

## 憲法上 情報自己決定權의 保護에 관한 比較法的 考察

權英豪\*, 金日煥\*\*

### 目次

- I. 序論
- II. 情報社會에서 私生活保護의 必要性
- III. 美國과 獨逸憲法上 情報自己  
決定權의 根據와 保護範圍
- IV. 結論

### I. 序 論

이미 우리들에게 잘 알려진 것처럼 情報社會란 情報 그 자체의 중요성이 엄청나게 증대하고 이를 바탕으로 하여 情報의 생산, 유통 및 이용이 기존사회를 새롭게 바꾸는 그러한 사회를 말한다. 물론 과거에도 情報은 중요하였다. 예전부터 생산수단이나 무기 등을 가진 사람이 그에 필요한 情報을 가짐으로써 그들의 권력이나 富가 증대되었다. 그러나 過去에는 사람들이 주로 각자의 고유한 경험에 바탕을 두고 어떤 決定을 내렸던 반면에 오늘날에는 사람들이 중요한 결정을 내릴 때 자신의 경험보다는 구체적이고 확실한 情報에 근거한다. 다시 말하자면 과거에는 물질적이고 유형적인 것이 無形的인 情報보다 중요하였다. 하지만 情報社會에서는 情報가 유일하거나 가장 중요한 富의 원천<sup>1)</sup>이자 權力의 중심<sup>2)</sup>에 있다. 물론 정보란 무엇인지에 대하여 지금까지 많은 토론은 있었으나<sup>3)</sup> 일반적으로 받아들여지는 개념은 없다. 그렇다면 정보란

\* 濟州大學校 法學部 副教授, 法學博士

\*\* 濟州大學校 法學部 助教授, 法學博士

1) 이에 관해서는 예를 들어 데이비스, 데이빗슨/한성호, 하현식 번역, 경제이동, 知識工作所, 1993 참조.

2) 토폴러/이규행 번역, 권력이동, 韓國經濟新聞社, 1990 참조.

3) 예를 들어 Information과 Data를 정보와 자료로 구별하여 설명하는 견해(이한구, 정보사회

이것으로부터 합리적 결정이 행해질 수 있고 이것의 도움을 받아서 문제를 해결할 수 있는 의미내용을 가진 기호라고 개념을 정의할 수 있다. 결국 情報 그 자체가 價値를 가질뿐더러 또다른 새로운 價値를 만들어내는 사회, 그래서 情報化 내지는 컴퓨터화를 통하여 근본적인 변화를 받고 있는 사회가 바로 情報社會인 것이다. 결국 情報社會에서 중요한 정보와 중요하지 않은 정보간 구별이 의미 없어졌고, 컴퓨터의 연결을 통하여 참으로 엄청난 정보들을 처리하고 결합함으로써 순식간에 質的으로 전혀 다른 情報들을 만들어낼 수 있는 시대에 우리는 살고 있는 것이다. 이에 따라서 결국 情報社會에서 거대한 情報結合網들을 통하여 國家行政과 經濟活動의 효율성이 과거와는 비교할 수 없을 정도로 향상될 수 있기 때문에 오늘날 모든 經濟主體와 國家機關들은 현대적인 情報通信技術을 사용하지 않고서는 그들의 다양한 과제와 기능을 수행하지 못한다.<sup>4)</sup> 그러나 다양한 情報通信技術의 이러한 발전이 사회에 어떤 영향을 미치는지는 情報의 특성 및 情報通信技術은 물론 이를 사용하려는 主體의 認識 또한 고려해야만 한다. 이제 이러한 설명을 통하여 새로운 情報通信技術의 社會的 中立性이란 처음부터 존재하지 않는다는 것을 우리는 알 수 있다. 곧 이러한 技術의 개발자나 이용자 또는 그 통제자의 價値判斷이 언제나 이러한 기술발전에서 중요한 역할을 하게 된다는 것을 언제나 인식해야만 한다.

이러한 認識을 바탕으로 하여 이 論文에서는 情報社會에서 個人私生活保護의 필요성 및 美國과 獨逸에서 헌법상 어떠한 權利를 통하여 情報社會에서 새롭게 부각되는 문제에 대처하는지를 살펴보고자 한다.

## II. 情報社會에서 私生活保護의 必要性

### 1) 情報社會에서 私生活侵害可能性의 增大

우선 情報社會에서 왜 私生活自由가 더 침해될 가능성이 높은지는 정보기술의 발전이 인간에 대하여 갖고 있는 위험성에 관한 토론을 배경으로 해서만 이해할 수 있다. 다시 말하자면 과거에 國家는 자신이 독점하고 있는 물리적 폭력을 행사하거나 행사

와 역사발전단계에서 본 그 위상, 철학연구회편, 정보사회의 철학적 진단, 철학과 현실사, 1999, 8면 참조)도 있으나 그 정확한 구별은 사실 쉽지 않다. 법적인 정보개념으로는 다음과 같은 것이 있다: "정보란 자연인 또는 법인이 특정 목적을 위하여 광(光) 또는 전자적(電磁的) 방식으로 처리하여 부호·문자·음성·음향 및 영상 등으로 표현한 모든 종류의 자료 또는 지식"이다.(정보화촉진기본법 제2조 제1호)

4) Karl Steinbuch, Der Mensch - Objekt oder Subjekt der Informationsverarbeitung?, RDV 1988, 1면.

할 수 있다는 가능성을 통하여 國家權力을 효율적으로 행사할 수 있었다. 그러나 오늘날 국가는 이러한 물리적 폭력대신에 給付提供 및 情報調査와 處理라는 새로운 수단들을 더 애용하고 있다. 바로 그러하기 때문에 情報通信技術의 위험성이 존재하는 것이다. 왜냐하면 물리적 폭력과는 달리 情報通信技術을 사용하는 경우에는 개인은 그들이 감시 받고 있다거나 통제되고 있다는 것을 쉽게 또는 전혀 인식할 수 없기 때문이다.

결국 컴퓨터의 등장이후에 自動情報處理와 정보의 끊임없는 연결을 통하여 국가가 모든 개인정보에 대하여 알 수 있는 것에 대한 두려움이 증가하였다. 곧 현실적으로 컴퓨터를 통하여 정보파악과 수집이 손쉽게 되고 이러한 기술의 발전으로 인하여 정보처리가 언제든, 어디서든 가능하게 되었다. 그리하여 조사된 정보를 통하여 종전과는 質的으로 다른 새로운 情報가 만들어 질 수 있을 뿐만 아니라 다양한 기관간에 정보교환이 한결 쉬워졌으며 한 기관의 情報를 다른 기관이 직접적으로 호출할 수도 있고, 모든 입력된 정보는 굉장히 많은 기관들이 동시에 이용할 수 있게 되었다.<sup>5)</sup> 결국 전자정보처리의 도움을 받아 情報는 무제한적으로 입력·연결될 수 있으므로 國家는 개인을 손쉽게 광범위하게 파악할 수 있게 된다.<sup>6)</sup> 이에 따라서 시민은 단순히 정보객체로 떨어져서 공적 의사형성과정에 자유로이 참여하지도 못하게 되고, 민주적 의견형성도 어렵게 될 수도 있다. 게다가 전자정보처리의 도입으로 공공행정의 전통적 구조가 근본적으로 바뀔 수도 있다. 이렇게 情報社會에서 개인이 국가의 객체로 되는 것을 가장 우려하는 이유는 바로 모든 개인에 관한 정보를 담을 수 있는 中央情報銀行이 技術的으로 충분히 가능하기에 그렇다. 그렇다면 바로 情報社會에서는 이 中央情報銀行을 다루고 통제하는 사람이 권력의 핵심에 있게 되므로, 立法·司法·行政間權力分立에 근거한 民主法治國家原則이 이런 사회에서는 박물관에 전시되는 유물 정도로 전락할 수도 있다.

## 2) 情報自己決定權을 통한 私生活自由의 保護

이러한 위험성을 진지하게 논의하는 이유는 과거나 지금처럼 앞으로도 民主法治國家의 存立根據인 個人的 尊嚴성과 自律을 보호하기 위해서이다. 지금까지 설명된 것에 따르면 결국 情報社會에서는 정보소유자와 전자정보처리자가 지금까지 인식되지 않았던 정도로 막강한 권력을 행사하고, 이를 남용할 가능성을 갖게 된다. 이제 중요한 것은 두려움의 대상인 정보처리를 가능한 한 투명화함으로써 기술적 발전에 관하여 판단하고 예측함으로써 個人的 尊嚴성과 自律을 보호해야만 한다는 것이다. 물론

5) Klaus Vogelgesang, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, Nomos Verlag, 1987, S. 27 이하 참조.

6) 고영삼, 전자주민카드와 개인정보침해의 일상화, 경제와 사회 1997 제35호, 173면 이하.

國家는 자신에게 부여된 과제를 수행하기 위하여 당연히 필요한 지식과 정보를 조사·처리·저장해야만 한다. 그러나 그와 동시에 과제수행을 필요한 것 이상의 정보를 국가는 수집하거나 전달·저장해서는 안 된다.<sup>7)</sup>

이미 위에서 설명한 것처럼 발전된 정보처리과정은 언제나 급격한 정도로 우리 사회의 사회적, 정치적 구조를 변화시키는바 특히 이러한 변화 속에는 개인의 私生活과 民主主義를 위협할 수 있는 잠재성이 또한 내재해 있다. 예를 들어 개인행동에 대한 컴퓨터감시를 통하여 이러한 개인의 정치적 의사형성과 선택기회를 억압함으로써 공동체생활의 건전한 발전에 심각한 영향을 줄 수도 있다. 이를 통하여 결국 自由民主主義秩序의 기본적 전제조건인 개인적, 사회적 자율이 상실될 수도 있다.<sup>8)</sup> 왜냐하면 개인이 민주적, 정치적 결정과정에 적극적으로 참여하기 위해서는 누가, 무엇을 언제 그리고 어떤 맥락에서 자기에 관하여 얼마만큼 알고 있는지를 인식할 수 있어야 하기 때문이다. 관련자가 모르는 기록화, 목록화는 그 개인을 관찰대상으로 만들며 다른 목적을 위하여 이용, 조종할 수 있도록 한다. 이러한 정보처리과정을 통하여 한 개인이 투명해질 정도로 노출된다면 그 개인의 의사소통관계를 파괴하게 되고 이에 따라 나타나는 필연적 결과는 개인적 불안정과 사회에 대한 불신이다. 상대방이 자기에 대하여 얼마만큼 아는지를 모르면서 개인이 자율적으로 어떤 결정을 내린다는 것은 쉽지 않을 것이다.<sup>9)</sup> 따라서 憲法上 保障되는 私生活自由란 제한된 私的 領域뿐만 아니라 다양한 사회생활 속에서 방해받지 않고 의사소통을 할 個人的 決定自由 또한 보호한다.<sup>10)</sup> 이는 개인의 私生活自由가 폐쇄된 공간적 영역으로 한정되는 게 아니라 개인적 자율성을 누리기 위하여 이러한 영역 밖의 私的 交渉도 포함한다는 것을 뜻한다.<sup>11)</sup>

### 3) 尖端科學·情報社會에서 國家의 役割과 機能

#### (1) 憲法調和的 科學·情報技術의 發展

科學技術의 발전이 개인과 사회를 과거의 억압과 굴레로부터 해방시킬 수도 있으나 오히려 이러한 발전을 막을 수도 있고 새로운 위협을 만들 수도 있다.<sup>12)</sup> 그렇다면 결국 憲法은 이러한 사회변화에 탄력적으로 대응할 수 있어야만 한다. 여기서 科學技術

7) Klaus Vogelgesang, 前掲書 S. 37 이하 참조.

8) Marie-Theres Tinnefeld / Eugen Ehmann, Einführung in das Datenschutzrecht, Oldenbourg Verlag, 1992, S. 1.

9) BVerfGE 65, 1/43.

10) Alexander Roßnagel / Peter Wedde / Volker Hammer / Ulrich Pordesch, Digitalisierung der Grundrechte?, Westdeutscher Verlag, 1990, S. 208.

11) 獨逸의 聯邦 憲法裁判所는 또한 개개인을 사회공동체내에서 발현하는 의사소통에 의존하는 인격체로 보았다. BVerfGE 65, 1/44.

12) 이에 관하여 자세한 것은 임흥빈, 기술문명과 哲學, 문예출판사, 1996, 91면 이하; 홍성욱, 생산력과 문화로서의 과학기술, 문학과지성사, 1999, 194면 이하 참조.

의 憲法調和性이 새롭게 대두된다. 여기서 憲法調和性이란 현행 憲法이 규정하고 있는 척도에 따라서 미래에 나타날 수 있는 과학기술의 발전을 평가하고 판단하는 것을 가능하게 하는 規範的 概念을 말한다. 憲法이 구체적 국가질서와 사회적, 정치적 과정의 발전을 위한 규범적 틀이라고 할 때 결국 憲法調和性이란 科學技術의 발전을 통한 사회의 변화가 憲法에 규정된 목표와 조화되어야만 한다는 것을 말한다. 따라서 이러한 憲法調和性基準은 法秩序의 변경가능성을 함께 고려하는 것이기 때문에 법정정책적인 토론을 동시에 그 대상으로 한다. 그렇다면 憲法調和性을 심사할 수 있기 위한 척도가 우선 제시되어야만 하는데 이러한 척도로는 個人的 自由保障, 國民의 民主的 參與, 社會的·政治的 權力의 統制 등이 언급될 수 있다. 따라서 미래의 과학기술발전이 개인의 기본권발현 및 憲法에 규정된 목표실현을 가능하게 하면 할수록 더욱 더 憲法調和的이다.<sup>13)</sup> 그렇다면 科學技術의 憲法調和性이란 미래를 단순히 예측하는 것에 관한 것이 아니라 현재의 관점에서 미래를 비판적으로 검토하는 것이다. 미래는 어떨까라는 상상과 어떤 미래를 우리가 원해야만 하는가에 관한 생각이 동시에 행해져야만 한다는 것이다. 그러므로 憲法調和性審査는 일반적으로 추상적인 자연과학적, 기술적 시스템이 아니라 언제나 사회에 구체적으로 적용되는 과학기술시스템을 대상으로 한다는 것을 인식해야만 한다. 곧 이는 法이 달라진 사회환경에 어떻게 반응해야만 하는가를 연구하는 게 아니라 사회질서를 유지하고 憲法에 규정된 목표를 구체화하기 위하여 이러한 과학기술시스템에 法이 어떻게 대처해야만 하는지에 관한 것이다. 따라서 검증되지 않은 과학기술의 성급한 적용보다는 사회단체, 연구단체, 국가기관을 통한 조심스러운 검토 및 이를 거친 기술발전이 요구되며<sup>14)</sup> 과학기술의 적용은 무엇보다도 憲法優越思想에 따라 民主的으로 조정되어야 한다. 그렇다면 결국 이에 관한 법적 전제조건을 만들고 여러 이해관계를 형량할 일차적 과제가 立法者에게 속한다. 일차적으로 立法者가 모든 法的, 技術的, 經濟的, 環境的 狀況을 고려하여 어떤 위험이 불가피하며 국민이 이를 受忍할 수 있는 것인지를 결정하고 그 안전기준을 확인해야만 한다.<sup>15)</sup>

다만 科學技術이 본래 갖고 있는 특성상 憲法調和性基準을 가능한 한 이미 기술연구와 그 발전단계에서부터 미리 검토하는 것이 좋다. 왜냐하면 科學技術이란 급격하게 변하고 그 영향을 쉽게 파악할 수 없기에 立法者를 통한 예방적 기술형성, 과학기술시스템의 法制化, 사회적, 법적 영향의 사전적 검토가 거의 통제할 수 없는 사후의 이용금지보다 훨씬 더 효과적이기 때문이다. 따라서 立法者를 통한 憲法調和的 技術形成은 무엇보다도 과학기술의 발전과 이용에 관한 윤곽조건을 설정하는 것을 목표로

13) Alexander Roßnagel / Peter Wedde / Volker Hammer / Ulrich Pordesch, 前掲書, 11면.

14) 獨逸의 聯邦憲法院은 과학기술의 가능한 위험을 초기에 인식하고 그에 필요하고 헌법합치적인 수단으로 대처할 의무를 국가기관에 지웠다.(BVerfGE 49, 89/132)

15) 물론 議會留保와 本質性理論을 통하여 얼마만큼 구체적으로 立法府가 구체적으로 활동해야만 하는지는 또다른 문제이다. 곧 議會留保를 통하여 과학기술의 발전에 따른 국가책임이 의회책임으로 바뀌는지 또는 언제 바뀌는지 등의 문제를 검토해야만 한다.

해야 한다. 이는 개인의 자유영역 및 민주적 참여기회를 확대하고 국가 및 사회권력의 제한과 통제를 효율화하기 위하여 情報通信技術이 사용되어야만 하는 것을 뜻한다.<sup>16)</sup> 따라서 새로운 과학기술의 적용이 국민의 基本權實現을 위협한다면 國家는 이를 허용할 것이 아니라 간섭하면서 통제해야만 한다.

## (2) 추구해야 할 情報秩序 : “憲法調和的이고 人間指向的인 情報秩序”의 구축

그렇다면 이제 우리는 “情報秩序”란 개념에 대하여 생각해 보아야만 한다. 여기서 情報秩序란 개념은 전반적이고 구체적으로 이미 확정된 개념이 아니라 經濟秩序와 아주 유사하게 한 사회 내에서 情報調査나 處理 등에 관하여 나름대로의 原則과 基準을 제시하는 모델개념이다.<sup>17)</sup> 결국 이러한 情報秩序를 통하여 구체적으로 情報處理 및 傳達와 관련되는 모든 규정들에 관하여 상세하게 그 내용을 알 수는 없지만 한 사회의 全體情報秩序를 이끄는 原則이나 基準을 추상적이고 일반적으로 제시해야만 하는 바로 그러한 것들을 얻을 수 있다. 왜냐하면 情報秩序에 관한 이러한 원칙적인 논의와 事前理解가 우선 선행되어야 개개 분야에서 이러한 원칙과 기준이 어떻게 적용되어야만 하는지를 제대로 살펴볼 수 있기 때문이다. 따라서 情報秩序에 관한 논의나 개개 분야에서 구체적으로 어떤 결과가 도출되어야만 하는가는 情報通信技術의 적용에 따른 현실적, 실제적 문제가 아니라 우리가 規範的으로 근거하고 있는 原則 및 基準에 따라 판단해야만 하는 當爲的 問題이다. 결국 情報處理의 이용가능성, 위험성 여부, 효율성 등에 관한 판단은 새로운 情報通信技術을 적용함으로써 얻게 되는 것이 아니라 이에 관한 組織的, 法的, 社會的 前提條件에 따라서 행해진다.<sup>18)</sup>

그렇다면 궁극적으로 우리가 지향해야만 하는 情報秩序는 人間指向的인 情報秩序이어야만 한다.<sup>19)</sup> 곧 인간우호적이고 인간이 통제할 수 있는 정보시스템이어야만 한다는 것이다. 그리고 이러한 정보시스템을 구축하기 위하여 事後的으로 개인의 권리를 보호할 뿐만 아니라 이러한 시스템을 계획하고 구축할 때부터 關聯者의 포괄적 참여와 협조가 필요하다.<sup>20)</sup> 따라서 情報技術을 통제하고자 하는 것은 새로운 정보통신기술의 발전을 방해하려는 게 아니라는 것을 반드시 기억해야만 한다. 물론 개개 경우에 이러한 統制가 어느 정도 행해져야만 하는지는 통제되어야만 하는 情報技術의 危險性에 우선 달려있다. 이러한 情報技術의 危險性에 관한 일차적인 판단은 먼저 立法者가 해

16) Alexander Roßnagel / Peter Wedde / Volker Hammer / Ulrich Pordesch, 前掲書, 276면.

17) Wolfgang Zöllner, Informationsordnung und Recht, Walter de Gruyter, 1990, 11면.

18) Alexander Roßnagel / Peter Wedde / Volker Hammer / Ulrich Pordesch, 前掲書, 36면.

19) 로스나겔은 이러한 情報秩序는 “市民的 情報社會”(Zivile Informationsgesellschaft)에 근거해야만 한다고 주장한다. 이에 관하여는 Alexander Roßnagel, Globale Datennetze : Ohnmacht des Staates - Selbstschutz der Bürger, ZRP, 1997, 30면 참조.

20) Wilhelm Steinmüller, 前掲論文, 66면.

야만 한다. 결국 이는 情報技術의 발전과 정보흐름의 사회적응성과 바람직함에 대하여 결정할 임무를 立法者가 일차적으로 부담해야만 함을 뜻한다. 이러한 立法者의 지침 속에 情報秩序의 원칙과 기준에 관한 중요한 내용들이 존재해야만 한다.<sup>21)</sup> 立法者가 인간우호적인 정보질서의 구축을 위하여 필요한 法律을 제정함으로써 일차적인 임무를 이행한 경우에는 그 다음으로 法律이 존재하는가가 아니라 이미 존재하는 法律이 제대로 지켜지는가를 분석해야만 한다. 이러한 검토와 분석을 거쳐서 비로소 情報秩序의 원칙과 기준이 개개 영역에서 어떻게 구체화되어야 하는지가 심도 깊게 다루어질 수 있다. 결국 법제정과 법적용에서 이러한 토론과 분석을 통하여 法이 學問的, 技術的 發展에 적응하도록 할뿐만 아니라 이를 넘어서서 새로운 정보기술을 도입하려고 하는 社會와 國家에게 이에 관하여 다시 한번 생각하고 결정할 수 있는 기회를 제공하게 되는 것이다.<sup>22)</sup> 학문적, 기술적 발전이 가질 수 있는 위험에 관한 이러한 警告는 이러한 警告가 정보기술의 적용보다 앞서거나 최소한 동시에 이루어지는 경우에만 비로소 의미를 가질 수 있다. 결과적으로 나중에 이러한 警告가 미리 사서 하는 걱정이었다면 오히려 다행일 것이다. 그러나 이미 새로운 정보통신기술의 적용을 통하여 이미 예상되었던 위험한 결과가 발생한다면 나중에 이러한 警告를 고려한다는 것은 이미 때늦은 自責에 불과할 뿐이다.

### Ⅲ. 美國과 獨逸憲法上 情報自己決定權의 根據와 保護範圍

#### 1) 美國憲法

##### (1) 聯邦憲法上 “프라이버시권”의 成立과 發展

비록 美國 聯邦憲法이 명시적으로 “프라이버시권”을 구체화하지 않았다 할지라도, 내재적으로 이미 프라이버시가 보장된다는 이념은 19세기말로 거슬러 올라간다 : 프라이버시에 관한 가장 최초의 언급은 1880년 Thomas Cooley판사의 不法行爲에 관한 著書에서 나타나는 바, 그에 따르면 이는 “혼자 있을 권리”를 포함한다고 하였다.<sup>23)</sup> 드디어 프라이버시보호에 관한 더욱 더 자세한 주장이 Samuel Warren과 Louis Brandeis에 의하여 쓰여진 “프라이버시권”이란 논문에서 나타나게 된다.<sup>24)</sup> 그 다음

21) Bernhard Schlink, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, VVDStRL 48, 1990, 250면.

22) Bernhard Schlink, 前掲論文, 260면.

23) Thomas C. Cooley, Laws of Torts, 29면, 1880.

24) The Right to Privacy, 4 Harvard Law Review 1890, 193면 이하 ; 이에 관하여는 徐柱實, Warren·Brandeis의 「The Right to Privacy」, 美國憲法研究 제6호, 1995, 45면 이하 참조.

으로 부당한 수색과 압수로부터 보호하는 수정헌법 제4조와 관련하여 특히 워렌과 함께 프라이버시에 관한 논문을 썼던 브랜다이스가 이제 聯邦大法院의 판사로서 자신의 생각을 관철시켰다. 1928년 *Olmstead v. United States*<sup>25)</sup> 사건에서 브랜다이스판사는 “헌법제정자는 개인에게 정부에 대하여 혼자 있을 권리 - 가장 포괄적인 권리고 문명인에 의하여 가장 높게 평가받는 권리인 - 를 부여하였다.”는 이제는 유명해진 반대의견을 피력하였고<sup>26)</sup> 브랜다이스의 이러한 견해는 *Katz v. United States*<sup>27)</sup> 사건에서 채택되었다. 그리고 마침내 1965년 聯邦大法院은 수정헌법 제4조에서 보장되는 것과는 명백히 다른 헌법상 프라이버시권을 인정하였다. 즉, 이러한 프라이버시권리는 *Griswold v. Connecticut*<sup>28)</sup> 사건에서 연방대법원에 의하여 처음으로 인정되었다. 법원을 위한 의견에서 William O. Douglas판사는 헌법 및 그 수정조항들로부터 “유출하는” “경계가 모호한” 프라이버시권을 언급하였다. 그리고 브레넌판사는 *Eisenstadt* 사건에서 “프라이버시권이 어떤 것을 의미한다면, 이는 혼인을 했든 안 했든 아이를 갖거나 낳을지를 결정하는 것처럼 한 사람에게 근본적으로 영향을 주는 문제들에 정부의 부당한 침입으로부터 자유로울 개인의 권리이다.”<sup>29)</sup>고 말하였다. 이는 다음 해에 미국헌법사상 가장 유명하고 논란이 되는 판례중 하나인 *Roe v. Wade* 결정<sup>30)</sup>을 위한 길을 닦았다. 그 뒤 이러한 권리는 婚姻, 出產, 피임, 가족관계와 아이양육 및 교육에 관한 행위들을 보호하는 쪽으로 확대된다.<sup>31)</sup>

## (2) 聯邦憲法上 프라이버시권의 意義와 類型

이미 언급한 것처럼 브랜다이스판사는 헌법상 프라이버시권을 혼자 있을 권리로서 가장 포괄적인 권리이며 문명인에 의하여 가장 중요시되는 권리라고 개념 정의하였다. 여기서 프라이버시권의 역설이 나타난다. 즉 文明社會를 전제로 하는 바로 이러한 권리가 그 성립근거인 文明社會로부터 탈출하거나 벗어날 기회를 제공한다.<sup>32)</sup> 이러한 시각에서 본다면 프라이버시는 개인을 통제하려는 사회에 대한 투쟁이며, 한 사회의 건전성 여부는 결정을 내릴 한 개인의 능력이 제대로 그리고 충분히 작동하는지에 달려 있다.<sup>33)</sup>

25) 277 U. S. 438 (1928)

26) 277 U. S. 478-479 (1928)

27) 389 U. S. 347 (1967)

28) 381 U. S. 479 (1965)

29) *Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438, 453 (1972)

30) 410 U. S. 113 (1973)

31) 이에 관하여 자세한 것은 변재욱, 정보화사회의 프라이버시와 표현의 자유, 커뮤니케이션북스, 1999, 11면 이하; 尹明善, 性的 프라이버시 權利, 美國憲法研究 제6호, 1995, 115면 이하 참조.

32) Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* (Second Edition), The Foundation Press Inc., 1988, 1302면.

33) Ferdinand David Schoeman, *Privacy and Social Freedom*, Cambridge University Press, 1992, 106면 이하 참조.

이에 따라서 헌법상 보장되는 프라이버시가 어떤 일정한 價値에 근거한 단일하고 추상적인 원칙이나 기준으로 통합될 수 있다고 주장하는 견해들도 있으나 이를 통하여 그 實體를 명확하고 구체적으로 파악하기는 여전히 어렵다.<sup>34)</sup> 그리고 바로 이러한 개방성과 탄력성이 美國 聯邦憲法上 보장되는 “프라이버시”권의 “長點”이자 바로 “弱點”인 것이다. 따라서 프라이버시를 여러 관련 없는 것들을 모아 놓은 것으로 보든 단일개념으로 보든 간에<sup>35)</sup> “프라이버시”란 권리의 이름 하에 法院이 보호받을만한 가치가 있다고 판단한 행태들을 유형별로 분류하여 고찰하는 견해가 오늘날 유력하게 대두되고 있다. 그리고 프라이버시권의 내용으로는 1) 물리적 공간(영역)의 보호, 2) 간섭(방해)없이 어떤 중요한 결정들을 내릴 개인의 능력, 3) 정보프라이버시권<sup>36)</sup>들이 거론되고 있다.

### (3) 정보프라이버시(정보통제권)로 발전

#### a) 判例에서 정보프라이버시의 발전

1977년 Whalen v. Roe사건<sup>37)</sup>에서 Stevens대법관은 헌법상 보호되는 “프라이버시 영역”은 “독립적으로 어떤 중요한 결정을 내릴 이익”과 “私的 問題의 공개를 회피할 개인적 이익”<sup>38)</sup>이라는 두 개의 독립된 이익들을 포함한다고 결정하였다. 첫 번째 이익은 위에서 언급한 Griswold와 Roe같은 결정들에서 분명하게 제시되었으나 두 번째 이익은 Whalen판례에서 법원이 새롭게 언급한 것이다.<sup>39)</sup> 결국 Whalen결정 이후에 수정헌법 제14조의 적정절차와 자유보장 등에 근거하여 어떤 個人情報의 公開에 관하여 정부로부터 강요당하지 않을 헌법상 권리를 법원이 인정하였다는 것은 확실하다.<sup>40)</sup> 그 뒤 聯邦大法院은 Nixon v. Administrator of General Services<sup>41)</sup>에서 다시 정보프라이버시권을 다루었다. 이 사건에서 법원은 어떤 개인의 프라이버시요구는 추상적으로 검토될 수 있는 게 아니라, 구체적인 법규정과 관련하여 검토해야만 한다고 언급하였다.<sup>42)</sup>

34) 이에 관하여는 Jerry Kang, Information Privacy in Cyberspace Transactions, Stanford Law Review Vol. 50, 1998, 1204면 이하 참조.

35) 이러한 論爭에 관하여는 Laurence H. Tribe, 前掲書, 1303면 이하 참조.

36) Jerry Kang, 前掲論文, 1202면 이하 참조. 그리고 Judith Wagner DeCew는 정보 프라이버시, 접근(가능)성 프라이버시(accessibility privacy), 표현적 프라이버시(Expressive privacy)로 분류한다.(In Pursuit of Privacy : Law, Ethics, and the Rise of Technology, Cornell University Press, 1997, 73면 이하 참조)

37) 429 U. S. 589 (1977)

38) 429 U. S. 599 - 600 (1977)

39) Fred H. Cate, Privacy in the Information Age, Brookings Institution Press, 1997, 62면.

40) Fred H. Cate, 前掲書, 66면.

41) 433 U. S. 425 (1977)

42) 433 U. S. 458 (1977)

그러나 미 연방대법원은 어떤 개인을 확인시킬 수 있는 모든 情報를 통제할 광범위하고 포괄적인 권리를 헌법상 인정할 생각은 아직 없는 것처럼 보인다. 즉 “어떤 상황에서” 憲法이 정보프라이버시권을 확립한다는 미 연방대법원의 언급은 “모든 個人情報”가 헌법상 보호를 누리지 못하는 것을 암시한다. 결국 정보프라이버시권에 관한 법원의 언급을 살펴보면 미 연방대법원이 “公開된다면 잠재적으로 당황스럽거나 해롭다”고 개념 정의한 “진밀한(내적인)” 情報와 이러한 권리가 연결된다.<sup>43)</sup> 따라서 아직까지 美 聯邦大法院은 헌법상 정보프라이버시권의 범위와 그 내용 등에 관하여 전반적으로 다루거나 검토하지는 않았다고 판단된다.<sup>44)</sup>

b) 문헌상 넓은 정보프라이버시개념 채택

이에 대하여 學者들은 정보프라이버시를 넓게 개념 정의한다. 먼저 Fried교수는 “자신에 관한 삶을 통제할 일반적 권리”로서 프라이버시를 개념 정의한다.<sup>45)</sup> 그리고 Huff교수는 프라이버시를 한 개인이 다른 사람의 평가의 대상으로 다루어지는 것을 피하기 위하여 사항들을 은밀한 것으로 간직할 권리라고 개념 정의한다.<sup>46)</sup> 하지만 가장 일반적으로 받아들여지는 개념정의로서는 Westin이 Privacy and Freedom이란 著書에서 제시한 것이다. 웨스틴은 프라이버시를 “자신에 관한 情報가 언제, 어떻게, 얼마만큼 다른 사람과 의사소통되어도 되는지를 그들 스스로 결정할 개인, 단체, 기관의 요구”라고 언급한다.<sup>47)</sup> 그리고 이와 관련하여 특히 여기서 주목해야 할 것은 정보프라이버시를 “個人情報 - 개인을 확인할 수 있는 정보 - 가 획득, 공개, 사용되는 관계를 통제하기 위한 개인의 요구”라고 개념 정의하는 클린턴 행정부의 정보하부구조 특별전문위원회에 의하여 공포된 “개인정보의 제공과 사용에 관한 원칙들”이다.<sup>48)</sup> 마지막으로 학자들은 이러한 정보프라이버시가 自律, 公的 役割로부터 免除, 自己評價와 決定, 제한되고 보호되는 의사소통 등을 보호한다고 주장한다.<sup>49)</sup>

43) 이에 관하여는 Glenn Chatmas Smith, We've got your Number, UCLA Law Review Vol. 37, 1989, 219면 참조.

44) 정보프라이버시를 적극적으로 인정하는 下級法院의 判例에 관하여는 Glenn Chatmas Smith, 前掲論文, 174면 참조.

45) C. Fried, Privacy, 77 Yale L. J. 1968, 483면.

46) Huff, Thinking Clearly About Privacy, 55 WASH. L. REV., 1980, 782면.

47) Alan Westin, Privacy and Freedom, Atheneum, 1967, 7면 참조.

48) 이에 관하여 자세한 것은 金日煥, 美國의 個人情報保護法制에 관한 研究, 美國憲法研究 제 10호, 1999, 335면 이하 참조.

49) 이에 관하여는 Charles Fried, Privacy, 77 Yale L. J. 1968, 475면 이하 ; Curtis E. A. Karnow, The Encrypted Self : Fleshing Out The Rights of Electronic Personalities, Journal of Computer & Information Law Vol. X III 1994, 1면 ; David H. Flaherty, Protecting Privacy in Surveillance Societies, The University of North Carolina Press, 1989, 9면 이하 ; Laurence H. Tribe, 前掲書, 1400면 참조.

#### (4) 미국 개인정보보호법제의 체계와 문제점

美國은 전세계에서 가장 먼저 情報社會에서 개인의 私生活이 심각하게 침해될 수 있다는 것을 인식한 나라중 하나에 속한다. 그럼에도 불구하고 미국은 개인관련정보를 포괄적으로 보호하는 法律을 제정하지 않았다. 오히려 구체적이고 개별적인 정보를 보호하며, 信用記錄機關처럼 특정 유형의 情報調查 및 사용기관을 규율하는 다양한 法律들이 聯邦이나 州에서 제정되고 있다. 우선 이렇게 부분적 입법을 채택하게 된 첫 번째 이유는 이미 설명한 것처럼 美國의 聯邦大法院이 개인의 프라이버시를 헌법상 권리로 인정함으로써 이미 普通法과 憲法을 통하여 상당한 정도의 個人情報가 보호되고 있기 때문이다. 다만 普通法을 통한 보호는 포괄적이기는 하나 그 적용이 불확실하고 憲法을 통한 보호는 國家가 개인의 프라이버시를 제한하는 경우로만 한정된다. 통일적인 個人情報保護法이 미국에서 제정되지 않고 있는 또다른 이유는 美國의 지리적, 역사적 상황 때문이기도 하다.

이러한 설명을 바탕으로 하여 미국에서 개인정보보호법제의 특징을 살펴보면 다음과 같다. ① 公的 領域에서든, 私的 領域에서든 간에 개인정보의 사용에 관한 법률과 명령은 비교적 많고 다양한 편이나 일반적으로 이들은 특정한 산업이나 경제영역 그리고 종종 어떤 구체적 문제를 다루는 경향이 있다. ② 그 다음으로 이러한 개개 분야의 법률들 또한 개인정보의 수집에서 처리, 삭제까지 일관되게 보호한다기 보다는 특정한 정보사용자, 특정한 정보사용문맥, 특정한 정보유형이나, 개인정보의 특정한 사용에만 적용되며, 특히 개인정보의 수집이나 사용, 저장보다는 이러한 정보의 공개만을 금지하는 경향이 매우 강하다. ③ 게다가 미국에서 개인정보는 국가나 독립된 위원회를 통한 통제와 감독을 통한 보호가 아닌 자신의 권리가 침해되었다고 생각하는 개개 시민이 法院에 訴를 제기하여 구제 받는 司法的 救濟策에 거의 의존하고 있다.

결국 미국에서 개인정보의 보호가 충분하고 일관되게 행해지지 못하는 첫 번째 이유는 개인정보보호에 관한 일반적 원칙과 기준들을 제시하는 기본법이 없기 때문이고, 두 번째로 이러한 일반적 원칙과 기준이 없는 상태 하에서 개개 법률들에서 보호되는 개인정보보호의 수준이나 정도가 매우 다양하기 때문이다. 물론 특정 분야에서 개인정보보호는 그 분야에서는 개인정보를 집중적으로 보호할 수 있을지는 모르지만, 일반적 원칙과 기준의 결여된 상태 하에서 분야별 보호방식은 보호수준의 서로 달라질 수밖에 없다는 약점을 갖고 있다. 이에 따라서 미국에서 개인정보보호에 관한 이러한 개별적 접근방식은 공평하지 않고, 일관되지 않으며 종종 비합리적이고 비효율적이라는 매우 강한 비판을 받는다.

따라서 다른 나라에서처럼 미국에서도 또한 언젠가는 개인정보를 보호하는 단일한 기본법이 제정될지는 모르지만, 이미 설명한 것처럼 미국의 특수한 상황으로 인하여 빠른 시일 내에 국가적 차원에서 이 분야에서 법전화작업이 이루어지기는 힘들 것이라고 미국 학자 스스로가 고백하고 있다. 오히려 이보다는 지금처럼 분야별로 규율하

는 制定法들이 聯邦과 州차원에서 制定될 것이다.

물론 美國의 프라이버시법이 制定당시에는 매우 혁신적이었고 다른 나라에 미치는 영향력 또한 매우 컸다 할지라도 지금 이러한 프라이버시법 및 다른 개개 분야의 법률들을 통하여 미국에서 개인정보가 충분히 보호되고 있다고 말하기는 힘들다. 예를 들어 프라이버시법은 聯邦政府에 의한 個人情報의 수집과 처리에 관한 규정들을 담고 있으나 정보감시문제들을 검토하거나 個人情報保護問題를 파악하기에는 미국의 정부조직구조가 너무 복잡하다. 이에 따라서 개인의 프라이버시를 침해할 수 있는 행위들이 동시에 여러 곳에서 발생할 수 있다. 그럼에도 불구하고 다른 나라들에서처럼 國家의 情報處理를 통제할 外部監督機關을 설치하는 것 대신에 미국에서는 制定法이 잘 작용되는지를 보장할 책임을 해당 國家機關 자체에게 넘기고 있다. 이러한 시스템에는 개개 국가기관 스스로가 정보처리 및 프라이버시문제들을 다루어야만 한다는 생각이 바탕에 깔려있는 것이다. 그렇다면 個人情報保護를 위한 현재의 미국시스템은 심각한 문제점을 갖고 있다고 말할 수 있다. 왜냐하면 1974년에 制定된 프라이버시법이 적절히 시행되고 개인의 프라이버시권이 보호되고 있는지를 감독할 적절한 統制機關을 갖고 있지 않기 때문이다.

## 2) 독일

### (1) 情報自己決定權의 憲法上 根據

#### a) 人口調査判決이전까지 判例와 文獻에서 發展

##### (a) 聯邦憲法裁判所의 判例

독일 기본법상 열거된 구체적 基本權들을 통한 私的 領域의 保護는 흠결이 있고 충분하지 못해서, 私的인 領域에 속하는 인간의 행태나 상황들이 이러한 基本權들로부터 포괄적으로 보호되지 못하였다. 이에 따라서 기본법 제2조 제1항에서 보장되는 一般的 行動自由 옆에 독일 聯邦 憲法裁判所는 기존의 自由權들을 통하여 파악되지 못하는 “좁은 人格的 生活領域”을 보호하기 위하여 “一般的 人格權”(기본법 제1조 제1항과 결합한 제2조 제1항)을 발전시켰다. 이러한 一般的 人格權은 判例를 통하여 발전되는 것이기 때문에 그 保護範圍 등을 확정하기가 매우 어렵기는 하다. 하지만 독일 聯邦 憲法裁判所가 밝히고 있는 것처럼 이러한 一般的 人格權은 새로운 발전들 및 이와 결합된 위험들로부터 개인의 인격보호를 위하여 있는 것이기 때문에 개개 경우에 그 내용이 구체화될 수밖에 없다.<sup>50)</sup> 그렇다면 이러한 一般的 人格權을 분명하고 뚜렷하게 그려낸다는 것이 쉽지 않다는 것은 어찌 보면 불가피한 것일지도 모른다.

50) BVerfGE 54, 148/153

어쨌든 1970년대 이후에 컴퓨터의 도입 등으로 情報社會에서 시민들의 私的 領域이 제한, 침해될 수 있다는 인식이 점점 증가하였다. 이에 따라서 정보사회에서 시민의 私的 領域을 효과적으로 보호하기 위하여 마침내 독일 聯邦 憲法裁判所는 人口調査判決<sup>51)</sup>에서 “情報自己決定權”(das Recht auf informationelle Selbstbestimmung)을 구체화하기에 이르렀다. 그런데 自己決定(Selbstbestimmung)이란 개념을 독일 聯邦 憲法裁判所는 이미 기존판례들에서 “情報”概念과 관련 없이 사용하였다.<sup>52)</sup> 다시 말하면 自己決定이란 개념은 私的 領域(Privatsphäre)에 관한 權利와 一般의 人格權(das allgemeine Persönlichkeitsrecht)으로부터 발전되었고 시민 개개인의 情報保護와 관련하여 “情報”自己決定權으로 인구조사판결에서 구체화된 것이다. 그렇다면 독일 聯邦 憲法裁判所는 人口調査判決을 다루기 이전에 시민의 私的 領域保護를 위하여 “自己決定”을 언급하거나 강조한 기존판례들을 우선 살펴보아야만 한다. 왜냐하면 결국 이러한 기존판례들을 바탕으로 하여 人口調査判決에서 “情報”自己決定權이 구체화되었기 때문이다.<sup>53)</sup>

#### (b) 人口調査判決以前 文獻上 主張

독일에서 1960년대 이후에 學說과 判例는 기본법 제1조 제1항과 제2조 제1항으로부터 개인의 自己表現權과 自己決定權을 인정하였다. 그리고 특히 1970년대에 컴퓨터를 통한 국가의 정보조사 및 교환이 基本權을 制限한다는 것을 인식하였다.<sup>54)</sup> 따라서 독일 聯邦 憲法裁判所는 人口調査判決以前에도 “情報自己決定權”(das Recht auf informationelle Selbstbestimmung)이란 표현은 電子情報處理를 導入한 以後로 이러한 情報處理로부터 시민을 보호하고자 하는 맥락에서 이미 문헌에서 사용되었다. 슈타인뮐러(Steinmüller)가 처음으로 “情報自己決定”이란 표현을 사용한 이후에<sup>55)</sup> 이러한 표현을 학자들이 받아들여서 사용하기 시작하였다.<sup>56)</sup>

51) BVerfGE 65, 1.

52) Klaus Vogelgesang, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, Nomos Verlag, 1987, 23면.

53) 이에 관하여 자세한 것은 金榮秀·金日煥, '獨逸聯邦憲法法院의 人口調査判決', 金啓煥教授 回甲紀念論文集, 1996, 66면이하 참조.

54) 예를 들어 Ernst Benda, Privatsphäre und "Persönlichkeitsprofil" Ein Beitrag zur Datenschutzdiskussion, Festschrift für Willi Geiger, J. C. B. Mohr, 1974, 22면 이하참조.

55) Klaus Vogelgesang, 前掲書 24면 참조.

56) 예를 들어 Ernst Benda, 前掲論文 34면 ; Hans Peter Bull, Verfassungsrechtlicher Datenschutz, Gedächtnisschrift für Christoph Sasse, N. P. Engel Verlag, 878면 ; Erhard Denninger, Die Trennung von Verfassungsschutz und Polizei und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, ZRP 1981, 231면 ; Willi Egloff, Information und Grundrechte, DVR 1978, 120면 ; Adalbert Podlech, Das Recht auf Privatheit, Joachim Perels (Hrsg.), Grundrechte als Fundament der Demokratie, Suhrkamp, 1979, 55면 ; Walter Schmidt, Die bedrohte Entscheidungsfreiheit, JZ 1974, 245면 참조.

## b) 人口調査判決

이러한 인구조사판결에서 첫 번째로 확인할 수 있는 것은 독일 聯邦 憲法裁判所가 이 결정을 통하여 새로운 基本權을 발견한 것도, 발명한 것도 아니라는 것이다. 오히려 이 결정은 새로운 위험요인에 대하여 기본법에서 보장된 一般의 人格權의 대응을 명확하게 한 것이었다. 그러므로 이는 電子情報處理가 갖고 있는 위험의 잠재성이라는 시각에서 情報自己決定權이 이 人口調査判決에서 구체화되었음을 뜻한다. 다만 과거판례들에서 이러한 自己決定權이나 자기결정사상이 보호·인정되었다 할지라도 人口調査判決에서 독일 聯邦 憲法裁判所가 “情報自己決定權”을 명시적으로 언급하였다는 것과 이러한 情報自己決定權의 보호범위가 매우 폭넓게 인정되었다는 것이 다르다고 할 수 있다.<sup>57)</sup>

물론 독일 聯邦 憲法裁判所의 인구조사판결이 情報社會에서 발생하는 모든 문제들을 해결한 것은 아니라 하더라도 이 인구조사판결은 情報社會에서 시민의 私的 領域保護, 특히 情報自己決定權의 보호를 일깨우는 출발로서 의의를 가지는 결정이었다.<sup>58)</sup> 人口調査法의 違憲與否에 관한 심사와는 별도로 독일 聯邦 憲法裁判所는 이 판결에서 情報自己決定權의 憲法上 根據, 그 내용, 情報社會에서 이러한 基本權이 왜 중요하며, 어떻게 구체적으로 보호되어야만 하는지를 상세하게 설명하고 있다. 이러한 설명은 연방헌법법원의 후속판례들에서 계속해서 확인, 구체화될 뿐만 아니라 연방의회와 州議會가 이러한 연방헌법법원의 판례를 바탕으로 하여 情報自己決定權을 보호하는 수많은 법률들을 제정하거나 개정하게 된다. 그래서 이 인구조사결정은 단순히 人口調査에 관한 것만을 담고 있는 것이 아니라 이를 넘어서서 오늘날까지도 유효한 국가정보처리의 전제조건들에 관한 여러 중요한 언급들을 담고 있다.<sup>59)</sup>

## (2) 情報自己決定權의 根據에 관한 論爭

인구조사판결이후에 一般의 人格權(基本法 제1조 제1항과 결합한 제2조 제1항)만이 情報自己決定權의 憲法上 根據인지가 문헌상 논란이 되었다. 이러한 문제에 대한 대답은 사적 영역의 보호를 규율하는 다른 구체적 기본권들과 일반적 인격권간 관계 속에서 모색되어야만 한다.

## a) 一般의 行動自由

우선 크라우제(Krause)는 人口調査判決에서 情報自己決定權의 내용과 범위가 불명확하다고 비판하였다. 계속해서 그는 情報自己決定權이 一般의 人格權(기본법 제1조

57) Klaus Vogelgesang, 前掲書 18면 이하 참조.

58) Rupert Scholz / Rainer Pitschas, Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, Duncker & Humblot, 1984, 12면.

59) 이에 관하여 자세한 것은 金榮秀·金日煥, 前掲論文 74면이하 참조.

제1항과 결합한 제2조 제1항)을 통해서 보장되는 게 아니라 一般的 行動自由(die allgemeine Handlungsfreiheit)를 통하여 보장된다고 주장한다. 왜냐하면 모든 설명 강제는 기본법 제2조 제1항을 통하여 보장되는 一般的 行動自由를 제한하기 때문이라고 한다.<sup>60)</sup>

#### b) 여러 基本權들

또다른 견해는 情報自己決定權이 여러 基本權들을 통하여 보장된다고 주장한다.<sup>61)</sup> 왜냐하면 基本法 제6조, 제10조, 제13조와 같은 조항들에서 언급된 基本權들이 그 바탕이 되는 法益의 종류와 특성에 의하여 제한된 인격보호를 보장한다는 것이다.<sup>62)</sup> 결국 一般의 人格權이 구체적 기본권들과 관련하여 受容(Auffang)기능을 갖고 있기 때문에 一般의 人格權은 情報自己決定權을 오로지 보충적으로만 보호한다는 것이다.<sup>63)</sup>

#### c) 一般의 人格權

독일 聯邦 憲法裁判所는 情報自己決定權의 헌법상 근거를 人口調査判決에서 명시적으로 결정하였다 : “심사척도는 우선적으로 基本法 제1조 제1항과 결합한 제2조 제1항을 통하여 보호되는 一般의 人格權이다. 基本法秩序의 중심에는 자유로운 사회의 구성원으로서 자유롭게 스스로 결정을 내리는 인간의 尊嚴과 價値가 놓여있다. 기본법 제1조 제1항과 결합한 제2조 제1항을 통하여 보호되는 一般의 人格權이 이를 보호하는데, 바로 이 인격권이 오늘날 발전 및 이와 결합한 인간인격의 새로운 위험들에 관한 시각 속에서 또한 그 의의를 획득할 수 있다.”<sup>64)</sup> 그래서 누가, 무엇을, 언제 그리고 어떠한 경우에 자기에 관하여 아는지를 시민들이 더 이상 알 수 없는 사회질서 및 이를 가능하게 하는 법질서는 情報自己決定權과 조화되지 못할지도 모른다고 결정하였다.<sup>65)</sup>

독일 聯邦 憲法裁判所는 후속판례들에서 이러한 견해를 계속 유지한다.<sup>66)</sup>

독일 聯邦 憲法裁判所와 마찬가지로 문헌상 通說 또한 情報自己決定權이 一般의 人

60) Peter Krause, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung - BVerfGE 65, 1. JuS 1984, 269면이하 ; Josef Brossette, Der Wert der Wahrheit im Schatten des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, Duncker & Humblot, 1991, 232면 ; Margit Langer, Informationsfreiheit als Grenzen informationeller Selbstbestimmung, Duncker & Humblot, 184면.

61) Wilfried Berg, Informationelle Selbstbestimmung und Forschungsfreiheit, CR 1988, 234면 ; Michael Kloepfer, Datenschutz als Grundrecht, Athenäum, 1980, 40면.

62) Klaus Vogelgesang, 前掲書 109, 122면.

63) Rupert Scholz / Rainer Pitschas, 前掲書 99면이하.

64) BVerfGE 65, 1/41.

65) BVerfGE 65, 1/42.

66) BVerfGE 67, 100/142 ; BVerfGE 80, 367/372.

格權을 통하여 보장된다고 인정한다.<sup>67)</sup>

d) 小結

情報自己決定權의 헌법상 근거에 관한 이러한 논쟁은 一般의 人格權과 다른 기본권들간 관계를 살펴봄으로써 해결된다. 비록 基本法 제1조 제1항과 결합한 제2조 제1항을 통하여 보장되는 一般의 人格權이 “非明示的” 自由로서 구체적인 자유권들을 보충한다 할지라도<sup>68)</sup> 一般의 人格權은 다른 구체적 基本權들과 마찬가지로 독자적인 기본권이다. 一般의 人格權의 인정을 통하여 다른 기본권들의 보호범위가 축소되지는 않는다. 왜냐하면 一般의 人格權은 전통적인 구체적 자유보장들을 통하여 확정적으로 파악되지 않는 좁은 인격적 생활영역 및 그 기본조건들의 유지를 保障하기 때문이다.<sup>69)</sup>

그렇다면 情報自己決定權은 어떤 새로운 基本權이 아니라, 일반적 인격권의 구체화일 뿐이다. 일반적 인격권에 관한 독일 聯邦 憲法裁判所의 판례들 또한 이미 인구조사판결 이전에 정보개념과 연결 없이 개개인의 自己決定權을 인정하였다.<sup>70)</sup> 이러한 기존판례들을 바탕으로 하여 聯邦憲法法院은 이러한 개인적 자기결정사상을 현대적 정보처리라는 조건하에서 등장하는 새로운 상황들에 적용하였던 것이다.<sup>71)</sup> 그래서 情報自己決定權의 憲法上 根據는 一般의 人格權(基本法 제1조 제1항과 결합한 제2조 제1항)이다.

### (3) 人口調査判決以後 重要法律의 改正

우선 독일 聯邦 憲法裁判所의 人口調査判決以後에 노르트라인-베스트팔렌, 자르란트, 베를린헌법, 브란덴부르크와 작센州의 憲法에 情報自己決定權이 基本權으로 추가되었다.<sup>72)</sup> 그러나 聯邦憲法이 개정될 때 이에 관한 많은 贊反論議가 있었으나 결국 州憲法에서와는 달리 情報自己決定權은 기본권으로 규정되지 못하였다.<sup>73)</sup>

67) Reinhold Baumann, Stellungnahme zu den Auswirkungen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 15. 12. 1983 zum Volkszählungsgesetz 1983, DVBl 1984, 612면 : Hermann Heußner, Datenverarbeitung und Grundrechtsschutz, Harald Hohmann (Hrsg.), Freiheitssicherung durch Datenschutz, Suhrkamp, 116면 : Adalbert Podlech, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Bd. 1 (2. Auflage), Luchterhand, Rn. 14 : Spiros Simitis, Die Informationelle Selbstbestimmung - Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, NJW 1984, 399면.

68) BVerfGE 54, 148/153.

69) BVerfGE 54, 148/153.

70) BVerfGE 35, 202/220 : BVerfGE 54, 148/155 : BVerfGE 63, 131/142.

71) BVerfGE 65, 1/42이하.

72) 이에 관하여 자세한 것은 Alfred Einwig, Die neuen Bundesländer und das neue Bundesdatenschutzgesetz, RDV 1992, S. 1 이하 : Philip Kunig, Der Grundsatz informationeller Selbstbestimmung, Jura 1993, S. 597 : Thilo Weichert, Neue Verfassungsregelungen zur informationellen Selbstbestimmung, CR 1992, S. 738면 이하 참조.

인구조사판결 이후에 먼저 마이크로젠주스법, 旅券法, 身分證明書法<sup>74)</sup>, 統計法<sup>75)</sup> 등이 개정되었다. 安保領域에서도 이 인구조사판결 이후에 憲法保護廳法<sup>76)</sup>이 개정되고 聯邦諜報機關法(Bundesnachrichtendienst)<sup>77)</sup>과 軍防諜報機關法(der Militärische Abschirmdienst)<sup>78)</sup>이 제정되었다. 學問의 自由나 情報의 自由와 情報自己決定權이 충돌하는 영역에서 聯邦文書保管法(Bundesdatenarchivgesetz)<sup>79)</sup>, 슈타지서류법(Stasi-Unterlagen Gesetz)<sup>80)</sup> 등이 제정되었다.

그 다음으로 독일 聯邦 憲法裁判所의 인구조사판결 이후에 人口調査法이 1987년 11월 8일 개정되었다. 먼저 이 법의 통계조사대상은 1983년 人口調査法과 동일하였다. 개정된 법에는 개인관련정보의 삭제와 분리에 관한 규정이 삽입되었고, 시민의 情報自己決定權保護를 위하여 인구조사담당자의 엄격한 비밀유지의무 등이 추가되었다. 또한 인구조사를 통하여 획득된 情報들이 다른 절차나 다른 목적들을 위하여 사용되는 것이 명시적으로 금지되었다. 결국 이 法律에 따라 행정집행목적을 위한 정보전달은 더 이상 가능하지 않게 되었으며 오로지 통계목적만을 위한 정보전달만이 허용된다.<sup>81)</sup> 지금까지 독일 聯邦 憲法裁判所는 이 개정된 人口調査法의 違憲與否를 다루는 憲法訴訟를 받아들인 적이 없다.<sup>82)</sup>

#### (4) 독일의 개인정보보호법체계

먼저 독일에서 個人情報保護法制의 발전에 관하여 시대적으로 구별한다면 a) 1977년 1월 27일 聯邦情報保護法과 州의 情報保護法制定을 통하여 제 1단계가 시작되었고 b) 情報自己決定權을 憲法上 基本權으로 인정한 聯邦憲法法院의 人口調査判決이 두번째

73) Peter Gola, Zwei Jahre neues Bundesdatenschutzgesetz, NJW 1993, S. 3109 이하 참조. 오스트리아헌법, 스페인헌법, 네델란드헌법, 포르투갈헌법 등이 개인정보정보이용에 관하여 규정하고 있다.

74) Reinhold Baumann, Datenschutz drei Jahre nach dem Volkszählungsurteil, RDV 1987, S. 118.

75) 이에 관하여는 Otto Ziegler, Statistikgeheimnis und Datenschutz, VVF 1990 참조.

76) BGBl. I, 2970 (1990. 12. 29).

77) BGBl. I, 2979.

78) BGBl. I, 2977.

79) 이 법은 1988년 1월 15일 시행되었다. 자세한 것은 Dieter Wyduckel, Archivgesetzgebung im Spannungsfeld von informationeller Selbstbestimmung und Forschungsfreiheit, DVBl, S. 1989, 327 이하 참조.

80) 이 법은 1991년 12월 20일 시행되었다. 이에 관해서는 Klaus Stoltenberg, Die historische Entscheidung für die Öffnung der Stasi-Akten - Anmerkungen zum Stasi-Unterlagen-Gesetz, DtZ 1992, S. 65면 이하 참조.

81) Gerhard Groß, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung mit Blick auf die Volkszählung 1987, das neue Bundesstatistikgesetz und die Amtshilfe, AÖR, 1988, S. 178면 이하.

82) Gerhard Groß, a. a. O., S. 183.

단계를 형성하고 c) 세번째 단계는 1990년 12월 20일 제정되어 1991년 6월 1일부터 시행된 새로운 聯邦情報保護法의 적용에서부터 시작된다.

독일 聯邦 憲法裁判所의 人口調査判決 以後에 제정되거나 개정된 法律中 가장 중요한 法律이 바로 聯邦情報保護法(Bundesdatenschutzgesetz)이다. 독일에서는 1977년 1월 27일 제정된 연방정보보호법이 처음으로 개인정보처리에 관한 포괄적인 법적 근거를 만들었는데 1) 연방헌법재판소의 인구조사판결, 2) 정보와 통신기술발달 및 3) 연방정보보호법의 적용을 통하여 드러난 문제점 등 때문에 개정필요성이 강하게 제기되었다.<sup>83)</sup> 원래 聯邦議會는 1982년에 聯邦情報保護法을 개정하려고 하였으나 정권교체 및 특히 聯邦憲法裁判所의 人口調査判決때문에 의회에 상정된 情報保護法草案이 통과되지 않았다. 많은 논란과 토의 끝에 마침내 1990년 聯邦情報保護法이 개정, 통과되었다. 이러한 聯邦情報保護法과 州情報保護法은 個人情報保護에 관한 범위구체적인 法律들에 대하여 보충적으로 작용하는 一般的인 個人情報保護法이다.

이 논문에서 聯邦情報保護法의 개정된 부분을 상세히 살펴볼 수는 없고<sup>84)</sup> 간략하게 소개한다면 다음과 같다. (1) 우선 聯邦情報保護法 1조 1항은 이 법률의 보호이익이 일반적 인격권임을 분명하게 규정하였다. 따라서 이 법은 더 이상 예전처럼 개인정보의 남용으로부터 시민을 보호하는 것에 관한 것이 아니라 남용 여부와는 상관없이 개인정보의 조사로부터 저장 · 사용 · 전달에 관하여 규율한다.<sup>85)</sup> (2) 연방정보보호법의 적용범위가 확대되었다. 그래서 개인정보는 그 조사로부터 처리(저장, 변경, 전달, 삭제, 이용)를 거쳐 익명화될 때까지 보호된다. 그리고 연방정보보호법은 자동화된 정보처리뿐만 아니라 서류들도 그 적용범위에 포함시켰다.<sup>86)</sup> (3) 정보자기결정권보호를 위하여 개인정보를 처리하고 이용할 때 목적구속원칙이 舊法보다 엄격하게 규정되었다.<sup>87)</sup> (4) 그 외에 聯邦情報保護受任人의 법적 지위를 강화하고<sup>88)</sup> 관련 시민들의 여러 권리들을 보강하였으며<sup>89)</sup>, 자동화된 호출절차(automatis-

83) Alfred Bülesbach, Das neue Bundesdatenschutzgesetz, NJW 1991, S. 2593. 연방정보보호법의 개정이 늦은 이유 : 1. 정치적으로 문제되는 안보기관법률과 관계 2. 개인정보의 조사를 포함할지 여부 3. 서류를 통한 정보처리문제 4. 비공적기관의 정보처리에 대한 규정필요성 5. 정보보호수임인의 통제권한범위 6. 정보처리에서 관련자동의의 의미 등에 관하여 논란이 있었기 때문이다.

84) 자세한 것은 Alfred Bülesbach, Das neue Bundesdatenschutzgesetz, NJW 1991, 2593면 이하 : Ulrich Dammann, Das neue Bundesdatenschutzgesetz, NVwZ 1991, 640면 이하 : Marie-Theres Tinnefeld / Eugen Ehmann, Einführung in das Datenschutzrecht, Oldenbourg 1992 : Stefan Walz, Das neue Bundesdatenschutzgesetz, CR 1991, 364면 이하 참조.

85) Alfred Bülesbach, 前掲論文 2595면.

86) 연방정보보호법 3조 3항, 27조 2항.

87) 연방정보보호법 14조 1항.

88) 연방정보보호법 22조에서 26조를 참조.

89) 자세한 것은 연방정보보호법 6, 7조를 참조.

ierte Abrufverfahren)로부터 보호규정을 규정하였다.<sup>90)</sup>

#### IV. 結 論

1) 情報의 電算化, 自動化, 네트워크화를 통하여 우리는 아주 새로운 사회로 진입하고 있으나 이러한 情報社會가 계속해서 人間의 尊嚴性과 自律性에 바탕을 두고 발전할지, 아니면 종전과는 비교할 수 없는 새로운 방법으로 인간을 억압할 지에 관해서는 아직까지도 논란이 많다. 그런데 情報社會에서 특히 개인의 私生活侵害가 우려되는 이유는 ① 자동정보처리를 통하여 순식간에 개인정보를 무수히 많은 사람들이 전혀 다른 장소에서 한꺼번에 받아들 수 있다는 것과, ② 컴퓨터를 통한 情報連結에 의하여 개인정보가 전혀 다른 목적으로 사용될 수 있다는 데에 있다. 따라서 情報社會에서 개인의 私生活自由는 情報自己決定權(정보통제권)을 통하여 적극적으로 보호되어야만 한다.

2) 미국헌법상 가장 논란이 되는 권리중 하나가 바로 “프라이버시”권인 바, 정보사회에서 이 권리를 “정보프라이버시” 또는 “정보통제권”으로 적극적으로 해석하려는 경향이 판례와 문헌 모두를 통하여 나타난다. 다만 판례보다는 문헌상 주장이 좀 더 강하다는 게 특징이다. 하지만 美國은 전세계에서 가장 먼저 情報社會에서 개인의 私生活이 심각하게 침해될 수 있다는 것을 인식한 나라중 하나에 속함에도 불구하고 미국은 개인관련정보를 포괄적으로 보호하는 法律을 제정하지 않았다. 오히려 구체적이고 개별적인 정보를 보호하며, 信用記錄機關처럼 특정 유형의 情報調査 및 사용기관을 규율하는 다양한 法律들이 聯邦이나 州에서 제정되고 있다. 우선 이렇게 부분적 입법을 채택하게 된 첫 번째 이유는 이미 설명한 것처럼 美國의 聯邦大法院이 개인의 프라이버시를 헌법상 권리로 인정함으로써 이미 普通法과 憲法을 통하여 상당한 정도의 個人情報가 보호되고 있기 때문이다. 다만 普通法을 통한 보호는 포괄적이기는 하나 그 적용이 불확실하고 憲法을 통한 보호는 國家가 개인의 프라이버시를 제한하는 경우로만 한정된다. 통일적인 個人情報保護法이 미국에서 제정되지 않고 있는 또다른 이유는 美國의 지리적, 역사적 상황 때문이기도 하다.

3) 이와는 반대로 독일의 경우에는 1970년대 이후 정보사회의 발전에 따른 개인권리 침해가능성에 대비해야 한다는 목소리가 높아졌다. 그리하여 마침내 독일 연방헌법법원은 “인구조사판결”에서 광범위하고 포괄적인 “정보자기결정권”을 인정하기에 이

90) 연방정보보호법 10조를 참조. 이에 관하여 자세한 것은 Stefan Walz, 前掲論文 367면 참조.

르렀으며, 이는 문헌상 강력한 지지를 받고 있을 뿐만 아니라 개인정보보호법률들의 개정이나 제정작업에도 많은 영향을 주고 있다. 곧 獨逸聯邦憲法裁判所의 人口調查判決은 人口調查法을 개정하도록 했을 뿐만 아니라 컴퓨터가 읽을 수 있는 개인확인카드시스템의 도입 또한 취소시켰다.<sup>91)</sup>

情報公開에 많은 노력을 기울였던 美國과 달리 獨逸은 대부분 컴퓨터이용을 통하여 나타날 수 있는 위험성으로부터 개인의 私生活을 保護하는 立法에 집중하였다. 그리고 個人情報를 다루는 私的 領域의 規制는 스칸디나비아국가들이나 영국과 같은 나라의 시스템과는 아주 다르다. 곧 私的 領域의 情報處理 또한 公的 領域에서 情報處理에 요구되는 기준을 따라야만 하는 후자의 시스템과는 달리 獨逸에서 非公的 情報處理機關은 情報處理에 관한 一般的인 記錄義務도 없고 公的 機關에서 보다는 여러 측면에서 자유롭게 個人情報를 調查, 處理할 수 있다. 어쨌든 獨逸은 포괄적인 個人情報 保護法律들을 제정한 국가로서 1969년 이후로 잘 발전된 개인정보보호시스템을 갖춘 매우 중요한 모델중 하나라고 말할 수 있다.<sup>92)</sup>

91) James Michael, Privacy and Human Rights, Dartmouth, 1994, p. 93 이하.

92) David H. Flaherty, Protecting Privacy in Surveillance Societies, The University of North Carolina Press, 1989 p. 21.