

개인정보의 상업적 판매 및 조건에 대한 비판적 고찰*

- 홈플러스 사건을 중심으로(대법원 2017.4.7. 선고
2016두61242 및 2016도13263 판결) -

임 규 철**

차 례

- I. 들어가면서
- II. 판례의 요지와 평석
 - 1. 사실관계
 - 2. 공정거래위원회 및 법원의 표시광고법 위반 유무 판단
 - 3. 법원의 개인정보보호법 및 정보통신망법 위반 유무 판단
 - 4. 평석
 - (1) 표시광고법 위반 유무
 - (2) 개인정보보호법 및 정보통신망법 위반 유무
- III 개정 및 개정안
- IV. 나오며

* 이 논문은 2017년도 동국대학교-서울 논문 게재장려금으로 이뤄졌음.

** 동국대학교 법과대학 법학과 부교수

접수일자 : 2017. 4. 30. / 심사일자 : 2017. 5. 26. / 게재확정일자 : 2017. 5. 31.

I. 들어가면서

헌법재판소와 대법원은 판례를 통해 개인정보자기결정권을 창설하면서 정보사회에 있어 보호 및 활용의 균형을 잡으려고 적극적인 노력을 하고 있다.¹⁾ 개인정보자기결정권의 한계 일탈 유무는 전통적인 과잉금지 원칙²⁾ 외에도 명확성의 원칙 혹은 목적구속성의 원칙³⁾에 따라 결정이 되곤 한다. 2016년 유럽연합도 2018년 5월 25일 시행 예정인 GDPR⁴⁾을 제정하여 개인정보 처리에 있어 유럽연합에 있어 강제적인 규범이 부과된 통일적인 기준을 제시하여 보호 및 활용의 새로운 균형점을 잡으려고 하고 있다. 반면에 미국은 2017년 4월 미 정보통신사업자의 가입자의 정보 및 쿠키 등 접속이력의 사전동의를 통한 활용을 규정하고 있던 FCC의 ‘Privacy of customer information’⁵⁾의 폐지를 통해 알 수 있는 것처럼 개인정보의 재산적 혹은 산업적 가치를 인격적 가치보다 상대적 우월에 두면서 보호보다는 활용에 치중하고 있다.⁶⁾

개인정보의 보호 및 활용의 격렬한 충돌지점은 개인정보의 상업적 판매 인정 유무 및 그 한계설정에 있다. 특히 검색시대⁷⁾ 및 빅 데이터⁸⁾와

- 1) 현재 2005.5.26. 선고 99헌마513·2004헌마190(병합) 결정(지문날인과 관련된 주민등록법 제17조의8 등 위헌확인 사건); 2005.7.21. 선고 2003헌마282·425 결정(NEIS 사건); 1995.12.28. 선고 91헌마114 결정(변호인 등이 진술녹취의 경우 법원의 동의를 규정한 형사소송규칙 제40조, 제10조); 대법원 1998.7.24. 선고 96다42789 판결(군정보기관의 민간인 정보의 불법수집 사건) 등; BVerfGE 95,1.
- 2) 개인정보법제에 있어 과잉금지 원칙에 대해서는 임규철, 「21세기 개인정보 정책과 법」, 북포유, 2015, 60-74쪽; 현재 2015.7.30. 선고 2012헌마734 결정; 2010.2.25. 선고 2008헌마324·2009헌바31(병합) 결정; 2005.5.26. 선고 99헌마513 결정; 대법원 2016.3.10. 선고 2012다105482 판결; 2012.12.27. 선고 2010다79206 판결.
- 3) 김성태, “개인관련 정보에 대한 경찰작용: 독일 주경찰법에서의 규율”, 「현대공법학의 과제」, 청담 최송화 교수 회갑기념논문집 진행위원회. 박영사, 2002, 986쪽 이하; 현재 2005.7.21. 선고 2003헌마282·425(병합) 결정.
- 4) General Data Protection Regulation/GDPR(Datenschutz-Grundverordnung).
- 5) 47 U.S. Code § 222 Privacy of customer information;
<<http://uk.pcmag.com/news/88516/gop-senators-hand-control-of-your-data-to-isps>>, 2017.3., 검색어: customer information.
- 6) 국내에서 개인정보의 개념의 재검토를 통한 활용증대에 대한 의견으로는 이성엽, “새로운 기술환경하에서 개인정보의 보호와 이용의 조화를 위한 개인정보보호규제 합리화 방안”, 법제연구 제46호, 2014.6.30., 15쪽.

사물인터넷 시대⁹⁾에는 더 격렬하다. 국내의 개인정보보호법제는 명문으로 개인정보의 상업화 내용을 규정하고 있지를 않다. 따라서 허용 유무에 대한 이론적인 대립은 충분히 가능한 상황이다. 행정자치부, 방송통신위원회 및 금융감독원의 ‘통합 개인정보 가이드라인’은 원칙적으로 당사자의 동의 혹은 법령의 허용 없이는 상업목적의 개인정보 판매는 안 되는 것으로 의견을 내 놓고 있다. 다만 정부의 ‘빅 데이터 개인정보 가이드라인 및 개인정보 비식별조치 가이드 라인’(2016)에 따르면 비식별화를 통한 정보의 유상제공은 가능하다고 판단을 하고 있다. 대법원의 관련된 판결은 그리 많지가 않다. 공개된 정보의 상황에서 국립대 교수 및 변호사라는 직업을 가진 공적인 인물에 대해 제한된 범위 내에서 수집정보의 유상판매를 허용한 판결들이다.¹⁰⁾

홈플러스 및 홈플러스스토어즈(이하 홈플러스)는 2011년부터 약 3년의 기간 동안 경품이벤트를 시행하면서 보험사에 수집정보를 미고지 상태에서 유상으로 제공 혹은 동의가 없는 상황에서 제공을 했다. 그 때문에 ‘표시·광고의 공정화에 관한 법률’(이하 표시광고법) 및 개인정보보호법 위반과 이를 근거로 한 민사상의 손해배상 재판을 받는 와중에 표시광고법에 대해서는 공정거래위원회 및 고등법원과 대법원은 일관되게 홈플러스에게 패소판결을 했고, 개인정보보호법 위반에 있어서는 제1심 및 제2심과는 달리 대법원은 유죄판결을 내렸다.

논문의 주제와 관련된 위 홈플러스 사건은 개인정보처리자인 홈플러스가 수집한 개인정보를 유상으로 보험사에 판매(제공)한 행위 및 이를 인

7) 검색엔진의 법적 문제에 대해서는 계인국, “인터넷 검색엔진과 개인정보보호 - 인적 관련 정보의 처리와 정보자기결정권 및 IT-기본권”, 법제연구 제46호, 2014.6.30., 151-165쪽.

8) 빅 데이터 시대와 개인정보보호에 대해서는 임규철, 「21세기 개인정보 정책과 법」, 북포유, 2015, 15-16쪽.; 김지훈, “빅 데이터와 개인정보보호”, 법제연구 제46호, 2014.6.30., 123-135쪽.

9) 사물인터넷 시대의 개인정보보호법제의 문제에 대해서는 황창근, “사물인터넷과 개인정보보호”, 법제연구 제46호, 2014.6.30., 92-107쪽.

10) 헌법재판소 및 대법원도 공개된 정보의 개인정보자기결정권의 보호법익으로의 포함을 적극적으로 인정하고 있다(헌재 2005.5.26. 선고 99헌마513 결정; 2005.5.26. 선고 2004헌마190 결정; 대법원 2011.9.2. 선고 2008다42430 판결); 대법원 2016.8.17. 선고 2014다235080 판결(인천 국립대 사건); 2011.9.2. 선고 2008다42430 판결(lawmarket 사건).

지하면서 제공받은 보험회사의 행위가 합법인지의 유무와 유상으로 보험사에 제공된다는 사실을 명확하게 고지를 하지 않은 행위가 표시광고법에서 정한 기만광고에 해당되는지가 핵심인 사건이다. 개인정보보호법 위반 유무에 대해 제2심 판결이 나온 후 행정자치부는 개인정보보호법 제22조 제2항 및 동 법 시행령과 시행규칙의 신설을 통해 개인정보처리자의 개인정보 수집 시 정보주체가 동의내용을 명확히 알 수 있게 고지하도록 개정(2017.4.18.)을 했다. 해당 조항은 2017년 10월 19일에 시행 예정이다. 유상제공의 명시적 문구는 없다. 반면에 정보통신망법은 명시적으로 유상판매의 고지를 법정고지의 내용에 추가적으로 포함을 했지만 상임위원회에 계류 중이다.

이 논문은 홈플러스 사건의 표시광고법 및 개인정보보호법 위반 유무를 판례 중심으로 알아보면서 개인정보의 유상제공의 문제점을 비판적으로 알아보고자 한다. 글의 순서는 먼저 표시광고법 위반 유무를 알아보고 개인정보보호법 위반 유무를 알아보도록 하겠다.

II. 판례의 요지와 평석

1. 사실관계

홈플러스 및 홈플러스스토어즈(이하 홈플러스)는 2011.8.11.부터 2014.6.18.까지 총 12회에 걸쳐 경품행사를 실시했다. 홈페이지, 구매영수증, 전단지 등을 통해 “홈플러스가 올해도 10대를 뽑니다”, “홈플러스 창립 14주년 고객 감사 대축제”, 2014 새해맞이 경품대축제, 홈플러스에서 다이아몬드가 내린다”, “가정의 달 경품대축제, 황금이 쏟아진다”, “그룹 탄생 5주년 기념, 가을 사랑 드리는 경품대축제” 등을 광고하면서 경품행사를 통해 수집된 고객들의 성명, 주민등록번호, 전화번호 및 주소 등의 개인정보를 7개의 보험사에 제공한다는 사실을 기재하지 아니한 채 수집한 고객의 개인정보를 보험사에 유상으로 제공하였다. 즉, 경품응모 고객 약 712만건의 개인정보 처리에 관한 동의를 취득하여 1건당 1,980원씩 7개

보험사에 148억원에 제공하거나 혹은 홈플러스 회원들의 동의 없이 회원 정보 약 1,694만건을 각각 특정 보험회사에 약 765만건(고객특정 약 190만건) 및 약 929만건(고객특정 약 253만건)을 제공하고, 사후에 동의 받으면 1건당 2,800원씩 총 83억 5천만원에 유상으로 판매했다. 총 수입액은 231억원이다. 해당 보험사는 그 사실을 알고도 개인정보를 제공받았다.¹¹⁾

홈플러스는 “사후적으로 경품이 제대로 지급되지 않은 일이 발생하였다고 하더라도 광고 당시 경품지급의사 및 능력이 있었고, 개인정보가 제3자에게 일정한 대가의 지급을 전제로 제공될 것이라는 점을 기재하지 않았다고 하더라도 개인정보보호법에 따른 법정 고지사항도 아니고 공정거래위원회의 ‘중요한 표시광고사항 고시’에서 정하고 있는 표시 및 광고해야 할 중요정보에 해당되지 않기에 기만적인 광고로 볼 수 없다. 또한 광고 전단지에는 유상제공의 기재가 없었지만 응모권에는 기재를 했기에 전단지와 응모권은 상호 연결된 하나의 광고로 보아야 하기에 유상제공 내용의 불기재라는 것은 완전한 사실이라고 보기는 힘들다.”고 주장을 했다.

2. 공정거래위원회 및 법원의 표시광고법 위반 유무 판단

표시광고법 제3조 제1항 제2호는 ‘사업자 등은 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고행위로서 공정한 거래 질서를 해칠 우려가 있는 기만적인 표시·광고를 하거나 다른 사업자 등으로 하여금 하게 하여서는 아니 된다. 이에 따른 과징금 부과는 각각 제9조와 시행령 제12조, 제14조 및 제15조에 따라 결정이 된다.

공정거래위원회는 “홈플러스는 광고를 하면서 고객들에게 추첨형태로 고가의 자동차, 다이아몬드, 순금 등의 경품을 지급한다는 내용만 기재하고 경품을 받기 위해서는 고객들이 자신의 개인정보를 홈플러스 및 보험사 등 제3자에게 제공해야 하며 그와 같이 고객의 개인정보를 수집하여 제3자에게 제공하는 것에 대해 동의해야 한다는 점을 고의적으로 누락하였기에 기만적인 광고에 해당”한다고 하면서 이러한 광고를 금지하는 시정명령을 내리고 4억 3,500만원의 과징금¹²⁾을 부과하는 등의 처분을 내렸

11) 서울고등법원 2016.10.19. 선고 2015누45177 판결문 참조.

다.¹³⁾ 즉, 공정거래위원회는 이 사건 광고는 마치 경품행사가 고객감사 차원에서 경품을 제공하는 것처럼 소비자를 기만하여 소비자의 합리적인 의사결정을 방해함으로써 공정한 거래질서를 저해할 우려가 크다고 인정되기에 표시광고법 제3조 제1항 제2호의 기만적인 광고행위에 해당된다고 판단을 했다. 홈플러스는 서울고등법원에 공정거래위원회의 이러한 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다.

서울고등법원은 “일반적인 소비자가 이 사건 광고를 접하게 되는 경우 홈플러스가 오로지 고객들에 대한 사은행사의 일환으로 경품추첨 이벤트를 실시한다는 것으로 받아들여지게 된다. 소비자 입장에서 이 사건 경품행사가 아무런 대가 없이 이루어지는 단순 사은행사인지, 아니면 자신의 개인정보를 수집하여 보험사 등 제3자에게 제공하는 대가로 추첨을 통하여 경품을 제공하는 행사인지 여부는 거래조건에 관한 핵심적 사항이기에 소비자가 이 사건 경품행사에 응모할지 여부에 영향을 미치는 결정적 요소라고 보인다. 광고 이후 응모권의 작성단계에서 비로소 올바른 정보를 얻어 오인된 인식을 바로잡을 가능성이 있다는 사정만으로 기만적인 광고가 아니라고 할 수는 없다. 간략하게나마 개인정보가 제3자에게 제공된다는 것을 광고에 나타내고, 상세한 내용은 홈페이지를 참조하라고 기재하는 방식도 어렵지 않게 가능한 것으로 보인다.”고 판시했다. 동시에 재판부는 “응모권 뒷면과 홈페이지 응모화면은 1 mm(4 point)의 매우 작은 글씨로 수집된 개인정보가 보험사에 제공되어 생명 및 손해보험 상품 등의 안내를 위한 마케팅 자료로 사용된다고 기재되어 있어 가독성이 현저히 떨어진다. 반면 응모권 뒷면의 주민번호란 아래는 ‘경품당첨 시 본인 확인을 위하여 생년월일을 기재 받고 있습니다.’라는 문구가, 휴대번호란 아래는 ‘경품당첨 시 휴대폰 번호로 연락드리니 정확히 기재하셔야 합니다.’라는 문구가 각 두꺼운 빨간색 글씨로 기재되어 있어 마치 개인정보 수집목적이 본인확인 및 당첨 시 연락처 확인을 위한 것처럼 오인될 우려도 있다”고 판시했다.¹⁴⁾

12) ‘과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시’ 제2012-62호.

13) 공정거래위원회 2015.5.1. 의결 제2015-138호.

14) 서울고법 2016.10.19. 선고 2015누45177 판결.

대법원은 홈페이지의 공개현상경품 광고를 표시광고법상의 광고에 해당한다고 보면서(표시광고법 제2조 제1호 가목 및 나목), 당첨조작 및 광고한 바와 같은 경품의 미지급 행위자에 대한 형법상의 업무상 배임죄 처벌과는 별도로 그러한 행위는 표시광고법 위반이 없다고 무혐의 처리하고 개인정보 유상판매의 미기재의 행위는 전혀 판단을 하지 않았다.

대법원은 고등법원과 동일하게 경품행사가 아무런 대가없이 이루어지는 단순 사은행사인지 아니면 개인정보를 수집하여 보험사 등 제3자에게 제공하는 대가로 추첨을 통하여 경품을 제공하는 행사인지 여부는 거래조건에 관한 핵심사항이므로 소비자가 이 사건 경품행사에 응모할지 여부에 영향을 미치는 결정적 요소이다. 따라서 이러한 목적을 은폐하고 광고한 것은 소비자의 구매선택에 중요한 영향을 미칠 수 있는 사실이나 내용을 은폐한 것으로 보는 것이 상당하다고 판단을 했다. 또한 예규 제 85호의 ‘기만적인 표시·광고심사 지침’ II. 3에서도 기만적인 표시·광고는 ‘소비자의 구매선택에 중요한 영향을 미칠 수 있는 사실이나 내용의 전부 또는 일부를 은폐, 누락 또는 축소하여 표시·광고한 것’을 의미한다고 규정하고 있는데 개인정보를 제3자에게 제공하는 것을 조건으로 진행된다는 사실을 ‘자세한 사항은 응모권이나 홈페이지 참고’라는 기재만으로는 사실상 은폐라고 판단을 하면서 이는 기만적인 표시·광고에 해당한다고 판단을 했다. 1 mm(4 point)의 작은 글씨에 대해서는 고등법원에서는 가독성이 떨어지면서 그 위치로 인해 오인의 우려판단을 했지만 대법원은 직접적인 판단을 하지 않았다. 더불어 ‘중요한 표시·광고사항 고시’¹⁵⁾의 중요 내용을 은폐 혹은 누락하여 표시 및 광고 시 기만적인 표시·광고라고 볼 수는 있겠지만 해당 고시에서 정한 주요 내용에 대해서만 기만적인 표시·광고라고 볼 수는 없다고 판단을 했다. 그러면서 기만적인 표시·광고의 판단은 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 그 광고를 받아들이는 전체적이고 궁극적인 인상을 기준으로 하여 객관적으로 판단하여야 한다고 보고 있다.¹⁶⁾ 일반 소비자가 광고에서 직접적으로 문장, 단

15) 공정거래위원회 고시 제2014-8호.

16) 대법원 2013.6.14. 선고 2011두82 판결.

어, 디자인, 도안, 소리 또는 이들의 결합에 의하여 제시되는 표현 외에도 간접적으로 암시하고 있는 사항 혹은 관례적이고 통상적인 상황 등도 판단기준이 된다는 입장이다. 기만적인 표시·광고의 해당 유무는 광고 그 자체를 대상으로 판단하면 되고, 특별한 사정이 없는 한 광고 후 이뤄진 거래과정에서 소비자가 알게 된 사정까지 고려할 필요는 없다거나 소비자들이 광고 후 응모권 작성단계에서 비로소 올바른 정보를 얻어 잘못된 인식을 바로잡을 가능성이 있다는 사정만으로는 달리 볼 필요가 없다는 입장도 보이고 있다.¹⁷⁾

3. 법원의 개인정보보호법 및 정보통신망법 위반 유무 판단

홈플러스의 경품행사에 응한 고객들의 개인정보를 유상으로 보험회사에 판매한 것이 개인정보보호법에 위반하는지 및 홈플러스가 고객들이 홈플러스 패밀리 카드를 발급받으면서 제공한 개인정보를 보험회사에 필요한 대상자를 선별하기 위해 보험회사에 제공한 행위가 개인정보보호법에 위반하는지에 대해 제2심인 서울중앙지법은 무죄를 선고했다.¹⁸⁾ 원심 판결은 ‘홈플러스가 경품응모 고객들의 개인정보를 보험회사와 유상으로 판매하는 계약을 체결한 사실이 인정된다. 이러한 판매행위가 개인정보보호법에서 허용되는 범위를 벗어난 것은 아니다. 비록 경품응모권에 제3자 제공의 목적으로 개인정보를 수집한다는 사실을 글자크기 1 mm(4 point) 정도로 작게 표시했지만, 응모함 옆에 응모권 확대사진을 부착을 했고, 응모권에 표시된 정보만으로도 고객들은 자신의 정보가 보험회사 영업에 사용되고, 응모권 기재사항을 모두 빠짐없이 제공해야 당첨대상이 된다는 점을 인식한 것으로 보인다. 따라서 개인정보보호법 제15조에서 요구하는 수집이용 시 동의사항 고지(법정고지사항)의 의무는 이행했다. 비록 그 글자크기가 작더라도 알려야 할 내용은 모두 맞다.’고 판단을 했다.

대법원은 홈플러스의 경품행사의 기획 및 실시경위 등을 보면 매장방

17) 대법원 2017.4.7. 선고 2016두61242 판결.

18) 서울중앙지법 2016.1.8. 선고 2015코단510 판결.

문을 통한 매출증대보다는 처음부터 개인정보의 유상판매에 목적이 있었고, 광고수단인 전단지 및 홈페이지에는 행사의 광고만이 기재되어 있고 제3자 제공에 대한 기재가 없었기에 소비자의 입장에서는 순수한 사은행사로 오인의 가능성이 큰 상황에서 제3자 유상의 정보제공 여부는 경품응모 참가에 영향을 미치는 중요한 요소이기에 표시광고법 제3조 제1항 제2호의 기만광고에 해당한다고 판시를 했다. 또한 대법원은 경품추첨 사실을 알리는데 필요한 개인정보와 관련이 없는 ‘주민등록번호, 응모자의 성별, 자녀 수, 동거 여부 등’을 사실상 강제하는 것은 제16조 제1항 및 제2항의 최소 수집의 원칙과 제3항의 동의하지 아니한다는 이유로 재화 혹은 서비스 제공 거부금지에 위반된다고 판시를 했다. 더불어 1 mm(4 point)의 작은 글자크기는 동의획득 시 각각의 동의사항을 정보주체가 명확하게 인지할 수 있도록 한다는 제22조 제1항에도 위반된 행위로 판시를 했다. 따라서 홈플러스의 행위는 제72조 제2호에 규정된 거짓이나 그 밖의 부정한 수단이나 방법으로 개인정보를 취득하거나 개인정보 처리에 관한 동의를 받은 행위를 한 자로 보는 것이 옳다는 판단을 했다.

홈플러스의 ‘사후동의 형식으로 동의를 얻어 개인정보 DB를 보험회사에 네트워크를 통해 제공을 함으로써 보험회사들이 가지고 있던 자사 고객의 DB와의 비교(filtering)를 통해 유상정보 제공의 단가를 조정한 행위(permission DB)는 자사의 선별업무를 보험회사에 처리위탁한 것으로 동의가 필요한 제3자 제공이 아니라는 주장’에 대해 대법원은 명확하게 잘못된 판단이라고 판시를 했다. 즉, ‘개인정보의 제3자 제공’은 수집 및 이용목적에 넘어 그 정보를 제공받는 자의 업무처리와 이익을 위한 개인정보의 이전을 말하지만, ‘처리위탁’은 수집 및 이용목적과 관련된 위탁자 본인의 업무처리와 이익을 위한 개인정보의 이전을 의미한다고 개념정리를 했다. 그 판단기준은 개인정보의 취득목적과 방법, 대가 수수 여부, 수탁자에 대한 실질적인 관리 및 감독 여부, 정보주체 혹은 이용자의 보호 필요성에 미치는 영향과 이러한 개인정보를 이용할 필요가 있는 자가 실질적으로 누구인지 등을 종합적으로 판단하여야 한다고 판시를 했다. 그러면서 이른바 ‘permission DB’는 보험회사가 보험상품 판매에 적합한 대

상자를 선정함으로써 보험 Telemarketing의 효율을 높이기 위한 것이기에 보험회사의 업무이고, 실제로 보험회사 직원들이 DB를 자유롭게 복사 및 편집 혹은 전송 등을 행한 것은 홈페이지의 관리 및 감독행위가 없었다는 것을 의미하는 상황에서 보험회사들을 단순한 수탁자가 아닌 자신들의 독자적인 이익과 업무처리를 위한 개인정보를 제공받은 제3자로 보는 것이 옳다고 판시를 했다. 이러한 행위는 제15조 제1항 제2호, 제3호 및 제5호에 따라 개인정보를 수집한 목적 범위에서 개인정보를 제공하는 경우와 제17조 제1항 제2호에 해당하지 아니함에도 같은 항 제1호를 위반하여 정보주체의 동의를 받지 아니하고 개인정보를 제3자에게 제공한 자 및 그 사정을 알고 개인정보를 제공받은 자와 관련된 개인정보보호법 제71조 제1호 및 정보통신망법 제24조, 제24조의2 제1항 및 제2항 또는 제26조 제3항과 관련된 제71조 제3호에 위반된 행위라는 것이 대법원의 판단이다.

4. 평석

(1) 표시광고법 위반 유무

공정거래위원회도 약관규제에 관한 법률에 따라 행정자치부나 방송통신위원회 및 개인정보분쟁조정위원회처럼 개인정보의 보호를 행할 수가 있는 기관이다. 개인정보처리자 및 정보통신서비스제공자의 정보주체의 정보처리 시의 개인정보처리방침이 실질적으로 약관의 형식을 가지고 있기 때문이다. 그러나 홈페이지 사건은 약관이 아닌 표시광고법상의 광고에 관한 사항이기에 개인정보의 보호에 관한 판단을 하지는 않은 듯하다.

공정거래위원회는 표시광고법 제3조 등에 따라 ‘경품행사의 경우 개인정보 제공과 그 정보의 보험회사 전달 등과 관련된 내용은 가장 중요한 거래조건이라고 판단을 하면서 경품행사를 광고하면서 응모자의 개인정보가 보험회사에 제공된다는 사실을 은폐하거나 축소한 홈페이지의 행위는 기만적인 광고로 보고 시정명령과 함께 과징금을 부과하는 것으로 결정’을 했다.

표시광고법 제3조 제1항 제2호 및 동 시행령 제3조 제2항에 규정된 ‘기만적인 광고’에 대해 대법원은 ‘사실을 은폐하거나 축소하는 등의 방법으로 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 광고 행위로서 공정한 거래질서를 해칠 우려가 있는 광고’를 말한다고 판시하고 있다.¹⁹⁾

일반적으로 ‘경품추첨’이라고 하면 소비자는 특별한 사정이 없는 한 아무런 대가 없이 이루어지는 단순 사은행사로 이해할 가능성이 높다고 보는 것이 합리적이다. 또한 최근의 개인정보 무단수집 및 이용에 관한 과태료 및 과징금 등의 행정제재, 형사처벌, 민사소송 등의 사례에 비추어 볼 때 ‘자신의 개인정보를 수집하여 보험사 등 제3자에게 유상으로 제공하는 대가로 추첨을 통하여 경품을 제공하는 행사인지 여부’는 소비자가 경품추첨 행사에 참여할 것인지 여부를 결정하는 데에 매우 중요한 거래조건인 것은 명확하다. 그런데 홈플러스는 자사에 유리한 내용인 ‘경품’, ‘감사대출제’, ‘쏟니다’ 등의 단어를 단순하고 반복적으로 강조하면서 고객의 개인정보를 보험사 등에 제공한다는 사실은 적극적으로 명시하지 않았고, 글자크기 4 point로 현저히 가독성이 떨어지는 방법(게다가 응모권 뒷면에는 오인우려가 있는 표시)을 통해 개인정보 처리에 관한 표시를 하였는데, 이는 고객들이 사실을 잘못 이해하도록 유인하려는 의사가 있었다고 보여 진다. 만약 이 사건과 같은 방식의 광고를 계속 허용한다면 공정한 거래질서를 해칠 우려도 분명 있다. 이러한 점을 고려할 때 위 판결은 타당하다고 생각한다.

(2) 개인정보보호법 및 정보통신망법 위반 유무

1) 개인정보법제에 있어 조직법 및 절차법의 중요성

홈플러스 사건은 개인정보의 오남용을 막기 위한 최소 수집의 위반 유무와 제3자에게 정보의 유상제공(판매) 가능 여부 및 그 허용조건이 무엇

19) 대법원 2014.12.24. 선고 2012두26708 판결.

인가를 알아보게 하는 사건이었다. 공정거래위원회는 홈페이지 측의 개인 정보 불법수집 행위보다 광고에 있어 유상판매를 고지하지 않은 기만성 광고에 무게를 두고 결정을 했다. 불법수집을 막아야만 오남용 방지가 가능하기에 아쉬움이 많았던 결정이었다. 자칫 사건의 핵심을 기만적 광고라는 데에만 한정지을 수도 있는 우를 범하면서 홈페이지 측에 ‘면죄부’로서 작용할 가능성이 있었기 때문이다.

대법원은 재차 ‘자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리’를 개인정보자기결정권의 개념으로 잡으면서 정보의 조사, 수집, 보관, 처리, 이용 등의 행위는 해당 기본권의 제한이라고 판시를 했다.²⁰⁾ 개인정보보호법 및 정보통신망법은 개인정보자기결정권을 구체화시키는 주요 법률이다.²¹⁾ 그 기본권에는 ‘공개된 정보’도 보호법익에 포함된다라는 것이 헌법재판소 및 대법원의 공통된 입장이다.²²⁾ 개인정보보호위원회도 동일하다.²³⁾

다른 기본권과 달리 개인정보자기결정권의 실질적인 보호를 위해서는 청구권적 기본권과 유사하게 최소 수집의 의무 및 중요한 개인정보의 처리에 관한 암호화의 의무 등을 규정하는 조직법 및 개인정보의 수집 및 이용이나 제공 등의 처리에 있어 명확한 고지의무 및 정보처리에 관한 통지의무 등을 규정한 절차법 규범이 중요하다는 것은 주지의 사실이다.²⁴⁾ 따라서 홈페이지 사건 이후 개인정보보호법이나 정보통신망법의 개정방향이 정보주체 혹은 이용자의 실질적인 권리보호를 위해 위의 방향으로 움직여지고 있는 것은 어찌 보면 당연한 것이라고 볼 수가 있다.

20) 대법원 2016.8.17. 선고 2014다235080 판결; 2014.7.24. 선고 2012다49933 판결.

21) 임규철, “개인정보의 보호범위”, 한독법학 제17호, 한독법률학회, 2011.12., 223-248쪽

22) 현재 2005.5.26. 선고 99헌마513 결정; 2005.5.26. 선고 2004헌마190 결정; 대법원 2015.10.15. 선고 2014다77970 판결(전교조 실명 공개 사건).

23) 개인정보보호위원회 2014.7.30. 의결 제16호.

24) EU-Datenschutzbeauftragte Empfehlungen für den Cookie-Einsatz(20.6.2012).

2) 개인정보법제에 있어 ‘지침, 고시, 기준 등’의 법규성 인정과 최소 의무

홈플러스 사건에 있어 대법원은 공정거래위원회의 ‘지침 및 고시’의 법규성을 적극적으로 인정하면서 그 범위를 존중하되 구속받지를 않고 있다. 즉, ‘중요한 표시·광고사항 고시’의 중요 내용을 은폐 혹은 누락하여 표시 및 광고 시 기만적인 표시·광고라고 볼 수는 있겠지만, 구체적인 사정에 따라 판단을 해야지 해당 고시에서 정한 중요 내용에 대해서만 기만적인 표시·광고라고 볼 수는 없다고 판단을 한 것처럼 대법원은 해당 지침 및 고시의 내용을 최대의 범위라고 보지를 않고 있다.²⁵⁾ 개인정보보호법에서도 목적이 유사한 지침 및 고시의 법규성을 인정하고는 있지만 ‘옥션 판결’에서 최대한으로 판단하고 있는 것과는 정보주체의 입장에서 보면 중대한 차이점을 보이고 있다.²⁶⁾ ‘옥션 판결’ 후 정보통신망법상의 ‘개인정보의 기술적·관리적 보호조치 기준’은 이와 반대로 보호조치 기준을 현행 ‘구체적인 기준’에서 ‘최소한의 기준’을 정함을 원칙으로 하는 것으로 변경이 되었다.²⁷⁾ 반면에 개인정보보호법상의 유사한 규정인 ‘안전성 조치 기준’에서는 아직 아무런 규정변경이 이뤄지지 않고 있어 ‘옥션 판결’의 입장이 여전히 유효한 상황이다. 정보통신서비스제공자나 개인정보처리자가 개인정보의 수집이나 이용 혹은 제공 등의 처리를 통해 이윤이 발생했다면 ‘소득이 있는 곳에 세금이 있다’는 말처럼 정보유출 등을 방지하기 위한 오남용을 막기 위한 적절한 수단이 정보통신서비스 제공자 및 개인정보처리자에 의해 마련되어야 할 필요가 있다. 현장에서 실제로 강한 구속성을 지닌 ‘안전성 조치 기준’을 ‘개인정보의 기술적·관리적 보호조치 기준’의 ‘최소 기준’처럼 수정할 필요가 있다.

25) 대법원 2017.4.7. 선고 2016두61242 판결.

26) 대법원 2015.2.12. 선고 2013다43994 판결(옥션 사건).

27) 제1조(목적) ① 이 기준은 정보통신망법 제28조 제1항 및 같은 법 시행령 제15조 제6항에 따라 정보통신서비스제공자 등(법 제67조에 따라 준용되는 자 포함)이 이용자의 개인정보를 처리함에 있어서 개인정보가 분실·도난·누출·변조·훼손 등이 되지 아니하도록 안전성을 확보하기 위하여 취하여야 하는 기술적·관리적 보호조치의 ‘최소한의 기준’을 정하는 것을 목적으로 한다.

3) 홈플러스의 개인정보처리자 및 정보통신서비스제공자로서의 이중적 지위

홈플러스 사건의 법적 해결에 있어 먼저 사업주인 홈플러스의 개인정보 수집 및 이용과 제공행위가 개인정보보호법 혹은 정보통신망법의 적용대상인지를 판단해야 한다. 개인정보보호법은 업무목적의 개인정보파일을 처리하는 개인정보처리자를 주요 대상으로 하기 때문에 광고이벤트를 통해 응모자의 개인정보를 수집 및 이용과 제공한 자인 홈플러스는 개인정보처리자에 해당된다. 개인정보보호법이 제정되기 전에는 정보통신망법상의 준용사업자로 의제를 하면서 정보통신망법을 적용했으나, 개인정보보호법 제정과 동시에 해당 시행령과 시행규칙이 폐지되면서 홈플러스는 개인정보처리자이기에 개인정보보호법 적용대상이다.

동시에 홈플러스는 보험회사에 적당한 대상자의 선별을 위해 홈플러스 패밀리 카드회원 정보를 특정 보험사가 운영하는 정보통신서비스의 웹하드에 올려 보험사의 특정 대상자 선별을 수월하게 했기에 그 부분에 있어 홈플러스는 정보통신망법의 적용대상이 된다. 정보통신을 통한 서비스를 제공하는 자인 정보통신서비스제공자는 정보통신망법의 적용대상이 되기 때문이다. 대법원은 개인정보보호법과 정보통신망법의 내용은 개인정보보호법 제6조에 따라 일반법과 특별법의 관계에 있고,²⁸⁾ 개인정보보호법 위반죄와 정보통신망 위반죄는 원칙적으로 정보주체 또는 정보통신서비스 이용자별로 각각 별개의 죄를 구성한다는 입장이다.²⁹⁾ 개인정보법 제에 있어 통일적인 규정이 존재하지 않기에 이러한 법원의 해석은 타당하지만 정보주체 및 정보통신서비스제공자의 법적 안정성 보장을 위한 적절한 권리보장이라는 입장에서는 유럽연합처럼 단일화된 법 제정이 필요하다고 볼 수가 있다.

28) 개인정보보호법과 정보통신망법의 관계에 대해서는 박노형, “개인정보보호법과 정보통신망법의 관계 분석”, 안암법학 제41권, 안암법학회, 2013, 133-157쪽; 이회정, “개인정보보호법과 다른 법과의 관계 및 규제기관 사이의 관계 - 정보통신망법과의 관계를 중심으로-”, 「개인정보보호의 법과 정책」, 박영사, 2014, 145-162쪽.

29) 대법원 2017.4.7. 선고 2016도13263 판결.

4) 유상판매

정보판매상(data broker)은 이윤창출을 위해 개인정보의 상업적 판매의 욕구가 2004년 KT의 자사 고객들의 정보를 목적별로 분류하여 정보판매를 시도했었던 ‘소디스 사건’³⁰⁾처럼 강하겠지만 정보주체 또는 이용자의 최소한의 동의 혹은 고지도 없이 허용하는 국가는 없다고 보아도 무방하다. 도리어 유상판매에 대한 명문상의 허용 혹은 금지규정을 두어 제한하는 것이 일반적인 모습이라고 볼 수가 있다.

검색 등 공개된 정보의 DB의 유상판매에 대해 원칙적 금지방향으로의 개인정보보호법의 초안³¹⁾과는 달리 현 개인정보보호법(2011.9.30. 시행) 및 정보통신망법에는 명문을 통한 직접적인 허용규정은 없다.³²⁾ 물론 개인식별성을 없앤 상태에서 통계작성과 학술연구 등의 목적으로의 유무상 제공은 개인정보보호법 제18조 제2항 제4호 등 혹은 정보주체 또는 이용자의 ‘동의’에 의해서는 가능하다. ‘빅 데이터 개인정보 가이드라인’ 및 2016년 6월 정부합동의 ‘개인정보 비식별조치 가이드라인’에서는 비식별 정보는 개인정보가 아니기에 수집 및 이용과 (유상)제공 등의 처리가 가능하다는 판단을 하고 있다. 반면에 구글의 한국인 이용자 정보 국가안보국(NSA)에의 제공 유무 공개청구권 사건에서 서울고법은 제1심이 ‘비식별정보’는 정보통신망법 제30조에서 정한 제3자 제공현황 공개대상인 개인정보에 포함되지 않는다고 주장했지만, 정보통신망법 제2조 제1항 제6호에서 ‘해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없어도 다른 정보와 쉽게 결합해 알아볼 수 있는 경우에는 그 정보도 개인정보에 포함한다.’고 규정하고 있기에 ‘비식별정보도 개인정보에 포함된다.’고 판결을 했다.³³⁾ 비식별화 과정에서 순간적인 식별가능성은 배제할 수가 없기에 보

30) <http://www.sodis.co.kr/index.jsp>(2004). ‘소디스 사업’에 대해 개인정보분쟁조정위원회는 위법성 인정(내용 미공개).

31) 이창범, “개인정보보호법제정의 의의와 과제”, 스마트·컨버전스를 위한 인터넷 법제 세미나, 인터넷법학회, 2011.11., 12쪽.

32) 공개된 정보의 상업적 활용에 대해서는 임규철, 「21세기 개인정보 정책과 법」, 북포유, 2015, 87-90쪽.

33) 서울고법 2016.12.22. 선고 2015나2065729 판결.

기에 따라서는 정부의 비식별화 가이드라인을 무력화 할 수도 있는 판결이다.

법령에 명문적인 규정이 없는 상황에서 개인정보의 유상판매에 대한 입장을 보면 언론사의 ‘유료 인물정보 서비스’에 대해 정보제공에 대한 동의를 받거나 고지하지 않은 상태에서 영리목적으로 정보를 제공하는 것은 개인정보보호법 제17조 및 제18조 위반이라는 것이 개인정보분쟁조정위원회의 판단이다.³⁴⁾ 훔플러스 사건의 표시광고법 위반결정 전에 개인정보 수집 목적을 숨기고 경품광고 등을 통한 거짓 및 과장광고 혹은 낚시성 광고로 소비자를 유인해 개인정보를 입수한 후 보험회사 등에 판매한 ‘열심히커뮤니케이션즈’에 대한 방송통신위원회의 시정명령이 있었다.³⁵⁾ 반면에 대법원은 국립대학교 홈페이지에 공개된 대학 교수의 이름, 전화번호, 주소 등 개인정보의 DB 유상판매 허용을 한 사건에 있어 ‘공인의 공개된 개인정보를 별도의 동의 없이 영리목적으로 수집 및 제공한 경우 정보처리자에게 영리목적이 있었다는 사정만으로 곧바로 정보처리 행위를 위법하다고 할 수 있는지 여부에 대해 부정적으로 판단을 하면서 즉, 정보주체의 동의가 있었다고 인정되는 범위 내인지는 공개된 개인정보의 성격, 공개의 형태와 대상범위, 그로부터 추단되는 정보주체의 공개 의도 내지 목적뿐만 아니라, 개인정보처리자의 정보제공 등 처리의 형태와 정보제공으로 공개의 대상범위가 원래의 것과 달라졌는지, 정보제공이 정보주체의 원래의 공개목적과 상당한 관련성이 있는지 등을 검토하여 종합적이고 객관적으로 판단하여야 한다.’는 입장이다.³⁶⁾ 이 판례의 입장이라면 언론사의 공인에 대한 ‘유료 인물정보 서비스’의 재등장도 가능해 보인다. 또한 대법원은 변호사의 인맥지수는 비공개정보이고 전문성과 승소율 지수는 공개정보에 포함’된다고 보면서 변호사의 전문성과 승소율 정보의 유상판매는 가능하다는 입장이다.³⁷⁾³⁸⁾

34) 개인정보분쟁조정위원회 2012.10.15. 결정.

35) 방송통신위원회 2012.6.14. 결정(백스코리아와 열심히커뮤니케이션즈의 정보통신망법 위반 사건).

36) 대법원 2016.8.17. 선고 2014다235080 판결.

37) 임규철, “변호사의 인맥, 승소율, 전문성 지수정보에 대한 처리의 한계”, 법학연구 제 54권 제4호, 부산대학교, 2013.11., 27-46쪽.

대법원은 흠플러스 사건의 문제해결에 있어 개인정보보호법상의 개인정보의 수집 시 최소 수집 조항인 제16조 제1항, 제2항 및 제3항, 제3자 제공 시 동의조항인 제17조 제1항 및 제2항, 동의획득 시 정보주체가 명확하게 인지할 수 있도록 하는 제22조 제1항, 개인정보를 처리하거나 처리하였던 자의 거짓이나 그 밖의 부정한 수단이나 방법을 통한 개인정보의 취득 혹은 동의 획득의 금지행위 및 그 처벌조항인 제59조 제1호 및 제72조 제2호를 관련된 조항으로 판단을 했다. 특히 제72조 제2호의 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 수단이나 방법’을 개인정보를 취득하거나 또는 그 처리에 관한 동의를 받기 위하여 사용하는 위계 기타 사회통념상 부정한 방법이라고 인정되는 것으로서 개인정보 취득 또는 그 처리에 동의할지 여부에 관한 정보주체의 의사결정에 영향을 미칠 수 있는 적극적 또는 소극적 행위를 의미한다고 판시를 했다. 그 판단 시 개인정보처리자가 그에 관한 동의를 받는 행위 그 자체만을 분리하여 개별적으로 판단해서는 안 되고, 개인정보처리자의 관련된 행위 전 과정을 살펴보면서 수집의 동기 및 목적과 수집대상인 개인정보의 관련성, 그 방법 및 법령 준수 여부, 취득한 개인정보의 내용과 규모 특히 민감정보 및 고유식별정보 등의 포함 여부 등을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 판단해야 한다고 판시를 했다. 정보통신망법은 제24조, 제24조의2 제1항 및 제2항 또는 제26조 제3항과 관련된 제71조 제3호가 관련돼 있다.

개인정보보호법 제16조는 개인정보의 수집제한 규정이다. 즉, “개인정보처리자는 개인정보를 수집하는 경우에는 그 목적에 필요한 최소한의 개인정보를 수집하여야 한다. 이 경우 최소한의 개인정보 수집이라는 입증책임은 개인정보처리자가 부담한다(제1항). 개인정보처리자는 정보주체의 동의를 받아 개인정보를 수집하는 경우 필요한 최소한의 정보 외의 개인정보 수집에는 동의하지 아니할 수 있다는 사실을 구체적으로 알리고 개인정보를 수집하여야 한다(제2항). 개인정보처리자는 정보주체가 필요한 최소한의 정보 외의 개인정보 수집에 동의하지 아니한다는 이유로 정보주체에게 재화 또는 서비스의 제공을 거부하여서는 아니 된다(제3

38) 대법원 2011.9.2. 선고 2008다42430 판결(lawmarket 사건).

항).”의 내용으로 규정하고 있다. 따라서 홈플러스의 경품추첨 사실을 알리는데 필요한 개인정보와 관련이 없는 ‘주민등록번호, 응모자의 성별, 자녀 수, 동거 여부 등’을 사실상 강제하는 행위는 제16조 제1항부터 제3항까지의 명백한 위반이라는 대법원의 판단은 이의가 있을 수가 없다. 특히 주민등록번호는 당사자의 동의가 있어도 신용정보법은 예외로 친다고 하더라도 개인정보보호법 제24조의2 및 정보통신망법 제23조의2에 따라 법령의 경우 외에는 그 자체 수집도 금지하고 있다. 따라서 보험회사에 주민등록번호를 넘기는 행위는 위법한 행위이다.

홈플러스 사건에 있어 대법원은 위탁과 제3자 제공의 차이점을 ‘개인정보의 제3자 제공’은 수집 및 이용목적에 넘어 그 정보를 제공받는 자의 업무처리와 이익을 위한 개인정보의 이전을 말하지만, ‘처리위탁’은 수집 및 이용목적과 관련된 위탁자 본인의 업무처리와 이익을 위한 개인정보의 이전으로 파악을 했다.³⁹⁾ 이는 유권해석 기능을 하고 있는 개인정보법 해설서와 맥을 같이 하는 올바른 해석이다.⁴⁰⁾ 그 기준은 ‘취득목적과 방법, 대가 수수 여부, 수탁자에 대한 실질적인 관리 및 감독 여부, 정보주체 혹은 이용자의 보호필요성에 미치는 영향과 이러한 개인정보를 이용할 필요가 있는 자가 실질적으로 누구인지 등을 종합적으로 판단하여야 한다.’고 판시를 했다. 따라서 홈플러스의 이른바 ‘permission DB’는 보험회사가 보험상품 판매에 적합한 대상자를 선정함으로써 보험 Telemarketing의 효율을 높이기 위한 것이기에 보험회사의 업무이고, 실제적으로 보험회사 직원들이 DB를 자유롭게 복사 및 편집 혹은 전송 등을 행한 것은 홈플러스의 관리 및 감독행위가 없었다는 것을 의미하는 상황에서 보험회사들을 단순한 수탁자가 아닌 자신들의 독자적인 이익과 업

39) 동일한 의견으로는 이창범/이성엽, “제3자 제공 및 처리위탁 규제의 법적 과제”, 「개인정보보호의 법과 정책」, 박영사, 2014, 233-248쪽.

40) 동일한 의견으로는 문기탁, “정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상의 ‘제3자 제공’과 ‘제3자 위탁’의 구별”, 이화여자대학교 법학논집 제14권 제1호, 2009.9., 1쪽.; 개인정보의 업무위탁과 제3자의 정보제공은 다른 개념이고 법적인 취급도 다르다. 개인정보가 이전하거나 공동이용하게 된다는 것은 동일하다. 그러나 이전목적과 이전된 개인정보에 대한 관리와 감독이 다르다. 특히 손해배상책임에 있어 차이점이 크다.; 행정자치부/방송통신위원회/금융감독원, 「개인정보보호법 해설서」, 2016, 184쪽.

무처리를 위한 개인정보를 제공받은 제3자로 보는 것이 옳다. 이러한 행위는 제3자 제공 시 동의를 받지 않고 한 제공 및 수령행위의 처벌조항인 개인정보보호법 제71조 제1호 및 정보통신망법 제24조, 제24조의2 제1항 및 제2항 또는 제26조 제3항과 관련된 제71조 제3호에 위반된 행위라는 것이 대법원의 판단이다. 동시에 대법원은 1 mm(4 point)의 작은 글자 크기는 표시광고법 위반 외에도 동의획득 시 개인정보처리자는 개별적으로 동의사항을 정보주체가 명확하게 인지할 수 있도록 해야 한다는 개인정보보호법 제22조 제1항에도 위반된 행위로 판단을 했다. 유럽연합의 GDPR 제12조는 제1항에 ‘개인정보처리자는 정보처리에 따른 적절한 대책을 시행하는데 있어 명백하고 쉬운 언어와 함께 간결성, 투명성, 이해성 및 접근의 수월성을 보장해야 한다. 정보제공의 형태는 서면 혹은 전자형식을 포함하여 다른 형태로도 가능하다.’고 규정하고 있다. 따라서 가독성이 떨어지는 작은 글씨를 통한 고지는 정보주체의 자유로운 의사 표현인 ‘동의’를 사문화시키는 우회의 길이기에 적법한 동의를 받았다고 보기는 힘들다.

보험업법 제84조에 따라 홈플러스는 적법한 보험모집자가 아니고 제99조에 따라 보험회사는 수수료 혹은 대가를 지급할 수가 없다. 따라서 홈플러스와 보험회사는 공동으로 불법행위를 했다.⁴¹⁾

Ⅲ. 개정 및 개정안

홈플러스 사건 이후 고등법원⁴²⁾에서 개인정보보호법 위반에 대한 무죄

41) 보험업법 제83조(모집할 수 있는 자) ② 제91조에 따른 금융기관 보험대리점 등은 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 금융기관 소속 임직원이 아닌 자로 하여금 모집을 하게 하거나, 보험계약 체결과 관련한 상담 또는 소개를 하게하고 상담 또는 소개의 대가를 지급하여서는 아니 된다. 제99조(수수료 지급 등의 금지) ① 보험회사는 제83조에 따라 모집할 수 있는 자 이외의 자에게 모집을 위탁하거나 모집에 관하여 수수료, 보수, 그 밖의 대가를 지급하지 못한다. ② 모집에 종사하는 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 이외에는 타인에게 모집을 하게 하거나 그 위탁을 하거나, 모집에 관하여 수수료·보수나 그 밖의 대가를 지급하지 못한다.

42) 서울중앙지법 2016.8.12. 선고 2016노223 판결.

판결이 나오면서 정보주체를 실질적으로 보호하기 위한 대책으로 정보주체로부터 동의를 받는 방법을 규정하고 있던 개인정보보호법 제22조가 2017.4.18. 개정이 되고 2017.10.19. 시행 예정 중이다. 정보통신망법은 국회에 개정안이 계류 중이다.

개인정보보호법 제22조 제1항의 ‘개인정보처리자는 이 법에 따른 개인정보의 처리에 대하여 정보주체의 동의를 받을 때에는 각각의 동의사항을 구분하여 정보주체가 이를 명확하게 인지할 수 있도록 하고 각각 동의를 받아야 한다.’는 규정은 내용변경이 없다. 제2항은 신설내용이다. ‘개인정보처리자는 제1항의 동의를 서면으로 받을 때에는 개인정보의 수집, 이용목적, 수집 및 이용하려는 개인정보의 항목 등 대통령령으로 정하는 중요 내용을 행정자치부령으로 정하는 방법에 따라 명확히 표시하여 알아보기 쉽게 하여야 한다.’가 신설되었다. 대통령령에선 개인정보 수집 및 이용목적, 수집하려는 개인정보의 항목, 개인정보 이용 및 보유기간, 개인정보를 제3자에게 제공하려는 경우 제공받는 자 등을 ‘눈에 잘 띄도록 표시’해야 할 중요사항으로 규정했다. 행정자치부령으로 밑줄·괄호 등의 기호, 색깔, 굵고 큰 문자 등을 적용해 ‘눈에 잘 띄도록 표시’하는 방법을 정하도록 했다. ‘유상판매’의 명시적 문구는 사용하지 않았다. ‘동의사항 관련 중요내용을 명확히 표시’하도록 법 개정이 이뤄지면서 개인정보처리자의 경품응모권에서 경품내용은 크게 써놓는 반면에 개인정보 수집·이용과 제공 등 동의서 내용은 깨알같은 작은 글씨로 적어놓아 다분히 ‘고의적으로’ 읽기를 포기하게 만드는 행태는 금지되며 위법행위이다. 위반 시 벌금 등 형벌이 아닌 과태료 부과대상인 것은 논란이 있을 듯하다. 기존의 제2항의 내용을 제4항으로 위치변동시켜 ‘개인정보처리자는 정보주체에게 재화나 서비스를 홍보하거나 판매를 권유하기 위하여 개인정보의 처리에 대한 동의를 받으려는 때에는 정보주체가 명확하게 인지할 수 있도록 알리고 동의를 받아야 한다.’고 규정을 했다. GDPR 제12조의 ‘정보주체의 간결성, 투명성, 이해성’을 위해 정보의 유사제공의 정보는 중요한 거래조건이기에 명문으로 명확하게 고지할 필요가 있다.⁴³⁾

43) 유럽연합의 GDPR에 대해서는 함인선, 「유럽정보보호법, 전남대학교 출판부」, 2015.10.; 「EU 개인정보 판례」, 전남대학교 출판부, 2015.1. 참조.

정보통신망법 제24조의2는 개인정보의 제공동의 조항으로 정보통신서비스제공자는 이용자의 개인정보를 제3자에게 제공하려면 원칙적으로 ‘개인정보를 제공받는 자, 개인정보를 제공받는 자의 개인정보 이용목적, 제공하는 개인정보의 항목, 개인정보를 제공받는 자의 개인정보 보유 및 이용기간’(4개의 법정고지사항)에 대해 이용자에게 알리고 동의를 받아야 한다. 2016년 12월에 제24조의2의 제5호에 ‘개인정보의 유상제공 여부’를 포함시킨 개정안이 계류 중이다. 개인정보보호법보다 더 명확하게 개인정보의 유상판매의 고지의무를 정보통신서비스제공자에게 부과한 것이다. 다만 벌칙조항에서 미동의 상태에서 개인정보의 수집 시 형벌과 행정제재(과징금 및 시정명령)의 병과가 가능했던 것을 부정한 수단 및 방법으로 개인정보를 수집한 경우에는 형벌과 행정제재를 병과하지만, 그 외의 경우에는 행정제재만 부과할 수 있도록 했다. 동시에 부정한 방법으로 개인정보가 수집된 사정을 알면서도 영리 또는 부정한 목적으로 제공받는 자에 대한 벌칙을 신설하였다.

국내외의 개인정보처리자나 정보통신서비스제공자는 내국인의 개인정보 처리에 있어 동의절차를 기존의 사업자 편의 위주의 관행을 벗어나 대법원 판결 및 개정 혹은 개정안에 맞춰 다시 동의를 받는 업무를 해야 한다.

IV. 나오며

개인정보의 유상판매의 허용 여부 및 그 범위의 정도는 개인정보의 보호와 활용의 균형추가 어디에 있는 가를 보여주는 시금석 역할을 하고 있다. 개인정보의 문제를 단순하게 경제적인 가치로만 접근하는 것은 인간을 주체가 아닌 객체로의 접근의 수월성을 높여 주기에 헌법과의 충돌을 불러오기도 한다.

국내의 개인정보법제에서는 수집된 개인정보의 상업적 판매에 대한 명문적인 규정이 없고 학문 및 통계목적상 비개인정보성을 전제로 혹은 정

보주체 및 정보통신서비스이용자의 동의를 통해서만 제한적으로 가능하다. 다만 식별과정을 피할 수 없기에 논란이 있지만 행정자치부 및 방송통신위원회와 금융감독원 등은 빅 데이터 산업의 인위적인 활성화를 위해 비식별성을 전제로 가이드 라인을 통해 제한적으로 유상판매를 인정하려고 하고 있다. 그러나 ‘구글의 한국인 이용자 정보 국가안보국(NSA)에의 제공 유무 사건’에서 서울고법은 그러한 정보도 다른 정보와 쉽게 결합해 알아볼 수 있는 경우에는 그 정보의 개인정보성을 인정하고 있다.

논문의 주제대상인 훔플러스 사건에 있어 공정거래위원회와 대법원은 훔플러스의 경품추첨을 위해 고객이 제공한 제공정보가 보험회사로 유상으로 제공된다는 사실을 명확하게 알리지 않은 행위는 일관되게 표시광고법상의 기만적인 표시 및 광고행위라고 판단을 했다. 반면에 개인정보보호법 및 정보통신망법 위반에 대해서는 개인정보분쟁조정위원회는 재판 중이라는 이유로 조정을 거부하는 상황에서 원심판결에서는 무죄 대법원에서는 유죄라는 상반된 판결을 내렸다. 즉, 대법원은 훔플러스는 응모권에 기재된 고객의 개인정보를 위탁관계가 아닌 별개의 개인정보처리자로 제3자인 보험회사로의 유상판매는 고객이 경품행사에 참가 여부를 결정짓는 중요한 내용으로 사전에 명백하게 개별적으로 동의를 받았어야 하기에 이의 동의를 받지 않은 행위 및 광고의 글자크기가 4 point 고객이 인식하기가 어려웠었다는 상황과 주민등록번호의 수집 및 판매는 개인정보처리자의 최소 수집 의무에 반한다는 것을 종합적으로 고려해서 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 수단이나 방법으로 개인정보를 취득하거나 개인정보 처리에 관한 동의를 받는 행위를 한 자로 판단을 했다. 대법원의 이러한 훔플러스 사건의 판결은 현행 개인정보보호법 및 정보통신망법이 정한 바에 따라 지극히 상식적이고 합리적으로 판단한 결과로 본다.

훔플러스 사건의 진행 중에 개인정보의 유상판매의 허용조건에 대한 사회적 논란이 크게 있었다. 그 반작용으로 개인정보보호법에서는 시행령을 통해 색깔 및 글자크기 등의 고지의무를 신설하는 법 개정이 이뤄져 2017년 10월에 시행예정 중이고, 정보통신망법에서는 4개의 법정 고지사항에 추가적으로 ‘유상판매’ 내용을 집어넣었지만 아직 국회에 계류 중이

다. 입법방식으로는 정보주체의 실질적이고 안정적인 보호를 위해 정보통신망법상의 명백한 유상판매 고지 및 동의규정이 낫다고 볼 수가 있다.

현재 민사소송이 진행 중이지만, 홈플러스 사건에 있어 소송과 별도로 대법원이 법정동의사항을 형식적이 아닌 실질적 판단을 하면서 유죄판결을 내렸기 때문에 개인정보처리자나 정보통신서비스제공자는 이용약관의 개인정보 수집, 이용 및 제공 등의 개인정보 처리에 있어 동의절차를 기존의 사업자 편의 위주의 관행을 벗어나 대법원 판결 취지 및 개정 혹은 개정안에 맞춰 정비해 다시 동의를 받는 업무를 해야 한다.

참고문헌

- 김성태, “개인관련 정보에 대한 경찰작용: 독일 주경찰법에서의 규율”,
현대공법학의 과제, 청담 최송화 교수 회갑기념논문집 진행
위원회. 박영사, 2002.
- 김지훈, “빅 데이터와 개인정보보호”, 법제연구 제46호, 2014.6.
- 계인국, “인터넷 검색엔진과 개인정보보호 - 인적 관련 정보의 처리와
정보자기결정권 및 IT-기본권”, 법제연구 제46호, 2014.6.
- 문기탁, “정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상의 ‘제3자
제공’과 ‘제3자 위탁’의 구별”, 이화여자대학교 법학논집 제
14권 제1호, 2009.9.
- 박노형, “개인정보보호법과 정보통신망법의 관계 분석”, 안암법학 제41
권, 안암법학회, 2013.
- 박중수, “클라우드 컴퓨팅과 정보보호”, 법제연구 제46호, 2014.6.
- 이성엽, “새로운 기술환경하에서 개인정보의 보호와 이용의 조화를 위
한 개인정보보호규제 합리화 방안”, 법제연구 제46호,
2014.6.
- 이희정, “개인정보보호법과 다른 법과의 관계 및 규제기관 사이의 관계
- 정보통신망법과의 관계를 중심으로-”, 「개인정보보호의
법과 정책」, 박영사, 2014.
- 이창범, “개인정보보호법제정의 의의와 과제”, 스마트·컨버전스를 위한
인터넷 법제 세미나, 인터넷법학회, 2011.11.
- 이창범/이성엽, “제3자 제공 및 처리위탁 규제의 법적 과제”, 「개인정
보보호의 법과 정책」, 박영사, 2014.
- 임규철, “변호사의 인맥, 승소율, 전문성 지수정보에 대한 처리의 한
계”, 법학연구 제54권 제 4호, 부산대학교, 2013.11.
“개인정보의 보호범위”, 한독법학 제17호, 한독법률학회, 2011.12.
- 황창근, “사물인터넷과 개인정보보호”, 법제연구 제46호, 2014.6.

이창범, 「개인정보 보호법」, 법문사, 2012.

임규철, 「21세기 개인정보 정책과 법」, 북포유, 2015.

함인선, 「유럽정보보호법, 전남대학교 출판부」, 2015.10.; 「EU 개인 정보 판례」, 전남대학교 출판부, 2015.

행정자치부/방송통신위원회/금융감독원, 「개인정보보호법 해설서」, 2016.

<국문초록>

홈플러스의 경품행사 시 당첨자 확인 및 경품지급을 위한 개인정보를 수집하는 중에 의도적으로 개인정보의 7개 보험회사에 유상으로 제공된다는 사실을 사실상 알리지 않은 행위에 대해 공정거래위원회와 대법원은 방송통신위원회의 ‘열심히커뮤니케이션즈’ 사건처럼 일관되게 표시광고법 제3조 제1항 제2호의 ‘사업자 등은 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고행위로서 공정한 거래질서를 해칠 우려가 있는 기만적인 표시·광고를 하거나 다른 사업자 등으로 하여금 하게 하여서는 아니 된다.’는 조항을 적용하여 기만적인 표시·광고로 판단을 했다. 공정거래위원회는 홈플러스 측의 개인정보 불법수집 행위보다 광고에 있어 유상판매를 고지하지 않은 기만성 광고에 무게를 두고 결정을 했다. 불법수집을 막아야만 오남용 방지가 가능하기에 아쉬움이 많았던 결정이었다. 기존의 기만광고의 확대적용이지만은 자칫 사건의 핵심을 기만적 광고라는 데에만 한정짓는 우를 범한다면 이는 개인정보의 유상판매 영역에 있어 홈플러스 측에 ‘면죄부’로서 작용할 가능성도 없지 않았기 때문이다. 영리목적의 명확한 고지를 하지 않는 관행의 사후추인 방향으로의 해석도 가능하기 때문이었다.

개인정보보호법 위반에 대해서는 원심과 달리 대법원은 경품추첨 사실을 알리는데 필요한 개인정보와 관련이 없는 ‘주민등록번호, 응모자의 성별, 자녀 수, 동거 여부 등’을 사실상 강제하는 것은 개인정보보호법 제16조 제1항 및 제2항의 최소 수집의 원칙에 위반되고, 1 mm(4 point)의 작은 글자크기의 부분적인 공지는 제3자 제공의 경우에 따른 동의획득 시 각각의 동의사항을 정보주체가 명확하게 인지할 수 있도록 한다는 제17조 및 제22조 제1항에 위반된 행위로도 판단을 했다. 따라서 홈플러스의 행위는 제72조 제2호에 규정된 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 수단이나 방법으로 개인정보를 취득하거나 개인정보 처리에 관한 동의를 받은 행위를 한 자로 보는 것’이 옳다는 판단을 했다. 이러한 법원의 판단은 개인정보 처리의 근거 중의 하나인 ‘동의’조항을 정보주체의 입장에서 실질

적으로 판단한 것으로 볼 수가 있다. 정보통신망법상 판단의 경우는 보험회사라는 제3자에게 유상으로 정보제공 시 이용자로부터 명시적이고 개별적인 동의를 받지 못했기에 수집목적 내의 이용위반인 제15조 외에도 제24조 및 제24조의2의 위반으로 판단을 했다. 개인정보보호법 제22조의 제2항 및 시행령과 시행규칙의 신설을 통해 동의내용의 명확한 고지를 할 의무를 개인정보처리자에게 부과하도록 했다(2017.10.19. 시행). 동시에 개정안 정보통신망법 제24조의2의 제5항의 법정고지내용에 명문으로 ‘개인정보의 유상판매’를 포함시켰다. 이러한 일련의 행위는 기존의 개인정보처리자나 정보통신서비스공자에 의한 정보처리의 관행이 정보주체의 동의권을 사실상 무력화시켰다는 비판의 결과로 보기에 올바른 입법방향이라고 볼 수가 있다.

주제어 : 개인정보, 개인정보의 유상판매, 개인정보보호법, 정보통신망법, 흠플러스

Studying on commercial sales of personal information and conditions

- Focused on the Home-Plus case of the Supreme Court -

LIM, Gyeo-Cheol*

The Fair Trade Commission and the Supreme Court in Korea ruled that Home-Plus and seven insurance companies intentionally did not notice 'paid-for-sale of personal information' to data subject and user for collecting personal information. It also violated the principle of minimum collecting. Therefore they was liable for the violation of the Personal Information Protection Act in Korea Articles 16, 17 and 22. Considering the situation as a whole judged the Supreme Court that the act of Home-Plus is 'to be regarded as a person who acquires personal information or agrees to deal with personal information through false or other illegal means or methods' did. The court also judged the violation of the Display Advertising Act judging as a deceptive advertising. In the case of judgment under the Information and Communications Network Act in Korea, it was judged to be a violation of Article 24 and Article 24-2 in addition to Article 15 which is a violation of use within the purpose of collection. And to impose a duty on the personal information processor to make clear notice of consent through the amendment of Article 22(2) of the Personal Information Protection Act and the enforcement decree and the enforcement regulations(10.19.2017). In the contents of the statutory notice of Article 24-2(5) of the Information and Communications Network Act, 'paid-for-sale of personal information' is included(Committee pending).

* Prof., Dongguk Univ. College of Law.

Key Words : personal information, paid-for-sale of personal information, the Personal Information Protection Act, the Information and Communications Network Act, Home-Plus

