

개인정보의 보호와 민사적 구제수단

서울대학교 법과대학 교수·서울대 기술과법센터장 정 상 조
서울대학교 법과대학 조교수 권 영 준

논문요약

정보통신기술의 발달과 더불어 활발하게 이루어지는 개인정보의 수집과 활용은 빛과 그림자의 양 측면을 모두 가진다. 그 순기능을 극대화하면서 역기능을 최소화하기 위하여 입법, 사법, 기술, 규제 등 여러 차원의 노력이 경주되고 있다. 개인정보자기결정권의 침해에 대한 민사적 구제수단에 있어서도 위와 같은 개인정보 보호의 다면성을 염두에 둘 필요가 있다. 개인정보보호를 위한 대표적인 민사적 구제수단으로는 침해금지청구와 손해배상청구가 있다. 특히 자주 문제되는 것은 위자료청구이다. 이 논문에서는 인격권침해와 손해의 상관관계에 대한 비교법적인 고찰 등을 토대로 정신적 손해발생에 대한 판단기준을 제시하였다. 또한 위자료액수의 산정과 관련하여 1단계로 위자료의 기능에 대한 근본적인 고찰을 행하고, 2단계로 구체적인 위자료 산정요소들을 제시하며, 3단계로 실제 산정사례들을 분석하였다. 위 분석과정에서 개인정보보호라는 목표 아래 손해배상제도가 어떻게 자리매김하여야 하는가에 관하여 고려하였다.

[주제어] 개인정보, 손해배상, 침해금지, 위자료, 인격권
personal information, compensation, injunction, compensation for emotional distress,
right to one's personality

I. 서론	1. 개관
II. 개인정보에 관한 권리의 법적 성격	2. 침해금지청구
1. 개인정보의 개념	3. 손해배상청구
2. 개인정보에 관한 권리	4. 기타 문제
3. 개인정보자기결정권의 법적 성격	IV. 결론
III. 민사적 구제수단	

I. 서론

정보통신기술이 발달하면서 개인정보의 수집과 활용이 활발하게 이루어지고 있다. 개인이 거래활동을 하거나 인터넷을 이용하는 과정에서 이름, 주민등록번호, 전화번호, 주소, 건강상태, 진료정보, 신용정보, 구매성향, 인터넷검색경향, 정치적 신념, 인적 교류의 범위와 내용 등 지극히 다양한 개인정보가 체계적으로 수집·관리된다. 이러한 개인정보는 공공기관이나 민간기업에 의하여 다각도로 활용된다. 이러한 현상에는 빛과 그림자의 양 측면이 모두 존재한다.

우선 이는 개인정보의 가치를 최대한 효율적으로 실현하도록 도와준다. 가령 개인정보의 수집은 사회에 유용한 여러가지 통계를 작성하는 데에 필수적이다. 또한 특정한 금융기관이 금융거래과정에서 수집한 개인의 신용정보를 다른 금융기관들과 공유한다면 대출심사비용과 정보부족위험이 감소된다. 이는 의료기관간의 진료정보 공유에 있어서도 마찬가지이다. 기업은 개인의 구매성향과 관련된 정보를 활용하여 개인별로 적합화된 맞춤형 정보제공을 통하여 불필요한 광고비용을 줄인다. 병원이나 정비소는 질병예방이나 차량관리에 관하여 개

인이 간과하기 쉬운 조치사항들을 적시에 알려주어 질병이나 사고의 위험을 감소시킨다. 이는 몇 가지 예에 불과하다. 개인정보가 개인과 사회에게 줄 수 있는 혜택은 매우 다양하다. 요컨대 개인정보의 수집과 활용은 정보가 가지는 가치를 극대화하고 이를 통하여 개인과 사회가 부담할 비용과 위험을 감소시키는 순기능이 있다.

반면 그 과정에서 개인정보자기결정권¹⁾이나 프라이버시권 등 인격권이 침해될 우려가 높다. 특히 정보의 수집과 활용을 기술적으로 뒷받침하는 정보통신수단이 발달하면서 인격권은 더욱 손쉽게 위협받게 되었다. 이러한 상황에서는 개인정보의 수집은 필요 이상으로 이루어질 가능성이 크다. 과도한 개인정보의 집적은 만인으로부터 보호받아야 할 자기만의 영역을 관찰과 분석과 감시의 대상으로 전락시킨다. 이러한 사회에서는 개인이 국가나 타인을 의식하지 않고 자유롭게 자신의 인격을 발현할 수 없다. 이것은 인간의 자유로운 인격발현을 최대한 존중하고 보장하려는 헌법 이념과 부합하지 않는다. 이처럼 무단으로 수집·가공·유통되는 개인정보는 여러 가지 유형의 범죄에 활용될 위험성도 있다.²⁾

1) 개인정보에 관하여 당해 개인이 가지는 권리는 여러 가지로 불릴 수 있으나, 헌법재판소는 이를 개인정보자기결정권이라고 표현한다. 헌법재판소에 따르면 개인정보자기결정권은 헌법에 명시되지 않았으나, 헌법 제10조와 제17조 등을 이념적 기초로 하여 인정되는 독자적 기본권이다(헌재결 2005. 5. 26, 99헌마513, 2004헌마190(병합); 헌재결 2005. 7. 21, 2003헌마282, 425(병합); 헌재결 2005. 11. 24, 2005헌마112 참조). 대법원도 종래부터 정보에 대한 자율적 통제권의 개념을 승인하여 왔다(대판 1998. 7. 24, 96다42789 참조). 이는 프라이버시권과 중첩되는 영역을 가지지만 늘 그런 것은 아니다. 가령 이미 다수의 기업에 제공되어 더 이상 프라이버시의 영역에 속하지 않는 개인정보에 대하여서도 여전히 제공된 목적범위 외에는 사용되지 못하도록 할 개인정보자기결정권이 존재한다.

2) 실제로 부유층을 상대로 무차별적인 살해행각을 벌였던 이른바 지존파 사건에서 범인들은 어느 백화점이 작성한 1365명의 고객 리스트에 적혀있는 개인정보를 활용하였다고 한다. 한겨레신문 2005. 3. 6. '천분인권' 깨

따라서 개인정보에 대하여는 상이한 시각들이 존재한다. 개인정보를 숨기는 이유의 하나로 타인을 기망하기 위한 것임을 강조하면서 개인정보의 보호보다는 그 공개와 활용을 촉진함으로써 거래비용을 낮출 수 있다고 주장하는 견해가 있는가 하면,³⁾ 정보화시대에 개인정보의 철저한 보호가 이루어지지 않는다면 정보화감옥이 만들어질 것이라고 주장하는 견해에 이르기까지 개인정보를 바라보는 다양한 스펙트럼을 발견하게 된다. 그러므로 개인정보가 가지는 순기능을 가급적 보전하면서도, 개인정보와 관련된 권리침해라는 역기능을 최소화하는 균형잡힌 해법이 필요하다. 이러한 노력은 전세계적으로 이루어지고 있다. 국제연합(UN)은 1990. 12. 14. ‘컴퓨터화된 개인정보파일의 규제지침(Guideline for the Regulation of Computerized Personal Data Files)’을 채택하였다. 유럽연합(EU)은 1995. 10. 24. ‘개인정보의 처리와 보호에 관한 지침’(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)⁴⁾을 채택하고, 유럽연합의 회원국들로 하여금 이에 부응하는 입법조치를 취하도록 촉구하였다. 위 지침에 따라 영국은 1998년에 정보보호법(Data Protection Act 1998)을 제정하였고,⁵⁾ 독일은 2001년에 기존의 연방정보보호법(Bundesdatenschutzgesetz)을 개정하는 등⁶⁾ 개

달음이 정보보호 첫걸음,

<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=105&oid=028&aid=0000101750> (최종방문일 2008. 12. 30.) 참조.

- 3) Richard Posner, *The Right of Privacy*, 12 Georgia Law Rev. 393 (1978); David Goldman, *I Always Feel Like Someone Is Watching Me: A Technological Solution For Online Privacy*, 28 Hastings Comm. & Ent L.J. 353, 372 (2006).
- 4) 지침의 원래 명칭은 팔호 안 영문과 같다. 그 명칭이 매우 길기 때문에 한글로는 ‘개인정보의 처리와 보호에 관한 지침’으로 줄였다.
- 5) 이 법에 따르면 개인정보통제자(data controller)는 정보의 무단이용을 막기 위하여 적절한 기술적, 조직적 조치(appropriate technological and organizational measures)를 취하여야 한다. 아울러 이 법에서는 개인정보에 관한 제반 노력을 감독하고 이끌기 위하여 정보위원회(Information Commissioner's Office, ICO로 약칭)를 두고 있다.
- 6) 독일의 연방정보보호법은 1977. 1. 2.부터 시행되어 왔다. 그 법의 시행 이후에 이루어진 1983. 1. 15. 독일 연방헌법재판소의 판결(BVerfGE 65, 1. 이른바 인구조사판결)은 독일에 있어서 개인정보보호의 중요한 분기점으로 평가된다. 독일 연방헌법재판소는 이 판결에서 개인정보의 수집 및 이용목적과 범위를 명확하게 규정하지 않은 인구조사법

인정보보호를 위한 회원국들의 입법조치가 잇따르고 있다. 또한 미국은 1974년부터 이미 프라이버시법(Privacy Act of 1974)⁷⁾을 비롯한 각종 개별 법령들⁸⁾을 통하여 개인정보보호를 꾀하여 왔고, 일본은 여러 가지 개별적인 개인보호법령을 두고 있다가 2005년 4월 1일부터 포괄적인 개인정보보호 기본법으로서 개인정보보호법을 시행하고 있다.⁹⁾

우리나라도 이러한 노력에 있어서 예외가 아니다. 우리나라는 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률(이하 '공공기관법'이라고 한다), 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 '정보통신망법'이라고 한다)에서 각각 공공영역 및 정보통신망영역에 관한 개인정보보호규정을 담고 있다. 그 이외에 인터넷주소자원에 관한 법률 제15조,¹⁰⁾ 전자서명법 제24조,¹¹⁾ 암관리법 제12조,¹²⁾ 신용정보의 보호 및 이용에 관한 법률 제13조 이하¹³⁾ 등에서도 개인정보보호에 관한 조항을 두고 있다. 최근에는 영국, 독일, 일본 등 다른 나라처럼 영역을 망라한 포괄적인 개인정보보호법이 필요하다는 목소리가 높아지고 있다. 이에 따라 행정안전부가 2008년 8월 12일 개인정보보호법 제정법률안을 입법예고한 상태이다. 개인정보에 관한 판례들도 점차 축적되어 왔고, 개인정보보호에 관한 법학계의 관심도 높아져 왔다.

그 동안의 논의는 주로 헌법질서 내에서 개인정보보호의 당위성, 이를 구현하기 위한 원칙과 규제방안 등 주로 공법적 시각과 관련하여 이루어져 왔다. 반면 개인정보침해에 대한 금지청구나 손해배상청구 등 민사적 구제수단에 관하여는

(Volkzählungsgesetz) 제9조가 기본법 제1조 제2항 및 제2조 제1항이 보장하는 정보자기결정권(Recht auf informationelle Selbstbestimmung)을 침해하여 위헌이라고 판시하였다. 이는 개인정보의 유출과 이용에 관하여는 개인이 스스로 결정할 수 있다는 포괄적인 정보자기결정권의 개념을 최초로 인정하였다는 점에서 그 의미가 매우 크다. 이에 대한 일반적 설명으로는 Michael Kloepfer, Informationsrecht, 2002, S. 281 ff 참조.

- 7) 이 법은 미국 연방정부가 보유하는 개인정보를 보호하기 위한 법률로서 민간 부문에는 적용되지 않는다.
- 8) The Financial Privacy Act of 1978; Cable Communications Policy Act of 1984; The Electronic Act of 1986; Video Privacy Protection Act of 1988 등.
- 9) 이에 관한 일본의 개설서로서 宇賀克也, 個人情報保護法の逐條解説, 第2版, 有斐閣, 2004.
- 10) 이 조항은 개인정보보호에 관하여는 정보통신망법의 관련 규정을 준용한다고 규정한다.
- 11) 이 조항은 제1항에서 공인인증기관의 개인정보보호의무를 천명한 뒤, 제2항에서 정보통신망법의 관련 규정을 준용한다고 규정한다.
- 12) 이 조항은 암관리사업 종사자의 개인정보누설 내지 목적외 사용금지에 관하여 규정한다.
- 13) 이 법에서는 전반적으로 신용정보의 수집과 이용에 관한 조항들을 담고 있다.

구체적 논의가 이루어지지 않았다. 그런데 최근 우리나라에서 개인정보침해에 관한 여러 건의 집단적인 손해배상청구소송이 이어지면서 이에 관한 논의필요성이 커지고 있다. 따라서 이 글은 개인정보침해로 인한 민사적 구제수단에 논의를 집중하고자 한다. 이를 위하여 필요한 범위 내에서 개인정보에 관한 권리의 법적 성격을 검토한 뒤, 개인정보침해에 대한 민사적 구제수단의 내용으로서 침해금지청구와 손해배상청구에 대하여 차례대로 살펴보기로 한다.

II. 개인정보에 관한 권리의 법적 성격

1. 개인정보의 개념

개인정보는 생존하는 개인에 관한 정보로서 당해 정보에 포함되어 있는 사항에 의하여 당해 개인을 식별할 수 있는 정보를 말한다. 또한 당해 정보만으로는 특정 개인을 식별할 수 없더라도 다른 정보와 용이하게 결합하여 식별할 수 있는 것도 포함한다.¹⁴⁾

성명, 주민등록번호, 주소, 전화번호 등이 대표적인 개인정보에 해당된다. 그런데 개인정보에 대한 정보수집기술과 수요가 다양화하면서 개인정보의 범위도 점차 확대되고 있다. 예컨대, 인터넷이용자를 식별하는 쿠키(cookies) 정보,¹⁵⁾ 지도서비스를 위해서 입력하는 주소나 검색엔진에 입력하는 검색어(search queries) 입력정보,¹⁶⁾ 디지털 권리관리시스템(Digital Right Management, DRM)¹⁷⁾이나 인터넷 멀

14) 공공기관법 제2조 제2호 및 정보통신망법 제2조 제1항 제6호 참조.

15) Cookies란 이용자가 웹페이지를 방문할 때마다 웹서버가 그 이용자를 식별해서 맞춤형 웹페이지를 전송하는 것을 도와주는 정보를 의미한다: <http://www.webopedia.com/TERM/c/cookie.html> (2008. 12. 30. 방문). 이에 관한 참고문헌으로 金玟中, “쿠키-편리한 道具 혹은 個人情報 侵害의 尖兵”, 인터넷 법률 13호, 2002. 8.

16) 검색어 등에 관한 정보는 현대인의 정신적인 족적(足跡)이고 지적 활동의 기록에 해당된다고 말할 수 있다. Neil M. Richards, Intellectual Privacy, 87 Texas L. Rev 1, 48 (2008).

17) Digital Rights Management (DRM)는 저작권의 보호를 위해서 디지털 형태의 저작물에 접근, 변경, 복제, 공유, 출력, 저장 등을 통제할 수 있는 일체의 기술을 말한다.

티미디어방송(IPTV)¹⁸⁾을 통한 채널정보 또는 구매상품정보 등은 최근 과학기술의 발달과 더불어 널리 수집되고 활용되는 개인정보의 유형들이다.

2. 개인정보에 관한 권리

가. 개 관

개인정보에 대한 권리를 어떻게 파악할 것인가에 관하여 미국의 시각과 유럽의 시각에는 차이가 있다.¹⁹⁾ 미국에서는 국가에 대해서 개인정보의 보호를 주장할 수 있는 권리는 우선 프라이버시에 관한 기본권에서, 더 거슬러 올라가면 신체와 주거의 자유 및 영장없이 체포, 구속, 압수, 수색받지 아니할 권리로부터 도출된다고 본다.²⁰⁾ 한편 개인정보보호에 관한 사인간의 법률관계는 기본적으로 시장에 맡기되 구체적인 분쟁해결이 필요할 때에는 주로 공정거래법이나 소비자보호법을 활용하고 있다.²¹⁾ 이러한 태도는 개인정보의 보호필요성과 그 공유 및 활용의 필요성은 시장에서 최적의 균형점을 찾아갈 수 있다고 하는 믿음에 기초하고 있다. 한편 유럽연합은 개인정보에 대한 권

18) 인터넷 멀티미디어 방송사업법 제2조는 “인터넷 멀티미디어 방송”이란 광대역통합정보통신망등을 이용하여 인터넷 프로토콜 방식으로 텔레비전 수상기 등을 통하여 이용자에게 실시간 방송프로그램 등의 콘텐츠를 제공하는 방송을 말한다고 개념정의하고 있다.

19) Joel R. Reidenberg, *E-Commerce and Trans-Atlantic Privacy*, 38 *Hous. L. Rev.* 717 (2001) 참조.

20) Hugo M. Mialon & Sue H. Mialon, *The Effects of the Fourth Amendment: An Economic Analysis*, 24 *J. L. Econ. & Org.* 22 (2008); Jim Harper, *Reforming Fourth Amendment Privacy Doctrine*, 57 *Am. U. L. Rev.* 1381 (2007).

21) Meiring de Villiers, *Reasonable Foreseeability In Information Security Law: A Forensic Analysis*, 30 *Hastings Comm. & Ent L.J.* 419, 443-444 (2008).

리를 인권의 차원에서 파악한다. 따라서 정보활용을 통한 경제적 효율성이나 표현의 자유와의 조화보다는 개인정보자기결정권이라고 하는 인권의 보호가 훨씬 더 중요하다고 하는 시각을 가진다. 유럽연합은 이러한 인권개념에 입각해서 전술한 바와 같이 개인정보의 보호와 이용에 관한 지침(Directive)을 제정하고, 회원국들로 하여금 국내법을 제정 내지 개정하도록 요구하게 되었다.

국내에서의 논의는 주로 유럽에서의 기본권론을 수용한 것으로 보인다.

나. 우리 판례의 태도

우리나라의 대법원과 헌법재판소는 개인정보에 관한 권리를 개인정보자기결정권의 개념으로 파악하고 있다.

우선 대법원은 국군보안사령부가 민간인들을 대상으로 미행, 망원 활용, 탐문채집 등의 방법으로 개인정보를 수집, 관리한 사례에서 헌법 제10조의 행복추구권과 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 관한 규정은 개인의 사생활 활동이 타인으로부터 침해되거나 사생활이 함부로 공개되지 아니할 소극적인 권리는 물론, 오늘날 고도로 정보화된 현대사회에서 자신에 대한 정보를 자율적으로 통제할 수 있는 적극적인 권리까지도 보장하기 위한 것이라고 판시하였다.²²⁾ 이는 개인에게 개인정보에 관한 자율적 통제권을 인정하는 취지로 해석할 수 있다.

한편 헌법재판소는 이를 개인정보자기결정권이라고 표현하면서, 그 근거에 관하여는, “개인정보자기결정권으로 보호하려는 내용을 위 각 기본권들 및 헌법원리들²³⁾ 중 일부에 완전히 포섭시키는 것은 불가

22) 대판 1998. 7. 24, 96다42789.

23) 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거를 둔 일반적 인격권, 자유민주적 기본질서 규정 또는 국민주권원리와 민주주의 원리 등을 지칭한다.

능하다고 할 것이므로, 그 헌법적 근거를 굳이 어느 한 두개에 국한시키는 것은 바람직하지 않은 것으로 보이고, 오히려 개인정보자기결정권은 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권이라고 보아야 할 것”이라고 판시하였다.²⁴⁾

이러한 대법원과 헌법재판소의 태도는 대부분의 학자들에게도 별다른 반대없이 받아들여지고 있다. 따라서 개인정보자기결정권은 헌법상 사생활의 비밀과 자유 그리고 행복추구권으로부터 도출되는 독자적 기본권이라는 것이 우리나라의 일반적인 입장이다.

다. 사권(私權)으로서의 개인정보자기결정권

그런데 위와 같은 ‘개인정보자기결정권’은 일단 국가에 대한 기본권이라는 점에서 공권(公權)에 해당한다. 그렇다면 이러한 권리는 사인 간에도 그대로 주장할 수 있는가?

그렇다고 보아야 한다. 개인정보자기결정권과 밀접한 관련이 있는 프라이버시권도 개인간의 법률관계에 효력을 가진다고 해석하는 데에 이견이 없다. 개인정보보호에 관하여서도 마찬가지로 해석할 수 있다. 우선 관련 법령들의 내용을 살펴보면, 개인정보보호의무가 사인간에도 존재한다는 점을 전제하고 있다. 공공기관법은 원칙적으로 국가 내지 지방자치단체와 국민 사이의 관계를 규율하고 있지만, 제22조에서는 “공공기관외의 개인 또는 단체는 컴퓨터등을 사용하여 개인정보를 처리함에 있어 공공기관의 예에 준하여 개인정보의 보호를 위한 조치를 강구하여야 하며...”라고 규정한다. 정보통신망법 제22조 이하, 암관리법 제12조, 결혼중개업의 관리에 관한 법률 제13조, 소비자기본법 제15조, 전자서명법 제24조, 유비쿼터스도시의 건설 등에 관한 법률 제21조는 모두 사인 간의 개인정보보호관계에 관하여 규정한다. 아직 사인간의 개인정보보호의무에 관한 포괄적인 조항은 없

24) 헌재결 2005. 5. 26, 99헌마513, 2004헌마190.

지만, 위 조항들에 내재하는 전체적 법질서의 정신으로부터 이러한 의무를 도출할 수 있다. 그러므로 개인정보를 수집, 관리, 이용하는 주체는 법률의 명문 규정이 있는 경우에는 그 규정에 의하여, 그렇지 않는 경우에도 위와 같은 규정들을 종합하면 도출되는 법의 일반원칙 또는 조리(條理)에 의하여 타인의 개인정보를 보호할 법적 주의의무를 부담한다.

현실적으로 보더라도 개인정보자기결정권이 침해되었다는 이유로 사인 간에 민사소송이 진행되는 사례가 다수 있다(【표 4】 국내 위자료산정사례 참조). 법원 역시 위와 같은 권리가 사인간에도 관철될 수 있다는 점을 전제로 판결을 선고하고 있다.

3. 개인정보자기결정권의 법적 성격

그렇다면 사권으로서의 개인정보자기결정권의 법적 성격은 무엇인가? 그것은 재산권인가, 인격권인가? 이는 개인정보의 보호범위나 보호방법에 영향을 미치는 문제이므로 검토할 필요가 있다.

이를 검토하기에 앞서서 권리의 법적 성격이 배상받을 수 있는 손해의 종류와 논리필연적으로 결부되는 것은 아니라는 점을 언급한다. 우선 재산권을 침해한 경우에도 정신적 손해²⁵⁾가 발생할 수 있다. 가

25) 일반적으로 정신적 손해(ideeller Schaden; dommage moral)라는 용어가 널리 사용되고 있다. 그런데 엄밀히 말하자면 재산적 손해에 대응하는 개념은 비재산적 손해(immaterieller Schaden)이다. 비재산적 손해는 순수한 의미의 정신적 손해는 아니지만 그렇다고 하여 재산적 손해도 아닌 손해(예를 들어 법인의 신용훼손으로 인한 무형의 손해)를 포함하기에 더 적합한 개념이다. 우리 민법 제715조는 “재산 이외의 손해”에 대한 “배상”을 규정하는데, 이 역시 비재산적 손해의 개념을 염두에 둔 규정이다. 다만 판례에서는 대체로 이를 정신적 손해배상으로, 또한 그 배상금을 위자료라고 표현한다(대판(전) 2008. 4. 17, 2006다35865등 참조). 개인정보침해에 있어서도 좁은 의미의 비재산적 손해, 즉 정신적 손해가 문제되는 경우가 대부분이다. 따라서 편의상 이 글에서도 특별한

령 타인의 불법행위로 재산권이 침해된 경우에도 재산적 손해배상으로 회복할 수 없는 정신적 손해가 발생하였다는 특별한 사정이 있고, 침해자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었다면 정신적 손해배상을 받을 수 있다.²⁶⁾ 반면 인격권을 침해한 경우에도 재산적 손해가 발생할 수 있다. 가령 비방광고로 인격과 명예, 신용 등이 훼손된 경우 위자료지급을 명하면서 이와 별도로 이미 행해진 비방광고의 대응광고를 위하여 필요한 비용을 재산상 손해로 보아 배상을 명한 판결이 있다.²⁷⁾ 따라서 개인정보자기결정권이 재산권이라고 보더라도 정신적 손해배상의 문제가 발생할 수 있고, 반대로 이를 인격권이라고 보더라도 재산적 손해배상의 문제가 발생할 수 있다.

가. 개인정보자기결정권은 재산권인가?

개인정보자기결정권이 재산권인가? 이 의문에 답하려면 우선 개인정보가 재산인지 살펴보아야 한다. 재산권은 재산을 목적으로 하기 때문이다.

우리나라에서는 개인정보의 재산성에 대하여 별다른 논의가 이루어지지 않는 듯 하다. 그런데 미국에는 개인정보를 상품이나 서비스처

사정이 없는 한 정신적 손해라는 용어를 사용한다.

26) 대판(전) 2004. 3. 18, 2001다82507; 대판 2003. 7. 25, 2003다22912 등. 채무불이행에 관하여는 정신적 손해배상에 관한 명문규정이 없지만 불법행위로 인한 정신적 손해배상에 관한 민법 제751조, 제752조가 채무불이행의 경우에도 유추적용된다고 보는 것이 통설의 입장이다. 郭潤直 編, 民法注解(IX), 1992, 488면(池元林 執筆部分).

27) 서울고판 1993. 7. 2, 92나43779, 43786 (이 판결은 대판 1996. 4. 12, 93다40614로 확정되었다). 다만 기업의 신용이 고유한 의미의 인격권의 범주에서 논의될 수 있는 것인지에 대하여는 생각할 여지가 있다. 독일에서는 이를 기업권(das Recht am Gewerbebetrieb)이라는 별도의 권리범주로 파악한다. 이에 대하여는 박용상, 명예훼손법, 2008, 634면 이하 참조.

럼 그 가격과 소비량이 수요와 공급에 의해서 결정되는 일종의 재산으로 보는 견해가 있다.²⁸⁾ 개인정보를 둘러싼 거래조건의 경쟁을 통해서 개인정보의 가치를 가장 높게 평가한 기업들에게 개인정보가 제공되고 정보주체는 그에 상응하는 경제적 보상을 받게 된다는 것이다. 개인정보에 대해서 재산권을 가진 개인과 그 개인정보를 이용하고자 하는 기업이 서로 개인정보의 가치에 관한 합의점에 도달하게 되면 그러한 최적의 가치에 맞게 개인정보의 제공/수집 및 이용에 관한 합의를 할 수 있게 된다. 코즈(Coase)의 정리에 의하면, 이와 같이 기업과 개인이 충분한 정보를 가지고 합의에 이르게 될 때 개인정보라고 하는 자원의 “최적의 배분”이 이루어질 수 있다고 말할 수 있다.²⁹⁾ 이러한 견해에 의하면, 개인정보에 대한 권리는 전통적으로 소극적인 의미를 가지는 프라이버시와는 달리, 보다 적극적으로 개인정보를 처분하고 정보통신서비스라고 하는 이익을 누릴 수 있는 권리라고 하는 점에서 물권과 유사한 재산권에 해당된다고 본다. 개인정보주체가 자신의 개인정보에 대해서 물권 유사의 재산권을 가진다고 보면 개인정보에 대하여 완전하게 통제할 수 있음은 물론이고 계약을 통해서 이를 자유롭게 처분할 수 있게 된다.³⁰⁾ 이러한 이론에 따르면 개인정보에 대한 권리를 재산권으로 파악할 수 있다. 이러한 재산권론은 이용자의 동의를 얻어서 개인정보를 수집하고 이용해온 거래현실을 적절히 설명해주고, 정부의 개입보다 시장의 자율적인 규제를

28) 예를 들어 Jerry Kang, Cyberspace Privacy: A Primer and Proposal, http://www.abanet.org/irr/hr/winter99_kang2.html (2008. 12. 30.방문).

29) David Goldman, 앞의 논문(註 4), 359면.

30) Lawrence Lessig 교수는 개인정보주체에 의한 자유로운 정보거래가 효율적이라고 생각하면서 동시에 그러한 자유로운 거래를 자동적으로 처리해줄 수 있는 소프트웨어 기술(automated privacy butler)의 채택에 의해서 이용자와 사업자의 이익이 모두 극대화될 수 있다고 주장한 바 있다: David Goldman, 앞의 논문(註 4), 373면에서 재인용.

선호해온 영미의 입법정책에도 부합된다. 또한 개인정보의 보호에 관한 당사자간의 합의에 대해서 기존의 물권법과 계약법이론을 적용함으로써 효율적인 보호가 이루어질 수 있고 따라서 복잡한 입법이나 법리구성 내지 정부의 개입이 불필요하게 된다는 장점이 있다.

이러한 재산권론이 개인정보의 재산과 유사한 측면을 비교적 솔직히 설명해주고 있는 것은 부인할 수 없다. 하지만 개인과 그 개인에 관한 정보 사이에 물권적인 재산권 관계를 인정하기는 어렵다. 개인정보가 상업적으로 이용된다고 하여 곧 수집되기 전 상태의 개인정보가 그 개인의 재산이라고 하는 것은 논리의 비약이다. 가령 어떤 사람이 가지고 있는 이름이나 주민등록번호, 상품번호도, 질병정보 등은 일단 수집되면 경제적으로 활용될 수 있지만, 그 이전 단계에서부터 이를 독자적인 재산이라고 할 수는 없다.³¹⁾ 더구나 이러한 정보는 물건이 아니므로 소유의 대상이 될 수 없고,³²⁾ 저작물이나 발명 등이 아니므로 지적재산권의 대상이 될 수도 없다. 나아가 소유자와 물건, 저작자와 저작물과 달리 개인과 개인정보를 분리하여 파악하는 것은 부자연스러운 측면이 있다. 개인정보는 누군가가 창조해낸 객체라기 보다는 권리주체인 개인의 인격적 표상의 성격이 강하다.³³⁾ 또한 성문법국가인 우리나라에서는 실정법이나 관습법의 근거없이 물권과 유사한 독점, 배타적인 재산권을 인정하기는 어려운 것인데, 아직 우리

31) 미국 법원들도 대체로 이러한 입장을 견지하고 있다고 한다. 이러한 입장은 야생동물이론(wild animal's theory)을 창안한 *Person v. Post*, 3 Cai. R. 175 (N.Y. Sup. Ct. 1805)의 영향을 받았다. 이 이론에 의하면 자연에 서식하는 야생동물은 누군가에 의하여 포획되기 전까지는 누구의 재산도 아니다(이는 우리 민법상 선점이론과 유사하다). 마찬가지로 개인정보도 누군가에 의하여 수집되기 전까지는 누구의 재산도 아니다. Vera Bergelson, *It's Personal But Is It Mine? Toward Property Rights in Personal Information*, 37 U.C. Davis L. Rev. 379, 403 (2003).

32) 민법상 소유권의 객체는 물건이다(민법 제211조).

33) 이와 유사한 취지로 鄭震明, “사법에 있어서 개인정보보호”, 比較私法 8卷 2號, 2001. 12, 589면 참조.

법체계는 개인이 개인정보에 대하여 어떤 재산적 지배권을 가진다고 수긍하고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 그렇게 파악하는 것은 법률에 의하지 않은 새로운 물권을 창설하는 것이 되어 민법 제185조가 정하는 물권법정주의에도 어긋난다.

이와 관련하여 퍼블리시티권(right of publicity)의 예를 들어 개인정보에 관한 권리도 재산권으로 파악할 수 있다고 주장할 여지도 있다. 그러나 아직 우리나라에서는 퍼블리시티권의 인정 여부에 관하여는 아직 확고한 입장이 정리되어 있다고 하기 어렵다. 더구나 퍼블리시티권이 순수한 재산권인지에 대하여는 의문이 있다.³⁴⁾ 따라서 퍼블리시티권에 대한 법리를 토대로 개인정보에 관한 권리도 재산권이라고 주장하는 것은 설득력이 떨어진다. 나아가 퍼블리시티권과 개인정보자기결정권을 같은 선상에 놓고 비교하는 것은 무리가 있다. 퍼블리시티권의 객체인 영리적 초상(예를 들어 유명인의 모습)은 그 자체가 상업적 이용과 유통을 주된 목적으로 하는 것이지만, 개인정보자기결정권에서 주로 문제되는 개인정보는 그렇지 않기 때문이다.

나. 인격권으로서의 개인정보자기결정권

개인정보자기결정권의 근원인 프라이버시권이나 행복추구권은 모두 인격발현과 밀접한 관련성을 가지는 기본권이다. 따라서 개인정보자기결정권이 재산권에 해당하지 않는다고 한다면, 이는 사법의 영역에서는 인격권의 일종이라고 보아야 할 것이다.³⁵⁾ 현실적으로 국내에서 제기된 개인정보의 침해에 관한 소송을 보더라도, 원고는 대부분 개

34) 가령 Fuchs, Deliktsrecht, 6. Aufl. 2005, S. 60에서는 퍼블리시티권을 인격권에 부수된 재산적 이익(vermögenswerter Interessen des Persönlichkeitsrechts)으로 파악하여 이를 인격권의 일종으로 보고 있다.

35) 정보자기결정권을 인격권과 결부시켜 설명하는 독일 문헌으로 Marion Albers, Informationelle Selbstbestimmung, 2004, S. 217.ff.

인정보에 관한 권리가 인격권의 일종임을 전제로 하여 정신적 손해의 배상을 구하고 있고, 법원도 위자료의 지급을 명하고 있다(【표4】 국내 위자료산정사례 참조). 따라서 개인정보에 관한 권리 자체는 여전히 인격권의 일종으로 파악하는 것이 타당하다. 다만 개인정보가 경제적으로 유통, 이용되는 현실을 도외시할 수 없다. 그렇다면 개인정보자기결정권은 순수하게 인격적 이익만 보호한다기보다는 자신의 개인정보가 영리 목적으로 무단활용되지 않도록 제어한다는 의미에서 재산적 이익도 부수적으로 보호하는 특수한 인격권이라고 할 수 있다.³⁶⁾

한편 개인정보자기결정권이 가지는 인격권적 속성과 관련하여서는 생각할 점이 있다. 인격권은 다양한 자유를 포괄하는 개념으로서 재산권에 비하여 그 내용이나 한계가 명확하다고 하기 어렵다. 일반적으로 일반적 인격권을 일종의 모권(母權)으로 하여 성명권,³⁷⁾ 명예권,³⁸⁾ 사생활권³⁹⁾ 등 개별적 인격권이 인정된다고 설명한다. 그러나 인격권의 내용은 여기에 그치지 않는다. 일조방해,⁴⁰⁾ 교원의 강의,⁴¹⁾

36) 정상조, “광고기술의 발전과 개인정보의 보호”, 저스티스 通卷 第106號 2008. 9. 607면 참조. 대판 2006. 10. 13. 2004다16280에서는 초상권을 “자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림묘사되거나 공표되지 아니하며 영리적으로 이용당하지 않을 권리”로 정의함으로써 인격권의 일종인 초상권의 영리적 측면을 언급하고 있다. 또한 초상권과 성명권을 중심으로 한 인격권의 재산권적 속성에 관하여 다룬 독일 문헌으로 Horst-Peter Götting, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, Tübingen (1995) 참조.

37) 대결 2005. 11. 16. 2005스26.

38) 대판 2005. 7. 8. 2005두487; 대결 2005. 1. 17. 2003마1477 등.

39) 대판 1998. 9. 4. 96다11327 등.

40) 대판(전) 2008. 4. 17. 2006다35865 반대의견(헌법 제35조 제1항에 비추어 볼 때, 위법한 일조방해는 단순한 재산권의 침해에 그치는 것이 아니라 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 개인의 인격권을 침해하는 성격도 지니고 있다).

41) 대판 2008. 6. 26. 2006다30730에서는 대학교수가 자신의 전공분야에

개명(改名),⁴²⁾ 태아성별정보에 대한 접근⁴³⁾ 등 다양한 맥락에서 인격권 내지 인격적 이익이 논해지고 있다. 따라서 인격권은 그 대강의 윤곽을 그려볼 수는 있으나 내용을 확정하기는 어렵다. 또한 인격권은 다른 법익과 충돌하는 경우가 많다. 인격권의 확장은 타인의 일반적인 행동의 자유를 구속하는 결과를 가져온다. 인간은 공동체관련적인 존재이기 때문이다. 따라서 이러한 개인과 사회의 긴장관계 속에서 어떻게 이익형량을 할 것인가 하는 점이 인격권과 관련된 불법행위 소송에서 중요한 문제로 등장한다.

개인정보자기결정권을 인격권의 하나로 보더라도 똑같은 문제를 안고 있다. 개인정보에 대한 인격적 법익의 보호범위가 어디까지 미쳐야 하는가에 대하여는 아직 충분한 논의가 이루어지지 않았다. 개인정보자기결정권을 구성하는 내용은 아직도 생성과정에 있다. 개인정보의 가치나 그 보호필요성에 관한 견해도 현실적으로 매우 다양하여 아직 사회의 확립된 입장이 존재한다고 보기 어렵다.⁴⁴⁾ 이러한 이유

대해 강의하고 이를 통해 자신의 학문연구를 보다 발전시키는 것이 그 인격권 실현의 본질적 부분에 해당한다고 하면서, 오로지 소속 대학교수를 본연의 업무에서 배제하려는 의도 하에 그 의사에 반하여 전공분야와 관련없는 과목의 강의를 배정함으로써 결국 강의할 수 없게 하는 행위는 교원의 인격적 법익을 침해하는 행위라고 판시한다.

- 42) 대결 2005. 11. 16, 2005스26에서는 개명을 엄격하게 제한할 경우 헌법상 개인의 인격권과 행복추구권을 침해하는 결과를 초래할 우려가 있는 점 등을 들어 개명신청권의 남용이 아닌 이상 널리 개명을 허가하여야 한다고 판시한다.
- 43) 현재결 2008. 7. 31, 2005헌바90에서는 의료법상 태아성감별금지규정이 의료인의 직업의 자유 이외에도 일반적 인격권으로부터 파생되는 '부모의 태아 성별 정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리'를 침해한다고 판시한다.
- 44) 국내에서는 2004년말에 노회찬, 이은영, 정성호, 이혜훈 의원 등이 각각 개인정보보호에 관한 다양한 법안을 경쟁적으로 발의한 바 있고, 미국의 회에도 50건 가량의 아주 다양한 법안이 제출되었지만 커다란 의견의 차이만을 확인하고 통과되지 못하였다: 서울대 技術과法센터, 「개인정보의 보호에 관한 입법론」(SNU CLT Working Paper 2006-3, 연구

때문에 개인정보자기결정권의 보호범위에 대하여는 불명확성이 상존한다. 이러한 불명확성은 민사상 구제수단의 논의에도 영향을 미친다.

결국 현재 단계에서는 개인정보의 구체적 보호범위는 법원의 구체적 판단을 통하여 개별적으로 확정하여야 한다. 법의 예측가능성을 고양하려면 개인정보의 보호범위에 관한 기준이 제시되는 것이 바람직하겠지만, 이러한 기준이 구체화되려면 상당한 판례축적과 이에 대한 학술적 논의의 결합을 통하여 개인정보를 둘러싼 새로운 현상에 관하여 규범적 공감대에 이르러야 할 것이다.

III. 민사적 구제수단

1. 개 관

민사적 구제수단에는 계약적 수단과 비계약적 수단이 있다. 계약적 수단은 계약에 기하여 발생한다. 이는 구체적 계약관계의 내용에 따라 달라진다. 비계약적 수단은 계약과 무관하게 발생한다. 물권적 청구권 기타 이에 유사한 침해금지청구권이나 각종 법정채권(대표적으로 사무관리, 부당이득, 불법행위로 인한 채권)이 그러하다. 이 글에서는 비계약적 수단 중 개인정보와 관련하여 전형적으로 문제되는 두 가지에 집중한다. 하나는 인격권으로서의 개인정보권 침해행위에 대한 침해금지청구권이다. 또다른 하나는 불법행위로 인한 손해배상청구권⁴⁵⁾이다.⁴⁶⁾ 양자는 병존할 수 있다. 따라서 어떤 행위가 인격권침해

진: 정상조, 권진보, 곽재우), <http://www.epic.org/> (2008. 12. 30. 방문) 참조.

45) 정보통신망법 제32조는 개인정보에 관한 규정에 위반하여 손해가 발생한 경우의 배상청구에 관하여 규정한다. 그런데 이 역시 본질적으로 불법행위로 인한 손해배상청구이다. 다만 일반적인 불법행위의 경우와 달리 고의, 과실에 관한 입증책임이 가해자에게 있다.

46) 그 이외에도 개인정보자기결정권의 일환으로 동의권, 열람청구권, 정정

해에 해당하면서 불법행위의 성립요건도 충족하면 두 가지 구제수단을 사용하는 것이 모두 가능하다.

아래에서는 개인정보와 관련된 침해금지청구와 손해배상청구에 대하여 차례대로 살펴본다. 특히 개인정보와 관련된 민사소송들은 위자료청구소송의 모습을 띠는 경우가 대부분이다. 따라서 침해금지청구보다는 손해배상청구, 그 중에서도 정신적 손해배상청구에 중점을 두어 서술하고자 한다.

2. 침해금지청구

가. 개인정보자기결정권의 침해판단

개인정보자기결정권을 침해한다는 것은 특정한 행위가 개인정보자기결정권의 보호영역을 침범한다는 의미를 가진다. 개인정보자기결정권의 핵심은 개인정보를 자율적으로 통제한다는 데에 있다. 그러므로 타인이 개인의 의사와 무관하게 개인정보를 그 통제의 영역에서 벗어나게 하는 행위는 침해를 구성한다. 이러한 침해는 대체로 ① 개인정보의 허위, 무단 또는 과잉수집, ② 개인정보의 무단유통(판매와 같은 의도적인 거래나 도난이나 분실과 같은 비의도적인 유출을 포함)의 두 가지 모습으로 나타난다.

그런데 개인정보자기결정권의 침해판단은 결코 용이하지 않다. 소유권과 같은 재산권은 근대 이래 그 내용이 공고하게 형성되어 왔다. 또한 여러 가지 법률에 의하여 그 내용과 한계가 명확하게 규정된다(헌법 제23조 참조). 하지만 인격권은 20세기에 들어와서 비로소 본격적으로 형성되기 시작하였고, 그 내용과 한계가 법률에 의하여 명확하게 규정되지도 않는다. 또한 인격권은 일반적으로 재산권에 비하여 다른 권리와 상충관계가 강하게 나타난다. 더구나 개인정보자기

청구권, 삭제청구권 등이 있다.

결정권은 다른 인격권과 비교할 때 더욱 새로운 권리로서 아직 그 내용이 충분히 구체화되지 못하였다. 또한 개인정보라는 동일한 개념의 우산 아래에서도, 성명처럼 본래 공개되어 다른 사람에게 사용될 것이 예정된 개인정보에서부터 성적 질병에 관한 진료정보처럼 은밀한 사적 영역에 감추어져야 할 개인정보에 이르기까지 매우 이질적인 정보들이 동거하고 있다. 이러한 점은 개인정보의 침해판단을 어렵게 한다.

나아가 침해의 위법성 판단도 또다른 어려운 문제이다. 개인정보자기결정권의 침해에 대하여 금지청구나 손해배상청구를 하려면 그 침해가 위법하여야 한다. 그런데 소유권과 달리 개인정보자기결정권과 같은 인격권은 그 내포와 외연에 있어서 불명확성이 크기 때문에 사안별로 개별적이고 세심한 판단을 하여야 비로소 침해의 위법성을 인정할 수 있다.⁴⁷⁾ 따라서 재산권침해와 비교할 때 인격권침해에서는 무엇이 “위법한” 침해인가 하는 점이 훨씬 중요한 쟁점으로 등장한다. 객관적으로 개인정보에 대한 통제권이 해쳐졌더라도 전체적 법질서의 관점에서 볼 때 수인(受認)하여야 할 경우도 있다. 이처럼 침해는 인정되지만 수인한도 내에 있어 위법하지 않은 경우는 초상권,⁴⁸⁾ 일조권⁴⁹⁾ 등 다른 인격권 내지 인격관련적 권리에서도 발견된다. 개

47) Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, 2004, §8 IV Rn. 36. 참조.

48) 일단 초상권 및 사생활의 비밀이 침해당하는 결과를 초래하였다라도 그것이 수인가능한 범위 내에 있다면 위법성을 인정할 수 없다고 판시한 서울중앙지판 2004. 2. 6. 선고 2003나13979 참조. 이에 대한 상고심 판결은 대판 2006. 10. 13. 선고 2004다16280(과기환송).

49) 수인한도론은 환경침해사건에서 자주 등장한다. 예를 들어 대판(전) 2008. 4. 17, 2006다35865에서는 일조방해와 그 위법성의 문제를 구별하면서, 일조방해가 있었다라도 그것이 사회통념상 수인한도를 넘게 될 때 비로소 위법성을 띤다고 판시하였다. 그 판결이유 부분을 옮기면 다음과 같다. “토지의 소유자 등이 종전부터 향유하던 일조이익(日照利益)이 객관적인 생활이익으로서 가치가 있다고 인정되면 법적인 보호의 대

인정보자기결정권에 관하여도 어디까지가 위법한 침해인가 하는 점에 관하여 문제될 수 있는 경계적 상황이 많을 것이다.⁵⁰⁾

개인정보침해의 “구제수단”에 초점을 맞추는 이 글의 목적상 여기에서 구체적인 침해판단기준을 제시하지는 않는다. 다만 개인정보자기결정권의 침해판단은 재산권침해판단에 비하여 훨씬 복잡하고 미묘하다는 점을 염두에 두고, 도식적인 침해판단이 이루어지지 않아야 한다는 점만 언급한다.

나. 침해금지청구권의 인정 여부

(1) 인격권과 침해금지청구권

본래 권리침해에 대한 금지청구권의 원형(原型)은 민법 제214조에서 규정하는 소유자의 방해배제청구권이다. 이에 따르면 소유자는 소유권을 방해하는 자에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 있다. 또한 소유권을 방해할 염려있는 행위를 하는 자에 대하여 그 예방이나 손해배상의 담보를 청구할 수 있다. 민법 제214조는 지상권(민법 제290조), 지역권(민법 제301조), 전세권(민법 제319조), 저당권(민법 제370조) 등 민법상 다른 물권에도 준용된다. 또한 생활방해에 관하

상이 될 수 있는데, 그 인근에서 건물이나 구조물 등이 신축됨으로 인하여 햇빛이 차단되어 생기는 그늘, 즉 일영(日影)이 증가함으로써 해당 토지에서 종래 향유하던 일조량이 감소하는 일조방해가 발생한 경우, 그 일조방해의 정도, 피해이익의 법적 성질, 가해 건물의 용도, 지역성, 토지이용의 선후관계, 가해 방지 및 피해 회피의 가능성, 공법적 규제의 위반 여부, 교섭 경과 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 사회통념상 일반적으로 해당 토지 소유자의 수인한도를 넘게 되면 그 건축행위는 정당한 권리행사의 범위를 벗어나 사법상(私法上) 위법한 가해행위로 평가된다”.

50) 예를 들어 담당직원이 업무목적 외로 개인정보를 열람하였다면? 또는 업무상 목적으로 개인정보를 열람할 때 그 옆에 있던 다른 고객이 우연히 그 내용을 보게 되었다면? 해커가 개인정보보유 서버에 침입하였으나 이를 취득하지 않았다면? 이러한 것들은 침해의 위험이 발생한 것인가, 침해인가? 또한 침해라면 위법한 침해인가?

여 적당한 조치를 구할 수 있도록 규정한 민법 제217조 제1항도 넓은 의미에서의 방해배제청구권에 관한 조항이므로 민법 제214조의 연장선상에 있다.⁵¹⁾

그런데 인격권 및 그 침해에 대한 구제수단에 관하여는 우리 민법상 명문규정이 없다.⁵²⁾ 민법 제214조는 소유권에 관한 조항으로서 다른 재산권에 준용될 뿐 인격권에 준용될 수 없다. 또한 불법행위에 대한 일반적 금지청구권을 규정하는 명문규정도 없다. 이는 영미법계 국가에서 불법행위에 대하여 형평법상 구제수단인 금지명령(injunction)이 인정되는 것이나, 독일에서 불법행위에 대한 일반적 부작위청구권을 인정하는 것과 구별된다.⁵³⁾ 따라서 법조문상으로 본다면 인격권침해에 대하여 물권적 청구권에 유사한 침해금지청구권이 당연히 인정된다고 할 수는 없다. 그런데 대법원은 민법상 명문 규정이 없음에도 불구하고 인격권침해에 대한 침해금지청구권을 인정한다.⁵⁴⁾ 이러한 태도는 하급심 법원뿐만 아니라 학계에서도 별 이견없

51) 그 이외에도 특허법(제126조), 저작권법(제123조), 상표법(제65조), 실용신안법(제30조), 디자인보호법(제62조), 컴퓨터프로그램보호법(제31조), 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(제4조), 온라인 디지털 콘텐츠산업 발전법(제19조) 등에서도 침해금지청구권에 관한 특별 규정을 두고 있다.

52) 다만 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제5조는 인격권을 “생명·자유·신체·건강·명예·사생활의 비밀과 자유·초상·성명·음성·대화·저작물 및 사적 문서 그 밖의 인격적 가치 등에 관한 권리”로 정의하고, 언론으로부터 이러한 인격권이 보장되어야 한다는 취지를 규정한다.

53) 독일에서는 원상회복을 불법행위에 대한 원칙적 구제수단으로 채용하고 있어서 오히려 손해배상책임의 보충성(Subsidiarität der Geldentschädigung)이 강조된다(독일 민법 제249조 참조). 반면 일본은 우리나라와 마찬가지로 인격권침해에 대한 구제수단에 관한 일반조항은 두고 있지 않다.

54) 이러한 권리를 처음 인정한 판례로 대판 1996. 4. 12, 93다40614, 40621. 그 이외에도 대결 2005. 1. 17. 2003마1477도 참조. 일본 최고재판소는 그 이전부터 인격권이 물권과 유사한 절대권적 성격을 가지는 것에 착안하여 인격권침해에 대한 침해금지청구권을 인정하여 왔고, 이

이 받아들여지고 있다.

이러한 판례의 태도는 타당하다. 어떤 권리가 침해되었을 때 무슨 구제수단을 부여할 것인가에 대하여는 어느 정도의 유연한 접근이 필요하다. “침해금지청구권=물권적 청구권=물권이 침해된 경우에만 인정”이라는 도식은 지나치게 도그마틱하다. 법도그마는 그것이 담고 있는 법의 정신 내지 기능 때문에 의미를 가진다. 그런데 어떤 권리 침해에 대하여 대세적인 침해금지청구권을 인정할 것인가는 ① 그 권리를 얼마나 강하게 보호할 필요성이 있는가, ② 그 권리의 보호에 그 구제수단이 효과적인가 하는 실체적 문제와 관련있다. 인간의 존엄과 가치를 지향하는 헌법의 최고정신에 비추어 볼 때 일반적으로 인격권은 보호할 필요성이 크다. 또한 인격권은 성질상 일단 침해된 후의 구제수단(금전배상이나 명예회복 처분 등)만으로 그 피해의 완전한 회복이 어렵고 손해전보의 실효성을 기대하기 어렵다. 따라서 인격권에 대하여는 그 구제수단으로 침해금지청구를 인정할 필요가 있다. 물론 성문법국가에서는 법률이 정하는 바에 의하여야 한다는 것이 대원칙이다. 그러나 법률이 명문으로 어떤 것을 규정하지 않는 것이 곧 그것을 금지하는 것은 아니다. 그렇다면 인격권과 같이 침해금지청구를 인정할 필요성이 매우 높은 권리에 대하여는 법의 일반원칙 또는 전체유추에 의하여 금지청구를 허용할 수 있다.⁵⁵⁾ 즉 인격권이 침해되었다고 판단되면 이에 대하여 침해금지청구권을 인정하는 것에는 주저할 이유가 없다.

(2) 개인정보에 대한 권리침해와 침해금지청구권

개인정보에 대한 권리침해에도 침해금지청구권이 인정될 것인가?

는 우리 판례에도 영향을 미친 것으로 추측된다. 日 最高裁 昭和 61 (1986). 6. 11. 判決 (民集 42卷 4号, 872頁 이하) 참조.

55) 권영준, “불법행위와 금지청구권 -eBay vs. MercExchange 판결을 읽고”, Law & Technology 제4권 제2호, 2008. 3. 참조.

이는 개인정보에 대한 권리의 성격을 어떻게 파악할 것인가 하는 문제와 직결된다.

앞서 검토한 것처럼 개인정보자기결정권은 본질적으로 인격권의 하나로 보는 것이 타당하다. 따라서 인격권에 관한 위 논의는 개인정보자기결정권의 침해에도 적용된다. 누구든지 자신의 의사에 반하여 자신의 개인정보가 위법하게 침해되거나 공개되지 않을 권리를 가지며 개인정보를 자율적으로 통제할 수 있어야 한다. 그리고 이러한 개인정보자기결정권을 위법하게 침해하는 행위에 대하여는 침해금지청구를 할 수 있다.⁵⁶⁾ 한편 침해금지청구의 일환으로 행하여지는 사전적 침해예방청구와 관련하여 명예훼손사건에서 발견되는 사전검열금지원칙(헌법 제21조 제2항)과의 긴장관계⁵⁷⁾도 개인정보사건에서는 완화되는 경우가 많다. 개인정보의 수집, 관리, 활용은 표현의 자유를 행사하기 위한 전단계의 작업으로 행하여지는 경우도 없지 않지만, 대

56) 개인정보침해와 가장 밀접한 관련이 있는 사생활침해에 있어서도 금지청구권이 인정된다고 해석된다. 이에 관하여는 梁彰洙, “私生活 秘密의 保護”, 民法研究 第8卷, 2005, 89면.

57) 미국에서는 표현의 자유는 어떠한 방식으로든 제한할 수 없는 절대적 권리로 파악하는 견해가 주류적이다. 이에 따라 언론에 대한 법원의 사전금지명령(injunctive relief)은 원칙적으로 금지되고, 군사기밀 등이 관련된 매우 예외적인 경우에 한하여 인정될 뿐이다. *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931); *New York Times v. United States*, 403 U.S. 713 (1971); *Snepp v. United States*, 444 U.S. 507 (1980); *United States v. Progressive, Inc.* 467 F. Supp. 990 (W.D. Wis. 1979) 등 참조. 우리나라에서는 표현행위에 대한 사전금지는 원칙적으로 허용되지 않지만, 표현내용이 진실이 아니거나 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것이 아니며, 또한 피해자에게 중대하고 현저하게 회복하기 어려운 손해를 입힐 우려가 있는 경우에는 그와 같은 표현행위는 그 가치가 피해자의 명예에 우월하지 아니하는 것이 명백하고, 또 그에 대한 유효적절한 구제수단으로서 금지의 필요성도 인정되므로 이러한 실체적 요건을 갖춘 때에 한하여 예외적으로 사전금지가 허용된다고 한다. 대결 2005. 1. 17, 2003마1477 등 참조.

부분의 경우에는 이와 무관한 영리적 목적으로 행하여지는 것이 현실이기 때문이다. 따라서 개인정보를 보호하기 위한 침해예방청구는 널리 인정될 수 있다.

이와 같이 침해금지청구는 개인정보자기결정권의 민사상 구제수단의 하나이지만 그 현실적 의의는 크지 않다. 개인정보침해는 개인정보의 유출이라는 1회적인 행위로 이루어지는 경우가 많고, 피해자가 피해사실을 인식하였을 때에는 이미 그 침해행위가 종료되고 단지 손해배상의 문제가 남을 뿐이기 때문이다. 또한 본안소송으로 침해금지청구권을 행사하는 것은 시간과 비용이 많이 소요되어 신속한 개인정보침해상태 해소라는 목적을 도저히 달성하기 어렵다. 그러므로 오히려 개인정보침해의 예방이나 금지는 침해금지청구보다는 다른 수단들, 예컨대 자율적 또는 타율적 규제, 기술적 보안조치 등에 의할 때 더 잘 이루어진다.

다만 개인정보에 관한 침해금지청구권은 여전히 다음과 같은 의의를 가진다. 개인정보를 토대로 특정한 비즈니스를 영위하는 자에 대하여는 침해금지청구가 유용한 의미를 가진다.⁵⁸⁾ 그러한 비즈니스가 개인정보권을 침해하는 것이라면 더 이상 그 비즈니스를 하지 못하게 하는 법적 조치가 필요하기 때문이다. 한편 일단 침해가 종료되었더라도 향후 침해의 염려가 여전히 존재할 때 장래의 침해행위를 금지하는 것도 가능하다. 이러한 의미의 침해금지청구권은 본안소송으로 행사될 때도 충분히 의미를 가진다. 또한 가처분절차는 본안절차에 비하여 신속성의 요청에 더 부합하여 많이 활용되고 있는데, 이 때 침해금지청구권은 가처분소송의 피보전권리로서 기능한다.

3. 손해배상청구

58) 예컨대 후술하는 서울중앙지판 2007. 7. 6, 2006가합22413 참조.

가. 손해의 발생

손해배상청구권이 인정되려면 우선 손해가 실제로 발생하여야 한다. 단지 손해발생위험이 존재할 뿐이라면 그러한 추정적 손해는 배상될 수 없다. 따라서 원고는 구체적 손해발생을 입증하여야 한다.

한편 손해는 어디까지나 법적 개념이다. 따라서 이 세상에 존재하는 모든 불이익을 손해의 개념 안에 끌어들이 수는 없다. 예를 들어 여행 중 행인에게 길을 물어보았는데 잘못된 정보를 제공하여 목적지에 5분 늦게 도착하게 된 것도 일종의 불이익이다. 하지만 이러한 불이익은 법적인 의미의 손해에는 해당하지 않는다. 한강을 조망할 수 있던 아파트 앞에 다른 아파트가 들어섬으로써 그 아파트의 시가가 하락하는 것도 분명히 불이익이다. 하지만 이러한 조망이익이 반사적 이익에 불과하다고 보면 그 이익의 박탈을 배상하여야 할 손해로 인정할 수 없는 경우가 많다.⁵⁹⁾ 만약 손해 개념을 모든 유형의 불이익에 구분별하게 확장한다면, 거의 매순간 세상 곳곳에서 끊임없이 손해배상청구권이 발생할 것이다. 그리고 이 세상에 존재하던 단순한 불운(不運)의 영역이 순식간에 불법(不法)의 영역으로 뒤덮일 것이다. 이는 바람직하지 않다.

이와 같이 불법행위로 인한 손해배상청구권은 법률상 보호받아야 마땅한 이익에 관하여 현실적으로 손해가 발생한 때 비로소 성립한다. 그리고 손해의 발생 여부는 사회통념에 비추어 규범적으로 판단할 수 밖에 없다.⁶⁰⁾ 이러한 판단에 있어서는 손해의 직접성, 구체성, 특정성, 법익과의 거리, 법익에 야기된 불이익에 대한 법적 가치판단⁶¹⁾ 등 여러 가지 요소들을 고려하여야 한다.⁶²⁾ 손해배상제도와 다

59) 대판 2003. 11. 14, 2003다27108; 대판 2007. 6. 28, 2004다54282.

60) 대판 2004. 11. 26, 2003다58959.

61) 불이익의 정도가 크다고 하여 늘 손해가 인정되는 것은 아니다. 가령 산부인과 의사가 임산부를 정기진찰하면서 다운증후군이 있는 아이를 정상 판정하였고, 이로 인하여 임산부는 낙태를 고려하지 않은 채 아이를 출

른 구제수단 사이의 기능적 연관성도 고려할 수 있다. 예를 들어 손해배상 이외의 다른 구제수단이 충실히 기능하고 있는가 여부가 손해배상의 범위를 확정하는 데에 영향을 미칠 수 있다.⁶³⁾⁶⁴⁾

나. 침해와 손해

산하였다. 이 때 장애를 갖고 출생한 아이가 손해배상청구를 한 사안에서 법원은 장애를 갖고 출생한 것 자체를 인공임신중절로 출생하지 않은 것과 비교해서 법률적으로 손해라고 단정할 수 없다고 판단하였다(대판 1999. 6. 11, 98다22857). 여기에서 아이가 느끼는 고통은 당연히 감내해야 할 사소한 불이익이라고 치부하기는 어렵다. 그러나 나아가 그러한 불이익을 법적인 손해로 파악할 것인가에 관하여는 단지 그 불이익의 크기를 떠나서 전체적 법질서의 관점에서 행하는 또다른 규범적 판단이 필요한 것이다.

62) 이에 관하여는 행정소송에 관한 관례이기는 하지만 법률상 보호되는 이익의 개념을 규정하고자 한 대판(전) 2006. 3. 16, 2006두330; 대판 2002. 10. 25, 2001두4450; 대판 1989. 5. 23, 88누8135 등이 참고할 만한 가치가 있다.

63) 독일처럼 손해배상과 관련하여 금전배상이 아닌 원상회복을 원칙적 구제수단으로 채택하고 있거나, 영국이나 미국처럼 불법행위에 대하여 형평법상 금지명령(injunction)을 널리 인정하는 나라에서는 손해배상의 범위를 엄격하게 해석할 여지가 있다. 실제로도 이러한 나라들은 정신적 손해배상의 범위를 법적으로 제한한다. 반면 우리나라처럼 불법행위에 대하여 금전배상을 원칙적 구제수단으로 채택하면서, 이에 대한 일반적인 부작위청구권은 인정하지 않는 나라에서는 이론적으로 손해의 범위를 좀더 융통성있게 해석할 필요도 있다. 다만 이러한 차이는 이론적인 것으로서 실제적으로는 그다지 크지 않다. 왜냐하면 우리나라에서도 가처분제도나 침해금지청구권의 범위 확대로 말미암아 현실적으로 불법행위에 대한 금지적 구제수단의 폭이 넓게 인정되기 때문이다.

64) 독일의 경우 손해배상책임의 보충성(Subsidiarität der Geldentschädigung)과 관련하여 인격권침해에 대하여 반론보도청구권(Gegendarstellungsanspruch)이나 철회청구권(Widerrufsanspruch)이 인정되는가, 또한 그 권리행사가 상대방에 의하여 받아들여졌는가 여부에 따라 손해배상책임 여부가 달라진다. 이러한 청구권들로 권리보호가 이루어질 수 있다면 원칙적으로 손해배상청구권은 인정되지 않는다. Judith Göbel, Geldentschädigung und Schmerzensgeld - Konvergenz oder Divergenz -, Peter Lang, 2004, S. 30.f.

(1) 침해와 손해의 구별

대부분의 개인정보사건에 관한 민사소송은 인격권의 일종인 개인정보자기결정권 침해를 이유로 정신적 손해배상을 청구하는 내용이다. 여기에서 우선 짚고 넘어가야 할 것은 인격권에 있어서 침해와 손해의 구별이다. 이를 정면으로 다루는 대법원 판결은 발견되지 않는다. 하지만 소유권에 있어서 방해와 손해의 구별을 참고할 수 있다. 이에 관하여 대법원은 소유권의 방해와 손해가 구별되는 개념임을 명확하게 하고 있다.⁶⁵⁾ 현재 지속되는 권리침해상태는 방해로, 그 결과제거만 문제되는 상태는 손해로 관념함으로써 “지속성”이라는 구분표지를 사용한다. 이러한 구분은 권리침해자가 반드시 손해배상책임을 지는 것은 아니라는 점을 의미한다.⁶⁶⁾ 가령 대법원은 부정경쟁행위에 있어서 침해자라고 하여 반드시 손해배상책임을 지는 것이 아니라는 점을 명확하게 한다.⁶⁷⁾

65) 대판 2003. 3. 28, 2003다5917에서는 방해와 손해를 구별하는 기준으로 “지속성”을 제시한다. 즉 현재 지속되는 침해상태는 “방해”로, 이미 종결되어 그 결과제거만 문제되는 상태는 “손해”로 본다. 이 사안에서는 지방자치단체인 피고가 원고의 토지에 쓰레기를 매립하였다. 원고는 피고를 상대로 소유권에 기한 방해제거로서 쓰레기 수거 및 원상복구청구를 하였다. 만약 쓰레기가 토지에 매립되어 있는 상태를 방해로 본다면 원고의 청구는 인용될 수 있었다. 반면 이를 방해로 보지 않고 단지 손해배상청구만 가능한 상태로 본다면 원고의 청구는 기각되어야 하는 상황이었다(이 사안에서 원고의 손해배상청구권(국가배상청구권)은 이미 소멸시효가 완성된 상황이었기 때문이다). 대법원은 토지에 쓰레기 매립이 완료되었다면 그 때 이미 방해상태는 종료하였으므로 손해배상청구권을 행사하는 것만 가능하지 방해제거청구권은 행사할 수 없다고 판단하였다. 이 판결에 관하여는 金炯錫, “所有權妨害排除請求權에서 妨害의 概念”, 法學 45卷 4號, 서울대학교 2004. 12. 참조. 이러한 논지는 인격권침해에도 적용된다. 따라서 인격권침해금지청구권은 오로지 그 침해상태가 지속되는 경우에만 행사할 수 있는 것이고, 그 상태가 종료되었다면 손해배상의 문제만 남는다.

66) 독일 민법 제823조에서는 권리의 침해(verletzung)와 이로 인하여 발생한 손해(Schaden)를 개념상 구분한다.

인격권에 있어서도 인격권의 침해와 이로 인한 손해는 구별된다. 이러한 구별은 중요한 의미를 가진다. 인격권의 침해는 침해금지청구권을, 이로 인한 손해는 손해배상청구권을 발생시킨다. 침해금지청구권의 상대방은 현재 침해상태를 지배하는 자이지만, 손해배상청구권의 상대방은 과거에 손해를 야기한 자이다. 따라서 침해금지청구권에 있어서는 그 상대방이 직접 침해상태를 야기하였는가는 본질적으로 중요하지 않다. 침해금지청구권의 발생에는 고의 내지 과실과 같은 귀책사유가 요구되지 않지만, 손해배상청구권의 발생에는 원칙적으로 위와 같은 귀책사유가 요구된다. 둘 다 위법성이 요구되지만, 그 위법성의 정도는 손해배상청구보다 침해금지청구에서 더 높게 파악하여야 한다는 견해도 주장되고 있다.⁶⁸⁾

이처럼 양자의 차이점에 주목한다면 인격권의 일종인 개인정보자기 결정권이 침해되었다고 하여 논리필연적으로 정신적 손해가 곧바로 발생하는 것은 아니다. 일반적으로 말하자면 개인정보권의 침해는 사회통념상 정신적 손해를 발생시킬 개연성이 크다. 하지만 “개인정보가 침해되었지만 정신적 손해는 발생하지 않는다”는 명제가 적용되는 사례도 있을 수 있다. 따라서 개인정보권에 있어서도 개념적으로나 실제적으로 침해와 손해를 구분할 실익이 있다.⁶⁹⁾

(2) 개인정보의 가치와 손해

67) 대판 2008. 11. 13, 2006다22722; 대판 2004. 7. 22, 2003다62910.

68) 郭潤直編, 民法注解(V), 1992, 311면(柳元奎 執筆部分)에서는 임미시온에 관하여 일본에서 주장되는 위법성의 2단계설을 소개하고 있다.

69) 이러한 점에서 행정안전부가 입법예고한 개인정보보호법안 제36조는 오해의 여지가 있다. 법안 제36조는 「이 법이 정한 정보주체의 권리가 침해된 경우 개인정보처리자는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다」라고 규정한다. 이는 권리침해가 곧 손해배상책임으로 연결되는 듯한 느낌을 준다. 그러나 손해가 있어야 손해배상책임이 발생한다. 따라서 위 제36조는 손해가 발생할 경우를 전제로 하고 있다고 해석하여야 한다.

앞에서 살펴본 바와 같이 개인정보권이 침해되었다고 해서 항상 정신적 손해가 발생한다고 확실히 말할 수는 없다. 개인정보권이 침해된 구체적인 사안에 따라서 그리고 개인정보를 바라보는 가치관에 따라서 손해발생의 여부와 손해의 범위 또는 손해액에 관한 판단은 달라질 수 있다. 손해발생의 여부 및 손해배상액의 산정에 있어서 고려해야 할 요소가 아주 다양하겠지만 궁극적으로 침해대상인 개인정보의 가치를 무엇으로 볼 것인가에 의해서 크게 좌우되기 때문이다. 그런데, 개인정보의 가치는 구체적인 개인정보의 종류에 따라서, 개인정보와 그 개인정보의 주체와의 관계에 따라서 그리고 개인정보의 법적보호가 문제된 국가 또는 사회에 따라서 상이하게 평가된다.

개인정보의 개념과 범위도 법률마다 그리고 국가마다 조금씩 다르지만, 모든 국가의 모든 법률이 다양한 종류의 개인정보를 포괄해서 취급하고 있다는 점에 있어서는 공통된다. 개인정보의 가치는 동일하지 않고 그 종류에 아주 다양한 스펙트럼을 보여주고 있다. 어떤 개인정보는 ‘내재적으로 중요한 가치(intrinsic value)’를 가진 것으로 볼 수 있지만, 상대방의 개인정보는 그 자체로서의 가치보다 그것을 수단으로 해서 달성할 수 있는 목적의 가치를 전제로 해서 ‘도구적 가치(instrumental value)’만을 인정받을 수 있다.⁷⁰⁾ 예컨대, 사상, 종교, 질병, 성생활 등에 관한 개인정보는 개인의 자기개발과 행복추구를 규정짓는 정보로서 일응 그 자체로서 중요한 가치를 가진다고 말할 수 있는데 반해서, 주소와 전화번호 등의 정보는 가치중립적이고 신상의 확인이나 타인과의 거래를 위한 도구로서의 가치를 가진다고 말할 수 있다. 내재적으로 중요한 가치를 가진 개인정보는 소위 민감정보에 해당되는 경우가 많을 것이다.⁷¹⁾ 그러나 특정 개인정보가 소

70) Daniel J. Solove, *Understanding Privacy*, 2008, p.84.

71) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제23조 및 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 제4조는 “민감정보”라고 하는 용어는 사용하지 않지만 사상과 신조 및 병력 등 중요한 정보에 대한 특별취급을

위 민감정보에 해당되는지 여부는 그 개인정보주체와의 관계에 의해서 좌우된다. 예컨대, 일반인에게 주소는 민감한 정보가 아니지만 경찰이나 판사와 같이 타인의 생명과 자유를 취급하는 직업인에게는 주소의 유출이 피고인 내지 전과자에 의한 보복의 위협에 노출되는 것을 의미하기 때문에 민감한 정보로서의 가치를 가진다고 말할 수 있다.⁷²⁾ 다른 한편, 성생활처럼 민감한 정보도 정보주체에 의해서 공개된 경우에는 민감정보로서의 지위를 유지하지 못할 수도 있다.⁷³⁾

이와 같이 개인정보의 종류에 따라서 그 가치가 다르다는 것을 전제로 하면, 내재적으로 중요한 가치를 가진 개인정보의 침해에 대해서는 비교적 그 손해발생을 인정하기가 용이한 반면에, 도구적 가치만을 가진 개인정보의 침해에 대해서는 과연 법적으로 구제해주어야 할만한 손해가 발생했는지 여부에 관해서 구체적 사안마다 그리고 국가마다 다양한 해석을 할 여지가 많다. 침해로 인해서 개인정보의 가치에 미치는 영향은 구체적 사안의 침해유형이나 침해기간 등의 다양한 요소에 따라서 좌우되는바,⁷⁴⁾ 이에 관해서는 “손해배상액의 산정”

규정하고 있다.

72) 국내 사례는 아니지만 예컨대 경찰공무원이 그 주소의 공개에 대한 손해배상과 금지청구를 한 미국사례 *Kallstrom v. City of Columbus*, 136 F.3d 1055 (6th Cir. 1998)에서 미국연방 제6순회항소법원은 일반적으로 주소의 공개로 인해서 사적자치 내지 자치권(autonomy)을 침해한 것으로 인정할 수는 없지만, 공무원의 주소를 공개하면 그 공무원과 가족의 생명과 신체에 직접적인 위협이 발생할 수 있기 때문에 사생활의 자유라고 하는 자유권을 침해한 것이라고 판단한 후, 경찰공무원의 주소 공개로 인한 손해배상 및 금지청구를 기각한 원심판결을 파기환송한 바 있다.

73) 국내사례는 아니지만 예컨대 성생활에 관한 정보를 스스로 공개한 개인 정보주체는 자신의 성생활정보를 민감정보로 보호해줄 것으로 기대할 수 없다고 판시한 미국 사례로 *Sipple v. Chronicle Publishing Co.*, 154 Cal.App.3d 1040, 201 Cal.Rptr. 665 (Cal.App. 1 Dist.,1984).

74) Daniel J. Solove, Op.cit., p.101 이하는 침해행위의 유형과 단계에 따라서 개인정보의 가치가 어떠한 영향을 받는지에 관한 상세한 분석을 하

이라는 별도의 항목으로 아래에서 상세히 살펴보도록 한다. 또한, 아래의 비교법적 검토에서 살펴보는 바와 같이 개인정보권의 침해와 손해 사이의 상관관계에 관한 각국의 차이가 불법행위에 관한 각국의 해석론상 차이에 기인하는 측면도 있지만, 기본적으로 개인정보의 도구적 가치에 대한 국가별 평가의 차이에 기인하는 측면도 있다고 하는 점을 지적해둔다.

(3) 침해와 손해의 상관관계에 관한 비교법적 검토

개인정보권의 침해와 손해 사이의 상관관계에 관하여 비교법적으로 검토하면 독일이나 미국은 이를 엄격하게 구분하는 경향을 보이는 반면, 일본이나 우리나라는 양자의 연계성을 확대하는 경향을 보인다.

(가) 독일에서는 “인격권침해=정신적 손해발생=손해배상인정”의 도식이 통용되지 않는다. 일반적으로 독일에서는 인격권침해가 있더라도 그 침해의 정도가 중할 때 비로소 손해배상을 인정한다.⁷⁵⁾ 개인정보에 관하여는 입법으로써 이를 명확하게 하고 있다. 독일 연방정보보호법 제8조는 공공기관의 자동화된 정보수집, 가공 또는 이용과정에서 발생한 손해의 배상에 관하여 규정한다. 그 중 제2항은 비재산적 손해배상에 관하여 규정한다. 이에 따르면 개인정보침해로 인한 비재산적 손해배상은 중대한 인격권침해(schweren Verletzung des Persönlichkeitsrechts)에 한하여 인정될 뿐이다.⁷⁶⁾ 요컨대 독일에서

고 있다.

75) Rixecker in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich(이하 MünchKomm/Rixecker의 형식으로 표기), 5. Aufl. 2006, Anhang zu § 12, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 221. 또한 독일 판례는 더 나아가 고의 내지 중과실, 다른 보상가능성의 결여 등의 요건이 충족된 경우에 한하여 보충적으로 인격권침해에 대한 위자료를 인정하고 있다. BVerGE 34, 269; Wenzel, Das Recht der Wort-und Bildberichterstattung, Handbuch des Äußerungsrechts., 4. Aufl. 1994, S. 758 ff.

76) 이러한 이유 때문인지 독일에서는 개인정보침해를 이유로 한 위자료청

는 인격권침해에 있어서 손해배상책임의 보충성(Subsidiarität der Geldentschädigung)이 강조된다.

(나) 미국에서는 독일과 같은 일반적 인격권(allgemeines Persönlichkeitsrecht)의 개념을 알지 못한다. 따라서 개인정보에 관한 권리는 프라이버시의 문제로 다루어진다. 개인정보침해는 프라이버시의 노출(Disclosure of Private Fact)의 일종이다. 그런데 프라이버시의 노출이 되려면, ① 노출된 사적 사실이 합리적 사람에게 매우 불쾌한(highly offensive) 것이어야 하고,⁷⁷⁾ ② 그 정보가 상당한 수의 사람들⁷⁸⁾에게 알려져서 공개된 지식(public knowledge)에 이를 것이 확실하여야 한다.⁷⁹⁾ 따라서 개인정보가 본래 의도된 바와 달리 취급되거나 이용되었다라도 그것이 상당수의 사람들에게 공개되지 않았다면 프라이버시 침해는 성립하지 않는다. 따라서 1차 개인정보 수집주체가 개인의 동의없이 2차 개인정보 수집주체에 개인정보를 양도하였다도 이것만으로 프라이버시 침해가 성립하지는 않는다.⁸⁰⁾ 이처럼 미국에서는 개인정보침해의 범위 자체가 우리나라나 독일에

구사례를 찾기 어려웠다. 독일에서 가장 유명한 개인정보 침해 사건은 2006년 도이치 텔레콤의 자회사인 T-Mobile의 고객 1700만명의 개인정보 데이터(성명, 주소, 전화번호, 이메일주소, 생년월일 등)가 해킹된 사건이었다. 도이치 텔레콤은 2006년초 이를 검찰에 신고하였는데, 위 개인정보들이 실제로 유통되어 남용되었다는 증거는 발견되지 않았다. 이에 관하여 고객들이 손해배상청구소송을 제기하지는 않았다.

77) *Dwyer v. Am. Express Co.*, 652 N.E.2d 1351, 1353 (Ill. App. Ct. 1995). 따라서 특히 감수성이 예민한 사람에게 그 사람에 맞는 낮은 책임척도를 적용할 수는 없다. *Forsher v. Bugliosi*, 608 P. 2d 716, 723 (Cal. 1980).

78) Restatement (Second) of Torts §652E, Comment a.에서는 공표가 불특정 다수인(public at large)을 대상으로 하여야 한다고 규정한다.

79) Restatement(Second) of Torts §652D.

80) J. Thomas McCarthy, *The Rights of Publicity and Privacy*, 1996, §5:80 참조. 또한 17개 회사에 공개한 것도 공표에 해당하지 않는다고 판시한 *Polin v. Dun & Bradstreet*, 768 F.2d 1204 (1985) 참조.

비하여 좁게 해석된다.⁸¹⁾ 나아가 침해가 성립하였더라도 이를 이유로 손해배상을 구하려면 실제의 손해(actual damage)가 입증되어야 한다.⁸²⁾ 그런데 법원은 이러한 손해입증을 엄격하게 요구한다.⁸³⁾ 따라서 개인정보와 관련하여 제기된 손해배상청구소송 가운데는 이 요건으로 인하여 기각된 경우가 많다.⁸⁴⁾ 예컨대 고객정보 데이터베이스가 해킹되어 그 중 일부 고객정보가 마케팅회사에 팔렸고, 마케팅회사가 그 정보에 기초하여 그 고객들에게 광고메일을 보낸 사안에서 법원은 원하지 않는 메일을 받은 것이나 명의도용의 위험성이 증가하였다는 것은 손해배상에 필요한 해악(harm)을 구성하는 데에 이르지 못하였다고 판시하였다.⁸⁵⁾ 또한 저당권부 대출회사가 229,501명의 개인정보가 담긴 하드디스크를 도난당한 사안에서도 법원은 실제 손해가 발생하지 않았다는 이유로 손해배상청구를 기각하였다.⁸⁶⁾ 웹사이트에서

81) 이처럼 미국 법원은 공개(publicity)의 요건과 통상의 범위가 넘는 (highly offensive) 침해정도의 요건을 통하여 개인정보에 관한 프라이버시 침해의 요건을 상당히 엄격하게 해석하고 있다. George B. Trubow, *Protecting Information Privacy in the Informational Society*, 10 N. Ill. UL. Rev. 521 (1990) 참조.

82) Vincent R. Johnson, *Cybersecurity, Identity Theft, and the Limits of Tort Liability*, 57 S.C.L.Rev. 255, 305 (2005).

83) Id.

84) 따라서 미국에서는 단순한 ‘불안감’을 이유로 위자료를 받을 수 없다. 가령 AIDS에 감염된 의사의 진료를 받은 환자가 실제 AIDS에 감염되지 않았는데 불안감을 이유로 위자료를 받을 수 있을까? 이에 관하여 미국 법원들은 ‘위험에 대한 실제 노출(actual exposure to the danger)’을 요구하면서 원고가 실제로 이로 인하여 AIDS에 감염된 경우가 아니라면 위자료청구를 받아들이지 않았다. Kimberly C. Simmons, *Recovery for Emotional Distress Based on Fear of Contraction HIV or AIDS*, 59 A.L.R. 5th 535 (1998).

85) *Bell v. Acxion Corp.*, 2006WL2850042 (E.D. Ark. Oct. 3. 2006).

86) *Kahle v. Litton Loan Servicing L.P.*, 486 F.Supp. 2d 705 (S.D. Ohio 2007). 이와 유사한 사안과 결론으로 *Kev. v. DSW, Inc.*, 454 F.Supp. 2d 684 (S.D. Ohio 2006) 참조.

수집한 개인정보가 유출되었다는 이유로 위자료 등을 청구한 사안에서도 법원은 같은 이유로 원고들의 청구를 기각하였다.⁸⁷⁾ 그 이외에도 해킹, 도난 등으로 개인정보가 제3자에 의하여 무단취득된 다수 사례에서 그러한 개인정보가 실제 손해를 야기하는 행위에 사용되지 않은 이상, 단지 그러한 위험성이 증가하였다는 점만으로는 실제 손해가 발생하였다고 볼 수 없다고 판시하고 있다.⁸⁸⁾

(다) 한편 우리나라와 일본에서는 독일이나 미국에 비하여 위자료를 넓게 인정하는 경향을 보인다. 위자료 인정에 관하여 특별한 입법적인 제약을 두고 있지 않기 때문이다. 그러나 이러한 법제 아래에서도 여전히 언제 정신적 손해가 발생하는가에 관한 쟁점이 등장한다.

서울중앙지방법원 2007. 2. 8. 선고 2006가합33062, 53332 판결에서는 정신적 손해의 준부가 다투어졌다. 이 사건에서는 국민은행의 담당 직원이 고객들에게 서비스 안내메일을 보내면서 고객들의 성명, 주민등록번호, 이메일 주소 등을 수록한 파일을 실수로 첨부하였다. 이 사건에서 피고 은행은 그 이메일을 통하여 개인정보를 받은 고객들이 다시 이를 유출할 가능성은 희박하고, 실제로 그 정보가 유출되어 인적 사항이 실제로 도용되었다는 점도 드러나지 않았으며, 설사 개인정보의 유출로 인하여 스팸메일이 증가하더라도 대부분의 메일 시스템이 스팸메일 제한장치를 갖추고 있어 구체적인 피해가 있다고 보기 어렵다는 점 등을 들어 원고들에게는 구체적인 정신적 손해가 발생하지 않았다고 주장하였다. 하지만 법원은 이러한 사정은 위자료

87) *Pisciotta v. Old Nat'l Bancorp.*, 449 F. 3d 629 (7th Cir. 2007).

88) *Ruiz v. Gap, Inc.*, 540 F. Supp. 2d 1121 (N.D. Cal. 2008); *Ponder v. Pfizer, Inc.*, 522 F.Supp. 2d 793 (M.D. La. 2007); *Forbes v. Wells Fargo Bank, N.A.* 420 F.supp.2d 1018 (D. Minn. 2006); *Guin v. Brazos Higher Educ. Serv. Corp. Inc.*, 2006WL288483 (D. Minn. Feb 7. 2006); *Hendricks v. DSW Shoe Warehouse, Inc.*, 444 F. Supp. 2d 775 (W.D. Mich. 2006); *Stollenwerk v. Tri-West Healthcare Alliance*, 2005WL2465906 (D. Ariz. Sep 6. 2005).

액수의 산정과정에 참작할 요소에 불과할 뿐, 정신적 손해가 발생하지 않았다고 볼 수는 없다고 판시하였다.⁸⁹⁾

한편 일본에도 이와 관련하여 흥미로운 판결이 있다.⁹⁰⁾ 이 사건에서는 개인정보서버를 관리하는 회사의 직원이 원격접속계정을 통하여 성명, 주소, 전화번호, 이메일주소, 야후 ID 등 고객⁹¹⁾들의 개인정보를 빼낸 뒤 친구를 통하여 이를 제3자에게 전달하였고, 제3자는 그 회사의 모회사(母會社)를 접촉하여 그 정보를 유통하겠다고 협박하다가 공범들과 함께 경찰에 검거되었다. 그 정보가 실제로 불특정 다수인에게 유통되었다는 점은 인정되지 않았다. 한편 위 고객들 중 5명이 위 회사 등을 상대로 위자료청구소송을 제기하였다. 이에 관하여 일본 오사카 지방재판소는 위와 같은 정보는 비밀로 하여야 할 필요성이 높지는 않지만 여전히 자기가 원하지 않는 타인에게는 보여주고 싶지 않은 정보로서 그 기대는 보호되어야 한다고 한 뒤, 개인정보서버로부터 유출될 때 개인정보에 관한 프라이버시권이 침해되었다고 판시하였다. 그리고 이와 같이 프라이버시권이 침해된 이상 피고는 원고들이 입은 정신적 고통에 대하여 손해배상책임을 부담한다고 판시하였다.⁹²⁾ 이 사건에서 원고들에게 각 6,000엔(위자료 5,000엔 +

89) 항소심은 이러한 전제 위에서 위자료 액수만 변경하였다. 서울고판 2007. 11. 27, 2007나33059 참조. 한편 보험사가 대출상품홍보에 고객의 신용정보를 이용하였던 사건에 관하여 서울중앙지판 2005. 5. 20, 2004나5654(상고취하로 확정)에서도 정신적 손해의 준부가 다투어졌는데, 법원은 정신적 손해를 인정하였다.

90) 大阪地裁 平成 18년(2006) 5월 19일 판결, 判例時報 1948号, 122면 이하.

91) 이들은 YAHOO-BB 서비스를 이용하던 인터넷 이용자들이었다.

92) 이 사건에서 원고들은 자신들의 개인정보가 불특정의 제3자에게 언제 어떠한 목적으로 이용될지도 모른다는 “불안감”을 손해의 내용으로서 주장하였다. 그런데 이러한 불안감이 배상되어야 할 정신적 손해를 구성하는지는 논란의 여지가 있다. 만약 휴대폰을 수리업자에게 맡겼는데 수리업자의 종업원이 타인에게 이를 무단판매할 목적으로 들고 나가다가 검거되었다면 휴대폰소유자는 아무런 재산상 손해가 없음에도 불구하고 불

변호사비용 1,000엔⁹³⁾)의 손해배상이 인정되었다.

이와 같이 일본의 사례 가운데 개인정보가 불특정 또는 다수의 제3자에게 유출되었다거나 구체적이고 현실적인 손해가 발생한 사실이 없음에도 불구하고 막연히 개인정보가 언제 어떠한 목적으로 이용될지도 모른다는 ‘불안감’까지도 정신적 손해로 본 해석론이 과연 타당한 것인지에 대해서는 다소 의문이 제기된다. 단순한 불쾌감 또는 불안감이 법적으로 배상되어야 할 정신적 손해를 구성한다고 보는 것은 논란의 여지가 있다. 다만, 국내 사례 가운데 개인정보의 침해가 있더라도 정신적 손해는 없는 경우가 있음을 인정한 하급심 사례가 있어서 우리 법원의 해석론이 반드시 일본에서의 해석론과 동일하다고 보기는 어렵다.

예컨대 서울중앙지방법원 2007. 7. 6. 선고 2006가합22413 판결은 개인정보자기결정권 침해를 인정하면서도 정신적 손해발생은 부정하였다는 점에서 주목할 만하다. 이 사건에서 피고는 변호사 관련 정보를 제공하는 웹사이트를 운영하는 회사였다. 피고는 변호사들의 개인신상정보를 재처리하여 법조인들 사이의 인맥 지수 서비스를 제공하고, 대법원 홈페이지의 사건검색 서비스를 통해 수집한 소송정보를 바탕으로 변호사들의 승소율, 전문성 지수 등도 제공하였다. 원고들은 위와 같은 서비스를 금지해 달라고 하는 침해금지청구를 하면서 이와 별도로 정신적 손해가 발생하였다고 주장하며 위자료청구를 하였다. 법원은 두 가지 서비스 가운데 변호사들의 승소율과 전문성 지수 등에 관한 서비스 제공은 변호사들의 자기정보통제권을 침해하는 것이라고 판단하였다. 그런데 법원은 이러한 침해가 있었음에도 불구하고 원고들 개인에게 정신적 손해가 발생하였다고 보기 어렵다는 이유로

안감을 이유로 정신적 손해배상을 받을 수 있을까?

93) 일본 민사소송법 제61조는 변호사비용을 소송비용으로 취급하지 않고 있어, 소송을 위하여 불가피하게 지출한 변호사비용을 손해로 파악하는 경우가 많다.

손해배상청구는 기각하였다. 이러한 1심 판결의 태도는 항소심에서도 그대로 유지되었다.⁹⁴⁾

또한 서울중앙지방법원 2008. 1. 3. 선고 2006가합87762 등 판결은 LG전자의 입사지원서 등록사이트의 입사지원내용이 간단한 방법으로 링크되어 불특정 다수인에게 공개, 열람된 사건에서 실제 입사지원내용이 열람당한 원고들에 대하여만 정신적 손해의 발생을 인정하고, 열람가능성이 있었으나 실제 열람당하지 않은 원고들에 대하여는 이를 부정하였다. 패소한 원고들은 항소심에서, 입사지원내용은 열람되지 않았으나 자신들의 개인사진이 표시되었으므로 정신적 손해가 발생하였다고 주장하였다. 그러나 항소심 법원은 한 화면에 개인증명사진이 50장씩 표시되는 방법으로 사진이 유출되는 정도만으로는 정신적 손해를 입었다고 볼 수 없다고 판시하였다.⁹⁵⁾

(3) 정신적 손해발생 판단기준

손해가 발생하였다면 그것은 재산적 손해이건 정신적 손해이건 배상되어야 한다. 그런데 정신적 손해는 재산적 손해와 비교할 때 무정형하고 객관화하기 어려워 이를 느슨하게 인정하기 시작하면 법관의 자의적 재량에 의하여 범위가 끝없이 확장될 위험이 있다.

바로 이러한 위험 때문에 독일에서는 법률의 근거가 있는 경우에

94) 서울고판 2008. 4. 16, 2007나74937. 이 판결 역시 개인정보자기결정권 침해를 인정한 뒤 정신적 손해는 부정하였다. 해당 판시부분을 옮기면 다음과 같다. “현대사회에 이르러 특히 인터넷 사용이 활발해짐에 따라 각종 개인정보를 수집·분석·처리하는 행위가 다양한 주체들에 의해 다수 행하여지고 있는 현실을 고려할 때, 개인의 정보가 명시적 동의 없이 타인에 의해 수집, 이용되었다는 사실만 가지고 곧바로 그 개인에게 정신적 손해가 발생하였다고 단정하기는 어렵고, 그 수집된 개인정보의 성격, 정보수집주체가 수집된 정보를 이용한 방식 및 규모 등 제반 요소를 고려하여 개인정보의 이용으로 인하여 그 개인에게 정신적 손해가 발생하였다는 사정이 구체적으로 입증되어야 할 것이다”.

95) 서울고판 2008. 11. 25, 2008나25888.

한하여 정신적 손해배상을 인정하게 되었다.⁹⁶⁾ 같은 이유로 미국에서도 20세기 초에서부터 비로소 정신적 고통에 대한 불법행위책임이 인정되기 시작하였고, 아직도 위자료인정을 위한 소인(cause of action)은 제한적이다. 반면 우리나라는 민법 제751조에서 포괄적인 정신적 손해배상을 규정하고 있는데다가 실무도 폭넓게 위자료를 인정해 주는 입장이다.

그런데 이러한 차이에도 불구하고 법계를 불문하고 공통적으로 직면하는 과제가 있다. 그것은 두 가지 요청의 조화이다. 하나는 정신적 손해의 범위 확정문제는 정신적인 고통도 배상대상이 되어야 한다는 요청이다. 다른 하나는 정신적 손해의 범위가 비합리적으로 확장되어서는 안 된다는 요청이다. 이러한 요청들의 조화를 통하여 일상 속에서 경험하는 단순한 불쾌감 또는 불안감으로부터 정신질환을 야기할 정도의 충격 사이 어딘가에 손해와 비손해의 경계선이 설정된다.

이러한 경계선을 설정하는 데에 있어서는 손해배상제도가 사회 전체에서 차지하는 위치와 기능에 대한 숙고가 수반되어야 한다. 예컨대 개인정보침해라는 현상을 방지하거나 그 침해결과를 제거하기 위하여 행정규제, 자율규제, 기술적 접근,⁹⁷⁾ 형사시스템, 보험, 손해배상 등 다양한 제도들이 존재한다. 이러한 제도들은 현실 속에서 강한 연관성을 가지고 유기적으로 작동한다. 따라서 손해배상제도를 어떻게 운영할 것인가를 고민함에 있어서는 다른 제도들과의 역할분담을

96) 독일 민법 제253조 제1항은 비재산적 손해는 법률이 정한 경우에만 금전에 의한 배상을 청구할 수 있다고 규정한다. 한편 같은 조 제2항은 신체, 건강, 자유 또는 성적 자기결정의 침해, 제1300조는 약혼의 부당파기를 그 사유로 들고 있다. 일반적 인격권 침해에 관하여는 명문 규정이 없지만 1958. 2. 1. 연방대법원이 이를 자유침해에 해당한다고 판시한 이래 위자료배상이 인정되고 있다.

97) 예를 들어 익명화 프로그램의 사용을 통하여 불필요한 개인정보의 수집을 피하거나, 개인정보보호표준기술 플랫폼(P3P)을 통하여 개인정보를 더욱 효율적으로 보호할 수 있다.

고려하여야 한다.⁹⁸⁾ 손해배상제도는 기본적으로 손해전보를 주된 기능으로 하는 제도이다. 그리고 전보되어야 할 손해는 ‘확정적이고 현실적인’ 손해이다.⁹⁹⁾ 만약 이러한 요건을 갖추지 못한 덜 익은 (unripe) 불이익에 대하여 자유롭게 손해배상을 명할 수 있게 된다면, 민주적 정당성이 결여된 법원에 의하여 단순한 교정을 넘어서서 부의 재분배가 초래될 수 있어 타당하지 않다. 또한 손해배상제도에 과도한 부하(負荷)가 걸리면서 제도의 비용이 그 편익을 초과하는 상황이 발생한다.¹⁰⁰⁾ 따라서 이러한 확정성을 갖추지 못한 불이익이나 위험

98) 대판 2008. 7. 10, 2006다23664에서 이러한 생각의 단서를 발견할 수 있다. 이 판결에서는 경매 담당공무원이 이해관계인에 대한 기일통지를 잘못된 것이 원인이 되어 경락허가결정이 취소된 사안에서 경락인에 대하여 국가배상책임을 인정하였다. 그런데 공무원의 잘못과 경락인의 손해 사이에 상당인과관계를 판단함에 있어서 “경락인의 손해에 대하여 국가배상 이외의 방법으로 구제받을 방법이 있는 것도 아니라는 점”을 고려요소로 적시하고 있다. 이는 대법원이 손해배상과 다른 구제수단 사이의 연관관계를 손해배상책임 인정에 고려하고 있다는 점을 나타내고 있다.

99) 재산적 손해에 관하여는 이러한 취지의 판례들이 다수 있다. 대판 2007. 6. 28, 2006다52259; 대판 2004. 11. 26, 2003다58959 등. 순수재산손해(pure economic loss)에 대한 논의도 같은 맥락에서 이루어진다. 우리나라는 신체나 재산의 침해에 직접 수반되지 않는 순수한 재산상 손해의 배상에 특별한 제약이 없다. 그러나 비교법적으로 보면 미국, 영국, 독일 등 상당수의 나라들은 손해배상범위의 끝없는 확장을 두려워하여 순수재산손해의 배상을 원칙적으로 허용하지 않고 있다. 다만 이러한 차이는 점점 좁혀지고 있는 경향을 보인다. 이에 대하여는 Bussani & Palmer, *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, 2005. 참조.

100) 이는 정보통신기술의 발달과 변호사 수의 급증, 이해관계 집단의 요구가 맞물려 발생하고 있는 불법행위소송의 집단화·정책화 현상과도 무관하지 않다. 사실 수사기관에 과도한 업무부담을 가져오는 민사사건의 형사사건화 현상이나 기업과 일부 범무법인의 협업에 의하여 이루어지는 대량적인 저작권위반고소(서울신문 2008. 12. 30., “묻지마 저작권 소송’ 발 못붙인다” 참조)도 그 연장선상에 서 있는 것이다. 불법행위소송의 정책화는 어느 정도까지는 바람직한 측면이 있지만, 그것이 손해전보

은 손해전보의 대상으로 삼기보다는 그러한 불이익 등을 초래한 행위 자체에 대한 예방이나 제재(특히 행정규제나 형사처벌 등)의 몫으로 남겨놓는 것이 전체적인 유기성의 차원에서 더 바람직하다. 특히 영미법과 같이 손해가 없더라도 불법행위임을 선언하는 의미의 명목적 손해배상(nominal damages)이나 실손해를 초과하는 제재적 배상을 명하는 징벌적 손해배상(punitive damages)을 인정하지 않는 우리나라 법제 하에서 제재 또는 예방의 목적을 전면에 내세워 손해배상의 범위를 지나치게 확장하는 것은 경계해야 할 것으로 생각한다.

그렇다면 개인정보와 관련하여서는 어떤 경우에 정신적 손해가 발생하였다고 할 수 있을까? 이에 대하여 일률적인 기준을 제시하기는 어렵다. 다만 위자료청구권 발생과 이를 전제로 한 위자료산정은 하나의 스펙트럼에 존재하는 것으로서 양자에 있어서 고려하여야 할 요소는 본질적으로 다르지 않다. 그러므로 손해배상액의 산정에 관하여 후술하는 표2와 표3의 각 요소들을 고려하여 판단한다. 그 판단기준을 좀더 구체화하면 다음과 같다.

- | |
|---|
| <p>① 개인정보 수집단계에서는 그것이 민감한 정보일수록 정신적 손해발생가능성이 커지는 반면, 민감하지 않은 정보라면 사생활침해 등 또다른 법익을 침해하는 방법으로 수집하지 않는 한¹⁰¹⁾ 그 정보의 수집에 의한 정신적 손해발생가능성은 낮아진다.</p> <p>② 일단 적법하게 수집된 개인정보를 보유한 주체가 이를 허술하게 관리한다는 점만으로 곧바로 정신적 손해가 발생한다고 할 수는 없고 오직 관련 성문법상의 행정제재의 대상이 될 수 있을 뿐이다.</p> <p>③ 개인정보 유출단계에서는 그것이 불특정 또는 다수인이 접근할 수 있는 상태로 공개되었는지 또는 이들에게 적극적으로 배포</p> |
|---|

라는 손해배상제도 본래의 목적을 훨씬 벗어나게 되는 것은 문제이다.

되었는지 여부에 따라 정신적 손해발생가능성이 좌우된다. 다만 이 때에도 개인정보의 민감성이나 유출의 범위를 추가적으로 고려하여야 한다.

④ 유출과 유사한 문제로 개인정보의 양도/위탁의 경우에는 마케팅회사 등 개인정보를 업무로 활용하는 기업에의 양도/위탁이 그 개인의 의사에 반하여 이루어진 것인지 여부에 따라서 정신적 손해발생가능성이 좌우된다.

⑤ 개인정보의 유출에 이어 실제 그 개인정보가 악용되어 2차 피해가 발생했는지 여부도 정신적 손해발생가능성에 영향을 미친다.

다. 손해배상액의 산정

(1) 개 관

손해배상액의 산정은 개인정보 관련 민사소송에서 가장 큰 쟁점이다. 이론상으로는 재산적 손해배상이 문제될 수도 있지만, 현실적으로는 대부분 위자료의 산정이 문제된다. 위자료는 정신적 손해에 대한 배상금이다. 그런데 정신적 손해는 무정형하여 객관적으로 계량화하기 어렵다. 따라서 위자료 산정에 대한 통일적이고 구체적인 기준을 만드는 것은 극히 곤란하다. 물론 국가배상법¹⁰²⁾이나 자동차보험약관에서는 위자료 액수를 구체적으로 특정하기도 한다. 그러나 이는 국가배상사건이나 교통사고로 인한 손해배상사건과 같이 특정한 유형에만 적용되는 것으로 일반적이고 포괄적인 위자료 산정기준이 아니다. 또한 위자료청구소송에 있어서 법원이 그 액수에 반드시 구속되는 것

101) 대판 1998. 7. 24, 96다42789 참조.

102) 국가배상법 제3조 제5항 및 동법 시행령 별표 제4 내지 6에서는 국가배상사건에 있어서 사망, 신체장애, 상해, 명예 등의 침해에 관한 위자료 액수를 규정한다.

도 아니다. 이처럼 형사재판의 양형처럼 획일적인 계량화와 친하지 않은 위자료의 속성상, 위자료의 산정에 법원의 재량이 개입하는 것은 불가피하기도 하고 바람직한 측면도 있다.

그러나 그렇다고 하여 위자료 산정이 그때 그때 아무런 기준없이 법원에 의하여 자의적으로 이루어지는 것도 곤란하다. 위자료 산정에서 가급적 자의성을 배제하고, 예측가능성과 검증가능성을 높이기 위하여는 위자료 산정에 고려할 요소들을 미리 체계화·유형화하고 법원도 판결문에 이를 가급적 드러내려는 노력이 필요하다. 그리고 이러한 노력은 사건유형을 망라하는 일반적인 차원과 사건유형의 특수성을 고려하는 개별적인 차원에서 함께 이루어져야 한다. 교통사고나 이혼사건에 있어서는 이른바 실무기준이라는 형식을 통하여 위자료의 객관화·정액화의 흐름이 나타나는데, 이는 그러한 맥락에서 이해할 수 있다. 이와 관련하여 그 산정이 유연하고 검증하기 어려운 특성을 빌미로 위자료를 재산적 손해입증의 곤란을 회피하는 수단으로 남용하는 것도 유의하여야 한다. 위자료의 속성상 재산적 손해배상에 대한 어느 정도의 보완적 기능을 가지는 것은 불가피하지만,¹⁰³⁾ 그 정도를 넘어 만연히 재산적 손해배상의 대체물로 활용되어서는 안 된다. 특히 손해삼분설에 따라 재산적 손해배상청구와 위자료청구를 엄격하게 구별하는 우리나라에서는 더욱 더 그러하다.¹⁰⁴⁾

103) 대판 1984. 11. 13, 84다카722.

104) 독일은 이 점에서 우리나라와 유사하다. 독일 손해배상법에서는 손해의 종류를 재산적 손해와 비재산적 손해로 엄격하게 구별한다. 양자의 손해배상청구권은 별도의 소송물이다. 따라서 소를 변경하지 않는 한 재산적 손해로 인정받지 못한 원고의 청구금액을 위자료 청구 부분에서 인정할 수 없다. 또한 위자료배상청구권에 시효중단의 효력이 발생하였더라도 재산적 손해에 대한 배상청구권의 시효가 중단되지 않는다. 반면 일본은 손해일원설을 채택한다. 따라서 위자료는 하나의 덩어리로 인정되는 손해배상의 한 요소일 뿐이다. 위자료청구권 자체가 별도의 소송물이 아니므로 청구액 이상의 위자료를 인정하는 것도 가능하다(日 最高裁 昭和 48 (1973). 4. 5. 判決 (民集 27卷 3号, 419頁 이하) 참조). 따라

그렇다면 개인정보에 관한 권리가 침해된 경우의 위자료 산정기준은 어떠해야 하는가? 교통사고나 이혼과 같은 영역에 비한다면 아직 이 분야에 관한 판례가 충분히 축적되어 있지 않아, 손에 잡히는 위자료 산정관행을 추출하기는 어렵다. 따라서 이 글을 통하여 구체적인 액수가 언급된 위자료산정기준을 제시하는 것은 시기상조라고 느껴진다.

다만 다음과 같은 작업은 가능할 것이다. 1단계로는 일종의 방향제시 차원에서 불법행위법 전체의 차원에서 위자료 산정이 가지는 의미와 기능을 음미해 볼 수 있다. 이는 개인정보에만 국한된 논의가 아니라 위자료 전반에 걸친 논의이다. 2단계로는 개인정보침해사건에 관하여 구체적으로 위자료를 산정하는 과정에서 고려하여야 할 개별적 요소들을 유형화, 체계화하는 작업이다. 3단계로는 제한적이거나 지금까지 우리나라에서 문제되었던 개인정보 위자료사건에서 발견되는 산정경향을 살펴보는 것이다. 판결문에 드러난 사정만으로 위자료 산정의 적정 여부를 판단하는 것은 적절하지 않으나 적어도 대체적인 경향과 이에 대한 의견을 밝히는 것은 가능할 것이다.

(2) 1단계 - 위자료산정의 방향

위자료 산정은 가장 개별적이고 구체적인 작업이다. 하지만 이 작업은 불법행위법의 목적이라고 하는 가장 일반적이고 추상적인 가치의 문제와 연결되어 있다. 불법행위법의 목적이 무엇인가는 매우 광범위한 주제이므로 여기에서 세세하게 다룰 성격은 아니다. 일단 불법행위법에서는 크게 회복과 예방의 두 가지 패러다임이 상호작용한다고만 해 두기로 한다.¹⁰⁵⁾ 불법행위법의 전통적인 목적은 가해자의

서 위자료의 보완적 기능은 우리나라보다 훨씬 적극적인 의미를 가지게 된다. 이처럼 우리나라에서는 위자료의 독자적 소송물성을 인정하는 이상 일본보다 훨씬 세심하게 위자료를 산정할 필요가 있다.

105) 이에 관한 자세한 논의로는 권영준, “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점 - 예방과 회복의 패러다임을 중심으로 -”, 저스티스 通卷 第109

잘못으로 인하여 파괴된 본래의 정의로운 상태를 회복하여 주는 것이다. 그러나 불법행위법은 사회 구성원들에게 바람직한 행위지침을 제시하고 그러한 행위로 나아갈 인센티브를 부여함으로써 불법행위를 예방하게 하는 목적도 추구한다.¹⁰⁶⁾ 두 가지 패러다임을 간단하게 표로 비교하면 아래와 같다.¹⁰⁷⁾

	회복 패러다임	예방 패러다임
목표	당사자간 정의상태의 회복	공동체의 사고비용 최소화
관점	내적 관점(당사자적 관점)	외적 관점(공동체적 관점)
학문적 기초	교정적 정의론	범경제학
법의 기능	구제적 기능 강조(재판규범)	예방적 기능 강조(행위규범)
법관의 역할	개별사건해결자	개별사건해결자 + 정책판단자
판단방향	사후적, 회귀적 일단면	사전적, 미래적 연속단면
지향가치	당사자간 개별적 정의	효율성
기타 특색	반도구주의, 반공리주의, 의무론, 도덕화, 법과 정책의 분리, 구체적 타당성 중시	도구주의, 공리주의, 결과주의, 탈도덕화, 법과 정책의 융합, 객관적 기준 중시

【표1】 회복 패러다임과 예방 패러다임의 비교

號 (2009. 2) 참조.

106) 2005년 불법행위법 유럽위원회에서 공표한 유럽불법행위법원칙(The Principles of European Tort Law) 제10:101조에서도 불법행위법의 목적을 회복과 예방의 두 가지로 선언하고 있다.

107) 이하의 표와 이에 대한 설명은 권영준, 위의 논문(註 105), 92면을 참조한 것이다.

불법행위의 효과로 주어지는 손해배상에 있어서는 회복, 즉 손해전보가 주된 지향점이다. 그러므로 불법행위를 예방하기 위하여 손해전보를 뛰어넘어 징벌적 손해배상을 부과하는 것은 원칙적으로 우리 법체계와 정합성을 가지지 못한다. 하지만 회복과 예방의 세부적인 역학관계는 재산적 손해배상과 비재산적 손해배상의 영역에서 각각 달라진다. 재산적 손해배상의 영역에서는 회복이 절대적인 우위를 차지한다. 예방은 회복 그 자체로부터 발생하는 부수적 기능일 뿐이다. 그러나 비재산적 손해배상의 영역에서는 예방이 주도적이지는 않더라도 아니더라도 상당히 의미있는 기능을 수행한다. 그것은 비재산적 손해배상의 특성 때문에 그러하다. 회복기능이 온전히 수행되려면 우선 회복되어야 할 손해액이 정확하게 산정되어야 한다. 그런데 비재산적 손해는 재산적 손해보다 범위를 확정하기 어렵다. 또한 재산적 손해에 대한 재산적 회복에 비하여 비재산적 손해에 대한 재산적 회복이 과연 전보의 기능을 온전히 달성할 수 있는지도 의문이다. 이러한 이유 때문에 위자료 액수를 산정함에 있어서는 예방적, 정책적, 규범적 판단이 개입할 여지가 크다.¹⁰⁸⁾ 그것이 위자료의 액수를 정하는 실제적인 기준을 제공할 수 있기 때문이다. 인격권침해에 대한 위자료의 만족적·제재적 측면¹⁰⁹⁾도 이와 같은 예방 패러다임의 작동으로 설명

108) 비재산적 손해배상에 관한 근거규정인 독일 민법 제253조는 상당한 금전배상(eine billige Entschädigung in Geld)이라는 표현을 사용한다. 이러한 표현은 비재산적 손해배상에 관한 다른 근거규정들에서도 발견된다. 예를 들어 성차별을 이유로 한 손해배상에 관한 제611조의a 제2항, 여행주최자의 채무불이행으로 여행이 좌절되거나 현저하게 저해된 경우의 손해배상에 관한 제651조의f 제2항에서는 적절한 금전배상(eine angemessene Entschädigung in Geld)이라는 표현을 사용한다. 이처럼 ‘상당한’ 또는 ‘적절한’ 금전배상은 손해액 산정에 관한 법원의 판단재량의 승인을 전제하고 있다.

109) 이에 관한 독일 판례로는 BGHZ 18, 149ff 참조. 또한 인격권 침해의 경우에는 만족기능이 전보기능보다 앞선다는 취지의 독일 판례로 BGHZ 35, 363, 369 참조.

할 수 있다.¹¹⁰⁾

개인정보침해로 인한 위자료 산정에 있어서도 어느 정도의 예방적, 정책적, 규범적 판단이 불가피하다. 이는 다음과 같은 설명으로 바꾸어볼 수 있다. 회복의 패러다임에 따르면 법관은 “내가 원고라면 어느 만큼의 정신적 고통을 입었을까?”를 고민하고 원고 개인이 그 정신적 고통을 회복할 수 있는 금액을 정한다. 예방의 패러다임에 따르면 법관은 “원고에게 정신적 고통을 야기한 유형의 행위를 억제하려면 어느 정도의 책임부과가 필요할까?”를 고민하고 이에 상응하는 금액을 정한다. 개인정보침해사건에서도 위자료산정의 출발점은 첫 번째 질문을 던지는 데에서 출발한다. 하지만 정신적 고통은 재산상 손해와는 달리 너무나 추상적이고 불명료하여 그 크기를 측정하기 어렵다.¹¹¹⁾ 그러나 그렇다고 하여 답변을 포기할 수는 없다. 따라서 그 대신 두 번째 질문을 던진다.

엄밀히 말하면 두 가지 질문은 차원을 달리한다. 그러나 대체로 양자는 유사한 경향성을 보인다. 원고 개인에게 발생한 정신적 고통의 정도가 클수록 사회적 차원에서 고통유발행위를 예방할 필요성도 높아진다. 따라서 규범적으로는 예방에 필요한 위자료액수를 회복을 위한 위자료액수의 산정에 참고하는 것이 정당화될 수 있다. 즉 개인정보침해와 같은 인격권침해의 위자료산정에 있어서 예방적, 정책적, 규

110) MünchKomm/Oetker, 5. Aufl. 2006, § 253, Rn. 14.

111) 이에 대한 대안으로 정신적 고통을 야기한 당해 행위를 회피하기 위하여 “지불하고자 하는 의사”(willing to pay)가 있는 액수를 조사하는 방법이 있다. 예를 들어 개인정보침해사건을 막기 위하여 당해 개인이 5만 원을 지불할 의사가 있다면, 그 5만 원을 위자료의 액수로 정하는 것이다. 이는 앞으로 위자료액수의 산정에 진지하게 고려할 바이긴 하다. 하지만 이러한 액수를 정확하게 조사하는 데에 한계가 있을 뿐만 아니라, 부(富)가 클수록 위자료액수가 늘어난다는 문제점도 있으며, 사고예방을 위한 비용이 피해진보를 위한 비용과 동일시될 수 있는 것인지에 대한 의문도 있다. 따라서 이를 위자료 산정의 중요한 기준으로 받아들이는 데에는 한계가 있다.

범적 판단은 쉽게 규정할 수 없는 회복의 내용을 보충적으로 형성하기 위한 것이지, 회복을 배제하거나 뛰어넘는 것이 아니다.

(3) 2단계 - 위자료산정시 고려요소

위와 같은 방향성의 기초 위에서 위자료를 구체적으로 산정할 때 고려하여야 할 요소는 무엇인가? 각 요소별로 개인정보와 관련지위 논의하고자 한다.

이와 관련하여 다음 두 가지 사항을 언급하고자 한다.

우선 손해전보에 초점이 맞추어지지만 위자료의 속성상 손해예방과도 적지 않은 관련이 있다. 특히 손해전보는 대체로 “피해자”가 어느 정도의 피해를 입었고 어떻게 그 피해를 회복할 수 있는가에 초점을 맞춘다. 하지만 손해예방은 대체로 “가해자” 또는 사회의 잠재적 가해자에게 어떤 메시지를 던질 것인가에 초점을 맞춘다. 그러므로 가해자측 요소 가운데에는 예방적 성격을 가지는 것들이 많다.

또한 아래에서는 각종 요소들을 도표로 표시하였다. 이 도표는 이해의 편의를 도모하기 위하여 위자료산정의 방향성을 도식화한 것으로서 획일적인 기준으로 제시한 것은 아니다. 따라서 개별적 사안에 따라 유연하게 변형되거나 배제될 수 있다. “+”와 “++” 표시 등은 같은 요소 안에서의 상대적 관계를 나타낸 것일 뿐 절대적인 증감관계를 표시한 것이 아니다.

(가) 피해자측 요소

【표2】 위자료산정시 고려할 피해자측 요소

요소	분류	위자료 반영정도	설명
침해 단계	무단수집	+	밈의 단계로 갈수록 위자료 증액
	무단이용	++	
	무단유출	+++	
침해	좁은 범위	+	이는 특히 무단유출과

요소	분류	위자료 반영정도	설명
범위	넓은 범위	++	관련있음. 유출범위가 넓을수록 위자료 증액
침해 대상	비민감정보	+	민감정보일수록 위자료 증액 ¹¹²⁾
	민감정보	++	
정보의 정확성	정확한 정보	+	일반적으로 부정확한 정보(특히 의도적으로 왜곡된 정보)일수록 위자료 증액 ¹¹³⁾
	부정확한 정보	++	
정보의 식별가능성	식별가능성이 낮은 정보	+	개인식별가능성이 높을수록 위자료 증액 ¹¹⁴⁾
	식별가능성이 높은 정보	++	
악용 여부	불특정 또는 다수인에 대한 정보유출	+	신분 도용이나 금전 인출 등 개인정보의 실제 악용이 일어난 경우에는 위자료 증액
	불특정 또는 다수인에 대한 정보유출 악용	++	
재산적 손해	재산적 손해 미발생	+	개인정보침해가 재산적 손해로 이어졌으나 구체적 입증이 어려운 경우 위자료의 보완적 기능에 따라
	재산적 손해 발생 (입증곤란)	++	

요소	분류	위자료 반영정도	설명
			위자료 증액 ¹¹⁵⁾
피해 자의 과실	과실 ○	-	피해자의 과실이 있는 경우에는 위자료 감액 ¹¹⁶⁾
	과실 ×	0	

(나) 가해자측 요소

【표3】 위자료산정시 고려할 가해자측 요소

요소	분류	위자료 반영정도	설명
----	----	-------------	----

- 112) 성명, 주소, 생년월일, 주민등록번호, 주소, 가족관계 등 인적 동일성을 확인하는 데에 사용되는 기본적인 인적사항보다 건강정보, 사상적 경향, 신용정보, 계좌정보 등 재산정보, 성생활에 관한 정보 등 내부적 특징에 관한 정보가 민감성이 높다. 정보통신망법 제23조 제1항은 “사상·신념·과거의 병력”을 개인의 권라이익이나 사생활을 현저하게 침해할 우려가 있는 개인정보로 예시한다.
- 113) 다만 주민등록번호나 전화번호처럼 부정확한 정보의 피해정도가 더 낮은 경우도 있을 수 있다.
- 114) 개인정보의 개념 안에는 당해 정보만으로는 특정 개인을 식별할 수 없더라도 다른 정보와 용이하게 결합하여 식별할 수 있는 것이 포함된다 (공공기관법 제2조 제2호 참조). 이메일주소가 그 대표적인 예이다. 이메일주소를 개인정보에 해당한다고 본 판결로서 서울중앙지판 2007. 2. 8. 2006가합33062, 53332 (각공 2007. 4. 10. 816) 참조. 그 이외에도 아 이디나 비밀번호 역시 인터넷 사이트에서 개인을 표상하는 징표로서 그 자체만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 해당 사이트에 접속하여 성명, 주민등록번호 등 다른 개인정보와 결합시킴으로써 결국 그 개인을 알아볼 수 있다. 이에 관한 판결로서 서울중앙지판 2006. 4. 28. 2005가단240057 참조.
- 115) 대판 84. 11. 13, 84다카722.
- 116) 위자료에는 과실상계가 인정되지 않으나, 위자료 산정에는 이를 당연히 참작할 수 있다.
- 117) 이는 위자료의 제재적 측면과 관련이 있지만, 고의 또는 중과실에 의

요소	분류	위자료 반영정도	설명
침해 대양	경과실	+	경과실에 의한 침해보다 고의 또는 중과실에 의한 침해의 경우 위자료 증액 ¹¹⁷⁾
	고의 또는 중과실 ¹¹⁸⁾	++	
가해자 의 지위	일반적인 경우	0	공공기관이나 정보통신서비스제공자와 같이 조직적으로 대량의 개인정보를 수집, 취급하면서 이로부터 유무형의 이익을 많이 얻고, 동시에 개인정보남용의 높은 위험을 수반하는 주체일수록 더욱 높은 주의의무를 부담하고, 이는 위자료산정에도 영향을 미침 ¹¹⁹⁾
	공공기관, 정보통신서비스 제공자 등	+	
동기	비영리적 동기	0	영리적 동기 또는 범죄에 활용할 동기가 있었던 경우는 학술, 언론, 종교 등 그렇지 않은 경우보다 위자료 증액
	영리적 동기 또는 범죄 관련 동기	+	
정보 필요성	필요성 ↑	+	문제된 개인정보의 필요성이 크지 않음에도 불구하고 굳이 이를 과도하게 수집, 보관, 활용하는 과정에서 생긴 사고에 대하여는 위자료 증액
	필요성 ↓	++	
행위	피해확대방지	-	피해회복을 위한 적극적 노력은

요소	분류	위자료 반영정도	설명
이후의 사정	또는 회복을 위한 적극적 노력 ○		정신적 손해의 폭을 줄일 뿐만 아니라 예방이나 제재의 측면에서도 책임의 폭을 줄일 요인임. ¹²⁰⁾ 아무런 조치를 취하지 않는 것 자체가 위자료 증액요소가 될 수는 없지만, 행위 이후 오히려 피해자의 정신적 손해를 가중시키는 언동이 있었다면 위자료 증액
	피해확대방지 또는 회복을 위한 적극적 노력 ×	0 또는 +	

(다) 기타 쟁점

1) 피해자의 재산상태

피해자의 재산상태는 일반적으로 위자료액수에 영향을 미치지 않는다.¹²¹⁾ 따라서 피해자가 재산이 많고 적음이 위자료의 증감요소로 작

한 침해가 일반적으로 더 큰 정신적 고통을 야기한다는 점에서 위자료의 전보적 기능과도 여전히 연관성을 유지한다.

118) 과실의 정도를 어떻게 판단할 것인가도 중요한 문제이다. 이는 개인정보의 수집 또는 활용을 하는 주체가 해당 법령에서 요구되는 절차와 의무를 얼마나 이행하였는지, 기술적·관리적 조치를 얼마나 충실히 취하였는지(이는 이러한 조치에 소요되는 비용과 그 조치를 통하여 방지할 수 있는 위험을 교량하여 판단), 그 이외에 자율적 규제를 위한 노력을 하였는지 여부 등을 고려하여 판단한다.

119) 이는 예방패러다임의 반영이라고 할 수 있다.

120) 서울중앙지판 2007. 2. 8, 2006가합33062, 53332 (각공 2007. 4. 10. 816) 참조.

121) Huber in Anwaltkommentar, 2005, §253 Rn 81; Heinrich in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 64. Aufl. 2005, §253 Rn 19; MünchKomm/Oekter, 5.Aufl. 2006, §253 Rn. 38.

동하지는 않는다.¹²²⁾ 가령 동일한 정도의 개인정보 관련 피해를 입었더라도 동일한 정도의 전보 내지 만족기능을 수행하기 위하여 부자의 경우 더 큰 위자료를 받아야 한다는 논리는 타당하지 않다.¹²³⁾ 다만 사건의 성격에 따라서 피해자의 재산상태가 참작되어야 하는 경우도 있을 것이다.¹²⁴⁾ 예컨대 개인정보침해로 인하여 2차적인 재산상 손해가 발생하였는데, 이로 인하여 피해자가 파산에 이르렀다면 개인정보 침해가 가져온 정신적 손해는 매우 크다고 할 수 있다. 그런데 이러한 경우에도 이는 특별한 사정에 해당하여 예견가능성이 있는 때에만 배상가능하다(민법 제763조, 제393조 제2항).

2) 피해자가 실제로 침해행위를 인식하였는지 여부

피해자가 자신의 개인정보자기결정권을 침해당하였다는 사실 자체를 인식하는 경우도 많다. 법리상으로는 불법행위는 침해 당시에 성립하는 것인데 그 당시에 피해자가 이를 인식하지도 못하였다면 정신적 고통은 발생하지 않은 것이 아닌가 하는 의문이 든다.

하지만 실제 인식 여부가 위자료청구권의 발생 여부를 좌우하는 것은 아니다. 위자료청구권의 발생원인인 정신적 고통은 다분히 규범적인 것이다. 따라서 주관적인 감정에 대한 배상이라기보다는 객관적인 비재산적 이익상실에 대한 배상의 본질을 가진다. 이러한 이유 때문에 실제 정신적 고통을 느끼지 못하는 의식불명자, 유아 또는 태아¹²⁵⁾에게도 위자료청구권이 인정된다.¹²⁶⁾ 따라서 개인정보자기결정

122) MünchKomm/Oekter, 5.Aufl. 2006, §253 Rn. 38.

123) Huber in Anwaltkommentar, 2005, §253 Rn 81.

124) 이혼으로 인한 위자료가 그 대표적인 예이다. 현실적으로 우리나라에서는 이혼당사자들의 재산상태가 위자료 액수에 영향을 주고 있다. 재산분할청구제도가 생긴 이후에도 위자료 청구권은 이혼 후 부양적 의미를 가지는 이혼급부로서의 보충적 의미를 완전히 상실하지 않고 있기 때문이다. 趙恩嬉, “離婚後 配偶者 扶養에 관한 우리나라와 獨逸法의 比較法적인 考察“, 法制研究 통권 제23호, 2002. 12. 196면.

권의 침해사실을 구체적으로 인식하지 못하였던 개인에 대하여도 다른 요건이 갖추어진다면 위자료청구권이 발생한다. 인식 여부는 위자료액에 영향을 미치는 변수가 될 뿐이다.

3) 가해자의 재산상태 내지 피해자의 숫자

개인정보침해사건은 일반적으로 피해자의 숫자가 매우 많아지기 쉽다. 물론 이러한 사건이 모두 손해배상청구소송으로 이어지지는 않는다. 또한 손해배상청구소송으로 이어지더라도 모든 피해자들이 모두 원고가 되는 것은 아니다. 그러나 현실적으로 원고들의 숫자가 매우 많아지는 경우 지급하여야 할 위자료의 총액도 천문학적인 액수에 이를 수 있다. 이 때 가해자의 재산상태에 따라서는 이러한 책임을 부담하게 됨으로써 파산에 이르는 경우도 쉽게 상정할 수 있다.

이 때 가해자의 재산상태 내지 피해자의 숫자를 위자료 산정에 감안할 수 있는가? 가령 원고들의 숫자가 많거나 향후 추가소송이 예견되는 경우 가해자의 자력을 감안한 손해배상액산정이 타당한가? 이는 위자료의 전보적 기능과 제재적 기능 중 어느 것을 중시할 것인가와 관련있다. 전보적 기능은 피해자에게, 제재적 기능은 가해자에게 초점을 맞춘다. 따라서 전보적 기능을 강조한다면 가해자의 재산상태가 전보액에 영향을 미치는 것은 수궁하기 어렵다. 중요한 것은 피해자의 피해전보이지 가해자에 대한 적정한 제재가 아니기 때문이다. 반면 제재적 기능을 강조한다면 가해자의 재산상태에 따른 적합화(customize)된 제재부과 차원에서 이를 충분히 고려할 수 있다. 제재의 정도는 가해자의 악행에 못 미쳐서도 안 되지만 넘쳐서도 안 되기 때문이다. 따라서 잘못의 크기와 관계없이 피해의 정도가 매우 광범

125) 태아의 위자료청구권을 인정한 판결로서 대판 1993. 4. 27, 93다4663 참조.

126) 이에 관한 논의로 李昌鉉, “不法行爲를 原因으로 한 非財産的 損害賠償에 관한 比較法的 研究”, 서울대학교 박사학위논문, 2008, 216-217면 참조.

위할 수 밖에 없는 사건에서는 이러한 적정제재의 필요성이 발동할 여지가 크다. 최근 검찰에서 부분적으로 도입한 일수벌금제도¹²⁷⁾도 적합화·개별화된 제재의 일환이다.

앞서 살펴본 것처럼 위자료에 있어서는 제재와 관련이 있는 예방 패러다임이 일정한 역할을 수행하는 것은 사실이다. 그러나 우리 법은 근본적으로 회복 패러다임에 기반하고 있고, 위자료산정에 있어서도 그러한 큰 틀을 넘어서는 것은 곤란하다. 따라서 피해자에게 본래 지급되어야 할 위자료 액수가 산정될 수 있음에도 불구하고, 가해자의 재산상태를 이유로 위자료를 감액하는 것은 원칙적으로 허용되어서는 안 된다. 같은 취지에서 가해자의 부(富)가 많다는 이유만으로 이를 증액하는 것도 허용될 수 없다. 하지만 법원이 위자료산정에 관한 폭넓은 재량을 가지고 이에 관하여 별다른 제어수단도 없는 것이 현실이다. 따라서 법원이 내부적으로 이를 고려할 가능성도 있다. 가해자가 고액의 손해배상책임을 부담함으로써 지급불능상태에 이르는 것보다는 저액의 손해배상책임을 부담함으로써 현실적으로 지급이 이루어지게 하는 것이 더 타당하다고 생각할 수도 있기 때문이다. 하지만 가해자의 자력을 고려하여 손해배상액을 산정하는 것은 법률의 뒷받침이 있을 때 비로소 타당성을 획득한다.

이와 관련하여 민법 제765조를 활용하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 민법 제765조는 고의, 중과실에 의하지 않은 불법행위에 있어서 배상으로 인하여 배상자의 생계에 중대한 영향을 미칠 경우 그 배상 의무자는 법원에 배상액의 경감을 청구할 수 있게 하고, 법원은 채권자 및 채무자의 경제상태와 손해의 원인 등을 참작하여 배상액을 경감할 수 있게 한다.¹²⁸⁾ 그러나 이에 관한 대법원 판례는 거의 없고,

127) 이는 일부 생계형 범죄에 있어서 피고인의 재산상태를 구형에 고려하는 제도이다.

128) 이는 독일이나 프랑스, 일본에는 존재하지 않는 조항이다. 우리나라 민법 제765조 제2항은 스위스 채무법 제44조 제2항의 영향을 받아 입법

그나마 모두 배상액 경감청구를 부정한 사례들이다.¹²⁹⁾ 이러한 이유 때문인지 이 조항은 실무에서 거의 활용되지 않고 있는 듯 하다. 그러나 손해배상제도의 지도원리를 손해의 공평·타당한 분담으로 이해하는 대법원 판례의 태도에 비추어 볼 때, 민법 제765조의 손해배상 조정기능은 간과할 수 없다. 그러므로 위와 같은 지도원리를 염두에 둘 때 가해자에게 모든 책임을 부과하는 것이 오히려 부정한 결과를 가져오는 예외적인 사안에서는 민법 제765조를 원용할 수 있을 것이다.¹³⁰⁾

이러한 해석론만으로도 ‘잘못의 크기에 비하여 과다한 책임’의 문제를 온전히 극복할 수 없다면, 이는 궁극적으로 손해배상액의 감경이나 상한선 설정 등에 관한 입법조치를 통하여 풀 수 밖에 없다. 사건의 특수성에 따른 책임제한에 관한 규정은 실화책임에 관한 법률,¹³¹⁾ 저작권법 제102조,¹³²⁾ 상법 제797조,¹³³⁾ 제868조¹³⁴⁾ 등 법체계 곳곳에서 발견할 수 있다. 독일에서는 연방정보보호법 제8조 제

되었을 것으로 추측된다. 吳宗根, “民法 제765조상의 賠償額 輕減請求”, 비교사법 제4권 제1호, 1997. 6, 238면.

129) 대판 1962. 9. 20, 62다428; 대판 1963. 6. 20, 63다242; 대판 1966. 3. 15, 65다2637; 대판 1970. 4. 14, 69다1580; 대판 1995. 2. 17, 84다34234.

130) 실제로 신의칙 내지 형평의 이념에 따라 법원이 손해배상액을 감경하는 예가 발견된다. 호의동승이 그 대표적인 예이다. 그런데 이러한 신의칙의 잦은 원용이 타당한 것인가에 관하여는 논란의 여지가 있다. 그러므로 일단 민법 제765조와 같은 조항의 적용을 1차적으로 고려하고, 신의칙의 원용은 보충적, 최후적으로 고려되어야 한다.

131) 다만 실화책임법에 관하여는 실화자 보호의 필요성과 실화피해자 보호의 필요성을 균형있게 조화시킨 것이라고 보기 어렵다고 하여 헌법불합치결정이 선고되었다(헌재결 2007. 8. 30, 2004헌가25). 다만 헌법재판소도 화재피해의 특수성을 고려하여 과실 정도가 가벼운 실화자를 가혹한 배상책임으로부터 구제할 필요가 있다는 점을 부정한 것은 아니다.

132) 온라인서비스제공자의 책임제한에 관한 규정이다.

133) 운송인의 책임제한에 관한 규정이다.

134) 공동해손분담자의 유한책임에 관한 규정이다.

3항에서 개인정보침해로 인한 손해배상액의 상한선을 130,000유로로 설정하고 있다.

해석론이건 입법론이건 손해배상책임의 경감을 일반적으로 허용할 것인지에 관하여는 추가적인 논의가 필요하다. 다만 이러한 조치가 손해전보기능을 본질적으로 훼손한다고 볼 수는 없다. 위법한 행위로 손해를 입은 자가 그 손해를 전보받아야 한다는 기본명제는 당연하다. 그러나 문제는 전보받아야 할 “손해”는 사실상 발생한 모든 손해가 아니라 규범적으로 평가된 손해이다. 위와 같은 조치들은 넓게 보면 그러한 규범적 평가과정의 일환이다.

(3) 3단계 - 실제 산정사례 검토

아래 표는 우리나라에서 개인정보침해를 이유로 위자료가 인용된 사건의 간략한 내용과 위자료액을 정리한 것이다. 소비자분쟁조정 위원회의 결정은 참고자료로 포함시켰다.

※1심 기준 시간순서

【표4】 국내 위자료산정사례

연번	당사자	내용	사건번호	위자료 (1인당)	비고
1	보안사 령부	보안사가 원고들을 비롯한 1,000여명의 정치인, 법조인, 언론인, 재야인사 등에 대한 개인신상자료 수집 및 관리	대판 1998. 7. 24, 96다42789	200만원 (135)	원고는 145명이었음.
2	삼성생 명	보험사가 신용정보를 거래관계에 있어서 고객의 신용도를 판단하는 데에만 사용하여야 하는데도, 이를 고객들의 동의없이	서울지판 2003. 12. 30, 2002가단 89541(136)	200만원	원고는 총 16명이었음.

연번	당사자	내용	사건번호	위자료 (1인당)	비고
		대출상품홍보에 이용.			
3	알 수 없음 ¹³⁷⁾	금융기관이 업무상 계류관계에 있는 대부업체에 고객의 신용정보를 조회할 수 있는 아이피(IP)를 제공함으로써 대부업체가 이를 이용하여 고객의 신용정보를 위법하게 조회한 사안	서울중앙지판 2008. 5. 27, 2008나601 ³⁸⁾	150만원	원고는 1명이었음. 원고는 이로 인하여 신용평가가 하락하였을 가능성으로 인한 정신적 손해 주장.
4	엔시소 프트	온라인게임인 리니지 이용자의 ID와 비밀번호가 이용컴퓨터의 하드디스크에 로그파일에 기록되도록 방치함으로써 그 컴퓨터를 이용하는 제3자가 그 ID와 비밀번호를 알 수 있게 한 사건 ¹³⁹⁾	서울중앙지판 2006. 4. 28, 2005가단 240057 ¹⁴⁰⁾ (1심)	50만원	원고는 총 5명이었음. 1심은 5명 모두 청구인용. 항소심은 그 중 3명에 대하여만 인용. ¹⁴¹⁾ 대법원 판결로 상고기각. ¹⁴²⁾
			서울고판 2007. 1. 26, 2006나 12182 (항소심)	10만원	
5	국민은 행	국민은행이 고객들에게 서비스안내메일을 보내면서 32,277명의 고객정보(성명, 주민등록번호, 이메일 주소, 최근 접속일자)가 수록된 텍스트 파일을 실수로 첨부하여 3,723명에게 유출시킨 사건	서울중앙지판 2007. 2. 8, 2006가합 33062, 53332 (1심)	성명, 주소, 성명, 주민등 록번호, 이메일 주소가 유출된 이용자 는 10만원,	원고는 총 1026명이었음. 피고 은행은 사고 당일 이미 이메일을 열람한 641명을 제외한 나머지 이메일을 회수하였음. 위 641명에게는 3차례에 걸쳐

연번	당사자	내용	사건번호	위자료 (1인당)	비고
				성명과 이메일 주소만 유출된 이용자 는 7만원	이메일 삭제요청. 개인정보 유출고객들에 게는 정보도용 차단서비스 1년간 무료이용혜택 제공.
			서울고판 2007. 11. 27, 2007나 33059 (항소심)	위 위자료를 각 20만원 과 10만원 으로 상향조 정	
6	LG 전자	LG전자가 인터넷으로 신입사원지원을 받았는데 채용탈락한 한 지원자가 취업관련카페에 링크파일을 만들어 지원자들의 지원내용과 사진 등을 볼 수 있도록 한 사건	서울중앙지판 2008. 1. 3, 2006가합87762 등(1심)	입사지 원정보 를 실제로 열람당 한 31명에 대하여 는 70만원, 실제로 열람당 하지 않은 원고들 에 대하여 는 청구기 각.	원고는 총 290명이었음. 열람당한 정보는 학력, 어학성적, 자기소개, 경력사항, 연구실적 등 민감한 정보였음. 다만 성명, 주민등록번호 등은 열람당하지 않았음. 위 게시물은 55분 후 삭제되었고 그 사이 조회수는 3,056회였음.

연번	당사자	내용	사건번호	위자료 (1인당)	비고
			서울고판 2008. 11. 25, 2008나 25888 ¹⁴³⁾	위 31명에 대하여 30만원 으로 감액한 이외에 는 1심과 동일.	
7	옥션	2008년 2월 중국인 4명 등이 옥션을 해킹해 회원들의 개인정보를 취득하였음. 이에 피해회원들이 한국소비자보호원 소비자분쟁조정위원 회에 개인정보유출로 인한 정신적 손해를 배상하라며 집단분쟁조정신청한 사건.	한국소비자보 호원 소비자분쟁조 정위원회 2008. 12. 5. 결정	개인정 보가 모두 유출된 소비자 에게 각 10만원, 일부 유출된 소비자 에게 각 5만원	신청인은 총 5747명이었음. 분쟁조정위원 회는 1800만명에 달하는 개인정보를 수집해 데이터베이스 에 저장하고 있는 옥션이 개인정보 보호를 위한 웹방화벽을 적용하지 않고, 주민번호와 같은 개인정보를 암호화하지 않고 저장한 것은 개인정보보호 조치를 소홀히 한 것이라고 판단. ¹⁴⁴⁾

연번	당사자	내용	사건번호	위자료 (1인당)	비고
8	SK브로드밴드 (구 하나로 텔레콤)	SK브로드밴드 인터넷이용자들이 개인정보 무단이용으로 인한 정신적 손해를 배상하라며 집단분쟁조정신청한 사건.	한국소비자보호원 소비자분쟁조정위원회 2008. 12. 5. 결정	30만원	신청인은 총 920명이었음. 분쟁조정위원회는 ① SK브로드밴드가 소비자들이 개인정보 수집 등에 동의한 자료를 제출하지 못한 경우, ② 소비자들이 개인정보 수집 등에 동의한 날짜 이전에 개인정보가 제공된 경우, ③ 개인정보 활용 동의서에 기재된 서명이 가입한 소비자의 서명과 다른 경우, ④ 소비자가 개인정보 활용 동의서에 동의한 범위를 넘어 개인정보를 제공한 경우에 위자료 지급 판단. ¹⁴⁵⁾

135) 이는 원심판결(서울고판 1996. 8. 20, 95나44148)의 결론을 그대로

유지한 액수이다.

- 136) 이 판결은 항소되었으나 서울중앙지판 2005. 5. 20, 2004나5654로 항소기각되었다. 이 사건도 상고되었다가 상고취하로 확정되었다.
- 137) 이 판결문의 당사자는 비실명처리되었고, 달리 신문보도 등을 통하여 그 당사자를 알 수 없어서 표기하지 않았다.
- 138) 각공(2008. 12. 10. 1777) 참조. 이 판결은 확정되었다. 이 판결의 원심판결은 서울중앙지판 2007. 11. 16, 2007가소97718인데 그 판결문은 구하지 못하여 1심에서 인용된 위자료액수는 표기하지 않았다.
- 139) 이 사건 이후 이와 동일한 사실관계로 다른 이용자 42명과 엔씨소프트 사이의 손해배상청구사건에 관하여 서울중앙지판 2008. 1. 23, 2006가단378591이 있었음(일부 원고 청구기각, 나머지 원고 위자료 각 10만원). 이 사건은 2008. 12. 30. 현재 서울고등법원에 2008나24724호로 계속 중임.
- 140) 이 사건에 관한 판례평석으로 허성욱, “不法行爲法理에 의한 인터넷상의 情報프라이머시 保護문제에 관한 一考”, 과학기술과 법, 博英社, 2007, 593면 이하 참조. 허성욱 교수는 당시 이 사건을 담당했던 재판장으로서 ① 개인정보보호의 중요성에 관한 분명한 메시지 전달과 ② 필요 이상으로 많은 사람들이 후속 소송에 참가하여 위자료 액수가 기하급수적으로 증가함으로 인하여 건실하게 성장한 인터넷 기업이 순간적 실수로 망하는 결과를 방지하기 위한 고려를 통하여 위자료액을 50만원으로 정하였다고 한다. 허성욱, 앞의 논문 625-626면 참조.
- 141) 청구기각된 2명은 PC방 컴퓨터가 아니라 개인용 컴퓨터를 이용하였던 이용자들이다. 이 경우 아이디와 비밀번호가 기록된 로그파일은 각자의 개인용 컴퓨터에 생성된다. 이 경우 제3자가 그 개인용 컴퓨터에 대하여 해킹 등 새로운 행위를 하지 않고서는 그 로그파일에 접근할 수 없다. 항소심은 이러한 정도만으로는 개인정보의 누출이 일어나지 않았다고 하여 손해배상청구를 기각하였다.
- 142) 대판 2008. 8. 21, 2007다17888 (이 판결은 대법원 웹사이트의 “종합법률정보”에서는 검색되지 않으나, “나의 사건검색”에서 그 존재를 발견할 수 있다).
- 143) 이 판결은 쌍방에 의하여 상고되어 2008. 12. 30. 현재 대법원 2008다96826호로 계속 중임.
- 144) 2008. 12. 5.자 이태일리
(http://www.edaily.co.kr/news/industry/newsRead.asp?sub_cd=DC133&newsid=01476006586635568&clkcode=00203&DirCode=0040205&curtype=read)(2008. 12. 30. 방문) 참조.
- 145) Id.

아직까지 우리나라에서는 개인정보침해에 관한 판례가 축적되지 않았다. 따라서 일반적인 위자료 산정경향을 도출하는 것은 어렵다. 다만 다음과 같은 정도의 분석은 가능할 것이다.

정보의 민감성은 위자료액수에 상당한 영향을 미쳤다. 신용정보는 민감한 정보일 뿐만 아니라 금융거래 등에 있어서 추가적인 피해가능성이 높으므로 이에 대한 침해는 위자료 액수가 높았다(순번 2, 3 판결). 개인의 학력이나 어학성적 등 프라이버시에 속하는 정보에 대하여도 위자료 액수가 높은 편이었다(순번 6 판결). 주민등록번호는 개인의 내밀한 영역에 속하는 것은 아니므로 그 자체로는 민감한 정보가 아닐지 모른다. 하지만 주민등록번호가 인터넷의 각종 웹사이트의 신원확인에 널리 이용되고 있는 우리나라의 독특한 실태 때문에 그 유출은 위자료 증액요소로 작동하였다(순번 5 판결).

전체적으로 보면 개인정보침해사건은 다른 유형의 인격권침해사건들과 비교할 때 개별적인 위자료 액수가 낮게 책정되는 경향을 보인다. 여기에는 몇 가지 요인들이 있다. 우선 앞에서 서술한 것처럼 개인정보의 보호범위가 아직 명확하지 않을 뿐만 아니라 개인정보의 침해가 과연 정신적 고통을 야기할 정도에 이르는 것인가도 단정하기 어려운 사건들이 많다. 최근 정신적 손해발생을 부정하는 사례들이 늘어나는 것도 이와 무관하지 않다.¹⁴⁶⁾ 또한 개인정보침해로 정신적 고통이 야기되더라도 현재의 주류적인 법감정에 의할 때에 그 크기는 경미한 경우가 많다. 나아가 행위의 잘못에 비하여 결과가 매우 클 수 밖에 없는 개인정보침해사건의 속성상 1인당 위자료를 고액으로 산정하는 것은 결과적으로 가해자에게 지나치게 가혹하다는 점, 대부분의 사례에서 피고는 해킹이나 유출행위를 직접 한 자가 아니라는 점 등이 고려되었을 것이다. 이러한 산정관행은 수긍할 만하다. 다만

146) 순번 4, 6 판결; 서울중앙지판 2007. 7. 6, 2006가합22413 및 그 항소심 판결인 서울고판 2008. 4. 16. 2007나74937.

이것이 지나쳐 타협적 사건해결(정신적 손해발생을 느슨하게 보는 대신 위자료도 낮게 산정하는 방식)로 흐르는 것은 곤란하다. 오히려 보호와 비보호의 경계선을 명백하게 설정하되, 정신적 손해의 발생이 명백하게 입증되는 사건에서는 이에 상응하는 상당한 위자료의 지급을 명하여 회복과 예방의 요구가 모두 충족될 수 있도록 하여야 한다.

4. 기타 문제

가. 절차적 특수성

손해배상청구소송은 시간과 비용이 소요된다. 입증의 현실적 어려움이나 판결의 오류가능성으로 인하여 신속하고 정확한 결과를 장담할 수도 없다. 이러한 장애물을 넘어 최종적으로 승소판결이 확정되더라도 피고가 무자력이라서 손해배상금을 지급할 수 없다면 소송의 궁극적 목적을 달성할 수 없다. 따라서 피해자는 소송을 제기하기에 앞서 소송으로 인하여 발생할 비용 내지 위험과 이를 통하여 얻을 이익을 교량한다. 이는 불법행위제도를 운영하는 공동체적 관점에서도 고려하여야 한다. 소액의 손해를 회복하기 위하여 거액의 비용이 소요된다면 그러한 소송제도는 효율적이지 못하다. 이 때에는 같은 목적을 달성할 수 있으면서도 더 효율적인 인접 제도를 적극적으로 활용하는 방안을 검토하여야 한다.

개인정보침해와 같이 손해가 광범위하게 분산되어 손해의 총규모는 크지만 개별적인 손해규모는 작은 경우에는 이러한 문제가 더욱 크게 나타난다. 개별 피해자는 소송수행에 들어갈 노력과 비용 때문에 차라리 손해를 감수할 가능성이 크다. 이러한 문제를 극복하기 위하여 집단소송제도가 논의된다. 그런데 우리나라에서는 일반적인 집단소송제도가 존재하지 않는다. 다만 증권관련집단소송법에서 증권관련집단

소송에 관하여 규정한다. 또한 소비자기본법 제70조 이하에서는 소비자단체소송에 관하여 규정한다. 이는 피해자 개인이 아니라 일정한 단체가 소송당사자가 된다는 점이 다르긴 하지만, 다수의 소액피해자의 손해회복을 용이하게 하는 제도라는 점에서는 집단소송과 교집합을 가진다. 그런데 개인정보침해에 관하여는 이러한 제도가 존재하지 않으므로, 여전히 절차적 제약으로 인한 과소배상의 문제가 존재한다. 이는 피해자 개인에게는 손해감수라는 불이익을, 사회에게는 잠재적 가해자에 대한 과소 인센티브 부여를 통한 과소 손해예방이라는 불이익을 창출한다. 따라서 이를 극복하기 위한 고민이 필요하다.

그런데 최근 정보통신기술의 발달과 사회분위기의 변화를 토대로 사실상의 집단소송이 가능하게 되었다. 어떤 사고가 터지면 변호사들이 인터넷을 통하여 원고들을 공개 모집한다. 피해자들은 성공보수(contingency fee) 방식에 의하여 착수금 등 초기비용없이도 인터넷을 통하여 손쉽게 원고단(原告團)에 가입한다. 일반 소송에 비하여 변호사가 훨씬 주도적인 지위를 가지고 소송을 설계하고 수행한다. 이는 당사자 주도적 소송으로부터 변호사 주도적 소송으로의 변화로 표현할 수 있다. 대규모 개인정보침해사건은 대체로 이와 같은 양상으로 진행되는 경향을 보인다. 이러한 유형의 소송이 변호사에 의한 남소(濫訴)를 조장한다는 비판도 없지 않다.¹⁴⁷⁾ 하지만 다수의 소액 피해자들을 구제하는 제도적 장치가 미흡한 현실에 비추어 볼 때 이러한 현상은 나름대로의 긍정적인 의미가 있다.

나. 정액화의 문제

147) 개인정보를 유출한 자가 법무법인 사무장에게 집단소송을 제안하자 사무장은 언론에 보도되어 이슈화되면 더 많은 인센티브를 지급할 수 있다고 역제안을 하게 되고, 그러한 법무법인 사무장의 역제안에 따라서 개인정보가 담긴 CD와 DVD가 언론사 기자들에게 전달되는 경우와 같이 집단소송의 수임을 노린 법무법인 사무장에 의해서 개인정보유출이 확대될 수도 있다. 세계일보 사회면 2008. 10. 3. 참조.

개인정보침해사건에 관한 판결례들을 보면 대체로 같은 사건의 원고들에게는 같은 액수의 위자료가 인정된다. 이와 관련하여 이러한 위자료의 정액화 현상이 개별적 손해배상의 이념에 배치되는 것이 아닌가 하는 의문이 들 수 있다. 정말로 이들의 정신적 고통의 크기가 똑같은 것일까?

손해배상의 회복기능에 따르면 정신적 고통의 크기가 다른데 동일한 손해배상을 명하는 것은 원칙적으로 그 정당성을 인정하기 어렵다. 그러나 광범위한 개인정보침해사건에서는 위자료의 정액화 현상은 수긍할 만한 이유들이 있다.

위자료 배상대상으로서의 정신적 고통의 크기는 평균인을 기준으로 객관적이고 규범적으로 파악하여야 한다. 나아가 “정신적 고통”으로 일컬어지는 불이익은 본질적으로는 단지 피해자의 주관적 감정 또는 인식의 문제가 아니라 객관적으로 피해자에게 가하여지는 비재산적, 인격적 불이익의 문제이다. 따라서 피해자가 가지는 주관적 감정의 감수성이나 민감성에 따라 곧바로 손해배상액이 달라진다고 할 수 없다. 결국 이러한 주관적인 정신적 고통은 1차적으로는 객관적, 규범적으로 정신적 고통을 측정하는 단계에서, 2차적으로는 통상손해와 특별손해의 구별단계에서 걸러짐으로써 배상대상으로 전환하게 된다. 그렇지 않다면 불법행위자에게 귀책시킬 수 없는 수많은 변수들(예를 들어 어떤 사람은 고통에 민감하지만 다른 사람은 둔감하다든지, 부자는 위자료를 많이 받아야 만족을 느끼고 가난한 자는 위자료를 적게 받아도 만족을 느낀다는 점 등)로부터 발생하는 불확실성이 불법행위자에게 모두 전가되는 결과가 되어 부당하다. 그 결과 동일한 태양의 개인정보침해에 관하여는 동일한 액수의 위자료를 인정하는 것은 정당성을 획득한다.

또한 위자료의 정액화는 동종 사건의 효율적 처리를 통한 사법비용 감소, 법관의 자의적 판단 여지의 축소, 원고의 입증책임 완화, 불법

행위법에 있어서 예방 패러다임의 작동 등의 측면에서도 설명할 수 있다. 현실적으로도 개인의 주관적이고 개별적인 정신적 고통을 제대로 측정하는 것은 매우 곤란하다. 원고들 스스로도 같은 액수의 위자료를 청구하는 것이 통상적이다.

다만 이러한 위자료의 정액화 현상이 범주화(範疇化)에 대한 노력을 포기하는 것을 정당화할 수는 없다. 그러므로 위자료의 정액화가 어느 정도 허용된다고 하더라도 이는 어디까지나 단계적 정액화 내지 유형별 정액화라야 한다. 따라서 유출된 개인정보의 내용, 개인정보의 활용유형 등에 따라 피해자들을 일정한 범주로 유형화한 뒤, 그 유형 내에서의 정액화를 추구하는 것이 바람직하다. 국민은행의 고객정보가 유출된 사건에서도 법원은 유출된 개인정보의 내용에 따라 피해자들을 유형화한 뒤 각 유형별로 다른 액수의 위자료지급을 명하고 있다(순번 5 판결 참조).

IV. 결 론

지금까지 개인정보에 관한 권리의 법적 성격을 검토한 뒤 그 권리 침해로 인한 민사적 구제수단에 관하여 논의하였다. 개인정보자기결정권은 국가와 사인 뿐만 아니라 사인 간에도 효력을 가지는 권리이다. 이는 부수적으로 재산적 법익과 관련된 측면이 있지만, 기본적으로는 인격권의 일종이다. 따라서 개인정보자기결정권의 침해에 대하여는 다른 인격권과 마찬가지로 금지청구권을 행사할 수 있고, 이로 인하여 손해가 발생하였다면 손해배상청구권도 행사할 수 있다. 현실적으로 개인정보에 관한 민사분쟁은 다수의 피해자들이 개인정보 보유주체를 상대로 위자료청구를 하는 모습으로 나타나는 경우가 많다. 따라서 과연 위자하여야 할 정신적 손해가 발생하였는지, 또한 그 배상액은 어떻게 산정하여야 하는지가 중요한 쟁점이다. 이 글에서는

이에 대한 판단기준을 제시하고자 하였다.

덧붙이고 싶은 것은 개인정보보호에 관한 입법적, 행정적, 기술적 차원의 총체적 접근의 필요성이다. 오늘날 개인정보는 보호받아야 할 커다란 당위성이 있다. 이 글에서는 그 실현방법 중의 하나로 민사적 구제를 중심으로 논의를 진행하였다. 그러나 민사적 구제는 개인정보의 적정한 보호라는 과제를 수행하기 위한 여러 도구 중 하나에 불과하다. 더구나 이와 같이 사회 전반적인 파급력을 가지지만 개별적인 사건규모는 크지 않은 특성을 가지는 영역일수록 이러한 구제에는 한계가 있다. 그러므로 이와 더불어 다른 정책수단들을 효율적으로 활용하는 것이 개인정보보호에 더욱 효과적이다. 개인정보보호법제의 정비를 통하여 포괄적인 틀을 만들고, 행정규제나 지침 또는 자율규제를 통하여 그 구체적 내용을 형성하며, 이를 실행할 수 있는 기술적·관리적 조치의 모델을 만들어내야 한다. 이러한 통합적인 노력과 어우러질 때 비로소 민사적 구제는 가장 바람직한 결과를 가져올 것이다.

[참고문헌]

1. 단행본

- 郭潤直 編, 民法注解(IX), 1992
박용상, 명예훼손법, 2008
Fuchs, Deliktsrecht, 6. Aufl. 2005
Horst-Peter Götting, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995
Judith Göbel, Geldentschädigung und Schmerzensgeld - Konvergenz oder Divergenz -, Peter Lang, 2004
Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004
Marion Albers, Informationelle Selbstbestimmung, 2004
Michael Kloepfer, Informationsrecht, 2002
Münchener Kommentar, 5. Aufl. 2006
宇賀克也, 個人情報保護法の逐條解説, 第2版, 2004

2. 논문

- 권영준, “불법행위와 금지청구권 -eBay vs. MercExchange 판결을 읽고”, Law & Technology 제4권 제2호, 2008. 3.
권영준, “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점 - 예방과 회복의 패러다임을 중심으로 -”, 저스티스 通卷 第109號, 2009. 2.
金玟中, “쿠키-편리한 道具 혹은 個人情報侵害의 尖兵”, 인터넷 법률 13호, 2002. 8.
金炯錫, “所有權妨害排除請求權에서 妨害의 概念”, 서울대학교 法學 45卷 4號, 2004. 12.
梁彰洙, “私生活 秘密의 保護”, 民法研究 第8卷, 2005
吳宗根, “民法 제765조상의 賠償額 輕減請求”, 比較私法 4卷 1號, 1997. 6.
李昌鉉, “不法行爲를 原因으로 한 非財產的 損害賠償에 관한 比較法的 研究”, 서울대학교 박사학위논문, 2008
정상조, “광고기술의 발전과 개인정보의 보호”, 저스티스 通卷 第106號, 2008. 9.
鄭震明, “사법에 있어서 개인정보보호”, 比較私法 8卷 2號, 2001. 12.
허성욱, “不法行爲法理에 의한 인터넷상의 情報프라이버시 保護문제에 관한 一考”, 과학기술과 법, 2007

- David Goldman, *I Always Feel Like Someone Is Watching Me: A Technological Solution For Online Privacy*, 28 Hastings Comm. & Ent L.J. 353 (2006)
- George B. Trubow, *Protecting Information Privacy in the Informational Society*, 10 N. Ill. UL. Rev. 521 (1990)
- Hugo M. Mialon & Sue H. Mialon, *The Effects of the Fourth Amendment: An Economic Analysis*, 24 J. L. Econ. & Org. 22 (2008)
- Joel R. Reidenberg, *E-Commerce and Trans-Atlantic Privacy*, 38 Hous. L. Rev. 717 (2001)
- Meiring de Villiers, *Reasonable Foreseeability In Information Security Law: A Forensic Analysis*, 30 Hastings Comm. & Ent L.J. 419 (2008)
- Neil M. Richards, *Intellectual Privacy*, 87 Texas L. Rev 1 (2008)
- Richard Posner, *The Right of Privacy*, 12 Georgia Law Rev. 393 (1978)
- Vera Bergelson, *It's Personal But Is It Mine? Toward Property Rights in Personal Information*, 37 U.C. Davis L. Rev. 379 (2003)
- Vincent R. Johnson, *Cybersecurity, Identity Theft, and the Limits of Tort Liability*, 57 S.C.L.Rev. 255 (2005)