

## 기술혁신환경에서 프라이버시와 공권력의 충돌과 조화

김 현 경\*

### < 차 례 >

- I. 서 론
- II. 공권력의 목적과 프라이버시의 보호법익
  - 1. 공권력의 의의와 정당화
  - 2. 프라이버시의 의의와 보호법익
  - 3. 공익과 사익의 충돌, 그리고 영업의 자유
- III. 법익충돌 해결의 기본방향
  - 1. 법익 충돌 해결방식
  - 2. 기술혁신과 관련된 법익충돌 규율에 대한 현황 진단
  - 3. 공권력 설계방향
- IV. 법익충돌 해결방안의 구체적 적용
  - 1. ‘사익’과 ‘공권력’간 갈등과 비례의 원칙 : 카카오톡 감청사례
  - 2. 사익간의 충돌과 규범조화적 해결 : 잊힐 권리
  - 3. 공익 및 사익간 충돌과 해결 : 무인항공기(드론)
- V. 결 론

\* 서울과학기술대학교 조교수, 법학박사, hkyungkim@seoultech.ac.kr  
이 연구는 서울과학기술대학교 교내연구비의 지원으로 수행되었습니다.

◁ 국문요약 ▷

프라이버시 콘텐츠를 활용한 서비스가 일상이 되어버렸고, 기술은 더욱 진화되며 부지불식간에 개인의 사생활을 엿보고 있다. 하지만 이러한 기술이나 서비스를 법이나 제도로 막는다는 것 자체가 어불성설(語不成說)이다. 그렇다고 우리가 역사적으로 많은 투쟁과 희생을 통해 얻은 프라이버시권을 포기할 수 없으며 절대로 포기되어져서도 안 된다. 이러한 문제의식을 바탕으로 본 고에서는 사인이 가지는 프라이버시권과 공권력의 정당화요소로서 공익, 그리고 영업의 자유와의 갈등·충돌관계를 분석하고 그 조화방안을 모색해 보고자 하였다. 그간 이러한 갈등과 충돌을 해결하고자 하는 공권력의 설계가 헌법상의 기본 원칙하에 이루어지기 보다는 단편적·선제적 방식이 잦았다. 따라서 여러 차례 공권력 발동의 근거가 되는 규제실패를 격어야 했으며 그러한 결과는 의도하지 못한 부작용만 초래하면서 관련 산업에 타격을 주고, 공권력에 대한 국민적 공감대를 상실시켰다. 뿐만 아니라 이러한 공권력 행사는 국내사업자에 한정되는 반쪽짜리 공권력으로 전락하여 결국 불평등 집행으로 인해 자국민의 사기저하를 불러일으키며 국가에 대한 신뢰도를 약화시키는 결과만 초래하였다. 공권력은 공익이라는 가치를 법치주의에 의해 구현함으로써 정당화된다. 뿐만 아니라 그러한 공익가치의 실현을 위한 공권력 행사의 내용은 반드시 비례원칙을 준수하여야 한다. 따라서 이러한 충돌을 해결하는 기본원리로서 본 논문을 다음을 제안하였다. 공익과 사익간의 갈등에 대하여는 비례원칙이 적용되어야 하며, 사익간의 갈등에 대하여는 사적자치의 원칙을 존중하되, 사인간의 기본권 충돌의 조정은 이익형량의 원칙과 규범조화적 해결원칙에 따라야 한다. 본 연구는 이러한 원칙 하에서 ‘카카오톡 감청사례’, ‘잊힐 권리’, ‘무인항공기’를 둘러싼 프라이버시와, 공익 그리고 영업의 자유의 충돌에 있어서 조화방안을 모색해 보았다.

주제어 : 프라이버시, 공권력, 공익, 영업의 자유, 비례원칙, 규범조화적 해결원칙

## I. 서 론

과거에도 개인의 프라이버시와 공권력의 갈등은 항상 존재해 왔다. 다만 현 시점에서 이러한 갈등이 더욱 가시화된 문제의 근원을 구하라 한다면 단연코 기술환경의 진화이다. 기존의 사생활이라고 여겨졌던 영역들이 기술 환경의 진화로 적나라하게 드러날 수밖에 없게 되었다. 각종 SNS서비스는 대화의 비밀이라는 것을 무색하게 만들었으며, CCTV는 초상과 행동에 대한 개인의 비밀보장 욕구를 무참히 무너뜨렸다. IoT, 드론 등 첨단기술을 활용한 신종 서비스는 각종 편리함을 무기로 개인의 프라이버시는 부차적 문제로 치부해버리려 한다. 이러한 기술환경이 가져오는 갈등은 공권력과 프라이버시 간 뿐만 아니라 이러한 기술적 서비스를 제공하는 기업의 ‘영업의 자유’와의 갈등으로도 확산되고 있다. 한편 새로운 혁신적 서비스의 개발은 국경 없이 제공되기 때문에 국제경쟁력 차원에서 더 이상 방관되어질 수 없는 문제이다.

이러한 갈등관계에는 결국 법이 보호하고자 하는 이익 즉 법익간의 충돌에 기인한다. 우리 판례는 법익 간 충돌을 해결하기 위한 수단으로 ‘비례의 원칙’을 통해 해결하고자 한다. 그러나 이는 결국 법익 간 갈등이 첨예화 되었을 때 소송과정에서 적용됨으로서 이미 침해가 발생하고 그로 인한 손해가 발생한 후에 적용하게 된다. 사전에 갈등되는 법익간의 조화와 이익형량의 문제는 결국 입법과정에서의 다양한 의견수렴, 입법자의 ‘자의(恣意)’에 맡겨질 수밖에 없다. 따라서 이하에서는 우선 프라이버시의 보호법익과 공권력의 정당화 근거에 대하여 살펴본다. 다음으로 양자 간 충돌을 해결하기 위해 적용되는 법원칙에 대하여 검토 한 후, 공권력, 프라이버시, 영업의 자유를 둘러싼 갈등사례에 이러한 법원칙을 적용함으로써 법익충돌 시 조화로운 해결을 위한 기본원칙을 제시해 보고자 한다.

## II. 공권력의 목적과 프라이버시의 보호법익

### 1. 공권력의 의의와 정당화

공권력 이라 함은 국가나 공공단체가 국민에 대하여 우월한 의사주체로서

명령·강제하는 권력을 말하며, 그러한 권력을 행사하는 국가 그 자체를 의미하는 경우도 있다.<sup>1)</sup> 이러한 공권력은 대외적 안전보장을 위한 군사력의 발동, 내부적 안전보호를 위한 경찰력의 실행, 국가 예산 및 재정적 기초를 다지기 위해 수행되는 조세의 부과 및 징수 등 국가임무 수행을 위해 발동된다. 그러나 공권력의 본질적 의의는 의사결정이 이루어져야 하는 시점에 의견의 합의가 이루어지지 않는 경우 권력적 힘에 의지하여 의제적 합의를 이끌어 내는 것이다. 의견의 불일치가 나타나는 상황에서 가장 이상적인 것은 권력적 힘에 의하지 않으면서 협력을 이끌어 내는 것이다. 하지만 현실에서 자발적 합의만으로는 그에 부합할 수 없는 상황이 생기는데, 이 경우에는 국가의 공권력이 본질적인 의의를 갖게 되는 것이다.<sup>2)</sup>

국가가 그 구성원들로부터 만장일치의 협력을 얻어내는 것은 상당히 예외적이거나 불가능에 가깝다. 따라서 국가의 기능에 관계된 어떤 문제에 관련하여, 그에 협력하기를 거부하는 구성원들에게 국가권력을 행사하여 그 반대의사에 대하여도 똑같이 일반 의사를 부과하는 권능, 즉, “개개인의 저항을 제어하고 진정시키는 힘을 소유”하는 것은 사회의 다른 단체들과는 구별되는 국가만의 특징이 된다.<sup>3)</sup> 이러한 공권력은 개인으로부터 계약을 통해 국가에 위임되었기 때문에 정당화 된다는 사회계약론이나<sup>4)</sup>, 근대국가가 시민의 자유와 법익을 보호하기 위하여 강제력을 독점하기 시작했고 이를 ‘고권(Hoheit)’이라고 설명하는 견해<sup>5)</sup> 등이 있다. 이러한 견해에 상관없이 공권력은 항상 개인보다 우월한 그리고 그 의미에서 지배적 가치를 가지는 권력의 성질을 가지게 된다.<sup>6)</sup> 따라서 이러한 공권력의 기초는 궁극적으로 국가를 구성하는 각 개인의 동의를 바탕으로 한다고 볼 것이고, 이러한 동의의 정당화는 공권력이 법에 근거해야만

---

1) 이병태, 법률용어사전, 법문북스 법률미디어, 2011.  
 2) 장은혜, 사인수용의 허용성과 한계— 공권력이 사인에게 이전되는 문제와 관련하여 —, 사단법인 행정법이론실무학회, 행정법연구 제33호 2012년 8월  
 3) 강경근, “Carre de Malberg의 국가일반이론 에서의 국가와 국가권력 -서문과 본문목차 소개”, 공법연구 제16집, 1988. 318면.  
 4) 이충한, “국가권력에 대한 사회계약론적 전통에 관한 고찰”, 동서철학연구 제63호, 한국동서철학회, 2012. 3. 70면.  
 5) 차민식, 국가임무의 기능사회와 국가의 책임 (서울대학교 법학연구소 법학연구 총서 36), 경인문화사, 2011, 35면  
 6) 강경근, “Carre de Malberg의 국가일반이론 에서의 국가와 국가권력 -서문과 본문목차 소개”, 321면.

한다는 ‘법치주의’에 근거한다. 즉 국가의 이와 같은 공권력 독점은 법에 근거하여 행사하는 경우로만 제한되어야 한다.<sup>7)</sup>

이처럼 개인의 권리를 제한하는 공권력의 발로가 되는 ‘법치주의’에서 그 내용이 되는 ‘법’의 목적에 대한 정당성은 ‘공익’의 추구에서 기할 수 있다. 공익이 무엇인가에 대하여 혹자는 “어떤 이익상황(利益狀況)이 특정한 법적 주체가 단순히 그가 속한 사회의 개별 구성원으로서 가지는 이익의 의미를 넘어서 사회적 의미를 가지게 되는 경우에, 그 사회 구성원들이 가지게 되는 이익을 말한다.”고 하며,<sup>8)</sup> 특정 사회가 형성, 유지, 발전시키고자 하는 질서의 내용이라고도 한다.<sup>9)</sup> 주로 사익과 구별되는 개념으로서 공익을 언급할 때 공익 개념은 ‘공공성’ 혹은 ‘공적인 것’과 관련을 맺는다. 이러한 의미는 공사법 이원론(公私法 二元論)에 기반을 둔 공익 개념에서 찾아볼 수 있다. 즉 이러한 공익 개념은 공적자치를 적용할 것인가, 아니면 사적자치를 적용할 것인가를 결정해주는 구성요건의 의미를 갖는다. 이러한 공익은 한 개인을 넘어서 다수 또는 집단과 관련을 맺는 이익이어야 한다는 ‘집단성’, 공익으로 인정되기 위해서는 공익에 관해 전개되는 합리적·규범적 논증대화(논의)의 대상이 될 수 있어야 한다는 ‘공적인 논의필요성’, 공익은 공공성과 밀접한 관련을 맺고, 공공성은 본래 개방되어 있다는 뜻을 갖고 있다는 점에서 ‘공개성’, 공익은 개인에게 배분할 수 없는 또는 배분하기 어려운 이익이어야 한다는 점에서 ‘개인적 귀속 불가능성’을 그 개념요소로 한다고 한다.<sup>10)</sup>

7) 헌법재판소 1993.7.29. 선고, 89헌마31결정 : 국제그룹 해체와 관련된 공권력 행사가 위헌임을 구하는 소에서 헌법재판소는 “권력의 행사는 헌법상 ①법치국가적 절차를 어긴 것이며, ② 법에 근거하지 않은 무권한의 자의적 조치였다는 점에서 자의금지의 원칙도 위반한 것이고 ③ 은행의 자율권을 침해한 관치금융인 것은 별론으로 하고, 법적 근거 없이 공권력의 힘으로 경영권 인수방식의 사영기업 해체를 행한 점에서 또한 개인기업의 자유와 경영권 불간섭의 원칙을 어겼다.....중략..... 만일 법이 없으면 국민의 대표기관인 국회에 발안하여 새 입법을 기다려 그에 의거하여야지 목적만을 내세워 초법적 수단에 의거하여 사영기업에 대해 공권력을 행사하는 것은 자유민주적 법치질서를 파탄하는 것이다.....적법절차가 무시되는 조치라면 추구하는 목적과 관계없이 공권력의 남용이요, 자의(恣意)밖에 될 수 없으며 합헌화 될 수 없다.....”고 하여 공권력이 정당화 되기 위하여는 반드시 법치주의에 의거하도록 판시하고 있다.

8) 최송화, 공익론, 서울대학교출판부, 2002; 서울대 법학 제47권 제3호(2006. 9)에 실린 “특집: 법에 있어서의 공익”, 311면.

9) 제철웅, “사적 자치와 공익의 상호관계”, 서울대 법학 제47권 제3호(2006. 9), 121-122면. 제철웅 교수는 “민법 제366조의 법정지상권의 인정”, “민법 제219조의 주위토지통행권의 인정”, “제3자의 신뢰보호의 근거” 등을 공익의 차원에서 이해한다.

또한 ‘공익’적 목적에 부합하더라도 이러한 공권력에 의하여 사인의 기본권을 제한하는 입법에 있어서는 목적 실현을 위한 수단과 당해 목적 사이에 합리적인 비례관계가 있어야 한다는 헌법상 비례의 원칙(proportionality test: 일명 과잉금지원칙)의 준수가 요구된다.<sup>11)</sup>

## 2. 프라이버시의 의의와 보호법의

근대 프라이버시권의 기원은 1880년 Thomas Cooley 판사가 민사상의 손해 배상에 관한 저서<sup>12)</sup>에서 “홀로 있을 권리(the right to be let alone)”라는 의미로 프라이버시권을 제시하고, 1890년에 Warren과 Brandeis가 이를 보다 상세히 분석한 논문<sup>13)</sup>에서 ‘프라이버시권은 진보된 문명세계에서 살고 있는 개인에게 필수적인 것’이라고 주장한 것에서 유래한다. Warren과 Brandeis가 이 논문을 집필한 때는 독자의 호기심에 호소하는 ‘엘로저널리즘’이 미국에 유행하기 시작했던 시기이다. Warren과 Brandeis는 당시 미국법의 명예훼손법리에 의하여 보호할 수 없는 개인의 사생활을 ‘혼자 있을 권리’로, 즉 언론 등에 의한 사생활 침해에 대한 방어권을 인정하게 한 것이었다.<sup>14)</sup> 미국에서 프라이버시라는 개념은 ‘타인의 방해를 받지 않고 개인의 사적인 영역(personal space)을 유지하고자 하는 이익 또는 권리’를 통칭하는 개념으로서, 이것은 단일의 이익이 아니고 여러 차원의 이익을 나타내는 개념이다. 그러나 사실 미국에서도 많은 학자들이 그 개념규정을 시도하여 왔으나 이 개념의 다의성으로 인하여 아직 완전한 성공을 거두지 못하고 있는 것으로 보인다.<sup>15)</sup> 프라이버시를 보는 입장이나 시각은 각각 다르지만, Warren과 Brandeis 이후 20

10) 양창수, 공익과 사익의 혼용현상을 통해 본 공익 개념, 공익과 인권 제5권 제1호(2008), 24~26면.  
11) 현재 88헌가13, 1, 357/374, 378 (1989).  
12) Thomas C. Cooley, Laws of Torts(1st ed.1880),Sec.29.  
13) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy”, Harvard Law Review 4, (December 15), 1890, pp. 193~195; 서주실, “Warren · Brandeis의 「The Right to Privacy」”, 미국헌법연구 제6호, 1995, 45면 이하.  
14) 손형섭, 프라이버시권 · 명예권 · 언론의 자유의 법적관계, 언론과 법 제7권제1호, 2008, 315면.  
15) Colin J. Bennett, Regulating Privacy : Data Protection and Public Policy in Europe and the United States, Ithaca : Cornell University Press, 1992, p. 25.

세기 후반 프라이버시 개념은 이미 단순히 간섭받지 않을 권리를 벗어나고 있다고 볼 수 있다. 즉 ‘어떤 상황에서 어느 정도까지 다른 사람에게 자신을 노출시킬 것인지 또는 자신의 행동과 태도를 드러낼 것인지를 자유롭게 결정할 수 있는 권리’<sup>16)</sup>가 강조되기 시작되었다. 프라이버시가 이렇게 적극적인 의미로 변화하면서 오히려 그 개념정의는 더욱 어려워졌으며, 현대적 의미의 프라이버시의 범주와 유형에 대하여는 아직 확실히 정리된 바가 없다. 그러나 대부분의 학자들은 프라이버시를 상당히 폭넓은 개념으로 이해하고 있다. 여기에는 개인정보에 대한 통제권 뿐 아니라 개인의 신체에 대한 통제권과 개인적 선택을 포함한다고 보는 입장<sup>17)</sup>, 자신에 관한 내적인 정보를 보호하고 접근을 통제하는 것은 물론, 사적으로 친근한 관계를 보호하고 사적 행동에 관한 결정을 자유로이 내릴 수 있는 모든 것을 프라이버시의 범주에 포함시키는 입장<sup>18)</sup>, 다른 사람의 정보나 사적결정과정 등에 대한 지나친 사회적 통제로부터의 보호를 프라이버시로 보는 입장<sup>19)</sup> 등 다양한 견해가 있다. 미연방대법원은 헌법상의 프라이버시권이 두 가지 내용의 보호법익을 가지고 있는 것으로 판시하였다. 그 하나가 “사적인 사항이 공개되는 것을 원치 않는 이익(interest in avoiding disclosure of personal matters)”이며, 다른 하나는 “자신의 중요한 문제에 대하여 자율적이고 독자적으로 결정을 내리고자 하는 이익(interest in independence in making certain kinds of important decisions)”이다.<sup>20)</sup>

미국의 프라이버시권(right of privacy)이라는 용어에 대한 우리의 번역어로는 “사생활권”이라는 표현이 그 다의성을 함께 나타내는 가장 적절한 것으로 판단된다. 서구의 프라이버시(privacy)라는 말은 사생활적 이익을 총칭하는 가장 넓은 개념이다. 우리 헌법이 상정하고 있는 주거의 자유(제16조), 사생활의 비밀과 자유(제17조), 통신의 비밀(제18조)은 모두 프라이버시의 개념에 포섭된다. 제16조와 제17조가 ‘고립된 존재’로서의 개인의 사적 영역을

16) A. F. Westin, “Privacy and Freedom”, Privacy and Freedom Atheneum, N. Y. 1967, p.10.

17) J. Kupfer, “Privacy, Autonomy and Self-Concept”, American Philosophical Quarterly, Vol. 24, 1987, pp.81~89.

18) J. Inness, “Privacy, Intimacy and Isolation”, Oxford University Press, 1992.

19) F. Schoeman, “Privacy and Social Freedom”, Cambridge University Press, 1992.

20) Whalen v. Roe, 429 U.S.589, 599~600, 1977.

보호하는 것이라면, 제18조의 통신의 비밀보호는 ‘타인과의 관계’를 전제로 하는 개인의 사적 영역을 보호하려는 취지이다.<sup>21)</sup>

강학상의 사생활의 자유는 ‘사생활의 자유로운 형성과 전개를 방해받지 아니할 권리’,<sup>22)</sup> 또는 ‘사생활을 자율적으로 형성할 권리’<sup>23)</sup>로 이해되고 있다. 이렇게 볼 때 사생활의 자유의 보호법익은 크게 세 가지 측면에서 살펴볼 수 있다. 첫째, 사법상의 관점에서 사생활의 자유의 보호법익은 성명권의 침해, 초상권의 침해, 과거의 경력·병력 등의 폭로·신서의 개피·전화의 도청·미행 등으로부터의 보호이다.<sup>24)</sup> 그리고 둘째는 공법상의 관점에서 전신·전화의 도청, 사상조사로서의 부당한 가택수사·지문채취·미행·경찰관의 직무집행에 의한 불필요한 입회조사·적법절차에 위반된 인신자유의 침해 및 불법 주거침입·압수수색, 불이익한 진술의 강요 등으로부터의 보호이다. 세 번째는 행정기관의 개인 정보 수집·이용 등에 관한 보호법익은 어떠한 개인정보를 입력하여 보유하고 있는지 여부와 보유하는 정보를 어느 정도까지 공개하는지에 대한 여부이다<sup>25)</sup>

### 3. 공익과 사익의 충돌, 그리고 영업의 자유

과거에는 감청, 사찰 등 공권력에 의한 사인의 프라이버시 침해가 주된 문제되었다면 최근의 프라이버시를 둘러싼 갈등은 단순히 공권력과 프라이버시와의 갈등뿐만 아니라 기업이 추구하는 ‘영업의 자유’와도 밀접하게 관련된다.

#### 가. 공권력(공익) vs. 프라이버시

공권력과 프라이버시의 갈등은 정부의 업무수행과정에서 발생하게 된다. 기술에 연동해 가면서 효율화와 자동화를 지향하며 기술을 기반으로 한 정부는 이제 더 고도화된 형태로 존재하게 된다. 정부의 업무수행을 위하여 이러한 기술을 기반으로 다양한 국민의 개인적 사안에 대한 정보를 보유, 처리, 이용할

21) 황성기, 현행 통신비밀 보호법제의 헌법적 문제점. 언론과법, 14(1), 1, (2015). 9면

22) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 452면.

23) 장영수, 헌법학, 제7판, 홍문사, 2012, 619면.

24) 노동일/정완, “사이버공간상 프라이버시 개념의 변화와 그에 대한 법적 대응방안”, 경희법학, 제45권 제4호, 2012. 12, 187면.

25) 김선이, 무인항공기의 사생활 침해에 관한 법적 고찰, 동아법학 제65호, 2014, 271면

수밖에 없다. 이러한 정보의 이용은 국가가 보유하고 있는 개인의 사적 정보를 이용하기도 하며, 사인에게 일정한 강제력을 동원하여 개인의 프라이버시적 정보를 요구하기도 한다. 전자의 대표적 사례가 전자정부의 업무처리 방식으로서 ‘개인에 대한 행정정보의 공동이용’이며, 후자의 대표적 사례가 수사기관 등이 민간기업에 개인의 프라이버시적 정보를 요구하는 전기통신의 감청, 통신사실 확인자료 요청제도(후술하는 “카카오톡 감청사례”를 참조하라) 등이다.

공공조직이 보유한 모든 정보를 최대한 공동활용하여 행정의 효율성 및 신뢰성을 도모하는 것이 전자정부의 기본 원칙이고, 행정정보는 상당부분 개인 정보를 포함하므로 개인정보의 유출, 남용의 가능성에 대한 우려 또한 높은 것이 사실이다. 특히 개인정보의 투명한 관리가 이루어지지 않는 상황에서의 개인정보 공동이용은 국민의 막연한 불안감만을 일으키게 되고 이러한 두려움은 필연적으로 사회에 대한 불신으로 이어지게 된다.<sup>26)</sup> 이러한 불신은 프라이버시와 공권력의 갈등으로 이어지게 된다. 그 대표적인 예가 2000년대 초반 전자정부 대표사업으로 제안되었으나 프라이버시 침해 가능성을 이유로 시민단체 등의 반대에 사업이 좌초될 위기에 있었던 ‘NEIS(교육행정정보시스템)’, ‘전자주민카드 사건’이라고 할 수 있다.<sup>27)</sup>

결국 공권력의 정당화가 ‘공익’이라면, 프라이버시와 관련된 주된 법익은 ‘사익’이다. 공공부문은 행정기관 등이 공익 수행을 위하여 권력적 또는 비권력적 개입을 통하여 국민의 사생활의 침해를 가져올 수 있다.<sup>28)</sup> 특히 ‘공익’을 위해

26) 김현경, 개인정보보호제도의 본질과 보호법익에 대한 재검토, 성균관법학 제26권제4호, 2014.12, 15면.

27) NEIS는 교원의 업무경감과 교육의 질 향상, 학부모와의 정보공유, 대국민 만족도 제고, 그리고 교육행정의 생산성 향상 등 청사진을 갖고 출발하였으나 개인정보침해 등 인권침해라는 주장에 부딪쳐 난항을 겪었다. 전자정부를 구현하면서 주권자의 신뢰를 얻는 노력이 얼마나 중요한가를 잘 보여주는 사례이다. 이에 대한 평가로 황주성/최선희, “전자정부 사업과 개인정보보호 이슈-NEIS를 중심으로-KISDI 이슈리포트”, 정보통신정책연구원, 2003 ; 조화순, “거버넌스 관점에서 본 NEIS 갈등사례 연구”, 정보화정책 2004년 봄호, 한국전산원, 2004 ; 임규철, “NEIS와 개인정보자기결정권-국가인권위원회의 NEIS 결정을 중심으로-”, 인권과정의 323호, 2003 등이 있다. 전자주민카드 역시 기존의 운전면허증, 주민등록증, 건강보험증 등 사회생활에 필요한 증명서 등이 가지고 있는 여러 가지 기능을 한 장의 카드로 통합하여 사용할 수 있도록 함으로서 그 활용과 관리에 있어서는 사용자에게 많은 편리함을 제공하는 것은 사실이지만, 전자주민카드 발급에 필요한 고유번호의 부과, 고유번호의 유출 및 도용에 따른 불안감 등 타인에 의한 개인정보 남용은 물론 국가에 의한 개인의 생활 감시와 추적이 더 쉽게 가능해 진다는 점에서 시민단체 등의 반대에 직면하게 되었다.

제한되는 사생활의 자유는 ‘정부’와 ‘사인’이라는 불평등관계를 전제로 하므로 프라이버시 침해에 대한 국민의 막연한 불안감은 상시 존재하게 된다.

나. 프라이버시 vs. 영업의 자유

이제 프라이버시 침해의 막연한 불안감은 더 이상 공권력과 시민과의 관계에서만 비롯되는 것이 아니다. 거대기업을 통한 개인의 사생활은 ‘영업의 자유’와 갈등양상을 보이게 된다. Facebook의 창업자 마크 주커버그(Mark E. Zuckerberg)는 “지금 다시 Facebook을 만든다면 소수의 친구에게만 허용하는 개인정보는 ‘모두에 공개’를 기본으로 설계할 것”이라며 “지난 몇 년간 (사생활 공개에 대한) 사회적 기준이 바뀐 만큼 이를 반영해야 할 것”이라고 언급했다. 또한 그는 이러한 상황을 단적으로 “프라이버시의 시대는 갔다”는 말로 대신 표현하기도 했다.<sup>28)</sup> 개인들은 서비스 이용을 위해 너무나 자발적으로 개인 정보들을 제공하기에 표면적으로는 어떠한 강제성도 띄지 않으면서 기업은 개인의 프라이버시적 정보를 영업의 주요한 자산으로 이용하게 된다.

특히 단순히 성별, 이름, 이메일주소 등의 개인정보를 이용하는 서비스에서 확장되어 각종 SNS는 개인의 기호, 취향, 행적 등 사생활 자체를 영업자산으로 하므로 ‘개인의 프라이버시’는 더 이상 단순히 고객 유지, 관리하기 위해서 뿐만 아니라 적극적 마케팅을 위해 끊임없이 재가공 되어 새로운 가치를 지니는 정보로 변화할 수 있다. 프라이버시는 고유의 본질적인 주관적 가치를 넘어 기업에게 있어서 경제적 가치를 가지는 중요한 영업재산을 구성하게 된다. 시장경제가 작용하기 위해서는 우선 경쟁을 그리고 개인 간 계약체결을 가능하게 하고 그 준수를 보장하며 빠르면서도 확실한 재화의 교환을 가능하게 하는 법질서를 필요로 한다. 기업이 소비자의 개인정보를 수집·처리·이용하는 것을 금지하는 것은 당해 기업이 헌법상 보장받고 있는 영업의 자유를 제한하는 것이 된다. 영업의 자유는 헌법 제15조가 보장하는 직업의 자유의 한 내용이다. 이 직업의 자유는 자신이 종사할 직업을 결정할 자유(직업선택의 자유)와 결정한 직업을 자유로이 수행할 자유(직업수행의 자유)를 기본적인 내용으로 하는데, 영업의 자유는 이러한 직업수행의 자유의 중요 부분이다. 직업의 자

28) 김민호, 공공부문 개인정보보호법제의 현황과 과제, 토지공법연구 제37집 제1호, 213면.

29) <http://www.ddaily.co.kr/news/article.html?no=77971> (2016.5.2 확인)

유는 각자의 생활의 기본적 수요를 충족시키는 방편이 되고, 개성신장의 바탕이 될 뿐만 아니라 국민 개개인이 선택한 직업의 수행을 통해 자유주의적 경제·사회질서의 요소가 되는 기본적 권리이다.<sup>30)</sup> 기업이나 개인이 영업활동의 일환으로 “정당하게” 개인의 프라이버시 정보를 수집·처리하여 이를 상품 또는 서비스화 하는 것은 헌법이 보장하는 영업의 자유에 속한다고 할 것이다.<sup>31)</sup>

다만 ‘정당하게’ 수집 처리한다는 것의 범위를 어떻게 설정하는가에 따라서 개인의 ‘프라이버시’와 기업의 ‘영업의 자유’가 갈등하게 된다. 「개인정보 보호법」은 이러한 정당화의 한계를 ‘정보주체’ 즉 프라이버시권을 가지는 주체의 ‘동의’에 기반 하여 규율하고 있다. 특히 무차별적 동의가 이루어지지 않도록 동의의 방법, 사전동의 원칙 등을 규율하고 있으며(제15조), 특별히 프라이버시 침해적 요소가 강한 정보들(병력, 범죄 등의 민감정보 등)에 대하여는 별도의 동의를 득하도록 규정하고 있고(제23조 및 제24조). 그러나 최근 ‘잊힐 권리’, ‘드론’ 등은 이러한 규율만으로는 양자의 갈등관계를 조화시키기에는 미흡하므로 (후술하듯이) 별도의 입법적 조치의 필요성에 대한 논의들이 제기되고 있다. 이러한 ‘영업의 자유’와 ‘프라이버시권’의 갈등은 ‘공익’적 요소와의 갈등이라기 보다는 ‘사익’ 간의 갈등 충돌이며 사인간의 거래가 중심이 되는 한 사법적 가치가 존중되어야 하는 부분도 간과되어서는 안 된다.

#### 다. 공권력(공익) vs. 영업의 자유

과거 공권력과 ‘영업의 자유’는 개인의 프라이버시와 관련된 문제라기보다는 주로 공정한 시장경쟁환경 조성을 위해 기업의 독과점을 규제하기 위한 차원에서 이루어 졌다.<sup>32)</sup> 그러나 최근의 인터넷 기술진보로 인한 각종 SNS서비스에 대한 공권력의 행사는 대체로 인터넷 서비스에 대한 규제를 설정하는 과정에서 ‘영업의 자유’와 관련된다. 특히 최근 인터넷 이용자의 프라이버시 침해를

30) 1989. 11. 20. 89헌가102

31) 1996. 12. 26. 96헌가18 : “직업의 자유는 영업의 자유와 기업의 자유를 포함하고, 이러한 영업 및 기업의 자유를 근거로 원칙적으로 누구나 자유롭게 경쟁에 참여할 수 있다. 경쟁의 자유는 기본권의 주체가 직업의 자유를 실제로 행사하는데에서 나오는 결과이므로 당연히 직업의 자유에 의하여 보장되고, 다른 기업과의 경쟁에서 국가의 간섭이나 방해를 받지 않고 기업활동을 할 수 있는 자유를 의미한다.”

32) 종종 부당한 공권력의 행사로 기업의 존폐에 영향을 미친 역사적 사례도 있으나(국제그룹 사건 등) 이는 독재정권 등 예외적 상황에서 이루어진 사건들이다.

유발할 수 있는 공권력 행사로 인해 기업의 ‘영업의 자유’와 충돌이 발생하고 있다. 정부의 통신자료제공요청, 압수수색영장 등을 통한 감청 등이 대표적이다. 2014년 수사기관에 제공된 다음과 카카오톡의 이용자 정보가 모두 35만 7천 건이 넘는 것으로 나타났다.<sup>33)</sup> 다음카카오에 대한 검찰의 압수수색 영장 요청 건수는 카카오의 경우 지난 2012년 811건에서 지난해에는 3천864건으로 4.7배 증가했으며 다음은 지난 2012년 1천 363건이 지난해 4천 772건으로 3.5배 늘었다. ‘2014 네이버 개인정보보호 리포트’에 의하면 네이버 역시 2012년 요청받은 압수수색영장은 1천 487건에 불과했으나 2014년 총 9천 342건의 압수수색영장을 요청받아 이 중 8천188건을 처리했다고 밝혔다.<sup>34)</sup>

이러한 수치가 보여주는 공권력에 의한 프라이버시침해 가능성은 이용자로 하여금 서비스 불신을 초래하면서 해당 서비스를 이용하지 않게끔 만든다. 이는 이용자의 프라이버시적 콘텐츠를 영업자산으로 하는 기업에 치명적 영향을 미치게 된다. 과거 인터넷 실명제(제한적 본인확인제)로 인한 프라이버시 침해 불안으로 이용자들이 대거 이러한 규제를 받지 않는 외국의 인터넷서비스로 이동한 사례나, 최근 카카오톡 감청사태로 인해 이용자들이 대거 외국의 유사 서비스인 ‘텔레그램(Telegram)’으로 이동한 사례가 대표적이다.

### III. 법익충돌 해결의 기본방향

#### 1. 법익충돌 해결방식

##### 가. 기본권 충돌의 해결원칙

‘기본권의 충돌(상충)’(Grundrechtskollision)이라 함은 상이한 기본권주체

33) 2014 다음카카오 투명성 보고서(<http://privacy.daumkakao.com/transparence/report/request>(2015.1.25 확인). 본 보고서에 따르면 지난해 통신 사실 확인자료, 압수수색 영장으로 제공된 이용자 계정(카카오 제외), 통신제한조치 등으로 수사기관이 가져간 다음과 카톡의 이용자 정보는 총 35만7,631건이다. 여기에는 이용자의 이름이나 거주지 주소, 주민등록번호 등을 비롯해 특정 ID의 접속시간이나 접속한 서비스·IP주소 등이 포함된다.

34) [http://event.dn.naver.net/naver/event/privacy/NAVER\\_PrivacyReport\\_2014.pdf](http://event.dn.naver.net/naver/event/privacy/NAVER_PrivacyReport_2014.pdf).  
이러나 증가원인으로는 네이버가 2012년 10월부터 통신자료(사용자의 성명, 주민등록번호, 주소, 전화번호, 아이디 및 가입-해지일) 제공을 중단하자 해당 정보를 얻기 위해 수사기관이 압수수색영장을 남발했기 때문이라는 해석이 있다.

가 서로 상충하는 이해관계로 인하여 서로 충돌하는 각자의 기본권을 주장·행사하기 위해 국가에 대하여 각기 자기의 기본권을 주장하는 경우를 말한다.<sup>35)</sup> 이러한 문제를 해결하기 위하여 ‘입법형성의 자유이론’(입법자 역할론), ‘기본권의 서열이론’(기본권등급론), ‘이익(법익)형량이론’, ‘규범조화적 해결이론’(실제적조화의 이론, 형평성증시론)<sup>36)</sup> 등이 주장되고 있다.

이 중 ‘기본권의 서열이론’에 대해서는 헌법상의 모든 기본권들의 우열관계를 모두 밝히는 것이 불가능하여 모든 기본권을 서열화하는 것에는 문제가 있으며, 만일 우월한 이익만이 보장되며, 열위의 기본권을 전혀 보장받지 못하게 된다는 문제가 발생한다는 비판이 있다. 한편, ‘이익(법익)형량이론’<sup>37)</sup> 의하면 우위에 있는 기본권만을 보호하고 열위에 있는 어느 하나의 기본권은 보호되지 못하는 문제점이 있다. ‘규범조화적 해결원칙’은 위와 같은 ‘이익(법익)형량원칙’의 문제점을 극복하고자 제시된 이론이다.<sup>38)</sup> ‘규범조화적 해결이론’에 의하면 보호되어야 할 기본권 중 일부를 양자택일하여 어느 하나의 기본권은 보호하고 다른 기본권은 배제시켜서는 안 된다. 오히려 헌법의 통일성의 원리에 따라 충돌하는 모든 기본권들을 가능한 한 모두 보호하는 조화점을 찾아 최적화하여 기본권이 실현될 수 있도록 해야 한다는 것이다. 이에 의하면 기본권의 충돌이 있을 경우 ①충돌하는 기본권들에 비례적으로 제한을 가하여 모든 기본

35) 가령 흡연권과 혐연권 또는 건강권(헌재 2004.8.26. 2003헌마457), 언론기관의 보도의 자유(헌재 1991.7.22. 89헌가106)와 보도된 당사자의 명예의 보호 또는 반론권(헌재 1991.9.16. 89헌마165), 인격권으로서의 명예보호와 표현의 자유의 보장(대판 1988.10.11. 85다카29)등의 경우들처럼 개별적인 경우에 두 개 또는 다수의 기본권들이 서로의 이해를 주장하는 경우를 말한다.

36) 허영 교수는 “규범조화적 해석방법”이라고 표현하며, 장영수 교수는 “실제적 조화의 원칙”이라고 한다.

37) 가령 母가 종교적 교리에 의하여 子에 대한 수혈을 거부한 결과 子가 사망한 경우 子의 생명권은 母의 종교의 자유보다 우선한다.

38) 이 이론은 독일연방헌법재판소가 언론기관이 특정인의 과거범죄경력을 보도함으로써 개인의 인격권과 언론기관의 보도의 자유가 상충한 경우 기본권 충돌의 문제를 해결하기 위해 제시된 원칙이다. Lebach 사건은(BVerfGE 35, 202ff.(1973)) 방송사가 과거 범죄를 다루는 다큐멘터리를 제작·방영하려고 한 사건이다. 이 사건에서 연방헌법재판소는 제1단계에서 방송의 자유와 인격권 중 어느 한 쪽의 헌법가치도 추상적인 차원에서 우위를 주장할 수 없으며, 구체적 형량의 제2단계에서 범죄행위에 대한 시사보도에 대하여 보도의 자유의 우위를 주장한 뒤에 마지막 제3단계에서 ① 텔레비전 방송의 반복성, ② 시사적 정보이익의 부족, ③ 중대한 범죄, ④ 수형자의 사회복귀를 해하는 경우에만 보도가 금지된다고 결정하였다. 오동석(2005), “법원의 검열, 영화 ‘그때 그 사람들’ 가져분 결정”(2005.1.31선고 2005카합 106), 「사법감시」 제24호, 16~19면 참조.

권이 양립할 수 있도록 하고(비례적 제한의 원칙 또는 법익형량의 원칙), ② 모든 기본권들을 양립시키는 것이 불가능할 경우 대안을 모색하고(대안모색의 원칙), ③대안을 발견할 수 없는 경우에는 어떤 기본권을 불가피하게 후퇴시키되, 이때 기본권을 과도하게 제한하지 않도록 해야 한다(과잉금지의 원칙).<sup>39)</sup>

국내에서는 사인간의 기본권 충돌 시 ‘이익(법익) 형량이론’과 ‘규범조화적 해결이론’에 의하여 해결하려고 시도하고 있는 듯하다. 허 영 교수는 기본권이 상호 충돌하는 경우 첫째, 이익형량의 방법, 둘째, 상충하는 기본권들의 양립을 위한 최소한의 제약, 셋째, 상충하는 기본권을 모두 보호할 수 있는 대안의 제시, 넷째, 극단적인 최후 수단의 억제 등의 방법을 동원하여 규범조화적으로 해결하여야 한다고 한다.<sup>40)</sup> 권영성 교수는 첫째, 충돌하는 기본권간에 가치의 서열이 있는 경우에는 이익형량(법익형량), 둘째, 기본권 간의 가치의 서열이 불분명한 경우에는 기본권 모두에 공평하게 제한, 셋째, 이러한 공평한 제한을 통해서도 해결 불가능한 경우에는 기본권의 효력을 모두 유지할 수 있도록 다른 대안을 마련하는 방식으로 순차적으로 기본권 충돌문제를 해결하여야 한다고 한다.<sup>41)</sup>

나. 비례(과잉금지) 원칙

헌법재판소는 비례원칙 즉, 기본권을 제한하는 국가행위의 목적과 수단사이의 관계가 적정해야 한다는 원칙을 기본권제한입법의 위헌심사기준으로 사용하면서 이를 비례원칙으로 표현할 때도 있고 과잉금지의 원칙으로 표현할 때도 있다. 우리나라의 대부분의 학설과 판례는 비례원칙의 헌법적 근거를 헌법 제37조 제2항과<sup>42)</sup> 법치국가원리에서 구하고 있다.<sup>43)</sup> 기본권은 역사적으로

39) 지성우, 개인정보보호와 소위 ‘잊혀질 권리’ (Right to be forgotten)의 관계에 관한 연구, 한국정보화진흥원 입법정책좌담회 발표자료, 2012.12, 16-17면

40) 허 영, 전제서, 2011, 271~275면.

41) 권영성, 전제서, 2010, 341~344면.

42) 헌법 제37조제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 기본권의 본질적 내용은 침해할 수 없다”고 규정하고 있다.

43) 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2010, 156면; 정중섭, 헌법학원론, 박영사, 2010, 373면; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2010, 356면. 또한, 헌법재판소도 비례원칙 혹은 과잉금지의 원칙을 법치국가원리에서 파생된 원칙으로 보고 있으며 헌법 제37조 제2항을 비례원칙의 근거조항으로 보고 있다: “과잉입법금지의 원칙이라 함은...법치국가의 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본권리의 하나인 비례의 원칙을 말하는 것이다.” 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집

본다면 개인의 소위 초국가적인 자유를 국가로부터 방어하기 위한 권리로 파악되었고 그 배후에는 “개인의 자유는 원칙적으로 무제한이고, 국가의 자유제한권한은 원칙적으로 제한”되어야 한다는 인식이 바탕이 되어 있다. 따라서 기본권의 본질상 기본권은 최대한 보장되어야만 하고 이를 위해서 국가의 기본권제한은 원칙적으로 금지되며 국가의 기본권제한은 예외적인 경우에만 허용될 수 있다.<sup>44)</sup> 비례원칙은 이러한 국가의 기본권제한근거의 정당성여부를 심사하기 위하여 도입된 원칙이다. 즉 비례원칙은 국가의 기본권제한이 정당한지 여부를 판단할 수 있게 하는 일련의 합리적인 심사기준을 제공함으로써 국가권력의 자의적인 기본권침해를 방지하고 이를 통하여 기본권을 최대한 보장하기 위하여 도입된 원칙이다. 따라서 공권력에 의해 개인의 프라이버시권이 제한되는 경우 비례원칙에 비추어 합당하여야 한다.

그 주요내용으로는 국가의 기본권제한이 정당화되기 위해서는 제한의 목적이 정당성을 가져야만 하고(목적의 정당성), 제한의 수단이 목적달성에 적합하여야만 하며(수단의 적절성), 제한의 정도가 최소화되어야만 하고(침해의 최소성), 제한되는 기본권과 달성하려는 법익간에 균형이 이루어져야 한다(법익의 균형성).

우선 ‘목적의 정당성’이라 함은 헌법이 허용하는 범위 내에서만 입법목적은 설정될 수 있음을 의미하며 헌법이 허용하는 기본권제한입법의 목적은 “국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리”(헌법 제37조 제2항)이다. 입법목적의 정당성여부는 그 입법에 의하여 제한되는 기본권과의 관계 속에서 구체적으로 판단되어야 하며 더 나아가서 입법목적은 구체적이어야 한다. 다음으로 ‘수단(방법)의 적절성’이라 함은 목적과 수단 사이의 인과적 관계 즉, 어떤 수단(원인)을 취하게 되면 어떤 목적(결과)이 달성될 수 있을 때 그 수단은 목적달성에 적절한 수단이라고 말할 수 있다. 적절한 수단이란 반드시 최적의 수단을 의미하는 것은 아니며 입법목적달성에 유효한 수단이면 족하다.<sup>45)</sup> 다만 수단의 적절성은

4-1, 853, 878-879; “헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수는 없다.”라고 규정하여 입법상의 과잉금지의 원칙을 천명하였다.” 헌재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578, 601

44) 성정엽, 비례원칙과 기본권, 저스티스 통권 제136호, 2013, 10면

45) “헌법재판소가 방법의 적절성으로 심사하는 내용은 입법자가 선택한 방법이 최적의 것이었는가 하는 것이 아니고, 그 방법이 입법목적 달성에 유효한 수단인가 하는 점에 한정된다.” 헌재 2008. 4. 24. 2007헌마1456, 판례집 20-1상, 720, 732.

입법 시 완전히 예측가능 한 것이 아니므로 입법자에게 판단재량이 부여될 수 밖에 없다. 따라서 헌법재판소의 수단의 적절성 판단은 사후적 판단으로서 중요한 의미를 가진다. 이와 관련하여 헌법재판소는 사회·경제정책적 법률에 대한 입법자의 예측판단은 완화된 심사기준(소위 명백성 내지 합리성통제)에 의해 심사될 수 있지만 개인의 핵심적 자유영역(생명권, 신체의 자유, 직업선택의 자유 등)을 침해하는 법률에 대한 예측판단은 보다 엄격히 심사되어야 한다고 한다.<sup>46)</sup> 세 번째 원칙으로 침해의 최소성의 원칙은 목적달성을 위하여 적절한 복수의 수단이 존재한다면 그 중에서 기본권에 보다 약한 제한을 가하는 수단 혹은 가장 최소한의 제한효과를 수반하는 수단을 취하여야 한다는 원칙을 말한다. 적절한 수단으로 판명된 수단만이 최소성심사를 받게 되므로 최소성심사는 적절성심사를 전제로 한다. 헌법재판소는 최소성심사에서 제한정도가 보다 약한 대안적 수단을 찾아내고 이를 통하여 최소성심사가 명목적인 심사에 그치지 아니한다는 것을 보여주고 있다.<sup>47)</sup> 법익의 균형성원칙은 기본권제한을 통하여 얻고자 하는 이익과 기본권제한에 의하여 침해되는 이익을 비교형량하여 그것이 적절한 관계에 있어야만 한다는 원칙이다. 법익형량에 있어서 우열여부를 결정할 수 있게 하는 기본적 지침으로 ‘기본권보호법익의 중요도’,<sup>48)</sup> ‘기본권제한의 강도’, ‘입법이 추구하는 목적의 중요성 내지 긴급성’ 등이다

취해진 수단이 ‘명백히’ 부적절하지만 않으면 적절한 것으로 간주된다고 할 때 비례원칙에서 적절성심사의 역할은 그렇게 크다고 볼 수 없을 것이다. 따라서 비례원칙에 의한 심사는 최소성과 균형성심사에 중점이 놓여지게 된다.

## 2. 기술혁신과 관련된 법익충돌 규율에 대한 현황 진단

### 가. 진흥보다는 先규제

기술 및 서비스 혁신에 대응하는 공권력의 방향은 주로 진흥보다는 규제강

46) 현재 2002.10.31 99헌마76 등, 판례집 14-2, 410, 432-433.

47) 정성업, 비례원칙과 기본권, 저스티스 통권 제136호, 2013, 15면

48) 예를 들면 헌법재판소는 직업의 자유 중에서 직업수행의 자유보다 직업선택의 자유에 더 많은 비중을 두고 제한의 강도를 달리 해야한다고 하고 있다: “직업수행의 자유에 대한 제한의 경우 인격발현에 대한 침해의 효과가 일반적으로 직업선택 그 자체에 대한 제한에 비하여 작기 때문에, 그에 대한 제한은 보다 폭넓게 허용된다고 할 수 있다.” 현재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 40.

화에 치중하였다. 과거 이명박 정부는 '08년 촛불시위, 미네르바 사건 등을 겪으면서 온라인 공간의 여론을 관리, 통제하는 방향으로 입법을 추진하였으며, 그 결과 논의되었던 것이 '제한적 본인 확인제 확대', '사이버 모욕죄 도입 시도', '댓글에 대한 임시조치' 등이다. 결국 제한적 본인확인제에 대하여 헌법재판소는 과잉금지원칙에 위배하여 인터넷게시판 이용자의 표현의 자유와 개인 정보자기결정권 및 인터넷게시판을 운영하는 정보통신서비스제공자의 언론의 자유를 침해하므로 위헌이라고 결정하였다.<sup>49)</sup>

우리나라는 기술혁신을 수반하는 새로운 서비스가 등장할 경우 적용되는 규제가 없으면 서비스의 상용화가 가능한 것이 아니라, 서비스 자체를 출시할 수 없다. 우선적으로 서비스를 상용화 하되 그 과정에서 공익에 반하는 사안이 발생하면 그에 부응하는 규제가 도입되는 방식이 아니다.<sup>50)</sup> 이러한 분위기나 풍토 속에서 기업 입장에서는 공권력 행사의 근거가 되는 규제가 없이 서비스를 한다는 것 자체를 불안해 할 수밖에 없다. 규제 없이 서비스 투자 및 상용화를 했다가는 예상치 못한 후발적 규제비용을 치를 수 있기 때문이다.

#### 나. 기업에게 공권력 행사의 전가

이용자 개인에 대한 공권력 행사가 부담으로 작용하는 부분에 대하여는 기업의 책임을 강화하는 방안 등을 통해 서비스제공자(ISP)를 통한 간접적 개입 형태의 공권력 행사를 증대해 왔다. 명예훼손적 혹은 사생활침해적 게시물에 대한 임시조치를 규정하고 있는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률」의 “임시조치(Notice and Takedown)제도”가 대표적이다. 이를 규정하고 있는 동법 제44조의2에 의하면 이용자가 정보의 삭제요청 등을 하기 위해서는 정보통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 사생활 침해나 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우에 그 침해사실을 소명하여야 한다. 이용자의 정보 삭제요청 등을 받은 정보통신서비스 제공자는 정보의 삭제요청에도 불구하고 권리의 침해여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우 해당 정보에 대한 접근을 임시적으로 차단하는 조치를 할 수 있으

49) 현재 2012.8.3. 2010헌마47, 252(병합).

50) 직접적으로 프라이버시와 관련된 사안은 아니나 IPTV사례가 대표적이다. 서비스 및 상용화가 가능함에도 불구하고 관련 규제가 없다는 이유로 상용화가 지연되었다.

며, 정보통신서비스 제공자는 이러한 조치에 관한 내용·절차 등을 미리 약관에 구체적으로 밝혀야 한다. 뿐만 아니라 권리자로 추정되는 자의 삭제요청이 없더라도 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보가 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해한다고 인정되면 임의로 임시조치를 할 수 있다(제44조의3제1항). 그리고 이러한 임시조치 등 필요한 조치를 한 인터넷서비스제공자에게는 배상책임을 감면해 준다. 즉 국가의 공권력을 발동시키는 대신에 서비스사업자에게 일정한 의무를 부여함으로써 공권력 발동과 유사한 효과를 추구하고자 한다. 이용자 개인에 대한 직접적 공권력 발동이라는 부담을 사업자에게 전가함으로써 명목상으로는 자율규제 촉구라 할지 모르지만, 기업에게는 영업에 대한 새로운 공권력 행사로 작용하게 된다. 사업자 입장에서는 실질적으로 상시적인, 자체 검열체제로 기능하게 되므로 보다 많은 비용과 책임의 인수라는 규제를 받는 결과가 된다.

다. 국제적 사안의 증대에 따른 반쪽짜리 공권력

기술혁신에 대한 규제 또는 공권력 행사는 결국 국내서비스에 대하여만 적용될 수밖에 없다. 1997년 세계 최초로 디지털 파일로 음악을 재생하는 MP3 플레이어 원천기술을 개발한 ‘디지털캐스트’, 2000년 초 벤처붐을 일으킨 새롭기술의 ‘다이얼패드’, 도토리 광풍을 일으킨 전국민 미니홈피 ‘싸이월드’, 1인 방송시대를 열었다는 ‘아프리카 TV’, 2004년 유튜브보다 먼저 오픈한 세계 최초의 동영상 공유 사이트인 ‘판도라 TV’ 등이 일부는 흔적도 없이 사라졌으며 일부는 여전히 고전을 면치 못하고 있다. 이는 자체 경영상의 문제에 기인한 경우도 있으나 국내에만 적용되는 역차별적 규제 때문에 글로벌화 시기를 놓치는 등 좋은 서비스를 제대로 융성하지 못한 원인도 있다. 빠르게 진화하는 기술환경속에서 이미 빼앗긴 선두자리는 다시 회복하기 힘들다. ‘제한적 본인확인제’의 시행으로 인해 이용자들은 본인 확인이 필요 없는 유튜브로 대거 이동하였고, 그 결과 2008년 국내 시장 점유율 2%에 불과했던 유튜브는 2014년 동영상 유통 점유율 74%를 넘어서는 결과를 가져왔다. 페이스북, 트위터 등 해외 SNS가 주도권을 장악하게 되었으며 미투데이 등 토종 SNS 서비스는 종료할 수밖에 없게 되었다.

결국 국제기준에 부합하지 못하는 비합리적 규제에 바탕을 둔 공권력 행사

는 당시 의도하지 못한 부작용만 초래하면서 관련 산업에 타격을 주고, 공권력에 대한 국민적 공감대를 상실시켰다. 이러한 공권력 행사는 결국 불평등 집행으로 인해 자국민의 사기저하를 불러일으키며 국가에 대한 신뢰도를 약화시키는 결과만 초래하게 된다. 결국 공권력 행사의 근거가 되는 규제의 비현실성, 국제적 기준에 미흡한 규범의 설정, 규범과 현실의 불일치라는 질 낮은 공권력의 행사는 규제의 집행율과 준수율에 있어서 모두 국민적 합의를 득하지 못함으로써, ‘법을 지키면 손해’라는 의식이 만연하게 된다. 이러한 규제는 그 정당성을 확보할 수 없으며 예측가능성도 저하되게 된다. 잘못된 규제에 근거한 공권력 행사는 국민경제 및 국가재정에 부정적 영향을 미칠 뿐만 아니라 부당하게 국민의 권리를 제한하고 의무를 부과하게 된다.

### 3. 공권력 설계방향

#### 가. 공익과 사익의 충돌

대체로 프라이버시를 둘러싼 공익과 사익의 갈등은 i) ‘프라이버시’와 공권력의 갈등과 ii) ‘영업의 자유’와 공권력의 갈등에 해당된다.

우선, 프라이버시와 공권력의 갈등은 공권력에 의해 직접적으로 나타나기도 하며 정보를 매개하는 중간자에게 강제하거나 협조를 구함으로써 발생하게 된다. 직접적인 경우는 특히 고도의 전자화된 정부에서 발생하게 된다. 정보의 통합과 분석이 더 용이하기 때문에 국민 개인에 대한 정보처리가 신속하고 광범위하며 권력에 의한 개인통제가 더욱 손쉬워진다. 국가업무 수행과정에서 관료들이 가지는 전문·기술성과 결합하여 개인에 대한 정보를 취급자의 자의에 따라 무분별하게 이용될 수 있다.<sup>51)</sup> 이러한 문제점은 정보주체의 입장에서 모든 사적 사항들이 국가에 노출됨을 의미하며 언제나 감시와 감독의 대상이 된다는 우려를 표시하고 더 나아가 국가가 국민의 인식과 이를 바탕으로 하는 사고 및 행위까지도 통제할 수 있다는 인식을 심어줄 수 있다.<sup>52)</sup> 다음으로 정보를 매개하는 중간자에게 강제하거나 협조를 구하는 과정에서 프라이버시 및

51) 한상희. “정보화와 헌법”, 디지털시대의 헌법질서. 공동학술세미나 자료집(2002.11.7). 정보통신정책연구원·중앙대학교 법학연구소. 2002. 30면.

52) 한상희. 앞의 논문. 30면.

영업의 자유와 공권력의 갈등이 일어나게 된다. 이러한 경우 프라이버시의 주체가 지니고 있는 프라이버시적 내용에 대한 직접적 공권력의 발동이 아니라, 통신을 매개하는 중간자에게 공권력이 강제하거나 협조를 구하는 방식으로 프라이버시 침해 문제가 발생하게 된다.

이러한 갈등의 특징은 우선 불평등관계를 전제로 한다는 것이다. 경찰력과 국방력, 사법적 권한을 가지고 있는 공권력의 개입은 항상 사인과의 사이에서 불평등관계를 형성할 수밖에 없다. 프라이버시 법익을 가지고 있는 자에게 통지 등 그 침해가능성을 인지시키는 어떠한 조치도 행해지지 않으므로 대비할 기회에 있어서 역시 매우 불평등한 관계를 전제로 하게 된다.<sup>53)</sup> 또한 침해대상정보가 구체적으로 특정화되기 곤란하다는 것이다. 예를 들어 집, 자동차, 가방을 ‘수색’할 때는 그와 같은 공간이 포함하는 물체들의 특성 상 보통 수사기관이 찾고자 하는 물건이 그 물건의 외적 특성을 통해 구별된다. 칼, 총, 마약 등등 물체의 본질이 물체의 외관에 반영되어 나타나기 때문이다. 그러나 카카오톡 등 정보의 압수수색에서는 정보는 외관만으로 그 범죄관련성을 짐작하기 어렵기 때문에 정보 중에서 어느 것이 해당 범죄와 관련된 것이고 어느 것이 해당 범죄와 관련되지 않은 것인지 구별하기 위해서는 포괄적으로 그 내용을 살펴볼 수밖에 없다. 수사기관은 관련자 대화의 전체 내용 또는 특정 기간 내의 전체 내용을 전부 추출할 수밖에 없다는 것이다.

그렇기 때문에 이러한 경우 공권력의 행사는 명확하고, 매우 제한적이며, 투명해야 하고 대안에 대한 충분한 검토가 이루어져야 한다. 이는 결국 비례의 원칙이 더욱 엄격하게 적용되어야 함을 의미한다. 이러한 비례의 원칙 엄격화를 위해 다음 미국의 Tamura<sup>54)</sup>-Carey<sup>55)</sup>절차는 참조할 만하다.

53) E-메일 압수수색 시에 제3자인 E-메일서버의 소유자에게만 영장제시 및 통지가 이루어질 뿐 실제 E-메일에 담긴 정보에 대해 프라이버시를 가지고 있는 E-메일계정소유자에게는 통지나 영장제시가 이루어지고 있지 않다. 이에 따라 E-메일 압수수색이 이루어진 후에도 압수수색을 당한 자는 전혀 모르고 있다가 해당 범죄에 의해 기소가 이루어진 후에 재판에 가서야 증거물 이 제시될 때 E-메일 압수수색이 이루어졌음을 알게 되는 경우가 허다하다. 더욱 공포스러운 것은 재판에서 유죄증거로 제시되거나 기타 절차를 통해 검찰 측이 압수수색된 E-메일 내용을 자신에게 제시하지 않을 경우 E-메일 압수수색을 당한 자는 영영 모르고 죽을 수도 있게 된다. 박경신, 메일 압수수색의 E-제문제와 관련법률개정안들에 대한 평가, 法學研究第13 輯第2 號, 269면

54) United States v. Tamura, 694 F.2d 591(9th Cir. 1982).

55) U.S. v. Carey, 172 F.3d. 1268 (10th Cir. 1999).

Tamura-Carey절차는 범죄유관정보와 범죄무관정보가 혼재되어 있는 정보저장장치의 소재가 확보된 경우에는 곧바로 그 정보저장장치에 대한 압수수색을 진행하게 되면 너무나 많은 범죄무관정보에 대한 프라이버시가 침해되므로 그와 같은 필요성이 있는가에 대해 별도의 영장을 받을 것을 요구하는 절차이다. 즉 Tamura-Carey절차에 의하면 정보의 보전이 필요하고 압수수색을 요구하는 영장을 검찰이 들고 왔을 때 법원은 판사나 검사와 이해관계가 없는 제3자를 지정하여 정보저장매체 내에 기록된 정보를 검토하여 압수의 목적에 합당한 정보들을 식별해낼 것을 명령할 수 있고 이 경우 검사는 식별된 정보만을 취득할 수 있게 된다. 또한 정보저장장치 내의 내용 전체를 보겠다는 영장이 신청되었을 때 법원은 이를 허용해야 할 것인가, 허용한다면 어떠한 기준이나 조건으로 허용할 것인가에 대해 2009년 제9순회지구 연방항소법원은 수사를 담당할 직원이 아니고 수사목적과는 독립적이고 컴퓨터에 지식을 갖춘 검찰요원 또는 필요하다면 수명판사만이 정보저장장치 내의 내용 전체를 볼 수 있고 그가 범죄에 유관한 정보를 골라내면 수사담당자는 그 정보만을 볼 수 있도록 하자는 제안을 한 바 있다.<sup>56)</sup> 이러한 사례를 근거로 검찰도 아니고 피의자도 아닌 제3자가 정보들의 범죄유관성을 검토하여 걸러준다면 포괄적 압수수색을 피할 수 있게 된다고 하면서 ‘독립적인 제3자에 의한 검토’라는 해결책을 제시하는 견해가 있다.<sup>57)</sup>

또한 프라이버시 침해에 대한 권리구제방안의 명확한 법정화를 통해 공권력 행사의 투명성 확보가 중요하다. 정부의 부적절한 공권력 개입으로 인한 국민의 피해에 대하여는 명확히 그 책임을 지울 수 있는 수단이 뒤따라야 한다. 행정업무 수행과정에서 발생한 프라이버시침해에 따른 실효성 있는 제재수단으로 과징금이나 가산세 등의 금전상의 각종 제재방식 보다는 해당 공권력의 행사기관에 대한 평가년도 다음해의 예산 감축 등 예산상 제재, 기한을 정하여 행정입법이나 정책의무를 부과하는 방안 등이 고려될 수 있다.<sup>58)</sup> 그밖에 프라이버시 침해를 감시하고 촉진시킬 수 있는 시민단체 등의 설립 지원, 이용자나 이용자단체

56) U.S.대Comprehensive Drug Testing Services, 579 F.3d 989 (2009).

57) 박경신, 메일 압수수색의 E- 제문제와 관련법률개정안들에 대한 평가, 法學研究第13輯 第2號, 2010, 301-302면

58) 만일 기한을 정하지 아니하면 ‘상당한 기간’이라는 요건 때문에 구속력 없는 입법의무로 전락할 수밖에 없다고 할 것이다.

가 정책제안 등을 제시할 수 있는 상설 자문단체의 구성, 또는 프라이버시 보호 관련 옴부즈만의 도입, 정책 제안에 대한 상금 등 인센티브 도입 등이 있다.

#### 나. 사익간의 충돌

영업의 자유 혹은 표현의 자유를 행사하는 과정에 있어서 프라이버시 침해가 발생한 경우 각각 추구하고자 하는 사익간의 충돌이 발생하게 된다. 대표적인 경우가 최근 입법화 논쟁이 대두되고 있는 ‘잊힐 권리’라고 할 수 있다. ‘잊힐 권리’와 관련하여 발생하는 분쟁은 언론의 자유와 알권리의 측면과 인격권 및 사생활의 자유와 개인정보자기결정권의 충돌의 문제로 다룰 수 있을 것이다.

이러한 사익간의 갈등에 대하여는 우선 사인간의 법률관계를 규율하는 기본 원칙으로서 “사적자치의 원칙”이 고려되어야 한다. 중세 신분적 구속에서 벗어난 근대시민사회에서의 사법은 사적자치의 원칙을 그 기본이념으로 한다.<sup>59)</sup> 사적자치란 고전적 의미로 “개인의 자기 의사에 따른 법률관계의 형성의 원칙 (das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen)을 의미한다.<sup>60)</sup> 이러한 의미를 전제로 볼 때 사적인 영역에서 사인간의 법률관계에 대하여는 법질서가 개입을 포기하게 된다. 이러한 사적자치의 원칙은 계약자유에 의해 실천된다. 개인이 자기 의사에 따라 자기의 법률관계를 형성하는 것은 주로 법률행위, 특히 계약을 통해서이다. 계약자유는 사적관계의 영역에 있어서 각자는 자기의 자유로운 의사에 따라 타인과의 사이에 계약을 맺음으로써 그 타인에 대하여 의무를 부담하거나 권리를 취득하게 된다. 이처럼 사적인 법률관계에서 사인들의 합의에 기하여 형성된 법률관계에 대해서는 국가의 고권적·후견적 간섭을 원칙적으로

59) 종래 “우리 민법은 자유인격의 원칙과 공공복리의 원칙을 최고원리로 하며, 공공복리라는 최고의 존재원리의 실천원리 내지 행동원리로서 신의성실·권리남용의 금지·사회질서·거래안전의 여러 기본원칙이 있고 다시 그 밑에 이른바 삼대원칙이 존재한다”<sup>59)</sup> 하는 입장이었으나(곽윤직, 민법총칙(1999), 64면), 최근 민법의 개념을 사적자치에서 구하는 견해가 유력하다(양창수, 민법입문, 2000, 354면;지원립, 민법강의, 2002, 18면 이하 등).

60) 의사를 강조하는 견해는 ‘개인이 자기의 의사에 의하여 법률관계를 스스로 형성하는 원칙’이라고 정의한다(Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Springer-Verlag, 1992, S. 1). 이에 대하여 법질서를 강조하는 견해는 ‘법질서가 의사표시에 의하여 법률효과를 발생하게 하거나 저지하게 할 수 있는 가능성을 인정하는 원칙’이라고 한다(Franz Bydlinki, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, Springer-Verlag, 1967, S. 127ff.).

포기하고 그 범위 안에서 당사자의 합의에 법적 효력을 부여하는 원칙이다.<sup>61)</sup>

그러나 인간의 자유와 평등을 전제로 한 고전적 의미의 계약자유 사상은 근대사상이 낳은 법적이념 이기는 하지만 현실에 있어서는 여러 가지 폐해를 드러내게 되었다. 형식적 평등에 기초한 대등한 당사자 간의 계약이 합리성을 가지며, 그렇기 때문에 계약에 있어서 외적간섭을 배제해야 한다는 점에 중점을 둔 나머지 계약당사자간의 실질적 불평등으로 인한 의사형성의 부자유의 문제를 간과하였다. 이 점에서 형식적 계약자유는 그 출발선상에서 이미 사회적·경제적 강자에 의한 남용의 가능성을 내포하였고 이러한 점이 근본적 결함으로 표출되게 되었다.<sup>62)</sup> 따라서 계약당사자가 서로 대등한 지위를 보유하여 각자가 자유롭게 계약의 자유를 행사할 수 있는 경우에는 충분하지만, 실제에 있어서 계약당사자 일방이 우월적인 지위를 가지면서 쌍방의 자기결정 대신에 그 자의 일방적인 결정이 행하여지는 상당수의 경우가 있는 바, 이러한 경우 우월한 당사자의 계약자유는 약자의 보호를 위하여 제한되어야 하며 이것이 계약의 내적 한계의 문제라고 할 수 있다.<sup>63)</sup> 따라서 사인간의 ‘프라이버시’와 ‘영업의 자유’ 등 사익 간의 충돌은 대등한 관계에서 원칙적으로 사적자치의 원칙이 존중되어야 한다. 그러나 이미 힘의 불균형이 발생한 경우 사적자치의 원칙이 아니라, 기본권 충돌의 해결방식으로서 앞서 언급된 ‘이익(법익) 형량이론’과 ‘규범조화적 해결이론’이 적용될 수 있다.

## IV. 법익충돌 해결방안의 구체적 적용

### 1. ‘사익’과 ‘공권력’간 갈등과 비례의 원칙 : 카카오톡 감청사례

#### 가. 주요내용

2014년 6월 집시법 위반으로 현행범으로 체포된 노동당 부대표가 수사 과정에서 목비권을 행사하자 경찰은 검찰을 통해 압수수색영장을 신청하고 검찰은

61) 지원림, “계약정의에 관한 연구”, 비교사법 제9권 제2호(통권17호), 102면.

62) 장재현, “계약자유에 대한 제한의 이론적 근거”, 경북대 법학논고 제6집, 경북대학교 법학연구소, 1990, 158면

63) 송덕수, “私의自治에 관하여”, 사회과학논집, 이화여대, 1991, 50면.

이를 수용해 일주일 뒤 영장을 발부해 이를 집행하였다. 검찰이 카카오톡측에 요구한 압수내용은 2014년 5월 1일부터 6월 10일까지 한 달 동안의 카카오톡 내용이며 압수영장을 통지받은 카카오톡측은 정기적으로 내용을 자동파기 하고 있어, 경찰이 요구한 기간 내의 자료중 남아 있는 것은 마지막 날인 6월 10일의 대화기록뿐이며 이를 전달했다. 이처럼 영장발부를 통해 이용자 대화내용의 실시간 확인이 가능하다는 의혹이 제기되면서 유럽의 ‘카카오톡’ 으로 불리는 독일 모바일 메신저 ‘텔레그램’ 으로의 ‘사이버 망명’이 급증하였다.<sup>64)</sup>

#### 나. 분석

이 사안과 관련되어 공권력의 정당화 근거가 되는 현행 규율제도로는 「통신비밀보호법」과 「전기통신 사업법」이 존재하며, 인터넷상의 통신검열을 규율하는 제도로는 다음과 같이 크게 세 가지 유형이 존재한다.

첫째, 「통신비밀보호법」상의 감청제도이다. 「통신비밀보호법」상 ‘통신’은 “우편물 및 전기통신”(동법 제2조 제1호)을 말한다. ‘전기통신’은 “전화·전자우편·회원제정보서비스·모사전송·무선호출등과 같이 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음성·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것”(동법 제2조 제3호)을 의미한다. 그리고 ‘감청’이라 함은 “전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음성·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것”(「통신비밀보호법」 제2조 제7호)을 말한다. 「통신비밀보호법」에서 전기통신의 감청은 우편물의 검열을 포함하여 ‘통신제한조치’라는 개념으로 포섭되어 있고, 수사기관 등에 의한 통신제한조치에 대해서는 「통신비밀보호법」이 제5조(범죄수사를 위한 통신제

64) 이러한 ‘사이버망명’의 이유에는 비슷한 상황에서 텔레그램의 운영주체가 취한 태도 때문이라고도 한다. 텔레그램의 운영주체는 러시아 출신 두로프 형제인데, 이들은 러시아 최고의 SNS로 성장한 ‘브콘탁테(VKontakte)’의 창업자이다. 러시아 정부는 브콘탁테에 시위의 진정을 위해 시위대의 개인정보와 반정부인사의 페이지 삭제, 기타 시위의 진압을 위한 자료협조를 요청하였으나 이를 거부하면서 두로프형제는 러시아 정부에 어떠한 정보도 제공할 수 없다는 태도를 완강히 밝혔다. 결국 이러한 정부협조를 거부한 두로프 형제는 브콘탁테에서 퇴출되었고(퇴출의 공식적인 사유는 주주와의 불화 및 주주총회 의결에 따른 불명예 퇴진), 러시아를 떠나 독일로 이주하게 되었다.([http://navercast.naver.com/magazine\\_contents.nhn?rid=1103&rid=&contents\\_id=72213](http://navercast.naver.com/magazine_contents.nhn?rid=1103&rid=&contents_id=72213). 2016.4.21. 확인)

한조치의 허가요건), 제6조(범죄수사를 위한 통신제한조치의 허가절차), 제7조(국가안보를 위한 통신제한조치), 제8조(긴급통신제한조치), 제9조(통신제한조치의 집행), 제9조의2(통신제한조치의 집행에 관한 통지), 제9조의3(압수·수색·검증의 집행에 관한 통지), 제15조(국회의 통제) 등에서 다양한 통제 수단과 통제절차를 마련하고 있다.

둘째, 「통신비밀보호법」상의 통신사실확인자료 요청제도이다. ‘통신사실확인자료’란 전기통신사실에 관한 자료를 의미하는 것으로서, 여기에는 가입자의 전기통신일시, 전기통신개시·종료시간, 발·착신 통신번호등 상대방의 가입자번호, 사용도수, 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 전기통신역무를 이용한 사실에 관한 컴퓨터통신 또는 인터넷의 로그기록자료, 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적자료, 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 정보통신망에 접속하기 위하여 사용하는 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 접속지의 추적자료가 포함된다(통신비밀보호법 제2조 제11호). 수사기관 등에 의한 통신사실확인자료의 요청절차 등에 관한 세부적인 사항은 제13조(범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공의 절차), 제13조의2(법원에의 통신사실확인자료제공), 제13조의3(범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공의 통지), 제13조의4(국가안보를 위한 통신사실 확인자료제공의 절차등), 제13조의5(비밀준수의무 및 자료의 사용 제한) 등에서 규정하고 있다.

셋째, 「전기통신 사업법」상의 통신자료 요청제도이다. ‘통신자료’란 “이용자의 성명, 이용자의 주민등록번호, 이용자의 주소, 이용자의 전화번호, 아이디(컴퓨터시스템이나 통신망의 정당한 이용자를 식별하기 위한 이용자 식별부호를 말함), 이용자의 가입일 또는 해지일”을 말하고(전기통신사업법 제83조 제3항 제1호 내지 제6호), 수사기관 등에 의한 통신자료 요청절차 등에 관한 세부적인 사항은 「전기통신 사업법」 제83조 제3항부터 제9항에서 규정하고 있다.

본 사안은 결국 카카오톡 이용자의 프라이버시와 공권력, 그리고 카카오톡이라는 기업의 영업의 자유와 공권력 간의 갈등이 복합적으로 작용한 것이라고 할 수 있다. 통신비밀 보호법제는 수사의 효율성 및 국가의 형벌권 실행의 효율성을 위해서 헌법이 기본권으로 보장하고 있는 ‘통신 비밀보호’를 ‘제한’하는 것이기 때문에, 현행 통신비밀 보호법제가 헌법적으로 정당성을 획득하기 위해서는 비례의 원칙에 따른 한계를 준수해야 한다.

우선 ‘목적의 정당성’이 인정되어야 한다. ‘감청’과 ‘통신사실확인자료 요청제도’는 재판·범죄수사·국가안전보장을 위하여, ‘통신자료 요청제도’는 재판, 수사, 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위한 정보수집을 허용하는 바, 헌법이 허용하는 “국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리”(헌법 제37조 제2항)의 범위 내라고 볼 수 있으며 목적의 정당성은 인정된다고 볼 수 있다.

다음으로 이러한 감청, 통신사실확인자료 및 통신자료 등이 재판, 수사, 국가안전보장의 달성에 인과적 관계를 가지므로 ‘수단(방법)의 적절성’도 인정된다. 특히 적절한 수단이란 반드시 최적의 수단을 의미하는 것은 아니며 입법목적달성에 유효한 수단이면 족하므로<sup>65)</sup> ‘수단의 적절성’ 역시 인정된다고 볼 수 있다.

다음으로 ‘침해의 최소성’과 관련하여 기본권에 보다 약한 제한을 가하는 수단 혹은 가장 최소한의 제한효과를 수반하는 수단을 취하여야 한다. 그러나 「전기통신 사업법」상의 통신자료 요청제도는 「통신비밀보호법」상의 ‘통신사실확인자료 요청제도’와 거의 유사한 제도임에도 불구하고<sup>66)</sup> 영장주의의 예외로 규정되어 있다. 그 이유로 전기통신사업자는 검사 또는 수사관서의 장 등이 통신자료의 제공을 요청하는 경우 그 요청에 따를 수 있다고 하여 문면상으로는 전기통신사업자에게 제공 여부에 대한 재량을 인정하고 있음을 들고 있다. 그러나 검사 또는 수사관서의 장 등의 요청에 응해서 통신자료를 제공해야 하는지에 대한 판단에 있어서 사업자가 준거할 구체적 형량기준이나 거부할 수 있는 근거를 정하지 아니하고 있는 바 이는 현실적으로 거절하기 힘들다.<sup>67)</sup> 2014년 통신자료 제공 건수는 2001년 대비 782%증가하였으며, 2005년 대비 192%, 2010년 대비 69%가 증가한 수치이다. 2000년대 이후 제공건수가 계속적으로 증가하고 있을 뿐만 아니라 전년대비 증감률도 지속적으로 오르고 있다. 문서 1건당 제공되는 전화번호(또는 ID) 평균수도 2014년 기준 12.9개로 나타나고 있으며, 이러한 수치는 우리나라 국민 전체의 1/4에 해당되는 전화번호수치이다.<sup>68)</sup> 수사기관 입장에서는 법원의 허가 없이도 경찰

65) “헌법재판소가 방법의 적절성으로 심사하는 내용은 입법자가 선택한 방법이 최적의 것이었는가 하는 것이 아니고, 그 방법이 입법목적 달성에 유효한 수단인가 하는 점에 한정된다.” 현재 2008. 4. 24. 2007헌마1456, 판례집 20-1상, 720, 732.

66) 이에 대해서는 통신사실확인자료와 통신자료는 동일한 수준의 보호가치가 있다고 보기 어렵기 때문에 그 규율강도는 달라야 한다고 하는 견해도 있다.

67) 헌법재판소 2012.08.23. 2012헌마439 소수의견은 통신자료제공은 권력적 사실행위에 해당된다고 보았다.

서장의 결재만으로도 수집이 가능하고, 초동 수사 시 용의자를 좁혀나가는 수사기법으로 통신자료를 활용하고 있다 보니, 범죄와 관련성 없는 사람들의 인적사항까지 요청하고 있는 실정이다. 따라서 영장주의의 예외로 인정하고 있을 뿐만 아니라 사후통지와 같은 사후적인 수단조차도 구비되어 있지 않으므로 이는 '침해의 최소성'에 부합하지 못할 여지가 충분히 있다.<sup>69)</sup>

법익의 균형성원칙 역시 '기본권 제한의 강도' 측면에서 볼 때, 법이 추구하고자 하는 목적의 중요성 내지 긴급성에 비해 과도한 제한 가능성이 있다. 「통신비밀보호법」 제13조는 통신사실확인자료요청의 허가요건으로 압수수색영장 요건인 '수사의 필요성', '피의자 혐의의 개연성', '피압수물과 사건관련성'과는 달리 '수사의 필요성'만을 규정하고 있다. 압수수색과 통신사실확인자료요청은 양자 모두 범죄수사, 재판을 위해 운용되는 제도이며 전자는 유체물 및 물건·장소 등이, 후자는 통신사실에 대한 강제력 행사라는 점에서 다를 뿐이다. 통신사실확인자료에는 특히 당사자의 단순한 통신내역뿐만 아니라 그 사람이 그 시각에 어디에 있었는지 현재 어디로 이동중인지 실시간위치정보를 파악할 수 있다는 점에서 통신의 자유뿐만 아니라 신체의 자유도 침해될 수 있다.<sup>70)</sup> 따라서 그 허가요건이 압수수색영장 요건에 비해 덜 엄격한 것은 유사법이 추구하고자 하는 목적의 중요성 내지 긴급성에 비해 기본권 제한의 강도가 더 강한 것으로서 법익의 균형성 원칙에 부합되지 않을 수 있다.

## 2. 사익간의 충돌과 규범조화적 해결 : 잊힐 권리

### 가. 주요내용

68) 수치는 미래창조과학부 홈페이지 참조

69) 우리나라의 전기통신사업법상의 통신자료에 해당되는 정보는 미국의 「전자통신에 관한 비밀 보호법(the Electronic Communications Privacy Act: 'ECPA）」 상의 사용자기본정보(Basic Subscriber Information)이다. 우리나라의 통신자료 항목보다는 광범위하지만, 이 정보를 취득하기 위해서는 법원으로부터 행정명령장(Administrative subpoena)이 있거나 대법집의 명령장(Federal or State Grand Jury Subpoena)이나 법원제출명령(Trial Subpoena)이 있어야 한다. 다만 이와 같은 자료 제출 명령(Subpoena Duces Tecum)은 압수수색영장에 비할 때 법적 요건이 약하며, 발부절차가 간소하다. 박종근, “디지털 증거 압수수색의 법제”, 「형사법의 신동향」, 통권 제18호, 2009.2, 대검찰청, 55면.

70) 권양섭, 범죄수사에 있어서 통신자료제공제도의 문제점과 개선방안, 法學研究 第59輯 2015, 408, 409면.

SNS와 인터넷 검색서비스가 결합되면서 ‘신상털기’, ‘여론몰이’ 등이 통해 유명 연예인이나 아나운서의 자살 등 연일 사회적 사건 이슈화 되는 등 본인이 공개하고 싶지 않은 사생활 또는 개인에 관한 정보가 검색가능하게 되었다. 이와 관련하여 인터넷상 자신과 관련된 각종 자료의 삭제를 요구할 권리, 소위 “잊힐 권리”에 대한 논의가 이미 유럽을 중심으로 진행되어 왔다.

유럽에서는 2012년 1월 25일 「개인정보의 처리와 관련한 개인의 보호 및 개인정보의 자유로운 이동에 관한 규정(안) (Proposal for REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, 2012.1.25.이하 GDPR이라 한다」을 통해 ‘잊힐 권리’를 규정(제17조)하였다. 2015년 12월 15일 유럽연합 28개의 회원국은 엄격한 개인정보보호 방식의 GDPR을 채택하기로 합의하였고 이에 따라 2016년 4월 6일 유럽연합 이사회(Council of the European Union)에서 GDPR 최종안이 마련되었고, 마침내 2016년 4월 14일 유럽의회(European Parliament)에서 통과되어 5월 4일 공식적으로 공포되었다. 이로써 GDPR은 기존의 EU 개인정보보호지침을 대체하는 법규적 효력을 가지게 되었으며, 2년의 유예기간을 거쳐 2018년 5월 25일부터 각 회원국에 시행될 예정이다.<sup>71)</sup> GDPR은 잊힐 권리와 관련하여 제17조에서 정보주체의 삭제요구권 및 정보관리자의 삭제의무에 대해 규정하고 있다. 정보주체는 자신에 관한 개인정보의 삭제를 정보관리자(controller)에게 요구할 권리를 가진다(제1항 전단). 정보관리자는 해당 개인정보가 처리 목적상 더는 필요하지 않게 된 경우, 정보주체가 동의를 철회하고 그 처리 근거가 더 이상 존재하지 아니하는 경우, 정보가 불법적으로 처리된 경우, 정보관리자가 법적 의무의 준수를 위해 해당 정보를 삭제해야 하는 경우 등에는 지체 없이 개인정보를 삭제해야 한다(제1항 후단). 하지만 자신이 개인정보를 대중에게 노출시킨 경우, 정보관리자

71) 잊힐 권리에 관한 조항에 대해서는 논란이 심하여 여러 수정안이 나오면서, ‘잊힐 권리’의 표현이 아예 삭제되기도 하였고 때로는 그 내용 일부가 삭제되기도 하였다. 하지만 2015년 12월15일 유럽연합 28개의 회원국은 제17조에서 삭제권과 링크 복사본·복제본의 삭제 요구 사실의 통지의무 등 ‘잊힐 권리’에 관한 내용을 포함시키기로 합의하였다. 그 대신에 ‘잊힐 권리’라는 명칭에서 오는 부담감을 고려하여 동조의 제목에서 ‘잊힐 권리’의 표현을 ‘삭제권’ 뒤의 괄호 속에 넣기로 하였다.

는 정보주체가 해당 개인정보의 링크 복사본·복제본의 삭제를 요구하였다는 사실을 다른 정보관리자들에게 알리기 위해 기술적 조치 등 합리적 조치를 취해야 하는데, 이때에는 이용 가능한 기술력과 이행의 비용이 고려되어야 한다(제2항).<sup>72)</sup> 그런데 동조 제1항과 제2항의 적용에 있어서 ①표현의 자유와 알 권리의 행사 ②법적 의무의 준수 또는 공익적 목적이나 공공기관 업무의 수행 ③공중보건과 관련된 공익적 사유 ④공익적 아카이빙(archiving), 과학적·역사적 연구 또는 통계를 위한 경우로서, 삭제가 불가능하거나 목적 달성을 심히 저해할 우려가 있는 경우 ⑤소송행위를 위해 처리가 필요한 경우에는 예외가 인정된다(제3항). 잊힐 권리가 표현의 자유 등 주요 법익을 위축시킬 우려가 있다는 지적에 따라 이와 같은 예외조항을 두게 되었다.

유럽에서 ‘잊힐 권리’ 도입 논의에는 SNS, 클라우드서비스 등 점점 강화·확대되는 미국의 영향력으로부터의 견제라는 의미 내포하고 있다. 단순히 개인의 권리를 확장하는 차원을 넘어 인터넷을 통한 미국의 정치적·사회문화적 영향력의 확대를 경계 하려는 것이다. 표현의 자유를 최고의 가치로 간주하고 있는 미국에서는 ‘잊힐 권리’로 인해 표현의 자유의 핵심인 공공의 알권리가 제한당할 것을 우려하고 있으며, 표현의 자유의 보호대상인 공공의 알권리·정보접근권의 충돌문제가 중점적으로 논의되고 있다.

우리나라의 경우 방송통신위원회는 2016.3.25일 ‘인터넷 자기게시물 접근배제 요청권 가이드라인(안)’을 발표하였고, 그 주된 내용은 본인이 인터넷상 작성·게시한 게시물에 대하여 타인의 접근 배제를 요청할 수 있는 권리의 도입이다.<sup>73)</sup>

72) 이러한 잊힐 권리의 수용에는 2014년 5월 13일에 있었던 유럽사법재판소(ECJ)의 판결이 크게 작용한 것으로 보인다. 스페인 변호사였던 마리오 코스테하 곤잘레스는 1998년 스페인의 한 매체에 실린 자신에 대한 기사와 구글의 검색 링크가 사생활을 침해한다며 소송을 제기하였고 기사 내용은 곤잘레스의 채무 내역과 재산 강제매각 등을 다룬 것이었는데, 소송 제기 시점에는 문제가 해결됐는데도 기사가 여전히 구글 검색결과로 노출된다며, 구글과 해당 신문사를 스페인 개인정보보호원(AEPD)에 신고하였다. AEPD는 구글 측에 해당 링크를 삭제하라고 지시했지만, 구글이 이에 불복하면서 유럽 사법재판소(ECJ)에 이관되었고 2014년 5월 13일, ECJ는 구글 검색 엔진을 이용하는 사람은 ‘잊힐 권리’를 가진다는 점을 강조하며, 곤잘레스의 요구를 수용하였다.

73) 이에 대해 일각에서는 타인이 작성한 나에 대한 비방글 등 게시물 삭제 권리가 빠졌다는 점에서 반쪽짜리 잊힐 권리에 불과하다며 평가절하 하였고, 일각(인터넷업계)에서는 ‘유럽보다 한발 더 나아가 규제가 더 센 잊힐 권리’라는 비판을 제기하였다.

나. 분 석

잊힐 권리를 정보주체가 온라인상 자신과 관련된 모든 정보에 대한 삭제 및 확산 방식을 요구할 수 있는 권리라고 할 때 크게 두 가지 유형으로 나눌 수 있다. 우선 제1유형으로 개인정보 삭제요구권과 제2유형으로 사회적 인격상에 관한 자기결정권이다.

개인정보 삭제요구권(제1유형)의 경우 개인정보처리자가 정보주체로부터 개인정보를 수집하여 관리·이용·제공하고 있는 경우로서 “개인정보자기결정권”과 관련되며 헌법재판소는 이를 헌법에 명시되지 아니한 독자적 기본권으로 이해하고 있다.<sup>74)</sup> 즉 사생활 비밀과 자유(제17조), 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권(헌법 제10조) 등을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로 인정하고 있다. 현행법령상 정보주체가 무조건 개인정보 삭제요청을 할 수 있는 규정은 없다. 해당 개인정보가 법령상 수집대상이 아닌 경우, 개인정보 열람청구 후 개인정보처리자에게 그 정정 또는 삭제를 요구할 수 있으며(개인정보 보호법 제35조 및 제36조) 그밖에 보유기간의 도과, 목적의 달성 등 일정한 법정 사유 발생 시 개인정보처리자가 삭제를 하여야 하고, 이를 위반시 제재를 함으로써 간접적으로 개인정보의 파기를 강제하고 있다(개인정보 보호법 제21조, 정보통신망법 제29조).

사회적 인격상에 관한 자기결정권(제2유형)으로 서비스 제공 과정에서 부수적으로 개인에 관한 정보들이 모여지거나 검색·유통됨으로써 사생활이나 인격권 침해가 발생하는 경우이다. 직접적으로 관리·이용할 목적으로 수집된 개인정보뿐만 아니라 의견적 가치정보, 사실회상적 가치정보, 사실자체적 가치정보 등 특정인의 인격적 면모를 엿볼 수 있는 정보가 중요하다. 헌법재판소는 ‘사회적 인격상에 대한 자기결정권’을 공식적으로 인정하기보다 위헌의견을 통해 언급한 바 있다.<sup>75)</sup> 현행법령상 일반적인 사회적 인격상에 대한 자기결정권을

74) 개인정보자기결정권은 정보주체로 하여금 개인정보의 공개와 이용을 스스로 통제하도록 함으로써 타인에게 형성될 정보주체의 사회적 인격상에 대한 결정권을 정보주체에게 유보시킨다는 의미를 갖고 있는바...”- 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513, 주민등록법 제17조의8 등 위헌확인 등-

75) 「청소년성매수자 신상공개제도사건」에서 위헌의견은 ‘사회적 인격상에 관한 자기결정권’을 다음과 같이 언급한 바 있다(위헌의견 5, 합헌의견 4로 정족수 미달로 합헌결정). “국가가 범죄사실과 같이 개인에 대한 사회적 평가에 중대한 영향을 미치는 정보자료를 함부로 일반에 공개할 경우, 그 개인의 긍정적인 면을 포함한 총체적인 인격이 묘사되는 것이 아니라 단지 부정적인 측면만이 세상에 크게 부각됨으로써 장차 그가 사회와 접촉·교류하

보장하는 규정은 없다. 다만 사생활침해나 명예훼손등으로 인해 권리가 침해된 경우등 일정한 요건 하에 정보의 삭제요청을 인정하고 있다(정보통신망법 제44조의2). 그밖에 잊힐 권리와 관련하여서는 사망한 자의 정보 처리에 대한 ‘디지털 유산’, 언론에 게재된 개인에 관한 기사의 삭제를 청구할 수 있는가에 대한 ‘기사삭제 요구권’, 인터넷 게시판에 게시된 타인의 글에 대한 삭제를 청구할 수 있는가와 관련된 ‘게시글 삭제 요구권’의 등이 제기 중이다.<sup>76)</sup>

앞서 언급한 바와 같이 사인간의 기본권 충돌 시 가장 기본이 되는 사적자치의 원칙에 따라 해결하되 사인간의 관계가 진정한 대등관계라고 할 수 없을 때 기본권 충돌에 의한 해결원리를 적용해 볼 수 있다.

우선 열린 공간에서 자유의사를 가지고 한 행동의 결과에 대한 책임은 원칙적으로 행위주체가 부담하여야 하는 것이 법의 기본원리이며 사적자치의 원칙의 핵심인 계약자유 원칙의 주요내용이다. “잊힐 권리”를 “새로운 독자적 권리”로서 인정하는 것은 이러한 기본원리의 핵심적 제한이라고 할 수 있는 만큼 독자적 권리로서의 권리적합성은 엄격히 다루어질 필요가 있다. 새로운 독자적 권리인가, 기존 권리의 집합체를 칭하는 명칭인가 하는 점이다. ‘권리’라 함은 일정한 이익을 누릴 수 있도록 법이 인정하는 힘(권리법력설, 통설)으로 재판, 조정 등을 통한 공적구제가 가능하다. 법적 내용이 명확해야 하며 권리보장을 위한 실효성 확보방안이 필수적으로 요구된다. ‘잊힐 권리’는 기존에 ‘권리’로 인정된 부분과 현재 ‘권리’로서 논란이 있는 부분이 혼재되어 있다. 개인정보의 공개와 이용을 스스로 통제할 수 있도록 하는 것은 이미 확립된 개인정보 자기결정권의 내용이며, 기타 행위주체의 행위결과를 보유하고 있는 자에게 그것을 잊히게 해달라고 하는 요청이 과연 권리의 수준에 달하는 정도의 법적 힘을 부여할 수 있는가는 여전히 논란의 대상이다.<sup>77)</sup> ‘잊힐 권리’가

---

며 자신의 인격을 자유롭게 발현하는 것을 심대하게 저해할 수 있다. 그러므로 사회활동을 통한 개인의 자유로운 인격발현을 위해서는, 타인의 눈에 비치는 자신의 모습을 형성하는 데 있어 결정적인 인자가 될 수 있는 각종 정보자료에 관하여 스스로 결정할 수 있는 권리, 다시 말하여 사회적 인격상에 관한 자기결정권이 보장되어야 하고, 국가는 이를 최대한 보장할 책무가 있다. 그러나…” - 현재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 청소년의성보호에관한법률 제20조 제2항 제1호 등 위헌제청-

76) ‘에셋로커(Asset Locker)’는 사후에 사진과 이메일 등 귀중한 디지털자산을 보관해주는 안전금고를 제공하며, ‘레거시로커(Legacy Locker)’는 g-mail이나 페이스북등의 이용자들이 생전에 보관해 둔 온라인 계정정보를 유족에게 전달한다.

독립된 법적 권리로 확립되기에는 ‘법적 안정성’과 ‘명확성’요청에 부합되지 어려워지며, 그 정도의 사회적 합의에 도달했다고 보기도 곤란하다. 잊히는 것이 권리라면 그에 상응하는 의무를 모든 주체에게 부과되어 과도한 부담을 피하기 어렵고 그것은 모든 인류에게 부과되는 짐이 될 수 있다.

다음으로 표현의 자유, 신의성실의 원칙 등 다른 확립된 법익 및 법원리등과의 충돌이다. 제1유형에 해당하는 개인정보 삭제요구권의 경우 정보주체의 삭제 요청에 따라 야만 하는 확장된 프라이버시권으로서 헌법상 보장된다면, ‘계약법리(신의성실의 원칙, 권리남용금지의 원칙)’와 충돌한다. 정보주체의 동의에 의해 수집된 개인정보를 일정한 사유(보유기간 도과· 목적 달성 등)가 발생하지 않았음에도, 정보주체의 삭제요청에 따라야 한다면 이는 또 다른 헌법상 권리인 ‘영업의 자유’를 침해할 우려가 있다. 제2유형에 해당하는 사회적 인격상에 관한 자기결정권의 경우는 알권리, 표현의 자유, 언론의 자유 등 헌법상 다른 기본권과 충돌이 문제된다. ‘사생활 침해나 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우 그 침해를 받은 자’라는 최소한의 범위도 설정하지 않고 정보주체에게 광범위한 ‘잊힐 권리’를 인정하는 것은 어느 하나의 권리에 대한 지나친 제한이 될 수 있다. ‘잊힐 권리’를 둘러싼 프라이버시권과 영업의 자유, 그리고 표현의 자유라는 기본권간의 충돌의 경우 기본권 충돌이론에 따른 균형점을 모색하여야 한다. 앞서 언급하였듯이 국내에서는 사인간의 기본권 충돌 시 ‘이익(법익) 형량이론’과 규범조화적 해결이론에 의하여 해결되어야 할 것이다. 이러한 규범조화적 해결방안으로서 완전히 새로운 권리로서 “포괄적 잊힐 권리”를 인정한다면 이는 인터넷사업자의 영업의 자유에 대한 과도한 제한이 될 수 있으며, 게재자의 표현의 자유 또한 위태롭게 할 수 있다. 따라서 규범조화적 해결이론에 따라 현행법체계를 유지하면서, 일부 수정·보완하는 대안적 방안을 모색해 볼 수 있다. 엄격히 볼 때 ‘잊힐 권리’ 일부 내용은 이미 국내법에도 규정된 상황이다. 정보주체가 삭제 및 확산방지를 요구할 수 있는 개인정보의 범위는 i) 자기 자신이 게재한 자신의 정보, ii) 링크 및 복사, iii) 제3자가 게재한 글에 자기정보 등을 포함하는 등 매우 포괄적이다. 다만 언론보

77) 혹자는 A가 저술한 서적이 함량미달이었음을 스스로 깨달은 자가 그 서적을 구입한 자에게 모두 돌려달라고 하는 요청이(설령 서적 대금을 보상한다고 하더라도) 합리적인가 또 그것이 권리라고 할 수 있는가는 의문이라고 비유하기도 한다.

도 게시물에는 ‘잊힐 권리’ 적용을 제한하는 등 폭넓은 예외를 인정하고 있다. 즉 표현의 자유에 대한 권리행사, 공공보건 부문에서 공익을 위한 경우, 역사·통계·과학 연구 목적으로 필요한 경우, 합법적 목적에 적합하고 타 법률에 의해 개인정보를 보관해야 하는 경우 등의 경우 잊힐 권리의 행사할 수 없다. 따라서 현행 법령을 정비하여, 개인정보결정권을 보다 강화하고 명예훼손 등에 해당하는 자기정보의 삭제요청이 보다 용이하게 이루어질 수 있도록 하는 현실적 노력이 더욱 바람직하다. 다만 아동이나 청소년 등 미성년자 등은 완전한 법률행위능력을 지니고 있지 못하므로 보호를 위해 이들의 행위에 대한 특별규정을 도입하는 것은 검토해 볼만 한다. 미성년자 특히 13세 미만의 아동이 심리·사고에 있어서 성숙되지 않은 상황에서 한 행위가 평생 노출되는 것은 매우 불합리하다. 따라서 아동이나 청소년 등의 ‘잊힐 권리’ 보장에 대하여는 성인과 달리 규율할 필요가 있다.<sup>78)</sup>

만약 그럼에도 불구하고 일정부분 포괄적 유형의 ‘잊힐 권리’가 도입된다면 극히 제한적 요건 하에 예외적·보충적 규정을 마련하는 것이 바람직하다. 예를 들어 그 요건으로 ‘i) 제3자의 이해와 가분적인 경우, ii) 남아있음으로 인해 개인의 자유와 권리가 심히 침해될 경우, iii) 다른 방안으로 보호되지 않는 경우’ 등이 제안될 수 있다.<sup>79)</sup> 이러한 권리를 보장하는 경우에도 영업의 자유가 비합리적인 제한을 받지 않도록 하여야 한다. 또한 GDPR을 비롯 국제규범과의 조화, 글로벌 추세를 합리적으로 반영할 필요가 있다. 우리경제 역시 세계시장과 긴밀한 관계를 맺고 있는바 유럽, 미국 등 비교법적 관찰이 지속적으로 이루어져야 할 것이다.

### 3. 공익 및 사익간 충돌과 해결 : 무인항공기(드론)

#### 가. 주요내용

무인항공기(UAV : An Unmanned Aerial or Air Vehicle)란 조종사가 탑승하지 않은 상태에서 지상에서의 원격조종을 통해 사전에 입력된 프로그램에

78) 민법상 미성년자(만 18세)의 법률행위는 취소할 수 있음이 원칙이며, 형사미성년자(만 14세)의 경우 형사책임능력이 없어 형벌에서 면제된다.

79) 예를들어 A가 1심에서 과립치벌으로 유죄판결을 받고 그 후 상급심에서 무죄판결을 받았으나, 언론보도는 1심 중심으로만 만연할 경우 현행법상 삭제를 요구할 법적 근거가 없다.

따라 주위환경을 판단하여 자율적으로 비행하는 비행체나 이러한 기능의 일부나 전부를 가진 비행체계를 말한다.<sup>80)</sup> 미국 세관 및 국경 보호기관(US Customs and Border Protection : CBP)은 무인항공기의 일종인 프레데터 드론(Predator drones)을 이미 북부와 남부 국경의 순찰에 사용 하고 있다. 프레데터 드론(Predator drones)은 분쟁지역 감시를 위해 도입된 미국 공군의 무인정찰기 겸 공격기로, 고성능 광학 비디오카메라·기상레이더·위성제어장치 등 최첨단 장비를 갖추고 있어 사람이 접근하기 힘든 곳 또는 약천후에도 정확한 위치정보를 얻을 수 있다.

무인항공기에는 순수 촬영목적을 위한 카메라는 물론, 기기의 위치인식 등을 위한 카메라도 탑재된다. 의도적이지는 않지만, 촬영목적 이상의 영상기록이 남게 되는 것이다. 무인항공기로 인한 사생활 침해는 다음과 같은 특성이 있으므로 주의가 요구된다. 첫째, 예측이 어려운 상황에서 사생활 침해가 일어날 수 있으며, 둘째, 피해자가 촬영사실을 모를 수 있으며 알아도 대응하기 힘들다는 것이다. 먼저 무인항공기는 지상에서 찍는 영상과는 다른 관점에서 찍힌 영상을 제공할 수 있으며, 전혀 예측하지 못한 상황에서 고성능카메라 줌인(zoom-in)기능의 사용도 우려되는 부분이다. 또한, 공익목적으로 촬영된 경우도 의도치 않은 민간사찰이 발생할 수 있다. 결국, 이용자의 의도에 따라 피해가 클 수 있으며, 악용의 소지도 다분하다.<sup>81)</sup> 또한 개인이 무인항공기에 의해 사생활 침해를 당했을 때, 해당 기기가 시야에서 벗어나면 이를 추적하기 힘들다. 시야에 있다 하더라도, 항공기 식별번호가 아예 없거나, 너무 작아 식별하기 어려운 측면이 있다. 국가에 등록해야 하는 사업용 무인항공기의 경우 책임소재가 나뉘 명확할 수 있는데 반해, 신고대상에서 제외되는 개인용 무인비행장치(12kg 이하)는 사생활을 침해당한 개인이 권리 행사를 하고 싶어도 해당 장치의 소유자나 조종자를 찾기 힘든 경우가 대부분이다.<sup>82)</sup>

80) 김성배, 한국적 전략 무인항공기 개념과 개발 방향, 항공산업연구, 제64권, 세종대학교 항공산업연구소, 2003, 15면.

81) 김송주, 무인항공기 관련 개인정보 보호 입법과제, 이슈와 논점 제1074호, 국회 입법조사처, 2015년 10월 22일, 2면

82) 올해 5월 18일에 열린 대통령 주재 제5차 규제개혁 장관회의에서는 드론 관련 전용비행구역 확대하고 비행승인·기체검사 면제 범위를 12kg이하에서 25kg이하로 넓히며, 비행승인 필요지역에서 계속적 비행은 6개월 단위로 일괄 승인도 가능하게 하는 등의 규제혁신방안에 대해 발표한 바 있다.

무인항공기와 관련된 법익충돌 문제는 우선 무인항공기 운행주체가 누구인가에 따라 달라질 수 있다. 공익을 목적으로 공공부문에서 활용될 경우 교통법규위반 단속용·교통흐름 조사용·버스전용차선위반 단속용·쓰레기무단투기 단속용 등을 들 수 있다. 그리고 방법을 목적으로 한 방법용과 수배차량 감지용·산림청이나 지방자치단체에서 설치한 산불감시용 등에 적극적으로 활용이 가능하다. 비록 공익의 목적으로 무인항공기를 이용할 수 있지만 무인항공기에 장착된 고성능 카메라에는 촬영목적 이상의 영상기록까지 남게 된다. 때문에 피촬영자는 자신이 원하지 않는 영상을 촬영자가 갖게 됨에 따라 이에 대한 불쾌감을 갖게 된다.

한편 민간이 운행하는 무인항공기는 주택, 사무실 등의 내·외부에 범죄예방 및 시설안전을 목적으로 설치·운영될 수 있으며 대규모 사업장(조선소·건설현장)에서 근로 모니터링을 목적으로 활용이 가능하다. 민간에서 무인항공기를 활용하여 고층과 저층 빌딩을 불문하고 건물 내부를 촬영할 수 있다. 고성능의 카메라 기능은 이 같은 침해요소를 가중시킨다고 할 수 있다. 사회적으로 문제되고 있는 ‘도촬’, ‘몰카’로도 활용될 수 있다. 실제 유명 연예인의 자택 상공에 드론을 띄워 촬영하는 파파라치 드론도 성행하고 있는바 미국 셀리나 고메즈의 광고 촬영 현장 상공에 드론을 띄워 촬영한 파파라치의 현장 사진이 온라인으로 공개돼 논란이 되기도 했다.

## 나. 분 석

### 1) 현행법 규정

현행법상 무인항공기의 프라이버시 침해와 관련된 별도의 법률은 없으며, 「민법」과 「개인정보 보호법」의 적용을 받게 된다. 무인항공기로 인한 사생활침해에 대한 규정이 없는바 인격권 침해에 대하여는 「민법」 제750조에 의한 불법행위 책임을 적용할 수 있다. 손해의 발생, 가해행위의 존재, 위법성 등이 인정되면 무인항공기가 사생활의 영역을 침범한 경우 재산상 손해는 별론으로 하더라도 민법 제751조에 의한 위자료청구가 가능할 수 있다.<sup>83)</sup>

83) 우리 민법 제750조가 불법행위에 대한 포괄적 규정임에 반하여, 우리 민법 제751조는 타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다. 따라서 무인항공기를 통한 사생활 침해 그 자

「개인정보 보호법」상 개인정보의 수집 및 이용은 i) 정보주체의 동의를 받은 경우, ii) 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우, iii) 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우 iv) 정보주체와의 계약의 체결 및 이행을 위하여 불가피하게 필요한 경우 v) 정보주체의 사전 동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우 vi) 개인정보처리자의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우로서 명백하게 정보주체의 권리보다 우선하는 경우 등이다(개인정보 보호법 제15조 제1항). 무인항공기에 의해 촬영된 동영상의 내용이 개인을 식별할 수 있다면 개인정보에 해당되므로 무인항공기 운영자는 수집 전 피촬영자로부터 동의를 획득하여야 할 의무가 있다. 또한 무인항공기 운영자는 개인정보처리자로서 개인정보 보호계획의 수립 및 시행, 개인정보 처리 실태 및 관행의 정기적인 조사 및 개선, 개인정보 처리와 관련한 불만의 처리 및 피해 구제, 개인정보 유출 및 오용·남용방지를 위한 내부통제시스템의 구축 등의 의무가 수반된다.

해외에서도 산업적 이용이 불가피하다는 전제하에 규정마련을 위한 노력을 시도하고 있다. 미국 '통신정보관리청(NTIA)'은 드론의 보급 확대에 따라 제기되고 있는 사생활 침해 문제를 본격적으로 협의하기 위해 업계, 학계, 시민단체 등이 참석하여 프라이버시 가이드라인 제정 등 규정 마련에 착수하였으며,<sup>84)</sup> 영국 정보보호위원회(ICO)는 프라이버시 침해 방지를 위한 비행지침(가이드라인)을 발표했다. 이러한 지침에 의하면 드론 조종사가 드론을 운행할 때 사전에 비행 계획을 고지해야하며, 드론 영상과 사진을 SNS나 인터넷에 등록할 때 주의사항 등이 담겨있다. 처벌이 없는 권고 수준이다.

## 2) 공익과 사익 간 충돌

드론에 의한 촬영내용에 대해 정보주체에게 일일이 사전 동의를 받는다는 것은 현실적으로 불가능하다. 따라서 교량·댐 등 공공시설물의 실시간 모니터링, 산불이나 산림파괴 감시, 조난자 수색, 화재진압·방사능 유출 등 현장 진입이 불가능한 곳의 관리, 감시 등의 과정에서 이루어지는 개인식별영상의

체에 대한 위자료 청구가 가능하다.

84) <http://www.irobotnews.com/news/articleView.html?idxno=5294> 2016.5.16. 확인

수집은 “공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우”(개인정보 보호법 제15조제1항제3호)에 해당된다고 볼 여지도 있다. 그러나 법령의 내용을 너무 넓게 해석한 입법취지를 오해한 해석일 수 있다. 본 호는 공공기관이 업무수행을 위하여 개인정보를 수집·이용하는 것을 허용하는 것으로 직접적으로 업무수행과 관련 없는 프라이버시적 정보를 수집하여도 된다는 의미가 아니다. 즉 「개인정보 보호법」 제정 초기 “공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우”라 함은 성명, 주소, 전화번호 등의 데이터의 수집을 전제로 한 것이지, 드론 등에 의한 개인식별 동영상의 수집을 전제로 한 것을 아니다. 또한 이름, 전화번호, 주소 등의 데이터에 비해 영상정보는 프라이버시 침해적 요소가 더 강하기 때문에 오남용에 대한 엄격한 기준이 필요하다.

따라서 촬영이 수반되는 무인항공기를 공공부문에서 활용하기 위해서는 별도의 법적 근거를 마련할 필요가 있다. 이러한 법령내용은 공익수행을 위한 공권력의 행사과정에서 프라이버시권의 제한이므로 비례의 원칙에 의거하여 그 법률의 내용이 정당화 되어야 한다. 우선 공공시설물의 감시, 조난자 수색 등은 강력한 공익적 성격의 업무로 이에 드론이 활용되고 그 과정에서 개인에 대한 프라이버시적 정보가 수집된다면 그 ‘목적의 정당성’은 인정된다. 드론의 활용이 화재나 산림파괴 감지, 조난자 수색 등 공익적 업무수행의 달성에 기여하므로 ‘수단의 적절성’도 인정된다. 다만 피해의 최소성이 인정되기 위해서는 불가피하게 수집된 프라이버시적 촬영정보의 활용금지, 보유기간 최소화 등의 프라이버시권 침해여지를 최소화 할 수 있는 입법적 조치가 반드시 수반되어야 할 것이며, 영상촬영 자체가 업무수행을 위해 불가피한 경우에만 활용되도록 규율하는 것이 필요하다. 또한 침해가 발생한 경우 사인의 실효성 있는 권리구제방안이 마련되어야 한다. 그러한 방안으로 일반 대중이 비행 중인 무인 항공기를 식별하거나, 비행 목적 등을 알기는 힘든 측면이 있으므로, 무인항공기가 비행하는 시간, 지역 및 고도, 목적, 행사 등의 정보를 쉽게 조회할 수 있는 무인항공기 정보 사이트를 구축하는 것을 고려할 수 있다. 또한 ‘법익의 균형성’이 인정되기 위해서는 프라이버시 침해를 정당화 할 수 있을 만큼 드론활용의 공익적 효과가 명백해야 한다. 따라서 영상촬영을 하지 아니하고도 무인항공기를 활용하는 방안이 우선적으로 강구되어야 한다.

3) 사익 간 충돌

공익목적이 아닌 사기업 등에 의한 드론의 운영, 예를 들어 배달 과정 또는 지도제작 과정 등에서 촬영된 개인에 관한 정보 등은 현행법상 별도의 사전 동의를 없는 한 불가능하다.<sup>85)</sup> 일각에서는 "「개인정보 보호법」상 '영상정보 처리기기' 개념을 확대해 드론을 포함시키는 방안을 검토해야 하고, 항공법상 개인정보보호 의무를 규정하고, 의무 대상에 조종자 외에 사업자, 제작자를 추가하는 방안" 등을 제안한다.<sup>86)</sup> 그러나 '영상정보처리기기'에 드론을 포함시킨다 할지라도 현행법상 i) 법령에서 구체적으로 허용하고 있는 경우 ii) 범죄의 예방 및 수사를 위하여 필요한 경우 iii) 시설안전 및 화재 예방을 위하여 필요한 경우 iv) 교통단속을 위하여 필요한 경우 v) 교통정보의 수집·분석 및 제공을 위하여 필요한 경우에만 설치 및 운영이 가능하다. 따라서 민간의 경우 시설관리·범죄예방 등을 위한 제외한다면, 영리추구를 위한 서비스 제공 과정에서 개인에 대한 영상이 촬영되는 드론을 활용하는 것은 결국 정보주체의 사전 동의를 받아야 한다는 원점으로 돌아가게 된다. 즉 영상정보처리기기의 개념을 확장하여 드론을 포함시킨다 할지라도 결국 그 활용은 범죄예방·시설안전을 위한 경우로 제한된다.

여하튼 현재 사기업의 촬영 드론 활용<sup>87)</sup>은 개인정보를 수집하는 한 원천적으로 불가능하다고 할 것이므로 이와 관련된 사인의 프라이버시와 사기업의 영업의 자유 간 조화가 필요하다. 드론을 활용할 영업의 자유와 드론활용과정에서 침해될 수 있는 프라이버시권과의 충돌이다.

앞서 언급하였듯이 이러한 사인간의 기본권 충돌 시 '이익(법익) 형량이론'

85) 구글과 페이스북이 주로 인터넷 접속과 관련한 목적으로 드론을 운용한다면, 아마존은 물류 혁신의 첨병으로 드론을 이용할 계획이다. 구글은 드론에 무선인터넷 중계기를 탑재해서 전 세계에 무선인터넷을 공급하려는 계획을 가지고 있으며, 아마존이 드론을 이용해서 배달을 할 경우 물류 센터에서 16km 이내에 있는 지역에는 주문 후 30분 이내에 배송을 하는 초고속 배송이 가능하며, 기존의 트럭을 이용한 운송의 원가가 패키지 당 1.2달러 정도인 것에 비해 드론은 최저 9센트 원가 수준으로도 저렴한 경제성도 우수한 것으로 알려지고 있다.

86) 김송주 국회 입법조사관은 입법조사처 소식지 '이슈와 논점'

87) 민간드론의 경우 지도제작, 농임업 모니터링, 기후정보 감지 등에 촬영방식으로 활용될 수 있다. 한국 I PARK몰(용산역)은 중국 기업이 생산한 'Phantom 2 Vision+' 드론(판매가격 8,551 위안)을 구입하여 고객을 위해 선물 택배 (2015.2.6.)서비스 수행한 바 있다. 동 드론의 최장 비행시간은 25-30분이며 동체는 카메라를 설치하여 스마트폰을통해 촬영한 사진의 실시간 전송이 가능하고, 예정된 노선에 따라 비행이 가능하다.

과 ‘규범조화적 해결이론’에 의한 해결방안이 고려될 수 있다. 우선 ① 충돌하는 기본권들에 비례적으로 제한을 가하여 모든 기본권이 양립할 수 있도록 하고(비례적 제한의 원칙 또는 법익형량의 원칙), ② 모든 기본권들을 양립시키는 것이 불가능할 경우 대안을 모색하고(대안모색의 원칙), ③ 대안을 발견할 수 없는 경우에는 어떤 기본권을 불가피하게 후퇴시키되, 이때 기본권을 과도하게 제한하지 않도록 해야 한다(과잉금지의 원칙).

이러한 원칙의 적용으로 우선 불필요한 촬영을 금지할 필요가 있다. 즉 서비스 구현을 위해 촬영이 불가피한 경우가 아닌 한 촬영이 가능한 드론의 사용을 엄격히 제한하여야 한다. 드론의 활용은 허용하되 원칙적으로 프라이버시 침해적 요인이 가장 낮을 경우를 상정하는 것이다(비례적 제한의 원칙). 다만 드론을 활용한 서비스 과정(예를 들어 지도제작)에서 불가피하게 프라이버시적 정보를 촬영할 수밖에 없다면 그러한 서비스를 완전히 금지하는 것 보다는 프라이버시 침해 요인을 최소화하는 조치를 전제로 허용해 주는 방식을 도입하여야 한다(대안모색의 원칙). 드론의 설계 및 제작 단계부터 프라이버시 보호기술을 적용하는 것이 하나의 방안이 될 수 있다(privacy by design). 사람의 얼굴을 흐리게 하는 기술이나 특정정보를 암호화하는 기술을 탑재하는 것이다. 한편 민간의 드론활용과 관련하여 프라이버시 정보의 수집 자체가 문제가 되기보다는 수집 후 원치 않는 부적절한 이용이 관건이라고 볼 수 있다. 그렇다면 예외적으로 정당한 업무수행 과정에서 불가피하게 수집을 허용하되, 해당 업무수행이 종료된 경우(예를 들어 지도제작이 종료된 경우) 즉시 자동적으로 삭제하도록 하는 방안 등이 충돌되는 양 법익에 대한 규범조화적 해석 방안으로 제안될 수 있다.

#### IV. 결 론

프라이버시 관련 콘텐츠는 각종 커뮤니케이션 서비스에 있어서 핵심이 되는 자산이다. 프라이버시적 정보가 없는 페이스북이나 카카오톡, 카카오토리, 인스타그램 등은 상상할 수조차 없다. 이러한 프라이버시 콘텐츠는 서비스이용과정에서 부지불식간에 이용자에 의해 자발적으로 제공된다. 그러나 이용자가 프라이버시 관련 정보를 제공하기 전에 과연 이러한 콘텐츠들이 국가에 의

해 때로는 검열당할 수 있으며 서비스제공자 혹은 제3자에 의해 의도되지 않게 공개·활용 될 수 있다는 점에 대해서 진지하게 고민하는가에 대하여는 의문이다. 프라이버시 콘텐츠를 활용한 서비스의 출현 및 상용화가 일상이 되어 버렸고 기술은 더더욱 진화되며 알게 모르게 더 고도화된 서비스는 부지불식간에 개인의 사생활을 엿보고 있다. 하지만 이러한 기술이나 서비스를 법이나 제도로 막는다는 것 자체가 불가능하다. 그렇다고 우리가 역사적으로 수많은 투쟁과 희생을 통해 얻은 인간의 존재에 대한 근본적인 자유권 중의 하나인 프라이버시권은 절대 포기할 수도 포기되어져서도 안 된다. 그렇다면 모두에게 가장 조화로운 방향을 모색하여야 한다.

이러한 문제의식을 바탕으로 본 고에서는 사인이 가지는 프라이버시권과 공권력의 정당화요소로서 공익, 그리고 영업의 자유와의 갈등·충돌관계를 분석하고 그 조화방안을 모색해 보고자 하였다. 그간 이러한 갈등과 충돌을 해결하고자 하는 공권력의 설계가 기본 원칙하에 이루어지기 보다는 정부의 선제적·즉각적 공권력 행사를 통해 해결하려는 방식이 잦았다. 따라서 여러 차례 공권력 발동의 근거가 되는 규제실패를 격어야 했으며 그러한 결과는 의도하지 못한 부작용만 초래하면서 관련 산업에 타격을 주고, 공권력에 대한 국민적 공감대를 상실시켰다. 뿐만 아니라 이러한 공권력 행사는 국내사업자에 한정되는 불평등한 집행으로 반쪽짜리 공권력으로 전락하여 자국민의 사기저하를 불러일으키면서 그 신뢰도를 약화시키는 결과만 초래하였다.

새로운 기술이나 서비스에 대하여 공권력 행사의 근거가 되는 규제를 설정할 때 막연히 이해관계자의 가설이나, 여론몰이에 떠밀려서는 안 된다. 불명확할수록 막연할수록 원칙으로 돌아가야 한다. 공권력은 공익이라는 가치를 법치주의에 의해 구현함으로써 정당화된다. 뿐만 아니라 그러한 공익가치의 실현을 위한 공권력 행사의 내용은 반드시 비례원칙을 준수하여야 한다. 따라서 이러한 충돌을 해결하는 기본원리로서 공익과 사익간의 갈등에 대하여는 비례원칙의 적용을, 사익간의 갈등에 대하여는 사적자치의 원칙을 존중하되, 사인간의 기본권 충돌의 조정은 이익형량의 원칙과 규범조화적 해결원칙에 따라 해결되어야 한다. 본 연구는 이러한 원칙을 ‘카카오톡 감청사례’, ‘잇힐 권리’, ‘무인항공기’사례에 적용하여 프라이버시와, 공익 그리고 영업의 자유의 조화방안을 모색해 보았다.

## 【참 고 문 헌】

- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2010.
- 박용상, 「언론의 자유」, 박영사, 2013.
- 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2014.
- 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2009.
- 공진성, 감청의 기간연장과 그 한계에 대한 헌법적 고찰 - 통신비밀보호법 제 6조 제7항 단서 위헌제청사건 -, 「법학연구」 제14집 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2011.
- 권양섭, 사이버 공간에서의 증거수집에 관한 고찰, 「법학연구」 제37집, 한국법학회, 2010.
- 김민호, 공공부문 개인정보보호법제의 현황과 과제, 토지공법연구 제37집 제1호, 213면.
- 김선이 . 무인항공기의 사생활 침해에 관한 법적 고찰. 동아법학, (65), (2014)
- 김성룡, 이메일 압수·수색에 관한 독일 연방헌법재판소 결정의 주요 내용과 그 시사점, 「법학논고」 제32집, 경북대학교 법학연구원, 2010.
- 김송주, 무인항공기 관련 개인정보 보호 입법과제, 이슈와 논점 제1074호, 국회 입법조사처, 2015년 10월 22일.
- 김일환, 통신비밀의 헌법상 보호와 관련 법제도에 관한 고찰, 「형사정책」 제 16권 제1호, 한국형사정책학회, 2004.
- 김현경, 개인정보보호제도의 본질과 보호범위에 대한 재검토, 성균관법학 제 26권제4호, 2014.12,
- 박경신, E-메일 압수수색의 제문제와 관련 법률개정안들에 대한 평가, 「법학연구」 제13집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2010.
- 박경신, “한국과 미국의 통신감시 상황의 양적 비교 및 최근의 변천 - 기지국 수사, 대량감시, 통신자료제공, 피감시자통지를 중심으로 -”, 「아주법학」, 제9권 제1호, 아주대학교 법학연구소, 2015.

- 성선제, e-사회에서 테러 및 범죄예방을 위한 감청과 프라이버시의 갈등 조정 방안 연구, 「공법학연구」 제8권 제4호, 한국비교공법학회, 2007.
- 이상학, 사이버 정보활동의 기본원칙과 한계. 법학연구, 41, 2014.
- 지성우, 개인정보보호와 소위 ‘잊혀질 권리’ (Right to be forgotten)의 관계에 관한 연구, 한국정보화진흥원 입법정책좌담회 발표자료, 2012.12
- 지원림, 계약정의에 관한 연구, 비교사법 제9권 제2호(통권17호)
- 황성기, 현행 통신비밀 보호법제의 헌법적 문제점. 언론과법, 14(1), 1, (2015).
- 장은혜, 사인수용의 허용성과 한계— 공권력이 사인에게 이전되는 문제와 관련하여 —, 사단법인 행정법이론실무학회, 행정법연구 제33호 2012년 8월
- 강경근, “Carre de Malberg의 국가일반이론 에서의 국가와 국가권력 -서문과 본문목차 소개”, 공법연구 제16집, 1988.
- 이충한, “국가권력에 대한 사회계약론적 전통에 관한 고찰”, 동서철학연구 제63호, 한국동서철학회, 2012. 3.
- 차민식, 국가임무의 기능사회와 국가의 책임 (서울대학교 법학연구소 법학연구 총서 36), 경인문화사, 2011.
- 한상희. “정보화와 헌법”, 디지털시대의 헌법질서. 공동학술세미나 자료집 (2002.11.7). 정보통신정책연구원 · 중앙대학교 법학연구소. 2002.
- Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy”, Harvard Law Review 4, (December 15), 1890,
- J. Inness, “Privacy, Intimacy and Isolation”, Oxford University Press, 1992.
- F. Schoeman, “Privacy and Social Freedom”, Cambridge University Press, 1992.

## 【Abstract】

# Study on the conflicts and harmony between privacy and public authority in technology innovation environment

**Kim, Hyun Kyung**

Assistant Professor of Seoul National University of Science and  
Technology, Ph.D. in Law

Services using the privacy content are spread and evolving technology has more and more spying on the private lives unknowingly. But itself is nonsense to ban these technologies and services by the laws and institutions. Although we can not give up privacy historically gained through so many struggles and sacrifices and should not be. With this critical attitude of mind, this study analyzed and evaluated their conflict relationship to seek the harmonization measures between personal privacy, public authorities as justification element of public interest and the freedom of business. Meanwhile, the design of the public authorities to solve these conflicts were intimidated by this piecemeal approach rather than being carried out under the basic principles of the Constitution. Therefore, prices should have a regulatory failure that triggered the basis of several public authorities, such results give a blow to the industry, while only side effects not intended and national consensus on the public power was lost. Not only that, this public authority applies only to domestic operators by being reduced to half-public authorities. Eventually, unequal enforcement of public authority degrade the morale of its

citizens and weakened confidence in the country. Public authorities can be justified by implementing the value of the public interest by the rule of law. Also exercise of public authorities for the realization of the public interest should be sure to observe the principle of proportionality. Therefore, this paper proposed the following as the basic principles to resolve these conflicts : The principle of proportionality should be applied with respect to the conflict between public interest and private interest. And respecting the principle of private autonomy with respect to conflicts between a private interest and another private interest but adjustment of the crash between the basic rights(eg. privacy vs. freedom of sales) shall be resolved in accordance with the principles of proportionality and harmonization of norms. This study looked to find a harmony under these principles solving conflicts with privacy, public interest and the freedom of business surrounding 'KakaoTalk tapping case', 'right to be forgotten' and 'drone'.

Key Words : Privacy, public authorities, public interest, the freedom of business, the principle of proportionality, the principles on harmonization of norms

- ° 투고일 : 16. 8. 14.
- ° 심사일 : 16. 9. 22.
- ° 게재확정일 : 16. 9. 28.