

개인정보보호법제의 원초적 성격과 “구글 스페인” 유럽사법재판소 판결 평석¹⁾

2)

박 경 신 (고려대학교, 오픈넷)

<요약> 개인정보보호법은 모든 개인에 관한 정보를 ‘개인정보’로 정하고 개인정보의 유통을 규제함으로써 “타인에 대해 말할 권리”를 제약하는 방식으로 해석될 우려가 있어 왔다. 그 우려가 “구글 스페인” 유럽사법재판소 판결에서 현실화되었다.

전세계 개인정보보호규제들의 제정에 심대한 영향을 준 EU디렉티브와 OECD가이드라인 그리고 이 두 개의 국제규범에 심대한 영향을 준 알란 웨스틴의 저술을 자세히 검토해보면, 개인정보보호 규범은 프라이버시권을 그 핵심적인 보호법익으로 두되, 개인정보의 대규모집적 및 유통이 이루어질 경우 개인의 자유가 위축될 가능성에 초점을 맞추고 있음을 알 수 있다. 그렇다면 개인정보보호 규범으로 유통을 통제하고자 하는 것은 공개되거나 유출될 경우 정보주체를 위축시킬 수 있는 일반적으로 공개되지 않은 정보가 대상임을 알 수 있다. 그럼에도 불구하고 많은 개인정보보호규범이 프라이버시로 보호되는 정보인지를 다루지 않고 모든 개인정보를 우선 보호대상으로 삼는 것은 프라이버시를 폭넓게 보호하기 위한 절차적 규범 (prophylactic)으로 이해된다.

물론, 개인정보보호규범이 강조하는 “프라이버시권”도 그 입론에 결정적인 영향을 준 위렌-브렌다이스 논문 및 프루터의 저술 및 웨스틴의 저술을 함께 분석해보면 ‘자신에 대한 사적인 정보 (private facts)의 공개’의 통제를 핵심내용으로 삼고 있음을 알 수 있다. 결국 나라마다 ‘사적인 정보’의 범위는 다를 수는 있으나 개인정보보호규범의 보호법익은 ‘사적인 정보’로 한정됨을 알 수 있다.

그렇다면, 개인정보보호규범의 구체적 적용범위도 ‘사적인 정보’ 또는 ‘프라이버시권 침해의 가능성있는 정보’들로 한정되는 것이 원래의 목적에 부합한다. 실제로 OECD가이드라인, 호주, 캐나다, 싱가포르, 인도 등은 전자의 목적으로 “공개된 정보(publicly available information)”는 개인정보보호법의 적용범위에서 배제한다. 이와는 달리 실제로 EU디렉티브, 일본, 필리핀, 대만 등의 국가들은 후자의 목적을 위해 “언론 목적의 정보처리”를 개인정보보호법의 적용범위에서 배제하는 것에 그치고 있으나 소위 ‘잊혀질 권리’도 사적인 정보가 정보주체의 합리적인 의사에 반하게 노출된 경우에만 개인정보보호규범이 적용되는 것이 원래의 입법목적에 부합할 것이다.

그리고 이렇게 해석될 경우 표현의 자유 규범에는 프라이버시에 대한 보호가 내재되어 있기 때문에 개인정보보호규범과 표현의 자유의 충돌은 사라지게 됨은 물론이다.

이러한 면에서 합법적으로 공개된 정보를 안내한 구글의 검색결과를 정정할 것을 요구한 “구글 스페인” 유럽사법재판소의 결정은 보호법익을 벗어나 소통의 자유를 제약하는 것으로 보인다. 우리나라는 ‘언론 목적의 정보처리’에 대한 예외조항도 ‘공개된 정보의 처리’에 대한 예외조항도 없어 앞으로의 개인정보보호법의 해석에 혼란이 예상되며 조속한 입법이 필요할 것으로 보인다.

1) 이 논문의 일부는 박경신, “사생활의 비밀의 절차적 보호규범으로서의 개인정보보호법” 공법연구 제40집 제1호 2011년 10월에 게재된 바 있습니다.

I. 서론

현행 개인정보보호법은 ‘살아 있는 개인에 관한 정보’로서 그 ‘개인을 알아볼 수 있는 정보’를 ‘개인정보’라고 정하고 이 개인정보를 쉽게 검색할 수 있도록 체계적으로 배열 및 구성한 집합물을 ‘개인정보파일’이라고 하며 ‘개인정보파일’을 처리하는 기관, 법인, 단체 및 개인을 ‘개인정보처리자’라고 정의한다(개인정보보호법 제2조)

개인정보보호법의 핵심은 개인정보의 대상이 되는 자를 ‘정보주체’라고 정의하고(개인정보보호법 제2조) 정보주체는 개인정보처리자의 행위를 제한할 수 있는 권한을 가지게 된다는 점이다. 대표적으로 ‘개인정보처리자’는 원칙적으로 ‘정보주체’의 동의를 받은 경우에만 정보주체에 대한 정보를 수집할 수 있다(개인정보보호법 제15조). 뿐만 아니라 개인정보처리자는 이 동의를 얻을 때 수집목적을 정보주체에게 밝혀야 하고 그렇게 수집된 후에도 정보를 처리목적에 필요한 용도로만 사용해야 하며(법 제15조), 뿐만 아니라 그 정보가 정확하도록 유지해야 하고 유출되지 않도록 관리해야 하며 정보주체가 그 개인정보를 열람할 수 있음은 물론 개인정보보호현황에 대해 정보주체들이 열람할 수 있도록 하며 최대한 익명처리해야 한다(개인정보보호법 제3조). 뿐만 아니라 정보의 대상이 되는 자는 ‘정보주체’라 하여 ‘개인정보처리에 대해 동의권, 정정 및 삭제권을 가지며 개인정보처리에 의해 피해가 발생할 경우 구제청구권도 가지게 된다(개인정보보호법 제4조).

그런데 개인정보가 ‘살아있는 개인에 관한 정보로서 그 개인을 알아볼 수 있는 정보’라면 예를 들어 ‘김철수는 과학자이다’라는 구조를 가진 모든 문장들은 문장 하나하나가 각각 개인정보를 구성한다. 즉 주어가 살아있는 개인인 한 <주어+서술어>의 구조를 가진 모든 문장은 주어가 지칭하는 사람에 대한 개인정보가 된다. 그렇다면 내가 ‘김철수는 과학자이다’는 정보를 입수하려면 김철수로부터 동의를 얻어야 한다. 또 이렇게 얻은 정보를 타인에게 공개하거나 전달하려하여도 김철수로부터 동의를 얻어야 한다. 이렇게 정보의 수집, 이용 및 양도의 각 단계에 대해 정보주체에게 동의를 얻어야 하는 의무는 ‘김철수는 과학자이다’라는 사실이 얼마나 널리 공유되고 있는지 얼마나 김철수의 명예를 훼손하지 않는 것인지에 관계없이 적용된다. 심지어는 정보의 성질상 그 정보를 정보주체가 아닌 제3자로부터 얻을 수 있는 정보인 경우에도 마찬가지이다.

물론 이 의무는 내가 ‘개인정보처리자’인 경우에만 적용되지만 나는 쉽게 ‘개인정보처리자’가 될 수 있다. 내가 김철수를 포함한 100여명의 과학자들의 이론에 대해 내가 가진 견해나 사실들을 문서에 기록해두었고 검색이 용이하도록 100여명을 가나다순으로 다루었다고 하자. 그렇다면 이 문서는 ‘개인정보파일’이 되고 그 파일을 운영하고 있는 나는 ‘개인정보처리자’가 된다. 혹은 100명에 대한 정보가 서술형 문단들 속에 뒤섞여 있다고 하더라도 만약 이 문서가 워드나 한글 문서로 되어 있다면 과학자의 이름만 <찾기>창에 집어넣으면 각 정치인에 대한 정보들을 일목요연하게 볼 수 있으므로 겉으로는 보이지 않더라도 내적으로 체계적으로 배열이 된 것이므로 ‘개인정보파일’이 될 수 있다.¹⁾

1) 개인정보보호법이 이렇게 해석되지 않을 수 있다면 모든 개인정보처리자는 정보의 축적방법만 서술형으로 바꿈으로써 개인정보보호법의 적용을 피할 수 있을 것이며 개인정보보호법은 형해화될 것이다. 개인정보보호법의 올바른 해석은 이와 같이 서술형으로 축적된 정보에도 적용될 가능성을 포함해야 한다. 이러한 가능성은 신문기사DB와 관련하여 제기된 바 있다. 문재완, “프라이버시보호를 목적으로 하는 인터넷규제의 의의와 한계: ‘잊혀질 권리’ 논의를 중심으로”, 언론법학회 2011년 9월 20일 학술세미나 <인터넷상의 표현의 자유와 한계> 자료집, 108-135쪽, 124쪽.

결국 사람들이 타인에 대해 알고 말함에 있어서 그 타인에게 동의를 얻어야 한다는 것인데 이것이 개인정보보호법이 상정하고 있는 시나리오일까?

위에서 개인정보처리자에게 부과되는 의무를 주마간산격으로 살펴보면 개인정보보호법은 개인정보를 그 정보주체의 소유물로 보고 있는 듯하다.²⁾ 개인에 대한 정보를 수집할 때 그 개인으로부터 동의를 얻어야 한다거나 이를 수집목적에 따라서만 사용해야 한다거나 하는 개인정보보호법 상의 의무들은 정보주체가 다른 물건들을 소유하듯이 자신에 대한 개인정보를 소유한 것으로 보는 시각과 합치한다.³⁾ 즉 타인의 물건을 빌리려면 그 물건의 소유자에게 동의를 얻어야 하고 빌리는 목적을 말하고 그 목적에 부합하게 물건을 사용해야 하며 그렇게 하지 못할 경우 물건의 소유자는 그 물건을 반환받을 수 있다는 등의 규범은 개인정보보호법 상의 개인정보처리자의 의무에 좋은 유비를 제시한다.

그렇다면 누구든 타인에 관한 글을 쓸 때는 타인에 대한 명제를 포함시킬 수밖에 없는데 이러한 명제들을 개인정보라고 정의하여 그 타인이 소유물과도 같은 통제권을 행사한다면, 결국 타인에 관한 글을 쓰는 행위에 대해 그 타인이 통제권을 갖게 되는 것이다. 이렇게 타인에 대한 글을 쓸 때 그 타인으로부터 동의를 얻어야 한다는 규범이 기존 법리에 미치는 영향은 명약관화하다.

가장 극명하게, 명예훼손, 사생활침해는 모두 하나의 명제의 위법성에 대해 법적 책임을 부과하는 법리인데 그 위법성요건에는 ‘명제가 실존인물에 관한 것일 것’이라는 요건이 이미 포함되어 있다. 그런데 개인정보보호법에 의하여 ‘실존인물에 관한 명제’는 모두 ‘개인정보’가 되고 동의없는 개인정보의 처리는 개인정보보호법 상 불법이 된다. 그렇다면 명예훼손이나 사생활침해 성립여부가 문제가 되는 대부분의 명제들은 ‘허위’, ‘사실의 적시’ 등의 요건을 충족시키지 않더라도 실존인물에 관한 명제이고 동의없이 작성된 명제이므로 이미 개인정보보호법 상으로는 불법이다. 이렇게 되면 정보의 대상(개인정보보호법 상 “정보주체”)은 자신에 대해 원치않는 정보가 유통되고 있을 경우 명예훼손이나 사생활침해를 입증하지 못해도 개인정보보호법 위반을 입증함으로써 그 유통을 막을 수 있게 된다. 그 정보가 허위인지 사적인 비밀로 보호되는 것인지 입증할 필요가 없어진다. 이렇게 정보주체가 자신에 관한 정보라는 이유만으로 그 정보의 유통을 규제할 수 있다면, 명예훼손이나 사생활침해 뿐만 아니라 퍼블리시티권, 초상권과 같이 신체적 법익이나 재산적 법익이 아닌 인격적 법익을 보호하는 모든 규범들의 실질적 의미가 형해화되어 버린다.

물론 더욱 중요한 것은 표현의 자유라는 헌법원리에 미치는 영향이다. 누구나 자신에 대한 정보라는 이유만으로 이를 통제할 수 있다면 그 정보를 공유하고자 하는 자의 자유는 포기되어야 한다. 그리고 특히 개인정보보호법리는 민주주의에 심대한 영향을 주게 된다. 표현의 자유의 의미를 민주주의에서 찾을 때 표현의 자유의 핵심은 ‘하늘이 맑다’라는 자연현상에 대한 관찰이나 평가보다는 타인에 대한 관찰과 평가를 할 권리가 될 것이다. 예를 들어 국민주권을 위탁받은 자들을 국민이 감시 및 비판하는 기능의 중요성은 우리나라 사법부에 의해서도 누차 강조된 바 있다. 그런

2) 아래에 살펴보겠지만 실제로 현재의 개인정보보호규범을 창안한 Alan Westin은 자기 정보에 대해 재산권과 유사한 권리를 부여해야 한다고 주장했다. Privacy and Freedom.

3) 더 나아가 아예 개인정보에 대해 정보주체가 가진 권리를 재산권으로 다루어야 한다는 견해도 나와 있다. Lawrence Lessig, <Code>, 160~163쪽. 로렌스 레식이 포르노로부터 청소년을 보호하기 위한 인터넷필터링에 대해서 표현의 자유 입장에서 반대하면서 이와 같이 개인정보에 대하여 재산권에 준하는 통제권을 부여하는 것은 모순된다는 비판은 Paul M. Schwartz, “BEYOND LESSIG'S CODE FOR INTERNET PRIVACY: CYBERSPACE FILTERS, PRIVACY-CONTROL, AND FAIR INFORMATION PRACTICES”, 2000 Wisconsin Law Review 743 (2000).

데 타인에 대한 관찰과 평가가 모두 그 타인의 동의에 의해서만 이루어질 수 있다면 이러한 비판 감시기능도 제대로 작동할 수 없게 된다.

개인정보보호법이 가진 문제는 ‘개인에 관한 정보’를 모두 ‘개인정보’로 정의하여 정보주체가 자신에 관한 정보에 대한 통제권을 부여하면서 시작된 것이다. 즉 타인에 관한 정보를 그 타인이 소유한 것처럼 대우하면서 시작된 것이다. 물론 정보주체가 자신에 관한 정보에 대해 갖는 통제권은 절대적인 것이 아니라 개인정보처리자에게 몇 가지 의무를 부과함으로써 발생한다. 그러나 그 의무가 실제로 합법적이고 진실된 정보의 유통을 규제하는 한 개인정보보호규범과 표현의 자유 규범 사이의 충돌은 필연적이며 바로 그런 사례가 이번 구글 스페인 유럽사법재판소 판결이다.

그렇다면 개인정보보호법의 원천으로 돌아가서 숙명적으로 표현의 자유 규범과 충돌할 수 밖에 없는 규범이 탄생했는지를 살펴봄으로써 개인정보보호법의 추후 적용의 기준으로 삼고자 한다.

II. ‘개인정보’의 정의와 개인정보보호권

우리나라 개인정보보호법 제정의 근간은 1980년 OECD프라이버시보호및개인정보국제유통가이드라인(OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data: 이하 ‘OECD가이드라인’)⁴⁾과 1995년 EU개인정보처리에관한개인의보호및자유로운정보유통에대한디렉티브(DIRECTIVE 95/46/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data: 이하 ‘EU 디렉티브’)⁵⁾라고 볼 수 있다. 두 가지 모두 직접적으로 법적 효력은 없으나 개인정보보호에 대한 세계적인 움직임을 대표하고 있고 전자는 미국이 참여하였고 후자는 미국이 참여하지 않았기 때문에 선진국들의 개인정보보호에 대한 다양한 시각을 읽을 수 있다.

여기서 OECD가이드라인과 EU디렉티브를 살펴보는 것은 우리나라 개인정보보호법과의 전반적인 비교를 위한 것이 아니고 제1장에서 밝힌 바와 같이 개인정보보호의무가 발생하는 요건인 ‘개인정보’의 정의만을 집중적으로 살펴볼 것이다. 이러한 정의들에 대해서 살펴보면 이 논문에서 이러한 정의들이 문제가 되는 것은 개인정보에 대해서 정보대상자(정보주체)에게 소유권과 유사한 권리를 부여하기 때문이므로 개인정보에 대해 그와 같은 비슷한 권리를 부여하는가에 대해서도 간략하게 병행하여 살펴볼 것이다.

우선 개인정보의 정의는 우리나라의 그것과 다르지 않아 OECD가이드라인⁶⁾과 EU디렉티브⁷⁾ 모두 ‘식별가능한 개인에 대한 모든 정보’를 개인정보라고 정의하고 있다.

4) Organization for Co-Operation and Economic Development (OECD), OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, http://www.oecd.org/document/18/0,2340,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00.html (2011년9월26일 최종방문).

5) EU Directive 95/46/EC on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of such Data, http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/data_protection/114012_en.htm (2011년9월26일 방문)

6) “personal data” means any information relating to an identified or identifiable individual (data subject);

7) ‘personal data’ shall mean any information relating to an identified or identifiable natural person (‘data subject’); an identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity

1. 1980년 OECD가이드라인

OECD가이드라인은 서문에서 그 취지를 자세히 적시하고 있다.

자동화된 정보처리의 발전에 따라 엄청난 양의 정보를 수초 만에 국경을 넘어 심지어는 대륙을 횡단하여 전송할 수 있게 되었고 이에 따라 개인정보와 관련된 프라이버시 보호를 고려해야 한다. . . OECD회원국들은 각국의 프라이버시법제를 조화시켜 인권을 보호하면서도 정보의 국제적 흐름이 중단되지 않도록 하는 가이드라인을 작성할 필요를 느끼게 되었다. . . .

OECD가이드라인의 해설서(Explanatory Memorandum)는 다음과 같이 가이드라인의 배경을 더 자세히 설명하고 있다.

지난 10년간 OECD회원국들은 프라이버시보호를 위한 법제들을 개발해왔다. 이 법들은 나라별로 다르고 많은 나라들은 지금도 개발 중이다. 법제상의 차이는 국가간의 정보의 흐름에 장애가 될 수 있다.⁸⁾ . . . 현재 논의된 대응방식은 주로 한 개인이 고전적인 의미에서의 프라이버시 침해를 방지하기 위한 보호조치들이다. 즉 은밀한 개인정보의 남용이나 공개와 같은 것이다. 그러나 이와 관련된 다른 보호의 필요가 나타났다. 예를 들자면 기록보관자가 정보처리활동들에 대해 공중에게 알릴 의무나 정보주체가 자신에 대한 정보를 보완하고 개선할 권리이다. 일반적으로는 “간섭받지 않을 권리(the right to be left alone)”라는 전통적인 개념의 프라이버시를 더 확대하며 이와 관련된 법익들을 더욱 복잡하게 종합하는 체계를 찾으려는 경향이 있었다. 이 법익들은 ‘프라이버시와 개인의 자유’라고 명명될 수 있을 것이다.⁹⁾

OECD가이드라인의 서문과 해설서에 비추어볼 때 기존의 프라이버시의 범위를 넘어서는 보호를 제공하되 프라이버시의 보호를 핵심적으로 보고 있는 것이다.

본문 제1조에서 “이 가이드라인은 처리방식 또는 그 성격이나 사용의 맥락 때문에 프라이버시 및 개인의 자유에 위협을 가하는 개인정보에게 적용된다”라고 명시하고 있다.¹⁰⁾ **제3조에서 “프라이버시와 개인의 자유에 위협을 가하지 않음이 명백한 개인정보를 이 가이드라인의 적용에서 배제할 수 있음”을 명시하고 있다.**¹¹⁾ 이와 함께 제3조는 회원국이 법 제정시 “가이드라인의 적용을 자

⁸⁾ Introduction: A feature of OECD Member countries over the past decade has been the development of laws for the protection of privacy. These laws have tended to assume different forms in different countries, and in many countries are still in the process of being developed. The disparities in legislation may create obstacles to the free flow of information between countries. Such flows have greatly increased in recent years and are bound to continue to grow as a result of the introduction of new computer and communication technology.

⁹⁾ 2. The remedies under discussion are principally safeguards for the individual which will prevent an invasion of privacy in the classical sense, i.e. abuse or disclosure of intimate personal data; but other, more or less closely related needs for protection have become apparent. . . . Generally speaking, there has been a tendency to broaden the traditional concept of privacy (“the right to be left alone”) and to identify a more complex synthesis of interests which can perhaps more correctly be termed privacy and individual liberties.

¹⁰⁾ 2. These Guidelines apply to personal data, whether in the public or private sectors, which, because of the manner in which they are processed, or because of their nature or the context in which they are used, pose a danger to privacy and individual liberties.

동화된 정보처리에 한정할 수 있음”을 명시하고 있다.¹²⁾

그렇다면 OECD가이드라인을 OECD회원국들이 준수해야 할 최소기준으로 간주할 때 그 최소기준은 ‘프라이버시 및 개인의 자유에 위협을 가하는 정보의 자동화된 처리’에만 적용된다고 볼 수 있다.

결론적으로 OECD가이드라인은 제1조와 제3조에서 프라이버시 및 개인의 자유에 위협을 가하는 정보에만 그 적용을 한정하고 있다. 이것은 우리나라 법이 제1조 목적부분에서 ‘사생활의 비밀 등을 보호함’을 목적으로 정하고 있을 뿐 실제 조문에서는 ‘개인정보’를 ‘살아있는 개인에 관한 정보로서 개인을 알아볼 수 있는 정보’라고만 정하고 있는 것과 비교가 된다. 물론 우리나라 법도 제1조의 목적조항에 따라 ‘개인정보’의 정의를 ‘살아있는 개인에 관한 정보로서 개인을 알아볼 수 있는 정보 중에서 사생활의 비밀을 침해할 수 있는 정보’로 한정할 수도 있을 것이다. 덧붙여서, OECD가이드라인은 제3조에서 ‘프라이버시와 개인의 자유에 위협을 가하지 않음이 명백한 개인정보’는 이 가이드라인이 설정하려는 최소기준에 포함되지 않음을 분명히 하고 있다.

하지만 유의해야 할 점은 ‘프라이버시 및 개인의 자유’가 무엇인지에 대해서는 OECD가이드라인은 명백한 설명을 하지 못하고 있다. OECD가이드라인은 서문에서 OECD회원국들이 만든 프라이버시 보호 법제들은 ‘근본적인 인권의 침해(violations of fundamental human rights)’를 예방하려고 한다면서도 그 예로서 (1) 개인정보의 불법보관 (unlawful storage of personal data), (2) 부정확한 개인정보의 보관 (storage of inaccurate personal data) 또는 (3) 개인정보의 남용 및 무단공개 (the abuse or unauthorized disclosure of personal data)를 들고 있는데 (3)은 기존의 프라이버시 개념에 포함되어 있지만 (1)과 (2)는 왜 그것이 근본적인 인권의 위반인지가 설명되고 있지 않다. OECD가이드라인이나 EU디렉티브가 나오기 이전에 타인에 대한 정보를 보관한다는 것 자체가 인권침해로 인정되는 경우는 없었다. 타인에 대한 정보의 공개가 타인의 사생활을 침해하는 것으로 인정되는 경우는 있었지만 그 습득과정에 불법이 있었다면 모르되 정보의 단순한 보관이 사생활을 침해한다고 보기는 어렵기 때문이다. 또 타인에 대해 부정확한 정보를 보관하는 것 역시 OECD가이드라인이나 EU디렉티브가 나오기 이전에 인권침해로 인정되고 있지 않았다. 그렇다면 OECD가이드라인은 무언가를 ‘근본적인 인권의 침해’라고 규정하고 이를 방지하기 위해 ‘프라이버시 및 개인의 자유에 위협을 가하는 정보의 자동화된 처리’를 규제하는 것을 내용으로 하고 있는데 OECD가이드라인의 입법목적을 정확히 알기 위해서는 ‘프라이버시 및 개인의 자유’가 무엇인가에 대해서 더욱 정확히 알 필요가 있다.

다음으로 이렇게 정의된 ‘개인정보’에 OECD가이드라인은 개인정보처리자에게 어떤 의무를 부과하고 있는지 살펴보자. 우선 8개의 기본원칙으로 정리되는데 수집에 있어서의 제한을 살펴보면 수집에 있어서 정보주체의 인지도나 동의를 의무화하고 있지 않다. 오직 ‘적절한 경우’에만 인지도나 동의를 요구하고 있다. 이것은 국내법이 특별한 경우가 아닌 이상 동의를 원칙적으로 요구하고 있는 것¹³⁾과 비교된다.¹⁴⁾ 물론 국내법이 정보주체가 아닌 제3자로부터 정보를 수집할 상황을 상정하고

11) 3. These Guidelines should not be interpreted as preventing: . . . b) the exclusion from the application of the Guidelines of personal data which obviously do not contain any risk to privacy and individual liberties;

12) 3. These Guidelines should not be interpreted as preventing: . . . c) the application of the Guidelines only to automatic processing of personal data.

13) 개인정보보호법 제15조(개인정보의 수집·이용) ① 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 개인정보를 수집할 수 있으며 그 수집 목적의 범위에서 이용할 수 있다.

있어 정보주체의 동의 없이 정보를 수집할 수 있음을 전제로 하고 있기는 하나 이때에도 정보주체는 수집사실을 안 순간부터 개인정보의 처리정지 및 파기를 시킬 권한을 가지게 된다.¹⁵⁾

2. 1995년 EU디렉티브

1995년 EU디렉티브는 역시 전문 제2항에서 그 목표를 한정하고 있다. ‘정보처리시스템은 인류에 봉사해야 한다. 이 시스템은 자연인의 국적 또는 주거에 관계없이 이들의 근본적인 권리와 자유를 존중해야 하며 특히 프라이버시권(the right to privacy)을 존중하면서 경제적 사회적 발전, 무역확대 및 개인의 건전한 생활(well-being)에 기여해야 한다.’¹⁶⁾

EU디렉티브는 전문 제15항에서 ‘개인정보처리 중에서 자동화되었거나 정보가 정보주체들에 대한 특정한 기준에 따라 구조화된 파일링시스템에 포함되어 있거나 포함되기로 되어 있어 개인정보에 대한 용이한 접근을 허용할 때에만 이 디렉티브가 적용된다’고 하고 있다.¹⁷⁾ 전문 제27항에서 ‘이 디렉티브는 자동화된 처리가 아닌 이상 파일링시스템에만 적용되며 구조화되지 않은 파일들에는 적용되지 않는다’고 명확히 하고 있다.¹⁸⁾ 이것은 1995년 EU디렉티브의 전신이라고 할 수 있는 1981년의 유럽의회자동처리개인정보협약(Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data)¹⁹⁾이 자동처리되는 개인정보만을 대상으로 하고 있던 것에서 유래한 것이다.

그리고 다시 전문 제17항에서 저널리즘, 문학 및 예술적 표현을 목적으로 이루어지는 동영상 과 녹음의 처리²⁰⁾에 대해서는 각 회원국이 프라이버시권과 표현의 자유 규칙들과의 조화에 필요한 경

1. 정보주체의 동의를 받은 경우

2. 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우. . .

14) 이 점은 이민영도 지적한 바 있다. 이민영, “개인정보보호법의 쟁점분석 및 제정방향”, 정보통신정책 제 17 권 20호 통권 381호 2005년 11월

15) 제20조(정보주체 이외로부터 수집한 개인정보의 수집 출처 등 고지) ① 개인정보처리자가 정보주체 이외로부터 수집한 개인정보를 처리하는 때에는 정보주체의 요구가 있으면 즉시 다음 각 호의 모든 사항을 정보주체에게 알려야 한다.

제37조(개인정보의 처리정지 등) ① 정보주체는 개인정보처리자에 대하여 자신의 개인정보 처리의 정지를 요구할 수 있다. 이 경우 공공기관에 대하여는 제32조에 따라 등록 대상이 되는 개인정보파일 중 자신의 개인정보에 대한 처리의 정지를 요구할 수 있다.

② 개인정보처리자는 제1항에 따른 요구를 받았을 때에는 지체 없이 정보주체의 요구에 따라 개인정보 처리의 전부를 정지하거나 일부를 정지하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 정보주체의 처리정지 요구를 거절할 수 있다.

16) (2) Whereas data-processing systems are designed to serve man; whereas they must, whatever the nationality or residence of natural persons, respect their fundamental rights and freedoms, notably the right to privacy, and contribute to economic and social progress, trade expansion and the well-being of individuals;

17) (15) Whereas the processing of such data is covered by this Directive only if it is automated or if the data processed are contained or are intended to be contained in a filing system structured according to specific criteria relating to individuals, so as to permit easy access to the personal data in question;

18) (27) whereas, nonetheless, as regards manual processing, this Directive covers only filing systems, not unstructured files; whereas, in particular, the content of a filing system must be structured according to specific criteria relating to individuals allowing easy access to the personal data;

19) <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm> 2011년9월26일 최종방문

20) (17) Whereas, as far as the processing of sound and image data carried out for purposes of journalism

우 예외를 설정해야 한다고 하였고 **본문 제9조는 저널리즘, 문학 및 예술 정보에는 아예 개인정보권이 아예 적용되지 않는다고 명시하고 있다.**²¹⁾

그리고 본문 제3조 제1항 역시 ‘이 디렉티브는 전적으로 또는 부분적으로 자동화된 개인정보처리 및 자동화되지 않았다면 파일링시스템의 한 부분이거나 한 부분으로 예정된 정보들의 처리에만 적용된다’²²⁾고 밝히고 있다. 제3조 제2항 역시 순전히 개인이나 가사생활 과정에서의 자연인에 의한 개인정보처리에는 적용되지 않는다고 밝히고 있다.²³⁾

이 디렉티브 하에서 만들어진 독일의 연방정보보호법 역시 이와 비슷한 조항들을 두고 있다. 우선 제1조 제1항은 ‘이 법의 목적은 자신의 개인정보의 처리에 의해 발생할 수 있는 프라이버시권의 침해로부터 개인들을 보호하려는 것이다’라고 하고 본조 제2항은 이 법은 ① ‘정보처리시스템’을 통한 수집, 처리 및 이용 또는 ② ‘자동화되지 않은 파일링시스템’을 통한 수집 처리 및 이용에만 적용된다고 하고 있다. 또 법이 적용되는 정보처리양태에 있어서도 ‘개인적인 또는 가정 내의 활동’을 위한 수집, 처리 및 이용에는 적용되지 않는다고 규정하고 있다.

그런데 흥미로운 것은 독일연방정보보호법은 제1부에서 일반조항으로서 제4조 제1항에서 ‘개인정보의 수집, 처리 및 이용은 이 법에 의해 허용되거나 요구된 경우나 정보주체가 동의한 경우에 합법적이다’라고 한 후에 제2항에서 ‘개인정보는 정보주체로부터 수집되어야 한다. 정보주체의 참여가 배제된 수집은 법에 의해 허용되거나 요구된 경우(또는 상업적 목적이나 행정적 목적에 비추어 타인으로부터의 수집이 불가피한 경우 또는 정보주체로부터의 수집이 과도한 부담이 될 경우)로서 정보주체의 압도적인 합법적 이익에 미칠 부정적 영향이 인지되지 않는 경우에만 허용된다’라고 하고 있다. 즉 원칙적으로는 정보주체로부터 정보주체의 동의 하에 수집되어야 하지만 특별히 제3자로부터의 수집이 정보주체에게 특별한 해악을 끼치지 않을 경우 제3자로부터의 동의없는 수집도 허용될 수 있다는 것이다.

특히 연방정보보호법 스스로가 제2부와 제3부에서 각각 공공기관의 정보보호의무와 사기업체의 정보보호의무를 나누어 규정한 후에 사기업체에 적용되는 제3부의 제28조에서 ‘개인정보의 수집, 기록, 변경, 양도 또는 상업적 이용은 1. 정보주체와의 법적 또는 유사법적 의무를 창설, 이행 또는 종료시키기 위해 필요한 경우, 2. 정보통제자의 합법적 이익을 보호하기 위해 필요한 경우로서 정보주체가 그러한 처리나 사용을 배제할 압도적인 합법적 이익을 가지고 있다고 추정할 이유가 없는 경우, 또는 3. 정보가 일반적으로 접근가능하거나 정보통제자가 공개할 수 있는 경우로서 정보주체가 그러한 처리나 사용을 배제할 명백하고 압도적인 합법적인 이익을 가지고 있지 않은 경우’에 합법적이라고 되어 있다.

or the purposes of literary or artistic expression is concerned, in particular in the audiovisual field, the principles of the Directive are to apply in a restricted manner according to the provisions laid down in Article 9;

21) Article 9 (Processing of personal data and freedom of expression) Member States shall provide for exemptions or derogations from the provisions of this Chapter, Chapter IV and Chapter VI for the processing of personal data carried out solely for journalistic purposes or the purpose of artistic or literary expression only if they are necessary to reconcile the right to privacy with the rules governing freedom of expression.

22) This Directive shall apply to the processing of personal data wholly or partly by automatic means, and to the processing otherwise than by automatic means of personal data which form part of a filing system or are intended to form part of a filing system.

23) This Directive shall not apply to the processing of personal data: - by a natural person in the course of a purely personal or household activity.

그렇다면 독일연방정보보호법은 사기업체인 개인정보처리자에게는 개인정보 수집에 있어서 정보주체의 동의를 절대적으로 요구하지 않는다는 것인데 이는 EU디렉티브의 어떤 내용에 의해 허용되는 것일까? EU디렉티브의 제7조는 개인정보의 처리는 (a) 정보주체가 명백히 동의한 경우, (b) 정보주체가 당사자인 계약의 이행 또는 체결을 위해 불가피한 경우, (c) 개인정보처리자의 법령상의 의무이행을 위해 불가피한 경우, (d) 정보주체의 긴급한 이익을 보호하기 위해 불가피한 경우, (e) 공익적 임무 또는 개인정보처리자나 제3자에게 부여된 공적 권한의 행사를 위해 불가피한 경우 (f) 개인정보처리자나 제3자가 추구하는 합법적 이익을 위해 불가피한 경우로서 그와 같은 이익이 정보주체의 근본적인 권리나 자유에 의해 압도되지 않는 경우에 허용된다고 하고 있다.²⁴⁾ 즉 정보주체가 자신에 관한 정보의 흐름을 통제할 권한을 갖지는 않는 것이다. EU디렉티브의 이러한 성격에 착안하여 맥세이너는 EU디렉티브가 개인정보에 대한 재산권을 창설하지는 않는다고 하였으며²⁵⁾ 또 독일연방헌법재판소가 1983년에 천명한 개인정보자기결정권²⁶⁾을 법제화 한 것은 아니라고 평가하였다.

독일개인정보보호법은 언론사에 대해서는 특별조항(제41조)을 두고 있다.

3. 소결: 개인정보보호권과 프라이버시권의 관계

이 장의 목표는 서론에서 언급된 표현의 자유의 제약 문제를 고려할 때 개인정보보호법 상의 정보주체의 권리(이하, ‘개인정보보호권’)²⁷⁾를 어떻게 한정할 것인가 그리고 이 문제제기에 비추어 개인정보권의 본산인 OECD가이드라인과 EU디렉티브는 개인정보를 어떻게 정의하고 있는가를 알아보려하는 것이었다.



OECD가이드라인과 EU디렉티브를 살펴보면 명백해진 것은 첫째 개인정보와 프라이버시는 범주가 다르며, 전자가 후자를 포함하는 더욱 넓은 개념이라는 것과 둘째 개인정보보호권은 프라이버시침해를 더욱 두텁게 보호하려는 시도로 읽힌다는 것이다.

즉 1980년 OECD가이드라인은 개인정보를 개인을 식별할 수 있는 모든 정보로 정의하되, 개인정보처리자의 의무가 적용되는 개인정보처리의 범위를 ‘자동화된 처리’로 최소보호수준을 좁히고 있으며, 개인정보의 범위도 ‘프라이버시 및 개인의 자유를 침해할 개연성이 있는 정보’만으로 한정하고 있다. 그리고 개인정보권의 내용에 있어서도 다른 차이도 있겠지

²⁴⁾ **Article 7** Member States shall provide that personal data may be processed only if:

(a) the data subject has unambiguously given his consent; . . .

(f) processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by the third party or parties to whom the data are disclosed, except where such interests are overridden by the interests for fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection under Article 1 (1).

²⁵⁾ James R. Maxeiner, “Freedom of Information and the EU Data Protection Directive”, Federal Communications Law Journal, December 1995, p. 97

²⁶⁾ Judgment of Dec. 15, 1983, Bundesverfassungsgericht (Fed. Const. Ct.), 65 BVerwGE 1, translated in 5 Hum. Rts. L.J. 94 (1984). See H. Prantl, Der Datenschutz zehn Jahre nach dem Volkszahlungsurteil: Unanstandiges für unanständige Leute. Der späte Sieg des ehemaligen Innenministers Friedrich Zimmermann, Süddeutsche Zeitung, Dec. 16, 1993.

²⁷⁾ 독일연방헌법재판소와 우리 재판소에 의해 헌법적인 위상을 갖게 된 ‘개인정보자기결정권’에 비해 법률로써 창설된 권리를 구별하여 부르기 위해 ‘개인정보보호권’이라는 용어를 쓰고자 한다.

만 가장 눈에 띄는 것은 개인정보의 수집에 있어서도 동의를 의무화하고 있지 않다. 프라이버시의 보호를 위해 불필요한 경우 동의를 얻을 필요 없다는 의미로 해석된다.

또 1995년 EU디렉티브 역시 개인정보는 개인을 식별할 수 있는 모든 정보로 폭넓게 정의하되 그 규제목표는 ‘프라이버시권’의 보호임을 천명한 후에 적용범위에 있어서 ①자동화된 시스템이나 ②자동화되어 있지 않다면 구조화된 파일링시스템에만 적용된다고 한정하고 있다. 즉 개인정보라고 할지라도 위와 같이 자동화 또는 구조화된 파일링시스템에 속한 개인정보에만 법이 적용된다고 하는 것이다. 또 개인정보의 수집에 있어서는 동의를 의무화하고 있지만 이익형량을 통해 “개인정보처리자의 이익이 정보주체의 이익보다 우선할 경우” 정보주체의 동의를 얻을 의무가 면제되며 해석상 이 이익형량에서 정보주체의 이익은 EU디렉티브가 전문에서 그 중요성을 밝히고 있는 프라이버시권이 된다. 즉 모든 자동화된 시스템이나 구조화된 파일링시스템에서 처리되는 개인에 대한 정보의 경우 우선적으로 모두 개인정보보호권이 적용되기는 하나, 개인정보보호권의 가장 대표적인 의무인 수집동의권의 경우 정보주체의 프라이버시가 정보처리자의 이익(예를 들어, 표현의 자유)에 앞설 경우에만 적용된다. 그렇다면 역시 적어도 개인정보보호권의 가장 중요한 요소인 수집동의권은 프라이버시권의 침해 개연성이 있는 정보에만 적용된다고 보는 것이 합당하다.

그렇다면 개인정보보호권의 목표로 설정된 프라이버시권의 의미는 무엇이며 개인정보보호권은 어떻게 프라이버시권으로부터 발전하였는가?

III. 프라이버시권의 의미와 개인정보보호권의 발전

1. Warren-Brandeis 논문의 올바른 이해

국내에서 프라이버시 논의를 할 때 법리의 안정적인 원천으로 제시되는 것이 바로 프러서인데, 1960년에 미국에서 프라이버시 침해를 불법행위로 구성한 프러서(William L. Prosser)가 프라이버시 침해유형을 다음의 네 가지로 분류하고 있다.²⁸⁾

(1) 사생활에의 침입(*intrusion upon solitude or seclusion*)~ 개인의 평온한 사생활이 적극적으로 침입 및 간섭받거나 소극적으로 감시도청 또는 촬영되는 행위 등에 의하여 불안과 불쾌감을 유발시키는 행위.

(2) 사적 사실의 공표(*public disclosure of private facts*)~ 비밀로 붙여두고 싶어하는 개인에 관한 난처한 사적 사항이 언론 매체에 그대로 공개되어 권리가 침해받는 경우. (3) 왜곡된 묘사(*false light in the public eye*)~허구와 허위의 사실을 공표 하거나 사실을 과장 또는 왜곡하여 공표함으로써 세인들로 하여금 특정인을 사실과 다르게 알도록 하는 행위.

(4) 성명 및 초상의 영리적 사용(*appropriation of name or likeness*)~개인의 성명, 초상, 경력 등 본인의 고유한 속성, 즉 인격적 징표를 본인의 동의 없이 사용하여 상업적 부당 이득을 추구하는 행위. 주의할 것은 사람의 징표를 그 사람의 선호도에 편승하여 상업적 이득을 얻기 위해서만 침해가 발생하고 그 사람에 대한 평가나 음미를 위한 사용은 침해가 아님.

그런데 위의 4가지 유형을 자세히 살펴보면 침해유형 (1)과 침해유형 (4)는 타인에게 공개되지 않은 공간 또는 정보의 원치않은 공개가 이루어진다는 면에서 공통점이 있다. 그러나 침해유형(3)

²⁸⁾ Prosser, “Privacy”, 48 Cal.L.Rev. 383 (1960)

은 영미계에서 인정되는 퍼블리시티권을 말하고 침해유형(2)는 명예훼손에 해당되지는 않으나 매우 근접한²⁹⁾ 해당되는 개념임을 알 수 있다.

결국 프로터서의 프라이버시는 명예, 비밀 및 정체성³⁰⁾의 세 가지의 보호가치가 혼재된 개념이라고 할 수 있겠으며 심지어는 프로터 스스로 이 4가지의 침해유형은 서로 관계가 없다고 하였다.³¹⁾ 프로터서는 심지어 이렇게 “혼란스러운 판례의 진화를 중단해야 할지 고민해야 될 때가 되었다”고 하였다.³²⁾

프로터가 이와 같이 다양한 형태의 불법행위들을 모두 프라이버시 침해에 포함시킬 정도로 프라이버시를 넓게 정의한 이유는 프라이버시권을 처음 정립한 것으로 알려지는 Samuel Warren판사와 Louis Brandeis판사의 1890년 논문 때문이다.³³⁾ Warren-Brandeis 논문이 나오기 전까지 판례들의 주류해석은 법적으로 인정되는 민사불법행위(torts)의 유형들을 신체나 재산에 대한 훼손을 동반하는 것으로 한정하고 있었고 그렇지 않다면 최소한 명예훼손, 저작권침해 또는 계약위반 등이 동반되어야 했다. Warren과 Brandeis는 이 논문에서 신체 및 재산적 손해, 명예훼손, 저작권침해, 계약위반 등을 동반하지 않는 새로운 불법행위들이 일부 판례에서 인정되어 왔다고 이 흐름이 더 발전되어야 한다고 주장하였다. 실제로 그와 같은 불법행위가 인정된 여러 판례들을 소개하는 것이 논문의 주 내용이며 이와 같은 소송에서 침해가 인정된 권리를 ‘프라이버시’권이라고 명명하였다. 이 논문의 내용은 그후 여러 법원들이 신체나 재산의 훼손, 계약위반 또는 명예훼손을 동반하지 않는 민사불법행위 재판에서 많이 인용하였고 실제로 매우 다양한 불법행위사건들이 Warren과 Brandeis가 펼쳐놓은 텐트 아래에 모이게 되었다.³⁴⁾ 사실 당대 불법행위법의 대가였던 Prosser가 1960년 논문을 통해 혼란스러운 프라이버시 사건들을 정리하려고 한 이유도 1890년 이후 70년 동안 이렇게 걸어서는 매우 복잡다기한 민사손해배상판결들이 프라이버시라는 이름하에 이루어졌고 프로터는 이들 판결들 속에서 일관된 법리를 추출함으로써 이 범영역을 정리하고자 하였던 것이다.³⁵⁾

29) 흑자는 false light(왜곡)과 defamation(명예훼손)이 질적으로 다르다고 주장하기는 하나 false light에 대한 판례들이 거의 없어 확인이 되고 있지 않으며, 미국에서는 진실이 명예훼손에 대한 완전한 항변이 되기 때문에 진실을 적시하되 왜곡되게 묘사하는 행위를 규제하기 위해 false light이 필요한 것으로 이해할 수 있다. 우리나라의 경우 진실적시 명예훼손이 형법 제307 제1항에서 인정되고 있기 때문에 false light 침해는 이미 민형사상 존재한다고 볼 수 있다.

30) 학계에서는 identity를 동일성으로 번역되기도 하나 정체성으로 번역하는 것이 올바르다고 본다. Identity는 identify와 어원을 같이 하므로 동일성으로도 번역되지만 일반인들에게는 ‘정체성’이라는 번역이 더욱 쉽게 이해된다. 이미 외국에서 자신의 민족적 정체성에 대해 혼란을 겪는 이민자의 자녀들을 가리켜 ‘identity crisis에 빠져있다’라고 하는 용례도 있다.

31) Neil M. Richards, Daniel J. Solove, “Prosser's Privacy Law: A Mixed Legacy”, 98 California Law Review 1887 (2010)

32) Prosser, 423쪽.

33) 4 Harvard Law Review 193 (1890). 프로터 스스로 이 논문을 인용하고 있다.

34) Richards & Solove, 1893쪽.

35) 이러한 ‘정리’의 필요는 우리나라 민사불법행위법에서는 상상하기 어려울 수 있다. 영미법의 민사불법행위법은 역사적으로 보면 의도적인 권리침해(intentional tort)에서 시작하여 과실에 의한 권리침해(negligence)로까지 발전하게 되는데 의도적 권리침해는 성질상 형법 상의 범죄들처럼 유형화되고 각 유형별로 명시적인 위법성구성요건들(elements of cause of action)을 가지게 된다. 예를 들어 battery의 위법성요건 중에서 행위요건이 접촉(contact)이라면 assault의 행위요건은 접촉에 대한 공포심을 조성하는 행위(causing fear of contact)가 요건이 된다. 의도적인 권리침해가 이렇게 유형별로 위법성요건이 정리가 된 상태이기 때문에 의도적 권리침해에 대한 불법행위소송들이 제기되면 이 소송들에서 법원이 일관된 위법성요건을 요구하는 것은 판례의 공정성을 위해 필수불가결한 것이었다.

그러나 실제로 Warren과 Brandeis의 논문을 자세히 살펴보면 저자들이 집중하고자 하였던 침해 행위들은 프롯서의 4분류에서 침해행위(2) “사적 사실의 공표”에 해당되는 것이었다.³⁶⁾ 워런과 브랜다이스는 프라이버시권을 인정할 근거로서 우리나라로 따지면 저작권격권의 공표권을 언급한다.³⁷⁾ 즉 자신의 생각과 감정을 담은 글을 저자가 공개하기를 원치 않는데 타인이 출판할 경우 저자에 대한 권리침해로 인정하는 판례들에서 프라이버시권 범리의 맹아를 찾는 것이다. 저작권격권의 공표권을 보호함으로써 저자의 생각과 감정이 비밀로 남아있을 권리를 인정한 이유는 저자 자신의 어떤 비밀에 대한 권리를 인정했기 때문이 아니었겠냐는 것이다.

또 하나 저자들이 프라이버시권의 근거로 삼는 것은 저자들은 동업자나 직원들의 영업비밀(trade secret)³⁸⁾을 유지할 의무에 대한 판결과 사진사가 고객의 사진을 유출시키지 않을 의무에 대한 판결들³⁹⁾에 대한 분석이다. 영업비밀 판결과 사진관 판결 모두 계약 또는 묵시적 계약에 근거하고 있다. 예를 들어 법원은 사진사와 고객과의 계약관계로부터 그 사진을 전시 및 복사하지 않겠다는 묵시적 합의를 유추한 것이다. 이에 대해 법원은 직원이 영업비밀을 유출하지 않을 명시적 의무나 사진사가 사진을 유출하지 않을 의무 모두 공법적으로⁴⁰⁾ 설정할 수 밖에 없다고 하였다. 왜냐하면 그 회사의 직원이나 그 고객의 사진사가 아닌 다른 사람이 유출을 하더라도 권리침해를 인정해야 할 것이기 때문인데 제3자들과는 기존의 계약관계가 없기 때문에 비밀유지의 의무를 유추해낼 수가 없기 때문이다. 특히 새로운 사진기술 하에서는 사진사가 사진찍히는 사람의 도움없이 사진을 찍을 수 있게 되었기 때문에 이러한 공법적인 의무의 설정은 더욱 중요하게 되었다.⁴¹⁾

물론 그 이후에 여러 법원들이 위 논문의 사진관 판결을 근거로 현대적으로 보면 프롯서의 제3 유형 또는 현대적으로 보면 퍼블리시티권을 창설하는 판결을 내리거나 또는 위 논문을 퍼블리시티권과 관련하여 언급하였다⁴²⁾. 어떤 논평가들은 W-B논문 이후 처음 명시적으로 프라이버시권으로 인정받은 침해유형이 퍼블리시티권 유형이라는 사실은 ironic하다고 한다.⁴³⁾ 이들에 따르면 도리어 캔터키주 대법원이 1927년에 “Morgan은 \$49.67를 빚졌는데. . . 값을 때까지 이렇게 광고하겠다”라고 한 광고에 대한 판결⁴⁴⁾과 캘리포니아주 대법원이 1931년에 개과천선한 전 매춘부가 과거에 살인혐의로 재판받았던 사실을 영화화한 것에 대한 프라이버시권 침해주장을 인정한 판결⁴⁵⁾이 W-B논문이 염두에 두었던 프라이버시권 침해와 상응한다.

그리고 프라이버시를 이렇게 해석하는 것이 프라이버시의 일반적 정의와도 부합한다. 1967년도 미국연방헌법 수정헌법 제4조의 불합리한 압수수색(unreasonable search and seizure)으로부터의 자유는 국가기관이 범죄수사를 목적으로 특정 사람, 물건 또는 장소를 ‘수색’할 경우 반드시 영장을 받을 것을 요구하고 있다. 그렇다면 수사기관의 어떤 행위가 ‘수색(search)’이라서 영장이 필요하다고 할 때 그 판단기준은 ‘프라이버시에 대한 합리적인 기대(reasonable expectation of

36) Prosser, 392쪽. Richards & Solove., 1889쪽.

37) Warren & Brandeis, 199-200쪽.

38) Warren & Brandeis, 212쪽.

39) Pollard v. Photographic Co., 40 Ch. Div. 345 (1888), Warren & Brandeis, 207.

40) 물론 여기서 ‘공법’적이라는 것은 민사불법행위법이 그 행위판단기준이 당사자들 사이에 의해서가 아니라 사회에 의해 정해진다는 의미에서 계약법에 비해 상대적으로 공법적이라는 의미이다.

41) Warren & Brandeis, 211쪽

42) Roberson v. Rochester Folding Box Co. 64 N.E. 442 (N.Y. 1902)

43) Richards & Solove, 1893쪽

44) Brents v. Morgan, 299 S.W. 967, 968 (Ky. 1927)

45) Melvin v. Reid, 297 P. 91 (Cal. 1931)

privacy)’에 의하여 설정된다.⁴⁶⁾ 프라이버시를 특정한 사적인 영역 내의 사물을 오감을 동원하여 인지하는 행위 즉 ‘수색’의 범위를 제한하는 규범으로 보고 있는 것이다.

물론 1960년대에 미국연방대법원은 Griswold판결⁴⁷⁾에서 프라이버시를 자신의 신체, 성생활 등에 대한 자기결정권으로 해석하였다. 즉 자신의 신체를 자신의 마음대로 통제할 수 있는 권리로 이해한 것이다. 그런데 여기서 ‘프라이버시’라는 문구의 선택은 사람의 신체나 성생활이라는 대상의 은밀함에서 비롯된 것이지 자기결정권 자체를 프라이버시로 보는 것은 아니다.⁴⁸⁾ 한 사람의 공개되지 않은 은밀한 삶의 영역 즉 성생활, 결혼, 생식에 대해서는 그 사람의 결정에 국가가 개입할 수 없다는 것이기 때문에 프라이버시라는 단어선택의 방점은 ‘결정의 대상’의 사적인 성격에 있는 것이지 결정권 자체가 사적이라고 본 것이 아니다.

위 내용을 표로 정리하자면 다음과 같다.

프루터의 프라이버시	Warren-Brandeis의 프라이버시의 범위	현대적 개념들
(1) public disclosure of private facts (사적인 정보의 무단공표)	O	현대적 의미의 프라이버시
(2) false light in the public eye (왜곡적 묘사)	X	준(?)명예훼손
(3) misappropriation of name or likeness(개인의 성명 및 초상의 남용)	X	퍼블리시티권, 초상영리권, 초상사용권, 초상재산권
(4) intrusion upon solitude or seclusion (사적인 정보의 무단취득)	O	현대적 의미의 프라이버시

2. 정보화시대의 적극적인 프라이버시보호정책 - Fair Information Practice Principle(공정 정보처리원칙)

여기서는 간략하게 프라이버시권이 어떻게 개인정보보호권으로 확대되었는지 그 과정을 살펴본다.

역사적으로는 1967년 Alan Westin이 <Privacy and Freedom>이라는 책을 통하여 대량정보의 수

46) Katz v. U.S., 389 U.S. 347, 361 (1967)

47) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)

48) 혹자는 낙태결정권의 ‘결정’부분에 초점을 맞추어 결정권적 프라이버시(decisional privacy)라는 개념을 창설하려고 한다. 문재완, 전게서. 하지만 그렇게 프라이버시를 결정권으로 입론하면 프라이버시와 자유권 전체를 구분하기가 어려워진다. 자유권 자체가 한 이성적 인간의 결정을 존중하는 것에 가치를 두고 있기 때문이다. 이렇게 입론하게 되면 프라이버시와 긴장관계가 있는 것으로 평가되는 표현의 자유 역시 자신이 말하기로 결정한 내용을 말할 자유가 되어버리고 표현의 자유도 프라이버시의 일부분이 되어버려 긴장관계의 설정 자체가 무의미해진다.

물론 프라이버시를 개인의 권리 전체로 입론하는 것도 불가능하지는 않다. 그러나 그러한 개인의 권리. 그러나 그러한 입론은 현재의 주류학계나 실무계의 논의의 흐름을 교란시킬 수 있다. 실제 학계나 실무계에서 통용되는 프라이버시의 가장 폭넓은 개념이라고 할 수 있는 독일의 인격권개념도 결정권으로서의 권리를 말하는 것이 아니라 인간상(像)의 보호를 의미하고 있음을 신중히 살펴볼 필요가 있다.

집 및 처리에 대한 연구결과를 발표하였고 이는 미국, 영국 등 각국의 정부들의 연구를 촉발시켰고⁴⁹⁾ 이는 소위 **공정정보관행(fair information practice)**이라는 이름으로 각국의 법으로 또는 정책으로 퍼져나갔다. 미국에서는 1973년에 보건복지성의 자동화된개인정보시스템에관한자문위원회가 보고서를 발간하였다.⁵⁰⁾ 이 움직임은 위에서 살펴보았던 1980년도의 OECD가이드라인과 1981년의 EU자동처리개인정보협약(Council of Europe, Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data)⁵¹⁾으로 이어졌고 이때 20여개국이 정보보호법을 제정하였고 10여년이 흐른 후 인터넷시대가 열리면서 1995년 EU디렉티브로 이어졌다.⁵²⁾ 독일을 비롯한 유럽의 여러 나라들이 EU협약이나 EU디렉티브에 따라 우리나라와 비슷한 포괄적인 개인 정보보호법을 제정하였다.

공정정보관행원리 또는 FIPP에 따르면 모든 정보가 잠재적으로 프라이버시를 침해할 수 있으므로 개인을 식별할 수 있는 모든 정보가 ‘개인정보’가 되고⁵³⁾ 개인정보의 수집, 유통 및 이용에 대해 정보주체가 통제권을 갖는 것을 기본으로 하고 있다. 이렇게 되면 프라이버시권이 침해되기 전부터 이미 정보유통자에게는 여러 의무가 주어진다. 예를 들어 정보가 은밀한 통로를 통해 정보주체의 허락없이 유통된다면 프라이버시침해라고 볼 수 없겠지만 개인정보보호법리의 침해는 된다는 식이다.

그러나 FIPP를 적용해보면 금방 알 수 있듯이 개인을 식별할 수 있는 정보를 모두 개인정보라고 하게 되면 실명을 거론하는 모든 말이 개인정보가 된다. 예를 들어 ‘박경신은 고려대학교 교수이다’라는 정보가 들어있는 모든 문서들은 개인정보를 담지한 것이 된다. 그런데 FIPP를 여기에도 적용한다면 정보주체인 박경신은 이 문장의 존재를 알아야 하고 이 문장이 어떻게 사용되는지를 알아야 하며 이 문장이 어떻게 이용될지도 통제할 수 있어야 할 것이다. 이것은 표현의 자유에 대한 심대한 침해를 발생시킬 것이다.⁵⁴⁾ 결국 FIPP는 연구의 시작과 입법취지에서 볼 때 대량으로 그리고 자동화된 형태를 정보를 처리하는 경우에만 적용된다고 봄이 마땅하며 이와 같은 원리를 명시하지 않은 EU디렉티브에 대해서는 비판이 있다. 2001년 스웨덴정부는 95년EU디렉티브에 따라 개인정보보호법을 제정하여 시행해본 결과, 95년디렉티브가 ‘표현의 자유 및 정보의 자유를 과도하게 제약하며. . .수집부터 삭제까지의 모든 단계를 규제하는 방식이 아니라 정보의 남용만을

49) G.B.F. Niblett, ed., *Digital Information and the Privacy Problem* (Paris: OECD Informatic Studies No. 2, 1971); Great Britain, Home Office, *Report of the Committee on Privacy* (London, 1972); Canada, Department of Communications and Department of Justice, *Privacy and Computers: A Report of the Task Force* (Ottawa, 1972); Sweden, Committee on Automated Personal Systems, *Data and Privacy* (Stockholm, 1972); United States, Department of Health, Education and Welfare, Secretary’s Advisory Committee on Automated Personal Data Systems, *Records, Computers, and the Rights of Citizens* (Washington, D.C., 1973).

50) <http://aspe.os.dhhs.gov/datacncl/1973privacy/tocprefacemembers.htm>.

51) Council of Europe, *Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data*, ETS No. 108, Strasbourg, 1981,

52) Sandra C. Henderson, Charles A. Snyder, “Personal information privacy: implications for MIS managers”, *Information & Management* 36 (1999) 213-220쪽.

53) 개인을 식별하는 모든 정보를 개인정보로 정하는 정의조항이 우리나라의 정보통신망이용촉진및정보보호에 관한법, (구)공공기관의개인정보보호에관한법, 개인정보보호법에도 공히 포함되어 있다.

54) 개인정보보호규범들이 표현의 자유를 침해할 가능성에 대해서는 과워블로거로 유명한 UCLA의 Eugene Volokh 교수의 논문이 있다. “FREEDOM OF SPEECH AND INFORMATION PRIVACY: THE TROUBLING IMPLICATIONS OF A RIGHT TO STOP PEOPLE FROM SPEAKING ABOUT YOU”, 52 *Stanford Law Review* 1049 (2000). 프라이버시의 대가인 Paul Schwartz가 해당 저널의 같은 호에 반박글을 게재하였다.

규제하는 방식으로 규제모델을 바꿔야 한다’는 의견서를 제출하면서 그러한 방식으로 디렉티브를 개정할 것을 요청하였다.⁵⁵⁾ EU디렉티브와는 무관하지만 EU디렉티브와 비슷한 형태의 개인정보보호법을 제정한 캐나다에서는 노동조합이 파업 중에 출근하는 노동자들을 촬영한 것에 대해 개인정보보호위원회가 불법이라고 판정하자 연방대법원은 개인정보보호법이 그렇게 적용되는 것은 위헌이라고 판시한 바 있다.⁵⁶⁾

또 이러한 이유로 FIPP는 영미계에서 보편적인 형태로 법제화가 되지는 않았다. 미국은 Privacy Act of 1974를 통하여 우리나라의 공공기관의개인정보보호에관한법에 해당하는 법만을 제정하고 공공기관들 사이의 정보공유를 규제하는 Computer Matching and Privacy Act of 1988을 제정하고 국가정보기관들의 생체정보수집을 통제하는 Executive Order 12333을 제정한 후, 사기업이 다루는 정보들에 대해서는 첫째 Fair Credit Reporting Act를 포함하여 금융소비자들이 은행 및 금융기관에 제공하는 정보의 프라이버시를 보호하는 일련의 법률, 그리고 의료정보를 다루는 Health Insurance Portability and Accountability Act등과 같이 내용 자체가 내밀한 것으로 인정되는 영역에 대해서만 공정정보처리원칙을 법제화하였다.⁵⁷⁾ 1977년의 미국연방정부는 영역별로 프라이버시 보호에 대한 연구를 진행하여 현황을 파악하였고 이 연구결과가 추후 입법과정에 도움을 주었다.⁵⁸⁾ 이 상황에 대해서는 학계 일각에서는 일반적인 개인정보보호법이 없기 때문에 기업체들이 각자의 정보보호관행과 기준들을 만들어내는 비용이 높다는 주장도 있다.⁵⁹⁾

3. Alan Westin의 <Privacy and Freedom>

그렇다면, 전세계의 개인정보보호체제의 원천이 되었던 알란 웨스틴의 생각은 무엇이었을까? 알란 웨스틴의 원전을 살펴보기로 하자.

웨스틴의 487쪽 책은 놀랍게도 인간의 프라이버시에 대한 요구가 동물적 요구에서 시작했다는 주장(제1장)에서 시작하며, 현대사회에서 “프라이버시 규범과 감시(surveillance)활동의 기능”을 다루는 1부로 시작된다. 여기서 웨스틴은 프라이버시가 개인에게 자유(autonomy), 감정적 휴식(emotional release), 자기성찰(self-evaluation), 통신보호(limited communication)의 역할을 하며 단체에게도 이에 상응하는 역할을 한다고 주장한다(제2장). 이 프라이버시는 자기누설(self-revelation), 타인의 호기심(curiosity)에 의해서도 침해되지만 가장 중요한 것은 “권력에 의한 감시(Surveillance by Authority)”에 의해 침해된다고 주장한다(제3장). 물론 여기서 반드시 권력은 정부만을 말하는

⁵⁵⁾ Swedish Ministry of Justice, November 26, 2001, “Note in Preparation for the Internal Market Council Meeting on Directive 95/46/EC”

⁵⁶⁾ <http://www.barrysookman.com/2012/05/07/privacy-law-pipa-unconstitutional-says-alberta-ca-in-ufcw-v-alberta/>

⁵⁷⁾ 미국의 영역별 개인정보보호법의 최근 현황에 대해서는 U.S. Federal Laws Regarding Privacy and Personal Data, and Applications to Biometrics, NBSP Publication 0105, March 2006. http://www.nationalbiometric.org/publications/US_FederalPrivacyReport0306.pdf (2011년9월26일 최종방문)

⁵⁸⁾ U.S. Privacy Protection Study Commission, Personal Privacy in an Information Society Ch. 13 (1977) <http://epic.org/privacy/ppsc1977report/> (2011년9월26일 방문)

⁵⁹⁾ Joel R. Reidenberg, “SETTING STANDARDS FOR FAIR INFORMATION PRACTICE IN THE U.S. PRIVATE SECTOR”, 80 Iowa Law Review 497 (1995). 저자는 일반적인 개인정보보호법의 부재로 인해 미국기업체들이 자발적인 개인정보보호관행과 기준들을 만들어내면서 관행을 투명하게 공개하지 않아 그 관행이나 기준이 위반될 경우 단속이 이루어지지 않고 있으며 결과적으로 개인정보의 2차사용이 횡행하는 문제점이 있다고 지적하며 논문저술 당시 EU가 채택한 EU디렉티브에 따라 유럽각국들이 법제화를 할 경우 미국과 유럽간의 정보유통이 유럽국가들에 의해 차단될 수 있다고 경고하고 있다.

것은 아니지만 웨스틴이 사회적 통제(social control)의 수단으로서의 감시를 말한다.

감시는 겉으로 드러나 있는 것의 관찰(observation), 겉으로 드러나지 않은 것의 추출(extraction), 수집된 것의 복제(reproduction)을 통해 이루어지는데 복제를 감시의 종류로 삼은 것은 사진, 녹음 등은 개인의 세세한 용모, 말투를 모두 담아낼 수 있고 (아마도 컴퓨터는 그 개인에 대한 자세한 정보를 모두 저장할 수 있기 때문에) 그전의 관찰과 추출만으로는 달성할 수 없는 수준으로 감시의 효율성을 높인다는 의미로 보인다. 그런데 감시가 모두 나쁘다는 것은 아니다. 웨스틴은 마가렛 미드를 인용하며 “개인적 프라이버시”에 대한 욕구가 “법으로부터의 프라이버시”와 혼동되서는 아니된다며 “사회적 보호(social protection)”를 위한 기계적 감시 및 순찰은 필요하며 “안전이 없는 프라이버시는 악몽같은 고통”이라고 말한다.(60쪽) 여기서 웨스틴은 관찰의 한 방식으로 처음으로 “정보감시(data surveillance)”를 언급한다. 여기서 정보감시는 엄청나게 많은 사람들에게 대해 컴퓨터를 통해 정보를 집적하는 것을 의미한다.

제2부에서는 새로운 감시의 도구들이 이용되는 현황을 살펴보고 제7장에서 “정보감시”가 이루어지는 현황을 다룬다. 여기서 처음 웨스틴은 정보감시가 왜 문제인지를 다음과 같이 언급한다.

개인파일(dossiers)의 위험은 개인에 대한 낱것 그대로의 사실이 수사기관의 “공식파일”에 포함되어 있다는 이유 만으로 가중된 위압성을 가지게 된다는 것이다. (또) 개인들은 그러한 파일의 존재를 모르며 그 파일 내에 무엇이 있는지 모르기 때문에 파일 안에 있는 사실, 견해, 소문을 반박할 절차가 없다. . . . (또) 개인파일은 한 기관에서 다른 기관으로 유통될 수 있다. . . 하나의 목적으로 비밀리에 공개한 사실이 나중에 자신의 경력의 중요지점에서 제약으로 작용할 수 있다.

더욱이 개인파일은. . . 개인의 평가자(evaluator)가 무시할 수 없는 정보가 되며. . . 이 상황은 잠재적인 “기록-감옥”을 만들어 수백만명의 미국인들이 과거의 실수, 누락, 오해가 앞으로 수십년을 통제할 수 있는 영구적인 증거가 될 수 있다. 유효기간이 만료된 사실들, 예를 들어 과거의 정치단체 가입이나 정신질환이 정정되지 않을 경우 사람의 인생을 교란할 수 있다. . .(160쪽)

제3부에서는 감시의 도구들이 논란이 되었던 5개의 사례유형들을 살펴보고 제12장에서 정보감시를 다룬다. 1950년대에 인구조사 항목에 신앙을 추가하는 것에 대한 반대운동(302-303쪽)⁶⁰과 보편적 개인식별번호 도입에 대한 반대운동(304쪽)을 다룬 후 1960년대에 들어서서 검찰, 경찰, 교도소 등의 형사기관들의 피의자 정보를 통합하려는 움직임(306쪽) 등을 다루며 이에 대해 학자들과 평론가들의 우려들을 다룬다.

프라이버시와 미국인들의 자유에 대한 위협은, 정보가 이렇게 축적되고 있다고 생각하는 사람들은 이 정보가 언제 자신에게 “해롭게” 이용될지 어떤 목적으로 이용될지 모른다는 것이다. 이 잠재성을 인지하고 있는 한 사람들은 “기록을 위한” 행동을 하려 할 것이고 행동과 표현의 자유는 위축될 것이다. 사람들은 자신들이 “기록된다”는 것 외에도 기록을 보는

60)

현재

상황에

대해서는

사람들에게 자신들이 어떻게 “보일지”를 걱정할 것이다(312-313쪽).

웨스틴은 여기서 개인정보보호원리를 천명한다.

개인정보에 대한 권리는 자신의 사적 인격에 대한 결정권으로 고찰되어야 하며 재산권으로 정의되어야 한다. 이에 따라 우리의 물권법이 숨겨있게 고안해낸, 공적 사적 권력의 간섭에 대한 제약과 적법절차의 보장들이 적용되어야 한다. 이 개념은, 개인정보의 소유자 또는 그의 신뢰받는 대리인이 아닌 사람이 그 정보를 유통하는 것은 위험한 일이며, 그 정보를 다루는 정보기구나 정부에게 특별한 의무와 책임을 창설한다는 생각이 동반되어야 한다.

개인정보가 그렇게 정의되면 한 시민은 자신의 재산이 정부 또는 정부 못지 않은 엄청난 공적 권력을 행사하는 기관들에 의해 수용 및 남용될 때 적용되는 적법절차의 권리를 갖게 될 것이다. 몇가지 예외(국가안보의 목적 또는 식별자가 분리되어 통계적으로 이용될 때)를 허용하되, 개인은 그 정보가 주요 중앙파일에 입력될 때 통지를 받아야 한다. 그가 원할 때, 파일에 포함된 정보를 검토할 수 있어야 하고 (사법심사를 받는) 행정절차를 통해 그 정보의 정확성을 따질 수 있어야 하며 그 정보에 대한 반박 또는 해명이 파일에 영구적으로 포함되도록 할 수 있어야 한다. 어떤 경우는 자신에 대한 정보파일이 열리는 것 자체에 대해서도 반대권을 가져야 한다.

웨스틴은 제13장에서 미국연방대법원의 판례를 분석하며 프라이버시 보호가 판례법에서 생명력을 가지고 있음을 확인하고 이 책의 마지막 장인 제14장에서 다음과 같은 개인정보보호법의 필요성을 주장한다.

프라이버시가 살아남기 위해서는, 개인정보처리의 증대에 따라 대규모 정보처리를 위해 컴퓨터를 이용하고자 하는 연방 및 주의회가 그에 걸맞는 고도의 분석과 계획을 해야 함을 의미한다. 즉 현존하는 비밀유지의무나 유출금지의무를 재분석하고 정보의 비밀유지, 부적절한 유통금지 및 무허가이용에 대한 처벌까지. . . 법에 포함되어야 한다.

. . . 법은 그런 정보가 수집기관에 의해 보관되어야 하고 다음과 같이 특별한 상황이 아닌 이상 다른 정부기관이나 사인에게 제공되지 않아야 한다고 규정할 수 있다. 즉 국가안보나 국방 상의 필요, 자유로운 유통에 대한 정보제공자의 사전허락, 정보제공자의 해당 제공에 대한 특별한 허락 등. . .

정보공개법의 문제는 시민의 프라이버시권 보호자로 정부를 추대한다는 것이다. 개인이 정부기관이 기꺼이 자신으로부터 수집한 정보를 공중에게 또는 다른 기관에게 제공하려고 할 때 이에 사법적으로 반대할 수 있는 절차가 부재하다. 불합리한 심정적 침입을 막기 위한 목적으로 이와 같은 반대권을 구성할 수 있다.

이 책을 읽어보면 웨스틴이 염두에 둔 것은 “개인으로부터 수집되어야 알 수 있는 정도의 내밀한 정보”임을 알 수 있다. 왜냐하면 어차피 공개되어 있는 정보라면 그 정보가 다른 기관으로 이전되는 것에 대해 민감하게 반응할 필요가 없기 때문이다. 웨스틴이 염두에 둔 것은 권력에 의한 사회적 통제 즉 정보보유자가 정보주체에 대해 내밀한 정보를 가지고 있다는 이유만으로 정보주체

의 활동을 위축시키는 상황이며 - 바로 이 때문에 책의 제목도 “프라이버시와 자유”이다 - 이와 같은 위축은 정보주체에 대해 이미 공개되어 있는 정보의 축적으로부터는 발생하지 않을 것이기 때문이다.

위와 같은 맥락에서 개인정보보호법제의 목표법익이 프라이버시라고 말했을 때의 프라이버시는 위의 프로세서의 제2유형에 해당된다. OECD가이드라인이나 EU디렉티브가 전문에서 그 보호법익으로 언급하고 있는 프라이버시권은 명예의 훼손(프로세서 제3유형)이나 초상 및 성명의 상업적 남용(프로세서 제4유형)에 대한 것이라고 보지 않는 것이 논리적으로 타당하다. 우리가 개인정보처리를 문제시하는 이유는 그 사람의 사적인 정보가 공개되거나 타인이 취득할 것을 두려워하는 것이지 그 사람의 평판이 저하되거나 인격적 징표로 기능하며 상업적으로 남용될 위험 때문은 아닐 것이다. 명예훼손의 위험이나 인격적 징표의 상업적 이용의 위험은 매우 적은 양의 개인정보(실명) 만으로도 발생할 수 있으며 정보화기술의 발전과는 관계가 없기 때문이다. 물론 명예훼손(프로세서 제3유형)이든 인격적 징표의 상업적 이용(프로세서 제4유형)이든 개인정보를 매개로 이루어지며 개인정보 전체를 통제하면 그 위험을 줄일 수는 있겠지만 위에서 말했듯이 매우 적은 개인정보 만으로도 위 두 가지 위험은 상존하기 때문에 그러한 위험을 막으려는 목적으로 개인정보보호법을 운영한다면 우리는 정보사회 자체를 포기해야 할 것이다.

4. 소결: 프라이버시권의 절차적 보호규범으로서의 개인정보보호권

위 논의들로부터 도출할 수 있는 결론은 프라이버시권은 개인정보보호권의 본질적인 내용이 되며 개인정보보호권은 프라이버시권을 보호하는 절차적 규범 (prophylactic rule) 내지 적극적인 보호규범이 된다는 것이다.

여기서 개인정보보호권이 프라이버시권의 절차적 보호규범(prophylactic rule) 또는 적극적 보호규범이라 함은 전통적인 프라이버시권의 침해가 발생할지 모르는 상황에서 그러한 가능성을 원칙적으로 차단하기 위해 필요한 이상의 절차적 의무를 부과함을 말한다. 예를 들어 프라이버시 침해는 개인정보가 은밀한 상태로 보관만 된다면 제3자에게 유출되더라도 인정되지 않고 불특정다수에게 공개가 있어야 비로소 인정되지만 개인정보보호규범은 그 정보가 유출될 경우 곧바로 규범의 위반이 인정된다.

“절차적 규범”이라는 말은 미연방대법원이 자기부죄금지권과 미란다고지를 받을 권리 (이하, ‘미란다고지권’)사이의 관계를 설명할 때 쓴 용어이다. 즉 미란다고지를 받지 않은 것 자체가 자기부죄금지권의 본질적인 내용을 침해하지는 않지만 자기부죄금지권의 침해가능성을 예방함에 있어서 매우 유용하다.⁶¹⁾

이렇게 관계를 설정하면 개인정보보호규범을 어떻게 해석해야 할지 새로운 시각을 제공한다. 즉 미연방대법원이 미란다고지권이 기술적으로 침해되더라도 미란다고지권이 봉사하려 하는 상위규범인 자기부죄금지권을 위반하지 않은 경우에는 증거능력을 배제하지 않는 것처럼⁶²⁾ 개인정보자기결정권에 대한 기술적인 위반이 있다고 하더라도 그 위반이 프라이버시권 침해의 위험을 동반하지 않는다면 개인정보자기결정권의 침해로 보지 않을 수도 있는 것이다. 다시 말하면, 조문 상으로는

61) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)

62) *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433 (1974)

모든 ‘자동화처리시스템’ 또는 ‘구조화된 파일링시스템’에 속한 정보가 적용대상이라고 할지라도 실제로 그러한 시스템에 속한 정보라고 할지라도 프라이버시권의 침해의 위험이 높지 않다면 개인 정보자기결정권의 침해가 아닌 것으로 볼 필요도 있는 것이다.

예를 들자면, ‘이명박 대통령은 서울시장 시절 청계천 복원공사를 추진하였다’라는 문장은 개인 정보보호법의 정의에 따르면 ‘개인정보’이다. 이러한 수준의 내용들이 들어있는 신문기사는 컴퓨터파일로 작성되었다면 ‘개인정보파일’이 될 수 있다. 하지만 이 정보를 수집함에 있어서 이명박대통령의 동의를 받지 않았다고 해서 개인정보보호법 위반이라고 볼 수는 없을 것이다. 위와 같은 개인정보는 어느 누구의 프라이버시도 침해하지 않기 때문이다.

OECD가이드라인이 스스로 ‘프라이버시 및 개인의 권리 침해 위험이 없는 정보’에 대해 적용을 배제하고 있는 것이나 EU디렉티브 하에서 ‘정보주체의 이익(아마도 대부분 프라이버시일 것임)이 정보처리자의 이익을 압도’하는지를 살펴서 수집동의권의 설정 여부를 결정하는 것도 같은 맥락으로 볼 수 있다. 또 EU디렉티브의 적용범위가 자동화된 또는 구조화된 파일링시스템화된 정보로 한정되는 것은 이미 자동화나 파일링시스템화에 일반적으로 내재되어 있는 프라이버시권 침해의 위험성 때문이므로, 무엇이 ‘자동화’된 것이고 무엇이 ‘시스템화된 파일링’인가는 프라이버시 침해의 입장에서의 일정한 가치판단에 따라 정의할 수 있는 것이다.

IV. 표현의 자유와의 관계

"개인이 자신에 대한 정보에 대해 통제권을 가져야 한다"는 것은 말은 듣기 좋아보이지만, 타인의 사상의 자유, 표현의 자유를 존중한다면 성립불가능하다. “박경신은 교수이다”와 같은 정보도 개인정보보호법에 따르면 개인정보일터인데 내가 그 정보의 유통을 통제할 수 있다는 것은 민주사회에서 불가능한 일일 것이다. 합법적으로 남들의 머릿속에 들어간 정보가 나에게 대한 명예훼손도 아니고 프라이버시침해도 아닌데 내가 또 무슨 이유로 통제할 수 있다는 것인가?

그렇다면, ‘자신에 대한 정보를 통제할 수 있다’는 환상을 갖도록 해준 ‘개인정보자기결정권’의 원천은 무엇이고 왜 실제로 세계의 많은 개인정보보호법들이 개인에 대한 “모든” 정보를 개인정보로 정의하여 개인정보처리자에게 여러 의무를 부과하는 것처럼 보이는 것일까?

원천은 바로 ‘정보감시’ 때문인데 1967년 알란 웨스틴이 <프라이버시와 자유>에서 처음 쓴 말이다. 정보감시란, 사람이 살아가면서 자신에 대한 여러 정보를 정부기관이나 업체에 제공할 때, 이 정보가 원래의 제공목적과 달리 이용되거나 원래 수집기관이나 업체 밖으로 유출되어 자신에 대한 다른 정보와 합쳐지는 것을 말한다. 이렇게 될 경우 정보보유자는 정보제공자에 대해 제공받은 정보 이상의 그 무엇을 알게 될 것이다. 이를테면 정보제공자의 다음 행동을 예측할 수도 있을 것이다. ‘감시’란 물론 도청, 압수수색, 미행과 같이 개인이 자발적으로 제공하지 않은 정보를 취득하는 것을 말하지만, 개인이 자발적으로 타인에게 제공한 정보가 축적되는 것만으로도 ‘감시’와 비슷한 결과가 나타나는 현상을 ‘정보감시’라고 부른 것이다.

이에 따라 웨스틴은 정보감시를 막기 위한 방편으로, 대규모개인정보처리자는 개인정보를 수집할 때는 정보제공자에게 정보의 이용목적과 범위를 사전에 통보하고 이를 준수할 것을 주장하였다. 이렇게 되면 자신이 제공한 모든 정보의 축적과 이용은 자신이 동의한 범위 내에서만 이루어지므로 더 이상 ‘감시’라고 볼 수 없기 때문이다. 알란 웨스틴의 제안은 그 후 전세계적으로 확산

되어 지금의 개인정보보호법이 되었고 이러한 법률들이 보호하는 법익을 우리는 “개인정보자기결정권”이라고 부르게 된 것이다.

결국 “개인정보자기결정권”은 문언 그대로 해석될 것이 아니라 자신에 대한 정보를 “타인에게 제공할 때” 그 정보가 이용되는 범위와 목적을 통제할 권리를 의미하는 것이며 “결정권”은 바로 자신만 가지고 있던 정보가 외부로 나갈 때 행사되는 것이다. 즉 자신이 자발적으로 조건없이 일반에게 공개하여 이미 모두가 가지고 있는 정보 등에는 적용되지 않는 것이 당연하다. ‘박경신은 교수이다’는 그런 정보에 포함될 것이다. 또는 자신이 자발적으로 공개하진 않았더라도 합법적으로 공개가 강제된 정보(예를 들어, 자신의 소유회사의 공시정보) 등도 여기에 포함되어야 할 것이다.

현행 개인정보보호법을 잘 살펴보면 실제 이미 이렇게 되어 있다. 호주⁶³⁾, 캐나다⁶⁴⁾, 싱가포르⁶⁵⁾, 인도⁶⁶⁾, 벨기에⁶⁷⁾ 등에서는 아예 명시적으로 ‘일반적으로 공개된 정보’에 대해서는 개인정보보호법의 적용을 배제하고 있다. 2004년 APEC도 ‘일반적으로 공개된 정보’에 대한 정보주체의 선택권을 제한할 수 있다고 하였다.⁶⁸⁾ 2000년에도 EU와 미국은 1995년EU디렉티브가 미국정보처리자의 EU인들의 개인정보처리가 저해되는 것을 막기 위해 세이프하버 협정을 체결한 바 있는데 ‘일반적으로 공개된 정보’는 EU디렉티브 적용대상이 아니라고 합의한 바 있다.⁶⁹⁾ 1980 OECD가이드라인이 ‘프라이버시 침해 위험이 없는 정보’에는 적용되지 아니한다고 명시한 것은 위에서 살펴본 바와 같다.

사실 1995년EU디렉티브 역시 “언론 목적”의 개인정보처리는 규제대상이 아님을 명시하고 있는데 여기에서의 “언론”이란 반드시 신문, 방송 등의 전통적인 언론사에 의한 보도만을 의미하는 것이 아니라 “일반대중에게 공개하는” 행위를 말하는 것이다.⁷⁰⁾ 모두가 알게 될 정보는 더 이상 ‘정보감시’로서 기능을 할 수 없음을 생각하면 당연한 귀결이다. 물론 일본⁷¹⁾, 필리핀⁷²⁾, 타이완⁷³⁾

63)

<http://www.alrc.gov.au/publications/2.%20Privacy%20Regulation%20in%20Australia/state-and-territory-regulation-privacy>

64) 캐나다 개인정보보호및전자문서법(Personal Information Protection and Electronic Documents Act (S.C. 2000, c. 5)) 제7조 <http://laws.justice.gc.ca/eng/acts/P-8.6/page-3.html#h-6> “일반에게 공개된 정보(publicly available information)을 정의하는 명령<http://laws.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-2001-7/page-1.html>

65) Graham Greenleaf, "Private sector uses of 'public domain' personal data in Asia: What's public may still be private" (2014) 127 Privacy Laws & Business International Report, 13-15

66) Greenleaf, 전제서.

67) Loi du 8 decembre 1992, art. 3, § 2

68)

http://www.apec.org/Groups/Committee-on-Trade-and-Investment/~/_media/Files/Groups/ECSG/05_ecsg_privacyframework.ashx

69) http://export.gov/safeharbor/eu/eg_main_018387.asp

70) 유럽사법재판소 판결 ECJ Case 73/07 Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia

71) 일본개인정보보호법 제50조의 영문과 일어 원문은 다음과 같다.

第五十條 (適用除外)

個人情報取扱事業者のうち次の各号に掲げる者については、その個人情報を取り扱う目的の全部又は一部がそれぞれ当該各号に規定する目的であるときは、前章の規定は、適用しない。

Article 50(Exclusion from Application) (1) With respect to entities handling personal information, being the entities enumerated in each of the items below, if all or part of the purpose of handling personal information is a purpose respectively prescribed in each of the items, the provisions of the preceding chapter shall not be applied.

一 放送機関、新聞社、通信社その他の報道機関(報道を業として行う個人を含む。) 報道の用に供する目的

(i) Broadcasting institutions, newspaper publishers, communication agencies and the other press (including

및 우리나라⁷⁴⁾ 역시 EU디렉티브처럼 “언론 목적”의 정보처리는 개인정보보호법의 적용이 배제된다. 단, 일본과 우리나라의 경우 EU디렉티브의 원래 취지와는 달리 언론을 업으로 하는 자에게만 적용되는 것으로 명시되어 있어 정보접근권에 대한 과도한 제약이 예상된다.

‘일반적으로 공개된 정보’까지 정보주체의 통제대상이 된다면, 감시를 막기 위해 도입된 개인정보보호법이 우리 동료들에 대한 사상통제로 기능하는 우를 범하게 될 것이다.

V. “구글 스페인” 판결에 대한 평석

지난 5월 유럽사법재판소는 한 변호사가 연금부담금 미납을 이유로 자신의 집이 경매에 처해졌을 때 16년전의 신문에 실렸던 경매공고를 그 변호사의 이름을 검색어로 하는 구글 검색결과에서 삭제해달라는 신청을 받아주었다. 경매공고는 내용이 합법적이었음은 물론 일반대중에게 알려질 수 밖에 없는 것이었다. 경매공고는 모든 재판은 공개적으로 해야 한다는 헌법적 원리를 경매절차에서 관철하기 위해 반드시 지켜져야 하는 절차이다. 그렇게 하지 않으면 법원공무원이나 정부기관이 경매를 부당하게 집행하여 채무자의 권리를 침해하거나 경매를 부정축재의 온상으로 만들 수 있기 때문이다. 그럼에도 불구하고 유럽사법재판소는 과거의 경매공고를 검색결과에 포함하는 것은 ‘정보수집목적에 부적합하고 무관하고 과도하다(inadequate, irrelevant, or excessive)’면서 구글 검색에서 제외하라고 판결하였다(94문). EU디렉티브를 해석하면서 양질의 정보(Quality of Data)에 대한 조문들(제6조) 중 정보주체가 정보에 대해 삭제 내지 정정권을 행사할 수 있는 조항을 적용한 것이며 이는 웨스턴이 처음부터 중요성을 강조했던 조항이다.

유럽사법재판소는 기본적으로 구글이 검색결과 즉 “곤잘레스라는 이름이 들어 있는 경매공고

-
- individuals engaged in news report as their business); the purpose for news report
- 二 著述を業として行う者 著述の用に供する目的
- (ii) A business operator who conduct literary work as their business; the purpose for literary work
- 三 大學その他の學術研究を目的とする機關若しくは団体又はそれらに屬する者 學術研究の用に供する目的
- (iii) Colleges, universities, other institutions or organizations engaged in academic studies, or entities belonging to them: The purpose for academic studies
- 四 宗教団体 宗教活動 (これに付隨する活動を含む。) の用に供する目的
- (iv) Religious organizations: The purpose for religious activities (including activities incidental thereto)
- 五 政治団体 政治活動 (これに付隨する活動を含む。) の用に供する目的
- (v) Political organizations: The purpose for political activities (including activities incidental thereto)
- 2 前項第一号に規定する「報道」とは、不特定かつ多數の者に対して客觀的事實を事實として知らせること (これに基づいて意見又は見解を述べることを含む。) をいう。
- (2) "News report" as mentioned in item (i) of the preceding paragraph shall mean informing many and unspecified individuals or entities of objective facts as the facts (including to state opinions or views based on such facts).
- 3 第一項各号に掲げる個人情報取扱事業者は、個人データの安全管理のために必要かつ適切な措置、個人情報の取扱いに關する苦情の處理その他の個人情報の適正な取扱いを確保するために必要な措置を自ら講じ、かつ、当該措置の内容を公表するよう努めなければならない。
- (3) Entities handling personal information enumerated in the items of paragraph (1) shall endeavor to take by themselves the necessary and appropriate measures for controlling the security of personal data, and the necessary measures for the processing of complaints about the handling of personal information and the other necessary measures for ensuring the proper handling of personal information, and shall also endeavor to publicly announce the content of those measures concerned.

72) Greenleaf, 전게서

73) Greenleaf, 전게서

74) 개인정보보호법 제58조1항4호

특정 URL에 있다”는 정보를 처리하고 있다고 본 것으로 보인다. 그런데 이와 같은 법적용에는 다음과 같은 심각한 문제가 있다.

첫째 해당 조항인 제6조 (1)(c)의 목적은 병원에서 혈액형이 A형인데 B형이라고 썼다거나 (inadequate), 병원에서 범죄경력을 조사한다거나 (irrelevant), 병원에서 성관계의 체위를 물어보는 경우(excessive) 등에 해당되는 것이다. 즉 이 경우 inadequate, irrelevant, excessive는 정보의 수집 목적인 의료목적에 비추어서만 판단되어야 하는 것이다.

그런데 사실 구글검색창에 누군가의 이름을 입력할 때는 그 사람의 이름이 등장하는 모든 문헌들을 불러보기 위해서일 것이고 구글은 그런 목적으로 검색봇을 이용해 정보수집을 한다. 그런데 그렇게 불러진 검색결과에서 정보주체가 싫어하는 몇가지를 누락시키는 것이야말로 오히려 정보수집목적에 부적합한 것 아닐까?

유럽사법재판소는 왜 12년전의 경매사실이 구글의 검색서비스 목적에 부적합하거나 무관하거나 과도한지에 대해 전혀 설명을 하지 않는다. 소송자료의 행간을 읽어보면, 유럽사법재판소는 과거의 경매사실이 곤잘레스 변호사의 현재 상황에 비추어보면 부적합하고(inadequate) 무관하다(irrelevant)는 판단을 내린 것 같다. 하지만 구글의 정보수집목적은 곤잘레스의 재정상태를 보고하려는 것이 아니다. 구글은 검색서비스를 무료로 제공하고자 하는 것이고 ‘곤잘레스’라는 이름이 들어 있는 모든 인터넷 상의 문헌을 제공하고자 하는 것이다. 검색엔진이 아니라 예를 들어 신용정보사이트 내의 검색엔진이라고 가정한다면 위 정보를 부적합하고 무관하다는 주장이 일말의 정당성이 있을지 모르나 구글의 검색목적에는 전혀 적용할 수 없는 주장이다. 이것은 단순히 기술적인 문제가 아니라 정보주체의 권리에 실체적인 의미를 가진다. 구글검색을 하는 사람은 오래된 정보, 틀린 정보, 허위의 정보라도 그 키워드가 포함된 모든 문헌이 검색될 것을 기대하기 때문에 그 검색만으로 곤잘레스의 재정상태를 판단하려 하지 않을 것이기 때문이다. 신용정보사이트의 검색결과와는 정보주체의 위축에 있어서 완전히 다른 의미를 가지게 된다.

둘째, 소송자료의 행간을 읽어보면 유럽사법재판소는 곤잘레스의 경제사정이나 세금납부실적이 훨씬 나아졌기 때문에 12년전의 곤궁한 상황은 현재는 부적합하거나 무관하다고 판단한 것으로 보인다. 즉 구글의 검색서비스 목적에 비추어 판단한 것이 아니라 어떤 신용정보서비스를 구글이 제공하고 있다고 상상하고 신용정보서비스의 목적에 비추어 부적합하거나 무관하다고 판단한 것으로 볼 수 있다. 그러나 곤잘레스 변호사가 경제적으로 어려운 상황에 처해있거나 다른 이유로 지속적으로 체납을 해왔다면 12년전의 경매공고는 부적합하거나 무관하지 않을 것이다. 그렇다면 현재 상황이 더 나아진 사람만 자신에 대한 검색결과에서 자신이 싫어하는 내용을 배제할 수 있고 현재 상황이 더 악화되거나 나아지지 않은 사람은 계속해서 자신이 싫어하는 내용의 검색을 견뎌내야만 하는 평등권의 문제가 심각하게 발생한다.

셋째, 구글이 신용정보서비스라고 가정하고 그 목적에 비추어 정보의 적합성, 관련성, 과도성을 살펴본다고 하더라도, 경매공고에는 경매일자가 12년 또는 16년으로 명시되어 있을 것이다. 이를 보고 검색자가 ‘지금도 곤잘레스의 상황은 나아지지 않았을 거야’라고 가정할 가능성은 얼마나 될 것인가. 그다지 높지 않을 것이다. 유럽사법재판소는 “시간이 오래 흘렀기 때문에” 곤잘레스의 상황에 대해 부적합하고 무관한 검색결과라고 판시한 것처럼 보이지만, 도리어 검색자는 “시간이 오래 흘렀기 때문에” 그 검색결과가 현재의 곤잘레스의 상황을 반영한다고 생각하지 않을 것이다. 예를 들어, 친일인명사전에 등재된 사람을 보고 우리는 그 사람이 65년이 지난 지금도 친일행각을 벌이고 있을 것이라고 추정하지 않는다. 시간의 흐름이 검색결과와의 적합성 판단에 어느 방향으로

작용하는지 즉 길수록 부적합것인지 짧을수록 부적합한 것인지 모순이 발생할 것이고 이는 앞으로 구글이 이번 판결에 대응하여 만든 내부위원회에서 틀림없이 다투어질 것이다. 위에서 말한 가상의 신용정보서비스가 이런 모순적인 상황을 피하는 유일한 방법은 업데이트(update)를 제대로 해주는 것이다. 즉 현재의 상황이 바뀌었다면 과거의 상황에 주석을 달아주면 되는 것이다. 유럽사법재판소 판결에 반대하는 견해를 냈던 검사장(Advocate General)의 말이 명징하다. “과거의 보도에 대해 반론을 제기하는 방식이 아니라 과거의 보도를 새로운 내용으로 교체하는 것은… 역사를 위조하는 것(falsification of history).”

넷째, 일반인들의 소통의 자유 및 표현의 자유를 심각하게 제약한다. 유럽사법재판소는 “잊혀질 권리”가 무엇인지에 대한 정의를 전혀 하지 않고 EU디렉티브 제6조 및 제12조에 따라 판시를 한다. 하지만 제6조와 제12조의 적용결과를 보면 위에서 말했듯이 정보주체가 과거의 자신에 대한 정보를 반박하거나 정정할 권리를 넘어서서 그 정보 자체를 대면하지 않을 권리가 있다고 판시한 것으로 보인다. 반복적으로 ‘합법적인 정보’도 검색결과에서 누락시켜야 한다고 판시하고 있기 때문이다. 즉 실제로 검사장의 표현을 빌자면 정보주체가 “자신에 대한 역사를 위조할 권리”를 인정하는 것으로 보인다.

이 사건을 배당받은 검사장의 의견서에 따르면 ‘잊혀질 권리’는 EU디렉티브로부터 도출될 수 없으며(108문) EU기본권헌장이나 유럽인권재판소 판례들로부터도 도출될 수 없다(137문). 유럽사법재판소는 이에 대해 침묵하고 있다.

물론 이에 대해 사람의 이름을 검색어로 한 검색결과에서의 누락은 정보삭제와는 다르다고 주장할 수도 있겠지만 인터넷과 같은 정보의 바다에서 과연 ‘검색되지 않는 정보’가 ‘존재하지 않는 정보’와 어떤 차이가 있는지 의구심이 든다. 검사장의 주장이 더 설득력이 있다.

정보주체의 이름으로 인터넷검색을 할 때 이용자는 공개된 소스로부터 정보주체에 대한 정보에 접근할 권리를 자신만이 알고 있는 이유로 적극적으로 행사하고 있는 것이다. . . . 현대정보사회에서 검색엔진을 이용할 권리는 위의 권리를 행사하는 가장 중요한 방법이며 이 권리는 당연히 사생활의 권리로 보호받는 사람에 대한 정보를 검색할 권리를 포함한다. 검색결과가 관련된 웹페이지들을 진실되게 반영하지 않고 검열된(bowdlerized) 버전만을 보여준다면 이용자의 정보접근권이 훼손된다.

더욱이 검색결과에서만 누락시키면 검색엔진의 프로파일링 가능성은 그대로 둔채 일반이용자들의 정보접근권만 훼손하는 것이 되어 정보의 비대칭성이 훨씬 더 심해지게 된다.

다섯째, 개인정보보호법과 소통의 자유 및 표현의 자유와의 긴장관계는 예정되어 있던 것이며 이에 따라 EU디렉티브는 ‘언론’목적의 정보처리에는 적용을 배제하고 있다. 그런데 유럽사법재판소는 아무런 설명없이 구글의 검색서비스는 언론이라고 볼 수 없다고 한다. ‘곤잘레스라는 이름이 포함된 문헌이 이러 저러한 URL들에 있다’라는 보도를 인터넷으로 한 것으로 볼 수는 없을까? 많은 블로거들이 마음에 드는 글들을 하이퍼링크하고 있는데 링크게시물 자체도 하나의 정보라고 볼 수 있는데 이것과 검색결과와 페이지들의 차이는 무엇일까? 전자는 수작업으로 이루어진 것이고 후자는 자동으로 이루어진 것이다. 구글의 검색서비스는 제도권언론과 달리 정보를 편집하지 않기 때문이라고 보이는데 특히 합법적이고 정확한 정보를 구글이 수정 및 삭제할 것을 요청하는 순간 구글은 편집을 시작해야 하며 결국 ‘언론’이 되는 것은 아닐까?75) 앞으로 허핑톤포스트와 같이 오

프라인매체 없이 인터넷으로만 정보를 제공하는 매체들이 나타날 것이고 이중에는 자동으로 다른 게시물들의 링크를 보여주는 페이지들도 많이 있을 것이다. ‘언론’의 경계는 무엇이 될 것인가?

여섯째, 가장 위험한 부분인데 바로 검색엔진들에게 자유롭게 검색결과를 ‘조작’할 수 있는 재량을 부여했다는 것이다. 물론 지금도 검색엔진들은 검색알고리즘의 비밀성을 보장받아 자유롭게 검색결과에 변형을 가할 수 있다. 하지만 지금까지는 그러한 검색결과에 변형에 대해 규제필요성이 제기되었는데 이제 사법부에 의해 편집의무를 부과하는 순간 검색엔진들은 검색결과에 대해 내용적 차별적 누락을 함에 있어 면죄부가 주어지게 된다.

VI. 입법론

다시 정리하자면, 우리나라의 개인정보보호법 제정에 영향을 준 OECD가이드라인과 EU디렉티브가 개인정보보호법리의 상위규범으로 지정한 프라이버시권의 의미가 ‘사적인 정보의 공개나 취득 제한’임을 확인하였다. 물론 무엇이 ‘사적인 정보’인가는 나라마다 다를 수 있다. 미국처럼 본인의 공개 여부에 따라 판정되거나 독일이나 프랑스처럼 한번 불특정다수에게 공개되더라도 완전한 공개가 이루어지지 않은 것으로 간주하는 다층적인 맥락 속에서 판정될 수 있다.⁷⁶⁾ 그렇다면 OECD 가이드라인과 EU디렉티브가 표면적으로는 누구나 자신에 대한 모든 정보를 통제할 권리를 원칙적으로 보장한 것 같지만 실제로는 그 권리는 ‘사적인 정보’에만 미치는 것임을 명심해야 할 것이다. 그렇다면 우리나라 개인정보보호법을 해석할 때에도 사적인 정보에만 적용되도록 한정적으로 해석할 필요가 있다. 물론 무엇이 사적인가는 우리나라의 사생활의 비밀 판례에 대한 실증적 분석을 통해 규명해야 할 것이다.

물론 사법부가 개인정보보호법 조항 특히 제14조 제1항 제6호의 “6. 개인정보처리자의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우로서 명백하게 정보주체의 권리보다 우선하는 경우. 이 경우 개인정보처리자의 정당한 이익과 상당한 관련이 있고 합리적인 범위를 초과하지 아니하는 경우에 한한다”를 해석할 때 프라이버시권 침해의 가능성이 전혀 없는 정보에 대해서는 개인정보처리자의 의무를 위반하더라도 면책해줘야 할 것이다.

하지만 그렇게 하더라도 이것은 위축효과를 발생시킬 수 있다. 예를 들어 모욕죄, 공갈죄, 협박죄, 강요죄, 업무방해죄가 그 범죄구성요건인 ‘모욕’, ‘협박’, ‘위력’등의 불명확성 때문에 위헌 문제가 제기될 때마다 사법부는 형법 제20조의 ‘사회상규’ 항변을 통해 위헌적인 적용사례는 피할 수 있다고 하지만 이렇게 위법성구성요건이 불명확하면 아무리 법원이 위법성조각사유를 통해 합헌적인 해석을 할 수 있다고 할지라도 국민들은 우선 위법성구성요건을 충족하는 모든 행위를 회피하게 된다. 이렇게 합법적인 행위를 기피하는 행위는 표현의 자유 영역에서는 위헌적으로 평가된다. 이와 비슷한 위축효과는 개인정보보호법으로부터 발생할 수도 있는 것이다.

OECD가이드라인처럼 ‘프라이버시침해의 가능성이 없는 정보에 대해서는 일괄 면책하는 조항을

75) 유럽사법재판소 판결 ECJ Case 73/07 Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia

76) Basil Markesinis, et al, “Concerns and Ideas about Our Developing Law of Privacy (and How Knowledge of Foreign Law Might be of Help)”, a research project undertaken by the Institute of Global Law, 28쪽. http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law/publications/institute/docs/privacy_100804.pdf 2011년9월 23일 최종방문. Maryann McMahon, “Defamation Claims in Europe: A Survey of the Legal Armory, Communications Lawyer”, Winter 2002, 24쪽. Jeanne M. Hauch, “Protecting Private Facts in France: The Warren & Brandeis Torts”, Tulane Law Review, May 1994.

삽입하는 방안을 고려하여야 한다. EU디렉티브의 경우 유럽사법재판소가 '언론'의 범위를 좁게 해석하여 문제가 발생하고 있으니 OECD가이드라인처럼 하는 것이 효율적이라고 보인다.

