

개인정보 보호법상 불확정 개념에 있어 형법의 보장적 기능을 확인해주는 해석과 사회상규의 역할

박 민 우*

국 | 문 | 요 | 약

2016년에는 「개인정보 보호법」에 대한 몇 가지 중요한 해석이 있었다. 관계부처 합동 「개인정보 비식별 조치 가이드라인」, 대법원 2015도8766 판결, 대법원 2014다235080 판결이다. 이를 토대로 쟁점을 살펴봤다.

개인정보 여부를 결정짓는 ‘식별 가능성’ 판단에서는 다음이 중요하다. 정보 사용자(처리자)의 입장에서만 생각할 필요가 없고, 불법적인 수단을 배제해야 한다. 이 두 가지를 전제로 ‘쉽게 결합하여야’라는 문언을 해석해야 한다. 한편, 법의 주된 의무주체인 개인정보처리자가 엄격한 성립요건을 갖고 있다지만, 대부분의 수범자는 법 제59조상 ‘개인정보를 처리하거나 처리하였던 자’다. 개인정보처리자 개념으로는 일상생활에서의 과도한 형벌확장을 견제할 수 없는 이유다. 따라서 법 해석을 통해 최소한의 불가벌적 행위를 정형화해야 한다. 사회상규의 적극적인 고려를 명문화한 ‘청탁금지법’에 주목할 필요가 있다.

일상에서 빈번하게 주고받는 전화번호·이메일·주소를 대상으로 살펴보자면, 사회상규에 따른 제3자 제공 요건은 다음과 같다. 1차 수집단계에서 대상정보가 업무뿐만 아니라 사교의 목적도 함께 가지고 있었어야 한다. 정보주체의 권리를 침해하거나 불리한 결과를 초래해선 안 된다. 사회적 비난가능성이 없어야 한다.

❖ 주제어 : 개인정보 보호법, 개인정보, 식별 가능성, 개인정보처리자, 사회상규

* 경찰청 정보1과 경감, 법학박사

I. 들어가며

2011. 3. 29. 「개인정보 보호법」이 제정되었다. 이로써 대중의 개인정보 보호에 대한 인식, 즉 자신의 정보가 보호받아야 하고 침해된다면 법적인 제재가 가해져야 한다는 생각이 상식처럼 자리 잡게 됐다. 자연히 ‘누구든 함부로 내 정보를 유통하지 않을 것’이라는 믿음 역시 뒤따라왔다. 정보사회에서 피할 수 없는 개인정보 유통에 대한 불안감을 완화시켜 주는 데는 「개인정보 보호법」의 역할이 상당했다. 하지만 대다수 국민은 「개인정보 보호법」의 존재는 알지만 실제 그 조문을 읽어본 적이 없다. 전형적인 수범자랄 수 있는 공무원조차 이를 명쾌하게 이해하지 못해 「개인정보 보호법」 위반이 아니냐는 항의에야 비로소 법조문을 들춰보곤 한다. 법에 대한 부족한 이해와 개인정보라면 모두 보호해줄 것만 같은 법률 명칭이 맞물려 대중으로 하여금 몇 가지 맹신을 갖게 했다.

우선, 정보주체의 허락이나 법적 근거 없이 개인정보를 타인에게 전달하면 모두 「개인정보 보호법」 위반에 해당한다는 생각을 들 수 있다. 만약 정보주체가 자신의 집 주소와 연락처를 원치 않는 사람에게 알려준 지인에게 항의하고 싶다면, 「개인정보 보호법」 위반인 걸 아느냐고 다그칠 것이다. 개인정보처리자가 아니라면 처벌에서 자유롭다는 생각도 있다. 「개인정보 보호법」이 개인정보파일을 운용하는 ‘개인정보처리자’를 주된 수범대상으로 삼은 탓이다.

안타깝게도 모두 법에 대한 부족한 이해가 불러온 잘못이다.¹⁾ 이러한 오해는 처벌 범위를 광범위하게 확장하거나, 협소하게 축소시키는 정 반대의 결과를 가져온다. 형사처벌의 대상성 문제가 많은 논란거리를 지녔음을 보여주는 단면이다. 논란은 일상 생활에서도 쉽게 접할 수 있다. 담임교사나 대학교수가 지도학생의 전화번호를 타인에게 임의로 전달한 게 형사처벌 대상인지는 쉽지 않은 문제다. 만약 법률이 일상 생활에까지 국가형벌권이 개입할 수 있게 해주는 매개체로서 기능한다면 과잉입법일 수밖에 없다. 「개인정보 보호법」이 과잉입법이 되지 않도록 하는 해석이 필요하다.

1) 「개인정보 보호법」은 업무와 관련하여 수집된 정보를 보호한다. 또한 제59조가 ‘금지행위’라는 표제어 하에 ‘개인정보를 처리하거나 처리하였던 자’를 규율한다. 개인정보처리자가 아닌 자에 대한 처벌 가능성도 열어 둔 것이다.

II. 개인정보 보호법제의 등장 배경과 동향

1. 개인정보자기결정권

개인정보 보호법제의 이념적 뿌리는 개인정보자기결정권이다. 개인정보자기결정권의 내용은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있다는 것이다.

개인정보자기결정권은 비교적 최근에야 개념이 세워지고 승인된 기본권이다. 미국에서 개인정보 보호의 근거, 즉 프라이버시권이 등장한 배경은 Warren과 Brandeis가 1890년 「Harvard law review 4(5)」를 통해 프라이버시권을 주창하면서 부터였다.²⁾ 독일에서 정보의 자기결정권(Informationelle Selbstbestimmung)이란 용어가 처음 등장한 것은 1971년도 문헌으로 보인다.³⁾ 근래에 와서 비로소 등장했음에도 세계사적으로 핵심적인 기본권이 된 까닭은 현대사회가 지닌 특성에 있다. 정보처리 기술의 발달은 별다른 의미를 갖기 힘들었던 개인정보의 파편이 다른 정보와 쉽게 결합하게 해줬고, 결국에는 개인의 전체적 또는 부분적 인격상을 형성하는데 상당한 영향을 미치게 했다.⁴⁾ 과거에는 미처 생각하지 못했던 문제가 인격의 형성까지도 위협하게 된 것이다. 이 뿐만이 아니다. 스스로에 대해 무엇이 얼마만큼 알려졌는지를 알지 못하는 개인은 실체 없는 두려움을 갖게 되고, 주체적인 결정과 행동에 제약을 받을 수밖에 없었다.⁵⁾ 우리 헌법재판소 역시 개인정보자기결정권을 헌법에 명시되지 않은 독자적 기본권라고 확인해주었다.⁶⁾

2) 석인선, “헌법상 프라이버시권리 논의의 현대적 전개”, 미국헌법연구, 제24권 제1호(미국헌법학회, 2013.4), 250면.

3) W. Steinmüller/B. Lutterbeck/C. Mallmann/U. Harbort/G. Kolb/J. Schneider, Grundfragen des Datenschutzes, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, Juli, 1971, abgedruckt als Anlage 1 zur BT-Drs. VI/3826 v. 7. 9. 1972; 이에 대해선 권영준, “개인정보 자기결정권과 동의 제도에 대한 고찰”, 법학논총, 제36권 제1호(전남대학교 법학연구소, 2016.3), 677면 재인용.

4) 한수웅, 헌법학 제6판(법문사, 2016), 563-564면.

5) 한수웅, 앞의 책, 563면.

6) “헌법재판소 2005. 5. 26.자 99헌마513, 2004헌마190(병합) 결정. 해당 결정은 개인정보자기결정권의 헌법상 근거로 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 헌법의 자유민주적 기본질서 규정, 국민주권원리와 민주주의 원리를 제시했다. 하지

2. 미국과 유럽에서의 개인정보 보호 법제

미국에서의 개인정보 보호법제를 이해하기 위해서는 「개인정보 권리에 대한 정책방향(FIPPs : Fair Information Practice Principles)」을 알아야 한다. FIPPs는 미국 온라인상 개인정보 보호의 권리장전으로 불린다. 1973년 미국 보건교육부가 개최한 자유와 개인정보 보호에 관한 세미나에서 처음 언급됐고, 1974년 「Privacy Act」⁷⁾에서 법적 정신으로 발전했다. 이후 각 주의 법령에서 개인정보 보호를 위해 차용하는 가장 중요한 원칙이 되었다.⁸⁾

유럽의 경우를 살펴보자. 참고로 유럽연합(EU)과 유럽평의회(CoE)는 별개의 조직이다.⁹⁾ 유럽의 개인정보 보호 법제를 시기적으로 정리하면 1953년부터 1995년까지는 「유럽인권조약(1953년)」¹⁰⁾ 제8조, 「개인정보의 자동처리와 관련된 개인의 보호를 위한 조약 제108호(이하 조약 제108호, 1981년)」¹¹⁾가 근거였다.¹²⁾ 1995년에는 이들을 기초로 한 「개인정보보호지침」¹³⁾이 채택되어 개인정보 보호가 강화되었다. 2000년 「EU 기본권헌장」¹⁴⁾ 채택 이후에는 개인정보 보호가 기본권적 지위를

만 개인정보자기결정권은 이들 중 어느 한 기본권에 완전히 포섭시킬 수는 없고 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권이라고 판단했다.

- 7) 개인정보를 처리하는 각 공공기관이 준수해야하는 의무와 정보주체의 권리 등에 관해 규정했다.
- 8) FIPPs의 주요 내용은 다음과 같다. ① 투명/공개성(Transparency ; Openness) 원칙, ②개인참여(Individual Participation) 원칙, ③ 목적제한성(Purpose Limitation) 원칙, ④ 수정성(Correct ; Amend) 원칙(정보주체의 개인정보 수정권한), ⑤ 신뢰/정확성(Data Quality and Integrity) 원칙 등이다.
- 9) CoE는 1949년 설립되었으며 EU 가입국 전부를 포함하여 터키 등 다른 유럽의 나라들을 회원국으로 두고 있다. 이하에서 언급하는 유럽인권조약과 조약 제108호는 CoE 규범이다. 유럽기본권헌장과 개인정보보호지침은 EU 규범이다. 유럽사법재판소는 EU 산하이고 유럽인권재판소는 CoE 산하다. 다만 EU 가입국 전부가 CoE에 가입했다는데서 알 수 있듯 양자는 밀접한 관계를 가진다.
- 10) Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; 동 협약의 서명일은 1950.11.4., 발효일은 1953.9.3.
- 11) Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Council of Europe, CETS No. 108, 1981.
- 12) 조약 제108호는 유럽 역사상 처음으로 법적 구속력을 가진 규범을 통해 개인정보 보호를 개인의 권리로 인정했다.; 문재완, “유럽연합 개인정보보호법의 특징과 최근 발전”, 외법논집, 제40권 제1호(한국외국어대학교 법학연구소, 2016.2), 3면.
- 13) 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.

가졌다. EU 기본권헌장은 처음에는 구속력 없이 선언되었으나 2009. 12. 1. 리스본 조약에서 정식으로 채택되어 EU의 다른 조약들과 법적으로 동등한 구속력을 인정 받았다.¹⁵⁾ 판례법은 초기에는 유럽인권재판소(ECtHR)에 의해 형성되었고, 1990년대 중반 이후에는 유럽사법재판소(CJEU)가 주도하고 있다.¹⁶⁾

최근 EU는 기존 「개인정보보호지침」을 법적 구속력이 있는 규정(Regulation)으로 강화하는 「개인정보보호 일반규정(General Data Protection Regulation, GDPR)」을 마련했다. 이는 2016. 4. 14. 유럽의회를 통과하여 2년의 유예기간을 거쳐 2018. 5. 25.부터 시행된다. GDPR은 구속력 측면뿐만 아니라 내용 측면에서도 기존 지침(Directive)에 비해 크게 강화됐다.¹⁷⁾

3. 「개인정보 보호법」의 제정

「개인정보 보호법」 제정 이전 개인정보 보호 법제는 행정, 교육, 금융 등 각 분야별 개별법을 두는 방식이었다. 그러다 일반법에 대한 사회적 요구가 커져감에 따라 2011. 3. 11. 「개인정보 보호법」이 본회의를 통과했다.

「개인정보 보호법」은 제3조에서 개인정보 보호의 원칙을 천명했다. 이는 1980년 OECD 가이드라인¹⁸⁾ 제2장에서 언급된 8개의 개인정보보호 원칙¹⁹⁾을 반영한 것이다. 이 밖에 「EU 개인정보보호지침」, 「APEC 프라이버시 원칙」²⁰⁾ 등도 참고했

14) Charter of Fundamental Rights of the European Union.

15) 박상준·최지유, “유럽연합 기본권 헌장의 의의와 한계 -소수민족 로마족(ROMA)을 중심으로-”, 통합유럽연구, 제7권 1집(서강대학교 국제지역문화원, 2016.3), 40-42면.

16) 문제완, 앞의 논문, 4면.

17) 위반 시 2,000만 유로 혹은 연 매출액의 4%까지의 벌금 등 처벌의 강화, 정보유출에 대한 즉각적인 통지, 잊혀질 권리의 명시, 시스템 설계단계부터 정보보호를 고려해야 하는 Privacy by Design의 법제화 등이 그것이다.; <http://www.eugdpr.org>(2016. 10. 21. 마지막 방문)

18) OECD, Recommendation of the Council concerning Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, Paris, 23 September 1980.

19) ① 수집제한의 원칙(Collection Limitation Principle), ② 정보내용 정확성의 원칙(Data Quality Principle), ③ 목적특정의 원칙(Purpose Specification Principle), ④ 이용제한의 원칙(Use Limitation Principle), ⑤ 안전확보의 원칙(Security Safeguards Principle), ⑥ 공개의 원칙(Openness Principle), ⑦ 개인참가의 원칙(Individual Participation Principle), ⑧ 책임의 원칙(Accountability Principle).

다.²¹⁾ 개인정보 보호라는 세계사적인 시대정신을 반영하려는 노력의 결과가 동법의 제정이었음을 보여준다. 일각에서는 「개인정보 보호법」이 공법과 사법 양자택일이 아닌 일종의 중간법적 성격을 지닌다고 평가하기도 한다. 법의 적용범위가 공공과 민간을 포괄하고, 자율규제 및 시장 메커니즘을 통한 사법적 접근, 형벌과 행정제재를 통한 형사법·행정법적 수단을 모두 담고 있다는 것이다.²²⁾

한편, 일반법이자 기본법인 「개인정보 보호법」과 교육·금융·정보통신 등 영역별로 산재되어 있는 기존 법률들과의 관계 문제는, 개인정보 보호법제의 체계 정합성 비판을 불러왔다.²³⁾ 비난은 고스란히 「개인정보 보호법」이 가진 문제로 이어졌다.

Ⅲ. 형법의 보장적 기능 요구

「개인정보 보호법」은 기존에는 적용 대상이 아니었던 민간영역도 대상으로 삼았다. 게다가 컴퓨터 파일 형태만을 규율하던 데서 나아가 종이로 존재하는 개인정보로까지 적용 범위를 넓혔다. 인적·물적 적용대상을 비약적으로 확장한 것이다. 동법 이전에는 주로 우월한 지위에 있는 국가권력과 개인 간의 관계에서 개인정보침해의 금지 및 처벌 논의가 이뤄졌다. 하지만 이제는 기본권 향유 주체인 개인 간의 문제까지 염두에 두어야 한다.²⁴⁾ 동법이 민간영역, 즉 시민간의 관계에서도 적용되기 때

- 20) 「APEC Privacy Framework」는 OECD 가이드라인 8대 원칙에 근거하여 2004년 발표되었다.
- 21) 행정안전부, 개인정보 보호법령 및 지침·고시 해설(2011. 12), 34면.
- 22) 김현경, “개인정보 법체계 정합성 확보를 위한 소고”, 성균관법학, 제28권 제1호(성균관대학교 법학연구소, 2016.3), 40면.
- 23) 김현경, 앞의 논문, 42-45면.; 심우민, “개인정보 보호법제의 체계간 정합성 제고방안”, 영산법률논총, 제12권 제1호(영산대학교 법률연구소, 2015.6), 61-62면.; 이성대, “개인정보보호를 위한 현행 형벌체계의 문제점 검토”, 형사정책연구, 제26권 제1호(한국형사정책연구원, 2015.3), 33-35면.; 이경렬, “형사사법 분야에서 개인정보의 관리·이용 및 보호의 문제”, 피해자학연구, 제23권 제1호(한국피해자학회, 2015.4), 218-220면.
- 24) 개인정보자기결정권의 보장은 타인에게 인정되는 의사소통의 자유 내지 정보의 자유, 영업의 자유, 재산권 등의 기본권을 고려하지 않으면 안 된다.; W. Schmitt Glaeser, “Schutz der Privatsphäre,” in: J. Isensee und P. Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, Heidelberg: C. F. Muller, 2001, §129, Rdnr. 89.; 권건보, “개인정보보호의 헌법적 기초와 과제”, 저스티스, 제144호(한국법학원, 2014.10), 20면 재인용.

문이다. 특히나 표현의 자유가 중요하다. 모든 사람은 원칙적으로 타인에 대한 자신의 생각을 표현할 권리를 가진다. 우리 헌법상 표현의 자유가 보호하는 것은 의견표명²⁵⁾이지 단순한 사실의 전달이 아니라는 반론이 있을 수도 있다. 하지만 의견이란 평가적 사고를 바탕으로 개개인이 사물과 인간에 대하여 내리는 가치판단 또는 ‘입장표명’²⁶⁾이다. 개인정보침해는 의견표명 과정에서 얼마든지 일어날 수 있다. A와의 불화를 해결하고 싶어 하는 을이甲에게 A의 전화번호와 집 주소, 생년월일을 물어봤다고 가정해보자. A가 乙의 연락을 원치 않을 거라 부담스럽다고 생각하면서 甲이 Z이 궁금해 하는 사실을 모두 알려줬다면²⁷⁾, 이 때 甲은 단순한 사실 전달이 아닌 ‘Z과 원활한 관계를 유지하고 싶은 내심’ 혹은 ‘乙에게 도움을 주고 싶은 마음’이라는 가치판단 내지 입장표명을 한 것이다.

「개인정보 보호법」이 적용 범위를 확장했다는 점과, 개인정보 취급이 일상생활에서 향유하는 기본권 영역과 밀접하게 관련되었다는 사실의 결합은 수범자로 하여금 큰 문제에 맞닥뜨리게 한다. 무엇이 금지되고 무엇이 허용되는지에 대한 혼란이다. 일상생활에서 으레 있어 왔던 행동이어서 관습을 것 같긴 한데, 당사자의 허락이나 법적 근거가 없어 잘못일 수도 있겠다는 모순되는 관념이 충돌한다. 시쳇말로 문제 삼지 않으면 아무 문제가 없는데 문제 삼으니까 문제가 되는 상황이다. 이러한 혼란을 막기 위해 「개인정보 보호법」은 개인정보, 개인정보처리자 같은 개념을 사용했다. 하지만 불확정개념인 ‘쉬운 결합’을 내용으로 하는 개인정보의 개념정의²⁸⁾는 문외한으로서의 소박한 인식만으로는 판단이 녹록치 않다. 「개인정보 보호법」상 대부분의 의무주체인 개인정보처리자 개념은 실제 개인정보를 다루고 있는 자연인(개인정보취급자)을 포섭하지 못했다. 혼란을 겪는 것은 A기관(개인정보처리자)이 아닌 A기관 소속 임직원(개인정보취급자)이다. 때때로 법원은 「개인정보 보호법」을 둘러싼 대중의 혼란을 가중시킨다. 예컨대 「개인정보 보호법」이 개인정보처리자의 개인

25) 현재 2001헌가27 등 현재논문 참고

26) 한수웅, 앞의 책, 738면.

27) 해당 정보들은 개개의 성질은 차치하고 종합될 경우 특정인을 식별할 수 있는 개인정보에 해당한다는 데는 이론이 없을 것이다.

28) 개인정보 보호법 제2조(정의) 1. "개인정보"란 살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)를 말한다.

정보 처리만을 규율할 뿐이므로 개인정보처리자가 아닌 개인이나 단체의 개인정보 처리는 여타 법률들과 학설·판례에 맡겨져 있다는 설명²⁹⁾은 서두에서 언급한 오해(수범자 범위)를 한 층 더 강화시킨다.

IV. 물적·인적 적용범위를 결정하는 개념의 해석과 한계

1. 개인정보

가. 개념 해석을 둘러싼 문제

「개인정보 보호법」은 개인정보, 민감정보, 고유식별정보를 보호한다. 개인정보란 i) 개인이 누구인지 식별(특정) 가능하거나, ii) 다른 정보와 쉽게 결합하여 식별(특정) 가능하게 하는 정보다. 민감정보는 법문에서 사상·신념·정당가입·건강 등을 예시로 들고 있다. 일견 개인의 식별 가능성을 고려하지 않는 듯하다.³⁰⁾ 하지만 ‘누구에 관한 것’인지가 전제되어야만 민감정보가 의미를 가질 수 있다. ‘암 선고를 받은 사람이 있다’는 어느 누구와도 관계없는 정보다. 반면 ‘A가 암 선고를 받았다’는 A의 내밀한 사생활 영역이다. 마지막 고유식별정보는 주민등록·여권·운전면허·외국인등록번호다. 말 그대로 국가에서 개인의 식별을 목적으로 생성한 정보다. 결국 개인식별 가능성은 「개인정보 보호법」의 보호대상을 관통하는 핵심개념의 지위를 가지게 된다. 그리고 ‘개인식별 가능성’은 일상생활에서의 사교나 표현의 자유의 발로가 타인에 대한 것이라는 이유로 무분별하게 형사처벌 되는 상황을 막아준다. 개인에 관한 것이지만 개인을 식별할 가능성이 없는 정보도 있기 때문이다.

29) 서울중앙지방법원 2014. 11. 4. 선고 2013나49885 판결; 각주1에서 설명한 것처럼 「개인정보 보호법」 제59조는 개인정보처리자가 아닌 자도 그 수범대상으로 삼고 있다. 물론 대상판결에서 수범자에 대해 언급한 내용은 사안과 직접적인 관련이 없는 방론적인 성격으로, 법원이 오해를 했다가보다는 대략적인 설명을 했다고 볼 수 있다. 하지만 그와 같은 표현을 읽은 대중은 누구나 개인정보처리자가 아니면 「개인정보 보호법」의 수범자가 아니라고 오해할 수밖에 없다.

30) 제23조(민감정보의 처리 제한) 개인정보처리자는 사상·신념, 노동조합·정당의 가입·탈퇴, 정치적 견해, 건강, 성생활 등에 관한 정보, 그 밖에 정보주체의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 개인정보로서 대통령령으로 정하는 정보(이하 "민감정보"라 한다)를 처리하여서는 아니 된다.

특정 정보에서 직접적으로 개인을 식별할 수 있는 경우 수범자는 별다른 혼란을 겪지 않는다. 문제는 ‘쉽게 결합’하는 때다. 수범자의 판단이 요구되는 영역인데, 용이성에 대한 생각은 지극히 주관적이어서 개인에 따른 편차가 클 수밖에 없다. 특히 ‘정보기술에 접근할 수 있는 능력 차이’는 식별 가능성 판단에 중요한 질문을 던진다. 개인정보 해당성이 정보사용자(처리자)와 관계없이 판단되느냐는 물음이다. 20대 청년은 휴대전화 번호만으로 개인을 특정하는 경우가 있다.³¹⁾ 80대 노인은 전화 번호만 가지고 어떻게 누군지를 아느냐고 손사래를 친다. 20대에게 개인정보라면, 80대에게도 개인정보인지 의문이 떠오른다.

쉬운 결합이 합법적인 수단만을 전제하는지도 문제다. 합법적인 방법으로는 개인 식별이 불가능했던 정보가 경찰관의 불법조회와 결합하여 식별 정보로 탈바꿈할 수 있다. 해킹도 마찬가지다. 행정안전부(현 행정자치부)는 2011년 해설서를 통해 ‘쉽게’라는 표현은 ‘합리적으로’라는 의미라고 설명했다.³²⁾ 하지만 합리성이라는 개념은 과도한 시간과 노력, 비용을 투입하는 경우를 배제하기 위한 개념이었을 뿐 합법성에 대한 고려는 없었다. 다양하게 해석될 수 있는 ‘합리성’의 의미 중 목적 달성을 위한 수단이 얼마나 효율적이었는지에만 관심을 가졌다. 그로 인해 시간·노력·비용의 투자가 적은 불법행위는 적어도 합리적, 즉 쉬운 결합이라고 볼 여지마저 뒀다. 이와 같은 논란을 고려했는지 최근 관계부처 합동 「개인정보 비식별 조치 가이드라인(2016.6.30)」³³⁾은 ‘쉽게 결합하여’의 의미를 ‘입수 가능성’과 ‘결합 가능성’을 모두 충족시키는 경우로 보고, 합법적으로 접근·입수할 수 있어야만 입수 가능성이 있다고 설명한다.³⁴⁾ 하지만 불법적인 접근이 배제되어야 하는지는 여전히 의문이다. ‘쉬운 결합’은 사실 판단의 문제이고 ‘합법성’은 규범 문제인 탓이다. 서로

31) 전화번호 사용자가 페이스북을 가입했고 전화번호를 검색 가능하게 설정했다면 전화번호 입력만으로 그 계정 프로필을 확인할 수 있다. 전화번호 사용자가 카카오톡, 라인 등 프로필에 자신의 이름과 사진을 올려놓았다면 친구등록을 통해 이를 확인할 수 있다.

32) 행정안전부, 앞의 책, 14면.

33) 국무조정실·행정자치부·방송통신위원회·금융위원회·미래창조과학부·보건복지부, 개인정보 비식별 조치 가이드라인(2016. 6. 30). 이 가이드라인은 부록으로 “개인정보 보호 관련 법령 통합 해설서”를 52-60면에 실었다.

34) 결합 가능성은 이전 행정안전부의 합리성에 대한 해석과 같이 지나친 정도의 시간과 비용·인력이 필요하지 않는 것이라고 설명한다.; 국무조정실 등, 앞의 가이드라인, 55면.

가 어느 한쪽을 구속하거나 영향을 준다고 볼 수 없다. 음주운전과 무단횡단이 불법이기 때문에 쉽지 않은 행동이라고 말할 사람은 찾기 힘들다. 합법적이라고 해서 쉬운 행위도 아닐 것이다. 합법성과 용이성은 논리필연적인 관계가 아니다. 그럼에도 불구하고 관계부처는 별다른 설명 없이 불법적인 접근을 배제했다. 물론 ‘쉽게 결합’의 해석은 형벌의 확장성을 막는데 방점을 두어야 한다. 그렇지만 법 창조에 가까운 해석은 곤란하다. 관계부처의 유권해석에도 불구하고 합법성 문제는 논증이 필요하다.

보다 구체적인 개념으로 개인정보를 정의했다면 위와 같은 논란은 없거나 적어도 정도가 심하지 않았다는 아쉬움이 있다. 하지만 「개인정보 보호법」은 기존 법제가 가진 개인정보 보호의 한계를 극복하기 위한 법이었다. 개인정보 보호의 사각지대를 최소화하는 것이 수범자의 예측가능성보다 중요했다. 나날이 발전해나가는 정보기술의 발전으로 어디서 어떤 개인정보 문제가 발생할지 알 수 없었기 때문에, 현행 법과 같은 정의를 사용할 수밖에 없었다. 개인정보 보호를 오랫동안 논의해온 유럽 연합 역시 직·간접적으로 개인을 식별할 수 있는 정보를 개인정보라고 정의한다. 입법 취지를 후퇴시켜 법 적용의 사각지대를 용인하지 않는 이상, 모호한 개념 문제를 조문만으로 해결하긴 힘들다.

이하에서는 쉽게 결합하여 개인을 식별할 수 있는지(이하 ‘식별 가능성’)가 ① 정보사용자와 관계없이 판단되는 영역인지, ② 합법적인 결합만을 전제하는지를 살펴본다. 적용대상을 보다 명확히 함으로써 형벌의 보장적 기능을 확인하기 위함이다.

나. 정보사용자의 고려

정보사용자의 고려는 식별 가능성이 개개인의 사정에 따라 달라져야 하는지의 문제다. 각자가 접근 가능한 정보에 따라 단편적인 정보가 개인정보로 탈바꿈하기도 하고, 여전히 의미 없는 정보의 파편으로 방치되기도 한다. 「개인정보 비식별 조치 가이드라인(2016.6.30)」은 식별 가능성에 대해 “해당 정보를 ‘처리하는 자’의 입장에서 합리적으로 활용될 가능성이 있는 수단을 고려하여 개인을 ‘알아볼 수’ 있는” 경우라고 설명했다.³⁵⁾ 쉬운 결합의 판단도 정보사용자(처리자) 입장에서 해야 한다는 해석이 가능해 보인다. 하지만 관계부처의 유권해석이 법원의 판단을 구속할 순

없다. 이와 관련하여 형법학계에서 오랜 기간 이루어진 논의를 살펴볼 필요가 있다. 과실범의 주의의무 해석이다. 주의의무와 식별 가능성은 양자 모두 구성요건요소를 해석하는 도구이고, 개인의 인식과 능력을 고려해야 하는지가 문제여서 유사하다.

주의의무위반 여부는 객관적으로 결정해야 한다는 게 현재 통설(객관설)이다.³⁶⁾ 객관설은 주관적인 예견가능성 문제는 구성요건과는 관계없고 책임에서만 의미를 가진다고 본다. 불법과 책임영역 구별을 유력한 논거로 제시한다. 형법은 불법 수준에서는 행위자의 특수성을 고려하지 않고 보편적 요구를 할 수 있으며, 책임 수준에서는 행위자의 특수성을 고려하여 가능성의 범위 내에서만 규범적 요구를 발한다는 설명이다.³⁷⁾ 타당한 해석이다. 형법이 규범으로서의 효력을 갖기 위해서는 주관요소에 좌우되지 않는 보편적 불법개념이 필요하기 때문이다. 다만 주의의무가 객관적으로 결정된다고 해서 곧바로 식별 가능성이 객관적으로 결정된다는 결론으로 이어질 순 없다. 객관설조차 모두에게 동일한 주의의무 개념을 상정하는 게 아니라, 행위자가 속한 사회집단의 평균인을 기준으로 삼기 때문이다.³⁸⁾ 결국, 주의의무 해석을 유추적용 한다 해도 기껏해야 식별 가능성 판단에 개개인의 특수한 사정까지 고려할 필요가 없다는 결론까지만 가능하다. 개개인이 아닌 정보사용자가 속한 집단의 인식과 능력을 고려해야 하는지의 문제는 여전히 남아 있다.

생각건대 식별 가능성 해석에 개개인의 사정은 물론 ‘정보사용자가 속한 집단’도 고려할 필요가 없다. 상식을 가진 모든 사람에게 통용되는 식별 가능성 개념이 바람직하다. 첫째, ‘가능성’은 결과론에서 자유로운 개념이다. 해당 정보가 끝까지 개인 정보가 되지 못했다고 해서 식별 가능성이 존재했다는 해석이 부정될 수 없다. 정보사용자가 개인을 식별했는지는 개인정보의 성립요소가 아님을 보여준다. 둘째, 식별

35) 국무조정실 등, 앞의 가이드라인, 55면.

36) 김일수·서보학, 형법총론 제11판(박영사, 2006), 451면; 박상기, 형법총론 제7판(박영사, 2007), 277면; 배종대, 형법총론 제9개정판(홍문사, 2008), 674면; 정성근·박광민, 형법총론 제4판(삼지원, 2008), 425면.

37) Maihofer Vom Sinn der menschlichen Ordnung 1956, S. 17~24; Maihofer Eb. Schmidt-FS S.177. supra §6 24; 이재상·장영민·강동범, 형법총론 제8판(박영사, 2015), §14 14 재인용.

38) “과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의정도를 표준으로 하여야 하며...”; 대법원 1996. 11. 8. 선고 95도2710, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2005도8980 판결.

가능성을 통해 밝혀지는 개인정보는 행위객체로서 객관적 구성요건요소다. 행위자의 관념세계를 대상으로 하는 주관적 구성요건요소인 과실에서조차 개개인의 사정을 고려하지 않는데 개인정보에서 이를 고려할 이유가 없다. 개인정보와 체계상 지위가 다른 과실 개념이 행위자가 속한 사회집단을 고려한다고 하여, 개인정보에서도 그래야 한다는 논리적 연결고리 역시 없다. 셋째, 정보사용자의 인식과 능력만으로는 식별 가능성이 없던 정보라도 제3자의 도움을 받아 식별 가능성을 갖출 수 있다. 합법성 문제는 차치하고, 정보사용자는 제3자인 개인정보취급자의 조력을 받아 스스로의 능력만으로는 개인정보가 될 수 없었던 정보를 개인정보로 변화시킬 수 있다. 정보사용자만을 기준으로 판단하면 현실을 간과하는 결과를 초래하게 된다. 마지막으로 식별 가능성 판단에 특정 사회집단만을 염두에 두는 것은 정보유통 현실을 외면한 접근이다. 현대사회에서 정보는 한 번 유출되면 최초 유출자와 취득자의 통제를 벗어나기 쉽다. 어느 누가 해당정보를 취득할지도 알 수 없다. 오히려 평범한 집단보다 고도의 정보결합 능력을 갖춘 사회집단에 흘러갈 가능성이 더 높다. 「개인정보 보호법」은 대규모 정보유출이 사회문제로 떠오르면서 논의되고 시행된 법이다. 입법 취지를 고려할 때, 식별 가능성 판단에는 정보의 2차·3차 전달까지를 고려해야 한다. 그러기 위해서는 특정된 정보사용자에 국한하는 식별 가능성 해석을 포기해야 한다.

하급심 판례 역시 이 같은 결론을 지지해준다. 대전지법 논산지원 2013고단17 판결은 휴대전화 번호 뒷자리 4개가 개인정보라고 판단했다. 정보사용자가 실제 뒷자리 번호로 개인을 특정했음에도 굳이 뒷번호 4개가 개인정보인 이유를 자세히 설명한 데 주목해야 한다.³⁹⁾ 개인정보가 정보사용자에 관계없이 누구에게나 통용되는 객관적 개념이라는 전제가 있었기 때문일 것이다. 아래 서울중앙 2010고단5343 판

39) “오늘날 휴대전화의 사용이 보편화되면서 휴대전화번호 뒷자리 4자에 일정한 의미나 패턴을 담는 경우가 많아지고 있다. … 휴대전화번호 뒷자리 4자에 그 전화번호 사용자의 정체성이 담기는 현상이 점점 심화되고 있다. 사정이 이러하므로, 휴대전화번호 뒷자리 4자만으로도 그 전화번호 사용자가 누구인지를 식별할 수 있는 경우가 있고, 특히 그 전화번호 사용자와 일정한 인적 관계를 맺어온 사람이라면 더욱더 그러한 가능성이 높으며, 설령 휴대전화번호 뒷자리 4자만으로는 그 전화번호 사용자를 식별하지 못한다 하더라도 그 뒷자리 번호 4자와 관련성이 있는 다른 정보(앞서 언급한 생일, 기념일, 집 전화번호, 가족 전화번호, 기존 통화내역 등)와 쉽게 결합하여 그 전화번호 사용자가 누구인지를 알아볼 수도 있다.”; 대전지방법원 논산지원 2013. 8. 9. 선고 2013고단17 판결.

결 역시 정보사용자가 속한 집단, 개개인의 능력이나 인식을 전혀 고려하지 않았다.

“당해 정보와 결합 가능한 다른 정보가 모두 동일인에게 보유하고 있는 것을 전제로 하지는 아니하고 있다. 한편 여기서 ‘쉽게 결합하여 알아 볼 수 있다’는 것은 쉽게 다른 정보를 구한다는 의미이기 보다는 구하기 쉬운지 어려운지와는 상관없이 해당 정보와 다른 정보가 특별한 어려움 없이 쉽게 결합하여 특정 개인을 알아볼 수 있게 되는 것을 말한다 할 것이다.⁴⁰⁾”

다만 ‘쉬운 결합’을 자연인이 아닌 무체정보를 기준으로 판단하는 태도는 동의하기 어렵다. 위 판결 취지에 따르면 다음과 같은 결론에 이른다. 만약 전문가조차 대상 정보와 결합하여 식별 가능성을 갖게 해주는 제3의 정보가 ‘존재한다는 사실’을 몰랐다면, 대상 정보는 개인정보가 될 수 없다. 누구도 결합시킬 수 없기 때문이다. 반면 전문가 사이 식별 가능케 하는 ‘결합정보의 존재(방법)’가 공유되고 있다면 언제나 개인정보다. 방법을 아는데 결합에 어려움이 있을 리 없다. 통상 필요한 정보에 접근하는 게 어려운 것이지, 일단 취득하게 되면 사용하는 데는 장애가 없다. 결국 자연인이 아닌 무체정보를 기준으로 용이성을 판단하면, 식별 가능케 하는 결합정보의 존재가 알려진 모든 정보가 개인정보라는 결론에 이른다. ‘쉽게 결합’이라는 문언을 별다른 이유 없이 ‘결합’으로 확장시키는 부당한 해석이다. ‘정보사용자를 고려할 필요가 없다’는 것은 정보사용자에 따라 개인정보 여부가 달라지지 않는다는 의미일 뿐이다. ‘쉽게 결합하여’가 자연인과 관련 없는 개념이어서는 곤란하다. 자연인으로 존재하는 누군가는 대상정보에 수월하게 접근할 수 있어야 쉬운 결합이다. 정보는 취득 과정에 어렵고 쉬움이 있는 법이다.

이상의 개인정보와 정보사용자 간 관계 검토는 몇 가지로 요약될 수 있다. ① 식별 가능성은 구체적인 사건에서 등장하는 정보사용자의 인식·능력과는 관련 없다. 정보사용자가 속한 집단도 고려대상이 아니다. 2차·3차 유출 또는 정보사용자의 도움 요청을 통해 동시대 누구나 해당 정보를 사용할 가능성이 있기 때문이다. 건전한

40) 이 사건 피고인은 휴대전화 imei나 usim 일련번호를 다른 정보와 결합하여 개인식별 정보로 만들 수 없었다. 하지만 법원은 피고인이 개인정보인 휴대전화 imei나 usim 일련번호를 동의 없이 수집했다고 판단했다.

상식을 가진 일반인의 기준에서 판단하면 된다. ② 결합정보를 비합리적인 노력 없이 획득할 수 있는 자연인이 존재해야 식별 가능성이 있다. 결합정보를 손쉽게 취득할 수 있는 자연인이 존재하지 않는다면 쉬운 결합이 아니다. ③ 비합리적인 노력이란 과도한 시간, 노력, 비용 등 상식을 벗어나는 행위다. ②·③은 ①로 인해 개인정보가 과도하게 확장되는 것을 막아준다. 다만 ②·③의 적용과 관련하여 합법성과 용이성 간 관계를 밝혀야 한다. 합법적인 접근만을 쉬운 결합으로 보면 식별 가능성의 인정범위는 상당히 축소된다. 반대의 경우 식별 가능성의 인정범위가 광범위하게 확장된다.

다. 결합의 적법성 요구

앞서 살펴본 서울중앙지법 2010고단5343 판결은 휴대전화 imei나 usim 일련번호를 식별 가능성 있는 개인정보라고 보았다. 그런데 결합 대상인 이동통신사 보유 정보는 권한 있는 자만이 열람할 수 있고, 권한 없는 자의 열람은 불법일뿐더러 매우 어려웠다. 물론 imei와 usim 일련번호를 수집한 피고인은 권한 있는 자가 아니었다. 즉, 해당 판결은 불법적인 결합도 식별 가능성 인정 범주에 포함시킨 것이다. 반면 정부의 최근 가이드라인은 합법적인 접근만을 인정했다.⁴¹⁾ 아쉽게도 판례와 가이드라인은 합법성 문제를 논증하지 않았다.

불법적인 접근 주체는 크게 두 범주로 볼 수 있다. 처음부터 해당정보에 접근이 허락되지 않은 자(이하 ‘권한 없는 자’)와 정당한 사유가 있을 때만 해당정보를 열람·사용할 수 있는 자(이하 ‘권한 있는 자’)다. 예컨대 일반 시민과 파출소 경찰관, 일반 고객과 고객정보를 관리하는 통신사 직원이 그 예다. 권한 없는 자가 결합정보를 취득할 수 있는 방법은 권한 있는 자에게 부탁하거나(유형 1), 스스로 혹은 제3자를 통해 해킹 같은 불법 열람을 하는 것이다(유형 2). 권한 있는 자가 불법으로 결합정보를 취득하는 경우는, 정당한 사유 없이 시스템에 접속하여 열람하는 것이다(유형 3). 합법성 논의의 출발점을 ‘쉽게 결합’이라는 문언에 두고 유형별로 검토하기로 한다.

41) 국무조정실 등, 앞의 가이드라인, 55면.

유형 1은 타인에게 개인정보 누설이라는 불법을 저지르게 하는 것이다. 타인에게 민·형사 책임을 감수토록 요구하는 것은 결코 쉽지 않다. 대항범인 탓에 공범규정이 적용되지 않겠지만 범죄 교사와 다를 없다. 더군다나 범죄 교사가 성공해야 한다. 쉽게 결합할 수 있는 경우가 아니다. 유형 2는 정보관리 시스템의 보안 프로그램을 분석하고 허점을 찾아내는 게 필수다. 전문가가 설계한 보안프로그램을 무력화시키는 게 쉬운 작업일 수 없다. 유형 3은 일견 쉬운 결합처럼 보인다. 형사처벌을 감수하는 결정은 사람에 따라 손쉬운 결정일 수도 있다. 하지만 형사처벌과 별개로 부가되는 ‘신분상 불이익’ 문제까지 고려하면 이야기가 다르다.⁴²⁾ 공공기관인지 사기업 인지를 불문하고 개인정보를 함부로 열람한 사람은 본인이 속한 조직에서 신분상 불이익을 받게 된다. 경우에 따라 해임까지 가능한 탓에 개인의 사회적 생존과도 직결되는 문제다. 자리를 보전하더라도 향후 승진이나 부서이동에서 당연히 불이익을 받는다. 개인의 자아실현이 좌절될 수밖에 없다. 사회적 생존과 자아실현은 결코 가벼운 문제가 아니다. 쉽게 포기할 수도, 위험을 감수할 수도 없는 대상이다. 단순히 벌금 정도의 위험이 아니다. 따라서 신분상의 불이익을 무릅써야 하는 유형 3도 쉽게 결합하는 경우라고 볼 수 없다.

결론적으로 불법적인 접근은 쉬운 결합이 아니다. 이 같은 해석은 보호대상 정보를 지나치게 축소한다는 우려가 있을 수 있다. 하지만 합법적인 접근만을 인정한 탓에 개인정보 보호 범주에 포함시킬 필요성이 높은 정보가 배제되는 경우는 생각하기 힘들다. 예컨대 휴대전화번호·이메일 주소의 경우, 통신사나 포털 회사의 보유 자료를 통해서만 개인을 특정할 수 있는 게 아니다. 특정 전화번호와 이메일 주소 사용자가 누구인지를 아는 사람은 수도 없이 많다. 사용자가 속한 집단이나 거주 동네 같은 부가적인 정보가 추가되면 얼마든지 식별 가능성을 갖는다. 합법적인 접근만을 통해서도 식별 가능성이 인정되는 경우가 부지기수다. 불법적인 접근을 배제한다고 해서 개인정보 보호라는 법의 취지가 퇴색하지는 않는다.

42) 일반인에게 음주운전 처벌은 기껏해야 벌금 정도의 문제겠지만 경찰공무원에게는 해임과 강등 같은 중대한 신분상 불이익 문제다. 벌금 정도의 형벌과는 비교할 수도 없다. 이처럼 때때로 형벌보다 징계벌 등 신분상 불이익이 더 큰 영향력을 가진다.

2. 개인정보처리자

「개인정보 보호법」은 개인정보 개념의 모호성과 광범위성을 극복하고 법과 현실의 간극을 없애기 위해 ‘개인정보파일’과 ‘개인정보처리자’ 개념을 따로 설정하고 있다.⁴³⁾ 개인정보처리자는 동법의 기본적인 수범자다. 업무를 목적으로 ‘개인정보파일’을 운용하기 위하여 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하는 공공기관, 법인, 단체 및 개인 등을 말한다(법 제2조 제5호). ‘개인정보파일’은 개인정보처리자를 설명하는 개념이다. 개인정보를 쉽게 검색할 수 있도록 일정한 규칙에 따라 체계적으로 배열하거나 구성한 개인정보의 집합물을 의미한다(법 제2조 제4호). 결국 개인정보처리자는 ① ‘업무’와 ② ‘개인정보파일 운용’, 이 두 가지 목적을 가지고 있어야만 한다. 사적인 친분관계에 따라 개인정보를 취급하는 자는 ‘업무’ 요건을 결여하여 개인정보처리자가 아니다. ‘개인정보파일’은 반드시 전자적 형태일 필요는 없지만 일회성 메모나 문서를 제외하여 사소한 행위까지 규제하는 것을 방지했다. 다만, “개인정보파일을 운영하기 위하여...”라는 목적적 개념을 사용해 현재 개인정보파일을 운영하지 않더라도 장래 개인정보파일을 운영할 ‘가능성’만 존재하면 충분하다고 본 점이 한계로 지적된다. 식별 가능성과 마찬가지로 해석의 확장을 가져오고, 문언만으로는 판단 기준이 무엇인지를 알 수 없는 결과를 초래한다. 수범자를 한정·구체화하려는 당초 입법목적과 달리 모호한 개념이 되 버렸다는 것이다.⁴⁴⁾ 하지만 개인정보처리자를 둘러싼 논의는 수범자의 혼란과 관련하여 실익이 없어 보인다. 일상생활에서 혼란을 겪는 주체는 개인정보처리자가 아닌 개인정보취급자(법 제28조 제1항)⁴⁵⁾ 또는 개인정보를 처리하거나 처리하였던 자(법 제59조)다.

43) 김민호, “개인정보처리자에 관한 연구”, 성균관법학, 제26권 제4호(성균관대학교 법학연구소, 2014.12), 242면.

44) 김민호, 앞의 논문 242면.

45) 임직원, 파견근로자, 시간제근로자 등 개인정보처리자의 지휘·감독을 받아 개인정보를 처리하는 자(개인정보 보호법 제28조 제1항). 다만, 개인정보취급자가 의무주체가 되는 조항은 없다.

3. 59조2호로 인한 한계

「개인정보 보호법」은 금지행위를 규정한 대부분 조문에서 ‘누구든지’ 또는 ‘~한 자’가 아닌 개인정보처리자를 주어로 사용했다. 수범자를 제한한 데는 분명 국가형벌권의 과도한 확대를 경계하려는 목적이 있었을 것이다. 그런데 동법 제59조는 ‘개인정보를 처리하거나 처리하였던 자’를 주어로 금지행위를 규정했다.⁴⁶⁾ 정의규정(제2조)에서 언급한 적 없는 수범자다. 자연히 개인정보처리자와의 관계 문제가 떠올랐다. 문언만 놓고 보면 제59조 의무주체는 개인정보처리자를 풀어 쓴 것과 다를 없었다. 양자를 동일하게 볼 수 있는 대목이다. 하지만 동일한 개념인데 굳이 다르게 표현한 까닭이 석연치 않다. 양자가 다르다고 볼 수도 있는 대목이다. 법원 역시 혼란을 겪기는 마찬가지였다. 서울북부지방법원 2015노166 판결은 제59조 제2호의 구성요건에 해당하기 위해서는 행위자가 개인정보처리자의 지위에 있어야 한다고 보아 개인정보처리자가 아닌 피고인은 무죄라고 판결했다.⁴⁷⁾ 하지만 대법원 2016.

3. 10. 선고 2015도 8766판결은 달랐다.

“① ‘개인정보처리자’의 개인정보 무단 제공행위 및 그로부터 개인정보를 무단으로 제공받는 행위에 관하여는 위 제71조 제1호, 제17조 제1항에 의하여 별도로 규제되고 처벌할 수 있는 점, ② 위와 같이 제59조 제2호의 의무주체는 ‘개인정보를 처리하거나 처리하였던 자’로서 제15조(개인정보의 수집·이용), 제17조(개인정보의 제공), 제18조(개인정보의 목적 외 이용·제공 제한)등의 의무주체인 ‘개인정보처리자’와는 법문에 있어 명백히 구별되는 점, ③ 개인정보보호법이 금지 및 행위규범을 정함에 있어 일반적으로 개인정보처리자를 규범준수자로 하여 규율하고 있음에 따라, 제8장

46) 제59조 (금지행위) 개인정보를 처리하거나 처리하였던 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다. 1. 거짓이나 그 밖의 부정한 수단이나 방법으로 개인정보를 취득하거나 처리에 관한 동의를 받는 행위 2. 업무상 알게 된 개인정보를 누설하거나 권한 없이 다른 사람이 이용하도록 제공하는 행위 3. 정당한 권한 없이 또는 허용된 권한을 초과하여 다른 사람의 개인정보를 훼손, 멸실, 변경, 위조 또는 유출하는 행위

47) 아파트 관리소장인 피고인은 해임요청의 적법성을 검토하기 위해 입주민들의 개인정보(동·호수, 이름, 전화번호, 서명 등)가 기재된 동대표 해임동의서를 받아, 해임동의 대상자에게 이를 전달했다.; 서울북부지방법원 2015. 5. 21. 선고 2015노166 판결(대상판결의 1심인 서울북부지방법원 2015. 1. 13. 선고 2014고단2134 판결도 같은 판단).

보칙의 장에 따로 제59조를 두어 ‘개인정보처리자’ 외에도 ‘개인정보를 처리하거나 처리하였던 자’를 의무주체로 하는 금지행위에 관하여 규정함으로써 개인정보처리자 이외의 자에 의하여 이루어지는 개인정보 침해행위로 인한 피해를 방지하여 사생활의 비밀 보호 등 개인정보 보호법의 입법 목적을 달성하려 한 것으로 볼 수 있는 점 등을 고려하여 보면, … ‘개인정보를 처리하거나 처리하였던 자’는 … 업무상 알게 된 제2조 제1호 소정의 ‘개인정보’를 제2조 제2호 소정의 방법으로 ‘처리’하거나 ‘처리’하였던 자를 포함한다고 보아야 할 것이다.”

대법원 판단의 근거에는 제59조상 의무주체를 개인정보처리자와 동일하게 보면 「개인정보 보호법」의 사각지대가 넓어진다는 우려가 있었다. 앞서 언급한 것처럼 적어도 문언상으로는 ‘개인정보를 처리하는 자’와 개인정보처리자가 서로 다른 의미가 아니다. 조사 정도가 있고 없고의 차이이다. 제59조는 기껏해야 과거 개인정보처리자였던 경우까지를 의무주체로 보는 정도다. 다만 문리적 해석이 전부일 순 없다. 다양한 해석방법 사이 우열은 없지만 분명한 것은, 법조문의 의미를 바르게 파악하기 위해 문리·역사·논리·합목적적 해석이 조화를 이루어야 한다는 사실이다.⁴⁸⁾ 다각적인 접근으로 제59조상 의무주체를 검토해볼 필요가 있다.

대법원이 지적한 것처럼 제59조는 보칙의 장에 위치한다. 보칙(補則)은 법률의 기본 규정을 보충하고자 만든 규칙이고, 보충의 사전적 의미는 ‘부족한 것을 보태어 채운다’다. 따라서 제59조는 제1장 내지 제7장에서의 흠결, 사각지대를 해소해주는 역할을 해야 한다. ‘개인정보를 처리하거나 처리하였던 자’를 ‘개인정보처리자’와 다른 개념으로 보는 게 논리적 해석에 부합한다. 다음으로 합목적적 해석은 제59조가 개인정보 보호범위를 확대하는, 즉 제59조 수범자와 개인정보처리자가 다르다는 결론에 도달케 한다. 인적·물적 적용범위를 확장함으로써 높은 수준으로 개인정보를 보호하고자 했던 게 「개인정보 보호법」의 입법 취지였기 때문이다. 역사적 해석 역시 제59조 수범자를 개인정보처리자와 구분한다. 동법 제정에 앞장섰던 당시 행정안전부는 법 시행 직후 발간한 해설서에서 제59조 의무주체를 “개인정보처리자에게 소속되어 개인정보를 처리하고 있거나 처리한 적이 있는 잔·현직 임직원, 파견직, 수탁자 등이 해당된다.”고 설명했다.⁴⁹⁾ 마지막으로 순수한 문언적 의미에서는

48) 신동운, 형법총론 제9판(법문사, 2015), 16면.

양자가 동일할 수 있겠지만, 동일한 의미를 드러내기 위해 같은 법에서 서로 다른 표현방식을 사용하는 것은 통상적인 법률용어 사용에 비추어 볼 때 어색하다. 양자가 동일하지 않다는 문리적 해석 역시 가능한 대목이다. 요컨대 문리적 해석에서는 일도양단식의 접근이 곤란하되, 논리적·합목적적·역사적 해석에서는 양자의 구분이 타당하다. 따라서 양자를 별개의 개념으로 보는 게 조화로운 해석이다.

결국 제59조는 업무상 개인정보를 취득한 모든 자연인에게 적용된다. 물론 취득과 처리는 다른 개념이다. 취득을 곧바로 처리로 평가하여 ‘개인정보를 처리하거나 처리하였던 자’로 볼 수 있는지는 논증이 필요하다. 앞서 살펴본 대로 제59조상 수범자는 개인정보처리자가 아니어서 개인정보파일을 운용할 필요가 없다. 단지 개인정보를 제2조 제2호의 방법으로 처리하면 충분한데⁵⁰⁾, 제2조 제2호는 개인정보의 수집과 기록, 저장 등 다양한 행위를 처리라고 규정하고 있다.⁵¹⁾ 취득한 개인정보를 어딘가에 기록하거나 저장하기만 하면 처리자가 되는 것이다. 경우에 따라 업무상 알게 된 것(취득) 자체가 수집행위에 해당할 수 있다. 아주 예외적으로 업무상 알게 된 개인정보를 처리하지 않은 경우가 있을 수 있겠지만, 업무상 취득함으로써 처리자가 되는 구조를 일반화하는 데는 무리가 없어 보인다. 주변에서 흔히 목격할 수 있는 개인정보파일과 관련 없는 일회성 메모도 업무상 이루어진 것이라면, 메모 속 개인정보는 제59조의 보호객체다. 제59조로 인해 「개인정보 보호법」의 모호성과 광범위한 확장을 제한하고자 했던 개인정보처리자 개념은 의미가 퇴색한다.

V. 사회상규를 통한 처벌범위 축소

1. 사회상규의 역할 필요

식별 가능성 판단에서 정보사용자의 입장을 고려하지 않되 합법적인 접근만을 허

49) 행정안전부, 앞의 책, 353면.

50) 대법원 2016. 3. 10. 선고 2015도 8766판결.

51) “처리”란 개인정보의 수집, 생성, 연계, 연동, 기록, 저장, 보유, 가공, 편집, 검색, 출력, 정정(訂正), 복구, 이용, 제공, 공개, 파기(破棄), 그 밖에 이와 유사한 행위를 말한다.

용하고, 지나친 시간·비용 및 노력을 배제하면 물적 적용범위인 개인정보를 상당부분 축소시킬 수 있다. 하지만 그것만으로는 국가형벌권이 일상생활 영역에 과도하게 작용한다는 우려를 불식시킬 수 없다. 수범자의 혼란은 여전히 심각한 문제다.

「개인정보 보호법」 제59조와 그 위반의 벌칙규정(제71조, 제72조)은 오로지 형사처벌만을 염두에 뒀다. 업무상 개인정보를 처리한 사람이 동의나 권한 없이 이를 누설·제공하면 형사처벌 이외 다른 제재를 고려할 수 없게 규정하여 다양한 제재수단을 두고 있는 「개인정보 보호법」의 입법 취지를 살리지 못했다. 2017년 1월 기준 우리나라 자영업자는 547만 6,000명, 임금근로자는 1,926만 명이다. 총 인구 5,165만 1,211명 중 절반 가까이가 ‘업무’를 수행하고 있다.⁵²⁾ 업무상 개인정보를 처리하는 데는 대단한 권한이나 법적 근거가 필요 없다. 배달음식점이 주문을 받으면서 기록하는 전화번호와 주소가 개인정보다.⁵³⁾ 업무상 연락을 주고받는 용도로 사용되는 이메일 주소 역시 개인정보다.⁵⁴⁾ 전화번호, 이메일 같이 업무가 아닌 사교나 친분에 따라서도 빈번하게 주고받는 개인정보가 도처에 널려 있다. 당연히 업무를 하다 보면 부지불식간에 개인정보를 알게 된다. 2,500만 명의 일상이 국가형벌권의 감시 아래 놓일 수밖에 없는 까닭이다.⁵⁵⁾ 짐작컨대 사소하다는 이유로 형사문제로까지 시비되지 않는 경우가 상당할 것이다. 절대 바람직하지 않다. 이대로라면 일종의 암수범죄가 횡횡한다는 이야기 밖에 안 된다. 법에 대한 수용성과 신뢰 추락을 피할 수 없다. 적어도 일상 속 전형적인 행위 일부에 대해서는 처벌대상이 아니라고 확인해주는 해석이 필요하다. 일응 「개인정보 보호법」 위반 구성요건에 해당하지만 처벌대상에서 제외되는 범주를 정형화해 주자는 것이다. 형사처벌 대상에서 제외할 일상생활 속 행위를 논의하자는 화두는, 과연 그러한 행위가 실제 형사처벌 대상이 되거나 될 우려를 겪는지 의문을 가져온다. 논의의 실익이 있느냐는 문제인데 살펴볼 필요가 있다.

52) 통계는 http://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=101&tblId=DT_1DA7010&vw_cd=&list_id (2017.2.27. 마지막 방문)

53) 개인정보보호위원회 2012. 1. 30. 「배달음식점 개인정보 보유관련 법령 해석」 의결.

54) 행정안전부·한국인터넷진흥원, 개인정보보호법 상담사례집(2012.2), 14면.

55) 업무를 지나치게 일반화하면 안 되고 개인정보 처리와 관련된 업무로 국한해야 한다는 반론이 있을 수 있다. 의미 있는 지적이다. 다만, 여기서는 대법원 2105도 8766 판결이 제59조 제2호 수범자를 정의함에 있어 업무의 내용에 제약을 두지 않았다는 점을 참고하였음을 밝힌다.

범죄가 성립하기 위해서는 구성요건해당성과 위법성, 책임을 모두 갖춰야 한다. 하지만 일반인 입장에서 위법성과 책임은 소극적으로 범죄를 조각시켜주는 역할에 머물 뿐이어서 구성요건에 해당하면 죄가 된다는 생각이 지배적이다. 구성요건에 해당하는지는 사안의 경중을 묻지 않는다. 10원을 훔쳐도 절도죄 구성요건에 해당하고, 음박으로 막대사탕을 빼앗아 먹어도 공갈죄의 구성요건에 해당한다. 구성요건 해당성에 대해서는 문언에 충실한 해석을 해야 한다는 주장이 얼마든지 가능한 대목이다. 구성요건에 해당한다는 사실이 가져오는 파급력은 상당하다. 고소, 고발이 얼마든지 가능하기 때문이다. 불기소처분이나 무죄판결을 받더라도 피의자·피고인이 되었다는 사실이 가져오는 중압감을 견뎌낸 시간은 공통일 수밖에 없다. 구성요건 해당성이 의문인 「개인정보 보호법」 위반 고소·고발조차 종종 일어나는 점⁵⁶⁾을 떠올리면, 사소하거나 일상적인 행위라도 「개인정보 보호법」 위반 구성요건에 해당하면 언제든지 국가형벌권의 과잉이 문제될 수 있는 생각이 설득력을 갖는다. 구성요건 해당성 이후 단계를 살펴보고 미리 불가벌 행위를 정형화해둘 필요가 있는 이유다.

형법 조문은 단순하다. 아무리 복잡한 법리를 담고 있어도 결국은 ‘~(금지행위)을 한 자는 ~(형벌)에 처한다’는 구조다. 이유는 간단하다. 수범자가 조문을 통해 무엇이 허용되고 금지되는지를 이해할 수 있어야 하기 때문이다. 조문이 아닌 법 해석으로 수범자에게 불가벌적인 행위를 확인해주자는 주장이 불편하게 들리는 이유다. 하지만 현실에 존재하는 법은 때때로 이상과 거리가 멀다. 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률(이하 ‘청탁금지법’)」이 대표적이다. 청탁금지법은 제5조(부정청탁의 금지) 제2항 제7호, 제8조(금품등의 수수 금지) 제3항 제8호에서 ‘사회상규’라는 용어를 사용했다. 금지대상 행위라도 사회상규에 위배되지 않으면 부정청탁·금품수수가 아니라고 했다. 하지만 청탁금지법이 조문에서 언급하지 않았더라도 모든 형벌법규는 사회상규에 해당하는 행위를 처벌할 수 없다. 형법 제20조가 사회상규 해당을 불가벌 사유로 삼았기 때문이다. 그래서 청탁금지법상 사회상규의 법

56) (舊)새누리당은 대통령 탄핵에 찬성, 반대하는 의원 명단을 작성하여 유포한 000 의원을 「개인정보 보호법」 위반으로 고소(2016.12.2.)하면서, 해당 명단에 국회의원 전화번호를 추가한 성명불상자까지 같은 혐의로 수사해달라는 내용을 포함시켰다. 그런데 언론보도에 따르면 그 성명불상자는 평범한 공대생으로 인터넷을 통해 국회의원의 전화번호를 알아낸 것이다(안상현, “새누리당 핸드폰 유출 문건은 공대생 작품…탄핵 찬성표 끌어내려 만들어”, 조선일보, 2016.12.1). 보도가 사실이라면 성명불상자의 경우 「개인정보 보호법」 위반 구성요건에 해당하지 않음이 분명하다.

적 성질 혹은 기능이 무엇인지를 대답하기가 쉽지 않다. 위법성조각사유라고 보기가 어색하다. 형법 제20조를 되풀이한 이유가 석연찮기 때문이다. 구성요건을 설명하는 조문에 위치한 탓에 구성요건해당성배제원리, 소위 사회적 상당성이라고 생각해볼 수도 있다. 하지만 우리 형법체계에서는 생경한 해석이다. 사회적 상당성은 사회상규 규정이 존재하지 않는 독일 형법에서 등장한 개념이다.⁵⁷⁾

생각건대 청탁금지법의 사회상규는 법 적용에 있어 형법 제20조 사회상규를 적극 고려해야 한다는 선언적 의미로 이해하는 것이 가장 자연스럽다. 이유는 다음과 같다. 첫째, 전형적인 불확정 개념인 사회상규가 구성요건요소일 수 없다. 구성요건은 다른 범죄와 구별되는 정형적인 행위내용을 명백히 해줘야 한다. 사회상규가 보충적인 개념으로 쓰였다고 하더라도 구성요건을 설명하는 요소라고 보는 순간, 구성요건의 징표기능⁵⁸⁾이 현저히 손상된다. 사회상규가 구성요건의 해석기준으로 사용되면 구성요건이 개방적 개념으로 변질될 것이다.⁵⁹⁾ 둘째, 구성요건은 형법상 개념이고 사회상규는 법질서 전체를 배경으로 한다. 법질서 전체의 고려는 위법성 단계에서 이루어진다. 형법상 개념인 구성요건에서 법질서 전체를 고려하자는 것은 모순이다. 부분이 전체를 포함할 수는 없다.⁶⁰⁾ 셋째, 헌법재판소는 청탁금지법상 사회상규를 형법 제20조와 동일한 의미라고 했다.⁶¹⁾ 동일한 의미가 구성요건과 위법성 각각의 단계에서 중복하여 효과를 가져 올 수 없다. 법체계에도 맞지 않다. 위법성조각사유 중에서도 보충적 지위를 가지는 사회상규가 위법성에 앞선 단계인 구성요건에 등장하기 때문이다. 더군다나 사회상규 개념은 세계사적으로 유사한 입법례를 찾기 힘들다.⁶²⁾ 구성요건으로

57) 김성돈, 형법총론 제4판(성균관대학교 출판부, 2015), 354면.

58) 이는 위법행위의 정형을 의미하는 협의의 구성요건이 가지는 기능이다. 협의의 구성요건이 위법성 판단의 추론근거를 제시하는 기능을 구성요건의 징표기능이라 한다.; 신동운, 앞의 책, 101면.

59) 김성돈, “한국 형법의 사회상규조항의 기능과 형법학의 과제”, 성균관법학, 제24권 제4호(성균관대학교 법학연구소, 2012.12), 272면.

60) “법질서의 일부(즉 형법)에서 내려진 가치판단의 결과를 담고 있는 구성요건이 법질서의 전체의 관점에서 내려진 부정적 가치판단을 의미하는 위법성을 그 자체 안에 포함한다는 말은 논리적으로 모순이다(부분은 전체를 포함할 수 없기 때문이다).”; 김성돈, 앞의 책, 191면.

61) “‘사회상규’라는 개념도 형법 제20조에서 사용되고 있으며, 대법원이 그 의미에 관해 일관되게 판시해 오고 있으므로, 부정청탁금지조항의 사회상규도 이와 달리 해석할 아무런 이유가 없다.”; 헌법재판소 2016. 7. 28. 자 2015헌마236, 412·662·673(병합) 결정.

62) 김성돈, 앞의 논문, 247면.

까지 끌어와 죄형법정주의를 위태롭게 해선 안 된다.⁶³⁾

「개인정보 보호법」과 청탁금지법은 일종의 상징입법이다. 법이 가져오는 수범자의 혼란, 법규범의 논란과 관계없이 법이 제정되었다는 사실만으로 대중들로 하여금 법질서와 국가기관에 신뢰를 갖게 한다.⁶⁴⁾ 두 법이 가지는 공통점은 「개인정보 보호법」에서도 청탁금지법에서처럼 사회상규를 적극적으로 고려해야 한다는 결론을 가능하게 해준다. 두 법은 성격은 물론 가벌성의 불명확성이라는 혼란, 국가형벌권이 일상생활에 과도하게 작용한다는 우려가 유사하다. 문제와 원인이 비슷하면 해결책도 유사할 수밖에 없다. 물론 사회상규를 적극적으로 고려하는 청탁금지법의 접근이 충분한 해결책은 아니다. 하지만 사회상규를 고려하지 않는 것보다는 법의 부작용을 줄일 수 있는 만큼, 「개인정보 보호법」에서도 형법 제20조 사회상규를 적극적으로 고려하여 일정한 불가벌 영역을 수범자에게 확인해줘야 한다.

2. 사회상규 의미

사회상규 용어는 이미 1915년부터 가인 김병로 선생이 사용했다.⁶⁵⁾ 형법제정 과정에서 그 의미와 취지가 다뤄졌다.⁶⁶⁾ 대법원은 1956년 처음 사회상규 개념을 다룬 이래⁶⁷⁾ 몇 차례 새로운 설명을 했다. 최근 유형은 크게 세 가지다. ① 사회통념,

63) 같은 맥락에서 대법원이 배임중재죄(형법 제357조 제1항)의 구성요건인 부정청탁을 해석하는데 사회상규를 활용(대법원 2005.6.9. 선고 2005도1732 판결 등)하는 것은 죄형법정주의의 엄격성을 훼손한다.

64) 상징입법의 특징에 관해서는 조성용, “형사입법의 상징적 기능에 대한 비판적 고찰”, 형사정책연구, 제53호(형사정책연구원, 2003.3), 190면 참고.

65) 가인 김병로 선생은 법률잡지 「법학계」 제3호(1915.12) “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함” 글을 통해 사회적 반(反)상규성이 있을 때 위법의 특별성(실질적 위법성)이 인정된다고 했다. 그에 따르면 사회상규란 공(公)의 질서와 선량한 풍속, 즉 공서양속이다; 신동운, “형법 제20조 사회상규 규정의 성립경위”, 서울대학교 법학, 제47권 제2호(서울대학교 법학연구소, 2006.6), 195면.

66) 효당 엄상섭 의원은 제16회 국회임시회의(1953.7.2)에서 분묘발굴죄 논의에서 다음과 같이 사회상규를 설명했다. “사회상규라고 하는 것은 무엇이나 하면 그 시대와 그 지역의 여러 가지 관습과 모든 것을 합해가지고 사회상규를 결정할 것입니다.…형법보다 현실적 자연법이론이라고 하는 것이 그보다 위에 가는 한 원리가 있어서 이것이 형법총칙에 설명이 되어 있는 것입니다.”; 신동운 편저, 형법 제·개정 자료집(한국형사정책연구원, 2009.12), 264면.

67) 대법원 1956. 4. 6. 선고, 4289형상42 판결.

판례 같은 ‘포괄적인 기준으로 환원’하여 설명하거나, ② 목적과 정당성, 수단의 사회적 상당성, 균형성, 보충성, 긴급성 이렇게 다섯 가지 세부기준을 사용한다. ③ 별다른 설명 없이 사회상규에 반하지 않는다고 판단하는 경우도 있다. ②는 주로 사회상규를 부정하기 위해 사용된다.⁶⁸⁾ ③은 동어반복이라 기준이라고 할 수 없다. 따라서 사회상규에 위배되지 않는 경우를 정형화하기 위해서는 ①과 같이 포괄적인 기준을 설명한 판례를 참고해야 한다. 사회상규 적용 판결이 많은 공직선거법 위반사건에서의 법원 판단을 참고할 필요가 있다. 공직선거법 판례에서는 다음과 같이 두 가지 유형의 사회상규 설명을 주로 사용했다.⁶⁹⁾

“법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위⁷⁰⁾” / “지극히 정상적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회질서의 범위 안에 있는 것이라고 볼 수 있는 경우에는 일종의 의례적이거나 직무상의 행위⁷¹⁾”

사회상규가 전형적인 불확정개념일지라도 일부 최소한의 불가벌적 행위를 정형화하기 위해 사용하는 데는 문제가 없어 보인다. 반세기 이상 논의되고 축적돼온 개념이다. 헌법재판소 역시 사회상규는 법관의 보충적 해석으로 충분히 그 의미내용을 확인할 수 있다고 판단했다.⁷²⁾ 다만, 이견을 최대한 좁히고 자의적인 해석이라는 비판을 받지 않게, 불가벌 행위의 범위를 협소하게 확인해줘야 한다.

68) 판례상 사회상규 유형에 관해서는 김성돈, 앞의 논문, 257-258면 참고.

69) 박철·최유나, “공직선거법상 ‘사회상규에 위배되지 않는 행위’의 개념과 적용”, 선거연구, 제2호(중앙선거관리위원회, 2011.12), 356면, 369면.

70) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도2680 판결. 같은 개념 정의를 처음 내린 판결은 대법원 2000. 4. 25. 선고 98도2389 판결.

71) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도2245 판결.

72) “‘사회상규’라는 용어는 부정청탁금지조항의 입법배경 및 입법취지와 관련 조항 등을 고려한 법관의 보충적 해석으로 충분히 그 의미내용을 확인할 수 있으므로, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 보기 어렵다.”; 헌법재판소 2016. 7. 28. 자 2015헌마236, 412·662·673(병합) 결정.

3. 적용 대상 검토

가. 전제요건

최근 대법원 2016. 8. 17. 선고 2014다235080 판결을 주목해야 한다. 판례의 사실관계는 피고(영리회사)가 법학 교수의 프로필 정보를 수집하여 영리목적으로 제3자에 제공했다는 것이다. 프로필 정보는 대학 홈페이지에 공개된 정보였다. 피고의 행위가 위법하지 않다고 판단하면서 대법원은 다음과 같은 논거를 제시했다.⁷³⁾ 참고로 대상행위가 「개인정보 보호법」 시행(2011. 9. 30) 전후에 이루어진 탓에 대법원 역시 시행 전후에 따라 법리를 달리 적용했다.⁷⁴⁾

① (「개인정보 보호법」 시행 이전 법리) 정보주체 의사에 따라 공개된 개인정보를 별도 동의 없이 영리목적으로 수집·제공하였다면, 단지 정보처리자에게 영리 목적이 있었다는 사정만으로 곧바로 정보처리 행위를 위법하다고 할 수는 없다. 개인정보 처리로 침해될 수 있는 이익의 성질과 내용, 정보처리 행위로 얻을 수 있는 이익 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 비교형량 해야 한다. ② (「개인정보 보호법」 시행 이후 법리) 개인정보 보호법은 개인정보의 수집·이용·제3자 제공에 원칙적으로 정보주체의 동의를 요구하고 공개정보와 비공개정보를 달리 규율하지 않는다. 객관적으로 보아 공개된 개인정보를 정보주체가 동의한 범위 내에서 처리하는 것으로 평가할 수 있는 경우에도 (사용·제공)동의 범위가 외부에 표시되지 않았다는 이유로 정보주체의 별도 동의를 요구하는 것은 정보주체의 공개의사에도 부합하지 않고, 무의미한 동의절차를 밟기 위한 비용만을 부담시킨다. 공개정보에 대한 개인정보자기결정권은 사후통제⁷⁵⁾로도 보호받는다.

73) 이하는 판례이유를 요약, 정리한 내용.

74) 대상판결의 원심(서울중앙지방법원 2014. 11. 4. 선고 2013나49885 판결) 역시 「개인정보 보호법」 이전에는 민간부문 개인정보 보호에 관한 법리는 전적으로 학설과 판례에 맡겨져 있었다고 설명했다. 같은 맥락에서 “개인정보 보호법 시행 전 정보주체의 동의 없이 개인정보를 공개하는 행위의 적법성 판단 기준에 관한 대법원 판례”라는 소제목으로 해당 법리를 소개하기도 했다.

75) 공개된 개인정보 등을 수집·처리하는 경우 개인정보 보호법 제20조는 정보주체의 요구가 있으면 즉시 개인정보의 수집 출처, 개인정보의 처리 목적, 제37조에 따른 개인정보 처리의 정지를 요구할 권리가 있다는 사실을 정보주체에게 알리도록 규정하고 있다.

③ (「개인정보 보호법」 시행 이전법리에 따른 대상사건 판단) 교수는 공적 존재이고 그 직무 수행은 국민들의 광범위한 감시와 비판의 대상이 된다. 프로필 정보는 민감 정보나 고유식별정보가 아니다. 공개된 개인정보에 대해서는 이를 수집할 수 있는 ‘알 권리’가 인정되고, ‘알 권리’를 기반으로 하는 표현의 자유도 보호되어야 한다. 사인이 영리추구를 위하여 개인정보를 활용하는 것도 영업의 자유에 의하여 당연히 보장되는 영리활동에 해당한다. 정보주체의 공적인 존재로서의 지위, 대상정보가 가지는 공공성과 공익성 등을 종합하면 개인정보의 제3자 제공으로 인한 법적 이익이 정보주체의 인격적 법익에 비하여 우월하다. ④ (「개인정보보호법」 시행 이후 법리에 따른 대상사건 판단) 피고가 제3자에게 제공한 개인정보의 내용이 정보주체(교수)가 원래 공개한 내용과 다르지 않고, 제3자 제공 목적 역시 원래의 제공 목적과 상당한 관련성이 있다. 이를 종합하면 피고의 행위는 정보주체의 동의가 있었다고 객관적으로 인정되는 범위에 해당하여 개인정보보호법 제15조나 제17조를 위반했다고 볼 수 없다.

대법원이 위법성이 없다고 판단하면서 가장 중요한 출발점으로 삼은 것은 공개정보라는 사실이다. 「개인정보 보호법」 시행 전후 법리를 달리하긴 했지만 공개정보가 아니었다면 어느 기준도 만족시킬 수 없었음이 분명하다. 사회상규 고려에서 개인정보의 공개여부가 중요한 판단요소임을 시사해준다. 물론 대상판결은 「개인정보 보호법」 위반이 아니기 위한 요건으로 공개성만을 요구하지는 않았다. 객관적으로 볼 때 정보주체의 동의 범위에 있는 사용일 것을 요구했다. 그렇다면 “공개정보 사용이 「개인정보 보호법」 위반으로 처벌받지 않으려면 반드시 동의가 있었다고 인정(추정)되어야 한다.”는 명제로 이어지는지를 살펴봐야 한다. 적어도 형사법적 관점에서는 이에 동의할 수 없다. ‘동의가 존재한다고 객관적으로 인정할 수 있는지’의 문제는 형법상 추정적 승낙과 구조가 유사하다.⁷⁶⁾ 양자는 명문으로 존재하는 적법 요건에 착안한 논의다. 「개인정보 보호법」이 정보주체의 동의가 있으면 얼마든지 개인정보를 처리할 수 있게 허용했듯, 형법 제24조 역시 피해자의 승낙이 있으면

76) 개인정보는 개인적 처분권의 객체이다. 범죄행위가 피해자의 의사에 반할 것을 본질적인 내용으로 하는 경우에는, 피해자의 동의를 구성요건해당성을 배제하는 양해로 볼 수도 있는 이유다. 하지만 양해는 현실적으로 존재해야 한다. 양해가 현실적으로 존재하지 않는다면 ‘추정적 양해’를 인정해 구성요건해당성을 배제하기 보다는, 추정적 승낙으로 위법성을 조각한다고 평가해야 한다.; 김성돈, 앞의 책, 325면, 328-329면.

처벌대상이 아니라고 확인해준다.⁷⁷⁾ 추정적 승낙은 피해자의 승낙을 대체하여 형법 제24조를 준용할 수 있게 해준다.⁷⁸⁾ 추정적 승낙이 없다고 해서 형법 제20조상 사회상규가 적용될 수 없는 것은 아니다. 마찬가지로 정보주체의 동의가 인정(추정)되지 않는다고 해서 사회상규에 따른 위법성조각이 불가능한 것은 아니다. 따라서 대상판결이 가지는 형사법적 의의는 제3자가 공개된 개인정보를 자유로이 사용하는 데 대해서는 형사처벌에 신중을 기해야 한다는 고민을 가져온 정도로 보아야 한다.

그런데 공개정보에 대해서는 다소 완화된 기준이나 시각이 가능한 이유는 무엇일까. 현대 사회는 정보를 유통시킴으로써 정보가 가지는 사회적 효용을 높여나가기 를 요구하고 있기 때문이다.⁷⁹⁾ 공적 성격을 가진 정보에 대해서는 특정인의 독점이 아닌 자유로운 유통을 보장해야 한다는 이른바 정보의 자유 역시 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 개인정보자기결정권이 가지는 통제적인 성격에만 주목할 경우 자칫 개인정보를 공유하려고 하는 자의 자유를 제한할 수 있다.⁸⁰⁾ 게다가 정보주체가 스스로에 관한 정보라는 이유로 그 모든 유통을 통제하고 지배할 수 있다고 보면 신체적·재산적 법익이 아닌 여타 인격적 법익을 보호하는 초상권이나 명예훼손 등이 가지는 의미를 형해화 시킬 수도 있다.⁸¹⁾ 개인정보자기결정권이 인격과 관련된 다수의 권리를 포섭한다는 결론이 가능해지기 때문이다. 공개정보에 대해서는 통제가 아닌 올바른 유통과 이용에 방점을 두어야 한다는 시각은 해외 사례에서도 확인할 수 있다. 호주, 캐나다, 싱가포르, 인도, 벨기에처럼 일반적으로 공개된 정보에 대해서는 개인정보 보호를 위한 법률 적용을 배제하도록 명시하고 있는 나라가 있다.⁸²⁾

77) 형법 제24조(피해자의 승낙) 처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 법익을 훼손한 행위는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다.; 여기서 대상이 되는 법익은 개인적 법익에 국한된다.;

78) 우리 학계에서는 추정적 승낙의 법적 근거나 성질이 무엇인지에 대해 여러 견해가 있다. 이는 독일에서 추정적 승낙을 두고 논의되는 여러 견해들이 영향을 미친 것으로 보인다. 그러나 독일은 우리와 같이 피해자의 승낙에 대한 조문을 두지 않았고 사회상규 조문을 두지도 않았다. 따라서 우리의 경우 추정적 승낙은 형법 제20조와 제24조 중 어느 조항의 문제로 보아야 할지로 쟁점이 정리되어야 한다. 특별법 우선의 원칙으로 인해 형법 제24조의 준용 문제로 보는 게 타당하다.; 신동운, 앞의 책, 339-340면.

79) 권영준, 앞의 논문, 690면.

80) 권영준, 앞의 논문, 692면.

81) 박경신, “독일개인정보보호법: 일반적으로 공개된 정보에도 잊혀질 권리가 적용되는가?”, 강원법학, 제49권(강원대학교 비교법학연구소, 2016.10), 105면.

82) 박경신, 앞의 논문, 113면.

일본의 경우 2015년 「개인정보 보호에 관한 법률(個人情報の保護に関する法律)」 개정을 통해 제1조에 “개인정보의 유용성을 배려하면서“ 라는 문구를 삽입하였는데, 이는 개인정보가 보호의 대상이자 이용의 대상임을 보여주고 있다.⁸³⁾

다만, 개인정보는 공개와 비공개라는 양자택일의 상태가 아니라는 점에 유의해야 한다. 공개정보부터 비공개정보까지 연속적으로 존재한다. 대법원 2014다235080 판결 대상과 같이 명백한 공개정보라면 사회상규 고려에 별다른 어려움이 없을 것이다. 문제는 공개와 비공개의 연속선상에 존재하는 경우다. 이하에서는 일상생활에서 제한적이거나 공개정보의 성격을 가지는데⁸⁴⁾, 쉽게 주고받는 경우가 생기는 ① 전화번호, ② 이메일 주소, ③ 집·사무실 주소를 검토해본다.

나. 사회상규에 따른 전화번호, 이메일, 주소의 사용

전화번호·이메일·주소는 다른 정보와 쉽게 결합하여 개인을 식별해준다. 사용자가 속한 직장이나 학교를 알면 전화번호·이메일로 개인을 특정할 수 있다. 해당 집단에 속한 아무에게나 물어보면 된다. 주소를 알면 해당 주소지의 우편함을 살펴보면 된다. 우편함에는 거주자 앞으로 된 수많은 고지서와 안내문이 있다. 등기부를 열람하면 제한적이거나 일정한 등기명의자 정보도 알 수 있다. 이들 정보는 「개인정보 보호법」이 적용되는 영역에 존재함이 분명하다. 한편, 전화번호·이메일·주소는 공개정보와 비공개정보의 연속선상에서 ‘공개정보에 가까운 성격’을 지니고 있다. 이를 논증하는데 있어서는 전화번호·이메일·주소가 개인과 공동체를 연결시켜 주는 정보라는 점에 주목해야 한다. 개인의 전화번호와 이메일은 정보주체 스스로가 타인과 소통하기 위해 생성한 정보로, 주된 목적이 공동체와의 교류다. 전화번호와 이메일을 변경한 사람은 대부분 바뀐 정보를 주변에 알려준다. 전화번호와 이메일이 공개를 전제로 정보주체인 특정 개인을 일정한 공동체 속에 연결시켜주고, 그 안에서 사회적 존재로 자리매김하게 해주고 있음을 방증한다. 주소의 경우에는 타인과의 교류만을 주된 목적으로 하는 정보는 아니다. 오히려 국가행정의 효율이 그

83) 권영준, 앞의 논문, 691면.

84) 공개와 유통을 목적으로 만든 명함에는 보통 이름과 전화번호, 이메일, 사무실 주소가 기재된다. 이에 대해서는 아래서 자세히 살펴보기로 한다.

앞에 있을 수도 있다. 정보주체로서는 필요한 경우 이외에는 공개를 바라지 않는 정보라고 볼 수도 있는 대목이다. 하지만 공동체 생활을 영위하는 이상 누구나 수도 없이 타인으로부터 주소의 공개를 요구받고, 이를 당연히 여기며 기꺼이 공개한다. 직장, 학교 같이 정보주체가 공식적으로 속해있는 공동체에서만 요구하는 것이 아니다. 처음 만나는 사이에서도 몇 마디 나누다 보면 으레 집은 어디인지(정확한 주소까지 묻지는 않겠지만), 가족관계는 어떻게 되는지 문답이 오고간다. 웬만해서는 어디 사느냐는 질문이 실례가 되지 않는다. 주소가 어느 정도 공개를 전제로 하는 정보라는데 사회적 공감대가 형성되었기 때문이다. 이상을 종합하면 전화번호·이메일·주소는 개인을 식별케 하는 정보이자 일반적으로 비공개 보다는 공개정보에 가까운 성격을 지니고 있는 정보임을 알 수 있다.

타인의 전화번호·이메일·주소를 자유롭게 유통시키고 이용할 수 있느냐는 질문에 답하기 위해서는 두 가지 측면의 확인이 필요하다. 공개정보에 가깝다고 해서 정보주체 의사와 관계없이 유통시킬 수 있는지, 만약 유통이 가능하다면 그 요건은 무엇인지다. 전자를 설명하지 않은 채 후자를 들여다볼 수는 없다. 먼저 전자를 살펴보기로 한다. 문명사회에 진입하기 이전부터 인류는 군집생활을 해왔다. 문명사를 획기적으로 뒤바꾼 말과 글자, 인쇄술의 시작은 공동체 생활에서 정보의 유통이 가지는 효용을 깨달은 인류가 이룩한 성취다. 타인에 대해 알고 싶고, 이를 바탕으로 연대와 소통을 하려는 욕구는 인간의 본성이자 인류를 발전시켜 온 원동력이었다. 인류가 공동체 생활을 영위하는 이상 전화번호·이메일·주소같이 공동체 구성원 간 소통과 교류에 도움을 주는 정보는 통제보다는 이용과 유통이 가지는 사회적 효용에 더 방점을 두어야 한다. 경우에 따라 정보주체 의사와 관계없이 자유로운 유통을 허용하는 것이 필요하고, 또 바람직하다.

다음으로 자유로운 유통이 가능한 경우가 언제인지를 살펴본다. 생각건대 다음의 몇 가지 요건을 갖추면 업무상 알게 된 전화번호·이메일·주소(이하 ‘대상정보’)를 타인에게 알려주더라도 사회상규에 따른 행위라고 평가해야 한다. 첫째, 1차 수집 과정에서 대상정보가 전적으로 업무상의 목적만을 가지고 있어서는 안 된다. 사교의 목적도 함께 가지고 있었어야 한다. 범죄 신고자가 경찰관과 업무 외적인 목적으로 연락하고 싶을 리 없다. 보험설계사와 사적인 연락을 하고 싶은 고객도 없다. 배

달음식점에서 주문 말고 다른 이야기를 꺼낸다면 불쾌하다. 반면 학생과 교사, 교수 간의 관계는 다르다. 거래처 직원 사이 관계, 직장 동료와의 관계도 마찬가지다. 분명 업무 때문에 타인의 개인정보를 알게 됐을 것이다. 하지만 업무와 관계없이 대상 정보를 사용한다고 해서, 즉 사교의 목적으로 연락하거나 방문한다 해서 정보주체가 당황하지 않는다. 사교의 목적을 요구하는 이유는 앞서 살펴본 것처럼 대상정보가 본래 공개정보에 가까운 성격을 지니지만, 그렇다고 해서 그것이 고정불변의 성질은 아니기 때문이다. 정보주체의 명시적 의사에 따라 완전한 공개정보가 될 수도 있고 반대로 비공개정보가 될 수도 있다. 만약 대상정보를 주고받는데 사교의 목적이 함께 있었다면, 대상정보가 가지는 공개정보로서의 성격을 강화시켜주거나 적어도 약화시키지는 않겠다는 정보주체의 내심이 있었다고 볼 수 있다. 완전한 공개정보는 아니라도 대상정보가 가지는 공개정보에 가까운 성격이 훼손되지 않았다면, 대상정보는 사회상규 논의 대상에 포함될 수 있다. 공개정보에 가깝다는 성격을 확인해 주는 게 바로 사교의 목적이다.

둘째, 재산상 손해, 법적 불이익, 해악이나 공포 등 정보주체에 불리한 결과가 초래돼선 안 된다. 「개인정보 보호법」의 취지는 통제받지 않는 개인정보 유통이 정보주체의 권리를 침해하지 않게 하는 것이다. 사생활의 평온을 비롯한 정보주체의 권리가 침해됐다면 사회상규에 해당할 수 없다. 다만 불쾌감과 같이 지극히 주관적인 요소는 배제하고, 대신 사후통제로 보호하는 게 바람직하다. 정보주체의 내심이 형벌을 좌우해선 안 되기 때문이다. 지나치게 추상적인 권리도 마찬가지다.

셋째, 사회적 비난가능성이 없어야 한다. 헌법재판소 2015. 2. 26. 자 2009헌마17 결정(간통죄 위헌소원)에서 일부 재판관의 반대의견은 다음과 같았다. “사회적으로 비난가능성이 없는 간통행위는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로 볼 여지가 있다.” 이는 사회적 비난가능성이 사회상규의 판단요소 중 하나임을 지지해준다. 만약 고등학교 담임교사가 특정 대학에 담당 학생들의 수능성적과 연락처를 알려주고, 이를 바탕으로 대학이 학생들에게 대입 홍보를 한다면 부정적인 사회적 평가가 뒤따를 것이다. 교사가 학생이 아닌 대학을 위해 입시지도 하는 게 아니냐는 비난이다. 이렇게 사회적 비난가능성이 있는 행위는 사회통념에 비추어 용인될 수도, 사회질서의 범위 안에 있을 수도 없어 사회상규에서 배제되어야 한다. 여기서 확인해야

하는 점은 관행이라고 일컫는 일상생활에서 빈번히 일어나는 행위가 가지는 사회적 비난가능성이다. 관행과 사회적 비난가능성의 상관관계 문제다. 분명 관행이라면 사회적 비난가능성이 없거나 낮은 게 일반적일 것이다. 실제로도 관행을 이유로 사회상규를 주장하는 경우가 빈번하다.⁸⁵⁾ 하지만 관행과 사회적 비난가능성은 논리필연적인 관계가 없다. 예컨대 관행이었다는 이유로 사회적 비난가능성을 더 크게 본 판결도 있다.⁸⁶⁾ 사회적 비난가능성을 사회상규와 동일하게 생각하는 잘못을 범해서도 안 된다. 사회적 비난가능성이 없다고 해서 곧바로 사회상규에 해당하는 것은 아니다. 사회적 비난가능성은 일반인이 가지는 일종의 법 감정이다. 법 감정이 법적 평가와 일치하는 것은 아니다. 예컨대 대중의 법 감정상 가해자가 아닌 피해자에게 사회적 비난이 향하는 경우에도 법원은 사회상규를 인정하지 않을 수 있다.⁸⁷⁾ 사회적 비난가능성이 없거나 적다는 사실은 사회상규에 해당하기 위한 필요조건이지 충분조건이 아니다.

업무상 알게 된 타인의 전화번호·이메일·주소라도 이상의 세 가지 요건을 갖추었다면, 정보주체의 동의 없이 이루어지는 일상생활에서의 악의 없는 전달이 허락되어야 한다. 「개인정보 보호법」이 타인과 소통하고자 하는 인간의 욕구를 억압하고 국민의 일상생활을 감시하는 법이어선 안 된다.

85) 대법원 1983. 11. 22. 선고 83도2224 판결은 세관에서 수년간 관행적으로 취급해온 대로 원래 세율보다 낮은 세율로 물품수입 신고를 하였다면 사회상규에 반하지 않는 행위라고 판시했다. 반면 대법원 1992. 4. 24. 선고 91도1609 판결은 공시지가를 기준으로 매매가격을 신고하는 관행에 따랐다 할지라도 이는 법에 어긋나는 관행이라 할 것이므로 사회상규에 위배된다고 판단했다.

86) 대전지방법원 홍성지원 2010. 2. 24. 선고 2009고단850, 852, 857(병합) 판결은 군청 공무원들이 특정 업체와 공모하여 국고금을 편취한 사안에서 군청 전체의 거의 모든 부서에서 관행적으로 이루어진 행위여서 그 비난성이 더욱 크다고 판단했다.

87) 대구고등법원은 2016. 12. 19. 여동생을 집단 성폭행한 10대 남자 둘을 폭행한 친오빠에게 “자력구제는 똑같은 폭력이며, 아무리 화가 나도 폭력으로 응징하면 자신에게도 처벌이 돌아온다는 것을 명심해야 한다.”면서 선고유예 판결을 내렸다. ; 김영준, “法, 여동생 집단 성폭행한 10대 소년들 보복 폭행한 20대 오빠에 선처”, 서울경제(2016.12.19).

VI. 결 론

개인정보 보호는 당위의 문제다. 세계적인 흐름이다. 다만, 개인정보를 두텁게 보호하기 위해서는 형벌만이 능사가 아니다. 개인정보침해는 본래 평범한 시민이 아닌 정부나 시장권력에 의해 자행됐다. 권력을 통제하는 데는 징계나 행정처분, 손해 배상책임도 충분히 효과적일 수 있다. 국가형벌권이 시민의 일상생활로 확장되는 것을 경계한다고 해서 개인정보 보호에 부족함이 생기진 않는다. 사람들이 두려워하는 것은 정치권력과 자본으로부터의 감시, 범죄에서의 개인정보 사용이다. 모든 사람이 가지고 있는 타인과의 소통 욕구와 권리를 지나치게 억압해선 안 된다.

「개인정보 보호법」은 나름대로 형벌의 보장적 기능을 확보하기 위한 장치를 뒀다. 개인정보, 개인정보처리자, 개인정보파일 개념이 그것이다. 특히 개인정보 판단 기준인 ‘식별 가능성’이 의미 있다. 합법적인 결합만을 인정하면 조문의 명확성이 높아진다. 하지만 법 제59조는 업무를 수행하는 모든 사람을 잠재적 범죄자로 내몰았다. 업무는 타인과의 교류를 전제할 수밖에 없는데, 교류 과정에서 전화번호 같은 개인정보를 주고받는 일이 비일비재하기 때문이다.

청탁금지법이 올바른 입법이었는지는 별론으로 하고, 범죄구성요건에 사회상규를 명문으로 기재한 청탁금지법에 착안하여 과잉형벌을 막아야 한다. 적어도 일상 생활에서 빈번한 행위, 즉 전화번호·이메일·주소의 주고받음이 사회상규에 해당하는지를 분명히 해줄 필요가 있다. 다음의 세 가지 요건을 충족하면 사회상규에 해당한다고 봐야한다. 1차 수집단계에서 대상정보가 업무뿐만 아니라 사교의 목적도 함께 가지고 있었어야 한다. 정보주체의 권리를 침해하거나 불리한 결과를 초래해선 안 된다. 사회적 비난가능성이 없어야 한다. 모쪼록 「개인정보 보호법」이 국민의 일상을 감시하고 관여하는 법이 되어서는 안 된다.

참고문헌

- 국무조정실 등, 『개인정보 비식별 조치 가이드라인』, 2016.
- 권건보, “개인정보보호의 헌법적 기초와 과제”, 저스티스, 제144호, 한국법학원, 2014.
- 권영준, “개인정보 자기결정권과 동의 제도에 대한 고찰”, 법학논총, 제36권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2016.
- 김민호, “개인정보처리자에 관한 연구”, 성균관법학, 제26권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2014.
- 김성돈, 『형법총론 제4판』, 성균관대학교 출판부, 2015.
- _____, “한국 형법의 사회상규조항의 기능과 형법학의 과제”, 성균관법학, 제24권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2012.
- 김현경, “개인정보 법체계 정합성 확보를 위한 소고”, 성균관법학, 제28권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2016.
- 문재완, “유럽연합 개인정보보호법의 특징과 최근 발전”, 외법논집, 제40권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2016.
- 박경신, “독일개인정보보호법: 일반적으로 공개된 정보에도 잊혀질 권리가 적용되는가?”, 강원법학, 제49권, 강원대학교 비교법학연구소, 2016.
- 박상준·최지유, “유럽연합 기본권 헌장의 의의와 한계 -소수민족 로마족(ROMA)을 중심으로-”, 통합유럽연구, 제7권 1집, 서강대학교 국제지역문화원, 2016.
- 박철·최유나, “공직선거법상 ‘사회상규에 위배되지 않는 행위’의 개념과 적용”, 선거연구, 제2호, 중앙선거관리위원회, 2011.
- 석인선, “헌법상 프라이버시권리 논의의 현대적 전개”, 미국헌법연구, 제24권 제1호, 미국헌법학회, 2013.
- 신동운 편저, 『형법 제·개정 자료집』, 한국형사정책연구원, 2009.
- 신동운, 『형법총론 제9판』, 법문사, 2015.
- _____, “형법 제20조 사회상규 규정의 성립경위”, 서울대학교 법학, 제47권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2006.

- 심우민, “개인정보 보호법제의 체계간 정합성 제고방안”, 영산법률논총, 제12권 제1호, 영산대학교 법률연구소, 2015.
- 이정렬, “형사사법 분야에서 개인정보의 관리·이용 및 보호의 문제”, 피해자학연구, 제23권 제1호, 한국피해자학회, 2015.
- 이성대, “개인정보보호를 위한 현행 형벌체계의 문제점 검토”, 형사정책연구, 제26권 제1호, 한국형사정책연구원, 2015.
- 이재상·장영민·강동범, 『형법총론 제8판』, 박영사, 2015.
- 조성용, “형사입법의 상징적 기능에 대한 비판적 고찰”, 형사정책연구, 제53호, 형사정책연구원, 2003.
- 한수웅, 『헌법학 제6판』, 법문사, 2016.
- 행정안전부, 『개인정보 보호법령 및 지침·고시 해설』, 2011.
- 행정안전부·한국인터넷진흥원, 『개인정보보호법 상담사례집』, 2012.
- 개인정보보호위원회, 배달음식점 개인정보 보유관련 법령 해석 의결, 2012. 1. 30.
- 김성휘, “청탁금지법 ‘직접적 직무관련’ 폐기 가닥…카네이션 허용”, 머니투데이, 2016. 12. 19.
- 김영준, “法, 여동생 집단 성폭행한 10대 소년들 보복 폭행한 20대 오빠에 선처”, 서울경제, 2016. 12. 19.
- 안상현, “새누리당 핸드폰 유출 문건은 공대생 작품…탄핵 찬성표 끌어내려 만들어”, 조선일보, 2016. 12. 1.

The concept of the Act on the Protection of Personal Information verify the Magna Carta functions of the Criminal Act and the role of social rule

Park, Min-woo*

In judging 'Identifiability' that determines whether an information is a personal information or not, two points are important. It is not necessary to think only in the standpoint of information user(handler), and illegal measures should be ruled out. Based on these two premises, the phrase 'easy integration' should be interpreted. Meanwhile although it is deemed that handler of personal information the major obligatory subject of the law is to be determined through strict requirements, the majority of subjects are those who processes or processed personal information according to Article 59 of the Act. That is why excessive expansion of punishment in everyday life cannot be checked with the concept of personal information handler.

Therefore it is necessary to formularize minimum unpunishable behavior through interpretation of the act. Specifically notes should be taken of "The Improper Solicitation and Graft Act" that declared active consideration of social normal practices. This Act supports utilization of social normal practices. When the Act is examined on telephone number, email address and postal address which are communicated often in daily life, the requirements for provision to third party by social normal practices are as follows: The first stage of collecting personal information should be intended also for social fellowship as well as for work. Provision of information should neither infringe upon the right of information subject nor cause disadvantageous results. The provisoin should rule out any potential of social criticism.

* Intelligence Bureau in the National Police Agency, Doctor of Law

❖ Keywords: Act on the Protection of Personal Information, personal information, identifiability, personal information handler, social normal practice