

전문가가 진단한 정보화법제도 쟁점과 과제- 2009-②

## 정보사회의 헌법적 쟁점

- 인권과 민주주의와의 관련성을 중심으로 -

김종철(연세대학교 법학전문대학원 교수)

## 목 차

제1장 서론 - 정보사회와 헌법 .....	1
제 1 절 정보사회와 헌법 .....	1
제 2 절 헌법과 국가 .....	3
제 3 절 정보사회의 헌법적 쟁점 .....	4
제2장 정보사회와 인권 - 개인정보통제권을 중심으로 ...	11
제 1 절 정보사회와 인권 .....	11
제 2 절 기본적 인권으로서의 개인정보통제권의 보장체계 .....	32
제3장 정보사회와 민주적 지배 - 전자정부를 중심으로 ..	59
제 1 절 정보사회와 민주적 지배의 변화 .....	59
제 2 절 전자정부와 개인정보보호 .....	71
제4장 결론 - 정보사회를 위한 헌법개정? .....	77
<참고문헌> .....	81

## 표 목차

<표 1> 시민참여패턴과 민주주의 .....	70
--------------------------	----

## 제1장 서론 - 정보사회와 헌법

### 제1절 정보사회와 헌법

현대 사회가 정보사회로 발전하면서 우리의 일상생활은 디지털화한 제도적 장치들로부터 잠시도 떨어져 있을 수 없다. 디지털화는 개인과 개인간의 관계를 변화시킬 뿐만 아니라 개인과 국가와의 관계, 더 나아가 국민국가를 중심으로 한 국가공동체의 근본적인 성격을 변화시키고 있다. 산업사회의 발전이 자본주의 경제체제의 변화와 더불어 근대시민국가의 외형을 가진 국민국가 중심의 지구질서를 잉태하였듯이 정보사회의 발전이 세계화된 경제체제의 발전과 더불어 국내외의 새로운 정치질서를 형성해가고 있다.

정보사회의 발전이 정치 및 경제사회질서에 미치는 가장 대표적 변화가 지식기반사회(knowledge-based society)의 출현이다. 지식기반사회란 고도화된 정보인프라를 바탕으로 다양한 정보와 창의적인 지식이 생산적 결합현상을 통해 사회의 진화가 이루어지는 사회를 말한다. 산업혁명 이후의 토지, 노동, 자본의 3대 기본요소를 중심으로 생산관계가 형성되는 경제체제에 바탕하여 인쇄매체를 중심으로 단면적 사회관계 및 법률관계가 형성되던 시대는 과거의 일이 되어가고 있다. 정보사회와 지식기반사회에서는 지식과 정보의 결합을 통해 형성된 무형자산을 중심으로 정보매체를 통한 다면적 관계가 사회와 국가질서의 주요기반을 형성한다.

새로운 사회 및 국가질서의 주요기반의 변화는 정치질서 형성 및 유

## 2 정보사회의 헌법적 쟁점 - 인권과 민주주의와의 관련성을 중심으로

지의 기본법으로서의 헌법의 변화를 더불어 요구하고 있다. 정보사회의 발전에 따른 헌법의 변화와 정치질서의 재편성은 거시적으로 입헌주의 혹은 헌법에 의한 지배구조의 성격변화를 요구한다. 쌍방향성, 탈중앙통제성, 접근용이성, 다양성, 복제용이성 등 디지털 정보체계의 특성은 사회공동체의 질서유지라는 핵심과제를 유일무이의 물리력을 합법적으로 독점하는 국가에게만 부여하기보다는 다양한 사회적 권력체계가 국가에 못지않은 실질적 물리력을 행사하면서 국가와 더불어 다원화된 사회체제를 형성할 수 있는 토양을 마련하였다.

나아가 국가권력의 운영체계에 있어서도 국가권력의 형성과 운영의 이분법에 기초한 대의민주주의의 기본질서가 질적 변화를 겪으면서 국가권력의 형성과 운영에 다원화된 국민이 직접적으로 관여하는 복합구조로 진화하고 있다. 참여민주주의나 전자민주주의의 발전으로 현상화되는 이러한 변화는 국가의 본질, 사회권력체의 본질, 국가와 사회권력체의 관계, 개인의 국가 또는 사회와의 관계에 대한 법적 의미의 변화를 내포하거나 추동하고 있다.

특히 개인과 국가와의 관계의 측면에서 정보사회는 개인의 권능화(empowerment)의 가능성을 내포하고 있는 특징이 있다. 개인은 일찍이 보유하지 못했던 정보를 순식간에 취득하고 재구성할 뿐만 아니라 축적된 정보에 바탕한 의견을 국가와 사회에 투영할 수 있는 수단적 장치를 확보한 셈이다. 그러나 이러한 정보사회의 발달에 따른 개인의 권능화와 병행하는 것은 이에 비례하는 국가의 정보활용성의 증대이다. 권능화한 개인이 활동하는 인프라는 국가의 직간접적 통제하에 있는 전산망이고 이런 인프라와 직간접적으로 연계된 국가활동은 개인정보의 집적을 기본적으로 요구하기 때문이다.

결국 정보사회의 발전은 정치 및 사회공동체의 근본규범인 헌법의 변화를 초래하는 한편 그 속도와 방향성이 역으로 헌법의 질서화구조에 의해 결정되므로 정보사회와 헌법의 상호관계에 대한 이해는 정보사회의 법질서인식의 기초를 형성한다.

## 제2절 헌법과 국가

### 1. 국가의 존재이유 - 인권적 가치의 조정

한국 헌법은 기본적 인권의 최대화를 기본가치로 제시하고 있다. 그 핵심규정은 헌법 제10조와 제37조 제2항이다. 헌법 제10조의 후문은 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무를 진다”고 규정하고 있다. 한편 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다”고 규정하고 있다.

우리 헌법상 기본적 인권의 보장에 관한 핵심규정들로부터 확인되는 국가의 존재이유는 공동체 구성원의 불가침의 기본적 인권을 확인하고 보장하기 위하여 필요한 경우 법률로써 기본적 인권을 제한하기 위하여 존재하는 것이다.

정리하면 모든 기본적 인권은 국가를 매개로 하여 다른 기본적 인권의 최대화를 위하여 그 일부가 제한되는 것이다. 결론적으로 실질적인 측면에서 인권은 인권에 의하여 제한된다.

#### 4 정보사회의 헌법적 쟁점 - 인권과 민주주의와의 관련성을 중심으로

### 2. 국가의 실체 - 민주적 정치지배의 장치

국가는 실존하지 않는다. 오로지 법과 정치의 메카니즘으로 존재할 뿐이다. 인권을 조절하는 국가의 작용은 법치주의(the rule of law)의 원리에 따라 국민의 대표자인 의회가 제정하는 법률에 근거한다. 그리고 법률은 의회의 정치적 합의의 결과이며, 그러한 정치적 합의는 국민의 여론을 수렴할 뿐만 아니라 궁극적으로 입법자인 의회를 구성하는 것은 국민 자신이다. 결국 헌법적으로 국가의 실체는 헌법에 의한 국민의 지배를 가능하게 하는 정치적 결정과정이다.

### 3. 헌법의 기본구조

민주적 정치지배의 장치 및 인권조정적 메카니즘으로 국가를 이해할 때 이러한 메카니즘의 기본규범을 설정하는 것이 헌법이다. 따라서 헌법의 지배를 추구하는 헌법은 인권의 보장과 민주적 지배를 위한 제도와 질서의 기본사항을 내용으로 한다. 정보사회의 발전은 이러한 인권의 보장과 민주적 지배의 양상에 일정한 변화를 초래하는 것이다.

## 제3절 정보사회의 헌법적 쟁점

### 1. 정보사회에서의 국가-사회관계 변화

오늘날과 같은 근대사회는 이성을 가진 인간(개인)의 자유와 권리를 국가가 보호해 준다는 이상에 입각하여 발전하여 왔다.<sup>1)</sup> 이는 중세의 신

으로부터의 탈피, 그리고 인간성에 대한 새로운 자각으로부터 출발한 것이었다. 그러나 이러한 이상과는 달리 국가나, 특정 집단들의 의사를 중심으로 하여 사회가 작동해 왔다는 것은 여러 역사적 사실들이 반증해주고 있다. 즉 이러한 역사적인 발전 속에서 개인들이 가지는 정치적인 의사는 집단적·일방향적 의사소통 기반으로 인하여 경시되는 경우가 빈번히 발생하였으며, 국민들에 의하여 선출된 대표자들이 그들의 의견을 대의하는 수준정도에서 개인들은 만족할 수밖에 없었다.

그러나 이상에서 살펴본 정보사회의 발전은 개인들이 의견을 표명할 수 있는 기반을 구축해 가고 있으며, 이를 통하여 우리는 진정한 개인을 중심으로 한 민주주의의 발전 그리고 진정한 근대적 이상의 실현을 추구할 수 있게 되었다고 평가할 수 있다.

이러한 논의를 위하여, 우리는 근대사회의 구조적인 측면의 논의, 즉 국가-사회관계론을 살펴보도록 하자. 이를 통하여 우리는 정보사회의 출현이 개인과 조직이라는 측면에서 어떠한 함의를 가지는지를 파악해 볼 수 있을 것이다. 우선 국가와 사회의 의미에 대해 살펴보자면, 인간이 서로 협력하며 대립하는 상호작용을 하면서 관계를 맺는 곳에서는 어디서나 관습, 윤리, 성문 또는 불문의 규칙에 의해서 가족, 기업, 교회, 학교, 지방자치단체 등 사회적 조직이 형성된다. 개인은 이러한 사회적 조직에 참여하여 활동하고, 이러한 사회적 조직으로부터 영향을 받는다. 이렇게

---

1) 근대 정치사상의 근간은 자유주의라고 할 수 있다. 자유주의란 국가로부터 독립된 사적 영역을 규정하여, 국가의 권위를 억제하고, 개인 및 가족 그리고 경제적 삶을 중시하는 시민사회를 정치적 간섭으로부터 해방시키고자 하는 것이라 정의할 수 있다. 자유주의는 또한 모든 시민의 최대한의 이익을 보장하기 위해서는 왕권의 폐지, 정기적 선거, 국가권력의 분리 그리고 자유로운 시장이 확립되어야 한다는 주장에 기초해 있다.

## 6 정보사회의 헌법적 쟁점 - 인권과 민주주의와의 관련성을 중심으로

개인을 포함한 상호협력 또는 대립되는 관계망을 ‘사회’라고 부를 수 있다. 이에 반하여 ‘국가’는 보통 사회에 배타적인 권능을 행사하는 조직으로 여겨진다. 개인은 직업단체, 교육, 정당 등 여러 가지 사회적 조직에 속해 있으며, 국가도 사회적 형성물이지만 ‘독점적인 권력의 소유자’라는 특성으로 인하여 사회적 조직과는 구별된다. 국가는 사회를 토대로 해서 사회구성원 개개인의 자유와 권리 및 능력이 최대한 발휘될 수 있도록 활동함으로써만 그 존립근거와 정당성인 인정되고, 국가란 존재가 없다면 사회 자체의 평화적인 유지도 불가능하다는 것이 일반화된 견해이다. 그러므로 국가와 사회는 서로 매우 밀접한 관계를 맺고 있다. 그러나 이 양자의 관계는 각기 상이한 헌법관과 국가관에 따라, 동일화되거나, 엄격히 분리되거나 또는 상호관계를 맺으면서 구별되고 있다.<sup>2)</sup>

역사적으로 파악해 보자면, 국가와 사회의 대립적인 관계는 절대군주제 시대로부터 시작한다고 볼 수 있다. 사회는 인간 공동생활의 자연적 기초로서 국가로부터 자유로운 개인의 생활영역을 의미한다. 이에 반하여 국가는 의식적으로 창설된 합리적이고 통일적인 질서로서 사회에 대립하면서 절대군주를 정점으로 하는 통치기구로 간주되었다. 이렇게 국가권력의 집중화를 통해서 사회에 대하여 독립적인 국가를 산출한 절대주의시대에 국가와 사회의 대립이 이루어졌고, 이 양자의 관계는 고립적인 분리로 생각되었다. 그 후 인간의 자유와 평등을 부르짖고 나선 1789년 프랑스 혁명은 한편으로는 국가로부터 자유로운 생활영역을 강조하고 다른 한편으로는 시민의 정치참여를 주장함으로써, 그때까지 완전히 단절된 상태였던 국가와 사회의 관계를 일정한 교차관계로 발전시키기에 이르렀다.<sup>3)</sup>

2) 강태수, “현대산업사회에서 국가와 사회의 상호관계에 대한 연구: 서독의 이론을 중심으로”, 연세대학교 석사학위논문, 1986, 45면.

국가-사회관계론의 현대적인 논의에 있어, 국가와 사회의 구분을 부정적으로 파악하는 견해들도 상당수 존재하는 것이 사실이지만, 근대 자유주의의 성립 이후 이러한 국가-사회관계론에 대한 논의는 각기 다른 국가들의 체계 및 구조를 형성하는 데 기여해 왔음은 부정할 수 없는 사실이며, 이러한 구분적 관념은 오늘날 각 국가의 사회적 구조 또는 헌법이 설정하는 구조를 이해하는 데 중요한 개념으로 자리잡고 있다.

사회적 구조는 이러한 국가와 사회를 매개해 주는 역할을 요구하게 되고, 그것이 바로 대의민주주의의 근간이라고 할 수 있는 국회, 대통령 등의 대의제 기구이며, 그러한 대의제 기구에 대한 정치적 의사의 매개지점은 선거와 정당이라고 할 수 있다. 결국 개인들의 정치적 의사는 선거와 정당 활동 등을 통하여 대의기구에 총화·전달되고, 이는 국가 공동체를 운영하는 데 중요한 요소로서 작동한다. 그러나 이러한 과정 속에서 개인들의 의사는 ‘전체 국가의 이익’, ‘전체 국민의 이익’이라는 가치 판단의 기준에 의해 수정되는 경우가 다반사이며, 결국 대의기구 구성원들의 주관적 판단에 국가 공동체 운영이 위임되는 결과가 발생한다. 이 과정에서 대의기구의 자유위임적 자율성을 보장해주는 상징적 표현이 ‘추상적 국민의사’라는 것이다.

그러나 정보사회의 출현은 이러한 대의민주주의의 기본적인 구조를 변화시킬 수 있는 기반을 제공해 주고 있다. 대의민주주의가 발전하게 된 궁극적인 원인은 시간적·공간적 제약이라고 할 수 있다. 과거와 같은 일방향적·획일적 의사소통 시스템하에서는 모든 개인들의 정치적 의사를 묻는다는 것은 불가능할 뿐만 아니라, 엄청난 사회적 비용을 감수해야만

3) 강태수, “현대산업사회에서 국가와 사회의 상호관계에 대한 연구: 서독의 이론을 중심으로”, 11면.

## 8 정보사회의 헌법적 쟁점 - 인권과 민주주의와의 관련성을 중심으로

하는 것이었다. 그러나 위에서 살펴본 정보사회의 쌍방향적 의사소통 시스템하에서는 좀 더 다른 대안을 생각할 수 있게 되었다.

또한 거시적인 국가 공동체라는 측면을 넘어서서, 사회 안에 존재하는 각종 조직의 역할과 성격이 변화되고 있다는 사실도 주목할 필요가 있다. 과거의 조직이라는 것은 시간적·공간적 한계를 명확하게 가지는 것으로 그것의 범위는 매우 제한적인 것이었다. 그러나 네트워크의 발전은 이러한 조직의 변화를 가져오고 있다. 즉 네트워크를 통하여 시간적·공간적 한계를 넘어서는 조직들이 생성되어 가고 있으며, 이는 과거와는 다른 사회적·문화적 논의의 발전을 예측할 수 있게 해 준다.

이러한 국가 공동체와 사회적 조직 등의 변화는 전통적인 제도적 질서에 대한 논의라고 할 수 있는 국가-사회관계론의 변화를 가져오고 있다. 이제 사회를 구성하고 있는 개인들의 정치적인 의사는 곧바로 국가에 반영될 수 있는 '가능성'을 가지게 되었으며, 사회 조직들도 단일한 정치적 의사와 문화를 가진다기보다는 매우 다양한 의견들을 포섭할 수 있는 상황이 되었다. 이는 전통적인 국가-사회의 구분을 탈피하여, 국가-사회의 중첩적 조화 및 더 나아가서는 국가와 사회의 영역의 구별이 허물어지는 현상을 발생시킬 가능성을 내포하고 있다. 그 핵심에는 바로 정보사회의 다원주의적 발전이 위치하고 있는 것이다.

## 2. 정보사회의 발달과 헌법적 쟁점

정보사회에서의 헌법적 쟁점과 관련된 쟁점은 '인권'과 관련된 쟁점과 '민주적 지배'와 관련된 쟁점으로 구분할 수 있다. 위에서 살펴 본 바와 같은 국가-사회관계론의 변화에서 그 원인을 찾을 수 있겠다.

우선, 국가와 사회 간의 경계가 모호해 진다는 사실은 사회를 구성하고 있는 개인들의 자율성이 침해 받을 가능성, 즉 국가개입 증대의 가능성을 보여준다고 할 수 있다. 근대 초기 고전적 자유주의가 국가 개입의 배제를 그 이념적 근간으로 하였다고 한다면, 오늘날 변모되고 있는 국가-사회관계에서는 불가피한 국가의 개입을 고려해야할 필요성이 있다. 이는 특히 개인정보보호와 관련된 쟁점에서 더욱 중시된다고 할 수 있는데, 이는 현대사회 발전의 핵심인 정보가 가지는 기본적인 양면적 속성과 관련이 있다. 정보라는 것은 개인의 자유로운 생활을 위하여 보호되어야 할 측면을 가지고 있는 것이라고도 볼 수 있지만, 반면 정보사회가 가져오는 순기능들을 최대화하기 위해서는 개인들이 가지고 있는, 또는 개인들에 대한 정보를 국가 및 각종 기관들에서 적극적으로 활용되어야 할 필요성을 가지고 있다. 이는 기든스가 언급하고 있는 바와 같이, 근대 초기 국가의 출발 시점서부터 정보사회의 성격을 가진다는 점과 일맥상통한다고 할 수 있다.<sup>4)</sup> 결국 정보사회가 노정하는 중심적인 헌법 쟁점 중 하나는 이와 관련된 '인권'적 문제라고 할 수 있을 것이다.

또한 국가와 사회의 구조적 측면에서의 변화는 민주적 지배 양식의 변화를 야기한다. 국가가 단지 사회를 지배하거나 통치한다는 근대적 관점의 지배양식이 아닌, 국가와 사회간의 관계를 긴밀한 관점에서 파악하는 새로운 지배양식에 대한 논의가 필요하다. 이는 정보사회의 근간인 커뮤니케이션 기술의 발전에서 그 원인을 찾을 수 있다. 과거와 달리 현대 사회에서는 정보를 일부 권력층 및 지식인들만이 소유하는 것이 아니라, 활성화된 커뮤니케이션을 통해 네트워크에 접속할 수 있는 다양한 계층

4) Anthony Giddens, *The Nation State and Violence: Volume Two of Contemporary Critique of Historical Materialism*, Polity, 1985; Anthony Giddens, *Modern and Self-Identity: Self and Society in the Late Modern Age*, Polity, 1991.

**10** 정보사회의 헌법적 쟁점 - 인권과 민주주의와의 관련성을 중심으로

의 사람들이 정보를 활용할 수 있는 상황이 되었다. 이는 정치적 의사결정에 있어 상당한 변화를 불러오고 있으며, 신공공관리론 이후 서구사회에서 발전해 오고 있는 거버넌스(Governance)<sup>5)</sup>에 대한 논의와 연결된다고 볼 수 있다. 결론적으로 정보사회의 발전은 헌법적인 측면에서 볼 때 ‘민주적 지배’의 문제와 궁극적으로 연결된다.

---

5) 거버넌스 개념에 대한 논의는 R. A. W. Rhodes, “The New Governance: Governing without Government”, Political Studies 44, 1996; R. A. W. Rhodes, Understanding Governance: Policy Networks, Governance, Reflexivity and Accountability, Open University Press, 1997; Guy Peters, 정용덕 외 역, 미래의 국정관리, 법문사, 1998; The Future of Governing: For Engineering Models, University of Kansas Press, 1996; S. Goss, Making Local Governance Work: Networks, Relationships and the Management of Change, Palgrave, 2001; W. Kickert, “Public Governance in the Netherland: An Alternative to Anglo-American ‘Managerialism’”, Public Administration 75, 1997; J. Kooiman, Governing as Governance, Sage Publications, 2003; Wayne E. Baker, “The Network Organization in Theory and Practice” in N. Nohria & G. Eccles(eds.), Networks and Organization: Structure, Form and Action, Harvard Business School Press, 1992 등 참조.

## 제2장 정보사회와 인권

### - 개인정보통제권을 중심으로

#### 제1절 정보사회와 인권

##### 1. 개인정보통제권의 보호문제

###### (1) 개인정보보호의 이념성과 정치성<sup>6)</sup>

입헌주의체제의 기초는 자유롭고 독립된 개인의 자유와 권리의 최대한의 보장이다. 개인의 자율성의 확보는 인간으로서의 존엄과 가치를 가지는 개인의 정체성의 보장이 전제가 된다. 개인의 정체성은 개인에 전유된 개인정보에 의해 좌우된다. 개인의 정체성 혹은 인격성의 근간이 되는 개인정보<sup>7)</sup>는 사적 성격과 비밀성을 전제로 한다. 개인은 자신만의 고유한 비밀적 영역을 가질 때에만 사회적 관계에서 자유롭게 활동할 수 있다는 생각에서 개인정보보호가 “홀로 있을 권리”(the right to be let alone)로서의 프라이버시, 혹은 사생활의 자유와 비밀의 보장의 차원에서 논의되어 온 것도 바로 이 같은 특성에 바탕한 것이다. 이런 개인정보가

6) 이 섹션은 김종철, “전자정부와 개인정보보호의 조화 - 이념적 측면을 중심으로 -”, 세계헌법연구 제12권 제2호, 2006, 78-80면에서 전재된 것이다.

7) 우리 법제상 개인정보는 “생존하는 개인에 관한 정보로서 성명·주민등록번호 등에 의하여 특정 개인을 알아볼 수 있는 부호·문자·음성·음향 및 영상 등의 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없어도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 경우에는 그 정보를 포함한다)”라고 정의된다(「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제1항 제6호, 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」 제2조 제2호도 기본적으로 유사한 정의를 두고 있다).

## 12 정보사회의 헌법적 쟁점 - 인권과 민주주의와의 관련성을 중심으로

국가를 비롯한 제3자에 의해 유출되고 또 유통되는 것 자체, 나아가 그것이 왜곡될 때 개인의 정체성은 훼손되고 자율성도 기대할 수 없게 된다. 더구나 개인의 인종, 종교, 정치적 성향, 성적 취향, 사상 등을 정치적 지배권을 가진 국가가 관리하게 되면 개인의 정치적 사회적 활동을 압박하는 수단이 될 수 있고 나아가 대중조작의 가능성이 열리게 될 위험성이 있다. 개인의 정체성의 왜곡과 정보를 남용한 자의적 정치적 지배는 입헌주의적 국가형성의 기본목적에 넘어서게 되는 것을 의미한다. 그렇다면 개인정보보호는 개인의 자율성의 전제가 되는 인격을 보장하고 정보오남용의 위험성을 제거하여 민주적 지배를 가능하게 하기 위한 필수적인 가치가 된다.

한편 현대사회에서 개인정보는 자본화되어 재화로서의 가치를 가지고 있다. 개인의 사회활동과정에는 항상 경제적 효과가 수반되며 자본주의사회의 생리상 경제적 효과의 분석은 부가가치형성의 기본요소가 된다. 이러한 자본화된 개인정보는 개인의 필요에 의해 인격의 전제가 되는 개인정보의 비밀성을 스스로 해체한 것이기에 비밀성을 요소로 하는 개인정보와는 질을 달리 한다. 그러나 개인의 처분에 좌우된다는 점에서 여전히 사적 성격을 보유하며 정보주체에 전유된 것으로 볼 수 있다.

그러나 개인정보보호의 논의가 원자화된 개인, 사회적 관계와 유리된 개인의 정체성을 의미하는 차원에서 이루어지는 것은 비현실적이며 비인간적이고 비민주적이다. 인간은 사회적 존재이며 사회적 관계를 벗어난 완전 고립된 정체성은 존재할 수 없다. 개인의 자율성은 사회적 관계속의 자율성이며 개인정보도 사회적 관계가 반영된 개인관련정보이다. 이 정보는 공동체적 삶의 전제가 되는 공동체의 존립과 합리적 유지를 위해 필요한 공공재적 성격을 가질 수 있다. 공동체의 존립과 합리적 유지를 위

하여 형성된 국가가 헌법과 법률이 정하는 바에 따라 그 존립목적을 달성하기 위하여 필요한 개인정보를 수집하고 관리하는 것은 당연하며 그 개인정보는 단순한 사적 정보이상의 사회적 법적 함의를 가진다. 예를 들어, 국민의 기본적 의무에 해당하는 국방, 납세, 교육, 근로에 관한 정책을 시행하기 위해서는 신상과 사회활동에 관한 기본정보의 수집과 관리는 필수적이다. 또한 사회적 복지급여나 사회보장정책의 효율적이고 민주적인 수립과 집행을 위한 정보의 수집과 관리도 필수적이다. 이때의 공동체 운영의 기초가 되는 개인정보는 사적 성격과 비밀성을 전제로 하기보다는 공적 성격과 공개성을 전제로 한다.<sup>8)</sup> 공동체운동을 위해 필요한 기본적인 정보는 개인에게 전속된 것이 아니며 공동의 자산이어야 하고 또 그러한 자산은 민주국가에서 주권자인 국민에게 공개되는 것이 마땅하기 때문이다.

그러나 공공재적 성격을 가지는 개인정보도 개인정보인 이상 사적 성격과 비밀성의 요구를 동시에 가지기 때문에 그런 다차원적 성격을 고려하여 공적 성격의 획득을 위해서는 법적 근거를 요구하게 된다. 즉, 개인정보의 수집, 처리는 대개 공동체 운영의 효율을 높임으로서 개인의 자유와 권리신장에 유용하다는 기능적 이유에 근거하여 제정된 입법에 의하여 정당화되어야 한다. 개인정보의 수집, 처리가 법적 근거에 의해 원칙적으로 정당화된다는 것은 공적 영역과 사적 영역의 구분이 존재론적인 절대적 기준에 의한 것이라기보다는 정치적 판단의 결과임을 의미하고 복지국가의 논리에 따라 국가영역이 확대되면서 과거의 사적 영역은 정

8) 국가권력을 실질적으로 담당함으로써 국민여론의 엄중한 감시하에 있어야 할 공직자의 개인정보는 민주주의의 실질적 실현을 위해 공적 기관에 의해 관리될 필요가 있으며, AIDS와 같이 사회적 전염성이 강한 질병에 감염된 자나 아동학대나 상습적 성폭행범죄의 경력을 가진 자의 개인정보는 공공의 안전과 보건을 위해 공적 기관에 의해 관리될 필요가 있다.

#### 14 정보사회의 헌법적 쟁점 - 인권과 민주주의와의 관련성을 중심으로

치적 및 사회적 이유로 공적 영역화되어 온 것을 반영하는 것이다. 이것이 바로 개인정보보호의 정치성이라고 할 수 있다. 만일 개인정보보호의 정치성을 외면하고 전통적인 사적 성격과 비밀성만을 절대적으로 고집할 경우 개인정보에 바탕한 다양한 정보의 공유속에 합리적이고 민주적인 결정에 따라 공동체의 운영이 이루어지는 것을 근간으로 하는 민주주의의 이념에 역행할 수 있다.<sup>9)</sup>

결론적으로 개인정보보호는 개인의 정체성을 확보하고 공동체의 민주적이고 합리적 운영을 위한 전제가 되는 가치이지만 그 보호범위는 선택적이고 절대적으로 확정되어 있는 것이 아니라 헌법의 한계내에서 민주적 정치과정을 통해 결정되는 유동적인 것이다.

### (2) 개별적 쟁점

#### 1) 전자감시사회 논쟁 - 노동자 및 소비자 프라이버시

개인정보의 수집과 이용 자체는 정보사회의 새로운 현상은 아니지만 정보통신기술의 발달에 따라 수집·축적되는 개인정보의 범위와 규모가 확대되고 축적된 개인정보를 활용하는 방식이 고도화됨으로써 민간에 의한 개인정보의 오·남용이 새로운 문제로 대두되었다. 정보통신 인프라의 구축과 더불어 개인에 대한 감시위험이 증대되었고, 무선 인터넷의 활성화 및 유비쿼터스(ubiquitous) 통신환경의 전개에 따라 사적 조직, 특히 기업에 의한 감시가 새로운 쟁점으로 부각되고 있다.

---

9) B.Ruiz, Privacy in Telecommunications - A European and American Approach, Kluwer Law International, 1997, p. 10.

오늘날 은행, 지하철, 편의점, 주유소, 병원, 주차장, 버스 등 우리 사회의 곳곳에는 CCTV가 설치되어 실시간으로 감시가 이루어지고 있고 신용카드나 전화화폐의 발달에 따라 거래기록이 전산화되어 거래정보를 통해 개인의 모든 활동이 추적되고 있으며, 나아가 그 사람의 습관, 사상까지도 파악되기에 이르렀다. 휴대전화를 이용한 위치추적으로 그 사람의 행동을 언제든지 추적할 수 있고, 교통카드의 기록으로 이동현황도 언제든지 파악할 수 있게 되었다. 인터넷을 통한 의사소통 활동도 로그기록이나 쿠키를 통해 파악할 수 있고, 전자우편이나 게시판에 남긴 글도 IP 주소를 추적하거나 서버에 저장된 정보에 접근하여 파악할 수 있게 되었다. 최근 민간기업에서는 소비자나 잠재적 소비자에 대한 정보를 통합하여 관리하려고 하고 있다. 통신서비스제공자의 경우 고객의 통신이용내역, 신용카드이용실적, 위치정보 등을 분석하여 개인의 소비행태와 모든 활동내역을 추출하려 하고 있다. 또한 노사관계에 있어서도 사용자는 스마트카드의 도입, 위치확인시스템의 도입, CCTV의 도입 등을 통해 노동자의 모든 활동내역을 정보로 처리하여 통제하려고 하고 있다.<sup>10)</sup> 아울러 유비쿼터스 환경에서는 감시를 상품화하는 사례도 나타나고 있다. 이미 일부 이동통신사가 휴대전화 위치정보를 이용하여 어린이가 일정 구역을 벗어나면 부모에게 자동적으로 SMS 메시지를 전송하는 부가 서비스가 제공하고 있으며, 영국에서는 어린 아이의 신체에 RFID칩을 이식해 어린이들의 유괴나 납치에 대처하는 미아방지상품도 팔리고 있다. 일반적으로 위치정보에 기반을 둔 사업들은 대부분 감시를 상품화한 것이라고 할 수 있다.<sup>11)</sup>

10) 이인호 외, 개인의 사생활, 국가적 감시 그리고 규범, 정보통신정책연구원, 2006, 30~31면.

11) 이인호 외, 개인의 사생활, 국가적 감시 그리고 규범, 263면.

이처럼 정보사회에서 개인이 어떤 서비스를 받기 위해서는 자발적으로 개인정보를 제공할 수밖에 없는 경우가 빈번해지고 있다. 다시 말해, 서비스 혜택을 얻기 위한 목적으로 피감시자가 감시에 자발적으로 참여하는 경우가 늘어가고 있는 것이다. 문제는 상향식(bottom-up) 정보흐름 및 하향식(top-down) 정보통제 구조로 인해 발생하는 인권침해 위험성이다. 이에 따라, 정보주체에게 “개인이 자신에 관한 정보의 흐름을 파악하여 통제할 수 있는 권리”를 뜻하는 자기정보통제권을 보장함으로써 감시의 필요적 기능과 침해적 기능을 적절히 조화시킬 필요가 있다.

특히, 고전적인 정보수집에 있어서의 고지 및 동의 원칙을 수정하여 집단적 협의에 따른 정보 수집 및 활용 방안을 강구할 필요성이 인정된다. 예컨대, 아파트단지 또는 공공장소에 CCTV나 RFID를 설치하려고 할 때, 작업장 또는 생산라인을 감시하거나 모니터링 하고자 할 때 반드시 감시 또는 추적을 실행하기 전에 피감시집단(주민, 근로자 등)이나 그들의 대표자들(주민대표, 노조 등)과 사전 ‘협의’ 또는 합의 과정을 거치도록 해야 한다. 상호간 협의를 통해 감시·추적의 위험성에 대한 정보를 공유하고, 그 위험을 회피하거나 최소화할 수 있는 기술·제도 등에 대한 논의가 있어야 하며, 감시·추적의 효과를 정기적으로 평가해서 감시와 추적이 확대되지 않고 최소에 그치도록 해야 한다.<sup>12)</sup>

## 2) 주민등록제도 / 지문날인

근대 초기 중앙집권적 국가가 성립되어가면서, 국가는 자국 영토 내에 살고 있는 개인들에 관한 정보를 수집하여 통치에 활용해 왔다. 주민등록제도와 지문날인의 경우가 이를 대표하는 경우라고 할 수 있다. 특히 정

12) 이인호 외, 개인의 사생활, 국가적 감시 그리고 규범, 279-81면.

보 고도사회인 오늘날 이러한 주민등록제도와 지문날인은 개인에 대한 신상정보에 대한 수집을 용이하게 할 뿐만 아니라, 개인의 신원을 손쉽게 식별할 수 있는 개인 및 신상정보로서 기능한다. 특히 지문정보는 신체정보의 하나로서 '민감 정보'에 해당된다.<sup>13)</sup> 따라서, 최근 주민등록제도와 지문날인에 대한 비판이 제기되고 있다.<sup>14)</sup> 이러한 비판의 주된 논점은 정보의 주체로서 보호받아야 할 국민이 오히려 정보의 객체, 즉 국가의 통제를 위한 정보수집의 대상으로서의 지위를 가지게 된다는 데 있다.

이러한 주민등록제도와 지문날인의 문제는 정보사회가 고도화 되면서 더욱 중차대한 사회적 문제로 제기될 가능성이 크다. 위에서 살펴 본 바와 같이, 감시사회의 등장은 광범위하면서도 무차별적인 정보의 수집 및 집적을 가능하게 하고 있다. 더욱이 최근 대두되고 있는 유비쿼터스(Ubiquitous) 사회의 속성은 대량의 정보가 유통될 가능성을 내포하고 있기에 더욱 그러하다. 그러나 무턱대고 국가의 정보수집을 반대하기는 힘들다. 그 이유는 국민들에 대한 정보수집 자체가 국민들의 이익을 위한 경우가 존재하기 때문이다. 결과적으로 국민들에 대한 정보의 보호와 국가적·공익적 목적을 위한 활용의 균형점을 찾는 것이 중요하다. 이러한 측면에서 주민등록 제도와 지문날인은 이상과 같은 균형적인 시각에서 적절한지 여부가 논의되어야 할 상황이 되었다.

13) 김승환, “열 손가락 지문 강제날인 제도와 관련한 쟁점들”, 민주법학 통권 제28호, 2005, 215~216면; 최근에는 이러한 지문정보에 대한 헌법재판소의 합헌결정(헌재결, 2005. 5. 26, 99헌마513, 2004헌마190 병합)이 있었다.

14) 권건보, “지문날인제도의 현황과 헌법적 문제점의 검토”, 세계헌법연구 제14권 제1호, 2008; 김승환, “주민등록법상 지문날인제도와 헌법의 국제화”, 국제헌법학회 학술대회 논문집, 2008; 이회훈, “주민등록법상 지문날인제도의 위헌성에 대한 연구”, 외법논집 제31집, 2008 등 참조.

### 3) CCTV, 위치추적 등

오늘날 CCTV(Closed Circuit TV)는 민간영역, 공공영역에서 범죄예방, 시설보안 및 작업장감시 등 다양한 목적으로 폭넓게 활용되고 있다. 그러나 비디오감시기술은 개인정보자기결정권을 제한하여 개인의 인격적 자율성을 위협할 가능성이 높고, 그것이 표현의 자유를 제약하는 수단으로 오·남용될 경우 그러한 감시활동으로 인해 자유민주적 공동체의 기본적인 기능조건까지 위협할 수 있다.<sup>15)</sup> 또한 그것이 민간영역에서 오·남용될 경우 경제적으로 우월적 지위를 가진 자가 열후적 지위에 처한 자를 감시·통제하는 결과를 가져옴으로써 사인에 의한 기본적 침해수단으로 악용될 위험성을 열어두고 있다.

한편, 특정한 물건이나 개인이 어떤 시점에 존재하거나 존재하였던 장소에 관한 정보를 뜻하는 위치정보는(위치정보의보호및이용등에관한법률 제2조 1호) 그 정보의 특성상 긴급구조 등 공익적 목적으로 활용될 여지가 크며, 위치정보를 기반으로 한 물류, 보험, 경호, 차량관제, 관광정보, 교통 등 상업적 목적으로 활용될 가능성 또한 크다.<sup>16)</sup> 그러나 개인위치정보를 공공기관 내지 민간기업이 수집·분석하여 오·남용하는 경우 개인적 성향, 활동영역 내지 활동범위를 파악할 수 있고, 결과적으로 개인의 행동의 자유 내지 사생활의 자유가 심각하게 제약받는 결과가 초래된다. 아울러 개인위치정보는 사생활의 폭로나 명예훼손 또는 노동통제에 악용될 우려 또한 적지 않다.

15) 정태호, “CCTV감시에 대한 개인정보보호법의 규율에 대한 헌법적 평가”, 헌법학연구 제14권 제1호, 2008, 169면.

16) 조용혁·남광우·반상권, 위치정보법의 이해, 한국전산원, 2005, 61면.

현행법체계는 공공기관의개인정보보호에관한법률 및 위치정보의보호 및이용등에관한법률에서 CCTV를 통해 수집한 영상 및 개인위치정보를 개인정보의 일종으로 파악하여 보호하고 있다. 그러나 CCTV를 통해 수집한 영상 및 개인위치정보는 전통적인 개인정보와 달리 ‘제작된’ 정보로서 동태적이고 시의성을 가진 복합정보이다. 다시 말해, 성명·주민등록번호 등의 일반적인 개인정보는 이용자가 직접 입력한 이용자 고유의 정보인 반면 CCTV를 통해 수집한 영상 및 개인위치정보는 인위적으로 수집·제작된 정보이며, 일반적인 개인정보는 비교적 장시간에 걸쳐 유지되는 정적 정보이나 CCTV를 통해 수집한 영상 및 개인위치정보는 시간의 흐름에 따라 계속적으로 변화하는 동적 정보로서 정보사회의 진전과 함께 새롭게 등장한 개인정보라고 할 수 있다. 이 때문에 전통적인 고지 및 동의에 의한 수집·활용이라는 개인정보보호 법리를 일부 수정하여 새롭게 등장한 개인정보를 실효적으로 보호하는 방안의 강구가 필요하다.

#### 4) 인터넷상 개인정보 유출

최근 인터넷을 통한 개인정보의 노출로 인하여 다양한 사회적 문제가 야기되고 있는 실정이다. 대표적인 사례로 꼽히는 것들로 “개똥녀 사건”<sup>17)</sup>, “연예인 X파일” 사건 등이 있다.

개똥녀 사건의 경우, 지하철에서 한 여성이 자신이 안고 탄 애완견이 바닥에 배설을 했음에도 치우지 않고 하차한 사건으로, 인터넷 공간에서

17) 소위 개똥녀 사건은 정보사회의 법적·윤리적 쟁점의 일환으로 외국 언론에 보도되기도 하였다. (Washington Post 2007.7.7. Subway Fracas Escalates Into Test Of the Internet's Power to Shame 관련기사 <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/07/06/AR2005070601953.html>[검색일: 2009. 9. 20])

는 이 여성에 대한 전방위적 비난과 공격이 이루어졌다. 특히 소위 “개똥녀”라는 이름으로 그녀의 얼굴과 신상정보 등이 인터넷을 통해 그대로 유출되었다. 즉 이 여성에 대한 사회적 비난은 공공장소에서 최소한의 윤리를 지키지 못한 점에 치중되었던 것이다. 그러나 이에 못지않게 이 여성에 대한 개인정보 침해라는 점을 들어 인터넷 공간에서의 몰지각한 개인정보 유출행위를 비난하는 여론도 존재했다. 결국 개인 및 언론기관이 가지는 표현의 자유와 개인정보보호의 충돌의 문제로 요약할 수 있겠다.

연예인 X파일 사건의 경우, 한 광고기획사에서 수집한 연예인들의 개인 신상에 대한 정보가 인터넷상에 유출되면서 비롯되었다. 소위 X파일이라고 불리는 이 정보는 상당부분 확인되지 않은 루머를 기록하고 있었으며, 또한 작성 당사자들의 주관적 판단도 결합된 형태를 취하고 있었다. 이 문제와 관련하여 문제시 된 것은 이 사건을 무차별적으로 보도한 언론사들에게 개인정보 침해를 인정할 수 있을 것인가의 쟁점이었다. 그 이유는 기존의 논의에 따르자면 언론기관에게는 표현의 자유가 인정되기 때문이다. 역시 이 문제에 있어서도 위 개똥녀 사건에서와 마찬가지로 언론이 가지는 표현의 자유와 개인정보보호의 경계를 어느 선에서 결정할 것인가가 헌법적 쟁점으로 이었다고 볼 수 있다.

또한 이상과 같은 인터넷상 개인정보 유출 사건과 관련하여, 가장 중요한 문제 중 하나는 바로 이러한 사건에 직접적으로 적용될 수 있는 법률이 다소 미비하다는 점이다. 우리나라의 개인정보보호법제에 있어 관련 문제를 다루는 대표적인 법률이 바로 ‘공공기관의개인정보보호에 관한 법률’이다. 그러나 이 법률은 그 적용대상을 공공기관(동법 제1조)으로 한정하고 있고, 사적 영역에서 이루어지는 개인정보 침해의 문제에 대해서는 ‘정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률’에 의해 규율하고 있다.

문제는 이 법률이 민간분야를 규율하는 일반법적 성격을 지니는 것이 아니라 ‘정보통신 분야’라고 하는 다소 특수한 분야에 한정하고 있다는 점이다(동법 제1조).<sup>18)</sup> 따라서 사인에 의하여 이루어지는 침해에 대하여 일반법적 성격을 가지는 개인정보보호법 입법에 관한 논의가 이루어지고 있다.<sup>19)</sup>

## 2. 인터넷 규제와 표현의 자유의 충돌

### (1) 인터넷의 존재이유 - 복합적 가치의 실현수단

정보사회 혹은 지식기반사회의 중심에 인터넷이라는 과학기술의 총아가 있다. 인터넷은 정보사회에서 정보를 자본과 권력의 원천으로 만든 주요한 매개물이다. 그러므로 인터넷을 단순히 표현의 자유의 실현수단으로만 이해하는 것은 지나치게 단순한 관점이다. 인터넷이 국가와 시민사회 간 또는 시민사회 내에서 소통하도록 연결하는 수단인 것은 부인할 수 없다. 그러나 그러한 소통을 가능하게 하는 것은 과학기술의 발전이며, 그 발전을 추동하는 것은 그것이 가지는 경제적, 군사적, 정치적 이익의 유혹이다. 그러므로 인터넷은 단순한 표현의 자유의 측면에서만 볼 수 없는 복합적 이해관계의 결합영역(connecting space of complex interests)이라는 사실을 인정해야 한다.

18) 위에서 언급한 개똥녀 사건과 연예인 X파일 사건의 경우, 그러한 것들이 정보사회의 특성에 기반한 사건이라고 할 수 있지만, 그 규율 대상영역이 정보라는 것의 특성상 단지 정보통신 영역에 한정되는 것은 아니라고 할 수 있겠다.

19) 이와 관련하여 다양한 입법방향에 대해 논의되고 있다. 이에 대한 자세한 논의는, 권현영, “정보사회에서의 개인정보보호: 개인정보권의 의의와 입법체계”, 연세법학연구 제12권 제1호, 2005; 同人, “개인정보보호법 입법을 다시 거론하며”, 토지공법연구 제43집 제3호, 2009 등 참조.

좀 더 구체적으로 인터넷의 복잡성을 설명해 보자. 인터넷을 운영하는 것은 경제활동이며 인터넷 규제는 인터넷 기업의 산업적 가치에 막대한 영향을 주기 때문이다. 한편 인터넷 규제는 다른 수혜자를 가지고 있다. 종이신문이나 방송은 매체경쟁의 차원뿐만 아니라 광고수입원의 측면에서도 인터넷 포털과 경쟁관계이다. 이외에도 정치적, 군사적, 문화적 측면의 다양한 이해관계가 인터넷을 중심으로 형성되리란 것은 누구도 부정하지 못할 것이다. 종합하면 국가를 한 축으로 하고, 시장과 시민사회를 국가적 지배의 대상으로 삼을 때 시장 내에서도 다양한 이해관계의 경쟁축이 형성되며, 시민사회의 경우에도 정치경제적 이해관계에 따라 다양한 층위의 이해관계자가 복잡적이고 중층적으로 형성되게 된다.

## (2) 국가가 인터넷을 규제하는 이유의 복잡성

국가는 다양한 인권의 조정기능을 수행하는데, 인터넷은 다양한 인권에 의해 보호되는 복합적 이해관계의 결합영역이므로, 인터넷은 당연히 국가의 관심대상이 될 수밖에 없다. 특히 정보사회에서 인터넷이 파급시키는 경제적, 군사적, 문화적, 정치적 영향력은 오히려 국가가 관여하지 않으면 이상한 것이다. 그리고 국가의 실체는 국민의 민주적 지배의 장치이므로 국민은 정치과정을 통해 인터넷이 파급하는 영향력을 조절하려 한다.

국가의 존재이유로부터 인터넷 규제의 담론이 가지는 복잡성을 이해하는 것이 중요하다. 인터넷 규제를 표현의 자유의 영역으로만 논해서는 장님 코끼리 만지기의 우를 범할 수 있다.

### (3) 표현의 자유의 보장체계의 관점에서 미국 헌법과 한국 헌법의 차이

#### 1) 헌법규정체계의 차이

미합중국 헌법 수정 제1조가 표현의 자유를 법률에 의한 제한가능성을 명문화하지 않고 보장하는 형식을 취한다면 우리 헌법은 표현의 자유에 대하여 제37조 제2항에 따른 법률에 의한 제한가능성에 중요한 지침을 제공하는 아주 특별한 한계사유를 구체적으로 명시하는 체제를 가진다. 한국 헌법 제21조는 다음과 같이 규정하고 있다: “제21조 ①모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다. ②언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다. ③통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다. ④언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.”

이러한 차이는 표현의 자유라는 보편적이고 공통적인 헌법적 가치의 보장이 두 나라에서 추구되고 있다고 하더라도 그 보장의 정도는 동일하지 않을 수도 있음을 규범체계가 내포하고 있다.

#### 2) 표현의 자유의 보호영역에서의 미국과 한국의 특수성

인터넷의 아키텍처적 특성에 따라 미국과 한국에서 인터넷의 보호체계와 제한체계의 보편적 적용가능성이 있다. 그러나 미국과 한국의 사회문화적 차이는 이러한 공통점의 발현을 제한하는 기능을 수행한다.

모든 정보사회에서 제기될 수 있는 근본적인 문제점은 정보통신에서의 무제한적 표현의 자유가 결코 표현의 자유가 지향하는 개인의 개성의 신장과 정치적 공동체의 민주적 운영에 긍정적인 방향으로만 기여하지 않는다는 점이다. 인터넷의 경우 익명성, 신속성, 대량성이라는 특성상 타인의 명예나 권리를 침해하는 폐해가 회복하기 힘든 방향으로 심화될 수 있다. 또한 자본주의적 사회경제체제하에서 자본의 논리에 의한 정보유통의 왜곡현상(예를 들어, 지나친 상업화의 폐해)를 초래하여 결국 다양한 정보의 유통을 방해함으로써 공동체의 운영에 필요한 정보의 흐름을 저해하거나 특정정치세력이나 이익집단의 입장을 대변하는 정보가 우선적으로 유통되어 민주주의의 실현에 장애가 초래되는 위험성도 만만하지 않다.<sup>20)</sup>

그런데 이러한 인터넷의 보편적 문제점은 각 나라가 처한 사회문화적 상황에 따라 그 정도가 달리 나타나게 된다. 우리 사회에서는 표현의 자유의 보호와 규제의 필요성이 매체의 특성을 중심으로 상충하고 있다는 특성을 가진다. 소위 신문과 지상파방송과 같은 전통적 매체의 경우에는 권위주의지배체제의 유산 때문에 상대적으로 자유확대에 대한 공감대가 크다.

반면, 인터넷의 경우에는 정보통신산업의 육성이라는 경제적 필요성과 지구촌화의 진전에 따른 문화적 교류가 국제화, 대량화, 신속화된 상황을 배경으로 거의 무제한의 자유가 구가되고 있으며 그 파급효과의 급속성 때문에 전통매체에서와는 달리 자유의 부족이 아니라 자유의 과잉이 문제가 되고 있다.

20) 이런 위험성에 대한 경고로는 Cass R. Sunstein, *Republic.Com*, Princeton University Press, 2000 참조.

결국 전통적 매체에 대하여는 국가의 개입을 완화할 필요성이, 새로운 매체의 경우 국가의 조정적 역할이 강조될 필요성이 크다고 할 수 있다. 특히, 내용규제의 대상이 정치적 정보가 아닌 상업적 정보이거나 불법적 동기에 바탕한 경우 정치적 정보에 비하여 국가개입의 필요성이 강조될 필요가 있다.

물론 자유의 과잉이 문제되고 있는 새로운 매체에서의 내용규제의 분야에서 국가의 조정적 역할은 전통적 매체의 경우와 마찬가지로 직접적인 행정통제의 방식으로 수행될 수는 없다. 국가에 의한 직접적인 규제는 국가기관의 이익이나 특정정치세력의 이익을 위해 악용될 수 있는 가능성이 커서 민주적 이상에 부합하지 아니하기 때문이다.

한편 명예훼손이나 프라이버시에 관한 법제의 차이, 특히 민형사상의 제재수단과 정도의 차이 또한 간과할 수 없다. 특히 판례 비판의 경우 명예훼손의 범위를 넓게 인정하면서 그 제재의 정도에 있어서는 관대한 경향에 대한 분석이 선결되어야 한다.

그러므로 표현의 자유에 대한 특수성의 관점을 강조하는 것은 보편적 경향이나 가치에 기댄 인터넷 규제에 대한 반대담론을 형성하려는 노력은 근본적인 해결책이라기보다는 문제해결의 출발점에 불과하다는 지극히 평범한 진리를 확인하기 위한 것이다.

#### (4) 한국에서의 인터넷 포탈 규제의 방향성

한국에서 인터넷 포탈의 문제가 사회적 공론의 주제가 되는 것은 한국 인터넷 문화의 특수성이나 언론상황의 특수성에 따라 인터넷 포탈의

정치적, 사회적, 경제적 영향력이 막대하기 때문이다.

이러한 영향력의 크기, 즉 한국 인터넷 상황의 특수성을 무시하고 인터넷에 대한 법적 규제의 부당성을 논하는 것은 그 현실적실성이 부족하다. 인터넷 포탈 규제입법의 시도<sup>21)</sup>, 일련의 관련판례의 태도<sup>22)</sup>, 인터넷실명제<sup>23)</sup>의 시도가 온라인서비스제공자의 지위에 부정적 영향을 미치는 것에 대한 비판은 과학적이고 객관적인 실증적 기초에 근거해야 한다는 데 초점이 있다. 그 비판과 대안이 가장 우선적으로 적용되어야 할 대상은 한국 인터넷 포털의 영향력에 대한 실증적이고 과학적인 연구일 것이다. 그 결과에 따라 한국적 특수성을 강조할 것인가, 강조하더라도 어느 정도 강조할 것인가를 비로소 논의할 수 있을 것이다.

#### (5) 인터넷 포탈 규제의 정치성에 대한 경계

최근 정부여당을 주축으로 사이버모욕죄를 신설하는 논의, 허위사실유포죄를 강화하는 논의, 인터넷 여론조작에 대한 강한 규제 등 일련의 공안적 차원의 인터넷 규제론이 확산되고 있다.<sup>24)</sup> 이러한 인터넷 규제론은

21) 「신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률 일부개정법률안」 심재철 의원 등 14인이 2008. 7. 24. 서명·발의, 「신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률 일부개정법률안」 김영선 의원 등 10인이 2008. 7. 14. 서명·발의, 「검색서비스사업자법안」 김영선 의원 등 14인이 2008. 7. 14. 서명·발의 등

22) 대법원 2009. 4. 9. 선고 2008도11978; 대법원 2006. 4. 28. 선고 2003도4128; 대법원 2006. 4. 28. 선고 2003도80; 서울고등법원 2008.1.16 선고 2006나92006; 서울고등법원 2008.7. 2 선고 2007나60990; 서울중앙지방법원 2007.5.18 선고 2005가합64571; 서울중앙지방법원 2005. 9. 23. 선고 2004가합61216; 서울남부지방법원 2006.9.8 선고 2005가단18300 등

23) 인터넷 실명제의 법적 근거를 제공하고 있는 법률에는 대표적으로 두 가지를 논할 수 있다. 우선 선거상황에서만 적용되는 '공직선거법'과 일상적으로 실명제를 요구하고 있는 '정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률'이 있다.

24) 이점에 대해서는 성낙인, "인터넷과 표현의 자유", 언론과 법 제8권 제1호, 2009; 박진

인터넷 환경의 한국적 특수성에 따른 인터넷 규제의 정도를 넘어 표현의 자유를 정치적 이유에서 탄압하려는 경향성을 떠나는 점에서 경계해야 마땅하다. 법의 이념인 정의와 형평성의 관점에서, 또한 기본적인 표현의 자유의 실현수단이라는 특성을 본질적으로 훼손하지 않는 균형적 태도가 오히려 인터넷 규제의 정당성을 강화시켜 줄 것이다.

### 3. 기타의 쟁점

#### (1) 방송과 통신의 융합과 복합적 규제모델의 필요성

오늘날 방송과 통신의 융합은 다섯 가지 차원에서 진행되고 있다. 첫째, 망의 융합(convergence of network), 둘째, 서비스의 융합(convergence of service provision), 셋째, 기업의 융합(convergence of corporate organization), 넷째, 이념의 융합(convergence of ideology), 다섯째, 법제도와 기관의 융합(convergence of legal system and institution)이 그것이다.<sup>25)</sup>

첫째, 망의 융합이란 통신망과 방송망의 구분이 불명확해지면서 통신망을 통한 방송, 방송망을 통한 통신이 가능해지는 것을 의미한다. 둘째, 서비스의 융합이란 기존의 방송과 통신서비스의 기준에서 볼 때, 그 구분이 불분명한 경계 영역적 서비스가 등장한다는 사실을 가리킨다. 셋째, 기업의 융합이란 방송사업자와 통신사업자의 상호 영역에의 진입으로 사업자의 구분이 모호해진다는 것을 의미한다. 넷째, 이념의 융합이란 종래

예, “표현의 자유의 관점에서 바라본 인터넷에서의 허위사실 유포”, 언론과 법 제8권 제1호, 2009; 이향선, “인터넷상의 표현규제에 관한 비교법적 고찰”, 언론과 법 제8권 제1호, 2009 등을 참조할 것.

25) 이인호, “방송통신의 융합과 언론의 자유”, 공법연구 제28집 제4호 제1권, 2000, 261면.

방송과 통신 각 영역의 규제원리로 작용해 왔던 방송의 공익성과 통신의 보편적 서비스의 개념이 서로 혼동되는 상태를 가리킨다. 다섯째, 법제도와 기관의 융합이란 종래 방송과 통신을 별도로 규율하던 규제체제와 규제기구가 통합된다는 것을 의미한다.

전통적으로 방송은 방송 프로그램을 제작하여 불특정 다수에게 단방향적으로 송신하는 행위를 의미하였다. 불특정 다수의 공중을 대상으로 프로그램을 전송하기 때문에 방송이 가지는 사회적 영향력과 공익성의 추구라는 목적에 의하여 진입<sup>26)</sup>을 엄격하게 통제하였고 프로그램의 편성 및 운영을 규제하였다. 이와 달리, 통신은 넓은 뜻으로는 교통의 일부로 인체와 재화의 위치적 이동을 의미하는 운수에 대응해서 서신을 대상으로 하는 우편, 전기에너지를 매개로 하는 전기통신, 공간과 수중을 통한 음향통신, 빛과 연기 등을 통한 시각통신으로 구분할 수도 있겠으나, 좁은 뜻으로는 우편통신과 전기통신만을 지칭한다. 즉 통신은 전기통신 서비스 이용자간 부호·언어·음향 또는 영상의 양방향적 송수신 행위를 의미하였다. 선택한 참여자만이 통신을 사용하였으므로 통신비밀의 보호가 무엇보다도 중요하였고 효율성과 시장원리에 따라 경제적·산업적 측면이 강조되었으며, 이와 더불어 보편적 서비스의 개념이 강조되었다.

이상과 같은 상황 하에서, 방송과 통신 영역의 규제는 매체별 규제에 의존해 왔다. 이는 각 매체별 특성에 기반 하여 당해 영역이 가지는 규제 목적 및 규제 특성을 저해하지 않기 위함이었다고 할 수 있다. 그러나 방송과 통신이 융합되고 있는 상황은 기존 매체별 규제가 유지될 수 없는 상황을 만들고 있다.

26) 로렌스 개스맨, 김원용 역, 통신과 방송의 자유경쟁 논리: 정보고속도로로 가는 탈규제 정책, 박영출판사, 1996, 43면.

이상에서 언급한 전통적인 매체별 규제모델의 한계점을 정리하면 다음과 같다.<sup>27)</sup>

- (i) 전통적인 모델은 서비스간의 경계가 분명함을 전제로 하고 있으나, 정보 및 전송기술의 디지털화에 힘입은 융합 환경에서는 어떤 망도 사실상 모든 종류의 트래픽을 전송할 수 있어 이러한 구분은 비현실적일 수밖에 없다.
- (ii) 전통 모델은 ‘전부 아니면 전부’식의 방법으로 규정을 적용하는 문제점이 있다. 융합적 서비스의 도래에 따른 임기응변적인 정책이나 입법 조치는 일관성을 상실한 채 규제의 혼란만 가중시키고 있다.
- (iii) 점차 모든 네트워크가 상호 접속되고, 주요 정책 이슈가 그러한 상호 접속의 조건에 관한 것으로 변모했음에도 기존의 규제모델은 서비스간의 엄격한 구분을 전제로 하고 있어 여러 가지 적용상의 한계를 드러낼 수밖에 없다.
- (iv) 시장에서의 경쟁 역학관계가 이면의 네트워크 구조에 의해 특징(네트워크 구조상의 기능상 특성, 그의 경제적·사회적 특성) 지워지는 상황을 고려하지 않고, 최종 이용자에게 제공되는 서비스에만 규제 관심을 집중하고 있어 비현실적일 수밖에 없다.

이러한 한계는 정보·통신 영역에서의 규제방식의 변화가 요청된다는 것을 명확하게 보여준다. 이러한 대안적 규제모델은 여러 가지 형태로 제시될 수 있다.<sup>28)</sup> 이러한 새로운 규제체계의 필요성을 확인시켜주는 대표

27) 전석호·김원제, 유비쿼터스 사회와 방송, 커뮤니케이션북스, 2005, 156~157면.

28) 그 중 하나가 레이어 모델(Layer Model)이다. 이 모델 등에서 제시하고 있는 규제모델을 통하여 커뮤니케이션 시스템의 네트워크 특성, 즉 각 레이어별 특성을 고려한 규제가 가능하게 되고, 동일한 레이어 상의 문제를 통일적으로 규율할 수 있게 된다. 또한 이 규제모델은 정보·통신 기술의 발달 및 융합으로 인하여 다변화되는 사업 및 서비스 영역의 문제에 대해서도 유동적으로 대처할 수 있게 될 것으로 기대된다. 이러한

적인 사례는 몇 년 전 방송·통신 융합을 두고 발생했던 정보통신부와 방송위원회의 갈등이다. 이러한 갈등은 각자 자신들이 규제 중심이 되겠다는 부처이기주의와 결부된 싸움으로 인식되었다. 이명박 정부의 출범 이후 정보통신부가 해체되어 그 소관사무가 여러 부처로 분리되고 그 주요 부분은 방송위원회와 결합하여 방송통신위원회로 통합되었다. 그러나 통합된 방송통신위원회가 네트워크 특성, 즉 커뮤니케이션 시스템의 특성을 고려한 일원적인 규제 구조(single regulatory framework)를 지닌 모델로서 기능하고 있는 지 혹은 기능하게 될 것인지를 평가하는 것은 시기상조이다.

## (2) 청소년보호 VS. 표현의 자유

우리나라에서의 인터넷상 청소년 보호는 독일과 마찬가지로 전형적인 국가규제 시스템을 택하고 있다.<sup>29)</sup> 인터넷상에서의 청소년 보호는 대표적으로 '정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률'에서 규율하고 있다.

인터넷 공간에서 표현의 자유와 청소년 보호 간의 경계를 어느 지점에서 형성할 것인가에 대한 논의는 매우 중요한 헌법적 쟁점으로 다루어져 왔다. 이는 특히 미국의 통신품위법(CDA, Communications Decency Act of 1996)<sup>30)</sup>과 온라인 아동보호법(COPA, Child Online Protection Act of 1998)<sup>31)</sup> 등 음란물 규제와 관련된 판결에서 확인할 수 있다.<sup>32)</sup>

레이어 모델에 대한 세부적인 설명은, 심우민, 정보사회 법적규제의 진화, 67면 이하 참조.

29) 권형돈, "인터넷에서 표현의 자유의 제한에 대한 비교고찰", 중앙법학 제8권 제2호, 2006, 21면.

30) Reno v. ACLU

31) Ashcroft v. ACLU

32) 위에서 언급한 두 개의 법안에 대한 위헌판결과는 달리, 아동인터넷보호법(Children's

주지하다시피, 표현의 자유는 절대적인 권리가 아니라, 일정한 규제가 불가피한 것이라고 할 수 있다. 이러한 규제에 있어 단순히 법을 통한 국가적 규제에만 얽매이기보다는, 제한기준을 설정함에 있어 사회적 합의 과정을 존중한다는 입장에서 자율규제의 활성화 방안이 논의되곤 한다.<sup>33)</sup>

### (3) 정보기본권 논의

네트워크의 발달은 과거와는 비교할 수 없을 정도의 다양한 커뮤니케이션 수단들을 탄생시켰다. 따라서 고전적인 의미에 있어서의 표현의 자유에 대한 논의만으로는 새로운 커뮤니케이션 수단들의 발전으로 인한 법적 문제들을 포괄하기에는 부족함이 있다. 따라서 현대적 의미의 표현의 자유에는 고전적인 표현의 자유(언론·출판의 자유) 외에 알권리, 엑세스권, 언론기관의 자유 등을 포함하는 것으로 이해하는 견해들이 등장하고 있다. 엘빈 토플러의 ‘프로슈머(Prosumer)’라는 개념을 통해 본다면 이러한 논의들이 등장하게 된 이유들을 어느 정도 유추해 볼 수 있다.

그러나 고전적인 표현의 자유가 창설되고 적용되던 정보통신 환경이 정보통신기술의 발달로 변화된 현대적 상황 속에서, 새로운 정보환경에 상응하는 정보관련 기본권(정보기본권)들을 표현의 자유가 가지는 한 가지 내용으로 편입시켜 ‘현대적 의미의 표현의 자유’라고 논하기보다는, 표현의 자유와 병렬적 또는 독자적 정보기본권으로 인정하고, 그러한 기본권을 통하여 현대 정보사회에서도 표현의 자유가 실질적으로 보장받을

---

Internet Protection Act)은 U.S. v. ALA 판결에서 합헌으로 결정된다. 결론적으로, 연방대법원은 공공도서관에 필터링 장치를 의무적으로 설치하도록 한 아동인터넷보호법이 도서관 이용자의 수정헌법 제1조상의 권리를 침해하지 않았다고 판단한 것이다.

33) 황성기, “불온통신규제와 표현의 자유”, 인터넷법률 통권 제15호, 2002; 김동민, “정보사회와 표현의 자유”, 정치정보연구, 2002 등 참조.

수 있도록 하는 접근방법의 전환이 필요하다고 판단하는 견해가 있다. 즉 표현하는 지위와 직접 관련이 있는 언론기관 보도의 자유, 액세스권 등은 표현의 자유가 가지는 내용으로 논한다고 할지라도, 표현을 받는 지위에서 누리는 알권리는 표현의 자유와 별개의 기본권(정보기본권)에 속하는 것으로 포착하여 보장받도록 한다면 굳이 ‘표현의 자유의 전제’로서 알권리를 보장한다는 논리를 전개하지 않아도 될 것이라고 한다.<sup>34)</sup>

## 제2절 기본적 인권으로서의 개인정보통제권의 보장체계<sup>35)</sup>

### 1. 감시체제로서의 근대 및 현대사회와 개인정보통제권의 필요성

현대입헌국가는 개인의 자유와 권리를 최대한 보장하는데 그 존립목적이 있다. 개인의 자유와 권리의 보장은 개인의 독립적 정체성을 확인하고 보장하는 것에서 출발한다. 근대시민국가는 토지에 결박된 신분의 속박을 기초로 정치, 경제, 사회, 문화적인 종속상황에 있던 개인을 르네상스, 종교혁명, 과학기술과 시장의 발달을 매개로 해방시킨 시민혁명의 결과물이었다.<sup>36)</sup> 그러나 개인의 독립적 정체성을 기본전제로 삼는 근대시민국가는 개인의 독립성이 무정부적 혼란상황으로 귀결되지 아니하고 안정되게 만개할 수 있는 사회적 통제장치를 아울러 요구하였다. 성문법, 관료제, 합리적 조세제도, 경찰과 상비군제가 그것이다. 근대시민국가는 국

34) 김배원, “인터넷과 표현의 자유”, 인터넷법연구 제2호, 2003, 90~91면; 이러한 논의 및 정보기본권에 대한 자세한 논의는 김배원, “정보관련 기본권의 독자적·통합적 보장을 위한 시론”, 헌법학연구 제7집 제2호, 2001을 참조할 것.

35) 이 절은 김종철, “헌법적 기본권으로서의 개인정보통제권의 재구성을 위한 시론”, 법무부 인터넷 법률 제4호, 2001, 26-43면에서 전제하면서 일부 자구와 표현을 수정한 것이다.

36) 김종철, “입헌주의의 본질과 현대적 의의,” 고시계, 2000/10, 6-19면.

민을 주권자로 하는 국민국가(nation state)를 기본형태로 하고 있으며 주권자인 국민의 자격요건이 객관적으로 확정되지 않으면 시민국가의 안정성은 확보될 수 없었다. 국민국가가 대외적인 독립성을 확보하기 위해서는 국방력이 필요하였고 안정된 국방력은 상비군제의 도입을 필요로 하였다. 또한 국민국가가 대내적인 평화를 확보하고 개인의 자유와 권리를 합리적으로 보장하기 위해서는 국가권력의 합리성이 담보되어야 했고 전문성을 갖춘 관료집단이 이 목적을 위해 발전되었다. 그리고 상비군제와 관료제의 유지를 위해 필요한 국가재정의 안정성은 공정한 조세제도의 정착을 통해 확보되어야 했다. 그리고 이 모든 제도적 장치들은 공동체의 기본규범인 헌법의 테두리 안에서 주권자인 국민의 대표자의 집합체인 의회에서 제정하는 법률을 중심으로 작동하였다. 그러나 국민국가로서의 근대시민국가의 사회적 통제장치의 원활한 작동은 그 성립의 목적이 된 독립성을 가진 개인들에 대한 정보를 필요로 하였다. 국가는 상비군의 구성원이 될 개인들의 신상을 파악하기 위하여, 국가재정의 근간이 될 조세의 징수원을 확보하기 위하여, 관료에 의한 합리적인 국가경영을 위한 기초정보를 확보하기 위하여, 개인의 요구사항과 그 정치과정에서의 실현을 위하여 개인들의 정보를 수집, 처리, 유지하여야 했다.<sup>37)</sup> 결국 자유롭고 독립된 개인의 지위를 확보하기 위한 근대시민국가의 성립은 역설적으로 개인의 정보에 대한 국가의 통제력을 강화하는 방향으로 진행되었다.<sup>38)</sup> 근대시민국가가 ‘시장의 실패’를 극복하고 개인의 독립성을

37) 이것은 정보관리가 국가기능의 전부는 아니지만 중요한 한 부분으로 자리잡게 된 것을 의미하며 실제로는 금융과 조세, 인구통계 등 각종 ‘공식통계’의 체계적인 수집으로 드러났다. 이 같은 변화는 실증성(positivity)을 주요 덕목으로 삼는 근대과학, 특히 통계학과 경제학의 발전과 상호 긴밀한 연관성을 가진다. A.Giddens, 진덕규 역, 민족국가와 폭력, 삼지원, 1991, 213-215면; R.Whitaker, The End of Privacy: How Total Surveillance Is Becoming a Reality, The New Press, 1999, pp.40-44.

38) 사회학자 기든스는 근대(국민)국가를 “다른 [국민]국가와의 관계에 의해서 존재하게 되며 확정된 경계의 영토에 대해 행정의 독점권을 유지하는 제도적 통치형태”(아래에 인용된 책의 149면-이 책의 번역자는 nation state를 민족국가로 번역하고 있으나 민

실질적으로 보장하는 경제적 사회적 여건의 마련을 위하여 복지주의의 슬로건 하에 개인의 생활영역에 더욱 깊숙이 개입한 것도 국가의 개인정보에 대한 통제력의 확장으로 귀결되었다. 복지국가는 개인의 후견인으로서의 국가의 위상을 보편화시켰으며 후견활동의 효율을 위해 국가는 개인의 생활을 총체적으로 감시하는 체제의 성격을 가지고 있다.<sup>39)</sup> 즉, 국가의 개인정보에 대한 통제력의 확장은 자의적 권력에 의한 국민의 억압이 아니라 일상적 국가활동 자체가 국민의 일거수일투족에 대한 감시에 의해 영위될 수 있는 체제의 탄생을 의미한다.<sup>40)</sup>

그러나 헌법국가의 제도적 장치를 통한 개인의 독립성의 확대와 개인정보에 대한 국가통제의 증대라는 역설적 관계가 현대사회의 초미의 관심사로 등장한 것은 정보통신기술의 발달로 인하여 현대사회가 급속히 정보사회로 전환하면서부터이다. 정보통신기술의 발달, 특히 컴퓨터와 인터넷이 일상생활의 도구가 된 현실은 비교적 균형관계를 이루어왔던 개인정체성의 확장과 개인에 대한 국가통제의 확대간의 역관계를 심각한 불균형국면으로 전개하는 측면이 있기 때문이다. 정보통신기기와 전자화

---

죽개념이 가지는 혈연적 특성에 따른 선입견을 비롯한 여러 오해의 가능성 때문에 필자는 국민국가로 씀)로 정의하면서 통일된 행정권력의 유지를 위해 규칙적인 정보의 수집, 보관, 통제를 기본으로 하는 자체감사의 감시체계를 재생산할 수 밖에 없다는 사실은 지적하고 있다. A.Giddens, 진덕규 역, 민족국가와 폭력, 삼지원, 1991, 제7장 참조.

39) 고영삼, 전자감시사회와 프라이버시, 한울 아카데미, 1998, 66-68면.

40) A. Giddens, 진덕규 역, 민족국가와 폭력, 1991. 감시사회로서의 현대사회의 특성에 관심을 촉발시킨 것은 푸코(M.Foucault, 오생근 역, 감시와 처벌:감옥의 역사, 나남출판, 1994-원저는 1975년 출판)였다. 그는 영국의 사회개량가 벤담(J.Bentham)이 범죄인의 재화를 위한 효율적 수형제도로 고안했던 원형교도소(Panopticon)의 발상이 전 사회 체제에 일상화되고 보편화되어 근대사회의 본질을 이룸을 지적한 바 있다. 그러나 감시(surveillance)의 개념은 은밀성과 악의성이 결부된 일상적 의미외에도 선의에 바탕한 공개성과 효율성을 위한 수단이라는 전문적 의미가 있을 수 있다. 이 같은 감시개념의 다양성에 대하여는 고영삼, 전자감시사회와 프라이버시, 한울 아카데미, 1998, 19-25면 참조.

된 자료의 가공할 호환성, 초공간성 및 신속성은 개인에 대한 원격감시와 통합감시를 가능하게 하여 국가의 감시능력을 극도로 강화시켰다.<sup>41)</sup> 이 같은 국가의 감시능력의 증대는 개인과 생활세계의 자율성을 심각하게 위협하는 수준에 이르렀고 그 여파로 시민혁명이 달성하고자 했던 국민주권국가라는 본말이 전도되어 국민을 수동적이고 피동적인 통치의 대상으로 전락될 위험에 직면하게 된다.<sup>42)</sup> 나아가 정보통신기술의 발전은 민간영역의 정보수집과 처리수준을 비약적으로 증대시킴으로써 단순히 국가중심의 정보통제만이 아니라 민간영역에서의 정보통제의 위험성이 급증하게 되어 개인정보의 보호와 통제가 개인의 독립성과 공동체적 삶의 주체로서의 위상을 확보하기 위한 핵심적 요소가 되었다.<sup>43)</sup> 다만 한 가지 유념할 것은 근대국민국가이후 개인의 자유와 권리의 신장은 국가의 감시체제의 성립과 병행하는 것이었으므로 개인정보보호와 그 통제권의 문제는 근현대사회에 내연하는 본질적 문제이지 단순히 정보기술발달에 기인한 문제는 아니라는 것이다.<sup>44)</sup> 따라서 정보통신기술에 바탕한 공공정보

41) D. Lyon, 한국전자통신연구소 기술정보센터 옮김, 전자감시사회, 한국전자통신연구소, 1994, 특히, 제5-8장; 고영삼, 전자감시사회와 프라이버시, 한울 아카데미, 1998, 제1장.

42) 후술하듯이 이 같은 위험성을 지나치게 과장해서는 안된다. 정보사회로의 진전이 가지는 기본권신장과 효율적 입헌국가유지예의 순기능을 간과할 수 없기 때문이다. 예를 들어, 정보기술의 발달은 권력행사에 대한 감시수단의 발달을 의미하기도 하기 때문에 시민사회의 대국가통제권을 강화하는 측면도 있다.(R. Whitaker, The End of Privacy, How Total Surveillance Is Becoming A Reality, The New Press, 1999, ch.7 참조) 그렇다고 통제기술로서의 정보화의 특성을 간과하고 정보통신기술의 발달이 국민개개인에 의한 정책결정의 가능성을 증대시켜 무조건 국민주권주의의 실질화에 기여할 것이라는 지나친 낙관론도 무비판적으로 수용할 수 없다. 우리는 순기능과 역기능을 효과적이고 합리적으로 조정할 수 있는 방법에 지혜를 모아야 한다.

43) 국민국가만이 독점하던 개인신상정보는 정보기술의 발달과 함께 시장의 생산, 판매전략과 결부된 소중한 정보로서 매매되거나 오용되고 있다. 특히, 고영삼, 전자감시사회와 프라이버시, 한울 아카데미, 1998, 제2장 및 제7-9장; D. Lyon, 전자감시사회, 한국전자통신연구소, 1994, 제8장 참조. 민간부문의 정보유통의 문제는 개인신상정보제공의 대가가 사회생활의 편리함으로 보상되는 측면이 있기 때문에 당사자가 자발적으로 참여한다는데 그 심각성과 복잡성이 있다. R. Whitaker, The End of Privacy, The New Press, 1999, ch.6 참조.

체계나 각종 사회적 편익장치의 사용을 거부하거나 정보의 오용과 남용을 막을 수 있는 또 다른 정보기술의 개발(예를 들어, 암호화장치[encryption])만으로는 감시사회의 개인정보의 오·남용과 공동체주권의 확립의 문제는 해결될 수 없다. 정보통신기술의 개발과 더불어 본질적인 개인정보의 침해와 공동체 주권의 왜소화문제의 해결을 위해서는 국가 및 시장운영체제에서 개인정보가 차지하는 역할과 기능을 분명히 지적하고 그에 따른 적절한 정치적, 헌법적 대응이 필요하다. 그리고 이 같은 정치적, 헌법적 대응의 기초이자 출발점은 공동체운영의 주체로서의 개인이 자본화되고 권력화된 개인정보에 대한 통제권 혹은 지배권을 확보하는 것이다.<sup>45)</sup>

## 2. 개인정보통제권의 상위개념으로서의 프라이버시권의 부적절성

감시사회의 대안으로서 진정한 민주헌법국가체제를 이루기 위해서는 자본화되고 권력화된 정보에 대한 통제권을 궁극적으로 공동체의 주체로

44) 기든스는 이점을 다음과 같이 지적하고 있다. “근대사회는 우리가 일반적으로 생각하는 것보다는 더 오래전부터 ‘전자사회’의 성격을 가지고 있었으며, 전자사회의 시작에서부터 정보보사회로 접어들게 되었다. 이러한 사실은 근본적인 의미에서 ‘모든’ 국가가 ‘정보사회’에 해당된다고 지적할 수 있다.” A.Giddens, 진덕규 역, 민족국가와 폭력, 삼지원, 1991, 210면.

45) 물론 이 같이 국민주권의 실질화를 위한 개인정보통제권의 강화가 시민사회가 국가권력을 직접적으로 행사하는 것까지를 의미하지는 않는다. 오히려 개인정보통제권은 국가영역의 상대적 자율성을 인정하여 정책결정은 최종적으로 국가화된 정치과정에서 이루어지고 시민사회는 비국가화된 정치과정에서 정책결정에 대한 영향력의 행사에 만족하여야 한다. (이 같은 입장에서 현대국가에서의 민주주의와 법의 역할에 대한 진지한 논의를 제공하고 있는 것은 J.Habermas, Between Facts and Norms - Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy, Polity Press, 1996; J.Habermas, “Further Reflections on the Public Sphere” in C. Calhoun (ed.) Habermas and the Public Sphere, The MIT Press, pp. 421-61) 개인정보통제권은 이 같은 국가와 시민사회의 균형적 상호의존관계에 있어 정보집적과 독점을 통한 감시능력의 강화에 의한 국가의 우위성을 견제하는 주요한 수단이 된다.

서의 개인에게 부여할 필요가 있다. 그런데 기존의 개인정보통제권에 대한 논의는 본질적으로 사생활보호권에 바탕한 프라이버시권의 우산 하에 논의됨으로써 감시사회의 대안으로서의 입헌민주국가체제의 핵심기본권으로서의 개인정보통제권의 보장을 논하기에는 미흡한 면이 많았다. 다시 말해서, 프라이버시권이 가지는 근원적 문제점은 정보사회의 진전에 따라 개인정보보호로 그 외연이 확대되어 왔음에도 불구하고 그 정당성을 개인의 인격성의 보호나 자율성의 보호라는 사생활영역의 보장에 한정시킴으로써 일상화된 정보관리에 대한 적극적 통제나 정치 및 경제권력에 통한 견제권으로서의 정치적, 헌법적 의미를 담보하기에는 미흡하다는데 있다.<sup>46)</sup>

46) 이 문제점을 증폭시키는 것은 프라이버시권의 두가지 특수성 때문이다. 우선, 사생활의 내용이나 보호가치에 대한 일반적 인식이 사회문화적 조건에 따라 가변적이다. 주민등록번호가 일상화된 우리나라와 이에 버금가는 개인식별번호가 없는 대부분의 나라들에서 프라이버시개념은 다를 것이다. 프라이버시에 대한 인식이 높은 서구에서도 나라별로 동일한 수준의 보호를 받는 것이 아니다. 예를 들어 에트지오니(A.Etzioni, *The Limit of Privacy*, Basic Books, 1999, pp.202-203)는 카메라에 의한 감시가 일상화된 영국과 이에 강한 거부감이 존재하는 미국간의 차이를 지적하고 있다. 다음으로 급속한 사회변화와 더불어 사생활보호권으로서의 프라이버시의 개념과 실체에 대하여 “무대책의 혼란”(hopeless disarray)이 계속되고 있는 것이다.(따옴표의 표현은 S. Simitis, “Reviwing Privacy In An Information Society”, 135 *University of Pennsylvania Law Review* 707(1987), p.708에서 따온 것임) 그 원인은 다음과 같이 정리해 볼 수 있다. 첫째, 프라이버시권이 처음 개념화되기 시작할 때까지 법적 보호를 받는 권리는 신체나 재산 등 유형적 실체를 대상으로 하였기 때문에 주체에 따라 다소 주관적인 성격을 가지는 무형적 가치를 권리대상으로 하는 프라이버시는 보호객체와 이익을 명확히 하기 힘든 속성을 가지고 있었다. 둘째, 이처럼 애매한 프라이버시권이 인간의 존엄과 가치, 표현의 자유 및 결사의 자유 그리고 통신의 자유 등 다수의 인권과 밀접한 관련을 맺고 있는 것도 하나의 독립된 권리로서 프라이버시권을 확정하기 곤란한 원인이다. 다양한 환경에 따라 주장되는 프라이버시의 내용도 달라질 수 있기 때문이다. 인간의 존엄과 관련하여서는 인격권에 바탕한 성명권, 초상권, 명예권의 침해가 문제될 수 있을 것이고 또한 인간의 존엄과 더불어 사생활의 자유에 관하여는 가족생활, 출산 등의 사안에 대한 개인의 자기결정권 등이 문제될 수 있을 것이고 통신의 자유와 관련하여서는 통신내용이 가지는 비밀의 침해 등이 문제될 수 있다. 따라서 이들 개별 기본권에서 개별적 보호대상이 되는 것을 프라이버시권이라는 일반적 권리로 구체화할 때의 혼란이 있을 수 있다. 사실 프라이버시 혹은 프라이버시권이라는 용어는 세세한 기본권규정을 가지지 않은 미연방헌법의 체제상 사생활 영역의 보

물론 개인정보보호와 통제의 문제를 프라이버시권으로 해결하려는 움직임이 전혀 의미 없는 일은 아니었다. 개인정보의 문제가 사회활동의 주체로서의 개인들을 대상으로 하고 이들에게 전속된 정보에 대한 통제권을 의미하는 만큼 비밀성의 개념에 바탕한 프라이버시권과 밀접한 관련이 있다. 또한 기존의 확립된 권리들도 시대상황의 변화에 따라 재해석되고 재구성되는 것은 불가피한 것이다. 더구나 법적 의미와 효력을 가지는 모든 법개념은 법실행기관에 의해 인위적으로 확정되는 것이 당연하므로 어떤 법개념의 영역으로든 개인정보의 보호와 통제에 대한 이익이 보호되면 족한 것이다. 그러나 개인정보통제권을 근거지우고 있는 법적 개념이 원래부터 가지던 특수한 의미에 의해 개인정보통제권의 본질이 왜곡될 수 있다면 무리하게 기존의 법개념에 안주하기 보다는 새로운 법개념으로 재구성하는 것이 필요하다.

전통적인 프라이버시권은 사적 영역의 비밀성을 외부적 간섭으로부터 보호하려는 개인의 권리로서 인정되기 시작한 한계가 있다. 일반적으로 소극적 의미의 프라이버시권으로 불리우는 이 권리는 자유로운 삶의 주체로서의 개인의 정체성에 관련되기 때문에 “신성한”(sacred) 것으로 인정되어야 하며 따라서 제3자-공공기관을 포함하여-의 침해로부터 절대적으로 보호받아야 한다는 논거에 바탕한 것이다.<sup>47)</sup> 그러나 이러한 권리는

---

호를 위한 기본권을 통칭하는 개념으로 이 개념을 무조건적으로 받아들일 논리적 필요는 없다.

47) A. Etzioni, *The Limits of Privacy*, Basic Books, 1999, pp. 188-194. 우리나라의 한 판례(서울고판 1995.8.24, 94 구 39262)도 사생활의 자유와 비밀이 가장 우선적으로 보호되어야 할 생명권, 인격권과 긴밀한 관련성을 가지므로 다른 기본권, 특히 정보공개 청구권으로서의 알권리보다는 우월한 기본권이라고 보고 있다. 그러나 후술하듯이 사생활의 비밀과 자유의 개념이 가지는 유동성, 반민주적 남용의 가능성을 감안하여야 할 뿐만 아니라 기본권간의 충돌은 구체적 사안에서 관련된 여러 이익간의 이익형량에 의해 그 구체적 중요성이 판단될 것이지 성질상 더 우월한 기본권의 인정은 신중을 요한다고 할 때 이런 판례의 입장은 재검토될 필요가 있다.

다양한 정보의 공유 속에 합리적이고 민주적인 결정에 따라 공동체의 운영이 결정되는 것을 골자로 하는 민주주의 이념에 대한 대항개념이 될 수 있다.<sup>48)</sup> 프라이버시권이 가지는 민주주의 이념과의 대칭성은 이 권리가 원래 평범한 개인의 권리차원보다는 권력자와 자산가 등 유명인이 주장해 왔던 것과 무관하지 않다. 또한 프라이버시권을 선구적으로 인정해 온 영미의 경험에 의하면 프라이버시권은 원래부터 독자적 권리가 아니라 재산권, 계약 및 신탁의 법리의 연장선에서 주거를 비롯한 사적 공간에 대한 물리적 침해와 결합되어 간접적으로 인정되던 권리였다. 19세기 말 프라이버시권을 최초로 법적 보호가치를 가지는 일반적 권리로 재구성한 워렌(S. Warren)과 브랜다이스(L. Brandeis)는 날로 강화되어가는 선정적 저널리즘의 폐해의 심각성을 직접 경험하면서 “저술이나 회화를 통해 나타난 사상, 정서 또는 감성에 부여한 법적 보호는 사생활을 간섭받지 아니할 권리라는 보다 광범위한 일반적인 권리의 분권에 불과하다”<sup>49)</sup>고 주장하게 되었다. 이후 미국에서는 일련의 판례나 입법을 통해 주로 언론기관에 의한 사생활침해를 규제하기 시작하였다.<sup>50)</sup> 프라이버시권이

48) B. Ruiz, *Privacy in Telecommunications - A European and American Approach*, Kluwer Law International, 1997, p.10.

49) S. Warren & L. Brandeis, "The Right to Privacy", 4 *Harvard Law Review* 193 (1890), p.205. 미국 역사상 가장 영향력을 발휘한 법학지 논문으로 평가되는 이 논문의 저자의 한 사람인 브랜다이스는 이후 연방대법원 판사가 된 이후에도 여러 판결들에서 이 입장을 강하게 견지하였다. 대표적으로 *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 478 (1928) (Brandeis, J., dissenting).

50) 독립된 일반적 권리로서의 프라이버시권을 인정하는 움직임에 대해 미국 법학계에서는 유명한 논전이 전개되었다. 불법행위분야의 대가 프로서(W. Prosser) 교수는 프라이버시권이 별개의 기원과 보호법익을 가지는 네가지 불법행위의 조합에 불과하며 이들을 독립된 하나의 권리로 인정하는 것에 반대하였다. 프로서는 프라이버시권의 보호영역을 (1) 개인의 한거나 은거에 대한 침입 또는 사사로운 문제에 대한 침입, (2) 개인에 대한 사사로운 사실의 공개, (3) 어떤 사실의 공개로 타인에 대한 잘못된 인상을 가지게 하는 경우, (4) 이름이나 초상과 같이 사적인 사항을 이익을 위해 도용하는 경우로 분류하면서 프라이버시 보호영역에 정보의 유통, 보관행위에 대한 권리는 인정하지 않았다. W. Prosser, "Privacy", 48 *California Law Review* 383 (1960) 참조. 이에 대하여 블루스타인(E. Bloustein), "Privacy as an Aspect of Human Dignity: An

헌법적 차원의 보장을 받기 시작한 것은 1960년대에 들어서였다. 케네디와 존슨시대의 민권보장바람을 타고 자유주의 판사들이 다수를 이룬 미국 연방대법원은 출산, 결혼, 가족생활에 있어서의 자기결정권이 헌법상 기본권으로서의 프라이버시에 의해 보장된다는 판례를 잇달아 내놓았다.<sup>51)</sup> 그러나 판례에 의해 인정된 헌법적 기본권으로서의 프라이버시권도 전통적 사생활보호의 영역에서의 자율권에 한정되었고 개인정보통제권적 의미를 부여받지 못했다.<sup>52)</sup>

정보의 유통, 보관행위에 관련된 권리로 프라이버시권이 인정되기 시작한 것은 정보기술의 발달로 개인정보의 활용영역과 처리수단이 획기적으로 증가하면서 프라이버시 입법이 제정되기 시작하면서부터였다. 여러 정보선진국들에서 국내법과 국제적 노력을 통해 개인정보의 통제권으로 프라이버시권의 외연을 확대하였다. 이 같은 개인정보통제권으로서의 프라이버시권 개념의 재구성에는 웨스틴(A. Westin)의 선구적 연구가 기폭제가 되었다. 그는 프라이버시를 단순한 소극적 간섭배제의 부분보다는 적극적으로 자신에 관한 정보의 흐름을 통제할 수 있는 권리로 개념의 중심을 변화시키는 것이 필수적이라고 보고 프라이버시권을 “개인, 집단, 기관들이 그들 자신에 관한 정보를 언제, 어떻게, 어느 정도까지 타인에게 유통시키느냐를 그 스스로 결정하고자 하는 요구”로 정의하였다.<sup>53)</sup> 그

---

Answer to Dean Prosser”, 39 New York University Law Review, 962(1964))은 이 네가지 침해유형이 인간의 존엄성 보장이라는 공통된 목적을 위해 결합되어 하나의 독립된 권리가 될 수 있다는 반론을 제기한 바 있다.

51) 예를 들어, Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965); Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

52) N. Strossen, “The Right To Be Let Alone: Constitutional Privacy in Griswold, Roe, and Bowers” in T. Eastland (ed), Benchmarks: Great Constitutional Controversies in the Supreme Court, Ethics and Public Policy Center, 1995, ch.5, p.88; 안경환, “미국의 프라이버시보호법제에 관한 연구”, 통신정책동향 제10호, 1988 참조.

53) A. Westin, Privacy and Freedom, Atheneum, 1967, p.7.(안경환, “미국의 프라이버시

런데 한가지 유념할 것은 웨스틴의 연구와 이에 영향받은 여러 나라의 입법들, 특히 미국의 입법이 개인정보통제권을 프라이버시권의 범주로 인식하게 된 것은 기존의 프라이버시권이 가지던 사생활보호권으로서의 특성 때문이었다는 점이다. 통상적으로 프라이버시입법이라 불리는 개인정보보호법에 의해 보호되는 개인정보는 개인의 정신, 신체, 재산, 사회적 지위, 신분 등에 관한 사실, 판단, 평가를 나타내는 개인에 관한 정보를 의미하고 이를 달리 간단히 표현하면 개인의 사생활에 관한 정보가 되기 때문이다. 그러나 개인정보통제권으로서의 프라이버시개념, 즉, 적극적 프라이버시개념은 이전의 프라이버시개념, 즉 소극적 프라이버시개념과는 그 성질과 근거에 있어 차이를 보인다. 적극적 프라이버시는 단순히 개인의 사생활을 보호하는 차원에서 머무르는 것이 아니라 개인의 사생활을 보호함으로써 자유로이 정치적, 사회적 활동에 참여할 수 있도록 허용하는, 즉 개인의 공적 활동 및 다른 기본권의 행사의 전제가 되는 기본권으로서의 성격을 가진다. 동시에 그 법적 근거도 입헌민주국가의 민주적이고 자유로운 운영의 전제로서 인간의 존엄을 확보해 주기 위한 권리로서 인식된다.<sup>54)</sup> 그러나 적극적 프라이버시개념도 개인의 정치적 의사형성과 사회적 자율성의 전제로서 기본적으로 사적 성격의 개인정보를 보호하여야 한다는 발상에 의거하고 있으므로 그 기본전제가 사생활보호에 천착하고 있는 점에서는 소극적 프라이버시와 동일하다. 소극적 프라이버시의 범위확장에 의해 적극적 프라이버시가 보장되는 체제가 지속되어 올 수

보호법제에 관한 연구”, 통신정책동향 제10호, 1988, 8면에서 재인용)

54) B.Ruiz, Privacy in Telecommunications - A European and American Approach, Kluwer Law International, 1997, pp.9-10; E. Bloustein, "Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser", 39 New York University Law Review, 962(1964); 성낙인 외, 개인정보보호를 위한 정책방안연구, 정보통신부, 1999, 25-26면. 개인정보보호에 관한 우리의 판례([서울고법 1995.8.24, 94 구 39262]와 독일의 판례는 그 보장의 근거를 인격권에서 구하고 있으며 미국과 일본판례는 행복추구권에서 찾고 있다(堀部政男, 신구현 역, 프라이버시와 고도정보화사회, 청림출판, 1995, 74-76면).

있었던 것도 바로 이 때문이다.<sup>55)</sup>

그러나 현대사회에서 개인정보<sup>56)</sup>는 각종 영역<sup>57)</sup>의 공공정책의 결정과 집행에 필수적이라는 점 때문에 “신성한” 사생활의 한 부분으로만 파악되어서는 안되고 또 현실적으로 될 수도 없다. 특히 디지털화된 정보는 무한 복제, 저장, 유통이 가능하다는 점, 디지털정보의 복합적 결합에 의해 저비용 고부가가치정보의 창출이 가능하다는 점, 전자통신망을 통해 정보생산자, 정보수집자, 정보당사자, 정보관리자, 정보이용자의 다중관계를 기본으로 하고 있는 점에서 재화 혹은 준공공재의 특성을 갖는다.<sup>58)</sup> 더구나 정보관리의 주체가 국가이고 개인정보가 통치의 주요한 수단인 경우 그 개인정보는 단순한 사생활이상의 사회적 함의를 가진다. 바로 이런 이유에서 근대 및 현대사회에서 개인정보의 수집, 처리는 대개 공동체 운영의 효율을 높임으로서 개인의 자유와 권리신장에 유용하다는 기능적 이

55) 따라서 오늘날 개인정보통제권을 프라이버시권의 한 부분으로 인정하는 일반적인 견해는 프라이버시를 개인과 조직의 사적 활동에 관한 프라이버시인 영역 프라이버시(territorial privacy), 개인의 신체에 대한 타인의 침해에 관련된 프라이버시인 신체 프라이버시(physical privacy), 개인의 정보를 스스로 통제할 수 있을 권리와 관련된 정보 프라이버시(information privacy)로 구분한다. 고영삼, 전자감시사회와 프라이버시, 한울 아카데미, 1998, 31면 참조. 이외에도 인간의 정신의 내밀성(interiority)에 대한 존중을 중심으로 형성적 프라이버시(formational privacy)라는 나름의 독창적 프라이버시를 개념화하려는 시도는 S.Scoglio, Transforming Privacy, 1998, 특히 pp.1-2과 ch.1 참조.

56) 일반적으로 정보는 정보의 내용에 따라 개인정보와 비개인정보로 분류된다. 그러나 정보의 익명성에 의해 식별할 수 없는 개인들에 관한 정보를 의미하는 비개인정보도 개인정보의 재처리의 산물이 상당부분을 차지한다.

57) 앞서 언급하였듯이 근대국민국가가 그 자체의 정체성을 확립하기 위해 행한 정보수집, 관리행위는 현대사회에서도 여전히 유효하다. 보다 현대적 필요에 따른 예를 들자면, 여론의 엄중한 감시 하에 있어야 할 공직자, 사회적 전염성이 강한 질병(예컨대, AIDS)에 감염된 자, 아동학대나 상습적 성폭행범죄자의 개인정보는 민주주의, 공공의 안전과 보건을 위해 공적 기관에 의해 관리될 필요가 있다. 복지적 수요에 대응하거나 국가재정정책의 실현을 위한 여러 정보도 말할 것도 없다.

58) 정영화, “사이버스페이스와 프라이버시권 - 현행 개인정보보호법제의 문제점을 중심으로”, 헌법학연구 제6권 제3호, 74면.

유에 근거하여 제정된 입법에 의하여 정당화되고 있다. 개인정보의 수집, 처리가 법적 근거에 의해 대부분 정당화된다는 것은 공적 영역과 사적 영역의 구분<sup>59)</sup>이 존재론적인 절대적 기준에 의한 것이라기보다는 정치적 판단의 결과임을 의미하고 복지국가의 논리에 따라 국가영역이 확대되면서 과거의 사적 영역은 정치적 및 사회적 이유로 공적 영역화되어 왔다. 그 결과 전통적인 사생활보호권으로서의 프라이버시권에 의해 보호될 수 있는 개인정보의 영역과 보호의 정도가 줄어들어 온 것이라고 볼 수 있다. 더구나 공동체의 운영에 꼭 필수적인 것은 아니기 때문에 수집, 처리가 배제될 수 있는 정보의 경우에도 자발적 의사에 의하여 제3자에게 제공된 경우 그 정보는 그 순간 순수한 사적 성격을 잃게 되므로 엄격한 사생활보호의 영역에서 벗어난다. 국가와 더불어 일상생활에서 생활의 편의를 제공한다는 명분 하에 개인들은 다양한 정보를 사적 단체에 자발적으로 제공하게 된 것이 소비사회(consumer society)로서의 현대 사회의 또 다른 측면이다.

59) 공적 영역과 사적 영역의 구별은 고전적 자유주의에 그 기원을 두고 있다. 공적인 것을 국가의 영역으로 사적인 것을 비국가적 영역으로 개인과 가족, 사기업에 관련된 것으로 구분하는 것이다. 그러나 국가=공, 비국가=사라는 단순화된 고전적 공, 사영역의 구별은 기능적으로 다원화되고 복잡화된 현대사회에서 그 규범적 의미를 상실한 지 오래되었다. 단적으로 표현하자면 비국가적 영역에서도 공적 성격의 사회적 상호관계가 있으며 복지국가에서 국가의 사적 영역에 대한 개입은 오히려 당연시되기 때문에 공, 사의 영역은 시간적 공간적 상황에 따라 조건부로 확정되게 된다. 그러나 이 같은 공, 사영역의 혼재가 그 구분의 무용성 혹은 무가치성을 의미하지는 않는다. 정치적으로 제조정된 공, 사영역은 어느 일방을 절대시하지 않고 양자간의 합리적인 공존을 모색함으로써 민주헌법국가가 지향하는 개인의 자유와 권리의 최대화를 담보해 낼 수 있다.(A.Wolfe, "Public and Private in Theory and Practice: Some Implications of an Uncertain Boundary" in J.Weintraub and K. Kumar (ed), Public and Private in Thought and Practice: Perspectives on a Grand Dichotomy, University of Chicago Press, 1997, pp.182-293 참조) 이 점은 후술하는 필자의 '입헌적 민주자결론'의 모델에서 수용되고 있다. 공적 영역과 사적 영역의 구분의 기원과 그 구조적 변화에 대한 선구적 저술로는 J.Habermas, The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society, Polity Press, 1989이 있다.

그렇다면 개인정보의 공적 성격을 강조하는 것이 개인의 취향, 습관 등의 사적 의미가 강한 정보의 공개를 배제할 수 없다거나 전통적 사생활의 자유와 비밀에 관한 기본권이 무의미하다고 주장하는 것인가? 그렇지 않다. 개인정보가 공적 성격을 가진다는 것과 이 정보가 아무런 제약 없이 유통되어야 한다는 것과는 차원이 다른 것이다. 자의에 의하든 법적 수권에 의하든 개인정보가 타인의 수중에 관리되는 것이 일반화됨으로써 개인정보는 소극적 방어권으로서의 사생활의 비밀유지권의 보호대상이 아니라 이 정보에 대한 지속적인 접근권과 정보의 정확성을 확보하는 적극적 권리행사의 대상을 의미하게 되었음을 강조할 뿐이다.<sup>60)</sup> 그렇다면 소위 적극적 프라이버시의 개념으로도 충분히 해결이 가능한 문제가 아닌가하는 반론이 제기될 수 있다. 그러나 앞서 언급하였듯이 개인의 자기 정보통제권을 프라이버시권의 일부로 파악하는 적극적 프라이버시권론<sup>61)</sup>

60) 권영성 교수는 이 점을 강조하여 좁은 의미의 개인정보통제권이 자기정보접근권, 자기정보정정청구권, 자기정보사용중지 및 삭제청구권을 의미한다고 한다. (권영성, 헌법학원론, 2000, 428면 각주 1) 그런데 자기정보의 수집, 분석, 처리에 대한 배제청구권은 넓은 의미의 개인정보통제권에 속하나 현대정보사회에서 의미를 거의 상실한 것으로 보고 있다. 그러나 공적 영역과 사적 영역이 정치적 판단에 의해 구별된다고 하더라도 공동체의 운영에 꼭 필요하지 않은 정보까지 공익의 미명하에 수집하는 것까지 인정하는 것은 아니기 때문에(즉, 사적 영역의 축소를 의미할 뿐이지 사적 영역의 전멸을 의미하는 것은 아니므로) 일상화된 정보수집, 처리의 현실만을 이유로 정보수집에 대한 배제청구권까지 개인정보통제권의 내용에서 배제하는 것은 잘못이다. 적절한 목적 이외의 수집은 당연히 거부될 수 있는 것이다. 예를 들어 은행신용평가에 신청자의 출신지역을 요구할 때 거부할 수 있도록 하는 것이 당연하다. 더구나 이후에서 살피는 바와 같이 감시체제로서의 현대정치제도에 대한 권력통제장치로서의 개인정보통제권을 새로이 정립하기 위해서는 정보의 생성에 관한 헌법적 권리를 원칙적으로 인정하는 것이 필수적이며 다만 그 중심축이 정보의 수집배제에 있다기 보다는 정보관리 및 사용에 대한 통제권으로 이동하였다고 보아야 한다.

61) 사회학자 고영삼(전자감시사회와 프라이버시, 한울아카데미 1998, 300-302면)은 전자감시사회에 대응하는 개인의 자기정보통제권을 소극적 자유권으로서의 이미지를 가지는 프라이버시권의 개념에서 탈피하여 정보사회에서의 시민 정보화의 필요성을 강조하는 입장을 구체화하는 의미로 '시민정보권'으로 명명하였다. 그러나 이 제안도 감시체제로서의 현대사회에 대한 시민의 정보주권화의 필요성을 인식하면서도 정보자본과 정보권력에 대한 통제권적 의미를 부여하는 데는 미흡하여 기존의 적극적 프라이버시

도 그 정당성을 인간존엄의 존중과 개인의 인격보호에서 찾음으로서 개인정보통제권의 목적을 개인의 개성신장의 전제조건인 확보에 두는 한계가 있다.<sup>62)</sup> 그러나 개인정보통제권의 본질을 개인의 인격보호에서만 찾는 경우 공적 성격을 띤 정보에 대한 통제권을 개인의 정체성의 확보라는 목적에 한정시킴으로써 감시체제로서의 국가시스템의 중추를 이루는 공적 정보에 대한 민주적 통제권의 의미를 상당부분 상실하게 된다. 무엇보다도 컴퓨터 데이터베이스화된 정보의 보호는 타인으로부터의 간섭배제라는 주관적이고 존재론적 개념에 바탕한 고전적인 사생활과는 질을 달리하는 것이다.<sup>63)</sup> 또한 사생활관련성에 매몰되어 있는 한 개인정보통제권은 현대 감시사회에서의 감시권력을 역으로 통제하기 위한 권리로서의 정보권력통제권으로 재구성되기에도 한계가 있다.<sup>64)</sup>

이 점에서 국가의 개인에 대한 감시행위를 통제하는 권리, 즉 역감시

권론에서 멀리 나아가지 못하고 단순히 명칭의 변경만을 추구하는 듯한 인상을 주어 아쉽다.

62) 일부에서 적극적 개인정보통제권의 헌법적 의의를 인간의 존엄성확보 외에도 자유민주적 기본질서의 유지에서 찾으려는 시도가 없었던 것은 아니다. (예를 들어, 성낙인 등, 개인정보보호를 위한 정책방안 연구, 정보통신부, 1999, 25-26면) 그러나 이 경우에도 “빅 브라더”(Big Brother)로서의 국가의 역량강화가 자유민주적 기본질서의 기본적인 전제조건으로서의 국민의 개인적 사회적 자율성의 확보를 위한 것으로 인식하였다. 이 인식은 궁극적으로 인간의 존엄성 보장논리와 다르지 아니하여 단순한 개인의 자율성 ‘보호’를 넘어 권력행사에 대한 적극적 ‘통제권’으로서의 새로운 개인정보통제권의 의미를 인식하는데 한계를 보인다.

63) M.Poster, “Databases as Discourse; or, Electronic Interpellations”, in D.Lyon and E.Zureik (ed), Computers, Surveillance, and Privacy, University of Minnesota Press, 1996, pp.175-191.

64) 미국의 프라이버시보호조사위원회(Privacy Protection Study Commission)가 1977년에 발표한 ‘정보화사회에 있어서의 개인의 프라이버시’(Personal Information in an Information Society)가 처음 제시하였고 경제개발협력기구(OECD)이사회가 1980년 개인정보보호에 관한 권고안에서 기본적으로 수용한 개인정보보호의 기본원칙(공개원칙, 개인접근의 권리, 개인참가의 원칙, 사용제한의 원칙, 제공제한의 원칙, 정보관리의 원칙, 책임의 원칙)도 프라이버시의 개념에 의하기보다 감시체제에서의 국민주권의 실질화라는 측면에서 고찰할 때 보다 현실적이고 일관성 있게 보장될 수 있다.

(the right of counter-surveillance)의 권리로서 프라이버시권을 재구성하려는 시도<sup>65)</sup>는 시사하는 점이 많다. 그러나 필자는 이러한 시도가 그 문제제기의 적절성에도 불구하고 프라이버시라는 낡은 법개념에 안주함으로써 그 본래의 취지를 살리지 못하고 있다고 판단한다. 권력에 대한 민주적 통제와 감시를 목적으로 하는 권리로서의 개인정보통제권을 인식하고 그 방편으로 개인정보의 범위를 확대할 것을 제창하는 것은 문제의 본질을 제대로 파악하고 있는 것이다. 그러나 이 같은 개인정보통제권을 정보의 유통과 흐름에 대한 통제를 중심으로 파악하기 보다는 정보의 수집 및 생성자체에 대한 통제로 재구성하여야 한다는 의미에서 계속적으로 프라이버시의 울타리 내에 머물고 있는 것은 문제이다. 이는 전체공동체를 구성하는 국가와 사회의 관계를 적대적 관계로만 파악하는 고전적 자유주의의 발상으로 국가 자체가 사회적 악의 교정을 위해 적극적 역할을 한다는 사실을 강조하는 국가관<sup>66)</sup>과는 동떨어진 개념이다. 정보의 수

65) 홍석만·이준구, “역감시의 권리로서 프라이버시권에 대한 재구성”, 민주사회를 위한 변호사모임 편, 역감시권리로서 프라이버시권에 대한 재구성 -민변 창립 10주년 기념 인권논문상 공모 수상작품집 -, 1998, 7-70면. 미국적 경험에 바탕하여 사이버스페이스에서의 개인정보통제권의 중요성을 참여민주주의의 강화라는 관점에서 바라보는 움직임도 비슷한 태도라고 할 수 있다. 예를 들어, J. Goldman, “Privacy and Individual Empowerment in the Interactive Age” in C. Bennett and R. Grant (ed) Visions of Privacy: Policy Choices for the Digital Age, University of Toronto Press, 1999, ch.4.

66) 국가를 자유 침해의 대표적 가능태로 인정하고 국가영역을 최소화하는 것에 주력하던 자유주의 사상은 현대사회에서 더 이상 설득력을 얻기 어렵다. 국가는 기본적으로 통치작용의 운영에 복무하면서 자율권을 가진 사회가 사회적 연대의 이상에 복무하는 동시에 개인의 자유와 권리를 최대한 향유할 수 있는 상태를 마련하고 사회적 권력체가 그 자율권의 범위를 일탈하여 사회구성원의 자유와 권리를 부당하게 억압하는 경우 개입하여 사회적 갈등을 ‘중재’함으로써 공동체구성원의 기본적 인권을 보장할 수 있는 잠정적 혹은 예비적 권력(provisional power)을 보유한 존재로 볼 수도 있다. 현대사회는 단순히 국가의 민주화에 머물러서는 안되고 사회의 민주화도 동시에 달성하여야 할 과제를 안고 있다는 인식에 바탕한 국가관은 아래 3. 이하에서 후술하는 필자의 ‘입헌적 민주자결론’의 국가관으로 기본적으로 통치작용을 담당하는 국가의 상대적 자율성을 인정하고 있다.

집, 유통자체는 현대사회의 효율적이고 민주적이며 복지적인 관리를 위해 불가피한 점이 있으며 정보의 수집, 사용 자체의 위험성을 극단적으로 과장해서는 안된다.<sup>67)</sup> 정보통신기술의 발전을 수용한 정보처리는 거부할 수 없는 현실인 것이며 정보의 생성자체에 대한 절대적 거부권의 인정은 무정부주의적 발상이거나 유토피아를 꿈꾸는 몽상이다.<sup>68)</sup> 관건은 정보의 생성자체를 무조건 거부하지는 못하지만 합리적인 기준에 따라 민주적으로 운영되도록 감독하는 것이다. 따라서 사생활보호의 차원에서의 개인정보란 절대적으로 보호되는 것이 아니며 그 경계도 자연적으로 정해지는 것이 아니라 정치과정을 통해 재조정되는 유동적인 것이다.<sup>69)</sup> 공동체의 운영과 직접적으로 관련이 없는 정보는 개인의 인격성의 보호라는 전통적 프라이버시의 보호의 차원에서 계속 프라이버시권의 보호를 받을 수 있지만 공동체의 운영상의 필요(기타 사회적 필요)에 의해 일정한 개인정보의 수집은 적법한 절차에 의하는 한 허용되는 것이다. 다만, 문제는 이 수집된 정보가 오, 남용되는 것을 통제하는 절차적 실체적 권리를 인정하는 것이 필요하다. 그리고 이 권리는 단순히 사생활 보호의 측면에서가 아니라 정보활용권을 가지는 정치적 사회적 권력체에 대한 민주적 통제와 감시권으로서 새로이 인식될 필요가 있는 것이다.

67) 이 점과 관련하여 라이온은 다음과 같이 지적한다 : “분명한 것은 감시가 사회통제의 수단인 동시에 시민의 권리를 존중하는 수단이라는 점이다. 예를 들어, 국민에게서 눈길을 떼지 않는 정부는 그런 눈길을 통해서 국민들로부터 영향을 받는다. 이러한 역설에도 불구하고, 감시를 이해하기 위하여 사용되는 모델들은 여전히 사회통제의 어둡고 부정적인 측면에 초점을 맞추고 있다.” D. Lyon, 전자감시사회, 한국전자통신연구소, 1994, 330면.

68) R. Whitaker, The End of Privacy, 1999, pp.134-135.

69) A. Etzioni, The Limits of Privacy, Basic Books, 1999, 특히 ch.6 참조. 라이온도 사생활의 영역, 즉 프라이버시란 사회적 관계이며 너와 내가 완전히 구별되는 ‘이방인의 사회’가 탄생하기 전까지 그 내포와 외연은 유동적일 수 밖에 없다고 지적한 바 있다. D. Lyon, 전자감시사회, 한국전자통신연구소, 1994, 275면.

### 3. 독자적 기본권으로서의 개인정보통제권의 특성

전통적인 정보통제권의 범리는 개인의 사생활보호와 관련된 개인정보 프라이버시권과 국민의 정치권력에 대한 통제와 관련된 공공정보공개청구권을 두 축으로 하였다.<sup>70)</sup> 그러나 정보디지털화의 진전과 함께 공동체 생활운영의 필수적 요소가 된 개인정보를 더 이상 사생활보호의 범주에 묶어 둘 수는 없으며 공동체운영과 관련된 정보에 대한 통제권의 개념하에 새로이 인식되어야 한다.

프라이버시의 족쇄로부터 해방된 새로운 개인정보통제권은 자신의 정보가 어떻게 수집, 처리, 관리, 이용되는지에 대한 감독권을 의미한다.<sup>71)</sup> 이 권리는 적극적 프라이버시권의 개념 하에 보호되던 정보에의 접근권과 정보수정, 삭제권을 그 내용으로 포섭할 뿐만 아니라 이 정보가 원래의 목적달성을 위해서만 사용되고 있는지에 대한 감독권까지 포함하는 것이다.<sup>72)</sup> 다시 말해서 단순히 개인정보에 대한 소극적 침해배제나 적극적 접근 및 수정권의 보장을 넘어 정보가 원래의 목적에 부합하게 사용되도록 요구하고 그 정보가 어떻게 사용되고 있는 지를 감독할 수 있게 함으로써 국민의 정치권력 및 사회권력에 대한 통제권으로서의 위상을

70) 성낙인, “프라이버시와 개인정보보호를 위한 입법정책적 과제”, 영남법학 제5권 제1·2호, 1999, 22면.

71) 따라서 개인정보통제권을 개인정보의 사용과 공개에 관한 권리로 파악하는 기존의 입장에서 공개에 관한 권리는 사생활보호권으로 계속 유지시키고 사용에 관한 통제권만을 개인정보통제권으로 파악하는 셈이다.

72) 강경근 교수는 정보프라이버시(information privacy)와 정보보안(information security)을 개념적으로 구분하여야 디지털시대 정보화가 개인의 이익신장뿐만 아니라 공동체 가치실현에도 기여할 수 있다고 적절히 지적하고 있다.(강경선, “사이버스페이스에서의 기본권”, 헌법학연구 제6권 제3호, 17-18면) 개인정보통제권을 프라이버시의 개념 속에 묶어 두는 것은 디지털 정보가 공동체 전체의 이익실현을 위해 기여할 수 있는 가능성을 현저히 저하시킬 것이다.

가지게 된다. 이 권리가 기존의 개인정보자기통제권과 구별되는 점은 무엇인가?

첫째, 공공기관이든 민간단체든 개인이 제공하여 관리되는 개인정보는 공적 성격을 인정하여야 한다. 따라서 법적 근거에 의하거나 자발적으로 제공되어 관리되는 모든 정보는 사생활정보로서의 성격이 완화된 오�히려 공적 정보로서의 성격을 강하게 가지게 된다. 그러나 이 개인정보는 완전히 공적 성격을 가지게 되는 비개인정보(non-personal information)와는 달리 준공공성을 가지며 사생활정보로서의 성격이 완전히 없어지는 것은 아니다. 따라서 전통적 사생활보호권은 이 정보가 불법적으로 공개될 때 여전히 주장할 수 있게 된다.<sup>73)</sup> 다만 사생활관련성으로 포장하여 정보공개에의 제한사유로 개인정보통제권이 주장되는 것과는 차원을 달리 한다는 점이다.

73) 다음 절에서 살펴듯이, 우리 헌법 제17조의 사생활의 자유와 비밀은 사생활의 비밀의 무단공개에 의한 침해로부터의 보호라는 좁은 의미의 프라이버시에 관한 근거규정으로 파악되어야 한다. 비밀유지의무(confidentiality)위반의 측면에서 사생활의 자유와 비밀을 접근하는 편이 제3자에 의한 관리와 유지가 기본적으로 예정되어 있는 정보들의 유통까지도 개입하려는 방식보다는 훨씬 더 강력하게 전통적 사생활영역을 보호할 수 있다.(C. Gotlieb, "Privacy: A Concept Whose Time Has Come and Gone" in D. Lyon and E. Zureik (ed), Computers, Surveillance, and Privacy, University of Minnesota Press, 1996, pp.156-171) 한편, 디지털 시대에도 자기정보통제권과는 구별되는 사생활의 비밀성의 유지라는 전통적 프라이버시문제는 사이버공간에서의 여러 특수성에 의해 여전히 중요성을 가지고 있다. (이에 대한 개괄적 검토로는, 류시조, "가상공간에 있어서의 프라이버시권리", 영남법학 제5권 제1·2호, 1999, 85-111면; 또한 정보사회에서 개인의 존엄성을 확보하기 위한 전통적 사생활보호권으로서의 프라이버시권의 중요성에 대한 S. Scoglio, Transforming Privacy: A Transpersonal Philosophy of Rights, Praeger, 1998 참조) 그런데 한가지 유념할 것은 개인정보의 공적 성격을 강조함으로써 전통적 프라이버시권에 의해 보호되는 대상이 줄어든다는 것이 일방적으로 권력에 의한 국가통제의 강화로 귀결되지는 않는다는 점이다. 개인정보통제권을 통해 정보의 처리, 유통에 대한 감독권이 강화될수록 대국가적 개인의 자율권은 더욱 신장된다. 또한 개인정보의 조건적 공개는 오히려 국가의 개입 없이 자율적 사회적 통제(communitary scrutiny)에 의한 사회악 해소의 가능성을 높인다. (A. Etzioni, The Limits of Privacy, 1999, pp.212-214 참조)

둘째, 개인정보의 범위를 확장하여야 한다. 즉, 단순히 개인에 전속된 정보 혹은 식별가능한 정보에만 개인정보를 한정시킬 것이 아니라 직접적으로 식별가능하지는 않지만 간접적인 관련성에 의해 식별가능성이 높아지는 경우, 나아가 개인정보의 집적으로 정보의 새로운 부가가치가 높아지는 경우 그 자료로서 제공된 개인정보의 경우도 식별성 여부와 무관하게 개인정보로 인정하여야 한다. 이 개인정보범위의 확장은 공공영역에서는 개인정보통제권의 재활용에 대한 통제를 통해 국가권력행사의 투명성을 제고하는 효과가 있다.<sup>74)</sup> 개인정보의 범위의 확장은 민간영역에서의 개인정보통제권에서도 의미가 있다. 공공기관의 정책수립과 실행을 위해 개인정보가 재활용되는 경우 이는 공익을 증진시켜 결과적으로 개인에게 이익이 환원되는 것이 예정되어 있으나 민간 영역에서의 개인정보재활용의 경우는 그러하지 않은 것이 대부분이기 때문이다. 따라서 개인정보의 범위를 확장시켜 개인정보의 이용에 대한 정보당사자의 경제적 이익을 보상하는 측면이 있다. 누구든지 정보를 통해 부가가치를 얻는 한 그 이익에 대한 적절한 보상을 정보제공자에게 보장하는 것이 마땅하다.<sup>75)</sup>

또한 개인정보의 범위확장은 개인정보통제권을 프라이버시의 우산 하에 인정하던 전통적인 태도에서 개인정보의 범위를 확장하는 것과는 정반대의 결과를 추구한다는 점을 주목할 필요가 있다. 전통적 구도에 의

74) 정상조, “인터넷 콘텐츠의 보호”, 인터넷 법률, 제2호, 2000, 7면.

75) A. Branscomb, Who Owns Information? - From Privacy to Public Access - Basic Books, 1994. 개인의 확대된 자기정보에 대한 통제권은 타인제공의 정보를 재처리한 것을 지적재산권의 일종으로 보호받게 함으로써 정보의 독점을 피하고 공적 자산으로서의 개인정보의 처리에 의한 수익을 상업적으로만 활용하려는 태도에 대한 견제책이 될 수도 있다. 동일한 취지에서 디지털 콘텐츠에 대한 지적재산권보호의 근거와 한계에 간명하게 피력한 것으로는 박성호, “지적재산권의 헌법적 보장의 의미”, 대한변협신문, 2001년 1월 1일자, 법조광장 참조.

하면 개인정보의 확장은 알권리, 좀더 구체적으로는 정보공개청구권의 축소를 의미하며 프라이버시보호의 반민주적 장치로서의 성격을 보여준다. 그러나 새로운 구도에서의 개인정보의 확장은 알권리의 확충을 의미한다. 프라이버시의 한 내포로서의 개인정보통제권이 엄격한 자기정보에 대한 통제를 의미한다면 새로운 개인정보통제권은 확장된 자기정보를 추구하여 자기정보의 재처리에 의해 생성된 정보에 대한 접근도 보장하는 효과가 있다. 이 효과는 첫 번째 특성에서 밝혔듯이 개인정보의 준공공적 성격을 인정함으로써 과거 사생활보호를 이유로 정보공개의 범위를 축소하던 관행에 제동을 걸 수 있게 하는 것과 일맥상통한다.

셋째, 새로운 개인정보통제권은 정치적 권리로서의 성격을 가진다. 기존의 개인정보통제권은 프라이버시권의 개념 하에 인격권적 성격과 자유권적 성격 및 이의 보호를 위한 청구권적 성격을 내포하는 것으로 파악하는 것이 대체적인 경향<sup>76)</sup>이었으나 권력에 대한 민주적 통제와 감시를 강화함으로써 국민주권을 실질화하는 정치적 권리의 중심으로 파악하여야 한다. 정보화의 진전에 따라 정보독점에 의한 새로운 형태의 독재체제의 출현을 견제하기 위해서는 국가의 각 요소들 간에 서로 견제와 균형에 의해 정보권력분립을 이루는 제도적 장치가 국가의 통치구조에 마련되어야 할 뿐만 아니라, 개인들은 개인정보에 대한 통제권을 통하여 정보집중을 견제하고 정보의 유통을 관리하는데 참여할 수 있도록 보장받아야 한다. 나아가 개인정보통제권은 사상과 표현의 자유의 기초가 되어 다른 정치적 권리가 제대로 기능하도록 하는데 기여한다.<sup>77)</sup>

76) 성낙인, “프라이버시와 개인정보보호를 위한 입법정책적 과제”, 영남법학 제5권 제1·2호, 1999, 26면; 권영성, 헌법학원론, 2000, 429면.

77) 개인정보통제권이 표현의 자유와 기타 민주적 가치의 실현에 기초가 된다는 점을 적절히 지적하고 있는 것은 J. Goldman, “Privacy and Individual Empowerment in the Interactive Age” in C. Bennett and R. Grant (ed) Visions of Privacy: Policy

넷째, 새로운 개인정보통제권은 단순히 공공기관에 대한 권리가 아니라 민간단체에 대한 권리이기도 하다. 민간부문에서의 정보의 오남용 위험성은 크게 두 가지로 분류될 수 있다. 우선 국가유사적 권력작용의 연장선에서 민간 부문의 개인정보가 남용되는 경우이다. 현대사회는 다원사회로 경제, 사회, 문화, 정치의 모든 영역에서 사회단체를 매개하지 아니하고는 일상생활이 거의 불가능하다. 이들 사회단체는 그 동질성의 유지를 위하여 소속원들에 대한 정보를 필수적으로 요구하며 이들 단체들은 국가와 시민사회에 대한 역관계에서와 마찬가지로 소속원들을 감시하고 통제하는데 사용한다. 따라서 구성원은 헌법적 기본권으로서의 개인정보통제권에 바탕하여 사회단체에 대하여 정보통제권을 발동할 수 있다고 하여야 한다. 이는 사회권력에 대한 개인의 자기정보통제권적 측면이라고 할 수 있다. 민간부문에서의 정보처리에 관한 또 다른 차원은 단체의 구성원이 아닌 자의 정보를 수집, 처리, 이용하는 경우에 발생한다. 이 경우 전통적인 프라이버시권의 범주로서 정보수집의 목적이외에 사용하지 않거나 정보보안에 철저히 할 것을 요구하는 것뿐만 아니라 정보이용의 부가 가치의 일부를 환원할 것과 정보이용의 결과물에 대한 접근권을 최대한 인정하여야 한다. 특히 민간기관에 의한 정보의 경우 당사자의 동의에 의한 것이며 그 결과물에 대해서는 여러 정보제공자의 프라이버시에 관계된다는 이유로 접근이 사실상 봉쇄되는 것이 현실이어서 알권리라는 또 다른 기본권에 바탕하여 접근의 가능성이 열려있는 공공기관이 보유하는 개인정보보다 남용의 위험성이 훨씬 크기 때문에 프라이버시권의 한계를 극복한 새로운 기본권으로서의 개인정보통제권의 필요성이 매우 크다.

마지막으로 개인정보통제권은 감시체제로서의 현대사회를 민주적이고

---

Choices for the Digital Age, University of Toronto Press, 1999, ch.4, 특히 pp.101-103, 109-111.

합리적인 공동체로 건설하는데 중요한 역할을 한다. 사생활보호권으로서 출발한 프라이버시권의 외피를 벗어 던지고 독자적인 정치적 기본권으로 재구성된 개인정보통제권은 근대와 현대 입헌주의의 정신을 계승 발전시킨 입헌적 민주자결론(constitutionalised democratic autonomy)이라는 입헌민주국가론의 한 축을 이루는 중요한 기본권이다. 필자가 정보화의 진전에 따른 현대사회의 변화를 수용하기에 적합한 민주주의모델로 제창한 입헌적 민주자결론<sup>78)</sup>은 자유주의가 전제하는 국가와 시민사회의 기능적 분리를 기본적으로 유지하면서 공동체주의적 자결주의를 제도적으로 수용함으로써 국가와 시민사회의 상호의존성을 유도하고 민주적 정당성과 정치시스템의 효율성을 동시에 제고하는데 주안점을 둔 민주주의이론이다.<sup>79)</sup> 국가영역은 사회영역의 불공평한 조건을 규제하여 합리적 민의의 상호교류의 중립적 틀을 확보하고 사회영역의 자율성을 최대화하는데 주안점을 두어야 한다. 국가영역의 권한과 활동범위는 헌법적 규율을 받으며 기본적으로 선거를 통한 정치적 통제, 여론과 매스 미디어를 통한 사회적 통제를 받는다. 사회영역도 민주적 정당성에의 요구를 내세워 국가영역의 전반적 접수에까지 나아가서는 안되며, 미시적 사회, 경제적 이슈들에 대한 여론형성과정을 통해 국가영역을 간접적으로 압박하는데 만족

78) Jongcheol Kim, *Constitutionalising Political Parties in Britain*, University of London Ph.D. Dissertation, 1998, ch.3; 김종철, “전환기의 영국 헌법과 민주주의”, 공법연구, 제28권 제3호 2000/3, 199-219면; 김종철, “입헌주의의 현대적 의의와 본질”, 고시계, 2000/10, 6-19면.

79) 감시사회로서의 숙명을 안고 있는 정보사회는 단순히 개인의 기본권적 차원의 변화만을 요구하는데 그치지 아니하고 공동체 전체의 운영방식의 변화를 요구하고 있기도 하다. 공동체 전체질서의 변화에 대한 논의는 이 글의 범위를 넘어서는 것이나 여기서는 이 근본적 변화는 대의민주주의로 요약되는 근대적 통치기제를 어떻게 어느 정도까지 변화시킬 것인가의 문제로 귀결되는 것이며 이 문제에 대한 적절한 대책은 그 한 부분으로서의 기본권체계에 대한 인식변화와 상호밀접한 관련을 가진다는 점을 지적해 두고자 한다. 정보사회에서의 공동체질서의 변화에 대한 시론적 논의로는 한상희, “사이버민주주의: 그 의미와 헌법적 전망”, 헌법학연구 제6권 제3호, 223-258면; 윤명선, “사이버공간과 통치구조”, 헌법학연구 제6권 제3호, 208-222면 참조.

하여야 한다. 한편 사회영역 내에서 자율성의 명분 하에 국가적 개입이 어려운 난점을 악용하여 힘의 균형을 상실한 약자에게 국가유사적 권력을 행사해 온 민간단체들에 대하여는 사회 내에서의 자율적 통제기능이 제대로 작동할 수 있는 헌법적 장치를 국가가 적극적으로 마련하여야 한다. 이처럼 느슨한 헌법적 규율 하에 중립화된 국가영역과 이와 대등한 독립성을 가지는 사회영역이 균형적 상호의존시스템(equilibrium)을 구축함으로써 국가정책의 효율적 형성과 집행을 국가영역에서 직접적으로 이끌어내는 한편 사회영역에서는 미시화되고 다양한 정치적 여론형성과정을 통해 현대복합사회의 민주적 이상을 실현하는 것이 입헌적 민주자결론의 골자이다. 입헌적 민주자결론이 전제하고 있는 국가는 기본적으로 다원주의적 국가이며 이 국가는 근대국민국가가 전제하던 중앙집권적 체제가 아니다. 중앙정부권력의 구성도 기존의 정부기능에 따른 삼권에 따라 견제와 균형의 원리가 적용되는 것 외에 특정정부기관에 의한 정보의 독점을 상호 견제하는 측면에서 이루어져야 한다. 지방자치제가 확고히 보장되고 지방자치단체도 정보관리주체로 그 위상을 인정받아야 하며 중앙정부와 지방자치단체는 시민사회에 의한 정보통제에 복속된다.<sup>80)</sup> 이 새로운 입헌주의의 모델의 중요한 구성요소의 하나는 국가와 시민사회의 상호의존관계를 매개할 개인의 독자적 지위를 확보하기 위한 기본권체계이다. 이 모델의 기본권은 단순히 원자화된(atomized) 개인이 전유(專有)하는 권리일 수 없고 타인과의 관계 속에서 역동적으로 재규정될 수 있는 형성적 성격을 가지는데 개인정보통제권은 여타의 기본권을 입헌민주 국가의 규범적 틀과 정치과정속에서 재구성하는데 전제가 되는 의사소통 행위를 보장하는데 중추적 역할을 한다.<sup>81)</sup> 한상희 교수가 적절히 지적하

80) 이처럼 권력분산주의가 디지털 사회에서의 정치제도와 정치과정의 민주성을 담보하는 주요한 축이 된다. S. Scoglio, Transforming Privacy: A Transpersonal Philosophy of Rights, Praeger, 1998, pp.15-16.

81) 포스터(M. Poster, "Databases as Discourse; or Electronic Interpellations" in D.

고 있듯이 의사소통행위는 “사회·문화적 의미와 가치의 형성에 가장 필수적이고 절대적인 기반”<sup>82)</sup>이다. 정보의 디지털화는 이 사회문화적 기저를 이루는 의사소통행위의 구조에 획기적 변화를 가져온 것이며 개인정보통제권은 새로운 형태의 의사소통행위가 국가와 시민사회에서 자기 지배의 민주적 이상을 실현시킬 수 있도록 하는 제도적 장치가 된다. 좀더 구체적으로 말하자면, 개인의 자기정보통제권은 단순한 공공정보의 공개 청구권을 넘어서서 시민사회의 대국가통제를 실질화시키는 도구가 된다. 또한 개인의 자기정보통제권은 민간단체가 보유한 정보에도 효력을 가지도록 하여야 하며 그 같은 효력이 발생할 수 있도록 국가가 입법적 사법적 장치들을 제공할 수 있는 근거가 된다. 따라서 개인정보통제권은 국가와 시민사회의 균형적 통합을 달성하여 개인의 자유와 권리가 최대화 되는 민주적인 공동체건설에 기여하는 기본권중의 기본권이 된다.

#### 4. 한국 헌법상 개인정보통제권의 재구성

현대국가에서 개인정보통제권을 독자적 권리로서 인정할 필요가 있다고 했을 때 구체적으로 헌법상 어떤 정당화구조를 마련할 수 있을 것인가? 현재 우리나라의 헌법학계에서는 개인의 자기정보통제권의 근거를 두고 주요한 학설 간에 미세한 차이를 보이고 있다.

제1설은 제17조 사생활의 자유와 비밀조항에 직접적 근거를 둔다.<sup>83)</sup>

---

Lyon and E. Zureik, Computers, Surveillance, and Privacy, 1996, ch.9)가 주목하는 다원적 주체성을 진작하는 담론(discourse)으로서의 데이터베이스의 기능은 이 같은 의사소통행위를 가능하게 하는 물적 토대이다.

82) 한상희, “사이버민주주의: 그 의미와 헌법적 전망”, 헌법학연구 제6권 제3호, 227면. 또한 J. Habermas, The Theory of Communicative Action, Vols. 1 and 2, Polity Press, 1995(reprinted) 참조.

83) 권영성, 헌법학원론, 2000, 422-431면, 특히 422-424, 429면.

이 설은 동조항이 1987년 헌법이 정보화사회에서의 개인정보침해의 심각성을 고려하여 새로이 창설된 것이며 이는 특히 1987년 헌법이 제127조 제1항에서 정보의 개발을 국가의 임무로 규정한 것에서도 인정될 수 있듯이 헌법제정자의 의도가 개인정보보호의 새로운 필요성에 있다고 보아야 한다고 주장한다. 그리고 이 설의 대표적 학자인 권영성 교수는 개인정보 통제권을 핵심요소로 하는 사생활의 비밀과 자유는 프라이버시권의 한 분권인 동시에 제10조의 인간의 존엄성규정, 제37조 제1항의 열거되지 아니한 권리보호조항과 더불어 인격권의 근거규정이라고 보고 있다. 또한 사생활의 비밀과 자유를 목적조항으로 이 조항을 보완하는 수단적 규정들로 제18조의 통신의 불가침이 특별히 규정되어 있다고 본다. 이 설은 개인의 개인정보통제권이 인간의 존엄을 확보하는데 필수불가결한 사생활보호의 차원에서 인정된다는 점을 특히 강조하고 있는 특색이 있다. 그리고 개인정보보호의 필요도 정보의 디지털화에 의해 사생활침해의 새로운 양상에 대응하기 위해 제기되는 것이라는 입장을 취하고 있다. 그러나 앞서 지적한 바와 같이 개인정보보호의 필요성은 단순히 사생활보호의 차원에서 머물러서는 안된다. 따라서 이 설은 공동체의 주권자가 공동체의 전체이익을 위해 수집, 관리되는 정보에 대한 통제권을 적절히 행사하여 국가권력의 남용을 방지하는 정치적 권리임을 의식하지 못하는 한계가 있다.

제2설은 헌법 제17조가 보장하는 사생활의 비밀과 자유가 소극적 자유권에서부터 적극적 청구권까지 포함하는 복합적 권리로 파악하는 것과는 달리 사생활의 부당한 공개로부터의 자유를 말하는 것으로 자유권의 일종으로 미국에서 헌법적 기본권으로 인정되고 있는 광의의 프라이버시권과는 달리 개인의 자율권 등을 내용으로 하지 아니하는 협의의 프라이버시를 보장하는 것이라고 본다. 대신 정보화사회에서 중요한 자기정보에 대한 결정권 혹은 컨트롤권은 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행

복추구권에서 그 근거를 찾을 수 있다고 한다.<sup>84)</sup> 그러나 이 설은 정보화 사회의 프라이버시권이 (1)일정한 종류의 기록의 금지, (2) 개인정보모집 방법의 규제, (3)개인의 의사에 반한 입력의 금지, (4) 개인정보의 무기한 축적의 금지, (5) 자기파일의 액세스권, (6)개인정보의 정정권을 내포한다고 한다. 이 설은 개인정보통제권이 사생활의 보호라는 좁은 영역에서 포섭되기에는 성질상 한계가 있다는 점을 인식하고 있는 점에서 제1설보다 진일보하고 있는 듯이 보인다. 그러나 자기정보통제권의 근거를 인간의 존엄과 행복추구권에서 찾음으로써 그 외연을 궁극적으로는 개인의 자율권의 신장이라는 측면에만 고정시키는 한계를 여전히 안고 있다. 이 같은 한계가 자기정보통제권이 별도의 헌법규정에 의해 근거하고 있다고 보면서도 전통적 사생활보호의 측면에서 정보화사회의 프라이버시권을 별다른 논리적 설명 없이 배치하고 있는 것으로 나타난다.

제3설은 개인정보통제권이 “인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정한 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장되는”<sup>85)</sup> 권리라고 한다. 제1설과 제2설을 절충하여 개인정보통제권의 헌법적 근거를 구하는 태도이다.<sup>86)</sup>

84) 김철수, 헌법학개론, 2000, 518-524면.

85) 헌재 2005.07.21, 2003헌마282, 판례집 제17권 2집, 81, 90-90;헌재 2008.10.30, 2006 헌마1401, 판례집 제20권 2집 상, 1115, 1136-1136.

86) 헌재는 이런 결정례와는 달리 헌법 제10조나 제17조에 직접 근거하지 아니하는 독자적인 권리로 인식한 독특한 결정례를 남긴 적도 있다: “개인정보자기결정권의 헌법상 근거로는 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거를 둔 일반적 인격권 또는 위 조문들과 동시에 우리 헌법의 자유민주적 기본질서 규정 또는 국민주권원리와 민주주의원리 등을 고려할 수 있으나, 개인정보자기결정권으로 보호하려는 내용을 위 각 기본권들 및 헌법원리들 중 일부에 완전히 포섭시키는 것은 불가능하다고 할 것이므로, 그 헌법적 근거를 굳이 어느 한 두개에 국한시키는 것은 바람직하지 않은 것으로 보이고, 오히려 개인정보자기결정권은 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권이라고 보아야 할 것이다(헌재 2005.05.26,

제4설은 개인정보통제권이 제17조의 사생활의 비밀 및 자유조항에 의해 직접적으로 보장된다고 하면서도 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권 규정과 헌법 전문, 제4조와 제8조의 자유민주적 기본질서규정이 이를 보완하고 있다고 한다.<sup>87)</sup> 이 설은 앞의 세 가지 입장과는 달리 개인정보통제권의 의미가 개인의 사적 인격의 보장차원에 머무르는 것이 아니라 국가의 의사결정과 밀접한 의미를 가지는 인격의 공적 성격을 간파하고 있는 점에서 진일보한 주장이다. 그러나 이 설 또한 개인정보자기 결정권이 자유로운 인격의 보장이 자유민주적 의사결정의 정당성을 담보한다는 점을 강조하는데 머무름으로써 이 권리가 권력행사의 민주성을 확보하는데 중요한 정치적 권리로서의 성격을 가진다는 점을 놓치고 있다.

따라서 새로이 독립된 기본권으로 인정될 개인정보통제권은 자유로운 인격성의 보장을 위한 측면과 권력통제권이라는 정치적 권리로서의 성격을 동시에 가지는 복합적 권리로 파악되어야 하고 그 헌법적 근거도 재구성될 필요가 있다. 자유로운 인격성의 보장을 위한 측면은 기존의 이론들, 판례나 입법례, 특히 제2설이 제시하여 왔듯이 인간의 존엄과 가치, 행복추구조항에서 찾을 수 있다.<sup>88)</sup> 정치적 권리로서의 개인정보통제권의 근거는 궁극적으로 우리 헌법의 기본원리로서의 국민주권의 원리와 민주주의의 원칙에서 찾을 수 있다. 권력통제권으로서의 개인정보통제권을 인정하지 않는 한 감시체제로서의 국가에 대하여 개인은 지배 및 감시의 대상으로 전락하여 국민주권의 이상이 무력화 될 수 있다. 따라서 권력통제권으로서의 개인정보통제권은 비개인정보에 대한 알권리와 더불어 참정권, 청원권, 언론·출판·집회·결사의 자유 등으로 명시화된 여러 정치적 권리들의 전제가 된다.

99헌마513, 판례집 제17권 1집, 668, 683-683)”

87) 성낙인 외, 개인정보보호를 위한 정책방안 연구, 정보통신부, 1999, 23-31면.

88) 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유조항과 제18조의 통신의 비밀조항은 전통적 사생활보호적 측면에서 이 개인정보통제권을 보완하는 것으로 좁게 파악할 수 있다.

## 제3장 정보사회와 민주적 지배 - 전자정부를 중심으로

### 제1절 정보사회와 민주적 지배의 변화<sup>89)</sup>

#### 1. 전자정부의 헌법적 함의

##### (1) 전자정부의 의의, 실제, 그리고 본질

전자정부구현을 위한 선도적인 법률인 ‘전자정부법’<sup>90)</sup>은 전자정부를 “정보기술을 활용하여 행정기관의 사무를 전자화함으로써 행정기관 상호 간 또는 국민에 대한 행정업무를 효율적으로 수행하는 정부”(법 제2조 제1목)라고 정의하고 있다. 또한 같은 법 제1조에서 전자정부구현의 목적이 전자정부가 행정업무의 생산성·투명성 및 민주성을 높여 지식정보화사회의 국민의 삶의 질을 향상시키는 것임을 명시하고 있다. 한마디로 정보

---

89) 이 절은 김종철, “전자정부와 개인정보보호의 조화 - 이념적 측면을 중심으로 -”, 세계헌법연구 제12권 제2호, 2006, 70-82에서 전재하면서 일부 자구와 표현을 수정한 것이다.

90) 이 법은 2001.3.28. 법률 제6439호로 제정된 ‘전자정부구현을 위한 행정업무등의 전자화촉진에 관한 법률’을 2006.12.8. 일부개정한 것이다(이 법은 이후 다른 법률의 개정에 의해 일부 자구가 수정되는 등의 지엽적인 개정을 제외하고 그 기본 골격을 그대로 유지하고 있다). 기존의 법률이 전자정부의 여러 지향점 가운데 행정업무 전자화 촉진에 중점을 두고 있어 전자정부 서비스, 행정정보자원관리 등 전자정부의 주요과제로 전자정부법이 규정하고 있는 많은 사항을 포괄하고 있지 못한 점이 법률명 개정의 이유로 제시되고 있다. 이 개정 법률은 전자문서 유통과 행정정보 공동이용의 범위를 전자는 공공기관까지, 후자는 공공기관과 대통령령 등이 정하는 기관까지 확대함으로써 종이 문서와 민원서류의 유통을 감소시키고 행정과정을 개선하고 국민생활을 편익을 확대하는 것을 주요 내용으로 하고 있다.

기술을 활용한 행정업무의 처리를 통해 정부혁신을 추진하여 국민생활의 발전에 기여하는 것이 전자정부의 요체이다.<sup>91)</sup>

전자정부의 구체적 과제는 첫째, 새로운 업무추진환경에 맞게 정부조직과 업무수행방식을 개선하는 과제(행정부리의 전자화), 둘째, 개인과 기업을 비롯한 사회적 활동주체와 정부간의 업무관계를 전자화하는 과제(대민서비스의 전자화), 셋째, 전자화된 각종 정보를 온라인을 통하여 제공하는 인프라를 구축하는 과제(문서업무의 감축)로 구분된다.<sup>92)</sup>

첫 번째 과제를 위해서 우선적으로 ①국가재정정보시스템 구축, ②시군구 행정종합정보화, ③교육행정정보시스템 구축, ④전자인사관리시스템 구축 등 정보통신망의 구축과제가 시행되고 있으며, ① 전자결재 및 전자문서유통을 위한 정부 문서업무의 전산화 및 실시간 공문서 유통체제 구축, ②전자관인시스템 구축 및 전자서명시스템의 확산을 위한 범정부적 전자인증시스템 구축 및 확산, ③범정부적 통합전산환경의 단계적 구축을 위한 각부처별 전산실의 공동운영시스템 구축 등 정보의 공동이용과 안전장치를 위한 기반조성이 추진되고 있다.

두 번째 과제를 위해서 ①주민, 자동차 등 5대 국가주요 데이터베이스 공동활용 체계 구축, ②4대 사회보험 정보연계시스템 구축, ③국가종합전

91) R. Silcock, "What is e-Government?", Parliamentary Affairs, Vol.54 (2001), pp.88-89. 학자들 가운데에는 전자정부의 구체적 과제별로 전자정부개념을 개별화할 수 있는 것처럼 설명하는 경우가 있다. 예를 들어, 선정원("전자정부와 개인정보보호", 「공법연구」, 제29집 제3호(2002), 113-148면)은 능률형 전자정부, 서비스형 전자정부, 민주적 법치행정형 전자정부를 구별하고 있다. 그러나 전자정부개념은 정부혁신을 통해 이들 모두를 병렬적이고 종합적으로 수행하는 단일개념으로 이들 구분개념은 전체를 특정한 관점에서 바라보는 것에 불과하다는 점을 유의해야 한다.

92) '전자정부법'은 이 같은 구체적 과제를 실현하기 위한 법적 근거를 제3장부터 제5장까지 각각 개별의 장에서 구체화하고 있다.

자조달시스템 구축, ④인터넷을 통한 종합국세서비스 제공 등이 추진되고 있다.

세 번째 과제를 위해서 ①의사결정과정의 쇄신과 전자화, ② 각종 신청·신고·제출 등의 간소화·전자화, ③ 각종 고시·공 등의 전자화, ④ 행정기관간 행정정보의 교환 및 공동이용 등이 추진되고 문서감축위원회가 설치되어 문서감축 업무의 효율적 추진에 관한 제반사항을 심의하도록 하고 있다.

전자정부의 구체적 과제들은 표면적으로는 전통적인 정부기능을 대체하는 새로운 정부기능을 창출하는 것이 아니라 전통적인 정부기능을 실현하는 수단의 교체를 의미하는 것으로 비칠 수 있다. 어차피 아날로그적으로 수행되던 정부기능을 디지털 체제로 대체하는 것에 불과할 것이고 누가, 어떤 법적 근거 하에, 어떤 정책을 수립하고, 어떤 과정을 거쳐 그 정책을 집행할 것인지에 대해서는 아무런 변화가 없는 것으로 보일 수 있다. 예를 들어, 서류문서로 주고받던 정부기관간의 의사소통이 전자적으로 이루어진다고거나, 민원서류의 접수 및 발급이 인터넷을 통해 이루어진다는 사실 외에 정부문서나 민원의 처리주체나 대상이 바뀐 것은 아니지 않느냐는 것이다.

그러나 혁명적으로 발전하는 정보기술을 활용하는 정부기능의 실현방식의 변화는 대량성과 역동성이라는 정보기술의 특성 때문에 정부의 능력을 극대화하는 한편 정부조직 자체 및 정치적 지배의 기본요소인 국가와 국민간의 관계에 상당한 변화를 초래한다. 우선 정부조직은 정보집적화와 공동관리의 확대와 더불어 종합적 업무를 중심으로 재편될 수밖에 없다. 2000년 발표된 다국적 민간컨설팅 Deloitte Consulting의 공공영역

연구보고서 “전자정부의 여명: 소비자로서의 시민”(At the Dawn of e-Government: The Citizen as customer)에 의하면 전자정부는 6단계의 진화단계를 통해 고도화되는데 그 종착점은 정부개념의 변화와 그에 따른 정부조직의 재구성이다. 이 보고서는 전자정부가 일방적 정보공개의 단계(information publishing/dissemination) - “공식적” 쌍방향거래의 단계(“Official” two-way transactions) - 다기능 포털의 단계(multi-purpose portals) - 포털의 개인화단계(portal personalization) - 공통서비스의 집적화단계(clustering of common services) - 전면적 통합과 조직혁신의 단계(full integration and enterprise transformation)라는 6단계로 발전하게 된다고 전망하고 있다.<sup>93)</sup> 일단계인 일방적 정보공개의 단계에서는 홈페이지를 개설하여 정보를 공개하기 시작하는 단계로 현재 대개의 국가들에서 이 단계는 이미 달성되고 있다. 이단계인 “공식적” 쌍방향거래의 단계는 정부서비스 공급자뿐만 아니라 수요자도 단순하지만 정부서비스의 정보를 변경할 수 있는 단계로 예를 들어 자신의 주소나 직업정보를 인터넷 등을 통해 수정할 수 있는 단계이다. 삼단계인 다기능 포털의 단계는 정부서비스 수요자가 한 포털을 통하여 여러 부처의 서비스를 동시에 처리할 수 있는 단계로 우리나라에서 2002년 개설하여 현재 통합전자민원창구로 활용되고 있는 [www.egov.go.kr](http://www.egov.go.kr)은 이 단계를 지향하는 것이라고 할 수 있다. 사단계인 포털 개인화단계는 서비스 수요자가 포털을 개인적 수요에 맞추어 개별화(customizing)하는 단계로 정부가 개인의 정보화관련 취향을 파악하여 보다 적합한 서비스를 제공할 수 있는 단계이다. 오단계인 공통서비스의 집적화단계는 부처별로 분할되어 다중적인 것으로 인식되던 서비스의 성격이 단일 포털을 통해 유기적으로 처리되는 통합된 패키지로 인식되면서 부처별 분할구도의 의미가 없어지고 정부를

93) Deloitte Consulting, At the Dawn of e-Government: The Citizen as customer, 2000, pp.21-24 참조.

조직단위가 아닌 거래단위로 인식하기 시작하는 단계이다. 마지막 육단계는 오단계의 완성단계로 모든 정부서비스는 통합되어 소관부처별 구별의 의미가 없어지는 단계이다. 결국 전자정부는 단순히 정부서비스 제공방식의 변화가 아니라 정부의 개념자체가 본질적으로 변화를 지향하게 되고 기존정부조직의 일부는 통합되고 잔존하는 정부부서도 조직체계나 업무범위에서는 상당한 변화를 겪게 될 것이다. 그러나 유의할 것은 정보통신기술의 발전이 전자정부를 추동한 것이 아니라 오히려 그 반대라는 사실이다. 황승흠이 적절히 지적하고 있듯이 전자정부는 단순히 정보통신기술에 대한 정부업무의 변화라는 차원에서 제기된 것이 아니라 정부혁신의 측면에서 먼저 제기되고 논의되고 구현되기 시작하였다는 점을 유의할 필요가 있다.<sup>94)</sup> 전자정부는 전통적 관료제적 행정처리를 지양하고 정부기능수행에 있어 절차중심적 책임성(process accountability)보다는 성과중심적 책임성(accountability in terms of result)을 중시하는 방향으로 조직과 업무처리방식의 개선을 주장하는, 그래서 정부를 기업가형 정부, 고객지향적 정부로 전화시키려는 신공공관리(New Public Management)에 바탕한 정부혁신론의 주요요소를 이룬다.<sup>95)</sup>

하지만 정부조직 자체의 변화보다 더욱 근원적인 변화는 국민과 정부간의 관계의 변화이다. 다만 이 변화의 특성은 양방향성이다. 우선 정부는 개인신상정보를 포함하여 각종의 정보를 데이터베이스로 만들어 확보

94) 황승흠, “전자정부의 법과 국가”, 『법과사회』, 제20호(2001), 120면. 이 점은 다른 나라들의 경우도 마찬가지인데, 예를 들어 영국의 경우에는 영국헌정의 현대화과제의 일환으로 정부혁신과 전자정부가 추진되고 있다. 이에 관한 개괄로는 김종철, “영국의 전자정부정책과 법제”, 『인터넷법률』, 제18호(2003), 31-51면 참조.

95) 신공공관리에 바탕한 정부혁신의 개념에 대하여는 김종철, “관료국가에서 계약국가로? - 김대중 정부의 정부혁신정책에 내포된 국가기능의 변화”, 『법과 사회』, 제20호, 2001, 68,82-84면. 전자정부의 정부혁신적 의의에 대하여는 J. Morison, “Online government and e-constitutionalism”, [2003] Public Law, pp.14-23 참조.

한 후 각 기관들이 공유할 수 있게 하는 한편 전문화된 관료조직을 활용하여 각종 정보를 분석하고 처리할 수 있는 능력을 확보함으로써 스스로가 설정한 정치적 목적에 따라 현실적으로 지배대상이지만 이념적으로는 지배자인 국민의 의식이나 행동을 통제할 수 있게 된다. 이는 입헌주의적 정치지배가 추구하는, 국민의 헌법을 통한 국가권력의 통제라는 이상이 전도되어 자생적 국가권력이 법질서를 통해 국민을 통제할 수 있는 가능성을 의미한다. 한편, 전자정부는 정보집적화와 공동관리 및 처리를 통해 정확한 정보에 바탕하여 정책목표를 설정하고 실행할 수 있게 되며, 지배의 대상인 국민들의 민원에 신속하게 대응할 수 있고, 국민들의 의사를 정책결정에 반영할 수 있는 공간이 확대 되며, 행정의 투명성의 증가로 정부정책에 대한 국민의 신뢰를 높여서 정책의 실효성을 강화시키는 긍정적 효과가 있다. 이는 입헌주의적 정치지배가 추구하는 자유롭고 독립된 개인들의 정치적 자율성이 제고되고 민주적 참여의 전제가 되는 정보의 공개가 광범위하게 이루어짐으로써 민주주의가 실질화된다. 결론적으로, 전자정부는 긍정적이든 부정적이든 실질적으로는 정치적 지배의 성격을 변화시키는 것이다.

## 2. 입헌주의적 헌법질서에 있어서 전자정부의 위상과 기능

전자정부가 정치적 지배의 성격을 변화시킨다고 했을 때 그 변화의 성격은 무엇인가? 국민국가에 바탕한 근대시민국가 이후 지배적 이데올로기가 된 입헌주의를 근원적으로 해체하고 새로운 형태의 정치적 지배를 지향하는 것인가? 아니면 입헌주의를 변화하는 환경에 맞게 더욱 발전시키는 것인가? 이 물음은 근원적으로 근대시민국가 이후의 지배적 이데올로기이면서 우리 헌법의 기본이념인 입헌주의의 본질에 대한 이해를 선결과제로 제기한다.

### (1) 입헌주의의 본질

현행 헌법은 입헌주의를 정치적 지배의 기본이념으로 채택하고 있다. 입헌주의(constitutionalism)란 주권자인 국민의 총의를 바탕으로 국가권력의 범위와 한계를 국가기본법으로서의 헌법에 규정하고 국가권력의 작용이 국민의 자유와 권리를 최대한 보장하는 방향으로 이 근본규범에 따라 이루어져야 한다는 원리이다. 이 원리가 구현하는 가치는 그 정의자체로부터 추출되듯이 자유와 민주이고 그 점에서 입헌주의는 자유민주주의를 근본요소로 한다.

자유민주주의로서의 입헌주의는 인간으로서의 존엄과 가치를 가지는 개인의 자유를 공동체형성의 기본적인 목적으로 한다. 정치적 지배의 목적이 개인의 자유의 최대한의 보장인 것이다. 우리 헌법은 헌법 제10조를 통해 개인의 기본적 인권의 보장을 국가의 기본의무로 상정함으로써 이 점을 분명히 하고 있다. 그런데 개인의 자유의 보장은 개인의 독립적 정체성을 확립하고 보장하는 것에서 출발한다. 개인의 독립적 정체성의 확보는 무정부적 혼란상황에서 달성될 수 없고 사회적 통제장치를 통해서만 안정적으로 확보될 수 있다. 이러한 사회적 통제장치는 성문법, 관료제, 합리적 조세제도, 근대적 경찰과 상비군제를 물적 기반으로 하는 국민국가가 제공하여준다. 대외적 독립성과 대내적 최고성을 특성으로 하는 주권을 중심으로 안정적 정치적 통일체를 구축하고 사회의 안정적이고 질서있는 운영을 가능하게 하는 환경의 조성책임을 국민국가가 담당하였다. 국민국가의 사회적 통제장치의 원활한 작동은 역으로 개인들에 대한 정보의 집적을 필요로 하게 되므로 자유롭고 독립된 개인의 지위의 확보는 개인정보에 대한 국가의 통제력을 강화하는 방향으로 전개된다. 결국 입헌주의적 이상은 개인의 자율성의 확보이지만 그 목적은 개인의 정체

성에 대한 국가적 통제력의 확대와 동전의 양면을 이룬다는 점을 유의할 필요가 있다. 기든스(Giddens)가 감시체제로서의 근대사회의 본질을 지적한<sup>96)</sup> 것도 바로 이 때문이다. 감시체제로서의 근대사회의 본질이 자유화로 상징화될 수 있었던 것은 국가에 대한 민주적 통제의 가능성에 대한 기대 때문이었다. 이것이 입헌주의의 중요요소인 민주주의의 자유주의와의 결합점이다.

입헌주의는 공동체의 정치적 지배가 민주주의의 원리에 의해 이루어지도록 요구한다. 우리 헌법은 제1조에서 우리의 국가형태가 민주공화국임을 선언하는 한편 정치공동체의 주권이 국민에게 있고 모든 지배권력의 근원이 국민임을 선언하고 있다. 민주주의 원리의 전제를 이루는 국민주권의 원리는 간접 혹은 대의민주주의와 직접 민주주의라는 두 가지 실현구조를 가진다. 그러나 현실적이고 이념적인 이유에서 현대입헌주의는 대의민주주의를 중심으로 하고 예외적으로 직접 민주주의를 채택하는 것이 일반적이다. 현대의 거대복합사회는 생활세계의 다원성을 전제하고 있고 공동체의 모든 구성원이 정치적 참여에만 몰두할 수 없는 구조를 가지고 있다. 경제, 사회, 문화적 활동도 정치적 활동 못지않게 중요한 삶의 일부를 구성하고 있기 때문이다. 또한 현대사회의 복잡성은 생활세계의 전문성을 요구하고 정치도 직업적 전문성을 요구하는 영역이 되었다. 전문성을 상실한 정치적 결정은 즉흥적이고 감성적이며 안정성을 결여하여 공동체의 안정적이고 장기적인 발전에 역행할 위험성을 내포하고 있다. 결국 국민주권주의는 일상적으로는 국민의 주권을 직업적 정치인들에게 위임하는 대의민주주의를 실현방식으로 채택하게 된다.

대의민주주의는 국민이 가지는 주권의 법적 의미를 국민의 대표를 선

96) A. Giddens, 진덕규 역, 민족국가와 폭력, 삼지원, 1991, 제7장.

택하는 권한, 즉 국가기관구성권으로 축소한다. 한편 국가기관이 된 국민의 대표들은 자유위임의 원칙에 따라 임기동안 전문정치인으로서의 양심에 따라 자유로이 국가의사결정권한을 행사하게 된다. 정당은 국민의 정치적 의사형성, 즉, 국민의 국가기관구성권의 행사를 돕고 국가기관의 효율적인 국정결정을 돕는 정치적 활동단위이다. 정당의 당내민주주의는 국가대표선택과정인 선거기간이외의 일상생활에서 국민대표기관들에게 주권자인 국민의 의사를 반영시키는 중요한 현실적 의미를 가진다. 또한 현대 다원사회는 정당 뿐만 아니라 각종 이익단체와 시민단체들이 부분이익을 추구하거나 공익을 목적으로 정치세력화하여 일상생활에서의 국민의 여론을 정치과정에 전달하고 국민대표기관의 국정수행을 감시하는 기능을 수행하고 있다. 만일 정당이 국민의 정치적 의사를 효율적으로 결집하고 국민대표들이 그들의 정책결정에 이를 충실히 반영하고 시민사회가 활성화되어 각종 현안에 대한 국민의 여론이 효율적으로 집약되게 되면 대의민주주의는 국민의 직접적인 주권행사에 못지않게 민주적일 수 있고 높은 생산성을 확보할 수 있을 것이다.

그러나 현실은 그렇지 못한 경우가 많으며 선진입헌민주국가들의 경우에도 이상적인 대의민주주의를 구현하는 것과는 거리가 멀어 대의민주주의의 위기론이 유포되고 있다. 정당에 대한 국민적 소속감이 약화되고 당내민주주의가 형해화됨으로써 정당불요론이 등장한다. 상황을 더욱 악화시킬 수 있는 것이 국민과 정당, 국민대표기관의 민주적 관계의 전제가 되는 또 다른 제도적 변수인 선거제도의 불합리성이다. 선거제도가 국민의 의사를 효율적으로 반영할 수 없을 때 국민의 주권은 형식화될 수밖에 없다. 예를 들어, 우리의 현행 국회의원선거제도처럼 소선거구제에 바탕한 상대적 다수대표제를 채택하여 국민대표성보다는 지역대표성을 지나치게 강하게 반영하고 다원주의화된 정치현실을 무시하고 개별후보자

중심의 선택을 강제하며 사표를 남발하여 국민의 실질적 선택과 결과사이에 제도적 조작의 위험을 내포한 선거제도는 국민과 대표기관간의 간극을 확대하여 대표기관에 대한 국민적 통제의 가능성을 감소시킨다. 결국 입헌주의가 민주주의의 중심적 실현구조로 채택하고 있는 대의민주주의는 정치과정에서의 국민의 소극적 역할과 국민대표기관의 자율성의 확대에 의한 엘리트 민주주의적 결함을 내포하고 있다.

결론적으로 자유민주주의로서의 입헌주의 체제에서는 개인에 대한 감시체제적 국가통제의 위험성과 엘리트 민주주의적 정치체제의 운용으로 인하여 국민주권이 형식화하는 문제점이 내재해 있다.

## (2) 전자정부의 입헌주의에 대한 영향

앞서 개괄적으로 지적하였듯이 전자정부는 입헌주의가 가지는 긍정적 측면과 부정적 측면을 모두 부각시킬 수 있는 특성을 가지고 있다.

우선 자유주의와의 관련성에서 자유 확대의 기회가 됨과 동시에 국가 통제확대의 기회가 된다. 국가정보에의 개인의 접근성의 강화, 광범위한 정보의 축적과 공동관리에 의한 정보재생산의 확대는 국민의 알권리를 충족시키고 개성신장과 정치적 의사형성의 질을 향상시키는 기능을 하게 된다. 그러나 정보의 대량적 집적과 공동운용을 전제하는 전자정부는 개인 정체성의 확장과 개인에 대한 국가통제의 확대간의 관계가 심각한 불균형상태로 전개될 위험성을 내재하고 있다. 정보가 전자화되고 그 정보의 호환성, 초공간성 및 신속성이 극도로 강화됨으로써 개인에 대한 원격 감시와 통합감시가 가능하게 되어 국가의 감시능력은 상상을 초월할 정도로 강화되었다.<sup>97)</sup> 개인정보보호의 필요성이 제기되는 것은 이 때문이

다. 결론적으로 전자정부는 헌법적 자유보장의 측면에서 알권리의 충족과 개인정보보호의 필요성이라는 서로 상반되는 자유의 충돌을 야기한다.

다음으로 민주주의와의 관련성에서 전자정부는 행정과정의 투명성을 확대하고 정부와의 의사소통의 기회를 확대함으로써 국민의 정부에 대한 접근성을 높이고 행정의 실효성과 효율성을 제고하며 정부정책결정과 집행과정에 시민의 참여를 제고한다. 국민은 어디에 있건, 아무 때나 컴퓨터, 휴대전화, 디지털 텔레비전 등을 이용하여 인터넷을 통해 정부를 대면할 수 있고 원하는 민원을 처리하고 정보를 획득할 수 있으며 정부에 원하는 바를 요구할 수 있게 된다. 정보의 공개와 원활한 유통, 그에 바탕한 국민의 의사의 자유로운 형성과 정부에의 전달은 민주주의를 실질화한다. 국민과 정부간의 의사소통기회의 증가는 전통적 입헌주의정체가 가지는 국민의 소극화를 극복하고 엘리트 민주주의의 병폐를 극복하고 참여민주주의를 강화하는 단초가 될 수 있다. 예를 들어, 미국 '하버드 대학 존 F. 케네디 행정대학원의 네트워크 권능화 서비스와 정부에 관한 정책 그룹(The Harvard Policy Group on Network-enabled Services and Government, John F. Kennedy School of Government)'이 2002년 발표한 보고서인 '(네트워크 세계의 지도자를 위한) 필수요소 여덟 번째(Imperative 8: Prepare for Digital Democracy)'<sup>98)</sup>에 따르면 다음 [표1]과 같이 형상화되듯이 전자민주주의가 '엘리트 민주주의(Elitist democracy)'<sup>99)</sup>와 '얇은 민주주의(thin democracy)'<sup>100)</sup>의 문제점을 극복한 균형민주

97) D.Lyon, 한국전자통신연구소 기술정보센터 옮김, 전자감시사회, 한국전자통신연구소, 1994, 특히, 제5-8장; 고영삼, 전자감시사회와 프라이버시, 한울 아카데미, 1998, 제1장.

98) 이 보고서는 '네트워크 세계의 지도자를 위한 여덟 가지 필수요소(Eight Imperatives for Leaders in a Networked World)' 시리즈의 여덟 번째이다.

99) 시민참여의 폭은 극히 제한적이나 참여가 허용된 계층의 국정에 대한 영향력은 극히 높은 민주주의의 모형이다. 부분이익(special interests)의 탈호나 정책결정에 대한 실효성의 약화가능성이 높은 경우이다. The Harvard Policy Group on

주의(balanced democracy)를 달성하는 기초가 될 수 있음을 역설하고 있다.<sup>101)</sup>

<표 1> 시민참여패턴과 민주주의

시민 참여의 영향력 (deeper engage-ment)	엘리트 민주주의 (elitist democracy)	균형 민주주의 (balanced democracy)
	참여배제 민주주의 (disengaged democracy)	얇은 민주주의 (thin democracy)
구분	시민참여의 폭(broader engagement)	

그러나 앞서 지적하였듯이 전자정부는 국가의 감시능력을 증대시키는 위험성을 내포한다. 이 같은 위험성은 단순히 개인의 정체성을 왜곡하는 수준에 그치는 것이 아니라 대국민선전이나 홍보, 협박의 가능성을 증대 시킴으로써 근대시민혁명이 달성하고자 했던 국민에 의한 정부라는 국민 주권주의가 그 본말이 전도되어 국민을 수동적이고 피동적인 통치의 대상으로 전락시킬 위험에 직면하게 된다.<sup>102)</sup> 결론적으로 전자정부는 체제

Network-enabled Services and Government, Imperative 8: Prepare for Digital Democracy, John F. Kennedy School of Government, 2002, p.4.

100) 시민참여의 폭은 매우 넓으나 참여자의 영향력은 극히 낮은 민주주의의 모형이다. 자본에 의한 권력조종의 위험성이 높은 경우이다. The Harvard Policy Group on Network-enabled Services and Government, Imperative 8: Prepare for Digital Democracy, John F. Kennedy School of Government, 2002, p.4.

101) The Harvard Policy Group on Network-enabled Services and Government, Imperative 8: Prepare for Digital Democracy, John F. Kennedy School of Government, 2002, pp.3-4.

102) 일부에서는 정보통신혁명의 기술을 전자정부의 수준을 넘어 민주적 의사결정과정에만 확대하는 전자민주주의를 주창하고 있다. 사실 전자정부는 정보제공형과 대화형 전자민주주의의 모습을 가지고 있지만 전자민주주의의 본질적 모습은 전자적 방식에 의해 국정결정권을 국민이 직접 행사하는 것이다. 그리고 극단적 전자민주주의는 의회와 정당의 폐지를 전제로 하기도 한다. G.Mulgan, Politics in an

의 목적과 운영의 방향에 따라 민주주의 발전의 계기가 될 수 있는 가능성과 민주주의를 말살할 수 있는 가능성을 동시에 내포하고 있다고 할 수 있다.

## 제2절 전자정부와 개인정보보호

### 1. 입헌주의의 지속적 발전을 위한 전자정부화의 전제조건으로서의 개인정보보호

전자정부의 입헌주의에서의 영향을 고려할 때 긍정적인 경우 입헌주의를 보다 발전된 수준으로 향상시키는 기능을 하며, 이 경우 전통적인 국가개념, 즉 자유의 보장과 민주적 지배의 활동단위로서의 성격에 본질적인 변화가 있다고 할 수 없다. 그러나 부정적인 영향이 심대해 질 경우 입헌주의가 훼손되고 전체주의적 지배체제로 전환될 위험성이 내포되어 있다.

우리에게 남겨진 선택은 전자정부의 긍정적 효과를 고려할 때 입헌주의를 강화시키는 방향으로 전개시키되 부정적 가능성을 대폭 축소하기 위한 제도적 문화적 기반을 마련하는 것이다. 그 관건은 전자정부화에 따른 정보오남용의 위험성이며 이 위험을 예방하기 위해서는 개인정보의

---

Antipolitical Age (Cambridge: Polity Press, 1994); G.Mulgan, "Creating an Enabling Party", *Renewal* Vol. 1 (1993), pp.62-9; G.Mulgan, "Party-free Politics", *New Statesman & Society* (15 Apr 94), pp.16-8. 필자는 이와 같은 직접민주주의의 실현형태로서의 전자민주주의는 직접민주주의의 현실적, 이념적 한계에 의하여 반드시 바람직하지 않으며 대의민주주의의 엘리트 민주주의적 속성을 보완하기 위한 제한적 목적으로만 활용되어야 한다고 본다.

보호가 필수적이다. 결과적으로 입헌주의적 전자정부화의 전제조건이 개인정보보호가 되는 것이다. 개인정보보호의 필요성은 정보보호의 오남용을 예방하기 위한 제도적 장치, 즉, 정보처리 및 관리체계의 분립화와 외부통제장치의 구축에 의하여 대응될 수 있으나 그 실질성은 제도화와 병행하는 정치적, 헌법적 대응으로서 공동체운영의 주체로서의 개인이 자본화되고 권력화된 개인정보에 대한 통제권을 확보하는 것이다.

## 2. 개인정보보호의 이념과 현대적 의의 - 개인정보보호의 다차원성과 정치성

앞서 제2장 제1절에서 지적하였듯이 개인정보의 보호는 정보사회와 결합한 입헌주의체제의 기초를 이루는 자유롭고 독립된 개인의 자유와 권리의 최대한의 보장을 실현하기 위한 전제이다. 그러나 개인정보가 사적 전유물인지 공공적 성격에 의해 공적 통제의 대상이 될 수 있는 지는 궁극적으로 민주적 정치과정을 거친 입법에 의하여 결정된다. 이것이 바로 개인정보보호의 정치성이라고 할 수 있다. 만일 개인정보보호의 정치성을 외면하고 개인정보의 사적 성격이나 비밀성을 개인에게 전속시킬 때 개인정보의 효율적이고 합리적인 이용을 방해하고 공동체의 민주적 운영을 방해할 수 있다.

## 3. 전자정부와 개인정보보호의 조화

### (1) 전자정부와 개인정보보호의 기본관계

앞서 우리는 다음 두 가지 소결론을 도출하였다. 첫째, 전자정부가 입헌주의 체제의 발전에 기여하기 위한 전제는 전자정부구축의 기초인 개

인정보가 오남용되지 않도록 개인정보보호장치를 마련하는 것이다. 둘째, 개인정보는 사적 가치이면서 비밀성을 기초로 함과 동시에 공동체적 삶의 전제로서의 공정 가치와 공개성을 특성으로 하며 그 경계는 결국 민주적 결정과정을 통해 정하여 질 수 밖에 없다.

이 두 가지 소결론이 전자정부와 개인정보보호의 조화를 위한 단서를 제공한다. 개인정보의 보호없는 전자정부는 위험하며 민주적인 전자정부의 구축을 부정하는 절대적 개인정보보호란 공동체의 존립 자체를 부정하는 것으로 무정부적, 비민주적 발상이다. 결국 양자가 민주주의와 개인의 자유의 보호라는 입헌주의의 원칙 하에 상호 조화되어야 한다. 양자의 조화의 전제는 개인정보보호의 범위에 대한 민주적 결정도 헌법이 지향하는 근본적 가치와 절차 및 요건을 준수하여야 한다는 것이다. 결국 이미 확인한 바대로 우리가 고민하여야 할 것은 전자정부가 전제로 하는 정보의 전자적 수집 및 공동이용 자체를 부정할 것이 아니라 정보의 수집 및 이용과정이 민주적이고 자유보장적으로 이루어질 수 있는 법적 문화적 장치를 구축하는 것이다.

## (2) 양자의 조화를 위한 방안 1 - 정보관리체계의 분립화와 외부통제장치의 구축

전자정부체제에서 개인정보보호를 위한 제도적 장치는 행정정보의 전자적 공동이용이 가져 올 수 있는 정보안전과 정보조작의 위험성을 예방하기 위한 장치를 의미한다. 가장 중요한 것은 정보관리체계의 분립화이다. 한상희나 임규철이 적절히 지적하듯이 의사결정과정에 대한 통제장치를 마련하고 정보처리·분석의 권한과 그 평가·분석의 권한을 별도의 기관에 부여하고 이를 복수화한다면 이들 간의 견제와 균형을 통해 정보

집중에 의한 오남용을 극복할 수 있을 것이다.<sup>103)</sup> 더 나아가 전자정부시대에서는 지방분권화<sup>104)</sup>나 시민사회의 감시활동의 활성화가 전자정부의 폐해를 시정하는, 즉 정치과정과 정치제도의 민주성을 결정하는 주요한 요소가 된다.

또한 외부통제장치의 구축이 필요하다. 행정정보에 대하여 어떤 기관을 외부통제장치로 할 것인지는 정책결정의 문제겠지만 국회에 이 같은 권한을 부여하는 것은 민주적 정당성의 측면에서 긍정적인 반면 국회 또한 오남용의 위험으로부터 자유롭지 못하다는 점에서 행정권과 입법권 모두로부터 자유로운 독립기관에게 맡기는 것이 적절하다고 본다.

### (3) 양자의 조화를 위한 방안 2 - 개인정보통제권의 보장

정보관리체계의 분립화와 외부통제장치의 구축은 이들 장치 역시 국가권력의 요소라는 점에서 완전한 것이 못된다. 결국 입헌주의가 기본적으로 요구하고 있는 권력분립과 기본적 인권보장의 수단을 동시에 활용하는 것이 필요하다. 결국 정보관리체계에 대한 민주적 통제권을 정보의 대상자가 가지는 것이 필요하다. 이 같은 권리는 일반적으로 개인정보자기통제권으로 인정되어 왔다.<sup>105)</sup>

그러나 이 개인정보자기통제권은 절대적인 권리가 아니다. 그 구체적

103) 한상희, “정보화시대와 헌법의 해방적 관점 - 헌법정치를 위한 시론 -”, 민주법학, 제13호, 1997, 234면; 임규철, “공공기관의 개인정보보호 법률에 대한 비판적 고찰 - 2003년 8월 20일의 입법예고안을 중심으로”, 헌법학연구, 제9권 제3호, 2003, 243면

104) S.Scoglio, Transforming Privacy: A Transpersonal Philosophy of Rights, Praeger, 1998, pp.15-16.

105) 권건보, 개인정보보호와 자기정보통제권, 경인문화사, 2005; 이인호, “개인정보보호에 대한 국제적 동향 분석”, 인터넷법률, 제18호, 2003, 8면.

내용에 대한 입법형성권과 그에 대한 법적 제한의 가능성이 열려 있는 상대적 권리라는 점을 분명히 할 필요가 있다.

필자는 다른 논문<sup>106)</sup>에서 이 권리가 단순한 사생활의 비밀과 자유권의 한 요소로서의 성격과 공적 정보에 대한 민주적 통제권으로서의 성격을 가진다는 점을 주장한 바 있다. 그 전제는 앞서 언급한 바와 같이 개인정보보호가 사적 비밀성, 재화 혹은 공공재로서의 다차원적 성격을 가지므로 개인정보통제권의 성격도 다차원적으로 바라보아야 한다는 것이다. 다시 말해서, 개인정보의 공유가 공동체적 삶의 기본전제가 되는지의 여부에 의해 개인정보보호의 목적을 이원화할 수 있다고 본다. 만일 개인정보의 공유가 공동체적 삶이 기본전제가 되지 아니한다면 헌법상의 사생활보호권의 보호범위 내에서 수집, 생성, 유통 등 모든 과정에 있어서의 통제권을 가진다고 보아야 한다. 반면 개인정보의 공유가 공동체적 삶의 기본전제가 되는 경우 그 수집 및 생성자체에 대한 절대적 전속권을 주장하는 것은 비현실적이며 비민주적인 결과를 낳는다고 본다.<sup>107)</sup> 대신 현대국가의 필수적 요소인 개인정보의 수집 및 생성에 천착하기 보다는 수집된 정보의 유통과 흐름에 대한 통제를 중심으로 개인정보보호의 본질을 이해할 필요가 있다. 이렇게 되면 공동체적 삶의 전제가 되어 공유의 필요성이 제기되는 개인정보보호의 가치는 비밀스러운 사적 정보의 유지라는 사적이고 주관적 가치가 아니라 공동체운영의 기초가 되는 정보에 대한 민주적 통제라는 공적이고 객관적 가치를 중심으로 재구성된다. 이런 류의 개인정보의 보호는 민주주의의 실현을 위해 기초가 되는 정보에 대한 국가권력의 오남용을 감시하는 통제작용에 기여하는 이념과

106) 김중철, “헌법적 기본권으로서의 개인정보통제권의 재구성을 위한 시론”, 인터넷법률, 제4호, 2001, 23-44면.

107) R.Whitaker, The End of Privacy, 1999, pp.134-135.

가치를 가지게 되는 것이다.

그러나 인격권에 바탕하든 민주적 통제권으로서의 성격을 가지는 이 권리에 대한 제한은 법률적 근거가 있어야 하는 것은 입헌주의의 기본원칙에 비추어 자명하다.<sup>108)</sup> 그런 의미에서 전자정부의 추진은 개인정보보호를 위한 법제의 정비를 필수요건으로 한다.

---

108) 같은 취지로는 김일환, “개인정보보호법제의 체계적 정비방안에 관한 고찰 - 특히 ‘공공기관의개인정보보호에관한법률안’을 중심으로 -”, 인터넷법률 제27호, 2005, 44면.

## 제4장 결론 - 정보사회를 위한 헌법개정?

국회의장직속 헌법연구자문위원회는 최근 연구결과보고서를 통하여, 정보기본권에 대한 신설논의를 하고 있다.<sup>109)</sup>

이 보고서는 사생활 비밀의 자유의 경우, 이는 사적 생활영역에 대한 특별한 보호를 전제로 사생활 영역 내에서의 자유로운 활동 및 정보의 통제를 포함하는 것으로 인정되는 바, 이의 현행 규정체계를 유지하는 것이 바람직하다고 전제하고 있다. 이와 달리 정보기본권은 헌법 제21조의 언론의 자유와 통합적으로 규정하면서(집회, 결사의 자유는 별도의 조문으로 독립), 일반적인 표현의 자유(전통적인 언론 자유), 알권리(정보접근권), 사회적 약자의 정보접근권 등의 방식으로 규정하는 것이 바람직할 것이라는 의견을 제시하고 있다.<sup>110)</sup>

이 보고서는 다음과 같은 규정례를 제시한다.

### 제00조 표현의 자유

1. 모든 국민은 의사표현의 자유를 갖는다.
2. 모든 국민은 공적 정보에 자유롭게 접근할 수 있으며, 국가 및 공공기관은 중대한 공익이나 개인의 사생활보호를 위해 필요한 경우가 아니면 정보공개요청에 응해야 한다.
3. 국가는 정보격차의 해소를 위해 노력하여야 하며, 사회적 약자의 정보접근권 확보를 위한 구체적 사항은 법률로 정한다.
4. 사이버 공간의 정보유통에서도 의사표현의 자유 및 알권리, 사적 정보의 보호는 존중되어야 하며, 국가는 정보기본권의 신장을 위해 노력하여야 한다.

109) 이 보고서에서는 정보기본권을 정보화와 관련된 기본적 권리를 말한다고 하고 있다. 헌법연구 자문위원회, 헌법연구 자문위원회 결과보고서, 2009, 97면.

110) 헌법연구 자문위원회, 헌법연구 자문위원회 결과보고서, 107면.

그러나 이러한 헌법 개정론에 관한 논의는 좀 더 면밀한 검토가 요구된다. 주기적으로 등장하던 개헌론이 국회와 대통령의 개헌가능성에 대한 언급을 통해 일정한 탄력을 받고 있다. 개헌론은 일부 정략적인 동기가 없는 것은 아니지만 객관적으로는 한국 헌정과 사회의 현대화<sup>111)</sup>를 추구하는 거대한 흐름과 맥이 닿아있다. 또한 최근의 개헌논의가 광범위하다고는 할 수 없지만 비교적 다양한 시민사회의 지지<sup>112)</sup>에 기반하고 있다는 사실은 한국 헌정사에서 보기 드문 새로운 현상이라고 할 수 있다.

그러나 참여정부이래 지속적으로 제기되어 온 개헌론은 그 의의를 과대포장하거나 정치적 이해관계를 확대재생산하는 방향으로 전개될 가능성도 없지 않다. 특히 대통령 5년 단임제를 우리 정치사회의 근본적인 문제점으로 치부하면서 정부형태 등 권력구조의 개편을 개헌의 핵심과제로 설정하는 움직임<sup>113)</sup>에 대해서는 경계심을 거두기 힘들다. 제도·가치·인

111) 헌정의 현대화는 현대 민주주의의 보편적 흐름에 우리 헌정을 수렴시키려는 모든 시도를 의미한다. 기본적으로 현재의 개헌론은 1987년 헌법체제의 불완전성에 기초하고 있는데 그 주요한 논거중의 하나는 1987년 체제가 냉전체제이후의 현대 민주주의의 발전과 그에 따른 사회변화를 반영하고 있지 못하다는 것이다.

112) 대화문화아카데미, 함께하는 시민행동 등이 지속적으로 개헌의 공론화를 시도하여 왔으며, 중앙일보등 주요언론도 제18대 국회의 핵심과제로 개헌을 선정한 바 있다(중앙일보 2008.5.29. 제18대 국회 어젠다 관련기사 [http://article.joins.com/article/article.asp?total\\_id=3163237](http://article.joins.com/article/article.asp?total_id=3163237)[검색일 2008.6.20]) 구체적으로 다음의 관련자료를 참조할 것: 《함께하는 시민행동》의 「헌법다시보기」, 《헌법포럼》의 「헌법개정시안」; 강원택, “한국 대통령제의 문제점과 제도적 대안에 대한 검토: 통치력 회복과 정치적 책임성 제고를 위한 방안”, 『한국 권력구조의 이해』(서울: 나남출판, 2004), pp.327-354; 김성호, “헌법개정과 입헌민주주의”, 『한국의 헌법질서와 민주주의: 과제와 전망』, 연세대학교 국가관리연구원 2005년 추계학술회의 발표논문(2005.11.17); 박찬욱, “대통령제의 정상적 작동을 위한 개헌론”, 『한국 권력구조의 이해』(서울: 나남출판, 2004), pp.171-224; 전광석, “헌법과 한국 민주주의: 1987년 헌정체제를 중심으로”, 『한국의 헌법질서와 민주주의: 과제와 전망』, 연세대학교 국가관리연구원 2005년 추계학술회의 발표논문(2005.11.17).

113) 그간 정치권과 언론이 1987년 체제의 아킬레스건으로 지목한 것은 대통령 5년 단임제에 따른 정치체제의 비효율성과 불안정성이었다. 개헌론자들은 5년 단임제가 ① 여소야대에 따른 분할정부의 일상화, ② 책임정치 부재, ③ 선거의 빈발로 인한 낭비와

간으로 구성되는 정치사회의 구성요소가 가지는 복잡성(complexity)을 지나치게 단순화하거나 문제의 진단과 전혀 별개의 처방이 내려지는 경우가 많기 때문이다. 무엇보다도 우리 정치사회의 문제점은 제도의 문제에서 초래되는 경우도 있지만 정치문화의 후진성에 기초하고 있는 경우가 더 많다는 점이 간과되고 있는 경우가 많다. 또한 제도개선의 과제도 헌법적 차원, 법률 등 하위법령의 차원으로 다양한 것인데 모든 문제를 헌법적 차원의 문제로 획일화하여 개헌이 마치 만병통치약인 것처럼 인식하는 태도는 매우 위험하다. 우리 사회가 당면하고 있는 여러 과제, 특히 정치사회의 비효율성은 헌정체제 자체의 문제점이라기보다는 새로운 국내외 환경변화에 대한 인식이나 그 변화에 능동적으로 대응할 능력의 부족<sup>114)</sup>이나 언론, 교육제도, 사법제도, 선거제도, 정당제도 등 헌정의 세부 영역에 대한 제도개혁의 부진이 원인인 경우가 많다. 따라서 헌법자체의 개혁보다는 정치·경제·사회·문화 모든 영역의 의식개혁이나 제도개혁의 필요성에 대한 사회적 합의를 형성하는 것이 우선적으로 요청된다.

---

국정의 불안정성의 심화, ④ 정당정치 약화, ⑤ 장기적 국가전략과제와 미래과제의 일관적 수행의 한계, ⑥헌법구조의 중대변경을 예고하는 개헌운동, 대통령중간평가, 탄핵 등 헌법사태의 반복과 같은 치명적인 문제점을 낳았다고 주장한다(정태호, “지금 ‘원포인트개헌’을 해야하는 이유”, 사회디자인연구소 포럼 발제 (2007.1.15)[[http://www.president.go.kr/cwd/kr/archive/archive\\_view.php?meta\\_id=hot\\_change&id=53d77942bca9ddd09cc9f958](http://www.president.go.kr/cwd/kr/archive/archive_view.php?meta_id=hot_change&id=53d77942bca9ddd09cc9f958), 확인일:2007.2.2]; 박상철, “개헌의 필요성과 전망”. 전남사회연구회·대통령자문 정책기획위원회 주최 2007년 정책토론회 “개헌 공개 대토론회” 자료집(2007.2.6), pp.16-17 참조). 이런 인식에 기초한 대표적 개헌시도가 노무현 전임대통령의 ‘4년 연임제개헌안’인데 정부형태로서의 대통령제의 문제를 대통령 임기제의 문제로 환원하는 위험이 있다. 이에 대한 비판적 검토로는 김종철, “대통령 4년 연임제 ‘원 포인트’ 개헌론에 대한 비판적 검토”, 헌법학연구 제13권 제1호, 2007, 61-106면.

114) 예를 들어, 권위주의 체제의 잔재로서 합의정치의 문화에 익숙하지 않은 정치권의 정치력의 부재, 이러한 정치문화를 구조화시키는 상대다수대표제에 바탕한 국회의원선거제도, 정치적 자율성이 약한 정당조직, 스스로 정치세력화하고 있는 주요 언론의 여론동원체제, 과도한 정치화와 탈정치화가 공존하는 정치문화.

정보사회의 변화를 계기로 하는 헌법개정론도 예외는 아니라고 본다. 정보사회의 변화가 헌법적 지배체제의 변화를 요구하고 있지만 현행 헌법의 체제가 그러한 변화를 수용해 내기에 절대적으로 부족한 것은 아니기 때문이다. 특히 정보사회의 변화는 진행중이고 그 진행단계도 비교적 초보적 상태에 있다는 점을 고려하여야 한다. 새로운 패러다임을 선도하는 것도 의미가 없는 것은 아니지만 근본적 질서의 안정적 변화의 의미를 생각할 때 사회적 공감대를 형성하기 위한 노력이 전제되는 것이 실질적 입헌주의에 기초한 헌법개정을 결과해낼 수 있다고 믿는다.

## <참고문헌>

### 국내 문헌

- 강경근, “사이버스페이스에서의 기본권”, 헌법학연구 제6권 제3호, 2000
- 강원택, “한국 대통령제의 문제점과 제도적 대안에 대한 검토: 통치력 회복과 정치적 책임성 제고를 위한 방안”, 『한국 권력구조의 이해』, 나남출판, 2004
- 강태수, “현대산업사회에서 국가와 사회의 상호관계에 대한 연구: 서독의 이론을 중심으로”, 연세대학교 석사학위논문, 1986
- 고영삼, 『전자감시사회와 프라이버시』, 한울 아카데미, 1998
- 권건보, 『개인정보보호와 자기정보통제권』, 경인문화사, 2005
- 권건보, 지문날인제도의 현황과 헌법적 문제점의 검토, 세계헌법연구 제14권 제1호, 2008
- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2000
- 권현영, “정보사회에서의 개인정보보호: 개인정보권의 의의와 입법체계”, 연세법학연구 제12권 제1호, 2005
- 권현영, “개인정보보호법 입법을 다시 거론하며”, 토지공법연구 제43집 제3호, 2009 등 참조.
- 권형돈, “인터넷에서 표현의 자유의 제한에 대한 비교고찰”, 중앙법학 제8권 제2호, 2006
- 김동민, 정보사회와 표현의 자유, 정치정보연구, 2002
- 김배원, “인터넷과 표현의 자유”, 인터넷법연구 제2호, 2003
- 김배원, “정보관련 기본권의 독자적·통합적 보장을 위한 시론”, 헌법학연구 제7집 제2호, 2001

- 김성호, “헌법개정과 입헌민주주의”, 「한국의 헌법질서와 민주주의 : 과제와 전망」, 연세대학교 국가관리연구원 2005년 추계학술회 (2005.11.17) 자료집
- 김승환, 열 손가락 지문 강제날인 제도와 관련한 쟁점들, 민주법학 통권 제28호, 2005
- 김승환, 주민등록법상 지문날인제도와 헌법의 국제화, 국제헌법학회 학술대회논문집, 2008
- 김일환, “개인정보보호법제의 체계적 정비방안에 관한 고찰 - 특히 ‘공공기관의개인정보보호에관한법률안’을 중심으로 -”, 인터넷법률 제27호, 2005
- 김종철, “관료국가에서 계약국가로? - 김대중 정부의 정부혁신정책에 내포된 국가기능의 변화”, 법과 사회 제20호, 2001
- 김종철, “대통령 4년 연임제 ‘원 포인트’ 개헌론에 대한 비판적 검토”, 헌법학연구 제13권 제1호, 2007
- 김종철, “영국의 전자정부정책과 법제”, 인터넷법률 제18호, 2003
- 김종철, “입헌주의의 본질과 현대적 의의”, 고시계, 2000/10
- 김종철, “전환기의 영국 헌법과 민주주의”, 공법연구 제28권 제3호, 2000
- 김종철, “헌법적 기본권으로서의 개인정보통제권의 재구성을 위한 시론”, 인터넷법률 제4호, 2001
- 김종철, “전자정부와 개인정보보호의 조화 - 이념적 측면을 중심으로 -”, 세계헌법연구 제12권 제2호, 2006
- 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2000
- 류시조, “가상공간에 있어서의 프라이버시권리”, 영남법학 제5권 제1·2호, 1999
- 박상철, “개헌의 필요성과 전망”, 전남사회연구회·대통령자문 정책기획위원회 주최 2007년 정책토론회 “개헌 공개대토론회”(2007.2.6) 자료집

- 박성호, “지적재산권의 헌법적 보장의 의미”, 대한변협신문(2001. 1. 1)
- 박찬욱, “대통령제의 정상적 작동을 위한 개헌론”, 『한국 권력구조의 이해』, 나남출판, 2004
- 선정원, “전자정부와 개인정보보호”, 공법연구 제29집 제3호, 2002
- 성낙인 외, 『개인정보보호를 위한 정책방안 연구』, 정보통신부, 1999
- 성낙인, “프라이버시와 개인정보보호를 위한 입법정책적 과제”, 영남법학 제5권 제1·2호, 1999
- 심우민, 『정보사회 법적규제의 진화』, 한국학술정보, 2008
- 안경환, “미국의 프라이버시보호법제에 관한 연구”, 통신정책동향 제10호, 1988
- 윤명선, “사이버공간과 통치구조”, 헌법학연구 제6권 제3호, 2000
- 이인호 외, 『개인의 사생활, 국가적 감시 그리고 규범』, 정보통신정책연구원, 2006
- 이인호, “개인정보보호에 대한 국제적 동향 분석”, 인터넷법률 제18호, 2003
- 이인호, “방송통신의 융합과 언론의 자유”, 공법연구 제28집 제4호, 2000
- 이희훈, 주민등록법상 지문날인제도의 위헌성에 대한 연구, 외법논집 제31집, 2008
- 임규철, “공공기관의 개인정보보호 법률에 대한 비판적 고찰 - 2003년 8월 20일의 입법예고안을 중심으로”, 헌법학연구 제9권 제3호, 2003
- 전광석, “헌법과 한국 민주주의 : 1987년 헌정체제를 중심으로”, 「한국의 헌법질서와 민주주의 : 과제와 전망」, 연세대학교 국가관리연구원 2005년 추계학술회(2005.11.17) 자료집
- 전석호·김원제, 『유비쿼터스 사회와 방송』, 커뮤니케이션북스, 2005
- 정상조, “인터넷 콘텐츠의 보호”, 인터넷 법률 제2호, 2000

- 정영화, “사이버스페이스와 프라이버시권 - 현행 개인정보보호법제의 문제점을 중심으로”, 헌법학연구 제6권 제3호
- 정태호, “지금 ‘원포인트개헌’을 해야하는 이유”, 사회디자인연구소 포럼 발제문(2007.1.15)[[http://www.president.go.kr/cwd/kr/archive/archive\\_view.php?meta\\_id=hot\\_change&id=53d77942bca9ddd09cc9f958](http://www.president.go.kr/cwd/kr/archive/archive_view.php?meta_id=hot_change&id=53d77942bca9ddd09cc9f958)]  
확인일: 2007.2.2]
- 정태호, “CCTV감시에 대한 개인정보보호법의 규율에 대한 헌법적 평가”, 헌법학연구 제14권 제1호, 2008
- 조성한, “거버넌스 개념에 대한 새로운 이해”, 국가정책연구 제19권 제2호, 2005
- 조용혁·남광우·반상권, 위치정보법의 이해, 한국전산원, 2005
- 한상희, “사이버민주주의: 그 의미와 헌법적 전망”, 헌법학연구 제6권 제3호, 2000
- 한상희, “정보화시대와 헌법의 해방적 관심 - 헌법정치를 위한 시론 -”, 민주법학 제13호, 1997
- 홍석만·이준구, “역감시의 권리로서 프라이버시권에 대한 재구성”, 민주사회를 위한 변호사모임 편, 『역감시권리로서 프라이버시권에 대한 재구성 -민변 창립 10주년 기념 인권논문상 공모 수상작품집-』, 1998
- 황성기, 불온통신규제와 표현의 자유, 인터넷법률 통권 제15호, 2002
- 황승흠, “전자정부의 법과 국가”, 법과사회 제20호, 2001

## 국외 문헌

- A. Branscomb, *Who Owns Information? - From Privacy to Public Access* -, Basic Books, 1994

- A. Etzioni, *The Limit of Privacy*, Basic Books, 1999
- A. Giddens, 진덕규 역, 『민족국가와 폭력』, 1991
- A. Westin, *Privacy and Freedom*, Atheneum, 1967
- A. Wolfe, "Public and Private in Theory and Practice: Some Implications of an Uncertain Boundary" in J. Weintraub and K. Kumar (ed.), *Public and Private in Thought and Practice: Perspectives on a Grand Dichotomy*, University of Chicago Press, 1997
- B. Ruiz, *Privacy in Telecommunications - A European and American Approach*, Kluwer Law International, 1997
- Cass R. Sunstein, *Republic.Com*, Princeton University Press, 2000
- C. Gotlieb, "Privacy: A Concept Whose Time Has Come and Gone" in D. Lyon and E. Zureik(ed.), *Computers, Surveillance, and Privacy*, University of Minnesota Press, 1996
- D. Lyon, 한국전자통신연구소 기술정보센터 옮김, 『전자감시사회』, 한국전자통신연구소, 1994
- Deloitte Consulting, *At the Dawn of e-Government: The Citizen as customer*, 2000
- E. Bloustein, "Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser", 39 New York University Law Review, 1964
- G. Mulgan, "Creating an Enabling Party", *Renewal* Vol. 1, 1993
- G. Mulgan, "Party-free Politics", *New Statesman & Society*, 15 Apr 1994
- G. Mulgan, *Politics in an Antipolitical Age*, Cambridge: Polity Press, 1994
- Guy Peters, 정용덕 외 역, □□미래의 국정관리□□, 법문사, 1998

- J. Goldman, "Privacy and Individual Empowerment in the Interactive Age" in C. Bennett and R. Grant(ed.), *Visions of Privacy: Policy Choices for the Digital Age*, University of Toronto Press, 1999
- J. Habermas, "Further Reflections on the Public Sphere" in C. Calhoun(ed.), *Habermas and the Public Sphere*, The MIT Press
- J. Habermas, *Between Facts and Norms - Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Polity Press, 1996
- J. Habermas, *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*, Polity Press, 1989
- J. Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Vols. 1 and 2, Polity Press, 1995
- J. Kooiman, *Governing as Governance*, Sage Publications, 2003
- J. Morison, "Online government and e-constitutionalism", *Public Law*, 2003
- Jongcheol Kim, *Constitutionalising Political Parties in Britain*, University of London Ph. D. Dissertation, 1998
- M. Foucault, 오생근 역, 『감시와 처벌: 감옥의 역사』, 나남출판, 1994
- M. Poster, "Databases as Discourse; or, Electronic Interpellations", in D. Lyon and E. Zureik(ed), *Computers, Surveillance and Privacy*, University of Minnesota Press, 1996
- N. Strossen, "The Right To Be Let Alone: Constitutional Privacy in *Griswold, Roe, and Bowers*" in T. Eastland (ed.), *Benchmarks: Great Constitutional Controversies in the Supreme Court*, Ethics and Public Policy Center, 1995

- Privacy Protection Study Commission, *Personal Information in an Information Society*, 1977
- R. A. W. Rhodes, “The New Governance: Governing without Government”, *Political Studies* 44, 1996
- R. A. W. Rhodes, *Understanding Governance: Policy Networks, Governance, Reflexivity and Accountability*, Open University Press, 1997
- R. Gasmen, 김원용 역, 『통신과 방송의 자유경쟁 논리: 정보고속도로로 가는 탈규제 정책』, 박영률출판사, 1996
- R. Silcock, “What is e-Government?”, *Parliamentary Affairs*, Vol. 54, 2001
- R. Whitaker, *The End of Privacy, How Total Surveillance Is Becoming A Reality*, The New Press, 1999
- S. Goss, *Making Local Governance Work: Networks, Relationships and the Management of Change*, Palgrave, 2001
- S. Scoglio, *Transforming Privacy: A Transpersonal Philosophy of Rights*, Praeger, 1998
- S. Simitis, “Reviwing Privacy In An Information Society”, 135 *University of Pennsylvania Law Review*, 1987
- S. Warren & L. Brandeis, “The Right to Privacy”, 4 *Harvard Law Review*, 1890
- The Harvard Policy Group on Network-enabled Services and Government, *Imperative 8: Prepare for Digital Democracy*, John F. Kennedy School of Government, 2002
- W. Kickert, “Public Governance in the Netherland: An Alternative to Anglo-American ‘Managerialism’”, *Public Administration* 75,

1997.

W. Prosser, "Privacy", 48 *California Law Review*, 1960

Wayne E. Baker, "The Network Organization in Theory and Practice"  
in N. Nohria & G. Eccles(eds.), *Networks and Organization:  
Structure, Form and Action*, Harvard Business School Press,  
1992

堀部政男, 신구현 역, 『프라이버시와 고도정보화사회』, 청림출판, 1995

## 기타

중앙일보(2008. 5. 29), 제18대 국회 어젠다 관련기사,

[http://article.joins.com/article/article.asp?total\\_id=3163237](http://article.joins.com/article/article.asp?total_id=3163237)[검색일 2008. 6.  
20]

Washington Post(2007.7.7.), Subway Fracas Escalates Into Test Of the  
Internet's Power to Shame 관련기사

[http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/07/06/AR20  
05070601953.html](http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/07/06/AR2005070601953.html)[검색일: 2009. 9. 20]

## 정보사회의 헌법적 쟁점

---

2009년 12월 인쇄

2009년 12월 발행

발행인 : 김 성 태

발행처 : 한국정보화진흥원

서울시 중구 무교동 77번지

전화 : (02) 2131-0114

인쇄처 : 호정씨앤피

전 화 : (02) 2277-4718

---

<비매품>

- 본 보고서의 내용은 한국정보화진흥원의 공식 견해와 다를 수 있습니다.
- 본 보고서 내용에 대해 무단전재(無斷轉載)를 금하며, 가공·인용할 때에는 반드시 「한국정보화진흥원」이라고 출처를 밝혀 주시기 바랍니다.