

(社)韓國法政策學會  
法과 政策研究  
第18輯 第2號  
2018. 6.

## 테러방지 감시조치에 대한 위헌심사기준\*

- 독일연방헌법재판소 연방사법경찰청법(BKAG) 결정을 중심으로 -  
Verfassungsrechtliche Maßstäbe für die staatliche terrorabwehrende  
Überwachungsmaßnahme

정 문 식(Mun-Sik JEONG)\*\* \*\*\*

---

### 《국문요지》

---

테러방지 목적으로 감시조치와 감청 및 온라인수색 등을 할 수 있는 권한을 연방사법경찰청에게 인정한 연방사법경찰청법(BKAG)은 2016년 4월 20일 독일 연방헌법재판소에 의해서 일부 조항에 대한 위헌·무효 결정이 내려졌다. 독일연방헌법재판소는 이 결정을 통해, 한편으로는 테러위험으로부터 국민을 보호해야 하는 공익과 다른 한편으로는 기술발전에 따라 쉽게 제한될 수 있는 개인의 사생활, 통신, 개인정보 자기결정권, 주거의 불가침 등의 사익 간, 즉 전통적인 안전 대 자유라는 측면에서 조정을 이루고자 노력하였다. 이 결정은 상세한 헌법적 기준제시로 인하여 독일 안전(안보)법 분야의 교과서로 인정될 수 있다.

국가의 테러방지를 위한 감시조치의 기본권 제한정도가 심하기 때문에 연방헌법재판소는 감시조치의 근거조항에 대해서 엄격한 명확성 원칙을 요구했다. 얼마나 엄격한지는 감시조치의 기본권제한 정도와 방식 등에 따라 달리 요구될 수 있지만, 비례원칙 상 특히 법익의 균형성(적절성) 심사를 통해 이를 판단하였다.

감시조치로 인하여 사생활이 제한되더라도 그 핵심영역은 인간존엄 때문에

---

\* 이 논문은 2017년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임.  
(NRF-2017S1A5B4055753)

\*\* 한양대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사(Dr. iur)

\*\*\* 학술대회 토론을 통해 논문의 약점 보완과 수준 제고에 도움을 주신 김영진(인천대), 박병욱(제주대) 교수님께 감사드립니다.

침해될 수 없으므로 가능한 정보수집 시 배제되어야 하고, 핵심영역 정보가 수집되더라도 일정한 독립기관을 통해 분류되어 삭제되도록 요청했다. 또한 감시조치의 비밀성과 권리구제보호의 흠결성 때문에 이를 보완할 수 있는 절차적 측면의 제도들, 예컨대 법관의 재판(명령)에 따른 감시조치의 실시(법관유보원칙), 독립된 외부기관에 의한 감독, 감시대상자에 대한 정보청구권 보장과 감시조치 결과에 대한 의회 또는 여론에 공개, 수집정보의 삭제의무와 삭제조치의 기록보관(조서작성)의무 등을 제도적으로 보완하도록 요청했다.

수집된 정보의 본래 목적 외 이용과 국내외 다른 국가기관에 수집정보를 제공하는 것에 대해서 조금은 완화된 심사기준을 적용한 것으로 보인다. 본래 정보수집 목적에 위반되지 않는 것으로 볼 수 있는 한(목적구속의 원칙) 수집정보의 그 밖에 사용은 구체적인 위험상황이 존재할 때 허용된다. 다른 목적을 위하여 수집된 정보를 사용할 때에도 소위 “가설적 정보수집”원칙에 따라 즉, 변경된 목적 하에서 새롭게 정보를 수집할 때에도 그와 유사한 정도의 중대한 기본권 제한을 통해서 정보수집이 허용되는지 판단하여, 변경된 목적에 따라 사용할 수 있다(목적변경의 원칙). 특히 국외 국가기관에 수집정보를 제공하는 것은, 유사한 목적을 위하여 당해 정보수령국가가 법치국가원칙에 따라 정보활용 할 것을 신뢰할 수 있는 경우 허용된다.

연방헌법재판소의 결정 내용은 문면상 자유를 조금 더 강조한 것으로 보이나, 테러위험이 증가한 시대 자유보장이 제대로 이루어질지, 자유와 안전 간에 완전한 조화를 이루었다고 볼 수 있는지는 확실하지 않다. 다만 자유보장적인 헌법심사기준을 통해 우리 테러관련 법률에 대한 일정한 시사점을 얻을 수 있다.

[주제어 : 테러방지, 감시조치, 적절성(법익균형성), 명확성, 가설적 정보수집]

《目 次》

I. 서론	IV. 우리나라 테러방지 관련 법률에 주는 시사점
II. 독일연방헌법재판소 결정의 내용	V. 결 론
III. 독일연방헌법재판소 결정내용의 헌법적 분석	

## I. 서론

### 1. 독일연방헌법재판소의 연방사법경찰청법(BKAG) 결정의 의미

독일연방헌법재판소는 1983년 인구조사(Volkszählung) 결정을 통해 개인정보 자기결정권(informationelle Selbstbestimmung)을 인격권의 내용으로 인정한 후,<sup>1)</sup> 행정청(정보기관, 경찰, 검찰 등)의 통신제한조치와 정보수집에 따른 국가의 기본권제한에 대한 헌법적 한계를 설정하는 판례를 지속적으로 산출해냈다. 예컨대 연방정보원(Bundesnachrichtendienst: BND) 감청권한(Abhörfbefugnisse) 결정,<sup>2)</sup> 대감청(Großer Lauschangriff) 결정,<sup>3)</sup> 온라인 수색(Online-Durchsuchungen) 결정,<sup>4)</sup> 통신자료저장(Vorratsdatenspeicherung) 결정,<sup>5)</sup> 테러방지정보법(ATDG) 결정<sup>6)</sup> 등이 여기에 해당한다. 지난 2016년 4월 20일 독일연방헌법재판소의 연방사법경찰청법 결정은<sup>7)</sup> 기존 판례 입장을 유지하면서, 안전(안보)분야에서<sup>8)</sup> 특히 테러방지

1) BVerfGE 65, 1(42ff.).

2) BVerfGE 100, 313. 연구자에 따라서는 ‘G-10 결정’ 또는 ‘제3차 감청결정’ 등으로 판례를 표시하기도 한다. 예컨대 Menzel, Jörg(Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 2000, S.660f.

3) BVerfGE 109, 279.

4) BVerfGE 120, 274. 이에 대한 한국문헌으로 대표적인 것은 박병욱, 경찰상 온라인수색의 법률적 문제, 경찰법연구 제7권 제1호, 2008, 80-122면 참조.

5) BVerfGE 125, 260.

6) BVerfGE 133, 277.

7) BVerfGE 141, 220. 여기서 Bundeskriminalamt를 기존 문헌에서는 연방수사청(서정범/박병욱, 이상학), 연방범죄수사청(제성호, 함혜연, 박희영, 헌법재판연구원), 연방형사청(구글) 등으로 번역하는데, 이는 독일어 정식명칭 Bundeskriminalpolizeiamt를 줄인 말이며, 연방경찰(Bundespolizei)과 함께 연방내무부에 소속되어 연방내무부의 감독을 받기 때문에 연방소속 경찰(Polizeien des Bundes)에 해당한다. 연방경찰은 국경수비, 연방건물보호, 철도경찰사무, 항공안전, 범죄대응 등을 담당하는데 비하여, Bundeskriminalamt는 국내 및 국제 테러 관련 범죄예방을 위한 조사와 수사, 안전관련 행정청(연방 및 주 경찰, 연방정보원 등)과의 협력, 주요 연방요인의 경호 등을 담당하고 있다. 여기서는 Bundeskriminalamt를 연방경찰과 구분하여 “연방사법경찰청”으로 번역하였다. 이와 달리 연방검찰(Generalbundesanwalt)은 연방대법원(BGH)에 소속되어 주요 국가범죄를 기소하는 역할을 담당한다는 점에서 연방사법경찰청이나 연방경찰과 구분된다.

8) 테러로부터 개인의 안전(security; Sicherheit; Sécurité; securitas)을 국가공동체와 관련 속에서 구분할 때 대외적 침입으로부터 안전과 대내적으로 국가 내에서 안전으로 구분할 수 있다. 이는 헌법적인 측면에서 안보와 치안으로 구분해 볼 수 있고, 일반적으로 안보(Verteidigung; Defense)는 대외적인 군사위협을 포함한 테러로부터 보호를, 치안(Sicherheit; Security)은 테러주체의 구분 없이 국내 다양한 위험으로부터 공공의 안녕과 질서보장으로 구분할 수 있다(안전의 개념에 대해서는 대표적으로 Götz, Volkmar, Innere Sicherheit, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), HStR Bd.IV, 3.Aufl., 2006, §85, Rn.17; 정문식, 안전에 관한 기본권의 헌법상 근거와 위헌심사기준, 법과 정책연구 제7집 제1호, 2007, 3-7면 참조).

목적을 위한 국가(경찰)작용의 헌법적 한계를 상세히 서술한 교과서적인 결정이라고 평가받는다.<sup>9)</sup> 이하에서는 독일연방헌법재판소가 테러방지를 위한 국가안보사무 수행의 공권력행사에 대해서 어떤 위헌심사기준을 적용하고, 헌법적 한계를 어떻게

---

오늘날 안전 개념에 있어서 구별은 모호해지는(Entgrenzung) 경향이 있고(Baldus, Manfred, Entgrenzung des Sicherheitsrechts-Neue Polizeirechtsdogmatik, Die Verwaltung 2014, S.1ff.; Thiel, Markus, Die "Entgrenzung" der Gefahrenabwehr: Grundfragen von Zeitalter der Globalisierung, 2011; Volkman, Uwe, Polizeirecht als Sozialtechnologie, NVwZ 2009, S.216ff.; Wegener, Bernhard B., Verfassung in ausgewählten Teilrechtsordnungen - Sicherheitsrecht, VVDStRL 2015, S.293(297ff.) 등 참조), 정치인들이 정치적 구호로 "테러와의 전쟁(Terror on War)"이라고 외치는 것처럼, 국제테러조직에 의한 국내테러의 예방과 대처는 안보와 안전 개념이 혼합된 대표적인 분야로 볼 수 있으므로, 여기서 안보와 안전은 엄격하게 구별하지 않는다(이를 새로운 안보의 필요성으로 파악하고 '인간안보(Sécurité humaine)'라는 개념으로 다루고 있는 대표적인 견해는 전학신, 테러방지법과 안전보장, 경찰법연구 제14권 제1호, 2016, 7-17면 참조). 통신비밀보호법 제7조의 제목은 "국가안보를 위한 통신제한조치"라고 되어 있어 대테러 및 테러방지 사무는 "국가안보"에 포함되는 것으로 이해할 수도 있다.

- 9) 예컨대 Buchholtz, Gabriele, Kein Sonderopfer für die Sicherheit, NVwZ 2016, S.906 (907); Gärditz, Klaus Ferdinand, Sicherheitsverfassungsrecht und technische Aufklärung durch Nachrichtendienste, EuGRZ 2018, S.6(7); Lindner, Josef Franz/Unterreitmeier, Johannes, Die „Karlsruher Republik“ - wehrlos in Zeiten des Terrors?, DÖV 2017, S.90; Wiemmers, Matthias, Anmerkung, NVwZ 2016, S.839(840); 이상학, 테러방지 수권 규정과 기본권침해의 한계, 공법학연구 제17권 제3호, 2016, 127면 등 참조. 다른 평석들 외에 이미 독일연방헌법재판소 스스로 연방사법경찰법 결정에 대한 보도자료(Pressemitteilung Nr. 19/2016 vom 20. April 2016 <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2016/bvg16-019.html>> (최종방문일 2018.5.26.))에서 기존의 판례를 정리한 것으로 평가하고 있다. Durner, Wolfgang, Anmerkung zu BVerfG, Urt. v. 20.04.2016, DVBl 2016, S.780는 연방헌법재판소의 결정이 기존 판례 입장을 유지하면서도, 자유와 안전 간 관계에 있어서 약간의 변화를 볼 수 있다고 평가했다. 독일연방헌법재판소의 본 결정은 최근 논의에서도 기준이 되고 있다. 예컨대 2018년 5월 25일부터 발효된 바이에른주 경찰직무법(Polizeiaufgabengesetz: PAG)에 대해서 바이에른주 사회당(SPD)은 연방헌법재판소와 바이에른주 헌법재판소에 바이에른주 경찰법에 대한 위헌소송을 제기하겠다고 발표했다. 이 법률은 주경찰이 '근접한' 위험(drohende Gefahr)에도 강제조치 등 경찰권을 행사할 수 있도록 규정하고 있다. 이에 대하여 아우스부르크 대학의 린드너(J. F. Lindner)교수는 당해 법률이 복잡하지만 연방헌법재판소가 요구했던 다양한 기본권 보완장치들, 예컨대 법관유보, 의회보고 등을 규정하고 있기 때문에 합헌적이라고 평가했고(Augsburger Allgemeine v. 17. 5. 2018, Verfassungsrechtler: "Das Polizeigesetz ist nicht verfassungswidrig", <<https://www.augsburger-allgemeine.de/bayern/Verfassungsrechtler-Das-Polizeigesetz-ist-nicht-verfassungswidrig-id511134801.html>> (최종방문일 2018.5.26.)), 마인츠 대학의 베커(M. Bäcker)교수는 연방헌법재판소가 '구체적' 위험(konkrete Gefahr)에 대해 강제조치를 취할 수 있다고 한계를 정한 반면에 바이에른주 경찰법은 "drohende Gefahr"란 표현으로 그 보다 훨씬 앞서 경찰권을 발동할 수 있도록 규정했기 때문에 당해 법률조항은 위헌이라고 평가했다(Süddeutsche.de v. 18. Mai 2018, Das Halte ich für verfassungswidrig, <<http://www.sueddeutsche.de/politik/2.220/polizeiaufgabengesetz-das-halte-ich-fuer-verfassungswidrig-1.3981681>> (최종방문일 2018.5.26.)).

설정하였는지 살펴본다(II).<sup>10)</sup> 이를 통해 (헌)법이론에 대한 시사점과(III) 우리나라 테러관련 법규에 주는 시사점을 찾고자 한다(IV).

## 2. 연방사법경찰청법 개정의 배경과 경과

독일은 2006년 제1차 “연방주의개혁(Föderalismusreform)”이라고 일컫는 헌법 개정을 단행하면서, 제73조<sup>11)</sup> 제1항에 제9a호를 삽입하여 국제적인 테러나 범죄에 대한 대응을 연방의 배타적(또는 독점적) 권한으로 규정하였다. 2001년 9.11 테러 이후 증가된 국제적 테러위험을 대비하는데 기존의 제73조 제10호만으로는 국제 테러범죄 예방에 한계가 있고, 특히 연방과 주 간에 테러방지를 위한 정보교환 필요성이 지적되었기 때문이다.<sup>12)</sup> 기존의 연방사법경찰청은 국제 테러범죄의 형사 소추에만 관여하였고, 테러위험을 방지하는 것은 주의 사무였다. 그러나 2008년 12월 25일 연방사법경찰청법이 개정되고 2009년 1월 1일부터 시행됨으로, 국제적 테러사안에 대한 위협방지는 연방사법경찰청이 담당하게 되었다.

## 3. 헌법소원심판 청구인의 주장과 헌법적 문제

전직 연방내무부장관 바움(G. Baum), “Die Zeit”의 전직 발행인 나우만(M. Naumann), 독일변호사협회장 쉘렌베르크(U. Schellenberg) 등이 포함된 15명이

10) 여기서 판결의 결정요지(Leitsätze)와 주문(Entscheidungsformel)은 전문을 번역하고(아래 II 1; 2 참조), 연방헌법재판소 연방사법경찰청법 판결의 내용을 요약하고 분석한다.

11) 제73조: (1) 연방은 다음 각호에 대하여 배타적 권한을 가진다. (...)

9a. 개별 주 경찰의 권한이 확인되지 않거나 주 최고행정청이 사건을 이양하여, 여러 주에 걸친 국제 테러위험이 있는 사안을 연방사법경찰청이 해결할 때,

10. 연방과 주가

a) 사법경찰 분야에서,

b) 민주적 기본질서, 연방이나 주의 존립과 안전을 보호하기 위하여(헌법수호), 그리고

c) 연방지역에서 폭력활동이나 폭력을 지향한 행위로 독일연방공화국의 외교 사안을 위태롭게 하는 시도를 방지하기 위하여 협력하고 연방사법경찰청을 설립하며 국제 범죄를 해결할 때, (...)

12) 이에 대한 상세한 내용은 Degenhart, in: Sachs(Hrsg.), GG, 8.Aufl., 2018, Art.73, Rn.46ff.; Heintzen, in: Starck(Hrsg.), GG Bd.2, 7.Aufl., 2018, Art.73 Abs.1 Nr.9a, Abs.2 Rn.92ff.; Kunig, in: v.Münch/ders.(Hrsg.), GG Bd.2, 6.Aufl., 2012, Art.73, Rn.40; Seiler, in: Epping/Hillgruber(Hrsg.), GG, 2009, Art.73, Rn.43ff.; Uhle, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), GG, Art.73, Rn.206ff.(Stand: Apr. 2010); Wittreck, in: Dreier(Hrsg.), GG Bd.II, 3.Aufl., 2015, Art.73, Rn.63ff. 등 참조.

2009년에 제기한 헌법소원심판청구(1 BvR 966/09)와 변호사 또는 의사자격을 가진 전·현직 연방의회 녹색당(Bündnis90/Die Grünen) 의원들이 개인자격으로 제기한 청구(1140/09)가 병합되었다.<sup>13)</sup> 구두변론은 2015년 7월 7일 실시되었는데, 여기에는 연방정부를 대표해서 연방내무부장관, 연방의회의 녹색당 교섭단체, 연방사법경찰청, 연방검찰, 연방정보보호청(Bundesdatenschutzbeauftragter: BfDI), 바이에른주 정보보호청 등이 참여하여 진술했고, 그 밖에 학계, 법조계, 컴퓨터업계 실무자들이 참고인으로 진술했다.<sup>14)</sup>

청구인들의 주장은 크게 두 가지로 볼 수 있는데, 먼저 개정된 연방사법경찰청법의 정보수집 권한(예컨대 질문권, 주거 내 감시, 온라인 수색, 통신감청, 통신자료수집, 개인정보수집 등)<sup>15)</sup> 연방헌법 제13조의 주거불가침, 제10조의 통신의 자유, 제2조의 정보시스템의 신뢰성과 불가침성(컴퓨터기본권)을 침해한다는 것이다.<sup>16)</sup> 다른 하나는 수집된 정보를 다른 행정청(경찰이나 검찰, 연방정보원 등)에 제공하거나 유럽연합 또는 국제적 협력기관에 이전하는 것이 개인정보 자기결정권 등에 위반된다는 주장이다.<sup>17)</sup> 이에 대하여 연방정부, 연방정보보호청, 주정보보호청들, 연방행정재판소(BVerwG), 연방대법원(BGH) 등은 헌법소원에 대하여 기각의견을 제출하였다.<sup>18)</sup>

13) BVerfGE, 141, 220(241, Rn.5). 이에 대해서는 Möllers, Martin H. W., Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz, in: Ders./van Ooyen, Robert Chr.(Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit(JBÖS), 2016/2017, S. 546(549), Fn.11 참조.

14) BVerfGE, 141, 220(258f., Rn.74).

15) 각 조치에 대한 상세한 내용은 특히 이상학, 앞의 논문(테러방지), 115-126면; 헌법재판연구원, 테러방지를 위해 연방범죄수사청에게 부여된 비밀감시조치 권한의 위헌성, 1-11면 <<https://ri.ccourt.go.kr/cckri/cri/world/selectTrendConstitutionCaseList.do>> (최종방문일 2018.5.30.) 참조.

16) BVerfGE, 141, 220(224ff., Rn.2; Rn.9ff.). “Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme”은 IT 분야에서 확립된 용어로서 일반적으로 ‘정보시스템의 기밀성과 무결성’으로 번역한다. 여기서는 헌법학적 표현에 익숙한 ‘신뢰성과 불가침성’으로 표기한다. 이를 간단히 컴퓨터 기본권으로 일컫는 것은 대표적으로 Murswiek/Rixen, in: Sachs(Hrsg.), GG, 8.Aufl., 2018, Art.2, Rn.73c 참조.

17) BVerfGE, 141, 220(224f., Rn.3).

18) BVerfGE, 141, 220(249ff., Rn.41ff.).

## II. 독일연방헌법재판소 결정의 내용

### 1. 결정요지

연방헌법재판소의 결정요지 내용은 다음과 같다.

1. a) 국제적인 테러위험방지를 위한 연방사법경찰청의 비밀감시권한(주거감시, 온라인수색, 통신감청, 통신자료수집과 주거 외 지역에서 특수장치를 통한 감시)은 기본적으로 연방헌법에 합치한다.  
b) 이러한 권한은 비례원칙을 충족해야 한다. 사생활에 깊숙이 관여하는 권한은 중대한 법익의 보호를 위해서만 인정되고, 그러한 법익의 위험이 충분히 구체적으로 예상됨을 전제로 하며, 감시대상의 생활공간에 있는 제3자라도 제한적인 요건에서만 감시조치의 대상이 되고, 사생활 내용의 핵심영역 및 직업비밀 주체의 보호를 위한 특별한 규정들이 필요하며, 투명성과 개인의 권리구제 및 감독기관의 통제를 보장해야 하고, 수집한 자료의 삭제의무를 통한 보완이 요청된다.
2. 국가가 수집한 정보이용과 제공은 목적구속의 원칙과 목적변경의 원칙에 따른다.
  - a) 목적구속의 효력범위는 각 개별적인 정보수집권한에 따라 확정되고, 정보수집은 각각의 조사절차 목적과 관련성을 가진다.
  - b) 입법자는 수집한 정보를 활용하고자 할 때, 본래 정보수집 목적 범위 내에서 이를 허용할 수 있다(그 밖의 사용). 이러한 활용은 동일한 기관이 동일한 법익 보호를 위하여 자신의 사무를 수행하는데 사용하는 것임을 전제로 한다. 주거감시나 정보시스템을 통해 획득한 정보를 다른 위험상황에 대비하여 활용할 때는 매번 정보수집 시 적용했던 기준을 추가적으로 충족해야 한다.
  - c) 입법자는 수집한 정보를 본래 정보수집 시 목적과 다른 목적에 이용하도록 정할 수 있다(목적변경). 목적변경을 위한 비례원칙상 요청은 가설적 정보수집(hypothetische Datenneuerhebung) 원칙을 지향한다. 이에 따라 새로운 정보활용은 본래 정보수집 시 만큼 중요한 법익보호나 범죄적발에 기여해야 하며, 새로운 정보수집이 기존의 정보수집 시 만큼 중대한 수단에 의해 이루어지더라도 헌법상 정당화 될 수 있어야 한다. 구체화된 위험상황은 기본적으로

새롭게 요구되지 않지만, 원칙적으로 구체적인 조사근거는 반드시 있어야 한다. 주거감시와 온라인수색을 통해 수집한 정보를 변경된 목적으로 사용할 때는, 정보수집 시 충족했던 기준이 새로운 위험상황에서도 충족되어야 한다.

3. 정보를 외국 국가기관에 제공할 때는 헌법상 일반적인 목적변경과 목적구속 원칙에 따른다. 새로운 정보활용 판단 시 외국의 법질서 특징을 존중해야 한다. 외국으로 정보제공을 요청받았을 때, 정보수령국가는 충분히 법치국가원리에 따라 정보를 다룰 것이라는 확신이 있어야 한다.<sup>19)</sup>

## 2. 주문

연방헌법재판소의 주문은 다음과 같다.

1. 국제테러 위험방지를 위한 2008년 12월 25일자 개정법률 연방사법경찰청법 제20h조 제1항 제1c호는 독일연방헌법 제13조 제1항에 위반되며 무효이다.
2. 연방사법경찰청법 제20v조 제6항 제5문은 독일연방헌법 제2조 제1항 및 제1조 제1항, 제10조 제1항, 제13조 제1항 및 제19조 제4항에 위반되며 무효이다.
3. 연방사법경찰청법 제14조 제1항(제1항 제2호 제외), 제20g조 제1항 내지 제3항, 제20h조, 제20j조, 제20k조, 제20l조, 제20m조 제1항과 제3항, 제20u조 제1항과 제2항, 제20v조 제4항 제2문, 제5항 제1문 내지 제4문(제3문 제2호 제외), 제6항 제3문 등은 독일연방헌법 제2조 제1항 및 제1조 제1항, 제10조 제1항, 제13조 제1항과 제3항 및 제1조 제1항과 제19조 제4항 등에 합치하지 않는다.
4. 2018년 6월 30일을 기한으로 새로운 법률개정 시까지, 헌법불합치라고 선언된 규정들은 효력을 유지하되, 연방사법경찰청법 제20g조 제2항 제1호, 제2b호, 제4호, 제5호의 조치들은 법원의 명령에 따르고, 급박한 위험의 경우에는 연방사법경찰청법 제20g조 제3항 제2문 내지 제4문을 적용한다.  
연방사법경찰청법 제20g조 제1항 제2호, 제20l조 제1항 제1문 제2호와 제20m조 제1항 제2호의 조치들은 결정이유에 실시된 합헌적 해석에 따라 연방사법경찰청법 제20k조 제1항 제2문의 요건이 갖추어졌을 때에만 가능하다.  
연방사법경찰청법 제20v조 제4항 제2문에 따른 정보의 그 밖에 사용, 제20v조

---

19) BVerfGE, 141, 220f.



제5항과 제14조 제1항에 따른 정보의 제공은 주거감시로부터 수집한 정보(제20h조)인 경우 법익보호에 긴박한(dringenden) 위험이 있을 때, 온라인 수색을 통해 수집한 정보(제20k조)인 경우 개별 사건에서 법익보호에 근접한(drohenden) 위험이 있을 때에만 허용된다.<sup>20)</sup> (이하 생략)

### 3. 주요 내용

#### 가. 적법요건

연방사법경찰청법(이하 ‘법’) 제20c조(질문과 정보제공: 불심검문)에 따른 조치는 공개적인 집행행위로서 자신에게 발생해야 인정 될 수 있기 때문에 이에 대한 청구는 청구적격을 흠결하여 각하되었다.<sup>21)</sup> 다만 연방헌법재판소는 그 밖에 조치들에 대해서는 비록 아직 발생하지 않았지만, 통신제한조치나 감청조치들이 비밀리에 이루어지고도 통지되지 않거나, 수집된 정보가 다른 국가기관에 제공된 사실도 통지되지 않기 때문에 권리구제절차를 기대할 수 없어서 직접성이 인정되며,<sup>22)</sup> 법률가나 의사 또는 심리상담사 등은 감청대상이 접촉해 올 때 감청의 범위에서 벗어날 수 없어서 자기관련성과 현재성이 있다고 판단하였다.<sup>23)</sup>

#### 나. 본안판단

##### (1) 입법권한

주의 사무였던 테러위험에 대한 방지가 2006년 헌법개정을 통해 연방에게 배타적 권한으로 인정되었고, 비록 연방과 주의 사무가 중복될 수 있는 가능성이 있지만 헌법개정 시 이는 충분히 고려되었으므로 큰 문제가 없다고 보았다.<sup>24)</sup> 연방행정청으로서 연방사법경찰청의 행정권한도 문제될 것이 없다.<sup>25)</sup>

20) BVerfGE, 141, 220(222f.).

21) BVerfGE, 141, 220(260, Rn.78).

22) BVerfGE, 141, 220(261f., Rn.82).

23) BVerfGE, 141, 220(262, Rn.83f.).

24) BVerfGE, 141, 220(263, Rn.88). 이에 대해서는 Heintzen, 앞의 주석서, Rn.105f. 참조.

25) BVerfGE, 141, 220(263f., Rn.89).

## (2) 기본적인 위헌심사기준

연방헌법재판소는 연방사법경찰청의 조치들은 제한의 정도가 각기 달라서 각각 비례원칙과 명확성원칙에 따라 심사되어야 하며,<sup>26)</sup> 연방헌법 제13조 제1항의 주거 불가침, 제10조 제1항의 통신의 비밀보호, 그리고 제2조 제1항(일반적 인격권) 및 제1조 제1항(인간존엄)에 근거한 정보시스템의 신뢰성과 불가침성, 개인정보 자기결정권 등을 침해할 수 있다고 보았다.<sup>27)</sup> 연방헌법재판소는 심판대상 조항들이 국제적인 테러위험으로부터 보호라는 정당한 목적을 가지고, 문제가 된 감시조치나 통신제한조치들은 그러한 위험을 방지하는데 적합하고(Geeignetheit) 필수적이라는(Erforderlichkeit) 점을 간략하게 인정했다.<sup>28)</sup>

이처럼 연방헌법재판소는 협의의 비례원칙에 대해서 상세한 설명을 하고 있다. 입법자는 한편으로 감시조치 등이 개인의 사생활을 침해하고 인간존엄에 미치는 영향과 정보통신기술의 발전이 그러한 침해를 용이하게 할 것을 고려하지만, 다른 한편으로 기본권침해를 당하는 개인의 권리도 효과적으로 보호해야 한다는 것이다. 협의의 비례성인 적정성(Angemessenheit)심사를 통해, 공익으로서 민주적 기본질서 및 연방과 주의 존립과 안보뿐만 아니라 사익으로서 개인의 생명·신체·자유도 중요한 헌법적 가치임을 고려해야 한다는 것이다.<sup>29)</sup> 연방헌법재판소는 평화·질서권한(verfasster Friedens- und Ordnungsmacht)으로서 국가의 안전과 개인의 존엄·개성이 존중되는 가운데 국가에 의하여 보장되어야 하는 국민의 안전이 동등한 헌법적 가치임을 강조했다.<sup>30)</sup>

## (3) 국가의 감시조치와 사생활 침해 간 적절성심사

### (가) 적절성심사 시 형량요소들

연방헌법재판소는 국가의 비밀감시조치가 개인의 사생활 영역에 제한을 가져오기

26) BVerfGE, 141, 220(264f., Rn.90; 93f.). 원문은 “Normenklarheit und Bestimmtheit” 라고 구분하여 ‘명확성과 특정성’이라고 번역할 수 있으나, 여기서는 명확성이라고만 표현한다.

27) BVerfGE, 141, 220(264f., Rn.91f.).

28) BVerfGE, 141, 220(265f., Rn.95ff.).

29) BVerfGE, 141, 220(267, Rn.98ff.).

30) BVerfGE, 141, 220(267f., Rn.100).

때문에 충분히 중대한 법익(hinreichend gewichtige Rechtsgüter)의 보호를 위하여, 그 법익의 위협이나 침해를 예상할 수 있는 사실상 근거(tatsächliche Anhaltspunkte)가 존재하고, 제3자의 시각에서 볼 때 관련 있는 인물에게만 감시조치가 인정될 때 적절하다고 보았다.<sup>31)</sup> 입법자는 침해정도가 강한 조치를 허용할 때는 요건도 강화하여야 한다.<sup>32)</sup>

충분히 중대한 법익 보호란, 형사소추 같은 억제적 성격의 조치일 때는 특히 중범죄(schwere Straftaten)에 대해서, 위험방지를 위한 사전예방적 성격의 조치일 때는 시민의 생명이나 신체, 자유 또는 연방이나 주의 존립과 안전 같은 법익이 관련된 경우를 의미한다.<sup>33)</sup> 또한 구체적이고 긴박한 위험은 경찰법상의 구체적 위험 뿐만 아니라 시간적으로도 직전(unmittelbar bevorstehende)이나 현재(gegenwärtige) 위험을 의미한다.<sup>34)</sup> 입법자는 직전의 긴박한 위험 등을 단순한 경험칙이 아닌 손해발생을 충분히 예상할 수 있는 경우라고 정할 수 있으며, 감시조치 대상이 구체적으로 확정될 것을 요구할 수 있다. 하지만 실제 근거와 긴박한 위험이 없는 경우에도 테러위험이 발생할 것이 예상되면, 예컨대 테러리스트 훈련소에 있던 인물이 독일 내로 이동한 경우에는 감시조치가 가능하다.<sup>35)</sup> 위험방지를 위한 감시조치인 경우, 특히 위험발생에 책임 없는 제3자(접촉인, 동행인)가 감시대상에 포함되지 않도록 노력해야 한다. 다만 중대한 사실발견이나 범죄예방에 관련됨을 증명하는 경우에는 특정 제3자에 대한 감시조치가 가능하다.<sup>36)</sup>

#### (나) 절차적 측면에서 적절성

연방헌법재판소는 기본권 제한조치를 절차적인 측면에서도 비례원칙에 맞게 요구할 수 있다고 보았다. 특히 가능하면 독립기관을 통해 사전에 통제를 받는 것이 필요하다는 것이다. 예컨대 법원의 명령을 통해서 감시조치를 결정하면 적절하다.<sup>37)</sup>

31) BVerfGE, 141, 220(269, Rn.104).

32) BVerfGE, 141, 220(269, Rn.105).

33) BVerfGE, 141, 220(270f., Rn.106ff.).

34) BVerfGE, 141, 220(271f., Rn.110f.).

35) BVerfGE, 141, 220(272f., Rn.112). 테러위험방지를 위한 사전 경찰작용에 대해서는 Darnstädt, Thmas, Ein personenbezogener Gefahrbegriff, DVBl 2017, S.88ff. 참조.

36) BVerfGE, 141, 220(273ff., Rn.114ff.).

37) BVerfGE, 141, 220(275, Rn.117f.).

### (다) 사생활 핵심영역에 대한 특별한 보호

연방헌법재판소는 감시조치가 사생활의 핵심영역을 제한할 수 있고, 이 때문에 인간존엄이 문체될 수 있으므로 사생활의 핵심영역에 대한 특별한 보호가 필요하다고 강조했다. 여기서 약간 복잡한 서술이 보이는데, 예컨대 일상생활의 대화라도 인격성이 상실되는 것이 아니며, 비밀스런 사적 관계라도 중대한 범죄와 관련된 경우에는 사생활의 핵심이 아니라는 것이다. 그렇다고 사생활의 핵심영역이 공공의 안전과 형량할 수 있다는 것을 의미하는 것은 아니며, 범죄가능성이 있다고 사생활의 핵심영역에서 배제되는 것은 아니라고 보았다.<sup>38)</sup>

감시조치에 따라 예상치 못한 사생활의 핵심영역이 침해될 수 있기 때문에 입법자는 충분한 보호조치로서 엄격한 한계를 설정해야 한다. 예컨대 정보수집 시 사생활의 핵심영역은 대상에서 명시적으로 배제한다거나, 의도치 않게 수집된 핵심영역 정보의 평가와 활용을 사후에 최소화 하는 것이다.<sup>39)</sup> 입법자는 감시조치의 종류에 따라 개별적으로 보호조치를 정하고, 정보의 수집절차와 수집된 정보의 이용절차를 구별하여 각 단계마다 보호조치를 정할 수 있다.<sup>40)</sup>

시간적 측면에서 너무 장기간 감시조치가 이루어지거나, 내용적 측면에서 감시조치가 너무 세밀하여 감시대상의 일거수일투족이 모두 기록되는 것도 인간존엄에 위반된다.<sup>41)</sup>

특정 직업군과 관련하여 감시대상이 의사, 변호사, 심리상담사 등을 접촉할 때, 이러한 직업종사자들의 직업비밀이 침해될 수 있으므로 입법자는 비례원칙에 따라 직업비밀 주체들에 대한 보호도 고려해야 한다.<sup>42)</sup>

연방헌법재판소는 연방헌법 제19조 제4항(권리구제보장)에 근거하여 사생활보호를 위한 투명성, 권리구제제도, 감독기관의 감독제도 등을 제시하였다. 기본권 제한조치가 투명하게 이루어지고 감독기관의 적절한 통제 하에 있을 때, 효과적인 권리구제도 가능하기 때문이다.<sup>43)</sup> 예컨대 제3자 보호를 위하여 또는 타인의 생명·신체·자유가 위협에 빠지지 않는 한, 감시대상자에게 사후에 통지하도록 의무를 부과하거나, 감시대상자에게 정보청구권을 인정하거나 법원을 통한 권리구제절차를

38) BVerfGE, 141, 220(276f., Rn.121f.).

39) BVerfGE, 141, 220(277ff., Rn.123ff.).

40) BVerfGE, 141, 220(279f., Rn.127ff.).

41) BVerfGE, 141, 220(280f., Rn.130).

42) BVerfGE, 141, 220(281f., Rn.131ff.).

43) BVerfGE, 141, 220(282, Rn.134f.).

보장해야 한다.<sup>44)</sup> 개인의 권리구제절차가 정보보호영역에서는 그 효과가 제한적일 수 있으므로 독립적인 기관, 예컨대 연방정보보호청(BfDI)에 의한 통제, 최대 2년을 넘지 않는 정기적 보고의무 등도 중요한 보호제도가 될 수 있다.<sup>45)</sup> 정보수집의 목적달성 이후에는 정보의 삭제의무도 중요한 역할을 한다.<sup>46)</sup>

#### (4) 대상 조치들에 대한 헌법적 판단결과

##### (가) 정보수집을 위한 특별한 수단들

연방헌법재판소는 법 제20g조에서 규정하고 있는 주거 외 영역에서 정보수집 조치들, 예컨대 장기간 감시, 사진촬영, 공개장소 감청, 위치추적장치를 통한 미행, 정보원 등의 투입은 감시대상자의 개인정보 자기결정권을 제한하는 것이다.<sup>47)</sup> 이 조치들은 비록 중대한 기본권 제한에 해당하나, 중대한 법익보호를 위하여 충분히 구체적인 근거가 있는 경우에만 사용할 수 있으므로 규율내용은 명백하다.<sup>48)</sup>

그러나 제20g조 제1항 제2호가 (위험방지뿐만 아니라) 범죄예방에도 감시조치를 취할 수 있다고 규정하여 구체적으로 어떤 경우가 여기에 해당하는지 불명확하다고 보았다.<sup>49)</sup> 또한 접촉인물과 동행인에 대한 감시조치를 허용한 것은 합헌적 해석을 통해 정당화될 수 있지만,<sup>50)</sup> 특수한 장치를 통한 감시조치가 장기간 허용되거나, 감시조치 실시를 처음에만 법관이 정하고(법관유보: Richtervorbehalt) 그 후 연장 등에 대해서는 흠결된 것, 사생활의 핵심영역 보호조치의 미비 등은 비례 원칙에 위반된다고 보았다.<sup>51)</sup>

##### (나) 주거대상 감시조치

법 제20h조에 따라 주거내부에서 음향과 촬영을 통한 감시조치는 연방헌법

44) BVerfGE, 141, 220(282ff., Rn.136ff.).

45) BVerfGE, 141, 220(284f., Rn.140ff.).

46) BVerfGE, 141, 220(285f., Rn.144).

47) BVerfGE, 141, 220(286, Rn.147f.). 이에 대한 상세한 내용은 이상학, 앞의 논문(테러방지), 115-117면 참조.

48) BVerfGE, 141, 220(286ff., Rn.149ff.).

49) BVerfGE, 141, 220(290f., Rn.162ff.).

50) BVerfGE, 141, 220(291f., Rn.166ff.).

51) BVerfGE, 141, 220(293ff., Rn.170ff.).

제13조의 주거불가침을 제한하는 것이다.<sup>52)</sup> 당해 조치의 입법목적이나 감시조치가 법원의 명령에 의한다는 점은 문제되지 않는다.<sup>53)</sup> 그러나 감시대상의 접촉인물이나 동행인 등 제3자가 감시조치에 포함될 수 있고(제20h조 제1c호), 이들의 대화는 사생활의 핵심영역에 해당하므로 이에 대해 충분한 보호조치가 없다는 것이 헌법적 요청을 충족하지 못한다.<sup>54)</sup> 연방헌법재판소는 사생활의 핵심영역을 보호하기 위하여 정보수집 단계에서는 가능한 감시조치의 중단을, 정보이용 단계에서는 독립기관을 통한 자료의 분류·삭제·조서작성 등 보완이 필요하다고 보았다.<sup>55)</sup>

### (다) 정보시스템(컴퓨터)을 통한 감시조치

연방헌법재판소는 법 제20j조에 근거한 정보분석(프로파일링/비교분석: Rasterfahndung)은 헌법적으로 문제가 없다고 보았다.<sup>56)</sup> 제20k조에 근거한 컴퓨터시스템에 침입과 정보수집도 권한이나 절차적·실체적 요건은 합헌적 해석을 통해서 정당화될 수 있다.<sup>57)</sup> 그러나 사생활의 핵심영역 보호에 있어서는 헌법에 합치하지 않는다고 보았다. 감시대상자의 컴퓨터시스템에 접근하여 감시하는 것은 연방헌법 제2조 제1항의 일반적 인격권과 제1조 제1항(인간존엄)에서 도출되는 정보시스템의 신뢰성과 불가침성을 제한하는 것이다. 이 기본권은 컴퓨터 사용이 일상화 된 현대에는 중요한 의미를 가지는 독자적인 인격권의 내용이다.<sup>58)</sup> 따라서 컴퓨터 내 정보 중에 가장 은밀한 사적 정보까지 국가기관에 의하여 수집될 가능성이 있고, 컴퓨터시스템 침투는 감청처럼 시간흐름에 따른 구별이 가능한 것이 아니라 포괄적으로 순식간에 이루어질 수 있으므로 이에 대한 충분한 보호조치가 필요하다.<sup>59)</sup> 제20k조 제7항

52) BVerfGE, 141, 220(295f., Rn.179ff.). 이와 관련된 구체적인 기술적 내용에 대해서는 이상학, 앞의 논문(테러방지), 117-119면, 구체적인 조문의 내용에 대해서는 홍선기/강문찬, 테러방지법상 국정원 정보수집권한에 대한 개정논의, 법과 정책연구 제17집 제3호, 2017, 445면 각주17 참조.

53) BVerfGE, 141, 220(296ff., Rn.182ff.; 194f.).

54) BVerfGE, 141, 220(297f., Rn.186ff.).

55) BVerfGE, 141, 220(299f., Rn.196ff.).

56) BVerfGE, 141, 220(303, Rn.206f.).

57) BVerfGE, 141, 220(304f., Rn.211ff.). 구체적인 조문의 내용에 대해서는 홍선기/강문찬, 앞의 논문, 446-447면 각주18, 구체적인 기술과 관련된 내용에 대해서 상세하게는 이상학, 앞의 논문(테러방지), 119-120면 참조.

58) BVerfGE, 141, 220(303f., Rn.209f.).

59) BVerfGE, 141, 220(306f., Rn.217ff.). 특히 사적 영역의 은밀한 핵심이라는 점에서는 헌법적 보호의 강도가 강하게 요구되나, 다른 한편 기술상 컴퓨터시스템에 침입하면 쉽게 자료수집이 가능하다는 점에서는 엄격한 요건설정이 어렵다는 점을 연방헌법재판소는 인식하고 있다. BVerfGE, 141, 220(306f., Rn.218f.) 참조.

제3문, 제4문에 따라 독립된 외부기관이 아니라 연방사법경찰청 내부의 정보보호관이나 상급자의 통제를 받는 것은 충분한 보호조치라고 평가하지 않았다.<sup>60)</sup>

#### (라) 통신제한조치

법 제201조에 따른 감청은 실시간(laufend) 통신만을 대상으로 하기 때문에 연방헌법 제10조 제1항의 통신 비밀을 제한한다.<sup>61)</sup> 제201조 제1항 제2호는 테러를 준비하는 사람에 대해서도 감청조치를 할 수 있도록 규정하여 범죄예방을 포함하게 되므로 명확성원칙과 비례원칙에 위반된다.<sup>62)</sup> 제201조 제2항의 패킷감청(Quellen-Telekommunikationsüberwachung)은 기술적으로 가능한 경우 인정되지만, 제3항의 법관유보는 어떤 경우에 인정될 것인지 구체적 내용이 없어 합헌적 법률해석으로도 위헌성이 극복되지 않는다.<sup>63)</sup> 제6항의 사생활 핵심영역을 보호하기 위한 조치는 전반적으로 헌법에 합치하지만,<sup>64)</sup> 정보이용 목적을 달성한 후 관련정보 삭제기록의 보존기간이 너무 짧아 헌법에 위반된다고 보았다.<sup>65)</sup>

연방헌법 제10조 제1항에서 보장하는 통신의 비밀은 통신내용뿐만 아니라 통신과정의 비밀도 보장하는 것이므로, 법 제20m조에 따른 통신사실 확인자료 등의 수집은 통신 비밀을 제한한다.<sup>66)</sup> 통신사실 확인자료 등의 수집은 기본적으로 헌법에 합치될 수 있지만, 어떤 경우에 인정될 것인지 구체적 내용이 없어 헌법에 합치되지 않는다.<sup>67)</sup>

#### (5) 보완조치의 흠결

상기의 조치들은—마치 기본권제한의 한계로서 본질적 내용 침해금지처럼—주변의

60) BVerfGE, 141, 220(308f., Rn.223ff.).

61) BVerfGE, 141, 220(309, Rn.228). 이에 대한 상세한 기술적 내용은 이상학, 앞의 논문(테러방지), 121-122면, 구체적인 조문의 내용에 대해서는 홍선기/강문찬, 앞의 논문, 447면 각주19 참조.

62) BVerfGE, 141, 220(310f., Rn.230ff.).

63) BVerfGE, 141, 220(312, Rn.235).

64) BVerfGE, 141, 220(312f., Rn.236ff.).

65) BVerfGE, 141, 220(315f., Rn.245f.).

66) BVerfGE, 141, 220(316, Rn.248). 이에 대한 상세한 기술적 내용은 이상학, 앞의 논문(테러방지), 122-123면 참조.

67) BVerfGE, 141, 220(316, Rn.247ff.).

모든 것을 장기간 감시하는 전면감시(Rundumüberwachung)를 금지하는 규정이 없어 비례원칙에 위반되고, 직업비밀주체를 엄격하게 보호하는 조치가 없어서 헌법에 합치되지 않는다.<sup>68)</sup> 기자가 직업비밀주체에 포함되는지에 대해서 연방헌법재판소는 회의적인 입장을 취했지만, 형사변호사와 일반 변호사를 구분하여 형사변호사에 게만 직업비밀 주체성을 인정한 것은 위헌으로 판단하였다.<sup>69)</sup> 또한 투명성 보장 면에서 보고의무,<sup>70)</sup> 권리구제절차 면에서 정보청구권<sup>71)</sup> 및 감독기관의 감독 면에서 정기적인 감독절차의 보장이나 포괄적인 조서작성의무(Protokollierungspflicht), 연방의회나 국민들에 대한 보고의무,<sup>72)</sup> 목적달성 후 정보의 삭제의무 등이 흠결된 것이나, 감독과 통제를 받기 위한 삭제기록 조서의 보존기간이 너무 짧은 것은 보호 조치로서 헌법적 요청에 부합하지 않는다.<sup>73)</sup>

## (6) 수집정보의 국내외 기관에 제공

### (가) 심사기준

“목적구속의 원칙”에 따라 본래 정보수집목적에 맞게 사용된다면 수집정보를 국내외 국가기관에 제공하는 것은 허용된다.<sup>74)</sup> 이는 정보수집기관과 유사한 사무수행을 하며, 동일한 정도의 목적(중대한 법익보호)을 위하여 유사한 조건(긴급한 위협방지) 하에서 정보를 활용될 수 있을 때를 의미한다. 다른 목적을 위하여 정보를 사용하려면 새롭게 정보수집을 하더라도 기존의 절차가 정당화될 만한 여건이 마련되어야 한다.<sup>75)</sup> 다른 목적을 위한 정보의 사용은 새로운 기본권제한에 해당하므로 새로운 기본권에 의해 평가되더라도 위헌문제가 없어야 한다. 기존의 정보수집 절차가 새로운 목적 하에서도 정당화될 수 있으면(가설적 제한: hypothetischer Ersatzeingriff) 새로운 목적을 위한 기존 수집정보의 이용은 가능하다.<sup>76)</sup> 기본적으로 중대한 법익을 보호하고 중범죄나 위협을 방지하기 위하여 유사한 감시조치를

68) BVerfGE, 141, 220(317f., Rn.253ff.).

69) BVerfGE, 141, 220(318f., Rn.256ff.).

70) BVerfGE, 141, 220(319f., Rn.260ff.).

71) BVerfGE, 141, 220(320f., Rn.263ff.).

72) BVerfGE, 141, 220(321f., Rn.266ff.).

73) BVerfGE, 141, 220(322f., Rn.269ff.).

74) BVerfGE, 141, 220(324ff., Rn.278ff.).

75) BVerfGE, 141, 220(326f., Rn.284ff.).

76) BVerfGE, 141, 220(327f., Rn.287).



통해 정보를 수집하는 것이 정당화될 수 있다면 목적변경에 따른 정보사용은 가능하나, 주거나 컴퓨터시스템 감시를 통해 수집한 정보는 제한의 정도가 강하므로 긴급한 위험이 있는 경우에만 가능하다.<sup>77)</sup>

### (나) 판단결과

법 제20v조 제4항 제2문은 법 제4a조(국제테러 위험방지) 제1항 제1문을 인용하여<sup>78)</sup> 연방사법경찰청이 수집한 정보의 이용기준을 정하고 있으므로 명확한 내용이라 할 수 있다.<sup>79)</sup> 그러나 정보내용에 따른 구별 없이 모든 정보를 제공할 수 있다면, 주거감시나 온라인수색을 통해 획득한 사생활의 핵심영역에 해당하는 정보도 제공될 수 있어 비례원칙에 위반되고, 증인보호나 주요인물보호를 위하여 정보가 제공될 수 있어서 명확성원칙에 위반된다.<sup>80)</sup>

법 제20v조 제5항에 따라 연방사법경찰청은 개인정보(personenbezogene Daten)를 연방과 주의 공공기관에 제공할 수 있다.<sup>81)</sup> 이 규정은 명확성원칙에 위반되지 않으나 “가설적 정보수집” 기준에는 맞지 않는다. 제20v조 제5항 제1문 제2호에 따르면 위험방지를 위하여 수집한 정보를 다른 기관에 제공할 때 (위험방지가 아닌) 일정한—예컨대 독일형법 제129a조의 폭력단체 조직—범죄예방에 활용되거나 형사소추를 위하여 이용하는 것은, “공공안전의 급박한 위험을 방지하기 위하여” 주거감청을 허용한 연방헌법 제13조 제4항에도<sup>82)</sup> 위반된다.<sup>83)</sup> 다른 한편 정보수집 시 기본권제한의 정도가 다름에도 불구하고 정보제공 시에는 아무런 구분 없이 허용하는 것도 비례원칙에 위반된다.<sup>84)</sup> 또한 연방사법경찰청이 수집한 정보를 연방이나 주의 헌법수호청(Verfassungsschutzbehörde), 군방첩대(Militärischer Abschirmdienst: MAD)에 제공하는 것은 가설적 정보수집 기준에 따라 구체적 근거가 있을 때 가능하다.<sup>85)</sup>

77) BVerfGE, 141, 220(329, Rn.290f.)

78) 구체적인 조문의 내용에 대해서는 홍선기/강문찬, 앞의 논문, 445면 각주15 참조.

79) BVerfGE, 141, 220(330, Rn.295ff.).

80) BVerfGE, 141, 220(333ff., Rn.302ff.).

81) 구체적인 조문의 내용에 대해서는 홍선기/강문찬, 앞의 논문, 449면 각주21 참조.

82) 제13조 제4항: 공공안전의 급박한 위험, 특히 공동의 위험이나 생명의 위험을 방지하기 위하여, 법원의 명령에 근거하여 주거감시를 위한 기술적 조치를 할 수 있다. 위험이 임박한 경우 법률로 정한 다른 기관이 이 조치를 명할 수 있으며, 지체 없이 법원의 결정을 추완해야 한다.

83) BVerfGE, 141, 220(335ff., Rn.310ff.).

84) BVerfGE, 141, 220(339, Rn.318).

85) BVerfGE, 141, 220(339f., Rn.319f.).

그러나 연방정보원(BND)에 제공하는 것은 객관적 근거가 불분명하며, 그 밖에도 정보제공에 대한 감독규정이 불충분하다고 보았다.<sup>86)</sup>

연방사법경찰청은 수집정보를 외국 국가기관에도 제공할 수 있는데(법 제14조 제1항 제1문 제1호, 제3호, 제2문), 외국에 정보를 제공하는 것이 기본권보장을 침해하거나 정보수령국가가 기본권을 침해하는데 이용되면 안 된다.<sup>87)</sup> 연방헌법재판소는 이에 네 가지 기준을 제시했다.

먼저 목적변경의 원칙에 따라 외국기관이 충분히 중대한 목적을 위하여 정보를 이용할 것이 보장되어야 한다.<sup>88)</sup> 둘째 정보수령국가의 정보이용이 객관적으로 정보보호제도에 부합하며 본질적으로 기본권보장에 적합하되, 독일에서도 이를 어느 정도 확신할 수 있어야 한다.<sup>89)</sup> 셋째 외국에 정보제공은 효과적인 감독을 위하여 매 건마다 조서로 작성하여 보고한다.<sup>90)</sup> 마지막으로 이에 대한 법적 근거가 명확해야 한다.<sup>91)</sup> 결론적으로 대상 조항은 목적이 불명확하고, 긴급한 위험이라는 요건에서만 가능하다는 조건을 함결하고 있으며, 그 밖에 정보제공을 감독하는 규정이나 보고하는 의무 등을 함결하고 있어 헌법에 합치하지 않는다.<sup>92)</sup> 이 결정은 5:3으로 과반수가 다수의견이었으나,<sup>93)</sup> 2인의 재판관만 반대의견을 명시적으로 표현하였다.

#### 4. 반대견해

##### 가. 아이히베르거(M. Eichberger) 재판관의 반대견해(abweichende Meinung)

아이히베르거 재판관은 다수견해의 기본원칙들에 대해서는 동의하지만, 심사기준을 과도하게(überzogen) 적용했다고 비판하였다.<sup>94)</sup> 특히 공익과 사익 간 형량에 중점을 두는 비례원칙심사는 입법자의 평가고권(Einschätzungsprärogative)을 통제하는 것이며, 가치판단문제를 벗어날 수 없다.<sup>95)</sup> 테러와 무관한 제3자에게 감시

86) BVerfGE, 141, 220(339ff., Rn.320f.).

87) BVerfGE, 141, 220(341f., Rn.325ff.).

88) BVerfGE, 141, 220(342f., Rn.330f.).

89) BVerfGE, 141, 220(344ff., Rn.332ff.).

90) BVerfGE, 141, 220(346, Rn.340).

91) BVerfGE, 141, 220(346f., Rn.341).

92) BVerfGE, 141, 220(347ff., Rn.342ff.).

93) BVerfGE, 141, 220(353, Rn.359).

94) BVerfGE, 141, 220(353f., Rn.2).

조치가 취해질 때, 그는 공공안전을 위하여 특별희생자(ein Sonderopfer)로서 요청을 받는 것이라고 보고,<sup>96)</sup> 다수견해는 입법자에게 상세하게 요구하기보다 사법적 자제를 했어야 한다고 실시했다.<sup>97)</sup>

감시조치에 대한 법원을 통한 권리구제, 의회와 여론에 감청결과의 보고 등은 현실적으로 쉽지 않은데, 다수견해는 정보보호를 위한 국가의 노력을 비현실적으로 강조했다고 비판하였다.<sup>98)</sup> 아이히베르거 재판관은 다수견해와 반대로 형사범죄의 예방을 위해서도 감시조치나 정보수집이 가능하다고 보았으며,<sup>99)</sup> 입법자가 법관유보대신 부서 내 상급자 결정에 따른 감시조치를 규정하는 것도 합헌으로 보았다.<sup>100)</sup> 또한 감시조치나 컴퓨터시스템 침입에는 사생활 침해가 따르는 것이 전형적이므로, 다수견해가 대상법률을 사생활의 핵심영역 보호에 불충분하지 않다고 평가한 것을 비판하고,<sup>101)</sup> 이미 합헌적으로 주거감시나 온라인수색을 통해 수집한 정보의 제공에 대해서도 과도하게 엄격한 요건을 적용했다고 평가했다.<sup>102)</sup>

#### 나. 슬루케비어(W. Schluckebier) 재판관의 반대견해

슬루케비어 재판관도 다수견해가 비례원칙과 명확성원칙을 너무 엄격하게 적용한 것을 지적하며, 합헌적 법률해석으로 많은 문제를 해결할 수 있다고 보았다.<sup>103)</sup> 아이히베르거 재판관과 비슷하게 테러와 관련없는 제3자가 감시대상에 포함되더라도 이는 공동체 구성원으로서 수용해야 하는 특별희생(Sonderopfer)이라고 보았다.<sup>104)</sup> 비례원칙과 명확성원칙도 추상적인 규정이 아니라 구체적인 상황을 전제로 적용해야 하는데, 다수견해는 추상적·일반적 차원에서 과도한 심사를 실시했으며, 이러한 엄격한 경향이 다른 경찰관련 사건에 적용될 것을 우려했다.<sup>105)</sup> 7년간 심판대상 법률을 적용한 건수가 많지 않고, 연방사법경찰청 관계자가 구두변론에서

95) BVerfGE, 141, 220(354, Rn.3).

96) BVerfGE, 141, 220(354f., Rn.4).

97) BVerfGE, 141, 220(355f., Rn.5).

98) BVerfGE, 141, 220(357, Rn.7).

99) BVerfGE, 141, 220(357f., Rn.9).

100) BVerfGE, 141, 220(358f., Rn.10).

101) BVerfGE, 141, 220(359f., Rn.11ff.).

102) BVerfGE, 141, 220(360f., Rn.14ff.).

103) BVerfGE, 141, 220(362ff., Rn.2ff.).

104) BVerfGE, 141, 220(364f., Rn.5).

105) BVerfGE, 141, 220(365f., Rn.6).

보여준 기본권의식과 책임 있는 자세 때문에 (감독기관인 연방정부나 의회 등) 정치기관에 의한 통제보다 연방사법형사청 상급자에 의한 통제를 더욱 신뢰할 수 있다고 보았다.<sup>106)</sup>

주거 밖에서 감시는 사생활의 핵심영역이라고 보기 어려운 것이 일반적이며, 감시조치를 처음 시작할 때에만 법관유보를 인정하더라도 비례원칙에 위반되지 않고, 감시조치에 대한 집행과 결정에 책임이 있는 기관이 이를 결정해야지, 무조건 독립기관이 수행해야 하는 것은 아니라고 보았다.<sup>107)</sup> 다수견해가 개별조치들에 대해 기본권 보호조치가 미흡하여 비례원칙에 위반했다고 판단한 것을 과잉이라고 (übermäßig) 평가했다.<sup>108)</sup> 수집정보의 제공과 관련해서도 우연히 발견한 정보 (Zufallsfunde)라도 생명과 신체의 보호를 위하여 활용될 수 있고,<sup>109)</sup> 정보제공에 관한 규정도 합헌적 해석을 통해 위헌성을 피할 수 있다고 보았다.<sup>110)</sup> 결국 다수견해는 너무 상세한 내용을 제시해서 입법자도 이를 모두 이해하기 어려울 뿐만 아니라 실무에서도 내용을 이해하기 어려워 실제 문제해결에는 별 도움이 되지 않을 것이라 보았다.<sup>111)</sup>

### III. 독일연방헌법재판소 결정내용의 헌법적 분석

#### 1. 명확성 원칙

##### (1) 명확성의 의미

반대견해가 집중적으로 비판한 것이 명확성 원칙이다.<sup>112)</sup> 입법자 시각에서 본다면

106) BVerfGE, 141, 220(366, Rn.7).

107) BVerfGE, 141, 220(367ff., Rn.9ff.).

108) BVerfGE, 141, 220(371f., Rn.17f.).

109) BVerfGE, 141, 220(373f., Rn.20ff.).

110) BVerfGE, 141, 220(375f., Rn.25ff.).

111) BVerfGE, 141, 220(377f., Rn.28f.).

112) Durner, DVBl 2016, S.780(784). 연방헌법재판소의 특정성과 명확성 개념 자체가 불분명하다는 비판에 대해서는 대표적으로 Cornils, Matthias, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, DVBl 2011, S.1053(1055) 참조. 연방헌법재판소의 정보관련 기본권 제한에 있어서 명확성 원칙에 대해서는 이상학, 국가감시와 기본권보호, 유럽헌법연구 제20호, 2016, 221-222면 참조.

명확성 원칙은 가능한 입법자 스스로 상세하게 법조문을 규정하고, 기본권제한에 관한 규율내용을 직접 정하여 과잉금지원칙의 안정성을 보장할 것을 의미한다.<sup>113)</sup> 명확성 원칙은 입법부와 행정부에게 행위지침과 한계를 제공하고 법원에는 효과적인 통제를 할 수 있도록 심사기준을 제공할 뿐만 아니라, 개인에게는 기본권 제한의 전제와 효력범위를 예상토록 한다.<sup>114)</sup> 명확성 심사기준은 대상규율의 목적(침해적/수익적), 적용영역(규제행정/급부행정)이나 관련 규정들에 따라, 기본권 제한의 정도가 클수록 엄격하고 강하게 적용된다.<sup>115)</sup> 연방헌법재판소는 인구조사 결정 이후에 개인정보보호 분야에서 엄격한 명확성 원칙을 견지하는 것으로 보인다.<sup>116)</sup>

## (2) 엄격한 명확성 심사에 대한 비판

정보관련 분야에서 엄격한 명확성 심사는 반대견해로부터 너무 과도하다는 비판을 받는다.<sup>117)</sup> 이러한 비판은 헌법재판소가 입법자의 역할을 한다거나 너무 상세한 규정을 하면 효과적인 위험방지가 어렵게 된다는 지적, 명확성 원칙을 강하게 요구하고 심사하는 것이 실제로 기본권 보장을 강화하는데 영향을 미치지지에 대한 회의, 연방헌법재판소 제1원에는—제2원과 달리—5명의 법학교수와 3명의 실무가 출신 재판관들로 구성되어 있어서 현실상황을 직시하지 못한다는 비판까지 연결된다.<sup>118)</sup> 무엇보다 명확성을 심사하려면 규정내용의 의미에 대해 상세한 논증을

113) BVerfGE 133, 277(345); 120, 378(408). 연방헌법재판소는 명확성 원칙을 의회유보, 과잉금지 원칙 등과 밀접한 관련성을 가지는 것으로 실시하였다.

114) BVerfGE 133, 277(336). 그 밖에도 Beaucamp, Guy, Ist die Kritik am BKA-Urteil des Bundesverfassungsgerichts plausibel?, DVBl 2017, S.534(535f.) 참조.

115) BVerfGE, 141, 220(265, Rn.94). 헌법재판소의 판례는 대표적으로 현재 2016.7.28. 2014헌바421, 28-2상, 60, 67면 참조.

116) BVerfGE 133, 277(346); 120, 378(408); 118, 168(187f.); 65, 1(46).

117) BVerfGE, 141, 220(353f., Rn.2; 362ff., Rn.2ff.).

118) 예컨대 BVerfGE, 141, 220(364f., Rn.5ff.); Durner, DVBl 2016, S.780(784); Lindner/Unterreitmeier, DÖV 2017, S.90(93); Spiecker genannt Döhmann, Indra, Bundesverfassungsgericht kippt BKA-Gesetz: Ein Pyrrhus-Sieg der Freiheitsrechte?, Verfassungsblog, 2016/4/21, S.5 <<https://verfassungsblog.de/bundesverfassungsgericht-kipt-bka-gesetz-ein-pyrrhus-sieg-der-freiheitsrechte/>> (최종방문일 2018.5.23.). 특히 Wiemers, NVwZ 2016, S.839(841)는 이번 결정은 아우스부르크(Augsburg) 대학 공법교수 마징(J. Masing) 재판관이 집필한 것으로, 연방헌법재판소 제1원에 교수출신 재판관들이 실무출신 재판관들보다 많아 문제가 된다는 회의적인 시각을 나타냈다. 법학교수 출신은 마징 재판관 외에 키르히호프(F. Kirchhof), 파울루스(A. Paulus), 베어(S. Baer), 브리츠(G. Britz) 재판관이며, 법관 출신은 반대의견을 낸 두 재판관 외에 가이어(R. Gaier) 재판관이 있다.

전개했어야 하지만, 다수견해의 명확성 원칙은 연방헌법재판소 심사기준이 엄격하다는 것을 의미할 뿐 구체적인 내용은 별로 없었다는데 문제가 있다.<sup>119)</sup>

### (3) 평가

명확성을 강조한 것은 ‘자유 대 안전’의 구도에서 자유를 우선 시 한 것이라고 볼 수 있다. 안전과 자유는 긴장관계에 있기 때문에, 자유를 강조할수록 안전기관의 사무수행이 쉽지 않게 될 수 있다는 것은 수긍할 만하다.<sup>120)</sup> 그러나 명확성 원칙을 강화해서 테러대응 사무를 실무상 효과적으로 수행하기 어렵다는 주장은 구체적 입증에 필요하다. 효과적인 위협방지가 어렵다면, 개별 감시조치들이 구체적으로 어떻게 효과를 미치는지 조사하고 확인해야 한다.<sup>121)</sup> 연방헌법재판소는 엄격한(명확성심사)기준 적용으로 많은 법조문을 위헌으로 판단하였지만, 실제로 두 조문에 대해서만 위헌·무효결정을 하였을 뿐 나머지 조문에 대해서는 적용유지 헌법불합치결정을 내렸다. 연방헌법재판소가 현실을 고려했다는 반증이다.<sup>122)</sup>

물론 명확성 원칙을 강화한다고 기본권 보장이 잘 될 것이라는 희망을 보증하는 것은 아니다. 자유 없이 안전은 가능해도 안전 없이 자유는 쉽게 보장되지 않기 때문이다.<sup>123)</sup> 그러나 현실적이지 않다는 이유로 기본권 보장을 강화하는 이론적 방향을 포기할 수는 없을 것이다. 통제되지 않는 권력기관이 자발적으로 억제할 것이라는 희망은 순진한 기대일 수 있다. 기본권 강화를 위한 이론적 노력을 끊임없이 유지하는 연방헌법재판소의 일관된 경향은 무엇보다 전체주의 국가체제에 대한 독일의 역사적 경험—나치와 동독—에서 기원하는지도 모른다.<sup>124)</sup>

연방헌법재판소는 인구조사 결정 후 30년 이상 정보관련 분야에서 엄격한 명확성 심사기준을 요구하며 유지해왔다. 연방헌법재판소가 개인정보를 침해하는 법조문에 대해서 헌법합치적 해석방법을 잘 사용하지 않은 것은, 안전보장관련 법률의 결함은 합헌적 해석방식으로 잘 치유되지 않을 뿐만 아니라 오히려 명확성 심사가

119) Durner, DVBl 2016, S.780(784).

120) 이에 대해서는 대표적으로 Lindner/Unterreitmeier, DÖV 2017, S.90(96f.) 참조.

121) Beaucamp, DVBl 2017, S.534(539).

122) 객관적으로 입증할 수는 없지만, 헌법소원심판이 제기된 지 7년이나 지나서 결정을 내린 사실도 실제 현실적인 운영과 경험의 축적을 기다린 것이라는 추정의 근거로 삼을 수 있을 것이다.

123) Isensee, Josef, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S.19.

124) Determann, Lothar, Datenschutz in den USA - Dichtung und Wahrheit, NVwZ 2016, S.561(567); Wegener, VVDStRL 2015, S.293(310f.).

실질적으로 후퇴할 수 있기 때문이다. 정보관련 분야에서 법률의 위헌성심사는 합헌적 해석으로 해결하는 것이 아니라, 명확함을 전제로 헌법합치적 해석방법이 가능한 것이다.<sup>125)</sup> 이렇게 강력한 연방헌법재판소의 경향과 방향을 이해한다면, 입법자는 더 세밀한 규정을 제정할 수 있을 것이다.<sup>126)</sup> 물론 이러한 경향은 법률의 폭증을 감수해야 한다.<sup>127)</sup>

## 2. 사생활의 핵심영역 보호

### (1) 사생활 핵심영역의 의미와 단계별 보호

연방헌법재판소는 연방헌법 제2조 제1항에서 보호하는 사생활의 핵심영역을 제1조 제1항의 인간존엄과 연결하여 절대적으로 보호받아야 할 기본권 내용으로 설명하였다. 사생활의 핵심영역은 기본권제한에 있어서 공익과 비교 형량할 수 없고, 이에 대한 제한은 정당화 될 수 없음을 의미한다.<sup>128)</sup> 연방헌법재판소는 사생활의 핵심영역에 속하는 내용을 “국가가 감시한다는 두려움 없이, 자신의 감정이나 느낌, 생각, 사고, 아주 사적인 경험 등을 표현하는 것”이라고 기술하였다.<sup>129)</sup> 인적 보호대상은 부부나 동거인, 함께 주거생활 하는 형제자매나 친척, 형사변호사, 담당의사, 아주 가까운 친구들이다. 이들과 대화 내지 생활이 사생활의 핵심영역에 속하지만, 범죄에 대한 의견이나 계획을 교환하는 것은 사회적 관련성을 가지므로 여기에 속하지 않는다.<sup>130)</sup>

사생활의 핵심영역 획정이 이론적으로 가능하더라도, 현실에서는 완전한 사생활 내용 보호가 어렵기 때문에, 연방헌법재판소는 핵심영역을 보호하는 방식을 사생활내용에 대한 정보수집단계와 수집정보의 이용단계로 구분하여 실시하였다. 정보수집단계에서는 사생활의 핵심영역을 감시조치 대상에서 제외하며, 수집과정에서 핵심영역 내용이 수집될 때에는 이를 중단해야 한다. 또한 불가피하게 핵심영역

125) BVerfGE 133, 277(345).

126) Beaucamp, DVBl 2017, S.534(540).

127) 예컨대 연방헌법재판소가 명확성원칙을 강조하기 때문에 안전관련 분야의 법률이 폭발적으로 증가하고 변화했다는 평가에 대해서는 대표적으로 Wegener, VVDStRL 2015, S.293(298f.) 참조.

128) BVerfGE 120, 274(335); 109, 279(313).

129) BVerfGE 120, 274(335); 109, 279(314).

130) BVerfGE, 141, 220(276f., Rn.121f.).

내용이 수집되었을 때에는 사후에 평가와 분류를 통해 사안과 관련 없는 핵심영역 내용은 저장대상에서 배제하며, 저장목적이나 이용목적이 달성된 후에는 즉시 삭제하고 이를 확인하는 기록을 남겨야 한다.<sup>131)</sup>

## (2) 국가의 안전과 동등한 헌법적 가치로서 국민의 자유?

연방헌법재판소는 개인의 자유보장과 국가의 안전이 동등한 헌법적 가치라고 전제했지만, 사생활 핵심영역에 대한 절대적 보호입장을 보면 양자를 동등한 가치로 본 것인지 의문스럽다. 사생활의 핵심을 상세하게 묘사한 반면 테러위험상황에 대한 구체적 서술, 예컨대 인구밀집 지역에 대한 독가스살포나 원자력발전소 같은 위험시설에 대한 공격 등 위험상황이 미칠 영향에 대한 묘사나 반영은 보이지 않기 때문이다. 또한 국가의 안전은 국민의 생명과 신체불가침을 주된 내용으로 포함하는데, 국민의 생명과 신체불가침이 감시대상의 사생활 핵심내용이나 개인정보 자기결정권과 같은 위치에 있는 것인지도 의문이다. 연방헌법재판소에 따르면, 국가 안전이 중요하더라도 테러위험의 구체적 근거가 없으면 사생활의 핵심영역은 공권력행사로부터 절대적인 보호를 향유한다. 결국 연방헌법재판소가 추상적 차원에서 국가(국민)의 안전과 개인의 자유를 동등하다고 했지만, 실제 양 법의 간 가치평가에서 차이를 나타낸 것은 설득력이 약한 것으로 보인다.<sup>132)</sup>

## (3) 형량대상으로서 정보 기본권과 사생활의 핵심영역의 관계

무엇보다 감시조치를 통해 제한되는 기본권을 통신의 자유, 주거불가침, 개인정보 자기결정권, 정보시스템의 신뢰성과 불가침이라고 하면서도, 결국 실질적인 형량은 인간존엄과 연결된 사생활의 핵심영역(Kernbereich privater Lebensgestaltung)이라고 하는 것은 이론적인 면에서 의문을 일으킨다. 네 가지 기본권이 결국은 사생활의 내용을 형성할 수는 있지만,<sup>133)</sup> 네 가지 기본권과 사생활을 같은 것으로

131) BVerfGE, 141, 220(278f., Rn.125ff.).

132) 테러위험에 대해서 위헌정당이나 마약밀매 등으로 인한 위험과 양태를 비교한 것은 대표적으로 Lindner/Unterreitmeier, DÖV 2017, S.90(93f.) 참조.

133) 예컨대 주거의 보장과 사생활 보호에 대해서는 대표적으로 Kühne, in: Sachs(Hrsg.), GG, 8.Aufl., 2018, Art.13, Rn.7ff.; 통신의 자유와 사생활 보호에 대해서는 대표적으로 Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck(Hrsg.), GG Bd.1, 7.Aufl., 2018, Art.10, Rn.14ff. 참조. 우리 헌법재판소도 통신의 자유를 기본권으로서 보장하는 것은 사적 영역에 속하는



볼 수 있을지는 의문이다. 연방헌법재판소가 1983년 인구조사결정에서 전제로 삼은 것은, 개인은 자신의 정보 중에 어떤 것을 사회에 알릴지 스스로 결정하고 조망할 수 있어야 하며, 정보(das Wissen)를 평가할 수 없다면 스스로 계획하고 결정하는데 자유가 억제된다는 점이다.<sup>134)</sup> 결국 자신에 대해서 누가 무엇을 언제 어떤 상황에서 아는 것인지, 즉 개인정보에 대한 자기결정권이 있어야 진정한 자유(인격발현)가 가능하다고 보았다.

하지만 35년이 지난 현재 인터넷서비스 사업자 등에게 개인정보를 제공해야 편리한 인터넷 서비스를 사용하는 상황에서, 본인의 개인정보가 어떻게 사용되는지 파악하는 것은 거의 불가능하다. 자신의 정보를 마치 화폐나 통화처럼 제공하면서 흔적을 남기고 정보의 바다를 헤엄치는 것이 현실이다.<sup>135)</sup> 오늘날 개인정보는—민감정보를 제외하면—인간존엄과 관계된 인격권의 내용보다는 재산권적인 의미가 강한 것으로 보인다.<sup>136)</sup> 개인정보 자기결정권을 재산권처럼 이해한다면 특별희생을 근거로 한 사회적 제약(연방헌법 제14조 제2항: 헌법 제23조 제2항)이나 수용에 따른 정당한 보상(연방헌법 제14조 제3항: 헌법 제23조 제3항)이 가능하다.<sup>137)</sup>

연방헌법재판소가 처음부터 네 가지 기본권 대신 관련기본권으로서 사생활이 제한된다고 하면서 이론전개를 했다면 훨씬 설득력이 있었을 것으로 보인다.<sup>138)</sup> 아니면 관련 기본권으로 언급한 네 가지 기본권 자체의 핵심영역을 독자적으로 다루었어도 나쁘지 않았을 것이다. 연방헌법 조문상 사생활이나 개인정보 자기결정권이 모두 제2조 제1항에서 보장되지만,<sup>139)</sup> 조문이 같다고 내용도 동일한 것인지,

개인 간의 의사소통을 사생활의 일부로서 보장하겠다는 취지에서 비롯된 것임을 인정하고 있다. 현재 2011.8.30. 2009헌바42, 23-2상, 286(293); 2001.3.21. 2000헌바25, 13-1, 652(658).

134) BVerfGE 65, 1(43).

135) Lindner/Unterreitmeier, DÖV 2017, S.90(95).

136) Lindner/Unterreitmeier, DÖV 2017, S.90(97f.). 기본권 이론적으로 개인정보 자기결정권을 인격권의 내용으로 파악하고 확대하며 보장하는 것에 대한 비판적인 견해는 대표적으로 Nettessheim, Martin, Grundrechtsschutz der Privatheit, in: VVDStRL 2010, S.7(25ff.) 참조. 그 밖에도 이순호, 금전적 보상에 기반한 개인정보유통 활성화 방안 검토, 금융브리프 27권 13호, 2018, 11-12면 참조.

137) BVerfGE 141, 220(354f., Rn.4; 364f., Rn.5). 이에 대해서 비판적인 입장은 Buchholtz, NVwZ 2016, 906(909).

138) 예컨대 헌법재판소는 통신의 자유를 제한함에 있어서 사생활의 비밀침해도 일어날 수 있지만, 통신의 비밀을 특별한 영역으로 파악하여 통신의 비밀 제한만 심사하고 사생활 침해여부는 판단하지 않은 경우에 대해서는 현재 2010.12.28. 2009헌가30, 22-2하, 545(557) 참조.

139) 물론 EU 기본권헌장 제8조(대표적으로 Wolff, in: Pechstein/Nowak/Häde(Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEU, 2017, Art.8 GRC, Rn.10ff. 참조), 유럽인권협약 제8조(대표적으로 Meyer-Ladewig/Nettesheim, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer(Hrsg.), EMRK, 4.Aufl., 2017, Art.8, Rn.31ff. 참조)는 정보기본권을 인격권 내지 사생활 내용으로 파악하고 있다.

심지어 보장의 정도도 같은 것으로 볼 수 있는지는 의문이다. 무엇보다 제2조 제1항은 제10조, 제13조와 달리 기본권 제한의 3요소(Schrankentrias: 타인의 권리, 합헌적 질서, 도덕률)에 제약을 받기 때문이다.<sup>140)</sup>

### 3. 기본권 침해에 대한 절차적 보장(권리구제의 보장)

#### (1) 실체적 기본권보호를 위한 절차적 보완 노력

연방헌법재판소가 언급한 투명성, 외부 독립기관 또는 감독기관을 통한 통제, 법원의 결정에 따른 법관유보, 보고의무 내지 삭제의무와 조서작성의무 등은, 개인의 사생활이라는 실체적 권리를 조직과 절차를 통해 보호하려는 것이다.<sup>141)</sup> 이는 기본적으로 연방헌법 제19조 제4항에 근거한 법치국가원리의 실현이라고 할 수 있다. 연방헌법재판소는 감시조치가 법원의 명령에 근거하도록(법관유보원칙), 비밀리에 감시조치가 집행되었다라도 사후에 이를 통지(공개)함으로써 투명한 공권력 행사가 집행되도록 요구하였다.<sup>142)</sup> 감시조치의 비밀성과 제3자 보호 때문에 감시대상에게 통지하는 것이 비현실적이라면, 담당기관에 대한 정보청구권(Auskunftsrecht)을 인정하여 당사자가 국가의 행위를 확인할 수 있는 기회를 제공할 수도 있다. 그 밖에 의회에 (감시조치결과 등에 대한) 정기적인 보고, 목적달성 이후 관련 정보의 삭제 및 이에 대한 조서작성과 조서보관 등이 실질적으로 사생활 보호를 보완하는 제도라고 할 수 있다.

#### (2) 절차적 보완의 이론적 근거

법관유보는 연방헌법 제13조에서 주거에 대한 기본권 제한에는 명시적으로 요구되는 헌법적 요건인데 반하여, 제10조 통신의 자유나 제2조의 개인정보 자기결정권, 정보시스템의 신뢰성과 불가침에는 규정되어 있지 않은 내용이다. 물론 연방헌법

140) 이에 대해서는 대표적으로 Dreier, in: Ders(Hrsg.), GG Bd.1, 3.Aufl., 2013, Art.2 I, Rn.51ff.; Murswiek/Rixen, 앞의 주석서, Rn.89ff.; Starck, in: v.Mangoldt/Klein/ders.(Hrsg.), GG Bd.1, 7.Aufl., 2018, Art.2, Rn.21ff. 등 참조.

141) 조직과 절차를 통한 기본권 보호는 대표적으로 Dreier, in: Ders.(Hrsg.), GG Bd.I, 3.Aufl., 2013, Vorb. Rn.105. 테러 등에 대한 안전법 분야에서 국가의 공권력행사, 특히 연방정보원(BND)의 활동으로 말미암은 기본권 제한을 절차적 측면에서 보호할 것을 제안하는 내용은 대표적으로 Wegener, VVDStRL 2015, S.293(315ff.) 참조.

142) BVerfGE, 141, 220(282f., Rn.135ff.); BVerfGE 133, 277(366f.).

재판소는 이미 온라인수색 결정에서—더 나아가면 인구조사 결정에서<sup>143)</sup>—명백한 헌법적 근거 제시 없이 컴퓨터기본권은 아주 중대한 의미를 가지기 때문에 법원에 의한 사전적 통제가 기본적으로 필요하다고 실시했었다.<sup>144)</sup> 그런데 이제는 법관유보가 비례원칙에서 직접 도출된다고 표현하고 있다.<sup>145)</sup> 이러한 논리는—비례원칙에서 법관유보가 도출되지 않는다는 슬루케비어 재판관의 반대견해도 있지만<sup>146)</sup>—헌법의 명시적 조문이 위헌심사기준이라는 의미를 상실시킨다.<sup>147)</sup>

### (3) 효과적인 테러방지 목적 실현에 대한 의문

절차적 보장은 다른 문제들도 극복해야 한다. 조직과 절차는 기본적으로 그 형성에 많은 행정비용을 지불한다. 인력과 시설뿐만 아니라 재정에서도 그러하다.<sup>148)</sup> 둘째, 긴급하거나 급박한 위험을 방지하기 위하여 감시조치를 하는 것인데, 일정한 절차는 시간을 땀가로 지불한다. 셋째, 테러위험 방지 분야는 외교·정치·군사·문화·경제 등 복잡하고 전문적 성격을 가질 수 있는데, 법원이 그러한 전문적 역할을 할 수 있는지, 아니면 법원 스스로 전문영역을 구별하여 운영해야 하는지도 고려해야 한다. 넷째, 외부기관 중에 누가 테러방지를 위한 감시조치 결정에 책임감을 가지고 판단하는 것이 가장 좋은지, 그 책임을 법관이 지는 것이 가장 적절한지도 명확하지 않다.<sup>149)</sup> 결국 연방헌법재판소가 제시한 기준이 실제 효율적인 테러방지 목적을 위해서는 얼마나 효율적인 것이 될지 의문이다.<sup>150)</sup>

143) BVerfGE 65, 1(46).

144) BVerfGE 120, 274(331ff.).

145) BVerfGE, 141, 220(275ff., Rn.117ff.; Rn.172).

146) BVerfGE, 141, 220(363f., Rn.3).

147) Durner, DVBl 2016, S.780(782). 헌법해석을 통해서 헌법조문이 가지고 있는 고유의 의미를 상실시킨다는 비판은 최근 우리 헌법재판소의 결정(헌재 2018. 4. 26. 선고 2015헌바370)에 대해서도 적용될 수 있다. 예컨대 헌법 제16조는 주거의 자유를 보장하기 위한 영장주의를 규정하고 있지만, 헌법 제12조와 달리 영장주의에 대한 예외를 헌법에서 명문으로 규정하고 있지 않음에도 불구하고, 헌법재판소는 조문이 아니라 해석을(!) 통하여 영장주의의 예외를 인정하고 있다. 이 결정에 대해서는 진학선, 체포영장에 의한 타인의 주거 등 수색, 법률신문(2018.5.21.자) 11면; 오현석, 형사소송법 제216조 1항 1호 위헌소원 등과 관련한 헌재 결정에 대한 의견, 법률신문(2018.6.18.자) 13면 참조.

148) BVerfGE, 141, 220(359, Rn.12).

149) 예컨대 법관의 개별 사안에 대한 결정은 세심한 판단이 불가능하다는 견해에 대해서는 Stadler, Thomas, Der Richtervorbehalt – ein stumpfes Schwert oder ein rechtsstaatlich gebotenes Instrument?, ZRP 2013, S.179f. 참조. 또한 통신분야에서 제한조치를 결정하는 G-10 위원회의 제한조치에 대한 결정은 법원의 결정보다도 숫자가 적다는 지적에 대해서는 Durner, DVBl 2016, S.780(784) 참조.

150) Durner, DVBl 2016, S.780(783). 아이히베르거 재판관과(BVerfGE, 141, 220(355f.,

#### 4. 비례원칙

##### (1) 핵심적 심사기준으로서 비례원칙의 법익균형성?

연방헌법재판소는 비례원칙의 네 가지 기준 중에서 협의의 비례성 또는 적절성을 강조하였다. 연방사법경찰청법을 개정한 입법자가 한편에는 감시조치의 기본권 침해가 개인의 사생활 영역에 깊이 침투하고 인간존엄에 영향을 미친다는 점을, 다른 한편에는 국가의 안전을 보장함으로써 국민의 법익과 기본권을 보호한다는 중대한 공익을 올려두고 양자를 형량하였다. 국민의 생명·신체·자유 보장이나 감시 대상의 사생활 침해는 우열을 가리기 어려운 헌법가치이다.<sup>151)</sup> 재판소는 비례원칙을 적용할 때 입법자의 가치판단에 대하여 기본적으로 소극적 자세를 유지한다.<sup>152)</sup> 그런데 개인의 사생활 핵심영역이 침해될 수 있는 본 사안에서는, 입법자들의 평가고권을 신뢰하지 않고 연방헌법재판소가 적극적으로 주관적인 적절성(협의의 비례성) 심사를 수행한 것으로 보인다.<sup>153)</sup> 또한 적절성을 다방면에서 가능한 정확하게 평가하기 위하여 명확성원칙, 절차적 보장을 동원한 것으로 보인다.<sup>154)</sup> 여기에는 두 가지 문제가 있다.

##### (2) 비례원칙 심사기준을 중심으로 할 때 관련 기본권의 의미상실

연방헌법재판소는 감시조치로 등으로 말미암아 제한받는 기본권을 네 가지(주거 불가침, 통신의 자유, 개인정보 자기결정권, 정보시스템의 신뢰성과 불가침)로 보았다. 네 기본권은 구성요건과 제한요건에서 각각 구별된다. 그런데 비례원칙을 중요하고도 핵심적인 심사기준으로 적용하다보면, 통신감청과 주거 내 감시, 온라인

Rn.5) 슬루케비어 재판관의 반대견해(BVerfGE, 141, 220(370, Rn.16) 외에, 정보수집 기술조치에 대한 법관유보에 대해서 특히 온라인수색과 관련하여 회의적인 시각은 대표적으로 Gärditz, EuGRZ 2018, S.6(12), 법관유보는 외견적으로 법치국가원리를 실현하는 것처럼 보이나 실제 기본권보장에 대한 효과면에서 기본적으로 회의적인 시각은 Stadler, ZRP 2013, S.179f. 참조. 우리나라 고등법원 수석부장판사의 통신제한조치 신청에 대한 기각률을 통계적으로 볼 때, 법원에 의한 통제에 대해 회의적일 수 밖에 없는 견해에 대해서는 윤수린, 앞의 논문, 14-15면 참조.

151) BVerfGE, 141, 220(267f., Rn.98ff.).

152) Dreier, 앞의 주석서, Rn.149 참조.

153) Dürer, DVBl 2016, S.780(782); Sachs, Michael, Grundrechte: Heimliche Überwachungsmaßnahmen, JuS 2016, S.662(664).

154) BVerfGE, 141, 220(268, Rn.103ff.).

수색이 서로 다른 기본권을 제한함에도 불구하고 관련 기본권을 구분하는 것이 결과적으로는 무의미하게 된다.<sup>155)</sup> 비례원칙의 법익균형성이라는 통일된 심사기준으로만 판단한다면 관련기본권을 구분하는 것이 무슨 의미가 있을까?<sup>156)</sup> 이는 우리 헌법재판소가 종종 보여주는 심사기준의 적용에서도 마찬가지이다. 관련 기본권이 무엇인지 정확한 심사를 거치지 않고 개략적인 설명을 한 후, 최종적으로는 비례원칙으로 심사하고 모든 기본권이 제한(또는 침해)된다고 일괄하여 판단하는 것이다.<sup>157)</sup>

### (3) 법익균형성을 중심으로 한 심사의 주관적 가치판단 지배

비례원칙심사에서 협의의 비례성을 적극적으로 수행하는 것은 객관적 심사기준보다 심사자의 주관적인 가치와 편견을 앞세울 수 있는 위험이 있다.<sup>158)</sup> 입법자의 평가고권을 인정하지 않고 재판소 자신의 가치판단을 관철시켰다는 반대의견도 빼아프지만,<sup>159)</sup> 8명의 재판관 중에 3명이 반대하고 2명이 적극적으로 반대의견을 낸 것은, 연방헌법재판소가 중대한 결정을 내리는데 합리적 가치판단에 한계가 있음을 객관적으로 드러낸다.<sup>160)</sup> 연방헌법재판소의 결정이 기본적으로는 입법자의 가치판단을 지지한 것이지만<sup>161)</sup> 법형성에 있어서 흠결부분을 보충한 것으로 위안을 삼거나, 아니면 헌법은 정치적인 법이기 때문에<sup>162)</sup> 법과 정치를 엄격하게 분리시킬 수 없다고 자조할 수도 있다.<sup>163)</sup> 헌법상 실체적·절차적 심사기준을 도출하는데

155) 이 네 가지 기본권을 종합하여 정보보호에 관한 메타기본권(Metagrundrecht)으로 표현하며, 이를 구별해야 한다는 주장에 대해서는 Lindner/Unterreitmeier, DÖV 2017, S.90(91f.) 참조.

156) Durner, DVBl 2016, S.780(781f.); Gärditz, EuGRZ 2018, S.6(10); Sachs, JuS 2016, S.662(664).

157) 예컨대 헌법재판소는 성매매처벌조항이 성적 자기결정권, 사생활의 비밀과 자유, 직업의 자유 등을 제한함을 인정하고, 어떤 기본권을 중심으로 심사할 것인지를 결정하지 않은 채 과잉금지원칙에 위반되는지 여부만을 심사하였다. 헌재 2016. 3. 31. 2013헌가2, 28-1상, 259, 272-279면.

158) Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf, Grundrechte-Staatsrecht II, 33.Aufl., 2017, Rn.344. 힐그루버(C. Hillgruber)교수는 비례원칙 심사에서 법익의 균형성은 객관적인 헌법상 심사기준이 아니라 입법목적에 위하여 제한수단을 적용하는 것이 가치가 있는지 여부에 대한 심사라고 비판했다. Hillgruber, Christian, Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach 60 Jahren, JZ 2011, S.861(862f.).

159) BVerfGE, 141, 220(354, Rn.3).

160) Spiecker gen. Döhmman, 앞의 글, S.5.

161) Buchholtz, NVwZ 2016, S.906(909); Beaucamp, DVBl 2017, S.534(539),

162) 헌법의 정치성에 대해서는 대표적으로 양건, 헌법의 이름으로, 2018, 29-33면 참조.

비례원칙을 근거로 삼는 것은 최소한 방법론으로는 적절치 않은 것으로 보인다.<sup>164)</sup> 다양한 양태의 법적 상황에 대해서 한 가지 심사기준을 적용하는 것도 문제지만, 그것마저 주관적 가치판단을 개입시키는 것이라면 심사기준에 대해서 재고의 필요성이 크다고 할 수밖에 없다.<sup>165)</sup>

## 5. 정보의 국내·외 기관에 제공

### (1) 목적구속의 원칙

연방헌법재판소는 국가기관이 수집한 정보를 국내외 기관에 제공하는 문제를 목적구속원칙과 목적변경원칙에 따라 판단하였다. 정보의 활용이나 정보의 제공 내지 교환은 그 자체로 금지되지 않는다. 다른 규정이 없는 한 담당기관은 동일한 법익의 보호와 동일한 사무권한 범위 내에서 위험의 방지를 위하여 수집한 정보를 활용할 수 있다.<sup>166)</sup> 다만 주거감시나 컴퓨터시스템을 통해 취득한 정보는 긴박한 위험이 있는 경우에만 활용할 수 있다.<sup>167)</sup>

### (2) 목적변경의 원칙

정보를 수집 시 목적과 달리 활용하고자 할 때(진정 목적변경)<sup>168)</sup> “가설적 정보수집/제한조치” 기준으로 판단한다. 즉, 변경된 목적에 따라 정보를 이용하고자 할 때, 기존의 정보수집 방식(감시조치 등)으로 정보를 획득해도—기본권제한이

163) Durner, DVBl 2016, S.780(782).

164) Sachs, JuS 2016, S.662(664). Gärditz, EuGRZ 2018, S.6(14)는 연방헌법재판소가 강조한 위축효과(chilling effect: Abschreckungseffekte)에 대한 평가를 하면서, 비례원칙을 구체적인 사실관계에 적용하게 되면 법적용이 거칠어지게 되고, 이는 그 결과에 대한 설득력을 상쇄시킨다고 보았다.

165) 사생활 보호에 대한 주관적 가치판단에 대해서도 두 가지 문제를 생각해 볼 수 있다. 첫째, 정보사회 발전으로 사생활의 제한을 어느 정도 받아들이는 것이 보편적 가치가 되어 간다면, 법원(헌법재판소)이 (헌)법적 한계로 이를 지켜낼 것인가 하는 점이다(Häberle, Peter, *Ausprache*, in: VVDStRL 2010, S.94f.). 둘째, 사생활 보호의 상대화를 인정한다면, 이에 대한 판단을 국민대표인 의회보다 법원(헌법재판소)에게 맡기는 것이 옳은가 하는 점이다(Wegener, VVDStRL 2015, S.293(326)).

166) BVerfGE, 141, 220(324f., Rn.278f.).

167) BVerfGE, 141, 220(326, Rn.283).

168) Buchholtz, NVwZ 2016, S.906.

정당화되어—문제가 없다면 이미 취득한 정보의 제공이 허용된다.<sup>169)</sup> 이 때 구체화된 위험상황이 없더라도 구체적인 조사근거(Ermittlungsansatz)가 있으면 충분하다. 다만 제공할 정보가 주거감시나 컴퓨터시스템을 통해 획득한 것이라면 긴박한 위험(dringende Gefahr)도 요구된다.<sup>170)</sup>

### (3) 외국에 정보제공 시 심사기준

수집한 정보를 (EU외) 외국 국가기관에 제공하거나 또는 외국에서 획득한 정보를 제공받을 때, 외국에서 기본권 침해에 사용되거나 외국에서 기본권 침해로 획득된 정보가 독일 국내로 이전된다면, 이는 정보보호에 관한 법제도를 보장하는 것이라 할 수 없다.<sup>171)</sup> 연방헌법재판소는 이에 대해 네 가지 심사기준을 제시했다.

첫째, 목적변경원칙과 가설적 정보수집 기준에 따라 외국기관이 충분히 중대한 법익과 위험방지 목적을 위하여 정보를 이용할 것이 보장될 수 있어야 한다. 다만 주거감시와 컴퓨터시스템을 통해 획득한 정보의 경우에는 긴박한 위험이 요구된다.<sup>172)</sup> 둘째, 정보수령국가에서 정보이용이 법치국가원칙에 맞게 이루어지며, 적절한 정보보호수준이 유지되어 개인정보 보호가 보장되어야 한다. 정보수령국의 개인정보 처리는 독일과 동일한 수준일 필요는 없지만 국제조약 등을 통해 상당한 보호수준을 이루어야 하고, 현실을 바탕으로 독일에서도 이에 대해 어느 정도 확신할 수 있어야 한다.<sup>173)</sup> 셋째, 정보제공에 대한 효과적인 감독을 위하여 매 건마다 조서로 작성하여 보고되어야 한다. 넷째, 이상의 요건들이 법률로 명확하게 규정되어야 한다.<sup>174)</sup>

### (4) 평가

수집정보의 제공에 대한 헌법적 심사기준은 이번 결정을 통해 연방헌법재판소가 새롭게 정립한 것이라 할 수 있다.<sup>175)</sup> 정보제공에 있어서 중요한 것은 원 정보수집 시

169) BVerfGE, 141, 220(327f., Rn.287f.).

170) BVerfGE, 141, 220(328f., Rn.289ff.).

171) BVerfGE, 141, 220(341f., Rn.325ff.).

172) BVerfGE, 141, 220(342f., Rn.330f.).

173) BVerfGE, 141, 220(344, Rn.332ff.).

174) BVerfGE, 141, 220(346f., Rn.340f.).

175) Buchholtz, NVwZ 2016, S.906(907f.); Lindner/Unterreimer, DÖV 2017, S.90(92f.).

요청되었던 기준만큼 동일한 가치를 가진 목적과 방법으로 새로운 정보활용이 유지되는 것이다. 본래 정보가 수집될 때 기준보다 완화된 수준에서 정보가 활용된다면, 정보수집 시 엄격하게 기준을 설정한 의미를 상실하게 되기 때문이다. 따라서 완화된 수준에서 수집된 정보가 중대한 목적을 위하여 활용되는 것은 문제없지만, 엄격한 절차를 거쳐 수집된 정보가 그 보다 낮은 수준의 목적이나 방식을 통해 활용되는 것은 금지된다. 이 때문에 위험방지를 위하여 엄격한 조건 (주거감시나 컴퓨터시스템을 통해) 하에 수집된 정보라도 쉽게 연방경찰이나 군방첩대에 넘겨줄 수 없는 것이다. 다만, 연방정보원은 연방사법경찰청과 성격이 다른 만큼 정보이용에 있어서 달리 평가될 여지가 있는데, 연방헌법재판소는 이를 충분히 반영하지 못한 것으로 보인다.<sup>176)</sup>

연방헌법재판소의 평가기준은 기본권보호에 상당히 이상적으로 보이지만, 이러한 도덕보편주의(Moraluniversalismus)는 딜레마가 있을 수밖에 없다.<sup>177)</sup> 만일 외국의 상황이 (정보 내지 사생활)기본권을 충분히 보호하지 못한다거나 연방사법경찰청이 외국의 기본권 보호수준을 확신할 수 없어서 관련정보를 제공하지 않았을 때, 충분히 방지할 수 있었던 테러발생을 억지하지 못하고—인명피해 숫자에 따라 더 심각해지는 것은 논외로—피해가 발생했다면, 이에 대한 책임에서 독일은 자유로운 것인가, 누군가 책임을 져야 한다면 누가 질 것인가 의문이다.<sup>178)</sup> 반대로 기본권보호 수준이 낮은 국가에서 독일에 정보를 제공할 때, 테러방지에 중요함에도 불구하고 이를 수령하지 않을 것인가? 자국민보호가 중요하므로 (기본권보호 수준이 낮은) 외국의 정보는 수령하고, 그러한 외국에 정보제공은 거부할 것인가? 외국의 기본권보호 수준까지—통제하려고?—요건으로 삼는 연방헌법재판소의 기준이 유지될 수 있을지 의문이다.

176) 예컨대 연방정보원의 경우 국가안보와 관련하여 중요한 공익을 위한 사무를 수행하지만, 강제조치를 전제하지 않고 여러 가지 첩보업무를 담당하고 있는데, 연방사법경찰청이 주거감시나 컴퓨터시스템 침입을 통해 획득한 정보를 연방정보원에서 활용하는 것이 반드시 개인정보보호의 형해화를 가져온다고 할 수 없기에 어느 정도 수정이 있을 것으로 예상하는 견해에 대해서는 Gärditz, EuGRZ 2018, S.6(21) 참조. 그 밖에도 연방정보원이 외국기관, 특히 미국의 NSA에 정보제공하는 것에 대해서, 학계에서는 엄격한 요건을 요구하지만, 현실적으로는 쉽지 않음을 지적한 것은 대표적으로 Wegener, VVDStRL 2015, S.293(323f.) 참조.

177) Lindner/Unterreimer, DÖV 2017, S.90(97).

178) Lindner/Unterreimer, DÖV 2017, S.90(93).



## IV. 우리나라 테러방지 관련 법률에 주는 시사점

### 1. 기본법으로서 테러방지법

2001년 11월 28일 소위 테러방지법안이 국회에 제출된 이후, 15년간 논란을 거쳐 2016년 3월 3일 “국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법(이하 테러방지법)”이 공포되고 6월 4일부터 시행되었다.<sup>179)</sup> 테러방지법은 국가의 대테러활동에 대한 조직과 권한, 활동범위와 권한행사의 남용방지 및 피해자보호 등에 대한 기본법적 성격을 가진다.<sup>180)</sup> 독일 판례에서 사용된 헌법적 기준을 대테러활동과 관련된 우리 법률에 적용한다면 다음과 같은 평가가 가능할 것이다.

### 2. 명확성 원칙과 비례원칙 위반에 따른 위헌가능성

테러방지 공권력행사에 있어서 명확성 원칙과 관련하여 대표적으로 언급되는 것은 테러방지법 제2조 제3호에 규정된 “테러위험인물”의 개념이다.<sup>181)</sup> 정보수집이나 조사의 대상이 되는 테러위험인물의 개념이 불명확하여 위헌적 요소가 있다.<sup>182)</sup>

179) 테러방지법에 대해서는 대표적으로 전학선, 앞의 논문; 홍선기/강문찬, 앞의 논문; 조병선, 우리나라의 새로운 테러방지법의 적용과 그 한계에 관한 비교법적 검토, 형사정책 제30권 제1호, 2018, 121-145면; 성홍재, 테러방지법상 정보수집대상인 ‘테러위험인물’에 대한 비판적 검토, 경희법학 제53권 제1호, 2018, 121-146면; 임승찬, 테러방지법령상 주요 쟁점사항에 대한 개정방향 연구, 가천법학 제11권 제1호, 2018, 293-329면; 윤수린, 「국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법」의 인권 침해 가능성 고찰 및 개선 방향에 대한 검토, (전남대)인권법평론 제18호, 2017, 3-27면; 박웅신, 테러방지법상 조사권의 문제점과 개선방안에 관한 연구, 성균관법학 제29권 제2호, 2017, 179-204면; 박병욱, 제정 테러방지법의 문제점과 정보기관 활동에 대한 민주적 통제, 경찰법연구 제14권 제1호, 2016, 64-117면 등 참조.

180) 조병선, 앞의 논문, 126면.

181) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “테러”란 국가·지방자치단체 또는 외국 정부(외국 지방자치단체와 조약 또는 그 밖의 국제적인 협약에 따라 설립된 국제기구를 포함한다)의 권한행사를 방해하거나 의무 없는 일을 하게 할 목적 또는 공중을 협박할 목적으로 하는 다음 각 목의 행위를 말한다. (...)
2. “테러단체”란 국제연합(UN)이 지정한 테러단체를 말한다.
3. “테러위험인물”이란 테러단체의 조직원이거나 테러단체 선전, 테러자금 모금·기부, 그 밖에 테러 예비·음모·선전·선동을 하였거나 하였다고 의심할 상당한 이유가 있는 사람을 말한다.

182) 이에 대한 상세한 내용은 대표적으로 성홍재, 앞의 논문, 124-133면; 박병욱, 앞의 논문, 70면 등 참조. 그러나 테러위험인물에 대한 개념정의를 아주 한정적이라고 보는 다른 입장은 대표적으로 임승찬, 앞의 논문, 303-305면 참조.

독일의 연방사법경찰청법이 감시조치를 할 수 있는 구체적인 위험상황을 구성요건으로 규정한 반면, 우리 테러방지법은 위험인물에 대한 특정을 통해 상황과 관계없이 테러방지와 조사를 할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 테러위험인물로 확정되기만 하면 행위의 양태나 위험의 정도나 근접성에 대한 구분 없이 모든 경우에 정보를 수집할 수 있어서 비례원칙에 위반될 가능성이 있다.<sup>183)</sup> 테러발생의 위험요건을 인적인 대상뿐만 아니라 상황과 관련해서도 구성할 수 있으므로, 입법론적으로는 양자를 함께 규정하는 것이 명확성이나 비례원칙의 위반가능성을 줄이는 방법이다.<sup>184)</sup>

다른 한편 테러위험인물에 대한 사생활이나 정보관련 기본권을 제한하는 근거 법률조항은 테러방지법 제9조 제1항이다.<sup>185)</sup> 이 조항은 다시 통신비밀보호법의 절차에 따라 국가정보원장이 테러위험인물의 개인정보를 수집할 수 있도록 규정하고 있어,<sup>186)</sup> 결과적으로 통신비밀보호법 제7조에 대해서도 명확성 원칙을 적용하여 판단하여야 한다.<sup>187)</sup> 통신비밀보호법 자체만으로는 주거 내 감시조치 같은 사생활의 핵심영역에 대한 침해가 큰 제한조치를 집행하기 어렵다. 또한 휴대폰 감청도 불가능한 것으로 평가되어<sup>188)</sup> 통신의 자유에 있어서도 기본적으로 독일의 테러방지 조치로서 감시/감청과는 차이가 있고, 아주 중대한 기본권 제한을 전제로 한 평가는 쉽지 않은 것으로 볼 수 있다. 그러나 제7조 제1항에서 “대테러활동에 필요한 경우에 한하여 그 위해를 방지하기 위하여” 통신제한조치를 할 수 있는데, “위해”라는 요건에 구체적 상황에 대한 제한이 없고 “대테러활동”도 상당히 광범하게 규정되어 있어서, 이를 엄격하게 제한적으로 해석하지 않는 한 명확성원칙과 과잉금지원칙에 위반된다고 평가할 수 있다.<sup>189)</sup>

183) 전학선, 앞의 논문, 25면.

184) Möllers, JBÖS 2016/2017, S.546(552); 홍선기/강문찬, 앞의 논문, 442-444면.

185) 제9조: ① 국가정보원장은 테러위험인물에 대하여 출입국·금융거래 및 통신이용 등 관련 정보를 수집할 수 있다. 이 경우 출입국·금융거래 및 통신이용 등 관련 정보의 수집에 있어서는 「출입국관리법」, 「관세법」, 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」, 「통신비밀보호법」의 절차에 따른다.

186) 통신비밀보호법 전반에 대한 헌법적 문제점에 대해서는 대표적으로 황성기, 현행 통신비밀보호법제의 헌법적 문제점, 언론과 법 제14권 제1호, 2015, 1-32면 참조.

187) 제7조: ① 대통령이 정하는 정보수사기관의 장(이하 "情報搜查機關의 長"이라 한다)은 국가안전보장에 상당한 위험이 예상되는 경우 또는 「국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법」 제2조제6호의 대테러활동에 필요한 경우에 한하여 그 위해를 방지하기 위하여 이에 관한 정보수집이 특히 필요한 때에는 다음 각호의 구분에 따라 통신제한조치를 할 수 있다. (이하 생략)

188) 조병선, 앞의 논문, 128-129면.

189) 같은 견해 전학선, 앞의 논문, 31면.

### 3. 절차적인 기본권보장 제도 흠결에 따른 위헌가능성

국가정보원장은 테러위협인물의 개인정보와 위치정보를 “개인정보 보호법”과 “위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률(이하 위치정보보호법)”에 따라 수집할 수 있다. 개인정보보호법 제17조에 따르면<sup>190)</sup> 정보주체는 결국 자신의 정보가 제3자에게 제공되었는지 통지받지 못하여 권리구제 측면에서 흠결이 발생할 수 있다. 연방헌법재판소 시각으로 절차적인 측면을 살펴보면, 독립적인 감독기관에 의한 통제나 사후 감청사실통지, 국회 등에 공개의무, 정보이용 후에 삭제의무와 이에 대한 조서작성의무 등이 없어서 비례원칙에 위반된다고 할 수 있다.

물론 테러방지법 제7조에서 기본권침해를 보완하기 위하여 인권보호관을 두고 있으며,<sup>191)</sup> 테러방지법 시행령 제8조와<sup>192)</sup> 제9조에서<sup>193)</sup> 인권보호관이 국가테러

190) 제17조 ① 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 정보주체의 개인정보를 제3자에게 제공(공유를 포함한다. 이하 같다)할 수 있다.

1. 정보주체의 동의를 받은 경우
2. 제15조제1항제2호·제3호 및 제5호에 따라 개인정보를 수집한 목적 범위에서 개인정보를 제공하는 경우

② 개인정보처리자는 제1항제1호에 따른 동의를 받을 때에는 다음 각 호의 사항을 정보주체에게 알려야 한다. 다음 각 호의 어느 하나의 사항을 변경하는 경우에도 이를 알리고 동의를 받아야 한다.

1. 개인정보를 제공받는 자
2. 개인정보를 제공받는 자의 개인정보 이용 목적
3. 제공하는 개인정보의 항목
4. 개인정보를 제공받는 자의 개인정보 보유 및 이용 기간
5. 동의를 거부할 권리가 있다는 사실 및 동의의 거부에 따른 불이익이 있는 경우에는 그 불이익의 내용

③ 개인정보처리자가 개인정보를 국외의 제3자에게 제공할 때에는 제2항 각 호에 따른 사항을 정보주체에게 알리고 동의를 받아야 하며, 이 법을 위반하는 내용으로 개인정보의 국외 이전에 관한 계약을 체결하여서는 아니 된다.

191) 제7조(대테러 인권보호관) ① 관계기관의 대테러활동으로 인한 국민의 기본권 침해 방지를 위하여 대책위원회 소속으로 대테러 인권보호관(이하 "인권보호관"이라 한다) 1명을 둔다.

② 인권보호관의 자격, 임기 등 운영에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

192) 제8조(인권보호관의 직무 등) ① 인권보호관은 다음 각 호의 직무를 수행한다.

1. 대책위원회에 상정되는 관계기관의 대테러정책·제도 관련 안건의 인권 보호에 관한 자문 및 개선 권고
2. 대테러활동에 따른 인권침해 관련 민원의 처리
3. 그 밖에 관계기관 대상 인권 교육 등 인권 보호를 위한 활동

② 인권보호관은 제1항제2호에 따른 민원을 접수한 날부터 2개월 내에 처리하여야 한다. 다만, 부득이한 사유로 정해진 기간 내에 처리하기 어려운 경우에는 그 사유와 처리 계획을 민원인에게 통지하여야 한다. (이하 생략)

193) 제9조(시정권고) ① 인권보호관은 제8조제1항에 따른 직무수행 중 인권침해 행위가 있다고

대책위원회 위원장에게 보고 후 관계기관의 장에게 시정권고를 할 수 있다. 이는 내부적인 통제로서 연방헌법재판소 기준으로 볼 때는 권리구제와 기본권 보호에 충분하지 않을 것으로 보인다.<sup>194)</sup>

#### 4. 목적구속원칙과 목적변경원칙에 따른 위헌가능성

개인정보보호법 제15조 내지 제21조에서 정보의 수집과 이용 및 제공 등에 대한 내용을 규정하고 있다. 제15조 제1항은 수집한 개인정보를 수집목적 범위에서 이용할 수 있다고 규정하고,<sup>195)</sup> 제18조 제1항은 수집된 정보가 수집 목적을 초과하여 이용되는 것을 금지하고 있어서 목적구속의 원칙을 명문화한 것으로 볼 수 있다.<sup>196)</sup>

하지만 제17조 제1항과 제18조 제2항은 열거된 요건 하에서는 정보를 원칙적으로 “목적 외 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공”할 수 있어서, 관련 정보가 테러위험인물의 정보라면 목적변경의 원칙이 엄격하게 적용되는 것으로 보기는 어렵다. 또한 제18조 제2항의 “다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우”, “다른 법률에서 정하는 소관 업무를 수행할 수 없는 경우”, “범죄의 수사와 공소의 제기 및 유지를 위하여 필요한 경우” 등이 테러방지과 관련하여 정보제공이 가능한 반면, “제3자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있을 때” 정보제공을 거절할 수 있을 뿐이다. 이정도 규정만으로 연방헌법재판소가 제시한 목적구속·목적변경의 원칙이 엄격하게 유지되었다거나, 가설적 정보수집 기준을 충족할 수 있다고 볼 수 있는지의 문이다. 입법정책 측면에서는 원칙적으로 제3자에 대한 정보제공을 금지하고,

---

인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위원장에게 보고한 후 관계기관의 장에게 시정을 권고할 수 있다.

② 제1항에 따른 권고를 받은 관계기관의 장은 그 처리 결과를 인권보호관에게 통지하여야 한다.

194) 같은 견해 전학선, 앞의 논문, 26면 참조. 그 밖에 위치정보와 관련하여 테러방지법 제9조 제3항의 개정과 새로운 보호조항의 신설을 제안하는 견해는 홍선기/강문찬, 앞의 논문, 456-458면 참조.

195) 제15조(개인정보의 수집·이용) ① 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 개인정보를 수집할 수 있으며 그 수집 목적의 범위에서 이용할 수 있다. (이하 생략)

196) 제18조(개인정보의 목적 외 이용·제공 제한) ① 개인정보처리자는 개인정보를 제15조제1항에 따른 범위를 초과하여 이용하거나 제17조제1항 및 제3항에 따른 범위를 초과하여 제3자에게 제공하여서는 아니 된다.

② 제1항에도 불구하고 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 정보주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있을 때를 제외하고는 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공할 수 있다. 다만, 제5호부터 제9호까지의 경우는 공공기관의 경우로 한정한다. (이하 생략)

특히 테러관련 정보에 대해서 민감정보 등이 문제된다면 예외적·열거적·제한적으로만 정보제공을 허용하는 것이 바람직할 것이다.<sup>197)</sup>

## V. 결 론

이상에서의 내용을 정리하면 다음과 같이 요약해 볼 수 있다.

첫째, 연방헌법재판소의 연방사법경찰청법 결정은 기존에 개인정보보호 분야의 판례에서 나타난 기본적인 입장을 유지하면서, 원칙적으로 사생활의 핵심영역에 해당하는 개인정보를 절대적으로 보호하고자 노력하여 ‘안전 대 자유’에서 자유에 조금 더 치우친 것으로 보인다. 다만 실질적으로 자유가 더 잘 보장될 것인지는 다른 문제이다.

둘째, 국가의 통신제한조치 등에 대한 기본권제한은 법치국가 측면에서 명확성 원칙, 비례원칙, 조직과 절차를 통한 권리구제 보완조치로서 법관유보, 투명성과 공개, 보고, 삭제, 기록의무 등을 심사기준으로 적용하였다.

셋째, 국가의 정보수집은 관련 기본권으로서 개인정보 자기결정권, 정보시스템의 신뢰성과 불가침성, 통신의 자유, 주거의 보장을 제한하지만, 보호내용의 실질은 사생활이다. 이 중에 핵심영역은 인간존엄보장에 따라 형량의 대상이 되지 않도록 보호해야 한다.

넷째, 수집한 정보의 활용과 제공은 정보수집 시 목적과 방법에 상응하는 정도로 변경된 목적과 방법에 따르는 경우 허용될 수 있다.

다섯째, 사생활의 핵심영역을 보호하기 위하여 연방헌법재판소가 구체적으로 상세하게 제시한 내용은 입법자의 형성재량을 축소하고, 민주적 정당성이 부족한 재판관들의 주관적 가치가 투영된 것으로 볼 수 있다.

여섯째, 독일과 우리나라의 테러방지 법체계가 달라서 일반적으로 비교하기는 어렵지만, 정보보호에 엄격한 입장에 해당하는 연방헌법재판소의 위헌심사기준에 따르면 국내 법조문들은 개정의 필요성이 있는 것으로 보인다.

(접수 18. 05. 31, 심사 18. 06. 18, 게재확정 18. 06. 22)

197) 다만 이와 우리 법제에서 개인정보보호법은 정보보호 분야의 일반법적 지위를 가지고 있어서, 테러대응 및 방지에 대해서만 특별규정으로 이러한 정보이용과 정보제공을 규정하는 방식을 고려해 볼 수도 있다.

**[참고문헌]**

- 박병욱, 제정 테러방지법의 문제점과 정보기관 활동에 대한 민주적 통제, 경찰법연구 제14권 제1호, 2016, 64-117면.
- 박병욱, 경찰상 온라인수색의 법률적 문제, 경찰법연구 제7권 제1호, 2008, 80-122면.
- 박용신, 테러방지법상 조사권의 문제점과 개선방안에 관한 연구, 성균관법학 제29권 제2호, 2017, 179-204면.
- 성홍재, 테러방지법상 정보수집대상인 ‘테러위험인물’에 대한 비판적 검토, 경희법학 제53권 제1호, 2018, 121-146면.
- 윤수린, 「국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법」의 인권 침해 가능성 고찰 및 개선 방향에 대한 검토, (전남대)인권법평론 제18호, 2017, 3-27면.
- 이상학, 테러방지 수권규정과 기본권침해의 한계, 공법학연구 제17권 제3호, 2016, 109-134면.
- 임승찬, 테러방지법령상 주요 쟁점사항에 대한 개정방향 연구, 가천법학 제11권 제1호, 2018, 293-329면.
- 전학선, 테러방지법과 안전보장, 경찰법연구 제14권 제1호, 2016, 3-37면.
- 조병선, 우리나라의 새로운 테러방지법의 적용과 그 한계에 관한 비교법적 검토, 형사정책 제30권 제1호, 2018, 121-145면.
- 홍선기/강문찬, 테러방지법상 국정원 정보수집권한에 대한 개정논의, 법과정책연구 제17집 제3호, 2017, 439-464면.
- Beaucamp, Guy, Ist die Kritik am BKA-Urteil des Bundesverfassungsgerichts plausibel?, DVBl 2017, S.534ff.
- Buchholtz, Gabriele, Kein Sonderopfer für die Sicherheit, NVwZ 2016, S.906ff.
- Durner, Wolfgang, Anmerkung zu BVerfG, Urt. v. 20.04.2016, DVBl 2016, S.780ff.
- Gärditz, Klaus Ferdinand, Sicherheitsverfassungsrecht und technische Aufklärung durch Nachrichtendienste, EuGRZ 2018, S.6ff.
- Lindner, Josef Franz/Unterreitmeier, Johannes, Die „Karlsruher Republik“ - wehrlos in Zeiten des Terrors?, DÖV 2017, S.90ff.

- Möllers, Martin H. W., Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz, in: Ders./van Ooyen, Robert Chr.(Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit(JBÖS), 2016/2017, S.546ff.
- Sachs, Michael, Grundrechte: Heimliche Überwachungsmaßnahmen, JuS 2016, S.662ff.
- Spiecker genannt Döhmann, Indra, Bundesverfassungsgericht kippt BKA-Gesetz: Ein Pyrrhus-Sieg der Freiheitsrechte?, Verfassungsblog, 2016/4/21.
- Stadler, Thomas, Der Richtervorbehalt – ein stumpfes Schwert oder ein rechtsstaatlich gebotenes Instrument?, ZRP 2013, S.179f.
- Wegener, Bernhard B., Verfassung in ausgewählten Teilrechtsordnungen – Sicherheitsrecht, VVDStRL 2015, S.293ff.
- Wiemers, Matthias, Anmerkung, NVwZ 2016, S.839f.

<Zusammenfassung>

## Verfassungsrechtliche Maßstäbe für die staatliche terrorabwehrende Überwachungsmaßnahme

Mun-Sik JEONG\*

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts(BVerfG) zum Bundeskriminalamtgesetz (BKAG) ist als Leitentscheidung für das deutsche Sicherheitsrecht zu bewerten, weil es ihn an seine bisherige Rechtsprechungen knüpft. Das BVerfG setzt jedoch die Standards für das deutsche Sicherheitsrecht auf absehbare Zeit, indem es in seinem Urteil die verfassungsrechtlichen Anforderungen an heimliche Überwachungsmaßnahmen und Online-Durchsuchungen und den Umgang mit den aus diesen gewonnenen Daten nachkonturiert sowie die verschiedenen Rechtsprechungslinien konsolidiert.

Das BVerfG abverlangt dem Gesetzgeber den Grad an Bestimmtheit und Normenklarheit. Je tief eindringender die Eingriffe in Grundrechte wie Fernmeldegeheimnis(Art. 10 GG), Unverletzlichkeit der Wohnung(Art. 13 GG), informationelle Selbstbestimmung und Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme(Art. 2 Abs. I i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) sind, desto strenger werden Anforderungen an die Bestimmtheit und Normklarheit.

Wegen des jeweils einschlägigen Grundrechts mit der Menschenwürde ist der Kernbereich privater Lebensgestaltung bei besonders intensiven Überwachungsmaßnahmen absolut zu schützen. Daher soll der Gesetzgeber ihn nicht zum staatlichen Ermittlungsziel setzen und darauf achten, bei der Erhebung

---

\* Hanyang University, Prof. Dr. iur.



von Daten die unbeabsichtigte Erfassung von Kernbereichsinformationen möglichst zu vermeiden. Schließlich sollen die unvermeidlich erfasste kernbereichsrelevante Daten bei ihrer Aus- und Verwertung durch eine unabhängige Kontrollstelle herausfiltert, löscht und protokolliert werden.

Wegen Transparenz- und Rechtsschutzchancedefizite bei den staatlichen heimlichen Überwachungsmaßnahmen sind diese Grundrechtsschutzlücken durch andere Instrumente, unabhängige Kontrollinstanz wie Datenschutzbeauftragte, richterliche Anordnungen(Richtervorbehalt), Berichte an die Öffentlichkeit, Mitteilungspflichten bzw. Auskunftsansprüche, Löschungspflichten sowie Dokumentationspflichten zu flankieren.

Für eine weitere Datennutzung bzw. -übermittlung setzt das BVerfG den Zweckbindung- und Zweckänderungsgrundsatz. Die weitere Datennutzung setzt einen eigenen, hinreichend spezifischen aber sich auf einen konkreten Ermittlungsansatz beschränkenden Anlass voraus und darf nach dem Grundsatz der “hypothetischen Datenneuerhebung” erlaubt werden.

Sehr ernst nimmt das BVerfG den staatlichen Sicherheitsauftrag, indem es von Freiheit und Sicherheit gleichrangig nennt. Im Ergebnis ist zwar wieder ein Stück Freiheit auf der Strecke geblieben, ist aber damit die Frage noch nicht hinreichend beantwortet, ob tatsächlich mehr Freiheit und die richtige Ausgleich zwischen Freiheit und Sicherheit erreicht werden. Trotzdem kann das Urteil vom BVerfG für die koreanische terrorabwehrende Rechtslage hilfsreiche Hinweise geben.

*[Stichwörter : Terrorabwehr, Überwachungsmaßnahme, Angemessenheit, Bestimmtheit, hypothetische Datenneuerhebung]*

