

유럽연합의 테러 행위 규제 관련 법제와 쟁점 - 'SWIFT- II 협정'을 중심으로 -

I. 서 언

1990년 미국에서의 9.11 테러 사건 이후 전 세계는 테러와의 전쟁에 최선을 다하고 있다.¹⁾ 특히 테러에 대한 근본적인 억압과 제재를 위하여 테러 활동에 사용되는 자금에 대한 통제에 주안점을 두고 있는 것이 주목할 만한 사항이라고 할 수 있다. 결국 자금이 테러 관련 활동에 가장 필수적으로 요구되는 것이기 때문이다.²⁾ 이에 따라 현재 테러 규제와 관련하여서는 테러 활동에 사용될 수 있는 자금의 이전이나 자금의 활용에 대한 규제에 주안점을 두고 있는 것이 사실이다. 미국 역시 테러의 위협에 대처하기 위하여 테러 활동에 사용될 수 있는 자금을 관리하기 위한 여러 가지 조치를 강구하고 있으며, 유럽연합 역시 테러에 대한 규제의 필요성에서 다양한 조치를

시도하고 있다. 그 중 가장 괄목할 만한 성과는 「금융 테러의 추적을 위하여 유럽공동체 회원국 개인의 은행 거래 데이터를 미국 당국에 이전할 것을 목적으로 하는 유럽공동체와 미국 간의 협정(Agreement between the EU and the USA on the processing and transfer of financial messaging data from the EU to the USA for purposes of the Terrorist Finance Tracking Program, 일명 SWIFT 협정)」이다. 미국과 유럽연합의 국제협정으로서, 이는 현재 유럽연합 내에서 효력을 발하고 있는 상태이다. 미국의 주도로 체결된 협정이지만 유럽연합 역시 그의 체결과정에 상당 정도의 영향력을 행사하였다. 그런데 당해 협정은 자금관리를 위하여 데이터의 이전과 보유 권한을 관련 당국에게 부여한다는 점에서 개인의 주요한 권리(기본권)인 사생활의 자유(right to pri-

- 1) 특히 이는 국제연합을 중심으로 이루어지고 있다. 예를 들어 테러리즘 자금 진압을 위한 1999년 UN 국제협정과 UN 안전보장이사회 결의 1373과 같은 테러리스트들의 재정 방지와 억압을 위한 수많은 국제연합 결의 등이 그것이다.
- 2) 사실 국제공동체와 국가 당국은 무엇보다 자금이 테러리즘의 생명선(lifeline)이라는 사실을 인식하고 있다. Official Journal of the European Union (2007/C 166/09), at. 19.

vacy)와 직접적인 충돌 상황을 야기하고 있다. 유럽연합 역시 자체적으로 여러 범규범을 통하여 사생활의 자유를 보장하고 있기 때문에 당해 상황에 직면할 수밖에 없다. 이에 본 논고에서는 유럽연합이 어떠한 구체적인 노력을 통하여 당해 상황을 극복하였는지 알아보고, 당해 협정의 내용을 통하여 현재 이루어지고 있는 테러 규제 조치의 특징을 간파하려고 한다. 우리나라 역시 테러의 공포로부터 자유롭지 않다. 이에 따라 직접적인 테러 규제를 위하여 알몸투시 검색기를 도입·가동하고 있다.³⁾ 특히 알몸투시 검색기를 2010년 7월 중순 미국과 영국의 업체로부터 수입, 인천공항과 김포, 김해, 제주 공항 등 국제선을 운항하고 있는 4개 공항에 설치하여 본격 가동하고 있다. 이 역시 사생활을 침해한다는 비난에 직면해 있음은 물론이다. SWIFT 협정의 시행과 관련한 유럽연합 내 논의는 우리에게도 시사하는 바가 적지 않을 것이다.

II. SWIFT 협정 체결 경과

주지하다시피 테러 규제를 위한 본격적인 움직임은 미국에서의 9.11 테러로 본격화되게 된다. 이에 따라 자연스럽게 미국이 테러 규제를 위한 선봉에 서게 되었다. 미국은 테러 억제와 규제를 위한 여러 가지 조치를 강구하지만 테러 자금의 규제가 무엇보다 중요하다는 인식 하에 우선적으로 the Terrorist Finance Tracking Program(TFTP)을 미 재무부 주도하에 개발하게 된다.⁴⁾ 이는 재정 관련 서비스 제공자의 데이터베이스에 접근할 수 있는 소환장⁵⁾을 발부할 수 있도록 하는 프로그램으로,⁶⁾ 이후 공개되자 미국과 유럽연합, 나아가 유럽연합 회원국들 간에 긴장을 야기하였다. 이후 유럽연합과의 협상을 통하여 2007년 6월 27일 첫 번째 타협점을 찾게 된다. 그리고 이후 2009년에 첫 번째 SWIFT 협정⁷⁾이 체결되기에 이른다.⁸⁾ 하지만 당해 첫 번째

- 3) 2010.7.2자 국민일보. 그런데 한국공항공사는 알몸투시 검색기를 “전신검색장비”로 순화하여 명명하도록 요청하고 있기도 하다. <http://www.airport.co.kr/board/index.jsp?boardId=7&module=view&id=177&category=&searchKey=&searchValue=&pageNum=20>.
- 4) 당해 프로그램이 소위 “SWIFT Program”으로 알려져 있는 것이다. Patrick Connorton, Tracking Terrorist Finance through SWIFT: When U.S. Subpoenas and Foreign Privacy Law Collide, 76 FORDHAM L. REV. 283 (2007).
- 5) 이는 사법부의 사전 심사 없이 행정부가 발부할 수 있는 소환장(administrative subpoena)으로 수정헌법 제4조 위반이라는 주장과 행정부가 유효한 조사를 수행하기 위한 필수적인 도구라는 주장이 대립하고 있다.
- 6) Patrick Connorton, “Tracking Terrorist Finance through SWIFT: When U.S. Subpoenas and Foreign Privacy Law Collide,” 76 FORDHAM L. REV. 283, 288(2007).
- 7) SWIFT는 「Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication」의 약자이다.
- 8) Agreement between the European Union and the United States of America on the processing and transfer of Financial Messaging Data from the European Union to the United States for purposes of the Terrorist Finance Tracking Program, 2010 O.J. (L 8) 11.

SWIFT 협정은 유럽의회(European Parliament)의 승인을 얻지 못한다.⁹⁾ 유럽의회는 협정 체결상의 문제점뿐만 아니라¹⁰⁾ 데이터 보호와 데이터 안보 측면에서도 협정에 대한 비난의 수위를 높였었다. 당해 협정에 대한 더욱 진지한 비난은 리스본 조약 발효 하루 전에 협정에 대한 이사회 승인이 이루어졌다는 것에 집중되었다. 왜냐하면 리스본 조약은 당해 협정과 같은 사안의 경우 유럽议회의 동의를 요구하고 있기 때문이다.¹¹⁾ 하지만 유럽의회는 당해 협정에 대한 표결을 실시하게 되었고, 당해 협정의 비준을 378표의 찬성과 196표의 반대로(31표 기권) 거부하였다. 물론 이는 리스본 조약하에서의 유럽의회

의 자신감의 발로라고 볼 수 있는 여지가 없지는 않겠지만¹²⁾ 민주주의 이념의 수호자를 자처하는 유럽연합으로서는 이와 같은 유럽议회의 판단을 무시할 수는 없었다. 이에 따라 당해 협정의 효력은 유예되게 된다.¹³⁾

이와 같은 실패를 맞본 유럽연합과 미국은 유럽연합의 당해 협정 체결을 위한 미국의 권한 있는 기관과 협상을 수행할 수 있는 주요한 권한을 위원회에 부여하게 된다.¹⁴⁾ 6월 중순에 협상이 종결되었을 때, 2010년 6월 22일에 이사회 결정 초안이 초기 입법문서로 제시되었고¹⁵⁾ 6일 후에 당해 협정은 서명되고 7월 8일에 유럽의회에 의하여 비준되어¹⁶⁾ 8월 1일에 발효되었다.

9) 물론 당시 당해 협정의 체결 과정에서 유럽议회의 승인이 필수적으로 요구되는 것은 아니었다. 니스 조약에 의하면 그와 같은 협정의 경우에는 체결을 위하여 이사회(Council)의 승인이 요구되었지 유럽议회의 비준은 요구되지 않았기 때문이다. Valentin Pfisterer, "The Second SWIFT Agreement Between the European Union and the United States of America - An Overview," 11 German Law Journal 1177 (2010).

10) EUR. PARL. DOC. 0178 (2010).

11) 리스본 조약 제218조 제6항.

12) Valentin Pfisterer, "The Second SWIFT Agreement Between the European Union and the United States of America - An Overview," 11 German Law Journal 1178 (2010).

13) 이에 따라 유럽의회에 의하여 거부된 SWIFT 협정은 「The SWIFT-I 협정」, 이후 재협상을 통하여 체결된 협정은 「The SWIFT-II 협정」으로 명명되고 있다.

14) Council Decision on the conclusion of the Agreement between the European Union and the United States of America on the processing and transfer of Financial Messaging Data from the European Union to the United States for the purposes of the Terrorist Finance Tracking Program, 2010 O.J. (L 195) 3, Preamble paragraph 1.

15) (Draft) Council Decision on the conclusion of the Agreement between the European Union and the United States of America on the processing and transfer of Financial Messaging Data from the European Union to the United States for the purposes of the Terrorist Finance Tracking Program. 이는 다음의 사이트에서 검색이 가능하다. <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st11/st11222.en10.pdf>.

16) European Parliament legislative resolution of 8 July 2010 on the draft Council decision on the conclusion of the Agreement between the European Union and the United States of America on the processing and transfer of Financial Messaging Data from the European Union to the United States for the purposes of the Terrorist Finance Tracking Program, EUR. PARL. DOC. 0279 (2010). <http://www.europarl.europa.eu> 참조.

III. SWIFT 협정의 주요 내용 분석

앞서 살펴본 바와 같이 유럽연합과 미국 간 SWIFT 협정은 미국의 TFTP 프로그램을 구체화하기 위한 협정이다. 따라서 SWIFT 협정의 내용에 대한 고찰을 위해서는 우선 TFTP 협정에 대한 간략한 연구가 선행되어야 한다.

1. TFTP 프로그램의 주요 내용

9.11 테러 이후 Bush 대통령은 국제연합 안전보장이사회의 결의를 인용하며 행정명령 13224를 발하게 된다. 당해 명령은 특히 테러리즘에 대하여 폭력적 행위 혹은 인간의 생명과 재산 그리고 사회의 기반 시설에 위협한 행위라고 정의 내리고 있으며, 나아가 당해 행위는 시민에 대한 위협과 협박, 위협과 협박을 통한 경찰에 대한 영향력 행사, 나아가 대량 파괴, 암살, 납치 혹은 인질포획에 의하여 정부의 행위에 영향을 끼치려고 의도된 행위라고 정의 내리고 있다. 특히 당해 명령은 테러 억제를 위하여 하부 기관에 대하여 상당한 재량을 부여하였으며,¹⁷⁾ 이의 일환으로 TFTP 프로그램 역시 개발되게 된 것이다. 특히 당해 프로그램은 규정상 명령(statutory mandate)과 행정명령(Executive Orders)에 기반

하고 있는 프로그램으로서,¹⁸⁾ 당해 프로그램의 목적은 테러 활동을 지원하는 목적을 가진 자금의 흐름과 관련한 데이터를 수집하고 분석하며, 그와 같은 자금의 거래를 도태시킴으로써 미국 당국으로 하여금 잠재적 테러리스트들과 그들의 지원자들을 색출하고 추적하게 하는 것이었다. 이에 따라 미국 내에서 활동하고 거주하는 금융 관련 서비스 제공자들은 소환장(administrative subpoena)을 통하여 미국 재무부에게 관련 정보를 제공하는 의무를 부담할 수 있었다. 특히 당해 프로그램의 기반을 이루고 있는 기본 원칙은 국적과 주거지와 무관하게 프로그램을 적용되도록 하는 것이 사실이었지만 테러와 관련 없는 행위는 불법적인(unlawful) 행위라고 하더라도 조사 대상으로 설정하고 있지 않았으며, 반테러행위를 위한 목적을 가지고 있더라도 테러리즘 혹은 이를 위한 재정과 관련되어 있지 않은 사생활에 대해서는 원칙적으로 조사할 수 없도록 하였다.¹⁹⁾ 나아가 허가되지 않은 정보를 처리하는 경우에는 민사상·형사상 처벌을 가할 수 있도록 하였다.

2. SWIFT 협정의 주요 내용

SWIFT 협정은 유럽연합과 미국 간 체결된 국

17) Official Journal of the European Union (2007/C 166/09), at. 20.

18) U.S. Treasury Department, TFTP Fact Sheet. 당해 내용은 다음의 사이트에서 검색 가능하다. <http://www.ustreas.gov/offices/enforcement/tftp.shtml> (최종 방문 2012.9.8).

19) Official Journal of the European Union (2007/C 166/09), at. 21.

제협정(international agreement)으로 발효 이후 유럽연합과 연합의 회원국들에 대하여 구속력이 있는 것으로 여겨지고 있다.²⁰⁾ 우선 이의 목적은 국제적인 수준에서의 금융 지불 전달 서비스 제공자에 의하여 유럽연합의 영역 내에서 보관되는 금융지불의 전달과 관련 데이터를 테러리즘 혹은 테러 자금의 방지, 조사, 적발 그리고 기소를 위하여 미국 재무부가 요구를 하는 경우 그를 활용 가능하도록 하는 것과 TETP를 통하여 확보된 관련 정보를 테러리즘 혹은 테러 자금의 방지, 조사, 적발 그리고 기소를 위하여 범집행기구, 공공의 안보기구, 회원국의 대응기구, 유로폴(Europol) 혹은 유로 저스트(Eurojust) 등이 활용 가능하도록 하는 것이다.²¹⁾ 그리고 그 대상을 한정하고 있는데, 폭력에 관여하고 있거나 인권에 대해 위협적이고 재산이나 사회기반시설에 위협 혹은 피해를 야기할 수 있는 개인이나 실체의 행위에 대한 방지, 조사, 적발 혹은 기소를 위하여 금융지불 정보와 관련 데이터의 취득과 사용에 대하여 당해 협정이 적용되도록 예정하고 있기 때문이다. 특히 당해 행위들은 본질적으로 그리고 전후사정하에서 일반 시민들을 위협·협박하거나 정부나 국제기구를 협박·위협하여 그들로 하여금 행위를 하거나 하지 않게 하는

행위 혹은 일 국가 또는 국제기구의 정치적·헌법적·경제적 혹은 사회적 기반을 심각하게 불안정하게 하거나 파괴하는 행위이어야 한다. 뿐만 아니라 위에서 제기한 행위들을 원조·지원하거나 그에 대하여 재정적·물질적 혹은 기술적 지원을 하는 자 또는 위의 행위에 대한 재정적·여타의 편의를 제공하는 자에게 적용되도록 하였다. 나아가 위에서 제시된 행위들을 수행할 목적으로 사용될 수 있다는 인식하에 혹은 사용되어야 한다는 의도를 가지고 어떠한 방식이든지 직·간접적으로 자금을 지원하거나 모금하는 자 혹은 실체에게도 당해 협정은 적용된다. 그리고 위에서 제시한 행위들을 원조하거나 교사하거나 시도하는 자 혹은 실체에게도 당해 협정은 적용되도록 하였다. 하지만 연례 평가를 통하여 수집한 정보가 더 이상 테러 억제에 위하여 무용함이 밝혀진 경우 즉각적으로 폐기하도록 하였다.²²⁾

협정에서 가장 눈에 띄는 것은 유럽연합과 미국 간 상호 전달 체계를 확립하고 있다는 것이다. 당해 협정에 따르면 지정된 정보 제공자에게 미국은 유럽연합이나 유럽연합의 회원국을 통하지 않고, 다시 말해 우회적인 절차를 거치지 않고 직접 접근할 수 있으며,²³⁾ 이를 위하여 관련

20) 리스본 조약 제216조 제2항에는 “연합이 체결한 협정은 연합의 기관 및 회원국을 구속한다”라고 규정하고 있기 때문이다. 하지만 리스본 조약의 의정서에 따라 당분간 당해 협정은 덴마크와 아일랜드 내에서는 효력이 없다.

21) SWIFT-II 협정 제1조. 물론 당해 사항이 협정의 주요한 목적이지만 사생활에 대한 충분한 존중과 개인의 데이터에 대한 보호를 확인하고 있다.

22) SWIFT-II 협정 제6조 제1항.

23) SWIFT-II 협정 제4조 제1항. 유럽연합 역시 미국에 대하여 정보를 요구할 수 있는 절차를 확보하고 있다. SWIFT II 협정 제10조.

절차 요건을 충족한 정보에 대한 요구는 미국뿐만 아니라 유럽연합 내에서도 미국법에 규정된 대로 구속적인 법적 효력을 가지게 된다.²⁴⁾ 결국 SWIFT-II 제4조 제5항의 규정은 유럽연합 내 영역에서 미국법에 대하여 완전한 법적 효력을 부여하게 되는 것이다. 따라서 동 협정은 그 규율 정도와 범위가 SWIFT-I 협정보다 확대·강화되었다는 평가를 받고 있다.

그리고 SWIFT-II 협정 제4조 제8항에 따라 지정된 서비스 제공자는 미 재무부 요구의 수령인에게 미국법하에서 유효한 행정적 혹은 사법적 구제수단을 활용할 수 있도록 하였다.²⁵⁾ 또한, 동 SWIFT 협정은 발효일로부터 5년간 시행되며, 협정 당사자 한 측의 통고에 의하여 종료될 수 있도록 하였으나 협정이 종료되더라도 미국 당

국에 이전된 모든 금융 데이터는 미국 당국의 관할에 속하며, 해당 데이터는 5년 동안 미국 당국에 의하여 보관되도록 예정되어 있다.

3. 프라이버시 권리와 의 상충 문제

SWIFT 협정의 시행과 관련하여 가장 첨예하게 대립하고 있는 사항은 당해 협정으로 말미암아 개인의 프라이버시에 대한 심각한 침해가 야기될 수 있다는 것이다. 실제로 적지 않은 수의 유럽의 인권단체들은 당해 협정이 개인의 프라이버시를 충분히 보호하지 못하고 있다는 이유로 비난의 십자포화를 가하고 있기도 하다.²⁶⁾ 당장 당해 협정의 반대자들이 대립각을 세우고 비난하고 있는 사항은 당해 협정과 그간 개인의 기

24) 이와 같은 협정상 특징은 심각한 문제를 야기할 수 있다는 비난에 직면해 있기도 하다. 그와 같은 미국법의 일방적인 유럽연합 내에서의 효력은 미국과 유럽연합, 나아가 연합 회원국 간 관계에 있어 심각한 의문들과 불확실성을 야기할 수 있기 때문이다. 특히 문제될 수 있는 사항은 개인의 사적 구제와 관련되어 있는 것이다. SWIFT-II 협정 제8조 제4항에 따른 관련 행정적·사법적 구제는 미국법에 의하도록 되어 있는데 그렇다면 유럽연합 내 시민들 역시 대부분의 사건의 경우 미국 법원에 소를 제기하여야 하는 문제가 발생할 수 있기 때문이다. Valentin Pfisterer, "The Second SWIFT Agreement Between the European Union and the United States of America - An Overview," 11 German Law Journal 1187 (2010). 물론 국제와 관련하여 미국은 유럽연합의 시민 역시 동등하게 대우를 할 것이라는 평가가 없는 것은 아니지만(Terrorist Finance Tracking Program - Redress Procedures for Seeking Access, Rectification, Erasure, or Blocking-, 2010.8. 당해 문헌은 다음의 사이트에서 확인할 수 있다. [http://www.treasury.gov/resource-center/terrorist-illicit-finance/Terrorist-Finance-Tracking/Documents/Revised%20Redress%20Procedures%20for%20Web%20Posting%20\(8-8-11\).pdf](http://www.treasury.gov/resource-center/terrorist-illicit-finance/Terrorist-Finance-Tracking/Documents/Revised%20Redress%20Procedures%20for%20Web%20Posting%20(8-8-11).pdf)), 당해 사항을 확신할 수는 없는 것이 사실이다.

25) Valentin Pfisterer, "The Second SWIFT Agreement Between the European Union and the United States of America - An Overview," 11 German Law Journal 1184 (2010).

26) 이의 비난은 주로 유럽공동체가 미국 당국의 금융 데이터 이전 요구에 대하여 사전에 사법적으로 판단할 수 있는 권한이 없다는 점과 SWIFT 협정이 매우 포괄적으로 테러리즘을 규정함으로써 남용의 우려가 높다는 점에 집중되어 있다. 뿐만 아니라 유럽연합 회원국 국민이 자신의 금융 데이터 이전과 관련하여 미국에서 취할 수 있는 법적 구제절차가 제대로 마련되어 있지 않다는 점과 나아가 현행 SWIFT 제도는 미국 당국의 데이터 조사를 특정 개인 또는 특정 거래로 한정할 수 없다는 점, 다시 말해 특정 국가 또는 은행으로부터의 특정일에 행해진 모든 거래에 대한 데이터를 전송해야 한다는 점에서, 불필요한 개인정보가 미국 당국에 이전될 수 있다는 점에 대하여도 적지 않은 비난이 제기되고 있다. 김현정, 유럽공동체와 미국 간의 SWIFT 협정 발효, 인터넷 법제동향 제31호, 29·31면.

본권, 특히 사생활의 보장에 크게 기여하고 있는 유럽연합 차원의 법규범이 상충할 수 있다는 것이다.

하지만 SWIFT 협정의 차원에서 프라이버시에 대한 고려가 전혀 없는 것은 아니다. 협정 전문에서는 유럽연합의 기능에 관한 조약(리스본 조약) 제16조에서 규정한 개인적 데이터의 이송에 관한 사생활 권리, 비례성의 원리, 사적 그리고 가족의 생활의 권리와 관련한 필요성, 사생활 존중, 유럽인권협약 제8조 제2항상의 사적 데이터의 보호, 사적 데이터의 자동적 이전과 관련한 개인의 보호에 대한 유럽이사회 협정 NO. 108 그리고 유럽연합 인권헌장에 대한 고려를 예정하고 있기 때문이다.²⁷⁾ 나아가 데이터 수집과 이전의 필요성과 비례성의 조건이 더욱 명확하게 강조되고 있으며, 국적과 거주 국가에 따른 차별의 원칙이 부가적인 안정장치로서 도입되고 있기도 하다.²⁸⁾ 특히 이에 따라 SWIFT 협정에는 만일 미국 당국이 동 협정의 범위를 넘어선 조사(무작위 조사 또는 컴퓨터 필터링 등)를

할 경우 이러한 조사를 차단할 권한이 있는 유럽연합 감독관(independent overseers)이 임명되도록 하였다.²⁹⁾ SWIFT-II 협정 제12조 제2항에 따르면 이는 정기적인 모니터링을 위한 수단이라고 할 수 있다.

하지만 SWIFT-II 협정이 유럽연합 내에서 효력을 가지게 됨에 따라 가장 심각하게 제기되는 문제는 동 협정이 과연 유럽기본권헌장에 구현된 기본권과 관련 실질적인 요건과 유럽연합법상의 일반원칙을 구성하고 있는 원리들을 충족하고 있는지 여부라고 할 수 있다.³⁰⁾ 이와 같은 SWIFT 협정과 유럽연합 내 규범의 상충 문제는 실제로 발생하였다.

4. 유럽연합 내 SWIFT 협정의 도입과 연합 내 법규범과의 상충과 극복

실제로 SWIFT 협정의 유럽연합 내 도입에 있어 프라이버시 권리와 상충 문제는 SWIFT-I 협정의 체결 과정 중에 구체화되었다. 유럽연합

27) SWIFT-II Agreement, at para.6.

28) SWIFT-II Agreement 제5조 제1, 5, 6, 7항.

29) SWIFT-II 협정 제12조. 그러나 이러한 감독관은 사법기관이 아니기 때문에 사전에 과도한 데이터 이동을 제한하는 역할을 하기에 불충분할 수 있다는 평가를 받고 있다. 김현정, 유럽공동체와 미국 간의 SWIFT 협정 발효, 인터넷 법제동향 제31호, 30면.

30) 이와 같은 문제는 회원국 차원에서도 발생할 수 있다. SWIFT-II 협정은 유럽연합법과 충돌할 수 있지만 회원국법과도 충돌할 수 있는 가능성 역시 얼마든지 있기 때문이다. 실제로 당해 문제는 독일 내에서 동 협정과 독일 기본법(Basic Law)과의 상충 문제로 이슈화된 적이 있다. 특히 관련 사건(Data Retention Case, BVerfG, Case No. 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08 and 1 BvR 586/08, March 2, 2010, 2010 NJW 833)에서 독일 연방헌법재판소는 “비례성의 원칙에 따라 데이터 보유의 법적 처리와 관련 그 보유와 연관되어 있는 관여의 특수한 강도는 적절하게 조절되어야 한다. 뿐만 아니라 데이터 보호, 데이터의 활용 그리고 투명성과 법적 보호와 관련하여 치밀하고 명확한 규제 수단이 존재하여야 한다”라고 판시한 바 있다.

은 명시적으로 사생활을 기본적인 인권으로서 인식하고 있다.³¹⁾ 이에 따라 유럽연합 차원에서는 1995년에 정보 사생활 지침(the Data Privacy Directive)³²⁾이 채택되어 있다. 특히 당해 지침은 개인의 사생활 보호와 회원국 간 정보 교류를 목적으로 하고 있으며, 특히 소비자들의 선호에 관한 정보를 사기업에 매도하는 행위를 규제하는 것 역시 주요한 목적으로 상정하고 있다.³³⁾ 이에 따라 당해 지침은 사기업이 개인의 정보를 수집

하고 전달하는 것의 반작용으로서 개인에게 자신의 정보가 공중에게 전파되는 것을 규율할 수 있는 수단을 제공해 주는 데에 주안점을 두기도 하였다.³⁴⁾ 사실 최근 유럽연합 사법재판소가 당해 지침이 관련 행위를 규율하지 않는다는 이유로 대서양을 횡단하는 항공사의 승객에 대한 정보를 직접 국토안보부(the Department of Homeland Security)에 전달하도록 하는 유럽연합 이사회와 미국 사이의 협정을 무효화한 적이

31) 유럽인권협약 제8조. 물론 유럽연합은 직접적인 유럽인권협약의 체결당사국은 아니다. 그렇다면 유럽연합 내 법규범과 유럽평의회에 의한 법규범 간 상충의 가능성을 가늠해 보아야 한다. 물론 유럽연합과 유럽평의회(Council of Europe) 간의 관계에 있어 그들이 각각 보유하고 있는 목적과 권한은 상호간에 상이하기 때문에, 그들 간에 권한과 관할권이 서로 중복될 가능성은 많지 않았던 것이 사실이다(Christian Gavalda and Gilber Parleani, E.U. Law in a Nutshell(Sweet & Maxwell, 1997), p.1). 특히, 유럽연합은 주로 경제 분야에서의 통합과 협력을 위하여 창설이 된 반면에, 유럽평의회는 전 인류의 비극이었던 제2차 세계대전 이후 기본권의 보호와 유럽차원에서의 사회적, 정치적 그리고 문화적 가치의 고양을 위하여 창설이 되었다는 점에서 더욱 그러하였다(Christos Rozakis, "Comments", in; Niels M. Blokker and Henry G. Schemers(eds.), Proliferation of International Organizations — Legal Issues —(Kluwer International, 2001), p. 362). 나아가 유럽연합 차원에서의 법원인 유럽연합법원(European Court of Justice)과 유럽평의회 차원에서의 법원인 유럽인권법원(European Court of Human Rights) 간 관계에 있어서도 유럽 차원에서는 제도적 균형이 존재하고 있다고 볼 수 있기 때문에 양 법원 간 충돌의 가능성이 심각하게 받아들여지고 있지도 않다. 특히, 유럽연합 사법재판소는 제도적 균형을 준수하여 다른 기관들의 권한에 대한 적절한 고려를 하고 있다는 평가를 받고 있다(Case C-70-88 Parliament v. Council, [1990] ECR I-2041. 이에 대한 자세한 사항은 Sacha Prechal, "Institutional Balance: a Fragile Principle with Uncertain Contents," in Ton Heukels et al.(eds.), The European Union after Amsterdam — A Legal Analysis —(Hague: Kluwer Law, 1998), pp.273~294를 참조). 다시 말해 일반 국제법 차원에서는 사법적 감시가 존재하지 않아 그와 같은 제도적 균형이 존재하지 않는다고 볼 수 있지만, 유럽의 공간에서는 제도적 균형을 관리하는 유럽연합 사법재판소와 유럽인권법원에 의한 사법적 감시제도가 존재하고 있다고 볼 수 있는 것이다(Niels Bokker, "Proliferation of International Organizations: An Exploratory Introduction," in Niels M. Blokker & Henry G. Schemers, Proliferation of International Organizations — Legal Issues —(Kluwer International, 2001), pp. 32-33). 그러므로 현재 유럽연합과 자신의 법원인 유럽연합 사법재판소는 유럽평의회뿐만이 아니라 유럽인권법원과 그 관할권 혹은 권한의 충돌에 있어 많은 문제에 직면하고 있다고 할 수는 없으며, 현 리스본 조약에서 유럽연합은 유럽인권협약에 가입하는 것이 예정되어 있기도 하며 유럽연합 사법재판소 역시 자신의 판단 근거로 유럽인권협약을 제시하는 데에 주저하지 않고 있다. 따라서 유럽연합의 입장의 근거로 유럽인권협약을 제시하는 것에 많은 문제가 있는 것은 아니다.

32) Parliament and Council Directive 95/46/EC of 24 October 1995 on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, 1995 O.J. (L281/40).

33) James Q. Whitman, "The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty," 113 YALE L.J. 1131, 1192-93.

34) Spiros Simitis, "From the Market to the Polis, The EU Directive on the Protection of Personal Data," 80 IOWA L. REV. 445, 452 (1995).

있다.³⁵⁾ 그와 같은 배경이 있었던 유럽연합 내에서 개인의 정보를 직접적으로 관리할 수 있도록 하는 SWIFT 협정과 정보사생활 지침 간 상충의 논의가 촉발된 것은 어찌 보면 당연한 것이다. 결국 지침 제29조에 따라 설립된 특별조사위원회는 미국에서 정보를 보유하도록 하는 SWIFT의 규정이 당해 지침을 위반한다는 결정을 내리게 되었고, 이에 따라 TFTP 역시 지침하에서 무효라는 선언을 하게 된다. 뿐만 아니라 TFTP의 공적인 공개 이후 SWIFT의 서비스를 이용하는 금융기관 역시 지침을 위반하는 것이라는 결정을 내리게 된다.³⁶⁾

결국 쟁점은 테러리즘의 규제, 즉 국가 안보를

위한 이익과 개인의 사생활 보호의 이익 간 상충이 발생함에 따른 이의 해결문제라고 볼 수 있다.³⁷⁾ 사실 사생활 정보 지침 역시 개인의 사생활 권리에 대한 보호와 정보의 방해 없는 교류를 허용하는 것 사이의 조화를 꾀하는 조치라고 할 수 있다.³⁸⁾ 유럽연합 역시 회원국 시민들에게 부여된 시민의 권리에 대한 보호를 제한하는 조치를 강구하고 있기도 하다.³⁹⁾ 결국 SWIFT 협정을 통하여 테러에 대한 단호한 대처를 희망하는 미국의 의도⁴⁰⁾와 정보 사생활에 대한 개인의 권리를 중시하는 유럽연합의 희망⁴¹⁾ 사이의 충돌이 당해 협정의 체결 과정 중에 현실화되었다고 볼 수 있다. 국가를 테러의 공격으로부터 보호하고

35) C-317/04, European Parliament v. Council of the European Union 2006, C-318/04, European Parliament v. Commission of European Commission. 다음의 사이트 참조. <http://curia.europa.jurisp/cgi-bingetext.pl?where=&lang=en&num=799394691c19040317>

36) 왜냐하면 SWIFT의 운영 회의에의 금융기관 대표의 참석은 미국과의 협력을 도모하는 SWIFT의 결정에 자신의 기관이 조언을 하도록 하였을 것이기 때문이다. Justin Santolli, "The Terrorist Finance Tracking Program: Illuminating the Shortcoming of the European Union's Antiquated Data Privacy Directive," 40 *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 568 (2008).

37) 이는 독일연방헌법재판소의 결정에서도 엿볼 수 있는 대목이다. 연방헌법재판소는 2006년 4월 결정에서 미래의 불확실한 공격의 가능성이 테러행위 규제를 위한 정보 보유를 정당화하는 데에 충분한 것인지 우려의 목소리를 낸 적이 있다. *Bundesverfassungsgericht [BVerfG]*, Apr. 4, 2006, 1 *BVerfGE* para. 158.

38) Tracie B. Loring, Note, An Analysis of the Informational Privacy Protection Afforded by the European Union and the United States, 37 *TEX. INT'L L.J.* 432 (2002); Gregory Shaffer, Globalization and Social Protection: The Impact of EU and International Rules in the Ratcheting up of U.S. Privacy Standards, 25 *YALE J. INT'L L.* 1, 20 (2000).

39) 특히 Council Directive 2006/24 2006 O.J. (L105) 54 (EC) 제4, 6조에서는 전자통신 서비스를 제공하는 사기업에 대하여 통화와 전자주소 그리고 다른 통신 관련 정보를 2년간만 보유하도록 하고 있으며 당해 정보를 경찰청에 전달하도록 하고 있다. 물론 이는 테러에 대항하는 데에 필수적인 범집행을 위해 필요한 정보를 확보하기 위한 것이다. Justin Santolli, "The Terrorist Finance Tracking Program: Illuminating the Shortcoming of the European Union's Antiquated Data Privacy Directive," 40 *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 573 (2008).

40) James X. Dempsey & Lara M. Flint, Commercial Data and National Security, 72 *GEO. WASH. L. REV.* 1459, 1477-82 (2004).

41) James Q. Whitman, The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty, 113 *YALE L.J.* 1160-1162.

자 하는 이익이 중대하다는 입장에 따르면⁴²⁾ 당연히 정보 교류와 확보의 이익을 정보사생활에 부여되고 있는 보호의 이익보다 우위에 두게 될 것이고,⁴³⁾ 기본적인 기본권은 원칙적으로 협상의 대상으로 상정할 수 없다는 입장⁴⁴⁾에 의하면 당연히 정보 사생활에 우위를 둘 수밖에 없을 것이다. 결국 이는 가치의 충돌 문제라고 볼 수 있는 사안이다. 물론 당해 사안의 해결을 위해서는 양 가치 중 상위의 지위를 차지하는 가치를 우선시하는 작업이 필요할 것이다. 이의 해결을 위해서는 통상적으로 이익형량의 원칙을 생각해 볼 수 있는데, 당해 원칙은 복수의 가치 혹은 기본권이 충돌하는 경우 그 효력의 우열을 결정하기 위하여 기본권 혹은 가치들의 범익을 비교하여 범익이 더 큰 가치 혹은 기본권을 우선시하는 원칙을 말한다. 하지만 양 가치 중 어느 가치가 우월한 지위를 차지하는지에 대하여 분명하지 않은 경우 문제는 심각해진다. 당해 사안의 경우가 그와 같은 경우라고 볼 수 있을 것이다. 결국 정보 사생활과 관련 시민의 권리를 보호하고자 하는 이익과 테러에 대처하기 위하여 충분한 정보를 통하여 법집행의 효율을 확보하고자 하는 이익 사이에 적절한 균형(appropriate balance)을 이

루도록 하는 것이 필요하다.⁴⁵⁾ 그렇다면 당해 가치 사이의 충돌상황의 해결을 위해서는 이익형량의 원칙보다는 역시 규범조화적 해석을 통하여 양 가치가 모두 최대한 보장되는 방식을 고수할 필요가 있다. 규범조화적 해석이란 충돌하는 가치 사이에서 어느 하나의 가치만을 선택하고 그 나머지 가치를 희생시키는 것이 아니라 오히려 충돌하는 2개의 가치들이 모두 최대한 실현될 수 있도록 조화롭게 해석하여야 한다는 원칙을 말한다.

유럽연합 역시 당해 과정을 거친 것이다. SWIFT- I 협정의 체결과정에서 유럽연합의 Directive와의 상충상황 등을 직면하여 많은 논의를 통하여 정보의 교류와 확보 과정을 거쳤고, 이를 통한 효과적인 테러 규제의 확보에 대하여 인식을 할 수 있게 되었고, 현재 어느 정도 양 가치 간 조화를 이루고 있는 SWIFT-II 협정을 비준·시행하고 있기 때문이다.

IV. 우리나라에의 시사점 및 결론

우리나라 역시 테러의 공포로부터 자유롭지는

42) 이대우, “한국의 국가안보와 대테러대책,” 테러와 한국의 국가안보 - 테러발생시 파급영향과 우리의 대응방향 - (세종정책토론회 보고서, 세종연구소, 2004), 175면에서는 “비록 인권단체에서 주장하고 있는 개인의 인권도 매우 중요하지만, 국가가 다수의 안정을 보호하기 위해 공권력을 확대해야 한다는 주장도 무시할 수는 없다”라고 언급하고 있다.

43) Michael Stokes Plausen, The Emancipation Proclamation and the Commander in Chief Power, 40 GA. L. REV. 807, 811 (2006).

44) Fred Cate, Privacy in the Information Age 42 (1997).

45) Daniel J. Mitchell, Fighting Terror and Defending Freedom: The Role of Cost-Benefit Analysis, 25 PACE. L. REV. 219, 220 (2005).

않다. 그에 따라 앞서 언급한 바와 같이 알몸투시 검색기를 2010년 7월부터 인천공항과 김포, 김해, 제주 공항 등 국제선을 운항하고 있는 4개 공항에 설치하여 본격 가동하고 있다. 국가 안보의 중요성을 부인할 수 없는 것이 사실이지만 이 역시 사생활을 침해한다는 비난에 직면해 있다. 특별히 국가인권위원회는 2010년 6월 전신 검색장비를 도입할 법적 근거가 불명확하고 테러 예방의 효과가 높다는 근거가 미약한 반면 사생활의 자유, 즉 인권을 침해할 소지가 명백하다는 근거로 ‘알몸 투시기’의 설치 금지를 국토해양부 장관에게 권고한 바 있다. 테러의 위협, 나아가 국가의 안위와 국민의 생명과 재산 보호를 위한 가치를 사생활보호의 가치보다 우선적인 지위에 놓았다는 평가가 가능하다. 하지만 우리 역시 국가안보와 사생활의 자유라는 가치가 상충하는 상황에서 양 가치가 균형을 이루는 조치를 행하고 있는지 재고할 필요가 있다. 특히 당해 가치 간 상충의 상황에서는 이익형량의 방식보다는 역시 규범조화적 해석을 통한 양 가치의 보다 고양된 보장이 요구됨은 물론이다. 이를 위한 고민을 하지 않은 것은 아닌 것 같다. 국토해양부는 당해 1차 보안검색에서 우선적으로 의심되는 승객이나 항공기 안전을 위협하는 요주의 승객에 한하여 이를 운영하도록 하였으며, 전신검색기 운영에 앞서 공항공사 등 관계기관과 승객의 사생활 보호대책을 수립하여 시행하

고 있기 때문이다. 나아가 전신검색기 시스템에서는 검색 이미지를 보관·출력·전송·저장할 수 있는 기능이 없게 하였고, 얼굴 등 신체 주요 부분은 희미한 이미지로 처리되는 등 사생활이 최대한 보호되는 장비로 설치하도록 하였기 때문이다. 나아가 이미지 분석실을 격리하여 이미지 분석요원은 승객을 볼 수 없고, 검색 통제요원은 검색 이미지를 볼 수 없도록 하였으며, 이미지 분석요원은 카메라·휴대폰·저장매체 등을 가지고 이미지 분석실에 들어갈 수 없도록 하였기 때문이다.⁴⁶⁾ 하지만 향후 유럽연합에서와 같은 상황이 우리나라에서도 발생할 수 있다. 테러 규제가 국경을 초월한 국가의 협조가 필요하다는 전제하에 사생활의 자유를 제한할 수 있는 각종 국제협정이 체결될 수 있기 때문이다. 유럽연합의 경우와 같이 사생활의 자유와 같은 기본권, 나아가 인권의 범위가 그와 같은 국제적인 차원의 협정이 직접적인 영향을 끼칠 수 있다는 고려를 한다면 우리 역시 양 가치의 조화로운 상충해결을 위하여 보다 광범위한 의견 수렴과정이 선행되어야 할 것이며, 향후 국제법과 국내법 간의 충돌 가능성에 대해서도 계속 고민을 하여야 할 것이다.

김 용 훈

(상명대학교 조교수)

46) [036 최신외국법제정보](http://www.mltm.go.kr/USR/policyTarget/m_24066/dtl.jsp?id=201(2012년 9월 8일 방문); 2010년 8월 30일자 서울경제신문사설.</p>
</div>
<div data-bbox=)

참고문헌

- 김현정, 유럽공동체와 미국 간의 SWIFT 협정 발효, 인터넷 법 제동향 제31호.
- 이대우, “한국의 국가안보와 대테러대책,” 테러와 한국의 국가 안보 — 테러발생시 파급영향과 우리의 대응방향-(세종정책토론회 보고서, 세종연구소, 2004).
- Christian Gavalda and Gilber Parleani, *E.U. Law in a Nutshell*(Sweet & Maxwell, 1997)
- Fred Cate, *Privacy in the Information Age*(1997),
- Christos Rozakis, "Comments", in; Niels M. Blokker and Henry G. Schemers(eds.), *Proliferation of International Organizations — Legal Issues* —(Kluwer International, 2001).
- Daniel J. Mitchell, “Fighting Terror and Defending Freedom: The Role of Cost-Benefit Analysis,” 25 *PACE. L. REV.* (2005).
- Gregory Shaffer, “Globalization and Social Protection: The Impact of EU and International Rules in the Ratcheting up of U.S. Privacy Standards,” 25 *YALE J. INT’L L.* (2000).
- James Q. Whitman, “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty,” 113 *YALE L.J.*
- James X. Dempsey & Lara M. Flint, “Commercial Data and National Security,” 72 *GEO. WASH. L. REV.* (2004).
- Justin Santolli, “The Terrorist Finance Tracking Program: Illuminating the Shortcoming of the European Union’s Antiquated Data Privacy Directive,” 40 *The Geo. Wash. Int’l L. Rev.* (2008).
- Michael Stokes Plausen, “The Emancipation Proclamation and the Commander in Chief Power,” 40 *GA. L. REV.* (2006).
- Niels Bokker, "Proliferation of International Organizations: An Exploratory Introduction," in Niels M. Blokker & Henry G. Schemers, *Proliferation of International Organizations — Legal Issues* —(Kluwer International, 2001).
- Patrick Connorton, “Tracking Terrorist Finance through SWIFT: When U.S. Subpoenas and Foreign Privacy Law Collide,” 76 *FORDHAM L. REV.*
- Sacha Prechal, "Institutional Balance: a Fragile Principle with Uncertain Contents," in Ton Heukels et al.(eds.), *The European Union after Amsterdam — A Legal Analysis* —(Hague: Kluwer Law, 1998).
- Spiros Simitis, “From the Market to the Polis, The EU Directive on the Protection of Personal Data,” 80 *IOWA L. REV.* (1995).
- Tracie B. Loring, Note, *An Analysis of the Informational Privacy Protection Afforded by the European Union and the United States*, 37 *TEX. INT’L L.J.* (2002).
- Valentin Pfisterer, “The Second SWIFT Agreement Between the European Union and the United States of America - An Overview,” 11 *German Law Journal* (2010).