

발 간 등 록 번 호

11-1620000-000284-01

정보인권의 법적 보장과 그 구체화

| 주최 | 국가인권위원회 · 가톨릭대학교

| 주관 | 가톨릭대학교 법학연구소

| 일시 | 2010년 12월 23일 (목) 13:00-16:00

| 장소 | 국가인권위원회 인권교육센터 별관(10층)



국가인권위원회



EM029727



국가인권위원회

National Human Rights Commission of Korea

『정보인권의 법적 보장과 그 구체화』 공동학술세미나

토론회 일정 및 진행순서

- 일시 : 2010. 12. 23(목) 13:00 ~ 16:00
- 장소 : 국가인권위원회 인권교육센터 별관(10층)
- 진행순서

시간	내용
12:00~13:00	<ul style="list-style-type: none"> ■ 오 찬
13:00~13:15	<ul style="list-style-type: none"> ■ 좌장 및 사회 원재천 (국가인권위원회 정책교육국장)
Session 1 13:15~14:00	<ul style="list-style-type: none"> ■ 발제 : 정보인권의 법적 의의와 좌표 이민영 (가톨릭대학교 법학부 교수) ■ 지정토론 박성훈 (국가인권위원회 인권정책과 정보인권 담당) 이희훈 (선문대학교 법학과 교수)
14:00~14:20	휴 식
Session 2 14:20~15:05	<ul style="list-style-type: none"> ■ 발제 : 현행 통신심의제도의 법적 문제점에 대한 고찰 지성우 (단국대학교 법과대학 교수) ■ 지정토론 정경오 (정보통신정책연구원 연구조정실 변호사) 박경신 (고려대학교 법학전문대학원 교수)
15:05~15:15	휴 식
Session 3 15:15~16:00	<ul style="list-style-type: none"> ■ 발제 : 개인정보보호법 제정의 주요 쟁점 김일환 (성균관대학교 법학전문대학원 교수) ■ 지정토론 김상광 (행정안전부 개인정보보호과 서기관) 이진규 (NHN 개인정보보호팀 팀장)

목 차

❖ 발제문

■ 정보인권의 법적 의의와 좌표 1

이 민 영 (가톨릭대학교 법학부 교수)

■ 지정토론

박 성 훈 (국가인권위원회 인권정책과 정보인권 담당)

이 희 훈 (선문대학교 법학과 교수)

■ 현행 통신심의제도의 법적 문제점에 대한 고찰 35

지 성 우 (단국대학교 법과대학 교수)

■ 지정토론

정 경 오 (정보통신정책연구원 연구조정실 변호사)

박 경 신 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

■ 개인정보보호법 제정의 주요 쟁점 89

김 일 환 (성균관대학교 법학전문대학원 교수)

■ 지정토론

김 상 광 (행정안전부 개인정보보호과 서기관)

이 진 규 (NHN 개인정보보호팀 팀장)



정보인권의 법적 의의와 좌표

이 민 영
가톨릭대학교 법학부 교수



I. 정보인권 서설

1. 인권과 규범현황

인권(人權; human rights)이라 함은 인간이 인간답게 존재하기 위한 보편적인 인간의 모든 정치·경제·사회·문화적 권리 및 지위와 자격을 총칭하는 개념이다.¹⁾ 이는 법의 관할지역(jurisdiction)이나 그 밖에 지역적인 변수, 즉 민족 또는 국적 등과 상관없이 적용되는 것으로 정의된다. 인권의 본질과 정당성 그리고 그 내용 자체는 오늘날 철학과 정치학에서 열띤 논쟁의 대상이 되었다. 인권이란 헌법과 국제조약에 새겨진 관념적이고 추상적인 규범적 가치로 이해될 수 있으면서 동시에 사회적 변혁과 논쟁에 부응하여 더디게 진화해가는 문화적 개념이기도 하기 때문이다.²⁾ 물론 그 중핵은 바로 인간으로서 개인의 존엄성과 온전함이라 할 수 있다.³⁾

인권은 보편적으로 국제법과 국제규약에 정의되어 있으며 수많은 국가들의 국내법에도 규정되어 있다. 『대한민국헌법』 역시 제10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라고 규정하고 있는바, 국가가 보장할 책무의 대상이 되는 인권의 존재에 대하여 포괄적으로 지적하고 있다.⁴⁾

1) 엘리자베스 라이커트 지음·국가인권위원회 사회복지연구회 옮김, *사회복지와 인권, 인간과복지*, 2008, 14쪽.

2) Rikke Frank Jørgensen, *Human Rights in the Global Information Society*, London: The MIT Press, 2006, p.235.

3) *Ibid.*, p.viii.

4) 인권, 즉 인간의 권리(*Menschenrecht*)를 특히 독일에서는 기본법(*Grundgesetz*)을 통해 보호되는 기본권(*Grundrecht*), 즉 기본적 인권(*fundamental human rights*)이라고 부른다. 엄밀히 말하면 양자(兩者)는 동일한

이처럼 자유와 평등으로 표상되는 인간의 존엄성과 불가침·불가양의 권리라는 두 가지 철학적·정치적 개념을 주축으로 구성되어 있는 인권의 개념에 대하여 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights; UDHR) 제1조는 “모든 인간은 태어날 때부터 자유롭고, 존엄하며, 권리에 있어서 평등하다. 인간은 이성과 양심을 부여받았으므로 서로에게 형제애의 정신으로 대해야 한다(All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.)”라고 표현하고 있다.⁵⁾ 이러한 의미의 인권은 정치사회적 현실을 반영하고 있으면서도 동시에 정치공동체가 추구해야 할 이상을 담고 있다는 점에서 규범적 요소를 지닌 정치사회적 개념으로 이해될 수 있는바, 따라서 이상과 현실간 존재하는 큰 간격에 놓여 있는 인권은 필연적으로 현실비판적이 될 수밖에 없고 사회변화를 이끌어내는 동력으로 작용한다고 하겠다.⁶⁾

인권의 의의 가운데 중요한 점은 이 개념의 핵심요소가 보편성이라는 것이다. 인권은 인간의 존엄성과 자유·평등 및 정의와 같은 보편적 가치를 통합적으로 담고 있는 규범적인 틀이다. 따라서 인권의 보편성으로 말미암아 인권의 가치가 사회 각 문화에 따라 다양하게 표현되고 구현되는 현실적 차이점을 내포할 수밖에 없지만, 인권의 가치와 기준은 문화의 차이에도 불구하고 존중되어야 한다는 의미를 담고 있다는 점에서 보편적이라 할 것이다. 아울러 인권의 보편성을 모든 인간은 국적, 인종, 성, 종교, 신분 등의 차이에도 불구하고 자신의 존엄성을 지키기 위해 누려야 할 권리가 있으며, 국가는 이를 보장해야 할 의무를 지닌다는 실천적인 함의를 가진다.⁷⁾ 또한 지난 1993년 6월 오스트리아 비엔나에서 개최된 세계인권회의(World Conference on Human Rights)는 인권의 기본적 성격에 대하여 ‘보편적이고 불가분이며 상호의존적일 뿐만 아니라 상호연관적(’이라고 천명하였다.⁸⁾

개념이 아니다. 인권은 ‘인간이기 때문에 당연히 누리는 인간의 생래적·천부적 권리’를 의미하는 것인 반면, 기본권은 ‘헌법이 보장하는 국민의 기본적 권리’이기 때문이다;
www.bpb.de/publikationen/YTWTP1,0,Menschenrechte_Grundrechte_B%FCrgerrechte.html

- 5) 이성훈, 인권이란 무엇인가?, 행정과 인권, 국가인권위원회, 2003, 9쪽.
- 6) 이와 같은 인권의 역할에 대하여 세계인권선언은 서문(Preamble)에서 ‘인류 가족 모든 구성원의 고유한 존엄성과 평등하고 양도할 수 없는 권리를 인정하는 것이 세계의 자유·정의·평화의 기초가 됨(Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world)’을 서술하고 있다.
- 7) 이렇게 볼 때 그 보편성에 따라 인권은 더 이상 국가주권과 내정불간섭원칙에 따른 국내문제로 간주될 수 없으며, 국제사회의 공통적인 관심사이자 의무로 이해된다; *Ibid.*, p.10.

한편, 1953년 발효된 유럽인권협약(European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)⁹⁾은 제1조에서 ‘인권 존중의무(Obligation to respect human rights)’를 천명하면서 제8조에서는 사생활과 통신에 관한 권리(right to respect for his private life and correspondence) 그리고 제10조에서는 표현의 자유(freedom of expression)에 대한 보장을 명시하고 있다. 물론 이러한 권리는 서로 모순되는 것이 아니라 상호 보완적인 것이지만, 사생활 또는 프라이버시가 공익목적상 제한이 불가피할 때 법률적 수권에 따라 이루어지는 것으로 파악하고 있고 통신비밀보호에 관한 사항 역시 서신검열이나 유선전화에 대한 불법감청에 대응하는 것으로 인식되고 있을 뿐만 아니라 표현의 자유 역시 사상과 견해의 표명에 있어서 전달수단으로 방송 혹은 언론에 국한되어 있는 실정이다.

다만, 지난 2004년 6월 18일 벨기에 브뤼셀에서 열린 ‘유럽헌법제정조약회담(Conference on Treaty establishing a Constitution for Europe)’에서 최종 합의된 유럽헌법의 경우 개인정보 보호¹⁰⁾와 정보의 자유¹¹⁾가 포함되어 있다.¹²⁾

8) All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis...to promote and protect all human rights and fundamental freedoms; Vienna Declaration and Programme of Action I . 5. adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993.

9) 1950년 11월 4일에 채택되고 1953년 9월 3일부터 그 효력이 발생한 유럽인권협약은 세계인권선언 중 몇 가지 권리의 집단적 보장을 확보하기 위한 적절한 최초의 수단을 취하는 데 목적이 있으며, 조인 당시 합의에 이르지 않았거나 후에 합의할 필요가 있는 것에 대해서는 의정서에 의해서 보충하는 형식을 취하고 있다. 이는 세계 최초의 종합적인 인권조약으로서 유엔인권규약 제정에 영향을 주었다; 토마스 버겐탈 지음·양건·김재원 옮김, 국제인권법, 교육과학사, 2001, 68쪽.

10) Treaty establishing a Constitution for Europe Article II-68 (Protection of personal data)

1. Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her.
2. Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified
3. Compliance with these rules shall be subject to control by an independent authority.

11) Treaty establishing a Constitution for Europe Article II-71 (Freedom of expression and information)

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers.
2. The freedom and pluralism of the media shall be respected.

12) 유럽연합(EU) 및 유럽공동체(EC)·유럽경제공동체(EEC) 아래 체결·비준된 50여 개 이상의 조약과 의정서·부속문서를 대신하여 이들 조약의 이념과 효력을 하나의 헌법의 형태로 집약해 유럽연합 가맹국의 의사결정을 통일화하려는 유럽헌법제정조약의 발효를 위해서는 유럽연합 모든 가맹국의 비준이 필요하지만, 그 절차는 각 나라에 따라 다르다. 의회 결의만으로 비준하는 국가도 있고 국민투표를 시행하는 나라도 있으며, 국민투표 또한 의회가 이에 대해 다시 비준할 수 있는 나라와 구속력을 갖는 나라로 갈린

2. 정보사회와 정보

이미 우리들에게 잘 알려진 것처럼 정보사회란 정보 그 자체의 중요성이 엄청나게 증대하고 이를 바탕으로 하여 정보의 생산, 유통 및 이용이 기존사회를 새롭게 바꾸는 그러한 사회를 말한다.¹³⁾ 정보사회라는 용어는 1968년 高山建一이 처음 사용하였는바, 초기 개념은 전체 고용인구의 절반 이상이 정보를 산출해내는 산업에 종사하거나 그들이 산출해내는 생산량이 전체 GNP의 50% 이상을 차지하는 사회를 가리키는 말이었다고 한다.¹⁴⁾ 하지만 현재는 ‘정보의 생산·처리 및 활용기술이 사회발전의 원동력이 되고 사회구조를 지배하게 되는 사회’라는 의미로 통용되고 있다. 따라서 정보사회를 주도하는 개념으로 특정 가치를 가지는 정보와 이를 보유·활용하는 주체 그리고 수단적 변화요인으로서 정보기술 등이 거론된다.¹⁵⁾

다. 또한 투표율에 따라 구속력이 생기는 나라도 있다. 2005년 2월의 스페인에서 실시된 국민투표에서는 조약이 가결되었지만, 5월의 프랑스와 6월의 네덜란드에서는 부결되었다; Thérèse Murphy, *New Technologies and Human Rights*, New York: Oxford University Press Inc., 2009, pp.139~140.

- 13) 지금 우리가 나아가고 있는 사회를, 지각대상(percept)·기호(sign)·의미(meaning) 등 세 요소로 나누지만 그 자체가 정보에 그 특성을 둔 정보사회(information society)라고 일컫는다는 것은 주지의 사실이다. 정보사회를 ‘정보를 생산도구로 하여 재화나 역무 혹은 정보 및 지식을 창출하고 유통시킴으로써 정보 가치가 사회경제활동의 중심이 되는 사회’로 간략히 설명할 수 있다; See F. Webster, *Theories of the Information Society*, London; Routledge, 1995, pp.15~21.
- 14) Yoshihiro Kogane, *Changing Value Patterns and their Impact on Economic structure*, Tokyo: University of Tokyo Press, 1982, p.174.
- 15) 이동통신망이나 위성항법장치(global positioning system; GPS) 등을 통해 얻은 위치정보를 이용하는 위치기반서비스(location based service; LBS)를 기축으로 제정된 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」은 이제 스마트폰 400만 시대에서 진화된 휴대용 단말장치와 다양한 애플리케이션에 직면해 새로운 국면을 맞이하고 있다. 스마트폰에서는 오차범위 내에서 GPS, Wi-Fi AP, 3G 기지국 등에서 위치정보를 제공받도록 설계되어 있고 특히 GPS로 위치측정이 불가능한 도심지나 실내지역의 경우는 WLAN 측위기술을 활용해 정보를 지원하도록 하고 있는 등 GPS, 와이파이 등을 통한 위치기술이 고도화되면서 정밀도가 크게 개선되고 있는 실정이지만, 최근 아이폰의 경우 ‘오빠 믿지?’라는 위치추적 어플로 논란이 있었고 문자메시지를 직접 훔쳐볼 수 있는 ‘Secret SMS Replicator’라는 안드로이드 전용 앱이 등장해 사생활침해 논란도 가속화될 전망이다. 이처럼 정보기술의 진화·발달 이면에는 정보사회의 감시사회적 속성과 연계되는 역기능에서 자유로울 수 없는 측면이 존재한다. 정보사회에서 개인정보의 취급은 해당 정보주체에게는 인격의 존엄과 자유의 불가결한 조건임에 틀림없지만, 동시에 정부나 기업의 개인정보 지배는 정보주체를 통제할 수 있는 권력의 기초가 되기 때문이다. 따라서 개인정보 처리가 가져다줄 이익과 가치 못지않게 그 위험성 또한 무시할 수 없을 정도로 커서 이른바 원형감옥(Panopticon), 즉 효과적이고 효율적인 감시체계의 우려를 낳고 있는 것이다. 한편으로 정보기술의 혁신과 변동은 국가권력의 권한 확대를 야기하여 개인의 자유를 더욱 보장할 것을 요구하게 하는 반면, 국가권력에 대한 통제수단을 합리화하는데 기여함으로써 정보의 상호 가치를 연계하여 정보사회를 새롭게 구성하는 법적 개념으로 활용된다. 정보의 가치가 증가되는 가운데 정보주체의 역할과 상호작용이 중요시되는 정보사회의 핵심은 정보기술이

물론 과거에도 정보는 중요하였다. 예전부터 생산수단이나 무기 등을 가진 사람이 그에 필요한 정보를 가짐으로써 그들의 권력이나 부(富)가 증대되었다. 그러나 과거에는 사람들이 주로 각자의 고유한 경험에 바탕을 두고 어떤 결정을 내렸던 반면에 오늘날에는 사람들이 중요한 결정을 내릴 때 자신의 경험보다는 구체적이고 확실한 정보에 근거한다. 다시 말하자면, 과거에는 물질적이고 유형적인 것이 무형적인 정보보다 중요하였다. 하지만 정보사회에서는 정보가 유일하거나 가장 중요한 부의 원천이자 권력의 중심에 있다. 결국 정보 그 자체가 가치를 가질뿐더러 또 다른 새로운 가치를 만들어내는 사회, 그래서 정보화 내지는 컴퓨터화를 통하여 근본적인 변화를 받고 있는 사회가 바로 ‘정보사회’인 것이다.¹⁶⁾

정보와 권력, 그리고 자유의 상관관계는 비단 오늘날의 정보사회에서만 의미를 가지는 것이 아니다. 산업사회와 그 이전 사회에 있어서도 타당한 명제이다. 역사상 어떤 정치적 공동체에 있어서도 공동체내 정보의 유통과 통제를 규율하는 암묵적이거나 명시적인 메커니즘이 설정되어 있기 마련이다. 예컨대, 근대 입헌민주국가에서는 정보유통과 정보통제에 초점을 맞추고 있거나 또는 간접적으로 그에 영향을 미치는 많은 명시적인 준칙과 법원칙들이 존재한다. 이들 정보유통과 정보통제에 관한 현상을 규율하는 법체계를 한 마디로 ‘정보법 질서’라고 말할 수 있을 것이다.¹⁷⁾

한편, 정보(情報; Information)란 ‘informatio’에서 유래된 개념으로서,¹⁸⁾ ‘생활주체와 외부객체 사이의 사정(事情)이나 정황(情況)에 관한 보고(報告)’로 이해될 수 있다. 하지만 실제로 정보의 의미는 그 활용범위만큼이나 다양하게 쓰이고 있다.¹⁹⁾ 그런데 정보화시대에 접어들

며, 기술적으로는 정보의 디지털화에 따라 유용한 자원으로 정보가 단일화됨에 기인하고 현상적으로는 정보가 보유하는 공공적 가치의 사회적 영향력이 권력화되는 데서 비롯된다.

16) 정보의 가치에 대하여는 拙著, *컨버전스와 미디어법*, 한국학술정보, 2008, 63~66쪽 참조.

17) 이미 1990년대를 기점으로 독일에서는 정보법(情報法; *Informationsrecht*)이라는 독립적인 학문분야를 형성해 오고 있다. 여기에서는 통신법·방송법·우편법 및 개인정보법 등이 개별분야로 다루어져 왔다; zuletzt Vgl. Michael Kloepfer, *Informationsrecht*, München: Verlag C.H. Beck, 2002; *Dazu zählen u.a. Datenschutz und Geheimnisschutzrecht, Telekommunikationsrecht, Postrecht, Recht der elektronischen Informations, und Kommunikationsdienste.*

18) 중세 라틴어인 ‘informatio’는 ‘형상(形狀; Vorstellung)’, ‘설명(說明; Erläuterung)’, ‘교시(敎示; Unterweisung)’ 등을 뜻하였던 것으로, 프랑스에서는 고전적인 원어로서 주로 법적 차원에서 ‘어떤 진상(眞相)에 관한 수집 및 처리’의 의미로 사용되었다고 한다; Christopher John Fox, *Information and Misinformation: an investigation of information, misinformation, informing, and misinforming*, Westport, Conn.: Greenwood Press, 1983, pp.4~6.

19) 가령 표준국어대사전에서 확인할 수 있는 정보의 의미는 ‘관찰이나 측정을 통하여 수집한 자료를 실제 문제에 도움이 될 수 있도록 정리한 지식 또는 그 자료’에 해당하지만, 군사용어로 쓰일 때에는 ‘일차적으로 수집한 첩보를 분석·평가하여 얻은, 적(敵)의 실정에 관한 구체적인 소식이나 자료’를 뜻하며, 컴

면서 정보의 개념은 전환기를 맞게 된다. 정보기술의 발달로 종래의 아날로그(analogue) 방식과는 달리 모든 정보가 ‘0’과 ‘1’로 구현되는 디지털(digital) 방식으로 통일화되었으며, 이를테면 동일한 기억매체에 저장되고 동일한 방법으로 전달되어지는 음악과 영상과 같은 정보가 그 성격과는 관계없이 동일한 형식으로 처리되는 이른바 정보의 통합이 이루어지게 되었기 때문이다. 이처럼 기존의 정보는 급속히 전자적 정보(electronic information)로 변형·유입·창출되어지게 이르렀으며, 이러한 전자정보의 확대는 전자적 아이템 혹은 데이터베이스와 같이 왕년에는 예상할 수 없던 새로운 거래대상을 출현케 하였을 뿐 아니라 높은 경제적 가치로 인해 그 유통이 증대되고 있는 것이다.²⁰⁾ 요컨대, 고전적인 활자매체를 통한 일차원적인 정보 개념은 20세기의 총아로 등장한 방송을 통한 입체적 정보 개념으로 대체되기에 이르렀으며, 오늘날 정보통신의 발전에 따라 이제껏 축적되어 온 전통적인 정보 개념과 유통체계의 근본적인 변화를 초래하고 있다. 즉, 오늘날 우리가 사용하고 있는 정보라는 개념은 컴퓨터 등의 전자기록매체가 발달함에 따라 한층 복잡한 구조를 가지고 불명확하게 정의되고 있는 가운데 대략 ‘어떤 주어진 사실을 알리는 행위(telling)’ 내지 ‘알려지는 사실(being told)’로 구성되어지는 형태 그 자체를 의미하는 것으로 구분되고 있는 실정이다.²¹⁾

이와 같은 정보의 개념은 정보에 관한 법을 상정할 때 그 규율의 핵심이 되는 기본용어로서, 정신적으로 인식되고 전파되어 가치평가의 기초가 될 수 있는 자료의 집합이라는 측면에서는 인간활동과 사회 제반영역의 중심대상이 된다고 할 것이다. 그러기에 정보는 형태적으로 볼 때 에너지나 물질 그밖에 제3의 존재형태로서, 유체물이 아니어서 정신적으로만 파악할 수 있는 순수한 비물질적 재화로 받아들여져 왔다.²²⁾ 그러나 이른바 정보체계론에서 거론되는 바와 같이 그 기능면에서 볼 때 정보는 ‘수신자에게 의미를 주는 형태로 처리된 것으로 현재와 미래의 활동이나 결정에 있어서 실제적·인식적 측면에서 가치를 주는 자료’라 할 수 있으므로, 전송망(network) 또는 저장매체를 구별하지 아니하고 디지털정보와 관련해서는 이를 콘텐츠(contents)라 불리는 정보내용으로 통칭하는 경향을 볼 때 정보를 ‘인간의

퓨터용어로는 ‘어떤 자료나 소식을 통하여 얻는 지식이나 상태의 총량’을 말한다.

20)拙著, 개인정보法제론, 진한M&B, 2007, 23쪽.

21) 따라서 정보는 전자(前者)의 의미에서 하나의 ‘과정(process)’으로 그리고 후자(後者)의 의미에서 ‘상태(status)’로 이해되기도 한다.

22) Helmut Schwarzer, *Medientechnik und Rezipientenfreiheit: Grundfragen zum Recht auf Nutzung fortentwickelter Massenkommunikationsmittel und zur Bedeutung von Kabel und Satellit für eine Europäische Rundfunkzone*, Berlin: Peter Lang Verlag, 1993, S.129.

결정에 영향력을 주는 소재로서 의미 있는 재화'로 이해할 수 있을 것이다.²³⁾

생각건대, 대체적으로 '인식 가능한 기록적 성격의 정보'로 상정하고 있는 실정법의 입법 태도²⁴⁾를 볼 때 법학적 안목에서 정보 개념 역시 '가치 있는 정보'로 그 한계가 설정되어야 할 것이나, 그 개념정의 문제를 넘어서 활용목적에 따른 범위획정 문제가 된다는 점에서는 구별되어야 할 것이다.²⁵⁾ 따라서 그 개념적 범주는 객관적으로 인식되는 자료에 국한되진 않지만, 주관적으로 법적 가치가 부여될 수 있다는 점을 고려할 때 그와 같은 가치판단이 규범적으로 객관화되어 법적 이익(法的 利益; legal interests)과 결부됨으로써 중국적으로 관련된 법률관계의 변동이 예정되어 있음을 유의하여야 한다고 생각한다. 결국 위와 같은 논의에 따라 정보의 법적 개념 역시 '의미 있게 처리되는 자료'로 정의할 수 있을 것이다. 다만, 그 활용목적 및 가치속성과의 연계성을 고려할 때에는 역무(役務; service)의 측면에 입각하여 '타인에게 제공한다'는 목적성에 따라 전자적으로 의미 있게 처리되는 자료로서 '전자적 지식원(電子的 知識源; electronic source of knowledge)'의 개념을 취하는 것이 적절할 것으로 사료된다.

이와 같은 관점에서 여기서는 현행법상 정보 개념을 원용하여 정보를 '문서·도면·사진·필름·테이프·슬라이드 및 컴퓨터에 의하여 처리되는 매체 등으로 표현된 모든 종류의 자료로서 광 또는 전자적 방식으로 처리되어 부호·문자·음성·음향·영상 등으로 표현된

23) 이러한 관점에서는 종래의 신문·잡지와 같은 인쇄매체나 영화·연극과 같은 공연매체에 수록되는 정보 역시 언론·출판과 같은 표현매체에 담기는 정보라 할 것이며, 국가기밀과 같은 국정정보나 영업비밀과 같은 산업정보도 이에 포함되어 사회적 유용성을 지닌 자료를 총칭하는 가장 넓은 의미의 용어로 활용되어진다고 할 것이다.

24) 실제로 현행법상 정보는 법률에서만 694건 그리고 법령 전체에서는 2,052건이 검색되는 보편적인 용어라고 할 수 있지만 그 정의를 직접적으로 명시하고 있는 것은 '특정 목적을 위하여 광(光) 또는 전자적 방식으로 처리되어 부호, 문자, 음성, 음향 및 영상 등으로 표현된 모든 종류의 자료 또는 지식'으로 표현하고 있는 「국가정보화 기본법」 제3조제1호가 대표적이라고 할 수 있다.

25) 예를 들어 제반관념을 ① 컴퓨터용어로서 기호·숫자·부호 등으로 나타나는 자료(data), ② 자료를 처리한 것으로서 정보(information) 그리고 ③ 가공된 정보의 조합으로서 지식(knowledge), ④ 단순한 지식에 머무르는 것이 아니라 그에 대한 가치판단이나 시시비비가 더해진 것으로서 지혜(wisdom)로 구분하는 것이 결코 무의미하지는 않겠으나, 법익(法益)과의 상관적 가치성을 보유할 때 정보라는 용어로 그 법적 의미를 확인할 수 있다면 오히려 '의미 있게 처리되는 자료' 모두가 법률효과를 발생시키는 법률요건으로서 정보라 할 수 있는 것이다. 정보가치는 정보사회에서 정보의 자유라는 기본적 권리를 형성하는 헌법정책적 전제요건으로 작용한다는 측면에서 그 법적 효용을 발견할 수 있으며, 정보처리의 다양성이 인격성의 자기발현을 위한 필수조건이 됨과 아울러 정보의 자유는 다원주의사회의 기능적 근본조건이 되기 때문이다. 이와 같은 논의에 대하여는 Vgl. Claudia Drews, *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikels 19 II GG*, Baden-Baden: Nomos, 2005, S.17ff.

것'으로 이해하며, 이를 압축하여 '전자적 지식원'으로 파악하도록 한다. 정보의 개념을 이와 같이 설정한다면 일정한 목적을 위하여 아날로그 혹은 디지털 방식의 전자적 신호로 작성·취득·관리되는 일체의 자료는 그 발현기능에 구애받지 않고 정보라는 개념으로 포섭할 수 있을 것이며, 전자기록 또는 전자적 지식원으로서 정보 개념을 정립함에 있어서는 이를 전달하는 경로로 유·무선의 전송망이 개념적 징표로 발현된다고 하겠다.

II. 개념과 유형화

1. 정보인권의 함의

이처럼 정보사회에서 정보법질서로 분화되는 헌법적 영역에 정보인권이 존재한다. 지난 1948년 12월 10일 제3차 국제연합총회에서 채택된 세계인권선언이 이루어질 당시만 해도 인권의 개념과 범위는 전통적인 자유권과 정치적 참정권의 보장에 한정되어 있었고 이러한 인권은 시대가 변화함에 따라 경제적·사회적·문화적 권리에 이어 그 영역과 범위를 확장하여 왔는바, 바야흐로 이제 4세대 인권이라 일컬어지는 '정보인권' 혹은 '디지털인권'·'사이버인권'의 중요성이 부각되고 있는 것이다.²⁶⁾

그런데 정보인권에 대하여 그동안 천착한 국내외 연구는 기존의 언론법이나 미디어법 또는 매스커뮤니케이션법 등의 개별적인 연구영역을 넘어서서 정보를 둘러싼 전반적인 법현상을 연구대상으로 하여 하나의 체계적인 법이념이나 법원리를 탐구하고자 하는 노력으로서 '정보법(Informationsrecht)'²⁷⁾ 내지 '정보법학(Informationsrechtslehre)' 차원에서 논의하거나 정보를 둘러싼 다양한 법률관계를 '정보헌법(Informationsverfassungsrecht)'이라는 기본틀 속에서 헌법적으로 구성해내는 시도에 머무름으로써,²⁸⁾ 결국 정보인권을 정보법체계에서의

26) 결국 정보사회가 노정하는 중심적인 헌법 쟁점 중 하나는 이와 관련된 '인권'적 문제라고 할 수 있을 것이다; 김종철, 정보사회의 헌법적 쟁점, 한국정보화진흥원, 2009, 9쪽.

27) '언론매체'라는 용어는 디지털시대에서는 '정보매체'로 바꾸는 것이 타당하다. 같은 맥락에서 '언론·출판의 자유'는 '정보의 자유'로, '언론법'은 '정보법'으로의 전환도 고려할 만하다; 이인호, 방송·통신의 융합과 언론의 자유, 공법연구 제28집 제4호 제1권, 한국공법학회, 2000, 255쪽.

28) zuletzt Vgl. Hans-Ullrich Gallwas, *Der allgemeine Konflikt zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Informationsfreiheit*, NJW 1992, S.2785ff.

개별적 권리로 해체하고 헌법적 추상성에서 논의의 진전을 구할 수 없는 실정이다.²⁹⁾ 더욱이 우리의 「대한민국헌법」에서 규정하고 있는 정보인권에 관한 규범적 전제를 총합적으로 개관하면서 그 구체화를 꾀하는 논리전개를 종합적 고려를 형성하지 못한 것이 사실이다.

정보인권의 실현정도는 다른 어떤 인권보다 의사소통의 기본적 수단으로서 전자적 네트워크를 비롯한 사회의 정보화 수준에 크게 좌우되므로 이에 따라 국가별·사회별 논의의 적용수준도 달라질 수밖에 없다. 보다 근본적인 가치적 측면에서 자유민주주의적 가치체계의 근본으로서 자유(freedom)를 기반으로 하는 인권을 상정하고 이러한 자유가 진실(truth)을 통해서만 달성이 가능하다고 보면서 자유민주주의적 가치체계 하에서 시민은 진실되고, 입증가능하며, 이해가능하고, 정확하며, 신뢰성 있으며, 타당한, 적시의 그리고 실질적 접근이 가능한 정보에 대한 권리를 지니는바, 이를 정보인권(citizens' right to information)이라고 정의하는 견해는 관념적으로 유용하다.³⁰⁾

한편 정보인권을 인류의 보편적 인권의 발전단계에 따라 보는 시각도 존재하는데, 이러한 관점에서 인류의 문명 및 공동체 건설의 핵심은 의사소통이라는 점을 강조하고 이를 정보인권의 핵심이라 보고 있다.³¹⁾ 이러한 시각에 따르면, 전통적인 자유권과 참정권 보장을 강조하던 1세대 인권에서부터, 인권의 경제적·사회적·문화적 측면을 강조하던 2세대 인권, 개도국을 중심으로 한 1986년의 발전권 등 집합적 권리를 강조하던 3세대 인권을 거쳐, 현대 정보사회 혹은 디지털사회에서 인류 문명발달의 핵심으로서 의사소통의 자유를 보장하는 권리로써 4세대 인권을 구성하는 정보인권이 주장되는 것이다. 그러므로 정보인권은 현재의 개인을 보호함과 동시에 지식사회의 미래를 보호하는 기능을 동시에 수행하고, 전자네트워크 내에서 대중적 영역을 지원 및 강화하며, 동시에 정보화 부문에서 문화적 다양성을

29) 이미 ‘정보헌법’이라는 용어가 사용되어 온 독일에서조차 특정한 기본권군을 ‘정보기본권’이라는 하나의 체계로 정립한 단계에는 이르지 않은 것으로 보이며, 아직 독자적인 ‘정보기본권’을 통합적으로 제시하지 못하고 있는 것으로 보는 편이 옳다. 다만, 그 법적 성격의 규명을 전제로 할 때 ‘기술의 헌법수용성(Verfassungsverträglichkeit der Technik)’의 대안으로 ‘헌법의 기술수용성(Technikverträglichkeit der Verfassung)’의 차원에서 기술발전이 생활관계와 기본권에 미치는 영향을 고려하여 ‘정보기본권’을 헌법에 명시하고 그 체계화를 시도하는 헌법개정도 신중하게 논의해볼 필요가 있다; 김민호·지성우, 정보법의 의의와 과제, 한국정보화진흥원, 2009, 69~70쪽.

30) Jóf Olenki, *The Citizens' Right to Information and the Duties of a Democratic State in Modern IT Environment*, International Statistical Review 71(1), 2003, pp.33~48.

31) See generally Mathias Klanq & Andrew Murray, *Human Rights in the Digital Age*, Routledge Cavendish: New York, 2005.

보호한다. 이처럼 정보인권에 대해서는 이를 보는 시각과 핵심가치 영역에 따라 다양한 정의가 존재하지만 정보화시대의 자유민주주의적 가치 내에서 개인 및 사회의 정보에 대한 자유를 보장하기 위한 권리라는 점에서는 공통점을 지니고 있다. 물론 현대사회에서 인류의 보편적 인권을 보장하는 주요한 기본권이라는 인식 역시 공유되고 있음을 알 수 있다.

이처럼 정보인권은 개념 정의에 있어 인류의 보편적 혹은 세계적 인권의 주요한 축이라는 점을 강조할 수 있지만, 보다 현실적인 측면에서 정보인권에 대한 연구를 위해서는 개념 정의의 수준을 현재 우리나라 실정법상의 가치체계 및 구조를 반영할 수 있도록 설정하는 것이 적절하다고 할 수 있다. 여기서 현실적 사회구조를 반영하고 그 지침과 기준을 제공하는 헌법상 정보질서의 흐름을 이해하고 이에 따른 유형화가 요청된다고 할 것이다.³²⁾

다음으로 규범구체화의 현행화가 요구된다. 기존의 선행연구는 정보인권이 헌법적 정보법체계 안에서 보장되어야 할 대상으로 보고 오히려 후자(後者)의 구조화에 집중하면서 정보인권에 관하여는 개념적 정의 후에 정보법체계에 상응하는 개별적 설정에 그치는 한계를 지니고 있으므로 ‘헌법의 구체화법(*konkretisiertes Verfassungsrecht*)’으로서 정보인권에 관한 행정법적 접근(*Disziplinären Ansatz von Verwaltungsrecht*)이 학문적인 측면에서 뿐만 아니라 법제도적 관점에서 필요한 것이다.³³⁾ 왜냐하면 정보인권의 보장에 관한 법적 규율은 헌법적 수권에 따라 법령에서 규율되는 것인바, 공공부문에 있어서는 기본권제한원리의 적용이 규범적 구체화를 이루어야 하는 반면 민간부문에 있어서는 정보인권의 보장을 위한 규제를 설정하고 다른 기본권과의 상충을 조율하는 차원에서 규범적 구체화가 요청되기 때문이다. 이에 따라 유형화된 정보인권에 대한 개별적 법령정비의 현황과 과제를 진단하고 시사점을 도출하는 방향에서 정보인권 관련 연구가 수행되어야 한다고 판단된다.

정보인권에 대한 실정법적·법이론적 개념 정립이 미처 이루어지지 않은 상황에서 정보인권은 이미 현대 시민의 삶에 큰 영향을 미치고 있는 게 현실이다. 정보통신기술의 급속한 발전 및 보편화는 과거 특정 계층이나 집단의 전유물로 여겨지던 정보화 관련 쟁점들을 시민사회라는 논의의 장으로 옮겨 오도록 하고 있을 뿐만 아니라, 정보사회의 일상적 삶에서 정보의 생성과 유통·활용에 관련된 개인적 혹은 사회적 권리와 책임은 더욱 강화되고 있

32) F. Schoch, *Öffentlichrechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung*, VVD StRL 57, Walter De Gruyter, 1998, S.213.

33) Vgl. Fritz Werner, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, DVBl, 1959, S.527.

으며, 이에 대한 사회적 쟁점화 역시 빠르게 진행되고 있는 실정이다. 그리고 이러한 변화에 따른 제도화의 움직임 역시 활발하게 이루어지고 있는바, 정보인권과 관련된 다양한 법제화가 이루어지고 있고 이를 통해 개인은 국가 혹은 사회활동에 있어 자신이 인식하는 것 이상으로 정보인권의 주체가 되고 있으며 이러한 정보인권 영역의 확대로 기존의 사회문화적 혹은 기본권적 권리와 상충되거나 경합되는 영역 역시 확대되고 있다. 이러한 논의는 정보인권의 개념이 범규범뿐만 아니라 법현실적으로 인간으로서의 존엄성에 상응하게 처리되어야 할 것임을 확인하면서도, 그 객체인 정보는 국가사무나 거래실무에 있어서 활용가치가 상존함을 인식하고 이에 대응해야 할 것이라는 점을 인식한 데 기인한다.

따라서 정보인권의 개념과 유형을 체계적으로 분석함으로써 정보인권 관련 권리 상호간 경합 및 상충의 문제를 조율할 수 있는 법제도적 개선방안을 모색하고 정보인권의 신장에 기여할 법령적 근거를 현행법체계에서 논구하여 이른바 정보헌법의 해석상 그 규범구체화의 현황과 방향 제시가 좌표 설정의 관점에서 요구된다고 볼 것이다. 이는 정보인권의 개념적 유형화에 대한 비판적 성찰을 근간으로 하여 규범구체화에 따른 정보인권 법령의 체계적·실질적인 정합성 제고방안을 형성함으로써 종국적으로 정보인권 관점에서의 현행 법제도의 헌법친화적 규범구체화를 마련하는 데 단초(端礎)를 이룬다는 점에서 그 의의가 확인될 수 있을 것이다.

2. 정보인권의 분류

인권은 인간으로서 당연하게 누려야 하는 인간의 존엄성을 유지할 수 있는 여러 가지 삶의 조건들을 충족할 수 있는 최소한의 기본적인 권리를 의미한다.³⁴⁾ 여기서 인간의 존엄성을 유지하기 위한 삶의 조건들은 역사적·사회적 상황에 따라 변화할 수 있다. 정보인권 혹은 디지털 인권을 4세대 인권이라 지칭하는 것 역시, 시대의 변화에 따라 이러한 인권의 강조점이 달라져 왔음을 보여주는 것이라 할 수 있다. 우리의 경우 「대한민국헌법」이 정보인에 관한 어떠한 명문의 규정도 마련되어 있지 않고 있지만, 제37조제1항에서 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”라고 명시되어 있기 때문에 헌법해석상 정보인권은 국민의 정보생활과 관련된 기본권의 조합으로서 헌법에 열거된

34) 조일수, 정보인권의 보장 방안에 대한 연구, 윤리연구 제60호, 한국윤리학회, 2005, 214~215쪽.

기본권에서 어느 정도 유추해 볼 수 있는 것이라 할 수 있다. 그러므로 정보적 활동의 특성에 따라 정보생활의 법률관계를 분류하고 이에 대응하는 국민의 기본적 인권을 살펴봄으로써 정보인권의 유형을 구체화할 수 있을 것이다. 다만, 정보역무의 이용자, 즉 service users 만을 보호대상으로서 국민으로 상정하여 정보적 활동에 관한 법률관계의 단면에 치우치는 것은 문제가 있다.

특히나 헌법상의 혹은 헌법합치적 정보질서에 기인하지 않고 정보인권의 유형화 및 구체화에 대한 논의는 전무한 실정이다. 기본권 혹은 인권 보장에 관한 규범체계는 그 터전이 되는 국가적 질서체계를 구축하고 상호작용하기 마련이며, 이러한 관점에서 우리 헌법이 상정하고 있는 정보질서에 부합하는 정보인권의 합리적·균형적 보호를 모색하는 학문적 접근이 시급하다고 볼 수 있다. 새로운 인권개념으로서 정보인권의 제도화의 진행은 기존의 사회질서체계상의 권리들과 충돌하거나 경합할 가능성이 존재하기 때문인데, 이는 종전의 기본권충돌이론에 따른 이익형량을 정보질서의 틀 안에서 논의할 것을 요구한다.³⁵⁾

물론 헌법적 기초에서, 우리 헌법이 ‘정보유통에 대한 통제권이 국민에게 있다’라는 헌법정책적 지표를 설정하고서 그 실현방안으로 국민 개개인이 가지는 정보유통에 대한 통제력을 ‘정보의 자유’와 ‘정보프라이버시’라고 하는 두 가지 차원의 정보인권으로 보장하고 있다는 통찰은 이론적으로 타당하다.³⁶⁾

35) 예컨대, 국가가 법률로써 행정기관에 의한 개인정보의 취급에 제한을 마련하는 경우와 국가가 사인에 의한 개인정보의 처리에 법적 제한을 마련할 경우와는 문제의 구성은 물론 필요한 조정의 형태가 다른 것이다. 민간부문에서 개인의 존엄이 기본적 인권으로 보장되는 것에 대하여는 적어도 헌법의 간접적인 적용을 받는 것이지만 시장경제의 자율성을 근간으로 하고 있기에 동시에 예컨대 표현의 자유나 영업의 자유와 같이 상충되는 기본권이나 사적 자치의 원리(*Prinzip der Privatautonomie*)와의 조화가 고려되어야 할 것인 반면에, 법치국가원리(*Rechtsstaatsprinzip*)의 요청에 따라 일정한 행정작용은 의회제정법(*statute*)을 근거로 발동되어야 한다는 법률유보원칙(*Grundsatz des Gesetzesvorbehalts*)이 적용되는 공공부문의 경우 개인정보보호에 관한 원리가 상이하게 나타날 수밖에 없다고 할 것이다.

36) 우리 헌법상의 정보질서는 ‘국민의 자유와 민주주의의 확보’라고 하는 자유민주주의의 기본이념에 봉사하기 위하여, ‘정보유통에 대한 통제권이 국민에게 있다’라는 정책지표를 확인·선언하면서, 그 구현방법으로서 국민 개개인이 가지는 정보유통에 대한 통제력을 ‘정보의 자유’와 ‘정보프라이버시’라고 하는 두 가지 차원의 정보인권으로 보장하고 있다. 다시 말해서, ‘공적 성격의 정보’에 대해서는 모든 국민 개개인에게 그 유통에 대한 통제권(정보의 자유)을 인정함으로써 개인의 존엄과 자유의 조건을 확보하고 동시에 민주적 정치과정을 촉진하고자 하는 기본정책을 채택하고 있다. 한편, ‘사적 성격의 정보’에 대해서는 당해 정보주체에게 그 유통에 대한 통제권(정보프라이버시)을 부여함으로써 개인의 존엄과 자유의 조건을 확보하고자 한다. 이 두 가지 방향의 정보정책은 개인의 존엄과 자유를 보장하고 민주적 정치과정을 확보하고자 하는 모든 자유민주국가에서 정보질서의 근간을 이루는 것이다; 이인호, 정보인권 논의가 시사하는 헌법학적 프레임: 디지털시대에 있어서 정보를 둘러싼 권력과 자유의 긴장과 조화, 법학연구 제3호, 가톨릭대학교 법학연구소, 2008, 45~49쪽.

<표 1> 헌법상 정보인권 보장의 기본구조

기본이념	국민의 자유와 민주주의의 확보	
정책지표	정보유통에 대한 통제권을 국민에게	
구현방식	국민 개개인이 가지는 정보통제력을 두 가지 차원의 정보인권으로 보장	
	정보의 자유	정보프라이버시
대 상	공적 성격의 정보	사적 성격의 정보
내 용	<ul style="list-style-type: none"> · 언론·출판·집회·결사의 자유 · 학문·예술의 자유 · 공개재판을 받을 권리 · 교육을 받을 권리 · 정보공개청구권 · 국회의원·재판공개의 원칙 · 정보참여권(실질적인 정보의 자유) 	<ul style="list-style-type: none"> · 사생활의 비밀 보장 · 통신비밀의 보장 · 개인정보자기결정권 · 압수·수색의 영장주의 · 진술거부권

출처: 이인호, 정보인권 논의가 시사하는 헌법학적 프레임: 디지털시대에 있어서 정보를 둘러싼 권력과 자유의 긴장과 조화, 법학연구 제3호, 가톨릭대학교 법학연구소, 2008, 47쪽.

그러나 위의 선도적 연구는 정보헌법체계에서 디지털시대 정보인권의 재구성에 있어서 정보질서에 근거한 유형화가 아니라,³⁷⁾ 직관적 기술로 인터넷과 언론자유 보장, 익명표현

37) 국가체제와 구별되는 사회구조상의 경제영역과 그 논리의 궤(軌)를 같이 하며, 명문으로 경제질서를 특정하지 않고 있는 헌법의 중립성은 사회구성원의 속성상 동일선상에 놓여 있는 정보질서에 대한 태도에도 적용될 수 있을 것이라 여겨진다. 따라서 규범적으로 개방된 경제질서에 있어 기업의 자유는 헌법 제15조에서 천명하고 있는 직업(선택)의 자유와 헌법 제23조상의 재산권 등에서 도출될 수 있는 바, 이는 우리 헌법이 상정하고 있는 경제구조를 형성하는 기본권이며 산업적 측면에서의 정보활동에 대한 규범적 설정의 기초를 이루고 있기에 정보사회에서의 정보의 활용에 있어서도 헌법적 가치를 제공하는 정보질서를 설명할 수 있게 한다. 따라서 정부규제로서의 시장개입은 자유시장과 정부부문간의 단순한 이분법적 대립관계를 넘어서 구체적으로 어떤 범위에서, 어떤 종류의 규제가 헌법적 가치로서의 정의 관념에 부합하는지를 검토하는 방향에서 접근되어야 하며 이러한 전제하에서 규제적 모순(regulatory paradoxes)을 유형별로 치밀하게 분석할 필요가 제기되는 바, 헌법적 정보질서에 상응하는 정보활용의 자유와 책임의 조화를 구체화하기 위해서는 헌법상의 경제질서와 기업의 자유 그리고 개인정보에 대한 개인의 권리 등을 종합적으로 이해하여 우리 헌법이 지향하고 있는 정보질서를 규범적으로 판단해야 할 것이다. 즉, 정보사회로서 우리가 직면하고 있는 현실이 어떠한 규범적 의미가 있는지를 논의한 연후야 비로소 개별적 권익의 상충을 조율할 수 있게 되는 것이다. 이러한 측면에서 우리 헌법은 원칙적으로 정보의 활용과 유통의 산업적 활성화를 도모하기 위하여 개인과 기업의 정보활동을 장려하고 있으며, 다만 개인정보 보호와의 균형을 위해 예외적으로 정부규제와 시장개입을 허용하고 있는 것으로 새겨야 할 것이다. 정보의 자유를 갖는 개인과 기업 가운데 이를 기업의 자유에 의해 영업활동을 하는 데 있어서는 정보상의 자유와 창의를 존중하는 질서가 규범적으로 인정되어야 할 것이고 이를 침해하지 않는 범위 내에서 정보

의 자유의 보장, 암호표현의 헌법적 보장, 개인정보자기결정권의 보장 및 ‘정보참여권(right to digital participation)’ 내지 ‘정보접근권(right to digital access)’의 효율적 보장 등을 개별적으로 지적하고 있을 뿐이다.³⁸⁾ 뿐만 아니라 정보프라이버시와 개인정보자기결정권은 동일한 용어임에도 불구하고 이른바 프라이버시³⁹⁾로 포괄되는 사생활 비밀 및 통신비밀의 보장 등이 개개인의 정보통제력의 구현방식으로서 정보프라이버시라는 상위개념으로 묶여있다는 점에 있어서는 재검토가 요청된다고 판단된다. 자기 정보에 대하여 정보주체 스스로가 보유하는 자율적 관리·통제·결정 권능의 권원으로서 정보자기결정권(情報自己決定權; Recht auf informationelle Selbstbestimmung)은 일정한 범위 내에서 자신에 관한 정보를 제공할 것인가를 자유로이 결정할 권한이 인간의 존중과 인격의 자유로운 전개에 해당하여 법적 보호를 필요로 하는 것으로 파악하여 1983년 독일 연방헌법재판소가 결정한 인구조사판결(BVerfGE 65, 1)에서 처음 인정된 개념인바, 자신에 대한 정보가 언제·어떻게·어느 범위까지 타인에게 전달·이용될 수 있는지를 자율적으로 결정할 수 있는 것으로서 미국에서 논의되는 정보프라이버시(information privacy)와 동일한 개념이라 볼 것이기 때문이다.

한편, 이른바 정보기본권을 ① 헌법 제10조의 인간의 존엄권, 인격발현권과 자기결정권 및 행복추구권에 근거하는 기본권으로 보고, ② 그 정의와 내용을 검토하기 위해서는 그 보호객체인 정보의 개념을 정립하여야 할 것이라고 하면서, ③ 정보기본권을 좁은 의미와 넓은 의미의 정보기본권으로 나누어 그 각각에 정보사회에서 새롭게 대두한 기본권뿐만 아니라 정보와 관련성이 있는 기존의 기본권도 포함하여 정보기본권의 범주에 포함시키는 견해가 있으며,⁴⁰⁾ 기존의 헌법원리나 특정 기본권 또는 몇몇 기본권을 근거로 하여 정보관련 기

의 민주화라는 요청에 따른 최소한의 정부규제가 정당화되는 것으로 유추해석할 수 있는 것으로 본다면, 개인과 기업의 정보활동에 대한 제한을 헌법상 중립적 가치로서의 정보질서에 부합하도록 규제합리화의 선상에서 재검토할 필요성이 있는 것이다; 拙稿, 개인정보에 관한 법리의 재검토, 인터넷법률 제30호, 법무부, 2005, 42~44쪽.

38) 이인호, 같은 글(註36), 66~90쪽.

39) Westin은 프라이버시를 어떠한 환경이든 개인의 신체나 태도 및 행위를 타인에게 얼마나 노출할 것인지 자신이 자유롭게 선택할 수 있는 자유로 보았고(Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, New York: Atheneum, 1967, p.7), Bloustone은 프라이버시를 인격권으로서 인격의 침해, 개인의 자주성, 존엄과 완전성을 보호하는 것이라 하며(Edward J. Bloustone, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, 39 N.Y.U. Law Review 962, 1964, p.1004), Gavison은 프라이버시가 ‘삶의 조건 또는 상태’를 의미한다고 이해하면서 비밀(secretcy), 익명성(anonymity), 고립성(solitude)을 그 요소로 제시한다(Ruth Gavison, *Privacy and the Limits of Law*, 89 Yale Law Journal 421, 1980, pp.425~440).

40) 정영화, 생성되고 있는 정보기본권에 관한 고찰, 세계헌법연구 제7호, 세계헌법학회, 2003, 418~421쪽.

본권에 접근하는 현행의 방법은 전통적인 기본권의 관점과 범주에 묶여 정보사회에서 나타난 정보기본권의 본질 또는 전 범주를 다루지 못하는 문제점이 있다는 전제⁴¹⁾ 아래 정보관련 기본권에 대한 접근방법의 출발점을 개별 기본권에 둘 것이 아니라 정보관련 기본권의 기초개념인 ‘정보(정보의 개념·분류·주체, 정보와 정보주체와의 관련성 등)’에 대한 논의를 기초로 ‘정보 중심의 정보기본권 정립’이라는 방향으로의 이른바 정보기본권 체계화의 전개를 역설하면서⁴²⁾ ① 정보통신의 안전과 비밀 보장, ② 정보제공권(정보를 제공하지 아니할 권리), ③ 알 권리(정보수령권 및 정보를 수령하지 아니할 권리, 정보수집권, 개별적·일반적 정보공개청구권, 정부·언론에 대한 통제권), ④ 자기정보통제권 혹은 개인정보자기결정권 등으로 분류하는 견해도 있다.⁴³⁾ 하지만 정보와 정보주체의 개념 정의에 따라 이러한 분류는 오히려 정보와 관련성이 있는 기존 기본권을 포섭하는 문제를 내포하게 되거나 동일한 기준에서의 일정한 논리전개를 저해하여 결국에는 정보사회에서 인권과 기본권에 대한 재조명이 정보라는 매개적 수단과의 결부로 형식적·구조적 의미만 남기게 할 뿐 아니라,⁴⁴⁾ 전통적 의미에서의 언론과 구별되는 정보매체로 웹기반의 PC 인터넷이나 스마트폰

41) 김배원, 정보기본권의 독자성과 타당범위에 대한 고찰; 헌법개정과 관련한 체계구성을 중심으로, 헌법학연구 제12권 제4호, 한국헌법학회, 2006, 206~207쪽.

42) 이러한 접근방법의 전환을 통하여 정보기본권이라는 독자적 체계와 범주 내에서 정보관련 기본권의 체계성과 연관성에 대한 논의가 가능할 것이다; *Ibid.*, p.208.

43) 정보기본권 행사를 가능하게 하는 정보통신기반의 확립과 유지는 국가적 임무로서 당연히 전제되어야 할 것임은 물론이다; *Ibid.*, pp.209~210.

44) 정보공개제도에 있어서의 정보는 그 형식을 막론하고 공개와 가치와 공유의 의미가 존재하는 자료의 총체를 뜻한다고 할 것이다. 따라서 현행법상 행정주체의 개인정보보호 및 행정정보공개를 규정하고 있는 일반법으로서 「공공기관의 개인정보에 관한 법률」과 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에서의 정보는 그 범위가 상이하다고 할 수 있다. 전자(前者)의 경우 컴퓨터로 처리되는 전자적 자료로서 개인정보파일을 대상으로 함으로써 여기서의 정보 개념과 부합하고 있으나, 후자(後者)의 경우 형식에 구애받지 않는 모든 자료를 포괄하고 있다고 할 것이다. 이는 입법취지상 그 범주가 설정된 것이지만, 양자(兩者)의 긴장과 상충을 고려할 때 전자(前者)의 범위를 확대할 필요성이 존재한다고 본다. 그럼에도 불구하고 정보보호와 정보공개가 본고의 정보 개념에 따라 접목되어질 때 비로소 정보인권의 유형화는 적절한 논의로 유의미하다고 생각한다.

한편, 정보주체의 개념 역시 단일의 기준에 따라 설정되는 용어로 볼 수 없다고 할 것이다. 즉, 개인정보자기결정권의 보장이라는 의미에서의 개인정보보호의 경우 해당 개인정보에 관한 권리주체로서 정보주체는 자신의 정보를 스스로 관리하고 통제할 수 있는 권능을 보유한다는 점에서 핵심적인 축을 이루고 있지만, 생존하는 자연인이 식별되거나 다른 정보와 용이하게 결합되어 그 정보주체가 식별될 수 있는 개인정보에 해당하지 않는 정보의 경우 이를 보유하거나 유통하는 과정에서의 법률관계에 있어서는 정보의 보유주체나 관리주체에 해당하는 것이 정보주체로 기능한다고 볼 것이므로 같은 어휘로 포섭하는 것은 규범적으로 부적절하다고 사료된다.

을 포함한 다양한 단말기 그리고 폐쇄회로텔레비전(closed circuit television; 이하 ‘CCTV’라 한다)⁴⁵⁾ 등의 경우 정보 개념으로 응축되는 연결고리를 지니지만 언론의 기능적 요소로만 함축되어질 수 있는 대상은 아니라는 점에서 되짚어볼 필요가 있다.⁴⁶⁾

Ⅲ. 논의의 재구성

정보인권은 헌법상의 질서를 구현하기 위해 보호되어야 하는 권리로 정의되고 있다. 이는 곧 헌법상 보장된 기존의 인권 개념이 정보화라는 시대적 특성에 따라 확대·발전된 것으로 볼 수 있다.⁴⁷⁾ 모든 실정법이 그러하듯이, 법체계의 변화가 실제 사회문화의 변화를 적시에 반영되기 어렵기 때문에 정보인권 역시 기존의 법체계에서 보장되던 인권이나 권리부분을 시대변화에 맞추어 재해석 혹은 재정의하여 적용하고 있는 것이다. 그러나 이러한 법체계상의 흡결 혹은 기존 법체계와의 간극의 발생 가능성은 정보인권이 실정법 체계 내에서 어떠한 지위를 갖고 있는지에 대한 문제로 귀결된다. 즉, 정보인권에 포함되는 권리의 내용이 기존의 헌법적 기본권과는 어떠한 차이를 지니는 것인지, 이들 권리 보장에 대한 법적

45) 원래 CCTV란 특정한 수신자만 서비스하는 것을 목적으로 하는 텔레비전 전송 시스템을 가리키는 화상 통신용어이다. 교육·의료 및 지역 정보서비스 등 산업 분야 전반에 이용되고 있는 CCTV는 송신 측에서 수신 측까지 유선 또는 특수 무선 전송로를 이용하기 때문에 일반 대중은 마음대로 수신할 수 없으며, 산업용 텔레비전(ITV) 또는 전용 텔레비전이라고도 한다. 이를 통해 포착된 CCTV 영상정보의 활용에 관한 최근 논의에 대하여는 한국정보화진흥원, 국가영상정보자원 운용효율화 컨퍼런스 자료집, 행정안전부, 2010, 5쪽 이하 참조.

46) 현행 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」에서 언론이라 함은 방송, 신문, 잡지 등 정기간행물, 뉴스통신 및 인터넷신문을 말하며, 인터넷뉴스서비스와 인터넷멀티미디어방송을 언론에 준하는 것으로 보아 피해구제원칙이 적용되는 대상으로 언론·인터넷뉴스서비스 및 인터넷멀티미디어방송을 포괄하는 ‘언론 등’을 설정하고 있다. 하지만 원론적으로 언론이란 「신문 등의 진흥에 관한 법률」이 제2조제1호에서 신문의 개념 정의를 밝히면서 제시하고 있는 ‘정치·경제·사회·문화·산업·과학·종교·교육·체육 등 전체 분야 또는 특정 분야에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파하기 위하여’라는 목적과 기능을 주시하여 ‘매체를 통하여 어떤 사실을 밝혀 알리거나 어떤 문제에 대하여 여론을 형성하는 활동’이라고 이해하는 것이 타당할 것이다. 이렇게 볼 때 언론은 자료활용의 목적과 기능에 주안점이 있는 것인 반면, 일정 목적을 위하여 아날로그나 디지털 방식의 전자적 신호로 작성·취득·관리되는 일체의 자료는 그 발현기능에 구애받지 않고 전자적 지식원으로서 정보라는 개념에 응축될 수 있고 특정참여자 사이의 정보 교환(distribution of exchange)을 목적으로 하는 통신(telecommunication)과 불특정다수의 공중에 대하여 정보분배(distribution of information)를 목적으로 하는 방송(broadcasting)이 융합(convergence)하는 정보환경속에서 정보역무를 제공하는 사회 하부구조인 정보매체는 기능중립적 관점에서 논의되어야 할 것이다.

47) 하우영, 노동정보 처리와 정보인권 보호, 한국정보보호학회지 제13권 제6호, 한국정보보호학회, 2003, 18쪽.

근거와 정당성이 헌법으로부터 직접 도출되어 헌법적 기본권으로서의 지위를 지니는 것인지, 이들 권리의 내용 및 구성이 실제 정보화시대의 특성을 반영하고 현실적 법체계와도 부합하는 것인지 등에 대한 문제가 발생하게 되는 것이다.⁴⁸⁾

이를 위해 먼저 정보인권과 관련되는 헌법적 기본권 혹은 인권을 살펴보면, 일차적으로 언론의 자유와 학문의 자유, 예술의 자유 등의 자유권이 문제가 되지만, 이외에도 자율적인 삶의 형성과 관련된 인격권, 정보의 남용에 대한 방지와 관련된 사생활의 비밀과 자유, 통신의 비밀과 같은 기본권이 직접적으로 관련된다. 이 밖에도 개별 이슈와 사안별로 간접적으로 정보인권과의 관련성을 고려하면, 사실상 거의 모든 헌법상 기본권이 이에 해당한다고 볼 수 있다. 그러나 이처럼 정보인권이 직·간접적으로 기존의 헌법적 기본권과 관련된다고 하여, 내용적인 면에서 정보인권을 특정한 헌법적 기본권에 완전하게 합치하는 것이라고 보는 것은 무리가 있다. 가령, 정보인권의 주요한 축인 정보의 자유에 있어서 정보화의 진전은 알권리를 비롯한 언론 및 표현의 자유를 크게 증진시켰다는 점에서 헌법상 기본권인 자유권의 확장으로 볼 수 있지만, 헌법상 자유권은 그 자체로 목적인 동시에 다른 기본권의 신장에 기여하는 수단적 성격도 지니므로 단순히 정보인권 중 정보의 자유 측면을 헌법상 자유권과 동일 시 하기에는 무리가 있는 것이다.⁴⁹⁾

따라서 정보인권과 직접적으로 관련되는 헌법적 기본권 내지는 가치라 할지라도 실제 적용에 있어서는 사안의 특성과 시대상황에 따라 정보인권을 해석하는 내용과 수준이 달라질 수 있다는 것이다. 이처럼 정보인권 및 이와 관련되는 헌법적 기본권과의 내용적 차이의 발생가능성으로 인해 실제 법적 사례 등의 적용에 있어 헌법적용에 따르는 근거와 정당성이 얼마나 있느냐의 문제가 발생하게 된다. 이는 현행 헌법에서 기본권 중 정보인권을 직접적으로 확인하거나 선언하고 있지 않은 데에서 발생하는 문제로서 정보인권 보장의 법적 근거로서 항상 해석적 판단여지가 생기는 원인이 되고 있다. 특히, 온라인상에서의 표현의 자유와 정보프라이버시권과 같은 정보인권 상에서 상충되는 권리에 대한 경합이 이루어지는 경우에는 각각의 근거가 되는 헌법상의 자유권과 사생활의 비밀을 어느 수준까지 대표하는

48) 유럽에서는 ‘정보인권’ 의미를 ‘digital rights’라는 용어로 사용하고 있으며, ① 프라이버시, ② 개인정보보호, ③ 통신비밀보호, ④ 표현의 자유, ⑤ 정보평등권 또는 정보격차해소, ⑥ 정보접근권, ⑦ 전자투표참여권 등으로 유형화하여 개별국의 실정법 규정을 천착하고 있다; See generally Ronald Leenes, Bert-Jaap Koops, and Paul De Hert, *Constitutional Rights and New Technologies: A Comparative Study*, Hague: T · M · C · Asser Press, 2008, pp.11~263.

49) 장영수, 정보화시대와 인권 · 법, 법학논집 제35집, 고려대학교 법학연구원, 1999, 25~26쪽.

것으로 해석할 것인지, 그리고 이들 간의 기본권 경합문제는 어떻게 다룰 것인지가 문제가 될 수 있다. 또한 정보자기결정권과 같이 정보인권에서는 논의가 진전되었으나 헌법체계에 서는 아직 개별적 기본권으로 정립되지 않은 권리와 개별적 기본권간의 경합이나 충돌이 발생할 경우에는 이를 단순하게 경합되지 않는 상황으로 해석할 것인지가 문제될 수 있다.⁵⁰⁾ 이러한 경우에 대해 일부 학자들은 개별적 기본권에 해석을 의존하기보다는 헌법의 기본원리라 할 수 있는 국민주권주의 및 인간의 존엄과 가치와 같은 상위 가치개념으로부터 직접 법적 근거 및 정당성을 도출하려는 시도를 하기도 한다.⁵¹⁾

결국, 이처럼 정보인권의 내용과 구성이 헌법체계의 그것과 완전하게 합치하지 않을 수 있다는 것은 정보인권에 대한 일반시민의 인식상의 혼란을 가중시키고 정보인권에 대한 논의를 복잡하게 만드는 요인으로 작용한다. 이에 더하여 급속하게 진전되는 정보화 사회를 반영하여 정보인권의 내용과 구성은 더욱 새롭고 복잡해지는 데 반해, 헌법적 기본권 또는 인권 체계가 이를 반영하지 못함으로 인해 현실과 정보인권, 법체계 간의 간극이 더욱 커지게 될 수 있다. 사실, 인권은 시대와 사회의 변화에 따라 그 가치와 모습이 변화하는 반면, 자유민주주의의 가치를 실현하는 최상위 법체계인 헌법은 경성적 특징을 지니기 때문에 이들 간의 괴리는 어느 정도 예상할 수 있는 문제라 할 수 있다. 따라서 정보사회에서의 정보인권의 실질적 보장을 위해서는 이들을 연계하는 하위법제의 지속적 정비를 통해 인권과 법 사이의 간극을 줄여가는 동시에 규범적 현실과 정보인권 상호간에도 격차를 해소하려는 노력을 지속적으로 할 필요가 있다.

그렇다면 현재의 정보환경 속에서 인간의 존엄성을 유지하기 위한 삶의 조건들은 어떠하며, 정보인권은 이를 어떻게 그리고 얼마나 반영하고 있는가? 정보사회에서 인간의 존엄성을 유지하기 위한 삶의 조건 중 가장 중요한 것은 당연하게도 정보라고 할 수 있다. 그러나

50) 헌법재판소는 “개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다. 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신분, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다. 또한 그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다.”라고 실시하여 개인정보자기결정권이란 용어를 쓰고 있다; 헌법재판소 2005.5.26. 선고 2004헌마190결정, [판례집 17-1, 668, 682~683].

51) 성낙인, 정보보호와 인권, 법학 제45권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2004, 103쪽.

정보 그 자체만으로는 이러한 조건이 충족되기 어려우며, 정보를 가공하고 전달하는 매체를 활용함으로써 인간의 삶이 보다 윤택해지는 것이 정보사회의 가장 큰 특징이라 할 수 있다.⁵²⁾ 즉, 정보사회에서는 정보를 가공하면 할수록 그 가치가 증대되며, 이렇게 수집되어 가공되고 유통되며 활용되는 정보가 상품 및 권력자원이어서 가치를 지니게 된다고 할 수 있다. 따라서 정보인권이란 이처럼 정보가 수집·가공·유통·활용되는 과정과 그 결과로 얻어진 정보가치에 따라 인간의 존엄성이 훼손되지 않고 이를 통해 삶의 조건이 개선될 수 있도록 하는 최소한의 권리라 정의할 수 있다. 이러한 정보사회의 특징에 비추어 볼 때, 정보인권의 가장 주요한 대상은 개인의 정보를 필요로 하는 국가 및 민간기업, 행정기관이라 할 수 있다. 이들은 국가 및 사회의 운영을 위해서 혹은 기업의 이윤 극대화를 위해서, 또는 효율적인 정책결정을 위한 자료로 개인의 정보를 필요로 한다. 이 과정에서 개인의 가치를 훼손시킬 수 있는 부당한 개인정보의 수집·가공·유통·활용활동이 발생할 수 있으며, 이로 인해 정보자기결정권이 정보인권에서 강조되게 된다. 또한 이들이 수집한 정보에 대해 접근을 제한하거나 선별적·차별적 접근을 허용함으로써 정보사회에서 개인이 향유하는 삶의 조건이 훼손될 수 있다는 점에서 정보접근권 역시 정보인권을 구성하게 된다.

정보사회의 또 다른 특징으로는 정보를 수집·가공·유통·활용하기 위한 매체의 발전 및 보편화로 인해 사이버 공간이라는 새로운 사회적 공간이 생성되었다는 것을 들 수 있다. 이 새로운 공간은 인터넷과 같은 커뮤니케이션 매체의 보편화 및 기술발전에 힘입어 한때 무한히 확장이 가능한 자유롭고 미개척지인 세상으로 인식되기도 하였다.⁵³⁾ 그러나 이 공간은 새로운 정보매체에 익숙하지 않은 개인에게는 정보의 가치창출활동에 접근할 수 없도록 하는 정보격차(digital divide)를 형성함으로써 정보인권에서의 정보접근권 대상이 될 수 있

52) 정보전달수단으로서 정보매체는 과학기술의 발달과 더불어 그 모습을 달리해 왔다. 문자가 발명된 이후 정보의 기록·저장·전달을 가능케 하였던 인쇄매체시대를 제1기 정보매체시대라고 한다면, 거리와 시간의 개념을 초월하여 음성으로 정보전달을 가능케 하였던 전파매체시대는 제2기라고 볼 수 있다. 인쇄기의 발명과 출판, 신문사업의 발달이 인쇄매체시대를 꽃피웠던 반면, 전신과 라디오의 발명은 음성전파매체시대를 활짝 열어주었다. 그리고 음성위주의 정보전달에서 탈피하여 화상정보전달까지 가능케 하였던 영화와 텔레비전의 등장은 제3기 정보매체시대의 개막을 알렸다고 볼 수 있다. 이러한 맥락에서 볼 때, 인터넷은 제4기 정보매체이다. 기존의 정보매체는 단편적 기능을 수행했던 반면, 제4기 정보매체는 기존매체가 가지고 있는 기능들을 효과적으로 복합하여 결합시킨 정보매체라고 할 수 있다; J. Schmitz & J. Fulk, *Organizational colleagues, media richness, and electronic mail*, Communication Research, Vol.18 No.4, Sagel Publications, 1991, pp.493~497.

53) Andrew D. Murray, *Regulation and Rights in Networked Space*, Journal of Law and Society 30(2), 2003, p.187.

다. 또 다른 한편에서는 이러한 공간에 질서를 만들어 내는 과정에서 정보인권 상의 표현의 자유가 침해될 가능성도 만들어 내게 되었다.

그 밖에도 정보사회는 유통되는 정보 가치를 동질하게 만들고, 커뮤니케이션 기능을 극대화시킴으로써 과거 어떤 사회보다 문화 및 가치의 다양성이 향유된다고 할 수 있다. 이는 한편으로는 개인의 독창적인 노력의 산물로 창출된 정보의 가치를 훼손할 수 있다는 점에서 정보자기결정권에 대한 침해가 가능하게 할 수 있으나, 또 다른 한편으로는 이러한 다양성을 향유할 수 있는 기회를 제공하여 인간의 삶의 질을 향상시킬 수 있다는 점에서 정보문화 향유권이라는 정보인권을 개선시킬 수도 있다. 이처럼 정보사회의 특징에 따라 정보인권의 강조되는 부분이 서로 중첩 혹은 상이하게 나타나며, 때로는 개별 권리 상호간의 충돌이나 경합이 발생하기도 한다.

이와 같은 관점에서 지금까지의 논의를 바탕으로 정보인권을 다음과 같이 분류할 수 있을 것이다. 여기서 전제되어야 할 것은 헌법상 기본권과 중첩되지만 동일시될 수 없는 인권 개념에서 정보사회와의 결부성을 고려하여 정보인권의 개념을 상정하되, 헌법상 정보질서와의 연관성을 직시토록 하고 정보의 생애주기(life cycle)를 고려하여 정보인권의 유형화를 시도하는 것이어야 한다는 점이다. 그리고 이에 따라 가령 정보의 생성과 유통에 관련된 정보프라이버시 및 표현의 자유 그리고 정보의 활용과 관련된 정보문화향유권 및 정보접근권 등으로 정보인권을 분류하여 개별법령의 규범체계와 정합성을 재검토하는 것이 필요하다. 따라서 정보인권은 정보환경을 구성하는 핵심요소인 정보기술에 대응하여 정보사회에서의 국가 역할 역시 인간의 존엄과 가치의 불가침성을 인식하는 차원에서 논의되어야 할 것이다.⁵⁴⁾

54) 독일의 경우 정보기술시스템의 무결성 및 기밀성에 대한 이른바 IT 기본권은 인간존엄성의 불가침을 선언하고 있는 기본법(*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) 제1조제1항(*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.*)에 그 기반을 두고 있다고 하지만, 이는 이념적 지향으로 인간으로서 존엄과 가치가 당연한 논리구조에 얽혀있는 것이라 하겠다; Bernd Holznel und Pascal Schumacher, *Auswirkungen des Grundrechts auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme auf RFID-Chips, MultiMedia und Recht* Heft 1, München: C.H. Beck, 2009, S.3.f.

<표 2> 정보인권 유형화의 재구성

	분류	세목	관련법률
정보인권	정보참여권	정보접근권	「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 「교육관련기관의 정보공개에 관한 특례법」
		정보보안권	「정보통신기반 보호법」 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」
		정보영업권	「전기통신기본법」·「전기통신사업법」 「방송통신발전 기본법」 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」
	프라이버시	개인정보 자기결정권	「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」
		사생활권	「통신비밀보호법」 및 「개인정보 보호법(안)」
	정보향유권	표현의 자유	「방송통신발전 기본법」 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」
		정보평등권	「국가정보화 기본법」 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」 「방송법」·「전파법」·「인터넷 멀티미디어 방송사업법」

이러한 논의는 「대한민국헌법」과 모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고 그 수준을 향상시킴으로써 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하고 민주적 기본질서 확립에 이바지함을 목적으로 제정된 「국가인권위원회법」이 정보환경의 변화 속에서 규범적 해석만으로 대응할 수밖에 없는 정보사회에서의 인권 문제를 헌법현실적 고려에서 재정립하려는 시도라 할 수 있다. 위 법 제2조제1호가 규정하고 있듯이 인권이란 「대한민국헌법」 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리라 할 것인바, 정보사회에서의 인권은 정보의 가치와 속성을 특질로 하여 보호가치 있는 법적 이익으로 수렴될 수 있는 범주 내에서 유형화되고 구체화되어야 할 것으로 여겨진다. 그러므로 앞의 [표 2]에 적시된 것처럼 정보인권을 ① 정

보참여권, ② 프라이버시, ③ 정보향유권으로 나누되, 정보참여권의 경우 정보접근권·정보보안권·정보영업권 등으로 세분화하고 정보프라이버시에 해당하는 개인정보자기결정권과 이와 같은 적극적 의미의 권익과 구별되는 사생활권을 프라이버시에 포섭시키면서 마지막으로 정보향유권의 경우 정보내용 관점에서 언급될 수 있는 표현의 자유와 정보격차해소의 견지에서 정보활용 측면으로 전환되어 다루어져야 할 정보평등권을 설정하는 방안에 대하여 구상해보았다. 다만, 이러한 논의는 개정헌법에서 정보사회의 기본적 인권으로 확립될 때 비로소 확고한 의미를 확보할 수 있는 것이고 이를 구체화하는 개별법령에 이 같은 정보인권에 관한 헌법친화적인 지향이 구현되고 정보현실에 적절하게 스며들어야만 실천적 함의를 품을 수 있을 것이다.

정보인권의 법적 의의와 좌표에 대한 토론문

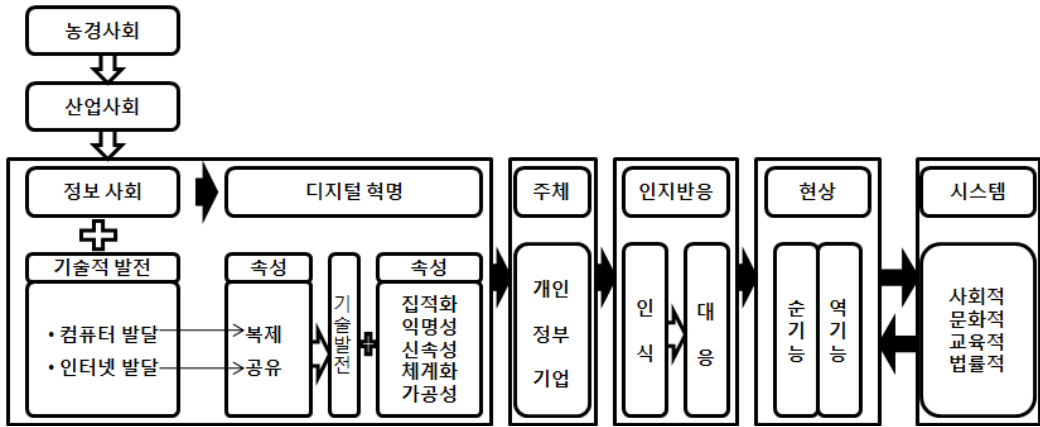
박 성 훈 (국가인권위원회 인권정책과 정보인권 담당)

1. 정보 사회와 법적 제도화, 그리고 인권

(1) 정보 사회의 발전과 제도화

본 발표문에서도 지적하고 있듯이 1990년대부터 많은 학자들이 산업사회와는 구별되는 개념으로서 정보가 중심이 되고 권력의 중심이 되는 ‘정보사회(Information Society)’에 관하여 논쟁¹⁾이 있어 왔다. 하지만 컴퓨터·인터넷·디지털 혁명에 기초한 ‘정보 사회’를 이미 많은 사람들이 무의식적으로 당연하게 받아들이고 있는 지금 기존의 산업사회와 구별에 관한 논쟁은 무의미하다고 할 것이다.

1) 정보사회의 개념은 분석적으로 기술적, 경제적, 직업적, 공간적, 문화적인 기준으로서의 개념정의를 구별할 수 있다. 또한 학자들에 따라 정보에 특별한 강조점을 두는 다니엘 벨의 후기산업사회에 대한 개념화, 감시를 목적으로 수집된 정보가 수행하는 역할을 자세히 보여주는 민족국가와 폭력성에 관한 안토니 기든스, 선진자본주의의 정보에 대한 요구와 조작에 관한 허버트 실러의 견해, 공공영역이 축소되고 있고 그와 함께 정보의 충실성이 약화되고 있다는 위르겐 하버마스의 논의, 포드주의로부터 정보 관리에 성패가 달려 있는 포스트포드주의로 이행하는 과정에 살고 있다는 주장 등이 있다, F. Webster(1995), “Theorise of The Information Society” 참조.



<그림> 정보 사회의 발전과 제도화에 대한 개념도²⁾

우리나라는 그 동안 정보기술을 활용하여 많은 발전을 이루면서, 전 세계의 또 다른 선도 사례로 주목을 받고 있다. 정보 사회를 추진하면서 얻어진 유토피아적 산물이 있음은 부인할 수 없겠지만, 역으로 정보기술을 활용한 디스토피아 또한 간과할 수 없는 것이 현실이다.

이렇게 정보 사회라는 논쟁의 출발점이 얼마 되지 않았음에도 불구하고, 지금은 무한 상상이 현실화 되면서 정보 사회의 순기능과 역기능이 공존하고 있다. 그러나 법·제도는 승수적 성장곡선을 그리며 발전하는 정보 기술을 활용하는 다양한 사회·문화적 현실을 반영하지 못하고 있는 것은 사실이다.

결국 기술 중심의 정보 사회(Information Society)를 제도화 하여 정보화 사회(Informatization society)로 나아가지 못한다면 엄청난 혼란이 가중될 것이라 생각된다. 그런 의미에서 앨빈 토플러는 “한국은 그 동안 영국과 미국이 축적한 산업사회의 모델을 잘 따라 왔으나, 이제는 한국이 따를 만한 검증된 모형은 없으며, 세계가 한국을 주목하고 있다.” 라고 주장했다³⁾.

오늘의 논의가 우리나라에서 20여 년 동안 추진해 왔던 정보 사회에 부합하는 헌법적 제도화 논의의 출발점으로서 중요한 의미가 있다고 생각된다. 앞으로 학계에서 이와 같은 논의가 더욱 더 많아졌으면 하는 바람이다.

2) 한국정보문화진흥원(2009), “디지털 위험사회 대응 정책방안 연구” 15 페이지 ‘디지털의 발생과 흐름’ 수정.

3) 앨빈토플러(2001), “위기를 넘어서: 21세기 한국의 비전”, 정보통신정책연구원 32페이지 참조.

(2) 정보 사회와 인권

정보화 사회의 유토피아와 디스토피아는 원래 그것이 생겨날 때부터 동전의 양면처럼 공존해왔으며, 그것이 탄생시킨 디지털 세상, 사이버 공간 역시 그 순기능과 역기능의 양면성을 배태하고 있다. 디지털의 복제, 인터넷의 공유라는 특징적인 속성에 맹목적 기술적 진보가 더해져 진화해나감으로써 그 부정적 기능과 현상이 더욱 확산되는 것이다⁴⁾.

정부차원에서는 전자정부를 활용한 지속적인 효율성과 개인정보의 축적을 통한 감시와 검열 가능성이 공존한다. 특히, 국가는 정보의 독점과 활용이라는 통제의 메커니즘을 통하여 자신들의 권력을 강화하고자 하는 투쟁의 역사적 산물이라 할 수 있을 것이다. 그 만큼 정보기술을 어떻게 사용하느냐에 따라서 달라지겠지만 시민을 감시하고, 검열하며, 통제하는 수단으로 사용될 가능성을 지니고 있다고 할 수 있다.

기업 측면에서는 수많은 비즈니스 모델과 수익 창출의 유용성이라는 이면에 서비스 이용자의 개인정보 수집과 활용에 따른 유출 가능성이 항상 존재하고, 이로 인하여 사이버 세상에서 자신도 모르는 자신이 존재할 가능성도 동시에 존재한다. 또한 개인 측면에서도 정부나 기업과 마찬가지로 또 다른 개인을 감시할 수도 있고, 그들의 정보를 수집하여 활용할 수도 있다.

그래서 발표문에서 지적하고 있는 바와 같이 국제 사회에서도 제4세대 인권이라 일컬어지는 정보인권의 중요성이 부각되고 있는 것이 사실이지만 정보인권에 대한 논의는 법·정치·행정·사회·교육·공학 등 여러 학문 분야에서 산발적이고, 사례중심의 개별적 접근만이 이루어져 왔을 뿐 정보기술의 발전에 따른 제도화를 위한 총체적인 접근은 이루어지지 않고 있다.

2. 정보인권의 개념 및 유형

정보 인권을 논의하기에 앞서 정보의 개념을 어떻게 정의하며, 정보의 범위를 정하느냐에 따라 정보인권의 개념과 유형이 크게 달라질 수 있을 것이다. 발표문에서는 정보에 대한 사

4) 정보문화진흥원(2009), “디지털 위험사회 대응 정책방안 연구” 15 페이지

전적, 기술적, 법적 분석을 통한 정보의 개념을 정의하면서 대체적으로 의미있게 처리되는 자료로서 역무적 측면에 입각하여 전자적 지식원에 한정(아날로그 자료의 전자적 변환을 포함)하여 지식으로 정의하고 있다.

이는 커뮤니케이션 공학자⁵⁾들의 정보에 대한 개념적 정의와 정보의 질적 문제를 제기하는 의미론적 해석을 모두 포함하고 있지만 결국 아무런 의미없이 쏟아지는 전자적 자료를 현재의 검색, 필터링 기술을 활용한 데이터 마이닝을 통한 유의미한 정보로 변환되는 경우는 해석되지 않을 수 있으므로, 정보의 개념적 정의에 있어서는 보다 신중한 접근이 필요할 것이라고 생각된다.

(1) 정보인권의 개념

정보인권에 대한 정확한 개념정의는 문헌 분석을 통하여 찾아보기는 대단히 어렵다. 정보인권은 디지털 권리(Digital Right), 의사소통의 권리(Communications Right), 정보에 대한 시민의 권리(Citizens' right to Information), 정보에 대한 인권(Humanrights to Information) 등 여러 가지 형태로 불리고 있다. 하지만 이러한 개념은 대체적으로 정보의 개념 및 정보인권의 전체적 개념으로서 부적합하다고 할 수 있을 것이다.

발표자는 논의의 재구성을 통하여 정보인권을 “정보가 수집·가공·유통·활용되는 과정과 그 결과로 얻어진 정보가치에 따라 인간의 존엄성이 훼손되지 않고 이를 통해 삶의 조건이 개선될 수 있도록 하는 최소한의 권리”라고 개념 정의하였다. 하지만 이러한 개념적 정의는 헌법 제10조에서 보장하고 있는 인권이 아닌 헌법재판소 판결문⁶⁾에 등장하는 개인 정보 자기결정권에 입각한 정보의 생애주기에 따른 개념정의라고 할 수 있겠다.

이러한 개념정의는 정보의 주체로서의 정보인권이 아닌 객관적이고 물리적인 정보에 따른 정보인권의 개념에 가까운 것처럼 비춰지며, 정보인권이 지향하는 전반적인 정보인권의

5) 새넨과 위버(Shannon and Weaver, 1964)는 ‘비트(bit)로 측정될 수 있는 양이며 상징이 발생할 확률 관점에서 정의하고 있으며, 로작(Roszak)은 의미론적인 내용에 관계없이 송신자와 수신자를 연결하는 채널을 s 통해 전달되기 위하여 부호화된 모든 것을 지칭한다고 정의하고 있다. 따라서 정보에 대한 커뮤니케이션 공학자들의 개념은 상징의 저장과 전송에 관심이 있는 사람들에게 유용한 것으로서, 그 최소 단위는 커집(긍정)과 꺼집(부정) 또는 0 과 1로서 나타내는 비트라고 생각한다.

6) 헌법재판소 2005.5.26. 선고 99헌마513, 헌법재판소 2005. 7. 21. 선고 2003헌마282, 헌법재판소 2005. 11. 24. 선고 2005헌마112, 헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2006헌마1401, 헌법재판소 2009. 10.29. 선고 2008헌마257, 헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2008헌마324

개념을 포괄하기는 어려운 듯 보인다. 따라서, 정보에 관한 권리가 헌법에 명문화되지 않은 상태에서 가장 적절한 정보인권(Information and Communication Technology and Human Rights⁷⁾)의 개념은 “정보사회에서 정보의 유통에 대한 개인의 통제권을 의미하는 것으로, 개인의 존엄과 자유를 보장해 주는 기본적인 인간의 권리이며, 정보의 자유(정보소통의 권리)와 정보프라이버시권을 포함한 정보유통의 통제에 관한 권리들의 다발”⁸⁾이 적절한 듯 하다.

(2) 정보인권의 유형

발표문은 정보의 유형을 구분하면서 정보의 생애주기에 따른 재구성을 시도하였다. 하지만 이러한 유형화가 지니는 문제점은 ‘이렇게 분류될 수 있는가?’ 라고 하는 의문이다. 발표문 [표2]에서 제시하고 있는 유형화와 관련 법률 제시에서 대분류를 정보참여권, 프라이버시권, 정보향유권으로 분류하고 그 하위 범주로 세목의 권리들을 나열하였다. 하지만 발표문에서는 정보의 생애주기 중에서 이 세 가지 권리가 왜 대분류에 속하고, 나머지 권리들이 하위 범주인 세목에 속하는지에 대하여 자세한 설명이 없어, 논리적 전개에 단절이 발생하는 듯 보인다.

따라서, 이러한 유형화를 하는 경우에 있어 논리적인 흐름 전개상 정보의 생애주기에 따른 분류가 왜 필요한지를 제시한 후, 정보의 생애주기에서 대분류에 속하는 권리가 왜 가장 큰 범주로서 중요한 것인지, 그리고 세목의 권리들이 왜 권리로서 분리되며, 큰 범주의 권리에 포함되는지에 대한 설명이 필요할 것 같다.

정보 인권 중 여러 가지 권리가 있지만 전 세계적으로 가장 중요하게 여기는 두 가지의 권리가 있다면, 프라이버시권과 표현의 자유이다. 이 두 가지 권리는 인권을 실현한다는 이념적 가치에서는 충돌하지 않으나 이를 보장하기 위한 현실에서는 이 두 권리는 충돌할 때가 있는 것은 사실이다. 하지만 발표문 [표2]에서는 프라이버시권과 표현의 자유가 전혀 다른 수준의 권리로서 유형화되어 있어 이 부분은 설명이 필요한 듯 보인다.

7) 여기에서 굳이 IT(Information Technology)라 하지 않고, ICT(Information and Communication Technology)라고 표기한 것은 기술 중심의 표현이 아닌 정보 기술을 사용하여 정보인권이 궁극적으로 추구하는 목표 중 하나인 정보소통의 권리를 표현하고자 하는 것이며, 이로 인한 세부적 권리로서 표현의 자유와 정보접근권, 정보문화향유권이 발현될 수 있기 때문이다.

8) 현재 추진 중인 정보인권특별보고서 내에 정의한 개념으로서, 중앙대학교 법학전문대학원 이인호 교수가 정의한 개념이다.

3. 마치며

이번 논의는 정보인권을 보장함에 있어서 중요한 초석이 될 것임에는 틀림이 없을 것이다. 정보인권 실무 담당자로서 이러한 논의를 열어주신 발제 및 토론자 분들께 무한한 감사의 말씀을 전하며, 정보인권에 대한 이론적 논의가 학계 차원에서 종합적으로 논의되어지는 또 다른 계기가 있었으면 하는 바람이다.

정보인권의 법적 의의와 좌표에 대한 토론문

이 희 훈 (선문대학교 법학과 교수)

1. 본 발표문은 개인의 신상과 사생활에 대한 정보를 수집·저장·이용하고자 할 때 그 사용목적에 명확히 밝혀야 하고, 정보주체의 동의하에 수집·이용하는 것을 원칙으로 하며, 정보의 사용이나 유출을 엄격히 통제하여 개인의 인권을 보호하는 것을 그 내용¹⁾으로 하는 정보인권에 대해서 인권의 개념과 유럽인권협약 등의 정보인권에 대한 근거규정, 정보화 사회의 도래 및 정보의 개념, 정보인권의 개념과 기준에 논의된 정보인권의 유형에 따른 분류, 새로운 기준에 의한 정보인권의 유형에 따른 재구성(재분류)을 중심으로 선행연구가 많지 않은 정보인권에 대한 의의와 정보인권의 유형에 대한 재구성을 새롭게 시도했다는 점에서 정보인권에 대한 유의미한 논문이라 생각한다.
2. 이렇듯 본 발표문의 전체 내용에 대해서는 대체적으로 동감한다. 다만, 이하의 3가지 내용이 좀 더 보완 내지 보충되었으면 한다.
 - (1) 본 발표문의 pp.19-22에서 다음과 같은 내용이 상세히 기술되었으면 한다. 즉, 오늘날과 같은 고도의 정보화 사회에서 국가가 사회구조 및 경제구조의 형성자로서의 기능을 수행하기 위해서는 필연적으로 개인의 행태를 유도하고, 조정하며, 또 계획하는 유형의 활동을 해야만 하고, 국가가 이러한 활동을 효율적으로 수행하기 위해서는 사회경제질서 및 이와 관련된 개인의 정보를 수집하고, 평가하며, 보존하여야 할 필요성이 있다.²⁾

* 선문대학교 법학과 조교수, 법학박사

1) 진영, “생체정보와 정보인권”, 국회보 제462호, 2005. 5, 44면 참조.

2) 정부차원에서 개인정보처리의 필요성에 대한 것은 이인호, “정보사회와 개인정보자기결 정권, 중앙법학 창간호, 1999. 6, 48면 이하 참조.

그러나 이러한 국가의 정보수요는 개인의 신상과 관련된 정보의 수집과 배포, 또는 자신의 정보가 개인이 의도하지 않는 방법과 목적으로 사용될 수 있어 개인에게 어느 정도의 사생활에 대한 희생을 요구하고, 개인의 자유에 대한 위협요소가 되기도 한다.³⁾ 또한 기업이나 기타 단체는 효율적인 업무수행이나 활동을 하기 위해서 개인의 정보를 수집하고, 처리하며,⁴⁾ 급속한 컴퓨터 이용기술의 발달이라는 환경적 요인으로 인해 개인은 정보주체로서의 지위가 약해져가고 있다. 따라서 개인이 적극적으로 능동적인 정보주체로서의 지위를 확보할 수 있도록 오늘날과 같은 정보화 사회에서는 개인정보⁵⁾자기결정권⁶⁾⁷⁾ 등의 정보인권의 보호문제가 매우 중요한 문제라고 할 것인바,⁸⁾ 본 발표문의 pp.19-22 사이에 이러한 오늘

-
- 3) 고영삼, 전자감시사회와 프라이버시, 한울, 1998, 60면 이하; 전광석, 한국헌법론, 법문사, 2009, 280면; 전광석, “정보화사회의 헌법구조”, 헌법학연구 제5권 제2호, 1999. 10, 275면 이하 참조.
 - 4) 민간차원에서 개인정보처리의 필요성에 대한 것은 이인호, 전개 논문, 50면 이하 참조.
 - 5) ‘개인정보’란 신원을 확인할 수 있는 개인에 관한 일체의 정보를 뜻한다. 이인호, “공공부문 개인정보보호법에 대한 분석과 비판-공공기관의 개인정보보호에 관한 법률을 중심으로-”, 정보법학 제6권 제1호, 2002. 7, 35면; Hufen, F. *Schutz der Persönlichkeit und Recht auf informationelle Selbstbestimmung*, Bd. II, 2001, S. 117. 그리고 독일 연방정보보호법 제2조에서 ‘정보’란 특정될 수 있거나 특정이 가능한 자연인의 인적·물적 사항에 대한 모든 것을 뜻한다고 규정되어 있다. 독일 연방헌법재판소도 이렇듯 개인정보에 대해 개인과 관련된 정보라면 무엇이든 개인정보가 된다고 판시하였다. BVerfGE 65, 1(46). 이와 같은 우리나라 헌법재판소의 견해로는 현재 2005. 5. 26. 99헌마513, 2004헌마190(병합), 판례집 17-1, 682면; 현재 2005. 7. 21, 2003헌마282, 판례집 17-2, 91면 참조. 이밖에 ‘정보’라는 개념에 대해 자세한 것은 김배원, “정보기본권의 독자성과 타당범위에 대한 고찰-헌법개정과 관련한 체계구성을 중심으로-”, 헌법학연구 제12권 제4호, 2006. 12, 203면 이하 참조.
 - 6) ‘개인정보자기결정권’은 학자에 따라 ‘자기정보관리통제권’, ‘자기정보통제권’, ‘개인정보통제권’, ‘정보자기결정권’, ‘자기정보에 대한 통제권’, ‘자기정보의 자율적 통제권’, ‘정보의 자결권’, ‘개인정보자결권’ 등으로 쓰이고 있다. 이러한 개인정보자기결정권에 대한 다양한 용어의 출처에 대한 것은 이희훈, “주민등록번호에 대한 헌법적 고찰 -개인정보자기결정권의 침해를 중심으로-”, 토지공법연구 제37집 제1호, 2007. 8, 376면, 각주 7-15번 참조. 이 중에서 개인이 자신에 대한 정보를 언제 누구에게 얼마만큼 줄 것인가와 사용하도록 할 것인가, 그리고 이용 또는 사용중지나 수정 또는 삭제 등을 주체적 입장에서 원칙적으로 결정할 수 있는 기본권이 ‘개인정보자기결정권’이라는 의미에서 이 용어를 쓰는 것이 적절하다고 생각한다. 이희훈, 동일 논문, 377면 참조.
 - 7) ‘개인정보자기결정권’은 오늘날 현대 정보화 사회에서 개인의 인적 사항이나 생활상의 각종 정보가 정보주체의 의사와는 전혀 무관하게 타인의 수중에서 무한대로 집적되고 이용 또는 공개될 수 있는 새로운 정보환경에 처하게 되었고, 국가의 개인정보에 대한 수집·처리역량의 강화로 국가는 개인의 일상사를 낚날이 과악하여 개인의 사생활을 침해할 수 있게 된 위협으로부터 개인의 사생활을 보호하여 궁극적으로는 개인의 인격을 보호해 주는데 필요한 매우 중요한 기본권이라고 할 것이다. 현재 2005. 5. 26, 99헌마513·2004헌마190(병합), 17-1, 683면 참조.
 - 8) 김배원, 전개 논문, 199면 이하; 전광석, 전개서, 281면 참조.

날 정보화 사회에서의 국가에 의한 정보인권의 침해 가능성의 문제 및 이러한 문제점을 해소하기 위한 국가의 역할 내지 기능에 따른 정보인권의 유형화에 대한 내용을 좀 더 구체적으로 보완할 필요가 있다고 생각한다. 예를 들어, 오늘날 정보화 사회에서 국가는 개인이 최대한 자유롭게 정보에 대한 의사소통을 할 수 있도록 보장하고, 개인 간에 정보불평등에 따른 정보격차가 생기지 않도록 최대한 노력해야 할 의무가 있으며, 국가기관이 가지고 있는 정보에 일반적으로 국민이 접근할 수 있는 권리를 보장해 주어야 한다는⁹⁾ 등의 상세한 고찰을 통해 p.23에서 제시하고 있는 정보접근권과 정보평등권 등의 정보인권과의 연결성에 대해 좀 더 심층적인 분석이 보완되었으면 한다.

(2) 본 발표문의 p.22에서 다음과 같은 내용에 대한 설명이 누락되어 있는 것 같다.

즉, 헌법 제22조 제2항에서 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.”라고 규정되어 지적재산권의 보호를 규정하고 있는바, 이 헌법규정에 의해 개인은 양질의 정보를 생산하고 활용할 수 있게 되므로, 동 규정은 개인 간의 자유로운 정보의 유통을 촉진시켜 헌법 제21조의 언론의 자유를 실현하는 수단적 기능을 한다는 점¹⁰⁾에서 헌법 제22조 제2항을 구체화 한 입법인 저작권법에 대한 고찰을 통해 p.23에서 제시하고 있는 정보향유권 중 표현의 자유 등의 정보인권과의 연결성에 대해 좀 더 심층적인 분석이 보완되었으면 한다.

(3) 본 발표문의 p.20의 6-7줄에서 정보인권에 대한 우리나라의 헌법상의 근거규정으로 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 조항¹¹⁾을 들지 않고,¹²⁾ p.13의 2번에서 6줄에서처럼 헌법 제37조 제1항을 들고 있는바, 이는 헌법 제10조와 헌법 제37

9) 김일환, “정보기술 발달에 따른 정보인권의 패러다임: 정보사회에서 기본권 보호를 위한 새로운 패러다임 구축을 위하여”, 가톨릭대 법학연구 제3호, 2008. 8, 21면 이하 참조.

10) 이인호, “정보인권 논의가 시사하는 헌법학적 프레임: 디지털시대에 있어서 정보를 둘러싼 권력과 자유의 긴장과 조화”, 가톨릭대 법학연구 제3호, 2008. 8, 62면 이하 참조.

11) 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 조항은 헌법의 최고원리라는 점과 헌법 제10조가 다른 헌법규정에 대해 지도원리로서 기능하며, 기본권 질서의 이념적 출발점이 된다. 헌재 1990. 9. 10, 89헌마82, 판례집 2, 310면; 헌재 1992. 10. 1, 91헌마31, 판례집 4, 633면 이하 참조.

12) 성낙인, “정보보호와 인권”, 서울대 법학 제45권 제1호, 2004. 3, 103면 참조.

조 제1항의 관계에 대한 여러 학설들 중에서 법실증주의적 입장에서 헌법 제37조 제1항을 헌법에 열거되지 아니한 권리를 창설하는 규정으로 보는 견해¹³⁾에 의한 것이라는 점을 보완 내지 보충할 필요가 있다.

3. 끝으로 본 발표문의 p.10의 제목인 “Ⅱ. 개념과 유형화”에는 그 실체가 명시되어 있지 않은바, 예를 들어 “Ⅱ. 정보인권의 개념과 유형화”라고 수정하는 것이 바람직하다. 그리고 본 발표문의 p.18의 제목인 “Ⅲ. 논의의 재구성”에는 그 실체가 명시되어 있지 않은바, 예를 들어 “Ⅲ. 정보인권에 대한 논의의 재구성”이라고 수정하는 것이 바람직하다.

또한 본 발표문의 p.3의 각주 4번에서 “기본권은 ‘헌법이 보장하는 국민의 기본적 권리’이기 때문이다.”라는 부분은 “기본권은 ‘헌법이 보장하는 모든 국민과 기본권의 성질에 따른 외국인 및 법인의 기본적 권리’이기 때문이다.”로 수정하는 것이 바람직하다.

13) 박일경, 신헌법, 법경출판사, 1990, 220면 참조.



현행 통신심의제도의 법적 문제점에 대한 고찰

지 성 우

단국대학교 법과대학 교수



현행 통신심의제도의 법적 문제점에 대한 고찰

*지 성 우 (단국대학교 법과대학 교수)

I. 들어가는 말

최근 정보사회의 발전과 더불어 인터넷에 대한 일반인의 접근이 용이해졌으며, 개방성과 다양성이라는 인터넷의 특성으로 인하여 인터넷 이용에 대한 사회적 기대와 사회·경제적 가치가 제고되었다. 이와 더불어 국민들의 인터넷 의존도 역시 높아져 인터넷을 통해 전달하는 각종 정보는 현대 사회의 정치적·문화적 측면에서뿐만 아니라 일상적 삶에서도 커다란 영향력을 발휘하고 있다.¹⁾ 반면, 사회 각 분야에서 인터넷을 비롯한 정보통신매체가 활용되면서 폭력성·음란성과 아울러 사회문화적 가치를 저해하는 불법적이거나 유해한 콘텐츠들의 유통이 대폭 증가하여 건전한 정보통신문화의 형성·발전을 저해하고 있다.²⁾

이러한 콘텐츠들은 특히 청소년들에게 부정적인 영향을 미칠 수 있으므로 이에 대한 심의와 재발방지가 필수적이다. 그러므로 국민의 시청권 및 이용권을 고려, 과도하게 자율성을 해치는 국가주도의 심의는 지양하되, 표현의 자유를 행사하는 수준을 넘어서서 국민에게 해악을 끼치는 경우에는 강력한 제재조치가 가능해야 한다.

IT의 발전에 따라 새로운 통신서비스들이 증가하고 이들을 매개로 한 정보서비스의 제공

* 단국대학교 법학과 조교수·법학박사

** 이 논문은 2009.12.30. 『언론과 법』에 게재한 내용을 일부 수정한 것임을 밝힙니다.

- 1) 인터넷의 특징과 사회변화의 가능성에 대해서는 J. Slevin, 『The internet and society』, Malden, MA: Polity Press, 2000, pp. 5-85; 인터넷상에서 발생하는 규제의 문제에 대해서는 대표적으로 G. J. H. Smith, 『Internet law and regulation』, London: Sweet&Maxwell, 2002; 사이버 공간에서의 표현의 자유와 규제 문제에 대해서는 황승흠·황성기, 『인터넷은 자유공간인가?: 사이버공간의 규제와 표현의 자유』, 커뮤니케이션북스, 2003 참조.
- 2) 방송통신심의위원회의 통계자료에 따르면 2009년 1월부터 9월 사이에 청소년 유해정보 결정 및 취소는 181건, 불법정보에 대한 시정요구를 발한 건수는 18,165건에 달한다. 이를 원인별로 분석하면 음란·선정은 4,914건, 권리침해는 3,247건, 폭력·잔혹 등은 176건, 사행심 조장은 5,053건, 사회질서위반은 4,775건 등이었다. 방송통신심의위원회, 『2009년 3분기(누적) 통신심의 통계』, 2009. 9.

과 일반 재화 및 서비스의 원격거래가 활발해지면서 기존의 거래규범으로는 해결되기 어려운 여러 복합적인 문제들이 발생하여 거래의 불확실성을 증가시키고 있는데, 이에 대한 적절한 보호규범이 체계적으로 마련되지 않는다면 국민 모두가 피해를 입을 수 있다. 또한 이러한 거래 관계 이외에도 표현행위로 인한 정보의 신뢰성과 건전성을 확보하기 위한 입법 조치가 필요하다.

이와 같이 인터넷 산업의 촉진 및 표현의 자유의 보장과 국민의 인격권 보호라는 상반된 목표달성을 위해 기존의 정부규제, 자율방임적인 시장규제, 그리고 자율규제 간 배합의 정도 문제는 아주 중요한 과제이며, 통신내용에 대한 심의문제에 있어서도 자율규제를 비롯하여³⁾ 다양한 심의체계의 가능성이 논의되고 있다.

그동안 한국에서는 정부규제와 자율규제를 적절하게 안배하려고 노력하여 왔으며, 이러한 노력의 일환으로 2008년 2월부터 (구)방송위원회와 (구)정보통신부가 방송통신위원회(이하 '방통위')로 통합되면서 방송통신에 대한 심의를 포괄적으로 담당하는 방송통신심의위원회(이하 '심의위원회')가 설치되었다. 심의위원회는 「방송통신위원회 설치 및 운영에 관한 법률(이하 '방통위설치법)」, 「청소년보호법」과 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률(이하 '정보통신망법)」에 근거하여 방송·통신에 대한 내용심의와 그에 따른 후속 조치를 수행하고 있다.

본고에서는 향후 인터넷의 개방적인 네트워크 구조를 지원하고, 새로운 기술발전에 따른 사회문화적 영향을 유효적절하게 규제할 수 있는 효과적인 정보통신 콘텐츠규제시스템 구축을 위한 법제, 그 중에서도 특히 통신심의의 문제점과 발전방안에 대해 고찰해보기로 한다.

II. 통신심의제도 개관

1. 심의절차

지난 2008년 2월 실용정부의 조직개편 전까지 방송콘텐츠에 대한 심의 및 처분권한은 '방

3) 자율규제에 대한 많은 문헌 중 대표적으로 강휘원, "자율규제적 인터넷 거버넌스", 『한국행정학보』, 제36권 제3호, 2002, 188면.

송위원회'에 부여되어 있었다. 방송위원회는 방송의 공적 책임·공정성·공익성을 실현하고, 방송내용의 질적 향상 및 방송사업에서의 공정한 경쟁을 도모하기 위하여 설치된 합의제 행정기구로서, 방송분야에서의 전반적인 계획을 수립하고 이를 집행하는 기구였다.⁴⁾ 한편, 2008년 2월 이전에는 정보통신망의 내용물에 대한 심의권한은 「전기통신기본법」→「전기통신사업법」→「정보통신망법」→「정보통신윤리」 심의규정 등 일련의 체계적인 법 규정에 따라 '(구)정보통신윤리위원회'에 귀속되어 있었다.

양 기관의 심의기능을 통합한 심의위원회는 「방통위설치법」 제21조 등에 근거하여 방송분야와 아울러 통신분야에서도 심의권을 행사하고 있다. 통신 분야에서 심의위원회는 '불법정보'와 '청소년유해정보'에 대해 심의·시정요구 및 제재조치 요구 등을 할 수 있다. 「방통위설치법」 제21조 제4호에서 "대통령령이 정하는 정보"란 정보통신망을 통하여 유통되는 정보 중 「정보통신망법」 제44조의7에 따른 불법정보 및 청소년에게 유해한 정보 등 심의가 필요하다고 인정되는 정보를 말한다('불법정보' 및 '청소년유해정보').

구체적으로는 「방통위설치법」 제21조 제3호 및 제4호, 제24조 제2호, 「정보통신망법」 제4조 제1항 및 제2항 제4호와 제41조 등에 근거하여 청소년유해물에 대한 심의를 할 수 있으며, 「정보통신망법」 제44조의7에 의거하여 불법정보에 대한 심의업무를 담당하고 있다. 이렇게 통신콘텐츠 중 심의의 대상이 되는 정보는 '불법정보'와 '청소년유해정보'이다.

이 중 「정보통신망법」 제44조의7에 의하면 "불법정보"는 다음과 같은 정보를 말한다.

1. 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시하는 내용의 정보,
2. 사람을 비방할 목적으로 공공연하게 사실이나 거짓의 사실을 드러내어 타인의 명예를 훼손하는 내용의 정보,
3. 공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하도록 하는 내용의 정보,
4. 정당한 사유 없이 정보통신시스템, 데이터 또는 프로그램 등을 훼손·멸실·변경·위조하거나 그 운용을 방해하는 내용의 정보,
5. 「청소년보호법」에 따른 청소년유해매체물로서 상대방의 연령 확인, 표시의무 등 법령

4) (구) 「방송법」 제20조 및 제27조.

- 에 따른 의무를 이행하지 아니하고 영리를 목적으로 제공하는 내용의 정보,
6. 법령에 따라 금지되는 사행행위에 해당하는 내용의 정보,
 7. 법령에 따라 분류된 비밀 등 국가기밀을 누설하는 내용의 정보,
 8. 「국가보안법」에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보,
 9. 그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사(敎唆) 또는 방조하는 내용의 정보

심의위원회는 통신 분야에서 「정보통신망법」 제44조의7에 규정된 사항의 심의 및 전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정을 요구하는 권한(이른바 ‘시정 요구권’)을 행사한다.

한편, 방통위는 「정보통신망법」 제44조의7 제1항 제1호부터 제6호까지의 정보에 대하여는 심의위원회의 심의를 거쳐 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다. 다만, 동법 제44조의7 제1항 제2호 및 제3호에 따른 정보의 경우(명예훼손과 공포심 조장의 경우)에는 해당 정보로 인하여 피해를 받은 자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 그 취급의 거부·정지 또는 제한을 명할 수 없다.⁵⁾ 이러한 경우에는 제3자에 의한 객관적인 판단보다는 당해 당사자의 법감정을 우선적으로 고려해야 하기 때문이다.

또한 방통위는 「정보통신망법」 제44조의7 제1항 제7호부터 제9호까지의 정보에 대하여는 (i) 관계 중앙행정기관의 장의 요청이 있었을 것, (ii) 제1호의 요청을 받은 날부터 7일 이내에 심의위원회의 심의를 거친 후 「방통위설치법」 제21조 제4호에 따른 시정 요구를 하였을 것, (iii) 정보통신서비스제공자나 게시판 관리·운영자가 시정 요구에 따르지 아니하였을 것 등의 요건이 갖추어진 경우, 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자에게 해당 정보의 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명하여야 한다.⁶⁾

5) 「정보통신망법」 제44조의7 제2항.

6) 「정보통신망법」 제44조의7 제3항.

2. 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자의 의무

심의위원회는 ‘불법정보’ 및 ‘청소년유해정보’에 대하여 (i) 해당 정보의 삭제 또는 접속차단, (ii) 이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지, (iii) 청소년유해정보의 표시의무 이행 또는 표시방법 변경 등과 그 밖에 필요하다고 인정하는 사항에 대하여 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자에 대해 시정조치를 요구할 수 있다.⁷⁾ 시정조치요구를 받은 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자는 그 조치결과를 지체 없이 심의위원회에 통보하여야 한다.⁸⁾ 만일 당해 시정요구에 이의가 있을 경우에는 정보통신서비스제공자, 게시판 관리·운영자 또는 해당 이용자는 시정요구를 받은 날부터 15일 이내에 심의위원회에 이의신청을 할 수 있다.⁹⁾

이와 같이 심의위원회의 시정요구 이후의 절차는 심의위원회의 시정요구라는 ‘규제적 행정지도’¹⁰⁾를 받은 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자의 태도에 따라 두 가지 방향으로 진행될 수 있다.

첫째, 심의위원회의 시정요구를 받은 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자가 심의위원회의 시정요구대로 행위하는 경우, 즉 (i) 해당 정보의 삭제 또는 접속차단, (ii) 이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지, (iii) 청소년유해정보의 표시의무 이행 또는 표시방법 변경 등과 그 밖에 필요하다고 인정하는 사항 등을 시행하는 경우에는 그 단계에서 시정요구라는 행정지도가 효력을 발휘하게 되고 심의위원회의 심의가 종결된다.

다만 이 경우에는 법원이 당해 콘텐츠의 불법여부를 판단하기 전에 심의위원회가 미리 당해 정보의 불법여부를 예단하여 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자(가령 Naver나 Daum)로 하여금 제3자인 이용자(가령 Daum 아고라 게시판에 자신의 입장을 피력한 글을 게재한 이용자)의 표현물을 임의로 삭제하거나 당해 이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지 등의 행위를 한 것이기 때문에 정보통신서비스 또는 게시판 이용자의 입장에서는 (i) 자신의 표현행위가 법원의 유죄판결 전에 게시판에서 삭제되거나, (ii) 제3자가 볼 수 없게 되거나 또는 (iii) 자신이 당해 정보통신서비스 또는 게시판을 이용하지 못하게 되는 불이

7) 「방통위설치법 시행령」 제8조 제2항.

8) 「방통위설치법 시행령」 제8조 제3항.

9) 「방통위설치법 시행령」 제8조 제6항.

10) 시정요구의 법적 성격에 대해서는 뒤에 상세히 논의함.

익을 받게 되므로 표현의 자유의 위축과 과도한 기본권 제한의 문제가 발생하게 된다.

현실적으로는 현재까지 거의 모든 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자가 심의위원회의 시정요구를 받은 경우에는 이에 충실히 따르고 있는 것으로 파악되고 있으며, 후술하는 몇 개의 소송사건 이외에는 이에 불응한 사례는 거의 찾아보기 어렵다.

둘째, 만일 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자가 심의위원회의 시정요구라는 행정지도에 따르지 않고 15일 이내에 심의위원회에 이의를 제기한 경우에는 심의절차가 전혀 다른 방향으로 진행된다.

정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자가 심의위원회의 시정조치에 따르지 아니하는 경우, 만일 당해 정보가 「정보통신망법」 제44조의7 제1항 제1호부터 제6호까지에 규정된 불법정보인 경우에는 심의위원회는 방통위에 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자로 하여금 그 취급거부·정지 또는 제한을 하도록 하는 명령을 하여 줄 것을 요청할 수 있다. 방통위는 심의위원회의 제재조치 처분 요청을 받은 때에는 「방송법」과 「정보통신망법」의 해당 규정에 따라 제재조치를 명하여야 한다.¹¹⁾

III. 통신심의와 관련된 개별문제

1. “불법정보”의 개념과 명확성의 원칙 위배여부

(1) 문제의 소재

「방통위설치법」 제21조 제4호에서는 심의위원회가 “전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로써 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구”를 할 수 있다고 규정하고 있다. 이 규정을 구체화하고 있는 동법 시행령 제8조 제1항에 의하면 동법 제21조 제4호에서 “대통령령이 정하는 정보”라 함은 “「정보통신망법」 제44조에 따른 불법정보 및 청소년에게 유해한 정보 중 심의가 필요하다고 인정되는 정보를 말한다”고 규정하고 있다.¹²⁾ 이 중 “불법정보”의 구체적인 내용은

11) 이상에 대해서는 「방통위설치법」 제25조 참조.

12) 「방통위설치법 시행령」 제8조(심의위원회의 심의대상 정보 등): 「법 제21조 제4호에서 “대통령령이 정하

위에서 실시한 대로 「정보통신망법」 제44조 제1항에 규정되어 있다. 이러한 일련의 규정들을 종합하면 다음과 같은 해석이 가능하다.

우선 심의위원회는 정보통신상의 특정 정보가 「정보통신망법」 제44조의7 제1항 소정의 ‘불법정보’인지의 여부를 심의할 수 있다. 만일 심의결과 당해 정보가 「정보통신망법」 제44조의7 제1항 소정의 ‘불법정보’에 해당한다고 판단하는 경우에는 심의위원회는 정보통신서비스제공자에게 삭제요구 등의 시정요구를 할 수 있고, 정보통신서비스제공자는 필요한 조치를 한 후 이를 심의위원회에 보고하게 되어 있다.

문제는 「정보통신망법」 제44조의7 제1항의 불법정보의 내용 중 제9호에 규정된 “그 밖의 범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 정보”라는 규정이 명확성의 원칙을 위반하고 있는가의 여부이다. 즉 「정보통신망법」 제44조의7 제1항 제9호에서는 그 범위를 전혀 제한하지 않고 “그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 정보”를 불법정보의 한 유형으로 규정하고 있는데, 이 규정이 불명확한 규범에 의해 표현의 자유를 침해하는 것으로서 헌법상의 명확성의 원칙을 위반하고 있다고 볼 수 있는가의 문제가 발생한다.

(2) 명확성의 원칙

법률의 명확성 원칙에 의하면 법률규정을 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고 동시에 법집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있도록 하여야 한다.¹³⁾

법의 명확성은 법의 형식성을 확보하고 유지하는데 필요불가결하며, 실정법이 규율하고자 하는 내용이 명확하여 다의적으로 해석·적용되어서는 아니된다는 것을 말한다.¹⁴⁾ 당해 법률조항의 명확성 판단기준은 당해 법률의 입법목적, 다른 조항과의 연관성(관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단), 합리적인 해석가능성, 입법기술상의 한계 등이 고려

는 정보”란 정보통신망을 통하여 유통되는 정보 중 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7에 따른 불법정보 및 청소년에게 유해한 정보 등 심의가 필요하다고 인정되는 정보를 말한다.」

13) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2009, 420면.

14) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2009, 513-514면.

되어야 한다.

형사입법의 경우에 있어서는 ‘개괄조항(Generalklausel)’과 ‘가치개념, 즉 가치충전이 필요한 개념(wertausfüllungsbedürftiger Begriff)’을 사용하는 것은 불가피하다. 일반적으로 형사입법에 있어서의 명확성의 정도는 모든 범죄에 있어 동일하게 요구되는 것이 아니고 개개 범죄에 부과되는 형벌과 비례해서, 또 개개 범죄의 보호법익과 비례해서 요구된다(비례성의 원칙).

범죄의 구성요건의 명확성을 최소한 어느 정도 준수하여야 합헌적인 것인가에 대해서는 다양한 해석이 가능할 수 있다. 다만 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서는 기본권 주체가 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없을 경우 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높다. 그러므로 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 요구된다.¹⁵⁾

우리 헌법재판소에서는 명확성의 개념은 그 불확실성과 해석의 다양성에 비추어 최대한의 개념이 아닌 최소한의 개념이며, “건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람”이 “제정 목적과 다른 법률조항과의 연관성을 고려한 합리적인 해석”이 가능하고,¹⁶⁾ 또한 합헌적 법률해석의 범위 내에서 개념을 도출할 수 있다면 명확성의 원칙에 위배된다고는 볼 수 없다고 판시한 바 있다.¹⁷⁾

이러한 취지에서 헌법재판소는 “당해 법률조항의 입법취지, 같은 법률의 다른 규정들과의 상호관계를 고려하거나 이미 확립된 판례를 통한 해석방법을 통하여 그 규정의 해석 및 적용에 대한 신뢰성이 있는 원칙을 도출할 수 있어서 법률조항의 취지를 예측할 수 있는 정도의 내용이라면, … 법관의 보충적인 가치판단을 통한 법문의 해석으로 그 의미내용을 확인해낼 수 있고, 그 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다”라고 판시하고 있다.¹⁸⁾

15) 죄형법정주의와 형법상 명확성의 원칙에 대해서는 임 용, “형법상 명확성의 원칙”, 『성균관법학』 제16권 제1호, 2004, 481-498면.

16) 헌재결 1990. 4. 2. 89헌가113.

17) 이준일, “헌법재판소가 이해하는 명확성원칙의 비판적 재구성”, 『헌법학연구』 제7권 제1호, 285면. 또한 우리 헌법재판소는 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판(헌재결 89헌가113, 1990. 4. 2), 국가보안법 제9조 제2항에 대한 헌법소원(헌재결 90헌바23, 1992. 4. 14), 군사기밀보호법 제6조 등에 대한 위헌심판(헌재결 89헌가104, 1992. 9. 25) 등의 판결에서 명확성의 원칙을 인용한 바 있다.

18) 헌재결 2001. 10. 25. 2001헌바9.

(3) 관련 법규정의 개정방향

명확성의 원칙을 이와 같이 이해한다면 모든 법규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법기술상 불가능하며, 결코 바람직하지도 아니하므로 경우에 따라 어느 정도의 가치개념을 포함한 일반적, 규범적 개념을 사용할 수밖에 없다. 따라서 「정보통신망법」 제44조의7 제1항 제9호의 법문언이 ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람’의 양식으로 판단되지 않을 만큼 일반인의 가치판단이 어렵다고 볼 수는 없으므로 이 규정이 명확성의 원칙을 위배된 것이라고 단정할 수 없다.

그럼에도 불구하고 향후 이 규정은 다음과 같은 이유에서 개정의 필요성이 있다.

이 규정은 과거 (구)「전기통신사업법」¹⁹⁾ 시대의 ‘불온통신’의 개념에서 유래되었다. 당시 (구)「전기통신사업법」 제53조는 ‘공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신’을 불온통신으로 정의하고 그 구체적인 내용과 대상을 대통령령으로 정하도록 하였다. 이 규정을 구체화한 「전기통신사업법 시행령」 제16조에서는 불온통신을 ① 범죄행위를 목적으로 하거나 범죄행위를 교사하는 내용의 전기통신, ② 반국가적 행위의 수행을 목적으로 하는 내용의 전기통신, ③ 선량한 풍속 기타 사회질서를 해하는 내용의 전기통신으로 정의한 바 있다. 그러나 이러한 불온통신의 개념이 명확성의 원칙 및 포괄위임금지의 원칙에 위배되다는 이유로 지난 2002년 헌법재판소의 위헌결정²⁰⁾이 내려짐에 따라 2002. 12. 26. 「전기통신사업법」을 개정하여 불법통신의 유형을 신설한 것이다.

이 규정에 대해서는 일단 불법정보가 기존의 불온통신 개념보다는 심의대상을 구체적으로 세분화·명확화한 것으로서 진일보한 규정이라고 평가할 수도 있다.

하지만 「정보통신망법」 제44조의7 제1항의 각호에서 구체적인 범죄행위 내지 법률위반행위를 불법정보로 충분히 열거하면서 또 다시 제9호에서 “그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 정보”라고 규정함으로써 모든 범죄행위가 불법정보로 편입되는 결과를 야기하고 있어 앞의 제1호 내지 제8호를 구체적으로 규정한 의의가 몰각될 우려가 있다.

따라서 입법론으로는 제1호부터 제8호까지의 인터넷 상의 심의대상을 보다 구체화하는

19) 2002. 12. 26에 개정되기 이전의 법률을 의미함.

20) 헌재결 2002. 6. 27. 99헌마480.

한편, 제9호의 “그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사(敎唆) 또는 방조하는 내용의 정보”는 삭제하는 방향으로의 법개정이 필요하다.²¹⁾

2. “불법통신” 개념의 포괄위임금지원칙 위배여부

(1) 문제의 소재

현행 「방통위설치법」 제21조에 의하면 심의위원회는 다음과 같은 직무를 수행하고 있다.

1. 「방송법」 제32조에 규정된 사항의 심의
2. 「방송법」 제100조에 따른 제재조치 등에 대한 심의·의결
3. 「정보통신망법」 제44조의7에 규정된 사항의 심의
4. 전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구
5. 전기통신회선을 이용하여 유통되는 정보의 건전화에 관한 사항
6. 심의위원회의 사업계획·예산 및 결산에 관한 사항
7. 심의위원회 규칙의 제정·개정 및 폐지에 관한 사항
8. 다른 법령에 의하여 심의위원회의 심의사항으로 정한 사항

이 규정을 구체화하고 있는 「방통위설치법 시행령」 제8조에 의하면 동법 제21조 제4호에 서의 “대통령령이 정하는 정보”란 “정보통신망을 통하여 유통되는 정보 중 「정보통신망법」 제44조의7에 따른 불법정보 및 청소년에게 유해한 정보 등 심의가 필요하다고 인정되는 정보”를 말한다고 규정하고 있다.

이 법 제21조 제4호에 따른 시정요구의 종류는 ① 해당 정보의 삭제 또는 접속차단, ② 이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지, ③ 청소년유해정보의 표시의무 이행 또는 표시방법 변경 등과 그 밖에 필요하다고 인정하는 사항 등이다.²²⁾ 정보통신서비스제공자 또는 게시관

21) 同旨 김성천 외, 『방송통신 심의규정 개선방안에 관한 연구』, <연구보고서>(방송통신심의위원회), 2009, 33-35면 및 75면. 한편, 방송내용에 대한 심의에 있어서의 명확성의 원칙에 대한 비판적 견해로는 박선영, 『언론정보법 II』, 법문사, 2002, 53면; 간행물에 대한 심의제도의 문제점에 대해서는 김형성, “간행물 심의와 표현의 자유”, 『성균관법학』 제17권 제2호, 45-68면.

관리·운영자는 제1항 및 제2항에 따른 시정요구를 받은 경우에는 그 조치결과를 심의위원회에 지체 없이 통보하여야 한다.²²⁾

이러한 법률의 규정에 대해서는 해당 정보의 삭제, 이용정지 및 해지는 법률에서 정한 시정요구의 문언적 범위를 벗어나는 것으로서 포괄위임금지의 원칙 및 법률유보 원칙에 위배되는 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다.

(2) 시정요구에 있어 “불법통신” 개념의 포괄적 위임입법 금지원칙과의 관계

가. 위임입법의 의의와 필요성

행정입법은 일반적으로 국가 등의 행정주체가 일반추상적인 규범을 정립하는 작용 또는 그에 따라 정립된 규범을 말한다. 이는 실정법상의 용어가 아니고 학문상의 용어로서 위임입법·종속입법·준입법 등으로 불리기도 하나 법원에 의한 입법도 있음을 고려하여 행정기관에서 하는 것을 행정입법이라고 한다.

우리 헌법은 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정하여 위임입법의 근거를 마련하는 한편, 대통령령으로 입법할 수 있는 사항을 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항으로 한정함으로써 위임입법의 범위와 한계를 제시하고 있다.

입법권은 원칙적으로 입법자에 속하나, 입법자가 엄청나게 증가한 규율의 수요를 충족시키기에는 역부족이므로, 현대의 사회적 법치국가에서 입법권의 위임은 의회의 입법부담을 덜어주고 입법자에게 부여된 본연의 과제를 충실히 이행할 수 있도록 하기 위하여 불가피하다.

입법권의 위임은 입법자의 지위와 기능을 약화시키는 것이 아니라, 입법자의 업무를 경감하여 입법자가 공동체의 중요한 정치적 결정에 전념케 함으로써 입법권의 의미 있는 사용을 가능하게 하는 것이다. 따라서 입법영역에서 입법자와 행정부 사이의 과제배분은 불가피하다. 다만 입법권의 위임과 관련된 위험, 즉 입법권의 포기를 방지하여 입법자의 책임과 기능을 확보하는 것이 중요하다.

22) 『방통위설치법』 제21조 제4항.

23) 『방통위설치법』 제21조 제5항.

우리 헌법재판소는 헌법 제75조가 ‘의회의 업무부담을 경감해야 할 필요성’과 ‘행정부의 규율권한을 입법부의 의사에 종속시킴으로써 행정입법의 민주적 정당성을 확보해야 한다는 요청’이 조화를 이룬 결과로 위임입법을 인정하고 있다고 보고 있다.²⁴⁾

하지만 위임입법(특히 행정입법 중 법규명령)의 활용을 위해 골격입법(백지수표식 수권법)이 증대하면 법치주의의 파괴를 의미할 수 있다. 즉 행정권이 자신에게 부여된 행정입법권을 행정편의 위주로 행사하여 수시로 개정하면서 국민들의 안정된 법생활을 저해한다면 문제가 될 소지가 많으므로 위임입법(특히 행정입법)과 관련해서는 “법률유보의 범위와 한계”가 문제된다.

나. 위임입법의 종류

일반적인 견해와 헌법재판소의 견해에 따르면 행정입법은 ‘법규명령’과 ‘행정규칙’으로 구별된다.

이에 따르면 ‘법규명령’이란 법령상의 수권에 근거하여 행정권이 성립하는 규범으로서 국민과의 관계에서 일반구속적인 규범을 의미한다. 즉 헌법·법률 등 법령상의 근거를 갖고 제정된 것으로서, 법규의 성질을 갖는 행정입법이다. 법규명령은 ‘대통령령·총리령·부령 형식의 법규명령’과 ‘고시(훈령) 형식의 법규명령’으로 구분할 수 있으나, 전자 즉 시행령·시행규칙의 형식이 법규명령의 원칙적인 형태이다.

법규명령은 법적 효력의 위상을 기준으로 ① 비상명령, ② 법률대위명령, ③ 법률종속명령으로 구분이 가능하다. 이 중 ‘법률종속명령’이란 법률보다 하위의 효력을 갖는 명령을 말하며, 이는 법률의 범위 내에서만 효력을 가지는데, 이는 다시 ‘위임명령’과 ‘집행명령’으로 구분된다.

‘위임명령’은 상위법령의 위임받은 사항을 정하는 명령으로서 위임에 의한 것이기 때문에 위임받은 범위 내에서 법규적인 사항을 정할 수 있다. 위임명령은 성질상 법령을 보충하는 명령이다(헌법 제75조·제95조).

‘집행명령’은 상위법을 시행하기 위해 발해지는 명령을 말하며, 상위법의 시행에 필요한 절차·형식의 규율을 주된 내용으로 한다. 따라서 집행명령으로 새로운 법규사항을 정할 수 없다. 또한 집행명령은 상위법을 집행하기 위한 것이므로 상위법의 집행과 무관한 독자적인

24) 헌재결 2003. 12. 18, 2002헌바49.

집행명령은 인정될 수 없다(헌법 제75조·제95조).

이에 반하여 ‘행정규칙’이라 함은 행정조직내부 또는 특별한 공법상의 법률관계(특별행정법관계) 내부에서 그 조직과 활동을 규율하는 일반적이고 추상적인 명령으로서 법규적 성질(외부법으로서의 효력)을 갖지 않는 것을 의미한다.

다. 위임입법시의 구체적 범위 한정 문제

헌법에 의하여 위임입법이 용인되는 한계인 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항’이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적이고 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다는 것을 의미한다.

이러한 예측가능성의 유무는 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다. 위임입법의 위와 같은 구체성·명확성의 요구 정도는 각종 법률이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성질에 따라 달라질 것이지만, 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성, 명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 한다. 반면, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성, 명확성의 요건이 완화된다.²⁵⁾

(3) 위임입법금지의 원칙과의 정합성 판단

현행 「방통위설치법」 제21조 제4호는 심의의 대상이 되는 정보의 범위를 대통령령에 위임하고 있을 뿐, 시정요구의 구체적인 범위에 대해서는 위임한 바가 없다. 하지만 이러한 이유로 이 규정이 곧 바로 포괄위임금지의 원칙 및 법률유보의 원칙에 위배된다고는 할 수 없다. 나아가 시정요구는 당해 상황에 상응하여 적절하게 대응조치를 하는 조치를 본래의 목적으로 하고 있으므로 법률에서 시정요구의 내용을 구체적으로 정하는 것이 입법기술상 가능한지, 또한 그것이 합리적인지에 대해서도 의문이다.

25) 헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등; 헌재 1999. 1. 28. 97헌가8; 2003. 12. 18, 2002헌바49 등 참조.

이와 같이 「방통위설치법」 제21조 제4호 및 동법 시행령 제8조에 규정된 따른 시정요구 규정이 명백히 포괄위임금지의 원칙에 위배된다고 단언하기는 어렵다. 다만 입법론으로는 당해 규정을 좀 더 구체적으로 규정하여 포괄위임입법 금지의 원칙에 위배된다는 시비를 사전에 차단할 필요가 있다.

3. 시정요구 제도의 헌법합치성

(1) 현황 및 문제점

「방통위설치법」 제21조에 의하면 심의위원회는 방송에 관한 사항과 통신에 관한 사항에 대하여 심의 권한을 갖고 있는데, 특히 동법 제21조 제4호에 의하면 심의위는 “전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구”를 할 수 있다.

이 규정을 구체화하고 있는 「방통위설치법 시행령」 제8조 제1항에 의하면 ‘대통령령이 정하는 심의를 요하는 정보’라 함은 “정보통신망을 통하여 유통되는 정보 중 정보통신망법 제44조의7에 따른 불법정보 및 청소년에게 유해한 정보 등 심의가 필요하다고 인정되는 정보”를 말한다고 규정되어 있다.

또한 「정보통신망법」 제44조의7 제1항에 의하면 ‘불법정보’를 구체적으로 적시하면서 이러한 정보의 유통을 금지하고 있다.²⁶⁾

만일 심의위가 이러한 불법정보를 발견한 경우에는 「방통위설치법」 제21조 제4호 및 동법 시행령 제8조 제2항에 의하여 (i) 해당 정보의 삭제 또는 접속차단, (ii) 이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지, (iii) 청소년유해정보의 표시의무 이행 또는 표시방법 변경 등과 그 밖에 필요하다고 인정하는 사항 등의 세 가지 방법에 의하여 시정을 하여 줄 것을 전기통신사업자(가령 Naver나 Daum 등)에게 요구할 수 있다. 이를 실무상 ‘시정요구’라고 한다.

만일 전기통신사업자가 심의위원회의 시정요구를 수용하여 해당 정보를 삭제·접속차단 하거나 이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지 등의 방법으로 심의위의 시정권고를 수용한다면 게시판에 자신의 의사표시를 한 자는 당해 행위의 적법성에 대하여 재판을 통해 다투어야 할 것이다.

26) 「정보통신망법」 제44조의7 제1항.

반대로 당해 정보통신서비스사업자 등이 심의위의 시정권고를 수용하지 않고 해당 정보에 대한 삭제 등을 거부한 경우, 심의위원회는 「방통위설치법」 제25조에 의거하여 제재조치의 처분을 하여 줄 것을 방통위에 요청하여야 하며,²⁷⁾ 방통위는 심의위원회로부터 제재조치의 처분을 요청받은 때에는 「정보통신망법」이 정하는 바에 따라 해당 사업자 등에 대하여 제재조치의 처분을 명령하여야 한다.²⁸⁾

이렇게 시정요구 후 당해 정보통신서비스사업자가 심의위원회의 시정권고를 수용하지 않은 경우에는 심의위원회는 방통위에 제재조치의 처분을 하여 줄 것을 요청할 수 있다. 이 과정에서 방통위는 다만 형식적 결정권만을 가진다고 보면, 방통위는 실질적 결정권을 가진 심의위원회가 제재조치의 요청을 하는 것을 거부할 수 없으며, 심의위원회의 요청대로 처분을 명하여야 한다고 해석해야 한다. 따라서 심의위원회는 방통위를 통하여 간접적으로 시정 조치에 응하지 아니한 정보통신서비스사업자에게 강제로 (i) 해당 정보의 삭제 또는 접속차단, (ii) 이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지, (iii) 청소년유해정보의 표시의무 이행 또는 표시방법 변경 등과 그 밖에 필요하다고 인정하는 사항을 실시하도록 명할 수 있다.

이러한 현행 통신심의 구조에 대해서는 헌법적 차원에서 몇 가지 검토가 필요하다.²⁹⁾

첫째, 심의위원회의 행정기관성 여부이다.

만일 심의위원회가 행정기관적 성격을 갖고 있다면 국민의 표현행위가 행정기관에 의하여 간접적으로 정보통신서비스나 게시판에서 삭제된다는 것을 의미하기 때문에 검열 여하에 불구하고 국가에 의한 표현의 자유의 규제라는 문제가 발생할 여지가 있다.

둘째, 「정보통신망법」 제44조의7 제1항에서 규정하고 있는 불법정보에 해당여부를 판단함에 있어 사법부의 판단에 앞서 심의위원회가 먼저 불법성을 판단하고 이를 삭제하도록 명하는 것은 표현의 자유를 위축시키는 효과가 있을 수 있다.

셋째, 「정보통신망법」 제44조의7 제3항의 내용 역시 과도한 심의가 가능한 규범구조를 가지고 있는지의 문제가 제기될 수 있다.

「정보통신망법」 제44조의7 제3항에서는 동법 제44조의7 제1항 제1호부터 제9호의 정보

27) 방통위설치법」 제25조 제3항.

28) 방통위설치법」 제25조 제4항.

29) 심의기관의 법적 지위에 대해서는 이민영, “방송통신심의의 성질에 관한 법적 연구”, 『성균관법학』 제21권 제1호, 2009, 785-810면; 현행 방송통신심의제도에 대한 최근의 논의는 이승선, “전환기 방송심의체계의 특성에 관한 연구”, 『문화·미디어·엔터테인먼트법』 제3권 제2호, 2009, 163-187면 참조.

중 제7호 내지 제9호의 정보(국가안전보장 관련 정보 및 기타 범죄를 교사·방조하는 정보)에 대해서는 관계 행정기관의 장의 요청이 있을 경우에만 심의한다. 반면, 제1호 내지 제6호의 정보(음란·비방·청소년 유해행위 등)에 대해서는 방통위는 관계 행정기관의 장의 요청이 없는 경우에도 심의위를 거쳐 직접 직권심의를 할 수 있다.³⁰⁾

『정보통신망법』 제44조의7 제3항에서는 동법 제44조의7 제1항에서 규정하고 있는 심의대상 정보 중 ‘국가안보 관련정보 및 기타 범죄행위 관련정보’에 대해 심의위원회와 방통위가 직접적으로 심의하지 못하고 관계 행정기관의 장의 요청이 있는 때에 한하여 심의할 수 있도록 규정하고 있다. 이는 과거 국가안보를 이유로 표현의 자유를 억압해 온 그릇된 관행을 타파하기 위한 것이다.

최근에는 반드시 국가안보나 범죄관련 정보 이외에도 국가기관이 임의로 ‘사람을 비방할 목적으로 공공연하게 사실이나 거짓의 사실을 드러내어 타인의 명예를 훼손하는 내용의 정보(제2호)’나 ‘공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하도록 하는 내용의 정보(제3호)’라고 지목하여 심의하고 이를 삭제·취급정지 시킨다면 표현의 자유에 심각한 침해가 발생하게 된다는 견해도 개진되고 있다.³¹⁾

이 견해는 제1호부터 제6호에 규정된 내용들에 대한 심의권 발생요건도 제7호부터 제9호의 규정들처럼 관계 행정기관의 장의 요청이 있는 경우만으로 한정하여야 한다고 주장한다. 이러한 절차를 거치지 않고 심의위원회가 일방적으로 정보통신콘텐츠에 대해 직권으로 심의를 한 후, 정보통신서비스제공자 또는 게시관의 관리자 등에게 표현물에 대해 삭제 등의 조치를 할 수 있도록 규정하고 있는 현행 규정은 사전검열에 가까운 과도한 제한이라고 보고 있다.

30) 『정보통신망법』 제44조의7 『② 방송통신위원회는 제1항 제1호부터 제6호까지의 정보에 대하여는 심의위원회의 심의를 거쳐 정보통신서비스제공자 또는 게시관 관리·운영자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다. 다만, 제1항 제2호 및 제3호에 따른 정보의 경우에는 해당 정보로 인하여 피해를 받은 자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 그 취급의 거부·정지 또는 제한을 명할 수 없다.

③ 방송통신위원회는 제1항 제7호부터 제9호까지의 정보가 다음 각 호의 모두에 해당하는 경우에는 정보통신서비스제공자 또는 게시관 관리·운영자에게 해당 정보의 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명하여야 한다.

1. 관계 중앙행정기관의 장의 요청이 있었을 것
2. 제1호의 요청을 받은 날부터 7일 이내에 심의위원회의 심의를 거친 후 『방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률』 제21조제4호에 따른 시정 요구를 하였을 것』

31) 법무법인 동서파트너스, 『방통위설치법 제21조 제4호, 동법 시행령 제8조, 정보통신망법 제44조의7 제1항, 방송통신윤리심의규정 제7조 및 같은 규정 제8조 제4호에 대한 헌법소원 청구서』, 2008. 7. 16 참조.

이 견해에 의하면 방통위설치법 시행령 제8조는 「정보통신망법」 제44조의7 제2항에서는 직권심의, 제3항에서는 국가기관의 장의 요청이 있을 경우에만 심의위원회의 심의를 신청할 수 있게 한 법률의 규정 위반여부가 문제될 수 있다고 한다.

위와 같은 문제점들을 구체적으로 검토하기 위하여 시정요구의 법적 성격인 규제적 행정지도에 대해 간략히 고찰해본다.

(2) 행정지도 이론 일반론

가. 행정지도의 의의

일반적·강화상으로 ‘행정주체의 목적을 실현하기 위하여 행하는 일체의 작용’을 통칭하여 ‘행정작용(administrative guidance)’이라고 한다.

행정작용은 여러 가지 분류 기준으로 구분할 수 있는데, 그 중에서 가령 행정입법·공법상 계약·행정행위 등과 같이 법에 규정되어 행정법학상 확고한 지위를 가지고 있는 행정의 일련의 행위형식을 ‘정식적 행정작용’이라고 한다.

이에 반하여 법적 성격이나 법적 효과 등이 파악되고 있지 않으면서 실제 행정실무상 많이 활용되고 있는 일련의 행정작용들을 가리켜 ‘비정식적 행정작용’이라 한다. ‘비정식적 행정작용’에는 모든 사실행위와 정식적 작용에 속하지 아니하고 법적으로 불완전하게 규율되는 작용을 포함한다.

‘행정지도’는 이러한 ‘비정식적 행정작용’의 일종으로서 원래 일본에서 생성·발전된 개념인데,³²⁾ 일반적으로 우리나라에서는 “행정주체가 그가 의도하는 일정한 행정목적의 실현을 위하여 행정객체의 임의적 협력 또는 동의하에 일정한 행정질서의 형성을 유도하는 비권력적 사실행위”라고 정의하고 있다.³³⁾

「행정절차법」 제2조 제3호에서는 행정지도를 “행정기관이 그 소관사무의 범위 안에서 일정한 행정목적의 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 권고

32) 양승두, “행정작용법 - 행정지도”, 『고시계』, 1985. 11. 9면.

33) 행정지도의 개념에 대해서는 변재욱, 『행정법(1)』, 박영사 1990, 418면; 오준근, “행정지도에 관한 절차법적 고찰”, 『공법연구』 제26집 제1호, 1998, 209-228면 참조. 한편 과거 방송위원회에서 행한 행정지도에 대해서는 오준근, “통합방송법의 체계 및 내용상의 문제점과 그 개선방안”, 『공법연구』 제32집 제3호, 2004, 405-430면 참조.

· 조언 등을 하는 행정작용”이라고 정의하고 있다. ‘행정지도’라는 단어는 직접 개별법령에 규정되어 있지 않으며, 다만 지도(사행행위 등 규제 및 처벌 특례법 제19조 제1항)· 지시(공업배치 및 공장설립에 관한 법률 제 45조의11 제1항)· 권고(주택법 제7조 제2항)등으로 규정되어 있다.

행정지도는 정식적 행정행위 중 행정기관의 권력적· 단독적 행위인 ‘행정행위’와 달리 ‘비권력적 사실행위’이다. 즉 일반적으로 행정기관에 의한 ‘행정행위’가 권력적· 단독행위인 반면, 행정기관에 의한 ‘행정지도’는 상대방의 임의적 협력을 전제로 하는 ‘비권력적’ 작용이며, 실질적인 강제 또는 제재를 수반하지 아니한다는 점에서 ‘사실행위’에 해당한다. 가령 한국은행의 창구규제, 산업자원부의 중화학공업에 따른 산업조정지도 등이 이에 해당한다. 행정지도에는 원칙적으로 법적 효과는 없으므로 이에 따르지 않더라도 의무의 불이행이 되지는 않으나, 경우에 따라서는 개별적 법률에 의하여 법적 효과가 명문화되어 있거나 명문규정이 없다 해도 행정지도에 따르는 보조금· 조성금 등의 이익공여와 교환조건으로 되어 있는 경우도 있기 때문에 현실적 효과는 결코 무시할 수 없다. 행정지도는 행정관청과 업계 사이에 오랫동안 뿌리내려 온 신뢰 관계, 역학관계, 관습 등을 배경으로 실시되는 것이 많다. 실질적으로 행정지도가 행해질 때에는 행정객체에 대한 조언· 요청· 권장· 주의· 경고· 통고 등 갖가지 명칭이 사용되기도 한다.

행정지도는 일반적으로 사실행위로 인정되고 있으며 행정기관의 처분이나 그 밖의 공권력 행사에 의한 행위에 해당되지 않으므로 행정지도 그 자체를 놓고 쟁송을 구할 수는 없는 것으로 해석되고 있다. 다만 행정지도에 의하여 국민이 부당하게 손해를 입었을 경우에는 국가배상의 대상이 될 수 있다.

과거 방송·통신계에서는 정보통신부와 KT 그리고 공정거래위원회 간에 벌어졌던 KT에 대한 공정거래위원회의 과징금부과 처분 사건에서 KT가 정보통신부의 행정지도를 따랐을 뿐이라고 항변함으로써 구체화 된 바 있다. 이 사건의 항소심에서 법원은 KT가 경쟁 통신회사와 시내전화 요금을 담합한 데 대한 공정거래위원회의 시정명령은 정당하지만, KT는 정보통신부의 행정지도를 따랐을 뿐이므로 과중한 과징금 납부명령은 취소되어야 한다고 판시한 바 있다.³⁴⁾

34) 『서울고법 특별6부(재판장 조병현 부장판사)는 22일 KT가 ‘하나로텔레콤과 시내전화 요금을 조정키로 합의한 것은 정통부의 행정지도에 따른 것이지, 담합은 아니다’며 공정위를 상대로 낸 시정조치 및 과징

나. 행정지도의 순기능과 역기능

행정은 국민과의 합의에 의거하여 자발적으로 행하여지는 것이 가장 바람직하며, 권력적 행위는 가급적이면 억제되어야 한다.

하지만 행정작용의 확대에 따라 미처 행정법규가 불비한 경우에는 행정처분을 실행할 수 없는 경우도 있으므로 이와 같은 경우에 행정지도는 유효한 것이 된다. 따라서 행정지도는 행정주체에 대해서 법적 근거가 없는 경우에 적법성의 문제를 완화시켜 주고, 행정의 편익과 탄력성을 줄 수 있으며, 행정의 상대방에 대해 합의에 유사한 의미를 갖게 함으로써 분쟁을 미연에 방지하고 행정에 적극적인 협력을 도출하여 사법기능의 보완과 협력을 통한 행정을 가능하게 한다.³⁵⁾

이에 반하여 행정지도는 다음과 같은 무시하지 못할 위험성도 있다.

첫째, 행정기관이 법률의 제정을 일부러 피하고 응급적 행정조치를 계속하고, 지도에 의한 행정을 계속 실시할 경우에는 법치주의를 위협하게 만들 위험이 크다. 또한 행정책임이

금남부명령 취소 청구 소송에서 ‘피고의 과징금 납부명령은 위법하므로 취소되어야 한다’고 판결했다고 밝혔다.

재판부는 ‘하나로는 2004년 4월 1일께 정기계약 요금할인제의 일종인 다량회선 요금할인에 관한 시내전화 서비스 이용약관을 변경, 전화요금을 조정함으로써 원고와의 합의를 파기하고 독자적인 경영활동을 시작했다’며 ‘이 같은 내용이 포함된 약관이 시행된 2004년 4월 1일 합의가 종료됐다고 보는 것이 상당하다’고 설명했다. 재판부는 이어 ‘(공정위가)2004년 8월 16일 종료됐음을 전제로 한 관련매출액의 산정 및 이에 따른 과징금의 산정은 잘못된 것이 분명하다’며 ‘과징금 산정에 있어 관련 매출액의 100분의 3을 적용부과율로 정하는 것은 부당하다’고 덧붙였다.

KT는 2006년 6월 시내전화 요금격차를 줄이기 위해 기존 요금을 유지하는 대신 하나로 요금을 인상 또는 조정키로 합의했으며 공정위는 이를 부당한 공동행위에 해당한다며 담합기간의 매출액 100분의 3에 해당하는 1130억 원의 과징금 납부를 명령했다. 한편 법원은 KT, 데이콤, 온세통신이 2002년과 2004년 2차례에 걸쳐 시외전화 맞춤형 정액요금제 상품을 공동으로 출시, 사업자간 요금경쟁 및 가입자 유치경쟁을 최소화하기로 합의했다는 이유로 KT에 192억여원의 과징금을 부과한 것은 정당하다며 KT의 취소 처분 소송을 기각했다.』 파이낸셜뉴스 2007. 8. 23.

35) 홍정선, 『행정법원론』, 박영사, 2007, 459면.

불명확하며 구제수단의 불비로 인하여 국민의 권리구제가 어렵다.

둘째, 행정기관의 편익과 상대방의 편익이 영합할 경우 공익을 손상시킬 수 있으며, 행정 지도를 통해 위법상태에 대하여 미온적인 처리를 되풀이 할 경우 법규범의 실효성이 저해 된다.

셋째, 행정지도의 내용이 전적으로 공무원의 재량에 의존하기 때문에 형평성의 보장이 어렵다. 또한 행정지도가 빈번하게 실시되면 행정의 비밀주의를 강화하고 행정을 폐쇄화하여 국민의 감시를 방해함은 물론 행정의 공정성을 해치고 부패의 온상이 될 가능성이 있다.³⁶⁾

위와 같이 행정지도는 순기능과 역기능이 있지만 현실적으로 행정지도가 행정청의 행위 형식의 하나로 광범위하게 도입되고 있는 이상 장점을 살리고 단점을 줄여나가야 한다.

(3) 시정요구의 법적 성질

가. 헌법재판소의 결정

헌법재판소에서는 직접 시정요구의 법적 성질이 행정처분인지 아니면 행정지도인지에 대해서는 직접적으로 언급하고 있지 않다. 다만 헌법재판소는 다른 결정에서 “일반적으로 어떤 행정상 사실행위가 권력적 사실행위에 해당하는지 여부는 당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여정도·태도, 그 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동 가부 등 그 행위가 행하여질 당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 할 것”이라고 판시한 바 있다.³⁷⁾ 이러한 헌법재판소의 법률적 견해에 의하면 어떤 행위가 권력적 사실행위인지에 대해서는 명확한 기준을 제시하고 있지는 않다.

다만 전반적으로 헌법재판소 결정의 취지와 비교해 보면 시정요구는 만일 시정요구가 사업자에 의해 시정되지 않는 경우, 제재조치과정으로 이행될 수 있는 가능성이 있기는 하지만 이것은 시정요구 자체가 행정처분이기 때문이라고는 볼 수 없다. 따라서 시정요구는 강제력을 수반하지 않는 ‘행정지도’로서, 다만 강제력이 뒤에 시정요구처분을 방통위에 요청한다는 다른 후행조치로 인하여 행정처분의 효력을 발생시킬 수 있는 ‘규제적 행정지도’라

36) 이상에 대해서는 석종현·송동수, 『일반행정법(상)』, 삼영사, 2009, 415-425면 참조.

37) 헌재결 1994. 5. 6. 89헌마35.

고 볼 수 있다.

행정지도는 법령에 의한 규율과 현실에서 행정의 필요성에서 생긴 괴리를 시정하거나 법령에 의한 획일적인 규제를 탄력적으로 실시하게 함으로써 문제발생시 신속하게 이해관계인들의 의사를 조정·통합하는데 매우 유리하다.

반면, 행정지도는 국민의 임의적 협력을 바탕으로 하는 비권력적인 사실행위이지만 국민들의 입장에서는 실질적으로 강제적 효과가 발생되며, 한계와 기준이 불명확하여 향후 책임 소재가 불분명해진다는 문제도 아울러 가지고 있다. 이러한 행정지도는 법령에 직·간접적인 근거가 있을 수도 있고, 행정주체가 전혀 법령에 근거 없이 행할 수도 있다.

이와 같이 행정기관의 행정행위는 행정주체가 법 아래에서 구체적 사실에 관한 법집행으로 행하는 '권력적 단독행위인 공법행위'라고 보는 통설 및 판례를 따른다면 「정보통신망법」에서 규정하고 있는 시정요구는 그 법적 성질 면에서는 넓은 의미로 행정기관의 '행정작용'에 속하지만 행정기관에 의한 권력적 단독행위인 '행정행위'가 아니라 「행정절차법」 제2조 제3호에서 규정하고 있는 비권력적·사실적 행위인 '행정지도', 특히 행정지도 후 행정지도에 따르지 않을 경우에는 행정처분이 뒤따르는 것을 전제로 하는 '규제적 행정지도'서의 법적 성격을 가지고 있다고 해석된다.

구체적으로 시정요구의 법적 성질을 분석해 보면 먼저 주체의 면에서는 행정기관의 작용으로서, 심의위원회가 이를 행한다.

둘째, 작용대상의 측면에서 보면 시정요구는 행정기관이 국민, 구체적으로는 방송사업자를 대상으로 하는 행정법상의 행정작용이다.

셋째, 강제성의 측면에서 시정요구는 비권력적·사실적 작용이다. 즉 시정요구는 방송사업자에게 직접적인 명령 또는 강제작용이 아니며, 방송사업자의 법적 지위에 아무런 변화를 가져오지 아니한다는 점에서 행정행위에 해당하지 않는다.

나. 일반법원의 판결

(가) 행정처분성을 부정한 판결(전기통신차단명령 사례)

법원의 판결 중에서도 시정요구제도가 행정지도라는 점과 아울러 이렇게 볼 경우에는 헌법위반의 여지가 낮다는 점을 지적하는 것도 있다. 고등법원에서는 지난 2007. 1. 30. 2007구합5974(전기통신차단명령처분취소)³⁸⁾ 판결에서 간접적으로 시정요구제도가 행정지도라는

점과 아울러 이렇게 볼 경우에는 헌법위반의 여지가 낮다고 판시한 바 있다.

이 사건에서 원고는 심의위원회의 전신인 피고 (구)정보통신윤리위원회로부터 전기통신 차단명령을 받았고, 이 명령의 취소를 구하는 소를 제기하였다. 이에 대해 고등법원은 (구)정보통신윤리위원회에서 발한 전기통신차단명령행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라는 이유로 원고의 청구를 각하하였다. 판결의 구체적인 내용은 아래와 같다.

『(1) 항고소송의 대상이 되는 행정처분은 행정청의 공법상 행위로서 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나, 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등 국민의 권리·의무에 직접 관계가 있는 행위를 가리키는 것이고, 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 수 없다(대법원 1999.10.22. 선고 98두18435 판결, 대법원 1997. 10. 24 선고 96누5889 판결 등 참조).

(2) 그런데 위 인정사실 및 관계법령 등에 의하여 보면, 피고는 구 전기통신사업법(2007. 1. 3. 법률 제 8198호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다)에 근거하여 설립된 기관으로서 그 위원들은 원칙적으로 공무원들이 아니라 학계·법조계·이용자단체 및 정보통신관련업계 등에 종사하는 민간인들 중에서 위촉되도록 되어 있고(법 제 53조의 2 제3항), 이는 정보통신에 대한 규제를 가급적 민간의 자율에 맡기는 것이 바람직하다는 고려에 기반한 것으로 보이는 점, 법 및 법 시행령(2007. 7. 27. 대통령령 제 20199호로 개정되기 전의 것)에 의하면 피고는 전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보의 침의 외에도 전기통신사업자에 대하여 이용자에 대한 경고·해당 정보의 삭제·이용자에 대한 이용정지 및 이용해지 등을 하도록 시정 요구를 할 수 있으나(법 제 53조의 2 제4항 제2호, 법 시행령 제 16조의 4 제1항), 피고로부터 시정요구 통지를 받은 전기통신사업자는 그 조치 결과에 대하여 피고에게 통보할 뿐, 위 시정요구에 반드시 따라야 할 의무가 있는 것이 아니고(법 시행령 제16조의4 제3항) 피고로서도 전기통신사업자가 위 시정요구에 응하지 아니하는 경우 이에 대한 별다른 직접적 내지 간접적 강제수단을 가지고 있지 않은 점, 다만 피고는 이러한 경우 정보통신부장

38) 원심은 서울행정법원 2004. 1. 15. 2003구합18989.

관에게 전기통신사업자에 대하여 해당 정보의 취급거부·정지 또는 제한을 하도록 하는 명령을 하도록 요청할 수 있으나(법 시행령 제16조의4 제3항) 이는 그 의사결정을 촉구하는 것에 불과하고, 피고의 요청에 정보통신부 장관이 반드시 구속되는 것도 아닌 점, 만약 피고의 시정요구에 법적 구속력이 있다면, 법이 피고의 업무를 나열한 조직법적 규정인 제53조의2 제4항 중 제2호에서 시정요구를 언급한 것을 제외하고는 시정요구의 내용 등에 대하여 아무런 규정도 두지 않고 있는 것과 법 시행령 제16조의4 제1항이 권리침해의 정도가 지극히 크며 ‘시정요구’의 가능한 어의(語義)를 벗어난다고도 할 수 있는 이용정지 및 이용해지까지 시정요구의 대상으로 규정한 것이 도리어 포괄위임입법금지원칙, 법률유보원칙 등에 위배된다고 볼 여지가 있는 점,³⁹⁾ 전기통신사업자가 피고의 시정요구에 불응하다가 피고의 건의에 따른 정보통신부 장관의 명령을 받게 되는 경우에는 전기통신사업자는 물론 위 명령으로 인하여 전기통신역무의 이용에 제한을 받게 될 이용자도 위 명령에 대하여 항고소송을 제기할 수 있고, 전기통신사업자가 피고의 시정요구에 따라 전기통신역무의 제공을 제한하는 경우에는 그 제한 조치를 받는 이용자가 전기통신사업자를 상대로 이용계약관계의 존재 확인 등을 구하는 민사소송 등을 제기함과 아울러 임시의 지위를 정하는 가처분 신청하는 등으로 권리 구제를 받을 수 있기 때문에, 어느 경우에도 피고의 시정요구에 대하여 바로 항고소송을 제기할 수 있게 할 필요성이 그다지 크지 않은 점, 실제로 피고의 이 사건 시정요구에도 불구하고 현재 12개 전기통신사업자 중 5개 사업자만이 이를 따르고 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 시정요구는 피고가 건전한 정보문화를 창달하고 전기통신의 올바른 이용환경을 조성하기 위하여 가지는 정보 심의권에 기하여 불법의 의심이 있는 정보에 대한 자발적인 시정을 촉구하는 권고적 성격의 행위에 불과한 것으로서 전기통신사업자나 이용자의 법률상 지위에 직접적인 변동은 가져오는 것이 아니라 할 것이고, 이를 항고 소송의 대상인 행정처분이라고 볼 수 없으므로, 이를 지적하는 피고의 본안 전 항변은 이유 있다.』

위의 판결에서 원고는 (구)정보통신윤리위원회의 시정요구가 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라는 점을 이유로 하여 이에 대한 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다.

39) 밑줄은 필자 강조.

하지만 위의 항고심사건에서 법원은 시정요구를 행정처분으로 보지 아니하였고, 이에 따라 항소소송의 대상이 될 수 없다는 피고 (구)정보통신윤리위원회 측의 본안 전 항변을 인용하여 소송을 각하하였다.

이 판결에서 법원이 명시적으로 시정요구가 행정지도라는 점을 지적하지는 않았다. 하지만 법원은 “피고는 전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보의 심의 외에도 전기통신사업자에 대하여 이용자에 대한 경고·해당 정보의 삭제·이용자에 대한 이용정지 및 이용해지 등을 하도록 시정 요구를 할 수 있으나(법 제 53조의 2 제4항 제2호, 법 시행령 제 16조의 4 제1항), 피고로부터 시정요구 통지를 받은 전기통신사업자는 그 조치 결과에 대하여 피고에게 통보할 뿐, 위 시정요구에 반드시 따라야 할 의무가 있는 것이 아니고(법 시행령 제16조의4 제3항), 피고로서도 전기통신사업자가 위 시정요구에 응하지 아니하는 경우 이에 대한 별다른 직접적 내지 간접적 강제수단을 가지고 있지 않은 점, 다만 피고는 이러한 경우 정보통신부장관에게 전기통신사업자에 대하여 해당 정보의 취급거부·정지 또는 제한을 하도록 하는 명령을 하도록 요청할 수 있으나(법 시행령 제16조의4 제3항), 이는 그 의사결정을 촉구하는 것에 불과하고, 피고의 요청에 정보통신부장관이 반드시 구속되는 것도 아닌 점”을 지적하였다. 이로써 법원은 시정요구가 행정처분이 아니고 ‘행정지도’라는 점을 간접적으로 암시하고 있는 것으로 해석된다.

또한 법원은 시정요구를 행정지도로 보는 이유에 대해 반대해석에 의해 그 정당성을 실시하고 있다.

즉 법원은 “만약 피고의 시정요구에 법적 구속력이 있다면, 법이 피고의 업무를 나열한 조직법적 규정인 제53조의2 제4항 중 제2호에서 시정요구를 언급한 것을 제외하고는 시정요구의 내용 등에 대하여 아무런 규정도 두지 않고 있는 것과 법 시행령 제16조의4 제1항이 권리침해의 정도가 지극히 크며 ‘시정요구’의 가능한 어의(語義)를 벗어난다고도 할 수 있는 이용정지 및 이용해지까지 시정요구의 대상으로 규정한 것이 도리어 포괄위임입법금지 원칙, 법률유보원칙 등에 위배된다고 볼 여지가 있”다고 판시하고 있다.

여기에서 유의해야 할 점은 법원이 “만약 피고의 시정요구에 법적 구속력이 있다면” 헌법 위반성이 있다고 실시하고 있는 점이다. 즉 법원은 만일 (구)정보통신윤리위원회의 시정요구에 법적 구속력을 인정한다면 “법이 피고의 업무를 나열한 조직법적 규정인 제53조의2 제4항 중 제2호에서 시정요구를 언급한 것을 제외하고는 시정요구의 내용 등에 대하여 아

무런 규정도 두지 않고 있는 것과 법 시행령 제16조의4 제1항이 권리침해의 정도가 지극히 크며 ‘시정요구’의 가능한 어의(語義)를 벗어난다고도 할 수 있는 이용정지 및 이용해지까지 시정요구의 대상으로 규정한 것이 도리어 포괄위임입법금지원칙, 법률유보원칙 등에 위배된다고 볼 여지가 있”다고 지적하고 있다. 당해 부분을 반대해석하면 만일 시정요구가 법적 구속력이 없다면 포괄위임입법금지원칙, 법률유보 원칙 등에 위배될 여지가 없다고 새길 수 있다.

위와 같은 시정요구에 대한 행정법원의 판결을 체계적으로 해석해보면 다음과 같이 요약할 수 있다.

첫째, 시정요구는 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다. 따라서 (구)정보통신윤리위원회의 시정요구는 행정소송의 대상이 되지 않는다.

둘째, 법원은 다만 시정요구가 행정처분이 아니라고만 하고 있을 뿐 시정요구의 정확한 법적 성격에 대해서는 명시적으로 밝히지 않고 있다. 하지만 판결의 취지로 보아 법원은 시정요구의 법적 성격을 행정지도로 파악하고 있는 것으로 보인다.

위에서 살펴본 대로 법원은 시정요구 제도의 법적 성격이 무엇인지에 대해 명확하게 제시하지 않았다. 다만 법원의 판결 내용 중 “피고는 전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보의 심의 외에도 전기통신사업자에 대하여 이용자에 대한 경고·해당 정보의 삭제·이용자에 대한 이용정지 및 이용해지 등을 하도록 시정요구를 할 수 있으나(법 제53조의2 제4항 제2호, 법 시행령 제16조의4 제1항), 피고로부터 시정요구 통지를 받은 전기통신사업자는 그 조치 결과에 대하여 피고에게 통보할 뿐, 위 시정요구에 반드시 따라야 할 의무가 있는 것이 아니고(법 시행령 제16조의4 제3항) 피고로서도 전기통신사업자가 위 시정요구에 응하지 아니하는 경우 이에 대한 별다른 직접적 내지 간접적 강제수단을 가지고 있지 않은 점, 다만 피고는 이러한 경우 정보통신부장관에게 전기통신사업자에 대하여 해당 정보의 취급거부·정지 또는 제한을 하도록 하는 명령을 하도록 요청할 수 있으나(법 시행령 제16조의4 제3항) 이는 그 의사결정을 촉구하는 것에 불과하고, 피고의 요청에 정보통신부장관이 반드시 구속되는 것도 아닌 점”이라고 판시한 부분은 행정법상의 행정지도에 대한 일반적인 설명과 거의 일치한다.

셋째, 위와 같이 법원은 시정요구를 행정처분이 아닌 행정지도로 해석하고 있으며, 이러한 해석에 의하면 헌법상의 포괄위임입법금지원칙, 법률유보 원칙 등에 위반할 가능성이 낮

다고 보고 있는 것이다.

(ㄴ) 행정처분성을 인정한 판결(청소년 유해매체물 결정 사례)

대법원은 청소년유해매체물 결정의 경우에는 전기통신차단명령에 대한 판결과는 달리 지난 2007. 6. 14. 2005두4397사건에서 (구)정보통신윤리위원회의 청소년유해매체물 결정을 처분으로 보아 그 취소를 구한 상고심에서 당해 결정을 행정처분으로 보았다. 대법원은 이 판결에서 다음과 같이 판시하였다.

『이 사건 결정은 피고 명의로 외부에 표시되고 이의가 있는 때에는 피고에게 결정취소를 구하도록 통보하고 있어 객관적으로 이를 행정처분으로 인식할 정보의 외형을 갖추고 있는 점, 피고의 결정에 이은 고시 요청에 기하여 청소년보호위원회는 실질적 심사 없이 청소년유해매체물로 고시하여야 하고 이에 따라 당해 매체물에 관하여 (구)청소년보호법상의 각종 의무가 발생하는 점, 피고는 이 사건 결정을 취소함으로써 (구)청소년보호법상의 각종 의무를 소멸시킬 수 있는 권한도 보유하고 있는 점 등 관련 법령의 내용 및 취지와 사실관계에 비추어 볼 때, 피고의 이 사건 결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 봄이 상당하다.

… (중 략)

원심판결 이유와 기록에 의하면, 피고는 심의기관으로서 원고가 개설·운영하는 ‘www.itembay.com’이라는 인터넷 사이트(이하 ‘아이템베이’라 한다)를 청소년유해매체물로 결정하여(이하 ‘이 사건 결정’이라 한다) 원고에게 이를 통보하였고, 그 통보서에 이 사건 결정에 이의가 있을 경우 피고에게 결정취소를 요청하도록 하는 취지가 기재되어 있는 사실, 이에 원고는 피고에게 이 사건 결정의 취소를 구하는 재심의 신청을 하였으나 피고가 이를 기각하기도 한 사실, 피고의 요청에 기하여 청소년보호위원회가 아이템베이를 청소년유해매체물로 고시한 사실등을 알 수 있다.

이와 같이, 이 사건 결정은 피고 명의로 외부에 표시되고 이의가 있는 때에는 피고에게 결정취소를 구하도록 통보하고 있어 객관적으로 이를 행정처분으로 인식할 정도의 외형을

갖추고 있는 점, 피고의 결정에 이은 고시 요청에 기하여 청소년보호위원회는 실질적 심사 없이 청소년유해매체물로 고시하여야 하고 이에 따라 당해 매체물에 관하여 구 청소년보호법상의 각종 의무가 발생하는 점, 피고는 이 사건 결정을 취소함으로써 구 청소년보호법상의 각종의무를 소멸시킬 수 있는 권한도 보유하고 있는 점 등 관련 법령의 내용 및 취지와 사실관계에 비추어 볼 때, 피고의 이 사건 결정은 항고소송 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 봄이 상당하다.

그럼에도 원심은 이 사건 결정이 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라고 보아 이 사건 소를 각하하고 말았으니, 이러한 원심의 판단에는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이나 이 사건 결정의 행정처분성에 대한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.』

다. 소결

위에서 살펴본 바와 같이 법원은 (구)정보통신윤리위원회에 의한 ‘전기통신차단명령’의 경우에는 처분성이 없는 것으로 본 반면, ‘청소년 유해매체물 결정’에 대해서는 행정처분으로서의 법적 성격을 인정하였다. 전자의 경우에는 행정지도로, 후자의 경우에는 처분성을 인정한 것으로 해석된다. 이 같은 판결들로 미루어 법원은 구체적인 행위의 성질에 따라 행정처분성을 인정하기도 하고 부정하기도 하는 것으로 사료된다.

위의 두 가지 사례의 결론 중 현행 시정요구제도에 대해서는 전자의 판결, 즉 시정요구를 행정지도로 보아 행정처분성을 부정한 판결에서와 동일한 이론이 적용되어야 한다. 만일 시정요구를 단순한 행정지도가 아니고 행정처분으로 보아 법적 구속력을 인정하게 되면 법률에 심의위원회의 업무를 나열한 조직법적 규정에서 시정요구를 언급한 것을 제외하고는 시정요구의 내용 등에 대하여 아무런 규정도 두지 않고 있는 점, 이와 같은 내용을 법률에 규정하지 않고 시행령에만 규정한 점 등 헌법위반의 위험성이 크기 때문이다. 또한 만일 시정요구를 행정처분으로 본다면 ‘시정요구’의 가능한 어의(語義)를 벗어난다고도 할 수 있는 이용정지 및 이용해지까지 시정요구의 내용으로 규정한 것이 도리어 포괄위임입법금지원칙, 법률유보원칙 등에도 역시 위배된다고 볼 여지가 있다.

행정법원의 2007. 1. 30. 2007구합5974(전기통신차단명령처분취소) 판결에서는 이 점을 명시하면서 전기통신차단을 위한 시정요구는 행정처분이 아니라고 하였다. 이 판결에서 적시하고 있듯이 시정요구는 단순히 정보통신서비스제공자 또는 게시판 운영자의 자발적 협조를 전제로 하는 것이고, 행정처분 후 이의제기 절차 등이 완비되어 있기 때문에 적어도 현행 시정요구제도를 유지한다면 법리적으로는 행정처분성을 부정하는 편이 옳다.

즉 전기통신사업자가 심의위원회의 시정요구에 불응하다가 피고의 요청에 따른 방통위의 제재조치 명령을 받게 되는 경우에는 전기통신사업자는 물론 위 명령으로 인하여 전기통신역무의 이용에 제한을 받게 될 이용자도 위 명령(즉 방통위의 제재조치 명령)에 대하여 항고소송을 제기할 수 있다. 하지만 심의위원회의 시정요구는 행정지도에 불과하므로 항고소송의 대상이 아니라고 각하하여야 한다.

또한 전기통신사업자가 심의위의 시정요구에 따라 전기통신역무의 제공을 제한하는 경우에는 그 제한 조치를 받는 이용자가 전기통신사업자를 상대로 이용계약관계의 존재 확인 등을 구하는 민사소송 등을 제기할 수 있고, 동시에 임시의 지위를 정하는 가처분 신청하는 등으로 권리 구제를 받을 수 있다. 따라서 어느 경우에도 심의위원회의 시정요구에 대하여 바로 항고소송을 제기할 수 있게 할 실무상의 필요성 역시 그다지 크지 않은 것으로 보인다.

심의위원회가 정보통신서비스제공자에게 발하는 시정요구는 건전한 정보문화를 창달하고 전기통신의 올바른 이용환경을 조성하기 위하여 가지는 정보 심의권에 기하여 불법의 의심이 있는 정보에 대한 자발적인 시정을 촉구하는 권고적 성격의 행위에 불과한 것이다. 시정요구는 전기통신사업자나 이용자의 법률상 지위에 직접적인 변동을 가져오는 것이 아니라 할 것이고, 이를 항고소송의 대상인 행정처분이라고 볼 수 없다고 새겨야 할 것이다.

결론적으로 현행 불법정보에 대한 심의위원회의 시정요구 제도 역시 행정처분이라기 보다는 행정지도로 보아 이에 대한 항고소송이 불가능하다고 보는 것이 논리적이다. 만일 심의위원회의 시정요구 후, 시정요구를 받은 정보통신서비스제공자가 시정요구에 응하지 아니하여 심의위원회가 방통위에 제재조치를 요청하고 방통위가 이에 따라 제재조치를 명한 때에는 행정처분인 방통위의 제재조치명령에 대하여 항고소송을 제기할 수 있을 뿐이다.

(4) 불이익처분 금지원칙과의 관계

심의위원회의 시정요구에 대해 당해 정보통신서비스제공자나 게시판 운영·관리자가 수용하지 않는 경우 심의위원회는 두 가지의 행위가 가능하다.

첫째, 행정지도의 일반원칙에 의하여 별도의 조치 또는 불이익 처분을 하지 않는 경우이다. 이렇게 되면 심의위원회의 불법정보에 대한 심의권은 유명무실한 제도가 될 것이다.

둘째, 심의위가 시정요구를 수용하지 않는 당사자에 대해 유·무형의 불이익한 처분이나 행위를 하는 경우이다.

시정요구를 행정지도로 본다면 행정지도의 일반원칙에 의거, 행정지도를 따르지 않았다고 하더라도 행정기관은 당사자에게 직·간접의 불이익한 행위를 하여서는 안 된다. 만일 행정기관이 자신들의 행정지도에 순응하지 않았다고 하여 불이익한 처분을 한다면 헌법과 행정법의 일반원칙에 위반된다.

그런데 심의위원회는 시정요구에 따르지 않은 당사자에 대하여 「방통위법」 제25조 제1항 제2호 등에 따라 방통위에 제재조치를 요청할 수 있고, 방통위는 「방통위법」 제25조 제5항에 따라 제재조치의 처분을 명하여야 한다. 결국 시정요구라는 행정지도를 따르지 않았다는 이유로 심의위원회가 방통위에 제재조치를 요청하고, 방통위는 심의위원회의 제재조치 요청에 따라 제재조치를 하는 구조이다. 따라서 심의위원회의 방통위에 대한 제재조치 요구는 행정지도에 따르지 않았다는 이유로 불이익한 처분을 하는데 해당한다고 볼 여지가 있다.

하지만 반대로 「방통위설치법」의 시정요구와 「정보통신망법」상의 제재조치는 서로 구분되는 별개의 제도이기 때문에 반드시 시정요구에 따르지 않았다는 이유로 「정보통신망법」상의 제재조치를 과하는 것은 아니며, 시정요구를 ‘규제적 행정지도’라고 본다면 행정처분의 일반이론에 의한 시정요구제도의 헌법적 문제가 발생하지 않는다고 볼 수 있다.

또한 「정보통신망법」 제44조의7 제1호부터 제6호까지의 불법정보의 경우 심의위원회가 방통위에 제재조치를 요청할 수 있으나, 이는 별개의 제도인 제재조치를 위한 준비단계의 행위에 불과하다고 해석하면 시정요구의 후속처분으로서 방통위에 제재조치를 요구하는 것이 아니라고 볼 여지가 크다. 이에 따르면 심의위원회가 방통위에 제재조치를 요청할 때에 시정요구 절차는 그 즉시 종료하고 이후부터는 방통위 주도의 제재조치 절차가 새롭게 진행되는 것이라고 본다면 위와 같은 헌법위반의 문제가 발생하지 않을 수 있다.

이렇게 해석하면 심의위원회의 시정요구는 대상이 되는 정보의 범위가 넓은 대신 강제력이 인정되기 어려운 일종의 행정지도인 반면, 「정보통신망법」상 방통위에 의한 제재조치는 대상이 되는 정보의 범위가 좁은 대신 강제력이 있는 권력행위로서 행정처분으로 양자는 서로 명확히 구분될 수 있다. 따라서 심의위원회가 방통위에 심의위원회의 시정권고를 수용하지 않는 정보통신서비스제공자 등에 대한 제재조치를 요청하고 방통위가 이에 따라 제재조치를 하였다 고 하더라도 양 기관의 행위는 명확히 구분되는 것이기 때문에 심의위의 제재조치 요청행위는 ‘불이익처분 금지원칙’에 반하지 않는다고 볼 수도 있게 된다.

(5) 소결: 시정요구에 의한 표현의 자유 제한 문제

심의위원회가 당사자에게 불법정보에 대한 시정요구를 한 경우 당사자는 시정요구에 응할 수도 있고, 이에 불응하여 이의를 제기할 수도 있다.

첫 번째의 경우 즉, 「방통위설치법」 제21조 제4항과 동법 시행령 제8조 제2항에 의하여 불법정보를 게재하고 있는 게시판의 사업자에게 당해 정보를 삭제·이용제한 등의 행위를 하도록 시정요구를 발하고, 당해 사업자가 이 시정요구를 수용하여 당해 정보의 삭제 등의 행위를 한 경우에는 심의위원회와 상대방 간에 별도의 법률관계가 발생하지 않는다. 다만 실질적으로 심의위원회-사업자, 심의위원회-방통위와의 관계에서 표현의 자유 침해 문제 등의 법률문제가 발생할 여지가 있다는 점은 여전히 문제라고 본다.

표현의 자유는 개인의 자유로운 인격발전을 이룩하고 인간의 존엄을 유지시켜주는 역할을 한다. 현대 민주주의사회에서 민주정치라는 패러다임과 가치는 사상의 자유로운 형성과 전달에 의해서만 가능하고 사회구성원 상호간에 의사의 접촉을 촉진시킴으로써 사회공동체를 하나로 묶는 결속력을 가지게 되며, 이를 통하여 국민적 통합을 이룩할 수 있는 것이다.

비록 인터넷을 포함하는 정보기술을 통하여 전달되는 표현물도 일반적인 표현의 자유의 한계의 관점, 즉 J. S. Mill이 「자유론」에서 설파한 바와 같이 “개인의 자유영역에 국가가 강제적으로 개입할 수 있는 범위는 개인의 행위가 타인에게 해악을 가하는 경우에 국한된다.”는 시각에서 보면 분명히 정보통신매체를 통한 표현도 규제의 필요성이 있다.

하지만 일찍이 미국 연방대법원에서 설파하였듯이 “궁극적 선(good)은 사상의 자유로운 거래(free trade in ideas)를 통해 이루어지는 것이 바람직하며, 진리를 가리는 최상의 검증은

사상의 힘이 시장의 경쟁(competition of the market)에서 그 스스로를 용인하게 하는가에 달려있다. 그리고 진리란 그들의 희망이 안전하게 수행될 수 있는 유일한 바탕이라는 것을 믿게 된다.”⁴⁰⁾는 판결의 내용처럼 무엇이 진리이고 무엇이 거짓인가의 여부는 자유롭게 공개적인 논쟁을 통하여 결정될 수 있으며, 어느 누구도 진리의 심판자로 자처할 자격이 없다고 보면⁴¹⁾ 자유로운 의견교환을 통한 자정작용을 믿고 기다려야 하는 경우도 있다.

그런데 현행 정보통신 내용에 대한 시정요구 제도는 법논리적으로는 행정지도로서의 성격을 갖고 있어 위헌의 문제는 피해갈 수 있지만, 오·남용될 경우 자칫 원래의 법 취지와는 달리 표현의 자유에 대한 심각한 위축을 초래할 가능성이 있다. 현행 제도에 의하면 심의위원회가 정보통신서비스제공자들의 실질적인 규제권을 가지는 방통위를 통하여 제재조치라는 행정처분을 내릴 수 있다. 이 경우 정보통신서비스제공자나 게시판 운영자가 방통위의 제재조치에 대해 법정 절차를 통하여 항변하고 이를 소송으로 다투는 것은 아주 특별한 경우가 아니면 생각하기 어렵다. 최근의 헌법소원 사건⁴²⁾과 같은 극히 예외적인 경우를 제외하고는 현재의 정보통신서비스제공자-행정기관, 심의위원회-행정기관의 관계로 미루어 정보통신서비스제공자가 심의위원회의 시정요구명령을 거스른다는 것은 거의 불가능하다.

이런 상황에서라면 심의위의 시정명령이 명확한 척도에 의해 이루어져야 하는데, 현행 「정보통신망법」 제44조의7의 기준들, 특히 제44조의7 제1항 제2호(사람을 비방할 목적으로 공공연하게 사실이나 거짓의 사실을 드러내어 타인의 명예를 훼손하는 내용의 정보), 제3호(공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방

40) Abrams v. Unites States, 250 U.S. 616(1919) 참조.

41) 임상원(역), 『아레오파지티카 - 존 밀턴의 언론출판의 자유에 대한 선언』, 나남, 1998. 원서: J. Milton, 『Areopagitica』.

42) 최근 Daum의 이용자들이 심의위원회의 시정요구 제도에 대해 헌법소원을 제기하였다. 원고들은 Daum에 아고라게시판과 언론소비자주권 국민캠페인이라는 인터넷 카페(인터넷 동호회 모임)를 개설하고 여기에 조선일보, 중앙일보, 동아일보에 광고를 게재한 회사의 목록을 작성하고 “당해 회사들은 위의 신문사들에 광고를 싣는 회사들이니 위 회사에게 광고 게재를 중단해 줄 것을 요청합니다.”라는 취지의 글을 게재하였다.

이에 심의위원회에서는 당해 글이 「방통위설치법」 제21조 및 동법 시행령 제8조, 정보통신윤리 심의규정 제7조 제4호, 제8조 제4호 마목에 위배된다는 이유로 정보통신서비스제공자인 Daum에 ‘해당 정보의 삭제’의 시정요구를 하였다. 이에 Daum은 2008. 7. 3.부터 당해 글을 삭제하였다.

원고들은 Daum의 글을 삭제하게 한 심의위원회의 시정요구제도가 검열금지의 원칙과 표현의 자유 등을 과도하게 제한하는 규정이라는 이유로 헌법재판소에 헌법소원을 청구하였으며, 현재 헌법재판소의 심리가 진행 중이다.

에게 도달하도록 하는 내용의 정보)의 규정들이 이러한 요건들을 충족했는지에 대해서는 한번쯤 되짚어볼 필요가 있다.

위에서 실시한 바와 같이 ‘명확성의 원칙’에서의 ‘명확’이라는 개념 자체가 매우 유동적이고 광범위하기 때문에 구체적으로 당해 사안에서 심의위원회의 시정요구가 적정했는지의 여부는 ‘합법성의 문제’가 아니라 ‘합리성의 문제’로 넘겨질 수밖에 없다.

위헌성 여부에 대해서는 구체적인 사안들마다 평가가 다를 수 있지만, 현행 심의위원회의 시정요구 제도는 법논리상의 위헌성 여부에는 관계없이 자칫 과도한 표현의 자유의 제한과 위축이라는 결과를 야기할 수 있다는 위험성은 상존하고 있다. 개별 사건에 대한 판단이 어려운 만큼 보다 근본적으로는 향후 심의위원회가 보다 정치와 자본으로부터 독립하여 공정하고 객관적인 기준으로 심의할 수 있는 구조를 형성해 주어야 한다.⁴³⁾

IV. 결어

이상에서는 현재 한국에서 방송통신심의를 담당하고 있는 심의위원회의 심의기준의 명확성과 적정성의 문제, 시정요구제도의 헌법합치성의 문제 등에 대하여 논의하였다.

표현의 자유는 인간의 정신적 자유의 기저이자 필수불가결한 요소로서 국가권력의 간섭이나 개입 없이 자신의 사상이나 의견을 개진하여 여론형성에 참여한다는 소극적인 자유로서의 고전적 의미를 넘어 자율적이고 인격적인 존재인 인간이 그 자신의 자아실현의 방법적인 기초로 작용하게 된다.

현대사회에서 컴퓨터와 인터넷의 보급은 정보에의 접근과 전파가능성을 제고하였고, 이를 통해 국민의 여론이 형성되는 비율도 다른 매체의 영향력에 비해 점차 높아지고 있다. 인터넷의 사용 초기에 사이버 공간은 개방성과 익명성을 주된 특징으로 하기 때문에 현실

43) 현행 「방송법」과 「방통위설치법」상 방통위와 심의위원회의 관계가 과연 심의위원회가 국가로부터 완전히 독립하여 정보통신 내용을 심의할 수 있는 구조인가에 대해서는 이론의 여지가 없지 않다. 본문에서도 언급한 바와 같이 정보통신 내용에 대한 심의에 있어서는 공정하고 객관적인 심의가 가능하도록 심의의 절차와 심의기준을 정립하는 것이 중요하다. 이를 위해서는 심의위원회가 조직적·재정적으로 국가 또는 대통령 소속기관인 방통위로부터 독립적으로 정보통신 내용에 대한 심의를 할 수 있는 구조를 형성하여 주는 것이 필요하다. 이러한 구조적 독립성의 확보문제는 심의내용의 독립성을 확보하기 위한 실천적 전제가 되는 문제이기는 하지만 지면상 차후의 연구과제로 미루기로 한다.

세계와 완전히 유리된 해방공간, 자유공간으로 인식되었지만, 점차 그 폐해가 확산되면서 사이버 공간 역시 현실세계와 부단히 교섭하게 되는 공간이므로 가능한 한도 내에서 현실 세계의 규범이 최대한으로 적용되어야 하는 것으로 인식되기 시작하였다.

사이버공간의 발전을 통해 정치과정에 무관심하던 국민들이 자신의 견해를 밝힐 수 있는 공간이 크게 확대되었다. 사이버공간은 적극적으로 정치에 참여하는 민주적 시민의 양성과 민주주의의 확립과 발전에 매우 큰 도움이 될 수 있다. 반면, 자칫 인터넷 공간이 사회구성원간의 사상의 자유로운 교환을 통한 여론형성의 장으로서의 기능보다는 흑세무민(惑世誣民)과 명예훼손적 발언의 공간으로 악용될 위험성도 있다. 그렇다고 해서 이를 이유로 지나치게 국민의 표현의 자유를 억압하는 방향으로 정보통신의 내용심의 제도를 이용하려고 해서도 안 된다. 심의업무의 담당자들에게 중용의 미덕과 균형 있는 사고가 필요한 대목이다.

향후 정보통신의 심의는 여론참여 수단이 인터넷으로 전환되고 사이버공간이 확대됨에 따라 업무범위도 확대되고 점점 중요해질 것이다. 이에 따라 사이버 공간에서의 표현의 자유를 최대한 보장하면서 역기능을 방지할 수 있는 법제의 완비를 위하여 부단히 노력하여야 할 것이다.

참고문헌

- A. Barabasi, 강병남 · 김기훈 공역, 『링크(Linked - The New Science of Network)』, 서울: 동아시
아출판사, 2002, 11-22면.
- G. J. H. Smith, 『Internet law and regulation』, London: Sweet&Maxwell, 2002.
- J. Slevin, 『The internet and society』, Malden, MA: Polity Press, 2000.
- 강휘원(2002). “자율규제적 인터넷거버넌스”, 『한국행정학보』. 제36권 3호. 185-205면.
- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2009.
- 김성천 외, 『방송통신 심의규정 개선방안에 관한 연구』, <연구보고서> (방송통신심의위원회),
2009.
- 김종문(1994). “우리나라의 행정지도”, 『고시계』. 318-321면.
- 김형성, “간행물 심의와 표현의 자유”, 『성균관법학』 제17권 제2호, 2005, 45-68면.
- 박선영, 『언론정보법 II』, 법문사, 2002.
- 방송통신심의위원회, 『2009년 3분기(누적) 통신심의 통계』, 2009. 9.
- 법무법인 동서파트너스, 『방통위설치법 제21조 제4호, 동법 시행령 제8조, 정보통신망법 제44조의
7 제1항, 방송통신윤리심의규정 제7조 및 같은 규정 제8조 제4호에 대한 헌법소원 청구서』,
2008. 7. 16.
- 변재옥, 『행정법(I)』, 박영사, 1990.
- 석종현 · 송동수, 『일반행정법(상)』, 삼영사, 2009.
- 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2009.
- 양승두, “행정작용법 - 행정지도”, 『고시계』, 1985. 11.
- 오준근(2004). “통합방송법의 체계 및 내용상의 문제점과 그 개선방안”. 『공법연구』 제32집 제3호.
405-430면.
- 오준근, “행정지도에 관한 절차법적 고찰”. 『공법연구』 제26집 제1호, 1998, 209-228면.
- 이민영, “방송통신심의의 성질에 관한 법적 연구”, 『성균관법학』 제21권 제1호, 2009, 785-815면.
- 이승선, “전환기 방송심의체계의 특성에 관한 연구”, 『문화 · 미디어 · 엔터테인먼트법』 제3권 제2
호, 2009, 163-187면.
- 이준일, “헌법재판소가 이해하는 명확성원칙의 비판적 재구성”, 『헌법학연구』 제7권 제1호.
- 임 용, “형법상 명확성의 원칙”, 『성균관법학』 제16권 제1호, 2004, 481-498면.
- 임상원(역), 『아레오파지티카 - 존 밀턴의 언론출판의 자유에 대한 선언』, 나남, 1998. 원서: J.
Milton, 『Areopagitica』.

홍정신, 『행정법원론』, 박영사, 2007.

황승흠·황성기, 『인터넷은 자유공간인가?: 사이버공간의 규제와 표현의 자유』, 커뮤니케이션 북스, 2003.

“현행 통신심의제도의 법적 문제점에 대한 고찰”에 대한 토론문

정 경 오 (정보통신정책연구원 연구조정실 변호사)

1. “불법정보”의 개념과 명확성의 원칙 위배여부에 관하여

□ 발제문의 주요내용

「정보통신망법」 제44조의7 제1항 제9호에서는 그 범위를 전혀 제한하지 않고 “그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 정보”를 불법정보의 한 유형으로 규정하고 있는데, 이 규정이 불명확한 규범에 의해 표현의 자유를 침해하는 것으로서 헌법상의 명확성의 원칙을 위반하고 있다고 볼 수 있는가의 문제가 발생할 우려가 있으며, 명확성의 원칙을 이와 같이 이해한다면 모든 법규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법기술상 불가능하며, 결코 바람직하지도 아니하므로 경우에 따라 어느 정도의 가치 개념을 포함한 일반적, 규범적 개념을 사용할 수밖에 없다. 따라서 「정보통신망법」 제44조의7 제1항 제9호의 법문언이 ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람’의 양식으로 판단되지 않을 만큼 일반인의 가치판단이 어렵다고 볼 수는 없으므로 이 규정이 명확성의 원칙을 위배된 것이라고 단정할 수 없다.

그럼에도 불구하고 향후 이 규정은 다음과 같은 이유에서 개정의 필요성이 있다.

2002년 헌법재판소의 위헌결정¹⁾이 내려짐에 따라 2002. 12. 26. 「전기통신사업법」을 개정하여 불법통신의 유형을 신설한 것이다.

이 규정에 대해서는 일단 불법정보가 기존의 불온통신 개념보다는 심의대상을 구체적으로 세분화·명확화한 것으로써 진일보한 규정이라고 평가할 수도 있다.

하지만 「정보통신망법」 제44조의7 제1항의 각호에서 구체적인 범죄행위 내지 법률위반행위를 불법정보로 충분히 열거하면서 또 다시 제9호에서 “그 밖에 범죄를 목적으로 하거나

1) 헌재결 2002. 6. 27. 99헌마480.

교사 또는 방조하는 내용의 정보”라고 규정함으로써 모든 범죄행위가 불법정보로 편입되는 결과를 야기하고 있어 앞의 제1호 내지 제8호를 구체적으로 규정한 의의가 몰각될 우려가 있다.

따라서 입법론으로는 제1호부터 제8호까지의 인터넷 상의 심의대상을 보다 구체화하는 한편, 제9호의 “그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사(敎唆) 또는 방조하는 내용의 정보”는 삭제하는 방향으로의 법개정이 필요하다.²⁾

□ 토 론

- 정보통신망법 제44조의7 제1항 제9호 삭제시 문제점 : 심의위원회의 심의대상 중 정보통신망법 제44조의7 제1항 제1호부터 제8호까지의 불법정보는 실제 심의대상 중 유형으로 따지면 일부분에 해당하고 있다.

그 이외에도 자살사이트, 마약판매, 장기매매, 성매매 정보등은 제1호부터 제8호까지의 유형에 해당하지 않아 만약 제9호를 삭제하는 경우에는 이를 심의할 수 없다는 문제가 있다.

- 대안제시 : 제9호가 과도하게 확장 적용되는 것을 방지하기 위하여 그 밖에 범죄를 목적으로 교사 또는 방조하는 내용으로 대통령령이 정하는 정보로 제한하는 것이 적절하다. 또는 새로운 불법정보의 유형이 발생하는 경우 심의위원회의 엄격한 심의하에 고시를 통해 불법정보의 유형을 추가하는 방식을 통해 제한함으로써 명확성의 원칙을 준수하는 것이 필요하다.

이는 청소년유해매체물 제도에서 여성가족부장관이 청소년유해매체물을 고시함으로써 추가하는 것과 유사하다고 할 것이다.

2) 同旨 김성천 외, 『방송통신 심의규정 개선방안에 관한 연구』, 〈연구보고서〉(방송통신심의위원회), 2009, 33-35면 및 75면. 한편, 방송내용에 대한 심의에 있어서의 명확성의 원칙에 대한 비판적 견해로는 박선영, 『언론정보법 II』, 법문사, 2002, 53면; 간행물에 대한 심의제도의 문제점에 대해서는 김형성, “간행물 심의와 표현의 자유”, 『성균관법학』 제17권 제2호, 45-68면.

2. 불법통신의 개념의 포괄위임금지원칙 위배여부

□ 발제문의 주요내용

「방통위설치법」 제21조에 의하면 4. 전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구로 규정하고 있는데 심의대상에 대해서는 구체화하고 있으나 시정요구에 대해서는 구체화하고 있지 않다. 즉 법원은 “만약 피고의 시정요구에 법적 구속력이 있다면, 법이 피고의 업무를 나열한 조직법적 규정인 제53조의2 제4항 중 제2호에서 시정요구를 언급한 것을 제외하고는 시정요구의 내용 등에 대하여 아무런 규정도 두지 않고 있는 것과 법 시행령 제16조의4 제1항이 권리침해의 정도가 지극히 크며 ‘시정요구’의 가능한 어의(語義)를 벗어난다고도 할 수 있는 이용정지 및 이용해지까지 시정요구의 대상으로 규정한 것이 도리어 포괄위임입법금지원칙, 법률유보원칙 등에 위배된다고 볼 여지가 있”다고 판시하고 있다.

여기에서 유의해야 할 점은 법원이 “만약 피고의 시정요구에 법적 구속력이 있다면” 헌법 위반성이 있다고 설시하고 있는 점이다. 즉 법원은 만일 (구)정보통신윤리위원회의 시정요구에 법적 구속력을 인정한다면 “법이 피고의 업무를 나열한 조직법적 규정인 제53조의2 제4항 중 제2호에서 시정요구를 언급한 것을 제외하고는 시정요구의 내용 등에 대하여 아무런 규정도 두지 않고 있는 것과 법 시행령 제16조의4 제1항이 권리침해의 정도가 지극히 크며 ‘시정요구’의 가능한 어의(語義)를 벗어난다고도 할 수 있는 이용정지 및 이용해지까지 시정요구의 대상으로 규정한 것이 도리어 포괄위임입법금지원칙, 법률유보원칙 등에 위배된다고 볼 여지가 있”다고 지적하고 있다. 당해 부분을 반대해석하면 만일 시정요구가 법적 구속력이 없다면 포괄위임입법금지원칙, 법률유보 원칙 등에 위배될 여지가 없다고 새길 수 있다.

□ 토론

- 시정요구의 구체화에 관하여 : 방통위설치법 시행령 제21조 제4호에서 시정요구의 종류를 규정하고 있어 이를 구체화하고 있다고 볼 수 있다.

다만, 시정요구의 종류에 대하여 이용정지 또는 이용해지에 대하여는 이용계정의

정지 또는 해지와 이용계약의 정지 또는 해지 두 가지 의미로 해석될 수 있다는 문제점은 여전히 존재한다. 따라서 시정요구의 어의를 벗어날 수 있는 이용정지나 이용해지는 구체화시킬 필요가 있으며, 이것은 정확히 문제점을 지적한 것으로 판단된다.

이용정지와 이용해지는 실무상 이용계정(ID)의 정지 또는 해지와 이용계약의 정지 또는 해지의 두 가지 의미로 사용하고 있다.

따라서 불법사이트를 전부 폐쇄하는 경우 이용계약의 해지로 시정요구를 함으로써 결과적으로 사이트가 폐쇄되는 효과를 내고 있다.

이는 직접적으로 사이트를 폐쇄하는 것이 아니라 간접적인 방법을 이용하는 것일 뿐만 아니라 이용계정과 이용계약의 중의적으로 해석하는 것이어서 문제점이 있다고 할 것이다.

따라서 이용정지 또는 이용해지는 발제자의 지적처럼 시정요구의 어의를 벗어나 포괄위임입법 금지의 원칙에 위반될 소지가 있어 이에 대한 개선이 필요하다.

3. 시정요구의 법적 성질에 관하여

□ 발제문의 주요내용

법원은 (구)정보통신윤리위원회에 의한 ‘전기통신차단명령’의 경우에는 처분성이 없는 것으로 본 반면, ‘청소년 유해매체물 결정’에 대해서는 행정처분으로서의 법적 성격을 인정하였다. 전자의 경우에는 행정지도로, 후자의 경우에는 처분성을 인정한 것으로 해석된다. 이 같은 판결들로 미루어 법원은 구체적인 행위의 성질에 따라 행정처분성을 인정하기도 하고 부정하기도 하는 것으로 사료된다.

결론적으로 현행 불법정보에 대한 심의위원회의 시정요구 제도 역시 행정처분이라기 보다는 행정지도로 보아 이에 대한 항고소송이 불가능하다고 보는 것이 논리적이다. 만일 심의위원회의 시정요구 후, 시정요구를 받은 정보통신서비스제공자가 시정요구에 응하지 아니하여 심의위원회가 방통위에 제재조치를 요청하고 방통위가 이에 따라 제재조치를 명한 때에는 행정처분인 방통위의 제재조치명령에 대하여 항고소송을 제기할 수 있을 뿐이다.

□ 토론

- 검토 : 시정요구에 처분성을 인정하는 경우 가장 큰 문제는 행정절차법에 따라 처분의 사전통지절차를 거쳐 심의의 본래 기능인 신속한 심의가 불가능해진다. 따라서 인터넷의 특성상 처분의 사전통지절차를 거치는 경우 이미 불법정보는 확산될 대로 확산되어 심의 및 시정요구를 하더라도 그 실질적 효과는 발휘하기 어렵다.³⁾

그러나 시정요구에 처분성을 인정하지 않는 경우 발제자의 지적대로 행정지도의 성질상 법치주의를 위협하게 만들고, 행정처분이 아니므로 행정소송제기가 불가능하여 국민의 권리구제가 어렵다는 문제가 있다.

- 대안제시 : 심의위원회의 결정 중 청소년유해매체물 결정은 이미 처분성을 인정받고 있으며, 최근 시정요구에 처분성을 인정하고 있는 하급심 판결⁴⁾이 있다.

-
- 3) 『행정절차법』 제21조 (처분의 사전통지) ① 행정청은 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 다음 각호의 사항을 당사자등에게 통지하여야 한다.
1. 처분의 제목
 2. 당사자의 성명 또는 명칭과 주소
 3. 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거
 4. 제3호에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법
 5. 의견제출기관의 명칭과 주소
 6. 의견제출기한
 7. 기타 필요한 사항
- ② 행정청은 청문을 실시하고자 하는 경우에 청문이 시작되는 날부터 10일전까지 제1항 각호의 사항을 당사자등에게 통지하여야 한다. 이 경우 제1항제4호 내지 제6호의 사항은 청문주재자의 소속 직위 및 성명, 청문의 일시 및 장소, 청문에 응하지 아니하는 경우의 처리방법등 청문에 필요한 사항으로 갈음한다.
- ③ 제1항제6호에 의한 기한은 의견제출에 필요한 상당한 기간을 고려하여야 한다.
- ④ 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 제1항의 규정에 의한 통지를 아니할 수 있다.
1. 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
 2. 법령등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판등에 의하여 객관적으로 증명된 때
 3. 당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우
- 4) 시정요구의 행정처분성을 인정하는 하급심 판결
- (1) 시멘트 사건의 개요와 쟁점
- 2009년 1월 30일 한국양회공업협회는 다음 블로그 게시글로 인해 시멘트에 대한 부정적 인식의 확산으로 명예훼손 피해를 받았으며, 심의위원회에 심의신청을 하였고, 심의위원회는 2009. 4. 16. ‘발암시멘트’라는 표현이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 없거나 허위사실에 해당하여 신고자의 명예를 훼손한

따라서 심의위원회의 결정이 반드시 처분성을 인정할 수 없다는 것은 아니므로 심의위원회의 결정 유형을 다양화할 필요가 있다.

즉 공정거래위원회는 처분성을 인정하는 시정명령과 처분성이 인정되지 않는 시정권고를 같이 행사하고 있는데, 이를 참고로 심의위원회의 시정요구도 처분성이 인정되는 시정명령과 처분성이 인정되지 않는 시정요구(또는 시정권고)로 다양화할 필요가 있다.

그리고 정보통신망법 제44조의7 제1항 제1호부터 제9호까지의 심의대상 중 명예훼손이나 표현의 자유, 그리고 국가보안법 관련 불법정보의 경우에는 처분성이 없는 시정요구로 할 것이 아니라 처분성이 인정되는 시정명령으로 하는 것이다.

다고 하여 해당정보 삭제의 시정요구를 하였다. 이에 대하여 게시자는 2009년 5월 12일 심의위원회에 이의신청을 하였고, 같은 해 9월 10일 심의위원회는 게시자의 이의신청에 대하여 신청자가 요업기술원에 의뢰한 분석자료에 따르면 금붕어의 폐사원인은 PH농도가 아니며, 요업기술원은 공인된 기관으로 제출 자료의 신뢰성을 인정하여 게시자의 이의신청을 인용하였다. 그러나 게시자는 이의신청과는 별도로 2009년 8월31일 심의위원회의 시정요구에 대하여 취소소송을 제기하였고, 2010년 2월11일 서울행정법원은 심의위원회의 시정요구는 위법하므로 시정요구처분을 취소하라는 판결을 선고하였다. 이 사건 판결은 그 동안 윤리위원회의 시정요구에 대하여 처분성을 부정한 대법원 판결에 반하는 하급심 판결로서, 윤리위원회의 시정요구 권능을 계승한 심의위원회의 시정요구가 법적성질에 있어서 윤리위원회의 시정요구와 서로 다른지 여부가 문제된다.

(2) 시멘트 사건의 판결 요지

서울행정법원은 "피고는 대통령이 위촉하는 9인의 위원으로 구성되는데, 위원들은 국가공무원법상 결격사유가 없어야 하고 그 신분이 보장되며(법 제18조, 제19조, 제20조), 위원 중 위원장과 부위원장을 포함한 3인은 상임으로 임명되고 「형법」 등의 벌칙 적용에 있어서 공무원으로 의제된다(법 제26조 제4항). 그리고 국가로부터 피고의 운영 등에 필요한 경비를 지급받을 수 있고 피고의 규칙이 제정·개정·폐지될 경우 관보에 게재·공표된다(법 제28조, 제29조). 이는 종래 피고와 유사한 기능을 담당하던 윤리위원회를 규율하고 있던 구 「전기통신사업법」(2007. 1.26. 법률 제8289호로 개정되기 전의 것)에는 없었던 규정인데, 위와 같은 규정의 내용에 비추어 볼 때 피고는 방송통신위원회와 마찬가지로 합의회 행정청에 해당한다고 봄이 상당하다. 피고는 전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보의 심의 이외에도 전기통신서비스제공자 등에 대하여 해당 정보의 삭제 또는 접속차단·이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지 등을 하도록 시정요구를 할 수 있고(법 제21조제4호, 법시행령 제8조 제1항, 제2항), 피고로부터 시정요구를 받은 전기통신서비스 제공자 또는 게시물관리·운영자는 그 조치결과에 대하여 피고에게 지체 없이 통보하여야 할 법률상 의무가 있다(법 시행령 제8조 제3항). 또한 이러한 시정요구에 대하여 전기통신서비스제공자, 게시관 관리·운영자 또는 해당 이용자는 피고에게 이의신청을 제기할 수 있고, 피고는 이의신청이 있는 날부터 15일 이내에 이를 심의하도록 함으로써(법 시행령 제8조 제5항, 제6항), 시정요구에 대한 불복절차가 마련되어 있다. 물론 피고의 시정요구에 불응함으로써 추후 방송통신위원회의 제재처분이 있게 되면 위 제재처분에 대하여 항고소송의 방법으로 다룰 수 있는 것은 당연하겠지만, 이 사건의 경우와 같이 정보통신서비스제공자가 피고의 시정요구에 따라 게시물을 삭제한 경우에는(주식회사 다음커뮤니케이션은 2009. 4. 28. 이 사건 시정요구에 따라 이 사건 게시물을 삭제한 것으로 보인다) 방송통신위원회가 나아가 제재처분을 할 여지가 없는 것이므로, 이 사건 시정요구를 행정처분으로 보아 원고가 민사상 손해배상청구의 방법 이외에 위 시정요구의 적법성에 대하여도 바로 항고소송으로 다룰 수 있게 하는 것이 직접적인 권리구제 수단이 되고, 결과적으로 개인의 온라인상 표현의 자유 등을 두텁게 보호할 수 있는 방법이 된다(서울행정법원 2009구합35294).

그리고 나머지 표현의 자유와 명예훼손 관련성이 없는 불법정보에 대하여는 기존의 시정요구로 결정하면 행정절차법상 처분의 사전통지절차를 거치지 않아도 되는 장점이 있고, 표현의 자유와 명예훼손 관련성이 있는 정보, 국가보안법과 관련되는 정보는 처분의 사전통지절차를 거침으로써 심의대상의 명확성 원칙을 준수하고, 국민의 권리구제도 가능하게 하는 장점이 있다고 할 것이다.

그 외에도 현재의 시정요구의 종류도 다양화할 필요가 있어 현재 (i) 해당 정보의 삭제 또는 접속차단, (ii) 이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지, (iii) 청소년유해정보의 표시의무 이행 또는 표시방법 변경 등과 그 밖에 필요하다고 인정하는 사항 중 이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지는 이용계정(ID)의 정지 또는 해지로 제한하고, 경미한 사안의 경우 경고 또는 주의조치 등의 다양한 내용이 포함되도록 할 필요가 있다.

대안으로 제시하면, 시정요구의 종류로 ①경고 또는 주의 ②해당 정보의 일부삭제 ③ 이용계정(ID)의 정지 또는 해지 ④ 청소년유해정보의 표시의무 이행 또는 표시방법 변경 등과 그 밖에 필요하다고 인정하는 사항으로 시정명령의 종류로는 해당정보의 전부삭제로서 카페, 블로그, 사이트폐쇄조치 및 접속차단 등은 처분성이 인정되게 할 필요가 있다.

4. 결론

인터넷은 순기능과 역기능을 모두 가지고 있으며 역기능을 방지하기 위해서 하는 조치들은 때로는 표현의 자유를 위축시킨다는 문제점도 함께 가지고 있다. 헌법상 기본권이 상충하는 경우 규범조화적 해석방법으로 해결하듯이 표현의 자유도 보장하고 역기능도 방지할 수 있는 규범조화적인 제도를 마련하기 모두가 고민할 필요가 있다.

불법은 형사상 불법, 민사상 불법, 행정법상 불법이 있으며, 모두가 동일하게 위법한 행위인 것은 사실이나 불법의 범위에 있어서는 민사상 불법이 가장 넓고 형사상 불법은 가장 작으며 행정법상 불법은 중간영역에 있다고 할 것이다.

따라서 행정법상 불법에 해당하는 정보통신망법 제44조의7 제1항 각호의 불법정보를 형사상 불법처럼 너무 엄격하고 좁게 해석할 필요는 없다. 그렇다고 민사상 불법처럼 너무 넓게 해석할 필요도 없다.

따라서 일반인에 비해 사건에 대한 법적용을 엄격하게 하는 법률전문가들이 심의위원회에 많이 활동하는 것이 하나의 방법이 될 수 있다고 생각한다.

법률전문가들이 많이 위원에 위촉된다면 사안을 법적인 관점에서 엄격하게 해석함으로써 불법정보의 불법성 심사를 엄격하게 함으로써 표현의 자유도 보장할 수 있지 않을까 생각한다.

현행 통신심의제도의 법적 문제점에 대한 고찰 발제문에 대한 토론문

박 경 신 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

1. 방송통신심의위원회의 시정요구가 구속력이 없는 소위 ‘행정지도’ 이므로 헌법적 문제를 발생시키지 않는다는 주장에 대하여

발제자 스스로 다음과 같이 적시하고 있다.

정보통신서비스제공자 또는 게시관 관리·운영자가 심의위원회의 시정조치에 따르지 아니하는 경우, 만일 당해 정보가 「정보통신망법」 제44조의7 제1항 제1호부터 제6호까지에 규정된 불법정보인 경우에는 심의위원회는 방통위에 정보통신서비스 제공자 또는 게시관 관리·운영자로 하여금 그 취급거부·정지 또는 제한을 하도록 하는 명령을 하여 줄 것을 요청할 수 있다. 방통위는 심의위원회의 제재조치 처분 요청을 받은 때에는 「방송법」과 「정보통신망법」의 해당 규정에 따라 제재조치를 명하여야 한다.¹⁾

또한 방통위는 「정보통신망법」 제44조의7 제1항 제7호부터 제9호까지의 정보에 대하여는 (i) 관계 중앙행정기관의 장의 요청이 있었을 것, (ii) 제1호의 요청을 받은 날부터 7일 이내에 심의위원회의 심의를 거친 후 「방통위설치법」 제21조 제4호에 따른 시정 요구를 하였을 것, (iii) 정보통신서비스제공자나 게시관 관리·운영자가 시정 요구에 따르지 아니하였을 것 등의 요건이 갖추어진 경우, 정보통신서비스제공자 또는 게시관 관리·운영자에게 해당 정보의 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명하여야 한다.²⁾

1) 이상에 대해서는 「방통위설치법」 제25조 참조.

2) 「정보통신망법」 제44조의7 제3항.

그렇다면 방송통신심의위원회의 ‘시정요구’를 사업자가 이행하지 아니하면 방송통신심의위원회는 방송통신위원회에 제재를 요청할 수 있고 방송통신위원회는 반드시 제재를 내리도록 하고 있다. 즉 ‘시정요구 불이행’에 대한 제재가 틀림없이 존재하는 것이며 발제자가 ‘행정지도성’의 요건으로 삼고 있는 불이익금지원칙을 위배하는 것이다.

그렇기 때문에 발제자의 지적대로 불응하는 경우가 거의 없는 것이다. 천안함 관련 게시물에 대한 시정요구에 KISO(포털사업자 자율기구)가 예외적으로 응하지 않기로 한 것은 시정요구의 근거가 정보통신망법 제44조의7의 ‘불법정보’ 중의 하나가 아니었고 그렇기 때문에 방통위의 제재가 적용되지 않기 때문이었다. 44조의7불법정보에 근거한 시정요구에는 틀림없이 불응시 불이익이 존재하는 것이다.

그리고 같은 사안에 대해서는 소위 ‘발암시멘트게시물’ 삭제를 요청한 방통심위의 시정요구에 대해 ‘행정처분성’을 인정한 하급심판결이 있는데 이에 대해 아무런 언급을 하지 않은 것은 형평성을 잃은 것이라고 보인다. (서울고등법원 선고 2010.4.13 2010누9428 시정요구 처분취소)

2. 발제자는 현재 ‘시정요구’절차의 위헌성을 검토하면서 적법절차위반 부분을 누락하고 있다

시정요구를 위에서 말했듯 구속력있는 행정처분으로 볼 때 이와 같은 행정처분을 하면서 행정처분의 대상자인 게시자에 아무런 진술기회를 주지않고 사후적으로만 이의제기 기회를 주는 것은 헌법상 적법절차원리에 위배되는 것이다. 적법절차 문제는 시정요구에 대한 실질적 평가에 있어서 핵심적인데 왜냐하면 현재 방통심위가 시정요구를 남발할 수 있는 이유는 시정요구 개시 여부를 결정하기 전에 사전의견진술기회를 게시자들에게 주지 않고 일방적으로 진행하기 때문이다. 즉 시정요구제도의 실질적인 핵심에는 적법절차원리의 위반이 있는 것이다.

아래의 내용은 토론자가 관련 논문에서 위 적법절차 관련 부분을 발췌하여 전재한 것이다.³⁾

3) 박경신, “방송통신심의위원회의 인터넷내용심의의 위헌성”, 한양대학교 법학논총 제27집 제2호 2010년 6

헌법 제12조제1항은 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 **적법한 절차에 의하지 아니하고는** 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 하고 있다. 그런데 그 적용 범위는 형사절차에만 한정되어 있지는 않다.

우리 현행 헌법에서는 제12조 제1항의 처벌, 보안처분, 강제노역… 과 관련하여 각각 적법절차의 원칙을 규정하고 있지만 이는 그 대상을 한정적으로 열거하고 있는 것이 아니라 그 적용대상을 예시한 것에 불과하다고 해석하는 것이 우리의 통설적 견해이다.⁴⁾

적법절차는 비단 신체의 자유(헌법 제12조)에서만 아니고 모든 기본권보장과 관련이 있는 것이고 법치주의의 구체적 실현원리라고 할 것(헌법재판소1990.11.19. 선고 90헌가48 결정참조)이다.⁵⁾

그렇다면 위와 같이 적법절차의 원리는 이번 사건처럼 표현의 자유에도 적용될 수 있는 것이며 일반행정기관에 의한 게시물 삭제에도 적용된다고 할 것이다.

우리 헌법재판소는 헌법 제12조 제3항의 ‘적법한 절차’는 미국에서 발달된 적법절차원리를 도입한 것으로 보고 있다.⁶⁾ 미국연방대법원은 미국헌법의 적법절차(due process)를 해석하기를 정부가 개인의 생명, 자유 및 재산(life, liberty or property)을 제한할 때는 다음과 같은 절차를 따를 것을 요구하고 있다.⁷⁾

- ① 자유의 제한 및 그 이유에 대한 고지 (an adequate notice)
- ② 이의제기를 할 수 있는 기회, 예를 들어 청문회 (a hearing)
- ③ 중립적인 판정자에 의한 이의심의 (a neutral judge)⁸⁾

월 30일 발간 65-99쪽.

4) 헌재 1992.12.24, 92헌가8

5) 헌재1992.11.12. 91헌가2 판례집4, 713, 723

6) 헌재 1992.12.24, 92헌가8

7) Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254, 267 (1970)

8) 참고로 위에서 judge는 반드시 직업적인 법관을 의미하는 것은 아니고 판정자를 말한다.

그리고 미연방대법원은 위의 절차들은 상황에 따라 다음과 같이 다른 정도의 엄격성이 요구된다고 판시한 바 있다.⁹⁾

적법절차의 요구를 구체적으로 정하는 것은 다음의 세 가지 요소들의 고려를 요한다.

- 첫째, 국가행위에 의해 침해되는 사익(의 중요성- 필자 추가);
- 둘째, 국가행위가 법적인 오류로 판단될 가능성 및 추가적 절차 요구의 실효성;
- 셋째, 추가적인 절차를 요구할 경우 정부가 추구하는 공익에 끼치는 부담.¹⁰⁾

그렇다면 여기서 게시물의 삭제는 개인의 표현의 자유를 제한함은 다언을 요구하지 않는다. 그런데 심의위원회의 심의에 의한 삭제는 적어도 ‘고지’, ‘청문회’ 그리고 ‘중립적인 판정자’ 세 가지 요소 모두에서 심각한 흠결을 안고 있다.

근거조항	내용	실제상황	평가
망법 제44조의7 제4항	방송통신위원회는 [취급제한 및정지] 명령의 대상이 되는 정보통신서비스 제공자, 게시판 관리·운영자 또는 해당 이용자에게 미리 의견제출의 기회를 주어야 한다.	심의위원회가 ‘시정요구’로 모든 심의결과를 수렴하고 있고 서비스제공자는 100% 준수하고 명령발부되지 않음.	실질적으로 이용되지 않는 절차이므로 헌법적 평가 불요; 이론적으로도 ‘미리... 기회’ 제공하므로 문제 없음.
설치법시행령 제8조	⑤ 제2항에 따른 시정요구에 대하여 정보통신서비스제공자, 게시판 관리·운영자 또는 해당 이용자는 그 시정요구를 받은 날부터 15일 이내에 심의위원회에...이의신청을 할 수 있다.	시정요구가 서비스제공자에게 내려지면 이들은 이를 수용하기 전에 이의신청을 할 수 있으나 실제 이의제기는 전무함. 이 경우 이용자는 사후적으로 이의제기를 할 수 밖에 없음.	이용자가 서비스제공자를 통해 간접적으로 통지받게 됨은 물론 사후적으로만 이의제기를 할 수 있게 된다는 면에서 위헌소지 높음.

9) Eldridge v. Williams, 424 U.S. 319, 335 (1976)

10) 다음은 영어원문이다. 다른 배경지식을 이용하여 가독성을 위해 의역하였음을 밝힌다. “[I]dentification of the specific dictates of due process generally requires consideration of three distinct factors: first, the private interest that will be affected by the official action; second, the risk of an erroneous deprivation of such interest through the procedures used, and the probable value, if any, of additional or substitute procedural safeguards; and, finally, the Government's interest, including the function involved and the fiscal and administrative burdens that the additional or substitute procedural requirement would entail.”

근거조항	내용	실제상황	평가
설치법 제25조 제2항	② 심의위원회는 제1항의 제재조치 ¹¹⁾ 를 정하려는 때에는 미리 당사자 또는 그 대리인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.	심의위원회가 ‘시정요구’를 ‘제재조치’로 인정하지 않아 의견진술기회를 주고 있지 않음	‘시정요구’를 ‘제재조치’로 인정하지 않는 것은 불법임.

첫째 위에서 언급하였듯이 설치법 제25조는 심의위원회가 ‘심의규정’에 따른 심의 이후에 발부하는 제재조치에 대해서는 당사자에게 ‘미리’ 의견을 진술한 기회를 주어야 한다고 하고 있다. 그런데 심의위원회가 ‘시정요구’라는 이유로 미리 의견진술 기회를 주지 않고 설치법시행령 제8조에 따른 사후적인 이의제기절차만을 허용하고 있는 것은 불법적인 것으로 보인다.¹²⁾ 통신심의규정 상의 심의는 설치법 제21조가 정한 직무범위를 벗어날 수는 없는 것이며 결국 설치법 제21조가 정한 직무를 더욱 구체화하려는 시도로 새겨진다. 그렇게 보았을 때 통신심의규정에 따른 심의와 설치법 제21조 제4호에 따른 ‘시정요구’에 따른 심의가 다른 것이라고 해석하는 것은 이해하기 어렵다. 물론 설치법 제25조의 절차를 따르지 않더라도 시행령 제8조의 절차가 질적 양적으로 차이가 없다면 문제는 없겠지만 시행령 제8조는 사후적인 이의제기절차만을 제공하고 있어 큰 차이가 있어 이는 실제적인 해악이 있는 불법을 구성한다.

둘째 심의위원회는 심의 이후 부정적인 결과가 나올 경우 이를 100% ‘시정요구’라는 절차로 수렴하고 있고 이에 따라 시행령 제8조의 사후적인 이의제기절차에 의지하고 있다. 하지만 ① 시행령 제8조는 ‘시정요구’가 서비스제공자나 게시판 관리 및 운영자에게 통지되는 반면 이 시정요구에 의해 자신의 게시물이 삭제되는 게시자에게는 직접 통지되지 않는다. 결국 게시자에게의 통지는 서비스제공자의 안내에 의존할 수 밖에 없는데 헌법상 적법절차의 요건은 이와같은 임의적인 사적 자원으로 충족될 수는 없다. 그러한 의미에서 시행령 제8조의 절차는 위헌이다. ② 그리고 시행령 제8조는 ‘시정요구’가 발부된 후에 사후적으로 이의제기를 하도록 하고 있다. 아래와 같은 이유로 이 역시 위헌이라고 보여진다.

11) 제44조의7에 따른 불법정보 유통에 대한 취급의 거부·정지 또는 제한

12) 이 주장은 방송통신심의위원회 통신심위 특별위원으로도 활동한 바 있는 녹색소비자연대 전웅휘 이사가 꾸준히 해왔고 필자도 전 이사를 통해 이 주장을 처음 접하게 되었다.

미연방대법원의 Goldberg판결은 이의제기는 사후적이 아니라 사전적인 것을 원칙으로 정하고 있다. 또 Eldridge판결이 적법절차로서 요구되는 절차의 엄격성을 조정함에 있어 고려해야 한다고 한 세 가지 요소들을 심의위원회의 통신심의회에 적용할 경우 모두 엄격한 절차가 적용될 것을 요구하고 있다. (가) 국가행위에 의해 침해되는 사익은 추상적인 중요성만을 따질 경우 가장 중요하다고 여겨지는 표현의 자유로서 매우 중요한 사익이다. (나) 이에 반해 이와 같은 사익을 보호하기 위해 직접 게시자에게 통지를 하도록 하거나 결정을 내리기 전에 사전적으로 의견제출의 기회를 주도록 하는 등의 추가절차를 요구하는 것이 정부가 추구하는 공익에 끼치는 부담도 크다고 볼 수는 없다. 물론 상당수의 게시물들은 게시자가 누구인지 추적하기 어렵지만 이것은 모든 민사소송 송달절차나 형사소송의 체포절차에 수반되는 어려움이다. 상대의 권리(표현의 자유)를 제약하기로 한 이상 권리의 주체를 찾아내는 것은 당연한 의무이다. 그것이 어려울 경우 공시송달의 개념처럼 통지는 해당 게시물이 있는 곳에 심의통지문을 게재함으로써 쉽게 이루어질 수 있다. 또 의견제출의 기회를 주는 것도 온라인 상으로 할 수도 있다. (다) 그리고 국가행위가 법적인 오류로 판단될 가능성도 국가를 명예의 주체로 한 명예훼손 심의신청 등에 있어서는 심의위원들이 중립적인 판단을 하기는 어려울 것이다.

③ 뿐만 아니라 이의제기 이후에 심의위원회가 재심을 하게 되는데 실제 쌍방이 참여하는 심의는 이 재심이 처음이 된다. 그런데 이미 ‘시정요구’결정을 내린 심의위원회는 자신의 결정을 방어해야 하는 입장에 처하게 됨에도 불구하고 심의위원회가 스스로 재심의 판정자가 된다. 그렇다면 유일하게 쌍방이 참여하는 심의에서 판정자가 예단을 가진 자가 된다는 점에서 헌법이 요구하는 ‘중립적인 판단자’라고 볼 수 없게 된다.

결론적으로 심의위원회가 게시자들의 표현의 자유를 제약하면서 (1) 직접 통지를 하지 아니함은 물론 (2) 사전적으로 의견제출할 기회를 보장하지 않으며 (3) 쌍방이 참여하는 유일한 심의에서 기존의 일방적 심의를 통해 예단을 갖게된 심의위원회가 판정자가 된다는 점에서 헌법 제12조의 적법절차원리를 위반한다.

3. 정경오 토론자의 “대부분의 시정요구는 음란물 도박관련물 등 사회적으로 누구나 삭제에 불만을 제기하지 않을 사안들이다”라는 주장에 대하여

위 주장은 사실이다. 그러나 삭제되는 게시물의 99%가 모두가 삭제해야 한다고 합의하는 것이고 할지라도 단 1%라도 논란이 있는 것이라면 그 1%를 말할 표현의 자유는 “모두에게서” 박탈된 것이다. 그 1%를 말하면 누구나 제재를 받을 것이기 때문이다.

또 실제 역사 속에서 중요한 표현의 자유 판결들은 모두 당시 다수에게 인기가 없는 내용이었고 그리함에도 불구하고 보호되어야 한다는 법률가들의 논리로 보호되어 온 것이다. 즉 어느 것이 99%이고 어느 것이 1%에 해당하는지도 애당초 명백하지 않다.

4. 일반론

시정요구제도의 적법절차 상의 위헌성에도 불구하고 인터넷의 익명성, 확산성, 다중성 등의 특수성을 근거로 시정요구제도의 필요성을 요구하는 논자가 있다. 지성우 교수도 “자율기구와 형법적 규제가 잘 운영된다면 시정요구제도가 필요 없을 수 있으나 자율규제는 잘 기능하지 않으며 형법적 규제는 과잉적인 면이 있다”는 논지를 펼치고 있다.

그러나 시정요구 제도의 중복성 및 과잉성을 이해해야 한다. 이미 검경은 불법행위와 관련된 게시물은 게시자에게 직접적으로 규제를 가함으로써 억제하고 있다. 익명성은 정당한 압수수색 영장을 통해 IP추적을 실시함으로써 극복할 수 있다. 즉 불법행위와 그 불법행위에 대한 표현물에 대해서는 직접적인 규제방법이 이미 존재하고 있다.

시정요구제도는 이에 중첩적으로 작용하여 게시물의 유통자에게 차단을 관철시키는 것이다. 실제로 최근의 상당수 게시물에 대해서는 검경과 방통심위가 중첩적으로 규제하는 경우들이 발생하고 있다. (예: 천안함 관련 게시물)

이러한 유통자를 통한 차단은 게시자가 자신의 게시물을 보호하기 위한 아무런 대응조치를 취하지 못하도록 하고 있다. 즉 게시자가 자신의 게시물의 타당성과 공익성을 입증할 기회를 주지 않음으로써 인터넷이용자의 책임성을 도리어 훼손하고 있다.



개인정보보호법 제정의 주요 쟁점

김 일 환

성균관대학교 법학전문대학원 교수



개인정보보호법 제정의 주요 쟁점

김 일 환 (성균관대학교 법학전문대학원 교수)

“지난해 2월 전체 회원의 60%에 해당하는 가입자의 개인정보가 유출된 ‘옥션 정보유출사건’의 손해배상소송 1심이 결말을 보기까지 또 한 해를 넘기게 됐다. 사건을 맡고 있는 서울중앙지법 민사합의21부가 지난주 선고일을 내년 2월로 미뤘기 때문이다. ‘옥션 정보유출사건’은 피해자만 1081만 명에 이른다. 관련 소송도 30건에 원고로 참여한 사람만 14만명을 넘는다.”
(경향신문 2009. 11. 30.)

“개인정보 650만개 유출 사고가 터지면서 국회에서 1년 넘게 표류 중인 ‘개인정보 보호법’에 대한 비판 여론도 뜨겁다. 이번 개인정보 유출 업체의 상당수가 개인정보보호법이 제정되지 않아 개인정보 보호의 의무를 지지 않는 사각지대인 것으로 알려졌기 때문이다. 제2, 제3의 개인정보 유출 사고를 막으려면 법 제정이 시급하다는 지적이다.”
(전자신문 2010. 3. 10.)

“수도권 시민은 하루 평균 83차례 CCTV에 찍히고 거리 등을 지날 때에는 9초마다 CCTV에 포착된다는 조사 결과가 나왔다. 사실 대중목욕탕과 찜질방 등 전국 목욕시설은 3개 중 1개꼴로 인권침해 우려가 큰 장소에 CCTV가 설치된 것으로 조사됐다. 국가인권위원회는 4~10월 백석대 산학협력단에 의뢰해 회사원 출근과 대학생·주부의 일과 등 개인의 6가지 생활 유형에 따른 CCTV 노출 실태를 분석한 결과 하루 평균 CCTV에 83.1차례 노출된 것으로 나타났다고 14일 밝혔다.” (연합뉴스 2010. 12. 14.)

1. 문제제기

위에서 언급한 신문기사들처럼 지금 이 순간도 개인정보가 침해되고 있으며, 개인정보보호법의 제정을 전문가는 물론 일반 국민들도 간절히 원하고 있다. 정보사회의 발전에 따라서 새로운 개인정보보호법이 제정되어야 한다는 논의 및 법제정움직임은 2003년으로 거슬러 올라간다. 그 당시 여러 개인정보보호법안들이 제출되면서, 소위 개인정보보호에 관한 백가쟁명의 시대로 들어섰다.¹⁾ 그 당시 논의는 개인정보보호를 위하여 더 ‘바람직한’한 법을 찾아가는 과정이었고, 결국 이는 개인정보의 ‘보호’와 ‘이용’간 관계를 어떻게 설정한 것인지에 대한 개인정보법 자체에 대한 철학적 고민을 담고 있었던 것이다.

유감스럽게도 다양하고 치열한 논쟁에도 불구하고 그 당시 개인정보보호법이 통과되지 못하여 많은 아쉬움을 낳았지만 그 뒤 이명박 정부에서 다시 개인정보보호법 제정움직임이 일어나면서 기존의 개인정보보호법 제정논의에 대한 학습효과 덕분에 여러 가지 쟁점들을 빠른 시일 내에 정리하여 바람직한 법안들이 제시되었다. 이 논문에서 다루고 있는 법안 역시 지금까지 논의된 개인정보보호에 관한 쟁점들을 잘 추려내어 개인정보 유출로 인한 국민의 피해를 최소화하고 정보사회에서 개인정보자기결정권을 보호하기 위한 다양한 내용들을 담고 있는 진일보한 법이라고 평가할 수 있다. 이러한 법제정을 통하여 끊임없이 발생하는 개인정보 유출사고가 줄어들어 국민의 개인정보보호 수준이 월등히 높아지고, 개인정보 관련 산업 발전에도 크게 기여할 것으로 전망된다.

그런데 그동안 개인정보보호법 제정과정에서 다툼이 없었고, 전혀 문제가 되지 않았던 개인정보 보호기구의 위상과 기능 때문에 현재 법안이 통과되지 못하고 있다. 개인정보 추진 체계에 대한 정부와 야당의 대립으로 인하여 우리 모두가 간절히 원하고 있는 개인정보보호법의 제정이 늦어지고 있는 것이다.

기준에 엄청난 논쟁과 반대에 부딪혀 조문화되지 못하였던 개인정보보호법의 적용범위, 단체소송 등 이견이나 쟁점이 될 수 있는 부분들은 과감히 수용하면서도 그동안 전혀 다툼이 없었던 추진체계에 대하여 오히려 논란이 되어 지금까지 법안이 통과되지 못하고 있는 점은 필자로서는 이해가 잘 가지 않는다.

1) 이에 관하여는 김일환, 개인정보보호법제의 체계적 정비방안에 관한 고찰, 인터넷법률 통권 제27호, 2005. 1, 18면 이하 참조.

이러한 상황에서 개인정보보호법의 조속한 제정을 강조하는 입장과 입법강행을 반대하는 입장이 서로 대립하고 있는 듯하다.²⁾ 먼저 우리 모두 개인정보보호는 진보 대 보수간 이념 대립의 문제, 부처이기주의나 특정 단체의 전유물이 아니라 바로 정보사회에서 발생하고 있는 ‘새로운’ 기본권침해의 문제임을 인식해주시기를 간절히 바란다. 이 논문에서 다루고 있는 법안처럼 노동조합가입 등 민감한 개인정보³⁾를 보호하는 개인정보보호법이 통과되어 있었다면, 전교조 명단공개처럼 이 사회에 불필요한 오해와 논쟁을 불러일으키는 일들도 많이 줄어들었을 것이라고 필자는 생각한다.

따라서 필자는 개인정보에 관한 정치적, 정책적 접근이 아니라 더 ‘바람직한’ 법이어야 한다는 학문적, 이론적 관점에서 현재 국회에 계류 중인 법안을 중심으로 개인정보보호법에 관한 쟁점들을 다루고자 한다.

2. 현행 개인정보보호법제의 개관과 과거의 법제정비논의

1) 현행 법제의 개관

인간 우호적인 정보질서, 인간이 통제할 수 있는 정보질서를 만들기 위하여 많은 국가들이 1960년대 후반부터 정보사회에서 개인의 사생활을 보호하는 법률을 제정하였거나 입법 중에 있다. 물론 개개 국가의 역사적, 정치적, 법적 전통이 다르기에 이에 대처하는 방법도 다양하다. 특히 미국을 비롯한 대부분의 서유럽국가들은 1970년대부터 80년대 중반사이에 개인정보보호법을 제정하였으며 그 뒤 급격하게 발전되는 정보통신기술에 발맞추어 1980년

2) “개인정보보호법 제정, 차선도 최선이다”(권현영 광운대 법학과 교수, 디지털타임스, 2010. 11. 22.) ; “행안부만 키우는 개인정보보호법”(류제성 변호사, 한겨레신문 2010. 9. 27.)

3) 제23조(민감정보의 처리 제한) 개인정보처리자는 사상·신념, 노동조합·정당의 가입·탈퇴, 정치적 견해, 건강, 성생활 등에 관한 정보, 그 밖에 정보주체의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 개인정보로서 대통령령으로 정하는 정보(이하 “민감정보”라 한다)를 처리해서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 정보주체에게 제15조제2항 각 호 또는 제17조제2항 각 호의 사항을 알리고 다른 개인정보의 처리에 대한 동의와 별도로 동의를 받은 경우
2. 법령에서 민감정보의 처리를 요구하거나 허용하는 경우
3. 공공기관이 법률에서 정하는 소관 업무를 수행하기 위하여 불가피한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우

대 후반부터 집중적으로 이러한 법률을 개정하거나 새롭게 제정하고 있다. 이에 반하여 우리나라는 1980년대 이후에 정력적으로 국가가 행정전산망사업 등 국가와 사회의 정보화에 주력하면서 개인의 사생활침해가 우려된다는 비판이 강하게 제기되자 1980년대 말에 비로소 개인의 사생활보호에 관한 입법을 추진하였다. 이에 따라서 마침내 1994년 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률이 제정, 공포되었다.⁴⁾

현행 우리나라 개인정보보호 법제는 공공부문과 민간부문으로 분리하여 운영 중인 바, 공공부문은 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률에 의해서 규율되고 있으며 관련 개별법으로는 전자정부법, 주민등록법, 민원사무의 처리에 관한 법률, 국가공무원법, 공직자윤리법, 형법 등이 있다. 민간부문은 정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률에서 개인정보 보호에 관한 전반적인 사항을 규율하고 있으며⁵⁾, 관련 개별법으로는 신용정보 이용 및 보호에 관한 법률, 금융실명제법, 의료법, 보건의료기본법, 전기통신사업법, 전파법, 전자거래기본법 등이 있다.

그리고 그동안 공공부문의 경우에는 개인정보의 보호와 감독에 관하여 행정안전부를 비롯한 해당 국가기관의 자율규제에 맡기고 있으며 민간부문의 경우에는 한국인터넷진흥원에 개인정보침해신고센터를 두고, 개인정보 상담 및 고충처리 업무를 담당하였는데, 이명부 정부 수립 이후 정부조직개편에 따라서 공공과 민간부문의 정보보호업무는 행정안전부가 관장하도록 되어 있다.

2) 노무현 정부에서 개인정보보호법 개정논의와 주요내용

(1) 주요 개인정보보호법안의 검토 : 이은영안, 노회찬안, 이해훈안

	노회찬 안	이은영 안(수정법안)	이해훈 안
적용범위	공공부문 및 민간부문 일괄적용		공공부문 및 민간부문 일반조항 및 특별조항 분리

4) 이에 관하여 자세한 것은 김일환, 개인정보보호법제의 정비방안연구, 한국법제연구원, 1997 참조.

5) 하지만 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률을 개인정보보호에 관한 민간부문의 일반법이라고 성격지을 수 있는지는 논란이 될 수 있다. 왜냐하면 이 법은 정보통신망을 이용하는 분야는 포괄적으로 규율하고 있으나 개인정보를 다루는 모든 민간분야를 다루고 있지는 않기 때문이다.

		노회찬 안	이은영 안(수정법안)	이혜훈 안
정보자기결정권		동의·열람·정정·삭제·파기 등의 청구권 보장		
개인정보보호책임자		개인정보보호책임자 (등록데이터베이스에 한해 도입)	개인정보보호담당자	개인정보보호책임자
권리구제절차		입증책임전환/ 집단소송제도 도입	입증책임전환/ 개인정보분쟁조정위원회	손해배상/ 개인정보분쟁조정위원회
감독기구		독립기관으로서의 개인정보보호위원회 설치	국무총리소속 개인정보 보호위원회 신설	국무총리소속 개인정보 보호위원회 신설
개인정보침해대응		개선 권고	시정명령 등	시정명령 등
개인정보 사전영향 평가제도	공공 부문	○	×	○
	민간 부문	○	×	자율
DB(파일) 관리제도		○	×	○
자율규제		×	×	○
민감 정보	개념 정의	×	사생활 침해의 우려가 큰 개인정보(사상·신념에 관한 정보, 지문·홍채·유전정보·정맥 등 개인의 신체적 특성을 통하여 개인을 식별하는 생체정보, 또는 과거의 병력 등 포함)	사상·신념에 관한 정보, 노동조합·정당 및 사회단체의 가입 및 탈퇴에 관한 정보, 범죄(전과)기록, 성생활정보, 유전자 정보 및 의료정보
	특별 취급	위원회에 사전영향평가 신청 의무	수집에 있어 다른 개인정보와 분리처리 의무, 권한이 없는 자가 접근 할 수 없도록 암호화 기술 등 기술적·관리적 조치 의무	일정한 경우에 한하여 수집 및 처리 가능

(2) 개인정보보호법안 관련 논의의 정리

가) 첫 번째 쟁점 : 개인정보보호 기본법 또는 일반법

a) 개인정보보호에 관한 일반법 또는 기본법의 의의와 역할

우선 개인정보에 관한 일반법은 개인정보보호에 관한 원칙과 기준 및 적용범위와 개인의 권리 등을 규정하는 일반적인 내용들이 포함되어 있다. 하지만 정보사회에서 개인정보를 보호하기 위하여 이러한 일반법이 일단 필요하기는 하나 충분한 것은 아니다. 왜냐하면 이러한 법률은 개개 구체적인 분야에 적용하기에는 추상적이고 일반적인 내용이 많기 때문이다. 따라서 일반적인 개인정보보호법의 제정과 더불어 개개 분야별로 특수하게 개인정보를 보호하는 특별한 개인정보보호법들이 동시에 제정되어야만 한다. 바로 이러한 특별법들이 일반적인 개인정보보호법에 규정된 원칙들을 개개 분야에서 구체화시키는 아주 중요한 역할을 하게 된다. 다시 말하면 결국 이러한 특별법을 통하여 일반적인 정보보호원칙들이 개개 분야에서 정확하게 구체화되며 특정 유형의 문제들에 적용되며 개인들이 구체적으로 보호를 받을 수 있게 되는 것이다. 따라서 개인정보보호에 관한 일반법의 개정 또는 새로운 일반법(기본법)을 제정하여 개인정보보호와 관련하여 기존에 드러난 문제점을 없앴과 아울러 구체적이고 개별적인 법제정비작업이 동시에 이루어져야만 한다.⁶⁾

b) 이은영 안과 이해훈 안의 비교

개인정보보호법제정비와 관련하여 분야별 일반법체계를 주장하는 견해와 통합법체계를 주장하는 견해로 나누어진다. 먼저 전자의 입장은 공공부문과 민간부문에서 각각 일반법을 제정, 운용하고 해당 영역에서 필요한 경우 특별법을 제정하자는 것이다. 곧 공공부문과 민간부문에서 개인정보보호의 기준과 적용범위가 다를 뿐만 아니라, 민간부문의 특성을 고려하지 않고 동일한 잣대로 판단하여 규제할 경우, 오히려 민간분야의 개인정보보호가 현재보다 위축되거나 후퇴할 수도 있으므로 공공·민간 부문별 현안사항을 우선 정비하자는 것이다. 이에 대하여 통합법체계는 공공·민간 통합의 개인정보보호법을 제정하자고 주장한다.⁷⁾

6) 이에 관하여는 김일환, 개인정보보호법의 개정필요성과 내용에 관한 연구, 공법연구 제26집 제2호, 1998, 225면 이하 참조.

7) 이에 관하여는 이인호, 개인정보 감독기구 및 권리구제방안에 관한 연구, 한국전산원, 2004, 322면 이하 참조.

이은영 안에서 제시되는 개인정보보호에 관한 기본법, 그에 근거한 일반법 및 특별법체계의 적합성에 대한 논의를 먼저 해보아야 한다. 여기서 이 법안이 과연 기본법인지 또는 일반법인지가 불확실하다. 그리고 공공부문에 적용되는 개인정보보호 일반법이 바로 ‘공공기관의 개인정보보호에 관한 법률’인 바, 위 조항의 논리에 따르면 위 기본법보다 공공기관을 규율하는 법이 우선 적용되고 이를 통하여 어떤 부분에서는 기본법(안)보다 ‘덜’ 개인정보를 보호하는 법률이 해당 분야를 규율하는 결과를 낳을지도 모른다. 결국 개인정보보호와 관련된 핵심중 하나가 바로 ‘국가를 통한 개인정보의 수집 및 처리’의 규율이라고 할 때 개인정보보호 기본법-일반법-특별법 간 관계해명이 충분하지 않게 되면 개인정보를 보호하기 위한 법제정비는 되었는데 정작 개인정보는 ‘여전히’ 보호되지 못하는 상황이 현실적으로 나타날 수도 있다. 개인정보보호에 대한 기본법-일반법 규율체계는 개인정보보호에 관한 기본법에 담길 내용과 소위 일반법에 담길 내용의 구분을 어떻게 할 것이며, 기본법에서 천명하고 있는 개인정보보호원칙과 기준을 일반법이 따라오지 못할 경우에 대한 고려는 충분히 되어 있는지가 의문시된다.

이에 반하여 이해훈 안은 공공과 민간 모두에게 적용될 개인정보보호일반법임을 명시하고 이에 관한 개인정보보호특별법을 제정하도록 유도하고 있다.

나) 두 번째 쟁점 : 개인정보보호법의 규율대상과 정도 - 공공부문과 민간부문

a) 민간부문과 공공부문의 구별필요성

민간부문의 개인정보처리에 대하여 공공 부문에 적용되는 개인정보보호법상 기준과 내용이 전면적으로 적용되어야 한다는 견해와 제한적으로 적용되어야 한다는 견해가 대립되고 있으나, 어쨌든 민간부문에서 개인정보보호문제는 공적 부문에서 국가기관을 규율하는 것과 동일한 방법으로 처리하기 힘든 측면들이 많다.⁸⁾ 왜냐하면 사인들은 원칙적으로 자유로이 정보를 수집할 권리 및 계약자유에 관한 권리 등을 갖고 있기 때문이다. 시장경제가 작용하기 위해서는 우선 경쟁을 가능하게 하고 개인간 계약체결을 가능하게 하고 그 준수를 보장하며 빠르면서도 확실한 교환을 가능하게 하는 법질서를 필요로 한다. 따라서 한편으로

8) 이에 관하여는 독일 개인정보보호법제 현대화 추진방안에 대한 연구, 한국정보보호진흥원, 2002, 64면 이하 참조.

는 시장경제시스템이 제대로 작동하기 위해서는 개인정보를 보호해야만 하는 필요성이 있다. 그러나 또 다른 한편으로 시장경제 속에서 활동하는 사람들은 올바른 결정과 판단을 내리기 위하여 불확실성은 가능한 한 줄이고 필요한 정보에 관하여 가능한 한 많이 획득하려고 한다. 그렇다면 개인정보보호명령과 시장경제 간에 일정부분 갈등관계가 성립됨을 부인할 수는 없다. 곧 국가는 법률의 근거없이 정보를 조사, 처리할 수 없는 반면에 시민은 원칙적으로 자유롭게 개인관련정보를 처리하고 교환할 수 있다. 양자간 필요한 조정은 우선 입법자의 과제이다. 이러한 이익형량시 입법자는 일방적으로 특정 이해관계에 따라서만 결정해서는 안 된다.⁹⁾

b) 법안의 비교

이은영 안은 적용(규율)범위와 관련하여 공공부문과 민간부문을 구별하지 않고 공공부문에 적용되는 개인정보보호 원칙과 기준을 동일하게 민간부문에 적용한다는 것이다. 위와 같은 시각에서 볼 때 위 법안의 경우 공공부문에 적용되는 개인정보보호원칙을 민간부문에 동일하게 적용하는 것은 문제가 있다고 판단된다. 왜냐하면 사인들은 원칙적으로 자유로이 정보를 수집할 권리 및 계약자유에 관한 권리 등을 갖고 있기 때문이다.

이에 반하여 이해훈 안은 공공과 민간부분에 적용될 공통의 기준을 먼저 설정하고 난 다음에, 공공부문에 적용할 기준과 민간부분에 적용할 기준을 별도로 설정하고 있다.

따라서 개인정보보호에 관한 일반법은 공적 부문과 민간 부문 모두를 포괄하지만 해당 영역에 따라 적용범위가 다르도록 하는 입법형식을 취해야 한다고 판단된다.

다) 세 번째 쟁점 : 개인정보보호기구의 권한과 지위

세 법안 모두에서 제시된 감독기구가 공공부문과 민간부문에서 다양한 조사, 자문기능을 넘어서서 시정권고, 고발 등의 집행 및 준사법기능을 가진다.

9) 이에 관하여는 김일환, 정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구, 공법연구 제29집 제3호, 2001 참조.

(3) 소결

이러한 법안들은 개인정보보호를 위한 더 ‘바람직한’한 법에 관한 논쟁거리를 제공하였다. 결국 이러한 법안들의 바탕에는 개인정보의 ‘보호’와 ‘이용’간 관계를 어떻게 볼 것인지에 대한 개인정보법 자체에 대한 철학적 고민이 깔려있었던 것이다. 이은영 안과 노희찬 안이 보다 더 개인정보의 ‘보호’에 치중하였다고 한다면, 이혜훈 안은 개인정보의 ‘보호’와 더불어 ‘이용’ 또한 강조한 측면이 있다. 세 법안은 개인정보보호법의 적용범위 등에 대하여 다툼이 있었던 반면, 이들 법안 모두에서 제시된 감독기구는 공공부문과 민간부문에서 다양한 조사, 자문기능을 넘어서서 시정권고, 고발 등의 집행 및 준사법기능을 가진다는 공통점을 가지고 있다.¹⁰⁾

3. 새로운 개인정보보호법안의 검토

1) 이명박 정부 하에서 정보화 관련 기구개편과 법제정비

이명박 정부의 등장과 더불어 정보통신관련 기능이 개편된 정부조직으로 분산 통합되었다. 정보통신부를 없애고, 기존의 전자 정부 추진을 비롯한 국가정보화 총괄 및 조정기능은 행정안전부로, 정보통신망 등 인프라 구축 및 관련 정책기능은 방송통신위원회로, 정보통신 산업 육성기능은 지식경제부로 이관되었다. 이에 따라서 이명박 정부는 기존 정보화관련 법률을 통폐합하는 법률개편작업을 추진 중에 있는 바, 그중의 하나가 바로 전면적인 개인정보보호법의 개정이다.

10) 다만 이에 대하여 우선 개인정보보호기구가 공공부문과 민간부문 모두를 관장해야 하는지가 논란이 되었고, 다음으로 공공과 민간을 모두 감독하는 개인정보보호기구가 만들어진다 할지라도 그 기구의 권한을 자문(권고), 조정역할로 한정할 것인지, 아니면 세 법안처럼 집행기능 등을 갖는 강력한 권한을 부여할지는 그 당시 여전히 논란이 되었다.

2) 이명박 정부 하에서 개인정보보호법 제정과정¹¹⁾

(1) 대안의 제안경위

제281회 국회(임시회) 제4차 행정안전위원회(2009. 2. 20)에서, 2008년 8월 8일 이해훈의원이 대표발의한 「개인정보보호법안」, 2008년 10월 27일 변재일의원이 대표발의한 「개인정보 보호법안」, 2008년 11월 28일 정부가 제출한 「개인정보 보호법안」, 2008년 8월 21일 박대해의원, 2008년 9월 11일 심재철의원, 2008년 11월 3일 정희수의원, 2008년 12월 4일 손숙미의원이 각각 대표발의한 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 일부개정법률안」 등 이상 7건의 제·개정안을 상정하여 제안설명 및 검토보고와 대체토론을 거쳐 법안심사소위원회에 회부하였다. 제283회 국회(임시회) 제3차 행정안전위원회(2009. 7. 7)에서, 2009년 3월 16일 김창수의원, 2009년 3월 31일 변재일의원이 각각 대표발의한 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 일부개정법률안」 등 이상 2건의 개정안을 상정하여 제안설명 및 검토보고와 대체토론을 거쳐 법안심사소위원회에 회부하였다. 제284회 국회(정기회) 제10차 행정안전위원회(2009. 11. 20)에서 2009년 11월 4일 박은수의원이 대표발의한 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 일부개정법률안」을, 제289회 국회(임시회) 제1차 행정안전위원회(2010. 4. 14)에서 2009년 12월 21일 김성태의원이 대표발의한 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 일부개정법률안」을 각각 상정하여 제안설명 및 검토보고와 대체토론을 거쳐 법안심사소위원회에 회부하였다. 2010년 7월 30일 홍영표의원, 2010년 8월 2일 김충조의원이 각각 대표발의한 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 일부개정법률안」을 2010년 9월 14일 국회법 제58조제4항에 따라 법안심사소위원회에 회부하였다.

제294회 국회(임시회) 제2차 법안심사소위원회(2010. 9. 28)에서 이상 13건의 법률안에 대해 종합·심사한 결과, 각각 본회의에 부의하지 아니하기로 하고, 이를 통합·조정한 위원회 대안을 제안하기로 하고, 제294회 국회(임시회) 제3차 행정안전위원회(2010. 9. 30)에서 법안심사소위원회의 심사결과를 받아들여 위원회 대안을 제안하기로 의결하였다.

11) 이명박 정부 하에서 제출된 개인정보보호법안들의 내용과 특징에 관하여는 국회행정안전위원회, 개인정보보호법안에 대한 공청회 자료집(2009. 4. 23) 참조.

(2) 대안의 제안이유

정보사회의 고도화와 개인정보의 경제적 가치 증대로 사회 모든 영역에 걸쳐 개인정보의 수집과 이용이 보편화되고 있으나, 국가사회 전반을 규율하는 개인정보 보호원칙과 개인정보 처리기준이 마련되지 못해 개인정보 보호의 사각지대가 발생할 뿐만 아니라, 최근 개인정보의 유출·오용·남용 등 개인정보 침해 사례가 지속적으로 발생함에 따라 국민의 프라이버시 침해는 물론 명의도용, 전화사기 등 정신적·금전적 피해를 초래하고 있는 바, 공공 부문과 민간부문을 망라하여 국제 수준에 부합하는 개인정보 처리원칙 등을 규정하고, 개인정보 침해로 인한 국민의 피해 구제를 강화하여 국민의 사생활의 비밀을 보호하며, 개인정보에 대한 권리와 이익을 보장하려는 것이다.

(3) 대안의 주요내용

가. 개인정보 보호법안의 적용대상을 공공·민간부문의 모든 개인정보 처리자로 함(안 제2조)

- (1) 공공기관뿐만 아니라 비영리단체 등 업무상 개인정보파일을 운용하기 위하여 개인정보를 처리하는 자는 모두 이 법에 따른 개인정보 보호규정을 준수하도록 하고, 전자적으로 처리되는 개인정보 외에 수기(手記) 문서까지 개인정보의 보호범위에 포함함.
- (2) 그 동안 개인정보 보호 관련 법률 적용을 받지 않았던 사각지대를 해소함으로써 국가 사회 전반의 개인정보 보호수준이 제고될 것으로 기대됨.

나. 개인정보 보호위원회 설치(안 제7조·제8조)

- (1) 개인정보 보호 기본계획, 법령 및 제도 개선 등 개인정보에 관한 주요 사항을 심의·의결하기 위하여 대통령 소속으로 위원장 1명, 상임위원 1명을 포함한 15명 이내의 위원으로 구성하는 개인정보 보호위원회를 두고, 개인정보 보호위원회에 사무국을 설치함.
- (2) 개인정보 보호와 관련한 중요 사항에 대하여 의사결정의 신중성·전문성·객관성을 확보할 것으로 기대됨.

다. 개인정보의 수집, 이용, 제공 등 단계별 보호기준 마련 (안 제15조부터 제22조까지)

- (1) 개인정보를 수집, 이용하거나 제3자에게 제공할 경우에는 정보주체의 동의 등을 얻도록 하고, 개인정보의 수집·이용 목적의 달성 등으로 불필요하게 된 때에는 지체 없이 개인정보를 파기하도록 함.
- (2) 개인정보의 수집, 이용, 제공, 파기에 이르는 각 단계별로 개인정보처리자가 준수하여야 할 처리기준을 구체적으로 규정함으로써 법규의 실효성이 높아지고 개인정보의 안전한 처리가 가능해질 것으로 기대됨.

라. 고유식별정보의 처리제한 강화(안 제24조)

- (1) 주민등록번호 등 법령에 의하여 개인을 고유하게 구별하기 위해 부여된 고유식별정보는 원칙적으로 처리를 금지하고, 별도의 동의를 얻거나 법령에 의한 경우 등에 한하여 제한적으로 예외를 인정하는 한편, 대통령령으로 정하는 개인정보처리자는 홈페이지 회원가입 등 일정한 경우 주민등록번호 외의 방법을 반드시 제공하도록 의무화함.
- (2) 주민등록번호의 광범위한 사용 관행을 제한함으로써 주민등록번호 오·남용을 방지하는 한편, 고유식별정보에 대한 보호가 한층 강화될 것으로 기대됨.

마. 영상정보처리기의 설치제한 근거마련(안 제25조)

- (1) 영상정보처리기기 운영자는 일반적으로 공개된 장소에 범죄예방 등 특정 목적으로만 영상정보처리기기를 설치할 수 있도록 함.
- (2) 영상정보처리기기의 설치·운영 근거를 구체화함으로써, 폐쇄회로 텔레비전 등 영상정보처리기기의 무분별한 설치를 방지하여 개인영상정보 보호를 강화할 수 있을 것으로 기대됨.

바. 개인정보 영향평가제도 도입(안 제33조)

- (1) 개인정보처리자는 개인정보파일의 구축·확대 등이 개인정보 보호에 영향을 미칠 우려가 크다고 판단될 경우 자율적으로 영향평가를 수행할 수 있도록 하되, 공공기관은

정보주체의 권리침해 우려가 큰 일정한 사유에 해당될 때에는 영향평가 수행을 의무화함.

- (2) 개인정보 침해로 인한 피해는 원상회복 등 사후 권리구제가 어려우므로 영향평가의 실시로 미리 위험요인을 분석하고 이를 조기에 제거하여 개인정보 유출 및 오·남용 등의 피해를 효과적으로 예방할 수 있을 것으로 기대됨.

사. 개인정보 유출사실의 통지·신고제도 도입(안 제34조)

- (1) 개인정보처리자는 개인정보 유출 사실을 인지하였을 경우 지체 없이 해당 정보주체에 게 관련 사실을 통지하고, 일정 규모 이상의 개인정보가 유출된 때에는 전문기관에 신고하도록 하는 한편, 피해의 최소화를 위해 필요한 조치를 하도록 함.
- (2) 개인정보 유출로 인한 피해의 확산 방지를 위한 신속한 조치 및 정보주체의 효과적 권리 구제 등에 기여할 수 있을 것으로 기대됨.

아. 정보주체의 권리 보장(안 제35조부터 제39조까지)

- (1) 정보주체에게 개인정보의 열람청구권, 정정·삭제 청구권, 처리정지 요구권 등을 부여하고, 그 권리행사 방법 등을 규정함.
- (2) 정보주체의 권리를 명확히 규정함으로써 정보주체가 훨씬 용이하게 개인정보에 대한 자기통제권을 실현할 것으로 기대됨.

자. 개인정보 분쟁조정위원회 설치 및 집단분쟁조정제도의 도입 (안 제40조부터 제50조까지)

- (1) 개인정보에 관한 분쟁조정 업무를 신속하고 공정하게 처리하기 위하여 개인정보 분쟁 조정위원회를 두고, 개인정보 분쟁조정위원회의 조정결정에 대해 수락한 경우 재판상 화해의 효력을 부여하며, 개인정보 피해가 대부분 대량·소액 사건인 점을 고려하여 집단분쟁조정제도를 도입함.
- (2) 개인정보 관련 분쟁의 공정하고 조속한 해결 및 개인정보처리자의 불법, 오·남용으로 인한 피해의 신속한 구제를 통해 정보주체의 권익 보호에 기여할 것으로 기대됨.

차. 단체소송의 도입(안 제51조부터 제57조까지)

- (1) 개인정보처리자로 하여금 개인정보의 수집·이용·제공 등에 대한 준법정신과 경각심을 높이고, 동일·유사 개인정보 소송에 따른 사회적 비용을 절감하기 위해 개인정보단체소송제도를 도입함.
- (2) 다만, 단체소송이 남발되는 것을 막기 위해 단체소송 전에 반드시 집단분쟁조정제도를 거처도록 하고 단체소송의 대상을 권리침해행위의 중단·정지 청구소송으로 제한함.

3) 법안의 검토

(1) 법안에 대한 전체적 평가

위 대안의 주요내용들을 보면 개인정보 보호법안의 적용대상을 공공·민간부문의 모든 개인정보처리자로 하여 그 동안 개인정보 보호 관련 법률의 적용을 받지 않았던 사각지대를 해소하고, 개인정보의 수집, 이용, 제공 등 단계별 보호기준 마련, 고유식별정보의 처리 제한 강화, 영상정보처리기기의 설치제한 근거마련, 개인정보 영향평가제도 도입, 집단분쟁조정제도와 단체소송의 도입 등 개인정보보호를 위하여 그동안 주장되었던 내용들이 상당부분 담겨 있다.

기존의 개인정보보호법 제정논의에 대한 학습효과 덕분에 여러 가지 쟁점들을 빠른 시일 내에 정리하여 이렇게 바람직한 법안이 제시되었다고 본다. 다른 기존의 법안들과 마찬가지로 여기서 다루고 있는 대안 역시 지금까지 논의된 개인정보보호에 관한 쟁점들을 잘 추려내어 개인정보 유출로 인한 국민의 피해를 최소화하고 정보사회에서 개인정보자기결정권을 보호하기 위한 다양한 내용들을 담고 있는 진일보한 법이라고 평가할 수 있다. 따라서 위 대안은 개인정보보호라는 관점에서 보면 전체적으로 높게 평가할만하다.

(2) 유일한 쟁점 : 추진체계

지금까지 제출된 개인정보보호법안 중 정부에서 제시된 안을 제외한 모든 법안에서 제시된 감독기구는 공공부문과 민간부문에서 다양한 조사, 자문기능을 넘어서서 시정권고, 고발 등의 집행 및 준사법기능을 갖는 독립된 행정청으로서 위원회였다. 곧 그동안 개인정보보호

법 제정과정에서 다툼이 없었고, 전혀 문제가 되지 않았던 개인정보 보호기구의 위상과 기능 때문에 현재 법안이 통과되지 못하고 있는 것이다. 이제 개인정보보호법이 제정되기 위한 마지막 쟁점으로 개인정보보호위원회, 개인정보보호 추진체계가 남아있다.

(3) 개인정보보호법제 정비의 원칙과 방향

종래 우리나라의 개인정보보호법제는 공공부문과 민간부문에 이원화되어 있었고 그 법적 근거 및 추진체계를 달리하고 있었다. 이에 관하여 “개인정보보호 기본법+공공부문 개인정보보호법+민간부문 개인정보보호법”으로 구성된 기본법에 터 잡은 분야별 일반법-특별법체계를 주장하는 입장과 “개인정보보호 일반법+개별분야 개인정보보호(특별)법”을 주장하는 입장으로 대립하였다.

위 대안은 후자의 입장을 취하여 공공과 민간 모두에 적용된다는 특징을 갖고 있다. 필자는 원칙적으로 이러한 대안의 기본적인 방향에 대하여 긍정적으로 생각한다. 다만 개인정보에 관한 일반법은 개인정보보호에 관한 원칙과 기준 및 적용범위와 개인의 권리 등을 규정하는 일반적인 내용들이 포함되어 있다. 따라서 일반적인 개인정보보호법의 제정과 더불어 개개 분야별로 특수하게 개인정보를 보호하는 특별한 개인정보보호법들이 동시에 제정되어야만 함을 인식해야 한다.

(4) 대안의 법체계상 특징과 문제점

다음으로 위 대안은 개인정보보호에 관한 일반법이므로 공공과 민간 모두에게 적용된다. 따라서 법규정상 적용대상으로 공공이나 민간을 따로 언급하고 있거나 해당 법조문의 내용을 파악하여 공공이나 민간에게만 적용되는 경우가 아닌, 이 법은 일반법으로서 공공과 민간 모두에게 적용되어야 한다. 그런데 법조문 전체를 통하여 볼 때 공공에게(만) 적용되는 조문과, 민간에게(만) 적용되는 조문, 공공과 민간 모두에게 적용되는 조문을 쉽게 구별할 수 있는지 의문이 든다. 물론 최근에 공공부문 못지않게 민간부문에서 개인정보보호의 필요성이 강하게 대두되고 있는 터에 민간부문에서도 개인정보보호를 강화하려는 이 법안의 내용은 매우 긍정적인 것으로 판단된다. 다만 민간부문의 경우에는 공공부문과는 달리 헌법과 사법(私法)에 의하여 인정되는 기본권 및 권리의 주체로서 그들의 활동을 위하여 개인정보

를 수집, 처리할 자유를 원칙적으로 갖고 있다. 따라서 민간부문과 관련되는 입법의 경우에는 세심한 판단과 결정을 필요로 한다. 법해석을 통하여 적용대상이 명확해져야만 하는 법규정들이 많으면 많을수록 법적용자의 자의적 해석을 통제하기 어렵고, 법원의 부담이 불필요하게 커질 수도 있다.

(5) 법률들간 충돌가능성의 방지필요성

다음으로 위 대안 제6조(다른 법률과의 관계)는 “개인정보 보호에 관하여는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」, 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 등 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.”고 규정하고 있다.

그런데 이 규정은 검토를 필요로 한다고 생각한다. 곧 개인정보보호법 제정과정에서 개인정보보호에 관한 일반법을 제정하면 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률을 폐지함과 아울러 여러 가지 잡다한 규정들을 모아놓은 정보통신망법을 내용에 맞추어 해체하여 재입법하고, 관련 개인정보보호 관련 규정은 삭제하는 것으로 의견이 모아졌었는데, 특정 부처의 이기주의 등으로 인하여 폐지해야 할 법을 여전히 남겨놓는 것은 필자로서는 이해가 가지 않는다. 결국 위 대안이 개인정보보호에 관한 일반법이라면 정보통신망법상 개인정보보호 규정은 개인정보보호에 관한 특별법으로서 해당 부문에서는 이 법규정이 우선 적용된다. 통상적으로 개인정보보호에 관해서는 개인정보보호에 관한 일반법으로 규율하고, 그렇지 못할 특별한 경우 - 예를 들어 위치개인정보나 생체정보처럼 - 에 한하여 보호의 수준이나 범위를 높이거나 낮추는 법률을 만들어야 한다. 그런데 정보통신망법의 규정처럼 광범위하게 개인정보보호규정을 두게 되면 결국 대안인 개인정보보호법은 일반법으로서 그 의미가 퇴색되고 적용대상이 줄어들거나 없어질 수밖에 없다. 그렇다면 또다시 위 대안은 공공기관의 개인정보보호에 관한 일반법으로 후퇴할 가능성도 있다.

다음으로 공공부문에서도 위 대안인 개인정보보호법안에 규정된 개인정보의 또 다른 목적을 위한 이용(=공동이용)은 전자정부법상 규정된 (개인정보의) 공동이용과 어떤 관계에 있는지, 그리고 전자정부법상 규정된 (개인정보) 공동이용과 체계정합성을 갖는지를 판단하기가 쉽지 않다.

그렇다면 새로 제정될 개인정보보호법과 기존의 전자정부법, 정보보안(호), 정보통신망법 등의 법규정들을 전체적이고 체계적으로 검토하여 개인정보보호에 관한 법률들간 충돌가능성을 미연에 방지할 필요가 있다.

(6) 개인정보보호기구 관련 규정의 문제점

a) 개인정보보호 추진체계에 대한 입장정리

그동안 제출된 개인정보보호법안들에서 제시된 감독기구는 공공부문과 민간부문에서 다양한 조사, 자문기능을 넘어서서 시정권고, 고발 등의 집행 및 준사법기능을 갖는 독립된 행정청으로서 위원회였다.

이에 대하여 이명박 정부에서 제출된 원래 정부안은 국무총리실 소속 심의위원회에서 주요 사안을 심의하고 각 부처가 집행을 담당하며 행정안전부가 총괄하도록 되어 있었다. 독립감독기구를 두자는 것에 대하여 행정안전부는 별도 기구 설치에 따른 비용 수반으로 작은 정부 취지와 상충, 정보화와 정보보호·개인정보보호 업무의 연계 필요성, 각 부처의 개인정보보호정책과 충돌·중복 초래, 개인정보보호 정책 집행력 미약 및 의사결정 지연 초래 등의 이유를 들어 행정안전부가 이를 맡아야 한다는 의견이었다.¹²⁾

그런데 법안심사과정에서 야당 등의 반발로 인하여 행정안전부는 개인정보보호위원회를 대통령 소속으로 격상 시키고 위원회의 기능에 의결 기능을 추가시키고, 국회·법원·정부가 각각 위원을 5인씩을 추천할 수 있도록 하는 대안을 냈다. 그리고 다시 법안에 개인정보보호위원회에 상임위원과 사무국을 신설하는 규정까지 추가되었다.¹³⁾

b) 바람직한 개인정보보호기구의 판단기준과 내용

(a) 개인정보보호기구의 헌법상 의의와 근거 : 개인정보의 효율적 보호를 위한 통제의 필요성

개인관련정보처리와 자동정보처리가 행해지는 곳에서는 처음부터 이러한 발전에 정보보호가 동반되어야만 한다. 특히 과거에 행해졌던 개인에 대한 물리적이고 신체적인 직접적

12) 보안뉴스 2010. 4. 22.

13) 전자신문 2010. 6. 22.

피해와는 달리 정보사회에서 발전된 정보통신기술을 통한 국민의 사생활감시를 국민들이 현실적으로 인식한다는 것이 매우 어렵기 때문에 각국에서 정보보호법의 제정 및 개인권리 보호가 논의된 이후에 진지하게 논의되고 있는 문제가 바로 개인정보보호를 위한 ‘통제’이다. 결국 개인정보보호법의 목적은 새로운 정보통신기술의 발전에 대응하여 효율적이고 헌법합치적인 조정규정과 개인보호규정들을 사전에 또는 적어도 동시에 준비하도록 하는 것이다. 그러나 정보사회에서 국민의 사생활을 보호하기 위하여 개인정보보호법을 제정하는 것만으로는 충분하지 않다. 왜냐하면 오늘날 새로운 기술들의 발전과 그 적용가능성에 비추어 볼 때 법률가 또는 입법자는 그전보다 더 불리한 위치에 놓여 있을 뿐만 아니라 관련 개인 스스로가 이를 통제할 수 있는 능력이나 기회를 가질 수 없는 불리한 위치에 놓여 있기 때문이다. 따라서 개인정보보호법 제정 그 자체도 중요하지만 시민을 효율적으로 보호하기 위해서는 국가나 사회의 정보처리를 통제하는 통제기관의 설치 및 활동이 절대적으로 요구된다.¹⁴⁾

(b) 유형별 고찰

따라서 개인정보보호기구를 만드는 것과 관련하여 해당 보호기구의 기능과 조직, 권한과 실무 등을 진지하게 검토해야만 한다.¹⁵⁾ 그렇다고 전 세계 모든 국가의 보호기구들을 검토대상으로 삼을 수는 없다. 따라서 이러한 통제기관을 크게 유형화시켜 고찰할 필요가 있다.¹⁶⁾

이러한 보호기구는 우선 외부적인 통제유형과 내부적인 통제유형으로 나눌 수 있다. ① 외부적 통제유형은 다시 a) 상담시스템 : 공적 영역에서 통제권한을 갖고, 사후통제와 조언(상담)기능을 갖고 있는 것으로 특징 지워지는 독일식 정보보호기구유형과 b) 허가시스템 : 정보파일의 설치에 관하여 승인하고 공적 영역은 물론 사적 영역을 위한 통제권한 및 결정권한, 간섭권한들을 보호기구에게 부여하는 프랑스식 정보보호기구로 나눌 수 있다. 그리고 ② 내부적 통제유형이란 개인정보를 다루는 개개 국가기관 스스로 이러한 정보처리에 관하여 통제하는 방식으로서 미국이 이러한 유형에 속한다.¹⁷⁾

14) 이에 관하여는 이인호, 개인정보 감독기구 및 권리구제방안에 관한 연구, 한국전산원, 2004 참조.

15) Charles D. Raab, Colin J. Bennett, Taking the measure of privacy : can data protection be evaluated?, International Review of Administrative Sciences, Vol. 62, 1996, 553면 이하 참조.

16) 이에 관하여 자세한 것은 김일환, 個人情報保護法制의 整備方案研究, 韓國法制研究院, 1997, 143면 이하 참조.

(c) 감독기구 편제의 특수성 인정

이러한 상이한 정보보호시스템에는 당연히 서로 다른 보호기구의 역할이 반영되어 있다. 우선 정보사회에서 개인의 사생활을 보호해야 한다는 인식은 이러한 두 시스템 모두에서 공유된다. 그리고 이렇게 다른 시스템을 갖고 있다 하더라도 이러한 나라들의 정보보호법규 정 또한 많은 부분 유사할 뿐만 아니라 상호간에 비교함으로써 보충하고 수정하기도 한다. 그럼에도 불구하고 개개 나라의 정치적, 법적 시스템의 차이나 통제방안을 강구하는 시각의 차이 때문에 보호기구의 설치 및 권한에서 많은 차이를 보이고 있는 것이다. 따라서 정보보호를 위한 보호기구의 조직 및 그 운용을 이해하기 위해서는 우선 일반적이고 특별한 정보보호법규정은 물론 개개 사회의 사회적, 정치적, 역사적 상황 또한 살펴보아야만 한다. 왜냐하면 개개 국가의 구체적인 정치적, 역사적 상황 및 법적, 행정적 전통이 보호기구의 법적인 권한은 물론 그 정책 및 행동방법에도 영향을 주고 있기 때문이다. 따라서 보호기구의 권한 등이 개개 국가 입법자의 구체적인 생각들, 목표들, 기대들을 표현하고 있기 때문에 단순한 비교법적 검토를 거쳐서 임의로 바꿀 수는 없다 할지라도 상이한 통제모델이 개개 국가의 다른 상황들 속에서 어떻게 발현, 전개, 작용할지를 확인할 수 있는 경우에만 우리나라에서 바람직한 통제방안을 강구하는 데에 도움이 될 것이다.

개개 국가의 정치적, 법적 시스템의 차이나 통제방안을 강구하는 시각의 차이 때문에 통제기관의 설치 및 통제기관의 권한에서 많은 차이를 보이고 있다. 따라서 정보보호를 위한 통제기관의 조직 및 그 운용을 이해하기 위해서는 우선 일반적이고 특별한 정보보호법규정은 물론 개개 사회의 사회적, 정치적, 역사적 상황 또한 살펴보아야만 한다. 왜냐하면 개개 국가의 구체적인 정치적, 역사적 상황 및 법적, 행정적 전통이 통제기관의 법적인 권한은 물론 그 정책 및 행동방법에도 영향을 주고 있기 때문이다.¹⁷⁾

17) 이인호교수는 개인정보보호모델을 일원적·포괄적 입법모델(유럽의 접근방식), 이원적·부문별 입법모델(미국의 접근방식), 자율적 집행모델, 기술적 집행모델로 나누고, 외국의 개인정보감독기구를 통합형 감독기구에 의한 집행체계(영국, 프랑스, 독일 등)와 분산형 감독기구에 의한 집행체계(미국, 일본)로 구별하여 설명한다. 이에 관하여 자세한 것은 이인호, 개인정보감독기구 및 권리구제방안에 관한 연구, 2004, 한국전산원 참조.

18) 이에 관하여는 김일환, 정보사회에서 개인정보보호기관의 권한과 기능에 관한 유형별 고찰, 토지공법연구 제16-1집, 2002, 127면 이하 참조.

(d) 판단기준

개인정보를 보호하기 위하여 어떤 보호기구가 더 효율적인지를 판단하기 위한 척도는 물론 어떤 모델이 궁극적으로 시민들에게 더 포괄적인 정보보호를 보장하는 가이다. 이러한 분석을 위하여 한편으로는 해당 모델을 채택한 국가의 정보보호법제를 분석해야 한다. 예를 들어 우선 법규정속에 담긴 보호기구의 조직과 과제 및 권한들에 관하여 살펴보아야만 한다. 그러나 다른 한편으로는 보호기구를 효율적으로 분석, 검토하기 위해서는 이러한 보호기구에 관한 법규정들의 자세한 설명을 넘어서서 한 국가 내에서 통제가 실제로 어떻게 행해지고 있는지를 파악해야만 한다. 왜냐하면 개인정보보호에 관하여 제기되는 많은 문제들 중에서 특히 정보보호법규정의 일반조항적 성격과 해결해야 하는 사안이 정보사회에서 새롭게 제기되는 것이기 때문에 개인정보보호는 이에 관한 실무 속에서 비로소 그 윤곽을 획득하고, 정보보호 우호적이거나 적대적으로 해석되고 판단되기 때문이다.¹⁹⁾

물론 어떤 기준들에 따라서 보호기구들이 판단되고 어떤 척도에 따라서 그 효율성이 평가되어야만 하는지는 어려운 문제에 속할지도 모르나 특히 ‘보호기구의 독립성보장’ 및 이를 위하여 ‘충분한 법적 권한의 보장’, ‘전문성확보’는 개개 보호모델을 평가, 판단하기 위한 중요한 기준들이다.²⁰⁾

c) 기존 입법안과 학설상 다툼이 없는 개인정보보호기구의 권한과 법적 지위

(a) 독립성보장

먼저 개인정보보호기구의 독립은 개인정보보호에 관한 제도적 통제의 핵심사항이다. 따라서 개인정보보호기구의 독립성은 개인정보보호를 위한 통제의 기본조건이면서 동시에 이러한 통제의 효율성에 관한 척도를 나타낸다.

19) 결국 이는 어떤 보호모델이 적합한지는 통제기관의 실무를 파악해야만 확인된다는 것을 뜻한다.

20) 이에 관하여는 김일환, 개인정보보호기구의 법적 지위와 권한에 관한 헌법상 고찰, 공법연구 제33집 제3호, 2005, 197면 이하 참조.

(b) 법적 권한

가) 예방권한

개인정보를 효율적으로 보호하기 위해서는 정보와 통신기술시스템을 계획하고 결정하는 과정에서 이미 이러한 것이 고려되어야만 한다. 이러한 事前的 절차통제가 이루어지지 않는다면 정보통신기술이 설치되고 작동된 후에 통제기관과 개인의 몇몇 사후적 권리를 통하여 이러한 정보처리에 효과적으로 대응한다는 것은 거의 불가능하다.²¹⁾ 따라서 개인정보를 수집하는 단계에서부터 삭제하는 순간까지 정보처리시스템의 구축과 ‘개인정보보호여부’가 동시에 검토되도록 하기 위하여 보호기구가 필요한 것이다.

나) 조사, 상담 및 조정권한

통제기관은 개인의 정보보호를 우선적인 목표로 하여 정보사회에서 개인의 여러 권리들을 보장하고 강화하도록 노력해야만 한다. 결국 국가나 사회 전체를 위한 정보정책을 발전시키는 것은 바람직하기는 하나 통제기관은 개인정보보호에 집중해야만 한다. 그렇다면 통제기관은 정보정책의 형성과 집행에 관하여 책임을 지는 국가기관들이 관련정책을 만들고 효율적으로 집행하는 데에 기여할 수는 있으나 주도할 수는 없다. 따라서 개인정보보호기구의 과제와 활동의 중점은 조사와 상담(조언)기능에 있다. 그럼에도 불구하고 개인정보보호를 위한 통제기관이기 위해서는 조사와 상담, 조정 등의 다양한 권한을 행사하는 과정에서 개인정보보호기구의 권한영역 하에 있는 공공기관은 이러한 기구를 원조할 의무를 지도록 해야만 하며, 또한 이러한 원조 의무는 보충적인 것으로만이 아니라, 포괄적인 것으로 이해해야 한다.

다) 권고 및 이의제기권한

한 걸음 더 나아가 통제기관은 권고, 경고, 이의제기기관으로 개념 정의된다. 당연히 이러한 모든 기능들은 행정 및 일상적인 정보처리실무와 관련된다. 결국 행정 내부적 통제가 정보보호에 관한 통제기관으로부터 구별되는 것은 특히 후자가 정보처리의 투명성에 기여하고 관할기관으로서 이러한 문제들에 관하여 여론에 호소하고 사회적으로 토론될 수 있도록 자극하는 것에 있다.

21) 이는 개인정보처리를 법적으로 제한하고, 개인이 설명을 요구하고, 차단, 삭제를 요구하는 등의 개인권리를 통해서 정보자기결정권이 충분히 보호될 수 있다고 더 이상 생각해서는 안 됨을 뜻한다.

라) 옴부즈만기능

개인정보보호기구가 국가의 부당한 정보처리를 제한하려고 노력하는 것 자체가 국가의 일관된 정보정책형성에 지속적으로 기여하는 것이기도 하다. 이에 따라서 개인정보보호기구는 부당한 감시를 받고 있다고 느끼는 시민들의 권리보호를 위하여 노력하는 것이 이러한 기구의 중요임무중 하나이다. 곧 개인정보보호기구는 옴부즈만에게 부여되는 전형적인 과제, 곧 가능한 한 비관료적이고 시민우호적인 방법으로 개개인에게 도움을 제공할 권한이 부여된다. 이에 따라서 “시민의 변호사”로서 개인정보보호기구는 개인정보보호와 관련하여 도움을 필요로 하는 모든 사람을 지원하고 도움을 주어야만 한다.²²⁾

마) 보고서제출

통제기관의 작업과 정책을 파악하기 위하여 가장 좋은 자료가 바로 기관의 활동보고서이다. 이러한 활동보고서는 여러 기능을 갖고 있다. 우선 개인정보보호와 관련되는 문제들 및 이에 관한 해결책들을 의회 등에 제출하는 것을 통하여 활동보고서는 실제로 통제기관의 활동대개체역할을 맡는다. 따라서 통제기관이 통제를 수행할 때 확인된 문제들과 미해결인 채로 남아있는 문제들이 주로 보고서에 기록된다. 따라서 이러한 보고서를 통하여 한편으로 행정부의 통제자로서 의회에게 문제점을 보고하고 다른 한편으로는 충돌하는 이해관계가 제기되거나 이에 관한 대안들이 설명된다.²³⁾

22) Helmut Heil, Bundesbeauftragter für den Datenschutz, Roßnagel(Hrsg.), *Hanbuch Datenschutzrecht* C. H. Beck, 2003, 770면 이하.

23) 어쨌든 이러한 보고서들에 담기는 내용들은 개인정보보호 등과 관련하여 행정기관들을 자극하고 정보보호법규정을 적용할 때 나타나는 구체적인 문제에 관한 해결책들이다. 이에 따라서 많은 보고서들이 풍부한 사례설명들을 담고 있다. 그리고 이러한 활동보고서는 행정에게 입문서와 보조자료로서 활용되는 것을 목표로 한다. 이를 넘어서서 이러한 종류의 보고서는 또한 의회와 일반 국민들이 정보보호법상 문제점을 파악할 수 있도록 하기 위하여 이에 관한 통제기관의 견해를 제시한다. 결국 통제기관의 이러한 보고서가 갖고 있는 또 다른 특징은 정보보호관련법률들을 심도있게 분석하고 광범위하게 설명하는 것 속에 있다. 그리고 통제기관의 이러한 활동보고서는 주로 공적 영역에서 통제기능의 효율성 및 정보처리의 투명성을 확보하기 위하여 노력들을 담고 있어야 한다. 결국 이러한 각종 보고서와 자문을 통하여 의회와 행정부는 개인정보보호에 관한 법적정비 및 정책을 효율적으로 형성할 수 있게 되고, 통제기관은 최고 국가기관의 의사형성과정에 참여하는 의미있는 역할을 맡게 되는 것이다.

바) 기타

그 외 개인정보보호기구는 다양한 법영역에서 개인정보보호문제를 다루는 기구들과 공동 작업을 통하여 일관되고 통일된 개인정보보호의 기준과 실무를 확립해야 하며, 특히 오늘날 국경을 넘는 정보흐름, 증가하는 국제적, 국가간 정보교환을 배경으로 하여 개인정보보호 관련 국제기관과 국내기관간 공동작업의 필요성이 강조되고 있다. 이와 더불어 개인정보보호기구는 정보보호통제의 효율성을 높이기 위하여 일반시민의 정보보호의식을 강화하고 계속 발전시키며, 다양한 서비스를 제공하는 작업을 펼쳐야 한다. 마지막으로 컴퓨터연결을 통한 개인정보의 결합을 통제하는 것이 현재 개인정보보호에 관한 중심문제로서 바로 개인정보보호기구가 해결하려고 노력해야만 하는 분야이기도 하다.

d) 법안의 검토

(a) 개인정보보호위원회의 구성과 관련된 문제점

먼저 대안 제7조에 따르면 개인정보보호위원회는 위원장 1명, 상임위원 1명을 포함한 15명 이내의 위원으로 구성하고 이 경우 위원 중 5명은 대통령이, 5명은 국회가 선출하는 자를, 5명은 대법원장이 지명하는 자를 각각 임명하거나 위촉하도록 하고 있다.

이와 관련하여 우선 개인정보보호위원회의 위원 숫자가 너무 많을뿐더러 대법원장이 5명을 지명하도록 하는 것은 문제가 있다.²⁴⁾ 개인정보보호기구로서 독립제와 위원회중 어느 형태가 더 바람직하다고 할 수는 없지만, 개인정보보호위원회의 위원을 15명으로 구성하도록 하는 것은 개인정보보호의 효율성이라는 관점에서 볼 때 문제가 있다. 다음으로 대법원장이 5명의 위원을 지명하도록 하는 것이 외관상 마치 권력분립원칙에 부합하는 것처럼 보이지만 이는 오히려 그 반대이다. 국가기관 중 가장 민주적 정당성이 약한 법원, 특히 대법원장에게 어떤 제한도 없이 타 국가기관의 구성에 관여하도록 하는 것이 오히려 권력분립원칙을 해칠 수도 있다. 최근에 다양한 헌법개정 논의중 (대)법원(장)이 다른 국가기관의 구성에 관여하는 것을 부정적으로 검토하고 있다는 것에 유념할 필요가 있다.²⁵⁾ 필자의 생각으로는

24) 예를 들어 다음 법규정을 참조 : 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제5조(임명 등) ② 위원 5인 중 위원장을 포함한 2인은 대통령이 지명하고 3인은 국회의 추천을 받아 제1항에 따른 임명을 한다. 이 경우 국회는 위원 추천을 함에 있어 대통령이 소속되거나 소속되었던 정당의 교섭단체가 1인을 추천하고 그 외 교섭단체가 2인을 추천한다.

25) 이에 관하여는 예를 들어 김종철, 헌법재판소 구성방법의 개혁론, 헌법학연구 제11권 제2호(2005. 6), 24

5-7명으로 위원의 숫자를 한정하고, 그 위원은 대통령과 국회의 합의하에, 또는 대통령의 지명과 국회의 동의라는 방법으로 추천하는 게 타당하다고 생각한다.

(b) 개인정보보호와 개인정보분쟁조정 분리에 대한 검토

다음으로 위 대안은 개인정보보호위원회와 개인정보분쟁조정위원회를 따로 설치하도록 규정하고 있다. 그리고 법조문상 개인정보보호위원회와 개인정보분쟁조정위원회간 관계도 분명하지도 않다. 필자로서는 이 부분은 이해가 가지 않는다. 후자는 전자로 합쳐지거나 산하 위원회로 구성되어야 마땅하다고 생각한다.

(c) 독립성 검토

가) 독립성보장의 내용

개인정보보호기구의 독립은 개인정보보호에 관한 제도적 통제의 핵심사항이다. 따라서 개인정보보호기구의 독립성은 개인정보보호를 위한 통제의 기본조건이면서 동시에 이러한 통제의 효율성에 관한 척도를 나타낸다. 우선 통제개념의 구성요소로서 통제자와 통제되는 사람간 非同一般性이라는 기본명제는 독립성개념의 구체화를 위한 판단근거로서 작용한다. 또한 제시된 과제들의 종류와 범위 및 정보보호통제 속에 설정된 목표들로부터 독립성개념이 도출되어야만 한다.²⁶⁾ 그렇다면 기관의 독립이란 정보보호기관이 한편으로는 통제되는 행정부와 다른 정치기관들로부터, 또 다른 한편으로는 시민으로부터 독립된다는 것을 뜻한다.²⁷⁾ 따라서 통제기관의 독립은 또한 통제기관의 영역에 속하는 결정절차들의 독자적인 운용을 전제로 한다. 이러한 의미에서 이러한 독립성은 필연적으로 제3자의 통제나 외부통제로부터 자유, 또는 이를 적극적으로 표현한다면 전적으로 자기 스스로 통제하는 결정의 자유를 뜻한다. 이에 따라서 통제기관들은 準法官的 獨立을 누린다. 따라서 모든

면 이하 참조.

26) 여기서 이러한 통제기관의 독립성은 그 자체가 어떤 가치를 형성하거나 독립적 목표를 형성하지 않는다는 것을 기억해야만 한다. 따라서 독립성이란 기능관련적이고 기능지향적으로 구체화되어야만 한다. 곧 기관의 독립은 어떤 추상적이고 절대적이며 확정된 기준들에 따라서 판단할 수 있는 가치가 아니다.

27) 통제기관이 통제되는 기관의 일부분으로 국민들에게 파악된다면 시민 쪽에서 통제기관을 불신할 수 있고 이러한 불신은 다시 정보보호기관의 작용기반을 해칠 수도 있다. 따라서 통제자와 통제되는 기관간 명확한 분리가 이러한 신뢰관계의 구축을 위한 최소한의 토대이다.

정보보호기관들은 그 기관활동과 관련하여 어떤 지시도 받지 않으며 어떤 직무감독 밑에 있지도 않다.²⁸⁾

나) 법안의 검토

그런데 놀랍게도 위 대안을 보면 개인정보보호 위원회 및 위원에 관하여는 독립적 활동의 보장에 관한 그 어떤 규정도 찾아볼 수가 없다. 더욱 더 놀라운 것은 위 대안 제41조를 보면 “위원은 자격정지 이상의 형을 선고받거나 심신상의 장애로 직무를 수행할 수 없는 경우를 제외하고는 그의 의사에 반하여 면직되거나 해촉되지 아니한다.”고 하여 개인정보분쟁조정위원회 위원에 대해서는 일정한 신분보장을 하고 있다는 것이다. 이는 개인정보분쟁조정위원회 위원에게 인정되는 신분보장이 그보다 더 중요한 위원회인 개인정보보호위원회의 위원에게는 규정되어 있지 않음을 뜻한다. 이 부분에 대한 조문수정작업이 반드시 필요하다고 생각한다.²⁹⁾

(d) 위원회 업무와 권한의 불명확성

위에서 설명한 것처럼 비교법적으로 검토해보면 개인정보보호위원회는 예방권한, 조사, 상담 및 조정권한, 권고 및 이의제기권한, 옴부즈만기능, 보고서제출, 외국과 국제교류 등의 권한을 갖는다.

그런데 위 대안을 보면 개인정보보호와 관련하여 개인정보보호위원회의 권한이 충분하지 않을뿐더러 개인정보보호위원회와 행정안전부의 업무와 권한을 구별하기가 쉽지 않다. 예

28) 법적으로 독립된 구조와 권한들이 보장되어 있음에도 불구하고 이러한 기관이 재정적인 면에서 종속적이라는 것을 통하여 이미 정보보호기관들의 독립은 제한될 수밖에 없다. 어쨌든 예산을 통하여 거꾸로 정부나 여당 쪽에서 통제기관에 대한 통제수단과 압력수단으로서 활용될 수 있다는 것은 언제나 인식해야만 한다. 그 외 일반적으로 개인정보보호기구의 직원을 행정부출신의 사람들로 편성한다는 경향을 외국의 경험을 통하여 확인할 수 있다.

29) “국가인권위원회(위원장 현병철)는 19일 국회 행정안전위원장에게 정부가 발의한 개인정보보호 법률안은 개인정보보호 기구가 제 기능을 수행하는 데 필요한 독립성 요소가 미비해 이를 중심으로 한 입법은 바람직하지 않다는 의견을 표명했다. 또 한나라당 이혜훈 의원이 대표발의한 개인정보보호법률안과 민주당 변재일 의원이 대표발의한 개인정보보호 법률안에 대해서 위원 면책특권 관련 규정과 위원임명 과정에서 국회의 관여를 제고하는 방안, 조직·예산상 독립성을 제고하는 방안이 적극 보완될 필요가 있다고 밝혔다. 인권위는 “3개 법안 중 정부 발의안은 개인정보보호기구가 가지고 있어야 할 핵심적 기능인 조사기능이 없어 독립성 요건을 심각하게 흠결(미비)하고 있다”며 “또 위원들이 전원 비상임위원으로 전문성이 떨어질 우려도 있다”고 지적했다.”(아이뉴스24 2010. 1. 19.)

를 들어 위 대안을 보면 개인정보보호위원회는 조사권 등을 갖고 있지 않을 뿐만 아니라, 분쟁조정은 분쟁조정위원회가 담당하고, 제11조를 보면 자료제출요구권은 행정안전부 장관이 갖도록 규정하고 있다.

원래 정부안에는 국무총리실 소속 심의위원회에서 주요 사안을 심의하고 각 부처가 집행을 담당하며 행정안전부가 총괄하도록 되어 있었다. 그러다가 야당과 협의과정에서 개인정보보호위원회를 대통령 소속으로 격상 시키고 위원회의 기능에 의결 기능을 추가시키는 등 개인정보보호위원회의 권한이 확대되었다.

그러다보니 어떤 일관적이고 체계적인 기준과 틀에 따라서 보호기구의 기능과 역할이 설정되지 못하고 약간은 기형적인 형태가 될 수밖에 없었다. 결국 이렇게 되면 위 법의 적용 대상자인 개인정보처리자들은 개인정보보호법을 준수하는 과정에서 어느 기관의 통제를 얼마만큼 받는지를 예측하기 힘들어지게 된다. 특히 이는 규제완화, 규제축소, 규제의 투명성이라는 관점에서 문제가 될 수 있다. 이에 대한 체계화, 명확화가 필요하다고 생각한다.

(e) 소결

결국 대안에 규정되어 있는 개인정보보호위원회의 경우 국제적 기준이나 그동안 논의되었던 수준에 비하면 보호기구의 독립성과 권한 등이 부족하다. 독립성보장이나 권한 등에서 보면 개인정보보호를 위한 독립된 기구로서 충분한 역할을 하기 어렵다고 판단되며, 체계적이고 일관된 형태의 개인정보보호기구라고 보기 어려울 만큼 ‘타협의 산물’이라고 할 수 밖에 없는 모습을 지니고 있다.

(f) 바람직한 개인정보보호위원회의 형태와 역할에 대한 필자의 견해

공공부문과 민간부문의 개인정보보호기구는 그 “대상과 수단”에서 많은 차이가 있다. 따라서 공공부문의 개인정보보호감독기구는 “대통령 산하의 독립행정청으로서의 위원회(합의제)”의 조직형식을 취하는 것이 바람직하고, 민간부문의 경우에는 해당 민간영역에서 자율 규제를 시행하도록 하면서 행정안전부를 비롯한 처분권과 재결권 등은 해당 부처의 장이 행사하는 시스템이 가장 적합하다고 판단한다.³⁰⁾

30) 이에 관하여는 참조. 다만 이에 대하여 한국의 특수성을 이유로 하나의 규제기구가 공공과 민간 모두를 규율해야 한다는 의견이 맞서고 있다.

(7) 민간부문에서 자율규제의 강화필요성³¹⁾

a) 문제제기

위 대안 제13조를 보면 자율규제의 촉진 및 지원에 관한 규정이 있다.

b) 개인정보 자율규제의 필요성

개인정보보호와 관련하여 폭넓게 주장되고 있는 것이 바로 자율규제이다. 그러나 사적인 이익의 추구를 본질적 목표로 하는 사업자 또는 사업자단체가 공익을 위한 아무런 강제없이 스스로 규제행위를 할 것을 기대하는 것은 어려운 일이다. 여러 가지 장점에도 불구하고 자율규제는 외부적인 강제기제 없이 자기의무를 부과하는 것에 불과하기 때문이다. 이제 자율규제의 특징에 대한 분석에 근거하여 자율규제를 기대할 수 있는 범위는 어디까지인가, 국가가 규제의 과제를 민간 스스로 담당하도록 방치해야 하는가 아니면 자율규제의 가능성은 국가에 의한 조직적, 절차적 준비를 통해 지원될 수 있고 나아가 국가에 의한 규제와 연결될 수 있는 것인가 하는 문제를 검토해야 한다. 개인정보보호 영역에서 자율규제의 의미가 커지는 것에는 고도로 복잡하고 기술적인 성격을 띠며 빠르게 변화하는 개인정보와 관련된 상황 속에서 국가가 더 이상 개인정보보호를 완전하고 포괄적으로 보장할 수는 없다는 경험과 인식이 중요한 몫을 하고 있다.

c) 자율규제의 의의와 구성요소

자율규제에 대하여 하나의 통일된 정의는 없다. 적용분야의 수와 그 다양한 형태를 고려하면 자율규제의 개념 자체가 불분명하고 다의적이라는 것은 당연하다. 또한 각 영역별, 국가별로 문화적 전통 또는 정치적, 경제적 이해관계에 따라 자율규제를 정의하고 평가하는 것은 다르게 나타난다. 이와 관련하여 규제가 '자율'적으로 이루어지고 있다고 평가되는 요소는 우선 공익을 위한 행위의 내용을 결정하는데서 자율성이 인정된다는 것이다. 다음으로 조직법적인 측면에서 자율규제는 행위를 결정하는 주체가 행정주체가 아니라는 점에 특성이 있다. 자율규제의 구성단위는 개개의 私인인 경우도 있고, 그 집합체로서 단체인 경우도

31) 이에 관하여 자세한 것은 김일환·홍석한, 개인정보 자율규제영역에서 보장국가로서 국가의 역할에 관한 연구, 헌법학연구 제14권 제4호, 2008. 12, 135면 이하 참조.

있다. 결국 그 속성은 행정주체가 아니기 때문에 ‘자율’인 것이다. 곧 자율규제는 “민간이 자발적으로 또는 국가의 위임에 의하여, 일정한 규율을 필요로 하는 영역 안에서 공익을 수호하기 위한 하나의 질서를 내부적으로 창출하는 것”이라고 할 수 있다. 특히 자율규제는 수범자 자신들을 통한 규범의 제정으로서 그 기본이념은 행위기준을 스스로 결정할 수 있는 가능성의 부여에 있다. 그러나 자율규제가 이러한 규범의 자치적 정립만을 의미하는 것은 아니다. 자율규제도 국가규제와 마찬가지로 전통적인 권력 분립의 삼요소인 입법, 행정, 사법의 형태로서 나타날 수 있다. 따라서 자율규제는 자율규범의 정립, 자율규범의 집행, 그리고 자율적 분쟁해결을 포함한다고 할 것이다. 다만 자율규제에서 가장 핵심이 되는 것이 수범자 자신을 위한 규범의 제정인 만큼 자율규제를 협의로 사용할 경우는 내부적으로 정립된 자율규범을 의미하게 된다.

d) 정보사회의 규제방안으로서 ‘규제된 자율규제’

자율규제와 국가규제의 장점을 이용하는 동시에 양자의 단점을 보완하는 구상을 통해 양자를 가능한 범위 내에서 결합시키는 것이 필요하다. 이를 위하여 등장하는 것이 바로 ‘규제된 자율규제’이다. 규제된 자율규제란 국가가 정해놓은 틀에 따르는 그리고 그 법적인 기초 위에서 작용하는 자율규제라고 할 수 있다. 국가는 자율규제를 가능하게 하는 구조를 마련하고, 경우에 따라서는 규제목표들이 자율규제를 통해 달성될 수 없거나 바람직하지 않은 부작용이 나타날 때 그 정도에 상응하여 자율규제 프로세스에 개입하는 것으로 자신의 역할을 한정한다. 자율규제에서 국가의 역할은 기본적으로 법률을 통한 규제의 위협 또는 자율규제가 시장실패와 동일한 결과를 가져오는 경우 그 법률의 집행으로 구성되지만 ‘규제된 자율규제’에서는 자율규제를 가능하게 하는 법적 기틀의 마련이 보다 중요한 작용을 한다. 국가 또는 규제기구는 그 밖에도 업계에 자율규제 의무를 부과할 수 있고, 특히 절차적 규범을 공포할 수 있으며, 그 준수를 감독하고 위반 시 제재할 수 있는 권한을 가진다.

e) 규제된 자율규제의 내용

(a) 규제된 자율규제의 핵심요소

규제된 자율규제의 현실적인 문제는 법을 통한 규제의 적당한 밀도와 강도를 정하는 것

에 있다. 법적 틀을 통해 자율규제에 목표가 부여되며, 이 목표를 구체화하는 역할이 자율규제에 맡겨지는 것이다. 이에 법적 틀은 입법권한의 배분과 유사한 성격을 가진다. 규제된 자율규제에서 국가는 민간의 자율규제를 활성화함으로써 규제기능을 위임하고 더 이상 직접적으로 조정은 하지 않지만 법적 틀을 통하여 상위에 속하는 감시자로서 진행되는 자율규제 과정에 영향력을 행사한다. 이때 법은 자율규제에 대하여 간접적인 규제를 한다고 할 수 있다. 또한 규제된 자율규제는 특히 의사결정 및 동의를 형성할 때 절차를 통한 조종을 의미하는 절차적 규제가 핵심이며, 이는 법을 통한 규제와 자율규제의 결합을 위한 매우 훌륭한 방안으로 파악된다. 이제 입법의 중점은 구체적인 내용통제에 있는 것이 아니라 집단적인 규범제정을 절차적으로 조종하는 것에 있게 된다. 따라서 규제된 자율규제에서 국가의 역할은 민간영역의 자율적인 협의를 위하여 법적인 원칙을 세움으로써 절차를 조정하는 것에 중점이 놓이게 된다.

(b) 규제된 자율규제의 구현을 위한 국가의 기능

자율규제의 기반을 제공하기 위한 법적 틀은 자율규제를 지도하고 공익을 위하여 일정한 제한을 가하는 요소를 포함하지만 그와 동시에 자율규제가 적절한 발전의 여지를 가지고 이루어질 수 있도록 허용해야 하는 내용도 제시해야 한다. 따라서 자율규제의 촉진과 관련한 핵심은 이러한 사적인 이익에 대한 일정한 보호가 실제로 자율규제를 유발하는데 중요한 것으로 파악되어야 한다는 것이다. 사업자들은 자율규제를 위해 요구되는 비용이 이익을 가져 올 때만 자율규제에 참여할 것이다. 따라서 이를 위해서는 사인의 행동원리를 충분히 분석하여 자율규제를 위한 동기부여가 있어야 하고, 국가와 입법자는 자율규제를 장려하기 위한 인센티브를 창출해야 한다. 또한 자율규제를 통하여 공익을 달성하기 위해서는 자율규제에 적합한 대표조직이 충분히 있어야 하는데 자율규제를 수행할 수 있는 조직화의 기반이 부족한 경우에는 국가가 자율규제의 기반을 마련해야 한다. 이밖에 규제된 자율규제에서 법적인 틀은 민간의 자율규범에 의해 보충되는 것인 만큼 자율규범은 국가법질서에 편입됨으로써 그 안정적이고 유효한 이행을 지원받을 수 있게 된다. 이에 국가는 법적 틀과 자율규범간 상호관계를 형성할 때 규범제정의 위임을 고려할 수 있으며 행정기관이 자율규범에 대하여 승인을 하거나 행정기관 또는 법원이 행정행위나 재판을 할 때 자율규범을 법적 판단의 기초로 적용함으로써 자율규범의 실효성을 확보하는 방안도 생각해 볼 수 있다. 다음

으로 규제된 자율규제를 위해서는 무엇보다 자율규제를 통제할 수 있는 감독기구를 설치하는 문제가 중요하게 대두된다. 규제된 자율규제에서 입법자의 역할은 자율규제의 기반을 위한 법적 틀을 만드는 것에 한정된다. 그리고 자율규제에 대한 규제는 법을 통해 직접 이루어지는 것이 아니라 법에 의해 독립된 감독기구들이 만들어지고 법에 따른 절차를 통해 이 기구들이 해당 영역의 자율규제에 대해 규제와 감독을 수행하는 것이다.

f) 개인정보보호 자율규제에 관한 법제 및 현황과 문제점

민간부문에서 개인정보보호 자율규제에 관한 법제는 매우 산발적이며, 일관성을 결여하고 있다고 평가할 수 있다. 정보통신망법은 개인정보관리책임자 지정제도, 개인정보보호방침 공개제도, 정보통신서비스제공자단체에 의한 행동강령의 제정 등 사업자들의 자율규제 활동에 관한 몇 가지 중요한 내용을 담고 있지만 이를 지원하고 촉진시키기 위한 구체적인 제도를 체계적으로 갖추지는 못하고 있다. 이밖에 특수한 영역별로 나뉘어 있는 개별 법률들은 분산된 규제와 규제의 공백, 처리기준의 상이성이라는 문제를 동시에 보여주고 있다. 무엇보다 개인정보를 수집, 이용, 처리하는 민간사업자가 법률이 구체적으로 의미하는 바를 확인하고, 자율규제 과정에서 발생하는 문제들을 협의할 수 있는 독립된 국가기구가 없으며, 법률의 집행을 위한 기관이 지식경제부, 방송통신위원회, 행정안전부 등으로 나뉘어 부처 간 담당업무의 범위와 그 조정이 불명확하다. 이와 같은 법제의 문제점은 자율규제의 구체적인 내용과 한계를 포함하여 민간부문에서 발생하는 개인정보보호의 문제를 포괄적으로 규율하는 법률이 존재하지 않는 데다가 개인정보보호분야에서 규제의 원칙, 곧 국가규제와 자율규제 간 선택 내지는 양자의 협력적 관계에 대한 명확한 원칙의 부재에 따른 결과라고 할 수 있다. 한편 자율규제를 위해서는 사업자 스스로 자율규제에 대한 의식을 가지고 그 필요성을 느껴야 하지만 현실은 그렇지 못하다. 여기에 개인정보보호에 대한 인식의 부족, 인력적·기술적·재정적 어려움, 자율규제에 대한 소비자의 불신이 더해짐으로써 현실에서 자율규제의 활성화는 여전히 과제로 남아있다. 개인정보관리책임자 지정제도는 이를 중심으로 기업의 자율규제활동을 촉진시키기 위하여 마련된 것으로서 사업자 스스로 내부적인 기관을 갖추고 개인정보보호 자율규제를 할 수 있는 기반이 된다는 점에서 매우 중요한 비중을 차지하지만 여전히 형식적으로만 지정되고 있다. 개인정보처리방침도 사업자의 여러 가지 환경과 개인정보 관리능력을 적절히 고려하지 않은 채 작성되고 있으며, 사업자단체들

이 채택하는 개인정보보호강령도 단순한 선언으로 인식되는데 그치고 있다. 또한 사업자와 사업자단체의 자율규제활동들도 국가적 지원과 홍보의 부족으로 여전히 활성화되지 못하고 있다. 이상과 같이 개인정보보호 영역에서 자율규제는 그 기반이 취약할 뿐만 아니라 여전히 국가가 중심이 되는 규제방식에 인식이 고정되어 있는 것으로 보인다. 다만 서서히 자율 규제에 대한 관심이 법제에 반영되고 있으나 국가규제와 자율규제 간의 관계에 대한 원칙적인 기준과 그에 따른 법제의 체계적 정비는 이루어지지 못하고 있는 양상이다.

따라서 일반법인 개인정보보호법이 규제된 자율규제를 위한 기초가 되는 만큼 개인정보 보호 자율규제에 대한 명확한 요구사항들을 포함하고 이로써 개인정보주체와 개인정보처리자 양 측에 대해 구속력을 가지는 기틀로서 지위를 인정받을 수 있어야 한다. 자율규제의 법적 전제조건들은 비록 원칙적인 차원일지라도 가능한 한 정확하게 서술되어야 하고 근본적인 것에 집중하며 고차원적인 수준에서 관철할 수 있는 내용으로 규정되어야 한다. 이에 대해 분야별 특별법들은 일반 규정으로부터 예외, 특히 보다 위험성을 수반하는 특수한 정보처리에 대해 강화된 요구를 수용하고 공익을 위한 과제가 자율규제를 통해서도 달성될 수 없는 사안에 대해서도 규정하여야 한다.

□ 국회 법사위 계류 중인 개인정보보호법안의 성격

- 국회 계류 중인 개인정보보호법 대안은 현행 공공기관개인정보보호법(공공), 정보통신망법(정보통신, 백화점 등), 신용정보보호법, 금융실명제법(금융), 의료법(병원), 교육기본법(학교) 등 개별법 체계로 인한 사각지대를 해소하는 일반법 성격을 갖고 있음. 현행 법률은 개인정보 수집·이용, 제공, 폐기 등 처리기준이 상이하여 혼란을 초래하고 있으므로 일반법에 공통된 기본원칙을 규율하여 법체계의 통일성을 추구하고 있고자 하는 것임.(‘09년 기준 침해신고 중 법적용 제외 사업자는 68.1%)
- 개인정보보호법이 제정되면 일반법적 지위를 누리고 개별법률은 특별법 성격을 갖게되어 해당 분야의 개인정보처리의 특수성이 인정되는 경우, 개별법이 우선적용됨. 일반법 제정은 1980년 이후 세계 각국의 일관된 흐름이고 프라이버시 문제에 대한 사회적 성숙도가 낮은 우리나라의 경우에는 법제정이 시급함
- 당초 2008년에 국회에 제출한 정부안, 변재일의원안, 이혜훈의원안은 모두 공공과 민간을 동시에 규율하고 있으므로 공공-민간을 구별하여 각각 일반법을 규율하고 필요시 해당영역내에서 개별법을 제정하는 방안은 제도의 선택의 문제임. 공공과 민간의 사적자치·계약의 원리와 적용대상의 특수성이 다른 점은 널리 인정되므로 개인정보보호법에서는 특례규정을 두어 공사 융합을 추구하고 있음. 다만, 공공부문의 특례규정이 과도하게 행정목적에 치우친 점이 있는 지에 대해 추가연구가 필요함. 국민의 입장에서는 개인정보가 공공영역 또는 사적영역에서 유출 되는 것을 구별할 필요가 없으므로 피해를 사전에 예방하는 다양한 보호조치를 강구하고 피해발생시 즉시 교정·구제할 수 있는 체계를 갖추는 것이 보다 현실적인 접근방법임.
- 일반법과 개별법과의 관계에서 개별법에 규율할 사안의 특수성이 증가하는 영역(예:

보건의료, 교육, 세무, 복지 등)에 대하여 새로운 입법 필요성이 높아질 것임. 다만, 개인정보보호법이 일반법으로서 공통된 개인정보 처리기준을 규정하고 있으므로 현행 개별법과의 정합성, 충돌가능성 등 통일적 법제정비가 필요할 것이고 충돌되는 법제간 상충문제를 해결하기 위해 일반법 제정 이후 비교연구가 선행되어야 할 것이며 학계의 관심과 연구과제로 심도 있는 검토가 필요함.

□ 개인정보보호법의 정체성 문제 : 민생법 VS. 정치법

- 야당과 시민단체에서 주장하듯이 개인정보보호의 필요성은 1차적으로 국가공권력에 의한 국민의 프라이버시 침해를 어떻게 제어할 것인가의 문제임. 따라서 국가권력의 자의적인 개인정보 수집·열람, 처리를 통제하는 것이 기본적인 문제임
- 최근 들어 옥션, 하나로텔레콤, 신세계 쇼핑몰 등 사업자에 의한 대규모고객정보 유출이 크게 사회적 이슈로 떠오르고 있고 법원에 집단적인 소송제기가 진행되고 있음.(최근 3년간 피해규모는 10조7천억원 규모, GS칼텍스 등 67건 소송, 소송가액 2,100억원, 소송인원 19만명) 최근 옥션판결에서 보듯이 기업의 개인정보 관리의 적정성 여부가 핵심쟁점이 되고 있으며 개인정보보호법이 제정되어 유출통지제, 집단 분쟁조정, 단체소송이 본격시행이 되면 기업의 입증책임이 보다 높아져 법원 판결도 적절한 개인정보보호를 하지 못한 기업에 대해 막대한 배상금을 지급하라는 판결도 머지않아 나오게 될 것으로 전망하고 있음.(미국의 징벌적 손해배상제)
- 또한 기업의 근로자에 대한 개인정보 침해 문제 역시 일상적으로 이루어지고 있는 점을 감안할 때 개인정보보호법의 중점방향이 공공부문을 포함하여 민간영역에서의 피해의 심각성에 초점을 맞추어야 함(Big brother vs. Small sisters)
 - '09년 공무원에 의한 징계건수 81건, 민간의 침해신고센터 접수건수 35,167건
- 국민의 개인정보 침해의 주요원인으로 우리나라에 고유한 주민등록제도, 본인확인 제도가 구조적인 문제로 부각되고 있음. 개인정보 유출의 근원을 시정해나가는 제도적 접근이 필요함.(민간 주민번호 사용승인제 등)

□ 개인정보보호위원회의 독립성 문제

- 감독기구의 독립성 문제는 통합형, 분산형, 독립기구형, 부처 중심형 등 국가의 문

화, 역사적 맥락에 따라 달라짐. EU에서는 개인정보의 안전한 관리를 위해 개인정보보호 감독기구의 독립성을 강화하는 지침을 제정하고 있음. 행정안전부에서는 그간 국가인권위, 시민단체의 문제제기를 검토하여 대국회 논의과정에서 당초 정부안을 크게 수정하여 보호위원회의 독립성을 강화하는 절충안을 제시한 바 있음.

구분	이혜훈의원안(한)	변재일의의원안(민)	정부안	법사위 대안
명칭	개인정보위원회	개인정보보호위원회	개인정보보호위원회	개인정보보호위원회
소속	국무총리	대통령	국무총리	대통령
성격	정책 수립·집행	정책 수립·집행	정책 심의	정책 심의·의결 및 집행
구성	9명(상임1)	9명(상임1) ※ 국회3, 대통령3, 법원3	15명	15명(상임 1) ※ 국회5, 대통령5, 법원5
	임기 3년	임기 3년	임기 2년	임기 3년
기구	사무처 설치	사무처 설치	-	사무국 설치

- 현재 법사위에 계류 중인 대안의 추진체계는 EU의 독립성 기준에 비추어 보아 모범적인 법제라는 예비평가를 받은 바 있음. 결국 독립성 문제는 여야, 정부간 타협의 산물일 수밖에 없으며 지난 17대 국회에서 최선책을 찾느라 국회회기 만료로 일반법 제정에 실패한 전례를 참고하여 조속한 제정을 거친 후 시행과정에서 문제점은 교정해가는 지혜가 필요함.
- 위원회 독립성 문제는 행정부와 위원회의 관계 문제로 치환할 수 있으며, 일상화되고 있는 개인정보 침해문제를 해결하기 위해 역량을 어디에 결집할 것인가하는 선택의 문제임. 새로 출범하게 되는 개인정보보호위원회가 행정부의 정책역량을 활용하지 못하고 부처와 대립·통제하게 되는 경우, 국가사회의 침해대응력은 매우 약화될 것임. 정부에서 개인정보보호업무가 차지하는 정책의 우선순위, 자원의 배분에서 매우 미약한 수준(정부 부처예산 약 200억, 인력 약 40명)임을 고려하면 초기 개

- 인정보보호위원회와 행안부, 각 부처의 관계는 상생과 협력의 기초를 유지해야 함
- 정부내에서는 대통령자문위, 행정위 등 300여개의 위원회가 활동하고 있으며 일반 국민은 위원회 명칭에 대해서도 상당수 모르고 있으므로 보호위원회가 각 부처를 실질적으로 리드하면서 총괄기능을 수행하기 위해서는 부처의 협력이 필수사항임
 - 현재 대안의 보호위원회의 주된 역할은 부처·지자체·헌법기관에 대한 시정권고, 주요 정책사안에 대한 심의 의결, 연차보고서 국회 제출 등 일부 집행기능을 추가하여 사전예방기능과 시정권고기능, 이의제기 기능, 국회 매개기능을 행사할 수 있음. 다만, 보호위원회가 부처가 집행권차원에서 갖고 있는 조사권을 갖지 못하고 있는 점은 향후 위원회 출범과 운영을 통해 사회적 지지를 확보해야 가능할 것임
 - 국가공권력에 의한 개인의 사생활 보호, 안전한 생활확보를 최우선과제로 보는 경우, 추진체계는 행정부에서 독립한 독자적인 의사결정권과 규제권을 갖는 독립 행정관청이 형태와 권한을 갖추는 것이 급선무임. 한편 매일 끊임없이 반복되는 사업자의 개인정보 보호가 최우선과제로 되는 경우에는 개인정보침해를 사전예방, 사후 처벌하는 효율적 업무처리가 관건이 될 것임.
 - 실무적 차원에서는 현행 개인정보 추진체계가 방통위, 행안부 등 핵심부처와 지자체 중심으로 조사, 시정권한이 행사되고 있는 점을 감안하지 않을 없음. 별도의 행정관청을 설립하여 개인정보보호 추진체계를 통합하는 것은 입법정책의 문제이기도 하고 현재의 대응체계를 전환하는 비용과 효율의 문제를 고려하지 않을 수 없음
 - 개인정보보호 업무의 대부분이 부처 중심의 정책수립·집행위주로 추진(17개 부처, 38개 법률)되고 있는 현실을 감안할 때 기존 체계를 보강하는 차원에서 추진체계를 설계하여 기존 제도의 경로의존성을 최대한 활용해야 함.
 - 개인정보보호위원회가 기본적으로 정책결정 및 집행일부 기능을 중점적으로 수행하게 되고 이와 관련하여 분쟁조정, 피해구제 기능을 어떻게 유기적으로 결합해야 하는 것이 새로운 논점이 될 수 있음. 분쟁조정은 준사법적 판단을 기본으로 하고 있으므로 현행과 같이 위원회와 행안부에게서 독립성을 갖추도록 하고 있음.
 - 개인정보보호위원회 및 사무국 구성시 위원회 역량을 확충하고 전문성을 확보하도록 전문가의 계약직 채용을 활성화할 것임. 또한 위원회는 개인정보보호 체계가 제대로 작동하도록 사전예방 정책개발, 부처에게 선진사례와 노하우 전수 등 핵심부

문에 집중할 필요가 있음.

□ 개인정보보호 발전방향과 요청사항

- 발제자료의 시의성 있는 제안은 향후 정책의제로 받아들여 현실화시킬 필요가 있으며 이 자리를 빌어 개인정보보호에 대한 깊은 통찰과 혜안으로 조언을 해 주신 김일환 교수님께 감사드립니다
 - 개인정보보호 위원에 대한 신분보장 또는 직무상 독립에 대한 문제
 - 개인정보보호위원회 위원임명에 있어서 대법원장 지명의 타당성 문제
 - 민간에 대한 자율규제를 강화하도록 시스템화하는 문제
 - 개인정보보호법과 개별법률간의 정합성 문제
 - 개인정보보호위원회와 분쟁조정위원회와의 관계 및 협력 문제

- 지난 2004년부터 논의되어 온 개인정보보호법이 법사위에서 조속히 통과될 수 있도록 국가인권위, 학계, 전문가의 지원과 협조가 무엇보다 절실한 시점이라는 말씀을 드리며, 개인정보보호 문제를 국가사회적으로 제도화하기 위하여 보호생태계를 조성하는 것이 중요하고 민간의 자율규제를 강화하는 것이 보다 근원정보보정책과제라고 생각함. 이를 위해 개인정보보호 학회 등 연구단체가 설립되고단체가보다 단체를 중심으로 협회를 조직화하여 내부통제 시스템을 갖추도록 행안부에서 적극 지원하겠음. 또한 개인정보 전문인력의 양성을 위해 특성화대학 지정 및 예산지원단체정보보안 결보단체보안서비스 결보의 활성화 지원, 시민단체가 참여하는 범국민 문화운동 개시 등 원정보보정책과와 이용의 조화를 꾀하는 거시적 그랜드 플랜(개인정보보호 기본계획) 수립에 적극 협력해 주시길 부탁드립니다.

‘개인정보보호법 제정의 주요 쟁점’에 대한 토론문

이진규 (NHN 개인정보보호팀 팀장)

I. 들어가며

개인정보보호를 위한 대표적 개별법으로 공공부문을 관할하는 ‘공공기관의 개인정보보호에 관한 법률’과 민간부문, 특히 다량의 개인정보를 활용하여 개인정보 유, 노출 사례가 많은 정보통신사업자 및 준용사업자를 규율하는 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 ‘정보통신망법’)'이 존재함에도 불구하고, 개인정보보호를 위한 법률적용의 사각지대가 폭넓게 존재하고 있어 개인정보 유출로 인해 실질적인 피해가 발생하여도 그 피해를 구제받기 어렵거나, 피해를 발생한 근본적인 책임이 있는 주체에게도 그 책임을 묻기 어려운 상황을 타개하기 위하여 개인정보보호에 관한 ‘일반법’인 개인정보보호법이 현재 제정 과정에 있습니다.

행정안전부에서 개인정보보호법 정부안을 만들면서, 밝힌 바와 같이 2009년 한해 개인정보보호와 관련한 침해 신고건수는 35,167건에 달했으며, 그 가운데 법제 미비로 23,948건(68.1%)이 아무런 대응이나 대책 없이 방치되었다는 사실 하나만 확인하더라도 개인정보보호법과 같은 개인정보보호를 위한 일반법이 필요한 이유를 쉽게 알 수 있을 것입니다.

극단적인 예로, 특정 무도(武道, Martial Arts)의 단증 발급 처리현황을 조회하기 위한 K 사이트에서는 단증발급처리현황을 온라인상에서 확인하여 주는 서비스를 제공하면서 정보주체로부터 이름 및 주민등록번호를 수집하여 활용하고 있음에도 불구하고 이를 정보통신망에 전송함에 있어서도 평문 전송하여 마음만 먹을 경우 해커가 손쉽게 신상정보를 수집할 수 있도록 웹사이트를 구현해 놓고, 이에 대해 수회 개선요청을 전달 받았음에도 불구하고

고 별다른 조치 없이 유지가 되고 있습니다.

개인정보보호법은 이러한 현상에 비추어 그 필요성이 자명하다고 할 것이지만, 기존에 정보통신망법을 성실하게 준수하여온 다수의 정보통신사업자 및 준용사업자들이 마치 개인정보보호를 잘 수행하지 못하여 이와 같은 법률의 제정이 필요한 것처럼 오해를 사고 있다는 점, 사내 인사정보와 같이 실질적으로는 외부망과 철저하게 차단되어 유, 노출의 위험으로부터 상당부분 안전한 정보에 까지 여타 개인정보와 동일한 수준의 보호조치를 이행해야 하여 개인정보보호 비용에 따른 부담이 사회적 비용으로 발생한다는 점, 개인정보에 대한 포괄적 정의조항으로 인하여 필요 이상으로 많은 정보가 개인정보로 확대될 수 있다는 기존의 문제점을 그대로 답습하고 있다는 점, 개인정보보호라는 가치의 중요성은 인정함에도 불구하고 과대한 처벌, 특히 징역형과 같은 실행까지도 처벌 가능한 법적 근거로 인하여 개인정보처리업무에 투입될 전문인력에 대한 지원 감소요인으로 작용할 수 있다는 점 등은 아쉬운 면이 있습니다.

II. 본문

1. 개인정보보호법의 적용범위와 관련한 논의

개인정보보호법 제2조의5.에서는 개인정보보호법의 인적, 물적 적용범위를 정하고 있는 바, 인적적용범위로는 개인정보파일을 운영하는 공공기관, 법인, 단체, 사업자 및 개인이 이에 해당되며, 물적 적용범위로는 ‘업무상 목적’으로 처리되는 모든 개인정보가 이에 해당합니다.

위와 같은 적용범위로 인하여, 사업자가 업무상 목적으로 처리하는 인사(HR)파일이 개인정보보호법의 적용을 받게 될 것으로 예상됩니다. 많은 경우, 인사파일의 경우 근로계약이라는 계약의 이행을 위해 필수적으로 수반하는 개인정보의 수집 및 이용행위가 될 것입니다. 또한, 인사파일의 경우 일반적으로 접근이 용이한 ‘정보통신망’을 이용하지 않고, 기업

자체적으로 구축된 소위 ‘내부망’을 활용하여 외부에서의 임의 접근을 철저하게 배제하고 있습니다. 따라서, 내부 임직원에 대한 개인정보의 보호조치는 상당부분 구현이 되어 있으며, 근로계약에 의해 그 활용 범위를 명백히 하고 있음에도 불구하고, 개인정보보호법의 적용을 받아 이에 대한 기술적, 관리적, 물리적 보호조치를 개편하는 한편, 서비스 개인정보 보호책임자와는 별도로 HR 정보에 대한 개인정보 보호책임자를 두어야 하는 등의 비용이 발생할 것으로 보입니다.

기존에 기술적, 관리적 보호조치 기준을 적용하여온 정보통신사업자의 경우 위와 같은 업무를 수행할 수 있는 인력이나 Know-How가 존재하지만, 개인정보보호법 제정으로 인하여 신규로 편입된 다수의 중, 소기업 또는 기관에서 이로 인해 부가적으로 발생하는 비용을 이유로 하여 형식적인 개인정보보호 활동을 진행한다거나 하는 부작용에 대한 대응이 준비되어야 할 것으로 생각됩니다.

2. 개인정보 유출 통지제도와 관련한 논의

개인정보보호법 제34조에서는 개인정보처리자가 개인정보 유출사실을 알았을 때에는 지체없이 해당 정보주체에게 일정 사항을 알려야 한다고 규정하고 있으며, 일정 규모 이상의 유출사고 발생시에는 그 조치결과를 행정안전부 장관 또는 대통령령이 정하는 전문기관에 신고해야 한다고 규정하고 있습니다. 개인정보의 ‘유출’은 단순히, 언론보도로 확인할 수 있는 ‘명백한 사고’ 뿐만이 아니라 굉장히 다양한 스펙트럼을 보유하고 있다고 말씀드릴 수 있습니다. 예를 들어, Brute Force(ID 및 PW의 무차별 대입공격)와 같은 해킹공격으로 인하여 일부 회원정보에 대한 로그인 시도가 있었고, 그 가운데 일부가 성공으로 확인된 경우 이를 ‘개인정보의 유출’로 볼 것인지에 대해서는 사업자들은 쉽게 판단할 수 없습니다.

이와 같이 ‘유출’의 개념이 명확히 정립되지 않은 상황에서 유출 통지제도를 논하는 것 자체가 정확하지 않은 원인을 기반으로 이용자(정보주체)를 불안하게 만들 수 있는 요인이 될 수도 있다는 것을 간과해서는 안 될 것입니다.

3. 개인정보의 정의와 관련한 논의

기존의 개인정보보호와 관련한 개별법과 크게 다르지 않은 ‘개인정보’에 대한 정의는 사업자들에게 여전히 “개인정보의 정의를 어디까지 인정할 것인가?”와 같은 의문을 갖게 합니다. 개인을 식별할 수 있는 일체의 정보를 개인정보의 정의라고 할 경우, 회원정보를 가지고 있는 온라인 사업자들은 기술적으로 회원정보와, 서비스 제공 과정에서 생성되는 일체의 생성정보를 연계시킬 수 있는 기술을 보유하고 있을뿐더러 그 비용도 크지 않기 때문에, 거의 모든 정보가 개인정보화 되는 경향이 있습니다.

이런 경우, 개인정보의 범위가 필요 이상으로 확대되어 그 모든 개인정보를 보호하기 위한 기술적, 관리적, 물리적 비용 부담이 커질 수 밖에 없는 구조입니다.

Ⅲ. 나가며

개인정보보호법의 제정은 개인정보유출로 인해 정신적, 물질적, 신체적 피해를 경험하는 국민일반으로써는 매우 큰 의의가 있습니다. 그러나, 앞서서 논의된 이유 등으로 인하여 필요이상의 과대한 사업자 측의 비용부담이 발생할 수 있다는 점에서 아쉬운 면 역시 존재합니다.

상기의 이유 이외에도, 온라인 카페 등에서 친목을 목적으로 개인정보를 수집하여, 정리 배포하는 경우와 같이 일상적으로 사회생활을 영위하기 위하여 개인정보를 수집 및 활용하는 경우에도 해당 법률의 규율을 받아서, 자칫 선의의 개인정보처리행위를 범죄화 할 수 있는 것에 대해서도 법률의 해석이나 적용에 있어 어느정도의 여유를 보여줄 필요가 있을 것으로 생각합니다.

사업자 측에서도, 제공하는 서비스를 영위하는 이용자(정보주체)가 개인정보보호법을 잘 숙지하고, 서비스를 이용할 수 있도록 서비스를 개편하는 노력이 필요할 것입니다. 예를 들어, 네이버 카페에서는 카페회원간 중고물품을 거래할 때, 믿고 거래할 수 있도록 ‘에스크

로' 서비스를 제공하고 있습니다. 이와 유사한 방법으로, 카페에서 카페 매니저가 회원의 개인정보를 수집할 때에는 법률에서 정한 요건을 준수할 수 있는 Template을 제공하는 방법 등도 고려 해봄직 합니다.

감사합니다.

『정보인권의 법적 보장과 그 구체화』
공동학술세미나

| 인 쇄 | 2010년 12월

| 발 행 | 2010년 12월

| 발행인 | **현 병 철**

| 발행처 | **국가인권위원회 인권정책과**

| 주 소 | (100-842) 서울특별시 중구 무교동길 41
금세기B/D (을지로1가 16번지)

| 전 화 | (02) 2125-9751 | F A X | (02) 2125-9748

| Homepage | www.humanrights.go.kr

| 인쇄처 | 도서출판 **한학문화**

| 전 화 | (02) 313-7593 | F A X | (02) 393-3016

〈비매품〉

사전승인 없이 본 내용의 무단복제를 금함