

테러리즘에 대항하기 위한 독일의 데이터에 관한 입법과 그 입법평가

김종호*

Contents

- I. 서론: 테러리즘에 대항하기 위한 데이터에 관한 입법과 형사법 입법의 정치화
- II. 개인정보와 데이터의 관리 및 보호
 - 1. 개인정보 보호에 관한 헌법상의 근거
 - 2. 형사소송법상의 수사와 개인정보
- III. 독일의 테러리즘에 대항하기 위한 데이터에 관한 입법 과정
 - 1. 911테러 발생 이후 반테러 입법의 확립
 - 2. 2006년 이후 연방헌법재판소 판례와 입법
- IV. 테러리즘에 대항하기 위한 데이터에 관한 입법평가 시스템
 - 1. 입법평가론의 헌법학에서의 위치
 - 2. 타 영역의 입법평가와 비교한 테러대책 입법의 입법평가
 - 3. 테러리즘에 대항하기 위한 데이터 법에 관한 입법평가 시스템의 분석
- V. 결론: 헌법상의 권리보장과 테러대책

* 호서대학교 법경찰행정학과 교수, 법학박사(Ph.D & SJD)

I. 서론: 테러리즘에 대항하기 위한 데이터에 관한 입법과 형사법 입법의 정치화

본고는 테러리즘에 대항하기 위해 국가기관이 실시하는 정보수집을 통해서 침해될 수 있는 기본적 인권을 실효적으로 보장하기 위한 법적 시스템 구축을 추진해야 한다고 하는 문제의식에서 테러리즘에 대항하기 위한 데이터에 관한 입법과 그 입법평가에 대해 논하는 것이다. 본고에서는 주로 독일과 일본의 논의를 중심으로 취급하지만 우리나라가 참조할 가능성을 염두에 두고 논의를 전개하고자 하며, 우선은 이 같은 문제의식을 시작으로 우리나라에 있어서의 법적 쟁점에 대해 확인하고자 한다.

공안사건으로서 테러정보의 수집 및 유출과 관련된 사건의 판결은 나라마다 논란이 되고 있다.¹⁾ 테러대책을 위한 예방적이고 광역적인 경찰활동으로서의 정보수집에 대해 수사 대상이 되는 개별의 위험을 인정할 수 없음에도 불구하고, 국제 테러 발생의 위험이 ‘충분히 존재하고 있었다’고 판단하는가 하면, 종교를 지표로 한 개인정보의 수집에 대해서는 합헌으로 선언하고, 개인정보의 유출에 대해서만 국가배상법상의 위법을 인정한 선례가 있다. 일본에서의 본 판결의 헌법적합성 판단의 배경에는 마츠바라 요시히로(松原芳博)가 현대의 형사법에 대해 지적하는 이하 두 가지의 특징이 영향을 미치고 있다고 필자는 생각한다.

① 형사법에서 입장의 교환 가능성의 결여, ② 현대형 위험사회에서 리스크가 가시화되지 않음에 따라 객관적인 위험성보다 주관적인 불안감에 의해 사회가 움직이고 이에 따라 형사법 입법의 정치화가 등장하였다.²⁾ 구체적으로는 ①

1) 홍선가강문찬, “테러방지법상 국정원 정보수집권한에 대한 개정논의-최근 독일 연방헌법재판소의 판결과의 비교검토,” 한국법정책학회 법과 정책연구 17(3), 2017, 439-464면; 最決 平成28年 5月 31日 (原審: 東京地判 平成 26年 1月 15日 判時 第2215号, 30頁 以下, 訟務月報 第60卷 第8号, 1688頁 以下). 渡辺康行, “‘ムスリム捜査事件’の憲法学的考察,” 松井茂記·長谷部恭男·渡辺康行 (編), “自由の法理,” 阪本昌成先生古稀記念論文集 (成文堂・2015), 937頁 以下; 小西葉子, “テロリズムに対抗する予防的警察活動と比例原則(二),” 一橋法学 第17卷 第1号 (2018), 60頁 以下.

2) 松原芳博, “リスク社会と刑事法,” 日本法哲学会(編), “リスク社会と法,” (有斐閣・2010), 78頁, 82頁. 또한 ①에 대해서는 櫻原猛(編), “プライバシー権の総合的研究,” (法律文化社・1991), 116頁.

의 경우 범죄자는 우리 일반국민과는 다르다는 인식에 의해서 일반국민이 형사법을 스스로 적용하는 것은 상정할 수 없다는 것을, ②는 정치적인 의도에 의해 형사법 입법이 결정되거나 그 운용이 결정되는 것을 각 의미한다. 이는 상기 판결에서 대상이 된 수사나 예방적 헌법활동에 관한 공동체 적합성 판단뿐만 아니라 이른바 테러준비죄 등을 포함한 조직범죄처벌법 개정 등의 입법부에 의한 형사법 입법에도 영향을 미치는 상황이다. 그런데 ①과 ②의 특징을 갖는 형사법은 공동체로서의 국가를 강력한 것으로 하는 한편, 개인의 헌법상 권리의 보장을 소홀히 할 위험성을 포함한다.

왜냐하면 헌법은 테러리즘의 잠재적인 피해자뿐 아니라 수사대상자의 헌법상 권리의 보장도 동시에 요청하기 때문이다. 하지만 특히 국민에게 큰 불안을 주는 테러리즘에 대항한다고 하는 목적 하에 있어서는 ①, ②가 수사대상자와 일반국민을 분리하는 가운데, 국가는 이 요구를 경시하기에 충분한 동기를 가지고 있기 때문이다. 이 영향은 ① 입장교환 가능성의 결여라는 감각 때문에 주관적으로는 지극히 명확한 것으로 느껴지는 한편, 객관적으로는 ② 형사법 입법의 정치화에 의해 매우 애매한 것으로 나타난다. 본래 국가를 구속하는 최고 법규로서의 헌법의 기능은 테러대책과 같이 국가의 자의성(恣意性)이 나타나기 쉬운 경우에 발휘되어야 하며, 더욱이 헌법상의 권리를 실효적으로 보장하기 위해 수사기관의 자의성이 폭주하지 않도록 자성적인 운용을 가능하게 하는 입법을 마련할 필요가 있다. 그러나 우리나라에 있어서는 테러대책의 분야에 관한 예방적 경찰활동으로서의 정보수집 및 데이터 취급에 대해서 정보수집 대상자의 프라이버시권을 시작으로 한 헌법상의 권리를 보장하기 위한 입법상의 움직임은 찾아볼 수 없다. 테러리즘에 대항하기 위한 예방적 경찰활동으로서의 정보수집 및 데이터 취급에 대해서 Sieber는 다음과 같이 지적하고 있다.³⁾

수사를 최적화하기 위해서 데이터 취급에 관한 협동과 개입을 둘러싸고 새로운 치안구축이 이루어지고 있는데, 특히 대테러의 데이터 파일의 경우에는 그 예방과 억제의 구별은 더욱 애매해지며 또한 국제적 테러리즘 수사에 있어서

3) Ulrich Sieber는 2003년부터 2018년 현재까지, 막스 플랑크 외국 국제형법연구소 소장을 맡고 있는 형법학자이다.

복수의 국가의 권한이 관련된 새로운 치안시스템 구축은 컨트롤의 결여라는 것으로 특징지어진다. 이로 인해 예방 및 수사의 필요성이 종래의 형법에 의한 대응과 경찰활동적인 위협예방과의 구별이 광범위하게 상대화되어 조직범죄나 테러리즘의 영역에서의 정보수집이 범죄의 혐의가 아니라 치안위험에 기초해 특히 현저한 것으로 인식하게 된다.⁴⁾

서두에 지적한 공안 테러정보 수집 및 유출 사건으로 인하여 경찰이 행하고 있던 정보수집 활동대로, 우리나라에서도 같은 상황이 발생하고 있는 것으로 파악된다. 그런데 Sieber가 지적하는 것처럼, 이 문제들은 글로벌한 규모로 발생하고 있는 사회의 기술적, 경제적 및 정치적인 상황의 변천에 기인하고 있어 이 변천은 형법의 근본에 있는 국법적 및 법리론적인 해석 시스템도 변화시킨다.⁵⁾ (예: 도중진⁶⁾은 이 같은 관점에서 우리나라에서도 조직범죄와 환경범죄의 글로벌화와 보더리스(borderless)화를 감안해서 시스템적 사고에 의해서 이 같은 상황을 고찰해야 하며, 거기에 대처하는 형법학은 시스템적으로 사고해야만 한다고 하면서 형법학의 입장 전환을 해야 한다고 호소한다.⁶⁾ 필자는 Sieber나 도중진 교수 및 마츠무라(松村格)의 견해에 동의하는 동시에 형사법의 성질에 따라 해당 시스템은 명시적이고 구체적으로 구축되어야 한다고 생각하지만, 제II장에서 보는 것처럼 유감스럽게도 우리나라의 테러대책에 관해서 그러한 시스템은 아직 구축되어 있지 않다.

본고에서는 이 시스템 구축에 일조하기 위해, 독일에서의 테러리즘에 대항하기 위한 데이터에 관한 입법의 계보와 그 입법평가에 대해 다룬다. 우선 제II장에서 전제가 되는 개인정보보호와 형사소송법상의 수사를 중심으로 하는 정보수집 활동의 관계에 대해 데이터와 정보의 차이를 포함해 독일의 관례·입법의

4) 이기춘, “한국 자치경찰제도의 이상적 모델,” 한국지방자치법학회, 지방자치법연구 제18권 제1호, 2018, 29-66면; 울리히·즈이버(著) 甲斐克則·田口守一(監訳), “21世紀刑法学への挑戦,” (成文堂·2012), 37頁 以下.

5) 오규식, “수사기관의 사이버테러사건 정보분석 및 활용방안 연구,” 한국디지털포렌식학회 디지털포렌식 연구 제11권 제3호, 2017.12, 56-70면; 즈이버, 前掲注 4), 58頁 以下.

6) 도중진, “국가 간 인적 교류에 따른 국경초월범죄에 대한 효율적 대응방안,” 원광대학교 법학연구소 원광법학 제32권 제1호, 2016, 121-141면; 松村格, “システム思考と刑事法学,” (八千代出版·2010), 254頁 以下.

기초적 사항을 확인한다. 제III장에서는 독일의 테러대책으로서의 정보수집 활동 및 데이터 취급에 관련된 입법을 중심으로 입법과정을 개관한다. 독일의 일련의 테러대책 입법제정 과정에 있어서는 연방헌법재판소 판례의 영향이 지대하며, 이것이 제IV장에 논하는 입법평가를 포함한 헌법상의 권리를 실효적으로 보장하는 체계의 구축에 기여하고 있다. 따라서 입법과정에서의 판례가 미친 영향도 밝힌다. 또한 제IV장에서 개관한 테러리즘에 대항하기 위한 데이터에 관한 입법을 평가한다는 것은 그 시도가 헌법상의 권리를 실효적으로 보장하는 시스템으로서 기능할 여지가 있는가 하는 점에 대해 검토한다는 의미이다. 테러대책 입법에 있어서의 입법평가에 대해서는 예방적인 정보수집 활동의 통제 수단으로서의 입법의 사후평가(Gesetzes evaluation)의 유효성을 묻는 문제의 관심은 법제연구원 차현숙 연구위원과 우에마츠(植松健一)가 논하고 있다.⁷⁾

제도로서의 구체적인 입법의 사후평가와 그 실태의 분석에 대해서는 차현숙 박사와 우에마츠(植松健一)의 논고에서 상세하게 논해지고 있으므로 본고에서는 크게 취급하지 않는다. 한편, 본고는 ① 테러리즘에 대항하기 위한 데이터에 관한 입법에 대한 대상을 한정하고, ② 입법의 사후의 평가에 머무르지 않는 총체적인 입법평가 시스템을, ③ 입법부와 법원의 관계에 중점을 두어 분석하려고 한다는 점에서 선행연구의 논고와는 착안점을 달리한다. 특히 ③에 대해 테러리즘에 대항하기 위한 데이터에 대한 입법은 후술하는 정량적 기준을 사용할 수 있는 분야에서의 입법평가와는 다른 성질을 가진다.

Ⅱ. 개인정보와 데이터의 관리 및 보호

1. 개인정보 보호에 관한 헌법상의 근거

우선은 전제가 되는 개인정보와 헌법의 관계에 대해 여기에서 일본과 독일의 판례·입법의 기초적 사항을 정리하고자 한다.

7) 차현숙, “입법평가 논의의 현황과 전망,” 건국대학교 법학연구소 일감법학 제22호, 2012, 45-69면; 植松健一, “ドイツの治安法制における立法事後評価(一),” 立命館法学 第379号 (2018), 1頁 以下.

(1) 일본

개인정보보호와 헌법의 관계가 쟁점이 된 고전적 판결인 교토부학련(京都府学連) 사건 판결에서 일본 대법원은 헌법 제13조(우리 헌법 제10조)는 국민의 사생활상의 자유가 경찰권 등 국가권력의 행사에 대해서도 보호되어야 한다는 것을 규정하고 있어 개인의 사생활의 자유 중 하나로서 누구라도 그 승낙 없이 함부로 그 외모·자태(이하 외모 등이라 한다.)가 촬영되지 않을 자유가 있다고 하여, 경찰관이 정당한 이유도 없음에도 불구하고 개인의 외모 등을 촬영하는 것은 헌법 제13조(우리 헌법 제10조)의 취지에 반하여 허용되지 않는다고 판시하였다.⁸⁾

이후 법원은 소위 초상권에 머무르지 않고 사생활(프라이버시)에 대해서도 헌법과의 관계성을 언급하는 맥락에서 계속 언급하였다. 그러나 그 법적 성질의 표현은 어디까지나 헌법 제13조(우리 헌법 제10조)의 취지와외의 관계성에 의한 것으로, 명확히 헌법상의 권리로서 구성하지 않았다.⁹⁾ 그러나 최근 학계에서는 인격의 발전과 도야를 위해서 자신에 관한 정보의 취급을 자신이 결정할 수 있는 것을 축으로 한 정보자기결정권 내지 자기정보제어권을 헌법 제13조(우리 헌법 제10조)를 근거로 하여 확대적으로 인정하는 방향에서의 논의가 진행되고 있다. 이 경향은 정보화 사회의 발전에 의해 소극적으로 정보를 비닉하는 것(숨기는 것)만으로는 개인정보를 지키는 것이 도저히 불가능하게 된 것을 배경으로 하는 것 같다.

프라이버시권과 정보자기결정권, 자기정보제어권의 관계성은 아직 명확하지 않다. 예를 들어 넓은 의미의 프라이버시권으로서의 자기정보제어권을 구별하는 입장,¹⁰⁾ 자기정보제어권의 발전경위를 근거로 프라이버시의 권리가 자기정

8) 김해원, “개인정보에 대한 헌법적 검토-개인정보보호법의 목적 및 정의의 규정을 중심으로,” 한국비교공법학회 공법학연구 제20권 제4호, 2019.11, 63-98면; 最大判 昭和 44年 12月 24日 刑集 第23卷 第12号, 1625頁 以下.

9) 김용훈, “국제적 수준에서의 기본권의 제한과 보호-프라이버시권을 중심으로,” 한양법학회 한양법학 제43집, 2013.8, 27-58면; 현재까지도 사생활권이라는 표현이 대법원의 법정의견으로 사용될 상황이 성숙 되지는 않았다. 프라이버시와 ‘프라이버시권’의 식별 의의에 대해서는 竹中勲, “プライバシーの權利,” 大石眞·石川健治(編), “憲法の争点,” (有斐閣 · 2008), 98頁.

보제어권이라고 하는 입장이 있다.¹¹⁾ 근래에는 기존 프라이버시권의 추상적 정의에 의한 개념화를 비판하고, 전면적인 실용주의적 접근법에 기초한 개념화를 제안하는 일련의 연구가 발표되고 있다.¹²⁾

이 같은 실용주의적 접근에 근거한 개념화는 확실히 범인이 종래 정보의 자기결정권이나 자기정보의 제어권에 대해서 취해 온 헌법상의 권리로서 추상적 정의를 명확하게 하지 않고, 개별 사례 안에서 기본적 인권의 취지에서 구성할 수 있는 권리의 침해가 존재하는지를 심사한다고 하는 태도를 논리적으로 분석한 것으로 생각할 수 있으며, 프라이버시권의 본질을 생각하는데 있어서의 하나의 관점으로서 흥미롭다. 자기정보의 제어권이라고 하는 관점과 마찬가지로 본고에서 중요한 것이라고 생각할 수 있는 것은 데이터와 프라이버시권이라고 하는 관점이다. 후자는 검색 혹은 간섭되지 않는 권리와 데이터화된 개인정보를 보호할 수 있는 권리라고 해서 프라이버시권의 보호영역이 언급될 필요가 있다고 주장하는가 하면,¹³⁾ 또 다른 논자는 기능적 접근으로부터 개인정보에 포함되는 인격의 도달 가능성을 중시한다.¹⁴⁾

양자의 견해는 후술할 독일의 논의에서 의식되고 있는 데이터와 프라이버시권과의 관계성을 고려하는데 있어서도 중요한 관점이 된다. 데이터와의 관계에서는 미국 판례를 참조하여 어떤 데이터가 다른 데이터와의 조합에 의해 새로운(경우에 따라서는 중요한) 정보에 이르는 것에 착안한 모자이크이론도 주목

10) 권건보·김일환, “지능정보시대에 대응한 개인정보자기결정권의 실질적 보장방안,” 미국헌법학회 美國憲法研究 第30卷 第2號, 2019.8, 1-38면; 長谷部恭男, “憲法(第7版),” (新世社 · 2018), 149頁 以下.

11) 김종길, “기술위험의 사이버화와 프라이버시권,” 한국사회이론학회 사회이론 제35호, 2009.6, 245-285면; 渋谷秀樹, “憲法(第2版),” (有斐閣 · 2013), 408頁.

12) 최승재, “디지털 기술의 발달과 프라이버시권 보호에 대한 연구,” 한남대학교 과학기술법연구원 과학기술법연구 제13권 제2호, 2008, 9-47면; 小林直三, “プライバシー権の概念化へのアプローチに関する一考察,” 関西大学法学論集 第54卷 第6号 (2005), 1236頁 以下, 同 “プライバシー権の概念化と新たな分類,” 大阪経済法科大学法学研究所紀要 第40卷 (2007), 27頁 以下, 同 “個人情報保護制度の基礎としてのプライバシー権概念に関する考察,” 関西大学法学論集 第62卷 第4-5号 (2013), 2167頁 以下.

13) 차형진, “정보화사회와 프라이버시권리의 법적보호,” 한국통신학회 한국통신학회논문지 제15권 제12호, 1990.12, 1,017-1,030면; 白井雅子, “個人情報保護, プライバシー権および権利主体の行方に関する一考察,” 中央学院大学法学論叢 第24卷 第1-2号 (2011), 203頁.

14) 손형섭, “개인정보의 보호와 그 이용에 관한 법적 연구,” 한국법학회 法學研究 第54輯, 2014.6, 1-34면; 玉蟲由樹, “捜査機関の情報活動とプライバシー,” 犯罪と刑罰 第27号 (2018), 143頁 以下.

받고 있다.¹⁵⁾ 나아가 데이터와 프라이버시권에 관해서 프라이버시권의 발전과정으로부터 전망하는 견해도 있다.

여기에서는 프라이버시권의 성질의 변용에 대해서 미국과 일본에서의 논의의 전개를 배경으로, 고전적인 사생활 은닉권을 프라이버시권의 내실로 하는 제1기, 사랑·우정·신뢰의 형성을 목적으로 하는 가벼운 자기정보 제어권을 프라이버시권의 내실로 하는 제2기, 그리고 빅데이터 사회를 전제로 시스템 구축을 전제로 하여 그 구조나 아키텍처를 어떻게 설계할 것인가를 중심적인 과제로 하는 드라이한 자기정보제어권을 프라이버시권의 내실로 하는 제3기로 구분된다.¹⁶⁾

제3기에서의 과제 중 하나는 빅데이터 사회에 있어서의 정보시스템의 구축이나, 그 선행행위로서의 정보처리에 의한 권리침해가 시스템에 대한 접근 단계에서는 명확하지 않기 때문에 프라이버시권의 법익성을 논할 필요가 있다는 것이다. 이 법익성을 프라이버시권의 사회공공적 가치나 예방적 규칙(rule)으로서의 권리론을 참조하는 것으로 한정지으려고 하는 입장이 있다. 이 같은 입장에 대해서는 프라이버시권의 성질 변화에 어디까지 연속성을 부여할 수 있는가 하는 의문이나, 제3기를 제2기와 비교해 드라이한 자기정보제어권이라고 호칭하는 것에 대한 위화감은 있지만,¹⁷⁾ 본고에서 주목하고 싶은 것은 현대의 프라이버시권에 관한 논의가 개인정보 그 자체의 성질이 아니라 각종 데이터를 둘러싼 환경에 의존한다는 것이다. 여기에서 말하는 환경이란 모자이크이론을 의식한 데이터를 둘러싼 다른 데이터의 존재뿐 아니라, 정보시스템이나 후술하는 수사방법 등을 포함해 크게 좌우된다는 것이다. 프라이버시권의 성질을 재논의

15) 김중구, “위치추적장치(GPS단말기)를 이용한 수사와 영장주의-미국과 일본의 판례를 중심으로,” 한국비교형사법학회 비교형사법연구 제17권 제4호, 2015, 87-115면; 實原隆志, “GPS捜査の憲法上の問題,” 福岡大学法学論叢 第63巻 第1号 (2018), 13頁 以下; 稻谷龍彦, “刑事手続におけるプライバシー保護,” (弘文堂・2017), 72頁; 清水真, “捜査手法としてのGPS端末の装着と監視・再論,” 明治大学法科大学院論集 (2013), 176頁 以下.

16) 정지혜, “현대 감시형 수사와 법적규율의 필요성-특히 GPS수사에 대한 독일의 입법론 분석을 중심으로,” 한국형사정책연구원 형사정책연구 제28권 제4호(통권 제112호), 2017.12, 237-264면; 山本龍彦, “プライバシーの権利を考える,” (信山社・2017), 3頁 以下.

17) 예를 들면, 小山剛, “学界展望-憲法,” 公法研究 第80号 (2018), 241頁은 야마모토(山本)가 주장하는 제3기 프라이버시권에 대해서 ‘정보의 은닉성’이라는 종래의 프라이버시권론에서 지배적이었던 요소가 정보관리 시스템의 견고성이라고 하는 요소에 늘어서는 고려 요소의 하나로 격하되고 있는 것처럼 보인다’라고 하여 제1기·제2기와의 연속성에 의문을 제시하고 있다.

하는 것과 아울러, 개인정보에 관한 법제도를 중심으로 한 데이터를 둘러싼 환경에 대해 논의할 필요가 있을 것이다. 여기서는 일본에서의 개인정보에 관한 기본적인 법제도에 대해서도 확인하고자 한다.

개인정보보호 기본법제는 2003년에 시행되어, 동 법제의 기간적인 범인 및 개인정보보호법은 제1장에서, 제3장은 총론적 규정으로서 민관 쌍방에, 제4장 이후에는 민간에 대해서만 적용되고 있으며, 행정부를 각론적으로 통제하는 규정은 별도 “행정기관개인정보보호법” 및 “독립행정법인 등 개인정보보호법”에 규정되어 있다.¹⁸⁾ 양 법은 ① 행정의 적정하고 원활한 운영, ② 개인의 권리이익 보호, ③ 개인정보의 적정하며 효과적인 활용을 목적으로 제정되었다.¹⁹⁾ 이 중 ③은 빅데이터 속에서의 개인정보 보호와 프로파일링 등²⁰⁾에 대한 대응 등 새로운 기술적 발전에 대한 개인정보보호 방침을 정하는 개정을 함에 있어서 2016년 추가된 목적이지만, 개인정보보호를 감안하면서도 개인정보의 유용성에 착안하는 자세를 밝히고 있다.²¹⁾ 본 개정을 토대로 한 “행정기관 개인정보보호법”은 빅데이터를 이용한 국가활동을 의식하고 있지만 예방적이고 광역적으로 이루어지는 테러대책에 관한 정보수집 활동을 직접적으로 통제하는 역할을 하지는 않았다.

18) 김정덕, “개인정보보호를 위한 관리체계와 거버넌스,” 한국정보보호학회 정보보호학회지 제18권 제6호, 2008.12, 1-5면; 曾我部真裕, “個人情報保護法とメディア,” マスコミ倫理 第695巻 (2017), 2頁 以下; 塩入みほも, “個人情報保護法制の体系と地方公共団体における個人情報保護の現状,” 駒沢大学法学部研究紀要 第76巻 (2018), 2頁 以下 参照.

19) 박인표·김정호, “지능정보사회에 따른 개인정보보호 기술적 관리 체계 개선 연구,” 한국통신학회 학술대회논문집: 2018년도 한국통신학회 추계종합학술발표회 논문집, 2018.11, 431-432면; 長谷川幸一, “行政機関個人情報保護法・独立行政法人等個人情報保護法の平成28年改正の意義と課題,” 現代社会文化研究 No.64 (2017), 251頁.

20) 이기용, “빅데이터 활용을 위한 개인정보 보호 및 관리기술 동향,” 한국통신학회 한국통신학회지 (정보와통신) 제37권 제1호, 2019.12, 32-39면; 山本龍彦, “インターネット時代の個人情報保護,” 松井茂記・長谷部恭男・渡辺康行(編), 前掲注 1), 539頁 以下. 또 프라이버시권과 빅데이터에 대해서는 加藤弘則, “プライバシー権はビッグデータ問題を解決できるか,” 東京大学教養学部哲学・科学史部会哲学・科学史論叢 第19号 (2017), 57頁 以下; 프로파일링의 국제적 상황에 대해서는 尾崎愛美, “装着型GPS捜査とプライバシー,” 法学政治学論究 第111号 (2016), 49頁 以下 参照.

21) 구체적으로는 비식별 가공정보의 이용 등과 연결된다. 본 개정에 대해서는 飯島淳子, “行政機関個人情報保護法改正,” 法学教室 第434号 (2016), 64頁 以下; 이지마(飯島)에 따르면 “입법과정의 비식별 가공정보에 대한 요구가 의료분야에 거의 한정되어 있다”고 한다.

선행연구에서 지적하듯이, 원래 행정기관 개인정보보호법은 개인정보의 보유 이후가 규제의 주된 대상이며, 정보의 수집단계에 대해서는 이용목적의 명시 의무가 있는 것에 그친다(동법 제4조).²²⁾ 개인정보의 데이터로서의 보유에 관한 목적 구속성의 원칙(동법 제3조)은 명시되어 있어 빅데이터를 이용한 정보수집에 대한 일정한 규제로서 기능하는 것도 기대되는 듯하나, 목적 외 이용에 있어서의 상당한 이유의 유무는 행정기관장이 판단하게 되어 있어 실효적인 규제로서 기능할지는 의문이다.²³⁾ 또한 개정 전에는 다른 정보와 구별되지 않았던 민감한 정보에 대하여 배려가 요구되는 개인정보로 정하였으나(동법 제2조 제4항, 제10조 제1항 제5호의 2), 개별적으로 대상자의 동의를 필요로 하는 것은 아니었다.²⁴⁾

(2) 독일

독일에서 개인정보와 기본권의 관계가 연방헌법재판소에서 처음 언급된 것은 국세조사판결이다.²⁵⁾ 이 판결은 기본법 제1조 제1항과 결부된 동 제2조 제1항에서 정보자기결정권을 도출하고 이후 독일의 정보자기결정권은 이 규정에 근거하여 헌법상의 권리로서의 가치를 부여받고 있다. 독일 판례에서 ‘일반적 인격권의 구체화’의 귀결로서의 정보자기결정권 이해는 ‘사생활의 비밀성보다 개인의 자율적 결정에 역점을 두고 있다’는 발상에서,²⁶⁾ ‘개인이 자신의 생활상의 실정을 언제나 스스로 결정해야 한다’고 평가하고 있다.²⁷⁾ 이는 ‘자기결정권’을 중핵으로 한 이해로서 정보를 통제하는 것 자체의 권리성에 대해 논하는 것이 아니라, 모든 자기결정의 권능이 원칙적으로 개인에게 있다는 것이 본질적

22) 김봉수, “빅데이터와 ‘개인정보’의 관계정립을 위한 小考,” 한국비교형사법학회 비교형사법연구 제17권 제1호, 2015, 1-30면; 島田茂, “行政機關個人情報保護法の制定と条例の改正,” 甲南法学第46巻 第3巻 (2005), 6頁 以下.

23) 島田茂, 前掲注 22), 10頁, 18頁.

24) 長谷川幸一, 前掲注 19), 253頁.

25) 김태오, “사이버안전의 공법적 기초-독일의 IT 기본권과 사이버안전법을 중심으로,” 행정법이론 실무학회 行政法研究 第45號, 2016.6, 105-134면; BVerfGE 65, 1; 平松毅, “自己情報決定權と国勢調査,” ドイツ憲法判例研究会(編), “ドイツの憲法判例(第2版),” (信山社・2001), 60頁 以下 参照.

26) 김해원, 앞의 논문(주 8), 63-98면; 松本和彦, “基本権保障の憲法理論,” (大阪大学出版会・2001), 129頁.

27) 松本和彦, 前掲注 26), 131頁. Vgl. BVerfGE 65, 1 (41f.).

인 내용이며, 이에 자신의 정보에 관한 자기결정도 당연히 포함된다는 점에 중점을 두고 있는 것이 특징이라고 할 수 있다. 독일의 일반적인 데이터 취급에 대해서는 GDG(일반적인 데이터법)에 의해 정해져 있지만, 개인정보로서의 데이터 보호에 대해서는 BDSG(연방 데이터보호법) 및 각 주의 데이터 보호법이 중심적인 역할을 담당하며,²⁸⁾ 여기에 추가하는 형태로 구체적인 데이터 취급의 제한을 개별법으로 정하는 구조로 되어 있다.²⁹⁾

최근 학설에서는 IT사회와 개인에 의한 정보활용수단의 발전을 전제로 하여 인격의 발전과 도야로 연결되는 정보자기결정권을 객관법적 구성으로 파악하면서, 데이터(Datum)와 정보(Information)를 구별하는 논의가 등장하고 있다.³⁰⁾ Hoffman-Riem은 “데이터는 해석의 자유로운 기호에 지나지 않는다”고 하고, 사회적 인식하에서 해석되어 커뮤니케이션 하에서 교환되는 정보와는 구별된다고 한다.³¹⁾

이 논의의 전제는 데이터는 정보가 되어야만 사회적 의의를 지니며, 나아가 법적인 논의의 대상이 될 수 있는 바, 정보화 사회에 만연한 데이터 전부를 법적으로 통제하는 것은 필요성도 실현 가능성도 없다는 입장이다. 이는 기본법이 전제로 하는 개인의 존중을 실질화하는 인격의 발전과 도야에 대해 데이터라는 새로운 사회적 자원이 이점과 위험성의 양 측면을 가진다는 것을 밝히면서, 기본법상의 요청에 근거해 고려해야 할 데이터의 성질을 현실적으로 한정하고 있다는 점에서 실효적인 논의이다.

28) 김영주, “개인정보보호를 위한 법정책의 과제-개인정보보호법상 형사법적 규제에 대한 고찰을 중심으로,” 한국법정책학회 법과 정책연구 제15권 제1호, 2015, 37-62면; 佐藤結美, “個人情報の刑法的保護の可能性と限界について,” 刑法雑誌 第56卷 第2号 (2017), 172頁 以下.

29) 박희영, “독일 형사소송법상 통신데이터 수집권과 한국 통신비밀보호법상 통신사실확인자료제공 요청권의 비교 및 시사점,” 경찰대학 경찰학연구편집위원회 경찰학연구 제9권 제3호(통권 제21호), 2009.12, 33-61면; 기본적인 독일 데이터 보호법제의 구조에 대해서는 松本和彦, 前掲注 26), 97頁 以下. 또한 독일의 데이터 보호법제는 2018년의 GDPR(EU 일반 데이터 보호규칙) 적용에 앞서 2017년에 전면 개정되었다. GDPR에 관해서는 宮下紘, “EU一般データ保護規則,” (勤草書房·2018) 参照.

30) 권건보·김일환, 앞의 논문(주 10), 438면; 高橋和広, “情報自己決定權論に関する一理論的考察,” 六甲台論集 第60卷 第2号 (2014), 116頁 以下.

31) Wolfgang Hoffmann-Riem, “Grundrechts und Funktionsschutz für elektronisch vernetzte Kommunikation,” AÖR 2009, S.517f.

당연히 그 앞에 정보란 무엇인가, 정보 속의 구분, 정보의 취급과 개인정보보호법, 정보자기결정권과의 관계 등 많은 문제가 기다리고 있지만, 적어도 논의의 출발점으로서 데이터와 정보의 구별을 명확히 하는 것에는 일정한 의의가 있음이 여기에서도 확인된다. 데이터와 정보의 구별을 실시하고, 정보에 법적 보호를 부여할 때의 출발점은 보호되어야 하는 정보의 전제가 되는 데이터의 취급이다. Schaar³²⁾는 데이터 보호법의 개념을 구성하는 기본요소로서 이하 5가지를 든다.³³⁾

① 데이터와 개인과의 관련성, ② 허가 유보 금지, ③ 목적 구속성의 원칙, ④ 필요성의 원칙, ⑤ 데이터 보호에 있어서의 역할 개념(데이터 소유자·조사 대상·가공자·사용자) 등이다. 이들 5가지 요소는 일제히 도입된 것이 아니라 단계적인 입법조치 안에서 도입되어 왔다. Roßnagel³⁴⁾는 이 입법조치의 단계를 정보기술발전의 3단계로서 분석한다. 정보기술 발전의 3단계란, ① 빅데이터 사회에 대한 반응으로서 데이터 보호와 데이터 가공의 제한을 포함한 데이터 보호법을 제정하는 단계, ② 데이터 유출의 회피/데이터의 검약(필요성의 한정) 등의 보충단계, ③ 증대되는 편재적인 데이터 소비에 따라 데이터 보호 시스템을 보전하는 단계의 3가지이다.³⁵⁾ 독일의 데이터 보호법제는 개별수단이 아니라 데이터의 종류를 특정하여 취급하는 대응방식을 정하고 있는 점에 특징이 있으며, 테러리즘 대책 법제 중에서 이러한 경향이 구체화되고 있다. 예를 들어 ATDG(반테러 데이터법) 제1조는 [독일연방에 관련된 국제테러의 해명과 대책을 위해서] 관련 부처가 임무를 수행하는데 필요한 데이터를 [테러대책 테

32) Peter Schaar는 2003년부터 2013년까지 BfDI(데이터 보호 및 정보의 자유에 관한 연방 커미셔너)의 장관을 지냈다. BfDI는 BDSG상 독립된 권한을 가지고 공적단체에 의한 개인의 데이터 취급의 적절성을 검증하는 기능을 가진 기관이다(Vgl. Monika Kuschewsky, "Data Protection & Privacy-Jurisdictional Comparisons," 2012, p.172). 또한 Hans-Peter Bull도 BfDI가 설립된 1978년부터 1983년까지 그 직을 맡고 있었다.

33) Peter Schaar, "Der Funktions wandel des Datenschutzes," in: Veith Mehde/Ulrich Ramsauer/Margrit Seckelmann (Hrsg.), Staat, Verwaltung, Information: Festschrift für Hans Peter Bull zum 75. Geburtstag, 2011, S.1060 ff.

34) Alexander Roßnagel는 1990년대부터 일관하여 데이터 보호에 관한 연구를 연대로 수행하는 공법학자이다.

35) Alexander Roßnagel, "Modernisierung des Datenschutzes für eine Welt allgegenwärtiger Datenverarbeitung," mmr 2005, S.71.

이터베이스의 내용으로 한다고 정함과 동시에 구체적인 대상을 동법 제2조에서 규정하고 있다.³⁶⁾

이와 같이 독일에서는 개인정보와 그 기초가 되는 데이터에 대해서 (후술한 바와 같이 입법상의 변천은 있지만) 일관되게 극진히 보호하는 입장을 취하고 있다. 독일과 대조적인 양상을 띠고 있는 것은 미국이다. 미국과 유럽제국의 정보자기결정권에 대한 자세의 전환점은 ‘테러와의 전쟁’이라고 지적하기도 한다.³⁷⁾ 911테러의 실행범이 수면자(sleeper)로서 잠재하고 있던 독일에서도 광역적이고 구체적인 혐의를 전제로 하지 않은 저인망식 수사가 행해졌지만, 최종적으로는 정보자기결정권에 대한 일정한 배려를 가진 자세는 무너지지 않았다.³⁸⁾ 단, 이러한 자세가 견지된 이유는 ① 테러 공격에 대해서 미국은 전쟁선언이라고 인식하고 있으나 한편, 독일에서는 이를 범죄의 특별히 무서운 한 가지 형태라고 인식하고 있는 것³⁹⁾이라고 하는 본질적인 차이뿐만이 아니라, ② 정보 자기결정권의 핵심적인 가치를 견지하는 명확한 태도가 법원에 의해서 보여주는 것으로서, 입법과정에 큰 영향을 미친 것이 주된 요인이라고 생각된다. 특히 ②는 우리나라의 입법과정에 있어서의 법원의 위치를 생각하는데 있어서도, 중요한 시사점을 주는 요인이며, 후에 자세하게 논하기로 한다.

36) 김광기, “개인정보자기결정권과 공개된 개인정보의 영리목적 활용,” 한국법정책학회 법과 정책연구 제19권 제1호, 2019, 171-194면; ATDG 제2조는 다음과 같이 정한다. 각 부치는 ‘유효한 법적 규정에 근거하여 경찰 혹은 첩보기관의 정보에 의해 이미 수집한 데이터가 (본 조 각호의 사항에) 관련된 것이 사실상의 근거에 근거하여 분명한 경우’ 또는 (테러 규명을 위해) 필요한 경우 동법 제3조 제1항에 따라 (본조 각호에) 해당하는 데이터를 추적할 의무를 진다. 渡辺富久子, “ドイツにおけるテロ防止のための情報収集,” 外国の立法 第269号 (2016), 40頁以下 参照.

37) 홍선가·강문찬, 앞의 논문(주 1), 439-464면; 宮下紘, “プライバシーをめぐるアメリカとヨーロッパの衝突(一),” 比較法雑誌 第18号 (2010), 138頁. 미야시타(宮下)는 미국은 ‘잠재적인 테러리스트를 알아내기 위해 테러와는 전혀 무관한 일반인의 개인정보를 수집하여 지금까지의 감시의 기본방향을 바꾸었다.’ 한편, 유럽 국가에서는 테러리스트와의 전쟁일지라도 (프라이버시권)을 옹호하려고 노력해 왔다고 분석하였다. 오일석, “미국 정보기관 제로데이 취약성 대응 활동의 법적·정책적 시사점,” 미국헌법학회 美國憲法研究 第30卷 第2號, 2019.8, 143-185면; 미국의 테러대책법제에 대해서는 大林啓吾, “リスク社会の憲法秩序,” 警察学論集 第69卷 第1号 (2016), 48頁 以下.

38) Vgl. BVerfGE 115, 120.

39) 정우일, “지역사회 대테러활동에 관한 연구,” 한국경호경비학회 한국경호경비학회지 제19호, 2009, 187-205면; 坪郷實·高橋進, “9.11事件以後における国内政治の変動と市民社会,” 日本比較政治学会年報 第9号 (2007), 30頁.

2. 형사소송법상의 수사와 개인정보

다음은 형사소송법상의 수사와 신상정보에 대해 정리한다. 본고는 테러에 대한 정보수집 활동에 의해 수집된 데이터에 관한 입법을 연구대상으로 삼기 때문에 검토의 전제로 형사소송법상의 수사절차도 확인할 필요가 있다.

(1) 일본

우리나라에서의 형사소송법상의 수사는 그 처분의 성질로부터 강제처분(형사소송법 제199조 제1항 단서)과 임의처분(형사소송법 제199조 제1항 본문)으로 구분된 후, 강제처분의 경우라면 강제처분 법정주의 및 영장주의가 타당한 것이다.⁴⁰⁾ 일방 임의처분의 경우는 이익침해의 정도나 범죄의 중대성, 수사의 필요성·긴급성 등을 종합하여 비례성이 인정되는 수단이 아니면 수사의 위법성이 인정되고,⁴¹⁾ 이 수사과정에서 얻은 증거는 증거배제의 법칙에 의해 증거능력을 잃는다.

강제처분과 임의처분의 구별은 명확하지 않고 또한 그 위법성의 범위도 학설에 따라 다르며 판례와 학설의 유력설에도 괴리가 있지만,⁴²⁾ 새로운 기술을 이용한 수사에 대해서는 그 성질에 대한 법적 이해 자체가 통일되어 있지 않고,

40) 형사소송법 제199조(수사와 필요한 조사) ① 수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다. 김학신, “미국의 디지털 범죄와 헌법상 영장주의,” 미국헌법학회 美國憲法研究 第20卷 第1號, 2009.2, 255-287면; 영장주의의 제도설계에 대해서는 丸橋昌太郎, “秘匿捜査の規律の構造について,” 刑法雜誌 第56卷 第2号 (2017), 185頁 以下.

41) 권순호, “수사기관의 위법한 입건처분에 대한 고찰-쟁송에 의한 통제를 중심으로,” 전북대학교 법학연구소 법학연구 통권 제60집, 2019.9, 165-188면; 池田修·前田雅英, “刑事訴訟法講義(第5版),” (東京大学出版会 · 2014), 85頁 以下.

42) 이규호, “형사소송법상 임의수사의 한계,” 한국사법행정학회 司法行政 第59卷 第4號(通卷 第688號), 2018.4, 26-35면; 池田修·前田雅英, 前掲注 41), 78頁 以下. 또한 川出敏弘, “任意捜査の限界,” 小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会(編), “小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集(下),” (判例タイムズ社 · 2006), 27頁은 강제수사와 임의수사는 침해된 권리·이익의 성질이 아닌 행위의 방법·태양에 의해 구별된다고 하며, 종합적인 고려에 의한 구별을 회의적으로 본다. 이러한 논의의 경위에 대해서는 安富潔, “刑事訴訟法(第2版),” (三省堂 · 2013), 41頁 以下.

강제처분이나 임의처분 중 어느 쪽에 해당하는지, 강제처분이라고 하여 해당 처분이 형사소송법상 정해진 어느 유형의 강제처분에 해당하는지 또는 어느 유형에도 해당하지 않는지 등의 점이 계속 논란이 되고 있다. 이 경우 법원에 의한 형사소송법 조문의 해석과 사실인정을 전제로 각 수사 양태에 대해 개별 판단이 내려지게 된다. 이와 같이 우리나라에서는 강제처분 혹은 임의처분 중 어느 쪽에 해당하는지에 대한 판단 또 각각의 처분에 대해 필요한 요건이 결여된 수사가 아니라는 판단 어느 것에 대해서도 법원이 주체적인 역할을 한다고 하는 특징이 있다.

최근 처분성 판단에 의한 수사기관의 통제라고 하는 경우에 관한 판례에서 프라이버시권의 해석에 혼란이 보인다는 지적이 있다.⁴³⁾ 예를 들면, 일본 요나고(米子) 은행강도 사건 판결⁴⁴⁾에서는 소지품의 내용을 수사관이 일별하는 행위를 프라이버시 침해성이 낮은 행위로 판단하고 있는데, 반면에 택배 X선 검사결정은,⁴⁵⁾ 택배를 이용한 X선 검사를 프라이버시 침해성이 높은 행위로 인정하고 있다. 택배 X선 검사결정에서는 육안으로 인한 일별과 X선 검사의 차이를 명확히 하지 않고, 다른 개별 사례에 대한 판단으로 인정했지만, 양자가 본질적인 차이를 가지고, 프라이버시 침해에 대해 다른 귀결을 유도할 수 있는지는 불명료한 채로 남아있었다. 그러나 상기의 두 판결을 포함한 기존의 프라이버시권 해석을 기초로 한 판례는 개별적인 감시형 수사를 강제처분이라고 생각하든지 임의처분이라고 생각하든지 간에 모두 강제처분에 해당되면 당연히 영장을 요한다는 인식에 근거한 것이었다.

이를 뒤집은 판결이 감시형 수사에 관한 획기적 판결⁴⁶⁾이라고도 평가된 GPS 수사 판결이다.⁴⁷⁾ 이 판결은 GPS 수사는 형사소송법상 특별한 근거가 없으면

43) 유용봉·강인철, “수사주재권의 근거와 한계,” 한국비교형사법학회 비교형사법연구 제8권, 2006, 253-276면; 稻谷龍彦, 前掲注 15), 10頁 以下.

44) 最判 昭和 53年 6月 20日 刑集 第32卷 第4号 670頁 以下.

45) 最決 平成 21年 9月 28日 刑集 第63卷 第7号 868頁 以下.

46) 김형만, “위치정보를 이용한 수사의 법적성격과 강제처분성,” 한국디지털콘텐츠학회 한국디지털콘텐츠학회논문지 제20권 제11호, 2019.11, 2,255-2,262면; 笹倉宏樹·山本龍彦·山田哲史·緑大輔·稻谷龍彦, “強制・任意・プライバシー[続],” 法律時報 第90卷 第1号 (2018), 54頁에서 인용한 山口厚 대법관의 발언.

47) 最大判 平成 29年 3月 15日 刑集 第71卷 第3号 279頁 以下; 井上正仁, “GPS捜査,” 井上正仁·大

허용되지 않는 강제처분에 해당하므로, 종래의 판례에 준거하면 영장이 필요하다고 정면으로 인정한 다음, GPS수사는 사용자의 행동을 계속적, 망라적으로 파악하는 것을 필연적으로 수반해서 영장청구 심사에 적합하지 않을 우려가 있고, 또 GPS수사는 비밀스럽게 행하지 않으면 의미가 없으며, 사전영장 제시를 상정할 수 없다고 한다. 그리고 영장주의를 대신하여 그 취지가 담보될 수 있는 다른 수단을 선택할 수 있지만, 수사의 실효성을 배려하면서, 어떤 수단을 선택할지는 1차적으로 입법부에 맡겨진다고 하였다.

이 판결은 ① 하급심에서 판단이 나뉘었던 GPS수사를 강제처분으로 인정한 것, ② 영장주의를 정면에서 수정하는 것을 용인한 것, ③ 영장주의의 취지를 담보하는 다른 수단의 입법을 촉구한 것 3가지 점에서 매우 인상적인 판결이었다. 특히 ②에 대해서는 영장주의는 헌법 제35조(우리 헌법 제12조 제3항)의 명문에 의한 요청이며, 이를 법원이 확대 해석하고 또한 그 확대 수단을 입법부에 맡긴다는 본 판결의 선택은 헌법의 최고 법규성을 흔드는 중대한 하자를 내포할 우려가 있다. 실질적으로도 사적 영역에 대한 개입의 제약을 입법목적으로 영장을 요구하는 제35조(우리 헌법 제12조 제3항)의 의의로 되돌아감에 따라,⁴⁸⁾ 이러한 운용이 인정될 수 있을지는 의문이다. 단, 일본국 헌법제정 시에는 상정할 수 없었던 기술적 진보가 배경이 되고 있는 것을 감안하면, 수사와 프라이버시라고 하는 관점에서 볼 때, 영장주의가 수정을 피할 수 없었던 것은 이 판결이 지적하는 바와 같다. 또 본고의 문제의식에서는 ③에 대해서 형사법 입법과 재판의 관계의 전환을 표출하는 것으로 보인다. 이에 대해서는 본 판결에 대해 “과거의 형사입법이 경직화되어 사법의 범 창조 기능에 법의 발전을

澤裕・川出敏裕(編), “刑事訴訟法判例百選(第10版),” (有斐閣・2017), 64頁 以下; 角田正紀, “GPS捜査大法廷判決について,” 刑事法ジャーナル No.53 (2017), 66頁 以下; 緑大輔, “監視型捜査,” 法学教室 446号 (2017), 24頁 以下; 伊藤雅人・石田寿一, “車両に使用者らの承諾なく秘かにGPS端末を取り付けて位置情報を検索し把握する刑事手続上の捜査であるGPS捜査は令状がなければ行うことができない強制の処分か,” ジュリスト 第1507号 (有斐閣・2017), 106頁 以下.

48) 배병철·박호정, “헌법상 검사의 영장청구권 규정에 대한 비판적 검토,” 유럽헌법학회 유럽헌법연구 제26호, 2018, 151-192면; 長谷部恭男, 前掲注 10), 267頁을 참조. 단, 헌법 제35조의 권리성에 관해서는 이것이 실제적 권리보장을 정한 것인가, 오로지 피의자의 절차적 권리보장을 정한 것인가 하는 점에 대해서 여러 가지 설이 있다. 大石眞, “權利保障の諸相,” (三省堂・2014), 264頁 以下 参照.

맡기지 않을 수 없었던 시대에서, 금세기의 사법제도 개혁을 거쳐 입법의 시대로 전개된 것이 해석이 아닌 입법의 자세를 이끌고 있다”고 하는 평가도 존재한다.⁴⁹⁾

또 입법의 침묵의 전환점은 1990년대 이후의 옴(진리교) 사건을 계기로 한 조직적 범죄대책의 필요성과 반사회적 단체에 의한 기업범죄 및 경제범죄의 증가에 있다고 보는 견해도 있다.⁵⁰⁾ 이러한 지적은 종래의 영장주의의 사고방식에는 적합하지 않은 은닉성 아래 실효성이 담보되는 새로운 기술적 수단을 이용한 정보수집에 대해 모든 것을 물리쳐야 한다고 생각하는 것은 현실적이지 않으며, 본질적인 문제는 영장주의가 성질상 타당할 수 없는 상태에 의한 수사수단의 실효적인 통제방법에 대해 입법에 의한 개별 대응을 할 수 있는 법적 환경이 우리나라에는 존재하지 않는다는 문제의식을 시사한다. 이 문제는 강제처분 법정주의와 영장주의 그리고 법률의 유보관계를 다시 한 번 검토하는 것에 직결되며 또한 기술적으로 새로운 정보수집 수단에 대한 광의의 입법과정의 기본자세를 생각하는 것과 관련된다. 이 점에 관하여는 판결을 “강제처분 법정주의의 부활”이라고 하는 평가도 있지만,⁵¹⁾ 법률의 유보 원칙의 생각을 전제로 하면, “강제처분 법정주의 등을 일부러 설정할 필요가 있는가”라고 하는 의문이 든다.⁵²⁾ 실제로는 법률의 유보와 형사소송법 제197조 제1항 단서에서 정한 강제처분 영장주의에 관한 논의를 전제로 “감시형 수사기법에 대한 법적조치”로 하는 헌법상의 문제인 것이다.⁵³⁾

본고의 입장에서 이와 같은 논의를 생각하는데 있어서의 이 판결의 의의는

49) 이상경, “공간지리정보로서의 위치기반서비스 활용의 헌법적 쟁점에 관한 연구-미국에서의 논의 및 우리나라에서의 시사점,” 미국헌법학회 美國憲法研究 第27卷 第1號, 2016.4, 179-212면; 中島宏, “GPS捜査最高裁判決の意義と射程,” 法学セミナー 第752号 (2017), 14頁.

50) 정승환, “안전사회와 수사절차,” 한국형사정책연구원 형사정책연구 통권 제94호, 2013.6, 83-111면; 大野正博, “いわゆる‘現代型捜査’の発展と法の変遷,” 法学セミナー 第752号 (2017), 26頁.

51) 박수희, “전자증거의 수집과 강제수사,” 한국공안행정학회 한국공안행정학회보 제16권 제4호, 2007, 125-154면; 後藤昭, “法定主義の復活?,” 法律時報 第89卷 第6号 (2017), 5頁.

52) 민영성·강수경, “독일의 인터넷 비밀수사에 관한 논의와 그 시사점,” 국민대학교 법학연구소 法學論叢 第31卷 第2號 (通卷 第60號), 2018.10, 359-398면; 山田哲史, “GPS捜査と憲法,” 法学セミナー 第752号 (2017), 29頁.

53) 최대호, “수사목적 GPS 위치추적의 적법성,” 경북대학교 법학연구원 法學論叢 第62輯, 2018.7, 213-252면; 實原隆志, 前掲注 15), 36頁; 山本龍彦, “GPS捜査違法判決というアポリア?,” 論究ジュリスト 第22号 (2017), 155頁 以下 参照.

이 판결을 강제처분 범정주의의 부활이라고 평가할 것인가 아니면 종래의 강제 처분과 임의처분의 구별의 상대화라고 평가할 것인가라는 판단은 일단 제쳐두더라도 개별적이고 단계적인 입법상의 대응을 통해서 새로운 기술을 이용한 정보수집 활동을 합헌적으로 운용할 여지를 탐구할 필요가 있다는 것을 시사한 것이며, 법률의 유보원칙의 우리 형사법에서의 표출에 대하여, 다시 한 번 진지하게 마주하는 계기가 될 것이라고 생각한다.

(2) 독일

독일 형사소송법에서는 명문의 근거 규정을 가지지 않고 또한 기본권에 대한 비교적 중대하지 않은 침해를 수반하는 처분에 대해서는 동법 제161조 및 제163조에 대해 포괄적으로 수사의 권한이 주어져 있지만,⁵⁴⁾ 통신감청이나 감시 기기 사용 등의 수사기법에 대해서는 기본권에 대한 비교적 중대한 침해를 수반할 우려가 있는 처분으로서 개별적으로 규정되어 있다.⁵⁵⁾

강제처분의 개별규정에는 통신감청(제100a,b조), 대도청(제100c,d조), 소도청(제100f조), 사진 및 비디오에 의한 촬영(제100h조 제1항 제1호), GPS수사를 포함한 감시를 목적으로 하는 기술적 수단(제100h조 제1항 제2호) 등이 규정되어 있어 기술적 진보에 따라 개별 규정의 메뉴는 수시로 추가되고 있다. 특히, GPS 수사의 합헌성에 대해서, 2005년 연방헌법재판소 판결은 해당 수사가 다른 감시방법과 조합됨으로써 인격의 포괄적 감시를 가져오는 경우에는 정보자기결정권을 침해할 우려가 있다고 판시했다.⁵⁶⁾

54) 독일 형사소송법 제161조 제1항은 “검사는 사실탐구를 위하여 모든 양태의 조사활동을 스스로 실시하거나 그 수사보조관(지정의 경찰관)에게 실시하게 할 수 있다.”고 규정하고 있고 본 항이 독일에서의 수사활동의 일반적 수권규정으로 해석되고 있다(金尚均·辻本典央·武内謙治·山中友理, “ドイツ刑事法入門,” (法律文化社·2015), 160頁 参照). 덧붙여 형사소송법 제163조는 경찰에 대해 수사활동의 일반적 수권을 행사한 규정이다.

55) 한스 쿨네하테영, “독일 형사소송법의 최근 발전 동향,” 전북대학교 법학연구소 법학연구 제35집, 2012.9, 205-212면; 1968년 통신감청이 동법 제100a조에 규정된 이후 기술적 수단에 있어서의 강제처분에 대한 개별규정이 차례차례 정해졌다. 辻本典央, “刑事手続における私秘領域の保護,” 近畿大学法学 第54巻 第2号 (2006), 177頁 以下 参照.

56) BVerfGE 112, 304; 川又伸彦, “自動車の位置監視システムの合憲性,” ドイツ憲法判例研究会(編), “ドイツの憲法判例Ⅲ,” (信山社·2008), 375頁 以下.

동 판결에 따라 2008년에 신설된 형사소송법 제100h조는 ① 보충성의 원칙을 충족할 것, ② 감시만을 목적으로 할 것, ③ 중대한 범죄를 대상으로 하는 경우에 한정할 것을 요건으로서 GPS수사를 허용한다.⁵⁷⁾ 강제처분의 종류와 요건을 법률상 상세하게 규정하는 독일의 법체계에서는 강제처분과 임의처분의 구별을 법원이 개별적으로 실시하는 경우는 한정되어 있다. 또한 해당 처분이 임의처분에 해당하는 경우의 정보자기결정권과 경찰기관의 정보수집 적법성에 대해 실제로는 다음과 같이 지적한다. 독일에서는 정보자기결정권에 대한 침해가 아니라 결론은 제약이 된 권리나 이익, 수단의 비례성(허용성)을 심사해야 할 만큼 중요하지 않음을 의미한다고 하고 있다.⁵⁸⁾ 이는 임의처분의 위법성을 논하는 우리의 법원과는 분명히 다르다 할 것이다.

기본적 인권의 보장과 법치주의, 법률의 유보가 철저히 의식되었던 독일의 예에서 얻을 수 있는 시사점은 명문에 의한 영장주의의 요청이라는 과제는 있다 하더라도, 영장주의의 취지를 몰각하지 않고 기술적 발전에 입각한 수사를 가능하게 하면서, 헌법상 강하게 요구되는 입법주의 국가로서 기본권의 보장을 다하기 위해 개별적인 수사 유형에 대한 입법적 통제를 가하는 것이 유효하다는 것이다. 이것은 전술한 법률의 유보방식이 개별적인 수사의 통제에 있어서 어떻게 나타나야 하는가를 검토함에 있어서 본질적인 명제이다. 특히 수사대상이 의심없는 국민들에게 확대되는 경향이 있는 경우는 더욱 그러하다. 테러대책을 위한 경찰활동에 대한 국민의 기본권 보장이라는 측면에서는 이러한 통제에 대한 요청은 더욱 강하게 나타난다. 이후 이 점에 유의하면서 테러리즘에 대항하기 위한 정보수집활동의 통제의 기본방향에 대해서 수집되는 [데이터]에 관한 입법을 중심으로 논의하기로 한다.

57) 송진경, “위치추적 전자감시제도에 대한 비판적 검토,” 한국형사법학회 형사법연구 제23권 제2호, 2011, 311-340면; 齋藤司, “GPS監視と法律による規律,” 刑事弁護 第89号 (2017), 112頁.

58) 實原隆志, “行政・警察機關が情報を収集する場合の法律的根拠,” ドイツ憲法判例研究会(編), “講座憲法の規範力 第4巻 憲法の規範力とメディア法,” (信山社: 2015), 260頁.

Ⅲ. 독일의 테러리즘에 대항하기 위한 데이터에 관한 입법 과정

최근 세계 동시다발 테러의 발생을 계기로 독일에서는 테러리즘에 대항하기 위한 데이터에 관련된 사항의 일련의 입법화가 이루어졌다. 이하, 그 주된 입법 과정과 이에 영향을 미친 판례를 시계열에 따라 살펴본 후,⁵⁹⁾ 법원이 입법과정 에 미친 영향에 대해 분석하기로 한다.

1. 911테러 발생 이후 반테러 입법의 확립

2001년 세계 동시다발 테러 직후, 제1차 반테러 일괄법이 성립되었다. 단체 결사범에서의 종교특권의 삭제나 국외에서의 범죄조직 설립을 범죄행위 대상에 포함하는 것 등이 그 주된 내용이다.⁶⁰⁾ 2002년, 제1차 반테러 일괄법을 보완하는 제2차 반테러 일괄법에 관한 논의를 거쳐,⁶¹⁾ TBG(테러리즘 척결법)이 제정되었다.⁶²⁾ 본 법은 은행이나 자본기업, 항공운송회사, 컴퓨터 서비스 시스템, 통신 커뮤니케이션 또는 통신 서비스의 제공, 항공 여객회사에 대한 조사에서부터, 명확한 제한을 두어 (또한 한시적으로), 정보를 입수하는 체제를 갖추었다.

또한 같은 해, 테러대책의 관점에서 여러 법률이 개정되었다. 세관법에서는 테러 조직의 자금원이 되는 조세범죄에 관해서 세관조직에 의한 통일적 대응을 가능하게 하는 법개정이 이루어졌다. 또한 형법에서는 국내 내지 국제적 테러 조직의 창설과 지원을 구성요건으로 하는 형법 제129 a조,⁶³⁾ 제129 b조⁶⁴⁾에 대

59) Heinrich Amadeus Wolff, "Moderne Sicherheitsgesetze," in: Hans-Jürgen Papier/Ursula Münch/Gero Kellerman (Hrsg.), Freiheit und Sicherheit, 2016, S.64ff.

60) 오테곤, "9·11 테러 이후 인터폴 변모와 국제경찰협력에의 시사점," 한국법학회 法學研究 第29 輯, 2008.2, 423-447면; 坪郷實·高橋進, 前掲注 39), 32頁 以下.

61) 정육상, "국제범죄환경의 변화에 따른 보안·수사기관의 대응능력 제고방안," 한국공안행정학회 한국공안행정학회보 제23권 제2호, 2014, 209-240면; Peter Schaar, "Das Endeder Privatesphäre," 2009, S.132f.

62) Philipp H. Schulte, "Terrorismus und Anti-Terrorismus-Gesetzgebung," 2008, S.183ff.

63) 독일 형법 제129a조는 테러조직의 창설·참가에 대하여 제1항 및 제2항에서 창설·참가에 의해 1년 이상 10년 이하의 자유형이 부과되는 대상이 되는 테러조직이 목적으로 하는 범죄유형을

해, 독일에 관련된 활동의 범위 내에서 국외조직으로도 이것을 확대하였다.⁶⁵⁾

이 규정들은 추상적 위협범으로 정해져 있고 테러조직에 관여하는 것만으로도 처벌된다. 그러나 이러한 규정이 용인되는 배경에 대해 독일의 형법학자 베르너는 “테러리즘이 중대한 범죄를 저지른 사람의 결의에 대해 전망적 형법 보호를 필요로 할 만큼 사람들의 위태화를 내포하는 고유의 동력을 가지고 있다는 것을 고려한 것”이라고 주장하였다.⁶⁶⁾ 2004년에는 MADG(군사보안국법)의 제1차 개정이 이루어졌다. 본 개정법의 주된 목적 중 하나는 해외의 군사 거점에서의 정보수집과 정보분석에 관한 임무 수행을 가능하게 하는 것이었다(MADG 제14 조).⁶⁷⁾ 여기까지 모두 세계 동시다발 테러에 대한 반응으로서 테러대책에 관한 국가의 권한을 강화하는 방향에서의 법 제정·법 개정이 중심이었다.

2. 2006년 이후 연방헌법재판소 판례와 입법

2006년 GDG(일반적 데이터법)와 ATDG(반테러 데이터법)가 제정되었다. GDG는 일반적 데이터에 관한 규정을 하는 것인데 테러리즘 박멸에 관련된 정보를 가진 다른 관청에 정보를 요구할 때의 데이터를 규율 대상에 포함하였다. ATDG는 여기에서 더 나아가, 연방과 주의 경찰관청과 비밀첩보기관간에 공유

지정하고, 제3항에서는 제1항 및 제2항에서 열거하는 죄에 의해 협박을 하는 것을 목적으로 한 조직을 창설한 자를 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다고 규정하고 있다. 나아가 제5항에서는 테러조직을 지원·선전한 자는 제1항 및 제2항 해당 조직에 대해서는 6개월 이상 10년 이하의 자유형, 제3항 해당 조직에 대해서는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다고 규정한다(와타나베 나이지, “테러리스트 범죄규정을 개정하기 위한 법률안,” 외국의 입법 제218호(2003), 155쪽 이하 참조).

64) 독일 형법 제129b조는 외국의 범죄와 테러 조직에 대해서 이하와 같이 규정한다. (1) 제129조, 제129a조는 외국의 조직에 대해서도 효력을 가진다. EU의 구성국 이외의 조직과 관계되는 행위에 대해서는 공간적 적용 범위에서 법의 범위 내에서 행해지는 활동이 있는지, 행위자 혹은 희생자가 독일인이거나 (해당 조직이) 국내에 있거나 둘 중 어느 한 경우에만 효력을 갖는다.

65) 또한 TBG는 제정 당시 2007년까지의 한시법이었으나, 2007년(5년), 2012년(4년), 2015년(5년) 연장이 반복되어 현재에 이르고 있다.

66) 박원규·박재풍, “독일의 대테러 법제·조직 및 그 시사점,” 경찰대학 경찰학연구편집위원회 경찰학연구 제18권 제1호(통권 제53호), 2018.3, 63-88면; 리아네·ヴェル너(著), 金尚均(訳), “ドイツ法におけるテロの可罰的予備,” 龍谷法学 第47巻 第1号 (2014), 211頁 以下.

67) Wolf-Rüdiger Schnke/Kurt Graulich/Josef Ruthig(Hrsg.), “Sicherheitsrecht des Bundes,” 2014, S.1344.

하는 것을 전제로 한 데이터베이스에 테러대책을 위한 데이터(반테러 데이터)를 마련하는 것을 목적으로 한 한시적 입법으로 제정되었다.

후술한 바와 같이 본법은 2013년의 반테러 데이터 판결에 따라 개정되었다. 서로 다른 권한을 가진 관청들 사이의 데이터 공유를 전제로 한 두 법의 제정은 국가의 테러대책을 위한 정보수집 활동에 대한 권한 강화에 일조했다는 것은 의심의 여지가 없다. 한편, 법률 하에서의 데이터 공유를 명확히 하고 그 한계를 드러낸 점에서, 두 법의 제정은 권한확대에 그치지 않는 통제적인 의의를 갖는다고 평가할 수도 있다.

2009년 연방헌법재판소에 의해 래스터 수사(Rasterfahndung)에 대한 판결이 내려졌다. 래스터 수사의 판결은⁶⁸⁾ 광범위한 조건에 의한 데이터의 그물망 수사(래스터 수사)를 실시하는 근거가 된 PolG NRW (Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen) 제31조와 이것에 근거한 수사의 합헌성이 쟁점이 된 사건에서 “법원은 헌법상 인정할 수 있는 그물망 수사가 개시될 때에 요구되는 법률의 문언상의 ‘위험의 정도’에 대해서 발생할 것으로 예상되는 손해의 정도가 크면 클수록, 개입에 필요한 위험의 정도는 작아도 좋다”고 하는 “je-desto 공식”을 전제로 하였으나,⁶⁹⁾ PolGNW 제31조가 기준으로 하는 ‘현재의 위험’까지 요구되는 것이 아니고, ‘손해발생의 충분한 개연성 및 개연성 예측의 구체적인 사실적 기초라고 하는 구체적인 위험의 기준’을 만족하면 협의의 비례성심사 기준을 충족시키는 것으로 판단하였다.⁷⁰⁾

본 판결과 관련하여(혹은 본 판결에 관련된 사건의 영향을 받아), 이 시기 세 가지 큰 입법상의 움직임이 생긴다. ① 연방형사청을 통한 국제적 규모의 테러 위험 방어를 위한 법률 제정, ② 형법 개정, ③ 기본법 개정이다.

우선 ①에 대해서는 기본법 제73조 제1항 제9호 a에 의한 국제적 테러리즘의 위험에 대한 방어의 권한은 입법자에게 있다고 명시되어 있었지만,⁷¹⁾ 본법은

68) BVerfGE 115, 320; 小西葉子, “テロリズムに対抗する予防的警察活動と比例原則(一),” 一橋法学第16卷 第3号 (2017), 463 以下.

69) 小西葉子, 前掲注 (68), 470頁 以下.

70) BVerfGE 115, 320 (362).

71) 이동희, “테러리즘 방지를 위한 국제적 협력의 현황과 과제,” 한국비교형사법학회 비교형사법연

각 주(州)가 독자적으로는 극복할 수 없는 테러리즘에 직면한 경우에, 국제적인 테러리즘 방어의 예방적 임무를 담당하는 연방형사청에 대해, BKAG 제20k조의 온라인 수사나, 제201조의 정보원의 통신감시, 제20h조의 예방적 주거감시 권한과 같은 비밀정보 조사의 포괄적 권한을 부여하는 것으로 규정했다.

다음으로 ②에 대해서는 테러 계획·준비·지도 등의 처벌을 규정한 형법 제 89a조·제89b조·제91d조에 대해서, 그 이전 단계의 행위를 새롭게 처벌대상으로 규정했다. 이것은 테러에 관한 행위에 대해서 예방적 행위로까지 처벌을 확대하는 의의를 가진다.

마지막으로 ③에 대해서는 기본법 제45d조가 신설되어 경찰 등과의 데이터 공유가 가능한 연방 비밀정보기관에 대한 의회 통제위원회의 통제가 강화되었다.⁷²⁾ 이것은 래스터 수사 판결로부터 직접 이끌어 낸 개정이라고는 할 수 없지만, 종래부터 설치되어 있던 의회 통제위원회를 기본법상의 요청으로서 새롭게 평가한 것이라는 점에서 정보수집 활동에 대한 의회의 통제를 기본법과 연결시키는 역할을 하는 것이다.⁷³⁾ 최근의 의회 통제위원회의 활동으로서는 2016년에 발생한 베를린 크리스마스 마켓으로의 트럭 테러의 실행범 Anis Amri(ISIL과 관련되어 있어, 해당 사건의 발생 전부터 예방적으로 정보수집의 대상이 되고 있던 인물)에 대한 수사기관의 정보수집 활동 등에 대해 통제가 실시된 것이 있다.

현재 의회 통제위원회의 큰 역할 중 하나가 테러리즘에 대한 정보수집 활동을 통제하는 데 있다는 것을 나타내는 하나의 예라 할 수 있다.⁷⁴⁾ 래스터 수사

구 제17권 제4호, 2015, 515-542면; Hans Dieter Jarass/Bodo Pieroth, "Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland," 14. Aufl., 2016, S.876f.

72) 2009년 7월 17일 개정법에 추가된 제45d조 제1항은 다음과 같이 정한다. "연방의회는 연방 비밀정보기관의 행동을 통제하기 위한 위원회 위원을 임명한다."

73) 정태진·이광민, "IOT(사물인터넷) 보안과 국제범죄 대응방안," 한국경찰학회 한국경찰학회보 제19권 제5호, 2017, 279-302면; 渡邊齊志, "ドイツにおける議會による情報機関の統制," 外国の立法 第230号 (2006) 124頁 以下. 125면에서는 Parlamentarisches Kontrollgremium (PKGr)에 의회감독위원회라는 번역이 들어있는데, 본고에서는 Kontroll의 단어에 대해 헌법적 통제를 강조하는 관점에서 '의회통제위원회'로 번역한다. 제45d조 제2항에 따라 Gesetz über die parlamentarische Kontrolleigentdes (PGricher Tundes)가 상세히 규정된다.

74) BT-Drs. 18/12585. Thorsten Kingreen, "Parlamentarische Kontrolle, insbesondere durch Untersuchungs- ausschüsse (Art.44GG)," Jura 2018, S.883; Enrico Brissa, "Aktuelle Entwicklungen der parlamentarischen Kontrollenachrichtendienstlicher Tätigkeitdes Bundes," DÖV 2017, S.767f; Bernd Grzeszick, "Grenzen des parlamentarischen Untersuchungsrechts und Kompetenzen des

판결에는 래스터 수사를 비판하는 입장뿐만 아니라, 이를 추진하는 입장에서도 비판이 있었지만, 2001년 이후 테러대책 입법과정에 미친 영향이라는 관점에서 보면, 두 가지 큰 의의를 갖는 전환점이 되었다고 필자는 생각한다. 하나는 래스터 수사의 한계를 명확히 하고, 종래에 격차가 있었던 각 주(Land) 경찰법에서의 래스터 수사의 기준을 연방 전체로 통일하기에 이르렀다는 것이다. ‘현재의 위협’보다 절박성이 낮은 ‘구체적 위협’을 요구한다는 합헌성 기준의 당부에 대해서는 논의가 있지만, 적어도 동 판결에 의해 래스터 수사는 수사방법으로서 기본법과의 관계에서 일정한 입장을 확립하고, 향후의 예방적 경찰활동의 추진에 대해 제시한 기본법상의 허용성이 연방 수준의 통일적인 기준으로 입법에 반영되었다.

또 하나는 정보수집 활동의 의회에 의한 통제라는 관점이 기본법상 명확해진 것이다. ‘구체적 위협’의 요구는 어디까지나 수사대상 행위에 의해 생기는 피해의 크기에 의거하는 것이며, 그 수사대상 범위에 대한 언급은 없었고, 실제 래스터 수사에서도 국적과 연령 같은 지극히 일반적인 데이터에 의한 방어가 이루어지고 있었다. 이로써 수사대상 범위가 계속해서 확대되어 기본권을 부당하게 침해할 우려가 있다. 널리 정보수집 활동에 대한 통제를 실시하는 것을 하나의 역할로 하는 의회 통제위원회에 기본법상의 지위가 부여된 것은 이 판결과의 관련에서는 정보수집 활동을 기본법의 취지에 따라 통제하기 위한 하나의 수단으로서 기능한다고 볼 수 있을 것이다. 또한, 연방헌법재판소는 2013년, ATDG에 근거해 창설된 반테러 데이터에 대해서 판결을 내렸다(이하, 반테러 데이터 판결).⁷⁵⁾ 본 판결은 전자적인 수사기법에 관한 일련의 연방헌법재판소 판결의 종착점으로 평가된다.⁷⁶⁾ 이 판결은 다음과 같이 주요 쟁점에 대해 판시하였다.

Parlamentarischen Kontrollgremiums,” DÖV 2018, S.209ff 등에서 볼 수 있듯이, 최근의 국내의 테러리즘에 대한 정보수집 활동에 대한 의회의 통제에 관심이 쏠리고 있다.

75) BVerfGE 133, 277., Jan-Willem Prützel, “Entscheidungsanmerkung,” ZIS 2013, S.533 ff.

76) Klaus Ferdinand Gärditz, Anmerkung, JZ 2013, S.633. 온라인 수색 판결(BVerfGE 120, 274), 축적 데이터 판결(BVerfGE 125, 260). 통신감청 신규율 판결(BVerfGE 129, 208) 등이 여기에서 말하는 일련의 판결이다.

먼저, 반테러 데이터 취급에 대한 것이다. 전술한 바와 같이 ATDG는 연방과 주의 경찰관청과 비밀첩보기관 등 여러 다른 관청 간에 공유하는 것을 전제로 한 반테러 데이터의 추적·교환에 대해 규정하고 있다. 반테러 데이터로서의 데이터의 공유는 다른 임무를 가진 정보수집 활동의 주체를 관련 짓는 위험방어 및 형사소추를 목적으로 한 반테러 데이터의 사용은 기본권에 대한 고도의 침해가 될 수 있다. 특히 예방적 정보수집 활동을 임무로 하는 비밀첩보기관에 대해서는 위험발생 전역의 정보수집 활동을 실시함에 따라 신중한 대응이 요구된다.⁷⁷⁾ 그래서 반테러 데이터의 사용은 수집목적에 따라 데이터를 분리하고, 목적 외의 데이터 이용에 관해서는 새로운 심사를 필요로 하는 ‘분리원칙(Trennungsgebotz)’을 전제로 하고, 데이터의 교환은 원칙적으로 인정되지 않는다고 생각된다. 분리원칙의 헌법상의 지위는 국가 및 헌법질서, 나아가 국민을 보호하기 위한 정보수집을 각각 설치할 수 있다고 규정한 기본법 제87조 제1항 제2문으로부터 도출할 수 있다.

본 규정은 법치국가와 기본권의 보장을 각인시켜 주고 있다. 다만, 각 관청은 수집권한이 다르고 특히 경찰청은 비밀첩보기관이 수집하는 데이터를 스스로 수집할 수 없기 때문에 반테러 데이터법을 통해 분리원칙은 부분적으로 파괴되며, 예외적으로 데이터 교환을 인정하게 된다.⁷⁸⁾ 이는 곧 반테러 데이터법의 목적 그 자체이며, 이 입법목적 자체는 합헌으로 여겨진다. 그러나 데이터의 교환을 전제로 하는 이상, 과도한 데이터 추적 및 결합이나 내용의 한정 혹은 제어가 불충분한 경우에 대해서는 정보에 대한 자기 결정권의 침해로서 협의의 비례성을 채우지 못해 위헌이 될 수 있다. 권한이 다른 관청 간에서의 데이터의 교환은 완화된 조건에 대해서도 해당 정보를 취득하는 것이 정당화될 수 있는

77) BVerfGE 133, 277(323 ff.).

78) 김종호, “사이버 공간에서의 안보의 현황과 전쟁역지력,” 한국법학회 法學研究 第16卷 第2號(通卷 第62號), 2016,6, 121-158면; BVerfGE 133, 277(299 f.); 上代庸平, “安全確保權限の相互協力的行使と情報共有の憲法的課題,” 大沢秀介·新井誠·横大道聡(編著), “変容するテロリズムと法,” (弘文堂, 2017) 174頁이 지적하듯이, 반테러 데이터에 관한 정보의 분리 원칙은 실제적으로는 구체적인 위험을 전제로 한 수사를 그 권한으로 하는 경찰기관이 특정 목적 하에 광범위한 정보수집을 실시하는 비밀첩보 기관이 취득한 데이터를 이용할 경우에 발생하는 기본권 침해가 문제가 되어, 이 기본권 침해의 상대화라는 우리는 ‘비례원칙의 운용에 있어서 심각하게 고려될 여지가 있다.’

만큼, 특히 중요성이 높은 공공의 이익에 이바지하는 것이어야 하며, 명백한 법률상의 규정을 근거로 하여 충분히 구체적이고 적절한 역치가 나타나야 한다고 한다.⁷⁹⁾ 판결은 조직상의 분리원칙으로부터 기본권적 분리원칙을 이끌어 냈다고 평가받는다.⁸⁰⁾ 이 판결에 대하여 정보분리원칙과 목적구속원칙과의 중복에 대해 지적하는 견해도 있다.⁸¹⁾ 또한 데이터교환을 전제로 하는 정보분리원칙의 상대화의 계기가 되었다는 지적도 있다.⁸²⁾ 분리원칙에 대해서는 그 유효성을 검증할 의의가 있다고 생각하나 이 점에 대해서는 여기에서 논의하지 않는다.

또한 본고에서 취급하는 판례의 입법과정에서 미치는 영향과의 관계에 대해 반테러 데이터의 운용을 적절히 컨트롤하기 위한 감독적 권한에 관한 판시도 중요하다. ATDG 제10조 제1항은 데이터 보호를 위한 감독기능에 대해 다음과 같이 규정하고 있다. “데이터 보호와 정보의 자유에 이바지하는 데이터 보호 실시의 컨트롤은 연방 데이터 보호법 제24조 제1항에 따라, 연방 데이터 보호 수탁관(Beauftragter für den Datenschutz)”의 의무로 되어 있다(후략).⁸³⁾ 본 판결은 2년간이라는 기간을 제시하여 입법부 및 감독관청에 의해 데이터 보호의 실시에 관한 제어와 그 확인을 실시할 것을 요구하여,⁸⁴⁾ 후술한 바와 같이 입법자에게 큰 영향을 주었다. 당시 한시법이었던 ATDG의 갱신 규정에는 “구체적으로 누가 평가를 실행하는지, 어떤 수단으로 평가를 실시하는지”에 대해 언급이 없었다. 이 판결이 선고되기 전인 2013년 3월에 연방정부는 “중요성이나 기준, 상세한 분석에 관한 추가적인 규정이 없는 가운데 입법자는 법적으로 정의되는 목표설정과 기본권의 가능한 제약과의 관계에 있어서 테러대책을 위한 데이터라는 수단의 포괄적인 분석과 이용을 의도해야 한다”고 했지만, 이 판결에서는

79) BVerfGE 133, 277(329); 上代庸平, 前掲注 78), 173頁.

80) Gärditz, Fn.76, S.634.

81) 入井凡乃, “ドイツ憲法判例研究(158),” 自治研究 第90卷 第6号 (2014), 125頁.

82) 上代庸平, 前掲注 78), 178頁.

83) 정한신, “개인정보자기결정권에 관한 헌법재판소 결정의 비판적 검토,” 부산대학교 법학연구소 법學研究 第56卷 第4號(通卷 第86號), 2015.11, 1-31면; 松本和彦, 前掲注 26), 98면에 따르면 연방 데이터 보호 수탁관이란 연방 데이터 보호법에 창설된 ‘데이터 보호의 통제·감독을 위한 일종의 옴부즈맨’으로서의 역할이다.

84) 정문식, “테러방지 감시조치에 대한 위헌심사기준,” 한국법정책학회 법과 정책연구 제18권 제2호, 2018, 3-43면; BVerfGE, 133, 277(370 f.).

이 점에 대해서 법원으로부터 구체적인 시정 요구가 있었다고 할 수 있다.⁸⁵⁾ 이 요구는 판결에서 “사후적 시정의무(Nach besserungspflicht),” “신규율의무(Neuregelungspflicht)”라고 부른다.⁸⁶⁾ 본 판결에 따라 2015년 8월 1일, ATDG가 개정되었다.⁸⁷⁾

개정 후의 ATDG에 대해서는 입법평가의 시스템을 검토하는 곳에서 논하기로 한다. 다만, 종래 국제적 테러리즘의 극복을 목적으로, 각 관청이 보유하는 데이터의 축적·결합·이용의 권한과 제약을 정하는 한시법이었던 ATDG는 본 판결에 의하여 동법의 합헌성의 증명을 배경으로 한시법이 아니게 되는 한편, 판지에 따라 데이터 보호의 실시에 대해서 의회에 의한 정기적인 제어를 목적으로 한 확인의무가 부과되었다.

개정 후의 ATDG에 신설된 제10조 제2항은 같은 “제1항에 규정하는 기관은 권한의 틀에 따라 적어도 2년마다 데이터 보호 실시의 통제를 실시하는 것을 의무로 한다”고 규정하고 있다.⁸⁸⁾ 또한 동법 제9조 제3항은 “연방 형사청은 2017년 8월 1일부터 3년마다 반테러 테러 데이터베이스 데이터 개요 및 이용에 대하여 연방의회에 보고해야 한다”고 규정했다. 래스터 수사 판결 및 반테러 데이터 판결의 양자가 입법에 미치는 영향에 관해서 공통되는 특징은 두 판결에 관해서 법의 운용의 체크 기능으로서의 ‘입법부 및 그 관계기관에 의한 컨트롤’이 헌법상의 요청과의 관계로부터 입법에 반영되고 있다는 점이다. 다음 장에서는 이 움직임에 관해서 독일에서 논의되고 있는 테러리즘에 대항하기 위한 데이터에 관한 입법평가의 연구에 대해 헌법학적 관점에서 논하기로 한다.⁸⁹⁾

85) BT-Drs. 17/12665(neu) v.7.3.2013., S.6f; Matthias Kötter, “Vonden Daten zur Empfehlung,” in: Christoph Gusy (Hrsg.), Evaluation von Sicherheitsgesetzen, 2015, S.60f; 또한 우에마츠(植松), 전개주 7), 35면 이하와 같이 이 연방정부의 보고는 ATDG의 운용에 대해 5년마다 연방의회에 보고하도록 하는 공통 데이터베이스법의 규정에 의거한 것이다.

86) 入井凡乃, “事後は正義務と新規律義務,” 法学政治学論究 第101卷 (2014), 117頁은 종래 독일의 확설·판례에서 혼동하여 사용되는 두 개념의 관별을 논하고 있다.

87) Gesetz zur Änderung des Antiterrordateigesetzes und anderer Gesetze vom 18. Dezember 2014(BGBl. I S.2318); 渡辺富久子, 前掲注 36), 24頁 以下 参照.

88) 渡辺富久子, 前掲注 36), 48頁 以下 参照. 또한, 개정 전의 제2항은 개정 후 동조 제3항이다.

89) 본 논문은 반테러 데이터 판결까지 중심으로 다루기 위해 위에 기술하는 것에 그치지만, 연방헌법재판소는 2016년, 2009년 연방 형사청(Bundeskriminalamt: BKA)법 개정에 따른 국제적인 테러리즘 방어의 예방적 임무를 담당하는 연방 형사청의 정보조사의 포괄적 권한에 대해 권한

IV. 테러리즘에 대항하기 위한 데이터에 관한 입법평가 시스템

1. 입법평가론의 헌법학에서의 위치

종래 우리나라의 법학 영역에서 입법평가는 정책평가와 관련하여 논의되어 왔다.⁹⁰⁾ 입법평가는 법률이 가지는 ‘실효성과 효율성’을 담보하기 위한 평가가 불가결하며, 그것을 위한 ‘법률의 영향평가(Gesetzes folgenabschätzung)’가 이론적으로 요구된다는 주장이 있다. 여기서의 ‘법률의 영향평가’는 ‘법률의 실시’에 의해서 생기는 여러 영향을 파악하고, 그것을 기초로 하여 해당 법률의 실효성과 효율성 등을 평가하는 작용’이라고 정의한다.⁹¹⁾ 이러한 입장은 ‘법률의 영향평가’가 요구되는 실질적인 이유의 하나를 ‘법률의 과잉 해소’를 위해 해당 입법을 제정해야 하는지 여부의 엄격한 심사를 실시해야 한다고 한다. 한편, 헌법학에 있어서 입법평가가 의식적인 논의의 대상이 된 단서 중 하나는 입법부의 기능에 관한 것이다.⁹²⁾ 논자는 ‘입법평가(Evaluation der Gesetze)’에 대해 독일

자체는 합헌적이라고 하는 한편, 조치의 요건을 더욱 엄격화하도록 요구하는 판결을 내렸다(연방 형사청법 데이터 판결(BVerfG 141, 220., Vgl. Kurt Graulich, "Polizeiliche Gefahrenabwehrmittheimlichen Überwachungsmaßnahmen," KriPoZ 2016, S.79f; Wolfgang Dürner, "Anmerkung," DVBl 2016, S.780ff; 石塚壯太郎, "ドイツ憲法判例研究(206)," 自治研究 第94卷 第7号 (2018), 145頁 以下, 同 "テロ防止のための情報収集・利用に対する司法的統制とその限界," 大沢・新井・横大道(編著), 前掲注 78), 180頁 以下). 이 요청에 대응하여 BKAG가 전면적으로 개정되었다(2018年 5月 25日 施行(Gesetz zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes vom 1. Juni 2017(BGBl, I S.1354))).

90) 차현숙, 앞의 논문(주 7), 45-69면; 福岡英明, "フランスにおける法律の施行統制・立法評価・政策評価," 高岡法学 第11卷 第1号 (1999), 81頁 以下, 同 "フランスの政策評価・立法に対するデクレと通達," 高岡法学 第12卷 第2号 (2001), 227頁 以下; 手塚貴大, "立法過程における政策形成と法(一)," 広島法学 第28卷 第3号 (2005), 65頁 以下, 同 "立法過程における政策形成と法(二)," 広島法学 第28卷 第4号 (2005), 67頁 以下, 同 "立法過程における政策形成と法(三・完)," 広島法学 第29卷 第1号 (2005), 73頁 以下, 同 "行財政改革・政策評価・行政法," 広島法学 第33卷 第2号, (2009), 1頁 以下.

91) 황해봉, "입법평가와 입법심사의 관계 고찰," 숭실대학교 법학연구소 法學論叢 第29輯 2013.1, 427-452면; 手塚貴大, 前掲注 90), 広島法学 第28卷 第3号 (2005), 66頁.

92) 大石眞, "統治機構の憲法構想," (法律文化社, 2016), 151頁 以下, 同 "立法府の機能をめぐる課題と方策," 初宿正典・米沢広一・松井茂記・市川正人・土井真一(編), "国民主権と法の支配(上巻)," 佐藤幸治先生古稀記念論文集 (成文堂, 2008), 323頁 以下.

의 논의를 참고하여 제시된 한국법제연구원의 용어를 참조하여 ‘법형식을 갖춘 규범이 전체 적용영역에 대해 미치는 재정적 및 비재정적, 의도적 및 비의도적 영향 전반을 분석하는 것’이라며 다음과 같이 주장한다. “국민생활의 기반을 형성하는 포괄적이고 종합적인 입법’에 대해서는 입법평가에 익숙하지 않지만, ‘독일에서 입법평가(Evaluation der Gesetze)가 재판관에 의한 합헌성 통제(richterliche Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit) 및 행정에 의한 실시 가능성(Durchführbarkeitskontrolle der Verwaltung)과 함께 이야기할 때, 입법통제(Kontrolle der Gesetzgebung) 라는 넓은 맥락 속에서 그 하나의 형태로 평가되고 있다”는 것을 자각할 필요가 있다고 한다.⁹³⁾

이러한 관점은 헌법학적 입장에 있어서의 입법평가라는 작업이 입법통제의 총체적인 시스템 구축의 일부로서 위상을 갖는다는 점을 시사한다. 법원에 의한 위헌심사와 관련하여, 내재적 평가 시스템의 존재가 재판에 있어서 실시되는 비례성 심사 전에 요구되는 형태의 엄격함을 결정짓는 것을 지적하는 입장도 그 착안점은 다르지만 같은 발상이라고 할 수 있다.⁹⁴⁾

독일 행정사회학의 대가인 Mayntz는 헌법학적 관점에 있어서 입법평가의 의의를 ① 기본법(특히 인권)을 축으로 하는 목적결정, ② 민주적 목적결정에 대한 공헌, ③ 권력분립에 근거한 목적결정에 있다고 하며 또 그 효과를 (가) 고전적인 법적 결론의 사정, (나) 침해에 관한 지식의 갱신에 있다는 입장이다.⁹⁵⁾ (가)에 대해서는 예측되는 효과와 제정법의 비용에 대해서 가정적으로 산출하는 방법의 집합으로부터 산출할 수 있다.⁹⁶⁾ (가)에 대해서는 새로운 혹은 복잡한 권리침해에 관한 실상을 규제의 법적인 평가에 관한 것으로서 다룬다. 개별법 조항은 구체적인 실제 상황에 대한 헌법상의 심사를 구체화한 것이다. 입법평가는 내용과 절차의 양쪽을 포함한 평가의 실시에 의해 입법자의 헌법상의

93) 황해봉, 앞의 논문(주 91), 428-449면; 大石眞, 前掲注 92), 158頁 以下.

94) 김수용, “입법평가의 제도화 방안,” 건국대학교 법학연구소 일감법학 제22호, 2012, 3-43면; 君塚正臣, “二重の基準論の応用と展望,” 横浜国際経済法学 第17卷 第2号 (2008), 1頁 以下; 高橋和之, “違憲判断の基準, その変遷と現状,” 自由と正義 第60卷 第7号 (2009), 112頁.

95) Renate Mayntz, “Regulative Politik in der Krise?,” in: Matthes, Joachim(Hrsg.), Deutsche Gesellschaft für Soziologie, 1979, S.55ff.

96) Kötter, Fn.85, S.63f.

의무에 대해 정함으로써 침해에 관한 지식의 갱신을 담보한다. Mayntz가 논하는 입법평가의 고전적인 의의와 효과에 대해서 정치학자 Schäler는 ‘입법평가는 수미일관성이 있어야 하며,⁹⁷⁾ 두 가지 경우에 이용할 수 있다’고 한다.⁹⁸⁾ 즉, ① 새로운 법의 제정에 있어서 법적 전영역의 지식을 입법절차에 제공한다고 하는 측면, ② 한 번 실현된 입법과의 관련에 있어서, 규범의 측정 가능한 귀결에 관한 지식을, 그 형성 영역에서 사실상 유효한 규범으로서 효과를 나타내도록 입법자에게 정보를 제공한다고 하는 두 가지 경우이다. 이 지적은 앞서 제시한 논의처럼 법원이나 행정부와의 관련성에 대한 의식이 표면화되는 것은 아니지만 입법절차와의 관계에서 이러한 이해관계자의 입지가 드러난 것임을 시사하고 있다.

본고에서는 이러한 맥락 안에서의 논의로서 테러대책 입법의 특수성에 입각하여 테러리즘에 대항하기 위한 데이터에 관한 입법평가에 대해 논하기로 한다. 후에 언급하는 Debus/Piesker는 양자의 용어를 구별하지 않고 사용함을 언급하고 있으나,⁹⁹⁾ 여기서 ‘법률의 평가(Gesetzes folgenabschätzung)’와 ‘입법평가(Evaluation der Gesetze)’에 대해 그 차이를 확인해 둘 필요가 있다. 개별 입법을 전제로 한 평가기법으로서 파악하는 경우 양자의 내용에 결정적인 차이는 없다고 생각되지만, Evaluation der Gesetze라고 하는 경우에는 입법형성 수단으로서의 Gesetzes folgenabschätzung을 포함한 보다 넓은 의미를 가지는 경우가 있는 점에는 주의가 필요하다. 한편 ‘입법평가’를 ‘해당 입법의 영향뿐만 아니라 입법자나 입법과정의 평가 등 법령의 제정에 관련된 모든 부분의 포괄적인 평가를 포함하고 있다’고 해석되는 용어라며, 제도로서의 입법영향 평가와는 구별되어야 하므로 입법권의 부당한 제약이 되는 오해를 초래하지 않도록

97) 김종호, “통제규범으로서 헌법해석의 체계적합성 요청에 대한 검토,” 한국법이론실무학회 법이론실무연구 제7권 제1호, 2019.2, 153-189면; 수미일관성에 대해서는 겐터·클라우스(著), 프루히트·만프레드(訳), “首尾一貫性の規範的概念,” 産大法学 第38卷 第3·4号 (2005), 556頁 以下; 高橋和也, “ドイツ連邦憲法裁判所が活用する首尾一貫性の要請の機能について,” 一橋法学 第13卷 第3号 (2014), 1065頁 以下 参照.

98) Steven Schäler, “Föderalismus und Souveränität im Bundesstaat,” 2016, S.154ff.

99) Alfred G. Debus und Axel Piesker, “Ex-post-Gesetzesevaluationen zur Ermittlungdatenschutzrechtlicher Folgen,” in: Fn.85, S.194.

‘입법영향평가’라는 용어를 Gesetzes folgenabschätzung의 번역으로 사용해야 한다는 입장도 있다.¹⁰⁰⁾ 본고에서는 이러한 주장이 포섭하고 있는 우려를 감안하여 구체적인 법률을 전제로 한 평가방법으로서의 ‘법률평가’라는 개념을 입법부와 법원의 관계까지도 포함한 넓은 범위에서 총체적 시스템으로서 논할 필요가 있다고 생각하나, 이 점에서는 양자의 의의에 차이는 없다는 입장이다. 따라서 필자는 Gesetzes folgenabschätzung과 Evaluation der Gesetze 양자를 모두 ‘입법평가’로 이해하여 번역하고자 한다. 또한, 본고에서의 ‘입법평가’는 사후 입법평가를 대상으로 하는 ‘입법의 사후평가(Gesetzesevaluation)’를 포함한 총체적인 입법평가의 방식을 가리킨다.¹⁰¹⁾

2. 타 영역의 입법평가와 비교한 테러대책 입법의 입법평가

테러대책 입법의 입법평가 시스템에 대해 논하기 전에 테러대책 입법의 입법평가의 의의에 대해서 독일의 다른 영역의 입법평가와 비교하여 확인해 보기로 한다. 독일의 다른 영역의 입법평가에 관해, 2000년대 이후 특히 주목받은 실적의 하나로 들 수 있는 것으로 행정절차비용(Bürokratie kosten)의 삭감에 관한 분야가 있다.

독일에서는 2006년 행정절차비용 절감을 위한 독립자문기구로서 국가법규감리위원회(Nationaler Normenkontrollrat)가 설치되었다.¹⁰²⁾ 이것은 형식적인 행정절차에 의해 발생하는 비용을 삭감할 수 있도록 네덜란드의 대응을 참고로 하여 설치된 기관으로, ‘기업의 행정절차 비용부담을 객관적으로 산정하기 위한 표준비용 모델(Standardkosten-Modell(‘SKM’))’을 이용한 행정절차비용의 산정

100) 梁邵英, “韓国における‘立法影響評価’をめぐる議論の展開(二),” 法学論叢 第178卷 第6号 (2016), 71頁 以下.

101) 우에마츠(植松), 전계주 7), 18면 이하는 사전영향 예측에서는 매크로적인 관점이 중심이 되므로, ‘기본권 보호라는 관점에서 입법을 컨트롤하는데 있어서는 사후평가가 사전의 영향 예측보다 유용하다’라고 하지만, 본고는 입법평가를 총체적인 시스템으로 파악하고 입법평가 주체의 역할을 검토하는 관점에 서기로 한다.

102) 齋藤純子, “ドイツの国家法規監理委員会法,” 外国の立法 第231号 (2007), 99頁 以下; 위원회 및 조정관의 번역은 같은 101頁에 준한다.

을 실시한 것이다. 당초 총리는 “이 위원회를 조직령(Organisations erlass)”에 의해 설치할 생각이었다. 법률의 질 향상은 입법자의 중대한 관심사라고 밝히고, 중요한 프로그램에서의 탈의회 정치화(Entparlamentarisierung)의 인상을 피하기 위해서 여당이 의회의 관여를 강하게 요구했다.¹⁰³⁾ 이와 같이 행정절차비용을 객관적 기준에 의해 산정해서 형식주의적 행정절차에 의해 생기는 낭비적 비용을 폐지하기 위한 법 개정에서 이바지하는 것을 목적으로 한 자문기관이 국가법규 감리위원회이다. 위원회는 표준비용 모델이라는 객관적 기준에 근거한 독립적인 평가의 기초를 형성하고, 이것을 환류(feedback)시켜 입법부가 입법평가를 실시함과 동시에 기관의 존립근거에 입법부가 관여한다고 하는 입법평가 시스템의 모델 중 하나가 되었다.¹⁰⁴⁾ 행정절차비용에 관한 입법과 마찬가지로 테러대책 입법도 어느 기간마다 재검증할 필요성이 높다. 다만, 형식적인 행정절차로부터의 탈피에 의한 비용절감을 목적으로 한 행정절차비용에 관한 입법과는 재검증을 필요로 하는 이유가 있다는 점이 크게 다르다.

앞에서 언급한 것처럼, 테러리즘에 대항하는 입법은 치안위험(risk)에 대해 행해지는 것이기 때문에, 개입의 역치가 명확하지 않다. 그럼에도 불구하고, 전술한 독일의 테러대책 입법의 입법과정에서도 알 수 있듯이, 대규모 테러리즘이 발생한 직후에는 자주 과도한 규제를 수반하는 입법이 이루어진다. 그 때문에 일시적인 불안을 원천으로 한 기본권 침해를 수반하는 과도한 규제가 이루어지고 있지 않은가 하는 점에 대해서, 재검증을 반복할 필요성이 높다고 하는 것이 테러대책 입법의 특성이다. 또한 테러대책은 행정절차비용과 같이 정량화하여 검증할 수 없다고 하는 성질을 가진다. 행정절차비용의 입법평가는 표준비용 모델이 그 기초의 중요한 부분을 담당하게 되지만, 테러대책에 관해서는 이러한 정량적 기준을 이용할 수 없다. 그렇다면 정량적 기준을 대신해서 입법

103) 윤석진, “입법과정에서의 입법영향평가와 사회영향평가의 활용,” 중앙대학교 법학연구원 法學論文集 제34권 제1호, 2010, 5-34면; 齋藤純子, 前掲注 102), 101頁 以下.

104) Stephan Förster, “Das Verhältnis von Standardkostenmodell und Gesetzesfolgenabschätzung,” in: Stephan Hensel/Kilian Bizer/Martin Führ/Joachim Lange(Hrsg.), Gesetzesfolgenabschätzung in der Anwendung, 2010, S.71 ff는 법개정을 통해서 ‘좋은 법(gute Gesetze)’의 실현을 목표로 하는 운영으로서의 입법평가와 그 기초단계의 기준으로서의 표준비용 모델의 관계에 대해 논하고 있다.

평가의 객관성을 담보하기 위해서는 어떤 수단이 상정될 수 있는가? 결론부터 말하면, 테러대책 입법의 입법평가에 대해서 그 객관성을 담보하는데 있어서는 법원이 큰 역할을 수행한다. 그 역할이란, 주로 입법평가를 담당하는 입법부 밖에서 일정한 조직적 독립성과 판단의 객관성을 가진 기관이 입법평가의 기초가 되는 정보를 제공하고 경우에 따라서는 평가의 방향성을 제시함으로써 입법평가의 객관성을 담보하는 역할이 중요하다. 이하, 테러대책 입법의 입법평가 시스템의 분석에 있어서는 이 점에 주목하여 논하기로 한다.

3. 테러리즘에 대항하기 위한 데이터 법에 관한 입법평가 시스템의 분석

여기에서는 우선 Debus/Piesker¹⁰⁵⁾의 논의를 소재로 해서 입법평가 시스템의 단계와 기능에 대해 논하고 그 후 Kötter¹⁰⁶⁾의 주장을 소재로 해서 테러대책 입법평가의 시스템적 분석의 지표가 되는 각 국면에 대해 논하기로 한다. 입법평가의 틀에 관한 양자의 견해를 살펴본 후 구체적으로 ATDG의 입법평가에 대한 양자의 견해를 확인함으로써, 테러리즘에 대항하기 위한 데이터 법에 관한 입법평가의 특징과 구체적인 입법평가의 방법에 대해 검토한다.

(1) 입법평가의 형식과 기능

Debus/Piesker는 입법평가의 형식에 대해서 정치적 형성과정으로 분할된 각 국면에 따라 명명되는 이하 세 단계로 나눌 수 있다고 한다. (a) 시행 전 입법평가(pGFA), (b) 보완적 입법평가(bGFA), (c) 시행 후 입법평가(rGFA) 등이 그것

105) Alfred G. Debus 및 Axel Piesker은 Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung(FÖV)의 하부조직인 Das Institut für Gesetzesfolgenabschätzung und Evaluation(InGFA)에 소속된 공법학자이다. InGFA는 2009년 이후 입법평가에 관해 여러 법률을 주제로 연구를 하고 있으며, 2018년에 종료된 프로젝트에서는 MADG(군사보안국법)나 BNDG(연방첩보기관법) 등에서의 테러리즘 박멸에 관한 규정의 평가에 대해서 검토 대상으로 삼고 있다.

106) Matthias Kötter는 2020년 현재 Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung(WZB)에 속하는 공법학자며, 법의 지배나 안전에 관한 논고를 독일어권 및 영어권에서 지속적으로 발표하고 있다.

이다.¹⁰⁷⁾ 이 견해는 2001년 발간의 입법평가에 관한 HandBuch로 정립된 입법평가 모듈의 구조에 의한 것이다. 세 개의 입법평가의 각 단계는 서로 다른 목표와 수단을 가지는 한편, 평가의 주제를 한정한다고 하는 공통의 역할을 수행한다. 그 <표 1>은 입법평가 모듈의 각 단계의 기능을 간략하게 정리한 것이다.

<표 1> 입법평가 모듈의 각 단계¹⁰⁸⁾

입법평가 모듈 명칭	각 단계를 방향 짓는 요소			결과 (프로덕트)
	각 단계의 구체적 목표	시계열상의 위치 설정	수단	
(a) 시행 전 입법평가 (pGFA)	규정의 의도를 확인하고, 필연성 여부를 조사할 것	법 제정 전	규정의 의도 및 귀결에 관한 최적화	필연성이 없는 규정의 배제와 최선의 대체 수단 설정
(b) 보완적 입법평가 (bGFA)	규정의 원형을 형성할 것	법 제정 과정	효과분석과 정식의 이용	토의 초안
(c) 시행 후 입법평가 (rGFA)	유효한 법적 규정의 실증심사를 할 것	법 시행 후	규정의 의도를 고려한 실현 가능성의 재확인	체크 기준

(a) 시행전 입법평가(pGFA)는 문제 정의의 단계에서 실시된다. 여기에서는 첫 번째 조치로서 문제 해결에 이바지하는 법적 규정의 모델이 제시된 후, 두 번째 조치로서 각각의 규정을 선택한 결과로서 발생하는 상황의 평가가 실시되며, 최선의 선택사항은 무엇인가를 비교 검토하게 된다. pGFA는 규정의 선택사항의 발전에 근거하는 시스템화를 통한 정치적 정식화의 과정 또는 각 국면에 있어서의 개별적인 결과의 사정을 통해서 평가를 하게 된다.

(b) 보완적 입법평가(bGFA)는 (a) 단계를 거친 후의 정치적 의사결정 프로세스에 대해 투입된다. (a)에서 이미 공식화된 최선의 범리에 대해서 집행 능력, 복잡 가능성, 이해 가능성, 비용과 이익의 관계, 법적 기능성 등의 기준에서 구

107) Debus/Piesker, Fn,99, S.197 ff. 또한, 한국에서의 선행연구를 참조해 본 분류를 언급하는 것으로서, 梁邵英, 전개주 100), 71면 참조.

108) Carl Böhret/Götz Konzendorf, "Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung," 2001, S.2를 참고로, Debus/Piesker의 논의를 바탕으로 필자가 재편집했다.

체적으로 해당 입법을 평가한다. 여기에서는 테스트 방법(실천 테스트, 도상 작진) 및 각종 검사방법(이용가치 분석, 인터페이스 분석, 기능계통도, 기준비용 모델 등)이 이용된다.

마지막으로, (c) 시행 후 입법평가(rGFA)에서는 제도의 실천상 법적 규정의 유효성이 실증되는 정도를 검증한다. 검증의 착안점은 이러한 규정에 관한 정치적 의도에 도달하고 있는가? 또는 의도하지 않은 결과가 발생하고 있는가? 하는 점에 있다. rGFA의 틀에 있어서의 목표 지향성 하에서의 인식과 효과는 평가대상이 된 법적 규정을 경우에 따라서는 개정, 시행정지 혹은 새로운 법을 형성하기 위한 기초가 된다.

Debus/Piesker는 이러한 평가단계 전체에서의 입법평가의 기능은 크게 네 가지로 나눌 수 있다고 한다. ① 인식 기능, ② 제어 기능, ③ 대화 기능, ④ 적법화 기능이 그것이다.¹⁰⁹⁾ 입법평가의 단계성을 전제로 한다면, 입법평가의 운영에 있어서의 시간적·재정적 자원의 분배는 어느 기능에 중점을 두는가 하는 점에 따라 좌우된다. 시스템으로서의 입법평가는 입법형성의 각 단계에 있어서의 구체적인 평가를 정리하는 기능을 가진다.

필자가 특히 주목해야 한다고 생각하는 것은 이것들 세 개의 입법평가의 단계와 입법평가 전체로서 가지는 4개의 기능이 입법부나 행정부 또 정치가와 전문가라고 하는 울타리를 넘은 대화를 입법과정이라고 하는 시간 축 안에서 세분화하고, 입법목표를 관리하고 분류함으로써, 기술적인 변화나 예측하지 못한 법적 결과를 근거로 하여 수정해 나가는 것을 가능하게 해야 한다는 것이다. 이 효과는 테러대책 분야에서는 과학기술이나 환경분야에서의 효과와는 다른 의미를 가진다. 과학기술이나 환경분야에서는 기술적으로 '예측하지 않았던 결과'가 발생하는 것에 대한 수정이라는 의의가 크지만, 테러대책 분야에서는 '목적달성에 있어서, 진정으로 필요한 범위로 한정되어 있는가,' '자의적으로 특정(정치적, 종교적) 표현을 억압하는 내용은 아닌지'를 되묻는 것 자체가 의미 있는 일이다. 이것은 앞에서 말한 테러대책 입법의 입법평가의 의의에 관한 부분

109) Debus/Piesker, Fn.99, S.199f.

에서 언급한 바와 같이, 큰 테러사건이 발생한 직후에 보이는 과격한 입법상의 움직임을 냉정하게 검증하거나 되돌아보는 것이 테러대책 입법에 의해 침해될 우려가 있는 기본권의 보장을 확보하기 위한 운영으로서 필요하다는 것을 재차 시사하고 있다.

(2) 입법평가 분석의 지표가 되는 각 국면

다음으로, Kötter견해를 살펴보자. 입법평가 모듈의 3단계가 정치적 의사결정 과정의 시계열 내부에 자리 잡은 총체적인 입법평가의 국면을 나타내는 것과는 달리, Kötter가 제시하는 세 가지 관점은 어느 입법의 법적 효과와 그 평가 주체에 착안되어 있다. 그러므로 반드시 시계열에 입각한 것은 아니지만, 특히 입법부와 법원의 입법평가의 역할과 관계성을 밝히고 있는 점이 특징이다.

Kötter에 있어서의 테러대책 입법에 관한 입법평가의 출발점은 제약을 당하는 이익이 결사의 자유로 대표되는 정치적 자유에 관한 헌법상의 권리임에도 불구하고, 제약의 근거가 불확정적이고 정치적 자의성이 유입될 우려가 있는 안전이기 때문에 심사의 엄격성이 유동적으로 되어 있는 점을 안전개념의 법적 근거가 되는 개별조항을 평가함으로써 안정시키자는 발상이다. 이것은 지금까지의 연구를 통해 일관되게 주목해 온 테러대책에 관한 예방적 경찰활동의 자의성을 통제하는 어려움에 대하여 입법과정으로부터의 접근을 시도하려는 견해로 정리할 수 있다. 테러대책 입법을 중심으로 하는 안전에 관한 법을 평가함에 있어서 Kötter는 이하의 세 가지 관점을 중시하는 입장이다.¹¹⁰⁾ ① 경험적으로 어떠한 방법으로 침해에 관한 지식에 도달하는가 하는 관점, ② 효과에 입각한 법적·규범적 관점, ③ 헌법에서 요구하는 사항을 법이 충족하고 있는가 하는 점을 입법자가 검토하기 위해 무엇이 필요한 정보인가에 대한 관점이다. 그렇다면, 이들 세 가지 관점은 입법평가 안에서 어떻게 구현되는가? 국가안전보장에 관계되는 입법의 효과상관적이고 법적·규범적 평가로부터의 귀결은 입법평가에 근거해 어떠한 평가기준과 테두리 조건이 설정되는가에 의존한다.¹¹¹⁾

110) Kötter, Fn.85, S.68 ff.

Kötter는 이 전제로서 입법 인과적인 효과분석을 중시하며, 위의 세 가지 관점에서 입법평가의 내용을 세 가지로 구분한다. (가) 침해에 관한 지식이 초래하는 사회적 결과의 정밀 조사, (나) 효과에 입각한 법적 규범의 표명 수단으로서의 비례원칙, (다) 헌법상 입법자가 부과한 의무로서의 체크기능 및 그 기초가 되는 정보(확인) 등이다.

우선, (가) 침해에 관한 지식이 초래하는 사회적 결과의 정밀한 조사란, 침해에 관한 지식에 도달과 해당 지식이 초래하는 사회적 결과에 대한 분석의 측면이다. 이것은 다시 두 가지로 나눌 수 있다. (a) 실태분석, (b) 효과분석이 그것이다.

실태분석이란, 1970년대의 행정상의 조사로 발단이 되어 오늘날에는 법의 적용 단계에서의 각종 법적 문제의 사정에 기초가 되는 법률을 기점으로 인과관계상 야기되는 사회적 변화를 분석하는 것을 말한다.¹¹²⁾ 행정을 통한 법의 적용과 실행이나 각종 우대조치나 개입조치의 결정이라는 조건부여에 이용된다. 실태분석을 실시하는 이점은 법적 규제와 행정행위의 양적으로 산출된 상호관계의 단순화에 있다.

효과분석이란, 입법자가 추구해야 할 목표에 대해 제정된 법이 어느 정도 공헌하고 있는지를 측정하고 분석하는 효과측정적인 분석이다.¹¹³⁾ 입법자의 목표를 달성해야 하는 경우 가정적 효과로 대체함으로써 제정 후 재검사를 실시하게 된다. (다만, 입법자는 이 재검사의 결론에 대한 설명을 덧붙이지 못하고, 또 결론은 일정하지 않고 들연 변화하는 일도 있을 수 있으므로, 이 재검사는 사실상 곤란한 것이다.) 여기서는 사실로서의 효과분석에 대하여 프리포스트 균형¹¹⁴⁾ 수단에 의한 분석이 이루어진다.¹¹⁵⁾ 이 수단에 의한 이상적인 결론의

111) Id. S.59 ff.

112) Hubert Rottleuthner/Margret Rottleuthner-Lutter, "Recht und Kausalität," in: Michelle Cottier/Josef Estemann/Michael Wrase(Hrsg.), "Wiewirkt Recht?," 2010, S.23.

113) Kötter, Fn.85, S.70 ff.

114) 달성 가능한 효과의 평가에 관한 전후의 균형을 말한다. 예를 들어 예방적인 업무평가에 대한 통계모델 등이 이에 해당한다. 의료나 교육분야 등 학제적으로 폭넓게 이용되고 있는 방법이다. 프리포스트 테스트의 알기 쉬운 일례로서 농학 등을 전문으로 하는 교육적인 관점에서 이 테스트를 설명하였다. Greg La Barge, "Pre-and Post-Testing with More Impact," Training and Development Journal 43(4), 2007, p.69.

115) Kötter, Fn.85, S.71.

증명은 개입에 대한 첫 번째 기준이 되며, 방해되는 요인은 프리포스트 균형의 여러 기준을 통해 보다 적절한 컨트롤을 받은 후 효과 확인이 이루어진다.

다음으로, (나) 효과에 입각한 법적 규범의 표명 수단으로서의 비례원칙 적용의 측면에 대해서이다. 구체적 규정의 실태분석과 효과분석을 축으로 하여 효과에 입각한 법적 규범을 수립함으로써, 법적 영역에 입법평가의 논의를 접속하는 것이 이 국면에서 달성해야 할 목적이다. 이 법적 규범은 법적 효과의 결정과 평가를 지향하는 것으로, 실제 효과를 나타내는 것은 아니다. 반대로 사회적 혹은 경험적인 수단에 의한 분석은 효과 특정적이며 직접적인 범규범상의 귀결로 이어지는 것은 아니라고도 할 수 있다. 여기서의 비례원칙은 법 적용의 효과로부터의 법적이고 규범적인 평가의 독립성의 담보로서 그려진다.¹¹⁶⁾ 비례원칙에 있어서의 범령심사는 법률 고유의 목적달성에 대한 법률 내용의 심사이며, 안전에 관한 법의 법적이고 규범적인 평가는 특정의 헌법적 기준이 요구되는 것으로 평가된다. 여기에서 주의해야 할 것은 Kötter의 생각은 법의 헌법적 평가는 종국적으로는 연방헌법재판소에 의한 판단에 맡겨진다 하더라도, 법률이 제정되기 전 영역에서 당연히 발생한다는 점이다. 법적이고 규범적인 평가는 상대적으로 짧은 형성기간밖에 가지지 않는 법에 대해서는 종종 새로운 인식을 가져오지 못하는 경우가 있다고 Kötter는 지적한다. 그것은 경험적인 사실과 해당 사실의 분석이 법적, 규범적 평가의 근거에 존재하고 있어야 한다고 생각하기 때문일 것이다. 이를 근거로 비례원칙에 의한 안전에 관한 법의 심사는 평가에 있어서 법이 ‘효과적이고 필요 불가결하며 균형잡힌 것인지 아닌지를 심사하는 것’을 권한으로서 가지고 있으며, 변화하는 기본권의 이해 혹은 새로

116) 장경원, “EU 행정법상 비례원칙-그 적용과 기능을 중심으로,” 행정법이론실무학회 行政法研究 第34號, 2012.12, 27-47면; 宍戸常寿, “猿払基準の再検討,” 法律時報 第83卷 第5号 (2011), 25頁은 행정법 분야에서 발달한 비례 원칙이 기본권 제약의 정당화 판단에 이용되게 된 배경을 고찰한다. 행정법 분야에서의 비례원칙에 관한 연구로서는 須藤陽子, “比例原則の現代的意義と機能,” (法律文化社, 2010)에서 이에 대해 상세하게 다루고 있다. 그 외 헌법·국제인권법의 관점에서 비례원칙을 논한 것으로서는 江島晶子, “多層的人權保障システムにおけるグローバル・モデルとしての比例原則の可能性,” 長谷部恭男·安西文雄·宍戸常寿·林知更(編), “現代立憲主義の諸相(下卷),” (有斐閣·2013), 85頁 以下. 또한 비교적 최근의 논고에서 비례의 원칙을 논의한 것으로서는 Mahhias Klatt/Moritz Meister, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit,” Jus 2014, S.193 ff; Mike Wienbracke, “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz,” ZJS 2013, S.148ff.

운 위협의 가능성에 대해 기본권 침해로부터 그려낸다는 의의를 가진다. Kötter는 (상술한) 경험적 효과분석의 수단에 근거한 해당 입법의 유효성이 확인되지 않으며, 입법자가 법의 목적을 추구하는 것이 아니라 법적 규제가 적당하지 않은 경우에 법은 균형을 잃는 것이라고 하며 또한 해당 법적 규제의 대상이 되는 위협의 효과가 클수록 그 요구의 엄격성은 입법자의 심사 하에 놓인다고 한다.¹¹⁷⁾

법원은 법적 규제에 관한 침해강도와 비례성을 기준으로 하여 그 영향의 범위와 전형적인 부대결과를 심사함으로써 기본권에 대한 제약을 정당화한다. 기본권의 절차적 보장과 기타 제도적인 보장 혹은 이를 실시할지 안할지의 심사가 예정되어 있는 한 법원에 맡겨진 기능의 범위 내에서 예방적인 조치로부터의 기본적 인권보장은 충분하다고 여겨진다. 여기에서는 경험적인 확인이 첫째로 이루어지며 법적, 규범적인 적절성 평가가 계속된다.

마지막으로, (다) 헌법상 입법자가 의무로 부과한 체크기능 및 그 기초가 되는 정보(확인)에 관하여 사실상의 평가 및 법적이고 규범적인 평가의 객관성을 담보하기 위해 기본권의 절차적 보장 내지 기타 제도적인 보장의 틀에 있어서의 입법자에 의한 확인을 실시하는 국면에 대해서이다. 특히 침해에 관한 지식으로서 축적되어 온 사태의 현실화가 우려되는 경우 입법자의 체크기능의 실천은 헌법으로부터의 엄격한 요청을 받게 된다.¹¹⁸⁾ 학술적 논의를 전제로 한 절차론에서는 규칙적으로 고도의 요구가 이루어지며, 학술적 가설은 입법자의 선택을 통해서 증명된다.

(3) 2013년 반테러 데이터 판결을 받은 ATDG에 관한 구체적인 입법평가

이상의 논의를 근거로 2013년 반테러 데이터 판결을 받은 개정 ATDG를 소재로 해서 양 논자에 의한 입법평가의 구체적 활용 예를 검토해 보기로 하자. Debus/Pisker는 전술한 입법평가의 단계와 기능에 관한 논의를 근거로 하여 구

117) Kötter, Fn.85, S.71.

118) Id., S. 79ff.

체적인 입법평가의 기준을 ① 적법성, ② 비용, ③ 효율성, ④ 효과, ⑤ 수요, ⑥ 실시능력, ⑦ 부수적/결과적 효과의 7가지로 구분하였다. 이러한 여러 관점에서 rGFA의 단계에 있어서의 기본권의 침해강도의 평가에 대해서, 2013년의 반테러 데이터 판결에 대한 연방헌법재판소의 판단을 받은 ATDG의 입법평가라는 형태로 사례 제시를 하였다.¹¹⁹⁾

우선, 반테러 데이터의 활용에 의한 정보자기결정권 침해의 위헌성은 연방헌법재판소에서 종종 이용된 ‘개인적 데이터의 무제한적인 조사·추적·이용·전송’이라고 하는 내용마다 판단되지만, Debus/Piesker는 여기에서는 정보자기결정권의 침해강도에 따른 심사강도를 가지고 법률의 평가가 실시되어야 한다고 한다. 이것은 평가기준의 ① 및 ③과 관련하여 비교적 높은 침해강도의 경우, 충분히 명확한 법적 규정이 요구되며, 비례원칙의 평가에 근거해서 그 침해를 고려해야 한다는 것으로 해석할 수 있으며, 이것은 전술한 입법평가의 기능으로부터 요청된다. 또 침해의 강도에 관해서는 평가기준의 ② 비용 등과 관련하여, 정보의 감도(Sensibilität)가 고려된다. 그것은 ‘전자적인 데이터 가공의 여러 제약 하에 있을 때, 개인에 관련되는 데이터는 결코 사소한 것이라고는 할 수 없다.’¹²⁰⁾ 가공 가능한 데이터는 계속 증가하고 있음에도 불구하고, 전통적인 기법의 전자적 데이터 교환의 가능성도 수정되어 있지 않은 상황에서는 많은 기본권 침해의 우려를 낳는다. 게다가 침해의 중대성에 대해서는 데이터 취급에 기인한 결과적 침해의 가능성이 증가하고 있다고 할 수 있다.

목적결합의 기준이 높아질수록, 객관적으로 불편한 이용으로 느껴지는 침해는 관념할 수 없게 되는 한편, 목적결합은 미래에 있어서의 조치에 대하여 데이터 이용의 리스크를 가지며, 대상이 되는 데이터는 비교적 오랜 기간 위협에 노출된다고 해석된다. 다음으로, Kötter에 의한 ATDG에 관련된 입법평가의 구체적 활용 예를 살펴본다.

우선, (가) 실태분석에서는 반테러 데이터의 운용과 이용에 관한 개별 규정의 문제가 된다. 구체적으로는 각 조문의 운용으로부터 그 적절성이 ‘데이터의 운

119) Debus/Piesker, Fn.99, S.203ff.

120) Id, S.204.

용과 이용에 의해 범으로부터 유도되는 목적에 도달할 수 있는가,’ ‘데이터의 운용과 이용에 헌법상의 필요성이 있는가,’ ‘침해될 수 있는 기본권에 대해, 보다 관용적인 수단이 이용되고 있는지’를 논한다.

실태분석의 국면에서는 법률상의 각 조항과 해당 조항으로부터 초래되는 사회적 변화의 귀결이라고 하는 부분에 한해서 초점이 맞춰지기 때문에, 이론상으로는 각 조항으로부터 도출되는 귀결은 다를 수 있지만, 실태로서는 그대로 위헌심사의 기준인 비례성 심사와 직결되게 되는 귀결이기 때문에 통상은 각 개별법의 취지에 근거해서 총체로서 동일한 귀결이 도출된다. 이 귀결은 실제적으로는 비례원칙에 근거한 법원에 의한 헌법 적합성의 법령심사의 내용과 일치한다.

다음으로 (나) 효과분석에 있어서 주목해야 할 것은 법률의 목적이다. ATDG의 목적은 정보수집 대상자 및 제3자 등의 기본권의 동시적인 유지를 목표로 하고, 중심적인 기반 아래에서의 정보교환의 최적화를 통해서 국제적 테러리즘을 박멸하는 것에 있다. Kötter는 ‘모든 관점 중에서 단지 개별조치의 결과만을 제시하는 것은 ATDG 평가의 주제가 아니다.’ 마찬가지로, 반테러 데이터의 기본권과 관련된 과제에 대한 목적달성의 평가는 신중한 것에 그쳐야 한다며, ‘입법상의 목적을 일의적으로 결정하는 것 자체가 그 법이라는 수단의 달성도 증명을 실효적으로 배제하는 것’이라고 하는 것이다.¹²¹⁾ 여기서 ‘양적이고 질적인 수단에서 적용의 혼동(Mix)’이 발생한다고 Kötter는 평가한다.¹²²⁾

사실의 분석은 어디까지나 직접적이고 기술적인 목적달성 하에서만 획득되는 것으로, 상술한 국제적 테러리즘의 박멸과 같은 포괄적 목적에 의한 것이어서는 안 됨에도 불구하고, 정부가 ‘통계적인 수치나 중심적인 대상 그룹에 관한 데이터의 사용상황 등의 조회나 반테러 데이터에 관한 전문가의 답신에 근거한 조사가 증명될 때까지의 기간에 이들 효과의 질량적인 포괄성과 수사에 근거한 용의자의 동정에 의해 테러리스트에 의한 습격과 같은 중대한 범죄를 반테러 데이터에 근거해 박멸할 수 있다는 확률은 확실히 올라갔다’라고 한 것이 Kötter

121) Kötter, Fn.85, S.72.

122) Id.

가 말하는 혼동의 ATDG에서의 구체적인 내용이다.

일의적인 입법목적 하에서 효과의 양과 질의 구별을 하지 않고, 그로 인해 생긴 수사결과를 효과측정의 지표로 삼는 것은 Kötter가 말하는 혼동에 의해 초래되는 기피해야 할 결과이다.

또한 Kötter는 이후의 국면에서 반테러 데이터 판결이나 그 후의 입법과정에 영향을 준 입법과정의 평가 시스템 중 ATDG의 헌법적 평가를 실시하는 전문가 집단에 주목한다.¹²³⁾ 여기서 비례원칙에 근거한 법령의 합헌성 판단의 내용을 (가)에서 논하고, 그 후의 상황에서는 입법평가와 관련된 이해관계자에 착안하는 Kötter의 의도는 법적·규범적 평가나 그 점검이라는 단계에서 구체적으로 언급되는 입법평가의 내용은 어디까지나 (나)의 침해에 대한 지식이 초래하는 사회적 결과의 정밀한 조사로부터 도출되는 것이라고 생각되며, 이것보다 뒷 단계에서는 최종적으로 표출되는 입법평가의 내용을 좌우하는 시스템의 구조에 의해서만 평가의 실체에 변화가 미친다고 이해하고 있기 때문이라고 추측된다.

연방정부가 2013년 3월에 설치한 2001년 9월 11일 이후의 독일에서의 안전구조와 안전입법 검증에 관한 심사회(Kommission zur Überprüfung der Sicherheitarchitektur und gesetzgebung in Deutschland nach dem 11. September 2001)는 독일에서의 안전구조의 미래 형태에 관한 결론을 심사하고, 테러 근절을 위한 입법의 발전을 목적으로 하며, 서로 다른 관청의 공동작업 하에 권한의 발전을 목표로 하며, 이를 위한 공동작업의 발전을 목표로 한다.

Kötter는 위원회로부터 제시된 보고와 독일에서 안전구조의 기타 발전은 ATDG의 헌법적 평가를 증명했다고 생각한다. 전문가 집단에 의한 평가의 객관성을 담보하는 것은 권한을 가진 평가 담당자의 책임 하에 투명성의 원칙에 따라 이루어지는 문제제기의 구체화, 전문가의 선발과 권한의 위임, 기타 구조적 조건의 결정이다. 일반적으로 문제설정을 명확히 하고, 그 입장에서 유일한 대답을 하는 전문가가 응답을 하는 것을 필수요건으로서 정해서 평가의 학문적 부분의 결과가 후에 확정됨에 따라 객관성이 보장된다. 그러나 Kötter는 ATDG

123) Id. S.74ff.

의 평가에 대해서는 과학적인 유일한 답변을 구할 수는 없으며, 선택된 전문적인 연구는 중립성을 해치는 중대한 위험을 내포한다는 점에 특히 주의가 필요하다고 한다.¹²⁴⁾

본고에서 재삼 언급하고 있는 테러대책 입법의 자의성을 어떻게 회피할지는 여기서도 중요한 과제이다. 또한 테러대책에 한정되는 것이 아니기 때문에 Kötter의 논의에는 등장하지 않지만, 연방정부에 설치되는 전문가 집단에 대해 연방의회에 설치되는 국가의 정보수집 활동에 관한 헌법적 평가를 실시하는 전문가 집단의 예로서 기본법 제10조 심사회(G10-Kommission)를 들 수 있다.¹²⁵⁾ 이 심사회는 재판관 자격을 갖춘 자를 구성원으로 하고, 앞에서 서술한 의회 통제위원회와 공동으로,¹²⁶⁾ 기본법 제10조를 실효적으로 보장하는 관점에서 ‘기술적 전문지식을 갖춘 협력자를 자유롭게 사용한다(G10 법 제15조 제3항 제2문)¹²⁷⁾는 것을 포함한 광범위한 권한을 가지고 ‘통신의 비밀을 제한하는 조치의 전체적인 통제에 임하고 있다.’¹²⁸⁾ 또한 이 심사회는 정보수집을 실시하는 기관의 구체적인 조치에 관해서, 그 ‘타당성에 대해 판단’하는 것을 임무로 하여,¹²⁹⁾ 입법평가를 직접적으로 실시하는 것은 아니지만, 구체적 조치의 통제를 통해서 입법자의 체크 기능에 영향을 준다고 하는 의미에서는 간접적으로 입법평가의 일부를 수행하고 있다.

124) Id. S.82.

125) Vgl. Stefan Hansen, “Neuedeutsche Sicherheitsarchitektur,” S.23ff.

126) 의회의 구성원은 의회의 임기마다 의회 통제위원회에 의해 선출된다. (G10법 제15조 제4문) Vgl. Dennis-Kenji Kipker, “Informationelle Freiheit und staatliche Sicherheit,” 2016, S.104f.

127) 박진완, “독일에서의 헌법재판의 신속한 실현에 대한 법적 통제 기준,” 경북대학교 법학연구원, *法學論攷* 第50輯, 2015.5, 1-38면; 渡邊齊志, 前掲注 73), 131頁 参照.

128) 渡邊齊志, “ドイツ‘信書, 郵便及び電信電話の秘密の制限のための法律’の改訂,” 外国の立法 第217号 (2003), 121頁.

129) 신봉기, “독일 정보통신법에 있어 통신비밀·정보보호·공적안전조치,” 경북대학교 법학연구원 *法學論攷* 第26輯, 2007.6, 423-464면; 渡邊齊志, 前掲注 73), 126頁.

(4) 약간의 검토

이상의 논의에 대하여, 필자는 이하에서 두 가지 과제를 지적하고, 약간의 검토를 하고자 한다.

첫째, 구체적인 수단에 대한 입법평가라는 관점에 있어서, 법적 사고와 사회학적 분석의 전후관계에 대해서이다. 예를 들어 Gusy는 사회적 수단에 의한 입법평가의 관점은 법적인 전문성 없이는 발생할 수 없다고 한다.¹³⁰⁾ 왜냐하면, 법의 목적성·실효성·효과 등의 능률을 분석하고·평가할 때에는 법적 수단에 대한 목적의 확정이 불가결하고, 개별 수단의 평가만으로 목표달성의 판단은 할 수 없기 때문이다. 이 점에 한해서는 사회적 수단이 법률적 지원을 필요로 한다. 반면에 법적 수단에 의한 입법평가는 사회학적 전문성이 없더라도 특정 경우에 대해서는 할 수 있다. 예를 들어, 평가의 대상이 법적 문제로 한정되어 있는 경우이다. 그러나 Debus/Piesker의 논의에 있어서는 양자의 구별이 명확하지 않고, Kötter는 사회적 수단에 의한 입법평가가 법적 수단에 의한 입법평가의 내실을 실질적으로 결정한다고 해석한다. 본고에서 다룬 Kötter의 주장에 한해 말하자면, 어디까지나 법적 문제로 한정된 입법평가의 문제를 제외하고 논의를 전개하고 있다고 이해할 수도 있지만, 법적 사고와 사회학적 분석의 관계성에 대해 또한 법률의 형성·평가·해석 각각에 대해 더욱 세분화된 수준에서 논할 필요가 있다.

둘째, 입법평가에 관한 법원의 기능에 대한 것이다. 전술한 바와 같이 Debus/Piesker의 논의에서는 평가단계의 내부에서의 법원의 위상은 가시화되어 있지 않다. 한편, Kötter는 입법평가에 관한 법원의 기능을 한정적으로 해석하고 있다. 이와 같은 경향은 사회적 결과로서의 침해에 관한 지식에의 도달을 평가기준으로서 구체적으로 검토하는 점에 나타나고 있는데 법원이 채용하는 비례원칙의 기준에 근거하는 효과 측정의 대상에 대해서 사전에 효과의 양과 질을 구분하는 사실의 분석을 실시한 후의 것으로 해석함으로써, 법원의 평가

130) Christoph Gusy, "Vonder Evaluation zur Evaluationsforschung," in: Fn,85, S.226f.

기능에 제한을 가하는 입장이라고 할 수 있다. 이로 인해 Kötter는 효과의 양과 질을 혼동하고 광범위한 목적에 이바지하는 국가의 행위를 완만하게 인정하는 것을 부정한다.

Kötter의 주장은 Debus/Piesker의 논의에서 상대화된 이해관계자의 위치를 분명히 하고 있는 점은 높게 평가할 수 있지만 법원의 기능을 어떻게 해석할 것인가 하는 점에 대해서는 좀 더 정밀한 조사가 필요할 것이다. 다만, 입법평가에 대한 법원 기능의 제한적 해석의 경향을 급진적인 민주주의론이나 경험주의론과 연계시키거나 재판부를 경시하고 있다고 단정하는 것은 적절치 않다.

Kötter의 주장은 권력분립의 관점에서 입법평가의 기초가 되는 사실의 분석 권한을 입법부의 전권적 사항으로 해석하고, 독일에서의 법원에 의한 위헌심사의 법적 역할로서 법의 효력을 판단할 수는 있지만, 구체적 평가를 하는 것에는 적합하지 않다고 함으로써 법의 평가라는 행위책임의 주된 소재를 명확하게 하고 있다. Kötter의 견해의 중요성을 고려한 후 필자는 다음과 같이 생각을 정리하고자 한다.

입법부의 자기검열에 고도의 객관성을 요구하는 것은 정치적 입장 때문에 어려움이 따른다. 권력분립의 본질적인 의미는 권력이 한 지점에 집중하는 것을 방해함으로써 상호간의 체크를 가능하게 하는 것이었다.¹³¹⁾ 이러한 의의로 돌아가면, 입법부 주도의 평가기능에 대한 과도한 신뢰에는 신중한 태도를 취할 필요가 있다고 할 수 있다.

131) 최근 입법부의 논의와 관련하여 권력분립에 관한 논의를 재검토하려는 움직임이 있다. 권력분립을 중심으로 한 논의로서 阪本昌成, “權力分立—立憲國の條件,” (有信堂 · 2016), 41頁 以下; 鈴木陽子, “權力分立と執政,” 憲法研究 第48卷 (2016), 1頁 以下, 同 “權力分立(三權分立)論をめぐる研究と問題の整理,” 東洋法学 第57卷 第2号 (2014), 107頁 以下; ジュリアン・ブドン(著), 佐藤五郎·徳永貴志(訳), “權力分立の理論,” 北大法学論集 第65卷 第6号 (2015), 1876頁 以下 등을 참조. 사카모토(阪本)는 같은 책 46면 이하에서 권력(power(s))이라는 말의 의미에 대해서 논하는 가운데 엄밀하게는 power란 권한 또는 작용의 의미에 한정해서 이용되어야 하며, 이 경우의 power에는 권력이라는 뉘앙스는 없다고 한 후 ‘사법이란 권력이 아니라 법적 권한’이라며 ‘권력분립론의 목적은 사법권을 권력으로 하지 않는 것에 있었던 것’이라고까지 단언한다. 이러한 발상에 입각한 주장은 본고에서 다룬 Kötter의 입장을 뒷받침할 수 있는 것으로 보인다. 그러나 49면 이후에 언급된 분산원리, 억제원리가 적절하게 작동하기 위해서는 (그 대상이 무엇이든) 다른 작용에 의한 억제에 의해 비로소 균형이 유지된다는 논리구성 자체는 변하지 않는다.

입법평가에 있어서의 입법부와 법원의 역할과 그 관계에 대해서, 입법평가는 먼저 필연적으로 법 개정의 가능성이 있다고 하는 의미에서는 입법부가 입법평가의 주요 주체라는 것에는 의심의 여지가 없다. 그러나 입법평가의 기초로서 객관성을 담보한 판단재료를 필요로 한다는 것을 고려하면 입법평가의 판단의 기초가 되는 지식은 입법부로부터 독립된 기관에 의해 입법부에 대해 주어져야 한다. 그리고 민주적 기초를 가지는 입법부가 입법평가를 실시해서 법의 개정으로 연결되게 된다. 그러면 본고에서 취급해 온 테러리즘에 대항하기 위한 데이터에 관한 입법에 대해서 객관성을 담보한 입법평가의 판단의 기초가 되는 지식은 어떻게 제공되어야 하는가? 전술한 바와 같이, 행정절차 비용에 관한 입법평가에서는 독립자문기관에 있어서의 표준비용 모델이라는 객관적 기준에 근거한 식견이 입법부에 제공되고 있었지만, 테러대책 입법에서는 성질상 이러한 정량적 기준은 관념할 수 없고 또 전문가의 선정 및 판단기준의 객관성을 담보하는 것도 어렵다. 그래서 중요한 것은 법원의 비례원칙에 따른 헌법적 적합성 여부이다.

앞서 언급한 Kötter의 견해대로, 비례원칙은 법적, 규범적 평가의 독립성을 담보하는 것으로 이해할 수 있다. 여기서 법원의 기능을 한정적으로 파악하는 Kötter의 견해에 대하여 필자는 법률적 사항에 관한 전문적이고 종국적인 판단 기관으로서 법적 사고와 법률의 해석 및 적용에 관한 사회학적 분석의 당부를 모두 헌법적합성 판단에서 취급하는 것을 법원의 임무로 해석함으로써 법원이 입법부로부터 독립된 기관으로서, 비례원칙에 근거한 헌법적합성 판단이라는 일정한 객관성을 담보한 입법평가의 기초가 되는 지식을 제공해 줄 수 있지 않을까 생각한다.

제Ⅲ장에서 논한 바와 같이 비례원칙에 근거한 헌법적합성 판단은 대규모 테러리즘이 발생한 것에 의한 과격한 입법에 대해 기본적 인권보장의 관점에서부터 일정한 제동을 건다는 의미에서는 유효하다. 다만, 행정절차 비용에 관한 표준비용 모델과 같은 고도의 객관성은 없다. 또, 법원은 입법평가에 대한 지식을 줄 뿐 입법평가의 주체는 입법부라고 하는 구성은 이론상의 것으로 실질적으로는 입법평가의 내용을 법원이 형성해 버릴 위험성이 있는 점에는 주의가 필요하다.

V. 결론: 헌법상의 권리보장과 테러대책

본고에서 논한 것처럼, 독일에서는 테러리즘에 대항하기 위한 과격한 수사의 실시나 자의적인 정보 수집으로부터 국민의 기본적 인권을 보장하는 것을 목적의 하나로서 국가에 의한 개인정보 및 데이터의 취득이나 공유에 관한 입법이 이루어지는 동시에 헌법상의 요청에 근거해 해당 입법의 하자를 어떻게 수정하는가 하는 점에 대해 입법평가라는 틀 안에서 논의하는 움직임이 있다. 여러 번 언급하고 있는 바와 같이, 개인정보나 데이터에 관한 권리를 헌법상의 요청과 결부시켜 생각하는 이상 해당 데이터의 수집·이용·공유는 법률 하에서 적정하게 운용되어야 하며 또한 그 법률 자체의 헌법적합성을 따질 필요가 있다. 이를 위한 입법과 법원의 헌법적합성에 대한 판단이 있고 연구자들이 다양한 문헌에서 다른 입법평가가 있다.

독일과 일본의 판례를 비교하면, 테러리즘이 일단 발생했을 경우의 피해의 중대성을 감안하면 예방적인 정보수집 활동도 부득이하다는 일본의 공안 테러 정보 수집 및 유출 사건의 판결에 대한 최고법원의 견해는 일견 전술한 독일 연방헌법재판소의 래스터 수사 판결에 있어서의 ‘je-desto 공식’과 유사해 보인다. 그러나 입법과정의 관계에서 보면, 래스터 수사 판결은 헌법 적합한 테러 대책을 위한 정보수집 활동을 한정하는 의의를 가지는 동시에 입법이 이를 반영함으로써 예방적 경찰활동으로서 통제의 일익을 담당하고, 그 후의 테러 관계 정보의 공유와 이용에 관한 논의로 이어졌지만, 우리나라는 이 같은 공안 테러정보 수집·유출 사건 판결의 영향을 받아 같은 움직임이 일어나고 있다고는 생각되지 않는다. 오히려 광역적인 물밑 정보수집을 법원이 시인해 버리는 결과를 초래하고 있으며, 또 정보의 공유와 이용에 관한 논의로도 이어지지 않은 상황이다.¹³²⁾ 이는 독일과 일본의 형사소송법상의 수사에 관한 법원의 입장

132) 2019년 1월 4일 주니치(中日)신문 조간에서 검찰이 고객정보를 입수하는 기업 등의 리스트(수사상 유효한 데이터 접근방법 등 일람표)를 작성해서 내부 공유를 하고 있다는 보도가 나왔다. 이 신문에 따르면, 리스트에는 약 360종류의 데이터의 취득처가 기재되어 있는데, 그 중 취득에 영장이 필요하다는 것이 명시되어 있는 것은 22가지에 그치고, 그 외는 ‘수사관계 사항 조회’ 등에 의해 임의로 제공될 수 있다고 한다. 일본의 국가활동으로서 정보수집에 관한, 데이터

차이가 전제되고, 법원의 권한도 각 나라 모두 다르다는 것이 큰 요인이다. 그러나 본고에서 충분히 논했듯이 테러대책을 위한 정보수집의 특수한 성질에 비추어 침해의 우려가 있는 기본적 인권의 가치를 중시한 문제의식을 공유하고 입법에 의한 조치를 요청하는 이론에 대해 논하는 것에는 우리나라에 있어서도 공통의 의의가 있다.

일본에서는 2018년 8월 1일, 2020년 개최 예정이었던 도쿄 올림픽을 위하여 국제 테러대책 등 정보공유센터가 신설되었다. 여기에서는 내각관방이나 수사 기관 등 관련된 11개 부처가 테러에 관한 의심물이나 수상한 사람의 정보를 공유한다. 국제규모의 거대행사로서 식전은 물론 예정된 경기를 빠짐없이 실행하는 것도 지극히 중요한 일이지만, 동시에 국제적으로 주목을 받는 상황에서 개인정보나 데이터를 부당하게 수집·이용했다고 한다면, 법치국가로서의 국가의 신뢰는 국제적으로 크게 훼손될 수 있음을 우려하고 있었다. 특히 공간 테러정보의 수집·유출 사건 관결로 문제가 된 예방적 정보수집 활동과 같이 국적이나 종교, 종교행사의 출입 등을 지표로 한 정보수집을 구체적 혐의나 법률의 규제도 없이 행할 경우에는 국제적인 문제를 야기할 수도 있다고 우려하였다. 현재는 전 지구적 규모의 감염병(COVID-19)이 창궐하고 있다. 이러한 상황에서 우려되는 것은 전염병을 이유로 한 인권의 침해가 아무런 자각도 없이 이루어지고 있는 상황이어서 헌법상 보장된 권리보호가 소홀해 지나나 않을지 매우 우려가 된다.

본고에서는 독일에서의 입법과정이나 판례를 다루었지만, 우리나라에서도 국가기관의 내부에서의 테러대책을 위한 정보 공유·이용·축적에 대한 문제의식을 전제로 한 입법상의 조치가 필요할 뿐만 아니라, 기본적 인권보장을 위해 한 걸음 더 나아가 대응이 필요하다. 이 점을 고려한 독일의 통합형 테러대책 조직의 프로토타입으로서의 통합 테러리즘 방지센터(GTAZ)에 대해서 그 기능과 법적 평가를 논의하고, “우리나라에 있어서도 국제 테러대책에 있어서의 조직화는 물론 통합화의 유용성은 충분히 인식되고 있다”고 생각하며, 향후 테러대책에 대한 “조직적 권한행사”의 헌법적 통제가 논점이 되어야 한다고 생각한다.¹³³⁾

보호 현황이 엇보인다.

133) 제성호, “독일의 테러방지법과 테러대응기구,” 중앙대학교 법학연구원, 法學論文集 제41권

필자는 이 지적을 무겁게 받아들여 테러대책에 대한 헌법적 통제외 하나로서 입법 상 조치의 헌법 적합성을 담보하는 종합적인 시스템을 검토하는 단계를 지향해야 하며, 그 구성요소의 하나로서 우리나라에서도 테러리즘에 대항하기 위한 데이터에 관한 입법평가라는 조치를 실시하는 것이 검토되어야 한다고 생각한다. 이때 테러대책의 입법을 객관적으로 분석, 판단, 평가함으로써 실효적인 기본적 인권의 보장과 필요한 테러대책을 양립하기 위해 입법부·법원 및 전문가 집단과 같은 입법평가에 관여하는 각 활동가의 역할을 명확히 하는 것이 요구된다.

참고문헌

[국내문헌]

- 권건보·김일환, “지능정보시대에 대응한 개인정보자기결정권의 실효적 보장방안,”
미국헌법학회 美國憲法研究 第30卷 第2號, 2019.8, 1-38면.
- 권순호, “수사기관의 위법한 입건처분에 대한 고찰-쟁송에 의한 통제를 중심으로,”
전북대학교 법학연구소 법학연구 통권 제60집, 2019.9, 165-188면.
- 김봉수, “‘빅데이터’와 ‘개인정보’의 관계정립을 위한 小考,” 한국비교형사법학회
비교형사법연구 제17권 제1호, 2015, 1-30면.
- 김수용, “입법평가의 제도화 방안,” 건국대학교 법학연구소 일감법학 제22호,
2012, 3-43면.
- 김용훈, “국제적 수준에서의 기본권의 제한과 보호-프라이버시권을 중심으로,”
한양법학회 한양법학 제43집, 2013.8, 27-58면.
- 김정덕, “개인정보보호를 위한 관리체계와 거버넌스,” 한국정보보호학회 정보보
호학회지 제18권 제6호, 2008.12, 1-5면.
- 김종구, “위치추적장치(GPS단말기)를 이용한 수사와 영장주의-미국과 일본의
판례를 중심으로,” 한국비교형사법학회 비교형사법연구 제17권 제4호,
2015, 87-115면.
- 김종길, “기술위험의 사이버화와 프라이버시권,” 한국사회이론학회 사회이론 제
35호, 2009.6, 245-285면.
- 김종호, “사이버 공간에서의 안보의 현황과 전쟁억지력,” 한국법학회 法學研究
第16卷 第2號(通卷 第62號), 2016.6, 121-158면.
- 김종호, “통제규범으로서 헌법해석의 체계적합성 요청에 대한 검토,” 한국법이론
실무학회 법이론실무연구 제7권 제1호, 2019.2, 153-189면.
- 김태오, “사이버안전의 공법적 기초-독일의 IT 기본권과 사이버안전법을 중심으
로,” 행정법이론실무학회 行政法研究 第45號, 2016.6, 105-134면.
- 김관기, “개인정보자기결정권과 공개된 개인정보의 영리목적 활용,” 한국법정책

- 학회 법과 정책연구 제19권 제1호, 2019, 171-194면.
- 김학신, “미국의 디지털 범죄와 헌법상 영장주의,” 미국헌법학회 美國憲法研究 第20卷 第1號, 2009.2, 255-287면.
- 김해원, “개인정보에 대한 헌법적 검토-개인정보보호법의 목적 및 정의 규정을 중심으로,” 한국비교공법학회 공법학연구 제20권 제4호, 2019.11, 63-98면.
- 김형만, “위치정보를 이용한 수사의 법적성격과 강제처분성,” 한국디지털콘텐츠학회 한국디지털콘텐츠학회논문지 제20권 제11호, 2019.11, 2,255-2,262면.
- 도중진, “국가 간 인적 교류에 따른 국경초월범죄에 대한 효율적 대응방안,” 원광대학교 법학연구소 원광법학 제32권 제1호, 2016, 121-141면.
- 민영성·강수경, “독일의 인터넷 비밀수사에 관한 논의와 그 시사점,” 국민대학교 법학연구소 法學論叢 第31卷 第2號 (通卷 第60號), 2018.10, 359-398면.
- 박수희, “전자증거의 수집과 강제수사,” 한국공안행정학회 한국공안행정학회보 제16권 제4호, 2007, 125-154면.
- 박원규·박재풍, “독일의 대테러 법제·조직 및 그 시사점,” 경찰대학 경찰학연구 편집위원회 경찰학연구 제18권 제1호(통권 제53호), 2018.3, 63-88면.
- 박인표·김정호, “지능정보사회에 따른 개인정보보호 기술적 관리 체계 개선 연구,” 한국통신학회 학술대회논문집: 2018년도 한국통신학회 추계종합학술 발표회 논문집, 2018.11, 431-432면.
- 박진완, “독일에서의 헌법재판의 신속한 실현에 대한 법적 통제 기준,” 경북대학교 법학연구원, 法學論叢 第50輯, 2015.5, 1-38면.
- 박희영, “독일 형사소송법상 통신데이터 수집권과 한국 통신비밀보호법상 통신 사실확인자료제공 요청권의 비교 및 시사점,” 경찰대학 경찰학연구편집위원회 경찰학연구 제9권 제3호(통권 제21호), 2009.12, 33-61면.
- 배병철·박호정, “헌법상 검사의 영장청구권 규정에 대한 비판적 검토,” 유럽헌법학회 유럽헌법연구 제26호, 2018, 151-192면.
- 손형섭, “개인정보의 보호와 그 이용에 관한 법적 연구,” 한국법학회 法學研究 第54輯, 2014.6, 1-34면.
- 송진경, “위치추적 전자감시제도에 대한 비판적 검토,” 한국형사법학회 형사법

- 연구 제23권 제2호, 2011, 311-340면.
- 신봉기, “독일 정보통신법에 있어 통신비밀·정보보호·공적안전조치,” 경북대학교 법학연구원 法學論叢 第26輯, 2007.6, 423-464면.
- 심영주, “개인정보보호를 위한 법정책의 과제-개인정보보호법상 형사법적 규제에 대한 고찰을 중심으로,” 한국법정책학회 법과 정책연구 제15권 제1호, 2015, 37-62면.
- 오규식, “수사기관의 사이버테러사건 정보분석 및 활용방안 연구,” 한국디지털포렌식학회 디지털 포렌식 연구 제11권 제3호, 2017.12, 56-70면.
- 오일석, “미국 정보기관 제로데이 취약성 대응 활동의 법정정책적 시사점,” 미국헌법학회 美國憲法研究 第30卷 第2號, 2019.8, 143-185면.
- 오태곤, “9·11 테러 이후 인터폴 변모와 국제경찰협력에의 시사점,” 한국법학회 法學研究 第29輯, 2008.2, 423-447면.
- 유용봉-강인철, “수사주재권의 근거와 한계,” 한국비교형사법학회 비교형사법연구 제8권, 2006, 253-276면.
- 윤석진, “입법과정에서의 입법영향평가와 사회영향평가의 활용,” 중앙대학교 법학연구원 法學論文集 第34권 제1호, 2010, 5-34면.
- 이규호, “형사소송법상 임의수사의 한계,” 한국사법행정학회 司法行政 第59卷 第4號(通卷 第688號), 2018.4, 26-35면.
- 이기용, “빅데이터 활용을 위한 개인정보 보호 및 관리기술 동향,” 한국통신학회 한국통신학회지 (정보와통신) 제37권 제1호, 2019.12, 32-39면.
- 이기춘, “한국 자치경찰제도의 이상적 모델,” 한국지방자치법학회, 지방자치법연구 제18권 제1호, 2018, 29-66면.
- 이동희, “테러리즘 방지를 위한 국제적 협력의 현황과 과제,” 한국비교형사법학회 비교형사법연구 제17권 제4호, 2015, 515-542면.
- 이상경, “공간지리정보로서의 위치기반서비스 활용의 헌법적 쟁점에 관한 연구-미국에서의 논의 및 우리나라에서의 시사점,” 미국헌법학회 美國憲法研究 第27卷 第1號, 2016.4, 179-212면.
- 장경원, “EU 행정법상 비례원칙-그 적용과 기능을 중심으로,” 행정법이론실무학

- 회 行政法研究 第34號, 2012.12, 27-47면.
- 정문식, “테러방지 감시조치에 대한 위헌심사기준,” 한국법정책학회 법과 정책 연구 제18권 제2호, 2018, 3-43면.
- 정승환, “안전사회와 수사질차,” 한국형사정책연구원 형사정책연구 통권 제94호, 2013.6, 83-111면.
- 정우일, “지역사회 대테러활동에 관한 연구,” 한국경호경비학회 한국경호경비학회지 제19호, 2009, 187-205면.
- 정육상, “국제범죄환경의 변화에 따른 보안·수사기관의 대응능력 제고방안,” 한국공안행정학회 한국공안행정학회보 제23권 제2호, 2014, 209-240면.
- 정지혜, “현대 감시형 수사와 법적규율의 필요성-특히 GPS수사에 대한 독일의 입법론 분석을 중심으로,” 한국형사정책연구원 형사정책연구 제28권 제4호 (통권 제112호), 2017.12, 237-264면.
- 정태진·이광민, “IOT(사물인터넷) 보안과 국제범죄 대응방안,” 한국경찰학회 한국경찰학회보 제19권 제5호, 2017, 279-302면.
- 정한신, “개인정보자기결정권에 관한 헌법재판소 결정의 비판적 검토,” 부산대학교 법학연구소 法學研究 第56卷 第4號(通卷 第86號), 2015.11, 1-31면.
- 제성호, “독일의 테러방지법과 테러대응기구,” 중앙대학교 법학연구원, 法學論文集 제41권 제1호, 2017, 71-107면.
- 차맹진, “정보화사회와 프라이버시권리의 법적보호,” 한국통신학회 한국통신학회 논문지 제15권 제12호, 1990.12, 1,017-1,030면.
- 차현숙, “입법평가 논의의 현황과 전망,” 건국대학교 법학연구소 일감법학 제22호, 2012, 45-69면.
- 최대호, “수사목적 GPS 위치추적의 적법성,” 경북대학교 법학연구원 法學論攷 第62輯, 2018.7, 213-252면.
- 최승재, “디지털 기술의 발달과 프라이버시권 保護에 대한 研究,” 한남대학교 과학기술법연구원 과학기술법연구 제13권 제2호, 2008, 9-47면.
- 한스 쿨네-하태영, “독일 형사소송법의 최근 발전 동향,” 전북대학교 법학연구소 법학연구 제35집, 2012.9, 205-212면.

홍선기·강문찬, “테러방지법상 국정원 정보수집권한에 대한 개정논의-최근 독일 연방헌법재판소의 판결과의 비교검토,” 한국법정책학회 법과 정책연구 17(3), 2017, 439-464면.

황해봉, “입법평가와 입법심사의 관계 고찰,” 송실대학교 법학연구소 法學論叢 第29輯 2013.1, 427-452면.

[영미문헌]

Greg La Barge, “Pre-and Post-Testing with More Impact,” Training and Development Journal 43(4), 2007, p.69.

Monika Kuschewsky, “Data Protection & Privacy-Jurisdictional Comparisons,” 2012, p.172.

[독일문헌]

Alexander Roßnagel, “Modernisierung des Datenschutzes für eine Welt allgegenwärtiger Datenverarbeitung,” mmr 2005, S.71.

Alfred G. Debus und Axel Piesker, “Ex-post-Gesetzesevaluationen zur Ermittlung datenschutzrechtlicher Folgen,” in: Fn,85, S.194.

Bernd Grzeszick, “Grenzen des parlamentarischen Untersuchungsrechts und Kompetenzen des Parlamentarischen Kontrollgremiums,” DÖV 2018, S.209ff.

Carl Böhret/Götz Konzendorf, “Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung,” 2001, S.2.

Christoph Gusy, “Von der Evaluation zur Evaluationsforschung,” in: Fn,85, S.226f.

Dennis-Kenji Kipker, “Informationelle Freiheit und staatliche Sicherheit,” 2016, S.104f.

Enrico Brissa, “Aktuelle Entwicklungen der parlamentarischen Kontrollenachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes,” DÖV 2017, S.767f.

Hans Dieter Jarass/Bodo Pieroth, “Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland,” 14. Aufl., 2016, S.876f.

Heinrich Amadeus Wolff, “Moderne Sicherheitsgesetze,” in: Hans-Jürgen Papier/

- Ursula Münch/Gero Kellerman (Hrsg.), Freiheit und Sicherheit, 2016, S.64ff.
- Hubert Rottleuthner/Margret Rottleuthner-Lutter, "Recht und Kausalität," in: Michelle Cottier/Josef Estermann/Michael Wrase(Hrsg.), "Wiewirkt Recht?," 2010, S.23.
- Jan-Willem Prügel, "Entscheidungsanmerkung," ZIS 2013, S.533 ff.
- Klaus Ferdinand Gärditz, "Anmerkung," JZ 2013, S.633.
- Kurt Graulich, "Polizeiliche Gefahren- abwehrmitheimlichen Überwachungsmaßnahmen," KriPoZ 2016, S.79f.
- Matthias Kötter, "Vonden Daten zur Empfehlung," in: Chrisitoph Gusy (Hrsg.), Evaluation von Sicherheitsgesetzen, 2015, S.60f.
- Mahhias Klatt/Moritz Meister, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit," Jus 2014, S.193 ff.
- Mike Wienbracke, "Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz," ZJS 2013, S.148ff.
- Peter Schaar, "Das Ende der Privatesphäre," 2009, S.132f.
- Peter Schaar, "Der Funktions wandel des Datenschutzes," in: Veith Mehde/Ulrich Ramsauer/Margrit Seckelmann (Hrsg.), Staat, Verwaltung, Information: Festschrift für Hans Peter Bull zum 75. Geburtstag, 2011, S.1060 ff.
- Philipp H. Schulte, "Terrorismus und Anti-Terrorismus-Gesetzgebung," 2008, S.183ff.
- Renate Mayntz, "Regulative Politik in der Krise?," in: Matthes, Joachim(Hrsg.), Deutsche Gesellschaft für Soziologie, 1979, S.55ff.
- Stefan Hansen, "Neuedeutsche Sicherheitsarchitektur," S.23ff.
- Stephan Förster, "Das Verhältnis von Standardkostenmodell und Gesetzesfolgenabschätzung," in: Stephan Hensel/Kilian Bizer/Martin Führ/Joachim Lange(Hrsg.), Gesetzesfolgenabschätzung in der Anwendung, 2010, S.71 ff.
- Steven Schäller, "Föderalismus und Souveränität im Bundesstaat," 2016, S.154 ff.
- Thorsten Kingreen, "Parlamentarische Kontrolle, insbesondere durch Untersuch-

ungsausschüsse (Art.44GG),” Jura 2018, S.883.

Wolfgang Durner, “Anmerkung,” DVBl 2016, S.780ff.

Wolfgang Hoffmann-Riem, “Grundrechts-und Funktionsschutz für elektronisch vernetzte Kommunikation,” AÖR 2009, S.517f.

Wolf-Rüdiger Schnke/Kurt Graulich/Josef Ruthig(Hrsg.), “Sicherheitsrecht des Bundes,” 2014, S.1344.

[독일입법자료]

Gesetz zur Änderung des Antiterrordateigesetzes und anderer Gesetze vom 18. Dezember 2014(BGBL, I S.2318).

Gesetz zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes vom 1. Juni 2017(BGBL, I S.1354).

[독일판례]

BVerfGE 65, 1.

BVerfGE 65, 1 (41f.).

BVerfGE 115, 120.

BVerfGE 112, 304.

BVerfGE 115, 320.

BVerfGE 115, 320 (362).

BT-Drs. 18/12585.

BVerfGE 133, 277.

BVerfGE 120, 274.

BVerfGE 125, 260.

BVerfGE 129, 208.

BVerfGE 133, 277(323 ff.).

BVerfGE 133, 277(299 f.).

BVerfGE 133, 277(329).

BVerfGE, 133, 277(370 f.).

BT-Drs. 17/12665(neu) v.7.3.2013., S.6f.

BVerfG 141, 220.

[일본문헌]

長谷部恭男, “憲法(第7版),” (新世社・2018), 149頁 以下.

渋谷秀樹, “憲法(第2版),” (有斐閣・2013), 408頁.

梁邵英, “韓国における‘立法影響評価’をめぐる議論の展開(二),” 法学論叢 第178卷 第6号 (2016), 71頁 以下.

宍戸常寿, “猿払基準の再検討,” 法律時報 第83卷 第5号 (2011), 25頁.

須藤陽子, “比例原則の現代的意義と機能,” (法律文化社・2010).

江島晶子, “多層的人権保障システムにおけるグローバル・モデルとしての比例原則の可能性,” 長谷部恭男・安西文雄・宍戸常寿・林知更(編), “現代立憲主義の諸相(下巻),” (有斐閣・2013), 85頁 以下.

齋藤純子, “ドイツの国家法規監理委員会法,” 外国の立法 第231号 (2007), 99頁 以下.

小山剛, “学界展望-憲法,” 公法研究 第80号 (2018), 241頁.

渡邊齊志, “ドイツ‘信書, 郵便及び電信電話の秘密の制限のための法律’の改訂,” 外国の立法 第217号 (2003), 121頁.

入井凡乃, “ドイツ憲法判例研究(158),” 自治研究 第90卷 第6号 (2014), 125頁.

宮下紘, “EU一般データ保護規則,” (勁草書房・2018) 参照.

松本和彦, “基本権保障の憲法理論,” (大阪大学出版会・2001), 129頁.

佐藤結美, “個人情報刑罰的保護の可能性と限界について,” 刑法雑誌 第56巻 第2号 (2017), 172頁 以下.

石塚壮太郎, “ドイツ憲法判例研究(206),” 自治研究 第94巻 第7号 (2018), 145頁 以下, 同 “テロ防止のための情報収集・利用に対する司法的統制とその

- 限界,”大沢・新井・横大道(編著),前掲注78),180頁以下.
- ギュンター・クラウス(著),フーブリヒト・マンフレッド(訳),“首尾一貫性の規範的概念,”産大法学第38巻第3・4号(2005),556頁以下.
- 高橋和也,“ドイツ連邦憲法裁判所が活用する首尾一貫性の要請の機能について,”一橋法学第13巻第3号(2014),1065頁以下 参照.
- 君塚正臣,“二重の基準論の応用と展望,”横浜国際経済法学第17巻第2号(2008),1頁以下.
- 高橋和之,“違憲判断の基準,その変遷と現状,”自由と正義第60巻第7号(2009),112頁.
- 福岡英明,“フランスにおける法律の施行統制・立法評価・政策評価,”高岡法学第11巻第1号(1999),81頁以下,同“フランスの政策評価・立法に対するデクレと通達,”高岡法学第12巻第2号(2001),227頁以下.
- 阪本昌成,“権力分立—立憲国の条件,”(有信堂・2016),41頁以下;鈴木陽子,“権力分立と執政,”憲法研究第48巻(2016),1頁以下,同“権力分立(三権分立)論をめぐる研究と問題の整理,”東洋法学第57巻第2号(2014),107頁以下.
- ジュリアン・ブドン(著),佐藤五郎・徳永貴志(訳),“権力分立の理論,”北大法学論集第65巻第6号(2015),1876頁以下.
- 大石眞,“統治機構の憲法構想,”(法律文化社・2016),151頁以下,同“立法府の機能をめぐる課題と方策,”初宿正典・米沢広一・松井茂記・市川正人・土井真一(編),“国民主権と法の支配(上巻),”佐藤幸治先生古稀記念論文集(成文堂・2008),323頁以下.
- 手塚貴大,“立法過程における政策形成と法(一),”広島法学第28巻第3号(2005),65頁以下,同“立法過程における政策形成と法(二),”広島法学第28巻第4号(2005),67頁以下,同“立法過程における政策形成と法(三・完),”広島法学第29巻第1号(2005),73頁以下,同“行財政改革・政策評価・行政法,”広島法学第33巻第2号,(2009),1頁以下.
- 入井凡乃,“事後的正義と新規義務,”法学政治学論究第101巻(2014),

117頁.

リャネ・ヴェルナー(著), 金尚均(訳), “ドイツ法におけるテロの可罰的予備,”
龍谷法学 第47巻 第1号 (2014), 211頁 以下.

渡邊齊志, “ドイツにおける議会による情報機関の統制,” 外国の立法 第230号
(2006) 124頁 以下.

齋藤司, “GPS監視と法律による規律,” 刑事弁護 第89号 (2017), 112頁.

實原隆志, “行政・警察機関が情報を収集する場合の法律的根拠,” ドイツ憲法判
例研究会(編), “講座憲法の規範力 第4巻 憲法の規範力とメディア法,” (信
山社・2015), 260頁.

山田哲史, “GPS捜査と憲法,” 法学セミナー 第752号 (2017), 29頁.

後藤昭, “法定主義の復活?,” 法律時報 第89巻 第6号 (2017), 5頁.

坪郷實高橋進, “9.11事件以後における国内政治の変動と市民社会,” 日本比較政
治学会年報 第9号 (2007), 30頁.

上代庸平, “安全確保権限の相互協力的行使と情報共有の憲法的課題,” 大沢秀介
新井誠横大道聡(編著), “変容するテロリズムと法,” (弘文堂・2017) 174頁.

小西葉子, “テロリズムに対抗する予防的警察活動と比例原則(一),” 一橋法学 第
16巻 第3号 (2017), 463 以下.

川又伸彦, “自動車の位置監視システムの合憲性,” ドイツ憲法判例研究会(編),
“ドイツの憲法判例Ⅲ,” (信山社・2008), 375頁 以下.

中島宏, “GPS捜査最高裁判決の意義と射程,” 法学セミナー 第752号 (2017),
14頁.

丸橋昌太郎, “秘匿捜査の規律の構造について,” 刑法雑誌 第56巻 第2号 (2017),
185頁 以下.

宮下紘, “プライバシーをめぐるアメリカとヨーロッパの衝突(一),” 比較法雑誌
第18号 (2010), 138頁.

大林啓吾, “リスク社会の憲法秩序,” 警察学論集 第69巻 第1号 (2016), 48頁 以下.

渡辺富久子, “ドイツにおけるテロ防止のための情報収集,” 外国の立法 第269号
(2016), 40頁 以下 参照.

- 高橋和広, “情報自己決定権論に関する一理論的考察,” 六甲台論集 第60巻 第2号 (2014), 116頁 以下.
- 長谷川幸一, “行政機関個人情報保護法・独立行政法人等個人情報保護法の平成28年改正の意義と課題,” 現代社会文化研究 No.64 (2017), 251頁.
- 金尚均・辻本典央・武内謙台・山中友理, “ドイツ刑事法入門,” (法律文化社・2015), 160頁 参照.
- 山本龍彦, “GPS捜査違法判決というアポリア?,” 論究ジュリスト 第22号 (2017), 155頁 以下 参照.
- 川出敏弘, “任意捜査の限界,” 小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会(編), “小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集(下),” (判例タイムズ社・2006), 27頁.
- 安富潔, “刑事訴訟法(第2版),” (三省堂・2013), 41頁 以下.
- 辻本典央, “刑事手続における私的秘密領域の保護,” 近畿大学法学 第54巻 第2号 (2006), 177頁 以下 参照.
- 大野正博, “いわゆる‘現代型捜査’の発展と法の変遷,” 法学セミナー 第752号 (2017), 26頁.
- 大石真, “権利保障の諸相,” (三省堂・2014), 264頁 以下 参照.
- 平松毅, “自己情報決定権と国勢調査,” ドイツ憲法判例研究会(編), “ドイツの憲法判例(第2版),” (信山社・2001), 60頁 以下 参照.
- 笹倉宏樹・山本龍彦・山田哲史・緑大輔・稲谷龍彦, “強制・任意・プライバシー [続],” 法律時報 第90巻 第1号 (2018), 54頁.
- 池田修・前田雅英, “刑事訴訟法講義(第5版),” (東京大学出版会・2014), 85頁 以下.
- 島田茂, “行政機関個人情報保護法の制定と条例の改正,” 甲南法学 第46巻 第3巻 (2005), 6頁 以下.
- 飯島淳子, “行政機関個人情報保護法改正,” 法学教室 第434号 (2016), 64頁 以下.
- 山本龍彦, “インターネット時代の個人情報保護,” 松井・長谷部・渡辺(編), 前掲注1), 539頁 以下.
- 藤弘則, “プライバシー権はビッグデータ問題を解決できるか,” 東京大学教養

- 学部哲学・科学史部会哲学・科学史論叢 第19号 (2017), 57頁 以下.
- 尾崎愛美, “装着型GPS捜査とプライバシー,” 法学政治学論究 第111号 (2016), 49頁 以下 参照.
- 曾我部真裕, “個人情報保護法とメディア,” マスコミ倫理 第695巻 (2017), 2頁 以下.
- 塩入みほも, “個人情報保護法制の体系と地方公共団体における個人情報保護の現状,” 駒沢大学法学部研究紀要 第76巻 (2018), 2頁 以下 参照.
- 實原隆志, “GPS捜査の憲法上の問題,” 福岡大学法学論叢 第63巻 第1号 (2018), 13頁 以下.
- 稲谷龍彦, “刑事手続におけるプライバシー保護,” (弘文堂・2017), 72頁.
- 清水真, “捜査手法としてのGPS端末の装着と監視・再論,” 明治大学法科大学院論集 (2013), 176頁 以下.
- 臼井雅子, “個人情報保護, プライバシー権および権利主体の行方に関する一考察,” 中央学院大学法学論叢 第24巻 第1-2号 (2011), 203頁.
- 山本龍彦, “プライバシーの権利を考える,” (信山社・2017), 3頁 以下.
- 玉蟲由樹, “捜査機関の情報活動とプライバシー,” 犯罪と刑罰 第27号 (2018), 143頁 以下.
- 小林直三, “プライバシー権の概念化へのアプローチに関する一考察,” 関西大学法学論集 第54巻 第6号 (2005), 1236頁 以下, 同“プライバシー権の概念化と新たな分類,” 大阪経済法科大学法学研究所紀要 第40巻 (2007), 27頁 以下, 同“個人情報保護制度の基礎としてのプライバシー権概念に関する考察,” 関西大学法学論集 第62巻 第4-5号 (2013), 2167頁 以下.
- 渡辺康行, “‘ムスリム捜査事件’の憲法学的考察,” 松井茂記・長谷部恭男・渡辺康行(編), “自由の法理,” 阪本昌成先生古稀記念論文集 (成文堂・2015), 937頁 以下.
- 小西葉子, “テロリズムに対抗する予防的警察活動と比例原則(二),” 一橋法学 第17巻 第1号 (2018), 60頁 以下.
- 松原芳博, “リスク社会と刑事法,” 日本法哲学会(編), “リスク社会と法,” (有斐

閣・2010), 78頁, 82頁.

榎原猛(編), “プライバシー権の総合的研究,” (法律文化社・1991), 116頁.

ウルリッヒ・ズィーバー(著) 甲斐克則・田口守一(監訳), “21世紀刑法学への挑戦,” (成文堂・2012), 37頁 以下.

松村格, “システム思考と刑事法学,” (八千代出版・2010), 254頁 以下.

植松健一, “ドイツの治安法制における立法事後評価(一),” 立命館法学 第379号 (2018), 1頁 以下.

竹中勲, “プライバシーの権利,” 大石眞・石川健治(編), “憲法の争点,” (有斐閣・2008), 98頁.

井上正仁, “GPS捜査,” 井上正仁・大澤裕・川出敏裕(編), “刑事訴訟法判例百選(第10版),” (有斐閣・2017), 64頁 以下.

角田正紀, “GPS捜査大法廷判決について,” 刑事法ジャーナル No.53 (2017), 66頁 以下.

緑大輔, “監視型捜査,” 法学教室 446号 (2017), 24頁 以下.

伊藤雅人・石田寿一, “車両に使用者らの承諾なく秘かにGPS端末を取り付けて位置情報を検索し把握する刑事手続上の捜査であるGPS捜査は令状がなければ行うことができない強制の処分か,” ジュリスト 第1507号 (有斐閣・2017), 106頁 以下.

[일본판례]

最決 平成28年 5月 31日 (原審: 東京地判 平成 26年 1月 15日 判時 第2215号, 30頁 以下, 訟務月報 第60卷 第8号, 1688頁 以下).

最大判 昭和 44年 12月 24日 刑集 第23卷 第12号, 1625頁 以下.

最判 昭和 53年 6月 20日 刑集 第32卷 第4号 670頁 以下.

最決 平成 21年 9月 28日 刑集 第63卷 第7号 868頁 以下.

最大判 平成 29年 3月 15日 刑集 第71卷 第3号 279頁 以下.

국문초록

본고는 테러리즘에 대항하기 위해 국가기관이 실시하는 정보수집을 통해서 침해될 수 있는 기본적 인권을 실효적으로 보장하기 위한 법적 시스템 구축을 추진해야 한다고 하는 문제의식에서 테러리즘에 대항하기 위한 데이터에 관한 입법과 그 입법평가에 대해 논하는 것이다. 본고에서는 주로 독일과 일본의 논의를 중심으로 취급하지만 우리나라가 참조할 가능성을 염두에 두고 논의를 전개하고자 하며, 우선은 이 같은 문제의식을 시작으로 우리나라에 있어서의 법적 쟁점에 대해 확인하였다.

독일과 일본의 판례를 비교하면, 테러리즘이 일단 발생했을 경우의 피해의 중대성을 감안하면 예방적인 정보수집 활동도 부득이하다는 일본의 공안 테러정보 수집 및 유출 사건의 판결에 대한 최고법원의 견해는 일견 독일 연방 헌법재판소의 래스터 수사 판결에 있어서의 'je-desto 공식'과 유사해 보인다. 그러나 입법과정의 관계에서 보면, 저인망식 수사에 대한 판결은 헌법 적합한 테러대책을 위한 정보수집 활동을 한정하는 의의를 가지는 동시에 입법이 이를 반영함으로써 예방적 경찰활동으로서 통제의 일익을 담당하고, 그 후의 테러 관계 정보의 공유와 이용에 관한 논의로 이어졌지만, 우리나라는 이 같은 공안 테러정보 수집 및 유출 사건 판결의 영향을 받아 같은 움직임이 일어나고 있다고는 생각되지 않는다. 오히려 광범위한 영역의 물밑 정보수집을 법원이 시인해 버리는 결과를 초래하고 있으며, 또 정보의 공유와 이용에 관한 논의로도 이어지지 않은 상황이다. 이는 독일과 일본의 형사소송법상의 수사에 관한 법원의 입장 차이가 전제되고, 법원의 권한도 각 나라 모두 다르다는 것이 큰 요인이다. 그러나 본고에서 충분히 논했듯이 테러대책을 위한 정보수집의 특수한 성질에 비추어 침해의 우려가 있는 기본적 인권의 가치를 증시한 문제의식을 공유하고 입법에 의한 조치를 요청하는 이론에 대해 논하는 것에 는 우리나라에 있어서도 공통의 의의가 있다.

본고에서 논한 것처럼, 독일에서는 테러리즘에 대항하기 위한 과격한 수사의 실시나 자의적인 정보수집으로부터 국민의 기본적 인권을 보장하는 것을 목적의 하나로서 국가에 의한 개인정보 및 데이터의 취득이나 공유에 관한 입법이 이루어지는 동시에 헌법상의 요청에 근거해 해당 입법의 하자를 어떻게 수정하는가 하는 점에 대해 입법평가라는 틀 안에서 논의하는 움직임이 있다. 개인정보나 데이터에 관한 권리를 헌법상의 요청과 결부시켜 생각하는 이상 해당 데이터의 수집·이용·공유는 법률 하에서 적정하게 운용되어야 하며 또한 그 법률 자체의 헌법적합성을 따질 필요가 있다. 이를 위한 입법과 법원의 헌법적합성에 대한 판단이 나와 있고 연구자들이 다양한 문헌에서 다룬 입법평가가 있다. 본고에서의 연구는 독일의 입법평가 논의를 자세하게 소개한 점에서 의의가 있다.

주제어

테러리즘, 개인정보, 인권보호, 헌법적합성, 입법평가

Abstract

A Legislation and Legislative Evaluation of German Data Act against Combat
Terrorism

Kim, Jong-ho*

In order to counter terrorism, this article argues about the legislation and legislative evaluation on the German Data Act to combat terrorism in the awareness of the need to promote the establishment of a legal system to effectively guarantee basic human rights that can be infringed through the collection of information conducted by state agencies. Although this paper mainly deals with discussions between Germany and Japan, I intend to develop discussions with the possibility of Korea's reference in mind. First, I began to identify the legal issues in Korea, starting with the awareness of these issues.

When comparing the precedents of Germany and Japan, the Supreme Court's opinion on the judgment of the public security terrorism information collection and leakage incident in Japan that the prevention of information gathering activities is unavoidable considering the seriousness of the damage once it appears to be similar to the "je-desto formula" in the ruling investigation of a German Federal Constitutional Court when terrorism occurs. However, from the perspective of the legislative process, the narrow-net crime investigation ruling has the significance of limiting the information gathering activities for the appropriate constitutional countermeasures against terrorism, while the legislation reflects this, taking the role of control as a preventive police activity, and subsequent terrorism. Although it has led to discussions on the sharing and use of relational

* Professor of Law at Hoseo University, Ph.D & SJD

information, it is not considered that the same movement is taking place in Korea, under the influence of the judgment on the collection and leakage of public security terrorist information. Rather, it has resulted in the court approving the widespread collection of information under water, and it has not led to discussions on sharing and using information. This is largely due to the premise that the courts differ in terms of investigation under the criminal law of Germany and Japan, and that the powers of the courts are different in each country. There is also a common meaning however, as discussed sufficiently in this paper, in light of the special nature of information gathering for terrorism countermeasures, it is not enough to discuss the theory of requesting action by legislation and sharing the problem consciousness that values the value of basic human rights that may be infringing.

As discussed in this article, in Germany, legislation concerning the acquisition or sharing of personal information and data by the state is made as one of the objectives of ensuring the basic human rights of the people from the conduct of radical investigations against terrorism and voluntary collection of information. At the same time, there is a movement within the framework of legislative evaluation to discuss how to correct defects in the legislation based on constitutional requests. As long as the rights related to personal information or data are considered in connection with the request of the Constitution, the collection, use, and sharing of the data must be properly operated under the law and it is also necessary to follow the constitutional conformity of the law itself. For this, there are judgments on legislation and the suitability of the courts for constitution, and there are legislative evaluations covered in various documents by researchers. The study in this paper is significant in that it introduced a detailed discussion of the legislative evaluation in Germany.

Key Words

terrorism, personal information, human rights protection, constitutional conformity, legislative evaluation