

## 테러방지를 위해 연방범죄수사청에게 부여된 비밀감시조치 권한의 위헌성<sup>1)</sup>

### 1. 사실관계

헌법소원은 테러방지를 위해 연방범죄수사청법(Bundeskriminalamtgesetz, BKAG)에 새로이 추가된 연방범죄수사청(Bundeskriminalamt)에게 비밀감시조치 권한을 부여하는 조문을 대상으로 하고 있다.

문제되는 개별 조문을 살펴보면, 연방범죄수사청법 제20g조는 연방범죄수사청에게 다양한 감시수단을 사용할 수 있도록 하고 있다. 즉, 장기간의 관찰, 사진촬영, 주거 공간 외에서의 대화 감청 및 정보원과 비밀수사관의 투입이 가능해진다. 같은 법 제20h조는 주거 공간을 시각적·청각적으로 감시할 수 있도록 하였다. 같은 법 제20k조는 정보기술체계 감시를 위한 법적 근거이며, 이러한 감시방법 중 일례로 트로이목마 바이러스를 사용한 컴퓨터 하드디스크 접근을 허용하고 있다. 같은 법 제20l조는 연방범죄수사청에게 전화통화 감청 권한을 부여하고 있다. 또한 연방범죄수사청은 같은 법 제20j조를 통해 저인망 수사(Rasterfahndung) 권한을 부여받고, 전화통신정보를 수집할 권한(같은 법 제20m조)을 부여받는다. 같은 법 제20u조는 종교인·형사변호인·연방의회 의원에 대한 감시조치는 허용하고 있지 않으나, 형사변호인이 아닌 변호사나 언론인·의료인·세무사 등 특정 직업군에 대한 감시조치는 비례성심사를 통해 가능할 수 있도록 규정하고 있다. 같은 법 제20v조는 정보의 사용과 전달을 규정하고 있는데, 국내 행정청인 연방과 주의 헌법수호청(Verfassungsschutzbehörde), 국방보안국(militärischer Abschirmdienst)과 연방정보부(Bundesnachrichtendienst)에 정보를 전달하는 것을 포함한다. 같은 법 제14조에서는 연방범죄수사청을 통한 외국으로의 정보 전달을 규정

1) 2016년 4월 20일자 사건번호 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09.

하고 있다. 같은 법 제20w조는 조치 종료 후 통지의무를 규정하고 있다.

사건번호 1 BvR 966/09의 청구인은 전 연방장관, 전 국무장관, 변호사, 기자, 의료인이며, 사건번호 1 BvR 1140/09의 청구인은 녹색당(BÜNDNIS 90 / Die GRÜNEN)에 속한 9인의 전·현직 연방의회 의원이다. 이들은 계쟁 규정이 구체적 위협 없이도 감시조치를 가능하게 한다고 주장하였다. 감시권한의 대상이 너무 광범위하고, 주거 공간의 감시는 대상자의 사적 영역 및 내밀영역을 과도하게 침해할 소지가 있다는 것이다. 또한 직업상 비밀유지를 요하는 직업군의 보호가 충분하지 않으며, 의뢰인이나 환자와 신뢰관계에 있는 직업군의 비밀엄수의무가 무의미해졌다며 비판하였다. 나아가 연방범죄수사청이 국내외의 여러 행정청에 광범위한 정보를 제공함으로써 한 번 수집된 정보가 광범위하게 새로운 목적을 위해 사용될 수 있다는 점을 비판하였다. 마지막으로 감시대상자에게 감시 사실을 통지할지의 여부가 수사청의 재량에 달려 있으므로 법원의 심사 없이도 5년 동안은 통지할 필요가 없다는 점을 비판하였다.

## 2. 결정요지

(1) 연방범죄수사청법 제20h조 제1항 제1c호는 기본법 제13조 제1항<sup>2)</sup>에 위배되므로 무효이다.

(2) 연방범죄수사청법 제20v조 제6항 제5문은 기본법 제1조 제1항<sup>3)</sup>과 연계한 기본법 제2조 제1항<sup>4)</sup> 및 각각 기본법 제19조 제4항<sup>5)</sup>과 연계한 기본법

---

2) [기본법 제13조 제1항]

주거는 불가침이다.

3) [기본법 제1조 제1항]

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

4) [기본법 제2조 제1항]

모든 사람은, 다른 사람의 권리를 침해하지 않고 헌법질서나 도덕률에 반하지 않는 한, 자신의 인격을 자유로이 발현할 권리를 가진다.

5) [기본법 제19조 제4항]

공권력에 의하여 권리를 침해당한 자에게는 권리구제절차가 열려 있다. 다른 관할이 설정되어 있지 않는 한, 통상적 권리구제절차가 인정된다. 제10조 제2항 제2문에 대하여는 아무런 지장을 초래하지 않는다.

제10조 제1항<sup>6)</sup>, 제13조 제1항에 위배되므로 무효이다.

(3) 연방범죄수사청법 제14조 제1항(제1문 제2호 제외), 제20g조 제1항 내지 제3항, 제20h조, 제20j조, 제20k조, 제20l조, 제20m조 제1항 및 제3항, 제20u조 제1항 및 제2항, 제20v조 제4항 제2문, 제5항 제1문 내지 제4문(제3문 제2호 제외), 제6항 제3문은 기본법 제1조 제1항과 연계한 제2조 제1항, 제10조 제1항, 제13조 제1항 및 제3항<sup>7)</sup>에 - 기본법 제1조 제1항, 제19조 제4항과 연계하여서도 - 합치되지 아니한다.

(4) 새로운 규정이 늦어도 2018. 6. 30.까지 마련되기 전까지는 기본법에 합치되지 않는다고 선언된 규정들은 특정 부가의무를 준수하는 한에서 적용된다.

### 3. 이유

(1) 위험방지와 범죄행위 예방을 위해 개인과 관련된 정보를 비밀리에 수집하는 연방범죄수사청의 계쟁 권한은 기본권인 주거의 불가침, 통신의 비밀 및 자기정보결정권, 정보기술체계에 대한 신뢰 및 불가침성에 관한 기본권에 대한 제한이다. 이러한 강도 높은 기본권 제한과 국민을 보호해야 하는 국가의 의무 사이에서 균형점을 찾는 것이 입법자의 과제이다. 먼저, 계쟁 권한들이 대부분 사적 영역에의 심각한 제한을 가능하게 하고 사건에 따라서는 인간의 존엄성 보장과도 관련되어 특별히 보호되는 사적인 공간의 감시까지 가능하게 한다는 점을 감안하여야 한다. 다른 한편으로는 민주·자유 질서와 기본권 보호를 위한 테러방지에 효과적인 수사 수단의 중요성을 고려해야 한다. 국가의 안위와 개개인의 존엄성과 고유의 가치를 고려하여 보장되어야

6) [기본법 제10조 제1항]

서신의 비밀과 우편 및 통신의 비밀은 불가침이다.

7) [기본법 제13조 제3항]

누군가 법률에서 개별적으로 정한 특별히 중대한 범행을 저질렀다는 혐의가 특정한 사실에 의해 근거지워지고, 사실관계의 탐지가 여타의 방법으로는 지나치게 어려워지거나 가망이 없을 경우, 범행의 소추를 위하여 법관의 명령에 근거하여 피의자가 머무는 것으로 보이는 주거의 감청을 위한 기술적 장비가 설치될 수 있다. 이 조치에는 기한을 정해야 한다. 위 명령은 세 명의 법관으로 구성되는 합의체재판부에서 내린다. 지체의 우려가 있는 경우에는 1인의 법관도 위 명령을 내릴 수 있다.

하는 국민의 안전은 다른 고차원적 헌법 가치들과 동일한 선상에 있다.

(2) 연방법죄수사청에 부여된 권한은 원칙적으로는 문제가 없다. 그러나 그러한 권한이 사적 영역에 깊이 간여하는 경우에는 형성에 있어서 비례원칙의 요청에 구속된다.<sup>8)</sup> 특히 중대한 법익을 보호하기 위해서만 권한이 사용되어야 하며, 이러한 법익에 대한 위협이 충분히 구체적으로 예견될 수 있는 경우에만 권한은 헌법에 합치된다. 감시대상 인물 주변의 제3자에게는 제한된 요건 하에서만 권한을 행사할 수 있다. 엄격하게 보호되는 사적 생활의 핵심영역을 침해할 수 있는 권한에는 특수한 보호규정이 있어야만 한다. 직무상 비밀 엄수를 해야 하는 직업군에 대한 충분한 보호도 필요하다. 나아가 권한에는 투명성, 개인의 권리보호 및 감독과 통제가 헌법상 요구된다. 여기에는 조치 실행 후에 당사자에게 통지해야 하는 의무, 법관의 통제권한, 정기적인 감독·통제 및 의회와 공공에 대한 보고의무가 해당된다. 마지막으로 권한에는 삭제의무가 부가되어야 한다.

(3) 계쟁 규정은 많은 측면에서 이러한 요구를 충족하지 못한다.

1) 관찰·녹음·녹화·위치측정장치를 통한 추적 또는 감시요원 투입 등을 통한 주거공간 외부에서의 감시에 관한 규정은 충분히 제한되어 있지 않다(연방법죄수사청법 제20g조 제1항 내지 제3항). 입법자는 이러한 조치들을 구체적인 위협에 대한 예방뿐만 아니라 범죄 방지에도 적용할 수 있도록 하고 있다. 그러나 이는 원칙적으로 일정한 요건을 충족시키는 경우에만 가능하다. 즉, 최소한 구체적이고 예상 가능한 사건이 인지되는 경우 또는 장래 테러행위를 할 구체적 가능성을 뒷받침하는 개인의 행동이 포착되는 경우에만 가능하다. 하지만 계쟁 조문은 그러한 요건을 포함하고 있지 않으며 행정청과 법원에 충분히 특정된 기준을 제공하지 않기에 비례원칙에 어긋나는 광

8) BVerfGE 67, 157 <173>; 70, 278 <286>; 104, 337 <347 ff.>; 120, 274 <318 f.>; 125, 260 <316> 참조.

범위한 조치가 허용될 위험이 있다. 동 조문은 내밀한 상황을 부분적으로라도 포착할 수 있는 조치를 허용하고 있는데, 내밀영역에 관한 탐지는 국가에게 금지되어 있다. 입법자는 따라서 사생활의 핵심영역을 보호하기 위해 정보수집 차원뿐만 아니라 정보활용에 관한 보호규정을 제정해야 한다. 현재로서는 이러한 규정이 없다. 또한 장기간의 관찰 또는 비공식적인 대화를 감시하는 경우에 요구되는 법관유보(같은 법 제20g조 제3항)는 조치 시행 후 첫 1개월 동안은 사전 법관명령이 없더라도 감시가 허용되기 때문에 내용이 불충분하다.

2) 시청각적 감시를 허용하는 주거공간 감시에 관한 규정(연방범죄수사청법 제20h조)은 비례원칙의 요구를 부분적으로만 충족하고 있다. 동 규정에서는 주거공간을 감시하는 경우에 동반자나 자주 접촉하는 자의 감시도 허용하고 있는데 이는 기본법 제13조 제1항과 제4항<sup>9)</sup>에 합치되지 않는다. 주거공간의 감시는 사적 영역에 매우 깊게 침범하는 중대한 제한이다. 따라서 이러한 감시조치는 감시대상자의 대화에만 한정되어야 상당성(Angemessenheit)이 보장될 수 있다.

동 조문에서 규정하는 사생활의 핵심영역 보호는 헌법상 충분하지 못하다. 주거공간의 감시는 사적 영역에 깊이 침투할 수 있으므로 핵심영역 보호는 매우 엄격히 요구된다. 그러한 조치가 행해진 뒤에는 -지체의 위험이 있는 경우를 제외하고- 독립된 기관이 우선적으로 모든 정보를 검토하여 지극히 사적인 정보가 포함되어 있는지의 여부를 살핀 다음에 연방범죄수사청이 정보를 사용할 수 있도록 하여야 한다. 이 규정은 이를 보장하고 있지 아니하다.

---

9) [기본법 제13조 제4항]

주거의 감시를 위한 기술적 장비는 오로지 법관의 명령에 기해서만 공공의 안전에 대한 급박한 위험, 특히 공동의 위험이나 생명의 위험을 막기 위하여 설치할 수 있다. 지체의 우려가 있는 경우에는 법률에서 정한 다른 기관도 이 조치를 명할 수 있다. 이 경우 사후에 지체 없이 법관의 판단을 받아야 한다.

3) 정보기술체계의 접근 규정(연방범죄수사청법 제20k조)도 사생활의 핵심영역 보호에 관한 내용을 충분히 담고 있지 않다. 수집된 정보를 신뢰할 수 있는 독립된 외부기관에서 검토하는 절차가 빠져 있기 때문이다. 동 조문에서는 이러한 검토를 대부분 연방범죄수사청 근무자에게 맡기고 있으나, 이는 충분한 독립성을 보장할 수 없다.

4) 실시간 통화감시에 관한 규정(연방범죄수사청법 제20l조)은 헌법에 부분적으로만 합치된다. 특히 범죄예방을 목적으로 통화감시를 확대하는 규정은 명확하지 않으며 너무 광범위하여 비례의 원칙에 어긋난다. 통화정보수집에 관한 규정(같은 법 제20m조 제1항과 제3항)도 같은 문제점을 안고 있다.

5) 모든 계쟁 수사·감시권한에는 계쟁 권한의 비례성을 보장하는 부속 규정이 빠져 있다. 직무상 비밀엄수를 해야 하는 직업군의 보호는 부적절하게 형성되어 있는데, 형사변호인과 그 외의 변호사를 구별하여 규정한 점이 특히 그러하다. 감시조치는 형사소추가 아닌 위협의 예방을 목적으로 하는데 그러한 구분은 법적 조력자를 보호하기에 적절하지 않다.

투명성과 개인의 권리보호, 감독 및 통제를 보장하기 위한 규정은 헌법상의 요구를 온전히 충족하지 못하고 있다. 정기적인 감독과 통제, 총체적인 기록의무에 관한 충분한 요건, 즉 개별 감시조치를 지속적으로 평가할 수 있으며 의회와 공공에 대한 보고의무가 충족될 수 있는 요건 역시 부재하다.

삭제규정은 헌법상 요구사항을 부분적으로만 충족하고 있다. 목적달성 이후에도 형사소추나 범죄방지 또는 장래 중요한 범죄소추의 대비를 위해 필요한 경우 수집한 정보를 삭제하지 않을 수 있게 한 규정(연방범죄수사청법 제20v조 제6항 제5문)은 헌법에 위배된다. 이처럼 새로운 목적을 위한 정보 저장과 사용을 허용하는 것에 대한 법률상의 수권 근거는 존재하지 않으며 그러한 근거가 제정될 수도 없다. 연방범죄수사청이 작성해야 하는 삭제기록 문서의 보관 기한은 너무 짧아서 추후 통제가 충분히 보장될 수 없으므로

적절하지 않다.

(4) 판례는 수집된 정보를 기존 수사절차 외에서도 사용할 수 있는 요건을 두 가지로 구분하고 있다. 구분의 기준은 정보수집의 목적과 연관성이 있는지 여부다.

1) 원래의 수집 목적과 연관된 정보의 사용(계속사용, weitere Nutzung)은 원칙적으로 허용된다. 즉, 수집권한이 있는 행정청이 정보를 동일한 법익보호와 동일한 범죄 소추 또는 방지를 위해 동일한 책임범위 내에서 사용하는 정보의 계속사용이 허용된다. 하지만 이는 중대한 제한인 주거공간 감시나 정보기술체계 감시로 수집한 정보에는 적용되지 않으며, 이러한 경우에는 위험상황의 요건이 충족되는 때에만 계속사용이 가능하다.

2) 원래의 정보수집 목적에서 벗어난 정보의 사용(목적변경, Zweckänderung)은 특정한 한도 내에서만 가능하다. 목적변경의 비례원칙적 요건은 ‘신규 정보수집 가정의 원칙(Grundsatz der hypothetischen Datenerhebung)’에 따른다. 즉, 기존의 정보를 법익보호나 범죄탐지 등 다른 목적을 위해 사용하는 경우에는 이러한 목적이 그 자체만으로 헌법상 새로운 정보수집이 요구될 수 있을 만큼 중대하여야 한다. 구체적 위험상황은 원칙적으로 요구되지는 않으나 주거공간 감시나 온라인 감시는 중대한 제한이므로 목적변경의 경우에도 위험상황의 요건이 충족되어야 한다.

(5) 위의 원칙은 국내 행정청으로 정보를 제공함에 있어서 부분적으로만 충족되고 있다.

1) 테러방지업무를 위해 연방범죄수사청이 수집한 정보를 계속사용하는 것은 문제가 없다(연방범죄수사청법 제20v조 제4항 제2문 제1호). 그러나 주

거공간 감시와 온라인 감시를 통해 수집한 정보의 특수성을 고려한다면 긴급한 위험상황이나 구체화된 개별 위험상황에서만 계속사용이 허용되어야 한다. 증인이나 인물보호를 위해 수집된 정보를 사용할 권한 규정(연방범죄수사청법 제20v조 제4항 제2문 제2호)은 명시적이지 않으며 헌법상의 요구를 충족하지 않는다.

2) 연방범죄수사청이 수집한 정보를 구체적인 수사 동기가 없더라도 일반적인 테러범죄 방지를 위해 다른 국내 행정청에 제공할 수 있도록 규정한 조문(연방범죄수사청법 제20v조 제5항)은 위헌이다. 동 규정에서는 형사소추를 위해서도 정보를 전달 가능하도록 하고 있는데 이는 헌법에 합치되지 않는다. 이 규정은 형사소송법상 요구되는 정보전달의 제한을 충족시키지 않으며 주거공간이나 온라인 감시를 통해 수집한 정보를 중범죄에 한하여 사용하도록 하지 않고 있다. 이 규정은 기본법 제13조 제3항과 제4항에 따른 주거공간의 시각적 감시를 통해 얻은 정보는 위험방지 목적으로만 사용될 수 있으며 형사소추 목적으로는 사용될 수 없는 점을 간과하여 형사소추기관에 그러한 정보를 제공하는 데에 제한을 두지 않고 있다. 이렇듯 헌법수호청, 국방보안국, 연방정보부에 정보를 제공하는 권한은 너무 광범위해서 비례원칙에 어긋난다(연방범죄수사청법 제20v조 제5항 제3문 제1호, 제4문).

(6) 국외로 정보를 전달한 후에는 기본법상 보장이 더 이상 적용될 수 없고 대신 해당국의 기준이 적용된다. 하지만 개인과 관련된 정보를 국외로 전달하는 결정에 있어서는 독일의 국가권력이 기본법에 구속된다. 따라서 이러한 결정을 내릴 때에는 목적변경과 목적 관련성에 관한 헌법상의 원칙을 따라야 한다. 또한 정보가 전달되는 국가에서 인권과 정보보호법이 존중된다는 점이 확인되어야 한다. 나아가 여기에서도 효율적인 통제가 보장되어야 한다.



(7) 외국의 공공기관에 정보를 전달하는 계쟁 권한은 이러한 헌법상의 요구를 부분적으로 충족하지 않는다. 연방범죄수사청의 일반적 과제수행이라는 정보전달의 목적(연방범죄수사청법 제14조 제1항)은 충분히 구체화되어 있지 않고 너무 광범위하게 설정되어 있으므로 비례의 원칙에 어긋난다. 고강도의 감시조치를 통해 수집한 정보가 이와 비견될 수 있을 만큼 중대한 법익의 보호나 중범죄의 탐지를 목적으로 하는 경우에만 전달될 수 있도록 하는 기준도 부재하다. 주거공간 감시를 통해 얻은 정보를 그 외의 방법을 통해 수집한 정보와 구별하지 않은 점 역시 비판의 소지가 있다.

(8) 심판대상이 된 조문들은 대체로 절대적으로 무효가 아니라 헌법에 합치되지 않는다고 판단된다. 헌법상의 흠결이 문제된 권한 자체에 있지 않고 세부사항에 해당되므로 문제된 조문은 재판소가 제시한 기준을 고려하여 2018. 6. 30.까지 계속해서 적용 가능하다.

### 재판관 아이히베르거(Eichberger)의 별개의견

계쟁 규범과 관련된 일부 추론과 근거에 동의할 수 없다. 위험상황이 실제로 존재하는지와 예측에 대한 판단우선권(Einschätzungsprorogative)은 입법자에게 있다. 이를 고려한다면 재판부는 판결에서 입법자에게 세밀한 지침을 내리지 않았어야 했다. 나아가 강도 높은 감시조치 대상자에게 효과적인 대처방안을 마련하고, 정보수집 및 처리에 관한 통제를 2년 미만의 기간마다 정기적으로 수행해야 하며, 투명성과 통제 보장을 위해 의회와 공공에 대한 보고의무를 제정해야 한다는 점을 비례의 원칙으로부터 도출하는 것은 너무 포괄적이라고 생각한다. 입법자에게 안전기준(Sicherheitsniveau)을 제시하는 정도로 충분했으리라 본다.

재판부는 범죄예방을 목적으로 하는 수사 및 정보수집에 관한 일부 조치가 명시적이지 않고 비례의 원칙에 어긋난다고 판단하였으나, 이러한 경우에

헌법합치적 해석도 가능하다는 점을 간과한 것이다. 법정의견과 달리 연방법 죄수사청법 제20g조 제2항에서의 입법자의 선택이 헌법에 합치될 수 있다고 본다. 주거공간 감시와 온라인 감시로 수집한 정보의 사용(계속사용, 목적변경)에 예외적으로 긴급한 위협 또는 개별적으로 충분히 구체화된 위험상황을 요건으로 제시한 점 역시 동의할 수 없다. 주거공간 감시나 온라인 감시로 인해 사적영역에 중대한 제한이 발생한다. 계속사용이나 목적변경을 통한 해당 정보의 사용은 이러한 제한을 고착화하지만 이러한 사용은 원래의 감시 조치에 비하면 낮은 강도의 제한이다. 따라서 수집된 정보의 계속사용과 목적변경은 ‘신규 정보수집 가정의 원칙’이 아닌 일반 규정에 따라야 한다고 생각한다.

### 재판관 슬룩케비어(Schluckebier)의 별개의견

판결의 결론과 근거의 상당 부분에 동의하지 않는다. 판결에서 취한 비례 원칙 심사는 많은 부분에서 헌법상 오류를 범하고 있고, 개별 규정에 대한 명확성 요구 역시 과도한 요청이라고 여겨진다. 재판부는 민주적 정당성이 있는 입법자를 대신하여 너무 포괄적인 방식으로 수많은 입법기술적인 세부 사항에 대한 요구를 통해 종국적으로는 자체적으로 구체화시킨 규율체계를 제안하고 있다. 재판부의 입장과는 달리 일부 계쟁 규정은 헌법합치적인 해석이 가능할 수 있었다.

주거공간 외부에서의 정보수집(연방법죄수사청법 제20g조 제2항)에 사생활 핵심영역 보호에 관한 명시적인 내용이 빠져있다는 재판부의 주장에 동의하지 않는다. 감시대상자는 주거공간이 아닌 다른 공간에서는 원칙적으로 공공장소에서 활동하고 있는 것으로 보아야 하므로 사생활 보호가 특별히 요구되지 않는다.

외부의 독립된 기관에서 주거공간이나 온라인 감시조치를 통해 수집한 정보를 우선적으로 평가하도록 해야 한다는 요구에도 동의할 수 없다. 재판부

가 요구한 이러한 방식은 조치의 효율성을 오히려 방해한다. 범죄예방과 위협방지를 위한 정보의 평가에는 대부분의 경우 신속함과 긴급성이 요구된다. 따라서 재판부가 제시한 해결책은 테러범죄가 효과적으로 방지될 수 있는지의 관점에서 볼 때 상당성의 요구에 충분히 부합되지 않는다.