

제11회

(사)유럽헌법학회 및 국가인권위원회 공동학술발표회

유럽인권협약과 기본권

□ 일시 : 2009년 05월 29일 (금)
13:00 ~ 19:00

□ 장소 : 국가인권위원회 11층 배움터

주최 : (사)유럽헌법학회 및 국가인권위원회

초대의 말씀

존경하옵는 회원님,

양극화가 심화되고 대립과 갈등이 상존하고 있는 무서운 사회를 어떻게 하면 균형있는 정돈된 사회로 순화하고, 국민의 자유와 인권이 존중되는 행복한 사회로 나아갈 수 있을까요?

제11회 학술대회는 국가인권위원회와 공동으로 『유럽인권협약과 기본권』을 주제로하여 인간의 존엄과 자유에 대한 보호체계로서의 주요한 모델이라 할 수 있는 유럽인권협약에 관하여 살펴보고, 나아가 우리 나라에서의 종교의 자유와 정보인권에 관한 문제를 검토해 보고자 합니다.

여러 업무로 바쁘시더라도 참석하셔서 함께 토론하고 협의하여 이론적 토대 구축에 일조하여 주시기를 앙망하는 바입니다. 회원님의 건강과 학문적 발전을 기원합니다.

2009년 5월 25일

(사) 유럽헌법학회 회장
영남대학교 교수 박인수 드림

PROGRAM

13:00 - 13:30 등 록
13:30 - 14:00 개 회 식 사회: 정극원 출판이사
개 회 사 박인수 유럽헌법학회 회장
인사말씀 안경환 국가인권위원회 위원장

14:00 - 14:40 기조연설

유럽인권재판소 판례가 프랑스 인권정책에 미친 영향
(l'impact des droits de l'homme sur la politique française
selon les jurisprudences de la CEDH)

기조연설자: 피에르 앙리 프레로(프랑스 세르지-퐁트와즈대)
Pierre-Henri PRELOT(France, Cergy-Pontoise)
통역: 전학선 교수(한국외대)

제1부 학술대회 발표 및 토론

•사회: 김대환 교수(서울시립대)

제1주제 : “유럽인권협약에 의한 기본권 보장”

14:40 - 15:10 발제: 신옥주 부연구위원(한국법제연구원)
15:10 - 15:20 토론: 홍성필 교수(연세대)

제2주제 : “유럽인권협약상의 인간존엄의 원칙 - 유럽인권재판소의 판례를 중심으로”

15:20 - 15:50 발제: 정종길 교수(경기대)
15:50 - 16:00 토론: 이상해 교수(대구대)

16:00 - 16:20 휴식시간

제3주제 : “공공부문에서의 종교차별과 기본권”

16:20 - 16:50 발제: 김형남 교수(단국대)

16:50 - 17:00 토론: 김명식 교수(조선대)

제4주제 : “지방자치단체의 CCTV설치 운영과 프라이버시”

17:00 - 17:30 발제: 권건보 교수(아주대)

17:30 - 17:40 토론: 조인성 교수(한남대)

제2부 종합토론 및 토론

•사회: 정극원 교수(대구대)

17:40 - 18:40 종합토론

토론: 권기선 총경(서울서초경찰서장)

이상경 교수(광운대)

김영환 교수(경주대)

성선제 교수(한남대)

강기홍 수석연구원(한국지방행정연구원)

18:40 - 19:00 폐 회 사

박인수 유럽헌법학회 회장

19:00 - 만 찬

목 차

기조연설

유럽인권재판소 판례가 프랑스 인권정책에 미친 영향---피에르 앙리 프레로 6

발제

제1주제 : “유럽인권협약에 의한 기본권 보장”-----신옥주 18

제2주제 : “유럽인권협약상의 인간존엄의 원칙-유럽인권재판소의 판례를 중심으로”-----정종길 36

제3주제 : “공공부문에서의 종교차별과 기본권”-----김형남 47

제4주제 : “지방자치단체의 CCTV설치 운영과 프라이버시”-----권건보 67

[Keynote Speech]

La Convention européenne des droits de l'Homme et la France

유럽인권재판소 판례가 프랑스 인권정책에 미친 영향

Pierre-Henri PRELOT(France, Cergy-Pontoise)
피에르 앙리 프레로(프랑스 세르지-퐁트와즈대)

Les droits de l'Homme en France ont toujours été beaucoup plus qu'une simple question de droits de l'Homme. C'est depuis la Révolution un principe fondateur de l'identité nationale. La Déclaration votée en 1789 à l'ouverture de la Révolution ne s'adresse pas seulement à l'homme universel, elle s'adresse également au citoyen membre du corps souverain que constitue désormais la communauté nationale. Ce sont les droits de l'Homme qui ont fait du sujet entravé de toutes parts un citoyen libre et ne dépendant plus que de sa propre volonté. Et c'est la communauté des citoyens libres et égaux qui forme la nation souveraine. **Il n'y a pas de souveraineté nationale en France en-dehors des droits de l'Homme.**

Mais les droits de l'Homme ne concernent pas les seuls français. Les hommes qui font la Révolution s'adressent en réalité à l'humanité entière. Ainsi que le déclare Saint-Just, compagnon de Robespierre «*Le peuple français proclame la liberté du monde*».

Ces deux brèves observations historiques permettent de souligner ce qui peut apparaître comme une forme de paradoxe, à savoir que les Français sont intimement convaincus de l'universalité des droits de l'Homme, en même temps qu'ils sont pénétrés du sentiment de leur spécificité, en tant qu'ils sont constitutifs de l'identité nationale française.

1) la dualité des sources de protection des droits de l'Homme en droit interne

Pendant très longtemps le mouvement de consolidation juridique des droits de l'Homme en France s'est opéré selon des processus purement internes. La tradition républicaine voyait dans la loi, expression de la volonté générale Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, article 6 *«La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation»*. , l'instrument principal de protection des libertés. Le juge administratif a su lui aussi promouvoir, à travers ses constructions jurisprudentielles, et notamment les *«principes généraux du droit»*, des instruments de protection des droits, dont il a imposé le respect aux autorités publiques. Enfin, sous la 5^e république, la France s'est convertie (tardivement) au contrôle de constitutionnalité des lois, en prenant comme source de références la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, mais aussi les principes nouveaux à caractère social du Préambule de 1946 ainsi que les Principes fondamentaux consacrés par la tradition républicaine Ce qu'on appelle en doctrine les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la république. .

Mais au moment même où cette construction purement interne se trouvait parachevée, vers le milieu des années 1970, un acteur nouveau est apparu, avec l'entrée en vigueur dans le cadre français de la Convention européenne des droits de l'Homme. On connaît l'origine de ce texte, rédigé en 1950 par le Conseil de l'Europe, en vue de fixer un cadre général commun en matière de droits de l'Homme pour les démocraties de l'Ouest européen. Pendant une bonne vingtaine d'années la France s'est opposée à sa

ratification, et celle-ci n'est intervenue qu'en 1974. En 1981, un nouveau pas important a été franchi, lorsque la France a accepté les recours individuels devant les instances de Strasbourg. Très vite, la France a été mise en cause devant la Cour de Strasbourg, et inévitablement elle a été condamnée, de plus en plus souvent, et pour les motifs les plus divers.

Autrement dit, le pays qui depuis sa révolution avait servi de modèle pour l'affirmation des droits de l'Homme, et dont le rôle dans la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 avait été très important René Cassin en avait été le principal rédacteur., comme avait été important son rôle dans la création du Conseil de l'Europe et la rédaction de la Convention européenne, se trouvait désormais dans la situation tout à fait désagréable de voir remise en question, depuis l'extérieur, la façon dont elle assurait sur son propre territoire le respect de ces mêmes droits de l'Homme.

Outre cet aspect symbolique, il faut comprendre que l'impact des décisions de condamnation est souvent considérable. Bien entendu les jugements de la Cour sont des constats, qui aboutissent au plus à des décisions de réparation financière du préjudice, et la Cour ne peut pas adresser des injonctions aux Etats. Mais en réalité dans la plus simple affaire ce sont très souvent des pans entiers de l'organisation administrative ou juridictionnelle, ou encore des pratiques inscrites dans la culture juridique nationale, qui se trouvent mis en cause, et qui doivent donc être réformés. A titre d'illustration, la Cour européenne des droits de l'Homme a remis en cause le rôle que jouait traditionnellement le commissaire du gouvernement devant les juridictions administratives. Actuellement, c'est l'indépendance des

magistrats exerçant les fonctions de procureur qui est discutée (le parquet, ou magistrature debout), et les décisions attendues pourraient avoir des conséquences incalculables dans un nombre important de procédures dont la régularité au plan du droit reposait jusqu'ici sur l'autorisation préalable ou le contrôle juridictionnel exercé par le magistrat procureur.

2) L'articulation interne des sources constitutionnelles et conventionnelles de protection

La Constitution de 1958 inscrit les traités internationaux à un niveau élevé de la hiérarchie des normes. Selon l'article 55 «*les traités... ont une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve... de leur application par l'autre partie*». Autrement dit l'autorité de la convention européenne des droits de l'Homme est supérieure à celle de la loi. Mais dans un pays où la tradition républicaine s'est construite autour du principe de la souveraineté de la loi Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, article 6., et où le contrôle de constitutionnalité des lois a eu tant de mal à s'implanter, il n'était pas évident d'organiser les modalités de cette soumission. Le Conseil constitutionnel a été saisi le premier, à propos de la loi qui légalisait le recours à l'avortement. Les parlementaires qui contestaient cette loi soutenaient devant le Conseil constitutionnel qu'elle était contraire à l'article 2 de la Convention européenne garantissant le droit à la vie «*Le droit à la vie de toute personne est protégé par la loi*», et que le postulat constitutionnel de supériorité de la convention sur la loi (article 55) était remis en cause avec la loi sur l'interruption volontaire de grossesse. Dans sa décision du 15 janvier 1975 le Conseil constitutionnel a rejeté l'argument, en indiquant que son rôle était de vérifier la conformité des lois par rapport à la Constitution, et pas par rapport aux traités. Il voulait de cette manière affirmer la

primauté de la garantie constitutionnelle des droits de l'Homme, par rapport aux instruments internationaux de protection.

Ce sont donc les juridictions ordinaires, c'est-à-dire les juridictions civiles placées sous l'autorité de la Cour de cassation, et les juridictions administratives placées sous l'autorité du Conseil d'Etat, qui se sont chargées de faire respecter la Convention européenne des droits de l'Homme. En présence d'une loi contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme, elles acceptent de faire prévaloir la Convention européenne sur la loi. Pour la Cour de cassation le «*contrôle de conventionalité des lois*» est une chose entendue depuis 1975, le Conseil d'Etat quant à lui a eu plus de mal à accepter la primauté du droit international sur la loi, celle-ci n'est acquise que depuis un arrêt Nicolo de 1989, et pour ce qui concerne la CEDH un arrêt de 1990 Confédération nationale des associations familiales catholiques.

L'évolution qui vient d'être décrite a eu pour conséquence que chaque ordre juridictionnel avait en matière de droits de l'homme un système de référence différent, et apparemment cloisonné. D'un côté, le Conseil constitutionnel qui s'appuyait sur les libertés inscrites dans le bloc de constitutionnalité, et qui sanctionnait les lois contraires à la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ou au Préambule de 1946, et de l'autre les juridictions civiles et administratives qui écartaient les lois pour des motifs de contrariété aux droits de l'homme inscrits dans les instruments internationaux de protection. Le système était extrêmement cloisonné, car si de son côté le Conseil constitutionnel ne se référait jamais aux textes internationaux, en sens inverse les juridictions ordinaires se sont toujours refusées à sanctionner une loi au motif de son inconstitutionnalité, au nom de

la vieille théorie dite de la loi-écran. Mais ce système cloisonné était en même temps complètement artificiel, dans la mesure où les droits garantis par la constitution et par la convention européenne sont à peu près identiques. Bien entendu il y a quelques différences dans l'approche des droits. L'exemple typique à cet égard est celui de la liberté de religion, qui dans le cadre français national est appréhendée plutôt du point de vue de la laïcité de l'État, et de la régulation publique des activités religieuses. . Ce qui est au fond assez normal, dès lors que nos sociétés démocratiques et libérales d'Europe occidentale connaissent des évolutions identiques, et se ressemblent de plus en plus.

La construction que l'on vient d'évoquer visait à préserver la primauté de l'ordre constitutionnel en matière de droit de l'Homme. Le contrôle en amont de la constitutionnalité des lois devait permettre d'écarter les lois contraires aux droits de l'Homme, et le contrôle de conventionalité opéré ultérieurement par les juridictions ordinaires présentait un caractère résiduel et complémentaire, sans remettre en question bien entendu les solutions dégagées en amont par le Conseil constitutionnel. Par exemple, lorsque le Conseil constitutionnel énonçait comme condition de validité d'une loi une réserve imposant d'interpréter et d'appliquer cette loi dans un sens déterminé. Ce qu'on appelle en technique contentieuse les «*réserves d'interprétation*», les juridictions civiles et administratives étaient tenues de faire appliquer les réserves émises.

3) La primauté des sources conventionnelles de protection

En réalité ce schéma très ordonné, en forme de jardin à la française si l'on veut, a vite été complètement chamboulé. En effet, faute de pouvoir invoquer aisément la Constitution devant les

juridictions, les avocats se sont rabattus sur la Convention européenne des droits de l'Homme dès qu'ils ont été en mesure de l'invoquer utilement. Et la Convention est devenue très vite aux yeux des citoyens l'instrument le plus efficace de protection des droits de l'homme, invocable non pas simplement contre l'Etat, mais aussi contre les particuliers, en vertu de ce que les allemands appellent la «*Drittwirkung*», l'effet horizontal. Parallèlement, la jurisprudence du Conseil constitutionnel apparaissait figée et distante, sans compter qu'elle est très incomplète. En effet le contrôle constitutionnel de la loi reste facultatif, et de surcroît il n'était pratiquement pas pratiqué avant 1974. A cela s'ajoute que les juges civils et administratifs, souvent agacés par la position de surplomb des juges constitutionnels, n'étaient pas fâchés de pouvoir s'émanciper à travers le contrôle de conventionalité des lois qu'ils opéraient.

Mais il ne faudrait pas exagérer les tensions ou les désaccords entre le Conseil constitutionnel et les juridictions ordinaires à propos de l'interprétation de la conformité des lois aux droits de l'Homme. Car toutes ces juridictions évoluent dans le même univers juridique, et possèdent la même culture. En réalité, ce sont les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme qui vont remettre en cause le principe de souveraineté nationale en matière de droits de l'Homme. De plus en plus, on a vu des arrêts de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat censurés par la Cour de Strasbourg pour violation de la Convention, après que la haute juridiction nationale (civile ou administrative) ait jugé au contraire que l'Etat français n'avait en aucune façon manqué aux droits de l'Homme. Par exemple, la Cour de Strasbourg a sanctionné la pratique des écoutes téléphoniques pratiquées par le juge judiciaire en 1990 (affaire *Kruslin et Huvig*), alors même que

pour la Cour de cassation la base légale autorisant de telles écoutes était régulière. On pourrait multiplier les illustrations.

Mais la Cour de Strasbourg n'a pas seulement bousculé la jurisprudence administrative ou judiciaire. En effet, il peut arriver que les dispositions légales que la Cour déclare contraires à la Convention aient été préalablement jugées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel. En ce cas c'est la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui se trouve désavouée par la Cour de Strasbourg. Autrement dit c'est la Convention européenne, dans l'interprétation qu'en délivre la Cour de Strasbourg, qui prime sur les dispositifs constitutionnels nationaux de garantie des droits de l'Homme. Par exemple, dans un arrêt *Zielinski c/ France* du 28 octobre 1999, la Cour de Strasbourg a déclaré contraire à l'article 6§1 CESDH une loi de validation que le Conseil constitutionnel avait jugée constitutionnelle en 1999. En 2008, dans un arrêt du 21 février (*Ravon*), la Cour de Strasbourg a sanctionné le dispositif légal applicable en matière de perquisitions fiscales, alors même que le Conseil constitutionnel avait validé expressément ce dispositif en 1984.

Bien entendu, de tels cas ne sont pas extrêmement nombreux, mais il suffit d'un seul pour anéantir l'ordre établi. En réalité, la diffusion de l'ordre européen des droits de l'Homme dans le droit français s'est opérée progressivement, au bénéfice de ce que l'on appelle aujourd'hui en Europe de dialogue des juges. Le Conseil constitutionnel sait que ses décisions sur la constitutionnalité ne sont pas à l'abri d'une remise en cause par la Cour de Strasbourg. Et par conséquent il est attentif à l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne, et il en tient compte dans ses propres décisions, afin d'éviter des censures ultérieures.

Ainsi qu'a pu le dire Robert Badinter, à l'époque où il présidait le Conseil constitutionnel «*Il y a un mouvement général vers l'unification des normes fondamentales dans les pays européens... Le Conseil constitutionnel fait très attention à prendre en compte les décisions de la Cour européenne de Strasbourg ou de Luxembourg et il n'est jamais indifférent à ce que décident les cours constitutionnelles des Etats voisins*» (1995). A travers cette notion du dialogue des juges, il s'agit de valoriser l'idée de mise en cohérence concertée et non imposée des systèmes juridiques européens. Dans un dialogue, ce sont les deux interlocuteurs qui parlent et qui écoutent, et donc la construction du droit européen des droits de l'Homme doit elle aussi être attentive aux particularismes nationaux.

Dans l'état actuel des choses, la suprématie du droit européen des droits de l'Homme sur le droit constitutionnel des droits de l'Homme ne paraît pas devoir être remise en cause. L'Europe a confisqué à son profit le vieux patrimoine des droits de l'Homme, et elle n'hésite pas à le retourner contre les Etats, y compris un Etat qui comme la France porte à son honneur de les avoir inventés.

4) Vers une réaffirmation des sources constitutionnelles de protection

Le Comité réuni en 2007 en vue de réviser la Constitution, présidé par Edouard Balladur, avait souligné la nécessité de donner aux citoyens les moyens de se réapproprier leur constitution, qui leur apparaît la plupart du temps comme une construction bien lointaine, à laquelle ils n'ont pas accès. Notamment, alors qu'ils sont incités à se placer sous la protection de la Convention européenne, ils n'ont pas le droit d'invoquer celle de la

Constitution. Une des voies proposées, et qui a été adoptée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, consistait à introduire dans la Constitution une «*exception d'inconstitutionnalité*». Ce qu'on appelle exception d'inconstitutionnalité, c'est en réalité un mécanisme de renvoi préjudiciel au profit du Conseil constitutionnel. Jusqu'ici lorsque les particuliers soulevaient devant une juridiction l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi, le moyen était rejeté en vertu de la théorie de la loi écran et c'est pourquoi ils se rabattaient sur la Convention européenne des droits de l'Homme. Désormais ils pourront le faire, et en ce cas le tribunal devra surseoir à statuer et renvoyer le moyen d'inconstitutionnalité à la juridiction suprême de son ordre (Conseil d'Etat ou Cour de cassation). Celle-ci se prononce sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, et décide le renvoi «*si la disposition contestée soulève une question nouvelle ou présente une difficulté sérieuse*».

La loi organique permettant l'entrée en vigueur de ce nouveau dispositif est en cours d'élaboration, mais ce qui est intéressant s'agissant du sujet qui nous occupe aujourd'hui, c'est que le projet prévoit une disposition selon laquelle «*la juridiction (saisie du recours) doit en tout état de cause, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant, de façon analogue, la conformité de la disposition à la Constitution et aux engagements internationaux de la France, se prononcer en premier sur la question de constitutionnalité, sous réserve, le cas échéant, des exigences résultant de l'article 88-1 de la Constitution*». Autrement dit si cette disposition est adoptée cela signifie que les moyens d'inconstitutionnalité ont la priorité sur les moyens d'inconventionnalité, et qu'à travers l'examen des moyens d'inconstitutionnalité le Conseil constitutionnel répondra également

indirectement aux moyens fondés sur la contrariété à la Convention européenne des droits de l'Homme. L'enjeu est d'inciter les justiciables à se tourner à l'avenir vers la constitution plutôt que vers la Convention européenne.

Les résultats d'une telle réforme sont incertains. Une possibilité est que les justiciables (ou leurs avocats s'ils sont bons) combinent les moyens d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité en vue d'un double examen de la question par la juridiction constitutionnelle et ensuite par le juge saisi. Mais les juges saisis du litige auront sans doute du mal à se dégager de la solution qu'aura commandé le Conseil constitutionnel du point de vue du droit constitutionnel, pour imposer ensuite une solution différente du point de vue du droit conventionnel. Si c'est le cas, alors le risque est grand que les plaignants ou leurs avocats se détournent des moyens d'inconstitutionnalité et s'en tiennent à l'invocation de la seule Convention européenne. Il faudrait que le Conseil constitutionnel se montre bien audacieux dans ses décisions pour qu'il en aille autrement. A quoi on ajoutera que les décisions du Conseil constitutionnel en matière d'exception d'inconstitutionnalité tomberont désormais directement sous le contrôle de la Cour européenne, alors que jusqu'ici la mise en cause du Conseil constitutionnel par la Cour européenne n'était qu'indirecte, à propos de lois dont il avait déclaré la constitutionnalité au terme d'un examen *a priori* abstrait, et dont l'application concrète se trouvait ponctuellement mise en cause par la Cour européenne bien des années après.

Au-delà des enjeux symboliques, qu'il ne faut absolument pas négliger, il est clair que l'exception d'inconstitutionnalité nouvelle, lorsqu'elle se mettra en place, ne changera pas

grand-chose à la primauté du droit conventionnel des droits de l'Homme dans l'ordre interne. Seule une plus grande modération de la Cour européenne, dans un certain nombre de domaines où elle n'est pas assez respectueuse des pratiques et des traditions nationales, permettrait aux droits constitutionnels des États de sortir un peu la tête de l'eau.

유럽인권협약에 의한 기본권 보장

신옥주*

目次

- I. 서론
- II. 1950년의 유럽인권협약(EMRK)
- III. 유럽인권재판소(EGMR)
- IV. 결론

I. 서론

유럽에서 기본권의 보장은 두 차원에서 이루어진다. 유럽안전·협동기구(OSZE)¹⁾를 통하여, 유럽참사회를 통하여, 그리고 유럽-국제법상 인권협약을 통하여 이루어지는 범 유럽적 인권보호(Pan-europäischer Menschenrechtsschutz)와 유럽연합((Grundrechtsschutz in der Europäischen Union) 차원에서 이루어지는 기본권 보장이 바로 그것이다.

본고의 고찰대상인 인권²⁾과 기본자유 보호를 위한 협약(Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten; Europäische Menschenrechtskonvention; EMRK von 1950)은 유럽-국제법상 인권협약을 통하여 이루어지는 범 유럽적 인권보호에 속하며, 인권보장을 위한 실천기구로 유럽인권재판소(Europäischer Gerichtshof fuer Menschenrechte; EGMR)를 두고 있다.

유럽인권협약(EMRK)는 회원국마다 효력순위가 달라서 독일과 같은 경우 법률과 같은 효력을 가진다는 점, 중요한 내용들이 결핍되어 있고³⁾, 회원국들에 의해 모

* 법학박사, 한국법제연구원 부연구위원

1) Die Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa(OSZE). 전신은 1975년 헬싱키협약 결과로 설립된 Konferenz über Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa(KSZE)이다. 공식적인 개칭은 1995년에 이루어 졌다. <http://www.wien-osze.diplo.de/Vertretung/wienosce/de/Startseite.html>.

2) 이는 매우 광범위한 것으로 독일 정부는 이를 시민적·정치적 권리, 고문철폐, 경제적·사회적·문화적 권리, 인종 차별·이방인혐오·반유대주의 철폐, 여성의 인권, 아동의 인권, 장애인의 인권성적 지향을 이유로하는 차별로부터의 보호, “불처벌”의 철폐, 이민자와 인권, 인권과 경제, 인권과 바이오윤리(Bioethik), 인권과 에이즈, 인권보호자들의 보호, 인권침해의 예방 등의 영역으로 나누어 독일의 인권정책을 살피고 있다. Auswärtigesamt(Hrsg.), Siebter Bericht der Bundesregierung über ihre Menschenrechtspolitik in den vernetzten Beziehungen und in anderen Politikbereichen.

3) 협약체결국들은 원래 흠결 없는 협약을 원한 것이 아니었다. 이는 각 나라에서 상정하고 헌법에 규정하고 있는 내용이 다르기 때문이며, 주권과도 연관이 되기 때문이다. 유럽인권협약은 특히 일반적 행동(allgemeine Handlungsfreiheit)의 자유를 규정하고 있지 않다. 일반적 인권선언의 전형으로 이해되는 것은 “alles tun zu dürfen, was einem anderen nicht schadet.” 이라는 내용의 1789년 프랑스 인간 및 시민의 권리선언 제4조와 제5조의 규정이다. Richter, Dagma, Lücken der EMRK und lückemloser Grundrechtsschutz, in:

든 내용이 비준되지 않은 점 등의 약점을 가지고 있다. 그러나 특히 2005년부터는 부속서 12를 통하여 새로이 비부차적인(nichtazessorisches) 차별금지를 규정을 가지게 되었고⁴⁾ 부속서 13을 통하여 사형을 금지하고 있으며, 인권도그마가 매우 잘 발달되었다는 점에서 높이 평가되고 있다. 또 유럽인권협약(EMRK)의 내용을 실현하기 위한 기관인 유럽인권재판소(EGMR)의 역할도 시간이 흐름에 따라 점점 중요해 지고 있다. 초기의 상설기관이 아닌 상태⁵⁾에서 담당하였던 미미했던 활동에 비하여 보면 상설기관이 된 이래로 현재까지는 인권의 수호자로서 위상을 정립해가는 과정이라고 볼 수 있다. 이를 통하여 제한적인 유럽인권재판소(EGMR)의 활동을 통하여 유럽인권협약(EMRK)의 관철을 하려했던 기존의 인권보장 메커니즘에 근본적인 변화가 일어났고 개인들이 인권재판소에 갖는 기대도 매우 높아져서 재판소는 업무를 감당하지 못할 정도로 많은 사건을 접수하게 되었다. 본고에서는 유럽적 차원에서 인권보호 및 이를 위해 점점 중요한 역할을 담당하는 유럽인권협약(EMRK)을 인권관련 주요내용을 중심으로 살펴보고 유럽인권재판소(EGMR)의 관련 판례를 고찰해 보고자 한다.

II. 1950년의 유럽인권협약(EMRK)

1. 범 유럽적 인권보호 개괄

(1) 유럽안전·협동기구(OSZE)

이는 유럽이외의 북미, GuS⁶⁾ 지역에서도 인권보장의 기능을 담당하며, 국가들에 대해 국제법상의 구속력을 가진 국제법상의 기구가 아니라 정치적인 기구이다.

(2) 유럽참사회(Europarat)⁷⁾

동 참사회 규칙 제1조 1문 a와 b에서 인권의 보호와 지속적인 발전이 참사회의 과제임을 밝히고 있다. 참사회의 인권위원(Menschenrechtskommissar)은 개인적 소원(individualbeschwerde)을 다루지는 않으며 단지 상담적인 기능을 가진다.

EMRK/GG Konkordanzkommentar, zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2006, S. 404.

4) 12. ZP 2000, 13개 국가 비준, 2005년부터 효력발생.

5) 유럽인권재판소는 1998.11.1.부터 발효하게 된 11차 추가프로토콜에 의해 오늘날과 같이 상설적인 재판소의 형태로 존재하고 있으며 그 위치는 슈트라스부르크(Strassburg)이다.

6) Gemeinschaft Unabhängiger Staaten (GUS) (russ. Содружество Независимых Государств (СНГ)/Sodruschestwo Nesawissimych Gossudarstw (SNG)) bezeichnet den Zusammenschluss verschiedener Nachfolgestaaten der Sowjetunion (UdSSR) seit dem 8. Dezember 1991. Die Gründung erfolgte durch die Staatsoberhäupter von Russland, Weißrussland und der Ukraine. Das Hauptquartier der GUS befindet sich in der weißrussischen Hauptstadt Minsk, die Versammlung tagt im Taurischen Palais in St. Petersburg. http://de.wikipedia.org/wiki/Gemeinschaft_Unabh%C3%A4ngiger_Staaten

7) 유사한 명칭의 다른 기구들로는 유럽연합기구인 Europäischer Rat와 Rat der Europäischen Union이 있다.

(3) 유럽-국제법상 인권협약을 통하여 이루어지는 범 유럽적 인권보호

유럽인권협약(EMRK), 유럽사회헌장(Europäische Sozialcharta), 특별한 영역에서의 유럽인권협약(Europäische Menschenrechtsabkommen zu speziellen Themenbereichen)⁸⁾을 통한 인권보호가 여기에 속한다.

1) 유럽인권협약 (EMRK)

유럽참사회는 인권과 기본자유를 위한 협약을 제정하였는데 이는 1950년 11월 4일에 로마에서 서명되어 1953년 9월부터 발효하였다. 2008년 현재 47개의 회원국들이 있다. 법적으로는 통상적인 국제법상의 협약의 성격을 가진다. 좀 더 자세한 것은 후술하기로 한다.

2) 유럽사회헌장(Europäische Sozialcharta)

유럽사회헌장은 1961년의 최초헌장과 1996년의 개정헌장으로 나누어 볼 수 있다.

1961년의 최초헌장은 경제 및 사회적 권리가 규정되었고 1988년 부속서를 통하여 더 많은 권리들이 추가되었다. 회원들에게는 권리실현의 촉진을 위한 특정한 수단들에 대한 의무가 부과될 뿐이었고, 유럽참사회의 장관위원회(Ministerkomitee des Euriparates)가 이에 대한 통제기관이었다.

1996년의 개정헌장(1999년부터 발효)은 권리의 확장과 부분적으로 권리의 강화를 규정하고 있다.

2. 유럽인권협약(EMRK)의 인권관련 주요 규정

1) 유럽인권협약(EMRK)의 개요

유럽인권협약(EMRK)은 각 가입국의 법체계에서 상이한 지위를 점하고 있다. 각 비준국의 인권협정에 대한 태도를 살펴보면 다음과 같다:⁹⁾

8) 선택적으로 몇 개를 들어보면 다음과 같다: Europäisches Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe von 1987; Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten von 1995; Europäische Charter der Regional-oder Minderheitensprache von 1992; Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin von 1997; Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der autonomen Verarbeitung personenbezogener Daten von 1981.

9) 자세한 것은 Giegerich, Thomas, Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, in: EMRK/GG Konkordanzkommentar, zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2006, S. 61-96 참조.

- Ⓐ 오스트리아- 헌법과 동일한 지위를 갖는다.
- Ⓑ 스위스- 직접적용 가능한 법률이다. 모든 국민은 헌법에 적합한 권리들을 근거로 소를 제기할 수 있을 뿐만 아니라 인권협정에 의해 모든 사람에게 부여되는 권리들을 근거로 하여서도 소를 제기할 수 있다.
- Ⓒ 네덜란드- 헌법보다 상위의 지위를 갖는다.
- Ⓓ 노르웨이- 노르웨이에서는 1999년 3월 21의 노르웨이 법을 통해서 인권협약을 다른 법률적인 규정보다 상위에 위치하게 하였다.
- Ⓔ 영국- 영국은 Human Rights Act von 1998에서 인권협정을 성문법화 하였다.
- Ⓕ 독일-유럽인권협약(EMRK)은 일반법과 같은 효력을 가진다.¹⁰⁾

유럽인권협약(EMRK)과 부속서(Zusatzprotokoll)는 민사적, 정치적인 권리와 자유뿐만 아니라 회원국들이 부과된 의무들을 전환적용하는 시스템도 역시 갖추고 있다. 이를 위해서는 세 기관이 활동하고 있는데 유럽인권위원회(Europäische Kommission für Menschenrechte, 1954), 유럽인권재판소(Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 1959), 유럽참사회의 장관위원회(Ministerkomitee des Europarates) 등이 그것이다. 이중 유럽참사회의 장관위원회는 각 회원국가의 외무장관 또는 그 대리인(Stellvertretern)들로 구성된다.

유럽인권협약은 기본권보장을 위해 내용적으로 정치하지 못하기 때문에 이의 보완을 위해서 발효 이후 지금까지 14 추가프로토콜이 제정되었는데 이 중 2002년 5월 3일 빌니우스(Vilnius)에서 서명된 13차 추가프로토콜에서는 사형제도의 완전 폐지를 규정¹¹⁾하고 있고, 2000년에 12번째의 부속서(Zusatzprotokoll)를 통하여 평등권¹²⁾이 규정이 되었다.

2) 인권관련 주요 규정

(1) 유럽인권협약 제2조의 생명에 대한 권리 및 부속서 13에 의한 사형폐지

① 인권협약 제2조의 규정

§ Art. 2 EMRK: Recht auf Leben

10) BVerfGE 11, 307 zur Verpflichtung der Behörden und Gerichte zur Berücksichtigung der Entscheidungen des EGMR und ihren verfassungsrechtlichen Grenzen.

11) Das dreizehnte Zusatzprotokoll zur EMRK vom 3. Mai 2002 **schafft die Todesstrafe sowohl in Friedens- als auch Kriegszeiten sowie bei unmittelbarer Kriegsgefahr ab.** Dieses Protokoll ist am 3. Mai 2002 verabschiedet worden. Am 1. Juli 2003 ist es in Kraft getreten. Bisher haben **41 Staaten** das dreizehnte Zusatzprotokoll ratifiziert (Stand: 7. Mai 2009; der aktuelle Stand findet sich über die vollständige Liste der Verträge des Europarates unter Nr. 187). Unterzeichnet aber noch nicht ratifiziert haben das Protokoll Armenien, Lettland, Polen und Spanien. Gar nichts wissen wollen bis jetzt Aserbeidschan und Russland von der vollständigen Abschaffung der Todesstrafe. www.humanrights.ch/home/de/Instrumente/Europarats-Abkommen/Zusatzprotokolle/ZP13/content.html - 15k

12) 12. ZP 2000, ratifiziert von 13 Staaten, seit 2005 in Kraft.

(1) Das Recht jedes Menschen auf Leben wird gesetzlich geschützt. Niemand darf absichtlich getötet werden, außer durch Vollstreckung eines Todesurteils, das ein Gericht wegen eines Verbrechens verhängt hat, für das die Todesstrafe gesetzlich vorgesehen ist.

(2) Eine Tötung wird nicht als Verletzung dieses Artikels betrachtet, wenn sie durch eine Gewaltanwendung, verursacht wird, die unbedingt erforderlich ist, um

- a) jemanden gegen rechtswidrige Gewalt zu verteidigen;
- b) jemanden rechtmäßig festzunehmen oder jemanden, dem die Freiheit rechtmäßig entzogen ist, an der Flucht zu hindern;
- c) einen Aufruhr oder Aufstand rechtmäßig niederzuschlagen.

제2조: 생명에 대한 권리¹³⁾

(1) 모든 사람의 생명에 대한 권리는 법적으로 보호된다. 사형이 법적으로 예정이 되어있는 곳에서 범죄 때문에 내린 법원의 사형판결의 집행을 제외하고는 누구도 고의로 살해되어서는 안 된다.

(2) 다음 각호를 위하여 반드시 필요한 무력의 사용을 통하여 야기된 살인(Tötung)은 본조 상의 살인으로 보지 않는다.

- a) 불법인 무력에 대항하여 어떤 사람을 방어하기 위하여;
- b) 어떤 사람을 적법하게 체포하거나 적법하게 자유를 박탈된 어떤 사람의 도주를 저지하기 위하여
- c) 봉기나 소요를 적법하게 진압하기 위해서.

② 부속서 13의 규정

유럽인권협약(EMRK)은 처음부터 사형을 금지한 것이 아니었다. 사형의 폐지는 오랜 시간에 걸쳐 단계적으로 이루어졌다고 볼 수 있는데¹⁴⁾, 2002년 비준되고 2003년부터 효력을 발생하게 된 부속서 13¹⁵⁾을 통하여 평화시나 전쟁시, 그리고 전쟁의 급박한 위협시에 관계없이 사형이 전면적으로 폐지되었다. 부속서 13에 대한 설명을 보면 유럽참사회의 회원국은 한편으로는 민주적인 사회에서 인간의 삶에 대한 권리가 근본가치를 상징하고, 사형의 폐지가 이러한 권리의 보호를 위하여, 그리고 모든 인간에게 내재하는 존엄의 인정을 위하여 근본적인 의미를 가진다는 확신 속에서 동 부속서에 서명한다고 밝히고 있다. 그리고 또 다른 한편으로

13) Alleweldt, Ralf, Recht auf Leben, in: EMRK/GG Konkordanzkommentar, zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2006, S. 437-478.

14) 1983년 슈트라스부르크에서 서명된 사형폐지를 위한 부속서 6은 전쟁과 전쟁의 급박한 위협에서의 사형 금지를 포함하고 있지 않다.

15) 이에 대하여 36개국이 비준하였으며, 2003년부터 효력을 발생하였다.

는 동 부속서가 인간의 권리와 근본자유의 보호를 위해 1950년 로마에서 서명된 인권협약상 생명에 대한 권리의 보호를 보장하고 강화하기 위한 목적도 가지고 있음을 밝히고 있다.

Zusatzprotokoll 13

Artikel 1 - Abschaffung der Todesstrafe

Die Todesstrafe ist abgeschafft. Niemand darf zu dieser Strafe verurteilt oder hingerichtet werden.

부속서 13

제1조- 사형의 폐지

사형은 폐지된다. 어느 누구도 이러한 형벌에 처해지거나 또는 이러한 형벌에 따라 사형되어서는 안 된다.

③ 유럽인권협약 제2조의 내용

유럽인권협약 제2조 ‘생명에 대한 권리’의 구조를 살펴보면 먼저 제2조 제1항 1문에서는 생명에 대한 권리가 법적으로 보호를 받는다고 하고 있다. 이는 동 권리의 전제가 ‘생명’이 있음인 것을 말하는 것으로 독일연방헌법재판소와 유럽인권재판소는 끊임없이 생명권의 생명이 최고의 가치이며, 근본적인 의미를 가지는 것이라고 판시하고 있다.

모든 사람은 태어나서 살다가 죽는다는 것은 자명한 이치이다. 그러나 언제부터가 법적인 보호를 받는 삶의 시작이며, 언제가 삶의 종결인지에 대해서는 의견이 일치하지 않고 있다. 법적인 보호를 받는 삶의 시작과 관련하여 특히 문제가 되는 영역은 낙태와 관련하여 야기되는 태아의 생명보호에 관한 것이다. 유럽재판소(EMRK)와 위원회(Kommission)는 근본적으로 이 문제에 대하여 분명한 입장을 밝히지 않고 있다. Kommission은 Paton¹⁶⁾사건에서 기존의 태도와 비교하여 차이가 나는 태도를 취하면서 제2조 제1항의 “jeder Mensch”와 “Leben”에 대한 해석을 하고 있다. 즉 문언상(Wortlaut) 및 체계상(Systematik)의 해석을 통하여 “jeder Mensch”는 이미 태어난 사람을 가르키고 있으며, 이는 제2문상 ‘사형’ 또는 생명권에 대한 다른 예외규정을 보아도 태아에게는 적용될 수 없다는 것이다. 그리고 만일에 태아의 생명권을 인정한다고 하더라도 이는 단지 특정한 내재적 한계 안에서만 인정이 되는 것이기 때문에 낙태는 모의 신체와 생명에 대한 권리에 의해 제한을 받게 되는 것으로 보았다. 삶의 종결과 관련하여서는 죽음의 시점과 품위 있는 죽음을 맞을 권리가 논의의 중심이 되고 있다. 기존에는 심장사(Herztod)가 사망의 기점이라고 하였지만 현대에 들어오면서 ‘종합적인 뇌기능의 완전하고도 종국적인 정지’인 뇌사(Hirntod)를 사망시기로 보고 있다. 지금까지 유

16) EKMR DR 19, 244 - Paton(=EuGRZ 1981, 20).

유럽재판소(EMRK)는 이 문제에 관한 결정을 할 사건이 없었다. 단지 Sterbehilfe와 관련된 사건에서 모든 인간은 출생부터 사망까지 생명에 대한 권리를 보호받고, 이는 죽음에 직면한 사람(sterbende Menschen)이나 죽음을 선고 받은 사람(todgeweihte Menschen)에게 공히 적용된다고 하였다.

2문과 제2조 제2항에서는 이에 대한 엄격한 예외를 들고 있다. 학자들은 예기에 기술되어있는 예외에 대한 열거목록은 개방되어 있지 않는 규정으로 더 이상의 예외는 인정되지 않는다고 보고 있다.

(2) 유럽인권협약 제8조: 사생활 및 가족생활에 대한 존중권¹⁷⁾

① 유럽인권협약 제8조의 규정

Artikel 8: Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

(1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.

(2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

제8조: 사생활 및 가족생활에 대한 존중권

(1) 각인은 사생활 및 가족생활, 그의 거처, 그의 통신에 대한 존중권을 가진다.

(2) 관청은 그 침해가 법률상 예정이 되어 있거나, 민주적인 사회에서 국가의 국가적·공공적·경제적 안녕을 위해서이거나, 질서의 유지를 위해서, 범죄행위로 부터의 보호를 위해서, 건강·도덕의 보호를 위하여, 또는 다른 사람의 권리와 자유의 보호를 위하여 필수적인 경우를 제외하고는 이러한 각인의 권리의 실현을 침해하면 안 된다.

② 유럽인권협약 제8조의 내용

1789년 프랑스의 ‘인간 및 시민의 권리선언’에서나 18·19세기 각국의 헌법에서는 사적 영역에 대한 일반적 보호나 가족과 부부가 근본적으로 보호되는 영역이라는 규정이 없었다. 유럽헌법의 역사상 최초로 바이마르헌법 제119조부터 122조에서 부부¹⁸⁾, 가족¹⁹⁾, 모성²⁰⁾,

17) Marauhn, Thilo, Privat- und Familienleben, in: EMRK/GG Konkordanzkommentar, zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2006, S. 744-816.

18) Art. 119 Abs. 1 WRV: Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung. Sie beruht auf

부모의 권리²¹⁾, 혼인외의 자녀²²⁾, 그리고 청소년²³⁾들에 대한 규정을 두고 있었다.

유럽 여러 나라에서 일어난 사회적 가족 구조의 변화²⁴⁾는 오랜 기간에 걸친 많은 논의 끝에 결국 유럽인권협약 제8조로 반영이 되었다. 원래의 초안은 ‘부부와 부성의 자연적인 권리와 가족에 속한 자연적인 권리’의 보호였다. 이 문구를 중심으로 민주적 가족체도의 기능만을 인권협약속에 수용하려는 입장과 나찌에 의해 바이마르 헌법규정이 악용되어 국가에 의한 청소년 및 후견이 가지는 피해를 경험한 독일의 반대가 맞서서 수차의 변경이 있는 후에 현재와 같은 모습을 띠게 되었다. 이로서 국가는 사적 및 가족공간을 보호하기 위한 적극적인 의무를 지게 되었다.

오늘날 사회·경제적 및 기술적 변화와 함께 사생활 및 가족생활에 대한 존중권은 새로운 국면을 맞고 있다. 현대 정보사회는 장점도 가지고 있지만 여러 문제점도 야기한다. 이는 특히 다음과 같은 영역에서 논의가 되고 있다. 첫째, 국가가 컴퓨터를 이용하여 개인정보를 수집하고 저장할 때에 심각한 문제가 발생한다. 둘째, 시민들이 새로운 방법으로 의사소통을 하는 것도 본인이 알지 못 하는 사이에 개인정보의 도용 등 역시 큰 위험에 노출되어 있다. 셋째, 대중매체의 새로운 역할로 인해 발생하는 문제이다. 독일연방헌법재판소 뿐만 아니라 유럽인권재판소도 언론, 출판, 방송, 텔레비전 기타의 대중매체들이 민주주의를 위해 중요한 역할을 담당하는 점을 강조해 왔다.²⁵⁾ 그러나 한편 언론은 의사소통의 요소뿐만 아니라 거대한 경제적 요소로 떠올랐다. 특히 속칭 “Yellow Press”는 유명인들에 대한 공격적인 관심충족이라는 명목으로 사생활 침해적인 보도를 많이 하고 있다. 여기에서 언론출판의 자유와 사생활의 보호의 경계설정이 다시 한 번 요구되고 있으며 유럽인권재판소는 이점을 *Carolyn v. Hannover* 사건에서 분명히 하였다.²⁶⁾

Gleichberechtigung der beiden Geschlechter.

19) Art. 119 Abs. 2 WRV: Die Reinerhaltung, Gesundung und soziale Förderung der Familie ist Aufgabe des Staats und der Gemeinden. Kinderreiche Familien haben Anspruch auf ausgleichende Fürsorge.

20) Art. 119 Abs. 3 WRV: Die Mutterschaft hat Anspruch auf den Schutz und Fürsorge des Staats.

21) Art. 120 WRV: Die Erziehung des Nachwuchses 꺾 leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit ist oberste Pflicht und natürliches Recht der Eltern, über deren Betätigung die staatliche Gemeinschaft wächst.

22) Art. 121 WRV: Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche, seelische und gesellschaftliche Entwicklung zu schaffen wie den ehelichen Kindern.

23) Art. 122 WRV: (1) Die Jugend ist gegen Ausbeutung sowie gegen sittliche, geistige oder körperliche Verwahrlosung zu schützen. Staat und Gemeinde haben die erforderlichen Einrichtungen zu treffen. (2) Fürsorgemassregeln im Wege des Zwanges können nur auf Grund des Gesetzes angeordnet werden.

24) 바이마르헌법이 이러한 규정을 두게 된 배경에는 산업시대 이전의 대가족제에서 시민적 사회모델로 변경이 된 가족의 구조적인 변화가 있다. 이러한 가족체도의 변화는 근본적인 사회적 변화를 이끌었는데, 이는 무엇보다도 남성과 여성의 평등, 혼인외자와 그렇지 않은 자의 동등한 대우, 국가의 청소년 및 가족축진 등으로 나타났다. Marauhn, Thilo, Privat- und Familienleben, in: EMRK/GG Konkordanzkommentar, zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2006, S. 751.

25) BVerfGE 7, 198, 212; 61, 1, 11; 85, 1, 16; 93, 266, 294 f. 연방헌법재판소는 ‘의심스러운 경우에는 언론의 자유가 우선시되는 것으로 추측할 수 있다. 왜냐하면 그렇지 않을 경우 자유롭고 개방된 정치적 과정의 전제조건인 언론의 자유의 핵심이 침해될 수 있기 때문이다’라는 논지를 견지해 왔다.

26) 이에 대한 대표적인 판례로는 BVerfGE 97, 125 und dann EGMR rep.2004-IV, 41 von Hannover가 있으며 판례는 유럽재판소 부분에서 후술하겠음.

3) 유럽인권협약 제14조의 부차적 차별금지²⁷⁾와 부속서 12의 일반적 차별금지

① 유럽인권협약 제14조의 규정 및 내용

§ Art. 14 EMRK: Diskriminierungsverbot

Der Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.

제14조: 차별금지

본 협약에서 인정된 권리와 자유의 향유는 특히 성, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 혹은 기타의 세계관, 국가적 혹은 사회적 출신, 국가적 소수자에 귀속, 재산, 출생 또는 기타 신분으로 인한 차별 없이 보장이 된다.

제14조의 차별금지규정은 협약의 자유·권리(Konventionsfreiheitsrechten)들에 대하여 부차적인(azessorisch) 것이어서 협약상의 어느 자유·권리가 침해된 경우에만 적용이 된다. 1965년까지 유럽인권재판소는 동 규정의 부차성을 매우 엄격히 해석하여 현저한 자유·권리의 침해시에만 본 규정이 가동될 수 있다고 하였고, 자유·권리에 대한 적법성(Rechtfertigung)은 곧 차별금지가 되지 않는다고 하는 결과를 이끌었다. 따라서 제14조는 어떠한 결정적인 의미도 갖지 못하였다. 그러나 belgischen Spanischenfall²⁸⁾에서 기존의 태도를 변경하여 효율성지향적인 해석(effektivitätsorientierten Auslegung)을 하게 되었다. 따라서 제14조는 협약상의 어느 자유·권리가 실질적으로 침해됨을 전제로 하는 것이 아니라 자유·권리의 보호영역이 개방되면 바로 적용이 될 수 있게 되었다. 학자들은 제14조가 협약상의 어느 자유·권리가 침해라는 전제로부터 풀려난 것을 차별금지조항의 자주성(Autonomie)이라고 표현하기도 한다. 자유제한적인 조치 그 자체는 자유권의 특별한 적법화요청(Rechtfertigungsanforderung)에 따라 인정될 수 있어도, 이러한 제한이 차별적인 방법으로 발생하면 이를 통하여 제14조와 결부된 자유권의 침해가 일어날 수 있게 되는 것이다. 왜냐하면 개인은 이를 통하여 차별을 겪게 되고 이는 협약상의 어느 자유·권리가 차별적이지 않게 보장되어야 한다는 제14조를 침해하는 것이기 때문이다. 이러한 의미에서 제14조는 모든 협약의 자유·권리에 내재적인 구성요소(integraler Bestandteil eines Freiheitsrechts)이다.

27) König, Doris/Peters, Anne, Das Diskriminierungsverbot, in: EMRK/GG Konkordanzkommentar, zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2006, S. 1114-1221.

28) EGMR A 6, 33.

② 부속서 12의 비부차적인(nichtazessorisches) 차별금지 규정 및 내용

Zusatzprotokoll 12²⁹⁾

Artikel 1 – Allgemeines Diskriminierungsverbot

1 Der Genuss eines jeden gesetzlich niedergelegten Rechtes ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.

2 Niemand darf von einer Behörde diskriminiert werden, insbesondere nicht aus einem der in Absatz 1 genannten Gründe.

부속서 12

제1조-일반적 차별금지

1 **법에서 규정하고 있는 모든 권리의 향유**는 특히 성, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 혹은 기타의 세계관, 국가적 혹은 사회적 출신, 국가적 소수자에 귀속, 재산, 출생 또는 기타 신분으로 인한 차별 없이 보장이 된다.

2. 어느 누구도 특히 본조 제1항에 열거된 근거로 관청으로부터 차별되어서는 안 된다.

부속서 12를 통하여 새로이 비부차적인(nichtazessorisches) 일반적 차별금지를 규정하고 있다. 즉 부속서 12에서는 “법을 통하여 인정이 된 모든 권리의 향유”가 차별 없이 보장이 되어야 한다고 규정하고 있어 협약상의 어느 자유·권리 침해와 결부시키지 않은 차별금지를 담고 있다. 이 부속서 12는 제3조 인권협약과의 관계 규정에 따라 동 부속서의 제1조와 제2조는 협약의 부속서로 간주되고, 협약의 모든 결정들은 이에 상응하게 적용되어야 한다.

부속서 12 제1조에서 말하고 있는 ‘**법에서 규정하고 있는**’의 법은 차별금지의 적용범위를 제한하는 것으로 작용하여서는 안 된다고 이해되며, 이는 비교법적으로

29) 부속서 12는 인권협약 제14조에서 규정하지 못한 4가지의 경우를 상정하고 있다.

Art. 1 ZP 12 verbietet die Diskriminierung (1) beim Genuss expliziter Individualrechte, die vom nationalen Rechte gewährt werden, (2) beim Genuss individueller Ansprüche, die aus klaren Verpflichtungen der öffentlichen Hand nach nationalem Recht abgeleitet werden können, (3) im Bereich der Ermessensausübung (z. B. bei der Gewährung von Subventionen), (4) bei sämtlichen sonstigen Tun oder Unterlassen von Behörden(z. B. Verhalten von Polizeibeamten bei der Kontrolle öffentlicher Unruhe. König, Doris/Peters, Anne, Das Diskriminierungsverbot, in: EMRK/GG Konkordanzkommentar, zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2006, S. 1138.

볼때 이 새로운 차별금지규정은 독일기본법 제3조 제3항 상의 일반적 차별금지규정과 동일한 것으로 이해되고 있다.

③ 독일 기본법 제3조 제3항의 규정

Artikel 3 GG

(3) Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.

기본법 제3조 제3항: 어느 누구도 그의 성, 출신, 인종, 언어, 고향 과 출신, 신앙, 종교적 혹은 정치적 세계관 때문에 우대되거나 차별되어서는 안 된다. 어느 누구도 그의 장애 때문에 차별을 받아서는 안 된다.

III. 유럽인권재판소(EGMR)

1) 유럽인권재판소(EGMR) 일반론

유럽인권재판소는 1998.11.1.부터 발효하게 된 11차 추가프로토콜에 의해 오늘날과 같이 상설적인 재판소의 형태로 존재하고 있으며 그 위치는 슈트라스부르크(Strassburg)이다. 이를 통하여 제한적인 유럽인권재판소의 활동을 통하여 유럽인권협약의 관철을 하려했던 기존의 인권보장 메카니즘에 근본적인 변화가 일어났다.

EMRK를 위한 기관인 EGMR의 역할은 시간이 흐름에 따라 점점 중요해 지고 있다. 초기의 상설기관이 아닌 상태에서 담당하였던 미미했던 활동에 비하여 보면 현재는 인권의 수호자로서 위상을 정립해가는 과정이라고 볼 수 있다. 개인들이 인권재판소에 갖는 기대도 매우 높아져서 재판소는 업무를 감당하지 못할 정도로 많은 사건을 접수하였다.

이에 따라 유럽재판소의 개혁을 위한 계획³⁰⁾이 조정위원회(Lenkungsausschuss)의 제안으로 성립되었다. 개혁의 주요골자는 국내적인 차원에서 인권협약(Menschenrechtskonvention) 위반 감축, 이 목적을 달성시키기 위한 국내적 수단의 개선, 그리고 개선되고 유럽인권재판소 판결을 회원국에 더욱 신속하게 전환적용하는 것 등에 관한 것이다. 이러한 계획은 2004년 5월 장관협회에서 가결되었고 현재는 회원국들이 여기에 서명하는 단계인데 러시아의 듀마에서 비준을 거부하고 있는 상태여서 언제 효력이 발생할 수 있을지는 불투명하다.

30) 좀 더 자세한 개혁의 내용은 Protokoll Nr. 14 zur Reform des Gerichtshofes, www. coe.int 참조.

(1) 조직

모든 회원국은 1인의 재판관을 선출하는데 이때 재판관은 선출국의 국적을 가진 자일 필요는 없다. 재판관은 고도의 명망가이어야 할 뿐만 아니라 고위법관직 수행을 위한 필요한 전제조건들을 충족시키거나 명망 있는 법학자여야 한다. 모든 재판관은 인격에 있어 재판소에 속한 것이며 이에 따라 지시에 구속이 되지 않는다. 이들에 대해서는 독립성(Unabhaengigkeit) 및 부당파성(Unparteilikeit)이 요구되며 이들은 재임 시에 전일 업무종사(Vollzeitbeschaeftigung)에 대한 요청에 배치되는 활동을 할 수 없다.

임기는 6년이고 연임이 가능하다. 3년마다 절반의 재판관이 새로 선출이 된다. 정년은 70세이다.³¹⁾

(2) 판결절차

모든 회원국가(Staatenbeschwerde)와 인권협약 위반으로 희생이 되었다고 주장하는 개인(Individualbeschwerde)은 본 국에서 법적인 방법을 소진한 후 직접 인권 재판소에 소원(Beschwerde)을 제기할 수 있다.

모든 개인소원은 보도담당자(Berichterstatter)가 책임자를 임명하는 한 섹션에 할당이 되고, 섹션에서 그 사건에 대한 검토가 이루어진 이후에 보도담당자가 그 사건이 3-4인으로 구성되는 위원회(Komitee)에 회부될 것인지의 여부를 결정한다. 위원회가 허용하지 않은 개인소원이나 곧바로 Grosse Kammer에 회부된 개인소원, 그리고 국가소원은 어느 한 Kammer에 의해 사건이 다루어지게 된다.

Kammer는 다수결의 원칙에 따라 결정을 한다. 당해 사건의 결정에 참가했던 모든 재판관은 인권재판소의 판결에 대해 판결의 내용에 동의하거나 또는 다른 의견을 내거나 또는 그가 그 판결에 동의하지 않는다는 단순한 선언을 할 권리가 있다. Kammer의 결정이 있은 후 3개월 이내에 양 당사자는 만일 당해 사건이 인권협약의 해석 또는 적용을 위해 매우 중요하거나 혹은 일반적 의미에서 비중 있는 문제를 제기하는 것이라면 Grosse Kammer에 사건을 회부해 줄 것을 신청할 수 있다. 이러한 신청에 대해서는 Grosse Kammer의 5인 재판관으로 구성된 위원회(Ausschuss)에서 결정한다. 만일 동 위원회에서 당해사건을 Grosse Kammer에서 다루기로 결정하면 Grosse Kammer가 당해 사건에 대해 판결(Urteil)의 형식으로 다수결의 원칙에 따라 결정을 내리게 되고, 이는 사건의 일방 당사자인 회원국가를 구속하는 최종적인 판결이 된다. 유럽참사회(Europaeischer Rat)의 장관위원회(Ministerkomitee)는 판결의 전환적용에 대해 책임을 진다. 그의 업무는 인권협약을 침해한 회원국가가 판결에서 도출되는 특별 혹은 일반적인 의무를 충족시키기 위한 필수적인 조치들을 취하도록 하는 것이다.

31) <http://dejure.org/gesetze/MRK/23.html>

(3) 판결의 구속력

유럽인권협약 제46조는 다음과 같다: “친애하는 계약의 당사국은 그들이 당사자가 되는 모든 법률문제들에서 (인권)재판소의 최종 판결을 따를 의무가 있다.” 동 규정에 따라 인권협약에 서명한 모든 회원국은 인권재판소의 판결에 따라야 할 의무가 생긴다. 그러나 인권재판소는 집행권한의 결핍으로 인하여 행위 당사국에 대하여 배상(Restitution)을 손해배상(Entschädigungszahlung)의 형식으로 부과할 수 있을 뿐이다.³²⁾ 인권재판소의 판결에 대한 구속력은 각 회원국가마다 달리하여 나타나는데 이는 각 회원국가의 인권협정에 대한 입장이 상이하기 때문으로 생각된다.

2) 인권관련판례

(1) Goerguelue v. Gemany사건³³⁾: 인권협정 제8조

① 사안

동 사건은 유럽인권재판소의 개인소원 제기자인 K의 전 여자친구 G사이의 난 아들에 대한 양육권(Sorgerecht) 및 접견권에 관한 것이다. K는 자신의 아들이 다른 가정에 돌봄위탁된 사실을 G와의 관계의 절단으로 인하여 알지 못하였다가 뒤늦게 그 사실을 알고 돌봄위탁된 이후에 아들에 대한 접견권 및 양육권을 주장한 사건이다.

② 유럽재판소의 판결

유럽재판소는 본 사건에서 사안이 독일 국내법 § 1678 제2항과 §1684 제4항에 근거하고 있으며 이들 규정은 아동의 안녕(Kindeswohl) 보호를 목적으로 하고, 이것은 또한 인권협정 제8조 제2항³⁴⁾상의 적법한 목적³⁵⁾임을 분명히 하였다.

인권재판소는 두 가지 사안에 대하여 판결을 내렸다.

첫째, 양육권(Sorgerecht)에 관해서이다. 독일내에서는 양육권에 대해서 비텐베르크(Wittenberg) 지방법원에서는 어린이 친부인 개인소원제기자에게 양육권을 주는 것이 어린이의 Wohl과 심리적 안정을 위해 필요하다고 보았고, 나움부르크(Naumburg) 고등법원에서는 이와는 정반대로 돌봄위탁부모에게 양육권을 주는 것이 어린이의 Wohl과 심리적 안정을 위해 필요하다고 보았다.

32) <http://dejure.org/gesetze/MRK/41.html>.

33) 26/02/04 - Rechtssache G. gegen DEUTSCHLAND (Individualbeschwerde Nr. 74969/01).

34) 유럽인권협정 제8조는 사생활과 가족생활에 대한 권리이다.

35) Urteil Keegan./. Irland vom 26. Mai 1994, Serie A Band 290, S. 20, Nr. 44 참조.

인권재판소는 어린이를 돌봄위탁부모로부터 당장 떼어놓는 것은 아이의 신체적·정신적 상태에 부정적인 결과를 가져올 것으로 보면서 나움부르크 고등재판소가 아이가 돌봄위탁부모로부터 헤어질 때 입게 되는 피해에 대해서만 고려했지 장기적으로 보아 아이가 친부로부터 헤어져 살 때 발생하는 문제점들을 고려하지 않았다고 판단했다. 인권재판소의 견해에 따르면 아이와 친부가 드물게만 만나게 되면 양자 사이에 자연스러운 연결이 생기지 않을 것이며 둘이 같이 살 수 있는 가능성도 점점 적어지게 되고 결국은 친부와 아이가 살 수 있는 기회가 없어진다는 것이다.

둘째, 접견권에 관해서이다. 인권재판소는 나움부르크 고등재판소가 결정을 내릴 때 아이를 친부가 돌보게 될 경우 생길 수 있는 아이의 심리적·육체적 부담에 초점을 맞추었다고 보았다. 인권재판소는 나움부르크 고등재판소가 친부에게 아주 적은 횟수의 접견권(2001년 까지 단지 6회)만을 허락했기 때문에 이를 통해서 친부와와의 새로운 가족생활의 기반이 형성되는 것은 불가능하다고 하면서 아이의 가족유대(Familienband)의 형성이 아이의 안녕(Wohl)을 위해서 중요하다고 보았다. 왜냐하면 아이의 가족유대가 단절되는 것은 아이의 뿌리가 강탈되는 것이고 이것은 아주 특별한 상황에서만 정당화될 수 있기 때문이라는 것이다.

따라서 유럽재판소는 독일이 인권협정 제8조를 침해하였다고 판결을 내렸다.

③ 인권재판소판결이후의 경과

유럽재판소의 판결에 대해 비텐베르크 지방법원은 양육권에 대한 병행재판에서 친부에게 단독의 부모양육권을 이전했고(2004.3.19) 아이와의 접견권도 잠정적으로 2004.3.30부터 매 토요일마다 두시간씩 양육권재판절차의 법적효력발생시 까지 허락했다. 돌봄위탁부모와 관청후견인은 위 지방재판소의 접견권 결정에 상소했고 나움부르크의 고등법원은 2004.3.30결정으로 접견을 위한 지방법원의 잠정적 조치를 가처분을 통하여 이 잠적적조치 효력을 정지시키고 2004 6.30의 결정으로 가처분을 취소하였다.

④ 연방헌법재판소의 판결³⁶⁾

이에 대하여 친부는 헌법소원을 제기하였다.

동 사건에서 연방헌법재판소는 인권재판소의 견해는 존중되지만 이것이 어떤 도식적인 이행을 의미하진 안으며, 만일 이를 도식적인 이행할 경우 인권재판소의 당사자가 아닌 돌봄부모나 친모의 권리가 침해될 수 있다고 보았다.

36) Die Verfassungsbeschwerde des truerkischen Staatsangehoerigen G gegen a) den Beschluss des Oberlandesgerichts Naumburg vom 30. Juni 2004- 14 WF 64/04-, b) den Beschluss des Oberlandesgerichts Naumburg vom 30. Maerz 2004- 14 WF 64/04, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104.html

독일연방헌법재판소는 먼저 2004.10.14. Goerguelue사건³⁷⁾에서 독일연방의 모든 국가기관은 인권협정에 구속되며, 인권협정을 보장하고 기본권보장과 법치국가의 보장을 위한 해석에 있어서 인권재판소의 판결을 존중해야한다고 하고 있다.

독일연방헌법재판소는 인권재판소의 판결이 독일법원을 위하여 인권협약 해석의 조력자가 되며, 만일 인권협약에 적합한 독일법 해석이 가능하다면 인권협정 적합한 해석이 우선시 된다고 하고 있는 것이다. 그러나 만일 어느 독일 법원이 인권재판소와 다른 판결을 내리고자 하면, 독일재판소는 이를 위해 자세히 근거를 제시해야하고 인권재판소의 판결들과 함께 세밀하게 서로가 검토되어야 한다는 견해를 나타냈다. 즉, 인권재판소가 독일이 인권협정을 침해하였다는 결론을 내리면, 이를 통해 (독일의) 결정이나 판결의 효력이 제거되는 것은 아니라는 것이다. 인권재판소의 결정이 (독일의)재판절차에서 존중이 될 수 있으면, 이 결정은 기본적으로 재판절차에서 존중되어야 하며, 이는 인권침해가 재판절차를 통해 제거됨을 의미하지만 이것이 인권재판소 판결의 어떤 도식적인 이행 "(Schematische Vollstreckung)"을 요구하는 것은 아니라고 하는 것이다. 연방헌법재판소는 그 이유를 이러한 도식적인 이행은 위헌의 소지가 있을 것이기 때문이라고 보았다. 예컨대 당해 재판소가 민사소송에서 인권재판소의 소송에 참여하지 않은 다른 한 당사자의 이익을 고려하지 않는 경우에는 법치국가의 원칙에 관련된 기본권 침해가 발생할 수 있다는 것이다. 따라서 어린이 접견권(Umgangsrecht)에 관한 Goerguelue사건에서 슈트라스부르크 인권재판소에의 사건 당사자가 아닌 어린이의 이익과 돌봄위탁부모의 이익도 고려되어야만 하는 것이다.

⑤ 연방헌법재판소판결에 대한 검토

연방헌법재판소는 본 판결에서 인권협정과 인권재판소의 판결에 대해 매우 논란이 되는 의견을 개진하고 있다. 즉 연방헌법재판소의 견해에 따르면 지방법원의 접견권 허용 가처분은 신청에 의거해야 하는 것으로 이러한 신청이 결한 가처분에 대해 고등재판소가 취소한 것은 적법하다고 하였다. 그리고 연방헌법재판소는 이러한 신청도 없이 접견권을 허용하는 가처분은 인권재판소의 판결로도 정당화될 수 없다고 보았다. 인권재판소가 독일을 통한 인권협정 제8조 침해를 인정했지만 이 판결은 국제법의 주체로서의 독일만을 구속할 뿐이며 그 기관, 조직 그리고 기본법 제97조 제1항에서 그 독립성을 인정받는 법원까지 구속하는 것은 아니라고 보는 것이다. 그리고 인권재판소의 판결은 법률상, 사실상의 법률위반으로 인한 제재의 확보로 충분하다는 것이며, 인권재판소의 판결은 국내법원을 위해서는 구속력이 없는데 헌법의 하위인 법률의 지위를 갖는 인권협정을 근거로 인권재판소는 계약당사국의 국내법원에 대하여 어떠한 더 높은 지위를 갖지 않는 것이다. 따라서

37) BVerfGE, 2 BvR 1481/04, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004 http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs.20041014_2bvr148104 = BVerfGE 111, 307.

헌법재판소의 견해에 따르면 국내법원은 유럽인권협정의 해석에 있어서나 국내 기본권의 해석에 있어서 인권재판소의 결정에 구속되지 않는다.

독일 연방헌법재판소의 위 판결은 인권재판소의 판결이 독일에서 도대체 전환적용되어야 하는 것인지 또는 이를 긍정할 경우 어떻게 전환적용되어야 하는지의 측면에서 여러 해석가능성을 가지고 있다. 입법자들은 연방헌법재판소의 판결에 빨리 반응하였다. 인권재판소가 독일을 통한 인권협정이나 프로토콜의 침해를 확정하고 독일의 판결이 이러한 침해를 근거로 한 것이면 민사절차에서 손해배상소송이 제기될 수 있게 된 것이다.(§ 580 Nr. 8 ZPO). 관련규정으로는 Arbeits-(§79 ArbGG), Sozial-(§ 179 SGG), Verwaltungs-(§ 153 VwGO) und Finanzgerichtsprozess(§ 134 FGG).

(2) 유럽인권협정 유럽인권협약 제8조: 사생활 및 가족생활에 대한 존중권에 대한 판결

① 연방헌법재판소

㉔ 사건개요

헌법소원제기자는 매주 발간되는 그녀의 잡지인 "Das Neue Blatt"의 1993년 9월 15일자 Heft 38/93에 Carolin von Monaco공주의 소위(angeblich) 임박한 결혼소식과 이에 대한 Saint Rémy주민의 준비에 대하여 보도했고 밑에 여러 소재목을 달고 있었는데 "독점-보도(Exklusiv-Reportage), 이웃들은 큰 축제를 기뻐함, 카롤린과 빈센트, Saint Rémy전체가 기뻐함, 꿈의 결혼식이 될 것" 등의 란도 그 안에 있었다.

Carolin von Monaco는 지방법원에 제소하였다. Carolin von Monaco는 본인은 결혼할 의사가 없으며, "Das Neue Blatt"의 제목에 따르면 본인이 곧 결혼할 것이라는 내용으로 이해된다고 주장하였다. 따라서 동일 잡지에 반대되는 설명도 함께 실릴것을 요청했으며 활자 크기와 형태의 변경도 요구했다. 지방법원은 Carolin von Monaco의 손을 들어 주었다.

이에 대해 헌법소원제기자는 고등지방법원에 항소를 하였고, 항소심에서 "꿈의 결혼식이 될 것"이라는 제목은 Carolin von Monaco가 결혼을 고려한다는 사실의 주장이라고 말하였다. 고등지방법원은 이러한 주장을 받아들이지 않았다. 고등지방법원은 타이틀제목의 다양한 형성 및 잡지의 성격을 위한 타이틀제목의 의미와 관련하여 어느 정도의 언론자유의 침해가 기본법 제5조와 조화될 수 있는지의 문제는 개별사안의 경우마다 다르며, 본 사안의 경우 제목의 변경이 본 잡지가 가지는 선포적 기능(Ankündigung)과 간판(Aushängeschild)기능을 과도하게 침해하지 않는다고 보았다.

① 연방헌법재판소의 결정

연방헌법재판소는 Carolin von Monaco I 사건³⁸⁾에서 다음과 같이 결정을 내렸다: 첫째, 기본법 제5조 제1항 2문의 언론자유에 대한 기본권은 반대묘사나 정확한 묘사에 대한 결과물들을 제목에서 부터 제외시키는 자유를 요구하지 않는다.

둘째, 혼인의 침해도 없고 첫 번째 보도에 대한 비진실성에 대한 증거도 없으며 반대묘사에 대한 진실성도 전제되지 않은 채 행해진 반대묘사에 대한 요청 언론자유에 대한 기본권에 반하지 않는다.

셋째, 그 진실성이 보도 당시에 확실하게 확정할 수는 없는 과정이나 상황에 대해 주의 깊은 조사 후에 보도하는 것이 언론에게 거부되지 않는다. 그러나 사실이 아닌 것으로 판명되어 당사자의 인격권에 지속적으로 침해를 주는 사실에 대한 주장을 보도하는 의무는 언론의 자유를 부적합하게 침해하지 않는다.

② 유럽인권재판소

von Hannover/ Deutschland의 개인소원에 대한 2004년 6월 24일 판결³⁹⁾에서 유럽인권재판소는 유럽인권협약 제8조의 침해가 있었음을 확정했다. 유럽인권재판소는 먼저 소원제기자가 공공의 장소에 있을 때 찍힌 사진들이 다양한 잡지들에 공개되는 것과 관계하여 인권협약 제8조가 적용될 수 있음을 밝힌 후, 동 조항에 따른 소원제기자의 사생활보호와 유럽인권협약 제10조에서 보호되고 있는 의견의 자유(Meinungsfreiheit)와 형량되어야 한다고 보았다.

인권재판소는 이익형량에서 결정적으로 중요한 것은 공개된 사진이나 글이 일반적인 이익(allgemeine Interesse)을 위한 논쟁에 기여할 수 있는지의 여부인데, 공개되어진 사진들은 당사자의 순전히 사적인 생활의 것이므로 이러한 것이 일반적인 이익을 위한 논쟁에 기여할 수 없다는 것은 자명하다고 보았다.

그리고 일반인들이 유명인들의 사생활에 대하여 특별한 상황 하에서는 정보를 얻을 권리가 있을 수 있지만 이 사건의 경우에는 해당되지 않는다고 보았으며, 일반인들은 소원제기자가 어디에서 머물고, 사생활에서 어떻게 행동하는 지를 에 대한 어떠한 적법한 이익도 가지고 있지 않다고 하였다. 즉, 유명인의 사생활에 대한 대중적인 이익이 있고 이를 공표함에 따른 잡지의 경제적인 이익이 있다고 할지라도 이것은 소원제기자의 사생활보호의 요청 다음에 있는 것이다.

유럽연방재판소는 사생활의 보호를 특히 인격권의 발전을 위해 근본적인 의미를 가지는 것으로 주장했다. 그리고 공공적으로 잘 알려진 인물을 포함한 모든 사람은 사생활이 보호된다는 기대를 가질 수 있어야 한다고 보았다. 그리고 독일법원이 만들어 낸 시기에서의 절대적·상대적 인물의 구분은 소원제기자의 사생활보호를

38) BVerfGE 97, 125 Carolin von Monaco I.

39) EuGRZ 2004, 404; DVBl. 2004; FamRZ 2004, 1455; JZ 2004, 1015; NJW 2004, 2647.

위해 적합지가 않고, 독일법원이 사건당사자의 이익을 공정하게 조절하지 못해서 소원제기자의 사생활 및 가족생활의 존중에 대한 권리가 침해되었다고 판결했다.

IV. 결론

유럽인권협약(EMRK)과 유럽인권재판소(EGMR)의 판결의 영향력은 오랫동안 저평가를 받아왔다. 70년대만 하여도 유럽의 국가들은 인권침해를 이유로 유럽인권재판소(EGMR)에 제소당하는 일을 생각할 수 없었다.⁴⁰⁾

그러나 유럽인권재판소 설립 50년이 지난 오늘날 상황은 많이 변화하였다. 이것은 한편으로는 인권협약 내용이 부속서를 통하여 지속적으로 발전한 것에 기인한다고 본다. 원래의 유럽인권협약에 들어 있지 않던 내용들이 시대의 변화와 함께 부속서의 형식으로 인권협약의 내용으로 들어가게 되었다. 그 중 대표적인 것이 평상시, 전시, 전쟁의 임박한 위험에 관계없는 사형의 완전한 폐지, 부차적 차별금지가 일반적 차별금지로 규정된 것이다. 다른 한편으로는 유럽인권재판소의 활약이다. 유럽인권재판소는 다양한 분야에서 업무를 담당하며, 유럽차원의 유럽인권협약이 보장하는 인권보장을 실현시키기 위한 중요한 장치로 기능을 하고 있다. 가족 및 사생활의 보호 규정에 대한 적극적 해석으로 특히 유명인들의 사생활을 인격권의 발전과 결부하여 강화한 점도 눈에 띈다.

아직은 판결의 효력에서 각 회원국에 관철시킬 방법이 부재하여 문제가 되고 있다. 그러나 이것도 시간이 지나면 해결이 될 수 있다고 보며, 유럽재판소와 더불어 유럽에서의 인권의 보호를 위해 중요한 역할을 담당할 것으로 생각한다.

40) 유럽인권재판소 50주년을 기념 하여 Hellen Keller에 의해 기고된 글 중 1972년 스위스 연방대통령 Pierre Graber는 스위스가 쉬트라스부르크에서 판결받는 것을 상상할 수 없다고 하였다. Keller, Helen, Leitstrahl für Menschenrechte in Strassburg, Neue Zürcher Zeitung vom 30.01.2009.

유럽인권협약상 인간존엄 존중의 원칙

-유럽인권재판소의 판례를 중심으로-

Le principe de respect de la dignité humaine dans la Convention européenne des droits de l'homme

-Au centre de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme-

정종길⁴¹⁾

目次

- I. 서론
- II. 모든 사람의 생명권
- III. 고문이나 비인간적 처우 금지
- IV. 노예제와 강제노역의 금지
- V. 결론

1. 서론

1950년 11월 4일 유럽평의회(le Conseil de l'Europe : the Council of Europe)⁴²⁾에 의하여 채택되고 1953년 9월 3일부터 효력이 발생한 유럽인권협약(la Convention européenne des droits de l'homme ; European Convention on Human Rights)⁴³⁾은 인간존엄을 보장하는 명문의 규정을 직접 두고 있지는 않다.⁴⁴⁾ 그러나 인간의 존엄을 의미할 수 있는 여러 가지 조항을 유럽인권협약에서

41) 경기대학교 법과대학 교수

42) '유럽평의회'를 학자들에 따라 '유럽심의회' 및 '유럽위원회' 라고 번역하고 있으나 본고에서는 각 구성국가 간의 권한이 동등하다는 측면에서 '유럽평의회'로 통일하여 사용하고자 한다. 유럽평의회는 현재 회원국이 46국으로서 25개 국가로 구성된 유럽헌법조약에서의 유럽이사회(le Conseil européen)와는 전혀 다른 기관이다. 유럽이사회에 관하여는 Documentation française, L'Union européenne et le projet de Constitution, 2004, p.8 et s 참조.

43) 이 협약의 정확한 명칭은 '인권과 기본적 자유보호의 유럽협약(la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ; Eupropean Convention for the Protection of Human Right and Fundamental Freedom)' 이다. 그러나 프랑스에서는 약어인 CEDH 로의 표기가 일반화 되어있다

44) 또한 세계인권선언에 규정된 모든 권리가 협약에 포함되지는 않았다. 협약은 주로 시민적·정치적 권리를 보호하고 있으며 경제적·사회적 권리는 1961년 10월 18일 튜린에서 체결되고 1965년 2월 26일 발효한 "유럽사

규정⁴⁵⁾하고 있는데 예를 들어 제2조에서의 ‘모든 사람의 생명권(le droit de toute personne à al vie)’, 제3조에서의 ‘고문이나 비인간적 처우 금지’, 제4조에서의 ‘노예제와 강제노역의 금지(l'interdit de la l'esclavage et le travail forcé)’ 등을 인간존엄의 구체화로 볼 수 있을 것이다. 이러한 유럽인권협약상의 인간존엄 존중의 원칙을 실질적으로 보장하기 위하여 협약 제19조는 유럽인권재판소(la Cour euroéenne des droits des l'homme ; European Court of Human Rights) 설치에 관한 규정을 두고 있다. 그래서 본고에서는 이러한 권리들의 근거를 제시하고 그 근거를 기준으로 유럽인권재판소의 판례 등을 분석하여 문제점과 개선방안 등을 제시하고자 한다.

II. 모든 사람의 생명권

1. 근거

협약 제2조 제1항에서는 “모든 사람들의 생명에 대한 권리는 법에 의하여 보호되어야 한다. 법이 형벌을 마련한 범죄행위에 따른 재판소의 판결이 집행되는 것을 제외하고는 어떤 사람도 그의 생명을 고의적으로 박탈될 수 없다.”⁴⁶⁾라고 규정하고 있으며 제2조 제2항에서는 “생명의 박탈은 절대적으로 필요한 경우가 아닌 한 그것이 힘의 사용으로부터 초래될 때에는 이 조항의 위반에 가해진 것으로 간주될 수 없다. 힘의 사용이 절대적으로 필요한 경우란 다음과 같다 : a) 비합법적 폭력으로부터 어떤 사람을 방어하는 경우, b) 합법적인 체포를 달성하거나 법적으로 억류된 사람의 도피를 막기 위한 경우, c) 반란이나 폭동을 진압하기 위한 목적에서 합법적으로 취해진 행동의 경우.”⁴⁷⁾ 라고 규정하고 있다.

회헌장”(la Charte sociale européenne : European Social Charter)에 별도로 규정되어 있다. 하지만 협약의 지속적인 성격과 이를 위한 제도적 장치로 인하여 협약에 의하여 보호되는 권리는 세계인권선언에 비하여 상당히 상세히 규정되어 있다.

45) 각 조문에 대한 주석은 Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX et Pierre-Henri IMBERT(dir), La Convention européenne des droits de l'homme, Economica, 1995 참조. 본 주석서는 1995년 이후에 절판되었지만 1230페이지에 달하는 것으로 이후에 출간된 어느 주석서 보다도 가장 자세하게 서술하고 있음.

46) (Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi)

47) (La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans le cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire : a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale, b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue, c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection)

2. 적용

Vo 대 France 사건(affaire Vo c. France)⁴⁸⁾

- a) 산부인과 의사가 임신 6개월된 Thi-Nho Vo라는 임신부와 낙태수술을 하려고 온 Thi Thanh Van Vo 라는 이름의 여인을 혼돈하여 Thi-Nho Vo라는 임신부에게 낙태수술을 하여 태아를 사망하게 하였다.⁴⁹⁾
- b) 이에 리옹의 항소법원(la cour d'appel)은 그 의사에게 과실치사를 이유로 징역 6개월(집행유예)의 선고와 함께 10000프랑(약 1500유로)의 벌금을 부과하였다. 그러나 최종심인 파기원(la Cour de cassation-민.형사의 대법원)은 태아(le foetus)는 형사적으로 보호받는 인간이 아니기에 과실치사를 적용할 계쟁의 대상이 아니라 하여 항소법원의 판결을 파기하여 버렸다.⁵⁰⁾
- c) Vo 부인은 이러한 프랑스 법원(파기원)의 판결은 유럽인권협약 제2조 ‘모든 사람의 생명권’ 특히 장래에 태어날 태아의 생명권을 침해한 것이라 하여 유럽인권재판소에 협약 제34조에 근거한 개인소송⁵¹⁾을 하였고 이에 관하여 유럽인권재판소는 심리적격의 기준을 규정한 협약 제35조⁵²⁾에 의하여 소를 수리하였다.⁵³⁾
- d) 유럽인권재판소는 생명권의 출발은 각 국가가 평가할 문제인데 프랑스는 현재 태아의 법적 성격과 지위와 관하여 규정하고 있지 않고 있다. 그러나 공적 건강의

48) CEDH 2004-VII. 2004년 7월 8일 결정.

49) Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10e édition, Sirey, 2007, p.9.

50) Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10e édition, Sirey, 2007, p.10.

51) 제34조(개별적 제소)

“재판소는 협약 또는 의정서에 규정된 권리를 체약국의 위반에 의하여 침해당하였다고 주장하는 모든 사람, 비정부조직, 개인집단으로부터의 제소를 접수한다. 체약국은 어떠한 경우에도 이 권리의 실효적인 행사를 방해하지 아니할 것을 약속한다.”

52) 제35조(심리적격의 기준)

1. 재판소는 일반적으로 인정된 국제법 원칙에 따라 모든 국내적 구제절차가 종료된 이후, 그리고 최종 결정이 내려진 날로부터 6개월 이내의 사건만을 다룰 수 있다.

2. 재판소는 제34조에 따라 제출된 다음과 같은 제소는 다루지 아니한다.

a. 익명의 제소 또는,

b. 재판소에 의하여 이미 다루어진 사건과 실질적으로 동일한 사안이거나 다른 국제적 조사 또는 분쟁해결절차에 제기된 바 있었으나, 새로운 관련 정보를 포함하고 있지 못한 제소.

3. 제34조에 의한 개별적 제소로서 협약 또는 의정서의 규정과 양립할 수 없는 경우, 근거가 없는 것이 명백한 경우, 또는 제소권의 남용이라고 판단되는 경우 재판소는 심리 부적격을 선언하여야 한다.

4. 재판소는 이 조에 따라 심리적격이 없다고 판단되는 어떠한 제소도 각하하여야 한다. 이는 소송의 어떠한 단계에서도 가능하다.“

53) Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10e édition, Sirey, 2007, p.10.

범주안에서 생명의 보존은 프랑스에서 부인되지 않고 있기 때문에 태어나게 될 아이는 프랑스법에 의하여 의무적으로 보호받아야 한다. 그래서 이러한 경우 Vo 부인은 공적 건강의 범주안에서 생명의 보존 의무를 다하지 않은 프랑스를 상대로 행정소송(un recours administratif)을 할 수 있을 것 이지만 형사적 성격의 소송(un recours de nature pénal)이 필요한 것은 아니라고 하였다.⁵⁴⁾

e) 결국 유럽인권재판소는 이 사안에서 당연히 형사소추를 할 수 있다고 보기는 어렵기 때문에 협약 제2조에 위반되지 않는다(14인의 찬성과 3인의 반대)고 판결⁵⁵⁾하였다.⁵⁶⁾

III. 고문이나 비인간적 처우 금지

1. 근거

협약 제3조에서는 “모든 사람은 고문이나 비인간적이고 비인격적인 처우나 처벌을 받아서는 안된다(Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants)”⁵⁷⁾라고 하여 ‘고문이나 비인간적 처우 금지’⁵⁸⁾를 규정하고 있다.

2. 적용

1) 아일랜드 대 영국 사건(affaire Irlande c. Royaume-Uni)⁵⁹⁾

a) 아일랜드는 북아일랜드에서 영국보안대가 아일랜드공화국군(L'Armée républicaine irlandaise-IRA)의 급진파로 혐의가 있어 체포된 사람들로부터 정보를 얻기 위하여 소위 '다섯가지 기술(cinq techniques)⁶⁰⁾을 사용한 것은 협약 제3

54) Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10e édition, Sirey, 2007, p.10.

55) Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10e édition, Sirey, 2007, p.11.

56) 이에 자세한 것은 Pradel J, "Note", D.2004, pp.2456-2458 등 참조.

57) (Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants)

58) 1987년 6월에 열린 유럽의회의 장관위원회는 고문방지를 위한 유럽협약을 체결했다. 이 협약의 핵심부분은 독립된 위원회에 있다. 이 위원회는 고문이 이루어지고 있다고 비난되는 국가를 조사하고 보호를 위한 조치를 취할 수 있는 것이다. 유엔에 의해서 체결된 고문금지협약 하에서는 인권침해 사례가 일종의 법정기능을 수행하는 조처에 따라서 단순히 확인될 수 있는 것과는 달리, 유럽의 제도는 고문이 일어나는 것을 사전에 막을 수 있는 예방적인 것이다.

http://cyberhumanrights.com/Kor/International/Europe/sub02/sub02_01_01_05.html 2009년 5월 22일.

59) 1978년 1월 18일 결정(série A n° 25, p.90, § 239)

조, 제5조, 제6조, 제14조, 제15조를 침해했다는 이유로 유럽인권위원회에 영국을 제소하였다.⁶¹⁾

b) 유럽인권위원회는 이러한 행위(소위 다섯가지 기술)는 고문에 해당된다고 만장일치로 결정했다.

c) 그러나 유럽인권재판소는 유럽인권위원회의 결정과는 다르게 재판의 대상이 된 행위는 고문이라는 말이 의미하는 특히 강렬하고 잔인한 것이 아니라(14인의 찬성과 3인의 반대)⁶²⁾고 하면서도 다섯가지 기술을 사용하는 것은 비인도적이고 인간의 품위를 떨어뜨리는 처우에 해당되기 때문에 협약 제3조에 위반된다(15인의 찬성과 2인의 반대)고 판결했다.⁶³⁾

d) 그것은 제3조의 의미를 포함하기 위해서 심판의 대상이 된 행위가 최소한의 엄격함의 수준을 넘어야만 하지만 이것은 상대적이고 사건의 모든 상황에 의존하는, 특히 관련된 개인의 사적인 특징에 달려 있다는 것을 의미한다.⁶⁴⁾

2) Tyrer 대 영국사건(affaire Tyrer c. Royaume-Uni)⁶⁵⁾

a) 유럽인권재판소는 회초리로 미성년자(Anthony Tyrer-당시 15세)를 징벌(Châtiment)하는 것이 협약 제3조의 의미에서의 인간의 품위를 떨어뜨리는 것에 해당하는 가에 대한 문제에 직면했다.

b) 유럽인권재판소는 어떤 사람이 다른 사람에게 체벌(la peine)을 가하는 것은 그것의 제도화된 성질과 그 제도에 부수한 공적인 질서(l'ordre public)를 고려해야 한다. 또한 체벌이 인간의 품위를 떨어뜨리는 가에 대한 심사는 상대적이고 그 사건의 상황에 달려있는데 특히, 체벌의 성격과 전후의 사정(la nature et du contexte de la peine)뿐만 아니라 그 실행의 방식(ses modalités d'exécution)에 달려있다. 그래서 체벌 그 자체가 협약 제3조에 위반되는 것은 아니고 그러한 상

60) 역류자들을 두건을 씌워서 빛을 못보게 하고, 오랫동안 잠을 듣게 하고, 잠을 안재우고 그리고 엄격히 제한된 식사를 주면서 벽을 향해서 고통스러운 자세로 서있게 하는 것.

61) Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10e édition, Sirey, 2007, p.49.

62) Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10e édition, Sirey, 2007, p.50.

63) Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10e édition, Sirey, 2007, p.51.

64) 이 판결에 대하여 자세한 것은 Aubert G, "Répression du terrorisme et protection des libertés individuelles : le Royaume-Uni devant la Cour européenne des droits de l'homme", *Revue internationale de criminologie et de police technique* 1978, pp.367-384 와 Martin P.-M, "A propos de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme : l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Irlande contre Royaume-Uni", *RGDIP*, 1979, pp.104-125 참조.

65) 1978년 4월 25일 결정(série A n° 26, pp.15-16 § 31)

황의 종합적인 검토하여 침해의 여부를 판단하여야 한다고 하면서 본 사항의 경우는 인간의 품위를 떨어뜨리는 처우에 해당한다(6인의 찬성과 1인의 반대)고 판결⁶⁶⁾하였다.⁶⁷⁾

3) Soering 대 영국사건(affaire Soering c. Royaume-Uni)⁶⁸⁾

a) 독일시민인 Jens Soering은 영국에서 사기죄로 체포되어 수감중이었는데 1985년 미국버지니아주에서 발생한 살인죄 혐의로 미국이 영국에 Soering의 미국 인도를 요청하였다.⁶⁹⁾

b) Soering은 영국이 자신을 미국으로 인도하면 이것은 비인도적 처우라고 주장하였다. 왜냐하면 미국은 아직 살인죄에 대하여 사형을 언도하기 때문에 만약 유죄의 선고를 받는다면 사형수의 감방에 구금될 수 있기 때문이다.⁷⁰⁾

c) 이러한 문제에서 유럽인권재판소는 인도되는 사람이 고문 또는 비인도적이거나 인간의 품위를 떨어뜨리는 처벌이나 처우를 인도를 요청한 국가에서 받게 될 실제적인 위험에 직면하리라고 믿을 만한 상황하에서 이루어진다면 협약 제3조를 침해한다(만장일치)고 판결하였다.⁷¹⁾

IV. 노예제와 강제노역의 금지

1. 근거

협약 제4조 제1항에서는 “어떤 사람도 노예나 종으로 소유될 수 없다”⁷²⁾라고 규

66) Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10e édition, Sirey, 2007, pp.83-85. 더욱 자세한 것은 Pelloux R, "L'affaire irlandaise et l'affaire Tyrer devant la Cour européenne des droits de l'homme", AFDI, 1978, pp.379-402 참조.

67) 이와 유사한 1993년 3월 25일(série A n° 247-C)에 결정된 Costello-Roverts 대 영국 사건(affaire Costello-Roberts c. Royaume-Uni)에서는 Costello-Roverts(당시 7세로서 초등학생)에 관한 처벌은 협약 제3조에 위반되지 않는다(찬성 5인 반대4인)고 결정하였다. 이에 대하여 자세한 것은 Mazière P, "Interprétation des l'article 3, 8, et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme à propos d'un châtement corporel dans une école privée britannique", JCP, 1994, II, 22262 참조.

68) 1989년 7월 7일 결정(série A n° 161)

69) Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10e édition, Sirey, 2007, pp.56-57.

70) Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10e édition, Sirey, 2007, pp.57-58.

71) Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10e édition, Sirey, 2007, pp.59-60. 자세한 것은 Ganshof Van der Meersch W, "L'extradition et la Convention européenne des droits de l'homme. l'affaire Soering", RTDH, 1990, pp.5-24.

72) (Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude)

정하고 있고 제4조 제2항에서는 "어떤 사람도 강요받거나 강제된 노동의 이행을 요청 받을 수 없다"⁷³⁾ 라고 규정하고 있으며 제4조 제3항에서는 "이 조항의 목적을 위하여 '강요받거나 강제된 노동'이라는 용어는 다음의 사항을 포함해서는 안된다. a) 이 협약 제5조⁷⁴⁾의 규정에 따라 부과된 구금 중에, 혹은 그 구금으로부터의 잠정적인 보석 중에 행해지기를 요청받은 모든 노동, b) 군사적 성격의 모든 복무, 혹은 양심적 참전거부가 인정되는 나라의 참전거부자들의 경우에 의무병역 대신에 징발되는 복무, c) 생명이나 공동체의 복지를 위협하는 긴급사태나 재난 중에 징발되는 모든 복무, d) 정상적인 시민적 제의무의 부분을 이루는 모든 노동과 복무" 라고 명시하여 '노예제와 강제노역의 금지(l'interdit de la l'esclavage et le travail forcé)'⁷⁵⁾ 및 그 예외 사항을 규정하고 있다.

2. 적용

Siliadin 대 프랑스 사건(Affaire Siladin c. France)⁷⁶⁾

73) (Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire)

74) 제5조(신체의 자유와 안전에 대한 권리)

1. 모든 사람은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다. 어느 누구도 다음의 경우에 있어서 법률로 정한 절차를 따르지 아니하고는 자유를 박탈당하지 아니한다.
 - a. 권한 있는 법원의 유죄결정 후의 사람의 합법적 구금.
 - b. 법원의 합법적 명령에 따르지 않기 때문이거나, 또는 법률이 규정한 의무의 이행을 확보하기 위한 사람의 합법적 체포 또는 구금.
 - c. 범죄를 범했다고 의심할 만한 합리적인 이유가 있을 때, 또는 범죄의 수행이나 범죄수행 후의 도주를 방지하기 위하여 필요하다고 믿을 만한 합리적 이유가 있을 때, 그를 권한 있는 사법당국에게 회부하기 위한 목적에서 실시되는 합법적 체포 또는 구금.
 - d. 교육적인 감독의 목적으로 합법적 명령에 의한 미성년자의 구금, 또는 권한 있는 사법당국으로 회부하기 위한 목적에 따른 합법적인 미성년자의 구금.
 - e. 전염병의 전파를 방지하기 위하여, 또는 정신이상자, 알코올중독자, 마약중독자 및 부랑자의 합법적 구금.
 - f. 불법 입국을 방지하기 위하여, 또는 강제되거나 범죄인인도를 위한 절차가 행하여지고 있는 사람의 합법적 체포 또는 구금.
2. 체포된 모든 사람은 그가 이해하는 언어로 그의 체포 사유 및 피의 사실을 신속하게 통고받는다.
3. 이 조 제1항 c호 규정에 따라 체포 또는 구금된 모든 사람은 법관 또는 법률에 의하여 사법권을 행사할 권한을 부여받은 기타 관헌에게 신속히 회부되어야 하며, 또한 그는 합리적인 기간 내에 재판받을 권리를 받거나 또는 재판 중에 석방될 권리를 가진다. 석방은 재판에 위하여 출두할 것이라는 보증을 조건으로 할 수 있다.
4. 체포 또는 구금에 의하여 자유를 박탈당한 사람은 누구든지 법원이 그의 구금의 합법성을 지체없이 결정하고, 그의 구금이 합법적이 아닌 경우에는 석방이 명령되도록 법원에 절차를 취할 권리를 가진다.
5. 이 조의 규정에 위반된 체포 또는 구금의 피해자는 누구든지 집행 가능한 보상을 받을 권리를 가진다.

75) (N'est pas considéré comme travail forcé ou obligatoire au sens du présente article : a) tout travail requis normalement d'une personne soumise à la détention dans les conditions prévues par l'article 5 de la présente Convention, ou durant sa mise en liberté conditionnelle, b) tout service de caractère militaire ou, dans le cas d'objecteurs de conscience dans les pays où l'objection de conscience est reconnue comme légitime, un autre service à la place du service militaire obligatoire, c) tout service dans le cas de crises ou de calamités qui menacent la vie ou le bien-être de la communauté, d) tout travail ou service formant partie des obligations civiques normales)

76) CEDH 2005-VII. 2005년 7월 26일 판결.

- a) 토고출신인 Siwa-Akofa Siliadin은 1994년(15살 6개월)에 여행비자를 통하여 토고 태생이면서 프랑스 국적을 취득한 D부인과 함께 프랑스에 입국했다. 이후 Siliadin은 비행기표 값을 마련하기 위하여 D부인의 집에서 오전 7시 30분부터 오후 10시 30분 까지 특별한 경우를 제외하고는 휴식없이 일하게 되었는데 D부부는 Siliadin의 여권을 압수하고 보수도 주지 않았으며 침실도 매우 열악하게 제공하였다.⁷⁷⁾
- b) 이에 대하여 1998년에 Siliadin의 검찰에 고소하였고 검찰은 형법 225-13과 225-114에 의하여 B부부를 기소하였는데 법원은 1심에서 B부부에게 징역 12개월(집행유예 7개월)을 선고하였다. 또한 이와는 별도로 2003년 10월 노사조정재판소(la Conseil des prud'hommes)⁷⁸⁾는 봉급 31238 유로를 지급하라는 결정을 하였다.⁷⁹⁾
- c) 이에 대하여 Siliadin은 프랑스형법은 노예제도(servitude)와 강제노역(travail 'forcé et obligatoire')에 대하여 충분히 효과적으로 보호하고 있지 못하므로 유럽인권협약 제4조에 위반된다고 유럽인권재판소에 제소하였다.⁸⁰⁾
- d) 유럽인권재판소는 협약 제4조는 '민주적 사회의 근본가치 중 하나(l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques)'이기 때문에 회원국은 협약 제4조의 규정에 반한 사람에 대하여 형사벌 규정의 효과적 채택과 적용을 실질화 할 의무가 있다고 하였다.⁸¹⁾
- e) 결국 유럽인권재판소는 Siliadin의 경우 강제노역에 해당되며 고전적 의미에서 노예제라 할 수 있음에도 불구하고 프랑스가 형사처벌을 미약하게 한 것은 협약 제4조에 의하여 부과되는 실질적 의무를 존중하지 않은 것이므로 재판소법 제41조에 의거하여 프랑스는 Siliadin에게 소송비용 26.209.69 유로를 지급하라(만장일치)고 판결⁸²⁾하

77) Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10e édition, Sirey, 2007, p.94.

78) 노사조정재판소는 고용주와 봉급자의 절반씩 동등한 수를 대표하는 노사조정위원회(conseillers prud'hommes)에서 선출된 비직업법관으로 구성된다. 고용주와 봉급자의 위원은 하나의 사건에 대하여 동등한 투표권으로 판결한다. 그러나 투표의 분산의 경우, 노사조정재판소는 지방법원사법관, 재결사법관의 지휘하에 새롭게 소집된다 : 이 새로운 공판은 위원들의 재결을 허용한다. 노사조정재판소는 봉급자 또는 수련생과 고용주사이에 근로계약, 휴가비지급의 분쟁과 같은 미지급봉급, 봉급, 상여금, 개인해고, 불일치된 조항의 비준중의 경우에 이행되는 개인소송을 규정한다. G. Marcou, 프랑스의 법조인 양성제도, 법과대학 석학 초청세미나, 2007년 5월 1일 발표문, 경기대학교 법과대학, p.16(번역문 p.27) 참조.

79) Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10e édition, Sirey, 2007, p.94.

80) Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10e édition, Sirey, 2007, p.95.

81) Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10e édition, Sirey, 2007, p.95.

82) Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10e édition, Sirey, 2007, p.95.

였다.⁸³⁾

V. 결론

유럽인권협약은 직접적으로는 ‘인간존엄 존중의 원칙’을 규정하고 있지 않지만 앞에서 살펴본 바와 같이 여러 가지 협약상의 근거를 들어 인간존엄의 원칙을 인정하고 있다. 또한 유럽인권재판소는 이와 관련된 결정들을 활발하게 행사함으로써 기존의 존엄적 권리뿐만 아니라 새로운 존엄적 권리까지도 보장하고 있다.

하지만 이처럼 인간존엄보호를 위한 제도적 장치가 철저히 마련되어 있는 유럽의 경우에도 문제점이 있다. 특히 유사한 사안에 대하여 상이한 결정들은 법적 안정성과 판결에 관련된 회원국의 입법추진 등의 후속 조치를 저해하기도 한다. 그래서 이러한 문제점을 극복할 수 있는 다양한 방안을 모색할 필요가 있다. 특히 아일랜드 대 영국 사건(*affaire Irlande c. Royaume-Uni*)의 판결에서 처럼 인간존엄의 원칙에 관한 유럽인권재판소 판결의 근본 내용들이 실질적으로 해당국가의 입법에 반영되고 또한 다른 회원국가에서의 동일한 침해를 방지하기 위한 대세적 효력의 유지 방법을 강구하고 있는 것은 좋은 모델이 될 것이다.

결국 위에서 살펴본 유럽의 모델은 우리에게 여러 가지 점에서 시사한 바가 크다. 그러나 유럽의 모델은 단지 참고 사항이지 전부인 것은 아니다. 그러한 점에서 실질적인 인간성 회복을 위한 인간존엄보장체계구축을 위하여는 본고에서의 미흡한 부분인 유럽인권협약상의 인간존엄존중에 관한 내용 및 유럽인권재판소의 판결들을 더욱 구체적으로 심층 분석할 필요가 있다.

83) 자세한 것은 Pubert L, "Le droit pénal française inaugure la première condamnation recensée sous l'angle de l'article 4, interdisant 'esclavage et le travail forcé'", Europe des libertés janvier 2006, pp.20-21 참조.

<RESUME>

Absent du texte de la Convention, mais *a priori* conforme à son esprit (tout le monde s'accorde pour dire que ces droits découlent de l'éminente dignité humaine), on pouvait s'attendre à le trouver abondamment employé par les juges ou par les membres de la Commission. Mais, là encore, l'attente est déçue : l'expression "dignité humaine" est quasiment absente de ce remarquable *corpus*. Pourtant cette jurisprudence, souvent hardie, évolutive et ingénieuse, se trouve confrontée à des affaires où l'emploi du principe de la dignité humaine pourrait s'imposer : En vertu de l'article 15(2), aucune dérogation n'est autorisée au droit à la vie(art 2), à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants(art 3) et à l'interdiction de l'esclavage et de la servitude(art 4).

Dans la pratique, la puissante "autorité de la chose interprétée" de la Cour provoque l'harmonisation progressive des Etats membres autour de principes fondamentaux et de standard *minima*. Dans son arrêt Irlande c. R.U. la Cour a ainsi clairement exposé que "ses arrêts servent non seulement à trancher les cas don't elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention, et à contribuer de la sorte au respect, par les Etats, des engagements qu'ils ont assumé en leur qualité de Parties contractantes". Il résultera en outre de ses arrêts une évolution exceptionnelle du droit interne des Etats contractants.

En effet, la protection des droits de la dignité humaine par le juge européenne est considérée comme une donnée essentielle à l'existence même et à la survie de l'Etat démocratique.

<주제어>

인간존엄 존중의 원칙-le principe de respect de la dignité humaine

유럽인권협약-la Convention européenne des droits de l'homme(CEDH)

유럽인권위원회-la Commission européenne des droits de l'homme

유럽인권재판소-la Cour européenne des droits de l'homme

유럽평의회-le Conseil de l'Europe

<참고자료>

1. 참고문헌

Anne Levade, Fabrice Picod et Laurence Burgogue-Larsen, La Constitution européenne expliquée au citoyen, Hachette, 2005.

Béatrice MAURER, Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme, Ceric, 1999.

Conseil de Europe, Vade-mecum de la Convention européenne des des droits de l'homme, Conseil de Europe, 2ed, 1999.

Cohen-Jonathan G et Flauss J.-F (dir), La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des des droits de l'homme, Bruxelles, 2005.

Frédéric SUDRE, la Convention européenne des des droits de l'homme, Que sais-je?, PUF, 1990.

Frédéric SUDRE, Marguénaud J.-P, Andriantsimbazovina.J, Gouttenoire A et Levinet M, Les grands arrêt de la Cour européenne des des droits de l'homme, Grandes décision, 4e ed, 2007.

Jean-François RENUCCI, Droit européen des droits de l'homme, LGDJ, 1999.

Jean-Louis BURBAN, Le Conseil de l'Europe, que sais-je, n° 885, PUF, 2ed, 1993.

Lazaud F, L'exécution par la France des arrêts de la la Cour européenne des des droits de l'homme, 2 volumes, 2006.

Louis FAVOREU et autres, Droit constitutionnel, Dalloz, 1998.

Marguénaud J.-P, La Cour européenne des des droits de l'homme, 3e ed, 2005.

Olivier De Schutter et Paul Nihoul(dir.), Une Constitution pour l'Europe, Larcier, 2004.

Ringelheim J, Diversité culturelle et droits de l'homme : la protection des minorités par la Convention européenne des des droits de l'homme, Bruxelles, 2006.

Vincent BERGER, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 10e ed, Sirey, 2007.

2. 참고인터넷사이트

<http://www.coe.int>

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=23845217&skin=hudoc-fr&action=request>

<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/005.htm>

http://europa.eu.int/futurum/index_en.htm

공공부문에서의 종교차별과 기본권

--특히 미국 연방대법원의 판례를 중심으로

김형남¹⁾

目次

- I. 문제의 제기
- II. 미국 헌법상 두 가지 종교조항
 - 1. Establishment Clause
 - (1) Everson v. Board of Education 판결
 - (2) Lemon v. Kurtzman 판결
 - (3) 기타 중요 판결들
 - (4) Establishment Clause의 문제점 분석
 - 2. Free Exercise Clause
 - (1) Reynolds v. United States 판결
 - (2) Cantwell v. Connecticut 판결
 - (3) Sherbert v. Verner 판결
 - (4) Wisconsin v. Yoder 판결
 - (5) 이후 판결들과 문제점 분석
- III. 종교차별문제에 대한 종합적 접근
- IV. 결론

I. 문제의 제기

영국 정부가 1534년 왕권강화법(Act of Supremacy)을 제정하여 전 국민에게 성공회(episcopal church)를 국교로 믿을 것을 강요하자 청교도(puritans)들은 강력하게 반발하였다. 여러 가지 이유를 가지고 결국 이들은 미국이라는 신대륙으로의 이주를 결심하게 된다. 그 이유 중의 하나는 정부에 의해 종교가 강제되지 않는 종교의 자유(freedom of religion)에 대한 갈망이었다고 할 수 있다.²⁾ 이처럼 종교의 자유를 찾아 모든 것이 생소한 신대륙을 찾았던 미국인들뿐만 아니라, 모든 세인들에 있어서 가장 심각한 토론주제는 종교와 종교의 자유에 대한 것이라고 해도 지나치지 않을 것이다.

1) 단국대학교 법학과 교수

2) C. Herman Pritchett, The American Constitution, (New York: McGraw-Hill Company, 1977), p.389.

일반적으로 종교에 대한 개념 정의는 신학을 포함한 여러 학문영역에서 정의할 수 있지만 특히 헌법학의 영역에서는 비교법적 차원에서 ‘미국법체계에서의 종교개념’이 중요하게 작용한다는 점을 부인할 수 없다.

먼저 제정법(statute)적으로 검토를 하자면, 1948년 제정된 미국의 ‘종합적 군사훈련 및 병역법’(the Universal Military Training and Service Act) 제6조 j항에서 종교는 ‘초자연적인 존재와의 관계를 믿는 것’(a belief in relation to a Supreme Being)이라고 규정하였다.³⁾

또한 연방대법원의 한 판례는 “종교라는 용어는 자기 스스로 창조주(신)와 관련되어 있다고 느끼는 것이며, 자기 자신이 창조주와 관련되어 있다는 생각들이 그들로 하여금 창조주라는 존재와 그 특성에는 존경심을 표시하게 하고, 창조주의 뜻에는 순종하게 하는 어떤 의무감이다.”(The term 'religion' has reference to one's views of his relations to his Creator, and to the obligations they impose of reverence for his being and character, and of obedience to his will.)라고 판시하고 있다.⁴⁾

그렇다면 종교는 그 개념 자체가 아예 객관화되기 힘든 주관적인 개념이라고 이해되어야 한다. 주관적인 종교개념에 대한 논란은 다음의 가정을 참고하면 이해될 수 있다.⁵⁾

미국의 어느 교도소에 수감된 수감자들은 신(God)이 자신들에게 매일 고기와 포도주를 먹으라고 요구하는 신흥종교를 만들었다. 이 새로운 종교에 몰입하게 된 수감자들은 교도관들에게 매일 고기와 포도주를 공급해줄 것을 요구하였지만 그들은 그렇게 값비싼 음식을 공급해달라고 요구하는 것은 수감자들의 단순한 장난이라고 생각하며 그들의 요구를 거절하였다.

그러자 수감자들은 정부가 자신들의 종교행사의 자유권을 침해하고 있다고 주장하면서 교도소당국이 자신들의 주장대로 고기와 포도주를 공급해줄 것을 청구하는 소송을 제기하였다. 일단 이들의 소제기는 상식을 벗어난 터무니없는 것이라고 비판할 수 있다. 하지만 정통 유대교신자(Orthodox Jew)들이 토요일을 안식일이라고 판단하여 출근하지 않았다가 해고를 당하게 된다면 정부는 원칙적으로 실업수당을 지급하지 않는데, 이런 사실에 분개하여 그들이 소송을 제기한다면 전술한 사례와 유사한 것으로 판단할 수도 있을 것이다.

현실적으로 이해할 수 없는 부분을 법적으로 요구한다는 점에서 두 사례는 유사성을 가지게 된다. 바로 이러한 점이 종교에 대한 헌법적 논의를 혼란에 빠지게 하는 근본 요소이다. 또 다른 문제는 “연방의회는 국교를 창설하거나 자유로운 종교행사를 금지하는 법률을 제정할 수 없다.”(Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof.)고 규정하고 있는 미 연방헌법 개정조항 제1조의 establishment clause와 free exercise clause⁶⁾의 이율배반적인 측면, 즉 논리적 모순(矛盾)이다.

이러한 모순은 개정조항 제1조 종교의 자유에 관한 두 조항들은 서로 다른 조항으로부터

3) Gerald Gunther & Kathleen M. Sullivan, Constitutional Law, (New York: The Foundation Press, 1997), p.1468.

4) Davis v. Beason, 133 U.S. at 342.

5) Lee Epstein & Thomas G. Walker, Constitutional Law For A Changing America, (Washington D.C.: Congressional Quarterly Press, 2004), p.106.

6) 이 두 조항을 굳이 번역한다면 ‘국교수립금지조항’과 ‘종교의 자유로운 행사조항’ 정도가 되겠지만 원어의 뜻이 왜곡될 정도로 번역이 너무 장황하다는 느낌이 들기 때문에 이 논문에서는 원어를 그대로 사용하기로 한다.

고립된(아주 동떨어진) 조항이기 때문에 발생한 것으로 보인다. 이 두 가지 조항들이 서로 작용하는 범위는 종교학교(교구학교, parochial schools)에 대한 공적 자금의 지원문제를 비롯하여, 공적인 부문에서의 다양한 주제들에 걸쳐있다. 특히 가장 민감하게 충돌하는 것이 바로 그러한 공적자금의 지원은 국교수립금지조항을 위반한 것인가라는 문제와 또 그러한 공적자금을 지원하지 않는 것이 종교의 자유로운 행사조항을 위반한 것인가라는 문제이다.⁷⁾ 이하에서는 미국 연방헌법 개정조항 제1조의 두 가지 종교조항이 각각 의미하는 바가 무엇인지를 검토하면서 두 가지 종교조항으로 인해 발생하는 공공부문에서의 종교차별에 대한 연방대법원의 판례를 중점적으로 분석함으로써 우리나라에서 논의되는 공공부문에서의 종교차별 문제를 해결하는데 작은 도움이 되고자 한다.

II. 미국 헌법상 두 가지 종교조항

1. Establishment Clause

미국에 있어서 적어도 1947년 이전에 establishment clause에 대한 연방대법원의 판례는 고작 2개에 불과했다.

1899년 *Bradfield v. Roberts* 사건⁸⁾에서 연방대법원은 장애인자들을 위한 병실 증축을 위해 카톨릭교회(성당)가 운영하는 워싱턴 D.C. 소재의 한 병원에 연방정부가 교부금을 지원하는 것을 합헌이라고 판시하였다.

또한 1908년 *Quick Bear v. Leupp* 사건⁹⁾에서도 연방대법원은 Sioux(North Dakota 주의 원주민)인디언의 자녀들이 다니는 카톨릭 종교학교에 연방정부가 그들의 등록금을 보조하기 위해 재정을 지출한 것을 합헌이라고 판시하였다.

처음 판례는 공법인의 성격을 띠고 있는 병원은 그 운영주체의 종교적 성향을 막론하고 연방정부가 교부금을 지원할 수 있는 것이므로 합헌이라고 할 수 있고, 두 번째 판례는 역사적으로 미국은 원주민인 인디언들로부터 그들의 토지재산권을 침탈하여 건설된 나라이므로 인디언들에 대한 보상적인 차원에서 시행된 재정지원을 합헌이라고 판시한 것이므로 나름대로의 의미가 있다고 본다.

그렇다면 특정 사립종교학교가 포함된 모든 학교의 학부모에게 New Jersey 주의 한 시청이 재정지원을 한 것이 국교를 설립하는 효과가 있는 것인지에 대한 연방대법관끼리 논쟁이 벌어졌던 판례가 바로 1947년 *Everson v. Board of Education* 판결¹⁰⁾이다. 이 판례를 자세히 살펴보면 다음과 같다.

(1) *Everson v. Board of Education* 판결

1946년 11월 20일 New Jersey 주법에 근거하여 한 시청은 특정 사립종교학교를 포함한 관내의 모든 학교 학부모 중에서 자기 자녀들의 통학을 위해 일반 대중교통으로서의 버스

7) Steven H. Shiffrin & Jesse H. Choper, *The First Amendment*, (St. Paul: West Publishing Co., 1996), p.615.

8) 175 U.S. 291(1899).

9) 210 U.S. 50(1908).

10) 330 U.S. 1(1947).

(일반적으로 이를 스쿨버스라고 함)를 이용하게 한 학부모들에게 그동안 지출된 대중교통 요금을 보상해주었다.¹¹⁾ 이에 New Jersey 주민인 Everson은 시청의 재정지원은 카톨릭 종교학교 학생들에게도 재정지원을 하는 결과가 발생하기 때문에 연방헌법 개정 제1조 중에서 establishment clause를 위반한 것이므로 New Jersey 주법은 위헌이라고 주장하였다.

연방대법원을 대표해서 판결문을 작성한 Black 대법관은 다음과 같이 실시하면서 New Jersey 주법의 합헌을 선언하였다.

“연방헌법 개정 제1조의 establishment clause는 적어도 다음과 같은 의미를 지닌다;

주와 연방정부는 교회를 설립할 수 없다. 주와 연방의회는 특정종교를 지원하고 모든 종교를 지원하거나 다른 종교에 비해 특정종교를 지원하는 법률을 제정할 수 없다. 주와 연방정부는 어떤 시민이 교회에 나가도록 강요하거나 영향을 미칠 수 없으며, 또한 어떤 종교생활을 하는 사람의 뜻에 반해 그 사람이 교회를 떠나게 한다든지, 강제로 종교생활을 하는 어떤 사람에게 신앙심이 있는지의 여부를 고백하게 할 수 없다. 어느 누구라도 종교적 신앙심의 여부와 신앙심을 고백하는지의 여부, 그리고 교회출석여부에 따라 형사처벌 되지 아니한다. 그 금액의 대소를 막론하고 호칭이나 종교를 교육하고 훈련시키는 형태에 상관 없이 종교적 행사나 종교기관을 지원하기 위한 어떠한 과세도 징수될 수 없다. 주와 연방정부는 공개적으로나 비밀리에 특정 종교단체의 행사에 참석할 수 없으며, 특정 종교단체가 주와 연방정부의 행사에도 참석할 수도 없다. Jefferson의 표현에 의하면, 법률에 의해 국교가 설립되는 것을 금지하는 연방헌법 개정 조항은 교회와 국가를 구분하는 벽을 세우기 위해 제정된 것이었다.¹²⁾.....

당 법원은 New Jersey 주 의회가 학생들이 개인차량에 의한 교통사고 위험과 걸어 다닐 때나 히치하이킹을 할 때 발생할 수 있는 기타의 위험들에 직면하는 것보다 차라리 통학할 때 스쿨버스를 이용하게 하는 것이 공익목적에 부합된다는 결정을 한 것으로 인식하면서, 결국 New Jersey 주법이 학생들이 종교학교를 선택하는데 도움을 주는 역할을 담당했다는 사실을 인정한다. 나아가 최근 공립학교 학생들의 통학요금을 주정부가 부담했을 때 만약 종교학교 학생들의 버스통학요금을 학부모들에게 전가시켰다면 애당초 종교학교에 입학시키지 않았을 가능성도 있다. 그러나 교통사고의 위험으로부터 종교학교에 통학하는 학생들을 구체적으로 보호해야만 되는 주정부의 경찰관들도 공립학교이든 종교학교이든 가리지 않고 똑 같은 목적을 가지고 봉사하고 있는 것이다. 그런 차원이라면 학부모들은 자녀들이 범죄와 화재예방, 하수구시설, 차도, 인도 등의 주정부의 기본적인 의무(役務)가 차단된 학교에 보내면서도 무관심해야만 한다.

마찬가지로 종교학교에게 이러한 기본적인 의무를 제공하지 않는 것은 종교학교로부터 종교적 기능을 분리시키는 것임은 명백하고, 결국 이는 종교학교의 운영을 아주 어렵게 만들고 말 것이다. 그러나 그렇게 된다면 이는 연방헌법 개정 제1조의 제정목적이 아니다. 그 개정 제1조는 일단 주정부가 종교집단이든 무종교집단이든 간에 그 집단과의 관계에서의 중립을 요구하고 있다. 그렇지만 개정 제1조는 주정부가 그 집단들의 적(敵)이 되는 것을

11) “A New Jersey township reimbursed parents for the cost of sending their children on regular buses operated by the public transportation system, to and from schools, including nonprofit private and parochial schools.”

12) Shiffrin et al., op. cit., p.618.

요구하지는 않는다. 주정부의 권한은 모든 종교들을 제약하는데 사용되는 것이 아니라 모든 종교들에게 골고루 이익을 주는 것을 의미한다. 확실한 사실은 소방서는 교회가 불타고 있을 때 수수방관만 하고 있어서는 안 된다는 것이다."¹³⁾

이 판례는 연방대법원이 미국 역사상 establishment clause의 의미에 대하여 본격적인 해석을 시도하였고¹⁴⁾ 종교문제를 다루는 제정법의 제정목적이 특정 종교를 비호하는 목적이 아닌 세속적인 목적이 있었다면 이는 합헌이라는 기준을 만들어낸 판례였다.

전술한 바와 같이 Black 대법관을 포함하여 5인의 대법관이 New Jersey 주법의 합헌을 선언하였지만 Black 대법관의 판결문의 논리는 미국 정부가 모든 종교에게 우호적이어야 한다¹⁵⁾고 주장하고 있기 때문에 종교에 대한 중립성을 강하게 지켜야 한다는 입장에서의 거센 비판을 어떻게 견딜 수 있을지가 의문이었다.

특히 비판적인 입장을 견지하고 있는 한 학자는 만약 미국 정부가 모든 종교에게 우호적인 정책을 시행한다면, 연간 2천5백만 달러에 해당되는 비용으로 교회나 성당건물을 포함한 종교적인 사원건물을 건축해주는 효과를 가지게 된다고 비판할 정도였다.¹⁶⁾

하여튼 이 판례의 흐름은 다음의 1971년 Lemon v. Kurtzman 판결¹⁷⁾이 나오기 전까지 꾸준히 유지되었다.

(2) Lemon v. Kurtzman 판결

이 판결은 두 가지 사건이 병합된 것이었다.

첫 번째 사건은 1969년 Rhode Islands 주의 급여보충법(Salary Supplement Act)의 위헌 여부에 관한 사건이었다. 동법은 주정부가 공립학교 교사들에게 지급되는 급여보다 적은 급여를 받고 있는, 비종교과목을 가르치는 사립학교 교사들의 급여액의 15%를 추가로 지급하는 것을 골자로 하는 법률이었다. 동법에 따르면, 추가로 급여를 지급받는 대상자는 반드시 공립학교에 개설된 교과목을 가르치고, 공립학교에서 사용하는 교재를 사용하여야 하며, 종교에 관한 교과목은 결코 가르치지 않겠다고 동의를 한 교사이다.

연방지방법원 합의부는 증거자료를 통해 Rhode Islands 주 전체 초등학교 학생들의 25%가 사립학교에 다니고 있었으며, 그 중에서 95%의 학생들은 카톨릭 관련학교를 다니고 있었고, 확인된 날짜까지 약 250명의 교사들이 동법의 수혜자들이었다는 사실을 밝혀냈다.¹⁸⁾

당 법원(연방대법원)은 일단 종교학교 체계는 카톨릭교회의 종교적 선교에 있어서 핵심적인 부분이었기 때문에 동법은 정부와 종교의 과도한 유착(癒着)을 조장하였으므로 연방헌법 개정 제1조 Establishment Clause를 위반한 것으로 판시하였다.

두 번째 사건은 1968년 Pennsylvania 주의 사립 초·중등교육법(Nonpublic Elementary and Secondary Education Act)의 위헌여부에 관한 사건이었다.

13) Shiffrin & Choper, op. cit., pp.619-620.

14) 同旨, 강승식, 미국헌법학 강의, (도서출판 궁리, 2007), 545면.

15) 바로 이점이 미국 내에서의 종교문제의 특성이라고 할 수 있다. 기독교를 옹호하기 위해 모든 종교에게 우호적인 정책, 즉 세속적인 정책(secular policy)을 집행하려 한다는 비판을 받을 수도 있기 때문이다.

16) Arval M. Morris, The Constitution and American Public Education, (North Carolina: Carolina Academic Press, 1989), pp.176-177.

17) 403 U.S. 602(1971).

18) 403 U.S. at 603.

동법은 펜실배니아 주 교육감이 사립종교학교 비종교 교과목의 질 좋은 교육서비스를 구입하여 공립학교에 전파시킬 목적으로 사립종교학교 비종교 과목 교사들의 급여의 일부분, 교재 및 기타 교육용 자료를 구입하는데 지출되는 비용을 주 정부가 환급해주는 것을 승인하였다.¹⁹⁾ 물론 환급은 특정한 비종교과목에 제한되는 것이었고 수업교재와 교육용 자료들도 일일이 교육감에 승인받도록 하였으며, 어떤 종파의 예배에 관한 것이거나 종교적 교육을 표현하는 어떤 주제가 담겨져 있는 과목에게는 전혀 환급이 이루어지지 않았다.

하지만 Lemon을 포함한 원고들은 결국 종교단체에 의해 통제되는 교회관련학교들은 특정 종교의 교리를 전파하는 목적을 가질 수밖에 없기 때문에 이를 지원한 동법은 위헌이라고 주장하였다. 그러나 연방지방법원 합의부는 원고들의 소제기를 기각해달라고 요청한 펜실배니아 주정부의 재정신청(motion)을 허가하면서 동법은 연방헌법 개정 제1조 Establishment Clause 또는 Free Exercise Clause²⁰⁾를 위반하지 않았다고 판시하였다.

이에 당 법원은 펜실배니아 주법은 로드아일랜드 주법과 마찬가지로 정부와 종교를 과도하게 유착시킴으로써 전체 사회에 누적된 충격으로 작용하였으므로 연방헌법 개정 제1조 종교조항 위반이라고 판시하였다.²¹⁾

이 사건의 판결문을 작성한 Burger 대법원장은 향후 연방헌법 개정 제1조 종교의 자유 중 에서 establishment clause의 해석에 대한 세 가지 원칙(three prong test)을 실시하였다. 첫째, 제정법은 반드시 세속적인(secular) 목적으로 제정되어야 한다. 둘째, 그 제정법의 주요 효과는 종교를 촉진시키지도 방해하지도 말아야 한다. 셋째, 그 제정법은 종교에 대하여 정부의 과도한 유착(entanglement)을 조장하지 말아야 한다.²²⁾

이 구체적인 세 가지 원칙을 흔히 레몬원칙(Lemon Test)이라고 칭하는데, 1980년대 전체 기간 동안 연방대법원 내에서 논란은 다소 있었지만²³⁾ 꾸준히 establishment clause 문제를 해결하는 기준으로 자리매김 되었다.

(3) 기타 중요 판결들

앞서 살펴본 두 판결이 사립종교학교에 관련된 판결이라면 이어지는 세 개의 판결 중 두 개의 판결은 공립학교(public schools)에 관한 것이었다.

첫 번째 판결은 1962년 Engel v. Vitale 사건²⁴⁾이었다.

1961년 미국 New York 주의 New Hyde Park 지역의 교육위원회(Board of Education)는 관내의 공립학교 교장들에게 수업시작 하기 직전 “Almighty God, we acknowledge our dependence upon Thee, and we beg Thy blessings upon us, our parents, our

19) 403 U.S. at 603.

20) 입장을 바꾸어놓고 생각해보면, 사립종교학교의 종교과목을 담당하는 교사들은 왜 비종교과목 교사들의 급여나 교재에만 재정지원을 하고 자기들에게는 하지 않는 것은 자신들과 소속 종교학교의 종교의 자유로운 행사를 침해한 것이므로 위헌이라고 주장할 수도 있다.

21) 403 U.S. at 604.

22) 이를 일반적으로 ‘Lemon Test’라고 지칭한다. 이에 대해서는 Daniel A. Farber & William N. Eskridge Jr. & Philip P. Frickey, Constitutional Law, (St. Paul: West Publishing Co.,1993), p.742. 참조.

23) 강승식 교수는 레몬원칙의 가장 큰 문제점으로 세 가지 원칙들이 서로 양립될 수 없는 논리가 내재되어 있다는 점을 지적하고 있다.(강승식, 앞의 책, 555-556면) 하지만 이렇게 표현하는 것보다 종교조항의 자연발생적인 논리모순성을 감안한다면 Farber 교수 등이 주장하는 것처럼 직접적이고 현실적인 문제에 직접 적용하기에는 불가능한 기준(the Lemon test might be impossible to apply to tough problems.)이라고 지적하는 것이 타당하다고 본다. 이에 대해서는 Farber et al., op. cit., p.744. 참조.

24) 370 U.S. 421(1962).

teachers and our Country."라는 문구의 기도(prayer)를 큰 소리로 낭독하도록 하는 지침을 하달하였다.

하루 일과를 이러한 기도로 시작하게 하는 절차는 뉴욕 주 헌법에 의해 창설된 '주 교육평의회'(the State Board of Regents)라는 정부기관의 적극적인 추천에 의한 것이었다.²⁵⁾ 그런데 이에 반발한 10명의 학부모들은 공립학교에서 공식적인 기도문을 사용하는 것은 일단 학생들의 신념, 종교, 그리고 종교적 행사들과 배치되는 것이라고 주장하였다. 이와 더불어 그들은 동 교육위원회가 특정 기도문을 낭독시키도록 지시한 것과 그것을 가능하도록 한 뉴욕주법 모두는 연방헌법 개정 제1조 establishment 조항 위반이라고 주장하면서 소를 제기하게 되었다.

뉴욕주 항소법원은 기도문을 학생들에게 강요한 것은 아니기 때문에 합헌이라는 뉴욕주 지방법원의 판결을 지지하였다. 이에 학부모들은 연방대법원에 사건이송명령(certiorari)을 청구하였고 결국 사건이송명령이 허가되어 연방대법원에서 재판이 진행되었다.

Black 대법관을 포함한 다섯 명의 대법관들은 Everson 판결원칙에 근거하여 이 사건을 해석하였다. 즉 초교과적이긴 하지만 기도문을 낭독하도록 한 것은 명백한 종교적 행위이고, Jefferson이 밝힌 국가와 교회의 벽을 허무는 행위이며 간접적으로 특정 종교인 기독교를 지원하는 효과를 발생시키기 때문에 연방헌법 개정 제1조 establishment 조항 위반이라고 선언하였다.²⁶⁾

이 판결에 대한 미국 남부지역의 반발이 생각보다 심각하였지만²⁷⁾, 오히려 종교계나 정치가들의 그것보다 이 판결문에 내재되어 있는 Stewart 대법관의 다음과 같은 반대의견에 귀를 기울여야 할 것이다.

“뉴욕주의 관습(공립학교의 기도문)은 미국의 철저히 방어되고 소중하게 간직해야 되는 정신적인 전통이며, 이러한 관습에 나타나는 종교나 신(God)에 대한 표현은 연방의회에서의 기도나 공식적인 선서와 마찬가지로 정당한 것이었다.”²⁸⁾

다음 1985년 Wallace v. Jaffree 사건²⁹⁾도 공립학교에서의 기도에 관한 판결이었다.

1978년 Alabama 주 의회는 모든 공립학교에서 '명상'(meditation)을 위해 1분간 침묵의 시간을 갖는 것을 승인하는 법률을 제정하였다. Alabama 주 의회는 1981년 동법의 개정 조항에 'or voluntary prayer'라는 문구를 삽입하게 되었는데 이것이 바로 문제의 발단이 된 사건이다. 연방대법원은 '기도'라는 문구는 대부분의 사람들에게 종교적인 중요성을 일깨우는 용어이므로 공식적으로 삽입되어서는 안 된다고 실시하면서 Alabama 주의 명상법(a moment-of-silence statute)을 위헌이라고 판시하였다.³⁰⁾

25) 370 U.S. at 423.

26) 370 U.S. at 425.

27) 심지어 남부출신의 한 하원의원은 이 판결을 두고 “이제는 공립학교에 흑인들을 집어넣고서 신(God)을 추방했다”고 비아냥거리기 까지 하였다. 이에 대해서는 Kurland, Church and State.,1975, p.3; 이상돈, 미국의 헌법과 연방대법원, 학연사, 1988, 110면에서 재인용.

28) Gunther et al., pp.1504-1505. 이러한 차원에서 종교는 한 나라의 문화를 형성하는 중요한 요소이므로 종교자체만을 놓고 경솔하게 헌법해석을 행한다면 사회적 부작용을 불러일으킬 수도 있다. 미국 연방헌법 개정 제1조를 작성했던 James Madison은 “우리가 가진 자유를 실험해 볼 때 주의를 기울여야만 한다. 과연 다른 종교들은 배척하면서 기독교를 국교로 세울 수 있는 국가권력이 다른 교파들을 배척하면서 기독교의 한 교파를 못 세우겠는가?”라고 함으로써 미국 국민의 기독교적 전통은 종교적 색채보다는 거의 전통문화에 가까운 것이 되어버렸다는 뜻을 암시하고 있다. 이에 대해서는 370 U.S. at 437. 이는 우리나라의 제사문화도 종교적 차원에서 유교의 한 의식이라고 지적하는 사람이 거의 없는 것과 같은 차원이라고 본다.

29) 472 U.S. 38(1985).

30) Laurence H. Tribe, American Constitutional Law, (New York: The Foundation Press, 1988), p.1187.

공립학교가 아닌 관공서 건물에서의 종교적 전시물(religious displays)에 대한 중요한 판결은 바로 1989년 County of Allegheny v. American Civil Liberties Union 사건³¹⁾이었다.

이 사건은 Pittsburgh 주의 한 다운타운에 위치한 공물(公物, public property)에 설치된 두 개의 추모하고 싶은 종교적 휴일과 관련된 전시물들의 위헌여부에 관한 것이었다. 첫 번째 전시물은 피츠버그 주 Allegheny county 법원건물의 중앙계단 위에 설치된 크레쉬(creche)³²⁾였는데, 이는 카톨릭 단체인 'Holy Name Society'라는 단체가 기증한 것이었다.³³⁾ 나머지 하나는 피츠버그 주의 한 시청이 만든 대형 크리스마스트리 옆에 유대교 단체인 'Chabad'가 세운 유대교 의식인 히누카祭(Chanukah)에 쓰이는 '일곱 가지의 대형 촛대'(menorah)였다.

미국시민자유연합의 피츠버그 지부와 7명의 지역주민들은 종교적 색채가 강한 크레쉬와 미노러(menorah)를 공공건물에 전시하는 것은 연방헌법 개정 제1조 위반이라고 주장하면서 소를 제기하였다. 연방지방법원은 미국 내에서 크레쉬와 미노러 정도는 일상화된 전시물이므로 연방헌법 개정 제1조의 establishment 조항 위반이 아니라고 하면서 원고 측의 주장을 일축하였다. 이에 연방항소법원은 레몬원칙에 입각하여 이 사건에서의 크레쉬와 미노러는 기독교와 유대교에 대한 정부의 명백한 표기(endorsement)로 이해되어야 한다고 판시하였다.³⁴⁾

오히려 이러한 하급법원들의 판단보다 논리적인 일관성이 부족하다는 비판을 듣고 있는 것이 바로 연방대법원의 판결이었다. 특히 그들은 크레쉬와 미노러를 구분하여 판단하였기 때문이다. Kennedy 대법관을 비롯한 다섯 명의 대법관은 너무 종교적 색채가 강한 문구가 표기된 크레쉬³⁵⁾를 county 법원청사 건물의 중앙계단에 독립적으로 설치한 것은 county 가 기독교에 대한 문구를 깊숙하게 표기한 것이므로 연방헌법 개정 제1조 establishment 조항 위반이라고 설시한 반면, Blackmun 대법관을 비롯한 다섯 명의 대법관은 미노러는 일반적인 크리스마스 조형물인 트리 옆에 부속된 것이므로 '강한 표기를 했는지의 기준'(endorsement test)에 입각해 볼 때 합헌이라고 판시하였다. 이 부분에 대해 미국 내 많은 학자들은 도저히 이해할 수 없는 판결이라는 의견들을 내놓고 있는 실정이다.³⁶⁾

하지만 그나마 다행인 것은 이 판결에서 반대의견을 개진한 Kennedy 대법관이 구체적인 기준들을 제시하고 있다는 사실이다.

그는 종교적 상징물 관련 사건에서는 다음과 같은 세 가지 기준을 가지고 판단해야 한다고 주장하였다. 첫째, 종교적 상징물이 심리적으로 비종교인을 강제하지 않는 '비강제성'(non-coerciveness)을 가지느냐의 여부, 둘째, 종교적 상징물이 하나의 시설물(accommodation)로 인식될 수 있거나 아니면 소극적으로 인식(passive

31) 492 U.S. 573(1989). 이 사건의 유형을 공립학교 유형과 대비하여 Official Acknowledgement of Religion이라고 지칭한다.

32) 예수가 탄생한 말기유간을 형상화한 기독교적인 조형물로서 크리스마스를 기념하기 위해 제작된 것을 말한다.

33) 492 U.S. at 573.

34) 492 U.S. at 574.

35) 판례 원문에 의하면 이 크레쉬에는 일반적인 조형물인 아기 예수와 마리아, 요셉 대신 천사가 목에 'Glory to God in the Highest'라는 배너를 걸고 있었다고 한다.

36) 특히 Farber 교수를 비롯한 세 명의 교수들은 그들의 교재에서 어떻게 연방대법원이 종교적 상징물이 홀로 사용되었는지 아니면 일반화된 상징물과 함께 사용되었는지에 따라 위헌여부가 달라진다면 이는 변덕스럽고 엉뚱한(erratic) 판결이라고 비판하고 있다. Farber et al., op. cit., p.744.

acknowledgement)될 수 있는지의 여부, 셋째, 종교적 상징물이 미국의 역사적 관습으로 받아들여질 유사성(similarity to accepted historical practices)이 있는지의 여부가 그것이다.³⁷⁾

(4) Establishment Clause의 문제점 분석

미국인들을 대표하여 James Madison이 연방헌법 개정 제1조를 작성했다는 것은 주지의 사실이다. 그렇다면 왜 미국인들은 국교를 창설하지 못한다는 조항을 만들었을까? 그리고 establishment 조항의 내면적 의미는 무엇일까?

확신할 수는 없지만 역사적인 측면에서, 영국의 청교도들이 국교인 성공회의 압박을 피하기 위해 1609년 네덜란드로 이주하였다가 다시 1620년 May Flower라는 배를 타고 메사추세츠만의 플리머스에 정착하였기 때문이라고 해석된다.³⁸⁾ 그렇다면 그들은 영국 국교를 강요당하지 않고 자신들의 종교인 기독교를 마음대로 믿을 수 있는 자유로서 연방헌법 개정 제1조 종교조항을 둔 것으로 해석할 수도 있을 것이다. 특히 establishment 조항은 그들의 조국인 영국에서는 오래전에 국교가 수립됨으로써 개인의 자유가 침해되는 경우가 많았기 때문에 이를 타산지석으로 삼으려는 의미로 해석될 수도 있고, 또한 이미 미국 사회에는 청교도들의 기독교라는 종교가 저변에 뿌리를 내려 ‘문화’로서의 지위를 누리고 있기 때문에 굳이 표면적으로 기독교를 국교로 지정하지 않아도 된다는 뜻을 내포하는 것으로 해석할 수 있을 것이다.

이런 역사적인 해석 가능성 외에도 연방헌법 개정 제1조에서 ‘establishment’에는 ‘overlap’이라는 색다른 의미를 발견할 수 있다. 즉 실질적으로 미국 사회에서 교회의 주요 관심사와 정부복지정책의 관심사가 겹칠 수도 있다는 사실을 연방대법원에서 간과할 수 있다는 사실이다.³⁹⁾ 결과적으로 어떤 입법의 제정목적이나 효과가 인간의 존엄성, 평등, 국가적인 운명, 자유, 개화, 도덕 등을 증진시키게 되고 급기야 그 효과가 폭넓은 종교의 개념 속에 있는 효과와 비슷하게 비쳐진다면, 이는 외관상 establishment 조항과 충돌하는 것처럼 보일 수도 있다.

예를 들자면, 어떤 종교단체가 공립학교 내에서 행해지고 있는 ‘종교를 초월한 명상의 시간’(transcendental meditation)에 대하여 헌법적으로 이의를 제기한다면, 정부에서는 추후 공립학교에서 ‘명상의 시간’이라는 과목을 가르칠 수 없다는 결론에 도달하게 된다.

이렇듯 establishment 조항은 어떤 종교의 교리와 정부정책이 overlap되거나 각 나라마다의 전통문화(practice)에 가까운 종교에 대한 정부의 행위를 사법심사할 때에는 상대적으로 더욱 세심한 주의를 기울여야만 할 것이다. 물론 이런 경우에 최종적으로는 레몬원칙에 입각하여 분석해야만 한다. 즉 정부의 행위가 종교적 의도에 의한 것인가, 정부의 행위들이 주로 종교적 효과를 발생시키기 위해 노력한 것인가, 정부의 행위들이 교회와 국가의 과도한 유착상태를 만들어냈는가 라는 관점에서 분석한다면⁴⁰⁾, 오류를 줄일 수 있을 것이다. 하여튼 근본적인 문제점은 establishment 문제이든 free exercise 문제이든 종교라는 개념의 범위를 어디까지 허용할 것이냐의 문제라고 할 수 있다. 또 다른 문제점으로는 전

37) Farber et al., p.743.

38) 이주영, 미국사, 대한교과서(주), 2007, 27-28면.

39) Tribe, op. cit., p.1185.

40) Tribe, op. cit., p.1187.

자에서의 종교와 후자에서의 종교의 개념이 다르다는 것이다. 살피건대, 전자는 국교수립 금지의 문제이므로 상대적으로 좁게 해석하는 차원에서 대형종교만을 대상으로 하고, 후자는 외관적인 종교행사의 문제이므로 상대적으로 넓게 해석하여 거의 모든 종교를 대상으로 한다면 두 조항간의 명백한 갈등을 어느 정도는 조정할 수 있다고 본다.⁴¹⁾

2. Free Exercise Clause

연방대법원이 Wallace 사건에서 정부가 종교문제를 처리하는데 있어서 요구되는 것은 ‘완벽한 중립’(complete neutrality)이라고 판시⁴²⁾하였지만, 사실상 중립이라는 것처럼 포괄적이고도 이해하기 어려운 개념은 없다. 종교적 중립개념은 수없이 많이 있지만 그 중에서 대표적인 것으로, 엄격한 중립(strict neutrality), 정치적 중립(political neutrality), 교파적 중립(denominational neutrality), 자유로운 행사의 중립(free exercise neutrality) 등이 있다는 사실은 이를 반증하는 것이라 하겠다.⁴³⁾

특히 여기에서 다룰 종교의 자유로운 행사 조항은 일단 정부가 개인의 종교적 신념에 입각한 행위를 간섭하지 못하도록 방지하는 역할을 담당해야 하기 때문에⁴⁴⁾ 중립이라는 임무가 더 무겁게 느껴질 수밖에 없다. 중립(neutrality)이라는 용어를 외관상 작위나 부작위개념의 중간 정도에서 찾으려는 시도로 안심할 수 없는 어려움이 바로 여기에 있는 것이다. 또한 생래적으로 종교의 자유로운 행사조항은 dilemma를 가지고 있기 때문에 더욱 어려운 문제이다. 가령 정부가 행정권에 입각해서 어떤 종교의 행사를 규제하려고 할 때, 만약 규제하게 되면 연방헌법 개정 제1조 free exercise 조항 위반이 될 것이고, 규제를 안 하게 되면, 특정 종교를 옹호하는 결과가 발생하여 연방헌법 개정 제1조 establishment 조항 위반이 되기 때문이다. 늪에 빠져서 진퇴양난이 되는 경우와 흡사한 것이다. 이렇게 어려운 종교의 자유로운 행사조항의 서문은 일단 미국 역사상 1879년 Reynolds v. United States 사건⁴⁵⁾이 열게 되었다.

(1) Reynolds v. United States 판결

Utha Territory⁴⁶⁾에 거주하던 George Reynolds는 중혼(bigamy)을 한 혐의가 인정되어 연방헌법 위반으로 전격 기소되었다. 그를 기소하게 된 형법조항은 다음과 같았다.

“미합중국의 주나 영역 내에 거주하는 유부남, 유부녀가 다시 혼인을 하게 되면 중혼죄가

41) Tribe 교수도 두 가지 조항의 갈등을 해소하는 방안으로 ‘종교의 이원적 개념’(dual definition approach)을 주장하고 있다. Tribe, op. cit., p.1186; Sheldon v. Fannin, 221 F.Supp. 766, 775(D.Ariz. 1963) 판결에서는 연방항소법원은 “establishment 조항에서의 종교는 다수종교의 개념처럼 보이고 free exercise 조항에서의 종교는 소수종교의 개념처럼 보인다.”(religion in establishment clause looks to the majority's concept, whereas religion in the free exercise clause looks to the minority's.)고 판시한 바 있다.

42) Wallace v. Jaffree, 472 U.S. at 60(1985).

43) Tribe, op. cit., p.1188.

44) 同旨, 윤명선&박영철, “종교의 자유로운 행사 조항”, (미국헌법연구 제11호, 2000), 86면; Pritchett 교수도 종교의 자유로운 행사 개념은 개인의 종교적인 믿음이나 활동들에 대해서 정부가 강제력 행사를 자제하는 것이 필요하다고 주장하였다. 이에 대해서는 Pritchett, op. cit., p.390.

45) 98 U.S. 145(1879).

46) 1878년에는 Utha가 주가 아니고 territory(영)이었음.

성립되면서 500\$이하의 벌금이나 5년 이하의 징역에 처해진다.”⁴⁷⁾

이에 Mormon교도였던 Reynolds는 중혼은 몰몬교의 종교적 의무라고 반박하였으나 결국 연방지방법원은 자신에게 실형을 선고하였고 이에 불복한 그는 항소법원을 거쳐 결국 연방 대법원에까지 상고하게 되었다.

연방대법원을 대표하여 판결문을 작성한 Waite 대법원장은 “법은 정부의 행위들을 집행하기 위해 제정되었지만, 시민들의 단순한 종교적 믿음이나 의견에 관여할 수는 없다. 그렇지만 그들의 종교적 관습 정도에는 관여할 수도 있다. 그런데 누군가가 사람을 희생제물로 바치는 것을 종교적 예배에서의 필수적인 요소라고 생각하였다면, 그가 속해있는 우리 미국과 같은 시민정부가 사람을 희생제물로 바치는 것을 사전에 방지할 수 없다고 주장해야만 하는가? 또한 만약 한 유부녀가 종교적 확신으로 자신의 남편이 사망한 후에 자신도 남편의 시신과 함께 화장이 되어야 한다고 생각한다면, 그녀가 종교적 믿음을 실행에 옮기는 것을 방지하는 것이 과연 시민정부의 권한을 일탈한 것인가? 이런 차원에서 여기 미합중국의 배타적 관할 내에서는 사회를 구성하는 한 단체의 법으로서, 중혼은 결코 허용될 수 없다.”⁴⁸⁾는 주장을 펴면서 종교의 자유로운 행사를 허락하지 않았다.

이 사건은 미국 헌정사에서 첫 번째로 종교의 자유로운 행사 조항에 대하여 논의하면서 종교적 믿음(religious belief)과 행동(conduct)을 구분하고 그 행동이 종교적 믿음에 근거한 것이었다 하더라도 만약 형법을 위반한 것이라면 종교의 자유로운 행사조항은 제한할 수 있다고 해석하였다는 점과 연방헌법 개정 제1조 종교조항에 대한 해석에 있어서는 Jefferson의 ‘교회와 국가의 벽’이론이 가장 권위적인 해석이라고 판시하였다는 의미를 지닌다고 하겠다.⁴⁹⁾

(2) Cantwell v. Connecticut 판결⁵⁰⁾

이 판결은 Reynolds 판결과는 달리 종교적 믿음과 그 믿음에 근거한 종교의 자유로운 행사를 확연하게 구분하는 것은 힘든 작업이기 때문에, 천편일률적으로 종교의 자유로운 행사는 법률로써 제한할 수 있다는 선부른 판단을 차단하였다는 의미가 있다. 또한 이 판결은 연방헌법의 개정조항을 주(state)에 침투시키는⁵¹⁾ 중요한 의미를 지니는 연방헌법 개정 제14조에 의해 연방헌법 개정 제1조 free exercise 조항을 주에도 적용하였다는 의미를 지니는 사건이다.⁵²⁾

‘여호와의 증인’(Jehovah's Witness)이었던 Newton Cantwell과 그의 두 아들 Jesse와 Russell은 대다수 인구가 카톨릭 신자들로 구성된 Connecticut 주 New Haven의 한 거리에서 레코드를 틀어놓고 행인들에게 팜플렛을 전달하면서 ‘여호와의 증인’을 선교하고 있었다. 그 때 지나가던 행인 두 사람이 반카톨릭 메시지를 전달하고자 하는 그들에게 분개하여 관할 경찰서에 신고하게 되었다. 당장 Cantwell 부자(父子)는 주 공중복지위원회(the Public Welfare Council)의 허가 없이 모금행위를 하면 처벌되는 Connecticut 주법에 의

47) 98 U.S. at 145.

48) Gunther et al., op. cit., p.1477.

49) Shiffrin, et al., op. cit., p.695.

50) 310 U.S. 296(1940).

51) 이를 ‘주에 편입’(incorporation to States)된다는 표현을 사용하고 있다.

52) Shiffrin et al., op. cit., p.695.

해 철폐되었다. 예외적으로 주법은 ‘종교적 원인에 의하거나’, ‘오로지 자선의 목적으로’ 행해진 모금행위는 허용하였지만 이를 판단하는 판단권은 Connecticut 주의 복지부 장관에게 부여되었다. 이에 Cantwell은 아무리 주법이 중립적이라 할지라도 예외적 모금행위의 허용여부 판단권을 행정공무원이 가지는 것은 종교의 자유로운 행사 조항 위반이라고 주장하였다.⁵³⁾

연방대법원을 대표하여 판결문을 작성한 Roberts 대법관은 다음과 같이 판시하였다.

“종교문제와 관련된 헌법적 금지사항은 두 가지 측면을 지닌다. 하나는 양심의 자유(종교의 자유를 포함하는 개념)와 종교단체에 접근하는 자유, 혹은 개인이 선택한 예배형태는 법에 의해 제한될 수 없다는 측면이고, 다른 하나는 법은 개인이 선택한 종교형태에 대한 자유로운 행사를 보호해주어야 한다는 측면이다. 그러므로 연방헌법 개정 제1조 종교의 자유로운 행사 조항은 믿는 자유와 행동의 자유(freedom to believe and freedom to act)라는 두 가지 개념을 포함하고 있다. 전자는 절대적이지만, 후자는 본질적으로 전혀 그렇지 않다. 모름지기 행동은 사회를 보호하기 위해 규제의 대상으로 남게 된다. 그렇기 때문에 행동의 자유는 반드시 사회를 보호하기 위한 강제성을 유지하기에 적합한 개념을 지녀야 한다. 이 사건에서도 당연히 그러한 점은 인정될 수 있지만 예외적 모금행위의 사유로서의 ‘종교적인 이유’에 대한 판단권을 주의 복지부장관에게 부여하고 있는 것은 표현의 자유에서의 검열과 같은 종교에 대한 검열(a censorship of religion)이며, 이는 연방헌법 개정 제1조에 의해 보장되는 자유권을 부정하는 것이다.”⁵⁴⁾

요약하자면, 이 판결은 free exercise 조항이 종교를 믿는 것과 종교에 입각해서 행동하는 것을 다 포함하고 있기 때문에 ‘행동하는 것’(conduct)만을 겨냥해서 위헌적인⁵⁵⁾ 법률로써 제한하던 경향에 찬물을 끼얹는 작용을 하였으며, 사법심사를 행할 때 오로지 종교의 자유라는 시각에서만 아니라 표현의 자유라는 시각을 병행하여야 한다는 점⁵⁶⁾을 강조한 사건으로 기억되어야 한다. 그래서 이 판결은 최초로 종교문제에 세속적인 정책(valid secular policy)을 기준⁵⁷⁾으로 삼았다는 점에서도 특이하다.

어찌되었든 세속적인 위헌심사 기준이 첨가되자, 이 판결 이후 종교의 자유 중 행동만을 겨냥하여 난립하던 많은 주법들이 위헌으로 결정되는 사태들이 발생하였다. 오로지 종교라는 미묘하고 민감한 잣대로만 심사하는 것보다 세속적이지만 일반적인 심사기준이 적용되면 상대적으로 위헌판단을 받을 가능성이 증대되기 때문일 것이다.

결국 이 판결은 Roberts 대법관의 표현처럼, 종교의 자유 중 신앙의 자유는 절대적이지만

53) Epstein et al., op. cit., p.111.

54) Epstein et al., op. cit., p.112-113.

55) 여기에서 ‘위헌적’이란 표현은 종교의 자유에 특유한 심사기준이 아닌 일반적인 심사기준에 비추어 보아 위헌결정을 받을 가능성이 있다는 뜻이다.

56) 그 증거로는 이 판결문에서 Cantwell 부자의 길거리에서 모금행위는 결국 연방헌법 개정 제1조의 표현의 자유에도 속한다는 간접적인 표현으로서의 TMP(time, place, manner) 기준과 사전검열(censorship)이라는 용어들을 통해 알 수 있다.(Epstein, et al., op. cit., pp.112-113) 또한 이와 관련하여 Nickel 교수는 굳이 종교의 자유는 강조되지 않더라도 시민이 가진 인권목록에서 가장 많이 누리는 기본권이라고 주장하면서 종교의 자유 속에는 믿음의 자유, 의사소통과 표현의 자유, 결사의 자유, 평화적 집회의 자유, 정치적 참가의 자유, 운동의 자유, 경제적 자유, 가정, 가족, 성적인 문제 등에서의 프라이버시, 삶에 있어서의 윤리적 자유, 삶의 태도의 자유 및 인생설계의 자유 등이 포함되어 있는 것으로 해석해야 한다고 한다. James W. Nickel, "Conscience and the Free Exercise of Religion", 76 Univ. Colorado Law Review 943(2005).

57) 그래서 이를 ‘유효한 세속적 정책기준’(Valid Secular Policy Test)이라고 칭한다. Epstein, et al., op. cit., p.113.

종교행사의 자유는 상대적으로 세속적인 기준에 의해 제한을 받을 가능성이 크다는 면을 처음으로 시사하는 판결이라고 하겠다.

(3) Sherbert v. Verner 판결⁵⁸⁾

이 판결도 Cantwell 판결처럼 종교의 자유로운 행사권이 침해되었는지를 심사할 때 세속적인 정책기준을 적용한다는 점은 동일하지만, 단순한 세속적인 정책기준보다는 상대적으로 엄격한 심사기준인 ‘강제되는 주의 이익 기준’(compelling state interest test)을 적용한 판례라는 점에서 의미를 지닌다.

South Carolina주 Spartanburg시에 사는 Adell Sherbert는 35년간 방직공장의 실감개 감시인(spool tender)으로 일해 왔다. Sherbert는 월요일부터 금요일까지 오전 7시부터 오후 3시까지 근무해왔다. 그녀는 토요일에도 근무할 수 있는 선택권을 가지고 있었지만 이를 선택하지는 않았다. 왜냐하면 그녀는 토요일을 안식일로 지키고 있는 제7일 안식교(the Seventh Day Adventist Church)의 신자였기 때문이었다.

1959년 6월 5일 그녀의 고용주는 그 시점부터 돌아오는 토요일마다 의무적으로 작업을 해야 한다고 통보하였고, 그녀는 직업을 유지하기 위해서는 매주 토요일마다 방직공장에 출근해야만 했다. 하지만 그녀는 종교적 믿음을 지키기 위해 6주 연속으로 토요일에 결근하게 되었고 결국 7월 27일 그녀의 고용주로부터 해고를 당하고 말았다.

그 뒤에 다른 방직공장을 알아보았지만 모두 다 토요일 근무제를 실시하고 있었다. 하는 수없이 그녀는 주 정부에 실업급여(unemployment benefits)를 청구하였다.

하지만 South Carolina 주법에 의하면 청구인은 반드시 노동력이 있고 일할 직장이 있어야 실업급여청구의 자격이 부여되었다. 만약 청구인이 정당한 이유 없이 고용주로부터 고용의 청약을 승낙하지 못해서 실업이 된 경우에는 청구자격을 상실하게 되어 있었다.

Sherbert 와 그녀의 변호인은 일단 South Carolina 주 법원에 소를 제기하였지만 기각당하자 주 대법원에 상고하였다. 그렇지만 주 대법원까지 그녀의 주장을 일축하자 연방대법원에 상고하게 되었다.⁵⁹⁾

연방대법원을 대표하여 판결문을 작성한 Brennan 대법관은 "우리는 먼저 상고인의 실업급여청구를 거절한 것이 상고인의 종교의 자유로운 행사에 어떤 부담(burden)을 부과하였는지의 여부를 검토해보아야만 한다. 또한 그 다음에는 South Carolina 주법의 실업급여청구자격 규정에 근거하여 ‘강제되는 주의 이익’이 상고인의 종교의 자유를 침해할 수 있는 정당성을 가지는지의 여부를 철저히 심사숙고해야만 한다.”⁶⁰⁾고 판시함으로써 종교의 자유로운 행사 조항의 침해여부에 대한 엄격심사기준인 ‘2단계 심사기준’을 적용하고 있다. 이 판결을 돌아보더라도, 항상 종교의 자유로운 행사가 신앙의 자유와 어느 정도 밀착되어 있는가에 의해 판결의 결과가 달라질 수 있고, 또한 그 종교의 자유로운 행사가 이 판결에서처럼 인생에 있어서 최대의 문제인 ‘생계문제’와 맞물려 있을 때에는 기본권을 더욱 보장하려는 엄격심사기준이 적용된다는 점도 발견하게 된다.⁶¹⁾

58) 374 U.S. 398(1963).

59) Epstein, et al., op. cit., p.117.

60) Epstein, et al., op. cit., pp.118-119.

61) Sherbert 판결의 아류라고 할 수 있는 판결들로서는 먼저 1981년 Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division 판결(450 U.S. 707)이 있다. 여호와의 증인인 Thomas는 인디애나 주의 금속가공공장에서 근무하던 중 돌연 전투용 탱크를 제작하는 부서로 전출되자 자신이 믿는 여호와의

일단 이 흐름은 다음의 *Wisconsin v. Yoder* 판결⁶²⁾에까지 이어지게 된다.

(4) *Wisconsin v. Yoder* 판결

이 판결은 사안 자체는 같지 않더라도 *Sherbert* 판결에서 확립된 ‘강제되는 주의 이익’ 기준을 그대로 적용한 판결이라는 데에 의미가 있다.⁶³⁾

다른 주들과 마찬가지로 *Wisconsin* 주도 16세 이하의 학생들을 공립학교나 사립학교에서 강제로 교육을 받게 하는 의무교육법(compulsory education law)을 제정하여 시행하고 있었다.

일단 이 법은 미국 내에 가장 먼저 정착한 종교집단 중의 하나인 Amish교의 교리와 배치되는 것이었다. 그들의 교리에 의하면, 그들은 자동차와 전기와 같은 현대문명을 거부할 뿐만 아니라 그들의 자녀도 8학년⁶⁴⁾까지만 학교에 다니게 하고 그 이후에는 각 가정에서 교육하게 되어 있었다. 물론 그들만의 독특한 교육관도 종교적 교리에 근거한 것이었다.

1972년 *Wisconsin* 주 New Glarus시의 교육위원회 행정관이 자녀들을 고등학교에 보내야 될 Amish교의 부모들을 상대로 소를 제기하였고, county 법원은 이들에게 \$5의 벌금형을 선고하였다. 이에 반발한 학부모들은 자신들에게 벌금형을 부과하고 있는 의무교육법이 연방헌법 개정 제1조를 위반하였다고 주장하면서 항소하였고 *Wisconsin* 주 대법원은 학부모들의 주장을 받아들여 동법의 위헌을 선언하였다. 이 판결에 불복한 *Wisconsin* 주 정부가 연방대법원에 사건이송명령을 청구하여 결국 연방대법원이 사건을 심리하게 되었다.

연방대법원을 대표하여 Burger 대법원장은, “시민들의 교육에 고도의 책임을 지고 있는 주 정부가 기초적인 교육을 통제하고 유지하기 위해서 합리적인 규제를 할 수 있는 권한을 가지고 있다는 사실은 당연한 것이다. 그러나 이렇게 다양하게 교육을 실시하여야만 되는 주 정부의 이익은 연방헌법 개정 제1조 종교의 자유로운 행사조항에 의해 보장되는 개인의 기본적인 권리들과 이익들과의 이익형량절차에서 전적으로 자유로울 수는 없다. 결론적으로 Amish교의 학부모들과 학생들에게 강제적으로 부과되는 고등교육시스템(secondary schooling)은 Amish교의 기본적인 교리와 종교에 입각한 관습을 침해하고 있다. 요약하자면, 주 정부에 의해 강제되는, 8학년 이후에도 의무교육을 받으라는 요건들은 만약 피청구인의 종교적 믿음에 근거한 자유로운 행사조항을 침해하지 않더라도, 심각하게 위험한 요건들이다.”라고 판시하면서 *Sherbert* 판결과 마찬가지로의 엄격심사기준을 적용하였다.

이 판결에서 연방대법원은 이익형량(balancing test)을 엄격하게 실시하였는데 결국 Amish 학부모들의 종교적인 이익(religious interests)이 학교에 강제적으로 출석시키려는

증인의 종교교리에 반한다고 믿으면서 사표를 제출하게 되었다. 이에 실업급여를 청구하였지만 거절되자 소를 제기하였는데 Burger 대법원장은 *Sherbert* 판결을 근거로 하여 실업급여거부행위는 종교의 자유로운 행사조항을 위반하였다고 판시하였다. 추가적인 동일한 취지의 판결로서는 1987년 *Hobbie v. Unemployment Appeals Commission of Florida* 판결(480 U.S. 136)이 있다. *Hobbie*는 Florida 주에서 보석상 점원으로 근무하고 있다가 갑자기 제7일 안식교 신자가 되어 토요일 근무를 못하게 되었고 급기야 해고를 당하고 말았다. 이후의 경과과정은 *Sherbert* 판결과 동일하였다. 연방대법원은 역시 이 사건에도 ‘강제되는 주의 이익’ 기준을 적용하여 *Hobbie*를 보호하였다.

62) 406 U.S. 205(1972).

63) 이런 의미에서 Epstein 교수는 이 기준에다가 ‘The *Sherbert-Yoder* Compelling Interest Test’라는 명칭을 부여하고 있다. Epstein, et al., op. cit., p.116.

64) 우리 학제와 비교해보면 중학교 3학년이 된다. 그들은 중학교 과정까지만 정부가 설립한 학교기관에 자녀들을 맡긴다는 뜻을 표현하고 있다.

주 정부의 이익보다 무겁다는 평가를 받게 되었다. 하지만 이 판결은 직접 학교에 다녀야만 되는 Amish 학생들의 이익을 고려하기보다 소송당사자인 Amish 학부모들의 이익만을 고려해서 결정한 판결이라는 비판을 받고 있다.⁶⁵⁾

이 판결은 과거 종교라는 특수한 범위 내에서만 판단되어 오던, 종교조항 관련 사법심사에서 그동안 연방 내에서의 이주의 자유 관련 사법심사⁶⁶⁾에서 적용되던 엄격한 심사기준인 ‘주의 강제적인 이익’(compelling state interest) 기준을 적용한 판결이라는 측면에서 의미를 부여할 수 있는 판결이라고 할 수 있다. 한마디로 말하자면, 이 판결은 Sherbert 판결과 함께 상대적인 제약을 가할 수 있는 종교의 자유로운 행사조항 관련 사법심사에서 세속적인 사법심사 기준 중에서도 고도의 사법심사를 요하는 엄격심사기준을 적용한 판결이었다는 점에서 다른 판례들과 구별된다.

(5) 이후의 판결들과 문제점 분석

전술한 연방대법원의 Sherbert-Yoder 판결 경향은 정부의 이익과 개인의 종교의 자유로운 행사를 저울질할 때, 보다 엄격하게 저울질해서 결국은 개인의 종교의 자유로운 행사를 존중하겠다는 의지를 엿보게 하였다.

하지만 1980년대에 접어들면서 이 경향에 회의를 품는 대법관들이 증가하는 추세를 보였다.⁶⁷⁾ 그러한 추세를 보여준 첫 번째 판결이 바로 United States v. Lee 판결⁶⁸⁾이었다.

Amish 교인이었던 Edwin Lee는 농장과 목재상을 경영하고 있었다. 그는 세금을 납부하고 사회보장급여를 받는 것이 자신의 종교적 교리에 위배된다고 주장하면서, 개인에게 부과된 사회보장세(social security tax)와 고용주에게 부과된 사회보장세의 납부를 거절하였다. Lee의 변호인은 연방의회가 자신도 Amish이면서 고용인들도 Amish인 고용주에게는 세금을 면제하는 법률이 있다는 점을 지적하였지만, Lee는 Amish교인이 아닌 사람들을 고용했기 때문에 그 법률의 적용대상이 아니었다.

이 판결에서 Burger 대법원장은 “사회보장체계에 강제로 참여시키기 위해서는 Amish교인의 종교의 자유로운 행사권도 침해할 수 있다. 종교적 자유로부터 굉장히 많은 종류의 신념들을 다 보장해주는 조직화된 사회를 유지하기 위해서는 몇몇 종교적 관습은 공공의 이익을 위해 희생되어야 한다.”고 판시함으로써, 종교의 자유로운 행사 영역에서 그동안 쌓아왔던 Sherbert-Yoder 기준의 적용을 거부하고 말았다.

동 기준을 무너뜨린 또 하나의 판례는 Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith 판결⁶⁹⁾이었다.

Alfred Smith와 Galen Black은 Oregon 주에 있는 사설(私設) ‘마약 및 알코올 중독 클리닉’의 상담사로 근무하던 중 자신들의 종교인 ‘the Native American Church’의 종교의식에 Oregon 주법에 금지되어 있는 ‘peyote’라는 환각제를 사용하였다는 이유로 해고를 당하게 되었다. 그들은 주 정부에 실업급여를 청구하였지만, 주의 형법을 위반한 ‘범죄행위’

65) Morris, op. cit., p.63.

66) 예를 들면, 1969년 Shapiro v. Thompson, 판결(394 U.S. 618)이 이에 해당된다. 콜럼비아 특별구에 이주해온지 1년이 안된 거주자들에게는 후생복지지원을 거절하고 있던 제정법을 연방헌법 개정 제5조 적법절차 조항 위반이라고 판시한 사건이었다. 394 U.S. at 618.

67) Epstein, et al., op. cit., p.127.

68) 455 U.S. 252(1982).

69) 494 U.S. 872(1990).

로 인한 실업이므로 청구자격이 없다는 결정을 받게 되어 소송을 제기하였다.

Oregon 주 대법원은 Sherbert 판결에 근거하여 Smith와 Black을 지지하였다. 이에 불복하여 주 정부는 결국 연방대법원에 사건이송명령을 청구하여 이 판결에 이르게 된 것이다. 연방대법원을 대표하여 판결문을 작성한 Scalia 대법관은 “종교의 자유로운 행사는 우선적으로 자신들이 원하는 종교적 교리를 믿고 고백할 수 있는 신앙의 권리를 뜻한다.⁷⁰⁾

그렇기 때문에 연방헌법 개정 제1조는 종교적 믿음에 대한 정부의 규제를 배척하고 있는 것이다. 하지만 종교의 행사(exercise of religion)는 종종 믿음이나 고백뿐만 아니라 예배를 드리기 위해 다른 사람들과 모임을 가진다든지, 빵과 포도주를 성스럽게 사용하는 의식에 참가한다든지 하는 외형적인 행위까지도 포함하게 된다. 만약 주 정부가 순수한 종교적 이유와 종교적 믿음을 단순히 표출하려는 외형적인 행위를 금지하려고 한다면 그 순간에는 주 정부는 연방헌법 개정 제1조 종교의 자유로운 행사를 제한하고 있는 것이다.

예를 든다면, 예배드리는 대상이 되는 어떤 동상들을 선택할 수 없게 하거나, 과거 모세의 시대에 유대인들이 잠시 숭상했던 황금송아지(golden calf) 아래에서 절을 하지 못하게 한다면, 이는 의심의 여지없이 위헌일 것이다.

그러나 이 사건에서 피청구인들은 ‘종교의 자유로운 행사를 금지한다’는 의미를 너무 파격적으로 해석하려고 하였다.

당 법원이 이미 실업급여의 영역에서 Sherbert 판결의 영향력 하에 있다고 하더라도 일반적으로 적용되고 있는 형법의 적용을 면제할 수는 없다. ‘강제되는 정부의 이익’기준이 우호적으로 보이는 것은 다른 영역인 인종차별과 표현의 자유영역과 친밀하기 때문이다. 이 판례에 강제되는 정부의 이익 기준을 적용하는 것은 ‘헌법적인 변질’(constitutional anomaly)이라고 할 수 있다.”⁷¹⁾고 주장하면서 직전까지 통용되던 Sherbert-Yoder 판결의 경향을 부정하였다. 미국의 한 학자는 이를 두고 “연방대법원이 종교의 자유로운 행사영역에서 다시 Reynolds 판결경향으로 회귀하였으며, 결국 주의 강제되는 이익 기준으로 대변되는 Sherbert 판결을 배척한 것”⁷²⁾이라고 비판하였다.

이 판결의 반대의견을 작성했던 Blackmun과 동조의견을 작성했던 O'Connor는 다수의견의 견해를 반박하면서 “당 법원은 반드시 Sherbert-Yoder 판결의 ‘주의 강제되는 이익’ 기준을 지켜나가야만 한다.”고 주장하였다. 이 판결이 작성된 후 미국 내 압력단체들이 연방의회에 이 판결이 파기되도록 갖은 압력을 다 행사한 것만 보아도 문제의 심각성을 느낄 수가 있다.⁷³⁾ 이 판결은 문제의 본질인 ‘종교의 행사가 오로지 종교적 믿음’에 근거한 것이면 주의 강제되는 이익 기준을 적용하여야 됨에도 불구하고, 과거 Reynolds 판결처럼 규제법률이 형법이었던 근거만을 제시하여 판결의 흐름을 역행하였다는 비판을 받고 있다.

물론 종교의 자유로운 행사 조항에 대한 사법심사를 행하다보면 저절로 복잡한 덩불숲과 같은 establishment 조항의 영역으로 들어가기 때문에,⁷⁴⁾ 어려운 면은 있다는 점을 감안

70) 우리 헌법학에서 종교의 자유는 외관상 신앙의 자유와 종교행사의 자유로 확실하게 구분할 수 있는 것처럼 묘사되는 경우가 있는데(“신앙의 자유와는 달리 종교적 행사의 자유, 종교적 집회결사의 자유, 선교의 자유 등은 외부에 나타나는 행위이기 때문에 헌법유보나 법률유보에 의하여 제한될 수 있는 상대적 기본권이다.”라는 부분을 참고할 것. 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 488면), 이 부분을 고찰해보면, 과연 신앙의 자유와 종교행사의 자유, 두 가지를 확실하게 구분할 수 있는 것인지에 대한 의문이 생기게 된다.

71) Epstein et al., op. cit., pp.131-132.

72) Frederick Mark Gedicks, Religion in the Oxford Companion to the Supreme Court, (New York: Oxford Univ. Press, 1992), p.725.

73) Epstein et al., op. cit., p.137.

하더라도 이 판결은 문제가 있다⁷⁵⁾고 볼 수 있다.

III. 종교차별문제에 대한 종합적 접근

1. 우리나라 종교차별문제의 검토 필요성

단일민족인 우리나라가 미국 못지않은 ‘종교다원주의 국가’라는 사실은 세계의 주목을 받기에 충분하다. 하지만 현재 미국의 가장 압도적인 종교가 기독교이며, 전체 국민의 86.5%가 기독교인이라는 사실⁷⁶⁾은 우리와는 전혀 다른 모습을 보여주고도 남음이 있다.⁷⁷⁾

이와 대비하여 우리나라의 종교 인구는 전체 인구의 53.1%이며, 그 인구는 불교 43%, 개신교 34.5%, 천주교 20.6%, 유교 0.4%, 원불교 0.5%, 기타 1.0%의 분포를 보이고 있는데⁷⁸⁾, 세계 4대 종교 중 3개의 종교인 불교, 개신교, 천주교가 전체 종교인구의 98.1%를 차지하고 있다는 점이 미국의 경우보다 더 큰 종교차별 내지는 종교분쟁을 불러올 가능성을 내포하고 있다고 하겠다.

더 큰 문제는 이런 분쟁가능성이 존재함에도 불구하고⁷⁹⁾ 이에 대한 기본적인 연구가 부족하다는 점이다. 이런 문제점을 다소나마 해소하는 방법은 문화적인 차이는 있더라도, 전술한 바와 같이, 종교문제에 대한 미국 연방대법원의 기본적인 판례들의 흐름을 추적하여 그 핵심요소들을 분석하면 우리 나름대로의 해답을 찾을 수도 있을 것이다.

2. 종교차별 사례와 그 해결방안

(1) 성직자 소득세 과세문제

전술한 1982년 *United States v. Lee* 판결의 판결문에 의하면 “개인의 종교의 자유로운 행사권도 사회보장체계를 유지하기 위해 절대적으로 필요한 사회보장제(social security

74) Epstein, "Unconstitutional Conditions, State Power, and the Limits of Consent, 102 Harvard Law Review 83-85(1988).

75) 특히 문제가 있다고 보는 이유 중 하나는 앞선 판례인 *United States v. Lee* 판결은 주의 강제적 이익과 Lee의 종교적 이익을 자세하게 저울질하는 이익형량 과정을 거쳤지만 Smith 판결은 이익형량 과정 자체를 아예 거부한 판결이기 때문이다.

76) 현재 미국에서 개신교 신자는 51.3%이며, 침례교, 미국 성공회(영어: episcopal Church, 영국 성공회에 비해 개신교에 더 가까우며, 일부 번역자들은 감독교회라고 직역하기도 한다.), 미국장로교(PCUSA), 오순절교회, 그리스도의 교회, 루터교회, 미국 개혁교회 등의 다양한 교파가 있다. 이중 그리스도의 교회는 미국 교회에서 19세기 소위 환원운동이라는 종교운동으로 발생한 자생적인 교파이다. 로마 가톨릭은 28%로 단일 교단으로는 최대 규모이다. 미국 정교회는 3%이다. 최근 들어 다소 감소하는 경향이 있긴 하지만, 미국에서는 대통령 취임식이나 학교 졸업식에 개신교 목사가 기도를 할 정도로 개신교회의 영향력이 강하다. 한편, 미국 가톨릭 내 일부 보수주의 법조계 인사들은 보수 정치계와 관계를 맺고 있다. 20세기 초에야 차별이 완화된 미국 가톨릭교도들에게 법조계는 유일한 출세의 수단이었기 때문에, 현재 미국 법조계내 보수주의 대변자들은 가톨릭교도들인데, 2005년 조지 W. 부시 대통령이 독실한 가톨릭 신자인 John Roberts를 대법원장으로 지명한 데 이어, 또 다시 보수적인 가톨릭교도인 Samuel Alito를 대법관으로 추천하는 등 미국 보수 가톨릭과 복음주의간의 연대가 시도되고 있다. 이에 대해서는 <http://www.naver.com/지식검색>.

77) 결국 이는 문화의 차이라고 해석할 수 있다. 순수한 종교해석을 떠나서 종교문제에 대한 헌법해석의 key word는 ‘문화’라고 생각한다.

78) 2005년 통계청 13-5 종교인구 분포자료 참조.

79) 특히 이명박 정부에 들어서서 기독교신자인 공무원에 대한 특혜논란이 계속되고 있다. 흔히 ‘고소영’이라는 신조어는 그러한 사실을 잘 나타내주는 용어이다.

tax)의 확보라는 중요한 공공의 이익을 위해서는 양보되어야 한다.”⁸⁰⁾는 중요한 논리가 성립되어 있다는 사실을 확인할 수 있다.

현재 국세청은 종교단체에 근무하는 종교인에 대해서 과세를 하지 않고 있는데, 천주교의 신부, 불교의 승려, 원불교의 교무 등은 면세점 이하의 소득을 얻게 되므로, 세금이 부과되지 않는 것이 문제가 되지 않지만, 고액소득자가 많은 개신교 목사들의 경우가 문제가 될 수 있다.⁸¹⁾ Lee 판결의 취지를 고찰해보면, 고정적인 월수입으로서의 ‘사례비’를 받는 목사들로부터 국가세수의 근간이 되는 소득세를 부과하더라도 동 판결에 의한 이익형량과정을 통해서 종교차별 또는 종교행사의 자유 침해로 인한 위헌 가능성은 희박할 것이므로 성직자에 대한 과세는 향후 추진되어도 문제가 없을 것으로 판단된다.

(2) 군종장교 문제

우선 군종장교제도를 두는 것이 헌법상 종교의 자유 조항을 침해하는 것인지에 대한 논의를 정리할 필요가 있다.

우리나라에서 처음으로 군종장교제도를 둔 초대 대통령 이승만은 “종군목사에 대하여 당초에 군인계급이나 자격으로 하지 말고 평민자격으로 해서 전적으로 군부명령을 벗어나도록 한 것인데 지금 보고를 들으면 군인과 같이 등급을 정해서 무관으로 한다하니 이에 대해서 특별한 관계가 있으면 보고하되 그렇지 않으면 처음 의도대로 시행할 것을 지시”⁸²⁾하였다고 한다. 이 지시대로 시행되었다면 지금과 같은 군종장교제도에 있어서의 종교차별 문제는 발생하지 않았을 것이다.

하여튼 군종장교제도를 종교적인 목적이 아닌 정신전력의 강화 차원에서 두었던 이승만 정권당시에 만약 이에 대한 헌법재판이 진행되었다면 위헌이라는 결론을 이끌어내었을 가능성이 많았다고 판단된다. 하지만 전 국민의 86.5%가 기독교신자인 미국에서의 전속목사(chaplain)⁸³⁾는 합헌이라는 판결이 있다. 1983년 Marsh v. Chambers 판결⁸⁴⁾이 그것이다. Nebraska 주 의회의 의원 한 사람이 주 의회에 전속된 목사에게 급여를 지급하고 있는 네브라스카 주법이 연방헌법 개정 제1조 establishment 조항을 위반한 것이라고 소송을 제기한 사건이었다. 이 판결문에서 연방대법원은 “군종장교 또는 전속목사를 두고 의회를 시작하기 전에 기도하던 관습은 미국이라는 나라의 역사이며 전통이었다.”⁸⁵⁾고 판시하면서 그 제정법의 합헌을 선언한 것이다. 이 판결을 참고하면 현재 우리의 군종장교제도도 이미 우리의 역사와 문화로 정형화되었기 때문에 합헌이라고 해석하는 것이 바람직하다.

다음으로는 2006년 국방부가 결정한 원불교에 대한 군종장교제도의 시행문제이다.

국가예산과 인구비례라는 합리성을 내세워 우리나라 종교인구의 0.5%에 해당되는 원불교의 주장을 일축할 수도 있었지만 이를 헌법상 종교의 자유문제로 판단한 국방부의 결정에

80) Epstein et al, op. cit., p.127.

81) 송기춘, “종교관련제도의 헌법적 문제점과 그 개선방향”, (헌법학연구 제12권 제5호, 2006.12), 126-127면.

82) 1951년 4월 4일 종군목사 자격에 관한 대통령 지시, 정부기록보존소 문서 관리번호 BA0135080; 송기춘, 앞의 논문, 131면에서 재인용.

83) Chaplain은 국가 어느 기관이든지 전속된 목사를 말한다. 그래서 우리나라에서는 군대에 전속된 목사라는 뜻에서 군종목사라는 용어로 사용되어지고 있다. 하지만 미국에서는 어느 기관에 소속된 전속목사라는 용어로 사용되고 있다. 이 관례에서는 Nebraska 주 의회에 전속된 목사를 말한다.

84) 463 U.S. 783(1983).

85) 463 U.S. at 787.

는 분명 참신한 면이 있다. 아마도 이러한 결정의 근거로는 1947년 *Everson v. Board of Education* 판결을 제시할 수 있을 것이다. 이 판결에서는 연방대법원은 “연방헌법 개정 제 1조는 일단 주정부가 종교집단이든 무종교집단이든 간에 그 집단과의 관계에서의 중립을 요구하고 있다. 그렇지만 개정 제1조는 주정부가 그 집단들의 적(敵)이 되는 것을 요구하지는 않는다. 주정부의 권한은 모든 종교들을 제약하는데 사용되는 것이 아니라 모든 종교들에게 골고루 이익을 주는 것을 의미한다. 확실한 사실은 소방서는 교회가 불타고 있을 때 수수방관만 하고 있어서는 안 된다는 것이다.”⁸⁶⁾라는 논리를 전개하고 있는데, 바로 이 논리가 우리의 군종장교 문제에도 적용될 수 있을 것이다. 하지만 헌법이론적인 근거를 확보하는 것이 중요한 것이 아니라,⁸⁷⁾ 향후 소수종교를 가진 병사들과 군종장교의 인원비례 문제, 국가예산문제 등을 심각하게 고려하여 결정하는 것이 바람직하다고 본다.

(3) 사립종교학교 및 기타 문제

미국의 경우와 달리 우리나라에서는 중등학교가 강제로 배정되기 때문에 사립종교학교에 입학한 비종교 학생들의 헌법상 종교의 자유 문제가 거론될 수 있다.⁸⁸⁾

우리나라의 현실에서 강제로 배정된 사립종교학교에서 학생의 교과목선택권은 존중될 가능성이 희박하다. 우리만의 특수한 상황이 발생하였기 때문에 그러하다. 즉 원칙적으로 자신이 마음대로 선택해야 되는 사립종교학교로 강제 배정받은 학생들의 기본권은 공립학교의 학생들에 준해서 해석하는 것이 방법이겠지만 보다 궁극적인 해결방법은 교육관계법령을 개정하여 학생 자신이 원하지 않는 학교에 강제 배정되지 않는 방안을 조속히 마련해야 할 것이다.

해석론적으로는 전술한 미국 연방대법원의 판례들 중에서 공립학교에서의 기도 문제를 다룬 1962년 *Engel v. Vitale* 판결에 근거하여 사립종교학교의 비종교 학생들에게는 공립학교에서와 동일하게 생활할 수 있는 권리와 학교 내의 교과목선택권을 부여해야 할 것이다. 기타 우리 공직 사회에서의 종교문제는 모든 공직자에게 신의 존재에 대한 신념을 고백하게 한 Maryland 주법을 무효화한 1961년 *Torcaso v. Watkins* 판결⁸⁹⁾을 시금석으로 삼는다면 다른 부수적인 문제들도 해결할 수 있다고 본다.

IV. 결론

종교문제는 결국 헌법문제라고 하기 보다는 한 나라의 문화와 전통의 문제라고 할 수 있다.⁹⁰⁾ 종교다원주의 사회이면서도 3대 종교가 팽팽하게 정립되고 있는 우리나라에서는 역사의 길고 짧음에는 차이가 있지만 이들도 이제는 문화의 한 단면을 이루고 있음은 분명한 사실이다. 바로 이러한 점이 우리 헌법학이 종교의 자유문제를 풀어 가는데 어려움을 겪고

86) Shiffrin & Choper, op. cit., pp.619-620.

87) 모든 소수종교에게 군종장교제도를 허락할 경우에는 미국 3대 대통령 Jefferson이 주장했던 ‘국가와 종교의 벽’이 무너지는 경우를 초래할 가능성도 있기 때문에 세심한 주의를 기울여야 한다. 그러므로 소수종교의 군종장교제도는 군 내부의 통계자료에 의하여 소수종교를 신봉하는 병사들의 숫자에 하한선을 설정하여 운영하는 것이 바람직할 것이다.

88) 이에 대한 자세한 내용은 송기춘, “종교학교에서의 종교교육과 학생의 종교의 자유”, (공법연구 제32집 제5호, 2004.11) 참조.

89) 367 U.S. 488(1961).

90) 同旨, 송기춘, 앞의 논문(각주 81번), 122면.

있는 큰 이유인 것이다. 더 어려운 점은 종교문제에 대한 판례와 자료의 빈곤이라는 점이다. 그래서 현실적으로 미국 연방대법원의 판례이론을 원용해 보았다.

이미 살펴보았듯이 종교문제는 크게 국교수립의 문제인 Establishment 조항과 종교의 자유로운 행사 조항인 Free Exercise 조항으로 나누어서 살펴보는 것이 편리하다.

먼저 Establishment 조항은 어떤 종교의 교리와 정부정책이 overlap될 때, 주의를 기울여야만 한다. 물론 이런 경우에는 최종적으로는 Lemon 판결에 입각하여 분석해야만 한다. 즉 정부의 행위가 종교적 의도에 의한 것인가, 정부의 행위들이 주로 종교적 효과를 발생시키기 위해 노력한 것인가, 정부의 행위들이 교회와 국가의 과도한 유착상태를 만들어냈는가 라는 관점에서 분석하는 방법이 적절하다.⁹¹⁾

다음 Free Exercise 조항은 결국 Sherbert-Yoder 판결에서 비롯된 ‘주의 강제되는 이익’(compelling state interest) 기준을 적용하는 면이 오류를 줄일 수 있을 것이다. 종교의 자유라는 기본권은 특히 상징적으로 그 보장을 위해 아주 엄격하게 위헌심사에 임해야 되기 때문이다.

하여튼 종교문제의 총칙은 그 나라의 종교적인 문화(culture)와 전통(tradition)이며, 종교문제의 각칙은 종교개념의 범위를 어디까지 허용할 것이냐의 문제라고 할 수 있다.

91) Tribe, op. cit., p.1187.

지방자치단체의 CCTV 설치·운영과 프라이버시

권 건 보*

目次

- I. 서론
- II. 지방자치단체의 CCTV 설치·운영 실태
- III. CCTV 설치·운영에 관한 법적 기준
- IV. CCTV의 설치·운영에 따른 법적 문제점
- V. 법제정비의 방향

I. 서설

폐쇄회로 텔레비전(closed circuit television, CCTV)은 특정 공간에 설치된 카메라에 찍힌 영상정보를 폐쇄적인 유선 또는 무선 전송로를 통하여 특정한 수신자에게만 전송하는 텔레비전 시스템을 말한다.¹⁾ 송신하는 측에서 수신하는 측까지 폐쇄적인 유무선의 전송로를 이용하기 때문에 일반 대중은 마음대로 수신할 수 없다는 데 그 특징이 있다.

이러한 CCTV는 공공기관이 범죄의 예방과 수사, 수형자의 교정 등을 위한 사법적 목적으로 혹은 과속단속, 주차단속, 쓰레기 투기단속 등 행정적 목적으로 시가지, 전철, 학교, 공항, 교도소, 도서관, 병원, 도로, 주차장, 주택가, 상점가 등 공공장소에 확대 설치·운영하고 있다. 또한 민간에서도 범죄의 예방이나 작업·보육·학업상황의 모니터링 등 다양한 목적으로 주택가, 승강기, 주차장, 은행, 백화점, 공장, 사업장, 보육시설, 독서실 등지에서 설치·운영하는 사례가 급속도로 확산되고 있다. 더욱이 최근 "남대문 화재사건의 범인이나 이범 강호순 사건을 잡는 데 CCTV가 결정적인 역할을 한 것으로 알려지면서 지방자치단체 곳곳에서 강력범죄 예방의 일환으로 CCTV를 경쟁적으로 설치하고 있는 추세이다. 수억 원의 설치비와 차후 유지비용에도 불구하고 일반 시민들은 CCTV설치를 환영하는 분위기지만, 폭발적 증가에 대한 우려의 목소리도 만만치 않다.

본고에서는 지방자치단체가 설치·운영하는 CCTV의 문제로 논의의 범위를 국한하여 그 법적·제도적 개선방안을 검토해보고자 한다. 이를 위하여 우선 현재 지방자치단체의 CCTV 설치·운영 실태를 파악하고, 그와 관련된 해외의 입법례와 국내의 입법현황을 살펴본다. 이러한 논의를 거쳐서 지방자치단체의 CCTV 설치·운영에 관한 법제를 어떠한 방향으로 정비해나가는 것이 좋을 것인지에 대해 검토해본다. 다양한 행정목적의 달성과 인권침해의 최소화라는 상충되는 가치의 조화적 해결의 관점에서 CCTV의 활용이 허용될 수 있는 조

* 아주대학교 법학전문대학원

1) 「공공기관의 개인정보 보호에 관한 법률」(법률 제8448호, 2007. 5.17, 일부개정)에서는 ‘폐쇄회로 텔레비전’을 “정지 또는 이동하는 사물의 순간적 영상 및 이에 따르는 음성·음향 등을 특정인이 수신할 수 있는 장치”로 정의하고 있다(제2조 제5호의2).

건물을 모색해보기로 한다.

II. 지방자치단체의 CCTV 설치·운영 실태

1. 해외의 실태

미국 MIT대의 공학전문지 「Technology Review」 2003년 4월호의 보도에 의하면, 전세계에 설치된 감시카메라는 2,600만대이며, 미국에만 1,100만대에 이른다고 한다. 뉴욕의 시민단체 ‘미국시민자유연합(ACLU)’은 1999년 뉴욕 맨해튼 지역의 감시카메라를 2,397대로 집계했지만, 9·11 테러가 발생한 이후 최근까지 3배(7,200대)나 증가한 것으로 추산하였다. 영국에서는 이미 아일랜드공화군(IRA)의 도심테러에 부심하던 1980년대 집중적으로 감시카메라가 설치되어, 2001년 현재 150만 대 이상이 전국 곳곳에 숨어있는 것으로 파악되고 있다.²⁾ 15만 대의 감시카메라가 설치된 런던에서 시민들은 하루 평균 5분에 한번씩, 하루 300번 정도 감시카메라에 노출된다는 보고서도 나와 있다.³⁾

일본에서도 2002년경부터 경시청에 의해 대도시 변화가를 중심으로 방범용 감시카메라를 설치하는 계획이 꾸준히 추진되어 왔다. 최근에는 전국 각지에 「슈퍼 방범등」이라고 하는 이름의 신형 방범카메라가 설치되고 있다. 이는 가로등에 카메라와 긴급통보장치가 함께 설치되어 비상시 버튼을 누르면 벨이 울림과 동시에 적색등이 점등되고 방범카메라가 작동되는 장치이다. 일본철도 니시니혼(西日本)에서는 월드컵경기장 인근 전철역에 홀리건 소동대비용 감시카메라가 설치된 바 있고, 다수의 초등학교에서도 사건방지를 위해 감시카메라의 도입이 늘어나고 있다. 그리고 전국적으로 상점가에 방범카메라의 설치가 급증하고 있으며, 또한 백화점이나 쇼핑몰 등이나 맨션 등의 승강기나 주차장에서도 도난방지 등의 목적으로 감시카메라를 설치하는 사례가 많아지고 있다. 심지어 세븐일레븐 같은 편의점에서는 가게 전체에 돛형 카메라를 설치하여 온라인으로 민간의 경비회사로 연결되도록 하는 경우까지도 있다.

2. 국내의 현황

현재 전국적으로 공공기관의 CCTV 15만여 대, 민간부문까지 합하면 300만여 대에 이르는 CCTV가 설치되어 있는 것으로 추산된다.⁴⁾ 그리고 톨게이트, 주차장, 엘리베이터 등에서 우리는 하루에 170번 이상 CCTV에 노출되고 있다고 한다.⁵⁾

2008년 10월 9일 민주당 강기정 의원이 경찰청으로부터 제출받은 국정감사 자료에 따르면 방범용 CCTV는 서울 1,797대, 경기 1,208대, 경북 793대, 전남 723대, 대구 623대, 경남 396대, 충남 385대, 전북 231대, 강원 172대, 충북 157대, 인천 139대, 대전 85대,

2) Heather Rowe & Robin McGilligan, "CCTV and the Law," 1 NO. 11 Privacy & Info. L. Rep. 6, 2001, p. 6.

3) 국민일보 2004. 5. 10.

4) 마이데일리, 2009. 2. 23. "PD수첩', 강호순 검거 따른 'CCTV 증가' 집중조명" 기사 참조.

5) 한국경제, 2009. 3. 19. "강호순·송레문 방화범 CCTV가 잡아" 기사 참조.

부산 80대, 광주 32대 등의 순인 것으로 밝혀졌다. 울산과 제주는 각각 12대와 9대로 지역간 편차가 큰 것으로 드러났다.⁶⁾

한편, 2008년 10월 7일 국회 행정안전위원회 소속 한나라당 김태원 의원이 서울시로부터 제출받은 국정감사 자료에 따르면 서울시와 25개 자치구, 본부·사업소 및 공사·공단 중 자신들이 설치한 CCTV에 대해 보안시스템을 제대로 구축한 곳은 강남구청 단 한 곳에 불과한 것으로 나타났다.⁷⁾

6) 뉴시스, 2008. 10. 9. “<국감>충북, 방범용 CCTV설치 전국 시도중 10번째” 기사 참조.

7) 인터넷 한국일보, 2008. 10. 8. “CCTV ‘보안? 몰라요’” 기사 참조.

<서울시 CCTV 현황>

기관	설치대수	설치목적			
		시설관리	방법용	교통안전	기타
시청	1,656	1,289	0	367	0
본부·사업소	2,215	2,210	0	5	0
공사·공단	7,088	7,064	0	15	9
자치구	7,198	3,996	1,797	615	790
총 설치대수	18,157	14,559	1,797	1,002	799

2009년 3월 5일 경인일보 취재팀이 경기도 내 31개 시·군의 CCTV 운영 실태를 조사한 것을 보면, 경기도내 각 지자체가 보유하고 있는 것으로 밝힌 CCTV는 모두 6,076대에 달하였으며, 이 가운데 방법용 CCTV는 1,732대에 달하고, 도로 등 불법 주정차 단속을 위한 주차관리 및 단속용은 각각 830대와 210대, 쓰레기 불법 투기 방지용 338대, 교통흐름을 파악하기 위한 교통정보수집용 181대 등으로 나타났다. 산불 등 재난화재감시용이 391대이고, 기타도 106대로 조사됐다. 그런데 각 지자체가 보유하고 있는 CCTV 가운데 상당수가 녹음, 확대, 회전 등의 특수기능을 갖추고 있는 것으로 드러났다. 양주시가 보유하고 있는 CCTV 235대중 84대가 음성녹취가 가능하고, 확대기능과 회전기능을 갖춘 CCTV도 각각 213대와 196대이다. 안산시는 자체 보유한 CCTV 75대가 모두 확대 및 회전기능을 갖추고 있고, 음성녹음기능이 탑재된 CCTV도 34대를 운용중이다. 그런데 2007년 5월 개정되고 같은 해 11월 18일부터 시행된 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」 제4조의 2 제2항에 의하면 “설치된 폐쇄회로 텔레비전은 설치목적 범위를 넘어 카메라를 임의로 조작하거나 다른 곳을 비추어서는 아니 되며, 녹음기능은 사용할 수 없다.” 그럼에도 불구하고 안산 등 3개 지자체가 확대 및 회전기능, 녹음기능 등을 탑재하고 있는 CCTV를 설치한 것은 위 법률의 규정에 위반될 소지가 매우 크다고 하겠다. 한편, 성남 등 20여 곳의 지자체는 주민동의서를 받고 CCTV를 설치·운영한 것으로 확인되었지만, 양주 등 6개 지자체는 CCTV를 설치할 때 공청회와 주민동의서 등을 통해 주민들의 의견을 수렴하기보다는 행정예고로 알리는 데 그쳤다. 의무사항은 아니지만, 부천·의왕 등 7개 지자체는 CCTV 관리지침을 수립하지 않았고, 오산·동두천 등 3개 지자체는 일부만 조례 등에 반영한 것으로 조사됐다.8)

<지방자치단체별 CCTV 설치 현황>

구분	합계	범죄 예방	쓰레기 투기방지	시설물 관리	주차 관리	교통정보수집	주·정차단속	재난화재감시	기타
수원	1,201	43	81	718	146	38	39	36	100
안양	113	70	-	-	-	32		11	
과천	116	104			12				
군포	371	141	7	174	4		19	26	

8) 경인일보, 2009. 3. 6. “[범죄도시에 갇힌 CCTV]‘제각각 관리’ 따로 노는 6천76대” 기사 참조.

의왕	59	22	11		17			3	6
성남	1,052	71	34	819	67			61	
부천	176	113			30	33			
의정부	111	19	17		75				
양주	235	123	20			36	56		
동두천	30	26			1		3		
고양	224	26	32		132			34	
광명	85	17	6	47		15			
안산	129	75		26	5	20		3	
시흥	133	110	9	7		7			
평택	127	46		7	63			11	
남양주	108	25	7	8			25	43	
구리	56	26					30		
화성	426	292		84	50				
오산	52	32	-	-	18	-	-	2	-
용인	191	77	21		68			25	
광주·하남	185	9	14	138	22			2	
파주	146	20	12		62			52	
이천	67	23	16		10			18	
포천	43	21	12				10		
김포	79	40	8		12			19	
안성	219	22	10	133	20		22	12	
여주	17	6			4			7	
양평	128	112	3	7	6				
가평	166	-	18	120	2			26	
연천	31	21			4		6		
합계	6,076	1,732	338	2,288	830	181	210	391	106

III. CCTV 설치·운영에 관한 법적 기준

1. 해외의 입법례

(1) 영국의 경우

가. 1998년 데이터보호법

영국에서는 1994년 데이터보호법에서와 달리 1998년에 개정된 데이터보호법에서는 대중이 자유롭게 접근할 수 있는 지역에서 행하는 감시의 기록도 보호의 대상이 되는 데이터에

포함시킴으로써(제1조 제1항 제4호; 제68조; 부칙 12) CCTV 시스템의 운영에 대해서도 동법이 적용될 수 있도록 하였다.

1998년 데이터보호법에 의하면, 경찰이나 지방정부 등 적절한 주체에 의해 공공장소에 설치된 CCTV는 ① 범죄의 예방, 범인의 검거, 공공의 안전보장 등과 같은 공익적 목적에 부합할 것, ② 모든 자동화된 디지털 녹화장치의 공공장소 설치 및 이용은 정보감독관에게 통지하여 등록할 것, ③ 공공장소 설치 CCTV는 반드시 해당지역 진입 전, 혹은 진입하면서 그 사실을 알 수 있도록 표시할 것 등의 요건을 갖추는 때에만 적법하게 허용될 수 있다.⁹⁾

나. CCTV 시행지침(CCTV Code of Practice)

이러한 데이터보호법 제51조 제3항 제2호에 근거하여 정보감독관은 2000년 7월 CCTV 사용자들의 적절한 이행을 돕기 위하여 시행지침(Code of practice)을 발표하였다. 정보감독관은 이 시행지침에 근거하여 데이터관리자의 동법위반 여부를 판단하여 시정명령을 내릴 수 있으며, 시정이 있을 때까지 데이터사용자의 정보처리를 금지시킬 수 있다.

이 시행지침에서는 CCTV의 설치 및 사용 이전에 기기사용의 목적을 명확히 설정하고 이를 문서화하도록 하고 있는 한편, CCTV 설치위치, CCTV에 기록된 이미지의 질과 처리과정, 제3자에의 제공 및 데이터주체의 열람권 등에 대한 지침을 제공하고 있다. 그 구체적인 내용들을 간단히 살펴보면 다음과 같다.¹⁰⁾

1) 초기설치절차(Initial Assessment Procedures) 기준: CCTV는 예컨대 범죄의 예방이나 조사, 범인의 체포와 기소, 공공의 안전과 직원의 안전, 주거의 보안감시 등 다양한 목적을 위해 이용될 수 있다. 다만 CCTV를 설치하려면 사전에 그 사용의 목적을 확정하여야 한다. 구체적으로 그 담당자나 책임기관을 특정하고, 그 계획수립의 과정과 목적 등을 명시하며, 그 설치의 목적을 명확하게 하여 문서화하여야 한다. 또한 보안과 공개에 관한 정책을 수립하여 문서화하여야 한다.

2) 카메라의 설치(Siting the Cameras) 기준: CCTV는 그 촬영의 방법이 데이터보호의 제1원칙을 준수해야 하기 때문에, 그의 위치는 신중하게 검토되어야 한다. 구체적으로는 CCTV는 단속하고자 하는 지역만을 감시하는 수단으로 설치되어야 하고(기준 1), 그 설치의 목적을 넘어 다른 곳을 비추는 것은 원칙적으로 금지되며(기준 2), CCTV의 조작자가 규정된 곳 이외의 곳을 보기 위해 임의로 조작되어서는 안 된다(기준 5). 만일 공간상의 제한이 불가능하여 부득이하게 목적을 넘어서 부분까지도 촬영하게 될 경우에는 최대한 프라이버시를 보호하여야 한다(기준 6). 그리고 CCTV 설치시 촬영되는 지역을 출입하는 대중들이 인식할 수 있도록 표시하여야 한다(기준 7). 그 표시는 대중들이 명확히 보고 읽을 수 있어야 한다(기준 8). 그 크기는 예를 들어, 건물의 입구에 설치하는 경우에는 A4 정도, 주차장 입구의 경우에는 운전자가 쉽게 알아 볼 수 있도록 A3 정도가 되어야 한다(기준 9). 표지판에는 CCTV의 관리주체, 목적, 책임자연락처 등을 명시하여 공지하여야 한다

9) 표창원, “범죄취약 공공장소 설치 범죄예방용 CCTV의 필요성과 인권적 함의”, 범죄예방을 위한 CCTV와 인권, 국가인권위원회, 2003, 21-22면 참조.

10) <http://www.informationcommissioner.gov.uk/cms/DocumentUploads/cctvcop1.pdf> 참조.

(기준 10).

3) 화질(Quality of the Images) 기준: CCTV로 수집된 정보의 정확성을 보장하기 위하여 설치시 CCTV의 정상적 작동의 여부를 반드시 점검하여야 하고(기준 1), 화질에 관한 기준 관리일지를 기록하여야 한다(기준 6). 또한 테이프를 사용할 경우에는 좋은 품질의 녹화테이프만을 사용하여야 하고(기준 2), 카메라의 위치, 날짜, 시간 정보 등을 정확하게 유지하여야 한다(기준 12).

4) 영상의 처리(Processing the images) 기준: 필요 이상으로 영상물을 보유하는 것을 금지되는바, 가령 도심이나 공공도로의 영상은 31일 이상 보유할 수 없다(기준 1). 그리고 그 보유기간이 만료되면 그것을 즉각 삭제 또는 파기해야 하며(기준 2), 만약 증거목적으로 보유할 경우 접근이 통제되는 장소에 보관하여야 한다(기준 3). 소송절차에 공할 목적으로 기록된 것을 파기할 경우 운영자는 그 파기의 일자, 사유, 촬영장소 등에 관한 기록을 남겨야 한다(기준 4). 또한 관리책임자 혹은 지정된 인원에 한해서만 모니터를 볼 수 있게 하고(기준 5-6), 녹화기록의 재생은 가령 관리자나 그 대리인의 사무실과 같은 제한된 공간에서 이루어져야 한다(기준 7). 재생을 위하여 녹화기록을 꺼낼 경우 그 일자와 시간, 그 관리자와 재생자의 성명, 재생의 사유, 성과 등을 기록으로 남겨야 한다(기준 8).

5) 제3자의 이미지 접근 및 공개(Access to and disclosure of images to third parties) 기준: 녹화된 영상에 대한 접근은 그 사용의 목적을 달성하기 위해 접근할 필요가 있는 자들에게 제한적으로 허용되어야 한다(기준 1). 그리고 이미지를 녹화한 장비에 대한 접근에 대해서는 모두 기록되어야 한다(기준 2). 또한 제3자에 대한 공개는 명시된 상황에 한하여 이루어져야 한다(기준 3).

6) 정보주체의 접근(Access by data subjects) 기준: CCTV 운영에 관련된 모든 자들은 정보주체가 그 녹화물에 대한 접근을 청구할 수 있음을 알 수 있도록 해야 한다(기준 1). 정보주체에게는 그 영상물의 소재, 청구의 상대방, 소요비용, 데이터보호법상의 권리설명 등에 관한 정보가 담긴 표준서식이 제공되어야 하고(기준 2), 또한 촬영하여 보관되고 있는 영상물의 형태, 목적, 그와 관련된 공개정책의 정보 등이 기술된 소책자가 배부되어야 한다(기준 3). 관리자나 그 대리인은 정보주체가 청구한 영상의 소재를 파악하는 등 청구 사항에 관한 제반사항을 처리하여야 한다(기준 5-8). 그리고 관리자 등은 촬영당한 사람이 신청할 경우 이에 대해 21일 이내에 서면으로 답변을 해야 한다(기타의 권리: 기준 4).

7) 지침준수의 감독 기준: 관리주체는 동 지침이 준수되고 있는지 감독하기 위하여 문서화된 절차를 정기적으로 감독하고 정보주체에게 제공하여야 하며(기준 4), 시스템의 효율성에 대한 연간평가를 수행하여 공식적으로 공개하여야 한다(기준 6).

(2) 독일의 경우

2003년에 개정된 연방데이터보호법(BDSG)에서 비디오감시에 관한 규정(제6b조)을 신설

함으로써 CCTV에 의한 개인정보침해의 문제에 적극적으로 대처하고 있다.

동법은 비디오에 의한 감시가 허용되는 경우를 한정하고, 수집된 데이터의 처리 및 이용의 요건 및 절차에 관하여 구체적인 규정을 두고 있다.

구체적으로 비디오감시는 ① 공공기관의 임무수행의 경우, ② 주거권의 실현을 위한 경우, ③ 구체적으로 확립된 목적을 위해 권리 있는 이익의 실현을 위하여 필요하고 관련 당사자의 보호받을 이익이 우월하지 않은 경우에 한하여 허용된다(동조 제1항).

그리고 수집된 데이터의 처리와 이용은 그 데이터가 달성하려는 목적을 위하여 필요하고 당사자의 보호법익이 우월하지 않을 때에만 인정되며(동조 제2항), 다른 목적을 위한 개인정보의 처리와 이용은 위협의 방지와 국가와 공익의 안전을 위하여 그리고 범죄행위의 추적을 위하여 필요한 경우에 한하여 허용된다(동조 제3항).

또한 비디오감시를 통하여 수집된 데이터가 특정한 개인과 연결될 경우에는 그 처리와 이용에 관하여 이를 당사자에게 통지하여야 하고(동조 제4항), 그 데이터가 목적달성을 위해 더 이상 필요치 않을 경우 또는 지속적인 저장이 당사자의 보호법익에 상충될 때에는 지체 없이 삭제하여야 한다(동조 제5항).

(3) 미국의 경우

미국에서는 비디오감시를 규율하는 특별한 법률이나 관련 규정이 존재하지 않았다. 따라서 이 문제는 법원의 판단에 맡겨져 왔다. 그런데 미국의 판례는 대체로 공공장소나 대중에게 공개되어 있는 장소에서 이루어진 촬영에 대하여 프라이버시의 침해로 인정하는 것을 거부해왔다. 예컨대, 피고가 일상적인 대중의 시선에 노출되어 있는 시내의 가로에서나, “공공장소나 대중에게 노출되어 있는 장소”에서, 혹은 “공개된 장소와 다수의 사람들이 모여 있는 일반 작업장에서” 촬영된 경우에는 프라이버시의 침해가 아니라고 판시한 사례가 있다. 이러한 관점에서는 프라이버시의 침해가 되려면 그 침해의 대상은 일반 대중이 자유롭게 볼 수 없는 어떤 것이어야 한다. 이는 일반적으로 공공연하게 노출되어 있는 사항은 누구나 거기에 대하여 글을 쓰거나 이야기할 수 있듯이, 공공장소나 대중의 시선에 노출되어 있는 장소에서 촬영하거나 비디오로 녹화하는 것도 수정헌법 제1조의 취지상 허용된다는 입장으로 이해된다.¹¹⁾

하지만 최근 하원에서는 2003년 비디오감시방지법(안)(Video Voyeurism Prevention Act of 2003)을 발의한 바 있다. 이 법안에 의하면, 어떤 개인의 부적절한 영상(improper image)을 포착하기 위하여 의도적으로 그 개인의 프라이버시를 침해하는 행위를 할 경우 벌금 또는 1년 이하의 징역에 처할 수 있도록 되어 있다.¹²⁾

이 밖에도 미국 보안산업협회(SIA)에서 공공안전을 위한 CCTV와 지역사회경찰활동 가이드라인(CCTV for Public Safety and Community Policing Guideline)을 제정하여 업계 차원의 자율적 규제에 활용하고 있으나, 법적 구속력을 가지지는 못한다.

한편, 미국 워싱턴 D.C. 경찰은 공공장소와 안전에 관한 조례(Chapter 25 of Title 24 of the District of Columbia Municipal Regulations[Public Space and Safety], Chapter 25 DCMR)¹³⁾에 따라 CCTV의 이용에 관하여 규율하고 있다. 이 조례는 미국변호사협회가

11) Michael Fromkin, "The Death of Privacy," 52 *Stanford Law Review*, 1461, 2000.

12) <http://www.theorator.com/bills108/hr2405.html> 참조.

공공장소에서도 개인의 프라이버시가 존중되어야 한다는 주장에 입각하여 CCTV설치·운영에 관한 표준(American Bar Association Standards on Technologically Assisted Physical Surveillance; TAPS)¹⁴⁾을 제시한 것 가운데 비디오감시(Video surveillance)에 관한 표준 2-9.3을 토대로 제정된 것이다.

동 조례에 의하면, 공중이 볼 수 있고 또 개인이 프라이버시를 정당하게 기대할 수 없는 장소에서만 경찰의 CCTV를 통한 감시가 허용된다(2503.2 DCMR). 하지만 수정헌법 제1조의 표현의 자유의 보호를 받는 진단배부 등에 초점을 맞추어 감시하는 것은 금지가 되고(2503.3 DCMR), 인종, 종족, 성별, 성적취향, 장애, 여타의 차별기준에만 근거한 차별적 감시도 금지된다(2503.1 DCMR). 다만 긴급한 사정이 있거나 CCTV가 법원의 허가를 받아 설치된 경우에는 예외적으로 비공개적인 감시도 할 수도 있다(2507.1 DCMR).

경찰서장은 CCTV를 통한 감시지속 여부를 결정할 때 해당지역 주민들의 의견을 고려해야 하며, 자신의 "결정의 내용과 근거"를 그들에게 공지·제시하여야 한다(2507.5 DCMR). 그리고 반년에 1회씩 주민회의(communitary meeting)에서 CCTV 감시의 최신현황을 보고하여야 하고(2507.10 DCMR), 매년 CCTV 감시체계 및 그 사용과 관련한 보고서를 제출하여야 한다(2507.11. DCMR). 물론 법원의 허가를 받아 행한 감시의 경우 및 현안사건의 수사를 목적으로 행해진 경우에는 예외가 인정된다.

또한 녹음기능을 CCTV와 결합시켜 사용하는 것은 원칙적으로 금지되지만, 필요한 경우에는 법원의 허가를 받아서 할 수 있다(2502.4 DCMR). 주거지나 상업지역의 개방공간에서의 CCTV를 통한 감시는 그곳에서 특정범죄가 자행되고 있고, 또 감시가범행의 탐지나 억제에 기여할 경우에만 허용되며, 적합성요건의 구체화를 통해 허용된 목적의 범위 내에서만 CCTV 감시조치가 이루어져야 한다(2507.2 DBCR).

영상의 모니터링은 범죄의 탐지와 감시, 범죄나 범죄혐의의 증거확보, 교통관리를 위해서만 할 수 있도록 하고, 그 정보를 기타의 목적으로 사용하는 것을 허용하지 않고 있다. 그리고 녹화된 영상은 10일간 보관할 수 있을 뿐이며, 그 이상 보관이 필요한 경우에는 경찰서장의 서면허가를 받아야 한다(2505.1 DCMR). 녹화된 영상을 보관하려면 경찰서장에게 서면으로 요청하여 허가를 받아야 하며(2505.2 DCMR), 서면요청서에는 보관의 목적, 녹화의 성질, 보관기관을 기재하여야 한다(2505.3 DCMR).

(4) 호주

호주의 사우스웨일즈 주정부는 「공공장소에서의 CCTV 설치 및 운영에 관한 정책선언 및 가이드라인(Guidelines for the Establishment and Implementation of Closed Circuit Television(CCTV) in Public Places)」을 마련하여 CCTV의 설치와 운영에 관하여 규율하고 있다. 이 가이드라인에서는 우범지역, ATM 및 은행, 버스 및 택시정류장, 주차장, 기차역, 공공화장실, 전화부스 등 지역의 공공시설, 노약자 위험지역 등에 한하여 CCTV를 설치할 수 있도록 하고 있다. 그리고 CCTV를 설치할 때에는 CCTV 운영자, 제공기간, 불만사항이나 문의사항을 위한 전화번호 등을 기재한 표지판을 육안으로 명확하게 식별할 수 있도록 설치할 것을 의무화하고 있다. 또한 이러한 가이드라인의 준수여부에 대하여 주의

13) http://epic.org/privacy/surveillance/revised_regs.html 참조.

14) http://www.abanet.org/crimjust/standards/taps_blk.html 참조.

회가 정기적으로 감사를 실시하도록 하고 있다.

(5) 일본의 경우

가. 여론과 판례

일본에서 가두방범카메라시스템에 대해서 정작 주민들이나 쇼핑객들로부터는 거의 문제제기가 이루어지지 않고 있는 실정이다. 실제로 여론조사에서도 응답자의 80-90%가 감시카메라의 도입에 찬성을 하고 있는 것으로 나타나고 있다. 이러한 분위기로 인하여 아직까지 일본에서는 감시카메라를 직접 규제하는 법률의 규정은 마련되고 있지 않다.¹⁵⁾ 하지만 최근 일부 언론이나 변호사, 시민단체 등으로부터 초상권이나 프라이버시권의 침해 가능성을 심각하게 우려하는 목소리가 커지고 있다. 가령 후쿠오카현 변호사회의 인권옹호위원회·감시카메라소위원회, 큐슈 변호사 연합회 혹은 「감시사회를 거부하는 모임」과 같은 시민단체 등이 감시카메라의 법적 문제를 검토하면서 그에 대한 규제를 적극적으로 주장하고 있다.

일본의 판례는 민간이 설치한 방범용 감시카메라에 대해서는 대체로 관대한 입장인 것으로 파악된다. 한편, 공권력이 설치한 범죄예방 목적의 TV 카메라와 관련하여서는 그것이 녹화되지 않는 경우 ① 실제로 범죄가 실행중이거나 실행직후인 경우로서 ② 증거보전의 필요성과 긴급성이 있고, ③ 그 촬영이 일반적으로 허용되는 한도를 넘지 않는 상당한 방법으로 이루어진다는 조건하에서 허용될 수 있지만, 녹화되는 경우는 범죄예방을 목적으로 한다고 하더라도 허용되지 않는다는 판결이 주목을 받고 있다.¹⁶⁾

나. 법적 규율

2003년에 중의원에 「행정기관 등에 의한 감시카메라의 설치 등의 적정화에 관한 법률(안)」이 제출된 바 있으나, 법률로서 성립되는 데까지는 이르지 못하였다. 현재까지도 일본에서는 감시카메라의 설치와 운용에 대해 규제하는 법률은 따로 존재하지 않는다. 다만 지금까지 内務省의 規定으로 감시카메라의 설치운영에 관한 기준을 설정하여 자율적으로 이를 준수하도록 유도해 왔다. 내무성 규정을 보면, 우선 카메라가 있는 장소에 설치자의 연락처나 목적 등을 적은 표지를 세워야 한다. 그리고 목적외의 사용이 금지되며, 데이터의 보존기간은 31일간으로 제한된다. 또한 권한이 없는 사람은 카메라 조작실에 들어갈 수 없다.¹⁷⁾

그리고 최근 2004년 2월에는 도쿄의 스기나미구(杉並區)에서는 최초로 「스기나미구 방범카메라의 설치 및 이용에 관한 조례안」이 제출되었고,¹⁸⁾ 그 해 3월 18일 구의회를 통과하여 같은 해 7월 1일부터 시행되기에 이르렀다.¹⁹⁾ 이 조례는 스기나미구내의 도로, 공원 기타 규칙으로 정하는 다중이 운집하는 장소에 방범카메라를 설치하려고 하는 경우 카

15) http://www009.upp.so-net.ne.jp/kansi-no/news/documents/news_2004_008.htm

16) 大阪地裁判決, 平成 6年 4月, 니시나리 감시용 TV 카메라 철거 등 청구사건.

17) http://mizushima-s.pos.to/lecture/2003/030507/030507_07.htm 참조.

18) 마이니치신문 2004. 2. 13자.

19) 「NO! 監視」ニュース 【第7号】 2004-05-24 참조.

메라 취급자에게 「방법카메라의 설치 및 이용에 관한 기준」을 정해 스기나미구장에게 제출할 의무를 부과하고 있다. 동 기준에서는 기본원칙을 정하면서 "방법카메라의 설치자 및 이용자는 구민 등이 그 얼굴이나 자태를 함부로 촬영되지 않는 자유를 가지는 것에 유의하여 방법 카메라의 설치, 이용에 신중을 기하고, 화상을 적정하게 취급하도록 노력하여야 한다"고 규정하고 있다. 초상권을 단순히 판례의 차원이 아니라 조례를 통해 법전화가 이루어졌다고 볼 때 이는 큰 진전으로 평가되고 있다.²⁰⁾ 또한 일정한 요건에 해당하는 경우에는 '설치이용기준'을 정해 區長에게 신고하도록 하는 신고제의 구조를 마련하고 있다. 설치의 주체는 ① 스기나미구, ② 공공기관(국가, 도쿄도의 기관 제외), ③ 상점회, 반상회 등 ④ 준공공의 장소와 관계되는 설치자 또는 이용자가 될 수 있다. 다음으로 방법 카메라 취급자등의 의무와 관련하여 본인에 대한 화상의 열람의무, 고충에 대한 적절·신속한 대응의무 등을 규정하고 있다.²¹⁾ 이러한 스기나미구의 조례는 아무런 법적 근거도 없이 자꾸 늘어만 가는 감시 카메라에 대해 법적 규제의 근거를 제공하는 첫 시도였다는 점에서 의의가 크다고 할 수 있다. 하지만 후쿠오카 변호사회에서는 이에 대해 방법카메라의 설치 자체를 금지하는 규정이나 그 기준을 정하지 않은 불충분한 입법이라는 비판을 가하고 있다. 자칫하면 그러한 법적 규제가 방법카메라의 설치를 정당화하는 근거가 될 수 있다는 점도 주의를 요한다고 한다. 또한 방법카메라의 설치이용에 관한 기준에 실효성이 있는 통제장치가 충분히 마련되지 못하고 있다는 지적도 있다.

한편, 지방자치단체의 조례는 아니지만, 이바라기현(茨城縣) 모리야시(守谷市)의 「감시카메라 등의 설치 및 운용에 관한 요강」(1995년 7월), 스즈오카현(靜岡縣)의 「프라이버시 보호를 배려한 방법카메라의 설치 및 운용에 관한 가이드라인」 등도 눈에 띈다.

2. 국내의 입법 현황

(1) 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」

2007년 5월 17일 개정된 동법(법률 제8448호)에서는 CCTV에 관한 규정을 두는 조항을 신설하였다. 이는 공공기관이 범죄예방·교통단속 등의 필요에 따라 설치·운영하고 있는 폐쇄회로 텔레비전의 설치 및 화상정보보호 등에 관한 법적 근거를 마련함으로써, 공공업무의 적정한 수행을 도모함과 아울러 사생활의 비밀과 자유 등 국민의 기본권을 보호하고, 공공기관이 보유하고 있는 개인정보의 안전성 확보에 대한 필요성이 증대됨에 따라 처리정보 보유기관의 안전성 확보조치 의무를 규정하기 위한 것이었다. 이 조항은 부칙 제1조에 따라 공포 후 6개월이 경과한 2007년 11월 18일부터 시행되기에 이르렀다. 동법은 공공기관에 의해 처리되는 개인정보를 적용대상으로 삼고 있으므로, 지방자치단체에 의한 CCTV의 설치 및 운영에도 적용이 된다고 볼 수 있다. 이하에서는 2007년 5월 개정시 새롭게 추가된 관련 조항을 살펴보면 다음과 같다.

제2조 (정의) 5의2. "폐쇄회로 텔레비전"이라 함은 정지 또는 이동하는 사물의 순간적

20) http://www009.upp.so-net.ne.jp/kansi-no/news/documents/news_2004_007.htm 참조.

21) 좀더 자세한 것은 즐고, "일본의 개인정보보호법과 CCTV 관련 입법의 동향", 개인정보보호법제와 CCTV 관련 규정 및 문제점, 개선방안, 한국법제연구원, 2007, 158-160면 참조.

영상 및 이에 따르는 음성·음향 등을 특정인이 수신할 수 있는 장치를 말한다.

제4조의2 (폐쇄회로 텔레비전의 설치 등) ① 공공기관의 장은 범죄예방 및 교통단속 등 공익을 위하여 필요한 경우에 「행정절차법」 제2조제6호에 따른 공청회(이하 "공청회"라 한다) 등 대통령령으로 정하는 절차를 거쳐 관련 전문가 및 이해관계인의 의견을 수렴한 후 폐쇄회로 텔레비전을 설치할 수 있다.

② 설치된 폐쇄회로 텔레비전은 설치목적 범위를 넘어 카메라를 임의로 조작하거나 다른 곳을 비추어서는 아니 되며, 녹음기능은 사용할 수 없다.

③ 공공기관의 장은 폐쇄회로 텔레비전을 설치하는 경우 정보주체가 이를 쉽게 인식할 수 있도록 다음 각 호의 사항을 기재한 안내판을 설치하는 등 필요한 조치를 취하여야 한다.

1. 설치목적 및 장소
2. 촬영범위 및 시간
3. 관리책임자 및 연락처

④ 국가안전보장과 관련된 국가중요시설 중 원자력발전소 등 대통령령으로 정하는 시설에 대하여는 제3항을 적용하지 아니할 수 있다.

⑤ 폐쇄회로 텔레비전의 설치, 안내판 설치 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제4조의3 (폐쇄회로 텔레비전의 설치 및 관리에 대한 위탁) ① 공공기관의 장은 폐쇄회로 텔레비전의 설치 및 관리에 관한 사무를 위탁할 수 있다.

② 제1항에 따른 수탁기관의 자격요건, 위탁절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

부칙 제2조 (폐쇄회로 텔레비전 설치에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 이미 공공기관이 설치한 폐쇄회로 텔레비전은 이 법에 따라 적법하게 설치된 것으로 본다. 이 경우 폐쇄회로 텔레비전을 설치·운영 및 관리하는 공공기관의 장은 제4조의2제3항의 개정규정에 따른 안내판을 이 법 시행일부 3개월 이내에 설치하여야 한다.

이에 따라 2007년 11월 13일 개정된 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 시행령」(대통령령 제20373호)에서도 CCTV에 관한 조항이 신설되었으며, 2007년 11월 18일부터 시행에 들어갔다. 관련 조항을 살펴보면 다음과 같다.

제4조 (폐쇄회로 텔레비전의 설치) 법 제4조의2제1항에 따라 폐쇄회로 텔레비전을 설치하려는 공공기관의 장은 다음 각 호의 구분에 따른 방법으로 관련 전문가 및 이해관계인의 의견을 수렴하여야 한다.

1. 일반인의 자유로운 출입이 제한되는 시설(제2호에 해당하는 시설은 제외한다) 또는 장소 안에 설치하는 폐쇄회로 텔레비전: 해당 시설을 이용하는 공무원 또는 임직원 등의 대표로 구성되는 위원회의 심의를 거치는 방법
2. 제4조의2제3항 각 호의 시설에 설치하는 폐쇄회로 텔레비전: 개인정보보호에 관하여 해당 시설의 관리자·보안책임자 또는 관련 전문가의 의견을 듣는 방법
3. 제1호 또는 제2호 외의 시설 또는 장소에 설치하는 폐쇄회로 텔레비전: 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 방법
 - 가. 「행정절차법」에 따른 행정예고의 실시 또는 공청회의 개최
 - 나. 그 밖에 해당 폐쇄회로 텔레비전의 설치로 직접 영향을 받는 지역 주민 등을 대상으로 하는 설명회·설문조사·여론조사 등의 실시

제4조의2 (안내판의 설치) ① 법 제4조의2제3항에 따라 공공기관의 장은 폐쇄회로 텔레비전을 설치한 장소마다 안내판을 설치하여야 한다. 다만, 공공기관의 건물 안에 다

수의 폐쇄회로 텔레비전을 설치하는 경우에는 출입구 등 잘 보이는 곳에 해당 시설 또는 장소 전체가 폐쇄회로 텔레비전 설치지역임을 표시하는 안내판을 설치할 수 있다.

② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 안내판 설치에 갈음하여 인터넷 홈페이지에 법 제4조의2제3항 각 호의 사항을 게재할 수 있다.

1. 원거리 촬영, 과속·신호위반단속 또는 교통흐름조사 등의 목적으로 폐쇄회로 텔레비전을 설치하는 경우로서 개인정보침해의 위험이 적은 경우
2. 산불감시용 폐쇄회로 텔레비전 등 장소적 특성으로 인하여 안내판을 설치하는 것이 불가능하거나 안내판을 설치하더라도 정보주체가 이를 쉽게 알아볼 수 없는 경우

③ 법 제4조의2제4항에 따라 공공기관의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 시설에 설치하는 폐쇄회로 텔레비전에 대하여는 안내판을 설치하지 아니할 수 있다. <개정 2008.9.22>

1. 「군사기지 및 군사시설 보호법」 제2조제2호에 따른 군사시설
2. 「통합방위법」 제2조제13호에 따른 국가중요시설
3. 「보안업무규정」 제36조에 따른 보안목표시설

제4조의3 (설치·관리 사무의 위탁) ① 법 제4조의3에 따라 공공기관의 장은 다음 각 호의 요건을 갖춘 다른 공공기관이나 전문기관에 폐쇄회로 텔레비전의 설치 및 관리에 관한 사무를 위탁할 수 있다.

1. 개인정보보호에 필요한 전문 장비 및 기술을 갖출 것
2. 수탁받은 업무를 수행하는 데 필요한 전문 인력을 갖출 것

② 제1항에 따라 폐쇄회로 텔레비전의 설치 및 관리에 관한 사무를 위탁하려는 공공기관의 장은 위탁대상이 되는 사무의 범위, 개인정보에 대한 접근제한 등 개인정보보호에 필요한 사항을 세부적으로 정한 후 이를 위탁계약서 등 관련 서류에 분명하게 기록하여야 한다.

③ 제1항 및 제2항에 따라 사무를 위탁한 경우에는 법 제4조의2제3항에 따라 설치하는 안내판에 수탁기관의 명칭, 담당자 및 연락처를 게재하여야 한다.

(2) 지방자치단체의 자치법규

1) 「안양시 개인정보보호를 위한 CCTV 설치 및 운영 규정」

경기도 안양시는 2006년 11월 2일 「안양시 개인정보보호를 위한 CCTV 설치 및 운영 규정」(훈령 제486호)을 제정한 바 있다. 이 규정은 4개의 장과 부칙으로 구성되어 있으며, 총 18개의 조문으로 되어 있다. 범죄예방·증거확보·시설안전·화재예방·교통정보제공·법규위반단속 등 공익을 위하여 필요한 경우에 시에서 설치·운영하는 CCTV와 이로써 수집·처리되는 화상정보의 보호에 관하여는 물론, 시에서 설치·운영하는 CCTV로서 모조카메라를 부착한 경우에도 실제 화상정보의 취급 여부를 불문하고 이 규정을 적용하도록 하고 있다(제3조). 화상정보의 보호원칙으로 CCTV의 설치목적에 부합하는 필요최소한의 범위 안에서 화상정보를 수집하도록 하고, 화상정보를 그 목적 이외의 용도로 활용하는 것을 금지하며, 설치목적을 정보주체가 명확히 인식할 수 있도록 하고, 화상정보에 대한 정보주체의 권리를 보장할 것을 의무화하고 있다(제4조). 또한 CCTV를 설치·운영할 경우 일정한 사항을 포함한 CCTV 설치·운영 계획서를 마련하여 안양시 홈페이지에 게시하도록 하고(제5조), CCTV 설치·운영 책임관을 지정하도록 하였다(제6조). 나아가 CCTV를 설치·운영할 경우 정보주체가 CCTV의 설치현황 및 화상정보의 수집에 대하여 인식할 수 있도록 별지 제1호 서식에 따라 안내판을 설치하도록 하고, 안내판은 촬영범위 내에서 정보주체가 알아

보기 쉬운 장소에 누구라도 용이하게 관독할 수 있게 설치되도록 하였다(제7조). 또한 CCTV를 설치하는 경우에 화상정보의 보호에 관한 이해당사자의 의견수렴을 위하여 『행정절차법』 제38조제1항의 규정에 따라 공청회를 개최할 수 있도록 하였다(제8조).

한편, CCTV에 의하여 화상정보를 수집하는 경우 그 설치목적을 넘어 카메라를 임의로 조작하거나 다른 곳을 비추거나 그 설치목적과 관계없는 화상정보를 수집하기 위하여 회전 및 확대(zoom-in) 기능이나 녹음기능을 사용하는 것을 원칙적으로 금지하였다(제10조). 그리고 정보주체의 화상정보는 특별히 허용되는 경우가 아닌 한 CCTV의 설치목적 외의 용도로 활용되거나 접근권한을 부여받은 사람 이외의 사람에게 열람·제공되어서는 안 되도록 하였다(제11조). 또한 CCTV에 의하여 전송되는 화상정보가 실제로 열람·재생되는 장소를 출입제한구역으로 지정하고 접근권한이 부여된 사람 외의 출입을 엄격히 통제하도록 하였다(제12조). 정보주체는 소속기관의 장에게 화상정보의 존재확인 및 열람·삭제를 요청할 수 있도록 하고(제13조), CCTV에 의하여 수집된 화상정보는 원칙적으로 계획서에 명시한 보유기간이 만료한 즉시 삭제하도록 하였다(제14조). 이상에서 보듯이 동 규정은 내부적 훈령에 불과한 것이었지만, CCTV의 설치·운영에 관한 법적 기준을 비교적 충실하게 규율하고 있다고 할 수 있다.

한편, 2008년 7월 관내 40개 초등학교 주변과 놀이터에 CCTV를 100여개 추가로 설치하는 등 사회안전망 구축사업을 제도적으로 추진하기 위해 전국 최초로 「지역사회 안전을 위한 시민단체 참여 및 지원 조례」를 제정하였다.²²⁾ 하지만 이 조례는 CCTV의 설치와 운영에 관한 사항을 직접 규율하고 있지는 않다.

2) 「성남시 CCTV 설치 및 운영 지침」

경기도 성남시는 2008년 12월 22일 「성남시 CCTV 설치 및 운영 지침」(예규 제28호)을 제정하여 시행하고 있다. 이 지침은 4개의 장과 부칙으로 구성되어 있으며, 총 20개의 조문으로 되어 있다. 이 가운데 대부분이 「안양시 개인정보보호를 위한 CCTV 설치 및 운영 규정」의 내용과 대동소이한 것으로 보아 동 규정을 참조한 것으로 추측된다. 그리고 2007년 5월에 개정된 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」 제4조의2에서 규정하고 있는 내용도 반영되어 있다.

성남시의 지침에서 내용상 새롭게 추가된 부분 가운데 주요한 내용으로 다음과 같은 것들을 들 수 있다. 화상정보의 보호원칙과 관련하여 화상정보의 정확성 및 최신성을 확보하여 이를 안전하게 관리하도록 노력할 의무가 추가되었고(제4조 제3항), CCTV 설치·운영 총괄 책임관을 구체적으로 특정하였다(제5조 제1항). 그리고 사전 의견수렴의 방법으로 위원회의 심의, 전문가의 자문, 행정예고의 실시 또는 공청회의 개최, 설명회·설문조사·여론조사 등의 실시 등을 제시하였다(제7조). CCTV 설치·운영에 따른 개인화상정보파일을 보유하고자 하는 경우 사전에 행정안전부장관과 협의하도록 하고(제8조 제1항), 설치된 CCTV 설치현황을 파악하고 화상정보 관리 및 운영실태를 주기적(월1회 이상)으로 점검하도록 한 것(제15조)도 눈에 띈다.

3) 「과천시 CCTV 설치 및 운영관리 조례」

22) 서울신문, 2008. 12.19. 15면, “학교주변 청소년범죄 ‘원천봉쇄’” 기사 참조.

경기도 과천시 2008년 12월 26일 「과천시 CCTV 설치 및 운영관리 조례」(조례 제 1079호)를 제정·공포하고, 같은 날로부터 시행에 들어갔다. 이는 전적으로 CCTV의 설치와 운영 등에 관한 사항을 규율하기 위해 제정된 전국 최초의 조례가 아닐까 생각한다. 동 조례는 총 15개 조문과 부칙으로 구성되어 있는데, 그 주요 규정을 소개하면 다음과 같다.

제2조(정의) 이 조례에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “CCTV”라 함은 시민의 생명과 재산의 보호 및 안심하고 생활 할 수 있는 환경조성을 위하여 설치한 폐쇄회로 텔레비전을 말한다.
2. “모니터링 요원”이라 함은 CCTV 화상모니터를 이용한 화상 순찰을 담당하는 사람을 말한다.

제3조(설치 등) ①시장은 어린이, 청소년, 부녀자 등 시민의 생활안전을 보호하는 등 공익적 목적을 위하여 시 지역 안에 CCTV를 설치할 수 있다.

②설치장소를 결정할 때에는 관할 경찰서장과 협의하여 행정예고, 공청회, 주민설명회, 여론조사 등에서 적합한 방법을 하나 택하여 관련전문가 및 이해관계인의 의견수렴과 지역주민의 의견 수렴을 하고 위원회의 심의를 받아야 한다.

③설치장소는 시민이 잘 볼 수 있도록 설치목적과 작동상태 등 알아야 할 사항을 기록한 안내표지판을 게시하여야 하며, 비상시 이용할 수 있도록 비상벨은 필요시 설치할 수 있다.

제4조(종합관제시스템 설치·운영) ①시장은 CCTV의 효율적인 운영을 위하여 분산 설치된 CCTV 모니터를 통합하여 제어·관리할 수 있는 CCTV종합관제센터(이하 “관제센터”라 한다)를 설치·운영할 수 있다.

②시장은 관제센터를 운영할 때에는 보안유지를 위하여 출입자를 통제할 수 있는 장치를 설치하여야 하며, 관제용 컴퓨터는 외부인이 화면을 볼 수 없도록 보호 또는 차단 장치를 하여 시민의 사생활을 보호하여야 한다.

③시장은 CCTV 설치·운영과 관련하여 취득한 모든 정보가 외부로 유출되지 아니하도록 모니터링 요원에 대하여 보안각서 징구, 정신교육 실시 등 필요한 조치를 강구하여야 하며, 필요시 모니터링 요원은 전문기관에 위탁운영 할 수 있다.

제5조(관리 및 운영) ①CCTV 운영 등에 관한 사항은 과천시CCTV설치운영자문위원회의 자문을 거쳐 시장이 정한다.

②시장은 CCTV의 정상적인 작동을 유지하도록 하기 위하여 정기적인 점검을 실시하여야 하며, 유지보수에 관하여 민간에 위탁할 수 있다.

제6조(자문위원회 설치 및 기능) ①CCTV의 설치와 운영에 관하여 시장의 자문에 응하기 위하여 과천시CCTV설치운영자문위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

②위원회는 다음의 사항을 자문한다.

1. CCTV 설치 지역 및 장소에 관한 사항
2. CCTV 관리 및 운영에 관한 사항
3. 관제센터 설치 및 운영에 관한 사항
4. 취득한 정보의 활용에 대한 자문
5. 기타 시장이 토의에 부치는 사항

제12조(비밀엄수) 회의에 참석한 위원 및 관계공무원은 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다.

제13조(정보관리) CCTV 설치·운영과 관련하여 취득한 모든 영상정보는 해당 CCTV 설치 목적외 다른 용도로는 사용할 수 없다.

제14조(주민감독관의 위촉) ①시장은 관할지역의 신망이 있는 주민 중에서 관할동장의 추천을 받아 주민감독관을 위촉할 수 있다.

②주민감독관은 관할구역안의 CCTV의 운영에 대하여 현장감독을 수행할 수 있다.

3. CCTV 관련 결정례

국내에서도 방법용 CCTV의 설치 및 사용이 꾸준히 증가하고 있음에도 불구하고 그 설치와 이용을 전체적으로 규율할 수 있는 법제도가 마련되고 있지 않다. 현재 우리나라에서는 특히 초상권의 침해를 처벌하는 처벌의 규정은 따로 존재하지 않는다. 다만 민사상으로는 불법행위에 기한 손해배상청구를 통해 구제를 받을 수 있을 수 있을 뿐이다.

방법용 CCTV와 직접 관련된 사안은 법원의 판결에서는 아직 발견되지 않고 있다. 다만, 일반적인 공공장소에서의 촬영행위와 관련하여서는 공익적 목적을 위한 경우 비례의 원칙에 위배되지 않는 한 그 촬영 자체는 적법한 것으로 보고 있는 듯하다.²³⁾

그런데 근자에 들어 방법용 CCTV에 의한 기본권침해의 여부가 국가인권위원회에 의하여 몇 차례 다루어진 바 있다. 이하에서는 이에 관한 결정들을 소개하기로 한다.

(1) 강남구 CCTV 사례

2002년 12월 서울시 강남구청은 강남경찰서와 협의하여 강남구 논현1동 일대에 범죄예방을 위한 CCTV 5대를 시범설치·운영하였고, 2003년도에는 논현1동, 역삼1동, 개포4동 일대에 CCTV 37대를 추가로 설치하였다. 이에 따라 국가인권위원회에 인권의 침해와 그 대응을 문의하는 질의와 정책제안이 접수되었다.

2004년 4월 19일 국가인권위원회 제1소위원회는 이와 관련하여 “CCTV의 설치·운영이 지방자치단체나 경찰서장의 재량에 의해 이뤄지고 있고 장비의 성능이 점차 향상돼 운영방법 등에 따라 국민의 기본권을 침해할 요소가 크다”고 판단하면서, 국회의장과 행정자치부장관에게 CCTV의 설치·운영에 관한 법적 기준을 마련할 것을 권고한 바 있다.

여기서 국가인권위원회는 CCTV의 설치·운영은 촬영되는 사람들에 대하여 초상권과 개인정보자기결정권(헌법 제10조), 사생활과 가정, 주거의 자유 등을 침해할 수 있다고 인정하였다. 그리고 현재 CCTV의 설치·운영에 관한 법적 근거가 없는 상태에서 지방자치단체나 경찰서장의 재량에 의하여 그것을 범죄 수사 등에 활용하는 것은 헌법이 규정한 기본권 제한원칙인 적법절차원리와 법률유보원칙에 위배되는 것이라고 판단하였다.²⁴⁾

국가인권위원회의 결정문에 나타난 주요 내용은 다음과 같다. 즉, “범죄 예방을 위하여 공공기관이 CCTV 등 무인단속장비를 공공장소에 설치·운영하는 것은 그 설치지역과 운영방법 등에 따라 개인의 초상 그 자체뿐만 아니라 특정시간에 어디서 어떤 모습으로 누구와 함께 있었는가에 관한 개인정보를 취득하는 것이며, 설치·작동 방법에 따라서는 개인의 사생활 영역내의 모습을 녹화·저장하는 것도 가능하다. 따라서, 범죄예방을 위한 CCTV 등 무인단속장비의 설치·운영은 CCTV 등 무인단속장비에 촬영되는 사람들의 초상권과 개인

23) 부산고법 형사제1부, 1999.5.17. 99노122; 서울고법 1998.3.27. 97나29686 등. 표창원, 앞의 논문, 22-23면 참조.

24) 국가인권위원회 2004. 4. 19.자 결정, 공공기관의 CCTV등 무인단속장비의 설치·운영 관련 정책 권고.

정보자기결정권 침해 문제를 야기할 수 있고, CCTV 등 무인단속장비의 설치 지역에 거주하는 주민의 사생활의 비밀과 자유를 침해할 수 있다. ... 범죄예방을 위한 CCTV 등 무인단속장비가 설치 목적에 맞게 제한적으로 사용되고, 개인의 초상권과 개인정보자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유권을 침해하지 않도록 설치에 대한 법적 근거 마련 및 그 운영 절차와 방법, 요건 등을 법률로 정할 필요가 있다.”²⁵⁾

나아가 국가위원회는 CCTV 등 무인단속장비의 설치·운영에 관한 법률의 제정에 있어서 반드시 포함되어야 할 사항들을 비교적 상세히 제시하고 있다.²⁶⁾

(2) 시흥시립도서관 CCTV 사례

시흥시립도서관은 개관 당시부터 심야의 무인경비시스템으로 CCTV를 설치, 운영하였으나, 열람실 내부에서 각종 도난사고가 발생하고 여자화장실내 불미스러운 사건 및 화재 등이 발생함에 따라 2003년 2월에 각 열람실 내부와 화장실 입구에 3대의 CCTV를 추가 설치하였다. 이에 도서관 열람실 내부에까지 CCTV를 설치, 운영하는 것은 도서관 이용자들의 사생활의 비밀을 침해한다는 취지의 진정이 국가인권위원회에 제출되었다.

이에 대해 국가인권위원회 제1소위원회는 2004년 7월 14일자 결정에서 기본권의 침해는 인정되나 이미 문제점이 시정되어 별도의 구제조치가 불필요하다고 하면서 국가인권위원회법 제9조 제1항 제3호에 따라 기각결정을 내렸다.²⁷⁾ 그 구체적인 언급내용을 살펴보면 다음과 같다.

즉, “현재까지 공공시설내 CCTV 설치, 운영에 관한 법률적 근거가 마련되지 않은 가운데 공공도서관의 열람실 내부까지 CCTV를 설치하여 이용자들의 모습을 촬영하고, 이를 도난 사고 예방이나 범죄자 적발에 이용한 것은 적법절차의 원리(헌법 제12조)를 위반하여 시민의 초상권(헌법 제10조) 및 사생활의 비밀과 자유(헌법 제17조) 등 기본권을 침해하는 것이고, 특히 모니터 화면을 개방된 장소에 공개함으로써 촬영 대상자의 모습이 불특정 다수의 공중에게 무차별적으로 보이게끔 방치하고 있는 것은 더욱 심각한 문제로 판단되나, 이에 대해서는 이미 우리 위원회가 공공시설내 CCTV 설치, 운영에 관한 법률 제정을 국회의장과 행정자치부장관에게 권고한 바 있고(2004. 4. 17. 국가인권위원회 결정), 위원회 조사과정에서 피진정인은 진정인의 요구를 받아들여 열람실내 CCTV를 열람석이 아닌 출입구 방향으로 촬영 방향을 조정하였고, 모니터 화면을 도서관 게시판 설치물로 막아 평소에는 아무도 이를 볼 수 없도록 조치하였으며, 관계기관인 문화관광부도 법률적 근거가 없는 상태에서 공공시설내 CCTV 설치·운영은 인권 침해 가능성이 높다는 점을 인정하고, 향

25) 국가인권위원회공보, 제2권 제3호, 381-384면.

26) 이에 관한 내용을 요약하면 다음과 같다. 1. CCTV 등 무인단속장비 설치 목적을 법률에서 명확히 규정하고, 특별한 경우를 제외하고는 목적외 용도로 사용할 수 없도록 할 것. 2. CCTV 등 무인단속장비 설치에 대한 사전, 사후 고지 의무 및 촬영대상자의 동의절차를 갖출 것. 3. CCTV 등 무인단속장비 관리에서 녹화 보존된 내용의 정확성을 확보할 것. 4. 촬영범위를 제한할 것. 5. 녹음기능을 사용할 수 없도록 할 것. 6. CCTV 등 무인단속장비로 촬영된 녹화기록물에 대한 제3자 제공에 대하여 엄격히 규제하고, 자료의 보유기간을 명시할 것. 7. 기술적 보안 조치는 물론, 운영 권한, 촬영된 자료에 대해서 접근할 수 있는 권한을 제한하는 등 인적 보안 조치를 할 것. 8. CCTV 등 무인단속장비 시스템의 기본적인 사항에 대해 모든 사람이 알 수 있도록 공지할 것. 9. CCTV 등 무인단속장비 운영에 대하여 정보주체의 관리 통제권을 보장할 것. 10. 설치, 관리, 유지와 관련하여 그 주체와 자격을 명확히 할 것.

27) 국가인권위원회 2004. 7. 14.자 03진인6416 결정, 공공기관의 CCTV등 무인단속장비의 설치·운영 관련 정책 권고.

후 법률 제·개정 전에 공공도서관내 CCTV를 부득이 설치할 경우에는 CCTV 설치 여부, 설치목적, 운영방법, 관리책임자 및 감독체계 등 기준과 절차를 마련하여 이용자들이 쉽게 볼 수 있는 형태로 공지하고, 일정 시기(15일) 경과 후 녹화된 정보가 자동 삭제되도록 하며, 보관된 정보의 유출 등 오남용 사례가 없도록 유의할 것 등을 공공도서관에 권고하였다. 따라서 이 부분에 대한 진정내용에 대해서는 별도의 구제조치가 필요하지 않은 경우로 판단된다.”²⁸⁾

(3) 기타 사례

1) 어느 정신의료기관에서 병동 화장실과 샤워장에 CCTV를 설치하여 환자들을 감시하고 있다며 제기된 진정과 관련하여 2005년 4월 25일 국가인권위원회는 피진정인에게 샤워장과 화장실의 CCTV의 촬영범위를 최소한으로 제한하여 인권침해가 발생하지 않도록 조치할 것을 권고한 바 있다.²⁹⁾ 국가인권위원회는 환자들이 사용하는 화장실과 샤워장에 CCTV를 설치하여 환자가 용변을 보거나 목욕을 하는 모습이 노출되도록 함으로써 헌법에서 보장하는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권(제10조), 사생활의 비밀과 자유(제17조)를 침해한 것으로 판단하였다.

2) 청송제2교도소 독거실에 CCTV를 설치한 것에 대해 헌법재판소는 2008년 5월 29일 헌법에 위반되지 않는다고 판시했다. CCTV에 관련하여 판시한 요지를 소개하면 다음과 같다. “이 사건 CCTV 설치행위는 행형법 및 교도관직무규칙 등에 규정된 교도관의 계호활동 중 육안에 의한 시선계호를 CCTV 장비에 의한 시선계호로 대체한 것에 불과하므로, 이 사건 CCTV 설치행위에 대한 특별한 법적 근거가 없더라도 일반적인 계호활동을 허용하는 법률규정에 의하여 허용된다고 보아야 한다. 한편 CCTV에 의하여 감시되는 엄중격리대상자에 대하여 지속적이고 부단한 감시가 필요하고 자살·자해나 흉기 제작 등의 위험성 등을 고려하면, 제반사정을 종합하여 볼 때 기본권 제한의 최소성 요건이나 법익균형성의 요건도 충족하고 있다.”³⁰⁾

(4) 평가

CCTV에 관한 국가인권위원회의 결정은 사법부의 재판이 아니지만, 인권보호를 목적으로 하는 국가기관의 유권해석이라는 점에서 큰 의미를 가진다고 할 수 있다. 특히 위의 2004년 4월 19일자 국가인권위원회 결정은 관련 법률의 정비방향을 아주 자세하게 제시하고 있을 뿐만 아니라, 문화관광부나 공공도서관협의회 등에 의해서 수용되고 있다.³¹⁾ 따라서 이 결정은 CCTV의 설치와 운영에 관한 한 중요한 선례로서 그 법적 지위를 가질 수 있다고 본다.

한편, 교도소 독거실 CCTV 사례에 대한 헌법재판소의 합헌결정은 CCTV에 관한 최초의 사법적 판단이라는 점에서 주목할 만하다. 하지만 행형의 목적에 지나치게 비중을 둔 나머지

28) 국가인권위원회공보 제2권 제4호 657-658면.

29) 국가인권위원회 2005. 4. 25.자 05진인550 결정, 시설과 관련한 인권침해.

30) 헌재 2008. 5. 29. 2005헌마137등, 계구사용행위 등 위헌확인 등, 판례집 제20권 1집 하, 187.

31) 2004년 7월 20일 국가인권위원회 보도자료 참조.

지 육안감시와 본질상 다른 점이 있음을 간과하였을 뿐만 아니라, 이른바 포괄적 수권이론에 기대어 법률유보원칙을 무색케 하였다는 점에서 비판의 여지가 있다고 본다.

IV. CCTV의 설치·운영에 따른 법적 문제점

1. 기본권의 제한 여부

내밀하거나 사적인 공간에서와 달리 다중이 접근할 수 있는 개방적인 공간에서 이루어지는 비디오감시로 인하여 과연 관련 기본권의 제한을 초래하는지에 대해서 의문이 제기될 수 있다. 이에 대한 부정적 견해는 주로 개방된 공간에서는 사생활보호에 대한 정당한 기대를 할 수 없다는 점,³²⁾ 개방된 공간에서 순찰 중인 경찰관이 육안으로 우연히 특정 개인의 이상한 행태에 주목하고 감시하는 경우와 다를 바 없다는 점³³⁾ 등을 논거로 내세운다. 이와 달리 기본권의 제한을 긍정하는 견해는 CCTV 감시가 육안에 의한 경우보다 훨씬 감시가 정밀하고 포괄적이며 다른 정보와 결합하여 개인의 사생활정보까지 추출해낼 수 있기 때문에 그로 인한 심리적 위축효과를 가변이 여길 수 없다고 주장한다.³⁴⁾ 생각건대 주변을 출입·통행하는 개인들에게 감시받는다는 불안감, 누가 자신의 용모나 행적 등에 관한 정보를 추적하여 활용할지 모른다는 걱정은 그 개인에게 자신의 행동거지에 항상 신경을 쓰도록 함으로써 개인의 자유로운 행동의 자유를 제약하는 결과를 가져올 수 있다고 본다. 이는 또한 카메라를 통해서 모니터에 전달된 영상이 개략적이어서 영상만 가지고는 영상에 잡힌 사람의 신원을 확인하기 어려운 경우에도 마찬가지로 할 수 있다. 영상의 개략성과 관계없이 개인이 감시받는다는 심리적 압박감을 받게 되고 또 그 영상을 녹화하여 확대함으로써 개인을 식별할 수 있는 기술적 가능성이 존재하는 한, 그러한 영상이 촬영될 때부터 이미 관련 개인의 기본권에 대한 제한이 존재한다고 보아야 할 것이기 때문이다.³⁵⁾

2. 제한되는 기본권

범죄 예방을 위하여 공공기관이 CCTV를 공공장소에 설치·운영하는 것은 그 설치지역과 운영방법 등에 따라 개인의 초상 그 자체뿐만 아니라 특정시간에 어디서 어떤 모습으로 누구와 함께 있었는가에 관한 개인정보를 취득하는 것이며, 설치·작동 방법에 따라서는 개인의 사생활 영역내의 모습을 녹화·저장하는 것도 가능하다. 따라서 범죄예방을 위한 CCTV

32) Q Burrows, Scowl Because You're on Candid Camera: Privacy and Surveillance, 31 Val. U.L. Rev. (1997), S. 1079(1090-1094) 참조.

33) R. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 2003, Rn. 179.

34) M. Dolderer, Verfassungsfragen der "Sicherheit durch Null-Toleranz", NVwZ 2001, S. 130 (131); W. Bartsch, S. 93 ff.; BVerwG, DVBl. 1989, 201; A. J. McClurg, Bringing Privacy Law out of the Closet: A Tort Theory of Liability for the Intrusions in Public Places, 73 N.c.L. Rev. (1995), 989, 1041.

35) 정태호, "CCTV감시에 대한 개인정보보호법의 규율에 대한 헌법적 평가", 「헌법학연구」 제14권 제1호, 2008, 172-174면.

의 설치·운영은 CCTV에 촬영되는 사람들의 초상권과 자기정보통제권을 제한하고, CCTV의 설치 지역에 거주하는 주민의 사생활의 비밀의 자유를 제한한다.

(1) 자기정보통제권

우리의 「공공기관의 개인정보 보호에 관한 법률」에서는 개인정보를 “생존하는 개인에 관한 정보로서 당해 정보에 포함되어 있는 성명·주민등록번호 등의 사항에 의하여 당해 개인을 식별할 수 있는 정보(당해 정보만으로는 특정개인을 식별할 수 없다 하더라도 다른 정보와 용이하게 결합하여 식별할 수 있는 것을 포함한다)”라고 정의하고 있다(제2조 제2호). 이러한 법률상의 정의에 따를 때, CCTV나 각종의 감시카메라 등에 의해 이루어진 촬영기록도 개인정보에 해당될 수 있다. 왜냐하면 공공기관이 범죄예방을 위해 CCTV로 공공장소에 있는 사람을 촬영한 영상은 언제 어느 곳에 있었으며, 그 시간에 누구와 함께 어떤 방향을 향해 가고 있었는가에 관한 개인의 행적을 담고 있기 때문이다. 뿐만 아니라 어떤 사람의 모습이나 음성을 담고 있는 사진이나 영상물 혹은 녹음테이프는 그 밖의 다른 정보와 결합하면 그 사람의 동일성을 확인할 수 있는 충분한 자료가 될 수 있다. 이처럼 그 자체로 혹은 다른 정보와 결합하여 거기에 담긴 인물이 누구인지 정확하게 파악해낼 수 있다면, 사진이나 영상물, 녹음테이프 등에 담긴 기록도 개인에 관한 정보라고 할 수 있는 것이다.

자기정보통제권이라 함은 “개인이 자신에 관한 정보의 흐름을 파악하여 통제할 수 있는 권리”로 간단히 정의될 수 있다. 이는 자신에 관한 정보의 생성과 유통, 소멸 등에 주도적으로 관여할 법적 지위를 헌법적으로 보장하기 위해 인정되는 것이라 할 수 있다. 이처럼 자신에 관한 정보를 형성·관리·처분하는 데 관여할 수 있는 개인의 권리는 기본적으로 사생활의 유지와 형성을 자율적으로 결정 내지 통제할 수 있는 사생활의 자유에서 나온다고 할 수 있다. 그것이 자신의 인격상의 형성에 이르게 되는 사항이라 하더라도 그 정보의 수집과 보유, 유통에 이르는 과정에 본인이 관여할 수 있는지 여부의 문제도 역시 정보주체에게 있어서 사생활의 유지와 형성에 관한 내용이라 할 수 있다. 물론 자신에 관한 정보가 모두 사적 영역에 속한다고 할 수는 없겠지만, 그러한 정보의 전파에 대해 스스로 통제하는 문제는 사생활의 자유에 포함되는 내용으로 이해될 수 있을 것이다.³⁶⁾

그런데 가령 범죄예방을 목적으로 24시간 CCTV로 거리를 촬영할 경우 국민을 잠재적 범죄자로 취급하는 것이 될 뿐만 아니라, 개인의 일상에 관한 정보를 무차별적으로 수집하는 것이 된다. 특히 그러한 CCTV의 촬영이 그 대상이 되는 개인의 승낙이나 동의를 얻지 않고 이루어진다면 개인의 인격권이나 사생활의 비밀과 자유에 대한 중대한 위협이 되지 않을 수 없다. 이러한 CCTV의 설치·운영은 자기정보통제권을 제한하는 결과를 초래한다고 할 수 있다.

물론 관련자가 명시적으로 목적이 구체화된 정보처리에 동의하지 않더라도 안전보장, 사회질서유지, 공공복리를 위하여 자기정보통제권에 대한 제한이 이루어질 수 있다. 하지만 이러한 자기정보통제권의 제한에는 반드시 법률의 수권이 있어야 한다. 이는 공권력의 발동에 법률상의 근거를 요구하는 법률유보의 원칙으로서 이해될 수 있으며, 헌법 제37조 제2항이 이를 규정하고 있다. 이 경우의 법률은 국회가 제정한 형식적 의미의 법률로서 그 절차나 내용상 합헌성이 인정되어야 한다.

36) 이에 관한 자세한 논의는 졸저, 개인정보보호와 자기정보통제권, 경인문화사, 2005, 94면 이하 참조.

(2) 초상권

초상권은 사람이 자신의 초상에 대하여 갖는 인격적·재산적 이익, 즉 사람이 자기의 얼굴 기타 사회 통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영되어 공표되지 아니하며 광고 등에 영리적으로 이용되지 아니하는 법적 보장이라고 할 수 있다.

우리 헌법상 국가가 보장하여야 할 인간으로서의 존엄과 가치는 생명권, 명예권, 성명권 등을 포괄하는 일반적 인격권을 의미하고, 이 일반적 인격권에는 개별적인 인격권으로서의 초상권이 포함되어 있는 것으로 파악된다.³⁷⁾ 따라서 이러한 초상권은 초상의 인격적 가치를 보호하는 것을 내용으로 하는 인격권의 일부로서 이해할 수 있다.³⁸⁾

초상권의 제한은 일차적으로 본인의 동의를 얻지 않고 은밀하게 혹은 일방적으로 촬영·작성·공표·이용 등의 행위를 할 경우에 발생한다. 이 경우 본인의 동의는 사전에 충분한 설명이 이루어져 있을 것을 전제로 한다. 따라서 동의가 있었다고 하더라도 본인에게 고지된 내용과 다르게 혹은 그 범위를 넘어서서 촬영 기타의 행위가 이루어졌다면 당연히 초상권의 제한이 있다고 해야 할 것이다.

가령 CCTV의 경우 사람은 무단으로 촬영되는 것을 아는 것만으로도 고통을 느끼는 경우가 있으므로 영상이 공표되지 아니하는 경우라도 초상을 촬영하는 자체만으로도 초상권의 제한에 해당할 수 있다. 또한 길거리나 광장 등 공공장소에 나왔다는 사실만으로 초상권을 포기한 것이라고는 볼 수 없고, 사회통념상 상당한 정도와 방법을 벗어난 촬영은 그들의 초상권을 제한하는 것이라고 해야 한다. 그리고 법적 근거가 있고 공익적 목적을 위해 설치되었다고 하더라도 촬영된 사진을 무한정 저장하거나 이용하는 행위, 당초의 목적과 다른 목적에 다시 사용하는 행위는 모두 초상권을 제한하는 것이 될 수 있다.

그런데 이러한 초상권도 역시 안전보장, 사회질서유지, 공공복리를 위하여 제한이 이루어질 수 있으나, 그 제한에는 형식적 의미의 법률에 근거할 것이 요구됨은 물론이다.

(3) 사생활의 비밀의 불가침

공공기관이 CCTV를 공공장소와 골목길 등에 설치·운영하는 경우, 설치 위치나 운영의 과정에서 CCTV 설치지역에 거주하는 주민이 사생활의 내용을 공개하지 아니할 권리를 제한하게 된다.

3. CCTV 설치·운영의 정당화 조건

(1) 기본원칙

1) 법률유보의 원칙

37) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2000, 364-365면 참조.

38) 정태호 교수는 사람의 초상을 사진이나 기타 유사한 화상의 형태로 고정된 개인정보의 일종으로, 초상권을 개인정보자결권의 구체화로 보아야 한다고 하면서, 비디오감시로 인한 초상권침해의 문제는 개인정보자결권 침해 문제의 테두리 안에서 함께 검토될 수 있다고 한다. 정태호, "CCTV감시에 대한 개인정보보호법의 규율에 대한 헌법적 평가", 「헌법학연구」 제14권 제1호, 2008, 171면.

은밀하게 자신의 일상생활과 초상에 관한 촬영이나 녹화를 당하지 않을 시민의 권리를 헌법상 보장되는 기본권으로 이해하는 이상, 그에 대한 제한은 우리 헌법 제37조 제2항에 따라 반드시 법률로써 하여야 한다. 물론 이 경우의 법률은 국회가 제정한 형식적 의미의 법률을 의미하며, 일반 국민의 관점에서 그 구체적인 의미와 내용을 이해할 수 있을 정도로 명확하게 규정되어야 한다.

여기서 규범명확성의 원칙은 특히 CCTV의 설치와 운용과 관련될 때 자신에 관한 초상 기타 개인정보가 어떤 구체적인 처리목적들을 위하여 필요한지를 해당 개인이 명확하게 인식할 수 있어야 한다는 요청으로 나타난다. 그리고 의도된 데이터처리의 목표는 물론 그 범위의 영역별로 법률에 명확하게 규정되어야 한다. 따라서 조직적이고 절차법적인 예방책들, 관찰기관들의 통지 의무, 관련자의 포괄적인 설명청구권 등에 관한 법률의 명시적인 언급을 통하여 누가, 언제, 어디에서 어떤 경우에 자기에 관하여 아는지 관련 시민이 알 수 있도록 보장되어야 한다. 특히 관련자가 법규정으로부터 그의 개인관련정보가 어떤 구체적인 행정목적들을 위하여 필요한지를 명백히 인식할 수 있어야만 한다.

2) 비례의 원칙

헌법 제37조 제2항은 국민의 기본권은 “필요한 경우에 한하여” 법률로써 제한할 수 있다고 규정함으로써 필요부득이한 경우에 최소한으로만 기본권을 제한할 수 있게 하고 있다. CCTV의 설치와 범죄수사에의 활용에 대해 법률에 근거를 두더라도 그것이 공권력에 의한 기본권의 제한을 가져오는 이상 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙을 준수해야 한다.

따라서 범죄의 예방이나 수사를 위한 CCTV를 통한 개인초상이나 행동의 촬영은 그러한 조치에 의하지 않고서는 범죄예방과 수사라는 목적을 효율적으로 달성할 수 없는 “필요한 경우에 한하여” 동원되는 보충적 수단이어야 한다. 즉, 범죄수사에서 CCTV에 찍힌 모든 통행인의 초상을 이용하지 않고도 범인을 잡아낼 수 있도록 범죄수사의 과학화, 범죄의 예방과 수사를 위한 인적·제도적 토대의 확충을 통해 범죄의 예방과 수사를 해야 한다.

또한, CCTV에는 범인의 초상이나 행동뿐만 아니라 범인 아닌 대다수의 선량한 통행인의 초상과 행동도 촬영되고 보관·관리되므로, 국민의 기본권 제한의 정도가 보다 덜 하도록 CCTV에 의한 촬영에 대해 통행인들의 명시적 동의를 받고 설치하거나, 야간시간대에 촬영을 허용하는 방법들을 강구하여 침해의 최소성을 충족시켜 과잉금지의 원칙을 위배하지 않아야 한다.

(2) 구체적 조건

먼저, 과거 지방자치단체에 의해 설치되어 운용되고 있는 CCTV에 관해서는 그 필요성, 설치지역 및 운영방법, 절차 등에 관한 판단이 경찰이나 지방자치단체 등에 전적으로 맡겨져 있다. 하지만 CCTV가 행인의 초상과 행적에 관한 개인정보 및 그 설치·운영에 따라서는 사생활을 촬영·녹화할 수 있어서 국민의 기본권을 제한하는 데 필요한 법적 근거를 요하는 것은 법률유보의 원칙상 당연하다. 따라서 범죄예방을 위한 CCTV가 설치 목적에 맞게 제한적으로 사용되고, 개인의 초상권과 개인정보자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유권을 침해하지 않도록 설치에 대한 법적 근거 마련 및 그 운영 절차와 방법, 요건 등을 법률로 정할 필요가 있다. 현재는 「공공기관의 개인정보 보호에 관한 법률」과 동법 시행령에

CCTV에 관한 규정을 두게 되어 이러한 문제점은 다소 희석되었다. 하지만 그것만으로 법적 규율이 충분하다고 보기는 어려우므로, 법률에 좀 더 많은 규정을 두는 방향으로 가는 것이 좋을 것이다. 그와 별도로 관련 법률의 내용을 보충할 필요가 있는 사항에 관해서는 지방자치단체의 경우 CCTV 관련 조례를 마련하는 것이 바람직할 것으로 본다.

다음으로, 방법용 CCTV의 설치와 운용은 범죄를 예방하고 범인을 용이하게 검거하기 위한 것이므로, 그 목적이 국민의 생명과 신체의 안전, 재산 등을 보호함으로써 공공의 안녕과 질서를 확보하는 데 있다고 할 것이다. 그렇다면 이러한 목적은 질서유지라는 헌법적 가치에 부합하는 것으로 그 정당성이 인정된다고 하지 않을 수 없다. 그리고 그러한 질서유지의 목적을 달성하는 데 있어서 CCTV의 설치와 운용이 효과적이고 필요한 수단이 될 수 있다. 이 점에 대해서는 범죄의 일시적 감소가 있을지 모르지만 전체적으로 볼 때 그 효과가 미미할 뿐이라는 반론이 있을 수 있겠다. 그러나 감시장치의 설치만으로도 심리적 위축감을 가져올 수 있다면 그 정도만으로도 수단의 적합성은 인정하는 데는 어려움이 없다고 본다.

하지만 단지 경찰력 투입에 비해 방법상의 효과가 크다는 식으로 행정효율성의 측면만을 강조하여 CCTV를 구분별하게 설치·운영하는 것은 피해의 최소성이나 범익의 균형성의 관점에서 허용될 수 없다. 아무리 범죄로부터 주민을 보호하는 것이 공공기관의 책무라고 할지라도, 그 목적을 달성하는 데 동원되는 수단이 필요최소한에 그치고 국민의 기본권을 제한함으로써 초래되는 피해와 그를 통해 보호되는 이익 사이에 합리적인 비례관계가 인정될 수 있어야 하는 것이다. 일반적으로 CCTV의 설치가 범죄예방에 긍정적 효과를 나타내는 것으로 추단되는 경향이 있으나, CCTV의 설치로 인한 범죄예방적 실제적 효과에 대해서는 논란이 있다. 최근의 강호순 사건에서도 피해자 실종지 인근 CCTV에 찍힌 무려 7천여 대의 차량기록을 분석한 결과 범인검거에 성공할 수 있었다. 그리고 강호순은 마지막 범행 후 성포동 은행 CCTV에 현금인출 모습을 의도적으로 노출시켜 기존 범죄와의 연관성을 오인하도록 해 오히려 수사방향에 혼선을 주기도 하였다. 이는 CCTV도 막대한 인력이 뒷받침되어야 효과를 볼 수 있고, 때로는 그것이 수사에 걸림돌로 작용할 수도 있다는 점을 보여주는 대목이라고 할 수 있다. 나아가 최근 교도소에 수감된 200명의 강력범을 대상으로 실시한 한 연구기관의 조사에 따르면 절반 이상이 범행 시 CCTV설치 여부에 개의치 않은 것으로 나타났다.³⁹⁾ 안경률 한나라당 의원이 2008년 10월 경찰청 국정감사에서 밝힌 자료에서도 방법용 CCTV 증가와 범죄 예방률은 거의 관계가 없는 것으로 드러났다. 서울지역에 설치·운영되고 있는 방법용 CCTV 총 1,797대(2008년 8월 기준) 중 가장 많은 수가 운영되고 있는 강남 등 5개 지역(761대)의 2007년도 5대 범죄 발생 변동내역을 보면 4.5%가 증가해 서울시 전체 증가율 3.8%보다 오히려 높게 나타났다. 반면 최다 운영 지역 방법용 CCTV 설치 대수의 6분의 1 정도(128대)에 불과한 종암 등 최소 운영 5개 지역의 전체 범죄 증가율은 3.6%로 조사되었다. 이는 CCTV의 수와 범죄 증가율과는 크게 상관이 없음을 보여주고 있다.⁴⁰⁾

또한 앞에서 보았듯이 상당수의 지방자치단체에서 법에서 금지하고 있는 녹음, 확대, 회전 등의 특수기능을 갖춘 CCTV가 설치·운영되는 사례가 발견되기도 한다. 더군다나 조직적·기술적 안전장치가 충분히 갖추어져 있지 않으며, 촬영된 영상물에 대한 정보주체의 열람이나 정정·삭제·폐쇄 등의 권리도 보장되고 있지 않다. 요컨대 방법의 목적을 위해 필

39) 마이데일리, 2009. 2. 23. 앞의 기사 참조.

40) 스포츠서울, 2009. 1. 5. “‘무용지물’ CCTV, 무너만 CCTV?” 기사 참조.

요한 것이기는 하지만, 그 설치와 운용에 있어서 폐해를 최소화하기 위해 법제도를 개선해야 할 부분이 아직도 많이 남아 있는 것으로 판단된다.

V. 법제정비의 방향

오늘날 개인의 일상을 상시적으로 그리고 정밀하게 감시할 수 있는 고성능의 장비로서 활용되고 있는 CCTV는 누군가에 의해 다시 감시되지 않으면 안 되는 존재로서 인식되고 있다. 그것도 이중삼중의 엄격한 상호 체크시스템이 필요하다는 점이 강조되고 있다. 사정이 이러함에도 불구하고 CCTV의 설치와 이용에 관한 적절한 법적 규율이 이루어지고 있지 않고 있다는 것은 기본권보장의 책무를 국가가 다하지 않는 것이라고 할 수 있다.

이러한 점에서 CCTV의 공적 설치 및 운영과 관련하여 「공공기관의 개인정보 보호에 관한 법률」에 관련 규정을 둔 것은 그 나름대로 큰 의미가 있다고 본다. 다만 그 구체적인 요건, 절차, 감독기관, 개인의 권리 등에 관한 규정이 없다는 점에서 여전히 법제의 보완이 필요하다고 생각한다. 향후 개인정보보호에 관한 법제를 통합기본법으로 정비할 경우 국제 가이드라인과 외국의 입법례를 참고하여 비디오감시에 관한 원칙을 정하는 규정을 두어야 할 것이다. 그와 별도로 CCTV를 설치할 수 있는 주체, 설치장소, 장비의 종류, 그 운영방법과 절차, 본인에 의한 통제방법, 감독기관의 감독 등을 포괄적으로 규정하는 비디오감시 관련 특별법을 제정하는 것이 바람직할 것으로 본다.

이러한 법제의 정비 과정에서 CCTV의 설치와 운영에 관한 법적 기준은 다음과 같은 사항들을 포함하는 형태로 구체화되어야 할 것이다.

첫째, CCTV를 설치하기 전에 그로 인해 영향을 받는 이들에게 사전에 설치사실을 충분히 공지하여야 한다. 고지의 내용은 설치목적, 장소, 기기의 성능, 관리책임자(기관) 등의 내용을 포함해야 하며, 동의를 구해야 하는 경우에는 동의의 절차, 대상 등에 대해 규정하여야 한다.

둘째, 모니터링 과정에 범죄혐의가 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우 외에는 화면에 잡힌 사람의 얼굴을 줌인 기능을 이용하여 확대 촬영할 수 없도록 하거나, CCTV가 공공 도로가 아닌 개인의 집안을 촬영할 수 없도록 회전 기능의 사용을 제한하는 규정을 둘 필요가 있다.

셋째, CCTV에 촬영된 자료는 범죄의 증거로 쓰일 수 있는 만큼 CCTV에 기록된 내용이 사실과 다를 경우 억울한 사람이 범죄자로 누명을 쓰는 경우가 발생할 수 있다. 따라서 화질, 촬영장소, 시간 등에 대한 기록이 정확해야 하고, 화질 등에 대하여는 최저한도의 화질 기준을 설정할 필요가 있다.

넷째, 현재 우리나라에서 공공기관이 설치하고 있는 CCTV의 용도는 방법용 이외에도 교통흐름 조사용, 교통법규위반차량 단속용, 쓰레기무단투기 단속용 등이 있다. 그런데 이러한 다양한 목적으로 CCTV가 활용된다는 것은 그것이 최초 설치된 목적외 용도로 사용될 가능성이 있음을 말해준다고 할 수 있다. 따라서 그 오남용을 막기 위해서는 엄격한 목적구속의 원칙을 관철함으로써 촬영되는 사람들의 인권침해를 최소화해야 할 것이다.

다섯째, CCTV로 촬영된 녹화기록에는 개인의 초상 및 언제 어느 곳에 누구와 함께 있었

는가에 관한 개인의 행적을 담고 있으며, 그 녹화기록물은 보유목적 외에 다른 행정목적이나 범죄 목적으로 사용될 가능성이 있으므로, 당사자의 동의나 적법한 근거에 따라서만 제3자에게 제공할 수 있도록 해야 한다. 그리고 보유기간에 대해서도 필요이상 오랜 기간 보유할 수 없도록 하고 수사나 재판자료로 사용되는 경우를 제외하고는 범죄예방이라는 목적과 무관함이 판명되는 대로 신속하게 정보를 파기하도록 해야 한다.

여섯째, CCTV를 운영하는 자가 개인의 초상권과 사생활을 침해하지 않도록 자격과 교육을 받은 사람만이 운영할 수 있게 엄격히 제한해야 하며, CCTV에 의해 촬영되고 저장된 자료에 대해 접근할 수 있는 권한도 제한해야 한다. 또한 범죄 수사나 증거 확보를 이유로 녹화기록을 사후에 재생하는 경우에, 그 운영권한, 일지의 기록과 관리 등 요건과 필요한 절차에 관한 규정을 마련해야 한다.

일곱째, 현재 운영되는 다양한 행정목적의 CCTV의 경우 그 성능 및 제조원, 기기의 관리주체를 알 수 없는 경우가 대부분이다. 현재 우리나라에서는 경찰, 지방자치단체, 개인 등이 CCTV를 운영하고 있는데, 국민일반이 그 운영주체를 쉽게 알 수 있는 방법이 없다. CCTV의 제조원과 성능, 설치 위치, 목적, 관리 책임자, 연락처 등에 대해서 관보, 홈페이지 등에 게시하고, 정기적으로 최신의 상황을 반영하도록 하며, 정기적으로 국회 또는 지방 의회에 제반 사항을 보고하도록 해야 한다.

여덟째, CCTV에 의해서 영향을 받는 모든 개인에게 그 운영에 관해 의견을 제시할 수 있는 권리를 보장해야 한다. 기본적으로 자신과 관련된 정보의 존재 확인, 열람요구, 이유부기, 이의제기 및 정정·삭제·보완 청구권을 가지며, 열람요구나 정정 신청 등을 거부할 경우 그에 대한 불복신청과 손해발생시 권리구제 절차를 규정해야 한다.

아홉째, CCTV가 설치 목적에 부합하게 제한된 범위 내에서 적절하게 운영될 수 있도록 관리하고, CCTV로 인한 문제가 발생하였을 경우 책임소재를 명확하게 할 필요가 있다. 따라서 CCTV의 설치, 관리, 유지와 관련하여 그 주체를 분명히 밝혀야 하고, 자격요건도 명확히 해야 한다.

열째, CCTV의 운영주체에 따라 적절한 감독기관을 지정하여 수시로 감독을 실시함으로써 책임 있는 CCTV의 운영이 될 수 있도록 유도하여야 한다. 그리고 영상기록정보에의 무단접근, 목적외의 제3자 제공 등 CCTV의 오남용행위에 대해서는 관련자를 행정적 제재나 형사처벌의 형태로 엄중하게 책임을 물어야 할 것이다. 현행 「공공기관의 개인정보 보호에 관한 법률」은 공공기관의 개인정보 이용에 대한 감독기능을 행정안전부에 부여하고 있는데, CCTV를 통한 감시활동의 감독기구도 역시 행정안전부이다. 행정안전부는 그 스스로가 개인정보를 업무에 이용하는 대표적인 공공기관의 하나이다. 따라서 다른 중앙부처의 개인정보 오남용을 역시 중앙부처중의 하나인 행정안전부가 효과적으로 감독할 수 있을지도 의문이다. 이러한 점에 비추어볼 때 독립적인 개인정보보호기구를 두어서 CCTV의 설치와 운영을 감독하고, 그로 인한 피해의 예방이나 구제 등의 업무도 함께 담당하도록 하는 것이 바람직할 것이다.

2009년도 (사)유럽헌법학회 임원명단(2008.12.23-2009.12.11)

고 문 : 석종현, 조병윤, 김효진, 성낙인, 정순훈, 김해룡,
은승표

회 장 : 박인수

차기회장 : 변해철

환경포럼대표 : 이광운

경제포럼대표 : 이동수

감 사 : 윤재만, 이동훈

부 회 장 : 권영호, 김세규, 김영환, 박선영, 신봉기, 심경수, 이기우, 이재삼, 이종영,
장영수, 정극원, 정연주, 정재황, 정준현, 조홍석, 지대남.

상임이사 : 신봉기(총무), 송동수(기획), 김대환(학술), 박진완(재무), 정극원(출판),
이종수 · 전학선 · 홍완식(국제), 김용섭 · 장병연 · 조만형(홍보),
고문현 · 김경제 · 박민 · 정이근(섭외), 민병로 · 조소영 · 최용
전 · 표명환(정보)

상임간사 : 서보건(총무), 정문식(기획), 이상경 · 신옥주 · 전훈(학술), 박문석 ·
서정욱(재무), 김성배 · 조재현 (출판), 강기홍 · 권현영 · 지성우(국
제), 김종세 · 이부하(홍보), 박진애 · 손재영 · 정종길 · 한동훈(섭
외), 이상해 · 장철환(정보).

§유럽헌법연구 제5호(2009년 6월 30일 간행) 원고모집안내§

<아래>

1. 논문주제: 유럽헌법관련 또는 헌법과 행정법분야에 관한 일반 연구논문
2. 논문작성요령:
 - 분량: A4용지 기준으로 15장 내외를 기준으로 합니다.
 - 논문은 제목, 본문, 주제어 순으로 작성하여야 하며, 논문 제출시 아울러 외국어 제목, 외국어 성명 및 소속, 한글주제어, 외국어주제어 및 한글초록과 외국어 초록을 함께 제출하여야 합니다.
3. 논문제출방법:

논문제출은 아래 방법으로 하시면 됩니다.

(1) 파일 이메일 송부 :
정극원 교수(출판이사, 대구대, jkw@daegu.ac.kr),
조재현 교수(출판간사, 동아대, jjh21@dau.ac.kr)
김성배 교수(출판간사, 대구대, sbkimlaw@daegu.ac.kr)
에게 작성한 논문파일만 보내 주시면 됩니다.

(2) 논문출력본과 디스켓 우편송부: 제출하지 않셔도 됩니다.
4. 논문제출기한: 2009년 6월 1일(학회지발간일: 2009년 6월 30일)