

개인정보의 제3자 제공으로 인한 피해에 대한 사법적 구제

문 성 제*

I. 문제의 제기	3. 위탁에 의한 정보수집 및 제공
II. 정보의 개념과 재화로서의 정보	4. 영업양수 등에 의한 경우
1. 정보 개념에 대한 법률규정	5. 이용자의 동의취득
2. 개인정보보호의 필요성	IV. 개인정보침해에 대한 사법적 구제
3. 무형의 재화로서의 개인정보	1. 정보화사회에서 Privacy의 제 문제
III. 개인정보 제3자 제공의 의미와 성질	2. 불법행위법리의 적용
1. 제3자의 범위와 제공 및 이용	3. 계약법리의 적용
2. 개인정보 제3자 제공의 성질상의 제한	V. 결 론

I. 문제의 제기

가상공간을 통한 정보의 수집과 활용은 21세기를 살아가고 있는 현대인에게 있어서 매우 유익한 삶의 한 방법으로 자리를 잡아가고 있다. 그럼에도 불구하고 이에 따른 부작용과 우려는 학계를 비롯하여 정보와 관련된 제반 업계는 물론, 현대인의 삶의 방식마저 바꾸어 놓고 있다. 가상공간을 통한 정보의 수집과 활용은 소비자는 물론 사업자에게 있어서도 매우 유익한 통신수단 및 매체로 활용할 수 있으며, 비용과 시간의 절감은 물론 세계 모든 종류의 상품과 정보 및 서비스를 신청하고 제공받을

* 선문대학교 법학과 교수, 법학박사.

수 있는 편리함이 있는 반면, 이용자에게 대한 다양한 정보를 수집하고, 축적된 개인에 관한 정보를 이용자의 승낙 없이, 정보를 유출시키거나 오·남용될 수 있는 소지를 안고 있음을 지적할 수 있다. 그리하여 법익도 과거에는 주로 고전적으로 생명·신체 등의 침해에 대한 보호로부터 오늘날에는 명예, 사생활 비밀의 침해에 대한 보호 등으로 변화하고 있는데, 그 이유는 마스크의 발달과 통신기술의 진보에 따른 고도의 정보수집기술에 의하여 명예와 개인의 사생활이 침해되는 경향이 증가하고 있음을 그 이유로 들 수 있다.

특히 「정보」는 공간과 시간의 틀 속에서 유형·실체적으로 존재하는 것이 아니며, 무형의 존재로서 물리적 실체가 없는 재화로서 법률규제의 대상이 될 수 있으며 동시에 광범위(Global)하게 유통되는 특성이 있다¹⁾. 이 같은 새로운 법대상의 특성에 따라 적절하고, 실천적인 법의 원칙을 찾는다는 것은 그리 쉬운 일이 아니며, 그 결과 인류는 이제까지 이 대상을 법의 지배영역에 편입시키지 않았던 것도 사실이다. 따라서 현행법은 이러한 종류의 법 대상에 대하여 충분하고도 적절한 사고모델과 법 개념을 도출하지 못하였고, 지금까지 이 분야에 대하여 제정된 법규범 역시 충분하지 못한 실정이며, 법 이론의 전개 또한 유동적이고 그 원칙 또한 불완전한 상태이다.²⁾ 그 결과 우리 민법전에서도 「정보」의 개념에 대한 명문의 규정이 없으며, 다만 계약의 성립에 관한 규정을 고려하여 정보의 내용이 사람의意思인 경우에, 이를 「의사표시」로써 취급할 수 있을 것인가에 대한 의문만을 남기고 있다.

그리하여 정보 그 자체 때문에 사람에게 손해를 야기하게 된 경우, 즉 「정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률」 제24조 제2항에서 규정한 바와 같이 “정보통신서비스제공자로부터 이용자의 개인정보를 제공받은 자는 당해 이용자의 동의가 있거나 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 개인정보를 제공받은 목적외의 용도로 이를 이용하거나 제3자에게 제공하여서는 아니 된다”고 하여 특별한 법률규정이 있는 경우를 제외하고 정보를 제3자에게 제공하는 것을 금하고 있는데, 이 같은 규정에 반하여 침해가 있는 경우에 민법상 동원할 수 있는 구제방법을 생각하지 않으면 안 된다. 이에 민법상 구제방법으로는 두 가지를 생각할 수 있을 것으로 본다. 첫째, 피해가 발생한 후에 입은 피해를 금전적으로 환가하여 배상받는 방법과, 둘째, 이 같은 피해가 예상되는 상황에서 피해의 발생을 막는 사전적인 예방책이 그것이다. 첫째의 방법은 우리의 불법행위법에서 “타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거

1) Vgl. Jürgen Helle, Schweigepflicht und Datenschutz in der Medizinischen Forschung, MedR, 1966, S. 14.

2) Vgl. Helle, a, a, O. (Anm. 1), S. 15.

나 기타 정신상의 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여 배상할 책임이 있다”(민법 제751조 제1항)고 하여, 이러한 정신적 고통이 고의 또는 과실에 의한 위법 행위에서 유래하였다면 불법행위로 인한 구제를 받을 수 있다. 둘째의 방법은 불법행위법이 원칙적으로 피해가 발생한 후에 이를 금전배상 또는 원상회복(명예침해의 경우 제746조)의 문제가 있으므로 사전적인 예방을 위해서는 불법행위와는 다른 법적 구성이 필요하다. 이에 대하여 우리 판례는 주로 종래의 언론·출판에 관련한 명예 기타의 인격적 이익의 침해에 대한 구제를 위하여 “인격권”이라는 권리개념을 이용하여 구제하여 왔다. 그러나 오늘과 같이 정보화된 사회에서는 이와 같은 인격적 이익의 침해는 주로 프라이버시 침해라는 개념으로 사용하고 있다. 결국 우리의 판례가 사용하여 온 인격권의 개념을 정교하게 다듬어진 현대 정보화 사회에서도 그 대응책으로 제시할 수 있을지 의문으로 남는다.

이와 같이 민법 제정 당시에 정보와 같은 無體物³⁾은 재산적 가치가 있는 재화로 생각할 수 없었으나, 오늘날에는 정보 그 자체가 중요한 재산적 가치를 가지는 재화로서 거래의 대상이 되기에 이르렀음은 주지의 사실이다⁴⁾. 그리하여 이 법익을 보호하기 위한 현행 법 규정을 들면 비밀침해(형법 제316조) 및 업무상비밀누설금지(형법 제317조) 등이 있는데, 이는 사생활·사적영역에 있어서 privacy를 보호하기 위한 것이며, 헌법상 보호되는 주거불가침(헌법 제16조), 사생활의 비밀과 자유(헌법 제17조), 통신의 비밀(헌법 제18조), 양심의 자유(헌법 제19조), 종교의 자유(헌법 제20조)등은 개인의 사적 영역에서 국가로부터의 불간섭, 즉 국가의 불가입을 보장하는 규정이다. 이 같은 보장은 사적영역에서의 privacy의 보호이지만 공통된 것은 사적인 공간영역이 아니라 인격적 영역에서서의 探索, 관찰, 인식 등 다양한 방법에 의한 정보의 수집을 그 대상으로 하며, 결국 사적 영역에서의 privacy의 보호는 개인정보보호가 된다. 이 같은 법익과 관련된 우리의 법제는 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」⁵⁾, 「정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률」⁶⁾(이하 정보보호법), 및 「신용정보의이용및보호에관한법률」⁷⁾ 등이 있다. 그러나 이미 언급한 바와 같이 개인정보와 관련된 privacy보호를 위하여 계약법적 접근에 의한 해결 역시 그 가능성만 열어놓은

3) 민법 제98조에서 ‘물건’이라 함은 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력이라 정의하고 있으므로 무체물에 대한 재산적 정의를 어떻게 내릴 것인가의 문제가 남는다.

4) 野村豊弘, 「情報 - 總論」, JURIST 1126号, 175頁 以下.

5) 일부개정 1999. 1. 29 법률 제5715호 행정자치부.

6) 일부개정 2004. 12. 30 법률 제7262호.

7) 일부개정 2005. 3. 31 법률 제7428호.

채 침묵하고 있는 것이 현실이다. 어느 특정목적을 위하여 수집된 정보는 정보주체의 동의 없이 당해 목적 이외에 이용되거나 공개되어서는 안 된다. 따라서 정보주체의 동의없이 개인정보를 제3자에게 판매 및 제공하였을 경우 계약법리에 의한 접근도 가능할 것으로 본다. 이 같은 문제의식을 가지고 이 글에서는 개인정보제공과 관련하여 나타날 수 있는 제반문제들을 검토하면서 그에 대한 사법적 구제책을 고려해보려는데 그 목적을 두려고 한다.

II. 정보의 개념과 재화로서의 정보

1. 정보의 개념에 대한 법률규정

현행 헌법에서 규정하고 있는 정보는 헌법 제127조 제1항에서 ‘국가의 정보개발의 무’를 규정하고 있으며, 이외의 정보관련 규정이 있으나, 무엇이 정보인지에 대한 구체적인 규정은 없고, 단지 정보화법에서 정보에 대한 추상적인 규정이 있을 뿐이다. 따라서 이 글의 주제에 접근하기 위하여 우선 정보에 대한 명확한 개념을 정의할 필요가 있다. 이를 위하여 정보를 사실적 의미의 정보, 사전적 의미의 정보 및 법률적 의미의 정보로 나누어 설명할 수 있을 것 같다. 사실적 의미에서의 정보란, 먼저 미디어로부터 송출되는 정보로서 형체가 없으며, 마음으로 존재하는 경우를 제외하고 이를 형상화하는 미디어 없이는 전달할 수 없는 정보이다. 이런 의미에서 사실적 의미의 정보는 이 미디어 자체에 내재하는 정보라 할 수 있는데, 발신자와 수신자를 연결하는 미디어는 입력장치, 송신장치, 전송로, 수신 장치, 출력장치 등 다섯 가지 요소로 이루어진다. 이 같은 요소 사이에는 발신자가 송신장치에 입력하는 행위, 송신장치가 입력정보를 신호로 변환해서 송신하는 기능, 송신장치와 수신 장치 사이에 전송로를 설정하는 통신회선의 기능, 수신 장치가 신호를 복원해서 정보를 출력하는 기능, 수신자가 수신 장치로부터 출력을 수령하는 행위가 행해진다. 따라서 특정의 발신원으로부터 특정의 수신처에 첫번째 의미로의 정보를 원활하게 소통시키는 뒷면에는 미디어가 양단의 가입자를 식별한 후에, 요소간의 인터페이스를 합치시켜 신호를 연결시키기 위한 접속절차의 체계가 필요하게 되어, 첨단기술의 집적체인 현대의 전자미디어 내부에서는 고도로 복잡한 기술정보가 왕복하게 된다⁸⁾.

사전적의미의 정보는 상식적으로는 어떠한 것에 관한 알림, 판단을 내린다는지 행

8) 白允喆, 정보화사회에 따른 법적과제, 인터넷법률 제15호, 42면.

동을 하기 위하여 필요한 지식이라 할 수 있다. 이에 일반적으로 형식, 표상, 신호, 기호, 발언, 전언(message)의 6가지의 정보가 있는데, 형식정보란 인간이 관념하기 전 단계에 사물이 놓여있거나, 또 주체내부에 구비되어 있는 다양한 형식으로서의 정보로 주로 자연과학의 관심대상이 된다. 표상정보는 인간이 외계의 사물을 관찰하거나, 또는 주체내부를 관념한 표상으로서의 정보로, 마음속의 학습·사색의 영역이다. 신호정보는 다른 표상을 환기·지시하기 위하여 지정된 별도의 표상이며, 기호정보는 사물과 관념을 지시하기 위하여 인간이 인공적으로 만들어 낸 형식이다. 발언정보는 인간의 지식, 감정, 의사라 할 수 있는 일련의 기호에 의해 표현하려고 하는 사물과 관념의 상태와의 관계로서의 정보이며, 전언정보는 일반적으로 인식되는 정보이다.

그런데 법률적의미의 정보란 ‘자연인 또는 법인이 특정 목적을 위하여 광(光)또는 전자적 방식으로 처리하여 부호·문자·음성·음향 및 영상 등으로 표현한 모든 종류의 자료 또는 지식이라고 정의⁹⁾할 수 있다. 또 정보화법 제2조 제2호에서 ‘정보화란 정보를 생산·유통 또는 활용하여 사회 각 분야의 활동을 가능하게 하거나 효율화를 도모하는 것’으로 정의하여 정보처리장치를 활용하여 정보를 처리함으로써 사회 활동 전반의 비효율과 낭비를 제거하여 국가전체의 효율화를 도모하는 것으로 규정하고 있다. 다시 말하면 정보처리장치를 통하여 정보를 처리하는 일련의 절차를 말하는데, 여기에서의 정보처리장치는 인터넷이 그 대표적인 장치가 된다. 이 같은 의미에서 파악할 때 정보법은 좁은 의미에서 인터넷이라는 매체를 통하여 발생하는 제반 법률문제를 연구하는 분야라 할 수 있다¹⁰⁾.

이에 대하여 미국의 경우에 있어서는 정보의 내용이 각기 법률제정 목적에 따라 세부적으로 정하여져 있다. 즉 전자통신 사생활보호법(Electronic Communication Privacy Act 1986) 제 119편 제2510(8)에서 정보의 개념이 내용(contents)의 의미 안에 포함되어 있으며¹¹⁾, 정보 자유법(Freedom of Information Act ; FOIA) 면제조항 제4조에서 정보보호의 대상에 있어서 무역비밀(Trade Secrets)과 정보로 나누어 다시 후자를 개인으로부터 획득된 정보 상업적 또는 재정적 정보와 그리고 면책된 또는 신뢰받는 정보로 구분하고 있다¹²⁾. 공정신용보고개선에관한법률(The Fair Credit Reporting Reform Act

9) 정보화촉진기본법 제2조 제1호.

10) 白允喆, 상계논문, 44면.

11) s.2510(8) Contents means that when used with respect to any wire, oral, or electronic communication, includes any information concerning the substance, purport, or meaning of that communication.

12) Exemption 4 of Freedom of Information Act 1974.

1996)은 정보 또는 획득된 기록을 의학정보로 보고 있으며, 신용구좌정보(Credit account information)와 공공기록정보(Public record information)로 구분하고 있다¹³⁾.

2. 개인정보보호의 필요성

의사결정을 함에 있어 과거에는 주로 고유한 경험이 의사결정의 주 요인이 되었으나, 오늘날에는 구체적이고 확실한 정보를 기반으로 하여 의사를 결정하게 된다. 다시 말하면 과거에는 물질적이고 유형적인 것이 무형의 것보다 중요시되었으나, 오늘날에는 무형의 정보가 보다 중요한 부의 원천이자 권력의 중심이 되고 있다¹⁴⁾. 즉 정보사회에서는 정보의 가공·처리 및 전달을 위하여 사회 전반에 걸쳐 컴퓨터가 보급되고 정보통신망이 구축되었으며, 그 결과 정보 그 자체가 중요한 가치를 가지게 되었을 뿐만 아니라 지식산업 내지 새로운 산업으로 발달하게 되었다¹⁵⁾. 그 결과 개인정보보호를 일종의 재산권적 차원에서 다루는 경향이 강해졌으며, 이 같은 시각에서 정보프라이버시, 즉 자기정보통제권이 자기 자신의 재산에 대한 권리행사로 나타나게 되었다. 여기에서 말하는 “개인정보”라 함은 생존하는 개인에 관한 정보로서 성명·주민등록번호 등에 의하여 당해 개인을 알아볼 수 있는 부호·문자·음성·음향 및 영상 등의 정보(당해 정보만으로 특정 개인을 알아볼 수 없는 경우에는 다른 정보와 용이하게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)를 말하는데(정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제2조 제6호), 이 같은 思考는 기존의 프라이버시에 대하여 불법행위적·재산권적 접근방법이 있었으므로 새로운 접근 방법이라는 할 수 없다. 그러나 정보프라이버시를 재산권적 접근만으로 파악하는 것은 인격권적 접근에 의한 사회규범의 형성을 부정하는 결과를 초래하게 되며, 그 피해에 대한 배상이 부정됨으로써 개인정보에 대한 무분별한 침해행위를 조장할 우려가 있다. 즉 개인정보의 재산권적 측면을 강조할 경우 무분별한 침해행위를 야기하여 인간의 존엄성이라는 헌법적 가치를 손상시킴으로써 민주적 사회발전을 저해하는 원인을 제공할 수 있다는 단점이 있다.

13) 15 U.S.C Section 603 subsection 1681a(1) (i) Medical Information에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다. The term medical information means information or records obtained, with the consent of the individual to whom it relates, from licensed physicians or medical practitioners, hospitals, clinics, or other medical or medically related facilities. opt subsection 1681a(1) (p).

14) 김일환, 미국의 개인정보보호법제에 관한 연구, 미국헌법연구, 1999, 327면.

15) 변재욱, 정보화 사회의 프라이버시와 표현의 자유, 커뮤니케이션북스, 1999, 6. 142면.

이 같은 문제에 대하여 미국의 경우에는 정보보호가 사생활 보호의 영역으로부터 출발하였다. 사생활 보호법의 발전은 두 가지 사법적 영역에서 진행되었는데 하나는 보통법 영역에서 법관의 사생활 특별침해에 대한 구제이고, 다른 하나는 헌법영역에서 사생활 보호에 있어 헌법규정의 위배에 대한 성문규정을 법원이 결정하는 것이었다. 특히 연방법은 사생활보호를 위한 정보보호에 중요한 역할을 담당하고 있는데 이와 관련된 것으로는 정보자유법(The Freedom of Information Act 1974)이 있다. 또 새로운 형식의 전자 통신은 사생활보호와 관련된 새로운 입법의 창출을 가져왔는데 그것이 바로 전자통신 사생활 보호법(Electronic Communication Privacy Act 1986 ;이하 ECPA라 함)¹⁶⁾이다. 전자통신에 대하여 ECPA는 ‘외국이나 국내 간에 영향을 주는 전선, 라디오, 전자기학, 광전자, 사진시각 시스템에 의해 부분 또는 전체가 이전되는 어떤 성질의 정보나 표시, 표식, 서면, 영상, 음향, 자료의 이전’을 의미한다고¹⁷⁾ 하고, 전자우편과 관련하여 타인의 이름으로 메시지를 송부하는 행위, 또 익명으로 타국에서 전송하는 행위 등이 이 법률에 속하게 되는데, 전자적 통신으로 외국의 한 기관과 국가의 정보를 교환하는 경우에 이 법이 적용 된다¹⁸⁾. 또 공정신용 보고개선에 관한 법률(The Fair Credit Reporting Reform Act 1996; FCRRA)은 소비자 보고서에 포함시키지 말아야 할 정보에 대하여 규정하고 있는데, 원칙적으로 \$150,000을 초과하는 신용거래 외에는 어떠한 소비자 영업인도 소비자보호 정보에 관한 보고서를 작성할 수 없도록 하고 있다¹⁹⁾.

3. 무형의 재화로서의 개인정보

정보를 재화로 인정하기 위해서는 우선 배타성이 있어야 한다. 배타성과 관련하여 현행 민법에서는 “물건”이라 함은 “유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력(민법

16) 18 USC (ECPA 1986).

17) S. 2510(12)of ECPA 1986.

18) 관련법률 ; The Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978, The Communication Act 1934.

19) S. 605 of FCRRA ".....No consumer reporting agency may make any consumer report containing any of the following items of information ;

Cases under title 11 of USC or under the Bankruptcy Act that from the date of entry of the order for relief or the date of adjudication, as the case may be, antedate the report by more than 10 years. Suits and judgment which, from date of entry, antedate the report by more than seven years or until the governing statute of limitations has expired, whichever is longer period. Paid tax liens which, from date of payment, antedate the report by more than seven years..."

제98조)”이라고 규정하고 있으며, 형법 제346조에서 “재물”의 개념을 “관리할 수 있는 동력”이라는 의미로 한정하여, 물건, 유체물, 관리할 수 있는 자연력 등으로 규정하고 있다. 따라서 “관리할 수 있는 자연력”이나 “동력”으로 볼 수 없는 “정보”는 재물성을 인정할 수 없다고 하는 것이 지금까지의 지배적인 견해로서²⁰⁾, 정보의 소유자에 대하여 재산권을 부정하는 것이 전통적인 입장이다²¹⁾. 이 같은 시각은 재산권으로 인정하기 위해서는 배타성이 인정되어야 하는데 정보는 무형으로 배타성을 인정할 수 없다는 것과, “정보”는 타인을 배제시키지 않고서도 자유롭게 이용할 수 있기 때문에 재산권으로 인정하기에 무리가 있다고 하는 시각이다²²⁾. 더 나아가 재산권의 객체인 유체재산이 분할될 경우, 그 가치가 감소하는 것이 보통이지만, 정보는 분할되더라도 그 가치가 감소하지 않는 특성이 있으므로 정보의 재산성을 부정할 수 있는 근거가 될 수도 있다. 그러나 현대 정보화 사회에서 정보의 경제적 가치가 중요시되고 있는 현실을 고려할 때, 더 나아가 정보에 부의 집중이 늘어나고 있는 현실을 감안할 때, 정보의 매체물과 별도로 정보 그 자체에 대한 재산권을 보호하는 법적 장치가 필요한 실정이다. 이를 위하여 정보의 가치도 재산의 개념으로 확대 해석할 경우 그에 대한 법적 근거를 마련할 수 있는 기초가 될 것으로 본다. 그러나 정보를 재산의 개념에 포함시키지 않는 현실을 감안하여 정보를 재산으로 인정하기까지 저작권 및 특허권의 법리를 적용하여 정보를 보호할 수는 있으나, 현실을 감안할 때 그것만으로는 정보에 대한 권리를 보호함에는 미흡할 것으로 본다. 왜냐하면 저작권이나 특허권은 창작이나 발명을 통하여 문화, 예술이나 기술의 수준을 향상시키는 반대급부로 일정 기간동안 금전적 이익을 얻을 수 있도록 하는 한도에서 그 보호가 인정된다. 그러나 대부분의 정보는 창작물 보다는 발견한 무형의 재화라 할 수 있으며, 발견물에 대해서는 그러한 보호가 인정되지 않는 한계가 있다. 결국 정보는 특허법에서 요구하는 신규성이나 저작권법에서 요구하는 창작성이 결여되므로 그에 의한 보호의 대상이 되지 못하는 한계가 있다²³⁾.

이에 대하여 미국의 경우 디지털화된 정보를 재산으로 간주할 필요성이 있음을 언

20) 법률신문 1994. 11. 21, 13면 ; 이재상, 형법각론(신정판), 박영사, 1996. 228~229면.

21) International News Service v. Associated Press, 248 U. S. 215 (1918).

22) Jeff Dodd, Rights in Information ; Conversion and Misappropriation Causes of Action in Intellectual Property Cases, 32 Hous. L. Rev 459, 473 (1995).

23) J. Thomas McCarthy, The Rights of Publicity and Privacy, 1-7 (1996) ; McCarthy에 의하면 “정보주체는 데이터를 소유하는 것이 아니며, 다만 정보의 상업적 이용을 통제할 수 있는 권리를 갖는 것”이라 하고 있다.

급한 판결이 있다.²⁴⁾ 1986년 Computer Fraud and Abuse Act²⁵⁾에 관한 상원보고서에서 위원회는 컴퓨터와 관련된 범죄에 관하여 집행상 많은 문제점이 있음을 지적하면서, 동 위원회는 “컴퓨터 기술은 과거 전통적인 절도 또는 재산권의 남용 등 법적 접근 방식과 맞지 않는다. 컴퓨터 자료는 원시자료가 그대로 남아있기는 하지만 사용허락을 얻지 않는 사용자에 의하여 복제될 수 있다는 의미에서 절도의 대상이 될 수 있다”고 언급하면서, 이 같은 문제점들은 컴퓨터 안의 정보를 ‘재산’으로 파악함으로써 해결할 수 있다고 한 사례²⁶⁾가 있다. 그러나 정보를 재산으로 보는 견해는 표현의 자유와 상충된다고 볼 수도 있다. 표현의 자유를 내세울 경우 개인의 정보가 개인만이 독점적으로 소유하는 재산과는 구별되는 것으로서 공공재산이라고 파악할 수 있고, 표현의 자유가 보장되는 한도에서 재산권의 행사가 제한될 수 있다.

이 같이 정보를 재산권의 객체로 파악하는 견해는 불법행위의 법리보다 정보의 보호에 있어서 보다 명확하고 적용에 용이한 근거를 제시할 수 있다. 그럼에도 정보화 사회에서 정보는 유체재산과 동등하거나 그 이상의 재산적 가치가 있음에도 이를 재화로 간주하지 않는다는 것은 법률과 제도가 시대의 흐름에 적응하지 못하는 것으로서, 재화의 개념에 정보를 포함시켜 법해석을 하든가 아니면 새로운 규정을 신설하여 ‘정보’와 관련된 제반문제점들에 대한 대응을 하지 않으면 안 될 것으로 본다.

III. 개인정보의 제3자 제공의 의미와 성질

1. 제3자의 범위와 제공 및 이용

정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제24조 제2항은 “정보통신서비스제공자로부터 이용자의 개인정보를 제공받은 자는 당해 이용자의 동의가 있거나 다른 법

24) Ruckelhaus v. Monsanto Co., 467 U.S. 986 (1984).

25) Title 18 - CRIMES AND CRIMINAL PROCEDURE, PART 1 - CRIMES, CHAPTER 47 - FRAUD AND FALSE STATEMENTS),

26) Ruckelhaus v. Monsanto Co. 467 U. S. 986 (1984), 정부기관에 제출된 ‘연구자료’가 미국 연방헌법 수정 제5조에서 말하는 ‘재산’으로 간주된다고 한 판결, ; Carpenter v. United States (484 U. S. 19, 1987), 신문사는 ‘컬럼의 내용’에 관하여 공개하기 이전에는 비밀로 간직하고 독점적으로 사용할 수 있는 재산권을 갖는다고 한 판결, ; Warshall v. Price, 629 So. 2d 903 904 - 05 (Fla. Dist. Ct. App. 1993), 의사가 과거 동업자의 환자리스트를 복제한 다음 새 환자들을 유치하기 위해 사용한 경우 동산의 횡령(conversion)이라고 한 판결.

률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 개인정보를 제공받은 목적외의 용도로 이를 이용하거나 제3자에게 제공하여서는 아니 된다” 하고 있다. 이와 관련하여 우선 제3자 제공에 있어 주의할 것은 「제3자」의 범위이다. 본 법에서 제3자라 함은 개인정보를 제공하려고 하는 개인정보취급사업자 및 당해 개인정보에 관계된 본인에 해당되지 않는 자로서 공동이용의 요건을 가지고 있는 공동이용자 등을 말한다. 즉 법인의 경우 제3자 해당성은 법인격을 기준으로 판단되기 때문에 개인정보취급사업자로서 모회사·자회사 등의 그룹회사도 공동이용의 요건을 채우지 않는 한 제3자에 해당한다. 반대로 同一 법인 내에서도 타 지점, 부서 등은 제3자에 해당하지 않기 때문에, 타 지점 등에 개인정보를 제공할 경우, 제3제공자로서 본인의 동의를 얻을 필요는 없다. 단 타 지점 등에 있어 개인정보의 이용이 미리 특정된 이용목적을 위하여 필요한 범위를 넘은 경우에는 목적외의 용도가 되기 때문에 본인의 동의를 얻지 않으면 안 된다.

제3자 제공의 대상은 개인data에 한정된다. 따라서 개인정보취급사업자가 검색 가능한 상태의 database화 되어있지 않은 개인정보를 제3자에게 제공할 경우에는 개인정보보호법상 본인의 동의를 얻지 않아도 된다. 그러나 database화되어 있지 않은 개인정보를 제공하더라도 그 비밀에 대한 중요성에 비추어 개인정보보호법과 별도로 Privacy권이 침해될 가능성이 있다. 또 계약 내지 법률규정에 의하여 비밀을 유지하여야 할 의무가 있는 경우에는 채무불이행책임 내지 각종 법률이 규정하고 있는 비밀 유지 의무 위반의 효과 발생이 가능하다. 즉 그룹회사 간에 영업보고에 의하여 자기 또는 거래 상대방의 법인 고객정보를 제공한 경우와 같이 법인정보를 제공한 경우, 이는 개인정보제공이 아니므로 개인정보보호법상 제3자 제공의 제한에 해당하지 않는다. 그러나 법인의 임원, 사원의 정보는 개인정보에 해당한다.

「제공」이란 개인정보를 이용 가능한 상태에 있는 것을 말한다. 따라서 개인정보가 물리적으로 제공되지 않은 경우라도 network등을 이용하여, 개인정보를 이용할 수 있는 상태에 있으면 제공에 해당한다. 그러나 사업자가 고객에게 보내는 메일에 타 사업자의 상품·서비스 안내문을 동봉하는 경우에는 개인정보를 제3자에게 제공한 것이라 할 수 없다.

그러나 개인정보보호법은 제3자 제공의 제한의 예외로써 i. 정보통신서비스의 제공에 따른 요금정산을 위하여 필요한 경우, ii. 통계작성·학술연구 또는 시장조사를 위하여 필요한 경우로서 특정 개인을 알아볼 수 없는 형태로 가공하여 제공하는 경우, iii. 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 개인정보를 제22조 제2항의 규정에

의한 고지의 범위 또는 정보통신 서비스이용약관에 명시한 범위를 넘어 이용하거나 제3자에게 제공하여서는 아니 된다(제24조 제1항)고 규정하고 있다. 이 같이 본인의 동의 없이 개인정보를 제공할 수 있는 경우를 그 예외조항을 규정하고 있으나 구별의 실익은 없다. 오히려 실무상 제3자 제공의 경우를 검토함에 있어, 법률행위의 성질상 예외로 되는 경우와 일정한 조치를 구하는 것을 조건으로 하여 예외로 할 수 있는 경우로 나누어 살펴보는 것이 타당할 것으로 본다.

2. 개인정보 제3자 제공의 성질상의 제한

성질상 제3자 제공의 제한으로서 대표적으로 들 수 있는 것이 ‘다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우(정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제24조 제2항)’이다. 따라서 법률에 의하여 제3자에게 개인정보를 제공하는 경우에는 본인의 동의를 얻을 필요가 없다. 개인정보 제공의 근거가 될 수 있는 법률은 법률에 따라 매우 다양하게 나타나고 있으므로 이 들 모두를 소개할 수는 없다. 여기에서는 i. 법률적으로 제공하는 것이 의무로 규정되어 있는 경우와 ii. 제공하는 것은 임의지만, 제3자가 제공받는 것에 관하여 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 중심으로 살펴보기로 한다.

■ 법률에 의한 제공

법률상 제공할 의무가 있는 경우	법률상 제공의무가 규정되어 있는 경우	법원의 문서제출명령에 응한 경우
	제공하는 것이 간접적으로 강제되는 경우	세무직원 등이 행하는 검사에 대응 등
제공하는 것은 임의지만 제3자가 제공받는 것에 관하여 법률에 특별한 규정이 있는 경우	수사기관에 의한 임의수사	

개인정보의 제3자 제공에 대하여 위에서 살펴 본 바와 같이 두 가지로 나누어 살펴보는 것이 타당하다고 본다. 그러나 privacy침해, 비밀누설금지위반 등 기타 법률과의 관계에서, i. 법률적으로 제공하는 것이 의무로 규정되어 있는 경우에는 제공하는 것이 의무이므로 원칙적으로 privacy침해의 문제는 발생하지 않지만, ii. 제공하는 것은 임의지만, 제3자가 제공받는 것에 관하여 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 개인정보를 제공한 경우 privacy침해 등의 문제가 발생할 수 있다. 이와 관련하여 일본

의 경우 과거 법원에서 개인정보를 제출하여야 하는 법률상의 규정이 없음에도 불구하고 제출한 것과 관련하여, 제3자가 제출받은 것에 대하여 법률상의 근거가 있는 경우에도 privacy침해로서 위법이라고 한 판결이 있다²⁷⁾.

국가기관 등이 행하는 업무는 일반적으로 법령에 의한 것이라 할 수 있겠으나, 그 실행에 필요한 정보수집에 관한 제공의무와 수집절차 등이 구체적으로 모두 법령에 규정되어 있다고는 할 수 없다. 따라서 국가기관 등에 대한 임의의 협력을 요할 경우의 요건에 대한 별도의 규정이 필요하다. 즉 국가기관 등이 행하는 업무에 일반기업의 협력을 구할 필요가 있으며, 동시에 제3자 제공에 관하여 본인의 동의를 얻는 것이 당해 업무 수행에 지장이 있는 경우에는 개인정보보호법 제24조 제2항을 근거로 개인정보를 제공할 수 있을 것으로 본다.

이와 같이 국가기관 등으로부터 개인정보의 제공을 요구받은 경우 실무상의 대응으로는 먼저 제출이 의무인가 여부를 판단하지 않으면 안 된다. 제출이 의무라고 판단된 경우에는 ‘법령에 의한 경우’로써 제출할 수 있다. 그러나 제출이 임의인 경우에는 제출행위에 대한 법령상의 근거유무를 검토하여야 한다. 그리하여 법령상의 근거가 있는 경우에는 「법률에 특별한 규정이 있는 경우」로써, 법령상 명확한 근거가 없는 경우에는 「본인의 동의를 얻는 것이 국가 사무 수행에 지장을 줄 우려가 있다」는 조건으로 제출할 수 있다. 그러나 「지장을 줄 우려가 있는가」여부는 사업자가 판단하여야 하므로, 결과적으로 지장을 줄 우려가 없는데도 불구하고 개인정보를 제공한 경우에 사업자는 본인과 관계에서 privacy침해(또는 계약·비밀누설금지위반 등)로 인한 손해배상책임을 부담하게 되므로 판단에 있어 신중을 기하여야 한다.

3. 위탁에 의한 정보수집 및 제공

정보통신서비스제공자등이 타인에게 이용자의 개인정보의 수집·취급·관리 등을 위탁하는 경우에는 미리 그 사실을 이용자에게 고지하여야 하며(제25조 제1항), 정보통신서비스제공자 등은 개인정보의 수집·취급·관리 등을 위탁받은 자에 대하여 규정에 위반하지 아니하도록 관리·감독하지 않으면 안 된다. 또 수탁자가 위탁받은 업무와 관련하여 규정을 위반하여 이용자에게 손해를 발생시킨 경우에는 그 수탁자를 손해배상책임에 있어서 정보통신서비스제공자등의 소속직원으로 본다하여 그 책임을 묻고 있다. 이 같은 취지는 민법 제756조의 사용자배상책임을 물어 그 손해를 배상하

27) 最判平成15・9・21判時1837호 3頁.

게 하려는 취지이다.

그러나 개인정보의 이용목적에 필요한 범위에서 개인정보의 취급의 전부 내지 일부를 위탁할 경우, 수탁자는 제3자에 해당하지 않으며 따라서 본인의 동의를 요하지 않는다. 즉 위탁의 경우에도 성질상 제3자 제공의 제한에 해당하지 않는 예외로서의 위치를 부여할 수 있다. 즉 어느 경우에 개인정보의 취급을 위탁하는 즉 제3자제공의 제한의 예외가 되는가. 위탁의 경우 제3자로 보지 않는다는 것은, 수탁자가 사업자의 개인정보를 이용목적에 필요한 범위에서 개인정보를 취급하는 한 본인의 권리 내지 이익을 해할 가능성이 낮다는 점을 들 수 있다. 그리하여 위탁으로서 본인의 동의를 얻을 필요가 없다고 인정할 것인가의 여부를 판단할 때는, 위탁계약에 따라 개인정보를 제공했는가하는 형식적인 판단이 아니라 정보를 제공한자의 개인정보가 이용 목적을 위하여 제공 되었는가, 수탁자에 있어서 기타의 이용목적도 존재하는 것은 아닌가 하는 실질적인 판단이 필요하다.

예를 들면 직접메일 송부업무에 관한 위탁계약에 따라 甲회사가 乙회사에 개인정보를 제공할 경우, 甲회사의 상품에 관하여 단순히 직접메일의 송부업무를 위탁한 경우는 본인의 동의를 얻을 필요는 없다. 그러나 甲회사의 물건일 뿐만 아니라 乙회사의 상품도 소개하기 위하여, 乙회사에 직접메일의 발송을 위탁한 경우, 甲회사의 이용목적의 범위를 넘어 乙회사가 개인정보를 이용하기 때문에 甲회사는 제3자 제공에 관한 규정에 의하여 본인의 동의를 얻어야 한다. 이 같은 행위의 구체적인 예로는 개인정보의 입력, 편집, 가공 등의 처리를 외부 정보처리회사 등에 위탁하는 경우에 많이 나타날 수 있는 문제들이다. 그렇다고 위탁업무의 내용이 개인정보의 처리 그 자체일 필요는 없다. 사무처리를 위탁하면서 개인정보가 제공된 경우에도 본인의 동의 없이 개인정보를 제공할 수 있다. 또 변호사, 공인회계사 등이 법률사무·감사업무 등의 위탁을 받아, 개인정보의 제공을 받을 경우에도 본인의 동의는 필요하지 않다.

4. 영업양수 등에 의한 경우

개인정보보호법 제26조는 ‘정보통신서비스제공자등이 영업의 전부 또는 일부를 양도하거나 합병·상속 등으로 그 권리·의무를 이전하는 경우 이용자에게 다음 각호의 사항을 대통령령이 정하는 바에 의하여 통지하여야 한다(제26조 제1항)’고 하면서, 그 내용으로 i. 영업의 전부 또는 일부의 양도, 합병 또는 상속 등의 사실, ii. 정보통신서비스제공자등의 권리·의무를 승계한 자의 성명(법인인 경우 법인의 명칭을 말한다),

주소, 전화번호 기타 연락처 등을 들고 있다. 또 ‘정보통신 서비스제공자등으로부터 영업의 전부 또는 일부를 양수받거나 합병·상속 등으로 정보통신서비스제공자의 권리·의무를 승계한 자(이하 영업양수자 등)는 다음 각호의 사항을 대통령이 정하는 바에 의하여 이용자에게 통지하여야 한다’(제2항). 즉 i. 정보통신서비스제공자등의 권리·의무를 승계한 사실 및 해당 정보통신서비스제공자등의 성명, ii. 개인정보관리책임자의 성명·소속부서·지위 및 전화번호 기타 연락처, iii. 개인정보의 이용목적, iv. 제30조 제1항 및 제2항의 규정에 의한 이용자의 권리 및 그 행사방법, v. 그 밖에 개인정보 보호를 위하여 필요한 사항으로서 대통령이 정하는 사항 등을 규정하고 있다.

이와 같이 합병 기타 사유로 영업의 양수에 따라 개인정보가 제공될 경우에는 일의 성질상 그 내용을 대통령령에 의하여 통지하도록 하고 있다. 그러나 개인정보보호법은 영업의 양수인을 제3자로 볼 것인가에 대한 규정은 없으나, 단지 대통령령에 의하여 이용자에게 통지하도록 함으로써, 개인정보를 영업의 양수인에게 제공하는 것을 허용하고 있다. 이를 구체적 살펴보면 합병이외의 회사의 분할, 영업양도, 영업의 현물출자,营业을 상속한 경우, 개인사업자가 법인을 구성할 경우 등에 있어서 일반 사업에 관한 고객정보 등의 개인정보도 통지함으로써 승계되게 된다. 그러나 단순히 업무제휴나 합병에 의하여 자회사설립에 따라 상대방기업에 개인정보를 제공할 경우 문제가 된다. 이 때 상대방 기업의 개인정보를 제공하기 위해서는 동의를 요한다. 단 사업을 승계하면서 개인정보를 취득한 사업자는 미리 본인의 동의를 얻지 않는 한 개인정보가 승계되기 전 개인정보의 이용목적의 범위 내에서만 이용되어야 한다. 따라서 합병 등 M&A에 의한 synergy효과로서 개개 사업자가 보유한 고객정보를 상호 이용할 것을 계획하는 경우, 서로 계획하는 새로운 이용목적이 상대방에 있어 종전의 이용목적의 범위내로 한정되는 것인지를 검토할 필요가 있다.

종전의 개인정보의 이용목적에 필요한 범위를 넘는다고 인정될 경우에는 원칙적으로 본인의 동의를 얻지 않으면 안 된다. 그러나 새로운 이용목적이 본인이 예측할 수 있는 범위로서, 종전의 이용목적에 상당한 관련성이 있다고 합리적으로 인정할 수 있는 경우에는 이용목적을 변경할 수 있을 것으로 본다.

5. 이용자의 동의 취득

정보통신서비스제공자는 제3자 제공의 제한의 예외에 해당하지 않은 경우에는, 개

인정보를 제3자에 제공할 때 미리 본인의 동의를 얻어야 한다. 여기에서 미리는 제3자에 개인정보를 제공하는 시점보다 그 이전을 의미하는데, 실무적으로 어떤 방법에 의하여 미리 본인의 동의를 얻을 것인가를 검토할 필요가 있다.

일반적으로 「본인의 동의를 얻어야 한다」는 법률의 규정이 있을 경우에는 서면에 의하지 않고 구두로 동의를 구한 경우에도 유효한 동의로서 인정된다. 그러나 후에 동의유무를 둘러싼 분쟁이 발생할 가능성이 있으므로, 원칙적으로 본인으로부터 서면에 의한 명시적 동의를 얻는 것이 바람직하다. 이를 위하여 구체적으로 다음과 같은 방법을 예상할 수 있다.

- i. 본인으로부터 제3자 제공에 관한 동의서 교부를 요구
- ii. 개인정보를 취득한 시점에서 제3자 제공을 예정한 경우에는 계약서 등에 동의문언을 기재하고, 이에 본인의 서명을 요구
- iii. 전화, 상담 등 본인으로부터 구두로 동의를 얻은 경우, 사업자는 신속하게 서면을 작성 본인의 의사를 확인 한다.

web-site상에서 본인의 동의를 얻을 경우에도 위와 같이 확인란에서 확인하는 방법과 본인의 동의를 하는 요지의 전자메일을 수신하는 방법 등을 사용함으로써 증거를 확보한 상태에서 운용함이 바람직하다. 또 계약 약관과 이용조건 등의 서면에, 제3자 제공에 동의하는 문언을 넣을 경우, 이용목적의 명시와 같은 동의문언이 기재된 것을 쉽게 알 수 없도록 장문으로 구성된 경우에는 논란의 소지가 존재하므로, 본인이 실제로 동의의 내용을 알 수 있도록 배려함이 요구된다. 실무적으로 신청서 등의 이면의 계약약관 등에 개인정보의 이용목적을 기재할 경우에는 글자의 크기와 다른 색을 사용하는 등의 조치가 필요하다.

이와 관계없이 서면으로 명시적으로 동의를 얻지 않아도, 묵시적으로 본인의 동의가 있다고 인정되는 경우도 있다. 그러나 묵시의 동의가 인정되기 위해서는 그 상황에 대응하기 위하여 본인이 실질적으로 동의했다고 판단할 수 있는 것이 필요하다. 실질적으로 묵시의 동의는 최후의 수단이라고 생각할 수 있다.

IV. 개인정보침해에 대한 사법적 구제

1. 정보화 사회에서 Privacy의 제 문제

1990년대 이후 정보기술의 급격한 발전과 인터넷 보급의 확산 등으로 인하여 우리

사회는 새로운 법률적 문제에 직면하게 되었다. 즉 정보의 흐름이 대량화, 가속화됨에 따라서 각종의 개인정보가 노출될 위험성이 커지게 되면서 개인의 프라이버시 침해에 대한 위협이 커지고 있다는 점이다.

즉 통신기술의 발달은 컴퓨터에 의하여 개인정보의 수집을 보다 용이하게 하였으며, 출생, 혼인, 자격증의 취득, 진료정보 더 나아가 납세, 은행거래, 보험가입정보 등 우리의 일반적인 모든 생활이 기록되어 정보로 남게 되었다. 이 같은 정보는 대부분 컴퓨터에 의하여 저장되며, 적은 비용으로 많은 개인정보를 저장하고 복원·검색할 수 있다²⁸⁾. 또 컴퓨터를 통하여 개인정보의 대량처리가 가능하게 되었으며, 종합적으로 분석된 개인정보는 상품이나 서비스를 제공하는 사업자에게 있어 매우 유용한 정보가 된다. 사업자들은 판매촉진 및 장래 수요파악 등의 목적으로 개별소비자의 이름, 주소, 자산상태, 취미, 기호, 행동양식 등의 정보를 적극적으로 수집하고, 수집된 정보를 분석함으로써 개인의 식품에 대한 기호나 취향을 알 수 있으며, 병원진료기록을 통하여 건강상태를 알 수 있고, 전화회사들은 통화의 내용을 공개하지 않더라도 통화기록 그 자체만으로도 상당한 정보를 수집할 수 있다²⁹⁾. 더 나아가 컴퓨터를 활용하여 개인정보를 쉽고 간편하게 전송할 수 있음으로써 경제적으로도 매우 유익한 통신매체로서의 기능을 담당하고 있으나, 누군가에 의하여 수집된 개인정보가 가상공간 등을 통하여 유통될 수 있는 위험성을 안고 있는 것도 사실이다. 특히 신용 및 금융정보의 무단유출은 정신적인 손해를 넘어 재산상의 손해까지도 야기할 수 있다.

이 같은 문제점을 안고 '60~'70년대 미국의 경우 정보화 사회가 진전되면서 프라이버시의 개념이 과거 개인의 사생활을 보호하기 위한 개인적 시각³⁰⁾에서 벗어나 사회적인 가치를 지닌 것으로 이해하기에 이르렀다. 특히 컴퓨터의 발전과 관련하여 개인정보에 관한 보호의 필요성이 부각되면서³¹⁾, 이 부문과 관련된 privacy문제를 별도로

28) Jonathan P. Graham, Privacy, Computers and the Commercial Dissemination of Personal Informations, 65 Tex. L. Rev. 1395, 1399 (1987).

29) Smith v. Maryland, 442 U.S. 735, 748.

30) 개인의 사생활을 보호하기 위한 시각은 1960년 Prosser교수가 불법행위 측면에서 사생활에의 침입(intrusion upon seclusion), 사생활의 공표(public disclosure of private facts), 오해를 낳게하는 공표(false light), 개인식별요소의 영리적 이용(appropriation of one's name or likeness for commercial gain)의 네 가지 프라이버시 침해유형을 제시하면서 학계 및 법원의 지지를 받았다(William L. Prosser, Handbook of the Law of Torts section 117(4th ed. 1971).

31) Arthur R. Miller, Personal Privacy in the Computer Age : The Challenge of a New Technology in an Information - Oriented Society, 67 Mich. L. Rev. 1089 (1969) ; U. S. Privacy Protection Study Commission, Personal Privacy in an Information Society(1977).

하여 정보프라이버시(Information Privacy)³²⁾또는 데이터프라이버시(Data Privacy)라는 개념이 탄생하였다. 즉 개인, 그룹 또는 조직이 자기에 관한 정보를 언제, 어떻게, 또 어느 정도 타인에게 전달 할 것인가를 스스로 결정할 수 있는 권리도 privacy의 범주에 포함된다는 것이다³³⁾. 그리하여 현대적 의미의 privacy, 즉 적극적 의미에서의 자기 정보통제권이라는 개념이 나타나게 되었다. 이 같이 정보프라이버시³⁴⁾는 “개개인이 자신이나 자신이 속한 그룹과 관련된 정보를 통제할 수 있는 권리”라 정의하는데, 이를 인정하는 근거는 타인에게 개인정보가 유출되면 정보주체에 해가 될 수 있는 가능성과 개인정보가 원래 의도된 목적과 달리 부당하게 이용될 수 있는 가능성이 있기 때문이라 하고 있다³⁵⁾. 더 나아가 사회적 의미에서 정보프라이버시를 보호하는 것이 사회의 다양성을 촉진시키기 위한 것이라 주장하는 견해도 있다. 즉 개인에 관한 모든 정보가 수집되고, 영구저장, 보존, 공개될 경우 각 개인은 자연히 좋은 기록을 유지하려고 하므로 자신의 신념이나 감정에 상관없이 일탈되거나 논쟁의 대상이 되는 행동을 꺼리게 되며 결국 독창적인 행동이나 생각이 줄어들게 되어 사회의 다양성은 현저하게 손상되므로, 인류가 우려하는 기계화 획일화된 미래정보 사회로부터 인류를 구원하기 위하여 프라이버시를 보호해야 한다는 것이 그것이다³⁶⁾.

이 같이 정보프라이버시의 개념이 대두됨에 따라 이를 보호하기 위한 방안으로 불

32) Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 479 (1965)에서 「자기에 대한 정보를 선택적으로 통제하는 권리」로 확인되고 있다.

33) Gerety, Redefining Privacy, 12 Harv. C. R.-C. L. L. Rev. 233 (1977). ; 이에 대하여 지나치게 광범위하다는 이유로 비판하고 있다.

34) Whalen v. Roe, 429 U. S. 589 (1977) : 뉴욕주법은 약사 및 의사들에게 특정 약품에 관한 모든 처방내역을 주 정부에 보고할 의무를 규정하였다. 그리하여 주정부에서는 의사의 처방에 따라 특정 약품을 구입한 모든 사람의 성명 및 주소를 담은 데이터베이스가 형성되었다. 주법은 그러한 개인 정보를 공개하는 것을 금지하는 규정을 두고 있지만, 그럼에도 불구하고 환자나 의사들은 그러한 처방기록을 남기는 것 자체가 헌법상 프라이버시권을 침해하는 것이라 주장하였다. 이에 대하여 연방대법원은 위 주법은 주의 적법한 경찰권을 행사하는 것으로서 헌법상 보호되는 자유 또는 권리를 침해한 것이 아니며 프라이버시의 보호에 관하여 적절한 보호 장치를 마련하고 있기 때문에 헌법상 합치한다고 판시하였다. 위 연방대법원 판결에서 비록 프라이버시권이 인정되지 아니하였지만 위 판결이 내려진 이후 대부분의 판결에서 위 판결을 프라이버시권이 정보프라이버시권을 포함하는 것임을 전제로 하는 것으로 해석하였고, 프라이버시 침해여부를 판단함에 있어서 개인의 이익과 공공의 이익을 비교衡量하는 기준을 채택하게 되었다는 점에 의의를 두고 있다.

35) Office of Policy Analysis and Development of U. S. Department of Commerce, Privacy and the NII ; Safeguarding Telecommunications-Related Personal Information, October, 1995 (<http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/policy/privwhitepaper.html>).

36) Jonathan P. Graham 전계 논문.

법행위법을 통한 사법적 구제수단과 별도로 미국의 경우 1974년 세계 최초로 Privacy Act를 제정하였으며 1977년과 1978년에는 독일³⁷⁾, 프랑스³⁸⁾, 오스트리아³⁹⁾, 노르웨이⁴⁰⁾, 덴마크⁴¹⁾등이 데이터 보호법을 통과시켰고, 1981년에는 OECD에서 프라이버시보호와 개인정보의 국가간 유통에 관한 가이드라인(Guidelines on the Protection of Privacy and Trans border Flows of Personal Data)이 제정되었다⁴²⁾.

2. 불법행위법리의 적용

개인정보와 관련하여 불법행위법리의 적용을 위하여 우선 Prosser에 의하여 주창된 4가지 프라이버시 침해 유형을 살펴볼 필요가 있다. 그는 사생활에의 침입(intrusion upon seclusion), 사생활의 공표(public disclosure of private facts), 그릇된 공표(false light), 개인 식별요소의 영리적 이용(appropriation of one's name or likeness for commercial gain)이라는 네 가지 침해유형을 제시하였다⁴³⁾. 이 같은 Prosser의 4가지 프라이버시 침해유형을 중심으로 살펴보면 사생활의 공표가 정보프라이버시 침해에 가장 가깝다고 할 수 있으며, 여기서의 사생활의 공표란 개인정보를 부당하게 일반적인 범위를 넘어(highly offensive to a reasonable person)공개한 것으로 공공이익에 부합하는 경우에도 성립할 수 있으며, 공개한 내용이 진실이라는 이유로 면책되지 않는다. 그러나 공공의 출처로부터 개인정보를 얻은 경우에는 이에 해당하지 않는다⁴⁴⁾. 이를 정보프라이버시보호에 적용할 경우, 공공기록 등을 통하여 일반인의 접근이 가능한

37) 연방데이터보호법(1977); 민간부문의 데이터베이스에 저장된 정보를 통지받고 그 자료를 정정 또는 삭제할 수 있는 권리를 개인에게 인정하였다.

38) La loi relative l' informatique, aux fichiers et aux liberts. 1978(정보처리, 축적 및 자유에 관한 법률; 정보처리 개시 이전에 민감한(sensitive)정보에 관해서 접근 및 교정할 권리를 인정하며, 성명과 관련된 자료의 수집, 기록 및 저장을 규제하고 있다.

39) 데이터보호법(1978).

40) 개인데이터 파일법(1978).

41) 공적기관데이터파일법, 민간기관데이터파일법(1978).

42) 이에 관하여는 拙稿, 「환자의 진료정보와 통제권에 관한 소고」 참조, 민사법학 제29호, 2005. 9. 363면 이하.

43) William L. Prosser, The Right to Privacy, 48 Cal. L. Rev. 383 (1960), p. 389 ; William L. Prosser. Handbook of the Law of Torts section 117(4th ed.1971). 이 같은 분류는 1977년 Restatement of Torts(2d) 652A에 채택되었다. : 반대견해 Bloustein, Privacy as an Aspect of Human Dignity ; An Answer to Dean Prosser. 39 N.Y.U. L. Rev. 962 (1964).

44) Duran v. The Detroit News, Inc., 504 N. W. 2d 715, 720(Mich. 1993).

개인정보를 제3자에게 유출시키는 경우 이를 공표(publicity)라 할 수 있는가의 문제⁴⁵⁾와 일반대중이 아닌 특정그룹 사이에서만 개인정보가 유통되었을 경우에도 이를 공표⁴⁶⁾라 할 수 있는가 하는 문제가 있다.

즉 정보프라이버시는 먼저 정보주체가 스스로 공개한 정보를 본래 목적과 달리 제3자에게 유출시켰을 때 문제가 되는데, 제3자에게 유출시키는 단계에서 그의 침입이 이루어졌다고는 볼 수 없다⁴⁷⁾. 또 ‘개인 식별요소의 영리적 이용’(appropriation of one’s name or likeness for commercial gain)은 프라이버시권을 재산권적인 측면에서 고찰할 수 있으나⁴⁸⁾, 타인이 특정 개인의 정보를 소유하고 있다는 사실만으로 침해라 하기에 는 무리가 따르며⁴⁹⁾, 개인식별 요소의 영리적 이용을 금하려는 것은 사업자들이 이 같은 정보를 광고 등 상업적 목적에 사용하려는 것이므로 개인정보의 무단유출을 막으려는 본 취지에 적당하지 않다. 또 그릇된 공표(false light)와 관련하여 개인정보는 일반적으로 거짓이 아니며, 정보제공자가 그릇된 정보를 유출시켰다 하더라도, 개인정보를 유출시킨 것만으로는 공표라 할 수 없으므로 위 네 가지 요건 모두는 그 적용범위가 한정되게 되므로 정보프라이버시를 보호하기에는 부적합하다⁵⁰⁾.

즉 미 법원은 개인정보를 무단으로 이전 또는 공개(transfer of personal information)한 것에 대하여 불법행위 책임을 귀속시키는 것을 꺼려왔다 할 수 있는데, 그 이유로는 개인정보의 무단유출만으로는 위 침해유형에서 공통으로 요구하고 있는 공개(publicity)의 요건을 충족했다고 보기 어렵고, 표현의 자유에 기하여 프라이버시침해를 인정하는 범위를 좁게 해석하고 있으며, 공공기록에서 얻을 수 있는 개인정보가 ‘개인적(private)’인 것인지의 여부에 대해서 명백한 결론이 내려지지 않고 있으며, ‘사생활의 공표(public disclosure of private facts)’에서 요구되는 ‘통상의 범위를 넘을 것

45) Gill v. Hearst Publishing Co., 253 p.2d 441 (Cal. 1953). 아내를 포옹하며 입 맞춘 사실을 공개하였더라도 그러한 입맞춤이 공공장소에서 일어났기 때문에 사생활이라고 볼 수 없다는 판결.

46) Restatement of Torts(2d), ss 652E comment. a, 공표는 반드시 ‘불특정 다수의 사람(to the public at large)’을 대상으로 하여야 한다고 하고 있다.

47) Ault v. Hustler Magazine, Inc., 860 F. 2d 877, 822 (9th Cir. 1988). 사진을 찍는데 동의가 있었다면 더 이상 사적인 문제로 볼 수 없고, 이를 출판한 것은 ‘사생활 침입을 구성하지 않는다’.

48) James R. Maxeiner. Data Protection Law and the European Union’s Directive : The Challenge for the United States ; Business Information and “Personal Data” ; Some Common Law observation about the EU Draft Data Protection Directive. 80 Iowa L. Rev. 619. p. 624.

49) Jonathan P. Graham. Privacy, Computers and the Commercial Dissemination of Personal Informations, 65 Tex. L. Rev.1412 (1987).

50) Jonathan P. Graham, p.1412.

(highly offensive)'이 라는 요건은 대부분 데이터베이스에 수록되어 있는 종류의 개인 정보에 적용되기 어렵다는 것을 들고 있다⁵¹⁾.

우리 민법에서도 자신이 알지 못하는 제3자에게 자신의 개인정보를 무단유출 시키는 행위에 대하여 불법행위책임을 물을 수는 있겠으나, 이 같은 사실을 실제 적용하기에는 무리가 따른다. 즉 공공기록에서 구할 수 있는 개인정보를 유통시키는 행위에 대하여 위법성을 인정할 수 있는가의 문제가 있으며, 위법하다고 하더라도 상당인과 관계에 있는 손해를 어떻게 증명할 것인가의 문제가 있다. 더 나아가 개인정보의 재산적 가치를 어떻게 산정할 것인가의 문제와 집단소송제도가 정비되지 않은 현실에서 다수의 개인정보주체가 각각 소송을 제기할 경우의 문제 등이 있다. 또 민법 제751조의 정신적 손해를 청구할 경우 징벌적 손해배상이 아닌 우리의 법 현실에서 그 액수는 그다지 크지 않을 것으로 본다. 이 같이 볼 때 불법행위에 의한 정보프라이버시 보호는 충분한 구제책이 되지 못한다고 본다.

3. 계약법리의 적용

현대사회에서의 문제는 정보사회의 발전에 따라 수집된 개인정보가 쉽게 유통될 수 있다는 점을 지적 할 수 있다. 그 가운데 신용 및 금융정보의 무단 유출은 정신적인 손해를 넘어 재산적인 손해도 야기할 수 있다. 따라서 특정계약을 통하여 수집된 정보는 정보주체의 동의 없이 당해 계약이외의 기타, 다른 목적을 위하여 이용되거나 공개되어서는 아니 된다. 즉 소비자가 물건을 구입하거나 서비스를 제공받으면서 정보를 제공할 경우 당사자 사이에는 묵시적 계약관계가 성립한다. 즉 소비자가 물건을 구입할 경우, 그 물건이 우송될 주소를 제공하게 되는데, 이 때 상대방은 소비자의 주소 이름 등의 정보를 물건을 우송할 목적이외의 다른 목적에 사용하여서는 안 된다. 따라서 상대방이 소비자의 주소 및 이름 등 소비자의 정보를 제3자에 제공하였을 경우에는 계약위반이 된다 할 수 있다. 이와 같은 정보를 바탕으로 상대방은 소비자의 구매정보 및 기타의 정보, 더 나아가 소비자의 재정상태, 사회적 습관, 및 기호 등도 추측할 수 있다. 그러나 소비자는 당해 물건을 구입하면서 자신의 주소, 성명 등을 판매하는 것에 대하여 묵시적으로 동의했다고 볼 수 없으므로 상대방은 계약을 위반한 것이 되며, 그에 대한 채무불이행책임을 지지 않으면 안 된다.

51) George B. Trubow, Protecting Information Privacy in the Information Society, 10 N. Ill. UL. Rev. 521 (1990).

그러나 개인정보보호의 근거를 계약이론에 전적으로 의지하는 것도 문제가 있다고 본다. 왜냐하면 거래당사자사이의 교섭력(bargaining power)이 균형을 잃은 경우, 즉 신용카드 이용을 신청할 때에 카드회사가 신청자에게 “카드회사가 보유하는 신용정보를 다른 우편물 광고업자에게 제공할 경우에도 이의를 제기하지 않는다”는 규정에 서명을 요구할 경우, 신청자는 이에 서명할 수 밖에 없는데, 이와 같은 경우 계약이론을 도입하여 소비자의 개인정보를 보호한다는 것은 한계가 있기 마련이다.

V. 결 론

정보는 공간과 시간의 틀 속에서 유형·실체적으로 존재하는 것이 아니며, 무형의 존재, 물리적 실체가 없는 재화로써 법률규제의 대상이 될 수 있다. 그러나 인류는 이제까지 이 대상을 재산법의 지배영역에 편입시키지 않았으며, 더 나아가 이 같은 새로운 법 대상의 특성에 따라 적절한, 실천적인 법의 원칙을 찾는다는 것 또한 그리 쉬운 일이 아니었다. 결과적으로 현행법은 이 같은 종류의 법 대상에 대하여 충분하고도 적절한 사고모델과 법 개념을 도출하지 못하였고, 지금까지 이 분야에 대하여 제정된 법규범 역시 충분하지 못한 실정이다. 단지 정보 그 자체로 인하여 사람에게 손해를 야기한 경우에는 “정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률” 제24조 제2항에서 “정보통신서비스제공자로부터 이용자의 개인정보를 제공받은 자는 당해 이용자의 동의가 있거나 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 개인정보를 제공받은 목적이외의 용도로 이를 이용하거나 제3자에게 제공하여서는 아니된다”하여 원칙적으로 정보를 제3자에 제공하는 것을 금하고 있다. 그러나 본법에서는 이 같은 추상적인 규정을 하고 있을 뿐 제3자의 범위 기타 제3자 제공의 성질상의 제한 등에 대한 규정이 없어 법해석에 의존할 수밖에 없었던 것이 현실이다. 더 나아가 이 같은 규정에 위반하여 개인정보의 침해가 있을 경우에 “정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률” 제 61조 이하의 벌칙 규정에 의하여 그 구제를 도모하고 있을 뿐 민사상 동원할 수 있는 구제방법에 대한 연구는 아직 부족한 것이 현실이다. 이에 민사상 구제방법으로서 두 가지를 생각할 수 있을 것으로 본다. 첫째 개인정보의 침해에 의하여 피해가 발생한 후에 입은 피해를 금전적으로 환가하여 배상받는 방법과 둘째, 이 같은 피해가 예상되는 상황에서 피해의 발생을 막는 사전적인 예방책이 바로 그것이다. 첫째의 방법은 우리의 불법행위법이 전통적으로 사용하는 것으로 “타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상의 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에

대하여 배상할 책임이 있다”(민법 제751조 제1항)고 하여, 이러한 정신적 고통이 고의 또는 과실에 의한 위법행위에서 유래하였다면 불법행위로 인한 구제를 받을 수 있는 방법이며, 둘째의 방법은 불법행위법이 원칙적으로 피해가 발생한 후에 이를 금전배상 또는 원상회복(명예침해의 경우 제746조)의 문제가 있으므로 사전적인 예방을 위해서는 불법행위와는 다른 법적 구성이 필요하다.

그러나 앞에서 살펴 본 바와 같이 불법행위, 또는 계약법리에 의하여 개인정보를 보호하는 데에는 한계가 있어 조직적이고 일관된 보호를 제공하지 못하는 단점이 있다. 따라서 정보프라이버시를 포괄적으로 보호할 수 있는 대체적 방안이 요구된다. 그리하여 프라이버시보호를 위하여 유럽 국가들은 포괄적인 입법을 통해 행정기관에 의한 감시나 독립적인 기구(data protection agency)를 설치하여 개인정보의 취급을 통제하며 이를 위반할 때에는 강력한 집행수단을 동원하는 방식을 택하고 있는데 반하여 미국은 행정 감시기구를 설치하지 않고 업계의 자율규제를 허용하거나, 정보주체인 개인에게 사법적 구제수단을 부여함으로써 프라이버시를 보호하는 방식을 택하고 있다. 이에 대하여 미국내 학자들은 프라이버시보호를 위한 독립적인 행정감시기구를 설치하지 않은 것에 대한 비판을 가하고 있다⁵²⁾.

이같이 볼 때 우리나라에서는 어떤 규제방식이 우리의 실정에 맞는지를 충분한 검토 후에 결정하여야 하는 숙제가 남아있다. 정보프라이버시보호 보호에 있어 사후적 구제수단이라 할 수 있는 사법적 심사방식은 이미 앞에서 살펴본 바와 같이 충분하다고 할 수 없으며, 따라서 대륙법 국가에서와 마찬가지로 성문화된 입법을 통하여 개인정보 제공에 대한 사전적인 규제가 이루어져야 할 것으로 본다. 결국 사법적 개입은 보완적인 방법이 될 수 있으며, 사법적 규제방식에서의 어려운 현실임을 감안하여, 입법에 의한 규제를 고려하지 않으면 안 될 것으로 본다.



▶ 문성제

가상공간(Cyberspace), 개인정보(personal information), 프라이버시권(privacy), abuse, mass communication, torts law, guideline, remedies, 민법(civil law), damages, publishing community

52) David H. Flaherty, Protecting Privacy In Surveillance Societies Xxii (1989). p. 382. ; Paul Schwartz, Data Processing and Governmental Administration ; The Failure of the American Legal Response to the Computer, 43 Hasting L. J. 1321, 1383 (1992).

[ABSTRACT]

A Study on Civil Remedies for Damages by the Supply of Personal Information by a Third Person

Moon, Seong-Jea

The collection and utilization of information through cyberspace allow not only consumers but employers to have a successful communication with others. Users can benefit from cyberspace in many regards, including a reduction of cost and time, and they can apply for and be provided with all sorts of products, information and services. In contrary, there is much room for a misuse or abuse of personal information about users, since it could be gathered and disclosed without their consent. The focus of law has shifted from the protection of life and the body to that of reputation and privacy, as the advance in mass communication and information technology that has entailed sophisticated information- gathering technology has increasingly contributed to infringing on the reputation and privacy of individuals.

Information is intangible, not being restricted by time and space. As one of intangible resources, that could be placed under the control of law. Owing to its unique characteristics, that can be circulated simultaneously in different and extensive geographic regions, and it's not an easy task to find out the appropriate and authentic legal principles that could be applicable to such a new object of law. This is the reason why that hasn't yet been placed under the reign of law, and why current law fails to determine how to approach the new object of law. So far, there is neither robust legal foundation for this field nor appropriate guidelines about the application and principles of relevant law.

Now, it's required to discreetly study what types of remedies could be

applicable in the area of the civil law in case anybody suffers loss just due to an exposure of information. There are two different remedies in the civil law. One is making financial reparation after one is damaged, and the other is preventing one from being damaged when it is anticipated. The first remedy is based on the tort law that specifies one who harms the body, freedom or fame of others or gives any mental pain to them are liable to make reparation for any losses other than property(the Para. 1 of Art. 751 of the Civil Law). One whose mental pain is rooted in another person's any intentional or unintentional illegal action can be remedied by the tort law. As for the second remedy, separate law is required instead of the tort law, since financial compensation or recovery of original state is necessary once after one is damaged. Korean precedents have applied the conception of 'personal rights' in order to remedy people whose fame or personal interests are infringed by the press or someone of publishing community.

However, no specific efforts to approach the protection of privacy related to personal information from a perspective of the law of contract has yet been made, though there are much possibilities of solution for that approach. If the personal information of an individual gathered for a particular purpose is sold or provided to a third person without his or her consent, it seems possible to apply the law of contract to that. Therefore, it's attempted in this study to discuss civil remedies for damages triggered by the supply of personal information by a third person.