인터넷 검색엔진과 개인정보보호
- 인적관련 정보의 처리와 정보자기결정권 및 "IT-기본권" -

계 인 국*

차 례

Ⅰ. 서 론: 정보기술과 정보보호법
1. 정보기술의 발전과 법
2. 논의의 한정: 인격권과 정보보호에 대한 기본권의 발전
Ⅱ. 인터넷 검색엔진과 관련 주체간의 관계 설정
1. 인터넷 검색엔진의 의의
2. 검색엔진에서의 기본권관계
Ⅲ. 법적 위상: 신문 및 방송의 자유와 인터넷 검색엔진
1. 의사표현의 자유
2. 매스미디어와의 유사성 또는 부속성(Annexe)의 문제
Ⅳ. 인격권과 정보자기결정권 및 인적관련성의 문제
1. 일반적 인격권
2. 개인의 정보자기결정권
3. 인적관련성의 의미와 그 한계
4. 소 결: 영역적 보호의 필요성
Ⅴ. 정보기술시스템의 기밀성과 완전성의 보장에 대한 기본권: 이른바 "IT-기본권"
1. 배 경
2. 사생활의 영역적 보호
3. 검색엔진 이용자의 보호 문제
4. 소 결
Ⅵ. 결 론: 후속 연구를 위한 출발점

* 고려대학교 강사, 법학박사 (Dr. jur.)
접수일자 : 2014. 5. 30. / 심사일자 : 2014. 6. 20. / 게재확정일자 : 2014. 6. 25

Ⅰ. 서 론: 정보기술과 정보보호법

1. 정보기술의 발전과 법

(1) 정보사회, 정보행정법, 정보보호법

20세기 후반에 이르러 이른바 포스트-산업사회로서 미래 사회를 묘사하고, 동시에 이상향적 기대마저 담고 있던 단어는 바로 "정보사회(Informationsgesellschaft)"였다. "정보사회"가 현대 사회를 표상하는 개념이라고 널리 받아들여지고 있는 이유는 무엇보다도 정보의 대량적인 축적과 이용을 가능하게 만든 정보기술의 발전이 목도되기 때문이다. 정보기술의 발전은 이미 사회 전 영역에 큰 영향을 미치고 있으며 일상의 생활방식마저 바꾸어놓고 있다. 때문에 법학에서도 정보사회의 법학적 의미라든지 정보사회에서 법학의 역할은 무엇인지 등이 논의되어왔으나 여전히 정보, 정보사회 등의 개념이 법학에서 가지는 의미나 법적 개념 여부 등이 명확히 밝혀지지는 않고 있다. 그럼에도 불구하고 정보, 정보사회, 정보보호 등의 개념들과 법학 사이에 어떤 최소한의 연결점을 찾아내고 이해함은 가능하다고 본다.[1)]

정보기술의 발전과 정보사회의 실현은 특히 언동이나 행위의 의도에 한정되지 않고, 인간과 인간 사이에 정주(定住)하고 있는 관계성 및 소통네트워크로 공법의 관심사와 영역 및 성격을 이동(혹은 확장)시킨다는 의미를 갖는다.[2)] 이러한 의미에서 볼 때, 정보사회에서의 공법, 특히 행정법의 임무와 영역을 표현하는 소위 정보행정법(Informationsverwaltungsrecht)은 "국가의 정보처리에 관련되고 행정청의 상호간이나 시민에 대한 정보행위를 규율하는 공법규범의 총체"를 넘어 정보사회에서 정보가 어떻게 처리되며 국가는 어떤 구조 및 영역설정적인 작업, 다시 말해 이 정보처리기능의 보

1) 동일한 관점에서 논의를 시작함은, Wolfgang Hoffmann-Riem, "Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft - Einleitende Problemskizze", in: ders./Schmidt-Aßmann(Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, S. 9 (12).

2) Thomas Vesting, "Die Bedeutung von Information und Kommunikation für die verwaltungsrechltiche Systembildung", in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR, Bd. II, § 20, Rn. 2 und 5.

호를 위해 국가는 어떤 책임을 지는가의 문제까지 이르게 된다.[3] 정보보호는 바로 이 정보처리, 특히 자동화된 정보처리에 대한 반작용으로 나타나는 것이며 이를 규율하는 법영역이 바로 정보보호법이다.[4] 정보기술의 발전은 과거 국가나 특정인만이 정보를 독점했던 것과는 달리 누구나(또는 최소한 전보다 더 많은 사람들이) 정보에 대한 접근 및 이용가능성, 정보의 처리 및 저장가능성을 가지게 되었다는 데에 중요한 의미가 있다. 정보의 개방과 공유는 또한 개인의 자유로운 인격 발현에도 크게 기여했으나, 다른 한편으로는 개인의 정보가 타인에게 제공, 개방, 유포될 가능성 역시 커짐에 따라 이로 인한 인격권의 침해 위험도 발생하게 되었다. 개인에 대한 정보가 임의로 수집, 처리 및 전파되는 것을 규율하여야 한다는 구상에서 출발한 법이 정보보호법이긴 하지만 그렇다고 정보보호법이 당사자와 어떤 식으로든 관련이 있는 모든 정보를 일률적으로 규율하는 것은 아니다. 때문에 정보보호법은 그동안 헌법상 정보자기결정권의 논의에 따라[5] '구체적인 인적관련 정보'를 보호한다는, 이른바 "인적관련성(Personenbezogenheit)"을 토대로 하고 있었다.[6]

(2) 인터넷 시대 정보보호법: 인적관련성의 변화

오늘날 인터넷상에서는 대량의 정보가 빠른 속도로 유통되며 이 안에서 넓은 범위의 인적관련 정보가 발견된다. 인터넷 상의 정보보호 역시 인적관련 정보의 이동을 절대적으로 금지하는 것이 아님은 자명하기에 정보보호의 위반은 인적 정보가 '관계당사자의 의사에 반하여' 인터넷을 통해 '일반적으로 접근가능'하게 되는 경우에 한정되어왔다. 본래 이 동

3) W. Hoffmann-Riem, "Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft - Einleitende Problemskizze", S. 9 (14 ff).

4) Marion Albers, "Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten", in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR, Bd. II, § 22, Rn. 25.

5) 국내에서도 개인정보보호에 대한 기존 논의들은 그 출발점을 거의 예외없이 헌법상 개인정보자기결정권에 두고 있었다. 예를 들어, 김일환, "개인정보의 보호와 이용법제의 분석을 위한 헌법상 고찰", 헌법학연구 제 17권 제 2호, 2011. 6., 353쪽 이하; 김상겸, "정보기본권의 체계와 보장에 관한 연구 - 정보국가원리와 관련하여 -", 세계헌법연구 제 16권 제 1호, 71쪽 이하 등.

6) M. Albers, "Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten", Rn. 31.

의에 기반하는 정보처리의 기본적인 원리는 이른바 “오프라인 세계”에서 통용되는 원칙이었다.[7)]

그러나 인터넷 상의 정보이동과 처리로 인해 발생하는 정보보호의 문제는 본질적으로 새로운 성격을 가질 수밖에 없다. 먼저, 인터넷 상의 정보는 인터넷에 접속할 수 있는 기기, 즉, 컴퓨터는 물론 다양한 IT기기, 심지어 게임기를 통해서도 언제든지 찾아낼 수 있으며 한번 네트워크에 노출된 개인정보는 신속하게 다시 확산된다. 다음으로, 평균적인 일반인의 지식에 의해서는 정보기술시스템의 작동방식을 충분히 이해하거나 이를 통해 시스템에 대한 침해를 방어하기 쉽지 않다. 끝으로, 이용자 정보와 관련하여 IP주소나 쿠키를 보호대상으로 할 것인가, 또는 이와 유사한 정보데이터들을 인적관련 정보데이터로 간주할 수 있는지와 같은 새로운 문제유형이 등장하였고 인식하지 못한 채(또는 동의받지 않은 채) 생산된 각종 정보데이터가 기억장치에 저장되어 있는 경우, 이 시스템 “영역”으로의 침입을 “사안적”인 인적관련 정보의 침해로 볼 수 있는지도 문제된다. 그러므로 인터넷 상의 정보보호의 문제는 그 자체로 새롭게 이해될 필요가 있다. 자동화된 정보처리에 대한 인격권의 보호를 위해 개인의 정보자기결정권을 만들어내었던 20세기 후반의 상황과 마찬가지로, 헌법이 오늘날의 정보기술시스템의 이용에 있어서 인격권에 대한 새로운 위협에 대항하여 정보자기결정권의 발전을 요청하는 것은 전혀 놀라운 일이 아니다.[8)]

인터넷 상의 정보보호 문제가 가지는 특수성이 최근 극적으로 부각되는 것은 바로 인터넷 검색엔진이다. 인터넷에 올려진 개인에 대한 정보는 인터넷 검색엔진을 통해 자동적으로 수집되고 색인될 뿐만 아니라 자동완성기능과 같은 검색결과 제시모듈에 의해 변경 또는 합성될 수 있다. 특히, 이른바 빅-데이터(Big-Data) 기술의 발전은[9)] 정보를 통한 개인의 특

7) Robert Elixmann, *Datenschutz und Suchmaschinen,* S. 25.

8) 이러한 취지에서, Martin Kutscha, “Grundrechtlicher Persönlichkeitsschutz bei der Nutzung des Internet”, DuD 7/2011, S. 461 ff.

9) 이른바 “빅 데이터”기술과 인터넷 검색엔진의 문제는 직접적으로 관련되는 논의이나 본고에서는 집중적으로 다루지 아니한다.

정 또는 특정가능성이 없는 경우, 다시 말해 직, 간접적 개인 식별성이 없는 정보라도 검색엔진을 통해 이들을 광범위하게 획득하는 것만으로 개인 식별의 수준에 이를 수 있게 만든다. 인터넷 정보망에 접속하고 이 정보망으로부터 각종 정보를 발견할 수 있게 하는 인터넷 검색엔진은 한편으로는 인터넷을 통한 인격발현의 가능성을 제공하는 정보중개자로서 역할을 수행하나[10] 동시에 새로운 인격에 대한 위험을 야기하고 있는 것이다.[11]

2. 논의의 한정: 인격권과 정보보호에 대한 기본권의 발전

본고의 주된 연구목적은 인터넷 검색엔진의 운영 및 이용에 관련된 기본권관계를 정리하여 인터넷 검색엔진을 통해 나타날 수 있는 정보보호 문제의 출발점을 - 현재의 기본권 도그마틱의 범위에서 - 명확하게 규명함에 있다. 비유컨대, 인터넷 검색엔진과 정보보호라는 거대 주제를 상영함에 있어 이 글은 제 1막을 이루는 부분을 내용으로 한다.

먼저 인터넷 검색엔진의 이용관계에 따라 기본권적 관계를 설정하면, 각 기본권 주체, 즉, 검색엔진 운영자-검색엔진 이용자-검색대상자는 기본권적으로 보호되는 이익의 삼각관계를 이루고 있다. 검색엔진 운영자의 기본권 중 특히 여기에서 다뤄지는 것은 인터넷 검색엔진을 미디어로 인정할 수 있을 것인지, 다시 말해, 인터넷 검색엔진에서 검색결과의 현출 등으로 인한 정보보호의 문제에 대해 검색엔진 운영자가 신문의 자유나 방송의 자유를 주장할 수 있는가이다. 여기에서는 서비스와 인터미디어로서 인터넷 검색엔진의 성격을 설명한다.[12] 다음으로는 본고의 핵심주제로, 정보보호법의 근간이 되는 정보자기결정권(Recht auf informationelle Selbstbestimmung)의 문제이다. 각각의 주체가 향유하는 기본권의 문제 중에서 특히 중점적으로 연구될 것은 정보자기결정권뿐만 아니라 지난 2008년 독일 연방헌법재판소가 창안해낸 “정보기술시스템의 기밀성과 완

10) Boris Paal, *Suchmaschinen, Marktmacht und Meinungsbildung*, S. 8.

11) 같은 논지로는, BVerfGE 120, 274(305).

12) 이 문제는 본고의 내용은 물론, 정보보호법의 법영역, 규율형식 등 관련 문제를 위한 중요한 출발점이 된다.

전성의 보장에 대한 기본권(Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme - GGVIiS)", 소위 "IT-기본권(IT-Grundrecht)" 또는 "컴퓨터-기본권(Computer-Grundrecht)"이다. 종래 이 정보기술시스템의 기밀성과 완전성(무결성)의 보장에 대한 기본권에 대한 논의는 당해 판결의 원래 사안과 같이 온라인 수색과 관련하여 이루어져왔으나,[13] 여기에서는 정보보호법과 그 체계적 기반을 이루고 있던 정보자기결정권 및 인적관련성이 위 "새로운 기본권"을 통해 어떻게 해석되고 발전될 수 있는지를 살펴볼 것이다.

한편, 검색엔진과 개인정보보호에 관련하여 최근 활발히 논의되는 주제는 바로 "잊혀질 권리(Recht auf Vergessenwerden)"이다. 본고의 작성 기간 중 유럽연합법원은 이 "잊혀질 권리"에 대한 중요한 판결을 내린 바 있다.[14] 이 논의는 아마도 검색엔진과 정보보호에 관련된 가장 중요하고 시의적절한 논의 중 하나일 것으로 보이나, 한편으로는 "잊혀질 권리"에 대한 선행연구가 상당히 축적되어있다는 점과, 다른 한편으로는 유럽연합법원의 판결을 공법적 차원에서 - 특히 기본권적 차원에서- 적절히 포착하기 위해서는 검색엔진과 정보보호에 대한 개요적인 정리, 무엇보다도 본고의 핵심주제인 인적관련성을 중심적 내용으로 하는 정보보호법 체계에 대한 논의를 선행해야 한다는 점에서, 아쉽지만 이 논의는 후속연구과제로 남겨두고자 한다.

---

13) 본 판결은 이미 전문번역되어 한국에 소개되었으며 주로 형사법 또는 경찰법적 관점에 따라 온라인 수색에 대한 연구가 진행되어왔다. 이에 대하여는 박희영, "정보기술시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권 (上), (下)", 법제, 2008. 10, 43쪽 이하, 2008. 11, 31쪽 이하 同人, "독일 연방헌법재판소의 '정보기술 시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권'", 인터넷법률, 제 45호, 2009, 92쪽 이하. 본고에서는 선행연구와 중복을 피하기 위해 본 판결의 배경 등은 상세히 다루지 아니한다. 한편 이를 정보보호와 관련시킨 논의로는, 윤영철, "정보기술체계의 기밀성과 완전성에 대한 기본권이 RFID칩에 미치는 영향", 과학기술법연구 제 15집 제 2호, 207쪽 이하 참고.

14) EuGH, Rs. C-131/12

Ⅱ. 인터넷 검색엔진과 관련 주체간의 관계 설정

1. 인터넷 검색엔진의 의의

(1) 인터넷 검색엔진(search engine; Suchmaschinen)

일반적으로 인터넷 검색엔진은 이용자가 웹에서 정보를 발견하려는 때에 도움을 주는 온라인 서비스(online-service)라고 정의할 수 있다.[15] 초창기의 인터넷 검색엔진은 단순한 카탈로그나 수동적인 북마크와 크게 다르지 않아, 수동적인 데이터베이스화를 통해 구축되었다. 검색수요가 증가하면서 수동적인 관리는 곧 한계를 나타냈고, 그나마 이 데이터베이스에서 어떤 검색결과를 찾아내기 위한 통일적인 인덱스가 존재하지 않음으로 인해 효과적인 검색이 수행될 수 없었다. 이와는 달리 오늘날 인터넷 검색엔진은[16] 단순한 카탈로그나 수동적인 북마크와 구별을 위하여 필수적인 개념표지를 가지고 있다: 자동적 문서수집 - 인덱스 - 검색모듈. 먼저 자동적 문서수집은 정기적으로 웹사이트를 방문하여 문서를 조사하고 수집하는 이른바 크롤러(Crawler: 또는 웹로봇, 웹스파이더)라고 불리우는 프로그램에 의해 이뤄진다. 크롤러가 수집 및 다운로드한 내용은 최적적인 검색을 위하여 통일된 기준의 인덱스로 관리된다. 끝으로 검색모듈은 이용자의 검색어로부터 관련된 검색내용을 인덱스로부터 정렬하고 가장 적절한 검색결과로 산출해낸다.

이하에서 인터넷 검색엔진을 두가지 측면, 즉, 서비스로서의 검색엔진과 중개자로서 역할을 수행하는 인터미디어로서의 검색엔진으로 나누어 본다.

---

15) Artikel 29 Datenschutzgruppe(Article 29 Working Party), “Stellungnahme 1/2008 zu Datenschutzfragen im Zusammenhang mit Suchmaschine”, WP 148, S. 6.; R. Elixmann, *Datenschutz und Suchmaschinen*, S. 35.

16) 여기서 말하는 검색엔진은 오늘날 가장 널리 통용되는 알고리즘기반 검색엔진을 의미한다. 알고리즘기반 검색엔진으로 가장 유명한 인터넷 검색엔진은 바로 구글(Google)이다.

(2) 서비스로서 인터넷 검색엔진

앞서 살펴본 바와 같이, 인터넷 검색엔진은 월드와이드웹에서 정보의 수집-색인-결과에 이르는 과정을 자동화된 기능방식을 통해 이용자에게 제공하는 서비스이다. 때문에 서비스로서 인터넷 검색엔진은 곧바로 인터넷검색서비스로도 불러지며, 최근 미래창조과학부가 제시한 "인터넷 검색서비스 발전을 위한 권고안" 역시 그 제목은 물론 정의에서도 "인터넷검색서비스는 홈페이지 등 인터넷 사이트를 운영하는 자가 정보통신망을 통해 다양한 분야의 정보를 종합적으로 수집한 후, 다수의 인터넷 이용자가 기호·단어·문장·음성 등을 정보통신망에 입력하는 방식으로 특정 정보를 요청했을 때 그와 관련된 글·그림·동영상 등의 정보 또는 정보통신망 상에 있는 해당 정보의 위치를 정보통신망을 통해 이용자에게 제공하는 서비스를 말한다"고 서술하고 있다.[17]

(3) 인터미디어로서 인터넷 검색엔진

인터넷 검색엔진은 서비스로서의 성격을 가짐은 물론 인터넷 인터미디어(internet intermediaries)로서의 성격을 가진다. 인터미디어로서 인터넷 검색엔진은 정보의 발견을 위해 이용자에게 다양한 방법으로 정보를 중개하며 인터넷과 정보통신의 특성상 재화로서의 정보를 처리하여 이를 통해 경제적 이윤을 창출해낸다.[18] 즉, 인터미디어로서 검색엔진의 특징은 인터넷 상의 중개자로서의 역할이 가장 중요하며, 재화로서 정보 및 정보처리가 거대한 경제적 이윤을 창출해냄에 따라 인터미디어로서 검색엔진은 점차 공정한 경쟁을 요청받게 되었다.[19] 앞서 본 바와 같이 서비스로서 성격과 함께 검색엔진은 인터미디어로서의 의미를 가지므로 검색엔진의 이용 및 운영에 관련하여서는 플랫폼 중립성의 논의, 다시 말해 검색중립성의 논의로 이어지게 된다. 또한 인터미디어로서 인터넷 검색엔진은

17) 인터넷검색서비스 제도개선 연구반, "인터넷 검색 서비스 발전을 위한 권고안", 미래창조과학부, 2013. 10.

18) 인터미디어는 말 그대로 미디어들 사이에 존재하는 중간영역적 미디어이다.

19) Boris Paal, *Suchmaschinen, Marktmacht und Meinungsbildung*, S. 10 f.

기본권적 지위에 있어서 특히 미디어유사성 또는 미디어와의 결합성의 문제를 가져온다.

2. 검색엔진에서의 기본권관계

앞서 잠시 언급한 바와 같이, 검색대상자에 대한 자동화된 정보의 수집 - 정보의 처리 - (수집되고 처리된) 정보의 검색으로 도식화되는 검색엔진의 이용관계는 검색엔진 운영자, 검색대상인, 그리고 검색엔진 이용자의 삼각관계이다.

(1) 검색엔진 운영자의 기본권

검색엔진의 기능수행을 통해 특정한 검색결과를 제시함에 대하여, 국가가 이를 규율하고 영향력을 행사하려고 할때, 사적 지위의 검색엔진운영자는 다양한 기본권의 침해를 주장할 수 있다. 경제적 관점에서 직업의 자유나 재산권을 주장할 수도 있을 것이나 정보보호와 관련되어서는 의사표현의 자유와, 특히 인터넷 검색엔진이 헌법상 특별한 보호를 받는 언론이나 방송 등의 지위를 통해 보다 강화된 의사표현의 자유를 가지는지 문제된다.

(2) 검색대상자의 기본권

검색대상이 특히 어떤 개인과 관계되는 경우, 다시 말해 인적관련 정보가 직접적으로 검색되는 경우에 이에 대한 규율은 검색대상인에 대한 기본권의 문제를 가져온다. 무엇보다도 검색대상자는 일반적 인격권 아래에서 인정되는 자기유지, 자기표현, 자기결정권의 침해를 주장할 것이다.

(3) 검색엔진이용자의 기본권

검색엔진이용자의 경우에도 마찬가지로 인적관련 정보의 처리에 문제가 논의된다. 특히, 검색엔진의 이용을 위해 이용자의 인식 하에 또는 인식하지 못하는 중에 수집, 분석, 저장되는 각종 데이터를 인적관련 정보

로 간주할 것인가의 문제가 있다. 이는 정보통신기술의 비약적인 발전을 통해 새롭게 등장하는 인격권에 대한 위험이다. 여기에서는 정보자기결정권의 보호영역과 관련하여 진행되어온 정보보호법의 기본적인 관념, 즉, 인적관련 정보의 처리에서 비로소 그 적용영역을 문제삼는 보호컨셉이 오늘날 검색엔진에서 발생하는 정보보호의 문제에 여전히 유효한 것인가를 다루도록 할 것이다.

Ⅲ. 법적 위상: 신문 및 방송의 자유와 인터넷 검색엔진

서비스로서 또는 인터미디어로서 인터넷 검색엔진이 지닌 법적 위상은 이 검색엔진의 운영자가 향유하는 기본권의 문제와 관련된다. 검색엔진운영자가 정보보호와 관련하여 주장할 수 있는 기본권은 의사표현의 자유, 언론·출판의 자유, 직업의 자유, 재산권 및 일반적 행동자유권 등 여러 기본권이 제시될 것이나, 여기에서는 특히 의사표현의 자유와 언론·출판의 자유를 중심으로 다룬다.

1. 의사표현의 자유

헌법 제 21조가 정하고 있는 언론·출판의 자유란, 사상이나 의사를 어떤 방법으로든지 자유롭게 표현하는 모든 것을 말하는 것으로 의사표현의 자유와 전파의 자유, 정보의 권리(=알 권리), 언론매체의 자유를 그 내용으로 한다.[20] 이런 의미에서의 언론·출판의 자유는 “일반적 표현의 자유”라고 불리기도 하며[21] 정신적 자유로서 의의와 함께 오늘날에는 정치생활영역의 자유로 더 큰 의의를 갖는다.[22] 의사표현의 자유가 대상으로 하는 의사(Meinung)의 개념은 원칙적으로 넓게 인정되고 의사표현이란 의사형성에 도움이 되는 모든 표현을 의미하기 때문에 사실의 주장이나 전달의 경우에도 경우에 따라, 즉, 의사형성의 전제가 되는 경우 의사표현

20) 계희열, 헌법학(中), 2004, 423쪽 이하.
21) 장영수, 헌법학, 2014, 656쪽.
22) 계희열, 위의 책, 358쪽.

이 될 수 있다.[23] 그렇다면 검색엔진이 검색결과를 현출시키는 것은 의사표현이 될 수도, 의사표현의 전제가 되는 사실의 표현으로 결과적으로는 의사표현의 자유의 보호를 받게 될 수도 있다. 반면 타인의 의사에 대해 전적으로 중립적으로 전달하는 경우 의사표현에 해당하지 않을 수도 있다. 실제로 중요한 문제는 특별한 보호영역의 문제인 매스미디어로서의 인정여부이다.

2. 매스미디어와의 유사성 또는 부속성(Annexe)의 문제

헌법 제21조가 규정하고 있는 언론·출판의 자유는 대중매체, 즉, (매스)미디어[24]의 자유를 특히 그 내용으로 한다. 헌법이 민주주의 질서에 있어 신문이나 방송 등 미디어의 임무와 기능을 보장해주는 것은, 미디어의 존재가 민주적 의사형성의 전제라는 점과 미디어의 공적 임무와 기능으로 인해 의사표현의 자유나 정보의 자유를 넘어 미디어의 설립, 존립 및 활동의 자유에 대해서도 특히 보장하는 것이다 (이른바 제도적 자립성).[25] 그렇다면, 인터넷 검색엔진의 운영자가 의사표현의 자유를 주장함에 있어 특히 미디어, 즉, 신문이나 방송과 같은 보호를 받을 수 있는가 살펴보아야 한다.

(1) 미디어 유사성

인터넷 검색엔진은 정보의 수집, 선별 및 검색결과의 현출을 통해 일반 공중에 대하여 정보를 전파하고 어떤 형태로든 의사형성에 영향을 미치고 있다. 개인적인 인터넷의 사용형식(예를 들면 e-mail)과는 달리, 인터넷 검색엔진의 영향력이 마치 매스미디어의 임무나 기능과 유사하게 민주적 의사형성에 직접 혹은 간접적으로나마 관련될 수 있다는 점에서, 검색엔

23) 계희열, 앞의 책, 424쪽 이하. 또한 BVerfGE 61, 1 (9); 90, 241 (247).

24) 매스미디어는 그 자체로 이의없이 수용되는 법적 개념이라고 볼 수는 없으나, 널리 개인적 통신과 구별되는 일반 공중에 대한 매체를 의미한다. 여기에는 특히 신문, 방송이 포함되나, 오늘날 미디어 융합현상으로 인해 이 구별이 항상 용이한 것은 아니다. 자세한 것은, Frank Fechner, *Medienrecht*, Kap. 1., Rn. 11 ff.

25) 계희열, 앞의 책, 432쪽 이하.

진 서비스를 매스미디어 유사적인 행위로 보고 언론·출판의 자유의 보호영역에 포함시킨다는 것은 기본권의 보호영역에 대한 해석의 문제이다. 먼저 확정하여야 할 문제는 신문과 방송의 구별이 가능한가이다.

1) 신문과 방송의 형식적 구별

의사형성을 위한 기능이라는 점에서 원칙적으로 매스미디어는 서로 구별되지 않지만, 이 기능을 수행하는 종류와 방법에 있어서는 서로 구별되기 때문에[26] 신문, 방송 등의 매스미디어는 의사형성의 측면에서는 하나의 범주에 속한다고 하여도 구체적인 내용에 있어서는 별개로 다뤄진다.[27] 그러나 실제로 신문과 방송이 검색엔진이라는 인터넷 서비스의 정렬에 있어 어떻게 구별될 것인가에 대해서는 견해차이가 있을 수 있다.[28]

신문은 정보전달에 있어 불확정적인 인적 범위에 대한 배포를 위해 적합한 매체를 의미한다.[29] 신문의 사안적(대상적)인 기본권 보호영역은 본래적 의미의 인쇄물은 물론 그 외의 정보매체를 포함한다.[30] 따라서 신문은 원칙적으로 형체화된 정보매체에 의한 정보의 전달에 해당된다. 반면 방송은 공중에 대해 전파기술적 수단에 의한 비형체적 형식의 정보를 재생 및 전파를 의미한다.[31] 따라서 양자는 일단 전달형식 또는 방법에 있어서 본질적인 차이를 가지며 이러한 기준에 의할 경우 인터넷 검색엔진은 신문보다는 방송과 유사성을 가진다고 보아야 한다. 특히 방송개념은 기본권 보호에 있어 기술적 발전에 뒤쳐지지 않고 보장되어야 한다는 점에서[32] 새로운 기술에 대해 보다 개방적이라고 볼 수 있고 이러한 점에서 인터넷 검색엔진과의 유사성을 보다 적절히 설명할 수도 있을 것이다.

---

26) BVerfGE 91, 125 (135).

27) 같은 견해로는, 계희열, 헌법학(中), 443쪽 이하

28) 물론 여기에서 지적되어야 할 것은 바로 미디어의 융합(Konvergenz der Medien)문제이다. 본 고에서는 이에 대해 자세히 다루지 않는다.

29) 이에 대하여는 특히, Hans Jarass, in: ders./Pieroth, *GG*, Art. 5, Rn. 25.

30) Pieroth/Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 27. Aufl., Rn. 611.

31) F. Fechner, *Medienrecht*, Kap. 1, Rn. 14. 현행 「방송법」 제 2조 1호 역시 방송을 방송프로그램을 기획·편성 또는 제작하여 이를 공중에게 전기통신설비에 의하여 송신하는 것이라고 정의하고 있다.

32) BVerfGE 74, 297 (350 f.)

2) 인터넷 검색엔진과 방송의 자유

형식적 측면에서 신문과 방송을 구별하고 인터넷 검색엔진을 일단 방송의 자유의 문제로 이동시켰다면, 다음으로 살펴보아야 할 것은 검색서비스가 내용적인 측면에서 방송의 개념표지를 충족하고 있는가이다. 독일연방헌법재판소는 내용적 측면에서 방송의 개념표지로 시의성(Aktualität), 소구력(Suggestivkraft), 파급력(Breitenwirkung)을 언급하고 있으나,[33] 검색엔진이 이들 개념표지를 충족하는 지에 대한 견해대립[34]은 물론, 본래 이 표지는 신문과 방송의 구별을 위해 보다 적절한 기준이 된다는 점, 이 표지만으로는 결국 미디어 융합으로 인한 장래적 구별실익에 대한 논란으로 회귀한다는 점 등에서 한계가 있다. 오히려 중요한 표지는 검색엔진이 방송과 같이 특정한, 독자적인 내용 형성을 이루고 있는가이다. 그러나 인터넷 검색엔진은 정보의 전달프로세스에 관련되어있을 뿐, 독자적인 내용형성이 누락된다는 점에서 직접적으로 방송의 자유를 향유하기 어렵다.[35]

(2) 미디어 부속성

그렇다면 일견 유용해 보이는 논증은 이른바 미디어 부속성으로, 과거 독일연방헌법재판소의 신문도매조합판결(Presse-Grosso-Entscheidung)에서 설시된 기준이 원용될 수 있다.[36] 본 판결에서 연방헌법재판소는 언론에 대한 단지 조력행위를 수행하는 경우에도 언론의 자유를 주장할 수 있는지에 대해 다음과 같은 기준을 설시하였다: “전형적으로 언론에 관련되고, 조직적으로 언론에 밀접하게 연결되며, 자유로운 언론의 기능을 위해 필수적이며 이 행위에 대한 국가의 규율이 의사전파의 자유에 대해 제한적으로 작용하는 경우”.[37] 이 기준을 충족시키는 조력적 행위는 신문의 자

33) BVerfGE 90, 60 (87).

34) 이에 대해서는 R. Elixmann, *Datenschutz und Suchmaschinen*, S. 89.

35) 한편 검색엔진의 비선형 서비스로서 성격을 통해서도 방송과 구별된다. 이에 대해서는 F. Fechner, *Medienrecht*, Kap. 10., Rn. 25 ff.

36) BVerfGE 77, 346 ff.

37) 본 판결은 이러한 기준을 통해, 신문의 제작 뿐만 아니라 배포 및 보급의 자유가 보

유를 통해 보호될 수 있으며 그렇지 않은 조력행위는 다만 직업의 자유 등을 통해 보호될 뿐이라는 것이다[38]. 이 기준은 비록 신문의 자유와 관련하여 전개되었으나 방송의 자유에 대해서도 전용될 수 있다. 마찬가지로 이 논의가 다시 인터넷 검색엔진에도 전용될 것인지 여부를 살펴본다.

첫째로 조직적 관련성에 있어서, 인터넷 검색엔진과 방송의 조직적 관련성을 인정하기는 쉽지 않아 보인다. 본 판결의 기준에 의하여 검색엔진에 조직적 관련성이 인정되려면 웹사이트 운영자와 인터넷 검색엔진 운영자간의 어떤 결합형식이 요청될 것이기 때문이다.[39] 다만, 학계에서 미디어 부속성을 인정하는 기준으로 조직적 관련성의 요건이 보호범위를 지나치게 축소한다는 비판이 있으므로[40] 이에 따르는 경우 다음의 요건, 즉, 방송의 기능이행을 위한 필수성이 중요한 기준이 된다.[41] 다소의 예외에도 불구하고, 방송의 기능이행을 위한 필수성은 무엇보다도 기획, 편성 또는 제작한 상영물[42]의 충분한 제공으로 여겨지는 내용이 있었는지 또는 미디어의 배포로 인한 영향력으로 인해 방송의 자유의 보호 아래 놓여지는 지가[43] 중요한 기준이 된다. 그러나 이에 따르더라고 인터넷 검색엔진은 앞서 살펴본 바와 같이 방송의 기능이행의 의미를 가지지 못한다.

따라서 검색엔진은 방송조력적 행위로 인정될 수 없고 검색엔진 운영자는 미디어 부속성에 따른 방송의 자유를 향유할 수 없다.[44]

장되어야 언론의 자유가 보장될 수 있다고 하였다.

38) Christoph Degenhart, in: *Bonner Kommentar GG*, Art. 5 Abs. 1, 2 GG. Rn. 427.

39) BVerfGE 77, 346 (355).; R. Elixmann, *Datenschutz und Suchmaschinen*, S. 91.

40) 대표적으로 Chrstian Starck, in: v. Mangoldt/Klein/ders. (Hrsg), *GG*, Art. 5 Abs. 1, 2 GG, Rn. 62.

41) Wolfgang Schulz, "Von der Medienfreiheit zum Grundrechtsschutz für Interdediäre?", in: *Brandi-Dohm/Lejeune* (Hrsg.), *Recht 2.0 - Informationsrecht zwischen virtueller und realer Welt*, S. 31 (36).

42) 관련하여, 최우정, “헌법상 개념으로서의 방송”, 공법학연구 제5권 제3호, 2004. 12, 269쪽 이하 (284쪽)

43) W. Schulz, "Von der Medienfreiheit zum Grundrechtsschutz für Interdediäre?", S. 31 (37.)

44) R. Elixmann, *Datenschutz und Suchmaschinen*, 92쪽, 136쪽 이하 W. Schulz, "Von der Medienfreiheit zum Grundrechtsschutz für Interdediäre?", S. 31 (37).

Ⅳ. 인격권과 정보자기결정권 및 인적관련성의 문제

1. 일반적 인격권

인터넷 검색엔진의 이용관계에서 가장 쉽게 떠올릴 수 있는 문제는 바로 검색엔진이 현출시킨 검색결과가 특정인과 관련된 경우 그 검색대상자의 기본권 침해여부이다. 검색결과에서의 인적관련 정보처리와 관련하여 특히 검색엔진 운영자(사업자)와 검색대상자의 관계에서 일반적 인격권의 침해 여부가 문제된다. 현행 헌법 제 10조 제 1문 후단에 규정되어 있는 행복추구권은 그 개념의 불확실성에도 불구하고 오늘날 인격의 자유로운 발현권으로 해석되며 그 내용으로 일반적 인격권이 도출된다. 일반적 인격권은 다시 자기유지, 자기표현 그리고 자기결정[45]에 대한 권리로 나누어진다.

(1) 자기유지에 대한 권리

먼저 자기유지에 대한 권리는, 개인으로 하여금 사회적 관계에서 사생활 영역으로 돌아가 은거하고 홀로 있을 권리를 보장한다.[46] 즉, 개인의 인격권이 자유롭게 발현되기 위해 개인이 공공성의 영역과 관점으로부터 차폐되고 떨어져서 있을 수 있는 피난처로서 “내적 영역”[47]을 제공해주는 권리가 자기유지에 대한 권리이다.

오늘날 자기유지에 대한 권리는 정보기술시스템과 인터넷 상에서 더욱 쉽게 침해될 수 있다. 특히 공개를 제한하거나 또는 익명으로 저장된 정보들이 허가 없이 인터넷 상에 공개되는 경우가 문제되는데, 검색엔진은 이러한 문제상황을 가능하게 하거나 더욱 용이하게 만든다.

(2) 자기표현에 대한 권리

이 권리는 개인이 자신의 의사에 반하는 자신에 대한 공개적인 표현이

45) 자기결정에 대한 권리는 이하의 정보자기결정권을 통해 보다 자세히 논한다.
46) 계희열, 앞의 책, 218쪽.
47) BVerfGE 27, 1 (6)

나 자신을 은밀하게 탐지하는 것에 대해 방어하는 권리로,[48] 당사자의 동의없이 도화나 언사를 날조, 왜곡하거나 공적으로 표명함으로 발생하는 인격형성의 왜곡을 방지한다.[49] 이 역시 인터넷에서 빈번히 문제된다. 다만 검색엔진에 특유한 문제는 바로 검색결과 자동완성기능이다.

인터넷 검색엔진의 자동완성기능과 관련하여 최근 독일연방대법원은 구글의 자동완성기능으로 인한 원고의 인격권 침해와 영업상 손해를 인정한 바 있다.[50] 이 사건에서, 자신의 이름을 딴 온라인 쇼핑몰을 운영하는 원고는 자신의 이름을 검색창에 기입하면 동시에 자동완성기능에 따라 검색어추천으로 보여지는 단어로 사회적으로 비난받는 특정 종파(”사이언톨로지”)의 이름이나 이 종파를 비난하는 단어(”사이언톨로지 사기”)가 함께 나타나는 것에 대해 인격권의 침해를 주장하였다. 하급심에서는 이 자동완성기능에 따른 검색어추천이나 검색어보충(일부 단어를 기입하면 예측된 단어가 결합되어 나타나는 것)은 단지 기존의 인터넷 검색엔진 이용자들이 기입한 검색어의 조회수에 관련된 알고리즘을 기반으로 확정되는 것이지 고유한 진술내용을 판단할 수 없으므로 손해배상청구의 전제가 되는 권리침해를 부정하였으나 연방대법원은 인격권의 침해를 내용으로 하는 침해적 진술내용을 기반으로 하고 있다고 하였으며, 인터넷 검색엔진의 운영자에게 자동완성기능에 의한 검색어 추천을 일반적으로 심사할 의무는 없으나 권리침해의 인식이 있는 경우에는 심사의무가 있음을 인정한 사례이다.

2. 개인의 정보자기결정권

(1) 일반론

일반적 인격권의 내용 중 자기결정에 대한 권리는 헌법 제 17조의 사생활의 비밀과 자유와 관련하여 개인의 정보자기결정권을 한 내용으로 한다.[51] 정보자기결정권은 인적 정보의 이용 및 처리와 관련하여 스스로

48) 계희열, 앞의 책, 218쪽 이하.
49) Pieroth/Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 27. Aufl., Rn. 397 ff.
50) BGH VI ZR 269/12

결정할 수 있음을 보호한다. 이는 원칙적으로 “누가 무엇을 언제 그리고 어떤 경유로 이에 대해 아는 지”를 스스로 확정할 수 있는 개인의 권한을 내용으로 한다.[52]

이 권리가 헌법 제 17조에 근거한다고 보면, 연혁적으로 미국법상 ‘프라이버시에 관한 권리’를 논하여야 한다.[53] 그러나 프라이버시권이 헌법상 권리로 인정된 것은 1965년에 이르러서이고,[54] 그 개념의 개방성과 탄력성으로 인해 권리로서 그 실체를 명확하고 구체적으로 파악하기가 힘든 약점 - 동시에 그로 인한 장점 - 을 가지고 있기도 하다.[55] 따라서 본고에서 주제로 삼고 있는 개인의 정보자기결정권은, 정보처리기술의 발전에 의하여 자동화된 정보처리의 영역에서 발생할 수 있는 새로운 인격권의 위협상황에 대처하기 위하여 독일 연방헌법재판소가 1983년 인구조사 판결 인정한 이후의 논의를 바탕으로 한다.[56]

(2) 정보자기결정권의 보호영역

이른바 인구조사판결에서 연방헌법재판소는 개인의 인적관련 정보의 저장이 보다 용이해짐에 따라 나타나는 일반적 인격권의 침해와 (이로 인해) 개인적 인격발현이 정체됨을 언급하였다.[57] 이미 1969년에 연방헌법재판소는 기존의 정보로부터 부분적 또는 전면적으로 어떤 인격에 대한 형상을 작성해내는 것은 인간의 존엄에 합치되지 않음을 확인한 바

51) 헌법 제 17조를 직접 근거로 하는 견해는 계희열, 헌법학(중), 391쪽 이하. 헌법 제 10조를 근거로 하는 견해는 정태호, “개인정보자결권의 헌법적 근거 및 구조에 대한 고찰”, 헌법논총 제 14집, 2004, 431쪽.

52) *Thilo Weichert, in:* Däubler/Klebe/Wedde/ders., *Bundesdatenschutzgesetz,* 3.Aufl., Einl., Rn. 16.

53) 매스미디어와 프라이버시에 대해서는, 계희열/김선택/장영수, 매스 미디어의 발전과 기본권보장, 헌법학연구 제 7권 4호, 156쪽 이하 (196쪽 이하)

54) 계희열, 앞의 책, 387쪽

55) 김일환, “자기정보결정권의 헌법상 근거와 보호에 대한 연구, 공법연구 제 29집 제 3호, 87쪽 이하 (91쪽). 여기에서는 미국의 프라이버시권이 정보프라이버시권, 즉, 정보통제권으로 발전된 시기를 1977년 Whalen v. Roe 사건으로 보았다. 앞의 글, 92쪽.

56) BVerfGE 65, 1 ff.

57) BVerfGE 65, 1 (42 f.).

있으며,[58] 정보자기결정권을 인정한 인구조사판결에서는 인적관련 정보의 유용성과 이용가능성에 주목하여 정보조사를 통해 얻어진, 사소하다고 여겨지는 정보가 기존의 정보와의 연결 및 이용가능성에 따라 새로운 의미를 얻을 수 있다고 보았다.[59] 다시 말해, 개인의 권한은 “언제 그리고 어떤 한계에서 개인적인 생활 사안들이 공개될 것인지에 대해 원칙적으로 스스로 결정하는 것”으로 이를 일반적 인격권을 통해 보장한다는 것은 이미 인구조사판결 이전에 나타난 반면, 정보의 자기결정권은 인적 정보의 누설뿐만 아니라 (그 외의) 이용에 대한 원칙적인 자기결정을 의미하는 것이다.[60]

독일 연방헌법재판소의 판결과 같이 정보자기결정권의 보호영역을 인적관련 정보의 누설이나 (그 외의) 이용에 대해 원칙적으로 자기가 결정하는 것이라고 확정함을 전제로[61] 이 보호영역을 구체적으로 살펴보면, 먼저 정보자기결정권에 대한 침해는 인적관련 정보의 처리, 즉, 인적관련성에 바탕하고 있음을 알 수 있다. 다음으로, 정보자기결정권은 인적 정보의 수집이나 획득의 문제보다 정보의 이용 및 처리에 중점을 두고 있다.[62] 여기에서 주의할 점은, 정보자기결정권은 인적관련 정보의 이용에 대한 문제이지 그 정보를 이용하는 기술이 무엇인가는 문제되지 않고[63] 정보의 종류에 따라 정보자기결정권의 보호범위가 개시되지 않으며, 끝으로 정보처리를 위한 각 단계 중 정확히 어디 속하는 지보다는 이로 인해 법적으로 중요한 행위로 구체화되고 마침내 침해가 되는 지가 중요하다.[64]

한편, 기본권 도그마틱의 관점에서 정보자기결정권은 전통적인 보호대상의 형식에서 방어권으로, 즉, 개인이 정보에 대한 결정권과 처분권을

58) BVerfGE 27, 1 ff.

59) BVerfGE 65, 1 (45).

60) BVerfGE 65, 1 (43); 117, 202 (228).

61) 헌법재판소 역시 “자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리”라고 하였다. 헌재 2005. 5. 26, 99헌마513.

62) BVerfGE 65, 1 (45). 같은 견해로는 한수웅, 헌법학, 2014, 553쪽.

63) BVerfGE 78, 77 (84).

64) M. Albers, "Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten", Rn. 59.

점하고 있다는 구조로 형성되었다.[65] 인적관련 정보의 이용 및 처리를 위해서 행정은 헌법합치적인 법률상의 수권을 필요로 하며 비례의 원칙을 준수하여야 한다.

3. 인적관련성의 의미와 그 한계

(1) 인적관련성의 의미

독일연방헌법재판소에 의해 발전되어온 정보자기결정권은 원칙적으로 각 개인에게 존재하는 정보와 관련하여 인정된다. 다시 말해, 정보자기결정권에 의한 보호필요성은 인적관련성을 토대로 한다. 어떤 정보가 '특정된 또는 특정할 수 있는 개인'(개인식별)과 관계되는 경우에 인적관련성을 얻게 되며 이에 따라 정보자기결정권의 보호영역에 속한다.[66] 국가 또는 사인이 인적관련 정보를 수집하고, 이로부터 어떤 개인에 대한 정보나 지식을 얻게 되고, 다시 이 지식이 행동이나 결정에 대한 선택을 함에 유용될 수 있다면 각 개인은 이에 포함 또는 관련되는 것이고[67] 이에 따라 보호필요성을 인정받게 된다.

(2) 인적관련성에 기반한 정보보호의 한계

현대 정보기술의 발전은 일반인의 일상적인 생활에서 더욱 쉽고 광범위한 정보의 생산, 처리 및 저장을 가능하게 만들었다. 그러나 기술적으로 매우 복잡한 정보기술시스템이 수많은 정보를 신속하게 생산, 처리, 저장하는, 이른바 정보처리 프로세스에서는 일반인으로서는 전혀 인식하지 못하는 중에 정보처리가 수행되기도 한다. 또한, 각 개인이 획득, 분

---

65) M. Albers, "Die Komplexität verfassungsrechtlicher Vorgaben für das Wissen der Verwaltung - Zugleich ein Beitragzur Systembildung im Informationsrecht", in: Döhmann/Collin (Hrsg.), *Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts*, S. 50 (57).

66) 이에 따라 독일연방정보보호법(Bundesdatenschutzgesetz)은 제 3조 1항에서 인적관련정보를 "…특정된 또는 특정할 수 있는 자연인의 개인적 및 대상적 행태"임을 규정하였다.

67) M. Albers, "Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten", Rn. 30.

석, 처리하기 힘든 방대한 정보(데이터)가 통합적으로 처리됨으로 새로운 정보보호의 필요성이 발생할 수도 있다. 서비스별로 분산하여 관리되던 개인정보를 정보주체의 동의권을 유보로 통합관리함으로서 정보주체의 경험을 향상하며 보다 나은 서비스를 제공하겠다는 구글의 개인정보 통합관리 정책이 대표적인 예이다.[68] 조각 정보를 맞추지 못해 해당 개인을 특정할 수 없었거나 특정하기 곤란했던 종전과 달리 분산, 관리되던 전자적 흔적을 개인별로 통합하여 해당 정보주체의 이용행태를 용이하게 종합하는 것을 가능하게 하면 정보주체의 특정서비스에 국한된 모습 분석에 그치지 않고 전체 모습을 모두 그려내고 더 나아가 정보주체의 경향에 대한 예측프로그램을 통해 - 경우에 따라서는 정보주체도 채 인식하지 못한 - 정보주체의 미래성향도 그려낼 수 있다는 것이다.[69]

이러한 정보처리 프로세스는 어떤 특정한 데이터베이스의 구축이나 특정 기업의 마켓팅 차원에서만 일어나는 것이 아니다. 정보기술시스템의 발전은 인터넷에 연결되어 있는 컴퓨터를 - 실제로는 오늘날 거의 모든 컴퓨터와 스마트폰 - 정보의 생산, 처리 및 저장과 관련된 이용가능성의 영역으로 널리 나아갈 수 있게 만들었으며, 이로서 정보기술시스템의 기억장치나 저장매체에는 개인의 관계성, 사회적 관계 및 이용자의 활동내역과 관련된 정보(데이터)들이 남아있게 되었다. 만약 이 정보(데이터)를 제 3자가 이용하는 경우 충분히 이용자의 인격을 추론하고 개인의 프로필형성에 이를 수 있게 되어 개인의 인격권에 대한 침해를 가져올 수 있다.[70]

독일 연방헌법재판소는 이러한 민감한(sensible) 정보의 처리에 대한 보호는 정보자기결정권에 의해서는 충분히 보장되지 않는다고 보았다.[71] 왜

68) 이에 대해서는 정준현, “개인정보의 통합관리에 따른 법적 문제 - 구글의 개인정보 통합정책을 중심으로”, 외법논집 제 36권 제 3호, 2012. 8, 149쪽 이하 (150쪽) 참고.

69) 정준현, “개인정보의 통합관리에 따른 법적 문제 - 구글의 개인정보통합정책을 중심으로”, 외법논집 제 36권 제 3호, 2012. 8, 149쪽 이하 (150쪽) 참고. 한편 인터넷 검색엔진은 아니더라도 마치 구글의 개인정보통합과 유사한 방식으로 개인정보를 대량으로 수집하여 분석하는 이른바 “Data Mining”은 각종 마켓팅에서 흔히 발견되는 기법이다.

70) BVerfGE 120, 274 (305, 315).

71) 본 판결에서는 정보기술의 발전에 의한 새로운 유형의 위협을 정보자기결정권은 물

냐하면 정보자기결정권은 구체적인 인적관련 정보가 수집되는 경우에만 침해되는 것이기 때문이다.[72] 그러나 이제는, 개인이 정보기술시스템을 이용할 수 있게 되어있고 여기에 각종 정보(데이터)가 남아있는 경우 정보기술시스템으로의 침입(Infiltration)을 통해서 이미 인격권의 침해를 가져올 정도로 충분한 정보(데이터)를 획득할 수 있기 때문에 이제는 정보자기결정권이 보호하는 개별적인 인적관련 정보의 문제를 넘어섰다.[73]

4. 소 결: 영역적 보호의 필요성

정보자기결정권은 인적관련성을 가진 정보에 대한 문제로 한정되며 어떤 특정된 통신이나 내용에 연계되는 것이 아니다. 즉, 인적관련 정보가 제한없이 수집, 저장, 이용 및 유포됨에 대한 보호인 것이다. 물론 이러한 정보자기결정권은 정보처리프로세스를 구조화하고 투명하게 유지하며 관계당사자가 이 프로세스에 영향력을 행사할 수 있는 가능성을 준다는 중요한 역할을 수행하며, 또한 정보자기결정권은 정보나 데이터가 손해를 입힐 특정한 관련성에서 이용되는 데에서 비롯되는 인격권에 대한 개별적인 침해를 방어하는 권리로서 작용한다.[74]

그러나 동시에 인적관련성에 기반하고 있는 정보자기결정권은, 사생활 보호로서 어떤 특정한 생활영역을 포괄적으로 보호하기 위해서 그 목표에서나 수단에서 한계를 나타내게 되었고, 이제 정보자기결정에 대한 문제는 사안적인 보호를 넘어 영역적 보호의 필요성을 요청하고 있다. 이 요청은 특별한 사적 보호영역으로서 정보기술시스템에 대한 보호로 나타났다.

론, 서신, 우편 및 전신의 자유나 주거의 자유로도 충분히 참작할 수 없을 것이라고 보았다. BVerfGE 120, 274 (306 ff.).

72) BVerfGE 120, 274,

73) BVerfGE 120, 274, (313).

74) Matthias Bäcker, "Das IT-Grundrecht: Funktion, Schutzgehalt, Auswirkungen auf staatliche Ermittlungen", in: Uerpmann-Wittzack (Hrsg.), *Das neue Computergrundrecht*, 2009, S. 1 (4).

V. 정보기술시스템의 기밀성과 완전성의 보장에 대한 기본권: 이른바 "IT-기본권"

1. 배 경

정보기술시스템의 기밀성과 완전성의 보장에 대한 기본권(Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme: 이하 "IT-기본권(IT-Grundrecht)")은 2008년 독일 연방헌법재판소의 판결로 창안되었다. 이 사건은 지방헌법보호청이 정보기술시스템으로 비밀리에 접근할 권한을 주고 있는 노르트라인-베스트팔렌 주 헌법보호법(Verfassungsschutzgesetz)의 수권근거에 대한 사건, 이른바 온라인 수색에 대한 사건이었고 여기에서 독일연방헌법재판소는 IT-기본권을 정보기술시스템의 침입에 대한 방어권으로 보아 정보기술시스템에서 저장되는 정보의 기밀성과 시스템의 완전성을 보호하고 탐색의 사전행위로서 시스템에 대한 변경으로부터 이를 보호한다는 구상을 세우게 되었다. 특히 동 판결은 인터넷 상에서의 정보보호를 설명하는 키워드인 기밀성, 완전성, 인증, 가용성 중에서 특히 기밀성과 완전성을 중심으로 논의를 진행하며, 이들을 기술적 차원보다 보호범위의 차원에서 서술하고 있다.[75]

이른바 IT-기본권이 고안된 해당 사안은 본래 온라인 수색의 문제였으나,[76] 인터넷 검색엔진을 둘러싼 기본권 관계, 특히 검색엔진 이용자의 정보보호필요성을 인정하는 기본권에 중요한 문제를 제기하게 된다.

2. 사생활의 영역적 보호

IT-기본권은 어떤 특정한 생활영역을 포괄적으로 사생활 영역으로서 보호한다.[77] 종래 독일 연방헌법재판소는 사생활 보호를 위한 영역을 각각

75) BVerfGE 120, 274 (314).

76) 온라인 수색과 관련된 헌법적 문제에 대해서는 특히, 박희영, "독일 연방헌법재판소의 '정보기술 시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권'", 인터넷법률, 제 45호, 2009, 92쪽 이하.

77) M. Bäcker, "Die Vertraulichkeit der Internetkommunikation", in: Rensen/Brink (Hrsg.),

내밀 영역, 사적 영역, 공공영역으로 구별하였던 이른바 영역이론(Sphärentheorie)을 통해 인격권 중 자기유지의 권리를 보호하여왔다.[78] IT-기본권은 이 영역이론을 토대로 하여 개인의 정보보호에 있어 영역적 보호를 추구하고 있다.[79]

IT-기본권이 영역적 보호를 추구함이란, 개별사례에 있어서 정보(데이터)가 수집되는지 여부가 아니라 기본권적으로 보호되는 시스템의 침입여부를 문제시한다는 것이다. 주거의 불가침에 비견되는 영역적 보호로서 정보기술시스템의 완전성은 정보자기결정권을 위한 사전적 보호를 형성하게 되었다. 그러므로 IT-기본권의 보호대상은 더 이상 개별정보가 아니라 특정한 가상현실적 영역, 즉, 개인용 정보기술시스템이므로, 정보기술시스템으로의 침입은 시스템에 존재하는 정보의 종류나 해석가능성의 여부가 문제되지 않고 이미 침해로 인정된다.[80] 소위 민감한(sensible) 영역에서 사전적으로 출발하는 보호컨셉이 요청됨에 따라 IT-기본권은 정보기술시스템이 침입됨으로 그 시스템의 성능, 기능 및 저장내용이 제 3자에 의해 이용됨으로 인해 침해될 수 있는 시스템의 완전성을 보호한다.[81] 시스템의 완전성보호는 정보기술시스템이 방해나 조작으로부터 벗어난 채로 남아있도록 보장하며 각종 침입(Infiltration)에 의한 부작용으로서 나타나는 손해를 방지하는 것으로, 이는 사생활의 자유나 통신의 비밀 및 주거의 불가침성에서도 논의될 수 있는 영역적인 기밀성에 단순히 부수되는 것을 넘어 IT-기본권의 고유한 보장내용을 이룬다.[82]

예를 들어, 쿠키(Cookie)나 IP-주소는 물론 그 외에도 시스템이용자에 대해 다양한 확인을 할 수 있는 다양한 정보(데이터)가 컴퓨터 시스템, 저장매체(하드디스크), 시스템 기억장치 (램: RAM) 내에 포함되어 있다.

Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - erörtert von den wissenschafltichen Mitarbeitern, 2009, S. 100 (123).

78) Pieroth/Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 27.Aufl., Rn. 396.

79) Worms/Gusy, "Verfassung und Datenschutz. Das Private und das Öffentliche in der Rechtsordnung", DuD 2/2012, S. 92 (93).

80) R. Elixmann, *Datenschutz und Suchmaschinen*, 226쪽.

81) BVerfGE 120, 274 (314).

82) M. Bäcker, "Die Vertraulichkeit der Internetkommunikation", S. 100 (125).

정보기술시스템에서 이러한 정보(데이터)처리를 통해 발생할 수 있는 인격권의 위험에 대처하기 위해서 구체적인 인적관련 정보의 처리, 즉, 인적관련성을 토대로 하는 정보보호법의 보호컨셉은 더 이상 충분하다고 볼 수 없다.

물론 정보자기결정권의 경우에도 넓은 보호영역이 인정된다고 볼 수 있다. 정보자기결정권 역시 사적 영역에 귀속되어있는 정보(데이터)만이 아니라, 인적관련 정보의 수집, 처리 및 이용에 대한 다양한 가능성에서 인격권의 위험이 나타날 수 있음[83]을 인지하고 있으며 자동적인 정보처리로 더 많은 정보가 이를 통해 생성될 수도 있음까지 결론을 확장해가고 있다.[84] 그럼에도 불구하고 결정적으로 정보자기결정권은, 개인이 인격발현을 위해 정보기술시스템의 이용에 의존하고 있고 이 시스템에 인적 정보(데이터)가 들어있거나 반드시 이 시스템의 이용을 통해서만 전송되는 경우로부터 발생하는 인격권 위협을 고려하지 않는다.[85] 물론 이 경우를 정보자기결정권의 보호영역을 확대함으로 해결할 수도 있을 것이나,[86] 이는 정보자기결정권의 이행능력을 과대평가하는 것이며 한계없는 보호영역의 확장으로 나아갈 위험이 있다고 비판되기도 한다.[87]

---

83) 그렇기 때문에 인구조사판결에서도 “오늘날 정보처리의 상황 아래에서 더 이상 필요없는 정보란 없다”고 표현하였다. BVerfGE 65, 1 (45). 그러나 이 표현은 그 자체로 보호필요가 없어 보이는 정보(데이터)라도 특정한 컨텍스트에서 또는 다른 정보들과 결합해서 개인에게 보호필요성이 있는, 즉 인적관련성이 인정되는 어떤 구체적 정보내용을 가지게 될 수 있음을 말하는 것이다.

84) BVerfGE 65, 1 (42); 113, 29 (45 f.).

85) BVerfGE 120, 274, (305)

86) 보호영역의 확대 여부, 보호영역(Schutzbereich)의 보장내용(Gewährleistungsgehalt)으로 대체여부, 이를 위한 독자적인 기본권도그마의 적용 및 확장에 대한 치열한 논란에 대해서는 본고에서는 일단 자세히 다루지 않고 평가 역시 유보한 채, 헌법학계의 논의를 좀더 기다리고자 한다. 예를 들어, Gerrit Manssen, "Das “Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme” - Ein gelungener Beitrag zur Findung unbenannter Freiheitsrecht?", in: Uerpmann-Wittzack (Hrsg.), *Das neue Computergrundrecht*, S. 61 ff. 국내에서 이에 대해 의미있는 시도로는, 윤정인, "자유권 보호영역의 범위와 한계", 고려대학교 박사학위논문, 2012. 보장국가 논의와 관련하여서는, 拙著, *Regulierung als Erscheinungsform der Gewährleistungsverwaltung*, S. 143 ff.

87) M. Bäcker, "Die Vertraulichkeit der Internetkommunikation", S. 100 (119 ff.).

3. 검색엔진 이용자의 보호 문제

(1) 행태정보의 수집, 처리 및 이용 요구의 증가

종래 검색엔진 이용자의 행태에 대한 정보보호의 논의는 특정가능한, 즉, 간접적으로 식별할 수 있는 정보에 대해 고지나 사전동의 원칙을 선언하는 것이었다. 예를 들어, 검색엔진의 이용자의 쿠키(Cookie)는 특정 사이트의 접속행태를 기록해두는 정보로 한편으로는 보다 빠른 사이트의 접속을 가능하게 해주지만 다른 한편으로는 정보보호의 문제를 가져올 수 있다. 또한 IP주소는 TCP/IP 프로토콜을 사용하는 통신에서 통신망과 그 통신망에 연결된 컴퓨터에 부여되는 고유의 식별 주소이다. 이들이 각각 인적관련성을 가지는 지의 문제는 특정 또는 특정가능성, 다시 말해 직, 간접적인 개인 식별의 문제이다. 기존의 견해는 대부분 현재의 기술상황과 개인정보보호라는 차원에서 쿠키나 IP주소는 인적 관련성이 인정되는 것으로 보고[88] 고지나 사전동의의 원칙을 적용한다.

그러나 앞서 언급한 정보기술의 발전은 물론, 개인정보의 이용가치 역시 하나의 중요한 법익으로 보거나 정보기술관련 기업체의 경쟁력을 제고한다는 등의 다른 관점들과 이해관계가 개입되면서, 점차 구체적 인적관련성이 없는 행태정보의 수집, 처리 및 이용에 대한 요구가 늘어나고 있다. 인터넷 검색엔진의 이용과 관련하여[89] 정보보호가 문제될 수 있다는 것은 검색엔진이 이용자와 이용자가 방문한 사이트의 상호작용을 기록하고 이를 통해 검색서비스를 더욱 개선하는 작동방식을 취한다는 데에 있다. 이 행태정보에 대한 요구, 다시 말해 행태정보에 대한 수요는 법제의 정비를 통해 충족시키기보다는 매우 빈번히, 정보분석의 기술과 가능성을 발전시켜 인적관련성의 문제를 동요시킴 없이도 이를 충족시킬 수 있도록 한다는 방향으로 나아가고 있다.

뿐만 아니라 행태정보를 인적관련성과 분리시켜 인격권의 문제영역 외

88) 물론 이와 관련하여 동적 및 고정 IP주소의 차이에서 나타나는 문제나 로그인하여 추가정보를 이용하도록 하는 등과 같은 실제적인 문제는 매우 다양하게 발생한다.

89) Steidle/Pordesch, "Im Netz von Google: Web-Tracking und Datenschutz", DuD 2008, S. 324 ff.

로 이동시키고, 다만 여기에 경제적 의미를 부여하여 재화 또는 재산권적 가치만을 인정하는 경우, 한편으로는 개인의 인격권에 대한 새로운 위협상황을 포착하지 못하게 될 수 있으며, 다른 한편으로는 이 위험상황을 극복하기 위한 정보기술의 발전이 지연될 수도 있다. 정보보호는 많은 경우 정보기술에 의해 실현되며 정보기술은 정보보호요청을 통해서도 발전하기 때문이다.

따라서 인적관련성에 의한 정보자기결정권을 기반으로 구조화된 정보보호법 체계는 보호에 있어 - 다른 한편 정보기술의 발전과 보장에 대해서도 - 흠결을 보일 수 밖에 없다.

(2) 익명성 또는 가명성의 약화: "탈익명화가능성"

인적관련성에 기반한 정보보호법 체계에서 인적관련성이 부정되는 익명화된[90] 또는 가명화된 각종 정보들은 오늘날 정보기술의 발전으로 인해 마치 개인식별정보와 같이 특정인의 신원을 정확히 확인할 수 있는 정보가 되기도 한다.[91] 대표적인 예는 바로 검색엔진 이용자들의 이용행태 및 검색기록이 이용되거나 경우에 따라 유출되는 사례이다. 검색기록이 연구목적으로 이용되기 위하여 이용자ID와 IP주소 - 즉, 인적관련 정보- 를 삭제하고 임의적인 고유식별번호로 대체하여 공개하였음에도 불구하고 식별번호의 내용인 특정인의 성명, 주소와 신분상태까지 노출된 사례가 실제로 발생한 바 있다.[92]

인격권에 심각한 위험을 야기할 수 있는 특히 "민감한" 영역에서 탈익

90) 익명화의 예로서, 현행 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」 제 2조 19호는 "익명화"(匿名化)란 개인식별정보를 영구적으로 삭제하거나, 개인식별정보의 전부 또는 일부를 해당 기관의 고유식별기호로 대체하는 것을 말한다"고 정의하고 있다.

91) 탈익명화가능성(De-Anonymisierbarkeit)에 대해서는, Jürgen Kühling, "Datenschutz in einer künftigen Welt allgegenwärtiger Datenverarbeitung", DV 40 (2007), 153ff. (170ff.) ; Roßnagel/Scholz, "Datenschutz durch Anonymität und Pseudonymität", MMR 2000, 721ff.

92) 이른바 "AOL 사례". 검색엔진과 직접 관련되지 않더라도 탈익명화가능성의 문제는 다른 사례로도 보고된다. 예를 들어 "Netflix사례"나 "메사추세츠주 GIC 건강기록 사례" 등.이에 대해 보다 자세한 것은, R. Elixmann, *Datenschutz und Suchmaschinen*, 213쪽 이하 장주봉, "개인정보의 의미와 보호범위", 법학평론 제 3권, 2012. 12, 34쪽 이하 (51쪽).

명화가 진행되는 과정은, 인적관련성에 기반한 정보보호법 체계가 보호하지 못하는 흠결의 영역이다.[93] 여기에서 인격권적 보호를 논외로 하고 다만 경제적인 의미만을 부여할 경우, 이 정보의 노출이 구체적이고 직접적인 손해의 발생으로 인정될 것인지에 대한 끝없는 분쟁으로 나아갈 뿐이다. 그러나 영역적 보호를 구상하는 IT-기본권은 개인에 대한 익명 정보 역시 정보보호의 대상이 될 수 있음을 보여주고 있다.

(3) 규율형태의 문제

여기에서 개별법적 형성에 대한 문제가 시작된다. 현행 「개인정보 보호법」 역시 제 2조 제 1호에서 "개인정보"란 살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)를 말한다"고 정의하여 인적관련성에 기초한 정보보호체계를 구성하고 있다.

첫 번째 문제는 인터넷 상에서 행태정보의 수집이 가지고 있는 위험을 어떤 법을 통해 규율할 것인가이다. 앞서 살펴본 바와 같이 인터넷 검색엔진은 인터미디어로서 매스미디어적인 규율이 용이하지 않다. 동시에 서비스로서 인터넷 검색엔진은 의사형성 및 표현에 대한 영향력을 행사할 수 있다. 비교법적으로 독일은 이를 통신법(TKG)과 텔레미디어법(TMG)을 통해 규율한다.[94]

두 번째로, 현행 「개인정보 보호법」은 물론 독일의 통신법과 텔레미디어법 역시 인적관련성에 기반한 정보보호를 예정하고 있다. 이를 영역적 보호컨셉을 구상하고 있는 IT-기본권의 보호영역에 따라 재구성할 경우 인적관련 정보(personenbezogene Daten)의 표현은 "이용자 영역으로부터의 정보(Daten aus der Späre des Nutzers)"로 개정되고[95] 이에 따라 인

93) R. Elixmann, *Datenschutz und Suchmaschinen*, 219f.

94) 독일 통신법(Telekommunikationsgesetz) 제 91조 제 1항 텔레미디어법(Telemediengesetz) 제 12조 제 1항. 여기에서 논점은 인적관련성에 기반한 정보보호 체계의 문제이므로 그 외의 통신법과 텔레미디어법의 규율대상에 있어서 차이 등은 자세히 다루지 않는다.

95) 이러한 주장은, R. Elixmann, *Datenschutz und Suchmaschinen*, 221ff.

적관련성이 없는 정보(데이터), 즉, 비식별정보의 경우 영역적 보호필요성에 따른 정보보호 가능성이 발견된다. 반복하거니와, 이는 영역적 보호를 구상하는 IT-기본권을 새로운 기본권으로 그 보호내용을 인정할 것인가, 아니면 정보자기결정권의 보호영역을 확장할 것인가의 문제에서 출발한다.

어떤 결론이든, 현재의 개인식별정보와 비식별정보를 엄격히 구별하여 비식별정보의 경우 보호필요성을 제한하는 정보보호법체계는 - 최소한 해석상 - 변화를 요한다는 결론에 이른다. 한편, 이른바 비식별정보에 대한 보호를 위해, 개인정보의 대상을 식별성 기준을 제외한 인적관련 정보로 하자는 견해가 있다. 이는 마치 기본권 보호영역의 확장에 유사하게 개인정보의 의미를 확대하여 비식별정보 보호의 문제를 해결한다는 것이다.[96] 그러나 이 견해 역시 인적관련성에 기반하고 있으며 인적관련성에 기반하면서 식별성 표지(즉, “특정된 또는 특정할 수 있는”)만을 제거한다는 것은 인적관련성의 기본적 구조에 반한다는 점, 이에 따른 비식별정보에 대한 규율이 여전히 고지 및 사전동의의 원칙에 기반한다는 점 등에서, 그 잠정적인 대책으로서의 의미에도 불구하고 곧바로 수용되기에는 다소 논란의 여지가 있다.[97]

4. 소 결

IT-기본권은 오늘날 다양한 생활영역에서 인격발현을 위해 개인이 정보기술시스템, 즉, 개인용 컴퓨터, 스마트폰 및 기타 인터넷접속이 가능한 기기에 의존하고 있다는 상황을 참작하고 여기에서 발생할 수 있는 새로운 인격권의 침해위험과 정보자기결정권에 맡겨진 보호의 한계를 극복하기 위해 등장했다. 무엇보다도 정보기술시스템의 이용자가 시스템의 이용 중 부지불식간에 생성하게 되는 각종 정보들에 대해 정보자기결정권에 의한 보호가 미칠 것인가라는 한계인식이 작용하게 된 것이다. 정보시스템으로의 침입(Infiltration)은 위에 언급된 독일 연방헌법재판소의 판결과

96) 장주봉, “개인정보의 의미와 보호범위”, 법학평론 제 3권, 2012. 12, 34쪽 이하 (56쪽).
97) 또한 기본권 보호영역의 확대라고 볼 경우에도 기존에 보호영역의 확대에 대한 논란이 개시된다.

같이 국가에 의한 온라인 수색 뿐만 아니라 사적 지위에서 각종 해킹이나 이용자정보수집 등에서도 나타난다. 새로운 현대 정보기술에 의한 도전에 대한 반응으로서 IT-기본권은 특히 세계적으로 이용되는 인터넷 검색엔진과 같이 그 시스템의 기능방식을 통해 다수의 정보보호에 대한 일반적 위협을 나타내는 시스템에 관련된다.[98]

Ⅵ. 결론: 후속 연구를 위한 출발점

개인의 정보자기결정권을 형성한 독일 연방헌법재판소의 인구조사판결은 현대 사회를 “누가, 무엇을, 언제, 그리고 어떤 경유로 그에 대해 아는지 더 이상 알 수가 없다”고 묘사하였고 오늘날 인터넷의 발전은 정확히 그러한 방향으로 나아가고 있다.[99] 또한 개인의 정보에 대한 침해가 주로 국가에 의하여 이뤄졌던 것과는 달리 오늘날 사적 지위, 특히 인터넷 검색엔진이라는 새로운 정보수집, 처리, 이용 기술을 통해 빈번히 발생할 수 있다. 또한 정보기술의 발전은 종래 정보보호의 대상이나 보호범위의 문제에 대해 새로운 문제를 지속적으로 제기하고 있다. 기존의 법규범이나 도그마틱만으로 간단히 해결할 수 없는 새로운 문제들은 그 안에 고유한 논리를 동반하고 있다. 즉, 인터넷 검색엔진에 있어서 법적 관계 및 규율의 문제는 단지 기술의 발전이라는 측면 뿐만 아니라, 다른 사회영역(정보공학, 경제학 등)에서 유래하고 그 사회에서 적용되던 질서가 새로운 서비스 형태의 등장으로 인해 동반되어 나타나는 모습의 전형을 보여주는 것이다.[100]

영역적 보호를 구상하고 있는 IT-기본권의 문제는 이러한 새로운 인격권의 위협상황에 대한 법학의 반응이다. 기본권 이론적으로, 과연 이 기

98) Thilo Weichert, "Datenschutz bei Suchmaschinen", in: Lewandowski (Hrsg.), *Handbuch Internet-Suchmaschinen*, S. 285 (289).

99) M. Kutscha, "Grundrechtlicher Persönlichkeitsschutz bei der Nutzung des Internet", DuD 7/2011, 461ff. (463f).

100) W. Schulz, "Von der Medienfreiheit zum Grundrechtsschutz für Interdediäre?", S. 31 (33).

본권이 일반적으로 승인될 것인가, 일반적 법률유보를 두고 있는 현행 헌법상 보호영역의 축소, 확장 또는 보장내용으로의 대체 중 어느 것이 보다 적절한 방향이 될 것인가 등은 아마도 헌법학계에서 보다 깊이 있게 논의될 것으로 생각된다. 이에 따라 각종 정보보호법령에서 인적관련성의 요건은 영역보호로 대체되거나 혹은 보호영역을 확대하여 해석상 보호필요성이 인정될 것이다. 검색엔진의 문제에서, 서비스와 인터미디어로서의 인터넷 검색엔진의 성격은 본고에서 다룬 검색엔진의 이용관계에 있어서 기본권관계를 기점으로 하여 규율전략을 논하게 될 것이다. 특히 다양한 사상의 형성과 관련하여 중립성의 문제가 제기되며 여기에서 경쟁법상 규제와 규제법상 규제가 논의되고 자기규제의 전략 역시 재론될 수 있다. 끝으로 다시 IT-기본권의 논의에서 정보보호의 이익이 검색엔진의 자동화 기술을 통해 처리되는 정보(데이터)에 있어서도 인정될 것인가, 그렇다면 앞으로 검색엔진에 대한 규제밀도는 어떻게 될 것인가의 문제도 남아있다. 이와 같은 인터넷 검색엔진과 정보보호에 대한 다양한 문제는 인적관련 정보의 처리와 영역적 보호가능성의 발전 (혹은 대립)이라는 구도에 그 출발점을 두고 있다. 이러한 향후 과제들을 전망하면서, 본 연구는 결국 후속 연구에 대한 기반 설정과 방향 설정의 의미를 가진다 하겠다.

참 고 문 헌

계희열, 헌법학(中), 박영사, 2004.

계희열·김선택·장영수, 매스 미디어의 발전과 기본권보장, 헌법학연구 제7권 4호.

김상겸, “정보기본권의 체계와 보장에 관한 연구 - 정보국가원리와 관련하여 -”, 세계헌법연구 제16권 제1호.

김일환, “개인정보의 보호와 이용법제의 분석을 위한 헌법상 고찰”, 헌법학연구 제 17권 제 2호, 2011. 6.

_____, “자기정보결정권의 헌법상 근거와 보호에 대한 연구, 공법연구 제29집 제3호.

박희영, “정보기술 시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권 (上), (下)”, 법제, 2008. 10., 2008. 11.

_____, “독일 연방헌법재판소의 ‘정보기술 시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권’”, 인터넷법률, 제45호, 2009.

윤영철, “정보기술체계의 기밀성과 완전성에 대한 기본권이 RFID칩에 미치는 영향”, 과학기술법연구 제15집 제2호.

윤정인, 자유권 보호영역의 범위와 한계, 고려대학교 박사학위논문, 2012.

장영수, 헌법학, 홍문사, 2014.

장주봉, “개인정보의 의미와 보호범위”, 법학평론 제3권, 2012. 12.

정준현, “개인정보의 통합관리에 따른 법적 문제 - 구글의 개인정보통합정책을 중심으로”, 외법논집 제36권 제3호, 2012. 8.

정태호, “개인정보자결권의 헌법적 근거 및 구조에 대한 고찰”, 헌법논총 제14집, 2004.

최우정, “헌법상 개념으로서의 방송”, 공법학연구 제5권 제3호. 2004. 12.

한수웅, 헌법학, 제4판, 법문사, 2014.

Albers, Marion, Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts (zit: GVwR), Bd. II, § 22.

_____, Die Komplexität verfassungsrechtlicher Vorgaben für das Wissen der

Verwaltung - Zugleich ein Beitrag zur Systembildung im Informationsrecht, in: *Döhmann/Collin*(Hrsg.), Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts, S. 50 ff.

Bäcker, Matthias, Das IT-Grundrecht: Funktion, Schutzgehalt, Auswirkungen auf staatliche Ermittlungen, in: *Uerpmann-Wittzack* (Hrsg.), Das neue Computergrundrecht, 2009, S. 1.

_____, Die Vertraulichkeit der Internetkommunikation, in: *Rensen/Brink* (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - erörtert von den wissenschafltichen Mitarbeitern, 2009, S. 100.

Degenhart, Christoph, in: Bonner Kommentar GG, Art. 5 Abs. 1, 2 GG.

Elixmann, Robert, Datenschutz und Suchmaschinen, 2012, Berlin.

Fechner, Frank, Medienrecht, 13. Auflage, Tübingen.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft - Einleitende Problemskizze, in: *ders./Schmidt-Aßmann*(Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, S. 9.

Jarass, Hans, in: *ders./Pieroth*, GG, Art. 5

Kay, Inkook, Regulierung als Erscheinungsform der Gewährleistungsverwaltung, 2013, Frankfurt a.M.

Kühling, Jürgen, Datenschutz in einer künftigen Welt allgegenwärtiger Datenverarbeitung, DV 40 (2007), S. 153ff.

Kutscha, Martin, Grundrechtlicher Persönlichkeitsschutz bei der Nutzung des Internet, Datenschutz und Datensicherheit (zit: DuD) 7/2011, 461쪽 이하.

Manssen, Gerrit, Das “Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme” - Ein gelungener Beitrag zur Findung unbenannter Freiheitsrecht? in: *Uerpmann-Wittzack* (Hrsg.), Das neue Computergrundrecht, S. 61 ff.

Paal, Boris,Suchmaschinen, Marktmacht und Meinungsbildung, 2012, Freiburg.

Roßnagel, Alexander/*Scholz*, Philip, Datenschutz durch Anonymität und Pseudonymität, MMR 2000, S. 721 ff.

Schulz, Wolfgang, Von der Medienfreiheit zum Grundrechtsschutz für Interdediäre?, in: *Brandi-Dohm/Lejeune* (Hrsg.), Recht 2.0 - Informationsrecht zwischen virtueller und realer Welt, 31 ff.

Starck, Christian, in: *v. Mangoldt/Klein/ders*. (Hrsg), Art. 5 Abs. 1, 2 GG

Vesting, Thomas, Die Bedeutung von Information und Kommunikation für die verwaltungsrechltiche Systembildung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts (zit: GVwR), Bd. II, § 20.

Weichert, Thilo, in: *Däubler/Klebe/Wedde/ders*., Bundesdatenschutzgesetz, 3.Aufl., Einl.

_____, Datenschutz bei Suchmaschinen, in: *Lewandowski* (Hrsg.), Handbuch Internet-Suchmaschinen, S. 285 ff.

Worms, Christoph/*Gusy*, Christoph, Verfassung und Datenschutz. Das Private und das Öffentliche in der Rechtsordnung, Datenschutz und Datensicherheit (zit: DuD) 2/2012, S. 92 ff.

<국문초록>

인터넷 검색엔진은 이용자가 웹에서 정보를 발견하려는 때에 도움을 주는 서비스이다. 또한 인터넷 검색엔진은 정보중개적인 인터미디어로도 이해된다. 검색결과에 있어 검색엔진 운영자와 검색대상자 그리고 검색엔진이용자 사이에 삼각관계가 형성된다. 검색엔진 운영자는 원칙적으로 경제적 자유권뿐만 아니라 의사표현의 자유도 향유하지만, 인터미디어로서 검색엔진이 미디어로서의 자유권의 보호영역을 개시하는 지 여부에 대해서는 논란의 여지가 있다.

검색엔진에 의한 침해의 판단에 있어서는 일반적 인격권이 고려되어야 한다. 개인의 정보보호와 관련하여 개인의 정보자기결정권이 중요한 역할을 한다. 보호영역 개시에 있어 이 권리는 원칙적으로 (구체적인) 인적관련성을 전제로 하며, 지금까지의 정보보호법에서 보호필요성은 인적관련성과 연계되어있다.

그러나 기존 정보보호법의 인적관련성에 의한 보호컨셉은 정보기술시스템으로의 침입 자체가 인격권의 침해로 평가되는 경우 그 의미를 잃어가고 있다. 독일연방헌법재판소는 특수한 가상 영역으로서 정보기술시스템의 기밀성과 완전성의 보장에 대한 기본권을 도출해냈고, 이 기본권은 영역보호로서 정보기술적 정보보호법의 새로운 보호컨셉을 지시하고 있다. 기본권의 좁은 혹은 넓은 보장이 적절한지 여부에 대해 논란이 있음에도 불구하고 이 IT-기본권은 지금까지 인적관련성에 기초하고 있던 정보보호법 구조에 대한 시의적인 질문을 던지고 있다.

주제어 : 인터넷 검색엔진, 일반적 인격권, 정보자기결정권, 인적관련성, 정보기술시스템의 기밀성과 완전성의 보장에 대한 기본권, 탈익명화

Internet Suchmaschinen und Datenschutz - Umgang der personenbezogenen Information, Recht auf informationelle Selbstbestimmung und "IT-Grundrecht" -

Kay, In-kook*

Internet Suchmaschinen sind Dienste, die ihren Benutzern beim Auffinden von Informationen im Web behilflich sind. Zudem werden sie von Information-vermittelten Intermediären verstanden. In den Suchergebnissen wird ein Dreieckverhältnis zwischen dem Suchmaschinenbetreiber, dem Gesuchten und dem Suchmaschinennutzer gebildet. Die Betreiber der Suchmaschinen genießen grundsätzlich sowohl über die wirtschaftliche Freiheit als auch die Meinungsfreiheit. Es ist aber umstritten, ob die Tätigkeit der Suchmaschinen als Intermediäre den Schutzbereich der Medienfreiheit eröffnet.

Bei der Beurteilung der Beeinträchtigung durch Suchmaschinen ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Betracht zu kommen. Im Bezug auf den Datenschutz des Einzelnen spielt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eine maßgebliche Rolle. Für Eröffnung des Schutzbereiches setzt dieses Recht im Grunde die (konkrete) Personenbezogenheit voraus. Im bisherigen Datenschutzrecht knüpfen die Schutzerfordernisse deshalb an der (konkreten) Personenbezogenheit.

Aber das Schutzkonzept des bisherigen Datenschutzrechts anhand der Personenbezogenheit verliert an Bedeutung, wenn sich die Infiltration zu den informationstechnischen Systemen selbst als Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts qualifiziert werden lässt. Das Bundesverfassungsgericht hat das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme abgeleitet. Dieses Grundrecht indiziert das neue Schutzkonzept des informationstechnischen Datenschutzrechts als Bereichsschutz. Obwohl es umstritten ist, ob enge oder weitere Gewährleistung der Grundrechte richtig ist, stellt das IT-Grundrecht die aktuelle Frage über die Struktur des Datenschutzrechts, die bisher der Personenbezogenheit zugrunde gelegt hat.

* Dr. jur., Lecturer, Korea University

Key Words : Internet Suchmaschinen, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Personenbezogenheit, Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, De-Anonymisierung