

프라이버시권의 보호법익과 법적 성격

김영철

수원지검 1 차장검사

I. 프라이버시권의 의의

1. 서론

오늘날 우리 사회는 정보산업의 발달과 그 영향으로 사회의 각 방면에 걸쳐 정보화가 확실히 진전되고 있다. 언론매체의 급속한 팽창, 컴퓨터 등 정보통신기기의 비약적 발달 등으로 개인정보를 대량으로 신속하게 처리할 수 있게 되었으며, 이러한 정보화의 파장은 사회 각 영역에 엄청나게 밀려들어 고도 정보화 사회로 진입하게 되었다.

또한 정보화사회에서 경제적·사회적 활동 등은 점차 정보지향적으로 변하고 있는데, 사회 모든 분야에 걸쳐 정보기술의 발전은 우리의 일상 생활에 커다란 편의를 가져다주고 있고, 이제 정보처리능력은 생존경쟁의 우열을 결정짓는 요소가 되고 있다.

그러나 이러한 혁명적 결과에도 불구하고 정보화의 진전속에서 개인은 편리함의 증대에 비례하여 자신의 프라이버시가 공개될 위험도 증가한다는 사실에 두려움을 느낀다. 그것은 정보화가 진행될수록 인간은 정보의 주인공이 될 능력을 상실하게 되고 역으로 정보의 노예가 되기 쉽기 때문이다. 그러므로 이에 대응하는 인간이 겪게되는 고통은 정보화의 진전과는 반대로 증대될 수 있다. 정보화가 기술적 측면이나 경제적 이익의 측면에서만 접근하여 발전될 때 인간에게 여러 가지 고통을 수반하게 되는 것이다.

요즘 TV·신문 주간지 등의 매스미디어는 개인의 프라이버시에 속하는 사항을 소재로 하여 흥미위주로 보도하는 일이 빈번해지고 있다. 그 대상이 되는 사람도 이른바 '유명인'에 그치지 않고 일반인에게로 확대되고 있는 경향에 있다. 이와 같은 사태에 대하여 여러 가지 비판적 시각이 있지만 개선될 기미는 보이지 않는다. 또한 시중에서 비교적 저렴한 가격으로 쉽게 구입할 수 있는 소형·고성능의 도청기 등 각종 첨단기기가 개인의 프라이버시에 속하는 각종 정보의 불법수집 목적으로 동원되고 있는 실정이기도 하다. 더욱이 국가·기업 및 민간조사기관은 개인 정보를 대량으로 광범위하게 수집·축적하여 유통시키고 있으며, 이러한 정보들은 앞으로 정보 상품화 시대의 도래와 함께 상품화되어 유통될 것이므로 프라이버시 침해의 우려는 더욱 더 증대하게 된다.

구미 특히 미국에서는 이와 같은 상황을 일찍이 경험하였다. 미국의 Vance Packard 는 1964 년의 그의 저서 'The Naked Society'에서 당시 미국에서 벌어진 프라이버시의 위기상황을 경고하고, 이와 같은 위기상황을 초래하게 된 원인으로서 아래와 같이 다섯 가지를 들고 있다.1) 첫째, 집단생활의 보편화이다. 정부나 기업은 거대한 조직을 이루고, 사람들은 이러한 조직에 소속되어 생활하게 된다. 조직이 거대한 만큼, 조직을 수호하기 위하여 구성원의 신상을 속속들이 파악하여 통제하려 한다.

둘째, 정부의 압력이다. 냉전 · 우주개발경쟁의 격화라든가 군사산업의 비대로 많은 비밀이 생성되고, 비밀의 누설방지를 위해, 사람들은 점점 더 강도 높은 감시를 받게 된다.

셋째, 과잉생산과 경쟁의 과다현상을 들 수 있다. 물자가 풍부해짐에 따라서 기업들의 경쟁은 심해진다. 신제품 개발경쟁은 기업비밀을 만들어내고, 이것을 방위하기 위하여 종업원 감시체제론 강화한다. 수단을 가리지 않은 판매공세는 소비자들의 평온한 생활을 방해한다. 론(loan)이나 보험의 격증도 기업이 고객의 경제상태 생활상태를 파악하는 것을 촉진한다. 여가의 증대 또한 매스미디어의 오락으로서의 역할을 증대시키고, 매스미디어는 대중의 욕구를 만족시키기 위해 '가십'거리나 스캔들을 추적하게 된다.

넷째, 민간조사업의 출현이다. 각종 조사를 업무로 하는 다수 탐정사나 경영컨설턴트가 출현하여, 구직자에 대한 신상조사, 종업원에 대한 심사 · 평가 · 감시 등을 행하고 있다. 이러한 민간 조사기관에는 정부기관출신 조사요원이 많이 들어가 있어 그만큼 프라이버시의 침해위험이 많다.

다섯째, 첨단 전자장비의 출현이다. 전자기술의 발달에 의하여 초소형 도청기 · 감시 TV · 특수카메라 등이 출현하고, 냉전의 격화는 이러한 첩보기 기를 더욱 더 고성능화 시켜왔다. 이러한 사정은 30여 년 전의 미국에 국한되지 않고, 오늘날 우리 나라에도 그대로 들어맞는 사회현상인 것이다. 거기에 덧붙여, 공산 소련정권의 붕괴로 미소냉전이 많이 해소되었다고 하지만, 우리 나라는 여전히 북한과의 긴장상태가 지속되고 있고, WTO 체제의 출범으로 전세계적인 무한경제전쟁상태에 놓여있어 Vance Packard가 적시한 상황보다 훨씬 심각하다 할 것이다.

현대생활에서 프라이버시는 인간이 인간으로서의 존엄을 유지하고, 독립된 인격주체로서 자유로이 자기의 인생을 형성 · 발전시키기 위해 절대적으로 필요불가결한 것이다. 이와 같이 정보화가 급진전되고 있는 현대사회에 있어 개인의 사생활보호, 인격보호의 필요성은 날로 증대되어 가고 있는 추세에 있는 것이다.

그리하여 최근에 들어 헌법과 민법분야에서 프라이버시권의 중요성을 인식하고 시대상황에 부응하는 보호방안에 대한 연구가 상당히 진전되고 있다. 프라이버시권의 법리가 미국의 불법행위법에서 출발하여 민사상 구제방법으로서 발전되고 그 이후 헌법상의 권리로 인정된 역사적 발자취가 있어, 아직까지는 이 문제에 대하여 형사법 영역에서는 그 필요성에 대하여 널리 인식되지 못한 것 같고, 이러한 연유로 하여 프라이버시권의 형사법적 보호 분야에 대한 연구 실적이 미약하여, 각종 입법활동이나 법률의 해석 · 적용에 있어서 어려움을 겪고 있다.

그러나 이상에서 거론한 바와 같은 프라이버시의 심각한 침해현상에 대하여 형사법 영역에서도 이의 보호에 관한 관심을 제고하는 것은 아주 긴급한 과제라 아니할 수 없다.

2. 프라이버시권의 개념

1890년 미국의 법학자 Warren 과 Brandeis 의 'The Right to Privacy'라는 논문 2)에 의하여 이미 인정되어 오던 제 유형의 권리 외에 새로운 형태의 권리로서 프라이버시권이 주장된 이래 학설과 판례는 프라이버시권의 개념이 무엇인가에 대해 논란이 많았다. 결론부터 말하자면 프라이버시권은 아주 다양한 내용으로 이루어지기 때문에 한마디로 이를 정의하기는 매우 어렵다는 것이다.2) Warren 과 Brandeis 는 privacy 권을 "혼자 가만히

놔두어질 권리(the right to be let alone)"라고 정의하였다. 그 의미는 부당히 공개 당하지 않을 인간의 권리 또는 개인이 자기자신과 소유 재산에 대하여 공적으로 엄격한 조사를 받지 않을 권리라고 해석되었다.3)

원래 인간은 사회적 동물로서 타인과의 어울림 속에서 행복을 찾고 자아를 발전시켜 나가는 것이지만, 다른 한편으로는 한 인간으로서 순수한 자기의 모습으로 돌아와서 혼자서 고독을 즐기거나 또는 가족과의 단란한 생활에서 정신적인 안온을 얻을 수 있다. privacy 라는 말 자체가 '타인과의 교제 또는 공적 관심에서 벗어난 상태 즉 은거(seclusion)'를 의미하고 있듯이 프라이버시권은 이러한 인간의 속성을 예리하게 파악해낸 결과의 산물이라고 할 수 있다.

따라서 이러한 권리의 내용은 한 인간에게 행복과 정신적 안식을 가져다 주는 모든 것이라 할 것으로서 상당히 포괄적 이므로 그것을 하나 하나 열거하는 것은 쉽지 않은 일이지만 대체로 인격의 징표라고 말하여지는 성명권, 초상권, 신용, 위신, 상표권, 사생활상의 사실 또는 내면의 세계가 공개되지 않는 것, 주거 통신의 불가침, 자신의 견해가 왜곡되어 전파되지 않는 것, 헌법상 특히 문제가 되는 것으로서 결사상의 프라이버시, 정치적 신념에 관한 프라이버시, 신체의 프라이버시, 부부의 프라이버시 등을 들 수 있다.4)

미국에서는 이와 같이 다양한 프라이버시권의 내용을 체계적으로 분류하려는

시도가 1960 년도부터 시작되었는데, 그 대표적인 것으로 Prosser 교수의 논문이 유명하다.5)

그는 종래 프라이버시권의 침해라고 생각되어 오던 것은 사실은 네 가지 유형의 불법행위(four distinct torts)를 의미한다고 주장함으로써, 결국 프라이버시권의 독자성을 부정하는 태도를 보였다.6) 이에 대해 Bloustein 은 반론을 제기하였다. 그는 Prosser 의 네 가지 유형에는 하나의

공통된 원리 즉 인간의 존엄성에 대한 모욕, 개인의 자유의사에 대한 간섭이라고 하는 하나의 불법행위가 있다는 것이다.7) 즉 프라이버시권이 보호하는 이익 · 가치는 인간의 존엄성이며, 인간의 존엄성이라는 개념으로써 프라이버시권의 문제를 통일적으로 파악할 수 있다고 하였다.7)

프라이버시권의 개념을 사생활과 관련시켜서 이해하려는 태도를 편의상 전통적 견해라고 할 수 있다. 그러나 국가의 기능이 소극적인 국가에서 적극적인 복지국가로 그 역할이 변화하면서, 사생활과 공적 생활의 경계가 상대화 되어 과연 무엇이 사생활인지가 불명확하게 되었다. 그리고

정보화사회에 들어서면서 프라이버시권의 침해 주체와 형태가 다양하게 되었다. 종래에는

언론기관에 의한 프라이버시권의 침해가 주로 문제가 되었으나, 국가가 복지행정을 적극적으로 수행하기 위하여 컴퓨터로 개인정보를 다량으로 수집 · 축적 · 처리 · 이용 · 유통하면서 개인의 프라이버시권을 침해할 위험이 커지게 되고, 민간 조사기관이나 기업에서도 각종 개인정보를 활발하게 수집 · 이용하고 있다. 뿐만 아니라 전자공학 등 과학기술의 발달은 도청기나 비밀촬영 카메라 등을 소형화·고성능화 시켜 개인정보를 수집하는 것이 보다 용이하게 되었다.

그리하여 인간생활을 사생활과 공적 생활로 양분하여 전자에 대해서만 침해행위의 불법성을 묻는 전통적인 견해만 가지고는 개인의 프라이버시를 충분히 보호하기 어렵게 되었고, 각종 정보의 홍수 속에 발가벗겨진 사회(naked society)에서는 그 사회적 변천과 시대의 상황에 따라 다종 · 다양한 내용을 프라이버시의 개념에 포함시킬 필요가 생겨나게 되었다.

오늘날의 개인정보 처리기술의 발달에 부응하여 과거의 다분히 도덕적이고 정적 의미가 강한 것에서, 불법한 침해에 대한 법적 구제가 강화되고 동적인 것으로 파악할 것을 주장하는 경향이 대두되었다. 1960 년대 후반에 접어들어 이러한 경향은 뚜렷하게 나타났다.8)

법적 개념으로서 프라이버시권을 "① 타인이 자기의 의사, 서신, 성명, 초상과 같은 신분 확인 및 기타의 징표를 획득하거나 이용하는 사항, ② 타인이 자기에 관한 정보 또는 자기가 개인적으로 책임을 지는 자에 대한 정보를 취득하거나 방해하는 사람, ③ 타인이 물리적으로, 혹은 더욱 정교한 방법으로 자기의 생활 공간 및 자기의 선택활동 영역에 침투하는 사항 등을 자기(개인·집단·단체)가 결정하는 법적으로 인정된 자유 또는 권리"라고 정의 하는 것이 그것이다.9) 이러한 경향이 더욱 확대되어 오늘날의 지배적 견해는 "자기에 관한 정보의 유통을 통제하는 권리"10)로 정의하거나, 자기의 정보를 언제 어떻게 어느 정도로 타인에게 알릴 것인가를 결정하는 배타적인 권리 11)라고 하는 것이다.

이러한 적극적 의미의 정보 통제권은 '혼자 가만히 놔두어질 권리'처럼 소극적·포괄적·전국가적인 것이 아니라, 실정법에 의하여 구체화될 청구권이므로 각 국가의 입법태도에 따라 그 내용이 달라질 수 있다. 그러나 이미 입법화 12) 된 세계각국의 개인정보보호법이 공통적으로 인정하는 것은 자기정보에 관한 접근·복사·정정·수정권 등이다.

그러나 프라이버시권의 개념에 관한 신·구의 견해는 서로 이질적인 프라이버시를 고찰하려는 것이 아니라 정보화사회의 도래나 국가기능의 적극화 때문에 침해의 주체가 달라지고 침해의 방법이 달라짐에 따라 생겨난 구별이라는 점을 인식할 때 양자의 견해를 포괄하는 의미로 파악해야 할 것이다.

이상의 것들을 정리해보면, 결국 프라이버시권은 ① 혼자 가만히 놔두어질 권리, ② 자기에 대한 정보를 통제할 권리, ③ 인격적 자율권(the right to person 리 autonomy) 등 13)이라고 말할 수 있는데, 현대적 의미에서는 위 ②, ③이 더 큰 의미를 가진다고 할 수 있다. 이렇게 볼 때 현대 정보화사회에서 보호될 것이 요구되는 프라이버시권의 내용으로서는 단지 '혼자 가만히 놔두어질 권리'라는 소극적·수동적 의미의 것 뿐만 아니라 타인에게 자기 사생활의 일정한 영역, 즉 일신에 관한 사항, 부부관계, 가족관계 등에 관한 정보가 어디까지 이용되는가를 결정하고 그 정보에 대하여 자기가 자유로이 통제할 수 있는 적극적·능동적 권리로써 이해한다면 무난할 것이다.

II. 프라이버시권의 보호법익

1. 기본적 인권의 보호

프라이버시권의 개념이 포괄적이고 다의적 경향을 보임에도 불구하고 프라이버시권은 미국 연방프라이버시법이 규정한 바와 같이 개인적이고 기본적인 권리로서 그리고 사생활의 전역을 보호함으로써 궁극적으로 인간의 존엄성을 확보하려는 목적이 있음을 알 수 있다. 따라서 프라이버시권이 인간다운 삶을 영위하려는 사람에게 필수불가결한 기본적 권리라고 볼 때, 컴퓨터 등의 이용으로 인하여 프라이버시를 침해하는 일이 빈번해 지면 인간의 기본권 자체를 박탈하는 것이 되므로 이에 대한 보호가 필요하게 된다. 결국 인간은 자기정보의 유통을 통제할 수 있는 권리를 가져야 할 것이다. 이러한 측면에서 법적 보호의 필요성이 더욱 강조된다고 보겠다.14)

우리 헌법재판소는 형법 제 241 조 간통죄의 위헌여부를 판단하면서 프라이버시권의 한 내용인 이른바 자기 (운명)결정권을 헌법 제 10 조 개인의 인격권과 행복추구권의 전제가 되는 것으로서 파악함으로써 이를 뒷받침 하고 있다.15)

즉, 동결정은 그 이유 중 "헌법 제 10 조는 '모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다...'라고 규정하여 모든 기본권보장의 종국적 목적(기본이념)이라 할 수 있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 그리고 개인의 인격권 행복추구권에는 개인의 자기운명 결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명 결정권에는 성행위 여부 및 그 상대방을 결정 할 수 있는 성적 자기결정권이 또한 포함되어 있으며...라고 실시함으로써 인간의 존엄과 가치, 행복추구권의 전제로서의 지위를 부여하고 있는 것이다. 일반적으로 자기결정권이란 사적인 문제에 관하여 타인, 특히 국가의 간섭에서 벗어나 자기 스스로의 결정에 의할 권리라고 말할 수 있다.

이와 관련하여 사적 생활영역에서의 위와 같은 자기결정권이 법적 영역에서 필요한 것인가에 대하여 다음과 같은 논쟁이 전개되어 왔다.

가. 자기결정권 필요론

① 인간의 존엄, 독립성의 존중을 위하여 필요하다.16)

이성적이고 책임감이 있는 인간이라면 자기에 관한 것은 자기가 처리해야 한다. 정상적인 판단 능력이 없거나 부족한 자에 대하여는 법적으로 이를 보호해야겠지만, 정상적인 성인이라면 스스로가 운명의 형성자, 인생의 저자가 되어야 한다. 이러한 자기결정의 자유가 보장되고 발휘됨으로써 비로소 개성이 풍부한 인격의 발전을 기대 할 수 있는 것이다.17)

② 선택의 자유를 넓게 인정할수록 보다 나은 선택이 이루어지는 것이다.

선택의 여지가 큰 쪽이 보다 현명한 선택이 이루어 질 수 있다고는 단정할 수 없지만, 어느 쪽이 최선인가 하는 점에 관해서, 객관적인 기준이 존재하는 예외적인 경우는 별론으로 하고, 자기의 이익에 관해서는 자기자신이 최선의 판단자라고 할 수 있을 것이다.18)

③ 행정편의 라든가 능률지상주의의 획일적 취급으로 인하여 개인의 자유를 제한하는 경향이 강해져 가는 현대사회에서 자기결정의 의미는 점점 더 중요해져 가고 있다.

각종 업무취급에 있어서 자기실현이 점차 곤란해져 가고 있는 관리 · 조직사회에서 동일성 (identity)을 확보하기 위해서도 사생활 영역에서는 개인의 필요와 욕구에 따른 자유가 필요하다.19)

나. 자기 결정권 불요론과 그 비판

① 자기결정권을 인정하고 각자에게 그 판단을 맡기는 것은 바람직하지 않을 뿐만 아니라 무법과 혼란만 조장하므로, 개인적인 사항에 대해서도 교화적, 부권적인 지도가 필요하다. 선택의 자유를 부여한다면 왕왕 잘못되거나 부당한 행동이 일어난다. 그렇기 때문에 행동의 기준을 제시하는 선도적 조치를 취하는 것이 국가 내지 전문가의 역할인 것이다.

이러한 생각은 Mill의 비판자인 J. F. Stephen,20) 그리고 비교적 근래에는 Devlin 경 21)이 제창한 것이다. 국가가 국민에 대하여 어떠한 역할을 할 것인가는 플라톤 이래의 정치, 법철학상의 대전제이다. 그래서 국가의 교화적 역할을 강조하는 생각은 일정한 영향력을 가져 왔다.

그러나 자기결정이라고 하는 것은 바로 위와 같은 주장에 대한 반론의 근거가 된다. 선택의 자유가 주어진다고 해서 잘못되거나 혼란에 빠질 것이라고 단정 할 수 없고, 또 설령 잘못되었다 하더라도 그 경험을 활용하여 다음에는 개선될 수 있다는 생각에 터잡은 것이다. 그러한 의미에서 자기결정 권은 실수의 가능성을 예견하면서도 이를 무릅쓰고 자유를 전제로 하고 있다고도 말할 수 있다. 22)

② 자기결정이라고 하는 것은, 기행을 일삼는 자, 마음이 비뚤어진 자 등 비정상인에게 그들 마음대로 행동할 자유를 부여해주는 결과가 된다는 점이다. 자기결정권은 정상 궤도를 벗어나 일탈 행동을 하는 자를 옹호하는 것이 아닌가 하는 것이다.

그러나 그러한 주장의 근거에 깔려 있는 것은 결국 기본적인 자유의 문제이고, 궤도를 벗어난 주장이기 때문에 이것을 봉쇄해야 한다면 그것은 자유 그 자체를 봉쇄하는 것이 된다. 궤도를 벗어난 자에 대하여 자유를 부정하려 함에 있어서는 과연 어떤 것을 궤도에 벗어난 것이라고 할 것인가 하는 어려운 문제도 발생한다. 최근에 일탈행동의 연구가 명백히 하고 있는 바와 같이, '일탈'(deviance)이라고 하는 것은 사회가 '일탈'이라고 하는 라벨을 붙이므로 인해서 생겨난 것이다. 23) 그렇다면 일탈행동이라고 하는 것이라든가 궤도를 벗어난(a centric)다는 것으로서 이것을 억압하는 것은 한층 더 문제가 있다. 타인에게 위해가 없는 한 자기결정에 맡겨야 한다. 확실히 직장이나 학교의 질서유지라는 측면에 자기결정권은 개인에게 속한 권리나 의무를 자신의 책임 아래 자율적 처분에서 생각하면 궤도를 벗어난 행동은 규칙대로 사는 자에게 영향을 미칠 수 있다. 그러나 그것은 타인에게 구체적인 위해를 가하는가 하는 측면에서 논해야 할 것으로서, 막연히 평화를 해친다든가 기율유지라고 하는 추상적인 이유로 불이익을 가하는 것은 허용되지 않는다 할 것이다.

③ 궤도를 벗어 댄 행동을 허용하는 것은, 일시적 유행이나 흐름에 따르는 것을 진보적이라 하고 그것에 반대하는 자를 반동적이라고 하는 것으로서 시류에 좌우되는, 정도를 벗어난 사고라는 비판이 있다.

그러나 궤도에 벗어난 행동을 불이익으로 취급하지 않는다고 하는 것은 그것을 무조건 옳다고 하여 옹호한다는 의미는 아니다. 그 행동이 정당한가 아닌가는 개인의 판단에 맡기고 다만 이것을 봉쇄하지 않는다는 관용 내지 상대주의의 사고방식을 취한 것에 지나지 않는다. 생각건대 자기결정권은 개인에게 속한 권리나 의무를 그 자신의 책임 아래 그 개인의 자율적 처분에 맡기고 국가는 그에 관해 간섭을 지양함으로써 개인의 인격을 꽃피우고자 하는데 있는 것이므로 우리 헌법이 인정하는 인간의 존엄과 행복추구권과의 조화를 이루기 위해서라도 이를 인정할 필요가 있다고 할 것이다. 이러한 경우에도 자기 결정권은 개인적인 문제에 한정되고 타인에게 위해를 가할 우려가 있는 경우나, 인간의 생명에 관해서는 자기결정권의 행사가 제약되는 내재적 한계가 있다.

2. 정보관리와 인간의 자유로운 인격주체성 확립

정보기술이 발전하면 할수록 또 정보가 중요한 의미를 가지면 가질수록 권력 측에서는 이것을 통제하는 기술도 그만큼 진보하게 된다. 이렇게 될 때 극도로 발전하는 컴퓨터, 정보통신 등에 의하여 일반 국민의 프라이버시는 더욱 위협을 받게 된다. 뿐만 아니라 정보화가

되면 될수록, 모든 사람은 정보의 주인공이 될 능력을 상실하게 되고 역으로 정보의 노예가 되기 쉽다. 기술과 조직의 진보가 문제해결이 되지 않고 반대로 사태를 더욱 심각하게 만들 문제성을 안고 있다. 이런 결과로 민간의 판단과 예측능력이 무디게 되고 인간의 사고능력이 적응하지 못하게 된다. 이렇게 되면 매스미디어의 정보범람으로 인간의 생활에 무엇이 중요한가 하는 기본적인 판단, 정보 선택의 능력이 없어지게 된다. 여기에 권력이 직접 매스미디어에 개입하여 적극적으로 인간의 정보 관리를 수행하게 되면 피치자의 대부분은 이에 의하여 조정받게 되는 대상이 된다. 그렇게 되면 국민은 자유로운 주체로서, 또는 주권자로서 자율적인 생활을 해나가기 곤란할 것이다.

위와 같은 위험성을 제거하고 인간의 자유로운 인격 주체성을 확립하고, 진정한 주권자로서의 지위를 확보하기 위해서도 프라이버시권의 보호는 필요한 것이다.

3. 정보혁명과 프라이버시권의 보호

오늘날 컴퓨터는 단순한 계산기의 영역을 넘어 대량의 기억장치와 초고성능의 정보처리기로써 등장하여 계산능력, 기억용량 등이 인간의 능력을 능가하고 있다. 이런 고성능의 컴퓨터는 국가 기관 외에 지방자치단체, 기업체에서 널리 이용되고 있어 이제 정보처리능력은 생존경쟁의 우열을 결정하는 요인으로서 국가나 기업은 그 정보기술의 우열에 따라 발전여부가 결정되게 되었다.

따라서 현대는 단순한 기계화시대를 넘어서 새로운 정보혁명의 시대로 돌입하게 되었다. 그리하여 컴퓨터를 비롯한 테크놀러지의 진보는 인간의 미래를 예측할 수 없게 하고 있다. 이러한 때일수록 개인의 사생활보호, 인격보호의 필요성은 날로 증대되어 가는 것이다.

III. 법적 성격

앞서 본 바와 같이 프라이버시권 개념의 다의성으로 말미암아 그 정의를 통일적으로 내리기가 거의 불가능하거니와 그 법적 성격을 파악함에 있어서도 여러 가지 어려움을 수반한다. 어쩌면 잡다한 혼합물 25)이라 할 프라이버시권의 모든 유형에 공통적인 성질을 가능한 추출하여 살펴보는데 그치고자 한다.25)

1. 인격권의 일종

프라이버시권은 인격권의 일종이다. 사적 사항의 침해로 인하여 받는 정신적 고통의 구제야말로 프라이버시권의 보호법익이다. 프라이버시권의 유형 중에는 재산권적 성격이 강한 것이 있고, 판례도 재산권의 이론을 원용한 경우가 있었으나, 이것은 정신적 고통을 구제하는 방법에 불과한 것이며 그 법익의 중심은 역시 인격권이다.

연예인의 성명·초상 등이 광고에 이용되고 그것이 재산적 이익을 가진다 하여 프라이버시가 아닌 퍼블러시티(Publicity)의 권리 27)로 이론 구성하는 경우라 할 지라도 그것이 인격권의 범주에 드는 것임에는 틀림이 없다. 인격권이란 신체·프라이버시권의 보호법익과 법적

성격 건강 · 자유 · 명예 등 인격적 속성을 가진 것으로서 제 3 자의 침해에 대하여 보호되지 않으면 안될 제 이익의 총체 28)라고 말할 수 있다.

인격권은 일반적 인격권과 개별적 인격권으로 나뉜다. 후자는 성명권 · 초상권 · 명예권과 같이 매우 한정된 구성요건을 갖는 권리이다. 이에 대하여 전자는 개별적 인격권의 총체를 말한다. 그것은 특히 아직 충분히 한정되지 아니한 인격적 이익(예컨대 프라이버시)을 보호하는 점에 주된 기능을 하는 개념이다.

그렇지만 '일반적 인격권(allgemeine Persönlichkeitsrechte)'이라는 말은 주로 독일의 학설 · 판례에서 생성된 개념이고 여타 유럽 국가에서는 인격권이라는 용어자체가 일반적 인격권을 의미하는 것으로 인식되고 있다. 29)

독일에서는 구서독 기본법 제 1 조 제 1 항, 제 2 조 제 1 항 30)에 기하여 일반적 인격권이라는 개념을 실정법상의 권리로서 인정하고, 헌법상의 인격권의 법리가 형성되었다.

2. 일신 전속권

본래 사람의 사생활과 비밀은 그 사람에 고유한 것이며, 그 침해에 대한 소권도 피해자에 전속하는 것이다. 그러므로 피해자가 미성년자인 경우 원고는 미성년자이어야 하며, 그 부모는 원고가 될 수 없다. 그러나 현대 정보화 사회에 있어서 프라이버시의 권리를 자기 정보에 대한 통제권이라고 볼 때에는 정보열람 · 정정 청구권 등의 프라이버시의 권리는 반드시 일신 전속권이라 보기 어려운 면이 있다.31)

3. 프라이버시권과 사자

사자가 프라이버시권 침해의 대상이 될 수 있는가?

프라이버시의 침해는 사자에게는 정신적 고통을 줄 수 없다. 따라서 프라이버시권은 사망과 더불어 소멸되는 일신 전속적인 것으로서 그 유족에게는 상속되지 아니한다. 이것이 영미법상의 common law 의 전통이기도 하다. 32) 그러나 오크라호마, 유타, 버지니아주 등 미국의 일부 주에서는 법제정에 의하여 사자에게도 그 권리침해에 대한 구제를 인정한 예가 있다.

4. 복합적 권리

프라이버시권은 사생활을 공개 당하거나 인격적 징표를 훼손 당하지 않고, 자유로운 사생활의 영위와 사생활의 자율을 방해 받지 아니 할 권리를 의미하므로 그것은 국가권력 또는 제 3 자에 대한 소극적 · 방어적 성격을 가진 자유권의 일종이라 할 것이다.

그러나 한편 프라이버시권은 자기에 대한 정보 통제와 관련하여 청구권적 성격도 공유한다. 국민이 개인정보를 국가에 제공하고 국가가 개인정보를 활용하는 정도가 커질수록 개인은 자기에 관한 정보가 적절히 사용되고 있는지의 여부를 확인할 수 있는 안전장치가 필요하다. 즉 프라이버시권을 실효성 있게 하려면 자기가 공권력에 의해 평가대상이 되고있는지 여부를

확인하고 평가의 기초가 되고있는데 이터가 정확한지를 열람할 수 있어야 하고 또한 그 데이터가 부정확하다면 정정을 요구할 수 있어야 하는 것이다.

결국 공권력은 그 정당한 활동에 필요한 범위내에서 개인정보를 적절히 이용·관리할 책임을 지고 개인은 그것에 관한 방위수단을 가져야 하는 것이다. 그러므로 프라이버시권은 자유권적인 성격과 동시에 청구권적 성격도 가지는 복합적인 권리로 보아야 할 것이다.³³⁾

5. 법인의 주체성

법인은 프라이버시권의 주체가 될 수 없다. 프라이버시권은 개인의 정신적 고통을 구제하고자 하는 것이므로 자연인만이 그것을 향유할 수 있는 것이다. 개인의 성명·초상이 광고 등에 이용당하는 경우와 같이, 법인의 명칭·상호 등도 타인에 의하여 영업적으로 이용당하는 경우가 있다. 이때의 법인은 부정경쟁방지법 내지 다른 법리에 의하여 구제를 받으며, 인격권으로서의 프라이버시의 관념은 법인에는 적용되지 아니한다.³⁴⁾

IV. 명예훼손과 프라이버시권 침해의 차이점

명예훼손과 프라이버시권의 침해는 모두 인격권의 침해로서 정신적 고통을 수반한다는 점에서는 동일하고, 하나의 행위가 양자 모두에게 해당되는 경우가 많다.

그러나 명예훼손과 프라이버시권의 침해는 다음과 같은 몇 가지 차이점이 있다.

(1) 프라이버시권은 인격적 존재로서 인간이 소극적으로는 그 사생활이 침해받지 않고, 적극적으로는 자기의 사생활을 자유로이 영위할 수 있도록 하는 것이다. 따라서 프라이버시권은 인간의 존엄성을 그 보호법익으로 한다. 명예가 개인에 대한 사회적 평가라는 외부적·객관적 이익이라면 프라이버시권은 개인의 내부적·주관적 이익·기대사항이라고 할 수 있다. 그러므로 명예훼손은 개인에 대한 사회적 평가의 저하를 성립요건으로 하지만, 프라이버시권의 침해는 사회적 평가를 저하시키지 않고도 성립할 수 있다.

(2) 법인이나 단체는 명예훼손의 주체가 될 수 있으나 프라이버시권의 주체는 될 수 없다고 봄이 일반적이다. 사생활은 인격권을 가진 자연인만이 누릴 수 있기 때문이다. 위법성의 조각이나 면책되는 경우가 명예훼손보다 훨씬 좁다고 할 수 있다. 개인의 성명·초상 등이 영업·광고 등에 이용당하는 것과 같이 법인의 명칭·상호 등도 타인에 의하여 영업적으로 이용당하는 경우가 있다. 이 경우 법인은 부정경쟁방지법 및 기타의 법규에 의하여 구제를 받게 되며, 인격권으로서 프라이버시권의 관념은 원칙적으로 법인의 경우에는 적용되지 않는다.

(3) 사자도 명예의 주체가 될 수 있는가에 관해 형법상으로는 그 주체가 될 수 있다고 봄이 통설이고,³⁵⁾ 민법상으로는 다름이 있다.³⁶⁾

그러나 프라이버시권은 사자에게는 인정되지 아니한다. 프라이버시권의 침해에 관하여 사자는 정신적 고통이 없으며 따라서 그 권리는 사망과 더불어 소멸되는 일신전속적인 것으로 유족에게는 상속되지 아니한다고 할 것이다. 그리고 생존시에 프라이버시권을 침해당한 자가 사망한 경우

소권이 어떻게 되느냐는 문제이다. 보통법상 '대인소송은 인과 함께 소멸한다'는 법언에 따라 프라이버시에 관한 소송도 그 승계를 인정할 수 없는 것으로 본 예도 있으나, 교통기관의 발달에 따른 사고의 증가와 함께 이 원칙은 비판을 받고 있고 영국에서는 사자의 불법 행위 소권은 원칙적으로 존속하는 것으로 하고 있다. 미국에서는 주에 따라 보통법의 원칙을 고수하기도 하고 당사자의 사망으로 반드시 소권이 소멸되는 것은 아니라는 원칙을 채용한 예(아리조나 주)도 있다. 프라이버시권이 일신전속권이므로 피해자의 사망으로 인해 권리구제에 미치는 영향은 크다. 그러나 생존시에 프라이버시권을 침해당한 자가 사망한 경우 가해자가 아무런 병적 책임을 지지 않는다는 것은 부당하다할 것이다.³⁷⁾ 프라이버시권 자체는 양도될 수 없으나, 프라이버시권을 침해하여 구체적으로 발생된 손해배상청구권 등은 상속될 수 있다고 보아야 한다. 사자의 프라이버시권의 침해가 동시에 생존자의 프라이버시권의 침해가 되는 경우에는 생존자 자신의 프라이버시권 침해로 되어 소송을 할 수 있음은 물론이다.

(4) 명예와 프라이버시권은 현행법상 보호되는 정도에 있어서 차이가 있다. 명예훼손은 민형사상 충분히 그 책임을 물을 수 있다.

그러나 프라이버시권의 침해는 민사상 일반적 불법행위의 요건을 충족하는 경우에 한하여 손해 배상의 책임을 물을 수 있다. 즉, 구제 수단으로서 민법 제 764 조의 원상회복 처분은 법문상 명예훼손의 경우로 한정되어 있을 뿐만 아니라 대부분의 프라이버시 침해는 원상회복이 불가능하고 취소 광고와 같은 처분은 오히려 프라이버시가 새로 공개될 위험이 있다는 이유에서 프라이버시 침해에 대해서는 이를 허용하지 않는다. 그러나 프라이버시의 침해는 한번 공개되면 원상 회복이 불가능하기 때문에 그 구제수단으로서 서적의 간행 금지 등 침해 행위의 금지 청구가 인정되는 경우가 명예훼손에 대한 것보다는 훨씬 넓게 인정될 수 있을 것이다.³⁸⁾

형사법의 경우에도 주거침입, 비밀침해 등 각개 별조항으로 규정되어 있는 경우에만 형사책임을 과할 수 있을 뿐이다.

민사상이나 형사상으로 프라이버시 그 자체를 일반적으로 보호하는 규정은 두지 않고 있다. 그 이유는 프라이버시권이라는 개념이 아직 명확히 정립되어 있지 못한 때문이기도 하다.

주

1) Vance Packard, *The Naked Society*, N. Y., 1970, p.13.

2) S. D. Warren and L. B. Brandeis, "The Right to Privacy", 4 Harv. L. Rev., 1890, p.193.

자세한 것은 양창수, 「정보화사회와 프라이버시의 보호」, 『인권과 정의』, 1991, , p.73, ; 변재옥, 「정보화사회에 있어서 프라이버시의 권리」, 서울대학교 박사학위논문, 1979, pp.5-12 ; 차명진, 「프라이버시보호와 자기정보통제권」, 인하대학교 박사학위논문, 1991, pp.28-29 ; 김상웅, 「인격권의 침해와 민사책임」, 『판례월보』, 1993. 11, p.50 ; 강경근, 「사생활의 비밀과 자유」, 『고시연구』, 1993. 12, p.60 ; 김남진, 「개인정보의 수집관리와 사생활 보호」, 『법학연구』, 충남대 법학연구소, 1990, pp.1-22 참조.'

3) *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438(1927).

4) 변재옥, 「한국헌법상의 프라이버시의 권리」, 『사회과학연구』 제 3 집, 영남대학교, 19 관, p.8 참조.

5) W. L. Prosser, "Privacy", 48 California L. Rev., 1960, pp.383-384.

- 6) 변재옥, 「정보화사회에 있어서 프라이버시 권리와 표현의 자유」, 한국언론연구원, 1994, p.210.
- 7) E. J. Bloustein, Privacy as an Aspect of Human Dignity ; An Answer to Dean Pressor, 39 N. Y. U. L. Rev., 1964, p.1002.
- 8) 김성숙, 「정보의 전산처리 유통과 프라이버시의 보호」, 『법학논총』 제 5 집, 송실대 법학연구소, 1989, p.86.
- 9) William M. Beaney, "The Right to Privacy and American Law", 32 Law & contemp, 1966, pp.253-254.
- 10) A. R. Miller, "The Assault on Privacy-Computers, Data, and Dossiters", 1971, p.226 : C. Fried, " Privacy", 77 Yale L. J., 1968, p.482.
- 11) A. F Westin, "Privacy and Freedom", N. Y. Atheneum, 1967, p.7.
- 12) 자기정보통제권이라는 의미에서의 프라이버시권의 보호에 관한 입법은 나라마다 그 명칭은 다소 상이하나, 개인정보보호법의 형태로 입법화되고 있다. 미국에서는 1974년의 프라이버시법, 1989년의 전자통신프라이버시법, 영국에서는 1984년의 데이터 보호법, 1987년의 개인기록 액세스법, 프랑스에서는 1978년의 정보처리. 축적 및 자유에 관한 법률, 독일에서는 1977년의 연방데이터 보호법, 스웨덴에서는 1973년의 데이터법, 일본에서는 1988년의 행정기관이 보유하는 전자계산기처리에 따른 개인정보의 보호에 관한 법률을 각 제정하여 시행중에 있고(자세한 것은 법제처, 『각국의 개인정보보호관계법』, 1989. 참조), 우리 나라에서는 1994년 1월 7일 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률을 공포하여 현재 시행 중에 있다.
- 13) 竹中勳, 「현대행정과 프라이버시」, 『츄리스토』 854호, 1986, p.46.
- 14) 구병삭, 『신헌법원론』, 박영사, 1988, 463면.
- 15) 헌재결 1990. 9. 10, 89 헌마 82.
- 16) Bloustein Privacy as an Aspect of Human Dignity, 39 N. Y. U. L. Rev. 962, 1964.
- 17) A. Bandit, Privacy, Poverty, and the Constitution, 54 Cal. L. Rev, 1966, p.407.1
- 19) B. Bettelheim, The Informed Heat, 1970, p.85.
- 23) H.S. Booker, Outsiders, 1963, p.8.
- 24) 차맹진, 앞의 글, p.21.
- 25) 변재옥, 앞의 글, p.34.
- 26) 伊藤正己, 『프라이버시의 권리』, 암파서점, 1966, p.156 이하 참조.
- 27) 이른바 퍼블러시티의 권리(right of publicity)란 재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등을 상업적으로 이용할 권리(right of commercial appropriation)를 의미하는 것으로서 번역이 까다로운 용어이므로 여기서는 편의상 발음 그대로 표기 하고자 한다.
- 28) 五十嵐清, 『인격권론』, p.7 ; 삼도종언, 『인격권체보호』, 1965, p.50; 伊藤正己, 『프라이버시 연구』, p.185.
- 29) 예컨대 Bucher, Persnlichkeitsrechte, S.131 ff. ; 五十嵐清, 앞의 책, p.9.

30) 구서독 기본법 제 2 조 제 1 항은 "각인은 타인의 권리를 침해하여서는 아니되며, 또한 헌법적 질서 또는 도덕률에 반하지 아니하는 한 인격의 자유로운 발전을 목적으로 하는 권리를 가진다."라고 규정하고 있다.

31) 변재옥, 앞의 글, p.36.

32) 변호사 · 정치가로서 알려진 존 아트킨슨 대령의 사후에 존 아트킨슨 시가를 만들어 그 초상화를 넣은 상표를 붙여 발매한 사안에 대하여 프라이버시의 침해를 부인한 판례 Atkinson v. John E. Doherty & Co., 121 Mich. 372, 80 N. W. 285 (1899) ; 남편의 생애가 허구를 섞어 공표된 것을 미망인이 제소하였던 바, 그 공개는 남편에 관한 것이며 미망인 자신의 프라이버시를 침해한 것이 아니라는 판례 James v. Screen Germs. Inc., 174 Cal. App.2d 650, 344 p.2d 799(1959) 등 미국의 판례가 있다.

32) 변호사·정치가로서 알려진 존 아트킨슨 대령의 사후에 존 아트킨슨 시가를 만들어 그 초상화를 넣은 상표를 붙여 발매한 사안에 대하여 프라이버시의 침해를 부인한 판례 Atkinson v. John E. Doherty & Co., 121 Mich. 372, 80 N. W. 285 (1899) ; 남편의 생애가 허구를 섞어 공표된 것을 미망인이 제소하였던 바, 그 공개는 남편에 관한 것이며 미망인 자신의 프라이버시를 침해한 것이 아니라는 판례 James v. Screen Germs. Inc., 174 Cal. App.2d 650, 344 p.2d 799(1959) 등 미국의 판례가 있다.

33) 장영민 · 정진수, 「언론보도에 의한 인권침해와 그 규제에 관한 연구」, 『형사정책 연구원』, 1995, p.80.

34) Shubert v. Columbia Pictures Corp., 189 Wisc. 784, 72 N. Y. S. 20. 851 (1947) .

35) 이재상, 『형법각론』, 박영사, 1993, p.181.

36) 사자의 명예도 일정한 경우에는 불법행위책임법으로서 보호되어야 하나 사자는 그 효과로서 발생하는 청구권의 주체는 될 수 없으므로 엄밀한 의미에서는 상속인이나 근친자에 대한 불법행위책임이 발생할 뿐이라고 한다. 이은영, 『채권각론』, 박영사, 1995, p.741.

37) 변재옥, 앞의 글, 한국언론연구원, 1994, p.214.

38) 한위수, 「언론보도로 인한 명예훼손」, 『인권과 정의』, 1995. 8, p.62.

- 건국대 법학과 졸, 건국대 법학박사
- 제 17 회 사법시험, 제 7 기 사법 연수원 수료.
- 헌법재판소 연구관, 서울지검 부장검사 역임
- 현재 수원지검 1 차장검사