나 억압하기 위한 캠페인에 비협조적인 기관들에 대해 불리한 권한을 행사할 것이라고 위협했다는 점이 설득력 있게 주장되어 있다. 그것이 사실이라면, 이는 헌법 수정 제1조 위반이 된다.

다. 제2연방항소법원 및 불로의 주장에 대한 반박

이와는 다른 판결을 내렸던 제2연방항소법원은, (1) 지침문과 보도자료가 허용가능한 정부표현이었고, (2) 로이즈 사(社)와의 만남은 단지 명백한 보험법 위반을 해결하기 위해 협상하는 과정에서 선처를 제공함으로써 불로가 맡은 규제임무를 수행한 적

27) Id., at 67-68.

법한 단속조치였다고 판단하였다. 주장을 전체적으로 고려하고 전미총기협회에게 합리적인 추론을 끌어내야 할 의무²⁸⁾에 비추어 볼 때, 제2연방항소법원은 ‘허용가능한 정부표현’의 개별적인 예들과 불로의 규제 의무 수행만을 연관시켜 소장을 해석하는 오류를 범하였다.

또한 전미총기협회가 지원한 보험들의 불법성은 불로를 Bantam Books 판결에 따른 헌법 수정 제1조의 심사로부터 분리시키지 않는다. 실제로 Bantam Books 사건에서 위원회는 자신들이 보기에 주의 음란법을 위반했다고 생각되는 출판물의 유통과 진열을 표적 삼았다. Bantam Books 사건에서 유통업자의 주법 준수는 문제가 아니었다. 오히려 Bantam Books 판결은 위원회가 비선호 출판물—그 중 일부는 보호되는 표현(예를 들어 음란물이 아닌 것)이 포함될 수도 있고 그렇지 않을 수도 있지만—을 억압하는 법적 제재를 언급함으로써 헌법 수정 제1조를 위반하였다고 판단하였다. 이 사건에서도 비록 불로가 뉴욕주 보험법 위반을 추적할 수 있다고 하더라도, 전미총기협회의 보호되는 표현을 처벌하거나 억압하기 위해 그렇게 할 수는 없다. 따라서 전미총기협회와 보험회사들이 뉴욕주 법률을 위반하였다는 주장은 불로가 총기옹호를 억압하기 위해 강압적으로 위협한 데 대한 면책이 될 수 없다.

다음으로 불로는 그녀의 조치가 비표현적 행위(nonexpressive activity)가 되는 사업 관행 및 사업관계를 표적으로 하였기 때문에 위헌적인 강압과는 무관하다고 주장하였다. 그러나 이러한 주장은 잘못된 것이다. 불로가 전미총기협회와 보험회사 및 은행과의 관계로부터 유래된 사업 활동들을 규제하였다는 사실은 그녀의 조치가 표현을 처벌하거나 억압하기 위한 것이었다는 점을 바꾸지 못한다. Bantam Books 사건에서 위원회는 출판사의 비선호 표현을 억압하기 위해 유통업자와 출판사 사이의 사업 관계에 관여하였다. 이 사건에서도 마찬가지로, 소장을 살펴보면, 불로가 전미총기협회의 총기옹호를 억압하고 총기규제에 관한 그녀의 관점을 개선하기 위해 뉴욕주 금융서비스부의 규제를 받는 기관들에게 전미총기협회와의 관계를 끊도록 강요했다는 점이 합리적으로 추론될 수 있다. 결국 불로는 전미총기협회가 자신들의 메시지를 전파하기 위해 보험과 금융에 기대고 있었음을 알고 있었다.

마지막으로 불로는 전미총기협회에 유리한 판결은 정부의 적절한 기능에 방해가

28) 이 사건은 소각하 신청 단계에서 연방대법원에 상고되었기 때문에 연방대법원은 선례(Ashcroft v. Iqbal, 556 U. S. 662, 678-679 (2009))에 따라 ‘잘 답변된 사실에 관한 주장’과 ‘그로부터 도출된 합리적인 추론’은 진실인 것으로 추정한다.

될 것이라고 주장하였다. 불로는 전미총기협회의 입장이 받아들여진다면 이는 정부 표현을 억압하고 적법한 단속 노력에 방해가 될 것이라고 주장하였다. 그러나 연방대법원의 입장은 *Bantam Books* 판결의 일반원칙을 재확인하는 것일 뿐이다. 즉, 강압적인 위협으로 비선호 표현을 처벌하거나 억압하고자 한다는 주장이 소장에 설득력 있게 제시된 경우, 헌법 수정 제1조에 대한 원고의 주장은 청구를 인용하기에 충분하다.

라. 매개자에 대한 규제를 통한 표현 억압 전략에 대한 우려

전미총기협회는, 만일 사실이라면, 불로가 전미총기협회를 표적으로 하여 채택했던 매개 전략에 대한 헌법적 우려를 강조하였다. 그러한 매개 전략은 정부 공무원이 자신의 규제 관할권을 직접적인 통제 대상이 아닌 단체의 표현을 억압하는 데까지 확대시키는 것을 허용하게 된다. 또한 매개자들은 화자의 메시지에 대한 투자를 받는 경우가 덜하고 따라서 규제자의 분노를 무릅쓰려고 하지 않을 것이기 때문에 정부 공무원의 표현 억압을 보다 더 효과적으로 만든다. 비록 이 사건에서 전미총기협회가 직접적인 규제대상은 아니었지만, 불로가 전미총기협회의 사업 파트너들을 찾아다니며 총기옹호를 표적으로 삼는 데 그녀의 권한을 사용하였다는 주장이 이를 뒷받침한다. 보험회사들은 적대적인 규제를 두려워하며 차례로 불로의 뜻을 따랐다.

이 사건의 어떤 것도 전미총기협회에게 정부 수사로부터의 절대적인 면책권이나 주 또는 연방 법률을 무시할 권리를 주지 않는다.²⁹⁾ 마찬가지로 정부 공무원들이 비선호 관점을 강하게 규탄하는 것도 막지 않는다. 요점은 헌법 수정 제1조는 정부 공무원들이 자신의 권한을 선별적으로 사용하여 직접적으로 또는 (이 사건에서와 같이) 중간의 사적 매개자를 통해 (간접적으로) 표현을 처벌하거나 억압하는 것을 금지한다는 점이다.

* * *

상기의 이유로 연방대법원은 불로가 전미총기협회의 총기옹호를 처벌하고 억압하기 위해서 뉴욕주 금융서비스부의 규제를 받는 기관들에게 전미총기협회와의 사업관계를 끊으라고 강제함으로써 헌법 수정 제1조를 위반하였다는 전미총기협회의 주장이 설득력 있게 제시되었다고 판단하는 바이다. 연방항소법원의 판결을 파기하며 이 의견에 부합하는 추후의 소송절차를 위하여 환송한다.

29) *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U. S. 449, 463 (1958).

2. Gorsuch 대법관의 보충의견(1인 의견)

전적으로 동의한 법정의견에 대한 나의 해석을 설명하기 위해 별도로 의견을 작성한다. 오늘 우리는 잘 확립된 원칙을 재확인하였다. 즉, 정부 공무원은 사적 당사자를 강요하여 자신을 대신해 비선호 표현을 처벌하거나 억압하게 할 수 없다는 것이다. 법정의견이 말했듯이 많은 하급심 법원들은 이러한 종류의 강압 주장을 분석함에 있어 4가지를 살펴보는 다원적 심사를 수행한다. 이 심사는 비록 완벽하지는 않아도 유용한 지침을 제공한다. 그러나 간혹 그렇지 않을 때도 있다. 실제로 제2연방항소법원은 잘못된 결론을 내렸다. 따라서 하급심 법원은 연방대법원의 지침에 주의를 기울이는 것이 온당하다. 이러한 지침들이 기여하는 가치가 무엇이든 간에 지침은 내용 그대로이지 그 이상이 아니다. 결국 중요한 문제는 해당 행위가 맥락상 원고의 표현을 처벌하거나 억압하기 위해 정부의 불이익 조치를 전달하는 것으로 합리적인 해석이 가능하다는 점을 원고가 설득력 있게 주장하였는지 여부이다.

3. Jackson 대법관의 보충의견(1인 의견)

나는 법정의견에 동의하며, 정부의 강압과 헌법 수정 제1조 위반 사이의 중요한 구분을 강조하기 위해 별도로 의견을 작성한다.

가. 제3자에 대한 강압 외에 검토가 필요한 내용

제3자 강압은 정부가 타인이 가진 헌법 수정 제1조상의 권리를 침해하는 수단이 될 수 있다. 그러나 강압의 사실만으로는 헌법 수정 제1조상의 주장이 청구를 인용하기에 충분하다고 할 수는 없다. 법원은 정부가 설득에서 강압으로 선을 넘었다고 판단하는 것에 더하여 그 강압이 실제로 어떻게 화자의 헌법 수정 제1조상의 권리를 침해하였는지를 검토해야 한다. *Bantam Books* 판결에서 우리의 결정은 제3자에 대한 정부의 강압이 어떻게 간접적으로 헌법 수정 제1조의 위반을 야기할 수 있는지를 보여주는 일례이다. 법정의견이 설명하였듯이, *Bantam Books* 판결은 중개 유통업자를 강압하여 특정 출판물의 유통을 막고자 했던 위원회의 노력이 출판사의 헌법 수정 제1조상의 권리를 침해하였다고 판단하였다. 비록 주 위원회 자신이 서적을 압수하거나 금지한 것은 아니었지만 법적 재제조치를 언급하여 위협하거나 유통업자들에게 대하여 기타 강압, 설득, 협박의 수단을 사용하여 직접적이고 고의적으로 로드아일랜드

드의 여러 곳에서 출판물의 유통을 중단시켰다. 근본적으로 제3자-유통업자-에 대한 협박은 사인의 손을 통해 주의 효과적인 음란규제를 확립시켰다. 정부는 위원회 자신이 서적을 압수하지 않았다는 이유만으로 유통업자의 행위에 대한 책임으로부터 벗어날 수는 없다.

그러나 정부가 유통업자들을 강압하여 정부의 뜻에 따르도록 한 것은 - 그 자체로 저절로- 헌법 수정 제1조를 위반한 것은 아니었다. 주 위원회는 그러한 제3의 전달자의 표현을 위협함으로써 필수적인 헌법적 보호장치가 결여된 사전적 행정규제 제도를 출판물의 유통에 적용시키려고 하였다. 바꿔 말하면, 주는 제3자에게 압력을 가함으로써 비공식적인 검열 제도를 구성한 것이다.

Bantam Books 판결이 주는 교훈은 정부 공무원이 직접적으로 할 수 없는 일은 간접적으로도 할 수 없다는 것이다. Bantam Books 판결은 정부의 강압 하나만으로 헌법 수정 제1조 위반이라고 판단한 것이 아니다. 또한 정부가 법률에 구현된 규칙들을 효과적으로 이행할 수 있을 때에만 우리의 민주주의가 기능할 수 있기 때문에, 정부의 강압과 헌법 수정 제1조 위반 사이의 구분을 인식하는 것이 중요하다. 그러한 규칙의 이행은 그 성질상 종종 법적 제재의 형태로 강요의 성격을 갖기도 한다. 따라서 제3자에 대한 정부의 강압을 주장하는 것은 그 강압이 간접적으로 원고의 헌법 수정 제1조상의 권리를 침해하는가에 답이 되기보다는 문제를 제기하는 것에 불과하다.

나. 검열 외 보복에 대한 검토의 필요성

제3자에 대한 정부의 강압이 다른 당사자의 헌법 수정 제1조상의 권리를 침해하는지, 어떻게 그러한지는 사건의 사실관계에 따라 다를 수 있다. 실제로 우리 선례들에 따르면 정부행위가 헌법 수정 제1조를 위반했는지 여부를 판단하기 위해 상황에 따라 다양한 원칙들이 적용되었다.

Bantam Books 사건의 경우 정부가 유통업자에 의존하는 다른 당사자(출판사)의 표현을 정지시키기 위해 유통업자를 강압하였다. 표현을 전파하는 사업체를 강압하여 다른 사람의 표현 전파를 중단시키는 것은 그것이 검열의 결과를 낳는 한 분명히 헌법 수정 제1조의 문제를 야기한다.

그러나 내 생각에 그러한 검열 이론은 이 사건의 사실관계와는 잘 맞지 않는다. 소장의 내용에 따르면, 불로는 규제대상이 되는 다양한 기관들에게 전미총기협회의 사업관계를 끊으라고 강요하였다. 전미총기협회는 이러한 사업관계를 통해 제공되는

자신들의 보험상품이 광고판·TV·서적과 유사한 ‘표현’이라고 주장하지 않았다. 불로는 전미총기협회의 정기간행물을 인쇄하는 인쇄소에 압력을 가하지도 않았고, 전미총기협회의 연례회의가 열리는 컨벤션 센터에 회의를 취소하라고 강요하지도 않았다. 즉, 전미총기협회의 표현에 대한 불로의 강압은 Bantam Books 사건에서보다 훨씬 더 희석되어 있다. 예를 들어, 규제기관을 향한 불로의 행위가 전미총기협회의 표현에 대한 ‘사전적 행정규제의 체계’에 해당하는지는 전혀 분명치 않다.

강압이 출판이나 표현의 유통과 직접 관련된 것이 아닌 경우, 이러한 종류의 주장을 분석하는 데에는 ‘보복’과 관련된 헌법 수정 제1조의 사건들이 더 나은 분석틀을 제공해줄 것이다. 다행히 이 사건에서 원고는 불로가 헌법 수정 제1조를 어떻게 위반했는지에 대하여 검열과 보복 두 가지 이론을 모두 주장하고 있다. 이 이론들은 별개로 분석되어야 마땅하다고 생각한다. 일반론으로, 헌법 수정 제1조는 정부 공무원이 개인에게 표현행위를 이유로 보복조치를 하는 것을 금지한다.³⁰⁾ 원고는 다른 무엇보다도 정부가 원고의 표현에 대하여 보복적 동기가 없었더라면 취하지 않았을 불이익 조치를 취했다는 점을 입증해야 한다.³¹⁾ 맥락에 따라 우리의 분석은 달라지지만, 일반적으로 연방대법원은 보복을 주장하는 원고가 정부의 보복적 적대감과 이후 원고의 피해 사이의 인과관계를 입증할 것을 요구한다.³²⁾

그러한 인과관계의 요구는 중요하다. 화자에게 불리한 일부 공무원의 조치가 만일 다른 이유 때문에 취해진 것이라면 크게 문제될 게 없기 때문이다.³³⁾ 예를 들어, 이 사건에서 인과관계의 분석이 중요한데, 만일 불로의 행위 중 상당수가 보복적 이유에서 행해진 것이 아니라면, 뉴욕주 보험 규정의 적법한 이행이 될 수 있기 때문이다.

이 사건에서 어떻게 보복에 관한 분석이 진행되어야 하는지가 하급심에서 다루어지지 않았다. 따라서 연방대법원도 오늘 이 문제를 답하지 않고 남겨두었고 이는 옳은 일이다. 그러나 이러한 분석이 진행되었다면, *Mt. Healthy City Bd. of Ed. v. Doyle*, 429 U. S. 274 (1977) 판결의 입증책임 전환의 틀이 적용되었을 것이고, 이에 따라 전미총기협회는 보복적 동기가 불로의 행위에 있어 상당한(substantial) 요인이 되었거나 동기부여의 요인(motivating factor)이 되었다는 점을 설득력 있게 주장해야 하고, 이에

30) *Houston Community College System v. Wilson*, 595 U. S. 468, 474 (2022) (quoting *Nieves v. Bartlett*, 587 U. S. 391, 398 (2019)).

31) *Wilson*, 595 U. S., at 477 (quoting *Nieves*, 587 U. S., at 399).

32) *Nieves*, 587 U. S., at 398 (quoting *Hartman v. Moore*, 547 U. S. 250, 259 (2006)).

33) *Id.*, at 256.

대하여 불로는 전미총기협회의 행위가 없었더라도 동일한 조치를 취했을 것이라는 점을 입증해야 했을 것이다.

* * *

전미총기협회의 소장에는 검열과 보복의 주장이 모두 개진되어 있지만, 사건에서 하급심 법원은 이 두 가지 주장을 함께 묶었고 결국 불로의 행위가 강압적이었는지에만 거의 모든 초점을 맞춰졌다. 환송심 법원과 당사자들은 정부의 강압과 그러한 강압이 전미총기협회의 헌법상의 권리를 침해한 (또는 침해하지 않은) 방식 사이의 구분에 유념하여, 검열과 보복 이론 모두를 독립적으로 고려해야 할 것이다.

Ⅲ. 판결의 의의

연방대법원은 이 사건에서 전원일치로 뉴욕주 금융서비스부의 감독관이 전미총기협회의 총기옹호를 처벌하고 억압하기 위해 보험회사들에게 전미총기협회와의 관계를 끊도록 강제하는 것은 헌법 수정 제1조 위반이 될 수 있다고 판단하였다. 법정의견을 작성한 Sotomayor 대법관은 미국 헌법 수정 제1조 표현의 자유에 있어 관점차별이 특히 유해하다고 실시하였다. 또한 제3자에 대한 강압이 헌법 수정 제1조 위반이 될 수 있는지 여부도 다루었는데, 연방대법원은 이러한 판단을 함에 있어 1963년에 선고된 Bantam Books 판결의 법리를 적용하였다. 연방대법원은 비록 “Bantam Books 판결의 일반적인 원칙을 재확인하는 것일 뿐”이라고 언급하였지만, 이 사건은 Bantam Books 판결을 단순히 재언급하는 데 그친 것이 아니라 정치적 화자에 대한 보호를 확대했다는 평가도 받고 있다.³⁴⁾ 연방대법원은 “정부 공무원이 자신이 직접적으로 행사하는 것이 금지된 조치는 간접적으로도 행사할 수 없다”는 원칙을 언급하였는데, 이는 문제의 초점을 ‘매개자가 강압되었는지의 문제’(밝히거나 증명하기 어려운 문제)³⁵⁾에서 ‘정부 자신의 행위와 의도에 대한 분석의 문제’로 옮김으로써 헌법 수정 제1조상의 표현의 자유를 보호하기가 한층 더 쉽게 되었다는 분석이다.³⁶⁾

34) Charles M. Miller, NRA v. Vullo: A Resounding Win for Free Speech, But Will It Endure?, The Federalist Society, 2024. 6. 11. (<https://fedsoc.org/commentary/fedsoc-blog/nra-v-vullo-a-resounding-win-for-free-speech-but-will-it-endure>, 2024. 12. 13. 최종방문).

35) 제한되는 것은 다른 당사자의 표현이므로, 매개자는 정치적 표현의 제한에 신경 쓰지 않을 수도 있다. 이 경우 매개자가 강압되었는지를 증명하기는 어려워질 수 있다.

이 사건은 그다음 달인 2024년 6월 26일에 선고된 *Murthy v. Missouri*, 603 U.S. 43 (2024) 판결과 함께 헌법 수정 제1조에 관한 사건으로 주목받았다.³⁷⁾ *Murthy* 사건에서 원고들은 연방정부 공무원들이 소셜미디어 회사들을 강압하여 코로나19 사태나 2020년 선거와 관련하여 잘못되었다고 생각하는 표현들을 플랫폼에서 삭제하도록 함으로써 헌법 수정 제1조를 위반하였다고 주장하였다. *Murthy* 사건의 법정의견은 원고들이 당사자적격을 입증하지 못하였다고 판단하는 데 그쳤지만, Alito 대법관은 반대의견에서 피고가 강압을 하였는지 여부를 결정함에 있어 *Bantam Books* 판결과 이번 *Vullo* 판결을 적용해야 한다는 견해를 피력하였다. 비록 반대의견에 구속력은 없지만, 향후의 사건에서 이번 판결이 어떻게 적용될 수 있을지에 대한 인사이트를 엿볼 수 있다.

36) Ibid.

37) Ibid; Whitney K. Novak, *Government Coercion of Private Speech: National Rifle Association (NRA) v. Vullo*, CRS Legal Sidebar, Congressional Research Service, p. 5. (<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB11186>, 2024. 12. 13. 최종방문).

최신 세계헌법판례

캐나다

■ 군사법원 군판사가 준장교 신분일 것을 요구하는 국방법 조항의 합헌성
-법관의 독립성 및 공정성- / 책임연구원 임기영

군사법원 군판사가 준장교 신분일 것을 요구하는 국방법 조항의 합헌성 -법관의 독립성 및 공정성-¹⁾

I. 사건개요

이 사건은 군사법원의 군판사가 준장교 신분일 것을 요구하는 법률 규정이 법관의 독립성과 공정성을 보장한 캐나다 권리자유헌장(이하 ‘헌장’) 제11조 제d호²⁾를 위반한 것이 아니라고 판단한 사건이다.

『국방법』(National Defence Act, NDA) 제3장(Part III)에 해당하는 군복무규율규정(Code of Service Discipline, CSD) 위반으로 기소된 캐나다군(Canadian Armed Forces, 캐나다 육, 해, 공 3군을 통괄하는 군대) 소속 9명의 피고인들은 군사법원의 재판을 받게 되었다. 군복무 범죄(service offence)란, 군복무규율규정의 가장 심각한 위반으로서 군인에게만 적용되는 범죄들—예를 들어, 상관의 적법한 명령에 대한 불복종—과 군복무규율규정의 적용을 받는 사람이 저지른 형법 및 기타 의회제정법상의 범죄들을 아우른다.³⁾ 군사법원은 형사상급법원(superior court of criminal jurisdiction)⁴⁾과 동일한 권한, 권리, 특권을 갖는다(국방법 §179). 군사법원은 준장교인 군판사가 재판한다.

국방법 §165.21⁵⁾에 따르면 군판사는 최소 10년 이상 변호사로서 주 법정에서 변호

1) **R. v. Edwards 2024 SCC 15 (2024. 4. 26. 선고)**

2) **캐나다 권리자유헌장 제11조 【형사 및 처벌 사건의 절차】**

범죄로 기소된 자는 누구나

d. 독립적이면서 공정한 법정에 의한 공평하면서도 공개적인 심리에서 법률에 따라 유죄로 판명될 때까지 무죄로 간주될 권리가 있다.

3) National Defence Act, §2 “service offence”

4) 캐나다의 주/준주 법원 체계는 주/준주법원(Provincial/Territorial Courts) - 주/준주 상급법원(Provincial/Territorial Superior Court) - 주/준주 항소법원(Provincial/Territorial Court of Appeal) - 연방대법원(Supreme Court of Canada)으로 이루어져 있다. 군사법원의 경우에는 군사법원(Court Martial) - 군항소법원(Court Martial Appeal Court) - 연방대법원(Supreme Court of Canada)으로 이루어져 있다. 연방법원 체계는 연방법원(Federal Court [Trial Division]) - 연방항소법원(Federal Court of Appeal) - 연방대법원(Supreme Court of Canada)으로 이루어진다.

5) **국방법 §165.21**

① Governor in Council은 최소 10년 이상 주 법정에서 변호활동을 한 변호사(barrister or advocate)이자 최소 10년 이상 준장교로서 복무해 온 모든 장교를 군판사로 임명할 수 있다.

활동을 한 경력이 있고, 최소 10년 이상 군장교로서 현재까지 복무중일 것을 요한다. 국방법 §165.24(2)⁶⁾는 캐나다군 군사법원장(Chief Military Judge)⁷⁾은 대령 이상의 계급을 갖고 있어야 한다고 규정하고 있다. 군판사는 군장교로서 지휘계통에 포함되어 있고, 따라서 군복무규율규정의 위반으로 기소될 수 있다.

이 사건 9명의 피고인들은 상관의 적법한 명령에 대한 불복종이나 성범죄 등으로 기소되었다. 이들은 자신들을 재판하는 군판사들의 독립성과 공정성을 문제 삼았다. 피고인들은 그들의 재판을 맡은 군판사들이 군장교일 것을 요구하는 국방법 §165.21 및 §165.24(2)에 대해 이의를 제기하면서, 동 규정들이 헌장 제11조 제d호의 ‘독립적이고 공정한 법정에 의한 공평하고 공개적인 심리를 받을 권리’를 침해한다고 주장하였다.

제1심 군사법원에서 일부 군판사들은 판사와 장교라는 자신들의 이중적 지위로 인해 법관으로서의 독립성이 결여되었고, 따라서 각 피고인들의 헌장 제11조 제d호상의 권리가 침해되었다고 판단하였다. 이후 항소심에서 군항소법원은 해당 문제에 정통한(informed) 사람이라면 문제를 현실적이고 실제적으로 보고 충분히 생각하여 군판사들이 공정성과 독립성의 헌법적 최소기준을 충족하고 있다고 결론내릴 것이며, 따라서 피고인의 헌장 제11조 제d호상의 권리는 침해되지 않는다고 판시하였다. 결국 이 사건은 상고되어 연방대법원의 심리를 받게 되었다.

-
- ② 모든 군판사는 그 직의 임무를 시작하기 전에 다음과 같은 취임선서를 해야 한다.
나,는 공정하고, 정직하고, 충실하게, 그리고 나의 기술과 지식의 최선을 다하여 군판사로서 나에게 맡겨진 권한과 신임을 이행할 것을 엄숙하고 진실되게 약속하고 맹세(또는 확인)합니다. (그리고 선서(oath)의 경우: 그러니 신께서 저를 도와주십시오.)
 - ③ 군판사는 성실하게 임무를 수행하는 한 직을 유지하며 해임은 군판사 조사위원회의 권고로 Governor in Council에 의해서 가능하다.
 - ④ 군판사는 스스로의 요청에 의해 캐나다군으로부터 면직되거나 60세에 이르렀을 때 직의 유지가 종료된다.
 - ⑤ 군판사는 장관에게 서면으로 통지함으로써 사임할 수 있다. 사임은 장관이 통지를 받은 날 또는 그보다 늦은, 통지에 명시된 날에 효력이 발생한다.

6) 국방법 §165.24

- ② 캐나다군 군사법원장(Chief Military Judge)은 적어도 대령 이상의 계급을 갖는다.

7) 캐나다군 군사법원장(Chief Military Judge)의 권한과 업무에 관해서는 Office of the Chief Military Judge (<https://www.canada.ca/en/chief-military-judge.html>, 2024. 12. 24. 최종방문) 참고.

II. 쟁점 및 판단

1. Kasirer 대법관의 법정의견(6인 의견)⁸⁾

국방법 하에서 군판사의 군장교로서의 지위는 헌장 제11조 제d호의 목적상 사법적 역할과 양립불가능한 것이 아니다. 기소되어 군사법원에 회부된 캐나다 군인들은 일반형사법원에서 재판을 받는 피고인들과 동일하게 헌장 제11조 제d호상의 법원의 독립성과 공정성에 대한 보장을 받는다. 그러나 이것은 일반법원과 군사법원의 두 법원 체계가 모든 면에서 똑같아야 함을 의미하지는 않는다. 현재 국방법에 규정되어 있듯이 캐나다의 군사법체계는 군사적 맥락, 특히 군 내부의 규율, 효율, 사기를 유지하는 입법정책들과 잘 규율된 군에 대한 대중의 신뢰를 고려하여 군판사의 사법적 독립성을 온전히 보장하고 있다. 따라서 군판사가 군장교일 것을 요구하는 국방법 §165.21과 §165.24(2)은 헌장 제11조 제d호에 저촉되지 않는다.

가. R. v. Généreux (1992) 판결의 적용

R. v. Généreux, [1992] 1 S.C.R. 259 사건에서 연방대법원은 - 결론적으로는 당시의 제도 하에서 군판사는 재임기간의 보장과 행정적 독립을 충분히 누리지 못하여 피고인의 헌장 제11조 제d호상의 권리가 침해되었다고 판단하였지만- 군판사의 군인으로서의 신분 그 자체는 헌장 제11조 제d호를 위반하지 않는다고 판결하였다. 선례의 논거가 중대한 사회적 또는 법적 변화에 의해 침식된 경우 연방대법원은 그 선례를 변경할 수 있다. 그러나 Généreux 판결의 논거가 그러한 변화로 인해 침식되었다고 보이지 않으므로 확립된 선례를 포기할 긴절한 이유는 없다고 할 것이다. Généreux 사건에서 연방대법원은 군 계급체계에서 군판사의 위치가 법관의 절대적인 독립성을 약화시키기는 하지만 헌장 제11조 제d호는 법관의 절대적 독립성이나 민간인판사에 의해서만 보장될 수 있는 일종의 진정하게 독립된 군사법원을 요구하는 것은 아님을 확인하였다. ‘절대적’ 독립성은 연방대법원이 지지하는 헌법상의 기준이 아니다.

Généreux 판결은 군판사가 군장교일 것을 요구한 의회의 선택의 결과로 어떠한 우려들이 야기되든 간에 그러한 모델이 헌장 제11조 제d호 하에서 내재적 위헌이 아님

8) Kasirer 대법관, Wagner 대법원장, Côté 대법관, Rowe 대법관, Jamal 대법관, O’Bonsawin 대법관의 의견. ※ 캐나다 연방대법원은 총 9명(1인의 대법원장과 8명의 대법관)으로 구성되어 있으나 이 판결에는 총 7인만 참여하였다.

을 확립시켰다. 민간인판사들로 구성된 군사법부와 같은 다른 모델들도 합헌적이겠지만, Génereux 판결은 민간인판사가 독립적인 군사법원의 요건이라거나 오직 한 가지 정책 선택만이 헌법을 준수하는 것이라는 주장을 지지하지 않았다. 다른 나라의 법률개혁 계획들은 정부정책을 세우는 데 도움이 될 수는 있지만 의회가 그대로 따라야 하는 것은 아니다. 이 사건들에 제출된 독립적 보고서에 제시된 권고들은 정부정책의 문제로서는 가치가 있을 수 있으나, 헌장 제11조 제d호가 요구하는 바를 결정하지는 않는다. 헌법의 한계 내에서, 다양한 정책 선정의 적합성은 입법적 선택의 문제이다. 연방대법원의 적절한 역할은 국방법 §165.21 및 §165.24(2)가 합헌인지 여부를 결정하는 일이다. 문제는 캐나다의 군사법제도가 민간인판사와 함께 실무적으로 기능할 수 있을 것인지가 아니라, 국방법상 문제의 요건이 헌장 제11조 제d호에 위반되는가이다.

Génereux 판결은 다음의 문제들에 대해 선례로서 유용한 지침을 제공해 주고 있다.

- ◆ 헌장 제11조 제d호는 군사법제도에 적용된다.
- ◆ 군인 신분의 판사로 구성된 병행적 사법제도는 그 자체로 헌장 제11조 제d호의 위반이 되지 않는다.
- ◆ 군판사가 독립성의 헌법적 최소기준을 충족하도록 보장하는 다른 양식도 있을 수 있다. 군사적 맥락에 맞게 군사재판은 민간의 형사재판과는 다소간 다른 점들이 있지만, 독립성의 보장은 이러한 이유로 약화되지 않는다.

Génereux 판결에서 연방대법원은 군판사는 충분한 수준의 독립성을 누리지 못한다고 결론지었지만, 이는 당시의 국방법 조항에 기초한 것으로 국방법은 그 후 개정되었다. 따라서 새로운 분석이 요구된다.

나. 국방법 §165.21와 §165.24(2)가 헌장 제11조 제d호상 법관의 독립성과 공정성의 기준에 충족되는가?

(1) 군판사의 독립성을 평가하기 위한 심사틀

법원의 독립성을 평가하기 위해 심사법원은 법원이 독립적이라고 합리적으로 인지될 수 있는지를 살펴보아야 한다. Génereux 판결에서 실시되었듯, 헌장 제11조 제d호상의 독립성과 공정성을 평가할 때에도 마찬가지이다. 문제는 합리적이고 정통한 사람(reasonable and informed person)이라면 법원이 독립적이고 공정하다고 인지할 것인지 여부이다. 합리적이고 정통한 사람은 모든 관련 상황에 대한 지식이 있고, 문제를

현실적이고 실제적으로 바라본다. 그들은 관련된 맥락적 고려사항들을 알고 있고, 문제를 충분히 생각하고, 문제에 전념하며, 필요한 정보를 취득한다.

Valente v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 673 판결에서 연방대법원은 법관 독립성의 세 가지 필수적 조건을 확인하였다. ♦ 재임기간의 보장(security of tenure), ♦ 재정적 보장(financial security), ♦ 행정적 독립(administrative independence)이 그것이다. ‘재임기간의 보장’은 행정부의 간섭으로부터 보호하기 위해 판사가 정년까지이든, 정해진 기간 동안이든, 또는 특정한 판결업무 동안이든 직을 유지할 것을 요구한다. ‘재정적 보장’은 급여와 연금에 대한 권리가 법률에 의해 보장되고, 독립된 위원회가 포함된 과정을 통해 법관의 보수가 정해질 것을 요한다. ‘행정적 독립’은 사법 기능의 행사에 직접적으로 관련된 행정적 결정에 대한 법원의 지배권을 의미한다. 아울러, 비록 합리적이고 정통한 사람이 법원이 세 가지 필수적 조건을 충족하여 독립적이라고 판단했을 지라도 여전히 개인적 또는 제도적 차원에서 법원이 불공정하다는 결론에 이를 수도 있다. 독립적인 법원은 공정성에 대한 쉽게 바뀔 수 없는 강한 추정의 혜택을 받지만, 합리적이고 정통한 사람이 생각하기에 법원이 개인적 또는 제도적 우려 때문에 공정하게 결정하지 않을 것 같다고 판단하면, 법원의 공정성에 대해 의의가 제기될 수 있다.

(2) 법관의 독립성의 세 가지 필수적 조건 - 국방법 조항을 통한 충족

군판사의 사법적 독립성의 세 가지 필수적 조건은 국방법 조항을 통해 충족된다.

(가) 재임기간의 보장

재임기간의 보장과 관련하여 현재 국방법은 군판사들이 Governor in Council⁹⁾에 의해 지명되며(§165.21(1)), 해임되지 않는 한, 자발적으로 제대하거나 군판사직에서 물러나거나 60세가 될 때까지 그 직을 유지한다(§165.21(4)). 또한 군판사는 ‘군판사 조사위원회’(Military Judges Inquiry Committee, MJIC)의 권고로 Governor in Council이 제기한 소송에 의하지 않고는 해임되지 않는다(§165.21(3)). 군판사는 군장교로서 군복

9) ‘Governor in Council’은 캐나다 연방 총독(Governor General) 및 추밀원(Privy Council)을 의미하고 ‘추밀원에 있어서의 총독’이라고 번역되기도 하지만 실질적으로는 연방 내각을 의미한다. 캐나다의 명목상의 상징적 국가원수는 영국 국왕이며 총독이 국왕의 직무를 대리하는 형식을 갖는다. 그러나 실제로 캐나다는 완전한 주권국가로서 실질적인 권한을 민주적으로 선출된 총리가 맡기 때문에 Governor in Council은 사실상 연방 행정부라고도 할 수 있다.

무규율규정 위반으로 유죄판결을 받을 수 있고 파면을 포함한 형의 선고를 받을 수 있지만, 합리적이고 정통한 사람이라면 국방법을 전체로서 해석하는 등 문제를 실제적으로 보면서, 군판사를 해임하는 간접적 수단이 있을 위험이 현실적으로 가능하지 않다고 볼 것이다.

(나) 재정적 보장

비록 상고인은 군판사가 불충분한 재정적 보장을 받는다고 주장한 바는 없지만, 이 요건 또한 충분히 충족됨을 밝힌다. 군판사의 경우 자체적인 보수 제도가 있고 급여는 독립적인 위원회를 중심으로 한 과정을 통해 정해져 있다는 점에서 재정적 보장은 충분히 충족된다.

(다) 행정적 독립

Généreux 판결 당시와 달리 현재 체제에서는 충분한 행정적 독립성의 보장을 위해 군판사들에게 맡겨진 결정들은 캐나다군 군사법원장을 포함한 군판사들이 맡고 있다. 예를 들면, 군판사들을 군사법원에 배정하고 절차에 관한 규칙을 세우는 결정들이 그러하다. 이런 문제들은 지휘계통에 의한 비사법적 간섭으로부터 단절되어 있다. 이처럼 행정적 독립의 조건도 충족된다.

(3) 군판사의 제도상 불공정성을 의심하는 상고인의 주장에 대한 반박

행정부에서의 군판사의 위치라든가 군복무규율규정 위반에 따른 기소에 노출되어 있다는 점이 공정성이 결여되었다고 볼 근거가 되지는 못한다.

첫째, 군판사는 행정부의 일원으로서 사법적 역할의 이해관계와 돌이킬 수 없는 갈등관계에 있어 헌법상 권력분립의 원칙에 위배되는 그러한 경우가 아니다. 그들이 사법적 역할을 수행할 때에는 행정부의 일원으로서 행동하지 않는다는 점이 명백하다. 오직 캐나다군 군사법원장만이 군판사들에게 임무를 배정할 수 있고 이러한 임무들은 그들의 사법적 임무와 양립불가능해서는 안 된다. 군판사들은 자체적인 개별 고충처리절차를 갖고 있고 행정부에 의한 수행평가를 통한 간섭으로부터 보호를 받는다. 다른 판사들과 마찬가지로, 군판사들은 공정하게 행동할 것을 엄숙하게 선서한다. 그들은 형사상급법원의 판사들과 동일한 권한, 권리, 특권을 부여받고 동일한 면책특권을 누린다. 합리적이고 정통한 사람이라면 군판사가 자신들이 한 선서에 따를

것을 기대할 것이고, 그들의 법 교육과 경험을 고려하건대 부적절한 영향력은 무시하거나 그럴 수 없다고 느끼는 경우에는 스스로 회피할 것이라는 확신을 가질 것이다.

둘째, 군복무규율규정에 따른 징계 가능성 때문에 군판사의 편향성에 대한 합리적인 우려가 형성되지는 않는다. 군판사는 법률 위에 있지 않으며, 사법적 역할에 어긋나는 행위를 한 경우 군인으로서의 행동에 대한 책임이 있다고 판단될 수 있다. 군판사들은 군장교로서 지휘체통의 일부이며 상관의 적법한 명령에 따라야 한다. 만일 그렇지 못한다면, 그들은 군복무규율규정에 따라 징계를 받을 수 있다. 그러나 군판사의 군장교로서의 지위가 사법적 역할의 행사에 있어 그들을 행정부의 간섭에 노출시킨다는 시각에 대응하는 충분한 보호장치들이 있다. 군판사들이 기소되기 전, 기소하는 자는 적절한 기소에 관한 법적 조언을 받아야 하며, 당파적 문제로부터 독립적으로 움직일 의무가 있는 국방부 검찰단장(Director of Military Prosecutions)이 기소의 진행을 결정해야 한다. 또한 군판사의 재판 업무를 간섭하려는 목적을 가진 상관의 명령은 부적법한 명령이 될 것이고, 남용적이거나 순전히 보복적인 기소는 부적법한 기소가 될 것이다. 종합하면, 합리적이고 정통한 사람이라면 군복무규율규정의 적용을 받는 군장교로서의 지위 때문에 군판사들의 독립성이나 공정성이 훼손될 수 있다고 우려하지 않을 것이다.

다. 법정의견의 결론

국방법 §165.21와 §165.24(2)는 헌장 제11조 제d호 하의 법관의 독립성과 공정성의 기준을 충족한다. 합리적이고 정통한 사람은 문제를 현실적이고 실제적으로 보고 충분히 생각하여, 군판사의 군장교로서의 지위가 편향성의 우려를 제기한다거나 헌장 제11조 제d호의 위반이 될 정도로 독립성이 충분히 결여되어 있다고 결론내리지 않을 것이다. 국방법에 따라 군판사의 군장교로서의 지위는 헌장 제11조 제d호의 목적상 그들의 사법적 역할과 양립불가능한 것이 아니며, 따라서 국방법 §165.21와 §165.24(2)의 효력이 없다는 주장은 받아들여지지 않는다.

2. Karakatsanis 대법관의 반대의견(1인 의견)

가. 서설

국방법 하의 법체계는 군판사가 군당국에 의한 징계절차의 적용을 받는 한 효력이

없다고 선언되어야 한다. 이 사건에서 기소된 군인들은 그들을 재판하는 군판사들이 지휘체통의 일부로서 마주하게 되는 압박, 특히 계급상 상관들에 의해 개시되고 기소될 수 있는 제도를 통한 징계 때문에 현장 제11조 제d호상의 공정하고 독립적인 법정의 심리를 받을 권리를 보장받지 못한다. 현재 체계의 군복무규율규정 하에서 군판사가 지는 법적 책임은 그들의 독립성을 손상시킨다. 현장 제11조 제d호의 위반은 현장 제1조¹⁰⁾에 의해서도 치유되지 않는다.

군사법원의 재판을 맡은 군판사가 군장교의 지위도 가져야 한다는 요건이 반드시 캐나다 군인들의 현장 제11조 제d호상의 권리를 침해하는 것은 아니라는 점에는 동의한다. 적절하게 설계되고 보호된다면, 군판사의 행정부적 역할과 사법부적 역할이 공존할 수 있다. 또한 국방법에 따라 군판사는 군장교로서 군복무규율규정 위반에 대해 법적 책임을 질 수 있음도 인정한다. 그러나 군간부가 군판사에게 징계를 내릴 수 있는 가능성은 군사법원을 바라보는 합리적이고 정통한 사람이 보기에 군판사가 ‘계급에 대한 충성’과 ‘군계급상 지위나 정책’에 의해 부당하게 영향을 받아, 기소된 군인의 개인적 권리를 해칠 수 있다는 우려를 낳을 것이다. 현재 군판사들의 경우, 지휘체통의 간섭을 받을 잠재적 위험을 완화하기 위한 보호장치가 불충분한 상태이며, 행정부적 역할과 사법부적 역할 사이에 충분한 기관 분립—또는 독립—이 없는 상태이다.

나. 분석

(1) 법원칙

권력분립은 사법권의 독립을 유지하는 데 있어, 특히 행정부로부터의 분립에 있어 근본적으로 중요하다. 판사들은 외부의 간섭이나 압력 없이 오직 법률의 요구와 자신의 양심에 따른 정의에 근거해서만 판결을 내릴 수 있어야 한다. 법관의 독립성과 공정성은 별개의 개념이지만 종종 중첩된다. 독립성은 공정한 심리의 보장에 기여하는 근본적 조건이다. 법관의 독립성의 세 가지 특징—재임기간의 보장, 재정적 보장, 행정적 독립—은 판사가 충분한 독립성을 누리려는지에 완전한 답을 제공하지는 않는다. 특정 법원의 경우 간섭 없는 재판을 수행할 수 없는 모습을 보이는 경우

10) 캐나다 권리자유헌장 제1조 【캐나다의 권리와 자유】

캐나다의 권리자유헌장은 오로지 자유롭고 민주적인 사회에서 명백하게 정당화될 수 있는 한도로서 법에 의해 규정된 적절한 제한에 따라 그에 기술된 권리와 자유를 보장한다.

제도적 독립성이 여전히 결여되어 있다고 할 것이다. 법관의 징계와 책임은 둘 다 더 넓은 사회정책의 중요한 책무이지만, 법관의 독립성과 긴장관계에 있을 수 있다. 일반법원의 판사들은 그들의 행위에 대해 사법감독위원회를 통한 윤리적·직업적 행동 규칙을 통해 자신의 행위에 법적 책임을 진다. 군판사들의 독립성에 대한 이러한 침해는 사법행정의 온전성을 보호하기 위해 필요한 경우 정당화될 수 있다. 그러나 징계 문제에서 사법부와 다른 부 사이의 분립은 대중의 의견과 정치적 형편에 근거한 어떠한 간섭의 조짐도 피하기 위해 필요한 것이다. 법관의 독립성은 법관의 징계가 자주적이고 정치와 무관한 독립된 기관에 유보될 것을 요구한다.

(2) 군판사에게 적용되는 징계 제도

군의 관점에서 법관의 독립은 이와 동일한 원칙에 따라 분석된다. 군판사의 독립성의 기준은 일반법원 판사의 경우와 마찬가지로이다. 군판사는 일반법원 판사와 마찬가지로 민간 형사법제도의 적용을 받으며 위법행위에 대하여 사법감독위원회(군판사 조사위원회)를 통해 책임을 진다. 그러나 군판사들은 일반법원 판사들과 달리 지휘계통 내 상관에 대해서도 책임을 진다. 군판사들은 군 계급을 유지함으로써 많은 복무 규정의 적용을 받고, 바른 질서와 규율, 효율, 사기라는 군사적 목적을 위하여 군복무 규율규정에 따라 기소될 수 있다. 군판사들은 자신들을 기소할 수 있고, 자신들이 재판하는 군인들을 기소할 수 있는 동일한 기관에 속해있다. 만일 군판사가 복무위반으로 기소되었다면, 그는 군으로부터의 해임, 형사기록, 종신형에 처해질 수 있다. 또한 국방법에 따르면, 군판사들은 이미 형법 및 기타 의회제정법이 적용되는 위법행위에 대해서도 군사기소를 받을 수 있다. 그러나 군사법제도 하의 소송은 그들의 권리에 중대한 영향을 미친다. 예를 들어, 군사법원에 기소된 군인들은 배심재판(jury trial)이나 예비심리(preliminary inquiry)에 대한 권리를 잃게 되고, 가능한 형(刑)의 범주도 제한적이다. 즉, 군판사들은 훨씬 더 넓은 범주의 위법행위에 대하여 특유의 징계 제도의 적용을 받게 되며 이는 군간부에 의해 개시되고 기소되는 것으로서 민간 사회에서는 대응되는 것이 없는 제도이다.

(3) 편향성에 대한 합리적이고 정통한 사람의 우려

군판사들이 상관에 대하여 갖는 자신들의 징계 책임을 고려할 때, ‘합리적이고 정통한 사람이 군판사가 받는 압박에 관해 우려할 것인지 여부’를 결정함에 있어 군사

적 맥락은 중요하다. 합리적이고 정통한 대중들의 우려에 대한 중요한 인사이트를 제공하는 독립적 보고서에 따르면, 군판사로 지명되기 전에 군 계급을 계속 유지하고 있을 것이 요구되는 군판사는 자체적인 개별적 계급이 부여되거나 민간화되어야 한다고 주장되고 있다. 군판사에게 주어진 군 계급 때문에, 군사법원의 재판을 받게 된 군인들은 군판사가 각각의 개인적 권리보다 계급과 지휘계통에 대한 충성을 우선시할 거라고 염려할 수 있다고 봄이 합리적이다. 군판사가 군간부의 부당한 영향을 받을 수 있는 가능성 때문에, 합리적이고 정통한 사람에게는 행정부적 역할과 사법부적 역할 사이에 독립성이 불충분하다고 인지될 수 있다.

(4) 기존 안전장치들의 불충분성

군판사가 제도적으로 공정하지 못할 수 있다는 합리적인 우려 때문에 그러한 효과를 줄여줄 수 있는 안전장치들이 반드시 고려되어야 한다. 여기서 군판사가 지휘계통에 대한 충성의 압박을 느낄 위험을 완화시켜준다고 이야기되는 안전장치들은 충분하지 않다.

(가) 취임선서

군판사가 취임선서를 해야 한다는 국방법의 요구는 판사 개인의 독립성에는 중요한 근간이 될 수 있겠으나 제도적 편향성의 우려에 대한 보호책으로서는 거의 도움이 되지 않는다.

(나) 군판사 조사위원회를 통한 해임절차

군판사들은 재임기간에 대한 충분한 보장을 받지 못한다. 그들은 결국 군판사 조사위원회를 통해서 해임될 수 있기 때문이다. 복무위반으로 기소되면 유죄판결을 받기 전이라도 국방법은 강등, 군으로부터의 해임을 제재로서 허용하며 이는 군판사가 군장교로서의 지위를 잃을 수 있고 따라서 그들의 재임기간에 핵심적인 자격을 잃을 수 있음을 의미한다. 지휘체계는 단순히 기소를 하는 것만으로도 사실상 군판사를 법원에서 물러나게 할 수 있다.

(다) 국방부 검찰단장의 독립성 추정

국방부 검찰단장이 당파적인 고려 없이 독립적으로 자신의 임무를 수행할 것이라는 추정은 법관의 독립성을 보장하는 근거가 될 수 없다. 법치주의의 보호는 어떤 기

관이 부적절한 행동으로부터 면제된다는 믿음에 기초해서는 안 된다. 무엇보다도 국방부 검찰단장은 지휘계통으로부터 독립적으로 행동하지 않으며, 오히려 군대의 이익에 완전히 충성하고 당파적인 군법무감(Judge Advocate General)의 감독에 따라 임무를 수행한다. 따라서 합리적이고 정통한 관찰자라면 군판사들이 그들의 상관으로부터 징계를 받을 수 있다는 점 때문에 제도적 편향성을 우려할 것이다.

다. 반대의견의 결론

언급된 안전장치들은 모두 군판사가 상관으로부터 징계를 받을 수 있다는 불안으로부터 야기되는 우려들을 완화시켜주지 못한다. 합리적이고 정통한 관찰자라면 제도적 편향성에 대해 우려할 것이다. 군판사들을 군당국에 의해 운영되는 징계절차에 종속시키는 한, 나는 국방법 하의 법체계는 효력이 없다고 선언할 것이다.

Ⅲ. 판결의 의의

이 판결은 군판사가 군장교 신분일 것을 요구하는 국방법 조항이 헌장 제11조 제d호가 보장하는 법관의 독립성과 공정성을 위반하지 않는다고 판단한 사건이다. 해당 조항들로 인해 군 지휘계통의 일부인 장교로서의 지위가 군판사의 독립성을 훼손시킬 수 있다는 주장에 대하여, 연방대법원은 이를 인정하지 않고 군판사의 이중적 지위가 상고인들의 헌장 제11조 제d호상의 권리를 침해하지 않는다고 보았다.

이 사건에 앞서 2018년, 캐나다군 군사법원장이었던 Mario Dutil 대령은 질서 및 규율 위반 행위와 사기 등으로 기소되었다. 이 사건을 배정받은 군판사와 특별검사는 회피신청을 하였고, 캐나다군 군사법원장보(Deputy Chief Military Judge)¹¹⁾는 대체할 군판사의 배정도 거부하였다. 군사법원의 재판이 이루어지지 않자 국방부 검찰단장은 연방법원에 캐나다군 군사법원장보의 군판사 미배정 결정에 대한 사법심사를 청구하였지만, 연방법원은 캐나다군 군사법원장보의 미배정 결정이 합리적이라고 판단하였다. 2020년 3월, 국방부 검찰단장은 캐나다군 군사법원장 Mario Dutil 대령에 대한 모든 기소를 취하한다고 발표하였다.¹²⁾ 이 내용은 Karakatsanis 대법관의 반대의견

11) 캐나다군 군사법원장보(Deputy Chief Military Judge)의 권한과 업무에 관해서는 Organizational structure of the Office of the Chief Military Judge (<https://www.canada.ca/en/chief-military-judge/corporate-information/organizational-structure.html>, 2024. 12. 24. 최종방문) 참고.

에도 언급되었다.¹³⁾ Karakatsanis 대법관은 Mario Dutil 대령을 재판하기에 충분한 공정성이 확보된 판사들이 없었고, 결국 그는 재판을 받아보지 못하고 60세로 정년퇴임을 하기까지 2년 동안 재판업무를 할 수 없었다는 점을 지적하였다.

이처럼 군사법원 제도의 문제점이 제기되었음에도 군사법원의 필요성은 여전히 유효하다. 일반법원과 다른 별도로 운영되는 캐나다 군사법원은 군의 규율, 효율, 사기를 유지하고, 군인력의 해외 파병시 이동성을 높이고, 군복무를 잘 이해하는 사람에게 재판을 받을 수 있게 한다는 점에서 정당화되고 있다.¹⁴⁾ 반면, 군사법원에도 민간인 판사의 도입을 요청하는 목소리도 존재한다. 이번 R. v. Edwards 판결에서 연방대법원은 군판사의 독립성과 공정성을 보장하기 위한 몇 가지 안전장치를 언급하며 군장교로서의 지위는 사법적 역할과 양립가능하다고 판단하였다.

12) News from National Defence, Director of Military Prosecutions Withdraws All Charges against Chief Military Judge, Government of Canada (<https://www.canada.ca/en/department-national-defence/news/2020/03/director-of-military-prosecutions-withdraws-all-charges-against-chief-military-judge.html>, 2024. 12. 24. 최종방문).

13) R. v. Edwards 2024 SCC 15, at para. 201.

14) Alison Duxbury, Military Justice in the Spotlight (Again): R v Edwards in the Supreme Court of Canada, Oxford Human Rights Hub, 2024. 5. 14. (<https://ohrh.law.ox.ac.uk/military-justice-in-the-spotlight-again-r-v-edwards-in-the-supreme-court-of-canada/>, 2024. 12. 24. 최종방문).

최신 세계헌법판례

스페인

▮ 자발적 임신중절법에 대한 위헌법률심판(上)

/ 책임연구원 임윤정

자발적 임신중절법에 대한 위헌법률심판¹⁾(上)²⁾

I. 사건개요

스페인 국민당(PP) 71명의 의원들은 2010. 3. 3. 공포된 「성적 건강 및 재생산의 건강과 자발적 임신중절에 관한 조직법」³⁾(이하, 자발적 임신중절법)의 여러 조문에 대해 2010. 6. 1. 헌법재판소에 위헌법률심판을 청구하였다. 구체적으로 살펴보면, 자발적 임신중절법 제5조 제1항 e) 및 제8조 a), b) (“성적 건강 및 재생산의 건강” 내용 부분), 자발적 임신중절법 제12조, 제13조 제4항, 제14조, 제15조 a), b), c), 제17조 제2항, 제5항 및 제19조 제2항 (“자발적 임신중절” 내용 부분), 그리고 최종규정 둘째 조문에 대한 것이었다.

이 사건의 청구는 여덟 가지 청구이유를 기반으로 하는데, 크게 두 개의 블록으로 나누어볼 수 있다. 첫 번째 블록은 (여섯 가지 청구이유가 포함되는데) 자발적 임신중절 규정에 대한 것으로서, 1985. 4. 11. 헌법재판소 53/1985 결정⁴⁾에서의 헌법 제15조⁵⁾에 대한 해석과 헌법 제9조 제3항⁶⁾에 따른 법적 안정성의 보장에 위반된다고 주장하였다. 청구인들은 입법자가 충돌하는 헌법적 가치와 이익에 대해 정한 내용이 이전 헌법재판소 결정에서 내린 헌법적 기준에 부합하지 않고, 헌법 제15조의 요청에도 불구하고 태아의 생명을 전혀 보호하지 못한다고 주장하였다. 또한 16세 이상 그리고 18세 이하 여성의 동의가 있으면 임신중절이 가능하도록 한 규정이 헌법 제

1) STC 44/2023, de 9 de mayo de 2023 (2023. 5. 9. 결정).

2) 이번 글에서는 본 위헌법률심판의 법정의견 중 앞부분에 해당하는, 자발적 임신중절법의 개정과 심판 대상의 확정, 선결적 문제, 임신 주기별 제도에 대한 판단, 임신 초기 14주 이내의 임신중절과 관련된 조문에 대한 판단 내용을 소개하고, 다음 호 뉴스레터에서 상기 결정의 구체적인 쟁점과 반대이견의 내용을 정리해 다루고자 한다.

3) Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo.

4) STC 53/1985, de 11 de abril de 1985.

5) **헌법 제15조** 모든 사람은 생명권, 신체와 정신에 대한 완전성의 권리를 가진다. 고문, 비인도적 혹은 굴욕적 형벌 또는 대우는 어떠한 경우에도 허용되지 아니한다. 사형은 폐지한다. 다만, 전시에 균형법에서 규정하는 경우 제외된다.

6) **헌법 제9조 ③** 헌법은 합법성의 원칙, 규범의 위계, 법령의 공시, 개인에게 불리하거나 제한적인 제재 규정의 불소급, 법적 안정성, 공권력의 책임과 자의성의 금지를 보장한다.

27조 제3항⁷⁾과 제39조 제1항 및 제4항⁸⁾에 반하고, 마찬가지로 의료전문가의 양심적 거부에 관한 규정이 헌법 제16조 제1항 및 제2항⁹⁾과 헌법 제18조 제1항¹⁰⁾에 반한다는 주장을 피력하였다. 두 번째 블록은 (일곱, 여덟 번째 청구이유가 포함되는데) 성적 건강 및 재생산의 건강 분야에 관한 교육 및 연구에 젠더 관점을 도입하려는 조문에 대한 것으로서 이것이 사상, 양심 및 교육의 자유에서 보호하는 헌법적 원칙과 권리를 침해한다고 주장하였다.

II. 결정요지

1. 자발적 임신중절법의 개정 및 심판대상의 확정

자발적 임신중절법이 두 차례 개정된 만큼 이 사건 위헌법률심판에 들어가기에 앞서 심판대상을 무엇으로 정할지 명확히 할 필요가 있다.

(1) (2010. 3. 3. 자발적 임신중절법 공포 이후) 첫 번째 개정은 2015. 9. 21. 「미성년자 및 행위능력을 가진 여성을 보호하는 자발적 임신중절법」¹¹⁾(이하, 2015년 개정법)에 의해 이루어졌다. 2015년 개정법에 의해 이 사건에서 쟁점이 되는 제13조 제4항(미성년자의 동의가 있으면 임신중절이 가능하도록 한 규정)이 폐지되었고, 또한 최종규정 둘째 조문(이것은 「환자의 자율성과 정보 및 진료 문서에 대한 권리와 의무를 규정하는 법」¹²⁾ 제9조에 의해 추가된 내용)도 수정되었다.

상기 두 조문은 심판대상조문들 중의 하나로, 청구인들은 미성년자의 임신중절이

7) 헌법 제27조 ③ 공권력은 부모가 각자의 신앙에 따라 자녀를 종교적·도덕적으로 양육할 수 있는 권리를 보장한다.

8) 헌법 제39조 ① 공권력은 가족의 사회적, 경제적 및 법률적 보호를 보장한다.

④ 아동은 아동의 권리 향유를 목적으로 하는 국제조약에 따른 보호를 받는다.

9) 헌법 제16조 ① 개인과 단체는 사상, 종교 및 문화의 자유가 보장된다. 다만 이를 표현함에 있어서 법률이 보호하는 공공질서 유지에 필요한 제한을 받을 수 있다. ② 누구든지 그 사상, 종교 또는 신념을 표명하도록 강요받지 아니한다.

10) 헌법 제18조 ① 명예권, 개인과 가족의 사생활권, 초상권은 보장된다.

11) Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.

12) Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

부모나 후견인의 동의 없이(혹은 때로는 부모가 이를 알지 못한 채) 허용되는 것에 대해 아동의 권리 보호(헌법 제10조¹³⁾와 관련하여 헌법 제39조 제4항), 자녀의 도덕적 양심을 형성할 부모의 권리(헌법 제27조 제3항) 및 가족과 태아의 생명을 보호할 국가의 의무(헌법 제39조 제1항과 헌법 제15조)를 침해한다고 주장하였다.

2015년 개정법이 2010. 3. 3. 자발적 임신중절법 제13조 제4항을 삭제하였고, 최종 규정 둘째 조문은 이 사건의 쟁점과 관계없는 내용으로 수정되었기 때문에 상기 두 조문에 대해서는 청구이익이 없는 것으로 봄이 타당하다. 왜냐하면, 추상적 규범통제와 같이 법체계의 위헌적 요소 제거를 목표로 하는 사법절차에서, 입법자가 해당 법체계에서 완전히 삭제하여 더 이상 효력을 갖지 않는 규범에 대해 판단내리는 것은 무의미하기 때문이다.¹⁴⁾

(2) 두 번째 개정은 2023. 2. 28. 「성적 건강 및 재생산의 건강과 자발적 임신중절에 관한 (2010년) 조직법을 개정하는 조직법」¹⁵⁾(이하, 2023년 개정법)으로 도입되었는데, 이로써 이 사건 위헌법률심판의 대상이 되는 여러 조문들인 제5조 제1항 e), 제8조 a), b), 제14조, 제17조 제2항, 제5항 그리고 제19조 제2항을 새로운 내용으로 규정하였다.

그렇지만 이러한 개정이 이 사건 심판대상에는 영향을 미치지 않는다. 이 사건 위헌법률심판의 근거로 제시된 여러 청구이유들이 2023. 2. 8.~9.에 열린 헌법재판소 재판관 전체회의에서 기각으로 검토되었는데, 당시 2023년 개정법이 없었다. 또한, 이 사건의 청구내용과 2023년 개정법의 도입에 따른 변화 및 심판대상의 실질적인 범위를 고려할 때, 헌법재판소는 청구인들이 제기한 위헌성 주장의 근거를 토대로 심리할 헌법적 이익이 여전히 존재한다고 판단한다.

청구인들은 임신 주기별 제도의 헌법적 타당성에 대해 전면적으로 의문을 제기했는데, 이는 해당 제도의 구체적인 법률 내용이 무엇이든 간에 제기된다. 살피건대, 이 사건에서 청구인들이 주로 문제 삼는 것은 자발적 임신중절법의 초기 규정이 아니

13) **헌법 제10조** ① 인간의 존엄, 인간의 고유한 불가침의 권리, 인격의 자유로운 발현, 법의 존중 및 타인의 권리 존중은 정치질서와 사회평화의 기본이다. ② 헌법에서 인정하는 기본권과 자유에 관한 규범은 세계인권선언과 스페인이 비준한 인권에 관한 국제조약 및 협정에 따라 해석한다.

14) SSTC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 2; 160/2013, de 26 de septiembre, FJ 3, y 214/2014, de 18 de diciembre, FJ 2, entre otras.

15) Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

라, 법을 형성함에 있어서 ‘사유’ 중심에서 ‘임신 주기별’ 기간으로 전환할 수 있는 가능성에 관한 것이다. 이는 근본적인 문제이고, 2023년 개정법의 시행으로도 사라지지 않는 문제이다.

청구인들이 제기한 임신 주기별 제도에 대한 전면적인 의문은 생명을 보호해야 할 의무를 이행하지 않아 입법자가 헌법 제15조를 위반했다는 주장에 기반하고 있다. 이러한 청구내용은 헌법 제도의 핵심적인 측면 중 하나에 영향을 미치고, 특히 1985. 4. 11. 헌법재판소 53/1985 결정 이후 경과된 시간을 감안할 때, 헌법재판소의 판단이 특별히 중요한 의미를 갖는다.

2. 선결적 문제

이 사건 위헌법률심판에서 청구인들은 헌법재판소 53/1985 결정을 반복적으로 인용하고 있고 상기 결정에서 확립된 법리에 근거하고 있기 때문에, 이를 살펴볼 필요가 있다.

(1) 우선, 상기 결정이나 다른 어떤 결정도 헌법재판소의 합헌성 통제의 심사기준이 될 수 없다. 헌법재판소조직법 제1조 제1항은 헌법재판소가 “헌법과 동 조직법에 만 구속”된다고 명시하고 있다.

(2) (이 사건과 이전 헌법재판소 결정의) 대상 및 절차는 다르다고 판단된다. 헌법재판소 53/1985 결정은 1983년 형법 개정안—형법에 제417조의2를 추가하여 치료적, 윤리적, 태아에 기인한 사유에 따른 특정한 경우에 낙태에 대한 처벌을 면제하는 내용—을 대상으로 하는 사전적 규범통제 사건이었다. 당시 합헌성의 판단은 두 가지 기본 전제를 바탕으로 진행되었고 결론의 범위에도 영향을 미쳤다. 1) 임신중절은 당시 형법에 처벌대상으로 규정되고 있었고, 책임을 면제하는 일반적 사유를 제외하고는 예외가 없었다. 2) 당시에 쟁점은 입법자가 형법 제8편 제3장에서 보호하는 법익(태아의 생명)에 대해 특정한 경우에 처벌을 면제로 하는 것이 헌법에 합치되는지 여부였다. 따라서 이때는 (낙태죄의) 완전한 비범죄화가 위헌에 해당하는지는 논의에서 제외되었다.

이 사건은, 헌법재판소 53/1985 결정 이후 25년이 지난 후에 제기된 것으로서, 2010년 입법자가 승인한 자발적 임신중절법의 조문들을 대상으로 하고 있다. 동법은 입

신중단을 여성의 권리이자 이에 상응하는 의료 서비스로 (형법 외에서) 규제하려는 것이고, 특정 법률을 통해 규율하는 입법 기법으로 유럽 대다수의 국가가 채택한 방식에 따라 이루어진 것이다.

(3) 임신중단의 규율 방식과 법적 판단은 20세기 후반부터 국제적, 유럽적 및 국가적 차원에서 심오한 변화를 겪어왔다. 낙태에 대한 엄격한 형사처벌에서 벗어나 여성의 주관적 공권이자 의료 서비스로서 임신중단을 규제하는 체계로 발전해왔고, 여성의 권리, 정당한 이익과 태아 생명의 보호 사이에서 균형을 모색하여 반영되었다.

이와 관련된 권리의 보호 기준에 대한 합의를 보여주는 국제적, 유럽적 선언 중 일부를 다음과 같이 들 수 있다.

1) 1994년 인구 및 개발에 관한 유엔 국제회의의 보고서는 재생산 건강의 개념에 “출산 여부, 시기 및 빈도를 결정할 자유”(제7.2조)와 “재생산에 관한 결정을 차별, 강요 및 폭력 없이 내릴 권리”(제7.3조)를 포함시켰다.

2) 1995년 제4차 세계여성회의에서 채택된 베이징 선언 및 행동강령 제96조는 “여성의 인권은 성적 건강 및 재생산의 건강을 포함한 자신의 성 문제를 통제할 권리와 이에 대해 자유롭게 결정할 권리를 포함하며, 이는 강요, 차별 및 폭력 없이 행해져야 한다”고 규정했다.

3) 2016년 유엔 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 위원회의 성적 건강 및 재생산의 건강의 권리에 관한 일반논평 제22호에서 위험한 조건에서의 낙태를 예방하기 위해 국가들은 낙태를 제한하는 법률을 완화하고 여성과 소녀들이 위험성이 없는 낙태 서비스를 받고, 사후 질 높은 의료지원을 받을 수 있도록 보장하며, 여성이 내린 성적 건강 및 재생산의 건강에 대한 자율적인 결정을 존중해야 함을 확인했다.

4) 유럽연합 차원에서, 유럽의회는 2021. 6. 24. 여성의 건강과 관련하여 유럽연합의 성적 및 재생산 권리와 건강에 관한 결의를 채택했다. 이 결의는 안전하고 합법적인 낙태 실행과 관련하여 회원국들에게 자발적 임신중절을 비범죄화하고, 국제인권 기준 및 유럽 모범 사례에 맞추어 여성이 요청하는 경우 임신 초기 단계에서 임신중절의 적법성을, 나아가 임신부의 생명이나 건강이 위협받을 경우 임신이 더 진행된 단계에서도 임신중절의 적법성을 보장하도록 요청했다. 낙태의 전면적 금지나 이를 부정하는 것이 성폭력 행위로 간주될 수 있음을 확인했다(제33조~제35조).

(4) 청구인들이 주장하는 것과 달리 헌법적으로 보호되는 법익으로서 태아의 생명만을 독립적으로 판단할 수 없고, 관련된 여러 헌법적 요소들을 고려해서 균형 있고 조화로운 해석이 이루어지도록 해야 한다.

임신과 그 지속 또는 중단은 무엇보다도 임신한 여성의 신체, 그녀의 삶의 계획, 세상에서의 존재방식, 모든 종류의 (개인적, 직업적, 교육적, 문화적) 관계에 영향을 미친다. 어떤 측면에서든 여성의 삶이 임신과 출산으로부터 영향을 받지 않는다고 할 수 없다. 이러한 관점에서, 임신중절은 헌법 내부에서 충돌을 발생시키는데, 한편으로는 임신한 여성의 존엄성과 인격의 자유로운 발현에 대한 존중(헌법 제10조 제1항) 및 신체적, 정신적 완전성에 관한 권리(헌법 제15조)가 있고, 다른 한편으로는 헌법적으로 보호되는 법익으로서 태아의 생명을 보호해야 하는 국가의 의무가 있다. 이러한 충돌의 내용은 어느 한 쪽으로 해결할 수 없고, 오히려 관련 헌법 조문들을 체계적이고 유기적으로 해석함으로써 해결할 수 있다.

(5) 위의 논의를 바탕으로 할 때, 헌법재판소 53/1985 결정에 제시된 법리를 그대로 적용해 이 사건의 핵심 쟁점인 (임신 주기별) 법적 제도에 대한 판단을 내릴 수 없다는 결론에 도달하게 된다. 헌법재판소는 제기된 헌법적 문제에 대해 새로운 접근 방식을 채택해야 한다. 헌법적 판단을 새로운 시각에서 접근하기 위해서는, 임신이 여성에게 미치는 실질적인 영향과 이에 따라 여성의 기본권에 미치는 영향을 출발점으로 삼아야 하고, 국가는 태아의 생명을 보호하는 방식을 규율하면서 이를 존중해야 한다.

3. 임신 주기별 제도에 대한 판단

자발적 임신중절법에 의해 도입된 ‘임신 주기별’ 제도(sistema de plazos)는 이전 법률에서 규정하였던 ‘사유’ 중심의 제도를 대체하고, 유럽의 기준에 부합해서 세 가지의 기간으로 구분하고 있다.

(1) 첫 번째 기간은 임신 초기 14주를 포함한다. 이 기간 동안 여성은 외부의 간섭 없이 정보에 입각하고 의식적인 상태에서 임신을 중단할 수 있다. 동법 서문에 명시되어 있듯이 “임신한 여성이 의사를 결정함에 있어 제3자의 개입이 태아를 더 보호한다고 할 수 없고 여성의 인격을 불필요하게 제한한다.”는 관념에 기반을 두고 있다.

이 기간 동안 태아 생명의 보호는 가족계획 정책과 자유롭고 책임 있는 성생활을 위한 일반적이고 예방적인 시스템을 통해 이루어진다. 이러한 내용은 원하지 않는 임신이 임신한 여성에게 초래할 수 있는 부정적 결과를 방지하고, 비밀리에 이루어지거나 열악한 위생 및 안전 상태에서 수행되는 낙태를 방지하는 것을 목표로 한다. 한편, 임신한 여성의 동의 없이 이루어진 임신중절(형법 제144조16)이나 동법에 따른 조건과 요건을 충족하지 않은 경우의 임신중절은 형사 처벌된다.

(2) 두 번째 기간은 임신 14주가 끝나는 시점부터 22주가 끝나는 시점까지를 포함한다. 이 기간 동안의 임신중단은 두 가지 의학적으로 인정된 사유 중 하나에 해당할 때만 정당화된다. 첫째 “임산부의 생명이나 건강에 중대한 위험이 있는 경우”(치료상의 사유)와 둘째 “태아에게 심각한 기형의 위험이 있는 경우”(태아에 기인한 사유)이다.

태아 생명의 보호는 이 기간 동안 동법에 따른 특정 요건에 부합되지 않게 임신중절(형법 제145조17)하거나 법적으로 확립된 절차를 준수하지 않고 임신중절(형법 제145조의218)한 경우에 형사 처벌함으로써 도모된다.

(3) 마지막 기간은 임신 22주가 끝나는 시점부터 시작되는데, 동법 서문에 따르면 신생아학을 기반으로 과학연구 공동체의 일반적 합의에 의해 이 시점을 태아가 생존 가능한 기준점(umbral de la viabilidad fetal)으로 정하고 있다. 이 시점부터 잠재적인

- 16) **형법 제144조** 여성의 동의 없이 낙태하게 한 자는 4년 이상 8년 이하의 징역형과 함께 의료 관련 직종에 종사하거나, 공공 또는 민간 산부인과 병원, 시설 또는 진료소에서 모든 형태의 서비스를 제공하는 것을 3년에서 10년 동안 금지하는 자격정지 처분을 받게 된다. 또한 폭력, 위협 또는 기만을 통해 여성의 동의를 얻어 낙태를 행한 경우에도 동일한 형벌이 부과된다.
- 17) **형법 제145조** ① 여성의 동의를 얻어 법적으로 허용되지 않는 경우에 낙태하게 한 자는 1년 이상 3년 이하의 징역형과 함께 의료 관련 직종에 종사하거나, 공공 또는 민간 산부인과 병원, 시설 또는 진료소에서의 모든 형태의 서비스를 제공하는 것을 1년에서 6년 동안 금지하는 자격정지 처분이 부과된다. 상기 행위가 공공 또는 민간 공인된 시설 밖에서 이루어진 경우, 판사는 해당 형벌의 상한 범위에서 처벌을 부과할 수 있다.
- ② 법적으로 허용되지 않은 경우에 스스로 낙태를 유발하거나, 다른 사람에게 낙태하도록 동의한 여성은 6개월 이상 24개월 이하의 벌금형에 처한다.
- ③ 어떠한 경우든 임신 22주 이후에 이러한 행위가 이루어진 경우, 판사나 법원은 동조에 규정된 형벌의 상한 범위에서 처벌을 부과해야 한다.
- 18) **형법 제145조의2** ① 법적으로 허용된 경우에 낙태를 행하였더라도 다음과 같은 조건을 위반한 자는 6개월 이상 12개월 이하의 벌금형과 함께 공공 또는 민간 산부인과 병원, 시설 또는 진료소에서 모든 형태의 서비스를 제공하는 것을 6개월에서 2년 동안 금지하는 자격정지 처분이 부과된다.
- ② 어떠한 경우든 낙태가 임신 22주 이후에 이루어진 경우, 판사나 법원은 동조에 규정된 형벌의 상한 범위에서 처벌을 부과해야 한다.
- ③ 이 조문에 의해 임신부는 처벌되지 않는다.

태아 생명의 법적 지위에 중요한 변화가 발생하고, 임신중단은 오직 두 가지의 예외적인 상황에서만 허용되는데, 첫째, “태아의 생명과 양립할 수 없는 기형이 발견된 경우”와 둘째, “진단 시점에 극심한 증상으로 치유 불가능한 질병이 있는 경우”이다. 이러한 예외적인 상황의 충족 여부를 보장하기 위한 엄격한 안전장치가 마련된다. 상기 이외의 사유로 인한 임신중절(형법 제145조)은 형사 처벌된다.

동법에 따른 임신 주기별 제도는 태아의 생명을 점진적으로 보호하는 “단계적 보호”(tutela gradual)이면서, 보다 정확히 말하자면 태아의 생명을 보호하기 위해 여성의 기본권을 점진적으로 제한하는 것으로서, 이는 특히 헌법재판소 53/1985 결정에서 실시한 “생명 단계의 질적인 변화”가 “생명체의 법적 지위에 반영된다”는 내용을 포함한 것이다. 임신 주기별 제도는 유럽인권위원회가 1992년 5월 19일 H. c. Noruega (17004/90) 사건의 사전심사에서 유럽인권협약에 따라 적법하다고 확인하였고, 유럽평의회 회원국 대부분이 채택한 제도와 일치한다.

이 임신 주기별 제도에 기초하여, 입법자는 임신 14주 내에는 임신한 여성이 임신을 계속할지 여부를 자유롭게 결정할 수 있도록 자율성(autonomía)을 제한하지 않기로 선택했다. 동법의 서문에는 상기 기간이 “전문가들의 의견과 비교법적인 연구에 의하더라도 합리적인 것으로 간주되고” 여성들이 “자유롭게 정보에 입각해서 제3자의 간섭 없이 임신중단의 결정을 내릴 수 있도록” 보장하기 위한 것이라고 되어 있다. 이 (임신 14주 내의) 합리적인 기간(plazo razonable)이 지난 후 태아로 생존하는 기간에 임신중단이 합법적인 것으로 간주되려면, 여성의 의사 외에 추가적인 조건이 충족되어야 하는데 이러한 조건은 임신부의 생명이나 신체적 완전성에 관한 권리에 영향을 미치거나(치료상의 사유) 신체적으로나 정신적으로 심각한 기형이 있는 자녀의 어머니가 될 수 있다는 부담에 직면해서 임신부의 자유와 인격의 자유로운 발현에 관한 권리에 영향을 미치는 것(태아에 기인한 사유)을 포함하며, 상기 조건에 부합하는지 보장하기 위한 보호 장치도 마련되어야 한다. 태아로 생존 가능한 시점 이후에는 여성의 기본권보다 태아 생명의 보호를 더 우선시하여, 그 이전에 이미 임신부에게 여러 선택권을 통해 (임산부의 권리가) 충분히 보장된 것으로 이해하며, 극히 예외적인 경우에만 또는 태아의 생존 가능성이 없어 태아 스스로 “생명”을 지닌다고 볼 수 없거나 임신부뿐만 아니라 태아의 신체적, 정신적 완전성에 심각한 결함이 있는 경우에만 임신중절이 허용된다.

이렇게 규정하는 것이 태아의 생명을 보호하려는 국가의 의무를 실현하는 것이고 -예방적이고 제재하는 수단들이 포함되고, 그 강도는 임신기간에 따라 달라지며-, 여성의 권리를 침해하지 않는 바, 우리 헌법과 헌법재판소의 선례에 부합한다. 다시 말해, 임신 주기별 제도는 태아 생명의 보호 메커니즘일 뿐만 아니라 여성의 권리에 대한 제한적인 조치이기도 하다. 그렇지만 헌법재판소는 이러한 제한이 -14주 이후에 여성의 의사 외에 여성의 권리의 필수적 요소와 관련된 추가적인 조건이 충족되어야 임신중절이 가능한 것- 합헌이라고 판단한다. 왜냐하면 태아 생명의 보호라는 정당한 목적에 부합하고, 이 목적을 달성하는데 적합하고 필요한 수단에 해당하며, 임신 주기별 제도의 내용은 임신의 진행 단계 및 태아의 생리적 발달과 다른 한편으로 여성의 기본권에 대한 특별하거나 추가적인 영향을 고려하여 기본권 제한의 합헌성을 판단하는 비례의 원칙에도 부합하기 때문이다. 어떠한 경우든 여성이 정보에 입각해서 임신을 계속할지 여부를 자유롭게 결정할 수 있는 시간적 범위를 허용함으로써 여성에 대해 자신의 권리를 “합리적으로” 행사할 수 있는 가능성을 보장하고 있다.

이하에서는 청구인들이 구체적인 심판대상조문에 대해 제기하는 위헌성 여부에 대해 검토하기로 한다.

4. 임신 초기 14주 이내의 임신중절에 관련된 조문에 대한 판단

제14조 【여성의 요청에 의한 임신중절】

임신한 여성의 요청에 따라 임신 14주 이내에 임신을 중단할 수 있지만, 다음의 요건이 충족되어야 한다.

- a) 동법 제17조 제2항, 제4항에서 규정하고 있는 출산 지원에 관한 권리, 혜택 및 공적 지원에 대한 정보가 임신한 여성에게 제공되었을 것
- b) 앞서 언급된 정보의 제공이 있는 뒤, 적어도 3일이 경과한 후에 임신중절이 시행될 것

제17조 【자발적 임신중절의 동의 이전에 제공되는 정보】

[...]

② 제14조에 규정된 임신중단을 선택한 여성은 다음의 정보를 포함하는 봉인된 봉투를 추가로 받는다.

- a) 임신한 여성에 대한 공적 지원과 임신 및 출산 기간 동안 이용할 수 있는 건강보험
 - b) 임신 및 출산과 관련된 노동의 권리, 자녀 양육 및 돌봄을 위한 공적 지원, 세금 혜택과 출산을 위한 기타 인센티브 및 지원에 대한 정보
 - c) 피임과 안전한 성생활에 관한 적절한 정보를 제공하는 기관에 대한 정보
 - d) 임신중단 전후에 여성이 자발적으로 상담을 받을 수 있는 기관에 대한 정보
- 이 정보는 공공 의료시설이나 임신중단을 할 수 있는 인증된 시설에서 제공되어야 한다. 동법 제14조에 의하여 정보를 봉인된 봉투와 함께 전달하면서 여성에게 해당 서류를 받은 날짜를 증명하는 문서도 제공한다.
- 이 정보의 작성, 내용 및 형식은 정부 규칙으로 정한다.
- [...]
- ⑤ 동조에 따른 정보는 명확하고 객관적이며 이해할 수 있는 것이어야 한다. 장애가 있는 사람에게는 필요에 알맞게 접근 가능한 형식과 매체로 제공한다. 여성이 신청하는 경우, 구두로도 상기 정보가 전달될 수 있다.

청구인들은 심판대상조문이 헌법 제10조 제1항, 제2항과 관련하여 헌법 제15조, 헌법재판소 53/1985 결정의 법리, 그리고 법적 안정성의 보장과 관련하여 헌법 제9조 제3항에 위반된다고 주장하였다.

앞서 판시내용에 설명되어 있듯이, 청구인들이 주장하는 것과 달리 국가가 임신 초기 14주 동안 태아의 생명을 보호하는 것을 포기하는 것은 아니다. 자발적 임신중절법의 서문에서는 태아의 생명을 보호할 가치가 있는 법익으로 명시하고 있고, 이러한 보호를 (성인으로서 책임을 지니고 기본권의 주체인) 임신한 여성의 기본권 보장과 조화시키려고 하고 있다. 나아가, 동법은 “자발적 임신중절을 규율할 때 충돌되는 권리 및 이익의 절대적인 성격을 부정”하고 “제시된 상황에서 법익과 권리를 평가하는데 있어 가능한 한 조화시키고, 그렇지 않을 경우 그 중 하나의 우위가 인정될 수 있는 조건과 요건을 명시”해야 하는 의무를 확인하고 있다. 이러한 맥락에서, 태아의 생명을 점진적으로 보호하는 것과 이에 상응해서 임신한 여성의 기본권을 점진적으로 제한하는 법적 구조는 헌법에 합치된다.

또한 제기된 청구인들의 구체적인 주장은 다음과 같은 이유로 받아들여질 수 없다.

(1) 임신 초기 14주 동안 국가가 형사처벌을 포기했다는 주장과 관련하여, 이 기간 동안에도 태아 생명의 보호는 형법(제144조, 제145조, 제145조의2)의 적용을 받는다는 점을 상기해야 한다. 특히 임신중단이 동법에서 요청되는 조건과 요건을 따르지 않았거나 임신한 여성의 자유로운 의사에 따른 동의 없이 이루어진 경우에 처벌된다.

(2) 태아 생명에 대한 “절대적인 보호의 부족”이라는 청구이유와 관련하여, 자발적 임신중절법은 앞서 언급한 형사적 보호 외에도 두 가지의 예방적인 사회, 복지, 의료 모델을 설정하고 있다. 구체적으로 a) 책임 있는 안전한 성생활과 가족계획을 장려하는 공공정책을 통해 원치 않는 임신의 수를 줄이는 방향(동법 제1장의 내용) 그리고 b) 모성에 대한 지원 정책을 통해 자녀 돌봄에 따른 사회경제적 어려움으로 인해 발생하는 임신중절의 선택을 줄이는 방향(동법 제17조 제2항)이다.

이에 따라, 임신 초기 단계에서도 태아 생명을 보호하려는 의무를 이행하기 위한 법적 체계가 존재한다. 이러한 예방적, 지원적 모델은 형사처벌만을 강조하는 접근법에 비해 임신부의 권리를 보다 더 존중하는 방식이라고 할 수 있다.

(3) 자발적 임신중절법 제17조 제2항에서 규정한 정보의 제공 방식 - 서면으로 봉인된 봉투로 제공 - 때문에 해당 정보가 효력이 없다는 청구인들의 주장은 근거가 부족하다.

자발적 임신중절법 제14조와 제17조의 목적은 여성이 특정한 방향-임신을 지속하는 방향-으로 결정하도록 부담을 주거나 설득하려는 것이 아니다. 동법에 따른 시스템은 여성이 매우 중대한 결정을 내릴 때 외부의 압력으로부터 자유롭게, 충분한 인식을 기반으로 필요한 모든 적절한 요소를 고려할 수 있도록 완전한 정보를 제공받을 수 있게 보장하는데 초점이 맞춰져 있다. 여기에는 자녀 출산이 초래할 수 있는 여러 문제를 해결하는데 도움이 될 수 있는 요소들도 포함된다. 여성에게 이러한 정보를 제공하는 방식은 기본권을 부당하게 간섭하지 않으면서 정보 제공의 목적을 달성하는 것이다. 나아가 동법 제17조 제2항은 여성이 신청하는 경우 상기 정보가 구두로도 전달될 수 있다고 명시하고 있다.

(4) 청구인들은 (자발적 임신중절법이) 여성의 기본권에 “절대적 우위”를 부여했다고 주장하지만, 입법자는 여성이 자신의 신체와 삶에 대해 자유롭게 결정할 권리를

- 태아의 생명이 가정적이거나 잠재적인 상태에 있는- 임신 초기 14주로 제한하는 방안을 선택했다. 이러한 맥락에서 임신중절이 초래하는 기본권과 법익 간의 충돌에 있어서 자발적 임신중절법이 여성의 기본권에 절대적 우위를 부여했다고 볼 수 없다. 입법자는 태아 생명의 보호를 고려하여 여성이 자신의 기본권을 실질적이고 효과적으로 행사할 수 있는 최소한의 “합리적인” 범위를 설정한 것이다.

임신 초기 단계에서 여성이 (임신중단 여부를) 결정내릴 수 있는 자유의 영역을 인정하는 것은 여성의 기본권, 특히 인간의 존엄성과 인격의 자유로운 발현(헌법 제10조 제1항)과 관련해 신체적, 정신적 완전성에 관한 권리(헌법 제15조)의 실효성을 보장하기 위해 필수적이다. 이러한 기본권은 앞서 언급한 바와 같이 입법형성의 자유를 한계 짓는 요소로 작용한다.

(5) 마지막으로 청구인들이 주장하는 법적 불확실성, 즉 임신부의 요청에 따라 임신중절이 가능한 임신 14주의 기산일을 정확히 특정할 수 없는 상황이 발생한다는 주장은 기각되어야 한다.

헌법 제9조 제3항에서 규정하고 있는 법적 안정성의 원칙은 헌법재판소에 의해 적용 가능한 법체계의 명확성과 보호되는 이익의 명확성으로 이해되어 왔다. 또한 “법을 적용해서 국가행위가 어떻게 이루어질지에 대해 시민이 합리적으로 예상할 수 있어야” 한다. 따라서 “법체계에서 법에서 허용하는 해석 규칙 한도 내에서 어떤 규범의 내용 또는 누락이 수범자로 하여금 그 준수를 위해 요청되는 행위나 효과의 예측 가능성에 대해 합리적으로 대처할 수 없는 혼란이나 의구심을 야기하는 경우에만 해당 규범이 법적 안정성의 원칙을 위반한다고 결론지을 수 있다.”¹⁹⁾

이 사건에서, 심판대상조문 제14조의 “임신 14주 이내”라는 표현은 법적 안정성에 따른 것이라고 볼 수 있다. 여기에 일정한 판단재량을 포함하고 있지만 “일반적인 문리적인 의미에 부합”하는 방식으로 정의될 수 있고, 이 표현의 해석과 관련해 전혀 확정되어 있지 않다거나 수범자가 해야 할 행위가 무엇인지 대처할 수 없는 의구심이 초래된다고 할 수 없다. 실제로, 해당 기간의 기산일은 임신 시작 시점을 기준으로 정해지고, 이는 일반적인 의미일 뿐만 아니라 과학적 및 법적 용어에서도 임신 주수를 계산하는데 사용되는 명확한 개념이다(청구인들조차 수정된 난자가 여성의 자

19) SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4; 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15; 96/2002, de 25 de abril, FJ 5; 238/2007, de 21 de noviembre, FJ 5; 84/2008, de 21 de julio, FJ 8, 90/2009, de 20 de abril, FJ 4, y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 9.

궁에 착상 또는 이식되는 순간부터 임신이 시작된다고 확인하고 있다). 임신 시작 시점의 정확한 순간을 판단하는데 일정한 재량의 여지가 있더라도, 더 높은 수준의 정밀성이 요청된다고 볼 수 없다. 해당 규범을 구체적인 사례에 적용할 때 법적 불확실성을 방지할 수 있는 충분한 해석 도구가 존재한다고 하겠다.

상기와 같은 이유로, 심판대상조문 제14조와 제17조 제2항, 제5항에 대한 청구를 기각한다.

Ⅲ. 주문

1. 「성적 건강 및 재생산의 건강과 자발적 임신중절에 관한 조직법」 제13조 제4항과 동법 최종규정 둘째 조문의 경우 청구이익이 없어 이에 대한 위헌법률심판 청구를 종료한다.

2. 나머지 부분에 대한 청구를 기각한다.

최신 세계헌법판례

일본

■ 동성파트너에 대한 범죄피해자유족급부금 지급

/ 책임연구원 서누리

동성파트너에 대한 범죄피해자유족급부금 지급¹⁾

I. 사건의 배경

이 사건은 동거하던 동성파트너가 범죄로 사망함에 따라 이에 대하여 「범죄피해자 등 급부금 지급 등에 의한 범죄피해자 등의 지원에 관한 법률」(犯罪被害者等給付金の支給等による犯罪被害者等の支援に関する法律, 이하 ‘범죄피해자지원법’이라 한다)의 범죄피해자급부금 중 유족급부금을 아이치현(愛知県) 공안위원회에 청구하였으나, 동 공안위원회는 동성파트너는 유족급부금의 지급대상에 해당하지 않는다고 판단하며 유족급부금 지급을 거부하는 재정을 내린 바 그 재정의 취소를 청구한 사건이다.

이 사건에서 주 쟁점이 된 것은, 범죄피해자지원법상 유족급부금의 대상자를 “피해자의 배우자(혼인신고를 하지 않았으나 사실상 혼인관계와 같은 사정에 있던 자를 포함한다)(동법 제5조 제1항 제1호)”로 규정하고 있는데, 여기서 “혼인신고를 하지 않았으나 사실상 혼인관계와 같은 사정에 있던 자”에 동성파트너가 포함되는지 여부였다.

2022년 8월 26일 나고야고등재판소는 “혼인신고를 하지 않았으나 사실상 혼인관계와 같은 사정에 있던 자”에 동성 간 공동생활관계를 포함시킬 수 없다고 해석하여, 원심과 같이 항소인의 청구를 기각하였다.²⁾ 그러나 2024년 3월 26일 최고재판소는 범죄피해자지원법에 근거하여 지급되는 범죄피해자급부금 가운데 유족급부금의 지급대상자인 ‘배우자’에는 동성파트너가 포함되는 것으로 판단하여, 원심을 파기하고 나고야고등재판소에 환송하였다.

II. 사실관계

1. 「범죄피해자 등 급부금 지급 등에 의한 범죄피해자 등의 지원에 관한 법률」(1975년 법률 제36호)은 제3조에서 국가는 범죄피해자(제2조 제3항 소정의 “범죄피해자”를 말한다. 이하 같다) 또는 그 유족에게 범죄피해자급부금을 지급하는 취지를 정하

1) 最判 令和6年3月26日(2024년 3월 26일) 裁判所時報1836号3頁.

2) 名古屋高判 令和4年8月26日(2022년 8월 26일) 判例タイムズ1506号48頁.

고, 제4조 제1호에서는 범죄행위(제2조 제1항에서 정하는 “사람의 생명 또는 신체를 해하는 죄에 해당하는 행위”)를 말한다. 이하 같다)에 의하여 사망한 자의 제1순위 유족에게 일시금으로 급부금을 지급하는 취지를 규정하고 있다.

범죄피해자지원법 제5조 제1항은 유족급부금을 지급받을 수 있는 유족의 범위에 관하여, 범죄피해자 사망 시에 “피해자의 배우자(혼인신고를 하지 않았으나 사실상 혼인관계와 같은 사정에 있던 자를 포함한다)”(제5조 제1항 제1호), “피해자의 수입으로 생계를 유지하고 있던 피해자의 자녀, 부모, 손자녀, 조부모 및 형제자매”(제5조 제1항 제2호), “전호에 해당하지 아니하는 피해자의 자녀, 부모, 손자녀, 조부모 및 형제자매”(제5조 제1항 제3호) 중 어느 하나에 해당하는 자로 한다고 규정하고 제5조 제3항은 유족급부금을 지급받아야 할 유족의 순위에 대하여 상기 각호의 순서에 따른다고 정하고 있다.

2. 상고인(1975년생 남성)은 1994년경에 1962년생 남성(이하 ‘본 건 피해자’라 한다)과 교제를 시작하여 그 무렵부터 동거하였다. 2014년 12월 22일 본 건 피해자가 제3자의 범죄행위로 인해 사망하였다.

3. 본 건 피해자의 사망에 대해 상고인은 범죄피해자지원법 제5조 제1항 제1호 괄호에서 말하는 ‘혼인신고를 하지 않았으나 사실상 혼인관계와 같은 사정에 있던 자’에 해당한다고 주장하며 2016년 12월 12일 유족급부금 지급의 재정(裁定)을 신청하였다. 그러나 상고인은 아이치현(愛知県) 공안위원회로부터 2017년 12월 22일자로 범죄피해자 유족급부금 지급대상인 ‘혼인신고를 하지 않았으나 사실상 혼인관계와 같은 사정에 있던 자’에 해당하지 않는다는 등의 이유로 유족급부금 지급 거부의 재정을 받았다.

4. 본 건은 상고인이 피상고인을 상대로 상기 재정의 취소를 구하는 사안이다.

Ⅲ. 나고야 고등재판소의 판단

1. 본 건의 쟁점

(1) 동성의 범죄피해자(범죄피해자지원법 제2조 제2항 및 제3항 소정의 “범죄행위로

인하여 사망하거나 중상해를 입거나 장애가 남은 자”를 말한다)와 공동생활관계(‘교제하고 있는 자와 공동생활을 영위하는 관계’를 말한다)에 있던 자가 “사실상 혼인관계와 같은 사정에 있었던 자”(범죄피해자지원법 제5조 제1항 제1호)에 해당할 수 있는지 여부(쟁점 1)

(2) 항소인이 본 건 피해자와 “사실상 혼인관계와 같은 사정에 있었던 자”라고 할 수 있는지 여부(쟁점 2)

(3) 동성의 범죄피해자와 공동생활관계에 있었던 자는 “사실상 혼인관계와 같은 사정에 있었던 자”(범죄피해자지원법 제5조 제1항 제1호)에 해당하지 않는다면 본 건 신청을 인정하지 않은 본 건 재정이 헌법 제14조 제1항에 위반되는지 여부, 헌법 제13조 및 제25조 제2항의 취지에 위반되는지 여부(쟁점 3)

2. 쟁점1(동성의 범죄피해자와 공동생활관계에 있던 자가 범죄피해자지원법 제5조 제1항 제1호의 ‘사실상 혼인관계와 같은 사정에 있었던 자’에 해당하는가)

범죄피해자지원법은 사망한 자와의 친족관계가 가까운 정도에 따라 현실생활에서의 관계의 긴밀함을 고려하여 일정한 순위를 두고 그 제1순위자에게 급부하는 취지로 해석되나, 그 친족관계가 가까운 정도는 민법상의 개념을 사용하고 있다.

범죄피해자지원법 제5조 제1항 제1호도 “배우자”, “혼인신고”, “혼인관계”라는 민법상 혼인에 관한 개념에 따라 정해져 있는 것으로 보면, 민법상 법률혼주의가 채용되고 있으므로(민법 제739조 제1항) 동호는 일차적으로는 사망한 범죄피해자와 법률상 혼인관계에 있던 배우자를 유족급부금의 수급권자로 하면서, 법률상 혼인관계와 동일시할 수 있는 관계에 있으나 혼인신고를 하지 않은 자도 수급권자로 하는 것으로 해석된다. 동호 괄호의 “사실상 혼인관계와 같은 사정에 있었던 자를 포함한다.”는 규정도 범죄피해자지원법에 특별한 규정이 없기 때문에 혼인신고를 할 수 있는 관계임을 전제로 하고 있다고 해석하는 것이 자연스럽다. 따라서 민법상 혼인신고 자체가 상정되지 않는 동성 간의 관계도 포함될 수 있다고 하는 것은 조문의 해석에서 벗어나는 것이라고 하지 않을 수 없다. 또한 범죄피해자지원법 시행령 제6조 제2항 제1호, 제2호는 생계유지관계의 유족을 ‘처(妻)’, ‘60세 이상의 남편(夫)’ 등으로 정하고 있어 이성 간의 관계임을 전제로 규정하고 있다.

항소인은 이성 간의 중혼적 내연관계나 근친혼적 내연관계처럼 혼인신고를 할 수

없는 경우라도 “사실상 혼인관계와 같은 사정에 있었던 자”에 해당할 수 있는 이상, 법률상 금지되어 있지 않은 동성 간의 공동생활관계도 마찬가지로 해석되어야 한다고 주장한다.

중혼이나 근친혼은 이를 인정할 때의 폐해를 고려하여 정책적으로 금지되어 있으나, 개별적인 구체적 사정에 따라 이러한 내연관계를 금지하는 사유가 되고 있는 폐해가 표면화되지 않는 특별한 사정이 인정되는 경우에는 법률혼에 준하는 것으로 보호될 여지가 있다고 할 수 있다. 이에 비하여 동성 간 공동생활관계는 혼인이 정책적으로 금지된 것이 아니라 혼인제도의 대상에서 제외된 것이기 때문에 그 국면을 달리한다. 때문에 항소인의 위 주장은 채택할 수 없다.

현행 법체계에 비추어 “혼인”, “배우자”는 이성 간의 관계만을 의미한다고 해석해야 하며, 동성 간의 관계를 포함한다고 해석할 수 없다.

헌법 제24조 제1항은 “혼인은 양성(兩性)의 합의에 의해서만 성립하고” “부부(夫婦)가 동등한 권리를 가지는 것을 기본으로 하여”라고 규정하여 혼인이 이성 간의 관계임을 전제로 하고 있다. 혼인관계를 규정하는 민법도 이성 간의 관계를 전제로 한 “부부”라는 표현이 사용하고 있기 때문에(민법 제750조), 민법에서 정한 “혼인”은 이성 간으로 한정된다.

범죄피해자지원법 제5조 제1항 제1호와 마찬가지로 “사실상 혼인관계와 같은 사정에 있는 자”라는 규정을 사용하고 있는 다른 법령이 여럿 존재하지만(국가공무원재해보상법 제16조 1항, 후생연금보험법 제3조 제2항, 국민연금법 제5조 제7항 등) 모두 ‘부(夫)’, ‘처(妻)’라는 문구를 사용하고 있어 이성 간의 관계를 전제로 한 규정임이 분명하다. 따라서 범죄피해자지원법에서의 “사실상 혼인관계와 같은 사정에 있는 자”에 대해서도 이성 간의 관계를 전제로 하는 규정이라고 해석하는 것이 다른 법령의 해석과 정합된다.

『배우자로부터의 폭력 방지 및 피해자의 보호 등에 관한 법률』(配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護等に関する法律, 이하 ‘DV방지법’이라 한다)도 보호의 대상이 되는 “배우자”에 대하여 “혼인신고를 하지 아니하였으나 사실상 혼인관계와 같은 사정에 있는 자”를 포함한다는 규정을 두고 있다(제1조 제3항). 2013년 법률 제72호에 의한 개정에서 “생활의 본거(本拠)를 함께하는 교제(혼인관계에서의 공동생활과 유사한 공동생활을 영위하고 있지 않은 경우는 제외한다)”관계에 있는 상대방으로부터의 폭력에 대한 준용규정이 마련되었다(제28조의2). “혼인신고를 하지 않았으나 사

실상 혼인관계와 같은 사정에 있는 자”라는 규정은 ‘혼인의사’, ‘공동생활’, ‘신고’ 가운데 ‘신고’가 없는 사실상 혼인관계에 대하여 정한 것이지만, 2013년 법개정에서 이 준용규정은 ‘혼인의사’가 인정되지 않는 ‘공동생활’을 보내고 있는 경우도 상정하여 동성파트너 등으로 보호대상을 확대한 것이라고 볼 수 있다. 즉 DV방지법도 민법상의 ‘혼인’을 할 의사는 이성 간의 관계를 전제로 한다는 해석을 함부로 확대하지 않으면서, 별도의 입법조치를 거쳐 그 보호대상을 확대하고 있는 것이다.

항소인은 DV방지법에 대한 2013년 개정 전에 동성파트너를 배우자와 같은 사정에 있는 것으로 인정하여, 보호명령의 대상으로 한 결정이 존재한다고 지적하고 있다. 그러나 현행 법체계에 비추어 법 개정이 필요하다고 판단되었다는 사실이 중요하고, 범죄피해자지원법과 취지, 목적을 달리하는 DV방지법의 개별 결정 사례를 범죄피해자지원법에 대한 법해석 판단에서 중시하는 것은 상당하지 않다.

항소인은 돗토리현(鳥取県) 직원의 급여에 관한 조례는 부양친족에 대해 “배우자(신고를 하지 않았지만 사실상 혼인관계와 같은 사정에 있는 자를 포함한다. 이하 동일)”(동조례 제8조 제2항 제1호)로 정하고, 미에현(三重県) 직원의 급여에 관한 조례도 부양친족에 대해 “배우자(혼인신고를 하지 않았지만 사실상 혼인관계와 같은 사정에 있던 자를 포함한다. 이하 동일)”(동조례 제12조 제2항 제1호)로 정하고 있으며, 모든 현에서 동성파트너를 사실혼 배우자로서 부양수당의 지급 대상으로 취급하고 있다고 주장한다. 그러나 제정 주체를 달리하는 지방자치단체 조례의 규정 및 그 운용을 범죄피해자지원법 해석의 근거로 삼는 것은 상당하지 않다(또한 돗토리현이나 미에현과 같은 취급이 전국의 지방자치단체에서 확립되어 있다는 사정도 인정되지 않는다).

더구나 범죄피해자지원법 제5조 제1항 제1호의 “사실상 혼인관계와 같은 사정에 있던 자를 포함한다.”에 동성 간 공동생활관계가 포함된다고 해석할 경우에는 유족급부금의 지급대상이 되는 제1순위 유족이 바뀌게 되므로, 해당 조문의 문언을 현행 법체계에 정합되도록 해석하는 경우의 지급대상자가 유족급부금을 지급받지 못하게 되는 일이 발생하게 된다.

따라서 항소인이 지적하는 지방자치단체 사례와는 달리 범죄피해자지원법 제5조 제1항 제1호의 해석은 법적 안정성을 더 강하게 고려할 것이 요구되므로, 동성 간의 공동생활관계에 대한 사회의식이 변화하고 있다는 등의 사정을 근거로 별도의 입법조치를 거치지 않은 채 해석을 변경하는 것은 법적 안정성을 해치는 결과를 초래한다.

범죄피해자지원법 제5조 제1항 제1호의 “사실상 혼인관계와 같은 사정에 있었던 자를 포함한다.”는 규정에 동성 간 공동생활관계가 포함되는 것으로 해석하는 것에 신중하지 않을 수 없으며, 다른 법체계와는 달리 범죄피해자지원법 자체의 규정 속에 동성 간 공동생활관계가 포함된다고 해석해야 할 단서도 눈에 띄지 않는다. 따라서 범죄피해자지원법의 “사실상 혼인관계와 같은 사정에 있었던 자를 포함한다.”의 규정에 동성 간 공동생활관계가 포함된다고 해석할 수 없다.

3. 쟁점3(본 건 처분이 헌법 제14조 제1항에 위반되는지 여부, 헌법 제13조 및 제25조 제2항의 취지에 위반되는지 여부)

가. 헌법 제14조 제1항에 위반된다는 주장에 대하여

(1) 범죄피해자지원법의 목적

범죄피해자지원법은 범죄행위에 의한 사망자의 유족 또는 중상해를 입거나 장애가 남은 사람의 범죄 피해 등을 조기에 경감함과 동시에 다시 평온한 생활을 할 수 있도록 지원하기 위하여 범죄 피해 등을 받은 자에게 범죄피해자 등 급부금을 지급하는 것이다(제1조, 제3조). 우선 중대한 경제적 또는 정신적 피해를 입은 유족 및 범죄피해자를 구제해야 한다는 사회일반의 의식이 생겼고 불법행위 제도에서 손해배상 등에 의한 구제를 사실상 받지 못하는 경우가 많은 가운데 그러한 상황을 방치하는 것은 법질서에 대한 국민의 불신을 초래하므로, 사회연대와 공조(共助)의 정신에 입각하여 조세를 재원으로 유족 등에 일정한 보조금을 지급함으로써 유족 및 범죄피해자의 경제적 또는 정신적 피해를 완화함과 동시에 국가의 법제도 전반에 대한 국민의 신뢰를 확보하는 것을 주된 목적으로 한다고 해석된다.

범죄행위로 인한 피해는 가해자의 고의의 불법행위를 원인으로 하는 것이므로 본래 민법상의 불법행위 제도를 통해 피해회복이 도모되어야 하는 것이지만, 불법행위 손해배상 제도를 통해 구제를 사실상 받을 수 없는 경우가 많다. ① 살인, 상해 등 고의의 범죄행위자 측에게 책임보험 등으로 손해배상능력을 구비시키는 것은 불가능하며, ② 범죄피해자가 될 수 있는 자로부터 일정한 금액을 징수하여 이를 재원으로 하는 보험을 창설하는 사회보장제도를 만드는 것도 현실적이지 않다. 따라서 국민 전체가 부담하는 세금을 재원으로 하는 제도가 적당하다고 생각한다.

이와 같이 범죄피해자급부금은 손해의 전보 자체를 주된 목적으로 하는 것이 아니라 세금을 재원으로 하여 사회연대 및 공조의 정신에 입각해 국가의 법제도 전반에 대한 국민의 신뢰를 확보하는 것을 주된 목적으로 하는 일종의 위로금적인 성격을 지닌 것으로 해석함이 상당하다. 범죄피해자 또는 그 유족이 손해의 일부라도 보전 받은 경우에는 실제로 발생한 손해액과는 관계없이 그 가액의 한도에서 범죄피해자 등 급부금을 지급하지 않는 것으로 되어 있는데(범죄피해자지원법 제8조 제1항 참조), 이는 일부라도 손해를 보전받으면 손해액 전체를 보전받지 않더라도 그 한도에서는 위로금적 성격을 갖는 급부금을 지급할 필요성이 없어지기 때문이라고 해석된다.

이에 대해 항소인은 범죄피해자급부금 제도가 일종의 위로금적 성격을 가지고 있었던 것은 제도 개시 당시의 것으로 그 후 여러 차례에 걸친 법 개정으로 인해 범죄피해자급부금 제도는 범죄피해자 등의 권리이익을 옹호하는 제도로 자리매김했다고 주장한다.

이에 대하여 2008년 법률 제15호에 의한 개정을 통해 범죄피해자지원법의 목적 중 하나로 범죄 피해 등을 입은 자의 권리이익의 보호를 도모하는 사회의 실현이 명시되었다(범죄피해자지원법 제1조). 또한 2005년 4월부터는 범죄피해자 등 기본법이 시행되었다. 동법은 국가가 범죄피해자 등을 위한 시책을 수립 및 실시할 책무를 정하고 있으며(범죄피해자 등 기본법 제4조), 범죄피해자 등이 입은 피해로 인한 경제적 부담의 경감을 위하여 범죄피해자 등에 대한 급부금의 지급과 관련된 제도를 충실화하는 등의 필요한 시책을 강구하도록 정하고 있다(동법 제13조). 또한 내각부에 설치된 ‘범죄피해자등시책추진회의’가 작성한 안에 입각하여 ‘제1차 범죄피해자 등 기본계획’(2005년 12월 각의결정)이 책정되었는데 해당 계획에서는 범죄피해자 등의 경제적 어려움을 타개하기 위한 경제적 지원의 중요성이 지적되었다. 제1차 범죄피해자 등 기본계획 시행 기간 중인 2008년에는 범죄피해자 등 급부금 중에서도 중증 후유장애자에 대한 장애인급부금 및 생계유지 관계에 있던 유족에 대한 유족급부금이 자동차손해배상책임보험제도를 토대로 인상되었다.

이와 같이 범죄 피해 등을 입은 자의 권리이익 보호를 도모하는 사회의 실현이 범죄피해자지원법의 목적으로 명기되고 자동차손해배상책임보험제도를 토대로 하여 급부금이 인상된 것을 보면, 범죄피해자급부금제도에서 불법행위 손해배상의 보완으로서의 측면이 보다 더 충실해졌다고 할 수 있으며, 그러한 의미에서 범죄피해자 등의 권리이익을 옹호하는 방향으로 법개정이 이루어졌다고 할 수 있다. 그렇지만 이

러한 개정 경과에 비추어 보아도 범죄피해자급부금은 범죄피해자 등이 입은 손해의 완전한 전보를 목적으로 하는 것은 아니기 때문에, 사회연대와 공조의 정신에 입각하여 국가의 법제도 전반에 대한 국민의 신뢰를 확보하는 것을 주된 목적으로 하는 일종의 위로금적인 성격을 가진다는 제도 개시 당초부터의 급부금 제도의 취지 자체가 변경되었다고 할 수는 없다.

(2) 범죄피해자급부금 제도에 대한 헌법 제14조 제1항 적합성 판단의 방향

범죄피해자급부금 제도는 손해보전 자체를 주된 목적으로 하는 것이 아니라 국가의 법제도 전반에 대한 국민의 신뢰 확보를 주된 목적으로 하는 일종의 위로금적인 성격을 가진 것이므로, 범죄피해자급부금의 수급권자의 범위나 급부요건 등은 그 제도의 취지에서 즉시 도출되는 것이 아니라, 국민감정을 포함한 사회 상황 등 국가의 재정 사정 등을 근거로 하여 입법부가 합리적인 범위에서 판단할 재량이 인정된다고 해석된다.

그리고 범죄피해자급부금의 수급권자의 범위 등에 관한 본 건 규정이 헌법 제14조 제1항에 위반되는지 여부에 대해서는 사안의 성질에 따른 합리적인 근거가 있느냐는 관점에서 입법 목적의 합리성, 목적 달성을 위한 수단·방법의 합리성 등을 구체적으로 검토하여 입법부에 주어진 재량권을 고려하더라도 동성 간의 공동생활 관계에 있는 자와 이성 간의 공동생활 관계에 있는 자를 유족급부금 지급에 있어 달리 취급하는 것이 본 건 규정의 입법 목적에 비추어 합리적인 근거가 없거나 그 수단·방법의 구체적 내용이 입법 목적과의 관련에 있어서 불합리한 것이라고 하지 않을 수 없는 경우에는 헌법 제14조 제1항에 위반된다고 해석된다.

(3) 본 건 규정이 헌법 제14조 제1항에 위반되는지 여부

유족급부금은 범죄로 인한 피해가 피해자의 사망한 경우에 제1순위 유족에게 지급된다(범죄피해자지원법 제4조 제1호). 범죄피해자지원법은 유족급부금을 수령할 수 있는 유족의 범위를 정하고(동법 제5조 제1항, 제2항), 그 범위 내의 유족 중 누가 제1순위 유족이 되는지를 정하고 있다(동조 제3항, 제4항).

범죄피해자지원법 제5조는 유족급부금이 지급될 유족의 순위에 대해 범죄피해자의 배우자를 제1순위로 정하고, 이 배우자에 “혼인신고를 하지 않았지만 사실상 혼인관계와 같은 사정에 있던 사람”을 포함하고 있다. 이미 언급한 바와 같이 헌법 제24

조를 포함하여 현행의 법체계가 이성 간의 관계를 전제로 한 법률혼주의를 채택하고 있다는 사실에 비추어 볼 때, 이 규정은 제1차적으로는 사망한 범죄피해자와 법률상 혼인관계에 있던 배우자를 유족급부금의 수급권자로 하면서, 법률상의 혼인관계와 동일시할 수 있는 관계에 있었지만 혼인신고를 하지 않은 사람도 수급권자로 하는 것이다. 이러한 규정은 사회연대와 공조의 정신을 바탕으로 유족 등에게 일정한 급부금을 지급하고, 국가의 법제도 전반에 대한 국민의 신뢰를 확보한다는 범죄피해자 지원법의 입법목적에 비추어 합리성을 가진다.

범죄피해자급부금의 취지는 손해의 전보 자체를 주된 목적으로 하는 것이 아니라 국가의 법제도 전반에 대한 국민의 신뢰를 확보하는 것을 주된 목적으로 하는 일종의 위로금적인 성격을 가진 것임을 감안하면, 범죄피해자의 유족으로 취급되는 것에 권리이익의 강한 중대성이 있다고까지는 할 수 없다. 그렇다면 어떠한 공동생활관계에 있는 자에게 급부금을 지급할지에 대해서는 입법부에 어느 정도의 넓은 재량이 인정된다고 해야 할 것이다.

헌법 제24조는 혼인이 이성 간의 관계임을 전제로 하고 있으므로 동성파트너를 내연의 이성파트너와 다르게 취급하는 것도 입법목적에 따라 허용된다고 할 수 있다.

헌법 제정 당시 동성혼이 상정되지 않았기 때문에 헌법 제23조는 동성혼을 금지한 취지로 해석되지는 않는다. 또한 성적 지향(성애를 품는 상대가 이성인지 동성인지), 성인식(자신의 성별에 대한 정체성)은 생물학적 기반에 의한 것이라고 인정되고 있어, 자신의 의사나 노력으로는 바꿀 수 없는 속성이라고 해야 한다. 또한 동거하고 있던 상대방이 살해되었을 경우의 정신적 고통은 적어도 그 상대방이 동성의 파트너인지 이성의 파트너인지에 따라서 좌우된다고 볼 수 없다. 이와 같이 자신의 의사나 노력에 의해 바꿀 수 없는 생물학적 기반에 의한 속성의 차이에 따라 결과적으로 다른 취급이 발생하는 것에 대해서는 신중해야 한다고 할 수 있다.

따라서 동성파트너에 대하여 혼인을 인정하지 않아도 다양한 법적 보호를 하는 입법이 이루어져 동성파트너가 이성파트너 내지 이성혼 관계와 동일시되어야 한다는 요청이 사회적인 의식으로 조성되어 있었을 경우에는 범죄피해자급부금을 지급함에 있어 동성파트너를 달리 취급하는 것이 입법부의 합리적인 재량 범위를 벗어났다고 평가될 가능성이 있다.

그러나 동성파트너 인정제도가 어떠한 평등취급제도를 두는 지방자치단체가 증가하고, 민간기업에서도 수당 등에 있어서 동성파트너를 배우자와 같이 취급하는 예가

증가하고 있고, 국민의식 조사에서도 동성혼을 허용하는 사람이 부정하는 사람보다 다수가 되고 있는 것 등이 인정되지만, 국가의 입법을 통해 동성파트너에 대하여 어떠한 법적 보호 제도가 제정된 것은 아니다. 동성파트너에 대해서 이성파트너 내지 이성혼 관계와 동일시하는 것이 요청된다는 사회적인 의식이 조성되어 있었다고는 인정하기 어려운 상황에 있다. 또한 동성파트너의 지위가 불법행위에서 법률상 보호되는 이익에 해당한다고 하여도, 본 건 규정의 합헌성 판단에 영향을 주는 것은 아니다.

이에 대하여 항소인은 범죄피해자의 유족으로 다루어지는 것의 권리이익의 중대성과 성적 지향이라는 사항의 성질상 입법부의 재량은 엄격하게 통제되어야 하므로, 범죄피해자급부금에 대해 동성 간 공동생활관계를 이성 간 공동생활관계와 다르게 취급하는 것에 합리성이 인정되지 않는다고 주장한다. 그러나 범죄피해자급부금의 취지가 범죄피해자의 권리보호를 주된 목적으로 하고 있다고는 볼 수 없음은 이미 판단한 바와 같다. 또 항소인은 입법부의 재량 범위가 엄격하게 한정되어야 할 근거로 국적취득 요건, 혼외자 상속분 차별 규정 및 재혼금지기간 규정에 관한 최고재판소 대법정 판결도 적시하고 있다. 그러나 항소인이 적시한 판례의 사안은 일본 국적을 취득할 수 있는지 여부, 민법상 상속분 및 재혼금지기간에 관한 것으로 모두 중요한 권리와 혼인에 직접적인 제약을 부과하는 것으로서 범죄피해자급부금을 지급할 수 있는지 여부와는 사안의 성질을 달리한다.

동성 간의 관계인지 이성 간의 관계인지에 따라 범죄피해자급부금의 지급을 달리 취급하는 본 건 규정은 그 입법 목적에 합리적인 근거가 없거나 그 수단·방법의 구체적인 내용이 입법 목적과의 관련에 있어 불합리하다고 인정할 수 없으므로, 헌법 제14조 제1항에 위반된다고 할 수는 없다.

나. 헌법 제13조, 제25조 제2항 취지에 위반된다는 주장에 대하여

항소인은 본 건 처분이 헌법 제13조 및 제25조 제2항³⁾에 위반된다고 주장한다.

개인의 존중과 생명, 자유, 행복추구권의 존중에 관한 헌법 제13조는 자기 결정권을 정한 것으로서 성적 지향에 입각해 동성파트너를 두는 것도 동 규정에 따라 존중되어야 한다고 해석할 여지는 있지만, 헌법 제13조 자체가 동성의 범죄피해자와 공

3) **일본국헌법 제13조** 모든 국민은 개인으로서 존중된다. 생명, 자유 및 행복추구에 대한 국민의 권리는 공공의 복지에 반하지 않는 한 입법과 그 밖의 국정에서 최대한 존중되어야 한다.

제25조 ② 국가는 모든 생활부문에서 사회복지, 사회보장 및 공중위생의 향상 및 증진에 노력해야 한다.

동생활관계에 있던 사람에게 유족급부금의 지급을 받을 권리나 법적 지위를 구체적으로 보장하는 것은 아니다.

또한, 범죄피해자지원법의 유족급부금이 사회복지적인 요소를 갖는 것 자체는 부정할 수 없다고 하더라도, 이미 서술한 바와 같이 범죄피해자급부금의 취지는 일종의 위로금적인 성격을 갖는 것이어서 헌법 제25조가 보장되는 사회권에 포함되는 것이라고는 인정되지 않으므로, 범죄피해자지원법의 유족급부금을 지급할 것인지 여부에 따라 헌법 제13조, 제25조 제2항에 기초한 보장이 후퇴한다고 평가할 수는 없다.

3. 나고야 고등재판소의 판시 정리

이상에 의하면, 쟁점 2에 대해 판단할 필요도 없이, 동성의 범죄피해자와 공동생활관계에 있던 사람을 “혼인신고를 하지 않았지만, 사실상 혼인 관계와 같은 사정에 있던 사람(범죄피해자지원법 제5조 제1항 제1호)”에는 해당하지 않는다고 하여 본 건 신청을 거부한 본 건 처분에 위법은 없고, 본 건 처분이 헌법 제14조 제1항에 위반된다거나 헌법 제13조 및 제25조 제2항의 취지에 위반된다고도 인정되지 않기 때문에, 본 건 처분의 취소를 구하는 항소인의 청구는 이유 없다.

IV. 최고재판소의 판단

1. 법정의견

(1) 범죄피해자지원법은 1980년에 제정된 것인 바, 2001년 법률 제30호에 의한 개정으로 목적 규정을 두게 되었다. 즉 범죄피해자 등에 대한 급부금의 지급 증을 통해 “범죄피해 등”(‘범죄행위에 의한 사망 및 범죄행위에 의해 불의의 죽음을 당한 사람의 유족이 받은 심신의 피해’를 말한다)을 조기에 경감하는 데 기여하는 것을 목적으로 한다고 규정하였다(2008년 법률 제15호에 의한 개정 전의 범죄피해자지원법 제1조). 한편, 2004년에는 범죄 등으로 해를 입은 자 및 그 유족 등의 권리 이익의 보호를 도모하는 「범죄피해자등기본법」(犯罪被害者等基本法)이 제정되었다(제1조). 범죄피해자등기본법 기본시책 중의 하나로 국가 등은 범죄피해자 등이 받은 피해로 인한 경제적 부담을 경감하기 위해 급부금의 지급과 관련된 제도의 확충 등 필요한 시책

을 강구하도록 정하였다(제13조). 이후 범죄피해자지원법은 2008년 법률 제15호에 의한 개정을 통해 그 입법목적, 범죄행위로 불의의 죽음을 당한 사람의 유족 등이 입은 범죄피해 등을 조기에 경감하는 동시에 유족이 다시 평온한 생활을 할 수 있도록 지원하기 위해 범죄피해자 등 급부금을 지급하는 등 범죄피해자 등의 권리의익 보호를 도모하는 사회를 실현하는 데 기여하는 것을 목적으로 한다고 규정하였다(제1조). 범죄피해자지원법은 2001년 법률 제30호 및 2008년 법률 제15호에 의한 개정을 거치면서 일정한 경우에 유족급부금의 액수를 가산하는 등 범죄피해자 등 급부금 지급 제도의 확충을 도모하였다.

이상과 같이 범죄피해자 등 급부금의 지급 제도는 범죄행위로 불의의 죽음을 당한 자의 유족 등이 입은 정신적, 경제적 타격을 조기에 경감함으로써 범죄피해 등의 권리의익 보호를 도모하는 사회의 실현에 기여하는 것을 목적으로 하는 것이고, 동 제도를 충실하게 하는 것이 범죄피해자등기본법에 의한 기본적 시책 중 하나로 되어 있다는 점 등에 비추어 보면, 범죄피해자지원법 제5조 제1항 제1호의 해석에 있어서는 동 제도의 상기 목적을 충분히 감안할 필요가 있다.

(2) 범죄피해자지원법 제5조 제1항은 범죄피해자 등 급부금 지급 제도의 목적이 상기 (1)과 같다는 점을 감안하면, 유족급부금을 지급받을 수 있는 유족으로 범죄피해자의 사망으로 정신적, 경제적 타격을 받을 것이 예상되고 조기에 경감 등을 도모할 필요성이 높다고 생각되는 자를 상정하고 있는 것이라고 해석된다.

그리고 동항 제1호가 괄호 안에서 “혼인신고를 하지 않았으나 사실상 혼인관계와 같은 사정에 있던 자”를 들고 있는 것도, 혼인신고를 하지 아니하여 민법상 배우자에 해당하지 아니하는 자라도 범죄피해자와의 관계나 공동생활의 실태 등에 비추어 사실상 혼인관계와 같은 사정에 있었다고 볼 수 있는 경우에는 범죄피해자의 사망에 의하여 민법상 배우자와 마찬가지로 정신적, 경제적 타격을 받을 것이 예상되어 조기에 경감 등을 도모할 필요성이 높다고 생각되기 때문이라고 해석된다. 그런데 그러한 타격을 받아 그 경감 등을 도모할 필요성이 높다고 생각되는 경우가 범죄피해자와 공동생활을 영위하고 있던 사람이 범죄피해자와 이성인지 동성인지에 따라 다르다고는 할 수 없다.

그러면 범죄피해자와 동성인 자라는 사실만으로 “혼인신고를 하지 않았으나 사실상 혼인관계와 같은 사정에 있던 자”에 해당하지 않는다고 하는 것은 범죄피해자 등

급부금 지급 제도의 목적에 입각하여 유족급부금을 지급받을 수 있는 유족의 범위를 규정한 범죄피해자지원법 제5조 제1항 제1호 괄호의 입법 취지에 비추어 상당하지 않다고 해야 하며, 범죄피해자와 동성인 자가 그 유족의 범위에 해당될 수 있는 것으로 해석하더라도 그 문리에 반하는 것이라고는 할 수 없다.

(3) 이상에 따르면 범죄피해자와 동성인 자는 범죄피해자지원법 제5조 제1항 제1호 괄호에서 말하는 “혼인신고를 하지 않았으나 사실상 혼인관계와 같은 사정에 있던 자”에 해당할 수 있다고 해석함이 상당하다.

2. 재판관 하야시 미치하루(林道晴)의 보충의견

나는 다수의견에 찬동하지만, 이하의 점에 대하여 부연하고 싶다.

범죄피해자지원법 제5조 제1항 제1호 괄호가 유족급부금을 지급받을 수 있는 유족의 범위를 규정하는 것임을 감안하면, 동호 괄호 “혼인신고를 하지 않았으나 사실상 혼인관계와 같은 사정에 있던 자”의 해석은 그 문리에 더하여 유족급부금을 포함한 범죄피해자 등 급부금 지급 제도의 목적을 바탕으로 하는 것이 상당하다. 다수의견이 실시한 대로 이 제도의 목적은 범죄행위로 불의의 죽음을 당한 사람의 유족 등이 입을 정신적, 경제적 타격을 조기에 경감하고 범죄피해 등을 받은 자의 권리 이익 보호를 도모하는 사회를 실현하는데 기여하는 것이다. 범죄피해자등기본법에 동제도가 가진 위상과 그 목적을 달성하기 위해서 확충되어 온 경위 등에 비추어도, 동제도의 목적은 중요하다고 해야 하며, 이를 토대로 해석해야 한다.

그리고 범죄피해자 등 급부금 지급 제도의 목적에 비추어 보면, 범죄피해자와 동성인 자라도 범죄피해자와의 관계, 범죄피해자와 서로 협력하여 공동생활을 영위하고 있었다는 실태나 그 계속성 등에 비추어 범죄피해자와 이성 간의 내연관계에 준하는 관계에 있었다고 할 수 있는 경우에는 이성 간의 내연관계에 있던 자와 마찬가지로 범죄피해자의 사망에 의하여 정신적, 경제적 타격을 입을 것으로 생각되므로, 동법 제5조 제1항 제1호 괄호의 유족급부금을 지급 받을 수 있는 유족에 포함된다고 해석하는 것이 상당하다. 반대의견이 지적하는 것처럼 범죄피해자등급부금은 손해를 보전하는 성격이 있지만, 그에 그치는 것은 아니다. 동 제도가 조기에 경감을 도모하고 있는 정신적, 경제적 타격은 가해자의 불법행위를 근거로 배상을 청구할 수 있는 손해와 엄밀하게 일치할 것까지는 필요하지 않은 것으로 해석된다. 그러나 상기의

경우에 적어도 가해자에게 불법행위에 근거한 위자료 청구는 할 수 있는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 생각한다.

다수의견은 그 설시가 명백히 한 바와 같이, 어디까지나 범죄행위로 불의의 사망을 당한 자의 유족 등에 대한 지원이라는 특유의 목적으로 지급되는 유족급부금의 수급권자와 관련된 해석을 나타낸 것이다. 상기 문언과 동일 또는 유사한 문언이 사용되고 있는 법령의 규정은 상당수 존재하지만, 다수의견이 그것들에 대하여 판단한 것은 아니다. 해당 규정과 관련된 제도 전체의 취지 및 목적이나 구조 등을 토대로 하는 가운데 해당 규정의 취지에 비추어 해석되어야 하는 것이므로, 규정별로 검토할 필요가 있는 것이다.

3. 재판관 이마사키 유키히코(今崎幸彦)의 반대의견

나는 다수의견과 달리 본 건 상고는 기각해야 한다고 생각한다. 그 이유는 다음과 같다.

(1) 범죄피해자지원법은 범죄행위로 불의의 죽음을 당한 자의 유족 등이 입은 범죄피해 등을 조기에 경감하는 동시에 다시 평온한 생활을 영위할 수 있도록 지원하기 위해 범죄피해자 등 급부금을 지급하기로 하고(제1조), 중상해급부금, 장애급부금과 함께 유족급부금을 규정하고 있다(제4조).

유족급부금의 지급액은 정령(政令)으로 산정되는 기초액에 ‘유족의 생계유지상황을 감안하여’ 정령으로 정하는 배수를 곱한 금액으로 되어 있다(제9조 제1항). 이는 유족급부금이 범죄피해자 유족의 생활보장을 의식하여 설계된 것임을 보여준다. 한편, 지급되는 유족의 범위로 범죄피해자의 수입에 의해 생계를 유지하고 있었던 것을 요건으로 하지 않는(제5조 제1항) 등 유족의 생활보장 성격에 부합하지 않는 규정도 있다.

또한 「노동자재해보상보험법」(労働者災害補償保険法)에 따른 급부나 손해배상을 받은 때에는 그 가액의 한도로 지급하지 않는 한편(제7조, 제8조), 범죄피해자가 사망 전에 부담한 요양비용 등에 대해서는 그 지급액을 가산하는 규정을 두고 있다(제9조 제5항). 이는 유족급부금이 손해의 전보로서의 성격을 가지고 있음을 나타내는 것이라고 할 수 있다. 하지만, 전술한 바와 같이 지급액은 어디까지나 법 및 정령에 따라 기계적으로 산출된 금액이며, 실제 손해와 일치하는 것은 아니다.

(2) 범죄피해급부제도에 대해서는 복지정책, 불법행위제도의 보완, 형사정책의 요소도 포함하면서 범죄피해자가 놓인 상황을 방치해 둠으로써 발생하는 국민의 법제도 전체에 대한 불신을 제거하는 것을 본질로 한다는 등의 설명이 있다.

(3) 우선은 생활보장이라는 관점에서 볼 경우에 대하여 서술한다.

전술한 바와 같이 범죄피해자지원법은 유족급부금의 지급대상이 되는 유족에 대하여 피해자를 통해 생계를 유지하는 것을 요건으로 하고 있지 않지만(제5조 제1항), “자녀, 부모, 손자녀, 조부모 및 형제자매”는 범죄피해자의 수입으로 생계를 유지하고 있던 자를 그렇지 않은 자보다 선순위로 하고 있다(제5조 제1항 제2호). 따라서 만약 제5조 제1항 제1호의 “범죄피해자의 배우자(혼인 신고를 하지 않았지만, 사실상 혼인 관계와 같은 사정에 있던 자를 포함한다)”에 동성파트너(‘파트너’의 정의 자체가 하나의 문제이지만, 여기에서는 우선 ‘혼인관계에 있는 남녀와 같은 사정에 있는 공동생활자’라는 의미로 사용한다)가 포함된다고 하면, 그때까지 범죄피해자의 수입으로 생계를 유지하고 있던 아이들은 동성파트너보다 후순위가 되어 지급대상에서 빠지게 된다. 다수의견은 유족급부금의 지급대상이 되는 유족의 범위를 넓게 해석하는 것으로, 그 자체로는 범죄피해자에게 환영받아야 할 내용이라고 할 수 있다. 그러나 한편으로는 전술한 바와 같이 범죄피해자 상호간에 이해 대립의 계기를 가져오는 것이기도 하다. 유족을 포함한 총체로서의 범죄피해자의 사회적 요구에 부응하는 것 인지는 범죄피해자지원법의 해석상 중요한 고려요소라고 생각한다. 사안이 범죄피해자의 수입에 의존하고 있던 아이들의 생활보장과 관련된 것이라면 더욱 그렇다.

(4) 유족급부금에는 손해 전보의 성격이 있다는 점에 대하여는 전술했다. 범죄피해자지원법상 동성파트너에게 유족급부금이 지급된다는 해석을 채택한다면, 범죄피해자의 동성파트너가 가해자에 대해 손해배상청구권을 갖는 것이 전제가 될 것이다.

나는 동성파트너의 정신적 손해를 이유로 한 배상청구권은 동성파트너의 고유한 권리로서 인정될 여지가 있다고 생각한다. 그러나 재산적 손해, 특히 부양이익의 상실을 이유로 하는 손해배상청구권에 대해서는 민법 제752조⁴⁾의 준용을 인정하지 않는 한 긍정되기 어렵다는 것이 대체적인 이해일 것이다. 그렇다면, 범죄피해자의 동성파트너에게 인정되는 손해배상청구권은, 만일 인정된다고 해도 이성파트너에 비해

4) 일본민법 제752조 【동거, 협력 및 부조의 의무】 부부는 동거하며, 상호 협력하여 부조해야 한다.

한정적인 것이 된다. 그럼에도 불구하고 다수의견에 따르면 동성파트너는 이성파트너와 동일시되어 같은 금액의 유족급부금을 지급받게 된다. 유족급부금이 손해전보의 성격을 가진다는 점을 생각하면, 전제가 되는 민사 실체법상의 권리와 의 사이에서 이러한 껍이 생기는 것에 대하여 설명하기 어렵다고 생각한다.

(5) 사회에 대한 영향이라는 관점에서 범죄피해자지원법에 대한 다수의견의 해석은 다른 법령의 해석·운용에 미칠 파급이라는 점에서 더욱 어려운 문제를 안고 있다.

범죄피해자지원법 제5조 제1항 제1호의 “혼인신고를 하지 아니하였으나 사실상 혼인관계와 동일한 사정에 있는 자”와 동일 또는 유사한 취지의 문언을 두고 있는 예가 적지 않으나, 그러한 규정에 대하여 다수의견이 어떤 해석을 상정하고 있는지도 분명하지 않다. 개별법의 해석으로 범죄피해자지원법과 다른 해석을 채택하는 것도 가능하다고 생각할 수 있지만, 범죄피해자지원법의 해석이 타 법령에 파급될 것은 당연히 상정되고, 그 귀추에 따라서는 사회에 큰 영향을 미칠 가능성도 있다. 현시점에서 그 파급력을 예측할 수 없으므로, 이러한 의미에서도 다수의견을 염려하지 않을 수 없다.

(6) 결론적으로, 범죄피해자와 동성인 자가 범죄피해자지원법 제5조 제1항 제1호 괄호 소정의 자에 해당할 수 있다고 하는 다수의견의 해석에는 무리가 있다고 하지 않을 수 없다. 다수의견은 범죄피해자와 공동생활을 영위하고 있던 자가 이성인지, 동성인지 여부에 따라 범죄피해자의 사망으로 정신적, 경제적 타격을 받고 그 경감을 도모할 필요성이 달라지지 않는다고 하고 있다. 나는 이에 이의를 제기할 생각은 없지만 범죄피해자지원법의 규정이 그러한 이념을 모순 없이 수용하는 구조로 되어 있는지는 별개의 문제이다.

(7) 다수의견은 상고인이 본 건 피해자와의 사이에서 “혼인신고를 하지 아니하였으나 사실상 혼인관계와 같은 사정에 있던 자”에 해당하는지 여부에 관하여 심리하도록 원심에 환송하면서도 “사실상 혼인관계와 같은 사정”이라는 요건의 내용에 관하여는 아무것도 설명하고 있지 않다. 단순히 동성 사이의 공동생활과 사실상 혼인관계와 같은 사정이 무엇이 다른가 하고 생각해 보았을 때 그것이 자명한 것 같지는 않다. 혼인은 남녀 간의 것이라고 역사적으로나 법적으로 관념되어 왔다. 동성 사이의 관계에도 법적 보호가 미친다는 생각은 최근의 것이다. 나는 동성 사이의 관계에

서 무엇을 “사실상 혼인관계와 같은 사정”으로 인정하느냐는 그렇게 쉽게 답을 내놓을 수 있는 문제가 아니라고 생각한다.

동성 사이의 관계에서 “사실상 혼인관계와 같은 사정”은 다수의견에 의하여 새롭게 제시된 개념이므로 그 내용을 밝히는 것이 범죄피해자지원법 조문의 법령해석이라는 점을 감안하면, 원심에 환송할 때에는 다수의견이 생각하는 해석에 따라 “사실상 혼인관계와 같은 사정”의 고려요소를 구체적으로 밝혔어야 한다고 생각한다.

(8) 이번에 쟁점이 된 범죄피해자지원법의 해석은 동성파트너십에 대한 법적 보호의 지향점이라는 큰 논점의 일부이기도 하다. 이 논점은 사회에서 동성파트너십의 위치나 가족에 대한 국민 개개인의 가치관과 관련되며 헌법 해석을 포함하여 폭넓게 논의되어야 할 중요한 문제이다. 범죄피해자지원법을 둘러싼 검토도 그러한 논의가 충분히 축적되었음을 전제로 진행되는 것이 바람직했음은 물론이다. 그러나 내가 아는 한, 그러한 논의가 축적되었다고 보기 어렵고, 그렇기 때문에 동성파트너십을 현행법 체계 안에 어떻게 위치시킬 것인가, 다른 권리나 법적 이익과 충돌했을 경우에 어떠한 조정 원리를 이용할 것인가 등이 아직 명확하다고는 말할 수 없다. 그러한 가운데, 개별법의 해석에서 동성파트너에의 법적 보호의 지향점을 찾는 시도에는 어려움이 따른다. 향후의 입법이나 판례와 학설의 전개에 따라 가까운 장래에는 새로운 해석이나 이해가 널리 공유되어 다수의견의 합리성을 뒷받침해 줄 수도 있다고 생각하지만, 현시점에서는 너무 서두르고 있다는 인상을 부정할 수 없다.

이상의 이유로 나는 동성파트너는 범죄피해자지원법 제5조 제1항 제1호의 “범죄피해자의 배우자(혼인신고를 하지 않았지만, 사실상 혼인관계와 같은 사정에 있었던 자를 포함한다)”에 해당하지 않는다고 해석해야 한다고 생각한다. 그리고 지금까지 말한 바에 의하면 이렇게 해석되는 동호가 헌법 제14조에 위배된다고 할 수도 없다.

V. 본 건 판결의 정리

1. 범죄피해자지원법에서 급부금 제도의 취지

일본의 범죄피해자지원법은 1974년 미쓰비시중공업 빌딩 폭파 사건(三菱重工ビル爆破事件)⁵⁾을 계기로 피해자에 대한 보상이 필요하다는 인식 아래 1980년 제정되었다.

범죄로 생명·신체상의 위해를 입었으나, 가해자가 특정할 수 없거나 배상능력이 없어 손해배상제도를 통해서 배상을 받을 수 없는 경우를 대비하여 범죄피해자지원 제도를 둔 것이다. 그 제도적 취지는 크게 국가가 범인을 대신하여 범죄피해를 보상한다는 손해배상 대위변제의 관점에서 구할 수도 있고, 범죄피해로 생활이 곤궁해지는 경우 이를 구제한다는 사회보장의 관점에서 구할 수도 있다.⁶⁾

이에 대하여 나고야 고등재판소는 범죄피해자급부금 제도는 사회연대와 공조의 정신에 입각하여 국가의 법제도 전반에 대한 국민의 신뢰를 확보하는 것을 주된 목적으로 하는 일종의 위로금적인 성격을 가진다고 판시하고 있다. 2006년 법개정을 통해 범죄피해자지원법의 목적 중 하나로 ‘범죄피해 등을 입은 자의 권리의익의 보호’가 명시되고, 자동차손해배상책임보험제도를 토대로 하여 급부금이 인상되어 범죄피해자급부금제도의 불법행위 손해배상 제도의 보완으로서의 측면이 보다 더 충실해졌지만, 본래의 제도적 취지를 변경하는데 이른 것은 아니라고 판단하고 있다. 즉, 범죄피해자급부금 제도는 손해배상의 보완의 측면도 있지만, 무엇보다도 사회보장에 기초한 제도로 판단하고 있다. 사회보장의 측면이 강조되고 있기 때문에 수급권자의 범위나 수급요건에서도 입법재량이 널리 인정되는 것으로 보고 있다.⁷⁾

최고재판소는 범죄피해자 등에 대한 급부금 지급 제도의 목적에 대하여 “범죄행위로 불의의 죽음을 당한 자의 유족 등이 받은 정신적, 경제적 타격을 조기에 경감함으로써 범죄피해 등을 입은 자의 권리의익의 보호를 도모하는 사회의 실현에 기여하는 것”이라 실시하고 있다. 이에 대하여 게이오기주쿠대 교수 니시무라 유이치(西村裕一)는 최고재판소가 경제적 타격의 경감이라는 사회보장적인 측면뿐만 아니라 정신적 타격의 경감이라는 측면도 인정하고 있다는 점에 주목한다.⁸⁾

5) 1974년 8월 30일 발생한 연속기업폭파사건 중에 하나로 동아시아반일무장전선이라는 단체가 미쓰비시중공업 빌딩의 현관 앞에 둔 폭탄이 폭발하여 8명이 사망하고, 380명이 중경상을 입은 사건이다.

6) 大谷実, 犯罪被害者給付制度, 法学セミナー372号, 1985년 12월, 82면. 국가가 범죄예방의 과제를 완벽하게 수행하지 못했기 때문에 범죄피해가 발생한 것으로 국가가 그 피해를 보상한다는 관점에서 국가책임이론에서 이론적 정당성을 구하기도 한다. 다만 전통적인 국가책임이론에서 치안유지 실패로 발생한 범죄로 인한 피해를 국가가 보상해야 한다고 인정되기는 어렵다(전광석, 범죄와 국가보상: 범죄피해자보상법의 해석론적 및 정책론적 개선을 위한 비교법적 고찰, 강원법학4, 1990년 12월, 178-179면).

7) 田代亜紀, 同性パートナー遺族給付金不支給と平等原則, 臨増ジュリスト1583号, 2023년, 15면.

8) 西村裕一, 同性パートナーへの犯罪被害者給付金不支給事件, 法学教室 526号, 2024년 7월, 103면. 정신적 타격의 경감이라는 측면에서 유족급부금을 동성파트너에게도 지급하는 것은 성소수자의 존엄과 밀접한 관련이 있다고 할 수 있으나, 다른 한편으로는 파트너와의 사별이라는 사정이 없는 사안에서는 본 건 판결의 해석이 영향을 미치지 않을 수도 있다는 점을 지적한다.

2. 동성파트너의 법적 지위: 민법상의 배우자 개념과 범죄피해자지원법에서의 배우자

나고야 고등재판소는 범죄피해자지원법의 조문들이 민법상의 혼인 개념을 차용하고 있는 이상 민법상 혼인 개념에 입각하여 범죄피해자지원법 제5조 제1항 제1호 괄호의 내용을 해석하는 것이 타당하고, 현재 동성혼이 인정되지 않는 일본에서 혼인신고를 할 수 없는 동성 간의 결합관계를 동법 동조 동호 괄호의 “혼인신고를 하지 않았지만, 사실상 혼인관계와 같은 사정에 있었던 자”에 해당한다고 볼 수 없다고 판시하고 있다.

고베대학의 오키츠 유키오(興津征雄)는 괄호 안이 민법상의 개념을 그대로 사용하고 있다고는 할 수 없다고 지적한다. 동법 동조 동호 괄호가 혼인제도의 대상이 될 수 있는 자를 대상으로만 의미한다고 해석하는 데에 합리적 근거를 제시하고 있지 않다고 지적한다.⁹⁾

원고 측 또한 내연관계에 있는 자에 대하여도 유족급부금이 인정될 수 있다는 점에서 ‘사실상 혼인관계’로 인정될 수 있는지에 있어 혼인신고의 가능성 유무는 필수적으로 고려되어야 할 요소가 아니라고 주장하고 있다. 이에 대하여 나고야고등재판소는 중혼이나 근친혼은 정책적으로 금지된 것이나 동성 간의 생활관계는 정책적인 금지대상이 아닌 애초에 혼인제도의 대상에서 제외되어 있는 것이므로 그 국면을 달리한다고 답변하고 있다. 그러나 혼인신고를 하지 못하는 경우나 정책적 근거가 다르다고 할 수 있을지라도 원고가 주장하는 것처럼 혼인신고의 가부라는 측면에서 내연관계에 있는 자와 동성 간의 생활관계는 다르지 않다. 그리고 민법에서의 배우자와 사회보장적인 관점에서 설계된 제도에서의 배우자의 인정범위는 다를 수 있으며, 최고재판소의 법정의견 또한 이러한 관점에 입각하여 범죄피해자급부금 중 유족급부금의 지급대상자인 ‘배우자’에 동성파트너가 포함되는 것으로 판단하고 있다.

9) 興津征雄, 同性パートナーへの犯罪被害者等給付金支給の可否, 法学教室 526号, 2024년 7월, 104면.

최신 세계헌법판례

프랑스

Ⅰ 「사이비 종교의 일탈행위에 대처하고, 피해자 지원을 개선하기 위한 법률」에 대한 사전적 위헌법률심판 / 책임연구원 한동훈

Ⅱ 명예훼손죄와 모욕죄의 예심수사피의자에 대한 예심 통지시 묵비권 고지를 규정하지 않은 법률조항이 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제9조에 반하는지 여부 / 책임연구원 한동훈

「사이비 종교의 일탈행위에 대처하고, 피해자 지원을 개선하기 위한 법률」에 대한 사전적 위헌법률심판¹⁾

I. 사건개요

최근 프랑스에서는 사이비 종교로 인한 건강 관련 피해가 심각한 사회적 문제로 대두되었다. 특히 코로나19 봉쇄 기간 동안 의료 분야에서 무자격의 사이비 종교 관련 인플루언서들(influenceurs)이 인터넷이나 소셜미디어를 통해 치료와 관련된 제품을 판매하거나 시술을 전파함으로써 심각한 질병을 앓고 있는 환자들로 하여금 건강에 필수적인 처치를 회피하도록 하는 문제가 빈번하게 발생하였다. 이와 관련하여, 프랑스의 ‘사이비 종교의 일탈행위에 대한 주의 및 방지기구’(Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires, MIVILUDES)²⁾는 2021년에 접수된 신고의 1/4이 건강과 관련된 문제였으며, 이 가운데 약 70%가 자연요법(naturopathie), 기치료(reiki), 독일 신의학(nouvelle médecine germanique)과 같은 비전통적 시술과 관련된 것이었다는 점을 지적한 바 있다.³⁾

이에 프랑스 정부는 사이비 종교로 인한 일반 국민의 건강 분야 피해를 근절하기 위해서 2023년 11월 15일 ‘사이비 종교의 일탈행위에 대한 대처를 강화하기 위한 정부제출법률안’(Projet de loi visant à renforcer la lutte contre les dérives sectaires)을 프랑스 상원(Sénat)에 제출하였다. 정부가 제출한 법률안은 의회에서의 토의 과정을 거쳐 2024년 4월 9일에 「사이비 종교의 일탈행위에 대처하고, 피해자의 지원을 개선하기 위

1) **Decision n° 2024-865 DC du 7 mai 2024.**

2) ‘사이비 종교의 일탈행위에 대한 주의 및 방지기구’(Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires, MIVILUDES)는 사이비 종교의 피해를 막기 위해 「2002년 11월 28일의 테크레」(Décret n° 2002-1392 du 28 novembre 2002 instituant une mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires)에 의해 창설되었으며, 현재는 「2020년 7월 15일의 테크레」(Décret n° 2020-867 du 15 juillet 2020 modifiant le décret n° 2002-1392 du 28 novembre 2002 instituant une mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires)에 따라 프랑스 내무부에 속하는 국가기관이다(<https://www.miviludes.interieur.gouv.fr/>, 2024. 12. 03. 방문).

3) Commentaire de la Décision n° 2024-865 DC du 7 mai 2024, p. 2.

한 법률」(LOI n° 2024-420 du 10 mai 2024 visant à renforcer la lutte contre les dérives sectaires et à améliorer l'accompagnement des victimes, 이하 ‘심판대상법률’이라 한다)로 최종 가결되었다.⁴⁾

심판대상법률의 가결과 관련하여 공화당(Les Républicains) 소속 60인 이상의 상원 의원들과 국민연합(Rassemblement national) 소속 60인 이상의 하원의원들은 2024년 4월 15일에 프랑스 헌법 제61조 제2항⁵⁾에 근거하여 심판대상법률의 일부 조항에 대해서 각각 프랑스 헌법재판소에 사전적 위헌법률심판을 청구하였다. 특히 청구인들은 심판대상법률 제12조가 죄형법정주의 원칙(principe de légalité des délits et des peines)에 반하며, 표현의 자유를 침해한다고 주장하였다.

프랑스 헌법재판소는 심판대상법률 제2조에 대해 헌법이 정한 입법절차에 반한다는 점을 이유로 위헌이라고 판단하였지만, 심판대상법률의 가장 핵심적 조항인 제12조에 대해서는 합헌을 선고하였다. 아래에서는 심판대상법률의 가장 핵심적 조항인 제12조를 중심으로 살펴보고자 한다.⁶⁾

II. 주문

1. 심판대상법률 제2조는 헌법에 위반된다.
2. 심판대상법률 제3조 및 제12조는 헌법에 합치한다.
3. 본 결정은 프랑스 공화국 관보에 공포된다.

4) <https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000048404267/>, 2024. 12. 03. 방문.

5) **프랑스 헌법 제61조** ① 조직법률은 공포되기 전에, 헌법 제11조에서 언급된 법률안은 국민투표에 회부되기 전에, 의회의 의사규칙은 시행되기 전에 헌법재판소에 회부된다. 헌법재판소는 조직법률, 법률안, 의사규칙이 헌법에 합치되는지를 선고한다.

② 이와 같은 목적을 위해 대통령·수상·하원의장·상원의장·60인의 하원의원·60인의 상원의원은 법률이 공포되기 전에 헌법재판소에 청구할 수 있다.

6) 『사이비 종교의 일탈행위에 대처하고, 피해자의 지원을 개선하기 위한 법률』에 대한 2024년 5월 7일 결정의 공식해설서(Commentaire de la Décision n° 2024-865 DC du 7 mai 2024) 또한 동일한 태도를 취하고 있다.

Ⅲ. 심판대상조항

사전적 및 추상적 규범통제의 심판대상이 된 조항은 다음과 같다.

[심판대상조항]

사이비 종교의 일탈행위에 대처하고, 피해자 지원을 개선하기 위한 법률

제2조 : 국내안전법전 제L. 132-5조 제2항과 제L. 132-13조 III의 제1항 제2문에 《그리고 사이비 종교 현상의 방지 및 대처에 관한 문제》라는 표현이 추가된다.

제3조 : I. 형법전 제II권 II절 제III장의 6-2섹션은 다음과 같이 개정된다:

… 5° 제223-15-3조는 다음과 같이 규정된다: 《I. 심각하거나 반복적인 압력 또는 피해자의 판단력을 손상시키는데 적합한 기술을 통해서, 피해자의 신체적 및 정신적 건강을 심각하게 악화시키는 결과를 초래하거나 피해자에게 매우 해로운 작위와 부작위를 선택하도록 함으로써, 어떤 사람을 신체적 또는 정신적 복종 상태에 처하게 하거나 그러한 상태를 유지시키는 행위를 3년의 금고 및 375,000 유로의 벌금으로 처벌한다.》

제12조 : 형법전 제223-1-1조 다음에 다음과 같은 제223-1-2조가 추가된다: 《의학적 지식에 비추어 당사자가 걸린 병을 고려할 때 당사자의 신체적 또는 정신적 건강에 특히 심각한 결과를 초래할 것이 명백한 경우임에도, 반복적인 압력 또는 술책을 통해 병에 걸린 사람이 치료나 예방을 위한 의학적 처치를 받는 것을 포기 또는 단념하도록 유도하는 행위는, 이와 같은 당사자의 포기 또는 단념이 당사자의 건강에 유익한 것으로 드러났다 하더라도, 1년의 금고형 및 30,000유로의 벌금에 처한다.

의학적 지식에 비추어 문제되는 행위가 신체손상이나 신체장애를 초래할 수 있는 사망 또는 상해의 즉각적 위협에 노출되는 것이 명백한 경우임에도, 치료적 또는 예방적 목적을 가지는 것으로 소개된 행위를 받아들이도록 유도하는 행위는 동일한 형벌에 처한다.

제1항 및 제2항에서 규정된 유도에 대한 결과가 발생할 경우 3년의 금고 및 45,000 유로의 벌금에 처한다.

제1항에서 규정한 유도가 행하여진 상황 - 특히 건강에 대한 결과와 관련된 명확하고, 완전한 정보제공에 대한 고려 - 을 고려할 때, 당사자의 자유롭고 명확한 의사를 확인할 수 있는 경우에는 제1항에 규정된 범죄는 구성되지 않는다. 단, 당사자

가 형법 제223-15-3조가 규정하는 심리적 또는 신체적 복종상태에 놓이거나, 그러한 상태가 유지되는 경우는 제외한다.

「투명성, 부패와의 전쟁 및 경제생활의 현대화에 관한 2016년 12월 9일 법률」(Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique)에 규정된 조건에 따라 내부 고발자에 의한 신고 또는 정보 누설은 본 조가 규정하는 유도에 해당되지 않는다.

본조에서 규정하는 범죄를 서면 또는 시청각 언론을 통해서 행하는 경우 책임자의 결정과 관련하여 언론분야를 규정하는 특별규정이 적용된다.》

IV. 판단

1. 심판대상법률 제3조에 대한 판단

1) 심판대상법률 제3조는 형법전 제223-15-3조를 개정하여, 심각하거나 반복적인 압력 또는 피해자의 판단력을 손상시키는데 적합한 기술을 통해서, 피해자의 신체적 및 정신적 건강을 심각하게 악화시키는 결과를 초래하거나, 피해자에게 매우 해로운 작위와 부작용을 선택하도록 함으로써, 어떤 사람을 신체적 또는 정신적 복종 상태에 처하게 하거나 그러한 상태를 유지시키는 행위를 3년의 금고 및 375,000유로의 벌금으로 처벌한다(판시이유 2).

2) 상원의원들은 심판대상법률 제3조가 출처를 불문하고 모든 유형의 영향력을 처벌함으로써 개인적 자유(liberté personnelle), 양심의 자유 및 견해의 자유를 침해한다고 주장하였다(판시이유 3).

3) 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제1조⁷⁾, 제2조⁸⁾ 및 제4조⁹⁾는 개인적 자유를 규정하고 있다(판시이유 4).

7) **1789년 인간과 시민의 권리선언 제1조** 인간은 자유롭고, 권리에 있어서 평등하게 태어나며, 생존한다. 사회적 차별은 공익에만 근거할 수 있다.

8) **1789년 인간과 시민의 권리선언 제2조** 모든 정치적 결사의 목적은 인간의 자연적이며, 훼손될 수 없는 권리를 보전하는 데 있다. 이러한 권리는 자유, 재산, 안전 및 압제에 대한 저항이다.

9) **1789년 인간과 시민의 권리선언 제4조** 자유는 타인을 해하지 않는 모든 것을 할 수 있는 것이다. 따라서 인간의 자연권의 행사는 사회의 다른 구성원들에게 동일한 자연권의 향유를 보장하는 한도에서만 인정된다. 이와 같은 한계는 단지 법률을 통해서만 정해질 수 있다.

4) 입법자는 개인적 자유에 대해 헌법적 요청 또는 공익에 의해 정당화되는 제한을 할 수 있지만, 추구하는 목적과 관련하여 과도한 제한을 하지 않아야 한다(판시이유 5).

5) 첫째, 심판대상법률의 제정과정에 따르면 입법자는 피해자에게 매우 해로운 결과를 초래하려는 의도로 피해자를 신체적 또는 정신적 복종 상태에 처하게 하거나 그러한 상태를 유지시키는 행위만을 처벌하고자 하였다. 이를 통해 입법자는 인간의 존엄성을 보장하고자 하였으며, 건강 보호, 공직 질서의 보호 및 범죄의 예방이라는 헌법적 가치를 가지는 목적을 추구하였다(판시이유 6).

6) 둘째, 심판대상법률 제3조가 규정하는 범죄는 행위자가 심각한 압력, 반복적인 압력 또는 피해자의 판단력을 손상시키는데 적합한 기술을 사용하고, 이와 같은 행위가 피해자의 신체적 및 정신적 건강을 심각하게 악화시키는 결과를 초래하거나, 피해자에게 매우 해로운 작위와 부작용을 하도록 하는 경우에만 성립한다(판시이유 7).

7) 따라서 입법자는 앞에서 언급한 헌법적 요청들을 균형 있게 조화시켰다. 따라서 개인적 자유를 침해하였다는 주장은 배척되어야 하며, 양심의 자유 및 견해의 자유 또한 침해하지 않았다(판시이유 8, 9).

2. 심판대상법률 제12조에 대한 판단

1) 심판대상법률 제12조는 의학적 처치를 받는 것을 포기 또는 단념하게 유도하거나, 사망 또는 심각한 상해의 즉각적 위협에 노출되는 것이 명백함에도 치료적 또는 예방적 목적을 가지는 것으로 소개된 행위를 받아들이도록 유도하는 행위에 대해 1년의 금고형 및 30,000유로의 벌금형을 부과하기 위해서 형법전에 제223-1-2조를 새롭게 추가하고 있다(판시이유 10).

2) 상원의원들은, 다른 형벌규정을 통해서도 입법자가 추구하는 목적을 달성할 수 있으며, 심판대상법률 제12조는 행위의 주체와 피해자 간의 직접적이고 반복적인 압력과 접촉을 요구하지 않고 있기 때문에 일반적이고 객관적인 발언마저 처벌될 수 있다고 판단하였다. 이에 따라 상원의원들은 심판대상법률 제12조가 표현 및 통신의 자유와 치료를 선택 및 거부할 자유에 대해 과도한 제한을 하고 있다고 주장하였다(판시이유 11).

3) 하원의원들은 심판대상법률 제12조가 처벌하는 행위는 현행 형법규정을 통해 처벌할 수 있다는 점에서 심판대상법률 제12조는 표현 및 통신의 자유에 대한 불필요한 제한이라고 주장하였다. 하원의원들은 i) 과학적으로 합의된 의학적 처치의 무해성을 다투는 것과 과학적으로 합의되지 않은 행위에 대한 일체의 홍보를 부인한다는 점, ii) 행위 주체는 행위 객체의 병이나 그의 자유롭고 분명한 의사를 알 수 없는 상황에서 일반적이고 객관적인 발언을 하는 경우도 있기 때문에 심판대상법률 제12조를 통해 처벌되는 행위가 명확하지 않다는 점을 이유로, 심판대상법률 제12조에 의한 제한은 입법자가 추구하는 목적에 적합하지 않고 과도하다고 주장하였다(판시이유 12).

4) 하원의원들은 이와 같은 사유에 근거하여 심판대상법률 제12조가 죄형법정주의에도 반한다고 주장하였다(판시이유 13).

[죄형법정주의에 반한다는 주장과 관련하여]

5) 헌법 제34조는 “법률은 중죄 및 경죄와 이들 범죄에 적용되는 형벌 … 에 관한 사항을 정한다.”라고 규정하고 있다. 헌법 제34조와 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제8조¹⁰⁾에서 도출되는 죄형법정주의에 근거하여 입법자는 형법의 적용영역을 스스로 정하고 자의를 방지할 정도로 충분히 명확하고 정확한 표현으로 범죄와 형벌을 규정할 의무가 있다(판시이유 14).

— 형법전 제223-1-2조 제1항이 규정하는 범죄와 관련하여

6) 심판대상법률 제12조의 규정에 따라 형법전에 새롭게 추가된 제223-1-2조 제1항은 의학적 처치를 받는 것을 포기 또는 단념하도록 유도하는 행위를 처벌한다(판시이유 15).

7) 첫째, 형법전 제223-1-2조 제1항에 의해 처벌되는 행위는 의학적 처치를 받는 것을 포기 또는 단념시키기 위한 반복적인 압력 또는 술책을 통해 구체화되어야 하며,

10) 1789년 인간과 시민의 권리선언 제8조 법률은 완전히 그리고 명백히 필요한 형벌만을 규정하여야 하며, 어느 누구도 범죄행위 이전에 제정 및 공포되고, 합법적으로 적용된 법률에 의하지 아니하고는 처벌받지 않는다.

이와 같은 포기 또는 단념의 대상은 당사자의 건강에 유익한 것으로 드러나야 한다. 그리고 형법전 제223-1-2조 제1항이 규정하는 범죄는 이와 같은 포기 또는 단념의 의학적 지식에 비추어 당사자가 걸린 병을 고려할 때 당사자의 신체적 또는 정신적 건강에 특히 심각한 결과를 명백히 초래할 것이 인정되는 경우에만 성립한다. 또한 행위의 주체는 이와 같은 포기 또는 단념이 당사자를 그러한 결과에 노출시킬 수 있다는 점을 인식해야 한다(판시이유 16).

8) 둘째, 형법전 제223-1-2조 제1항의 표현에 따르면 유도는 병에 걸린 사람에 대해서 이루어져야 한다. 그러므로 의학적 처치의 포기 또는 단념을 위한 정보를 불특정한 대중에게 전파하는 것만으로는 형법전 제223-1-2조 제1항이 규정하는 압력 또는 술책이 성립하는 것으로 간주될 수 없다. 따라서 형법전 제223-1-2조 제1항은 병에 걸린 사람 또는 사람의 집단으로 하여금 의학적 처치를 받는 것을 포기하거나 단념하도록 하는 것을 목적으로 하는 행위에 대해서만 처벌이 가능하다(판시이유 17).

9) 마지막으로, 형법전 제223-1-2조 제4항에 따르면 유도가 행하여진 상황 - 특히 건강 결과와 관련된 명확하고, 완전한 정보제공 - 을 고려할 때, 당사자의 자유롭고 명확한 의사를 확인할 수 있는 경우에는 범죄가 성립하지 않는다(판시이유 18).

10) 따라서 형법전 제223-1-2조 제1항은 모호한 성격을 가지지 않으며, 자의성을 방지하기에 충분할 정도로 명확하다(판시이유 19).

－ 형법전 제223-1-2조 제2항이 규정하는 범죄와 관련하여

11) 심판대상법률 제12조의 규정에 따라 형법전에 새롭게 추가된 형법전 제223-1-2조 제2항은 치료적 또는 예방적 목적을 가지는 것으로 소개된 행위를 받아들일도록 유도하는 행위를 처벌한다(판시이유 20).

12) 형법전 제223-1-2조 제2항에 따르면, 문제되는 행위가 의학적 지식에 비추어 사망 또는 신체손상이나 신체장애를 초래할 수 있는 상해의 즉각적 위험에 노출되는 것이 명백함에도 불구하고 치료적 또는 예방적 목적을 가지는 것으로 행위 주체가 소개한 행위를 받아들일도록 장려하는 정보를 배포하는 경우에만 범죄가 성립한다. 이와 같은 치료적 또는 예방적 목적을 가지는 것으로 소개된 행위가 피해자를 법률

이 규정하는 결과에 노출시킬 수 있다는 점을 그러한 유도행위의 주체가 인식한 경우에만 범죄가 성립한다(판시이유 21).

13) 그러므로 형법전 제223-1-2조 제2항은 모호한 성격을 가지지 않으며, 자의성을 방지하기에 충분할 정도로 명확하다(판시이유 22).

14) 따라서 죄형법정주의에 반한다는 청구이유는 배척되어야 한다(판시이유 23).

[표현 및 통신의 자유를 침해한다는 주장과 관련하여]

15) 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제11조는 “사상 및 견해의 자유로운 통신은 인간의 가장 귀중한 권리 중의 하나이다. 그러므로 모든 시민은 자유롭게 말하고, 저작하고, 출판할 수 있다. 단, 모든 시민은 법률에 규정된 경우에만 이러한 자유의 남용에 대하여 책임을 진다.”라고 규정한다. 헌법 제34조는 “법률은 시민적 권리 및 공적 자유의 행사를 위해 시민에게 부여된 기본적 보장 … 에 관한 규정을 정한다.”라고 규정한다. 헌법 제34조에 근거하여 입법자는 공적 질서나 타인의 자유를 침해하는 것과 같이 표현 및 통신의 자유 행사가 남용되는 경우 처벌하는 규정을 제정할 수 있다. 그렇지만 표현 및 통신의 자유는 민주주의의 조건 중 하나이며, 다른 권리 및 자유에 대한 존중을 보장하는 방법 중 하나인 만큼 더더욱 소중하다. 따라서 표현 및 통신의 자유 행사에 가해지는 제한은 추구하는 목적에 필요하고, 적합하며, 비례적이어야 한다(판시이유 24).

16) 첫째, 형법전 제223-1-2조를 새롭게 규정함으로써 입법자는 피해자의 건강을 위협하게 할 수 있음에도 치료나 예방을 위한 것으로 소개된 행위 또는 처치를 유도하는 것을 근절하고자 하였다. 따라서 입법자는 건강 보호, 공적 질서의 보호 및 범죄 예방이라는 헌법적 가치를 가지는 목적을 추구하였다(판시이유 25).

17) 둘째, 판시이유 16에서 19, 판시이유 21 및 22에서 실시한 바와 같이 처벌되는 행위가 명확하게 규정되었으며, 모호하지 않다(판시이유 26).

18) 그리고 형법전 제223-1-2조 제5항에 따르면, 2016년 12월 9일 법률이 규정하는 조건에 따라 내부 고발자의 자격으로 정보를 신고 또는 누설하는 자는 형법전 제 223-1-2조가 규정하는 범죄로 처벌받지 않는다(판시이유 27).

19) 판시이유 16에서 19, 판시이유 21 및 22에서 실시한 바와 같이 형법전 제223-1-2조에 의한 표현 및 통신의 자유에 대한 제한은 필요하고, 적합하며 과도하지 않다. 따라서 표현 및 통신의 자유를 침해하였다는 청구이유는 배척되어야 한다(판시이유 28).

20) 따라서 형법전 제223-1-2조는 다른 어떠한 헌법적 요청에도 반하지 않으며, 헌법에 합치한다(판시이유 29).

3. 심판대상법률 제2조에 대한 판단

1) 헌법 제45조 제1항 제2문은 “제40조와 제41조의 적용과 관계없이 모든 수정안은 비록 간접적이더라도 제출된 또는 이송된 법률과 관련성을 가지는 경우 제1독회에서 수리될 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이와 같은 절차적 규정을 위반하여 도입된 법률규정이 헌법에 반하는지에 대해 선언하는 것은 헌법재판소의 권한이다. 헌법재판소의 일관된 판례에 따르면, 헌법재판소는 수정안의 목적과 의회 사무국에 처음 제출된 법률안의 규정 가운데 적어도 하나의 규정의 목적과 관련성이 있는지를 판단한다. 헌법재판소는 이와 같은 관련성이 간접적으로라도 확인될 수 없는 경우에만 해당 법률규정이 헌법 제45조에 반하는 것으로 선언한다. 헌법재판소는 최초의 법률안을 서술한 다음, 위헌으로 선언되는 각각의 법률규정에 대해서 최초의 법률안과 간접적인 관련성조차 없다고 보아야 하는 이유를 서술한 후 이와 같은 관련성의 존재에 대해서 평가한다. 이 경우에 헌법재판소는 이들 법률규정의 내용이 다른 헌법적 요청에 합치하는지에 대해서 미리 판단하지 않는다(판시이유 30).

2) 심판대상법률은 7개의 장과 18개의 조항으로 구성되었지만, 정부가 2023년 11월 15일에 상원 사무국에 처음 제출한 정부제출법률안은 5개의 장과 7개의 조항으로 구성되어 있었다(판시이유 31).

3) 정부제출법률안의 제1장은 사람을 심리적 또는 신체적 복종 상태에 처하게 하거나 이러한 상태를 유지시키는 범죄를 새롭게 도입하고, 이와 같은 복종 상태에 있는 사람에 대해 저지른 범죄에 대한 가중처벌 등을 규정하였다. 제2장은 사이버 종교의 일탈행위 분야에서 단체가 민사소송의 당사자가 될 수 있는 조건을 규정하였다. 제3장은 의학적 처치를 포기 또는 단념하도록 유도하는 행위를 처벌하는 등의 규정

을 새롭게 도입하였다. 제4장은 심리적 또는 신체적 복종 상태에 처한 사람에 대한 범죄에 대해 기소가 제기된 경우에 검찰 또는 관할 법원이 관계 국가기관에 협조를 요청할 수 있다는 점을 규정하였다. 제5장은 법률안의 해외령 적용과 관련된 사항을 규정하였다(판시이유 32).

4) 심판대상법률 제2조는 ‘지역 및 꼬민들 간의 안전 및 범죄 예방을 위한 위원회’(conseils locaux et intercommunaux de sécurité et de prévention de la délinquance)에 사이버 종교 현상의 예방 및 대처와 관련된 문제를 처리할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 제1독회에서 추가된 심판대상법률 제2조는 심리적 또는 신체적 복종 상태에 처한 사람에 대한 범죄에 대해 기소가 제기된 경우에 검찰 또는 관할 법원이 관계 국가기관에 협조를 요청할 수 있다고 규정한 최초의 정부제출법률안 제6조와 간접적으로라도 관련성이 없다(판시이유 33).

5) 심판대상법률 제2조는 상원 사무국에 제출된 정부제출법률안의 다른 규정과도 간접적인 관련성조차 없다(판시이유 34).

6) 헌법재판소는 심판대상법률 제2조가 다른 헌법적 요청에 합치하는지에 대해서는 미리 판단하지 않고, 동조가 헌법에 반하는 절차에 따라 채택되어 헌법 위반이라는 점을 확인한다(판시이유 35).

V. 결정의 의의

프랑스는 사이버 종교가 초래하는 문제점에 대처하기 위해 사이버 종교의 개념 자체를 정의하지 않은 채 사이버 종교에 의한 피해만을 규정하고 처벌하는 방식을 사용한다. 심판대상법률인 「사이버 종교의 일탈행위에 대처하고, 피해자 지원을 개선하기 위한 법률」은 사이버 종교의 일탈행위를 규정하고 처벌하는 대표적인 법률이다.

청구인들은 심판대상법률 제3조 및 제12조가 개인적 자유, 양심의 자유, 표현의 자유 등을 과도하게 제한하며 죄형법정주의에 반한다고 주장하였지만, 프랑스 헌법재판소는 합헌으로 판단하였다. 특히 프랑스 헌법재판소는 범죄행위의 객관적 및 주관적 구성요건(판시이유 16), 처벌되는 상황(판시이유 17), 적용범위(판시이유 18)를 구

체적으로 검토하는 방식으로 심판대상법률 제12조가 죄형법정주의에 부합하는지를 심사하였다.

한편, 심판대상법률 제2조에 대해서는 심판청구가 없었음에도 프랑스 헌법재판소는 수정안의 제출과 관련된 입법절차의 관점에서 위헌으로 판단하였다. 의회의 수정권 제한을 완화하는 방향으로 2008년 헌법개정이 이루어졌지만,¹¹⁾ 여전히 프랑스 헌법재판소는 의회의 수정안에 대해 엄격한 입장을 유지하고 있다는 점이 이 결정을 통해 재확인된다.

11) 2008년 헌법개정 이전의 프랑스 헌법 제45조 제1항은 “동일한 법률을 채택하기 위해 모든 정부제출 법률안 및 의원발의법률안은 양원에서 차례로 심의한다.”라고만 규정하였다. 수정안에 대한 규정인 “제40조와 제41조의 적용과 관계없이 모든 수정안은 비록 간접적으로라도 제출된 또는 이송된 법률과 관련성을 가지는 경우 제1독회에서 수리될 수 있다.”는 부분은 2008년 헌법개정으로 추가되었다.

명예훼손죄와 모욕죄의 예심수사피의자에 대한 예심 통지시 묵비권 고지를 규정하지 않은 법률조항이 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제9조에 반하는지 여부¹⁾

I. 사건개요

프랑스에서 명예훼손죄 또는 모욕죄와 같은 언론범죄에 대한 처벌은 언론의 자유를 보다 잘 보장하기 위해서 일반법과 다른 특별한 규정—즉 범죄행위자, 시효, 소송을 제기하는 형식 등—을 통해 이루어진다. 그리고 언론범죄에 대한 기소가 제기되었을 때 예심판사(juge d'instruction)는 일반 형사절차의 경우보다 제한적인 권한을 가진다. 검사가 예심수사를 개시할 것을 청구하거나 당사자가 고소를 제기하는 경우 예심판사는 해당 청구 또는 고소에서 정한 범죄행위 및 죄명에 구속되며, 검사가 예심수사 청구의 대상으로 삼지 않은 발언이나 범죄행위를 예심판사 자신이 제기할 수 없다.

이와 같은 법적 상황 속에서 프랑스의 입법자는 언론범죄에 적용되는 예심판사의 제한된 역할을 고려하여 명예훼손죄와 모욕죄에 대한 예심절차의 진행을 간소화하고자 하였다. 프랑스의 입법자는 「법원의 2018-2022년 계획 및 개혁을 위한 2019년 3월 23일 법률」(Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice)을 통해 서면을 통한 신문절차를 우선시하는 「언론의 자유에 관한 1881년 7월 29일 법률」(Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, 이하 ‘심판대상법률’이라 한다) 제51-1조를 새롭게 규정하였다.²⁾

청구인(Christophe M.)은 공공기관에 대해 명예훼손 행위를 하였고, 2022년 5월 16일에 청구인에 대한 예심이 개시되었다. 예심판사는 심판대상법률 제51-1조에 따라 청구인에 대해서 서면으로 범죄행위에 대한 질문에 진술할 권리가 있다는 점 등을 통지하였다. 청구인은 2022년 6월 24일에 서면으로 예심판사의 질문에 대답을 하였

1) Decision n° 2024-1089 QPC du 17 mai 2024.

2) Commentaire de la Décision n° 2024-1089 QPC du 17 mai 2024, pp. 1-4.

고, 예심판사는 2023년 1월 3일에 청구인을 기소하였다. 이에 청구인은 2023년 1월 27일에 항소법원 예심부(Chambre de l'instruction de la cour d'appel)에 기소의 무효를 주장하였고, 소송계속 중에 심판대상법률 제51-1조에 대한 사후적 위헌법률심판을 청구하였다.

항소법원 예심부는 2023년 6월 22일 이 사건을 파기원(Cour de cassation)에 이송하였으며, 파기원 형사부(Chambre criminelle)는 2024년 2월 13일 결정³⁾을 통해 “...신문의 대상이 되는 사람에 대해 묵비권에 대한 사전적 고지를 규정하지 않은 점은 자신의 잘못을 인정하지 않을 권리를 침해할 수 있다...”는 점에서 진지한 성격이 있다고 판단하고, 프랑스 헌법재판소에 사후적 위헌법률심판을 제청하였다.⁴⁾

II. 주문

1. 심판대상법률 제51-1조 제2항 제1문 및 제2문의 “1개월의 기간 내에 서면의견을 제시할 수 있는 권리를 알려주는”이라는 부분은 헌법에 반한다.

2. 주문 1의 위헌선언은 본 결정 판시이유 13내지 15에서 판시한 조건에 따라 효력이 발생한다.

3. 본 결정은 프랑스 공화국 관보에 공포되며, 「헌법재판소의 조직법률에 관한 1958년 11월 7일의 법률명령」(Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel) 제23-11조⁵⁾에 규정된 조건에 따라 통지된다.

III. 심판대상조항

사후적 위헌법률심판사건의 심판대상조항은 다음과 같다.

3) Cass. crim., 13 février 2024, n° 23-90.023.

4) Commentaire de la Décision n° 2024-1089 QPC du 17 mai 2024, pp. 6-7.

5) 「헌법재판소의 조직법률에 관한 1958년 11월 7일의 법률명령」 제23-11조 (1) ... 헌법재판소의 결정은 당사자에게 통보되며, 국사원, 파기원, 필요한 경우에는 사후적 위헌법률심판사건을 제청한 당해 법원에 통지된다. (2) 뿐만 아니라, 헌법재판소는 자신의 결정을 대통령, 수상, 하원의장, 상원의장 ...에게 통지한다.

언론의 자유에 관한 1881년 7월 29일 법률

제51-1조 : 《형사소송법전 제80-1조6) 및 제116조7)의 규정에도 불구하고, 명예훼손 죄 또는 모욕죄를 이유로 어떤 사람을 예심수사할 것을 계획하는 예심판사는 본 조의 규정에 따라 실행한다.

예심판사는 예심수사피의자에 대하여 문제되는 범죄행위와 죄명을 구체적으로 설명하고, 1개월의 내에 서면의견을 제시할 수 있는 권리를 알려주는 배달증명부 등기우편을 통해 예심수사절차의 개시를 통지한다. 또한 제3항의 유보 하에, 1개월의 기간 내에 여러 서면질문에 대한 대답을 예심수사피의자에게 요청하기 위해서 예심판사는 동일한 배달증명부 등기우편을 통해 서면으로 예심수사피의자를 신문할 수 있다. 이 경우에 예심수사피의자는 예심판사에 의한 신문을 요구함으로써 위의 질문에 대해서 예심판사에게 직접 답변하는 것을 선택할 수 있다는 점을 통지받는다.

예심판사는 명예훼손 행위에 대한 진실의 항변, 명예훼손 분야의 선의의 항변에

-
- 6) **프랑스 형사소송법전 제80-1조** ① 예심판사는 수사 대상 범죄에 정범 또는 공범으로 관여하였음을 의심케하는 명백하거나 혹은 개연성 높은 증거가 존재하는 자에 대하여만 예심수사를 할 권한이 있고, 이를 어길 경우 절차는 무효가 된다.
- ② 예심판사는 변호인을 동반하고 최초 출석한 피의자의 신문에 관한 제116조의 규정 또는 출석증인의 신문에 관한 제113-1조 내지 제113-8조의 규정에 따라 이들로부터 미리 진술을 청취하거나 대리인으로 하여금 진술을 청취하게 한 다음에만 예심수사를 개시한다.
- ③ 예심판사는 출석증인으로서의 자격을 갖추지 못했다고 판단하는 자에 대해서는 예심수사를 개시할 수 없다(법무부, 프랑스 형사소송법, 2011, 78면).
- 7) **프랑스 형사소송법전 제116조** ① 예심판사가 출석증인으로 신문한 바 없는 자에 대하여 예심수사를 개시할 경우에는 본조에 정한 바에 따라 최초 출석을 진행한다.
- ② 예심판사는 그 인적사항의 상위 여부를 확인하고, 수사대상이 된 범죄사실과 그 법적인 평가 등을 명시하여 고지한다. 고지한 범죄사실과 죄명은 조서에 기재한다.
- ③ 제80-2조의 규정에 정한 조치가 시행되고 변호인이 입회한 경우 예심판사는 피의자에 대한 신문을 실시한다. 출석한 변호인은 예심판사에게 의견을 개진할 수 있다.
- ④ 전항이 적용되지 않는 경우에 예심판사는 예심수사피의자에 대하여, 스스로 변호인을 선임하거나 또는 직권에 의한 변호인의 지명을 요청할 권리가 있음을 고지한다. 변호인을 선임하면 그 변호인에게, 직권에 의한 지명 요청이 있으면 변호사 회장에게 지체 없이 그 취지를 고지하며, 선임된 변호인과 연락이 되지 않거나 그가 올 수 없는 경우에는 예심수사피의자는 최초 출석절차에서 그를 돕기 위한 변호인을 직권으로 선임해 줄 것을 요청할 권리가 있다. 변호인은 즉시 소송기록을 열람하고 예심수사피의자와 자유롭게 접견할 수 있다. 예심판사는 예심수사피의자에 대하여, 묵비권과 신청권, 진술권이 있음을 고지하고, 고지 취지를 조서에 기재한다. 피의자의 동의는 변호인 입회하에 이루어진 것이 아니면 무효로 하며, 예심수사피의자의 변호인은 예심판사에게 의견을 제시할 수 있다.
- ⑤ 예심판사는 예심수사피의자의 요청이 있거나 예심수사피의자를 신문하고 그 변호인의 의견을 들은 후 필요하다고 인정하는 때에는, 예심수사피의자에게 다음의 사항을 고지한다. … (법무부, 프랑스 형사소송법, 2011, 105-106면).

대해서 예심을 하지 않으며, 모욕과 관련하여 도발적 언행의 사유에 대해서도 예심을 하지 않는다.

본 조 제2항에 규정된 배달증명부 등기우편을 발송할 때, 예심수사피의자는 변호인을 지명할 권리가 있다는 점을 통지받는다. 이 경우에 예심수사부의 원활한 기능의 요청이라는 유보 하에, 지명된 변호인이 근무일 중에 예심절차를 자유롭게 이용할 수 있도록 해야 한다. 또한 지명된 변호인은 형사소송법전 제114조⁸⁾에 따라 소송기록의 전부 또는 일부에 대한 사본을 받을 수 있다.

본 조 제2항에서 규정한 배달증명부 등기우편을 받은 후 1개월의 기간 지난 후에, 예심판사는 예심수사피의자와 그의 변호인에게 형사소송법전 제113-8조 제2항 및 제3항⁹⁾에서 규정한 방식에 따라 배달증명부 등기우편을 발송함으로써 예심수사를 진행할 수 있다. 예심판사는 배달증명부 등기우편을 발송할 때 예심수사피의자에게 예심판사에 의한 신문을 요구하는 경우 예심판사는 이와 같은 신문을 진행할 의무가 있다는 점을 통지한다.》

- 8) 프랑스 형사소송법전 제114조 ① 당사자는 변호인이 입회하거나 정식으로 절차를 개시한 후가 아니면 진술청취·신문 또는 대질신문의 대상이 될 수 없다. 다만, 당사자가 이를 포기하는 의사를 명시한 때에는 그러하지 아니하다.
- ② 변호인은 늦어도 피의자신문 및 진술청취의 5일 전까지, 배달증명부 등기우편, 팩시밀리 또는 구두로 소환된다. 팩시밀리의 경우에는 수명증을 받고, 구두에 의한 경우에는 소송기록의 난외에 수령 취지를 서명한다.
- ③ 소송기록은 예심수사피의자 또는 사소청구인에 대한 각 신문일로부터 늦어도 4일 전까지 변호인의 열람에 제공되어야 한다. 소송기록은 예심수사피의자의 최초 출석 또는 사소청구인의 제1회 신문 후에도, 근무시간 중에는 변호인의 열람이 가능하도록 하여야 한다. 다만, 예심수사부의 정상적인 기능을 해하는 때에는 그러하지 아니하다.
- ④ 변호인은 예심수사피의자의 최초 출석 또는 사소청구인의 제1회 신문 후에, 자기의 비용으로, 소송기록 중 증거물 및 증거서류의 전부 또는 일부에 대한 사본의 교부를 청구할 수 있다. 문서 사본은 파일 형태로 교부될 수 있고, 제803-1조에 정한 바에 따라 전기통신을 통하여 교부될 수 있다. 사본의 교부는 신청 후 1월 이내에 이루어져야 한다.
- ⑤ 변호인은 전항에 따라 입수한 사본을 복사하여 의뢰인에게 교부할 수 있다. 의뢰인은 사전에 서면으로 다음 항 및 제114-1조의 규정을 고지받았다는 취지를 확인한다. … (법무부, 프랑스 형사소송법, 2011, 102-103면).
- 9) 프랑스 형사소송법전 제113-8조 ① 절차진행 중 출석증인을 예심에 회부할 만한 명백하고 개연성 높은 증거가 발견되면 제116조 제7항 및 제8항에 따라 예심을 개시하며 제114조에 정한 방식으로 신문한다.
- ② 예심판사는 특정한 혐의사실과 그에 대한 법적 평가에 대하여 설명하고, 각종 조치에 대하여 청구할 수 있다는 것과 예심의 종료를 청구할 수 있다는 것, 예심의 예상 소요기간 등을 제116조 제7항 및 제8항에 정한 바에 따라 등기우편으로 고지함으로써 예심을 개시할 수 있다.
- ③ 전항의 등기우편은 제175조에 따른 예심종료의 고지와 동시에 발송할 수 있다. 그 등기우편에는 20일 이내에 특정 조치의 청구 또는 예심종료의 청구를 할 수 있음을 고지한다.
- ④ 본조 제2항 및 제3항이 적용되는 경우, 예심판사 앞에서의 새로운 진술 기회를 요청하여 예심판사의 신문을 받을 수 있다는 점을 고지한다.(법무부, 프랑스 형사소송법, 2011, 101-102면.)

IV. 판단

1. 청구인의 주장 및 심판대상의 확정

1) 청구인은, 심판대상법률 제51-1조에 따르면 예심판사가 배달증명부 등기우편을 통해서 명예훼손죄나 모욕죄의 예심수사피의자에게 의견을 제시하거나 서면 질문에 대답해 줄 것을 요청하는 통지를 할 때, 예심수사피의자의 묵비권에 대한 고지는 흠결되어 있는데, 이것은 「1789년 인간과 시민의 권리선언」(Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) 제9조¹⁰⁾의 요청에 반한다고 주장하였다(판시이유 2).

2) 따라서 본 사후적 위헌법률심판사건의 심판대상은 심판대상법률 제51-1조 제2항 제1문 및 제2문의 “1개월의 기간 내에 서면의견을 제시할 수 있는 권리를 알려주는”이라는 부분이다(판시이유 3).

2. 본안에 대한 판단

1) 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제9조는 “누구든지 유죄로 선고되기 전까지는 무죄로 추정되기 때문에 체포하는 것이 불가피하다고 판단된 경우라도 그 신병을 확보하기 위해 필요하지 않은 모든 가혹행위는 법률에 의해 엄격하게 억제되어야 한다.”라고 규정하고 있다. 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제9조를 통해 어느 누구도 자신의 잘못을 인정할 의무가 없다는 원칙이 도출되며, 묵비권은 이 원칙에 근거한다(판시이유 5).

2) 심판대상법률 제51-1조는 명예훼손죄와 모욕죄에 대한 예심에 적용되는 예외적 규칙을 정하고 있다. 심판대상법률 제51-1조 제2항에 따르면, 예심판사가 명예훼손죄 또는 모욕죄를 이유로 예심수사피의자에 대하여 예심수사를 하고자 할 때 예심판사는 예심수사피의자에게 문제되는 범죄행위와 죄명을 구체적으로 설명하는 배달증명부 등기우편을 통해 예심수사에 대한 의사를 통지한다(판시이유 6).

3) 그리고 심판대상법률 제51-1조는 예심판사가 예심수사피의자에게 1개월의 기간

10) 1789년 인간과 시민의 권리선언 제9조 누구든지 유죄로 선고되기 전까지는 무죄로 추정되기 때문에, 체포하는 것이 불가피하다고 판단되는 경우라도 그 신병을 확보하기 위하여 필요하지 않은 모든 가혹행위는 법률에 의해서 엄중하게 억제되어야 한다.

내에 서면으로 의견을 제시할 수 있는 권리가 있음을 통지하며, 1개월의 기간 내에 여러 서면질문에 대한 대답을 예심수사피의자에게 요청하기 위해서 예심판사는 동일한 배달증명부 동기우편을 통해 서면으로 예심수사피의자를 신문할 수 있다는 점을 규정하고 있다(판시이유 7).

4) 첫째, 명예훼손죄 또는 모욕죄에 관한 사건을 접수받은 예심판사는 문제의 발언이 예심수사피의자에게 귀속될 수 있는지 확인하고, 필요한 경우 이러한 발언이 실제로 이루어졌는지, 발언에 공연성이 있는지 그리고 발언자의 신원과 주소에 대해 예심을 하여야 한다. 예심수사를 진행함에 있어서 예심판사는 예심수사피의자가 주범 또는 공범으로 범죄행위의 실행에 참여하였다는 진실에 부합할 수 있는 중대하거나 일치하는 증거가 있는지를 확인해야 한다. 따라서 예심판사에게 부여된 임무에 따라 예심판사는 예심수사피의자에 대하여 증거로 채택된 사실에 대한 평가를 할 수 있다(판시이유 8).

5) 둘째, 예심수사피의자가 의견을 제시하거나 질문에 대답을 할 것을 요청받았을 때, 예심수사피의자는 범죄행위를 인정하게 될 수도 있다. 뿐만 아니라, 예심판사가 예심수사피의자에게 의견제출이나 필요한 경우 대답을 요청하는 행위는 예심수사피의자로 하여금 자신은 묵비권을 행사할 수 없다고 믿게 할 수도 있다(판시이유 9).

6) 그런데 예심수사피의자의 의견이나 답변은 판결법원(jurisdiction de jugement)에 알려질 수도 있다(판시이유 10).

7) 따라서 예심수사피의자에게 묵비권을 통지하지 않은 심판대상법률 제51-1조는 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제9조의 요청에 반하며, 다른 청구이유를 검토할 필요 없이 헌법에 반하는 것으로 선언되어야 한다(판시이유 11).

3. 위헌결정의 효력과 관련하여

1) 프랑스 헌법 제62조 제2항은 “제61-1조에 근거하여 위헌으로 선언된 법률규정은 헌법재판소 결정의 공포시부터 또는 헌법재판소의 결정에 따라 정해지는 장래의 시기부터 폐지된다. 헌법재판소는 위헌으로 선언된 법률규정이 발생시킨 효력과 관련된 조건과 한계를 정한다.”라고 규정하고 있다. 원칙적으로, 위헌선언의 효력은 사후

적 위헌법률심판의 청구인에게 적용되어야 하며, 헌법에 반하는 것으로 선언된 법률 규정은 헌법재판소의 결정이 공포될 때 계류 중인 소송에 적용될 수 없다. 그렇지만 헌법 제62조는 위헌으로 선언된 법률규정의 폐지일을 정하고, 과거로 그 효력을 연장하며, 위헌선언이 있기 전에 해당 법률규정이 발생시킨 효력에 관한 사항을 정하는 권한을 헌법재판소에게 부여하였다. 또한 헌법 제62조는 위헌선언된 법률규정으로 인한 국가책임을 부담시키지 않거나, 국가책임의 특별한 조건 또는 한계를 결정할 권한을 헌법재판소에게 부여하였다(판시이유 12).

2) 이 사건에서 위헌으로 선언된 법률규정을 즉시 폐지하는 것은 예심수사피의자에게 서면 질의를 할 수 있는 예심판사의 권한과 예심수사피의자가 자신의 의견 및 답변을 제출할 수 있는 권리를 박탈하는 결과를 초래한다. 따라서 위헌으로 선언된 법률규정을 즉시 폐지하는 것은 명백히 과도한 결과를 초래한다. 따라서 위헌으로 선언된 법률규정의 폐지일을 2025년 6월 1일로 정한다(판시이유 13).

3) 그리고 본 결정이 공포되기 전에 취해진 조치는 본 결정을 통해 확인된 위헌성에 근거하여 다룰 수 없다(판시이유 14).

4) 반면에 본 결정의 공포시부터 확인된 위헌성을 중단시키기 위해서 새로운 법률이 발효될 때까지 또는 위헌선언된 심판대상법률 제51-1조의 폐지일까지 예심판사는 심판대상법률 제51-1조의 규정에 따라 예심수사피의자에게 예심수사에 대한 의사를 통지할 때 묵비권을 통지해야 한다(판시이유 15).

V. 결정의 의의

심판대상조항인 「언론의 자유에 관한 1881년 7월 29일 법률」 제51-1조는 명예훼손죄와 모욕죄에 대한 예심절차의 진행을 간소화하기 위해 새롭게 도입된 규정이다.

청구인은 심판대상법률 제51-1조가 예심수사피의자에 대한 묵비권 고지에 관하여 규정하지 않았으며, 이는 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제9조의 요청에 반한다고 주장하였다.

이에 대해 프랑스 헌법재판소는 2004년 3월 2일 결정(Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004) 이후 정립된 선례에 따라 판단하였다. 즉 프랑스 헌법재판소는 2004년

3월 2일 결정에서 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제9조가 규정하고 있는 무죄추정 원칙에서 자신의 잘못을 인정하지 않을 헌법적 권리가 도출된다고 판시하였으며, 2016년 11월 4일 결정(Décision n° 2016-594 QPC du 4 novembre 2016)에서는 기소된 사람을 위한 묵비권(droit de se taire)은 자신의 잘못을 인정하지 않을 권리에 근거한다고 판시한 바 있다. 그리고 위에서 살펴본 이 결정에서 프랑스 헌법재판소는 명예훼손죄 및 모욕죄에 대한 예심절차에도 헌법상 권리인 묵비권이 적용되어야 한다는 점을 처음으로 판시하였다.¹¹⁾

11) Commentaire de la Décision n° 2024-1089 QPC du 17 mai 2024, pp. 8-14.

최신 세계헌법판례

오스트리아

■ 성전환자의 본국 송환 시 고려해야 하는 사실관계

/ 책임연구원 이지효

성전환자의 본국 송환 시 고려해야 하는 사실관계¹⁾

I. 사건개요

청구인은 중국 국적으로 스스로를 ‘성전환 여성’으로 규정하고 있다. 공적 문서상 청구인은 ‘성별’란에 ‘남성’으로 기재되어 있다. 청구인은 2021년 11월에 항공편으로 오스트리아에 입국하였으며 공항에서 국제 보호 신청을 하였다. 신청의 주된 이유로 청구인은 자신이 자유를 원하며 중국 공산당에 대한 증오와 두 개의 성별을 갖고 싶다는 의지를 피력하였다. 중국에서 그러한 유형의 사람들은 정치적으로나 사회적으로 무시 받는다고 하였다. 또한 중국에서는 모든 종류의 정치활동에 대해 뻑뻑한 감시가 이뤄지고 핍박받는다고 하였다. 청구인은 자신이 ‘중국평화혁명당’(Chinese Peaceful Revolutionary Party, CORP)이라는 정당을 설립하였다고 밝혔다. 중국에서 탈출한 이후 청구인은 중국의 권위주의적 통치에 반대하는 정치 활동을 활발히 해 왔다고 한다. 특히 인터넷과 소셜미디어(예를 들어 유튜브, 트위터/X, 블로그)에서 활동하고 있으며, 빈에 있는 중국 대사관 앞에서 열린 여러 집회에 참여한 바 있다고 하였다. 이로 인해 ‘중국 고위 군부의 표적’이 되었다고 주장하고 있다. 청구인은 귀국할 경우 박해, 처벌, 징역형, 그리고 조작된 사고를 통한 침묵 강요 등을 우려하고 있다. 또한 ‘적색 수배’가 내려질 것이라고 주장하고 있다.

2023년 2월 7일, ‘연방 이민 및 난민청’(Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl, 이하 ‘난민청’)은 청구인의 2005년 망명법(AsylG 2005) 제3조 제1항과 연계한 제2조 제1항 제13호에 따른 난민 지위 인정 신청과 2005년 망명법 제8조 제1항과 연계한 제2조 제1항 제13호에 따른 중국에 대한 보충적 보호 지위 인정 신청을 기각하고 송환 결정을 내렸다. 나아가 청구인에 대한 중국 강제 송환이 허용될 수 있음을 확인하였으며, 송환 결정이 확정된 날로부터 14일 이내에 청구인이 자발적으로 출국할 것을 요구하였다.

이러한 결정은, 중국에서 청구인이 성적 지향으로 인해 난민 지위와 연관되는 박해나 그러한 대우를 받았다는 것이 확인되지 않으며 송환 이후에 그러한 일이 발생할지 여부를 확인할 수 없다는 이유에서 내려졌다. 청구인이 운영하는 유튜브 채널

1) 오스트리아 헌법재판소 2024. 9. 16. 결정, E 1046/2024-17.

이나 트위터 계정, 블로그에는 방문자가 거의 없으므로 중국 안보기관이 것처럼 눈에 띄지 않는 인터넷 활동에 대해서는 주목하지 않을 것이어서 정치적 활동으로 인한 박해 위험도 존재하지 않는다고 하였다.

난민청의 결정에 대한 청구인의 이의제기는 2024년 2월 연방행정법원에서 기각되었다.

연방행정법원은 해당 결정에서 청구인이 성전환 여성이라는 점을 확인하였다. 결정 이유에서 연방행정법원은 청구인이 출국 전까지 자신의 정치적 견해를 비밀로 하였으며 지금까지 중국에서 청구인에 대한 구체적인 (정치적) 박해가 없었다고 하였다. 또한 청구인이 중국으로 귀환한다고 해서 박해가 우려되지는 않는다고 하였다. 청구인이 자신의 정당의 당원이나 지부의 수에 관해 설명하지 못하고 있으므로 이러한 정당은 진지하게 받아들여질 수 없는 프로젝트라고 하였다. 또한 정당의 활동도 인터넷에 한정되어 있고 중국에서는 접속할 수 없는 ‘서구의’ 인터넷 사이트나 앱에 기반하고 있어서 중국이 이러한 활동을 진지한 위협으로 받아들이지 않을 것이라고 하였다. 청구인이 소셜미디어에서 본명으로 활동하고 있고 영상에서 식별 가능한 모습으로 등장하고 있기는 하지만 이로부터 박해의 위험이 있다고 간주할 수는 없다고 보았다. 청구인이 제출한 증거 중 가장 많은 반응을 얻은 트윗은 약 25만 회의 노출수를 기록하고 있지만, 노출수는 이론적으로 동일한 사용자로부터 받은 조회수를 포함하여 게시물이 받은 모든 조회수를 합산한 결과이기 때문에 소수의 사람들이 해당 트윗을 자주 접하는 방법을 통해서도 노출수를 높일 수 있고 X/트위터에서 흔한 봇의 사용도 배제할 수 없다고 하였다. 팔로워 수나 리포스팅, ‘좋아요’ 표시, ‘읽음’ 표시와 댓글은 게시물에 대한 사람들의 상호작용을 측정하는 척도로 사용될 수 있는데 청구인의 경우에는 그 개수가 상대적으로 적고, 유튜브 채널의 조회수와 구독자 수 역시 미미하다고 하였다. 설사 청구인이 소셜미디어에서 큰 영향력이 있다고 한들 중국에서는 해당 사이트나 앱으로의 접근이 막혀 있어서 관찰 당국이 이를 인지할 수 있는지조차 의문이라고 하였다. 마지막으로 청구인의 난민인정 신청을 거절한 이유로 청구인이 중국에서 박해를 받을 것이라는 구체적이고 설득력 있는 근거가 없다는 점을 들었다.

연방행정법원은 보충적 보호 지위 인정 신청 거부에 대해서는, 중국의 일반적인 치안 상황과 관련하여 유럽인권협약 제3조2)에 따라 청구인의 강제 송환이 부적법하다고 볼 만큼의 예외적인 상황이 존재하지 않는다고 설명하였다. 청구인이 주장하는

정치적 및 종교적 망명 사유로 인해 박해를 받을 가능성이 중대한 확률로 존재하는 것은 아니라고 판단하였으며, 따라서 2005년 망명법 제8조에 따른 어떠한 위협도 인지되지 않았다는 것이다. 또한, 청구인이 현실적으로 위협에 처할 가능성, 특히 유럽인권협약 제2조 또는 제3조를 위반하는 대우를 받을 가능성도 중대한 확률로 존재한다고 보기 어렵다고 하였다. 국가보고서에 따르면, 귀국 후 청구인이 직업과 주거지를 구하거나 경제적 어려움을 겪을 가능성이 있다고 하더라도 이러한 어려움만으로는 유럽인권협약 제3조에 의해 보호되는 권리가 침해될 가능성이 중대한 확률로 존재한다고 볼 수 없다는 것이 행정법원의 판례라고 하였다. 청구인이 ‘성전환 여성’으로서 중국에서 일상적인 차별을 겪을 가능성이 있음을 인정하지만, 그러한 불쾌한 경험(이는 오스트리아에서도 가능성이 배제되지 않음)은 유럽인권협약 제3조의 위반 가능성을 시사하기에 충분하지 않다고 보았다.

이에 대해, 청구인은 유럽인권협약 제3조와 제8조,³⁾ 유럽인권협약 제13조,⁴⁾ 그리고 외국인의 평등권이 침해되었다고 주장하며 재판소원심판을 청구하였다. 청구인은 이를 뒷받침하기 위해 자신의 성 정체성에 대해 다음과 같은 주장을 전개하였다.

“권위주의적 통치는 사회적 압력을 만들어 내며, 이는 LGBTIQ+ 커뮤니티에 대한 대중의 인식에도 영향을 미칩니다. 이 공동체의 구성원은 중국에서 사실상 자신의 진정한 정체성을 공개적으로 드러내며 살아가는 것이 불가능하여 은밀히 살아갈 수밖에 없는 상황에 놓여 있습니다. 광범위하게 널리 퍼진 차별과 LGBTIQ+ 커뮤니티에 대한 거부는 개인의 일상생활에 큰 부담이 될 수 있습니다. 그러나 제 경우에는 저의 생활 방식이 정치적 활동의 일부라는 점에서 더 복잡한 상황에 놓여 있습니다. 저는 이처럼 크게 억압받고 있는 소수자의 권리를 옹호하기 위해 나서고자 합니다. 1심 법원이 제가 중국에서 이러한 이유로 공격을 받은 적이 없다고 언급한 점에 대해,

2) 유럽인권협약 제3조 【고문의 금지】

어느 누구도 고문이나 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 형벌을 받지 아니한다.

3) 유럽인권협약 제8조 【사생활 및 가족생활을 존중받을 권리】

① 모든 사람은 그의 사생활, 가정생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.

② 법률에 합치되고, 국가안보, 공공의 안전 또는 국가의 경제적 복리, 질서유지와 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호, 또는 다른 사람의 권리 및 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 경우 이외에는 이 권리의 행사에 대하여는 어떠한 공공당국의 개입도 있어서는 아니된다.

4) 유럽인권협약 제13조 【실효적 구제를 받을 권리】

이 협약에 규정된 권리와 자유를 침해당한 모든 사람은 그 침해가 공무집행 중인 자에 의하여 자행된 것이라 할지라도 국가당국 앞에서의 실효적인 구제조치를 받아야 한다.

그것이 사실임을 기쁘게 생각합니다. 그러나 이와 관련하여 저는 중국에서 제 정체성을 은밀히 유지하며 살아왔다는 점을 지적하고 싶습니다. 오스트리아에 머물면서 처음으로 저의 정체성을 공개적으로 인정하게 되었고, 이는 이제 저의 정치적 활동의 일부가 되었습니다. 따라서 제가 중국에 있을 당시 -다행히도- 그러한 공격을 받은 적이 없었던 것은 당연하고 이해 가능한 일입니다. 하지만 제가 성전환 여성으로서의 삶을 공개적으로 인정한 만큼, 중국으로 돌아갈 경우 이러한 이유로 공격을 받을 가능성은 분명히 존재한다고 볼 수 있습니다.”

II. 주문5)

청구인은 심판대상 결정으로 인해 헌법상 보장되는 권리인 외국인의 평등권(연방 헌법 BGBI. Nr. 390/1973 제1조 제1항)을 침해당했다.

해당 결정을 파기한다.

III. 관련 주요 조항 및 쟁점

1. 주요 조항

2005년 망명법 제2조

① 이 연방법의 의미에서

13. 국제 보호 신청은 오스트리아에 있는 외국인이 어떠한 방식으로든 오스트리아의 보호를 받을 수 있도록 요청하는 행위를 의미한다; 이 신청은 난민 지위 인정 신청으로 간주되며, 난민 지위가 인정되지 않을 경우 보충적 보호 지위 인정 신청으로 간주된다.

2005년 망명법 제3조

① 오스트리아에서 국제 보호를 신청한 외국인에게는 해당 신청이 이미 제4조, 제4a조 또는 제5조에 따라 기각되지 않은 한 출신국에서 제네바 난민 협약 제1조 A항

5) 주문 중 소송비용에 관한 부분은 생략하였다.

제2호에 따른 박해를 당할 위험이 있다는 점을 신빙성 있게 입증한 경우에 난민 지위를 부여해야 한다.

2005년 망명법 제8조

① 보충적 보호 지위는 다음의 경우 외국인에게 부여되어야 한다.

1. 오스트리아에서 국제 보호를 신청한 외국인의 난민 지위 부여 신청이 거부된 경우, 또는
2. 난민 지위가 박탈된 외국인을 그의 출신국으로 송환, 추방 또는 강제 이송한다면 유럽인권협약 제2조 또는 제3조, 또는 협약의 제6호 및 제13호 의정서에 따른 권리의 침해를 뜻하게 되거나 민간인으로서 국제 갈등 또는 내전 갈등에서 자의적 폭력으로 인해 생명이나 신체의 안전에 대한 심각한 위협에 처하는 상황을 초래할 현실적 위험이 있는 경우

2. 쟁점

성전환과 정치적 견해 표명을 이유로 난민 지위 인정을 신청한 청구인을 본국으로 송환하는 결정을 내리는 경우에 고려해야 하는 본국의 상황과 이를 해석하고 판단한 법원의 결정이 청구인의 권리를 침해하는지 여부가 쟁점이다.

IV. 판단

적법한 청구는 이유 있다.

1. 헌법재판소의 확립된 판례⁶⁾에 따르면, 「모든 종류의 인종차별 청산을 위한 국제조약의 이행을 위한 연방헌법」(Bundesverfassungsgesetz zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung, BGBl. 390/1973) 제1조 제1항은 입법부와 행정부가 외국인 간에 객관적으로 정당화될 수 없는 차별을 하는 것을 일반적으로 금지하고 있다. 이 헌법조문은 외국인에 대한 평등대우 명령을 포함하고 있다. 따라서 외국인들의 차별은 그에 대한 합리적인 이유가 존재하고 차별이 비례의 원칙에 어긋나지 않을 경우에만 허용된다.

6) VfSlg. 13.836/1994; VfSlg. 14.650/1996; VfSlg. 16.080/2001, 17.026/2003.

이 조문에 의해 보장되는 주관적 권리는 그 내용에 위배되는 법률에 기반한 결정과 충돌하며,⁷⁾ 행정법원이 일반법을 잘못 적용하여 그 내용이 위의 연방헌법에 반하는 경우,⁸⁾ 또는 행정법원이 자의적으로 판단하여 결정을 내렸을 경우⁹⁾에도 상기 권리와 충돌한다.

헌법에 위배되는 행정법원의 자의적인 결정은 무엇보다도 법적 상황판단에 있어서 오류를 범하는 경우와 핵심적인 문제 조사에 있어서의 부작위 또는 적법한 조사절차 자체에 있어서의 부작위, 특히 당사자의 진술을 무시하거나 기록의 내용 및 구체적인 사실관계를 경시하여 왜곡하는 경우가 그에 해당된다.¹⁰⁾

2. 연방행정법원은 이 사건에서 그러한 오류를 범하였다.

(1) 연방행정법원은 먼저 청구인의 성 정체성이 신빙성이 있다고 판단했으며, 그녀가 성전환 여성임을 인정하였다.

(2) 연방행정법원은 중국의 언론 및 표현의 자유에 대해 다음과 같은 국가적 판단을 내렸다.

“중국 정부는 언론의 활동, 특히 시민기자들의 활동을 자주 방해하고 있다. 기자들은 민감한 주제에 대해 보도할 경우 신체적 공격, 괴롭힘, 감시, 위협 등을 겪는다고 보고하고 있다. 정부 관계자들은 형사 소추, 민사 소송, 기타 처벌(폭력 및 구금 포함)을 통해 작가와 기자를 위협하며, 다양한 주제에 대한 승인되지 않은 정보의 확산을 막고 있다.

인권 옹호자, 정치 활동가, 언론 활동을 하는 시민들은 코로나19 팬데믹의 발병에 대해 목숨을 걸고 보도하였으며, 이는 검열되지 않은 1차 정보를 제공하는 중요한 원천이 되었다. 정부는 이들에게 괴롭힘, 보복, 구금 등의 조치를 취했다.

중국 인터넷 관리국(Cyberspace Administration of China, CAC)은 온라인 콘텐츠, 특히 온라인 뉴스의 관리를 직접 담당하며 중국 공산당의 선전을 촉진한다. 공산당 선전부 차관이 이 조직을 이끌며, 온라인 미디어 활동을 규제하고 정보 확산을 통제하

7) 일레로 VfSlg. 16.214/2001.

8) VfSlg. 14.393/1995, 16.314/2001, 20.374/2020; VfGH 14.3.2023, E 3480/2022 참조.

9) 예를 들어 VfSlg. 15.451/1999, 16.297/2001, 16.354/2001, 18.614/2008, 20.448/2021, 20.478/2021.

10) 예컨대 VfSlg. 15.451/1999, 15.743/2000, 16.354/2001, 16.383/2001.

는 데 광범위한 권한을 행사한다. 2021년에는 수많은 시민기자와 블로거들이 보도와 온라인 게시물로 인해 체포 또는 실종되거나 형사 소추를 당했다.

[…중략…]

소셜미디어는 철저히 감시된다. 소셜미디어의 모든 논의에 당국이 접근할 수 있다. 소셜미디어는 특히 국가의 영향을 받으며, 비판적 게시물이나 웹사이트는 상당한 인력과 기술적 노력을 통해 검열되거나 차단된다. 페이스북, 트위터, 인스타그램, 유튜브와 같은 인터넷 사이트 및 소셜미디어 서비스는 지속적으로 차단되며, 민감한 키워드를 포함한 콘텐츠는 차단된다. 당국은 ‘사회주의 핵심 가치’와 일치하지 않는 온라인 콘텐츠를 억압한다.

표현의 자유에 대한 엄격한 인터넷 통제와 제한은 계속되고 있다. 당국은 정부 비판적인 온라인 게시물과 개인 채팅 메시지를 이유로 많은 사람을 괴롭히거나 구금하며, ‘소문 유포’, ‘분쟁 및 도발 조장’, ‘국가 지도부 모욕’과 같은 혐의를 적용한다. ‘비애국적’으로 간주되는 발언으로 인해 처벌받는 사람이 점점 더 많아지고 있다. 3월에 정부는 ‘영웅과 순교자’를 모독하는 행위에 대해 최대 3년의 징역형을 규정하는 법안을 통과시켰다.”

연방행정법원은 결정문에 포함된 국가적 판단의 일부를 인용하며 다음과 같은 구체적 내용을 강조하였다.

“동시에 중국 사회는 뚜렷한 변화 과정을 겪고 있다. 방화벽으로 차단되고 체계적으로 검열되는 인터넷(사실상 일종의 인트라넷)은 2021년 8월 27일 공식 통계에 따르면 14억 인구 중 10억 명의 사용자를 보유하고 있으며, 순전히 중국 내에서만 사용 가능한 소셜네트워크는 좌절감과 문제점의 폭로를 표현하는 매개체가 되기도 한다. 이것이 당권에 대한 본질적 공격으로 간주되지 않는 한 어디까지나 검열 당국에 의해 묵인된다.”

(3) 연방행정법원은 판결에서 LGBTIQ 관련 상황에 대한 국가적 판단과, 2022년 8월 30일 ACCORD(난민 및 귀국 문제에 대한 국가 간 협력 네트워크) 요청 응답에 기반하여, 청구인이 ‘박해에 대한 합리적인 공포’를 느낄 이유가 없다고 결론 내렸다. 그 근거로는 청구인에게 지금까지 명백한 박해 행위가 가해지지 않았으며 미래에도 그러한 행위가 예상되지 않는다는 점, 그리고 중국의 상황을 고려할 때 청구인을 국외로 추방하는 것이 유럽인권협약 제3조에 위배되지 않는다고 판단하였다.

(4) 그러나 연방행정법원은 본 사건과 관련된 자체 조사 결과와 그 중요성을 크게 오인하였다. 법원 스스로 중국에서 인터넷상 표현의 자유에 대한 엄격한 통제와 제한이 계속되고 있으며 정부가 비판적 온라인 게시물과 개인 채팅 메시지를 이유로 많은 사람들을 처벌하거나 감금하고 있음을 인정하였다. 또한, 법원은 LGBTIQ 단체의 공개행사가 허용되지 않으며 관련 문제를 제기하는 개인과 단체들이 여전히 정부의 차별과 괴롭힘을 겪고 있다고 밝혔다.

법원의 이러한 판단에 따르면, 청구인이 주장한 사실을 함께 고려할 때 청구인이 귀국할 경우 단순한 일상적 차별에만 노출될 것이라는 결론은 내릴 수 없다. 또한, 유럽 인권협약 제3조에 위배되는 처우를 받을 현실적 위험이 없다고 단정 지을 수도 없다.

이와 관련하여 유럽연합 사법재판소와 헌법재판소의 판례는 출신국에서 자신의 성적 지향(예컨대 동성애)을 숨김으로써 박해를 피하라고 기대하는 것이 부당하다고 보고 있다.¹¹⁾ 이는 동성애에 대한 판례이지만 본 사건에서처럼 성전환자의 상황에도 동일하게 적용될 수 있다.

(5) 연방행정법원은 본 사건에서 구체적 사실관계를 소홀히 하였으며, 주요 조사 결과를 충분히 검토하지 않거나 조사 결과와 상충되는 결론을 도출함으로써 자의적인 결정을 내렸다. 이는 법적 판단의 합리성과 공정성을 훼손하는 중대한 오류로 평가될 수 있다.

3. 따라서 청구인은 문제된 결정을 통해 헌법상 보장되는 외국인의 평등권을 침해당했다.

V. 결정의 의의

오스트리아 헌법재판소는 성전환자를 본국으로 송환하는 경우에 해당 국가의 상황을 구체적으로 조사하고 이러한 결과를 충분히 검토하여 조사 결과에 상응하는 결론을 내려야 할 행정법원의 의무에 대해 실시하였다. 또한 유럽연합 사법재판소와 오스트리아 헌법재판소의 판례를 인용하며, 자신의 성적 지향을 숨김으로써 박해를 피하라고 기대하는 것이 부당하다는 점이 이 사안에도 적용될 수 있다고 강조하였다.

11) VfSlg. 20.170/2017; VfGH 2.2.2023, E 233/2023; 28.6.2023, E 628/2023; EuGH 7.11.2013, C-199/12 등, *Minister voor Immigratie en Asiel* 참조.

최신 세계헌법판례

독일

■ 광범위한 비밀감시와 데이터 저장을 가능하게 하는
연방범죄수사청법 조항의 위헌성 / 책임연구원 이지효

광범위한 비밀감시와 데이터 저장을 가능하게 하는 연방범죄수사청법 조항의 위헌성¹⁾

I. 사건개요

1. 사건의 배경

2017년 6월 1일에 제정된 「연방범죄수사청 및 연방과 주 사이의 형사업무 협업에 관한 법률」(Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten, Bundeskriminalamtgesetz, BKAG, 이하 ‘연방범죄수사청법’) 개정법은 주로 연방헌법재판소의 2016년 4월 20일 결정 (BVerfGE 141, 220)과 2016년 4월 27일에 채택된 「EU 형사사법 개인정보보호 지침」(EU 2016/680²⁾)의 요구사항을 구현하기 위해 마련된 것이었다. 이 지침은 범죄의 예방, 수사, 탐지, 처벌 또는 형집행을 목적으로 개인정보를 처리하는 관계 당국과 관련하여 자연인의 보호와 데이터의 자유로운 이동을 규정하고, 유럽연합 이사회의 2008/977/JI 결정을 폐지한 것이다(유럽연합관보, 2016년 5월 4일, L 119, 89-131면; 이하 ‘유럽연합 형사사법지침’). 이번 개혁의 일환으로 연방범죄수사청의 IT 시스템 구조를 재구성함으로써 형사경찰 업무의 효율성과 효과성을 향상시키고자 하였다. 특히 2011년 11월 극우 테러조직인 국가사회주의 지하조직(Nationalsozialistischer Untergrund, NSU) 살인 사건에 대한 수사 과정에서 얻은 교훈에 따라, 수사에 관여하는 모든 부서 간의 네트워크 연결을 위한 정보기술 기반이 언제든 즉시 가용될 수 있어야 한다는 요구가 제기되었다. 수사 도중 서로 다른 시스템을 연결하느라 시간과 자원이 낭비되는 일이 다시는 발생하지 않아야 한다는 동시에 개인정보 보호를 위한 요구사항이 고려되어야 한다는 것이다.³⁾

1) 연방헌법재판소 2024. 10. 1. 판결, 1 BvR 1160/19.

2) 「유럽연합 형사사법 개인정보보호 지침」은 GDPR의 적용대상이 아닌 형사 집행기관의 개인정보 처리를 규율하기 위한 목적으로 제정되었다. 즉, 법집행기관이 범죄의 예방, 조사, 탐지 또는 기소와 관련해 업무를 수행할 때 증인, 피해자 또는 용의자 등 소송관계자의 개인정보를 적절히 보호하고, 범죄 및 테러 대응에 있어 EU 국가 간 협력을 촉진할 수 있도록 보장하기 위함이다. 동 지침은 GDPR과 함께 발의되어 2016년 5월에 제정되었으며, 2018년 5월부터 시행되었다.

연방데이터플랫폼(경찰정보네트워크) 설립과 관련된 연방범죄수사청법의 새로운 규정은 경찰업무의 디지털 전환과 연관되어 있다. 독일 경찰의 연방 정보체계 이전에도 IT 연계 체계가 존재했으나 기존의 파일 시스템은 동일한 개인이 조사 상황에 따라 여러 데이터베이스에 중복 저장되는 결과가 초래될 수 있고, 데이터베이스 간에 전반적인 연계가 부족하여 데이터 간 연결성이나 입력실수와 같은 오류를 시스템상에서 확인할 수 없다는 단점이 있었다. 이러한 문제를 해결하기 위해 법 개정에서는 연방범죄수사청 데이터의 파일 기반 구성 요건을 폐지했다. 이를 대신하여, 협력적 연방주의를 반영하는 형태로 연방 및 주 경찰기관 사이에 경찰정보네트워크가 구축될 예정이다. 이 네트워크는 연방범죄수사청의 통합된 연계 시스템과 데이터의 차별화된 식별 체계를 기술적인 기반으로 하고 해당 시스템 내에서 참여 기관은 서로 데이터를 제공하게 된다.

연방범죄수사청은 자체 정보 자산을 위한 정보시스템도 운영하며, 필요한 경우 동시에 경찰연합정보네트워크에도 참여한다. 이에 따라 입법자는 이전에 분산되어 있던 데이터 처리 권한을 재정비하여 중앙으로 집중시켰다. 또한, 데이터 처리와 관련하여 ‘후속 처리(Weiterverarbeitung)’라는 통일된 개념을 도입했으며, 권한 부여는 이 개념에 기반하여 이루어진다.

2. 청구인들의 주장

심판청구인들은 개정된 연방범죄수사청법 조항이 자신들의 개인정보자기결정권(기본법 제2조 제1항⁴⁾과 제1조 제1항⁵⁾의 결합 규정을 침해한다고 주장하면서 헌법소원을 제기하였다. 청구인 1)과 2)는 변호사로서 테러 또는 극단주의자로 분류된 인물들이나 테러 또는 극단주의 단체를 지원하는 사람들로 간주된 이들을 대리하고 있다. 청구인 3)은 축구팬으로서 현장에서 활동하고 있는데, 과거 이와 관련하여 두 건의 수사를 받은 적이 있다. 청구인 4)는 정치적으로 좌파에 해당하는 다양한 조직에서 활동하고 있으며, 관련 행사에 정기적으로 참여하고 있고 이로 인해 경찰의 관찰

3) BTDrucks 18/11163, 76면.

4) 기본법 제2조

- ① 모든 사람은, 다른 사람의 권리를 침해하지 않고 헌법질서나 도덕률(道徳律)에 반하지 않는 한, 자신의 인격을 자유로이 실현할 권리를 갖는다.

5) 기본법 제1조

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

대상이 된 전적이 있다. 청구인 5)는 ‘울트라(Ultra)’라는 축구팬 커뮤니티의 일원으로 해당 네트워크에서 활발히 활동하고 있다.

청구인 1)과 2)는 연방법죄수사청의 국제 테러 방지를 위한 데이터수집권한(연방법 죄수사청법 제45조 제1항 제1문 제4호)을 문제 삼고 있다. 특히 접촉자에 대한 감시(연방법죄수사청법 제39조 제2항 제2문)를 허용하는 부분에 초점을 두고 있다. 또한, 이러한 감시 조치를 통해 획득한 개인 데이터를 연방법죄수사청 자체의 정보시스템에서 추가적으로 처리할 수 있는 권한(연방법죄수사청법 제16조 제 1항과 연계한 동법 제12조 제1항 제1문)도 비판하고 있다.

청구인 3)내지 5)는 연방법죄수사청법 제18조 제1항 제1호, 제2호, 제4호, 제2항 제1호, 제3호 및 제5항, 그리고 동법 제29조 제4항 제2문과 연결된 조항들에 따른 개인 데이터 후속 처리 권한에 대해 반대하고 있다.

모든 청구인은 수사 지원을 위한 힌트를 정보시스템 및 정보네트워크에 추가로 저장할 수 있는 권한(연방법죄수사청법 제16조 제6항 제2호와 연계한 동법 제29조 제4항 제2문)을 비판하고 있다.

3. 관련 규정의 개관

연방법죄수사청법 제45조는 국제 테러 위험 방지 등을 위한 연방법죄수사청의 특별 데이터수집권한을 규정하고 있다. 이 조항은 연방법죄수사청이 개인정보를 수집하기 위해 제2항에 명시된 특별한 수단(예컨대 장기적인 관찰, 비밀연락원 및 비밀수사관의 활용)을 사용할 수 있도록 허용한다. 본 사안에서 다투어진 조항인 연방법죄수사청법 제45조 제1항 제1문 제4호는 동법 제39조 제2항 제2호에 따라 연락자(Kontaktperson)에 대해 이러한 특별한 수단을 통해 개인정보를 수집할 수 있는 권한을 부여한다. 동법 제45조 제3항에 따르면, 대부분의 조치는 법관의 사전 승인(Richtervorbehalt)을 받아야 한다. 또한, 동법 제45조 제1항 제2문에 따라 제3자가 불가피하게 영향을 받는 경우에도 조치를 수행할 수 있다.

연방법죄수사청법 제16조 제1항은 연방법죄수사청의 임무 수행에 필요하고 연방법죄수사청법에 추가적인 특별한 요건이 명시되지 않은 경우 연방법죄수사청이 자체 정보시스템 내에서 개인정보를 내부적으로 처리할 수 있는 권한을 부여한다. 이 처리 과정은 연방법죄수사청법 제12조의 규정을 따라야 하며, 가정적 데이터 신규 수

집 기준(hypothetische Datenneuerhebung)을 적용하도록 하고 있다. 이는 개별 데이터 수집 방법의 개입 강도와 상관없이 적용된다.⁶⁾

연방법죄수사청법 제16조 제1항의 광범위한 적용 범위 중 본 사안에서의 검토대상은 특정 사례에 국한된다. 청구인 1)과 2)는 연방법죄수사청이 국제 테러 위험 방지(연방법죄수사청법 제5조 참조)를 목적으로 특히 강도 높은 개입 수단을 통해 수집한 개인정보의 내부 처리 및 연방법죄수사청법 제12조 제1항 제1문의 기준에 따라 동일한 임무를 수행하기 위해 해당 데이터의 후속 처리가 이루어지는 경우를 반대하고 있다.

연방법죄수사청법 제18조는 연방법죄수사청에 특정 개인들의 집단과 관련된 개인 정보를 후속 처리할 수 있는 권한을 부여한다. 이 조항은 동법 제16조 제1항과 달리 단순히 정보시스템 내에서의 내부 데이터 처리뿐만 아니라 중앙기관으로서 기능하는 연방법죄수사청의 역할에 따른 데이터의 후속 처리도 포함한다. 유럽연합 형사사법 지침 제6조에 따라 법률은 기결수, 피의자, 용의자 및 기타 특정 상황에 연루된 자를 구분 짓는다.

개인 데이터는 연방법죄수사청법 제18조 제2항 제1호에 따라 다음의 경우에만 후속 처리될 수 있다: (a) 기본 데이터, (b) 필요한 경우, 식별에 적합한 기타 특징, (c) 범죄 기록을 관리하는 경찰 기관과 범죄 기록 번호, (d) 범죄 발생 시간과 장소, (e) 법률 조항 및 구체적인 범죄 명칭을 포함한 범죄 혐의. 함께 문제된 연방법죄수사청법 제18조 제2항 제3호는 기타 관련 인물의 개인 데이터를 포함하여 추가적인 개인 데이터의 처리도 허용한다. 연방법죄수사청법 제20조 제1문에 따르면, 동법 제18조에 따라 후속 처리될 수 있는 데이터의 종류와 범위에 대한 세부 사항은 법령에 규정되어야 한다.

연방법죄수사청법 제18조 제1항은 연방법죄수사청이 동법 제2조 제1항 내지 제3항에 따른 임무를 수행하기 위한 경우에만 특정 개인 데이터의 후속 처리를 허용하고 있다. 연방법죄수사청법 제2조 제1항에 따르면, 연방법죄수사청은 경찰 정보 및 통신 업무와 형사경찰 업무의 중앙기관으로서 주 및 연방경찰을 지원하며, 특히 여러 주를 포괄하는 범죄나 국제 범죄 또는 중대 범죄를 예방하고 수사한다. 연방법죄수사청은 이를 위해 필요한 모든 정보를 수집·평가하며(연방법죄수사청법 제2조 제2항 제

6) 연방의회 자료(BTDrucks) 18/11163, S. 92 참조.

1호), 연방 및 주의 수사기관에 관련 정보와 범죄 관련성을 신속히 통지해야 한다(동법 제2조 제2항 제2호). 또한, 연방범죄수사청은 중앙기관으로서 통합경찰정보네트워크를 유지하며(동법 제2조 제3항, 제29조 제1항), 연방 데이터 플랫폼의 운영자로서 통합된 정보기술을 기반으로 하는 IT 인프라를 제공한다.⁷⁾ 동시에, 조직적·기술적 조치를 통해 경찰정보네트워크 내 데이터 입력 및 접근이 허가된 기관에 의해서만 가능하도록 보장한다(동법 제29조 제4항 제1문). 접근 권한은 연방범죄수사청법 제15조에 따른 접근 권한에 따라 결정되며, 동법 제14조에 따라 후속 처리된 데이터의 표시를 필요로 한다.

연방범죄수사청은 플랫폼 운영자로서만이 아니라, 경찰정보네트워크에 직접 참여할 권한도 있다(연방범죄수사청법 제29조 제3항 제1문). 연방범죄수사청은 연방범죄수사청법 제29조 및 제30조의 규정에 따라 정보시스템을 사용하여 경찰정보네트워크에 참여한다(동법 제13조 제3항).

연방범죄수사청법 제29조 제4항 제2문에 따르면, 동조 제3항에 명시된 기관들은 경찰정보네트워크에 데이터를 입력하거나 접근할 때 동법 제18조 제1, 2, 4, 5항을 준수해야 한다. 동법 제31조 제2항은 경찰정보네트워크에서의 데이터 보호 책임에 대한 요구사항을 규정하고 있으며, 동조 제3항은 데이터 보호 관리에 관한 규정을 포함하고 있다.

또한 연방범죄수사청법 제9절(동법 제69조 이하)은 데이터 보호 및 데이터 보안에 관한 추가 규정을 포함하고 있다.

연방범죄수사청법 제16조 제6항 제2호는 연방범죄수사청에 이미 데이터가 존재하는 인물들에 관한 추가적인 단서를 추가로 처리할 권한을 부여한다. 동법 제29조 제4항 제2문에 따르면 해당 조항은 경찰정보네트워크에 참여하는 기관이 데이터를 입력하거나 데이터에 접근하는 때에도 동일하게 적용된다.

수집된 데이터의 삭제에 관해서는 테러 방지 영역의 경우 연방범죄수사청법 제79조 제1항이 규정하고 있으며, 보다 일반적으로는 동법 제77조와 연계한 연방데이터 보호법(Bundesdatenschutzgesetz, BDSG) 제75조 제2항이 규정하고 있다. 연방범죄수사청법 제79조 제1항에 따르면, 테러 방지를 위해 수집된 데이터는 해당 조치의 목적을 달성하거나 법적 검토에 그 데이터가 더 이상 필요하지 않게 된 경우 즉시 삭제되어

7) BTDrucks 18/11163, S. 81 참조.

야 한다. 그러나 연방법죄수사청법 제16조 제1항 및 제18조에 따라 허용되는 데이터 후속 처리가 이루어지는 경우, 데이터 삭제는 보류될 수 있다. 연방법죄수사청법 제77조와 연계한 연방데이터보호법 제75조 제2항은 더 일반적인 데이터 삭제의무를 담고 있는데, 이것은 중앙기관으로서 기능할 때의 권한에도 적용된다. 데이터 처리가 허용되지 않거나 업무 수행에 데이터가 더 이상 필요하지 않은 경우, 개인 데이터는 즉시 삭제되어야 한다. 삭제의무는 정기적인 데이터 평가 기간(추출 검토 기한)을 통해 보완된다.

II. 주문⁸⁾

1. 연방법죄수사청법 제18조 제1항 제2호와 연계한 제18조 제2항 제1호는 해당 조항이 제13조 제3항, 제29조와 연계하여 독일연방법죄수사청이 중앙기관으로서 데이터를 저장할 수 있도록 허용하는 한에서 기본법 제2조 제1항과 연계한 동법 제1조 제1항에 합치되지 않으며, 동법 제45조 제1항 제1문 제4호도 기본법 제2조 제1항과 연계한 동법 제1조 제1항에 합치되지 아니한다.

2. 기본법에 합치되지 않는다고 선언된 조항들은 새로운 규정이 마련될 때까지, 늦어도 2025년 7월 31일까지는 결정이유의 D II 2 b의 기준⁹⁾에 따라 계속 유효하다.

3. 청구인 1)과 2)가 연방법죄수사청법 제16조 제1항과 제12조 제1항 제1문에 대해 제기한 헌법소원심판청구는 기각한다. 그 외의 부분에 대한 헌법소원심판청구를 각하한다.

III. 관련 주요 조항 및 쟁점

1. 주요 조항

연방법죄수사청법 제45조 【데이터 수집을 위한 특별 수단】

8) 주문 중 소송비용에 관한 부분은 생략하였다.

9) 여기서는 IV. 3. 다. (2).

① 연방범죄수사청은 제2항에 따른 특별 수단을 사용하여 다음에 해당하는 사람에 대한 개인정보를 수집할 수 있다:

1. 연방경찰법(Bundespolizeigesetz) 제17조 또는 제18조에 따라 책임이 있는 자 또는 제20조 제1항의 요건에 따라 연방 또는 주의 존립이나 안전, 개인의 생명, 신체, 자유, 또는 공공 이익에 따라 유지되어야 하는 중요한 가치를 지닌 재산에 대한 위협을 방지하기 위해 필요한 경우,
 2. 특정 사실에 의해 해당 사람이 가까운 시일 내에 제5조 제1항 제2문에 명시된 범죄를 구체적으로 저지를 가능성이 있다고 판단되는 경우,
 3. 개인의 특정 행동이 가까운 시일 내에 제5조 제1항 제2문에 명시된 범죄를 저지를 구체적 가능성을 보여주는 경우, 또는
 4. 제39조 제2항 제2호에 해당하는 사람,
- 단, 위협 방지나 범죄 예방이 다른 방식으로는 실효를 거둘 수 없거나 본질적으로 어려울 경우에 한한다. 제3자가 불가피하게 영향을 받는 경우에도 해당 조치를 수행할 수 있다.

② 데이터 수집을 위한 특별 수단은 다음과 같다:

1. 계획적으로 이루어지며 24시간 이상 지속되거나 이를 이상에 걸쳐 진행되는 관찰(장기적 관찰),
2. 기술적 수단을 사용하여 거주지 외부에서 당사자가 인식할 수 없는 방식으로 수행되는 다음의 조치:
 - a) 거주지 외부에 있는 사람 또는 물체의 사진 촬영 및 녹화,
 - b) 거주지 외부에서 이루어진 비공개 대화의 도청 및 녹음,
3. 관찰 목적을 위해 특별히 설계된 기타 기술적 수단으로 사건의 사실관계를 규명하거나 제1항에 명시된 사람의 소재를 확인하기 위한 조치,
4. 연방범죄수사청과의 협력 사실이 알려지지 않은 민간인(비밀연락원)의 활용,
5. 장기적으로 허구적 신분이 부여된 경찰 공무원(비밀수사관)의 활용.

③ 다음의 조치, 즉

1. 제2항 제1호에 따른 조치,
2. 제2항 제2호 a목에 따른 조치 중 특정 인물의 사진을 24시간 이상 지속적으로 또는 이를 이상에 걸쳐 촬영하거나 녹화하는 경우,
3. 제2항 제2호 b목에 따른 조치,

4. 제2항 제3호에 따른 조치 중 관찰 목적으로 설계된 기술적 수단이 24시간 이상 지속적으로 또는 이를 이상 사용되는 경우,
5. 제2항 제4호 및 제5호에 따른 조치 중 특정인을 대상으로 하거나 비밀연락원 또는 비밀수사관이 일반적으로 접근 불가능한 주택에 진입하는 경우는 관찰 부서장 또는 그 대리인의 신청에 의해 법원의 명령을 받아야 한다. 긴급 상황의 경우 해당 조치는 관찰 부서장 또는 그 대리인이 명령할 수 있다. 이 경우 법원의 결정은 즉시 요청되어야 한다. 법원의 확인이 3일 이내에 이루어지지 않을 경우, 해당 조치는 효력을 상실한다. 제2항 제1호부터 제5호까지의 기타 조치는 긴급 상황이 아닌 한 관찰 부서장 또는 그 대리인에 의해 명령될 수 있다.

④~⑧ (생략)

연방범죄수사청법 제5조 【국제 테러 위험 방지】

① 연방범죄수사청은 다음과 같은 경우 국제 테러의 위험 방지 임무를 수행할 수 있다:

1. 여러 주들을 아우르는 위험이 존재하는 경우,
2. 주 경찰 당국의 관할권이 명확하지 않은 경우, 또는
3. 주 최고 당국이 임무의 인수를 요청한 경우.

국제 테러의 위험은 형법 제129a조 제1항 및 제2항에 명시된 범죄를 의미하며 다음과 같은 목적하에 그 범행 방식이나 결과로 인해 국가나 국제조직에 중대한 피해를 줄 가능성이 있는 위험을 말한다:

1. 대중을 중대하게 위협하는 것,
2. 폭력 또는 폭력 위협을 통해 기관이나 국제조직을 불법적으로 강요하는 것,
3. 한 국가나 국제조직의 정치적, 헌법적, 경제적 또는 사회적 기본 구조를 제거하거나 중대하게 손상시키는 것.

연방범죄수사청은 제1문에서 명시된 경우, 제2문에서 언급된 범죄를 예방하기 위해서도 활동할 수 있다.

② (생략)

연방범죄수사청법 제39조 【개인정보 수집에 관한 규정】

① (생략)

② 제5조 제1항 제2문에 따른 범죄를 예방하기 위해 개인정보를 수집하는 것은 다음과 같은 경우에만 허용된다:

1. 해당 개인이 제5조 제1항 제2문에 따른 범죄를 저지르려는 의도가 있으며, 이러한 범죄를 예방하기 위해 수집된 데이터가 필수적인 경우, 또는
2. 해당 개인이 제1호에 해당하는 사람과 단순히 일시적이거나 우연한 접촉 이상의 관계가 있으며, 다음 중 하나에 해당하는 경우:
 - a) 제5조 제1항 제2문에 따른 범죄 준비에 대해 알고 있는 경우,
 - b) 범죄 결과로 이익을 얻을 가능성이 있는 경우,
 - c) 제1호에 해당하는 사람이 해당 개인을 범죄 실행에 이용할 가능성이 있는 경우, 그리고 이러한 범죄 예방이 다른 방법으로는 실효성이 없거나 본질적으로 어려운 경우.

③ (생략)

연방범죄수사청법 제16조 【정보시스템 내 데이터의 후속 처리】

① 연방범죄수사청은 기관의 임무 수행에 필수적이고 연방범죄수사청법에 추가적인 특별 요건이 명시되지 않은 경우 제12조의 기준에 따라 정보시스템에서 개인 데이터를 후속 처리할 수 있다.

②~⑤ (생략)

⑥ 연방범죄수사청은 특정 인물에 대한 데이터가 이미 존재하는 경우, 해당 인물에 대해 다음과 같은 추가적인 데이터를 처리할 수 있다:

1. (생략)
2. 제3자의 보호 또는 수사 단서 확보에 유용한 추가적인 단서.

연방범죄수사청법 제12조 【용도 구속성 및 가정적 데이터 신규 수집의 원칙】

① 연방범죄수사청은 자체적으로 수집한 개인 데이터를 다음의 경우에 후속 처리할 수 있다:

1. 동일한 임무를 수행하기 위해,
2. 동일한 법익을 보호하거나 동일한 범죄를 예방 또는 추적하기 위해.

(생략)

② 연방범죄수사청은 본래의 수집 목적 이외의 다른 목적을 위해 개인 데이터를 후속 처리할 수 있으며, 이는 다음 조건을 충족해야 한다:

1. 최소한

- a) 유사하게 중대한 범죄를 예방, 발견 또는 추적,
- b) 유사하게 중요한 법익을 보호해야 하며,

2. 개별 사례에서 다음과 같은 구체적인 조사 단서가 존재해야 한다:

- a) 이러한 범죄를 예방, 발견 또는 추적하기 위한 단서,
- b) 예측 가능한 기간 내에 발생할 수 있는 유사하게 중요한 법익에 대한 위협을 방지하기 위한 단서.

(생략)

③~⑤ (생략)

연방범죄수사청법 제18조 【기결수, 피의자, 용의자 및 기타 관련자의 데이터】

① 연방범죄수사청은 제2조 제1항 내지 제3항에 따른 임무를 수행하기 위해 다음과 같은 인물의 개인 데이터를 후속 처리할 수 있다:

- 1. 기결수,
- 2. 피의자,
- 3. 용의자의 경우, 범죄의 성격 또는 실행 방식, 관련 인물의 성격, 혹은 기타 정보에 따라 향후 해당 인물에 대해 형사 절차가 진행될 가능성이 있다고 판단될 경우에 한하여 데이터의 후속 처리가 필요한 경우,
- 4. 관련 인물의 경우, 근거 있는 사실로 인해 해당 인물이 가까운 미래에 중대한 범죄를 저지를 가능성이 있는 경우에 하여 데이터의 후속 처리가 필요한 경우.

② 연방범죄수사청은 다음 데이터를 후속 처리할 수 있다:

1. 제1항 제1호 내지 제4호에 해당하는 인물의 경우:

- a) 기본 데이터,
- b) 필요한 경우, 식별에 적합한 기타 특징,
- c) 범죄 기록을 관리하는 경찰기관 및 범죄 기록 번호,
- d) 범죄 발생 시간 및 장소,
- e) 법률 조항 및 구체적인 범죄 명칭을 포함한 범죄 혐의.

2. 제1항 1호 및 2호에 해당하는 인물의 경우, 범죄의 성격 또는 실행 방식, 관련

인물의 성격, 혹은 기타 정보에 따라 향후 해당 인물에 대해 형사 절차가 진행될 가능성이 있다고 판단되는 경우 추가적인 개인 데이터

3. 제1항 3호 및 4호에 해당하는 인물의 경우, 추가적인 개인 데이터.

③~④ (생략)

⑤ 피의자가 최종적으로 무죄 판결을 받았거나, 그에 대한 본안 절차의 개시가 더 이상 이익을 제기할 수 없는 방식으로 거부되었거나, 또는 절차가 단순히 일시 중단된 것이 아닌 경우에는 결정의 이유에서 해당 인물이 해당 범죄를 저지르지 않았거나 불법적으로 저지르지 않았다는 점이 명백하다면 데이터의 후속 처리는 허용되지 않는다.

연방범죄수사청법 제2조 【중앙기관】

① 연방범죄수사청은 경찰 정보 및 통신 업무와 형사경찰의 중앙기관으로서 주 및 연방의 경찰이 여러 주에 걸쳐 있는 범죄나 국제범죄 또는 중대한 범죄를 예방하고 수사하는 것을 지원한다.

② 연방범죄수사청은 이 임무를 수행하기 위해:

1. 이를 위해 필요한 모든 정보를 수집하고 평가하며,
2. 주 및 연방 수사기관에 관련 정보와 범죄에 대해 발견된 연관성을 신속히 통지해야 한다.

③ 연방범죄수사청은 중앙기관으로서 이 법에 따라 통합된 경찰정보네트워크를 운영한다.

④~⑦ (생략)

연방범죄수사청법 제29조 【경찰정보네트워크, 규정 권한】

①~③ (생략)

④ 연방범죄수사청은 조직적 및 기술적 조치를 통해 경찰정보네트워크의 데이터 입력 및 접근이 허가된 기관만 이를 수행할 수 있도록 보장해야 한다. 제12조 제2항 내지 제5항, 제14조, 제15조, 제16조 제1항, 제2항, 제5항, 제6항, 제18조 제1항, 제2항, 제4항, 제5항, 제19조 제1항, 제2항 및 제20조와 제91조가 준용된다.

⑤~⑧ (생략)

연방범죄수사청법 제30조 【네트워크 관련성】

① 경찰 정보 네트워크에 참여하는 기관은 다음에 해당하는 경우에만 경찰 정보네트워크 내에서 데이터를 처리할 수 있다:

1. 여러 주들에 걸친 범죄, 국제범죄 또는 중대한 범죄를 예방 및 수사하는 데 필요한 개인 데이터;
2. 정보 네트워크 내 데이터 처리가 필요한 개인 데이터:
 - a) 식별 목적을 위해 연방범죄수사청이 제16조 제5항에 따라 정보시스템에서 이러한 데이터를 추가로 처리할 수 있는 경우 또는
 - b) 인물 및 사물 수배 목적을 위해 연방범죄수사청이 제16조 제2항에 따라 정보시스템에서 이러한 데이터를 추가로 처리할 수 있는 경우

(네트워크 관련성).

② (생략)

연방범죄수사청법 제77조 【데이터 평가 및 삭제 기한; 삭제의무 통지】

① 연방범죄수사청은 연방데이터보호법 제75조에 따라 개별 사례를 처리하거나 기간을 정하여 저장된 개인 데이터의 수정 또는 삭제의 필요성을 평가한다.

연방범죄수사청의 정보시스템에서 처리된 개인 데이터에 대한 평가 기한은 성인의 경우 최대 10년, 청소년의 경우 최대 5년, 아동의 경우 최대 2년을 넘어서는 안 되며 데이터의 저장 목적, 사건의 성격 및 중대성에 따라 구분되어야 한다. 이러한 평가 기한의 준수는 적절한 기술적 조치를 통해 보장되어야 한다.

②~⑥ (생략)

연방범죄수사청법 제79조 【국제 테러 방지 및 유사 조치로 얻어진 개인 데이터의 삭제】

① 제5절에 명시된 조치 또는 제34조나 제64조에 따른 조치를 통해 얻어진 개인 데이터가 조치의 목적 달성이나 조치에 대한 법적 검토를 위해 더 이상 필요하지 않은 경우, 제2절 제2항의 규정에 따라 데이터 후속 처리가 허용되는 경우 외에는 데이터를 즉시 삭제하여야 한다.

(생략)

② 제1항은 다음과 같은 개인 데이터에도 동일하게 적용된다:

1. 연방범죄수사청에 전달된 데이터,
2. 제34조, 제5절 또는 제64조에 따른 조치와 유사한 조치를 통해 얻어진 데이터.

연방데이터보호법 제75조 【개인 데이터의 수정, 삭제 및 처리 제한】

- ① (생략)
- ② 데이터 관리자는 데이터 처리 자체가 허용되지 않는 경우, 법적 의무를 이행하기 위해 데이터 삭제가 필요한 경우 또는 데이터가 더 이상 관리자의 업무 수행에 필요하지 않은 경우 개인 데이터를 즉시 삭제해야 한다.
- ③ (생략)
- ④ 법률 조항에 명시된 최대 저장기간 또는 삭제기한과 무관하게 책임자는 개인 데이터 삭제 또는 저장의 필요성을 정기적으로 검토하기 위한 적절한 기간을 설정하고 해당 기한의 준수를 보장하기 위한 절차적 조치를 마련해야 한다.

2. 쟁점

2017년에 개정된 연방범죄수사청법 조항들이 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부가 쟁점이다. 즉, 국제 테러 방지를 위해 데이터를 수집할 수 있는 권한(연방범죄수사청법 제45조 제1항 제1문 제4호)과 특히 이를 통해 접촉자에 대한 감시(연방범죄수사청법 제39조 제2항 제2문)를 허용하는 내용이 문제된다. 또한, 이러한 감시 조치를 통해 획득한 개인 데이터를 연방범죄수사청 자체의 정보시스템에서 추가적으로 처리할 수 있는 권한(연방범죄수사청법 제16조 제 1항과 연계한 동법 제12조 제1항 제 1문)과 개인 데이터 후속 처리 권한(연방범죄수사청법 제18조 제1항 제1호, 제2호, 제 4호, 제2항 제1호, 제3호 및 제5항) 및 정보시스템과 경찰정보네트워크에서 수사 지원을 위한 힌트를 추가로 저장할 수 있는 권한(연방범죄수사청법 제16조 제6항 제2호와 연계한 동법 제29조 제4항 제2문)이 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부가 쟁점이다.

IV. 판단

헌법소원은 부분적으로 적법하며 일부 이유 있다.

1. 헌법소원의 적법요건에 대한 판단

가. 문제된 조항이 기본권과 합치되는지를 심사할 수 있는 연방헌법재판소의 관할권은 존재한다. 이는 문제된 조항이 유럽연합의 데이터 보호 관련 법령, 특히 유럽연합 형사사법지침과 관련이 있더라도 마찬가지다. 이번 헌법소원에서 문제된 권한들은 유럽연합 법률에 의해 필수적으로 요구되거나 최종적으로 규율된 사항 아니다.¹⁰⁾

나. 헌법소원은 대체로 적법하다. 청구인 1)과 2)가 연방범죄수사청법 제45조 제1항 제1문 제4호와 연계한 동법 제39조 제2항 제2호 및 제16조 제1항과 연계한 제12조 제1항 제1문을 문제 삼은 것은 적법하다. 청구인 3) 내지 5)가 연방범죄수사청법 제18조 제1항 제1호, 제2호, 제4호, 제2항 제1호, 제3호, 제5항과 연계한 동법 제29조 제4항 제2문을 문제 삼은 것은 부분적으로만 적법하다. 모든 청구인들이 연방범죄수사청법 제16조 제6항 제2호를 문제 삼은 것은 부적법하다.

이 사건과 같이 비밀 조치를 허용하는 법률에 대해 헌법소원이 제기되는 경우, 헌법소원의 적법요건으로서 법적 관련성 및 헌법소원의 보충성에 대한 특별한 요청이 적용된다.¹¹⁾

(1) 헌법소원의 적법성은 기본법 제93조 제1항 제4a호¹²⁾ 및 연방헌법재판소법 제90조 제1항¹³⁾에 따라 공권력 행사로 인해 기본권 또는 기본권 유사한 권리가 침해되었다는 주장(법적 관련성)을 전제로 한다.¹⁴⁾ 이를 위해 기본권침해가능성과 자신의 직접적이고 현재적인 영향을 구체적으로 설명해야 한다.

1) 청구인이 주장하는 법적 침해는 포함하는 사건은 구체적이고 논리적으로 제시되어야 하며, 기본권침해가능성을 충분히 명확히 나타내야 한다. 헌법소원이 법률 조항을 대상으로 하는 경우, 청구인은 해당 규정을 구체적으로 다루어야 하며, 공격 대

10) BVerfGE 155, 119 <162 ff. Rn. 83 ff.>; 156, 11 <35 ff. Rn. 63 ff.>; 158, 170 <183 Rn. 23> 참조.

11) BVerfGE 162, 1 <51 ff. Rn. 93 ff.> ; 165, 1 <29 ff. Rn. 37 ff.> 참조.

12) 기본법 제93조

① 연방헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.

4a. 기본권 또는 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조 및 제104조에 규정된 권리가 공권력에 의하여 침해되었다고 주장하며 제기할 수 있는 헌법소원

13) 연방헌법재판소법 제90조

① 공권력에 의하여 자신의 기본권 또는 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조 및 제104조의 권리가 침해된 자는 연방헌법재판소에 헌법소원을 청구할 수 있다.

14) BVerfGE 140, 42 <54 Rn. 47>; 162, 1 <51 f. Rn. 93> 참조.

상 규정의 합헌성에 영향을 미칠 수 있는 관련 법규도 포함하여 설명해야 한다. 또한 제출된 사실관계에 대한 헌법적 판단에 대해 구체적으로 논의해야 한다.

2) 비밀 조치를 허용하는 법적 규정에 대한 헌법소원에서 자신에 대한 직접적이고 현재적인 영향을 설명하기 위해서는 특별한 요구사항이 적용된다. 본 사건에서 문제 되는 조항처럼 추가적인 집행 행위(데이터 수집 또는 데이터 처리)의 형식 없이는 직접적인 효력을 발하지 않는 경우도 있을 수 있다. 그러나 청구인이 해당 조치에 대해 알지 못하거나, 사후 통지가 예정되어 있더라도 광범위한 예외 조항으로 인해 장기간 통지되지 않아서 청구인이 법적 보호를 구할 수 없는 경우, 이러한 집행을 필요로 하는 법률에 의해 직접적으로 영향을 받는 것으로 간주된다.¹⁵⁾

비밀 조치를 허용하는 법적 규정으로 인해 직접적이고 현재적인 영향을 받을 가능성은, 구체적인 침해는 집행을 통해서만 발생하더라도 문제된 조항에 근거한 조치로 인해 청구인 자신의 기본권이 상당한 영향을 받을 가능성이 있음을 설명하는 것으로 충분하다.¹⁶⁾ 청구인이 보안 위협 활동에 대해 자기에게 책임이 있음을 주장하거나 스스로 범죄를 인정하는 내용이 포함될 필요는 없다.¹⁷⁾

(2) 헌법소원의 보충성 원칙(Subsidiarität)에 따라 특별한 적법성 요건이 추가로 적용된다. 비록 의회법(Parlamentsgesetze)에 대해서는 연방헌법재판소법 제90조 제2항¹⁸⁾에 명시된 의미에서 헌법소원 이전에 소진되어야 할 정규적인 권리구제절차가 직접적으로 존재하지는 않더라도 헌법소원은 보충성의 광범위한 요건을 충족해야 한다. 이는 연방헌법재판소가 확정되지 않은 사실 및 법적 근거를 바탕으로 광범위한 결정을 내리지 않도록 하고, 먼저 일반 법률의 해석 및 적용에 주요 책임을 맡고 있는 전문법원이 사실 및 법률문제를 충분히 검토하게 하려는 것이다. 이는 해당 권리구제 수단이 적법한지 여부가 의문스러운 경우나, 구체적인 상황에서 이를 적법하게 사용할 수 있는지가 불확실한 경우에도 마찬가지이다.¹⁹⁾

15) BVerfGE 155, 119 <159 Rn. 73> 참조.

16) BVerfGE 155, 119 <160 Rn. 75> 참조.

17) BVerfGE 130, 151 <176 f.> 참조.

18) **연방헌법재판소법 제90조**

- ② 다른 권리구제절차가 있는 경우에는, 헌법소원은 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다. 다만 헌법소원이 일반적인 의미를 가지는 경우 또는 먼저 권리구제절차를 거치게 하면 소원 청구인이 중대하고 불가피한 손해를 입을 우려가 있는 경우에는, 연방헌법재판소는 권리구제절차를 거치기 전에 헌법소원에 대해서도 즉시 심판할 수 있다.

다. 헌법소원은 이러한 요구사항을 상당 부분 충족한다.

(1) 청구인 1), 2)와 관련하여, 헌법소원은 연방범죄수사청의 특별 수단에 의한 접촉자에 대한 데이터 수집 권한이 충분한 개입 기준에 따라 규정되지 않았다는 주장을 제기하는 한에서 적법하다. 청구인들은 개인정보자기결정권에 대한 침해 가능성을 충분히 설명하였다. 또한, 이들은 직접적 영향을 받지 않는다고 볼 수 없다. 비록 문제 삼은 조항들이 추가적인 집행 행위를 필요로 하지만, 해당 감시 조치는 원칙적으로 비밀리에 수행된다. 법률에 규정된 통지의무는 이러한 상황을 부분적으로만 보완할 수 있는데, 이는 통지가 늦게 이루어지거나 광범위한 예외 조항이 존재할 수 있기 때문이다.

또한 청구인들은 국제 테러리즘 관련 조치의 대상으로 고려될 수 있는 사람들과의 특정한 직업적 관계로 인해 자신들이 감시 조치의 간접적인 영향을 받을 가능성이 충분히 있다고 설명하였다. 특히, 그들은 변호사로서의 직업 활동으로 인해 국제 테러리즘과 관련된 사람들과 접촉할 수밖에 없음을 강조하였다.²⁰⁾

(2) 또한, 청구인1), 2)가 제기한 연방범죄수사청법 제16조 제1항과 제12조 제1항 제1문에 대한 헌법소원도 적법하다. 청구인들은 개인정보자기결정권에 대한 침해 가능성과 자신들이 영향을 받을 가능성을 충분히 설명하였다. 연방범죄수사청법 제5조에 따라 국제 테러리즘 위험 방지를 위해 특별히 강도 높은 수단으로 처음 수집된 개인정보가 해당 조항들에 따라 동일한 임무 수행을 위해 사용될 수 있다는 점이 문제된다.

(3) 청구인 3)내지 5)가 연방범죄수사청법 제18조 제1항 제1호, 제2호, 제4호, 제2항 제1호, 제3호, 제5항과 연계한 제29조 제4항 제2문에 따른 데이터 후속 처리 권한에 대해 이의를 제기한 헌법소원은 부분적으로만 적법하다.

1) 연방범죄수사청이 피의자들의 개인 데이터를 경찰정보네트워크에 저장하는 경우, 그 기준이 충분하지 않다는 점에서 청구인들은 기본권의 침해 가능성을 제기하였다. 이 과정에서 청구인들은 데이터 후속 처리 권한의 영향을 직접 받을 가능성을 충분히 설명하였다. 이들은 자신들의 정치적 및 기타 활동을 근거로 제시하면서, 적어도 주거 감시나 온라인 조사보다 강도가 낮은 경찰 데이터 수집 조치에 의해 영향을 받을 가능성이 높다고 주장하였다.

19) BVerfGE 150, 309 <326 ff. Rn. 42 ff.>; 162, 1 <54 ff. Rn. 100 ff.>; 165, 1 <29 ff. Rn. 37 ff.> 참조.

20) BVerfGE 141, 220 <262 Rn. 84>; 165, 1 <37 f. Rn. 58 f.> 참조.

그러나 연방범죄수사청의 내부 정보시스템에 개인정보가 저장되는 것 자체에 대한 이의 제기는 적법하지 않다. 연방범죄수사청 정보시스템 내 데이터베이스와 경찰정보네트워크 간의 데이터 분리와 관련된 적용 가능한 법률에 대한 충분한 논의가 부족하기 때문이다. 데이터 분리로 인해 발생하는 개입 강도와 이에 상응하는 정당화요건의 차이에 대한 고려도 부족하다. 또한, 데이터 저장 이후 연방범죄수사청의 추가적인 데이터 사용에 대한 이의제기도 부적법하다. 이러한 추가적인 데이터 사용이 어떤 조건에서 이루어지는지를 충분히 설명하지 않았기 때문이다.

2) 연방범죄수사청법 제18조 제1항 제1호, 제2항 제1호에 따라 유죄 판결을 받은 자의 개인정보 후속처리와 관련하여 제기된 헌법소원은 부적법하다. 청구인들은 이 규정들이 자신들에게 직접 영향을 주었다는 점을 설명하지 않았으며, 특히 자신들이 이미 형사 판결을 받았음을 알리지 않았다. 또한, 해당 조항에 따른 데이터 저장에 대해 행정소송을 통해 권리구제를 받을 가능성과 관련하여, 보충성 원칙 요건을 준수했다는 설명도 부족하다.

3) 또한 연방범죄수사청법 제18조 제1항 제4호, 제2항 제1호 및 제3호에 따른 관련자의 개인정보 후속 처리와 통지의무 부재에 대한 이의 제기와 관련된 헌법소원도 적법하지 않다. 청구인 3) 내지 5)는 이와 관련된 기본권침해가능성을 충분히 설명하지 못했다.

4) 또한 연방범죄수사청법 제18조 제5항과 관련된 이의 제기는 충분히 구체화되지 않았다. 청구인들은 이 규정으로 인해 자신들이 직접 피해를 입었다는 점을 충분히 설명하지 못하였다.

(4) 연방범죄수사청법 제16조 제6항 제2호에 대한 이의 제기는 추가 저장과 관련된 헌법적 요건에 대한 충분한 설명이 부족하다.

2. 헌법소원에 대한 본안판단

헌법소원은 적법한 한도 내에서 부분적으로 이유 있다. 문제가 된 조항들은 일반적 인격권의 한 형태로서 기본법 제2조 제1항과 제1조 제1항에 의해 보장되는 청구인들의 기본권인 개인정보자기결정권을 제한하고 있다. 해당 조항들은 심사 범위 내에서 형식적으로는 헌법에 합치하지만, 비례성 원칙의 요건을 완전히 충족하지는 못한다. 이에 따라 연방범죄수사청법 제45조 제1항 제1문 제4호는 헌법에 합치되지 않

는다. 반면 연방법죄수사청법 제16조 제1항과 제12조 제1항 제1문에 대해 제기된 헌법적 우려는 해당 조항이 적절하게 해석될 경우 타당하지 않다. 반면에 연방법죄수사청법 제18조 제1항 제2호, 제2항 제1호와 제13조 제3항, 제29조에 따른 규정은 헌법적 요건을 충족하지 못하였다.

가. 문제된 권한은 기본법 제2조 제1항과 연계한 제1조 제1항에서 보장되는 개인 정보자기결정권을 침해한다. 일관된 판례에 따르면, 개인 정보자기결정권은 일반적인 인격권의 독립된 표현으로 인정된다.²¹⁾ 따라서 현대의 데이터 처리 조건하에서 개인의 자유로운 인격 발현은 자신의 개인정보를 무제한적 수집, 저장, 사용 및 전파하는 것으로부터 보호받음을 전제로 한다. 이 기본권은 개인이 자신의 개인정보를 공개하고 사용하는 것에 대해 스스로 결정할 권한을 보장한다.²²⁾ 이 권리는 단순한 사생활 보호를 넘어서며, 행동의 자유 및 사적 영역에 대한 기본권적 보호를 지원하고 확장하고 개인정보의 침해가능성 단계부터 보호가 시작되도록 한다.²³⁾

이를 바탕으로 볼 때, 연방법죄수사청법 제45조 제1항 제1문 제4호에 따라 연방법죄수사청이 비밀리에 데이터 수집 권한을 행사하는 것은 명백한 기본권 제한에 해당한다.²⁴⁾ 또한 연방법죄수사청법 제16조 제1항 및 제12조 제1항 제1문, 제18조 제1항 제2호, 제2항 제1호와 제13조 제3항, 제29조에 근거한 개인정보의 후속 처리 권한 역시 각각 독립적으로 개인 정보자기결정권 제한을 구성하며, 그 제한의 강도는 상황에 따라 달라질 수 있다.²⁵⁾

나. 문제가 된 권한 규정들은 적법하게 제기된 한, 형식적 측면에서 헌법에 합치한다. 특히, 연방은 이에 대한 입법 권한을 보유하고 있다.

다. (1) 개인 정보자기결정을 제한하려면 정당한 공익 목적을 추구하고, 그 목적 달성을 위해 적합하고 필요하며 좁은 의미에서 비례성을 충족하는 법적 근거가 필요하다.²⁶⁾ 이 과정에서 좁은 의미의 비례성 원칙에 따라 특정한 요구사항이 발생한다. 이

21) BVerfGE 65, 1 <42> - 인구조사 판결; BVerfGE 78, 77 <84>; BVerfGE 118, 168 <184>; BVerfGE 152, 152 <188 Rn. 83> - 잊힐 권리 I 참조.

22) BVerfGE 65, 1 <42 f.>; BVerfGE 120, 274 <312> 참조.

23) BVerfGE 120, 274 <312> 참조.

24) BVerfGE 141, 220 <286 f. Rn. 147 ff.> 참조.

25) BVerfGE 141, 220 <324 ff. Rn. 276 ff.>; 165, 363 <393 Rn. 61> 참조.

러한 요구사항의 엄격성은 개인정보의 수집 또는 후속 처리 권한을 통한 제한의 정도에 따라 결정된다.²⁷⁾ 따라서 정당화 요구를 구체화하기 위해 서로 다르지만 상호 관련된 기본권 침해를 구분해야 한다. 본 사안에서는 특히 별도로 규제된 데이터 수집과 ‘후속 처리’라는 포괄적인 용어 아래 통일적으로 규정된 개인정보의 저장 및 추가 활용을 구분해야 한다.²⁸⁾ 수집된 데이터를 원래 목적 외의 목적을 위해 사용하는 것은 새로운 기본권 제한을 구성하며, 이는 목적 제한 원칙에 따라 헌법적으로 별도로 정당화되어야 한다.²⁹⁾ 비례성 원칙은 투명성, 개별 권리 보호, 통제·감독을 요청한다.³⁰⁾ 또한 데이터 보안이 보장되어야 한다.³¹⁾

(2) 좁은 의미의 비례성(상당성)에 대한 헌법적 검토에서는 잠재적으로 자신들의 개인정보자기결정권이 제한받을 수 있는 이들과 그 밖의 다른 이들의 기본권을 보호해야 하는 국가의 의무 사이에서 균형을 이뤄야 하는 입법자의 임무를 주목해야 한다.³²⁾ 입법자는 한편으로는 쟁점이 되는 조항에 의해 허용된 수집 및 후속 처리 조치의 기본권 침해 정도를 평가해야 한다. 수집 조치는 경우에 따라 사적 영역에 깊이 침투할 수 있다. 후속 처리 조치는 초기 목적을 넘어서는 보안 기관의 정보 추적 및 연결 가능성을 제공할 수 있으며, 이는 개인의 권리와 관련된 민감한 문제를 야기할 수 있다. 이에 따른 높은 침해의 정도는 형량에서 고려되어야 한다. 다른 한편으로 입법자는 국민의 기본권과 법익을 효과적으로 보호해야 할 의무가 있다. 헌법 질서, 국가와 연방의 존립과 안전, 개인의 생명, 신체의 무결성 및 자유는 높은 헌법적 가치를 가지는 보호 대상이다. 국가의 안보는 평화와 질서를 유지하기 위한 체계로서 중요한 헌법적 가치를 가지며,³³⁾ 다른 헌법적 가치와 동등한 지위에 있다. 그러므로 국가는 개인의 생명과 신체적 무결성 및 자유를 위법적인 제한으로부터 보호해야 한다.

26) BVerfGE 65, 1 <44>; 100, 313 <359 f.>; 155, 119 <176 f. Rn. 123> 참조.

27) BVerfGE 141, 220 <269 Rn. 105>; 165, 363 <389 f. Rn. 54> 참조.

28) BVerfGE 65, 1 <43> - 인구조사; 120, 351 <361> - 세금 관련 해외 관계 데이터 수집; 155, 119 <167 Rn. 93> - 고객 데이터 정보 II 참조.

29) BVerfGE 141, 220 <324 Rn. 277, 327 Rn. 285> 참조.

30) BVerfGE 141, 220 <282 Rn. 134> 참조.

31) BVerfGE 155, 119 <182 Rn. 135> 참조.

32) BVerfGE 141, 220 <267 Rn. 98> 참조.

33) BVerfGE 154, 152 <249 Rn. 163> 참조.

(3) 적법하게 심판의 대상이 된 모든 권한은 규범 명확성의 원칙에 따라 평가되어야 한다. 이 원칙은 국민들에게 가능한 제한을 예상할 수 있게 하고, 행정 권한을 효과적으로 제한하며, 법원의 효과적인 통제를 가능하게 한다.³⁴⁾ 명확성은 무엇보다도 정부와 행정이 법에서 규제 및 제한 기준을 확인할 수 있고, 법원이 효과적인 사법적 통제를 수행할 수 있도록 하는 것이다. 입법자는 법의 목적에 따라 조정 대상의 특성과 관련하여 규정을 가능한 한 명확히 작성해야 한다.³⁵⁾ 규범의 명확성은 규정의 내용적 이해가능성을 중심으로 하며, 시민들이 예상 가능한 부담적 조치에 대비할 수 있도록 한다. 특히 비밀리에 이루어지는 데이터 수집과 처리는 높은 수준의 명확성을 요구하며, 이는 침해 정도와 비례성 요구사항에 밀접하게 관련되어 있다.³⁶⁾

라. 연방범죄수사청법 제45조 제1항 제1문 제4호는 구체적인 규정 형성에 있어 이러한 헌법적 요구사항을 충족하지 못한다.

이 규정은 테러 활동에 대한 의심을 받지 않는 개인이라도, 책임 있는 사람과 가까운 관계에 있는 사람(접촉자)인 경우에 연방범죄수사청이 비밀감시 조치를 취할 수 있는 권한을 부여한다. 여기에는 연방범죄수사청법 제45조 제2항에 명시된 특별한 수단, 예를 들어 장기간의 감시, 비밀연락원 또는 비밀수사관의 투입 등이 허용된다.

이 권한 규정에 따라 허용되는 개인정보자기결정권에 대한 개입은 상당히 중대한 영향을 미칠 수 있다. 원칙적으로 접촉자에 대한 특별한 정보 수집 수단의 사용은 이에 상응하는 중대한 위협을 방지하기 위해 헌법적으로 정당화될 수 있다. 그러나 연방범죄수사청법 제45조 제1항 제1문 제4호에 규정된 개입 기준은 엄격한 의미의 비례성 요건을 충족하지 못한다.

연방범죄수사청법 제45조 제1항 제1문 제4호는 개인정보자기결정권에 대한 다양한 정도의 개입을 허용한다. 예를 들어 단순히 사진을 찍거나 단기적인 감시를 하는 경우에는 개입의 중대성이 낮을 수 있지만, 인물의 언행을 장기적으로 비밀리에 녹음하거나 기록하는 경우에는 일반적으로 중대한 개입으로 간주된다.³⁷⁾ 특히 동조 제2항에 명시된 여러 감시 수단을 결합하여 모든 발언과 행동을 시각적 및 청각적으로 기록하는 경우, 이는 사적 영역을 깊이 침해하며 중대한 개입으로 평가될 수 있다.³⁸⁾

34) BVerfGE 113, 348 <375 ff.>; 156, 11 <44 Rn. 85>; 162, 1 <95 Rn. 199> 참조.

35) BVerfGE 145, 20 <69 f. Rn. 125> 참조.

36) BVerfGE 141, 220 <265 Rn. 94>; 155, 119 <181 Rn. 133>; 162, 1 <95 Rn. 200> 등 참조.

37) BVerfGE 141, 220 <290 Rn. 160>; 165, 1 <48 Rn. 88> 참조.

비밀연락원 및 비밀수사관의 투입은 이들이 신뢰를 악용한다는 점에서 더욱 중대한 영향을 미칠 수 있다.³⁹⁾

그러나 연방법죄수사청법 제45조의 감시 권한은 시간적으로 제한되어 있어 개입의 강도가 다소 완화된다. 동조 제5항 제3문에 따르면, 제3항에 따른 사법 명령의 경우 감시 기간은 최대 1개월 또는 3개월로 제한된다. 이 명령은 제한 없이 연장될 수 있지만, 매번 새로운 사법 명령이 필요하다.

하지만 이러한 개입의 중대성에 상응하는 헌법적 요구사항을 연방법죄수사청법 제 45조 제1항 제1문 제4호는 충족하지 못한다. 이 규정은 정당한 목적을 추구하고, 이를 달성하기 위해 적합하고 필요하다는 점에서는 문제가 없다. 그러나 엄격한 의미에서의 비례성 원칙이 요구하는 개입 기준을 충족하지 못한다. 이는 헌법에 부합하도록 해석하는 방법을 통해서도 해결할 수 없다. 또한 법관 유보 절차로도 이 결론은 변하지 않는다.

(1) 연방법죄수사청법 제45조 제1항 제1문 제4호의 권한은 정당한 목적을 추구한다. 이는 국제 테러리즘의 위협을 방지하기 위해 연방법죄수사청이 감시 조치를 취할 수 있도록 하기 위함이다. 이러한 범죄 행위는 무고한 사람들을 도구로 삼아 타인의 생명과 신체에 위협을 가하며, 공동체를 불안정하게 하는 것을 목표로 한다. 이는 헌법 질서의 기본적인 토대와 공동체 전체를 위협하는 행위로 간주된다.⁴⁰⁾ 이에 대응하기 위한 효과적인 감시 조치를 제공하는 것은 정당한 목표일 뿐 아니라, 민주주의 및 자유 질서를 위해 중요한 문제이다.⁴¹⁾

(2) 그러나 연방법죄수사청법 제45조 제1항 제1문 제4호는 경찰의 비밀감시 조치를 정당화하는 데 있어 엄격한 의미의 비례성 원칙에서 요구되는 특별한 요건에 부합하지 않는다.

연방법죄수사청법 제39조 제2항 제1호에서 경찰법상 책임 있는 사람에 대해 규정된 개입 기준조차도 연방법죄수사청법 제45조 제2항에 명시된 강도 높은 개입 수단에 의한 비밀감시를 정당화하지 못한다. 하물며, 책임이 없는 접촉자에 대해 이러한 개입 수단을 사용하는 것은 더욱 정당화될 수 없다.

38) BVerfGE 141, 220 <286 f. Rn. 149 ff.>; 162, 1 <160 f. Rn. 357> 참조.

39) BVerfGE 141, 220 <289 f. Rn. 160>; 162, 1 <153 f. Rn. 340 f., 158 Rn. 351> 참조.

40) BVerfGE 141, 220 <266 f. Rn. 96 f.> 참조.

41) BVerfGE 133, 277 <333 f. Rn. 133> 참조.

비밀 데이터 수집 권한의 개입 강도에 상응하는 비례성의 엄격한 요건은, 수집하려는 데이터로 보호하려는 법익뿐만 아니라 여기서 문제가 된 이른바 개입 기준(감시의 근거)에 대해서도 적용된다.⁴²⁾

현재와 같은 높은 강도의 비밀감시 권한의 사용은 책임 있는 사람에 대해서도 적어도 구체화된 위험이 존재할 때에만 정당화될 수 있다. 책임 있는 사람의 주변 인물인 접촉자를 이와 같은 방식으로 감시하려면, 조사하려는 위험과 관련된 해당 인물 사이에 개별적이고 구체적인 연관성이 추가로 요구된다.

1) 강도 높은 비밀감시 조치를 통해 데이터를 수집하는 것은, 위험 방지 분야에서 보호하려는 법익에 대한 위험이 구체적이고 개별적으로 예측 가능한 경우에만 엄격한 의미에서의 비례성으로 정당화될 수 있다. 즉, 해당 조치의 대상자는 객관적인 상황에서 제3자의 관점에서 보아 이러한 위험에 연관되어 있어야 한다.⁴³⁾

헌법적 정당화를 위해서는 구체적 위험 또는 적어도 보호하려는 법익의 중대한 침해로 이어질 수 있는 구체화된 위험이 존재해야 한다.⁴⁴⁾

구체화된 위험은 보호하려는 법익에 대해 구체적인 위험이 발생할 가능성을 뒷받침하는 실질적인 단서가 있어야만 성립한다. 단순한 경험 법칙만으로는 개입을 정당화할 수 없으며, 개별적인 사례에서 관련 보호법익에 대한 침해를 예측할 수 있는 특정 사실이 확인되어야 한다. 예를 들어, 손해로 이어질 수 있는 인과적 진행 과정이 충분히 예측 가능하지 않더라도, 이미 특정 사실이 개별적 상황에서 중요한 법익에 대한 위험을 나타낸다면, 이는 충분히 구체화된 위험으로 간주될 수 있다.⁴⁵⁾

이를 위해 기본적으로 두 가지 조건이 충족되어야 한다. 첫째, 사실에 근거하여 최소한 유형적으로 구체화되고 시간적으로 예측 가능한 사건이어야 하며, 둘째, 특정 인물들이 관련되어야 하고, 이들에 대한 신원 정보가 적어도 감시 조치가 해당 인물들에게만 제한될 수 있을 정도로 명확해야 한다.⁴⁶⁾

테러 범죄처럼 과거 범죄 기록이 없는 개인이 장기간 계획하여 예측할 수 없는 장소에서 예측 불가능한 방식으로 범행을 저지르는 경우 사건의 인식 가능성에 대한 요

42) BVerfGE 141, 220 <269 Rn. 104, 270 f. Rn. 106 ff., 271 ff. Rn. 109 ff.>; 162, 1 <84 f. Rn. 174> 참조.

43) BVerfGE 141, 220 <271 Rn. 109> 참조.

44) BVerfGE 141, 220 <271 ff. Rn. 111 ff.> 참조.

45) BVerfGE 141, 220 <272 f. Rn. 112>; 165, 1 <49 ff. Rn. 90 ff.> 참조.

46) BVerfGE 141, 220 <272 f. Rn. 112> 참조.

건이 완화될 수 있다. 사건의 구체적인 유형 및 시간적인 예측가능성이 부족하더라도, 이미 관련 인물에 대한 구체적인 정보가 있어 특정 인물이 그러한 범죄를 가까운 미래에 저지를 개연성이 명백히 뒷받침된다면 감시 조치가 허용될 수 있다.⁴⁷⁾ 예컨대 해외 테러리스트 훈련소에서 귀국한 인물이 이에 해당할 수 있다.⁴⁸⁾

반면에, 비밀감시 조치로 인한 침해의 강도는 보호법익에 대한 개입의 실제 근거를 아직 구체적으로 예측할 수 없는 위협의 초기 단계에서는 충분히 반영될 수 없다. 단지 막연한 위협 징후만 있는 상태라면 개별 관찰의 의미는 종종 다중적이다. 이러한 불확실성은 강도 높은 비밀감시 조치를 수행하는 데 충분하지 않다.⁴⁹⁾

2) 접촉자에 대한 비밀감시의 추가 요건

경찰법적인 책임이 없는 접촉자에 대한 비밀감시는 특별한 추가요건을 필요로 한다. 강도 높은 감시 조치는 접촉자를 직접적인 대상으로 삼을 수 없다고 단정할 수는 없지만, 이 경우 엄격한 비례성 요건을 충족해야 하며 대상자가 책임 있는 인물의 위협과 구체적으로 연결되는 개인적 밀접성이 요구된다.⁵⁰⁾ 접촉자를 감시하려면, 적어도 해당 수단을 통한 감시가 책임 있는 인물에 대해 허용될 수 있어야 한다. 책임 있는 인물에 대한 감시가 허용되지 않는 경우, 조사해야 할 위협이 충분하지 않은 경우이기 때문에 접촉자에 대한 강도 높은 감시 조치도 허용되지 않는다.

3) 연방범죄수사청법 제45조 제1항 제1문 제4호는 책임 있는 인물과 관련된 위협성의 필요조건조차 충족하지 못하며, 따라서 책임이 없는 접촉자를 감시하는 것은 더더욱 정당화될 수 없다.

(3) 고강도 제한 조치에 적합한 개입의 임계치는 연방범죄수사청법 제45조 제1항 제1문 제4호를 헌법합치적으로 해석하는 방법을 통해서도 도출될 수 없다. 개입 임계치의 가정을 방해하는 것은 명확한 문구이다. 연방범죄수사청법 제39조를 개인정보 수집을 위한 보다 일반적인 권한 규정으로 보고 제45조를 특수한 수단을 사용하는 특별 규정으로 보는 체계적 해석을 통해서도 이러한 연관성을 도출할 수 없다. 물론 연방범죄수사청이 이러한 제한된 의미를 인지하고 이를 실무에 적용하고 있을 가능성이 존재한다. 그러나 데이터 수집 권한에 대한 헌법적 평가는 기관의 현재 실무가

47) BVerfGE 141, 220 <272 f. Rn. 112>; 165, 1 <50 f. Rn. 91> 참조.

48) BVerfGE 141, 220 <272 f. Rn. 112> 참조.

49) BVerfGE 141, 220 <273 Rn. 113>; 165, 1 <51 Rn. 92> 참조.

50) BVerfGE 141, 220 <273 f. Rn. 114 ff., 291 ff. Rn. 167 ff.> 참조.

아니라 법적 설계를 기준으로 한다.⁵¹⁾ 기본권을 강하게 제한하는 감시 권한의 사용은 헌법적으로 법률의 기준과 충분히 연결되어 있어야 하며, 이는 민주적인 법률 제정 절차로부터 비롯한다.⁵²⁾

헌법적 요구를 충족시키는 개입 기준을 해당 규정의 해석을 통해 도출하는 것은 비밀감시 조치와 관련된 규범 명확성의 원칙과 양립할 수 없다. 연방법죄수사청법 제45조 제1항 제1문 제4호는 사생활을 깊게 침해할 수 있는 비밀 정보수집을 허용하기 때문에 특히 엄격한 요건이 적용된다. 비밀감시 조치는 해당 당사자가 이를 거의 알지 못하고 이로 인해 법적 다툼이 드물게 이루어지므로, 법 규정의 내용이 실무와 사법적인 통계를 통해 구체화되기 어렵다. 따라서 이러한 한계를 입법자는 충분한 명확성을 통해 보완해야 한다.⁵³⁾

(4) 연방법죄수사청법 제45조 제3항에 규정된 판사의 사전 승인을 요하는 제도 또한 불명확하거나 지나치게 낮게 설정된 개입 기준의 결함을 보완할 수 없다.⁵⁴⁾

다. 연방법죄수사청법 제16조 제1항에 대해 제기된 헌법소원과 관련해서는 해당 조항에 대한 중대한 헌법적 우려가 존재하지 않는다. 해당 조항은 본 법령에서 별도의 특별한 요건을 요구하지 않는 한, 연방법죄수사청에게 자신의 임무를 수행하는 데 필요한 범위 내에서 정보시스템 내의 개인 데이터를 계속해서 처리할 수 있는 권한을 부여한다. ‘후속 처리’라는 개념은 연방법죄수사청법 및 일반적인 개인정보보호법 규범에서의 ‘처리’ 개념과는 달리 법적으로 정의되어 있지 않다. 연방법죄수사청법은 데이터 처리에 관한 일반 권한(2장) 내에서 데이터 수집(제9조 내지 제11조), 데이터 후속 처리(제12조 내지 제24조), 데이터 전송(제25조 내지 제28조)을 구분한다.

문구와 체계에 따르면 후속 처리라는 개념은 각각 별도로 규정된 데이터 수집 및 데이터 전송을 포함하지 않으며, 이러한 법적인 체계적 이해는 법안 제안의 설명에서도 확인된다. 이에 따르면 데이터 ‘처리’는 포괄적으로 개념화되어 데이터 수집, 전송, 제한, 삭제 등을 포함하기 때문에 이를 제한할 필요가 있다. ‘후속 처리’라는 개념은 그러한 처리 단계를 포함하지 않으며, 대신 데이터의 조직화, 정리, 저장, 수정, 읽기, 조회, 사용, 비교 또는 연계 등의 처리 측면을 포함해야 한다는 것이다.⁵⁵⁾

51) BVerfGE 162, 1 <147 Rn. 326> 참조.

52) BVerfGE 154, 152 <238f. Rn. 139>; 162, 1 <97 Rn. 203f.; 144 f. Rn. 322> 참조.

53) BVerfGE 162, 1 <126 Rn. 273>; 상기 Rn. 95 참조.

54) BVerfGE 110, 33 <67 f.>; 120, 274 <331 f.> 참조.

이러한 ‘후속 처리’는 연방법죄수사청법 제12조의 기준에 따른 제16조 제1항의 규정에 따라 이루어진다. 본 사건의 문제는 연방법죄수사청법 제45조에 따라 특별히 강력한 수단을 통해 수집된 개인 데이터의 후속 처리와, 이를 동법 제5조에 따른 국제 테러 방지를 위한 임무 수행 목적으로 처리하는 것에 초점이 맞추어져 있다. 특히 논란이 되는 것은 제12조 제1항 제1문에 따른 후속 처리, 즉 원래 목적의 범위 내에서의 데이터 후속 처리이다. 이 범위에서의 권한은 개인정보자기결정권에 대한 중대한 제한을 허용하면서도 데이터의 추가적인 사용에 관한 엄격한 비례성 요건을 준수한다.

(1) 연방법죄수사청법 제16조 제1항에 관한 이의제기에서 처리된 데이터가 제45조 제2항에 따라 강력한 감시 방법을 통해 사전에 수집되었다는 점은 제한의 강도를 증가시킨다. 그러나 알고리즘에 기반을 둔 자동화된 데이터 분석과 같이 특별히 강력한 처리 방법을 허용하는 것은 아니며, 제12조 제1항에 따른 목적 준수 처리가 이루어진다는 점에서는 침해 강도가 완화된다.

1) 데이터 후속 처리 권한이 야기하는 침해의 강도는 선행하는 데이터 수집의 강도에 따라 달라진다.⁵⁶⁾ 선행 수집 조치가 강력할수록 침해의 강도가 증가한다.⁵⁷⁾ 여기서 문제되는 것은 개인 데이터가 비밀리에 수행된 권한을 통해 수집되었고, 이것이 개인적 영역을 깊이 침해하고 정당한 신뢰에 대한 기대를 해칠 수 있다는 점이다. 수집 권한의 침해 강도는 구체적인 상황에 따라 다르지만, 일반적으로 중대한 것으로 간주된다.⁵⁸⁾

2) 침해 강도를 판단함에 있어서는 데이터의 사용 방식, 특히 수집된 개인 정보가 어떻게 후속 처리되는지와 그로 인해 당사자들에게 미칠 결과가 중요하다.⁵⁹⁾ 이와 관련하여 연방법죄수사청법 제16조 제1항과 제12조 제1항 제1문의 결합규정에 따른 침해의 강도는 이 결합규정이 데이터를 원래 목적의 범위 내에서만 후속 처리하도록 허용하고 있기 때문에 제한적이다.

이 결합규정은 침해의 강도를 증가시킬 수 있는 특별히 강력한 처리 방법을 허용하지 않는다. 물론 ‘후속 처리’라는 개념 자체가 문언상 명시적으로 강력한 분석 방

55) BTDrucks 18/11163, S. 90 참조.

56) BVerfGE 165, 363 <390 Rn. 54> 참조.

57) BVerfGE 141, 220 <269f. Rn. 105ff> 참조.

58) BVerfGE 141, 220 <264f. Rn. 92> 참조.

59) BVerfGE 65, 1 <45f.>; 155, 119 <178f. Rn.129>; 165, 363 <407f. Rn.99> 등 참조.

법을 배제하지는 않는다. 또한, 단순히 입법자가 상정한 권한 범위만으로 침해의 강도를 결정할 수도 없다.⁶⁰⁾ 그러나 연방범죄수사청법 제16조 제1항은 입법자가 일반 권한 부여 조항으로서 명확히 규정한 것이다.⁶¹⁾ 특히 이 조항의 마지막 문구를 통해 명시적으로 특정 후속 처리 권한이 우선 적용되며, 이는 독립된 요건에 따라 제한될 수 있음을 규정하고 있다. 이러한 규정 방식은 일반 경찰법에서 경찰 및 질서 행정에 관한 일반 권한 부여 조항과 관련하여 알려져 있으며, 원칙적으로 헌법상 문제되지 않는다. 다만 이와 같은 방식으로 작성된 일반 조항에 근거하여 침해의 강도를 증가시키는 조치, 특히 별도의 권한 근거가 필요한 조치를 허용할 수는 없다. 예를 들어, 자동화된 데이터 분석 및 평가의 경우, 이는 자체적으로 중대한 헌법적 정당화 요건이 필요한 침해의 강도를 가지므로 별도의 권한 근거가 요구된다.⁶²⁾ 자동화된 데이터 분석 및 평가는 개인에 대해 보다 더 폭넓고 심층적인 정보를 제공하며, 특정한 오류와 차별 가능성을 내포할 수 있고, 소프트웨어 기반 연계를 이해하기 어려워질 위험성을 지니고 있다.⁶³⁾ 따라서 연방범죄수사청법 제16조 제1항은 이러한 잠재적인 기본권적 중대성을 가진 처리 방법을 포함하지 않는 것으로 해석되어야 한다.

(2) 이와 같은 규범 해석에 따라 연방범죄수사청법 제16조 제1항과 연계한 제12조 제1항 제1문은 헌법적 요구사항을 준수한다. 해당 권한은 정당한 목적을 달성하기 위해 적합하고 필요하다. 또한 개인 데이터의 목적 준수를 위한 후속 처리에 요구되는 비례성 요건을 충족한다.

1) 연방범죄수사청법 제16조 제1항과 연계한 제12조 제1항 제1문은 정당한 목적을 달성하기 위한 조항이다. 이 규정은 연방범죄수사청이 연방범죄수사청법 제5조 제1항 제2문에 따라 국제 테러 위협을 방지하기 위해 수집한 개인 데이터를 동일한 임무를 수행하기 위해 사용할 수 있도록 허용한다. 효과적인 정보 수집 수단을 제공하는 것과 마찬가지로 데이터의 후속 처리 가능성도 정당한 목적을 실현하는 데 기여하며, 이는 민주적 자유 질서에 있어서 중대한 중요성을 갖는다.⁶⁴⁾ 이 권한은 국제

60) BVerfGE 162, 1 <147 Rn. 326> 참조.

61) BTDrucks 18/11163, S. 97 참조.

62) BVerfGE 165, 363 <389f. Rn. 54, 395ff. Rn. 66ff., 400 Rn. 77> 참조.

63) BVerfGE 165, 363 <400ff. Rn. 77ff.> 참조.

64) BVerfGE 133, 277 <333f. Rn. 133> 참조.

테러 위협에 효과적으로 대응하는 데 기여할 수 있으므로 적합하다. 수집된 정보는 추가적인 조사 작업의 출발점으로 활용될 수 있다.

또한, 이 권한에 부합하는 데이터 후속 처리를 통해 국제 테러 위협 방지를 위한 관련 정보를 얻을 수 있는데, 기본권을 덜 침해하는 다른 방식으로는 이와 동일한 수준을 확보할 수 없기 때문에 필요하다.

2) 연방범죄수사청법 제16조 제1항과 연계한 제12조 제1항 제1문은 좁은 의미에서의 비례성 원칙의 요구사항도 충족한다. 개인정보의 후속 처리로 인한 기본권 침해의 강도는 국제 테러 방지를 위한 효과적인 데이터 후속 처리의 필요성 및 중대한 공익과 대립 관계에 있다. 후속 처리와 관련된 헌법적 정당화 요건은 기본적으로 데이터 수집 과정에서의 침해 강도에 따라 결정되며, 이에 따라 목적에 따른 데이터 사용 및 목적 변경의 원칙이 적용된다.⁶⁵⁾ 이미 수집된 데이터를 후속 처리하는 과정에서 발생하는 기본권 침해는 일반적으로 비례성 요건을 충족한다.⁶⁶⁾

3) 입법자가 데이터 수집의 구체적 목적과 정당화 사유를 넘어 이러한 데이터를 사용하는 것을 허용할 경우, 이를 위한 독립적인 법적 근거가 마련되어야 한다.⁶⁷⁾ 입법자는 원래 목적의 범위 내에서 데이터의 추가 사용을 허용할 수 있다. 이러한 사용은 데이터 수집의 정당화 사유를 기반으로 하며, 목적 변경에 대한 헌법적 요구사항이 아닌 목적에 부합하는 추가 사용에 대한 요구사항만 적용된다.⁶⁸⁾

이러한 데이터 사용의 허용 범위는 데이터 수집 권한에 의해 결정된다. 각각의 침해에 대한 근거는 데이터를 수집할 권한이 있는 기관, 수집 목적 및 조건을 규정하며, 이를 통해 데이터 사용의 허용 범위를 정의한다. 따라서 데이터 수집을 통해 얻어진 정보의 목적은 단순히 추상적으로 정의된 기관의 특정 임무에 국한되지 않으며, 데이터 수집 권한의 근거에 규정된 수집 목적의 범위에 따라 결정된다. 원래의 목적 범위 내에서의 추가적인 데이터 사용은 해당 데이터를 수집한 동일한 기관, 동일한 임무 범위, 그리고 동일한 법익 보호를 위한 경우에만 허용된다.

즉, 특정 법익의 보호나 특정 범죄의 예방을 위해서만 허용된 경우, 해당 데이터의 즉각적인 사용뿐만 아니라 동일한 기관 내에서의 추가적인 사용도 법적 근거 없이는

65) BVerfGE 141, 220 <324 Rn. 276>; 165, 363 <390 Rn. 54> 참조.

66) BVerfGE 165, 363 <397 Rn. 70> 참조.

67) BVerfGE 141, 220 <324 Rn. 277> 참조.

68) BVerfGE 141, 220 <324ff. Rn. 278ff.> 및 관련 판례; BVerfGE 162, 1 <107 Rn. 227>; 165, 363 <390 f. Rn. 57> 참조.

목적은 변경하거나 확장할 수 없다.⁶⁹⁾ 동일한 기관이 동일한 임무 범위에서 동일한 법익의 보호 또는 동일한 범죄의 예방을 위해 데이터를 사용하는 경우, 원래의 데이터 수집에 적용되었던 구체적인 침해 기준(가령 위험 방지 영역에서의 충분히 구체화된 위험 상황 또는 범죄 수사 영역에서의 명확한 혐의)이 추가적인 사용 시마다 새로이 검토될 필요는 없다. 충분히 구체화된 위험 상황이나 명확한 혐의는 데이터를 수집하는 계기가 될 수 있지만, 데이터의 사용을 허용하는 목적을 규정하지는 않는다.⁷⁰⁾ 따라서 동일한 임무를 수행하면서 추가적인 데이터 사용을 별도의 법적 요건 없이 수사 단서로서 허용하는 것은 원래의 수집 목적과 모순되지 않는다.

해당 기관은 이 과정에서 얻어진 정보를 동일한 법익 보호 및 동일한 임무 범위 내에서, 다른 사용 가능한 정보와 결합하거나 독립적인 추가적 조사의 출발점으로 사용할 수 있다. 이는 테러 조직의 구조를 이해하는 과정에서도 마찬가지로, 지식을 생성하는 과정이 단순히 개별 데이터를 법적인 기준에 따라 형식적으로 포함하거나 배제하는 방식으로 완전히 축소될 수 없음을 고려한 것이다.

따라서 임의적이고 근거 없는 데이터의 사용이 허용되는 것은 아니다. 데이터를 단서로 사용하는 경우에도 데이터 수집을 규정했던 임무와 법익 보호 요건에 따라 충분히 구체적인 조사 가능성이 보장된다. 이러한 맥락에서 입법자는 추가적인 제한 조치를 통해 이를 보장할 필요가 없다.⁷¹⁾

헌법상 목적 제한의 원칙을 준수함으로써, 데이터 사용에 있어 기본권 제한에의 충분한 사유가 존재함을 보장한다. 수사 단서로서의 데이터 사용은 그 잠재적인 정보적 가치만으로도 허용될 수 있지만,⁷²⁾ 항상 개별 사례에 기반을 둔 검토를 통해 이루어져야 하며 무작위로 사용되어서는 안 된다. 목적 제한의 범위 내에서 데이터의 추가 사용을 정당화하기 위해서는 충분히 구체화된 위험성이나 타당한 근거가 요구된다.⁷³⁾

그러나 이러한 목적 제한의 원칙은 주거 공간 감시나 온라인 검색을 통해 얻어진 데이터에 대해 더 넓게 적용되지는 않는다. 동일한 기관 내에서 동일한 임무 범위와 동일한 법익 보호 및 동일한 범죄 예방 또는 수사를 위해 데이터를 추가적으로 사용

69) BVerfGE 141, 220 <324f. Rn. 279>; 165, 363 <390 f. Rn. 57> 참조.

70) BVerfGE 141, 220 <325 Rn. 280> 참조.

71) BVerfGE 141, 220 <325 f. Rn. 281>; 165, 363 <391 f. Rn. 58> 참조.

72) BVerfGE 141, 220 <336 f. Rn. 313> 참조.

73) BVerfGE 141, 220 <326 Rn. 282> 참조.

할 경우에도 해당 데이터의 사용이 긴급한 위험 또는 최소한 충분히 구체화된 위험에 기반해야만 목적에 부합한다고 볼 수 있다.⁷⁴⁾

4) 입법자는 데이터를 원래의 수집 목적과는 다른 목적으로도 사용할 수 있도록 허용할 수 있다(목적 변경). 이 경우, 목적 변경에 따른 데이터 사용 권한은 2016년 4월 20일의 독일 연방헌법재판소 판결에서 규정한 헌법적 요건을 따라야 한다.⁷⁵⁾

특히 중대한 제한을 통해 획득된 정보는 매우 중요한 목적을 위해서만 사용할 수 있다. 비례성 판단의 기준은 ‘가정적인 데이터 신규 수집’의 원칙이다. ‘가정적인 데이터 신규 수집의 원칙’이란, 침해의 강도가 높은 감시 및 조사 조치를 통해 수집한 데이터를 다른 목적으로 사용할 경우, 헌법적으로 해당 데이터가 유사한 수준의 중대한 수단을 통해 새로운 목적으로 수집될 수 있는지를 검토해야 함을 의미한다. 목적 변경을 위한 전제 조건은 데이터의 새로운 사용이 법익 보호 또는 심각한 범죄의 규명과 같은 중대한 목적에 기여해야 하며, 헌법적으로 유사한 수준의 수단을 통한 해당 데이터의 신규 수집이 이를 정당화할 수 있어야 한다는 점이다.

그러나 데이터 수집의 요건과 목적 변경의 요건이 항상 동일한 것은 아니다. 특히 요구되는 위험 상황이나 혐의 수준(즉, 침해 기준)에 차이가 있을 수 있다. 헌법적으로 요구되고 또한 원칙적으로 충분한 요건은 데이터에서 구체적인 조사의 단서가 도출되는 경우이다.⁷⁶⁾ 이 문맥에서 구체적인 조사의 단서란, 데이터를 기반으로 하거나 기관의 추가적인 정보와 결합하여 발생하는 개별적이고 실제적인 이유를 의미한다.⁷⁷⁾ 따라서 일반적인 범죄학적 고려사항이나 경험 법칙만으로는 충분하지 않다. 오히려 정보에서 특정 범죄 행위나 범죄 발견에 충분한 실질적인 단서가 도출되어야 한다.⁷⁸⁾ 사실에 기반한 조사 단서는 충분히 구체적이어야 하며, 이를 통해 원래 데이터 수집의 기반이 된 것과 유사한 중대성을 가진 범죄에 대한 결론이 도출될 수 있어야 한다. 그렇지 않으면 목적 변경의 원칙이 준수되었는지를 검증할 수 없다.⁷⁹⁾ 이는 형사절차법상의 초기 혐의(Anfangsverdacht)와 본질적으로 유사하다.⁸⁰⁾

74) BVerfGE 141, 220 <326 Rn. 282>; 165, 363 <392 Rn. 59> 참조.

75) BVerfGE 141, 220 <326 ff. Rn. 284 ff.> 및 관련 자료; 또한 참조: BVerfGE 165, 363 <392 ff. Rn. 60 ff.> 참조.

76) BVerfGE 141, 220 <326 ff. Rn. 284 ff.>; 165, 363 <393 Rn. 61 f.> 참조.

77) BVerfGE 141, 220 <328 f. Rn. 289, 336 f. Rn. 313> 참조.

78) BVerfGE 141, 220 <349 Rn. 348> 참조.

79) BVerfGE 141, 220 <328 f. Rn. 289, 336 f. Rn. 313> 참조.

(3) 법률은 데이터 사용 권한의 목적 제한을 보장하기 위해 삭제 규정을 특히 중요시한다. 삭제의무 규정은 비례성 요건의 중요한 요소 중 하나이다. 이러한 규정은 개인 데이터의 사용이 데이터 처리의 정당한 목적으로 제한되도록 하고, 그 목적이 달성된 후에는 더 이상 사용할 수 없도록 보장한다.⁸¹⁾ 기본적으로 데이터는 해당 목적이나 당사자의 사법적 보호에 더 이상 필요하지 않은 경우 삭제되어야 한다.⁸²⁾ 데이터 삭제는 투명성과 통제를 보장하기 위해 반드시 기록되어야 한다.⁸³⁾ 심지어 원래의 데이터 수집 목적을 유지한 데이터 후속 처리의 경우에도, 직접적인 사안이 종료되고 데이터 수집의 구체적인 목적이 달성되면 수집된 데이터를 원칙적으로 삭제해야 한다. 그 이후로는 원래의 수집 목적이 유지되고 있더라도 데이터 처리가 더 이상 허용되지 않는다.

삭제를 생략하는 것은 데이터에서 단독으로 또는 기관의 추가 정보와 결합하여 새로운 구체적인 조사 단서가 도출된 경우에만 고려⁸⁴⁾될 수 있으므로, 목적 변경을 통한 데이터 사용의 요건이 충족되어야 한다.

(4) 위의 기준을 바탕으로 연방범죄수사청법 제45조 제2항에 따라 매우 침해적인 수단으로 수집된 개인 데이터의 목적 준수 처리(‘추가 사용’)는 제16조와 연계한 제12조 제1항 제1문의 규정, 그리고 법적 삭제 요건과 함께 헌법적 요구사항을 충족한다.

1) 침해 권한은 헌법적 요구사항을 준수한다. 연방범죄수사청법 제45조에 따라 수집된 개인 데이터의 후속 처리가 문제가 되는 경우, 제12조 제1항 제1문의 규정은 다음을 보장한다:

데이터를 수집하고 처리하는 기관(연방범죄수사청)이 동일해야 하며, 후속 처리는 동일한 임무 수행(연방범죄수사청법 제5조 제1항 제1문 및 제3문)과 동일한 법익 보호 또는 동일한 범죄의 추적이나 예방을 위한 목적으로만 이루어져야 한다(연방범죄수사청법 제5조 제1항 제2문).

연방범죄수사청법 제12조 제1항 제1문이 데이터 사용의 최소 요구사항으로서 명시

80) BVerfGE 155, 119 <190 Rn. 153>; Schulenberg, in: Barczak, BKAG, 2023, §12 Rn. 123 f.; Schwabenbauer, in: Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021, Abschnitt G, Rn. 257 참조.

81) BVerfGE 141, 220 <285 f. Rn. 144> 참조.

82) BVerfGE 150, 1 <108 Rn. 222> 참조.

83) BVerfGE 141, 220 <286 Rn. 144>; 154, 152 <265 Rn. 210> 참조.

84) BVerfGE 141, 220 <322 f. Rn. 270> 참조.

적으로 단서로서의 사용을 규정하거나 다른 처리 기준을 요구하지 않은 점은 문제가 되지 않는다. 이는 연방범죄수사청법 제16조 제1항이 후속 처리의 필요성을 전제로 하기 때문이다. 이로 인해 ‘단서’로서의 충분한 수사적 관련성이 없는 상태에서는 데이터를 사용할 수 없도록 보장된다.⁸⁵⁾

연방범죄수사청법 제12조 제1항 제1문에 명시된, 목적 준수 후속 처리의 한계는 또한 무분별한 데이터 사용이 발생하지 않도록 보장한다.⁸⁶⁾

법적 규정의 테두리 내에서 국제 테러리즘 방지를 위해 수집된 개인 데이터를 데이터 수집의 기반이 된 구체적인 위협 방지 절차가 종료되지 않은 한 연방범죄수사청이 계속해서 목적을 준수하는 방식으로 처리할 수 있는 점 또한 헌법적 요구사항을 충족한다. 이를 통해 효과적인 테러 방지를 위한 조치의 목적을 적절히 설정함으로써 필요성을 충족할 수 있다.

구체적인 목적은 관련된 임무, 조사 상황, 절차의 구분 가능성에 따라 정해질 수 있다. 예를 들어 위협 방지 절차의 목적은 형사소송법에 따른 ‘범죄 행위’에 국한되지 않을 수 있다. 테러리즘 위협에 대응하여, 예컨대 특정 테러 단체의 해체와 같은 복잡한 범죄 구조를 제거하는 것이 포함될 수 있지만, 데이터를 수집할 수 있도록 정당화했던 권한 규정의 요구사항을 항상 충족해야 한다. 따라서 위협 방지 절차의 종료는 그 시작과 마찬가지로 공식적 행위를 통해 이루어진다. 국제 테러리즘 방지의 범위 내에서 진행 중인 절차는 복잡한 상황을 포함할 수 있으며, 이는 테러 조직의 특성과 이를 해체하려는 실질적인 필요성에 따라 일정 기간 지속될 수 있다.⁸⁷⁾

진행 중인 위협 방지 절차 동안 해당 절차에서 얻어진 정보는 동일한 법익의 보호와 동일한 임무 수행을 위한 추가 조사의 출발점으로 사용될 수 있다. 이는 특히 새로운 위협 방지 절차를 개시하기 위한 구체적인 수사의 단서로 이어질 수 있다. 새로운 절차는 연방범죄수사청법 제12조 제2항에 따른 목적 변경 데이터 처리의 요건을 충족할 수 있다.

2) 입법자는 연방범죄수사청법 제16조 제1항과 연계한 제12조 제1항 제1문에 따른 데이터 후속 처리가 목적 제한의 원칙을 준수하도록 삭제 요건을 두었다.

문제된 권한 규정과 관련하여 개인정보 삭제 요건은 연방데이터보호법 제75조 제2

85) BVerfGE 165, 363 <432 Rn. 158> 참조.

86) BVerfGE 141, 220 <325 f. Rn. 281>; 165, 363 <412 Rn. 108> 참조.

87) BVerfGE 141, 220 <325 f. Rn. 281> 참조.

항에 직접적으로 명시되어 있으며, 이는 연방법죄수사청법 제77조를 통해 보완 및 구체화된다.⁸⁸⁾ 또한 연방법죄수사청법 제79조는 국제 테러리즘 방지 또는 이와 유사한 조치를 통해 수집된 개인정보에 대해 명확하게 규정된 포괄적 역할을 한다.⁸⁹⁾

연방법죄수사청법 제77조와 연방데이터보호법 제75조는 데이터 최소화와 저장 제한이라는 개인정보보호 원칙의 국내적 구현으로, 이는 유럽연합 형사사법지침 제4조 제1항 c목, d목, 제16조에 의해 설정되었다.⁹⁰⁾ 연방법죄수사청법 제77조 제1항 제1문, 연방데이터보호법 제75조 제2항 및 연방법죄수사청법 제79조 제1항 제1문에 따르면, 개인정보는 임무 수행에 더 이상 필요하지 않거나 수집의 목적을 달성하는 데 더 이상 필요하지 않으면 지체 없이 삭제되어야 한다. 이는 목적 제한에 대한 헌법적 원칙을 준수하며 헌법 요건을 충족한다.⁹¹⁾ 이에 따라 연방법죄수사청법 제77조 제1항 제1문은 최소한 개별 사건 처리 시, 늦어도 정기적인 삭제 검토 기간에 데이터의 필요성을 평가하도록 요구하며, 이 검토의 준수는 기술적 조치를 통해 보장되어야 한다.

3) 목적보호의 원칙은 연방법죄수사청법 제79조 제1항 제1문 후단에 의해 충분히 보장된다. 이에 따라, 제16조 제1항을 포함한 연방법죄수사청법 제2장 제2절의 규정은 데이터의 후속 처리 필요성이 없는 경우에만 데이터가 삭제되어야 한다고 명시하고 있다. 추가적으로 허용된 후속 처리 요건을 충족하는 경우 삭제를 생략할 수 있음을 분명히 하고 있다. 이는 연방법죄수사청법 제16조 제1항과 연계한 제12조 제2항에 따른 목적 변경을 위한 후속 처리 요건을 준수하는 경우를 포함한다. 동법 제16조 제1항과 연계한 제12조 제1항 제1문에 따른 목적을 유지하며 데이터를 계속 사용하는 관점에서 데이터 수집의 구체적 목적이 달성된 이후에도 삭제를 생략할 수 있는 경우는 국제 테러리즘 방지와 관련된 구체적인 조사 단서를 데이터로부터 도출할 수 있는 경우로 한정된다.⁹²⁾

88) BTDrucks 18/11163, S.131 참조.

89) Wilhelm-Robertson, in: Barczak, BKAG, 2023, §79 Rn. 1-3; 또한 Ruthig, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, BKAG, §77 Rn. 2, §79 Rn. 1 참조.

90) BTDrucks 18/11325, S.119; Burghardt/Reinbacher, in: BeckOK-DatenschutzR, 46. Ed. Stand: 01.05.2023, §75 BDSG Rn. 1; Nolte/Werkmeister, in: Gola/Heckmann, DSGVO - BDSG, 3. Aufl. 2022, §75 BDSG Rn. 1 참조.

91) BVerfGE 141, 220 <322 f. Rn. 270>; 155, 119 <231 f. Rn. 258 f.> 참조.

92) BVerfGE 141, 220 <322 f. Rn. 270> 참고.

바. 연방범죄수사청법 제18조 제1항 제2호 및 제2항 제1호가 제13조 제3항 및 제29조와 결합하여 연방범죄수사청이 경찰정보네트워크에서 사전에 수집된 개인 기본 데이터를 저장하는 것을 허용하는 한, 이는 헌법적 요구사항을 충족하지 않는다. 제18조 제1항 및 제2항은 제13조 제3항, 제29조와 결합하여 연방범죄수사청이 제2조 제1항 내지 제3항에 따른 임무를 수행하기 위해 다양한 유형의 개인 데이터를 경찰정보네트워크에서 특정 조건하에 후속 처리할 수 있도록 허용한다. 여기에서 검토 대상은 경찰정보네트워크에서의 데이터 제공에만 한정되며, 제29조 제4항 제2문이 규정하는 데이터 접근은 포함되지 않는다. 연방범죄수사청법 제2조 제1항 내지 제3항에 따르면, 연방범죄수사청은 경찰 정보 및 통신 업무 및 형사경찰의 중앙기관으로서 국가 간, 국제적 또는 중대한 범죄를 예방하고 수사하기 위해 연방 및 주 경찰을 지원하며, 데이터 후속 처리의 기반으로 통합경찰정보네트워크를 운영한다.

연방범죄수사청법 제18조 제1항 제2호 및 제2항 제1호가 허용하는 저장 권한은 개인정보자기결정권을 상당히 침해할 가능성이 있다. 이러한 규정에 따른 예방적 데이터 저장은 충분한 저장 기준을 포함하는 엄격한 요건 하에서만 정당화될 수 있다. 하지만 이는 좁은 의미에서의 비례성 원칙을 충족하지 못한다.

(1) 개인정보자기결정권에 대한 침해의 무게는 주로 데이터의 성격, 범위, 상정 가능한 사용 방식, 그리고 오용의 위험에 의해 결정된다. 여기에는 얼마나 많은 수의 기본권주체가 얼마나 높은 강도로 영향을 받는지 그리고 이러한 상황이 어떤 조건에서 발생하는지가 중요하다. 특히 이에 대해 그 개인들이 어떠한 개입 근거를 제공했는지가 고려되며, 영향을 받는 사람들의 수와 개별적인 침해의 강도가 결정적이다. 개별적인 침해의 강도는 당사자가 익명으로 남을 수 있는지, 어떤 개인적인 정보가 수집되는지, 그리고 이로 인해 기본권주체가 어떤 불이익을 겪을 가능성이 있는지, 혹은 그러한 불이익을 합리적으로 우려할 수 있는지에 따라 달라진다. 특히 국가의 개입 조치가 비밀리에 이루어질 경우, 사전적인 법적 보호를 사실상 배제하거나 사후적인 법적 보호를 어렵게 만드는 경우에 침해 강도는 더욱 증가한다.

이러한 일반적인 기준은 본 사안에서 개인 데이터의 예방적 저장 권한에 의한 침해의 무게를 결정한다. 예방적 데이터 수집이란, 데이터의 저장이 이를 수집하거나 생성한 목적과는 다른 이유로 이루어지며, 즉각적인 추가 사용으로 이어지는 새로운 목적이 설정되지 않는 경우를 의미한다. 데이터가 향후 특정한 목적에 필요할 경우

를 대비하여 데이터를 보유하는 것이 새로 설정되는 목적이 된다. 이 목적 변경의 특징은 저장 당시 즉각적이고 구체적인 사용 지향의 목적 설정이 결여되어 있다는 점이다. 동시에 예방적 저장은 저장된 데이터가 이미 이전에 수집되었거나 기타 방식으로 국가 영역으로 들어왔다는 일반적인 특징을 공유한다. 개인 데이터의 예방적 저장으로 인한 침해의 강도는 우선 그 이전의 데이터 수집의 침해 강도, 즉 데이터의 출처에 따라 달라진다. 데이터 수집 조치가 더 강도 높게 이루어졌다면, 침해의 강도도 그만큼 증가한다. 또한, 저장된 데이터의 성격과 범위가 침해의 강도를 크게 좌우한다. 데이터의 성격은 각기 다른 데이터가 직접적 또는 간접적으로 서로 다른 개인적 중요성을 가질 수 있기 때문에 중요하다. 저장되는 데이터의 성격과 범위가 제한될수록 처리되는 데이터의 양은 줄어들고, 침해의 무게도 경향적으로 감소한다.

해당 개인이 저장의 계기를 어떻게 제공했는지는 본질적인 차이를 만든다. 예를 들어, (잠재적인) 법 위반에 관한 정보가 저장되는 경우, 해당 개인이 잘못된 구체적인 행동과 객관적으로 어떤 연관이 있는지, 그리고 그 행동으로 인해 얼마나 정당하게 침해를 유발했는지를 평가해야 한다. 따라서 개인이 범죄에 대해 유죄 판결을 받았는지, 아니면 단지 피의자 또는 용의자로 분류되는지 여부는 저장의 침해 강도에 차이를 만든다.

침해 강도와 관련하여, 수집된 개인 데이터가 어떻게 추가로 사용되는지와 그것이 개인에게 미칠 수 있는 결과도 중요하다. 예방적 저장의 경우, 잠재적인 미래의 사용뿐만 아니라 얼마나 많은 기본권주체가 어떤 강도로 영향을 받을 수 있는지, 그리고 어떤 조건에서 이것이 발생할 수 있는지도 고려해야 한다. 또한 예방적 저장과 관련된 특수성을 평가해야 한다. 예방적 저장은 구체적인 목적에 한정되지 않은 데이터 세트를 생성하면서도 데이터 간 연결가능성을 열어주며, 개인정보를 잠재적인 안전과 관련된 사항으로 지목할 수 있다. 이는 더 포괄적인 인물 프로파일을 작성하는 데 기여할 수 있으며, 보안 기관의 조치 대상이 될 가능성을 높인다. 따라서 저장 목적의 규정은 침해 강도에 영향을 미친다. 저장 목적이 구체적으로 정의될수록 침해 강도는 줄어든다.

연방 경찰 및 여러 기관이 사용하는 데이터 플랫폼의 경우, 얼마나 많은 행위자들이 참여하고 데이터 접근에 어떤 조건이 적용되는지 평가해야 한다. 여러 행위자가 접근할 수 있는 정보네트워크에의 저장은 침해를 더욱 심화시킨다.

침해의 강도는 궁극적으로 저장 기간에 따라 결정되기도 한다. 개인 데이터의 저

장 및 추가 사용 가능성이 길어질수록 개인정보자기결정권에 대한 침해는 더욱 심화된다.

(2) 이러한 기준에 따르면, 연방범죄수사청법 제18조 제1항 제2호 및 제2항 제1호가 제13조 제3항, 제29조와 결합하여 규정하는 개인 데이터 저장의 침해 강도는 상당히 중대하며, 저장 및 사용의 제한이 없는 경우 그 심각성이 더욱 커진다.

1) 연방범죄수사청법 제18조 제1항 제2호 및 제2항 제1호에 따라 예방적으로 데이터를 저장하는 행위는 목적 변경에 따른 후속 처리를 수반하기 때문에 침해 강도가 강화된다. 이는 대부분의 경우 개인 데이터가 원래 다른 구체적인 목적으로(주로 다른 기관이나 제3자에 의해) 수집되었으나, 범죄 예방 및 수사를 목적으로 저장되기 때문이다. 이와 같이 저장이 원래의 구체적인 수집 목적과 분리되어, 아직 구체적으로 알 수 없는 미래의 목적을 위해 이루어진다는 점이 침해의 강도를 증가시키는 요인으로 작용한다.

특히, 개인 데이터가 강도 높은 감시 조치를 통해 수집된 경우, 해당 데이터의 출처를 고려할 때 저장의 침해 강도는 더욱 증가한다. 연방범죄수사청법 제18조 제2항에 열거된 데이터 중 대부분은 강도 높은 조치 없이도 획득될 가능성이 높지만, 반드시 그런 것은 아니다.

2) 연방범죄수사청법 제18조 제2항 제1호는 저장 가능한 개인 데이터의 종류와 범위를 제한하여 침해의 강도를 감소시킨다. 해당 조항에 따라, 피의자에 대해 저장될 수 있는 데이터는 기본 정보, 범죄 기록을 관리하는 경찰 관서에 대한 정보, 범죄 기록 번호, 범죄 시점, 장소, 그리고 법적 조항과 구체적인 범죄 설명을 포함한 혐의 정보에 한정된다. 기본 정보는 식별 목적으로 사용되며, 이름, 성별, 생년월일, 출생지, 국적, 주소 등의 요소를 포함한다. 이러한 데이터는 개인성과 관련하여 상당한 중요성을 가지지만, 그 영향은 제한적이다.

3) 연방범죄수사청법 제18조 제1항은 저장 대상이 되는 개인의 범위를 명확히 하고, 이를 여러 개인의 범주에 따라 구분한다. 연방범죄수사청법 제18조 제1항 제2호에 따른 피의자 범주는 일반적으로 형사소송법에 근거하여 해당 개인에 대해 형사 수사기관이 공식적인 형사 수사 절차를 개시한 경우를 의미한다. 피의자 지위는 형사 수사기관의 다른 의사 결정에 의해 부여될 수도 있다. 반면에, 연방범죄수사청법 제18조 제1항 제1호의 유죄 판결자는 유럽연합 형사사법지침 제6조 b항과 연방중앙

등록법 제4조에 규정된 법원 판결에 따른 범죄행위의 공식적 확인을 전제로 한다. 이와 관련하여, 연방범죄수사청법 제18조 제1항 제2호는 피의자의 경우 법원에 의해 저장 사유의 결여가 확인될 수 있으므로 침해의 강도가 증가한다는 점이 고려되어야 한다. 또한, 피의자는 자신을 대상으로 한 수집 조치나 데이터의 후속 처리, 피의자 지위에 대해 인지하지 못하는 경우가 있을 수 있다. 이는 피의자가 상당히 정보가 부족한 상태에 놓이게 되는 또 다른 이유이다.

4) 더하여 연방범죄수사청법 제18조에 따른 예방적 데이터 저장이 비밀리에 이루어진다는 점에서, 저장된 데이터에 대한 사후 권리 구제가 상당히 제한된다. 이는 침해의 강도를 증가시키는 요소로 작용한다.

5) 저장된 데이터의 다양한 사용 가능성 및 다수 기관의 접근 권한도 침해의 강도를 평가하는 데 중요한 요소이다. 연방수사청은 중앙기관으로서 주로 조정 업무를 담당하며, 위협 방지 및 형사 수사와 같은 경찰 업무는 이곳에서 직접 수행되지 않고, 조정 및 정보 공유의 형태로 처리된다.⁹³⁾

6) 그러나 연방범죄수사청은 중앙기관의 임무 수행에 따라 정보를 분석하고, 해당 정보를 형사 수사기관에 통보하며, 경찰정보공유시스템의 협력에도 참여한다. 이 데이터 교환 과정에서, 다른 보안 기관들도 연방범죄수사청법 제29조 제4항 제2문이 요구하는 특정 조건(가령 제14조에 따른 데이터 식별 의무, 제15조의 접근 권한 규정)에 따라 개인 데이터의 상당 부분에 접근할 수 있다. 이러한 데이터 접근이 용이해지면 침해의 강도는 더욱 증가한다.

연방범죄수사청법 제29조 제3항에 따라, 데이터 공유 시스템에 참여할 수 있는 기관은 연방범죄수사청, 주 수사청, 각 주의 경찰청, 연방경찰, 연방의회 소속 경찰, 국경 경찰 업무를 담당하는 세관 당국, 세관 수사청 및 세관 범죄청, 주 재무 당국의 세무 수사 부서이며, 정보기관(Nachrichtendienste)은 참여 권한이 없다.

경찰정보공유시스템에 피의자의 기본 데이터가 저장될 경우에는 부정적인 결과가 초래될 가능성이 있다. 예를 들어 저장된 데이터는 즉각적인 정보 교환의 기반이 될 수 있으며, 다른 참여 기관에서 안보와 관련된 연관성을 발견하는 데 사용될 수 있다. 이는 궁극적으로 작전 조치로 이어지거나, 최소한 해당 개인이 안보 기관의 조치 대상으로 고려될 가능성을 증대시킨다.

93) BVerfGE 155, 119 <212 Rn. 209> 참조.

7) 법률은 특정 범죄를 예방하고 수사하기 위한 목적을 명시했음에도, 데이터 저장 기간에 대해 구체적이고 차별화된 제한을 두지 않았다. 따라서 데이터는 매우 긴 기간 동안 저장될 수 있으며, 예방하거나 해결하려는 범죄의 중대성을 기준으로 명확히 구분되지 않는다. 이는 데이터 저장의 침해 강도를 증가시키는 추가적인 요소로 작용한다.

(3) 연방범죄수사청법 제18조 제1항 제2호, 제2항 제1호와 연계한 제13조 제3항, 제29조는 헌법적 요구를 충족하지 못한다.

해당 조항은 상당한 침해 강도를 지니고 있어, 헌법적 요구를 충족하지 못한다. 해당 규정이 정당한 목표를 위해 설계되었고, 그 목표 달성을 위해 적합하며 필요하다는 점은 인정된다. 또한, 해당 데이터의 예방적 저장은 제한된 조건하에서 정당화될 수 있다. 하지만 구체적인 실행 방식에서는 협의의 비례성 원칙을 준수하지 못하며, 특히 데이터 저장 기준과 저장 기간에 대한 명확한 규정이 부족하다.

1) 연방범죄수사청법 제18조 제1항 제2호, 제2항 제1호에 따른 데이터 처리 권한은 정당한 목적 달성을 위해 적합하고 필요하다. 데이터와 정보가 수집, 분석되고 적격한 보안 기관 간에 효과적으로 공유될 수 있을 때 범죄 예방 및 수사가 용이해지므로 해당 조항은 적합하다. 이러한 방식은 연방 국가의 구조적 한계로 인해 발생할 수 있는 정보 문제를 해결하며, 이는 단순히 조직적인 수준에서는 해결될 수 없는 문제이다.⁹⁴⁾ 예방적으로 저장된 기본 데이터는 대상자를 신속하고 효과적으로 식별하는데 중요한 요소로 작용한다.⁹⁵⁾

또한 연방수사청의 데이터 처리 권한 없이는 연방 및 주 경찰의 협력이 동일한 수준에서 효과적으로 이루어질 수 없으므로 필요하다. 대안으로 제안된 개별적인 데이터 전송이나 일부 데이터베이스(가령 연방중앙등록부에 대한) 접근 방식은 효과가 미흡하다. 특히, 참여 기관의 데이터 접근 및 처리 권한은 데이터의 신속한 이용과 효과적인 범죄 대응에 필수적이다.

국경을 초월하거나 심각한 범죄는 종종 복잡한 연계성을 가지고 있어 특정 기관의 정보가 다른 기관에도 전달되고 다양한 데이터를 종합해 유의미한 정보와 상황 분석을 생성할 수 있어야 한다.⁹⁶⁾

94) BVerfGE 133, 277 <332 Rn. 131> 참조.

95) BTDrucks 18/11163, S. 99 참조.

2) 연방범죄수사청법 제18조 제1항 제2호, 제2항 제1호와 제13조 제3항, 제29조에 따른 데이터 저장은 협의의 비례성 원칙에 부합하지 않는다.

협의의 비례성 원칙은 입법을 통한 기본권 제한의 강도가 이를 정당화하는 이유의 중요성과 균형을 이루어야 함을 요구한다.⁹⁷⁾ 이때 규정의 침해 강도와 입법 목표 사이에 균형을 맞추고, 개인적 이익과 공익 사이에서 적절한 조화가 이뤄져야 한다.⁹⁸⁾ 이를 위해서는 침해의 강도를 충분히 반영하는 차별화된 설계가 필요하다.

3) 예방적 저장은 목적 변경을 의미한다. 이는 명확히 인식할 수 있는 목적 지정으로 연결되어야 한다. 또한, 저장 임계값의 형태로 개입의 기준이 요구된다. 광범위한 목표 설정으로 때문에 저장 기간의 구체적인 제한이 필요하다. 마지막으로, 입법자는 데이터 사용에 대한 명확한 사용 규칙과 차별화된 조직적·절차적 요건을 설정하고, 적절한 통제 가능성을 마련해야 한다.

목적 변경을 의미하는 예방적 저장은 기본권 침해로서 헌법적 정당화, 특히 법적 근거를 필요로 한다.⁹⁹⁾ 그러나 이는 데이터 전달에 대한 헌법적 규정을 회피하는 수단으로 활용되어서는 안 되며, 가정적인 데이터 신규 수집 원칙이 적용되어야 한다.

4) 예비적 저장의 헌법적 정당화를 위해서는 적절한 저장 목적과 저장 임계값, 그리고 저장 기간의 설정이 요구된다. 예방적 데이터 저장이 수집 당시의 구체적인 목적 및 이후 특정한 활용과 분리되었으므로, 충분히 중대하고 명확히 명시된 목적을 설정해야 한다. 저장 목적은 향후 사용에 대해 명확한 기준을 제공해야 한다.

국가는 해당 데이터를 미래에 필요할 수 있다는 이유만으로 정당하게 수집하거나 생성한 모든 데이터를 기본 목적을 넘어 예방적으로 저장해서는 안 된다. 데이터의 사용은 나중에 결정될 다양한 국가기관의 필요와 정치적 재량에 맡겨져서는 안 된다. 특정한 목적 없이 데이터 저장소를 조성하는 것은 저장과 저장 목적 사이에 필수적인 연관성을 단절시키며, 목적 제한의 원칙에 기반한 데이터 보호와 개인의 자유를 훼손한다. 예비적 저장이 시민들에게 미칠 영향이 예측 불가능한 경우, 이는 허용될 수 없다.¹⁰⁰⁾

96) BVerfGE 133, 277 <333 Rn. 132> 참조.

97) BVerfGE 141, 220 <267 Rn. 98>; 148, 40 <57 Rn. 49> 참조.

98) BVerfGE 100, 313 <375>; 133, 277 <322 Rn. 109> 참조.

99) BVerfGE 141, 220 <324 Rn. 277> 참조.

100) BVerfGE 125, 260 <345 f., 355 f.>; 155, 119 <180 Rn. 131> 참조.

5) 저장 임계치를 설정할 때, 입법자는 데이터의 출처, 유형, 범위를 고려해야 하며, 데이터의 저장이 설정된 저장 목적에 부합하는지를 개별적으로 평가해야 한다. 저장 임계치는 예방적으로 저장된 데이터와 저장 목적의 달성 사이의 연관성을 비례적으로 보장해야 하며, 예방적 데이터 저장이 갖는 특정한 위험에 적절히 대응해야 한다.

그러므로 저장 임계치는 데이터의 출처(예컨대 데이터의 수집 방법)와 데이터의 유형 및 범위를 고려해야 하며 저장을 통해 궁극적으로 추구하는 목적과의 연관성을 설정해야 한다. 또한 예방적 데이터 저장의 특수성을 반영하는 요건을 요구해야 한다. 특히, 저장된 데이터가 저장 목적을 달성하는 데 필요할 가능성이 충분한지를 명확히 해야 한다.

6) 개인정보를 저장할 때 필요한 조건으로는, 저장 대상이 될 개인이 범죄와 관련될 충분한 개연성이 있어야 하며 저장된 데이터가 범죄 예방 및 수사에 실질적으로 기여할 수 있어야 한다. 이러한 예측은 충분히 실질적인 근거를 바탕으로 해야 하며, 과거 범죄의 유형, 심각성, 실행 방식, 개인의 성격과 이전의 범죄 기록 및 재범의 가능성 요소를 고려할 수 있다. 개연성은 개인적, 현상적, 행위적으로 판단할 수 있다.

7) 개인정보는 저장 목적이 충족되었거나 더 이상 필요하지 않은 경우 삭제되어야 한다. 이는 데이터가 목적 달성을 위해 필요한 기간 이상으로 저장되지 않도록 보장한다. 저장 기간은 침해의 심각성과 시간 경과에 따른 예측의 신뢰도를 기준으로 설정한다. 즉, 새로운 관련 사건이 발생하지 않을 경우, 시간의 흐름에 따라 저장된 데이터의 예측력은 감소한다.

8) 입법자는 데이터 저장 및 삭제에 관한 명확한 규정을 마련해야 하며, 이는 다양한 조건에 따른 평가 기준과 삭제 기한을 포함해야 한다. 또한 예방적 데이터 저장은 원칙적으로 시간제한을 두어야 한다. 주기적인 데이터 검토 및 제거 기준 설정과 같은 법적·절차적 보호 장치를 통해 저장 권한이 남용되지 않도록 보장해야 한다.

9) 저장 권한이 헌법에 합치되기 위한 필수적인 전제 조건은 목적 변경에 따른 개인 데이터의 재사용에 대해 헌법적 요구사항을 충족시키는 명확한 적용 규정이다.¹⁰¹⁾

비례성 원칙은 또한 개인 데이터를 저장할 때 투명성, 개인의 법적 보호 및 감독적 통제에 대한 요구사항과 데이터 보안을 보장할 요청을 특히 강조한다.¹⁰²⁾ 경찰정보 네트워크에서의 예방적 데이터 저장의 경우, 이에 대한 명확한 접근 규칙이 포함되

101) BVerfGE 155, 119 <179 f. Rn. 130f.>; 125, 260 <327 f.> 참조.

102) BVerfGE 155, 119 <182 Rn. 135> 참조.

어야 하며, 저장 목적에 대한 관할권을 가진 경찰 직원만 접근할 수 있도록 보장되어야 한다.¹⁰³⁾

(4) 연방범죄수사청법 제18조 1항 2호, 2항 1호와 연계한 제13조 3항, 제29조는 이러한 헌법적 요구사항을 충족하지 않는다. 해당 권한은 좁은 의미에서의 비례성 원칙과 양립할 수 없다. 저장 기준이 충분히 규정되지 않았으며, 저장 기간에 대한 필수적인 규정도 결여되어 있다. 따라서 강도 높은 방법으로 수집된 개인 데이터에 대한 예방적 저장 위험에 충분히 대응했는지 여부는 여기서 판단할 필요가 없다.

1) 연방범죄수사청법 제18조 1항 2호, 2항 1호와 연계한 제13조 3항, 제29조는 이전의 목적에 구속되지 않은 상태에서 개인 데이터를 예방적으로 저장할 수 있도록 허용한다. 여기에서 목적 변경을 위한 법적 근거를 제공하며, 저장 자체만으로는 가정한 데이터 신규수집 원칙의 요구사항을 우회하는 결과가 초래되지 않는다.

2) 연방범죄수사청법 제18조 1항 2호, 2항 1호와 연계한 제13조 3항, 제29조는 미래의 범죄 예방 및 수사를 목적으로 한 개인 데이터 저장에 대해 충분한 저장 기준을 제공하지 않는다. 해당 규정은 예방적 저장을 위한 기준으로 피의자 지위만을 허용한다. 특히, 부정적인 예측(미래의 위험성에 대한 평가)은 전문적으로 규정되어 있지 않다. 피의자 지위는 연방범죄수사청법 제18조 5항의 사례를 넘어서는 경우에도 범죄 혐의와의 관계에 대한 불확실성을 동반하며, 이는 미래 범죄와의 유의미한 관계 가능성을 충분히 신뢰할 근거로 보기에 부족하다.

3) 입법자는 이러한 예측의 일부 측면을 연방범죄수사청법 제18조 제1항 제3호 및 제4호에 따라 피의자와 사건의 계기를 제공한 사람들의 기본 데이터에 대해, 그리고 동조 제2항 제2호에 따라 피고인의 추가 개인 데이터에 대해 고려하였다. 그러나 이 저장 임계값을 현재의 적용 사례에 전이하는 것은 명확한 문구를 통해 드러난 입법자의 의지에 따라 배제된다.¹⁰⁴⁾

비록 연방범죄수사청이 저장 전에 예측적 요소를 고려한다고 하더라도, 헌법적 판단에서는 권한의 법적 범위가 중요하며, 기관의 관행이 아닌 법적 근거가 결정적이다.¹⁰⁵⁾

4) 또한 연방범죄수사청법 제18조 제1항 제2호 및 제2항 제1호에 따른 저장 시 개별

103) BTDrucks 18/11163, S. 97 참조.

104) 독일 연방헌법재판소 2023년 11월 21일 결정 - 1 BvL 6/21 -, Rn. 67 ff. 참조.

105) BVerfGE 162, 1 <147 Rn. 326> 참조.

사례마다 필요성 검토를 요구한다고 해서 헌법적 요청이 충족되는 것은 아니다. 이와 같은 검토는 연방데이터보호법 제47조 제3호에 의해 규정되며, 이에 따르면 개인 데이터는 처리 목적 달성을 위해 필요해야 한다. 개별 사례에서의 필요성 검토는 연방데이터보호법 제47조에 명시된 개인 데이터 처리에 관한 일반 원칙에 속하며, 이는 데이터 저장과 같은 후속 처리 단계에서도 연방법죄수사청이 준수해야 할 사항이다. 다만, 연방법죄수사청법이 개인 데이터의 영역별 처리에 대한 완전 규정(Vollregelung)을 포함하고 있는 경우에만 이러한 적용이 배제된다. 그러나 연방법죄수사청법은 데이터 후속 처리에 대한 완전 규정을 포함하고 있지 않다.¹⁰⁶⁾

이에 따라 수행되는 개별 사례에서의 필요성 검토 역시 구체적인 지침이 없기 때문에 특정한 부정적 예측 요건을 충족하기에는 부족하다. 왜냐하면 구체적으로 지시되지 않은 필요성 검토는 그 개방성으로 인해 헌법상 요구되는 차별화 수준에 부합하지 않기 때문이다.

5) 연방법죄수사청법 제18조 1항 2호, 제2항 1호에 따른 저장을 위한 적절한 기준은 동법 제12조 제2항의 규정을 통해서도 도출할 수 없다. 해당 저장에 대해 연방법죄수사청법 제12조 제2항의 요건을 적용해야 할 근거를 해석의 방법을 통해서 연방법죄수사청법에서 찾아낼 수 없기 때문이다. 연방법죄수사청법 제16조 제1항의 법문과 달리, 동법 제18조 제1항 제2호, 제2항 제1호에 따르면 이전에 수집된 개인 데이터를 추가 처리(특히 저장)할 때 ‘연방법죄수사청법 제12조에 따른’ 처리를 명시적으로 요구하지 않는다. 또한, 체계적인 고려도 해당 규정의 적용 가능성을 지지하지 않는다. 게다가 연방법죄수사청법 제18조와 관련된 법안 제안 설명에서도 제12조가 언급되지 않는다.¹⁰⁷⁾ 연방법죄수사청법 제12조 2항에서 가정적인 데이터 신규 수집의 원칙 기준이 모든 데이터 처리에서 고려되어야 하는 일반 원칙으로 규정되어 있다고 하더라도 이로 인해 다른 결론에 이를 수는 없다. 특히 입법자가 중앙기관의 업무 범위에서 목적 변경에 따른 개인 데이터의 저장을 구체적인 조사 단서가 존재해야 한다는 요건에 반드시 종속시키고자 했다고 볼 수는 없다.

6) 또한 저장 기간에 대한 충분히 세분화된 규정이 결여되어 있다. 연방데이터보호법 제75조 제2항과 제4항 및 연방법죄수사청법 제77조 제1항에 포함된 기존 규정은

106) Wolf-Rüdiger Schenke/Graulich/Ruthig, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, Einführung Rn. 27 참조.

107) BTDrucks 18/11163, S. 99 ff. 참조.

이러한 요구를 충족하지 못한다. 연방데이터보호법 제75조 제2항에 따르면 개인 데이터가 처리 목적에 부합하지 않거나 법적 의무에 따라 삭제되어야 하거나 업무 수행을 위해 더 이상 필요하지 않은 경우 즉시 삭제해야 한다. 연방데이터보호법 제75조 제4항은 적절한 기한을 설정하고, 절차적 조치를 통해 이러한 기한이 준수되도록 보장할 의무를 규정한다.

그러나 개인 데이터의 삭제 여부는 법률이나 규정에서 충분히 구체적인 지침을 제공하지 않는 상황에서 개별 사례의 처리에 따라 주로 연방범죄수사청이 검토한다.

연방범죄수사청법 제77조 1항 1문은 삭제의무에 대한 검토를 위한 특정 기한을 명시하고 있다. 성인의 경우 이러한 검토 기한은 10년을 초과할 수 없으며 저장 목적, 사건의 유형 및 중대성에 따라 구분해야 한다. 그러나 이는 입법자가 마련해야 할 규정 개념의 요구를 충족하기에 충분하지 않다. 현재로서는 연방범죄수사청이 내부 지침을 통해 검토 및 삭제 기한을 구체화하도록 맡겨져 있다. 따라서 기한을 결정하는 헌법적 기준이 적절히 반영되었는지 여부는 여기에서 논의할 필요가 없다.

(5) 연방범죄수사청법 제18조 1항 2호, 2항 1호와 연계한 제13조 3항, 제29조 연방범죄수사청이 중앙기관으로서 데이터를 저장할 수 있도록 허용하는 한, 적절한 저장 기준과 저장 기간에 대한 충분한 규정이 없기 때문에 헌법에 위배된다.

연방범죄수사청법 제45조 1항 1문 4호는 허용 기준이 좁은 의미에서의 비례성 요구를 충족하지 못하므로 헌법에 위배된다.

3. 결론

가. 결론적으로 적법하게 심판의 대상으로 제기된 조항들은 부분적으로 헌법적 요청을 충족하지 않는다. 이러한 범위 내에서 헌법소원은 이유 있다.

연방범죄수사청법 제18조 1항 2호, 2항 1호와 연계한 제13조 3항, 제29조는 연방범죄수사청이 중앙기관으로서 데이터를 저장하는 것을 허용하는 범위에서 헌법에 위배된다. 이에 대한 적절한 저장의 임계값 규정과 저장 기간에 관한 충분한 설명이 결여되어 있기 때문이다.

연방범죄수사청법 제45조 제1항 제1문 제4호는 규정된 제한의 기준이 좁은 의미에서의 비례성을 충족하지 않으므로 헌법에 위배된다.

나. 법률 규정이 헌법에 위배된다고 판단될 경우, 원칙적으로 해당 규정은 무효로 간주된다. 그러나 연방헌법재판소는 연방헌법재판소법 제31조 제2항 제2문 및 제3문에 따라 헌법에 위배된 규정을 단순히 헌법에 합치되지 않는다고 선언하는 데 그칠 수 있다. 이 경우, 해당 규정은 무효화 선언 없이 헌법 위반이 지적된 상태로 남게 된다.

연방헌법재판소는 헌법불합치 선언과 동시에 헌법에 부합하는 상태가 마련될 때까지 해당 규정을 일정 기간 동안 유지하도록 명령할 수 있다. 이는 문제가 된 규정이 즉각 무효화될 경우, 공익을 보호할 근거를 잃게 되고, 관련된 기본권과의 균형을 고려할 때 일정 기간 동안 해당 개입을 허용해야 하는 경우에 적용된다. 이 기간 동안 연방헌법재판소는 임시 명령을 내려 입법자가 헌법에 부합하는 상태를 마련할 때까지 당국의 권한을 필요한 최소한으로 제한할 수 있다.

다. (1) 이에 따라 연방법죄수사청법 제18조 1항 2호, 2항 1호와 연계한 제13조 3항, 제29조가 연방법죄수사청이 중앙기관으로서 데이터를 저장할 수 있도록 허용하는 부분과 연방법죄수사청법 제45조 제1항 1문 4호는 단순히 헌법에 합치되지 않는다고 선언되었다.

이 규정들이 헌법에 위배된 이유는 해당 조항이 부여한 권한의 핵심 때문이 아니라 법치국가적 구성을 둘러싼 개별적인 측면에 있다. 입법자는 이러한 경우에 헌법상의 문제를 수정하여 규정의 목적을 헌법에 맞게 실현할 수 있다. 헌법불합치 선언은 해당 규정이 2025년 7월 31일까지 한시적으로 유효하도록 유지하는 명령과 결합된다. 연방법죄수사청법 제18조 제1항 2호 및 제2항 1호가 국가의 업무 수행, 특히 보안 당국에 의한 특정 범죄의 예방 및 수사에 있어 가지는 중요성을 고려할 때 한시적으로 유효하게 유지될 필요가 있다.

마찬가지로, 국제 테러리즘에 대한 효과적인 대응이 자유롭고 민주적인 법치국가에 있어 매우 중요하다는 점을 감안하여 연방법죄수사청법 제45조 제1항 1문 4호에 대해서도 동일하게 적용한다.

(2) 그러나 한시적 유효 유지 명령에는 제한 조건이 필요하다. 연방법죄수사청법 제45조 제1항 1문 4호는 동법 제39조 제2항 2호에 따라 조치 대상자와 단순한 일시적 접촉 또는 우연한 관계를 넘어선 관계가 있는 경우, 제45조 제1항 1문 2호 및 3호에서 규정된 요건 중 하나가 충족된 경우에만 적용된다.

연방법죄수사청법 제18조 1항 2호, 2항 1호와 연계한 제13조 3항, 제29조는 데이터

주체들이 잠재적인 범죄 행위와 법적으로 관련성이 있을 가능성이 충분히 높다고 평가되며, 저장된 데이터가 이러한 범죄를 예방하고 수사하는 데 적절히 기여할 수 있다는 부정적 예측이 이루어진 경우 해당 규정에 따라 개인 데이터의 저장이 허용된다는 조건하에 계속 적용된다. 이러한 예측은 충분히 실질적인 근거에 기반하여야 하며, 그러한 예측 및 그 근거가 되는 사실적 요소들은 연방범죄수사청에 의해 문서화되어야 한다. 법 개정을 통해 새로운 규정이 마련될 때까지는 한시적으로 해당 규정이 유효하게 유지되므로, 저장 기간에 대한 별도의 경과 규정을 둘 필요는 없다. 입법자의 새로운 규정 제정은 여기서 마련된 한시적 규정에 의해 선행적으로 결정되지 않는다.

V. 결정의 의의

이 결정은 2016년 4월 20일에 내려진 독일 연방헌법재판소의 이른바 제1차 연방범죄수사청 사건(BKA-I)¹⁰⁸⁾의 후속 결정이라고 볼 수 있다. 해당 결정 이후 연방범죄수사청법은 2017년에 개정되었으나 이번 결정에서 볼 수 있듯이 특히 ‘접촉자’에 대한 광범위한 감시 권한과 데이터의 ‘추가 처리’에 관한 내용이 불명확하다는 점이 문제되었다. 연방헌법재판소는 테러 활동에 대한 의심을 받지 않는 개인이라도 책임 있는 사람과 가까운 관계에 있는 사람(접촉자)에 대해 연방범죄수사청이 비밀감시 조치를 취할 수 있는 권한을 부여하는 연방범죄수사청법 조항이 협의의 비례성을 충족하지 못한다고 보고 이에 대해 헌법불합치 선언을 하였으며, 연방범죄수사청이 경찰정보네트워크에서 사전에 수집된 개인 기본 데이터를 저장하는 것을 허용하는 조항도 헌법적 요구사항을 충족하지 않는다고 판시하였다.

108) 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09. 요약 번역은 세계헌법재판동향 2016년 제6호 참조.



세계헌법재판 관련 논문 목록

세계헌법재판 관련 논문 목록(최신평)

Ⅰ 세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호) Ⅰ

- 강광문, 중국 입법법의 제정과 개정에 대한 고찰-법치와 법제정의 관계를 중심으로-, 동북아법연구 제18권 제2호, 2024. 9. 147-185면.
- 권정화, 캐나다의 정신장애와 의료진조력사망에 관한 헌법적 고찰, 아주법학 제18권 제3호, 2024. 11. 173-200면.
- 김가을, “원치 않는 삶(Wrongful Life)”과 관련한 유럽인권재판소의 모리스 대 프랑스 판결, 가족법연구 제38권 제3호, 2024. 11. 1-32면.
- 김선영, 환경규제와 웨브론 원칙-미국 청정수법에 기한 습지보전과 연방대법원의 웨브론 파기까지-, 환경법연구 제46권 제3호, 2024. 11. 229-270면.
- 김성배, 미국의 연방 토지수용법체제와 연방정부의 실무, 토지공법연구 제108집, 2024. 11. 1-23면.
- 김성언, 피해자 진술 제도를 둘러싼 영미권의 논쟁과 그 정책적 함의, 피해자학연구 제32권 제2호, 2024. 8. 279-321면.
- 김태명, 프랑스·독일·일본에서의 범죄피해자의 형사절차 참가제도와 우리나라에 대한 시사점, 피해자학연구 제32권 제2호, 2024. 8. 87-119면.
- 김혜미, 스토킹범죄의 성립범위상 문제점과 입법 개선 방안의 검토-미국 스토킹법의 위헌성 논쟁과 비교하여-, 저스티스 통권 제204호, 2024. 10. 144-177면.
- 김희정, 종교의 자유에 대한 평등원칙 적용의 문제점-미국 최혜국이론을 중심으로-, 안암법학 제69호, 2024. 11. 75-107면.
- 손명지, 유럽인권재판소판결을 통해 본 이혼할 권리-존스톤 대 아일랜드 판결 및 피오토르프스키 대 폴란드 판결-, 가족법연구 제38권 제3호, 2024. 11. 33-64면.
- 송백석, 미국 전직대통령 면책특권 모델의 한국에 대한 함의-연방대법원 Trump v. United States 판례 연구-, 법학논총 제41집 제3호, 2024. 10. 39-64면.
- 송순섭, 미국 감사원에 대한 고찰-감사원의 본질적 특성에 대한 검토를 중심으로-, 공법연구 제53권 제1호, 2024. 10. 115-150면.
- 안문희, 친권으로서 자녀의 초상권 보호-2024년 2월 19일 신설된 프랑스법을 중심으로-, 저스티스 통권 제203호, 2024. 8. 41-64면.
- 염지애, 캐나다 다문화사회에서 표현의 자유와 혐오표현에 관한 헌법적 연구, 법학논고 제87집, 2024. 10. 39-75면.

- 이동수, 독일의 성별기록자기결정법의 기본 내용과 가족법 관련 문제에 대한 소고, 가족법연구 제38권 제3호, 2024. 11. 151-208면.
- 이 황, 주요 국가들의 온라인 플랫폼 등 빅테크 대상 규제동향과 시사점, 통상법률 제165호, 2024. 11. 48-90면.
- 장아안·이경렬, 안면인식 기술의 규제에 관한 중국법제 소고(小考), 동북아법연구 제18권 제2호, 2024. 9. 187-229면.
- 장준혁, 시민/보통법과 이슬람법의 가교로서 HCCH 아동 관련 협약들에 관한 회의 (“Malta Process”)-제5차 회의(2024. 9. 24.-27.) 참가보고서- = The MALTA V Discussion Trends, 통상법률 제165호, 2024. 11. 91-138면.
- 전형우, 미국의 플랫폼중사자 보호와 규제방식, 노동법연구 제57호, 2024. 9. 257-302면.
- 최진이, 기후변화의 적응에 관한국제논의와 국내 법제 개선방안, 원광법학 제40권 제3호, 2024. 9. 101-120면.
- 최흡걸, 중국 환경민사공익소송 소송비용제도의 현황 및 개선방안, 동북아법연구 제18권 제2호, 2024. 9. 129-146면.
- Naumann, Kolja, Öffentliche Regulierung von Wirtschaftstätigkeit und grundrechtliche Schrankenkontrolle durch die Verwaltungsgerichte-aktuelle Entwicklungen in Deutschland-(김태호 역, 경제활동의 공적 규율과 행정법원의 기본권 제한 심사-독일의 전개 동향-), 경제규제와 법 제17권 제1호, 2024. 5. 9-25면.



국외통신원 소식

■ 미성년 젠더확정치료 금지 법안의 합헌성 논의:
United States v. Skrametti 사건의 심리 동향을 중심으로

미성년 젠더확정치료 금지 법안의 합헌성 논의: United States v. Skrametti 사건의 심리 동향을 중심으로

UC Berkeley School of Law 박사과정 이누리

I. 들어가는 말

‘젠더확정치료’(Gender-Affirming Care)란 타고난 성별과 일치하지 않는 성정체성을 가진 개인이 자신의 성정체성과 조화되는 삶을 살 수 있도록 돕고, 불일치로부터 비롯되는 불편감 및 스트레스를 치료하기 위해 고안된 의학적, 심리학적, 사회적 요법들을 가리킨다. 미국 내 젠더확정치료의 역사는 1960년대까지 거슬러 올라가지만, 미국심리학회(APA)가 1980년 ‘젠더 불일치증’(gender identity disorder)을 공식적으로 진단가능한 질병 목록에 등재한 후로는¹⁾ 더욱 보편화되어 현재는 미국 전역에서 200개 이상의 전문 클리닉이 운영되고 있다.²⁾

젠더확정치료가 이처럼 보편화되었음에도 불구하고, 미성년자를 대상으로 호르몬 치료와 침습적 요법을 포함하는 의학적 처치를 시행하는 것은 2024년 12월 현재 조지아, 텍사스, 테네시 등 26개 주에서 주법을 통해 금지되어 있다.³⁾ 2024년 8월 기준 이 법들의 적용을 받는 만 13~17세의 트랜스젠더 청소년은 전국 트랜스젠더 청소년의 39.4%로, 총 118,300명에 달하는 것으로 추산된다.⁴⁾

금지법안의 찬성파들은 치료를 받는 당사자들이 온전한 행위능력을 갖춘 성인이 아니라는 점, 그리고 대부분의 요법이 비가역적이라는 점 등을 들어 불법화가 정당

1) 미국심리학회는 2013년 동 병명을 ‘젠더 불쾌감’(gender dysphoria)으로 개칭하였다.

2) Standards of Care for the Health of Transgender and Gender Diverse People, Version 8, 23 Int’l J. of Transgender Health S43 (2022); See Borah L, Zebib L, Sanders HM, Lane M, Stroumsa D, Chung KC. State Restrictions and Geographic Access to Gender-Affirming Care for Transgender Youth. JAMA. 330(4), 375 (2023).

3) 이 중 아칸소주와 몬타나주는 법원의 보류 결정으로 법의 적용이 현재 중단된 상태이고, 애리조나의 경우 젠더확정수술만을 금지하고 있다.

4) Redfield, Elana. et al. (April 2023) “The Impact of 2024 Anti-Transgender Legislation on Youth” [https://williamsinstitute.law.ucla.edu/publications/2024-anti-trans-legislation/\(2024. 12. 23. 최종방문\).](https://williamsinstitute.law.ucla.edu/publications/2024-anti-trans-legislation/(2024. 12. 23. 최종방문).)

하다고 주장한다. 반면에, 금지법안의 반대파들은 젠더확정치료 금지가 수정헌법 제 14조 평등조항 위반이라고 주장하며 위헌소송 제기로 대응하고 있다. 현재 이와 같은 내용의 위헌소송이 미국 전역에서 10건 이상 진행 중이며,⁵⁾ 그 중에서도 가장 주목받고 있는 소송은 테네시주에 거주하는 트랜스젠더 청소년 3인과 그 가족이 테네시주의 금지법안에 대해 제기한 *L.W. v. Skremetti* 사건이다. 이 사건은 당초 연방지방법원의 위헌 판단 및 금지명령(*injunction*)을 이끌어냈지만, 연방항소심에서 그 결과가 뒤집혔고, 상고를 거쳐 현재 연방대법원의 심리가 진행 중에 있다.

이 보고서는 연방대법원 위헌 심판의 도화선이 된 테네시주의 미성년자 젠더확정치료 금지법안의 내용을 살펴본 후, *L.W. v. Skremetti* 사건에 대한 연방 하급심 판결과 그로부터 드러난 주요 쟁점을 요약하고, 최근에 진행된 대법원 구두심리에서 다루어진 양측의 주장을 일별한 뒤 마지막으로 재판의 함의와 향후 전망을 짚어 보고자 한다.

2. 젠더확정치료 금지 법안의 개요

이 위헌심판의 도화선이 된 입법은 2023년 3월 테네시주 주지사 빌 리가 서명하고 동년 7월 1일자로 발효된 테네시주의 ‘미성년자 젠더확정치료 금지법안’(이하 ‘SB1 법안’)이다.⁶⁾ 이 법안은 만 18세 이하에 대한 젠더확정치료를 금지하고, 치료를 제공하는 의료인을 처벌할 수 있게 하는 내용을 담고 있다. 발효 직후 테네시 주법 제68장 제33절에 통합된 이 법안은 제101~110조의 10개 조항으로 이루어져 있는데, 제101조는 법안이 통과된 배경과 입법목적을 기술하고 있으며, 제102조는 용어 정의, 제103조와 제104조는 금지대상 행위 및 예외를 규정하고 있다. 제105~110조는 이행에 관한 조항이다.

해당 법안이 금지하고 있는 행위는 젠더확정치료를 목적으로 수행되는 모든 의학 적 처치다. 여기서 의학 적 처치란 ① 신체의 일부에 침입하거나, 이를 제거하거나 변화시키는 수술적 요법과, ② 호르몬 및 사춘기 차단제(*puberty blocker*)를 처방하거나 복용시키는 비수술적 요법을 포괄한다.⁷⁾ 이 규제에는 두 가지 예외가 적용된다. 첫

5) Yale Law School. (July 1, 2024) “White Paper Addresses Key Issues in Legal Battles over Gender-Affirming Health Care” https://law.yale.edu/yls-today/news/white-paper-addresses-key-issues-legal-battles-over-gender-affirming-health-care?utm_source=chatgpt.com(2024. 12. 23. 최종방문).

6) Tenn. Code Ann. § 68-33-101-§ 68-33-107 (2023).

째, 의료인들은 선천적 질환, 성조숙증, 질병, 또는 신체적 부상을 치료하기 위해 사춘기 차단제를 처방할 수 있다.⁸⁾ 둘째, 법안이 발효된 2023년 7월 1일 이전에 개시된 장기 호르몬 치료는 2024년 3월 31일까지 시행할 수 있다.⁹⁾

제101조에 언급된 입법 배경 및 목적은 주로 법안 찬성 측의 논리를 기술하고 있다. 입법자들은 젠더 불쾌감이 정신적 스트레스의 원인이 된다는 것을 인정하면서도, 이를 해소하기 위한 의학적 처치가 미성년자에게 영구적 불임, 질병, 치명적인 정신 건강상의 영향 등 여러 건강상의 위험을 초래할 가능성이 있다는 것을 강조한다 (§101(a)(b)). 아울러, 이러한 요법들이 본질적으로 실험적이고 장기적인 연구를 통해 뒷받침되지 않았기 때문에, 아직 알려져 있지 않은 장기적 해악이 알려져 있는 단기적 이익을 압도할 수 있다고도 언급한다 (§101(c)). 또한, 미성년자들은 인생 전반에 영향을 끼칠 수 있는 결정을 내리기에 아직 충분히 성숙하지 못하고 (§101(h)), 관련 치료 과정에서 의사들이 환자의 이익보다는 금전적인 득실에 경도되는 경우가 많다는 언급도 등장한다 (§101(j)). 일부 전문 클리닉이 홍보용으로 미성년자의 나체 사진을 사용한 일화들과 (§101(l)) 함께 이들 클리닉의 행위로 인해 직업에 대한 공중의 신뢰가 심각하게 훼손되고 있다는 주관적 평가가 포함된 점도 특기할 만하다 (§101(m)).

법안 이행을 위한 장치로는 금지된 의료 행위를 제공하는 자에 대한 징계, 주 법무장관 및 보고관의 민사소송권, 그리고 금지된 의료행위로 인해 상해를 입은 미성년자 부모의 민사소송권이 규정되어 있다.

3. 소송 개요 및 하급심 판결

1) 소송 개요

위 법안이 통과된 지 약 한 달 만인 2023년 4월 20일, 테네시주 내쉬빌에 거주하는 사만다 윌리엄스, 브라이언 윌리엄스 부부와 그들의 15세 트랜스젠더 딸, 익명으로 참여한 다른 두 명의 미성년 트랜스젠더 원고와 그 가족, 그리고 멤피스에서 활동하는 의료인인 수잔 레이시 박사가 테네시주를 상대로 소송을 제기하였다. 이들의 법률대리인으로는 ACLU(American Civil Liberties Union), 테네시 ACLU, Lamda Legal,

7) Id. § 68-33-102(5).

8) Id. § 68-33-103(b)(1)(A).

9) Id. § 68-33-103(b)(1)(B).

Akin Gump LLP가 선임되었다. 아울러, 중요한 공익적 함의를 갖는 사건에 대해 법무 장관의 개입을 허용하는 「시민권법」(Civil Rights Act)¹⁰⁾에 의거해 연방 법무부가 원 고측에 합류하였다.

원고들은 이 법안이 두 가지 이유로 헌법에 위배된다고 주장하였다. 첫째, 이 법은 젠더 불쾌감을 겪는 미성년자의 치료받을 권리를 부정함으로써 성별에 근거한 차별 을 금지하는 수정헌법 제14조 평등 보호 조항을 위반하고 있다. 둘째, 자녀에 대한 의료행위를 결정할 부모의 헌법적 권리를 침해하고 있다.¹¹⁾ 그 근거로는 크게 세 가 지를 들었다. 첫째, 젠더 불쾌감은 치료를 요하는 심각한 의학적 증상으로서 적시에 치료받지 않을 경우 불안, 우울증, 자살 시도 등의 증세를 유발할 수 있다.¹²⁾ 둘째, 젠더확정치료의 안정성과 효과는 수십 년의 임상적 데이터로 입증되어 있다. 셋째, 젠더확정치료를 목적으로 하는 경우에 금지되고 있는 호르몬 치료, 수술 요법 등의 모든 처치가 다른 의료 목적으로는 허용되고 있다.

이 외에도, 원고들은 연방법인 소위 오바마 케어, 즉 「환자보호 및 적정부담보험법」 (the Patient Protection and Affordable Care Act) 제1557부가 문제의 법에 대해 우월적 효력을 가지며, 문제의 법은 동 연방법을 위반하였으므로 무효라는 주장도 폈다.¹³⁾

원고들은 법원에 다음과 같은 판결을 내려 줄 것을 요청하였다. 첫째, 문제의 법안이 헌법상 평등조항, 적법절차조항에 위배되며 상위법인 오바마 케어 제1557부에 의 해 무효화되었다고 선언해 줄 것. 둘째, 피고와 그 고용인들 및 대리인들이 동 법안 을 집행하지 못하도록 임시 및 영구적 금지조치를 명령해 줄 것. 셋째, 원고들의 소송비용을 보전해 줄 것. 넷째, 그 외에 법원이 적절하다고 판단하는 구제조치를 명령 해 줄 것.¹⁴⁾

2) 하급심 판결

이 사건을 심리한 테네시주 연방지방법원은 2023년 6월 28일 사춘기 차단제와 호 르몬 치료를 금지하는 조항들의 효력을 정지시키는 금지명령을 발부하였다.¹⁵⁾ 법원

10) Title IX of the Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. § 2000h-2

11) L.W. v. Skrametti Complaint. 148-171.

12) 특히, 미국의 모든 주요 의료협회가 젠더 불쾌감 치료를 위해서는 의학적 개입이 필요하다고 인정하 고 있음을 강조하였다.

13) L.W. v. Skrametti Complaint. 172-190.

14) L.W. v. Skrametti Complaint. p 41-42.

은 해당 조항들이 헌법상 적법절차조항과 평등조항이 보장하는 권리를 침해하여 일견 위헌적이라고 보았다. 다만, 법원은 미성년자에 대한 수술적 젠더확정 요법을 금지하는 조항에 대해서는 금지조치를 명령하지 않았다.

먼저, 적법절차와 관련하여, 법원은 금지조치를 명령한 조항들이 자녀에 대한 의료를 감독할 수 있는 부모의 본질적 권리를 침해한다고 판단하였다. 둘째로, 평등조항과 관련해서는 트랜스젠더들이 평등조항의 보호를 받는 준보호대상 집단(quasi-suspect group)에 해당하며, 따라서 해당 법안은 성별에 근거한 부당한 차별을 구성하고, 그러한 차별적 규제에 적용되는 강화된 심사 기준¹⁶⁾을 만족시키기에는 테네시 주정부가 제시한 의학적 근거가 불충분하다고 결정하였다.

이에 테네시주는 항소하였고, 관할 연방항소법원(6th circuit)은 이 사건과 켄터키주의 유사 사건을 통합하여 심리하였다. 심리 결과, 법원은 하급심 판결을 뒤집고 2023년 9월 28일자로 금지조치를 해제하는 판결을 내렸다.¹⁷⁾

연방항소법원은 크게 여섯 가지 이유를 제시하였다. 첫째, 하급심은 원고들의 권리 침해 여부만을 다루지 않고 법률 전체에 대해 위헌 판단을 내렸는데, 이 때 법률이 합법적으로 적용될 수 있는 상황을 검토하지 않았기에 법 적용의 오류가 있다. 둘째, 젠더확정치료와 같이 비교적 새로운 의료 분야에 대한 규제는 민주적인 과정을 통해 해결되어야 하며, 법원은 신중한 태도를 유지해야 한다. 셋째, 자녀의 의학적 처치에 대한 부모의 권리는 “역사와 전통에 깊이 뿌리내린” 헌법상의 근본적 권리가 아니며, 이러한 확장적 해석은 근거 없다. 넷째, 주 정부는 시민들의 건강과 안전을 보호할 책임이 있으며, 논쟁의 대상이 되고 있는 의학적 처치에 대해 신중하고 보수적인 입장을 취할 수 있다. 다섯째, 트랜스젠더는 평등조항이 보호하는 준보호대상 집단이

15) 법원은 미성년자에 대한 수술적 젠더확정 요법을 금지하는 조항에 대해서는 금지 명령을 발부하지 않았다.

16) 법률에 대한 위헌심사에는 문제된 법률이 침해하는 권리의 중요도에 따라 세 가지의 심사기준 중 하나가 적용된다. 가장 관대한 기준은 ‘합리적 근거 심사’(rational basis review)로, 위헌성을 주장하는 측이 정당한 이익의 부재 또는 해당 법률과 정당한 이익 사이에 관계없음을 입증해야 한다. 이보다 엄격한 ‘중간 단계의 심사’(intermediate scrutiny)는 해당 법률이 중요한 목적의 실현에 기여하거나, 그러한 목적의 실현과 상당히 연관되어 있음을 입증할 것을 요구한다. 가장 엄격한 ‘강화된 심사’(strict scrutiny) 기준은 입증책임을 정부측으로 전환시킨다. 즉, 주 정부가 해당 법률이 성차별적 이유로 제정된 것이 아니라는 점을 입증해야만 위헌 판단을 피할 수 있게 된다. 대법원은 *United States v. Virginia* (1996) 사건에서 “성별에 기반을 둔 모든 분류는 강화된 심사 기준의 적용을 받는다”고 판시한 바 있다.

17) *L.W. ex rel. Williams v. Skrmetti*, 73 F.4th 408 (6th Cir. 2023).

아니므로 원고측이 주장하는 강화된 심사 기준은 적용되지 않는다. 여섯째, 호르몬 치료의 경우 FDA가 최종 승인하지 않은 요법으로서 위험 요소가 존재하는바, 주 정부는 FDA가 안전성을 보장하지 않는 치료법에 대해 제한을 가할 수 있는 권한이 있다.

4. 대법원의 심리 동향

1) 심리 개요

항소법원의 위 결정에 대해 연방 법무부는 상고하였다. 대법원은 2024년 6월 24일부로 *United States v. Skrametti* 사건에 대해 상고를 허가하였고, 소송 준비단계를 거쳐 12월 4일 첫 구두심리가 개시되었다.

구두심리 개시 전 단계에서는 사우스캐롤라이나 주지사 헨리 맥마스터를 대표로 한 10명의 공화당 주지사¹⁸⁾들이 법정조언자(*amicus curiae*) 의견서를 제출한 사실이 주목받았다. 미성년 젠더확정치료를 금지하고 있는 10개 주의 주지사들이 공동으로 작성한 이 의견서는 주 정부의 의료 규제권을 강조하고, 주 정부가 이미 미성년자에 대해 문신 금지, 총기 소지 금지, 음주 금지 등 다양한 제한 입법을 합법적으로 시행해 왔음을 설명하면서, 연방법원이 이 문제에 개입하는 것은 주 입법부의 자율성을 훼손하는 결과를 낳는다고 경고하였다.¹⁹⁾

12월 4일 진행된 구두심리에서는 모두발언과 증인신문이 이루어졌다. 대법관들은 양측에 30분이 넘는 질문을 하는 등 매우 적극적인 태도로 심리에 임했는데, 해당 조항들이 헌법상 평등조항에 위반되는지 여부에 관한 해석론적 공방이 가장 뜨거운 쟁점이었다.

2) 평등조항 위반

SB1 법안이 헌법상 평등조항에 위반되는지와 관련하여, 법무부측은 법안이 남성 미성년자에게는 남성적 특징을 증진할 목적의 테스토스테론 처방을 허용하지만 여성 미성년자에게는 이를 허용하지 않는 등, 미성년자의 출생 성별에 따라 특정 치료를

18) 앨라배마 주지사 Kay Ivey, 아칸소 주지사 Sarah Huckabee Sanders, 플로리다 주지사 Ron Desantis, 조지아 주지사 Brian Kemp, 미시시피 주지사 Tate Reeves, 미주리 주지사 Mike Parson, 몬타나 주지사 Greg Gianforte, 오클라호마 주지사 Kevin Stitt, 텍사스 주지사 Greg Abbott이 참여하였다.

19) Brief of Governor Henry Dargan McMaster and Nine Additional Governors as Amici Curiae in Support of Respondents, *U.S. v. Skrametti*.

금지함으로써 명백히 성별에 기반한 분류를 하고 있으며, 따라서 강화된 심사기준이 적용되어야 한다고 주장했다. 이 경우 특별히 호르몬 요법을 필요로 하는 트랜스젠더 개인에 대해서도 허용 여지를 남겨 놓지 않는 테네시주의 법안은 심사기준에 미달할 가능성이 높아진다. 반면, 테네시주는 남성에게 테스토스테론을 투여하는 것과 여성에게 테스토스테론을 투여하는 것은 상이한 의료행위이고, 이것은 의료 목적에 기반한 분류에 속하며 성별 기반의 차별이 아니라고 하였다. 따라서 강화된 심사기준 대신 합리적 근거 심사기준이 적용되며, 원고들이 정당한 이익 기준 미달을 입증하지 못하는 이상 주 정부의 일괄적 규제는 합헌이라고 주장하였다.

이에 대해, 보수 성향으로 분류되는 토머스 대법관, 알리토 대법관은 *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484 (1974), *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022) 사건에 대한 대법원 선례가 이 사건에도 적용된다는 시각을 피력하였다. 위의 두 판결들은 임신 등 하나의 성별에만 해당되는 의료적 상태 및 그에 따른 처치에 관한 법률의 경우 성별에 기반한 차별로 볼 수 없다는 결정을 담고 있다. 반면, 진보 성향의 케이건 대법관은 트랜스젠더가 평등조항의 준보호대상 집단에 해당할 여지를 암시하였으며, 소토마요르 대법관은 이 법의 영향을 받는 트랜스젠더 청소년들 중 일부는 자살 충동 등의 심각한 위험에 노출되어 있다는 점을 강조하면서 테네시주의 법이 개별적 심사 여지를 허용하지 않은 점을 사실상 비판하였다.

3) 기타 쟁점들

평등조항 이외의 쟁점들도 깊이 있게 논의되었다. 먼저, 의료 분야에 대한 사법자제와 관련하여 테네시주는 의료 규제는 주 입법부가 민주적 절차를 통해 주민들의 요구와 상황을 반영하여 결정해야 할 문제라고 주장하였다. 반면, 원고측은 코로나바이러스 보건위기 당시 대법원이 사법자제보다는 적극적 개입의 자세를 취한 점을 강조하며, 보건의료적 전문성을 요하는 분야라도 시민들의 헌법적 권리를 보호하기 위해 개입하는 것은 대법원의 관행에 어긋나지 않는다고 주장하였다.

아울러, 외국 정부들이 미성년자에 대한 젠더확정치료에 신중한 접근 방식을 취하고 있는 점도 중요하게 거론되었다. 특히, 알리토 대법관은 미성년자 대상 젠더확정치료의 위험성이 효익보다 클 수 있다는 점을 지적한 영국, 스웨덴, 핀란드의 연구결과와, 16세 미만 청소년에 대해서는 임상적 목적으로만 사춘기 차단제를 처방할 수 있게 한 영국 정부의 규제 등을 거론하였다. 이에 대해 원고측은 언급된 해외 사

례들의 경우 치료가 특히 필요하다고 판단되는 개인에게 예외를 허용하는 장치를 갖추고 있어 일괄적 금지를 규정한 이 사안과는 다르다고 반론하였다.

5. 함의 및 향후 전망

이 사건의 최종심 판결은 2025년 6월경 내려질 것으로 예상된다. 소송의 결과는 직접당사자인 테네시주 외에도 유사한 법을 시행 중인 25개 주들에 영향을 미치게 된다. 이 사건의 원고 법률대리인인 ACLU는 1986년부터 추진해 온 ‘LGBTQ & HIV 프로젝트’의 일환으로 테네시를 포함하여 각기 다른 주에서 총 12건의 위헌소송을 이끌고 있기도 하다.²⁰⁾

대법원이 근래 연속적으로 내리고 있는 보수적인 판결들을 고려할 때, 위헌 판결이 날 가능성은 매우 낮다는 것이 중론이다.²¹⁾ 이번 구두심리에서도 원고측의 주장을 긍정하는 요지의 질의를 한 것은 케이건, 소토마요르, 잭슨 3인의 진보 성향 대법관들에 그쳤다. 구두심리 내내 침묵을 유지한 고서치 대법관을 제외한 5인의 보수 성향 대법관들은 원고측 주장에 회의적인 태도를 고수하면서 일부 주장에 대해서는 길게 논박하기도 했다. 다만, 각 대법관의 접근법은 각자 상이하여, 알리토 대법관은 해외 사례와 과학적 불확실성을 강조하였고, 토머스 대법관은 이 법률이 실질적으로는 성별에 기반한 차별이 아니라는 의견을 밝혔으며, 로버츠 대법관은 빠르게 변화하고 있는 의료 분야의 미묘한 사항들을 사법부가 판단하는 것이 적절한가에 대해 회의감을 표명하였다. 이에 따라, 법조계의 관심은 대법원의 최종 판결문이 과연 어떤 근거를 들어 테네시주의 법률을 옹호할 것인가에 쏠리고 있다.

아울러, 이번 소송이 트랜스젠더의 ‘준보호대상 집단’ 해당 여부에 대한 대법원의 판단을 이끌어낼지 여부도 주목된다. 이 문제는 트랜스젠더의 여성스포츠 참여 권한, 여성화장실 이용 권한 등 아직 법의 판단을 받지 못한 여러 사회적 논쟁들에 직결되는 함의를 갖는다. 원고측은 법률이 명백히 성별에 기반한 차별을 담고 있다는 점을 주요 논거로 삼았고, 준보호대상 집단 논거는 보조적으로 제시했을 뿐이지만, 케이건

20) ACLU. (2024, Jul 25th). ACLU Announces Chase Strangio As Co-Director of LGBTQ & HIV Project. [https://www.aclu.org/press-releases/aclu-announces-chase-strangio-as-co-director-of-lgbtq-hiv-project\(2024.12.23](https://www.aclu.org/press-releases/aclu-announces-chase-strangio-as-co-director-of-lgbtq-hiv-project(2024.12.23). 최종방문).

21) Ian Millhiser, “The horrifying implications of today’s Supreme Court argument on trans rights,” VOX, Dec 9th, 2024

대법관, 알리토 대법관, 캐버노 대법관 등이 관련 질의를 던진 점에서 미루어 볼 때 최종 판결문이 이 점에 대한 언급을 포함할 가능성도 배제할 수 없다.

또 다른 잔여 쟁점으로 떠오를 수 있는 것은 자녀의 치료를 결정할 부모의 헌법적 권리 문제이다. 원고측은 1심 및 항소심에서 이 권리를 주요 논거의 하나로 제시했지만, 대법원은 해당 쟁점에 대해 상고를 허가하지 않았다. 그러나 전통적으로 보수 진영은 자녀의 교육, 의료 등을 결정할 수 있는 부모의 재량적 권리를 옹호해 온 만큼, 이 법률이 해당 권리를 침해하는지에 대한 판단은 별개의 판결로 유보될 것으로 보인다. 실제로 구두심리 도중 보수 성향의 배릿 대법관, 캐버노 대법관은 테네시주측 대리인에게 관련 질의를 던져, 적법절차 조항에 기반해 소송을 제기할 수 있는 부모들의 권리는 이 소송의 결과와 관계없이 유지된다는 답변을 이끌어냈다.

세계헌법재판 조사연구보고서

(2025 제1호)

2025년 1월 15일 인쇄

2025년 1월 22일 발행

발행: 헌법재판소
헌법재판연구원

인쇄: 크리커뮤니케이션
02) 2273-1775

<비매품>

