

EU법과 EU의 유럽인권협약 가입 — 유럽연합재판소(ECJ) 결정을 중심으로 —*

정 문 식**

<국문초록>

유럽연합(European Union: 이하 EU)은 유럽인권협약(European Convention of Human Rights)에 가입하기 위하여 EU 조약을 개정하여 제6조 제2항에 유럽인권협약가입의 헌법적 의무를 규정하였다. 유럽연합재판소가 1996년에 EU가 유럽인권협약에 가입하려면 조약상 근거가 필요하다면서 EU의 유럽인권협약가입을 좌절시키는 결정을 내렸기 때문이다. EU는 2013년 유럽인권협약가입 조약안을 제정하여 유럽연합재판소(European Court of Justice)에 조약안이 EU법에 합치되는지 여부를 문의하였다.

유럽연합재판소는 먼저 조약안이 EU법의 특수성과 자주성을 보장해야 한다고 전제하면서, 몇 가지 이유에서 조약안이 EU법의 특수성과 자주성을 보장하지 못한다고 평가하였다. 첫째, 유럽인권협약 제53조와 EU 기본권헌장 제53조 간에 권한을 조정할 수 있는 규정을 두지 않았다. 둘째, EU와 EU 회원국 간 상호신뢰원칙을 유지할 수 있는 조치가 없다. 셋째, 유럽인권협약 제16 추가의정서, EU 운영조약 제344조 등에 따라 회원국의 상호신뢰원칙 위반을 방지할 조치가 마련되지 않았다. 넷째, 절차적인 측면에서 핵심적으로 인식된 공동피소제도는, 공동피소신청 절차에서 유럽인권재판소가 재량을 행사하여 EU와 회원국 간 권한관계를 침해할 수 있다. 다섯째, 유럽인권재판소가 EU법의 인권협약위반여부를 판단하기 전에 연합재판소에 이에 대한 평가를 해 볼 수 있는 사전의견신청절차도 EU법의 유효성만 해석하는 한계가 있다. 여섯째, 공동외교안 보분야(CFSP)에는 유럽연합재판소도 재판권이 없는데, 유럽인권재판소에 재판권이 부여되어 EU법의 자주성을 침해할 수 있다.

이런 유럽연합재판소의 결정은 해석방법에 있어서 EU의 유럽인권협약 가입에 가장 불리한 방식을 채택하였다는데 기본적인 문제가 있다. 유럽연합재판소가 개별적인 사안에서 주장한 EU법의 자주성은 EU의 특징을 나타낼 수는 있어도, 유럽인권협약 가입 후에 유럽인권재판소로부터 받게 될 외부적 통제로부터 자유롭다는 것을 의미하는 것은 아니다. 유럽연합재판소는 이번 결정을 통해 EU법 해석과 적용, EU내 기본권 보장에 있어서 배타적인 권한을 포기하지 않으려는

* 이 논문은 2017년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2017S1A5A2A01027236).

** 한양대학교 법학전문대학원 교수.

것으로 보인다. 유럽연합재판소의 결정은 해석방법과 논리에 있어서도 문제가 있지만, 무엇보다 앞으로 EU가 유럽인권협약에 가입하려는 노력과 절차를 더욱 어렵게 했다는데 더 큰 문제가 있다.

주제어: 유럽인권협약 가입, 연합재판소, EU법의 자주성, 공동피소제도, 사전의견신청제도

목 차

- I. 서론
- II. 연합재판소의 조약안에 대한 결정 내용
- III. 연합재판소 결정에 대한 분석
- IV. 결론: 연합재판소의 과욕에 따른 EU 인권협약 가입의 험난한 여정

I. 서론

1. 유럽인권협약가입을 방해하는 EU법의 자주성?

2014년 12월 18일 유럽연합재판소(ECJ: EuGH. 이하 ‘연합재판소’)는 유럽연합(이하 ‘EU’)의 유럽인권협약(ECHR: EMRK. 이하 ‘인권협약’) 가입을 위한 조약안(이하 ‘조약안’)이¹⁾ EU법에 위반된다는 결정을 내렸다.²⁾ 이에 대해 독일 학계는 연합재판소가 EU 내에서 통일된 기본권보장체제 구축을 막았다고 비판했다.³⁾ EU가 인권협약에 정식으로

1) EU의 유럽인권협약가입 조약안에 대해서는 대표적으로 김민서, 『EU의 유럽인권협약 가입에 관한 고찰: 가입협정 초안을 중심으로』, 국제법학회논문총 58-1, 2013, 145-169면 참조.

2) Gutachten(Opinion) 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454. 이 결정문은 EuGH, EuGRZ 2015, S.56ff. 또는 (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=160882&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5580891>)에서 참조 가능. 조약안에 대해서 몇 가지 수정을 전제로 긍정적 결론을 내린 법률고문관(Generalanwältin) 코콧(Juliane Kokott)의 최종의견서는 Juliane Kokott, Stellungnahme, EuGRZ 2015, S.30ff. 또는 EU 홈페이지 (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=160929&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5580891>)에서 참조 가능.

3) 회원국 중 대표적으로 독일 학자들의 주장만 보더라도 예컨대 Marten Breuer, “Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass!”, *EuR* 2015, S.330ff.; Daniel Toda Castán, “Die Öffnung des EU-Rechts für die Europäische Menschenrechtskonvention”, *DÖV* 2015, S.12ff.; Daniel Engel, *Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK*, 2015, S.313ff.; Christoph Grabenwarter, “Das EMRK-Gutachten des EuGH”, *EuZW*, 2015, S.180; Stefanie Schmahl, “Der Beitritt der EU zur Europäischen Menschenrechtskonvention: Wo liegt das Problem?”, *JZ* 2016, S.921ff.; Gabriele Kucsko-Stadmayer, “Das Rechtssystem der EMRK”, *JBI*

가입하게 되면, EU 내에서 발생하는 기본권 침해(또는 보호)문제에 회원국 최고법원, 연합재판소, 유럽인권재판소(ECtHR: EGMR. 이하 ‘인권재판소’) 중에 누가 최종적인 (권한을 가지며) 책임을 질 것인지가 해소될 수 있는데,⁴⁾ 그 기회가 미루어졌기 때문이다. 연합재판소는 이미 1996년에 EU가 인권협약에 가입하려면 EU조약의 개정이 필요하다고 결정하여, 당시 EU 집행위원회(이하 ‘위원회’)가 EU조약(당시 암스테르담조약)을 근거로 인권협약에 가입하려는 시도를 무산시킨 경험이 있다.⁵⁾

그런데 4년이 지난 2018년 11월 현재까지 EU 위원회가 인권협약 가입을 위한 새로운 준비활동을 했다거나 협의하고 있다는 소식은 들리지 않는다.⁶⁾ 이에 대한 원인은 연합재판소가 조약안에 대한 EU법 위반결정을 내리면서 강조한 EU법의 자주성(Autonomie) 내용에 있는 것으로 보인다. 연합재판소가 EU법의 자주성을 보장하기 위하여 제시한 기준들은 EU가 인권협약가입 조약안을 마련하는데 비현실적이거나 불가능한 것들이기 때문이다.⁷⁾

따라서 EU의 인권협약 가입에 장애가 되고 있으며, 연합재판소가 주장한 EU법의 자주성 내용이 어떤 것인지 확인하기 위하여, 먼저 2014년도 연합재판소 결정 내용을 살펴보는 것이 필요하다(II). 다음으로 연합재판소가 기술한 내용을 각 주제별로 분석하면서 그 주장의 합리성을 평가한다(III). EU의 인권협약가입을 좌절시킨 연합재판소 결정

2015, S.746ff.; Rudolf Streinz, “Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenensystem”, in: Martin Kment(Hrsg.), *Das Zusammenwirken von deutschen und europäischen öffentlichen Recht, FS für Hans D Jarass zum 70. Geburtstag*, 2015, S.135ff.; Rudolf Streinz, “Europarecht: EuGH blockiert den Beitritt zur EMRK”, *JuS* 2015, S.567ff.; Christian Tomuschat, “Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral”, *EuGRZ* 2015, S.133ff.; Christian Walter, “Der verpasste Verfassungsauftrag”, in: Martin Kment(Hrsg.), *Das Zusammenwirken von deutschen und europäischen öffentlichen Recht, FS für Hans D Jarass zum 70. Geburtstag*, 2015, S.145ff.; Matthias Wendel, “Der EMRK-Beitritt als Unionsrechtsverstoß”, *NJW* 2015, S.921ff. 등 참조 가능. 물론 이와 달리 이 결정에 대해 상대적으로 긍정적인 평가는 Thorsten Kingreen, in: Calliess/Ruffert(Hrsg.), *EUV • AEUV*, 5.Aufl., 2016, Art.6 EUV, Rn.32; Daniel Thym, “Das EMRK-Gutachten des EuGH”, *EuZW*, 2015, S.180 참조. Frank Schorkopf, “Anmerkung”, *JZ* 2015, S.781ff.은 최소한 “유럽 내에서 기본권보호의 기능과 수준에 위협은 발생하지 않았다”고 보았고, Ulrich Halten, “Die Quittung für Verfassungsneid”, *NZZ* v.29.01.2015, S.21은 연합재판소가 다른 결정문과 달리 EU(조약)이 본질적으로 헌법적 성격을 강조했다고 평가했다.

4) EU내에서 기본권 침해문제에 대한 회원국 최고법원과 연합재판소, 인권재판소 간의 권한 문제에 대해서는 대표적으로 정문식, 『유럽연합 사법권체제 내에서 기본권 보장』, (전남대)법학논총 제30집 제3호, 2010, 285-309면, 특히 303-304면 참조.

5) Gutachten 2/94, ECLI:EU:C:1996:140.

6) Jörg Polakiewicz/ Irene Suominen-Picht, “Aktuelle Herausforderungen für Europarat und EMRK”, *EuGRZ* 2018, S.383(387f.)

7) 연합재판소가 요구한 내용을 ‘피를 흘리지 않고 가죽을 벗겨내는 것’(Breuer, 앞의 논문)이라거나, 연합재판소가 기술한 EU법의 자주성을 ‘성배’(Tomuschat, 앞의 논문)라고 묘사한 독일 학자들의 비유에서도 이를 확인할 수 있다.

과 EU법의 자주성을 평가하고, 그에 따른 EU의 인권협약가입을 위한 현실적인 여건과 상황을 전망하는 것으로 결론을 같음한다(IV). 이로써 다차원적인 기본권보호 시스템을 가진 EU 내에서 통일적인 기본권보장 체제를 구축하는 것이 얼마나 어려운지, 이를 해결하기 위한 법원 또는 재판소 간 협력이 얼마나 필요한지 확인할 수 있다.

연합재판소의 결정내용을 확인하기 전에, 이전까지 EU의 인권협약가입 조약안의 성립 과정을 짧게 살펴본다.⁸⁾

2. EU의 인권협약가입 조약안 성립까지

(1) 첫 번째 여정: EU의 발전과 기본권보장을 위한 인권협약가입 노력

EU의 전신인 유럽공동체(이하 EC) 내에서 기본권보장은 조약상 근거규정이 없어서 판례를 통해 인정되었다.⁹⁾ 연합재판소는 기본권(인식)의 근거를 인권협약과 ‘EC 회원국의 공통적인 헌법전통’에서 찾았다.¹⁰⁾ 그 후에 유럽 내에서 EC 회원국과 비회원국 간 기본권보장에 있어서 차이를 해소하기 위하여 EC는 인권협약 가입노력을 1979년부터 시작했다.¹¹⁾ 1994년 유럽이사회(Council: Rat 이하 ‘이사회’)는 EC 조약에 근거하여 인권협약에 가입할 수 있는지 연합재판소에 문의하였다. 연합재판소는 인권협약 가입이 EC 법체계에 근본적 변경을 야기하므로, 조약개정을 통한 근거조항 마련이 필요하다며 부정적 의견을 표시했다.¹²⁾

8) 이하 조약안이 성립하기까지 과정에 대한 내용은 기본적으로 연합재판소 결정문(Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.46ff.)과 Walter Obwexer, “Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen”, *EuR* 2012, S.115(123ff.); Jörg Polakiewicz, “Der Abkommensentwurf über den Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention”, *EuGRZ* 2013, S.472ff.; Walter, 앞의 논문(Gutachten), S.146f. 등을 참조하였음.

9) 이에 대해서는 대표적으로 정문식, 『유럽법상 기본자유와 기본권의 관계』, 유럽헌법학회연구논집 창간호, 2007, 177-181면, 독일문헌은 대표적으로 Christian Walter, “Geschichte und Entwicklung der Europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten”, in: Dirk Ehlers(Hrsg.), *Europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten(EUGR)*, 4.Aufl., 2014, S.10ff. 참조.

10) 인권협약을 근거로 본 대표적인 결정은 Nold, 4/73, ECLI:EU:C:1975:114, Rn.13, 회원국의 공통적인 헌법전통에서 기본권의 근거를 찾은 대표적인 결정은 Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn.4 참조. 이에 대해서는 Engel, 앞의 책, S.16ff. 참조.

11) Schorkopf, 앞의 논문, S.781; Walter, 앞의 논문(Geschichte), Rn.40. 이에 대해서 EU 내에서 기본권보장 문제가 제기되고 독일연방헌법재판소의 소위 Solange-I 결정이 나면서부터 EU 기관들이 인권협약 가입노력을 시작한 때(1970년대)를 첫 번째 시기로, 1980년대부터 1996년까지를 두 번째 시기로 구분한 견해에 대해서는 Engel, 앞의 책, S.2ff. 참조.

12) Gutachten 2/94, ECLI:EU:C:1996:140, Rn.34ff.

(2) 두 번째 여정: 리스본조약 개정과 인권협약 가입 조약안 확정

EU는 2009년 리스본조약 체제에서 연합조약(TEU: EUV) 제6조 제2항에 인권협약가입을 가능케 하는 근거규정을 마련하였다.¹³⁾ 이후 이사회는 2010년 6월 4일 조약안에 관한 협의를 승인하며 위원회를 협의책임자로 정하는 의결을 하였고,¹⁴⁾ 2012년 조약안 협의에 관한 원칙을 보충적으로 결정하였다.¹⁵⁾ 2013년 4월 5일 조약안에 대한 위원회와 (회원국 등) 관련자들 간 기본적인 합의가 이루어졌다.¹⁶⁾ 위원회는 조약안이 EU조약에 합치하는지에 대한 평가의견(opinion: Gutachten)을 연합재판소에 신청하였다. 연합재판소는 조약안이 EU법에 합치하지 않는다는 결론을 내리며, 사실상 EU의 인권협약 가입을 거부하는 두 번째 결정을 하였다.

II. 연합재판소의 조약안에 대한 결정 내용

1. 청구의 적법성

- 13) 제6조 제2항은 “연합은 인권협약에 가입한다. 이 가입은 동 조약 규정된 연합의 권한을 변경하지 아니한다”고 규정되어 있다. 이는 독일어로 “Die Union tritt der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten bei. Dieser Beitritt ändert nicht die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union”, 영어로 “The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such accession shall not affect the Union’s competences as defined in the Treaties”라고 표현되어 있다. 독일어는 인권협약에 ‘가입한다’는 의미로 나타나지만, 영어는 ‘가입해야 한다(shall accede)’는 의미로 이해할 수 있다.
- 14) 이후 조약안에 대한 준비작업은 Polakiewicz, 앞의 논문, S.473f. 참조.
- 15) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.47. 인권협약가입에 관한 기본원칙들은 EU가 내부규정(EU’s internal rules)으로 결정해야 할 대상이며, 이를 공식적으로 제정하고 공포하는 것은 필수적이라고 보았기 때문에 이사회가 이를 결정하였다. EU 내부규정으로 결정할 주요내용들은 예컨대 인권재판소에서 EU의 대리, 공동피소제도(Mitbeschwerdemechanismus), EU의 공권력행사가 인권협약에 위반되는지 사전에 인권재판소에 의견을 청구하는 사전의견(Vorabfassung)제도 등이며, 그 밖에도 EU의 지위가 관련되는 경우들, 인권재판소나 각료위원회(Committee of Ministers: Ministerkomitee)에서 회원국의 발언하거나 활동이 포함되었다.
- 16) 이 조약안은 EU 회원국 대표 7인과 유럽평의회(Europarat) 회원국이지만 EU 비회원국 대표 7인으로 구성된 소위 인권운영위원회(Steering Committee for Human Rights: CDDH) 소속 전문위원회(CDDH-UE)가 노력한 결과물이며, 이 인권운영위원회의 공식적인 최종보고서는 인권재판소 홈페이지(https://www.echr.coe.int/Documents/UE_Report_CDDH_ENG.pdf)에서 참조 가능하다. 조약안은 크게 두 분야로 구분되는데, 첫 번째는 EU의 인권협약가입에 관한 기본조항들이다. 두 번째 부분은 기술조항들로서, 한편으로는 인권협약의 개정관련 조항들이고, 다른 한편은 인권협약과 관련된 법제도 내지 인권협약 가입에 대한 종결조항, 비준서류, 가입서류 등에 관한 조항들이다. 심사대상이 된 조약안 제3조 제2항 내지 제8항의 내용은 Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.56에서 확인 가능하다.

운영조약(TFEU: AEUV) 제218조 제11항에 근거하여 위원회는 국제법상 “조약안” 내용이 EU조약과 합치하는지 여부를 연합재판소에 청구할 수 있기 때문에, 청구의 적법성과 관련하여 논란은 없었다.¹⁷⁾ 국제조약이 체결되기 전에 연합재판소가 당해 조약안의 EU법 위반여부를 판단하는 것은 문제가 될 만한 사안의 사전예방 의미가 있다.¹⁸⁾ 협의 당사자들이 조약안에 기본적으로 동의하였고, 인권협약 가입방법에 관해서도 상세한 내용들이 마련되어 있어서 조약안을 심사대상으로 삼았다. 심사기준은 기본적으로 (회원국이 체결한 EU조약의) 1차법 규정들이며, 이와 관련된 조항들도 동원되었다.¹⁹⁾

2. 본안판단

(1) 인권협약 가입 시 고려사항으로서 EU의 특수성

연합재판소는 먼저 연합조약 제6조에 EU가 인권협약에 가입할 수 있는 법적 근거가 마련되었음을 환기시켰다.²⁰⁾ EU는 일반적인 국제조약과 달리 새로운 법질서를 창설하여 회원국의 주권을 점차 제약하고, 회원국뿐만 아니라 개인 시민에게도 권리주체성을 부여하고 있다.²¹⁾ EU가 국가는 아니지만, EU조약은 헌법적 내용들과 원칙들, 잘 정비된 제도들과 이러한 전체내용이 제대로 운영될 수 있도록 보장하는 법규정들로 구성되었다. EU가 인권협약에 가입하게 되면 그에 따른 법적 효과가 나타나는데, 이 때 연합조약 제6조 제2항에 규정되어 있듯이 “조약에 규정된 연합의 권한”은 변하지 않아야 한다.²²⁾ 이를 위하여 EU (연합조약 제6조 제2항에 대한) 제8의정서는²³⁾ EU가 인권협약에 가입한 후 EU와 EU법의 특수성이 유지되고, 연합기관과 회원국의 권한이 왜곡되지 않도록 요구하고 있다. 따라서 연합재판소는 EU의 인권협약 가입(조약안)이 EU조약과 합치하

17) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.108-109. 벨기에 등 총 24개 회원국과 유럽의회, 유럽이사회가 본 재판과정에서 서면이든, 구두로든 의견을 제시하였다. 조약안의 효력과 불분명한 내용을 근거로 연합재판소의 심사대상으로 적합하지 않다는 견해가 주된 내용이다. Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.110-111 참조.

18) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.145-146.

19) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.148-150. EU법에서 1차법은 주로 회원국 간 체결한 기본조약, 예컨대 연합조약, 운영조약, 기본권헌장, 추가의정서 뿐만 아니라 일반적인 법원칙, EU법 보장을 위한 기본원칙 등이 이에 속하는 것으로 본다. Rudolf Streinz, *Europarecht*, 10.Aufl., 2016, Rn.449ff. 참조.

20) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.155-156.

21) Van Gend & Loos, 26/62, EU:C:1963:1, S.25; Costa v. E.N.E.L., EU:C:1964:66, S.1269.

22) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.157-160.

23) 정식명칭은 EU의 인권협약가입에 관한 연합조약 제6조 제2항에 대한 의정서이며, 내용은 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_2007.306.01.0001.01.DEU&toc=OJ:C:2007:306:TOC#C_2007306DE.01014701에서 확인할 수 있다.

는지 여부를 판단할 때, EU와 EU법의 특수성(besondere Merkmale)이 유지되는지 여부도 판단해야 한다고 보았다.²⁴⁾

연합재판소가 제시한 EU의 특수성은 EU의 헌법적 구조와 독자적 법원, 회원국 법에 대한 EU법의 적용우위원칙과 직접효 등이다.²⁵⁾ EU의 법적 구조 중심에 EU 기본권헌장이 있는데, 이는 EU의 모든 공권력행사가 시민들의 기본권을 침해할 수 없음을 의미한다.²⁶⁾ 다른 한편 EU가 다른 회원국 법과 국제법에 대해서 자주성(Autonomie)을 가지지만, 이를 유지하기 위해서 회원국은 EU법 집행 시 성실한 협력의무(연합조약 제4조 제3항 제1문)를 부담하고, EU는 연합재판소를 통해 EU법의 통일된 해석과 적용을 보장한다.²⁷⁾

(2) 인권협약가입조약안의 EU법 합치성

1) EU법의 특수성과 자주성

인권협약의 실질적인 기본권내용은 EU법 일반원칙의 일부분이 될 수 있다.²⁸⁾ EU가 인권협약에 가입하면 인권협약은 EU법의 일부로서 회원국과 모든 EU 기관들을 구속하고, 유럽인권재판소에 의한 외부통제를 받게 된다. 국제조약을 통한 새로운 사법기관의 설립 자체는 원칙적으로 허용되지만, 그러한 재판기관의 권한행사는 조약의 본질적인 권한을 위반하지 않고 EU법의 자주성이 침해되지 않아야 하는데, 특히 사법권을 담당하는 연합재판소의 해석권한을 제한해서는 안 된다.²⁹⁾ 외부통제라는 개념 속에 이미, 인권협약을 해석하는데 있어서 인권재판소의 인권협약 해석은 연합재판소의 인권협약 해석에 구속력을 갖지만 연합재판소의 해석은 인권재판소에 구속력이 없음이 내포되어 있다.³⁰⁾

① 인권협약 제53조와 EU 기본권헌장 제53조

기본권헌장 제53조에 따르면,³¹⁾ EU조약의 적용지역 내에서는 기본권헌장 규정이 EU법 및 회원국과 EU가 가입한 국제조약, 그리고 회원국 헌법이 인정한 기본권을 제한하

24) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.164.

25) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.165-166.

26) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.169-172.

27) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.173-177.

28) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.179; Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:2013:105, Rn.44.

29) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.182-184; Kadi, C-402/05, EU:2008:461, Rn.282.

30) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.185-186.

31) 기본권헌장 제53조: 본 헌장의 어떤 조항도 연합법과 국제법, 그리고 연합과 모든 회원국이 체결한 국제조약, 그 중에 특히 인권협약, 그리고 회원국의 헌법을 통해 인정된 기본권과 기본 자유를 제한하거나 침해하는 것으로 해석하지 아니한다.

는 것으로 해석될 수는 없다.³²⁾ 인권협약 제53조는³³⁾ 인권협약이 보장하는 수준보다 더 높은 기본권보호 수준을 국민에게 제공할 수 있도록 체약국에게 권한을 유보하고 있다. 따라서 인권협약 제53조와 EU 기본권헌장 제53조를 조화롭게 해석할 수 있어야 하고, 이를 통해 회원국은 인권협약 제53조를 통해 부여된 유보권한을 행사하는데 있어서 EU 법의 우위, 통일성, 효력 등을 침해함이 없이, EU 기본권헌장에서 보장한 기본권수준을 유지할 수 있어야 한다. 하지만 조약안은 이를 위한 기준이나 내용을 제시하지 않고 있다.³⁴⁾

② 회원국 간 상호신뢰원칙

형사사법에 관한 소위 자유·안전·권리영역(area of freedom, security and justice: Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts)에서는³⁵⁾ 회원국 간 상호신뢰원칙이 EU법의 집행에 있어서 중요한 역할을 수행한다. 이 원칙에 따라 각 회원국은 예외적인 상황을 제외하고는, EU법을 집행할 때 다른 회원국이 기본권을 보장한다고 간주하고, 다른 회원국에게 EU가 보장하는 것보다 더 높은 수준의 기본권보장을 요구해서는 안 된다. 또한 다른 회원국이 실제로 EU가 보장하는 정도의 기본권보장을 유지하고 있는지 심사해서도 안 된다. 그런데 인권협약은 EU와 EU 회원국 간 관계를 EU와 EU 비회원국 간 관계와 동일하게 규정하므로, EU 회원국 간에 인권협약의 내용 준수에 대해서 상호 심사할 수 있게 된다. 따라서 EU의 인권협약가입이 EU법의 자주성을 침해할 수 있다.³⁶⁾

③ 인권협약 제16추가의정서

인권협약 제16추가의정서는, 회원국 최고재판소에게 인권협약의 해석과 적용에 관한 기본문제에 대해 의견을 청구할 수 있도록 권한을 부여한다.³⁷⁾ 조약안이 2013년 4월에 의결되고, 제16추가의정서는 2013년 10월에 서명되었지만, 인권협약이 EU법의 일부가

32) 회원국의 (높은) 기본권보호수준을 적용하여 EU의 기본권보호수준, EU법의 적용우위, 통일성, 효력 등에 영향을 미칠 수 없다는 의미이다. Melloni, C-399/11, EU:2013:107, Rn.60.

33) 인권협약 제53조: 본 협약 중 어떤 조항도 체약국 법률이나 체약국이 당사국인 다른 조약에 의하여 보장되는 인권 및 기본적 자유를 제한하거나 침해하는 것으로 해석하지 아니한다.

34) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.187-190.

35) 이 영역은 EU 내 체류, 망명, 이민, 민·형사사법공조 등을 다룬다. Streinz, 앞의 책, Rn.1028ff.

36) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.191-195.

37) 이 추가의정서와 인권재판소에 권고적 의견(advisory opinion)을 청구하는 제도에 대한 설명은 김대순, 『유럽인권협약 제16의정서에 담긴 유럽인권재판소의 권고적 관할권』, 국제법학회논총 제61권 제1호, 2016, 53-56면 참조. 김대순 교수는 이를 ‘권고적 의견 청구권’이라고 번역하였다.

된다면 추가의정서가 예정하고 있는 제도는 운영조약 제267조에 규정된 사전판단절차 (preliminary ruling: Vorabentscheidung)의 독자성과 효력을 침해할 가능성이 있다.³⁸⁾ 제 16추가의정서를 비준한 회원국이 연합재판소의 사전판단절차를 회피하기 위하여 인권재판소에 사전의견을 청구하면, EU의 재판제도는 무력화될 위험이 있다. 조약안은 연합재판소의 사전판단제도와 인권재판소의 사전의견제도 간 권한관계를 규율하는 규정을 두고 있지 않아서 EU법의 자주성과 효력을 침해할 수 있다.³⁹⁾

2) EU 사안에 대한 연합재판소 재판권(운영조약 제344조) 위반 여부

운영조약 제344조에⁴⁰⁾ 따라 조약의 해석과 적용에 관한 분쟁에 대해서는 조약에서 규정한 방식대로만 해결하고, EU 회원국은 조약이 마련한 방식만을 따라야 할 의무가 있다. 국제조약에 따른 재판권과 EU법에 따른 재판권이 경합할 때에는 EU법에 따른 방식이 우선한다. 그런데 인권협약 제33조(국가청원)에 따르면 인권협약 위반에 관한 회원국 간 분쟁에 대한 관할권은 인권재판소가 갖게 된다. 조약안 제5조의 회원국 간 분쟁에 대한 연합재판소에서의 재판은 인권협약상 분쟁해결절차로 간주하지 않는다는 해석론은 연합재판소의 관할권을 보호하는데 불충분하다.⁴¹⁾

다른 한편 조약안 제5조는 인권협약 제55조에⁴²⁾ 규정된 의무의 범위만 축소시키는 것이므로, 회원국은 인권협약 제33조를⁴³⁾ 통해 다른 회원국이나 EU의 인권협약 위반에 대한 법적 분쟁을 인권재판소의 심판대상으로 삼을 수 있다. 이러한 가능성 자체가 운영조약 제344조에 위반된다. 실제로 회원국 간 또는 EU와 회원국 간 법적 분쟁이 발생하고, 이 분쟁이 인권협약 제33조에 따라 인권재판소에서 다루어지게 되면 더 큰 문제가 된다. 운영조약 제344조는 EU 내부 법적분쟁 해소의 배타적 성격과 연합재판소의 관할권을 보장하려는 것으로서, 이와 양립하는 사전적 또는 사후적 외부 통제외는 맞지 않는다.⁴⁴⁾

회원국이나 EU가 인권재판소에서 청구할 수 있는 가능성 그 자체로 운영조약 제344

38) 인권재판소에 의견청구제도와 EU법상의 사전판단절차의 관계에 대해서 상세한 설명은 김대순, 앞의 논문, 60-67면 참조.

39) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.196-199.

40) 제344조: 회원국은 본 조약의 해석과 적용에 관한 분쟁을 조약에 규정된 외에 다른 방식으로 해결할 수 없다.

41) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.201-206.

42) 제55조: 체약국은 특별협정에 의한 경우를 제외하고, 본 협약의 해석과 적용에 대한 분쟁을 본 협약에서 정한 절차 이외의 방식으로 해결하려고, 체약국 간 발효 중인 다른 조약, 협정 또는 선언을 이용하지 않을 것에 동의한다.

43) 제33조: 모든 체약국은 협약 및 의정서 규정에 대한 다른 체약국의 위반에 대해서 재판소에 제소할 수 있다.

44) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.207-211.

조의 목적을 침해할 수 있고, EU법의 해석과 적용에 대해서는 다른 법을 모두 배제하는 EU법의 본질에 반하게 된다. 인권협약 제33조에 근거한 회원국 간 또는 회원국과 EU 간 법적 분쟁에 대한 인권재판소의 관할권을 명시적으로 배제해야 운영조약 제344조에 합치된다.⁴⁵⁾

3) 공동피소제도

조약안은 EU가 인권협약에 가입 후 소송참가, 책임, 효력범위 등과 관련하여 발생할 수 있는 인권협약제도의 흠결을 해결하기 위하여 공동피소제도를 마련하였다. 공동피소제도의 목적은 EU 비회원국에 의한 국가청원이나 개인청원이 EU 또는 관련 회원국에게 제대로 전달되도록 보장하기 위한 것이며, 이 목적도 EU법의 특수성을 유지하는 방식으로 달성되어야 한다.⁴⁶⁾

① 공동피소참가

조약안 제3조 제5항에 따라, 인권재판소가 직권으로 요청하거나 체약국의 신청에 대해 인권재판소가 결정하면, 체약국은 공동피소로 재판에 참가할 수 있다. 제소국이 본래 의도하지 않았던 공동피소를 통한 체약국들의 소송참가는 그 실제적 요건이 갖추어졌는지 판단해야 하고, 이는 EU와 회원국들이 스스로 결정할 수 있어야 한다. 이 전제조건들은 본질적으로 EU와 회원국 간 권한분배에 관계되고, EU 공권력행사가 인권협약을 위반했는지 여부를 판단하는 기준에 해당하는 것이다. 따라서 전제조건들의 판단에는 EU법에 대한 평가가 따른다.⁴⁷⁾

EU 또는 회원국이 공동피소참가신청을 하면, 인권재판소는 이에 대해 타당성(plausibility: Plausibilität)심사기준으로 판단한다. 비록 인권재판소는 공동피소참가를 위한 조약안 제3조 제2항, 제3항의 전제조건이 충족되었는지를 판단하는 것이지만, 이 때 EU법상 EU와 회원국 간 권한분배와 EU 공권력행사를 다루고 결정하게 된다. 따라서 그러한 인권재판소의 심사는 EU와 회원국 간 권한분배를 침해하는 것이다.⁴⁸⁾

② 인권협약위반 시 책임분배

인권재판소가 피소국과 공동피소국의 인권협약 침해를 확인하면, 조약안 제3조 제7항에 따라 피소국과 공동피소국이 인권협약위반에 대해 공동책임을 부담한다. 이는 조약안

45) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.212-214.

46) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.215-217.

47) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.218-221.

48) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.222-225.

이 인권협약과 관련하여 회원국의 특수한 상황과 유보를 침해해서는 안 된다고 규정한 제8의정서 제2조에 위반된다.⁴⁹⁾ EU와 회원국 간 인권협약 위반책임 분배는 EU법에 의해 결정되어야 하는데, 피소국과 공동피소국의 진술과 주장을 청취한 후 인권재판소는 협약위반에 대한 책임을 일방에게만 부담시키면, EU와 회원국 간 권한분배에 대한 침해가 발생할 수 있다.⁵⁰⁾ 회원국과 EU가 공동으로 주장한다거나 합의하여 책임분배에 대한 신청을 하더라도, 인권재판소가 이를 인용하면 연합재판소의 배타적 권한은 침해되는 것이다. 따라서 공동피소제도는 EU법의 특수성을 보장하지 못하고 있다.⁵¹⁾

4) 연합재판소의 사전의견신청절차

조약안 제3조 제6항의 사전의견신청(prior involvement: Vorabfassung)절차는 보충성 원칙에 따른 것이다. 인권재판소가 심사할 내용에 EU법이 포함될 경우에는 EU의 권한 분배, 특히 연합재판소의 권한을 보장할 필요성이 대두된다.⁵²⁾ 이를 위해서 인권재판소가 다른 법적 문제에 대해 이미 연합재판소가 판단했는지를 EU의 해당 기관이 결정하고, 이 결정은 인권재판소를 기속할 수 있어야 한다. 하지만 조약안은 인권재판소가 EU 권한분배를 해석할 가능성을 배제할 수 없다. 따라서 인권재판소에 계속 중인 사건에 대해서는, 인권재판소의 결정 이전에 EU가 내용을 확인하고, 관련 EU 기관들이 대상 분쟁에 대하여 연합재판소가 이미 판결하였는지 판단할 수 있도록 제도적인 완비를 갖추어야 한다.⁵³⁾

조약안 제3조 제6항에 따라 연합재판소는 인권재판소에서 다루어질 EU법 관련 규정이 인권협약과 추가의정서에서 보장하고 있는 권리내용과 합치하는지 여부를 판단한다. 조약안 설명보고서(explanatory report: Erläuterndes Bericht) 제66단에 따르면 합치성 심사는 기본적으로 2차법의 효력문제나 1차법의 해석(interpretation: Auslegung)만을 포함하는 것으로 이해된다. 이는 연합재판소가 2차법을 해석할 기회를 봉쇄하는 것이다. 연합재판소는 구속력 있는 2차법 해석을 할 수 없는데, 인권재판소는 인권협약 위반여부를 판단하기 위하여 구속력 있는 2차법 해석을 할 수 있다면, 배타적으로 EU법의 구속력 있는 해석권한을 행사하는 연합재판소의 권한은 침해된다. 조약안이 예정하고 있는 사전의견신청은 EU와 EU법의 특수성을 유지하지 못한다.⁵⁴⁾

49) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.226-228.

50) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.229-231.

51) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.232-235.

52) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.236-237.

53) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.238-241.

54) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.242-248.

5) 공동외교안보정책 분야에서 사법권과 관련된 EU법의 특수성

연합재판소는 공동외교안보정책(CFSP: GASP) 분야에서 제한적인 사법권을 행사하는데, 운영조약 제275조 제2항에 따라 이사회가 의결한 내용이 자연인 또는 법인에 제한적인 조치일 때, 이사회 의결의 적법성을 심사할 수 있다.⁵⁵⁾

그런데 EU가 인권협약에 가입하면, 인권재판소는 공동외교안보정책분야에서 EU의 행위, 공권력 행사 또는 불행사가 인권협약에 위반되는지 여부를 판단할 수 있다. 이 때 기본권문제임에도 EU의 공권력 행사에 대한 사법적 통제권이 연합재판소에 없다면, EU의 공권력 행사에 대한 통제는 인권협약을 통해 EU 외부기관에만 인정되는 것이다. 그러나 기본권을 포함하여 EU의 공권력 행사에 대한 통제는, 독점적으로 EU 외부의 국제법원에 이양될 수 없다.⁵⁶⁾ 이것이 연합재판소의 현재 형성된 권한의 결과라 할지라도, 공동외교안보정책 분야에서 사법통제와 관련하여 EU법의 특수성이 보장되지 않는다는 사실에는 변함이 없다.

3. 결론

조약안은 EU법의 특수성과 자주성을 침해하는데, 인권협약 제53조와 기본권헌장 제53조가 상호 조화되도록 보장하지 못하고, 회원국과 EU 간 상호신뢰원칙이 침해될 위험을 해소할 조치가 없으며, 사전의견신청절차와 사전판단절차 간 관계를 규율하는 조항이 없다. 조약안은 운영조약 제344조를 침해하는데, 인권재판소가 회원국 간 또는 EU와 회원국 간 분쟁을 다루면서 실제적으로는 EU법이 적용될 분야를 다루게 될 가능성을 해소하지 못했다. 조약안은 EU와 EU법의 특수성을 보장할만한 공동피소제도와 사전의견신청절차 방식을 마련하지 못했다. 공동외교안보정책 분야에서 EU의 공권력행사에 대한 사법권한을 EU 외부기관에만 부여하였기에 조약안은 EU법의 특수성을 침해하였다.

III. 연합재판소 결정에 대한 분석

1. 과도하게 강조된 EU법 특성으로서 자주성

연합재판소는 결정문 내내 EU와 EU법의 특성으로서 EU법의 자주성을 강조하였는데, 이는 실체가 불분명하다.⁵⁷⁾ 연합재판소는 본안판단 서론 부분과 조약안의 EU법 합치성

⁵⁵⁾ Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.249-253.

⁵⁶⁾ Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.254-256; 1/09, EU:C:2011:123, Rn.78, 80, 89.

을 판단하는 서두에서 EU법의 자주성을 강조했다. 앞부분에서 EU는 국가가 아니면서도 국제조약과 차이가 있다는 점, 헌법적 구조를 가졌다는 점, 그리고 중요한 원칙들이 제시되었다.⁵⁸⁾ 두 번째 부분에서는 인권협약 가입으로 인권재판소가 판결을 통해 EU법에 영향을 미치는데, 이 때 EU와 EU법의 자주성이 보장되어야 한다고 주장했다.

구체적이고 정확하게 어떤 것이 EU법의 자주성인지 명확하게 밝힌 것이 아니라, 일반적인 EU와 EU법의 특징을 나열하면서 자주성인 것처럼 서술했다. EU법의 자주성은 빈번하게 언급되는 반면에, 인권협약에 가입하는 것이 EU의 헌법적 의무라는 연합조약 제6조 제2항의 명시적인 언급은 거의 나타나지 않는다.⁵⁹⁾ 연합재판소는 인권협약가입이라는 헌법적 사무보다 EU법의 자주성을 과도하게 강조함으로써, 인권협약가입보다 EU법의 보호에 무게중심을 두고 있음을 알 수 있다.⁶⁰⁾ 하지만 이런 서술은 회원국이 인권재판소의 포괄적인 기본권통제 심사를 받는 반면에, EU는 특수한 지위 때문에 인권재판소의 외부적 통제를 받지 않는다는 논지로 읽힐 수 있다.⁶¹⁾ 동일하게 인권협약에 가입했는데 EU와 체결국이 인권재판소에 대해서 다른 지위를 가진다는 것은 일반적이라고 볼 수 없다.

2. EU 기본권헌장 제53조와 인권협약 제53조의 관계

연합재판소가 기본권헌장 제53조와 인권협약 제53조의 관계에서 문제로 삼은 것이 정확하게 무엇인지 명확하지 않다. 양 조항의 핵심내용은, 기본권헌장이든 인권협약이든 회원국 내에서 더 높은 수준의 기본권보장을 금지하지 않는다는 것이다.⁶²⁾ 특히 인권협약은 연합재판소 판례를 통해서 EU 기본권의 인식근거가 되었을 뿐만 아니라, 이제는 연합조약 제6조 제2항에 기본권헌장 내용으로서 명시적으로 규정되어 있다.⁶³⁾ 그런데

57) 본래 EU법의 자주성은 EU법의 통일성과 효율성을 보장하기 위한 개념으로부터 출발하여, EU의 통합을 보장하고 모든 회원국들에게 동등하게 적용되고 해석되는 EU법의 보장 정도라고 할 수 있다. EU법의 자주성은 주로 연합재판소에 의한 배타적인 사법권을 통해 발전하면서, 다른 회원국들의 권한행사로부터 EU법을 보장하는 것(예컨대 회원국법에 대한 EU법 적용우위원칙 등)으로 나타났다. Paul Gragl, "Der rechtliche Status der EMRK innerhalb des Unionsrechts", *ZEuS* 2011, S.409(412f.); Streinz, 앞의 책, Rn.134; 198; 210.

58) 예컨대 제한된 개별수권 원칙(연합조약 제4조 제1항, 제5조 제1, 2항), 독자적 법원성(autonome Quelle), EU법 적용우위 원칙, 직접효, 기본권 존중, 성실한 협력의무 등.

59) Schorkopf, 앞의 논문, S.781.

60) 그러나 자주성이 외부적인 사법적 통제로부터 자유만을 의미해서는 안 된다. Streinz, 앞의 논문(Grundrechtsschutz), S.144; Streinz, 앞의 논문(EuGH blockiert), S.568.

61) 예컨대 Schmahl, 앞의 논문, S.927. 회원국이 주권을 가졌다면, 초국가적(supra-national) 공동체인 EU는 초주권(Super-Souveränität)을 가진 것이다. Breuer, 앞의 논문, S.331ff.

62) 인권협약 제53조는 기본권 보장의 의무를 나타내는 것이 아니라, 더 높은 수준의 기본권 보장을 실현할 수 있는 가능성을 인정하는 것이다. Wendel, 앞의 논문, S.925.

연합재판소는 어떤 점에서 EU의 기본권이 인권협약에 의해서 침해될 수 있는지 구체적인 근거제시도 없이 단언하고 있을 뿐이다.⁶⁴⁾ 인권협약 제53조와 기본권헌장 제53조 간 조정은 불필요한 것으로 보인다.⁶⁵⁾

3. 자유·안전·권리 영역에서 상호신뢰원칙의 문제

소위 자유·안전·권리영역에서는 회원국 간 상호신뢰원칙이 EU법의 집행에 있어서 중요한 역할을 수행한다. 이 원칙에 따라 각 회원국은 EU법 집행 시 다른 회원국이 기본권을 보장한다고 간주하고, EU가 보장하는 것보다 더 높은 수준의 기본권보장을 요구하지도, 이를 심사하지도 아니한다. 그런데 인권협약은 EU를 다른 회원국들과 동일하게 취급하게 되므로, 결국 EU 회원국이 EU법의 인권협약 준수에 대해서 상호 심사할 수 있게 된다. 이 부분에서 연합재판소는 EU법의 자주성이 침해될 수 있다고 본 것이다.⁶⁶⁾

인권협약에 가입한 EU 회원국들은 인권협약에 기속되기 때문에, EU의 공권력행사(명령과 지침의 집행)에 있어서 인권협약상 기본권보장의무와 충돌을 일으킬 가능성이 있는 것은 사실이다.⁶⁷⁾ EU 사무를 집행할 때, 회원국에게 EU법 집행에 재량이 허용되면 인권재판소는 회원국에게 인권협약의 구속력을 포괄적으로 적용한다.⁶⁸⁾ 다만 회원국에게 재량의 여지가 없다면, 기본적으로 EU 차원의 기본권보장이 실질적·절차적 측면에서 인권협약에 상응하는(EMRK-äquivalente) 수준이라고 보고, 회원국의 EU법 집행조치가 기본권을 침해하지 않는 것으로 추정한다(소위 상응하는 보호수준 추정원칙 또는 보스퍼러스 추정원칙).⁶⁹⁾

63) 이에 대해서는 대표적으로 Dirk Ehlers, *Allgemeine Lehre der Unionsgrundrechte*, in: Ders(Hrsg.), *EUGR*, 4.Aufl., 2014, §14, Rn.5ff. 참조.

64) Breuer, 앞의 논문, S.333f.; Schmahl, 앞의 논문, S.925; Wendel, 앞의 논문, S.924f. 참조. 물론 EU의 (연합재판소를 통한) 기본권보장이 인권협약상 기본권보장보다 낮은 수준이라면 인권재판소가 인권협약을 근거로 EU법에 영향을 줄 수 있다. 그러나 이는 외부통제에 의한 바람직한 상황이지 양 조항 간에 조정이 필요한 경우는 아니다.

65) 예컨대 대표적으로 Florian Hupfau, *Der Beitritt der EU zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, 2016, S.102ff.; Streinz, 앞의 논문(Grundrechtsschutz), S.142f.; Streinz, 앞의 논문(EUGH blockeiert), S.569 참조.

66) 특히 형사사법분야에서는 인권재판소의 관례가 영향력을 크게 발휘하기 때문에, 실제로 인권재판소의 개입이 연합재판소의 사법권에 영향을 줄 수 있다고 보아서, 연합재판소의 주장을 긍정적으로 평가한 견해는 Schorkopf, 앞의 논문, S.782 참조.

67) 예컨대 EU 내에서 망명신청자나 피의자를 다른 회원국에 이송할 때, EU 내에서 통일된 기본권보장 수준을 유지하기 위하여 해당 국가는 이송조치와 관련하여 다른 회원국에 대한 사법적 판단을 할 수 없는데, 인권재판소는 인권협약을 적용하여 이송조치에 대한 기본권 침해여부를 판단할 수 있다.

68) EGMR, Nr.30696/09, Rn.335ff. - *M.S.S. v. Belgium & Greece*.

69) EGMR, Nr.45036/98, Rn.149ff. - *Bosphorus v. Ireland*. 이 결정과 기본권 보장 추정원칙에 대

그런데 연합재판소는 회원국이 EU에 소속되어 일정 분야에서 고권을 EU에 이양하는 것을 동의했고, 따라서 EU의 자주성 때문에 일정분야에서 (인권협약 등) 다른 법규범의 적용을 배제하고 EU법을 적용할 수 있다고 보았다. 이런 논리는 EU법의 자주성을 이유로 회원국에게 국제조약(인권협약)의 구속력을 약화시키거나 배제하는 결과를 야기할 수 있다.⁷⁰⁾ 그런데 이러한 논리를 반박할 수 있는 EU 운영조약 제351조에 대해서 연합재판소는 전혀 언급하지 않았다.⁷¹⁾ 연합재판소는 회원국에 대한 EU의 충실의무(Loyalitätspflicht)를 인정하고, EU법과 기존 조약 간 충돌이 발생하는 경우 기존 조약이 우선한다고 판단한 사례도 있다.⁷²⁾ 운영조약 제351조 제2문단은 회원국에게 인권협약과 EU조약 간에 발생하는 불일치를 해소할 의무를 부여하고 있다. 따라서 회원국은 연합재판소가 조약안을 EU조약 위반이라고 결정했다 하더라도, 인권협약 가입을 위하여 지속적으로 노력할 의무가 있다.⁷³⁾ 연합재판소는 이에 대한 해결책을 제시하지도 않으면서,⁷⁴⁾ EU 내부분쟁에 대해서 인권협약의 효력적용을 배제하려는 것은 인권협약의 구속력 자체에도 반하는 것일 뿐만 아니라 국제조약의 일반적 효력 자체를 부정하는 것이

해서는 정문식, 『유럽공동체법에 따른 기본권제한 시 유럽인권재판소의 인권보장』, (전남대) 법학논총 28-1, 2008, 569-588면 참조. 그 밖에도 EU와 인권협약 체제 간 기본권보장에 대한 관계는 Markus Ludwigs/ Patrick Sikora, “Grundrechtsschutz im Spannungsfeld von Grundgesetz, EMRK und Grundrechtsecharta”, *JuS* 2017, S.385(391f.) 참조. 이러한 원칙에 따라서 EU의 기본권보장이 구조적으로 문제가 되는 경우에는 EU법에 근거한 회원국의 조치라도 인권협약을 침해한 것으로 판단할 수 있다. EGMR, Nr.30696/09, Rn.338ff. - M.S.S. v. Greece. 연합재판소도 기본권보호절차에 구조적 문제가 발견되면 연합기본권의 침해를 인정했다. N.S. / Secretary of State for the Home Department, 411/10, ECLI:EU:C:2011:865, Rn.82ff.

70) Walter, 앞의 논문(Gutachten), S.150f.

71) 제351조: 본(EU) 조약은 회원국이 1958년 1월 1일 이전에, 나중에 EU에 가입한 회원국의 경우에는 EU 가입이전에 다른 국가들과 체결한 조약상 권리와 의무에 영향을 미치지 아니한다. 제 조약이 본 조약과 합치하지 않는 경우 회원국은 제 조약의 불합치성을 해결하기 위하여 모든 적합한 수단을 사용한다. 이 목적을 위하여 필요한 경우 회원국은 상호 지원을 제공하며, 경우에 따라서는 공동입장을 채택한다. 제1항 적용 시, 본 조약이 회원국에게 제공하는 이익은 연합창설에 필수적인 요소이며, 따라서 공동 기관을 설치하고, 설치된 기관에 권한을 이양하는 것과 모든 회원국을 통해 동일한 이익을 제공하는 것은 밀접한 관련성을 가진다는 점을 회원국은 고려해야 한다.

72) T. Port / Hauptzollamt Hamburg-Jonas, 364/95, ECLI:EU:C:1998:95, Rn.60. 이에 대해서는 Lorenzmeier, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Das Recht der EU*, Bd.III, Art.351 AEUV, Rn.20(Stand: Sep. 2014) 참조. 인권협약의 경우 EU 연합조약 제6조에서 이미 인권협약의 가입과 그 지위에 대해 규정하고 있으므로, 불합치성이 발생하기 어렵고 실제로 문제될 것이 없다고 보는 입장은 대표적으로 Kokott, in: Streinz(Hrsg.), *EUV/AEUV*, 2.Aufl., Art.351 AEUV, Rn.3; Richter/ Giegerich, in: Pechstein/Nowak/Häde(Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zu EUV · GRC · AEUV*, Bd.IV, Art.351 AEUV, Rn.117, EU가 인권협약에 가입하더라도 충돌문제를 완전히 해결할 수 없다고 보는 입장은 예컨대 Lavranos, in: von der Groeben/Schwartz/Hatje(Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, Bd.4, 7.Aufl., Art.351 AEUV, Rn.17 참조.

73) Walter, 앞의 논문(Gutachten), S.152.

74) Wendel, 앞의 논문, S.925.

다.⁷⁵⁾ 이런 주장은 무엇보다 인권협약의 다른 회원국들, 특히 터키나 러시아 등에게는 납득하기 어려운 문제이다.⁷⁶⁾

4. 인권협약 제16추가정서와 EU 운영조약 제344조

인권협약 제33조는 회원국 행정부에 의한 국가청원제도를 규정하고 있고, 인권협약 제16추가정서는 회원국 법원이 EU법상 조치의 인권협약에 위반 여부를 인권재판소에 문의할 수 있도록 권고적 의견청구제도를 규정한 것이다. 연합재판소는 제16추가정서를 통해 EU법상 사전판단신청제도를 회피할 수 있어서 EU조약에 위반된다고 보았으나, 설득력이 약하다.

첫째, 제16추가정서는 결정 당시에는 발효되지 않은 상태였기 때문에 문제되지 않는 것이었다.⁷⁷⁾ 비록 제16추가정서가 2018년 8월 1일부터 비로소 정식으로 발효되었지만,⁷⁸⁾ 그럼에도 불구하고 EU 운영조약상 사전판단신청은 EU의 공권력행사가 회원국 법원에서 다루어질 때 문제되는 것이고, 조약안의 사전의견신청은 EU 공권력행사가 인권재판소에서 다루어질 때 문제되는 것이므로 양자는 다른 것이다. 전자에서는 순전히 EU의 견해만 문제되지만, 후자에서는 EU와 회원국이 피소된 경우에만 가능한 것이다.⁷⁹⁾

둘째, 운영조약 제344조는 EU조약의 해석과 적용에 관한 법적 분쟁을 EU조약에 규정된 방식으로만 해결하고, 외부적 심사에 의한 통제 가능성을 배제하고 있다.⁸⁰⁾ 따라서 EU 회원국이 EU 사안을 가지고 국가청원을 제기하면 운영조약 제344조에 위반이고,

75) Breuer, 앞의 논문, S.335f. 다른 한편 인권재판소의 외부적 통제 없이 자유·안전·권리영역에서 연합기본권이 보장되기 위해서는 세심한 조정이 필요하다는 주장은 Schmahl, 앞의 논문, S.924f. 참조.

76) Schorkopf, 앞의 논문, S.783. 만일 회원국에게 인권협약의 효력 제한을 허용한다면, 인권협약 체결국들은 자신들의 원하는 바에 따라 인권협약의 효력을 제한하려고 할 것이다. 하지만 이에 대해서 연합조약 제4조 제3항(성실한 협력원칙에 따라 연합과 회원국은 본 조약에 규정된 사무이행 시 상호 존중하고 지원해야 한다. 회원국은 상호 간 본 조약이나 연합기관의 행위에 따르는 의무이행을 위하여 모든 일반적 또는 특별한 조치를 취한다. 회원국은 연합의 사무이행 시 연합을 지원하고, 연합의 목적달성에 위해가 되는 조치를 삼간다.)과 운영조약 제351조는 제3국 보호를 위한 규정이라는 점을 근거로, 이러한 추론을 반대하는 견해는 대표적으로 Engel, 앞의 책, S.19f. 참조.

77) Breuer, 앞의 논문, S.336f.; Tomuschat, 앞의 논문, S.138.

78) 2018년 4월 12일 프랑스가 10번째 체결국으로서 비준함에 따라, 제16추가정서는 2018년 8월 1일부터 효력을 발휘하였다. EuGRZ, 2018 S.609 참조.

79) Breuer, 앞의 논문, S.337.

80) 운영조약 제344조에 포섭되는 EU조약의 해석과 적용범위는 제1차법과 제2차법, 그리고 EU가 참여한 국제조약도 포함한다. 다만 국제조약의 경우 EU법의 내용과 같을 때는 포함되지만, 그렇지 않을 때에는 효력범위에 들지 않는다. Breuer, 앞의 논문, S.339.

EU 회원국 법원이 EU법의 해석과 적용문제에 대하여 인권재판소에 의견을 구한다면 운영조약 제267조 제3항의 사전판단신청의무에 위반될 것이다. 이러한 조약위반은 운영조약 제258조에 의해 제재를 받는다. 이렇게 EU내 제도를 통해서 문제를 해결할 수 있는데도,⁸¹⁾ 연합재판소는 이에 더 나아가 조약안에서 인권재판소의 재판권 자체를 명시적으로 배제하기를 요청하였다.⁸²⁾ 그 근거나 이유가 무엇인지는 확실치 않다.⁸³⁾

5. 공동피소제도

본래 공동피소제도는 연합조약 제6조 제2항에 대한 추가의정서 제1조에 규정된 내용으로서, 인권협약에 근거한 재판 진행 시 EU의 참여를 보장하고, EU 비회원국의 국가청원이나 개인청원의 내용을 EU와 회원국이 알 수 있도록 보장하기 위한 제도로 고안되었다.⁸⁴⁾ 조약안 제3조 제5항에 따르면 인권재판소는 EU와 회원국의 공동피소 참가신청을 타당성(plausibility: Plausibilität)이 있는지 판단한다. 연합재판소 뿐만 아니라 법률고문관의 최종의견서에서도,⁸⁵⁾ 공동피소신청국가나 EU의 참가여부에 대해서 인권재판소가 재량적으로 결정하면 EU와 회원국 간 권한분배에 대한 EU법의 자주성이 침해될 위험이 있다고 지적되었다.⁸⁶⁾

하지만 자신이 다룰 사건에 누가 당사자로 참여할지 결정하는 것은, 일반적으로 담당법원이나 재판부의 권한에 속한다.⁸⁷⁾ 공동피소제도에서 신청자(EU이든 회원국이든)는 본인이 진정한 피소국 내지 이해관계인임을 입증할 필요는 없다. 인권재판소 결정이 EU법에 의미가 있음을 주장하는 것으로 충분하고, 인권재판소도 신청인의 주장이 타당하지

81) Breuer, 앞의 논문, S.340; Hupfauf, 앞의 책, S.106ff.; Schmahl, 앞의 논문, S.925; Streinz, 앞의 논문(EuGH blockiert), S.569.

82) 특히 연합재판소는 인권재판소의 재판권 존재 자체가 운영조약 제344조에 위반된다고 보았다. Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.212-214 참조.

83) 그 원인이 인권재판소에 대한 연합재판소의 불신이라고 추정하는 견해는 예컨대 Schmahl, 앞의 논문, S.925f.; Walter, 앞의 논문(Gutachten), S.152f. 참조. 물론 국가청원이 아니라, 인권재판소에 EU시민에 의한 개인청원이 제기되었을 때 연합재판소의 EU조약 해석과 적용에 관한 판단권한이 제한될 수 있다고 주장 가능하나, 인권협약에 따른 인권재판소는 국가청원 뿐만 아니라 개인청원도 인정하는 특수성이 있음을 인정한다면, EU시민에 대해서만 개인청원을 부정할 수는 없을 것이다. Breuer, 앞의 논문, S.340.

84) Polakiewicz, 앞의 논문, S.476ff. 조약안의 내용 중 절차적 핵심으로 평가받는데, 공동피소제도의 제정과정 등에 대해서 Julie Vondung, *Die Architektur des europäischen Grundrechtsschutzes nach den Beitritt der EU zur EMRK*, 2012, S.178ff. 참조.

85) Stellungnahme, 2/13, ECLI:EU:C:2014:2457, Rn.230ff.

86) 연합재판소의 결정과 의견서 이전에 공동피소제도에 대한 비판은 이미 Theodor Schilling, "Der Beitritt der EU zur EMRK - Verhandlungen und Modalitäten", *Humboldt Forum Recht(HFR)* 8/2011, S.93f.(<http://www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/8-2011/index.html>) 참조.

87) Schmahl, 앞의 논문, S.926f.; Wendel, 앞의 논문, S.924

않다고 판단되면 기각할 수 있다. 공동피소 신청 자체만으로도 의미가 있을 수 있기 때문이다.⁸⁸⁾

인권재판소가 타당성심사기준으로 공동피소신청을 결정하면 EU와 회원국 간 권한분배에 대한 EU법의 자주성을 보장할 수 없다고 평가했지만, 연합재판소는 예시를 통해서 이에 대한 구체적 위협을 입증하지 못하고 원칙적인 차원에서만 주장한 것으로 보인다.⁸⁹⁾ 설령 인권재판소가 EU와 회원국 간 권한분배를 왜곡할 수 있는 가능성이 있더라도, 우선 인권협약 제57조⁹⁰⁾ 회원국 유보조항을 통해 해결할 수 있다.⁹¹⁾ 또한 인권재판소의 오해로 EU와 회원국 간 권한분배가 잘못 표현되더라도, 근본적으로 EU와 회원국 간 권한분배는 EU 내부 관계에서만 해결될 수 있고, 최종적으로는 연합재판소가 할 수 있을 것이다.⁹²⁾

6. 사전의견신청제도

EU의 공권력행사가 인권협약에 위반되는지 여부를 인권재판소가 판단하기 전에, 연합재판소는 자신이 EU의 공권력행사 효력문제를 판단할 기회를 얻을 수 있는 제도장치를 요청하였다. 조약안 제3조 제6항에서 이 요구를 반영하여 마련된 제도가 사전의견신청제도이다.⁹³⁾ 그런데 연합재판소는 EU법의 ‘유효성’에 사전의견심사가 제한된 것은 연합재판소가 가진 EU법의 해석권한을 배제하여 EU법의 자주성을 침해한다고 보았다.⁹⁴⁾

기본적으로 사전의견신청제도는 EU와 회원국 간 EU 내부문제이지 인권협약 가입과

88) Breuer, 앞의 논문, S.341. EU는 인권협약 제36조 제2항에 따라 제3자로 소송에 참여할 수도 있다.

89) 이 또한 인권재판소가 (타당성심사만으로는) EU법의 자주성을 보장할 수 없을 것이라는, 연합재판소의 추상적인 불신을 표출한 것으로 보인다.

90) 인권협약 제57조: (1) 어떤 국가도, 이 협약의 서명 또는 비준서 기탁 시 자국 영역에서 당시 유효한 법률이 이 협약과 일치하지 않는 경우, 해당 조항에 대한 유보를 할 수 있다. 이 조항에 의한 일반적 유보는 허용되지 아니한다. (2) 이 조에 따라 행하여진 유보는 관련 법률에 대한 간단한 설명을 포함해야 한다.

91) 예컨대 강제적인 집행사무 내용을 규율하고 직접효를 가지는 명령(regulation: Verordnung)의 경우, 회원국의 명령 집행은 인권협약을 위반할 수도 있다. 그러나 이 경우에도 인권협약 제57조에 의하여, 회원국의 유보에 따라 이를 회피(해결)할 수 있다. Breuer, 앞의 논문, S.341f.; Streinz, 앞의 논문(EuGH blockeiert), S.569 참조.

92) EU 내에서 EU와 회원국 간 권한분배문제의 해결에 대해서는 Breuer, 앞의 논문, S.342ff. 참조. 그런데도 연합재판소가 조약안의 EU법 위반을 주장한 것은, EU와 회원국 간 권한분배는 자신만 다루어야 하는 것으로 본 시각을 간접적으로 드러낸다. Walter, 앞의 논문(Gutachten), S.154.

93) EuGH, Reflexionspapier zu bestimmten Aspekten des Beitritts der EU zur EMRK, *EuGRZ* 2010, S.366f., Rn.12. 이에 대해서는 Polakiewicz, 앞의 논문, S.478f. 참조.

94) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.241ff.

관련된 문제는 아니다. 인권재판소 관련 정보의 제공도 EU 내부에서 해결할 수 있다.⁹⁵⁾ 또한 조약안 제3조 제6항항은 EU법의 인권협약에 대한 ‘합치성(compatibility: Vereinbarkeit)’을 심사한다고 표현하고 있는데, 연합재판소는 왜 합치성을 효력(validity: Gültigkeit)으로 좁게 이해했는지 의문이다.⁹⁶⁾ 연합재판소가 2010년 EU의 인권협약가입에 대한 소견서를 제출했을 때, “연합의 행위에 대한 효력 문제를 효과적인 방법으로 다룰 수 있는 방식”을 요구했다. 따라서 조약안은 연합재판소 요구내용을 그대로 반영한 것인데, 5년이 지나서 연합재판소는 유효성심사만으로는 EU법의 자주성 보장에 불충분하다고 본 것이다.⁹⁷⁾

7. 공동외교안보분야 통제권한에 대한 문제

연합조약 제24조 제1항 제2문단, 운영조약 제275조 제1항에 따라 연합재판소는 공동외교안보(GASP) 분야에 대해서 재판권이 없다. 그런데 인권협약가입으로 공동외교안보 분야에 대한 재판권을 인권재판소가 가지게 되면 이는 EU의 행위를 외부기관이 통제하는 것으로서 허용될 수 없고, 연합재판소의 관할권 형성에도 영향을 미치기 때문에 EU법의 특성에 반한다고 연합재판소는 보았다. 그러면서 EU 특허법원설립에 대한 연합재판소 결정을 근거로 제시했다.

하지만 특허법원설립 문제는 예정된 특허법원이 EU조약을 해석할 권한을 가지게 되었기 때문에 문제가 된 것이고, 인권재판소는 인권협약을 심사기준으로 적용할 뿐이라는 점에서 비교대상이 안 된다.⁹⁸⁾ 또한 공동외교안보영역은 회원국 법원의 재판권 하에 있으므로, 인권재판소의 개입은 회원국 법원의 재판권에 대한 개입이며, 연합재판소 재판권에 대한 개입이나 제약도 아니고 양 재판소 간 권한충돌도 아니다.⁹⁹⁾ 오히려 연합재판소가 권한을 행사하지 못하는 부분에서 인권재판소가 기본권보장에 보충적으로 협력하는 것이다.¹⁰⁰⁾

⁹⁵⁾ Breuer, 앞의 논문, S.345; Hupfauf, 앞의 책, S.114ff.; Wendel, 앞의 논문, S.924.

⁹⁶⁾ 조약안에 대한 보고서에서는 제2차법의 경우 효력에 관해서 심사하는 것이지만, 제1차법의 경우에는 해석에 관한 것이라고 설명하고 있다. Wendel, 앞의 논문, S.922 참조.

⁹⁷⁾ Walter, 앞의 논문(Gutachten), S.155f. 연합재판소는 자신이 과거에 피력했던 단견을 스스로 문제가 있다고 평가한 모양새가 되었으며, 그 원인과 책임을 조약안에 미루는 것은 무책임한 행동이라고밖에 볼 수 없다. 이에 대해서 Thym, 앞의 논문, S.180에서는 이는 독일연방헌법재판소와 인권재판소 간 관계와 같은 상황이 아니라, 연합재판소 대신에 인권재판소에 기본권구제를 기대는(신청하는) 것이기 때문에, 연합재판소로서는 불편할 수 밖에 없다고 평가한다.

⁹⁸⁾ Breuer, 앞의 논문, S.347.

⁹⁹⁾ Breuer, 앞의 논문, S.347f.; Streinz, 앞의 논문(EuGH blockiert), S.569.

¹⁰⁰⁾ Tomuschat, 앞의 논문, S.137f.

8. 해석방법상 문제

첫째, 연합재판소 결정은 EU조약의 해석에 충실하기보다 자신(!)의 판례에서 근거를 찾고 있다.¹⁰¹⁾ 연합조약에는 EU의 자주성이나 특성, 인권조약 가입을 위한 조건 내지 한계 등이 언급되어 있지 않다. 물론 연합조약 제6조 제2항에 대한 의정서 제1조에는 “연합과 연합법의 특성”이 유지되어야 한다는 표현이 있다. 하지만 EU법의 자주성은 언급 되어있지 않으며, EU법의 자주성이 인권협약의 가입요건도 아니다. 단지 EU가 인권협약에 가입할 때 그 특성이 유지되도록 당부하는 주의규정으로 볼 수 있다.¹⁰²⁾ 무엇보다 연합재판소가 택한 해석방식은 소위 EU법 합치적 해석 방법이 아니라, EU법에 가장 불리한 해석방법이다.¹⁰³⁾

둘째, 연합재판소는 EU법의 자주성을 ‘특성’이라는 개방적 개념에서 도출하여, EU의 인권협약 가입에 구속력을 가지는 전제요건으로 설정(하는 해석방법을 사용)했다. 이 과정에서 조문상 근거보다 연합재판소 자신의 국제조약 체결에 관련된 결정들을 근거로 제시했다.¹⁰⁴⁾ 하지만 연합재판소가 제시한 결정들이 다른 국제조약은 인권협약 가입과 같은 EU조약상 의무가 부과된 사무에 관한 조약이 아니므로, 판례 근거 제시마저도 설득력을 잃는다.¹⁰⁵⁾

마지막으로 연합재판소는 인권협약 가입이 EU 연합조약에 직접 규정된 의무임을 언급하면서도,¹⁰⁶⁾ 이를 강조하거나 그 의미를 다루고 있지 않다. 반대로 법률고문관은 최종의견서에서 인권협약 가입이 EU의 헌법적 의무임을 처음부터 강조하고 있다.¹⁰⁷⁾ 국제조약을 체결하면 조약의 기속력으로 인해서 체결국은 공권력 행사에 있어서 제약을 받는다. 특히 회원국들이 조약가입의무를 EU조약에 명시적으로 표현할 것을 합의한 경우라면 더욱 그러하다.¹⁰⁸⁾ 그런데 연합재판소는 연합조약상의 조약가입의무는 무시한 채, 오히려 EU법의 자주성을 변경할 수 없는 확고부동한 저지선으로 설정했다. 이를 통해

101) Schorkopf, 앞의 논문, S.783.

102) 이에 대해서는 Walter, 앞의 논문(Gutachten), S.148f. 참조.

103) Breuer, 앞의 논문, S.348.

104) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.183에서 제시한 판례 참조.

105) 예컨대 EU가 회원국의 특허법원 외에 특허재판권을 가지는 것에 대한 비판이거나(Gutachten, 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, Rn.75ff.), EC와 제3국 간 유럽공동항공영역 설정 조약에 관한 의견표시인데(Gutachten, 1/00, ECLI:EU:C:2002:231, Rn.21ff.), 인권협약 가입처럼 EU조약상 가입 의무를 가진 국제조약이 아니다. Walter, 앞의 논문(Gutachten), S.148f.

106) Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn.182.

107) Stellungnahme, 2/13, ECLI:EU:C:2014:2457, Rn.3. 코트는 인권협약가입이 EU의 권한일 뿐만 아니라 헌법적 지위(Verfassungsrang: constitutional status)를 가지는 의무(Pflicht: obligation)라고 표현하고 있다.

108) EU의 인권협약가입을 헌법적 의무로 파악하는 견해에 대해서 대표적으로 Kingreen, in: Calliess/Ruffert(Hrsg.), *EUV · AEUV*, 5.Aufl., 2016, Art.6 EUV, Rn.25 참조.

인권협약가입은 EU조약상 헌법적 의무가 아니라, 요건이 갖추어지지 않으면 실시해서는 안 되는 일반적인 사무로 전락하였다.¹⁰⁹⁾

IV. 결론: 연합재판소의 과욕에 따른 EU 인권협약 가입의 험난한 여정

연합재판소의 결정은 기본적으로 연합재판소 자신의 권한문제를 다루면서 재판소 자신의 과거 결정(판례)들을 근거로 제시하는 방법론적 문제점을 가지고 있다. 내용면에서는 EU와 EU법에 대해서 연합재판소만 배타적인 사법적 권한을 가져야 하는 것으로 본다는 문제도 있다. 이를 위해 연합재판소가 내세운 EU법의 자주성이 이제는 EU 외부적인 영역에 대해서 방어기제로 작동하는 새로운 개념으로 자리매김 할 것 같다.¹¹⁰⁾

연합재판소 의견을 반영하여 조약안을 개정한다면, 공동피소제도는 EU나 회원국이 신청하면 자동적으로 참가할 수 있도록 개정되어야 한다. 공동외교안보분야에 대한 재판권은 어떻게 설정할지, 사전의견신청절차를 어떻게 개선할지는 불분명하다.¹¹¹⁾ 공동외교안보분야는 기본적으로 인권재판소의 재판권에서 배제되어야 하며, 사전의견신청절차에서 연합재판소의 재판권은 해석권을 포함한 합치성심사로 확대되어야 한다.¹¹²⁾

연합재판소는 외부기관(인권재판소)에 의한 통제와 영향력을 거부했다.¹¹³⁾ 이는 한편으로 EU내에서 기본권보장은 연합재판소가 책임진다는 의지로 볼 수 있지만,¹¹⁴⁾ 유럽처럼 다차원적 구조 하에서, 특히 각 법원 간에 권한 문제가 대두되면 특정 법원에 의한 기본권보장은 한계적일 수 있다는 것도 보여준다.¹¹⁵⁾ 다른 한편 연합재판소 결정은 EU의 인권협약가입에 반대표시이며, 연합조약 제6조 제2항의 헌법적 사무를 거부 내지 간

109) Walter, 앞의 논문(Gutachten), S.149f.

110) 자주성은 EU 내에서 법질서의 보장 내지 우위 뿐만 아니라 점차 EU 외부의 간섭으로부터 EU법을 보장하는 개념으로 발전하는 것으로 보인다. 예컨대 대표적으로 Hupfauf, 앞의 책, S.93ff. 참조.

111) Schorkopf, 앞의 논문, S.784.

112) Hupfauf, 앞의 책, S.123ff. 다만 개정은 쉽지 않을 듯 하고, 인권협약가입은 더 이상 어렵다고 보는 평가는 대표적으로 Tomuschat, 앞의 논문, S.139.

113) Streinz, 앞의 논문(EuGH blockeiert), S.569; Tomuschat, 앞의 논문, S.137. 그러나 연합재판소가 인권재판소의 외부적 통제를 받더라도 실제 그 영향력은 간접적일 뿐이지, 직접적이지 않다는 점에서 크게 않을 수 있고, 다른 한편 이미 형사사법 분야나 난민 분야에서 인권재판소의 영향을 받고 있음을 제시한 견해는 예컨대 Schmahl, 앞의 논문, S.921ff. 참조.

114) 심지어 인권협약과 관련된 분야에서도 그렇게 하겠다는 의지표현으로 본 견해는 예컨대 Castán, 앞의 논문, S.14. 그러나 흥미롭게도 유럽에서 높은 수준의 기본권 보장은 연합재판소보다는 인권재판소에서 실현될 수 있다는 현재 독일연방헌법재판소 소장의 주장에 대해서는 Andreas Voßkuhle, "Pyramide oder Mobile?", *EuGRZ* 2014, S.185(167) 참조 가능.

115) Streinz, 앞의 논문(Grundrechtsschutz), S.144; Wendel, 앞의 논문, S.926.

과한 것으로 볼 수 있다. 연합조약에 인권협약가입 의무를 규정한 헌법적 사무는 무색해졌고, EU의 인권협약가입은 험난한 여정이 예상된다.¹¹⁶⁾ 결국 EU의 인권협약가입이 실현될 때까지 EU내에서 기본권 보장은 지금처럼 회원국 (최고)법원, 연합재판소, 인권 재판소 간 적극적인 협력에 기댈 수밖에 없다.¹¹⁷⁾

(논문접수일: 2018. 11. 30, 논문심사일: 2018. 12. 14, 게재확정일: 2018. 12. 19)



116) 연합재판소의 결정은 법적 구속력을 가지기 때문에 가입조약안을 다시 준비해 볼 수 있지만, 기존 준비과정도 어려웠을 뿐만 아니라 러시아 터키, 스위스 등 EU 비회원국들이 EU의 특수한 지위를 인정할지 의문이다. EU(법)의 자주성을 제한하고 인권협약가입을 강화하는 EU 조약개정도 현실적인 어려움이 있다. 이에 대해서는 Kucsko-Stadlmayer, 앞의 논문, 754f. 참조.

117) 정문식, 앞의 논문(유럽연합 사법권체계), 303-304면 참조.

참고문헌

- 김대순, 「유럽인권협약 제16의정서에 담긴 유럽인권재판소의 권고적 관할권」, 국제법학회논총 제61권 제1호, 2016, 49-70면.
- 김민서, 「EU의 인권협약 가입에 관한 고찰: 가입협정 초안을 중심으로」, 국제법학회논총 58-1, 2013, 145-169면.
- Marten Breuer, “Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass!”, *EuR* 2015, S.330ff.;
- Daniel Toda Castán, “Die Öffnung des EU-Rechts für die Europäische Menschenrechtskonvention”, *DÖV* 2015, S.12ff.;
- Daniel Engel, *Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK*, 2015, S.313ff.;
- Christoph Grabenwarter, “Das EMRK-Gutachten des EuGH”, *EuZW*, 2015, S.180;
- Ulrich Halten, “Die Quittung für Verfassungsneid”, *NZZ* v.29.01.2015, S.21;
- Stefanie Schmahl, “Der Beitritt der EU zur Europäischen Menschenrechtskonvention: Wo liegt das Problem?”, *JZ* 2016, S.921ff.;
- Frank Schorkopf, “Anmerkung”, *JZ* 2015, S.781ff.;
- Gabriele Kucsko-Stadlmayer, “Das Rechtsschutzsystem der EMRK”, *JB1* 2015, S.746ff.;
- Rudolf Streinz, “Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenensystem”, in: Martin Kment(Hrsg.), *Das Zusammenwirken von deutschen und europäischen öffentlichen Recht*, FS für Hans D Jarass zum 70. Geburtstag, 2015, S.135ff.;
- Rudolf Streinz, “Europarecht: EuGH blockiert den Beitritt zur EMRK”, *JuS* 2015, S.567ff.;
- Daniel Thym, “Das EMRK-Gutachten des EuGH”, *EuZW*, 2015, S.180
- Christian Tomuschat, “Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral”, *EuGRZ* 2015, S.133ff.;
- Christian Walter, “Der verpasste Verfassungsauftrag”, in: Martin Kment(Hrsg.), *Das Zusammenwirken von deutschen und europäischen öffentlichen Recht*, FS für Hans D Jarass zum 70. Geburtstag, 2015, S.145ff.;
- Mattias Wendel, “Der EMRK-Beitritt als Unionsrechtsverstoß”, *NJW* 2015, S.921ff.

<Abstract>

**EU Law and the EU Accession to the European Convention on
Human Rights***
— Focused on ECJ Decision —

Munsik Jeong**

The member states of European Union(EU) have amended the Article 6 (2) of the Treaty on the European Union(TEU) to access to European Convention of Human Rights(ECHR). In 2013, a treaty for accession to the European Convention on Human Rights was enacted and the European Court of Justice(ECJ) inquired as to whether the treaty would be in conformity with EU law. Contrary to expectations ECJ ruled in 2014 that the treaty would not allow the EU to comply with the ECHR.

The ECJ emphasize that the Treaty should guarantee the specific characters and autonomy of the EU law first of all. However, the treaty does not guarantee the specific characters and autonomy of EU law for several reasons. First, it does not provide provisions to adjust authority between Article 53 of the ECHR and Article 53 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Second, there are no measures to maintain the principle of sincere cooperation in full mutual respect between EU and member states. Third, no measures are taken to prevent violations of the principle of mutual respect in member states pursuant to Protocol Nr. 16 to the ECHR and Article 344 of the Treaty on the Functioning of the European Union(TFEU). Fourth, the co-respondent mechanism, which is perceived as a crucial step in the procedural aspect, may violate the relationship of authority between the EU and member states at the discretion of the European Court of Human Rights(ECtHR) in the joint appeal process. Fifth, there is a limit to the interpretation of the effectiveness of the EU law, which can be reviewed by the ECtHR, before the ECJ judges whether it violate the ECHR under the EU law. Sixth, the ECtHR can take jurisdiction over the Common Foreign and Security Sector (CFSP), in which the ECJ

* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea (NRF-2017S1A5A2A01027236).

** Dr. iur. Professor, Hanyang University School of Law.

does not have.

The opinion of the ECJ has a fundamental problem in that it adopts the most unfavorable way to interpret the EU's accession to the ECHR. The autonomy of the EU law, which the ECJ has argued, it may be characteristic of the EU, but does not mean that EU and EU law are free from the external controls by the ECtHR after its accession to the ECHR. The ECJ does not seem to want to give up its exclusive jurisdiction and power in interpreting and applying EU law and guaranteeing fundamental rights in the EU. The ECJ's opinion is also problematic in terms of interpretation and logic, but above all, there is a greater problem that the EU has made the efforts and procedures to access to the ECHR more difficult.

Key Words: Accession of the EU to ECHR, ECJ, Autonomy of EU Law, co-respondent mechanism, prior involvement