

유럽연합법원과 유럽인권법원과의 관계

박진완*

〈국문초록〉

리스본 조약에 의하면 유럽연합의 기본권 보호는 다음의 두 가지 토대에 근거하고 있다: 조약들과 법적으로 동등한 효력이 부여되고, 이를 통하여 법적인 구속력(Rechtsverbindlichkeit)을 가지고 있는 2007년 12월 12일 새롭게 개정된 유럽연합의 기본권 헌장(Charter der Grundrechte der Europäischen Union) (유럽연합조약(EUV) 제6조 제1항) 그리고 그와 별도로 유럽연합법의 일반적 법원칙으로서 계속적으로 효력을 발생하고 있는 불문의 유럽연합의 기본권(ungeschriebene Unionsgrundrechte) (유럽연합조약 제6조 제3항). 이러한 유럽연합의 기본권 보호를 위한 이러한 두개의 기초는 유럽연합이 1950년 11월 4일의 인권과 기본자유 보호를 위한 유럽협약(Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten), 즉 유럽인권협약에 가입할 권한과 의무를 부여하고 있는 리스본 조약에 따른 유럽연합조약 제6조 제2항에 의하여 보충되어진다.

유럽연합법원, 유럽인권법원 그리고 독일연방헌법재판소와 같은 구성국가의 헌법재판소 사이의 권력관계의 균형적 확립의 문제는 유럽의 다면적 인권보장체계에서의 기본권 보호의 핵심적 논의대상이 된다. 이에 대한 평가는 머무다 삼각지대라는 비관적 평가로부터 시작하여, 평화로운 공존이라는 중립적 입장 그리고 유럽의 헌법재판소 결함(Europäischer Verfassungsgerichtsverbund)이라는 낙관적 평가로 이어진다. 유럽법원, 유럽인권법원(E 그리고 유럽의 각 국가들의 헌법재판소 (독일과 같은 연방국가인 경우에는 연방헌법재판소와 각 주의 헌법재판소도 포함된다)가 유럽의 시민들의 권리를 보호하고 있다. 이와 관련하여 유럽에는 4개의 기본권 문서들(Grundrechtstexte)이 존재한다: 유럽인권협약, 유럽연합의 기본권 헌장, 각 국가들의 연방헌법과 주의 헌법. 이러한 유럽에서의 시민들의 기본권 보호를 위한 기본권 문서들의 중복적 적용은 시민들의 권리보호의 최적화 실현에 어느 정도 기여할 수 있는가

2014년 12월 18일의 유럽연합(EU)의 유럽인권협약 가입에 대한 자신의 평가서(Gutachten)에서 유럽법원으로 불리는 현재의 유럽연합법원(Court of Justice of the European Union)은 유럽연합의 국제법적인 활동전개에 대한 명백한 한계설정으로 유럽연합의 유럽인권협약 가입이 유럽연합법 위반이라고 결정하였다. 유럽법원은 유럽연합의 유럽인권협약가입이 유럽연합조약 제6조 제2항 그리고 유럽연합의 유럽인권협약의 가입에 대한 유럽연합조약 제6조 제2항에 대한 의정서

* 경북대학교 법학전문대학원 교수

(Protokol)(제8호)에 합치되지 않는다고 보았다. 만일 유럽연합의 유럽인권협약에 가입 후에 유럽연합이 유럽인권협약에 구속된다면, 예를 들면 유럽인권협약 제8조 제1항의 의미 속의 주거개념(Wohnungsbegriff)의 해석과 같이 동일한 기본권 개념에 대한 유럽법원과 유럽인권법원의 판례내용의 차이가 존재한다면, 유럽법원의 유럽연합법에 대한 독점적 해석권이 어느 정도까지 잘 보장될 수 있는가 하는 의문이 제기된다. 유럽연합의 유럽인권협약 가입이 유럽연합조약 위반으로 본 유럽법원의 견제로 인하여 유럽 및 국제적 인권보장의 역사에서의 새로운 국면전개의 진행이 저지되었지만, 유럽전체의 인권보장체계로서 유럽연합과 유럽인권협약의 긴밀한 연계의 기본적 틀은 깨워졌다고 볼 수 없다.

유럽연합법원(CJEU)의 의견서(Opinion) 2/13에도 불구하고, 유럽연합이 유럽인권협약에 가입하게 된다면, 유럽의 각국가들의 헌법재판소들과 유럽법원들(European Courts), 즉 유럽헌법재판소들 사이의 사법적 공조와 협력관계들은 더욱 더 복잡성이 증가하게 될 것이다. 유럽연합의 유럽인권협약의 가입으로 인하여 몇몇 유럽연합가입국가들의 헌법재판소재판관들이 유럽인권법원들의 결정내용들을 고려하게 된다면, 이들 헌법재판소들과 유럽연합법원과의 관계는 더욱 더 복잡한 논의가 전개되는 양상으로 전개될 것이다. 왜냐하면 각 국가들의 헌법재판소들과 유럽인권법원 사이에는 사전결정절차와 같은 유럽의 각 국가들의 헌법재판소와 유럽연합법원의 직접적 상호작용을 발생시키는 사전결정절차(Vorabentscheidungsverfahren/preliminary reference procedure)가 존재하지 않기 때문이다.

2014년의 유럽연합의 유럽인권협약가입에 대한 유럽연합법원의 결정이 있는 후로, 이에 대한 많은 다양한 학문적 의견들이 제기된다. Adam Lazowski와 Ramses Wessel은 유럽연합의 유럽인권협약의 가입을 통해서 유럽연합의 공권력 행사에 대해서 외부적인 엄격한 심사가 행해지고, 유럽인권협약과 유럽연합의 기본권 헌장의 통일적 해석이 확보해야될 필요성이 있다고 보면서, 이러한 가입이 유럽연합의 기관을 통한 권리보호 보다 더 많은 개인의 권리보호에 더욱 더 기여하게 될 것이라고 보고 있다. 이에 반하여 Steve Peers는 매우 비판적인 입장을 견지하면서 유럽연합의 유럽인권협약가입이 justice and home affairs와 관련된 인권보호의 수준의 하락을 초래할 것이라고 보고 있다. Daniel Stamm은 대부분의 유럽연합법원의 요구사항들은 수용될 것이지만, 일부사항들은 잘못 해석되거나 배제될 것이라고 하면서 매우 신중한 견해를 제시하고 있다. Joachim Nergelius는 유럽연합법원의 견해를 따르면서 유럽연합의 유럽인권협약의 가입을 위해서는 조약변경이 필요하다고 보고 있다.

주제어 : 유럽연합법원, 유럽인권법원, 유럽연합의 유럽인권협약에 가입, 유럽인권협약, 유럽연합의 기본권 헌장

I. 서

유럽의 기본권 보호에 있어서 유럽의 기본권과 유럽의 각 개별국가들의 기본권 사이의 관계에 대해서는 많은 논의의 대립이 존재한다¹⁾. 유럽통합과 관련하여 유럽의 기본권 보호의 다원주의에 대해서는 많은 논의가 진행 중이다. 유럽의 다원적인 기본권 보호를 형성하는 기본권 보장규범으로서 유럽연합의 기본권 헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union/Charta der Grundrechte der Europäischen Union), 유럽인권협약(European Convention on Human Rights), 각 유럽연합의 구성국가들의 헌법 그리고 그 구성국가들의 각 주의 헌법은 각각 그 속에 기본권 규정들을 들 수 있다. 이에 상응하는 다원적인 기본권 보장기관으로서 4개의 법원들을 두고 있다: 유럽법원으로 불리는 유럽연합법원(Court of Justice of the European Union), 유럽인권법원(European Court of Human Right), 각 구성국가들의 헌법재판소 그리고 주 헌법재판소.

유럽에서의 인권보호를 통한 법적 통합을 실현시키기 위한 가장 중요한 개념은 ‘초국가적 격결합으로서의 법의 공동체(Rechtsgemeinschaft als supranationaler Integrationsverband)’²⁾의 개념이다. 법의 공동체로서 유럽연합은 자국의 법의 유효성과 평등한 법적용을 실행하기 위하여 유럽연합의 시민들을 위하여 자신의 법을 입법하고 이를 집행기관을 통해서 실행해야만 한다. 이와 관련하여 유럽연합법은 유럽연합의 구성국가의 국내법보다 우위(primacy)를 가지고 직접 적용되는 법(direct applicability)으로서 효율적으로 동등한 법적용을 실현해 왔다. 이런 의미에서 법의 공동체로서 유럽연합은 개별 국가들 보다 더 법의 지배를 중요하게 요구한다. 이런 점을 고려하여 Armin von Bogdandy 교수는 유럽연합을 Immanuel Kant의 전통적인 평화 실현과 효과적인 권리보호를 실현시키고 있는 법의 공동체로 보고 있다³⁾. 유럽연합조약 제2조 역시 유럽연합이 인권보장을 위한 법의 지배에 바탕을 둔 법의 공동체라는 것을 확인하고 있다.

1) Vgl. Claus Dieter Classen, Schwierigkeiten eines harmonischen Miteinanders von nationalem und europäischem Grundrechtsschutz, EuR 2017, S. 347.

2) Walter Hallstein, Die Europäische Gemeinschaft, München 1979, S. 51 ff.; Manfred Zuleeg, Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, NJW 1994, S. 545; Armin von Bogdandy, Jenseits der Rechtsgemeinschaft - Begriffsarbeit in der europäischen Sinn- und Rechtsstaatlichkeitskrise, EuR 2017, S. 491.

3) von Bogdandy, 위의 논문, S. 510.

‘인권과 기본자유’의 보호에 관한 유럽협약(European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)’은 일반적으로 ‘유럽인권협약(European Convention on Human Rights)’으로 명명되는 유럽인권협약은 유럽의 지역적 인권보장의 영역에 있어서 가장 오래된 세계최초의 법적 구속력을 가지는 인권조약으로서 유럽의 인권보호에 있어서 중요한 역할을 수행해 왔다. 1950년 11월 4일 로마(Rome)에서 서명된 후 계속적으로 수많은 후속 의정서들을 통해서 그 내용이 확장된 유럽인권협약은 인권보장과 관련된 유럽의 법발전에 여러 가지 형태로 많은 영향을 주었다. 우선 유럽인권협약은 유럽회의의 구성국가의 헌법에 많은 영향을 주어, 상호작용이 양자간 발생하였다. 그에 이어 유럽인권협약은 유럽연합(EU)의 기본권 보장의 발전, 특히 유럽연합법원(Gerichtshof der Europäischen Union)으로 명칭이 변경된 유럽공동체 법원(Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften)에 의한 기본권의 보장에 관한 법적인 판단기준이 되는 척도가 되어 왔다⁴⁾. 이러한 유럽인권협약에 의한 인권보호 역시 유럽차원에서의 법의 지배 실현에 기여한다. 2017년 10월 11일 유럽회의의 의회의 회의(Parlamentarische Versammlung des Europarates)에서 베니스 위원회의 법치국가-체크리스트(Rechtsstaats-Checklist/Rule of Law Checklist)를 승인하였다. 베니스 위원회는 이 리스트를 통해서 유럽회의의 다른 중요한 두가지 헌법적 원리인 민주주의와 인권에 대한 고려를 통해서 법치국가개념과 법치국가 원리를 실현시키는 것을 목적으로 하고 있다⁵⁾.

리스본 조약(Treaty of Lisbon)에 따라 유럽연합에 의한 기본권 보호는 다음의 두 가지에 토대를 두고 있다: 조약들과 법적으로 동등한 효력이 있으며, 법적인 구속력(Rechtsverbindlichkeit)을 유지하면서, 2007년 12월 12일 개정된 유럽연합의 기본권 헌장(Charter der Grundrechte der Europäischen Union)⁶⁾ (유럽연합조약(EUV) 제6조 제1항), 이와 더불어 유럽연합법의 일반적 법원칙으로서 계속적으로 효력을 발생하고 있는 불문의 유럽연합의 기본권(ungeschriebene Unionsgrundrechte) (유럽연합조약 제6조 제3항)⁷⁾. 이러한 유럽연합의 기본권 보호를 위한 이러한 두 가지 법원은 유럽연합이 1950년 11월 4일의 인권과 기본자유’의 보호를 위한 유럽협약(Europäische Konvention zum

4) 박진완, 유럽의 헌법재판소 연합에 대한 검토, 헌법논총 제26집, 헌법재판소 2015, 384쪽.

5) Michael Fuchs, Die Vermessung der Rechtsstaatlichkeit. Die „Rule of Law Checklist“ der Venedig Kommission des Europarates, EuGRZ 2018, S. 237.

6) ABI Nr. C 303/1; BGBl 2008 II S. 1165 ff.

7) 박진완, 앞의 논문(주 4), 385쪽.

Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten), 즉 유럽인권협약⁸⁾에 가입할 권한과 의무를 부여하고 있는 리스본 조약에 따른 유럽연합조약 제6조 제2항에 의하여 보충된다⁹⁾.

유럽연합법원, 유럽인권법원 그리고 독일연방헌법재판소와 같은 구성국가의 헌법재판소 사이의 권력관계의 균형적 확립의 문제는 유럽의 다면적 인권보장 체계에서의 기본권 보호의 핵심적 논의대상이 된다. 이에 대한 평가는 버뮤다 삼각지대라는 비관적 평가로부터 시작하여, 평화로운 공존이라는 중립적 입장 그리고 유럽의 헌법재판소 결합(Europäischer Verfassungsgerichtsverbund)¹⁰⁾이라는 낙관적 평가로 이어 진다¹¹⁾.

2014년 12월 18일의 유럽연합(EU)의 유럽인권협약 가입에 대한 자신의 평가서(Gutachten)¹²⁾에서 유럽법원으로 불리는 현재의 유럽연합법원(Court of Justice of the European Union)은 유럽연합의 국제법적인 활동전제에 대한 명백한 한계설정으로서 유럽연합의 유럽인권협약 가입이 유럽연합법 위반이라고 결정하였다¹³⁾.

II. 유럽인권협약과 유럽인권법원

유럽인권협약의 구속력 있는 보장을 위한 감독의 업무를 수행하기 위하여 유럽인권협약 제19조에 근거하여 1959년 1월 21일 유럽인권법원은 설립되었다. 최초의 지역적 인권협약일 뿐만 아니라, 유럽과 더 나아가서 세계 최초의 법적 구속력을 가지는 인권협약으로서 유럽인권협약은 일반적 국제법의 헌법화 과정과 관련지워 볼 때 유럽의 그림자 헌법(Schattenverfassung)으로서의 역할을 수행하였다. 따라서 이러한 유럽헌법으로서의 유럽인권협약의 구속력 보장을 실현하는 유럽인권법원은 유럽의 헌법재판소로서 인정된다¹⁴⁾. 유럽인권보장을

8) BGBl 2002 II S. 1054.

9) BVerfG, Urteil v. 30. 6. 2009 - 2 BvE 2/08 Rn. 35; 박진완, 앞의 논문, 386쪽.

10) Andreas Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, S. 1 ff.

11) Markus Ludwigs, Kooperativer Grundrechtsschutz zwischen EuGH, BVerfG und EGMR, EuGRZ 2014, S. 273; 박진완, 앞의 논문(주 4), 387쪽.

12) EuGH, Gutachten C-2/13. 18.12.2014, BeckRS 2015, 80256 - EMRK-Beitritt II.

13) Matthias Wendel, Der EMRK-Beitritt als Unionsverstoß. Zur völkerrechtlichen Öffnung der EU und ihre Grenzen, NJW 2015, S. 921.

14) Hellen Keller/Daniela Kühne, Zur Verfassungsgerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ZaöRV 2016, S. 246.

위한 유럽헌법으로서 유럽인권협약의 성공의 가장 중요한 요인은 독일의 헌법 소원과 기능적으로 유사한 개인소원절차(Individualbeschwerdeverfahren)의 보장이다¹⁵⁾. 국가기관의 행위에 대한 개별시민, 시민집단들의 소원청구가능성의 인정은 모든 헌법적 권한인정의 출발점이 된다. 왜냐하면 소원심판을 담당하는 헌법재판소나 법원은 국가행위의 헌법과의 합치여부에 대해서 심사하기 때문이다. 유럽인권협약 제34조에 의하여 모든 자연인, 비국가적 기관 그리고 인적 집단은 유럽인권협약 가입국가에 의한 유럽인권협약 그리고 그 부속의정서 속에 포함된 권리침해를 이유로 하여 유럽인권법원에 개인소원을 청구할 수 있다¹⁶⁾. 유럽인권법원에 대한 개인소원은 유럽인권협약을 침해하는 유럽인권협약 가입국가들의 법원의 판결에 대해서도 청구할 수 있기 때문에¹⁷⁾, 유럽인권협약 가입국의 모든 시민들은 자신들의 소속국 법원들의 결정의 내용과 관계없이 개인소원을 제기를 통해서 유럽인권협약의 침해에 대한 권리보호를 유럽인권법원에 요청할 수 있다. 이러한 개별국가의 법원에 대한 개인소원제기의 전제조건은 헌법소원과 마찬가지로 모든 국내법적인 구제수단의 경유를 필히 하여야 한다. 따라서 경우에 따라서는 독일연방헌법재판소의 결정도 유럽인권법원의 개인소원절차의 심사대상이 될 수 있다¹⁸⁾.

유럽인권법원은 유럽의 지역적인 인권법 보장수준에서 유럽인권협약을 가입국가(memberstate)의 다른 국제법상의 의무보다 우선하여 계속적으로 실무에서 적용하였다. 이러한 사실은 유럽인권협약 통하여 정당화된 기본권 제한(justified limitations)의 문제로서 이와 버금가는 국제적 의무에 근거한 유럽인권협약상의 권리의 제한의 형성과정 뿐만 아니라 유럽인권협약의 본질적 특성에 대한 일반적 언급을 통해서 잘 나타나고 있다. 유럽인권법원은 이러한 유럽인권협약의 보장을 '명령적 성격(peremptory character)'을 가지는 것으로서 언급하고¹⁹⁾, 유럽인권협약을 '유럽의 공법질서의 헌법적 협약(constitutional instrument of European public order)'으로 설명하면서²⁰⁾, 유럽인권협약 가입

15) Voßkuhle, 앞의 논문, S. 2.

16) Keller/Kühne, 앞의 논문(주 14), S. 263.

17) Keller/Kühne, 앞의 논문(주 14), S. 265.

18) 박진완, 앞의 논문(주 4), 397쪽.

19) Case 45036/98 Bosphorus Hava Yollari Turzim ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland, para. 154; Stephen Gardbaum, Human Rights and International Constitutionalism, in *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance* 242 (Jeffrey L. Dunoff & Joel P. Trachtman eds., Cambridge University Press 2009).

20) Case 15318/89 Loizidou v. Turkey (preliminary objection). para. 75; Gardbaum, 위의 책, p. 242.

국가는 “협약가입의 결과로서 발생하는 인권협약의 효력을 준수할 조약상의 의무의 존중의 차원에서 협약상의 의무(Convention liability)를 부담한다”는 것을 확인하고 있다²¹⁾.

유럽헌법으로서 유럽인권협약은 자신의 현실적인 헌법화 실행과정에서 각 개별 가입국가들의 다양한 헌법적 전통의 다양성을 고려해야만 했다. 이러한 까닭에 유럽인권협약의 법적인 구속력 인정은 가장 복잡한 유럽의 헌법적 문제가 되었다, 그 외에도 유럽인권법원은 기본권 심사에 있어서 유럽인권협약의 해석원리로서 각 개별국들의 평가영역(margin of appreciation doctrine)과 인정과 같은 헌법해석도구를 만들어 내었다. 그럼에도 불구하고 유럽인권협약은 가입국가들에 대하여 아래의 여러 가지 법적 의무를 부과하고 있다²²⁾:

① 자신의 고권적 권력(Hoheitsgewalt) 하에 있는 인격체(Personen)에 대해서 유럽인권협약상의 권리를 보호할 의무 (유럽인권협약 제1조), ② 이러한 인격체를 제3자의 침해로부터 보호할 의무 (예를 들면 유럽인권협약 제2조 제1항 제1문, 제8조 제1항, 제14조), ③ 자신에 대하여 내려진 유럽인권법원의 최종적 결정을 준수할 의무 (유럽인권협약 w46조 제1항), ④ 유럽인권법원의 개인의 권리보호와 사법 활동을 방해하지 않을 의무 (유럽인권협약 제34조, 제2문, 제38조), ⑤ 유럽인권협약을 국내에서 효과적으로 적용할 의무 (유럽인권협약 제52조 참조). 이러한 의무인정에 따른 각 개별 가입국가들의 유럽인권협약의 준수를 통한 헌법화 실행과정은 각 국가들의 민주적 발전 정도, 일반적인 법문화적인 매개변수 그리고 국제법 친화도의 차이에 따른 재량적 형성영역이 인정된다. 이러한 재량적 형성영역에 대한 판단은 국제법적인 측면에서가 아닌 헌법적 측면에서 결정된다²³⁾.

유럽인권협약 제46조 제1항에 의하면 유럽인권법원의 결정은 전적으로 법적 분쟁과 관련된 당사자들에 대해서만(inter parties) 구속력을 가지지, 모든 가입 국가들에 대한 대세적 효력(erga omnes Wirkung)을 가지지 않는다. 그럼에도 불구하고 유럽인권법원의 결정은 간접적으로 소송과 관련되지 않은 다른 국가들에 대해서도 준 대세적 효력(quasi erga omnes Wirkung)으로 명명되는 구속력을 가지게 되었다²⁴⁾. 이렇게 유연하게 적용되는 헌법화된 국제법으로서

21) Bosphorus, para. 154; Gardbaum, 위의 책, p. 242; 박진완, 국제적 헌법주의의 실현형태로서 국제적 인권보장체계에 대한 검토 - 아시아에서의 국제인권법모델 수립을 위한 시론, 유럽헌법연구 제15호, 사단법인 유럽헌법학회 2014, 153쪽.

22) Jan Philipp Schaefer, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Faktor der europäischen Integration, EuR 2017, S. 82.

23) Schaefer, 위의 논문, S. 83.

유럽인권협약은 유럽연합법과 다른 경로를 선택했다고 할지라도 유럽인권협약은 연방화로서의 헌법화(constitutionalization as federalization)와 거의 유사한 성과를 달성하였다. 유럽인권협약은 다른 국제법의 법원에 대한 자신의 헌법적 우위를 발전시키는 것뿐만 아니라, 구성국가의 국내법에 대한 연방적 우위(federal supremacy)를 발전시키는 과정 역시 성공적으로 진행하였다²⁵⁾. 통일된 유럽법 질서의 확립을 위한 유럽연합법의 우위에 근거한 중요한 헌법적 원칙의 하나로서 직접효를 요구하고 있는 유럽연합법과 달리, 유럽인권협약은 이러한 직접효를 공식적으로 요구하지 않고, 단지 자신의 권리가 침해된 개인은 국가공권력에 대한 효과적인 사법적 구제수단(remedy)으로서 개인소원 제도를 규정하고 있다²⁶⁾.

유럽인권법원의 결정은 형성적 판결(Gestaltungsurteile)이 아닌, 일반적으로 확인적 결정(Feststellungsurteile)을 내린다. 따라서 유럽인권법원의 결정은 기본권을 침해하는 구성국가의 국내법 규정, 결정 혹은 법원의 판결을 폐지, 무효화할 수 없고(aufheben), 다른 방식으로 국내법적인 법질서의 형성에 대하여 직접적인 영향력을 행사할 수도 없다. 바로 여기에 국제법으로서 유럽인권협약의 구속력 인정의 문제점이 존재한다. 유럽인권법원은 특정한 기본권이 침해되었다는 결론에 이르게 되면, 단지 국제법적으로 구성국가가 유럽인권협약을 침해했다는 것을 확인할 뿐이기 때문에 유럽인권법원은 원칙적으로 어떤 국가에 대하여 지시할 권한을 가지지 않는다. 따라서 유럽인권법원의 결정을 실행할 수단의 선택은 각 개별국가에 맡겨져 있다²⁷⁾. 구성국가는 국제법적으로 유럽인권협약 제46조 제2항의 유럽회의의 각료위원회(Ministerkomitee des Europarats)에 의하여 감독되어진 기본권 침해를 제거해야 될 의무를 부담한다. 유럽회의의 각료위원회(Committee of Ministers, Ministerkomitee)는 유럽인권법원의 최종적 결정의 집행여부에 대한 감독업무를 담당하고 있다(유럽인권협약 제46조 제2항).

유럽인권협약을 국내법 질서에 편입하는 데 있어서 헌법보다 높은 지위 (네덜란드 (the Netherlands)), 헌법과 동등한 지위 (오스트리아(Austria)), 헌법과 법률 사이 그리고 법률과 동등한 지위 (독일 (Germany))와 같은 유형들이 존재한다. 이렇게 다양한 법규범의 형태로 구성국가들이 유럽인권협약을 국내법

24) Keller/Kühne, 앞의 논문(주 14), S. 284

25) Gardbaum, 앞의 책(주 19), p. 246; 박진완, 앞의 논문(주 4), 398쪽.

26) Gardbaum, 앞의 책(주 19), pp. 246-47; 박진완, 앞의 논문(주 4), 398쪽.

27) Keller/Kühne, 앞의 논문(주 14), S. 277.

질서에 편입시키고, 이를 통해서 개인이 유럽인권협약의 규정을 국내법원에서 인용하는 것을 허용한다는 측면에서, 유럽인권협약은 법적인 직접효(de jure direct effect)보다 사실상의(de facto) 효력을 가진다. 또한 유럽인권협약의 규정이 국내법원에서 인용될 경우, 몇몇 국가들은 국가법원의 재판관에게 유럽인권법원(European Court of Human Rights)에 의하여 행해진 관련 인권협약상의 권리의 해석 또는 참작할 것을 요구한다²⁸⁾. 영국(the United Kingdom)은 인권법(Human Rights Act) 제2절(section)은 영국법관에게 유럽인권법원의 해석을 참작할 것을 요구하고 있다. 유럽인권협약(ECHR)의 국제적 인권규정을 인권법을 통해서 국내적으로 적용하는 것과 관련하여, 영국의 상원(House of Lords)은 (오로지 외국국인에 대해서만 적용되는) 2001년의 테러리즘과 범죄 방지 및 안전법(Anti-Terrorism, Crime and Security Act)의 무기한 구금 규정(indefinite detention provisions)을 영국에 거주하는 외국인에 대한 차별은 불법(unlawful discrimination)으로 선언하였다²⁹⁾.

독일연방헌법재판소는 유럽인권협약과 같은 국제조약 속에 규정된 의무를 존중하는 것을 어떻게 국내적으로 보장할 것인가 하는 문제를 그 조약의 가입 국가에게 맡기고 있다. 독일연방헌법재판소는 유럽인권협약은 일반법률인 동의 법률(Zustimmungsgesetz)에 의하여 독일 법질서에 도입되었기 때문에 일반 법률의 지위를 가진다고 설명하고 있다. 따라서 독일연방헌법재판소는 독일의 모든 공공기관들과 법원들은 유럽인권협약을 준수하고, 적용해야만 한다고 판시하고 있다. 이러한 독일연방헌법재판소의 유럽인권협약의 법적 효력에 대한 존중에도 불구하고, 독일연방헌법재판소는 유럽인권협약은 독일법체계 안에서 헌법과 동등한 효력을 가지지 않는다. 따라서 유럽인권협약은 다른 일반 법률에 우선할 수 없다는 것을 분명히 하였다. 이와 관련하여 독일연방헌법재판소는 이점을 근거로 하여 유럽인권협약의 위반이 독일의 국내법질서에 있어서 독일연방헌법재판소에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있는 법적 근거가 되지 못한다고 판시하고 있다³⁰⁾.

오랫동안 어떻게 독일연방헌법재판소가 유럽인권협약의 법적인 효력을 보장할 것인가에 대한 논의가 행해졌다. 독일의 국제법질서에 대한 헌법규정은 이원론(dualism)을 채택하고 있다. 이것이 의미하는 바는 국내법 질서에 있어서

28) 박진완, 앞의 논문(주 4), 399-400쪽.

29) Gardbaum, 앞의 책(주 19), p. 253 footnote 35; 박진완, 앞의 논문(주 4), 400쪽.

30) 박진완, 유럽인권법원의 Görgülü v. Germany 사건을 둘러싼 유럽인권법원과 독일연방헌법재판소의 갈등, 유럽헌법연구 제3호, 유럽헌법학회 2008, 180-181쪽.

국제법의 효력은 이에 대한 헌법적 규정의 내용에 달려 있다는 것이다. 독일 연방헌법재판소는 이 결정에서 처음으로 이러한 이원론(dualist theory)을 명백히 확인하였다. 독일연방헌법재판소는 국제법에 대한 독일기본법의 개방성에 대해서 다음과 같이 해석하고 있다. 국제법에 대한 독일기본법의 개방성은 독일연방공화국이 자신의 주권을 포기한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 왜냐하면 주권은 전통적으로 최고 권력(supreme power)의 행사로 이해되기 때문이다³¹⁾. 전통적으로 국가의 최고권력의 행사로 간주되는 주권은 국제법과 국내법질서의 근본원리를 형성하고 있는 국내법질서의 최고법인 헌법 사이의 충돌에 대한 해결을 미리 규정하고 있다. 독일 연방헌법재판소는 그것이 헌법의 근본원리와의 충돌을 피할 수 있는 유일한 길인 경우에는, 국가는 입법자가 국제조약을 무시하는 것을 허용할 수 있다고 판시하고 있다³²⁾. 독일은 헌법적 통제의 범위를 넘어서는 독일기본법 제23조 제1항의 광범위하게 축소된 주권의 유보(weit zurückgenommen Souveränitätsvorbehalt)에 대해서도 복종하지 않았다. 독일연방헌법재판소는 이것은 또한 유럽공동체의 초주권적법에 대해서도 타당하게 적용된다고 강조하고 있다³³⁾.

유럽인권협약의 독일법질서 내에서의 형식적인 규범적 효력과 실질적인 내용적 효력의 차이의 불일치를 극복하기 위한 해결책으로서 독일연방헌법재판소는 지역적인 인권보장을 목적으로 하는 유럽인권협약의 헌법적 의미의 인정과 독일기본법상의 국제법 친화적 태도에서 그 해결책을 찾고 있다. 독일기본법은 자국의 법률에 대하여 국제법상의 일반적 우위의 원칙을 인정하고 있고(독일기본법 제25조 제2항), 기본법 제59조 제2항을 통하여 국제조약법을 권력분립의 체계로 편입시키고 있다³⁴⁾. 그럼에도 불구하고 독일연방헌법재판소는 독일기본법상의 국제법친화성이 국제법의 구속력에 대한 개방성 인정이라는 특별한 조치로 연결되지는 않는다고 진단하고 있다. 국제법과 국내법 질서의 구분하고 있는 이원론에 의하면 국제조약법은 독일기본법 제59조 제2항의 동의법률이 없이는 국내적으로 직접적 효력을 가지는 법률로 인정될 수 없으며,

31) Ingolf Pernice, BVerfG, EGMR und die Rechtsgemeinschaft, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2004, S. 705; Hans-Joachim Cremer, Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen, EuGRZ 2004, S. 687.

32) 독일연방헌법재판소결정 Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004 - 2 BvR 1481/04, paragraph 35; 박진완, 앞의 논문(주 30), 182-183쪽.

33) 독일연방헌법재판소결정 Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004 - 2 BvR 1481/04, paragraph 36; 박진완, 앞의 논문(주 30), 182-183쪽.

34) 독일연방헌법재판소결정 Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004 - 2 BvR 1481/04, paragraph 33; 박진완, 앞의 논문(주 30), 182-183쪽.

동일한 원리로 독일기본법 제25조의 국제관습법(Völkergewohnheitsrecht)의 경우에도 헌법적 효력을 인정하고 있지 않기 때문이다. 국제법질서와 국내법질서의 구분을 전제에 따른 이원론적 관점에서, 독일기본법상의 국제법과 국내법 사이의 관계 설정은 국제법의 국내법질서에서의 효력이 국내법적 관점에서 국내법에 의하여 결정된다는 것을 분명히 하고 있다(독일기본법 제25조, 제59 제2항)³⁵⁾.

독일의 *Görgülü v. Germany* 사건³⁶⁾에서 나타난 바와 같이 특정한 국내적 규범적 위계질서 편입된 권리에 대하여 어떠한 지위를 부여하더라도, 적어도 유럽인권법원에 대한 성공적인 의존이 존재하는 경우에는, 구성국가는 유럽인권협약 제46조에 의하여 유럽인권법원의 결정을 일반적으로 따라야 하며, 필요한 경우에는 자신의 헌법을 포함한 구성국가의 국내법 그리고/혹은 정책을 개정 혹은 폐지한다는 점에서 볼 때, 유럽인권협약은 국내법에 대한 우위를 사실적 측면에서 성취하고 있다³⁷⁾. 유럽인권협약 제46조³⁸⁾에 따른 유럽인권법원의 결정의 구속력 인정을 통해서 현재와 미래의 유럽에서의 기본권 보장체계에 있어서 유럽인권협약의 지위와 역할은 매우 중요하다. 유럽인권협약의 내용을 구체화한 유럽인권법원의 결정에 대하여 독일법원의 반응의 한 예로서 2004년 2월 26일의 유럽인권법원의 *Görgülü v. Germany* 결정³⁹⁾에 대한 독일법원의 대응과 이에 대한 독일헌법재판소의 조정과정은 하나의 중요한 사례가 된다⁴⁰⁾.

지난 70년 동안 지정학적인 측면에서 유럽의 인권보장을 위한 국제규범으로서 유럽인권협약은 아주 중요한 역할을 수행하였다. 2018년 5월 18일 유럽회의의 487개국 외무장관들이 Helsingör의 회의에서 유럽인권협약체제의 미래에 대한 구체적 합의는 도출하지는 못했지만, 유럽회의의 사무총장은 2019년 5월의 Helsinki에서의 다음 외무장관회의에서 유럽인권협약체제의 인권보호강화를 위한 조직의 개혁을 위한 제인들을 제출할 것을 위임하였다⁴¹⁾. 유럽연합과 비

35) 독일연방헌법재판소결정 Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004 - 2 BvR 1481/04. paragraph 34.

36) 26/02/04 - Rechtssache Görgülü gegen DEUTSCHLAND (Individualbeschwerde Nr. 74969/01); BVerfGE 111, 307.

37) Gardbaum, 앞의 책(주 19), p. 247.

38) "유럽인권협약의 가입국가는 그들이 당사자가 된 모든 사건들 속에서 유럽인권법원의 최종결정을 따를 의무를 진다".

39) BVerfGE 111, 307; 26/02/04 - Rechtssache G. gegen DEUTSCHLAND (Individualbeschwerde Nr. 74969/01).

40) 박진완, 앞의 논문(주 30), 173쪽.

교해 볼 때 유럽인권협약은 보다 유연한 형태의 간접적인 구속력 확보방안을 통해서 유럽의 헌법화 과정에 기여하였다. 이를 통해서 유럽인권협약은 각 개별 가입국가들 속에서 원용할 수 있는 실질적인 인권보장을 위한 최고법으로서 기능하였고, 그 결과 연방화된 혹은 헌법화된 지역적 인권법 체계로서 인정을 받게 되었다⁴²⁾. 이러한 전체유럽의 인권보장체제의 발전적 실현과정에서 유럽인권법원의 중요한 역할수행을 고려해 볼 때, 유럽인권법원을 인권과 관련된 헌법재판소로 인정할 수 있지만⁴³⁾, 이러한 유럽인권법원의 유럽의 인권보장을 위한 헌법재판소로서의 역할수행은 각 개별국가의 헌법재판소 그리고 유럽연합법원의 상호협력과 역할분담의 조정과정 속에서 실현된다.

1. 독일연방헌법재판소 결정에 대한 유럽인권법원의 영향

유럽인권협약의 가입국가들의 법질서 속에서의 유럽인권협약의 법적 지위는 유럽인권협약 가입국가 속에서의 유럽인권협약 상의 권리를 확정하는 법적 근거가 된다. 유럽인권협약의 국제법적인 성격을 고려해 볼 때 유럽인권협약과 가입국가의 국내법질서 그리고 헌법질서와의 관계는 전통적인 국제법과 국내법과의 관계에 관한 일원론(Monismus)과 이원론(Dualismus) 논의를 원전히 떠나서 논의될 수 없다⁴⁴⁾. 유럽연합조약 제6조 제2항과 제3항에 따라 유럽연합기관에 대하여 유럽인권법원의 결정의 구속력이 광범위하게 인정되는데 대하여, 유럽인권법원의 유럽인권협약의 가입국가들에 대한 구속력 인정의 문제는 유럽인권협약의 그 가입국가들의 법질서 속에서 어떠한 법적 효력을, 예컨대 헌법 혹은 법률과 동일한 효력을 인정받고 있는가 하는 문제와 관련성을 가진다. 따라서 유럽인권협약의 직접적 효력을 인정하고 있는 유럽인권협약 가입국가들 속에서 유럽인권법원의 결정의 법적 효력은 구성 국가의 주권적 법질서 안에서 유럽인권협약의 법적 효력이 결정된다⁴⁵⁾. 유럽인권협약은 독일의

41) Jörg Polakiewicz und Irene Suominen-Picht, StraßburgAktuelle Herausforderungen für Europarat und EMRK: Die Erklärung von Kopenhagen (April 2018), das Spannungsverhältnis zwischen EMRK und nationalen Verfassungen und die Beteiligung der EU an dem europäischen Menschenrechtskontrollmechanismus, EuGRZ 2018, S. 383.

42) Gardbaum, 앞의 책(주 19), p. 247.

43) Voßkuhle, 앞의 논문(주 10), S. 3.

44) Vgl. Shu-Perng Hwang, Die EMRK im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG: Die Entwicklung eines Grundrechtspluralismus zur Überwindung des Gegensatzes von Monismus und Dualismus?, EuR 2017, S. 512 ff.

45) Ferdinand Kirchhof, Kooperation zwischen Nationalen und europäischen Gerichten, EuR

국내법질서 속에서는 기본법 제59조에 의하여 일반적 연방법률(einfache Bundesgesetze)과 동일한 효력을 인정받는다. 독일의 전문법원들(Fachgerichte)은 국제법 친화적인 법률해석원리에 따라서 유럽인권협약의 인권법적인 내용에 대한 특별한 주의를 하면서, 유럽인권협약을 다른 연방법률처럼 해석하고 적용한다. 그럼에도 불구하고 유럽인권협약은 47개 가입국가들 속에서 최소한의 인권보장의 수준을 보장해야만 국제인권법으로서의 특성을 가지고 있기 때문에, 유럽인권협약이 독일의 법질서 속에서도 임의적인 일반법률처럼 해석되고 적용되는 것을 통해서 그 효력이 부인될 수 없다. 이러한 유럽인권협약의 특수성을 고려하여 독일연방헌법재판소는 유럽인권협약의 인권적 내용으로 인하여 연방법률의 영역에서 특별한 법적 지위를 인정하고 있고⁴⁶⁾, 전문법원에 대하여 유럽인권협약의 가치를 존중하고, 유럽인권협약이 국가에 대하여 부과한 의무를 이행하는 것이 국내 헌법에 따라 이행 가능한 것으로 인정되는 범위 내에서는, 이를 행할 것을 요구한다⁴⁷⁾. 이런 점에서 본다면 유럽인권협약은 추상적인 효력 영역이라기 보다는 현실적이며 실질적인 일반 법률의 법 적용에 있어 중요한 의미를 가지게 되었다⁴⁸⁾.

유럽인권협약의 가입국가의 법질서 속에서의 추상적-일반적 규범으로서 유럽인권협약의 효력의 종류는 그 국가의 법질서의 전체적 윤곽형성(Rahmenbedingungen)에 따라서 결정된다. 이와 관련하여 그 효력은 규범적 효력(normative Wirkung)과 사실적 효력(faktische Wirkung)으로 구분된다⁴⁹⁾. 사실적 효력은 유럽인권협약을 준수해야할 국제법적인 혹은 헌법적 의무가 존재하지 않음에도 불구하고, 각 국가들의 법원이나, 기본권 관련입법제정에 있어서 입법자가 유럽인권협약의 내용을 고려하는 경우에 인정된다. 유럽인권협약은 특별한 개입행위없이 유럽인권협약에 반하는 국내법의 적용을 구체적 사례에서 배제하는 것을 통해서 이를 적용하지 않거나 (적용의 우위(Anwendungsvorrang)), 이러한 국내법의 효력을 제거하는 것을 통해서 적용하지 않는 한에서는 (효력의 폐지(Derogation)), 국내법에 대한 규범적 효력을 가진다. 구체적 사례에서의 유럽인권협약의 적용의 우위는 예를 들면 벨기에(Belgium) 혹은 네덜란드(Netherlands)와 같은 몇몇 유럽인권협약 가입국가들

2014, S. 273.

46) BVerfGE 74, 358, 370; 111, 307, 317.

47) BVerfGE 111, 307, 327, 329; 128, 326, 371.

48) Kirchhof, 앞의 논문(주 45), S. 274; 박진완, 앞의 논문(주 4), 404쪽.

49) Christoph Grabenwarter, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 217 ff,

속의 법규범 속에 규정되어 있다 (국제조약의 일반적 우위의 영역 속에서)⁵⁰⁾.

효력의 폐지 효력(Deorgationswirkung)은 각 개별국가들의 유럽인권협약에 대한 법질서에서의 법규범으로서의 효력인정 순위(Rang)에 따라 달라진다. 유럽인권협약에 대하여 법률의 효력을 인정하는 국가 속에서는 유럽인권협약이 유럽인권협약의 그 국가의 법질서 속에서의 편입 당시에 보다 오래된, 불리한 법률의 효력을 제거한다. 유럽인권협약에 대하여 헌법의 효력을 인정하는 국가 속에서는 유럽인권협약은 유럽인권협약에 반하는 오래된 헌법의 효력을 폐지한다. 이와 반대로 유럽인권협약에 위반되는 국내법이 신법(die lex posterior)인 경우에는 유럽인권협약의 규범폐지효력은 인정되지 않는다. 특정한 사례들 속에서 규범폐지가 행해지지 않는다면, 유럽인권협약과 국내법의 충돌에 대한 헌법제정자 내지 입법자 혹은 관할권을 가지는 법원에 의한 해결이 행해지기 전까지 양 규범은 효력을 유지하게 된다⁵¹⁾.

유럽인권법원과 유럽인권협약 가입 국가들의 헌법재판소 혹은 최고법원들과의 관계는 일방적인 수직적인 종속관계가 아닌 서로 상반된 이해관계가 교차하는 관계로 이해될 수 있다. 일반적으로 국제인권법으로서 유럽인권협약의 협약가입국의 헌법질서 혹은 법질서에서의 종속은 거의 생각할 수 없다. 그럼에도 불구하고, 유럽인권협약과 가입국의 국내법과의 충돌이 유럽인권협약상의 권리보장보다 국내법적인 권리보장을 우선하는 형태로 해결된다면, 국제법적인 측면에서 유럽인권협약 가입국가에 대한 협약의 구속력은 침해된 것이 된다. 이와 관련하여 유럽인권법원은 각 국가의 헌법재판소의 결정에 대한 개입소원의 제기를 인정하는 것을 통해서 이러한 개별국가의 유럽인권협약의 효력 불인정을 통제할 수 있다. 또 다른 한편으로는 유럽인권법원은 유럽인권협약 제53조의 의미 속에서 유럽인권법원의 권리보장을 옹호하고 있는 각 개별국가의 법질서가 단지 공동의 최소한의 권리보장수준을 준수하고 있고, 이로 인하여 각 국가의 기본권 목록을 포함한 헌법상의 권리보장을 대체할 수 있는 어떠한 대안도 제시할 수 없는 경우에는 각 가입국가의 독자적 권리보장을 수용한다⁵²⁾. 이러한 규범에 대해서는 유럽인권법원은 유럽인권협약상의 권리보장과 차이 존재하는 각 개별국가의 기본권 보장 영역의 독자성을 인정하

50) Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Auflage, München/Basel/Wien 2016, § 3 Rn. 14.

51) Grabenwarter/Pabel, 위의 책, § 3 Rn. 14.

52) Klaus Schliach/Stefan Koriath, Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl., München 2018, Rn. 361.

고, 이에 대한 사법적 통제강도의 완화를 인정하는 것을 통해서 유럽인권협약상의 권리보장과 각 개별국가의 권리보장의 충돌을 회피하게 만드는 ‘평가영역(margin of appreciation)’의 인정을 허용하고 있다.

독일연방헌법재판소가 자신의 새로운 기본권 심사절차에서 유럽인권법원의 결정을 고려할 수 있는지 여부 혹은 이것이 가능하다면 어느 정도까지 이에 대한 고려가 허용될 수 있는가 하는 문제에 대한 해답은 유럽인권협약 그리고 이를 구체화하고 있는 유럽인권법원의 결정이 독일의 헌법질서 속에서 어떠한 규범적 순위(Rang)를 가지고 있는가 하는 점에서 찾을 수 있다⁵³⁾. 이와 관련하여 유럽인권협약에 대하여 헌법과 동일한 효력을 인정하고 있지 않는 독일의 경우에 헌법소원의 청구능력과 관련하여, 독일의 유럽인권협약위반을 근거로 하여 헌법소원을 청구할 수 있는가 하는 질문이 제기될 수 있다⁵⁴⁾. 독일연방헌법재판소는 유럽인권법원과의 협력 속에서 유럽의 헌법재판소연합의 개념을 보다 공고하게 하기 위하여 다음과 같은 노력을 실행하고 있다. 독일연방헌법재판소는 법원의 재판이 확정된 후 그 법원의 결정과 인권법적인 측면에서 다른 결과를 유발하게 되는 유럽인권법원의 새롭게 변경된 결정이 있으면, 이 확정된 법원의 재판에 대하여 유럽인권법원의 결정을 근거로 헌법소원의 제기를 허용하였다⁵⁵⁾. 독일연방헌법재판소는 이러한 헌법소원의 인정을 통해서 유럽인권법원의 결정 속에 나타난 고려와 논거를 자신의 결정 속에서 다시 고려하게 함으로써 유럽인권법원과의 협력을 더욱 더 공고히 할 가능성을 열어놓았다⁵⁶⁾. 더 나아가서 독일연방헌법재판소는 유럽인권법원이 구성국가들에 대하여 기본권 보장수준의 엄격한 준수를 요구할 것이 아니라, 유럽에서의 최소한의 인권보장수준이 실현되기 위한 자신의 역할을 고려하여 상호협력적 대화를 계속적으로 진행하고, 독일연방헌법재판소가 인정한 가치들을 유럽인권법원의 결정시에 고려해 줄 것을 요구하였다. 이러한 점을 고려해 볼 때 독일연방헌법재판소와 유럽인권법원 사이의 법원결합은 긍정적인 발전 관계가 지속적으로 형성되었다고 볼 수 있다⁵⁷⁾.

유럽인권법원의 결정의 독일내에서의 구속력 인정의 문제는 이른바 독일연방헌법재판소의 2004년의 Görgülü-결정(Beschluß)⁵⁸⁾과 2011년의 보안구금

53) Birgit Daiber, Der Einfluß der EGMR-Rechtsprechung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 2018, S. 959 f.

54) Schaefer, 앞의 논문(주 22), S. 84.

55) BVerfGE 128, 326, (364 f.).

56) Kirchhof, 앞의 논문(주 45), S. 274; 박진완, 앞의 논문(주 4), 405쪽.

57) Kirchhof, 앞의 논문(주 45), S. 274; 박진완, 앞의 논문(주 4), 405쪽.

(Sicherungsverwahrung) 결정⁵⁹⁾에서 특별한 의미를 가지게 되었다. 이 두 결정들 속에서 독일연방헌법재판소는 유럽인권법원의 결정의 방향설정기능과 지도기능을 인정하였고, 법학방법론적으로 인정된 법률해석의 영역 속에서 뿐만 아니라 적극적인 유럽인권협약의 수용과정의 영역 속에서의 유럽인권법원의 결정에 대한 독일법원의 검토를 요구하였다. 이것은 법원의 결정과정 속에서 결정과 관련된 유럽인권협약규정과 이 규정과 관련된 유럽인권법원의 결정들이 최소한도로 영향을 미치고, 헌법적 판단 즉 비례성 심사의 영역 속에서 유럽인권법원의 형량과정 속에서 반영되었던 요소들을 고려해야만 한다는 것을 요구한다. 유럽인권법원의 결정에 대한 충분한 검토가 행해지지 않았을 뿐만 아니라, 더 우선되어야 하는 권리를 침해하는 기계적 법적용은 법치국가 원리와 결부된 기본권 침해가 된다⁶⁰⁾. 독일공무원이 파업권(Streikrecht)을 가지지 못한다고 결정한 2018년 6월 12일의 판결(Urteil) 속에서 독일연방헌법재판소는 이러한 유럽인권법원의 결정에 대한 독일법원의 고려의 원칙을 보다 강화하고, 더욱 더 구체화하였다⁶¹⁾.

2. 유럽인권법원과 유럽연합법원과의 관계

유럽연합조약 제6조 제1항에 의하면 유럽연합은 유럽연합조약과 동일한 효력을 가지고 있는 유럽연합의 기본권 헌장 속에 규정된 권리, 자유 그리고 원칙들을 인정한다. 이러한 법적 지위를 가지고 있는 유럽연합의 기본권 헌장의 내용에 대하여 유럽인권협약은 어떠한 영향을 미치고 있고, 유럽연합의 기본권 헌장과 유럽인권협약은 유럽의 기본권 보장에 있어서 어떠한 관계를 형성하고 있는가? 지금까지 유럽연합법원과 유럽인권법원 사이에는 아무런 소송법적인 연결점이 존재하지 않았다. 따라서 유럽연합의 유럽인권협약에 대한 가입이 행해지기 전에는 유럽연합은 형식적으로 유럽인권법원의 재판관할권에 포함되지 않기 때문에, 유럽연합법원의 결정 혹은 유럽연합의 다른 기관의 행위에 대한 유럽인권법원에 대한 소원의 제기는 인정되지 않는다⁶²⁾. 그럼에도 불구하고

58) BVerfGE 111, 307 = NJW 2004, S. 3407.

59) BVerfGE 128, 326 = NJW 2018, S. 2695.

60) NJW 2004, S. 3407; Thomas Haug, Die Pflicht deutscher Gerichte zur Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR, NJW 2018, S. 2674 f.

61) Haug, 위의 논문, S. 2675; Daiber, 앞의 논문(주 53), S. 957,

62) Marco Athen/Oliver Dörr, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, München 65 EL August 2018, AEUV Art. 344 Rn. 42.

유럽인권협약의 적용범위에 해당하는 유럽연합의 가입국가의 행위에 대한 우회적 통제를 통해서 유럽인권법원은 유럽연합의 행위에 대한 간접적 통제를 할 수 있다. 유럽인권법원은 유럽연합법과 관련성을 가지는 유럽연합의 구성국가의 행위를 유럽인권협약을 통해서 통제할 수 있고, 이를 통해서 간접적으로 유럽연합과 그 기관의 행위에 있어서 유럽인권협약 준수의 책임을 강제할 수 있다⁶³⁾. 이러한 유럽인권법원의 통제의 연결점은 항상 유럽연합법을 실행하거나 (전환행위(Umsetzungsakte) 혹은 집행행위(Vollzugsakte)) 혹은 어떤 유럽연합의 자율적 행위(ein autonomes Handeln)를 발생시키는 유럽연합의 구성국가의 행위이다. 유럽인권법원은 유럽연합의 구성국가의 국내법원을 통한 유럽연합법원에 대한 사전결정절차(Vorabentscheidungsverfahren)의 청구도 그러한 연결점에 해당하는 것으로 보았다. 유럽인권법원은 *Nederlandse Kokkelvisserij* 사건 속에서 이러한 유럽연합법원에 대한 사전결정절차의 진행이 유럽인권협약 제6조 제1항에 합치되는지 여부에 대하여 심사하였다⁶⁴⁾. 국가기관의 참여없이 행해진 법원의 소송절차는 유럽인권법원의 재판관할권의 범위에 해당하지 않고⁶⁵⁾, 유럽연합법원에 대한 소송절차에 국가기관의 참여가 행해졌다면, 유럽인권법원의 관할권에 해당한다⁶⁶⁾. 따라서 소송절차에 유럽연합의 구성국가의 참여가 행해졌다면, 범실무적인 측면에서 유럽연합법원에 대한 사전결정절차도 유럽인권법원의 통제범위에 포함된다. 따라서 유럽연합의 구성국가가 유럽연합법원에 사전결정절차를 청구하는 것이 가능하다 하더라도, 이 경우에도 유럽인권법원의 통제가능성이 완전히 상실되는 것이 아니다⁶⁷⁾.

이에 반하여 유럽연합법원의 유럽인권법원의 결정에 대한 심사가능성은 처음부터 존재하지 않는다. 오히려 유럽연합법원은 유럽연합조약 제6조 제3항 그리고 유럽연합의 기본권 헌장 제52조 제3항에 의하여 유럽인권법원의 결정을

63) Grundlegend EGMR No. 24 833/94, *Matthews/Vereinigtes Königreich*, Reports 1999-I, 252 §§ 32 - 33; No. 45 036/98, *Bosphorus Airways/Irland (GK)*, Reports 2005-VI, §§ 150 - 154; Athen/Dörr, 위의 책, AEUV Art. 344 Rn. 42.

64) EGMR No. 13 645/05, *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij u. a./Niederlande*, 20. 1. 2009, S. 17 - 19; ; Athen/Dörr, 위의 책, AEUV Art. 344 Rn. 42.

65) Vgl. EGMR No. 73 250/01, *Boivin/34 Mitgliedstaaten des Europarats*, Reports 2008 (arbeitsgerichtliches Verfahren im Rahmen von Eurocontrol); No. 40 382/04, *Rambus Inc./Deutschland*, 16. 6. 2009 (patentrechtliches Verfahren vor der EPO).

66) Vgl. EGMR No. 73 274/01, *Connolly/15 EU-Mitgliedstaaten*, 9. 12. 2008 (Personalklage gegen Akte der Kommission); No. 13 762/04, *Biret et Cie/15 EU-Mitgliedstaaten*, 9. 12. 2008, unter 1. (Haftungsklage eines Unternehmens vor dem EuG).

67) Athen/Dörr, 앞의 책(주 62), AEUV Art. 344 Rn. 42.

고려해야 한다⁶⁸⁾. 유럽연합조약 제6조 제3항은 유럽연합조약 제6조 제3항에 의하면 유럽인권법원의 결정은 유럽연합법의 일반적 법원칙의 발전을 위한 본질적인 법인식원이 된다. 유럽인권협약에 대한 유럽연합의 가입을 규정하고 있는 유럽연합조약 제6조 제2항에 의하면, 유럽연합이 유럽인권협약 가입한 후에는 기본권 헌장 제53조에 의하면 유럽연합에 대한 유럽인권협약의 적용이 어떠한 방식으로든 유럽연합-기본권을 통하여 축소될 수 없다. 오히려 더 나아가서 유럽연합-기본권과 유럽인권협약-기본권은 서로 (관할권을 가지는 기관과 해당 절차 속에서) 병렬적으로 적용된다⁶⁹⁾. 기본권 헌장 제52조 제3항은 「이 헌장이 인권과 기본적 자유를 보호를 위한 유럽협약을 통하여 보장된 권리에 상응하는 권리를 규정하고 있는 한에서는, 이 권리는 위에서 언급한 협약 속에서 이들 권리에 대하여 인정하고 있는 것과 동일한 의미(Bedeutung)와 적용범위(Tragweite)를 가진다」고 규정함으로써 유럽인권협약에 규정된 기본권의 내용과 동일한 유럽연합의 기본권 헌장의 기본권은 유럽인권협약의 기본권과 동일한 의미와 적용범위를 가진다는 것을 명확히 하고 있다. 그러한 까닭에 유럽인권협약은 유럽인권협약의 기본권 보장과 중복되는 유럽연합의 기본권의 영역에 있어서는 특별한 의미를 가진다. 유럽인권협약은 그러한 기본권의 제가능성의 인정에 있어서 중요한 의미를 가진다 (그러한 한에서는 기본권 헌장 제52조 제2항의 규정은 단지 보충적 성격을 가진다)⁷⁰⁾.

기본권 헌장 제52조 제3항 제1문에 의한 유럽인권협약의 내용의 최소한의 보장의 요구의 실현은 본권 헌장 전문(Charter-Präambel) 제5조가 의미하는 바와 같이 유럽인권법원의 판례를 참조하는 것이 된다. 따라서 유럽연합-기본권의 해석과 적용에 있어서 유럽인권법의 판례는 중요한 의미를 가진다. 유럽법원은 이미 유럽연합의 기본권 헌장의 효력 발생 이전부터 유럽법원은 유럽인권법원의 판례를 참조하는 것⁷¹⁾을 고려하였다⁷²⁾. 물론 유럽인권법원의 결정은 규범 그 자체가 아님에도 불구하고, 규범인 유럽인권협약의 내용을 구체화하고 있기 때문에, 기본권 헌장 속의 규범적 언급이 명확하지 않고, 이와 관련된 유

68) Athen/Dörr, 앞의 책(주 62), AEUV Art. 344 Rn. 43.

69) Hans D. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., München 2016, Art. 53 Rn. 15; 박진완, 앞의 논문(주 4), 406쪽.

70) Jarass, 위의 책, Art. 52 Rn. 60; 박진완, 유럽연합의 기본권 헌장의 해석과 적용에 관한 일반규정, 헌법과 기본권의 현황과 과제. 금량 김철수 선생 팔순기념 논문집, 경인문화사 2012, 794쪽; 박진완, 앞의 논문(주 4), 406-407쪽.

71) EuGH, Rs. 94/00, Slg. 2002, I-9011 Rn. 29; GA Maduro, Rs. 465/07 v. 9.9.08, Nr. 23.

72) EuGH, Rs. 247/99, Slg. 2002, I-8375 Rn. 274; EuG, Rs. 236/01 Slg. 2004, II-1181 Rn. 405.

유럽법원의 판례가 존재하지 않는 경우에는 유럽인권법원의 판례가 기본권의 해석과 적용에 고려될 수 있다. 이렇게 볼 때 유럽연합-기본권의 해석과 적용에 있어서 유럽인권협약 그리고 유럽인권법원의 판례는 매우 중요한 의미를 가진다⁷³⁾. 독일의 법원들은 유럽인권협약의 적용과 관련하여 많은 사례에서 유럽인권법원과 법적으로 다른 견해를 보임으로써 논란이 있었다. 유럽인권법원은 유럽의 각 나라의 헌법재판소나 법원들이 상이한 법해석을 하는 경우에는 기본권 보호에 있어서 평가영역의 한계(margin of appreciation)의 인정을 통한 사법적 자제를 하였다⁷⁴⁾.

3. 유럽연합의 유럽인권협약의 가입에 대한 유럽법원의 결정

유럽연합 기본권의 첫 번째의 가장 중요한 법인식원으로서 유럽인권협약은 유럽연합이 유럽연합에 가입하기 전에는, 유럽연합의 구성국가가 유럽연합법을 실행하는 경우에 있어서 유럽연합의 구성국가에 대한 국제법적인 법원(völkerrechtliche Rechtsquelle)으로서 구속력을 가진다. 이와 관련하여 리스본조약(treaty of Lisbon)에 의하여 개정된 유럽연합조약 제6조 제2항은 법인격을 가지고 있는 유럽연합의 유럽인권협약에로의 가입의무를 규정함으로써, 유럽인권협약이 유럽연합에 대하여 구속력을 가지는 법원으로서 적용될 수 있는 길을 열어놓고 있다.

이미 오랫동안 논의된 유럽의 인권보호를 위한 노력들 중의 하나인 유럽연합(EU) 내지 - 2009년 12월 1일의 리스본 조약의 효력발생 이전의 유럽공동체(EG)의 유럽인권협약의 가입은 이미 40년 이상 되는 유럽의 중요한 관심사였다⁷⁵⁾. 유럽공동체법원은 유럽공동체가 조약체결 당사자(Vertragspartei)로서 유럽인권협약에 가입할 수 있는가라는 문제에 대하여, 유럽연합은 현재의 유효한 법률에 따른 해석에 의하면 유럽인권협약에 가입할 권한이 없다는 자신의 평가서(Gutachten) 2/94를 통해서 이를 부정하였다⁷⁶⁾. 왜냐하면 이에 대한 충분한 권한에 대한 근거(Kompetenzgrundlage)가 존재하지 않기 때문이다⁷⁷⁾.

73) Jarass, 앞의 책(주 69), Art. 52 Rn. 65; 박진완, 앞의 논문(주 70), 795쪽.

74) Kirchhof, 앞의 논문(45), S. 275.

75) Walter Obwexer, Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen, EuR 2012, S. 115.

76) 1996 I-1763 - EMRK (Gutachten 2/94); Hans-Peter Folz, in: Christoph Vedder/Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht. EUV | AEUV | Grundrechte-Charta, Baden-Baden 2012, Art. 6 Rn. 6.

1996년에 당시의 유럽공동체의 유럽인권협약가입의 유럽연합의 조약체계와의 법합치성 확보를 위한 전제조건이 제시된 후에, 이러한 가입을 위한 법적 근거를 마련하기 위한 노력이 행해지게 되었다. 이러한 노력실행의 결과로서 이미 부결된 유럽헌법조약(Treaty establishing a Constitution for Europe)은 제 I -9조 제2항에서 유럽연합의 유럽인권협약의 가입을 규정하였다⁷⁸⁾. 그 후 리스본 조약에 의하여 개정된 현재의 유럽연합조약 제6조 제2항은 유럽연합은 유럽인권협약에 가입한다고 다시 규정함으로써 유럽연합의 유럽인권협약의 가입에 대한 법적 근거를 마련하였다⁷⁹⁾.

유럽연합의 유럽인권협약가입이 가능한 조건을 마련하기 위하여 유럽인권협약 역시 개정되었다. 2010년 6월 1일의 러시아의 비준을 통해서 효력을 발생하였던 2004년 5월 13일의 유럽인권협약에 대한 제14 부속의정서(Zusatzprotokoll der EMRK) 제17조에 의하여 유럽인권협약 제59조에 「유럽연합은 이 협약에 가입할 수 있다」고 규정한 새로운 제2항을 추가하였다⁸⁰⁾. 이렇게 유럽연합이 유럽인권협약에 가입할 수 있다고 규정한 유럽인권협약의 개정을 통해서 유럽인권협약의 가입조건으로서 유럽회의의 가입국가요건이 완화되었다⁸¹⁾.

2009년 12월 초 유럽연합 측에서, 2010년 6월 초 유럽인권협약 측에서 필요한 법적인 전제조건이 마련된 후에, 2010년 7월에 스트라스부르(Strasbourg)와 브뤼셀(Brüssel) 사이의 구체적인 협상이 개시되었고, 일 년 후 전문가적 차원에서 긍정적인 결과가 잠정적으로 도출되었다⁸²⁾. 2011년 7월까지 유럽연합의 유럽인권협약 가입을 위한 협약초안이 이른바 47+1-합의(Verhandlung) 속에서 다루어졌다⁸³⁾. 유럽연합의 유럽인권협약의 가입은 유럽연합의 모든 구성국가들이 서명한 제1 그리고 제6 부속의정서 속에 규정되었다. 그 결과 국가(Staat) 혹은 국민(Nation)과 관련을 가지는 모든 유럽인권협약의 규정은 유럽연합과도 관련성을 가지게 된다. 그 결과 제36조의 제3자 소송참가규정이 유럽

77) 박진완, 앞의 논문(주 4), 408쪽.

78) Rudolf Streinz/Walther Michl, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., München 2018, EUV Art. Rn. 14.

79) Rudolf Geiger, in: Gieger/Daniel Erasmus Khan/Markus Kotzur (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl., München 2010, Art. 6 Rn. 4.

80) Rudolf Streinz/Walther Michl, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., München 2018, EUV Art. 6 Rn. 15.

81) Grabenwarter/Pabel, 앞의 책(주 50), § 4 Rn. 15.

82) Obwexer, 앞의 논문(주 75), S. 115; 박진완, 앞의 논문(주 4), 408-409쪽.

83) 회의록과 주석에 대해서는 CDDH-UE(2011)16 vom 19.7.2011; 이에 대해서는 Polakiewicz, Der Abkommensentwurf über den Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention, EuGRZ 2013, S. 472 ff.

연합의 공동피청구인(co-respondent/mitbelangte Partei) 참가 규정으로 확대되었다⁸⁴⁾. 소송법적인 측면에서 유럽인권법원에 개인소원 제기 전에 유럽연합법원에 사전결정절차의 청구가 가능해졌다. 가입협약 제3조는 유럽인권법원의 결정 전에 유럽연합법원에 대한 소송의 제기에 대하여 규정하고 있다 (사전권리구제절차(prior involvement))⁸⁵⁾.

최종적 협약안에 대해서는 유럽연합의 기능에 관한 조약 제218조 제11항에 의한 유럽연합의 집행위원회의 청구를 통해서 유럽연합법원의 평가가 행해졌다. 2014년 12월 18일 유럽법원은 유럽연합법원의 법무관(Advocate General/Generalanwaltin) Juliane Kokott의 설득력 있는 견해⁸⁶⁾와 반대되는 입장인 유럽연합의 유럽인권협약 가입이 유럽연합법 위반이라고 결정하였다⁸⁷⁾. 이 결정을 통해서 유럽인권법원은 유럽연합의 국제법적인 활동전개의 한계를 명백히 제시하였다. 유럽연합법원은 유럽연합의 유럽인권협약의 가입이 유럽연합조약 제6조 제2항 그리고 유럽연합의 유럽인권협약의 가입에 대한 유럽연합조약 제6조 제2항에 대한 의정서(Protokol)(제8호)에 합치되지 않는다고 보았다⁸⁸⁾.

유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제267조의 사전결정절차(Vorabentscheidungsverfahren)에서 행해지는 유럽연합법원의 법해석에 대한 구속력은 유럽연합의 법질서 체계 내에서만 인정되며, 유럽연합이 가입한 유럽인권협약 체제에 대해서는 자신의 법해석에 대한 구속을 요구할 수 없다. 그러므로 유럽연합의 유럽인권협약에 대한 가입이 이루어진다면, 유럽법원의 유럽연합법에 대한 독점적 해석권이 어느 정도까지 보장될 것인가하는 의문이 제기될 수 있다. 만일 유럽연합의 유럽인권협약에 가입이 됨에 수반하는 결과로 유럽연합이 유럽인권협약에 당사자가 된다면, 설사 유럽인권협약이 유럽연합법의 기본권 보장의 핵심적 내용을 형성한다고 할지라도, 유럽법원의 독자적인 기본권 해석권이 인정될 수 있는가 하는 의문이 제기될 수 있다. 예를 들면 유럽인권협 제8조 제1항의 의미 속의 주거개념(Wohnungsbegriff)의 해석에서 동일 기본권 개념에 대한 유럽법원과 유럽인권법원의 판례가 상이할 경우에 있어서의 구심은 더욱 더 증폭될 수밖에 없다. Hoechst 사건⁸⁹⁾ 속에서 유럽법원은 유

84) Grabenwarter/Pabel, 앞의 책(주 50), § 4 Rn. 15.

85) Grabenwarter/Pabel, 앞의 책(주 50), § 4 Rn. 15.

86) Stellungnahme vom 13.6.2014, ECLI:EU:C:2014:2475; Streinz/Michl, 앞의 책(주 80), EUV Art. 6 Rn. 19.

87) EuGH, Gutachten C-2/13. 18.12.2014, BeckRS 2015, 80256 - EMRK-Beitritt II.

88) Marten Breuer, „Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass!“ Das zweite Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt der Europäischen Union, EuR 2015, S. 330.

유럽인권협약 제8조 제1항의 의미 속의 주거로서의 영업공간(Geschäftsraum)의 특성을 인정하지 않았다. 그 후 얼마 지나지 않은 시점에서의 Niemitz 사건⁹⁰⁾에서 주거개념에 대한 광의의 해석(weite Auslegung)을 선택하였다⁹¹⁾.

이러한 유럽법원의 제동으로 인하여 국제적 인권보장의 역사에서 정치적인 측면에서 뿐만 아니라 법적인 측면에서의 변모된 형태로 볼 수 있는 자치적인 법질서를 가지고 있는 초국가적 조직과 같은 고도로 발전된 국제법적인 인권 보호체계의 완성은 가입불가로 인하여 완성되지 못 하였다. 유럽연합의 유럽인권협약의 가입조약의 효력발생과 비준이 이루어지게 된다면 유럽연합의 기관과 제도를 포함한 지위에 따른 법적 행위에 대하여 유럽인권협약상의 개인소원의 제기가 가능하게 될 수 있었다. 이것은 유럽인권법원이 유럽연합법의 국내법적 전환을 위한 유럽연합의 구성국가들의 법적 행위의 유럽인권협약과의 합치여부를 심사할 수 있다는 것을 의미한다⁹²⁾.

III. 유럽연합의 유럽인권협약의 가입의무와 그 법적 효과

유럽연합조약 제6조 제2항에 의한 유럽연합의 유럽인권협약의 가입은 부수적으로 유럽연합의 공권력 행사에 대한 기본권 보호에 기여할 것이다. 그럼에도 불구하고 실체법적인 견지에서 기본권 헌장 제52조 제3항의 반대해석에서도 출되는 바와 같이 유럽인권협약이 유럽연합의 기본권 헌장의 보장수준을 넘어서서 적용되지는 않는다. 부수적인 개인의 권리보호는 유럽연합의 유럽인권협약에 대한 가입 후에 유럽연합의 공권력 행사에 대한 개인소원(Individualbeschwerde)을 통한 권리보호를 통해서 행해질 수 있다⁹³⁾.

유럽연합의 유럽인권협약의 가입은 단지 리스본 조약에 포함된 유럽인권협약 가입에 대한 의정서(Protokoll „über den Beitritt der Union zur Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten“)를 준수한 경우에만 가능하다. 따라서 가입과정에서 유럽연합법과 유럽연합법의 중요한 특

89) EuGH - Hoechst, Rs. 46/87 und 227/88 - Slg 1989, 2919, Rn 17 f.

90) EGMR Urteil v. 16.12.1992, Serie A Vol. 251 B, S. 23, 34 f, auch NJW 1993, 718.

91) Marc Bungenberg, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015, AEUV Artikel 218 Rn. 113.; 박진완, 앞의 논문(주 4), 389쪽.

92) Stephen Breitenmoser/Robert Weyeneth, 위의 책, AEUV Artikel 67 Rn. 37.

93) Jarass, 앞의 책(주 69), Einl. Rn. 42.

정들은 유지되어만 한다. 그 외에도 유럽연합조약 제6조 제3항 제2문에 의한 가입이 유럽연합조약 속에 규정된 유럽연합의 권한을 아무것도 변경시킬 수 없다. 2013년 4월 5일에 의결된 유럽연합의 유럽인권협약의 가입에 관한 조약안(Entwurf eines Vertrags über den Beitritt der EU zur EMRK)은 유럽연합법원의 입장에 근거하면 정당하게 평가될 수 없다. 왜냐하면 유럽인권협약 제53조와 기본권 헌장 제53조 사이의 충분한 조정이 결여되어 있기 때문이다⁹⁴⁾.

유럽연합의 유럽인권협약의 가입은 유럽인권협약에 다음의 두가지 법적효과를 발생시킨다. 첫 번째로 유럽인권협약에 대하여 유럽연합에 의하여 인정된 국제법적 합의에 대하여 일반적으로 인정되는 것과 같은, 유럽연합법의 구성부분으로서의 효력이 인정된다⁹⁵⁾. 따라서 유럽인권협약은 유럽연합의 다른 국제법적인 의무들과 마찬가지로 이차적 법(Sekundärrecht)보다는 위에 있고, 우선적 법(Primärrecht)보다는 하위에 있는 유럽연합법의 순수한 법원이 된다⁹⁶⁾.

기본권 헌장 제53조에 의하여 유럽인권협약과 유럽연합의 기본권 헌장과 병렬적으로 적용된다. 그렇지만 경우에 따라서 우선적 법으로서의 기본권 헌장, 즉 우선적 법의 우위 때문에 유럽연합의 기본권 헌장의 내용이 고려된다⁹⁷⁾. 가장 중요한 것은 유럽연합의 유럽인권협약 가입 후에는 유럽연합의 공권력 행사에 대해서 유럽인권협약의 효력을 관철하기 위한 유럽인권협약 제34조에 의한 개인소원의 제기가 가능하다는 것이다.

Jaras 교수는 유럽연합의 유럽인권협약 가입 후에는 비록 유럽인권협약이 유럽연합법의 법인식원(Rechtsquellenquelle)으로서의 성격을 가지고 있지만, 사실상 순수한 법원(echte Rechtsquelle)에 가까운 의미가 부여될 것이라는 점을 강조하고 있다. 이것은 유럽인권협약에 대해서 우선적 법에 상응한 효력이 부여되기 때문에, 일반적 국제조약에 대한 우선적 법의 우위와 같은 유럽인권협약에 대한 우선적 법의 우위가 인정될 수 없을 것이라는 주장을 하고 있다⁹⁸⁾. 그럼에도 불구하고 유럽연합의 유럽인권협약의 가입이 어떠한 유럽연합-기본권의 효력약화도 초래할 수 없고 이와 반대로 유럽연합의 권한강화도 발생시킬 수 없다.

94) Jarass, 앞의 책(주 69), Einl. Rn. 43.

95) EuGH, C-2/13 (EMRK), 18.12.14 Rn.180.

96) Jarass, 앞의 책(주 69), Einl. Rn. 44.

97) Jarass, 앞의 책(주 69), Einl. Rn. 44.

98) Jarass, 앞의 책(주 69), Einl. Rn. 45.

IV. 유럽연합의 유럽인권법원의 가입에 대한 절차적 진행과 이에 대한 유럽연합법원의 법적 평가

유럽연합조약 제6조 제2항은 유럽연합은 유럽인권협약에 가입한다고 규정하고 있다. 이렇게 유럽연합이 유럽인권협약에 가입한다는 것을 규정한 의미는 첫째로 유럽인권협약은 유럽연합 기본권의 해석에 있어서 가장 중요한 법인식원(Rechtserkenntnisquelle)이다. 두 번째로 유럽인권협약은 유럽연합법의 집행에 있어서 유럽연합의 구성국가들에 대해서는 국제법적인 법원(völkerrechtliche Rechtsquelle)으로서의 구속력을 가진다, 유럽연합이 유럽인권협약에 가입하면, 유럽인권협약은 유럽연합의 행위에 대하여 법적인 구속력을 가지는 국제법적인 법원이 된다⁹⁹⁾.

1. 법원으로서 유럽인권협약 - 유럽연합의 구성국가의 유럽인권협약의 구속

유럽인권협약에 가입한 유럽연합의 구성국가들은 국제법적인 측면에서 법인식원(Rechtserkenntnisquelle)으로서 뿐만 아니라 법원(Rechtsquelle)으로서 구속된다. 유럽연합의 유럽인권협약의 가입은 유럽연합조약 제6조 제2항에 대한 의정서 제8호(Protokoll Nr. 8 zu Art. 6 Abs. 2 EUV)를 통해서 구체화되었다¹⁰⁰⁾. 이 의정서 제1조는 유럽연합의 유럽인권협약의 가입 후에도 유럽연합과 유럽연합법의 특징은 그대로 유지된다고 규정하고 있다. 이것은 한편으로 유럽연합이 유럽인권협약의 협의회(Gremien)에 적절히 참가하고, 또 다른 한편으로는 유럽연합법의 해석에 있어서 유럽연합법의 자치와 유럽연합법원의 자율적 관할권(autonome Zuständigkeit)이 보장되는 것을 의미한다¹⁰¹⁾.

초기에는 조약을 예컨대 ‘유럽연합은 노력한다’와 같은 단지 유럽연합의 유럽인권협약의 가입을 단지 정치적 목적의 선언의 수준으로 규정한 후에, 현재의 유럽연합조약 제6조 제2항은 직설적인 현재진행형의 형태인 헌법적 의무로서 규정하고 있다. 유럽연합조약 제6조 제2항은 유럽연합법원이 1996년의 자신의

99) Thorsten Kingreen, in: Christian Callies/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl., München 2016, EU-Vertrag(Lissabon) Art. 6 Rn. 19.

100) CONV 354/02 vom 22. 10. 2002, S. 12.

101) 유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제344조, 유럽연합조약 제6조 제2항에 대한 의정서 제8호 참조; Kingreen, 앞의 책, EU-Vertrag(Lissabon) Art. 6 Rn. 24.

평가서(Gutachten)¹⁰²⁾에서 요구하였던, 유럽인권협약에 가입하기 위한 유럽연합법의 근거가 된다. 이 유럽인권협약의 가입은 유럽인권협약 뿐만 아니라 그 의정서에 대한 가입까지 포함된다. 유럽연합의 유럽인권협약에 대한 가입이 유럽연합이 다른 국제인권선언이나 조약에 대한 가입을 배제하는 것은 아니다¹⁰³⁾.

그 사이에 유럽연합의 유럽인권협약의 가입에 대한 유럽연합법적인 근거 뿐만 아니라 유럽인권협약 속에서도 법적인 근거도 마련되었다. 그 이전에는 단지 유럽회의(Council of Europe/Europarat)국가만이 유럽인권협약에 가입할 수 있도록 규정되었던 것이, 제14 부속의정서(Das 14. Zusatzprotokoll zur EMRK)가 유럽연합에 대해서 가입의 가능성을 제공하였다. 제14 부속의정서 제17조에 의하여 도입된 유럽인권협약 제59조 제2항은 리스본 조약 속에 규정된 유럽연합의 유럽인권협약의 가입을 가능하게 하기 위하여 규정된 것이다. 그렇지만 2014년 12월 18일 유럽연합법원이 그 때까지 작성된 가입조약의 초안들이 유럽연합조약과 합치되지 않는다고 결정한 후부터, 언제 다시 가입이 이루어질지는 예측이 불가능한 상황이 되었다¹⁰⁴⁾.

유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제216조 제2항에 의하여 유럽연합의 가입을 통해서 유럽인권협약은 유럽연합 뿐만 아니라 유럽연합의 구성국가에 대해서도 국제법적인 구속력을 가지는 법원이 된다. 그 결과 유럽연합의 구성국가 뿐만 아니라 유럽연합 속에서 유럽인권협약의 적용을 통한 내부적 혹은 외부적인 기본권 심사가 가능하게 된다. 유럽인권협약 속에 유럽인권협약의 규범적 효력의 순위에 대한 규정이 없기 때문에, 유럽연합은 유럽연합법 속에서의 유럽인권협약의 효력상의 순위를 직접 규정해야만 한다. 대부분의 유럽인권협약의 가입국가들 속에서 유럽인권협약은 일반법(einfaches Recht)과 헌법(Verfassungsrecht) 사이에 위치하는 효력을 가진다. 규범적 위계질서의 측면에서 유럽인권협약은 유럽연합의 기본권 헌장 보다 하위에 놓이게 된다. 유럽연합의 기본권 헌장 제52조 제3항에 의하여 유럽인권협약은 유럽연합의 기본권 보장을 위하여 유럽인권협약과 이와 관련된 유럽인권법원의 판례가 원용되는 한에서는 유럽연합의 기본권 보장을 위한 실질적인 최소한의 보장기준으로서 고려된다¹⁰⁵⁾.

유럽연합의 유럽인권협약에로의 가입이 실현되기 위해서는 가입의 형식적 그리고 실질적 전제조건이 충족되어야만 한다. 가입협약은 국제적 협약이기 때

102) CONV 528/03 vom 2. 6. 2003, S. 13.

103) Kingreen, 앞의 책(주 99), EU-Vertrag(Lissabon) Art. 6 Rn. 25.

104) Jens Meyer-Ladewig/Denise Renger/Jens, in: Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (Hrsg.), EMRK, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, Art. 59 Rn. 2.

105) Kingreen, 앞의 책(주 99), EU-Vertrag (Lissabon) Art. 6 Rn. 27.

문에, 형식적 측면에서 유럽연합의 기능에 관한 조약 제218조 제6항 제2하부항(UAbs.) 문자(lit.)a 숫자(Ziff.)ii는 유럽연합의 유럽인권협약의 가입은 유럽의회의 동의가 필요하다고 규정하고 있다. 제218조 제8항 제2하부항(UAbs.) 두 번째 문장(S. 2)의 첫 번째 반문장(Hs. 1)은 각료회의(Rat)의 만장일치의 결의도 요구하고 있다. 그 외에도 유럽연합의 구성국가들이 자신의 헌법규정에 의하여 요구되는 동의조건을 충족해야만 요건을 충족해야만 가입협약은 효력을 발생한다(유럽연합의 기능에 관한 조약 제218조 제8항 제2하부항(UAbs.) 두 번째 문장(S. 2)의 두 번째 반문장(Hs. 2)). 국제법적인 비준절차는 법인격을 취득한 국제법의 주체인 유럽연합이 진행한다(유럽연합조약 제47조)¹⁰⁶⁾.

그 외에도 가입협약은 실질적 측면에서 유럽연합의 제1차적 법원인 우선적법(Primärrecht)과 합치되어야만 한다. 유럽연합조약 제6조 제2항 제2문이 유럽연합의 유럽인권협약의 가입이 유럽연합의 관할권을 침해하지 않아야 한다고 규정하고 있기 때문이다. 이에 실질적인 중요한 판단기준은 유럽연합법의 자치와 유럽연합법의 해석에 관한 유럽연합법원의 해석독점권을 보장하고 있는 유럽연합조약 제6조 제2항에 대한 의정서 제8호 및 유럽연합의 기능에 관한 조약 제344조가 될 것이다¹⁰⁷⁾. 유럽연합법원은 2013년도 마련된 가입협약 초안이 이러한 요구조건을 충족하기 못했다고 보아서 유럽연합법위반으로 평가하였다.

1) 유럽인권협약가입조약의 초안

유럽인권협약에 가입한 유럽연합의 구성국가들은 국제법적인 측면에서 법인식원(Rechtserkenntnisquelle)으로서 뿐만 아니라 법원(Rechtsquelle)으로서 구속된다. 유럽연합의 유럽인권협약의 가입은 유럽연합조약 제6조 제2항에 대한 의정서 제8호(Protokoll Nr. 8 zu Art. 6 Abs. 2 EUV)를 통해서 구체화되었다¹⁰⁸⁾. 이 의정서 제1조는 유럽연합의 유럽인권협약의 가입 후에도 유럽연합과 유럽연합법의 특징은 그대로 유지된다고 규정하고 있다. 이것은 한편으로 유럽연합이 유럽인권협약의 협의회(Gremien)에 적절히 참가하고, 또 다른 한편으로는 유럽연합법의 해석에 있어서 유럽연합법의 자치와 유럽연합법원의 자율적 관할권(autonome Zuständigkeit)이 보장되는 것을 의미한다¹⁰⁹⁾.

초기에는 조약을 예컨대 ‘유럽연합은 노력한다’와 같은 단지 유럽연합의 유럽

106) Kingreen, 앞의 책(주 99), EU-Vertrag (Lissabon) Art. 6 Rn. 27.

107) Kingreen, 앞의 책(주 99), EU-Vertrag (Lissabon) Art. 6 Rn. 28.

108) CONV 354/02 vom 22. 10. 2002, S. 12.

109) 유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제344조, 유럽연합조약 제6조 제2항에 대한 의정서 제8호 참조; Kingreen, 앞의 책, EU-Vertrag(Lissabon) Art. 6 Rn. 24.

인권협약의 가입을 단지 정치적 목적의 선언의 수준으로 규정한 후에, 현재의 유럽연합조약 제6조 제2항은 직설적인 현재진행형의 형태인 헌법적 의무로서 규정하고 있다. 유럽연합조약 제6조 제2항은 유럽연합법원이 1996년의 자신의 평가서(Gutachten)¹¹⁰⁾에서 요구하였던, 유럽인권협약에 가입하기 위한 유럽연합법의 근거가 된다. 이 유럽인권협약의 가입은 유럽인권협약 뿐만 아니라 그 의정서에 대한 가입까지 포함된다. 유럽연합의 유럽인권협약에 대한 가입이 유럽연합이 다른 국제인권선언이나 조약에 대한 가입을 배제하는 것은 아니다¹¹¹⁾.

그 사이에 유럽연합의 유럽인권협약의 가입에 대한 유럽연합법적인 근거 뿐만 아니라 유럽인권협약 속에서도 법적인 근거도 마련되었다. 그 이전에는 단지 유럽회의(Council of Europe/Europarat)국가만이 유럽인권협약에 가입할 수 있도록 규정되었던 것이, 제14 부속의정서(Das 14. Zusatzprotokoll zur EMRK)가 유럽연합에 대해서 가입의 가능성을 제공하였다. 제14 부속의정서 제17조에 의하여 도입된 유럽인권협약 제59조 제2항은 리스본 조약 속에 규정된 유럽연합의 유럽인권협약의 가입을 가능하게 하기 위하여 규정된 것이다. 그렇지만 2014년 12월 18일 유럽연합법원이 그 때까지 작성된 가입조약의 초안들이 유럽연합조약과 합치되지 않는다고 결정한 후부터, 언제 다시 가입이 이루어질지는 예측이 불가능한 상황이 되었다¹¹²⁾.

유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제216조 제2항에 의하여 유럽연합의 가입을 통해서 유럽인권협약은 유럽연합 뿐만 아니라 유럽연합의 구성국가에 대해서도 국제법적인 구속력을 가지는 법원이 된다. 그 결과 유럽연합의 구성국가 뿐만 아니라 유럽연합 속에서 유럽인권협약의 적용을 통한 내부적 혹은 외부적인 기본권 심사가 가능하게 된다. 유럽인권협약 속에 유럽인권협약의 규범적 효력의 순위에 대한 규정이 없기 때문에, 유럽연합은 유럽연합법 속에서의 유럽인권협약의 효력상의 순위를 직접 규정해야만 한다. 대부분의 유럽인권협약의 가입국가들 속에서 유럽인권협약은 일반법(einfaches Recht)과 헌법(Verfassungsrecht) 사이에 위치하는 효력을 가진다. 규범적 위계질서의 측면에서 유럽인권협약은 유럽연합의 기본권 헌장 보다 하위에 놓이게 된다. 유럽연합의 기본권 헌장 제52조 제3항에 의하여 유럽인권협약은 유럽연합의 기본권 보장을 위하여 유럽인권협약과 이와 관련된 유럽인권법원의 판례가 원용되는 한에서는 유럽연합의 기본권 보장을 위한 실질적인 최소한의 보장기준으로서 고려된다¹¹³⁾.

110) CONV 528/03 vom 2. 6. 2003, S. 13.

111) Kingreen, 앞의 책(주 99), EU-Vertrag(Lissabon) Art. 6 Rn. 25.

112) Jens Meyer-Ladewig/Denise RengerJens, in: Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (Hrsg.), EMRK, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, Art. 59 Rn. 2.

유럽연합의 유럽인권협약에로의 가입이 실현되기 위해서는 가입의 형식적 그리고 실질적 전제조건이 충족되어야만 한다. 가입협약은 국제적 협약이기 때문에, 형식적 측면에서 유럽연합의 기능에 관한 조약 제218조 제6항 제2하부항(UAbs.) 문자(lit.)a 숫자(Ziff.)ii는 유럽연합의 유럽인권협약의 가입은 유럽회의의 동의가 필요하다고 규정하고 있다. 제218조 제8항 제2하부항(UAbs.) 두 번째 문장(S. 2)의 첫번째 반문장(Hs. 1)은 각료회의(Rat)의 만장일치의 결의도 요구하고 있다. 그 외에도 유럽연합의 구성국가들이 자신의 헌법규정에 의하여 요구되는 동의조건을 충족해야만 요건을 충족해야만 가입협약은 효력을 발생한다(유럽연합의 기능에 관한 조약 제218조 제8항 제2하부항(UAbs.) 두 번째 문장(S. 2)의 두 번째 반문장(Hs. 2)). 국제법적인 비준절차는 법인격을 취득한 국제법의 주체인 유럽연합이 진행한다(유럽연합조약 제47조)¹¹⁴⁾.

그 외에도 가입협약은 실질적 측면에서 유럽연합의 제1차적 법원인 우선적 법(Primärrecht)과 합치되어야만 한다. 유럽연합조약 제6조 제2항 제2문이 유럽연합의 유럽인권협약의 가입이 유럽연합의 관할권을 침해하지 않아야 한다고 규정하고 있기 때문이다. 이에 실질적인 중요한 판단기준은 유럽연합법의 자치와 유럽연합법의 해석에 관한 유럽연합법원의 해석독점권을 보장하고 있는 유럽연합조약 제6조 제2항에 대한 의정서 제8호 및 유럽연합의 기능에 관한 조약 제344조가 될 것이다¹¹⁵⁾. 유럽연합법원은 2013년도 마련된 가입협약 초안이 이러한 요구조건을 충족하기 못했다고 보아서 유럽연합법위반으로 평가하였다.

2) 유럽인권협약가입조약의 초안

유럽연합의 집행위원회(Kommission)는 2010년 6월 4일의 각료회의의 의결(Ratsbeschluß)을 통해서 유럽회의의 인권에 대한 조정위원회(Lenkungsausschuß für Menschenrechte des Europarats)에 유럽인권협약가입협약 초안을 마련하는 임무를 부여하였다. 이 위원회는 후에 유럽회의의 참여를 통한 정당성 증진의 측면에서 유럽회의 47개 각 구성국가들의 대표자와 유럽연합의 집행위원회의 대표자가 참석하는 ‘47+1 그룹(ad hoc group 47+1)’으로 확대되었다. 2013년 4월 5일이 그룹에서 가입협약의 초안이 마련되었다¹¹⁶⁾. 이 초안에 대한 각료회의의 결정

113) Kingreen, 앞의 책(주 99), EU-Vertrag (Lissabon) Art. 6 Rn. 27.

114) Kingreen, 앞의 책(주 99), EU-Vertrag (Lissabon) Art. 6 Rn. 27.

115) Kingreen, 앞의 책(주 99), EU-Vertrag (Lissabon) Art. 6 Rn. 28.

116) Council of Europe, Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH Ad Hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention of Human Rights, 47+1(2013008rev2),

(Ratsbeschluß) 전에 유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제218조 제11항에 의하여 유럽연합법원에 대하여 이에 법적평가가 제청되었다¹¹⁷⁾.

가입협약은 한편으로는 유럽연합에 대한 외부적 인권통제와 또 다른 한편으로는 유럽연합법의 독자성과 자치 그리고 유럽연합의 기관의 관할권을 보장해야만 했다¹¹⁸⁾. 가입협약은 유럽인권협약의 가입을 위하여 필요한 유럽인권협약 규정의 변경 외에도 유럽인권협약에 대한 가입 그리고 그 가입방식에 대하여 규정하고 있다. 가입협약 제1조 제1항은 유럽인권협약 외에도 이미 모든 유럽연합의 구성국가들이 가입한 유럽인권협약의 두 의정서인 부속의정서(Zusatzprotokoll)와 제6호 의정서(Protokoll Nr. 6)에 대한 가입을 규정하고 있다.

가입협약 제1조 제3항은 유럽연합의 법적 책임을 유럽연합의 기관의 행위로 한정하였고, 유럽인권협약의 가입을 통해서 유럽연합의 권한은 침해되지 않는다는 것을 규정하였다. 가입협약 제1조 제4항은 유럽연합의 기본권 헌장 제51조 제1항과 마찬가지로 유럽연합의 구성국가가 유럽연합법을 집행하고 있는 한에서는, 구성국가 역시 유럽인권협약의 침해에 대한 책임을 부담한다. 이 경우에 유럽연합의 공동피청구인(Mitbeschwerdegegnerin)으로서 책임은 그대로 유지된다(협약 제3조). 협약 제2조 제1항은 유럽연합이 유럽인권협약과 그 부속의 정서에 대한 적용유보(Vorbehalte)를 하는 것이 가능하다고 규정하고 있다. 가입협약은 유럽연합과 유럽연합의 구성국가들이 특정한 전제조건들을 충족한 경우에는 유럽인권법원의 소원절차에서 공동피청구인(Mitbeschwerdegegnerin)이 될 수 있다고 규정하고 있다. 가입협약 제3조 제6항은 유럽인권법원이 유럽인권협약-기본권의 기준에 의하여 결정하기 전에 유럽연합법원이 유럽연합행위의 유럽연합-기본권 위반여부에 대한 심사에 대하여 사전에 결정할 수 있다는 사전결정절차를 규정하고 있다.

2) 유럽연합법원의 평가서 2/13(Gutachten 2/13 des EuGH)

유럽연합법원은 자시의 평가서 2/13을 통해서 가입협약 초안을 유럽연합법 위반으로 선언하였고, 1996년의 자신의 평가서 2/94¹¹⁹⁾ 이후에 두 번째로 유럽연합의 유럽인권협약 가입을 중단시켰다. 유럽인권법원의 평가서의 핵심적 비판점들은 가입조약에 규정된 내용들 보다 규정되지 않은 것들에 대한 것들이었다. 비판의 핵심적 내용은 유럽연합법의 자치와 양 법원들 상호간의 신뢰였다¹²⁰⁾.

117) Kingreen, 앞의 책(주 99), EU-Vertrag (Lissabon) Art. 6 Rn. 29.

118) Wendel, 앞의 논문(주 13), S. 922.

119) EuGH, Gutachten 2/94, Slg. 1996, I-1759.

유럽연합법원은 유럽연합법과 유럽연합법원의 독자성을 상세히 강조하였다. 유럽연합법원은 유럽인권협약 제53조와 유럽연합의 기본권 헌장 제53조의 기본권 보호수준조항들 사이의 실제법적인 조정규범이 존재하지 않는다는 점을 비판하였다¹²¹⁾. 또 유럽연합의 구성국가들 사이의 법적인 분쟁에 대한 유럽인권협약 제33조에 의한 유럽인권법원의 관할권을 배제하는 규정이 존재하지 않는다는 점도 비판하였다¹²²⁾. 그 외에도 규정된 공동소원피청구인(Mitbeschwerdegegner)의 체계 속에서 유럽연합과 유럽연합의 구성국가들 사이의 권한배분의 침해의 위험성이 존재한다고 보았고¹²³⁾, 가입초안 제3조 제6항의 사전처리절차(Vorbefassungsverfahren)를 통하여 유럽연합의 권한침해의 위험이 존재한다고 보았다¹²⁴⁾. 최종적인 비판은 유럽연합법원이 관할권을 가지지 않은 유럽연합의 공동의 외교정책과 안보정책(GASP)의 실행의 영역에서의 유럽인권협약 제6조와 제13조의 최소한도의 실제적 권리보호의 요구의 준수에 대한 관할권을 유럽인권법원에로의 이양에 관한 것이었다¹²⁵⁾.

V. 결론

유럽법의 헌법화(constitutionalization of EU law)에 대한 논의와 관련하여 유럽에서의 헌법재판소들의 역할에 대하여 다양한 견해가 제기된다¹²⁶⁾. 2009년 12월 1일 리스본 조약(Treaty of Lisbon)이 효력을 발생하였다. 이로 인하여 유럽법의 헌법화에 있어서 많은 변화가 초래되었다. 조약의 효력발생으로 인하여 유럽연합의 기본권 헌장의 우선적 법(primary law)으로서의 형식적 효력이 인정되었다. 최종적으로 리스본 조약은 제6조 제2항에서 이 조약으로 인하여 법인격을 취득한 유럽연합의 유럽인권협약의 가입에 대해서 규정하고 있다.

120) Daniel Halberstam, "It's the Autonomy, Stupid!" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, 16 German Law Journal GLJ 105 (2015).

121) EuGH, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 189 ff.

122) EuGH, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 201 ff.

123) EuGH, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 218 ff.

124) EuGH, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 237 ff.; Kingreen, 앞의 책(주 99), EU-Vertrag (Lissabon) Art. 6 Rn. 31.

125) EuGH, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 249 ff.; Wendel, 앞의 논문(주 13), S. 925.

126) Foreword: Constitutional Courts in the European Legal System After the Treaty of Lisbon and the Euro-Crisis 16 German Law Journal 1317 (2015).

유럽연합법원(CJEU)의 의견서(Opinion) 2/13에도 불구하고, 유럽연합이 유럽인권협약에 가입하게 된다면, 유럽의 각국가들의 헌법재판소들과 유럽법원들(European Courts), 즉 유럽헌법재판소들 사이의 사법적 공조와 협력관계들은 더욱 더 복잡성이 증가하게 될 것이다. 유럽연합의 유럽인권협약의 가입으로 인하여 몇몇 유럽연합가입국가들의 헌법재판소재판관들이 유럽인권법원들의 결정내용들을 고려하게 된다면, 이들 헌법재판소들과 유럽연합법원과의 관계는 더욱 더 복잡한 논의가 전개되는 양상으로 전개될 것이다. 왜냐하면 각 국가들의 헌법재판소들과 유럽인권법원 사이에는 사전결정절차와 같은 유럽의 각 국가들의 헌법재판소와 유럽연합법원의 직접적 상호작용을 발생시키는 사전결정절차(Vorabentscheidungsverfahren/preliminary reference procedure)가 존재하지 않기 때문이다.

2014년의 유럽연합의 유럽인권협약가입에 대한 유럽연합법원의 결정이 있는 후로, 이에 대한 많은 다양한 학문적 의견들이 제기된다. Adam Lazowski와 Ramses Wessel은 유럽연합의 유럽인권협약의 가입을 통해서 유럽연합의 공권력 행사에 대해서 외부적인 엄격한 심사가 행해지고, 유럽인권협약과 유럽연합의 기본권 헌장의 통일적 해석이 확보해야될 필요성이 있다고 보면서, 이러한 가입이 유럽연합의 기관을 통한 권리보호 보다 더 많은 개인의 권리보호에 더욱 더 기여하게 될 것이라고 보고 있다¹²⁷⁾. 이에 반하여 Steve Peers는 매우 비판적인 입장을 견지하면서 유럽연합의 유럽인권협약가입이 justice and home affairs와 관련된 인권보호의 수준의 하락을 초래할 것이라고 보고 있다¹²⁸⁾. Daniel Stamm은 대부분의 유럽연합법원의 요구사항들은 수용될 것이지만, 일부사항들은 잘못 해석되거나 배제될 것이라고 하면서 매우 신중한 견해를 제시하고 있다¹²⁹⁾. Joachim Nergelius는 유럽연합법원의 견해를 따르면서 유럽연합의 유럽인권협약의 가입을 위해서는 조약변경이 필요하다고 보고 있다¹³⁰⁾.

127) Adam Łazowski* & Ramses A. Wessel, When Caveats Turn into Locks: *Opinion 2/13* on Accession of the European Union to the ECHR, 16 German Law Journal 212 (2015).

128) Steve Peers, The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare 16 German Law Journal 222 (2015).

129) Daniel Halberstamm, "It's the Autonomy, Stupid!" A Modest Defense of *Opinion 2/13* on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, 16 German Law Journal 146 (2015).

130) Joakim Nergelius, The accession of the EU to the European Convention on Human Rights, A critical analysis of the Opinion of the European Court of Justice, SIEPS 2015, p. 50.

[참고문헌]

박진완, 유럽인권법원의 Görgülü v. Germany 사건을 둘러싼 유럽인권법원과 독일연방헌법재판소의 갈등, 유럽헌법연구 제3호, 유럽헌법학회 2008, 171-199쪽.
박진완, 유럽의 헌법재판소 연합에 대한 검토, 헌법논총 제26집, 헌법재판소 2015, 381-406쪽.

Marco Athen/Oliver Dörr, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, München 65 EL August 2018, AEUV Art. 344.

Armin von Bogdandy, Jenseits der Rechtsgemeinschaft - Begriffsarbeit in der europäischen Sinn- und Rechtsstaatlichkeitskrise, EuR 2017, S. 487 ff.

Marten Breuer, „Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass!“ Das zweite Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt der Europäischen Union, EuR 2015, S. 330 ff.

Birgit Daiber, Der Einfluß der EGMR-Rechtsprechung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 2018, S. 957 ff,

Claus Dieter Classen, Schwierigkeiten eines harmonischen Miteinanders von nationalem und europäischem Grundrechtsschutz, EuR 2017, S. 347 ff.

Michael Fuchs, Die Vermessung der Rechtsstaatlichkeit. Die „Rule of Law Checkist“ der Venedig Kommission des Europarates, EuGRZ 2018, S. 237 ff.

Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Auflage, München/Basel/Wien 2016.

Daniel Halberstam, “It’s the Autonomy, Stupid!” A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, 16 German Law Journal GLJ 105 (2015).

Thomas Haug, Die Pflicht deutscher Gerichte zur Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR, NJW 2018, S. 2674.

Shu-Perng Hwang, Die EMRK im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG: Die Entwicklung eines Grundrechtspluralismus zur Überwindung des Gegensatzes von Monismus und Dualismus?, EuR 2017, S. 512 ff.

Hans D. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl.,

- München 2016.
- Adam Łazowski & Ramses A. Wessel, When Caveats Turn into Locks: *Opinion 2/13* on Accession of the European Union to the ECHR, 16 German Law Journal 212 (2015).
- Hellen Keller/Daniela Kühne, Zur Verfassungsgerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ZaöRV 2016, S. 246 ff.
- Thorsten Kingreen, in: Christian Callies/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl., München 2016, EU-Vertrag(Lissabon) Art. 6.
- Ferdinand Kirchhof, Kooperation zwischen nationalen und europäischen Gerichten, EuR 2014, S. 267 ff.
- Koen Lenaerts, Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten, EuR 2015, S. 3 ff.
- Markus Ludwigs, Kooperativer Grundrechtsschutz zwischen EuGH, BVerfG und EGMR, EuGRZ 2014, S. 273 ff.
- Rudolf Mögele, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., München 2018, AEUV Art. 216.
- Jörg Polakiewicz und Irene Suominen-Picht, StraßburgAktuelle Herausforderungen für Europarat und EMRK: Die Erklärung von Kopenhagen (April 2018), das Spannungsverhältnis zwischen EMRK und nationalen Verfassungen und die Beteiligung der EU an dem europäischen Menschenrechtskontrollmechanismus, EuGRZ 2018, S. 383 ff.
- Steve Peers, The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare 16 German Law Journal 222 (2015).
- Jan Philipp Schaefer, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Faktor der europäischen Integration, EuR 2017, S. 80 ff.
- Jörg Philipp Terhechte, Die Europäische Union als Innovationsverbund - Innovationsverfassung und rechtliche Innovationen in der EU, EuR 2017, S. 3 ff.
- Jan Philipp Schaefer, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Faktor der europäischen Integration, EuR 2017, S. 80 ff.
- Rudolf Streinz/Walther Michl, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., München 2018, EUV Art. 6.
- Andreas Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010,

S. 1 ff.

Mattias Wendel, Der EMRK-Beitritt als Unionsverstoß. Zur völkerrechtlichen
Öffnung der EU und ihre Grenzen, NJW 2015, S. 921 ff.

[Abstract]

Relationship between the European Court of Justice and European Court of Human Rights

Park, Zin-Wan*

According to the Lisbon Treaty, the protection of the fundamental rights of the European Union is based on two foundations: The new Charter of Fundamental Rights of the European Union (Article 6, Paragraph 1 of the European Union Treaty), which has legally equivalent effect with other treaties and which has legal binding force through these legal equivalents (Article 6, Paragraph 1 of the Treaty on European Union) and apart from it the basic right of the European Union, which has been in force continuously as a general rule of law of the European Union (Article 6, Paragraph 1 of the European Union Treaty). These two bases for the protection of the fundamental rights of the European Union are complemented by Article 6 (2) of the European Union Treaty in accordance with the Lisbon Treaty, which authorizes accession of the European Union to the European Convention on Human Rights.

The Court of Justice of the European Union, which is referred to as the European Court of justice in its opinion of accession to the European Convention on Human Rights of the European Union on 18 December 2014, was decided that the European Union's accession to the European Convention on Human Rights violated European Union law as an explicit set of limits on the development of the European Union's international legal action. The European Court concluded that the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights is in violation of Article 6 (2) of the Treaty on European Union and Protocol (No 8) relating to Article 6(2) of the Treaty on European Union on the accession of the Union to the European

* professor, Law School of Kyungpook National University.

Convention on the Protection of Human Rights.

The Court of Justice of the European Union judged that the European Union's entry into the European Convention on Human Rights violated the Treaty of the European Union. The Court of the European Union, through this decision, has prevented the European Union from joining the European Convention on Human Rights. Although the continuation of a new phase in the history of European and international human rights guarantees was hindered by the European Court's check, the basic framework of the close linkage between the European Union and the European Convention on Human Rights as a system of human rights protection throughout Europe has not been woken up.

Notwithstanding Opinion 2/13 of the European Court of Justice, if the European Union is to be admitted to the European Convention on Human Rights, the judicial cooperation and cooperation between the constitutional courts of European countries and the European courts, namely the European Constitutional Court, More complexity will increase.

Keywords : Court of Justice of the European Union (CJEU), European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights, Charter of Fundamental Rights of the European Union, EU accession to the European Convention on Human Rights (ECHR)