

헌정제도연구사업

Issue Paper 2018-01-01

## I. 기본권의 쟁점과 전망

# 정보기본권

- 독일 및 EU를 중심으로 -

홍 선 기



한국법제연구원  
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE





# 정보기본권

- 독일 및 EU를 중심으로 -

홍 선 기 (국회 의정연수원, 법학박사)

---

KOREA  
LEGISLATION  
RESEARCH  
INSTITUTE

ISSUE PAPER 2018-01-01

# 정보기본권

- 독일 및 EU를 중심으로 -

<b>I. 들어가며</b>	<b>07</b>
<b>II. 국내 정보기본권에 대한 논의 및 쟁점</b>	<b>10</b>
1. 정보기본권의 개념	11
2. 정보기본권의 법적성격	12
3. 국내에서 쟁점이 되는 정보기본권	14
4. 문재인 대통령 개헌안의 정보기본권	18
<b>III. 독일 정보기본권에 대한 논의 및 쟁점</b>	<b>20</b>
1. 정보의 자유	20
2. 개인정보자기결정권	22
3. 정보기술 시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권	26
4. 2017년 연방(개인)정보보호법 특징	28
<b>IV. EU 정보기본권에 대한 논의 및 쟁점</b>	<b>38</b>
1. EU 디지털 기본권 헌장	38
2. GDPR	42
<b>V. 나가며</b>	<b>47</b>



# I. 들어가며

---

- 현대사회를 정보화 사회라고 부르는 것에 대해서 이의를 제기할 사람은 없을 만큼 어렵지 않게 어떤 정보에든 접근할 수 있고 수집된 정보를 다방면으로 활용할 수 있음.
- 정보사회의 특성은 국가 차원에서 받아들여지고 있음. 왜냐하면 국가 차원에서도 정보란 너무나 중요한 요소로 작동하기 때문. 더구나 이른바 4차 산업혁명이 도래하자 대량의 개인정보가 빅 데이터라는 명칭으로 많이 활용되고 있음.
- 그러나 정보의 활용은 산업발전에 크게 기여하기도 하지만 정보의 오·남용이라는 만만치 않은 커다란 부작용을 낳고 있음. 특히 개인정보의 유출로 인한 피해는 정보사회에서 가장 큰 문제라 할 수 있음.
- 개인정보와 프라이버시 침해 문제와 같은 문제는 더 이상 간과할 수 없는 수준에 이르러 이에 대한 법적 제도적 장치의 필요성 또한 가속화되고 있음.<sup>1)</sup> 우리나라의 경우 이러한 문제에 대한 논의 끝에 2011년에 개인정보 보호법을 제정하여 시행하고 있음.
- 뿐만 아니라 공공기관의 정보공개에 관한 법률, 정보통신망과 전기통신에 관한 법률 등 정보관련 법률들이 제정되고 시행중에 있음. 이러한 현상은 우리뿐만 아니라 독일을 비롯한 유럽에서는 보다 강력한 법안을 마련하여 시행하고 있음.
- 정보사회의 등장은 단순히 우리의 생활에서 정보가 중요한 요소가 되었다는 차원을 넘어 우리의 법질서 내에 포섭되었다는 것을 의미. 더 나아가 정보가 헌법적 차원에서 다루어지게 되었다는 것을 의미.
- 아직까지 우리 헌법은 정보기본권에 대해 명문의 규정을 두고 있지 않고 있음. 앞으로 정보기본권은 개헌 논의와 맞물려 그 논의가 활발하게 전개될 것으로 어렵지 않게 예상.

---

1) 홍선기, 법적 database system과 개인정보보호, 한남대학교 과학기술법 연구 제22집 제2호, 2016, 229면.

- 왜냐하면 이미 2000년대 들어서 EU가 개인정보보호에 관한 권리를 기본권헌장에 명문화하면서 새로운 현대적 기본권으로 인정하기 시작했고 우리도 이러한 영향으로부터 벗어나기 쉽지 않기 때문.
- 무엇보다 과학기술의 변화에 따라 기본권 영역에서 독자적인 기본권 출현은 어찌 보면 너무나 당연한 결과일 수도 있음. 정보화 사회가 고도화될수록 정보에 대한 권리는 현대적 기본권으로 보다 더 중요성을 띠게 될 것임.
- 물론 헌법에 열거되지 않은 기본권도 우리 헌법 제10조와 제37조 제1항에 의하여 기본권으로 보장받을 수는 있음. 우리 헌법 제10조 후단에서 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무”<sup>2)</sup>와 제37조 제1항에서 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니할 것이다.”<sup>3)</sup>라고 명시하고 있기 때문에 비록 헌법에 명시적으로 열거되지 않더라도 학설과 판례를 통해 새로운 기본권 창설이 불가능한 것은 아님.<sup>4)</sup>
- 실제로 헌법재판소도 일반적 인격권<sup>5)</sup>이나 성적 자기결정권<sup>6)</sup> 및 일반적 행동 자유권과 개성의 자유로운 발현권<sup>7)</sup>, 알 권리<sup>8)</sup>에 대해 기본권성을 인정한 바 있음.
- 특히 정보사회의 진입으로 기존의 헌법적 가치나 중요성이 미약했던 사항들이 다시 재평가를 받게 되었고 이미 헌법재판소는 독일의 예를 받아들여 개인정보자기결정권을 독자적인 기본권으로 인정한 바 있음.
- 그럼에도 불구하고 앞으로 명문의 규정이 아닌 헌법의 해석만으로 정보기본권의 보장을 공고히 하기에는 한계에 봉착했다고 판단. 왜냐하면 정보기본권은 정보라는 용어 자체부터 다의적 내용을 갖고 있기 때문에 기존의 기본권처럼 자유권이나 청구권 등의 단순한 기본권이 아닌 복합적인 기본권의 성격을 보이고 있기에 해석에 의존하기에는 불확실성에 놓일 가능성이 높기 때문.

2) 헌법 제10조 후단

3) 헌법 제37조 제1항

4) 성낙인, 앞의 논문, 26면.

5) 헌재 1991.9.16, 89헌마165, 정기간행물의 등록 등에 관한 법률 제16조 제3항, 제19조 제3항의 위헌여부에 대한 헌법소원 사건.

6) 헌재 1990.9.10, 89헌마82, 형법 제241조(간통죄)의 위헌여부에 대한 헌법소원 사건.

7) 헌재 1991.6.3, 89헌마204, 화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률 제5조 제1항의 위헌 여부에 대한 헌법소원 사건.

8) 헌재 1989.9.4, 88헌마22, 공권력에 의한 재산권침해에 대한 헌법소원 사건.

- 따라서 정보기본권에 대한 명문화를 위한 과정으로 그 성격을 먼저 파악해 보고 특히 정보기본권을 먼저 명문으로 받아들이고 있는 유럽과 이를 반영한 독일의 사례를 통해 우리가 나아가야 할 방향을 모색해 보는 것은 매우 의미 있는 작업이 될 것임.

## II. 국내 정보기본권에 대한 논의 및 쟁점

- 우리 헌법 제21조에서는 표현의 자유를 보장하고 있음. 헌법재판소는 표현의 자유를 사상이나 의견을 자유롭게 발표할 자유와 이를 전달할 자유로 구분하고 구체적으로 의사표현 및 전파의 자유, 신문의 자유 및 방송의 자유 등을 그 내용으로 보았다. 여기서 특히 정보의 자유도 표현의 자유의 일환으로 보았음.<sup>9)</sup>
- 청소년 유해 매체물로 결정된 인터넷 정보도 의사 표현과 전파의 형식 중의 하나이기 때문에 표현의 자유에 의해 보호되는 의사표현의 매개체에 해당한다고 보아 결국 인터넷 정보도 헌법 제21조에 의하여 보호되는 표현의 자유에 포섭된다고 보았음.<sup>10)</sup>
- 그러나 지금과 같이 다양한 정보통신 기술의 발달로 인해 헌법 제21조만으로는 새로운 방식과 새로운 정보매체에 대한 의사표현 방식을 규정하는데 한계에 다다르고 말았음. 즉 디지털 세계에서의 의사 표현 방식을 새로운 기본권으로 인정하고 보호할 필요성이 대두된 것임.
- 뿐만 아니라 정보 매체의 접근에 있어서 빈곤자나 노인 및 장애인과 같은 사회적 약자의 경우 차별의 문제가 나타나기 시작함. 정보혁명 시대에서 정보접근에 대한 차별은 그대로 차별적인 사회계층의 고착화로 이어지고 있음.
- 따라서 차별 없는 정보접근 가능성을 열어둘 필요성이 높아지고 있음. 이러한 점들이 전부 정보기본권에 대한 국내에서의 논의 배경이 되고 있음.

9) 헌재 1993. 5. 13. 91헌바17, 판례집 5-1, 275, 284; 2001. 8. 30. 2000헌가9, 판례집 13-2, 134, 148; 2002. 4. 25. 2001헌가27, 판례집 14-1, 251, 265 참조.

10) 헌재 2004.1.29. 2001헌마894.

## 1. 정보기본권의 개념

- 정보에 대한 개념은 명확하진 않지만 현재로서는 개별법과 현재 판례를 통해 파악할 수 있음. 특히 개인정보와 관련하여 현재는 “개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격 주체성을 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 포함할 것이다.”<sup>11)</sup> 이를 통해 개인정보란 일반적으로 특정인을 인식할 수 있게 해주는 개인에 관한 모든 정보를 의미한다고 볼 수 있음.
- 이와 관련하여 정보기본권은 이미 표현의 자유나 사생활의 비밀과 자유 또는 통신의 자유 등에 의하여 어느 정도 보장되어 왔다고 볼 수 있음. 따라서 정보기본권이란 명칭은 정보와 관련된 기본권을 모두 지칭하는 것으로 볼 수 있음.
- 하지만 보다 구체적으로 우리사회가 정보사회로 진입하면서 정보와 관련된 인간의 권리가 논의되기 시작하면서 본격화 되었다고 볼 수 있음.
- 정보기본권은 단순한 개별적 기본권으로 파악하기 보다는 정보사회의 특성들을 반영한 포괄적 기본권으로 파악하는 것이 더 합당함. 따라서 정보기본권은 여러 기본권의 특성을 반영하고 있음.
- 주로 논의되고 있는 정보기본권의 내용으로는 개인정보자기결정권, 알 권리, 정보공개청구권, 정보 재산권 등이 언급되고 있음.<sup>12)</sup> 그러나 정보기본권은 정보와 관련된 기본권을 의미하기 때문에, 무엇보다 정보의 자유에 관한 권리가 가장 핵심이라고 할 수 있음.<sup>13)</sup>
- 여기서 말하는 정보의 자유란 정보에 쉽게 접근할 수 있고, 개인이 가지고 있는 정보가 보호받으며 한편으로는 자유롭게 활용할 수 있는 권리를 의미. 이런 정보기본권에는 보통 개인정보자기결정권, 정보 공개청구권과 정보프라이버시권, 정보 보안권 등이 포함되는 것으로 봄.<sup>14)</sup>

11) 현재 2005. 5. 26. 99헌마513.

12) 강경근, 헌법학, 2004, 222~223면.

13) 김상겸, 전자정부에 있어서 정보기본권 보호에 관한 연구, 전자정부 법제연구 제2권 제2호 (2007. 12), 10면.

14) 김상겸, 전자정부에 있어서 정보기본권 보호에 관한 연구, 전자정부 법제연구 제2권 제2호 (2007. 12), 10면.

- 이 외에도 정보의 재산적 요소를 지닌 기본권도 이에 포함하는 견해도 있음.<sup>15)</sup> 한편 정보기본권을 정보사회에서 새롭게 형성된 기본권으로서 독자적 기본권으로 보아 정보통신의 안전성과 비밀보장, 정보제공권, 알 권리, 자기정보통제권으로 구성된 기본권으로 보는 견해도 있음.<sup>16)</sup>
- 다른 한편에서는 정보의 특성을 공적인 것과 사적인 것으로 구분하여 정보와 밀접한 관련성을 가진 기존 기본권과 새로운 기본권을 함께 정보기본권으로 파악하는 견해도 있음.<sup>17)</sup>
- 이러한 학계의 논의를 전부 종합해 보면 표현의 자유, 알 권리, 액세스권, 정보공개청구권, 통신의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권, 프라이버시권, 정보의 안전과 비밀보장, 지적 재산과 관련된 정보 재산권 등이 전부 정보 관련 기본권들로 분류될 수 있으나 아직까지는 종합적이고 체계적인 분류라고 하는 데에는 한계가 있다고 보임.

## 2. 정보기본권의 법적성격

### 가. 자유권적 기본권으로서의 성격

- 앞에서 언급한 정보기본권에 알 권리를 포함시킬 경우 정보기본권은 일차적으로 자유권 영역에 포섭된다고 볼 수 있음. 이미 헌법재판소는 알 권리의 법적성질에 자유권적 성질이 있음을 판시한바 있음.<sup>18)</sup>
- 따라서 일차적인 방어권으로서의 기능을 가진다고 할 수 있음. 이러한 알 권리를 독일에서는 정보의 자유(Informationsfreiheit)로 파악하고 있고, 미국은 정보자유법(The Freedom of Information Act)을 통해 보호하고 있음.

15) 김현철, 정보기본권에 관한 연구, 박사학위논문, 동국대학교, 2011, 54면 참조.

16) 김배원, “정보관련기본권의 독자적·통합적 보장을 위한 시론”, 헌법학연구 제7권 제2호 (2001), 199~232면 참조.

17) 이인호, “디지털시대의 정보법질서와 정보기본권”, 중앙대 법학논문집 제26집 제2호 (2002. 11), 225면.

18) 헌재 1991. 5. 13. 90헌마133.

## 나. 사회권적 기본권으로서의 성격

- 정보기본권은 사회적 기본권으로서의 성격을 지니고 있다고 평가될 수 있음. 특히 정보소외계층에 대한 정보의 평등의 문제가 바로 기본권의 문제로 볼 수 있기 때문.
- 지금과 같은 정보화 사회에서 정보에 대한 접근이 제대로 이루어지지 않는다면 사실상 일상생활을 영위해 나가기 어렵기 때문에 장애인이나 고령자와 같은 정보소외계층에 대한 정보접근 기회 보장은 평등의 관점과 맞물려 헌법 제34조의 사회복지 및 사회복지에 관한 국가의무와 헌법 제11조의 평등권 논의로서 정보기본권의 사회권으로서의 성격으로 볼 수 있음.<sup>19)</sup>

## 다. 청구권적 기본권으로서의 성격

- 정보기본권은 청구권적 기본권으로서의 법적 성격도 가짐. 정보공개청구권과 개인정보자기결정권이 대표적인 예로 언급될 수 있음. 헌법재판소는 다음과 같이 알 권리로부터 정보공개청구를 요청할 수 있는 구체적인 권리가 도출됨을 판시하여 청구권적 기본권의 하나로 보고 있음.<sup>20)</sup>

## 라. 우리 헌법재판소의 견해

- 정보기본권을 특정해서 헌법재판소가 그 성격을 명확하게 판시한 바는 없지만 기존의 판례는 알 권리를 포괄적인 기본권으로 파악함으로써 정보기본권도 역시 포괄적기본권의 하나로 인정할 수 있음을 어렵지 않게 추론할 수 있음.

“정보에의 접근·수집·처리의 자유, 즉 ‘알 권리’는 표현의 자유와 표리일체의 관계에 있으며 자유권적 성질과 청구권적 성질을 공유하는 것이다. 자유권적 성질은 일반적으로 정보에 접근하고 수집·처리함에 있어서 국가권력의 방해를 받지 아니한다는 것을 말하며, 청구권적 성질을 의사형성이나 여론 형성에 필요한 정보를 적극적으로 수집하고 수집을 방해하는 방해제거를 청구할 수 있다는 것을 의미하는 바 이는 정보수집권 또는 정보공개

19) 김현철, 정보기본권에 관한 연구, 박사학위논문, 동국대학교, 2011, 24-25면 참조.

20) 헌재 1991. 5. 13. 90헌마133.

청구권으로 나타난다. 나아가 현대 사회가 고도의 정보화사회로 이행해감에 따라 “알 권리”는 한편으로 생활권적 성질까지도 획득해 나가고 있다.”<sup>21)</sup>

### 3. 국내에서 쟁점이 되는 정보기본권

- 기존의 기본권 체계로 정보기본권을 종합적이고 체계적으로 설명하는 것은 한계가 있음. 따라서 기존의 틀을 벗어난 새로운 접근방법이 요구됨. 그것이 정보사회에서 발생하는 문제로부터 국민의 권리를 보장하는데 더 실질적일 것임. 특히 쟁점이 되는 정보기본권의 내용은 다음과 같음.

#### 가. 정보수집권

- 정보수집권은 자신의 정보뿐만 아니라 다른 사람의 정보도 일반적으로 접근가능한 정보라면 이를 수집하여 활용할 수 있는 권리를 의미. 정보의 활용을 전제로 하는 정보사회의 특성을 반영한 권리로 볼 수 있음.
- 여기서 말하는 정보의 수집은 적극적으로 정보를 수집할 수 있는 권리를 의미할 뿐만 아니라 국가나 제3자에 의해 정보 수집을 방해받지 않을 권리도 포함.<sup>22)</sup> 그러나 이러한 정보 수집이 법률에 의하여 금지되거나 개인의 동의를 받지 못한 경우에는 당연히 허용되지 않음.
- 여기서 바로 정보주체의 동의권이 문제됨. 즉 정보수집권은 단순히 정보이용자가 정보를 수집할 수 있는 권리만을 의미하는 것이 아니라 오히려 정보주체의 정보수집에 대한 동의권을 포함하는 것으로 파악해야 함.
- 따라서 정보주체의 동의권에는 동의의 절차도 중요할 수밖에 없음. 특히 최근엔 기업이 마케팅 방안으로 개인정보를 수집하여 활용하는 추세에 있기 때문에 정보주체의 동의권은 매우 중요한 권리로 간주되고 있음.

21) 김현철, 정보기본권에 관한 연구, 박사학위논문, 동국대학교, 2011, 25면 이하.

22) 정종섭, 헌법학원론, 643면.

- 예를 들어 기업의 경우에는 정보를 수집하는 목적과 정보가 수집되고 있다는 사실 등을 정보주체에게 명확히 고지하고 그 동의를 구해야 함.
- 이와 같은 정보주체의 동의권과 관련하여 특히 민감정보에 대한 논의가 활발히 진행되고 있음. 민감 정보에 대한 정의는 보통 독일의 연방개인정보보호법(Bundesdatenschutzgesetz: BDSG)에 규정된 내용을 그대로 수용하여<sup>23)</sup> “사상 · 신념 · 노동조합 · 정당의 가입 · 탈퇴, 정치적 견해, 건강, 성생활 등에 관한 정보 및 정보주체의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 개인정보로서 유전자검사 등의 결과로 얻어진 유전정보, 범죄 경력자료에 해당하는 정보”를 의미.
- 그러나 기술발전이 가속화되어 가면서 개인정보와 민감정보의 구분이 명확하지 않은 경우가 많이 나타나고 있다. 예를 들어 헌법재판소는 ‘성명, 생년월일, 졸업일자’는 그 자체로는 민감정보로 볼 수 없고 지문에 관한 정보도 개인정보자기결정권과의 관련성이 부족하다고 판시한 바 있음.<sup>24)</sup>
- 또한 병역의무가 면제된 공무원에게 있어서 면제사유에 해당하는 질병은 민감정보에 해당할 수 있다고 판시하기도 하였음.<sup>25)</sup> 일반적으로 개인의 의료정보는 민감정보에 해당하지만 진료비 내역에 관한 정보는 민감정보로 인정하지 않은 경우도 있었음.<sup>26)</sup> 이와 같이 개인정보와 민감정보의 구분이 명확하지 않은 경우가 많기 때문에 양자를 구별하는 기준이 마련된 필요가 있음.
- 이러한 민감정보의 경우 유럽과 독일 및 영국에서도 그 수집이 금지되고 있으나 전면적 금지가 아니라 정보주체가 명시적으로 동의하거나 관련 법률이 직접적이고 명시적으로 허용하는 경우에는 예외적으로 수집과 활용이 가능.<sup>27)</sup>

23) 독일 연방개인정보보호법에서는 “인종과 민족에 대한 출신, 정치적 견해, 종교적 또는 철학적 신념, 노동조합 가입사실, 건강상태, 성생활 등”을 민감한 개인정보로 간주하고 있다.

24) 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513.

25) 헌재 2007. 5. 31. 2005헌마1139.

26) 헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1401.

27) Rossnagel Pfitzmann Garstka, Modernisierung des Datenschutzrechts, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, 2001, 81 ff.

## 나. 정보수령권

- 정보수령권은 방해 없이 정보제공자가 주는 정보를 받을 수 있는 권리를 말함.<sup>28)</sup> 예를 들어 특정 국가에서 페이스북이나 구글을 검열하여 차단한다면 이는 인터넷을 통한 정보의 습득을 방해하는 것으로 정보수령권 침해로 볼 수 있음.
- 반면 지금과 같은 정보의 홍수 속에서 필요하지 않은 정보를 받지 않을 권리도 소극적 정보수령권에 포함됨. 대표적인 것이 바로 스팸메일 광고의 수신을 거부할 수 있는 권리. 이러한 권리는 소극적 정보의 자유(Negative Informationsfreiheit)에 해당될 수 있음.<sup>29)</sup>

## 다. 정보공개청구권

- 국가가 지닌 정보에 대해 국민이 정보의 활용을 위해 공개를 적극적으로 청구할 수 있는 권리가 정보공개청구권. 일반적으로 언론기관에게 정보 공개를 요구하는 액세스권과는 청구대상이 공공기관이라는 점에서 구별됨.<sup>30)</sup>
- 정보공개청구권은 이해당사자가 정보의 공개를 요구할 수 있는 개별적 정보공개청구권과 이해관계가 없는 누구나 청구할 수 있는 일반적 정보공개청구권으로 구분됨.<sup>31)</sup>
- 우리 헌법에는 아직까지 명시적으로 정보공개청구권을 규정하고 있지 않지만 헌법재판소는 알 권리의 한 내용으로 일반적 정보공개청구권을 인정한 바 있음.

“국민은 헌법상 보장된 알 권리의 한 내용으로서 국회에 대해 입법과정의 공개를 요구할 권리를 가지며, 국회의 의사에 대해서는 직접적인 이해관계 유무와 상관없이 일반적 정보공개청구권을 가진다고 할 수 있다.”<sup>32)</sup>

28) 정종섭, 헌법학원론, 642면.

29) 박용상, 표현의 자유, 57면.

30) 성낙인 헌법학, 549면.

31) 정종섭, 헌법학원론, 643~644면.

32) 헌재 2009.09.24, 2007헌바17.

## 라. 잊혀질 권리(삭제권)

- 인터넷이 등장한 이후에 수많은 자료가 네트워크에 보관되었고 이 중에는 개인의 사생활이나 개인정보에 관한 내용도 포함되었음. 하지만 네트워크 상에서 정보는 무제한으로 복사와 배포가 가능하기 때문에 이것이 개인정보 침해가 될 수 있게 되면서 잊힐 권리가 등장하게 되었음.
- 우리나라에서도 이러한 잊힐 권리에 대한 논의가 시작된 이래 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의2에 따라 정보통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 사생활 침해나 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우 그 침해를 받은 자는 해당 정보를 취급한 정보통신서비스 제공자에게 침해사실을 소명하여 그 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재(이하 "삭제등"이라 한다)를 요청할 수 있게 되었음. 이러한 잊힐 권리의 기본권적 성격 여부에 대해서는 많은 논의가 진행 중.

## 마. 정보기술 시스템의 비밀성과 무결성에 관한 권리

- 인터넷이 등장한 이후에 수많은 자료가 네트워크에 보관되었고 이 중에는 개인의 사생활이나 개인정보에 관한 내용도 포함되게 되었음. 이에 범죄를 수사하기 위해서 국가는 인터넷에 접속한 개인의 컴퓨터에 비밀리에 접근하는 이른바 온라인 수색을 필요로 하게 됨.
- 독일에서는 이와 같은 국가기관의 온라인 수색은 개인의 정보통신 시스템을 침입함으로써 개인의 사생활이나 주요 생활 형태를 들여다보기 때문에 새로운 기본권이 침해될 수 있다고 보았음.<sup>33)</sup>
- 즉 국가가 중대한 범죄의 위험을 방지하기 위해 범죄수사를 목적으로 정보를 수집하는 경우 개인 컴퓨터를 해킹한다면, 지금과 같은 모든 정보들이 네트워크와 되어 있는 현대사회에서 시스템의 비밀성과 무결성에 대한 보호 없이는 일반적인 인격권이 보호될 수 없다는 인식이 이 권리를 하나의 기본권으로 보게 된 이유.
- 이처럼 정보기술 시스템 자체에 대한 기본권 차원의 중대한 보호 필요성이 발생하는 이유 중의 하나는 정보자기결정권을 포함한 기존의 기본권으로는 이러한 보호 필요성을 충분히 고려하는 것이 불가능하기 때문.<sup>34)</sup>

33) BVerfG, NJW 2008, 822 Rdnr. 203.

34) BVerfGE 120, 274, 306-313.

- 이러한 논의가 국내에서도 활발히 진행되고 있음. 카카오톡 감청의혹 사건과 결부된 이른바 사이버 망명 사건을 계기로 정보기술 시스템의 비밀성과 무결성에 관한 권리가 정보기본권의 하나로 인정될 수 있는지 여부가 국내에서도 중요한 쟁점 중의 하나로 부상하게 되었음.

## 4. 문재인 대통령 개헌안의 정보기본권

### 가. 개헌안의 내용

- 지난 2018년 3월 20일 청와대는 문재인 대통령의 개헌안을 발표함. 30년만의 개헌안에서 그동안 많이 논의되었던 여러 기본권이 신설되었음. 그 중에서 특히 현행 헌법에 규정되어 있는 사생활의 비밀과 자유나 통신의 자유와 같은 소극적 권리만으로는 제4차 산업혁명시대를 충분히 대응하기 어렵다는 지적에 따라 정보기본권이 명문으로 등장함.
- 기존의 헌법 규정 이외에 ‘알 권리’를 명시했고 자신의 정보를 열람하고 수정 및 삭제할 수 있는 ‘자기 정보통제권’을 두었고 동시에 정보의 독점과 차별로 인한 문제점들을 예방하고 고치기 위한 국가의 의무를 신설.

#### 제22조(신설)

- ① 모든 국민은 알권리를 가진다.
- ② 모든 사람은 자신에 관한 정보를 보호받고 그 처리에 관하여 통제할 권리를 가진다.
- ③ 국가는 정보의 독점과 격차로 인한 피해를 예방하고 시정하기 위하여 노력해야 한다.

- 이번 개헌안은 정보기본권이라는 큰 틀 안에서 개인에게 알권리와 자기정보통제권을 인정하고 국가에게는 이를 보장하기 위한 의무를 두었음. 기존의 정보기본권에 대한 명문의 규정 없이 판례와 학설에 의존하던 것에 비교하면 분명 많은 진전이라고 평가할 수 있음.

- 무엇보다 이번 개헌안을 계기로 정부나 기업에 대한 정보의 개방요구가 늘어나고 개인정보를 무차별적으로 수집해 활용하던 기업이나 기관의 기존의 활동은 많은 제약과 제재가 뒤따를 것으로 판단됨. 알권리가 강화됨으로써 기업이나 정부의 활동은 투명성이 보다 강화될 전망.
- 무엇보다 헌법에 정보에 대한 규정이 들어가고 국가의 의무가 명시적으로 인정됨에 따라 국가가 개인의 정보보호나 알권리 등에 대해서 강하게 개입할 수 있는 근거가 마련되었음.

### III. 독일 정보기본권에 대한 논의 및 쟁점

- 독일에서 정보와 관련된 내용을 헌법의 연구대상으로 보고 연구한 대표적인 학자가 Kloepper 교수임. 그는 정보와 관련된 내용을 정보민법, 정보형법, 정보보호권, 정보접근권 등으로 분류하고 특히 기본법 조항 중에서 정보와 관련된 내용만을 추려서 정보헌법(Informationsverfassungsrecht)이라고 표현 함.<sup>35)</sup>
- 독일에서 정보기본권(Informationsgrundrecht)이란 용어는 일반화되어 있지 않지만 이른바 정보기본권에 포섭되는 많은 기본권은 인정되고 있음.

#### 1. 정보의 자유(Informationsfreiheit)

##### 가. 정보접근권

- 나치 시절 독일정부는 외국방송의 청취를 금지시켰고, 자신들의 사상에 맞지 않는 책을 금서로 지정하여 읽지 못하게 하는 등 철저히 정보를 통제해 왔는데 이에 대한 반성으로 2차 대전 이후 독일 기본법에 자유롭게 정보에 접근할 수 있는 권리를 헌법상의 기본권으로 받아들임.
- 구체적으로 독일기본법 제5조 제1항에서<sup>36)</sup> 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 방해받지 아니할 권리를 인정하고 있음. 이러한 자유를 정보의 자유(Informationsfreiheit)로 설명하고 있음.
- 이러한 정보의 자유의 가장 핵심적인 권리는 타인의 방해 없이 스스로 원하는 정보에 접근하여 의사를 형성할 수 있는 정보접근권이라고 보아야 함. 그러므로 정보접근권은 모든 국민이 정보에 접근할 기회를 방해받지 않을 수 있는 권리로 최대한 넓게 해석되어야 함.<sup>37)</sup>

35) Kloepper, Informationsrecht, 2002, S. 64ff.

36) GG Art 5: "Jeder hat das Recht, ....seine und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten."

37) 김현철, 정보기본권에 관한 연구, 박사학위논문, 동국대학교, 2011, 59면.

- 따라서 개인이 특정한 정보를 선택하고자 할 때에 어떠한 형태로든 국가의 영향에 구속되지 않아야 하고 이렇게 접근한 정보를 통해 자신의 의사형성이 가능해야 함.<sup>38)</sup>

## 나. 정보접근권의 내용

- 독일기본법 제5조 제1항에서 말하고 있는 ‘일반적(allgemein)으로 접근할 수 있는(zugängliche) 정보’와 관련하여 ‘일반적’이란 불특정한 다수인(individuell nicht bestimmbarer Personenkreis)이라는 의미로 해석되고<sup>39)</sup>, ‘접근가능성’은 객관적인 상태가 개방되어 있는 경우를 의미한다고 볼 수 있음.
- 따라서 불특정 다수인이 정보원에 대해 알기 쉽게 되어 있다면 그 정보원은 일반적으로 접근가능성이 있다고 봄.<sup>40)</sup> 이와 같이 일반적인 정보원에 접근할 수 있는 권리는 독일에서는 기본법에 의해 보장받는 기본권에 해당하기 때문에, ‘일반적 접근가능성’이라는 개념은 원칙적으로 법률이나 명령에 의해 규정될 수 있는 사안은 아님.<sup>41)</sup>
- 이렇게 ‘일반적 접근가능성’이라는 개념을 이해한다면 타인의 권리를 침해하거나 위법한 행위와 관련된 정보에 대해서는 일반적인 접근가능성이 부정되는 경우로 해석될 수 있음. 독일의 판례와 학설은 대체로 우편엽서, 사적인 대화, 사생활관련 사진, 비공개로 정해진 문서 및 경찰무전 등의 일반적 접근가능성을 인정하지 않고 있음.<sup>42)</sup>
- 하지만 이러한 정보라도 이것이 일단 공개된 경우에는 일반적 접근가능성을 인정하고 있음.<sup>43)</sup> 이와는 별도로 독일연방헌법재판소는 비록 일반적인 접근가능성이 부정되는 정보, 즉 위법한 행위로 얻은 정보라도 이것을 공개하는 공익이 이해당사자의 법익보다 우위에 있는 경우 그 정보 공개가 허용된다고 판시한 바 있음.<sup>44)</sup>

38) BVerfGE 27, 71[83f].

39) Wolfgang. Hoffmann-Riem, AK-GG-Stein, 2 Aufl. 1989, Art. 5, Abs. 1, 2, Rn. 82.

40) BVerfGE 27, 71[83].

41) R. Herzog, aaO., Rn. 89.

42) 박승호, 정보의 자유, 공법연구 제31집 제5호, 2003. 6., 26면 참조.

43) v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 1985, Art. 5 Rn. 26.

44) BVerfGE 66, 116[139].

## 2. 개인정보자기결정권(Recht auf informationelle Selbstbestimmung)

### 가. 연혁

- 독일은 1971년 헤센(Hessen) 주가 세계 최초의 개인정보보호법을 제정한데 이어, 1974년 라인란트-팔츠(Rheinland-Pfalz) 주가 정보남용금지법을 입법화 하고 1977년 연방차원에서 개인정보보호법(Bundesdatenschutzgesetz: BDSG)이 마련됨.
- 이 법은 독일 개인정보보호를 이해하기 위한 가장 기본이 되는 법으로 공공부문과 민간부문을 구분하지 않고 동일하게 보호하는 것이 특징. 연방법으로서 개인정보보호법이 마련되자 이 법은 다시 각 주에 영향을 미치게 되어 기존에 개인정보보호 법제를 두고 있지 않던 각 주들도 연방개인정보보호법(BDSG)을 기초로 자신들만의 개인정보보호법들을 제정하게 되었음.<sup>45)</sup>
- 그러나 독일연방헌법재판소의 인구조사판결에서의 연방개인정보보호법(BDSG)에 대한 비판과 이 법이 정보통신기술 발달에 제대로 대응하지 못한다는 문제점으로 인해 개정의 필요성이 제기되어 1990년 12월에 개정되었으나, 이후 독일에서도 금융정보가 대량으로 유출되는 큰 사건이 일어나고 그 영향으로 다시 여러 차례 개정을 거듭하여 오늘에 이르고 있음.<sup>46)</sup>
- 유럽차원에서는 각 회원국이 자신들만의 개인정보보호법을 두어 시행해왔으나 EU 통합에 따른 거래활성화 요구에 따라 유럽이사회는 EU 내에서의 개인정보의 원활한 이동을 위해 1995년 10월 유럽의회 (European Parliament)와 각료회의(European Council)는 ‘개인정보처리관련 개인의 보호 및 정보의 자유이동에 관한 지침’(Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data)을 채택하여 1998년 10월부터 시행하게 되었음.<sup>47)</sup> 독일도 여기에 부응하여 연방개인정보보호법(BDSG)을 2001년에 다시 개정하게 되었음.

45) <http://journal.kiso.or.kr/?p=613>

46) 정남철, “개인정보보호법제의 법적 문제점 및 개선과제”, 법조 통권 제700호(2015. 1), 142면.

47) <http://journal.kiso.or.kr/?p=613>

- 이후 20여 년간 95년 지침(Directive 95/46/EC)은 국제적인 기준으로 활용되어 오다가 2012년부터 4년간의 논의를 거쳐 95년 지침(Directive 95/46/EC)을 대체하는 규범으로서 2016년 5월 25일 EU 회원국에 있어서의 개인정보 보호수준의 동일성을 위한 “개인정보의 처리와 관련한 정보 주체의 보호 및 개인정보의 자유로운 이동에 관한 규정”(2016/679/EU; General Data Protection Regulation/GDPR; Datenschutz-Grundverordnung/DSGVO, 이하 ‘규칙’)이 제정되어 2018년 5월 25일 시행을 앞두고 있음.<sup>48)</sup>
- GDPR은 95년 지침(Directive 95/46/EC)과는 달리 EU 회원국에게 직접 적용되는 특성을 가지고 있음.<sup>49)</sup> 이것 이외에도 EU에서는 테러방지를 목적으로 테러혐의자에 대한 EU 회원국 간의 광범위한 정보공유를 위해 ‘형사사법지침’(2016/680/EU; Datenschutzrichtlinie für Polizei und Justiz)을 제정하여 GDPR과 마찬가지로 2018년 5월 25일에 시행되게 되어 있어서 EU 회원국은 양자에 맞는 자국의 개인정보보호법을 개정해야 함.
- 그리고 여기에 부응하여 EU 회원국 중에서 독일이 2017년 4월 연방의회를 통과하고 그해 5월 연방 참사원을 통과시킴으로서 유럽에서 가장 먼저 개인정보보호법(BDSG)을 전면 개정함.
- 독일 정보보호법의 흐름을 정리하면 1단계로서 1971년 헤센(Hessen) 주가 세계 최초로 개인정보 보호법을 제정한 이래 1977년 연개인정보보호법의 제정이 되었고, 2단계로서 독일연방헌법재판소의 인구조사판결을 통해 인정된 정보자기결정권을 헌법상 기본권 받아들인 점, 그리고 세 번째 단계는 1990년 이후에 제정되어 유지되어 온 연방개인정보보호법(BDSG)의 적용, 그리고 네 번째 단계는 1995년 유럽 개인정보 보호지침(Directive 95/46/EC)에 따라 2001년 개정하여 시행된 연방정보보호법(BDSG)의 적용, 그리고 마지막으로 2016년 GDPR의 제정에 따른 독일의 개인정보 보호법(BDSG)을 전면 개정임.<sup>50)</sup>

48) Regulation of the European Parliament and of the Council on the Protection of individuals with regard to processing data and on the free movement of such data(General Data Protection Regulation).

49) EuGH – Urteil v. 15.7.1964 Costa./ E.N.E.L. 참조.

50) 홍선기, 일반개인정보보호규정(GDPR) 발효에 따른 독일 개인정보보호법제의 입법동향 및 시사점, 정보법학 2018.04, 185면.

## 나. 인구조사판결(Volkszählungsurteil)<sup>51)</sup>

- 독일에서는 개인의 정체성이나 인격을 위해서 자신만의 고유영역을 확보할 수 있어야 하고 이러한 과정을 통해 민주적 삶을 영위할 수 있다고 보았음. 이러한 측면을 개인정보와 관련하여 독일의 사회학자 니콜라스 루만(Niklas Luhmann)은 '정보의 자기결정권'을 주창함.
- 그의 주장에 따르면 개인의 존엄성을 보장하는 차원에서 그리고 인격의 자유로운 발현을 위해서 정보 처리에 있어서 개인정보의 무제한적인 수집, 저장 및 사용이 통제되어야 함.<sup>52)</sup> 이러한 내용은 1983년 독일 연방헌법재판소의 인구조사판결<sup>53)</sup>로 인해 개인정보자기결정권(Recht auf informationelle Selbstbestimmung)이라는 명칭으로 수용됨.
- 독일에서 개인정보보호의 문제는 인구조사판결을 통해 본격적으로 기본권으로 논의되기 시작함. 독일에서는 통계목적으로 활용하기 위해 인구조사를 하고 있고 이를 법으로 규정하고 있는데 바로 이와 같이 연방정부가 사생활의 비밀에 해당하는 정보만 아니라면 이를 취득하는 것은 헌법에 위배되지 않는다고 연방헌법재판소가 이미 판시한 바 있었음.
- 그러나 인구조사법이 규정한 인구조사가 개인의 습관, 출근 교통수단, 부업 내역, 학력 등 매우 자세한 개인정보를 국민들에게 요청하고 이렇게 수집된 정보를 행정목적으로 주 정부들과 공유할 수 있도록 한 것은 헌법에 위배된다고 결정함.<sup>54)</sup> 즉 인구조사를 통한 정보취득은 합헌이지만 취득한 정보를 인구조사국이 주 정부와 행정목적으로 공유하도록 한 것에 대해서만 위헌판정을 내린 것.
- 이 판결에서 독일연방헌법재판소는 국가가 수집한 정보들을 조합하여 개인의 '인격'을 구성해낼 가능성을 개인이 통제할 수 있어야 한다며 이를 개인정보자기결정권(Recht auf informationelle Selbstbestimmung)이라고 명명.

51) 박경신, 독일개인정보보호법-일반적으로 공개된 정보에도 잊혀질 권리가 적용되는가?, 독일개인정보보호법, 강원법학(2016), 49권, 103-135면, 발췌 요약

52) <http://journal.kiso.or.kr/?p=613>

53) 독일연방헌법재판소, 15.12.1983 - 1BvR 209/83; 1BvR 269/83; 1BvR 362/83; 1BvR 420/83; 1BvR440/83; 1BvR 484/83 BVerfGE 65, page 1 ff.

54) 27 BVerfGE 1 (1969)

- 이러한 권리는 기본법 제1조 인간존엄성 조항과 제2조 인격의 자유로운 발현조항을 근거로부터 도출된다고 보았음.
- 구체적으로 독일 연방헌법재판소는 “개인정보자기결정권은 언제, 어떠한 범위 안에서 개인의 생활관계가 공개될 것인지를 결정할 수 있는 권리, 즉 자기의 개인적 정보의 제공과 이용에 대해 원칙적으로 스스로 결정할 수 있는 권리이며, 이는 기본법 제1조 제1항(인간의 존엄)과 결합한 기본법 제2조 제1항의 일반적 인격권에서 도출된다.”고 판시.<sup>55)</sup>
- 이처럼 독일기본법(Grundgesetz)에는 개인정보보호라는 기본권에 관한 명시적인 규정은 없음에도 불구하고 이 판결을 통해 정보의 자기결정권(Informationelle Selbstbestimmung)이 하나의 기본권으로 인정되었고 권리를 침해당한 자는 이를 방어 및 보호의 법적 근거로 이용할 수 있게 되었음.
- 이로써 개인정보의 조사·수집에 대한 한계의 기준이 제시되게 되었음.<sup>56)</sup> 그리고 이러한 정보의 자기결정 (Informationelle Selbstbestimmung)은 독일연방개인정보보호법(BDSG)의 근거가 되었음.
- ‘본인과 관련된 정보의 제공, 이용을 스스로 결정할 권리’ 혹은 ‘자신의 정보의 사용 및 포기를 스스로 결정할 수 있는 권한’인 개인정보자기결정권(Informationelle Selbstbestimmung)은 명백한 공공의 이익에 의해서만 제한받을 수 있다고 보았는데, 자신의 개인정보에 대한 이용 결정 우선권을 가져야 하기 때문에 정보주체의 의사에 반하는 정보처리는 전부 이 기본권을 침해하는 행위이지만, 이 기본권에도 제한설정은 가능하고 특히 입법자가 독일연방개인정보보호법(BDSG)에 근거하여 이를 허가하거나 혹은 정보주체가 정보처리에 동의했을 때는 개인에 대한 정보수집 처리 및 활용이 가능.
- 독일연방개인정보보호법(BDSG)은 공공부문과 민간부문 모두를 규율하는 일반법과 개인정보와 관련된 특별법으로 구성되어 있음. 개인정보에 관한 연방의 주요 특별법으로는 통신법 (Telekommunikationsgesetz, TKG)이 있음.<sup>57)</sup> 통신법은 독일기본법 제10조의 통신의 비밀을

55) BVerfGE 65, 1(43).

56) 정남철, 독일의 정보보호정책과 입법과제, 유럽헌법학회 2016. 11.26 학술대회 자료집 36면.

57) 그간 연방개인정보보호법에 대한 특별법의 하나로 간주되던 통신서비스개인정보보호법(Telemediendatenschutzgesetz, TDDSG)은 2007년 방송과 통신, 그 융합에 해당하는 텔레미디어에 관한 법제가 대폭 정비되면서 동법은 연방개인정보보호법으로 통합되었다. 이에 관하여는 지성우, 독일의 공공분야 개인정보보호 법제, 공공부문의 개인정보 활용·공개 및 보호에 관한 법제 연구 -프랑스, 독일, 영국, 일본을 중심으로-, 한국정보보호진흥원, 2009, 97면~98쪽 참조.

구체화 하는 법률로서 이는 텔레뱅킹이나 전자우편 등의 개인통신을 포함하여 통신수단 (telecommunications)을 이용하여 정보를 전송하거나 수령하는 모든 기술적인 절차에 적용되며, 동법 제89조는 특히 상업적 목적으로 통신서비스를 제공하는 자가 개인정보보호를 위해 준수해야 할 사항을 규정하고 있음.

### 3. 정보기술 시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권 (Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme)

- 온라인 수색(Online-Durchsuchung)이란 일반적으로 국가가 타인의 컴퓨터, 노트북, 스마트 폰 등에 비밀리에 접근하는 것을 의미함. 즉 테러 범죄와 같은 혐의를 받고 있는 자가 인터넷으로 연결 되어 있는 컴퓨터를 이용하는 경우 이 컴퓨터에 소프트웨어를 몰래 설치하여 거기서 작업하고 있는 내용이나 저장되어 있는 데이터를 열람하거나 복제하는 새로운 정보수집 방법임.
- 이러한 기술은 수사기관이나 정보기관에게는 커다란 유혹이 아닐 수 없지만 헌법상 국민의 기본권을 침해할 우려가 크기 때문에 이를 허용하는 데에는 엄격한 법률상의 규정이 필요함.
- 독일에서는 이미 오래 전부터 온라인 비밀 수색에 관한 논의가 진행되어 왔음. 온라인 비밀 수색에는 경찰이나 정보기관의 예방적 온라인 수색과 범죄수사를 위한 온라인수색이 있음.
- 독일에서는 온라인 수색이 국가의 정보취득의 한 방법으로 명확한 법률 규정 없이 시도되어 오다가 2006년 12월 20일 노르트라인 베스트팔렌 주 헌법보호법에서 처음으로 이를 규정함.
- 그러나 독일 연방헌법재판소는 2008년 2월 27일 노르트라인 베스트 팔렌 주의 온라인 수색 관련 규정을 무효로 선언하면서도 온라인 수색은 엄격한 조건하에서만 허용된다고 결정함. 연방헌법재판소는 이 결정을 통해서 ‘정보기술시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권’이라는 헌법상의 새로운 기본권, 즉 소위 ‘IT-기본권’을 창설함.

- 한편 독일 연방대법원(BGH)은 2007년 1월 31일 현행 형사소송법상 온라인 수색은 허용될 수 없다고 결정한 바 있음. 독일연방헌법재판소의 위헌결정 이후 독일에서는 연방범죄수사청법, 바이에른주 헌법보호법, 바이에른주 경찰법 등에서 이러한 비밀 온라인 수색을 규정하고 있고, 최근 2011년 1월 27일 라인란트 팔츠 주 경찰법에서도 이 규정을 입법하여 예방영역에서의 온라인 수색을 확대시키고 있음.

### 가. 2007년 1월 31일 연방대법원 판결<sup>58)</sup>

- 연방검찰청은 테러단체의 수사와 관련하여 독일형사소송법의 관련 규정에 근거하여 연방대법원의 영장담당판사에게 온라인 수색 명령을 청구함.
- 독일형사소송법에 근거하여 피의자가 이용한 개인용 컴퓨터와 랩톱, 특히 하드 드라이브와 임시기억 장치에 보관되어 있는 데이터의 수색과 이의 압수를 명하고, 수사기관에게 이러한 조치를 비밀리에 수행하도록 허용하며, 컴퓨터의 저장매체에 보관되어 있는 데이터를 복제하고 열람할 목적으로 수사 기관에게 전달하기 위해서 이를 위해 고안된 컴퓨터프로그램을 피의자 몰래 설치할 수 있도록 청구한 사안.
- 이에 대하여 연방대법원 영장담당판사는 오늘날의 수사현실에 비추어 보면 형사절차에서 의 중요한 정보가 컴퓨터에 저장되어 있음을 부인할 수 없지만, 현행 형사소송법은 ‘비밀 온라인 수색’을 허용하는 근거규정이 없으므로 이는 허용되지 않는다고 판단하여 검찰의 청구를 기각함. 이에 대하여 연방검찰청은 항고를 제기하였으나, 연방대법원 역시 ‘비밀 온라인 수색’은 현행 형사소송법상 수권의 근거가 없어서 허용되지 않는다고 판시함.

58) BGH, Beschluß vom 31. 1. 2007 - StB 18/06. 이 판례에 대한 평석으로는 박희영, 독일형사판례연구 I [사이버법 죄], 한국학술정보(2011.3), pp.191-202 참조.

## 나. 2008년 2월 27일 연방헌법재판소 결정

- 독일에서 온라인 수색을 처음으로 도입한 법률은 2006년 12월 20일 노르트라인 베스트팔렌 주 헌법 보호법임. 이에 대해서 독일 연방헌법재판소는 이 법률의 온라인 수색 관련 규정은 무효로서 위헌 이고, 온라인 수색은 원칙적으로 엄격한 조건하에서만 허용된다고 판시함.
- 연방헌법재판소는 이 결정을 통해서 ‘정보 기술시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권’이라는 헌법상의 새로운 기본권, 즉 소위 ‘IT-기본권(‘온라인 기본권’, ‘컴퓨터 기본권’, ‘정보통신기본권’ 이라고도 함)’을 창설함.
- 연방헌법재판소는 2008년 2월 27일자 판결에서 각 개인은 정보기술시스템의 이용에 있어서 자신의 인격을 발현하도록 부여받는다고 확인하고 있음. 일반적 인격권은 지금까지 인정해 온 표현방식을 넘어서 ‘정보기술시스템의 무결성 및 기밀성의 보장에 관한 기본권’을 통하여 인격의 발현을 고려하고 있음.
- 이 기본권은 동시에 기본법 제2조 제1항 및 제1조 제1항의 정보자기결정권과 뿌리를 같이하고 있음. 국가가 시민의 정보기술시스템에 침입하여 개별적인 통신의 진행과정이나 저장된 데이터에 접근한다면 정보기술 분야에서 기본권 향유자의 사적생활영역이 국가로부터 침해받게 되는데, 이 기본권은 이를 보호하려는 것임.

## 4. 2017년 연방(개인)정보보호법 특징

### 가. 유럽연합 규칙(GDPR)의 직접적용

- 유럽연합 규범은 ‘규칙(Regulation/Verordnung) - 지침(Directive/Richtlinie) - 결정(Decision), 권고(Recommandation), 의견(Opinion) 및 가이드라인(Guideline) 등’으로 구성되어 있음.
- 규칙은 유럽연합 회원국에 직접 적용이 되지만, 지침은 일정 유예 기간 내에 통상 2-3년의 유예기간 내에 자국법으로 제정 혹은 개정되어야 함. 회원국은 입법의 형식과 수단에 대한 재량을 가지고 있음.

- 새로운 독일의 BDSG는 3개의 부(Teil)로 구성되어 있음. 제1부와 제2부는 유럽연합의 개인정보 보호 규칙(GDPR)의 구체화를 띠고 있고, 제3부는 유럽연합의 형사사법지침(2016/680/EU)의 독일 국내로의 이행규정들임.
- 독일국민의 입장에서는 개인정보 침해에 대한 구제에 있어 제1부와 제2부의 사항에 있어서는 BDSG 외에도 2018년 5월 25일 이후 양 규범의 불일치를 이유로 유럽연합의 해당 규칙에 따른 보호를 직접 청구할 수가 있음.
- 제3부와 관련된 개인정보 침해에 있어서는 BDSG에 따른 구제만을 청구할 수가 있음. 독일의 BDSG의 경우 유럽연합 규칙의 준용규정을 상당 부분 규정하고 있음. 독일 자체 내의 규정을 명문화하지 않는 방식으로 준용을 하고 있음.
- 이러한 방식은 해당 규칙의 독일 자국 법제로의 직접적인 효력이 있기에 가능한 법 형식임. 이 때문에 독일의 BDSG의 온전한 이해를 위해서는 유럽연합의 규칙과 독일 BDSG를 동시에 살펴봐야 함. 반면에 형사사법지침에 대해서는 독일 자국법으로의 변형규정인 BDSG 제46조 이하 규정을 통해 개념규정을 비롯해 독자성을 강화한 입법태도를 보이고 있음.

## 나. 입법재량

- GDPR은 유럽연합 회원국의 개인정보보호법 제정에 있어 회원국에 중요 부분에 있어 상당 부분 입법 재량을 허용하고 있음. 개인정보의 보호 및 활용의 균형점을 찾는 데 있어 경제적인 혹은 문화적인 조건이 다른 상황에서 합의를 이뤄내기 위한 교육지책인 입장이라고는 이해하지만 유럽연합 회원국의 재량규정이 회피규정으로의 작용할 수도 있다는 부정적인 입장도 있음.
- 규칙의 한계일탈 유무는 최종적으로 유럽사법재판소 및 유럽인권재판소의 판결에 따라 결정이 됨.
- 유럽연합의 규칙에서 규정하고 있는 독일의 개인정보보호법에서의 입법재량이 인정되는 주요 내용을 보면 GDPR 제4조 제7호의 개인정보처리자의 개념 및 제26조의 공동 개인정보처리자, 제4조 제9호의 수신인, 제6조의 개인정보 처리를 위한 정보주체의 동의의 조건, 제8조의 법정대리인의 동의

가 가능한 정보주체의 연령의 제한, 제9조의 민감정보의 처리조건, 정보주체 외로부터의 개인정보 정보수집의 경우 정보주체에 대한 고지의 내용, 제7조의 정보주체의 삭제권에 대한 제한의 범위, 제22조의 자동화된 개별적 의사결정의 경우의 제한의 정도, 제12조부터 제20조까지의 정보주체의 권리 적용의 제한의 정도, 제29조의 개인정보처리자의 지위 및 감독을 받는 개인정보취급자 및 수탁처리자에 대한 창설, 제32조의 위탁처리에 있어 책임가중, 제35조의 개인정보영향평가의 강화의 정도, 제37조의 개인정보보호책임자의 임명조건, 제42조의 개인정보 보호를 위한 인증제도 및 제25조의 보호친화적인 기술의 강제적인 도입의 정도, 제49조의 제3국의 공공 및 민간기관으로의 정보전송의 경우 조건의 완화 정도, 제85조의 언론영역에 있어 개인정보처리기기에 대한 예외의 정도, 제87조의 자국민의 식별번호의 처리의 제한 정도, 제88조의 고용관계에 있어 근로자의 개인정보 처리에 대한 제한의 정도, 제89조의 저장기록영역에 있어 예외의 정도(학문 및 역사연구와 통계영역), 제90조의 비밀준수의 내용 등.

## 다. 법률 체계

- 현재의 연방개인정보보호법(BDSG)을 전면 개정하면서 이와 관련되는 연방헌법수호청법, 군사정보 보호청법, 해외정보기관법, 보안심사법 등의 관련 규정들도 함께 개정하게 됨. 개정된 연방개인정보 보호법(BDSG)은 전체 4부, 19장, 2절, 85조문으로 구성되어 있음.
- 제1부는 일반규정, 제2부는 GDPR의 이행 규정들, 제3부는 형사사법지침 2016/680/EU의 이행 규정들, 제4부는 GDPR과 형사사법지침 2016/680/EU가 적용되지 않는 영역에서의 처리를 위한 특별 규정들로 이루어져 있음.
- 제2부는 GDPR의 이행파트에서 놀랍게도 GDPR이 회원국에게 위임해 놓은 입법재량사항에 대해서 거의 별도의 규정을 두고 있지 않고 있음. 이는 사실상 GDPR이 제시하는 바를 거의 그대로 수용하고 직접적용을 받아들이고 있는 것을 의미함.
- 따라서 정작 제3부는 형사사법지침 2016/680/EU의 이행 규정 파트에서 입법재량 사항에 대해서 규정하고 있는데 이는 이러한 이행규정을 두지 않으면 형사사법지침을 받아들일 수 없기 때문인 것으로 사실상 그 내용은 GDPR의 내용과 큰 차이를 보이고 있지 않음으로써 형식적인 규정임을 확인할 수 있음.

- 따라서 우리의 경우에도 독일의 예에서 확인할 수 있듯이 GDPR을 최대한 반영하고 국내법을 개정함으로써 국제적 흐름에 대비할 필요성이 대두됨.
- 2017년 개정된 연방개인정보보호법(BDSG)의 제2부 GDPR의 이행파트에서는 GDPR이 회원국에 게 위임해 놓은 입법재량사항에 대해서 거의 별도의 규정을 두고 있지 않고 있으나 유독 민감정보에 대해서는 상당히 상세히 별도의 규정을 두고 있음.
- 따라서 특히 민감정보에 대한 독일의 관심이 집중되어 있음을 확인할 수 있음. 이러한 규정을 통해 민감정보의 경우 특별히 더 강하게 관리하고자 하고 있음.
- 개정된 연방개인정보보호법(BDSG)은 전체 4부, 19장, 2절, 85조문으로 구성되어 있음. 제1부는 일반규정, 제2부는 GDPR의 이행 규정들, 제3부는 형사사법지침 2016/680/EU의 이행 규정들, 제4부는 GDPR과 형사사법지침 2016/680/EU가 적용되지 않는 영역에서의 처리를 위한 특별 규정들로 이루어져 있음.

독일 연방개인정보보호법		
제1부 공통규정 (TEIL 1 GEMEINSAME BESTIMMUNGEN)	제1장 적용영역과 정의 (Kapitel 1 Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen)	제1조 적용영역 (§ 1 Anwendungsbereich des Gesetzes) 제2조 개념규정 (§ 2 Begriffsbestimmungen)
	제2장 개인정보 처리의 법적 근거 (Kapitel 2 Rechtsgrundlagen der Verarbeitung personenbezogener Daten)	제3조 공공기관에 있어 개인정보의 처리 (§ 3 Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche Stelle) 제4조 공개된 장소에서의 비디오 감시 (CCTV) (§ 4 Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume)
	제3장 공공기관의 개인정보보호책임자 (Kapitel 3 Datenschutzbeauftragte öffentlicher Stellen)	제5조 임명 (§ 5 Benennung) 제6조 지위 (§ 6 Stellung) 제7조 업무 (§ 7 Aufgaben)

	제4장 개인정보보호와 정보의 자유를 위한 연방개인정보 보호위원회 (Kapitel 4 Die oder der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit)	제8조 설치 (§ 8 Errichtung) 제9조 관할 (§ 9 Zuständigkeit) 제10조 독립성 (§ 10 Unabhängigkeit) 제11조 임명 및 임기 (§ 11 Ernennung und Amtszeit) 제12조 근무관계 (§ 12 Amtsverhältnis) 제13조 권리와 의무 (§ 13 Rechte und Pflichten) 제14조 업무 (§ 14 Aufgaben) 제15조 활동보고서 (§ 15 Tätigkeitsbericht) 제16조 권한 (§ 16 Befugnisse)
	제5장 유럽정보위원회의 대표, 중앙 상담기관, 유럽연합의 업무처리 시 연방 및 주 감독 기관과의 협력행위 (Kapitel 5 Vertretung im Europäischen Datenschutzausschuss, zentrale Anlaufstelle, Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder in Angelegenheiten der Europäischen Union)	제17조 유럽정보위원회의 대표, 중앙 상담기관 (§ 17 Vertretung im Europäischen Datenschutzausschuss, zentrale Anlaufstelle) 제18조 연방과 주의 감독관청간의 협력절차 (§ 18 Verfahren der Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder) 제19조 관할 (§ 19 Zuständigkeiten)
	제6장 법적 구제 (Kapitel 6 Rechtsbehelfe)	제20조 법원을 통한 구제 (§ 20 Gerichtlicher Rechtsschutz) 제21조 유럽연합 집행위원회의 위법한 결정에 대한 감독관청의 법원예의 소제기 (§ 21 Antrag der Aufsichtsbehörde auf gerichtliche Entscheidung bei angenommener Rechtswidrigkeit eines Beschlusses der Europäischen Kommission)
제2부 유럽연합 규칙 2016/679 제2조의 목적에 따른 처리에 대한 이행규정	제1장 개인정보의 처리의 법적 근거 (Kapitel 1 Rechtsgrundlagen der Verarbeitung personenbezogener Daten)	제22조 민감정보의 처리 (§ 22 Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten) 제23조 공공기관에 의한 다른 목적으로의 처리 (§ 23 Verarbeitung zu anderen Zwecken durch öffentliche Stellen)

<p>(TEIL 2 - DURCHFÜHRUNGSBESTIMMUNGEN FÜR VERARBEITUNGEN ZUM ZWECKEN GEMÄß ARTIKEL 2 DER VERORDNUNG(EU) 2016/679)</p>	<p>제1절 민감정보의 처리 및 목적 외 처리 (제22조-25조) (Abschnitt 1 Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten und Verarbeitung zu anderen Zwecken)</p> <p>제2절 특별한 처리상황 (제26-31조) (Abschnitt 2 Besondere Verarbeitungssituationen)</p>	<p>제24조 민간기관에 의한 다른 목적으로의 처리 (§ 24 Verarbeitung zu anderen Zwecken durch nichtöffentliche Stellen)</p> <p>제25조 공공기관에 의한 정보전송 (§ 25 Datenübermittlungen durch öffentliche Stellen)</p> <p>제26조 고용관계 목적을 위한 개인정보처리 (§ 26 Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses)</p> <p>제27조 학문, 역사연구 및 통계목적의 정보처리 (§ 27 Datenverarbeitung zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken und)</p> <p>제28조 공공성이 있는 기록목적 정보처리 (§ 28 Datenverarbeitung zu im öffentlichen Interesse liegenden Archivzwecken)</p> <p>제29조 비밀준수의 경우 정보주체의 권리 및 감독 관청의 권한 (§ 29 Rechte der betroffenen Person und aufsichtsbehördliche Befugnisse im Fall von Geheimhaltungspflichten)</p> <p>제30조 소비자신용 (§ 30 Verbraucherkredite)</p> <p>제31조 스코링(신용평가)과 신용정보의 경우 경제교류(거래)의 보호 (§ 31 Schutz des Wirtschaftsverkehrs bei Scoring und Bonitätsauskünften)</p>
	<p>제2장 정보주체의 권리 (Kapitel 2 Rechte der betroffenen Person)</p>	<p>제32조 정보주체로부터의 개인정보수집 시 고지의무 (§ 32 Informationspflicht bei Erhebung von personenbezogenen Daten bei der betroffenen)</p> <p>제33조 정보주체 이외로부터의 개인정보수집 시 고지의무 (§ 33 Informationspflicht, wenn die personenbezogenen Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben wurden)</p>

		<p>제34조 정보주체의 열람권 (§ 34 Auskunftsrecht der betroffenen Person)</p> <p>제35조 삭제권 (§ 35 Recht auf Löschung)</p> <p>제36조 반대권 (§ 36 Widerspruchsrecht)</p> <p>제37조 프로파일링을 포함한 개별사안에 있어 자동화된 결정 (§ 37 Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling)</p>
	<p>제3장 개인정보처리자 및 수탁 처리자의 의무 (Kapitel 3 Pflichten der Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter)</p>	<p>제38조 민간기관에 있어 개인정보보호책임자 (§ 38 Datenschutzbeauftragte nichtöffentlicher Stellen)</p> <p>제39조 인증 (§ 39 Akkreditierung)</p>
	<p>제4장 민간부문에 의한 정보처리시 감독관청 (Kapitel 4 Aufsichtsbehörde für die Datenverarbeitung durch nichtöffentliche Stellen)</p>	<p>제40조 주의 감독기관 (§ 40 Aufsichtsbehörden der Länder)</p>
	<p>제5장 제재 (Kapitel 5 Sanktionen)</p>	<p>제41조 과징금 및 형벌절차의 규정의 적용 (§ 41 Anwendung der Vorschriften über das Bußgeld- und Strafverfahren)</p> <p>제42조 형벌조항 (§ 42 Strafvorschriften)</p> <p>제43조 과징금조항 (§ 43 Bußgeldvorschriften)</p>
	<p>제6장 법적 구제 (Kapitel 6 Rechtsbehelfe)</p>	<p>제44조 개인정보처리자 및 수탁처리자에 대한 소송 (§ 44 Klagen gegen den Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter)</p>
<p>제3부 유럽연합 규칙 2016/679 제1조 제1항에 따른 목적처리 규정</p>	<p>제1장 적용영역, 개념규정 및 개인정보 처리 시 일반원칙 (제45조-47조)</p>	<p>제45조 적용영역 (§ 45 Anwendungsbereich)</p> <p>제46조 개념규정 (§ 46 Begriffsbestimmungen)</p> <p>제47조 개인정보 처리의 일반원칙 (§ 47 Allgemeine Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten)</p>

<p>(TEIL 3 BESTIMMUNGEN FÜR VERARBEITUNGEN ZU ZWECKEN GEMÄß ARTIKEL 1 ABSATZ 1 DER RICHTLINIE(EU) 2016/680)</p>	<p>(Kapitel 1 Anwendungsbereich, Begriffsbestimmungen und allgemeine Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten)</p> <p>제2장 개인정보 처리의 법적 근거 (제48조-제54조)</p> <p>(Kapitel 2 Rechtsgrundlagen der Verarbeitung personenbezogener Daten)</p> <p>제3장 정보주체의 권리 (제55조-61조)</p> <p>(Kapitel 3 Rechte der betroffenen Person)</p> <p>제4장 개인정보처리자 및 수탁 처리자의 의무 (제62조-77조)</p> <p>(Kapitel 4 Pflichten der Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter)</p> <p>제5장 제3국 및 국제기구로의 정보전송(제78조-81조)</p> <p>(Kapitel 5 Datenübermittlungen an Drittstaaten und an internationale Organisationen)</p> <p>제6장 감독관청과의 협력 (제82조-84조)</p> <p>(Kapitel 6 Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden)</p>	<p>제48조 민감정보의 처리 (§ 48 Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten)</p> <p>제49조 다른 목적으로의 처리 (§ 49 Verarbeitung zu anderen Zwecken)</p> <p>제50조 기록, 학문 및 통계목적에 위한 처리 (§ 50 Verarbeitung zu archivischen, wissenschaftlichen und statistischen Zwecken)</p> <p>제51조 동의 (§ 51 Einwilligung)</p> <p>제52조 개인정보처리자의 지시에 따른 처리 (§ 52 Verarbeitung auf Weisung des Verantwortlichen)</p> <p>제53조 정보비밀 (§ 53 Datengeheimnis)</p> <p>제54조 자동화된 개별결정 (§ 54 Automatisierte Einzelentscheidung)</p> <p>제55조 정보처리를 위한 일반적인 정보 (§ 55 Allgemeine Informationen zu Datenverarbeitungen)</p> <p>제56조 정보주체로의 고지권 (§ 56 Benachrichtigung betroffener Personen)</p> <p>제57조 열람권 (§ 57 Auskunftsrecht)</p> <p>제58조 교정권 및 삭제권과 처리의 제한 (§ 58 Rechte auf Berichtigung und Löschung sowie Einschränkung der Verarbeitung)</p> <p>제59조 정보주체의 권리행사 시 절차 (§ 59 Verfahren für die Ausübung der Rechte der betroffenen Person)</p> <p>제60조 연방 개인정보보호위원회의 이의제기 (§ 60 Anrufung der oder des Bundesbeauftragten)</p> <p>제61조 연방 개인정보보호위원회의 결정 또는 비활동에 대한 법적 보호 (§ 61 Rechtsschutz gegen Entscheidungen der oder des Bundesbeauftragten oder bei deren oder dessen Untätigkeit)</p> <p>제62조 수탁처리 (§ 62 Auftragsverarbeitung)</p> <p>제63조 공동 개인정보처리자 (§ 63 Gemeinsame Verantwortliche)</p>
---	--	---

	<p>제64조 정보처리의 안전에 대한 요건 (§ 64 Anforderungen an die Sicherheit der Datenverarbeitung)</p> <p>제65조 연방 개인정보보호위원회로의 개인정보 침해 시 신고 (§ 65 Meldung von Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten an die oder den)</p> <p>제66조 개인정보의 보호의 침해 시 정보주체로의 고지의무 (§ 66 Benachrichtigung betroffener Personen bei Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten)</p> <p>제67조 개인정보영향평가의 실행 (§ 67 Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung)</p> <p>제68조 연방 개인정보보호위원회와의 공동작업 (§ 68 Zusammenarbeit mit der oder dem Bundesbeauftragten)</p> <p>제69조 연방 개인정보보호위원회의 의견청취 (§ 69 Anhörung der oder des Bundesbeauftragten)</p> <p>제70조 처리활동의 기록(표시) (§ 70 Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten)</p> <p>제71조 기술 및 개인정보친화적인 조건설정을 통한 정보보호 (§ 71 Datenschutz durch Technikgestaltung und datenschutzfreundliche Voreinstellungen)</p> <p>제72조 권리주체의 다양한 민간정보의 구별 (§ 72 Unterscheidung zwischen verschiedenen Kategorien betroffener Personen)</p> <p>제73조 사실과 개인에 대한 평가의 구별 (§ 73 Unterscheidung zwischen Tatsachen und persönlichen Einschätzungen)</p> <p>제74조 전송절차 (§ 74 Verfahren bei Übermittlungen)</p> <p>제75조 개인정보의 교정, 삭제 및 처리의 제한 (§ 75 Berichtigung und Löschung personenbezogener Daten sowie Einschränkung der)</p> <p>제76조 단계별 기록 (§ 76 Protokollierung)</p>
--	--

		<p>제77조 위반 시 비밀신고 (§77 Vertrauliche Meldung von Verstößen)</p> <p>제78조 일반적인 조건들 (§ 78 Allgemeine Voraussetzungen)</p> <p>제79조 적절한 보장 시 (정보)전송 (§ 79 Datenübermittlung bei geeigneten Garantien)</p> <p>제80조 적절한 보장이 없는 경우 (정보)전송 (§ 80 Datenübermittlung ohne geeignete Garantien)</p> <p>제81조 제3국의 수신인에게 그 밖의 정보전송 (§ 81 Sonstige Datenübermittlung an Empfänger in Drittstaaten)</p> <p>제82조 상호 행정지원 (§ 82 Gegenseitige Amtshilfe)</p> <p>제83조 손해배상 (§ 83 Schadensersatz und Entschädigung)</p> <p>제84조 형벌조항 (§ 84 Strafvorschriften)</p>
<p>제4부 유럽연합 규칙 2016/679 및 형사사법지침 의 비적용부문에 있어 정보처리에 대한 특별규정 (TEIL 4 BESONDERE BESTIMMUN GEN FÜR VERARBEITU NGEN IM RAHMEN VON NICHT IN DIE ANWENDUNG SBEREICHE DER VERORDNUNG(EU) 2016/679 UND DER RICHTLINIE(EU) 2016/680 FALLENDEN TAETIGKEITEN)</p>		<p>제85조 규칙 2016/679의 비적용영역 및 형사 사법지침 2016/680 적용영역에서의 처리의 특별규정 (§ 85 Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen von nicht in die Anwendungsbereiche der Verordnung(EU) 2016/679 und der Richtlinie (EU) 2016/680 fallenden Tätigkeiten)</p>

## IV. EU 정보기본권에 대한 논의 및 쟁점

### 1. EU 디지털 기본권 헌장<sup>59)</sup>

- 2016년 12월 5일 EU 디지털 기본권 헌장'(Charta der Digitalen Grundrechte der Europäischen Union) 초안이 EU 의회의 상임위원회 중 하나인 '시민 자유, 사법, 내무 위원회'(Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres des Europäischen Parlaments)에 제출됨.
- 이 초안은 학문, 연구, 예술, 문화, 교육 진흥 목적으로 1971년에 설립된 독일의 공인재단인 Zeit-Stiftung의 요청으로 작성됨. 당시의 이 초안이 작성될 때에 네트워크 전문가, 정치인, 관련 대학 교수, 언론인 등 전문가들로 구성된 시민단체들의 디지털 사회의 대한 논의를 바탕으로 작성됨.
- 이 헌장은 인권선언(Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte), 유럽인권협약(Europäischen Menschenrechtskonvention), EU 기본권 헌장(Chartha der Grundrechte der Europäischen Union)과 EU의 기본권 및 정보보호기준(Grundrechts-und Datenschutzstandards der Europäischen Union)의 인정과 회원국의 준수 의무를 포함하고 있는 전문과 총 23개의 조항으로 구성되어 있으며, AI(인공지능), 개인정보, 데이터 보안 등 IT영역에서의 기본권을 다루고 있음.
- 인간의 존엄성 보장은 모든 기술적 발전의 목적이자 목표라고 규정하고 있음(제1조)<sup>60)</sup> 이에 의하면 인간의 존엄성은 디지털 시대에도 불가침이며 이러한 존엄성 보호는 모든 기술적 발전의 목적이자 목표이어야 하며 이러한 원칙은 기술의 이용을 제한할 수 있음.

59) (월간)인터넷법제동향, 제111호(2016년 12월), II 해외입법동향, 1. EU 디지털기본권 헌장 초안 EU 의회에 제출(2016.12.5.) 22면, 23면 참조, 한국인터넷진흥원

60) Article 1 (Dignity) (1) The dignity of the individual is inviolable in the digital age as well. Safeguarding that dignity must be the aim and purpose of all technical developments and this principle shall circumscribe the use of such developments. (2) The digital age is bringing with it new threats to human dignity in the form, in particular, of big data, artificial intelligence, the prediction and steering of human behaviour, mass surveillance, the use of algorithms, robotics and man-machine merging and the concentration of power in the hands of private corporations. (3) The rights under this Charter shall be enforceable vis-a-vis State agencies and private individuals.

- 제2조에서는 정보·통신의 자유<sup>61)</sup>를 규정하고 있음. 누구나 정보와 통신의 자유를 가지며 이 권리는 자유사회의 초석임. 여기에는 모를 권리(right not to know)도 포함됨.
- 제3조는 디지털 분야에 평등하게 참여할 권리를 명시하고 있음<sup>62)</sup>. 이에 따르면 누구나 동등한 조건으로 디지털 영역에 참여할 권리가 있음. 유럽기본권 헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union)에서 명시된 차별 금지는 여기에서도 적용됨. 컴퓨터화 된 절차의 사용이 개인의 상품과 서비스에의 접근을 거부해서는 안 되고 또한 사회생활 참여를 막아서는 안 됨. 이것은 특히, 건강의 영역, 생명에 대한 기본적인 위협으로부터 보호, 일할 권리, 주택에 대한 권리, 이주의 권리와 사법 당국과 경찰관련 권리에 적용됨.
- 보안기관은 사인에 의해서 수집된 데이터에 접근할 수 없으며, 이유 없는 대규모 감시는 허용되지 않음(제4조).<sup>63)</sup> 하지만 예외적으로, 보안기관은 법률에 근거가 있고 중요한 법원칙을 지키기 위해서 사인이 수집한 데이터에 접근할 수 있음. 임의적인 대규모 감시는 허용되지 않음. 무기 체계는 완전히 전산화된 방식으로 운영되어서는 안됨.
- 제5조에 의하면 누구나 디지털 세계에서 자신의 견해를 자유롭게 표현할 권리를 가짐. 검열은 허용되지 않음.<sup>64)</sup> 따라서 디지털에서의 대중의 공개토론은 보장됨. 디지털에서의 괴롭힘, 모빙(mobbing) 및 사람의 명성이나 불가침성을 상당히 위태롭게 하는 행위는 금지되며 토론을 위한 다원적인 공공포럼이 가능한 조치가 마련되어야 함.

61) Article 2 (Freedom) Everyone has the right to freedom of information and communication. This right is a cornerstone of a free society. It incorporates the right not to know.

62) Article 3 (Equality) (1) Everyone has the right to participate in the digital sphere on equal terms. The ban on discrimination laid down in the Charter of Fundamental Rights of the European Union shall apply. (2) The use of computerised procedures shall not serve to deny individuals access to goods and services or prevent them from taking part in the life of society. This shall apply, in particular, in the areas of health, protection against the basic threats to life, the right to work, the right to housing, the right to freedom of movement and dealings with the judicial authorities and the police.

63) Article 4 (Internal and external security) (1) In the digital age new threats are emerging to internal and external security. The exercise by the State of its responsibility to protect its citizens must be subject to strict constitutional constraints. (2) The law-enforcement authorities may not be granted access to private data. Exceptions shall be granted only on the basis of the law, in order to safeguard particularly important legal principles. (3) Arbitrary mass surveillance shall not be allowed. (4) Weapons systems may not be employed in a fully computerised manner.

64) Article 5 (Freedom of opinion and openness) (1) Everyone has the right to express his or her views freely in the digital world. Censorship shall not be allowed. (2) Digital harassment, mobbing and activities likely to pose a serious threat to the reputation or physical integrity of a person shall be prevented. (3) Steps shall be taken to ensure that a pluralist, public forum for discussion is available. (4) State agencies and operators of information and communication services shall be required to enforce paragraphs 1, 2 and 3.

- 국가 기관이나 개인에 의한 프로파일링은 법적인 근거가 있을 때에만 허용되며(제6조)<sup>65)</sup> 누구나 자신의 삶에 중대한 결과를 가져올 수 있는 컴퓨터화된 결정의 대상이 되지 않을 권리를 가짐. 컴퓨터화된 절차에 의해 개인이 불이익을 받는 경우, 절차의 본질을 공개할 것을 요구할 권리와 사람에 의해 검토되고 결정을 요구할 권리를 가짐. 컴퓨터화 된 의사 결정을 관리하는 기준은 공개되어야 하며 대량 데이터 처리에 있어서 익명화와 투명성은 보장되어야 함(제7조).<sup>66)</sup>
- 기본권과 관련된 분야에서 인공지능은 사회적 합의를 바탕으로 기획 · 제작 · 이용 · 개발되어야 하며 입법자에 의해 규제되어야 함(제8조).<sup>67)</sup> 윤리 · 규범적 결정은 인간에 의해서만 행해질 수 있고, 자율 학습 기계의 행위와 이로부터 도출되는 결과에 대해서는 항상 자연인 또는 법인이 책임을 져야 함.
- 국가기관에 의해 수집된 정보는 공중이 접근할 수 있어야 하며(제9조),<sup>68)</sup> 개인이 다른 사람의 기본적인 자유의 행사능력에 결정적 영향을 미치는 정보를 가진 개인에게도 투명성은 요구됨. 즉 비록 개인이 수집한 정보라도 그것이 타인에게 큰 영향력을 미치는 경우 이에 대한 접근권이 보장됨. 또한 자신의 주거에서 감시를 받지 않고 자유롭게 생활할 권리가 보장됨(제10조).<sup>69)</sup>
- 누구나 자신의 정보에 관해 결정할 권리와 사생활을 존중받을 권리를 가지며, 이 권리의 준수여부는 독립기관에 의해 감시되어야 함(제11조).<sup>70)</sup>

65) Article 6 (Profiling) Profiling by State agencies or private individuals shall be permissible only where provided for under the law.

66) Article 7 (Algorithms) (1) Everyone has the right not to be the subject of computerised decisions which have significant consequences for their lives. If a person is disadvantaged by a computerised procedure, he or she shall have the right to seek disclosure of the nature of the procedure and a review and a decision by a person. The criteria governing computerised decision-making shall be made public. (2) Anonymisation and transparency shall be guaranteed in particular in the context of the processing of mass data.

67) Article 8 (Artificial intelligence) (1) Decisions which have ethical implications or which set a precedent may only be taken by a person. (2) The use and development of artificial intelligence in areas in which fundamental rights apply must be open to scrutiny by society and regulated by the legislator. (3) A natural or legal person must always be responsible for the actions of self-learning machines and their consequences. (4) State supervision and crisis preparedness must be guaranteed in the case of infrastructure which is vital to the functioning of society.

68) Article 9 (Transparency) (1) The information held by State agencies must be accessible to the public. (2) The transparency requirement shall also apply to private individuals who have information which would decisively affect the ability of others to exercise their fundamental freedoms.

69) Article 10 (Right to respect for the home) Everyone has the right to live freely and unobserved in his or her home.

70) Article 11 (Data protection and data sovereignty) (1) Everyone has the right to protection of his or her data and to privacy. (2) Everyone has the right to determine how his or her data are used. Personal data may be collected and processed only in good faith and for pre-determined purposes, where this is necessary to achieve the objectives of the contractual relationship in question and consent has been given in advance, or on the basis of the law. Consent must be given explicitly and in full knowledge of the facts. Contractual relationships must be

- 제12조에 의하면 정보기술시스템의 완전성, 기밀성, 무결성은 보장되어야 하고, 누구든지 자신의 데이터를 암호화할 권리를 가지며<sup>71)</sup> 누구나 정보시스템 안전에 대한 권리를 가지며 정보기술시스템은 가능한 최고 수준의 보안을 보장하여야 함(제13조).<sup>72)</sup>
- 선거와 투표에 참여할 권리는 디지털 미디어에 대한 접근에 좌우되지 않아야 하며(제14조)<sup>73)</sup> 모든 사람은 기본적 권리의 포기 없이 통신서비스에 대한 자유롭고 평등하며 익명으로 접근할 권리를 가짐.
- 인터넷은 기본적인 서비스로 간주되며 또한 모든 사람은 비식별화된 방식으로 디지털 서비스를 이용할 권리를 가짐(제15조).<sup>74)</sup> 망중립성은 보장되어야 하고(제16조)<sup>75)</sup> 디지털 세계의 다원주의 및 문화적 다양성은 보장되어야 함. 공개 표준은 육성되어야 하고, 시장의 남용행위를 예방하기 위한 효과적인 조치가 취해 져야함(제17조).<sup>76)</sup>
- 제18조는 누구든지 디지털 세계에서 새로운 출발을 할 권리를 가진다고 규정함으로써 잊힐 권리 등을 명시하고 있지만 이 권리는 정보이용의 공공의 이익에 의해 제한될 수 있음.<sup>77)</sup>
- 아동, 청소년 및 불우한 계층 및 특히 취약 계층은 디지털 세계에서 특별한 보호를 받으며 디지털 세계에 대한 이들의 참여는 장려되어야 함(제19조).<sup>78)</sup> 모든 사람은 디지털 세계에서 어떻게 살아갈지를

fair and transparent. (3) The upholding of these rights shall be monitored by an independent body. (4) Providers of services or products may only collect and process data required to achieve the purpose for which the data in question is needed. The principles of privacy by design and privacy by default shall be upheld.

71) Article 12 (Informational self-determination) (1) The integrity and confidentiality of information systems shall be guaranteed. (2) Everyone has the right to encryption of his or her data.

72) Article 13 (Data security) (1) Everyone has the right to security of information systems and the data they process. The highest possible degree of protection shall be guaranteed. (2) Identity theft and identity forgery shall be combated.

73) Article 14 (Elections) The right to take part in elections and votes shall not be contingent on access to digital media.

74) Article 15 (Free access) (1) Everyone has the right to free, equal and anonymous access to communication services without being required to waive fundamental rights. The internet shall be regarded as a basic service. (2) Everyone has the right to take advantage of digital services on a non-personalised basis.

75) Article 16 (Net neutrality) Net neutrality shall be guaranteed. This shall also apply to the services which provide access to the digital sphere.

76) Article 17 (Pluralism and competition) Pluralism and cultural diversity shall be guaranteed in the digital world. Open standards shall be fostered. Effective measures shall be taken to prevent market-abusive behaviour.

77) Article 18 (Right to be forgotten) Everyone has the right to a digital new start. This right shall be circumscribed by the public interest in the availability of information.

78) Article 19 (Particularly vulnerable persons) Children, adolescents and disadvantaged and particularly vulnerable persons shall enjoy special protection in the digital world. Their participation in the digital world shall be fostered.

선택할 수 있게 하는 교육에 대한 권리를 가짐. 디지털화는 교육에 관한 우리의 생각의 근본적인 도전이기 때문에 디지털화는 공교육의 커리큘럼의 중심에 있어야 함(제20조).<sup>79)</sup>

- 노동은 생계와 자기실현에 있어 근본이며 효과적인 노동자 보호가 디지털 시대에서 보장되어야 함. 디지털 구조 변화는 사회적 원칙에 따라 형성되어야 함(제21조).<sup>80)</sup>
- 지적재산의 디지털 이용에서 얻어지는 경제적 수익은 권리자에게 공정하게 보상되어야 하며, 이 권리들은 비상업적 이용자의 이익과 균형을 이루어야 함(제22조).<sup>81)</sup>

## 2. GDPR

### 가. 정보제공의무

- GDPR 제12조는 개인정보처리자의 정보제공권을 규정하고 있음. 제1항에 따라 ‘개인정보처리자는 정보처리에 따른 적절한 대책을 시행하는데 있어 명백하고 쉬운 언어와 함께 간결성, 투명성, 이해성 및 접근의 수월성을 보장해야 함. 정보제공의 형태는 서면 혹은 전자형식을 포함하여 다른 형태로도 가능함.’
- ‘정보주체의 신원이 증명된다면 정보주체의 요구에 따라 정보제공은 구두로도 가능함. 제2항은 개인 정보처리자는 정보주체의 권리실행을 용이하도록 해야 한다고 규정하면서 단서에 개인정보처리자가 정보주체의 신원확인을 할 수가 없다는 상당성이 존재한다면 정보주체의 권리요구를 거부할 수가 있다.’고 규정하고 있음.

79) Article 20 (Education) (1) Everyone has the right to an education which enables them to choose how to live in the digital world. (2) Digitalisation is a fundamental challenge to our thinking about education. It shall have a central place in the curricula of public educational establishments.

80) Article 21 (Work) (1) Work shall remain fundamental to a person's livelihood and self-realisation. (2) Effective worker protection shall be guaranteed in the digital age. (3) Digital structural change shall be shaped in accordance with social principles.

81) Article 22 (Intangible goods) Rights holders shall be entitled to a fair share of the proceeds of the digital use of their intangible goods. These rights must be reconciled with non-commercial user interests.

- 제3항은 ‘개인정보처리자는 정보주체의 권리실행에 따라 취한 대책들에 대한 정보들을 지체없이 알려줘야 하고, 모든 경우에 있어 요청접수 후 1월 이내에 제공되어야 함. 요청의 복잡성 및 대량성을 고려해서 2월을 연장할 수가 있음.’
- ‘기간연장 시 개인정보처리자는 요청접수 후 1달 이내에 그 지연사유를 통지해줘야 함. 전자적인 형태로 요청이 된 경우 정보주체가 달리 요청하지 않았다면 전자형태로 통지되어야만 한다.’고 규정하고 있음.
- 제4항은 ‘개인정보처리자의 부작위 시 지체 없이 늦어도 1월 이내에 그 이유 및 감독관청에의 쟁송 제기권 혹은 사법적 구제방법의 가능성에 대해 고지해야 한다.’고 규정하고 있음.
- 제5항은 ‘위의 제4항까지의 비용은 무료임. 정보주체의 요청이 명백하게 근거가 없거나 특히 수시의 반복성을 갖고 있으면서 과도한 요청인 경우 개인정보처리자는 통지 혹은 실행대책에 드는 행정비용에 대해 적절한 유상을 요구할 수가 있음. 또한 명백하게 근거가 없거나 과도한 요청인 경우 입증과 함께 개인정보처리자는 그러한 요청을 거부할 수가 있다.’고 규정하고 있음.
- 제6항은 ‘개인정보처리자는 요청실행 시 자연인의 신원확인에 대한 의심이 있고 정보주체의 신원 확인을 위한 필요성이 있다면 추가적인 정보를 요구할 수가 있다.’고 규정하고 있음.
- 제7항은 ‘개인정보처리자는 정보제공 시 쉬운 실행성, 이해성 및 실감성이 있게 개관할 수가 있도록 표준화된 아이콘을 사용할 수가 있다(Bildsymbole/icons)고 규정하면서 제8항에 따라 유럽연합 집행위원회가 이에 대한 위임권한을 갖는다.’고 규정하고 있음.
- GDPR 제13조는 제12조에 이어 개인정보처리자가 정보주체로부터 개인정보를 수집하는 경우 개인 정보처리자의 법정 고지사항을 구체적으로 규정하고 있음.
- 제1항은 ‘개인정보처리자는 개인정보처리자가 정보주체로부터 개인정보를 수집하는 경우 개인정보 처리자 및 대리인의 이름과 연락처, 개인정보보호책임자의 연락처, 개인정보 처리의 목적과 법적 근거, 개인정보처리자 및 제3자의 권한이 있는 이익(정당한 이익), 개인정보의 수신인 및 수신인의 범위, 제3국 또는 국제기관으로의 개인정보를 전송하려는 개인정보처리자의 의도, 유럽연합 집행위원회의

제3국으로의 정보전송 시 적절성 결정의 가부(찬성 및 반대) 또는 GDPR 제46조, 제47조, 제49조 제1항 제2호에 따른 정보전송의 경우 처리방법 혹은 처리장소처럼 적합한 또는 적절한 보장내용의 권유 및 가능성을 통지해야 한다.’고 규정하고 있음.

- 제2항에 따라 ‘개인정보처리자는 정보수집 시 공정하고 투명한 처리를 위해 정보주체에게 추가적으로 저장기간 혹은 그것이 불가능하다면 저장기간 확정기준, 개인정보처리자에 대한 열람권, 정정권 또는 삭제권의 존재 또는 처리제한의 존재 또는 정보처리의 반대권 및 정보이동권의 존재 통지’ 그리고 ‘항시적인 동의철회권의 존재, 감독관청으로의 쟁송제기권의 존재, 개인정보의 제공이 법률 혹은 계약, 계약체결 시 필요한 것인지의 유무, 정보주체의 의무사항인지 유무 및 비제공 시 발생가능한 결과의 유무’, ‘프로파일링을 포함한 자동화된 의사결정의 존재와 정보처리의 범위와 내고자 하는 효과처럼 로직(Logik)에 있어서의 의미가 있는 정보’를 정보주체에게 고지해야 함.
- 제3항은 ‘개인정보처리자가 수집목적 외의 다른 목적으로 더 처리를 한다고 한다면 처리 전에 정보주체에게 정보를 고지해야 하고 제2항에 있어서 관련된 추가적인 정보를 제공해야 한다.’고 규정하고 있음. 제4항은 제1항부터 제3항까지 정보주체가 이미 알고 있는 경우에는 적용되지 않는다고 규정하고 있음.

## 나. 열람권

- GDPR 제15조는 정보주체의 열람권(열람요구권) 규정임. 제1항에 따라 정보주체는 ‘개인정보처리자에게 자신의 정보가 처리되는지의 유무 및 처리되는 경우 처리목적, 처리되는 개인정보의 범위(범주), 개인정보가 공개되었거나 공개될 예정 시 수령인 또는 수령인의 범위(특히 제3국이나 국제기구의 수령인), 저장기간 혹은 불가능하다면 저장결정의 기준, 정보주체의 개인정보에 관한 저장권이나 삭제권의 존재 또는 처리제한 및 처리반대권의 존재, 감독관청으로의 쟁송제기권의 존재, 정보주체 외로부터 수집된 개인정보인 경우 정보출처, 프로파일링을 포함한 자동화된 의사결정의 존재와 정보처리의 범위와 의미가 있는 정보’에 대해 열람권을 요구할 수가 있음.
- 제2항은 ‘개인정보가 제3국이나 국제기구로 전송 시 전송과 관련해서 제46조에 따른 적절한 보장에 대해 통지받을 권리가 있다.’고 규정하고 있음. 제3항은 ‘개인정보처리자는 처리되는 정보의 사본을

제공함. 행정비용에 근거한 적절한 비용을 유상으로 청구할 수가 있음. 정보주체의 요청이 전자적인 형태이고 다른 형식을 요구한 것이 아니라면 그리 제공되어야 한다.’고 규정하고 있음.

- 제4항에 따라 제3항의 사본요구로 인해 타인의 권리와 자유에 불리하게 영향을 미쳐서는 안 되며 따라서 원칙적으로 매일 열람권 청구는 안 되고 적절한 간격을 두고 행사되어야 함.

## 다. 삭제권

- GDPR 제17조는 삭제권(잊힐 권리 포함)의 내용임. 제1항은 정보주체는 개인정보처리자에게 지체 없이 자신의 개인정보의 삭제를 요구할 권리가 있고 개인정보처리자는 다음과 같은 사유라면 지체 없이 삭제할 의무가 있음.
- 그 사유로는 ‘수집목적 혹은 수집 외의 목적을 위해 더 이상 필요하지 않은 경우, 제6조 제1항 a 혹은 제9조 제2항 a에 따른 동의철회와 정보처리의 법적 근거가 없는 경우, 제21조 제1항에 따른 정보주체의 처리반대 및 정보주체에 대한 우월한 법적 이익이 없을 경우 혹은 정보주체의 제21조 제2항에 따른 처리반대의 경우, 개인정보의 불법처리인 경우, 개인정보처리자가 유럽연합법 혹은 회원국법상의 의무준수를 위해 삭제해야 하는 경우, 아동에 대한 동의조항인 제8조 제1항에서 규정된 정보사회에서 제공되는 서비스에서 수집된 경우’ 임.
- 제2항은 ‘개인정보처리자에 의해 공개된 개인정보이고 제1항에 따라 삭제의무가 있는 경우 개인정보처리자는 처리가 가능한 기술 및 이행비용을 고려해서 적절한 대책 및 기술방법 등에 대한 통지를 하고, 정보주체는 개인정보와 관련된 링크 혹은 복사본이나 복제본의 삭제(잊힐 권리)를 요구 할 수가 있다’고 규정하고 있음.
- 제3항은 제1항과 제2항의 개인정보처리자의 규정에도 불구하고 ‘표현의 자유 및 알권리의 실행을 위하여, 유럽연합법 혹은 회원국법에 따라 개인정보처리자의 법적 의무 준수 혹은 개인정보처리자에게 위임된 공공의 이익 및 공권력 실행의 결과에서 나오는 임무수행을 위하여, 공중보건 영역에서의 공공의 이익을 위하여, 공공의 이익범위에 있는 공적 기록물이나 학문연구 및 통계목적의 달성이 불가능 혹은 심각하게 침해되는 경우의 방지를 위하여, 법적 청구권의 주장, 실행 혹은 방어를 위하여 필요하다면 적용이 되지 않는다.’라고 규정하고 있음.

## 라. 반대권

- GDPR 제21조는 반대권(Right to object)을 규정하고 있음. 공익이나 공적 과제의 수행 혹은 정보관리자의 정당한 이익을 위한 정보 처리(Profiling 포함) 시, 정보주체의 특수한 사정으로 그 처리에 반대할 권리를 가짐.
- 따라서 정보처리자는 정보주체의 권익에 우선하는 처리의 압도적 정당화 사유 입증하지 않는 한, 계속적 처리가 불가능함. 과학적·역사적 연구 혹은 통계 목적 위한 처리 시, 공익적 필요성이 인정되지 않을 경우, 정보주체의 특수한 사정으로 그 처리에 반대할 권리도 보장됨.

## 마. 정보이전권

- GDPR 제20조는 정보이전권이라는 새로운 권리를 소개하였음.<sup>82)</sup> 이 새로운 권리는 정보주체가 개인 정보처리자에게 제공한 개인정보를 다른 개인정보처리자에게 이전하는 것을 가능하게 해 주는 권리임.
- 이 새로운 권리는 정보주체에게 본인의 정보와 관련된 권한을 부여하여 IT 환경에서 다른 IT 환경으로 본인의 개인정보를 쉽게 이동시키거나 복사, 이전시킬 수 있도록 하였음.
- 정보이전권은 정보주체와 개인정보처리자 간의 관계를 재균형(re-balance)할 수 있는 기회를 제공함. 정보이전권은 서비스 제공자들 간 경쟁을 심화시킬 수 있다는 우려도 존재함.

---

82) ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, WP 242 rev.01 Guidelines on the right to data portability, 5 April 2017, 1 – 22pp.

## V. 나가며

- EU 디지털 기본권 인권헌장에서는 인간의 존엄성에 기초하는 정보·통신의 자유와 디지털 분야를 규정하고 있음. 이에 의하여 “디지털 세계에서 자신의 의견을 자유롭게 표현할 자유를 명시하여 인간의 존엄성에 상응하는 디지털 세계에서的人格의 발현을 보장한다”는 내용을 고민할 필요가 있음.
- 디지털 세계에서 자신의 기존의 정보를 삭제하여 새롭게 출발할 수 있는 잊혀질 권리를 명시할 필요가 있음. 잊혀질 권리(right to be forgotten)는 개인이 인터넷에 검색되는 자신의 정보 삭제를 요구할 수 있는 ‘개인 정보 삭제 청구권’임. 2012년 EU가 ‘일반정보보호규정(GDPR, General Data Protection Regulation)’을 통해 공식으로 잊혀질 권리(삭제권)를 법제화 했음.<sup>83)</sup>
- 우리나라의 경우에도 잊혀질 권리에 대한 논의가 시작된 이래로 많은 정보산업체에서 자신의 기존 인터넷상의 정보를 삭제하여 줄 것을 청구하는 사례가 늘고 있음. 특히 상대방의 동의 없이 일방적인 정보를 디지털에 업로드하여 인권을 침해하는 범죄등이 급증하는 경향이 있다는 점에서도 자신의 정보가 타인의 의하여 침해되는 것을 방지하기 위하여도 규정의 필요성이 있음.
- 이러한 디지털 세계에서的人格발현, 평등권 실현, 잊혀질 권리에 대하여 법률유보를 통한 법률에 의한 제한만 허용하며, 사인이나 공공기관, 국가기관 등의 포괄적이고 허용되지 않는 정보탐지, 정보처리, 정보공개를 제한할 필요성이 있음.
- 이를 위하여 디지털 세계에의 정보에 대한 감시, 검열을 금지하는 규정할 필요성이 있음. 이는 원칙적으로 최대한의 디지털 세계에서의 표현의 자유를 보장하되 예외적으로 중대한 공익상의 이유나 생명, 신체, 재산 등의 기본권에 대한 중대한 침해가 있는 경우에만 법치주의 원칙에 따른 법률에 의한 최소한의 규제를 필요하다고 봄.

83) 잊혀질 권리에 대한 논란은 스페인의 변호사 ‘마리오 코스테하 곤잘레스(Mario Costeja Gonzalez)’가 구글과 신문사 ‘라 방그라디아(La Vanguardia)’를 상대로 2010년에 제기한 소송으로부터 비롯되었다. 2014년 5월 유럽사법재판소(ECJ, European Court of Justice)는 구글에게 웹사이트의 링크를 삭제하라는 판결을 내리면서 본격화 되었다.

- 정보기술시스템의 완전성, 기밀성, 무결성은 보장되어야 하며, 누구나 자신의 데이터를 암호화할 권리를 가짐. 대량 데이터 처리 시 익명화와 투명성이 보장되어야 함. 이는 중대한 공익상의 이유로 법률에 의하지 아니하고는 제한할 수 없음. 이러한 내용은 독일 연방헌법재판소의 판시사항을 참고해서 마련될 필요성이 있음.
- 독일 연방헌법재판소는 헌법보호법 제5조 제2항의 정보기술 시스템에의 비밀접근에 대하여 ‘정보 기술 시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권으로서 특별히 표현되는 일반적인 인격권(기본법 제2조 제1항 및 제1조 제1항)을 침해한다’고 결정하였음.
- 이 판결에서 일반적 인격권(독일 기본법 제2조 제1항 및 제1조 제1항)에는 정보기술 시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권을 포함한다고 판시함. 기존의 독일기본법 제10조의 통신의 자유조항은 ‘진행 중인 통신을 감시하기 위한 침입’과 관련되는 기본권으로 보고, 수신자의 지배영역 내에 있는 데이터는 통신의 내용과 상태가 문제되는 경우에는 본 조항에 의하여 보호되지 않는다는 점에서 적용하지 않았음.
- 또한 독일기본법 제13조의 주거의 불가침 조항은 주거 내에 있는 정보기술 시스템의 임시기억장치(램)나 저장장치에 있는 데이터의 수집에 대해서는 보호하지 않는다 점에서 적용하지 않았음. 이는 새로운 기본권으로서 정보기술 시스템의 기밀성 및 무결성 보장을 위한 기본권으로 인정한 것임.
- 정보기술 시스템의 기밀성 및 무결성 보호는 기억장치(램)에 있는 데이터뿐만 아니라 일시적 또는 영구적으로 시스템의 저장매체에 있는 데이터도 포섭한다고 하였고 또한 해당 정보기술 시스템의 데이터처리과정으로부터 기술적으로 독립해 있지만, 이러한 데이터처리과정을 대상으로 한 수단을 이용하여 수집한 데이터도 포섭한다고 판시하였음.
- 이에 의하여 2016년 12월 5일 EU 디지털 기본권 헌장’(Charta der Digitalen Grundrechte der Europäischen Union) 정보기술시스템의 완전성, 기밀성, 무결성이 보장되어야 하며, 누구나 자신의 데이터를 암호화할 권리를 갖는다고(제12조) 규정하였음.

- 우리나라 현행 형사소송절차(형사소송법 제106조 등)에서 정보저장매체 등의 압수, 수색 등 규율하는 점 등을 고려하여 법률유보조항을 두었으며, 디지털 정보에 대한 형사절차에서의 규정과 법률 규제 필요성에서 대두될 수 있다는 점에서 입법부에 의한 법적 규제 가능성을 명확하고 최소한으로 허용할 수 있도록 할 필요가 있음.
- 최근 대법원 판례에서는 전자정보가 담긴 저장매체 또는 복제본을 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력하는 일련의 과정에서, 피압수·수색 당사자나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 혐의 사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치가 취해지지 않은 경우, 압수·수색의 위법하다고 판시하였음. 이는 수사기관이 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실과 관련된 전자 정보만을 복제·출력하였더라도 마찬가지로 위법하다고 판시하였음.<sup>84)</sup>
- 독일연방헌법재판소의 결정과 우리의 대법원에서 결정한 내용을 참고하여 보더라도 정보기술시스템의 기밀성과 무결성은 헌법상의 기본권으로 인정하여 규정할 필요성이 있음. 또한 이를 제한하는 경우에도 법률치주의 원칙에 따라 구체적으로 입법하여 정보기술시스템의 최대한 보장을 위한 최소한의 기본권 제한조치를 취할 수 있도록 입법적 장치를 마련하는 것이 필요하다고 보임.
- 정보기술시스템을 이용하여 타인의 권리, 명예, 공공질서 등을 침해하지 못하며 그 침해를 보상하여야 함. 지적재산의 디지털 이용에서 얻어지는 경제적 수익은 권리자에게 공정하게 보상되어야 함.
- 현대 사회에서 사인의 의한 기본권 침해가 빈번하게 발생함에 따라 정보기술시스템에 의하여 타인의 권리, 명예, 공공질서 등을 침해하지 못하도록 하여 대사인적 효력을 갖도록 명시할 필요성이 대두됨. 또한 지적재산권에 경우 사인의 정신적 산물로서 디지털세계에서도 지적재산권의 보장과 권리보장을 필요성을 인식하여 별도로 규정할 필요성이 있음.

84) 검사가 압수·수색영장(제1 영장)을 발부받아 갑 주식회사 빌딩 내 을의 사무실을 압수·수색하였는데, 저장매체에 범죄혐의와 관련된 정보(유관정보)와 범죄혐의와 무관한 정보(무관정보)가 혼재된 것으로 판단하여 갑 회사의 동의를 받아 저장매체를 수사기관 사무실로 반출한 다음 을 측의 참여하에 저장매체에 저장된 전자정보파일 전부를 '이미징'의 방법으로 다른 저장매체로 복제하고, 을 측의 참여 없이 이미징한 복제본을 외장 하드디스크에 재복제하였으며, 을 측의 참여 없이 하드디스크에서 유관정보를 탐색하던 중 우연히 을 등의 별건 범죄혐의와 관련된 전자정보(별건 정보)를 발견하고 문서로 출력하였고, 그 후 을 측에 참여권을 보장하지 않은 채 다른 검사가 별건 정보를 소명자료로 제출하면서 압수·수색영장(제2 영장)을 발부받아 외장 하드디스크에서 별건 정보를 탐색·출력한 사안에서, 제2 영장 청구 당시 압수할 물건으로 삼은 정보는 그 자체가 위법한 압수물이어서 별건 정보에 대한 영장청구 요건을 충족하지 못하였고, 제2 영장에 기한 압수·수색 당시 을 측에 압수·수색 과정에 참여할 기회를 보장하지 않았으므로, 제2 영장에 기한 압수·수색은 전체적으로 위법하다고 한 사례(대판 2015.7.16. 2011도1839 전원합의체 결정)

- 독일연방헌법재판소는 헌법보호법 제5조 제2항 제11호 판결에서 헌법보호기관에 의한 디지털 정보의 침해에 대한 보호장치의 입법적 불명확성과 비례원칙위반만을 판시하였음. 그러나 정보기술시스템을 이용하여 타인의 권리, 명예, 공공질서를 침해하는 경우는 국가기관만이 아니라 사인의 해킹에 의한 침해와 바이러스주입에 의한 침해 등의 급증으로부터도 보호의 필요성이 있음.<sup>85)</sup>
- 국가는 디지털 세계의 중립성을 보장하며, 정보기술시스템은 최고 수준의 보안을 보장하여야 함.
- 독일연방헌법재판소는 헌법보호법 제5조 제2항 11호에 대한 판결에서 헌법상의 평화(유지)권력 및 질서(유지)권력으로써 국가의 안전과 국가로부터 보호되는 시민의 생명, 신체 및 자유의 위험에 대한 안전은 헌법상의 가치이므로 입법목적의 정당성이 있다고 하였음. 그러나 헌법보호법 제5조 제2항 11호에 대한 판결에서 본 조항은 규범의 명확성과 비례원칙에 위반하여 무효라고 선언하고 있음.
- 이는 국가가 디지털 세계에서의 기본권 제한을 정당화하는 경우에도 규범의 명확성과 비례원칙에 의한 최소한의 제한의 필요성을 언급한 것으로 볼 수 있음.
- 2016년 EU 디지털 기본권 헌장 제13조는 정보기술시스템은 가능한 최고 수준의 보안을 보장하여야 한다고 규정하고 제16조에서는 디지털 망의 중립성 보장을 규정하고 있음. 표현의 자유를 제한하는 입법의 경우 규범의 명확성을 조금 더 엄격하게 할 필요가 있음.<sup>86)</sup>
- 이에 따라 입법적 규제 필요성으로 국가의 디지털 세계의 중립성을 보장하며, 정보기술시스템의 최고 수준의 보안을 보장할 의무를 규정할 필요성이 있음(헌재 2010.12.28.2008헌바157).

85) 코피스족은 무료 와이파이를 이용해 커피 전문점에서 일을 하거나 공부를 하는 사람을 지칭하는 말이다. 하지만 무료 와이파이의 경우 이를 노리는 변종 파밍이 등장하여 피해가 속출하고 있다. 국내 포털 업체인 줌인터넷은 무선랜 공유기를 조작해 이용자들을 가짜 사이트로 접속하게 하는 변종 파밍이 등장해 기수를 부리고 있다고 밝혔다. 기존 파밍은 악성프로그램에 감염된 PC를 백신 프로그램으로 치료하면 해결 됐으나, 변종 파밍은 백신 프로그램만으로는 해결하기 어렵다. 변종 파밍은 백신 프로그램이 해결할 수 없는 공유기의 DNS주소(알파벳으로 이뤄진 홈페이지 주소를 숫자로 된 IP로 바꾸는 시스템)를 조작하는 방법을 사용하기 때문이다. 경찰청에서는 무료로 배포하는 파밍잡(Pharming cop, 파밍 방지 프로그램)을 설치하여 사이버테러에 대응할 수 있도록 조치를 취하는 권고를 하고 있다.(<http://www.gnpolice.go.kr>)

86) 법률은 되도록 명확한 용어로 규정하여야 한다는 명확성의 원칙은 민주주의·법치주의 원리의 표현으로서 모든 기본권제한입법에 요구되는 것이나, 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서는 더욱 중요한 의미를 가진다고 판시하였다.(2010.12.28. 2008헌바157)

## 참고문헌

사단법인 유럽헌법학회(연구수행자 김상겸), “정보기본권의 헌법적 체계화에 관한 연구”, 법무부 정책융역연구(2017)

조인성, “인터넷상 디지털 차원의 개별적 기본권에 관한 연구: 독일에서의 논의를 중심으로”, 홍익 법학 제15권 제1호, 홍익대학교 법학연구소(2014)

박희영, “독일 연방헌법재판소의 '정보기술 시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권'”, 인터넷법률 제45호, 법무부(2009)

이인호, “디지털시대의 정보법질서와 정보기본권”, 법학논문집 제26집 제2호, 중앙대학교 법학연구서(2002)

(월간)인터넷법제동향, 제111호(2016년 12월), II 해외입법동향, 1. EU 디지털기본권 헌장 초안 EU 의회에 제출(2016.12.5.) 22면, 23면, 한국인터넷진흥원

<http://www.buceriusslab.de/2014/wp-content/uploads/2014/04/charta-email-versand.pdf>

<https://digitalcharta.eu/wp-content/uploads/2016/12/Digital-Charta-EN.pdf>

<http://www.die-stiftung.de/news/zeit-stiftung-veroeffentlicht-vorschlag-zu-digitalen-grundrechten-60578>

<https://www.heise.de/newsticker/meldung/Was-war-Was-wird-Von-digitalcharta-zur-charta-bibula-3549606.html>

<https://www.wbs-law.de/it-recht/digitale-grundrechte-vorschlag-fuer-eine-digitalcharta-vorgestellt-70576/>

헌정제도연구사업 Issue Paper 2018-01-01

---

## 정보기본권

- 독일 및 EU를 중심으로 -

---

발 행 일 2018년 6월 29일

발 행 인 이익현

발 행 처 한국법제연구원

세종특별자치시 국책연구원로 15(반곡동, 한국법제연구원)

T. 044)861-0300

등록번호 1981. 8. 11. 제2014-000009호

<http://www.klri.re.kr>

---

1. 본원의 승인없이 轉載 또는 譯載를 禁함.
2. 이 책자의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.



# I. 기본권의 쟁점과 전망



**한국법제연구원**  
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

(30147) 세종특별자치시 국책연구원로 15(반곡동, 한국법제연구원)  
Tel. 044-861-0300 [www.klri.re.kr](http://www.klri.re.kr)