

# 개인정보보호제도의 본질과 보호법익의 재검토\*

김 현 경\*\*

I. 서론	III. 영역별 규제원리와 개인정보의 규제방향
II. 개인정보 보호제도의 본질과 갈등	1. 영역별 개인정보 규제의 차이
1. 개인정보 보호제도의 본질	2. 공공부문 개인정보 규제방향
2. 개인정보 관련 법익 간 갈등	3. 민간부문 개인정보 규제방향
	IV. 결론

## 【국 문 요 약】

개인정보는 단지 보호의 대상이 아니며 표현의 자유를 보장받는다라는 의미에서 공개의 대상이 될 수 있고, 영업의 자유 측면에서 재산권의 객체이기도 하다. 이처럼 개인정보는 상황과 여건에 따라 여러 속성을 띄게 되므로 개인정보를 일의적으로 바라보아서는 안 된다. 본 논문은 개인정보의 이러한 속성을 개인정보의 사회적 가치와 경제적 가치, 그리고 개인적 가치 측면에서 개인정보보호와 갈등을 야기할 수 있는 여타 제도들(정보공개제도, 영업의 자유, 표현의 자유, 행정효율화)간의 충돌 양상을 검토하였다.

한편 개인정보와 관련된 이러한 가치들이 구현되는 원리는 공공부문과 민간부문에서 다르게 나타날 수밖에 없다. 공공부문에서 개인정보의 수집은 주로 행정에 필요한 정보수집의 차원에서 이루어지게 된다. 이러한 경우 정보주체의 입장에서 모든 사적 사항들이 국가에 대하여 노출됨을 의미하며 언제나 감시와 감독의 대상이 된다는 우려를 피할 수 없다. 그러므로 개인정보의 이용 또는 활용과 정보주체의 권리규제방안이 명확히 법률에 규정되어야 한다. 또한 행정조사를 통하여 국민의 개인정보를 수집하고 활용하는 과정에서 개인정보의 침해를 가져올 수 있는

\* 본 논문은 2014년 10월 24일에 '정보사회의 리스크 관리를 위한 개인정보보호규범의 합리적 정립과 집행'이라는 주제로 개최된 2014년 고려대 ICR센터 기획세미나에서 필자가 발표한 내용을 수정, 보완한 것입니다.

\*\* 서울과학기술대학교 조교수, 법학박사.

바, 이에 대해서는 철저한 사전, 사후 평가 및 통제시스템을 보유하고 있어야 하며 정부부처간의 이해관계 및 상하관계를 초월하는 강력한 조정권한을 가진 통제장치가 필요하다. 특히 범위반시 실효성 있는 제도의 마련이 필요하다. 전통적인 실효성 확보방안인 과징금이나 가산세 등의 금전상의 각종 제재방식 이외에 예산상의 제재, 기한을 정하여 행정입법이나 정책의무를 부과하는 방안 등이 제안될 수 있다.

반면 사적영역에서 개인정보를 제공하는 이유는 무료 서비스 이용에 대한 대가일 수도 있으며, 물건을 구매하기 위한 경우 등 대체로 영업활동의 일환으로 이루어지게 된다. 이러한 영역에 있어서 개인정보의 주된 가치는 '경제적 가치'이다. 사적자치 및 계약자유의 원칙에 기반 한 민간영역의 규율원리에 비추어 볼 때 개인정보와 관련된 부분에서도 이러한 원칙이 존중되어야 한다. 즉 사인 간 개인정보의 제공 및 이용과 관련된 갈등과 분쟁은 개인정보의 제공 및 이용 자체에서 발생하는 것이 아니라 합의되지 않은 방식의 제공 및 이용, 개인정보 누출에 의한 이차적 피해 등과 관련된 부분이다. 이러한 부분이 민사상 일반불법행위 요건을 충족했을 경우에 민법의 규정에 따르되, 입증에 있어서 곤란함, 행위의 정형성, 더 큰 주의의무의가 요구되는 경우 등에 대하여는 민법에 대한 특별한 규정을 두는 방안으로 법의 개정이 이루어지는 것이 타당하다. 다만 사적영역이라 할지라도 금융, 의료 등 고도의 공익성이 요구되는 부분에 대하여는 국가의 적극적 개입, 즉 공법적 요인이 정당화되므로 일부 공익적 규제원리가 작동될 수 있고 이러한 부분은 특별법적으로 규율할 부분이다. 또한 개인정보 관련 계약의 집단성, 반복되는 대량거래, 거래의 신속처리 등에 비추어 볼 때 민간영역에 있어서 개인정보의 규율은 오히려 서비스 약관내용의 공정성 확보가 더욱 중요한 쟁점이 될 수 있다. 이러한 약관 마련에 있어서 사업자와 소비자, 기타 이해당사자의 의견이 균형적으로 반영, 참조될 수 있는 프로세스를 마련하는 것이 중요한 법의 역할이 되어야 할 것이다.

## I. 서론

최근의 개인정보와 관련된 핵심 이슈는 단연코 ‘개인정보의 보호’이다. 빅데이터, IoT(Internet of Things) 등 기술환경의 변화와 함께 종종 ‘개인정보의 활용’에 대한 필요성도 제기되나 ‘개인정보의 활용’이 개인정보의 보호에 조금이라도 위해가 될 경우 이러한 논의는 더 이상 진행되기 힘들다. 그러나 개인정보는 단지 보호의 대상이 아니며 표현의 자유를 보장받는다라는 의미에서 공개의 대상이 될 수 있고, 영업의 자유 측면에서 재산권의 객체이기도 하다. 이처럼 개인정보는 상황과 여건에 따라 여러 속성을 띄게 되므로 개인정보를 일의적으로 바라보아서는 안 된다. 따라서 본 논문은 개인정보의 여러 속성을 바탕으로 개인정보 보호의 본질과 개인정보와 관련된 여타 제도들 간의 갈등 양상을 검토하고자 한다.

한편 개인정보를 둘러싼 제도들 간의 갈등의 근저에는 법역(法域)간의 규제원리가 다름을 인정하지 아니하고 통일적 규제만을 강조한 데에서 기인한 바가 적지 않다. 특히 개인정보는 자기결정권의 객체적 지위에서 뿐만 아니라 사적거래의 대상으로서 혹은 사인의 영업재산으로서 여러 속성을 가지고 있는바 각각의 속성에 따라 공공영역의 규제원리가 적용되어야 하는지, 사법적 영역의 규제원리가 적용되어야 하는지에 대한 판단이 선행되어야 한다. 그러나 현행 ‘개인정보 보호법’은 이러한 차이를 드러내기 보다는 모든 영역을 포괄하는 종합적 규제체계를 채택하고 있다. 따라서 본 논문에서는 공공부문과 민간부문간의 규제원리와 개인정보의 보호법익에 대하여 분석하여 개인정보의 다양한 속성에 부합하는 규제원리를 도출하고자 한다.

## II. 개인정보 보호제도의 본질과 갈등

### 1. 개인정보 보호제도의 본질

#### 가. 정보사회와 개인정보

과거 산업사회에서도 정부는 조세 징수, 사회통제 등의 목적으로 무수한 개인정보를 수집, 관리해 왔다. 그러나 이 당시 정보의 양식 및 형태나 수집, 보유 및 관리방식, 처리기술 등 여러 가지 측면에서 사생활 침해의 위협은 그리 심각하지는 않았다. 이 시기에 개인의 프라이버시 침해는 信書의 검열이나 전화 도청, 주거 또

는 사생활의 침해 등 제한적이고 단편적인 것에 국한되었고, 이를 방지하거나 제재하기 위하여 사생활의 자유나 표현의 자유, 통신의 자유 등과 같은 기본적인 권을 헌법적으로 보장하고 그에 의거하여 검열금지, 영장주의, 사생활비밀침해나 명예훼손 등의 범죄화 등 각종 공법적·형사법적 제도들이 강구되었다. 그러나 20세기 후반부터 정보통신기술이 비약적으로 발전함에 따라 상황은 판이하게 바뀌었다. 종래 종이문서에 의해 제한적·분산적으로 수집, 관리되어 왔던 개인에 관한 정보들이 고도의 정보수집·처리기술에 의해 실시간으로 용이하게 복제, 분석, 조작, 결합, 전송될 수 있게 되었고, 이를 통해 정보의 집적과 통합처리가 가능해졌기 때문이다.

1960년대에 서구 선진국들은 소위 “요람에서 무덤까지”라는 슬로건 하에 사회개혁과 확대된 사회복지 구현을 위해 국민 개개인에 대한 정보를 수집하여 복지정책의 수립·집행에 활용하였다. 컴퓨터를 정보처리체계로 활용하기 시작한 시기도 이러한 시기라고 할 수 있다. 이 당시 인구조사에서 얻어진 개인에 관한 각종 자료를 저장, 관리하면서 정보처리라는 기능에 주된 관심을 모았을 뿐 개인정보의 보호와 관련된 프라이버시에 대하여는 큰 관심을 부여하지 않았다. 국가는 이들 자료를 관리·통제하고 개인은 자신에 관한 자료를 정확하게 제공할 뿐 개인정보에 대한 권리는 주장하지 못하였다. 1970년대에 들어 개인정보가 거대한 중앙처리장치에 의하여 관리되고 국가의 세부적 사무에 이용되었다. 한편, 소형컴퓨터의 개발로 인해 개인정보는 데이터베이스 상호간의 공유체계로 악용될 수 있는 여건에 놓이게 되었다. 각국 정부는 정보관리와 함께 소극적인 태도로 개인정보를 논의하기 시작한 반면, 국민은 개인정보의 보호를 위한 권리화 뿐만 아니라 국민의 기본권으로서의 승격을 주장하였다. PC보급이 확대된 1980년대에 개인은 ‘개인정보 자기결정권’의 개념을 가지고 사회의 각 분야에 이용되는 개인정보를 스스로 통제할 수 있는 권한을 강조하였다. 1990년대 중반 이후에는 정보통신망의 이용확산과 인터넷의 상업적 이용으로 심각한 개인정보 오남용 문제가 발생하게 되었고 이에 부응하여 개인정보에 대한 강화된 보호의 틀을 마련하게 되었다.<sup>1)</sup>

즉 정보기술의 초기에는 정부에 의해 개인정보가 처리됨으로서 개인에게 초래될 수 있는 사생활침해에 대응할 수 있도록 권리를 부여하는 것이 중점이었으며 이러한 점에서 공법적 접근이 강조되기도 하였다.<sup>2)</sup> 그러나 최근에는 정부와 국민의 관

1) Michael Chissick and Alistair Kelman, *Electronic Commerce : Law and Practice*(2d ed.). Sweet & Maxwell, 2000, pp. 191-192

계에서 뿐만 아니라 민간영역에서 개인정보의 상업적 이용으로 인한 피해가 더욱 가시적으로 나타나게 되었으며 개인정보와 관련된 법역이 공·사법 구분 없이 종합적으로 다루어지고 있다.

#### 나. 개인정보와 프라이버시, 개인정보자기결정권

근대 프라이버시권의 기원은 1880년 Thomas Cooley 판사가 민사상의 손해배상에 관한 저서<sup>3)</sup>에서 “홀로 있을 권리(the right to be let alone)”라는 의미로 프라이버시권을 제시하고, 1890년에 Warren과 Brandeis가 이를 보다 상세히 분석한 논문<sup>4)</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 횡행하기 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>5)</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>6)</sup> 프라이버시를 보는 입장이나 시각은 각각 다르지만, Warren과 Brandeis 이후 20세기 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>7)</sup>가 강조되기 시작되었다. 프라이버시가 이렇게 적극적인 의미로 변화하면서 오히려 그 개념정의는 더욱 어려워졌으며, 현대적 의미의 프라이버시의 범주와 유형에

2) Jeff Govern, Protecting Privacy with Deceptive Trade Practices Legislation, 69 Fordham L.Rev.1305(2001).

3) Thomas C. Cooley, Laws of Torts(1st ed.1880),Sec.29.

4) 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.

5) 손형섭, 프라이버시권 · 명예권 · 언론의 자유의 법적관계, 언론과 법 제7권제1호, 2008, 315면.

6) Colin J. Bennett, Regulating Privacy : Data Protection and Public Policy in Europe and the United States, Ithaca : Cornell University Press, 1992, p. 25.

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

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>8)</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>9)</sup>, 다른 사람의 정보나 사적결정과정 에 대한 지나친 사회적 통제로부터의 보호를 프라이버시로 보는 입장<sup>10)</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>11)</sup>

한편, 1980년대 이후 개인정보가 타인에 의해 전자적 형태로 무한히 축적·처리되면서 타인의 수중에 있는 개인정보에 대한 정보주체의 통제권을 나타내기 위해 “정보프라이버시”(information or informational privacy)라는 개념을 사용하기 시작하였다.<sup>12)</sup>

우리나라 헌법재판소는 최근에 개인정보자기결정권과 관련하여 “개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다. … 또한 그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다. 새로운 독자적 기본권으로서의 개인정보자기결정권을 헌법적으로 승인할 필요성이 대두된 것은 다음과 같은 사회적 상황의 변동을 그 배경으로 한다고 할 수 있다. … 개인정보자기결정권의 헌법상

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

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

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

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

12) 한편, 미국의 Rosenbaum은 프라이버시 개념의 이 같은 다의성을 세 가지 범주, 즉 공간적 프라이버시(Territorial Privacy), 개인적 프라이버시(Personal Privacy), 그리고 정보프라이버시(Information Privacy)로 나누어 파악하고 있다. 상세는, Joseph I. Rosenbaum, Privacy on the Internet: Whose Information is it Anyway?, 38 Jurimetrics p.565, pp.566-67 (1998) 참조.

근거로는 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거를 둔 일반적 인격권 또는 위 조문들과 동시에 우리 헌법의 자유민주주의적 기본질서 규정 또는 국민주권원리와 민주주의원리 등을 고려할 수 있으나, 개인정보자기결정권으로 보호하려는 내용을 위 각 기본권들 및 헌법원리들 중 일부에 완전히 포섭시키는 것은 불가능하다고 할 것이므로, 그 헌법적 근거를 굳이 어느 한두 개에 국한시키는 것은 바람직하지 않은 것으로 보이고, 오히려 개인정보자기결정권은 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권이라고 보아야 할 것이다.”<sup>13)</sup>고 하였다.

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. 또한 프라이버시권은 진실한 사실의 적시에 의해서는 명예훼손이 성립되지 않는 미국의 법제에서, 진실한 사실 보도이지만 그로 인해 개인의 사생활이 침해되는 사건에서 개인의 인격권을 보호하는 기능을 하게 된다. 프라이버시권은 정보사회에서 입법 등의 과정을 통하여 개인정보의 보호개념을 구체화되고, 개인정보결정권과 같이 적극적 권리를 도출하는 근거가 되었다.

13) 2005.05.26. 2004헌마190. 그러나 헌법재판소는 2007. 5. 31. 2005헌마1139 결정에서 “사람의 육체적·정신적 상태나 건강에 대한 정보, 성생활에 대한 정보와 같은 것은 인간의 존엄성이나 인격의 내적 핵심을 이루는 요소이다. 따라서 외부세계의 어떤 이해관계에 따라 그에 대한 정보를 수집하고 공표하는 것이 쉽게 허용되어서는 개인의 내밀한 인격과 자기정체성이 유지될 수 없다. ‘공직자등의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률’ 제8조 제1항 본문 가운데 ‘4급 이상의 공무원 본인의 질병명에 관한 부분’(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)에 의하여 그 공개가 강제되는 질병명은 내밀한 사적 영역에 근접하는 민감한 개인정보로서, 특별한 사정이 없는 한 타인의 지득(知得), 외부에 대한 공개로부터 차단되어 개인의 내밀한 영역 내에 유보되어야 하는 정보이다. 이러한 성격의 개인정보를 공개함으로써 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 국가적 조치는 엄격한 기준과 방법에 따라 섬세하게 행하여지지 않으면 아니된다.”고 하면서 내밀한 사적 영역에 근접하는 민감한 개인정보의 공개는 개인정보자기결정권이 아닌 사생활의 비밀과 자유를 제한한다고 결정하여 개인정보보호에 관한 헌법상 근거조항을 구별하고 있다. 또한 헌법재판소는 2010. 9. 30. 2008헌바132 결정에서는 “개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리로서, 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장된다.”고 하면서 계속해서 “청구인이 그 침해로 주장하는 인격권, 사생활의 비밀보장권은 모두 개인정보자기결정권의 헌법적 근거로 거론되는 것들로서 그 보호영역이 개인정보자기결정권의 보호영역과 중첩되는 범위에서만 이 사건과 관련되므로, 특별한 사정이 없는 이상 개인정보자기결정권에 대한 침해 여부를 판단함으로써 위 기본권들의 침해 여부에 대한 판단이 함께 이루어지는 것으로 볼 수 있어 그 침해 여부를 별도로 다루지 아니한다.”고 하였다.

#### 다. 개인정보제도의 본질

개인정보를 프라이버시권을 지키기 위한 핵심요소로서 보호되어야 한다는 견지에 선다면 개인의 특정한 속성이나 활동은 그 누구에게도 드러내거나 양도할 수 없는 기본적 권리가 된다.<sup>14)</sup> 그러나 개인정보를 프로이버시의 견지에서만 보게 될 경우 개인정보는 거래의 대상이 될 수 없으며 시장에서 상품화되거나 시장의 침해를 받아서는 안 되는 것이 된다. 따라서 개인정보를 이렇게 소극적 권리와 자유의 관점에서만 다루는 것은 지나치게 협소한 접근법이 될 수 있다. 우리는 이미 은행 계좌 개설, 건강진단, 항공권구입 등 다양한 영역에서 ‘자발적으로’ 개인정보를 드러내고 살 수 밖에 없다. 즉 개인정보는 이미 하나의 경제적 거래 대상 즉 상품이 되었으며, 우리가 편리하고 효율적인 일상생활을 누리기 위하여, 그리고 각종 범죄로부터 안전한 사회적 삶을 영위하기 위하여 불가피하게 제공해야만 하는 재화가 되었다. 개인정보는 이제 대중이 기업이나 시장이 제공하는 서비스를 얻기 위해 치르는 대가와도 같은 것이 되었다.<sup>15)</sup>

이러한 현실을 반영해 볼 때 개인정보를 사적 재산권(property rights)이라는 견지에서<sup>16)</sup> 이해할 수 있다. 개인정보는 해당 개인의 소유물이 되기도 하지만 동시에 해당 개인으로부터 합법적으로 개인정보를 수집하고 가공, 처리한 기관의 소유물이 되기도 하며 이들은 수집한 정보가 사용되는 방식을 통제하는 권한을 가질 수 있다. 특정 개인이 자기 자신에 대한 정보를 자신의 소유물이라고 주장할 수 있는 만큼이나 상업적 주체들이 개인들로부터 수집한 개인정보를 처리, 가공한 것에 대한 정보를 자신들의 사적 소유권을 주장할 수 있기 때문이다.<sup>17)</sup> 그러나 이렇게 개인정보를 사적 재산권의 관점으로 접근하는 것은 프라이버시에 해악을 초래할 가능성이 크다. 시장 메커니즘으로 개인정보 보호의 문제를 해결하려는 경우 현존하는 법률들이 대부분 대기업과 자본의 이익을 실현하기 위한 방향으로 설정되어 있음에 비추어 볼 때 개개의 정보주체는 개인정보보호를 해결하기 위해 많은 비용과 부담을 초래할 수밖에 없으며, 개개의 정보주체와 자본 사이에 존재하는 권력과 정보의 불평등성을 제대로 고려하지 못한다는 점에서 적절하지 않다고 한

14) 이항우, 개인정보 보호와 공유자원 관리, 사이버커뮤니케이션학회, 통권 제17호(2006-1), 167-168면

15) 이항우 개인정보 보호와 공유자원 관리, 사이버커뮤니케이션학회, 통권 제17호(2006-1), 169면

16) Westin, Alen, Privacy and Freedom, NY: Atheneum, 1967.

17) Simon Garfinkel, Privacy : A Concept Whose Time Has Come and Gone, In D.Lyon & E.Zureik(eds.), Computers, Surveillance, and Privacy, Minneapolis: University of Minnesota Press, 2001, pp.156~174.



다.<sup>18)</sup> 또한 개인정보는 타인에 의해 제공되는 것이며 타인이 사용하라고 만들어진 사회적 산물이지만, 자기가 만들거나 구입한 소유물이 아니라는 반박도 가능하다.

이러한 상황에서 프라이버시는 개인이 사회에 참여할 것인가 혹은 말 것인가가 아니라 어떻게 참여할 것인가를 주요하게 고려하는 ‘개인정보 자기결정권’으로 정의되기도 한다.<sup>19)</sup> 전통적인 프라이버시권이 개인의 사적 영역을 외부의 침입이나 개입으로부터 소극적으로 보존하고자 하는 데에 초점이 맞추어져 있었다면, 개인정보자기결정권은 타인에 의한 개인정보의 무분별한 수집·축적·처리·가공·이용·제공에 대해 정보주체에게 적극적인 통제권을 부여하고자 하는 데에 그 핵심이 있으므로<sup>20)</sup> 그 보호의 맥락과 보호범위, 그리고 보호내용이 동일하지 않다고 할 수 있다. 종래의 프라이버시권이 소극적인 의미에 그친다는 가면 개인정보자기결정권은 자신들에 관한 정보가 정보수집 및 처리 기관들에 의하여 어떻게 수집되고 처리되며 활용되는지에 대하여 개인들이 끊임없이 확인하고 개입하는 “적극적인 참여의 원리”를 강조한다.<sup>21)</sup>

그러나 개인들의 적극적인 참여를 강조하는 개인정보 자기결정권으로서의 프라이버시 관념도 그것과 상충하는 다른 사회·경제적 가치들과의 충돌 속에서 현실적으로 거의 효력을 갖지 못하는 상황도 발생하게 된다. 이는 개인정보에 관한 권리가 프라이버시권과 관련하여 개인정보자기결정권을 통하여 강조된 개념이기는 하나 개인정보는 보호대상임과 동시에 이용의 대상이기도 하기 때문이다. 프라이버시는 기본적으로 양도할 수 없는 불가침의 인격권이라는 측면에서 보호받는 대상이나, 개인정보는 일종의 계약으로 본인이 개인정보의 수집·이용·처리를 허용할 수 있다는 점을 고려하면 자산으로서 재산권적 측면 해석이 가능하다. 그러므로 개인정보자기결정권은 인격권적 측면과 재산권적 측면이 모두 공존하고 있다는 면에서 프라이버시권과 동일한 개념으로 볼 수는 없다. 즉 개인정보보호의 권리는 내밀한 인격권의 보호영역과 정신적 자유의 사적영역 또 전통적인 물리적 공

18) Simon Davies, Re- Engineering the Right to Privacy : How Privacy Has Been Transformed from a Right to a Commodity. In P. Agre and M.Rotenberg (ed.), Technology and Privacy, MA: MIT Press, 1998, pp.260~274; Oscar Gandy, Coming to Terms with the Panoptic Sort. In D.Lyon & E.Zureik(eds.), Computers, Surveillance, and Privacy, Minneapolis: University of Minnesota Press,1996, pp.132~155.

19) Viktor Mayer-Schonberger,Generational Development of Data Protection in Europe, In P. Agre and M.Rotenberg(eds.), MA: MIT Press, 1998, pp.219~242.

20) 성낙인, “행정상 개인정보보호”, 공법연구 제22집 제3호(한국공법학회,1994), 288면.

21) 이항우, 전제논문, 168면

간의 사생활보호의 자유권적 특성만이 아니라, 적극적으로 정보처리과정에서 인격권의 보호와 정신적 자유의 참여권 및 청구권, 그리고 개인정보의 재산권적 성질을 인정할 수 있다.<sup>22)</sup>

한편 개인정보를 일종의 공유재로 이해하는 견해도 있다. 공유자원은 그것을 사용함으로써 얻게 되는 혜택을 누릴 수 있는 잠재적 수혜자들을 배제하는 것이 매우 어려운 큰 규모의 자연적 혹은 인공적 자원이며 인터넷 또한 공유자원 체계에 해당되므로, 인터넷상의 데이터 패킷과 컴퓨터파일 등과 같은 정보재도 역시 공유재로 파악한다.<sup>23)</sup> 이처럼 개인정보를 공유재로 보는 견해는 프라이버시는 공통적 가치(common value), 공공적 가치(Public value), 집합적 가치(collective value)를 지니고 있기 때문에 이를 단순히 개인적 가치로만 환원할 수는 없다고 한다.<sup>24)</sup>

이렇게 볼 때 개인정보는 사회적 가치와 경제적 가치, 그리고 개인적 가치를 동시에 지니고 있다고 볼 수 있다. 사회적 가치는 ‘개인정보의 수집 및 활용을 통해 사회질서 및 행정효율을 향상시킴으로써 궁극적으로 공익을 증대하려는’ 노력과 연관되어 있으며, 경제적 가치는 ‘개인정보를 기업의 이윤 증대를 위한 기업자산 혹은 자원으로 인식하고 사용하려는’ 관심과 긴밀히 관련된다. 또한 개인정보를 사회적 가치나 경제적 가치에 희생되어서는 안 되는 ‘핵심적 자유권’ 혹은 ‘절대적 자유권’으로 파악할 때 개인정보의 개인적 가치가 강조되게 된다. 이 세 가지 가치가 개인정보 사용자의 관점에 따라 서로 경합하므로 그 가치들 사이의 균형을 이루기 위한 방향을 탐색하는 것이 중요하다.<sup>25)</sup> 즉 오늘날에는 프라이버시적 성격 안에서 개인정보를 논하는 방식에서 나아가, 개인정보의 사회적 가치와 경제적 가치, 그리고 개인적 가치를 조화시키고 이들 간의 균형과 접점을 모색하는 방향으로 나아가야 한다. 이러한 가치를 법의 관점에 반영한다면 결국 사회적 가치는 ‘개인정보의 활용을 통해 사회 공통의 공익을 증대하려는’ 노력과 연계되며 이는 공법적 원리 하에서 입법정책에 반영되게 된다. 경제적 가치는 ‘사적 이윤 증대를 위한 자산으로 인식하고 사용하려는 사익’과 관련되는 한 사법적 가치가 존중되어야

22) 정영화, 개인정보침해에 대한 사전·사후적 구제제도, 개인정보보호 정책포럼(정부혁신지방분권 위원회) 자료집, 2004.6.16., 8면.

23) Elinor Ostrom, *Governing the commons : The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge : Cambridge University Press, 1990 p. 30.

24) Priscilla Regan, *Privacy As a Common Good in the Digital World*. *Information, Communication & Society* 5(3), 2002, pp.382-405.

25) 김동원, 개인정보수집에서 프라이버시와 경쟁가치들의 경합과 균형, *정보화정책* 제10권 제4호, 2003, 76~91면

할 것이다. 개인적 가치는 경제적 가치에 희생되어서는 안 되는 ‘핵심적 자유권’ 혹은 ‘절대적 자유권’이라는 관점에서는 비추어 볼 때 사적영역에서의 요구되는 공익적 가치질서의 유지와 관련된다.<sup>26)</sup> 즉 개인정보제도는 공익적 가치와 사익적 가치의 접점에 위치하며 이들 간 적절한 균형을 추구하는 방향으로 설계되어야 한다.

## 2. 개인정보 관련 법익 간 갈등

### 가. 정보공개제도와와의 갈등

제도적인 차원에서 국민의 알 권리를 보호하기 위해 정보공개제도를, 개인정보와 관련된 인격적 가치를 보호하기 위해 개인정보보호제도를 확립하여 시행하고 있다. 공공조직이 보유한 모든 정보를 최대한 공개하는 것이 정보공개법제의 기본 원칙이고, 개인정보 처리과정에서 다루어지는 개인정보를 최대한 보호하는 것이 개인정보 보호법제의 기본 원칙이다. 이처럼 두 법제가 지향하는 바는 정보의 최대 공개와 최대 보호라는 점에 차이가 있다. 행정의 공개와 투명성을 높임으로써 국민들이 현실문제에 관한 독자적 판단을 가능하게 하며 정치생활에 능동적이고 책임감 있게 참여하는 것이다. 결국 이렇게 국가의 투명성을 보장함으로써 진정한 의미의 국민주권을 실현하고 민주주의가 꽃피울 수 있도록 하고자 하는 것이 알 권리와 정보공개의 기본취지이다. 이에 따라서 얼핏 보기에 개인정보자기결정권과 정보공개청구권을 동시에 보장하는 것이 모순된 것처럼 보일지도 모른다. 그러나 개인정보보호와 정보공개는 결코 서로 분리되거나 상호 대립되는 것이 아니라 국민의 의사소통능력과 민주사회의 기능을 촉진하기 위하여 모두 필요한 것이다.<sup>27)</sup>

헌법재판소는 정보공개제도를 알권리에서 구하면서<sup>28)</sup> “알 권리”는 청구인에게 이해관계가 있고 타인의 기본권을 침해하지 않으면서 동시에 공익실현에 장애가 되지 않는다면 가급적 널리 인정하여야 할 것이고 적어도 직접의 이해관계에 있는 자에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 의무적으로 공개하여야 한다고 할 것이

26) 즉 상사분야가 사적자치가 기본원리가 되는 사적 영역임에도 불구하고 부정경쟁방지 측면에서의 공익적 가치가 반드시 반영되어야 하는 것과 유사하다고 할 수 있다.

27) Spiros Simitis, Informationelle Selbstbestimmung und Informationsfreiheit als Verfassungsprinzipien, Thomas Kreuder(Hrsg.), Der orientierungslose Leviathan, 1992, 145면.

28) 1991. 5. 13. 90 헌마 133에서 헌법재판소는 알 권리가 갖고 있는 “자유권적 성질은 일반적으로 정보에 접근하고 수집·처리함에 있어서 국가권력의 방해받지 아니한다는 것을 말하며, 청구권적 성질은 의사형성이나 여론형성에 필요한 정보를 적극적으로 수집하고 수집을 방해하는 방해제거를 청구할 수 있다는 것을 의미하는 바 이는 정보수집 또는 정보공개청구권으로 나타난다.”고 한 바 있다.

다”<sup>29)</sup>라고 결정한 바 있다. 즉 사생활의 비밀과 자유도 공공의 이익 또는 일반국민의 정당한 관심사항인 경우에는 국민의 ‘알 권리’를 충족시키기 위해 일정한 합리적 범위 내에서 폭로 될 수 있다. 공공의 이익을 위해서는 프라이버시가 침해될 수 있으며, 그 경우에는 면책이 되며 다만 이 경우에도 그 인물의 사생활은 가능한 보호되어야 하므로 공적 사항과 직접 관계되는 사실 또는 상당관계에 있는 사실만이 공개 될 수 있다고 한다.<sup>30)</sup> 즉 증대한 공적 이익을 위하여 사생활의 비밀과 자유가 제한 될 수 있으며, 개인의 사생활이라 할지라도 그것이 공적 중요성을 갖는 경우에는 금지되거나 제한될 수 있다.

이렇게 볼 때 정보공개제도와 동의의 갈등에 있어서 개인정보와 관련된 중요한 가치는 ‘사회적 가치’라고 할 수 있다. 즉 ‘일정한 경우 공적 중요성을 위해 개인정보의 공개를 허용 하는 바 사회 공통의 공익을 증대하려는’ 노력과 연계되며 이는 공법적 원리 하에서 입법정책에 반영되게 된다.

#### 나. 영업의 자유와의 갈등

고객이 없으면 계속적 영업행위가 이루어질 수 없기 때문에 전통적으로 고객은 영업재산의 중요한 요소로 간주되어 왔다. 영업재산의 개념에 대하여 단골고객 관계를 끌어당기는 것을 허용하는 요소의 전체를 재통합하는 것으로 볼 정도로<sup>31)</sup> 고객관계는 영업재산의 가장 중요한 구성요소인 동시에 영업재산 구성의 목적으로도 작용해 왔다. 즉 고객관계를 중심으로 영업재산의 법리가 전개된다고 하여도 과언이 아니다. 이러한 영업재산을 이루는 고객관계의 기본은 고객정보이며 이는 당연히 개인정보에 해당된다.

개인정보를 상업적 거래의 대상으로 취급하여 시장에서 판매하거나 임대하는 것은 신용카드 이용, 항공기 예약, 비디오 대여 등에서 볼 수 있는 바와 같이 인터넷이 대중적으로 생활화되기 이전부터 이어져온 오랜 경제적 관행이었다. 정보사회에 이르러 이러한 관행은 기업의 생존과 직결되고 있다. 온라인상에서 이루어지는 거래와 관련된 대다수의 영업은 고객정보, 즉 개인정보를 기반으로 이루어지게 되기 때문이다. 대다수의 웹사이트에서 서비스를 이용하기 위해서는 생년월일, 이메

29) 1991. 5. 13. 90 헌마 133.

30) 김철수. 헌법학개론, 박영사, 2007, 732면.

31) 프랑스의 다수설은 영업재산의 개념에 대하여 단골고객 관계를 끌어당기는 것을 허용하는 요소의 전체를 재통합하는 것으로 본다. 원용수, 프랑스 상법상 영업재산의 양도·담보 및 이용대차제도의 어제와 오늘, 충남대학교 법학연구 제21권 제2호, 2010, 135면.

일주소 등의 개인정보를 제공하는 등 온라인상에서 개인들은 간편하게 정보 또는 상품을 얻을 수 있는 대가로 개인정보를 어느 정도 제공해야 하는 '기브 앤 테이크(give & take)' 방식이 보편화되었다. 특히 회원에 기반 한 포털, 소셜네트워크서비스(SNS) 등의 산업은 가능한 한 많은 수의 회원들을 확보하여 광고수입을 올리거나 다양한 유료서비스를 제공함으로써 최대한 수익을 안정적으로 확보하여야 한다. 최근 데이터 마이닝 기술의 고도화로 영업에 있어서 개인정보는 단순히 고객 유지, 관리하기 위해서 뿐만 아니라 적극적 마케팅을 위해 끊임없이 재가공 되어 새로운 가치를 지니는 정보로 변화할 수 있다.

이처럼 회원들에 대한 정보는 경제적 교환의 중요한 대상이 되기 때문에 대다수의 서비스사업자들은 자신들이 확보한 회원들에 대한 많은 개인정보를 수집하고 다양하게 활용하려 한다. 이렇게 제공된 개인정보는 고유의 본질적인 주관적 가치를 넘어 상인에게 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 자유는 각자의 생활의 기본적인 수요를 충족시키는 방편이 되고, 개성신장의 바탕이 될 뿐만 아니라 국민 개개인이 선택한 직업의 수행을 통해 자유주의적 경제·사회질서의 요소가 되는 기본적 권리이다.<sup>32)</sup> 기업이나 개인이 영업활동의 일환으로 소비자의 개인정보를 수집·처리하여 이를 상품 또는 서비스의 생산이나 마케팅에 활용하는 것은 헌법이 보장하는 영업의 자유에 속한다고 할 것이다.<sup>33)</sup>

32) 1989. 11. 20. 89헌가102

33) 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 방해로 받지 않고 기업활동을 할 수 있는 자유를 의미한다.”

즉 영업의 자유와의 갈등에서 개인정보와 관련된 중요한 가치는 ‘경제적 가치’라고 할 수 있다. 개인정보를 사적 이윤 증대를 위한 자산으로 인식하고 사용하려는 사익과 관련되며 사인간의 거리가 중심이 되는 한 사법적 가치가 존중되어야 할 것이다.

#### 다. 행정업무 효율화를 위한 개인정보의 활용과 갈등

행정업무 효율화의 핵심수단은 행정정보 공동이용이다. 동일한 정보의 중복적 수집을 금지하며 행정기관 간 확인가능 한 민원서류를 국민에게 다시 요구하는 것을 금지하기 위해서는 필연적으로 국민의 개인정보 활용이 요구된다. 국민에 대하여 최대한의 편의성을 제공함과 동시에 행정의 중복에서 초래될 수 있는 행정력의 낭비를 막을 수 있으므로 국민의 신뢰성을 확보할 수 있는 수단으로 인정되고 있다. 뿐만 아니라 대국민서비스에 있어서 시민의 직접적인 참여도 가능하도록 하는, 이른바 열린 행정의 기반으로서의 기능도 가지고 있다. 각급기관이 보유하고 있는 정보를 상호 연계함으로써 정보의 일치성, 무결성을 확보하고 그 결과 행정착오 요인을 제고하여 행정의 신뢰도 증진을 기대할 수 있다. 또한 신속, 정확한 정보 확보로 정책수립의 적시성(適時性)을 확보하고 업무 간 협업을 통한 시너지효과 창출로 행정기관의 생산성 향상을 가져올 수 있다. 기 구축된 개별기관의 행정DB를 최대한 재활용하여 유사 정보의 재구축에 따른 비용절감 및 중복투자를 방지할 수 있고 이를 통해 국가재정의 효율적 활용에도 긍정적 효과를 가져 올 수 있다. 결국 이러한 행정정보 공동이용은 전자정부구현을 위한 이상적이며 필수적인 수단이라 할 수 있다.<sup>34)</sup>

그러나 행정정보는 거의 필수적으로 개인정보를 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.

즉 공공조직이 보유한 모든 정보를 최대한 공동활용하여 행정의 효율성 및 신뢰성을 도모하는 것이 전자정부의 기본 원칙이고, 개인정보 처리과정에서 다루어지는 개인정보를 최대한 보호하는 것이 ‘개인정보 보호법’의 기본 원칙이다. 이처럼 두 법률이 지향하는 바는 정보의 공유 및 활용과 보호라는 점에 차이가 있다.

이러한 행정업무 효율화를 위한 갈등에서 개인정보와 관련된 중요한 가치는 사

34) 한국전산원, 전자정부법 개정방안 연구, 한국전산원, 2008, 21~22면.

회적 가치라고 할 수 있다. 즉 '일정한 경우 공적 중요성을 위해 개인정보의 공유와 활용을 허용 하는 바 사회 공통의 공익을 증대하려는' 노력과 연계되며 이는 공법적 원리 하에서 입법정책에 반영되게 된다. 그럼에도 불구하고 개인정보가 국민에 대한 감시나 통제수단으로 활용되지 않도록 즉 공익적 가치라는 오명으로 희생되지 않도록 보호해야 할 '핵심적 자유권' 혹은 '절대적 자유권'이라는 관점에서 비추어 볼 때 또 개인정보의 개인적 가치 또한 간과되어서는 안 된다.

#### 라. 표현의 자유와의 갈등

개인정보에는 이름, 전화번호 등 사실을 타나내는 정보뿐만 아니라 개인의 정신·신체·재산·사회적 지위·신분 등에 관한 사실·판단·평가를 나타내는 일체의 정보를 포함한다. 즉 개인에 대한 판단이나 평가는 기본적으로 명예훼손 법리가 적용되며, 표현의 자유와도 밀접하게 관련된다. 앞서 언급하였듯이 개인정보 보호의 근처에 있는 프라이버시권은 옐로저널리즘으로부터 개인의 사생활을 보호하기 위한 측면에서 Warren & Brandeis의 논문에 의해 제기된 것이라고 평가하고 있다.<sup>35)</sup> 프라이버시를 침해하는 보도 및 출판이라는 행위에 의하여 보다 명료하게 생긴다고 할 수 있다. 개인의 사생활에 대한 언론의 표현은 프라이버시권의 침해를 발생 하게 할 수 있고, 프라이버시권의 인정은 언론의 자유에 대한 새로운 한계가 되었다.<sup>36)</sup>

우리나라는 '사생활의 비밀'과 '표현의 자유'사이에 적절한 조화를 요구하고 있다. 즉 표현의 자유는 민주정치에 있어서 최대한 보장을 받아야 하지만 그 못지않게 개인의 명예나 사생활의 자유와 비밀 등 사적 법익도 보호되어야 할 것이므로, 인격권으로서의 개인의 명예의 보호와 표현의 자유의 보장이라는 두 법익이 충돌하였을 때 그 조정을 어떻게 할 것인지는 구체적인 경우에 사회적인 여러 가지 이익을 비교하여 표현의 자유로 얻어지는 이익, 가치와 인격권의 보호에 의하여 달성되는 가치를 비교형량하여 그 규제와 폭과 방법을 정하여야 한다.<sup>37)</sup>

기존의 표현의 자유는 언론매체의 국가기관으로부터의 검열에 대한 저항으로 개인정보에 대한 사항은 부차적이었으나, 최근 표현의 자유의 핵심이슈는 단연코 개

35) 성낙인, 언론정보법, 나남출판(1999), 494면, W.Freedman, the Right of Privacy in the Computer Age, Quorum Books (1987) ; J. Rubinfeld, the Right of privacy, 102 Harvard Law Review 737(1989), pp. 737-807.

36) 손형섭, 프라이버시권·명예권·언론의 자유의 법적관계, 언론과 법 제7권제1호, 2008, 320면

37) 大判 1988.10.11, 85 다카29

인정보의 활용과의 갈등이다. 특히 인터넷이라는 매체가 개인정보를 직접적으로 수집·관리·이용할 목적이 아니었지만 인터넷 서비스를 제공하는 과정에서 부수적으로 개인에 관한 정보들이 모여지거나 검색·유통됨으로써 결과적으로 사생활이나 인격권 침해가 발생하는 경우가 다수 발생하고 있다. 이러한 경우 정보게제자의 표현의 자유와 매체의 경제활동의 자유, 그리고 정보주체의 프라이버시가 복합적으로 갈등양상을 보이게 된다. 정보게제자의 입장에서 볼 때 표현의 자유 및 인터넷이 가지는 공익적 가치를 증진시키기 위해 활용이 허용되어야 하는 경우로서 개인정보는 사회적 가치로서 작용하게 된다. 인터넷이라는 매체의 운영자 입장에서 이러한 개인정보가 영업의 수단으로서 그 활용이 허용되어야 하는 경우이므로 경제적 가치로서의 개인정보로 작동하게 된다. 그러나 정보주체의 입장에서는 경제적 가치에 희생되어서는 안 되는 ‘핵심적 자유권’ 혹은 ‘절대적 자유권’으로 보호받아야 하는 것이다.

### III. 영역별 규제원리와 개인정보의 규제방향

#### 1. 영역별 개인정보 규제의 차이

공공부문에서 개인정보를 수집하는 이유는 주로 행정에 필요한 정보수집의 차원에서 이루어지는 이른바 ‘행정조사’로서의 지위를 갖는다.<sup>38)</sup> 반면 사적영역에서 개인정보를 제공하는 이유는 무료 서비스 이용에 대한 대가일 수도 있으며, 물건을 구매하기 위한 경우 등 대체로 영업활동의 일환으로 이루어지게 된다.

개인정보자기결정권은 비단 공공부문에서만 구현되어야 하는 것이 아니라 공사영역 구분 없이 적용되는 것이다. 다만 권리의 충돌 양상은 공사영역에서 다르게 나타날 수밖에 없다. 공공부문에서의 개인정보자기결정권의 구현은 국가와 국민 즉 정보처리자와 정보주체간의 수직적 관계에서 구현되어야 하며, 사적영역에 있어서는 양자의 수평적 관계를 기반으로 한다.

상기 언급된 갈등상황을 중심으로 살펴보면 정보공개제도와 개인정보보호와의 갈등은 공법부문에서의 주된 내용이라고 할 수 있다. 정보공개제도는 민주주의와 국민의 알권리 보장을 위해 국민이 국가에게 일정한 정보의 제공을 요구하고 이에 응하는 제도이다. 반면 영업의 자유와의 갈등은 사적부문의 주된 내용이라고 할

38) 김민호, 공공부문 개인정보보호법제의 현황과 과제, 토지공법연구 제37집 제1호, 2007, 213면.



수 있다. 이러한 갈등에서 중요한 부분은 정보주체와 정보처리자의 사적자치의 원칙이며 다만 국가의 개입은 거래의질서 확립과 이해조정을 위한 범위에 그쳐야 한다. 행정업무의 효율성을 위한 개인정보의 활용에 있어서의 갈등은 개인정보의 ‘사회적 가치’와 ‘개인적 가치’가 충돌하는 영역으로 공익간의 갈등을 보이는 공법적 영역이라고 할 수 있다. 한편 표현의 자유와의 갈등은 초기 국가권력으로부터의 검열의 해제 측면에서는 국가에 대한 자유권 측면에서의 공법적 성격이 짙었으나, 최근 인터넷상의 표현의 자유 속에서 나타나는 갈등양상은 개인정보를 수집·처리하는 인터넷서비스사업자들과 정보주체간의 이해관계의 조정이라는 사적영역의 규율성격이 더 짙게 나타나고 있다고 보여 진다.

모든 갈등양상에 있어서 법의 역할은 법익의 충돌에 대한 타당하고도 합리적인 이해조정이다. 공공부문에서 있어서는 명령과 강행규정 중심이 되어야 하나, 사적 영역에 있어서는 당사자 자치를 우선 존중하고 양자의 의사가 명확하지 않을 경우 이해관계의 조정 중심 즉 임의규정이 중심이 되어야 한다. 다만 사적 영역이라 할 지라도 당사자의 거래관계가 지나치게 불균형을 이룰 경우 공법과 유사한 규정이 개입되게 된다. 이러한 기본원칙이 존중되는 방향으로 입법정책이 이루어져야 한다. 그러나 현행 개인정보보호법제는 이러한 다름에 대한 고려보다도 각각의 개별 사안에 대한 즉응적 해결에 주안점을 두고 있는 듯하다. 개인정보에 대한 기본법이라 할 수 있는 현행 ‘개인정보 보호법’ 역시 이러한 차이를 법에서 명확히 구분하기 보다는 개인정보에 대한 종합적 규제에 그치고 있어 실제 시행에 있어서는 많은 애로점을 노출시키고 있다. 이제 ‘개인정보 보호법’ 시행이 3년을 넘어서고 있는 만큼 입법에 참고하여야 할 많은 사례와 경험들이 누적되었다. 이를 바탕으로 개인정보가 가지고 있는 각각 다른 개별 가치들을 현행의 법제에 자연스럽게 반영되도록 입법의 방향을 재검토 할 필요가 있다.

## 2. 공공부문 개인정보 규제방향

### 가. 공공부문 규제원리

공공부문의 개인정보와 관련된 법익 간 가치의 충돌은 단연코 공익과 관련된다. 공익이 무엇인가에 대하여 혹자는 “어떤 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.”<sup>39)</sup> 특정 사회가 형성, 유지, 발전시키고자 하는 질서의 내용이라고도 한다.<sup>40)</sup>

주로 사익과 구별되는 개념으로서 공익을 언급할 때 공익 개념은 ‘공공성’ 혹은 ‘공적인 것’과 관련을 맺는다. 이러한 의미는 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>41)</sup>

이러한 공익을 구현하는 것이 공공부문의 규제원리라고 할 수 있으며 공공부문은 행정기관 등이 공익 수행을 위하여 권력적 또는 비권력적 행정조사를 통하여 국민의 개인정보를 수집, 활용하는 과정에서 개인정보의 침해를 가져올 수 있다.<sup>42)</sup> 특히 공공부문은 개인정보처리자와 정보주체의 불평등관계를 전제로 하므로 정보수집과 이용에 대한 국민의 막연한 불안감은 상시 존재하게 된다. 특히 전자정부시대의 효율적 행정의 실현을 위해서는 필연적으로 개인정보를 분석·가공하게 되고 다른 기관과 주고받는 절차도 필요하게 된다. 전통적으로는 개인정보가 수기로 기록된 행정문서 대장을 통해 정보관리와 행정행위가 이루어지는데 전자정부에서는 전자적 기록인 데이터에 의하여 정보관리와 행정행위가 이루어지게 된다. 즉 전자정부의 발전은 필연적으로 정부가 보유하는 정보의 효율적 활용을 기반으로 하여 국민에 대한 편리한 행정서비스의 제공을 목표로 한다. 이러한 전자정부의 목표는 정보의 불필요한 과다 축적을 배척하게 되었고 2중, 3중으로 관리되는 불필요한 행정정보를 단순화하여 필요한 정보를 공유하여 행정의 효율성을 극대화하는 방향을 모색하게 되었다. 이는 당연히 정부가 보유·관리하는 개인정보에도 적용되며 이에 따라 개인정보 역시 공동이용의 대상이 된다. 그러나 문제는 개인정보의 투명한 관리가 이루어지지 않는 상황에서의 개인정보 공동이용은 개인정보

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

40) 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.

42) 양창수, 공익과 사익의 혼용현상을 통해 본 공익 개념, 공익과 인권 제5권 제1호(2008), 24~26면.

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

내지 프라이버시에 대한 국민의 막연한 불안감만을 불러일으킨다는 점이며 그러한 불안감은 행정의 효율성을 극대화한다고 해서 해결될 수 있는 문제가 아니다.

다만 특정 사회가 형성, 유지, 발전시키고자 하는 질서의 내용이 곧 公益이며, 국가(입법, 행정, 사법)는 公益질서의 형성, 유지, 발전의 고유한 임무가 있다고 볼 수도 있을 것"이라고 하면서, 민사법 영역에서도 공익 개념을 인정할 수 있다는 태도<sup>43)</sup>에 의하면 사적영역에 있어서도 공익을 규율하는 공법적 원리가 적용될 수 있다.

#### 나. 공공부문 개인정보 제도설계방안

전자정부에서는 기존의 수기정부에서보다 국민 개인에 대한 정보처리가 신속하고 광범위하며 권력에 의한 개인통제가 더욱 손쉬워진다. 정보화는 국가과정의 측면에서 관료들이 가지는 전문·기술성과 결합하여 개인에 대한 정보를 취급자의 자의에 따라 무분별하게 이용될 수 있다는 문제를 안고 있다.<sup>44)</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>45)46)</sup> 따라서 개인정보의 이용 또는 활용과 정보주체의 권리구제방안의 명확한 법정화를 통한 행정의 효율성 확보가 중요하다. 후술하듯이 사적 거래에 있어서 개인은 계약에 의해서 개인정보를 수집, 처리할 수 있는 반면, 국가는 법률의 근거 없이 개인정보를 조사, 처리 할 수 없다.<sup>47)</sup>

또한 행정조사를 통하여 국민의 개인정보를 수집, 활용하는 과정에서 개인정보

43) 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.

44) 한상희, "정보화와 헌법", 디지털시대의 헌법질서. 공동학술세미나 자료집(2002.11.7). 정보통신정책연구원·중앙대학교 법학연구소. 2002. 30면.

45) 한상희, 앞의 논문. 30쪽.

46) 이른바 교육행정정보시스템(NEIS) 사태라고 불리는 교육정보화 사업에서 나타난 문제점이 그 대표적인 사례라고 할 것이다. NEIS는 교원의 업무경감과 교육의 질 향상, 학부모와의 정보공유, 대국민 만족도 제고, 그리고 교육행정의 생산성 향상 등 청사진을 갖고 출발하였으나 개인정보 침해 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.

47) 김일환·김민호, 개인정보보호기구 법제정비의 원칙과 방향에 관한 공법체계적 고찰, 토지공법연구 제36집, 2007.5, 255면.

의 침해를 가져올 수 있는 바, 이에 대해서는 철저한 사전, 사후 평가 및 통제시스템을 보유하고 있어야 하며 정부부처간의 이해관계 및 상하관계를 초월하는 강력한 조정권한을 가지 통제장치가 필요하다.<sup>48)</sup> 특히 범위반시 실효성 있는 제도 마련이 필요하다. 현행법상 과태료 처분은 국가가 일반통치권에 근거하여 행정법상의 의무위반행위에 대하여 부과하는 금전적인 제재로서 행정형벌과 함께 전통적으로 국가의 권력작용에 속하는 행정벌이다. 과태료 부과와 관련하여 공공기관을 제외한다는 특별한 규정이 없는 한 개인정보보호법상 개인정보처리자에 해당하는 공공기관은 법률상 의무를 위반한 경우 과태료 부과대상이 된다.<sup>49)</sup> 한편 개인정보보호법상 중앙행정기관도 개인정보처리자로서 공공기관에 포함되므로 원칙적으로 과태료 부과대상이 되나, 중앙행정기관에 대한 처분의 법적 효력은 국가에 귀속되며, 국가가 부과·징수한 과태료 수입은 법률에 특별한 규정이 없는 한 국가의 수입으로 귀속된다.<sup>50)</sup> 따라서 현행 ‘개인정보 보호법’상 행정안전부가 다른 중앙행정기관에게 과태료를 부과하는 것은 국가가 스스로에게 과태료를 부과하는 결과를 초래하므로 중앙행정기관은 과태료 부과대상에서 제외되는 것이 적절하다.

따라서 법 위반에 따른 실효성 있는 제재수단으로 다음과 같은 방안이 고려될 수 있다. 우선 전통적인 실효성 확보방안인 과징금이나 가산세 등의 금전상의 각종 제재방식은 행정의무자가 행정기관 등을 예정하고 있는 개인정보보호법에서는 성격상 적용이 바로 가능하지도 않고 또한 그 효용성도 크게 기대하기 어렵다고 보인다. 오히려 금전상의 제재방안으로는 해당 행정기관이나 공공기관에 대한 평가년도 다음해의 예산상 제재를 들 수 있다. 만일 특정한 개인정보보호 의무를 이행하지 아니하거나 위반한 경우에는 해당 업무와 관련된 예산을 감축하는 방안이다. 이와 같은 예산상의 제재는 사실상 처리하기 보다는 위하의 효과를 위하여 ‘개인정보 보호법’에 법률로 규정하는 것이 바람직하다. 다음으로 기한을 정하여 행정입법이나 정책의무를 부과하는 방안도 고려될 수 있다. 즉 개인정보 보호와 관련된 법 위반 시 이를 보완하기 위한 정책을 반영할 수 있는 행정입법의 의무를 일정한 기한을 정하여 명시하는 것이다.<sup>51)</sup> 법률이나 행정입법의 입법 절차에 있어서

48) 김일환·김민호, 개인정보보호기구 법제정비의 원칙과 방향에 관한 공법체계적 고찰, 토지공법연구 제36집, 2007.5, 255면.

49) 다른 입법례에서도 공공기관의 과태료 부과에 대하여 규정하고 있다. 공공기관대상으로 도로교통법상 교통질서위반에 대한 과태료 부과, 에너지 사용제한 조치 1회 위반시 경고, 2회 이상 위반시 300만원 이하 과태료 부과 등이 있다.

50) 「국가재정법」 제4조 및 제17조에 따른 일반회계 및 예산총계주의, 「국고금관리법」 제7조에 따른 수입의 직접사용 금지(수입의 국고납부)

입법권자로 하여금 특정한 사항에 대하여 기한을 정하여 입법의무를 부과한 예는 찾아보기 어렵다. 국민의 권리를 제한하고 의무를 부과하는 행정규제의 경우에는 이른바 ‘규제일몰제’를 통하여 규제의 존속기한을 정하기는 하였지만, 이는 국민의 기본권을 제한하는 입법의 한계를 정한 것이지 입법의무의 기한을 정한 것은 아니라고 하겠다. 그밖에 개인정보 보호를 감시하고 촉진시킬 수 있는 시민단체 등의 설립의 지원 등도 고려해 볼 수 있다. 개인정보의 보호는 결국 국민 개개인의 관심과 참여가 가장 중요하다. 구체적인 방법으로는, 이용자나 이용자단체가 정책제안 등을 제시할 수 있는 상설 자문단체의 구성, 또는 개인정보 보호 관련 옴부즈만의 도입, 정책 제안에 대한 상금 등 인센티브 도입 등이 있다.

### 3. 민간부문의 개인정보 규제방향

#### 가. 민간부문 규제원리

민간부문에서 사인간의 적용되는 법은 사법이 주된 영역이라고 할 수 있다. 중세 신분적 구속에서 벗어난 근대시민사회에서의 사법은 사적자치의 원칙을 그 기본이념으로 한다.<sup>52)</sup> 사적자치란 고전적 의미로 “개인의 자기 의사에 따른 법률관계의 성형의 원칙(das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen)을 의미한다.<sup>53)</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. 계약자유 원칙은 사적관계의 영역에 있어서 각자는 자기의 자유로운 의사에 따라 타인과의 사이에 계약을 맺음으로써 그 타인에 대하여 의무를 부담하거나 권리를 취득하게 된

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

52) 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 존재한다고” 하는 입장이었으나(곽윤직, 민법총칙(1999), 64면), 최근 민법의 개념을 사적자치에서 구하는 견해가 유력하다(양창수, 민법입문, 2000, 354면;지원립, 민법강의, 2002, 18면 이하 등).

53) 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 Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, Springer-Verlag, 1967, S. 127ff.).

다. 이처럼 사적인 법률관계에서 사인들의 합의에 기하여 형성된 법률관계에 대해서는 국가의 고권적·후견적 간섭을 원칙적으로 포기하고 그 범위 안에서 당사자의 합의에 법적 효력을 부여하는 원칙이다.<sup>54)</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>55)</sup> 따라서 계약당사자가 서로 대등한 지위를 보유하여 각자가 자유롭게 계약의 자유를 행사할 수 있는 경우에는 법질서로서 허용할 수 없는 한계만을 설정하는 것으로 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>56)</sup> 그러나 경제적·사회적 불균형은 오히려 자본주의사회의 본질이므로 그 자체를 문제 삼을 수는 없다. 문제가 되는 것은 경제적·사회적 불균형을 기화로 타방의 자기결정의 기회를 제약하고, 자유경쟁의 질서로부터 벗어나려고 하는 ‘자유제한적 행위’에 있는바 자유를 억압하는 ‘자유제한적 행위’가 제한되어야 한다. 이와 같은 계약 자유의 한계설정(自由制限的 行爲에 대한 制限)은 적극적 자유의 행사로서 자신의 선택에 의해 자신이 속하게 될 법과 같은 사회제도의 형태로 나타나게 된다.<sup>57)</sup>

즉 사적자치의 원칙과 사적자치의 실천원리로서 계약자유 원칙은 오늘날 사법에 있어서 커다란 원칙으로 자리 잡고 있으며 사적 법률관계 형성의 기초라고 할 수 있다. 사적관계의 영역에 있어서 각자는 자기의 자유로운 의사에 따라 타인과의 사이에 계약을 맺음으로써 그 타인에 대하여 의무를 부담하거나 권리를 취득하게 되며, 이처럼 사적인 법률관계에 관하여 사인들의 합의에 기하여 형성된 법률

54) 지원림, 계약정의에 관한 연구, 비교사법 제9권 제2호(통권17호), 102면.

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

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

57) Schapp, Jan, Über die Freiheit im Recht, AcP. Band 192, J.C.B.Mohr, 1992. S. 262.

관계에 대한 국가의 간섭을 원칙적으로 포기하고 그 범위 안에서 당사자의 합의에 우선적으로 법적 효력이 부여되어야 한다. 다만 계약자유와 성질상 자유를 억압하는 '자유제한적 행위'에 대하여는 법질서에 의한 제한이 작동될 수 있다.

#### 나. 민간부문의 개인정보 제도설계방안

사적자치 및 계약자유와 원칙에 기반 한 민간영역의 규율원리에 비추어 볼 때 개인정보와 관련된 부분에서도 이러한 원칙이 존중되어야 한다. 특히 경제적 가치로서의 개인정보의 법익이 주가 되는 영역에 있어서는, 즉 정보 자체가 재산적 가치가 있거나, 정보의 이용을 통하여 재산적 가치를 획득할 수 있다는 것을 전제로 한 사인간의 계약의 경우에는 더더욱 그러하다. 다만 사인간의 관계에서도 계약자유와 성질상 자유를 억압하는 '자유제한적 행위'와 관련되는 경우 법질서에 의해 규제되어야 한다.

현행 개인정보보호법은 사인간의 개인정보의 제공 및 이용계약과 관련하여 계약 자유에 앞서 많은 부분이 법질서에 의해 규율되고 있다. 이는 개인정보의 제공 및 이용계약이 정보주체의 자유를 억압하는 자유 제한적 행위와 관련되고 있다는 판단이 전제되었다고 볼 수 있다. 개인정보의 제공 및 활용이 당사자의 다른 의사표시를 존중하기 보다는 반드시 정보주체의 동의에 의해 이루어지도록 규율하고 있으며 동의에 기반 하지 않은 정보의 수집 및 이용에 대하여는 법률이 정하는바에 따르도록 하고 있다. 법상 개장 핵심개념인 '개인정보처리자'의 개념을 정의함에 있어서도 "업무를 목적으로 개인정보파일을 운용하기 위하여 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하는 공공기관, 법인, 단체 및 개인 등을 말한다"(법제2조 제6호)라고 하여 정보처리주체로서 공공기관과 민간사업자를 분리하지 않고 통합하여 규정하고 있다.

이러한 맥락의 일환으로 개인정보보호법 제15조는 정보주체의 동의 없이 개인정보를 수집할 수 있는 경우로서 다섯 가지를 나열하고 있으나, 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우(제15조제1항제2호), 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우(제15조제1항제3호), 사전동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우(제15조제1항제5호)는 공익과 관련된 부분으로 공법적 관계에 해당되는 부분이며, 정보주체와의 계약의 체결 및 이행을 위하여 불가피하게 필요한 경우(제15조제1항제4호), 개인정보

처리자의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우로서 명백하게 정보주체의 권리보다 우선하는 경우(제15조제1항제6호)는 사인 간 계약에 의해 해결되어야 하는 부분이다. 특히 계약의 체결을 위한 개인정보의 제공 역시 개인정보 제공을 내용으로 하는 별도의 계약으로 볼 수 있으며 실무상으로는 대부분 약관이라는 계약 절차에 의해서 이루어진다.

한편 제15조제2항에서는 동의를 받아 개인정보를 수집하는 경우에만 i) 개인정보의 수집·이용 목적, ii) 수집하려는 개인정보의 항목, iii) 개인정보의 보유 및 이용기간 iv) 동의를 거부할 권리가 있다는 사실 및 동의 거부에 따른 불이익이 있는 경우에는 그 불이익의 내용을 정보주체에게 알리도록 규정하고 있다. 그러나 앞서 언급한 공익적 필요에서 동의 없이 개인정보를 수집하는 경우에는 이러한 사항을 정보주체에게 고지할 수 없음이 마땅하지만 사인간의 계약에 있어서는 약관을 통하여 마땅히 고지되어야 하는 정보인 바, 결국 공익적 사안과 사익적 사안을 구분하지 않고 규정한 데서 오는 혼란이라 생각된다.

또한 민간영역에 있어서 개인정보의 주된 가치는 ‘경제적 가치’이다. 이해당사자간의 균형 잡힌 적절한 활용을 통해 이러한 ‘경제적 가치’를 증대시키고자 하는 법률관계가 주된 내용이 될 것이다. 그러나 ‘개인정보 보호법’은 목적 자체가 “개인정보의 수집·유출·오용·남용으로부터 사생활의 비밀 등을 보호함으로써 국민의 권리와 이익을 증진하고, 나아가 개인의 존엄과 가치를 구현하기 위하여 개인정보 처리에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다”고 규정하여 정보의 ‘이용’에 대한 언급이 없다. 즉 우리 개인정보보호법은 정보주체의 권리보호에 주안점을 두면서, 개인정보가 처리될 때에도 개인의 존엄과 가치를 구현하기 위한 것이라는 목적을 명확히 한 것으로 해석된다.<sup>58)</sup> 이는 민간부문에서의 개인정보의 가치, 즉 ‘경제적 가치’에 대한 규율은 이미 입법목적에서 누락되었다고 보여 진다.

58) 2004년부터 제출되어왔던 통합 법안은 모두 개인정보보호법의 근간이라 할 수 있는 ‘정보주체의 권리보호’와 ‘개인정보의 적절한 이용 보장’이라는 두 가지 기본이념을 목적규정의 내용으로 담고 있었으며, 이은영안과 이해훈안의 경우는 더 나아가 그로 인한 결과인 ‘정보사회의 균형발전’을 법률의 목적에 포함시키고 있었다. 2004년부터 제출되어 왔던 각 법안에서는 “이 법은 정보주체의 권리를 보호하고, 개인정보의 적절한 이용을 꾀하는 등 개인정보보호를 위한 기본이 되는 사항을 규정함을 목적으로 한다”(노회찬안 제1조), “이 법은 정보주체의 권리와 이익을 보호하고 개인정보의 안전한 이용을 보장하기 위하여 개인정보의 취급에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 정보사회의 균형적인 발전에 이바지함을 그 목적으로 한다”(이은영안 제1조), 또는 “이 법은 개인정보의 수집·처리와 관련하여 개인의 자유와 권리를 보호하고 개인정보의 적절한 이용을 보장함으로써 정보사회의 균형적인 발전에 이바지함을 목적으로 한다”(이해훈안 제1조) 등의 형태로 법률의 목적을 규정하고 있었다. 정혜영, 개인정보보호법의 내용과 체계에 관한 분석, 공법학연구 제12권제4호, 412면.



사적자치 및 계약자유가 주된 규율원리로 작동되는 민간영역의 개인정보에 대한 사항은 당사자간의 자율에 맡기되, 자유로운 의사가 억제되는 부분에 한하여 이해관계의 조정이 이루어지는 방향으로 입법화 되는 것이 타당하다. 즉 자유로운 정보유통이 사적 활동과 자율을 촉진시킨다고 보아 정부규제가 극히 제한되고 정보주체가 스스로 자신의 권리를 주장하는 형태가 된다. 따라서 개인정보보호는 정치적으로 보호되어야 할 권리의 문제라기보다는 경제적 관점에서 정보를 소비재의 관점에서 이해하면서 법에 의한 규제는 단지 시장이 실패했다고 인정되는 영역의 문제를 해결하기 위한 것으로 매우 한정된다.<sup>59)</sup> 사인 간 개인정보의 제공 및 이용과 관련된 갈등과 분쟁은 개인정보의 제공 및 이용 자체에서 발생하는 것이 아니라 합의되지 않은 방식의 제공 및 이용, 개인정보 누출에 의한 이차적 피해 등과 관련된 부분이다. 이러한 부분이 민사상 일반불법행위 요건을 충족했을 경우에 민법의 규정에 따르되, 입증에 있어서 곤란함, 행위의 정형성, 더 큰 주의의무의 요구 등에 대하여는 민법에 대한 특별한 규정을 통해 보완하는 방안으로 입법이 이루어지는 것이 타당하다.

다만 사적영역이라 할지라도 금융, 의료 등 고도의 공익성이 요구되는 부분에서는 국가의 적극적 개입이 즉 공법적 요인이 정당화되므로 일부 공익적 규제원리가 작동될 수 있고 이러한 부분은 특별법적으로 규율할 부분이다.

또한 사적영역에서의 개인정보의 제공 및 이용에 대한 합의는 '동의'에 의하여 이루어지나 개인정보보호법 제22조는 포괄동의를 금지하고 있기 때문에, 실질적으로는 약관으로 통칭되어 분류될 수 있는 성질의 문서를 여럿으로 나누어, 수집·이용 동의, 제3자 제공 동의, 국외 제3자 제공 동의, 마케팅 목적 처리 동의 등 여러 개의 개별 동의사항으로 나누어 동의를 받도록 하고 있고, 실제 이용자들은 하나의 웹사이트에 회원으로 가입하는 과정에서 수차례에 걸쳐 '동의합니다'창에 동의를 표시해야 하는 것이 보통이다. 그런데 이용자들이 약관을 거의 읽지 않을 뿐더러 이용자들에게 약관을 읽도록 유도하는 것이 쉽지 않다. 더 나아가, 약관을 읽도록 유도하기 위해서 약관을 더 눈에 띄이도록 하거나 클릭을 여러 번 하지 않고도 쉽게 찾아볼 수 있게 하는 방법을 생각해 볼 수 있지만, 이러한 방법을 사용하는 것 또한 효과가 없다고 한다. 그리고 약관을 읽는 경우에조차, 그 내용 중 본인에게 불리한 내용이 포함되어 있음을 파악 하더라도 그와 무관하게 결국 동의를 하게 되는 것이 보통이라고 한다.<sup>60)</sup> 그렇다면 결국 이러한 경우 동의의 방법보다

59) 강구철, 민간부문 개인정보보호에 관한 소고, 국민대학교 법학논총 제17집, 2005. 2, 73-74면 참조.

중요한 것은 계약당사자 간의 공정한 약관의 내용을 창출하는 것이 더 중요하다. 즉 개인정보 관련 계약의 집단성, 반복되는 대량거래 신속처리 등에 비추어 볼 때 민간영역에 있어서 개인정보의 규율은 오히려 서비스 약관내용의 공정성 확보가 주가 될 수 있다. 이러한 표준약관 마련에 있어서 사업자와 소비자, 기타 이해당사자의 의견이 균형적으로 반영, 참조될 수 있는 프로세스를 마련하는 것이 오히려 법의 역할이 되어야 할 것이다.

#### IV. 결론

공공부문과 민간부문은 개인정보보호라는 공통의 분모가 있기는 하지만 그 규율 대상과 목적, 수단은 상이할 수밖에 없다. 개인정보가 가지는 가치 즉 사회적 가치, 경제적 가치, 개인적 가치가 각각 다르기 때문이다.

‘개인정보 보호법’이 제정되기 전 공공부문은 ‘공공기관의 개인정보보호에 관한 법률’에 의하여, 민간부문은 각각의 영역별 개별법에 의해 규율됨으로서 개인정보 보호의 사각지대가 존재할 수밖에 없다는 폐해가 지적되었다. 이러한 폐해를 방지하기 위하여 많은 학자와 실무가들에 의해 공공기관과 민간기관을 통합하여 규율할 수 있는 통합 ‘개인정보 보호법’이 제정되었다.

그러나 개인정보에 대한 가치가 민간영역과 공공영역에서 발현되는 방식이 다르고 양 영역의 기본적 규제원리가 다른 바 공공기관과 민간기관 모두에게 적용될 수 있는 정보보호기본법을 제정하려다 보니, 법의 집행에 있어서 또는 규율방식에 있어서 합리적이지 못한 부분이 있다. 따라서 본 논문에서는 이러한 문제의식을 바탕으로 공공부문과 민간부문의 개인정보 제도 설계방안을 제안하였다.

공공부문의 경우 국가에 의한 개인정보 수집으로 인해 감시, 감독의 대상이 될 수 있다는 막연할 불안감의 해소 및 법 위반시 실효성 있는 제재수단의 확보가 중요하다. 따라서 개인정보의 이용 또는 활용과 정보주체의 권리구제방안에 대한 명확한 법정화가 이루어져야 한다. 뿐만 아니라 전통적인 실효성 확보방안인 과징금이나 가산세 등의 금전상의 각종 제재방식 보다는 예산상의 제재, 기한을 정하여 행정입법이나 정책의무를 부과하는 방안 등이 범위반에 대한 실효성 확보방안으로

60) F. Marotta-Wurgler (2012), “Does Contract Disclosure Matter?”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 168: 94.

제안될 수 있다.

반면 사적영역에서 개인정보의 주된 가치는 ‘경제적 가치’이며 주된 규율원칙도 사적자치 및 계약자유의 원칙이라고 할 수 있다. 따라서 민사상 계약원리, 일반불법행위 규율의 요건에 따르되, 입증에 있어서 곤란함, 행위의 정형성, 더 큰 주의의무의 요구 등에 대하여는 민법에 대한 특별한 규정을 마련하여 보완하는 방안으로 입법이 이루어지는 것이 타당하다. 다만 사적영역이라 할지라도 금융, 의료 등 고도의 공익성이 요구되는 부분에서는 국가의 적극적 개입 즉 공법적 요인이 정당화되므로 일부 공익적 규제원리가 작동될 수 있고 이러한 부분은 특별법적으로 규율할 부분이다. 또한 개인정보 관련 계약의 집단성, 반복되는 대량거래 신속처리 등에 비추어 볼 때 약관내용의 공정성 확보가 중요하다. 따라서 표준약관 마련에 있어서 사업자와 소비자, 기타 이해당사자의 의견이 균형적으로 반영, 참조될 수 있는 체계가 마련되어야 할 것이다.

개인정보 사각지대의 해소, 국제적 수준의 규범 마련 등의 측면에서 볼 때 2011년 ‘개인정보 보호법’의 제정 및 시행자체는 매우 고무적이고 바람직했다고 본다. 그러나 법은 그 자체가 목적이 아니라 수단인 만큼 법의 발전에 있어서 지속적 수정·보완은 매우 중요하다. 이제 ‘개인정보 보호법’ 시행 3주년을 맞이하여 법이 지속적 진화, 발전할 수 있도록 전체적 시행효과를 점검하고 개선과제를 발굴하여 수범자와 정보주체에게 모두 유용한 ‘개인정보 보호법’으로 거듭나야 할 것이다.

(논문접수일 : 2014.11.11, 심사개시일 : 2014.11.24, 게재확정일 : 2014.12.11)



▶ 김 현 경

개인정보의 가치, 보호법익, 공공영역과 민간영역, 정보사회

## 【참 고 문 헌】

- 강구철, 민간부문 개인정보보호에 관한 소고, 국민대학교 법학논총 제17집, 2005.
- 구태언, 개인정보 보호법의 제문제, 법학평론, 제3권, 서울대학교, 2012.
- 김민호, 행정정보 공동이용의 범위와 한계에 대한 이론적 고찰 및 정책과제, 토지공법연구 제43집 제2권, 2009.
- 김민호, 공공부문 개인정보보호법제의 현황과 과제, 공법연구 제37집, 2007.
- 김민호·김일환, 개인정보보호기구 법제정비의 원칙과 방향에 관한 공법체계적 고찰, 토지공법연구 제36집, 2007.
- 김동원, 개인정보수집에서 프라이버시와 경쟁가치들의 경합과 균형, 정보화정책 제10권 제4호, 2003.
- 문재완, 개인정보 보호법제의 헌법적 고찰, 세계헌법연구, 제19권 제2호, 2013.
- 문재완, 개인정보의 개념에 관한 연구, 공법연구제42집제3호, 2014.
- 문재완, “프라이버시보호를 목적으로 하는 인터넷규제의 의의와 한계: ‘잊혀질 권리’ 논의를 중심으로”, 언론법학회 2011년 9월 20일 학술세미나 <인터넷상의 표현의자유와 한계> 자료집.
- 박경신, “개인정보”의 정의와 위치정보보호법의 개선 방안, 법학연구, 제37집, 전북대학교, 2012.
- 박경신, 사생활의 비밀의 절차적 보호규범으로서의 개인정보보호법리, 공법연구 제40집제1호, 2011.
- 성낙인, “행정상 개인정보보호”, 공법연구 제22집 제3호, 한국공법학회, 1994.
- 손형섭, 프라이버시권·명예권·언론의 자유의 법적관계, 언론과 법 제7권제1호, 2008.
- 송덕수, “私的自治에 관하여”, 사회과학논집, 이화여대, 1991.
- 양창수, 공익과 사익의 혼용현상을 통해 본 공익 개념, 공익과 인권 제5권 제1호, 2008.
- 이민영, 개인정보법제론, 개정증보판, jinhan M&B, 2007.
- 이인호, 정보프라이버시권: 한국에서의 도전과 응전, 제12차 아셈인권세미나 준비회의 발제문, 2012. 6. 27.
- 이창범, 개인정보보호법, 법문사, 2012.
- 이향우, 개인정보 보호와 공유자원 관리, 사이버커뮤니케이션학보, 통권 제17호 (2006-1).

- 임규철, 개인정보의 보호범위, 한독법학 제17호, 2012.
- 원용수, 프랑스 상법상 영업재산의 양도·담보 및 이용대차제도의 어제와 오늘, 충남대학교 법학연구 제21권 제2호, 2010.
- 한상희, “정보화와 헌법”, 디지털시대의 헌법질서. 공동학술세미나 자료집(2002.11.7). 정보통신정책연구원·중앙대학교 법학연구소. 2002.
- 장재현, “계약자유에 대한 제한의 이론적 근거”, 경북대 법학논고 제6집, 경북대학교 법학연구소, 1990.
- 제철웅, “사적 자치와 공익의 상호관계”, 서울대 법학 제47권 제3호(2006. 9)
- 지원립, 계약정의에 관한 연구, 비교사법 제9권 제2호(통권17호)
- 최경진, 빅데이터와 개인정보, 성균관법학 제25권 제2호, 2013.
- 함인선, 개인정보 처리와 관련한 법적 문제, 경제규제와 법, 제6권 제1호, 2013.
- 황성기, 개인정보 보호와 다른 헌법적 가치의 조화, 프라이버시 정책연구 포럼, 2013.
- Bennett. Colin J., *Regulating Privacy : Data Protection and Public Policy in Europe and the United States*, Ithaca : Cornell University Press, 1992.
- Davies, Simon, *Re- Engineering the Right to Privacy : How Privacy Has Been Transformed from a Right to a Commodity*. In P. Agre and M.Rotenberg (ed.), *Technology and Privacy*, MA: MIT Press, 1998.
- F. Marotta-Wurgler, “Does Contract Disclosure Matter?”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 2012.
- Garfinkel, Simon, *Privacy : A Concept Whose Time Has Come and Gone*, In D.Lyon & E.Zureik(eds.), *Computers, Surveillance, and Privacy*, Minneapolis: University of Minnesota Press, 2001,
- J. Inness, “Privacy, Intimacy and Isolation”, Oxford University Press, 1992.
- J. Kupfer, “Privacy, Autonomy and Self-Concept”, *American Philosophical Quarterly*, Vol. 24, 1987.
- Michael Chissick and Alistair Kelman, *Electronic Commerce : Law and Practice*(2d ed.).Sweet & Maxwell, 2000.
- Ostrom, Elinor, *Governing the commons : The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge : Canbridge University Press, 1990 .

Abstract

## **Study on the Legal Interests of Personal Data System and Legal Issues**

Hyunkyung, Kim

Personal data should be protected for the subject's privacy. However, personal data has other characteristics, which is currently business asset indispensable in order to conduct business associated with the Internet and sometimes should be opened to the public in order to ensure the freedom of expression. Therefore personal data should not be treated as single meaning. This Essay reviewed these personal data's characteristics in the perspectives of social, economic and moral values.

On the one hand, personal information protection in 'public sector' and 'private sector' may be identified according to the phenomenological concept 'personal information protection' however there are enormous differences according to the legislative technique in regulation objects, purposes, and special measures. Collecting personal data in the public sector is most likely an 'administrative investigation for administrative purpose, which means that the data subject can be exposed to national monitoring and supervision. Therefore the law must be prescribed the followings : collection and use of personal data, data subject's rights, remedies of the data subject and so on. In addition the effectiveness of this law shall be secured through policy measures such as budget cuts other than monetary sanctions

On the other hand, in private sector collecting information is for 'business activities' and the main value of personal data in this sector is

'economic value'. In this sector, the principle of private autonomy and freedom of contract should be respected. Principles of Civil Law shall apply and just in exceptional cases requiring public interest highly such as financial or medical sectors these principles can be modified.



▶ Hyunkyung, Kim

Values of personal data, Characteristics of personal data, Legal interests, Public Sector and Private Sector, Information Society.