

진보네트워크센터 회원을 모집합니다

<http://www.jinbo.net>

진보네트워크센터는 사회운동의 올바른 정보화를 지원하고
정보기본권을 확보하기 위해 싸우는 사회 단체입니다.

진보네트워크센터의 회원은,
권력으로부터 독립적이고 민중에게 열려있는 네트워크와
자유롭고 평등한 인권이 보장받는 정보사회를
만들기 위해 노력합니다.

"자본과 국가권력이 통제하는 정보사회를 반대하는 사람"

"카피레프트를 지향하는 사람"

"사이버 공간에서도 인권을 보장받아야 한다고 생각하는 사람"

"모두에게 열려있는 정보사회를 실현하고 싶은 사람"

그리고 "왠지 진보네트워크가 좋은 사람" ...

사려깊고 열정적인 당신의 참여를 기다립니다.

갈수록 제멋대로인 자본의 정보화에 뺨을 박읍시다. 저항합시다!

토론회

정보기본권이란 무엇인가?

일시 : 2002년 7월 3일(수) 오후 3시30분

장소 : 영상미디어센터

주최 : 진보네트워크센터

후원 : 한국정보문화운동협의회

정보기본권이란 무엇인가
2002.7.3
진보네트워크센터
인권정보자료실 CPh1.49

토론회

정보기본권이란 무엇인가?

일시 : 2002년 7월 3일(수) 오후 3시30분

장소 : 영상미디어센터

주최 : 진보네트워크센터

후원 : 한국정보문화운동협의회

글 읽는 순서

II 발제문

정보화, 정보기본권, 그리고 헌법

- 그 헌법적 의미와 전망 / 한상희 · 9

정보화 사회의 기본권 / 장호순 · 46

II 토론문

정보기본권 - 표현의 자유 입장에서 / 김기중 · 65

정보공유와 지적재산권 / 박성호 · 68

「정보기본권이란 무엇인가」에 대한 토론문 / 김배원 · 72

프라이버시 / 이은우 · 별지

II 진보네트워킹센터 소개

발제문

1. 정보화, 정보기본권, 그리고 헌법 - 그 헌법적 의미와 전망
/한상희 ·9

2. 정보화 사회의 기본권 / 장호순 ·46

정보화, 정보기본권, 그리고 헌법 · 그 헌법적 의미와 전망

한 상 희 (건국대 법대)

1. 서 론

정보화로 인한 사회변화의 양상을 설명하는 단절론과 연속론¹⁾은 보기 나름으로는 정보기술의 발전이 사회에 미친 영향을 어느 관점에서 보느냐에 달려 있다고도 할 수 있다. 여기서 무엇보다도 분명한 것은 정보화라는 현상이 본격적으로 사회적 이슈가 되기 시작한 것은 불과 십 수년에 불과하며, 현재 우리가 당면하고 있는 정보통신기술의 발전 또한 멀리 보아도 약 40년 정도의 시간적 경과만을 보이고 있다는 점이다. 즉, 정보화에 대한 단절론이 예정하고 있는 사회적 변화태라는 것도 아직은 완전히 발현되지 못하고 있는 상황이며, 연속론이 말하고 있는 미시적 내지는 국면적 전환이라는 관점 역시 아직은 진행중인 정보화과정에서 일견 성급할 수도 있는 판단이기도 하다. 이러한 시점에서 정작 이러한 두 가지의 사고유형으로부터 필요한 것은 오히려 그 발전의 정향을 어떻게 추구할 것인가이다.

오늘날 소위 “정보기본권”을 거론하면서 이를 헌법에 명문화하자는 논의가 조심스럽게 나오고 있음도 이와 같은 인식준거에 기반한다. 정보화가 우리의 정치·사회생활방식을 변형시키고 있다는 인식에 의거하여 그 정보화의 과정에서 변형되는 기본적 권리들을 확정하고 이를 헌법개정작업을 통하여 헌법적 보장의 대상으로 고양시키자는 논의가 그것이다. 물론 이 정보기본권 헌법화의 논의는 아직까지는 막연한 제안 정도로 제시되고 있는 실정이어서 그 구체적인 내용이 어떤 것인지 밝혀지지 않고 있다. 그러나 그럼에도 대체적인 분위기는 표현의 자유나 사생활권(특히 자기정보통제권), 정보접근권 등 개별적인 권리항목들에 집중되는 경향을 보인다. 하지만, 이러한 논의들은

1) 이에 관하여 자세한 것은 한상희, 정보화시대와 헌법의 해방적 관심 : 헌법정치를 위한 시론, 민주법학 13, 1997 참조

보기 나름으로는 정보화로 인한 변화·변혁을 말하면서, 다른 한편으로는 기존의 권리담론-근대 입헌주의적 의미에서의 권리-들을 그대로 반영하고 있는 이율배반성을 가지기도 한다. 환언하자면, 매체중립적인 입장에서 쓰여진 우리 헌법에 매체중속적 내지는 매체관련적 내용을 무리하게 가미하고자 하는 가운데, 사이버문화나 사이버평크와 같은 문화적 다양성의 문제나 심의적 민주주의를 핵심으로 하는 '전자민주주의'의 가능성은 "정보기본권"이라는 이름 하에 희석되거나 배제되는 양상을 보이고 있는 것이다.

이 글은 이러한 관점을 바탕으로 정보화와 헌법 및 국법의 관계를 규명하면서 기존 헌법이 어떻게 정보화의 추세와 결합되며-또 결합되어야 하는지-, 만약 헌법개정이 이루어진다면 어떠한 식으로 정보화의 담론들이 그 개정된 헌법에 의하여 구조화될 수 있을 것인지를 살펴보고자 한다. 그래서 다음 장에서는 정보화·혹은 정보사회현상이 헌법에 대하여 던지는 충격양상들을 살펴보고, 이에 대한 헌법적 규율은 어떤 식으로 이해되어야 하는지를 이어서 분석·평가해 볼 것이다. 그리고 이를 바탕으로 정보기본권의 의미와 그 구성요소를 찾아보면서 그것이 현행헌법에 어떻게 반영되며 헌법상의 흡결가능성은 없는지-만약 있다면 어떠한 헌법개정이 필요할 것인지를 살펴볼 것이다.

2. 정보와 국가 정보기본권의 도출을 위한 예비적 분석

정보화가 사회구조의 변화에 어떠한 영향을 미치고 있는가는 보는 관점에 따라 다를 수가 있다. 더우기 그것이 미래에 어떠한 결과를 야기할 것인가에 대하여는 더욱 다양한 논의가 제시될 수 있다. 하지만, 그럼에도 불구하고 적어도 현상으로서 또는 예측가능한 변화수준이라는 점에서 정보화의 사회구조적 영향을 서술할 수는 있을 것이다. 왜냐하면 정보화는 미래학자들이 주장하듯 자유와 자기지배, 자기실현의 기회가 넘치는 찬란한 미래를 약속하고 있기도 하지만, 그와 동시에 기술회의자들이 말하듯, 기존의 권력관계가 그대로 관철되거나 강화되는 계기로서 작용하기도 한다. 그것은, 그 동안 소수의 정치적·경제적 권력엘리트의 수중에 장악되어 있던 정보에 일반인들이 접근할 수 있는 통로를 제공하고 있을 뿐 아니라, 그를 통하여 다양한 의사소통을 할 수 있는 기회를 제공함으로써 현실적 장벽의 존재여부에 관계없이 자신의 욕망을 그대로 구현할 수 있는 정체성 실현의 기회를 제공한다. 그러나 이와 더불어 그것은 그 정보네트워크를 따라서 기존의 권력집단들이 자신들의 권력을 강화할 수 있는 가장 효율적이고 능동적인 메카니즘을 구축할 수 있도록 하고 이를 통하여 개인의 일상생활을 항시적으로 감시·감독할 수 있는 터전을 제공한다. 정보화는 삶의 기회를 확대하는 한편, 경우에 따라서는 경제적 이윤추구의 동기에 굴복하여 삶의 폭을 획일화하고 편협한 것으로 만들어 버릴 가능성 또한 가지고 있다.

이하에서는 이 점들을 중심으로 "인권의 적들"이 정보사회에서 어떠한 양상으로 발현되는가를

살펴보고 여기서부터 "항의적 권력"으로서의 정보기본권의 내연들을 모색해 보기로 한다.

2.1. 정보국가 v. 초감시국가

국민국가는 철저히 정보의 독점 및 장악에 의하여 형성되는 권력 위에서 존재하는 국가이다. 그리고 오늘날과 같은 정보통신기술이 발전된 상황에서는, 고용량 초고속의 정보처리매체를 집중적으로 관리할 수 있는 자는, 동시에 모든 정보의 흐름을 제어하고 그로부터 감시와 통제에 필요한 유효적절한 정보를 획득할 수 있게 되는 것이다. 따라서 오늘날의 정보통신기술의 발전은 전통적인 정보개념을 더욱 심화발전시키면서 국가의 중요한 기능수단이자 기능영역을 구축하게 된다. 하지만, 정보화가 이렇게 국가기능의 합리성을 강화시키는 수단으로 특징지워지는 것에 머문다면 그것이 아주 예외적인 경우-프라이버시의 문제나 검열의 경우-를 제외하고는 그 자체로서는 별다른 헌법적 관심은 되지 못할 것이다. 기존의 제한국가(limited government)의 이념이나 법치국가 등의 원리를 적용함으로써 어떻게 국가권력의 남용을 통제할 것인가 하는 전통적인 헌법문제로도 충분히 감당할 수 있기 때문이다.

문제는 이와 같은 국가의 첩보(Intelligence)행위-의도적이고 목적합리적으로 체계화된 정보수집 행위-보다도 포괄적이고 무차별적인 감시활동 즉, 모니터활동에서 나타난다. 이것은 불특정 다수의 시민을 상대로 그들의 구체적인 행동이나 신원을 포착하고 일정한 기준에 해당하는 행동 또는 신원자를 식별하기 위하여 이루어진다. 고속도로상에서 과속하는 차량을 적발하거나, 시위나 집회에서 주동자 또는 수배자를 찾기 위하여 감시카메라를 설치한다든지, 또는 우범지역이나 현금자동지급기에 CCTV를 설치하여 범죄를 예방하거나 또는 범죄발생시에 신속하게 경찰이 출동할 수 있도록 하거나 사후 범죄사실에 대한 입증자료로 활용하는 경우가 그것이다.

이와 같은 모니터는 크게 세 가지의 목적에 봉사한다.³⁾ 첫째가 첩보에 있어 가장 선행하는 일반적 정보수집의 단계에 해당하는 것으로, 필요에 따라 체계화·구조화된 정보를 수집하기 위하여 그 정보대상의 특성들을 관찰하고 일정한 기준에 의하여 필요한 정보요소들을 추출하는 행위가 모니터이다(정보수집으로서의 모니터). 둘째, 그것은 모니터되는 자들-감시대상을 구분하고 구획하기 위한 작업이기도 하다. 즉, 특정한 국가행위의 대상이 되는 자 또는 대상이 될 수도 있는 자를 그렇지 않는 자로부터 구분하고, 전자에 대하여는 처벌이나 배제와 같은 소극적 제재를 가하고, 경우에 따라서는 그들을 추적할 수 있는 기회를 확보하게 된다. 또는 예방적인 수준에서 국가행위의

2) A. Giddens, *The Nation State and Violence* (Cambridge: Polity, 1985)

3) 통상적으로 감시는 C. Dandeker에 의하면 다음 세 가지의 목적적 행위 또는 그들의 복합으로 이루어진다. (1)사람이나 객체에 대한 (유용하다고 전제되는) 정보를 수집하고 저장하는 것 (2)지시를 하거나 자연적 또는 인위적 환경을 물리적으로 디자인함으로써 사람이나 객체의 행동을 감독(supervision)하는 것. 감옥이나 도시계획 등에서 보듯, 구조(architecture)는 사람을 감독함에 있어 중요한 부분을 차지한다. (3)정보수집활동을 감독하여 있는 자의 행동, 그리고 피치자인 사람의 경우에는 지시에 대한 그의 복종을 모니터하는 업무에 적용하는 것. C. Dandeker, *Surveillance, Power and Modernity: Bureaucracy and Discipline from 1700 to the Present Day*(1990); Whittaker, op.cit., p.32에서 전제

대상이 될 수 있는 자들을 위협인자로 특정하고 이에 대하여 사전에 검속하거나 억지적 경고를 보내기도 한다(위협배제 또는 지배로서의 모니터). 하지만, 이러한 목적보다 더 중요한 것이 바로 세 번째의 혼육의 효과이다. Foucault가 말하는 판옵티콘이 의도하는 기능이 바로 이것으로, 감시자 또는 모니터를 하는 자는 전체 사회나 전체 대중에 대하여 그러한 감시 또는 모니터가 이루어지고 있음을 주지시키고 그에 의하여 일정한 공적 체계가 가해짐을 알림으로써 피지배자인 대중들이 그러한 규율 자체를 자신의 의식속에 내재화하도록 유도하는 일종의 지배의 수단으로서의 기능을 말한다(혼육으로서의 모니터).

하지만, 이 혼육으로서의 모니터는 단순히 어떠한 규칙(예컨대 쓰레기투기 금지)에 대한 이행(쓰레기봉투의 이용)이라는 일면적인 명령-복종의 관계에 머무르지 않는다. 그것은 지배의 관계를 이런 식의 국지적 수준에만 머무르게 하지 않는다. 오히려 사회적 관계들을 분할하고 계열화, 위계화함으로써 권력현상이 사회 모든 부분에 편재하도록 만든다.⁴⁾ 그래서 사회내에서 지배하고 있는 일련의 권력관계들이 가족이나 성, 지식, 기술 전체에 확산되도록 하는, 그리고 이를 바탕으로 그 사회내에서 (지배적) 의미와 가치를 가지는 담론을 형성하며 그 담론에 진리가(眞理價)를 부여한다. 전체로서의 권력관계를 사회의식의 수준에서 정당화하고 그것을 정상적인 것으로 인식하도록 대중의 의식 자체를 바꾸어버리는 것이다.

여기서 가장 문제로 되는 것은, 컴퓨터가 자기성찰적(self-reflexive) 기능을 겸비하면서 자신이 저장하고 있는 데이터베이스에 스스로 정보를 추가하면서 그 판단의 정교성을 확장하고 이를 바탕으로 그 다음의 절차를 진행하는 자동화의 단계이다. 자동인식기술과 데이터베이스의 발전이 행동과학과 연계됨으로써 모니터되는 사람들의 행동이나 언어등을 스스로 분석하여 그것이 범죄연관 행위인지 아니면 일상적인 대화행위인지를 평가하고 전자에 해당할 경우에는 계속하여 그를 감시하고 경찰등에 통보하는 한편, 그에 관한 일련의 데이터베이스를 추적하면서 그에 상응하는 수사를 계속한다. 물론 이 과정에서 컴퓨터는 새로이 입력되는 정보를 바탕으로 자신의 데이터베이스와 그 처리과정을 업데이트하게 된다. 그래서 컴퓨터 및 데이터베이스에 (법)규범이 포함됨으로써 법집행의 과정이 상당부분 사건의 발생단계에서 인지한다는 것에서부터 관련된 자료·증거에 대한 실질적인 수사에 이르기까지의, 현실적인 수준에서는 상당히 의미를 가지는 부분까지 인공지능적으로 자동화된 메카니즘이 담당하게 된다.⁵⁾ 한마디로, 정보화국가에 있어서의 감시는 일반예방적 순찰의 수준이나 첩보의 초기단계에서부터 더 나아가 판단과 결정, 그리고 집행까지도 담당하는, 국가권력이 아주 깊숙한 부분까지도 장악하고 있는 것이다.

이러한 국가의 감시-정보행위는 그것이 단순히 「국가권력의 행사 v. 프라이버시 혹은 사생활의 권리」의 도식속에서만 처리될 문제는 전혀 아니다. 감시국가의 모습은 정보통신기술의 발전과 더

4) 이 점에서 푸코는 권력의 주체를 오로지 국가에만 한정하지 않는다. 국가는 여러 권력관계의 상층에 존재하는 상부구조일 뿐이다. 자세한 것은 이정우, "푸코 사상의 여정," 미셸 푸코 (이정우 역해설), 담론의 질서, 새길, 1993, 148면 이하 참조.
5) 관련된 논의로서 T. Jordan, Cyberpower: The Culture and Politics of Cyberspace and the Internet(London: Routledge, 1999), pp.197ff 참조 그는 이를 Superpanopticon으로 설명하고 있다.

불어 그 질에 있어서나 양에 있어 엄청난 발전을 거듭하면서 국가에 대립하는 존재로서의 시민사회 및 개인의 존재양상을 총체적으로 재구성하는 단계에까지 이르고 있다는 점에서 문제가 발생한다. 그것은 양에 있어서 모든 사회생활관계 또는 개인정보들을 포괄하는 한편, 그것을 가장 미세하고도 세부적인 부분까지 정보를 집적하고 있으며, 질적 수준에서도 이렇게 수집된 정보들을 대조/비교, 교차, 조합, 분류/유형화, 체계화, 예측 및 검증 등 일련의 과정을 통하여 처리함으로써 하나의 중앙(center) 또는 복수의 중앙들이 자신(들)의 정책목표에 따라 개인과 사회를 재구성할 수 있는 여지를 마련한다. 그리고 여기서 세 가지의 헌법문제가 발생한다.

① **국가/시민사회의 단절현상:** 그것은 국가와 국민생활의 괴리현상을 야기하여 자의적인 국가작용이 이루어질 수 있게 한다. 국가가 국민들의 생활관계를 있는 그대로 파악하고 그에 따라 국가적 또는 행정적 의사결정을 하며 또 집행하는 것은 자기지배의 원리를 바탕으로 이루어지는 민주주의의 원칙상 너무도 당연한 헌법적 요청이다. 하지만, 정보화의 과정에서 국가가 수집하는 정보들이 현실생활과는 다른, 기호화·분편화된 형태의 단위정보로 구성되고 그것이 다시 국가에 의하여 형성되는 체계에 의하여 재조합되는 과정에서 국민들의 욕구와 의지들이 국가 자체의 욕구와 의지에 의하여 획일적으로 구성되는 왜곡된 현실을 야기할 수 있다. 서론에서도 생활보호행정과 관련한 예로써 설명하였듯이, 국가가 수집한 단편적인 정보들이 그 자체의 수행성원리에 의하여 역으로 국민생활을 엮어 내고, 국가는 이렇게 인공적으로 조합된 가상적 생활을 실제의 국민생활로 파악하게 되는 단절적 상황이 발생할 수 있는 것이다.⁶⁾

② **관료주의적 왜곡의 가능성:** 이러한 단편적 정보에 의한 국가과정에서 관료적 합리주의의 내지는 관료주의적 편의주의가 작용하게 되는 경우에는 그나마의 정보마저도 취사선택되거나 왜곡됨으로써 국민생활은 더욱 더 국가작용으로부터 소외되고 그 반작용으로 국가는 전례없이 강력한 권력을 장악하는 역작용이 예상될 수 있다. 정보시설(컴퓨터, 통신망 등)이나 정보기술(정보처리의 기술적·전문적 능력), 정보인력의 불균형, 그리고 정보 자체의 불균형이 오늘날과 같은 정보화시대에서는 그 자체가 곧장 권력의 불균형으로 이어지는 것이다. 특히 이 과정에서 전문적 지식을 갖추고 있는 행정관료들은 일반국민에 비하여 엄청난 양의 정보들을 자신의 패러다임에 상응하게 분석하고 처리할 수 있음으로 인하여 자신의 권한과 조직을 강화하는 행태를 야기할 수도 있다. 뿐만 아니라, 정보의 쌍방향성은 행정업무의 저효율성을 초래하거나 역으로 행정관료의 독단을 정당화하는 기능을 할 가능성도 있다. 수많은 민원사항이 정보망을 통하여 동시다발적으로 제기됨으로써 한정된 자원을 가진 정부로서는 대처불능의 상황에 빠질 수도 있고 또 그를 이유로 행정관료가 이 정보들을 자의적으로 선별하여 부분이만 정책으로 반영하는 행태를 야기할 수도 있다.⁷⁾ 더불어

6) J. Rosen, The Unwanted Gaze: the destruction of Privacy in America(NY:Random House, 2000), pp.159-167은 이러한 문제점을 잘 지적하고 있다. 그는 개인에 관한 단편화된 정보가 순수한 지식으로 혼동이 되고, 그래서 그것이 그 사람의 관심이나 복합적인 인격의 전체를 잘 못 그려내고 있는 현실을 묘사하면서 정보가 구체적인 맥락을 어떻게 호도하고 있는가를 보여준다.

어 국민들간의 정보능력의 불균형으로 인하여 일정한 사회계층은 애당초부터 정책결정과정에서 소외될 가능성조차 존재하는 것이다.

③ **초감시국가: 절대권력의 가능성:** 이 문제는 위의 두 가지보다 더욱 더 심각한 헌법적 관심대상이 된다. 정보통신기술의 발전이 냉전체제와 복지국가의 요청에 의하여 이미 강화된 정보국가로 하여금 보다 효율적인 형태로 국민들을 항시적으로 감시하고 통제할 수 있는 틀을 확보할 수 있도록 한다. 그것은 국가를 중심으로 모든 국민생활들이 중앙집권적인 통제하에 놓이게 할 뿐 아니라, 국가가 관리하는 정보를 중심으로 국민들이 자신들의 생활을 재구성하도록 함으로써 문자 그대로 초국가(superstate)로서의 감시국가(state of surveillance)가 등장할 수 있도록 한다.⁸⁾ 국가가 자신에 관한 정보를 확보하고 있고, 그것을 통하여 자신의 일상생활을 포착하고자 노력하고 있다는 인식으로 인하여, 국민들은 일종의 자기검열에 의하여 국가가 원하지 않는 행동을 자발적으로 회피하는 동시에 그러한 생활방식 자체를 자신의 것으로 내재화함으로써 스스로 국가에 길들이는 - 그럼으로써 자신을 국가에 종속시키게 되는 통제국가가 등장할 수 있게 되는 것이다. 그것은 모든 인간의 내면에 작용하여 그들이 항시적으로 감시당하고 있다는 의식을 잠재화시킴으로써 현실적인 감시와는 관계없이 권력에 의하여 설정된 행위준칙을 준수하게 되는 인간 즉, 규율된 인간을 만들어낸다. 그래서 이 판옵티콘은, 모든 인간에 대하여 그들의 의식과 생활관계까지도 지배하는, 권력의 효과를 가장 세부적이고 깊숙한 곳까지 확장시키는 "판옵티시즘(panopticism)"의 메카니즘을 구축하게 된다.⁹⁾

요컨대, 정보화는 국가과정의 측면에서는 결코 장미빛 희망만을 약속하는 것은 아니다. 그 이면에서 국가로 하여금 거대한 원형감옥을 설치할 수 있는 여지를 남겨 두는 것이다. 정보인프라의 구축과 관리의 주체로서, 최대의 정보자원과 능력의 보지자로서의 국가는 관료들이 가지는 전문

7) 컴퓨터를 이용한 직접민주주의를 급진적으로 추구하고자 하는 T. Stryker의 극도민주주의(super-democracy) 계획을 비판하는 D. Shenk는 정보의 과잉이 " 좋지 않은 의사결정"을 초래함을 지적하고 있다. D. Shenk, 전제역서, 제11장 참조 더 나아가 전자민주주의의 담론들에서 제기되는 직접민주주의의 논의들은 집행부가 자신을 견제하는 의회를 우회하기 위한 수단으로 이용될 가능성을 언제나 내포하고 있다는 점도 문제된다.

8) 이는 전술하였듯이 자기정보통제권과는 별개의 개념이다. 자기정보통제권은 이미 국가가 장악하고 있는 정보에 접근하고, 또 통제하는 권리일 따름이지, 자신에 관한 어떠한 정보를 어떻게 투입하고 디자인하도록 할 것인가에 관한 권리는 아니다. 그래서 자기정보통제권은 기존의 정보에 대한 권리라는 점에서 이차적이고 소극적인 것에 불과하다.

9) M. Foucault, *Surveiller et punir*(1975), trans. A. Sheridan, *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*(N.Y.: Pantheon, 1978), 216. 이러한 감시는 Bentham의 panopticon과는 다른 특성을 가진다. Bentham이 예초 원형감옥을 말할 때에는 중앙의 감시자가 구체적으로 존재하고 이 감시자가 자신에게만 개방된(피감시자는 바라 볼 수 없는) 건축구조를 통하여 피감시자의 모든 행동들을 감시하게 만들어졌다. 하지만, Foucault의 원형감옥은 중앙의 감시자 자체가 추상화되고 편제화되어 있을 뿐 아니라, 원격조종에 의한 항시적인 감시가 가능하다는 점에서 전자와는 차이가 난다. 그리고 특히 정보화사회에 있어서의 원형감옥은 원격감지(remote sensing)의 방식을 취하면서 네트워크의 구조에 따라 다원적이고 다층적으로 편제되어 있어 피감시자의 입장에서 자신은 현재 감시당하는지 또는 누구에 의하여 감시당하는지를 알 수 없게 된다. 이 불확실성이 피감시자로 하여금 감시의 불안함을 느끼고 이 불안함을 경감하기 위하여 자신의 행동을 감시자의 의사에 조정하는, 항시적인 통제를 가능케 한다. 이에 관하여 자세한 것은 O. H. Gandy, Jr., "The Surveillance Society: Information Technology and Bureaucratic Social Control", *Journal of Communication*, vol.39 No.3, 1989 참조.

기술성과 결합하여 국내에 존재하는 모든 정보를 자신의 의지에 따라 마음대로 처리하고 분석·평가할 수 있는 상태에 들어서게 되는 것이다. 이러한 가능성은 반대로 국민의 편에서는 모든 사적 사항들이 국가에 대하여 노출됨을 의미하며 언제나 감시와 감독의 대상이 됨으로써 결국에는 민주 질서의 기반을 이루는 정치적 의사소통 그 자체가 단절될 가능성까지 의미하게 된다. 뿐만 아니라, 그 정보의 흐름을 국가가 통제하게 됨으로써 국가는 스스로 공개가능한 정보와 공개되지 않아야 할 정보를 유효하게 선별, 시행할 수 있게 된다. 이는 인간행위의 가장 기반을 이루는 인식의 근거 내지는 대상 자체를 국가가 통제·관리함을 의미하며, 결과적으로 국가가 국민의 인식과, 그를 바탕으로 한 사고 및 행위까지도 통제할 수 있음을 의미하게 된다.¹⁰⁾ 이 점에서 법과 강제를 통한 폭력적 지배를 행하였던 전체주의적 지배양식은 비교도 되지 않을 만큼, 정교하고도 은밀한 구조적 지배체제가 형성되는 것이다.¹¹⁾ 결국 정보화는 가장 악한 극단에서는 헌법에서 보장하고 있는 민주정부의 이념 자체에 대한 도전이자 동시에 인간성의 본질에까지 국가의 통제력이 행사되는 최첨단의 전체주의를 형성할 가능성을 내포하고 있다고도 할 것이다.¹²⁾

2.2. 정보화와 질서유지

정보가 앞에서 본 바와 같이 국가의 전유물로 존재하던 시대와는 달리, 모든 국민의 일상생활속에 침윤하여 중요하거나 또는 적어도 어느 정도의 의미를 가지는 생활수단으로 존재하게 되는 정보화사회에 있어서는 정보와 관련한 행위 또는 정보 그 자체가 국가적 통제의 대상이 되어야 하는 경우가 발생하게 된다. 즉, 정보를 통하여 어떠한 다른 국가목적 달성을 위한 행위로 나아갈 수 있는 수단으로서 정보의 의미를 포착하는 것이 아니라, 정보 그 자체를 중심으로 국가와 국민간의 관계가 설정될 수가 있다. 그것은 일반국민들이 정보 또는 정보행위를 통하여 다른 사람의 권리를 침해하거나 사회적 법의 내지는 국가적 법익을 침해하는 경우 또는 국가가 정보를 중심으로 새로운 사회적 관계를 형성하고 이를 기준으로 그 관계를 침해하거나 훼손하는 자를 통제하는 경우를 말한다.

하지만, 이러한 형태의 국가작용은 그 자체로서는 기존의 형법이나 여타 단행법률의 규율대상에 들어가는 것이고 따라서 그것을 별도로 헌법적인 맥락에서 다루어야 할 필요는 거의 없다. 다만 문제는 이러한 국가의 규율·처벌행위가 정보화사회에 있어서는 보다 커다란 의미를 가진다는 점에

10) Habermas가 말하는 생활세계의 식민화현상은 대체로 사회국가원리에 입각한 국가영역의 확대에 따른 의존성강화로 말미암은 것이지만 이러한 정보화의 비관적 문제설정은 생활세계 그 자체가 모두 국가적 감시영역내로 편입됨으로써 생활세계의 존재 자체가 위협을 받고 있는 것이라 할 것이다. 그래서 이 부분과 관련하여 공공영역의 현저한 축소경향에 관한 우려가 나타난다. 결국 우리 헌법학에서 당연한 전제로 제시되고 있는 국가사회의 2분법적 사고는 이 점에서 그 기저가 흔들리게 된다.

11) 이러한 논의의 가능성은 인터넷이나 단위 정보망(인트라넷 LAN 등)의 보안장치가 국가기관에 의하여 승인되지 않을 수 없는 현실에서는 더욱 그러하다. 그 기관은 마음만 먹으면 언제든지 원하는 정보시설에 잠입할 수 있는 민능열쇄를 확보하는 셈이 되기 때문이다.

12) 일종의 정보테러리즘, 또는 친숙한 파시즘 등으로 언급되는 현상이 그것이다. 데이비드 론펠트, 정보지배사회가 오고 있다. 자작나무, 1977, 155면 참조.

있다. 첫째, 이것은 정보화를 통하여 국가가 초감시국가로 등장할 수 있는 가장 기초적인 기반을 조성한다는 점에서 최대의 관심을 요한다. 앞서 언급한 초감시국가로서의 정보국가가 항시적이고 편재적인 감시활동을 통하여 국민들을 규율·훈육한다고 했을 때, 그러한 감시를 국민들의 의식속에 내재화시킬 수 있는 가장 필수적인 수단은, 국가의 의지에 반하는 행동을 한 국민에 대하여 현실적인 처벌을 가하고 그것을 국민 일반에 과시하는 것이다. 위반행위가 있고 또 적발되었다 할지라도 그에 대한 반작용으로서의 일정한 불이익이나 보상과 같은 현실적 제재가 가해지지 않는다면 그 감시의 효과는 거의 나타나지 않는다. 이에 처벌과 감시는 언제나 같은 효과를 지향하고 있으며 양자는 서로를 보상하고 강화하는 중요한 국가작용의 요소이다. 언어범죄를 예방한다는 명분으로 이루어지는 정보영역에 대한 검열행위는 가장 두드러진 예로서, 의사소통을 기조로 하는 정보화사회에 대하여 자기검열에 의한 표현자제행동을 야기하는 소위 냉각효과(chilling effect)는 그 자체 최우선적 기본권으로서의 표현의 자유를 본질적으로 제약하는 것일뿐 아니라, 더 나아가 표현의 자유를 주축으로 형성되는 자유민주적 기본질서의 본질을 침해하는 심각한 체제상의 문제를 야기하기도 한다. 그것은 검열과 처벌이라는 일련의 행위에 위화되는 발화자·표현자들이 스스로를 자신의 사상이나 사고를 그 검열의 기준에 부합하는 방향으로 조정하고 나아가 모든 독자들도 이러한 조정된 표현물에 노출됨으로써 사상의 자유시장으로 확보될 수 있는 사회적 다원성이 서서히 소멸해가는 현상이 발생하기 때문이다.

둘째, 국가의 사이버공간에 대한 규제적 개입은 사이버공간을 통하여 형성되는 다원적 문화를 억제하는 효과를 발생시킬 수도 있다. 국가가 설정하는 어떠한 의사소통의 범위와 한계, 또는 그 판단의 기준은 사이버문화가 가지는 다원성·다양성의 현상(또는 요청)들을 하나의 잣대에 의하여 획일적으로 재단하는 결과를 야기할 수 있다는 것이다. 예컨대, 사이버공간에서의 음란물의 규제는 다양한 성적 취향을 가진 네티즌끼리의 의사소통의 기회를 박탈하는 효과를 가진다. 세대·매저키스트나 동성애자들에게 필요한 정보를 교환하고 그들끼리의 문화를 형성하기 위한 의사소통의 공간이 사회윤리라는 국가사회에 의하여 형성되는 경직된 가치관에 의하여 위법시되거나 그 존립의 위협을 받게 되는 것이다.

셋째, 정보화사회에서 이루어지는 국가의 처벌·규제행위는, 종래 국가적 규율로부터 가장 멀리 떨어져 있는 것으로 인식되었던 공간·사적공간으로서의 문화영역 또는 사적 생활영역에 대한 국가의 개입으로까지 무한확장될 가능성을 안고 있다.¹³⁾ 예를 들면 미성년자를 인터넷으로부터 보호하기 위한 제반의 장치들·내용선별·차단(filtering and blocking) 프로그램, 녹색지대설정, 인터넷 감시 및 시간제한 기술의 도입, 상위도메인의 설치 등은 종래 보지 못하던 새로운 규제의 기술¹⁴⁾로서 기존의 현실공간에서 행하여지던 연령확인 및 내용등급분류 표시제와는 다른 양상의 국가개입행태

13) 이 점에서 첫 째의 초감시국가는 간접적으로 국민생활관계를 규율하고 훈육하는 것이라면, 이때의 국가는 직접적으로 그것을 규율하고 통제하는 셈이 된다.

14) 이에 관하여 자세한 것은 The Commission on Online Child Protection, 참조

를 보이게 된다. 그것은 미성년자의 부모나 후견인으로 하여금 그 미성년자에게 적합한 내용의 콘텐츠를 선택할 수 있게 하는 한편, 부모나 후견인 자체에 대하여도 어떠한 내용의 것이 “유해하며” 어떠한 표현이 “음란한가” 또는 그 판단의 기준은 무엇인가에 대하여 선입견을 갖게 만든다. 흔히 이러한 콘텐츠분류의 기준으로 제시되는 노출성(nudity), 성적 표현정도(sex), 폭력성(violent), 저속성(indecency) 등은 그 자체 어떠한 표현물의 전체를 대표하는 것으로 예정되고 이에 의하여 그 표현물을 판단하게 함으로써, 그것이 가지는 전체적인 맥락이나 내재된 가치, 그것의 문화적 의미 등과 같은 고도의 주관적 요소는 아예 분류프로그램에 의하여 기계적으로 판단의 대상에서 제외되는 결과를 초래한다. 따라서 이때의 부모 또는 후견인들은 자신의 미성년자를 교육·후견하는 동안에 동시에 자신도 국가에 의하여 또는 그 기준의 설정자에 의하여 암묵적으로 교육·훈육받게 되는 것이다.

여기서 사회적 가치와 의미를 형성하고 이를 통하여 개개인의 생활세계를 구축하는 토대를 제시하여야 할 시민사회가 오히려 국가 또는 그에 준하는 규제기관의 가치관에 예속되는 현상이 발생하게 된다.¹⁵⁾ 하나의 국가목적 달성을 위하여 국가가 설정하는 어떠한 규제장치가 무한한 전파성과 편재성을 가지는 정보통신공간을 지배하게 되면, 그에 따라 개개인들간에 이루어지는 의사소통의 내용 또한 그 장치에 편입되게 되고 결국에는 이 장치가 제공하는 기준과 준거에 의거하여 의미와 가치가 소통되는 비민주적 문화가 조성될 수 있는 것이다. 무엇이 자신의 욕구를 국가의 의사에 반하여 표출하지 못하는 초감시국가의 억제적 기능과 더불어 사회·문화적으로 바람직하며 무엇이 바람직하지 못한가에 관한 판단 자체가 국가적 의사에 종속되어 버리는 일종의 이데올로기적 통제장치가 이러한 처벌과 규율의 과정을 통하여 내재화되는 것이다.¹⁶⁾

2.3. 정보화와 민간부문의 변화

정보통신기술의 발전은 정보의 의미를 질적으로 변화시키게 된다. 국민국가는 정보국가라는 점은 이미 언급하였거니와, 발전된 정보통신기술은 국가에 의하여 독점되었던 정보 및 정보활동을 민간부분과 공유하는 상황을 만들어낸다. 이는 시민사회의 형성과 경제영역에 있어서의 상품으로서의 정보라는 두 가지의 점에서 분석가능하다.

첫째, 정보화사회의 두드러진 특징으로 대두되는 것이 정보의 대중화 현상이다. 컴퓨터와 인터넷이 일부 소수의 정보처리도구 내지는 통신교환도구로 한정되었던 시대로부터, 저렴한 가격의

15) 이런 형태의 “생활세계의 식민화”현상은 Habermas가 잘 지적하고 있다. J. Habermas, 임재진 역, 후기자본주의 정당성 문제, 종로서적, 1983 참조

16) 통상적으로 정보화사회에서의 국가작용에 대한 헌법적 논의의 틀을 프라이버시권이라는 기본권적 권리에 의거하여 제시하지만 이렇게 형성되는 초감시국가의 문제는 단순히 그러한 개별적 권리의 영역에만 한정되는 것은 아니다. 그것은 국가의 성격 자체를 규정하는 거시적인 문제이기 때문이다. 환언하자면, 국가 대 개인의 미시적 관계속에서 국가의 권력남용에 대한 개인의 어떠한 기본권보호의 문제가 아니라, 그것은 오늘날의 정보화사회에서 국가를 어떻게 조직하고 어떠한 절차에 의하여 통제하며 그 의사결정 및 의사결정의 과정 전반에 대한 국민적 참여와 감시의 체계를 어떻게 구축하여야 하는가의 문제로 확대되어야 한다.

PC가 보급되고 PC용의 모뎀이나 랜카드 등 통신보조기구의 이용이 확산됨에 따라 이를 이용하는 개인들이 일반 통신망을 통하여 서로 연결될 수 있게 되었다. 이는 종전까지 정보가 어떠한 기관이나 소수의 정보엘리트에 독점되어 있었던 현상을 급진적으로 변화시키는 계기를 이룬다. 모든 사람들이 PC와 적절한 통신수단만 갖춘다면 얼마든지 자신이 창출한 정보를 다른 모든 이용자에게 반포하고 그들의 정보와 손쉽게 교환할 수 있는 상황을 초래하게 된다. 일종의 정보민주화현상이라고도 할 수 있는 이 상황은 정보에 대한 종전의 인식 자체를 바꾸어 놓는 계기를 이룬다. 정보가 일정한 정보의지를 가진 중앙(기관이나 소수의 정보엘리트)에 의하여 획일적으로 설정되는 목적·수단의 도구합리성에 의하여 창조되거나 획득되고 그들의 의지에 의하여 통제되는 상황으로부터 개인적 이용자들이 자신의 의지에 따라 자기 나름의 정보를 창조·관리하는 한편 다른 사람의 정보·경우에 따라 종전의 기관이나 정보엘리트가 소유하는 정보도 포함에 접근하여 그것을 다시 자신의 것으로 재창조하는, 분산구조가 형성되기 시작한 것이다. 환언하자면, 정보의 대중화현상은 유통되는 정보의 양을 엄청나게 확대하였을 뿐 아니라, 정보가 더 이상 목적·수단의 인과적 연계성 속에서만 파악되는 것이 아니라, 그것 자체가 자신을 표현하고 다른 사람과 의사소통하게 되는, 사회적 관계의 형성 및 유지에 대한 주요한 모티프가 될 수 있도록 하였다.

이 점은 국민국가의 등장 이래 중앙의 국가권력을 중심으로 형성되었던 정치구조 자체가 점차 변화함을 의미한다. 개인들은 자신의 욕구에 따라 언제든지 필요한 정보에 접근할 수 있을 뿐 아니라, 스스로 그 취향이나 가치관에 따라 자신들만의 연대를 형성하고 이를 통하여 하나의 정치적 세력으로 자신들을 재구성할 수 있는 토대를 형성해 나갈 수 있는 상태가 된 것이다. 즉, 정보통신기술의 발전은, 종래 지역사회를 기반으로 구성될 수 있었던 시민사회가 공간성과 시간성을 탈피하면서 이슈별, 관심사별로 재구성될 수 있는 기반을 제공함으로써 시민사회내에 다양한 공동체가 형성될 수 있도록 하였고 이를 통하여 시민들은 국가로부터 자유로운 생활과 의사소통의 공간을 확보한다. 더 나아가 이러한 공동체·사이버공동체적 연대로부터 나름의 정치세력을 구축함으로써 언제든지 기존의 현실정치에 대하여 대안적, 비판적 영향력들을 행사할 수 있게 되는 것이다. 뿐만 아니라, 국가와 시민사회, 개인간의 의사소통구조가 종래의 일방향적, 비동기적 방식으로부터 쌍방향적, 동시적 방식으로 변화하면서 그때 그때의 정치적 의사결정에 대하여 국민들이 즉각적으로 반응할 수 있게 되었으며, 심지어는 정책의 결정과정에 자신들의 욕구나 의지를 유효하게 투입하고 반영시킬 수 있는 틀을 확보하게 된다. 정보통신기술의 발전과 더불어 전자민주주의의 논의나 전자정부의 모델이 제시되는 것은 바로 이러한 사회구조적 변화로 말미암은 것이다. 그것은 종래의 집중적 정치구조가 분산적인 형태로 변화함을 의미하는 것이며, 다원성과 다양성, 다층성이 확보되는 새로운 정치모델의 형성이 오늘날의 새로운 정치적 과제로 등장함을 의미한다.

둘째, 인터넷의 보급은 정보가 단순히 내부적 의사결정을 위한, 또는 어떠한 정책의 집행을 위한 예비적 수단에 머무르지 않고, 그 자체가 하나의 상품으로 판매되거나, 또는 어떠한 상품의 판매를 위한 창구로 활용되도록 하였다. 정보통신망이나 정보통신서비스산업, 전자상거래등이 이에

해당하는 것으로, 정보통신기술이 상업적 이윤추구의 직접적 또는 결정적 계기로 활용되고 있는 것이다. 넓은 의미에서 정보의 상품화라고 할 수 있는 이러한 동향은 지식/지혜(knowledge/wisdom)이라고 하는 고전적인 가치관념을 넘어서서 지식/정보/데이터(knowledge/information/data)¹⁷⁾의 새로운 도식을 만들어냄과 동시에 그 정보 자체를 인간의 존재 의미와는 독립된 물적 존재 내지는 물화된 존재로 형성해낸다. 지식이 인간의 본성을 실현하는 통로로 활용되기보다는, 인간성과 자못 떨어진 경우에 따라서는 그에 대립하기도 하는 상품으로써 독립된 의미를 획득하고 그것이 경제적 거래의 대상으로 유통되는 현상이 발생하는 것이다. 오늘날 각종의 콘텐츠들이 유료화되고 있다든지, 정보통신서비스제공행위 자체가 지적 재산권의 대상으로 고착된다든지 하는 현상은 이의 대표적인 예에 불과하다. 즉, 어떠한 정보가 그 자체에 담겨 있는 의미나 가치·그것이 정보창조자나 제공자의 주관적인 것이건 아니면 독자 등에 의하여 부여되는 일반적인 것이든 관계없이 따라 소통되는 것이 아니라, 그 정보의 교환가치에 의하여 정보의 의미와 가치가 결정되는, 철저한 시장적 개념으로써의 정보가 유통되게 되는 것이다.

더불어 국가에 의하여 장악되어 왔던 정보활동이 기업이나 경제주체들에 있어서도 경영의 합리화 또는 새로운 사업의 아이템으로써 적극적으로 수용되기 시작하였다. 사업자와 노동자의 관계, 또는 생산자·공급자와 소비자의 관계 등 작업장과 시장의 모든 영역에서 정보는 중요한 경영 또는 시장전략으로 등장하게 되고 그것이 유효한 권력으로 성장하는 결과를 초래한다. 국가가 국민들의 활동이나 현황을 감시하듯, 기업은 작업장에서는 노동자들의 생산활동을, 시장에서는 소비자의 취향과 소비패턴을 감시한다. 이 과정에서 노동자들이나 소비자들의 프라이버시의 침해가능성이 발생하게 되고 경우에 따라서는 심각한 기본권침해의 문제까지도 제기될 수 있는 상황이 이루어진다.

뿐만 아니라, 정보통신기술 자체가 기업에 의하여 장악됨으로써 정보사회에서의 시민권의 실현이라는 헌법적 요청과는 자못 동떨어진 결과가 조성될 가능성조차 존재한다. 오늘날 활발해지고 있는 정보통신업체간, 또는 그들과 각종 콘텐츠사업자간(방송, 신문 등)의 기업합병(M&A)의 예에서 보듯 철저히 이윤동기에 의하여 시장을 통제하고자 하는 기업들이 개개인들의 정보접근의 기회를 박탈하거나 제한하거나 그들이 접근할 수 정보의 내용과 양을 통제함으로써 그들의 생활상의 의미와 가치 자체에 영향을 미칠 수 있는 가능성이 상당히 높아진 것이다. 이는 단순히 정보접근권의 평등 내지는 보편적 접근권이라는 측면에서뿐 아니라, 정보의 상품화를 통하여 기업의 이해에 적합한 방향으로 인간의 의식과 의사소통행위를 기업이 통제하는, 그럼으로써 그림자적 의미에서 이데올로기적 통제를 행하는 국가와 더불어 경제영역이 시민사회와 개인의 생활세계를 식민화시키는 심각한 헌법적 장애상태가 예상될 수 있는 것이다.

17) 여기서 데이터라고 함은 지식이나 정보가 컴퓨터에서 처리가능한 형태로 (주로 양적인 형태로) 재구성된 것을 말한다. 이러한 논법에 따라 정보사회의 한 단면을 프라이버시를 중심으로 설명하고 있는 문헌으로는, R. Whitaker, The End of Privacy: How Total Surveillance is becoming a reality(Melbourne: Scribe Publications, 2000) 참조.

2.4. 정리

이상에서 정보화와 관련한 국가구조의 변화양상을 살펴보았다. 물론 위의 분석은 정보화로 인하여 예상될 수 있는 부정적 측면을 중심으로 한 것이다. 그것은 정보화의 폐해(또는 그 가능성)을 강조하기 위한 것이라기 보다는, 바로 이러한 점을 헌법학적 측면에서 조절하고 통제할 수 있는 틀을 찾기 위한 방법론적 편의에 의한 것이다. 실제 근대국민국가에서 헌법이라는 하나의 제도를 창안하고 계약적 방식에 의하여 입헌주의를 확립하게 되는 것도 엄밀히 보자면 헌법적 이념을 설정하고 그에 상응하는 헌법실천의지를 추구하는 것이라기 보다는 국가권력을 통제하고 개인이 자유와 평등을 구가하는 자유로운 정치사회를 구현한다는 일종의 소극적 맥락에서 그리되었다고 보는 것이 보다 정확할 것이다. 입헌주의의 기본이념이 기본권의 보장과 권력분립을 통한 권력의 통제 내지는 제한정부의 원리에 집중되어 있음은 바로 이를 말한다.

하지만, 정보화는 역으로 다양한 방식의 규율과 통제의 메카니즘을 구축함으로써 권력의 집중 내지는 절대자로서의 초감시국가의 등장을 가능케 하며, 민간부문에 있어서는 국가에 못지 않는 절대권력으로서의 기업과 시장의 전횡을 예비해 두고 있기도 하다. 문제는 우선 이러한 정보화의 폐해를 어떻게 헌법적으로 방지하고 예방하며 또 처리해 나갈 것인가에 있다. 그것이 적절한 수준에서 통제될 수 있다면, 그리고 그리고 난 연후에 정보화가 가져다 줄 밝은 측면을 어떻게 보다 활성화시키고 현실화시킬 것인가에 관한 논의가 진행되어야 할 것이다. 그러나 이러한 당위성에도 불구하고 기존의 헌법논의는 그에 상당한 이론적·실천적 변형의 시도가 제대로 이루어지지 않고 있다는 데에 우리의 고민이 존재한다. 거시적으로는 전사회적 정보통신망을 설계하고 구축함에 있어 국가의 역할과 민간부문의 몫은 무엇인지, 그리고 그 헌법적 근거는 무엇인지, 국가와 경제, 시민사회의 관계를 규정할 수 있는 헌법적 해석론은 어떻게 구축되어야 할 것인지, 미시적으로는 기본권의 의미와 체계는 정보화사회에 적용될 수 있을 만큼 충분히 성숙된 상태로 설정되어 있는지, 만일 그렇지 않다면 어떠한 이론적 조작이 요청되고 있는지 등에 관한 집중적이고 논리정합적인 고찰이 있어야 하는 것이다. 이하에서는 이를 거시적 수준에서는 국가구조의 측면에서 국민주권주의와 민주주의, 사회국가의 원리, 문화국가의 원리 및 법치국가의 원리를 정보화사회의 실태와 관련시켜 살펴보고, 미시적 수준에서는 기본권체계의 변화가능성을 모색해 보기로 한다.

3. 국가구조의 변화와 헌법원리

3.1. 기본권의 의미변화

“인터넷은 독립적인 컴퓨터가 탈중심적으로, 대등하게, 병렬적으로 연결되어 있는 ‘네트워크의 네트워크’이다” 또한 이로부터 인터넷의 상호독립적 “상호소통성(interoperability)”이 등장한다.¹⁸⁾

종래 국가사회의 구조를 이루고 있었던 획일적 규율의 대상으로서의 시민사회 및 개인의 삶의 방식이 그 근저에서부터 바뀌고 있는 것이다.

통상적으로 기본권에 대한 일반적 이해는 국가로부터의 자유라는 개념을 중심으로 국가와 시민사회, 또는 국가와 개인의 관계속에서 형성되어 왔었다. 또는 사회국가원리나 복지국가의 이념에 따라 국가를 향한 또는 국가내에서의 자유라는 관념으로 구성되기도 하였다. 하지만, 기본권의 이해에 있어 국가를 적으로 보진 아니면 친구로 보진 관계없이 기본권론의 기본적 축은 국가와 대립항에 존재하는 하나의 인간으로서의 국민을 상정하는 것이었다. 즉, 개인은 국가의 권력행사로부터 ‘신체와 재산’의 자유를 보호받거나, 또는 국가의 배려에 참여함으로써 자신의 ‘인간다운 최저한의 생활’을 보장받는 형태로 설명되어 왔다.¹⁹⁾

하지만, 여기서의 개인은 순수하게 아날로그적 개념으로 구성된다. 환언하자면, 아날로그적 또는 원자론적 수준에서 규정되는 개인은 단선적이고 일면적인 행위양상을 통하여 국가적 규율의 대상으로 된다. 그는, 다른 사람 또는 다른 물건이나 환경과는 독립된 개체로서 최소한 하나의 관계나 상황속에서는 하나의 인간으로서만 취급된다. 근대의 개인은 보편인 또는 이성인이라는 명사로 상징되는 존재로서 모든 타인이나 사물로부터 또는 상황으로부터 독립된 존재로 자신의 자유의지에 기하여 행위하는 자-따라서 타인과 사물과 상황을 지배하는 자로 전제되고 있었던 반면, 20세기중엽까지의 “현대적” 개인은 대중의 이름으로 익명화되고 몰개성화된 고립자로서-부연하자면 타인과 사물과 상황에 의하여 지배되는 자로 상징된다. 그래서 전자에 대하여는 국가로부터의 자유가 요청되었다면, 후자에 대하여는 국가에 의한 자유가 요청된다. 하지만, 이러한 차이에도 불구하고 개인은 양자에 있어 모두 單子로서 설정됨은 변함이 없다.

법률관계의 주축이 언제나 권리와 의무의 대당관계로 형성되는 것은 바로 이 때문이다. 개인은 국가에 대하여 또는 국가에 의하여 보장되는 권리를 가지고, 국가는 이 과정에서 개인을 하나의 행위객체로 설정하여 그에 대하여 일정한 권력을 행사하(거나 또는 그 권력의 행사가 제한되)는 구조로 일관하고 있는 것이다. 개인과 개인의 관계에 대한 국가의 작용 역시 마찬가지이다. 개인은 자신이 지배하는 영역-대상이자 객체로서의 영역-을 타자에 대하여 주장하고 타자는 이에 굴복하면서 이 권리와 의무의 관계를 국가가 담보하는 틀을 갖춘다. 일종의 제로섬게임은 이 과정을 관철하는 일관된 틀이다. 국가든 개인이든, 일방당사자가 가지는 이익은 타방당사자에 대하여는 의무로 설정되고 따라서 그것은 언제든지 승자와 패자로 구분되는 일도양단적 구획으로 법률관계가 형성되는 것이다.²⁰⁾

18) 백육인, 전게서, 21-22면

19) A. Giddens는 이를 해방정치(emanipatory politics)라고 명명하면서 그것은 “위계적 권력개념과 함께 작동한다”고 본다. 즉, 해방정치는 착취, 불평등, 억압을 축소하거나 제거하는데 관심을 기울이며, 정과 평등참여를 일차적인 명령으로 하고 있다고 한다. 그래서 이 정치는 개인이 “어떤 의미로든 자신의 사회 생활 환경에서 자유롭고 독립적인 행위를 할 수 있게끔 집단적 생활이 조직되는 것을 뜻하”는 자율성의 원리를 바탕으로, ‘향하여’가 아니라 ‘벗어나’에 주된 지향을 둔다고 본다. A. Giddens, *Modernity and Self-Identity*, (권기돈 역, 현대성과 자아정체성: 후기 현대의 자아와 사회, 새물결, 1997), 333-7면 참조

이러한 권리 또는 기본권의 개념화가 아날로그적 방식에 의한 것은 바로 이 때문이다. 여기서의 권리는 중첩이나 복제를 불허한다. 하나의 상황에서는 하나의 존재양식만이 현현할 수 있을 뿐이며, 하나의 존재양식이 다른 관계속에서 현현하기 위하여는 이전의 존재양식은 소멸할 수밖에 없다. 예컨대, 어떠한 재산권도 그것은 동시에 동일한 효력을 가지면서 다른 사람에게 전속될 수 없다. 또는 어느 일방의 기본권이 타방의 기본권과 충돌할 경우 국가는 어느 일방의 기본권을 타방의 그것에 우선하여 선언하여야 한다. 나아가 어느 일방의 생활영역은 타방의 그것으로부터 개념상으로 구획되어야 하며, 그 낱말로 구획된 영역 하나 하나가 기본권으로 '이름'지워진다.²¹⁾ 마치 아날로그의 세계가 원자라는 일정한 시간과 공간을 배타적으로 점유하고 있는 하나의 단자를 중심개념으로 하여 구성되듯이, 법의 영역에 있어서의 인간관계는 기본권 내지는 권리라는 단자를 중심개념으로 하여 개체로서의 개인에게 귀속되거나 또는 그를 향하여 주장할 수 있는 것으로 상정된다.

하지만, 정보화로 특징지어지는 세계, 특히 사이버공간의 모습들은 이러한 아날로그의 유추에 의한 기본권담론을 그 본질에서부터 수정하고자 한다. 이성인으로서 또는 대중으로서 획일화된 개인의 개체화된 모습이 아니라, 여기서의 개인은 자신의 욕망과 욕구에 따라 무단하게 자신을 변경시키고 복제하여 나가는 다중적 인격으로 설정된다. 이들의 인간관계는 승자독식의 제로섬 게임방식의 관계가 아니라, 무한히 중첩되고 또 복제될 수 있는 관계이다. 일종의 디지털방식으로서의 인간관계인 것이다.

이 공간에서는 단일한 개인이 무수한 아바타를 창조함으로써 스스로를 복제해 나간다. 뿐만 아니라 그들간에 형성되는 인간관계보다 정확히는 생활관계는 원본을 전혀 손상시킴 없이 그대로 다른 곳에서 복제되어 재현될 수 있다.²²⁾ 또는 어느 한 공간에서 복수의 사이버주체간에 욕망이나 욕구의 충돌이 있다 할지라도 이 경우 현실공간에서는 어느 한 사람의 '이익이나 권리'가 우선하여야 하는 것과는 달리, 그들은 사이버공간의 개방성, 탈중심성을 이용하여 별도의 공간을 창출해냄으로써 자신의 욕구에 손상을 가함이 없이 그 충돌을 피해가거나 회피할 수 있다.²³⁾

20) 이를 단적으로 말하는 것이 M. Shapiro의 법원의 전형성(the courtness)이다. 그것은 승자독식의 원칙으로 특징지어지는 근대적 사법체계의 속성을 말할 뿐 아니라, 그를 기반으로 형성되는 근대법 전체의 일관된 구조이기도 하다. 자세한 것은 M. Shapiro, *The Court* 참조. 공사법의 이분법은 바로 이러한 구획의 연장선상에서 이루어진다.

21) 한상희, "헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리" 공법연구 제27집, 1999 참조

22) 이러한 재현도 원본을 그대로 모사하는 종래의 방식과는 달리 그러한 단순복제-재현과 더불어 복제-재현의 과정에 주체가 개입하여 원본들을 모자이크함으로써 원본을 변형시키게 되는 복합복제-재현의 형태도 존재한다. 백옥인, 전게서, 87면 이하 참조. 일종의 창조적 형태의 모방으로서 parody나 pastiche(혼성모방)은 디지털시대의 특성이라고 할 정도이다. 또한 최근 컴퓨터게임 애호가들 사이에 인기를 끌고 있는 돌연변이 게임(일명 '모드(MOD, modification)의 줄임말)는, 게임개발업체들이 내놓은 정식 게임을 이용자들이 구미에 맞게 내용과 구성, 등장인물을 고친 게임을 말하는 것으로, 스타크래프트를 수정한 드래프트종류로 건담크래프트(모드의 효시), 워크래프트드래프트, 포켓몬드래프트, 워즈드래프트, 테란크래프트, 슈퍼브루드워 등이나 레인보우6를 개작한 '나토', 퀘이크의 '로켓아레나', 액션게임 하프라이프의 '카운터스트라이크' 등은 바로 이렇게 창조적 복합복제의 전형적인 예에 해당한다. 서울경제신문, 2001.04.19 (목) 17:30 기사기사문: <http://news.naver.com/read?command=read&id=200104190000094043> 참조.

23) 전술한 Barlow의 사이버공간독립선언문이 "우리의 세계는 모든 곳에 있으면서 아무 곳에도 없지만 우리의 육체가 거하

따라서 여기서는 A. Giddens의 말처럼 해방에의 관심보다는 오히려 선택에의 관심이 선행한다. 그것은 "성찰적으로 질서지워진 환경에서의 자아실현에 관한 정치"이자, 창조적이고 진지하고 풍부한 의미에서의 라이프스타일의 정치를 지향한다.²⁴⁾ 선택과 창조 또는 변형으로서의 정치를 통하여 자아실현을 지향하는 공간으로서의 사이버공간의 의미가 확정되는 것이다. 이러한 관점에서 볼 때, 사이버공간에서의 기본권은 필연적으로 두 가지의 의미를 가지게 된다.

첫째, 그것은 의연히 해방적 관심을 기저로 삼는다. 하지만, 그 해방관심의 대상은 종래와 같이 현상이나 행위, 사물중심의 아날로그적인 것이 아니라, 영역과 공간을 중심으로 이루어진다. 정보화현상이 정보통신기술의 발전을 기반으로 하는 매체변화를 의미한다면, 그것은 필연적으로 의사소통의 과정에서 대한 자유를 요청할 수밖에 없으며, 이 과정에서 종래 매체나 표현에 대하여 가하여지던 모든 종류의 억제조치들로부터의 해방은 사이버공간의 구성자들이 공통적으로 주장하는 슬로건이기도 하다. 다시 Barlow의 선언을 인용하자면 다음과 같다. "우리 세상에서는 미천한 것에서 천상의 것에 이르기까지 휴머니티의 모든 감정과 표현이 연속적인 전체의 부분이며 비트의 전 지구적인 대화이다. 우리는 우리의 날개가 움직이는 공기와 우리를 질식시키는 공기를 따로 떼어 놓을 수 없다."²⁵⁾ 이들은 사이버공간 그 자체의 해방을 말한다. 인터넷이 "네트워크의 네트워크"인 것은 바로 이렇게 이루어지는 "휴머니티의 모든 감정과 표현"의 연속적인 전체가 바로 "비트의 전 지구적 대화"를 가능케 하는 것과 상통한다. 개별적으로 이루어지는 모든 의사소통행위 그 자체가 인터넷과 사이버공간을 구성한다고 보는 것이다. 따라서 이 부분에 있어서의 해방은 사이버공간 전체의 해방이자 동시에 사이버공간에 참여하는 모든 구성원들의 (사이버공간내에서의) 사생활의 해방을 의미한다. 그들이 음란물이나 범죄유발적 표현물에 대한 정부의 규제조치를 극구 반대하는 것도 바로 이 때문이다. 동시에 그러한 자유의 기반이자 출발점으로서의 사적 생활의 자유-특히 개인정보보호를 중심으로 하는 프라이버시-를 국가 또는 자본권력으로부터 보호하고자 총력을 기울이고 있는 것 역시 이러한 이념적 지향으로부터 연유한다.

둘째, 전통적인 기본권이론이 단위단위의 시간과 공간에 현존하는 인간존재에 염두에 두고 있다면, 정보화사회에서의 기본권담론들은 시간과 공간을 이동하면서 계속적으로 재현되는 인간욕망에 초점을 맞추게 된다. 자아실현을 향한 일련의 동태적 행위들에 기본권적 보장이 집중된다는 것이다. 멀티미디어 또는 뉴미디어의 등장과 더불어 쌍방향성과 수용자지평의 확장, 그리고 전문화분화의 경향이 대중문화로 지칭되던 단방향성, 생산자중심, 획일화-대량화의 문화를 대체하여 감에 따라, 문화과정에서의 개인은 더 이상 어떠한 중심에 의하여 규율되는 대상으로 존재하는 것이 아니라, 스스로 의사소통과정에 참여하고 선택하며 형성하는 능동적이고 주체적인 개인으로 변환해 나간다. 그리고 이러한 과정은 Giddens가 말하는 라이프스타일²⁶⁾ 선택의 여지를 확장한다. 즉, 개

는 곳은 아니다"라고 선언하고 있음은 이러한 사이버공간의 특성을 반영한다. 백옥인, 전게서, 119면.

24) A. Giddens, (권기문 역), 전게서, 339면 이하 참조.

25) 백옥인, 전게서, 120면.

26) 그에 있어서의 라이프스타일(그리고 이의 형성을 통한 자아정체성)이 탈현대사회에서 특히 문제로 되는 것은 인간의 생

방적 의사소통의 구조가 열리면서 개인들이 자신의 행위와 생활을 수행하기 위하여 선택할 수 있는 맥락과 상황이 다양하게 제시되며, 그 행위와 생활을 유도하고 규율하는 권위들이 다양다원적으로 존재하는 시대가 등장하고 있는 것이다.²⁷⁾ 이러한 상황에서는 기본권담론이 기본권-권리-행위의 전통적인 도식을 벗어나, 생활관계 또는 라이프스타일-기본권들-권리들의 복합의 새로운 구조를 요청하게 된다. 즉, 자유권과 재산권, 생활권, 참정권, 그리고 평등권 등의 기본권항목들이 각각 별도의 영역을 특정하여 그 속에서 고유한 의미를 가지고 존재하는 것이 아니라, 개개의 인간들이 자신이 처한 생활환경 속에서 자신의 생활을 형성하고 영위하는 조건으로서의 인권관념으로 통합되고 구조화된 틀 속에서 이해되어야 한다는 것이다. 이 점에서 인격의 발현권 또는 행복추구권은 중요한 의미를 가진다. 그것은 헌법에서 열거되지 아니한 자유와 권리(헌법 제37조 제1항)와 결합하면서 헌법 제12조부터 제36조에 이르는 제반의 기본권항목들을 이러한 생활세계로 정서하는 기능을 수행한다. 특히 의사소통을 중심으로 하는 정보화의 상황에서는 표현의 자유와 사생활의 자유, 그리고 평등권 등은 상호 결합하면서 타자와의 의사소통관계를 형성하고 영위할 수 있는 제반의 행위 및 행위상황을 보장하고 이러한 행위맥락들을 기반으로 사이버공동체를 형성해 나가는(연대 또는 결사의 자유), 그리고 그럼으로써 자신의 정체성을 추구하고 확보해 나가는 일련의 과정을 구축할 필요가 나타나게 된다.²⁸⁾

3.2. 민주주의와 공공영역

1994년 1월 1일 북미자유무역협정(NAFTA)의 체결을 즈음하여 멕시코 남동부의 치아파스(Chiapas)주에서는 신자유주의와 독재권력에 대항하는 사파티스타 민족해방군(Zapatista Army of National Liberation: EZLN)이 인터넷을 이용하여 전지구적 연대를 이루어내었다²⁹⁾ 에피소드는 인터넷이라는 새로운 매체를 통하여 전지구적 국제연대가 형성될 수 있다는 가장 전형적이고도 성공적인 예를 보여준다.³⁰⁾ 무한한 전파성과 실시간성, 무한편집 및 복제의 가능성, 접근용이성, 쌍

활환경의 변화가 급속도로 진행되기 때문이다. 그는 오늘날 삶의 절대적 기준이 되어 왔던 전통의 획석화(탈전통적 질서), 생활세계의 시간적-공간적 다원화, 거대담론, 거대사사의 종말로 대변되는 탈권위화(탈권위의 권위), 그리고 소위 '매개된 경험'의 다원화(지구화된 경험의 세계) 등을 그 이유로 든다. A. Giddens, (권기돈 역), 전계역서, 43면 이하 참조 여기서 정보화사회의 제반의 모습들-특히 뉴미디어의 출현-은 마지막의 '매개된 경험'의 확장을 중심으로 이루어진다.

27) A. Giddens, (권기돈 역), 전계역서, 43면 참조

28) 바로 이러한 점에서 흔히 말하는 기본권의 경합론은 보기 나름으로는 무의미하다. 즉, 헌법적 관심대상이 구체적인 법규에의 행위포섭이 아니라, 어떠한 생활관계 내지는 생활세계에 대한 헌법적 또는 기본권적 보장에 맞추어진다. 그 생활관계를 개개의 행위로 구획하고 그 낱말의 행위에 고정된 기본권항목을 적용하고자 하는 기본권경합론은 급변하는 생활세계를 일괄하여 설명할 수 있는 능력을 상실하게 되는 것이다.

29) 자세한 것은, 해리 클리버, 이원영·서창현 편역, 씨빠디스타, 갈무리, 1998; 진보평론 편집부, "사이버 공간의 사파티스타," <http://prome.snu.ac.kr/~skkim/link/files/zapa.html>; gopher://mundo.eco.utexas.edu/00/fac/hmcleave/Cleaver%20Papers/The%20Chiapas%20Uprising%20Feb94 등 참조

30) 이 사파티스타의 활동과 그 의미, 그리고 그와 관련한 각종의 인터넷 사이트들의 목록은 <http://www.eco.utexas.edu/Homepages/Faculty/Cleaver/zapsincyber.html>에 잘 정리되어 있다.(여기에는 뉴스그룹류 9개, 월드와이드웹 44개, 자료실 5개, 기타자료 15개 등 다양한 사이트들이 열거되어 있으며, 바로 이 점으로만으로도 전세계적 연대를 구축함에 정보통신기술이 얼마나 효율적일 수 있는지를 알 수 있다.)

방향성 등의 인터넷의 특성을 이용한 이념과 사상 및 실천의 공유라는 민주주의의 제1차적 목표가 여기서 이루어지고 있는 것이다. 실제, 의사소통행위를 가장 효율적으로 매개할 수 있는 장치로서의 인터넷이 등장하게 되면서 인터넷의 확산발전과 그것의 정치적 이용가능성-특히 민주주의의 실현가능성의 문제는 상호 결합되면서 수많은 실험과 대안들이 모색되어 왔다. 19세기말부터 시작된 대중의 등장이 선거권확대와 더불어 대의제민주주의의 비약적 발전을 도모하였다면 이제 대중이 스스로 주체화되는 이 정보화의 시대에서는 시민의 정치참여를 중심으로 하는 또다른 민주주의의 질적 도약이 기대되고 있는 것이다.

윤영민에 의하면, 이러한 정보사회의 "정치적 잠재력"³¹⁾은 크게 세 가지의 관점-해방공간론, 민주주의적 전망, 그리고 매개집단강화론으로 정리될 수 있다고 본다.³²⁾ 해방공간론의 경우 Barlow를 주축으로 하는 전자프런티어재단(Electronic Frontier Foundation: EFF)이 대표적인 경우로 일종의 정치회의론 내지는 권력무용론에 가깝다. 이들은 사이버공간에서의 권력이란 존재하여서도, 존재할 수도 없는 것이라 단언하면서 세속적 의미의 정치를 단호하게 거부한다. Post나 Nguyen & Alexander를 중심으로 하는 포스트모더니즘의 일단의 경우도 마찬가지로 결론을 내린다. 즉, 사이버공간에서는 정치의 핵심이라 할 수 있는 길목장악(gatekeeping) 자체가 우회 등의 방법을 통하여 파괴되기 때문에 모든 종류의 현실권력, 세속정치가 사라지며, 따라서 순수한 의미에서의 자기 지배가 가능하게 된다고 본다. 반면에 민주주의적 전망에 의하면, "사이버공간은 정부나 동료 시민들에게 자기 주장을 직접 제시할 수 있는 기회를 가져다줌으로써 일반 시민들을 정치적으로 각성시키고 참여하게 만든다"³³⁾고 보면서, 이러한, 정부와 시민간의 직접적 의사소통을 통하여 종래 이들 양자를 매개하여 왔던 정치기구들-정당이나 이익단체, 노동조합, 매스미디어 등은 더 이상 존재가치를 갖지 못하게 된다고 주장한다. 윤영민이 제3의 설명점으로 제시하는 매개집단강화론은 보다 현실세계와의 관련성을 강하게 가진다. 그것은 기존의 정치적 매개집단들이 인터넷이나 정보통신기술을 적극적으로 활용함으로써 자신의 주장을 외부에 알리거나 집단 내부의 의사소통을 도모하고 이를 통하여 그들의 정치적 영향력을 확대시키 나갈 것이라는 전망을 내어 놓는다. 즉, 이들 매개집단들은 인터넷을 이용하여 정치참여의 인적 기반을 확대시키는 한편(조직, 구성상의 확장), 정치적 관심이 높은 시민들을 효과적으로 동원할 수 있게(지지동원의 효율화) 됨으로써 이들의 정치적 역량이 확장되는 효과를 거둘 수 있으며, 이를 통하여 정치과정은 보다 민주화될 수 있다고 한다.

그러나 이러한 구분론은 그 자체 정보사회 및 정치에 관한 인식의 차이에 연유하기도 하거나 그 출발점에 있어서 민주주의의 주된 관심사 즉 그 핵심가치를 어디에 둘 것인가에 따라 경계가 설정되는 것에 불과하다. 전국적인 또는 광역적이고 거시적인 정책결정의 결과에 중점을 둘 것

31) 윤영민, 전계서, 14면

32) 전계서, 16-51면 참조

33) 전계서, 39면

인가 아니면 단일현안을 중심으로 하는 미시적이고 지역적인 결정의 과정에 중점을 둘 것인가에 따라, 또는 어떠한 권위적 결과를 지향하는가 아니면 이해와 관용, 통합의 과정을 지향하는가 등에 따라 전혀 상이한 결론으로 이끌어지는 것이다. 그리고 이러한 상이한 결론에 따라 넓은 의미에서의 전자민주주의의 개념이 전자정부론이나 전자투표론에서부터 참여적 민주주의론, 그리고 심의적 민주주의론 등으로 확장될 수 있다. 이 점에서 윤영민의 구분론은 사이버공간의 역동성에 대한 인식의 부족에 근거하는 것처럼 보인다.

정보사회에서의 민주주의론을 거론할 때 중요한 것은 정보사회의 시대적 변화양태와 그것에 대응하는 민주주의의 이념적 지표의 변화양상에 관한 종합적 분석이다. 전술한 바와 같이 정보사회에서의 이념지표가 생활세계에서의 개인의 자기정체성의 추구에 초점을 맞추고 있다고 한다면, 그리고 그에 따라 헌법적 규율 또한 재구성되어야 한다고 본다면, 정보사회에서의 민주주의론은 필연적으로 공동체의 형성과 운영이라는 일종의 공동체모델을 그 궁극적 지표로 하지 않을 수 없다. 즉, 사이버공간 또는 정보사회에서의 시민은 어떠한 영역적, 지리적 결합이라는 외생적 계기가 아니라, 자신의 욕망과 욕구, 그리고 그에 대한 성찰적 지향을 통하여 타자와 결합하는, 자발적 연대를 바탕으로 형성되는 사이버 공동체의 관점에서 바라보아야 한다. 환언하자면, 이들은 사이버공간의 매개로 상호의존적인 관계에서 “규범을 공유하고 공동으로 만족할 수 있는 재화” 즉 연대적 재화(solidaristic goods)를 생산하는 시민사회를 형성³⁴⁾하고(또는 공공영역을 형성하고) 여기서 개인들은 자신의 소속감(정체성)을 추구한다고 하는 공동체모델에 입각하여 분석이 이루어져야 할 필요가 있는 것이다.

이렇게 본다면, 윤영민의 주장처럼 어느 하나의 관점이 다른 모든 것을 대체하거나 그것들에 우월한 것으로 간주할 이유가 없어진다. 오히려 이들 세 가지의 관점들을 일련선상에 놓고 동시적으로, 또는 실천가능성의 순위에 따라 어느 하나를 바탕으로 다른 것들의 실현을 위한 기반을 조성하는 복합적이고 종합적인 구조화의 수순을 밟을 필요가 있다. 즉, 연대적 재화의 생산을 중심으로 하는 공동체모델로서의 민주주의는 ‘일상적인 소비 및 여가, 문화생활이 이루어지는 생활공간이자 정치적인 여론이 형성되는 장³⁵⁾’을 지향하고 있음을 감안하여 그 구성원 각자가 가지는 인격과 취향, 그리고 그에 따른 선택과 학습의 과정을 조성할 수 있는 헌법이해가 필요하게 되며, 이를 지향하기 위하여 자유(기본권)와 민주주의의 결합을 도모할 필요가 있다. 반면 민주주의적 관점은 개인과 정부의 직접적인 연결을 지향한다. 여기서는 이를 위하여 시민의 참여와 그에 대한 정부의 책임을 강화하는 장치로서의 헌법이해가 요청된다. 이 때문에 민주주의의 실천방법의 하나로서 제기되고 있는 전자정부론과 같은 대안들은 정보의 공개 및 시민적 의사투입기회의 확보라는 점에서 나름의 의미를 획득하게 된다. 매개집단강화장치로서의 전자민주주의론 역시 마찬가지로 현실공간

34) 임혁백, “민주화시대의 국가·시민사회 관계의 틀 모색: 국가, 시장, 민주주의,” 한국사회학회 한국정치학회 편, 한국의 국가와 시민사회, 한울, 1992, 382면 이하 참조

35) 유팔무, “한국의 시민사회론과 시민사회 분석을 위한 개념들의 모색,” 유팔무, 김호기 편, 시민사회와 시민운동, 한울, 1995, 242면.

과 사이버공간의 결합성을 요청하면서 다양한 수준에서의 문제제기와 그에 대한 시민적 참여를 동원할 수 있는 나름의 효율적인 장치들이 매개집단들에 의하여 적극적으로 능동적으로 제시되어야만 가능한 것이다. 그리고 이들이 상호 결합함으로써 진정한 자기지배의 민주주의가 실현될 수 있도록 효율적이고 체계적인 헌법적 구조화의 작업 역시 필수적으로 요청된다.³⁶⁾

3.3. 국가이념과 정보화요청

3.3.1. 사회국가와 보편적 접근

정보통신기술의 발전과 더불어 이미 정보화라는 시대적 담론은 하나의 현실이 되어 버렸다. 정보의 이용이 국민들의 사회생활과정의 중요한 부분을 차지하고, 그것이 생활과정의 질을 결정하기에까지 이르게 된 것이다. 여기서 국가는 국민들이 정보통신기술을 폭넓게 활용할 수 있는 기본적인 시설을 제공하고 그에 상응하는 활용방안들을 모색하지 않을 수 없게 된다. 이에 오늘날의 정보시대를 정보화로 지칭하건, 정보사회로 규정하건간에 그것이 하나의 시대적 추세이며, 그로부터 수많은 부가가치를 획득한다면, 국가의 측면에서 필연적으로 요청되는 것이 그 전제가 되는 정보메카니즘, 특히 정보의 대량소통을 가능케 하는 통신망·정보망의 구축이나, 대량적인 정보유통을 가능케 하는 매체망(인공위성, 송수신을 위한 중계장치 등)의 확충이 시급하게 된다.

하지만, 그러한 정보인프라를 구축하기 위하여는 막대한 인적·물적 비용이 소모되는 만큼 개별 기업이나 개인이 이를 감당하기에는 역부족일 수밖에 없다. 따라서 국가가 그 정보인프라를 구축하는 주체로서 기능할 것인가, 아니면 민간부분을 통하여 시장과정에서 정보인프라가 구축되도록 할 것인가는 국가정책에 따라 달라질 수 있는 문제이긴 하지만, 그 어떤 경우에도 국가는 양적으로 뿐 아니라 질적으로도 보다 많은 정보인프라가 구축되도록 노력하여야 하며, 그것이 모든 사람들에게 보편적으로 활용될 수 있도록 하지 않을 수 없다.³⁷⁾

이 점과 관련하여 우리가 주목하여야 할 개념은 공공재(public goods)라는 관념이다. 그것은 사회내의 총효용을 순증가시키지만, 그럼에도 불구하고 무임승차를 노리는 이기적 심리에 의하여 창출되지 못하는 재화들을 국가가 모든 잠재적 수요자의 부담하에 스스로 그 재화의 공급자로 기능하게 되는 것이다.³⁸⁾ 그리고 오늘날의 헌법적 틀속에서는 어떠한 방식으로건 공공재가 효율적으로 조달되고 그것이 진정으로 공공재로서 기능할 수 있도록 그에 대한 접근장벽을 해소하여야 할 의

36) 이러한 헌법이해의 예로서, 국민주권주의(헌법 제1조)의 재해석을 통한 동태적, 실천적 주권론의 확보(한상희, “민주공화국의 정치적 함의,” 일감법학 제3집, 1999 참조), 대의제민주주의와 직접민주주의론의 재구성, 매체통제 규율에 관한 법리의 변형, 표현의 자유를 비롯한 사생활형성의 자유에 대한 보장, 실체통제에 갈음하는 구조통제 및 절차통제의 강화, 경제권력에 대한 통제 등을 들 수 있으며, 이를 각각의 정치과정의 층위에 따라 효율적으로 배치하고자 하는 노력이 필요하다.

37) 민간부분에 의한 정보화가 이루어진다 할지라도, 정보통신기술의 표준을 정하는 일이나 주파수분할등과 같은 정보통신사업영역의 획정, 이용요금등 각종의 사업행태에 대한 규제 등은 국가적 통제권내에 포함된다.

38) Feldman, 김덕영의 역, 후생경제학과 사회선택이론, 경문사, 1990, 127면, 민경국, 헌법경제론, 강원대학교출판부, 1993, 101면

무는 국가의 기본적 의무이자, 특히 사회적 시장경제질서를 지향하는 헌법상의 의무이기도 하다. 그렇다면, 이러한 공공재에 정보망의 구축이라는 것이 해당하는가?

일반적으로 보아 정보망의 용도·효용은, 국가적 과제의 충족(예컨대, 행정정보망의 경우), 경제적, 기업적 수요의 충족(기업내부적 LAN의 설치, 또는 금융기관 상호간의 연동망구축), 그리고 개인적 의사소통망의 구축(각종의 사설BBS설치의 경우)으로 대별할 수 있다. 전자의 경우에는 두말할 나위도 없이 국가임무수행의 필요상 형성되는 것인 만큼, 공공재로서의 행정업무의 연장에 불과할 따름이다. 문제는 나머지 두 경우에 정보망은 공공재적 성격을 가지게 되는가이다. 여기서도 기업적 수요의 충족을 위한 정보망구축의 경우는 필연적으로 배타성을 띠지 않을 수가 없다. 기업의 내부적인 정보보안의 필요등에 의하여 대부분의 경우 일반인의 접근을 거부하거나 또는 일반인의 접근을 허용하는 경우에도 그것이 순수하게 영리적 활동을 위하여 그렇게 되는 것이다.(대표적인 경우가 Home Banking의 예이다) 그리고 그것은 기술적으로건 사회·문화적으로건 그에 대한 무임승차자의 접근을 막을 수 있는 가능성을 지니고 있다. 공공재의 요건으로서의 배타성의 특성이 얼마든지 부인될 수 있으며 또 그러한 차별화가 사회적으로 용인되지 못할 바 아니다. 따라서 기업 스스로 그것을 구축해 나가든지 아니면, 보다 효율적인 정보망의 구축을 위하여 어떠한 특정기관(국가도 이에 해당할 수도 있다)을 중심으로 통일적이고 체계적인 정보망을 구축하면 된다. 또는 일종의 수익자부담의 원칙하에 국가가 그것을 구축하고 그 설치 및 유지의 경비를 당해 기업으로부터 지급받으면 되는 것이다. 이는 헌법 제119조 제2항의 경제성장 및 안정을 위하여 경제에 관한 규제와 조정의 국가적 기능과 의무의 범주내에 들어가는 행위로서 그 정당성은 얼마든지 추론될 수 있다.³⁹⁾

그러나 반면, 후자, 즉 개인적 의사소통망의 경우에는 별도의 취급이 요구된다. 여기서는 국가의 경제개입의 요청만으로는 불충분하며, 오히려 그와는 다른 차원에서 헌법적 이론구성이 이루어져야 한다. 여기서는 비록 기술적으로 배타성을 부여하는 것이 가능하다 할지라도 헌법적인 차원에서 그러한 차별화 및 배타성의 부여 자체가 위헌적 소지를 내포하게 된다. 국가가 어떠한 서비스를 구축하고 이를 국민에게 제공하는가의 여부는 국가의 형성 - 특히 복지형성 내지는 사회형성의 범위내에 들어간다고 할지라도, 그것이 일단 유효하게 성립하여 국민들에게 제공되고 있는 실정에서는 평등의 원칙이나, 신뢰보호의 원칙과 같은 헌법적 지배하에 있는 일반법원칙의 구속을 받기 때문이다. 뿐만 아니라, 이 경우의 정보망은 전술한 바와 같이 개개인의 단순한 여흥의 의미

39) 헌법 제127조에서 말하는 정보의 개발을 통한 국민경제발전의 노력의무는 이러한 국가적 배려를 향한 또다른 근거가 된다. 그러나 그렇다고 해서 국가가 개발하는 정보 내지 정보망이 공공재적 성격을 취하여야 한다는 당위성은 나오지 않는다. 정보인프라의 구축은 그것이 형성하는 부가 가치가 특정인에 집중되는 것이 아니라, 광범위한 기업들뿐 아니라 거의 모든 국민들에게 확산되어 결과적으로 국민경제의 발전에 이바지한다는 논리를 취한다 할지라도 그렇게 개발된 정보가 모든 기업이나 국민들에게 무차별적으로 제공되어야 할 논리적 필연성도 없을뿐더러 그 어떠한 경우에도 그것이 국민의 조세부담을 통하여 이루어져야 할 것을 요구하지도 않기 때문이다. 결국 이러한 관점에서의 정보화는 그 자체가 가장 본질적 의미에서의 공공재적 성격을 가지게 되며, 따라서 이 부분에 대한 국가의 개입은 필연적으로 국가적 의무 내지는 헌법적 의무로서 형성되기 되는 것이다.

보다는 그러한 활동을 통한 자신의 인격의 실현이라는 의미가 강조되기 때문에 적어도 기회의 측면에서의 차별화는 우리 헌법원칙상 용납될 수 없게 된다.

그렇다면, 정보망의 설치나 제공여부의 결정에 대한 국가의 형성권한은 아무런 헌법적 제한을 받지 않는다고 할 것인가? 결론부터 말하자면, 비록 국민 개개인의 입장에서는 그의 청구권은 인정되지 않는다 할지라도 국가로서는 적어도 추상적인 의미에서의 헌법적 의미에 종속된다. 국가는 모든 국민의 기본적 인권을 확인하고 이를 최대한으로 보장할 의무를 질 뿐 아니라(헌법 제10조 후문), 바로 이 의무로부터 국민들이 자신의 인격을 형성하고 발현할 수 있는 기회를 확충하고 또 제공하여야 할 의무까지 도출할 수 있기 때문이다. 부연하자면, 헌법 제10조로부터 연유되는 인격의 형성, 발현의 권리는, 그것이 헌법 제14조의 거주이전의 자유, 제18조의 통신의 비밀, 제21조의 표현의 자유, 제22조의 학문과 예술의 자유, 그리고 제34조의 인간다운 생활을 할 권리 등은 바로 이러한 인격발현을 위한 수단적 지위를 가지는 권리이다. 국민의 정보에 대한 (비록 아직은 느슨하게 구성된 것이기는 하지만) 권리에 상응하는 국가적 의무는 이들로부터 도출될 수 있다는 것이다.⁴⁰⁾

예컨대, 거주이전의 자유와 통신의 비밀은 그것이 단순히 외부적인 침해로부터의 자유를 의미하고 있음에 그치는 것이 아니라 타인들과의 자유로운 교류를 할 수 있는 권리로서의 의미를 가진다. 즉, 생활주체로서의 개인이 여타의 생활주체와 자유롭게 의사소통하고 공존의 생활경험을 공유함으로써 자신의 정체성을 정립하고 그를 통하여 자신 나름의 인격을 형성하기 위한 가장 기초적인 생활기반으로서의 권리를 구축하고 있다고 보아야 할 것이다. 우리 헌법에서 말하는 인간이 추상적 이성인을 의미하는 것이 아니라면, 그래서 구체적인 현실속에서 생활하는 인간관념을 바탕으로 일정한 문화적·사회적 의미화의 과정속에 있는 인간⁴¹⁾을 상정한다면 거주이전이나 통신의 비밀은 그 자체서 타인과의 교류를 통한 경험의 공유기회를 보장함을 의미하며 나아가 그 경험의 기회를 통하여 타인과의 경험을 바탕으로 자아를 형성해 나갈 수 있는 최대한의 가능성을 보장한다는 의미와 상통한다. 표현 및 학문과 예술의 자유 역시 마찬가지로 맥락에서 이해될 수 있다.

그래서 사회국가원리의 헌법적 근거가 되는 제34조의 인간다운 생활을 할 권리의 정점에는 이러한 생활인, 문화인의 관념이 내포되어 있다고 할 것이다. 환언하자면 그것은 단순히 추상적 존재로서의 인간 또는 평균화가능한 존재로서의 사회적 인격을 국가적 배려에 의하여 실천한다는 다분히 관념적 성격에서 벗어나, 구체적인 생활환경속에서 모든 국민들이 유의미한 구성원으로서의 위상(standing)을 구축할 수 있도록 국가가 그 환경을 조성한다는 의미를 가진다. 즉, 일종의 시민권

40) 바로 이 때문에 정보통신매체에 대한 보편적 접근(universal access)의 권리는 문제는 우리 법체계에 있어서도 중요한 헌법적 관심대상이자 국가적 의무에 해당한다.

41) 헌법학자들이 일반적으로 말하는 인격주의적 인간관은 바로 이를 말한다. 여기서의 인격이란 다름 아니라 타인들과의 공동의 생활을 통하여 구축되는 공동의 가치라는 관념을 체화하고 있는 인간 또는 그 체화 그 자체로서의 인격을 말하는 것이다. 이 점에서 인격주의적 인간관은 문화적 개념이며, 결국은 공동체적 생활양식을 수용하고 그를 기반으로 행위하며 나아가 구체적이고 직접적인 생활과정을 통하여 그의 형성에 참여하고 기여하는 인간을 의미하는 것이다.

적 지위의 보장으로서 인간다운 생활을 할 권리의 개념이 형성되며, 여기에서 사회국가원리의 본질요소를 찾아야 한다는 것이다.

3.3.2. 정보사회의 내연적 규율로서의 문화국가원리

이 점은 다시 헌법전문과 제9조에서 말하는 문화국가의 이념에 의하여 재확인된다. 통상 헌법학계에서는 이를 독일의 Kulturstaat로 해석하면서 "국가로부터 문화의 자유가 보장되고 국가에 의하여 문화가 공급(문화에 대한 국가적 보호·지원·조정)되어야 하는 국가"로 이해하면서 정신적 자유권과 교육제도의 보장 등과 결합시키고,42) 그로부터 국가적 문화조성의무, 문화적 자율성보장의무 및 문화적 약자보호의무를 도출한다.43) 하지만 이러한 논의들은 문화를 '국가'와 대비시키고 어떠한 국가적 행위의 대상으로 설정하고 있다는 점에서 문제가 있다. 문화(culture)란, 관찰의 대상이 되는 행위나 사회구조 또는 인공물을 의미하는 것은 아니다. 그것은 단순히 문화의 소재가 될 따름이다. 오히려 그러한 것들에 내재하고 있는 유형(patterns)이나 규범, 규칙 또는 준거들을 의미한다. 그래서 문화는, 그 구성원의 의식이나 언어체계에 따라 달라지는, 의미와 이데올로기, 관습적인 이해(conventional understandings)의 체계 또는 인식구조나 무의식적인 구조를 말한다.44) 그래서 문화는 삶의 양식에 대한 일종의 의미부여체계 또는 그러한 의미를 중심으로 이루어지는 구성원들의 삶의 양식을 그의 가장 중요한 요소로서 담고 있는 것이다. 인간이 구체적인 삶을 살아가면서 다양하게 직면하게 되는 생활소재들에 대하여 나름의 의미와 가치를 부여하고 그에 따라 자신의 행위로 나아감으로써 그 의미와 가치를 실현해나가는 과정 그것이 바로 문화인 것이다.

문화를 이렇게 이해할 때, 헌법 제9조에서 말하는 문화국가원리는 국가가 그 구성원들의 삶을 있는 그대로 수용하면서 이러한 삶의 양식들이 최대한 풍부하게 발현될 수 있도록 가능한 모든 조치를 취할 것을 요구하고 있는 것이며, 이를 통하여 사회적 생활관계의 다원성과 다양성을 보장하고 그로부터 도출되는 일정한 가치나 의미부여체계를 법과 정책의 형태로 포섭함을 의미한다고 보아야 할 것이다. 그래서 그것은 주권재민의 원칙이나 민주적 기본질서, 그리고 국가로부터 자유로운 시민생활영역(시민사회의 자율성) 등과 결합한다. 즉, 사회적 가치나 의미의 생산은 국가의 영역이 아니라 시민사회의 생활세계에 맡겨져 있는 것이며, 국가는 이렇게 생산된 가치와 의미의 체계를 존중하고 적극적으로 수용하며 그것을 바탕으로 법과 정책을 생산하고 또 집행하여야 한다는

42) 권영성, 139, 141면.

43) 실제 W. Meißner의 경우 문화국가의 이념을 법치국가, 사회국가의 이념과 연방국가적 조직원리와 결합시키면서, 예술과 학문의 자유에 대한 헌법적 보장(§53GG)으로부터 문화국가의 이념을 도출한다. 그래서 그는 여기서 기본법상의 문화국가의 구조적 표지뿐 아니라, 문화정책적 중립성과 문화정책적 관용의 원칙이 도출된다고 한다. 결국 그는 문화국가의 개념을, 문화의 국가로부터의 독립 및 국가 내에서의 문화적 자율성(Autonomie der Kultur im Staat)의 관점에서 논의하고 있다. 자세한 것은 W. Meißner, "Kulturelle Aufgaben des modernen Staates", in: E. Benda, W. Meißner, H.J. Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts der BRD II, Berlin: Walter de Gruyter, 1983 참조.

44) M. Singler, "Culture: The Concept of Culture," in: The International Encyclopedia of the Social Sciences, vol.3, The MacMillan Company & the Free Press, 1974, p.540.

의미를 담고 있다. 나아가 같은 조가 민족문화와 전통문화를 언급하고 있음 역시 어떠한 의형적 행위(관습이나 의례, 예술 등)나 물체(건축물 등)의 보존·계승을 의미하는 것이 아니라, 이렇게 다원화·다양화된 문화적 의미체계들이 상호 소통의 과정을 통하여 연대의 기회를 확보하고 그것이 전체로서의 국가사회로 통합될 수 있도록 보호하고 조정·육성할 의무를 국가에 부여하고 있는 것이다.45) 이 점에서 문화국가조항은 우리 헌법의 구성원리이자 동시에 헌법이해에 있어서 가장 기본적인 기반을 형성한다.

문화를 이렇게 생활양식의 보장이라는 측면에서 이해할 때, 문화국가라는 헌법적 요청으로부터 정보화를 통한 새로운 삶의 유형들을 창출할 국가적 의무를 도출할 수 있다. 왜냐하면 현대사회에 있어서의 정보는 이미 중요한 생활요소로 등장하고 있기 때문이다. Giddens가 말하는 탈공간·탈시간의 사회는 이를 설명하는 유효한 준거가 된다. 근대사회가 되면서 그 이전까지 지역공동체를 중심으로 형성되었던 대면적, 전인적 인간관계가 해체되기 시작한다. 모든 것이 직관적으로 익숙하였던 인간은 도시라는 새로운 환경에 처하게 되고 여기서 그는 전혀 다른 모습의 생활관계를 형성하여야 하게 되었다. 이 과정에서 그는 낮섬으로 인하여 직면하게 되는 위험(risk)을 관리하기 위하여 그 낮섬에 대한 정보를 요청한다. 작업장의 조건, 동료나 이웃에 관한 제반의 사항들, 기술과 도구의 사용법 등 수많은 정보들이 탈공간화된 인간의 생활조건으로 필요하게 된 것이다. 또는 합리주의의 맥락에서 모든 것들을 수단과 목적, 원인과 결과로 이해하게 되면서 미래(목적·결과)를 관리하기 위하여는 현재(수단·원인)를 통제하지 않을 수 없게 된다. 미래를 기획하고, 그에 맞추어 현재를 조정하기 위하여 그는 또다른 정보를 요청한다. 측정과 분석, 예측과 평가 등 다양한 수준에서 그는 정보생활을 자신의 일상으로 흡수하는 것이다.46)

발전된 정보통신기술은 이러한 정보요청을 보다 효율적으로 달성할 수 있도록 한다. 보기 나름으로는 오히려 그 정보통신기술을 통하여서(만) 충분한 정보를 획득할 수 있는 상황에까지 이르고 있다. 환언하자면 정보통신기술은 현대사회의 생활관계를 지탱하는 가장 중요한 생활수단으로 등장하고 있는 것이다. 그러나 정보통신기술의 발전과 사회국가원리, 문화국가의 원리가 결합되는 지점은 이러한 수단으로서의 정보의 성격이라는 차원을 넘어선다. 그것은, 오늘날과 같은 정보화사회에 접어들면서는 현대사회생활에 필요한 정보획득의 중요한 수단이라는 의미와는 또다른 의미를 획득하게 되기 때문이다. 그것은 단순히 생활의 수단으로서의 정보의 수준을 넘어서서 의미와 가치를 교류하고 연대적 가치를 생산하는 의사소통의 한 방식으로 자리잡게 되는 것이다. 다른 사람들과 공유된 감정이나 의식을 교환하며 상호간의 이해를 증진한다는 것은 자신이 어떠한 공동체에 귀속된다는 의식의 중요한 요소이며, 그 공동체적 생활을 통하여 자신의 정체성·인격을 실현하는

45) 그래서 제9조의 전통문화·민족문화의 보존·장달이라는 요청은, 과거와의 연속성을 보호하고 나아가 미래와의 연속성을 요구하면서 종국적으로는 통시적이고 공시적인 "보편화된 연대성의 자원"을 재구성적으로 발현할 것을 요청하는 것이다. A. Giddens, 좌파와 우파를 넘어서, 64~65면.

46) 이러한 맥락에서 정보와 지식의 대량적인 소통의 수단들에 대한 필요성이 대두되며 그것이 이미 매스 미디어의 형태로 현실화되기도 한다.

가장 중요한 방법이자 그 자체이다. 정보통신기술은 바로 이러한 의사소통의 가능성을 열어주고 있을 뿐 아니라, 그것이 하나의 추세로 등장함에 따라 수단의 성격을 넘어 그러한 의사소통행위 그 자체로 인식되고 있을 정도가 되었다. 즉, 정보통신기술을 통하여 오늘날의 인간은 지역을 기반으로 하는 공동체의 수준을 넘어서서 또는 그것을 대체하거나 그것과는 별도의 새로운 공동체를 형성하는 또다른 국면을 맞이하고 있는 것이다.

정보화를 촉진하여야 할 국가의 의무에 관한 헌법원리가 사회국가원리에 더하여 문화국가원리까지 결합되어 나타나는 것은 바로 이 때문이다. 우리 헌법이 생활배려(Daseinsvorsorge)의 수준에서 정보화의무를 국가에 지우고 있을 뿐만 아니라, 인간다운 생활로 표현되는 문화적 생활의 주체로서 모든 국민을 대우하고 또 그러한 적격(standing)을 조성해 주어야 한다는 헌법적 요청이 문화국가원리에서 추가되는 것이다. 그리고 바로 이 지점에서 새로운 의사소통의 수단이자 의사소통의 형식인 정보화에 대한 국가적 의무가 단순히 정보통신기반시설의 조성 및 구축에 한정되는 것이 아니라 개개의 국민들이 이러한 기반시설을 통하여 스스로의 인격을 자유롭게 실현할 수 있도록 해주어야 할 국가적 의무에까지 확장된다.⁴⁷⁾ 후술하겠지만, 정보화사회에서 최대의 사회적 관심사로 되어 있는 정보격차(digital divide)의 문제가 정보통신기반시설의 확충과 더불어 인간과 컴퓨터, 인간과 네트워크 나아가 인간과 인간 사이의 접속을 가능케 하는 인터페이스의 개발의 문제로 환원되면서 그 최종적 의무자가 국가로 귀결되는 것도 바로 이 때문이다. 그것은 형식적인 기회의 균등으로 나아가는 경향을 가지는 사회국가의 원리뿐만 아니라, 모든 인간들이 그 욕구와 취향에 따라 다른 인격들과 의사소통할 수 있고 이를 바탕으로 그들이 실질적으로 사회의 유의미한 구성원이 되며 그 시민권의 실천을 통하여 자신의 인격과 정체성을 구현할 수 있는 상태를 실천한다는 의미에서 문화의 조성행위가 되며, 이것이 국가를 의무지우고 있다는 점에서 문화국가의 지도이념이 도출되는 것이다.⁴⁸⁾

3.4. 국가와 시장, 그리고 정보사회

3.4.1. 정보화의 이율배반

1970년대 이래 세계체제가 재편되는 과정에서 정보통신기술의 발전은 생산과 자본, 금융 및 정

47) 오늘날의 정보화추세 또는 그로 인한 정보사회 내지는 후기산업사회의 도래는 개개인들을 경제영역에만 불들어 매어 놓았던 지난 시대와는 달리 보다 확장되고 다원화된 시민사회영역의 발전을 초래하게 된다. 여기서는 다양한 생활유형들을 통하여 다양한 의미와 상징들이 구축되며, 그를 따라 다양하고도 다층적인 관심영역들이 형성된다. 헌법 제9조는 개개의 국민들이 자신의 생활의 장에서 다양한 관심들을 실천할 수 있는 틀을 마련함으로써 풍부한 삶을 형성할 수 있도록 할 것을 요청한다. 이 점에서 정보화를 기반으로 하는 각종의 문화정책 또한 고려되어야 한다. 정보통신기술의 문화적 활용을 위한 정책의 수립과 그에 의거한 지원·육성사업, 새로운 콘텐츠의 개발·보급, 정보사회의 문화적 충격 내지는 변화양상에 대한 비판적 조명 및 그 발전방향의 제시 등 다양한 측면에서 문화정책이 개발·실시되어야 하는 것이다.

48) 대체로 헌법에서 말하는 문화국가의 원리나, 사회국가의 원리는 이러한 국가의 적극적 기능을 위한 헌법적 근거가 되기도 하지만, 그 외에도 평등의 원칙이나 민주주의의 원칙, 사회통합 등의 헌법적 요청 또한 국가의 이러한 정보인프라에 관한 권력의 원천이자 의무조항으로 해석될 수도 있는 것이다.

보의 세계화에 있어 결정적인 역할을 수행하여 왔다. 초국적기업(transnational corporation: TNC)을 중심으로 하는 세계적 독점자본이 북미·유럽·국동으로 크게 구획되는 시장을 대상으로 극심한 경쟁에 들어가면서(시장의 세계화), 이 시장과 구분되는 생산지의 전지구적 확장(생산의 세계화)과 통합된 세계금융시장의 형성(금융의 세계화), 나아가 이들을 실시간적으로 결합하기 위한 정보통신기술의 채용(정보의 세계화) 등의 일련의 과정이 급속도로 일어났다.⁴⁹⁾ 그리고 초국적기업들이 이 세계체제 개편의 과정을 일관되게 지배할 수 있도록 한 것이 최후의 세계화 즉, 정보의 세계화였던 것이다. 이것은, 시장의 동향과 생산과정의 통제, 주식과 외환을 중심으로 하는 금융과 투자의 흐름에 대한 정보의 획득이 하나의 지점에서 동시다발적으로 이루어질 수 있도록 하는 동시에 그러한 정보의 획득, 처리 자체가 다시 중요한 세계상품으로 등장함으로써 전세계에 걸쳐 총체적인 시장의 형성을 가능케 하였다. 동시에 그것은 정보통신기술의 발전을 계기로-보다 정확히는 정보통신기술의 발전을 그 필수적 내포로 하고 있다-자본의 세계화를 도모하며 나아가 국민국가의 경계를 넘어 상품과 시장, 생산 그리고 금융의 결합(outsourcing) 내지는 전략적 제휴를 추구한다.⁵⁰⁾

이러한 추세는 정보통신영역에서도 그대로 나타난다. 신자유주의가 하나의 추세로서 국가영역을 압박하게 되자, 국가는 자신이 장악하고 있던 정보화의 기반시설이나 그 운영을 민영화하는 정책을 취하면서 정보통신서비스에 대한 종래의 국가독점의 정책들을 서서히 포기하고 있기도 하다. 이미 자유주의적 시장정책에 길들여져 있는 미국의 경우는 두 말 할 것도 없고, 벤처산업의 육성이라는 명목으로 정보통신서비스산업의 대부분을 민간부문에 일임하고 있는 우리나라의 경우에도 이동통신산업이나 전화통신산업들을 하나 들씩 민영화하고 있다.⁵¹⁾ 뿐만 아니라, 종래 국가중심으로 이루어져 왔던 경제운용체제가 국가규제완화 내지 철폐라는 이름으로 자율적 시장중심의 경제체제로 변화해가고 있다.⁵²⁾ 이러한 추세는 정보통신서비스산업이 고도의 기술집약적인 것이며, 따라서 시장을 통하여 확보될 수 있는 전문성과 창의성이 그 산업의 성패를 좌우할 만큼 중요한 요소로 등장하고 있다는 인식을 바탕으로 한다. 또한 그것은 정보화의 진행에 따른 시장의 유동성으로 인하여 생산기술과 수요에 관한 정보 자체가 기술의 본질적 요소이며, 보기 나름으로는 이 정보가 기술을 조직하고 종적, 횡적으로 구조화시킨다고 하는 산업합리화의 요청-유연전문화의 논의는 이의 대표적인 예이다-도 작용한다.⁵³⁾

49) F. Webster, *Theories of the Information Society*, (조동기 역, 정보사회이론, 사회비평사, 1997), 232-9면 참조

50) Piore와 Sable을 중심으로 제기되는 이러한 논의들은 Webster, 전게역서, 257면 이하에서 잘 정리되고 있다.

51) 2002년 말까지 민영화작업을 완료할 예정으로 있는 한국통신은 이의 대표적인 경우이다. 한국경제신문, 2001.01.25 기사사: http://news.naver.com/read?command=read&id=20010125_0000098042 참조

52) 기업활동에 관한 행정규제를 완화함으로써 원활한 기업활동을 도모하고 국민경제의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 제정·공포된 기업활동규제완화에관한특별조치법(1995.4.10 제정, 1997.4.10 공포, 법률제05328호)은 이의 대표적인 예로서, 창업 및 공장설립, 의무고용, 수출입, 검사, 진입제한 등에 관한 규제의 완화를 규정하고 이를 집행하기 위한 기업활동규제심의위원회를 두고 있다.

53) 나아가 캘리포니아 이데올로기와 같은 일종의 개량적 인식이 정보통신서비스 시장의 자율성과 자유경쟁성을 강력하게 요청하고 있음도 부인할 수 없다.

뿐만 아니라, 정보의 다양화, 대량화의 경향은 소비자인 대중에게는 일면으로는 난삽한 광고의 폭력일 수도 있지만, 타면으로는 개개의 소비자들이 자신의 구미와 취향에 맞는 상품의 선택권, 즉 정보의 해석 및 의미부여의 능력을 고양시킨다는 의미와도 상통한다. 개인이 정보의 선택자가 됨으로써 일종의 개성에 입각한 구매행위를 촉발하는 것이다. 이 점에서 국가규제철폐 내지 완화의 논의들은 단순히 그것이 외부비용의 축소를 통한 기업의 자본축적능력의 향상만을 도모하는 것은 아니다. 그 논의들은 두 가지의 측면에서, 즉 첫째, 급변하는 수요자의 취향이나 국제산업구조개편의 추세에 민감하게 대응함으로써 기업들의 이윤율을 확보할 수 있는 제도적·보다 정확히는 비제도적 장치들을 마련한다는 의미와, 둘째, 그러한 탄력적이고 반응적인(responsive) 기업활동을 통하여 간접적으로는 수요자들의 인격을 실현할 수 있는 기회를 보다 확대한다는 의미에서 나름의 헌법적 타당성을 가진다고도 할 것이다.⁵⁴⁾

하지만, 이렇게 규제완화를 통한 자율적 시장의 조성이라는 이념은 경우에 따라서는 기업의 이윤추구활동을 통하여 시민사회나 개인의 사적 생활이 장악될 수도 있다는 점에서 문제를 야기한다. 시장과 경제에 대한 국가의 개입은 국가의 실패를 야기함으로써 부정적 효과를 자아내었지만, 그렇다고 해서 시장의 자율에만 맡겨 둘 경우 시장에 의한 시민사회 및 개인의 식민화현상이 나타나게 되는 역효과 또한 무시할 수 없게 되었다는 것이다. 실제 정보통신기술의 발전은, 유연전문화의 추세와 더불어 개별적인 소비자에 반응적인(responsive) 시장을 구축함으로써, 시민사회에서 운영되는 생활의 다양한 양식들로부터 형성되는 개별적·구체적 수요를 경제가 포섭하고 그에 상응하는 재화와 용역을 산출하도록 하는 유기적인 시장관계를 형성할 수 있다는 점에서 장점을 가진다. 한마디로 소비자가 시장을 통제할 수 있는, 그래서 시민사회와 경제가 각각의 영역에서 자율성을 획득하고 그것을 바탕으로 상호 연계될 수 있는 틀이 구축될 수 있는 것이다. 하지만, 동시에 그러한 유기적 시장의 구조 자체가 기업들로 하여금 개개인들의 취향이나 생활양식을 구획하고 구분함으로써 소비시장을 특정하기 위하여 끊임없이 소비자들을 감시하고 정보를 수집하도록 유도하는, 일종의 감시체제를 형성하게 만든다.⁵⁵⁾ R. Whitaker가 분산된, 그러나 동의에 의한 판옵티콘(decadntered, consensual panopticon)이라고 명명한 다차원적 감시구조는 소비자들에 대한 정보를 끊임없이 수집하고 분석하며, 그것을 다시 하나의 상품으로 가공하여 유통하는,⁵⁶⁾ 그럼으로써 생활세계가 다시 경제에 의하여 종속되고 또 가공되는 포디즘적 역기능이 야기되고 있는 것이다. 뿐만 아니라, 정보통신서비스나 콘텐츠 자체가 상품화되고 이것이 다시 거대기업이나 초국가기업에

54) 특히 이 후자는 넓은 의미의 소비자주권론과 상통한다. 그것은 소비자가 대량생산이나 대량소비의 패러다임에 의한 경제 운용체제속에서 더 이상 표준화된 취향을 강요당하지 아니하고 역으로 자신의 개별적이고 특수한 취향을 생산자에 강제함으로써 그 생산물·상품을 통하여 자신의 인격을 실현할 수 있는 기회를 추구할 수 있도록 한다는 점에서 가장 직접적인 방법으로 헌법을 실현하는 의미를 지닌다. 이에 관하여는 후술한다.

55) R. Whitaker, *The End of Privacy*(Melbourne: Scribe Publications, 2000), p.137은 그 구획과 구분의 결과로서 일부의 사람은 국가가 아니라 바로 시민사회(여기서는 경제를 의미한다)에 의하여 완전한 시민권을 부여받지 못하게 되는 상태가 야기될 수도 있다고 한다.

56) *ibid.*, p.139

의하여 독점적으로 유통되면서 개인의 자아실현을 위한 공간으로 구축될 수도 있는 사이버공간 자체가 경제권력에 의하여 왜곡되는 현상 또한 무시할 수 없다.⁵⁷⁾ 한마디로 국가의 개입으로 인한 국가의 실패를 회피하기 위하여 채택하는 민영화나 시장의 자유화조치들이 시장의 최적성(optimum)은 달성할 수 있을지는 몰라도, 시장의 개입으로 인한 시민사회나 생활세계의 '실패'는 도처에서 발견될 수 있다.⁵⁸⁾

여기서 정보사회의 딜레마가 나타난다. 국가의 민영화, 규제완화를 통한 시장의 자유화조치는 시장에 의한 시민사회의 지배로 이어지며, 역으로 국가개입의 강화는 시장의 유연성을 저해함으로써 소비자의 요구에 반응하는 시장을 형성하지 못하도록 한다. 또는 국가가 시민사회의 자유를 강화하는 방향으로 나아가면 시장은 이에 편승하여 정보나 콘텐츠의 상업화를 도모하며, 역으로 그 시민사회에 대한 통제를 강화하면 정보시장에 대한 수요를 위축시키는 결과를 야기한다.⁵⁹⁾ 관점을 바꾸어 시민사회의 측면에서도 마찬가지이다. 시민사회가 국가에 대하여 그 자유를 소리높여 주장하면 이 과정에서 상업화된 정보상품이 시민사회를 지배하게 된다. 역으로 시민사회가 국가에 대하여 정보상품의 통제를 요청하면 그것은 다시 콘텐츠(그것이 상품이건 아니면 개개인의 비영리적 자기표현이건 관계없이)에 대한 국가의 지배현상을 야기하게 된다. 한편으로는, 국가는 그 감시의 체계를 강화하기 위하여 경제영역에서 확보한 정보에 대한 끝없는 수요를 느끼고 상호 협력하는 구조를 형성하고자 한다. 기업들은 이에 편승하여 자신의 감시체제를 정당화하는 한편 그 침투성을 끝없이 강화한다.

3.4.2. '사회적' 시장경제의 헌법적 의미

이러한 정보사회의 이율배반성에 대하여 우리 헌법은 어떠한 해석론으로써 대처할 수 있을까? 우리는 이의 해답을 사회적 시장경제질서라는 헌법 제9장의 의미형성작업을 통하여 찾아 볼 수 있을 것이다.

57) 더불어 이러한 콘텐츠의 상업화는 다시 사이버공간의 편재성, 접근가능성을 바탕으로 문화적 약탈이나 왜곡의 현상까지도 발생시킨다. 인터넷상의 대부분을 차지하는 미국의 콘텐츠들이 무차별적으로 지구촌 곳곳을 누비는 현상은 이를 잘 암시하고 있다.

58) 이를 두고, P. Levi는 "비즈니스는 얼마 전만 해도 SF나 비공격적인 몽상처럼 보였던 관념과 행동 방식을 공고히 하고, 신빙성을 부여하고, 일상화·제도화하고 있"다고 하면서, "동유럽의 일부 지식인들이 '우리는 민주주의를 위해 싸웠고 그리고 우리는 자본주의를 얻었다고 한다'면, 사이버문화의 적극적 행동주의자라고 이 표현을 자신들의 것으로 삼을 수 있을 것"이라고 선언한다. 즉, 그에 의하면 사이버공간에서의 사이버문화와 사이버비즈니스의 결합현상이 우리의 주목대상이 되어야 한다는 것이다. P. Levi, *Cyberculture*, 김동운·조준형 역, 사이버문화: 뉴 테크놀로지와 문화협력 그리고 커뮤니케이션, 문예출판사, 2000, 312-3면.

59) 표현의 자유에 투철하여 음란저속 표현에 대한 규제완화를 주장하는 시민단체의 요구들이 결국에는 포르노그래피산업의 확대현상만을 야기한다든지, 또는 역으로 그 산업에 대한 규제를 도모하는 것이 중국에는 표현의 자유에 대한 중대한 침해 야기할 수도 있게 되는 현상은 비일비재하다. 이에 대한 좋은 예는 미국의 아동온라인보호법(COPA: The Child Online Protection Act, 1998)의 위헌성을 판단한 제3지구 연방순회항소법원의 판결(*Reno v. ACLU*, 217 F.3d 162 2000)이다. 이 결정은 COPA는 이용자들이 성적 표현에 접근하기를 꺼리게 만들었으므로 인터넷산업의 발전을 저해할 것이라는 판단을 하고 있다.

우리 헌법은 제119조에서 '개인과 기업의 자유와 창의'를 기본으로 하는 시장경제질서(제1항)를, 다시 '경제의 민주화'(제2항)에 의하여 수정하고자 한다. 바로 여기서 '사회적'이라는 수식어의 중심 개념이 도출된다. 그것은 흔히 말하듯, 국가의 시장개입이 경제정책의 주축으로 되었고, 이를 위하여 각종의 특례나 특혜, 경우에 따라서는 정경유착까지도 동원하여 왔던 국가주도적 불균형성장정책을 의미하는 것은 결코 아니다. 또는 헌법 제9장에서 열거되어 있는 각종의 국가적 특권들-국공유화, 규제와 통제권 등으로써 '사회적'이라는 관념의 내용을 충당하는 것으로 해석의 전부를 충당하는 것도 바람직하지 않다. 그것들은 단순히 '사회적' 시장경제질서를 형성하기 위한 일종의 수단을 제시하고 있는 것이지 그 자체로서 어떠한 '사회적' 결과를 야기하지는 않기 때문이다.

한마디로 이 '사회적'이라는 언명은 경제를 다른 헌법영역-정치, 사회, 문화 등-과 결합시키면서 그것을 균형성과 적정성, 공정성 및 민주성의 원칙에 의하여 경제질서를 제어할 것을 예정하고 있는 것이라 보아야 한다. 이는 "정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게 하며, (……) 안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고"자 하는 헌법전문문의 취지와 상통한다. 우리 헌법은 경제 자체를 하나의 독립된 목적으로 설정하고 있는 것이 아니라, 다른 어떠한 목적(국민생활의 균등한 향상)의 달성을 위한 수단으로서의 의미만을 부여하고 있는 것이다. 경제가 생활세계의 향상에 대한 수단으로 기능하여야 한다면, 그것은 필연적으로 생활세계내에서 삶을 영위하는 구체적인 인간의 행위를 전제로 하지 않을 수 없다. 여기서 행위위란, 행위주체밖에서 미리 주어진 이익 또는 그 무엇을 획득하기 위한 것이라기 보다는 오히려 또는 그와 더불어 행위자 스스로의 정체성-인격을 형성하기 위하여 나아가는 생활방식이며, 바로 이 때문에 인간의 행위는 공통적으로 규정된 목표를 성취하기 위하여 다른 사람들과 함께 상호적·호혜적·참여적 행위에 들어가는 것을 의미하게 된다. 그리고 그것이 생활세계의 물적 토대를 향하여 이루어지는 것이 바로 경제이다. 사회적 시장경제를 "시장'경제로서 분업화된 경제에서 유도, 성과 및 통제문제의 해결을 위해 질서정책적으로 정착된 규범체계"로 보고 있는 Thieme가 사회적 시장경제질서의 핵심을 "경제적, 정치적, 사회적 목표와 실천원칙들이 합성된 질서정책이라고 보는 중심사상에서 알 수 있는 것처럼 사회적 공생의 실현이라는 좀 더 넓은 질서원리로 파악해야" 할 것⁶⁰⁾을 선언하고 있음도 이 때문이다.

이렇게 본다면, 경제질서를 형성하고 운영하는 가장 기본적인 목표는 인간성의 실현(제10조)에 맞추어지지 않을 수 없다. 즉, 우리의 경제질서는 다른 모든 사회질서·헌법질서와 마찬가지로 인간성의 실현이라는 궁극목표에 대한 하나의 하위규범인 것이며, 따라서 그것은 전체로서의 생활영역에 통용되는 일반적 규율준거에 종속되며, 그 지도하에서 경제적 규율의 범위와 내용이 결정되어야 한다.⁶¹⁾ 그리고 이 구조하에서, 경제의 내부적 규율준거가 되는 경쟁과 물적 효율성의 원리는

60) H. J. Thieme, 안두순 역, 사회적 시장경제와 정부의 역할, 독일식 질서정책적 구상과 경제정책적 실무, 미래네, 1995, 28면

61) 헌법 제23조에서 재산권의 내용과 한계는 법률로써 정하고, 그 행사는 공공복리에 적합하여야 하도록 규정하고 있는 것도 바로 이러한 맥락에서 이해되어야 한다.

한계를 가진다.

정보화사회의 지배담론으로 자리를 굳혀가고 있는 신자유주의의 담론은 이 점에서 우리 헌법과는 양립하기가 어려워진다.⁶²⁾ 예컨대, 미국에서 작업장에서 이루어지는 노동자의 이메일이나 정보검색활동에 대하여 기업의 감시·감독권을 인정하는 연방대법원의 일련의 판결들과 기업의 관행들⁶³⁾은 이를 단적으로 암시한다. 여기서는 시장내에서의 개인의 권리와 시장 외에서의 권리를 구분하면서, 시장은 시장의 논리에 의하여 조직·운영된다는 철저한 이분법적 사고에 기반하고 있는 신자유주의의 기본구조를 대변하고 있다. 즉, 시장에서는 노동자의 독자적인 생활세계나 생활의 권리라는 것은 존재하지 않으며, 오로지 지배하는 것은 계약이라는 시장적 개념 뿐이다. 또한 그 계약에 의하여 산출되는 어떠한 인간적 관계도 재산이라는 것을 중심으로 하는 개념틀속에서만 이해된다. 작업장은 인격과 인격이 상호 관련지워지는 공간이라는 인간중심의 사고가 아니라, 재산(사용자의 자본)과 재산(노동자의 상품화된 노동)의 교환관계라는 시장중심의 물화된 사고만이 지배하는 것이다.⁶⁴⁾

우리 헌법이 규정하는 「경제의 민주화」는 이렇게 경제와 생활세계를 분리하는 체계가 아니라 오히려 양자를 중첩하여 인간성의 실현이라는 맥락에서 유기적으로 정서하는 체계를 구축할 것을 요구한다. 그래서 제119조 제1항의 자유가 제10조의 인간의 존엄과 가치에 종속되는 개념이라면, 경제적 자유와 창의를 주체로서의 개인은 경제라는 사회적 행위영역을 통하여 자신을 형성하고 계발하는 구체적이고 개별적인 현존재가 된다. 반면, 기업의 존재목적은 이윤의 추구하고 하지만, 실제 독자적인 목적을 가지고 행위하는 기업이라는 존재는 현존재가 아니라 하나의 의제이자 인간으로부터 유추된 관념에 불과하다.⁶⁵⁾ 그것은 경제라고 하는 특정한 헌법의 영역내에서 구체적인 인

62) 이는 방법론적 개인주의에 입각하여 신기업이론 즉 기업은 주식소유자의 재산으로 치환하면서 기업의 문제는 사적 계약의 관계로 환원시키고 그로부터 기업의 이윤추구(소유자만족)의 의무만을 강조하는 일단의 시장주의적 관점들에 입각하고 있다. 물론, 재화와 용역시장에서 제기능을 수행하는 가격체계의 구축이나 시장진입의 자유보장, 생산수단의 사적소유에 대한 보장, 그리고 계약의 자유와 같은 가장 기본적인 시장의 구성원리의 실현을 위한 국가적 노력은 필연적이다.(제119조 제1항 참조) 그러나, 신자유주의의 신기업이론은 바로 이러한 기초에서부터 출발하면서 동시에 그것을 여타의 사회이념이나 헌법이념으로부터 분리시킨다는 데에 문제가 있다. 공/사의 구분론이나 시장의 자율성의 강조와 같은 담론적 조작을 통하여 그들은 시장의 순수성과 자율성만을 강조할 뿐인 것이다. 그들에 있어서는 시장 이외의 가치는 존재하지 않는다. 또는 시장적 합리성의 기준 이외에는 사회공동체 또는 국가공동체의 선악판단의 기준은 존재하지 않는다. 그 자유시장을 향한 노력들이 종국적으로 달성하여야 할 그 어떤 시장외적 이념이 없는 것이다.

63) 이에 관하여는 후술한다. 우선 간략한 정의로써 J. Rosen, *The Unwanted Gaze: The destruction of Privacy in America*(New York: The Random House, Inc., 2000), ch.2 참조 이에 의하면 미국 경영자협회의 조사결과 1999년 현재 조사대상의 45%가 이메일, 컴퓨터파일, 전화통화를 감시하고 있으며, 2/3 이상의 조사대상기업이 어떠한 형태로건 전자적 방법에 의하여 노동자들을 아무런 사전의 예고도 없이 감시하고 있다고 한다.

64) 이 점에서 권태환, 조형제 편, 정보사회의 이해, 미래미디어, 1997, 46면에서는 정보기술산업의 관련기업들이 가지는 특징으로 "기존의 독점적 지위를 유지하기 어렵게 되고" "지속적 혁신능력(=정보의 수집·활용능력)을 지닌 모험적 기업들이 주도적 지위"를 장악하게 되며, 또한 "해당 분야의 전문기업들과의 수평적 협력"을 통한 "네트워크적 기업"이 살아남게 된다고 한다.

65) 이 점에서 기업을 경제학적으로 풀고 있는 Coase의 설명은 의미있다. "기업을 설립하는 것이 수익성이 있는 주요한 이유는 …… 시장의 운용에는 비용이 필요하므로 조직을 만들어 …… 자원을 통제할 수 있는 약간의 권위를 부여함으로써 …… 일정한 시장비용이 절감되기 때문일 것이다." 결국 기업은 시장비용을 줄이기 위한 다른 말로 하자면, 잉여이윤을 산

간의 행위가 집적되고 축약된, 그리고 바로 그 점에서 인간의 행위를 제약하는 인간행위의 산물로써의 제도에 불과한 것이다.

“사회적” 시장경제질서의 의미는 바로 여기서 확정된다. 그것은 시장이라는 비인격적, 물질적 인간관계를 인격을 중심으로 하는 인간적 관계로 전환하고자 하는 헌법적 의미를 표현한 것이다. 인간이 경제영역에 들어가 이러한 제도라는 준거에 입각하여 행위하는 것은 그 제도가 추구하는 이윤목적-물질적 가치의 실현과 획득과 더불어 또는 그를 통하여 자신의 그 어떠한 것-노동을 통한 정체성의 실현을 추구하기 위함이다. 사회적 시장경제질서란 이러한 노력과 지향점을 펼치고 획득할 수 있는 하나의 장으로서의 시장을 설정하고 그것을 국가적-헌법적 관심에 의하여 실천하고자 하는 일련의 규범의지를 반영하는 것이다.

정보사회가 비록 신자유주의적 세계전략의 일환으로 그 모습을 형성해 왔다고 할지라도, 우리 헌법내에서의 정보사회는 바로 이러한 ‘사회적’ 시장경제질서의 구조로 인하여 경제에 종속되기보다는 개개인의 생활세계와 그 생활양식에 결합된다. 그것은 경제의 효율성, 생산성을 최적화하는 발전된 생산분배 및 소비의 수단임과 동시에 그를 통하여 일련의 생활관계들이 형성되고 또 교환되는 자아실현의 장을 마련한다. 그리고 바로 이 점에서 정보화와 관련한 국가의 시장개입정책은 시민사회 또는 개인 우선의 지향속에서 구축되어야 하는 것이다.

4. “정보기본권”의 의미와 그 인식근거

4.1. 정보기본권-그 가능성?

이상에서 정보화의 흐름과 관련한 헌법적 논의의 사항들을 대표적인 것들을 중심으로 정리하여 보았다. 물론 정보화라는 관념 자체가 완결적인 것이 아니라 현재진행형이며, 따라서 정보사회론 또는 단절론의 타당여부에 대한 심각한 논의가 계속되고 있는 것이기는 하지만, 그럼에도 불구하고 오늘날의 사회가 경험하고 있는 제반의 특성들을 중심으로 그것이 상당한 정도로 진행되었을 때 나타날 수 있는 헌법적 문제들과 그 대응방안들을 나름의 관점에서 분석해 보고자 하였다.

엄밀히 보아 정보화라는 것은 인식과 행동의 준거에 있어 상당한 변화를 예견하는 현상이다. 그것은 주체와 타자의 구분을 바탕으로 타자를 대상화, 객체화시키고자 하는 근대성의 기획에 대한 반명제로 정의되기도 하고 경우에 따라서는 근대국가의 감시와 통제체제를 강화하는 요인으로 설명되기도 한다. 그러나 어떠한 방식으로 해석을 하건간에 기존의 헌법해석론으로서의 감당하기 어려운 문제점을 남겨두고 있다. 전자의 경우에는 형식적(고전적) 자유주의나 다원주의에 바탕을 둔 균형적 민주주의의 관념에 대한 해체를, 그리고 후자의 경우에는 합리성과 효율성에 근거한 경제주의가 팽배하게 됨으로써 결과적으로 자유민주주의가 심각한 도전에 직면하게 될 것이라는 우려

출하기 위한 하나의 수단이자 권위를 구축하는 조직일 따름이다.

를 각각 내포하고 있는 것이다. 그리고 그 어떠한 경우건간에 현재의 헌법해석론은 이에 대한 대안을 제시하기에는 역부족인 실정이다.⁶⁶⁾

오늘날 “정보기본권”이라는 이름으로 통칭되는 일련의 “기본권적 권리”의 관념들 역시 이러한 대안에 해당될 수 없다. 통상적으로 정보기본권의 항목들로 다음과 같은 것들이 거론된다.

「정보접근권」: 평등권적 의미에서의 정보통신서비스에의 접근가능성 보장, 알 권리로서의 국가공공기관의 정보에 대한 접근가능성 보장;

「자기정보통제권」: 사생활의 권리로서 자기관련 정보에 대한 지배권의 확보;

「정보통신의 자유」: 표현의 자유의 한 발현태로서 사이버상의 의사소통에 대한 국가적 규제로부터의 해방;

「정보재산권」: 지적 재산권으로서의 저작권 등.

하지만, 이러한 “기본권”목록들은 몇 가지 점에서 정보화사회에서의 헌법문제를 풀어내기에는 불필요하거나 무의미하다는 점에서 한계를 가진다. 첫째, 이 기본권목록들은 기존의 헌법규범의 틀 속에서 ‘충분히’ 도출될 수 있는 것이며, 따라서 별도의 ‘기본적’ 권리로서 설정될 필요가 없다. 전술한 바와 같이 「정보접근권」의 경우 사회국가원리나 평등권, 혹은 헌법 제21조에서 도출되는 알 권리의 수준에서 얼마든지 그 헌법상의 존재근거를 확보할 수 있다. 「자기정보통제권」의 경우에는 비록 최근에서 와서 헌법적 문제로 제기되기는 하였지만, 그럼에도 사생활의 자유와 같은 기존의 기본권목록으로부터 그 실질이 확보된다는 데에 이설이 없을 정도이다. 「정보통신의 자유」의 경우 기본권중에서도 가장 최우선적 가치를 가지는 표현의 자유 혹은 언론출판집회결사의 자유(헌법 제21조)에 의하여, 그리고 「정보재산권」의 경우 헌법 제23조의 재산권규정에 의하여 각각 완벽하게 보장을 받고 있다. 환언하자면, 우리 헌법은 이미 매체중립적인 입장에서 그 권리의 실질만을 규정대상으로 하고 있을 뿐, 그 권리의 발현양상이나 인식근거에 대하여는 거의 무관심한 태도를 취하고 있다. 따라서 정보통신기술 혹은 사이버세계와 같은 매체유발적 행위양태들을 별도로 기본권항목으로 취할 필요는 전혀 없는 것이다.

둘째, 이러한 “정보기본권”들을 이런 식으로 유형화하고 그것을 개별적인 기본권목록으로 고정화시키는 것은 역으로 사이버공간에서 나타나는 역동성, 다층성, 다원성의 특성들을 일거에 무화시키는 불합리를 노정할 수가 있다. 전술한 바와 같이, 현재 우리 헌법학계 및 법조계의 기본권관념

66) 이 뿐만 아니라, 세계화, 지구촌화의 추세는 국민국가적 주권론 자체를 무의미하게 만들 뿐 아니라, 심한 경우 국민국가 자체의 해체까지도 예견하게 한다. 일례로 1985년 선진자본주의국가들의 재무장관회의에서 일본의 엔화절상을 결의한 합의문을 발표한 수개월만에 달러대 엔화 환율이 250엔에서 120-150엔으로 떨어지면서 일본의 산업구조조정을 촉진하고 노후산업부문을 동남아시아지역으로 이전하게 되는 일종의 세계재편의 전략을 들 수 있다. 권태환, 조형제 편, 전계서, 80면. 한마디로 한 국가의 경제주권이란 국민국가의 가장 중요한 요소이기도 하다. 이 여지없이 침범되는 사례인 것이다. 오늘날의 우리나라의 환율문제에 대하여도 비슷한 시각이 존재하기도 한다.

은 고전적인 개인주의적 원자론의 틀을 벗어나지 못하고 있다. 아직도 권력으로부터의 해방이라고 하는 제1세대적 인권관념에 묶여 있으면서 사회적 정의의 실현이라는 고도로 추상적인 모토만을 제시하는 수준에서 제2세대적 인권·사회적 기본권을 받아들이고 있는 실정인 것이다.⁶⁷⁾ 이러한 인권담론들을 전제로 할 때, 연대와 평화를 향한 제3세대적 인권론은 물론, 자기정체성의 무한한 발현을 지향하는 사이버문화의 특성들이 제대로 반영될 여지를 확보하는 것은 그리 쉬운 일이 아니다. 그러나 그렇다고 해서 사이버문화를 그 타당근거로 하는 새로운 유형의 인권을 창조하는 것-예컨대 연대권(right to solidarity)이나 자기인격발현권(right to self-identification) 등은 on-line과 off-line의 구획을 넘어서서 보편적 타당성을 가져야 하는 법의 일반적 속성·소위 법적 정의에 어긋나는 결과를 야기한다. 사정이 이렇다면, 이런 식으로 유형화된 “정보기본권”들이 헌법상의 규정으로 보장되는 것은 결국 종래의 권리개념이라는 한정된 틀 속에 포획된 권리들만 나열하는 셈이 되어 버리고 만다. 예컨대 「정보통신의 자유」는 사회윤리, 공중도덕의 가치에 종속되어야 하며(헌법 제21조 제3항), 「정보접근권」, 「자기정보통제권」은 국가재정이나 국가기밀, 혹은 행정효율성의 구속으로부터 자유로울 수 없게 된다(헌법 제37조 제2항).

4.2. 입법투쟁으로부터 해석투쟁으로

오히려 이 지점에서 필요한 것은 “정보기본권”이라는 이름으로 개헌을 지향하거나 새로운 기본권목록을 창출하고자 하는 노력·즉 입법투쟁·보다는 헌법의 의미체계를 사이버공간의 이념에 부합하게 재구성하고 새로운 의미체계를 형성해 나가는 작업·해석투쟁·이다. 독립된 의미와 가치를 가지는 개개의 기본권항목에 초점을 맞추기 보다는 기존의 기본권항목들을 헌법체계 전체의 가치·이념 속에서 새로이 해석하고 이로부터 사이버공간의 “자유”를 창출해 나갈 수 있는 가능성을 모색하는 것이 무엇보다도 중요하다는 것이다. 이를 예로써 설명해 보자.

정보사회에서 가장 문제로 되고 있는 감시의 역기능을 극복하기 위하여 우리는 어떠한 헌법적 기본권 설정이 가능하겠는가? 통상적으로 이 감시는 국가감시로부터 기업감시, 작업장감시 등으로 무한확장되고 있는 경향을 보인다. 뿐만 아니라 그 질적 수준에 있어서도 정보수집에서부터 행위 통제에까지, 단일목적에서 자동화의 능력까지 확보하고 있는 종합목적으로 그 심도가 깊어지고 있다. 여기서 “정보기본권”의 담론은 오로지 한정된 부분(국가감시로부터 자유?)이 부분은 기껏해야 현재의 적법절차 혹은 영장주의 정도의 보호밖에 받지 못한다)만을 커버할 수 있을 뿐이다. 전통적인 “기본권”의 관념에 의할 경우 그것은 “국가는 ~을 하지 말 것”에 한정되어 있으며, 그것도 “국가는 그럼에도 불구하고 필요한 경우 그 ~을 할 수 있다”는 한정조항(헌법 제37조 제2항)에 의하여 축소된다. 원자론적 개인주의의 수준에서 기본권담론이 할 수 있는 것은 이 뿐이다. 개인의

67) 한 마디로 여전히 국가주권의 관념을 전제로 인권을 바라보며 따라서 그 인권담론은 국가로부터, 혹은 국가내에서의 인권에 한정될 뿐이라는 것이며, 이 점에서 그 인권의 논의에는 언제나 국가적 목적(사회질서유지권 공공복리증진이전)에 의한 국가적 규율의 가능성이 전제되어 있다.

‘권리’는 언제나 국가의 ‘권한’에 의하여 축소되고 통제될 수 있는 것이다.⁶⁸⁾

진실로 문제제기되어야 할 것은, 사이버공간의 문화를 어떻게 헌법적으로 담아내는가이다. 감시의 문제를 개인주의적인 권리담론을 중심으로 ‘방어’할 것이 아니라, 그 감시의 체계들 속에서 인간의 문제를 유의미하게 드러내는 의미형성이 필요하다는 것이다. 예컨대, 사이버공간에서의 실명제/익명성의 논의들은 단순히 자기정보통제 혹은 표현의 자유만으로 해결되지 않는 무엇이 있다. 대면적 의사소통관계에서는 너무도 당연히 요청되고 또 교환되는 개인적 정보들·얼굴모습, 표정, 음성특징, 신체상태, 몸짓 등에 대하여 우리는 익명의 “권리”를 요구하지 않는다. 혹은 사이버 공간에서 자신의 아바타에 대한 정보의 교환에 대하여 우리는 어떠한 “권리”를 주장하지 않는다. 우리가 여기서 주목하는 것은 그 외형적 정보와 자신의 실체적 정보(이름이나 출신지나 연령 혹은 자신의 off-line상의 정보) 사이의 연관을 노출하고 교환하는 것이 어떻게 요청되며 어떻게 관리되는가이다. 이는 두 가지의 점에서 처리된다.

첫째, 원하지 않는 정보의 공개에 대하여는 의연히 전통적인 “권리”를 말할 수 있을 것이다. 지배(domination)와 강제(interference)로부터의 자유라는 의미에서 기본적 권리의 항목들은 여기서 의미를 가진다. 둘째, 이 의사소통의 관계를 형성, 유지하기 위하여 필요한 정보들의 경우에는 “권리” 이상의 어떠한 것이 요구된다. 그것은 서로가 공유함으로써 그러한 관계가 형성·유지될 수 있는, 의사소통의 기본전제들이다. 그리고 이 의미에서 그것은 그 관계에 들어서고자 하거나 이미 들어서 있는 자들의 의무이자 책임에 해당한다. 예컨대, 어떠한 동호회에 가입할 것인가의 여부에 대한 결정은 “권리”에 해당하는 것이지만, 그에 가입하고자 한 때에 그 동호회가 요청하는 각종의 정보들은 가입자의 입장에서는 의무에 해당한다. 그렇다고 해서 이것이 근대적 의미에서의 계약을 의미하는 것은 아니다. 오히려 그것은 공동체적 의무이며, 이 의무의 이행과정에서 자신의 정체성·여기서는 동호회 회원으로서의 인식과 욕구의 실현·이 실현되는 창구의 기능을 수행한다. 환언하자면 누구(의 권리)에 대한 의무가 아니라 누구와의 관계에 대한 의무로서 설정되는 것이다.

이 글에서 입법투쟁이 아니라 해석투쟁이 필요하다고 말하는 것은 바로 이 점 때문이다. 사이버문화의 키워드를 자기정체성의 실현이라고 한다면, 의무구속성 속에서의 자유라고 하는 Rousseau적인 발상·강제되지만 지배받지 않는 상태로서의 자유의 관념은 나름의 의미를 가진다. 그리고 이러한 자유의 관념은 기본권 그 자체로서 도출되는 것이 아니라, 그 기본권이 활동하는 공간·민주주의(예컨대 감시에 대한 역감시의 근거로서 민주적 절차요청), 주권재민의 기반으로서의 자기지배, 사회국가(예컨대 적극적 의미에서의 정보평등권), 문화국가(문화적 다양성의 요청) 등과의 유기적인 연관 속에서 이해되어야 한다. 이는 앞서 「기본권의 의미변화」라는 항에서도 살펴 보았듯이, 기본권으로서의 권리의 관념을 공동체적인 연대와 책임의 의미망속에서 이해하는 또다른 작업이 필요하다는 것이다. 물론 이러한 해석은 아직도 우리 헌법체계에서는 익숙하지는 않다. 가치체계로서의 기본권론이라는 패러다임이 일부 그 역할을 담당하고 있기는 하지만, 그럼에도 불구하고

68) 실제 이 국가의 ‘권한’을 줄이고자 하는 것이 바로 신자유주의의 기본담론이 아닌가

그것은 기본권적 가치체계를 총체적이고 전체적인 맥락에서만 이해하고 있다는 점에서 사이버공간의 그것과 친숙하지 못한 실정이다.

4.3. 헌법을 개정하라 - 문화국가의 재구성

그래서 헌법개정의 필요성은 대두된다. 그것은 새로운 "정보기본권"이라는 목록을 추가하기 위해서가 아니라 다양성과 다원·다층성, 역동성을 특징으로 하는 사이버문화의 순기능을 헌법적으로 담보하기 위한 일종의 국가의무조항의 설치를 지향한다. 직설적으로 표현하자면, 헌법 제9조를 다음과 같이 개정하자는 것이다.

현 행: 제9조 국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다.

개헌안: 제9조 국가는 문화의 다양성을 보장하고 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다.

물론 이 개정안에서 말하는 문화적 다양성 보전·보장의무는 이미 현행 헌법 제9조로부터 도출될 수 있는 것이며, 또한 이 제9조와 제10조 등이 결합함으로써 국민들은 다양한 문화적 생활을 누릴 권리라는 기본권적 권리를 확보할 수도 있다. 하지만, 그럼에도 불구하고 이 조항의 의미는 의사소통의 체계·즉 의미와 가치의 교환·공유체계로서의 사이버공간에서는 나름의 의미를 가질 수 있다. 가상적 현실의 구현을 통하여 자기정체성을 실현하고자 하는 욕구들이 국가적 규제에 의하여 좌절되는 경우는 거의 대부분 총체적 가치체계와 어긋난다는 국가적 판단에 봉착하기 때문이다. 전체 문화(즉 다수문화)와 소수문화의 대립관계에서 전자가 후자를 지배하는 것이다. 정보통신사업법 제53조의 불온문서와 같은 규정들은 미풍양속, 공중도덕의 이름하에 다수자의 문화로써 소수자의 문화를 배제하는 법규적 표현에 불과하다. 물론 이 조항은 며칠전 위헌판단을 받았지만, 그렇다고 해서 다수자 문화를 바탕으로 소수자의 문화를 억압하거나 규제하고자 하는 국가적인 시도 그 자체가 위헌판단을 받은 것은 결코 아니다. 예컨대, 국가인권위원회법 제30조 제1항 제2호에서 말하는 "성적 지향"의 경우 차별금지영역에 속하기는 하지만, 그것이 보호와 보장의 대상으로 상정되어 있는 것은 아니다. 그래서 엑스존과 같은 사이트는 보다 세련된 규제방식에 의하여 얼마든지 통제될 수 있는(실제 청소년보호의 명분으로도 가능하다) 것이다.

문화적 다양성 보호조항은 바로 이 때문에 요청된다. 그것은 다수자 문화의 횡포로부터 소수자 문화의 의미와 가치를 보전하고 보장할 것을 국가적 의무로 상정하는 것이다. 혹은 총체적 가치체계로서의 기본권을 다원적 가치체계로서의 기본권으로 변혁하는 유의미한 계기가 되기도 한다.

5. 결론

기술적 변화에 대한 규범적 규제의 문제는 다양한 고찰의 대상이 되어 왔다. 그것은 무엇보다도 정보통신기술의 발전 및 그로 인한 사회변화의 양상이 기존의 사회적·경제적 또는 정치적 권력관계와 전혀 무관하지 않기 때문이다. 기술의 발전과 권력의 관계는 정보화사회를 분석함에 있어서는 상당한 주의를 가지고 다루어야 한다. Winner의 기술과 가치의 관계에 관한 설명에 의하면 가치(value)와 기술은 상호 중립적이라기 보다는 오히려 상호 연관적이다. 그래서 ①기술 자체에 가치가 스며들어가 있는 경우(도덕적/형이상학적 의미moral/metaphysical meaning: 노예가 만든 기술, 나치즘에 의하여 만들어진 기술) ②기술이 일정한 가치에 봉사하게 되는 경우(지리적 의미support meaning: 플라스틱병을 구매함으로써 초거대기업인 석유메이저들의 이윤을 보장해 주는 것), ③기술의 디자인 과정에서 일정한 가치를 내포시키는 것(물질적 의미Material meaning: ①기술이 일정한 행위를 야기하는 것(패트병을 사용함으로써 일을 하면서 음식을 먹을 수 있게 됨)과 ②일정한 권력의 의지를 관철시키기 위하여 디자인 자체를 그 의지에 맞게 만드는 것(빈곤층이 강변에 접근할 수 없도록 교량을 만들면서 강변쪽으로는 버스 통행이 불가능하게 함), ④기술에 상징적인 의미를 부여하는 것(상징적 의미symbolic meaning: 실제 시속 110KM이상 달릴 수 없음에도 불구하고 자동차를 시속 220KM까지 달릴 수 있게 만드는 것) 등으로 구분하여 설명한다.

여기서 인터넷과 관련하여 중요한 것은 이러한 구분보다는 그 인터넷을 설치하고 가동, 운용하는 시스템의 문제이다. 인터넷은 비교적 개방적 체제하에서 구축되고 전세계적인 연결망에 의하여 운영되는 만큼 어떠한 특정한 유형하에서 설명하기 어렵다는 것이 그 첫 번째의 이유이며, 또한 그것은 현재 진행중인 과정으로서 바라보아야 한다는 것이 이 글의 주된 서술방향이라는 점에서 무엇인가 확정된 어떠한 상태를 예정하는 것은 바람직하지 않다는 것이 그 두 번째의 이유이다. 하지만, 그럼에도 주목하여야 할 점은 Winner의 서술논지는 기술 자체에 어떠한 가치가 내포되어 있는가가 아니라, 이 기술을 존재하게 만들고, 또 활용가능하게 만드는 사회조직 내지는 권력관계가 어떻게 형성되어 있는가에 집중되어 있다. 한 마디로, 그 기술을 둘러싸고 있는 사회적 상황의 여하가 기술과 가치의 관계를 규정하거나 또는 그에 상당한 영향을 미치고 있다고 보는 것이다.⁶⁹⁾

"인터넷은 물건이라기 보다는 사회적 공간에 더욱 가깝다. 그래서 그 효과는 망치가 아니라 독일[이라는 국가사회]에 유사하다. 독일의 효과는 그 영역내의 사람들을 독일인으로 만든다. 망치의 효과는 사람을 망치로 만드는 것이 아니라, (.....) 못을 나무에 처박아 넣는 것에 불과하다."⁷⁰⁾라는 판단은, 인터넷에 의하여 형성되는 사회적 공간-인간과 인간의 관계 또는 인간과 물질의 관계에 대한 새로운 법적 판단과 평가의 시각이 요청됨을 의미한다. 즉, 그 사회적 공간이 내부자·참여자들에 의하여는 어떻게 인식되며 그 외부자에 의하여는 또 어떻게 인식되는가 그리고 이러한 인

69) L. Winner, "Do Artifacts Have Politics?" in: The Whale and the Reactor(Chicago: The University of Chicago Press, 1986)

70) M. Poster, "Cyberdemocracy: Internet and the Public Sphere," <http://www.hnet.edu/mposter/writings/democr.html>

식들로부터 어떠한 의미부여가 가능한가 등에 따라 우리는 인터넷의 선·악을 구분할 수 있을 뿐 아니라, 그것의 발전방향 또한 제시할 수 있는 것이다. 문제는 그 인터넷을 어떻게 설계하고 또 어떻게 운영해 나갈 것인가, 그리고 그 각각의 주체는 누구인가 등의 문제를 나름의 지향하에서 구성해나가는 의지·즉, 헌법에의 의지(Wille zur Verfassung)이다.⁷¹⁾

그 동안의 정보화가 어떠한 이념과 방향으로 진행되어 왔건 관계없이, 지금 이 순간의 현실세계에서는 분명 주권적 국가가 존재하고 그 국가의 이름으로 질서와 국가통합의 요청이 권력으로 변환되어 효력을 발생하고 있으며, 한편으로는 경제적 이윤추구의 동기에 따라 행위하는 수많은 정보주체들이 정보화의 과정을 지배하거나 또는 지배하고자 노력하고 있기 때문이다.⁷²⁾ 그리고 이와 더불어 시민사회내에서도 여전히 종전과 같은 재정체화의 문제가 최대의 현안 중의 하나로 남아 있는 터에, 정보화과정에서도 남성중심적·가부장적 권력의지라든가, 사회적 편견의 문제 등과 같은 것들이 여전히 사회문제로 대두되고 있을 뿐 아니라, 정보화와 관련한 계층구분·정보화계층과 정보소외계층이 존재하면서 이들간의 간극의 문제(소위 digital divide의 문제)를 처리하여야 할 일단의 책임이 국가사회에 부과되어 있는 것도 현실임은 부인할 수 없으며, 바로 이 때문에 정보화의 영향이 전사회적이라기 보다는 아직은 부분사회적이라고 하지 않을 수 없게 된다.

한마디로 인터넷의 문제는 정치의 문제이다. 인터넷 구조(architecture)의 설계에서부터 그것의 설치·관리·운영, 인터넷에의 접근의 문제, 인터넷을 통한 사회적 관계(또는 사이버사회)의 구축, 그에 대한 통제와 감시, 인터넷을 둘러싼 국제적 관계의 문제 등 제반의 사항들이 기존의 사회구조 및 권력구조의 영향을 받게 된다. copyright와 copyleft운동의 대립, 정보통신인프라에 대한 국가주도의 구성과 민간주도의 구성, 인터넷접근에 있어서의 경제적·사회적·문화적 장벽의 존재와 그 해소방안의 강구, 개방적·분산적 시스템의 구축과 폐쇄적·집중적 시스템의 구축, 정보통신기업에 대한 국가적 규제의 여하, 표현의 자유와 프라이버시에 대한 정치·사회적 태도, 컴퓨터범죄화의 문제, 전자민주주의에 대한 국가의 태도, 정보의 보편적 공유와 상업화의 관계 등 수많은 문제들이 정보통신기술 그 자체만으로 해결될 수 있다거나 또는 그 자체에 완전히 수렴되어 어느 하나의 결론을 정보통신기술이 전담하게 되는 경우는 존재하지 않는다. 여기에는 국가와 경제영역, 시민사회, 개별적 이용자 등과 같은 수많은 정보주체들이 개입하며, 그들의 다양한 관심과 지향이 그들의 사회

71) 일레로, P. Levinson, "On Behalf of Humanity," World & I, March 1996은 인류에 대한 실질적인 위협은 기술이 아니라 자연(재해)였으며, 인간은 이를 극복하기 위하여 수많은 지식과 지혜를 쌓아 왔다고 주장하면서 기술은 그 자체 선도, 악도 아니며, 그에 어떠한 의미를 부여하는가에 따라 그 결과가 달리 나온다고 주장한다. 그에 의하면 정보과잉이라는 우려 또한 정보의 양 그 자체의 문제가 아니라 그 정보를 분류하고 처리하는 기술을 어떻게 개발하는가가 문제라고 한다. 이러한 논의 속에서 본다면 결국 기술과 사회의 문제는 전술한 바와 같이 크게는 사회구조, 작게는 헌법적 실천의 문제로 환원될 수 있다. 그리고 바로 이 점에서 헌법에의 의지는 정보화사회에서 가장 중요한 헌법적 담론이 된다.

72) 예컨대, 선드버드 문제라고 하는 업그레이드 충동은 정보사회가 경제적 이해관계에 종속되는 좋은 예이다. Ford사가 자신의 자동차를 계속적으로 판매하기 위하여 별 필요없는 모델변경을 계속하였던 소위 「계획된 구식화전략」이 오늘날 하드웨어나 소프트웨어 상품 전반에 걸쳐 거의 보편화되면서 그것이 「정보사회의 핏줄」로 존재하고 있는 것이다. 자세한 것은 D. Shenk, 정태석·유희림 역, 데이터스모그, 민음사, 1997, 99-102면 참조 그는 이를 고도풍요시대의 일종의 풍토병이라고 까지 평가하고 있다.

적 관계를 구성하게 된다. 그리고 상당히 많은 경우 그 관계를 지배하는 권력이 존재한다. 감시와 검열을 행하는 국가와 이윤추구의 동기에 의하여 이용자를 통제하고자 하는 기업과, 사이버공간의 자유를 주장하는 시민사회와 개인적 가치를 추구하는 이용자간의 힘의 역학관계에 의하여 인터넷은 구성되고 또 운용될 수 있는 것이다. 이러한 점에서 인터넷은 철저히 정치이다. 흔히 '정보가 힘이다(information is power)'라고 말하지만, 오늘날의 인터넷세계에 있어서는 정보가 힘으로 전화되기 이전에 정보 그 자체가 하나의 권력을 구성한다. 정보는 힘을 내재하고 있거나, 힘을 반영하거나 또는 그 힘을 강화시킨다. 그리고 이러한 정보의 구성이 지혜(wisdom)와 더불어 지식(knowledge)를 만들어내며 후자는 다시 권력을 만든다. 그래서 정보는 힘이 된다.

「정보기본권」론이 추구하는 궁극적인 이념은 바로 이러한 정치적 인식에서 출발하여야 한다. 그것은 단순히 기성의 권리론을 헌법적 차원으로 승화시키고 그 권리담론의 확실성에 안주하기 보다는, 오히려 헌법의 해석을 통하여 이 정치적 역량을 결집하고 정당화하는 일련의 역동적 변혁의 과정을 지향하여야 한다. 비록 신자유주의적 성향에 경도되어 있기는 하지만, L. Lessig가 정보사회의 문제를 헌법(constitution)의 차원에서 바라보고자 하는 것은 이 점에서 상당한 의미를 가진다. 그의 헌법 즉 constitution은 법전(legal text)을 의미하는 것이 아니라, 영국의 관념과 마찬가지로 하나의 정치적 구성물(architecture)을 의미한다.⁷³⁾ 즉, 그것은 하나의 생활방식으로, 사회적, 법적 권력을 구성하고 제약하며 그를 통하여 기본적인 가치들·일상적인 정치과정에서 나타나는 타협을 넘어서는 원칙과 이념들을 보호하는 것을 의미한다. 그리고 이러한 의미에서의 헌법은 발견되는 것이 아니라, 부단한 혁신을 통하여 재구성되는 것이다. 그리고 이러한 구성적 의미에서의 헌법은 어느 한 순간의 결단(헌법개정)으로 이루어지는 것이 아니라 부단한 변혁에의 의지를 통하여 이루어진다. ■

73) L. Lessig, Code: and Other Laws of Cyberspace(New York:Basic Books, 1999), p.5 참조

정보화 사회의 기본권

장 호 순 (순천향대 신문방송학과)

I. 머리말

정보저장 및 유통 기술의 발전으로 정보의 생산량이 크게 늘고, 이를 효율적으로 처리하거나 분배할 수 있는 능력이 고도화되면서 정보와 지식은 현대 사회의 가장 중요한 자원이자 성장의 원동력이 되었다. 미국정부는 1993년 정보고속도로의 청사진을 발표하면서 미국사람들은 곧 어디든지 원하는 곳에서 살면서 일을 할 수 있고, 어느 곳에서나 우수한 교육을 받을 수 있고, 어느 곳에서나 필요한 의료혜택을 받게 될 것이라고 전망했다.¹⁾ 1996년 6월에 발표한 한국정부의 “정보화 촉진 기본 계획”도 정보통신기술의 비약적 발전을 통해 “21세기 국가발전의 새로운 원동력을 제공”하여 정부와 기업은 “보다 적은 비용으로 보다 높은 생산성과 서비스를 창출할 수 있고, 국민들은 교육, 보건 등 사회서비스를 편리하게 제공”받을 것이라고 기대했다.²⁾

권력과 자본이 경제적, 행정적 효율성을 정보화사회에서 희망했다면, 시민사회는 권력구조의 변화를 기대했다. 정보화 사회는 “정보를 중심으로 권력을 창출하고 조직을 형성하면서 지배와 피지배의 관계가 재편되는 사회”로 디지털 정보통신기술은 지금까지 권력과 자본에 의해 강요되어왔던 정보교류의 통제에서 벗어나, 모든 사람들이 보다 평등하게 자유와 권리를 누릴 수 있는 가능성을 열어 놓을 것처럼 보였다.³⁾ 디지털 컴퓨터 통신은 거리를 초월하여 비교적 값싸게 일대 다자간의 통신을 가능하게 하여 다른 표현 통신 수단과 달리 정부의 규제나 소수의 독점이 어렵기 때문이었

다. 따라서 지금까지 권력에 의해 표현의 자유가 억제당하고 기존의 매스 미디어에 의해 무시되고 소외되었던 개인이나 집단들도 미디어의 접근, 소유가 가능해졌다.

정보교류 기술의 개방은 지배세력의 통제력 및 독점력의 약화를 가져올 가능성을 보이자, 지배계층은 기존의 언론매체처럼 정보통신 규제를 시도했다. 사이버스페이스의 주도권을 둘러싸고 정치적, 경제적 기존질서 체제를 유지하려는 측과 그것을 거부하고 저항하는 측과의 마찰이 빈번해졌다. 이러한 마찰을 최소화하고 첨단정보통신의 기술적 특성과 잠재력을 최대한 발휘하기 위해서는 사이버스페이스에서도 오프라인에서와 마찬가지로 인권과 민주주의 원칙에 기반을 둔 질서가 확립되어야 한다. 정보화 시대의 결실은 첨단기술만이 아니라 인간의 기본권과 민주주의를 보장하는 제도적 틀이 함께 갖추어질 때 거둘 수 있는 것이다.

정보화사회의 기본권은 현실사회에서 기본권이 제대로 보장될 때 가능해진다. 오프라인 상에서 인정받지 못하는 권리가 온라인 상에서 보장받을 수는 없기 때문이다. 오랜 기간 정치적 법적 갈등을 거치면서 기본권 보장에 대한 합의가 이루어진 후 정보화사회를 맞은 미국이나 유럽은 자연스레 온라인에서도 오프라인과 같은 법적 질서와 기본권 보장을 제공하면서 큰 혼란없이 정보화사회로 진입할 수 있었다. 이에 비해 민주주의가 정착되지 못한 제3세계 국가들은 오프라인상의 규제와 같은 방식으로 사이버스페이스를 규제하려 들었다.⁴⁾ 한국은 표현의 자유나 사생활 보호 그리고 정보평등권 등이 기본권으로서 확고한 보호를 받지 못하는 상태에서 정보화시대에 진입했고, 이로 인한 마찰과 부작용이 아직도 지속되고 있다.⁵⁾

첨단정보통신 기술이 인류복지를 위해 기여하기 위해서는 정보화 사회에서도 역시 권력과 자본의 힘의 논리에 저항할 수 있는 방화벽이 만들어져야 한다. 그 방법은 오프라인에서와 마찬가지로 온라인에서도 권력과 자본의 지배에서 벗어나 인간다움을 유지할 수 있는 권리, 즉 기본권을 보장 받는 것이다. 헌법을 통해 보장받는 기본권은 국민의 생명과 재산을 보호하며 “권력의 야만성을 가장 확실하게 억제할 수 있는 제도적 장치”이기 때문이다.⁶⁾ 물론 기본권이라 해서 무제한 절대적으로 보장되는 것은 결코 아니다. 세계인권선언 제29조는 개인의 권리와 자유도 “다른 사람의 권리와 자유를 인정하고 존중하고 민주사회에서 도덕과 공중질서와 공공복리의 요구를 충족시키기 위해 만들어진” 법률에 의해 제한 받을 수 있다고 규정했다. 헌법 제37조는 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수” 있다고 규정했지만, “자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수” 없음을 명백히 했다. 이 글에서는 정보화사회에서 특히 강조되어야 할 기본권으로, 언론의 자유, 사생활 보호, 정보접근권에 대해서 점검하고자 한다.

1) National Information Infrastructure Taskforce, "National Information Infrastructure Taskforce: Agenda for Action," <http://sursite.unc.edu/nii>

2) 정보통신부, “정보화촉진기본계획,” <http://www.mic.go.kr/MIC96/policy/report.html>

3) 박동진, “정보 사회에서의 권력과 저항 - 전자 감시의 문제를 중심으로,” <인터넷과 우리 사회>, 한국사회이론학회, 2000.

4) 장호순, “Internet Censorship,” 저널리즘 비평, 95년 10월호, 78-87.

5) 황상재, “민주적 커뮤니케이션 공간으로 사이버스페이스의 가능성과 한계,” <한국언론학보>, 1996년 가을호, 43-86.

6) 김성태, “법의 순기능과 역기능,” <법과 사회>, 1993년.

II. 언론의 자유

정보화가 가져다 준 가장 큰 선물 중 하나가 언론 자유의 신장이다. 언론의 자유를 보장한 헌법에도 불구하고 한국사회를 지배해온 역대 정권은 매우 강력하게 언론자유를 억압해 왔다. 언론자유에 대한 정부의 통제는 언론매체의 설립제한, 정보접근 통제, 사전검열, 사후처벌 등 단계적으로 구별할 수 있다. 사전검열이나 사후제재는 언론보도뿐만 아니라 개인의 표현의 자유에 적용되는 포괄적 규제 영역이라면, 언론매체의 설립제한과 정보접근 통제는 취재보도를 통한 영리추구를 목적으로 존재하는 언론기관에 국한된 규제 영역이라 할 수 있다. 언론기관에게 적용되는 설립제한이나 정보접근 통제가 효력을 발휘하면, 언론보도에 대한 사전검열이나 사후제재의 필요성은 줄어들게 된다.

가장 효율적인 언론규제는 시장진입제한으로 언론매체의 숫자를 제한하여, 권력이 선택하거나 권력과 타협한 소수만이 독점적으로 언론의 자유를 향유할 수 있도록 만드는 것이다. 시설기준이나 허가제를 통해 강요된 진입제한의 결과 한국의 언론매체는 정부감시의 기능을 제대로 수행할 수 없었고 정치적 공론의 장도 활성화시키지 못했으며 결국 시민사회의 언론개혁운동을 촉발시켰다. 1990년대 후반 들어 급속히 보급된 인터넷은 독과점 언론의 한계를 극복할 수 있는 대안으로 등장했다. 기존 언론의 독과점 폐해가 유달리 높았던 한국에서는 세계적으로 유례가 드물게 인터넷이 급속히 보급되었고, 오마이뉴스처럼 기존의 언론에 필적할만한 인터넷 언론이 등장하기도 했다. 인터넷으로 인해 언론매체의 시장진입제한이 사실상 불가능해지면서 권력과 자본이 향유하던 정보독과점 체제에 균열이 생긴 것이다.

정보는 여러 사람이 공유할수록 그 효용성이 높아진다. 그러나 정보의 소유 여부에 따라 권력과 이익의 소재가 결정되는 특성으로 인해 정보의 확산이나 자유로운 교류는 장애를 겪게 된다. 구텐베르크 이후 인쇄술의 등장으로 정보교류의 활성화가 가능해지자 유럽에서는 이를 통제하려는 권력과 이에 저항하는 도전세력 간의 마찰이 끊이지 않았다. 언론의 자유경쟁 논리의 근원으로 여겨지고 있는 “사상의 자유시장” 개념은 영국의 작가 존 밀턴이 크롬웰 공화정의 출판 검열조치에 반발하여 정부의 허가없이 불법으로 1644년에 출판한 아레오파지티카(Areopagitica)에서 비롯되었다. 밀턴은 미풍양속을 보호한다는 명분 하에 행해지던 영국 정부의 출판허가제를 공격하면서 진실과 거짓이 맞붙어 싸우게 된다면 결국 진실이 승리하기 마련이기 때문에 정부의 언론통제는 불필요하다고 주장했다.⁷⁾ 이후에도 많은 철학자들이 언론의 자유를 사상의 자유시장 개념으로 설명하면서, 국가권력의 언론간섭을 경고하였고, 결국 언론자유를 헌법이 보장한 기본권으로 만들었다.⁹⁾

7) 오관석, “정보사회와 전자민주주의의 실현 가능성 연구,” <호남정치학회보>, 1997.

8) Marc A. Franklin, <Mass Media Law>, Mineola, New York: Foundation Press, 1987, 15.

9) *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), at 630.

2차 대전 이후 언론의 자유는 미국 국경을 넘어 세계적으로 인정되는 보편적 권리로 수용되었다. 세계인권선언 제19조는 “사람은 누구나 자유롭게 의견을 가지고 이를 발표할 권리”를 갖고 있음을 천명했다. 세계인권선언은 이러한 권리에는 “간섭없이 의견을 가질 권리와 어떤 방법을 통하여서나 국경의 제한을 받음이 없이 정보와 사상을 탐구, 입수, 전달하는 자유”가 포함한다고 선언했다. 1966년 채택된 시민적 정치적 권리에 관한 규약(국제인권B규약)의 제19조도 인간은 누구나 “간섭을 받지 않고 의견을 가질 권리”와 “표현의 자유에 대한 권리”를 갖는다고 선언했다. 이러한 권리에는 “서면이나 인쇄물, 예술품의 형식 또는 기타 자기가 선택한 방법에 의하여 모든 종류의 정보와 사상을 구하고 받고 전달할 자유가 포함된다”고 규정했다.¹⁰⁾

해방이후 민주정부 체제를 구성한 한국 정부도 언론의 자유를 헌법이 보장하는 기본권으로 인정했다. 그러나 독재-군사정권 하에서 기본권을 보장한 헌법은 종이상에 불과한 경우가 허다했고 언론의 자유는 권력이 허용하는 만큼만, 언론매체를 소유할 만한 재력을 가진 사람이나, 언론매체에 접근할만한 영향력 있는 사람들만 누릴 수 있었다. 보편적 권리가 아닌 권력으로부터 부여받는 특권이었다. 박정희 정권이 1962년에 개정한 헌법은 “공중도덕과 사회윤리를 위하여는 영화나 연예에 대해 검열할 수 있다”는 조항과 “신문이나 통신의 발행시설기준은 법률로 정할 수 있다”는 조항을 삽입했다.

국민의 기본권을 유린한 군사정권은 1987년 봄의 민주항쟁을 맞아 그 종말을 고했다. 언론자유 확대가 대세로 굳어졌고, 이를 확인시켜 주는 법원의 판결이 비로소 나오기 시작했다. 특히 제6공화국 헌법에 따라 신설된 헌법재판소는 언론의 자유의 중요성을 거듭 확인하고 강조해 주었다. 1992년 헌법재판소는 “언론출판의 자유보장은 개인의 자유로운 인격발전을 이룩하고, 인간의 존엄을 유지시켜 주며, 국민주권을 실현시켜주는 역할을 한다”면서 언론의 자유가 언론매체의 특권이 아니라 국민의 기본권임을 강조했다.¹¹⁾ 또한 의사표현 뿐만이 아니라 정보 접근도 언론자유를 향유하는데 필수적인 권리임을 인정하기도 했다. “사상 또는 의견의 자유로운 표명은 자유로운 의사의 형성을 전제로 하는데, 자유로운 의사의 형성은 충분한 정보에의 접근이 보장됨으로써 비로소 가능한 것”이라며 알 권리의 중요성도 헌법재판소는 강조했다.¹²⁾ 헌법재판소는 1996년 영화법과

10) www.tufts.edu/departments/fletcher/multi/texts/BH498.txt.

11) “우리나라는 헌법 제21조에 언론·출판의 자유 즉, 표현의 자유를 규정하고 있는데 이 자유는 전통적으로는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것으로서 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하고 국민주권을 실현하는데 필수불가결한 것으로 오늘날 민주국가에서 국민이 갖는 가장 중요한 기본권의 하나로 인식되고 있는 것이다.” 헌재 1992 2 25 89헌가104 결정.

12) “우리나라는 헌법 제21조에 언론출판의 자유 즉 표현의 자유를 규정하고 있는데, 이 자유는 전통적으로는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것으로서, 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하고 국민주권을 실현하는데 필수불가결한 것으로 오늘날 민주국가에서 국민이 갖는 가장 중요한 기본권의 하나로 인식되고 있는 것이다. 그런데 사상 또는 의견의 자유로운 표명은 자유로운 의사의 형성을 전제로 하는데, 자유로운 의사의 형성은 충분한 정보에의 접근이 보장됨으로써 비로소 가능한 것이며, 다른 한편으로 자유로운 표명은 자유로운 수용 또는 점수와 불가분의 관계에 있다고 할 것이다. 그러한 의미에서 정보에의 접근·수집·처리의 자유 즉 “알 권리”는 표현의 자유에 당연히 포함되는 것으로 보아야 하는 것이다. 이와 관련하여 인권에 관한 세계선언 제19조는 “모든 사람은 모든 수단에 의하여 국경을 초월하여 정보와 사상을 탐구하거나 입수 또는 전달할 자유를 갖는다”라

음반 및 비디오물에 관한 법률이 규정한 사전심의 제도가 헌법상 금지된 사전검열에 해당한다며 언론자유 의 경계선을 확장시켰다.¹³⁾

언론출판의 자유가 언론기업 종사자의 취재보도의 자유만을 의미하는 것이 아니라는 점도 분명히 했다. 헌법 제21조에 보장된 언론·출판의 자유는 표현의 자유와 동일한 것으로 “사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것으로서 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하고 국민주권을 실현하는데 필수불가결한 것으로 오늘날 민주국가에서 국민이 갖는 가장 중요한 기본권의 하나”라고 강조했다.¹⁴⁾ 헌법재판소는 음반 및 비디오물도 언론·출판의 자유에 의해 보호받아야 한다면서, 의사 표현 또는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 무관하다고 거듭 판결했다.¹⁵⁾

1990년대 들어 사전검열이 대폭 축소되고 국민 개인의 언론의 자유가 크게 확장되었음에도 불구하고, 언론매체의 정보독과점과 여론왜곡현상은 기대만큼 개선되지 못했다. 사전검열과 사후제제는 크게 완화되었으나 사실상 사전검열의 효과를 발휘하는 언론매체의 시장진입규제나 정보접근 통제는 여전히 그 효력을 발휘하고 있기 때문이었다. 누구나 언론의 자유시장에 뛰어들어 자신의 신념이나 의견을 개진할 기회를 주는 것이 아니라 여전히 국가가 시장입구에서 그 출입을 제한하고 있었다. 정부의 시장제한 덕분에 언론시장과 정보를 독과점할 수 있었던 언론매체들은 더욱 자신들의 기득권을 축적해갈 수 있었다.

미디어 독점자본에 의한 언론자유 의 제약은 결코 일시적인 현상도 한국에만 국한된 현상도 아니다. 20세기 후반들어 정부의 언론통제가 줄어들어 대신, 대중매체의 자본독과점 현상이 세계적으로 나타났다. 첨단 기술력과 거대한 자본이 없는 언론매체를 소유하는 것이 사실상 불가능해졌고, 이러한 진입장벽으로 인해 대중매체 시장은 사상의 자유시장이 아니라 권력과 자본이 있는 사람들에게만 출입이 허용되는 제한된 시장이 되었다. 한국에서는 1990년대 들어 이러한 현상을 실감할 수 있었다. 비록 노골적인 사전검열이나 사후제제는 줄어들었지만 기대한 만큼의 언론자유 신장을 가져오지는 못했다. 오히려 언론매체의 정보 및 여론 독점 현상이 심화되는 경향을 보였고 이에 대한 우려와 불만의 소리가 높아갔고, 시민단체의 언론개혁운동을 통해 그 불만이 분출되었다.¹⁶⁾

정부의 시장진입규제로 인해 심화되던 언론매체의 정보 및 여론 독과점에 대한 해결책은 예상치 못한 곳에서 나타났다. 인터넷이었다. “정보흐름의 쌍방향성, 익명성, 매체에 대한 접근권과 통제권의 확대, 경제성 그리고 시공의 초월성 등의 특성으로 말미암아 기존의 매체보다 훨씬 자유로운 커뮤니케이션 공간”을 제공한 인터넷은 빠른 속도로 그 영향력을 확대해 나갔고, 기존언론을

고 하여 소위 “알 권리”를 명시하고 있는 것이다.” 현재 1989. 9. 4 88헌마22 결정.

13) 현재 1996. 10. 4 93헌가13 결정; 현재 1996. 10. 31 94헌가16 결정.

14) 현재 1992. 2. 25 89헌가104 결정.

15) 현재 1993. 5. 13 91헌바17결정.

16) 최장집, “한국 민주주의와 언론” <언론과 사회> 1994년 겨울 통권 제 6호, 50; 이효성, “민주정부와 언론정책: 공익 저버린 ‘선택되지 않은 권력’” <저널리즘 비평> 제 15호, 46; 강명구, “한국시민사회의 변화와 언론정책” <신문과 방송>, 282호 3-13; 임영호, “한국신문산업과 민주주의” <언론과 사회> 1994년 겨울 통권 제 6호, 101.

전제하기 시작했다. 막대한 시설비와 제작비가 투자되어야 하는 기존의 언론매체와 달리 인터넷은 저렴한 비용으로 다수의 수용자에게 도달할 수 있고, 지면이나 시간의 제약을 덜 받으며 뉴스를 제공할 수 있고, 일방적인 정보제공이 아니라 송수신자간의 상호작용이 가능했다. 무엇보다도 시설 기준이나 등록제, 허가제와 같이 기존의 언론매체에게 강요했던 진입제한이나 사전검열 조치가 불가능해졌다. 익명성이 보장되는 인터넷의 특성 때문에 사후제제도 어려워졌다.

인터넷 덕분에 거대언론매체를 소유한 자만이 누릴 수 있도록 변질된 언론의 자유가 컴퓨터와 모뎀을 갖춘 사람이라면 누구나 누릴 수 있는 보편적인 자유로 회복될 수 있는 듯 보였다. 존 밀턴 시절 원래 개인의 권리로 출발했던 언론자유가 20세기 들어 매스미디어의 특권으로 변질되었는데, 다시 그 원래의 의미를 회복할 수 있게 된 것이다. 권력과 자본에 종속되거나 유착될 수밖에 없었던 기존 언론매체와 달리, 인터넷만을 통해 뉴스를 제공하는 언론도 크게 늘어났다. 오마이뉴스는 “뉴스의 생산·유통·소비문화의 혁명”을 추구한다고 선언하면서, “모든 시민이 기자”라는 사실상의 언론혁명을 선언했다.¹⁷⁾

자신들의 기득권에 위협이 되는 새로운 정보통신 수단이 등장하자 권력과 언론매체는 인터넷의 부작용을 강조하면서 거듭 경고 메시지를 보냈다. 정보화사회에 본격 진입하기도 전에 사이버스페이스를 규제하기 위한 조치들이 충분한 사실검증이나 여론수렴도 없이 이미 제도화되었다. 물론 이러한 통제가 한국에서만 발생한 것은 결코 아니고, 세계 각국에서 통제를 시도했다. 미국은 1996년 통신품위법을 통해 인터넷을 방송매체와 같은 수준으로 규제하려 들었다. 그러나 연방대법원은 그러한 정부의 규제를 위헌으로 판결했고, 인터넷에 대한 규제 모델을 모색하던 많은 국가들에게 심대한 영향을 미쳤다. 연방대법원은 인터넷을 정화한다는 구실로 방송매체에 적용하는 것과 상응하는 엄격한 규제를 하는 것은 언론자유를 침해하는 것이라면서, 인터넷은 인쇄매체 수준의 광범위한 자유를 누려야한다고 판결했다.¹⁸⁾ 연방대법원은 “민주주의 사회에서 언론의 자유를 증진함으로써 얻는 이익은, 추상적이기만 할 뿐 증명되지 않은 사전검열의 효과보다 훨씬 크다”며 언론의 자유가 갖는 우월적 지위를 다시 한번 확인해 주었다.

그럼에도 불구하고 한국에서는 과거 권위주의 시절, 언론매체 독과점 시대의 규범을 사이버스페이스에 강요했고, 인터넷을 통해 보다 두터워진 시민사회의 자유의지와 충돌할 수밖에 없었다. 그러나 언론자유에 대한 법적 판결의 영향으로 그리고 인터넷의 기술적 특성 등으로 인해 과거와 같은 진입제한이나 사전검열 등의 방법은 동원할 수 없었다. 결국 사이버스페이스에 대한 통제는 정보통신윤리위원회라는 편법을 동원했다. 즉 정부가 직접적으로 통제하는 대신 정보통신윤리위원회라는 기구를 통해 정보통신사업자를 규제하는 방식을 택했다. 또한 헌법이 금지한 사전검열을 우회하는 방식으로 영화를 모방한 등급제를 택했다.¹⁹⁾

17) 장호순, “한돌 맞은 오마이뉴스” <신문과 방송>, 2001년 4월호, 44-48; www.ohmynews.com/ohmynews.asp

18) Reno v. American Civil Liberties Union, http://laws.findlaw.com/us/000/96-511.html (1997).

19) 미국 연방대법원은 비록 정부기관이 아니더라도 정부기관으로부터 권한 위임을 받거나, 재원을 받은 조직이나 단체가 개인의 자유나 평등권을 침해하는 것도 정부의 행위(State Action)로 인정하고 위헌판결을 내려왔다. Marsh v. Alabama, 326

정보통신윤리위원회는 전기통신사업법에 따라 불온통신을 단속하기 위한 기구로 설치된 법정기구로 정부가 예산을 지원하고, 위원은 정보통신부 장관이 임명한다. 정보통신윤리위원회는 “공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는” 불온한 정보에 대해서 전기통신사업자에게 정보를 삭제하거나 이용정지 및 이용해지를 하도록 요구할 수 있다. 불온한 정보란 “반국가적 행위의 수행을 목적으로 하는 내용,” “선량한 풍속 기타 사회질서를 해하는 내용” 등이다. 그리고 그 결과를 정보통신부 장관에게 보고해야한다. 정보통신윤리위원회의 시정요구에 응하지 않는 사업자에 대해서는 정보통신부장관에게 거부·정지·제한할 것을 건의할 수 있고, 정보통신부의 명령에 따르지 않는 사업자는 형사처벌을 받는다. 결국 정부가 직접 개인의 표현을 사전에 검열하는 것과 같은 효과가 정보통신윤리위원회와 전기통신사업자라는 중간개체를 통해서 이루어지는 것이다. 이러한 방법으로 자퇴학생의 사이트, 동성애사이트, 미술교사의 누드화 사이트, 진보정치단체의 사이트 등 기존의 권위주의 체제를 거부하는 이들의 사이트들이 불온하거나 선정적이거나 반국가적이라는 이유로 폐쇄되었다.

그러나 지난 6월 27일 헌법재판소는 ‘공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용’에 대해 정보통신부장관이 전기통신사업자에게 그 취급을 거부, 정지 또는 제한할 수 있도록 한 전기통신사업법 제53조가 표현의 자유를 침해함으로써 헌법에 위반된다고 결정했다. 헌법재판소는 “무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우에, 자신이 행하고자하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다”고 전제하면서, “공공의 안녕질서”, “미풍양속” 등과 같은 기준은 “매우 추상적인 개념”으로 각 사람마다 가치관이나 윤리관에 따라 달라질 수밖에 없어 명확성 원칙에 위배되고, “개념의 모호성, 추상성, 포괄성으로 말미암아 필연적으로 규제되지 않아야 할 표현까지도 함께 규제하게 되어 과잉금지원칙에 어긋난다”고 설명했다.²⁰⁾

인터넷 내용등급제는 사전검열을 금지한 헌법조항을 피하기 위해 시도하는 또 다른 방법이다. 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률에 따라 시행될 인터넷 내용등급제는 정보통신윤리위원회가 불온한 인터넷 사이트에 등급을 매기고, 이에 대한 접속을 차단할 수 있는 소프트웨어를 의무적으로 설치하도록 강요하는 것이다. 정부 검열관을 소프트웨어가 대신하는 것이다. 이러한 기술적 통제야말로 빅 브라더에 의한 인간의 자율성을 파괴하는 조치로 표현의 자유에 대한 중대한 위협일뿐만 아니라 정보화사회에서 가장 경계해야 할 기술만능, 기술중심주의인 것이다.²¹⁾

과거 권력과 자본이 독점적으로 관리해왔던 정보의 생산과 유통이 정보화 사회에서는 보다 개방되고 투명해지면서, 개인의 선택의 폭이 넓어졌고 이를 통한 시민사회의 자율성도 높아졌다. 개

인의 표현이나 정보의 습득이 정부의 강요나 기술의 도움을 받아서가 아니라 각자의 판단에 따른 자율적 선택이 되어야 한다. 이를 통해 반사회적이고 반국가적인 것이 자연 도태될 수 있게 된다. 그러나 현재 정보화사회를 규정하고 있는 법적 구도와 질서는 여전히 과거 정보회소, 정보독점 시대의 향수에 젖어 자유로운 정보의 흐름을 막으려 한다. 개인의 자유와 권리보다는 국가체제의 권위유지가 우선이었던 구시대적인 논리로 정보화사회를 통제하려는 시도는 진정한 정보화사회의 진입에 걸림돌이 되고 있다. 사이버스페이스의 평화와 효용성은 기본권의 원래 의미, 즉 언론의 자유와 권리를 최대한 보장하고 국가의 간섭과 규제를 최소화해야 한다는 자유주의의 논리가 정착될 때 달성될 것이다.

III. 사생활 보호

한국의 헌법은 제16조의 주거의 불가침, 제17조의 사생활의 비밀과 자유의 불가침, 제 18조의 통신의 불가침 등, 다른 나라와 달리 비교적 분명하게 사생활의 권리를 인정하고 있다. 사생활이란 “개인의 가장 깊은 곳에 자리한 자아의 외부로부터의 불가침을 전제로 한 것으로, 인격의 자유로운 발전과 인간으로서의 존엄성을 유지하게 하는 핵심영역”이다.²²⁾ 대법원은 헌법상 사생활 비밀의 자유를 보장하는 것은 “개인의 사생활 활동이 타인으로부터 침해되거나 사생활이 함부로 공개되지 아니할 소극적인 권리는 물론, 오늘날 고도로 정보화된 현대사회에서 자신에 대한 정보를 자율적으로 통제할 수 있는 적극적인 권리까지도 보장하려는 데에 그 취지가 있는 것”이라고 설명했다.²³⁾ 사생활의 자유와 비밀 보장은 언론의 자유와 마찬가지로 헌법에 보장된 권리이면서도, 언론의 자유와는 성격이 약간 다르다. 사생활의 자유는 자유권인 동시에 청구권의 성격을 갖고 있다. 즉 정부의 규제로부터 자유로운 권리인 동시에 정부의 힘을 빌어 보호를 받아야 하는 권리이기도 하다. 사생활의 자유가 보장되기 위해서는 개인의 사적 영역에 대한 정부의 통제와 간섭을 최소화해야 할 뿐만 아니라, 기업이나 제3자로부터 개인의 사생활이 침해를 받지 않도록 정부가 적극 방지해야 하기 때문이다.

정보화로 인해 언론의 자유는 크게 신장되는 반면 사생활의 평온과 비밀을 보장받을 권리는 심각한 위협을 받고 있다. 정보저장고 교류의 기술이 크게 향상되면서 개인의 사생활에 대한 감시와 정보유출이 심각한 지경에 이르렀기 때문이다. 첨단정보통신기술은 “법과 강제를 통한 폭력적 지배를 행하였던 전체주의적 지배양식과는 비교도 되지 않을 만큼 정교하고도 은밀한 구조적 지배체제”를 형성할 수 있도록 만들었다.²⁴⁾ 한국의 경우, 사실상 합법적인 감청이 허용되고 있다. 정보통신부가 공개한 수사기관의 2001년도 감청건수는 2000년도에 비해 21.2%가 증가했고, 통신자료제공

U.S. 501 (1946); Terry v. Adams, 345 U.S. 461 (1953).

20) 2002. 6. 27 선거. 99헌마480.

21) 장여경, “사상 표현의 자유와 인터넷” 2002년 제주인권학술회의 발표문.

22) BVerfGE 34, 238, 재인용, 권영성, <헌법학원론>, 법문사, 1995, p. 398.

23) 대법원 1998. 7. 24 선고 96다 42789 판결.

24) 한상희, “정보화시대와 헌법의 해방적 관심 - 헌법정치를 위한 시론” <민주법학>, 민주주의법학연구회, 1997.

건수는 27만 584건으로 전년도에 비해 무려 68.6%나 늘었다.²⁵⁾ 그럼에도 불구하고 수사기관의 자의적 감청권한은 더욱 확대되고 있다. 2001년 12월 개정된 통신비밀보호법은 “통신 및 대화의 비밀과 자유에 대한 제한은 그 대상을 한정하고 엄격한 법적 절차를 거치도록 함으로써 통신비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장함을 목적으로 한다”고 하면서도 긴급한 사유가 있는 때에는 법원의 허가없이 36시간동안 우편검열이나 감청을 할 수 있도록 했기 때문이다. 이에 비해 1986년 개정된 미국의 전자통신 프라이버시법(Electronic Communications Privacy Act)은 수사기관의 부당한 전자 정보 접근을 엄격히 금지하고, 영장의 요건도 일반 사건보다 더욱 엄격하게 적용했다.²⁶⁾

전자프라이버시정보센터와 런던의 인권단체인 프라이버시인터내셔널은 공동으로 펴낸 <프라이버시와 인권보고서 2000>를 통해 전세계적으로 수사기관과 기업들의 인터넷, 위성, 신체정보 등을 이용한 감시와 불법도청이 개인의 사생활을 심각히 침해하고 있다고 경고했다.²⁷⁾ 미국과 영국 등 서방세계의 첩보기관들은 “애설론”이라는 전세계 통신 도감청 시스템을 공동 운영해온 것이 드러났다. 한편 미국 연방수사국은 범법행위를 추적한다는 구실로 모든 E메일 내용을 감시할 수 있는 “카니보어”라는 프로그램을 인터넷서비스 회사의 네트워크에 연결해 사용해오다 발각되었다.²⁸⁾ 영국의 거리에는 100여만 대의 감시카메라가 설치되어 있고, 런던시민은 하루에 300번쯤 무인카메라에 찍힌다고 한다. 미국 기업의 4분의 3이 직원들의 디지털 정보통신기술을 감시하고 있는 것으로 밝혀졌다.²⁹⁾

한편 정부가 보유한 개인정보의 유출을 막기 위해 미국은 1974년에 Privacy Act, 독일은 1979년에 Datenschutzgesetz 등을 제정했다. OECD는 1980년 9월 “개인정보보호와 개인정보의 국제유통에 대한 지침”을 채택해 회원국이 준수해야 할 8가지 원칙을 정했다. 개인정보의 수집과 관리는 그 용도와 목적이 명확해야 하며, 수집된 정보는 안전하게 보호되어야 하고, 그 운용은 공개된 원칙에 의해서 이루어지며, 개인은 자신에 관한 정보에 대해서 확인하고 교정하고 보완할 권리를 갖게 했다. 한국에서는 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률, 정보통신망이용촉진 등에 관한 법률, 통신비밀보호법, 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률, 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 등을 통해 개인정보 보호를 하고 있다. 한국의 개인정보보호 관련법은 대부분 규제대상을 공적영역으로 한정시키고 있다.³⁰⁾

정보화 사회의 사생활 침해 주체는 정부뿐만이 아니다. 개인에 대한 정보의 수집은 기업활동에도 필수적인 요소가 되었다.³¹⁾ 전자우편이나 전자상거래에서 사용되는 주소나 신용카드 정보뿐만

아니라, 개인의 교육, 건강, 재정, 취미 등 거의 모든 일상 생활에 관한 기록들이 기업의 컴퓨터에 저장되고 있다. 수치스럽지는 않지만 굳이 공개하고 싶지 않은 개인정보들이 개인의 의사와 관계 없이 수집되고 저장되고 개인의 인지도 승인없이 유통되고 있다. 개인이 접속하는 인터넷 사이트들은 회원등록 정보만을 수집할뿐만 아니라 쿠키라는 파일을 통해 접속자의 모든 인터넷 경로를 추적하고 있다.³²⁾ 전 세계 253개 소비자단체의 연합체인 Consumer International은 2001년 1월, 741개 전 세계 인터넷 사이트의 소비자정보 보호정책을 분석한 결과를 발표하면서 아직도 최소한의 보호조치 하지 못하는 곳이 많다고 지적했다.³³⁾

인터넷 상에서 개인정보 보호를 요구하는 소비자단체와 인권단체들의 주장은 대기업들의 로비에 막혀 대부분의 국가에서 아직 법제화되지 못하고 있다. 그 예외적인 사례가 캐나다이다. 2001년부터 발효된 캐나다의 개인정보 보호 및 전자기록법(Personal Information Protection and Electronic Documents Act)은 소비자들의 개인정보를 수집해서 사용하는 기업들은 그 정보를 다른 기업에게 넘길 때에는 해당 소비자에게 점검과 승인을 받도록 규정했다.³⁴⁾ 한국도 2000년 12월 21일 ‘정보통신망 이용 촉진 등에 관한 법률’을 개정하면서 개인이 자신의 정보에 관한 열람 및 정정요구권을 확대하고, 개인정보 침해로 인한 피해를 해결 할 수 있는 법적 근거를 마련했다. 과거 정보통신서비스 제공자에게만 한정된 개인정보 보호의무를 정보통신망을 이용해서 개인정보를 수집, 저장, 처리하는 유통업자 등 일반 서비스 제공자에게도 개인 정보조항을 적용했다. 또한 개인정보 수집범위를 한정해 기본적 인권을 침해할 수 있는 정보의 수집을 제한했다.

정부와 기업뿐만 아니라 개인에 의한 사생활 침해도 심각한 지경에 이르렀다. 인터넷을 통해 유포된 개인의 사생활 정보는 지우기가 사실상 불가능하다. 또한 입으로 전달되는 소문이나 언론의 보도와 달리 인터넷상의 사생활 정보에 대해서는 당사자가 대응을 하기가 어렵다. 발설자를 찾기도 힘들고, 잠재적 청중이 누구인지 알 수도 없어 해명하기도 어렵다. 이러한 특성으로 인해 익명성이 보장되는 인터넷은 그야말로 사생활침해의 온상이 될 수도 있다. “인간의 본능적인 감정표출의 형태인 욕설이나 비방, 중상모략 등 현실공간에서는 사회적 규범이나 틀에 의해 공공연히 나타날 수 없는 인간들의 비억제적 행위”가 인터넷에서는 법적 처벌의 두려움 없이 이루어지기 때문이다.³⁵⁾

더욱이 공적영역과 사적영역의 구분이 습관화되지 않은 한국사회에 인터넷이 급속히 확산되면서 사생활 침해의 부작용이 두드러졌다. 대가족제로 구성된 전근대 마을 공동체 사회에서는 공간적으로나 심리적으로 개인 사생활의 영역을 유지하기 어려웠다. 농경사회에서 비롯된 개인의 사생

25) 동아일보, 2002년 3월 26일자.

26) Ann Beeson, "Privacy in Cyberspace: Is Your E-Mail Safe From the Boss, the SysOp, the Hackers, and the Cops?" American Civil Liberties Union, www.aclu.org/issues/cyber/priv/privpap.htm

27) 한겨레 2000년 10월 13일자.

28) 동아일보 2000년 7월 26일자.

29) 한겨레 2000년 7월 18일자.

30) 김기욱, 남수경, “정보사회에서의 소비자 개인정보보호에 관한 연구,” <대한가정학회지>, 대한가정학회, 1999.

31) 조동기, “정보화사회와 프라이버시 - 정보적 구성, 데이터베이스, 프라이버시,” <정보화시대의 미디어와 문화>, 한국사

학회, 1998.

32) "Software That Tracks E-Mail Is Raising Privacy Concerns," <New York Times>, November 22, 2000.

33) "Consumer Group: Online Privacy Protections Fall Short," <http://www.cnn.com/2001/TECH/computing/01/26/privacy.report.idg/>

34) "Canadian Privacy Law Raises Ante," <http://www.computerworld.com/cwi>

35) 이재진, “사이버 공간에서의 표현의 자유와 인격권 보호,” <언론중재>, 2000년 겨울호, 70.

활을 무시하는 관습은 역대정권이 주입해온 집단논리에 의해 더욱 견고해졌다. 일제 군국주의와 해방 후 냉전시대를 거치며 한국사회는 천황과 국가와 민족을 위해 개인의 자유와 개성을 포기하도록 세뇌되었다. 개인의 자율성을 거부하고 몰개성을 강요하는 사회에서 개인의 사생활이란 결코 중시될 수 없었다. 대중매체, 특히 텔레비전의 황포도 사생활 무시 풍토를 조장해왔다. 한동안 무소불위의 권력기관 행세를 해온 한국의 언론은 정작 감시해야 할 공직자의 사생활은 숨겨준 채 힘 없는 약자들에게 마구 카메라를 들이댔다. 이로 인해 사이버스페이스에서는 언론의 자유가 무분별한 사생활 침해로 변질되는 양상을 보이기도 한다.

사생활의 자유 역시 다른 권리와 마찬가지로 국가안보나 공공복리 사회질서 혹은 다른 권리와 충돌할 때 제한을 받게된다. 완벽한 권리는 아닌 것이다. 개인의 소득이 사생활의 영역이지만 그가 얼마나 세금을 제대로 내고 있는지 알기 위해서 그의 소득의 공개를 요구할 수 있는 것이다. 범죄자를 잡기 위해 개인의 소지품을 뒤지거나 몸을 수색할 수도 있다. 또 공직자의 경우 그들의 공직 수행여부를 감시하는 과정에서 그들의 사생활을 들여다보는 것이 불가피해 진다. 그래서 그 행위가 "진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때"에는 명예훼손이나 사생활 침해에 대한 법적 책임을 묻지 않고 있다. 언론의 자유가 과도하게 위축되는 것을 막기 위해서이다. 따라서 사생활의 비밀보장과 언론의 자유가 충돌할 때, 어떻게 법적인 경계선을 긋는가가 중요하다. 그러나 아직은 국가가 보호해야 할 사생활의 영역이 어디까지이며, 이를 어떻게 보호해야 할지 사회적 합의가 아직 이루어지지 못하고 있는 현실이다.³⁶⁾ 더욱이 기존의 매체와 달리 정보의 전달범위가 넓고, 파급효과가 큰 사이버 공간에서의 사생활 침해에 대한 별도의 법적 기준이 아직 마련되지 않은 실정이다.

한국법원은 언론의 자유와 사생활보호가 충돌하는 경우 사생활 보호를 더 중시하는 판결을 내려왔다. 대법원은 "개인의 사적인 신상에 관하여 적시된 사실도 그 적시의 주요한 동기가 공공의 이익을 위한 것이라면" 형법 제310조가 규정한 위법성 조각사유에 해당한다고 판결했다.³⁷⁾ 그러나 대법원은 범죄사건 보도는 공공의 이익을 위해 필요하긴 하지만, "범인이나 범죄혐의자에 관한 보도가 반드시 범죄 자체에 관한 보도와 같은 공공성을 가진다고 볼 수도 없다"고 판결하면서 언론매체가 범죄사실을 보도하면서 범죄자의 신원을 명시하거나 초상을 보여주는 것은 초상권침해라고 판결했다.³⁸⁾ 하급법원 역시 언론의 자유보다는 사생활의 비밀이 더 중요하다는 판결을 내렸다. 서울 고등법원은 언론사의 세무조사 결과를 공개하라는 정보공개 요청을 거부하는 판결을 내리면서 사생활의 자유를 주된 이유로 제시했다. 법원은 "사생활의 비밀과 자유의 불가침은 사생활의 내용을 공개 당하지 아니할 권리, 자신에 관한 정보를 스스로 관리·통제할 수 있는 권리 등을 내용으로 하는 인격권으로서 오늘날 정보화사회가 급속히 진행되면서 그 보호가 절실한 권리"라고

36) Mark Cerite, "Obstacles to Defamation Recovery in Cyberspace," <http://list.nyu.edu/cgi-bin/wa?A2=ind9709C&L=aejmac&P=R33076>.

37) 대법원 1996. 4. 12 선고 94도 3309 판결.

38) 대법원 1998. 7. 14 선고 96다 17257 판결.

주장하면서 "일반적으로 기본권의 보호법익은 생명권, 인격권이 가장 우선한다고 보여지는 점에서 알 권리 보다는 개인의 사생활의 비밀과 자유가 더욱 보호해야 할 우선적인 가치라고 할 것이므로 그 범위 내에서는 국민의 알권리도 제한을" 받을 수밖에 없다면서 언론사의 세무조사 결과를 공개하지 않아도 된다고 판결했다.³⁹⁾

헌법상 사생활 비밀보호 조항이 명시되어 있지 않은 미국의 경우, 피임, 낙태, 동성애 등에 관한 정부의 규제도 사생활 침해로 간주한 판결을 내려왔다.⁴⁰⁾ 그러나 사생활의 비밀과 언론의 자유가 충돌할 때, 언론의 자유를 더 중시하는 판결을 내려왔다. 개인의 사생활에 관련된 것이라 하더라도 뉴스가치가 있는(newsworthy) 정보를 보도하는 것은 사생활 침해로 볼 수 없다는 것이다. 사생활의 비밀보다는 언론의 자유를 더 중요한 기본권으로 인정한 것이다. 뉴스가치가 있는 사안이라면 허위사실이 아닌 이상 공표하는 것을 막을 수 없다는 것이 미국 법원의 일관된 입장이었다.

한국의 최고법인 헌법은 사생활의 비밀을 보호한다고 천명하고 있다. 법원의 판결도 언론의 자유 보다 사생활 보호를 우위에 두는 경향을 보였다. 그러나 현실세계에서나 사이버공간에서나 그러한 법적 보호장치가 제대로 기능하지 못하고 있다. 정부는 적극적인 법 집행을 통해 사생활을 보호할 의지를 보이지 않고 있고, 사생활을 경시해온 사회적 관습에 익숙해진 시민들은 사생활 보호의 중요성을 충분히 인식하지 못하고 있다. 이로 인해 자신들의 사생활을 지키기 위한 수단으로 타인의 사생활 영역을 침범하는 경우도 적지 않다. 주택가에 인접한 러브호텔이 자신들이 평온하게 누려야 할 사생활의 자유를 침해한다고 주장하는 인근주민들이 그 대응 방법으로 러브호텔 출입차량을 촬영하고, 그 번호를 인터넷 사이트에 올리기도 했다.

무엇보다도 심각한 것은 법을 지켜야 할 정부가 개인정보에 대한 합법적, 불법적인 감시와 접근을 일삼는 사회에서 개인의 사생활은 보호받기 힘들다. 일상 문화도 개인의 인권과 사생활을 중시하는 문화로 탈바꿈해야 할 것이다. 획일과 강요라는 전근대적인 규범을 버리고 다양성과 개성을 존중하는 풍토가 되어야 한다. 정부는 개인의 사생활 보호가 불가침의 기본권임을 인정하고, 보다 엄격히 보호하기 위한 법을 제정하고 집행해야 한다. 한편 법원은 개인의 사생활과 언론의 자유가 상충되는 경우, 이에 대한 세부적이고 명확한 기준을 세워, 헌법에 보장된 두 권리를 조화롭게 보장해야 할 것이다.

IV. 정보 평등권

정보화사회는 인간의 잠재력이 최대한 발휘되는 이상향이 될 수도 있지만 이러한 잠재력이 발휘되지 못하고 오히려 기존의 불평등과 불균형이 심화될 수도 있다. 정보사회에서는 정보의 소유

39) 서울고등법원 1995. 8. 24 선고 94구39262 판결.

40) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, "The Right to Privacy," <Harvard Law Review>, Vol. 9, 1890, pp. 193-220; Kent R. Middleton & Bill F. Chamberlin, <The Law of Public Communication>, 1988, pp. 166-220.

및 활용정도, 교육의 수혜 여부 등에 따라 계층간 격차가 발생하고, 이것이 기존의 경제적 요인과 결합되어 사회적 불평등을 더욱 심화시킬 수도 있는 것이다.⁴¹⁾

정보통신 기술의 혁신적 발전에도 불구하고 많은 사람들은 여전히 표현의 자유를 누릴 수 없고 시민사회의 일원으로서 민주주의 과정에 참여할 기회를 근본적으로 차단당하고 있는 현실이다. 2000년을 기준으로 전 세계에는 20억 명이 연소득 300달러 미만으로 살고 있다. 10억 명이 문맹이고 5억 명의 취학연령의 아동들이 학교에 가지 못하고 있다. 이러한 현실상황에서 첨단정보통신기술은 국가 간, 지역 간 그리고 계층간의 불균형을 더욱 심화시킬 수 있다. 신자유주의 체제하에서 시장기능에 맡겨진 정보통신망은 모든 시민들의 균등한 이익을 위해서 사용되기보다는 경제적 능력을 가진 사람들을 위해 우선적으로 이용되기 때문이다.

1990년대 초반 인터넷이 계층간, 지역간의 격차를 해소하는 획기적인 수단이 될 것이라는 기대가 일자, 이는 정치적, 경제적 변수를 고려하지 않은 기술결정론이라는 비판을 받았다. 인터넷은 신문이나 텔레비전에 비해 사용자의 숙련도와 비교적 높은 비용부담을 요구하기 때문에 저소득 저학력일수록 활용빈도가 떨어지고, 자신들에게 필요한 정보를 구하기 힘들어지기 때문이다. 수신자의 보편성이 보장되는 방송매체와 달리 디지털 정보통신기술은 누구나 쉽게 접근할 수 있는 매체가 아니다. 디지털 정보통신기술을 사용하여 정보를 송수신하기 위해서는 최소한 전화회선과 컴퓨터, 그리고 컴퓨터를 다룰 수 있는 기술의 습득이 필요하다. 이러한 조건이 갖추어지지 않는다면 누구나 신문을 발행할 자유가 주어졌지만 현실적으로 만들 수 없는 것처럼, 디지털 정보통신기술을 통한 표현의 자유 신장이나 경제적 성장은 신기루에 불과하다. 따라서 정보화는 오히려 계층간, 지역간의 격차를 오히려 증대시킬 위험이 크다.

더욱이 각국 정부가 정보화 사업 추진을 기업에 대폭 의존함으로써 인해 디지털 정보통신기술도 기존 미디어와 크게 다름없이 권력과 자본에 의해 지배되고 정보화의 불평등과 격차가 심화될 가능성이 크다. 미국과 유럽에서 진행되고 있는 정보통신 미디어의 합병과 융합에서 보듯이 정보화 시장을 지배하는 자본은 규모의 경제를 추구하고 이는 기존의 미디어와 같이 정보통신미디어의 거대화, 독점화로 이어지고 있다. 이들은 이익을 남길 수 있는 상품만을 제조하고 장기적인 안목이나 사회적 가치를 추구하는 내용은 외면할 것이다. 결국 상업화된 가치만이 고양되고 공동체적인 가치는 도외시되며 정치·경제적 소외계층은 정보화사회에서도 소외될 수밖에 없다. 정보화의 이익을 사회적으로 균등하게 누리기 위해서는 시장실패를 염두에 둔 정부의 정책적 개입이 불가피하다.

2000년 실시한 정보생활 실태 조사 결과 학력과 소득이 낮을수록 방송에 많이 의존하는 반면 학력과 소득이 높을수록 신문과 컴퓨터통신 인터넷을 이용하여 정보를 획득하고 있는 것으로 나타났다. 하루 컴퓨터 이용시간의 경우 중졸 이하 55.2분, 대졸이상의 경우 93.8분으로 큰 차이를 보였다.

41) Cees J. Hamelink, "Globalisation and Human Dignity: The Case of the Information Superhighway," Media Development 43 (1996): 18-38; 배규한, 임창규, "한국 5 대도시의 정보화수준과 정보격차," <정보화시대의 미디어와 문화>, 한국사회학회, 1998.

다. 디지털 정보통신기술 및 인터넷 활용 능력도 교육수준이 낮을수록 활용능력이 낮았다. 중졸이하가 56.7%, 고졸이하 28.4%, 그리고 대졸이상은 9%가 전혀 이용할 줄 모르는 것으로 나타났다.⁴²⁾ 2001년에 조사한 결과도 크게 다르지 않았다. PC이용자수의 경우, 중졸이하 학력은 41.5%였지만, 대졸자는 89.1%에 달했다. 농림어업종사자는 13.7%인 반면, 화이트칼라는 92.1%였다. 인터넷 이용자수의 경우, 중졸이하하는 37.8%였지만 대졸이상은 84.6%였고, 농림어업 종사자는 9%였지만, 화이트칼라는 88.7%였다. 그럼에도 불구하고 정보이용비용은 소득수준이나 교육수준에 따라 큰 차이가 없었다. 가구 당 정보이용비용은 큰 차이가 나지 않았다. 100만원 이하 소득계층은 평균 80698원, 300만원 이상 소득계층은 125631원이었다. 농림어업은 99143원, 화이트칼라는 100680원이었다.⁴³⁾ 소득수준이나 교육수준이 낮은 계층의 정보이용비용 부담이 훨씬 큰 것이다.

연령별, 학력별, 직업별 정보화 격차는 자연히 지역적인 격차로 이어진다. 도시에 거주할수록 교육수준과 소득수준이 높고 읍면 지역으로 갈수록 낮아지기 때문이다. 따라서 소득과 교육수준이 낮고 1차 생산자에 주로 종사하는 농어촌 지역주민들은 도시중산층에 비해 컴퓨터와 인터넷 숙련도와 활용도가 떨어지기 마련이다. 정보화에 필수적인 고속통신망의 접근도 읍면 지역은 대도시에 비해 크게 떨어졌다. 2000년 정보생활 실태조사에 따르면 지역규모별 정보접근 부문의 평등지수에서 대도시지역을 100으로 볼 경우 읍면 지역은 75.6수준에 불과했다. 따라서 농어촌 지역으로 갈수록 정보화가 사회적 불평등을 심화시킬 것이라는 비판론이 우세해지고 있다. 2000년 정보화 실태조사에서 '정보화에 의해 지역적 격차가 줄어들 것이다' 항목에 대해 응답자의 42.2%가 긍정적인 응답을 했고 부정적인 응답을 한 사람은 28.4%였다. 그러나 농림어업 종사자의 경우는 31.7퍼센트만이 긍정적인 답변을 했다. 이러한 격차는 정보화 기술적 발전속도가 빨라지면서 더욱 벌어질 우려가 있다. 이미 정보화에 필요한 지식과 기술을 습득하고 이용하는 사람들은 새로운 기술적 변화에 신속하고 능동적으로 적응하지만, 뒤쳐진 사람들은 그만큼 적응하는데 시간이 많이 걸리게 되고, 자연 정보화를 아예 포기하거나 늘 뒤쳐진 지식과 기술만 사용할 수밖에 없기 때문이다.

결국 가상공간도 시장논리에 지배됨에 따라 소외계층은 더욱 소외를 받게 된다. 소외계층에게 필요한 기술이나 정보는 상품성이 낮기 때문에 개발이나 생산이 외면되고, 설사 생산된다하더라도 부담해야 할 비용이 높아 지역주민들이 접근할 수 없기 때문이다. 정보화 사업에 진출한 기업들은 가용소득이 많은 계층들을 대상으로 하는 분야에 중점적으로 투자하고, 특히 소비자가 적고 소득이 낮은 계층을 위한 정보상품 개발에는 참여를 하지 않을 것이다. 지역정보 부문에서도 대도시와 중소도시 그리고 농어촌의 격차는 확대될 것이다. 시장성을 가질 수 있는 대도시에서는 지역정보가 풍부하게 생산되는 반면, 시장성이 적은 중소도시와 농어촌 지역에서는 그렇지 못할 것이기 때문이다. 컴퓨터와 인터넷이라는 문명의 이기가 계층 간의 격차를 높여, 배우지 못하고 소득이 낮은 지역주민들을 더욱 소외시킬 것이다. 결국 정보화 사회에서도 낙후지역과 발전지역의 격차가 줄어들

42) <2000 정보생활 실태 및 정보화인식 조사>, 한국정보문화센터.

43) 한국정보문화센터, <2001 국민 정보생활 및 격차 현황>.

들지 않을 것이다.⁴⁴⁾

정보화사회가 가져올 불평등이라는 부작용을 막기 위해 구미국가들은 정책적인 방안을 마련했다. 우선 정보망의 접근을 지역별 차별없이 누구나 접근할 수 있도록 하기 위해 보편적 서비스의 원칙을 정보통신에도 적용했다. 보편적 서비스란 전신과 전화를 국가나 혹은 국영기업이 독점 운영하는 대신 지역에 관계없이 균등한 비용으로 접속할 수 있게 하는 것이었다. 1934년 미국의 연방통신법은 보편적 서비스를 “모든 미국 국민에게 가능한 한 신속하고도 효율적으로 전 미국 및 세계를 포괄하는 유선·무선의 서비스를 충분한 설비와 합리적인 요금으로 제공할 것”이라고 정의했다. 미국정부는 정보고속도로 계획을 발표하면서 수입이나 지역, 신체적 장애에 관계없이 모든 시민들에게 통신정보 접근권을 보장하겠다고 약속하였다.⁴⁵⁾ 1996년에 개정된 미국의 통신법도 적절한 시설과 합리적인 가격으로 미국인들이 누구나 정보통신서비스를 받을 수 있어야한다고 선언했다. 캐나다 정부도 정보고속도로가 정보의 빈자와 부자를 양성해 사회적 분열을 창조하는 것을 막아야한다며 정보고속도로의 사용은 전화나 텔레비전에 대한 접근처럼 보편적이고 적절해야 하며 성별, 나이, 소득, 언어 등과 같이 균등한 접속에 장애가 되는 요인들을 제거해야 한다며 보편적 서비스 정책을 제시했다.⁴⁶⁾ 유럽에서도 1990년대 이후 국영체제였던 정보통신산업이 민영화되면서 보편적 서비스 규정이 적용되고 있다.⁴⁷⁾

그러나 정보통신의 보편적 서비스는 전화의 보편적 서비스처럼 전화선을 설치하는 정도에서 그치는 것이 아니라 전산망과 더불어 송수신 시설, 그리고 모든 수용자들에 필요한 프로그램 공급, 정보이용 기술 습득까지 포함하는 것이어야 한다. 인터넷을 활용할 수 있는 교육과 훈련이 제공되지 않는다면 시설제공이나 내용제공은 무의미하기 때문이다. 따라서 저렴하게 정보통신을 사용할 수 있는 기회뿐만 아니라, 공영방송과 같이 공적인 프로그램을 제공하는 공익 서비스(public service)도 정보통신망을 통해 제공되어야 한다.⁴⁸⁾ 누구나 저렴한 비용으로 디지털 정보통신기술을 통해 자신의 의견을 표현하고, 자신에게 필요한 정보를 입수하는데 필요한 교육제공 등 디지털 불평등(digital divide)을 극복하기 위한 제도적 장치가 필요한 것이다.⁴⁹⁾ 더욱이 장치 참정권 행사나 공론장 형성과 같은 시민권의 행사가 인터넷을 통해 이루어진다면 보편적 서비스는 필수적인 권리가 되어야 한다. 정보화 사회의 기본권으로서 보장받아야 하는 것이다. 한국의 경우, 보편적 서비스는 접근권 차원에서 선언적으로 제시되고 있을 뿐이다. 전기통신사업법에서 보편적 서비스의 정

44) 황승연, 윤영민, “정보불평등의 구조와 과정,” <사이버 커뮤니케이션 학보>, 제3호 (1998): 46-84.

45) 권오성, “경쟁환경하의 미국의 보편적서비스 정책에 관한 연구,” 산업경제연구 제13권 제4호, 2000년 7월, pp. 405-423.

46) Information Highway Advisory Council, “Connection, Community, Content: The Challenge of Information Highway.”

47) L. Jean Camp and Rose P. Tsang, “Universal Service in a Ubiquitous Digital Network,” <Ethics and Information Technology> vol. 2: 211-221, 2000.

48) Jean-Claude Burgelman, “Regulating Access in the Information Society,” <New Media & Society>, 2000, Vol 2(1):51-66; Pascal Verhoest, “The Myth of Universal Service: Hermeneutic Considerations and Political Recommendations,” <Media, Culture & Society>, 2000, vol. 22: 595-610.

49) 송희준, 박기식, “지식정보사회의 정부역할: 시장과 정부, 그리고 네트워크 거버넌스” <2000년도 기획세미나 발표논문집 - 지식정부구현을 위한 전략과 과제>, 한국행정학회, 2000.

의와 제공 의무를 명시하고 있다. 모든 전기통신사업자에게는 “보편적 역무를 제공하거나 그 제공에 따른 손실을 보전할 의무”가 주어졌다. 그러나 실제 적용되는 보편적 서비스는 장애인, 저소득층, 벽지거주민에 대한 전화요금 감면이 정부이다.

정부는 1996년 마련한 “정보화촉진기본계획”의 10대 중점 과제에 “지역균형 발전을 위한 지역정보화 지원”을 포함시키면서, 지역정보화 사업을 통해 “산업화 시대에 야기된 지역 간 불균형, 지방의 소외와 낙후 등의 문제를 정보화를 통해 해소” 및 “지역 경제의 균형발전과 지역주민 생활수준의 향상을 도모” 하겠다고 밝혔다. 그러나 한국의 지역정보화 사업은 그 성과를 거두지 못했다. “여전히 각 지역에서 주민에게 유용한 정보가 다양하게 제공되지 않고 있으며, 각 지역별 경제적·사회적 격차로 인해 정보화 수준도 상당한 차이가 있다”고 정부 스스로 인정할 만큼 지역정보화 사업은 실패작이었다. 그 주된 이유는 민간주도가 아닌 정부주도로 지역정보화가 추진되면서, 소프트웨어가 아닌 하드웨어 중심으로 그리고 수요자인 지역주민위주가 아닌 행정편의 위주로 지역정보화 사업이 진행되었기 때문이다. 더욱이 지역의 사정을 충분히 고려하지 않고 중앙정부에 의해 일방적으로 계획이 수립되고 집행되었기에 지역정보화의 주체가 되어야 할 자치단체와 해당 지역주민들의 관심을 끌지 못했다.⁵⁰⁾

정부는 국민이 디지털 정보통신기술에 접근할 수 있는 기회를 기본권적인 입장에서 보장하고 보호해야할 것이다. 디지털 정보통신기술에 접근할 수 있고 이를 사용할 수 있는 능력을 갖는 것은 개인의 교육, 의료, 직업 등 생활 전반에 걸쳐 영향을 미치게 된다. 그 어떤 기본권보다도 개인의 행복한 삶을 추구하는데 중요한 역할을 하게 될 것이다. 따라서 정부는 모든 국민이 소득이나 거주지역 등에 관계없이 디지털 정보통신기술을 이용할 수 있는 시설과 장소와 정보를 제공해야할 것이다. 정부는 이윤추구를 최고의 가치로 삼는 시장경쟁 논리에 정보화 사회를 맡길 것이 아니라 정보화의 혜택이 골고루 돌아갈 수 있도록 시장경제체제의 모순을 억제하고 보완하는 역할을 담당해야 한다. 헌법상 누구나 “균등히 교육받을 권리”가 있는 것처럼, 정보접근권 역시 국민 누구나 균등히 누릴 수 있는 권리가 될 때 정보통신 기술을 통한 정치, 사회, 경제적 불평등을 해소할 수 있을 것이다.

맺음말

기존의 미디어 체계에 강요되어온 정부의 내용 규제와 시장의 지배는 새로운 정보통신체제 하에서도 유사하게 적용되고 있다. 현실세계와 마찬가지로 가상공간에서도 권력과 자본의 압력으로 인해 표현의 자유가 심각히 위협당하고 있다. 한편 정보통신 기술의 발달로 인한 사생활 침해의 여지가 크게 늘어났음에도 불구하고 이에 대한 정부의 대비책은 미온적이다. 날로 격차가 커지는

50) 차재영, “지역정보화와 지역신문의 역할,” <풀뿌리 민주주의 발전과 지역언론의 역할>, 2000년 9월 26일, 바른지역언론연대 세미나 논문.

정보화 불평등에 대한 대책은 정보통신산업의 경쟁력 제고에 가려져 밀그림조차 제대로 그려지지 않았다. 사이버스페이스가 권력과 자본의 통제와 감시로부터 자유로운 해방구가 되기 위해서는 사이버스페이스 역시 인권과 민주주의 원칙에 따라 존재해야 한다. 그러나 가상공간이 민주화되고 기본권이 보장되기 위해서는 현실공간의 민주화와 기본권 보장이 선행되어야 할 것이다. 가상공간의 지배하는 구도와 질서는 현실공간에서 만들어지기 때문이다. 인간의 자유와 평등의 원칙에 대한 합의, 표현의 자유에 대한 이해와 관용, 개인의 자율성과 사생활의 존중이 정보화 사회의 필수 요건인 것이다. ■

토론문

1. 정보기본권 - 표현의 자유 입장에서 / 김기중 · 65

2. 정보공유와 지적재산권 / 박성호 · 68

3. 「정보기본권이란 무엇인가」에 대한 토론문 / 김배원 · 72

4. 프라이버시 / 이은우 · 별지

정보기본권 · 표현의 자유 입장에서

김기중 (변호사)

1. 정보기본권 일반

정보사회에서 더 강조되고 있는 표현의 자유(알권리), 사생활보호(자기정보통제권), 평등한 정보 공유, 정보격차해소 등의 권리 또는 필요성은 그 중요성이 강조되기 이전에도 중요하고 현실적인 문제였다. 따라서 위 권리 또는 그 필요성은 원칙적으로 기존의 헌법과 그 해석론에 포섭되어 있는 것이며, 이런 점에서 별도의 기본권목록을 추가할 필요성은 적다는 한상희교수의 입장에 동의한다.

더구나 현재 정보기본권의 목록에 포함되어 있는 개별 권리들은 그 헌법적, 논리적 근거가 동일하지 않다. 표현의 자유나 사생활보호와 같은 항목은 국가의 최소한 개입을 추구하는 항목이며, 평등한 정보공유, 정보격차해소와 같은 항목은 국가의 직접 개입을 통해 평등한 기회, 평등한 접근의 보장을 추구하는 항목으로 하나로 묶이기에 상당히 이질적인 것으로 보인다.

또한 정보사회에 대한 특별취급 또는 on-line에 대한 특별취급을 추구하는 입장은 경계해야 할 것이라 생각한다. off-line 또는 기존(?)의 질서에 내재되어 있는 권리의 목록은 백년 이상의 역사적 시간 속에서 자유와 민주주의를 위한 투쟁을 통해 획득한 것으로 on-line이나 정보사회에서 주장되고 있는 새로운 권리보다 훨씬 구체적이고 강력한 힘이 있다고 생각한다. 물론 “한국은 표현의 자유나 사생활보호 그리고 정보평등권 등이 기본권으로서 확고한 보호를 받지 못하는 상태에서 정보화시대에 진입했고, 이로 인한 마찰과 부작용이 지속되고 있”는 측면(장호순교수의 발표문)이 없지 아니하나, 그럼에도 불구하고 on-line에서 보장되고 있는 권리나 평등의 수준은 off-line 또는 기존(?)의 질서에서 보장되고 있는 권리나 평등의 수준에 미치지 못하고 있다고 생각한다. 반면 정보사회 또는 on-line의 특수성을 이유로 하는 ‘특별보장’이나 ‘별도 범주의 기본권’은 거꾸로

on-line에 대한 특별규제나 정부의 특별개입을 정당화하는 논리가 될 수도 있다. 따라서 표현의 자유 확장, 개인정보통제권의 구체적 실현, 지적재산권의 무차별적인 확장을 제어하고 정보공유의 시스템을 구축하는 것 등 개별적 권리항목의 on-line 확장이 중요하다고 본다. 물론 기본권이 적용되는 장의 특수성에 따른 기본권의 변용은 필요하지만 그러한 변용은 이미 인정되고 있는 것이므로 on-line의 특수성을 강조할 근거가 되는 것으로 보이지 않는다. 예를 하나 들면, 헌법재판소는 이미 영화에 대한 등급제가 헌법의 범위 내에 있는 것이라고 판단한 바 있는데, 그렇다고 하여 on-line에 대한 등급제가 당연히 헌법의 범위 내에 있다고 단정지을 수는 없다. 어떠한 형태의 on-line 등급제인지, 등급제의 시행주체, 등급기준 부여주체 등과 같은 구체적인 요소와 on-line 매체의 특성을 함께 고려한 후에 그 등급제에 대한 헌법적 평가가 가능한 것이지, 정보기본권과 같은 포괄적, 통합적 기본권 개념에 따라 그 평가가 좌우될 것으로 보이지는 않는다.

하지만 기존의 권리항목에 포섭되어 있지도 않고 기존의 대국가적 권리로 규율하기도 힘든 새로운 현상이 있는데, 그것은 바로 한상희교수가 지적하고 있는 '초감시국가'의 가능성이다. '정보기본권'의 개념이나 헌법적 권리화는 주로 '초감시국가'의 가능성에 초점을 맞추어야 한다고 본다. 현대국가의 정보화 현상, 개별 국민에 대한 다양한 형태의 정보수집과 데이터베이스화, 개별 데이터베이스의 통합과 중앙집중, 감시장치의 일상화 등은 총체적인 현상이기 때문에 개별적인 권리항목이나 개별적인 사회운동으로 어떻게 해 볼 수 없는 '거대한 해일'과 같은 것이라 생각한다. 특히 우리나라와 같이 프라이버시나 개인정보통제권에 대한 인식수준은 낮고 행정의 효율성을 강조하며 이미 기본적인 데이터베이스가 잘 구축되어 있는 국가에서 그 우려는 현실적이다. 헌법이 대국가적 방어권으로서의 기본권에 친하다는 점을 함께 고려하면, 헌법에 국가감시를 제어할 요소로 구성된 기본권의 항목을 추가하는 것은 가능한 일이라고 생각한다.

2. 표현의 자유 일반

off-line에서 보장받지 못하는 표현의 자유가 on-line에서 보장받을 수는 없다는 장호순교수의 견해에 전적으로 동의한다. on-line에 대한 규제의 강약이나 허용되는 표현의 수준은 off-line에 대한 규제의 강약이나 허용되는 표현의 수준과 상호작용과정을 통해 일정한 방향으로 수렴된다. 이런 점에서 on-line에서 표현의 자유를 논할 때 그밖의 매체(표현의 자유측면에서 on-line은 '매체'이다)에 대한 규제의 강약이나 허용되는 표현의 수준을 함께 논할 수밖에 없고, 이런 점에서 그밖의 매체에 대한 규제의 수준을 낮추고 허용되는 표현의 수준을 높여야 한다는 주장이 함께 제기되어야 한다. 장호순교수가 지적하고 있는 '언론매체의 시장진입규제'는 현재 정기간행물에 대한 등록제과 방송에 대한 허가제라는 형태로 존재하며, 출판사 및 인쇄소에 대한 등록제라는 법률적 수단에 의한(물론 비법률적 장벽도 존재한다). 대표적인 사례가 수 년간의 재판을 통해 '정간법상 통신사' 등록에 성공하여 연합뉴스의 독점을 깬 뉴시스 사례와 offline 간행물을 발간하면서 정간법상 등록

을 한 오마이뉴스 사례일 것이다. 이러한 법률적 진입장벽이 표현의 자유에 대한 본질적 제한이나 헌법에 의해 금지되는 검열이라고 할 수는 없을지라도 엄격한 보장을 받아야 할 표현의 자유에 대한 제한으로 기능하고 있으므로, 그 폐지를 적극 검토해야 한다.

또한 각종 심의기관의 심의기준에 대한 분석과 비판이 함께 제기되어야 한다. 방송위원회와 영상물등급분류위원회의 내용심의는 거의 그대로 on-line에 대한 내용심의에 영향을 미칠 것이기 때문이다. 광고방송을 제외한 방송프로그램에 대해서는 비록 사후심의제로 변경되기는 하였으나, 방송위원회가 방송프로그램에 대한 사후심의 후 내린 조치 중에 과도한 규제라는 비판이 제기되는 사례가 발생하고 있으므로, 사후심의 결과에 대한 모니터링이 필요하다. 영상물등급분류위원회의 등급분류에 대한 논란은 무척 오래된 것이기는 하나 on-line에 대한 내용규제의 기준과 밀접한 관련이 있다는 점에서 비교분석하고, 심의기구 구성절차의 민주성, 적절하지 않은 심의기준의 폐기 등을 요구해야 한다.

3. 인터넷 내용등급제

최근 헌법재판소는 전기통신사업법 제53조의 '불온통신' 규정에 대해 3가지 이유를 들어 위헌판결을 하였다. 첫째 표현의 자유를 규제하는 입법에 대해 요구되는 명확성의 원칙 위반, 둘째 과잉금지의 원칙 위반, 포괄위임입법금지의 원칙 위반이 위헌의 근거이다. 따라서 정부는 인터넷 내용규제의 근거법률을, '명확하게' '과도하지 않은 범위' 내에서 대통령령에 위임하지 않고 '법률에 규정'하는 방식으로 개선안을 제안할 것이며, 그 유일한 개선안은 '불법정보'의 개념도입과 청소년유해매체물제도를 포섭하는 '인터넷내용등급제' 시행일 것이다. 그 구체적인 내용은 경우에 따라 다양할 수 있으나, 대략 2001년에 정보통신계를 시끄럽게 했던 정보통신망이용촉진법 개정법률안의 일부 내용이었던 '불법정보'의 개념과 '인터넷 내용등급제'가 될 가능성이 많을 것이다. 결국 위헌판결에도 불구하고 on-line 매체에 대한 표현의 자유 논쟁은 원점에서부터 다시 시작되는 형국이 될 것이다.

이런 논쟁 구도에서 표현의 자유의 중요성, on-line 매체에 대한 행정규제의 폐해, on-line 매체의 특수성 등의 논쟁도 무척 중요하나, 보다 현실적인 논쟁 지점은 '불온통신' 규정의 위헌에 따른 대안에 관한 것이 될 것으로 전망되므로, 가능하고 현실적이며 표현의 자유를 최소한 침해하는 대안을 마련하는 일이 정보기본권이라는 추상적이고 근본적인 논의와 함께 진행되어야 할 시급하고 현실적인 과제이다. ■

정보공유와 지적재산권

박 성 호 (변호사)

요즘 자주 논란되는 생명공학특허나 비즈니스 방법특허(Business Method Patent)와 같이 특허 제도는 무한적인 영역 확장을 계속하는 것처럼 보인다. 또 한편에서는 비트와 네트의 결합을 상징하는 '냅스타'나 '소리바다'와 같은 음악파일 공유프로그램을 둘러싸고 저작권자들과 그 이용자들간에 갈등이 빚어지기도 한다. 그래서 이러한 문제 상황들을 지적재산권과 정보공유를 지향하는 인권들과의 대립이나 갈등으로 보는 시각이 존재한다. 그러나 이러한 현상을 단순한 충돌로만 바라보는 것은 사태의 해결에 유익하지 않으리라 생각된다. 지재권에도 인권적 측면이 있기 때문이다. 그래서 지재권과 정보공유를 지향하는 인권들간의 문제점은 상호보완적 관계를 출발점으로 하여 상충 문제를 바라볼 필요가 있다. 이러한 관점에서 보면 지재권과 인권간의 문제는 이익형량의 문제로 귀결되는 경우가 많으리라는 것을 알 수 있다.

지적재산권의 인권적 배경

1948년 12월 유엔총회에서 채택된 '세계인권선언' 제17조는 재산권 일반에 관하여, 제27조 제1항은 "모든 사람은 공동체의 문화생활에 자유롭게 참여하고, 예술을 감상하며, 과학의 진보와 그 혜택을 향유할 권리를 가진다"고 제2항은 "모든 사람은 자신이 창조한 모든 과학적, 문학적, 예술적 창작물에서 생기는 정신적, 물질적 이익을 보호받을 권리를 가진다"고 각 규정한다. 이와 같이 세계인권선언 제27조 제2항은 지적재산에 관한 권리를 선언하고 있다. 세계인권선언에 포함된 지재권에 관한 보호는 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 범주에 속하는 것으로서, 이러한 권리들은 1966년 12월 유엔총회에서 채택된 '경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(A규약) 제15조에서 더욱 완전히 규정되고 있다. 즉, 제15조 제1항(a)는 문화생활에 참여할 권리를, (b)는 과학의 진보 및 응용으로부터 이익을 향유할 권리를, (c)는 자기가 저작한 모든 과학적, 문학적 또는

예술적 창작품으로부터 생기는 정신적, 물질적 이익의 보호로부터 이익을 받을 권리를 각 규정하고 있다. 이와 같이 제15조(a)(b)(c)에는 문화적 참여와 저작권, 과학의 발달에 대한 승상과 특허권의 보호 등으로 혼재되어 있는데, 제15조 제1항(a)(b)가 각 규정한 문화적 생활에의 의의 있는 참가 및 과학적 진보에 의한 이익의 응용은 제15조 제1항(c)가 규정한 지적재산의 효과적인 보호가 있는 경우에만 가능하게 된다(카렐바삭 편, 박홍규 역, 「인권론」, 실천문화사, 1986. 참조). 요컨대 제15조 제1항(a)(b)와 (c)는 상호보완적인 관계에 있는 것이다. 이들 규정은 세계인권선언의 그것과는 달리 각 체약국에게 A규약에 대한 구속력 있는 의무를 부과하도록 하고 있는데, 그 목적은 국제적으로 준수되어야 할 최저기준을 설정하려는 데에 있다.

그리하여 지적재산의 보호에 관한 일련의 조약은 '세계지적재산권기구(WIPO)에 의해 채택되었는데, 이에 관한 기본적인 국제적 문서들로서는 1967년에 개정된 '산업재산권의 보호에 관한 파리협약', 1971년에 개정된 '문학적 및 예술적 저작물의 보호를 위한 베른협약' 등이 있다. 또한 세계인권선언 직후 지재권에 관한 권리선언을 보증하기 위하여 유네스코가 1952년 채택한 '세계저작권협약' 등이 있다. 따라서 인권개념에 지재권에 대한 보호관념이 수용되어 있다는 것은 부인할 수 없는 역사적 사실이다.

지적재산권과 인권의 갈등 양상

인권이란 그 사상적 배경에 따라 인권관이 각기 다르게 투영되어 나타나기도 하고, 또한 본래적인 여러 특성 때문에 구체적 현안에 따라 인권 상호간에 충돌하는 모습을 보이기도 한다. 특히 지재권은 다른 인권과 상충관계에 놓이는 경우가 종종 발생하는데, 이러한 상충은 세계인권선언 제27조 제1항이나 A규약 제15조 제1항(a)(b)의 내용으로부터 예상되는 바와 같이 지재권의 내재적 한계를 설정하는 과정에서 비롯되는 면이 많다. 이런 양상은 WTO/TRIPS협정의 성립을 전후로 지재권의 보호를 더욱 강화하려는 신자유주의 경제체제의 일정한 흐름 때문에 더욱 확대된 측면이 있다. 대립 내지 갈등 양상은 다양하지만 개관하면 다음과 같다.

첫째, 인간복제 문제는 주기본권이자 포괄적 기본권으로서의 성격을 갖는 헌법 제10조의 '인간의 존엄과 가치'를 침해하는 것으로서 금지되는 행위라 할 것이다. 인간의 遺傳子特許(Gene Patent)와 관련한 특허청의 '생명공학분야 특허심사기준'은 특허법 제32조에 따라 특허를 받을 수 없는 발명을 규정하고 있지만, 실제의 심사과정에서 헌법 제10조의 정신을 반영한 특허법 제32조가 제대로 작동되고 있는지는 의문이다.

둘째, 인터넷의 등장으로 인한 저작권과 표현의 자유, 언론출판의 자유, 정보의 자유(알 권리) 등과의 대립이 있다. 가령 WIPO저작권조약과 WIPO실연·음반조약이 디지털 기술에 대한 대응으로 규정한 기술조치(technological measures)의 보호로 인하여 저작권 제한사유에 해당하는 면책적 이용이 위축될 위험이 있다. 이로 인해 표현의 자유를 위축, 침해할 가능성이 많아지게 될 것이다. 한편 인터넷을 통한 다양한 의견표출을 보장하는 '안티 사이트' 운동에서도 저작권은 표현의 자유

를 위협하는 요소로 등장한다. 안티 포스코 홈페이지 사건이 그 예이다. 창작성 없는 데이터베이스의 법적 보호를 시도하는 것도 정보의 자유 내지 정보접근권에 대한 침해를 야기할 가능성이 높다.

셋째, 나이키·아디다스 등 초국적기업의 유명 상표품들(branded goods)이 저임금으로 제3세계의 노동을 착취하여 생산된 다음 높은 가격으로 전세계에서 판매되어 이들 기업은 막대한 이익을 얻고 있는데, 그 이익 중 상당액은 보다 많은 이익창출을 위한 상표의 광고·선전을 목적으로 유명 운동선수나 연예인의 광고출연료로 지출된다. 이와 같이 형성된 유명 상표품의 제조·판매와 유명 상표품으로서의 가치축적구조는 상당 부분 노동자들의 노동권 내지 노동기본권의 침해에서 비롯된다. 한편 에이즈(AIDS) 치료제의 특허권 분쟁에서 보듯이 건강권과 관련하여 의약분야의 지재권이 문제된다. WIPO/TRIPS협정 제31조는 강제실시권에 관해 규정하고 있지만 그 발동요건이 지나치게 엄격하여 실제로 에이즈 치료제의 특허권 분쟁에서 아무런 기능도 발휘하지 못하고 있다. 그 배후에 경쟁질서유지를 명분으로 자국의 특허의약품을 보호하려는 미국 정부의 압력행사가 있었음은 물론이다. 글리벡 특허권에 대한 강제실시권 문제도 마찬가지이다.

넷째, 인터넷의 등장으로 표출된 '넵스터'나 '소리바다' 사건에서 보듯이 저작권 이용자와 권리자들간의 갈등관계가 있다. 이는 문화생활에의 참여라는 문화적 권리와 저작권이라는 문화적 권리 상호간의 긴장된 모습을 보여준다. 또한 비즈니스 방법특허와 같이 특허의 보호범위를 확대하려는 경향으로 말미암은 과학의 진보와 그 혜택을 향유할 문화적 권리와와의 갈등 현상도 있다.

다섯째, 유전자원(Genetic Resources)을 둘러싼 선진국과 후진국간의 갈등이 있다. 이는 유전자원이 생명공학특허의 원자재로 취급되기 때문에 발생한 것이다. 1992년 6월 체결된 '생물다양성협약'이 유전자원 또는 유전정보의 보전·접근·활용 및 이와 관련된 지재권의 양도 또는 이용허락에 관해 상세한 국제규범을 마련하고 있지만, 여기에도 일정한 한계가 있다. 유전자원을 둘러싼 갈등은 지재권과 인권간의 대립 차원을 넘어선 것으로서 지구의 장래와 관계된 본질적 문제이기 때문이다.

갈등의 조정, 그리고 대안 시스템의 모색

이와 같이 지재권과 정보공유를 지향하는 인권들간의 갈등은 여러 영역에 걸쳐서 다양하게 표출되고 있다. 그 양상은 同心圓이 小에서 大로 원을 그려 나가듯이 편차가 심하다고 말할 수 있다. 요컨대 과학기술의 발달에 따라 빚어진 갈등이라는 점에서는 중심이 동일하다고 하겠으나, 과거에도 존재하던 상충현상이 '轉化'되어 나타난 것이 있는가 하면, 과거의 대립이 '확대'되었거나 아니면 전혀 새롭게 '신규'로 등장한 것도 있다. 그러므로 갈등의 조정이란 관점에서 이 이러한 편차는 고려되어야 한다.

첫째, 넵스터나 소리바다 사건과 같이 '轉化'되어 등장하는 갈등은 지재권에 규정된 제한규정에 대한 해석논리를 개발하고 내재적 한계의 설정을 통하여 해소책이 마련될 수 있을 것이다. 둘째,

BM특허나 유전공학특허 등과 같이 '확대'로 인한 대립은 기존 지재권의 요건을 느슨하게 풀어놓음에 따라 발생하는 경우가 많으므로 종전과 같은 엄격한 해석이 유지되도록 해야 한다. 셋째, 창작성 없는 데이터베이스의 보호나 기술조치의 보호 문제 등과 같이 '신규'로 등장하는 상충문제는 축소 내지 제한 해석론의 개발이나 입법론의 전개 차원에서 해결할 수밖에 없을 것이다. 넷째, 이러한 방안들 모두를 포괄하는 입법운동 내지 사회운동을 통한 지재권과 다른 인권들간의 갈등 해소방안이 있을 것이다. 이러한 방안은 국제조약과 밀접한 관련이 있는 것이므로 NGO간의 연대를 통한 국제조약 개정운동 등을 포괄하는 것이 되어야 한다. 또한 운동차원의 접근에는 첫째, 둘째, 셋째 방안들에서의 해석논리 개발이나 엄격한 해석의 유지를 위한 일환으로 기확소송을 추진하거나 학술운동을 통하여 뒷받침하는 것이 포함되어야 할 것이다. 나아가 운동차원의 접근에서 중요한 것은 종전의 지재권 체제와는 성격을 달리하는 대안적 시스템을 모색하려는 노력도 포함되어야 한다. ■

「정보기본권이란 무엇인가」에 대한 토론문

김 배 원 (부산대학교 법학과)

1. 서 설

[1] 이 토론회는 “정보기본권이란 무엇인가”라는 주제 하에 ‘정보기본권의 개념과 범주’를 심도 있게 논의함으로써, 정보주체의 권리의식을 함양하며 정보기본권의 침해에 대응할 수 있는 기본적인 지침을 제시하고자 하는 취지를 지니고 있다. 이러한 토론회의 주제와 관련하여 발표된 두 발제문을 볼 때, “정보기본권의 개념과 범주” 자체에 대한 진지한 논의는 미흡한 것이 아닌가 생각된다.

즉, 1) 정보기본권의 개념이나 범주에 대한 별다른 논의 없이 정보화사회에서 대두한 가상공간(인터넷 또는 on-line상)에서 기존의 정보관련 기본권을 보장하는 것으로 정보기본권의 문제가 대체로 충족되는 것으로 보거나, 2) 정보화의 진전에 따르는 국가구조의 변화양상을 부정적인 측면을 중심으로 살펴보고 또 그러한 국가구조의 변화와 헌법원리에 대하여 대부분의 지면을 할애하며, 정작 ‘정보기본권’에 대한 논의에 있어서는 몇몇 정보기본권을 열거하면서도 그러한 기본권 목록들은 정보화사회에서 헌법문제를 풀어 가는데 불필요하거나 무의미하다고 보고 있기 때문이다.

[2] 두 발제문에서 보여주는 공통된 접근방법은, 우선 정보기본권의 문제영역을 주로 인터넷 또는 on-line상의 문제로 범주를 한정하고 있는 것 같고, 문제의 해결도 기존의 기본권에 대한 해석을 통하는 방법에 중점을 두고 있다.

[3] 헌법학계에서는 정보화사회에서 제기되는 헌법문제들-정보기본권[정보통신의 비밀보장, 알 권리, 자기정보통제권 등]-에 대하여 헌법의 기본원리나 기존의 기본권들을 기초로 하여 새로운 기본권을 도출하고 대응해왔다. 그러나 이러한 접근방법은 정보사회 자체에서 새롭게 제기되는 문제

들을 기존 기본권의 관점에서 파악하거나 기존 기본권의 내용을 확대하는 방법으로 포섭하려는 태도를 취하고 있으므로 그 자체 한계가 있다.

그러므로 정보화사회에서 정보를 중심으로 펼쳐지는 헌법사항들은 무엇보다 ‘정보-정보의 개념, 분류, 주체, 정보와 정보주체의 관련성 등에 대한 논의를 출발점으로 하여 「정보기본권」을 체계화하는 ‘정보’ 중심의 독자적·통합적 접근방법으로 나아가는 발상의 전환이 필요하다고 본다. 이러한 관점에서 발제문에 대하여 간략하게 토론해보고자 한다.

2. 장호순 교수의 발제문에 대한 토론

[1] 장호순 교수의 발제문 “정보화 사회의 기본권”에서는 정보화사회에서 강조되어야 할 기본권으로서 언론의 자유, 사생활보호, 정보평등권(정보접근권)을 들고, 현실공간에서 보장되는 이러한 기본권이 정보화사회에서 새롭게 대두한 가상공간(사이버스페이스, 온라인 상)에서도 보장되어야 함을 역설하고 있다. 아울러 가상공간에서의 기본권보장이 실질적인 의미를 지니기 위하여는 현실공간에서 먼저 그러한 기본권의 제대로 보장되어야 함을 강조한다.

정보기본권의 보장과 관련하여 그 접근방법에서 볼 때, 장호순 교수는 정보기본권 또는 정보 관련 기본권의 문제를 가상공간 또는 인터넷상에서 기존 기본권의 보장문제로 보고 있는 것 같다. 그러면서도 정보접근권과 관련하여서는 이러한 입장과는 다른 태도를 보인다.

[2] 그러나 정보화사회에서 논의되고 있는 이른바 ‘정보기본권’의 문제는 on-line 상에서만 논의되는 문제가 아니고 off-line상에서도 제기되는 문제이며, 새로운 정보환경변화에서 비롯된 기본권 보장의 문제는 기존의 기본권 내용을 확대하여 적용하는 것만으로는 충족될 수 없는 부분들을 지니고 있다.

(1) 알 권리-정보수령권, 정보수집권, 정보공개청구권-의 관점에서 바라볼 때, on-line상 전통적인 표현의 자유의 보장만으로는 정보화사회에서 제기되는 정보기본권의 문제를 제대로 해결할 수 없게 된다. 발제문에서는 “사이버스페이스의 평화와 효용성은 기본권의 원래 의미, 즉 언론의 자유와 권리를 최대한 보장하고 국가의 간섭과 규제를 최소화해야 한다는 자유주의 논리가 정착될 때 달성될 것이다.”라고 하고 있으나, 이러한 입장이 표현의 자유와 관련한 on-line상 정보기본권 보장의 필요조건은 충족시킬 수 있을지 모르나 충분조건까지 충족시키는 것은 아니기 때문이다. 표현을 위한 on-line상의 접근을 무제한 허용하더라도 정보수집을 위한 on-line상의 접근을 제한하면, 정보를 받아들이는 자의 기본권은 여전히 제한될 수 있기 때문이다. 또한 알 권리, 특히 정보공개청구권과 관련하여 그 근거로서 표현의 자유(헌법 제21조)를 드는 것-표현의 자유의 적극적 측면으

로서이 일반적이나, 헌법 제21조만을 근거로 할 경우 “표현”을 위한 의사형성 또는 여론형성의 전제로서만 정보공개청구권을 인정한다는 것은 지나치게 좁다고 할 것이다.

사생활의 비밀보호와 정보공개가 상충하는 경우에 있어서 「언론사세무조사사건」의 공개여부와 관련하여서는 사생활의 비밀보호가 알 권리보다 우선한다고 하였으나, 「지방자치단체장의 특수활동비정보공개청구사건」에서는 “부분공개”를 통하여 사생활의 비밀보호와 정보공개청구을 규범조화적으로 해결하고 있다.

(2) 액세스권 또는 접근권은 일반적으로 언론매체에 접근하여 이를 이용할 수 있는 권리 즉, 보도매체접근이용권을 말하며, 협의로는 반론권 및 해명권을 말한다. 그러나 장호순 교수의 발제문에서 언급하는 정보접근권은 모든 국민들이 평등하게 정보통신의 보편적 서비스에 접근할 수 있는 권리를 의미하는 것[한상희 교수는 이 외에 알 권리도 포함하는 것으로 본다]으로서, 그것을 기본권으로 보장하여 정보화사회에서 야기될 계층간, 세대간, 지역간의 정보격차를 해소하려는 것이다. 이 정보접근권에 대하여 발제문에서는 정보화사회의 기반인 “정보통신의 보편적서비스”를 일반적으로 제공할 국가적 의무의 관점에서 논하거나 “정보통신의 보편적서비스를 받을 권리”를 라고 하여 정보화사회에서의 새로운 기본권으로 보장되어야 함을 강조하고 있는데, 이는 타당하다고 생각한다.

3. 한상희 교수의 발제문에 대한 토론

[1] 한상희 교수의 발제문에서는 정보화 또는 정보사회현상이 헌법에 미치는 영향들을 살펴보면서 이에 대한 헌법적 규율이 어떻게 이해되어야 하는지에 대한 분석과 평가에 많은 지면을 할애하고 있다. 이러한 논의는 이른바 정보기본권의 개념과 범주를 파악함에 있어서 필수적 전제가 되어야 할 것으로 보므로, 발제문에서의 고찰하고 있는 헌법현상과 헌법규범의 상관관계에 대한 자세한 검토는 큰 의미가 있는 것으로 본다.

[2] 그런데 정보기본권 자체에 대한 본격적인 논의에 들어가서는 몇몇 정보기본권-정보접근권, 자기정보통제권, 정보통신의 자유, 정보재산권 등을 열거하면서도 그러한 기본권 목록들은 정보화사회에서 헌법문제를 풀어 가는데 불필요하거나 무의미하다고 보고 있다. 그 이유는 다음과 같다.

(1) 1) 이러한 기본권들이 “기존의 헌법규범의 틀 속에서 충분히 도출될 수 있으므로 별도의 기본권 권리로 설정될 필요가 없다.”고 하면서, 2) “이 지점에서 필요한 것은 ‘정보기본권’이라는 이름으로 개헌을 지향하거나 새로운 기본권목록을 창출하고자 하는 노력보다는 헌법의 의미체계를

사이버공간의 이념에 부합하게 재구성하고 새로운 의미체계를 형성해 나가는 작업이다.”라고 하고 있다.

그러나 헌법학계에서 정보기본권에 대한 다양한 논의가 있고 알 권리를 표현의 자유의 한 내용으로 서술하는 것이 부적절하다는 지적이 있음에도 불구하고, 기존의 논의에 대한 아무런 언급도 없이 불필요하거나 무의미하다고 단언하는 점에서는 아쉬움이 남는다. 기존의 헌법규범에서 새로운 권리가 도출될 수 있다고 하여 별도의 권리로 설정하지 않는다면, 기존 기본권의 내용의 일부 또는 기존 기본권의 내용확장에서 벗어나기 어렵다. 이러한 태도는 정보화사회에서 제기되는 새로운 기본권영역과 문제점을 정보화사회 자체에서 다가가지 않고 기존의 기본권영역의 관점이나 그 연장선상에서 접근한다는 한계를 지닐 수밖에 없을 것이다.

(2) 또한 “정보기본권”들을 유형화하고 개별적 기본권 목록으로 고정화시키는 것은 사이버공간에서 나타나는 역동성, 다층성, 다원성의 특성들을 일거에 무화시키는 불합리를 노정할 수 있다.”고 하고 있다. “그렇게 유형화된 기본권은 예를 들면, 정보통신의 자유는 사회윤리, 공중도덕의 가치에 종속되어야 하며(헌법 제21조 제4항), 정보접근권·자기정보통제권은 국가제정이나 국가기밀 혹은 행정효율성의 구속으로부터 자유로울 수 없게 된다(헌법 제37조 제2항).”

그러나 언론·출판이 헌법 제21조 제4항에 의하여 구속을 받고, 절대적 기본권을 제외한 모든 기본권이 일반적 법률유보(헌법 제37조 제2항)에 의하여 제한을 받는 것은 현행 헌법상의 기본권 제한에서는 당연한 것이다. 개별적으로 유형화된 정보기본권은 이러한 제한을 받고 기존의 기본권 항목들을 재구성·재해석하여 정보화사회에서 필요한 기본권을 도출한 경우에는 이러한 기본권 제한을 받지 않는다는 듯한 표현은 선뜻 이해하기 어렵다.

[3] 사이버문화의 핵심을 “자기정체성의 실현”이라고 보면서 독특한 ‘자유’의 관념을 서술하고 있다. 아직 우리 헌법학계에서 익숙하지 않은 “기본권의 의미변화”를 “기본권으로서의 권리의 관념을 공동체적인 연대와 책임의 의미망 속에서 이해하는 또 다른 작업이 필요하다.”고하고 있는데 이에 대한 좀 더 알기 쉽고 구체적인 설명이 있었으면 한다.

[4] 헌법의 개정과 관련하여, 헌법 제9조에 국가는 “문화의 다양성을 보장하고”라는 구절을 삽입하여 헌법을 개정함으로써 사이버공간에서 나름의 의미를 가질 수 있다고 보고 있다. 이러한 헌법개정(문화적 다양성의 보호조항)은 “다수자문화의 횡포로부터 소수자문화의 의미와 가치를 보전하고 보장할 것을 국가적 의무로 상정하는 것”이라고 하고 있다. 그러나 이러한 소수자문화의 보호와 가치는 헌법상 평등의 원칙(제11조 제1항), 즉 문화적 생활영역에 있어서의 차별금지조항으로도 보장될 수 있을 것으로 보이는데, 헌법을 개정할 경우와 개정하지 않은 경우의 차이점이 어떤 것인지 구체적인 언급이 있었으면 한다.

[5] 정보기본권을 개인의 기본권보장이라는 관점보다는 헌법상 민주적 통치질서의 관점에 비중을 두어 “정보기본권”의 이름 하에 “전자민주주의”의 가능성이 희석되거나 배제되는 양상에 대하여 우려하고 있다. 정보화사회에서 국가권력의 정보통제와 정보조작, 국민의 일상적인 의식의 흐름마저도 지배할 수 있는 부정적인 측면을 강조하며, 기본권이라는 관점보다는 전자민주주의의 관점에 역점을 두고 있다.

이러한 입장에서는 정보기본권의 기본권으로서의 종합적이고 체계적인 파악보다는 정치적 성격에 치중하여 기본권의 개념이나 범주 자체가 지나치게 좁아질 수 있다. 오늘날 현대국가에 있어서 정보환경의 변화가 이른바 “주권자로서의 국민”과 “기본권 주체로서의 국민”에게 어떤 영향을 미치며 민주주의의 실질적 구현과 새로운 기본권으로서 정보기본권의 보장에 대한 논의는 상호 별개로 진행하면서, 그 연관관계에 대하여는 다시 심도 있게 검토할 문제라고 생각한다.

4. 결 어

[1] 정보기본권의 개념과 범주리는 관점에서 볼 때 그것은 on-line상의 정보에 한정되지 않고 off-line상에서도 타당한 것이다. 또한 정보사회에서 국가권력에 의한 정보통제가 전자민주주의의 구현에 심대한 영향을 미치는 것이기는 하지만, 기본권으로서의 정보기본권의 파악과 정보기본권과 전자민주주의의 관련성 문제는 별개로 접근하는 것이 타당하다고 본다.

[2] 새로운 기본권으로서의 ‘정보’관련 기본권-알 권리(정보수령권, 정보수집권, 정보공개청구권), 자기정보통제권, 액세스권 등에 대하여는 표현의 자유, 인간으로서의 존엄과 가치, 국민주권의 원리, 사생활의 비밀과 자유, 자기결정권 등에서 독자적 또는 복합적으로 헌법상의 근거를 찾고, 그 내용도 그러한 기본권의 새로운 측면으로 파악하여 설명하고 있는 것이 일반적인 경향이다. 그 결과 정보통신기술의 발달과 그에 따른 사회변화 속에서 생성되고 정착된 ‘정보’관련 기본권들은 기존의 기본권 체계 속에서도 어느 정도 그 의의와 역할을 수행하게 되었다. 그러나 기본권체계 내에서 유사한 기능과 역할을 수행하는 기존 기본권의 일부 또는 새로운 내용으로서 정보관련 기본권들을 파악하는 접근방법은 급격한 정보환경변화에 대한 종합적이고 체계적인 대응책이라고 보기는 어렵다. 그것은 기존 기본권체계의 틀을 벗어나지 못함으로써 새로운 영역에 대한 모자이크식 접근에 그칠 수밖에 없기 때문이다.

[3] 따라서 정보화사회에서 정보를 중심으로 펼쳐지는 헌법사항들은 무엇보다 ‘정보’-정보의 개념, 분류, 주체, 정보와 정보주체의 관련성 등에 대한 논의를 출발점으로 하여 「정보기본권」을 체계화하는 ‘정보’ 중심의 독자적·통합적 접근방법으로 나아가는 발상의 전환이 필요하다고 본다. 이러한 접근방법의 전환을 기초로 ‘정보통신의 비밀보장, 정보제공권, 알 권리, 자기정보통제권’을

포함하는 「정보기본권」을 구상하여 기본권 체계상 행복추구권, 평등권, 자유권, 참정권, 청구권, 사회권과 대등한 하나의 기본권계열로 파악하는 방향을 고려할 필요가 있다고 본다. 물론, 이러한 구상이 타당성을 가지려면, 그러한 필요성뿐만 아니라 기존 기본권과의 차별성, 그리고 독자적인 고유영역을 입증해야만 한다. ■