

디지털사회와 사생활보호 법리의 재구성*

— 독일에서의 논의를 중심으로 —

김 휘 흥** · 박 종 보***

<目 次>

I. 서론	IV. 사생활보호의 사회적 관련성
II. 독일헌법상 사생활보호 법리의 전개	1. 사생활의 사회적 이해
1. 제도로서 사생활	2. 관계에 기초한 사생활의 형성
2. 인격권에 기초한 사생활보호	3. 사생활의 기초로서 신뢰
III. 디지털사회와 사생활보호	4. 사회적 다원성
1. 생활환경의 디지털화	V. 결론
2. 디지털화의 진행과 사생활보호에 대한 위협	

I. 서론

제4차 산업혁명의 도래와 더불어 사생활의 법적 보호는 빠른 속도로 위축되고 있다. 19세기 말 미국에서 시작된 사생활보호 논의는¹⁾ 정보사회에 직면하여 위기를 맞는 것으로 보인다. 주요 IT 기업의 경영자들은 사생활보호에 회의적이거나 적어도 큰 의미를 두는 것 같지 않다.²⁾ 인터넷 서비스 이용자들은 ‘프라이버시 패러독스(privacy paradox)’가 발생하는 현실 속에서 정보제공의 이득과 손실을 형량하라고 강요당하고 있다.³⁾ 이러한 관점에서 정

DOI: <http://dx.doi.org/10.18018/HYLR.2019.36.2.001>

* 이 연구는 2016년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2016S1A6A7932134)

** Ludwig-Maximilians Universität München 박사과정

*** 한양대학교 법학전문대학원 교수

- 1) S. D. Warren/L. D. Brandeis, The Right to Privacy, Harvard Law Review 4, Dec 1890, 193면 이하.
- 2) 예를 들어 2009년 12월 3일 당시 구글의 최고경영자 에릭 슈미트(Eric Schmidt)가 CNBC와 나눈 인터뷰와 2010년 페이스북의 창립자인 마크 저커버그(Mark Zuckerberg)의 인터뷰를 떠올릴 수 있다.

보를 보호할 수 없다면 차라리 정보를 제공하고 그 이익을 향유하는 것이 합리적이라는 주장도 제기된다. 정보사생활(情報私生活) 논의의 중심도 정보의 활용을 전제하면서, 그 과정에서 발생할 수 있는 위험을 최소화하는 방향으로 전이하고 있다. 아무튼 사생활보호는 쇠퇴하고 정보에 대한 접근성 통제가 논의의 중심을 차지하고 있다.

제4차 산업혁명이 전면에 내세우는 표제어는 ‘물리학 기술-생물학 기술-디지털 기술’ 사이의 융합이다. 이 영역들은 각자 독자적인 규칙들에 의하여 운영되는데, 이것들을 연결하는 매개체는 정보이다. 생체 정보가 물리적 기계의 작동에 영향을 미치는 것은 일상적인 현상이 되었다. 물리적 현실세계의 상황은 디지털로 전환되어 수집되고, 전달되며, 저장된다. 저장된 정보들은 처리과정을 거쳐 물리적 세계에 관한 합리적 의사결정의 근거를 제공한다. 융합은 사적 영역과 공적 영역 사이에서 계속된다. 공적 영역에서 수집된 정보라 할지라도 정보처리과정을 통하여 사적 영역에 해당하는 정보로 가공될 수 있다.⁴⁾ 역으로 사적 영역도 공적 영역과 중첩될 수 있다. 그런데 기존의 법질서는 사적 영역과 공적 영역을 대립관계로 이해하기 때문에, 양자가 중첩되는 영역에서 명확한 기준을 제시하지 못하고 있다.

현재 사생활의 가치에 대한 인식이 점차 희미해지고 있음을 부인하기는 힘들다. 사회안전의 요구, 경제성장의 기회, 편의제공, 자기연출의 강조 등은 사생활보호의 쇠락을 가속화하고 있다. 미래를 어떻게 예상하는가에 따라 우리는 다양한 태도를 취할 수 있을 것이다. 아마도 사생활에 대한 위험이 임박한 지금이야말로 사생활을 바라보는 관점을 재정립하기에 적합한 시기일 것이다. 이 논문에서는 독일헌법상 사생활보호 법리가 전개되어 온 과정을 회고해 본 후, 현재 사생활보호에 관한 법적 논의의 위치를 확인하고, 디지털화로 인하여 재구성되고 있는 생활환경에 비추어 기존의 사생활보호 논의가 직면하고 있는 문제점을 검토한다. 그리고 최근 기본권의 사회적 해석론에 기초하여 주장되는 대안적 해석론을 소개하고자 한다.

우리나라와 상이한 법체계와 사회·문화적 경험 위에 형성된 독일의 사생활논의를 그대로 수용하는 것은 바람직하지 않을 수 있다. 그런데 우리나라와 독일은 대립관계에 기초한 사생활 이해, 사적 영역의 접근에 대한 자기결정이라는 토대를 공유하고 있기 때문에, 독일에서 논의되고 있는 사생활의 법적 보장에 관한 새로운 관점은 그동안 우리나라의 사생활보호 법리에서 간과되고 있었던 측면을 밝혀줄 수 있을 것이다.

3) 구체적 사례와 함께 분석한 내용은 B. Wittes/J. C. Liu, *The Privacy Paradox: The Privacy Benefits of Privacy Threats*, The Brookings Institution, May 2015, 11면 이하.

4) 1983년 독일연방헌법재판소는 개인정보자기결정권의 기본권적 보장을 승인한 인구조사판결에서 “더 이상 중요하지 않은 정보는 없다.”고 판시한 바 있다(BVerfGE 65, 1 (44)).

II. 독일헌법상 사생활보호 법리의 전개

1. 제도로서 사생활

‘사적인 것’의 개념은 사회적·문화적 종속성으로 인하여 일치된 합의 없이 불분명하게 남아 있다.⁵⁾ ‘사적인 것’에 관한 논의는 ‘공적인 것’에 대한 대립관계에 기초하여 전개되어 왔다. 물론 역사적으로 ‘공적인 것’은 주로 국가였다. ‘사적인 것’은 먼저 국가에 대한 대립으로, 나중에는 영역과 관련하여 이해되었다. ‘공적인 것’과 ‘사적인 것’은 실재하는 사회·문화적 관습에 따라 사회적 삶을 분류함으로써 구별되었다. 사적 영역은 관습적인 규칙들에 의하여 보장되는 “제도적 개념”(institutionelles Konzept)이었다.⁶⁾ 사적 영역은 사회적 영역 밖에 존재하며, 개인의 자율성에 맡겨진 영역으로 간주되었다.⁷⁾ 여기에서 개인은 다른 영역에서 통용되는 관행과 규범들을 고려할 필요 없이 인간관계, 행동방식 그리고 개인적 가치들을 자율적으로 형성할 수 있었다. 자유는⁸⁾ 사적 영역 내에서 특히 잘 실현될 수 있는 가치였다. 그러나 자유의 실현과 사적 영역이 필연적인 인과관계에 있지는 않았다. 자유의 실현 정도가 사적 영역의 경계를 설정하는 데 도움이 되지도 않았다. 오히려 자유의 실현 정도는 영역의 경계 설정에 좌우되었다고 평가되기도 한다.⁹⁾

독일의 헌법제정자는 사생활을 자유 및 제도의 보호로서 구상했던 것으로 보인다. 독일 기본법상 사적 영역은 혼인과 가족(제6조), 통신(제10조), 주거(제13조) 등 특정 생활영역의 사생활을 보호하는 개별규정으로 표현되었다. 사생활보호의 헌법적 지위는 개별사안과 관련된 기본권의 헌법적 지위와 연계하여 인정될 수 있었다.¹⁰⁾ 이 규정들을 해석함에 있어 자유 및 제도의 보호로서 사생활의 관념은 초기 독일연방헌법재판소의 판례에서 반복적으로 나타났다. “사적 생활형성의 영역”(Sphäre privater Lebensgestaltung),¹¹⁾ 인격발현의 “내

5) 불확실한 사생활 개념의 사용을 비판하며 사적인 것의 이론적 재구성을 시도하는 사회학적 관점에 대해서는 B. Rössler, *Der Wert des Privaten*, 2001, 16면 이하.
 6) M. Nettesheim, *Grundrechtsschutz der Privatheit*, VVDStRL 70, 2011, 16면. 또 다른 표현으로 “질서관념(Ordnungsidee)”: C. Geminn/A. Rosnagel, „Privatheit“ und „Privatsphäre“ aus der Perspektive des Rechts, *JZ* 2015, 707면.
 7) 이러한 관점에 대해서는 예컨대 W. Schmitt Glaeser, *Schutz der Privatsphäre*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR VI*, 1989, § 129 Rn. 2.
 8) 자유의 보호에 대해서는 대표적으로 BVerfGE 6, 32 (37); C. Degenhart, *Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG*, JuS 1990, 161면.
 9) M. Nettesheim, 앞의 논문, 16면.
 10) C. Gusy, *Privatheit und Demokratie*, *KritV* 2015, 431면.
 11) BVerfGE 6, 32 (41).

부영역”(Innenbereich)은¹²⁾ 인간의 존엄성보장에 근거하여 “자유의 최후의 불가침 영역”(letzter unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit)으로 이해되었다. 보호되어야 하는 영역을 결정함에 있어서는 공간적이고 형식적인 기준이 고려되었다. 소위 ‘영역이론’에 따르면 사적 영역과 공적 영역은 명확하게 분리될 수 있으며 사적 영역 내에서도 비밀유지의 필요성에 따라 보호되는 다양한 행위공간이 구분될 수 있었다.¹³⁾ 영역이론은 오직 사실적인 관점에서¹⁴⁾ 공적 사안에 대한 개인의 근접성 또는 대중(Öffentlichkeit)의 접근성을 기준으로 제시하였다. 공간적으로 파악된 사적 영역은 개인이 홀로 그리고 자기 자신으로 존재할 수 있는 곳이며, 국가체제는 물론 정치·사회적 조직의 영향력이 미칠 수 없는 곳이다.¹⁵⁾ 독일연방헌법재판소는 영역이론에 의하여 포착된 보호영역을 현존하는 사회적 관습의 표현으로 이해하였으며,¹⁶⁾ 법질서는 영역의 분리를 재생산하거나 강화했을 뿐만 아니라 사적 영역 내의 관계를 정리해 왔다.¹⁷⁾

2. 인격권에 기초한 사생활보호

사생활의 법적 보호에 연결점을 제시하였던 제도적 개념은 80년대 초에 이르러 그 의미가 축소되었고,¹⁸⁾ 그 공백을 개인과 자기결정권이 채웠다. 이러한 변화를 일으킨 발단은 인격을 형성하는 요소들을 보호법적으로 삼는 포괄적 기본권으로서¹⁹⁾ 일반적 인격권(독일기본법 제2조 제1항 및 제1조 제1항)이 도입된 것이었다.²⁰⁾ 지금까지 누구도 인격의 보호가 어느 정도까지 정치적 과정에 맡겨져야 하는지 그리고 어느 시점부터 헌법적인 보호가 작

12) BVerfGE 27, 1 (6).

13) 영역을 구분 짓는 기준들에 대해서는 영역 이론 내에서도 합의되지 않았다. 다양한 영역이론의 분화와 한계에 대한 상세한 내용은 D. Rohlf, *Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre*, 1980, 24-47면.

14) 비판적인 견해로 H.-D. Horn, *Schutz der Privatsphäre*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR VII*, ³2009, § 149 Rn. 15.

15) C. Gusy, 앞의 논문, 431면.

16) 이러한 평가에 대해서는 W. Schmitt Glaeser, 앞의 책, § 129 Rn. 27; C. Degenhart, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG*, *JuS* 1992, 363면.

17) 이에 대한 간략한 소개는 M. Nettesheim, 앞의 논문, 16면.

18) 예컨대 A. Podlech, *Das Recht auf Privatheit*, in: Perels (Hrsg.), *Grundrechte als Fundament der Demokratie*, 1979, 50면. 일반적 인격권의 보호와 함께 해석론상 영역 이론의 위상변화에 대해서는 H.-D. Horn, 앞의 책, § 149 Rn. 32 이하. 이에 따른 사생활의 정치화에 대한 비판적 견해는 M. Nettesheim, 앞의 논문, 20면 이하.

19) 일반적 인격권의 구조에 관해서는 H. Kube, *Persönlichkeitsrecht*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR VII*, ³2009, § 148, Rn. 35.

20) 도입 과정에 대한 간략한 소개는 예컨대 K. Stern, *Der Schutz der Persönlichkeit und Privatsphäre*, in: ders., *Staatsrecht IV/1*, 2006, § 99, 191-193면.

용하는지에 대한 일관된 기준을 제안하지 못하고 있다. 그러나 오히려 그 덕분에 인간의 총체적인 생활환경이 잠재적으로 개인의 지배권 하에 놓일 수 있었다. 독일연방헌법재판소는 일반적 인격권에 기초하여 “더욱 밀접한 개인의 생활영역”(engere persönliche Lebenssphäre)을²¹⁾ 도입하며 기존의 판결들과 거리를 두었다. 새롭게 등장하는 제한상황들에 직면하게 되자 한정된 개인의 생활영역은 인격관련성이 인정되는 사회적 환경을 주체별로 수용하면서 보완되기 시작하였다.²²⁾ 개인정보자기결정권을 헌법적으로 보장하면서²³⁾ 인격권 보장이 확장되었지만, 이와 동시에 영역에 기초한 사생활보호 법리는 위축되었다.

보호되는 것은 더 이상 영역이론에 따른 사적 영역(Privatsphäre)이 아니라, 인격과 그의 사생활(Privatheit)이다.²⁴⁾ 사생활은 피보호자가 인지될 수 있는 것과 인지된 것의 차이를 스스로 결정할 수 있을 때 발생한다.²⁵⁾ 사생활은 더 이상 범형성의 지향점이 아니라, 법의 산물이 되었다.²⁶⁾ 자기결정은 경우에 따라서는 동일한 법익을 대상으로 삼는 다른 기본권들과 중첩될 수 있다.²⁷⁾ 사생활의 기본권적 보호는 특별한 경우가 아니라, 오히려 기본권보호의 일반적 적용에 해당한다.

사생활보호는 개인의 자기결정을 매개로 사적 영역에 대한 접근(Zutritt) 또는 참여(Teilhabe)를 규율하는 자유로 재구성되었다.²⁸⁾ 자기결정이 더욱 높은 수준으로 보장될수록, 사생활도 더욱 높은 수준으로 보장될 수 있다. 그러나 보호되는 것은 무엇이 ‘사적인 것’인지를 결정하는 주관적 의사가 아니라²⁹⁾ 보호영역과 관련한 자기결정, 즉 무엇이 사적일 수 있는지를 결정하는 것이다. 사적 영역 자체는 개인적 상황이 아니라 객관적 상황에 의하여 구성된다.³⁰⁾ 사적 자기결정의 실질적 성과는 무엇보다도 정보의 영역에서 드러난다. 자기결

21) BVerfGE 54, 148 (153). 이에 대한 평가는 W. Schmitt Glaeser, 앞의 책, § 129 Rn. 27; U. di Fabio, Art. 2 Abs. 1, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Rn. 149.

22) H.-D. Horn, 앞의 책, § 149 Rn. 35. 이를 계기로 개인은 대중 속에서 사생활의 법적 보호를 향유할 수 있게 되었다고 평가하는 견해는 J. Einspänner-Pflock, Privatheit im Netz, 2017, 47면.

23) BVerfGE 65, 1. 이에 대해서는 F. Schoch, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Jura 2008, 352면; H.-H. Trute, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Roßnagel (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, 2003, 156면 이하.

24) 최근 판례에서 용어의 사용에 대해서는 BVerfGE 120, 180 (197); 120, 351 (360, 362); 120, 378 (397, 399, 400) 참고.

25) C. Gusy, 앞의 논문, 433-434면.

26) M. Nettessheim, 앞의 논문, 17면.

27) 예컨대 H. Dreier, Art. 2 Abs. 1, in: ders., GG I, 3. Aufl., 2013, Rn. 21.

28) G. Rüpke, Der verfassungsrechtliche Schutz der Privatheit, 1976, 31면 이하; 최근의 논의는 C. Worms/C. Gusy, Verfassung und Datenschutz, DuD 2012, 92면 이하.

29) 이러한 견해에 대해서는 H.-D. Horn, 앞의 책, § 149 Rn. 44. 독일연방헌법재판소도 사적 영역을 결정함에 있어 장소적 분리의 기준에서 출발하고 있다. 이에 대해서는 BVerfGE 101, 361 (394 f.) 참고.

30) 객관적 상황으로서 사적인 것의 자세한 소개는 H.-D. Horn, 앞의 책, § 149 Rn. 50 이하.

정의 대상은 사적 범위에 대한 물리적 접근성뿐만 아니라 인지적 접근성에도 미친다.³¹⁾ 사적 영역에서 유래한 정보를 다룬다는 점에서 사생활보호는 정보보호로 평가될 수 있다.³²⁾ 보호는 사적 관심사에 해당하는 정보에 대한 개인의 자기점유(Eigenbesitz)와 그 사회적 작용에 미친다.³³⁾ 정보에 대한 자기결정권은 무엇보다 자신의 사적 범위를 외부로부터 차단하고, 이를 타인의 시선으로부터 폐쇄하며 그밖에 제3자의 인식에서 벗어날 권한을 개인에게 부여한다. 방어적 권리는 권한 없이 사적 정보를 조사하고 연이어 누군가, 어떠한 방식으로든 그리고 어떠한 목적으로든 사용하는 것으로부터 방어한다.

자기결정에 기초하여 사생활을 이해한다면, 자기결정권의 상실은 곧 사생활보호에 대한 제한으로 평가될 수 있다. ‘사적인 것’과 대립관계에 서 있는 ‘공적인 것’은 더 이상 영역에 기초하여 결정되지 않는다. 결정적인 기준은 개인의 행동 또는 정보에 대한 접근을 결정할 권리가 누구에게 귀속되는지이다. 정보의 내용이나 정보 자체에 대한 통제권은 자기결정권이 상실되었는지 여부에 영향을 미치지 못한다.³⁴⁾ 자기결정의 상실은 결정관할의 이전 즉, 타인에 의한 결정으로 이해된다. 대중(Öffentlichkeit), 국가, 사회조직은 타자결정(Fremdbestimmung)의 전형적인 예에 해당한다. 국가권력에 민주적 정당성을 부여하는 국민주권(Volkssouveränität)은 개인이 협력해야 할 대상이지만, 그 행사는 집단적 자기결정으로서 개인적 자기결정과 다른 차원에서 이루어진다. 민주적 결정은 사생활과 대립관계에 놓인다.³⁵⁾ 사생활보호의 방어권적 성격은 이러한 관계를 직접적으로 나타낸다. 양자는 상호배타적 관계로 나타나며, 상호관련성은 전혀 고려될 수 없을 것으로 보인다.³⁶⁾

Ⅲ. 디지털사회와 사생활보호

1. 생활환경의 디지털화

전자통신매체는 아날로그 세계와 디지털 세계를 연결하는 매개체로 작용한다. 개인은 전자기기를 통하여 그의 요청을 처리하는 인터넷서비스제공자의 서버에 연결된다. 서버 접근

31) B. Rössler, 앞의 책, 216면 이하.

32) H.-D. Horn, 앞의 책, § 149 Rn. 46.

33) 재산권과 유사한 구조로 평가하는 견해로 M. Nettesheim, 앞의 논문, 27면.

34) C. Gusy, 앞의 논문, 435면.

35) C. Gusy, 앞의 논문, 435면.

36) C. Gusy, 앞의 논문, 432면.

권한은 인터넷서비스제공자가 요구하는 일정한 인증절차를 만족할 때 사용자에게 주어진다.³⁷⁾ 회원가입과 인증과정에서 개인과 그 전자기기의 정보들은 수집되고, 서버에 저장된다. 특히 개인의 지속적인 인증을 요구하는 클라우드 기반 서비스의 경우에는 더 상세하고 폭넓은 정보들이 수집되고 저장될 수 있다. 또한 인터넷 서비스 이용과정에서 이용자는 필연적으로 네트워크에 정보의 흔적을 남긴다.³⁸⁾ 네트워크에 산재한 정보들은 서버운영자 또는 제3자에 의하여 수집된다. 스마트기기는 그 휴대성으로 인하여 사용자에 관한 더 상세하고 포괄적인 정보들을 제공한다. 생활환경의 디지털화는 가상세계뿐만 아니라 현실에서도 진행되고 있다. 감시카메라를 이용한 공공장소의 촬영은 안전보장을 이유로 이미 오래 전부터 시행되어 왔다.³⁹⁾ 디지털화는 촬영된 영상을 더 손쉽게 수집하고 저장하며 전달할 수 있는 계기를 제공한다. 도처에 설치되어 있는 센서들은 개인이 미처 의식하지 못하는 동안 개인의 생활방식을 정보로 전환하여 서버에 전달한다. 디지털화는 가전제품을 통하여 그동안 아무런 의심 없이 사생활 영역이라고 인정받아 온 주거 내로 진입하고 있다.

정보처리기술과 저장기술의 발전 또한 생활환경을 디지털로 전환하는 데 기여한다. 이미 대량정보처리시스템, 즉 빅데이터 기술은 정보사회의 동력으로 평가되고 있다.⁴⁰⁾ 빅데이터 기술의 적용분야는 자율주행자동차, 의료목적의 유전자분석은 물론 기업과 국가의 정책수립에까지 이르고 있다. 정보의 수집, 저장 및 처리과정은 거듭된 기술발전으로 인하여 전문가가 아닌 이상 알아볼 수 없을 만큼 복잡해졌다. 이 정보들은 —다른 정보와 함께— 사람을 식별할 수 있게 하는 데 그치지 않고(식별가능성의 문제),⁴¹⁾ 인격프로필(Persönlichkeitsprofil)에 추가된다(인격상의 문제). 프로파일은 정보를 수집한 자가 자기의 목적(예를 들어 광고의 배치)을 위하여 사용하거나, 제3자의 목적(예를 들어 범죄수사, 영업상의 목적 등)을 위하여 활용할 수 있다. 개인화된 가상 정보저장공간으로 인하여 개인의 생활은 디지털로 성형(成形)될 수 있다. 물리적 실체로서 네트워크 또한 개인의 통신내용과 통신사실들은 물론 개인의 생활방식을 엿볼 수 있는 원천이 되었다.⁴²⁾ 개인의 사생활은 암호, 방화벽 등의 의도된 우회를 통하여 —즉 해킹을 통하여— 또는 암호화된 통신의 권한

37) 네트워크의 상업화에 대해서는 T. Thiel, Anonymität und der digitale Strukturwandel der Öffentlichkeit, Zeitschrift für Menschenrechte, 2016, 17면.

38) R. Grimm, Spuren im Netz, DuD 2012, 81면.

39) T. Siegel, Grundlagen und Grenzen polizeilicher Videoüberwachung, NVwZ 2012, 739면.

40) 빅데이터와 관련된 법적 논의는 활발하게 이루어지고 있다. 예컨대 M. Sarunski, Big Data - Ende der Anonymität, DuD 2016, 424면; B. P. Paal/M. Hennemann, Big Data im Recht, NJW 2017, 1697면; N. Marnau, Anonymisierung, Pseudonymisierung und Transparenz für Big Data, DuD 2016, 428면.

41) 식별가능성의 문제에 대한 상세한 소개는 J. Eichenhofer/C. Gusy, Digitale Identifizierung, in: Engemann/Hornung (Hrsg.), Der digitale Bürger und seine Identität, 2016, 66-69면.

42) M. Bedner, Rechtmäßigkeit der „Deep Packet Inspection“, 2009, 18면 이하.

없는 복호화를 통하여 위협받을 수 있다.⁴³⁾

2. 디지털화의 진행과 사생활보호에 대한 위협

(1) 자기결정권의 상실 또는 약화

새로운 기술을 활용한 사생활 침해에 대한 우려는 예측불가능성과, 그 결과인 회피불가능성에 기인한다.⁴⁴⁾ 정보의 수집, 저장 및 처리과정은 거듭된 기술발전으로 인하여 전문가가 아닌 이상 알아볼 수 없을 만큼 복잡해졌다. 개인정보자기결정권에 근거하여 개인은 수많은 자기정보보호(Selbstdatenschutz)의 조치들을 향유할 수 있게 되었다. 그럼에도 불구하고 개인은 여전히 개인정보의 수집, 저장, 처리 또는 제3자에 대한 또는 제3자에 의한 전달을 효과적으로 저지할 수 없다.⁴⁵⁾ 인지가능성조차 결여된 상황에서 인격관련성이 인정되는 사항을 스스로 결정할 수 없는 상황이다.⁴⁶⁾

디지털화가 진행되는 사회적 환경에서 자기결정은 “기술적 타자결정”으로⁴⁷⁾ 대체되고 있다. 디지털화로 인해 제3자의 접근권 또는 접근가능성은 점차 강화되고 있다. 반대로 사용자는 소통 및 다른 사적 생활환경에 대한 제3자의 접근가능성을 효과적으로 조절할 수 있는 환경을 스스로 조성하고 확보할 수 없다. 감시와 통제는 일상이 되고, 사생활은 오히려 예외가 되고 있다.

(2) 중첩된 영역에 대한 불분명한 기준

사생활보호는 사적 영역과 공적 영역을 분리하는 이분법적 구조에 따라 서술되어 왔다. 상호배타적인 관계로 설명된 두 영역 사이에 정확한 경계를 설정하는 것은 쉽지 않았다. 중첩성 그리고 무엇보다도 개입(Übergriffe)과 변동(Verschiebungen)이라는 다양한 상호작용이 존재하였기 때문이다.⁴⁸⁾ 인터넷의 정보전달은 인터넷을 특정 영역에 속하는 행위와 관

43) J. Gerhards, (Grund-)Recht auf Verschlüsselung?, 2010, 42면 이하.

44) BVerfGE 65, 1 (42).

45) 더 이상 시의적절하지 않다고 평가하는 견해로 J. Eichenhofer, Privatheit im Internet als Vertrauensschutz, Der Staat 55, 2016, 50면; 또한 보편적인 자기결정을 허상으로 평가하며, 법에 의한 지원이 필요하다는 견해로 H.-P. Bull, Informationelle Selbstbestimmung - Vision oder Illusion?, 2009, 46면.

46) 특히 인터넷사용에 있어 인터넷 사용자의 통제권 상실에 대해서는 J. Eichenhofer, 앞의 논문, 51면.

47) C. Gusy, 앞의 논문, 457면.

48) S. Lamnek, Die Ambivalenz von Öffentlichkeit und Privatheit, von Nahe und Distanz, in: ders./Tinnefeld (Hrsg.), Privatheit, Garten und politische Kultur, 2003, 18면.

련하여 사용했는지와 무관하게 발생하기 때문에 인터넷상에 경계를 획정하기 곤란하다.⁴⁹⁾ 공개되어 있는 정보, 즉 공공연하게 접근할 수 있는 인터넷상 정보원에서 유래한 정보에 대한 접근통제권의 보호도 문제되고 있다. 공간적 및 주제별 사적 영역의 보호를 통하여 타인의 인식에 한계를 설정하는 것은 불가능한 것으로 보인다.⁵⁰⁾ 공적인 생활영역은 원칙적으로 누구에게나 열려있기 때문이다. 더 나아가 인격발현에 필수적인 사회적 영역 내에서 ‘일상적인’ 행동 또는 결정도 비슷한 상황에 처해 있다.⁵¹⁾

장소를 기준으로 경계를 설정한다면 대중이 지배하는 장소에서 사적 영역의 보호가치는 처음부터 인정되지 않는다.⁵²⁾ 결정관할에 따라 경계를 설정하는 경우에도 대중 속에서 사생활에 대한 접근성은 타자결정의 대상으로 다루게 된다.⁵³⁾ 이와 같이 대립관계에 기초해서 사생활을 이해하는 것은 중첩된 영역에 관하여 외견상 명확한 구별 기준을 제시하는 것처럼 보인다. 그러나 사실상의 접근가능성이나 결정관할과 같은 형식적 기준에 따른 판단은 사생활보호의 단편적인 측면만을 고려할 뿐이다. 중첩된 영역에서도 여전히 사생활의 보호필요성은 인정될 수 있다. 독일연방헌법재판소는 개인이 주거를 벗어나는 경우에도 휴식과 자아성찰의 가능성이 존재하는 일정한 영역이 보장되어야 한다고 판시하였다.⁵⁴⁾

IV. 사생활보호의 사회적 관련성

1. 사생활의 사회적 이해

사생활을 사회적으로 이해하려는 것, 더 넓게는 기본권을 사회적으로 이해하려고 시도하는 것은 오늘날 지배적인 개인주의적 기본권이론이 현대사회의 구성요소를 충분히 파악하지 못한다는 비판적 인식에서 출발한다.⁵⁵⁾ 기본권은 원칙적으로 국가에 대한 개인의 주관

49) 이러한 문제에 대해서는 H. Nissenbaum, *Privacy as Contextual Integrity*, *Washington Law Review* 79, 2004, 119면; J. Eichenhofer, 앞의 논문, 49면. “후견주의적”이라고 비판하는 견해로 C. Geminn/A. Rossnagel, 앞의 논문, 707면.

50) 개인정보자기결정권과 관련하여 T. Siegel, 앞의 논문, 739면. “개인정보자기결정권은 ‘인식보호(Wahrnehmungsschutz)’를 보장하지 않는다.”

51) 이러한 문제상황에 대한 간략한 설명에 대해서는 H.-D. Horn, 앞의 책, § 149 Rn. 65 이하.

52) BVerfGE 101, 361 (384); U. di Fabio, 앞의 책, Rn. 149.

53) 자기결정은 물적 한계에 구속되지 않으므로, 중첩된 영역의 사례를 사적인 것의 이해로 이전시키는 견해로 H.-D. Horn, 앞의 책, § 149 Rn. 65-66.

54) BVerfGE 101, 361 (394).

55) T. Vesting/S. Koriotoh/I. Augsberg, *Einleitung*, in: dies. (Hrsg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver*

적 권리로 이해된다. 기본권은 국가의 제한으로부터 개인적 자유영역을 방어하고, 국가로 하여금 이 영역을 적극적으로 보호할 의무를 부과한다. 더 나아가 기본권을 사회국가적으로(sozialstaatlich) 이해하는 것은 기본권을 자유롭게 행사(grundrechtliche Freiheitsausübung) 할 수 있도록 국가가 적극적으로 보장할 것을 요구한다. 이 지점에서 이른바 ‘사회적 자유(soziale Freiheit)’라는 새로운 구상이 제시된다.⁵⁶⁾ 사회적 자유의 관심사는 자유의 매개이자 ‘행사조건’으로 고려될 수 있는 사회적 현실의 제도들(Institutionen)에 놓여 있다. 사회의 자기조직(Selbstorganisation)은 모든 기본권행사가 국가적 차원에서 구조화되기 이전에 존재하였다고 한다.⁵⁷⁾ 이것은 사회규범, 제도, 관행, 관습 그리고 생활형태로 구성된 기반구조(Infrastruktur)를 통하여 수립되어 왔으며, 주체를 생성하고 주체 간 집단적 질서를 형성하였다. 사회적 자유의 주장에 따르면 개인은 사회적 제도 안에서 그리고 그의 도움으로 자유를 추구할 수 있다. 한 주체는 다른 주체의 목적에서 자기목적의 실현가능성을 엿볼 수 있을 때 상호적 승인의 관계를 맺으며, 그와 마주할 때 비로소 자유로울 수 있다.⁵⁸⁾ 개인은 수많은 사회적 관계 속에서 각 관계에 통용되는 다양한 사회적·문화적 규범에 종속되며,⁵⁹⁾ 그의 인격은 바로 이러한 토대 위에서 형성된다. 이처럼 인간이 사회적 상호작용과정의 산물로 이해될수록 인간의 자율성이라는 구상은 점차 희미해진다.⁶⁰⁾

기본권의 사회적 이해에 따르면 사생활은 상호적 승인이라는 현실에서 발생한다. 사생활과 외부의 경계를 설정하는 것은 전적으로 개인의 권한에 속하지 않는다. 사회적 제도는 언제나 한 주체가 다른 주체의 비판을 반영할 수 있는 배경이다.⁶¹⁾ 사생활의 경계설정과 관련한 양당사자의 협의 가능성은 사생활에 관한 개인과 타인의 이익을 조정하는 사회적 기본조건에 종속된다. 헌법 또한 사회로부터 고립된 인간이 아니라, 타인과 공존하는 사회적 환경 속의 인간을 상정하고 있다. 주거의 불가침, 통신비밀의 보호, 가족과 혼인의 보호에서 볼 수 있듯이 사적인 것의 원형은 더 이상 사회로부터 고립된 영역이 아니다.⁶²⁾ 주거 내에 홀로 존재하는 개인에게 사생활은 무의미하다. 통신상대방이 없는 통신도, 구성원 없는 가족 또는 기타 생활공동체(Lebensgemeinschaft)도 마찬가지이다. 타인을 주거 내에 초

Ordnung, 2014, 3면.

56) A. Honneth, Das Recht der Freiheit. 2011, 221면 이하.

57) T. Vesting/S. Koriath/I. Augsburg, 앞의 책, 6면.

58) A. Honneth, 앞의 책, 86면.

59) T. Vesting/S. Koriath/I. Augsburg, 앞의 책, 6-8면.

60) A. Honneth, Dezentrierte Autonomie: Moralphilosophische Konsequenzen aus der modernen Subjektkritik, in: Menke/Seel (Hrsg.), Zur Verteidigung der Vernunft gegen ihre Liebhaber und Verächter, 1993, 155면.

61) S. Seubert, Das Vermessen kommunikativer Räume, Forschungsjournal Soziale Bewegungen 30, 2017, 126면.

62) C. Gusy, 앞의 논문, 432면 참고.

대할 때, 의사소통에 참여시킬 때, 가족 또는 생활공동체에 허용할 때 사적 영역은 보호가치를 획득한다.

2. 관계에 기초한 사생활의 형성

보호가치 있는 자기결정과 사회적 상호작용은 바로 이 관계 내에서 실현된다. 사생활의 기초는 고립된 자기공간에서 제3자와 공존하고 협력하는 “소통공간”(Kommunikationsräume),⁶³⁾ 즉 ‘관계’(Beziehung)로 이전된다. 개인은 사적 영역에 대한 타인의 접근을 통제하는 것이 아니라 사적 관계에 타인을 수용할 것인지 또는 배제할 것인지 여부를 스스로 결정한다.⁶⁴⁾ 타인을 사적 관계에 수용하는 경우에도 결정권자는 일정한 조건을 유보할 수 있다. 자기결정의 행사는 상대방과 소통하며 상호적 승인에 도달하는 과정으로 평가된다. 사적 관계는 소통을 통하여 세분되며, 사생활보호의 내용과 그에 대한 제한을 결정한다. 사적 관계에 접근할 수 있도록 수용된 자는 결정권자의 사적 영역에 귀속되며 사생활보호의 내용이 된다. 반대로 사적 관계에 대한 접근이 허용되지 않은 자, 즉 배제된 자는 단순히 사적 영역의 부분이 되지 않는 것이 아니라, 외부의 침입자로 간주된다. 그는 사생활보장에 대한 제한이 되며, 사적 영역은 그로부터 보호되어야 한다. 기본권주체의 허락 없이 또는 의사에 반하여 정보를 획득한 자도 마찬가지이다.

이처럼 사생활은 추상적인 자기결정영역이⁶⁵⁾ 아닌 사회적 현실에 해당하는 관계를 토대로 설명된다.⁶⁶⁾ 그 성과는 다수의 개인이 동일한 사적 영역 내에 머물며 서로 자기결정을 주장하는 사례와 같이 타인의 자기결정이 사생활에 한계를 설정하는 경우에 뚜렷하게 드러날 수 있다고 한다. 반면 사적 관계를 둘러싼 각 주체들의 수용 또는 배제에 관한 소통적 자기결정을 상정한다면 이는 사생활의 한계라기보다는 사생활의 내용이자 결과로 평가될 수 있기 때문이다.⁶⁷⁾ 자기결정의 보장과 함께 사적 관계를 형성하고 이를 공고하게 (Stabilisierung) 만들 자유도 보장된다.

3. 사생활의 기초로서 신뢰

63) C. Becker/S. Seubert, Privatheit, kommunikative Freiheit und Demokratie, DuD 2016, 76면.

64) C. Gusy, 앞의 논문, 447면 참고.

65) 일기장 판결(Tagebuchentscheidung)과 관련하여 비판적인 견해로 M. Nettesheim, 앞의 논문, 20면.

66) J. Eichenhofer, Privatheit und Transparenz in der Demokratie, Forschungsjournal Soziale Bewegungen, Vol. 30, 2017, 134면.

67) 독일연방헌법재판소는 이와 달리 객관적 상황에서 사적 영역의 기준을 모색한다. BVerfGE 101, 361 (384).

사생활은 사적 관계에 타인을 수용할 것인지를 스스로 결정함으로써 비로소 형성된다. 사생활을 사회적 현상으로 이해하더라도, 이를 곧바로 규범적 보장의 대상으로 삼을 수는 없다. 여기에서 무엇에 근거하여 사생활의 법적 또는 기본권적 보호필요성이 인정될 수 있는지에 관한 의문이 제기된다. 이 의문에 대한 대답은 다소 심리학적 도구에 기초한 자기결정과정의 분석과 함께 시작된다.⁶⁸⁾ 법적 보호필요성에 대한 의문은 다음과 같이 재구성될 수 있다. 개인은 어떠한 이유로 타인을 자신의 사적 관계에 수용하거나 배제하는 결정에 이르게 되는가? 이와 함께 사생활보호의 논의는 더 이상 정보에 대한 접근의 통제에 한정되지 않고, ‘결정의(dezisional) 사생활’ 차원에 속하게 된다.⁶⁹⁾ 결정의 사생활은 개인이 결정(entscheiden)하거나 행동할 때 타인의 간섭으로부터 보호되어야 한다는 것을 의미한다.⁷⁰⁾

경험적 관찰에 따르면 개인은 보통 상대방이 자신의 행동에 어떠한 방식으로 반응할 것이라는 기대를 가지고 그를 사적 관계에 수용한다고 한다.⁷¹⁾ 예를 들어 비밀정보를 자유의사로 전달하려는 자는 수신자가 정보를 비공개로 처리할 것이라는 기대를 가질 수 있다. 기대의 내용은 결정권자의 의사에 따라 결정되며, 이는 소통의 상대방에게 명시적 또는 묵시적으로 표현된다. 문제는 상대방이 결정권자의 기대를 충족할 것인지 여부가 불확실하다는 점이다. 디지털 환경을 예로 들면 인터넷 사용자는 인터넷서비스제공자가 개인정보를 보호할 것을 기대하며 인터넷을 사용하지만, 그가 기대를 충족할 것인지 알 수 없다. 타인의 행동에 대한 불확실성을 마주하며 사회학적 개념인 ‘신뢰’(Vertrauen)가 여기에서 원용된다.⁷²⁾

개인은 최소한 타인과 공존하고, 행동을 그들과 조정하며 인간사회에서 그들과 협력하며 살아간다. 사회적 환경은 불확실성과 통제불가능성이 지배하는 공간이다.⁷³⁾ 신뢰는 “앓과 모름 사이의 중간 상태”로서,⁷⁴⁾ 복잡성을 제거하는 방향으로 작용한다. 예컨대 만약 신뢰라는 기준이 전혀 없다면 결과를 확신할 수 없는 선택들 앞에서 언제나 망설일 수밖에 없을

68) 이에 관하여 M. E. Oswald, Vertrauen - eine Analyse aus psychologischer Sicht, in: Hof (Hrsg.), Recht und Verhalten: Verhaltensgrundlagen des Rechts - zum Beispiel Vertrauen, 1994, 111면 이하. Oswald는 인지적(즉 개인의 신뢰가치성과 협력 또는 어쨌든 적대적이지 않은 상대라는 주관적 기대의 앓) 뿐만 아니라 사회적 친밀 및 확신과 관련된 감정적인(affektiv) 요소를 보여주는 신뢰관계(Vertrauenseinstellung) 및 신뢰관계의 실현으로 나타날 수 있지만, 그럴 필요는 없는 신뢰행동(Vertrauenshandlung)을 구별한다.

69) J. Eichenhofer, 앞의 논문, 50면.

70) 이러한 구별에 대해서는 B. Rössler, 앞의 책, 2001, 24-25면. “결정의 사생활” 외에 “심리적 사생활”도 논의되고 있다. 이에 대해서는 예컨대 S. Trepte/L. Reinecke, The social web as a shelter for Privacy and Authentic Living, in: dies., Privacy Online: Perspectives on Privacy and Self-Disclosure In the Social Web, 2011, 61-62면.

71) C. Gusy, 앞의 논문, 448면.

72) 사생활과 신뢰의 관계에 대해서는 C. Fried, Privacy, Yale Law Journal 77, 1968, 482면.

73) 이에 대한 개괄적인 소개에 대해서는 P. Sztompka, Trust: a social theory, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999, 18-24면.

74) G. Simmel, Soziologie, 2. Aufl., 1922, 263면.

것이다. 개인이 사회적 환경의 불확실성과 통제불가능성에도 불구하고 행동을 감행할 수 있는 것은 타인의 행동에 대한 신뢰가 존재하기 때문이다. 이 점에서 신뢰는 “타인의 행동이라는 불확실한 미래를 두고 내기하는 것”으로⁷⁵⁾ 표현되기도 한다. 신뢰는 수동적인 믿음 외에 적극적인 약속(commitment)에 기초하여 형성된다. 특히 약속을 수반하는 경우 신뢰의 정도는 약속의 강도에 좌우된다.⁷⁶⁾ 상대방이 기대를 충족할 것이 확실한 정도에 —즉 기대의 확실성(Erwartungssicherheit)에⁷⁷⁾— 이르렀을 때 결정권자는 그를 사적 관계에 수용할 것이며, 이와 함께 비로소 사생활이 형성될 수 있다. 일단 신뢰가 형성된 후에는 참가자 상호간에 기대를 충족하며 신뢰를 공고히 하거나, 반대로 저버리는 행사(Betätigung)의 단계에 진입한다. 사적 관계의 내용과 존속은 신뢰하는 기대(Vertrauenserwartung)를 이행하는지 여부에 좌우된다. 사적 관계에 존재하는 사적 성격은 신뢰를 저버리는 경우 또는 사적 관계에 대한 정당한 사회적 또는 공적 이익이 존재하는 경우 상실될 수 있다. 사적 성격이 상실된 경우에도 관계는 존속할 수 있지만, 더 이상 사적인 관계로 평가될 수는 없다. 특히 사회적 또는 공적 이익이 존재할 경우에는 사회적 관계로 변형될 수도 있다.⁷⁸⁾

사생활의 기초이자 목적으로서 신뢰는 법 이전에 그리고 법의 영역 밖에서 형성된다.⁷⁹⁾ 애초에 사생활의 법적 보호 이전에도 신뢰 그 자체는 물론 이에 기초한 친밀한 의사소통관계와 생활공동체는 존재할 수 있었다. 또한 법적 보호대상으로서 사적 관계는 주어진 것이 아니라 신뢰에 기초한 자기결정을 통하여 비로소 형성된다. 신뢰 그 자체에 대한 권리는 존재하지 않으며, 신뢰가 개별 기본권보장의 내용에 해당하지도 않는다.⁸⁰⁾ 오히려 신뢰는 다른 법적 평가들(예를 들어 법치국가원칙,⁸¹⁾ 기본권, 신의성실 등)에 근거하여 보호할 만한 경우에 비로소 법적 의미를 획득한다. 신뢰 자체의 형성, 존속 또는 종료는 원칙적으로 법적 보호의 관심사에서 배제되며, 매우 제한적인 경우에 한하여 요구된다.

사생활보호와 관련하여 신뢰는 그에 기초한 사적 관계를 토대로 법적 보호필요성을 획득한다. 보호되는 신뢰기대는 모든 (외부에서 인식할 수 없는) 신뢰기대가⁸²⁾ 아니라 특정 사

75) 이러한 표현에 대해서는 P. Sztompka, 앞의 책, 25면. 이전에 이미 “내기(bet)”라는 표현이 J.S. Coleman, Foundations of Social Theory, 1990, 99면에서 사용되기는 하였다.

76) 약속 및 그를 수반한 신뢰 수준의 변화에 대한 유형적 분석은 P. Sztompka, 앞의 책, 27면.

77) 특히 인터넷 사용과 관련하여 전개된 논의에 대해서는 J. Eichenhofer, 앞의 논문, 50면 이하.

78) 법적 관점에서 이러한 논의를 전개하는 견해로 C. Gusy, 앞의 논문, 448면.

79) C. Gusy, 앞의 논문, 449면.

80) J. Eichenhofer, 앞의 논문, 52면. 예컨대 사회보장법상의 지위와 관련하여 재산권상(제14조 제1항) 신뢰 보호의 의미에 대해서는 O. Depenheuer/J. Froese, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 14, Rn. 391.

81) 독일연방헌법재판소는 “신뢰보호의 헌법적 근거는 법치국가원칙에 있다.”고 판시한 바 있다. BVerfGE 108, 370 (396 f.). 이에 관한 상세한 논의에 대해서는 K.-P. Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20 Abs. 3 Rn. 292 이하.

82) 법제도(Rechtsinstanzen)에 대한 신뢰의 경험적 측정가능성에 대해서는 E. Blankenburg, Empirisch

실들(예를 들어 법률의 제정, 약관)에 근거하여 외부에서 인식할 수 있는 정당한(berechtigt) 신뢰기대에 한정된다.⁸³⁾ 상대방 또는 제3자가 경계를 침범하지 않을 것이라는 신뢰기대는 그 경계가 법에 의하여 설정되고 보호될 때 정당하게 된다.⁸⁴⁾ 이 점에서 사생활은 주어지는 것이 아니라, 법적 형성을 필요로 한다. 사생활보호와 관련하여 법은 제3자에 대한 관계에서⁸⁵⁾ 사적 관계의 경계를 설정하고, 사적 영역에 대한 접근조건(Zutrittsbedingungen)을 통하여 접근에 한계를 설정하며, 배제된 제3자의 침입으로부터 사적 관계를 보호하는 데 초점을 맞춘다.⁸⁶⁾ 예를 들어 정보보호법은 정보주체의 정보가 제3자의 공격으로부터 안전할 것이라는 신뢰(정보보안규정), 정보의 수집, 저장, 처리 또는 전송은 일정한 한계 하에 놓인다는 신뢰(투명성 규정), 정보처리에 있어 정보처리기관은 특정 절차와 조직 원칙에 구속될 것이라는 신뢰(절차 및 조직 규정)를 보호한다.⁸⁷⁾

4. 사회적 다원성

다수의 개인이 공유하는 공동의 사적 영역, 예를 들어 가족, 기업, 조합 등은 개인의 사생활에 상응하는 집단적 사생활을 형성한다.⁸⁸⁾ 이 점에서 타인의 존재를 사생활보호의 한계로 이해하는 개인적 사생활이해와 구별된다. 개인적 차원에서 논의된 내용은 집단적 사생활의 차원에도 그대로 유효하다. 구성원들은 공동의 사적 영역에 타인을 수용할 것인지 아니면 배제할 것인지를 결정할 권한을 공동으로만 행사할 수 있다. 그 결과 예를 들어 가족구성원과 외부자, 회원과 비회원 등이 구별된다. 수많은 구성원들의 결정권한은 내부관계

messbare Dimensionen von Rechtsgefühl, Rechtsbewusstsein und Vertrauen im Recht, in: Hof (Hrsg.), *Recht und Verhalten: Verhaltensgrundlagen des Rechts - zum Beispiel Vertrauen*, 1994, 90면 이하.

83) 미국 수정헌법 제4조의 수색(search)가 존재하는지를 판단하는 기준으로 제시된 사생활의 합리적 기대(reasonable expectation of privacy)에 대해서는 P. Wittmann, *Der Schutz der Privatsphäre vor staatlichen Überwachungsmaßnahmen durch die US-amerikanische Bundesverfassung*, 2014, 83면 이하. 특히 합리적 기대의 공식에 의하여 보호되는 “대화상황의 비밀성(Vertraulichkeit)에 대한 [정당한] 신뢰”에 대해서는 89면.

84) 이러한 이유에서 신뢰는 최근 사생활논의에서 주목받고 있다. 예컨대 A. Rosnagel, P. Richter, M. Nebel, *Internet Privacy aus rechtswissenschaftlicher Sicht*, in: Buchmann, *Internet Privacy. Eine multidisziplinäre Bestandsaufnahme*, 2012, 283면; H.-P. Bull, *Netzpolitik*, 2013, 74면 참고.

85) “신뢰의 대상은 오직 타인의 행동에 한정되며, 기술에 대한 신뢰는 존재하지 않는다.” J. Eichenhofer, 앞의 논문, 53면. 기계적 설비에 의한 연쇄작용이 관계에 미치는 영향을 고려하여 “비인간적 존재에 대한 신뢰”를 전개하는 견해로 Carsten Ochs/Martina Low, *Un/faire Informationspraktiken: Internet Privacy aus sozialwissenschaftlicher Perspektive*, in: Buchmann, *Internet Privacy. Eine multidisziplinäre Bestandsaufnahme*, 2012, 35면.

86) C. Gusy, 앞의 논문, 432-433면.

87) J. Eichenhofer, 앞의 논문, 54면.

88) C. Gusy, 앞의 논문, 449면.

에서 일정한 절차를 거쳐 단일하게 조직될 수 있다. 집단적 사생활은 외부자가 공동의 사적 영역에 권한 없이 접근하고 인식하는 것으로부터 보호한다. 예를 들어 영업 또는 업무상 비밀의 누설에 관한 형벌규정(독일부정경쟁방지법 제17조)⁸⁹⁾ 구성원의 신뢰를 보호하는 규정으로 평가될 수 있다.⁹⁰⁾

집단적 자기결정에 의한 내부자와 외부자, 회원과 비회원 등의 구별로 인해 사회는 조직적인 분화를 겪는다.⁹¹⁾ 사회는 더 이상 총체가 아닌 부분, 즉 조직된 사회로 평가될 수 있다. 마찬가지로 조직적으로 분화된 사회에서 개인도 더 이상 총체로서 존재하지 않는다. 개인은 인격의 총체가 아니라 개별 사회조직의 구성원으로 존재한다. 개인을 사회조직의 구성원으로 간주하더라도 조직된 사회에 속하지 않는 사적 공간, 통신 그리고 생활공동체는 여전히 개인의 자기결정 하에 놓여있다. 이러한 관계를 토대로 조직된 사회 내에서 개인이 향유하는 사생활과 조직의 집단적 사생활이라는 세분된 사생활보호의 관념이 도출될 수 있다.

개별 사회조직은 그에게 귀속된 결정의 자유(Entscheidungsfreiheit)를 통해 구성원에 대한 결정뿐만 아니라 조직의 목적과 수단도 결정할 수 있다. 개인적 사생활로부터 시작된 논의는 사회조직의 자기결정에 이르러 다원적 사회의 형성을 위한 사회적 토대를 제공한다.⁹²⁾ 집단적 자기결정으로 인하여 각 사회조직들은 상이한 구성원, 상이한 목적과 수단을 지닌 다양한 사회조직으로 존재하게 된다. 목적이 동일한 경우에도 서로 경쟁적으로 목적을 추구함으로써 그 다양성을 유지한다. 자유로운 사회조직을 지배하는 것은 단일성이 아닌 다양성이다. 그리고 다양성은 기본권을 통하여 보장된다. 사회는 이러한 방식으로 다양한 조직들에 기초하여 조직되며, 단일한 사회가 아닌 다원주의적 사회로 발전할 수 있게 된다.

집단적 사생활의 주체로서 사회조직은 그로부터 배제된 제3자와 관계에서 형성을 필요로 한다.⁹³⁾ 개인적 사생활이 제3자의 이해 또는 공익과의 관계에서 경계를 설정하고 그로부터 보호되어야 하는 것과 마찬가지로 집단적 사생활도 사회적 관계 속에서 형성을 필요로 한다. 사회조직이 가지는 집단적 사생활이 공적 영역으로 확장될수록, 즉 집단이 더욱 뚜렷하게 공적 영역에 참여하고 국가, 공익 또는 제3자의 관심사에 주의를 기울일수록 법률로 형성할 필요성이 높아진다. 사생활의 법적 보장은 주어지는 것이 아니라 형성의 과제로 부과

89) 독일부정경쟁방지법상 영업 및 업무상 비밀의 누설(제17조)에 관한 상세한 설명은 M. Kloepfer, Informationsrecht, 2002, 264-265면.

90) C. Gusy, 앞의 논문, 450면.

91) C. Gusy, 앞의 논문, 450면.

92) C. Gusy, 앞의 논문, 450면.

93) C. Gusy, 앞의 논문, 451면.

되는 것이다.

V. 결 론

‘사적인 것’의 이해는 ‘공적인 것’과 대립관계에 기초하여 시도되었다. 사생활은 사회적 영역 밖에 존재하는 것이며, 사적 영역은 사회적 관습이 지배하는 곳으로 이해되었다. 타인, 무엇보다도 국가는 개인의 사생활에 개입하는 것이 금지되었다. 사생활보호의 구조는 일반적 인격권의 헌법적 논의와 함께 자기결정에 기초한 사적 영역에 대한 접근성 통제로 재구성되었다. 영역에 기초한 사생활보호는 인격관련성을 지닌 생활환경으로 대체되며, 폭넓게 확장되었다. 그러나 여전히 사적인 것은 공적인 것과 대립관계에 놓여 있다.

생활환경의 디지털화로 인하여 자기결정에 기초한 사생활보호는 도전에 직면하고 있다. 인간의 자율성에 기초한 자기결정권의 관념은 예측불가능성이 지배하는 기술사회에 적합하지 않은 것으로 보인다. 인지할 수 없는 것을 스스로 결정할 수는 없다. 또한 감시가 일상화되면서 사생활은 오히려 특별한 상황으로 인식되고 있다. 자기결정의 지위는 기술적 타자결정에 의하여 위협받고 있다. 또 다른 한계는 사적 영역과 공적 영역이 중첩되는 지점에서 드러난다. 대립적 이해에 기초한 논의는 두 영역이 중첩되는 영역에 기준을 제시하지 못하고 있다.

대안으로 제시되는 주장은 사생활의 사회적 측면을 해명하고, 기존의 논의를 보완하는데 목적을 두고 있다. 사회학적 논의에서 출발하는 대안은 사생활보호에 관한 흥미로운 관점을 제시한다. 그에 따르면 사생활은 더 이상 방어권이 아니라, 형식적 조건으로서 관계에 기초한 사회적 현실이다. 관계의 보호가치는 개인의 자기결정이 타인과의 관계 내에서 즉, 타인이 실재하고 그와 협력하는 가운데 실현될 수 있다는 점에서 도출될 수 있다. 자기결정의 대상은 이 관계에 타인을 수용할 것인지 여부이다. 수용된 자는 사생활의 내용이고 배제된 자는 그에 대한 제한이다. 사생활의 세분화는 자기결정의 결과이지 그의 한계에 해당하지 않는다. 타인을 수용하는 과정에는 사회학적 개념인 신뢰가 결정적인 역할을 수행한다. 관계의 형성, 변경과 소멸은 개인과 상대방 사이에 형성되는 신뢰의 형성 및 그 이행에 좌우된다. 사생활보호의 토대로서 신뢰는 사회적 영역 밖에 존재하기 때문에 형성을 필요로 한다. 법에는 신뢰가 현존하는 경우와 그렇지 않은 경우를 구별하는 경계를 설정하고, 제3자로부터 신뢰 영역을 보호할 과제가 부과된다.

개인적 사생활의 내용은 집단적 사생활에도 유효하다. 수많은 개인들은 공동의 사적 영

역을 형성한다. 집단적 자기결정은 비록 공동으로 수행한다는 점에 차이가 있지만, 상대방을 집단적 관계 내로 수용할 것인지 여부를 대상으로 삼는다. 수용과 배제의 과정을 거쳐 집단적 사생활이 형성되며, 개인적 사생활과 함께 사회 내에서 병존한다. 각 집단은 자기결정을 통하여 구성원, 목적, 수단 등을 결정하며, 이를 통하여 다양한 집단들이 존재할 수 있다. 집단적 사생활 또한 제3자와 관계에서 형성을 필요로 하며, 법은 집단의 사회적 관련성에 따라 집단적 사생활을 보장한다. 사회적 다원성은 이러한 방식으로 형성되고 법적으로 보장된다.

(논문투고일자: 2019. 5. 31 / 심사 및 수정일자: 2019. 6. 14 / 게재확정일자: 2019. 6. 17)

주제어 : 디지털사회, 정보사회, 사회적 사생활, 집단적 사생활, 사회적 자유, 제4차 산업혁명, 인터넷, 독일헌법, 신뢰, 다원주의

<참고문헌>

<단행본>

- Blankenburg, Erhard, Empirisch messbare Dimensionen von Rechtsgefühl, Rechtsbewusstsein und Vertrauen im Recht, in: Hof, Hagen (Hrsg.), Recht und Verhalten: Verhaltensgrundlagen des Rechts – zum Beispiel Vertrauen, Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges., 1994.
- Bull, Hans-Peter, Informationelle Selbstbestimmung – Vision oder Illusion?, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009. _____, Netzpolitik, Baden-Baden, Nomos, 2013.
- Coleman, James Samuel, Foundations of Social Theory, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990.
- Depenheuer, Otto/Froese, Judith, Art. 14, in: von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian, Grundgesetz, 7. Aufl., 2018.
- Di Fabio, Udo, Art. 2 Abs. 1., in: Maunz, Theodor/Dürig, Gunter (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Loseblatt, 85 Eng.-Lfg. (Nov. 2018).
- Dreier, Horst, Art. 2 Abs. 1, in: ders., Grundgesetz, Bd. I, 3. Aufl., 2013.
- Eichenhofer, Johannes/Gusy, Christoph, Digitale Identifizierung, in: Engemann, Christoph/Hornung, Gerrit (Hrsg.), Der digitale Bürger und seine Identität, Baden-Baden, Nomos, 2016.
- Einspanner-Pflock, Jessica, Privatheit im Netz, Wiesbaden, Springer VS, 2017.
- Honneth, Axel, Dezentrierte Autonomie: Moralphilosophische Konsequenzen aus der modernen Subjektkritik, in: Menke, Christoph/Seel, Martin (Hrsg.): Zur Verteidigung der Vernunft gegen ihre Liebhaber und Verächter, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1993. _____, Das Recht der Freiheit. Berlin, Suhrkamp. 2011.
- Horn, Hans-Detlef, Schutz der Privatsphäre, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), HStR VII, 3. Aufl., 2009, § 149.
- Einspanner-Pflock, Jessica, Privatheit im Netz, Wiesbaden, Springer VS, 2017.
- Kloepfer, Michael, Informationsrecht, München, Beck, 2002.
- Kube, Hanno, Persönlichkeitsrecht, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), HStR VII, 3. Aufl., 2009, § 148.
- Lamnek, Siegfried, Die Ambivalenz von Öffentlichkeit und Privatheit, von Nahe und Distanz, in: ders./Tinnefeld, Marie-Theres (Hrsg.), Privatheit, Garten und politische Kultur, Opladen, Leske + Budrich, 2003.
- Ochs, Carsten/Low, Martina, Un/faire Informationspraktiken: Internet Privacy aus sozialwissenschaftlicher Perspektive, in: Buchmann, Johannes (Hrsg.), Internet Privacy. Eine multidisziplinäre Bestandsaufnahme, Berlin u.a., Springer Vieweg, 2012.
- Oswald, Margit E., Vertrauen – eine Analyse aus psychologischer Sicht, in: Hof, Hagen (Hrsg.), Recht und Verhalten: Verhaltensgrundlagen des Rechts – zum Beispiel Vertrauen, Baden-Baden,

- Nomos-Verl.-Ges., 1994.
- Podlech, Adalbert, Das Recht auf Privatheit, in: Perels, Joachim (Hrsg.), Grundrechte als Fundament der Demokratie, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1979.
- Rohlf, Dietwalt, Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre, Berlin, Duncker & Humboldt, 1980.
- Rossnagel, Alexander/Richter, Philip/Nebel, Maxi, Internet Privacy aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: Buchmann, Johannes (Hrsg.), Internet Privacy. Eine multidisziplinäre Bestandsaufnahme, Berlin u.a., Springer Vieweg, 2012.
- Rössler, Beate, Der Wert des Privaten, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2001.
- Rüpke, Giselher, Der verfassungsrechtliche Schutz der Privatheit, Baden-Baden, Nomos, 1976.
- Schmitt Glaeser, Walter, Schutz der Privatsphäre, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), HStR VI, 2. Aufl., 2001, § 129.
- Simmel, Georg, Soziologie, 2. Aufl., München u.a., Duncker & Humboldt, 1922.
- Sommermann, Karl-Peter, Art. 20 Abs. 3, in: von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian, Grundgesetz, 7. Aufl., 2018.
- Stern, Klaus, Der Schutz der Persönlichkeit und Privatsphäre, in: ders., Staatsrecht IV/1, 2006, § 99.
- Sztompka, Piotr, Trust: a social theory, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999.
- Trepte, Sabine /Reinecke, Leonard, The social web as a shelter for Privacy and Authentic Living, in: dies., Privacy Online: Perspectives on Privacy and Self-Disclosure In the Social Web, Berlin u.a., Springer Berlin, 2011.
- Trute, Hans-Heinrich, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Rossnagel, Alexander (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, München, Beck, 2003.
- Vesting, Thomas/Korioth, Stefan/Augsberg, Ino, Einleitung, in: dies. (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.
- Wittes, Benjamin/Liu, Jodie C., The privacy paradox: The privacy benefits of privacy threats, The Brookings Institution, May 2015.
- Wittmann, Philipp, Der Schutz der Privatsphäre vor staatlichen Überwachungsmaßnahmen durch die US-amerikanische Bundesverfassung, Baden-Baden, Nomos, 2014.

<논문>

- Becker, Carlos/Seubert, Sandra, Privatheit, kommunikative Freiheit und Demokratie, DuD 2016, 73.
- Degenhart, Christoph, Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG, JuS 1990, 161.
- _____, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, JuS 1992, 363.
- Eichenhofer, Johannes, Privatheit im Internet als Vertrauensschutz, Der Staat 55, 2016, 41.
- _____, Privatheit und Transparenz in der Demokratie, Forschungsjournal Soziale Bewegungen 30, 2017, 133.

- Fried, Charles, Privacy, Yale Law Journal 77, 1968, 475.
- Geminn, Christian/Rossnagel, Alexander, „Privatheit“ und „Privatsphäre“ aus der Perspektive des Rechts, JZ 2015, 703.
- Grimm, Rudiger, Spuren im Netz, DuD 2012, 81.
- Gusy, Christoph, Privatheit und Demokratie, KritV 2015, 431.
- Nettesheim, Martin, Grundrechtsschutz der Privatheit, VVDStRL 70, 2011, 7.
- Nissenbaum, Helen, Privacy as Contextual Integrity, Washington Law Review 79, 2004, 119.
- Schoch, Friedrich, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Jura 2008, 352.
- Seubert, Sandra, Das Vermessen kommunikativer Raume, Forschungsjournal Soziale Bewegungen 30, 2017, 124.
- Siegel, Thorsten, Grundlagen und Grenzen polizeilicher Videoüberwachung, NVwZ 2012, 738.
- Thiel, Thorsten, Anonymität und der digitale Strukturwandel der Öffentlichkeit, Zeitschrift für Menschenrechte, 2016, 10.
- Worms, Christoph/Gusy, Christoph, Verfassung und Datenschutz, DuD 2012, 92.

<국문초록>

디지털사회와 사생활보호 법리의 재구성

— 독일에서의 논의를 중심으로 —

김 휘 흥 · 박 중 보

‘사적인 것’은 주로 ‘공적인 것’과 대립관계에 기초하여 이해되었다. 독일의 기본권해석론상 사생활보호는 먼저 인간의 존엄성 보장(독일기본법 제1조 제1항)과 이른바 “영역이론”에 따라, 나중에는 일반적 인격권(독일기본법 제2조 제1항 및 제1조 제1항)에 기초한 “자기결정”에 따라 이루어졌다. 생활환경의 디지털화로 촉발된 사생활보호의 위기는 대립적 관계에 기초한 ‘사적인 것’의 이해와 자기결정의 한계에서 기인한다. 개인은 자기결정에 기초한 수많은 정보보호조치들에도 불구하고 제한행위에 대한 인지가능성의 결여로 효과적인 사생활보호를 향유하지 못하고 있다. 오히려 기술적 접근가능성의 확대로 자기결정은 타자결정으로 대체되고 있다. 대립적 관계에 기초한 ‘사적인 것’의 이해는 생활환경의 디지털화로 확대되고 있는 중첩영역에 대한 명확한 기준을 제시하지 못하고 있다.

사회학적 논의에 토대를 둔 기본권의 사회적 이해는 개인의 자유를 사회적 제도 안에서 비로소 추구될 수 있는 대상으로 간주한다. 자유는 개인에게 부여된 것이 아니라, 사회 내에서 타인과 상호승인의 관계를 형성할 때 추구될 수 있다. 개인의 자기결정 또한 사회적 상호작용과정의 산물에 해당한다. 사생활은 상호적 승인의 과정에서 형성되는 사회적 현실로 이해된다. 타인의 존재와 협력을 상정하기 때문에 사생활은 ‘관계’에 기초하여 형성된다. 개인은 타인을 사적 관계에 수용할 것인지 여부를 스스로 결정할 권한을 가진다. 자기결정의 행사와 함께 사생활의 내용과 제한이 결정된다. 이 점에서 사생활은 주어진 것이 아니라 형성을 필요로 하는 사회적 현실이다. 사생활의 법적 보호의 필요성은 자기결정의 행사에 놓인 ‘신뢰’에서 도출될 수 있다. 상호승인에 도달하는 과정에서 표현된 양측의 ‘기대’가 확실한 수준에 이르렀을 때 결정권자는 타인을 사적 관계에 수용한다. 다만 보호되는 신뢰는 특정사실에 근거하여 외부에서 인식할 수 있는 정당한 신뢰기대에 한정된다. 신뢰는 기대의 근거가 되는 경계가 법에 의하여 설정되고 보호될 때 정당한 신뢰기대가 된다. 사생활의 법적 보호는 사적 관계의 경계를 설정하고, 접근조건을 통하여 한계를 설정하며, 배제된 제3자로부터 사적 관계를 보호하는 데 초점을 맞춘다.

개인적 차원의 사생활은 집단적 차원에도 동일하게 유지된다. 수많은 개인들은 공동의

사적 영역을 공유함으로써 집단적 사생활을 형성한다. 집단의 구성원들은 외부인을 집단에 수용할 것인지 여부뿐만 아니라 집단의 목적과 수단도 결정한다. 그 결과 사회조직은 다양하게 분화되며, 사회는 이처럼 조직된 사회로 구성된다. 집단적 사생활에 기초한 자유로운 사회조직은 사회적 다원성에 토대를 제공한다. 물론 집단적 사생활의 경우에도 사회조직은 그로부터 배제된 제3자와 관계에서 형성될 것을 요구한다.

<Zusammenfassung>

Rekonzipierung des Privatheitsschutzes in der digitalen Gesellschaft

Hwihong KIM* · Jong-Bo PARK**

Das Private ist grundsätzlich in der Dichotomie mit dem Öffentlichen erfasst worden. In der deutschen Grundrechtstheorie ist die Privatheit oder -sphären tendenziell geschützt worden. Anfänglich mit der Menschenwürdegarantie (Art. 1 I GG) sowie sog. »Sphärentheorie«, später mit der dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) zugrundeliegenden »Selbstbestimmung«. Dieses Konzept ist aber bereits überholt.

Ein alternatives Konzept beginnt mit dem sozialen Freiheitsverständnis. Danach lasse sich die Freiheit erst in oder mit den sozialen Institutionen verwirklichen. Frei sei das Subjekt allein dann, wenn es im Rahmen institutioneller Praktiken auf ein Gegenüber trifft. Ein Verhältnis wechselseitiger Anerkennung entsteht dadurch. Ein Subjekt könne eine Verwirklichungsmöglichkeit seiner eigenen Ziele in den Zielen anderer erblicken. Vorausgesetzt werden die Anwesenheit und Mitwirkung Dritter. Die Privatheit sei als »soziale Praktik« zu erfassen. Ihr Inhalt und Eingriff lasse sich dann bestimmen, wenn Inklusion oder Exklusion in die privaten Beziehungen durch die Selbstbestimmung wahrgenommen werden. Daher ist Privatheit nicht vorgegeben, sondern erfordert eine Gestaltung. Die Schutzwürdigkeit findet sich im »Vertrauen«, die seinerseits hinter der Ausübung der Selbstbestimmung steht.

Geschützt ist eine Vertrauenserwartung, die aufgrund bestimmter Tatsachen nach außen erkennbar sowie berechtigt ist. Rechtlich relevant wird Vertrauen erst, wenn es – aufgrund anderer rechtlicher Wertungen schutzwürdig ist. Beim rechtlichen Schutz handelt es sich schließlich um Grenzziehung der privaten Beziehung von Dritter, Zugangseinschränkung durch Zugangsbedingungen und Schutz vor den exkludierten Dritten.

* Doktorand, Ludwig-Maximilians Universität München.

** Professor of Law, Hanyang University.

Schlüsselwörter: *Digitale Gesellschaft, Informationsgesellschaft, Industrie 4.0, Soziale Privatheit, Kollektive Privatheit, Soziale Freiheit, Internet, Grundgesetz, Verträgen, Pluralismus*