

변호사의 직업적 개인정보에 대한 이용과 보호의 법리*

: 로마켓 변호사평가정보 사건(2008다42430)에 대한 평석을
검하여

이 인 호**

<국문초록>

2005년에 헌법재판소가 ‘주민등록 지문정보DB 사건’에서 처음으로 ‘개인정보자기결정권’이라는 새로운 독자적인 기본권을 인정한 이후로, 우리 사회에서 이 권리의 실체에 대한 논란이 계속되고 있다. 필자는 종래 프라이버시권(=사생활권)의 보호대상이 되어 왔던 개인의 ‘사생활비밀정보’와 최근에 거론되는 개인에 관한 일체의 정보인 ‘개인정보’는 그 보호의 법리가 다른 것임을 강조하여 왔다. 그런데 개인정보자기결정권이라는 권리의 실체가 불분명한 상태에서, 위 결정은 자칫 개인정보자기결정권에 관한 오해를 불러일으키고, 그리하여 마치 ‘사생활비밀정보’와 ‘개인정보’를 동일한 법리로 보호해야 한다는 관점이 우리 사회에서 일정한 세(勢)를 얻고 있는 것으로 보인다. 실제로 2011년에 시행된 「개인정보보호법」도 기본적으로 이러한 오해의 관점에 서 있다. 재판의 영역에서도 이러한 오해의 관점이 전개된 최근의 대표적인 사례가 이 글에서 다룬 ‘로마켓 변호사평가정보 사건’이라는 민사분쟁이다.

이 민사사건에서는, 인터넷에서 법률정보서비스를 제공하는 회사(주식회사 로마켓아시아)가 변호사들에 관한 ‘공개된 개인정보’(=신상정보·사건정보)를 수집하여 그들 정보를 분석·가공해서 별도의 평가정보(=변호사 개개인의 승소율·전문가지수·인맥지수)를 만들고 이들 개인정보를 원하는 법률소비자들에게 무료 또는 유료로 제공하는 경우, 이로 인해 그들 개인정보의 주체라고 할 수 있는 변호사 개개인은 어떤 인격적 이익을 침해받고 있으며 또 자신의 개인정보에 대하여 어떤 통제권을 행사할 수 있는지가 문제되었다. 이 사건에서 법률전문가인 1900여명의 변호사들은 위 개인정보들에 관한 개인정보자기결정권 내지 자기정보통제권의 침해를 주장하면서 관련된 모든 정보서비스의 금지와 손해배상을 청구하였고, 이에

* 이 글은 2011. 11. 19. 한국헌법학회와 대법원 헌법연구회가 공동으로 개최한 학술대회(「최근 주요 판례에 나타난 헌법상 기본권의 의미」)에서 발제한 원고를 추후 수정·보완한 것임.

** 중앙대학교 법학전문대학원 교수

대해 1·2심 법원은 자기정보통제권의 침해를 인정하면서 승소율·전문성지수서비스 부분의 금지청구를 받아들이는 대신 인맥지수서비스 부분의 금지청구와 손해배상청구에 대해서는 이를 기각하였다. 그러나 대법원(전원합의체)은 1·2심 판결과는 정반대로 승소율·전문성지수서비스에 대해서는 13인 전원이 위법하지 않다고 판단하였고, 반면에 인맥지수서비스에 대해서는 9(위법) : 4(합법)로 위법하다는 판단을 내리면서, 2심 법원의 판결을 파기환송하였다.

이 사건에서는 개인정보자기결정권에 관한 오해의 관점 외에 기본권의 대사인효(對私人效力)라는 또 다른 오해의 관점이 함께 어우러져 1, 2심에서 묘한 논의가 전개되었다. 다행히 대법원의 판결에서는 이러한 관점이 다소 해소된 것으로 평가될 수 있으나 여전히 아쉬운 부분이 남아 있다. 본 논문은 위 민사사건에서 1·2심 법원과 대법원이 보여주고 있는 접근방법과 판시내용에 대해 비판적 고찰을 시도해보고자 하는 것이다.

주제어: 변호사의 직업정보, 개인정보자기결정권, 인격권, 법률정보서비스, 개인정보, 법조인 인맥지수, 승소율

I. 서언 : 문제의 제기

디지털 정보기술(컴퓨터와 인터넷)의 발전과 더불어 종래 예상하지 못했던 개인정보(personal information)의 이용과 보호를 둘러싼 법률문제가 급부상하게 되었다. 여기서 ‘개인정보’란 신원확인이 가능한 개인에 관한 일체의 정보를 가리킨다.¹⁾ 이러한 개인정보는 종래 프라이버시권 혹은 사

1) 2011. 9. 30. 시행된 「개인정보보호법」은 “개인정보”란 “살아 있는 개인에 관한 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)를 말한다.”고 정의하고 있다(제2조 제1호). 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」도 거의 동일한 개념정의를 하고 있다(제2조 제1항 제6호). 한편, 유럽연합의 「개인정보보호지침」(95/46/EC)은 “개인정보”(personal data)라 함은 “신원이 확인된(identified) 또는 신원확인이 가능한(identifiable) 자연인(=정보주체 data subject)에 관한 일체의 정보(any information)를 말하며; 신원확인이 가능한 개인(identifiable person)이라 함은 직접 또는 간접적으로, 특히 신원확인번호(an identification number)나 그의 신체적, 생리적, 정신적, 경제적, 문화적 또는 사회적 동일성(identity)을 고유하게 나타내는 하나 또는 그 이상의 요소를 참조하여 그 신원이 확인될 수 있는 사람을 가리킨다.”고 규정하고 있다. 헌법재판소도 개인정보자기결정권을 최초로 인정한 2005년의 주민등록 지문정보 DB 사건에서 “개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개

생활권의 보호대상이 되었던 개인의 사적 정보(private information)나 비밀정보(confidential information)보다 훨씬 광범위한 개념이다. 개인의 사적 정보 내지 사생활의 비밀(private information)이란 개인이 외부에 공표하기를 원하지 않는 자신에 관한 정보라고 말할 수 있다. 헌법 제17조가 “모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.”고 할 때의 ‘사생활의 비밀’이 여기에 해당한다. 물론 사생활비밀이 외부에 공개되지 않으리라는 정보주체의 기대(expectation of privacy)가 어떤 경우에 어느 정도로 법적으로 보호될 것인지는 그 비밀의 중요성이나 공개의 맥락에 따라 달라진다. 예컨대, 우리 헌법은 제18조에서 사생활비밀 중에서도 특별히 “통신의 비밀”을 별도로 보장하고 있다.²⁾

이처럼 종래 프라이버시권의 보호대상이 되어 왔던 비밀스러운 ‘개인의 사적 정보’와 최근에 거론되는 개인에 관한 일체의 정보인 ‘개인정보’는 그 보호의 법리가 상당히 다르다. 1970년대 유럽과 미국에서 개인정보보호법이 출현하기 이전에 존재했던 이른바 ‘제1세대 프라이버시보호법’은 모든 개인정보가 아니라 ‘보호할 가치 있는’ 개인의 사적 정보나 비밀정보에 ‘부당하게’ 접근(access)하거나 혹은 그것을 ‘부당하게’ 공표(public disclosure) 또는 누설(divulge)하는 행위를 형사적 또는 민사적 제재로써 직접 금지하여 왔다. 개인의 사적 영역을 외부의 침입이나 외부에의 공표로부터 소극적으로 보존하는 방식이었다(은둔모델). 이러한 방식으로 사생활보호의 이익과 사회적 커뮤니케이션의 필요성은 균형 있게 조정될 수 있었다. 그러나 1960년대에 시작된 컴퓨터와 디지털정보기술은 이러한 균형을 깨기 시작하였다. 개인에 관한 정보가 디지털로 기록되기 시작하면

인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다.”고 판시한 바 있다. 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513등 (주민등록 지문정보DB 사건) [6(합헌) : 3(위헌)].

2) 헌법 제18조는 “모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다.”고 규정하고 있다. 제18조에서 보호되는 통신이란 “비공개로 전제로 하는 쌍방향적인 의사소통”을 의미한다. 헌재 2001. 3. 21. 2000헌바25 (감청설비 인가 사건) [9(합헌) : 0]. 이러한 의사소통의 수단에는 서신과 같은 우편물, 전화나 전자우편 등의 전기통신, 대화 등이 모두 포함된다. 다만, 헌법이 보호하는 ‘통신’은 ‘비공개로 전제로 하는 것’, 즉 ‘사적인(private)’ 통신을 말한다. 따라서 헌법의 보호를 받을 수 있는 통신인지의 여부는 문제의 통신이 ‘사적인 성격’의 것인지의 여부에 달려 있다.

서 사생활보호의 가치에 대한 새로운 위협이 등장하게 되었다. 디지털 기술에 의하여 개인의 신상이나 행적에 관한 정보가 무한대로 기록·축적·가공될 수 있게 된 것이다. 이러한 새로운 위협에 대응하기 위하여 생겨난 것이 소위 ‘제2세대 프라이버시보호법’이라고 할 수 있는 ‘개인정보보호법’이다. 이 개인정보보호법의 핵심취지는 개인정보의 ‘안전한 이용’에 있다. 그리하여 개인정보보호법은 제3자에 의한 개인정보의 수집과 처리를 원칙적으로 허용하되 그 처리과정에 정보주체의 참여를 보장하고 공정한 처리(fair practice)를 요구할 수 있게 함으로써(=열람청구권·이의제기권·처리정보변경권의 인정) 오·남용을 방지하고자 하는 것이다(참여모델).³⁾

그런데 이 새로운 참여모델에서 제3자가 처리하는 자신의 개인정보에 대하여 해당 정보주체가 어느 정도의 권능을 행사할 수 있는가 하는 점이 명확히 확립되지 않은 상태에서, 2005년에 헌법재판소가 주민등록 지문정보DB 사건⁴⁾에서 최초로 ‘개인정보자기결정권’이라는 새로운 독자적인 기본권을 인정하게 된다. 이 사건에서 헌법재판소는 “개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다.”고 규정하면서, 이 권리의 보호대상이 되는 개인정보는 “개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함”하며, 이러한 개인정보를 대상으로 하는 “조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다.”고 판시하였다.⁵⁾

3) 제1세대 프라이버시보호법(=사생활비밀법)과 제2세대 프라이버시보호법(=개인정보보호법)의 구별과 차이점에 관해서는 이인호, “제2세대 프라이버시보호법으로서의 개인정보보호법에 대한 이해”, 사법 제8호 (사법발전재단, 2009. 6) 참조.

4) 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513등 (주민등록 지문정보DB 사건) [6(합헌) : 3(위헌)].

5) 이 사건에서 헌법재판소는 시장·군수 또는 구청장이 주민등록증을 발급하면서 개인의 지문정보를 수집하고 경찰청장이 이를 보관·전산화하여 범죄수사목적에 이용하는 공권력작용으로 인하여 지문정보의 주체인 청구인들의 개인정보자기결정권이 제한되고 있음을 인정하였다. 다만, 개인정보자기결정권에 대한 제한은 인정하였지만, 과잉된 제한이 아니라는 이유로 6(합헌) : 3(위헌)으로 합헌결정을 내렸다. 그렇지만 재판관 9인 모두 개인정보자기결정권이라는 새로운 기본권을 인정하고 있다.

헌법재판소의 이 결정 이후 우리 사회에서는 ‘개인정보자기결정권’ 혹은 ‘자기정보통제권’의 성격과 내용을 둘러싸고 혼란이 초래되었으며, 개인정보의 안전한 이용이라는 참여모델의 기본취지가 모호해져 버리게 되었다고 평가해 볼 수 있다. 권리의 명칭에서부터 풍기는 인상이 마치 정보주체는 제3자(공공기관)가 처리하는 자신의 개인정보에 대해 수집에서부터 이용 및 공개에 관하여 결정권 내지 통제권을 갖는 것처럼 보인다. 그러나 이는 자칫 오해를 불러일으킬 수 있다. 이렇게 이해하는 것은 참여모델이 아닌 전통적인 은둔모델로 개인정보의 보호문제에 접근하는 것이며, ‘개인정보의 안전한 이용’이라는 참여모델의 기본취지로부터 상당히 벗어나는 것이 되어 결코 바람직하지 못하다.

헌법재판소가 대국가적 기본권으로 인정했던 개인정보자기결정권에 관한 이러한 오해는 기본권의 대사인효(對私人效)라는 또 다른 오해와 함께 어우러져, 마침내 소위 ‘로마켓 변호사평가정보 사건’의 민사분쟁⁶⁾에서 두드러지게 드러났다. 이 민사사건은, 인터넷에서 법률정보서비스를 제공하는 회사(주식회사 로마켓아시아)가 변호사들에 관한 ‘공개된 개인정보’(=신상정보·사건정보)를 수집하여 그들 정보를 분석·가공해서 별도의 평가정보(=변호사 개개인의 승소율·전문가지수·인맥지수)를 만들고 이들 개인정보를 원하는 법률소비자들에게 무료 또는 유료로 제공하는 경우, 이로 인해 그들 개인정보의 주체라고 할 수 있는 변호사 개개인은 어떤 인격적 이익을 침해받고 있으며 또 자신의 개인정보에 대하여 어떤 통제권을 행사할 수 있는지가 문제된 사건이다. 이 사건에서 법률전문가인 1900여명의 변호사들은 위 개인정보들에 관한 개인정보자기결정권 내지 자기정보통제권의 침해를 주장하면서 관련된 모든 정보서비스의 금지와 손해배상을 청구하였고, 이에 대해 1·2심 법원은 자기정보통제권의 침해를 인정하면서 승소율·전문성지수서비스 부분의 금지청구를 받아들이는 대신 인맥지수서비스 부분의 금지청구와 손해배상청구에 대해서는 이를 기각하였다. 그러나 대법원(전원합의체)은 1·2심 판결과는 정반대로

6) 1심(서울중앙지방법원 2007. 7. 6. 선고 2006가합22413 판결); 2심(서울고등법원 2008. 4. 16. 선고 2007나74937 판결); 3심(대법원 2011. 9. 2. 선고 2008다42430 전원합의체 판결).

승소율·전문성지수서비스에 대해서는 13인 전원이 위법하지 않다고 판단하였고, 반면에 인맥지수서비스에 대해서는 9(위법) : 4(합법)로 위법하다는 판단을 내리면서, 2심 법원의 판결을 파기환송하였다.

본 논문은 위 민사분쟁에서 1·2심 법원과 대법원이 보여주고 있는 접근방법과 판시내용에 대해 비판적 고찰을 시도해보고자 하는 것이다. 우선 제2장에서는 사건의 개요와 법원의 판결요지를 정리하고(Ⅱ), 제3장에서는 사안을 해결하기 위해 1·2심 법원과 대법원이 채택하고 있는 분석틀(=기본권충돌)이 몇 가지 난점을 가지고 있다는 점을 제시하면서 이를 비판하고 대안적인 분석틀을 제시한다(Ⅲ). 그리고 제4장에서는 변호사들의 직업적 개인정보라고 할 수 있는 변호사평가정보(=승소율·전문가지수·인맥지수)에 대해 해당 변호사가 가지는 인격적 이익의 실체가 무엇인지를 법원의 판시내용을 중심으로 비판적으로 고찰해 본다(Ⅳ).

Ⅱ. 사건의 개요와 법원의 판결요지

1. 사실관계

원고는 변호사법 소정의 자격을 갖춘 1,900여명의 변호사들이고, 피고 주식회사 로마켓아시아는 인터넷 포털사이트 운영업 등을 목적으로 하는 회사로서 “lawmarket.co.kr”이라고 하는 인터넷 홈페이지(이하 ‘이 사건 홈페이지’라고 한다)를 운영하고 있다. 피고는 원고들의 공개된 신상정보 및 사건검색을 통한 재판정보를 가공하여 원고들에 관한 승소율정보, 전문가지수정보, 그리고 인맥지수정보를 자신의 사이트에서 검색서비스를 통하여 일반인에게 제공하였다.

이에 대해 원고들은 이들 정보가 원고들이 갖는 자기정보통제권의 대상이 되는 개인정보에 해당함에도 불구하고, 피고가 원고들로부터 아무런 동의를 받지 않고 정보를 수집하고 재처리하여 일반 시민에게 제공함으로써 원고들의 인격권 및 자기정보통제권을 침해하였다고 주장하면서, 서비스의 전면 중단과 정신적 손해에 대한 배상을 청구하였다.

사건의 실체를 정확히 파악하기 위해서 다소 길지만 사실심 법원이 확인한 이 사건 검색서비스의 구축과정 및 내용을 정리해 보면 다음과 같다.⁷⁾

가. 변호사의 개인신상정보 및 소송사건 정보 수집

피고는 여러 경로를 통하여 변호사들의 이름, 출생지, 성별, 사법시험 합격년도, 연수원기수, 출신 학교, 법원·검찰 근무 경력 등의 정보(이하 ‘이 사건 개인신상정보’)⁸⁾를 수집하였다. 법원행정처는 1998년경부터 현재에 이르기까지 대법원 홈페이지를 통하여 소송당사자들이 자신의 사건 진행정보 등을 열람할 수 있는 ‘나의 사건검색’ 서비스(이하 ‘법원의 사건 검색서비스’)를 제공하고 있는데, 피고는 초기에는 법원명, 사건부호, 사건번호를 수작업으로 입력하다가, 이후 법원재판사무처리규칙에 따라 미리 정해진 규칙대로 법원명, 사건부호, 사건번호를 자동적으로 입력하여 검색하는 프로그램을 개발하여 기계적으로, 1993년부터 2005년까지의 소송 약 3,500만건에 대한 기본적인 사건 정보(사건번호, 사건명, 소송대리인, 종국결과 등, 이하 ‘이 사건 사건정보’)를 수집하였다.

그런데, 법원의 사건검색서비스 초기에는 법원명과 사건번호만으로도 정보 검색이 가능하였으나, 2005. 7.경부터 그 외에 사건 당사자명을 2글자 이상 입력하여야만 검색이 가능하도록 검색조건이 강화됨에 따라, 피고는 이후로 소송사건 정보를 수집하지 못하고 있다.

나. 이 사건 개인신상정보 및 사건정보의 분석·처리

피고는 이 사건 개인신상정보를 이용하여 특정 법조인 2명 사이에 개인정보 및 경력이 일치하는 경우 일정 점수를 부여하여 합산하는 방법으로 ‘인맥지수’를 산출하였는데, 그 인맥지수에 반영되는 요소로는 출생지,

7) 이하의 내용은 이 사건의 2심 법원의 판결(서울고등법원 2008. 4. 16. 선고 2007나 74937 판결)에서 인용함.

8) 구체적으로는 다음의 10가지 정보이다: ① 이름 ② 성별 ③ 출생지 ④ 학력(고등학교, 대학교, 대학원, 외국대학교) ⑤ 사법연수원 기수 ⑥ 판·검사로서의 근무경력 ⑦ 주요경력 ⑧ 이메일 주소 ⑨ 사무실 주소 및 전화번호 ⑩ 소속 법무법인 명칭.

고등학교, 대학교, 대학원, 외국 대학교, 사법연수원, 법원·검찰청 근무 경력 등이 있으며, 같은 반영 요소 중에서도 피고가 정한 기준에 따라 반영 비율이 달라지기도 하고(예를 들어, 사법연수원 동기라 하더라도 1~9기 동기에는 10점, 10~12기 동기에는 7점, 13~27기 동기에는 3점, 28~34기 동기에는 1점을 부여한다), 중복되는 경력 요소에는 가산점이 부여되어 반영 비율이 높아지기도 한다(예를 들어, 고등학교 졸업동기이자 대학교/같은 학과 동문일 경우에는 3점이 추가로 가산되며, 고시반이 존재하는 사립대학교 0~7년차 동문의 경우에도 역시 3점이 추가로 가산된다).⁹⁾

또한 피고는 이 사건 사건정보를 이용하여 ① 사건명을 기준으로 하여 모든 사건을 특정 사건 분야에 속하도록 분류하고(대분류 8, 중분류 173, 소분류 525, 하나의 사건은 단 하나의 분야에만 속하도록 하였다), 소송대리인을 기준으로 하여 각 소송대리인이 수행한 총 사건수, 연도별 수행 사건 수, 법원별 수행 사건 수 등을 계산한 다음, ② 각 사건의 중국결과에 따라, 원고승소·이행권고·인낙으로 표시된 경우는 승소로, 원고패소·각하·기각으로 표시된 경우는 패소로, 화해·조정·소취하·항소취하·상고취하로 표시되거나 계속 중인 사건은 무승부로, 일부승소·일부패소로 표시된 경우는 승패와 무관한 별도의 영역으로 각 분류하여 ‘{(승소 사건수 × 1 + 무승부 사건수 × 0.5) ÷ 전체 사건수} × 100’ 공식에 의해 변호사별로 ‘승소율’을 산출하였고, ③ 또한 분류한 사건 분야별로 승소의 경우 30점, 패소의 경우 10점, 승패를 알 수 없거나 무승부인 경우 20점을 부여하여 더한 후, 그 분야별 사건에 참여한 변호사의 수로 나누어 각 사건 분야별 변호사의 ‘전문성지수’를 산출하고, 위 전문성지수를 토대로 각 변호사가 전체 사건 중 주로 취급한 사건의 비중과 다른 변호사들과 비교하여 상대적으로 많이 취급한 분야의 사건비중 등을 산출하였다.¹⁰⁾

9) 피고는 자신의 홈페이지에서 「인맥지수에 관하여 특허등록이 되어 있고, 4년여에 걸쳐 200명 이상의 법조인들과의 인터뷰를 통해 세부항목에 부여되는 점수의 정확도를 높이기 위해 최선을 다했다.」고 게시하였다.

10) 피고는 자신의 홈페이지에서 다음의 내용을 게시하고 있었다: 「분석대상제한 - 소송사건수행경력이 3년 이상일 것을 요구하는 독일 전문변호사제도를 모범례로 적용하여 2004년 이후 소송사건을 수행한 변호사의 2006년 현재 전문성지수검색서비스는 제공되지 않습니다. 한계점보완 - 보다 완전한 전문성지수를 위해 향후 법률서비스의 소비자신뢰지수(만족도)를 반영하고, 공신력 있는 법률전문가들이 사건의

다. 피고가 제공한 구체적인 서비스

이 사건 개인신상정보를 이용하여 법조인 검색(상세검색, 학교검색, 지역검색), 직장검색(법원, 검찰청, 법률사무소, 전직검색) 등의 검색서비스를 무료로 제공하였다. 그리고 인맥지수를 이용하여 ‘가까운 법조인 찾기’, ‘두 사람의 관계 보기’, ‘정검다리 인물 찾기’ 등의 검색서비스를 유료로 제공하였다. 또한 이 사건 사건정보 및 승소율, 전문성지수 등을 이용하여 ‘10년간 소송통계’, ‘변호사 수행정보’, ‘변호사 전문분야’, ‘변호사 vs 변호사’, ‘분야별 전문가’, ‘분야/인맥 동시 검색’ 등의 검색서비스를 유료로 제공하였다.

2. 1·2심 법원의 판결요지

1·2심 법원¹¹⁾은 원고의 청구 ①(=승소율·전문성지수 서비스 부분)에 대하여, 승소율·전문성지수 서비스는 원고들의 자기정보통제권을 침해하는 것으로서 허용될 수 없다고 판단하였다(승소율·전문성지수 서비스 금지청구 인용).

그 논거로 다음의 다섯 가지 점을 들었다: ① 이 사건 사건정보는 원고들에 대한 개인정보로서 원칙적으로 원고들의 동의 없이 이용하는 것은 허용되지 아니하는 점, ② 대법원이 사건검색서비스를 통하여 정보를 공개하는 것은 정당한 이해관계인에 한하여 정보를 제공하고자 함에 근본 취지가 있는 것인지 누구에게나 제한 없이 공개함을 그 취지로 하고 있지는 않은 점, ③ 법원의 데이터베이스제작자로서의 권리를 침해하는 점 등 피고가 위 정보를 수집하는 과정에 위법성이 인정되는 점, ④ 피고가 위 정보를 이용하여 산출한 승소율이나 전문성지수 등은 원천 자료 차원

난이도를 판단한 결과(소송난이도 평가지수)와 동료들의 평가의견, 경력, 저서, 전공, 주요고객정보를 반영하겠습니다. 로마켓의 전문성지수는 승소율 기준의 단일개념이 아니라(패소와 무승부인 경우에도 점수 부여), 수행사건수를 중심에 놓고 승소기준을 오히려 보조적인 것으로 한 종합개념이다. 이것은 실혹 패소하여도 전문적인 시각과 경험을 기르는 기회임은 명확하고, 지금까지 승소율을 잘 관리하지 않는 우리나라 법률시장의 현실을 반영하여야 했기 때문이다.」.

11) 서울중앙지방법원 2007. 7. 6. 선고 2006가합22413 판결; 서울고등법원 2008. 4. 16. 선고 2007나74937 판결.

및 산정방식 등에서 정보 왜곡의 가능성을 내포하고 있을 뿐만 아니라 ⑤ 위 승소율 등의 산출에 반영될 소송사건 정보를 추가 수집하지 못함으로써 국민의 알 권리를 충족하는 정보로서의 역할을 더 이상 하지 못하고 있는 점.

그리고 청구 ②(=인맥지수 서비스 부분)에 대하여 1·2심 법원은, 피고가 인맥지수서비스를 일반인에게 제공하는 것은 국민의 알 권리를 충족하고 피고의 표현의 자유를 보장하는 영역에 속하는 것으로서 인맥지수서비스로 인해 원고들의 자기정보통제권이 침해되었다고 보기 어렵다고 판단하였다(인맥지수 서비스 금지청구 기각).

그 논거로 다음의 다섯 가지 점을 제시하였다: ① 이 사건 개인신상정보는 다른 인터넷 포털사이트 혹은 언론사 홈페이지 등을 통하여 이미 불특정 다수인에게 공개되고 있는 정보일 뿐만 아니라 원고들의 사적이고 내밀한 영역에 대한 것이 아니라 원고들이 변호사로서 영위하는 공적 활동에 관련된 것으로 일반 법률 수요자들이 변호사를 선택하기 위하여 최소한도로 제공받아야 할 개인적 및 직업적 정보이므로 이러한 정보의 공개에 대하여는 원고들이 수인할 의무가 있다고 보이는 점, ② 인맥지수 제공서비스는 두 법조인의 관계를 분석하여 실제 친소관계를 밝혀내거나 이를 추정한 것이 아니라, 개인신상정보를 조합하여 기계적으로 산출한 결과를 제공하는 것에 불과하므로, 이 사건 개인신상정보와는 별개의 새로운 정보가치를 갖는 정보를 창출·공개한 것이라고 보기 어려운 점, ③ 피고는 인맥 지수를 제공하면서도 그 산정 방식과 산정의 근거자료까지 함께 제공하고 있어 이용자들도 위 서비스를 그와 같은 의미로 받아들이고 이용할 것으로 보이는 점, ④ 피고가 제공하는 서비스는 특정인만을 검색결과로서 보여주는 것이 아니라 인맥 지수가 높은 순서에 따라 여러 사람을 검색결과로 보여주고, 어느 법조인과 특정 법조인 사이의 인맥 지수가 높게 나왔다는 결과만으로 그 특정 법조인의 인격이나 명예가 훼손되었다고 보기는 어려운 점, ⑤ 피고의 서비스로 인하여 변호사 시장의 공정한 수임질서가 실제로 해쳐졌다고 볼 아무런 자료가 없고, 공공질서가 해쳐질 위험이 있을 수 있다는 추상적인 우려만으로 헌법상의 표현의 자유 내지 영업의 자유를 제한하는 것은 기본권에 대한 과도한 제한으로

서 헌법상 허용될 수 없는 점.

그러나 청구 ③(=개인신상정보 제공서비스 부분)에 대하여 1심 법원은 이를 기각하였고 원고는 이에 대해서는 항소하지 않아 청구기각으로 확정되었다(개인신상정보 제공서비스 금지청구 기각 확정). 마지막으로, 청구 ④(=손해배상청구)에 대하여 1·2심 법원은 ‘개인의 정보가 명시적 동의 없이 타인에 의해 수집·이용되었다는 사실만 가지고 곧바로 그 개인에게 정신적 손해가 발생하였다고 단정하기는 어렵다’고 하면서, 이 사건 승소율·전문성지수 서비스가 위법한 것이기는 하나 원고들이 개별적·구체적으로 정신적 피해를 입었다고 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 이를 기각하였다(손해배상청구 기각).

이러한 2심 법원의 판결에 대하여 원고와 피고 모두 상고하였다.

3. 대법원의 판결요지

대법원(전원합의체)은 1·2심 판결과는 정반대로 ① 승소율·전문성지수서비스에 대해서는 13인 전원이 위법하지 않다고 판단하였고, 반면에 ② 인맥지수서비스에 대해서는 9(위법) : 4(합법)로 위법하다는 판단을 내리면서, 2심 법원의 판결을 파기환송하였다.¹²⁾ 인맥지수서비스에 대해서는 9인의 다수의견¹³⁾과 4인의 반대의견¹⁴⁾이 대립하였으며, 반대의견의 입장에 선 2인의 대법관은 추가적으로 별도의 보충의견¹⁵⁾을 개진하였다. 이 대법원판결에서 개진된 각 의견들은 향후 관련 사안에서 의미 있는 지침이 될 것이고 또 필자의 논의전개에 필수적인 요소이기 때문에 다소 길지만 압축해서 정리해 보기로 한다.

가. 승소율·전문성지수서비스에 대한 13인의 전원일치의견

¹²⁾ 대법원 2011. 9. 2. 선고 2008다42430 전원합의체 판결 (정보계시금지 등) [공2011하, 1997].

¹³⁾ 대법원장 이용훈(재판장), 대법관 김지형(주심), 전수안, 안대희, 차한성, 신영철, 민일영, 이인복, 이상훈.

¹⁴⁾ 대법관 박시환, 김능환, 양창수, 박병대.

¹⁵⁾ 대법관 양창수, 박병대.

승소율·전문성지수서비스에 대하여 13인의 전원일치의견은, 그러한 정보의 공개에 의하여 얻을 수 있는 법적 이익이 이를 공개하지 않음으로써 얻을 수 있는 정보주체의 인격적 법익에 비하여 우월한 것으로 보여 원고들의 “개인정보에 관한 인격권”을 침해하는 위법한 행위로 평가할 수 없다고 판시하였다.

공개의 이익이 비공개 이익보다 우월하다는 논거로서 다음의 다섯 가지를 들고 있다: ① 변호사인 원고들은 공적인 존재로서의 지위에 있는 점,¹⁶⁾ ② 이 사건 사건정보 및 이에 기반한 승소율·전문성지수정보는 공적 정보로서의 성격을 강하게 지니고 있는 점,¹⁷⁾ ③ 사적 법률관계에서도 기본권인 표현의 자유가 보장되어야 한다는 관점에서 볼 때 승소율이나 전문성지수의 산출방법에 있어서 엄격한 기준을 요구할 수는 없고 또 피고가 적용한 산출방법이 합리성을 잃었다고 볼 수 없는 점,¹⁸⁾ ④ 법률수요자의 입장에서 변호사의 승소율이나 전문성지수를 이용할 필요가 있는 점,¹⁹⁾ 마지막으로 ⑤ 원고들의 사회적·직업적 평가가 훼손될 우려가 크지 않은 점.²⁰⁾

16) 「변호사는 공공성을 지닌 법률 전문직으로서 기본적 인권을 옹호하고 사회정의를 실현함을 사명으로 하는 공적인 존재에 해당하므로(변호사법 제1조, 제2조), 그 직무행은 국민들의 광범위한 감시와 비판의 대상이 된다.」

17) 「이 사건 사건정보는 변호사 개인의 사적이고 내밀한 영역보다는 변호사의 직무수행의 영역에서 형성된 공적 정보로서의 성격을 강하게 지니고 있고, 그러한 공적 정보로서의 성격은 이 사건 사건정보가 피고에 의하여 변호사별로 재가공되더라도 변함이 없다.」

18) 「피고가 이 사건 사건정보를 이용하여 승소율이나 전문성 지수 등을 산출한 방법이 객관적으로 보편타당하고 충분한 방법이라고 할 수는 없지만, 사적인 법 영역에서도 헌법상 중요한 기본권의 하나인 표현의 자유를 보장하는 취지를 구현하기 위해서는 그 표현방법에 엄격한 기준을 적용하여서는 아니 된다. 또한 승소율이나 전문성 지수 등에 대하여 객관적으로 보편타당한 판단 기준을 설정하는 것에는 분명한 한계가 있을 뿐만 아니라, 피고가 그 산출의 근거와 방식 및 한계까지 이 사건 홈페이지에 공개하고 있어 이용자로서도 승소율이나 전문성 지수 등의 불완전성과 한계성을 알 수 있었을 것으로 보이며, 그 산출방법이 변호사마다 달리 적용되는 것도 아니다. 따라서 피고의 승소율이나 전문성 지수 등의 산출방법이 합리성을 잃었다고 볼 수도 없다.」

19) 「법률수요자의 입장에서 비록 피고가 제공하는 승소율이나 전문성 지수 등이 완전한 정보라 하더라도 법률서비스의 중요성에 비추어 볼 때 법률서비스 제공자인 변호사의 능력과 자질에 대한 다방면의 검토가 필요할 것이며, 그러한 측면에서 위와 같은 정보도 참고할 수 있는 정도의 정보는 될 수 있고, 결국 그러한 정보의 취사선택은 법률수요자들에게 맡겨져야 할 것이다.」

나. 인맥지수서비스에 대한 9인의 다수의견(위법)

인맥지수서비스에 대해서 9인의 다수의견과 4인의 소수의견이 대립되었는데, 9인의 다수의견은 “인맥지수정보 내지 법조인 간의 친밀도는 ‘지극히 사적인 영역에 속하는 정보’인데 이를 비공개함으로써 보호되는 원고들의 인격적 법익이 이를 제공하는 표현행위에 의하여 얻을 수 있는 법적 이익보다 우월하기 때문에 피고의 이 사건 인맥지수 서비스 제공행위는 원고들의 개인정보에 관한 인격권을 침해하는 위법한 것이다.”고 판시하였다.

9인의 다수의견은 인맥지수정보의 사적 성격에 대해서 다음과 같이 논증하고 있다.

「피고가 위와 같은 방법으로 산출·제공한 인맥지수는 원고들의 공개된 개인정보를 단순히 그대로 이용한 것에 불과한 것이 아니라, 법조인 간 개인정보가 일치하는 경우 점수를 부여하고 배점비율을 달리하거나 가산점을 부여함으로써 원고들의 개인정보를 주관적인 방법으로 재가공하여 수치화한 것이다. 따라서 비록 이 사건 개인신상정보가 이미 불특정 다수인에게 공개되고 있는 정보라고 하더라도, 그와는 달리 위와 같이 산출된 인맥지수는 법조인 간의 친밀도라는 사적이고 인격적인 정보를 내용으로 하는 전혀 별개의 새로운 가치를 갖는 정보이다. 그리고 이러한 인맥지수에 의하여 표현되는 법조인 간의 친밀도는 변호사인 원고들의 공적 업무에 대한 평가적 요소와는 무관한 사적인 영역에 속하는 정보로서 일반 법률수요자들이 변호사를 선택하기 위하여 최소한도로 제공받아야 할 공익적 가치가 있는 개인적 및 직업적 정보라고 할 수도 없다.」

또한 다수의견은 인맥지수정보의 비공개 이익이 공개 이익보다 더 크다는 점을 다음과 같이 논증하고 있다.

20) 「산출방법의 내역과 그 불완전성 및 한계성이 공개되어 있는 이상, 피고의 승소를 이나 전문성지수 등의 서비스 제공으로 인하여 원고들의 사회적·직업적 평가가 실제로 침해될 우려도 그다지 크다고 할 수는 없다.」

「원래 사람 간의 친밀도라는 것은 지극히 개인의 사적인 영역에 속하는 정보로서 타인이 알 수 없는 것인데, 위와 같은 인맥지수는 피고가 주관적 기준에 따라 산출한 것임에도 마치 실제 범조인 간의 객관적 친밀도를 표현한 것처럼 이용자에게 혼란을 초래할 우려가 크다.

그리고 인맥지수 서비스는 사회 일각의 사법불신 풍조에 편승하여 범조인 간의 친밀도가 재판과 수사에도 영향을 미친다는 인식에서 출발한 것이고, 그 서비스를 필요로 하는 이용자들도 주로 그러한 인식하에서 서비스에 접근할 것이므로, 인맥지수 서비스가 통용된다면 위와 같은 일반의 그릇된 인식이 심화되고 결과적으로 재판이나 수사의 공정성에 대한 불필요한 의심이 조장될 우려가 크다. 따라서 인맥지수 서비스 보호를 통하여 정보주체인 원고들의 동의 없이 자유롭게 인맥지수를 공개할 수 있도록 함으로써 달성되는 공적 가치의 보호 필요성이 높다고 할 수도 없다. 나아가 우연히 유리한 인맥지수가 제공된 특정 변호사는 다른 변호사와의 경쟁에서 우위를 점할 수 있게 되고 그러한 우월적 지위는 인맥이라는 정당하지 않은 근거를 바탕으로 하는 것이어서 위와 같은 인맥지수 서비스는 변호사의 공정한 수입질서를 저해할 우려도 있다. 이와 관련하여 변호사법 제30조는 “변호사나 그 사무직원은 법률사건이나 법률사무의 수입을 위하여 재판이나 수사업무에 종사하는 공무원과의 연고 등 사적인 관계를 드러내며 영향력을 미칠 수 있는 것으로 선전하여서는 아니된다.”라고 규정하고 있는데, 변호사의 공공성이나 공정한 수입질서를 보장하기 위한 위 규정의 취지는 변호사뿐만 아니라 비변호사가 변호사의 연고관계 등을 공개하는 데에도 감안되어야 할 것이다.」

다. 인맥지수서비스에 대한 4인의 반대의견(합법)

우선, 4인의 반대의견은 이 사건 개인신상정보 및 그에 기반한 인맥지수정보의 성격을 다수의견과 완전히 달리 보고 있다. 즉, 이 사건 개인신상정보는 ‘내밀한 사적 성격의 정보’가 아니라 법률수요자가 변호사 선택을 위해 최소한도로 제공받아야 할 ‘개인적 및 직업적 정보’로서 이러한 정보의 공개는 원고들이 수인하여야 하며, 나아가 이에 기반한 인맥지수정보는 설령 그에 대한 원고들의 인격적 이익이 인정될 수 있다 하더라도 “표현의 자유와의 이익형량 관계에서 상대적으로 그 보호가치가 높다

고 할 수 없다.”고 실시하고 있다.

그리고 4인의 반대의견은 이 사건 인맥지수정보가 갖는 객관적 의미란 법조인 사이의 ‘친밀할 가능성’을 나타내는 제한적인 의미밖에 없으며, 또한 “인맥지수의 산출방법과 그 표현방법이 표현의 자유의 보장범위를 넘어설 정도로 합리성을 잃었다고 볼 수 없고, 오히려 배점기준 등의 인맥지수 산출방법은 피고의 개인적 의견에 가까우므로 의사표현의 자유의 영역으로 두텁게 보호되어야 한다.”고 실시하고 있다.

나아가 4인의 반대의견은 인맥지수정보로 인해 “특정 법조인의 인격이나 명예가 훼손되었다고 보기 어렵고”, 또 다수의견이 우려하는 바의 인맥지수서비스로 인하여 공공질서가 훼손될 위험(=법조인 간의 친밀도가 재판과 수사에 영향을 미칠 수 있다는 일반의 그릇된 인식을 심화시키고 결과적으로 재판이나 수사의 공정성에 대한 불필요한 의심을 조장할 위험 및 변호사의 공정한 수임질서를 저해할 위험)이란 “추상적인 위험에 불과한 것으로서, 이를 이유로 헌법상 표현의 자유 내지 영업의 자유를 제한하는 것은 기본권에 대한 과도한 제한으로서 쉽게 허용될 수 없다.”고 주장하고 있다.

또한 4인의 반대의견은 인맥지수서비스로 인해 얻게 되는 정당한 이익을 9인의 다수의견의 평가와는 정반대로 다음과 같이 평가하고 있다.

「다수의견은 인맥지수 서비스의 위법성을 판단함에 있어 인맥지수 서비스의 공적 폐해라는 측면만 강조하나, 인맥지수 서비스로 인한 피고의 표현의 자유 내지 영업의 자유의 보장, 나아가 법률수요자 및 일반 국민의 알 권리의 보장 등의 공적 가치의 실현이라는 측면 또한 충분히 고려되어야 한다.

법률서비스의 중요성에 비추어 법률수요자가 변호사의 인맥정보 등 다양한 정보를 알려고 하는 자연적인 수요는 엄연히 존재하는 것이 현실이고 이를 덮어놓고 부당하다거나 보호가치가 없다고 할 수 없다. 계약의 자유는 우리 법의 기본원리로서 가장 중요한 가치 중의 하나이고, 그 중 계약상대방 선택의 자유는 그 본질적 내용을 이루는 것이다. 이는 변호사선임계약의 경우에도 마찬가지이다. 따라서 법률수요자는 다양한 정보를 바탕으로 자신의 기호 내지 취향에 맞게 자유롭게 변호사를 선택할 수 있는 자유를 가지고 있고,

설사 그러한 기호 내지 취향이 이기적인 동기에서 비롯된 것이고 사회 전체로 보면 반드시 바람직한지 의문스러운 경우라도 법적으로 존중받아야 마땅하다. 그리하여 법률수요자가 인맥이나 연고를 좇아 변호사를 선택하는 경우 비록 사회적으로 바람직하다고 할 수는 없을지라도 이는 계약의 자유의 영역으로 보호되어야 하고, 법률수요자는 그 선택으로 인한 결과의 위험도 스스로 인수하는 것이다. 결국 이러한 행위는 법질서 전체의 입장에서 허용되는 자유의 한 발현이므로 적법한 것으로 보호가치가 있고, 일반적으로 이러한 적법한 행위의 실현에 필요한 정보를 제공함으로써 조력하는 것 또한 결코 위법하다고 할 수 없고 보호가치가 있음은 물론이다. 현실적으로도 이러한 법률수요자의 자연적인 정보수요와 적법한 행위의 실현에 부응하는 정보의 제공을 막는다면 법률수요자들은 브로커 등 음성적인 정보에 더욱 의존하게 될 것이고, 그것은 법조브로커의 확산 및 특정 변호사의 수입비리로 직결되어 법조에 대한 부정적인 인식을 심화시키는 등의 더 큰 폐해를 가져올 수도 있다.

이와 같이 법률수요자의 정당한 정보수요가 있음이 분명함에도 막연히 악용의 소지가 있다고 하여 인맥지수의 공개 자체를 막는 것은 사법불신의 근본적인 해결책이 될 수 없고, 오히려 더 깊은 오해와 불신을 초래할 수도 있다. 인맥지수가 공개되어 법원과 검찰의 업무수행이 인맥지수와 무관하게 이루어지고 있다는 사실이 인식되고, 그러한 인식이 장기간 누적되면 일반의 법조에 대한 부정적 관념이 완화될 수 있는 기회가 될 수도 있다고 할 것이다.」

라. 4인 반대의견의 보충의견

반대의견의 입장에 선 2인의 대법관은 다른 한편으로 법률시장에서 소비자의 합리적 선택권을 존중해야 한다는 기본관점²¹⁾에 서서, 이 사건 인

21) 「우리나라 법률시장도 점점 규모가 커지면서 그에 관한 정보의 바다가 형성되고 있고, 그 바다를 항해하는 데에도 당연히 해도나 나침판이 필요하게 되었다. 그 역시 시장 수요의 일부이다. 소비자가 어떤 지도와 나침판을 믿고 이용하느냐는 그들의 판단에 맡기면 된다. 혹시 소비자가 무지하거나 경솔해서 지도를 너무 맹신하거나 잘못 읽어서 오도될지 모른다는 걱정이 있을 수는 있다. 그러나 그런 걱정 때문에 법원이 나서서 그 지도와 나침판이 얼마나 믿을 만한지 검열할 일은 아니다. 그야말로 소비자의 현명한 선택에 일임해도 좋을 일이고, 그 정보가 소비자의 선택을 받아서 계속 생존하느냐는 그 시장에서도 필시 생겨날 자유로운 경쟁에 맡겨두면 될 일이다. 소비자 스스로 시장에 나온 정보의 가치와 한계를 읽고 가능하여 필요한 한도에서 이용할 안목과 판단력을 갖추고 있다고 믿지 못할 이유가 없다.」

맥지수정보는 ‘사실’에 관한 것이 아니라 주관적 평가에 의한 ‘분석적 의견’이라는 점을 강조하면서, 이러한 분석정보의 제공을 금지함으로써 보호되는 원고들의 인격적 법익은 피고와 같은 시장참여자의 표현의 자유나 영업활동의 자유를 보장함으로써 얻는 이익을 결코 능가할 수 없다는 취지의 보충의견을 개진하고 있다.

특히, 2인의 보충의견은 공개된 개인정보를 정당하게 이용하는 것은 이용하는 자의 자유라는 점을 강조하고 있다. 다만, 그 자유를 남용했을 경우에는 제한될 수 있다고 한다.

「이미 공개되어 누구나 이용할 수 있는 자료를 토대로 그 정보를 정리·분석하고 결합하여 새로운 정보를 만들어내는 것은 기초자료를 이용하는 자의 자유다. 물론 원시정보의 가공 과정에 의도된 악의가 있거나 불순한 왜곡이 개입되는 등으로 그 결과물이 별로 객관성이 없거나 허구라는 등의 특별한 사정이 있다면, 이해관계를 가진 당사자가 자기 권익을 지키기 위하여 그 정보를 시장에서 퇴출시켜 줄 것을 청구할 수 있을 것이다. 그러나 이 사건 인맥지수에 그런 차원의 악의적 왜곡이나 사회적으로 관용할 수 없을 정도의 허위가 있다고는 인정되지 아니한다.」

더 나아가, 2인의 보충의견은 다수의견이 위법의 논거로 삼고 있는 ‘공공질서가 훼손될 위험’은 인격적 법익 침해를 주장하는 이 사건의 분석에 있어서 고려될 요소가 아니며, 그러한 정책적 판단은 사법부가 아닌 입법부나 행정부의 몫이라는 점을 강조하고 있다.

「다수의견이 지적한 것처럼 이 사건 인맥지수가 우리 사회의 병폐로 지적되는 연고주의를 조장하고 부추킨다거나 사법의 공정성에 대한 신뢰에 나쁜 영향을 주는 부작용에 대하여 우려를 할 수는 있다. 그러나 그것은 원고가 이 사건 청구의 근거로 주장하는 인격적 법익과는 전혀 다른 차원의 이야기다. 혹시라도 그런 사회적 문제에 대한 고려 때문에 표현의 자유와 영업활동의 자유를 제한해야 한다면 그건 원칙적으로 입법부나 행정부의 몫이라고 할 것이므로, 이 사건처럼 개인적 법익의 침해를 이유로 하는 사인간 분쟁에서 법원이 역할을 자임하여 적극적으로 규제하는 것은 자제되어

야 한다. 이 사건 인맥지수의 제공이 꼭 장려할 영업이라는 주장을 하려는 것이 아니다. 단지 다수의견에서 말하는 바와 같이, 만약 이 사건 인맥지수 서비스가 통용되면 연고주의에 대한 일반의 그릇된 인식을 심화시킬 수 있고 재판이나 수사의 공정성에 대한 불필요한 의심이 조장될 우려가 크다는 등 다분히 정책적인 고려 요소를 동원하여 司法이 개인적 법률관계에 개입하는 것은 매우 제한적이어야 한다는 것을 말하는 것뿐이다. 사회에 존재하는 모든 것이 모든 사람이 공감하는 선(善)일 수만은 없다. 우리 헌법이 표현의 자유를 공공복리와 같은 특별한 사유가 없는 한 제한할 수 없도록 한 근본 사상은 영업의 자유에서도 자율과 관용이 필요하다는 뜻을 담고 있다는 생각이다.」

Ⅲ. 사안의 분석틀에 대한 의문

1. 법원의 분석틀 : 기본권충돌

이 사건은 변호사인 원고들의 ‘공개된 개인정보’(=신상정보·사건정보)²²⁾를 수집하여 분석하고 그 결과를 나타난 평가정보(=승소율·전문가 지수·인맥지수)를 일반인에게 제공하는 피고의 행위가 그들 정보의 주체라고 할 수 있는 원고들의 인격적 이익을 침해하는지가 문제된 민사사건이다. 그런데 이처럼 인격적 이익의 침해를 다투는 사인간의 권리분쟁에서 1·2심 법원과 대법원은 헌법상의 기본권충돌의 문제로 접근하는 분석틀을 채택하고 있는 것으로 평가된다.

먼저 1·2심 법원은, 원고들에게는 헌법상의 자기정보통제권이 있고, 피고에게는 표현의 자유와 영업의 자유가 있으며, 본 사안에서는 이들 기본권이 상호 충돌한다는 관점에서 사건의 해결을 시도하고 있다. 특히, 1·2심 법원은 헌법 제10조와 제17조의 규정²³⁾ 및 1998년의 ‘국군기무사

22) 피고가 수집한 원고들에 관한 이 사건 신상정보와 사건정보가 ‘공개된 개인정보’라는 점에 대해서는 1·2심 법원 및 대법원의 다수의견과 소수의견 모두 일치하고 있다.

23) 헌법 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할

민간인사찰 사건'의 대법원판결²⁴⁾을 원용하면서 원고들에게는 이 사건 정보들(=신상정보·사건정보·인맥지수·승소율·전문가지수)에 대하여 자기정보통제권이 있다고 아무런 논증 없이 전제한 다음, 이 권리의 내용에는 자신의 정보에 대한 (i) 수집금지청구권, (ii) 열람·정정청구권, 그리고 (iii) 동의 없는 이용에 대해 삭제·이용중지청구권이 포함된다고 판시하고 있다.

대법원도 헌법 제10조와 제17조의 규정 및 국군기무사 민간인사찰 사건의 대법원판결에서 설시된 내용²⁵⁾을 원용하고서는, 다음과 같이 기본권의 간접적 대사인효를 인정하는 판시를 하고 있다.

「헌법상의 기본권은 제1차적으로 개인의 자유로운 영역을 공권력의 침해로부터 보호하기 위한 방어적 권리이지만 다른 한편으로 헌법의 기본적인 결단인 객관적인 가치질서를 구체화한 것으로서, 사법(私法)을 포함한 모든 법 영역에 그 영향을 미치는 것이므로 사인간의 법률관계도 헌법상의 기본권 규정에 적합하게 규율되어야 한다. 다만 기본권 규정은 그 성질상 사법관계에 직접 적용될 수 있는 예외적인 것을 제외하고는 사법상의 일반원칙을 규정한 민법 제2조, 제103조, 제750조, 제751조 등의 내용을 형성하고 그 해석 기준이 되어 간접적으로 사법관계에 효력을 미치게 된다(대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 전원합의체 판결 참조).

앞서 본 바와 같은 일반적 인격권이나 사생활의 비밀과 자유를 정하고 있는 헌법상 기본권 규정 역시 민법의 일반규정 등을 통하여 사법상 인격적 법익의 보장이라는 형태로 구체화될 것이다. 그러므로 정보주체의 동의 없이 그의 개인정보를 공개하는 것이 그 정보주체의 인격적 법익을 침해하는 것으로 평가할 수 있다면 위법성이 인정된다고 볼 것이다.」

의무를 진다.

헌법 제17조 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.

24) 대법원 1998. 7. 24. 선고 96다42789 판결 (국군기무사 민간인사찰 사건).

25) “이들 헌법 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 보장하려는 데에 그 취지가 있는 것으로 해석된다.”

나아가, 대법원은 헌법 제21조의 언론·출판의 자유(=표현의 자유)에는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)가 전통적으로 포함되어 있을 뿐만 아니라 자유로운 의사(의견)의 형성을 위해 정보에의 접근을 보장하는 알 권리도 표현의 자유와 표리일체의 관계에 있다고 설시하면서, “[이] 기본권 규정도 민법상의 일반규정 등의 해석 기준이 되어 사인간의 법률관계를 규율하게 [되고,] 이러한 측면에서 보면 개인정보라 하더라도 누군가가 정보주체인 다른 사람의 동의 없이 그 사람의 정보를 자유롭게 공개하는 등 표현행위의 대상으로 삼을 수 있는 법적 이익도 인정될 수 있다.”고 말하고 있다.

그러면서 대법원은 위 두 권리, 즉 개인정보주체의 인격적 법익과 표현행위자의 개인정보공개의 자유가 서로 충돌하는 경우에, 위법성의 판단방법으로 비공개 이익과 공개 이익을 비교 형량할 것을 다음과 같이 제안하고 있다.

「그러므로 정보주체의 동의 없이 개인정보를 공개함으로써 침해되는 인격적 법익과 정보주체의 동의 없이 자유롭게 개인정보를 공개하는 표현행위로서 보호받을 수 있는 법적 이익이 하나의 법률관계를 둘러싸고 충돌하는 경우에는, 개인이 공적인 존재인지 여부, 개인정보의 공공성 및 공익성, 개인정보 수집의 목적·절차·이용형태의 상당성, 개인정보 이용의 필요성, 개인정보 이용으로 인해 침해되는 이익의 성질 및 내용 등의 여러 사정을 종합적으로 고려하여, 개인정보에 관한 인격권의 보호에 의하여 얻을 수 있는 이익(비공개 이익)과 표현행위에 의하여 얻을 수 있는 이익(공개 이익)을 구체적으로 비교 형량하여, 어느 쪽의 이익이 더욱 우월한 것으로 평가할 수 있는지에 따라 그 행위의 최종적인 위법성 여부를 판단하여야 한다.」

그러나 이러한 분석방법과 위 판시내용에는 몇 가지 難點이 있는 것으로 보인다.

2. 제1 단점 : 基本權과 私權의 관계

가장 큰 난점은 헌법의 기본권조항으로부터 바로 私人 간에 주장할 수 있는 私權이 나오는가 하는 점이다. 1·2심 법원은 원고들에게는 아무런 논증 없이 헌법상의 자기정보통제권이 인정되고, 피고에게는 표현의 자유와 영업의 자유가 인정되고 있다고 한다. 사인 간의 권리분쟁을 다루는 본 사안에서 이러한 판시는 마치 ‘사인간의 법률관계에 기본권의 전면적인 직접 적용’을 주장하는 것처럼 읽힌다.

주지하다시피, 헌법의 기본권조항은 국가와 국민 사이의 관계를 규율하는 규범으로서, 사인 간의 관계에 직접 적용되는 규범이 아니다. 오늘날 기본권의 효력을 사인 간에도 확장하려는 주장(=대사인적 효력론)이 있지만, 전면적인 직접 적용을 주장하는 사람은 찾아보기 어려우며, 또 예외적인 확장을 주장하는 경우에도 ‘직접 적용’을 주장하기보다 ‘私法의 일반조항을 통한 간접 적용’을 주장하는 것(=간접효력설)이 대세이다.

대법원도 기본권이 1차적으로는 대국가적 방어권이라고 인정하면서도, “다른 한편으로 헌법의 기본적인 결단인 객관적 가치질서를 구체화한 것”이라고 하면서 “사인간의 법률관계도 헌법상의 기본권 규정에 적합하게 규율되어야 한다. 다만 기본권 규정은 … 사법상의 일반원칙을 규정한 민법 제2조, 제103조, 제750조, 제751조 등의 내용을 형성하고 그 해석 기준이 되어 간접적으로 사법관계에 효력을 미치게 된다.”고 실시하고 있다. 그리고 이러한 실시를 2010년의 ‘중등종립학교 종교교육 강제 사건’의 대법원판결²⁶⁾에서 원용하고 있다.

그런데 이러한 대법원의 間接效力論의 실시는 표면적인 것에 불과하고, 본 사안에서의 접근은 ‘기본권의 직접 적용’에 다름 아닌 것으로 평가될 수 있는 여지가 있다. 원고들에 관한 피고의 評價情報(=승소율·전문가지수·인맥지수)에 대하여 정보주체라고 할 수 있는 원고들이 가지는 어떤 統制權 내지 法益이 인정된다고 할 때, 그러한 법익이 민법 혹은 다른 법률의 어떤 조항에 의해서 발생하는지를 전혀 논증하지 않은 채, 만연히 헌법 제10조와 제17조의 규정을 적시하면서 마치 이들 헌법규정상의 인격권이나 사생활의 비밀과 자유가 바로 본 사안에서 원고들이 피고에 대

²⁶⁾ 대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 전원합의체 판결 (중등종립학교 종교교육 강제 사건).

하여 가지는 권리의 내용인 것처럼 실시하고 있다. 비록 대법원이 私法上の 一般原則을 규정한 民法의 일반규정들(제2조, 제103조, 제750조, 제751조)을 언급하고는 있지만, 어느 조항이 본 사안에서 원고들 청구의 근거 조항인지를 적시하지 않고 있다.

통상 기본권의 충돌은 국가가 한 기본권주체의 이익을 위하여 다른 기본권주체의 이익을 제한하는 상황에서 발생한다. 구체적으로는 첫째, 입법자가 私法규정을 통하여 사인간의 관계를 규율하는 상황, 둘째, 민사법원이 公序良俗규정 등 一般條項의 해석에 있어서 기본권을 해석의 지침으로 고려함으로써 사인간의 관계에서 기본권이 간접적으로 적용되는 상황(=기본권의 對사인적 효력), 셋째, 입법자가 公法규정을 통하여 가해자인 사인에게 법적 의무를 부과함으로써 보호의무를 이행하는 상황이 그것이다.²⁷⁾

적어도 본 사안에서 기본권의 대사인적 효력 혹은 기본권충돌이 문제되기 위해서는 피고의 행위(=공개된 원고들의 개인정보를 분석해서 얻은 평가정보를 일반인에게 제공하는 행위)를 제한하는 입법자의 1차적 의사(=근거법률)가 명시적이든 혹은 묵시적이든 먼저 확인되어야 한다. 법원은 이렇게 확인된 명시적 혹은 묵시적 입법의사를 해석해내는 과정에서 기본권을 해석의 지침으로 고려할 수 있고, 그런 과정 속에서 기본권의 효력은 사인에게 간접적으로 미치게 된다.

그런데 이러한 해석과정에서 기본권이 해석의 지침으로 기능한다고 해서 그 基本權의 내용이 곧 바로 私權의 내용이 되는 것인가? 만일 그렇다고 한다면, 기본권의 직접효력설과 간접효력설을 구분하는 이유가 없을 것이다. 결과에 있어서 양자는 완전히 동일해지기 때문이다. 그러나 독일에서 말하는 간접효력설의 출발점은 ‘사인에 대한 기본권의 보호는 헌법규정이 아니라 私法規定에 의하여 이루어진다는 것의 확인’에 있다.²⁸⁾ 간접효력설은 기본권에 내재된 가치체계를 私法秩序에 대하여 관철하면서, 다른 한편으로는 사법질서의 독자성과 고유성(사적 자치의 원칙)을 존중하고자 하는 견해이다.²⁹⁾

27) 이 내용은 한수웅, 헌법학, 법문사, 2011, 489, 492면에서 인용.

28) 한수웅, 위의 책, 393면.

29) 한수웅, 위의 책, 393면; 또한 김대환, “사법질서에서의 기본권의 효력 -- 독일에서

기본적으로 ‘국가와 사인의 관계’와 ‘사인간의 관계’를 동일시할 수는 없으며, 양자는 근본적으로 다르다. 만일 양자를 동일시하고 그리하여 개인이 사인간의 관계에서 기본권의 구속을 받는다면, 모든 사인간의 법률 관계는 기본권충돌의 문제로 환원되어 버릴 것이다. 이렇게 되면 타인의 기본권을 제한하는 사인은, 사인의 기본권을 제한하는 국가와 마찬가지로, 자신의 행위를 정당화해야 하고 그 행위의 헌법적 정당성 여부는 과잉금지의 원칙에 따라 엄격히 판단해야 할 것이다.³⁰⁾

이에 대해 한수웅 교수는 다음과 같이 적절하게 비판하고 있다: “이러한 결과는 헌법상 보장된 사적 자치와 기본권의 자유의 본질에 정면으로 반한다. 기본권의 구속을 받는 공권력에게는 행위의 근거를 제시하고 자신의 행위를 정당화해야 할 의무가 부과되지만, 사적 자유의 본질은 자신 행위의 동기에 관하여 설명하고 정당화할 필요가 없다는 데 있다. 개인이 기본권의 구속을 직접 받는다는 것은 사적 자치의 종말, 즉 자유의 종말을 의미하게 된다. 나아가, 사적 자치의 행사를 평등원칙에 구속시키고자 한다면, 私法을 지탱하는 사적 자치의 근거와 사적 자유의 본질이 제거된다.”³¹⁾

또한 사인간의 권리분쟁을 모두 기본권충돌의 문제로 환원하게 되면, 법적 불안정성이 심화될 것이다. 기본권충돌의 경우 법관은 입법자를 대신해서 개별적 사안마다 법익교량을 통하여 해결할 수밖에 없기 때문이

의 논의를 중심으로 -”, 「종교의 자유와 사학의 자유」(한국헌법학회/대법원 헌법연구회 공동학술대회 발표요지집, 2010. 10. 2), 65면 참조(“독일에서 간접효력설의 대표자는 뒤리히(Dürig)이다. 뒤리히의 기본적인 관심사는 私法上の 고유한 법칙에 의해 매개되지 않은 채 강제적인 효력을 가진 헌법규정을 원용하고자 하는 견해에 대하여 私法을 수호함으로써 私法의 독자성을 유지하는 것이다.”).

30) 헌법재판소는 1991년의 정정보도청구권제도 사건(헌재 1991. 9. 16. 89헌마165)에서 「정기간행물의 등록 등에 관한 법률」이 정기간행물의 보도에 의하여 인격권 등의 침해を受ける 피해자에게 정정보도청구권을 인정하는 규율과 관련하여, 인격권과 언론의 자유 사이의 기본권충돌이 발생한 상황이라고 보면서 그 해결방안으로 이른바 ‘실제적 조화의 원칙’을 제시하고는 이어서 과잉금지의 원칙을 적용하여 합헌 결정을 내린 바 있다. 또한 헌법재판소는 2004년의 금연구역지정 사건(헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457)에서도 「국민건강증진법」이 공공이용시설에 금연구역을 지정하여 흡연을 금지하도록 한 규율과 관련하여, 흡연권과 혐연권 사이의 기본권충돌이 발생한 상황이라고 보면서 과잉금지의 원칙을 적용하여 합헌결정을 내리고 있다.

31) 한수웅, 앞의 책(각주 27), 396면.

다. 법관에 의한 법익교량의 결과는 매 사안마다 달라질 수밖에 없고 결과에 대한 예측이 거의 불가능하게 된다. 본 사안에서도 대법원은 “[정보주체인] 개인이 공적인 존재인지 여부, 개인정보의 공공성 및 공익성, 개인정보 수집의 목적·절차·이용형태의 상당성, 개인정보 이용의 필요성, 개인정보 이용으로 인해 침해되는 이익의 성질 및 내용 등의 여러 사정을 종합적으로 고려하여” 공개의 이익과 비공개의 이익을 형량하여 위법 여부를 판단하고 있다. 이러한 이익형량의 접근방법은 너무나 미묘해서 그 결과를 누구도 쉽게 예측할 수 없게 만든다. 그리하여 향후에, 공개된 개인정보에 근거하여 평가를 내리는 행위가 우리의 법질서에서 어느 정도 허용되는지, 아니면 전면적으로 금지되는지에 관해 뚜렷한 지침을 제공한다고 보기 어렵다. 다수의견이나 소수의견이나 모두 본 사안과 관련해서 변호사를 ‘공적 인물’로 평가했는데, 이 같은 평가가 타당한지는 차치하고, 변호사가 아닌 의사, 변리사, 세무사 등의 전문가들에 대한 평가서비스의 경우에는 이번의 대법원판결에 비추어 볼 때 어떻게 되는가?

나아가, 사인간의 권리분쟁을 기본권충돌의 문제로 접근하여 판단을 내리게 되면, 문제된 사안의 법률관계를 헌법적으로 평가한 것이기 때문에, 향후 입법자는 유사한 사안에 관한 私法질서를 형성함에 있어서 정책형성의 재량을 잃어버리게 된다. 입법자가 해야 될 이익형량을 법원이 헌법적 관점에서 먼저 해버렸기 때문이다.

요컨대, 사인간의 권리분쟁이 다투어진 본 사안에서 원고의 인격적 법익을 보호하기 위하여 피고의 정보제공행위를 명시적 혹은 묵시적으로 제한하는 민법 혹은 다른 법률의 규정을 구체적으로 확인하지 않고서, 바로 헌법상의 기본권규정에 의거하여 기본권충돌의 문제로 접근하는 분석들은 마치 기본권의 直接的 對私人效力을 인정하는 것 같은 메시지를 학계나 하급심법원에게 던지는 인상을 준다.

필자는 헌법상의 기본권이 바로 私權으로 전환될 수는 없다는 입장을 가지고 있다. 물론 오늘날 헌법의 기본권은 국가에 대하여 세 가지 요구를 담고 있다. 즉, 우리 헌법 제10조 제2문은 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하고 있는데, 이러한 기본권 보장은 성격이 다른 3가지 의무의 이행을 통해서

이루어지게 된다. 무엇보다 우선적으로는 ❶ 기본권을 침해하는 행위를 하지 않음으로써 기본권을 존중해야 하는 소극적 의무(the negative obligation to respect fundamental rights)를 이행하는 것이고, 다음으로는 ❷ 적극적인 정책이나 입법조치 등에 의해 기본권을 실현해야 하는 적극적인 의무(the positive obligation to fulfil fundamental rights)를 이행하는 것이며, 마지막으로 ❸ 다른 사인으로부터 기본권을 보호해야 하는 적극적인 의무(the positive obligation to protect fundamental rights)를 이행하는 것이다. 헌법재판소도 최근 위 세 번째의 보호의무를 인정하기 시작하였다.³²⁾ 그렇지만 이러한 국가의 기본권보장의무에 의해서 곧 바로 기본권이 사인 간에도 주장될 수 있는 私權으로 전환된다고 볼 수는 없다. 만일 이를 인정한다면, 憲法과 私法의 구별이 없어지며 모든 민사분쟁은 헌법사건으로 전환될 것이다.

요컨대, 필자는 헌법상의 기본권은 對國家的 效力을 가질 뿐이고 사인은 기본권의 구속을 받지 않는다는 기본전제를 가지고 있으며, 間接的 對私人效를 인정하는 입장에서 말하는 ‘對私人的 效力’이라는 것은 기실은 ‘對國家的 效力’의 다른 모습에 불과하다는 입장을 가지고 있다.³³⁾

3. 제2 난점 : 援用하는 先例와의 不一致

1·2심 법원과 대법원은 원고들이 이 사건 정보들(=신상정보·사건정보·인맥지수·승소율·전문가지수)에 대해 자기정보통제권 내지 인격적 법익을 가지고 있다는 점을 논증하기 위하여 헌법 제10조와 제17조의 규정을 들고 있을 뿐만 아니라 1998년의 국군기무사 민간인사찰 사건의 대법원판결³⁴⁾의 판시내용을 함께 원용하고 있다. 이 대법원판결은 “이들 헌법 규정은 개인의 사생활 활동이 타인으로부터 침해되거나 사생활이 함부

32) 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81 (사산한 태아의 손해배상청구권 사건) [7(합헌) 1(한정위헌) : 1(한정위헌)]; 헌재 2009. 2. 26. 2005헌마764등 (교통사고 보험가입자 불처벌 2차 사건) [7(위헌) : 2(합헌)].

33) 필자의 이러한 입장에 대해서는 이인호, “사기업 근로자의 표현의 자유 - 미국의 이론과 판례를 중심으로 -”, 미국헌법연구 제16권 제1호 (미국헌법학회, 2005), 153-199면 참조.

34) 대법원 1998. 7. 24. 선고 96다42789 판결 (국군기무사 민간인사찰 사건).

로 공개되지 아니할 소극적인 권리는 물론, 오늘날 고도로 정보화된 현대 사회에서 자신에 대한 정보를 자율적으로 통제할 수 있는 적극적인 권리 까지도 보장하려는 데에 그 취지가 있는 것으로 해석된다.”고 판시하였다.

그런데 위 사건은 국군기무사가 민간인들의 사생활을 지속적으로 은밀하게 추적하여 그 정보를 수집한 것에 대해 국가배상을 청구한 사건이다. 이 사건은 전형적으로 공권력작용에 의한 기본권침해 사건이다. 이 사건에서처럼 국가기관이 아무런 법률적 근거 없이 헌법 제10조의 인격권과 제17조의 사생활비밀을 침해한 것은 위헌적 조치로서 국가배상의 책임을 지는 것은 당연하다고 할 것이다. 위 사건에서 대법원은 ‘국가기관으로부터 사생활을 추적당하지 않을 국민의 권리’를 헌법 제10조와 제17조에서 확인해내었다고 할 것이다.

따라서 이러한 대법원의 판시는 본 사건에서처럼 ‘공개된 개인정보를 수집하여 분석한 평가정보를 일반인에게 제공하는 사인의 행위’가 문제되는 사안에서 선례로 원용될 수 있는 여지는 거의 없는 것이 아닌가 생각된다. 민간인사찰 사건은 ‘국가와 사인의 관계’에 관한 것이고, 본 사건은 ‘사인간의 관계’에 관한 것이어서 본질적으로 다른 사안인 것이다. 또한 문제된 행위도 전자에 있어서는 ‘사생활을 지속적으로 은밀하게 추적하여 사생활비밀을 수집한 행위’이고, 본 사건에서는 ‘공개된 개인정보를 수집하여 분석한 평가정보를 일반인에게 제공하는 행위’가 문제된 것이다. 이처럼 사안이 전혀 다른 선례를 끌어와서 논증의 기초로 삼는 것은 ‘判例’의 개념에 혼란을 초래할 수 있다.

더 나아가, 민간인사찰 사건의 대법원판시에서 후자의 이른바 ‘자기정보통제권’은 傍論에 불과하다. 당해 사안에서 문제된 행위는 전통적인 사생활비밀 혹은 사생활의 평온을 침해하는 것이지, 정보사회에서 거론되는 소위 제2세대 프라이버시권인 자기정보통제권 내지 개인정보자기결정권이 문제되는 사안은 아니기 때문이다.

4. 대안적 분석틀의 모색

본 사건은 인격적 이익의 침해를 이유로 하여 피고 행위의 중단 및 손

해배상을 청구하는 민사분쟁이다. 본 사건의 해결을 위해서는 무엇보다 피고가 처리(=수집·가공·제공)하고 있는 이 사건 정보들에 대하여 원고들이 어떤 통제권을 가지는지, 그리고 피고의 행위로 인해 원고들의 어떤 인격적 이익이 침해되고 있는지를 민법의 일반원칙에 입각하여 규명해내어야 할 것으로 보인다. 아니면, 정보주체인 원고들을 보호하기 위하여 피고의 행위를 제한하거나 금지하는 다른 법률(예컨대, 개인정보보호법)이 있는지를 찾아내어야 할 것이다.

1·2심 법원은 별다른 논증 없이 원고들이 헌법상의 기본권인 자기정보통제권 내지 개인정보자기결정권을 침해당하고 있고, 이 침해가 정당화되기 위해서는 또 다른 헌법적 정당화논거(=표현의 자유, 알 권리, 영업의 자유)가 있어야 한다는 식으로 논증하고 있다. 이렇게 논증하게 되면, 원고들이 실제로 침해당하고 있는 법적 이익 내지 권리의 실체에 접근하지 못하고, 추상적인 기본권 침해 논쟁으로 빠져버리고 만다.

본 사안에서 원고들의 인격권 침해를 판단하는 일용의 기준으로 다음의 네 가지 요건을 조심스럽게 제시해 본다. 이들 요건은 원고가 입증해야 할 것이다.

- ❶ 이 사건 정보들(=공개된 신상정보·사건정보와 그에 기초하여 생성된 송소율·전문가지수·인맥지수)이 정보주체인 원고들의 인격적 이익과 연관되어 있을 것
- ❷ 이 사건 평가정보(=송소율, 전문가지수, 인맥지수)의 제공으로 인해 구체적인 인격적 피해가 발생할 것
- ❸ 그 인격적 피해가 합리적인 보통사람의 입장에서 볼 때 수인하기 어려운 것일 것
- ❹ 이 사건 정보들이 일반 대중의 정당한 관심사항이 아닐 것

IV. 개인정보에 관한 인격권의 실체

1. 법원이 인정하는 권리의 내용

정보주체인 개인은 타인이 처리하고 있는 자신에 관한 정보에 대하여 어떤 내용의 통제권을 어느 정도 가지는가? 구체적으로 본 사안에서, 피고가 일반적으로 접근가능한 정보원으로부터 수집한 개인정보(=공개된 개인정보=이 사건 신상정보·사건정보) 및 그에 기반하여 분석한 평가정보(=승소율·전문가지수·인맥지수)에 대하여 당해 정보의 주체라고 볼 수 있는 원고들은 어떤 내용의 권리를 가지는가?

1·2심 법원은 헌법 제10조와 제17조의 규정에 근거하여 원고들에게는 이 사건 정보들에 대하여 자기정보통제권이 있다고 하면서, 이 권리의 내용에는 자신의 정보에 대한 (i) 수집금지청구권, (ii) 열람·정정청구권, 그리고 (iii) 동의 없는 이용에 대해 삭제·이용중지청구권이 포함된다고 판시하고 있다. 1·2심 법원의 취지를 나름대로 이해하면 다음과 같다 : 「공개된 개인정보(=이 사건 신상정보·사건정보)와 그것을 기초로 한 평가정보(=승소율·전문가지수·인맥지수)에 대하여 당해 정보주체는 완전한 통제권을 가지며 그리하여 그 정보를 정보주체의 동의 없이 수집·이용·제공하면 원칙적으로 위법하고, 다만 동의 없는 수집·이용·제공을 정당화하는 다른 사유가 있으면 위법성이 조각될 수 있다.」.

한편, 대법원은 ‘자기정보통제권’이라는 표현을 사용하지 않는 대신 ‘개인정보에 관한 인격권’이라는 표현을 사용하고 있다. 그러나 이 권리의 실체에 대해서 명확하게 밝히지는 않고 있다. 다만, 대법원은 “정보주체의 동의 없이 그의 개인정보를 공개하는 것이 그 정보주체의 인격적 법익을 침해하는 것으로 평가할 수 있다면 위법성이 인정된다.”고 일반론을 제시하면서, 한편에서는 피고도 헌법 제21조의 표현의 자유 및 그와 표리일체를 이루는 알 권리(=정보접근권)의 소위 放射效에 의해 ‘개인정보라 하더라도 그 정보주체의 동의 없이 자유롭게 수집·이용·제공하는 표현행위를 할 수 있는 법적 이익’을 가지기 때문에, 이렇게 원고의 인격적 법익과 피고의 표현행위로 보호받는 법적 이익이 충돌하는 경우에는 “개인정보에 관한 인격권의 보호에 의하여 얻을 수 있는 이익(비공개 이익)과 표현행위에 의하여 얻을 수 있는 이익(공개 이익)을 구체적으로 비교, 형량하여 어느 쪽의 이익이 더욱 우월한 것으로 평가될 수 있는지에 따라 표현행위의 최종적인 위법성 여부를 판단하여야 한다.”고 판시하고 있다.

이러한 대법원의 판시는 위 1·2심 법원의 판시취지와는 사뭇 다른 것으로 보인다. 나름대로 이해한 대법원의 판시취지는 다음과 같다 : 「① 공개된 개인정보를 수집하고 또 그것을 이용(=가공)하는 것은 당해 정보주체의 동의가 없이도 자유롭게 할 수 있는 권리가 피고에게 있다. ② 그러나 그 정보를 공개(=일반인에게 제공)하는 경우에는 그에 대해 정보주체가 일정한 통제권을 가질 수 있다. ③ 정보주체의 동의 없는 공개가 곧바로 위법한 것은 아니지만, 공개로 인해 정보주체의 인격적 법익이 침해된다면 위법하다. ④ 양 법익이 충돌하는 본 사안에서 비공개에 이익이 공개에 이익보다 우월하다면 공개행위는 위법하다.」

2. 1·2심 법원의 自己情報統制權에 대한 오해

1·2심 법원은 자기정보통제권 내지 개인정보자기결정권의 내용에는 자신의 정보에 대한 (i) 수집금지청구권, (ii) 열람·정정청구권, 그리고 (iii) 동의 없는 이용에 대해 삭제·이용중지청구권이 포함된다고 판시하고 있으나, 이렇게 강력한 권능을 개인정보자기결정권의 내용으로 인정하게 되면 사회적으로 심각한 문제가 발생할 것으로 판단된다. 즉, 이렇게 되면 모든 정보주체는 자신에게 불리한 본인의 개인정보를 타인이 처리(=수집·가공·제공)하는 것을 금지시킬 수 있는 권능을 가지게 되는 셈이 되는데, 이는 곧 자신에게 불리한 사회적 평가를 봉쇄하는 권능을 정보주체에게 우선적으로 줌으로써 사회적으로 필요한 평가체계가 무너져버리게 될 것이다. 그러나 사회에서 작동하는 많은 메커니즘들은 타인에 대한 평가를 기초로 하여 작동하는 것이다. 본 사안에서와 같이, 법률소비자가 자신의 소송대리인을 선택함에 있어서도 변호사에 대한 평가를 기초로 해서만 현명한 선택을 할 수 있다.

전통적인 제1세대 프라이버시권 내지 사생활권과는 달리, 제2세대 프라이버시권으로서의 개인정보자기결정권은 ‘정보주체의 동의 없는 개인정보의 처리(=수집·이용·제3자 제공)를 금지시킬 수 있는 권능’을 내용으로 하는 권리라고 볼 수 없다. 이 새로운 권리는 ‘개인정보의 처리과정에 정보주체의 참여를 보장하고 공정한 처리(fair practice)를 요구하는 권능(=열

람청구권·이의제기권·처리정보변경권 등)’을 내용으로 하는 권리라고 이해해야 한다.³⁵⁾ 현재까지 이 권리의 실체는 여전히 불명확한 상태이다.

이 새로운 권리가 생겨나는 배경과 목적은, 디지털정보혁명으로 인해 개인의 일상적인 활동이 디지털의 형태로 무한정 기록되고 쉽게 통합되며 그리고 한 번 기록된 틀린 개인정보가 수정되지 않은 채 지속될 수 있는 기술적 가능성 속에서 자칫 디지털화된 개인정보로 인해 정보주체에게 현실적인 피해가 발생하지 않도록 예방하기 위한 것이다. 전통적인 제1세대 프라이버시권 내지 사생활권이 ‘은둔으로서의 사생활보호’(privacy as seclusion)를 목적으로 하는 것이었다면, 제2세대 프라이버시권인 개인정보자기결정권은 ‘참여를 통한 사생활보호’(privacy as participation)를 지향하는 것이다. 즉, 개인정보자기결정권에 의하면, 정보주체는 자신에 관한 정보가 누구에 의해 어떤 목적으로 어떻게 이용되는지를 명확하게 인식하고 그러한 정보처리의 과정에 함께 참여할 수 있는 권능을 가지게 된다.

제1세대 프라이버시권과 제2세대 프라이버시권(=개인정보자기결정권)은 각각 그 입법목적, 보호의 대상이 되는 개인정보의 범위, 규율대상이 되는 행위, 규율의 방식에 있어서 서로 다르다. 제1세대 프라이버시권은 보호가치가 있는 한정된 개인정보(=사적 정보 내지 비밀정보 private or confidential information)만을 보호의 대상으로 하고 그에 대한 부당한 접근·공표·누설행위를 금지하는 것이다. 반면에, 제2세대 프라이버시권인 개인정보자기결정권은 신원을 확인할 수 있는 개인에 관한 일체의 정보(personal information)를 보호의 대상으로 하면서도 그것의 처리(=수집·

35) 1980년의 OECD 개인정보보호가이드라인의 ‘개인 참여의 원칙’(Individual Participation Principle)에 의하면, (i) 정보주체는 자기에 관한 정보를 개인정보처리자가 가지고 있는지 여부를 확인할 권리(소제확인권)를 가지며, (ii) 자기에 관한 정보를 ① 합리적인 기간 내에 ② 과도하지 않은 비용으로 ③ 합리적인 방법에 의해 ④ 알기 쉬운 형태로 전달받을 권리(열람권)를 가진다. (iii) 그리고 소제확인권과 열람권이 거부되는 경우엔 개인은 그 이유를 구하고(거부이유를 알 권리) 그 거부에 대하여 다툴 수 있는 권리(이의청구권)가 있으며, (iv) 그 다툼에서 이기는 경우에는 해당 정보의 삭제·정정·수정·보완을 요구할 권리(처리정보변경권)를 가진다. 또한 유럽연합, 영국, 독일, 일본 등 대부분 국가의 「개인정보보호법」도 기본적으로 이러한 권리 규정을 두고 있다. 유럽과 일본은 정보주체의 동의 없는 정보처리를 광범위하게 허용하면서도, 일정한 경우 정보처리에 대한 사후거부권(right to object)을 정보주체에게 부여하고 있다.

이용·제공)를 금지하는 것이 아니라, 정당한 업무수행목적의 처리를 허용하되 그 오·남용의 위험성을 막기 위해 공정한 처리(fair practice)를 요구하는 것이다.³⁶⁾

우리 대법원은 그 동안 제1세대 프라이버시권의 보호법리를 다음과 같이 제한적으로 형성해 왔다. 즉, 대법원은 “사생활의 비밀에 관한 사항을 함부로 타인에게 공개당하지 아니할 법적 이익”을 사생활권리로 인정하면서, 다만 은밀한 사생활정보를 공표한 경우라 하더라도 그 정보가 “공공의 이해와 관련되어 공중의 정당한 관심의 대상이 되는 정보”인 때에는 위법성을 인정하지 않았다.³⁷⁾ 이처럼 사생활에 관한 은밀한 정보를 대외적으로 ‘공표’(public disclosure)하는 행위는 사생활침해를 구성할 수 있고, 다만 그 공표에 정당한 이익이 있다고 인정될 때에는 그 위법성이 조각된다.

한편, ‘공표’(public disclosure)가 아닌 ‘수집’(collection)의 경우에도 아주 제한적으로 프라이버시침해가 인정될 수 있다. 예컨대, 특정 개인을 추적·감시(tracing & surveillance)하여 그의 일거수일투족에 관한 정보를 수집한다면 그러한 추적·감시행위는 프라이버시침해(=미국식으로 말하면, 사적 평온의 침해)에 해당되어 민사상의 손해배상책임을 지게 될 것이다. 예컨대, 1·2심 법원이 원용하고 있는 ‘국군보안사 민간인사찰 사건’(대법원 1998. 7. 24 선고 96다42789 판결)에서, 대법원은 국군보안사령부가 군과 관련된 첩보 수집, 특정한 군사법원 관할 범죄의 수사 등 법령에 규정된 직무범위를 벗어나 민간인들을 대상으로 평소의 동향을 감시·파악할 목적으로 지속적으로 개인의 집회·결사에 관한 활동이나 사생활에 관한 정보를 미행, 망원 활용, 탐문채집 등의 방법으로 비밀리에 수집·관리한 경우, 이는 헌법에 의하여 보장된 기본권을 침해한 것으로서 불법행위를 구성한다고 판단하였다. 이러한 법리의 기본취지는 수집된 개인정보의 보호에 있는 것이 아니라 수집하는 방식, 즉 부당한 추적·감시

36) 개인정보보호법의 출현배경과 의의 및 기존 사생활보호법과의 차이에 관해서는 이 인호, “제2세대 프라이버시보호법으로서의 개인정보보호법에 대한 이해”, 사법 제8호 (사법발전재단, 2009. 6) 참조.

37) 대법원 1998. 9. 4. 선고 96다11327 판결.

의 행태로부터 개인의 사적 평온을 보호하고자 하는 데 있다.

미국의 경우 개인에 관한 정보의 처리와 관련하여 사인간의 관계에서 손해배상책임을 지는 불법행위가 인정되는 프라이버시침해는 크게 4가지 유형으로 나누어진다. (i) 숨기고자 하는 사적 사실의 공표(public disclosure of private facts),³⁸⁾ (ii) 사적 평온의 침해(intrusion upon seclusion),³⁹⁾ (iii) 사회적 인격상의 왜곡(false light),⁴⁰⁾ 그리고 (iv) 인격적 징표의 상업적 유용(appropriation)⁴¹⁾이 그것이다. 그 밖에 비밀침해(breach of confidentiality)로 인한 불법행위의 성립이 인정되는데, 이는 의사·변호사 등의 전문가가 그의 환자나 의뢰인 사이의 신뢰관계에서 형성된 비밀정보(confidential information)를 제3자에게 누설했을 때 인정된다.⁴²⁾

요컨대, 은밀한 사적인 정보(private information)를 보호하는 목적으로

38) 숨기고자 하는 사적 사실의 공표(public disclosure of private facts)가 위법한 것이 되기 위해서는 두 가지 요건이 충족되어야 하는데, 첫째, “합리적인 보통사람의 입장에서 볼 때 그 공표가 수인하기 어려울 정도로 굉장히 불쾌감을 일으키는 것이어야 하고”(highly offensive to a reasonable person), 나아가 둘째, “그 공표된 사실이 일반 대중의 정당한 관심사항이 아니어야 ”(is not of legitimate concern to the public) 한다. Restatement (Second) of Torts §652D (1977).

39) 사적 평온의 침해(intrusion upon seclusion)가 불법행위로 인정되기 위해서는 첫째, “다른 사람이 즐기고 있는 호젓함이나 은둔을 방해하거나 그의 사적인 업무나 일에 허가 없이 개입하여야 하고”(intrudes upon the solitude or seclusion of another or his private affairs or concerns), 나아가 둘째, “그 침입이 합리적인 보통사람의 입장에서 볼 때 수인하기 어려울 정도로 굉장히 불쾌감을 일으키는 것이어야”(is highly offensive to a reasonable person) 한다. Restatement (Second) of Torts §652B (1977).

40) 사회적 인격상의 왜곡(false light)이란 다른 사람들의 눈에 어떤 사람을 잘못 보이게 만드는 것을 가리킨다. 이것이 불법행위로 인정되기 위해서는 두 가지 요건이 모두 충족되어야 한다. 첫째, “그 사람을 다른 사람의 눈에 잘못 비치도록 만드는 사항을 공표하여야 하고”(publicly disclose a matter that places a person in a false light), 나아가 둘째, “그 공표가 합리적인 보통사람의 입장에서 볼 때 수인하기 어려울 정도로 굉장히 불쾌감을 일으키는 것이어야”(is highly offensive to a reasonable person) 한다. Restatement (Second) of Torts §652E (1977).

41) 인격적 징표의 상업적 유용(appropriation)이 불법행위로 인정되기 위해서는 “다른 사람의 이름이나 얼굴을 자신의 이익을 위해서 또는 자신이 이용하기 위해서 유용하여야”(appropriates to his own use or benefit the name or likeness of the plaintiff) 한다. Restatement (Second) of Torts §652C (1977).

42) 이상 미국의 불법행위로서의 프라이버시침해에 대한 설명은 Daniel J. Solove, Marc Rotenberg & Paul M. Schwartz, *Information Privacy Law*, 2nd ed., Aspen Publishers, Inc. (2006), 30-31 참조.

형성된 제1세대 프라이버시권의 법리에서조차도 인정하지 않던 강력한 권능을, 모든 개인정보(personal information)를 대상으로 하는 개인정보자기결정권에 대해 인정하는 것은 전혀 논리적 체계성이 없을 뿐만 아니라 현실성이 없다고 할 것이다. 개인정보자기결정권을 인격권의 일종으로 인정한다 하더라도 그 내용은 ‘자기 정보에 대한 고지청구권, 열람청구권 및 정정청구권’에 한정되어야 할 것으로 보인다. 1·2심 법원이 인정하는 바와 같은 ‘자신의 정보에 대한 수집금지청구권이나 동의 없는 이용에 대한 삭제·이용중지청구권’과 같은 권능을 일반적인 개인정보자기결정권의 내용으로 인정하는 것은 상당히 무리이다.

만일 본 사건의 피고가 처리(=수집·이용·제공)하고 있는 이 사건 정보들이 원고들의 ‘은밀한 사적인 정보’(private information)에 해당한다고 하면, 그 때는 전통적인(=제1세대) 프라이버시보호의 법리에 의하여 해결할 수 있을 것이다.

3. 개인정보에 관한 정보주체의 권능을 인정하는 현행 법률들

전 세계적으로 1970년대 이후에 생겨나기 시작한 개인정보보호법⁴³⁾은 개인정보의 처리(=수집·이용·제공)를 막고자 하는 법률이 아니라 개인정보의 처리를 허용하면서도 그 오·남용을 예방함으로써 개인정보의 이용과 보호를 조화시키고자 하는 데에 그 입법목적이 있다. 개인정보보호법의 기본정신은 ‘개인정보의 안전한 이용’에 있다. 이 점에서 제1세대 프라이버시법인 ‘비밀보호법’과는 그 목적이 다르며, 보호의 대상이 되는 정보의 범위 및 규율의 방식 또한 상당히 다른 것이다.

우리나라에서 최초의 개인정보보호법은 「공공기관의 개인정보보호에

43) 서독의 Hessen주가 1970년에 데이터보호법(Datenschutzgesetz)을 제정한 이래, 1973년에는 스웨덴에서 세계 최초로 국가 차원에서 개인정보보호법이 제정되었고 뒤이어 1974년에 미국에서 공공부문 개인정보보호법인 연방프라이버시법(Privacy Act of 1974)이 제정되면서 개인정보의 처리(=수집·이용·제공)를 새롭게 법적으로 규율하기 시작하였다. 이어서 1977년에 독일이, 1978년에는 프랑스가 프라이버시보호법을 제정하였다. 그리고 국제규범으로서는 1980년의 OECD 가이드라인, 1980년 유럽평의회(국)의 개인정보보호협약, 1990년 국제연합(UN)의 가이드라인, 1995년 유럽연합(EU)의 개인정보보호지침 등이 잇따라 제정되었다.

관한 법률」(1995. 1. 8. 시행)이었는데, 이 법률은 공공기관에서 보유하고 있는 전산화된 개인정보파일(=개인정보데이터베이스)의 운용과 관련하여 개인정보의 수집·이용·제공의 허용기준과 그 처리의 절차적 요건을 정하고 아울러 정보주체에게는 열람권·정정청구권 등의 참여권을 줌으로써, 한편에서는 개인정보의 적절한 이용을 허용하면서 동시에 다른 한편에서는 안전장치를 마련하여 정보주체의 권리나 이익이 침해되지 않도록 사전에 예방하고자 하는 것이었다.

이후 민간부문에 적용되는 최초의 개인정보보호법은 1995년 1월 5일 공포된 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」(1995. 7. 6. 시행)이었다. 이 법률은 신용정보업을 건전하게 육성하고 신용정보⁴⁴⁾의 효율적 이용과 체계적 관리를 기하며 신용정보의 오·남용으로부터 개인의 프라이버시 등을 적절히 보호함으로써 건전한 신용질서의 확립에 이바지함을 목적으로 하여 제정되었다.

한편, 온라인상의 개인정보보호를 최초로 법제화한 것은 1999년의 「정보통신망 이용촉진 등에 관한 법률」(2000. 1. 1. 시행)이었는데,⁴⁵⁾ 이 법률은 온라인에서 정보통신서비스제공자(=포털 등 영리목적의 인터넷사업자)가 자신이 제공하는 정보통신서비스를 이용하는 이용자로부터 개인정보를 수집할 때 준수해야 하는 개인정보의 처리규칙 및 정보주체의 권리를 정해 놓은 것이다.

이처럼 부문별 개인정보보호법만 존재함에 따라 보호의 공백이 생겨났고, 이 공백을 메우기 위하여 공공부문과 민간부문 모두에 적용되는 일반법인 「개인정보보호법」이 2011. 3. 29. 공포되고 2011. 9. 30. 시행되었다. 그런데 필자의 분석에 의하면, 아쉽게도 이 법률은 개인정보의 ‘보호’의 가치에 경도된, 세계에서 유례를 찾기 어려운 가장 강력한 개인정보보호법이다. ‘개인정보의 안전한 이용’이라고 하는 개인정보보호법의 기본정신

44) “신용정보”란 금융거래등 상거래에 있어서 거래상대방에 대한 식별·신용도·신용거래능력 등의 판단을 위하여 필요로 하는 정보로서 대통령령이 정하는 정보를 말한다(법 제2조 제1호). 이들 정보는 신용정보주체의 식별정보, 신용불량정보, 신용거래정보, 신용능력정보, 그리고 공공기록정보로 분류된다.

45) 현재는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」로 명칭이 변경되어 있음.

을 도의시킨 법률로 평가된다.⁴⁶⁾

이 법률에 의한다면, 본 사건의 피고(=개인정보처리자)가 이 사건 정보들을 수집 및 이용하기 위해서는 원고들(=정보주체)의 동의를 사전에 받거나 혹은 ‘피고(=개인정보처리자)의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우로서 명백하게 정보주체(=원고들)의 권리보다 우선한다’는 점을 입증하여야만 한다(법 제15조 제1항 제1호 및 제6호).⁴⁷⁾ 더 나아가, 이 법률에 의한다면, 본 사건의 피고는 원고들의 동의 없이는 이 사건 정보들을 제3자에게 제공할 수 없게 된다(법 제17조 제1항)⁴⁸⁾. 법 제17조 제1항은 ‘수집·이용’이 아닌 ‘제3자 제공’의 경우에는 개인정보처리자의 정당한 이익을 전혀 인정하지 않은 채 정보주체의 ‘동의’만을 제3자 제공의 합법적인 요건으로 인정하고 있다.

그리하여 이 법률에 의하게 되면, 현재 언론사(조선일보·중앙일보·연합뉴스 등)나 법률DB회사(로앤비·법률신문 등)가 일반인에게 제공하는 인물정보서비스는 정보주체의 동의가 없다면 모두 불법이 되어 버릴 것이다 ‘민감한 개인정보’(sensitive information)⁴⁹⁾도 아닌 일체의 개인정보에

46) 이에 대한 비판과 비교법적 분석은 이인호, “제2세대 프라이버시보호법으로서의 개인정보보호법에 대한 이해”, 사법 제8호 (사법발전재단, 2009. 6) 참조.

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

1. 정보주체의 동의를 받은 경우

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

3. 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우

4. 정보주체와의 계약의 체결 및 이행을 위하여 불가피하게 필요한 경우

5. 정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없는 상태에 있거나 주소불명 등으로 사전 동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우

6. 개인정보처리자의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우로서 명백하게 정보주체의 권리보다 우선하는 경우. 이 경우 개인정보처리자의 정당한 이익과 상당한 관련이 있고 합리적인 범위를 초과하지 아니하는 경우에 한한다.

48) 제17조(개인정보의 제공) ① 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 정보주체의 개인정보를 제3자에게 제공(공유를 포함한다. 이하 같다)할 수 있다.

1. 정보주체의 동의를 받은 경우

2. 제15조제1항제2호·제3호 및 제5호에 따라 개인정보를 수집한 목적 범위에서 개인정보를 제공하는 경우

49) 새로이 공포된 「개인정보보호법」은 ‘민감한 개인정보’를 “사상·신념, 노동조합·정

대해서 이렇게까지 정보주체의 동의권을 우선시키는 법률은 세계적으로 유례가 없는 것으로 파악된다. 이 법률은 본 사건의 대법원판결이 선고된(2011. 9. 2) 직후인 2011. 9. 30. 시행되었기 때문에 본 사건에 적용되는 법률은 아니었지만, 만일 본 사건에서 이 법률이 적용되었다면 판결의 결론이 달라져야 했을지 모른다.

4. 본 사안에서 원고들이 가지는 인격적 이익

본 사건에서와 같이 피고가 ‘일반적으로 접근가능한 정보원’으로부터 수집한 개인정보(=공개된 개인정보=이 사건 신상정보·사건정보) 혹은 그것을 가공한 평가정보(=승소율·전문가지수·인맥지수)에 대해서까지 정보주체인 원고들이 1·2심 법원이 인정하는, 혹은 현행의 개인정보보호법이 부여하는 강력한 권능의 통제권 내지 자기결정권을 가진다고 보아야 하는가?

그러나 필자의 판단으로는, 공개된 개인정보에 대해서까지 정보주체에게 강력한 권능의 개인정보자기결정권(=자신의 정보에 대한 수집금지청구권, 동의 없는 이용에 대한 삭제·이용중지청구권)을 인정할 수는 없을 것으로 보인다.

특히 본 사건의 ‘사건정보’는 재판기록이라고 하는 공적 기록에 담긴 것으로서, 원고들의 단순한 직업활동에 관한 것을 넘어서서 ‘재판절차라고 하는 공적이며 공개적인 활동의 결과’에 관한 정보이다. 이러한 정보는 원고들의 ‘은밀한 사적 정보’와는 전혀 거리가 멀며, 이러한 정보의 처리로 인해 원고들이 어떤 인격적 피해를 입는다고는 말할 수 없을 것으로 보인다. 만일 이러한 사건정보에 대해서까지 원고들에게 강력한 권능의 개인정보자기결정권을 인정해 준다면, 재판기록을 관리하는 법원에 대해서도 이 권리를 주장할 수 있게 될 것이다.

본 사건의 評價情報 중 승소율과 전문가지수는 위 사건정보를 기초로

당의 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)”라고 규정하고 있음(법 제23조).

피고가 나름의 산출방식에 따라 원고들의 재판절차라는 공적 절차에서 이루어진 公開인 活動에 대해 評價를 내린 것이다. 이러한 평가정보는 평가대상자에 관한 정보이긴 하지만 평가자의 가치판단이 담긴 것이어서, 그것을 평가대상자(=정보주체)의 통제권이 미치는 개인정보라고 보기 어렵다. 따라서 이러한 평가정보에 대해서는 평가대상자가 그 수정이나 정정 혹은 삭제를 요구할 수는 없는 것으로 보아야 하며, 또 이러한 성격의 평가정보에 대한 처리(=수집·이용·제3자 제공)는 평가대상자의 동의 없이 그 처리자의 임의에 맡겨져 있다고 보아야 할 것이다. 요컨대, 여기서는 ‘정보주체의 동의’를 운운할 여지가 없는 것이다. 대법원판결에서 2인의 보충의견이 ‘공개된 개인정보를 정당하게 이용하는 것은 이용하는 자의 자유’라는 점을 강조하고 있는 것은 이와 같은 맥락인 것으로 보인다.

물론, 2인의 보충의견이 적절히 지적하듯이, 평가자가 그 자유를 남용할 권리는 없다. 만일 악의적인 의도로 비합리적인 산출방식을 사용하여 평가를 하고 그러한 왜곡된 평가정보의 공개로 인해 평가대상자의 사회적 인격상이 왜곡된다면 그때는 평가대상자의 인격적 이익이 침해될 수 있다. 이 경우 평가대상자는 공개의 금지와 손해배상을 청구할 수 있을 것이다. 그러나 본 사안에서 13인의 대법관 전원은 이러한 인격적 이익의 침해가 없다고 판단하였다. 13인의 대법관들은 평가대상자인 변호사들이 공적 존재라는 점, 승소율·전문성지수는 공적 영역에 속한 공적 정보의 성격이 강하다는 점, 피고가 적용한 산출방법이 합리성을 잃었다고 볼 수 없는 점, 법률소비자가 변호사의 승소율이나 전문성지수를 이용할 필요가 있는 점, 원고들의 사회적·직업적 평가가 훼손될 우려가 크지 않은 점을 그 논거로 제시하고 있다. 이러한 대법원의 판단은 기본적으로 타당해 보인다. 다만, 변호사가 공적 존재라는 요소가 판단의 고려요소에 포함된 것은 다소 의아해 보인다. 만일 변호사가 아닌 세무사나 의사의 전문성지수가 문제되었다면, 이들은 공적 존재가 아니어서 달리 평가해야 할 것인가?

한편, 본 사건의 評價情報 중 인맥지수는 원고들의 공개적인 활동에 관한 평가가 아니어서 승소율이나 전문가지수와는 그 성격을 다소 달리한다. 인맥지수는 정보주체가 다른 법조인들과 친밀한 정도의 강약을 연관

적으로 보여주는 평가정보이고, 타인과의 친밀도는 인격형성의 한 요소로 볼 수 있기 때문이다. 대법원이 승소율·전문가지수와 인맥지수를 구별하여 다른 접근을 보인 것은 일응 이해될 수 있을 것으로 보인다.

이 경우 판단을 위한 분석요소로는 다음의 네 가지를 들 수 있을 것이다. 첫째, 인맥지수의 성격을 ‘私的 정보’(private information), 즉 공공의 영역에 속하지 않는 정보라고 평가할 수 있는지 여부, 둘째, 사적 영역에 속하는 것으로 평가되는 인맥지수의 공개로 인해 원고들에게 어떤 인격적 피해가 초래되는지 여부, 셋째, 그 인격적 피해가 합리적인 보통사람의 입장에서 볼 때 수인하기 어려운 것인지 여부, 마지막으로 넷째, 인맥지수가 일반 법률소비자의 정당한 관심사항에 해당하는지 여부가 그것이다.

여기서 공개된 신상정보를 기초로 새로이 생성된 인맥지수가 ‘私的 정보’에 해당하는지 여부는 인맥지수가 나타내는 타인과의 친밀도가 인격적 요소로서의 의미를 얼마나 가지는지에 달려 있다고 하겠다. 이 점과 관련하여 9인의 다수의견과 4인의 반대의견이 입장을 극명하게 달리하고 있다. 9인의 다수의견은 인맥지수가 나타내는 법조인간의 친밀도는 사적인 영역에 속하는 정보이고 따라서 일반 법률소비자들이 변호사를 선택하기 위하여 최소한도로 제공받아야 할 직업적 정보와는 전혀 성격이 다르다고 평가하였다. 반면에, 4인의 반대의견은 인맥지수가 갖는 객관적 의미란 법조인 사이의 ‘친밀할 가능성’을 나타내는 것에 지나지 않기 때문에, 私的 정보라고 볼 수 없고 오히려 법률소비자가 변호사 선택을 위해 최소한도로 제공받아야 할 직업적 정보라고 보았다. 즉 인맥지수는 일반 법률소비자의 정당한 관심사항에 해당한다는 것이다. 특히 4인의 반대의견은 인맥지수의 산출방법이 합리성을 잃었다고 볼 수 없는 이상 의사표현의 자유의 영역으로 두텁게 보호되어야 할 ‘의견’에 가깝다고 평가하였다.

이러한 기본적인 입장의 차이가 결론을 달리하게 된 요인으로 보인다. 다만, 9인의 다수의견은 사적 영역에 속하는 것으로 평가되는 인맥지수의 공개로 인해 원고들이 어떤 인격적 피해를 받고 있는지에 관해서는 충분한 해명이 없이, 이를 이용하는 법률소비자의 혼란이 야기될 우려·재판이나 수사의 공정성에 대한 불필요한 의심의 조장·공정한 수임질서의 저해 등 공공질서에 미칠 해악을 강조하여 인맥지수의 공개가 위법하다고

판단하고 있다. 이 점과 관련해서 2인의 보충의견은, 다수의견이 위법의 논거로 삼고 있는 ‘공공질서가 훼손될 위험’은 인격적 법익 침해를 주장하는 이 사건의 분석에 있어서 고려될 요소가 아니며, 그러한 정책적 판단은 사법부가 아닌 입법부나 행정부의 몫이라는 점을 강조하면서 다수의견의 논지를 반박하고 있다.

논증방식에 있어서는 2인 보충의견의 태도가 적절해 보인다. 9인의 다수의견은 오히려 인맥지수의 공개로 인해 원고들이 입는 인격적 피해의 실체를 더 규명하고 그러한 피해가 합리적인 보통사람의 입장에서 수인하기 어렵다는 점을 논증하는 데에 더 집중했어야 했던 것이 아닌가 하는 아쉬움이 남는다.

V. 맺는 말

2005년에 헌법재판소가 ‘주민등록 지문정보DB 사건’에서 처음으로 ‘개인정보자기결정권’이라는 새로운 독자적인 기본권을 인정한 이후로, 우리 사회에서 이 권리의 실체에 대한 논란이 계속되고 있다. 필자는 종래 프라이버시권(=사생활권)의 보호대상이 되어 왔던 개인의 ‘사생활비밀정보’와 최근에 거론되는 개인에 관한 일체의 정보인 ‘개인정보’는 그 보호의 법리가 다른 것임을 강조하여 왔다. 그런데 개인정보자기결정권이라는 권리의 실체가 불분명한 상태에서, 위 결정은 자칫 개인정보자기결정권에 관한 오해를 불러일으키고, 그리하여 마치 ‘사생활비밀정보’와 ‘개인정보’를 동일한 법리로 보호해야 한다는 관점이 우리 사회에서 일정한 세(勢)를 얻고 있는 것으로 보인다. 실제로 2011년에 시행된 「개인정보보호법」도 기본적으로 이러한 오해의 관점에 서 있다. 재판의 영역에서도 이러한 오해의 관점이 전개된 최근의 대표적인 사례가 이 글에서 다룬 ‘로마켓 변호사평가정보 사건’이라는 민사분쟁이다.

이 사건에서는 개인정보자기결정권에 관한 오해의 관점 외에 기본권의 대사인효(對私人效)라는 또 다른 오해의 관점이 함께 어우러져 1, 2심에

서 묘한 논의가 전개되었다. 다행히 대법원의 판결에서는 이러한 관점이 다소 해소된 것으로 평가될 수 있으나 약간의 아쉬운 부분이 남아 있다.

지금까지 필자가 주장했던 요지를 다시 한 번 정리하는 것으로 글을 맺고자 한다. 본 사건은 변호사인 원고들에 관한 ‘공개된 개인정보’(=신상정보·사건정보)를 수집하여 분석하고 그 결과를 나타낸 평가정보(=승소율·전문가지수·인맥지수)를 일반인에게 서비스로 제공하는 피고의 행위가 그 정보의 주체라고 할 수 있는 원고들의 인격적 이익을 침해하는지가 문제된 민사사건이다. 그런데 이처럼 인격적 이익의 침해를 다투는 사 인간의 권리분쟁에서 1·2심 법원과 대법원은 헌법상의 기본권충돌의 문제로 접근하는 분석틀을 채택하고 있는 것으로 보이나, 이러한 접근방식이 타당했는지는 의문이다.

특히, 1·2심 법원은 헌법 제10조와 제17조의 규정에 근거하여 원고들에게는 이 사건 정보들에 대하여 자기정보통제권이 있다고 하면서, 이 권리의 내용에는 자신의 정보에 대한 (i) 수집금지청구권, (ii) 열람·정정청구권, 그리고 (iii) 동의 없는 이용에 대해 삭제·이용중지청구권이 포함된다고 판시하였다. 1·2심 법원의 취지를 나름대로 이해하면 다음과 같다: 「공개된 개인정보(=신상정보·사건정보)와 그것을 기초로 한 평가정보(=승소율·전문가지수·인맥지수)에 대하여 당해 정보주체는 완전한 통제권을 가지며 그리하여 그 정보를 정보주체의 동의 없이 수집·이용·제공하면 원칙적으로 위법하고, 다만 동의 없는 수집·이용·제공을 정당화하는 다른 사유가 있으면 위법성이 조각될 수 있다.」.

그러나 이러한 판시는 자기정보통제권 내지 개인정보자기결정권에 대한 오해에 기초한 것으로서 위험하다. 다행히 대법원은 이 점을 시정하고 있는 것으로 판단된다. 나름대로 이해한 대법원의 판시취지는 다음과 같다: 「① 공개된 개인정보를 수집하고 또 그것을 이용(=가공)하는 것은 당해 정보주체의 동의가 없이도 자유롭게 할 수 있는 권리가 피고에게 있다. ② 그러나 그 정보를 공개(=일반인에게 제공)하는 경우에는 그에 대해 정보주체가 일정한 통제권을 가질 수 있다. ③ 정보주체의 동의 없는 공개가 곧 바로 위법한 것은 아니지만, 공개로 인해 정보주체의 인격적 법익이 침해된다면 위법하다. ④ 양 법익이 충돌하는 본 사안에서 비

공개의 이익이 공개의 이익보다 우월하다면 공개행위는 위법하다.」

다만, 9인의 다수의견은 사적 영역에 속하는 것으로 평가되는 인맥지수의 공개로 인해 원고들이 어떤 인격적 피해를 받고 있는지에 관해서는 충분한 해명이 없이, 이를 이용하는 법률소비자의 혼란이 야기될 우려, 재판이나 수사의 공정성에 대한 불필요한 의심의 조장, 공정한 수임질서의 저해 등 공공질서에 미칠 해악을 강조하여 인맥지수의 공개가 위법하다고 판단하고 있으나, 2인의 보충의견이 적절히 지적하듯이 ‘공공질서가 훼손될 위험’은 인격적 법익 침해를 주장하는 본 사건의 분석에 있어서 고려될 요소라고 보기 어려우며, 그러한 정책적 판단은 사법부가 아닌 입법부나 행정부의 몫이라고 보아야 할 것이다. 9인의 다수의견은 오히려 인맥지수의 공개로 인해 원고들이 입는 인격적 피해의 실체를 더 규명하고 그러한 피해가 합리적인 보통사람의 입장에서 수인하기 어렵다는 점을 논증하는 데에 더 집중했어야 했던 것이 아닌가 하는 아쉬움이 남는다.

[투고일: 2012.11.23; 심사완료일: 2012.12.18 게재확정일: 2012.12.26]

참고문헌

김대환, “사법질서에서의 기본권의 효력 - 독일에서의 논의를 중심으로 -”, 「종교의 자유와 사학의 자유」(한국헌법학회/대법원 헌법연구회 공동학술대회 발표요지집, 2010. 10. 2).

이인호, “제2세대 프라이버시보호법으로서의 개인정보보호법에 대한 이해”, 사법 제8호 (사법발전재단, 2009. 6).

이인호, “사기업 근로자의 표현의 자유 - 미국의 이론과 판례를 중심으로 -”, 미국헌법연구 제16권 제1호 (미국헌법학회, 2005).

한수웅, 헌법학, 법문사, 2012.

Daniel J. Solove, Marc Rotenberg & Paul M. Schwartz, Information Privacy Law, 2nd ed., Aspen Publishers, Inc. (2006).

<Abstract>

Legal Issues on the Use and Protection of Lawyer's
Occupational Information

: A Passing Comment on the Case of Legal Information Services

Inho Lee*

Since the Constitutional Court of Korea acknowledged the right of informational privacy as a new distinct constitutional right in 2005, the controversy over the nature and contents of the right has still progressed. The author has argued that there are substantial differences in its protection law between the private secrets and the personal data. As the nature and contents of the new right are uncertain, some misunderstanding of the new right seems to be rampant in Korean society. The misunderstanding is that the private secrets and the personal data should be protected on the same level. Indeed, the Data Protection Act of 2011 is based on the similar misconception. The misconception has also come to the front in a recent civil case, the case of lawyer's occupational information services, which shall be examined by this paper.

The main issue of the case is as follows: where a legal information company collects open personal data and case record about practicing lawyers, analyse and process them, produce other distinct occupational information such as the ratio of winning or losing a case, the index of professionalism, and the index of personal connections between lawyers, judges, and prosecutors, and then provide such occupational information for customers on the internet, what kind of personality rights of the lawyers are violated? On the case, the practicing lawyers claimed that all

* Professor, Chung-Ang Law School

the information services should be shut down and damages should be paid because their rights of informational privacy are violated by the services. The district and appellate courts admitted the claims on the ratio of winning or losing a case and the index of professionalism, but dismissed the claims on the index of personal connections and damages. The Supreme Court, however, dismissed the claims on the ratio of winning or losing a case and the index of professionalism, but admitted the claim on the index of personal connections. The dissenting opinion dismissed the index of personal connections as well.

This paper critically examines the analysing frameworks and decisions by the lower and highest courts.

Key words: Lawyer's occupational Information, Right of informational Privacy, Personality Rights, Legal Information Services, Personal Data, Index of personal Connections between Lawyers, Judges, and Prosecutors, Ratio of Winning or Losing a Case