강제부검의 사생활·가족생활의 권리 및 종교의 자유 침해 여부[1)]

1. 사건개요

2006년 임신을 한 신청인 Leyla Polat은 말린 자두배 증후군(Prune-Belly Syndrome)[2)]으로 인해 아이가 장애를 가지고 태어날 가능성이 있다는 말을 들었다. 2007년 4월 신청인은 조산했고, 아기는 태어난 지 이틀 만에 대뇌 출혈로 사망하였다. 의사는 신청인에게 과학의 발전을 위해 부검을 허가해 달라고 요청하였으나, 신청인은 자신은 이슬람교도이고, 이슬람 신앙에 따라 사체에 가능한 손상이 없이 사체를 매장해야 한다고 설명했다. 이에 의사는 아기의 사망원인을 분명히 하기 위해 부검을 해야 한다고 말했다.

부검은 공립병원인 Feldkirch Regional Hospital에서 실시되었고, 요로를 포함한 사체의 모든 장기가 적출되었다. 이후 사체는 신청인에게 인계되었다. 사체가 매장에 적합한 상태라고 생각한 신청인은 아이를 매장하기 위해 터키로 떠났다.

인계 당시 사체가 천으로 덮여있어 부검의 정도를 알지 못했던 신청인은 매장지에서 사체의 상태를 확인하고, 장례를 거행하는 사람들과 문상객들 사이에 소란이 일었다. 결국 신청인은 계획했던 마을에서 매장을 하지 못하고 이웃 마을에서 이슬람식 장례없이 사체를 매장했다. 병원은 초기에 사체의 장기를 제거했다는 사실을 부인하다가, 신청인이 여러 차례 요청한 후에야 장기를 신청인에게 보내주었다. 이에 신청인은 보상금을 요구하며 병원에 대해 소송을 제기하였다.

---

1) Case of Polat v. Austria, Application no.12886/16, 2021. 7. 20. 결정.

2) 선천성 장애로 아직 그 원인이 밝혀지지 않은 희귀질환이다. 핵심적인 특징으로는 복부의 주름진 피부, 복근 결손, 요로의 심각한 기형, 잠복고환 등이 있으며, 임신 중 초음파 검사로 확인 가능하다.

2. 오스트리아 국내 구제절차

(1) 지방법원

Feldkirch 지방법원은 부모의 동의 없이 사체를 부검하기 위해서는 ① 진단의 불확실성과 ② 부검을 진행하는 과학적 이익이라는 두 가지 선결조건이 만족되어야 한다고 설명하면서, 말린 자두배 증후군과 비슷한 증상이 있는 질병이 있기 때문에 증상만으로 말린 자두배 증후군을 정확하게 진단할 수 없어 부검이 필요했다고 판단하였다. 그러나 두 명의 전문가 의견에 근거하여 부검이 과학적 이익이 아닌 의사의 개인적인 만족을 위해 진행되었다고 결론을 내렸다.

이어진 항소에서 항소법원은 병리학과 신생아학(neonatology) 전문가 의견을 듣지 않았기 때문에 절차상의 결함이 있다고 판단하여 원심을 파기하고 사건을 지방법원으로 환송하라고 결정하였다.

환송심에서 신생아학 전문가는 부검 보고서나 아이의 개인 의료 파일에는 부검을 통해 해결하고자 했던 과학적 질문이나 어떠한 방법으로 부검을 했는지에 대한 내용이 전혀 담겨있지 않았다고 증언하였다. 그래서 신생아학 전문가는 부검이 필요했던 이유는 아이가 받은 집중치료실 내 의료행위를 평가하기 위한 것이라고 결론을 내렸지만, 아이의 개인 의료 파일에는 이러한 내용이 담겨있지 않았다고 설명하였다. 병리학자는 말린 자두배 증후군은 희귀하여 제대로 연구된 적이 없고, 부검을 진행한 것은 말린 자두배 증후군은 증상만으로 판단할 수 없어 폐와 뇌의 병변을 확인하고자 한 것이라고 증언하였다. 또한 부검은 적절하고, 전문적인 방식으로 이루어졌으며, 장기 적출은 과학적 이익을 위해 필요한데, 이는 하루 이틀 정도 사체 밖에 보관하면 폐와 뇌의 병변을 더 쉽게 확인할 수 있기 때문이라고 설명하였다.

지방법원은 부검이 말린 자두배 증후군 진단의 불확실성이 있어 확인 차 시행한 것이라고 볼 만한 증거가 없으며, 확인 차 시행했다고 해도 부모의

동의 없이 부검을 시행하는 것은 허용되지 않는다고 판결을 내렸다.

(2) 항소법원

Innsbruck 항소법원은 병원의 손을 들어주면서 부검이 법률에 따라 행하여졌다는 사실을 지방법원이 고려하지 않았다고 판단하였다. 항소법원은 부검은 말린 자두배 증후군을 확인하기 위해 이루어졌고, 과학적 이익이라는 것은 부검의 결과가 과학 연구의 발전을 위해 사용되었는지 혹은 그 연구가 개재되었는지와 무관하고, 망자의 개인 의료 파일 속 빈 공간을 채우는 것도 과학적 이익이라고 설시하였다. 장기 적출과 관련하여 항소법원은 부검 시 장기가 적출된다는 것은 상식이라며 신청인이 부검이 진행될 것이라고 병원으로부터 공지 받았기 때문에 장기가 적출된다는 사실을 알았어야 한다고 하였다.

(3) 대법원

신청인은 유럽인권협약(이하 '협약') 제9조[3]상의 권리가 침해되었다는 주장을 추가하여 대법원에 상고를 하였다. 대법원은 신청인의 상고를 기각하면서, 병원법 제25조 제1항 및 장례법 제12조 제3항의 문언은 의사 진단에 있어 불확실성이 있으면 부검을 하는 것이 공익 및 과학적 이익에 부합한다고 명시하고 있다고 설명하였다. 또한 협약 제9조의 종교행사의 자유와 관련하여 신청인의 협약 제9조상의 권리가 제한된 것은 맞지만, 부검은 의학 발전의 중요성과 공중보건 향상이라는 공익을 위한 일이기 때문에 협약 제9조 제2항에 의한 합법적이고 정당한 제한이라고 판단하였다.

---

3) **유럽인권협약 제9조**
1. 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이러한 권리는 자기의 종교 또는 신념을 변경하는 자유와 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로 예배, 선교, 행사와 의식에 의하여 그의 종교 또는 신념을 표명하는 자유를 포함한다.
2. 자기의 종교 또는 신념을 표명하는 자유는 법률에 따라, 공공의 안전, 공공질서, 보건, 또는 도덕, 또는 다른 사람의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에 있어서 필요한 경우에만 제한받을 수 있다.

부검에 대하여 유족에게 공지해야 할 의사의 의무와 관련하여 대법원은 병원의 정보 제공 의무와 정보 공개 범위는 개별 사건의 상황에 따라 달라진다고 판단하였다. 대법원은 정보 제공의 의무는 잠재적 미래 피해를 예방할 목적을 가지고 있으며, 부검의 방식이나 신생아 부검이 이루어질 경우 사체에서 장기가 제거된다는 사실은 상식은 아니라고 하면서도 예측하지 못할 것이라거나 매우 놀라운 사실은 아니라고 결론을 내렸다. 따라서 의사들이 자세한 설명을 생략한 것은 문제가 되지 않는다고 설명하였다. 또한 병원이 아이의 사체를 신청인에게 인계했을 당시 사체의 상태가 장례식 당시 상태보다 훨씬 덜 충격적이었다는 것을 고려하였을 때 부검과 관련하여 상세한 설명을 하지 않아 신청인에게 정신적인 피해가 생길 가능성이 높아졌다고 할 수 없으며, 신청인의 종교적인 배경으로 인해 대법원의 결정이 변경되지 아니한다고 설시하였다.

3. 관련 국내법 및 관행

병원법 제5조 제a항: 부모의 권리

병원은 치료 선택지에 관련하여 환자의 부모가 설명을 듣고 정보를 제공받을 권리를 행사할 수 있다는 것을 분명히 해야 한다. 부모의 요구가 있으면 의사는 이해하기 쉽게 또 세심한 방식으로 의료정보를 제공해야 한다.

병원법 제25조 제1항

공립병원에서 사망한 환자의 사체는 위생경찰(sanitary police)이 요구하거나 형사소송이 진행되는 중에 필요한 경우 혹은 공익이나 과학적 이익을 보호하기 위해 필요한 경우 부검을 해야 한다. 특별히 병명의 진단이 명확하지 않거나 외과적 시술이 있었던 경우 더욱 그렇다. 이 외의 모든 경우, 병원법 제25조 제2항에 따라 망자가 살아생전 부검에 합의한 경우

를 제외하고 부검은 망자의 가장 가까운 친족의 동의를 받아야만 이루어질 수 있다. 부검을 할 경우 서면 진술서를 준비하고 이를 망자의 의료기록으로 저장해야 한다.

장례법 제12조 제3항
공익과 과학적 이익을 보호하기 위해 부검이 필요한 경우, 특별히 망자의 진단명이 불명확하거나 외과적 시술을 한 경우, 공립병원에서 사망한 환자의 부검이 이루어져야 한다.

장례법 제13조 제4항
망자의 개인 의료 파일과 별도로 부검에 대한 보고서를 문서화해야 하고, 보고서에는 사체와 죽음의 원인에 대해 발견한 병리학적 결과가 포함되어야 한다. 부검을 진행한 의사는 보고서에 서명해야 한다. 환자가 병원에서 사망하여 부검이 이루어진 경우, 관련 보고서는 망자의 의료기록에 포함되어야 한다.

장례법 제13조 제5항
부검은 보건에 위해를 야기하지 않고, 망자의 유해에 대한 예우를 저해하지 않는 방식으로 이루어져야 한다.

4. 유럽인권재판소 결정 요지

(1) 부검과 관련한 협약 제8조 및 제9조의 위반

신청인은 자신의 의사에 반하여 아들에 대한 부검이 이루어져서 협약 제8조[4] 및 제9조에 따른 사생활 및 가족생활을 보호받을 권리 및 종교의 자유

4) **유럽인권협약 제8조**
1. 모든 사람은 그의 사생활, 가정생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.

가 침해되었으며, 오스트리아 국내 법원이 경합하는 이익을 제대로 형량하지 못했다고 주장하였다.

1) 적법요건판단

본 재판소는 협약 제8조상의 권리가 살아있는 사람들 사이의 관계와 관련이 있다고 보고 있다. 그러나 협약 제8조상의 권리가 특정한 상황에서 사후까지 이어질 가능성을 배제할 수는 없다.[5] 본 재판소는 망자의 장기나 신체조직을 친족의 동의 없이 제거하는 것은 유족의 '사생활'의 범주에 포함된다고 인정해왔다.[6] 본 재판소는 오스트리아 정부가 협약 제8조의 적용에 대해 반대하지 않았기 때문에 협약 제8조가 본 사건에 적용된다고 판단하는 바이다.

협약 제9조와 관련하여, 본 재판소는 사상, 양심 및 종교의 자유는 협약의 의미상 민주사회의 근간이라고 반복하여 설시하였다. 종교의 자유는 주로 개인의 양심에 관한 문제이지만, 자신의 종교를 혼자 있을 때, 사적으로, 다른 사람과 함께 있을 때, 또한 같은 신앙을 가진 사람들의 공적 모임에서 종교를 표명할 자유를 내포한다. 본 재판소는 과거 망자를 매장하는 방식이 종교의식의 핵심이고, 협약 제9조 제2항의 종교를 표명할 권리에 포함된다고 판시하였다. 따라서 협약 제9조도 본 사건에 적용된다.

2) 본안판단

먼저 살펴볼 것은 신청인의 권리가 제한되었느냐의 여부이다. 본 재판소는 Solska and Rybicka결정[7]과 비교해보았을 때 신청인의 반대에도 불구하고 부검을 진행한 것이 협약 제8조에 따른 신청인의 사생활 및 가족생활 존

---

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

5) Sargsyan v. Azerbaijan [GC], no. 40167/06, § 255, ECHR 2015 및 Jones v. United Kingdom (dec.), no. 42639/04, 13 September 2005)

6) Petrova v. Latvia no. 4605/05, § 77, 24 June 2014) 및 Elberte v. Latvia no. 61243/08, § 89, ECHR 2015

7) Solska and Rybicka v. Poland, nos. 30491/17 and 31083/17, § 110, 20 September 2018

중의 권리를 제한하는 방식과 정도로 이루어졌다고 판단하는 바이다.

협약 제9조와 관련하여, 종교단체들은 그 활동에 있어 신앙을 가진 사람들이 신적 기원(divine origin)이라고 여기는 규칙들을 준수한다. 종교의식은 성직자들이 규칙에 따라 행할 때 신앙인들에게 의미를 부여하고, 성스러운 가치를 가지게 된다. 따라서 종교공동체 생활에 참여하는 것은 협약 제9조에 의해 보호되는 종교를 표명하는 것이다.[8] 본 재판소는 이슬람 신앙에 따라 신청인의 아들을 매장하는 것이 종교의 표명이라고 보았다.

판례법과 본 사건의 상황을 고려하여 본 재판소는 신청인의 의사와 신앙에 반하여 사체를 부검한 것은 협약 제8조상의 사생활 및 가족생활의 권리와 협약 제9조상의 종교 표명의 자유를 제한하였다고 판단하는 바이다.

그렇다면 신청인의 권리가 제한된 것을 정당화할 수 있을까? 협약 제8조 제2항 및 제9조 제2항에 따르면 이러한 권리 제한이 정당화되기 위해서는 해당 조치가 ① 법률에 따라 이루어지고, ② 해당 조항에 열거된 합법적인 목적에 부합하며, ③ 민주사회에서 필요한 것이라는 3가지 요건을 충족시켜야 한다.

먼저 '법률에 따라' 신청인의 권리가 제한되었는가를 살펴보자. 협약 제8조 제2항 및 제9조 제2항에 나오는 '법률에 따라'라는 표현은 해당 조치가 형식적으로 국내법에 법적 근거를 두어야 함을 의미할 뿐 아니라 문제 법률의 실질적 내용(quality)도 언급하는 것이다.[9] 법률의 실질적 내용이 보장된다 함은 법률이 관련자에게 접근 가능하고, 그 효과를 예상할 수 있어야 한다는 의미다. 그러나 국내법을 해석하는 것은 국내 법원의 일이다. 오스트리아 법원은 신청인의 사건을 심리함에 있어 병원법 제25조와 장례법 제12조 제3항을 근거로 하였고, 이들 법원의 해석에 의문을 가질 합당한 사유가 없기에 '법률에 따라' 신청인의 권리가 제한되었다고 결론을 내리는 바이다.

정당한 목적과 관련하여, 신청인은 부검이 공중보건이라는 목적을 달성하는 데 도움이 되었을지 몰라도 과학의 발전에 기여하지 않았고, 사망한 아이

8) İzzettin Doğan and Others v. Turkey [GC], no. 62649/10, § 111, 26 April 2016
9) Delfi AS v. Estonia [GC], no. 64569/09, § 120, ECHR 2015

의 병명 진단이 옳았는지만 확인했을 뿐이라며 협약 제8조와 제9조가 요구하는 정당한 목적을 달성하지 못했다고 주장하였다. 반면 오스트리아 정부는 병원법 제25조가 협약이 요구하는 공중보건이라는 정당한 목적 달성에 도움이 되며, 병원법 제25조 준비작업(preparatory work)[10]을 보면 이것이 분명해진다고 주장하였다. 본 재판소는 병의 진단에 있어 불확실성을 제거하는 것도 공중보건이라는 목적 달성에 도움이 된다고 판시하여왔다. 본 사건에서도 마찬가지다. 따라서 부검이 과학적 이익을 보호하고 공중보건이라는 정당한 목적 달성에 도움이 된다고 판시하는 바이다.

마지막으로 민주사회에서의 필요성에 대해 고려해보고자 한다. 본 재판소는 문제의 조치가 민주사회에서 필요한지 여부를 결정하는 데 있어 사건 전체에 비추어 해당 조치의 정당화 사유가 협약 제8조 제2항의 목적을 달성하는 데 충분하고, 관련이 있는지를 고려한다는 것을 재차 강조하는 바이다.[11] 본 재판소의 확립된 판례법에 따르면 필요성이라는 개념은 권리의 제한이 긴급한 사회의 필요에 따른 반응이며, 경합하는 이익 간의 공정한 균형을 고려한 정당한 목적에 비례하는 조치라는 것을 암시한다. 권리 제한이 민주사회에서 필요한 것인가를 판단함에 있어 본 재판소는 국가의 재량이 크다는 것을 고려하며, 각 국가의 결정이 협약상의 요구사항과 일치하는지를 검토하게 된다.

본 재판소는 협약 제8조 관련 사건에서 체약국의 재량권의 범위를 판단함에 있어 다양한 요소를 고려한다.[12] 개인의 존재나 정체성의 중요한 측면이 위협을 받을 때 체약국의 재량은 제한되지만[13], 위협받는 이익의 상대적 중요성이나 해당 이익을 보호하는 최상의 수단과 관련한 유럽평의회 체약국들의 합의가 없으면 체약국의 재량권은 커진다.[14] 보통 경합하는 사익과 공

10) 부검은 병을 진단하고 치료법을 검토할 수 있는 유일한 방법이다. 치료의 실패 이유가 부검의 결과로 결정될 수 있다. 체계적으로 시행된 부검은 정부가 특정 질병의 존재와 발생빈도 및 사인과 관련하여 안정적인 데이터를 수집할 수 있도록 해주며, 이를 통해 정부는 일반적인 예방조치를 취할 수 있게 된다. 부검의 결과는 특정 질병에 대한 유전적 소인을 보여주는 핵심지표를 제공하여 질병을 조기에 예방할 수 있도록 해주기 때문에 망자의 친족에게 특히 가치가 있다.

11) Paradiso and Campanelli v. Italy [GC], no. 25358/12, § 179, 24 January 2017

12) S.H. and Others v. Austria [GC], no. 57813/00, § 94, ECHR 2011; and Hämäläinen v. Finland [GC], no. 37359/09, § 67, ECHR 2014

13) Evans v. the United Kingdom [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007-I

익간 혹은 경합하는 협약상의 권리 사이의 균형을 도모해야 할 때 체약국의 재량은 크다.[15]

본 사건의 쟁점은 부검이 보건상의 이익을 위해 필요한 상황에서 유족이 사생활 및 종교와 관련한 이유로 부검을 반대할 권리가 있느냐는 것이다. 이는 예민한 도덕적, 윤리적 문제이기 때문에 경합하는 사익과 공익 간의 균형을 도모하는 것이 필요하다. 본 재판소는 체약국이 협약 제8조의 특성으로 인해 국가가 적극적인 의무를 지는 상황에서 공중보건을 위해 적절한 조치를 취해야 한다고 판시해왔다. 따라서 오스트리아의 재량권은 넓게 인정되어야 한다.

본 사건에서 부검을 통한 공중보건 보호와 신청인의 사생활 및 가족생활의 권리 및 종교의 자유가 경합하고 있다. 먼저, 신청인은 부검이 의료준칙을 따라 이루어진 것이 아니라고 주장하였다. 그러나 본 법원은 병리학 전문가의 의견에 따라 부검은 의료준칙에 부합하게 이루어졌다고 결론을 내리는 바이다. 둘째, 병원이 부검을 시행함에 있어 그녀의 종교적 신념을 고려하지 않았다고 신청인은 주장하였다. 본 재판소는 오스트리아 법이 유족에게 종교적 또 그 외 사유로 부검에 반대할 권리를 항상 부여하는 것은 아니라는 데 주목하였다. 협약 제8조 및 제9조상의 권리는 절대적인 것이 아니기 때문에 체약국은 이와 관련하여 신청인이 이의를 제기할 절대적 권리를 부여해야 하는 것은 아니다. 셋째, 부검이 병원법 제25조 및 장례법 제12조 제3항에 따라 이루어졌기 때문에 본 재판소는 오스트리아의 관련 입법 선택을 평가해야 한다. 병원법 제25조와 장례법 제12조 제3항은 공립병원에서 사람이 사망한 경우 과학적 이익과 공익을 위해 필요하다면 유족의 의사와 무관하게 부검이 이루어져야 한다고 명시하고 있다. 과학적 이익과 공익 보호, 기타 병원법 제25조에 명시된 경우에 해당하지 않는다면, 부검은 유족의 동의가 있어야만 이루어질 수 있다. 즉, 병원법이나 장례법은 오스트리아 당국에게

14) ibid., § 77 및 A, B and C v. Ireland, cited above, § 232

15) Evans, cited above, § 77, and Dickson v. the United Kingdom [GC], no. 44362/04, § 78, ECHR 2007-V; see also, mutatis mutandis, Vavřička and Others v. the Czech Republic, no. 47621/13 and 5 others, §§ 275 and 280, 8 April 2021

모든 경우 부검할 수 있는 권리를 부여한 것은 아니다. 그러나 본 재판소는 오스트리아 입법부가 과학적 이익을 보호하기 위해 부검이 필요한 경우 과학적 이익을 유족의 종교나 기타의 반대 사유보다 우선시하는 것을 선택하였다는 데 주목하였다.

오스트리아 정부는 부검이 현대 의학의 발전을 가능하게 했다고 주장하였다. 부검을 통해 사망원인을 확인하고, 살아있는 자들의 질병을 예방하는 데 기여한다는 것이다. 이와 관련하여 본 재판소는 오스트리아 부검 관련 법령의 오랜 전통이 헌법상 보장되는 과학의 자유의 일부로 여겨진다는 점 또한 주목한다. 과학의 자유는 협약상의 적극적 의무, 특히 협약 제2조[16] 및 제8조와 관련하여 체약국이 자국민의 생명과 건강을 보호하기 위한 조치를 취해야할 의무와 밀접하게 연관된다.

따라서 오스트리아 정부가 주장한 정당한 목적, 즉 부검을 통한 공중보건 보호가 본 사건에서 중요하다. 동시에 신청인의 아들의 사체를 장례를 위해 잘 보존하는 데 있어 신청인의 이익도 염두에 두었다. 신청인은 사건 초기부터 사체의 상태에 대한 우려를 표명하였다.

오스트리아 법원에서 제출된 증거들은 부검의 적법성을 확인해주었다. 두 명의 독립적인 전문가들은 부검이 기존의 진단을 확인하기 위해 이루어졌다는 것과 과학적 이익을 보호하는 데 기여했다는 것을 확인해주었다. 그들은 말린 자두배 증후군은 아직 충분히 연구되지 않은 질병이고 유사한 증상을 가진 또 다른 질병이 있기 때문에 신청인 아들에 대한 부검은 진단을 확실히 하는 데 도움이 되었다고 말했다. 법원은 본 사건에 있어 부검을 진행할 때 과학적 이익이 있어야 한다는 법적 요구사항이 충족되었다는 국내 법원의 결론에 동의하는 바이다.

---

16) **유럽인권협약 제2조**

1. 모든 사람의 생명권은 법에 의하여 보호된다. 어느 누구도 법에 규정된 형벌이 부과되는 범죄의 유죄확정에 따른 법원의 판결을 집행하는 경우를 제외하고는 고의로 생명을 박탈당하지 아니한다.
2. 생명의 박탈이 다음의 상황에서 절대적으로 필요한 힘의 행사의 결과인 경우에는 이 조에 위반하여 부과된 것으로 간주되지 아니한다.

a. 위법한 폭력으로부터 사람을 보호하기 위하여
b. 합법적으로 체포를 하거나 또는 합법적으로 구금된 자의 도주를 방지하기 위하여
c. 폭동 또는 반란을 진압하기 위하여 합법적으로 취하여지는 행동

그러나 부검을 진행하는 데 과학적 이익이 있다고 하더라도 본 재판소는 병원법 제25조는 부검은 과학적 이익을 보호하기 위해 '필요한' 경우 진행될 수 있다고 규정하고 있음을 강조하는 바이다. 오스트리아 법은 부검을 진행해야 하는지 여부를 결정하는 의사에게 필요한 부검의 범위 등을 비롯한 여러 사안에 대해 어느 정도의 재량권을 부여하고 있다. 따라서 병원법 제25조는 경합하는 권리와 이익들을 형량하는 것을 배제하고 있지 않다. 그러나 본 사건에서 신청인이 부검에 반대하는 이유를 병원은 고려하지 않았다. 본 재판소가 오스트리아 당국의 재량을 넓게 인정하지만 본 사건에서 오스트리아 당국이 경합하는 이익을 형량한 것으로 보이지 않는다. 대법원은 신청인이 부검에 반대한 사유에 대해서는 거의 고려하지 않았고, 따라서 협약 제8조와 제9조상의 신청인의 권리를 충분히 다루지 않았다고 판단되며 이러한 측면에서 부검의 '필요성'에 대해 고려하지 않은 것으로 판단된다.

상기 이유로 본 재판소는 오스트리아 당국이 보건상의 요구사항과 사생활과 가족생활의 권리를 최대한 존중하는 것을 조화시켜 경합하는 이익 사이에 공평한 균형을 도모하지 않았다고 결론을 내리는 바이다.

(2) 병원의 정보 제공 의무와 관련한 협약 제8조 위반

신청인은 협약 제8조에 따라 병원이 부검의 범위와 망자의 장기가 제거될 것이라는 점에 관한 정보를 제공할 의무를 다하지 않았고 그래서 자신의 신앙에 따라 아들의 장례를 진행하지 못하게 되었다고 주장하였다.

1) 적법요건판단

본 재판소는 자신의 사생활이나 가족생활과 관련한 정보에 접근할 수 있는 권리가 협약 제8조가 적용되는 사안이라고 재차 강조하는 바이다.[17] 본 재판소는 '사생활'과 '가족생활'이라는 개념이 친족의 사체를 매장할 권리, 장

17) Roche v. the United Kingdom [GC], no. 32555/96, §§ 155-56, ECHR 2005-X 및 Lozovyye v. Russia, no. 4587/09, § 32, 24 April 2018

례에 참석할 권리를 포함한다고 판시하였다.[18] Pannullo and Forte결정[19] 및 Girard결정[20]에서 본 재판소는 형사 기소가 끝난 후 부검한 사체를 복구하는 것을 지나치게 오래 연기하는 것은 '사생활'과 '가족생활'을 침해할 수 있다고 판시한 바 있다. Hadri-Vionnet결정[21]에서 본 재판소는 사산된 아이의 장례에 신청인이 참석하지 못할 가능성이 '사생활' 및 '가족생활'의 영역에 포함되는 사안이라고 판결하였다. 또한 사산아의 무덤에서 종교적 의무를 행하지 못한 어머니에게 협약 제8조상의 가족생활을 존중받을 권리를 인정하기도 하였다.[22] 판례법과 상술한 사건들을 고려해보았을 때, 본 재판소는 병원의 부검에 대한 정보제공의무와 관련한 사안은 사생활 및 가족생활의 범위에 들어간다고 판단하는 바이다.

2) 본안판단

본 사건에서 병원이 공공기관이며, 부검을 결정하고 진행한 의사를 포함한 병원 직원의 작위나 부작위는 정부 책임과 관련이 있다는 점에 대해 어떤 당사자도 이의를 제기하지 않았다.[23]

협약 제8조의 핵심적인 목표는 공권력의 자의적인 개입으로부터 개인을 보호하는 것이지만, 가족생활을 실효적으로 '존중'하기 위해 내재적으로 요구되는 국가의 적극적인 의무가 있을 수 있다. 이 두 맥락에서 모두 개인과 공동체의 경합하는 이익 사이에 공정한 균형을 이루는 것이 필요하며, 체약국은 이와 관련하여 재량을 누린다.[24]

적극적 의무를 준수하는 방식을 선택함에 있어 체약국은 재량권이 크다.[25] 신청인은 오스트리아 정부의 특정 작위가 아닌 부작위에 대해 제소를 하였다.[26] 즉, 신청인은 병원이 부검의 범위와 장기가 적출될 것이라는 정보

18) Gülbahar Özer and Yusuf Özer v. Turkey, no. 64406/09, § 26, 29 May 2018
19) Pannullo and Forte v. France, no. 37794/97, §§ 35-36, ECHR 2001-X
20) Girard v. France, no. 22590/04, § 107, 30 June 2011
21) Hadri-Vionnet v. Switzerland, no. 55525/00, § 52, 14 February 2008
22) Yıldırım v. Turkey (dec.), 25327/02, 11 September 2007
23) Glass v. the United Kingdom, no. 61827/00, § 71, ECHR 2004-II, and Elberte, cited above, § 106
24) Hokkanen v. Finland, judgment of 23 September 1994, Series A no. 299-A, p. 20, § 55
25) A, B and C v. Ireland [GC], no. 25579/05, § 249, ECHR 2010

를 제공하지 않아 협약 제8조가 보장하는 자신의 권리가 침해되었다고 주장한 것이다. 본 재판소는 본 사건을 협약 제8조에 따라 체약국의 적극적인 의무의 측면에서 접근하는 것이 적절하다고 판단하는 바이다.

협약 제8조상의 요구사항이 충족되었는지 확인하기 위하여 본 재판소는 먼저 부검이 진행되는 범위와 방식과 관련하여 가까운 친족에게 정보를 제공해야 할 의무와 관련한 법률이 있는지 확인하였다.[27] 오스트리아 정부는 의사가 망자의 친족에게 정보를 제공하고 설명을 할 의무가 병원법 제5조 제a항에서 나온 것이지만, 환자가 살아있는 경우만큼 그 의무가 크지 않다고 주장하였다. 부검을 받은 망자의 친족에게 제공되어야 하는 정보의 범위와 관련한 분명한 규칙은 없어 보인다. 그러나 분명한 규칙이 없다는 것 그 자체가 협약 제8조에 대한 오스트리아의 적극적 의무 위반을 구성하기에는 충분하지 않다.

다음으로 본 재판소는 오스트리아 당국이 신청인에게 부검의 범위에 대해 정보를 제공하기 위해 합리적인 조치를 취했는지 검토하였다. Hadri-Vionnet결정에서 본 재판소는 공립병원 직원들이 협약의 요구사항을 준수할 수 있도록 교육할 의무가 체약국에 있다고 판시하였다. 더 나아가 가까운 친족의 죽음과 같이 사적이고 예민한 영역에 있어서 고도의 주의와 신중함이 당국에게 요구된다. 본 사건에서 신청인은 아이를 잃은 지 얼마 되지 않아 아이에게 시행될 부검에 반대할 법적 권리가 없다는 것을 알게 되었다. 신청인은 병원 직원에게 자신의 신앙에 따라 매장을 하기 위해 아이의 사체에 가능한 손을 대지 않았으면 좋겠다고 말했다. 본 재판소는 이러한 특별한 상황은 Hadri-Vionnet사건만큼 예민하며, 신청인을 대우함에 있어 동일한 고도의 주의와 신중함이 병원 직원에게 요구된다고 판단하는 바이다. 병원 직원이 신청인이 부검에 반대하는 이유를 인지하고 있었다는 것을 고려할 때, 본 재판소는 병원이 부검의 범위와 방식에 대해 적절한 정보를 제공할 더 큰 의무를 진다고 생각한다. 그러나 신청인은 자신의 종교적 신앙에 따라 아

26) Airey v. Ireland, 9 October 1979, § 32, Series A no. 32
27) mutatis mutandis, Lozovyye, cited above, § 39

들에 대한 장례를 치를 수 있을 것이라고 믿고 터키에서 장례식을 준비한 것으로 보아 병원이 신청인에게 부검의 범위에 대해 알리지 않았던 것으로 인정된다.

오스트리아 대법원은 의사들이 부검의 범위에 대해 신청인에게 알리지 않은 것이 옳다고 판단하였다. 동시에 대법원은 부검에 대한 상세한 설명을 하지 않은 것이 유족의 마음의 부담을 덜어주었다고 판단하였다. 본 재판소는 오스트리아 대법원의 이러한 판단이 일부의 상황에서는 합리적일 수 있지만, 신청인의 특수한 상황을 고려하지 않았다고 판단하는 바이다.

더욱이 본 재판소는 본 사건의 특수한 상황을 고려해보았을 때, 병원은 신청인에게 장기가 제거될 것이라는 사실을 공지할 의무가 있다고 판단하는 바이다. 오스트리아 대법원은 신생아를 부검할 경우 모든 장기가 적출된다는 것은 상식이 아니라고 판단하였다.

결론적으로 본 재판소는 병원 직원의 신청인에 대한 행위가 특정 상황에서 요구되는 주의와 신중함을 분명히 결여하고 있다고 판단하는 바이다. 신청인은 사건 초기 이슬람교의 매장 전통을 병원 측에 알렸고, 이를 위해 부검의 범위가 매우 중요하기 때문에 병원 측은 신청인에게 부검의 범위에 대해 공지를 해야 했다.

더욱이 전문가들이 모두 부검이 의사의 진단을 확인하기 위한 목적을 가지고 있었기 때문에 정당하다 주장하였지만, 그 어떤 전문가도 몇 주 동안 혹은 몇 달 동안 과학적 이유 및 기타 이유로 장기를 보관할 필요성은 언급하지 않았다. 본 재판소는 신청인이 병원에 장례를 위해 사체가 가능한 손상되지 않는 것이 중요하다는 것을 공지한 본 사건과 같은 특정한 상황에서는 병원은 신청인에게 장기의 적출이나 장기의 행방에 대해 지체 없이 통지할 의무가 있다고 판단하였다.

이에 본 재판소는 병원이 신청인에게 부검의 범위, 장기 적출 여부 및 장기의 행방에 대해 충분한 정보를 제공하지 않음으로써 협약 제8조를 위반했다고 결론을 내리는 바이다.

5. 결정의 의의

본 사건은 쟁점은 크게 부모의 의사에 반하여 진행된 부검이 협약 제8조와 제9조를 위반하였는지 여부와 병원이 신청인에게 부검과 관련한 정보를 제공하지 않은 것이 신청인의 협약 제8조상의 권리를 침해한 것인지 여부였다.

먼저 협약 제8조와 관련하여 본 사건을 살펴보면, 부모의 의사에 반하여 부검을 진행한 것의 경우 협약 제8조상의 국가의 소극적 의무와 관련이 있고, 병원이 신청인에게 부검과 관련한 정보를 제공하지 않은 것의 경우는 국가의 적극적 의무와 관련이 있다.

Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights에 따르면, 협약 제8조는 사생활, 가정생활, 주거 및 통신에 대해 공권력이 자의적으로 개입하지 못하도록 보호하는 것을 주요 목표로 한다. 협약 제8조의 핵심적인 목적을 고려해보았을 때 체약국은 이와 관련하여 일반적으로 소극적 의무를 지지만 상황에 따라 적극적인 의무를 이행해야 하기도 한다.

소극적 의무를 평가함에 있어 유럽인권재판소는 3단계 테스트를 시행하는데 그것은 바로 권리의 제한이 '법률에 따라' 협약 제8조 제2항의 '정당한 목적'을 달성하기 위하여 이루어졌는지 여부와 이러한 제한의 민주사회에서의 필요성(개인의 이익과 사회공동체의 이익형량)을 확인한다. 본 결정에서 유럽인권재판소는 부검이 오스트리아 법률에 따라 이루어졌으며, 과학의 발전 및 공중보건 향상이라는 정당한 목적을 위한 것이었으나, 신청인의 이익과 공동체의 이익을 형량하지 않아 신청인의 권리가 침해되었다고 판단하였다.

적극적 의무와 관련하여서 유럽인권재판소는 문제가 되는 이익의 중요성 및 국내 사법 관행 및 행정의 일관성 등을 고려한다. 국가는 협약 제8조상의 적극적 의무를 행사할 때 재량을 가지며, 유럽인권재판소는 체약국이 누리는 재량의 범위를 평가함에 있어 개인의 존재나 정체성의 중요한 측면이 영향

을 받는 것인지, 관련 사안에 대한 체약국의 합의가 있는지 등을 고려한다. 본 사건에서 유럽인권재판소는 신청인이 아이의 장례를 이슬람교의 전통에 따라 치르고 싶다는 희망을 알린 상황에서도 병원이 신청인에게 부검의 범위나 적출된 장기의 행방에 대한 정보를 제공하기 위해 합리적인 조치를 취하지 않았으며, 사적이고 예민한 사건임에도 그에 걸맞는 신중함과 주의를 기울이지 않아 협약 제8조를 위반하였다고 결론을 내렸다.

한편 협약 제9조는 사상・양심・종교의 자유와 관련한 조항인데 종교와 관련하여서는 크게 신앙을 가질 자유와 신앙을 표명할 자유 둘로 나눌 수 있다. 본 사건에는 신앙을 표명할 자유가 문제가 되었다. 협약 제9조 침해 여부와 관련하여 유럽인권재판소는 협약 제8조상의 소극적 의무를 평가하는 것과 동일한 3단계 테스트를 활용하는데, 차이가 있다면 국가 안보를 협약 제9조상의 권리를 제한을 위한 정당한 목적으로 인정하지 않는다는 것이다. 본 사건에서 유럽인권재판소는 협약 제8조 및 제9조상의 권리가 침해되었는지 여부를 동시에 판단하였고, 상술한 대로 오스트리아 국내법원이 신청인의 이익과 공동체의 이익을 형량하지 않았다는 즉, 절차상의 흠결을 이유로 신청인의 권리가 침해되었다고 판단하였다.