

프라이버시의 민사법적 보호 서설

A civil protection of privacy

배성호(Bae, Sung Ho)*

ABSTRACT

This study will discuss about the possibilities of civil development of privacy, and how disturbance of privacy should be in the future, based on the concept of privacy. In the strict sense, this essay focus more on legalistic recognition of privacy, that compound with infringement action and appearance of it, rather than systematization of privacy.

The civil problems on personal rights or privacy are not clear and accurate. It is still getting formalize in this status of periods. As people know, the korean civil law are divided into two main categorizes: the law of property, such as a real right and obligatory right, and the family law, such deals with marriage, rule of family relationships and etc. However, the reason why people have to protect the proprietary rights and reason for existence of rule of free contract and principle of liability with fault should be the dignity and value of human and how it pursue those values. Also, for the discussion on the personal rights case, people can find the necessity of the individual personal rights' itemized consideration in this essay.

Key Words: 프라이버시(Privacy), 인격권(Personal right), 초상권(right of likeness), 성명권(Mental (Spiritual) calmness), 혼로 있을 권리(right to be let alone), 정신적 평온(The protection of personal informations), 자기결정권(Right of self-determination), 개인정보 보호, 개인정보통제권(Rein of personal informations), 자기정보통제권(Rein of self-information)

1. 서론

민법은 그 편별에서도 알 수 있는 바와 같이 물권과 채권과 같은 재산관계나 혼인, 친지관계와 같은 가족관계를 규율의 주된 대상으로 하고 있다. 그러나 소유권이 보호대상이 되어야 하는 근본적 이유, 계약자유나 과실 책임 원칙의 궁극적 존립이유는 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하고 추구하는 바의 행복을 실현하는 기본도구라는 점에서 찾을 수 있을 것이다.¹⁾ 인격권의 논의에 있어서도 개별적 인격권들에 대한 각론적 고찰을 더욱 심화할 필요가 여기에 있는 것이다. 민법상 문제되는 인격권의 내용은 아직 명확하지 않으며 현재에도 형성 중이라 할 것이다.

* 영남대학교 법과대학 교수, 법학박사

1) 최근 민법 개정시안 제1조의2(인간의 존엄) “① 사람은 인간으로서의 존엄과 가치를 바탕으로 자신의 자유로운 의사에 좇아 법률관계를 형성한다.”와 관련하여 황적인 외 29인 공저, 민법개정안의견서, 민법개정안연구회, 2002, 3-9면 참조.

인격권 침해의 하나로 프라이버시 침해가 있다. 프라이버시는 미국에서 생성된 개념으로 “홀로 있을 권리”를 의미하는 것이었다. 구체적으로는 원고의 신체적 장소적 사적 영역에 대한 침입 또는 그 사적 영역에 대한 침투, 사생활의 공개, 공중에게 원고에 대한 잘못된 인식을 심어주는 행위, 성명 또는 초상 등에 대한 침해 등으로 개념 구성되었다. 그리고 유명인의 성명, 초상, 경력 등을 상업적으로 이용할 권리를 퍼블리시티권이라고 하는데, 프라이버시권의 재산적 측면이라고 볼 수 있다.

우리나라에서 프라이버시는 매우 다양하게 사용되고 있다. 일반적으로 프라이버시는 사생활이 함부로 공개되지 아니하고 사적 영역의 평온과 비밀을 요구할 수 있는 법적 보장이라 한다.²⁾ 최근 개인정보보호가 중요한 문제로 되고 있는데, 이를 프라이버시와 동일한 의미로 사용하기도 한다. 그러나 그 외 초상권이나 성명권의 침해도 프라이버시 침해에 포함시킬 것인지 문제된다.

아래에서는 프라이버시권의 민사법적 발전가능성과 앞으로의 연구방향을 가다듬기 위하여 프라이버시권의 개념을 중심으로 프라이버시권 침해의 諸態樣에 대하여 검토하기로 한다. 엄밀히 말하자면 여기에서는 프라이버시권의 체계화에 대한 지향보다는 피침해이익과 침해행위의 태양의 조합을 통한 프라이버시권에 대한 법적 인식의 기초자료를 궁구하고자 한다.

II. 프라이버시의 의의

1. 프라이버시권이란 무엇을 의미하는 것인가에 대하여는 다양한 견해가 제시되고 있다. 무엇보다 프라이버시권은 19세기말 미국에서 제창된 것이라고 말하여진다. 당초에는 사생활의 공개에 대한 방위목적으로, “홀로 있을 권리”(right to be let alone)라고 이해되는 것이었지만, 머지않아, 다양한 의미를 갖게 되었다. 가령 자기정보통제권으로 법적 성격을 파악하는 견해가 나타나는 한편, 사정에 따라서는 자율권·자기결정권(자기결정의 존중과 타자에 의한 불가침권리)으로 이해하는 견해도 등장하고, 그 발전 형태로서의 논의도 포함하여 공·사법 쌍방영역에서 다양한 전개가 보여진다.

우리나라에서도 프라이버시권은 당초, 사생활의 평온에 착안하여 전개되고, 사생활을 함부로 간섭당하지 않을 권리로 이해되었다. 이것은 평온생활권으로서 프라이버시권을 이해한 것이다. 자기의 개인적 일·주거·초상·사상 등에 대한 부당한 공표와 침해되지 않을 자유라고 할 수 있을 것이다.

이와 관련하여 프라이버시 개념을 넓게 파악하여 초상권, 성명권, 사생활의 비밀과 자유 등을 포괄하여야 할 것이고, 프라이버시권은 명예권과 함께 인격권의 중요한 하위 개념으로 볼 수 있을 것이라는 견해³⁾가 있다. 이 견해에 의하면 사생활 침해와 초상권

2) 대판 1998.9.4, 96다11327 참조

3) 김재형, 인격권 일반, 민사판례연구 21, 1999, 645면 이하.

및 성명권의 침해는 개인에 관한 허위의 사실을 공표하는 등 사회적 평가를 저하시킴으로써 명예훼손이 성립하는지 여부와 상관없다. 언론에서 사실대로 보도를 하는 경우에 명예훼손으로 인한 불법행위가 성립할 가능성은 거의 없다. 그러나 이러한 경우에도 사생활 침해와 초상권 및 성명권의 침해가 동시에 문제될 수 있다. 가령 기사와 관련 없는 개인의 사진이나 이름을 끼워 넣는 경우에 명예훼손은 성립하지 않을 수 있으나, 공중에게 왜곡된 인상을 심어주었다는 이유로 프라이버시 침해가 될 수 있다. 프라이버시라는 용어가 원래 초상권과 성명권 등을 포함하는 의미를 가지고 있는데, 프라이버시 침해를 사생활 침해에 한정하는 의미로 사용하는 것은 프라이버시라는 용어의 연원과 맞지 않고 오히려 혼란을 불러일으킬 우려가 있다고 한다.

그러나 이와는 달리 우리나라의 경우에는 각종의 불법행위의 성립 여부를 민법 제 750조에서 요구되는 가해행위의 위법성 요건을 탄력적으로 운용함으로써, 즉 피침해법익과 가해행위의 상관적 고려에 의하여 판단하여 왔고, 거기서 말하는 피침해법익은 일반적으로는 이를 법적으로 보호할 가치 있는 법익이라고 거의 무내용하게 정의하면서, 개별적으로 구체적인 법익을 열거하는 방식으로 이해하여 온 것이 오랫동안 그 효용성이 입증되어 왔다. 따라서 프라이버시를 인격적 이익인 정조, 명예, 초상, 성명 등과 아울러 또 하나의 독립된 인격적 이익으로서 시민권을 주는 것이 타당하다는 견해도 있다.⁴⁾ 이 견해에 따르면 성명 또는 초상⁵⁾ 등에 대한 침해, 즉 원고의 동일성의 징표들을 도용한 유형은 이미 그 독자적 보호항목으로 인정되어 왔고, 또한 공중에게 원고에 대한 잘못된 인식을 심어 주는 행위유형, 가령 원고가 말한 바 없는 견해를 원고의 의견으로 인용하거나 상품추천서 등의 형태로 선전목적으로 사용하거나, 원고가 지원하지 않은 직무에 입후보로 나선 것으로 만드는 행위 등은 대체로 명예훼손과 중첩되는 것이므로 별도로 다룰 필요가 없다. 이들 두 유형은 모두 사죄광고 기타 민법 제 764조에서 말하는 명예회복에 필요한 처분을 할 수 있고, 또 하기에 적합한 위법유형으로서, 그에 적합하지 아니한 두 유형과 구분된다는 점에서도 프라이버시의 이름 아래 통합적으로 다루는 것이 적합하지 않다. 따라서 원고의 신체적, 장소적 사영역에 대한 침입 또는 그 사적 사항에 대한 침투와 사생활의 공개 등의 유형이 프라이버시라는 영역으로 다루기 적절하다. 이들 유형은 모두 우리 헌법에서 보장된 사생활의 자유와 비밀에 대한 권리라는 징표 아래 들어올 뿐만 아니라, 최근에 문제되는 소위 자신에 관한 정보에 대한 권리의 강조와도 그 맥을 같이 할 수 있기 때문이라 한다. 따라서 프라이버시라는 이름 아래에 사생활이 함부로 공개되지 아니하고 사적 영역의 평온과 비밀을 요구할 수 있는 법적 보장과 자기에 관한 정보를 통제할 법적 능력이라는 두 개의 계기를 인식할 수 있다고 한다.

2 또한 프라이버시권에 자기에 관한 정보를 통제할 수 있는 권리까지도 포함한 것

4) 양창수, 정보화 사회와 프라이버시의 보호, 민법연구1, 1991, 508면 이하, 511면 이하, 529면.

5) 대판 2006.10.13, 2004다16280.

으로 이해할 수 있느냐가 문제된다. 헌법상 보호되는 기본권으로서 개인정보에 대하여는 정보주체인 개인이 배타적으로 지배하고 관리할 수 있는 권리가 인정된다고 보고, 사인간에도 자기정보통제권으로서 프라이버시권이 불법행위의 보호대상이 될 수 있음이 정당화될 것이다.⁶⁾ 따라서 그 침해에 대하여는 손해배상뿐만 아니라 경우에 따라서는 정보개시청구권, 정정·삭제청구권까지도 인정할 수 있을 것이다.

3. 그리고 이러한 정보통제권으로서의 프라이버시권의 이해와는 별도로, 자율권·자기결정권으로서 프라이버시권을 이해할 수도 있을 것이다. 사적 사항에 대한 개인의 결정에 대하여 타인으로부터 간섭받지 않을 권리로서 프라이버시권을 이해하는 것이다. 개인정보의 지배·관리라고 하는 재화귀속·재산관리권적인 프라이버시권의 이해를 떠나 생활세계에서 다양한 관계의 주체적 형성에 있어 불가결의 개인인격의 자유로운 전개를 보장하고, 그러한 개인의 지위를 권리로서 보호하는 것 그것이 프라이버시권이라고 이해하게 된다. 평온생활권으로서 프라이버시권이 개인인격의 정적 안전의 보호를 담당함에 대하여, 자율권·자기결정권으로서 프라이버시권은 개인인격의 동적 안전의 보호를 담당한다고 말할 수 있을 것이다(이 의미에서는 이 두 가지 의미에서의 프라이버시권 이해는 양립 가능한 것이고, 때로는 오버랩 되는 것이다. 가령 초상권침해의 경우).

4. 나아가 정보통제권으로서 프라이버시권을 이해하는 견해 중에도, 그것에 상정된 개인정보를 도덕적 자율과 결부시켜 이해하는 입장은, 무엇 때문에 정보통제권이 정당화되는가를 시야에 넣고 있다는 점에서 자율권·자기결정권으로서 프라이버시권을 이해하는 입장과 발상의 기초를 공유하고 있고, 양철 간에는 거의 거리가 없다. 무엇보다도 정보통제권으로서 프라이버시권을 이해하는 경우에는 개인적 사항에 관한 자기결정 결과에 대하여 타인으로부터의 자유(불개입·불가침)가 중심적으로 이해되어지는 결과, 자기결정에의 불개입·불가침이라고 하는 부작위를 구할 수 있는 것으로 귀결되기 쉽게도 보여 진다. 단 논리필연적인 것은 아니다. 또 이상의 제설과는 달리 자유로운 사회관계를 형성·유지·폐지 등을 영위함에 있어 불가결한 기능의 하나로서 프라이버시를 이해하고, 자기의 다양한 역할이미지를 가려서 사용할 자유—자유로운 사회를 전제로 한 자기이미지통제권—로서 프라이버시를 이해할 수도 있다.

최근에는 프라이버시권의 본질이 평온생활권인가 정보통제권인가, 그와 함께 자기결정권인가라는 관점으로부터의 논의와는 다른 차원에서, 프라이버시권의 의미를 재확인하고자 하는 움직임도 보인다. 거기에서는 ① 프라이버시의 射程은 사회의 정당한 관심

6) 星野英一, 民法·財産法, 放送大學教育振興會, 1994, 52면에 의하면 “법률이전의 존재로서 인간에게 속하는 인권이, 한편으로 국가에 대하여 주장할 수 있는 헌법상의 권리로, 다른 한편으로 타인에 대하여 주장할 수 있는 인격권으로 나타나고 있다”라고 한다. 이는 헌법과 민법의 관계와도 관련되는 것으로 자세한 논의는 향후의 연구과제로 삼고자 한다.

이 어디까지 인정될 수 있는 것인가와 ② 사회의 관심으로부터 벗어날 수 있는 자유가 규범적으로 승인된 경우, 이 자유가 침해된다면 그것에 대하여 일정한 작위·부작위를 요구할 수 있는 권리가 프라이버시권이라고 한다.⁷⁾

5. 프라이버시권이란 개인의 사적 생활영역과 비밀로 하는 사항⁸⁾에 대한 보호를 청구할 수 있는 권리를 의미하는 것이라 할 수 있다. 즉 프라이버시는, 명예와는 달리, 사적인 일의 공표 그 자체가 금지되는 것이므로, 사회적 평가가 저하되는 것은 요건이 아니다. 알리고 싶지 않은 자신의 개인정보를 공표한다든가, 특정기관에 제공하는 것이 금지된다는 것이다. 따라서 진실을 알리고 싶지 않다는 것이 프라이버시이므로, 공표된 사실이 진실일지라도 공표하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다.

이와 같이 프라이버시는 다음과 같이 전개될 수 있는데, 아래에서는 이에 따라 차례로 사생활에 있어 정신적 평온으로서의 프라이버시권(Ⅲ), 사적인 일에 대한 자기결정권으로서의 프라이버시권(Ⅳ), 개인정보통제권으로서의 프라이버시권(Ⅴ)을 중심으로 살펴해보도록 한다.

Ⅲ. 사생활에 있어 정신적 평온으로서의 프라이버시권 침해

1. 사적인 일을 함부로 공개되지 않을 것에 대한 보장은 개인의 존엄을 보장하고 행복추구를 보장하는 이상으로 필요불가결하다. 게다가 사생활의 공개라는 것은 공개된 것이 반드시 모든 것이 진실하지 않으면 아니 된다는 것이 아니라, 일반인이 공개된 내용으로 인하여 당해사인의 사생활이라고 오인하고, 불합리할 정도로 진실처럼 받아들여지는 경우라면, 프라이버시의 침해에 해당한다. 이 경우에는 사생활의 정신적 평온이 침해되었다는 점에서 진실한 내용이 공개된 경우와 차이가 없기 때문이다.⁹⁾

사적인 일을 함부로 공개되지 않을 보장이라고 하는 내용의 프라이버시 침해를 판단하기 위해서는 일반인의 감수성을 기준으로 판단한 경우에, 당해 사인의 입장이라면 공개를 원하지 않았을 것이라고 하는 사정이 있고, 일반인에게 아직 알려져 있지 않다는 것이 그 기준이 된다. 그리고 그 사정의 공개에 의하여 당해 구체적 사인이 실제 불쾌·불안감을 느낄 것을 요한다. 이와 관련하여 문제가 되는 것은 前科의 공개이다.¹⁰⁾

7) 山本敬三, 前科の公表にとるプライバシー侵害と表現の自由, 民商法雑誌 116卷 4=5号, 1997, 615면 이하, 636면 이하.

8) 프라이버시권에 의하여 법적 보호가 주어지는 사생활상의 사항이란 “일반인에게 아직 알려지지 않고, 공표된다면 사생활상의 사실 또는 그러하다고 받아들여질 수 있는 염려스러운 사항으로, 일반인의 감수성을 기준으로, 당해 사인이라면 공개를 원하지 않았을 것이라고 인정되는 것”이라 할 것이다. 大阪地判 平成1.12.27, 判例時報 1341号, 53면.

9) 모델소설 및 모델영화와 관련하여 서울지판 1995.6.23, 94카합9230; 서울중양지판 2006.8.10, 2005가합16572 참조.

10) 最判 平成6.2.8, 民集 48卷 2号, 149면 [논픽션작품에서 원고의 실명을 사용하고, 약12년 전의

또한 대량으로 배포된 전단 중에 성명·연령·전화번호가 기재됨으로 인하여 전화 등에 의하여 괴롭힘과 비난공격의 대상이 된 자는, 인격적 이익으로서의 평온생활권을 침해당하였다고 인정된 경우도 있다.¹¹⁾

2. 사생활에 있어서 정신적 평온에 대하여는 그 보호대상과 관계된 사생활의 범위의 확장가능성이 문제가 된다. 지하철차 내에서 상업선전방송의 留止의 가부가 쟁점이 된 일본의 사건에서는 이 점이 정면에서 문제가 될 여지가 있었다. 그러나 원심은 “지하철의 이용관계는 기본적으로는 사법관계이고, 그 일방당사자인 피고는 운행하는 지하철의 차내에서 열차의 운행과 승객의 이용 등을 위하여 필요한 방송뿐만 아니라, 법령 및 사회적으로 상당하다고 인정되는 범위 내에서 그 외 다른 방송까지도 행할 자유가 있다”고 하여, 프라이버시권과의 직접적 대결을 피하고, 원고의 청구를 배척하였다.¹²⁾ 그리고 프라이버시 침해로 이유로 한 상고에 대하여, 최고재판소도 원심의 입장을 지지하였다.¹³⁾

무엇보다도 이 최고재판소 판결에서는 다음과 같은 보충의견이 주목을 끈다. 그것에 의하면 사람은 “타인으로부터 자기가 원치 않는 자극에 의하여 마음의 靜穩을 혼란시키지 않을 이익을 가지고”(광의의 프라이버시), “법률의 규정을 들 필요도 없이, 일상생활에 있어 보고 싶지 않은 것은 보지 않고, 듣고 싶지 않은 것은 듣지 않을 자유를 본래 갖고 있기” 때문에, “듣고 싶지 않은 소리를 듣게 되는 것은, 이와 같은 마음의 정온을 침해하는 것이 된다.” 무엇보다도 “본래, 프라이버시는 공공장소에서는 그 보호가 희박하게 될 수밖에 없고, 수인할 수밖에 없는 범위가 넓어질 수밖에 없게 된다. 개인의 주택에서 소리에 의한 침해에 대하여는 프라이버시의 보호정도가 높을 지라도, 공공장소에 있어서는 프라이버시의 이익은 완전히 제약되는 것은 아니지만, 많은 제약이 있게 된다. 그런데 일반 공공장소에 있어서는 본건과 같은 방송은 프라이버시 침해의 문제를 발생시키는 것으로 보이지는 않는다.”라고 하였다.

3. 또한 인격적 이익으로서의 평온생활권은 “알권리”와 표현의 자유, 보도의 자유와의 충돌을 고려하고, 통제할 필요가 있다. 이 점 “공공의 제도, 이해에 직접 관계있는 사항의 경우”라든가, “사회적으로 저명한 존재인 경우”에는 “공개가 허용되어지는 목적”에 비추어, “일정한 합리적인 범위 내에서” 평온생활권의 침해가 허용된 경우가 있다.¹⁴⁾

사건에 관한 전과를 공표한 사건]; 最判 平成6.2.8, 民集 48卷 2号, 149면.

11) 最判 平成 元年2.21, 民集 43卷 12号, 2252면.

12) 이 판결에서 상당성 판단에 있어서 ① 상업선전방송으로서는 비교적 소극적이라는 점, ② 본건 방송은 일부의 승객에 한정된 것이지만, 열차내 방송이라는 승객에게 있어 필요하고도 유익한 방송이라는 점을 가지고 있다는 점에서, 일반승객에 대하여 혐오감을 줄 정도는 아니라는 점, ③ 본건방송은 재정궁핍하인 피고가 지하철 운행의 안전확보 등을 위하여 채택한 차내방송자동화비용을 염출하기 위한 시설이라는 점 등이 고려되었다.

13) 最判 昭和63.12.20, 判例時報 1302号, 94면.

4 근래 사용자에게 의한 피용자의 병명의 본인 또는 제3자에게의 통지와 관련하여 프라이버시 침해가 문제 된 경우가 있었다. 특히 사용자가 피용자의 HIV감염을 통지받는 것이 프라이버시 내지 인격권 침해가 되는 것은 아닌가라는 것이 문제되었다. 한편 피용자의 HIV감염을 사용자가 피용자에게 고지하는 것이 프라이버시침해에 해당되는 것이 아닌가 문제가 되고, 다른 한편 피용자의 HIV의 감염을 사용자가 제3자에게 고지하는 것이 프라이버시 침해가 되는 것이 아닌가도 문제된다. 최근의 일본의 판결에서는 이 두 가지 문제가 쟁점이 되고, 법원은 다음과 같이 판단하였다.¹⁴⁾

전자에 대하여는 “사용자는 피용자에 대하여, 고용계약상 부수의무로서 피용자의 직장에서의 건강을 배려하여야 하는 의무를 부담하고 있기 때문에, 사용자가 질병에 이환된 피용자에게 이 질병을 고지하는 것은, 특단의 사정이 없는 한 허용되고, 경우에 따라서는 그렇게 하여야 할 의무가 존재하지만, 상기 특단의 사정이 존재하는 경우에는 사용자의 상기 고지는 허용되지 않고, 이 고지를 하는 것이 현저히 사회적 상당성의 범위를 일탈하는 경우에는, 이 고지는 위법하게 되고, 이것을 한 사용자는 당해피용자에 대하여 인격권침해의 불법행위책임을 부담할 수밖에 없게 된다.”고 하였다. 따라서 HIV감염자에게 감염의 사실을 고지하는 경우에는 “이 질병의 난치성, 이 질병에 대한 사회적 편견과 차별의식의 존재 등에 의한 피고지자가 받을 충격의 크기 등을 충분히 배려하여야 하고, 구체적으로는 피고지자에게 HIV에 감염되어 있다는 것을 받아들일 용의와 능력여부, 고지자에게 고지에 필요한 지식과 고지후의 지도력 여부에 대한 신중한 배려 속에 행하여야 하고, 고지후의 피고지자의 혼란과 패닉에 대한 대처수단을 미리 준비하는 것이 긴요하기” 때문에, “HIV감염자에게 HIV에 감염되어 있다는 것을 고지함에 대한 대처는 그 자의 치료를 담당하는 의료자에 한할 수밖에 없고, 상기 고지에 대하여는 전술한 사용자의 피용자에 대한 고지에 있어서는 특단의 사정이 있는 경우에 해당한다고 말할 수 있다”고 하였다.

후자에 대하여는 “사용자라고 할지라도 피용자의 프라이버시에 속하는 사항에 대하여는 이를 침해하여서는 아니 되고, 피용자의 프라이버시에 속하는 정보를 얻은 경우에도 이를 유지할 의무를 부담하고, 이것을 함부로 제3자에게 누설하는 것은 프라이버시권의 침해로 위법하다”라고 하고, “개인의 질병에 관한 정보는 프라이버시에 속하는 사항이고, 즉 본건에서 쟁점이 되고 있는 HIV감염에 관한 정보는 전술한 HIV감염자에 대한 사회적 편견과 차별이 존재함을 고려할 때, 지극히 비밀성이 높은 정보에 속한다고 말할 수밖에 없고, 이 정보의 취득자는 누구라고 할지라도, 이를 제3자에게 함부로

14) 前掲 東京地判 昭和39.9.28. 이 판결에서는 일반론으로서 “중인 내지 중직의 후보자에 대하여는 그 중직인 존재, 활동에 부수하는 범위 및 중직인 조제, 활동에 대한 평가를 할 필요 또는 유익하다고 인정되어지는 범위”에서, 일정한 합리적인 한도 내에서 사생활의 공개가 허용된다고 하였다.

15) 東京地判 平成7.3.30, 判例時報 1529号, 42면.

누설하여서는 아니 되고, 이것을 함부로 제3자에게 누설한 경우에는 프라이버시권을 침해한 것이 된다고 하였다.¹⁶⁾

IV. 사적인 일에 대한 자기결정권으로서의 프라이버시권 침해

사적인 일에 대한 자기결정권으로서 프라이버시권의 존부가 문제되는 것으로 다음의 것들이 있다.

1. 성명의 보호

“이름은 사회적으로 본다면 개인을 타인으로부터 식별하고 특정할 기회를 가지는 것이지만, 동시에 그 개인으로부터 본다면 사람이 개인으로 존중되는 기초이고, 그 개인의 인격의 표상이므로, 인격권의 일내용을 구성하는 것이라고 말할 수밖에 없다.”¹⁷⁾ 여기서 “자기의 이름을 타인에게 모용당하지 않을 권리”가 나오게 된다.

이와 관련하여 사찰의 명칭을 지하철 역명으로 사용하지 않을 것을 구할 권리가 있는가 여부가 문제가 된 사건이 있다. 이에 대하여는 종교법인의 명칭은 당해 법인이 종교법인으로서 존중되는 기초이고, 그 종교법인의 인격적인 것의 표상이므로, 법인에 대하여 인정되는 것이 가능한 개별적 인격권의 하나로서 자연인의 성명권에 준하여 보호할 수밖에 없는 것이라 할지라도 공중의 편의를 위하여 공공적 존재인 저명한 사찰의 명칭을 공공적인 지방공영기업인 철도역명으로 채용하고 사용한 경우에는, 역명사용행위의 공익성을 감안하고, 또한 그 명칭이 넓게 알려지게 되어 저명한 종교법인의 경우에 역명으로 사용되는 것 자체가 그 명칭의 저명성이 희석화 되는 것이 아니라는 점, 역명결정의 과정과 그 후에 장기간에 걸쳐 명확한 이론이 없었다는 점, 본건 역명사용행위를 留止함으로 인하여 역측이 입을 불이익 등을 전체적으로 고찰하면, 문제의 역명사용행위는, 성명권에 준하는 개별적 인격권을 위법하게 침해하고 있다고 할 수 없다고 하였다.¹⁸⁾

2. 초상의 보호

16) 문제가 된 것은 파견노동자가 에이즈에 감염된 사실을 알게 된 피파견기업이 원파견기업에 통지하거나, 종업원들에게 알리는 사례이다. 본건에서는 “HIV감염을 통지하지 않으면 아니되는 업무상의 필요가 있었다고는 도저히 생각할 수 없고, 다른 방법이 없었다고도 말할 수 없다.”고 하였다. 일반론으로 보자면 구체적 사안에 있어 업무상 필요성과 대체수단 부존재가 인정되는 경우에는 위법성 내지 귀책사유가 인정되지 않을 여지가 남는다고 실시하고 있다.

17) 最判 昭和63.2.16, 民集 42卷 2号, 27면.

18) 東京高判 平成8.7.24, 判例時報 1597号, 129면.

가. 개인은 “개인의 사생활상의 자유의 하나로서, 누구라도, 승낙 없이, 함부로 그 용모, 자태를 촬영되지 않을 자유를 가진다.”¹⁹⁾ 즉 개인은 본인의 동의 없이 함부로 촬영 또는 작성되지 아니할 권리를 가지므로,²⁰⁾ 본인의 동의 없이 함부로 촬영하는 것은 이를 공표하지 않더라도 초상권침해가 된다.

나. 구체적으로 사람이 자기의 주택 내에서 타인의 시선으로부터 차단되고, 사회적 긴장으로부터 해방된 형태의 개인의 사생활을 영위하는 것은, 인격적 이익으로서 무엇보다도 존중되어야 하는 것이기 때문에, 주택 내에서의 용모·자태를 제3자가 무단으로 사진촬영하고, 넓게 공표하는 것은 피촬영자에게 일층 커다란 정신적 고통을 주고, 불법행위를 구성한다.²¹⁾ 이는 초상에 관한 정보통제권과 자기결정권에 외거할 것도 없이, 이미 사생활의 정신적 평온 수준에서의 인격권침해이다.

다. 다음으로 공개된 장소에서의 촬영 내지 민사소송의 증거를 수집할 목적으로 사진촬영이 이루어진 경우의 초상권 침해여부가 문제된다. 이에 관하여 미국에서는 공개된 장소에서의 촬영은 불법행위가 되지 않고, 또한 민사소송의 증거 수집을 위한 촬영도 불법행위가 되지 않는다²²⁾고 하는 반면, 독일에서는 이와 같은 사유만으로는 위법성이 조각되지 않아 불법행위가 성립한다고 한다.

우선 전자, 즉 공개된 장소에서의 촬영과 관련하여서는 무엇보다도 여기에서도 보도의 자유와의 관계가 문제된다. 이에 관하여는 초상사진게재가 공공의 이해에 관한 사실의 보도에 필요한 수단으로서 공익을 도모할 목적으로 행하여졌는지 여부, 당해사진의 내용, 촬영수단 및 방법이 상기 보도목적에 비추어 필요성·상당성을 가질 것인가라고 하는 관점에서 검토되어야 한다.²³⁾

후자, 즉 민사소송상 증거 수집을 위한 촬영과 관련하여 우리나라에서 초상권침해가 헌법상 기본권으로서 그 침해가 불법행위가 된다²⁴⁾고 명언한 대법원 판례가 있다.²⁵⁾ 그 사실관계는 다음과 같다.

19) 最判 昭和44.12.24, 刑集 23卷 12号, 1625면. 단 초상권이라 칭할 것인가는 별개로 할 것인가는 유보하고 있음에 주의를 요함.

20) 감석천, 초상권에 대한 새로운 인식과 법리 전개, 법조 2006.12, 200면 이하; 엄동섭, 언론보도와 초상권침해: 하급심판례를 중심으로, 민사판례연구 XXI, 1999, 754면; 한위수, 사진의 무단촬영·사용과 민사책임, 민사재판의 제문제 제8권, 1994, 213-214면 등.

21) 東京地判 平成元年.6.23, 判例時報 1319号, 132면.

22) 양승규, 교통사고환자에 대한 몰래촬영과 초상권, 손해보험 456호, 2006.11, 35면 이하; 한위수, 227면.

23) 東京高判 平成2.7.24, 判例時報 1356号, 90면. 동 판결은 “초상권은 그 대상이 되는 초상에 대한 물건과 같은 포괄적이고 완전한 지배를 포함할 정도의 속성된 권리는 아니다”라고 한다.

24) 위법한 방법으로 취득한 증거의 민사소송에서의 증거능력 문제는 또 다른 별도의 논의를 필요로 한다. 정규상, 위법수집증거의 증거능력, 민사소송 제9권 제2호, 2005, 75면 이하 참조.

25) 대판 2006.10.13, 2004다16280.

원고 가족들은 교통사고로 피해를 입고, 가해 자동차에 관하여 책임보험계약을 체결한 보험회사를 상대로 손해배상청구소송을 제기하였는데, 위 소송에서의 신체감정결과에서 원고들 중 2인에게 후유장애가 있는 것으로 나오자, 피고 회사의 직원들인 공동피고들은 원고들의 후유장애정도에 대한 증거자료를 수집할 목적으로 원고들에 대한 사진 54장을 원고들 몰래 촬영하여 이를 법원에 증거로 제출하였다. 법원은 그 중 한 원고에 대하여만 재감정을 명하였고, 그 결과 장애 정도가 제1차 감정 때보다는 다소 낮게 나왔다. 그 후 위 손해배상소송은 화해에 의하여 종결되었는데, 원고들은 피고들이 원고들의 승낙 없이 함부로 원고들을 비밀리에 추적하면서, 사생활에 대한 사진을 몰래 촬영하여 이를 법원에 제출함으로써 원고들의 초상권 및 사생활의 평온을 누릴 행복추구권을 침해하였다는 이유로 피고들을 상대로 손해배상을 청구한 사건이다.

이에 원심판결²⁶⁾은 피고들의 행위는 민사재판의 증거수집 및 그 제출을 위하여 필요하고도 부득이한 것이었으므로, 이로 인하여 원고들의 초상권 및 사생활의 비밀을 침해당하는 결과를 초래하였다고 하더라도, 이러한 결과는 그 행위 목적의 정당성, 수단·방법의 보충성과 상당성 등을 참작할 때 공정한 민사재판권의 실현이라는 우월한 이익을 위하여 원고들이 수인하여야 하는 범위 내에 속한다 할 것이므로, 피고들의 행위는 그 위법성을 인정할 수 없다고 하여 원고들의 청구를 기각하였다. 그러나 대법원은 다음과 같이 판시하며 원심판결을 파기하였다.

“사람은 누구나 자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림묘사되거나 공표되지 아니하며 영리적으로 이용당하지 않을 권리를 가지는데, 이러한 초상권은 우리 헌법 제10조 제1문에 의하여 헌법적으로 보장되는 권리이다.

초상권 및 사생활의 비밀과 자유에 대한 부당한 침해는 불법행위를 구성하는데, 위 침해는 그것이 공개된 장소에서 이루어졌 다거나 민사소송의 증거를 수집할 목적으로 이루어졌다는 사유만으로 정당화되지 아니한다.

한편, 피고들에게는 위 침해행위로 인하여 달성하려는 이익, 즉 위 손해배상소송에서 승소함으로써 손해배상책임을 면하여 얻는 재산상 이익, 허위 또는 과장된 청구를 밝혀내어야 할 소송에서의 진실발견이라는 이익, 부당한 손해배상책임을 면함으로써 보험료를 낮출 수 있다는 보험가입자들의 공동이익 등이 있고, 이는 원고들의 초상권 및 사생활의 비밀과 자유와 충돌하는 이익이 된다. 이처럼 초상권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 행위를 둘러싸고 서로 다른 두 방향의 이익이 충돌하는 경우에는 구체적 사안에서의 사정을 종합적으로 고려한 이익형량을 통하여 위 침해행위의 최종적인 위법성이 가려진다. 이러한 이익형량과정에서, 첫째 침해행위의 영역에 속하는 고려요소로

26) 서울중앙지판 2004.2.6, 2003나13979.

는 침해행위로 달성하려는 이익의 내용 및 그 중대성, 침해행위의 필요성과 효과성, 침해행위의 보충성과 긴급성, 침해방법의 상당성 등이 있고, 둘째 피해이익의 영역에 속하는 고려요소로는 피해법익의 내용과 중대성 및 침해행위로 인하여 피해자가 입는 피해의 정도, 피해이익의 보호가치 등이 있다²⁷⁾

다. 한편 채취된 초상이 무단 이용된 경우에, 일반 사인에 대하여는 초상권 침해가 문제될 수 있다. 사람은 자기의 초상을 의사에 반하여 함부로 사용되지 않도록 함에 있어 법률상 보호되는 인격적인 이익을 갖기 때문이다. 이것이 정보통제권·자기결정권으로서의 측면이다.

그러나 그 초상이 이용된 자가 예능인인 경우는 다른 고려가 필요하다. 예능인의 경우에는 그 사회적 평가의 저하를 초래할 정도로 초상 혹은 성명을 사용하지 않는 한 그 초상이 무단 사용될 지라도 그 인격적 이익의 훼손은 발생하지 않는다고 할 것이다.²⁸⁾ “성명·초상을 이용하고 자기의 존재를 넓게 대중에게 알리기를 희망하는 예능인에게 있어, 私事性을 중핵으로 하는 인격적 이익의 향수라는 면은 일반 사인과는 다른 제약을 받고, 사회적으로 허용되는 방법, 태양 등에 의한 사용행위에 대하여는 그 인격을 훼손하는 것이라고는 보기 어렵다”라고 하는 것이 그 이유이다. 무엇보다 이는 인격권으로서의 초상권과는 달리, 퍼블리시티권으로서의 초상권을 문제로 할 때 의의가 있다.²⁹⁾

V. 자기정보통제권으로서의 프라이버시권 침해

1. 고도정보화시대에 들어선 오늘날, 개인에 관한 정보가 공적·사적 기관에 대량으로 수집·축적되어 있다. 이러한 개인정보 중에는 범죄력, 이혼력 등의 개인의 프라이버시에 속하는 것도 있지만, 성명, 주소, 전화번호, 연령, 직업 등, 반드시 그러하다고 할 수 없는 것도 많다. 그러나 그러한 정보가 일괄하여 컴퓨터에 축적되어 있으므로 인하여, 개인의 모든 정보가 공적·사적 기관에 의하여 관리되고, 개인의 인격의 자유가 손상될 위험도 높아지고 있다. 프라이버시의 구체적 내용으로 자기정보통제권이 논하여지는 것은 바로 이러한 이유에서이다.²⁹⁾

자기정보통제권으로서 프라이버시권은 “자기정보의 취득·수집으로부터 보유·관리·이용을 거쳐, 그 개시·제공에 이르는 과정에서, 정보주체의 동의가 없는 한 개인

27) 東京高判 平成3.9.26, 判例時報 400号, 3면; 東京地判 昭和51.6.29, 判例時報 817号, 23면.

28) 최근 초상권, 특히 퍼블리시티권과 관련하여 종래의 견해와는 달리 인격권인 초상영리권과 지적재산권인 퍼블리시티권으로 대비하고 이를 설명하는 것으로 감석천, 91면 이하 참조.

29) 개인정보와 프라이버시의 관계에 관하여는 堀部政男, プライバシーと高度情報化時代, 1988, 55면 이하 참조.

정보를 함부로 다룰 수 없다”라는 것으로 해석된다.

2. 개인정보의 특정기관에 제공과 관련된 일본에서의 시사적인 사건이 있다. 사안은 와세다 대학이 1998년 중국 강택민 주석의 방일시 와세다대학에서 특별강연회를 개최함에, 사전등록제를 실시하고, 강연 전에 경찰청으로부터, 경비를 위하여 출석자의 명단 제출을 요청받고, 이에 응하여 참가자의 동의를 얻지 않고, 경찰청에 명단을 제출함에 따라, 6명의 원고들이 프라이버시 침해를 이유로 손해배상을 청구한 사례이다. 제1심판결³⁰⁾ 및 원심판결³¹⁾은 손해배상청구를 기각하였지만, 최고재판소는 파기환송을 명하였다.³²⁾ 본 판결은 성명, 주소, 전화번호 등의 개인정보도 타인에게 알리고 싶지 않은 프라이버시의 영역에 속하는 것으로 보고 있다.³³⁾ 구체적으로 판결은 다음과 같다.

“본건 개인정보는… 학생번호, 성명, 주소 및 전화번호는 와세다 대학이 개인 식별을 하기 위한 단순한 정보이고, 그것 자체는 秘匿할 필요성이 반드시 높다고는 할 수 없다. … 그러나 이와 같은 개인정보에 대하여도 본인이 자기가 의욕 하지 않고서는 타인에게 함부로 이를 공개하고 싶지 않다고 생각하는 것은 자연스러운 것이고, 그러한 기대를 보호하여야 하는 것이기 때문에, 본건 개인정보는 원고들의 프라이버시에 관한 정보로서 법적 보호의 대상이 된다고 할 수밖에 없다. 이와 같은 프라이버시에 관한 정보는 취급자에 따라서는, 개인의 인격적인 권리이익을 손상시킬 염려가 있기 때문에, 신중하게 취급할 필요가 있다. 본건 강연회의 주최자로서 참가자를 모집할 때 원고들의 본건 개인정보를 수집한 와세다 대학은 원고들의 의사에 기하지 않고 함부로 이를 타인에게 제공한 것은 허용되지 않는 것이라고 할 수밖에 없다는 점, 동대학이 본건 개인정보를 경찰에 제공할 것을 사전에 명시하고서 본건강연회 참가희망자에게 본건명부를 기입하도록 함으로써 정보제공에 대한 승낙을 구하는 것은 용이한 것이었다는 것을 고려하고, 그것이 곤란한 특별한 사정을 찾기 어려운 본건에서는, 본건 개인정보를 제공한 것에 대하여 상고인들의 동의를 얻는 절차를 진행함이 없이, 무단으로 본건 개인정보를 경찰에 제공한 동대학의 행위는 상고인들이 임의로 제공한 프라이버시에 관계되는 정보의 적절한 관리에 있어 합리적인 기대를 저버린 것이고, 원고들의 프라이버시를 침해함으로써 불법행위를 구성한다고 할 수밖에 없다.”

이는 최근 우리나라에서 개인정보 무단유출, 매매 등과 관련한 일련의 사건에 있어 매우 시사적이라 할 것이며, 개인정보보호법 등의 특별법³⁴⁾ 논의 이전에, 개인정보에

30) 東京地判 平成13.4.11, 判例時報 1752号, 3면.

31) 東京高判 平成14.1.16, 判例時報 1772号, 17면.

32) 最判 平成15.9.12, 民集 57卷 8号, 973면.

33) 이와 관련하여 2003년 입법된 일본의 “개인정보보호에 관한 법률”에 의하면 “개인정보란 생존하는 개인에 관한 정보이고, 당해정보에 포함된 성명, 생년월일 그 외 기술 등에 의하여 특정 개인을 식별할 수 있는 것”으로 정의하고(제2조 제1항), 프라이버시성을 요구하지 않는다.

대한 보유·관리·이용에 관한 자기정보통제권으로서의 프라이버시권을 침해함으로써 당연히 불법행위를 구성한다 할 것이다.

VI. 결론에 갈음하여

이상과 같이 민법상 문제되는 인격권 내지 프라이버시의 내용은 아직 명확하다고 할 수 없으며 현재에도 계속하여 형성 중이라 할 것이다. 모두에서 언급한 바와 같이 민법은 그 편별에서도 알 수 있는 바와 같이 물권과 채권과 같은 재산관계나 혼인, 친자관계와 같은 가족관계를 규율의 주된 대상으로 하고 있다. 그러나 소유권이 보호대상이 되어야 하는 근본적 이유, 계약자유나 과실책임 원칙의 궁극적 존립이유는 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하고 추구하는 바의 행복을 실현하는 기본도구라는 점에서 찾을 수 있을 것이다. 인격권의 논의에 있어서도 개별적 인격권들에 대한 각론적 고찰을 더욱 심화할 필요성은 여기에서 찾을 수 있을 것이다.

34) 현행 우리나라에서의 개인정보보호 입법체계 및 국회에 상정되었던 개인정보보호법안 등에 대하여 김성태, 보험고객정보의 이용과 프라이버시 보호의 상충문제 해소방안, 2007, 52-64면 참조.

<참고문헌>

- 감석천, 초상권에 대한 새로운 인식과 법리 전개, 법조 2006.12
 권건보, 자기정보통제권에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2003
 권현영, 정보사회에서의 개인정보보호: 개인정보권의 의의와 입법체계, 연세법학연구 제12집 제1권, 2005
 김성태, 보험고객정보의 이용과 프라이버시 보호의 상충문제 해소방안, 2007
 김재형, 인격권 일반, 민사판례연구 21, 1999
 김종철, 헌법적 기본권으로서의 개인정보통제권의 재구성을 위한 시론, 인터넷법률 제4호, 2001
 김형기, 보험회사간 의료정보공유제도, 보험학회지 제65집, 2003
 성낙인, 프라이버시와 개인정보보호를 위한 입법정책적 과제, 영남법학 제5권 제1·2호, 1999
 신현호, 개인의 의료정보 보호에 관한 법적 검토, 개인정보보호 주요 쟁점, 2001
 양창수, 정보화사회와 프라이버시의 보호, 민법연구 1, 1991
 엄동섭, 언론보도와 초상권침해: 하급심판례를 중심으로, 민사판례연구 8Ⅺ, 1999
 양승규, 교통사고환자에 대한 몰래촬영과 초상권, 손해보험 456호, 2006
 정규상, 위법수집증거의 증거능력, 민사소송 제9권 제2호, 2005
 한위수, 사진의 무단촬영·사용과 민사책임, 민사재판의 제문제 제8권, 1994
 山本敬三, 前科の公表にとるプライバシー侵害と表現の自由, 民商法雑誌 116卷 4=5号, 1997
 堀部政男, プライバシーと高度情報化時代, 1988
 星野英一, 民法・財産法, 放送大學教育振興會, 1994
 潮見佳男, 不法行爲法, 1999