

# 형사정책적 관점에서 바라본 금융비밀보호의 의미와 한계

김 혜 정\*

## I. 들어가는 말

오늘날 금융기관과 사인간의 금융거래행위가 국민경제와 국제경제를 이끌어 가는 기본적인 원동력이 되고 있다고 보아도 무방할 만큼 우리의 생활에 있어서 금융거래의 기능은 실로 크다고 할 수 있다. 이는 우리가 생활 속에서 항상 금융기관과 관련을 맺게 되고, 그 결과 개인의 금융거래 명세서는 그 사람의 모든 행위의 발자취를 추적 가능하게 만들고 있고, 이러한 상황 속에서 금융기관은 자기의 고객에 대한 정보를 불가피하게 취득하게 된다는 것이다. 즉 하나의 금융거래명세서는 개인의 사생활을 나타낼 수 있는 중요한 개인정보에 해당된다고 할 수 있다.

이러한 상황을 고려하여 볼 때, 금융기관과 고객간의 신뢰관계가 형성되어야 하는 것은 금융거래관계에 있어서 가장 중요한 전제조건이 된다고 본다. 특히 현대사회에서 개인의 금융정보는 한 개인의 전부라고 해도 과언이 아니라고 할 수 있으므로 이러한 금융정보에 대한 비밀유지는 해당 당사자에게 있어서는 사생활보호라는 관점에서 기본권의 보호와도 무관할 수 없는 중요한 의미를 가진다고 볼 수 있다.

금융기관들은 기본적으로 그들의 고객에 대한 금융정보에 대하여 비밀을 보호할 의무가 주어진다고 할 것이다. 특히 모든 금융거래를 실명으로 해야 하게 됨에 따라<sup>1)</sup> 금융

---

\* 嶺南大學校 法科大學 專任講師

1) 1983년 7월 '금융실명제에관한법률'이 제정되었으나 많은 보완과 연기를 거듭한 끝에 1993년 8월 12일 김영삼 대통령이 '긴급재정경제명령'을 발동, 금융실명제 실시를 발표하면서 본격적인 금융실명제가 시작되었다.

거래자의 금융거래에 대한 정보가 공권력 또는 제3자에 의해 남용되거나 오용될 경우 자칫 해당 당사자의 심각한 사생활침해 가능성이 커졌다고 할 수 있어, 이를 방지하기 위해서는 금융거래정보의 비밀보호가 철저하게 유지되어야 할 필요성이 있다고 본다.

그러나 다른 한편 금융거래정보의 비밀을 지나치게 보호하다보면 금융거래를 통한 범죄행위가 발생할 경우 그에 대한 증거추적 등이 어려워져 사회안녕 및 질서유지에 제약을 줄 수 있을 뿐만 아니라, 무엇보다도 최근에 급증하고 있는 소위 자금세탁범죄에 적절하게 대응하는 것이 어려워질 수 있다. 따라서 금융거래정보의 비밀보호라는 사익과 범죄행위의 증거추적이라는 공익의 조화가 필요하게 된다.

특히 최근에 전세계적으로 대응의 필요성이 강력하게 주장되고 있는 자금세탁은 대부분 금융기관을 통하여 이루어지고 있어 자금세탁범죄에 대한 적절한 대응을 위해서는 금융기관의 역할이 더욱 중요하게 인식되고 있다.<sup>2)</sup> 결국 이러한 상황에서 과연 사적인 이익을 위한 금융비밀보호와 공적인 이익이라고 할 수 있는 자금세탁을 비롯한 범죄방지를 위한 정보공개와의 관계를 어떻게 정립해야 할 것인지 문제가 된다.

이에 본 논문에서는 금융비밀보호의 문제를 형사정책적 관점에서 고찰해 보면서 그 의미와 한계에 대하여 살펴보도록 한다.

## II. 금융비밀보호의 이론적 배경

### 1. 금융비밀보호의 본질

‘비밀’이란 단지 제한된 범위의 사람들만 알고 있는 사실 내지 누군가에게 어떤 사실이 비밀로 유지되어야 하는 이해관계가 있는 상황을 의미한다. 이러한 상황은 그대로 유지 내지 보호되어야만 그 의미가 보존된다고 할 것이다. 물론 이러한 비밀에 대한 개념은 ‘금융비밀’의 경우에도 그대로 적용된다고 할 것이다.<sup>3)</sup>

이러한 관점에서 본다면, 금융비밀보호의 목적은 무엇보다도 사적 재산상황이 일반에게 노출되는 것을 우려하는 고객의 불안을 제거하고, 금융기관에 대한 고객의 신뢰를 보

2) 이에 최근에는 자금세탁범죄를 차단하기 위하여 모든 금융기관에 혐의거래내용까지도 보고하는 의무를 부과하고 있는 상황이다. 구체적인 내용은 장준오/김혜정/도중진, 주요국의 자금세탁개념·범죄구성요소·판례 등에 대한 비교연구, 한국형사정책연구원, 2002 참조.

3) Kimmel, Das Bankgeheimnis im Strafprozess, Diss., 1982, S. 19f.

호하려는 데 있는 것이며, 이러한 금융비밀의 준수는 고객의 이익은 물론 금융기관 자체의 업무내용의 비밀수호라는 기관자체의 이익을 위하여서도 금융기관에 종사하는 사람이면 누구나 지켜야 할 의무인 것으로 일반화되어 있다고 할 수 있다. 따라서 은행 및 금융업에 종사하는 사람은 업무수행과정에서 알게 된 비밀을 타인에게 누설하여서는 안 된다.

금융기관이 고객에 대한 이러한 금융비밀보호의 의무를 어느 범위까지 부담하여야 하는지에 대하여는 견해가 나뉘고 있다. 독일의 다수설에 의하면 비밀유지의무는 거래를 개시하고자 하는 준비단계에서 이미 금융기관에 부과된다고 한다. 미국에서도 금융기관은 예금자의 대리인으로서 예금자의 거래상의 비밀을 유지할 법적 의무를 지며 원칙적으로 예금자의 동의 없이 정보를 공개할 수 없으며, 또한 거래관계의 종료 후에도 동일하게 黙秘의 의무가 존재하게 된다고 한다. 이는 거래관계의 종료가 반드시 금융기관과 고객 간의 법률관계마저 완전히 종료시키는 것은 아니기 때문이며 또한 이러한 신뢰관계가 법률행위 상 또는 법률상 채권·채무관계를 형성하는지 여부와는 무관하게 고객은 항상 본질적으로 동일한 법률효과를 취득하기 때문이라고 한다.<sup>4)</sup>

이러한 금융비밀보호 의무에 의하여 보장되어야 할 비밀의 내용은 단순한 예금거래의 규모뿐만 아니라 넓게는 금융기관과의 거래전반에 걸치는 사항, 예컨대 대출, 예금 기타 전반적 거래내용 이외에도 거래관계를 통한 접촉으로부터 알게된 개인의 사업내용이나 기타 재산상태 등 광범위하게 이해하는 것이 옳을 것이다. 금융비밀보호와 관련하여서는 무엇보다도 금융기관과 고객 사이의 신뢰관계가 전제되어야 하는 것이고, 그 의무를 위반하였을 경우, 적절한 제재를 받게 되는 것이다.

## 2. 금융비밀보호의 필요성

이러한 금융비밀보호의 필요성은 1993년 8월 우리나라에 금융실명제가 실시되면서 모든 금융거래는 예전과는 달리 실명으로만 가능하게 되면서 더욱 강조되고 있다고 할 수 있다. 이는 실명거래를 통하여 금융거래를 취급하는 금융기관 및 종사자가 고객의 금융거래에 관한 자세한 내용을 알 수 있게 되었기 때문이라고 할 수 있다. 이러한 상황에서 만약 각 금융기관에 산재해 있는 금융거래에 대한 정보를 종합할 수 있다면, 해당 관계인의 모든 사생활에 대한 감시가 가능해질 수도 있다는 결론이 나오게 되었다. 따라

4) Baumbach/Hopt, HGB, 29. Aufl., 1995, Rn. 2 zu Nr. 18 Abs. 2 AGB-Banken.

서 금융실명제와 함께 거론되어야 하는 중요한 문제는 금융비밀보호이다.

이처럼 금융비밀보호의 필요성은 금융실명거래 혹은 정상적인 금융거래의 전제조건이라고 할 수 있다. 즉 금융기관을 통한 투명한 금융거래 혹은 금융소득에 대한 공평한 과세를 이룩하기 위해서는 금융실명거래제도가 도입되어야 하겠지만, 이러한 금융실명거래는 거래자의 실명거래로 인한 금융정보에 대한 비밀보호가 확보되지 않고서는 달성되기 어려운 부분이 있다. 이는 실명거래 시에 발생하는 자기의 금융거래정보가 타인에게 누설·이용되지 않을 것이 확실하지 않다면 금융거래자는 실명거래 외의 다른 방법을 강구하게 될 것이기 때문이다. 따라서 금융거래의 정상화와 금융실명제의 정착을 위해서는 금융거래정보의 부당한 유출로 인한 사생활침해 등의 부작용을 없애는 조치가 불가피하게 되었고, 그 결과 금융정보보호에 관한 체계적이고 포괄적인 법적 조치를 취하게 되었던 것이다.<sup>5)</sup>

우리나라에서 금융비밀의 보호범위와 보호방법에 관한 문제는 1997년 12월에 통과된 ‘금융실명거래및비밀보장에관한법률(이하 금융실명법이라 함)’을 통해서 살펴볼 수 있을 것이다. 동법은 제9조 제1항에서 “이 법과 다른 법률이 서로 저촉되는 경우에는 이 법에 의한다”라고 규정함으로써 법체계적인 관점에서 이 법에 의한 금융비밀보호 규정이 다른 법률의 규정보다 우선됨을 선언하고 있기 때문이다. 또 동법에 의한 금융비밀보호 규정은 6개항으로 이루어진 제4조와 제4조의 시행을 뒷받침하기 위한 ‘금융실명거래및비밀보장에관한법률시행령(이하 금융실명법시행령이라 함)’의 10여 개 조문에 의해 아주 광범위하고 체계적으로 설명되어 있다. 따라서 다른 법<sup>6)</sup>에도 금융비밀보호에 관한 규정이 편재되어 있기는 하지만, 금융실명법에 포괄적이고 체계적인 금융비밀보호 규정과 함께 금융비밀보호의 법적 구조에 대한 내용을 포함하고 있다고 할 수 있다.<sup>7)</sup>

그러나 금융실명법을 통하여 이러한 개인의 금융거래정보가 절대적이고 항상 보호되는 것은 아니다. 예컨대 범죄수사, 조세부과, 혹은 탈법적인 금융거래에 대한 검사나 감독 등 일정한 공공목적을 위해서는 예외적으로 금융정보에 대한 보호가 제약되는 경우가 있다. 따라서 금융정보보호의 법적 구조를 정립하는 데 있어서 개인의 금융정보보호와 공공목적의 달성이라는 양대 목적 사이의 조화가 필요하게 되고, 그 한계를 정하는 것이 중요하게 되는 것이다. 그러나 현실적으로 금융거래가 전산화되고 있는 실정에서 어느

5) 이증기, “금융정보보호의 법적 구조”, 한림법학 제7권, 1998, 128면 참조.

6) 예컨대 증권거래법(제59조-제61조), 신용정보의이용및보호에관한법률(제27조 업무목적의 누설금지등), 외국환거래법(제22조 외국환거래의 비밀보장) 등의 규정들은 단편적이고 당해 법률의 규제대상기관에 대해서만 적용된다.

7) 이증기, 앞의 논문, 126면 이하 참조.

정도까지 금융정보의 비밀이 보장될 수 있을지는 매우 의문스러운 문제이다.

### 3. 금융실명법의 특징과 문제점

우리나라에서는 금융실명법시행령 제6조에서 그간 논란의 소지를 안고 있던 금융비밀 보호의 대상이 되는 거래정보 등의 범위에 관하여 “금융거래의 내용에 대한 정보 또는 자료라 함은 특정인의 금융거래사실과 금융기관이 보유하고 있는 금융거래에 관한 기록의 원본·사본 및 그 기록으로부터 알게된 것”으로 규정하고 있다. 이는 모법인 금융실명법 제4조에서 정한 ‘금융거래의 내용에 대한 정보 또는 자료’보다 ‘금융거래 정보’의 범위를 포괄적으로 확대해 규정한 것으로, 금융거래 내용뿐만 아니라 금융거래 사실유무까지 비밀의 범주에 넣고 있는 것으로 볼 수 있다. 결국 동법과 동시행령은 ‘금융거래자의 비밀보호우선원칙’에 입각한 것으로 평가할 수 있다.

금융실명법 제4조와 금융실명법시행령 제7조 제3항은 모든 ‘금융기관에 종사하는 자’와 ‘금융기관’은 자신들이 가진 금융정보에 대해 비밀유지의무를 부담한다고 선언함으로써 그들에 의한 금융정보의 누설을 금지하고 있다. 또한 ‘어떤 자’도 ‘금융기관에 종사하는 자’에 대해 금융정보제공의 요구를 하지 못한다고 선언함으로써 모든 자에 대해 금융정보제공의 요구를 금지하고 있다. 이는 금융실명법이 취하고 있는 두 가지 기본적 법적 구조로 비밀유지의무의 부과와 정보제공요구의 금지를 규정하고 있는 것이라고 할 수 있다.<sup>8)</sup>

이렇게 될 경우 검찰, 국세청 등 사정당국은 원칙적으로 범죄혐의자가 어느 금융기관과 거래하고 있는지 조차도 해당 금융기관에서 확인할 수 없게 된다. 이에 따라 특히 최근에 마약범죄 및 조직범죄 등과 관련하여 전세계적으로 중요한 문제로 등장하는 불법자금세탁행위 등 지능적인 경제범죄 수사가 사실상 불가능해진다는 비판이 제기될 수 있다.

사실 금융실명법의 배경 자체가 경제정의실천을 통한 실명거래의 확보에 중점을 두고 있었던 만큼 실명제의 실시에 따른 부작용을 최소화하려는 노력이 동법과 동시행령을 통해서 나타나고 있으면서도 비밀보장에도 상당한 중점을 두고 있는 결과를 보여주고 있다고 본다.<sup>9)</sup> 이처럼 동법의 목적에서 금융실명제 실시와 금융비밀보호라는 두 개의 축을

8) 이증기, 앞의 논문, 130면 참조.

9) 동시행령의 제정과정에서 재무당국의 주장에 의해 비밀보장에 중점을 둔 결과를 초래하였지만, 금융당국이 고객의 금융거래 내역에 따라 신용카드를 발행하고 있는 현실에 비추어 본다면 비

통하여 궁극적으로 경제정의의 실현과 국민경제의 건전한 발전을 달성하려고 한다는 점을 살펴 볼 수 있다.

문제는 경제정의의 실현을 위한 금융실명제도 확보하고 금융비밀보호도 기하려는 입법목적에 비추어 “금융기관에 종사하는 자는 명의인의 서면상의 요구나 동의를 받지 아니하고는 그 금융거래의 내용에 대한 정보 또는 자료를 타인에게 제공하거나 누설하여서는 아니 되며, 누구든지 금융기관에 종사하는 자에게 거래 정보 등의 제공을 요구하여서는 아니 된다”라고 규정하고 있으면서도(금융실명법 제4조 제1항 본문), 동법 제4조 제1항 단서에서는 사용목적에 필요한 최소한의 범위에서는 정보를 제공할 수 있도록 규정하고 있다는 것이다. 그렇다면 그 사용목적에 필요한 최소한의 범위와 관련하여, 우리나라에 있어서 금융거래정보가 헌법 제17조 사생활의 비밀과 자유에 해당되어 보호될 수 있는가?

사실 금융거래의 비밀보호를 통하여 간접적으로 경제정의의 실현과 국민경제의 건전한 발전을 도모할 수 있을지는 모르지만, 금융거래의 비밀보호는 실질적으로 경제적 권리의 측면보다는 사생활의 비밀과 자유의 보장이라는 측면에서 이해하는 것이 필요하다고 본다. 금융거래정보는 사생활의 가장 민감한 분야로 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유의 보호영역에 포함되는 것으로 보아 사생활의 비밀에 포함되는 하나의 특수분야라고 볼 수 있기 때문일 것이다.

### III. 금융비밀보호의 한계

사생활의 비밀과 자유의 보장은 절대적인 것이 아니라 일정한 한계가 있다고 보는 것이 일반적인 견해이다. 즉 이러한 권리는 소위 국가의 질서유지·공공복리·국가안전보장 등을 위하여 법률로써 제한될 수 있다(헌법 제37조 제2항 참조). 또한 사생활이란 소위 ‘사회적 동물’이라고 인식되는 인간에게 있어서 어떤 부분에서는 비사회적인 요소를 말하는 것이므로, 사람이 사회에서 타인과 더불어 살아가는 한, 사생활이라 할지라도 사회공공을 위하여 양보해야 하는 내재적 한계가 있기 마련이다. 더구나 금융거래정보는

---

밀보장은 사실상 실효를 거두지 못하고 있는 실정이라는 견해도 있다(성낙인, “프라이버시와 개인정보보호를 위한 입법정책적 과제”, 영남법학 제5권 제1·2호, 1999, 47면).

그것이 사생활의 가장 민감한 부분이라고 하지만, 공개된 금융거래를 통한 경제정의의 실현, 범죄와 관련된 검은 돈의 세탁방지 및 정치부패·정경유착을 감시하기 위하여 그 공개가 불가피한 경우가 많다는 것은 부인하기 어려운 부분이다.

이러한 관점에서 금융거래정보의 비밀보장에도 금융실명법에 근거하여 한계가 있다고 한다(동법 제4조 제1항 단서 참조). 즉 ① 법원의 제출명령 또는 법관의 영장에 의한 거래정보의 제공, ② 각종 조세관계법률에 의한 행정조사에 필요한 거래정보의 제공, ③ 국회의 국정감사 및 조사에 필요한 자료로서 해당 조사위원회의 의결에 의하여 금융감독기관의 장이 제공하는 거래정보, ④ 재정경제부장관과 금융감독기관장이 금융기관에 대한 감독·검사를 위하여 필요로 하는 거래정보의 제공으로서 내부자거래·불공정거래행위의 조사, 금융사고의 적출, 불건전금융거래행위의 조사에 필요한 경우, ⑤ 금융의 내부 또는 금융기관상호간에 업무상 필요로 하는 거래정보의 제공, ⑥ 기타 법률에 의하여 불특정 다수인에게 의무적으로 공개하여야 하는 거래정보의 제공 등이 그것이다.<sup>10)</sup> 특히 최근에 급증하고 있는 불법자금세탁과 관련하여서는 금융비밀보호에 상당한 한계를 인정하고 있는 추세이다.

그러나 다른 한편에서는 현대 산업사회에 있어서 개인의 사생활의 침해가 빈번하여짐을 고려하여 볼 때, 금융기관의 비밀유지의무는 그 중요성과 의미를 더해가고 있다고 볼 여지가 있다. 이러한 점을 고려하여 볼 때에 금융기관의 비밀유지의무가 발생되기 위한 법적 근거는 일반적으로 금융기관과 고객간의 사법상의 개별계약에 의한 것과 고객이 사생활을 침해받지 않을 공법상의 절대적인 권리에서 나온다고 볼 수 있을 것이다. 계약관계에 따라 고객은 금융기관을 상대로 비밀유지의무를 이행하여 줄 것을 청구할 수 있는 권한을 갖는다. 따라서 금융기관의 해당의무는 계약상 부수적인 의무가 되어 이에 위반한 경우에 금융기관은 적극적 채권침해에 기한 손해배상책임을 부담하게 되는 것이다. 그 이외에도 일반적인 불법행위법상의 규정에 따른 책임 또한 발생할 수 있다. 또한 금융실명법에 근거하여 형사상의 책임도 따르게 된다.

이러한 비밀유지의무는 거래를 개설하고자 하는 준비단계에서 이미 금융기관에게 부과된다. 따라서 계약체결의 교섭 중에 취득한 고객의 비밀을 타인에게 누설한 경우에도 계약체결상의 과실에 의한 책임을 부담하고 또한 계약이 무효·취소된 경우에도 부수적 의무로서의 비밀유지의무가 존재하게 된다. 또한 은행이 유지하고 있는 고객의 정보를 정무기관에게 알려 준 경우에도 손해배상의 여부가 논란이 되고 있으나 이에 관한 명백

10) 변재옥, “미국의 금융프라이버시권법에 관한 연구”, 영남법학 제5권 제1·2호, 1999, 148면 이하 참조.

한 의견일치가 이루어지지 않고 있다.

그럼에도 국제적인 추세에 입각하여 우리나라에서도 자금세탁범죄에 관한 규제가 강화되면서 2001년에 제정된 ‘특정금융거래정보의보고및이용등에관한법률(이하 특정금융거래보고법이라 함)’에 의거하여 금융기관은 일정요건을 갖춘 금융거래, 특히 혐의거래에 대해서 특정 정부기관에 보고하여야 하는 의무가 부과되면서 금융비밀유지의무에 대한 입장에 상당한 변화가 초래하고 있다고 보인다.

우리나라에서도 국제사회의 자금세탁방지 노력에 동참하는 한편, 2001년부터 시행되고 있는 제2단계 외환자유화 조치를 악용한 불법자금의 유출입을 차단하기 위하여 2001년 9월 자금세탁방지관련 법률을 제정하기에 이르렀다.<sup>11)</sup>

이러한 변화는 국제적인 추세와 무관할 수 없으므로, 다른 나라에서는 이러한 금융비밀보호제도와 관련하여 어떠한 변화를 보이고 있는지 그 동향에 대하여 살펴볼 필요가 있다.

### III. 외국의 금융비밀보호 동향

#### 1. 미국

미국에서 1970년 은행비밀법(Bank Secrecy Act)이 제정되기 이전에는 금융정보의 침해에 관하여 큰 문제가 없었다. 금융정보는 종사자에 의하여 비밀로 취급되었으며, 그 기록들은 금융기관의 내부적 사용에 그쳤기 때문이다. 즉 미국에서 금융기관의 임직원은 고객인 개인의 금융거래에 대한 비밀을 보호해야할 기본적인 의무를 가지고 있다. 이것에 대한 예외로는 영장, 법령의 규정, 법원의 명령이 있을 때 관련 금융거래정보를 제공할 수 있도록 되어 있으며, 금융기관은 자신의 이익이나 공공의 이익을 보호하기 위하여 필요한 경우에 금융거래비밀을 공개하는 것을 허용하는 법원의 명령을 얻어 필요한 범위 내에서 공개할 수 있도록 되어 있었다고 한다.<sup>12)</sup>

11) 이에 따라 ‘특정금융거래보고법’에 의해 설립된 금융정보분석원(Korea Financial Intelligence Unit, KoFIU)은 2001년 11월부터 활동에 들어가 범죄자금의 세탁행위와 불법자금의 국내외 유출입을 차단하는 중추기관으로서 역할을 수행하고 있다(남경우, “자금세탁방지제도의 도입”, 나라경제, 2002/1, 32면 이하).

12) 그러나 금융거래에 대한 정보라고 하더라도 개인에 대한 정보와 법인에 대한 정보가 다르게 취급되며, 예금에 대한 정보와 차입에 관한 정보가 차별화되어 취급된다. 즉 법인에 대한 정



그러나 은행비밀법(Bank Secrecy Act)이 통과되면서 금융기록은 공개의 위협에 직면하게 되었다. 이는 동법이 금융기관 고객의 거래비밀을 보호하는 것을 목적으로 하고 있다가 보다는, 오히려 금융기관으로 하여금 금융거래에 대한 기록을 보관하고 그것을 정부에 적절히 보고하도록 하는 것에 초점을 두고 있어 범죄수사, 조세행정, 규제행정에 있어서 행정기관을 돕는데 입법취지가 있다고 해야 할 것이기 때문이다. 동법에서는 금융기관이 기록으로 보관해야 할 내용을 범죄, 조세관계, 기타 규제조항과 관련된 것 중 재무부장관이 결정하는 것으로 한정하고 있는데, 여기에는 거래자의 이름, 수표 기타 증서의 복사본, 송금인 경우 수취인의 이름을 기록 보관하도록 되어 있다. 10,000달러 이상의 자금을 이체하거나 신용공여가 있을 때에는 그것을 기록으로 보관해야하고 15일 이내에 국세청에 보고해야 하도록 되어 있으며, 이 의무를 해태하면 벌금이나 징역형을 부과할 수 있도록 규정되어 있다. 나아가 이러한 보고를 받은 재무부장관은 정부의 다른 부처가 그것의 일부에 대해 정보를 요구할 때 그것을 제공해 줄 수 있다고 되어 있다.

그러나 1970년 연방은행비밀법의 해당규정이 불합리한 수사·압수를 금지하여 개인의 프라이버시권을 보호하고자 하는 연방수정헌법 제4조에 반하지 않느냐 하는 문제가 제기되었다. 이에 은행비밀법에 의하여 금융기관에 의한 고객의 금융기록 상의 프라이버시가 지나치게 공개되는 것을 방지하기 위하여 은행비밀법(Bank Secrecy Act)에 대한 수정으로 재정프라이버시권법(Right to Financial Privacy Act of 1978)이 제정된 것이다. 이 법률은 연방정부를 대상으로 하는 법률로서 정부가 개인의 금융거래에 대한 정보를 알리면 소환장 또는 수색영장을 받아 90일의 대기시간(waiting period)을 거친 후 정보를 취득할 수 있도록 하고 있다. 단 이러한 보호는 개인의 금융거래정보보호에 한정되어 있을 뿐, 법인의 프라이버시에 대해서는 개인의 프라이버시 정도로 보호되고 있지 않다. 그러나 형사사건에 관련된 정보이거나 법원으로부터 대기기간에 대해 특별조치를 받은 경우에는 이러한 대기를 하지 않아도 되도록 되어 있다. 더불어 이러한 엄격한 절차를 거치지 않고 금융정보를 공개하면 공개한 사람은 벌금 또는 자유형을 받도록 되어 있다.<sup>13)</sup>

또한 금융규제기관은 서면으로 금융기관에 정보를 요구할 수 있도록 되어 있다. 이때 정보요구에 응한 기관이 성실한 관리자로서 정보를 제공하였다는 것이 인정된다면 정보

---

보보호보다 개인에 대한 정보보호가 그리고 차입에 대한 정보보호보다 예금에 대한 정보보호가 강하다. 따라서 어떤 은행이 자신의 차입자가 대출금 상환을 제때에 못하고 있다는 사실을 다른 은행에게 알려주는 것은 비밀보호의무의 위반이 아니라고 한다(이천표, “금융실명제하 금융거래비밀보호제도의 정비”, 경제논집 제32권 제2호, 1993, 62면).

13) 이천표, 앞의 논문, 62면 이하 참조.

공개 후에도 처벌받지 않을 수 있도록 되어 있다. 그러나 이런 경우에도 정보요구에 응했다는 사실을 14일 이내에 해당 고객에게 통보해야 하도록 되어 있다. 이 법에서 예외로 인정되는 경우는 ① 연방대법원의 소환장에 의하거나 국가기관이 법적인 쟁송을 하는 과정에서 발행된 소환장에 응하는 경우, ② 불법행위로부터 얻은 수입을 세탁하는 것을 범죄화 한 자금세탁규제법(Money Laundering Control Act of 1986)에 의해 자금세탁이 의심되는 것을 신고하는 경우(이 경우 신고하지 않으면 오히려 형사소추를 받게 된다). ③ 국세청 또는 증권감독원의 검사를 받는 과정에서 이들에게 불가피하게 공개하게 된 경우 등에 한정되어 있다.

## 2. 독일

독일에는 일반적으로 금융기관과의 거래사실에 대한 비밀을 의미한다고 볼 수 있는 일반적 개념의 금융비밀보호(Schutz des Bankgeheimnis)는 존재하지 않는다. 즉 서신과 같은 통신의 비밀보호가 헌법상 보호되는데 반하여 금융비밀은 법률로 보호되지 않는다. 私法的인 계약자유 원칙이 지배하는 독일에서 금융거래의 비밀은 단지 금융기관과 고객사이의 권리와 의무관계로서 존재할 뿐이다.

그러나 이러한 금융거래의 비밀보호는 계약자유 원칙(Vertragsfreiheit, 독일기본법 제2조 제1항)의 한 내용으로 인정되기 때문에, 그러한 관점에서 헌법적 지위를 갖는다. 이렇듯 사생활의 보호에 대한 기본적인 생각은 금융비밀의 보호도 의미하는 것으로 파악하고 있다.<sup>14)</sup> 계약자유 원칙이 제한을 받을 수 있듯이 비밀보호도 필요성과 공공목적에 의하여 불가피하게 제한되어야 하는 경우도 인정하지 않을 수 없다.

현재 독일에서 금융거래의 비밀을 규정하고 있는 것은 은행의 일반거래약관(Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken, AGB-Banken)이다. 이에 따르면 은행은 금융거래를 통하여 알게 된 사실과 관련된 모든 사항과 평가에 대하여 黙秘 할 의무가 있다고 규정하고 있다(AGB-Banken Nr. 2 I). 私法에서는 금융기관이 금융거래정보를 제공할 권리나 의무가 없는 범위 내에서 은행비밀을 준수한다. 고객의 명시적인 동의가 없는 한 금융거래정보는 상업장부에 등재된 상인이나 법인에 대해서만 제공될 수 있다(AGB-Banken Nr. 2 III 1, AGB-Sparkassen Nr. 3 II 1). 고객이 아닌 자에게는 원칙적으로 어떠한 정보도 제공될 수 없다.<sup>15)</sup>

14) Kimmel, 앞의 논문, 16면 이하 참조.

독일 민사소송법상 모든 금융기관 종사자는 비밀유지가 요구되는 사항을 업무수행과정에서 알고 있는 사람으로서 증언거부권을 가지고 있다(독일 민사소송법 제383조 제1항 제6호). 이는 또한 노동소송이나 행정소송, 사회법원관할사건, 파산절차에서도 적용된다. 이러한 증언거부권은 실제로는 은행거래계약(Bankvertrag)상 은행고객을 위한 증언거부의무가 되며, 이 의무를 위반하는 경우에는 계약위반에 따른 민사상의 책임을 지게 된다.

그러나 독일 형사소송법 상 금융거래비밀은 증언거부권이 인정된 직업상의 비밀(Berufsgeheimnisse, 독일형사소송법 제53조) 범주에 포함되어 있지 않기 때문에 금융기관 종사자는 검찰에 출석하여 증언을 하여야 할 의무가 있다. 또한 검찰은 금융기관의 관련서류를 법관의 영장에 의하여 증거물로 압수할 수 있다(독일형사소송법 제94조 제2항, 제98조). 이 점에서는 우리 형사소송법 역시 마찬가지이다. 즉 형사소송법 제149조는 금융기관 종사자의 증언거부권을 인정하고 있지 않으므로 금융거래의 내용이 형사소송법 상 비밀보호의 대상은 아니다.

독일에서 금융거래비밀은 스위스(은행법 제47조, schweizerisches Bankgesetz)나 오스트리아(은행법 제38조, österreichisches Bankwesengesetz)와 달리 개인정보침해에 대한 제재 이외에는 형법적 보호를 받지 못하고 있다.<sup>15)</sup>

독일 금융계는 자금세탁방지법 제정 등 연방정부의 자금세탁 방지를 위한 제반 노력을 일찍부터 지원하였으며, 금융계가 본의 아니게 자금세탁 범죄행위에 연루되지 않기 위해서도 합목적적이고 사안에 적합한 모든 해결책을 요구한다고 발표하였다. 왜냐하면 금융기관은 항상 자금세탁자들에 의하여 악용될 위험에 직면해 있기 때문에, 특히 조직범죄자들로부터 금융계 스스로를 보호하기 위해서도 이와 같은 조치가 필요하였다. 그러나 금융기관에 제반 의무를 부과하기 위해서는 명백한 법률상 근거가 있어야 할뿐만 아니라, 기본법 상 보호되는 다른 법익을 침해하여서는 안 된다. 여기서 자금세탁방지법 상 금융기관에 대한 규제와 은행비밀보호와의 관계가 문제된다.

그러나 이러한 은행비밀의 보호도 형사소송법 상 제한규정에서도 살펴보았듯이 “상위

15) 독일에서 금융기관의 비밀유지의무를 침해하는 고객정보의 수집은 금융기관의 영업상의 이익에 반하며 헌법상의 직업선택의 자유에 위배된다고 보는 입장이 있다(Maaß, Information und Geheimnis im Zivilrecht, Diss., 1970, S. 20ff., 107ff.).

16) 독일에서 형법 제203조 제2항 1문에 의거하여 공공의 금융기관이 금융비밀을 누설한 경우에 형사상의 처벌을 받는다고 보고 있다(Schönke/Schröder/Lenckner, StGB, 26. Aufl., § 203, Rn. 44.). 그러나 이에 반하여 사적인 금융기관(Privatbanken)이 독일 형법 제203조와 관련하여 형사처벌을 받지 않는 것과 같이 공공의 금융기관도 동 조문에 의한 처벌이 고려되지 않는다는 견해도 있다(Kimmel, 앞의 논문, 26면 이하 참조).

의 법익과의 충돌”이 예상되는 경우에는 일정한 제한을 받게 된다. 즉 이러한 경우 금융기관 종사자들에게는 금융기관 고객의 의사에 반하여 정보를 제공할 권리가 존재하게 된다.

따라서 일정한 범죄행위로부터 취득된 자금이 금융기관의 남용을 통하여 합법적인 경제순환과정으로 침투함으로써 자유민주주의사회의 기본을 위태롭게 하는 것을 막기 위하여 은행비밀보호는 일정한 제한을 받게 된다. 다만 이러한 개인의 기본법 상 보호받는 법익에 대한 개별적 침해는 그 핵심내용을 침해할 수 없고 필요 최소한의 범위 내로 제한되어야 하며, 명백한 법규정에 의해서만 요구되어 질 수 있다.

### 3. 스위스

스위스의 금융거래비밀보호를 위한 법은 일찍이 1934년에 제정되었는데, 이것은 당시 스위스 주변국(州)의 영주들이 과세목적을 위하여 자국민들의 금융거래내역을 공개하도록 스위스은행에 요구했던 것에 대한 스위스은행들의 자구행위에서 생겨난 것이라 한다.<sup>17)</sup> 또한 대공황과 나치시대에 은행제도의 보장과 고객예금의 안전을 확보하기 위하여 1934년 제정된 스위스연방은행법은 역사상 최초로 형법의 보호 하에 예금주의 비밀을 보장하는 조항을 신설하였던 것이다. 이러한 스위스는 금융거래비밀보호 상 이익을 가장 중시하는 나라로 지칭되었다. 이는 1976년 9월에 스위스 여론조사에서 조사대상자의 63%가 금융비밀주의에 찬성하였던 것을 통해서도 알 수 있다.<sup>18)</sup>

1934년에 제정된 스위스연방은행법 제47조에 의하면, ① 은행의 책임자, 고용인, 인정된 대리인, 청산인 또는 중개인뿐만 아니라 은행위원회(Banking Commission)의 대표자, 공인된 감사, 회사의 책임자 또는 고용인 등이 자기의 직업상 인지된 비밀을 누설하는 자 및 다른 자로 하여금 직업의 비밀을 누설하도록 사주한 자도 징역6월 이하 또는 벌금 5만 스위스 프랑 이하의 처벌을 받는다. ② 앞의 행위가 과실에 의하여 범해졌을 때에는 3만 스위스 프랑 이하의 벌금에 처한다. ③ 직업상 비밀준수의 위반행위는 직업상의 공적 또는 고용관계 및 직무의 종결 후에도 처벌될 수 있다. ④ 정부당국에 대한 증언이나 정보제공의무에 관하여는 연방 및 州(Kanton)의 제규정에 유보된다고 규정되어 있다. 이처럼 스위스연방은행법에는 비밀에 관한 정의는 규정하고 있지 않지만 그 위반에

17) 이천표, 앞의 논문, 66면.

18) 한국은행, “스위스의 은행비밀보장주의에 관한 협정제정과 전망”, 주간내외경제 제806호, 1977/7, 58면 참조.

대한 처벌을 엄격히 규정하고 있어서 스위스의 금융비밀보호주의의 법적 근거가 되었다. 다만 정부에 대한 중언 및 정보제공의무와 관련하여 연방 및 주 법규에 유보하고 있으나, 실제로 스위스의 은행비밀은 예외 없이 잘 보장을 받았다.<sup>19)</sup>

이처럼 스위스법제에서는 금융거래관련 정보를 개인의 재산으로 생각하고 있고, 거래 비밀의무를 위반하는 것을 범죄행위로 보아, 고의는 물론 과실에 의한 비밀보호의무위반도 처벌하고 있었다. 스위스법제에서 은행이 고객의 정보를 제3자에게 제공할 수 있는 경우는 매우 제한적으로 첫째, 고객의 승인이 있는 경우이다. 이 때 고객은 승인하게끔 강제되지 않아야 하며, 정보가 대단히 개인적인 성격의 것이라고 하면 대리인을 통해 승인하는 것도 허용되고 있지 않다. 둘째, 소송에 개입하게 된 은행이 정보를 공개하지 않으면 큰 손해를 보게 될 경우이다. 은행은 자신이 직접 소송당사자가 되었을 때 자신을 방어하기 위하여 정보를 공개할 수 있고, 제3자 사이의 소송이라 하더라도 정보를 공개하지 않으면 은행이 큰 손해를 감수하지 않을 수밖에 없는 경우에 정보를 공개할 수 있다. 그러나 전자에서의 소송이익, 후자에서의 반사적 손해가 크지 않다고 하면 공개하는 것은 타당치 못한 것으로 여겨지고 있다. 셋째, 법에 의해 강제되는 경우이다. 화해가 아닌 재판을 통하는 경우이어야 하며 아래의 예처럼 한정적이어야 한다<sup>20)</sup>.

즉 ① 파산법에 의해 파산절차집행인이 파산절차의 집행을 위해 정보를 요구하는 경우, ② 형사소송에서 법관이 공개를 요구하는 경우, ③ 형사관련 국제협력상 요구되는 경우<sup>21)</sup> 등이다. 사적 이익을 최대한으로 보호하려는 나라답게 스위스법제에서 정보를 공개할 수 있는 경우는 매우 제한적이었으며, 열거된 한정적인 경우에 국한되어 있었다. 따라서 정보접근을 허용하는 포괄적 규정은 스위스법제에서는 찾아 볼 수 없었다.

그러나 금융거래비밀보호에 가장 철저한 나라라는 전통을 계속 지키기를 원했던 스위

19) 한국은행, 앞의 논문, 49면 이하 참조.

20) 이천표, 앞의 논문, 66면 이하 참조.

21) 이 경우는 1981년 이후에 중요성을 띠게 된 것으로 다음과 같은 요건을 충족하여야 한다. ㉠ 형사사건이고 정치나 군사문제와 관련된 사건이 아니어야 하며, 상대국이 인권을 존중하는 나라이어야 한다. ㉡ 협력의무가 있거나 외국의 협력요청시 스위스당국에 의한 승인이 있어야 한다. ㉢ 조세관계나 외환관리관계의 협조요청에는 응하지 않는다. ㉣ 은행감독기구 및 증권감독기구에 대해서 공개하나 이때 감독기구도 비밀보호의무를 가지고 있어 대외적으로 공표를 할 수 없도록 되어 있다. 외국 감독기구에 스위스은행 해외지점이 정보를 제공하는 것은 이 규정에 의거하고 있으며, 다른 나라 감독기구와의 협력은 바젤협약을 따르고 있다. ㉤ 조세당국에 제공하는 경우이다. 그런데 이 경우에도 인지세, 이자소득세의 원천징수, 賣上稅, 관세 등과 관련하여 조세당국은 금융정보를 취득할 수는 있으나, 이 때 얻은 정보를 해당문제 이외에는 쓸 수가 없다. 또 제3자에게 공개할 수 없게끔 비밀유지 책임을 가진다. 이는 소득세 또는 부유세와 관련된 세무조사에는 협조하지 않는다는 것을 내포한다(이천표, 앞의 논문, 67면 이하 참조).

에서도 마약관련범죄 등에 연관된 자금세탁방지의 필요성 대두 등의 사유에 따라 스위스의 법제도에도 최근에는 다소간 수정되는 모습을 보이고 있다. 즉 최근에 외국과의 협상으로 자금세탁방지법의 제정과 내부자거래의 불법화라는 변화를 가져오고 있는데, 이러한 외국과의 협조는 스위스은행이 국제적인 범죄행위를 비호하고 있다는 심한 비난을 벗어나고자 하는 대응의 하나라고 볼 수 있다.<sup>22)</sup>

결국 스위스 정부는 스위스 은행의 익명 계좌가 탈세, 테러자금, 돈세탁 등에 이용되고 있다는 국제사회의 비난을 피하기 위해 ‘자금세탁방지법’을 제정하게 되었고 2004년 7월 1일 동법이 발효됨에 따라 스위스 은행들은 부정 및 테러 자금 차단을 위해 익명으로 번호만을 등록하는 은행 계좌를 고객에게 개설해주지 않기로 함으로써 스위스를 대표하는 특징 중 하나였던 스위스 은행의 익명 계좌는 사라지게 되었다.<sup>23)</sup>

#### IV. 금융비밀보호한계의 재조명

이상에서 살펴본 나라들에서도 최근에 들어서는 범죄예방이라는 관점에서 전통적으로 금융거래비밀을 보호하던 것에 많은 제한을 두고 있는 것을 발견할 수 있다. 특히 2001년 9.11 테러사태 이후 각 국가들은 테러자금이 자금세탁을 통해 이루어지고 있는 것으로 인식하고 자금세탁구조를 밝히고 자금의 원천과 목적을 규명하는 데 중점을 두고 있다. 전통적인 자금세탁모델들은 금융시스템 내부로의 불법자금유입, 자금출처를 감추기 위한 반복거래, 그리고 합법적인 자산인수를 위해 통합된 자금이 사용되는 과정으로 이루어지고 있다. 이런 모델을 근거로 발전한 자금세탁방지구조는 자금의 원천과 목적, 그리고 소유자확인에 중점을 두고 있다.

최근에 새로운 형태의 자금세탁방지도구들은 은행 내부의 자금세탁방지위험들을 다루는 데 있어서 중요한 역할을 수행할 것을 요구하고 있다. 뿐만 아니라 금융시스템의 오용을 효과적으로 방지하기 위해 고객신원확인을 요구하는 엄격한 규정들은 불법자금이 합법화되기 전에 사전에 감지하는 통제스크린을 요구하고 있다. 따라서 혐의거래확인을 위

22) 이천표, 앞의 논문, 67면.

23) 해외에서 스위스로 자금을 들여오려는 사람은 반드시 이름을 은행에 제출해야 한다. 이름 대신 번호로 계좌를 개설할 수는 있지만 이 경우에도 은행측은 고객의 신원을 파악해 놓아야 한다(동아일보 2004년 7월 2일자 A18면 참조).

한 고객신원확인(KYC, know your customer)정보의 효율적인 사용이 국제자금세탁방지의 주요 현안이 되고 있다.

그러나 개인의 금융정보는 우리나라 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유라는 기본권과 관련하여 공개에서 보호되어야 할 필요성도 간과되어서는 안 될 것이다. 특히 금융거래에 관한 개인정보의 공개와 관련하여, 이는 분명 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것이면서도, 행정정보에 해당하지 않는다는 이유로 개인정보의 보호에 비교적 엄격한 규정을 두고 있는 ‘공공기관의개인정보보호에관한법률’의 의한 보호를 받지 못하고 있을 뿐만 아니라, ‘금융실명법’ 제9조에는 다른 법률과 저촉되는 경우에 ‘금융실명법을 적용한다고 하면서 동법 제4조에 금융비밀보호규정을 두고 있지만, ‘특정금융거래보고법’ 제12조에는 동법이 금융실명법 제4조에 우선하여 적용된다고 하여, 금융비밀보호의 전면적인 예외규정을 두고 있는 것으로 볼 수 있어, 금융정보에 대한 보호는 상대적으로 상당히 미비해졌다고 하겠다.

이러한 상황에 미루어 최근의 현실은 금융비밀보호 보다는 자금세탁방지에 더 무게가 실리고 있는 추세인 것으로 보이며, 이는 세계적인 추세와도 부응하는 것으로 본다. 특히 금융기관이 보유한 고객신원확인정보는 혐의거래활동 보고와 직접적인 관련이 있으므로 고객신원확인정보의 관리에 대한 의무와 책임이 더욱 증대되고 있는 것으로 본다. FATF의 권고안에 따르면<sup>24)</sup>, 각국은 금융기관들로 하여금 자금추적을 위한 제도를 개발하고 마약 관련 범죄혐의가 있는 행위를 보고하도록 하며, 특히 금융기관 직원들이 법적 책임 부담 없이 의심스러운 거래를 성실히 보고할 수 있도록 은행비밀법의 규정을 완화할 것을 요구하고 있다. 또 유럽연합기준에 따르면<sup>25)</sup>, 이와 더불어 금융기관은 자금세탁 방지를 위하여 관련 정보를 제공하는 등 사법당국에 협조해야 하는데 이 경우 금융기관 임직원은 은행비밀법의 규제를 받지 않는 면책지침을 두도록 하고 있다. 결국 자금세탁방지의 목적이 금융비밀보호에 우선하여 고려되는 추세라고 할 수 있을 것이다. 그럼에도 충돌하는 두 개의 법익을 어떻게 적절하게 조화하는가는 각국의 입법정책의 몫이라고 본다.

## 1. 사생활보호의 필요성

사생활보호는 종래 형법상 명예훼손이나 민법상 불법행위 책임의 문제로 이해되어 오

24) 이병기/이경재, 돈세탁행위의 범죄화에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994, 51면 이하 참조.

25) 정영현/황현리, “자금세탁 방지를 위한 국제협약 및 주요국의 규제조치”, 재정포럼, 1997/6, 10면 이하 참조.

던 것이 1965년 미국연방대법원의 판례를 통하여 소위 ‘프라이버시권’이 헌법적 가치를 갖는 권리로 인정되게 되었다. 우리나라에서도 프라이버시 침해에 따른 보호의 필요성이 날로 증대되면서 이에 대한 법제화의 필요성이 끊임없이 제기되어 왔고, 특히 점점 발전하는 정보화로 인하여 그에 대한 요구는 더욱 절실해지고 있다고 할 것이다.<sup>26)</sup>

일반적으로 사생활의 보호가 개인의 기본권으로서의 가치를 갖는다는 점에는 의문의 여지가 없다고 본다. 그러나 그 보호범위를 어디까지 해야하느냐에 대하여는 논란의 소지가 있다고 본다. 사생활보호는 형사사법적 정의의 실현과 관련된 신체의 자유와 더불어 개인의 안전에 관한 기본권이라는 점에서 공통점을 가질 수 있다. 그러나 사생활보호는 사람의 육체적 안전이 아니라 주로 사람의 인격과 관련된 안전에 관한 기본권이라는 점에서 구별된다.

넓은 의미의 사생활보호에 관한 기본권으로는 전통적인 주거의 보호, 직업상 비밀, 통신의 비밀 등에 포괄하는 개념으로 이해되고 있다. 이는 대체로 주거의 자유(헌법 제16조), 사생활의 비밀과 자유(헌법 제17조), 통신의 자유(헌법 제18조)를 들 수 있을 것이다. 이 중에서 사생활의 비밀과 자유는 1987년 헌법에서 신설하여 가장 최근에 헌법적 가치를 갖는 기본권으로 현대적인 과학기술의 발달과 함께 그 의미가 더욱 부각되게 되었다. 따라서 헌법적 권리로서 사생활보호에 대하여 긍정적인 검토가 필요하다고 본다.

## 2. 소극적 권리에서 적극적 권리로서의 사생활보호

사생활의 비밀과 자유<sup>27)</sup>는 인간의 존엄과 가치에 기초한 인격권적인 성격과 자유권적 성격 및 이의 보호를 위한 청구권적 성격을 동시에 내포하고 있는 성격을 갖고 있다고 할 수 있을 것이다.<sup>28)</sup> 그것은 사생활의 비밀과 자유에 관한 권리와 관련하여 소극적으로

26) 성낙인, 앞의 논문, 23면 참조.

27) 헌법상 “사생활의 비밀과 자유”라는 표현에도 불구하고 영문의 표기인 프라이버시라는 표현이 일반적으로 수용되어, 프라이버시(권)는 바로 한국헌법상의 사생활의 비밀과 자유로 준용될 수 있다는 점에서 오히려 사생활의 비밀과 자유라는 표현보다는 프라이버시라는 표현이 보다 일반화되어 있다고 한다. 따라서 사생활의 비밀과 자유≤프라이버시권<인격권으로 도식화할 수 있다는 견해가 있다(성낙인, 앞의 논문, 26면 참조).

28) 헌재 1995. 12. 28. 91헌마114: “공판정에서 진술을 하는 피고인·증인 등도 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며(헌법 제10조), 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니할 권리를 가지고 있으므로(헌법 제17조), 본인이 비밀로 하고자 하는 사적인 사항이 일반에 공개되지 아니하고 자신의 인격적 징표가 타인에 의하여 일방적으로 이용당하지 아니할 권리가 있다. ...(중략)... 그러나 인격권이나 사생활의 비밀과 자유도 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로써 제한할 수 있지만, 이 때에도 그 본질적인 내용은 침해할 수 없다



“사생활의 평온을 침해받지 아니하고 사생활의 비밀을 함부로 공개 당하지 아니 할 권리”에서 한 걸은 더 나아가 적극적으로는 “자신에 관한 정보를 관리·통제할 수 있는 권리”를 포함하는 의미에서 이해되어야 하기 때문이라고 한다.<sup>29)</sup> 따라서 이제 사생활의 비밀과 자유에 관한 권리는 소극적으로 “혼자 있을 권리”에 머무는 것이 아니라 “사생활을 함부로 공개당하지 않을 권리” 및 “자기에 관한 정보유통을 스스로 통제할 수 있는 권리”로서 적극적인 측면이 강조되게 된다.<sup>30)</sup>

따라서 모든 국민은 사생활의 내용과 비밀에 대한 간섭 내지 침해가 있는 경우에 이를 소극적으로 배제할 수 있는 것은 물론이고, 사회공동체의 일반적인 생활규범의 테두리 내에서 사생활을 자유롭게 설계·형성해 나갈 수 있고, 또 ‘나만의 영역’이 함부로 공개되지 않도록 적극적으로 통제할 수 있는 권리를 함께 갖게 된다.<sup>31)</sup>

그러나 이처럼 적극적인 권리로서 사생활의 보호를 통해 금융비밀보호만을 강조하기에는 최근에 발생하는 자금세탁범죄의 심각성을 간과할 수 없는 상황이라고 할 수 있다. 따라서 그에 대한 적절한 그러나 최소한의 제한이 필요하게 된다.

### 3. 사생활보호에 관한 예외적 제한

오늘날 사회구성원 상호간의 상호의존적 생활관계가 증대되고, 국가에 의한 국민의 생활영역에 대한 간섭의 필요성 또한 커지고 있다는 것을 부인하기 어려울 것으로 본다. 따라서 사생활의 비밀과 자유도 국가의 공적 기능, 예컨대 형사사법작용, 경찰작용, 조세정책 등을 수행하기 위해서 부득이한 경우에 법률에 의해서 단지 예외적으로 제한될 수 있다. 이는 이러한 국가의 기능이 무한정 허용되는 것은 적절하지 못하다고 보기 때문이다.

---

(헌법 제37조제2항)”.

29) 이에 대해 김철수 교수는 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유는 소극적인 권리로 이해하고, 정보사회에서 개인의 존엄을 보장하기 위한 정보에 대한 자기결정권은 헌법 제10에서 보장한다고 한다면(김철수, 헌법학개론, 1999, 524면) 허영 교수는 사생활의 자유와 비밀은 개인의 프라이버시에 관한 헌법상의 권리이기 때문에 소극적인 면과 적극적인 면을 모두 내포하고 있는 기본권으로 이해한다(허영, 한국헌법론, 2002, 368면).

30) 서울고법 1995. 8. 24. 94구39262에서는 “사생활의 비밀과 자유의 불가침은 사생활의 내용을 공개 당하지 아니할 권리, 자신에 관한 정보를 스스로 관리·통제할 수 있는 권리 등을 내용으로 하는 인격권으로서 오늘날 정보사회가 급속히 진행되면서 그 보호가 절실한 권리이다”라고 판시하고 있다(성낙인, 앞의 논문, 26면에서 재인용).

31) 허영, 앞의 책, 368면.

특히 현대사회에서 경제생활이 차지하는 부분은 상당히 넓은 부분을 차지하고 있어 경제생활의 공개는 한 개인의 전반적인 사생활의 공개라고 하여도 과언이 아니라고 할 수 있을 것이며, 또한 정보사회의 진전에 따라 개인에 대한 정보가 광범위하게 수집·처리·관리되고 있음에 비추어 볼 때, 개인의 입장에서는 프라이버시 보호를 위하여 이러한 정보가 적절히 통제될 수 있는 제도적 장치가 요망되게 된다고 할 것이다.<sup>32)</sup>

이에 헌법상 사생활의 비밀과 자유를 구체화하는 입법으로 1994년에 ‘공공기관의개인정보보호에관한법률’이 제정되어 있으나, 동 법률에 의해 금융비밀보호는 확보되지 못하고 있다. 뿐만 아니라 사적 부분에 관한 통일적인 규율법제가 없는 상황 하에, 개인의 금융정보를 보호하기 위하여 금융실명법 등을 제정하여 제4조에서 금융비밀보호를 규정하고 있고, 기타 형법 제127조 혹은 제317조 등에서 비밀누설에 대한 처벌규정을 두고 있다.

그러나 이러한 금융비밀보호규정들은 특정금융거래보고법 제12조가 다른 법률에 우선함으로써 자금세탁규제를 위한 조치가 우선적으로 적용될 수 있는 법제도적 장치를 마련해 놓고 있다.

결국 최근의 범죄동향, 특히 자금세탁관련 범죄동향에 입각하여 어느 정도의 금융비밀 보호에 대한 제한은 불가피한 일이라면, 그에 대한 제한은 예외적으로 이루어져야 할 것이다. 더불어 금융비밀보호에 관한 이러한 예외적 제한의 적용에 있어서는 보다 신중하게 그리고 최소한의 범위에서 허용되어야 하며, 그 위반에 대한 처벌을 보다 엄격하고 명확하게 함으로써 자칫 공익을 위하여 침해받을 수 있는 사익이 최대한 보호될 수 있는

32) 예컨대 독일연방대법원(BGH)은 2003년 2월 26일 결정에서 자금세탁에 근거한 행위가 독일 형사소송법 제100a조에 열거된 범죄유형이 아니고 독일 형법 제261조 제9항 제2문의 선행조문에 근거하여 자금세탁으로 판결 받을 것이 기대되지 않는 경우에는 자금세탁을 이유로 (전화)감청하는 것은 허용되지 않는다고 명확하게 밝힘으로써 감청의 범위를 엄격하게 제한하는 입장을 취하고 있다고 할 수 있을 것이다. 이는 전화감청이 독일 헌법 제10조에 근거한 기본권에 침해되는 것이라는 기존의 제한된 해석의 입장과 일치한다. 사실 독일 형사소송법 제100a조 제2호에 자금세탁범죄와 관련한 전화감청규정에서, 독일 형법 제261조에서 자금세탁으로 열거하고 있는 행위가 존재하는 경우에 전화대화를 감청하는 것이 허용되는 것으로 되어 있다. 이는 1998년 5월 4일에 조직범죄관련 입법과 함께 형사소송법에 새로 규정된 것으로, 동조문은 형사소송법 제100a조에 열거된 범죄행위가 존재하지 않는 사례에 있어서는 구체적인 사실관계에 근거하여 자금세탁의 혐의가 존재하는 경우에는 실무에서 영장법원에 전화감청을 신청하는 것을 허용하고 있다. 결국 자금세탁범죄 구성요건의 모든 확장이 자동으로 전화감청의 가능성도 확장시키고 있는 것이다. 그럼에도 불구하고 독일연방대법원은 위의 결정을 통해서 자금세탁을 이유로 한 전화감청도 상당히 좁은 범주로 제한하고 있는 것으로 보인다(Janovsky, “Telekommunikationsüberwachung wegen Geldwäsche”, Kriminalistik, 2003/7, S. 453 이하 참조).

제도적 장치마련이 필요할 것이라고 본다.

사실 현실적으로 모든 금융거래가 전산화되고 있는 상황에서 정보의 제공에 대한 엄격한 요건이 마련되어 있지 않다면, 그것에 따라 상당한 피해를 야기할 수 있는 위험을 내포하고 있어 이에 대한 신중한 접근이 필요하다고 본다. 결국 한편에서는 사생활의 보호라는 관점에서 금융비밀보호의무를 가지고 있으면서도 다른 한편에서는 자금세탁방지를 위한 역할을 담당하고 있는 금융기관의 역할이 중요해진다고 본다.

#### 4. 개인정보보호의 기본원칙 유지

정보과학기술의 발전에 따라 정보처리기술의 진보로 개인의 사생활은 더욱 침해될 소지가 높아지고 있다. 따라서 개인정보에 관한 보다 엄격한 관리가 이루어져야 할 것이다. 특히 공적 부문에서의 개인정보 보호는 ‘공공기관의개인정보보호에관한 법률’을 통하여 어느 정도 달성될 수 있다고 보지만, 사적 부문에서의 개인정보 보호에 있어서는 보다 효율적인 관리구조가 필요하다고 본다. 따라서 개인정보 보호에 관한 법과 제도의 정비를 통하여 개인의 프라이버시 보호도 중요하다고 볼 수 있어, 금융비밀보호라는 사적 이익과 공공목적의 달성에 대한 적절한 조화가 필요하게 되고 그 한계를 정하는 것이 중요하다고 본다.

이러한 관점에서 개인정보보호를 위해 중점을 두어야 할 내용으로 OECD가 제시한 가이드라인은 큰 시사점을 준다고 보는데, 그 내용<sup>33)</sup>은 첫째로 수집제한의 원칙이다. 즉 개인정보의 수집에 있어서 일정한 제한이 있어야 하며, 가능하면 본인의 동의를 얻어 수집해야 한다는 것이다. 둘째로 데이터질의 원칙이다. 즉 수집되는 데이터는 사용목적에 관련성이 있어야 하고 정확하여야 한다는 것이다. 따라서 포괄적인 자료조사는 아무리 공익을 목적으로 한 것이라고 하여도 그 위법성을 피하기는 어려울 것으로 본다. 셋째로 목적특정화의 원칙으로 개인정보의 수집목적은 수집당시에 특정되어야 하고 그 재사용도 본래의 목적달성에 한정되어야 한다는 것이다. 넷째로 사용제한의 원칙으로 개인정보는 본인의 동의 또는 법의 수권 없이는 제공되어서는 안 된다는 것이다. 물론 자금세탁방지과 관련하여서는 본인의 동의를 얻는 것을 요건으로 하기는 어려울 것으로 보인다. 다섯째로 안전보호의 원칙으로, 개인정보에 대한 훼손 또는 권한 없는 접근 및 사용과 같은 위험에 대하여 보안장치를 갖추어야 한다는 것이다. 여섯째로 공개의 원칙으로 개인정보

33) 변재옥, 앞의 논문, 150면 이하 참조.

파일의 존재, 성격, 사용목적은 비밀로 해서는 안되며, 그것을 일반국민에게 공개하여야 한다는 것이다. 일곱째로 개인참가의 원칙으로 본인은 자기에 관한 기록을 취득, 전달받을 수 있어야 하며, 그 기록이 틀렸을 때에는 정정청구권이 인정되어야 한다는 것이다. 여덟째로 책임의 원칙으로 데이터 관리자는 상술한 제원칙을 실효성 있게 지킬 책임이 있다는 것이다.

이러한 원칙들은 자금세탁방지를 위한 혐의거래보고와 관련하여서는 다소 적용상의 어려움이 있는 부분도 있다고 보이지만, 개인정보보호의 근간을 이루어야 할 필요가 있다고 본다. 최근의 자금세탁범죄동향을 고려해 볼 때, 오히려 혐의거래보고제도가 강화 내지 확대가 요구될 것이라고 보며, 그 필요성도 인정되는 바이다. 그럼에도 위에서 언급한 OECD 가이드라인은 예컨대 금융비밀보호와 자금세탁방지와의 관계설정과 같이 소위 금융비밀보호에 대한 형사법적 규제의 한계를 설정하는데 시사하는 바가 있다고 보며, 이러한 원칙을 바탕으로 필요한 최소한의 범위에서 공공의 목적을 위한 제한이 필요할 것으로 본다.

## V. 맺음말

과거에 전통적 형법은 사회의 밑바닥과 관계되는 범죄, 예컨대 살인, 절도, 강도 등과 같은 일부 분야에 국한되었던 반면, 오늘날에는 국가작용의 보편적인 통제도구로 성장하게 되었다. 따라서 형법의 효력범위뿐만 아니라 실제적인 적용범위도 넓어졌다. 이는 우리나라의 수많은 특별형법을 통해서도 알 수 있다. 그러나 이러한 형법 중요성의 증대를 형법학자들이 과연 기뻐해야 하는 것인지 아니면 오히려 걱정해야 하는 것인지는 의문스럽다.

범죄에 대한 두려움은 실체적 형법뿐만 아니라 절차적 형법을 무제한 확장시킬 가능성을 포함하고 있다. 형법은 현대 국가역사에서 보듯이 항상 시민보호라는 구실로 전체주의 국가를 확립시킬 수 있는 도구로 이바지할 수 있는 위험성을 내포하고 있고, 스스로 범죄조직으로 전락할 수도 있다.

따라서 요사이 세계경제에서 이야기되어지는 것처럼, 형법에서도 성장의 한계를 묻는 것이 필요한 시점이 되었다. 만약 형법이 “ultima ratio”(최후수단)기능을 잃어버린다면,

괴테의 시에 나오는 마법사의 제자<sup>34)</sup>에서처럼 문제해결의 도구가 오히려 위협으로 변질되는 결과를 초래할 수도 있기 때문이다. 따라서 수사에 의한 침해적 처분 내지 통제적 처분과 그에 의하여 제한되는 개인권리의 보호 사이에서 형법의 기능을 어떻게 조화시킬 수 있는지에 대해 숙고하는 것이 필요하다고 본다.

---

34) Deutsche Lyrik Eine Anthologie, suhrkamp taschenbuch 1607, 1990, S. 104ff. 참조. 부연 설명하면, 게으른 마법사의 제자가 자기에게 주어진 과제를 스스로 노력하여 해결하지 않고 손쉽게 마법을 써서 해결하려고 시작한 하였으나, 과제가 완성이 된 후에 마법을 멈추는 방법을 몰라 커다란 곤경에 빠지게 되는 경우처럼, 우선은 손쉽게 형법의 도움을 받아 모든 문제를 해결하려고 하는 것이 나중에는 그러한 형사제재가 오히려 개개인에게 위협으로 변질될 수 있게 된다.