

방송통신정책연구 11-진흥-라-13

**개인정보보호 법규 위반에 대한 징벌적  
과징금의 성격 및 합리적 처분 기준 연구**  
A Research for the Nature of Punitive Fines and  
Reasonable Disposition of Personal Information  
Protection Law Violations

김일환/김민호/지성우

2011. 11

연구기관 : 성균관대학교



이 보고서는 2011년도 방송통신위원회 방송통신발전기금  
방송통신정책연구사업의 연구결과로서 보고서의 내용은  
연구자의 견해이며, 방송통신위원회의 공식입장과 다를  
수 있습니다.

## 제 출 문

방송통신위원회 위원장 귀하

본 보고서를 『개인정보보호 법규 위반에 대한  
징벌적 과징금의 성격 및 합리적 처분 기준 연구』  
의 최종 연구결과 보고서로 제출합니다.

2011년 11월

연구기관 : 성균관대학교

총괄책임자 : 김일환

참여연구원 : 김민호

지성우

# 목 차

<b>요 약 문</b> .....	i
<b>제1장 서 론</b> .....	1
제1절 연구의 목적 .....	1
제2절 연구의 범위와 방법 .....	4
<b>제2장 지식정보사회에서 개인정보보호의 중요성 및 관련법제 분석</b> .....	5
제1절 지식정보사회에서 개인정보보호의 필요성 .....	5
I. 지식정보사회의 의의와 내용 .....	5
1. 지식정보사회의 의의 .....	5
2. 지식정보사회의 특징 .....	7
II. 지식정보사회에서 개인정보보호의 강화필요성 .....	8
1. 정보사회에서 사생활보호의 강화필요성 .....	8
2. 개인정보의 일상적 침해 및 개인정보 취급자들의 인식제고 .....	10
3. 강력한 처벌규정과 개인정보보호 실패 .....	12
제2절 헌법상 개인정보보호관련 규범의 체계적 지위 .....	14
I. 개인정보의 개념과 범위 .....	14
II. 헌법상 개인정보자기결정권의 의의와 내용 .....	18
1. 지식정보사회에서 개인정보자기결정권을 통한 사생활보호의 강화필요성 .....	18
2. 개인정보자기결정권의 헌법상 의의 .....	19
3. 개인정보자기결정권의 헌법상 근거 .....	19
4. 개인정보자기결정권의 내용 .....	22
5. 개인정보자기결정권의 제한 및 제한의 정당화요건 .....	23
제3절 국제기구와 각국의 개인정보 보호에 관한 법제 분석 .....	28
I. 국제기구의 개인정보 보호 .....	28

1. OECD 프라이버시가이드라인 .....	28
2. 유럽연합(EU) .....	29
3. UN 가이드라인 .....	30
II. 각국의 개인정보 보호에 관한 입법례 .....	31
1. 미국 .....	31
2. 영국 .....	33
3. 독일 .....	35
4. 일본 .....	37
제4절 개인정보보호 관련 국내법제 분석 .....	40
I. 2011년 이전 개인정보보호 법제 개관 .....	40
1. 2011년 3월 개인정보보호법 제정 이전의 법제 개관 .....	40
II. 현행 개인정보보호법제의 주요 내용 .....	47
1. 개인정보보호법 제정과정과 주요 내용 .....	47
2. 법제정비의 방향과 내용 .....	50
<b>제3장 개인정보보호 법규위반에 대한 징벌적 과징금의 성격 .....</b>	<b>54</b>
제1절 새로운 행정제재수단으로서 과징금의 의의 .....	54
I. 과징금의 의의 및 목적 .....	54
1. 과징금의 의의 .....	54
2. 과징금의 목적 및 필요성 .....	55
II. 과징금과 구별되는 금전적 제재수단 .....	56
1. 벌금 .....	56
2. 과태료 .....	57
3. 부과금 .....	58
4. 이행강제금 .....	58
5. 검토 .....	59
제2절 과징금의 유형과 법적성격 .....	60
I. 과징금의 유형과 분류 .....	60

1. 유형분류에 관한 논의 .....	60
2. 유형 .....	61
II. 과징금의 법적성격 .....	64
1. 개요 .....	64
2. 학설 .....	64
3. 대법원 판례 .....	66
4. 헌법재판소 결정 .....	67
제3절 헌법상 과징금부과의 판단기준 .....	70
I. 헌법상 과징금부과의 위헌여부 판단 .....	70
1. 이중처벌 해당여부 검토 .....	70
2. 비례성의 원칙 .....	81
3. 적법절차의 원칙 .....	85
4. 자기책임의 원리(실질적 법치주의) .....	90
II. 헌법상 가중적 과징금부과의 내용과 기준 .....	93
1. 미국의 징벌적 손해배상제도 .....	93
2. 우리나라 헌법상 가중적 과징금부과의 허용여부 .....	95
제4절 정보통신망법상 부과되는 과징금제도의 내용 .....	99
I. 개인정보보호를 위한 권리구제시스템 개관 .....	99
1. 개인정보침해에 따른 권리구제 의의 및 필요성 .....	99
2. 개인정보침해에 따른 권리구제 제도 내용 .....	99
II. 독일 개인정보보호법제상 과징금(과태료, 벌칙) 제도와 내용 .....	112
III. 국내 정보통신망법상 금지행위에 대한 과징금의 법적체계 분석 .....	117
1. 정보통신망법상 과징금 등 각종 벌금, 벌칙조항 내용과 분석 .....	117
2. 정보통신망법상 과징금부과 사례분석 .....	122
<b>제4장 정보통신망법상 과징금부과 관련 법제의 문제점 및 개선방안 .....</b>	<b>127</b>
제1절 법제 현황 .....	127
I. 과징금에 대한 법규정 .....	127

1. 과정금의 기본구조 .....	127
2. 과정금의 부과대상 .....	128
3. 과정금의 산정방법 .....	129
4. 과정금의 부과 및 납부 .....	130
제2절 문제점 및 개선방안 .....	131
I. 과정금의 부과대상의 조정문제 .....	131
II. 과정금 산정기준의 개선가능성 문제 .....	132
1. 문제의 소재 .....	132
2. 유사 입법례 .....	133
3. 개선 방안 .....	136
III. 과정금 산정방법의 개선문제 .....	137
1. 문제의 소재 .....	137
2. 개선방안 .....	138
IV. 과정금의 귀속 및 활용방법 개선가능성 .....	138
1. 문제의 소재 .....	138
2. 개선방안 .....	139
V. 과정금에 대한 불복의 절차와 방법 개선 .....	139
1. 문제의 소재 .....	139
2. 개선방안 .....	140
<b>제5장 결 론 .....</b>	<b>141</b>
<b>참고문헌 .....</b>	<b>145</b>

## 표 목 차

<표 1-1> 과징금 .....	4
<표 2-1> 미국의 개인정보관련 법제 현황 .....	32
<표 2-2> 주요 개인정보보호법안의 검토 .....	41

## 그 림 목 차

[그림 2-1] 개인정보보호법 제정에 따른 변화 .....	49
[그림 3-1] 개인정보분쟁조정위원회의 개인정보분쟁조정제도 .....	108

# 요약문

## 1. 제목

개인정보보호 법규 위반에 대한 징벌적 과징금의 성격 및 합리적 처분 기준 연구

## 2. 연구 목적 및 필요성

오늘날과 같은 지식정보화시대에 개인정보보호의 필요성이 커짐에 따라 본 논문에서 개인정보보호와 관련된 법규위반에 대한 징벌적 과징금을 검토하고자 한다. 즉 본연구의 목표는 개인정보를 위한 징벌적 과징금과 관련된 문제점들의 분석을 통하여 합리적인 과징금 부과방안을 마련하고자 함이다. 징벌적 과징금을 부과하는데 있어서 합리적 기준의 필요성이 커지고 있다. 이러한 문제점 인식아래에 본 논문에서는 이를 위해서 징벌적 성격의 과징금부과에 대해서 이론적으로 접근할 뿐만 아니라 과징금부과 사례, 징벌적 과징금과 관련된 국·내외의 개인정보보호 법규위반 등과 같은 핵심적인 사항을 분석을 통하여 지식정보화 사회에서 개인정보보호를 위하여 징벌적 과징금의 성격을 검토함과 동시에 개인정보법규 위반에 대한 합리적인 과징금의 기준에 대해서 연구하고자 한다.

## 3. 연구의 구성 및 범위

본 연구의 구성을 살펴보면 다음과 같다. 제1장 서론에서 연구의 필요성, 연구목적 및 연구방법을 검토했다. 그리고 제2장에서 지식정보사회에서 개인정보보호의 중요성 및 관련법제를 검토했다. 이를 위하여 제2장에서는 지식정보사회에서 개인정보보호의 필요성, 헌법상 개인정보보호관련 규범의 체계적 지위, 국제 기구와 각국의 개인정보 보호에 관한 법제 분석, 개인정보보호 관련 국내법제 분석 등을 검토했다. 제3장에서는 개인정보보호 법규위반에 대한 징벌적 과징금의 성격과 관련하여 분석하였다. 이를 위해서 제3장에서 새로운 행정제재수단으로서 과징금의 의의, 과징금의 유형과 법적성격, 헌법상 과징금부과의 판단기준, 정보통신망법상 부과되는 과징금제도의 내용을 검토했다. 그리고 제4장에서는 정보통신망법상 과징금부과 관련 법제의 문제점 및 개선방안에 대해서 논하였다. 제4장에서는 과징금에 대한 법규정과 법제 현황을 살펴보며 문제점과 개선방안을 검토했다. 마지막으로 제5장 결론에서는 본연구의 주제인 개인정보보호 법규 위반에 대한 징벌적 과징금의 성격 및 합리적 처분 기준에 방향을 제시하였다.

그리고 본 논문의 범위와 관련하여 다음과 같은 사항을 고려하였다. 첫째, 국내외 문헌자료 분석을 통한

개인정보보호를 위한 과징금제도를 분석하였다. 둘째, 개인정보보호를 위한 법규위반에 대한 합리적 처분방안에 대해서 연구하였다. 셋째, 징벌적 성격을 가진 개인정보보호를 위한 과징금의 합리적 부과방안을 마련하고자 하였다. 셋째, 개인정보보호 법규 위반에 대하여 과징금을 합리적으로 부과하는 방안을 마련하고자 하였다. 넷째, 과징금 및 개인정보보호 관련 국내외 법률분석 및 검토를 하였다. 다섯째, 징벌적 성격을 가진 과징금부과에 대한 타당성을 검토하였다. 여섯째, 과징금 및 개인정보보호에 관한 법전문가를 통한 연구를 하였다.

#### 4. 연구 내용 및 결과

연구의 내용 및 결과와 관련하여 다음과 같은 사항에 관하여 전략적으로 연구를 진행하였다. 본 연구는 과징금을 개인정보보호법규위반과 권리구제의 보완논의를 중점적으로 살펴보았다. 우선 과징금의 의에 있어서는 개인정보권리구제제도 개관과 개인정보보호법상 과징금규정의 분석을 검토하였다. 그리고 과징금의 법적 성격과 관련하여 개인정보보호 법규위반 국내법제 분석과 과징금부과 사례의 분석을 살펴보았다. 또한 과징금의 유형에 관해서는 개인정보보호 법규위반 외국 법제 분석과 징벌적 성격의 과징금 부과를 위한 이론적 검토를 분석하였다. 마지막으로 과징금 규정들의 분석에서는 징벌적 손해배상제도 도입에 관한 기준 논의 분석과 징벌적 성격의 과징금부과를 위한 개선방안을 검토하였다.

#### 5. 정책적 활용 내용

본 연구를 통하여 개인정보보호를 위한 징벌적 성격의 과징금 부과방안을 마련할 수 있을 것이다. 먼저 개인정보보호를 위한 징벌적 배상제도와 과징금에 대한 국내외 법제도들을 분석하여 시사점을 도출함으로써 우리나라 개인정보보호를 위한 징벌적 성격을 가진 과징금의 도입방향에 대한 타당성을 검증할 수 있다. 그리고 이러한 이론적, 실체적 연구에 기초하여 개인정보보호를 위한 징벌적 성격의 과징금 도입시 야기될 수 있는 부작용을 최소화할 수 있는 모델을 개발할 수 있다. 이를 통하여 과징금부과와 관련된 법령 또는 내부기준 제·개정을 위한 기초자료로 활용될 수 있다.

#### 6. 기대효과

본 연구를 통하여 징벌적 과징금부과와 관련하여 개인정보보호를 위한 징벌적 성격의 과징금 도입할 경우에 발생할 가능성이 있는 과징금의 부작용을 최소화할 수 있는 좋은 모델을 계획할 수 있다. 그리고 관련 규정을 제정 또는 개정을 위한 기준과 기초자료로 활용할 수 있을 것을 기대된다. 본 논문의 내용에서 언급하였듯이 오늘날과 같은 지식정보화사회에서 개인정보의 침해 문제는 매우 긴급하게 해결되어야 할 문제이다. 그러나 개인정보보호를 위해 강력한 과징금을 부과하였지만 수많은 개인정보가 아직도 지속적으로 침해되고

있기 때문에 개인정보의 보호라는 측면에서 본다면 실패했다. 따라서 이러한 과징금 제도의 문제점을 검토할 필요가 있다. 이와 같이 과징금과 연결된 여러 문제들을 본 본문을 통하여 분석할 것이며, 궁극적으로는 개인정보보호 법규 위반에 따라 발생하는 징벌적 과징금에 대한 합리적 처분기준과 제도를 마련하는데 기여하고 활용될 것으로 기대된다.

# SUMMARY

## 1. Title

A Research for the nature of punitive fines and reasonable disposition of personal information protection law violations

## 2. Objective and Importance of Research

The purpose of this research is to study the problem of the punitive fines system of the Republic of Korea. In other words, it is recently required to look to ways of improving our punitive fine system for reasonable standard of punitive fine. There are several reasons that this study is very importance. One of the best reasons that this research is very necessary is punitive fine system regarding the protection and violation of personal information. It means that there must be the consideration of personal information protection in standard and regulation of punitive fine system. Because punitive system could violate the rights of constitutional without the consideration of resonable standard and personal information protection. Therefore, in this study, we need to examine the improvement of punitive system in detail and especially reasonable disposition of personal information protection law violations.

## 3. Contents and Scope of the Research

To look the reasonable disposition of personal information protection law violations and to find out more resonable punitive system of the republic of Korea, we need to examine the problem regarding punitive fine in greater detail. In Chapter 1, we inspect introduction, the purpose of the study and the scope and method of the study. In Chapter 2, we examine the importance of personal information and the Analysis of related laws in Knowledge Information Society. To put it concretely, we look over the necessity of personal information in knowledge information society, systematic position of personal information protection standard in the constitution, the legislative analysis for personal information protection of international organization and every country and analysis of domestic law regarding personal information protection. In Chapter 3, we also examine the nature of punitive fine for violation of personal information protection law. To be more specific, we need to find meaning of punitive fine for new administrative restriction mean, type and nature of punitive fine, the

constitutional standard of judgment for charging fine and the contents of charging fine system on information and communication law. In Chapter 5, I look over the problem and improvement of legal system of charging fine on information and communication law. To find out the remedy for improvement of punitive fine system, we inspect the status of law, method of estimating fine, etc.

## 4. Research Results

As a result of this study, there are suggestions to improve the remedy through the punitive fine system. In other words, researchers tried to suggest proper remedy for the improvement of problems regarding punitive fine system in the Republic of Korea. So that, in this study, researchers analyze meaning, contents, regulation and standard of punitive fine system in the knowledge information society. In addition, we finally try to find out problems of strong penalty and the necessity for the reinforcement of personal information protection. And we also try to suggest reasonable remedy and also reasonable standard for the improvement of punitive fine system.

## 5. Policy Suggestions for Practical Use

This study look over problems of punitive fine system for suggestions of practical use. By scrutinizing the nature and reasonable standard of punitive fine system, there can be better solution for minimizing side effects of punitive fine in knowledge and communication society. I mean to say, this study is very helpful to find out proper ways for reasonable disposition of personal information protection law violations. This research is valuable data for adjustment of charging fines, enactment or revision of related regulation and so on.

## 6. Expectations

This study could be very useful for the basic reference to plan good model of punitive fine and to regulate or revise the standard and regulation regarding punitive fine. As mentioned in this research, It is urgent for us to prevent the violation of personal information. So that there has been strong penalties for the violation of personal information. Despite strong penalties for the violation of personal information, government failed continuously to protect personal information. It mean that existing punitive penalty should be properly changed to realty. This study will contribute to find out the great way to improve reasonable punitive penalty system.

# CONTENTS

<b>SUMMARY .....</b>	i
<b>Chapter 1: INTRODUCTION .....</b>	1
Paragraph 1: The Purpose of the Study .....	1
Paragraph 2: The Scope and Method of the Study .....	4
<b>Chapter 2: The Importance of Personal Information and the Analysis of related Laws in Knowledge Information Society .....</b>	5
Paragraph 1: The Necessity of Personal Information in Knowledge Information Society .....	5
I . The Meaning and Contents of Knowledge Information Society .....	5
1. The Meaning of Knowledge Information Society .....	5
2. Characteristic of Knowledge Information Society .....	7
II. The Necessity for the reinforcement of Personal Information in Knowledge Information Society .....	8
1. The Necessity for the Reinforcement of Privacy Protection in Knowledge Information Society .....	8
2. The Ordinary Violation of Personal Information and Awareness of Personal Information handlers .....	10
3. Strong Penalty and the Failure of Personal Information Protection .....	13
Paragraph 2: Systematic Position of Personal Information Protection Standard in the Constitution ·	14
I . The Concept and Scope of Personal Information .....	14
II. the Meaning and Contents of Right of Self-determination of Personal Information in the Constitution .....	18
1. the Right of Self-determination of Personal Information in Knowledge Information Society	18
2. the Meaning of Right of Self-determination of Personal Information in the Constitution .....	19
3. Constitutional Basis of the Right of Self-determination of Personal Information .....	19
4. Contents of the Right of Self-determination of Personal Information .....	22
5. Limit and Justifying Requirement of the Right of Self-determination of Personal Information	23
Paragraph 3: The Legislative Analysis for Personal Information Protection of International Organization and Every Country .....	28
I . Personal Information Protection of International Organization .....	28
1. OECD Privacy Protection Guideline .....	28
2. European Union(EU) .....	29

3. UN Guideline .....	30
II. Legislative Examples of Every Country for Personal Information Protection .....	31
1. USA .....	31
2. England .....	33
3. Germany .....	35
4. Japan .....	37
Paragraph 4: Analysis of Domestic Law regarding Personal Information Protection .....	40
I . Overview of Personal Information Protection Legal System before 2011 .....	40
1. Overview of Personal Information Protection Legal System before March 2011 .....	40
II. Major Contents of the Present Personal Information Protection Legal System .....	47
1. Process and Major Content of Personal Information Protection Law .....	47
2. Direction and Content of Redesign of Legal System .....	50
<b>Chapter 3: the Nature of Punitive Fine for Violation of Personal Information Protection Law</b> .....	54
Paragraph 1: Meaning of Punitive Fine for New Administrative Restriction Mean .....	54
I . Meaning and Purpose of Punitive Fine .....	54
1. Meaning of Punitive Fine .....	54
2. Purpose and Necessity of Punitive Fine .....	55
II. Restriction Means of money distinguished from Punitive Fine .....	56
1. Penalty .....	56
2. administrative fine for negligence .....	57
3. tax .....	58
4. Penalty for Compulsory Performance .....	58
5. Concluding Remarks .....	59
Paragraph 2: Type and Nature of Punitive Fine .....	60
I . Type and Nature of Punitive Fine .....	60
1. Discussion of Classification .....	60
2. Types .....	61
II. The Nature of Fine .....	64
1. Outline .....	64
2. Theories .....	64
3. Supreme Court's Precedents .....	66
4. Decision of the Constitutional Court .....	67
Paragraph 3: The Constitutional Standard of Judgment for Charging Fine .....	70
I . The Constitutionality of the Constitutional Standard of Judgment for Charging Fines .....	70

1. Review for acceptance or rejection of Double Jeopardy .....	70
2. The Principle of Proportionality .....	81
3. The Principle of Due Process .....	85
4. The Principle of Self-responsibility(The Rule of Substantial Law) .....	90
II. The Constitutional Standard and Content of Punitive Fines .....	93
1. Punitive Compensation System of USA .....	93
2. Permission Possibility of Punitive Fines in the Constitution of Republic of Korea .....	95
Paragraph 4: The Contents of Charging Fine System of Information and Communication Law .....	99
I . Overview of Remedy System for violation of Right and Personal Information Protection .....	99
1. Meaning and Necessity of Saving Rights for Personal Information Violation .....	99
2. Contents of System for violation of Personal Information right .....	99
II. Fine System and Contents of the Personal Information Protection Law in Germany .....	112
III. Analysis of Legal Fabric of Fines for Prohibited Action in Internal Information and Communication Law .....	117
1. Contents and Analysis of Several Fines, Penalty Clause in Information and Communication Law .....	117
2. Analysis of Cases for Charging Fines in the Information and Communication Law .....	122
<b>Chapter 4: the Problem and Improvement of legal system of Charging Fine on Information and Communication Law .....</b>	<b>127</b>
Paragraph 1: the Status of Laws .....	127
I. Regulations of Fine .....	127
1. Basic Structure of Fine .....	127
2. Subject for Charging Fine .....	128
3. Methods of Estimating Fine .....	129
4. Charges and Payment of Fine .....	130
Paragraph 2: Problems and remedies for improvement .....	131
I. a Problem of Adjustment for Charging a Fine .....	131
II. The Possibilities for Improvement of Standard of Fine .....	132
1. Controversial Issue .....	132
2. Similar example of legislation .....	133
3. Remedy for the Improvement of Problem .....	136
III. Improvement for Method of Estimating Fine .....	137
1. Suggestion for Problems .....	137
2. Remedy for the Improvement of Problem .....	138

IV. the Possibility of Improvement for Belonging and of Fine .....	138
1. Suggestion for Problem .....	138
2. Remedy for the Improvement of Problem .....	139
V. The Improvement of Procedure and Method Regarding Punitive Fine .....	139
1. Suggestion for Problem .....	139
2. Remedy for the Improvement Problem .....	140
<b>Chapter 5: Conclusion .....</b>	<b>141</b>
<b>Reference .....</b>	<b>145</b>

## 제1장 서 론

### 제1절 연구의 목적

유비쿼터스 사회 내지 클라우드 컴퓨팅 서비스가 본격적으로 논의되고 있는 현재의 고도정보사회에서 우리는 무한한 지혜를 모아 인간의 비인격화 내지 사생활의 침해 등으로부터 개개인의 보호방식과 민간영역과 공공영역 전체를 아우를 뿐만 아니라 정보기술과 다양한 매체간의 융합 등에 의한 개인정보침해도구의 예측불가능성으로부터 개인정보의 오·남용을 최소화할 수 있는 방법을 찾아야 할 것이다.

금번 개인정보보호법에는 개인의 정보를 불법하게 침해하는 경우에는 그에 상응하는 과징금을 부과하도록 규정하고 있다. 과징금이란 행정법상의 의무를 위반한 자에게 경제적 이익이 발생한 경우 그 이익을 박탈하여 경제적 불이익을 부과하는 제도이다.

방송통신위원회는 정보통신서비스 제공자의 불법적 개인정보 활용(목적외 이용, 동의없는 취급위탁 등)에 대해 지속적으로 과태료 및 시정 명령 등의 행정 제재를 부과한 바 있으나, 과태료 부과만으로는 대량의 개인정보 침해행위에 실효적으로 대응하기 어려워 개인정보의 불법 활용 및 오·남용에 대한 제재 수준을 높이기 위해 과징금제도를 도입하게 되었다.

정보통신망법상 과징금은 이용자의 개인정보보호를 위한 기본권(개인자기정보 결정권)을 보장하기 위해 사업자가 서비스 제공 시 개인 정보를 수집·이용하는 경우의 불법적인 취급을 방지하거나 후속적인 피해 예방이 주목적인 인격권보호적 성질을 가지고 있다. 개인정보보호의 효율적 보호를 위하여 2008년 정보통신망법 개정을 통해 처음 도입되었으며, 동의 없는 텔레마케팅과 같이 고객의 개인

정보를 활용하여 부당한 수익이 발생한 경우 이를 환수함으로써 기업의 개인정보침해 행위 규제 수준을 강화하기 위해 규정되었다.

일반적으로 과징금과 형사벌은 각각의 취지, 목적, 절차 등을 서로 달리하는 것으로서, 원칙적으로 양자가 병행가능하다는 게 현재의 통설과 판례이다. 특히 재재적 성격만이 있다고 볼 경우에는 그 기능이나 성격면에서 형벌적 제재와 차이가 없다는 점에서 이중처벌금지 내지 과잉금지원칙 등에 위반될 위험성이 보다 높아질 수 있다.

결국 개인정보보호를 위한 과징금의 부과가 헌법상의 원칙인 이중처벌금지의 원칙, 비례성원칙 등에 반할 수 있는지를 검토해야 한다. 또한 본 연구는 개인정보보호체계에서 권리구제방안, 징벌적 손해배상제도 그리고 미국과 독일 등 개인정보권리구제방안 등의 현황 및 문제점을 조사·분석하고, 이를 통해 징벌적 성격을 가진 과징금의 합리적 부과방안을 마련하고자 한다. 따라서 입법정책적으로 개인정보보호를 위한 징벌적 성격을 갖는 과징금부과가 가능하기 위해서는 우선 공공부문과 민간부문을 구별하여 어느 영역에 국한시킬 것인지 아니면 양자를 분리하더라도 그 수용을 대신할 만한 제도적 방안을 보충할 것인지를 결정하는 것이 선결과제가 될 것이다. 만일 후자의 방향으로 정리할 것이라면 민간부문에 대하여 과징금 또는 이행강제금의 도입 여부를 검토하고 공공부문과 함께 벌칙을 상향조절하는 것이 필요할 것으로 본다.

이하에서는 위와 같은 기본적인 전제 하에 새로 제정된 개인정보보호법제 하에서 개인정보를 침해하는 행위에 대하여 어떠한 종류와 정도의 과징금이 과해지는 것이 타당한지에 대해 살펴보기로 한다.

본 연구를 통하여 개인정보보호를 위한 징벌적 성격의 과징금 부과방안을 마련할 수 있을 것이다. 먼저 개인정보보호를 위한 징벌적 배상제도와 과징금에 대한 국내외 법제도들을 분석하여 시사점을 도출함으로써 우리나라 개인정보보호를 위한 징벌적 성격을 가진 과징금의 도입방향에 대한 타당성을 검증할 수 있다.

또한 이러한 이론적·실제적 연구에 기초하여 개인정보보호를 위한 징벌적 성격

의 과정금 도입시 야기될 수 있는 부작용을 최소화할 수 있는 모델을 개발할 수 있다. 이를 통하여 과정금부과와 관련된 법령 또는 내부기준 제·개정을 위한 기초자료로 활용될 수 있다.

## 제2절 연구의 범위와 방법

- (1) 국내외 문헌자료 분석을 통한 개인정보보호를 위한 과징금제도의 분석
- (2) 개인정보보호를 위한 법규위반에 대한 합리적 처분방안 연구
- (3) 정별적 성격을 가진 개인정보보호를 위한 과징금의 합리적 부과방안 마련
- (4) 개인정보보호 법규 위반에 대하여 과징금을 합리적으로 부과하는 방안마련
- (5) 과징금 및 개인정보보호 관련 국내외 법률분석 및 검토
- (6) 정별적 성격을 가진 과징금 부과에 대한 타당성 검토
- (7) 과징금 및 개인정보보호에 관한 법전문가를 통한 연구

○ 위와 같은 연구목표에 의하여 다음과 같은 사항에 관하여 중점적으로 연구를 진행

<표 1-1> 과징금

과징금	개인정보보호 법규위반	권리구제의 보완논의
과징금의 의의	개인정보 권리구제 제도 개관	개인정보보호법상 과징금규정의 분석
과징금의 법적 성격	개인정보보호 법규위반 국내 법제 분석	과징금부과 사례의 분석
과징금의 유형	개인정보보호 법규위반 외국 법제 분석	정별적 성격의 과징금부과를 위한 이론적 검토
과징금 규정들의 분석	정별적 손해배상제도 도입에 관한 기존 논의 분석	정별적 성격의 과징금부과를 위한 개선방안

## 제2장 지식정보사회에서 개인정보보호의 중요성 및 관련법제 분석

### 제1절 지식정보사회에서 개인정보보호의 필요성

#### I. 지식정보사회의 의의와 내용

##### 1. 지식정보사회의 의의

이미 우리들에게 잘 알려진 것처럼 정보사회란 정보 그 자체의 중요성이 엄청나게 증대하고 이를 바탕으로 하여 정보의 생산, 유통 및 이용이 기존사회를 새롭게 바꾸는 그러한 사회를 말한다. 물론 과거에도 정보는 중요하였다. 예전부터 생산수단이나 무기 등을 가진 사람이 그에 필요한 정보를 가짐으로써 그들의 권력이나 富가 증대되었다. 그러나 과거에는 사람들이 주로 각자의 고유한 경험에 바탕을 두고 어떤 결정을 내렸던 반면에 오늘날에는 사람들이 중요한 결정을 내릴 때 자신의 경험보다는 구체적이고 확실한 정보에 근거한다. 다시 말하자면 과거에는 물질적이고 유형적인 것이 무형적인 정보보다 중요하였다. 하지만 정보사회에서는 정보가 유일하거나 가장 중요한 富의 원천이자 권력의 중심에 있다. 물론 정보란 무엇인지에 대하여 지금까지 많은 토론은 있었으나 일반적으로 받아들여지는 개념은 없다.<sup>1)</sup> 그렇다면 정보란 이것으로부터 합리적 결정이 행해질 수

---

1) 예를 들어 Information과 Data를 정보와 자료로 구별하여 설명하는 견해(이한구, 정보사회와 역사발전단계에서 본 그 위상, 철학연구회편, 정보사회의 철학적 진단, 철학과 현실사, 1999, 8면 참조)도 있으나 그 정확한 구별은 사실 쉽지 않다. 이와 관련하여 우선 지식의 사전적 의미는 “사물에 관한 개개의 단편적인 실제적·경험적 인식을 뜻하고, 엄밀한 뜻으로는 원리적·통일적으로 조직되어 객관적 타당성을 요구할 수 있는 판단의 체계”를 말한다(두산세계대백과사전, 2006). 이는 명석하고 확정적이라는 면에서 애매하고 부동적(浮動的)인 상식과는 구별된다. 그러나 학자들의 지식에 대한 정의는 사전적 의미와는 달리 매우 다양하다. Heibeler는 지식을 “증명과정을 통해 타당성이 입증된 정보”라고 하였고, Davenport & Long Beers는 “경험, 상황, 판단, 사상과 결합된 정보”라고 정의하

있고 이것의 도움을 받아서 문제를 해결할 수 있는 의미내용을 가진 기호라고 개념 정의할 수 있다. 최근에는 정보사회의 발전형태로서 지식정보사회<sup>2)</sup>가 부각되고 있다. 곧 ‘지식의 정보화’와 ‘정보의 지식화’를 기반으로 “정보기반의 지식사회”와 “지식기반의 정보사회”가 통합되는 “지식정보사회”(knowledge-information-society)가 언급된다.<sup>3)</sup> ‘지식의 정보화’, ‘정보의 지식화’과정<sup>4)</sup> 속에서 정치·경

---

였다. 일반적으로 지식은 “자료→정보→지식→지혜” 또는 “자료→정보→지능→지식→지혜” 등과 같은 구조를 가진다고 한다(김성태, 전자정부론: 이론과 전략, 법문사, 2003, 193면). 이러한 지식구조 또는 지식의 변화과정을 통하여 지식을 추론적으로 정의하면, 현실 세계에서 일어난 단순한 사실을 자료(data)라 하고, 이러한 자료를 수집·정리·분석하는 과정에서 인간이 어떠한 의미를 부여한 것을 정보(information)라 하며, 정보가 이용자의 목적에 부합하고 유용하며 부가가치를 창출할 수 있는 것을 지식(knowledge)이라 한다. 보다 구체적으로 설명하면, 자료는 사실, 숫자, 기록, 통계 등을 의미하며, 어떠한 주관, 의도 목적 등에 의해서 아직 활용되지 않은 원석과 같은 개념이다. 정보는 어떤 목적에 맞게 구성된 데이터의 총합으로, 양적 측정이 가능하고 정확한 형식을 갖고 있는 데이터라고 할 수 있다. 인간이 무엇인가를 전달하는 경우 그 내용이 되는 것이 정보라 한다면, 지식은 의미 있는 정보로서 특정 목적에 사용될 수 있도록 구성·활용된 것으로 본다. 법적인 정보개념으로는 다음과 같은 것이 있다 : “ "정보"란 특정 목적을 위하여 광(光) 또는 전자적 방식으로 처리되어 부호, 문자, 음성, 음향 및 영상 등으로 표현된 모든 종류의 자료 또는 지식을 말한다.”(국가정보화 기본법 제3조 제1호)

- 2) 이에 관하여 자세한 것은 임현진·서이종, “21세기 한국사회: 지식사회나 정보사회나”, 「사회와 문화」 제12집, 한국사회문화학회, 2000. 12, 5면 이하 참조.
- 3) 임현진·서이종, 전개논문, 23면.
- 4) 여기에서 ‘지식의 정보화’란 정보화의 주요 특성인 디지털화·네트워크화·하이퍼텍스트화 등을 통하여 새로운 지식이 재창출되는 것을 말한다. 곧 지식은 문자·음성·영상정보의 형태로 디지털화되어 인터넷으로 대표되는 전 지구적 네트워크를 통하여 놀랄만한 수준의 양과 속도로 세계 곳곳에 전송될 뿐만 아니라 이용자들은 네트워크상의 하이퍼링크기능을 통하여 자신이 요구하는 다양한 정보를 수집하거나 타인에게 전송함으로써 새로운 지식이 재창출되게 되는데, 이것을 ‘지식의 정보화’라고 한다. 그리고 ‘정보의 지식화’란 개인 또는 단체, 더 나아가 국가가 소유하고 있는 다수의 무의미하거나 무의미하였던 정보가 지식창조와 유통과정을 거치면서 의미 있는 지식으로 전환되는 것을 말한다. 또한 지식정보화사회는 ‘사회’라는 용어가 의미하듯이 국가, 기업, 개인의 차원에 이르기

제·문화·국방·교육 등 사회 전 부문에 걸친 ‘지식정보화’가 구현되는 사회가 진정한 ‘지식정보화사회’라고 할 수 있다.<sup>5)</sup> 결국 지식정보사회는 정보통신기술기반 위에서 지식을 생산하고 창조하는 사회로서 지식정보에 의해서 개인과 조직의 주요한 의사결정이 주도되는 사회라 할 수 있다. 곧 지식정보사회란 정보가 상호 연계되어 지식이 되고, 지식이 富와 가치 창출의 원동력이 되는 사회를 말한다.<sup>6)</sup>

## 2. 지식정보사회의 특징

이러한 지식정보사회의 특성을 간략하게 검토해보면 다음과 같다. 먼저 고도화된 지식생산체제는 시간과 공간을 압축하고, 지역과 국경이라는 기준의 경계를 뛰어넘는다. 다음으로 지식생산체제의 대중화가 이루어진다. 따라서 시민사회의 다양한 비전문가들도 상이한 형태의 ‘원초적인’ 지식생산에 참여할 수 있게 된다. 그 결과 전통적인 지식전문가들의 독점적 지위는 점차 개방화되고 상호영향을 받게 됨으로써 지식창조를 위한 경쟁압력은 증가한다. 그리고 지식생산체제가 거대화, 고도화된다. 따라서 지식생산체제는 범세계적인 네트워크 형태로 거대화되고 최신의 정보통신기술에 기반을 두어 고도화된다.<sup>7)</sup>

이러한 지식생산체계의 변화에 따른 지식정보사회의 특징을 살펴보면 지식정보사회는 첫째, 복잡성과 전문성에 바탕을 두고 있다. 최근 갈수록 사회가 전문화되고 다양해지면서 다루어야 할 영역도 복잡한 양상을 띠고 있다. 이러한 영역의 대부분이 정치·경제·사회·문화적 이해관계가 고도로 복잡하고 전문적이어서

---

까지 사회를 구성하는 전부문의 ‘지식정보화’를 의미한다.(金昌奎, 知識情報化社會에 對備한 法制整備方向, 법제연구 제17호, 74면 이하)

5) “지식정보사회란 정보화를 통하여 지식과 정보가 행정, 경제, 문화, 산업 등 모든 분야에서 가치를 창출하고 발전을 이끌어가는 사회를 말한다.”(국가정보화기본법 제3조 제4호)

6) 김민호·김정준, “지식정보사회에서 행정법학의 새로운 패러다임 모색”, 「공법학연구」 제8권 제3호, 2007, 444면.

7) 임현진·서이종, 전계논문, 20면.

문제해결을 위한 정책방안의 탐색이 용이하지 않아 노출된 기존의 문제뿐만 아니라 능동적으로 창출해야 할 새로운 가치와 방향설정도 어려워지고 있다. 둘째, 지식정보사회는 기본적으로 개방적인 구조를 내용으로 한다. 이러한 개방적인 구조에서 정보통신기술은 정보에 대한 접근기회를 확대하고, 정책결정을 보다 개방적으로 할 수 있고, 공식적인 관료제적 규칙과 권위에 의한 통제에서 고객, 동료 그리고 정보통신기술에 의한 통제로 변하면서 관료제적인 관리와 감독의 필요성이 감소한다.셋째, 지식정보사회는 투명성의 확대와 관련이 있다. 복잡한 대량의 행정업무처리를 정보통신기술을 통하여 손쉽게 할 수 있지만 과거와는 달리 투명성, 공개성의 요청을 충족할 수 있고, 또한 데이터베이스를 공동이용하여 의사 결정이 신속하게 이루어질 가능성이 높아졌다. 그리고 투명성과 관련된 정보공개는 알 권리와 정보에 대한 접근을 보장할 뿐만 아니라, 정책과정에 대한 능동적 참여를 보장하는 전제조건으로써 부정부패를 방지하고 사회자원의 적재적소배분을 가능하게 한다. 넷째, 지식정보사회는 효율성과 생산성을 높일 수 있다. 정보통신기술이 고도화되어 단순히 정보처리의 속도와 양의 문제가 아니라 정보의 신뢰성과 타당성 등의 가치를 추구하게 되었다. 이러한 신뢰성과 타당성 등의 가치에 바탕을 둔 정보를 광범하게 활용함으로써 조직과 개인의 생활방식과 거래 관행 등을 변화시켜 사회전체의 효율성과 생산성을 향상하게 되었다.<sup>8)</sup>

## II. 지식정보사회에서 개인정보보호의 강화필요성

### 1. 정보사회에서 사생활보호의 강화필요성

과거에 국가는 자신이 독점하고 있는 물리적 폭력을 행사하거나 행사할 수 있다는 가능성을 통하여 국가권력을 효율적으로 행사할 수 있었다. 그러나 오늘날 국가는 이러한 물리적 폭력대신에 급부제공 및 정보조사와 처리라는 새로운 수

---

8) 김민호·김정준, 전계논문, 445면 이하.

단들을 더 애용하고 있다. 바로 그러하기 때문에 정보통신기술의 위험성이 존재하는 것이다.<sup>9)</sup> 왜냐하면 물리적 폭력과는 달리 정보통신기술을 사용하는 경우에는 개인은 그들이 감시 받고 있다거나 통제되고 있다는 것을 쉽게 또는 전혀 인식할 수 없기 때문이다. 결국 컴퓨터의 등장이후에 ① 자동정보처리와 ② 정보의 끊임없는 연결을 통하여 국가가 모든 개인정보에 대하여 알 수 있다는 것에 대한 두려움이 증가하였다. 곧 현실적으로 컴퓨터를 통하여 정보파악과 수집이 손쉽게 되고 이러한 기술의 발전으로 인하여 정보처리가 언제든, 어디서든 가능하게 되었다. 그리하여 조사된 정보를 통하여 종전과는 질적으로 다른 새로운 정보가 만들어 질 수 있을 뿐만 아니라 다양한 기관 간에 정보교환이 한결 쉬워졌으며 한 기관의 정보를 다른 기관이 직접적으로 호출할 수도 있고, 모든 입력된 정보는 무수히 많은 기관들이 동시에 이용할 수 있게 되었다.<sup>10)</sup> 결국 전자정보처리의 도움을 받아 정보는 무제한적으로 입력·연결될 수 있으므로 국가는 개인을 손쉽고 광범위하게 파악할 수 있게 된다. 이에 따라서 시민은 단순히 정보객체로 떨어져서 공적 의사형성과정에 자유로이 참여하지 못하게 되고, 민주적 의견형성 또한 어려워지거나 왜곡될 수도 있다.

이러한 관점에서 정보사회에서 개인정보의 보호, 개인의 정보자기결정권을 통한 사생활보호의 강화가 요구되는 것이다. 여기서 정보자기결정권이란 개인관련 정보의 사용과 공개에 대하여 원칙적으로 개인 스스로 결정할 권리이다.<sup>11)</sup> 이러한 권리는 개인관련정보의 공개와 이용에 대하여 결정할 개인의 권한을 보호하

---

9) 이에 관하여는 전자감시사회, 한국전자통신연구소 편집부 저, 『전자감시사회』, 한국전자통신연구소, 1994, 35면 이하 ; 리차드 스피넬로, 이태건 역, 『사이버윤리』, 인간사랑, 2001, 213면 이하 참조.

10) 이에 관하여는 김일환, “전자정부구축에 따른 행정정보 공동이용의 방식과 유형에 관한 고찰”, 『성균관법학』 제19권 제1호, 20077, 1면 이하 참조.

11) 이에 관하여 자세한 것은 김일환, “정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구”, 『공법연구』 제29집 제3호, 2001, 87면 이하 ; 권건보, 『개인정보보호와 자기정보통제권』, 경인문화사, 2005 참조.

기 때문에 누가, 무엇을, 언제 그리고 어떠한 경우에 자기에 관하여 아는지를 시민들이 더 이상 알 수 없는 사회질서 및 이를 가능하게 하는 법질서는 정보자기 결정권과 조화되지 못한다.<sup>12)</sup> 또한 정보사회에서 보호되어야 할 개인정보란 구체적인 사람에 관한 정보를 포함할 뿐만 아니라, 명확히 한 사람에게 귀속시킬 수는 없으나, 다른 정보들의 도움을 받아서 그 동일성을 확인할 수 있는 모든 개개정보들 또한 포함한다. 예를 들어 단지 개인이름만 생략한 경우(형식적 익명정보)에 다른 정보를 통하여 한 개인을 여전히 확인할 수 있다면 이러한 정보는 누구에 관한 정보인지를 전혀 알 수 없게 만든 익명정보가 아니다.

## 2. 개인정보의 일상적 침해 및 개인정보 취급자들의 인식제고

우리나라의 경우에는 정보화 사회에 부응하는 시민의식의 부족으로 인터넷의 이용을 무법지대로 생각하는 경향이 있으며 특히 재산권이 아닌 인격권의 보호에는 무감각한 경향이 농후하다. 개인정보의 수집은 많은 부분이 인터넷을 통하여 이루어지고 인터넷을 통한 정보의 수집은 인터넷 이용자들이 방문하는 각종 웹사이트에서 이루어진다. 개인정보의 노출은 영리회사, 공공기관, 비영리단체의 웹사이트, 개인홈페이지 등을 망라하여 이루어지고 있다. 2008년 4월 있었던 국민건강보험공단의 개인정보 72만 건 유출사건은 사생활침해의 심각성을 잘 보여준다. 2002년 이후 전 현직 노무현, 이명박 대통령 등 유명정치인들과 인기 연예인 등의 개인정보 1만 2000여건이 불법 열람되고 1800여건이 유출된 것은 놀라운 일이다. 이러한 사건은 개인정보의 수집·이용에 대한 개인정보 취급자들의 윤리의식과 일반 네티즌들의 개인정보에 대한 인식제고가 절실히 나타내주고 있다. 이처럼 개인정보 침해에 따른 침해에 따른 피해가 급증함에 따라 이에 대한 대

---

12) “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.”(2005.05.26. 2004헌마190)

처가 필요하게 되었다.

오늘날 정보화 사회에서 정보처리기술의 발전은 우리 생활에 많은 편리를 가져 오지만, 동시에 “정보의 지배가 곧 힘이며 자유의 조건”이 되는 사회현실이 되고 있다. 이러한 현상은 사적인 자유영역에서 새로운 규범적 문제들을 야기한다.<sup>13)</sup> 인터넷과 컴퓨터라는 정보통신기술을 이용하면 어느 누구라도 전국적 때로는 전 지구적 규모로 단시간 내에 다른 개인의 프라이버시를 침해할 수도 있으며, 대량의 개인정보를 손쉽게 유통하는 것도 가능하다. 사회적 우려에 힘입어 규범적 숙고 없이 막연히 강력한 보호가 필요한 것으로 인식된 개인정보는 역설적으로 우리의 평범한 일상에서 쉽게 그리고 거대한 규모로 침해된다. 한국인터넷진흥원(KIST)<sup>14)</sup>이 매년 발표하는 “정보보호 실태조사”에 따르면 연간 우리나라 국민 10명 중 약 2~3명이 개인정보침해를 경험한 것으로 조사되었다.<sup>15)</sup> 2008년 옥션, GS 칼텍스 등의 업자로부터 각각 1,000만 명 이상의 이름, 주민번호 등이 대량으로 유출되는 사고<sup>16)</sup>에 이어서 2010년 초에도 신세계몰, 아이리브스쿨 등 25개 업체에서 총 2,000만 건의 대규모 개인정보가 유출되는 사건이 발생했다.<sup>17)</sup>

전 국민이 약 5천만 명 임에도 천만 건 단위의 침해가 계속적으로 발생하고 있는 현실은 개개의 정보주체마다 지속적으로 반복된 침해가 발생하고 있음을 의

---

13) 배종대·김일수·이상돈, “정보화사회에 대비한 형사법적 대응”, 「비교형사법연구」 제3권 제2호, 한국비교형사법학회, 2001, 31면.

14) 2009년 7월 한국정보보호진흥원으로 개편되었다.

15) 『2008 정보보호 실태조사 - 개인편』, 한국정보보호진흥원, 2008, 124면  
이하. 2009년에는 23.4%로 약간 비율이 내려간 것으로 조사되었다. 『2009 정보보호 실태조사 - 개인편』, 한국인터넷진흥원, 2009, 122면.

16) “정유사는 개인정보 보호 의무가 명시된 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률의 적용을 받지 않기 때문에 관리책임을 물어 처벌할 근거가 없다”며 GS칼텍스 법인과 개인정보 관리 책임자들이 불기소되었다. 경향신문 2009년 1월30일자, “고객 정보유출 GS칼텍스 관리 책임자 2명 무혐의 처분” 참조. 이후 정유사를 동 법률의 적용 대상에 포함하는 법 개정이 이루어졌다.

17) 정보유출사례에 대해서는 보안뉴스(<http://www.boannews.com/>) 2010년 4월21일자, “실효성 있는 개인정보보호법 조속히 마련돼야” 참조.

미하고 개인정보 침해는 거의 전 국민을 피해자로 만들면서 우리 삶 속에서 '일상적'으로 일어나고 있다고 해도 과언이 아닐 정도이다.

정보사회의 정보화 역기능 중에서 가장 심각한 부분이 개인정보의 오남용으로 인한 사생활 침해일 것이다. 정보통신기술의 발달과 더불어 디지털화된 개인정보 유출의 용이성, 개인정보의 재산가치의 증가 등으로 인하여 무분별하고 부주의한 개인정보의 수집 및 이용이 급증하고 있다. 개인정보의 오남용은 인격, 명예 그리고 사회활동 면에서 피해를 가져올 수 있을 뿐만 아니라 최근에는 범죄에 이용되는 겨우도 있다. 따라서 개인정보의 보호는 민주사회에 있어서 반드시 필요한 제도적 요소라 할 수 있다. 개인정보 오남용에 의한 피해유형을 보면, 우선 부주의하게 개인정보를 사용함으로써 특정 개인에 대한 잘못된 판단을 초래하여 사회·경제적 활동에 피해를 줄 수 있고, 틀린 정보 또는 특정 시점에 국한된 정보를 이용하여 특정인을 잘못 인식하도록 만들어서 명예를 실추시키고 사회적 신용을 잃게 만들 수도 있다. 또한 개인정보를 악의로 또는 자기 이익을 위하여 악용하거나 부정한 목적에 사용하여 개인의 명예를 훼손하거나, 사고·실수로 정보를 잘못 가공·변형함으로써 특정 개인의 사생활이 노출되어 불쾌·불편을 초래하거나 사회적 활동에 지장을 초래하여 심한 정신적 피해의 원인이 된다. 이러한 무분별한 개인정보의 오남용은 인터넷 및 전자상거래에 대한 신뢰를 저하시켜, 21세기 유망산업으로 각광받고 있는 인터넷 및 전자상거래 산업의 발전을 저해 시킬 우려가 있다. 오늘날 정보처리기술의 비약적인 발전으로 인하여 자신도 모르는 사이에 개인정보가 정당하지 못한 목적에 사용될 위협은 더욱 늘어나고 있다.

### 3. 강력한 처벌규정과 개인정보보호 실패

일상적으로 발생하는 개인정보침해에 대한 직·간접적인 경험과 이에 대한 언론 보도로 인해 부풀려진 막연한 두려움은 정치적 맞대응과 맞물려 강력한 형벌을

무기로 하는 형사특별법들을 양산하고 있다. 예를 들어 주민등록번호의 도용은 주민등록법<sup>18)</sup> 제37조 10호에 의해 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금형에 처한다. 특히 사적 영역에서 발생하는 개인정보침해행위에 대한 대표적인 법이라고 할 수 있는 「정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제71조는 정보통신서비스제공자나 개인정보 취급자가 동의 없이 개인정보를 수집, 이용, 훼손, 누설한 경우를 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금형으로 벌한다. 또한 누구라도 타인의 정보를 훼손하거나 비밀을 침해, 도용 누설하는 경우 역시 같은 처벌을 받는다. 이 구성요건이 적용되는 구체적인 경우를 생각해 보면 의문이 생긴다. 현행 개인정보보호법률이 상당히 높은 법정형을 무기로한 처벌규정을 갖고 있음에도 불구하고 개인정보를 적절히 보호하는데 지속적으로 실패함을 의미한다.

---

18) 주민등록번호제도의 법적 문제점에 대해서는 권건보, 전계서 참조.

## 제2절 헌법상 개인정보보호관련 규범의 체계적 지위

### I. 개인정보의 개념과 범위

개인정보란 구체적인 사람에 관한 정보를 포함할 뿐만 아니라, 명확히 한 사람에게 귀속시킬 수는 없으나, 다른 정보들의 도움을 받아서 그 동일성을 확인할 수 있는 모든 개개 정보들 또한 포함한다.<sup>19)</sup> 예를 들어 단지 개인이름만 생략한 경우(형식적 익명정보)에 다른 정보를 통하여 한 개인을 여전히 확인할 수 있다면 이러한 정보는 누구에 관한 정보인지를 전혀 알 수 없게 만든 익명정보가 아니다.<sup>20)</sup>

여기서 구체화될 수 있는 개인정보와 익명정보간 구별이 쉽지 않다는 것을 알 수 있다. 왜냐하면 어떤 하나의 개인정보를 익명화하더라도 다른 정보의 도움을 받아서 그 개인이 확인될 수 있다면 이러한 과정을 거쳐서 어떤 개인에 관한 정보인지를 구체화할 수 있기 때문이다. 이에 따라서 독일의 연방헌법법원은 “헌법으로부터 오로지 정보의 사실상 익명화가 요구된다면 이는 정보수령인이나 제3자가 얻고자 하는 정보가치와 관계에서受忍할 수 없는 정도로 커다란 시간, 돈, 작업과 그 외 다른 인력을 쓰는 비용 하에서만 재식별할 수 있는 경우로 이해된다.”<sup>21)</sup>고 결정하였다. 그렇다면 한 개인이 밝혀질지도 모르는 구체화위험성이 조직적이고 기술적인 보호조치를 통하여 광범위하게 줄어들어서 위에서 언급한 요인들의 고려 하에서 재식별위험이 관련자에게 기대되어질 수 있는 개인화될 수 있는(개인과 관련될 수 있는) 정보가 “사실상 익명화된 정보”이다. 개인화될 수 있는 정보와 사실상 익명화된 정보사이의 한계는 따라서 유동적이고 예를 들어 얻고자 하는 정보의 가치 및 수신인 또는 잠재적 침입자의 처분 하에 있는 자원

---

19) BVerfGE 67, 100/144 ; BVerfGE 77, 1/46.

20) Johann Bizer, *Forschungsfreiheit und Informationelle Selbstbestimmung*, Nomos, 1992, 151면.

21) BVerfG NJW 1987, 2805/2807 ; NJW 1988, 962/963.

을 고려하여서 개개 경우에 구체화될 수 있는 것이다. 그렇다면 충분한 익명화가 되었는지를 평가할 수 있는 그러한 기준들은 무수히 많으며 완결된 것이 아니다. 예를 들어 이에 관한 판단기준으로는 정보의 형식적인 익명화, 정보처리기관과 다른 기관간 분리, 조직적 삭제 등이 이에 속하고<sup>22)</sup> 또한 사실상 익명화된 정보의 전달시 역익명화에 대한 효과적 예방조치가 행해져야 한다.<sup>23)</sup> 또한 재식별위험성을 줄이기 위하여 “사실상 익명화개념”은 예를 들어 개인정보의 분리조치와 결합되어야만 한다. 그리고 정보를 처리하는 기관의 내부에서 사실상 익명화는 이용목적이 도달된 후에 조사되고 처리된 정보를 삭제하라는 명령을 바꾸지 못 한다. 결국 그렇기 때문에 사실상 익명화된 정보는 언제나 개인관련성의 테두리 내에서 움직인다. 다시 말하자면 이는 단지 저장기관으로부터 뿐만이 아니라 또한 수신인 또는 잠재적 칩입자에 달려있는 달라진 환경 하에서 사실상 익명화된 정보는 언제든지 다시 개인관련정보가 될 수 있다는 것을 뜻한다. 따라서 입법자는 필요한 보호조치를 명령하는 법규정에서 정보처리기관이 추가적인 조직적이고 기술적인 예방조치를 취하도록 의무화함으로써 재식별위험을 줄이는 소위 사실상 익명화된 정보처리를 확보해야만 한다.

이와 관련하여 개인정보를 여러 가지 기준과 원칙에 의하여 분류하려는 시도들이 행해지고 있다. 그리고 개인정보의 이러한 분류는 개인정보의 취급 및 법적 평가 그리고 이에 관한 입법체계와 연결된다.<sup>24)</sup> 그렇다면 개인정보를 관리주체별로, 성격별로, 내용별로, 정보주체별로 분류하는 것이 가능하다.<sup>25)</sup> 이중 성격별 분류에 따르면 개인정보는 민감한 정보와 그렇지 않은 정보로 구분할 수도 있다.

---

22) Johann Bizer, 전계서, 154면.

23) BVerfGE 65, 1/49.

24) 권현영, “전자정부시대 개인정보보호법제의 쟁점”, 「정보화정책」 제11권 제3호, 2004, 62면.

25) 개인정보의 다양한 분류에 관하여는 권현영, 전계논문, 62면 이하 ; 정영화, “사이버스페이스와 프라이버시권”, 「현법학연구」 제6권 제3호, 2000, 22면 이하, 김연수, 전계서, 31면 이하 ; 김성언, 『개인정보침해에 관한 조사연구』, 한국형 사정책연구원, 2001, 59면 이하 참조.

그런데 개인관련정보의 모든 처리나 이용이 기본권의 제한이기에 법률상 근거를 필요로 한다는 주장은 잘못되었다고 언급되기도 한다.<sup>26)</sup> 그러나 이러한 견해는 기본권의 보호범위와 이에 관한 기본권제한의 정당화를 구분해야 한다는 것을 혼동한 것이다. 강한 제한과 약한 제한간 구별은 기본권의 보호범위에서 결정되는 것이 아니라, 이러한 기본권제한이 정당화될 수 있는가 하는 부분에 속하는 문제이다. 따라서 정보사회에서 ‘모든’ 개인정보가 그 수집에서부터 삭제될 때까지 일관되게 보호되어야 한다. 그런데 이렇게 국가에 의한 수집과 처리로부터 모든 개인정보가 보호된다는 전제하에서, 한 걸음 더 나아가 해당 개인정보의 내용과 성격에 따라서 그 보호의 정도와 강도를 달리 할 수 있는지가 논란이 된다. 왜냐하면 정보주체가 인지하는 개인정보의 민감도에 따라 보호에 관한 기대 수준은 달라질 수 있기 때문이다. 위에서 설명한 것처럼 개인정보란 보통 확인할 수 있는 개인에 관한 정보를 뜻한다. 그렇다면 어떤 정보를 민감하다든지, 기록 되어서는 안 된다든지 또는 특별한 보호를 받아야만 하는 개인정보로 분류할 필요성이 있는가를 살펴보아야만 한다.

일반적으로 개인정보란 “개인의 정신, 신체, 재산, 사회적 지위, 신분 등에 관한 사실, 판단 평가를 나타내는 개인에 관한 정보 및 당해 정보에 포함되어 있는 성명, 주민등록번호 등의 사항에 의하여 개인을 식별 할 수 있는 정보”를 말한다. 2011년 제정된 개인정보보호법상 “개인정보”란 살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)를 말한다. 그리고 개인정보의 주체는 자연인(自然人)이고 법인(法人)이나 단체에 관한 정보는 해당되지 않으며, 살아있는 개인에 관한 정보를 보호대상으로 한다. 또한 개인정보는 특정한 개인을 다른 사람과 구분하여 알

---

26) Rupert Scholz / Rainer Pitschas, *Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung*, Duncker & Humblot 1984, 83면 ; Klaus Vogelgesang, 전개서, 148면 이하.

아볼 수 있도록 하는 정보, 즉 ‘식별가능성’이 있는 정보를 말한다. 여기서 ‘식별 가능성’은 주민등록번호 등 그 자체로 특정 개인을 지칭할 수 있는 정보뿐 아니라 가능한 수단을 활용하여 특정인을 다른 사람과 구분하기에 충분한 상태에 있다면 개인정보에 해당된다고 볼 수 있다.

미국캘리포니아 주법에서는 개인정보를 “개인의 이름, 주민등록번호, 신체 외형 기록, 주소, 전화번호, 교육정도, 재정상태, 의료기록 및 고용기록 등을 포함하나, 이에 한정되지 아니하고 개인을 식별하거나 모사하는 것으로서 기관에 의하여 보관되는 정보”라고 정의하고 있으며 경제협력개발기구(OECD)이 사회의 권고안으로는 1980년 9월 23일 채택된 「프라이버시 보호와 개인정보의 국가 간 유통에 관한 가이드라인(Guideline on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data)」은 개인정보에 관해서 ‘식별되거나 식별할 수 있는 개인(정보주체)에 관한 모든 정보라고 정의하고 있다. 또한 유럽연합개인정보보호지침에서는 신체, 정신, 심리, 경제, 문화, 사회적 특성의 요소에 의하여 직접 또는 간접적으로 식별되는 자연인에 관한 정보를 개인정보로 정의한다(유럽연합개인정보보호지침 제2조(a)). 영국의 데이터보호법에서는 자연인의 신원을 식별할 수 있는 당해 데이터와 데이터관리자가 보유하거나 장차 관리할 가능성이 높은 기타 데이터나 정보 및 당해 개인에 관한 표현 및 데이터관리자의 모든 지시사항, 그리고 해당개인과 관계되는 모든 타인의 견해도 포함한다(Data Protection Act 제1조 제1항). 프랑스의 국가정보처리자유법에서는 기명이나 무기명의 형식에 관계 없이 직접 또는 간접으로 자연인의 신원을 식별하거나 확인할 수 있는 개인 또는 법인이 처리하는 정보를 말한다(제3조). 독일의 개인정보보호에 관한 연방법률(Bundesdatenschutzgesetz)은 개인관련데이터(PersonenbezogenDaten)에 대하여 자연인의 신원을 식별하거나 또는 식별할 수 있는 정보주체에 관한 인적 및 물적 환경에 관한 일체의 정보를 말한다(제3조 제1항). 벨기에의 개인정보보호법도 자연인을 식별하거나 또는 식별할 수 있는 일체의 정보를 말한다(제3조).

이처럼 개인정보에 대한 정의는 약간의 표현의 차이가 있을 뿐 개인정보에 관

해서 정보의 구체적 내용을 불문하고 개인을 식별할 수 있는 모든 유형의 정보라고 보는 점에서 대체로 견해가 일치한다고 볼 수 있다.<sup>27)</sup> 곧 개인정보는 고정되어 있는 것이 아니라 사회변화와 함께 변화하는 개념이며, 개인정보의 범위 유형들은 정확히 고정되어 있지는 못하다.

## II. 헌법상 개인정보자기결정권의 의의와 내용

### 1. 지식정보사회에서 개인정보자기결정권을 통한 사생활보호의 강화필요성

과거에 국가는 자신이 독점하고 있는 물리적 폭력을 행사하거나 행사할 수 있다는 가능성을 통하여 국가권력을 효율적으로 행사할 수 있었다. 그러나 오늘날 국가는 이러한 물리적 폭력 대신에 급부제공 및 정보조사와 처리라는 새로운 수단들을 더 애용하고 있다. 바로 그러하기 때문에 정보통신기술의 위험성이 존재하는 것이다.<sup>28)</sup> 이러한 위험성을 진지하게 논의하는 이유는 과거나 지금처럼 앞으로도 민주법치국가의 존립근거인 개인의 존엄성과 자율을 보호하기 위해서이다. 이제 중요한 것은 두려움의 대상인 정보처리를 가능한 한 투명화함으로써 기술적 발전에 관하여 판단하고 예측함으로써 개인의 존엄성과 자율을 계속해서 보호해야만 한다는 것이다. 이에 대응하기 위하여 정보사회에서 사생활보호가 개인정보자기결정권이라는 것으로 새롭게 강화되어 나타나고 있는 것이다.<sup>29)</sup>

---

27) “개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 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.”(2005. 7. 21. 2003헌마282 · 425(병합) 전원재판부)

28) 이에 관하여는 김일환, “전자정부구축에 따른 행정정보 공동이용의 방식과 유형에 관한 고찰”, 「성균관법학」 제19권 제1호, 2007, 1면 이하 참조.

29) 이는 이러한 개인정보자기결정권을 통하여 국가나 사회의 기술적, 법적 변화가 개인의 인간존엄 및 가치에 바탕을 두고 행해져야만 한다는 것을 뜻한다.

## 2. 개인정보자기결정권의 헌법상 의의

그동안 헌법재판소는 헌법상 보장된 사생활자유에 관하여 나름대로 언급하고, 개인정보자기결정권의 헌법상 근거나 그 내용 등에 관하여 구체적으로 설명하고 있지는 않았으나 최근에 개인정보자기결정권에 관한 판례들을 내놓고 있다. 이러한 판례들에서 헌법재판소는 “개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리”<sup>30)</sup>라고 하여 개인정보자기결정권의 보호범위를 제시하였다. 헌법재판소 결정에 따르면 개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 곧 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다.<sup>31)</sup> 따라서 개인정보자기결정권이란 개인관련정보의 사용과 공개에 대하여 원칙적으로 개인 스스로 결정할 권리이다. 결국 이러한 권리는 개인관련정보의 공개와 이용에 대하여 결정할 개인의 권한을 보호하기 때문에 누가, 무엇을, 언제 그리고 어떠한 경우에 자기에 관하여 아는지를 시민들이 더 이상 알 수 없는 사회질서 및 이를 가능하게 하는 법질서는 개인정보자기결정권과 조화되지 못한다.

## 3. 개인정보자기결정권의 헌법상 근거

개인정보자기결정권에 대한 명확하고 구체적인 설명과는 달리 헌법상의 근거에 대한 헌법재판소의 입장은 명확하지 않다. 먼저 헌법재판소는 주민등록 지문날인 제도사건<sup>32)</sup>에서 “개인정보자기결정권의 헌법상 근거로는 헌법 제17조의 사생활

---

30) 2005. 5. 26. 2004헌마190

31) 2005. 7. 21. 2003헌마282·425(병합) 전원재판부

32) 2005.5.26, 99헌마 513 등 판례집 17-1, 668면.

의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거를 둔 일반적 인격권 또는 위 조문들과 동시에 우리 헌법의 자유민주적 기본질서 규정 또는 국민주권원리와 민주주의원리 등을 고려할 수 있으나, 개인정보자기결정권으로 보호하려는 내용을 위 각 기본권들 및 헌법원리들 중 일부에 완전히 포섭시키는 것은 불가능하다고 할 것이므로, 그 헌법적 근거를 굳이 어느 한 두 개에 국한시키는 것은 바람직하지 않은 것으로 보이고, 오히려 개인정보자기결정권은 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권이라고 보아야 할 것이다.”고 하여 헌법 제37조 제1항의 ‘열거되지 아니한 권리’를 헌법상 근거조항으로 제시하였다.<sup>33)</sup>

---

33) 그러나 헌법재판소는 2007. 5. 31. 2005헌마1139 결정에서 “사람의 육체적·정신적 상태나 건강에 대한 정보, 성생활에 대한 정보와 같은 것은 인간의 존엄성이나 인격의 내적 핵심을 이루는 요소이다. 따라서 외부세계의 어떤 이해관계에 따라 그에 대한 정보를 수집하고 공표하는 것이 쉽게 허용되어서는 개인의 내밀한 인격과 자기정체성이 유지될 수 없다. ‘공직자등의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률’ 제8조 제1항 본문 가운데 ‘4급 이상의 공무원 본인의 질병명에 관한 부분’(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)에 의하여 그 공개가 강제되는 질병명은 내밀한 사적 영역에 근접하는 민감한 개인정보로서, 특별한 사정이 없는 한 타인의 지득(知得), 외부에 대한 공개로부터 차단되어 개인의 내밀한 영역 내에 유보되어야 하는 정보이다. 이러한 성격의 개인정보를 공개함으로써 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 국가적 조치는 엄격한 기준과 방법에 따라 섬세하게 행하여지지 않으면 아니 된다.”고 하면서 내밀한 사적 영역에 근접하는 민감한 개인정보의 공개는 개인정보자기결정권이 아닌 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유를 제한한다고 결정하여 개인정보보호에 관한 헌법상 근거조항을 구별하고 있다. 또한 헌법재판소는 2010. 9. 30. 2008헌바132 결정에서는 “개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리로서, 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장된다.”고 하면서 계속해서 “청구인이 그 침해를 주장하는 인격권, 사생활의 비밀보장권은 모두 개인정보자기결정권의 헌법적 근거로 거론되는 것들로서 그 보호영역이 개인정보자기결정권의 보호영역과 중첩되는 범위에서만 이 사건과 관련되므로, 특별한 사정이 없는 이상 개인정보자기결정권에 대한 침해 여부

그러나 헌법재판소는 2007. 5. 31. 2005헌마1139 결정에서 “사람의 육체적·정신적 상태나 건강에 대한 정보, 성생활에 대한 정보와 같은 것은 인간의 존엄성이나 인격의 내적 핵심을 이루는 요소이다. 따라서 외부세계의 어떤 이해관계에 따라 그에 대한 정보를 수집하고 공표하는 것이 쉽게 허용되어서는 개인의 내밀한 인격과 자기정체성이 유지될 수 없다. ‘공직자등의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률’ 제8조 제1항 본문 가운데 ‘4급 이상의 공무원 본인의 질병명에 관한 부분’(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)에 의하여 그 공개가 강제되는 질병명은 내밀한 사적 영역에 근접하는 민감한 개인정보로서, 특별한 사정이 없는 한 타인의 지득(知得), 외부에 대한 공개로부터 차단되어 개인의 내밀한 영역 내에 유보되어야 하는 정보이다. 이러한 성격의 개인정보를 공개함으로써 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 국가적 조치는 엄격한 기준과 방법에 따라 섬세하게 행하여야지 않으면 아니 된다.”고 하면서 내밀한 사적 영역에 근접하는 민감한 개인정보의 공개는 개인정보자기결정권이 아닌 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유를 제한한다고 결정하여 개인정보보호에 관한 헌법상 근거조항을 구별하고 있다.

그런데 헌법재판소는 2010. 9. 30. 2008헌바132 결정에서는 “개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리로서, 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장된다.”고 하면서 계속해서 “청구인이 그 침해를 주장하는 인격권, 사생활의 비밀보장권은 모두 개인정보자기결정권의 헌법적 근거로 거론되는 것들로서 그 보호영역이 개인정보자기결정권의 보호영역과 중첩되는 범위에서만 이 사건과 관련되므로, 특별한 사정이 없는 이상 개인정보자기결정권에 대한 침해 여부를 판단함으로써 위 기본권들의 침해 여부에 대한 판단이 함께 이루어지는 것으로 볼 수 있어 그 침해 여부를 별도로 다루지 아니한다.”고 하였다.<sup>34)</sup>

---

를 판단함으로써 위 기본권들의 침해 여부에 대한 판단이 함께 이루어지는 것으로 볼 수 있어 그 침해 여부를 별도로 다루지 아니한다.”고 하였다.

## 4. 개인정보자기결정권의 내용

### (1) 개인정보열람청구권(접근권)

누구든지 개인정보 보유기관(시스템 관리자 포함)에 대하여 자신에 관한 정보의 열람을 청구할 수 있고, 정보보유기관은 정당한 이유가 없는 한 열람을 허용하여야 한다. 자기정보열람청구권은 알 권리의 일환으로서 정보공개 청구권으로 보장되기도 한다. 개인정보가 문서 이외의 필름·자기테이프 등에 수록되어 있는 경우에는 정보 주체가 이해할 수 있는 형태로 사본을 작성하여 교부하여야 한다.<sup>35)</sup>

### (2) 개인정보 정정·보완·삭제 청구권

정보 주체는 자신에 관한 정보를 열람한 결과 정보내용에 오류가 있는 경우 이의 정정·보완·삭제를 요구할 수 있고, 정보보유기관은 그 부분을 정정·보완·삭제하여 그 정보 주체에게 그 사실을 통보하여야 한다. 정보 주체의 정정·보완·삭제가 이유 없다고 판단되는 경우에는 정보보유기관은 거부이유와 거부처분에 대한 이의신청의 방법을 통지하여야 한다. 개인정보의 정확성 여부에 대한 입증 책임은 그 입증의 곤란성을 고려할 때 정보보유기관에 귀속한다고 보아야 한다.

### (3) 이용정지청구권

개인정보관리자는 정보 주체로부터 자기의 개인정보에 대해서는 이용목적의 달

---

34) “인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정한 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장되는 개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다.”(2005. 7. 21. 2003헌마282 · 425(병합) 전원재판부)

35) 헌법재판소 1991.5.13 90헌마133

성에 필요한 범위를 벗어나서 이용하고 있는 경우, 위법 또는 부적정한 방법에 의해 취득된 것일 겨우, 제3자에게 제공되어 있는 경우의 이유로 이용정지 등의 요구가 있을 경우에 그 내용이 정당하다고 인정될 때에는 당해 개인정보의 이용정지 기타의 적절한 조치를 강구하여야 한다. 현대에 들어와서 개인정보에 대한 이용·제공의 범위가 확대되고 있으므로, 그에 대한 정보주체가 감시가 필요하여, 이용·제공이 부당할 경우 개인의 권익을 철저히 보호하기 위하여 인정할 필요가 있다.<sup>36)</sup>

## 5. 개인정보자기결정권의 제한 및 제한의 정당화요건

### (1) 개인정보자기결정권의 제한

원칙적으로 개인정보자기결정권은 헌법 제37조 제2항의 국가안전보장·질서유지·공공복리 등을 위하여 불가피한 경우에는 제한을 받게 된다. 그러나 국가를 통한 개인정보자기결정권의 제한이 법적 근거를 갖추었다 할지라도 이러한 제한이 비례성원칙<sup>37)</sup>과 규범명확성원칙 및 목적구속원칙을 준수해야만 그러한 기본권제한은 비로소 ‘합헌’이 될 수 있고, 그에 따라서 해당 개인은 자신의 기본권제

---

36) 황인호, “공공기관 개인정보보호법의 개정 방안 고찰”, 「중앙법학」 제5집 제3호, 중앙법학회, 2003, 99면.

37) “과잉금지의 원칙이라는 것은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서, 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서 ..... 위와 같은 요건이 충족될 때 국가의 입법작용에 비로소 정당성이 인정되고 그에 따라 국민의 수인(受忍)의무가 생겨나는 것으로서, 이러한 요구는 오늘날 법치국가의 원리에서 당연히 추출되는 확고한 원칙으로서 부동의 위치를 점하고 있으며, 헌법 제37조 제2항에서도 이러한 취지의 규정을 두고 있는 것이다.”(1990. 9. 3. 89헌가95) “비례의 원칙 혹은 과잉금지의 원칙은 국가작용의 한계를 명시하는 것인데 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성(보호하려는 공익이 침해되는 사익보다 더 커야 한다는 것으로서 그 어느 하나에라도 저촉되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙이다.”(1989. 12. 22. 88헌가13)

한을 받아들일 수 있게 된다.<sup>38)</sup>

## (2) 제한의 제한요건 (제한의 정당화 요건)

### 가. 비례성원칙

개인정보자기결정권의 제한은 비례의 원칙에 따르는 경우에만 허용된다고 할 것이다. 비례의 원칙은 국민의 기본권제한에 관한 한계설정을 위해 헌법으로부터 도출되어 적용되고 있는 일반원칙이다.<sup>39)</sup> 여기서 목적과 수단의 비례성이란 일정한 목적실현을 위해 투입된 국가권력과 시장원리의 수단은 그 목적을 달성하는데 적합한 것이어야 한다는 적합성의 원칙, 목적을 달성하는데 적합한 수단이 여러 가지의 경우 가장 기본권침해가 적은 수단을 사용해야 한다는 필요성의 원칙(최소침해의 원칙), 목적을 달성하는데 적합하고 최소 침해를 가져오는 수단일지라도 그 목적에 관계된 이익과 수단에 의해 침해되는 이익의 균형적인 것이어야 한다는 균형성의 원칙을 의미한다. 이와 관련하여 헌법재판소는 비례의 원칙을 과잉금지원칙이라고 하면서 그 요소로서 목적의 정당성, 방법의 적정성, 침해의 최소성, 법익의 균형성을 들고 있다.<sup>40)</sup>

### 나. 규범명확성의 원칙

다음으로 개인의 정보자기결정권을 제한하는 법적 근거는 법치국가원칙으로부

---

38) “개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동 일성을 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. 또한 그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다.”(2005. 5. 26. 99헌마513등, 공보 105, 666, 672)

39) 김철수, 전계서, 348~349면.

40) 현재 1989.12.22 88헌가13 결정 ; 현재 1992.12.24. 92헌가8 결정.

터 도출되는 ‘규범명확성’과 ‘구체성’원칙을 충족해야만 한다.<sup>41)</sup> 이것은 관련자가 어떤 구체적인 처리목적들을 위하여 자신의 정보가 필요한지를 명확하게 인식할 수 있어야만 한다는 것을 뜻한다.<sup>42)</sup> 따라서 법률의 규범명확성, 조직적이고 절차 법적인 예방책들, 관할기관들의 설명, 관련자의 포괄적인 설명청구권 등을 통하여 누가, 언제, 어디에서 어떤 경우에 자기에 관하여 아는지를 관련 시민이 알 수 있도록 보장되어야 한다. 결국 이러한 규범명확성원칙은 개인관련정보를 이용하는 목적이 범위 구체적이고 정확하게 법률상 규정될 것을 요구한다. 그래서 첫 번째로 정보자기결정권의 제한은 (헌법합치적인) 법률상 근거를 필요로 하는데 이러한 제한들은 그 전제조건들과 제한범위가 명확하며, 이를 시민들이 인식할 수 있어야 한다는 법치국가원칙에서 나오는 규범명확성원칙을 따라야만 한다. 두 번째로 개인정보를 강제로 대답하도록 하기 위해서는 입법자가 이러한 정보의 이용목적을 범위 구체적이고 정확하게 규정하고 이를 정보가 법률에 규정된 목적을 위하여 필요하고 적합하다는 것을 전제로 해야만 한다.<sup>43)</sup>

---

41) Philip Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, J. C. B. Mohr, 1986, 200면 이하.

42) “법치국가원리의 한 표현인 명확성의 원칙은 기본적으로 모든 기본권제한입법에 대하여 요구된다. 규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수범자가 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이고, 또한 법집행 당국에 의한 자의적 집행을 가능하게 할 것이기 때문이다(1990. 4. 2. 89헌가113) ; “법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있다. 따라서 법률은 국민의 신뢰를 보호하고 법적 안정성을 확보하기 위하여 되도록 명확한 용어로 규정하여야 하는 것이다. 특히 법률이 형별법규인 때에는 더욱 그러하다. 왜냐하면 법률이 규정한 용어나 기준이 불명확하여 그 적용대상자가 누구인지 어떠한 행위가 금지되는지의 여부를 보통의 지성을 갖춘 사람이 보통의 이해력과 관행에 따라 판단할 수 없는 경우에도 처벌된다면, 그 적용대상자에게 가혹하고 불공정한 것일 뿐만 아니라, 결과적으로 어떠한 행위가 범죄로 되어야 하는가를 결정하는 입법권을 법관에게 위임하는 것으로 되기 때문에 권리분립의 원칙에도 반하는 것으로 되기 때문이다.”(1992. 4. 28. 90헌바27등)

#### 다. 목적구속의 원칙

다음으로 컴퓨터의 엄청난 저장가능성과 처리능력을 통하여 시민의 완전한 파악과 기록화로 이끌 수 있는 오늘날 정보기술의 위험성을 우리가 파악한다면 개인관련정보의 목적구속적인 사용과 전달을 보장하는 것만이 이러한 위험의 실현을 막을 수 있다.<sup>44)</sup> 정확한 목적결정 및 목적구체적인 개인관련정보의 이용 및 전달을 통하여 개인정보의 침해위험에 효과적으로 대처할 수 있다. 여기서 우선 정확한 목적설정 및 조사된 개인관련정보의 범위 내에 있도록 유지시키는 목적구속원칙이 모든 합법적 정보처리과정을 위하여 중요한 기준으로 작용하는 원칙이다.<sup>45)</sup> 따라서 정보처리의 합법성을 확정지을 수 있기 위해서는 먼저 어떤 목적을 위하여 개인정보가 조사되는 지에 대한 인식을 필요로 한다. 왜냐하면 개인정보가 처리되어도 되는지 여부는 정보처리목적과 정보조사목적이 동일한가 하는 판단에 달려있다.<sup>46)</sup> 따라서 충분할 정도로 정확하지 않은 그러한 목적을 위해서는 어떤 개인관련정보도 조사, 수집되어서는 안 된다. 목적구속원칙이란 원래 정보조사를 통하여 수집된 개인정보들이 법률상 규정된 목적을 위하여 집행된다는

---

43) 결국 이와 같은 설명을 통하여 국가의 정보처리와 이용에 대하여 규범명확성원칙이 강조되는 이유를 요약하면 다음과 같다 : ① 정보자기결정권이 제한되는 관련자에게 법규정 자체에 이용목적의 구체화를 명령하는 바로 규범명확성과 구체성원칙을 통하여 관련자의 동의없이 어떤 목적으로 본인에 관한 정보가 처리되어도 되는지가 투명해진다. ② 입법자가 범위구체적으로 정보이용목적을 규정함으로써 입법자는 법의 목적과 이 법규정을 적용하는 행정의 활동영역을 결정한다. ③ 범위구체적인 규정과 목적구속원칙에 입법자가 구속됨으로써 입법자는 그 내용, 목적, 정도에 따라 법규정을 충분히 구체화해야만 한다. ④ 정보자기결정권의 제한목적이 확정되고 정보이용목적이 인식되는 경우에만 기본권제한에 관한 비례성심사가 비로소 가능해진다.

44) Bernhard Hoffmann, *Zweckbindung als Kernpunkt eines prozeduralen Datenschutzansatzes*, Nomos, 1991, 21면.

45) Bernhard Hoffmann, 전계서, 26면

46) Bernhard Hoffmann, 전계서, 110면.

것을 보장하기 위한 것이다. 따라서 정확한 목적결정은 목적구속을 위한 필요한 전제조건으로서 제시된다. 정확한 목적없는 목적구속이란 공허한 것이다.<sup>47)</sup> 이렇게 요구되는 정보처리의 목적구속은 한편으로는 처리목표를 확정하고 다른 한편으로는 처리범위를 한정한다. 이에 따라서 처음부터 명확하게 개념을 정의할 수 있는 목적을 위하여 필요한 최소한의 정보처리만이 허용된다. 이러한 목적구속원칙은 원래 비례성원칙으로부터 파생된다.<sup>48)</sup> 따라서 이미 법률상 결정된 목적을 위해서만 개인정보는 이용되어도 되며, 목적과는 다른 정보이용 및 처리는 매우 제한된 범위 내에서만 인정되고 법률상 근거를 필요로 하는 ‘새로운’ 기본권제한이다.<sup>49)</sup> 결국 이는 목적구속원칙을 보장하기 위하여 국가기관간 정보전달과 이용에 관한 엄격한 대비책을 필요로 한다는 것을 뜻한다.<sup>50)</sup>

---

47) Bernhard Hoffmann, 전계서, 127면.

48) Philip Kunig, 전계서, 195면 이하 참조.

49) Spiros Simitis, Von der Amtshilfe zur Informationshilfe, NJW 1986, 2796면.

50) 이에 관한 독일판례로는 BVerfGE 65, 1/46.

## 제3절 국제기구와 각국의 개인정보 보호에 관한 법제 분석

### I. 국제기구의 개인정보 보호

개인정보보호의 문제가 국제적으로 논의되기 시작한 시기는 불과 20여년 전이다. 1970년대 선진국에서는 컴퓨터의 보급과 개인정보의 자동처리기술의 발달로 인해 프라이버시에 대한 관심과 우려가 증대하였고, 이에 대한 대처방안을 입법·정책적으로 모색하기 위한 활발한 논의가 이루어지기 시작하였다. 이와 같은 개인정보보호를 위한 개별 국가차원의 논의는 1980년대 들어 OECD(경제개발협력기구)와 국제연합(UN), 유럽연합(EU)에서의 개인정보보호에 관한 국제규범의 정립으로 이어지게 되었다.

#### 1. OECD 프라이버시가이드라인

회원국의 경제발전과 경제정책의 조정을 목적으로 조직된 OECD(Organization for Economic Cooperation and Development)는 1970년대 중반 이후 컴퓨터의 발달에 따른 사회적 영향에 대해 관심을 가지기 시작하여 여러 국제기구 가운데 가장 폭넓고 심도있게 개인정보보호에 관하여 논의해 왔다.<sup>51)</sup> 이런 관심의 결과로 OECD는 1980년에 이사회 권고의 형식으로 ‘사생활의 보호와 개인정보의 국제적 유통에 관한 지침’을 공표·채택하였으며 같은 해 9월 23일부터 회원국들에게 적용되어 오고 있다. 그 후 이 지침은 개인정보의 취급과 프라이버시의 보호에 관한 세계적인 지침이 되었고, 지금도 각 국의 개인정보보호법률에 중요한 영향을 미치고 있다.

OECD프라이버시가이드라인은 각 국가별로 제정·논의되고 있는 개별적이고 상이한 프라이버시보호법을 조화시킴으로써 국가간 정보의 자유로운 이동을 활성

---

51) 오병길, 『전자거래법』, 법문사, 1999, 74면.

화하고 프라이버시의 침해를 방지하는데 그 목적을 가지고 있다. 동 지침은 회원국에 강제적으로 적용되는 규범이 아닌 일종의 기준을 제공하는 의미이기 때문에 동 지침을 어떻게 이행할 것인지는 전적으로 각 회원국에 일임되어 있다.

동 지침은 개인정보의 보호를 위하여 국내법이 준수해야 할 최소한의 원칙으로서 ① 수집제한의 원칙(Collection Limitation Principle), ② 정보 정확성 확보의 원칙(Data Quality Principle), ③ 목적명확화의 원칙(Purpose Specification Principle), ④ 이용제한의 원칙(Use Limitation), ⑤ 안전성확보의 원칙(Security Safeguards Principle), ⑥ 공개의 원칙(Openness Principle), ⑦ 개인참여의 원칙(Individual Participation Principle) ⑧ 책임의 원칙(Accountability Principle)과 같이 8원칙을 제시하고 있다<sup>52)</sup>.

## 2. 유럽연합(EU)

유럽연합(EU)은 전자거래·인터넷을 포함한 경제·행정 및 모든 영역에서의 안정된 개인정보의 모집·이용·이전을 보장하기 위하여 1995년 10월에 EU의회와 이사회가 공동으로 ‘개인데이터의 처리와 자유로운 유통에 관한 개인정보지침(Directive on Personal Data and Free Movement of such Data)’을 채택하였다.

동 지침은 EU회원국 시민들의 기본권과 자유를 보호하고 개인정보처리와 관련된 개인의 프라이버시를 보호하기 위한 일반적인 개인정보보호지침이다. EU지침은 총 72개의 원칙과 7장 34개 조문으로 구성되어 있고, 동 지침은 OECD가이드라인과 달리 기본적으로 자동화 수단에 의한 개인정보의 처리에 적용되고 더 나아가 개인정보가 자동화 수단이 아닌 파일링시스템(filing system)의 일부를 구성하거나 그러한 의도로 처리되는 경우에도 적용된다.

---

52) 장영민, “정보통신망발전에 따른 개인정보보호”, 형사정책연구 제7권 제2호, 1996, 9~10면 ; 이경호, “정보화사회에 있어서 프라이버시권의 보호-개인정보처리에 관한 프라이버시권의 법적 보호를 중심으로”, 동국대학교대학원 박사학위논문, 1986.

EU지침의 적용을 받는 지역은 유럽연합에 가맹하고 있는 국가<sup>53)</sup>는 물론, 유럽 경제지역<sup>54)</sup>에 대해서도 적용되는 한편, 비적용 범위는 중앙 및 동유럽 각국이다. 따라서 유럽연합 지침의 적용을 받지 않는 나라는 유럽연합에 가맹하지 않는 한 본 지침이 말하는 제3국이 된다.

EU지침에서 가장 두드러진 특징은 바로 독립적인 개인정보보호기구의 설립을 통한 개인정보처리의 관리·감독 및 개인정보의 제3국으로의 이전에 대한 엄격한 제한이다. EU지침은 개인정보처리자로 하여금 회원국 내 독립적인 개인정보보호 기구에 개인정보 처리행위에 대해 고지토록 하고 있는데 이는 개인정보보호기구가 고지받은 개인정보처리행위가 정보주체의 권리와 자유에 위협이 될 수 있는지 여부를 사전 심사할 수 있도록 하기 위함이다. 또한 EU지침은 공공부문과 민간부문의 구별을 하지 않고 있는 것이다.

### 3 . UN 가이드라인

국제연합은 1990년 12월 4일 총회 결의로 '컴퓨터화 된 개인정보 파일의 규율에 관한 가이드라인(Guidelines for the regulation of Computerized personal Data Files)을 채택하여 공포하였다. 이 가이드라인은 1980년의 OECD 가이드라인과 비슷한 내용의 원칙들을 제시하고 있는데 ① 합법성과 공정성의 원칙(Principle of Lawfulness and Fairness) ② 정확성의 원칙(Principle of Accuracy) ③ 목적구체성의 원칙(Principle of Purpose-specification) ④ 정보주체 접근의 원칙(Principle of Interested-person Access) ⑤ 비차별 원칙(Principle of Non-discrimination) ⑥ 보안의 원칙(Principle of Security) ⑦ 예외 인정권(Rower to make exception) ⑧ 감독과 제재(Supervision and Santions) ⑨ 국제적 정보유통(Transboarder Data Flows) ⑩ 적용 범위(Field of Application) 이다.

---

53) 벨기에, 프랑스, 독일, 이탈리아, 룩셈부르크, 네덜란드, 영국, 아일랜드, 덴마크, 그리스, 포르투갈, 스페인, 오스트리아, 페란드, 스웨덴.

54) 아이슬란드, 리키텐슈타인, 노르웨이.

이 원칙들은 모든 공적 및 사적 기관들에 적용되어야 하고, 컴퓨터 파일 뿐만 아니라 수작업 파일도 그 적용 대상에 포함된다.

## II. 각국의 개인정보 보호에 관한 입법례

### 1. 미국

#### (1) 기본원칙

미국은 각 부문별로 개인정보 또는 프라이버시와 관련한 법률을 제정하여 시행하고 있다. 이러한 제정법은 헌법이나 판례법에서 보장하는 권리보호를 해당 부분에서 더욱 명확하게 규정함으로써 프라이버시 원칙을 확립하고 있다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다.<sup>55)</sup> 판례법 국가인 미국은 프라이버시권도 법원에서 보통법상 권리로 인정하여 왔기 때문에 대륙법계 국가인 프랑스, 독일 등 다른 유럽 국가들과는 달리 포괄적이고 체계를 가지고 있지 않다. 입법체계상으로 포괄적인 개인정보보호법을 가지고 있는 않은 점 외에도 미국은 개인정보에 대한 접근방법에 있어서도 다른 유럽 국가들과는 달리 경제적·기술적 측면에서 바라보는 경향이 있다. 이는 특히 민간부문에서 두드러지는데, 그 이유는 사적 자치의 원칙을 중시하여 정부의 간섭을 최소화한 자유로운 시장경제질서의 유지를 중시하는 경제적 관점을 가지고 있기 때문이다. 따라서 민간부문에 대해서는 특별히 규제할 필요성이 인정되는 경우에만 법률을 제정할 뿐, 원칙적으로 업계가 자율적으로 개인정보보호를 위한 제도를 마련하도록 유도하는 것이 정부가 담당할 부분으로 여기고 있다. ‘자율규제’라 부르는 이러한 접근방식은 개인정보를 인권의 하나로 인정하여 국가가 적극 관여하여 보호하여야 한다고 보는 유럽의 입장과는 다른 태도이다.<sup>56)</sup> 미국은 기본법이 부재한 상황이기 때문에 사회적 변화나 기술

---

55) 김경신, “외국의 개인정보법제 비교를 통한 신용정보법 개정방향”, 「법제현안」 통권 제216호, 국회법제실, 2007, 6면.

56) 이창범·이주연, “각국의 개인정보피해구제제도 비교연구”, 「개인정보연구」 제2

발달에 맞춰 공공·통신·금융·온라인 등 각 영역별로 많은 개인정보 관련 법률을 마련해 두고 있다.

## (2) 현황

미국은 각 영역별 개인정보 또는 프라이버시 관련 법률을 제정하여 시행하고 있다. 이러한 제정법은 헌법이나 판례법에서 보장하는 권리보호를 해당 영역에서 더욱 명확하게 규정하여 확고히 할 수 있다는 점에서 의미가 있다.

<표 2-1> 미국의 개인정보관련 법제 현황

구분	개인정보 관련법
공공부분	<ul style="list-style-type: none"><li>· 프라이버시법(Privacy Act, 1974)</li><li>· 정보공개법(Freedom of Information Act.1974)</li><li>· 프라이버시보호법(Privacy Protection Act. 1980)</li><li>· 컴퓨터에의한정보조합과프라이버시보호에관한법률 (Computer Matching and Privacy Protection Act. 1988)</li><li>· 전자정부법(E-Government Act. 2002)</li></ul>
금융부문	<ul style="list-style-type: none"><li>· 공정신용평가법 (Fair Credit Reporting Act. 1970)</li><li>· 금융프라이버시권에관한법률(Right to Financial Privacy Act.1978)</li><li>· 금융현대화법(The financial Modernization Act of 1999)</li></ul>
통신부문	<ul style="list-style-type: none"><li>· 케이블통신정책법(Cable Communications Policy Act, 1984)</li></ul>
교육부문	<ul style="list-style-type: none"><li>· 가족의교육권및프라이버시에관한법률 (Family Educational Rights and Privacy Act,1986)</li></ul>
의료부문	<ul style="list-style-type: none"><li>· 건강보험책임법 (Health Insurance Portability and Accountability Act)</li></ul>
비디오감시	<ul style="list-style-type: none"><li>· 비디오프라이버시보호법 (Video Privacy Act, 1998)</li></ul>

권 제1호, 한국정보보호진흥원, 2003, 160면.

근로자정보	· 근로자기록보호법(Employee Ploygraph Protection Act, 1988)
아동의 개인정보	· 아동온라인프라이버시보호법 (Child Online Privacy Protection Act, 1998)
기타	· 운전자 프라이버시보호법 (Driver' Privacy Protection Act, 1994)

미국과 EU의 개인정보보호정책은 근본적으로 차이가 있다. 미국은 전술한 바와 같이 자율적인 개인정보의 보호를 하고 있지만, EU는 국가가 개인정보의 보호를 위하여 적극적으로 간섭을 하고 있다. 이에 의하면 미국과 EU의 협상이 이루어졌고 그 결과 채택된 것이 바로 Safe Harbor Agreement이다.<sup>57)</sup> Safe Harbor Agreement의 기본원칙은 유럽연합 회원국과의 국제교류와 관련하여 유럽 시민들의 개인정보를 전달받아 처리하는 미국 기업의 EU지침에서 규정한 ‘적정성’을 갖고 있는지 여부를 판단하기 위한 기준이다. 동 원칙은 국제조약의 성격을 가진 것이 아니고 개인정보 취급의 적정성 여부를 판단한다는 특정한 목적을 위해 합의된 사항이기 때문에, 미국에서 법적 효력을 가지고 전면적으로 시행되는 것은 아니다. 따라서 세이프하버 원칙에 참가할 것인지 여부는 전적으로 미국기업의 자발적 의사에 달려 있다. 그러나 실질적으로 동 원칙에 참가할 경우 유럽위원회가 개인정보취급의 적정성을 확인하여 주는 효과를 가지므로 유럽연합 회원국과 개별적으로 계속해서 개인정보를 교류할 수 있다. 세이프하버 원칙에 참여하려는 기업은 반드시 동 원칙의 내용을 준수할 것임을 공표하여야 한다. 공표방법은 미국의 상무부에 서면확인서를 제출하고 자사의 프라이버시정책에 위와 같은 사실을 공개하는 것이다.

## 2. 영국

---

57) 한문기, “개인정보프라이버시보호의 영향요인에 관한 연구”, 한양대학교 박사논문, 1999, 90~91면.

### (1) 기본원칙

성문헌법이 없는 영국은 당연히 프라이버시권 또는 개인정보자기결정권에 대한 명시적이고 묵시적인 현법상의 근거를 가지고 있지는 않다. 그러나 영국은 마그나카르타에서부터 권리청원, 권리장전의 제정을 거치면서, 시민들의 사적 자유와 인권을 존중하는 법제도 도입에 선구적인 역할을 해왔다. 이러한 법적 전통은 프라이버시 및 개인정보의 법적보호로 이어지게 되어 영국은 1984년 「정보보호법(The Data Protection Act 1984)」을 제정하여 시행하게 되었다. 또한 유럽인권협약을 이행하고자 제정한 1998년 인권법(The Human Rights Act 1998)에서는 동법 제8조에서 프라이버시와 가정생활, 주거 및 통신의 자유와 권리를 규정함으로써, 명시적으로 프라이버시 보호의 필요성과 권리를 인정하고 있다.

### (2) 현황

영국은 1984년 「정보보호법(The Data protection Act 1984)」을 제정하였다. 그러나 동법은 개인정보보호를 위한 일반원칙을 모두 포함하고 있는 것이 아니라 정보를 처리하는 기관이나 사람의 명단과 등록을 관리하는 것에 중점을 두고 있었다. 그러던 중 1995년에 EU의 개인정보보보호지침이 제정되면서 1998년에 「1998년 정보보호법(The Data Protection Act 1998)」을 제정하였고 공공과 민간에 걸쳐서 적용이 되는 개인정보보호 기본법이다. 하지만 적용범위가 너무 광대하고 내용이 포괄적이기 때문에 개별영역의 특수한 개인정보 처리에 관하여 모두 규정하지 않고, 다른 특별법이나 하위법령에 위임하고 있다. 영국의 정보보호법의 가장 큰 특징은 개인정보의 수집·처리 등을 규율하기 위한 정보보호 8원칙과 유사하나, EU 개인정보보호지침의 내용을 흡수하여 개인정보 국외이전 제한의 원칙을 규정하고 있다는 점과 민감한 개인정보에 대하여는 특별히 처리할 것을 포함시키고 있다는 점에서 특색이 있다. 58)

---

58) 황종성, “국외 개인정보보호법제 분석 및 시사점”, 연구보고서, 한국전산원, 2004, 53면~57면.

### 3. 독일

#### (1) 기본원칙

독일연방헌법법원의 인구조사판결<sup>59)</sup> 이후에 제정되거나 개정된 법률들 중 가장 중요한 법률이 바로 연방정보보호법(Bundesdatenschutzgesetz)이다. 먼저 독일에서 개인정보보호법제의 발전에 관하여 시대적으로 구별한다면 a) 1977년 1월 27일 연방정보보호법과 주의 정보보호법제정을 통하여 제 1단계가 시작되었고 b) 정보자기결정권을 헌법상 기본권으로 인정한 연방헌법법원의 인구조사판결이 두 번째 단계를 형성하고 c) 세 번째 단계는 1990년 12월 20일 제정되어 1991년 6월 1일부터 시행된 새로운 연방정보보호법의 적용에서부터 시작된다. 독일에서는 1977년 1월 27일 제정된 연방정보보호법이 처음으로 개인관련정보처리에 관한 포괄적인 법적 근거를 만들었는데 이는 연방헌법법원의 인구조사판결, 정보와 통신 기술발달 및 연방정보보호법의 적용을 통하여 드러난 문제점 등 때문에 개정필요성이 강하게 제기되었다.<sup>60)</sup> 원래 연방의회는 1982년에 연방정보보호법을 개정하려고 하였으나 정권교체 및 특히 연방헌법법원의 인구조사판결 때문에 의회에 상정된 정보보호법안이 통과되지 않았다. 많은 논란과 토의 끝에 마침내 1990년 연방정보보호법이 개정, 통과되었다. d) 네 번째 단계는 이 법을 다시 EU의 개인정보보호지침에 맞추기 위하여 2001년 5월 22일 개정하여 시행하게 되었다. 개정된 법률은 유럽연합의 개인정보보호정책에 걸맞을 뿐만 아니라, 개인정보보호법의 현대화도 동시에 달성하고자 하였다.<sup>61)</sup> 특히 기술 및 인증제도를 통한 개인정보

59) 이에 관하여 자세한 것은 김영수·김일환, “독일연방헌법법원의 인구조사판결”, 「김계환교수회갑기념논문집」, 1996, 62면 이하 참조.

60) Alfred Bülesbach, Das neue Bundesdatenschutzgesetz, NJW 1991, 2593면. 연방정보보호법의 개정이 늦은 이유로는 1) 정치적으로 문제되는 안보기관법률과 관계, 2) 개인정보의 조사를 포함할지 여부, 3) 서류를 통한 정보처리문제, 4) 비공적기관의 정보처리에 대한 규정필요성, 5) 정보보호수임인의 통제권한범위, 6) 정보처리에서 관련자동의의 의미 등에 관하여 논란이 있었기 때문이다.

보의 보호, 사업자를 통한 자율규제방식의 도입, 비디오감시와 칩카드에 대한 규정 등이 추가되었다.

이후 독일 연방의회는 2005년 6월 3일 연방정보접근규율에 관한 법률<sup>62)</sup>을 제정하였고, 2006년 1월 1일부터 이 법이 시행되었다. 이 법률을 통하여 전제조건 없이 연방기관이 갖고 있는 정보에 접근할 권리가 인정되었다. 새롭게 획득된 정보자유는 국가행정의 투명성을 강화하고, 시민우호적 행정을 위한 기회를 제공한다. 정보자유법(IFG)의 제정에 따라서 연방정보보호수임인(BfD)은 정보자유를 위한 연방수임인의 과제를 추가적으로 담당하게 되었다. 곧 2006년 11월 15일 연방정보보호법을 개정하여 연방정보보호수임인(Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz, BfD)이 연방정보보호와 정보자유수임인(Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI))이 되었다.(연방정보보호법 제23조)<sup>63)</sup> BfDI는 독일과 유럽 및 국제적 차원에서 개인정보보호와 정보자유의 확보와 계속적 발전을 위한 과제를 수행한다. 따라서 공공기관이나 비공공기관이 자신의 인격권이나 정보접근권을 충분히 존중하지 않는다고 생각하는 시민들은 누구나 BfDI에 호소할 수 있다. BfDI는 정보보호와 정보자유의 개선을 위하여 특히 입법과정에서 다양한 권고와 자문, 보고활동을 한다.

## (2) 현황

독일 개인정보보호법체계의 특징은 개인정보보호에 관한 일반법이 공공부문과

---

61) 임규철, 『개인정보보호법제』, 푸른세상, 2004, 20면. 개정과정과 내용에 관하여 자세한 것은 Alexander Roßnagel(Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, C. H. Beck, 2003, 7면 이하 ; Spiros Simitis(Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, Nomos, 2006, 61면 이하 참조.

62) Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes(Das Informationsfreiheitsgesetz, IFG) 이에 관하여 자세한 것은 장영수, “독일의 정보공개제도, 세계의 언론법제”, 「정보공개와 언론」 통권 제23호, 2008 참조.

63) Spiros Simitis, Bundesdatenschutzgesetz(6. Auflage), Nomos, 2006, 927면.

민간부문 모두를 포함하고 있지만 해당 영역에 따라 적용범위가 다르다는 것이다.<sup>64)</sup> 곧 공공부문에서 개인정보를 다루고자 하는 경우에는 개인정보수집 및 처리방법과는 상관없이 포괄적으로 위 법률에 구속되지만, 민간부문의 경우에는 개인정보의 수집, 처리, 이용이 자동화되거나 서류모음을 통하여 개인을 식별할 수 있는 경우에 위 법률이 적용된다. 따라서 독일의 연방정보보호법은 개인정보보호에 관한 일반법으로서 공공 부문과 민간 부문 모두를 포괄하지만 해당 영역에 따라 적용범위를 달리하는 입법형식을택한 것이다. 특히 개정된 독일의 개인정보보호법은 또한 민간 부문에서도 적용범위가 확장되었으며, 과거의 법규정에서 보다 정보처리과정에서 개인정보처리의 투명성이 강조되었을 뿐만 아니라, 개인정보 주체에게 인정되는 권리의 범위도 확대되었고, 개인정보보호를 위한 통제의 범위와 권한이 또한 강화되었다.<sup>65)</sup> 그 외에 독일은 개인정보보호에 관한 일반법인 연방정보보호법 이외에도 연방 차원에서 개별적으로 개인정보보호관련법을 제정하여 시행하고 있다. 대표적인 것으로는 「정보통신서비스정보보호법(TDDSG:Teledienstdatenschutzgesetz)」와 「조세법(Abgabenordnung)」, 「소득세법(Einkommensteurgesetz)」, 「우편법(Postgesetza)」, 「사회보장법(Sozialgetzbuch)」 등을 들 수 있다.

#### 4. 일본

##### (1) 기본원칙

일본은 개인정보보호에 관한 입법이 없던 때에도 개인정보 문제는 사생활 보호의 측면에서 접근되어 그 보호 가치를 인정받아왔다. 예컨대 정보 수집자가 정보주체의 개인정보를 동의 없이 제3자에게 제공하거나 소속직원이 정보주체의 개인정보를 제3자에게 유출하는 경우 정보주체의 사생활을 침해하는 것으로서 민

---

64) 연방정보보호법은 개별 분야에서 개인정보보호를 위한 법률들을 보충하는 일반 법이란 성격과 기능을 가진다.

65) 이에 관한 자세한 설명은 임규철, 전계서, 31면 이하 참조.

법상 불법행위에 해당하고, 이에 대한 손해배상청구를 인정하는 형태를 취하고 있다.

## (2) 현황

일본 정부는 공공부문의 개인정보보호를 위해 1988년 12월 「행정기관이보유하는전자계산기처리에관한개인정보의보호에관한법률」을 제정·공포하였다. 법의 제정 과정에서 민간부문에서의 개인정보처리에 대한 보호의 필요성이 인정되어 이에 관해서고 검토가 있었으나, 행정기관 내부의 권한배분 문제와 자유로운 기업 활동에 대한 제한 가능성이 주장되어 적용을 배제하였다. 따라서 일본에서는 민간분야에 적용되는 개인정보 관련법은 없었다고 하겠다. 민간분야의 개인정보는 '프라이버시마크제도'<sup>66)</sup>와 같은 자율규제나 정부 가이드라인 등에 의해 보호되었을 뿐이었다. 하지만 많은 논쟁 끝에 2003년에 제정된 「개인정보의보호에관한법률」이 민간부문에 적용되는 개인정보일반법으로서의 기능을 하게 되었다. 최초로 제안된 법률안에는 OECD 개인정보 가이드라인에 기초한 정보보호 5원칙이 포함되어 있었으나, 수렴과정에서 부작용이 많다는 지적에 따라 삭제하고 최종적으로는 '적절한 취급이 도모되어야 한다'라는 기본 이념을 규정하는 것으로 수정하였다.

### 가. 공공부문 개인정보보호에 관한 법률

일본에서는 공공부문에서의 개인정보 보호를 위하여 1988년 「행정기관이보유하는전자계산기처리에관한개인정보의보호에관한법률」을 제정하였다. 그 후 2003년 5월에 개인정보보호법 개정 및 제정시에 「행정기관이보유한개인정보의보호에관한법률」로 명칭이 변경되면서 내용이 개정되었다. 이 법은 행정기관에 있어

---

66) 일본정보처리개발센터(Japan Information Processing Development Center)에  
의해서 운영되고 있음 : 송태민 · 이종순, "일본 의료기관의 프라이버시마크제도",  
「보건복지포럼」 통권 제108호, 한국보건사회연구원, 2005, 123면.

서 개인정보의 이용이 확대되고 있는 점을 감안하여 행정기관에 있어서의 개인정보의 취급에 관한 기본적 사항을 정함으로써 행정의 적정하고 원활한 운영을 도모함과 동시에 개인의 권리이익을 보호하는 것을 목적으로 제정되었다.

#### 나. 민간부문 개인정보보호에 관한 법률

일본의 민간부문의 개인정보보호는 민간자율규제의 방식을 채택하여 왔었다. 그러나 개인정보가 매매의 대상이 되는 등 개인정보의 침해 사건이 지속적으로 발생하여 개인정보보호의 필요성이 고조되었고, 국외에서는 1995년에 EU의 개인정보보호지침에 의해서 개인정보보호지침에 의해서 개인정보에 관한 충분한 보호조치가 없으면 국제적인 개인정보 전송에 큰 제약이 따르게 되자 1998년 11월에 ‘고도정보통신사회 추진을 위한 기본방침’에서 개인정보보호법제가 제정되어야 할 필요성을 지적하였다. 2001년 3월 국회에 2003년 5월에 민간부문의 개인정보보호 기본법률로 제정되었다.

## 제4절 개인정보보호 관련 국내법제 분석

### I. 2011년 이전 개인정보보호 법제 개관

#### 1. 2011년 3월 개인정보보호법 제정 이전의 법제 개관

##### (1) 과거 개인정보보호 법제의 개관

인간 우호적인 정보질서, 인간이 통제할 수 있는 정보질서를 만들기 위하여 많은 국가들이 1960년대 후반부터 정보사회에서 개인의 사생활을 보호하는 법률을 제정하였거나 입법 중에 있다. 물론 개개 국가의 역사적, 정치적, 법적 전통이 다르기에 이에 대처하는 방법도 다양하다. 특히 미국을 비롯한 대부분의 서유럽국가들은 1970년대부터 80년대 중반사이에 개인정보보호법을 제정하였으며 그 뒤 급격하게 발전되는 정보통신기술에 발맞추어 1980년대 후반부터 집중적으로 이러한 법률을 개정하거나 새롭게 제정하고 있다. 이에 반하여 우리나라는 1980년대 이후에 정력적으로 국가가 행정전산망사업 등 국가와 사회의 정보화에 주력하면서 개인의 사생활침해가 우려된다는 비판이 강하게 제기되자 1980년대 말에 비로소 개인의 사생활보호에 관한 입법을 추진하였다. 이에 따라서 마침내 1994년 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률이 제정, 공포되었다.<sup>67)</sup>

과거 우리나라 개인정보보호 법제는 공공부문과 민간부문으로 분리하여 운영하였는바, 공공부문은 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률에 의해서 규율하였으며 관련 개별법으로는 전자정부법, 주민등록법, 민원사무의 처리에 관한 법률, 국가공무원법, 공직자윤리법, 형법 등이 있다. 민간부문은 정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률에서 개인정보보호에 관한 전반적인 사항을 규율하였며<sup>68)</sup>, 관련 개별법으로는 신용정보 이용 및 보호에 관한 법률, 금융실명제법, 의

67) 이에 관하여 자세한 것은 김일환, “개인정보보호법제의 정비방안연구”, 한국법제연구원, 1997 참조.

68) 하지만 정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률을 개인정보보호에 관한 민

료법, 보건의료기본법, 전기통신사업법, 전파법, 전자거래기본법 등이 있다.

그리고 그동안 공공부문의 경우에는 개인정보의 보호와 감독에 관하여 행정안전부를 비롯한 해당 국가기관의 자율규제에 맡겼으며 민간부문의 경우에는 한국인터넷진흥원에 개인정보침해신고센터를 두고, 개인정보 상담 및 고충처리 업무를 담당하였는데, 이명박 정부 수립 이후 정부조직개편에 따라서 공공과 민간부문의 정보보호업무는 행정안전부가 관장하도록 되어 있다.

#### (2) 노무현 정부에서 개인정보보호법 개정논의<sup>69)</sup>와 주요내용<sup>70)</sup>

가. 주요 개인정보보호법안의 검토 : 이은영안, 노회찬안, 이해훈안

<표 2-2> 주요 개인정보보호법안의 검토

	노회찬 안	이은영 안(수정법안)	이해훈 안
적용범위	공공부문 및 민간부문 일괄적용	공공부문 및 민간부문 일반조항 및 특별조항 분리	
정보자기 결정권	동의 · 열람 · 정정 · 삭제 · 파기 등의 청구권 보장		
개인정보 보호책임자	개인정보보호책임자 (등록데이터베이스 에 한해 도입)	개인정보보호담당자	개인정보보호책임자
권리구제 절차	입증책임전환/ 집단소송제도 도입	입증책임전환/ 개인정보분쟁조정위원회	손해배상/ 개인정보분쟁조정위원회
감독기구	독립기관으로서의	국무총리소속	국무총리소속

간부문의 일반법이라고 성격지울 수 있는지는 논란이 될 수 있다. 왜냐하면 이 법은 정보통신망을 이용하는 분야는 포괄적으로 규율하고 있으나 개인정보를 다루는 모든 민간분야를 다루고 있지는 않기 때문이다.

69) 이에 관하여 자세한 것은 권현영, 전개논문 참조.

70) 이에 관하여는 김일환, “현행 개인정보보호 체계의 문제점 및 통합 개인정보보호법 제정방향”, 「국회도서관보」 제45권 제9호, 2008, 11면 이하 참조.

		개인정보보호위원회 설치	개인정보보호위원회 신설	개인정보위원회 신설
개인정보 침해대응		개선 권고	시정명령 등	시정명령 등
개인 정보 사전 영향 평가 제도	공공 부문	○	×	○
	민간 부문	○	×	자율
DB(파일) 관리제도		○	×	○
자율규제		×	×	○
민감 정보	개념 정의	×	사생활 침해의 우려가 큰 개인정보(사상·신념에 관한 정보, 지문·홍채·유전 정보·정맥 등 개인의 신체적 특성을 통하여 개인을 식별하는 생체정보, 또는 과거의 병력 등 포함)	사상·신념에 관한 정보, 노동조합·정당 및 사회단체의 가입 및 탈퇴에 관한 정보, 범죄(전과)기록, 성생활정보, 유전자정보 및 의료정보
	특별 취급	위원회에 사전영향 평가 신청 의무	수집에 있어 다른 개인정보와 분리처리 의무, 권한이 없는 자가 접근 할 수 없도록 암호화 기술 등 기술적·관리적 조치 의무	일정한 경우에 한하여 수집 및 처리 가능

#### 나. 개인정보보호법안 관련 논의의 정리

##### 1) 첫 번째 쟁점 : 개인정보보호 기본법 또는 일반법

(가) 개인정보보호에 관한 일반법 또는 기본법의 의의와 역할

우선 개인정보에 관한 일반법은 개인정보보호에 관한 원칙과 기준 및 적용범위

와 개인의 권리 등을 규정하는 일반적인 내용들이 포함되어 있다. 하지만 정보사회에서 개인정보를 보호하기 위하여 이러한 일반법이 일단 필요하기는 하나 충분한 것은 아니다. 왜냐하면 이러한 법률은 개개 구체적인 분야에 적용하기에는 추상적이고 일반적인 내용이 많기 때문이다. 따라서 일반적인 개인정보보호법의 제정과 더불어 개개 분야별로 특수하게 개인정보를 보호하는 특별한 개인정보보호법들이 동시에 제정되어야만 한다. 바로 이러한 특별법들이 일반적인 개인정보보호법에 규정된 원칙들을 개개 분야에서 구체화시키는 아주 중요한 역할을하게 된다. 다시 말하면 결국 이러한 특별법을 통하여 일반적인 정보보호원칙들이 개개 분야에서 정확하게 구체화되며 특정 유형의 문제들에 적용되며 개인들이 구체적으로 보호를 받을 수 있게 되는 것이다. 따라서 개인정보보호에 관한 일반법의 개정 또는 새로운 일반법(기본법)을 제정하여 개인정보보호와 관련하여 기존에 드러난 문제점을 없앰과 아울러 구체적이고 개별적인 법제정비작업이 동시에 이루어져야만 한다.<sup>71)</sup>

#### (나) 이은영 안과 이혜훈 안의 비교

개인정보보호법제정비와 관련하여 분야별 일반법체계를 주장하는 견해와 통합법체계를 주장하는 견해로 나누어진다. 먼저 전자의 입장은 공공부문과 민간부문에서 각각 일반법을 제정, 운용하고 해당 영역에서 필요한 경우 특별법을 제정하자는 것이다. 곧 공공부문과 민간부문에서 개인정보보호의 기준과 적용범위가 다를 뿐만 아니라, 민간부문의 특성을 고려하지 않고 동일한 잣대로 판단하여 규제할 경우, 오히려 민간분야의 개인정보보호가 현재보다 위축되거나 후퇴할 수도 있으므로 공공·민간 부문별 현안사항을 우선 정비하자는 것이다. 이에 대하여 통합법체계는 공공·민간 통합의 개인정보보호법을 제정하자고 주장한다.<sup>72)</sup>

---

71) 이에 관하여는 김일환, “개인정보보호법의 개정필요성과 내용에 관한 연구”, 「공법연구」 제26집 제2호, 1998, 225면 이하 참조.

72) 이에 관하여는 이인호, “개인정보 감독기구 및 권리구제방안에 관한 연구”, 한

이은영 안에서 제시되는 개인정보보호에 관한 기본법, 그에 근거한 일반법 및 특별법체계의 적합성에 대한 논의를 먼저 해보아야 한다. 여기서 이 법안이 과연 기본법인지 또는 일반법인지가 불확실하다. 그리고 공공부문에 적용되는 개인정보보호 일반법이 바로 ‘공공기관의 개인정보보호에 관한 법률’인 바, 위 조항의 논리에 따르면 위 기본법보다 공공기관을 규율하는 법이 우선 적용되고 이를 통하여 어떤 부분에서는 기본법(안)보다 ‘덜’ 개인정보를 보호하는 법률이 해당 분야를 규율하는 결과를 낳을지도 모른다. 결국 개인정보보호와 관련된 핵심중 하나가 바로 ‘국가를 통한 개인정보의 수집 및 처리’의 규율이라고 할 때 개인정보보호 기본법-일반법-특별법 간 관계해명이 충분하지 않게 되면 개인정보를 보호하기 위한 법제정비는 되었는데 정작 개인정보는 ‘여전히’ 보호되지 못하는 상황이 현실적으로 나타날 수도 있다. 개인정보보호에 대한 기본법-일반법 규율체계는 개인정보보호에 관한 기본법에 담길 내용과 소위 일반법에 담길 내용의 구분을 어떻게 할 것이며, 기본법에서 천명하고 있는 개인정보보호원칙과 기준을 일반법이 따라오지 못할 경우에 대한 고려는 충분히 되어 있는지가 의문시된다.

이에 반하여 이해훈 안은 공공과 민간 모두에게 적용될 개인정보보호일반법임을 명시하고 이에 관한 개인정보보호특별법을 제정하도록 유도하고 있다.

## 2) 두 번째 쟁점 : 개인정보보호법의 규율대상과 정도 - 공공부문과 민간부문

### (가) 민간부문과 공공부문의 구별필요성

민간부문의 개인정보처리에 대하여 공공부문에 적용되는 개인정보보호법상 기준과 내용이 전면적으로 적용되어야 한다는 견해와 제한적으로 적용되어야 한다는 견해가 대립되고 있으나, 어쨌든 민간부문에서 개인정보보호문제는 공적 부문에서 국가기관을 규율하는 것과 동일한 방법으로 처리하기 힘든 측면들이 많

---

국전산원, 2004, 322면 이하 참조.

다.<sup>73)</sup> 왜냐하면 사인들은 원칙적으로 자유로이 정보를 수집할 권리 및 계약자유에 관한 권리 등을 갖고 있기 때문이다. 시장경제가 작용하기 위해서는 우선 경쟁을 가능하게 하고 개인간 계약체결을 가능하게 하고 그 준수를 보장하며 빠르면서도 확실한 교환을 가능하게 하는 법질서를 필요로 한다. 따라서 한편으로는 시장경제시스템이 제대로 작동하기 위해서는 개인정보를 보호해야만 하는 필요성이 있다. 그러나 또 다른 한편으로 시장경제 속에서 활동하는 사람들은 올바른 결정과 판단을 내리기 위하여 불확실성을 가능한 한 줄이고 필요한 정보에 관하여 가능한 한 많이 획득하려고 한다. 그렇다면 개인정보보호명령과 시장경제 간에 일정부분 갈등관계가 성립됨을 부인할 수는 없다. 곧 국가는 법률의 근거없이 정보를 조사, 처리할 수 없는 반면에 시민은 원칙적으로 자유롭게 개인관련정보를 처리하고 교환할 수 있다. 양자간 필요한 조정은 우선 입법자의 과제이다. 이러한 이익형량시 입법자는 일방적으로 특정 이해관계에 따라서만 결정해서는 안 된다.<sup>74)</sup>

#### (나) 법안의 비교

이은영 안은 적용(규율)범위와 관련하여 공공부문과 민간부문을 구별하지 않고 공공부문에 적용되는 개인정보보호 원칙과 기준을 동일하게 민간부문에 적용한다는 것이다. 위와 같은 시각에서 볼 때 위 법안의 경우 공공부문에 적용되는 개인정보보호원칙을 민간부문에 동일하게 적용하는 것은 문제가 있다고 판단된다. 왜냐하면 사인들은 원칙적으로 자유로이 정보를 수집할 권리 및 계약자유에 관한 권리 등을 갖고 있기 때문이다.

이에 반하여 이혜훈 안은 공공과 민간부분에 적용될 공통의 기준을 먼저 설정

---

73) 이에 관하여는 『독일 개인정보보호법제 현대화 추진방안에 대한 연구』, 한국정보보호진흥원, 2002, 64면 이하 참조.

74) 이에 관하여는 김일환, “정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구”, 「공법연구」 제29집 제3호, 2001 참조.

하고 난 다음에, 공공부문에 적용할 기준과 민간부분에 적용할 기준을 별도로 설정하고 있다.

따라서 개인정보보호에 관한 일반법은 공적 부문과 민간 부문 모두를 포괄하지만 해당 영역에 따라 적용범위가 다르도록 하는 입법형식을 취해야 한다고 판단된다.

### 3) 세 번째 쟁점 : 개인정보보호기구의 권한과 지위

세 법안 모두에서 제시된 감독기구가 공공부문과 민간부문에서 다양한 조사, 자문기능을 넘어서서 시정권고, 고발 등의 집행 및 준사법기능을 가진다.

#### 다. 소결

이러한 법안들은 개인정보법제와 관련하여 더 ‘바람직’한 법에 관한 논쟁거리를 제공하였다. 결국 이러한 법안들의 바탕에는 개인정보의 ‘보호’와 ‘이용’간 관계를 어떻게 볼 것인지에 대한 개인정보법 자체에 대한 철학적 고민이 깔려있었던 것이다. 이은영 안과 노희찬 안이 보다 더 개인정보의 ‘보호’에 치중하였다고 한다면, 이혜훈 안은 개인정보의 ‘보호’와 더불어 ‘이용’ 또한 강조한 측면이 있다. 세 법안은 개인정보보호법의 적용범위 등에 대하여 다툼이 있었던 반면, 이들 법안 모두에서 제시된 감독기구는 공공부문과 민간부문에서 다양한 조사, 자문기능을 넘어서서 시정권고, 고발 등의 집행 및 준사법기능을 가진다는 공통점을 가지고 있다.<sup>75)</sup>

---

75) 다만 이에 대하여 우선 개인정보보호기구가 공공부문과 민간부문 모두를 관掌 해야 하는지가 논란이 되었고, 다음으로 공공과 민간을 모두 감독하는 개인정보보호기구가 만들어진다 할지라도 그 기구의 권한을 자문(권고), 조정역할로 한정 할 것인지, 아니면 세 법안처럼 집행기능 등을 갖는 강력한 권한을 부여할지는 그 당시 여전히 논란이 되었다.

## II. 현행 개인정보보호법제의 주요 내용

### 1. 개인정보보호법 제정과정과 주요 내용

#### (1) 이명박 정부 하에서 정보화 관련 기구개편과 법제정비<sup>76)</sup>

이명박 정부의 등장과 더불어 정보통신관련 기능이 개편된 정부조직으로 분산 통합되었다. 정보통신부를 없애고, 기존의 전자 정부 추진을 비롯한 국가정보화 총괄 및 조정기능은 행정안전부로, 정보통신망 등 인프라 구축 및 관련 정책기능은 방송통신위원회로, 정보통신산업 육성기능은 지식경제부로 이관되었다. 이에 따라서 이명박 정부는 기존 정보화관련 법률을 통폐합하는 법률개편작업을 추진 중에 있는 바, 그중의 하나가 바로 전면적인 개인정보보호법의 개정이었다.<sup>77)</sup>

#### (2) 이명박 정부 하에서 개인정보보호법 제정과정과 주요 내용<sup>78)</sup>

##### 가. 대안의 제안경위

제281회 국회(임시회) 제4차 행정안전위원회(2009. 2. 20)에서, 2008년 8월 8일 이혜훈의원이 대표발의한 「개인정보보호법안」, 2008년 10월 27일 변재일의원이 대표발의한 「개인정보보호법안」, 2008년 11월 28일 정부가 제출한 「개인정보 보호법안」, 2008년 8월 21일 박대해의원, 2008년 9월 11일 심재철의원, 2008년 11월 3일 정희수의원, 2008년 12월 4일 손숙미의원이 각각 대표발의한 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 일부개정법률안」 등 이상 7건의 제·개정안을 상정하여 제안설명 및 검토보고와 대체토론을 거쳐 법안심사소위원회에 회부하였

76) 이에 관하여는 김일환, “지식정보사회 관련 기본법제의 개정방향과 내용에 관한 연구”, 「성균관법학」 제21권 제1호, 2009, 441면 이하 참조.

77) 최근의 개인정보보호 관련 논의와 쟁점에 대하여는 이민영, “개인정보보호의 법적 쟁점과 과제”, 한국정보화진흥원, 2009 참조.

78) 이명박 정부 하에서 제출된 개인정보보호법안들의 내용과 특징에 관하여는 국회행정안전위원회, 개인정보보호법안에 대한 공청회 자료집(2009. 4. 23) 참조.

다. 제283회 국회(임시회) 제3차 행정안전위원회(2009. 7. 7)에서, 2009년 3월 16일 김창수의원, 2009년 3월 31일 변재일의원이 각각 대표발의한 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 일부개정법률안」 등 이상 2건의 개정안을 상정하여 제안 설명 및 검토보고와 대체토론을 거쳐 법안심사소위원회에 회부하였다. 제284회 국회(정기회) 제10차 행정안전위원회(2009. 11. 20)에서 2009년 11월 4일 박은수의원이 대표발의한 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 일부개정법률안」을, 제289회 국회(임시회) 제1차 행정안전위원회(2010. 4. 14)에서 2009년 12월 21일 김성태의원이 대표발의한 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 일부개정법률안」을 각각 상정하여 제안설명 및 검토보고와 대체토론을 거쳐 법안심사소위원회에 회부하였다. 2010년 7월 30일 홍영표의원, 2010년 8월 2일 김충조의원이 각각 대표발의한 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 일부개정법률안」을 2010년 9월 14일 국회법 제58조제4항에 따라 법안심사소위원회에 회부하였다.

제294회 국회(임시회) 제2차 법안심사소위원회(2010. 9. 28)에서 이상 13건의 법률안에 대해 종합·심사한 결과, 각각 본회의에 부의하지 아니하기로 하고, 이를 통합·조정한 위원회 대안을 제안하기로 하고, 제294회 국회(임시회) 제3차 행정안전위원회(2010. 9. 30)에서 법안심사소위원회의 심사결과를 받아들여 위원회 대안을 제안하기로 의결하였다.

#### 나. 대안의 제안이유

정보사회의 고도화와 개인정보의 경제적 가치 증대로 사회 모든 영역에 걸쳐 개인정보의 수집과 이용이 보편화되고 있으나, 국가사회 전반을 규율하는 개인정보 보호원칙과 개인정보 처리기준이 마련되지 못해 개인정보 보호의 사각지대가 발생할 뿐만 아니라, 최근 개인정보의 유출·오용·남용 등 개인정보 침해 사례가 지속적으로 발생함에 따라 국민의 프라이버시 침해는 물론 명의도용, 전화사기 등 정신적·금전적 피해를 초래하고 있는 바, 공공부문과 민간부문을 망라하여 국제 수준에 부합하는 개인정보 처리원칙 등을 규정하고, 개인정보 침해로 인한 국

민의 피해 구제를 강화하여 국민의 사생활의 비밀을 보호하며, 개인정보에 대한 권리와 이익을 보장하려는 것이다.

#### 다. 제정과정

이명박 정부 출범과 함께 개인정보보호 총괄부서인 행정안전부는 개인정보보호법 정부안을 2008년 11월에 18대 국회에 제출하였으며 국회에서는 발의된 한나라당 이혜훈(08.8월)과 민주당 변재일 의원안(08.10월)을 입법논의가 다시 시작되었다. 2009년 2월 국회 행정안전위원회에 상정되어 법안심사소위원회에서 다섯 차례 논의 후 여·야 합의에 의해 통과되었다. 국회 행정안전위원회 대안으로 통과된 법안은 2010년 12월 법제사법위원회에 상정되어 2011년 2월 법제사법위원회 법안심사소위원회를 통과하고 3월에 국회 본회의 의결을 거쳐 2011년 3월29일 공포되었으며 제정법은 공포 후 6개월이 경과되는 오는 9월 30일 시행될 예정이다.

[그림 2-1] 개인정보보호법 제정에 따른 변화



#### 라. 개인정보보호법의 주요 내용과 평가

2011년 3월 제정된 개인정보보호법의 주요 내용을 보면 이 법의 적용대상을 공공·민간부문의 모든 개인정보처리자로 하고, 개인정보의 수집, 이용, 제공 등 단계별 보호기준 마련하였다. 그리고 고유식별정보의 처리제한을 강화하였고, 영상정보처리기기의 설치를 제한하는 근거를 마련하였다. 다음으로 개인정보처리자는 개인정보파일의 구축·확대 등이 개인정보 보호에 영향을 미칠 우려가 크다고 판단될 경우 자율적으로 영향평가를 수행할 수 있도록 하되, 공공기관은 정보주체의 권리침해 우려가 큰 일정한 사유에 해당될 때에는 영향평가 수행을 의무화하는 개인정보 영향평가제도를 도입하였다. 또한 정보주체에게 개인정보의 열람청구권, 정정·삭제 청구권, 처리정지 요구권 등을 부여하고, 그 권리행사 방법 등을 규정하고, 개인정보의 효율적 보호를 위하여 집단분쟁조정제도와 단체소송을 도입하였다.<sup>79)</sup>

## 2. 법제정비의 방향과 내용

### (1) 개인정보보호법제 정비의 원칙

정보사회의 발전에 따라서 새로운 개인정보보호법이 제정되어야 한다는 논의 및 법제정착임은 2003년으로 거슬러 올라간다. 그 당시 여러 개인정보보호법안들이 제출되면서, 소위 개인정보보호에 관한 백가쟁명의 시대로 들어섰다.<sup>80)</sup> 그 당시 논의는 개인정보보호를 위하여 더 ‘바람직’한 법을 찾아가는 과정이었고, 결국 이는 개인정보의 ‘보호’와 ‘이용’간 관계를 어떻게 설정한 것인지에 대한 개인

---

79) 이에 관하여는 김일환, “개인정보보호법제정비에 대한 비판적 고찰 - 새로운 개인정보보호법안을 중심으로”, 「토지공법연구」 제52집, 한국토지공법학회, 2011, 269면 이하 참조.

80) 이에 관하여는 김일환, “개인정보보호법제의 체계적 정비방안에 관한 고찰”, 「인터넷법률」 통권 제27호, 2005, 18면 이하 참조.

정보법 자체에 대한 철학적 고민을 담고 있었던 것이다.<sup>81)</sup> 그러나 다양하고 치열한 논쟁에도 불구하고 그 당시 개인정보보호법이 통과되지 못하여 많은 아쉬움을 낳았지만 그 뒤 이명박 정부에서 다시 개인정보보호법 제정 움직임이 일어나면서, 기존의 개인정보보호법 제정 논의에 대한 학습 효과 덕분에 여러 가지 쟁점을 빠른 시일 내에 정리하여 바람직한 법률이 제정되었다.<sup>82)</sup> 이 논문에서 다루고 있는 법률 역시 지금까지 논의된 개인정보보호에 관한 쟁점을 잘 추려내어 개인정보 유출로 인한 국민의 피해를 최소화하고 정보사회에서 개인정보 자기결정권을 보호하기 위한 다양한 내용들을 담고 있는 진일보한 법이라고 평가할 수 있다.<sup>83)</sup> 이제 개인정보보호법이 새로이 제정됨에 따라서 개인정보의 보호와 이용에 관한 기존의 개인정보 관련 법률들을 분석하고 재정비해야 할 시점이라고 생각한다.

종래 우리나라의 개인정보보호법제는 공공부문과 민간부문으로 이원화되어 있었고 그 법적 근거 및 추진체계를 달리하고 있었다. 이에 관하여 “개인정보보호 기본법+공공부문 개인정보보호법+민간부문 개인정보보호법”으로 구성된 기본법에 터 잡은 분야별 일반법-특별법체계를 주장하는 입장과 “개인정보보호 일반법+개별분야 개인정보보호(특별)법”을 주장하는 입장으로 대립하였다.<sup>84)</sup>

새로 제정된 개인정보보호법은 후자의 입장을 취하여 공공과 민간 모두에 적용 된다는 특징을 갖고 있다. 다만 개인정보보호에 관한 일반법은 개인정보보호에

---

81) 노무현 정부 이후 개인정보보호법 제정 논의의 흐름에 관하여는 권현영, “개인정보보호법 입법을 다시 거론하며”, 「토지공법연구」 제43집 제3호, 2009, 810면 이하 참조.

82) 2011년 3월 29일 제정되어 2011년 9월 30일부터 시행되는 개인정보 보호법[법률 제10465호].

83) 이에 관하여는 김일환, “개인정보보호법 제정비에 대한 비판적 고찰 - 새로운 개인정보보호법안을 중심으로”, 「토지공법연구」 제52집, 한국토지공법학회, 2011, 269면 이하 참조.

84) 이에 관하여는 이인호, “개인정보 감독기구 및 권리구제방안에 관한 연구”, 한국전산원, 2004, 322면 이하 참조.

관한 원칙과 기준 및 적용범위와 개인의 권리 등을 규정하는 일반적인 내용들이 포함되어 있다. 따라서 일반적인 개인정보보호법의 제정과 더불어 개개 분야별로 특수하게 개인정보를 보호하는 특별한 개인정보보호법들이 동시에 제정되어야만 함을 인식해야 한다. 결국 개인정보보호에 관한 일반법에서는 통일적이고 체계적인 적용을 가능하게 하는 일반적 대원칙을 수용하면서, 전문성이나 특별성이 요구되는 경우에만 특별법 또는 개별법을 제정하여 기본법의 원칙은 특별한 경우에만 그 적용의 예외를 인정하고, 개별법에 산재되어 있던 기존 예외규정들을 최소화함으로써 법적 안정성과 법집행의 실효성을 확보하는 법제정비가 지금부터 시작해야 한다. 특히 2004년 이후 개인정보보호법 제정논의가 지루하게 이루어지는 과정 속에서 공공부문과 민간부문에서 개인정보보호 및 이용과 관련하여 일관된 원칙과 기준없이 많은 법률들이 만들어졌다. 이제부터 새로 제정된 개인정보보호법에 맞추어 기존의 관련 법률들을 재검토해야 한다.

## (2) 개인정보보호법제정비의 방향

공공부문의 경우에는 법률유보원칙과 기본권제한에 관한 헌법 제37조 제2항에 터 잡아 해당 국가기관의 공법상 과제와 권한을 수행하기 위하여 필요한 개인정보를 수집, 처리할 수 있도록 한다. 다음으로 민간부문의 경우에는 공공부문과는 달리 헌법과 사법(私法)에 의하여 인정되는 기본권 및 권리의 주체로서 그들의 활동을 위하여 개인정보를 수집, 처리할 자유를 원칙적으로 갖고 있다는 특징에 맞추어 개인정보의 보호와 이용을 동시에 추구하는 법제정비가 필요하다.

공공부문에서 개인정보 보호와 이용관련 법률들을 분석해 보면 그동안 개인정보보호법이 제정되기 이전에 기존의 관련 법률들이 개인정보를 위한 충분한 보호대책들을 제시하지 못하는 상황이었다. 이제 공공부문에서는 법률유보원칙과 개인정보보호원칙에 근거한 적법한 개인정보의 이용을 추구하는 법제정비가 이루어져야 한다. 따라서 공공부문에서는 개인정보의 이용 등에 관한 법률들을 제정된 개인정보보호법의 관점에서 재정비할 필요가 있다. 민간부문에서 개인정보

보호와 이용관련 법률들을 분석해 보면 민간부문에서는 헌법상 개인정보의 보호와 이용에 관한 민간부문의 특성을 전제로 하여, 새로 제정된 개인정보보호법에 따라서 관련 특별법들의 재정비가 필요하다고 생각한다.<sup>85)</sup>

---

85) 김일환, “개인정보의 보호와 이용법제의 분석을 위한 헌법상 고찰”, 「헌법학연구」 제17권 제2호, 2011, 385면 이하.

## 제3장 개인정보보호 법규위반에 대한 징벌적 과징금의 성격

### 제1절 새로운 행정재수단으로서 과징금의 의의

#### I. 과징금의 의의 및 목적

##### 1. 과징금의 의의

과징금의 통일적인 개념정의가 어려워 일반행정법 교과서들에서는 일반적인 의미에서의 과징금을 상당히 포괄적으로 정의하고 있다. 과징금 (Administrative Surcharge)이란 “행정법상의 의무위반자에 대하여 과하는 금전벌의 일종”,<sup>86)</sup> “행정법상의 위무를 위반하거나 이행하지 않는 자에 대하여 행정청이 부과하는 금전적인 제재”,<sup>87)</sup> “행정법상의 의무위반에 대하여 행정청이 그 의무자에게 부과·징수하는 금전적 제재”,<sup>88)</sup> “행정법규의 위반이나 행정법상의 의무 위반으로 경제상의 이익을 얻게 되는 경우에 당해 위반으로 인한 경제적 이익을 박탈하기 위하여 그 이익액에 따라 행정기관이 과하는 행정상 제재금”,<sup>89)</sup> “행정법상의 의무를 위반한 자에게 일정한 금전적 이익을 박탈함으로써 의무이행을 확보하려는 제재수단”,<sup>90)</sup> “행정법상의 의무불이행으로 인하여 발생한 경제적 이익을 상쇄하거나 의무불이행에 대하여 행정처분에 갈음하여 부과하는 제재적 금전부담”<sup>91)</sup>을 말한다.

이러한 과징금제도는 행정의 실효성을 확보하기 위한 전통적 수단인 행정강제

---

86) 김남진·김연태 『행정법 I』, 법문사, 2004, 471면.

87) 류지태·박종수 『행정법신론』 박영사, 2011, 309면.

88) 김동희, 『행정법 I』, 박영사, 2004, 427면.

89) 박균성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2004, 395면.

90) 김철용, 『행정법 I(제7판)』, 박영사, 2004, 396면.

91) 김성수, 『일반행정법』, 법문사, 2001, 509면.

와 행정별만으로는 실질적인 행정의 실효성을 확보하는 데에 효과적이지 못한 경우, 예컨대, 위반행위로 인하여 얻게 되는 경제적 이익이 행정별과 행정강제에 의한 불이익에 비하여 매우 큰 경우에는 실효를 거두기 어렵다. 또한 행정강제와 행정별은 국민의 기본권에 대한 중대한 제약을 가져오므로 법률에 의하여 적시에 효과적으로 대응하지 못하는데 단점이 있다. 그리하여 다양한 형태의 실효성 확보수단이 등장하게 되었다. 이러한 새로운 실효성 확보수단으로는 과징금, 가산금 관허사업의 제한, 공급거부, 공표, 자동차 등의 사용정지 등의 수단이다. 이 중 가장 널리 사용되는 수단이 과징금이다.

우리나라는 1980년 12월 31일 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」을 제정함으로써 전형적인 과징금 제도를 도입하였다. 새로운 행정의 실효성 확보수단으로서 도입된 과징금은 대체로 행정법상의 의무를 위반한 자가 당해 위반행위로 인하여 얻은 불법적인 이익을 박탈하거나, 혹은 당해 법규상의 일정한 행정명령의 이행을 강제하기 위하여 행정청이 부과·징수하는 금전적 부담으로 이해되고 있다. 과징금이 부과되면 위반행위로 인한 불법적인 경제적 이익이 박탈되기 때문에 사업자는 위반행위를 하더라도 아무런 경제적 이익을 얻을 수 없기 때문에 간접적으로 행정법상의 의무이행을 강제하는 효과가 있다.<sup>92)</sup>

## 2. 과징금의 목적 및 필요성

법집행에 대한 형벌의 한계로 인하여 과징금제도는 그 필요성을 인정받을 수 있을 것이다. 행정법률에서는 행정법상 의무위반에 대하여 벌칙규정을 정하고 있고, 이러한 행정형벌은 간접적으로 행정의무이행의 실효성확보수단이 될 것이다. 그러나 형벌은 본질적으로 반도덕적, 반사회적 행위에 대한 제재이기 때문에 행정규제위반에 대하여 형벌로 대체하는 것은 행정권의 확대라는 비판이 있고, 형벌은 일반적으로 과거의 행위를 처벌하는 것이기 때문에 장래의 의무이행확보가

---

92) 김철용, 『행정법 I (제10판)』, 박영사, 2007, 432면

주된 기능일 수 없다는 한계를 드러내고 있다.<sup>93)</sup> 또한 행정의무위반에 대하여 형벌은 그 발동절차의 엄격성 때문에 신속한 법집행 수단이 필요한 경우에 한계가 있다.

이에 비하여 과징금은 간이한 절차에 따른 신속하고 전문적인 법집행이 가능하다. 또한 과징금은 법위반행위를 한 사업자를 대상으로 이를 처벌하는 데 있다고 할 수 없고, 그보다는 수범주체인 사업자에 경제적 압박을 가하여 장래의 법위반 행위를 ‘억제’하기 위한 목적으로 할 수 있다.

공법적 집행수단으로서 과징금의 경우 사업자가 경제적 이익을 추구하는 과정에서 초래된 위반행위를 부과 대상으로 하고 있다는 점에서 과징금의 주된 목적인 법위반행위의 억제 역시 전통적으로는 형사처벌의 목적에 속하는 것이지만 비형사적인 행정벌의 경우에도 이러한 목적을 달성할 수 있다.

과징금의 주된 목적인 억제의 목적을 달성하기 위한 금전적 부담을 부과함에 있어서는 위반행위자가 위반행위로 얻은 경제적 이익을 환수하는 방법에 의할 수도 있고 위반행위자를 단순히 제재하는 방법에 의할 수도 있다.

## II. 과징금과 구별되는 금전적 제재수단

행정법상의 의무위반에 대해서 금전적인 불이익이 가해지는 제도가 어떠한 것이 있는가라는 관점에서 본다면 과징금은 다른 유사한 금전적 제재와 다음과 같이 구별된다.

### 1. 벌금

벌금은 법원이 재판에 의하여 일정한 금액의 지급의무를 강제적으로 부담케하는 재산형의 일종으로 국가형벌권에 그 이론적 기초를 두고 있다. 벌금은

---

93) 이현석, “환경규제수단으로서 과징금제도”, 「사회과학연구」, 서원대학교 사회과학연구소, 1998, 200면.

과징금과 다음과 같은 차이를 보이고 있다.

① 과징금은 행정청이 부과하나, 벌금은 법원의 재판으로 부과하는 점, ② 과징금은 행정청이 구체적인 행정법상의 위반행위를 한 자에 대하여 개별적으로 부과하는 것이므로 그 부과행위는 행정행위(하명)에 속하나, 벌금은 곧 (행정)형법상의 범죄행위에 대해 부과하는 형벌에 해당하는 점, ③ 과징금은 부당이득세나 속죄금과 유사한 것으로 일정한 종류의 과징금은 형벌의 면제를 의미하지만, 벌금은 곧바로 형법상의 형벌에 해당되는 점, ④ 과징금은 금전적 제재를 행정처분(즉 과징금 부과처분)으로 부과하는 것이므로 그 불복은 행정쟁송절차에 의하게 되나, 벌금은 행정형벌로서 부과되는 것이므로 그에 대한 불복은 원칙적으로 형사소송절차에 의하는 점, ⑤ 과징금 부과자는 그 징수금액의 정도를 불문하고 전과자가 아니지만, 벌금 납부자는 징수금액이 과소하더라도 전과자가 된다는 점 등의 차이를 보인다.<sup>94)</sup>

## 2. 과태료

과태료란 행정법규 위반에 대하여 행정목적 달성을 장해가 될 때 금전적으로 가해지는 행정질서벌이다. 행정법상 의무위반 행위가 전체가 된다는 점에서 공통점을 가지고 있다. 하지만 다음과 같은 차이를 보인다.

① 과태료는 행정상 의무위반행위에 대한 질서벌이며, 과징금은 행정상 의무위반 시 그 이행을 확보하기 위한 행정상 수단인 점, ② 과태료로서 부과될 금전의 한도액은 가별성의 정도에 따라서 결정되나, 과징금은 의무위반상태 하에서 영업 수익의 예상치내에서 결정된다는 점. ③ 과태료는 원칙적으로 법원에 위하여 부과되며 부과결정에 대한 이의는 비송사건절차법에 의하고, 과징금은 행정청에 위하여 부과되며 그 이의는 행정쟁송절차에 의한다는 점이다<sup>95)</sup>

---

94) 신봉기, “경제규제입법상 과징금 제도”, 「법조」 제41권 제9호, 1992, 76~77면.

95) 박영도·박수현, “과징금 제도의 현황과 개선방안”, 「연구보고」 93-1, 한국법제 연구원, 1993, 31~32면.

### 3. 부과금

일반적으로 부과금이란 어떤 사업을 수행하기 위하여 필요한 경비를 다수의 관계자로부터 징수하는 경우를 말하는데, 현행 법제상 부과금 제도는 환경규제의 실효성 확보를 위하여 수질환경보전법 등에 규정된 배출부과금 제도가 가장 대표적이다. 환경법상의 규정된 배출부과금 제도는 오염물질로 인한 수질이나 대기 환경상의 피해를 방지하고 배출허용기준의 준수를 강제하는 데 있기 때문에 재정수입의 목적보다는 환경보호의 목적이 두드러진 일종의 유도적 환경 부담금으로 평가할 수 있다.<sup>96)</sup> 이 제도는 변형된 과징금과 마찬가지로 위반행위로 사업이 정지되어야 하지만 특정한 이유로 사업을 정지시키지 않고, 부당한 이익을 박탈시키므로 일종의 행정제재금이다. 그래서 제3의 형태의 과징금<sup>97)</sup> 또는 유사과징금<sup>98)</sup>이라고 한다.

### 4. 이행강제금

우리나라에서는 1991년 건축법에서 건축물의 철거 등의 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 당해 시정명령을 이행 하지 아니한 건축주 등에 대하여 당해 시정명령의 이행에 필요한 상당한 이행기간을 정하여 그 기한까지 이행하지 아니한 경우에는 법정의 이행강제금을 부과하는 규정을 도입하였다.<sup>99)</sup>

이행강제금은 현존하고 장래에도 존속하게 될 불복종을 제재하여 장래에 대하여 복종을 강제하는 것을 직접목적으로 한다는 점에서 의무이행을 간접목적으로 강제하는 행정벌이나 과거의 위반에 대한 제재를 의미하는 형벌과는 서로 구별

---

96) 김성수, “환경부담금과 환경보호-독일을 중심으로”, 「연세법학연구」 제2집, 1992, 252면.

97) 박영도·김호정, 전개논문, 10~11면.

98) 신봉기, 전개논문, 79면.

99) 오창수, “공정거래법상의 과징금 제도”, 「변호사」 제27집, 1997, 57-58면.

된다. 100)

## 5. 검토

과징금은 “금전상 제재”라는 점에서, 일단 罰金(형사벌)이나 過怠料(행정질서벌) 등과 다를 바가 없으나, 특히 과태료와는 ① 목적(의무위반에 대한 처벌 또는 의무이행화보수단) ② 부과주체(법원 또는 행정청) ③ 금액책정기준(가별성의 정도, 위반으로 인한 예상수익) ④ 불복근거(비송사건절차법, 행정쟁송법) 등에서 차이가 있다. 또 이와 같은 차이 때문에, 논리적으로 과징금의 부과와 행정벌이나 형사벌의 부과가 양립가능하다고 볼 수도 있다.

이론상으로는 과징금 제도는 동일한 위반행위를 하였을 때 한편으로는 행정상의 금전적 부담을 과징금을 부과하고, 다른 한편으로는 형사제재인 벌금을 부과하는 것이 가능하지만 제재적 성격을 부정할 수 없는 현실에서 이중처벌이라는 문제를 간과할 수 없다. 그리고 과징금과 과태료는 행정법상의 의무위반행위가 전제가 된다는 점에서 공통점을 가지고 있고, 의무위반행위 후 영업정지 보다는 행정제재금을 부과하는 등 명백한 구별 기준을 발견하기가 어렵다.

---

100) 김호정, 전계논문, 11면.

## 제2절 과징금의 유형과 법적성격

### I. 과징금의 유형과 분류

#### 1. 유형분류에 관한 논의

과징금제도는 개별법률마다 달리 규정하고 있어서 그 유형을 구분함에 있어서도 논자마다 다르다. ① 부당이득환수제도로서의 과징금제도와 이에서 변형된 과징금제도(영업정지처분에 갈음하는 과징금제도)로 구분하는 견해<sup>101)</sup> ② 부당이득환수제도로서의 과징금제도, 영업정지처분에 갈음하는 과징금제도, 그리고 부과금제도의 세 가지 형태로 구분하는 견해<sup>102)</sup> ③ 부당이득환수로서의 과징금제도, 영업정지처분에 갈음하는 과징금제도, 그리고 단순한 금전적 제재로서의 과징금제도의 세 가지 형태로 구분하는 견해<sup>103)</sup> ④ 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 도입된 형태인 전형적 과징금(제1유형)과 자동차운수업법 등에서 도입된 형태인 변형된 과징금(제2유형)으로 나누는 견해<sup>104)</sup> 등이 있다.

101) 이 견해에서는 금전적 제재로서의 과징금제도는 부당이득환수제도로서의 과징금제도에 포함시키고 있다. (박균성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2005, 413면; 홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2004년 540면; 배영길, “과징금제도에 관한 연구”, 「공법학연구」, 제3권 제2호, 한국비료공법학회, 2002, 245면.

102) 『수질환경보전법』 제19조, 『대기환경보전법』 제19조, 『오수·분뇨 및 축산폐수의 처리에 관한 법률』 제29조에서는 일정한 오염물질을 배출한 사업체에 대하여 배출한 오염물질의 종류·배출기간·배출량 등을 산정기준으로 하여 배출부과금을 부과하는데, 부과금이 과징금과 명칭이 다르기는 하지만 성격상 유사하며, 일정한 행정법률을 위반한 자에 대하여 그 위반행위로 야기한 사회적 해악의 정도에 비례하여 일정한 금전의 부담을 명하는 것이라고 보아 과징금의 한 유형으로 구분하고 있다.(현재 2001.5.31 99헌가·8등 결정); 김호정, 전계논문, 328면 ; 박영도·김호정, 전계논문, 30면 ; 박영도·박수현, 전계논문, 52면 ; 김종두, “행정법상 과징금제도에 관한 고찰”, 「입법조사월보」 166호, 국회사무처, 1988. 2, 2면, 신봉기, 전계논문, 79면.

103) 김홍대, “과징금 제도의 의의와 법적 성격”, 「법조」 제51권 제12호, 2002, 24면.

여기서는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 도입된 형태인 전형적 과징금(제1유형)과 자동차운수업법 등에서 도입된 형태인 변형된 과징금(제2유형)으로 나누는 견해를 따르기로 한다.

## 2. 유형

### (1) 전형적 과징금(1유형)- 주로 경제법상의 의무위반에 대한 단독의 제재수단

전형적 과징금은 대체로 경제력의 집중을 막고 공정한 경쟁질서 및 거래질서의 확립을 목적으로 하고 있다. 또한 대부분 액수산정에 있어 참작할 사항들을 규정하고 있고, 분납, 기한연장 및 과징금부과처분 이전에 의견을 제출할 수 있도록 하고, 부과처분 이후에는 이의신청을 할 수 있도록 하는 규정을 두고 있다.<sup>105)</sup>

전형적 과징금의 대표적인 법률은 독점규제 및 공정거래에 관한 법률이다. 그 밖에도 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률, 금융지주회사법, 물가안정에 관한 법률, 방문판매 등에 관한 법률, 방송법, 보험법, 불공정무역행위 조사 및 산업 피해구제에 관한 법률, 상호저축은행법, 외국환거래법, 인터넷 멀티미디어 방송사업법, 전기사업법, 전기통신사업법, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률, 표시·광고의 공정화에 관한 법률, 하도급거래 공정화화에 관한 법률 등에 규정되어 있다.

전형적 과징금은 다시 해당 과징금제도의 목적과 성격에 비추어 첫째는 부당이득환수적 성격이 강한 과징금이며, 둘째는 사후적인 응보의 성격이 강한 과징금이고, 마지막으로 민사상의 징벌적 손해배상제도와 유사한 과징금으로 구분할 수 있다. 이 중 마지막 유형의 과징금은 예외적인 형태의 과징금이고 대부분 첫째와

---

104) 김동희, 『행정법 I (11판)』, 박영사, 2005, 432면.

105) 대표적인 예로 독점규제및공정거래에관한법률 제52조(의견진술기회의 부여), 제53조(이의신청), 제55조의3(과징금부과), 제55조의4(과징금 납부기한의 연장 및 분할납부)의 규정.

둘째 유형의 과징금에 속한다.

▶ 독점규제 및 공정거래에 관한 법률

제6조(과징금)

공정거래위원회는 시장지배적사업자가 남용행위를 한 경우에는 당해 사업자에 대하여 대통령령이 정하는 매출액(대통령령이 정하는 사업자의 경우에는 영업수익을 말한다. 이하 같다)에 100분의 3을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액이 없거나 매출액의 산정이 곤란한 경우로서 대통령령이 정하는 경우(이하 "매출액이 없는 경우 등"이라 한다)에는 10억원을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다.

(2) 변형된 과징금(2유형) - 법위반에 대한 사업정지처분 등에 갈음하여 부과되거나 선택적으로 부과되는 과징금

영업정지처분에 갈음하여 과징금을 부과할 수 있는 것으로 규정하고 있는 경우가 적지 않은데 이와 같이 영업정지에 갈음하여 부과되는 과징금을 변형된 과징금이라 한다. 변형된 과징금은 1981년 12월 31일 개정 자동차운수사업법에서 처음으로 규정되었다. 동법은 자동차운수사업자가 위반행위를 한 경우 사업의 정지명령에 갈음하여 교통부장관이 500만원 이하의 과징금을 부과할 수 있도록 하였다. 도입당시에는 과징금부과처분이 이중처벌이라는 비난을 피하기 위하여 과징금부과사유가 동시에 형벌의 구성요건에도 해당하는 경우에는 교통부장관의 고발이 있어야만 형사처벌할 수 있도록 하는 친고죄규정을 두면서, 과징금을 납부한 경우에는 고발을 하지 못하도록 하는 특례를 두었다.<sup>106)</sup>

현행 과징금제도의 대부분은 영업정지처분에 갈음하는 과징금제도가 차지하고 있다. 원래 변형된 과징금의 취지는 행정법규 위반에 대하여 영업정지를 명해야 하는 경우 행정법규위반자인 사업자의 영업을 정지시킴으로써 시민 등이 큰 불

---

106) 1986.12.31. 구 자동차운수사업법을 개정하면서 친고죄와 고발제한에 관한 동법 제78조를 삭제함.

편을 겪거나 국민경제에 적지 않은 피해를 주는 등 공익을 해할 우려가 있는 경우에 그 영업정지로 인하여 초래될 공익에 대한 침해 등의 문제를 고려하여 영업정지를 하지 않고 그 대신 그 영업으로 인한 이익 박탈을 위해 과징금을 부과할 수 있도록 한 것이다. 그런데, 실정법상 공익성이 크지 않은 사업에 대하여도 영업정지에 갈음하는 과징금이 도입된 경우가 적지 않다. 즉 공익사업이 아님에도 불구하고 사업자의 재산권을 제한하여 의무위반 행위를 하지 못하도록 하는 것이다. 107)

### ▶ 여객자동차 운수사업법

#### 제88조 (과징금 처분)

① 국토해양부장관 또는 시·도지사는 여객자동차 운수사업자가 제85조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하여 사업정지 처분을 하여야 하는 경우에 그 사업정지 처분이 그 여객자동차 운수사업 을 이용하는 사람들에게 심한 불편을 주거나 공익을 해칠 우려가 있는 때에는 그 사업정지 처분 을 갈음하여 5천만원 이하의 과징금을 부과·징수할 수 있다.

② 제1항에 따라 과징금을 부과하는 위반행위의 종류·정도 등에 따른 과징금의 액수, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③ 국토해양부장관 또는 시·도지사는 제1항에 따라 과징금 부과 처분을 받은 자가 과징금을 기한 내에 내지 아니하는 경우 국세 또는 지방세 체납처분의 예에 따라 징수한다.

④ 제1항에 따라 징수한 과징금은 다음 각 호 외의 용도로는 사용할 수 없다.

1. 벽지노선이나 그 밖에 수익성이 없는 노선으로서 대통령령으로 정하는 노선을 운행하여서 생긴 손실의 보전(補填)

2. 운수종사자의 양성, 교육훈련, 그 밖의 자질 향상을 위한 시설과 운수종사자에 대한 지도 업무를 수행하기 위한 시설의 건설 및 운영

3. 지방자치단체가 설치하는 터미널을 건설하는 데에 필요한 자금의 지원

4. 터미널 시설의 정비·확충

5. 여객자동차 운수사업의 경영 개선이나 그 밖에 여객자동차 운수사업의 발전을 위하여 필요 한 사업

---

107) 박균성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2007, 504면.

6. 제1호부터 제5호까지의 규정 중 어느 하나의 목적을 위한 보조나 융자
7. 이 법을 위반하는 행위를 예방 또는 근절하기 위하여 지방자치단체가 추진하는 사업
  - ⑤ 시·도지사는 국토해양부령으로 정하는 바에 따라 과징금으로 징수한 금액의 운용 계획을 수립하여 시행하여야 한다.
  - ⑥ 제4항과 제5항에 따른 과징금 사용의 절차·대상, 운용 계획의 수립·시행, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

## II. 과징금의 법적성격

### 1. 개요

과징금제도는 그 용어방식뿐만 아니라 법령에서 규정하고 있는 형태로 보아 그 법적 성격을 파악하기에 어려움이 있다. 그 주된 이유로는 도입초기의 과징금제도는 경제법상의 의무위반행위 자체로 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하는 행정제재금인데 반하여, 법령위반을 이유로 한 사업정지처분 등의 사유가 발생한 경우 사업의 정지 등이 당해 사업의 이용자 등에게 심한 불편을 주거나 기타 공익적 사업과의 관련성을 고려하여 사업을 계속 영위하게 하면서 그 이익을 박탈하는 변형된 형태로 규정하고 있다.

### 2. 학설

#### (1) 전형적 과징금의 법적성격

전형적 과징금의 법적 성격에 대한 견해로 ① 부당이득세적성격(부당이득환수설)으로 이해하는 견해<sup>108)</sup> ② 행정제재금으로 파악하는 견해(행정제재설)<sup>109)</sup> ③ 부당이득환수적 성격과 행정제재적 성격을 모두 갖고 있다는 견해(겸유설) 등이

---

108) 안대희, “과징금의 법적성격과 문제점”, 「법조」 366호, 1987, 5면 ; 김종두, 전계 논문, 11면.

109) 조정연, “과징금제도에 관한 소고-법리·운영현황 및 입법방향”, 「법제」 제198호, 1987. 6, 2면.

있다. 이 중 두 가지 성격을 모두 갖고 있다는 견해가 현재 경제법상 일반적인 견해이다. 이 견해에 따르면 과징금의 부과여부와 과징금액의 결정에 공정거래위원회가 재량을 가지게 한 것은 행정제재적 성격을 반영하는 것이고, 공정거래위원회가 과징금을 부과 할 때 위반행위의 내용 및 정도, 기간 및 횟수와 함께 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 참작하도록 하고 있는 것은 부당이득환수적 성격을 반영하는 것이라는 견해이다.

공정경쟁 또는 경쟁촉진을 목적으로 하는 금지행위 유형이든 이용자 또는 시청자 보호를 목적으로 하는 금지행위 유형이든 원칙적으로 부당이득 환수적 성격의 과징금에서 전제가 되는 경제적 이익을 상정할 수 있으므로 위반행위로 인하여 사업자가 얻게 되는 경제적 이익인 독점적 이윤을 박탈함으로써 일차적인 억제의 목적이 달성될 수 있다고 할 수 있다. 따라서, 원칙적으로 부당이득 환수적 성격의 측면에서 과징금액수를 산정하는 것이 바람직하다. 그리고 제재적 성격의 과징금을 가미하는 것은 공정경쟁 또는 경쟁촉진을 목적으로 하는 금지행위유형에 보다 적합한 방식이다.

## (2) 변형된 과징금의 법적성격

변형적 과징금의 법적 성격에 대한 견해로는 ① 부당이득세설(부당이득환수설) ② 부당이득 또는 사업 계속함으로써 얻은 이익을 박탈하는 행정제재금이라는 견해<sup>110)</sup> ③ 행정기관이 과하는 과태료라는 견해 ④ 속죄금적 성격이라는 견해<sup>111)</sup> 등이 있다. 법령 위반을 이유로 한 사업정지처분 등의 사유가 발생한 경우 사업의 정지 등이 당해 사업의 이용자 등에게 심한 불편을 주거나 기타 공익을 해할 우려가 있는 때 그 사업정지처분 등에 갈음하여 부과하는 것이므로, 과징금과 공익적 사업과의 관련성을 직접 고려하고 있다. 이는 당해 법령을 위반한 사례가 있더라도 사업의 공익성을 고려하여 사업은 계속 유지시키면서 일정기간 당해

---

110) 박윤근, 『최신행정법장의(상)』, 박영사, 2004, 667면.

111) 안대희, 전계논문, 7~8면.

사업으로부터 생기는 수익을 박탈하는 제도라고 할 수 있다. 이처럼 과징금을 경쟁 및 소비자 보호의 가치와 구별되는 의미에서의 공익적 가치와 연결시킬 수 있는 경우에는 상대적으로 행정제재적 성격이 보다 더 강조될 수 있다.

### (3) 소결

과징금제도는 행정목적달성이라는 입법취지에 비추어 볼 때, 그 유형의 여하를 막론하고 제재적 요소를 아울러 가진다는 점에 대해서는 대체로 의견이 모아지고 있는 상태이다. 행정법상 과징금이 위반행위를 억제하기 위한 목적을 달성하기 위한 수단이라고 할 때, 과징금의 법적 성격의 문제는 그 수단으로서 부당이득 환수의 수단과 제재의 수단 중 어느 쪽을 강조할 것인가의 문제라고 할 수 있다.<sup>112)</sup> 따라서 행정법상 전형적 과징금의 법적 성격에 관한 논의는 대체로 이러한 과징금이 부당이득 환수적 성격과 행정제재적 성격을 모두 갖고 있는 것으로 설명하는 것이 다수의 견해인 것으로 보인다. 이에 대하여 변형된 과징금의 법적 성격과 관련해서는 부당이득환수적 성격보다 행정제재적 성격이 보다 강조되어야 한다는 논의가 있다.<sup>113)</sup>

## 3. 대법원 판례

대법원에서는 “구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(1999.2.5 법률 제 5813호로 개정되기 전의 것)상의 과징금 부과는 비록 제재적 성격을 가진 것이기는 하여도 기본적으로 법 위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과되는 것이고, 같은 법 제55조의3 제1항에서도 이를 고려하여 과징금을 부과함에 있어서는 위반행위의 내용과 정도, 기간과 횟수 외에 위반행위에 인

---

112) 홍대식, “방송통신법상 과징금제도의 쟁점”, 「경제규제와 법」 제3권 제2호, 2010, 205면.

113) 김홍대, 전계논문, 12면: 이원우 편, 『정보통신법연구Ⅱ』, 경인문화사, 2008, 261~262면.

하여 취득한 이익의 규모 등과 아울러 참작하도록 규정하고 있는 것이므로, 불공정거래행위에 대하여 부과되는 과징금의 액수는 당해 불공정거래행위의 구체적 태양 등에 기하여 판단되는 그 위법성의 정도뿐만 아니라 그로 인한 이득 액의 규모와도 상호균형을 이룰 것이 요구되고, 이러한 균형을 상실할 경우에는 비례의 원칙에 위배되어 재량권의 일탈·남용에 해당할 수가 있다.”<sup>114)</sup>라고 판시하여, 과징금의 법적 성격을 부당이득이 전제가 되고 제재적 성격이 가미되었다는 입장에서 파악하고 있다.

#### 4. 헌법재판소 결정

헌법재판소는 과징금의 개념 및 법적 성질에 대하여 “부동산실명법 이외의 다른 법률에서도 다양한 유형으로 규정되고 있는 과징금은 현대행정에 있어서 새로운 의무이행확보수단으로서 그 비중이 커지고 있는 실정이지만, 그 개념이나 그 법적 성격 등에 대하여 구체적으로 정립되지는 못하고 있는바, 과징금의 개념에 관하여는 대체적으로, 행정청이 일정한 행정법상의 의무위반자에 대하여 과하는 금전상의 제재 또는 주로 경제법상 의무에 위반한 자가 당해 위반행위로 경제적인 이익을 얻을 것이 예정되어 있는 경우 당해 의무위반행위로 인한 불법적인 이익을 박탈하기 위하여 그 이익액에 따라 과하여지는 일종의 행정제재금 혹은 행정청이 일정한 행정법상의 의무에 위반한 데 대한 제재로서 부과하는 금전적 부담이라고 설명하고 있고, 과징금의 법적 성격에 관하여도, 각종 법률에 따라 그 기능과 형태가 매우 다양하여 이를 통일적으로 설명하기는 어려우나, 부당이득세적 성격을 강조하는 견해가 있는 반면, 위반행위의 억지를 도모하는 행정제재금으로서의 성격을 강조하면서 다만 그 제재적 성격은 형벌의 그것과는 다르다는 견해도 있다. 한편, 각종 법률에 등장하고 있는 과징금 제도를 유형에 따라 분류하면, 첫째, 행정상 의무이행확보수단으로서 특히 경제법상의 의무위반행

---

114) 대법원 2001.2.9 선고 2000두6206판결

위로 얻은 불법적인 이익 자체를 박탈하기 위하여 부과되는 유형의 과징금이 있는바, 독점규제및공정거래에관한법률이나 금융실명거래및비밀보장에관한법률에서 그 예를 찾아볼 수 있고, 이는 부당 또는 불법의 이득을 환수 내지 박탈한다는 측면과 위반행위자에 대한 제재로서의 측면을 함께 가지고 있다고 말할 수 있으며, 둘째, 다수 국민이 이용하는 사업이나 국가 및 사회에 중대한 영향을 미치는 사업을 시행하는 자가 행정법규에 위반하였을 경우 그 위반자에 대하여 허가취소·영업정지처분을 하면 오히려 국민에게 불편과 생활의 어려움을 줄 수 있으므로, 이러한 허가취소·영업정지처분과 선택적으로 또는 이에 갈음하여 부과되는 과징금으로서, 여객자동차운수사업법 제79조, 석유사업법 제14조, 주차장법 제24조, 건설산업기본법 제82조 등이 그 예이고, 이 유형에 속하는 과징금은 일정한 행정법규를 위반한 자가 사업정지처분의 대상이 될 때 이에 갈음하여 행정기관이 그 불이익처분을 면제하는 대신 일정 금액의 납부를 명한다는 측면에서 일종의 속죄금으로서의 성격도 가진다고 볼 것이며,셋째, 법령에서 과징금이라는 용어를 사용하고 있지 않더라도 그 제도적 취지·성격 등에 비추어 과징금과 유사한 제도를 규정하고 있는 경우로서, 대표적인 예는, 일정한 오염물질을 배출한 사업자에 대하여 배출한 오염물질의 종류, 배출기간, 배출량 등을 산정기준으로 하여 배출부과금을 부과하는 제도인데, 현행법상 이를 규정하고 있는 법률로는 수질환경보전법 제19조, 대기환경보전법 제19조 등이 있고, 위 부과금은 과징금과 그 명칭이 다르기는 하지만 성격상 유사하며, 일정한 행정법규를 위반한 자에 대하여 그 위반행위로 야기한 사회적 해악의 정도에 비례하여 일정한 금전의 부담을 명하고 있다는 데 그 특색이 있다. 이를 모두 종합하면, 과징금 제도는 대체로 행정법상의 의무위반행위에 대하여 행정청이 의무위반행위로 인한 불법적인 이익을 박탈하거나, 혹은 당해 법규상의 일정한 행정명령의 이행을 강제하기 위하여 의무자에게 부과·징수하는 금전이라고 그 개념 및 법적 성격을 개괄적으로 설명할 수 있을 것이다. 또한, 과징금은 형사처벌이나 행정벌과는 그 성격을 달리하는 것이기는 하나, 위반자에 대하여 금전지급채무를 부담시킨다는 측면

에서 실질적으로는 제재로서의 성격을 가지고 있으므로, 그 부과요건에 관하여 법률상 명시적인 근거가 있어야 하는 것은 물론, 현법상 과징금지의 원칙과 관련하여 과징금을 부과하여야 할 합리적인 근거가 있어야 하고, 위반자의 의무위반의 정도나 취득한 이익의 크기에 상응하여 과징금을 산정하며, 그 산정기준 및 부과절차 등도 적정하게 규정되어야 할 것”<sup>115)</sup> 이라고 결정하였다.

따라서 헌법재판소는 “과징금은 그 취지와 기능, 부과의 주체와 절차 등을 종합할 때 부당내부거래 억지라는 행정목적을 실현하기 위하여 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 기본적 성격에 부당이득환수적 요소도 부가되어 있는 것”이라고 판시하고 있다.<sup>116)</sup>

---

115) 2001. 5. 31. 99헌가18, 99헌바71 · 111, 2000헌바51 · 64 · 65 · 85, 2001헌바2(병합)

116) 2003.7.24. 2001헌가25

## 제3절 헌법상 과징금부과의 판단기준

### I. 헌법상 과징금부과의 위헌여부 판단

#### 1. 이중처벌 해당여부 검토

##### (1) 헌법상 신체의 자유의 의의와 보호범위

###### 가. 신체의 자유의 의의

헌법 제12조 제1항을 통하여 보호되는 신체의 자유란 법률과 적법절차에 의하지 아니하고는 신체의 안전성과 자율성을 침해당하지 아니할 자유를 뜻한다.

과거의 기본권발전사가 말해 주듯이 국가권력을 통하여 빈번하게 침해되었던 자유가 바로 신체의 자유였으며, 이는 오늘날에도 마찬가지이다. 그러나 신체의 자유가 침해되면 가정과 사회생활은 물론 경제생활 또한 파괴되며, 수사나 재판 과정에서도 형사피고인은 빨리 신체의 자유를 얻기 위하여 본의 아닌 자백을 함으로써 더 큰 문제를 불러일으킬 수도 있다. 따라서 헌법상 기본권목록 중에서 신체의 자유는 가장 기본적인 자유로서 모든 사회적·경제적·정신적 자유의 뿌리가 되는 중요한 기본권이다.

따라서 신체의 자유는 정신적 자유와 더불어 헌법이념의 핵심인 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 가장 기본적인 자유로서 모든 기본권 보장의 전제조건이다.(1992. 4. 14. 90헌마82)

###### 나. 신체의 자유의 보호범위

“신체의 자유를 보장하고 있는 것은, 신체의 안정성이 외부로부터의 물리적인 힘이나 정신적인 위험으로부터 침해당하지 아니할 자유와 신체활동을 임의적이고 자율적으로 할 수 있는 자유를 말하는 것”이다.(1992. 12. 24. 92헌가8)

#### 다. 신체자유의 구체적 내용

신체의 안정성과 자율성을 침해하려는 국가로부터 방어하는 자유권적 기본권으로서 신체의 자유는 먼저 법률과 적법한 절차 및 영장에 의하지 아니한 체포·구속·압수·수색으로부터 보호한다. 이는 신체의 자유가 수사단계에서 가장 위협받고 있기 때문에 수사절차에 엄격한 제약을 가하고 있는 것이다.

그 다음으로 신체의 자유에 근거하여 모든 사람은 법률에 의하지 아니하고는 짐짓을 받지 아니할 자유가 있다. 이에 따라서 법률에 의하지 아니한 답변의 강요는 금지된다.

또한 신체의 자유는 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분·강제노역을 받지 아니할 자유를 포함한다.

그러므로 헌법은 제12조에서 모든 국민의 신체자유보장을 선언하면서, 그 보장 원리로서 적법절차·죄형법정주의·고문금지·사전영장원칙·변호인의 조력을 받을 권리 등을 규정하였고 제13조에서는 이중처벌금지, 연좌제금지 등을 규정하였으며 나아가서 제27조에서는 신속한 재판을 받을 권리와 함께 무죄추정의 원칙을 규정함으로써 신체의 자유를 보장하기 위하여 세심한 배려를 하고 있다.

#### (2) 이중처벌금지원칙(일사부재리의 원칙)의 의의와 내용(헌법 13조 1항 후단)

##### 가. 의의

이중처벌금지원칙에 따라 실체판결이 확정되어 판결의 실체적 확정력이 발생하면 그 후 동일사건에 대하여는 거듭 심판하는 것이 허용되지 않는다. 일사부재리의 원칙은 실체재판(유무죄판결, 면소판결, 집행유예와 선고유예, 형집행면제판결)에만 적용되고 형식재판(관할위반판결, 공소기각판결과 결정)에는 적용되지 않는다. 따라서 무죄판결이 있은 행위와 이미 처벌이 끝난 행위에 대해서는 다시 형사책임을 물을 수 없다.

#### 나. 내용

이러한 이중처벌금지는 국가형벌권의 행사에 따르는 형사처벌의 영역에 적용되고, 그 이외의 국가가 행하는 각종의 제재나 불이익처분에는 적용되지 아니한다 : “헌법 제13조 제1항은 “모든 국민은…… 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다”고 하여 이른바 “이중처벌금지의 원칙”을 규정하고 있는바, 이 원칙은 한번 판결이 확정되면 동일한 사건에 대해서는 다시 심판할 수 없다는 “일사부재리의 원칙”이 국가형벌권의 기속원리로 헌법상 선언된 것으로서, 동일한 범죄 행위에 대하여 국가가 형벌권을 거듭 행사할 수 없도록 함으로써 국민의 기본권 특히 신체의 자유를 보장하기 위한 것이라고 할 수 있다. 이러한 점에서 헌법 제13조 제1항에서 말하는 “처벌”은 원칙으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분을 모두 그 “처벌”에 포함시킬 수는 없다 할 것이다. 다만, 행정질서별로서의 과태료는 행정상 의무의 위반에 대하여 국가가 일반통치권에 기하여 과하는 제재로서 형벌(특히 행정형벌)과 목적·기능이 중복되는 면이 없지 않으므로, 동일한 행위를 대상으로 하여 형벌을 부과하면서 아울러 행정질서별로서의 과태료까지 부과한다면 그것은 이중처벌금지의 기본정신에 배치되어 국가 입법권의 남용으로 인정될 여지가 있음을 부정할 수 없다. 이중처벌금지의 원칙은 처벌 또는 제재가 “동일한 행위”를 대상으로 행해질 때에 적용될 수 있는 것이고, 그 대상이 동일한 행위인지의 여부는 기본적 사실관계가 동일한지 여부에 의하여 가려야 할 것이다.”(1994. 6. 30. 92헌바38)

#### 다. 이중처벌금지원칙 관련 판례

##### 1) 누범가중

“형법 제35조 제1항이 규정하는 누범은 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 경우로, 같은 법

조 제2항에서 누범을 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중하도록 규정하고 있는바, 이와 같이 가중처벌하는 취지는 범인이 전범에 대한 형벌에 의하여 주어진 기왕의 경고에 따르지 아니하고 다시 범죄를 저질렀다는 잘못된 범인의 생활 태도 때문에 책임이 가중되어야 하고, 범인이 전범에 대한 형벌의 경고기능을 무시하고 다시 범죄를 저지름으로써 범죄추진력이 새로이 강화되었기 때문에 행위 책임이 가중되어야 한다는 데 있으며 또한 재범예방이라는 형사정책이 배려된 바 있다 할 것이다. 따라서 누범을 가중처벌하는 것은 전범에 대하여 형벌을 받았음에도 다시 범행을 하였다는 데 있는 것이지 전범에 대하여 처벌을 받았음에도 다시 범행을 하는 경우에도 전범도 후범과 일괄하여 다시 처벌한다는 것은 아님이 명백하다. 같은 법조항의 누범은 전범에 대하여 처벌을 받은 후 다시 범죄를 저지른 모든 경우를 포함하는 것이 아니라 일정한 요건 즉 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 경우만을 누범으로 하고 있으며, 그 형도 장기만을 가중하고 단기는 가중하지 아니하므로 누범을 심판하는 법관은 피고인의 정상을 참작하여 그 형의 최단기형을 선고할 수도 있는 것이며, 전범이 있다는 사실은 단지 하나의 정상으로서 법관의 양형에 있어 불리하게 작용하는 요소일 뿐, 전범 자체가 심판의 대상으로 되어 다시 처벌받기 때문에 형이 가중되는 것은 아니라 할 것이다. 따라서 누범에 대하여 형을 가중하는 것이 헌법상의 일사부재리의 원칙에 위배하여 피고인의 기본권을 침해하는 것이라고는 볼 수 없다."(1995. 2. 23. 93헌바43)

다시 헌법재판소는 2010년 9월 30일 특정강력범죄의 누범규정인 구 '특정강력 범죄의 처벌에 관한 특례법' 제3조 중 "특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄인 '성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률' 제9조 제1항, 제6조 제1항의 흉기휴대강간치상죄를 범한 때에는"에 관한 부분에 대하여 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였다. "헌법재판소는, 누범의 가중처벌 자체가 헌법에 위반되지는 않는다고 보았고 (현재 1995. 2. 23. 93헌바43, 판례집 7-1, 222, 234-236; 현재 2002. 10. 31. 2001헌

바68, 판례집 14-2, 500), 특강법 제3조에 의한 누범의 가중처벌 역시 그 정당성을 인정하고 있는데(현재 2008. 12. 26. 2005헌바16, 판례집 20-2하, 564, 577; 현재 2008. 12. 26. 2006헌바16, 판례집 20-2하, 618, 632 참조) 특히 특강법 제3조에 의한 누범가중으로 인해 형의 하한이 징역 7년에서 징역 14년까지 가중된 경우에 대해서도 책임원칙이나 평등원칙에 위반된다고 볼 수 없다고 판시한 바 있다(현재 2008. 12. 26. 2005헌바16, 판례집 20-2하, 564; 현재 2008. 12. 26. 2006헌바16, 판례집 20-2하, 618). 이 사건 누범가중조항은, 어떠한 범죄로든 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 다시 범죄를 행하기만 하면 가중처벌하는 형법상의 누범가중과는 달리, 특강법 제2조가 규정한 특정강력 범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 특정강력 범죄인 흉기휴대강간치상죄를 범한 경우에만 가중처벌함으로써, 전판결의 경고기능을 실질화한 것으로 볼 수 있고, 특강법의 입법목적, 특강법이 적용되는 특정 강력범죄와 이 사건 누범가중조항에 의해 가중처벌되는 흉기휴대강간치상죄의 죄질과 비난가능성의 정도 등을 고려할 때, 특정강력범죄로 형을 선고받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 비교적 짧은 기간이라 할 수 있는 3년 이내에 다시 특정강력범죄인 흉기휴대강간치상죄를 범한 경우에 그 죄에 정한 형의 장기와 단기의 2배까지 가중하여 “무기징역” 또는 “14년 이상 25년 이하의 징역”으로 처벌하도록 한 이 사건 누범가중조항은, 책임에 비해 지나치게 가혹한 형벌을 규정하여 책임과 형벌 간의 비례성을 갖추지 못하였다거나 형벌체계상 정당성과 균형성을 상실하였다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 누범가중조항은 책임원칙이나 평등원칙 또는 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다.”(2010. 9. 30 2009헌바116)

## 2) 상습범가중

재판실무상 상습성 유무를 전과사실에 의존하여 판단하고 있음을 보면 이미 처벌받은 종전의 전과사실을 내세워 상습성을 인정하고 처벌함은 실질적으로 일사부재리의 원칙에 반한다고 주장하나, 살피면 이 사건 법률조항이 처벌대상으로

삼고 있는 것은 이미 처벌받은 전범(前犯)이 아니고 후범(後犯)이며 앞서 본 상습 성의 위험성 때문에 일반범죄와 달리 가중처벌함에 그 목적을 두고 있으므로 이는 헌법 제13조 제1항 소정의 일사부재리의 원칙에 위배되지 아니하다고 볼 것이다.(1995. 3. 23. 93헌바 59)

### 3) 운전면허 취소처분

헌법재판소는 2010년 3월 25일 음주운전 금지규정을 2회 이상 위반한 사람이 다시 이를 위반한 때에는 운전면허를 필요적으로 취소하도록 하고 있는 도로교통법 제93조 제1항 제2호 중 “제44조 제1항을 2회 이상 위반한 사람이 다시 동조 제1항의 규정을 위반하여 운전면허 정지사유에 해당한 때” 부분에 대하여 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 선고하였다. 곧 “운전면허 취소처분은 형법상에 규정된 형(刑)이 아니고, 그 절차도 일반 형사소송절차와는 다를 뿐만 아니라, 주취 중 운전금지라는 행정상 의무의 존재를 전제하면서 그 이행을 확보하기 위해 마련된 수단이라는 점에서 형벌과는 다른 목적과 기능을 가지고 있다고 할 것이다. 따라서 운전면허 취소처분을 이중처벌금지원칙에서 말하는 “처벌”로 보기 힘들다고 할 것이므로, 이중처벌금지원칙에 위반되지 아니한다.”(2010. 3. 25. 2009헌바83)

### 4) 보안처분과 이중처벌금지원칙

“보호감호와 형벌을 다같이 신체의 자유를 박탈하는 수용처분이라는 점에서 서로 유사한 점이 있기는 하지만, 보호감호처분은 재범의 위험성이 있고 특수한 교육·개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 사회복귀를 촉진하고 사회를 보호하기 위하여 헌법 제12조 제1항을 근거로 한 보안처분으로서 그 본질과 추가하는 목적 및 기능에 있어 형벌과는 다른 독자적 의의를 가진 사회보호적인 처분이므로 형벌과 보호감호를 서로 병과하여 선고한다고 해서 그것이 헌법 제13조 제1항 후단 소정의 거듭처벌금지의 원칙에 해당되지 아니한다는 것이

당 재판소의 견해이다.”(1989.7.14. 88헌가5·8, 89헌가44)

“사회보호법 제42조는 “보호처분에 관하여 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 성질에 반하지 아니하는 범위 안에서 형사소송법과 행형법의 규정을 준용한다……”라고 규정하고 있으나, 위 규정의 취지는 보호감호처분이나 형법(자유형)은 다같이 신체의 자유를 박탈하는 수용처분이고, 사회로부터 일정기간 격리하여 사회에 복귀할 수 있도록 교정교화하는 것을 목적으로 하는 점에서 차이가 없으므로 그러한 한도에서 성질에 반하지 않는 한 그 집행절차에서 형사소송법과 행형법의 규정을 보호감호처분에 준용한다는 것이지, 보호감호처분을 형벌과 똑같이 집행한다는 취지가 아니고, 피보호감호자분류처우규칙(1986.12.31. 법무부령 제179호)에 의하면 집행의 장소, 처우(의복, 노동과 그 보수, 접견, 서신, 두발, 교육, 근로, 직업훈련) 등에 있어 자유형의 집행과는 달리 취급하고 있음을 알 수 있으므로 사회보호법 제42조의 규정을 들어 보호감호의 집행이 형벌과 차이가 없어 때문에 헌법상의 거듭처벌금지에 위해된다는 주장은 이유없다.”(1991. 4. 1. 89헌마17·85·100·109·129·167(병합)) 따라서 “보안처분(보호감호처분 : 죄를 범한 자 또는 사회적으로 위험한 행위를 할 우려가 있는 자를 사회로부터 격리하여 그 위험성을 교정하는 것)은 형벌과는 그 본질이나 추구하는 목적 및 기능이 다른 별개의 제도이므로 형벌과 사회보호법상의 보호감호 또는 보안관찰법상 보안관찰처분을 서로 병과해서 선고하는 것은 이중처벌금지원칙에 반하지 않는다.”(1991. 4. 1. 89헌마17등 ; 1997. 11. 27. 92헌바28)

##### 5) 신상공개

청소년의 성보호에관한법률 제20조 제2항 제1호 등 위헌제청 사건(2003. 6. 26. 2002헌가14)에서 헌법재판소는 청소년 성매수자에 대한 신상공개를 규정한 청소년의 성보호에관한법률 제20조 제2항 제1호가 이중처벌금지원칙에 위반되는지 여부에 대하여 헌법재판소는 합헌결정을 내렸다.

(가) 재판관 윤영철, 재판관 하경철, 재판관 김효종, 재판관 김경일의 합헌의견  
헌법 제13조 제1항은 “모든 국민은 …… 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지  
아니한다.”고 하여 ‘이중처벌금지의 원칙’을 규정하고 있다. 이 원칙은 한번 판결  
이 확정되면 동일한 사건에 대해서는 다시 심판할 수 없다는 ‘일사부재리의 원  
칙’이 국가형별권의 기속원리로 헌법상 선언된 것으로서, 동일한 범죄행위에 대  
하여 국가가 형별권을 거듭 행사할 수 없도록 함으로써 국민의 기본권 특히 신  
체의 자유를 보장하기 위한 것이다. 그런데 헌법 제13조 제1항에서 말하는 ‘처벌’  
은 원칙적으로 범죄에 대한 국가의 형별권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이  
고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분을 모두 그 ‘처벌’에 포함시킬 수는  
없는 것이다(현재 1994. 6. 30. 92헌바38, 판례집 6-1, 619, 627).

신상공개제도는 형의 종류를 정하고 있는 형법 제41조에 해당되지 않으나, 해  
당 범죄자에게 확정된 유죄판결 외에 추가적으로 수치감과 불명예 등의 불이익  
을 주게 되는데, 이러한 불이익이 실질적으로 수치형이나 명예형에 해당되는지  
여부를 살펴봄에 있어서는 신상공개제도의 입법목적, 공개되는 내용과 유죄판결  
의 관계 등이 고려되어야 할 것이다.

법 제20조 제1항은 “청소년의 성을 사는 행위 등의 범죄방지를 위한 계도”가  
신상공개제도의 주된 목적임을 명시하고 있는바, 이 제도는 유사한 범죄예방을  
위한 하나의 방법으로 도입된 것이며, 이로써 당사자에게는 일종의 수치심과 불  
명예를 줄 수 있지만 이는 어디까지나 신상공개제도가 추구하는 입법목적에 부  
수적인 것이지, 주된 것은 아니라고 볼 것이다. 실제로 지금까지 행해진 신상공  
개의 실상을 보면, 이는 대국민 범죄방지의 계도를 위하여 개인에 대한 부분적인  
자료를 공개한 것으로서, 일종의 사례공개를 하는 정도에 불과한 것이었다.

신상공개제도에서 공개되는 신상과 범죄사실은 헌법 제109조 본문에 의해 이미  
공개된 재판에서 확정된 유죄판결의 내용의 일부이며 달리 개인의 신상 내지 사  
생활에 관한 새로운 내용이 아니고, 위에서 본 바와 같이 공익적 목적을 위하여  
이를 공개하는 과정에서 부수적으로 수치심 등이 발생된다고 하여 이것을 기존

의 유죄판결 상의 형벌 외에 또 다른 형벌로서 '수치형'이나 '명예형'에 해당한다고 볼 수는 없다.

통상 어떤 행위를 범죄로 규정하고, 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황과 국민일반의 가치관 내지 법감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법의 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 입법자에게 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되는 것으로(현재 1995. 4. 20. 91헌바 11, 판례집 7-1, 478, 487 ; 1998. 11. 26. 97헌바67, 판례집 10-2, 701, 711-712), 입법자에게는 특정 사회적 현상에 대처하기 위해 범죄예방 조치를 택할 수 있는 입법형성의 자유가 허용된다고 볼 것이고, 신상공개제도는 후술하듯이 인권을 침해하는 위헌적인 제도로 파악되기 어려운 이상, 비록 범죄자의 수치심과 불명예를 수반한다고 하더라도 입법자가 19세 미만의 청소년의 성매수 범죄와 같은 새로운 형태의 반사회적인 범죄에 대처하기 위하여 선택할 수 있는 입법형성의 범위 내에 속하는 것이라고 보아야 할 것이다.

이상의 이유에서, 신상공개제도는 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과별에 해당한다고 단정할 수 없으므로 헌법 제13조의 이중처벌금지 원칙에 위배되지 않는다.

#### (나) 재판관 한대현, 재판관 김영일, 재판관 권 성, 재판관 송인준, 재판관 주선 회의 위헌의견

신상공개는 이미 형사처벌된 범죄행위 외에 추가적으로 요구하는 대상자의 행위요건이 없어, 동일한 범죄행위에 대하여 거듭 제재를 가하는 경우에 해당한다. 게다가, 일반적인 행정제재의 경우와는 달리 행정상 의무이행 확보를 목적으로 하는 것이 아니라 범죄방지 그 자체를 직접적인 목적으로 하며, 그것도 계도나 정보제공보다는 주로 징벌 및 위하의 효과를 통해 그러한 목적을 추구하는 점에서 그 목적과 기능이 형벌과 상당히 중복된다.

무릇 형벌은 개인의 자유와 안전에 대한 중대한 침해를 가져오는 탓에 국가적

제재의 최후수단(ultima ratio)으로 평가된다. 그런데 이미 그러한 형벌까지 부과된 마당에, 형벌과 다른 목적이나 기능을 가지는 것도 아니면서, 형벌보다 더 가혹할 수도 있는 신상공개를 하도록 한 것은 국가공권력의 지나친 남용이다. 더구나, 신상공개로 인해 공개대상자의 기본적 권리가 심대하게 훼손되는 데에 비해 그 범죄억지의 효과가 너무도 미미하거나 불확실한바, 이러한 점에서도 법의 균형성을 현저히 잃고 있다고 판단된다.

#### 6) 기타

행정형벌과 행정질서벌인 과태료의 부과(1994. 6. 30. 92헌바58), 운행정지처분과 형사처벌(대판 1983. 6. 14. 82누439), 동일한 범죄에 대한 외국의 확정판결과 형사처벌(대판 1983. 10. 25. 83도2366), 동일한 사유로 인한 직위해제처분과 감봉처분(대판 1983. 10. 25. 83누184)은 서로 이중처벌의 관계에 있지 않다고 본다. 대법원도 “과태료는 행정법상의 질서벌에 불과하므로 과태료처분을 받고 이를 납부한 일이 있더라도 그 후에 형사처벌을 한다고 하여 일사부재리의 원칙에 어긋난다고 할 수 없다”<sup>117)</sup>고 판시하였다. 또한 더 나아가 당사자가 불이익한 행정처분과 형벌의 병과에 대해서도 이중처벌금지의 원칙(일사부재리의 원칙)에 반하는 것이 아니라고 견해이다.<sup>118)</sup>

#### 7) 과징금제도의 이중처벌금지원칙 위배 여부

먼저 과징금이 부당이득환수적 성격을 위주로 한다고 본다면, 원칙적으로 과징금의 부과 여부나 부과액수 산정에 관하여 부당이득 환수의 목적에 비례적인 것인가 하는 관점에서 국가기관의 재량권 행사에 대하여 보다 엄격한 기준에 의한

117) 대판 1989.6.13, 88도1983

118) 대판 1983.6.14 82누439: “운행정지 처분의 사유가 된 사실관계로 자동차 운송 사업자가 이미 형사처벌을 받은 바 있다 하여 피고(서울특별시장)의 자동차운수 사업법 제31조를 근거로 한 운행정지처분이 일사부재리의 원칙에 위반된다 할 수 없다.”

실체법적 통제가 이루어져야 한다. 그러나 부당이득 환수적 성격이라는 관점에서 과징금이 부과될 경우에 그 과징금은 제재적 기능만이 있는 형벌적 제재와는 구별되는 것이므로, 과징금을 벌금과 병과하더라도 이중처벌이 되지 않는다고 보게 된다. 반면, 과징금의 행정제재적 성격을 강조할 경우 과징금 부과 및 그 금액의 산정에서 국가기관의 재량 행사의 여지가 외형상 더 넓게 인정될 가능성이 있으나, 제재처분에 부여되는 재량이 통상적인 재량과는 본질적으로 다르다는 점에서 비례원칙에 의한 재량 통제가 요청된다고 하겠다. 또한 제재적 성격만이 있다고 볼 경우에는 그 기능이나 성격 면에서 형벌적 제재와 차이가 없다는 점에서 이중처벌금지 내지 과잉금지원칙 등에 위반될 위험성이 보다 높아질 수 있다.<sup>119)</sup>

이에 대하여 헌법재판소는 독점규제및공정거래에관한법률 상의 부당지원행위에 대한 과징금의 위헌성 여부에 대한 판단에서 이중처벌금지의 원칙에서 말하는 처벌이 형법에 규정된 형벌만을 의미하는 것으로 보는 입장에서 과징금 부과처분 역시 ‘국가형벌권의 행사’로서 ‘처벌’이라고 볼 수 없다는 견해를 밝히고 있다.<sup>120)</sup> 특히 이때의 과징금은 부당이득환수적 성격이 거의 없고 형벌적 성격이 강한 것으로 볼 수 있는데 이에 대하여도 “행정제재의 기능이 오로지 제재(및 이에 결부된 억지)에 있다고 하여 이를 헌법 제13조 제1항에서 말하는 ‘처벌’에 해당한다고 할 수 없다”는 견해를 밝히고 있다. 곧 헌법재판소에 따르면 “헌법 제13조 제1항은 “모든 국민은 …… 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.”고 하여 ‘이중처벌금지의 원칙’을 규정하고 있다. 이 원칙은 한번 판결이 확정되면 동일한 사건에 대해서는 다시 심판할 수 없다는 ‘일사부재리의 원칙’이 국가형벌권의 기속원리로 헌법상 선언된 것으로서, 동일한 범죄행위에 대하여 국가가 형벌권을 거듭 행사할 수 없도록 함으로써 국민의 기본권 특히 신체의 자유를 보장하기 위한 것이다. 그런데 헌법 제13조 제1항에서 말하는 ‘처벌’은 원칙적으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고, 국가

---

119) 홍대식, 전개논문, 205면.

120) 2003.7.24, 2001헌가25

가 행하는 일체의 제재나 불이익처분을 모두 그 ‘처벌’에 포함시킬 수는 없는 것이다(현재 1994. 6. 30. 92헌바38, 판례집 6-1, 619, 627). 그리고 행정권에는 행정 목적 실현을 위하여 행정법규 위반자에 대한 제재의 권한도 포함되어 있으므로, ‘제재를 통한 억지’는 행정규제의 본원적 기능이라 볼 수 있는 것이고, 따라서 어떤 행정제재의 기능이 오로지 제재 및 이에 결부된 억지에 있다고 하여 이를 헌법 제13조 제1항에서 말하는 ‘처벌’에 해당한다고 할 수 없다(현재 2003. 7. 24. 2001헌가25, 판례집 15-2상, 1, 10). 따라서 국민건강보험법 제85조 제2항의 업무 정지에 갈음하는 과징금부과제도는 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌에 해당한다고 할 수 없으므로 헌법 제13조 제1항의 이중처벌금지의 원칙에 위배되지 않는다.”<sup>121)</sup>

## 2. 비례성의 원칙

### (1) 일반론

비례성의 원칙은 국가권력의 행사를 통하여 이루고자 하는 목적과 이를 위하여 선택하는 수단 사이의 합목적성을 의미한다. 이러한 비례성원칙은 법치국가의 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원리의 하나로서 “이를 우리 헌법은 제37조 제1항에서 “국민의 자유와 권리”는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.” 제2항에서 “국민의 모든 자유와 권리”는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”라고 선언하여 입법권의 한계로서 과잉입법금지의 원칙을 명문으로 인정하고 있으며 이에 대한 헌법 위반여부의 판단은 헌법 제111조와 제107조에 의하여 헌법재판소에서 관장하도록 하고 있다.<sup>122)</sup> 따라서 비례성원칙은 “국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용

---

121) 2008. 7. 31. 2007헌바85

122) 1992. 12. 24. 92헌가8

의 입법활동을 함에 있어서, 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서” 비례성원칙의 “요건이 충족될 때 국가의 입법작용에 비로소 정당성이 인정되고 그에 따라 국민의 수인(受忍)의무가 생겨나는 것으로서, 이러한 요구는 오늘날 법치국가의 원리에서 당연히 추출되는 확고한 원칙으로서 부동의 위치를 점하고 있으며, 헌법 제37조 제2항에서도 이러한 취지의 규정을 두고 있는 것이다.”<sup>123)</sup>

이러한 비례성원칙은 “국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서, 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법(조세의 소급우선)이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한(담보물권의 기능상실과 그것에서 비롯되는 사유재산권 침해)의 조치가 입법 목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교 형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 헌법상의 원칙이다.”<sup>124)</sup> 결국 비례성 원칙이 충족될 때 “국가의 입법작용에 비로소 정당성이 인정되고 그에 따라 국민의 수인(受忍)의무가 생겨나는 것으로서, 이러한 요구는 오늘날 법치국가의 원리에서 당연히 추출되는 확고한 원칙으로서 부동의 위치를 점하고 있으며, 헌법 제37조 제2항에서도 이러한 취지의 규정을 두고 있는 것이다.”<sup>125)</sup>

## (2) 과징금과 형벌의 중복부과

전형적 과징금(제1유형) 및 변형된 과징금(제2유형)의 중 형벌적 성격이 강한

---

123) 1992. 12. 24. 92헌가8

124) 1990. 9. 3. 89헌가95

125) 1990. 9. 3. 89헌가95

과징금은 벌금형과 제재의 목적 및 기능면에서 거의 차이점이 없다. 이러한 과징금과 형벌이 중복부과되는 것은 동일한 하나의 법 위반행위에 대하여 그 목적과 기능이 같은 제재수단이 하나 이상 부과되는 것이다. 이는 광의의 비례성의 원칙 중 필요성 원칙(최소침해의 원칙) 또는 ‘피해의 최소성’에 반할 수 있다.

또한 전형적 과징금 및 변형된 과징금 중 부당이득환수적 성격이 강한 과징금의 경우 형벌과는 제재의 목적 및 기능면에서 차이가 있다고 할 수 있다. 따라서 이러한 과징금과 형벌이 중복부과되는 경우에는 비례성의 원칙 중 적합성의 원칙이나 필요성의 원칙(최소침해의 원칙)에 반하지 않는 것으로 볼 수 있다.

한편, 비례성의 원칙과 관련하여 이 원칙이 과징금과 형벌이 중복부과될 가능성에 없는 경우에도 과징금의 부과와 관련하여 당연하게 지켜져야 할 원칙이라는 것이다. 이와 관련하여 대법원은 “독점규제 및 공정거래에 관한법률(1999.2.5 법률 제5813호로 개정되기 전)상의 불공정거래행위인 사원판매행위에 대하여 부과된 과징금의 액수가 법정 상한비율을 초과하지 않는다고 하더라도 그 사원판매행위로 인하여 취득한 이익의 규모를 크게 초과하여 그 매출액에 육박하게 된 경우, 불법적인 경제적 이익의 박탈이라는 과징금 부과의 기본적 성격과 그 사원판매행위의 위법성의 정도에 비추어 볼 때 그 과징금 부과처분은 비례의 원칙에 위배된 재량권의 일탈·남용에 해당한다.”<sup>126)</sup>고 판시한 바가 있다.

### (3) 과징금과 과태료의 중복부과

변형된 과징금(제2유형)의 중에는 과태료와 중복부과될 수 있는 것들이 있는데 비례성의 원칙에 반할 소지가 있다. 특히 과징금과 과태료가 중복부과되는 경우 중에서도 과징금의 액수산정 방식이 법 위반행위별로 일률적으로 규정되어 있어 과태료와 그 규정형식상의 차이점이 없고, 그 액수도 과태료와 큰 차이가 없는 경우는 광의의 비례성의 원칙 중 필요성의 원칙(최소침해의 원칙) 또는 ‘피해의

---

126) 대판 2001.2.9, 2000두6206

최소성'에 반할 소지가 있다.

#### (4) 헌법재판소의 결정

이와 관련하여 헌법재판소는 "국민건강보험법 제85조 제2항의 과징금제도는,

① 사위 기타 부당한 방법으로 요양급여비용을 부담하게 하는 행위에 대하여 제재를 가함으로써 국민이 납부한 보험료로 운영되는 건강보험의 건전한 재정운영을 유지하고자 입법된 것으로서 이러한 입법목적은 헌법 제37조 제2항의 공공복리를 위하여 필요한 것으로서 그 정당성이 인정되고, ② 사위 기타 부당한 방법으로 요양급여비용을 부담하게 한 요양기관에 대하여 과징금을 부과함으로써 그러한 부당한 행위를 억제하게 하는 효과가 있다고 할 것이므로 수단의 적합성이 인정되며, ③ 의료인이 의료기사가 아닌 자로 하여금 의료기사의 업무를 하게 하거나 의료기사에게 그 업무의 범위를 일탈하게 하여 의료법 제53조에 의한 면허자격정지의 행정처분을 받은 후라고 하더라도 요양기관이 이에 그치지 않고 의료법상 정당한 의료행위가 아니어서 요양급여비용을 지급받을 수 없음에도 불구하고 요양급여비용까지 청구하여 이를 지급받은 경우 그 위법행위의 결과 침해된 법익을 원상회복시킬 필요가 있으므로 이를 위한 행정상 조치로서 요양기관에 대하여 과징금을 부과할 필요성이 인정되고, 과징금제도가 달리 다른 입법수단이 있음에도 불구하고 청구인의 기본권을 더 제한하는 것이라고 단정할 수 있으며, 가능한 여러 가지 수단 가운데 무엇이 보다 덜 침해적이라고 보기 어려운 상황에서 어떠한 수단을 선택할 것인가는 입법자의 형성의 권한 내라 할 것이므로, 과징금제도는 피해의 최소성 원칙에 어긋나지 않고, ④ 과징금제도는 사위 기타 부당한 방법으로 요양급여비용을 부담하는 행위를 제재함으로써 국민의 보험료에 의하여 유지되는 건강보험의 건전한 재정을 확보하기 위한 제도로서 그 공익성이 인정되고, 이에 비하여 청구인의 재산권이 제한되는 정도를 살펴보면, 국민건강보험법 제85조 제2항에서 사위 기타 부당한 방법으로 부담하게 한 금액의 5배 이하의 과징금을 부과·징수할 수 있도록 규정하고 있고, 국민건강보험법

시행령 제61조 제1항 [별표 5]에서 과징금부과의 기준으로 업무정지기간이 50일 이하인 경우에는 총 부당금액의 4배, 업무정지기간이 50일을 초과하는 경우에는 총 부당금액의 5배에 각 해당하는 금액을 과징금으로 부과하도록 규정하고 있으며, 위 시 행령상의 과징금부과의 기준은 모법인 국민건강보험법의 위임규정의 내용과 취지에 비추어 볼 때 같은 유형의 위반행위라 하더라도 그 규모나 기간 · 사회적 비난 정도 · 위반행위로 인하여 다른 법률에 의하여 처벌받은 다른 사정 · 행위자의 개인적 사정 및 위반행위로 얻은 불법이익의 규모 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 사안에 따라 적정한 업무정지의 기간 및 과징금의 금액을 정하여야 할 것이므로 그 기간 내지 금액은 확정적인 것이 아니라 최고한도라고 할 것인 점(대법원 2006. 2. 9. 선고 2005두11982 판결 참조) 등에 비추어 볼 때, 청구인이 입게 되는 재산상의 불이익은 그다지 크다고 보기 어려우므로 공익에 비하여 사익이 과도하게 침해된다고 하는 법익형량상의 문제도 존재하지 않는다. 따라서 국민건강보험법 제85조 제2항에 의한 과징금의 부과는 과잉금지의 원칙에 어긋나지 아니하므로 청구인의 재산권을 침해한다고 할 수 없다.”<sup>127)</sup>고 결정하였다.

### 3. 적법절차의 원칙

#### (1) 일반론

헌법 제12조 제1항은 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포 · 구속 · 압수 · 수색 또는 심문을 받지 아니하며, 적법절차에 의하지 아니하고는 처벌 · 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”고 규정하여 구속 등 신체의 자유를 제한할 때에는 적법한 절차에 따르도록 하였다. 따라서 우리나라 헌법상 적법절차조항은 신체의 자유 등 기본권의 실질적 보장을 위한 실천적 규정이고 법치주의의 핵심 요소이며 형사절차의 기본이념이다. 헌법상 적법절차는 절차의 적법성만을 의미

---

127) 2003. 7. 24. 2001헌가25

하는 게 아니라 절차내용의 적정성 내지 정의의 관념에 합치할 것을 요구한다. 이러한 적법절차는 비단 신체의 자유(헌법 제12조)에서만이 아니고 모든 기본권 보장과 관련이 있는 것이고(헌법재판소 1990.11.19. 선고, 90헌가48 결정 참조), 법 치주의의 구체적 실현원리이라고 할 것이다.”<sup>128)</sup>

헌법상 적법절차는 인신의 구속 등에서 법률의 규정을 지켜야 하고, 그 법률은 절차 면에서나 실체적 내용에서 합리성과 정당성이 있는 적정한 것이어야 함을 요구한다. 그러므로 절차적으로나 실체적으로나 합리성과 정당성이 없는 법률규정에 의하여서는 피의자나 피고인의 신체의 자유를 제한할 수 없다.

적법절차의 적용대상과 관련하여 현행헌법상 처벌, 보안처분, 강제노역은 적법 절차의 적용대상을 한정적으로 열거한 게 아니라 적법한 절차에 의하지 아니하고는 본인에게 신체적, 정신적, 재산상 불이익이 되는 일체의 제재 등을 당하지 아니한다는 의미로 해석된다. 다음으로 적법절차의 적용범위에 대해서도 통설과 판례는 적법절차를 형사상 절차에 한정하지 않고, 입법절차와 행정절차, 보안처분 등 모든 국가공권력작용에 적용되는 것이다.<sup>129)</sup> 이러한 적법절차원칙과 관련하여 헌법재판소는 “헌법 제12조 제3항 본문은 동조 제1항과 함께 적법절차원리의 일반조항에 해당하는 것으로서, 형식절차상의 영역에 한정되지 아니하고 입법, 행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에는 절차상의 적법성뿐만 아니라 법률의 실체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실체적인 적법성이 있어야 한다는 것을 헌

---

128) 1992. 11. 12. 91헌가2 ; “우리 헌법 제12조 제1항 후문은 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포 · 구속 · 압수 · 수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌 · 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”고 규정하여 적법절차의 원칙을 헌법원리로 수용하고 있는바, 이 적법절차의 원칙은 법률이 정한 형식적 절차와 실체적 내용이 모두 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 실질적 의미를 지니고 있는 것으로서 특히 형사소송절차와 관련시켜 적용함에 있어서는 형사소송절차의 전반을 기본권 보장의 측면에서 규율하여야 한다는 기본원리를 천명하고 있는 것으로 이해하여야 한다.”(1992. 12. 24. 92헌가8)

129) 1992. 12. 24. 92헌가8

법의 기본원칙으로 명시하고 있다.”<sup>130)</sup>고 결정하였다.

또한 헌법재판소는 “적법절차의 원칙은 공권력에 의한 국민의 생명·자유·재산의 침해는 반드시 합리적이고 정당한 법률에 의거해서 정당한 절차를 밟은 경우에만 유효하다는 원리로서, 1987. 10. 29. 공포된 9차 개정헌법에서 처음으로 인신보호를 위한 헌법상의 기속원리로 채택되었는데, 그 의미는 누구든지 합리적이고 정당한 법률의 근거가 있고 적법한 절차에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색을 당하지 아니함은 물론, 형사처벌 및 행정벌과 보안처분, 강제노역 등을 받지 아니한다고 이해되는바, 이는 형사절차상의 제한된 범위 내에서만 적용되는 것이 아니라 국가작용으로서 기본권 제한과 관련되든 아니든 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용된다고 해석하여야 한다.”<sup>131)</sup>고 결정하였다.

## (2) 과징금 부과처분의 적법절차

### 가. 과징금 부과에서 요구되는 적법절차의 수준

과징금 부과처분은 다른 침익적 행정처분에서 요구되는 적법절차로서 고지, 청문, 의견제출 등과 같은 절차들을 들 수 있을 것이다. 한편 과징금제도의 운영과 관련하여 현행 법률 규정들을 살펴보면 제1유형과 제2유형의 과징금에 대하여 각기 다른 수준의 절차적 규정들을 두고 있다.

우선 사업정지처분 등에 갈음하는 제2유형의 과징금은 그 부과주체가 대부분 관계 중앙행정기관이나 지방자치단체의 장이데 반하여, 제1유형 과징금의 경우에는 해당 법률의 규율목적의 특수성을 감안하여 별도로 구성된 위원회가 대부분 과징금의 부과주체라는 특징이 있다. 위원회가 부과하는 1유형의 과징금의 경우에는 대부분 의견제출과 이의신청 규정들을 두고 있다. <sup>132)</sup> 그러나 2유형의 과

---

130) 1994. 12. 29. 94 헌마 201 ; 1992. 12. 24. 92 헌가9

131) 1992. 12. 24. 92헌가8

132) 금융지주회사법 제66조(의견제출)

징금의 경우에는 일부 법률의 규정을 제외하고는 거의 대부분 영업허가의 취소 및 사업장의 폐쇄명령 등의 경우에만 청문 규정을 두고 있어 영업정지처분에 갈음하는 과징금 부과처분에 대한 별도의 절차적 규정은 찾아보기 어려운 실정이다.<sup>133)</sup>

#### 나. 유형별 적법절차 검토

1유형의 과징금의 경우 위원회의 구성에 전문성이 인정되며, 의견제출 및 이의신청 등의 규정을 두고 있는 것은 적법절차의 원칙에 부합한다. 헌법재판소는 적법절차의 원칙과 관련하여 “위원회로 하여금 과징금을 부과하여 제재할 수 있도록 한 것은 부당내부거래를 비롯한 다양한 불공정 경제행위가 시장에 미치는 부정적 효과 등에 관한 사실수집과 평가는 이에 대한 전문적 지식과 경험을 갖춘 기관이 담당하는 것이 보다 바람직하다는 정책적 결단에 입각한 것이라 할 것이고, 과징금의 부과 여부 및 그 액수의 결정권자인 위원회는 합의제 행정기관으로서 그 구성에 있어 일정한 정도의 독립성이 보장되어 있고, 과징금 부과절차에서는 통지, 의견진술의 기회 부여 등을 통하여 당사자의 절차적 참여권을 인정하고 있으며, 행정소송을 통한 사법적 사후심사가 보장되어 있으므로, 사법권을 법원에 둔 권력분립의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다.”고 판시하였다.<sup>134)</sup>

한편, 영업정지처분 등에 갈음하는 제2유형의 경우, 대부분의 법률에서는 영업허가취소 등의 경우에만 청문을 실시하도록 규정하고 있고, 그 밖의 처분에 대하여는 사전절차를 두고 있지 아니하다. 이는 앞서 검토한 적법절차의 원칙에 부합하지 않으며, 또한 당사자에게 의무를 부과하거나 권리의 제한하는 처분에 있어서는 처분의 원인이 되는 사실과 그 내용 및 법적 근거, 처분에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 점과 그 제출기관 및 기한 등을 사전에 통지하도록 규정하고

---

133) 과징금 부과처분에 대한 이의신청 규정을 두고 있는 것으로는 공인회계사법 제52조의3이 있다.

134) 2003.7.24, 2001헌가25

있는 행정절차법 제21조의 취지에도 부합하지 않는 것이라 할 것이다.

#### 다. 헌법재판소의 결정

헌법재판소는 과징금부과와 관련된 적법절차위원회를 검토하면서 “헌법 제12조 제1항은 “…… 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.” 라고 하여 적법절차원칙을 규정하고 있는데, 헌법재판소는 이 원칙이 형사소송절차에 국한되지 않고 모든 국가작용 전반에 대하여 적용된다고 밝힌 바 있으므로(현재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 876-877; 현재 1998. 5. 28. 96헌바4, 판례집 10-1, 610, 618), 국민에게 부담을 주는 행정작용인 과징금 부과의 절차에 있어서도 적법절차원칙이 준수되어야 할 것이다. 적법절차원칙에서 도출할 수 있는 가장 중요한 절차적 요청 중의 하나로, 당사자에게 적절한 고지(告知)를 행할 것, 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것을 들 수 있겠으나(현재 1994. 7. 29. 93헌가3등, 판례집 6-2, 1, 11; 현재 1996. 1. 15. 95헌가5, 판례집 8-1, 1, 16-17; 현재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 634 참조), 이 원칙이 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는지는 일률적으로 말하기 어렵고, 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익(私益), 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소들을 형량하여 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것이다. 우리나라 공정거래법에서 행정기관인 위원회로 하여금 과징금을 부과하여 제재할 수 있도록 한 것은 부당내부거래를 비롯한 다양한 불공정 경제행위가 시장에 미치는 부정적 효과 등에 관한 사실수집과 평가는 이에 대한 전문적 지식과 경험을 갖춘 기관이 담당하는 것이 보다 바람직하다는 정책적 결단에 입각한 것이라 할 것이고, 과징금의 부과 여부 및 그 액수의 결정권자인 위원회는 합의제 행정기관으로서 그 구성에 있어 일정한 정도의 독립성이 보장되어 있고, 과징금 부과절차에서는 통지, 의견진술의 기회 부여 등을 통하여 당사자의 절차적 참여권을 인정하고 있으며, 행정소송을 통한 사법적 사후심사가 보장되어 있으므

로, 이러한 점들을 종합적으로 고려할 때 과정금 부과 절차에 있어 적법절차원칙에 위반되었다거나 사법권을 법원에 둔 권력분립의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다.”<sup>135)</sup>고 결정하였다.

#### 4. 자기책임의 원리(실질적 법치주의)

형벌에 관한 형사법의 기본원리인 책임주의원칙은 두 가지 의미를 포함한다. 하나는 형벌의 부과 자체를 정당화하는 것으로, 범죄에 대한 귀책사유, 즉 책임이 인정되어야만 형벌을 부과할 수 있다는 것이고(‘책임 없는 형벌 없다’), 다른 하나는 책임의 정도를 초과하는 형벌을 과할 수 없다는 것이다(책임과 형벌 간의 비례의 원칙)<sup>136)</sup>. 따라서 이 명제에 의하면 책임 없이 행위한 자는 처벌되지 않을 뿐더러, 행위자의 책임의 범위를 넘어서 처벌하는 것도 허용되지 않는다. 이 명제는 오늘날의 민주적 법치국가에서 형사책임은 ‘개인의 행위’만을 대상으로 한다는 점에서 개별책임원칙(자기책임원칙)과 행위책임원칙을 당연히 전제한다. 이 원칙은 자유주의적 법치국가의 요청에 부응하는 것으로, 인간의 존엄성과 가치 및 법칙국가원리로부터 직접 도출될 수 있는 헌법상의 원리로서 오늘날에도 여전히 유지되어야 한다는 견해가 지배적이다. 우리 법체계상으로는 헌법은 물론 형법에도 책임주의원칙을 명시한 규정은 없다. 그러나 비록 명문규정은 없으나 책임주의원칙은 헌법과 형법의 근간을 이루는 기본원리로 승인되고 있다. 즉, 책임주의원칙은 형법상의 이론임과 동시에 헌법상의 원리인 죄형법정주의나 그 근거가 되는 법치국가원리, 헌법 제10조에서 도출되는 원칙이기도 한 것이다. 즉 죄형법정주의는 범죄인의 마그나카르타로서 국가의 자의적인 형벌권의 행사로부터 국민의 자유를 보호하고, 형법에 의한 개인의 자유와 재산에 대한 국가의 개입은 그 구성요건의 범위와 법적 결과를 행위 이전의 법률에 규정하여 법적 안

---

135) 2008. 7. 31. 2007헌바85

136) 2007. 11. 29. 2005헌가10

정성과 법의 예측가능성을 담보함으로써 이에 대한 국민의 신뢰를 보호하는 데 그 의의가 있다는 것인바, 이러한 죄형법정주의는 법치주의에 그 근거를 두고 있고 오늘날 법치주의원리는 형식적 법치주의만이 아니라 범죄와 형벌을 규정하는 법률의 내용은 인간의 존엄과 가치 등 헌법의 가치체계와 일치하여야 한다는 실질적 법치주의를 그 내용으로 하고 있다. 헌법재판소 역시 “책임없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다’는 형벌에 관한 책임주의는 형사법의 기본원리로서, 헌법상 법치국가의 원리에 내재하는 원리인 동시에, 국민 누구나 인간으로서의 존엄과 가치를 가지고 스스로의 책임에 따라 자신의 행동을 결정할 것을 보장하고 있는 헌법 제10조의 취지로부터 도출되는 원리이다.<sup>137)</sup>”, “법치주의와 죄형법정주의로부터 도출되는 책임주의원칙”<sup>138)</sup>이라고 하면서 책임주의원칙은 헌법상 법치국가의 원리에 내재하는 원리인 동시에, 헌법 제10조(인간 존엄성의 존중)의 취지 및 죄형법정주의<sup>139)</sup> 등으로부터 도출되는 원리로 보고 있다.

한편 과정금과 관련하여 ‘자기책임의 원리’를 위헌성의 판단 기준으로 삼은 것은 현재 2003. 7. 24. 2001헌가25의 반대의견에서이다. 동 의견에서는 “어떠한 행위를 법률로 금지하고 그 위반을 어떻게 제재할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 ... 의회가 결정하여야 할 국가의 입법정책적 문제이므로 광범위한 입법재량이 인

---

137) 현재 2007. 11. 29. 2005헌가10, 판례집 19-2, 520, 527

138) 현재 2009. 7. 30. 2008헌가14, 판례집 21-2 상, 77, 87

139) 이는 죄형법정주의를 실질적 의미로 파악한 것이다. 왜냐하면 오늘날 죄형법정주의 실질적 내용의 하나로 적정성원칙(“적정한 법률 없으면 범죄 없고 형벌 없다.”)을 들고 있는데, 이 적정성원칙의 내용으로서 “필요 없으면 형벌 없다”, “불법 없으면 형벌 없다”, “책임 없으면 형벌 없다”는 원칙이 언급되고 있기 때문이다. 이에 대하여는, 형식적 법치국가 개념에 기원을 둔 죄형법정주의를 ‘실질적’ 의미로 파악하게 되면, 결국 죄형법정주의가 인간의 존엄성 보장, 적법절차원칙, 책임원칙, 비례원칙 등을 모두 포괄하게 되어 그 내용상 이들 원리와의 구별이 모호하게 될 것이고, 그렇게 되면 이들 원리의 고유한 의미가 위축될 여지가 있다는 이유로 죄형법정주의를 형식적 의미로 파악하여야 하고, 여기에서 책임주의원칙을 도출할 수는 없다는 비판도 있다(김일수, 『새로 쓴 형법총론(제11판)』, 박영사, 2006, 81면).

정되어야 하는 분야이다. 그렇기는 하지만 만일 처벌 등의 법적 제재가 위법행위의 내용과 상관이 없는 요소에 의하여 그 범위가 재단되도록 법률이 규정하고 있다면 이는 자기책임의 범위를 벗어나는 제재가 될 위험이 있어 헌법위반의 문제를 일으킨다. 원래 위법행위와 그에 대한 처벌 내지 제재 사이에는 정당한 상관관계가 있어야만 한다. 이것은 실질적 법치주의의 당연한 내용이고 헌법의 배후에 전제되어 있는 기본적인 헌법원리인 것이다. 이것을 ‘자기책임의 원리’라 부르고 헌법 제13조 제3항은 그 한 표현이라고 할 수 있다. 자기책임의 원리에 반하는 처벌이나 제재는 그 자체로서 헌법위반을 구성한다.”고 밝히고 있다.<sup>140)</sup>

근본적으로 과징금 부과처분에 있어, 과징금의 부과대상행위인 법 위반행위의 성질과 위반의 정도 및 과징금의 부과를 통하여 달성하고자 하는 제재의 목적 등을 고려하여 합리적인 방식으로 과징금의 액수가 산정될 필요성이 있음을 부인할 수 없다. 다만 실질적 법치주의가 단순히 법에의 구속, 법의 최고성을 주장하고 이에 따른 형식적 합법률성만을 강조하는 것이 아니라 실질적으로 정의로운 법규법의 창설과 유지를 지향하는 것<sup>141)</sup>이라는 것을 감안한다면, 이러한 실질적 법치주의에 입각하여 행정법상의 제재로서의 과징금의 정당성을 판단하기 위한 하나의 구체적인 기준으로서, 법 위반행위와 과징금의 액수산정방식의 정당한 상관관계의 유무를 검토할 필요가 있다.

---

140) 이러한 전제하에 반대의견은 더 나아가 독점규제및공정거래에관한법률상의 부당지원행위에 대하여 매출액 기준으로 과징금을 부과하는 것에 대하여 “기업의 부당지원행위를 응징하고 처벌하는 것이 필요하다 하더라도 위법행위와 그에 대한 처벌 내지 제재 사이에는 정당한 상관관계가 있어야 한다는 헌법상의 자기책임의 원리를 지켜야 하는바, 매출액의 규모와 부당지원과의 사이에는 원칙적으로 상관관계를 인정하기가 곤란하므로, 부당지원행위에 대하여 매출액을 기준으로 과징금을 부과할 수 있도록 하는 것은 부당지원이라는 자기의 행위와 상관관계가 없는 매출액이라는 다른 요소에 의하여 책임의 범위를 정하는 것이 되어 자기책임의 원리에 위배된다”고 판단하고 있다.

141) 장영수, 『헌법총론』, 홍문사, 2004, 283면.

## II. 헌법상 가중적 과징금부과의 내용과 기준

### 1. 미국의 징벌적 손해배상제도

#### (1) 징벌적 손해배상제도의 의의

징벌적 손해배상(punitive damages)이란 민사재판에서 피해자가 가해자의 '고의 또는 그것에 가까운 악의'에 의해 피해를 입은 경우, 그러한 행위가 재발하지 않도록 실손해액과는 관계없이 고액의 배상금을 가해자에게 부과하는 제도를 말한다.

1760년대 영국 법원의 판결에서 비롯되었으며, 이후 미국에서 도입 시행되고 있다. 손해를 끼친 피해에 상응하는 액수만을 보상하는 보상적 손해배상제도와는 달리, 징벌적 손해배상제도는 '있을 수 없는 반사회적 행위'를 금지시키고, 그와 유사한 행위가 다시 발생하는 것을 막기 위하여 부과한다. 일반적으로 손해배상 액수는 실제 피해액과 무관하게 엄청난 고액이 부과된다.

원래 징벌적 손해배상제도는 현행 민법상 손해배상 제도의 미비점인 손해배상의 범위 및 위자료 산정제도의 문제점을 보완하는 차원에서 영미법계에서 판례를 통하여 이용되는 제도였다. 그러나 오늘날에는 소액 다수 또는 불특정 다수에 대한 대기업이나 국가 등의 위법행위로 인한 집단적 소송 또는 공익적 소송의 실효성을 확보하기 수단으로 이용되는 추세를 보이고 있다.

징벌적 손해배상은 보상적 손해배상만으로는 예방적 효과가 충분하지 않기 때문에 고액의 손해배상을 하게 함으로써 장래에 그러한 범죄나 부당 행위를 다시 반복하지 않도록 하고, 동시에 다른 사람(또는 기업)이 그러한 부당 행위를 범하지 않도록 예방하는 데에 주목적이 있다.

#### (2) 미국헌법상 징벌적 손해배상의 위헌성 검토

징벌적 손해배상과 관련하여 미국판례들 중 대부분이 위헌성 공방을 벌인바 있다. 1967년 미연방 제2항소법원은 *Roginsky v. Richardson-Merrell* 사건 (378 F.

3rd. 832, 2d. Cir., 1967)에서 최초로 징벌적 손해배상과 관련하여 “기업에 대하여 과다하고 제한없이 징벌적 손해배상을 인정하는 것은 기업을 소멸케 하는 행위”라고 판시함으로써 징벌적 손해배상의 위헌성 논쟁이 시작된 바 있다.

위헌성 논란의 쟁점은 이중처벌금지조항 위반여부와 과도한 벌금의 금지조항 위반여부, 적법절차 조항 위반여부였다.

이중처벌금지조항 위반 여부와 관련하여 징벌적 손해배상은 악의적인 불법행위에 대하여 부과되는 것으로 민사상 불법행위 책임 외에도 관련법에 따라 형사처벌도 함께 이루어지는 경우 미연방수정헌법 제5조에서 언급한 이중처벌금지조항에 위반한다는 주장들이 있다. 또한 Murphy v. United States 사건에서도 법원은 징벌적 손해배상을 부과하였음에도 다시 형사처벌을 가하였거나, 사후 징벌적 손해배상을 가할 때 형사처벌 사실을 고려하지 않는 것은 부당하다는 입장을 피력한 바 있다.

그러나 Ingraham v. Wright 사건(430 U.S. 651, 1977)과 In Palmer v. A. Robins 사건(684 P. 2d 187, Colo., 1984)에서는 상기의 조항은 형사적 제재에서 잔인하고 비정상적인 처벌을 금지하기 위해 적용되어 왔으므로 이 조항은 오로지 형사처벌의 경우에만 적용되므로 징벌적 손해배상과 같은 민사처벌의 경우에는 위헌이 아니라는 판결을 내린 바 있다.

결국 미국에서 징벌적 손해배상액 제도가 미국수정헌법 제5조의 ‘이중위험금지’와 헌법 제8조의 ‘과도한 벌금의 금지’에 해당하지 않는가 하는 문제가 제기되었으나, 연방대법원은 합헌으로 판단하였다. 미국수정헌법 제5조 ‘이중위험금지’는 이중으로 ‘형사처벌’을 부과할 수 없다는 것으로 형사벌 이외에 징벌적 손해배상액이 부과되더라도 ‘이중처벌의 금지’ 규정에는 위반되지 않는다는 것이다. 따라서 미국수정헌법 제8조의 ‘과도한 벌금의 금지’는 형사적 제재(criminal sanctions)에서 잔인하고 비정상적인 처벌을 금지하기 위해 적용되어 왔으므로 동 조항은 오로지 형사처벌의 경우에만 국한되어야 하며 징벌적 손해배상액 제도를 포함한 민사절차에는 적용이 없다고 본다.

## 2. 우리나라 헌법상 가중적 과징금부과의 허용여부

(1) 징벌적 배상(punitive damages) 제도 또는 가중적 배상(enhanced damages) 제도 도입 방안 논의

특허법 제128조는 손해배상의 산정에 관하여 규정하고 있다. 그러나 현실적으로 특허사건의 속성상 특허권자가 손해액을 제대로 입증하지 못하여 법원에서의 인용액이 턱없이 낮다는 지적이 있어 왔다. 이에 따라서 특허권을 강화하기 위하여 미국식 3배 배상제도를 도입하자는 의견이 대두되고 있다.

(2) 쟁점

먼저 쟁점은 일반적인 사법 차원에서 징벌적 손해배상제도의 도입의 위헌여부, 그리고 가중적 배상제도의 도입이 헌법상 이중처벌에 해당하는지 여부로 나누어 판단해야 한다.

가. 민사소송에서 산정된 손해액보다 증액하여 손해배상을 하도록 하는 것이 형사적 처벌의 한 형태인지 여부

1) 징벌적 손해배상제도의 기능

징벌손해배상제도가 보호하고자 하는 법익은 일반 손해배상법이 보호하고자 하는 법익과는 그 본질 면에서 커다란 차이가 있다. 우선, 일반손해배상법은 피해자 개인의 재산과 정신적 안정을 주된 보호법익으로 하고 있다. 즉, 일반손해배상법은 상대방의 채무불이행으로 입은 손해에 대하여는 피해자의 개인재산만을 주된 보호법익으로 하고, 타인의 불법행위로 인하여 입은 손해와 관련하여서는 피해자 개인의 재산뿐만 아니라 피해자 개인의 정신적 안정도 보호법익으로 하고 있다. 반면에 징벌적 손해배상법은 개인의 재산권이나 정신적 안정이라는 민

사법상의 보호법의 이외에도 ‘징벌을 통한 유사한 불법행위의 재발방지’라는 형벌이론을 도입하여 ‘옹보와 예방’이라는 ‘사회적 이익의 충족’을 그 보호법으로 하고 있다<sup>142)</sup>.

미국의 경우 일정한 법률상의 목적을 달성하기 위하여 민사절차를 통하여 제재를 가하는 경우가 적지 않다. 그 중에는 징벌적 손해배상 외에 독점금지법상의 수배 배상제도(multiple damages)와 같이 사인이 소송을 제기하여 배상금을 취득할 수 있는 제도가 있고, 다른 면에서 민사 제재금이나 민사불수라는 제도와 같이 국가가 소송을 제기하여 그 제재금을 국고에 납부하는 제도도 있다.

결국 징벌적 배상제도의 본질을 파악하기 위해서는 징벌적 손해배상제도의 목적 내지 기능을 이해하는 것이 필요하다. 결국 징벌적 손해배상의 기능은 가해자에 대한 처벌 및 가해행위 억제기능, 법 준수기능을 하고 있다고 할 수 있다. 다만 징벌적 손해배상은 불법 행위자에 대한 처벌 내지 가해행위 억제가 주된 목적 내지 기능이라고 볼 수 있으나, 미국의 많은 법원에서의 판결들에서 알 수 있듯이 실제로 법원은 배심원들이 원고의 소송비용을 징벌적 손해배상의 한 요소로 간주하는 것을 인정하고 있음을 알 수 있다.

따라서 미국에서 시행하고 있는 징벌적 손해배상제도는 민사법이 추구하는 개인의 이익보호와 형사법이 추구하는 사회적 이익보호를 동시에 충족시키는 법제라고 할 수 있다.

## 2) 형사처벌에 해당하는지 여부

하지만 징벌적 손해배상제도는 가해자가 피해자에게 배상을 하는 것으로 비록 제재적 의미가 있지만 기본적으로 손해배상의 범주 안에 드는 민사사안이고, 형사처벌은 범죄에 대한 응보적인 형으로서 신체감금을 수반하는 구속형이나 벌금을 국가에 납부하는 금전형의 형태로 이루어지는 것으로 처벌에 목적을 둔 것이

---

142) 이점인, “징벌적 배상제 도입방안”, 사법제도개혁추진위원회, 2005. 12, 각주 40.

므로 징벌적 손해배상제도와 형사처벌은 다르다고 볼 수 있다. 그렇다면 일반적인 의미에서 징벌적 손해배상제도의 도입이 헌법상 이중처벌에 해당한다고 볼 수 없다.

나. 징벌적 손해배상제도가 아닌 가중적 배상제도 도입이 이중처벌에 해당하는지 여부

민사법상 징벌적 손해배상제도를 도입할지 여부에 대한 논의는 우리나라 법제도 전체와 관련되는 것으로서 그에 대한 검토가 필요하다. 다음으로 위와 같은 징벌적 손해배상제도에 대한 일반적 논의와 더불어 개별법상 이러한 징벌적(가중적) 손해배상제도를 도입할 때 개별법의 특성을 고려한 추가적인 논의가 필요한지를 검토해야 한다. 먼저 손해를 끼친 피해에 상응하는 액수만을 보상하는 보상적 손해배상제도와는 달리, 징벌적 손해배상제도는 '있을 수 없는 반사회적 행위'를 금지시키고, 그와 유사한 행위가 다시 발생하는 것을 막기 위하여 부과한다. 일반적으로 손해배상 액수는 실제 피해액과 무관하게 엄청난 고액이 부과된다. 그런데 도입여부가 논의될 수 있는 가중적 배상제도는 그 배상의 범위가 한정되어 있다. 다음으로 헌법상 이중처벌금지는 국가형벌권의 행사에 따른 형사처벌의 영역에 적용되고, 그 이외의 국가가 행하는 각종의 제재나 불이익처분에는 적용되지 아니한다는 학설과 판례에 따르면 특허법상 미국식 3배 배상제도의 도입은 헌법상 이중처벌금지원칙에 반하지 않는다고 판단된다.

다. 이중처벌의 위험성을 피하기 위한 제도적 대비책

징벌적 손해배상제도 그 자체가 국가형벌권 행사에 따른 형사처벌은 아니지만, 위에서 언급한 것처럼 민사절차를 통한 제재기능을 담당하고 있으며, 이는 동일한 범죄행위에 대하여 거듭 제재를 가하는 경우에 해당하여 그 목적과 기능이 형벌과 상당히 중복된다고 비판될 수 있다.

따라서 일반적인 의미에서 징벌적 손해배상제도가 아닌 개별법상 가중적 배상이나 가중적 과징금 등으로 그 의미를 한정하여 입법목적과 규정을 명확히 한다면 논란의 소지를 줄일 수 있다고 판단된다.

## 제4절 정보통신망법상 부과되는 과징금제도의 내용

### I. 개인정보보호를 위한 권리구제시스템 개관

#### 1. 개인정보침해에 따른 권리구제 의의 및 필요성

오늘날 지식정보사회에서의 개인정보는 인간의 존엄과 자유를 실현하기 위하여 반드시 보호되어야 하는 필수적인 요소이자 전자상거래·금융거래 등 기업활동을 위해서도 없어서는 안 될 핵심적인 가치로서 기능하고 있다. 개인정보의 수집 및 이용이 사회 전 영역에 다양한 형태로 확대되고 있고 대규모로 수집·이용 되고 있기 때문에 개인정보의 유출이나 오·남용의 위험성도 그만큼 증가하게 되었다. 이렇듯 지식정보화사회에서 개인정보관련 법률은 초창기의 법률처럼 개인정보의 '오·남용'으로부터만 개인을 보호하는 것에 그치지 않고 개인정보의 조사·수집으로부터 저장·사용·전달 및 삭제될 때까지 해당 개인정보는 보호되어야 한다.<sup>143)</sup> 따라서 정보주체자 권리가 침해됨을 사전에 예방하고, 사후에 지체없이 구제할 수 있는 제도를 통해 정보 주체의 자유로운 인격과 존엄을 형성·발전을 위한 신속하고 공정한 구제절차 및 사전 예방 대책이 마련되어야 할 것이다.

#### 2. 개인정보침해에 따른 권리구제 제도 내용

##### (1) 사전적 권리구제절차-개인정보영향평가제도

###### 1) 개인정보영향평가제도의 의의

개인정보영향평가제도(Privacy Impact Assessment)란 "정부기관이 수행하는 각종정보화 사업이 개인의 정보보호에 끼치는 잠재적 혹은 실질적인 영향을 평가

---

143) 김일환, "생체인식기술 등 첨단정보보호기술의 이용촉진을 위한 제도적 방안 연구", 연구보고서, 한국정보보호진흥원, 2004, 167면.

하고 이런 영향을 감소할 수 있는 방식을 평가하는 것”을 말한다.<sup>144)</sup> 또한 2011년 9월 시행 예정인 개인정보보호법 제33조에서는 “개인정보파일의 운용으로 인하여 정보주체의 개인정보의 침해가 우려되는 경우는 그 위험요인의 분석과 개선사항을 위한 평가”로 규정하여 공공기관의 장에게 그 실시를 의무화하고 있으며 개인정보처리자에게는 임의적으로 시행토록 있다.

이와 같은 개인정보영향평가제도는 사전배려원칙 내지 예방의 원칙을 입법화한 것이다. 새로운 기술을 도입하거나 개인정보의 침해 가능성성이 높은 방법을 사용하여 개인정보를 수집하는 경우 관련 법률의 규정에 따라 평가를 받는다면 개인정보 및 프라이버시 침해 가능성을 최소화할 수 있고 정보주체는 처음부터 개인정보가 어디에서 무슨 용도로 사용되는지 예측이 가능해지며 개인정보자기결정권의 행사와 침해로 인한 피해를 당한 경우 신속한 대응이 가능해 질 것이다. 또한 정보화 사업이 추진된 후에 개인정보 등의 침해를 이유로 당해 정보화사업을 도중에 중단하거나 변경하게 됨으로써 발생하게 되는 국가예산의 낭비를 미연에 방지할 수 있을 것이다.

즉 개인정보보호법상 ‘개인정보 영향평가제도’란 개인정보의 수집·활용이 수반되는 기존 사업 또는 신규 사업 추진시 개인정보 오남용으로 인한 프라이버시 침해가 없는지를 조사·예측·검토하여 개선하는 제도를 말한다.

당해 법률에서는 개인정보처리자가 처리하는 개인정보의 수, 개인정보 제3자 제공여부, 정보주체의 권리 침해 가능성 및 그 위험정도 등을 고려하여 위험요인을 분석하고 개선사항을 도출하는 일련의 평가절차로 정의한다. 즉, 개인정보 사전영향평가제도(PIA)의 목적은 평가대상 시스템 활용에 대한 잠재적 효과를 확인하고, 개인정보 침해에 따른 피해를 줄일 수 있는지를 감사하여 정보주체의 프라이버시를 보호하고자 하는 것이다.

---

144) Privacy and E-Government: Privacy Impact Assessments and Privacy Commissioners - Two Mechanism for Protecting to Promote Citizen Trust Online, in Gobal Internet Policy Initiative, 2003, 3면.

신규 사업에 대해서는 고객의 불만, 외부개입, 언론 평가 이전에 내부적으로 문제를 파악하여 위해요소의 사전 제거 등을 통해 기업이나 기관의 명성을 보호하는 역할을 수행한다. 한편, 기존 사업에 대해서는 평가를 통해 수집 정보 감소, 불필요한 정보의 공유·제공 차단 등 위험 요소를 차단하는 역할을 한다.

## 2) 영향평가의 실시대상

공공부문의 경우 전자정부 추진으로 개인정보를 대량으로 시스템화하여 상호 연동하는 등 개인정보 침해 우려가 높은 경우가 많으므로, 행정정보 공유 및 전자정부 추진사업 등의 신뢰성 제고를 위해 의무를 도입하는 것이 필요하다.

다만, 공공기관이 개인정보파일을 보유하거나 구축·확대·변경하는 모든 경우에 영향평가를 실시하도록 하는 것은 정상적인 행정목적을 위한 개인정보 활용을 곤란하게 할 우려가 크므로 대통령령이 정하는 기준에 해당되는 개인정보파일의 운용으로 정보주체의 권리침해 위험이 매우 클 것으로 우려되는 경우 실시하도록 한다.

민간부문의 경우 개인정보 취급양상이 정보통신, 의료, 금융 등 각 분야별로 다양하여 일률적인 기준으로 개인정보영향평가의 필요성이나 실효성을 판단하기 곤란할 뿐 아니라, 평가 실시에 따른 비용부담으로 의무화 여부에 대한 찬반 논란 등을 초래할 수 있으므로 자율적으로 시행하도록 한다.

## 3) 영향평가의 실시방법 등

영향평가를 통해 위험요인 분석 및 개선조치가 적절히 이루어질 수 있도록 대통령령이 정하는 영향평가 방법·절차 및 평가기준에 따라 영향평가를 실시하도록 규정하고 있다.

영향평가는 평가전문인력이 참여할 수 있도록 하여 개인정보처리자가 직접 수행하거나 전문기관에 위탁하여 수행이 가능하다.

#### 4) 개인정보영향평가 결과의 활용(제3항 및 제4항)

공공부문에서 실시하는 영향평가의 실효성 확보를 위하여, 공공기관이 영향평가를 실시한 때에는 그 결과를 행정안전부장관에게 제출하도록 의무화하고, 해당 개인정보파일 등록시 평가결과도 첨부하도록 한다.

행정안전부장관은 제출받은 평가결과에 대하여 개인정보보호위원회의 심의를 거쳐 의견을 제출할 수 있다.

#### 5) 영향평가 활성화 기반 마련(제5항) 및 헌법기관에 대한 특처(제7항)

행정안전부장관은 개인정보영향평가 제도의 활성화를 위하여 평가전문인력의 육성, 평가기준의 개발·보급 등 조치를 강구하여야 한다. 평가기준은 영향평가 대상 기업의 규모, 개인정보 이용 유형, 개인정보처리방침, 시스템 환경 등을 고려하여 적용 가능하도록 하여야 한다.

국회·법원·헌법재판소 및 중앙선거관리위원회는 영향평가 실시에 관한 사항을 자체 규칙을 통해 정하여 실시할 수 있도록 하고 있다.

### (2) 사후적 권리구제절차

#### 1) 감독기구를 통한 권리구제

정보통신, 금융, 의료 등 각 개별분야마다 개인정보와 관련하여 관리·감독하는 담당 행정부처 또는 관련 법령에 의해 설립된 기구 등이 해당 분야의 개인정보 보호 역할을 수행한다. 그 예로써 행정자치부는 공공기관의 개인정보 침해에 대한 업무를, 금융감독원은 금융기관의 신용정보의 침해에 업무를 맡고 있다. 또한 한국정보보호진흥원 내 개인정보침해신고센터에서 관련 업무를 수행하고 있고 개인정보 관련 분쟁을 조정하기 위해서 개인정보분쟁조정위원회가 설립되어 있다.

## 2) 개인의 소제기를 통한 보호 등

위와 같은 다양한 국가적 차원에서의 구제와 아울러 개인이 개인정보보호를 위반하였다는 이유로 소송을 제기함으로써 개인정보침해행위로부터 구제를 받을 수 있다.

## (3) 개인정보보호법상 권리보호 시스템

### 1) 개인정보보호위원회의 역할과 기능

개인정보보호정책의 수립·결정 및 제도 운영의 전문성을 도모하고, 개별 부처 등 이해당사자로부터의 독립성을 확보하기 위하여 별도의 심의·의결기구를 별도로 설립하였는바, 이 임무를 수행하기 위하여 개인정보보호위원회를 설립하였다.

개인정보보호위원회는 개인정보보호 기본계획·시행계획의 수립, 법령·제도의 개선, 공공기관의 개인정보 목적외 이용·제공 등은 국민의 권리·이익에 중대한 영향을 미치는 사항이므로, 심의·의결기구를 통해서 정책결정 및 운영의 독립성·전문성 담보가 필요하다.

### 2) 위원회의 설치·구성

대통령 소속 하에 상설 심의·의결기구인 ‘개인정보 보호위원회’ 설치·운영하며, 대통령 임명 또는 위촉하는 15명의 위원으로 구성(국회 추천 5인과 법원 추천 5인)을 포함한다.

2011년 9월 30일 개인정보보호법이 시행과 함께 대통령 소속의 개인정보보호위원회가 출범했다. 개인정보보호법 제7조(구성) 및 8조(기능)를 근거로 설치된 개인정보보호위원회는 대통령 소속으로 권한에 속하는 업무를 독립적으로 수행하게 된다. 위원회 전체 위원은 15명 이내로 대통령이 임명 또는 위촉하며, 5명은 국회선출, 5명은 대법원장이 지명하며, 임기는 3년에 1차례 한해 연임이 가능하

다.

### 3) 위원회의 기능

개인정보보호위원회는 단순 자문기구가 아니라 국가 차원의 개인정보보호 정책 수립, 법·제도의 개선, 공공기관에 의한 개인정보 목적외 이용·제공에 대한 판단 등 중요 정책사항을 심의·의결하는 기능을 수행한다.

특히, 위원회의 심의·의결을 거쳐야 할 사항을 구체적으로 규정하여 중요 정책사항에 대해서는 위원회가 핵심 역할을 수행할 수 있도록 하고 있다. 구체적으로 동 위원회는 다음과 같은 역할을 수행한다.

#### ■ 제1호 : 기본계획·시행계획

- 정부부처의 계획을 종합하여 수립·시행하는 것이므로 대통령 소속 하의 위원회 심의·의결을 거쳐 확정할 필요

#### ■ 제2호 : 정책, 법령 및 제도의 개선에 관한 사항

- 개별 부처가 분야별 개인정보보호법을 제·개정하거나 개인정보보호에 영향을 미칠 수 있는 정책·제도 도입시, 위원회가 개선사항을 심의·의결

#### ■ 제3호 : 공공기관 간의 의견조정

- 개인정보의 수집·이용·제공 등 처리에 관하여 공공기관 상호간 의견이 대립되는 경우, 위원회의 심의를 통해 의견조정

#### ■ 제4호 : 법령의 해석·운용

- 법령 해석·운용에 관하여 다툼이 있거나 모호한 경우 위원회가 해석기준 등을 제시

■ 제5호 : 개인정보의 목적외 이용·제공에 관한 사항

- 공공기관이 다른 법률에서 정하는 소관업무 수행을 위하여 목적 외로 개인정보를 이용·제공할 수 있는지를 위원회가 심의·의결을 통해 판단(제18조제2항제5호)

■ 제6호 : 영향평가 결과에 관한 사항

- 공공기관이 수행하여 행정안전부장관에게 제출한 영향평가 결과를 심의하여 개선이 필요성 여부를 판단(제33조제3항)

■ 제7호·제8호·제9호 : 의견제시, 시정조치 권고, 처리결과 공표에 관한 사항

- 법령·조례 등 개선에 대한 행정안전부장관의 의견제시(제61조제1항), 행정안전부장관이 관계중앙행정기관 등에게 시정조치를 내리도록 권고하는 사항(제64조제4항), 처리결과의 공표(제66조) 등 관계기관간 다툼의 여지가 있거나 다양한 이해당사자의 독립적·전문적 심의·의결이 필요한 부분에 대하여 판단토록 규정

■ 제10호 : 연차보고서의 작성·제출에 관한 사항

- 관계기관 등으로부터 필요한 자료를 제출받아 매년 개인정보 보호시책의 수립 및 시행에 관한 보고서 작성·제출(제67조제1항)

■ 제11호·제12호 : 대통령·위원장 부의사항, 법령에 의한 심의·의결사항

- 대통령 및 위원장이 개인정보보호에 관하여 필요하다고 판단될 경우
- 다른 법령에서 위원회 심의·의결을 거치도록 규정한 경우

4) 위원회의 의견청취

위원회는 심의를 위해 필요한 경우 관계 공무원, 전문가, 시민단체, 관련 사업

자 등으로부터 의견을 청취할 수 있다. 위원회의 주요 심의·의결 사항은 다음과 같다.

- 개인정보보호 기본계획 및 시행계획
- 개인정보보호와 관련된 정책, 제도 및 법령의 개선에 관한 사항
- 개인정보처리에 관한 공공기관 간의 의견조정에 관한 사항
- 중앙행정기관, 지자체 등에 대해 침해행위 중지 등 권고에 관한 사항
- 매년 국회에 제출하는 개인정보보호 연차보고서의 작성·제출에 관한 사항
- 행정안전부장관, 공공기관 등이 보호위원회에 심의·의결을 요청한 사항
- 대통령, 위원장 또는 위원 2명 이상이 회의에 부치는 개인정보보호 관련 사항

#### 5) 개인정보분쟁조정위원회

개인정보 침해로 인한 손해는 소규모·소액인 경우가 많아서 소송을 통한 피해구제에는 한계가 있는 바, 사법절차에 준하는 객관적·독립적·전문적 분쟁조정기구를 통하여 정보주체의 피해구제를 강화할 필요가 있다.

개인정보 침해 및 오·남용 등으로 인해 개인정보처리자와 정보주체 간에 분쟁이 발생한 경우, 정보주체는 기술적으로 침해사실을 입증하기 곤란할 뿐만 아니라 개인정보처리자가 소송으로 분쟁을 해결하려 할 경우에는 비용이 많이 들고 기간이 오래 소요되기 때문에 적절한 피해구제를 받기가 어려운 측면이 있다.

현재 「정보통신망법」에 의해 민간분야 개인정보 피해구제를 담당하던 ‘개인정보분쟁조정위원회’를 일반법인 동법의 입법취지에 맞추어, 공공·민간분야 개인정보 피해구제 기구로 확대·개편할 필요가 있다. 현행법상 분쟁조정위원회와 관련된 것은 다음과 같다.

##### 가. 분쟁조정위원회의 독립성 확보

분쟁조정위원회는 위원장 1명, 상임위원 1명을 포함한 20명 이내의 개인정보보

호에 관한 전문성을 갖추고 사회 각계를 대표할 수 있는 위원으로 구성(행정안전부장관이 임명·위촉)된다.

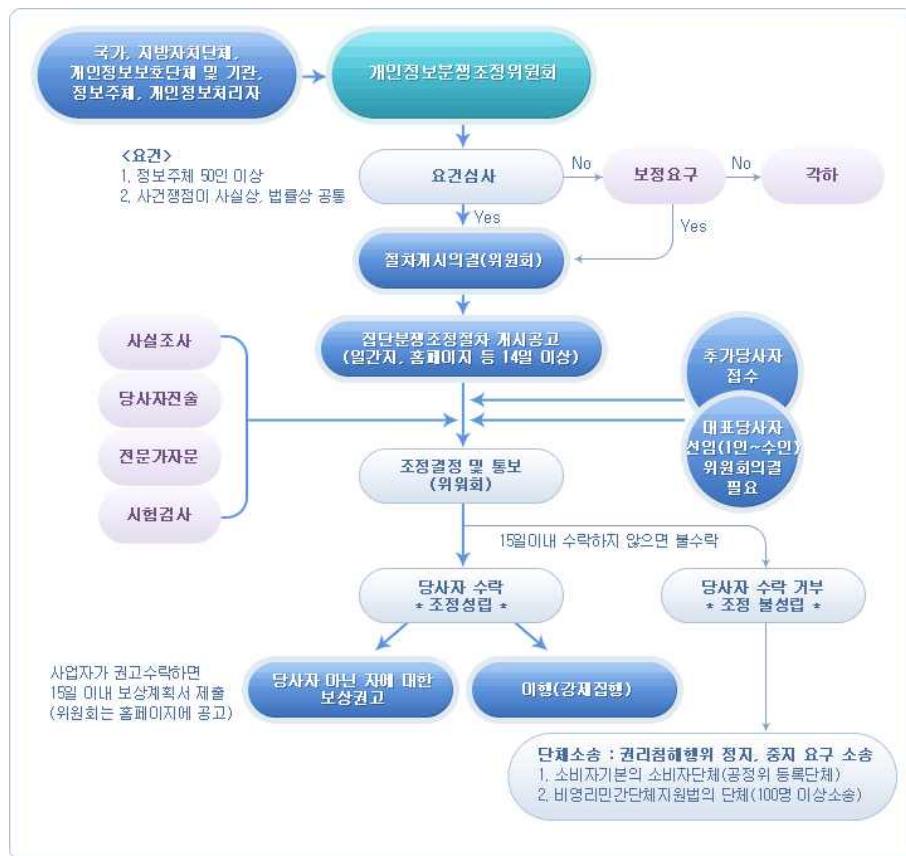
공공기관 대표, 교수 등 전문가, 법조인, 시민사회단체·소비자단체 추천자, 사업자단체 추천자 등 각계 대표가 참여하여, 공정하고 객관적인 결정을 내릴 수 있도록 위원을 구성한다.

위원의 신분보장을 통한 독립성 확보 및 위원 제척·기피·회피 제도를 통해 공정한 분쟁조정을 결정하는 기반을 마련한다.

#### 나. 위원회의 효율적 운영

대통령령에 따라 조정사건의 분야별(공공·민간)로 5인 이내의 위원으로 조정부를 구성·운영하여 효율적·전문적 분쟁조정이 가능하도록 하고, 위원회의 효율적 운영 지원을 위하여 사무국을 구성하도록 한다.

[그림 3-1] 개인정보분쟁조정위원회의 개인정보분쟁조정제도



분쟁조정의 대상이 되기 위해서는 피해 또는 권리침해를 입은 정보주체의수가 50명 이상이고, 사건의 중요한 쟁점(피해의 원인이나 결과)이 사실상 또는 법률상 공통되어야 한다.

또한 개인정보처리자와 분쟁해결이나 피해보상에 관한 합의가 이루어진 정보주체, 같은 사안으로 다른 법령에 따라 설치된 분쟁조정기구에서 분쟁조정 절차가 진행 중인 정보주체, 해당 개인정보 침해로 인한 피해에 대하여 법원에 소(訴)를 제기한 정보주체는 제외한다.

#### 다. 개인정보 단체소송

다수의 정보주체가 피해를 입거나 피해를 입을 가능성이 높은 경우에 정보주체 각자가 침해에서 구제받거나 침해를 예방하기 위해 소송을 제기하는 것은 거의 불가능하므로 일정한 자격을 갖춘 단체가 당사자적격을 부여받아 정보주체에 대한 침해행위에 대처할 수 있도록 한다.

#### 라. 분쟁조정의 주요내용

##### (a) 원고 적격(제51조)

개인정보 단체소송을 제기할 수 있는 단체는 소비자단체와 비영리민간단체로 제한되며, 이때 개인정보 단체소송을 제기할 수 있는 소비자단체는, ① 「소비자 기본법」 제29조의 규정에 따라 공정거래위원회에 등록한 소비자단체로서, ② 정관에 따라 상시적으로 정보주체의 권익증진을 단체의 주된 목적으로 하며, ③ 단체의 정회원수가 1천명 이상이고, ④ 공정거래위원회에 등록 후 3년이 경과했어야 한다.

개인정보 단체소송을 제기할 수 있는 비영리민간단체는, ① 「비영리민간단체 지원법」 제2조의 규정에 따른 비영리민간단체로서, ② 법률상 또는 사실상 동일한 침해를 입은 100인 이상의 정보주체로부터 단체소송의 제기를 요청받아야 하고, ③ 정관에 개인정보 보호를 단체의 목적으로 명시한 후 최근 3년 이상 이를 위한 활동실적이 있어야 하며, ④ 단체의 상시 구성원수가 5천명 이상이며, ⑤ 중앙행정기관에 등록되어 있어야 한다.

##### (b) 소송대상과 청구범위(제51조)

개인정보 단체소송의 대상이 되는 개인정보처리자의 행위는, 분쟁조정위원회의 조정을 거부하거나 조정결과를 수락하지 아니하는 경우이기만 하면 된다.

이는 또 다른 단체소송형태인 소비자단체소송에서 소제기요건으로 ① 「소비자

기본법」 제20조의 소비자권익증진관련기준을 위하였을 것, ② 소비자의 생명·신체 또는 재산에 대한 권익을 직접적으로 침해하였을 것, ③ 소비자의 생명·신체 또는 재산에 대한 권익을 직접적으로 침해할 뿐만 아니라 그 침해가 계속될 것 등이 요구된다는 점에 대비된다.

소비자단체소송에서는 위 소제기요건을 원고적격이 있는 단체가 모두 주장해야 하나, 개인정보단체소송에서는 이런 요건들은 주장할 필요는 없고 다만 분쟁조정 위원회의 조정을 거부하거나 조정결과를 수락하지 아니한 경우이기만 하면 단체 소송을 제기하는 것이 가능하다.

(c) 전속관할(제52조)

○ 개인정보 단체소송의 소는 피고의 주된 사무소 또는 영업소가 있는 곳의 지방법원 본원 합의부의 관할에 전속함

- 그러나 주된 사무소나 영업소가 없는 경우에는 주된 업무담당자의 주소가 있는 곳의 지방법원 본원 합의부의 관할에 전속함

○ 피고가 외국사업자인 경우에는 대한민국에 있는 이들의 주된 사무소·영업소 또는 업무담당자의 주소에 따라 정함

□ 편면적 변호사강제주의(제53조)

○ 개인정보 단체소송의 원고가 소제기를 하기 위해서는 변호사를 소송대리인으로 선임해야 하며 변호사강제제도를 도입한 것은 단체소송의 복잡성과 변호사의 공익적 기능에 기대어 소송남용을 방지하고자 함

- 다만 이는 집단소송에서의 입법태도와는 대비되는데, 「증권관련집단소송법」 제5조제1항에서는 증권관련집단소송의 원고와 피고 모두에 대해 변호사강제제도가 규정되어 있음

#### □ 개인정보단체소송의 허가(제54조, 제55조)

##### ○ 허가신청 (제54조)

- 개인정보 단체소송을 제기하는 단체는, 소장과 함께 ① 원고 및 그 소송 대리인, ② 피고, ③ 침해된 권리의 내용 등을 기재한 소송허가신청서를 법원에 제출하여야 함

- 소송허가신청서를 제출할 때에는 ① 소제기단체가 제51조 각 호의 어느 하나에 해당하는 요건을 갖추고 있음을 소명하는 자료, ② 개인정보처리자가 조정을 거부하였거나 조정결과를 수락하지 아니하였음을 증명하는 서류, ③ 개인정보처리자가 조정결과를 수락하지 아니한 경우에는 분쟁조정위원회의 조정결정서 정본 등을 첨부하여야 함

##### ○ 허가요건 (제55조)

- 법원은 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 결정으로 단체소송을 허가함: ① 개인정보처리자가 분쟁조정위원회의 조정을 거부하거나 조정결과를 수락하지 아니하였을 것, ② 제54조의 규정에 따른 소송허가신청서의 기재사항에 험결이 없을 것

- 한편, 개인정보 단체소송을 허가하거나 불허가하는 결정에 대하여는 즉시 항고할 수 있음

#### □ 개인정보단체소송의 확정판결 효력(제56조)

○ 원고의 청구를 기각하는 판결이 확정된 경우 이와 동일한 사안에 관하여는 제51조의 규정에 따른 다른 단체는 단체소송을 제기할 수 없으나, ① 판결이 확정된 후 그 사안과 관련하여 국가·지방자치단체 또는 수사기관에 의하여 새로운 증거가 나타나거나, ② 기각판결이 원고의 고의로 인한 것임이 밝혀진 경우에는 청구기각판결이 확정된 경우에도 다른 단체가 다시 개인정보 단체소송을 제기할 수 있음

#### □ 민사소송법의 적용 등(제57조)

○ 개인정보 단체소송에 관하여 본 법안에 특별한 규정이 없는 경우에는 「민사소송법」을 적용하며, 단체소송의 허가결정이 있는 경우에는 「민사집행법」 제4편의 규정에 따른 보전처분을 할 수 있음

- 그밖에 단체소송의 절차에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정함.

## II. 독일 개인정보보호법제상 과징금(과태료, 벌칙) 제도와 내용

### (1) 행정적 제재 : 과태료 부과

독일 연방개인정보보호법에 따르면 개인정보처리시스템 현황정보의 사전신고의무를 위반하는 등 법상의 일정한 의무를 고의 또는 과실로 이행하지 않는 자는 누구든지 행정질서법으로서 경중에 따라 최고 2만 5천유로 또는 최고 25만유로

의 과태료(Bußgeld)에 처하여진다(제43조). 최고 2만 5천유로의 과태료에 해당하는 의무위반행위로는 ① 제4d조 제1항, 제4e조 제2문에 반하여 신고가 이루어지지 않거나 그 신고가 옳지 않고, 불완전하고 또는 적절함이 아닐 때, ② 제4f조 제1항 제1문에 반하여 또는 제3문, 제6문에 반하여 개인정보보호관이 아니거나 예정된 방법이 아니거나 또는 적절하지 않을 경우, ③ 제28조 제4항 제2문에 반하여 관련인이 아니거나 옳지 않거나 또는 적절치 않게 통지된 경우 또는 관련인이 통지를 받는데 있어 안전하지 않은 경우, ④ 제28조 제5항 제2문에 반하여 개인정보를 전송했거나 이용했을 경우, ⑤ 제29조 제2항 제3문 또는 제4문에 반하여 거기에 표시 된 이유가 열거가 안 된 경우 또는 신뢰성 있게 설명의 종류와 방법이 열거가 안 된 경우, ⑥ 제29조 제3항 제2문에 반하여 개인정보가 전자 또는 인쇄형태로 주소, 전화번호, 회사분야 또는 비교할 수 있는 표시절차를 수용한 경우, ⑦ 제29조 제3항 제2문에 반하여 개인정보 표시를 넘겨받는데 있어 안정성이 없었을 경우, ⑧ 제33조 제1항에 반하여 관련인이 아니거나, 옳지 않거나 불완전하게 통보를 받았을 경우, ⑨ 제35조 제6항 제3문에 반하여 반론없이 개인정보를 전송시킨 경우, ⑩ 제38조 제3항 제1문 또는 제4항 제1문에 반하여 질의응답이 없거나 옳지 않거나 부적절하게 교부되거나 또는 그 대책이 수용되지가 않은 경우, ⑪ 제38조 제5항 제1문에 따라 집행되어질 수 있는 규정에 반하게 행동한 경우 등이며(제43조 제1항), (a) 권한 없이 일반적으로 접근할 수 없는 개인정보를 수집 또는 생산한 경우, (b) 권한 없이 일반적으로 접근할 수 없는 개인정보를 자동화 된 절차를 통해 불러들임을 했을 경우, (c) 권한없이 일반적으로 접근할 수 없는 개인정보를 불러들였거나 또는 자동화 된 생산 또는 비자동화 된 개인정보를 다른 사람에게 마련해 준 경우, (d) 옳지 않은 진술을 통해서 일반적으로 접근할 수 없는 개인정보의 전송을 받은 경우, (e) 제16조 제4항 제1문, 제5항 제1문 그리고 제29조 제4항, 제39조 제1항 제1문 또는 제40조 제1항에 반하여 전송된 개인정보가 제3자에게 계속적으로 전달되면서 다른 목적을 위하여 이용된 경우, (f) 제30조 제1항 제2문에 반하여 제30조 제1항 제1문에서 표시된

특정 또는 제40조 제2항 제2문에서 표시된 특징들이 구체적인 진술과 함께 공동으로 작업이 실행된 경우에는 최고 25만유로의 과태료에 해당한다(제43조 제2항).<sup>145)</sup>

이 밖에 통신법과 전자거래통합법 제1장에 규정된 통신미디어법 역시 특정한 금지행위를 하는 경우 과태료를 부과하고 있다. 우선, 통신법 규정에 따르면 서비스제공자가 고의 또는 과실로 ① 다른 서비스제공자와의 계약을 이행하기 위해 필요한 경우, 계약의 범위 내에서 다른 서비스제공자와 함께 자신의 가입자와 다른 서비스제공자의 가입자의 데이터를 수집한 경우, 가입자의 데이터를 가입자를 위한 상담이나 상품의 광고, 시장연구와 같은 목적 이외에 사용한 경우(제95조 제2항), ② 저장된 연결정보를 연결이 종료한 후라도 계속적인 연결을 목적으로 하거나 요금의 계산 및 정산, 개별연결증명, 통신설비의 장애와 통신서비스의 남용, 수신된 통화연결의 고지를 위하여 필요한 경우 이외에 사용한 경우(제96조 제2항 제1문), ③ 가입자와 관련된 연결정보를 관련인이 그 사용에 동의한 경우에 한하여 통신서비스의 상업적 사용, 통신서비스의 수요적합적 형성 또는 부가 효용이 있는 서비스를 그에 필요한 시간 내에 제공하기 위한 목적 이외에 사용한 경우(제96조 제3항 제1문), ④ 가입자의 연결정보 또는 요금계산과 가입자와의 정산을 위해 필요하지 않은 데이터를 파기하지 않거나 또는 적기에 파기하지 않은 경우(제149조 제1항 제16호, 제17호)에 과태료를 부과하고 있다. 또한 통신미디어법은 서비스제공자가 고의로 제6조 제2항 제1문에 위반하여 발송인 또는 뉴스의 상업적 성격을 알리지 않거나 또는 은폐하는 경우를 비롯하여 서비스제공자가 고의 또는 과실로 ① 제5조 제1항에 위반하여 정보를 제공하지 않거나, 정확하게 제공하지 않거나 또는 불완전하게 제공하는 경우(제16조 제2항 제1문), ② 제12조 제3항에 위반하여 이용자의 동의와 무관하게 통신서비스를 제공한 경우(제16조 제2항 제2호), ③ 제13조 제1항 제1문 또는 제2문에 위반하여 이용자에게

---

145) 이인호, 전계논문, 132면.

보고하지 않거나, 적절하게 보고하지 않거나 또는 불완전하게 보고한 경우(제16조 제2항 제3호), ④ 제13조 제4항 제1문 제1호 내지 제4호 또는 제5호에 위반하여 규정된 의무를 이행하지 않은 경우(제16조 제2항 제4호), ⑤ 제14조 제1항 또는 제15조 제1항 제1문 또는 제8항 제1문 및 제2문에 위반하여 개인관련 정보를 수집하거나, 사용하거나 또는 적기에 삭제하지 않은 경우(제16조 제2항 제5호), ⑥ 제15조 제3항 제3문에 위반하여 가명의 담당자에 관한 정보를 가진 이용프로필을 결합시킨 경우(제16조 제2항)에도 과태료를 부과하고 있다.<sup>146)</sup>

## (2) 형사적 제재 : 형사처벌

자기 또는 타인의 이익을 위한 목적에서, 또는 타인을 해할 목적에서, 의도적으로 제43조 제2항에 열거된 행위를 한 자는 최고 2년 이하의 징역 또는 벌금에 처하여진다(제44조 제1항). 제1항의 범죄는 고소가 있어야 기소할 수 있는데(친고죄), 고소는 정보주체 외에도 개인정보처리기관, 연방개인정보보호청(연방 공공부문의 경우), 또는 주의 정보감독청(민간부문의 경우)에 의해서도 가능하다(동조 제2항).<sup>147)</sup> 비디오감시의 여러 요건들의 준수를 확보하기 위하여 독일개인정보보호법은 형사적인 제재수단을 예정하고 있다. 정보조사 책임자(기관)가 독일 연방개인정보보호법 및 개인정보보호에 관한 다른 규정들에 의하면 허용되지 않은 방법이나 옳지 못한 방법으로 비디오감시를 통해 개인정보를 조사, 처리, 이용한 경우, 권한 없이 일반적으로 접근할 수 없는 개인정보를 고의 또는 과실로 조사·처리하거나, 자동화된 절차에 의거하여 호출할 수 있도록 하거나, 전달한 경우 이와 같은 행위를 고의로 그리고 대가를 받거나 자신이나 타인을 위한 영득의 의사로 또는 타인에게 손해를 가하기 위하여 한 자는 최고 2년의 자유형 또

---

146) 정진명, "웹사이트에서 개인정보 침해와 구제, 개인정보 및 웹사이트 규제의 법적 문제", 한국정보보호진흥원·단국대 법학연구소 공동학술세미나, (2009. 07. 16), 14면.

147) 이인호, 전계논문, 133면.

는 벌금형에 처할 수 있다. 이 범죄는 친고죄이다(동법 제44조).

### (3) 민사적 제재 : 손해배상책임

공공부문이든 민간부문이든 개인정보처리기관이 연방개인정보보호법이나 그 밖의 개인정보보호규정을 위반하여 부당하게 개인정보를 수집, 처리, 또는 이용함으로써 정보주체에게 손해를 입힌 때에는, 당해 개인정보처리기관 또는 그가 소속된 단체는 당해 정보주체에게 손해를 배상할 책임을 진다(제7조 제1문 및 제8조 제1항). 다만, 배상책임의 요건은 공공부문과 민간부문이 각 다르다. 민간부문의 경우에는 개인정보처리기관이 그 상황에서 요구되는 주의의무를 다한 경우에는 손해배상책임을 지지 않는다(제7조 제2문). 그러나 공공부문의 경우에는 무과실책임을 진다(제8조 제1항). 또한 공공부문의 경우에는 다음과 같은 몇 가지 특별규정이 마련되어 있다. ① 중대한 프라이버시 침해가 있는 경우에, 정보주체는 비금전적 손해(정신적 손해)에 대해서도 금전배상을 청구할 수 있다(위자료)(제8조 제2항). ② 다만, 손해배상액은 합쳐서 최고 13만 유로로 한정된다(제8조 제3항).<sup>148)</sup> 비디오감시의 여러 요건들의 준수를 확보하기 위하여 독일개인정보보호법은 민사적인 제재수단을 예정하고 있다. 정보조사 책임자(기관)가 독일 연방개인정보보호법 및 개인정보보호에 관한 다른 규정들에 의하면 허용되지 않은 방법이나 옳지 못한 방법으로 비디오감시를 통해 개인정보를 조사, 처리, 이용하여 관련자에게 손해를 입힌 경우에는, 구체적 사건의 상황에서 요구되는 주의의무를 다하지 아니한 한, 손해를 배상하여야 한다(연방개인정보보호법 제7조). 정보조사 책임기관이 공공기관인 경우에는 그 과책유무와 무관하게, 즉 무과실책임을 진다(동법 제8조 제1항).

이 밖에 통신법에 따르면 고객을 보호하기 위하여 관계자는 기업에게 부작위청구권 및 손해배상청구권을 행사할 수 있다. 즉, 기업이 통신법 및 이 법에 근거

---

148) 이인호, 전계논문, 134면.

하여 내려진 법규명령, 이 법에 의하여 부과된 의무 또는 규제기관의 처분을 위반한 경우 관계자는 그 위반의 제거를 청구할 수 있으며, 반복의 위험이 있는 경우에는 금지청구를 할 수 있다(동법 제44조 제1항 제1문). 만일 기업이 고의 또는 과실로 책임을 지는 경우 그 기업은 최종소비자나 경쟁자에게 그 위반으로부터 발생한 손해를 배상할 의무가 있다(동법 제44조 제1항 제3문). 또한 보통거래약관의 사용 또는 권고에 의하는 것과 다른 방식으로 이 법 또는 이 법에 근거하여 내려진 법규명령을 위반한 자는 부작위청구소송의 대상이 되며, 영업행위에 있어 위반행위가 직원이나 위탁을 받은 자에 의하여 행하여진 경우에도 영업의 소유자에 대하여 부작위청구소송이 제기될 수 있다(동법 제44조 제2항). 또한 텔레미디어법에 따르면 우선 서비스제공자는 자신이 직접 제공하는 콘텐츠에 대해서는 일반 법률에 의해 독자적인 법적 책임을 진다(제7조 제1항). 그러나 타인 제작 정보에 대해서는 서비스제공자가 전송을 유도하지 않은 경우, 전송되는 정보를 받는 수신자를 선별하지 않은 경우, 전송되는 정보를 선별하지 않거나 변경하지 않은 경우에는 책임을 지지 않으며,(제8조 제1항) 제3의 정보가 다른 이용자에게 효과적으로 전송되는데 기여하는 한시적인 일시적 저장에 대하여는 그 정보를 변경하지 않았거나 정보접근에 대한 조건에 대한 주의를 기울였다는 등의 의무를 다한 경우에 책임을 지지 않는다(제9조). 또한 서비스제공자가 이용자에게 저장되는 타인의 정보에 대하여 법률에 위반되는 행위나 정보를 알지 못한 경우 및 손해배상이 청구되는 경우에는 법률에 위반되는 행위나 정보를 분명하게 알 만한 사실과 사정이 없는 경우, 정보가 도달되지 못하게 하거나 접근을 차단하게 하려는 시도를 안 즉시 대처를 한 경우에도 책임을 지지 않는다(제10조).<sup>149)</sup>

### III. 국내 정보통신망법상 금지행위에 대한 과징금의 법적체계 분석

#### 1. 정보통신망법상 과징금 등 각종 벌금, 벌칙조항 내용과 분석

---

149) 정진명, 전계서, 15면~16면.

### (1) 정보통신망법상 과징금

과징금이란 행정법상의 의무를 위반한 자에게 경제적 이익이 발생한 경우 그 이익을 박탈하여 경제적 불이익을 부과하는 제도이다. 방송통신위원회는 정보통신서비스 제공자의 불법적 개인정보 활용(목적외 이용, 동의없는 취급위탁 등)에 대해 지속적으로 과태료 및 시정 명령 등의 행정 제재를 부과한 바 있으나, 과태료 부과만으로는 대량의 개인정보 침해행위에 실효적으로 대응하기 어려워 개인정보의 불법 활용 및 오·남용에 대한 제재 수준을 높이기 위해 과징금제도를 도입하게 되었다. 정보통신망법상 과징금은 이용자의 개인정보보호를 위한 기본권(개인자기정보결정권)을 보장하기 위해 사업자가 서비스 제공 시 개인 정보를 수집·이용하는 경우의 불법적인 취급을 방지하거나 후속적인 피해 예방이 주목적인 인격권보호적 성질을 가지고 있다. 개인정보보호의 효율적 보호를 위하여 2008년 정보통신망법 개정을 통해 처음 도입되었으며, 동의 없는 텔레마케팅과 같이 고객의 개인정보를 활용하여 부당한 수익이 발생한 경우 이를 환수함으로써 기업의 개인정보침해 행위 규제 수준을 강화하기 위해 규정되었다.

### (2) 정보통신망법상 벌칙조항

#### 제70조(벌칙)

- ① 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ③ 제1항과 제2항의 죄는 피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

#### 제71조(벌칙)

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한

다.

1. 제22조제1항(제67조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)을 위반하여 이용자의 동의를 받지 아니하고 개인정보를 수집한 자
2. 제23조제1항(제67조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)을 위반하여 이용자의 동의를 받지 아니하고 개인의 권리·이익이나 사생활을 뚜렷하게 침해할 우려가 있는 개인정보를 수집한 자
3. 제24조, 제24조의2제1항 및 제2항 또는 제26조제3항(제67조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)을 위반하여 개인정보를 이용하거나 제3자에게 제공한 자 및 그 사정을 알면서도 영리 또는 부정한 목적으로 개인정보를 제공받은 자
4. 제25조제1항(제67조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)을 위반하여 이용자의 동의를 받지 아니하고 개인정보 취급위탁을 한 자
5. 제28조의2제1항(제67조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)을 위반하여 이용자의 개인정보를 훼손·침해 또는 누설한 자
6. 제28조의2제2항을 위반하여 그 개인정보가 누설된 사정을 알면서도 영리 또는 부정한 목적으로 개인정보를 제공받은 자
7. 제30조제5항(제30조제7항, 제31조제3항 및 제67조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)을 위반하여 필요한 조치를 하지 아니하고 개인정보를 제공하거나 이용한 자
8. 제31조제1항(제67조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)을 위반하여 법정대리인의 동의를 받지 아니하고 만 14세 미만인 아동의 개인정보를 수집한 자
9. 제48조제2항을 위반하여 악성프로그램을 전달 또는 유포한 자
10. 제48조제3항을 위반하여 정보통신망에 장애가 발생하게 한 자
11. 제49조를 위반하여 타인의 정보를 훼손하거나 타인의 비밀을 침해·도용 또는 누설한 자

#### 제72조(별칙)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제48조제1항을 위반하여 정보통신망에 침입한 자
2. 제49조의2제1항을 위반하여 다른 사람의 개인정보를 수집한 자
3. 제53조제1항에 따른 등록을 하지 아니하고 그 업무를 수행한 자
4. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 자금을 유통하여 준 자 또는 이를 알선한 자
  - 가. 재화등의 판매·제공을 가장하거나 실제 매출금액을 초과하여 통신과금서비스에 의한 거래

를 하거나 이를 대행하게 하는 행위

- 나. 통신과금서비스이용자로 하여금 통신과금서비스에 의하여 재화등을 구매·이용하도록 한 후 통신과금서비스이용자가 구매·이용한 재화등을 할인하여 매입하는 행위
- 5. 제66조를 위반하여 직무상 알게 된 비밀을 타인에게 누설하거나 직무 외의 목적으로 사용한 자  
② 제1항제1호의 미수범은 처벌한다.

#### 제73조(벌칙)

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

- 1. 제28조제1항제2호부터 제5호까지(제67조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에 따른 기술적·관리적 조치를 하지 아니하여 이용자의 개인정보를 분실·도난·누출·변조 또는 훼손한 자
- 2. 제42조를 위반하여 청소년유해매체물임을 표시하지 아니하고 영리를 목적으로 제공한 자
- 3. 제42조의2를 위반하여 청소년유해매체물을 광고하는 내용의 정보를 청소년에게 전송하거나 청소년 접근을 제한하는 조치 없이 공개적으로 전시한 자
- 4. 제44조의6제3항을 위반하여 이용자의 정보를 민·형사상의 소를 제기하는 것 외의 목적으로 사용한 자
- 5. 제44조의7제2항 및 제3항에 따른 방송통신위원회의 명령을 이행하지 아니한 자
- 6. 제48조의4제3항에 따른 명령을 위반하여 관련 자료를 보전하지 아니한 자
- 7. 제49조의2제1항을 위반하여 개인정보의 제공을 유인한 자
- 8. 제61조에 따른 명령을 이행하지 아니한 자

#### 제74조(벌칙)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

- 1. 제8조제4항을 위반하여 비슷한 표시를 한 제품을 표시·판매 또는 판매할 목적으로 진열한 자
- 2. 제44조의7제1항제1호를 위반하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시한 자
- 3. 제44조의7제1항제3호를 위반하여 공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하게 한 자

4. 제50조제6항을 위반하여 기술적 조치를 한 자
  5. 제50조의2를 위반하여 전자우편주소를 수집·판매·유통하거나 정보 전송에 이용한 자
  6. 제50조의8을 위반하여 광고성 정보를 전송한 자
  7. 제53조제4항을 위반하여 동록사항의 변경등록 또는 사업의 양도·양수 또는 합병·상속의 신고를 하지 아니한 자
- ② 제1항제3호의 죄는 피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

#### 제75조(양벌규정)

법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제71조부터 제73조까지 또는 제74조제1항의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.[전문개정 2010.3.17]

#### (3) 정보통신망법상 과태료

제76조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자와 제7호부터 제11호까지의 경우에 해당하는 행위를 하도록 한 자에게는 3천만원 이하의 과태료를 부과한다. <개정 2011.3.29>

4. 제29조 본문(제67조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)을 위반하여 개인정보를 파기하지 아니한 자
5. 제30조제3항·제4항 및 제6항(제30조제7항, 제31조제3항 및 제67조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)을 위반하여 필요한 조치를 하지 아니한 자

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 2천만원 이하의 과태료를 부과한다.

  1. 제25조제2항(제67조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)을 위반하여 이용자에게 개인정보 취급위탁에 관한 사항을 공개하지 아니하거나 알리지 아니한 자
  2. 제26조제1항 및 제2항(제67조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)을 위반하여 이용자에게 개인정보의 이전사실을 알리지 아니한 자
  3. 제27조제1항(제67조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)을 위반하여 개인정보 관리책임자를 지정하지 아니한 자
  4. 제27조의2제1항(제67조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)을 위반하여 개인정보 취급방침을

공개하지 아니한 자

## 2. 정보통신망법상 과징금부과 사례분석

### (1) A통신사 부과사례

#### 가. 기본 과징금

- o 관련 매출액 : 총 매출액 중 관련 전기통신역무(문자메시지)의 매출액 3,187 억  
⇒ 과징금 상한액 : 31백만원(관련 매출액의 1/100)
- o 부과기준율 : 9/1000 (매우 중대한 위반행위)
  - 고의 · 중과실 해당, 영리목적, 피해규모 1/10 이상, 실제 이득 취득
- o 기본 과징금 : 2,868백만원(= 관련 매출액 × 부과기준율)

#### 나. 과징금의 의무적 조정

- o 의무적 가중 : 가산없음(단기 위반, 위반기간 : 16일)

의무적 조정 요소	적용	조정	과징금
위반행위 기간	단기간 위반	조정없음	2,868백만원

- o 의무적 감경 : 의무적 가중을 거친 금액에서 50/100 감경(최초위반)

의무적 조정 요소	적용	조정	의무적 조정과징금
위반횟수	최초 위반	50% 감경	1,434백만원

#### 다. 과징금의 임의적 조정(최종 과징금)

- o 임의적 감경 : 30/100 감경(조사협조)

< 임의적 조정 과징금 산출 >

임의적 조정사유	의무적 조정과징금	조정	임의적 조정과징금
조사협조	1,434백만원	30% 감경	1,003백만원

(2) B기업 과징금 산출사례 등

가. 기본 과징금

o 관련 매출액 : 총 매출액 2,881억원 중 전기통신역무의 매출액 424억원

⇒ 과징금 상한액 : 424백만원(관련 매출액의 1/100)

※ 매출액 : 위반행위와 관련된 전기통신역무의 직전 3개 사업연도의 연평

균 매출액

o 부과기준율 : 7/1000(중대한 위반행위)

- 중대한 고의 · 과실에 해당하나, 개인정보가 공중에 노출된 사실이 없어, 중  
대한 위대한 위반행위에 해당

o 기본 과징금 : 296백만원

위반행위	중대성의 정도	부과기준율	기본과징금
동의없이 개인정보 수집	중대한 위반행위	7/1,000	148백만원
동의없이 개인정보 위탁	"	7/1,000	148백만원

※ 중대성의 정도(방통위 고시 제2011-1호)

- ▶ 매우 중대한 위반행위 : 개인정보의 기술적 · 관리적 보호조치에 중대한 고의 · 과실이 발생한 경우
- ▶ 중대한 위반행위 : 위반행위로 이득을 취하지 않은 경우이거나, 개인정보 피해규모가 전체 정보의 5%이내 또는 개인정보가 공중에 노출되지 않은 경우
- ▶ 일반 위반행위 : 고의 · 중과실이 없고 경미한 위반행위

#### 나. 과징금의 의무적 조정

- o 의무적 가중 : 기본과징금에서 50/100 가중(장기 위반)
  - 위반 기간이 각각 2년 초과

위반행위	위반행위 기간	기본과징금	조정	과징금액
동의없이 개인정보 수집	2년 초과 ('08.10월 ~ '10.11월)	148백만원	기본 과징금의 50/100 가중	222백 만원
동의없이 개인정보 위탁	2년 초과 ('08.10월 ~ '10.11월)	148백만원	"	222백 만원

- o 의무적 감경 : 의무적 가중을 거친 금액에서 50/100 감경(최초위반)

구 분	위반 횟수	의무적 가중금액	조정	과징금액
동의없이 개인정보 수집	최초 위반	222백만원	50/100 감경	111백만원
동의없이 개인정보 위탁	"	222백만원	"	111백만원

#### 다. 과징금의 임의적 조정(최종 과징금)

- o 임의적 감경 : 15/100 감경(조사 협조)

구 분	조정사유	의무적 조정과징금	조정	임의적 조정과징금
동의없이 개인정보 수집	조사협조	111백만원	15/100 감경	94백만원
동의없이 개인정보 위탁	"	111백만원	"	94백만원

- o 최종 과징금 :  $188\text{백만원} = 94\text{백만원} + 94\text{백만원}$

#### (3) 최근의 과징금 부과사례

방송통신위원회가 개인정보보호 법규위반 사업자에 대해 행정처분을 내렸다.

방송통신위원회는 2010년 12월 24일 전체회의를 열어 개인정보보호 법규를 위반

한 에스케이마케팅앤컴퍼니(주)에 대해 1억8800만원의 과징금을 부과했다. 또 이 용자의 개인정보가 침해되지 않도록 업무처리 절차를 합리적으로 개선하는 시정 명령을 의결했다. 에스케이마케팅앤컴퍼니(주)는 지난 2008년 10월부터 2009년 12 월까지 OK캐쉬백 회원으로 가입한 354명의 개인정보를 수집·이용목적, 수집하는 개인정보의 항목, 개인정보의 보유·이용기간에 대한 동의를 받지 않고 위탁 처리 했다. 방통위는 또 이 업체가 개인정보의 수집항목 및 이용목적에 대해 “서비스 이용에 관한 일체의 거래정보” 등으로 지나치게 포괄적인 고지를 하고 동의를 받은 만큼, 법에 따라 조사·처분할 계획이라고 밝혔다.

방송통신위원회(이하 방통위)는 2010년 12월 22일 전체 회의를 열고 경찰청으로부터 통보받은 35개 개인정보보호 법규위반 사업자 중 엠에스하모니 등 19개 사업자에 대해 각각 3백만원부터 8백만원까지 과태료 부과 및 시정조치 명령했다고 밝혔다. 방통위는 또 “나머지 16개 사업자에 대해서는 개인정보의 기술적·관리적 보호조치를 수립·시행하도록 하는 시정조치 명령을 의결했다.”고 말했다. 개인정보보호 법규위반 사업자로는 엠에스하모니(성인용품 판매), 골프스카이(골프유통업), 리빙티브이(케이블방송), 레이싱조이(경마정보 제공), 티온네트워크(스포츠정보 제공), 지지옥션(부동산 경매정보 제공), 동원스포츠(성인물), 한국법원경매정보(부동산 경매정보 제공) 등이다. 행정처분을 받은 사업자들은 올해 3월부터 5월 사이 개인정보를 유출한 혐의로 경찰의 수사를 받은 사업자들이다. 방통위가 현장조사를 실시한 결과 개인정보보호 법규 위반사실이 확인된 사업자들이라는 설명이다. 방통위는 “향후에도 개인정보를 침해한 사업자에 대해서는 법에 따라 엄중 조치함으로써 국민들의 소중한 개인정보가 안전하게 보호받을 수 있도록 하겠다.”고 밝혔다. 방통위 측은 이외 위반 사업자에 대해서는 ‘정보통신망 이용 촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 제64조 및 동 법률 시행령 제69조의 규정에 의해 공개할 수 없는 점을 양해해 달라고 전했다.

최근에는 방송통신위원회가 2011. 9. 28일, 전체 회의를 개최하여 개인정보보호 법규를 위반한 21개 사업자 중 에이앤피파이낸셜대부(주)는 1억5,000만원의 과징

금과 1,600만원의 과태료 및 시정명령, 원캐싱대부(주)는 1억2,200만원의 과징금과 1,600만원의 과태료 및 시정명령, 나머지 사업자에 대해서는 각각 1,000만원에서 3,200만원까지의 과태료 부과 및 시정조치 명령을 의결하였다.

행정처분을 받은 사업자들은 대부업 또는 대부중계 사업자로서 방송통신위원회의 현장조사 결과, 개인정보보호 법규 위반사실이 확인된 사업자들이다.

방송통신위원회는 향후에도 개인정보를 침해한 사업자에 대해서는 법에 따라 엄중 조치함으로써 국민들의 소중한 개인정보가 안전하게 보호받을 수 있도록 하겠다고 밝혔다.

## 제4장 정보통신망법상 과징금부과 관련 법제의 문제점 및 개선방안

### 제1절 법제 현황

#### I. 과징금에 대한 법규정

##### 1. 과징금의 기본구조

정보통신망법상 금지행위에 대한 과징금 관련 규정의 법적 체계는 상위법에서 는 과징금이 부과될 수 있는 위반행위유형과 부과상한액의 기준을 정하고(제64조의3 제1항), 과징금의 부과와 관련하여 참작하여야 할 사항, 과징금의 산정기준과 절차에 대한 근거 규정이나 위임 근거 규정을 두고 있다(제64조의3 제3항, 제4항).

부과상한액의 기준이 되는 매출액의 구체적인 내용에 관해서는 시행령에 위임하고, 시행령에서는 법 제64조의3 제1항의 위반행위에 대하여는 해당전기통신사업자의 위반행위와 관련된 전기통신역부의 직전3개 사업연도의 연평균 매출액이라고 규정하고 있다(법 시행령 제69조의2 제1항). 이처럼 과징금 부과상한액에 관하여 전기통신역무 매출액을 원칙적인 기준으로 하고 있으나, 이에는 몇 가지 예외가 있다. 첫째, 매출액 산정자료의 제출 거부나 허위 자료 제출시 매출액 추정 근거 규정을 두고 구체적인 내용은 시행령에 위임하고 있다(법 제64조의3 제2항). 둘째, 매출액이 없거나 산정이 곤란한 경우에는 보충적으로 정액 기준을 두어 4 억 원 이하의 정액 과징금을 부과할 수 있도록 하고 있다(법 제64조의3 제2항 단서).

과징금의 산정기준에 관해서는 법에서 의무적 참작사유를 정하고 이를 참작하여 과징금을 산정하되, 구체적인 산정기준과 절차는 시행령에 위임하는 구조를

취하고 있다(제64조의3 제3항, 제4항). 법에서 의무적 참작사유로 열거하고 있는 사항은 위반행위의 내용과 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 위반행위로 인하여 취득한 이익의 규모이다. 유사한 규정을 두고 있는 “전기통신사업법” 제53조 제3항과 비교해 볼 때, 관련 매출액 기준을 가리키는 사항인 “위반전기통신사업자의 금지행위 또는 회계정리 위반과 관련된 매출”을 의무적 참작사유에서 제외하고 있으며, 또한 “독점규제 및 공정거래에 관한 법률” 제55조의3 제1항과 비교할 때 의무적 참작사유를 동일하게 열거하고 있다는 점이 특징적이다.

## 2. 과징금의 부과대상

정보통신망법에서 규정하고 있는 과징금이 부과되는 경우는 크게 다음과 같은 7가지 경우이다 : ① 이용자 동의 없는 개인정보 수집(제22조), ② 이용자 동의 없는 민감정보 수집(제23조), ③ 이용자에게 동의 받은 목적 외로 개인정보 이용(제24조), ④ 이용자 동의 없는 제3자 제공(제24조의2), ⑤ 계약 이행을 위해 반드시 필요하지 않는 개인정보 취급 업무를 위탁처리한 경우(제25조), ⑥ 기술적·관리적 보호조치 미비로 개인정보를 분실·도난·누출 변조 또는 훼손한 경우(제28조), ⑦ 법정대리인의 동의 없이 아동의 개인정보를 수집하는 경우. 그리고 영업을 위해 이용자의 개인정보를 수집·이용·제공하는 등의 방법으로 적극적으로 활용한 경우(제31조)에 과징금이 부과된다. 다만, 기술적·관리적 보호조치 미비로 인해 개인정보가 분실·도난·누출 변조 또는 훼손된 경우에는 비록 사업자가 적극적으로 영업이익에 고객의 개인정보를 활용한 경우가 아니라 할지라도, 한번 유출되면 회수하기 어려운 개인정보의 특성 상 그 피해 규모가 매우 클 수 있으므로 별도로 과징금 대상으로 추가하였다. 또한, 기술적·관리적 보호조치 미비는 개인정보를 활용한 매출액 산출이 어렵기 때문에 1억 이하로 상한선을 두어 규제하고 있다.

### 제64조의3(과징금의 부과 등)

- ① 방송통신위원회는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위가 있는 경우에는 해당 전기통신사업자에게 위반행위와 관련한 매출액의 100분의 1 이하에 해당하는 금액을 과징금으로 부과할 수 있다. 다만, 제6호에 해당하는 행위가 있는 경우에는 1억원 이하의 과징금을 부과할 수 있다.
1. 제22조제1항을 위반하여 이용자의 동의를 받지 아니하고 개인정보를 수집한 경우
  2. 제23조제1항을 위반하여 이용자의 동의를 받지 아니하고 개인의 권리·이익이나 사생활을 뚜렷하게 침해할 우려가 있는 개인정보를 수집한 경우
  3. 제24조를 위반하여 개인정보를 이용한 경우
  4. 제24조의2를 위반하여 개인정보를 제3자에게 제공한 경우
  5. 제25조제1항을 위반하여 이용자의 동의를 받지 아니하고 개인정보 취급 위탁을 한 경우
  6. 제28조제1항제2호부터 제5호까지의 조치를 하지 아니하여 이용자의 개인정보를 분실·도난·누출·변조 또는 훼손한 경우
  7. 제31조제1항을 위반하여 법정대리인의 동의를 받지 아니하고 만 14세 미만인 아동의 개인정보를 수집한 경우

### 3. 과징금의 산정방법

정보통신망법상 금지행위에 대하여 과징금은 ① 관련 매출액을 산정하고, ② 그 금액에 일정한 부과기준율을 곱하여 기준금액을 산정한 후, ③ 필수적가중 및 추가적 가중·감경 단계를 거쳐 ④ 최종부과과징금을 산정하는 방식을 취하고 있다.

위반행위의 중대성에 따라 과징금을 산정해 부과하되, 위반 기간이나 사업자의 행위 등에 따라 50% 범위 내에서 금액을 조정해주기로 했다. 방송통신위원회는 28일 개최한 전체회의에서 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(정보통신망법) 시행령에서 규정토록 한 '개인정보보호 법규 위반에 대한 과징금 부과기준' 고시 제정안을 의결했다. 제정안에 따르면, 기본과징금은 대상 사업자의

관련 매출액과 위반행위의 중대성에 따라 0.5~0.9%의 부과기준율을 곱해 산정한다. 위반행위의 중대성은 ▲일반 위반행위 ▲중대한 위반행위 ▲매우 중대한 위반행위 3가지로 구분하고, 그 판단은 원인과 결과를 단계별로 고려하는 방식을 적용한다. 과징금 위반 기간 및 횟수에 따라 50% 범위에서 기본과징금을 가중·감경하는 의무 조정방식을 운영키로 했다. 이에 따라 최초 법규 위반 행위자는 50% 감경해주고, 위반기간에 따라 1~2년은 25%, 2년 초과기간은 50%로 과징금을 가산한다. 이와 함께 방통위는 50% 범위에서 의무적 조정과징금을 가중·감경 할 수 있는 재량권도 생겼다. 따라서 방통위가 인정하는 개인정보보호 인증을 받은 경우는 50% 이내, 개인정보 위반 관련 조사에 적극 협력한 경우는 30% 이내에서 각각 과징금을 낮춰줄 수 있다. 반면에 자료제출 거부 등 조사를 방해하거나 이용자에게 허위진술을 요청한 경우, 다수 사업자가 관련된 위반 행위를 주도·선도한 경우는 각각 30%, 20% 내로 과징금이 더해질 수 있다.

#### 4. 과징금의 부과 및 납부

방송통신위원회는 과징금을 내야 할 자가 납부기한까지 이를 내지 아니하면 납부기한의 다음 날부터 내지 아니한 과징금의 연 100분의 6에 해당하는 가산금을 징수한다. 과징금을 내야 할 자가 납부기한까지 이를 내지 아니한 경우에는 기간을 정하여 독촉을 하고, 그 지정된 기간에 과징금과 제5항에 따른 가산금을 내지 아니하면 국세 체납처분의 예에 따라 징수한다. 법원의 판결 등의 사유로 부과된 과징금을 환급하는 경우에는 과징금을 낸 날부터 환급하는 날까지 연 100분의 6에 해당하는 환급가산금을 지급하여야 한다.

## 제2절 문제점 및 개선방안

### I. 과징금의 부과대상의 조정문제

일반적으로 과징금과 형사벌은 각각의 취지, 목적, 절차 등을 서로 달리하는 것으로서, 원칙적으로 양자가 병행가능하다는 게 현재의 통설과 판례이다. 하지만 제재적 성격만이 있다고 볼 경우에는 그 기능이나 성격 면에서 형벌적 제재와 차이가 없다는 점에서 이중처벌금지 내지 과잉금지원칙 등에 위반될 위험성이 높다. 따라서 개인정보보호를 위한 과징금의 부과가 현법상의 원칙인 이중처벌금지의 원칙, 비례성원칙 등에 반할 수 있는지를 검토해야 한다.

과징금의 부과대상과 벌칙의 대상을 비교해보면 양자간의 불비례를 발견할 수 있다.

우선, “법 제22조제1항을 위반하여 이용자의 동의를 받지 아니하고 개인정보를 수집한 경우” 등 정보통신망법 제64조의3 제1항 제1호 - 제5호, 제7호의 과징금 대상은 정보통신방법 제71조에 따라 “5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금”에 해당하는 벌칙의 대상이 된다. 그런데, 정보통신망법 제64조의3 제1항 제6호의 “법 제28조 제1항 제2호부터 제5호까지의 조치를 하지 아니하여 이용자의 개인정보를 분실·도난·누출·변조 또는 훼손한 경우”는 동일한 과징금 대상임에도 불구하고 정보통신망법 제73조에 따라 “2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금”에 해당하는 벌칙의 대상이다. 따라서 동일한 과징금 대상(물론 제6호에 대해서는 1억원 이하라는 최고한도에 대한 단서를 두었다)이 벌칙에 있어서는 다르게 처벌하는 논거가 무엇인지 불분명하다.

둘째, “5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금”에 해당하는 정보통신망법 제71조 제5호부터 제7호까지의 벌칙 대상, 즉 “법 제28조의2제1항(제67조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)을 위반하여 이용자의 개인정보를 훼손·침해 또는 누설한 자”, “법 제28조의2제2항을 위반하여 그 개인정보가 누설된 사정을 알면서

도 영리 또는 부정한 목적으로 개인정보를 제공받은 자”, “제30조제5항(제30조제7항, 제31조제3항 및 제67조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)을 위반하여 필요한 조치를 하지 아니하고 개인정보를 제공하거나 이용한 자” 등은 과징금의 부과대상에서는 빠져있는 바, 이 역시 논거가 부족하고 과징금과 벌칙의 불비례라고 보여진다.

따라서 이러한 불합리를 제거하기 위해서 과징금의 부과대상과 벌칙의 대상 및 양형에 대한 조정이 필요하다.

정보통신망법 제64조의3 제1항 제6호의 “법 제28조 제1항 제2호부터 제5호까지의 조치를 하지 아니하여 이용자의 개인정보를 분실·도난·누출·변조 또는 훼손한 경우”를 과징금의 부과대상에서 제외하거나, 제71조에 따라 “5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금”에 해당하는 벌칙의 대상으로 강화하여 과징금과 벌칙 사이의 합리적 비례성을 확보할 필요가 있다.

벌칙의 강화보다는 규제완화의 차원에서 과징금의 부과대상에서 제외하는 방안을 제안한다.

## II. 과징금 산정기준의 개선 가능성 문제

### 1. 문제의 소재

정보통신망법 시행령 제69조의2 제1항에서 “위반행위와 관련한 매출액”을 “해당 전기통신사업자의 위반행위와 관련된 전기통신역무의 직전 3개 사업연도의 연평균 매출액”으로 정의하고 있다. ‘별표 8. 1. 가.’는 ‘관련 매출액’을 ‘위반행위로 인하여 직접적 또는 간접적으로 영향을 받는 서비스의 직전 3개 사업연도의 연평균 매출액’으로 규정하고 있다.

과징금의 부과에 있어서 가장 기술적이고 어려운 것은 과징금을 산정하기 위한 기초로서 “관련 매출액”을 어떻게 정할 것인가라는 문제이다. 특히 매우 복잡하고 다양한 융합서비스를 제공하는 전기통신사업자에게 과징금을 부과함에 있어

서 법정 위반행위와 관련한 매출액을 산정한다는 것이 결코 쉬운 일이 아닐 것이다.

따라서 관련매출액에 대한 다의적·자의적 해석을 피하고 과징금부과에 대한 불복을 줄이기 위해서는 과징금 산정의 기초가 되는 "관련 매출액"에 대한 정의를 보다 구체화·현실화 할 필요가 있다.

그런데 정보통신망법은 관련 매출액을 "해당 전기통신사업자의 위반행위와 관련된 매출액" 그리고 "직전 3개 사업연도의 연평균 매출액"으로 정의하고 있어 과징금 부과대상 행위와 관련 매출액의 상관성에 대해 다소 애매하게 규정하고 있다. 또한 전기통신사업법, 공정거래법 등 다른 법률들과는 달리 관련 매출액의 상한을 두고 있지 않아 과도한 규제라는 지적을 받고 있다.

## 2. 유사 입법례

### 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 시행령」

제34조(과징금의 산정방법 등) ① 법 제35조에서 "대통령령이 정하는 매출액"이란 해당 가맹본부의 위반행위 바로 전 3개 사업연도의 평균매출액을 말한다. 다만, 해당 사업연도 초일 현재 사업을 시작한 지 3년이 되지 아니하는 경우에는 사업을 시작한 날부터 위반행위 바로 전 사업연도 말일까지의 매출액을, 해당 사업연도에 사업을 시작한 경우에는 사업을 시작한 날부터 위반행위일까지의 매출액을 연간 매출액으로 환산한 금액으로 한다.

### 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령」

제9조(과징금의 산정방법) ① 법 제6조(과징금) 본문·법 제22조(과징금) 본문·법 제24조의2(과징금) 본문[법 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항제7호에 해당하는 경우는 제외한다]·법 제28조(과징금)제2항 본문·법 제31조의2(과징금) 본문 및 법 제34조의2(과징금) 본문에서 "대통령령이 정하는 매출액"이란 위반사업자가 위반

기간동안 일정한 거래분야에서 판매한 관련 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액(이하 "관련매출액"이라 한다)을 말한다. 다만, 위반행위가 상품이나 용역의 구매와 관련하여 이루어진 경우에는 관련 상품이나 용역의 매입액을 말하고, 입찰담합 및 이와 유사한 행위인 경우에는 계약금액을 말한다.

#### 「불공정무역행위 조사 및 산업피해구제에 관한 법률 시행령」

제6조(과징금의 산정방법) ① 법 제11조제1항 본문에서 "대통령령으로 정하는 거래 금액"이란 해당 불공정무역행위와 관련된 물품 등에 대한 직전 3개 사업연도의 다음 각 호의 구분에 따른 거래 금액을 연평균 거래 금액으로 환산한 금액을 말한다. 다만, 해당 사업연도 초일 현재 사업을 개시한 지 3년이 지나지 아니하는 경우에는 그 사업 개시 후 직전 사업연도 말일까지의 거래 금액을 연평균 거래 금액으로 환산한 금액을 말하고, 해당 사업연도에 사업을 개시한 경우에는 사업개시일부터 마지막 위반행위일까지의 거래금액을 말한다.

#### 「신에너지 및 재생에너지 개발·이용·보급 촉진법 시행령」

제18조의5(과징금의 산정방법) ① 법 제12조의6제1항에 따른 과징금은 법 제12조의5제2항 전단 및 후단에 따른 신·재생에너지의 종류별 공급인증서의 해당 연도 평균거래 가격을 기준으로 구분하여 산정한다.

② 제1항에 따른 공급인증서의 평균거래 가격은 공급인증서의 거래량과 거래 가격의 가중평균으로 산정한다.

③ 제2항에 따라 산정한 가격이 공급인증서의 거래량 부족 및 그 밖의 사정으로 인하여 해당 연도 공급인증서의 평균거래 가격으로 보는 것이 어렵다고 인정될 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여 산정한 금액을 공급인증서의 평균거래 가격으로 본다.

1. 해당 연도의 공급인증서 평균거래 가격
2. 직전 3개 연도의 공급인증서 평균거래 가격

### 3. 신·재생에너지원의 종류별 발전 원가

④ 지식경제부장관은 제1항에 따른 과징금을 부과할 때에는 공급 불이행분과 불이행 사유, 공급 불이행에 따른 경제적 이익의 규모, 과징금 부과횟수 등을 고려하여 그 금액을 늘리거나 줄일 수 있다. 이 경우 늘리는 경우에도 과징금의 총액은 법 제12조의6제1항에 따른 금액을 초과할 수 없다.

#### 「전기사업법 시행령」

제12조(과징금의 산정방법) ① 법 제24조제1항에서 "매출액"이란 해당 전기사업자의 금지행위와 관련된 전기사업에 대한 금지행위를 한 날이 속한 사업연도(이하 이 항에서 "해당 사업연도"라 한다)의 직전 3개 사업연도의 연평균 매출액을 말한다. 다만, 해당 사업연도 첫날 현재 사업을 시작한 후 3년이 되지 아니하는 경우에는 해당 사업연도의 직전 사업연도 말일까지의 매출액을 연평균 매출액으로 환산한 금액을 말하고, 해당 사업연도에 사업을 시작한 경우에는 사업 개시일부터 금지행위를 한 날까지의 매출액을 연매출액으로 환산한 금액을 말한다.

#### 「전기통신사업법 시행령」

제47조(과징금의 산정방법) ① 법 제53조제1항 본문에서 "대통령령으로 정하는 매출액"이란 해당 전기통신사업자의 금지행위와 관련된 전기통신역무의 직전 3개 사업연도의 연평균 매출액을 말하고, 법 제53조제2항 각 호 외의 부분에서 "대통령령으로 정하는 매출액"이란 회계 정리 위반과 관련된 전기통신역무의 직전 3개 사업연도의 연평균 매출액을 말한다. 다만, 해당 사업연도 초일 현재 사업을 개시한지 3년이 되지 아니하는 경우에는 그 사업개시 후 직전 사업연도 말일까지의 매출액을 연평균 매출액으로 환산한 금액을, 해당 사업연도에 사업을 개시한 경우에는 사업개시일부터 위반행위일까지의 매출액을 연매출액으로 환산한 금액을 말한다.

제60조(과징금의 산정방법 등) ① 법 제90조제1항 본문에서 "대통령령으로 정하

는 바에 따라 산출한 매출액"이란 해당 전기통신사업자의 사업정지 대상인 전기통신서비스의 직전 3개 사업연도의 연평균 매출액을 말한다. 다만, 해당 사업연도 초일 현재 사업을 개시한지 3년이 되지 아니하는 경우에는 그 사업개시 후 직전 사업연도 말일까지의 매출액을 연평균 매출액으로 환산한 금액을 말하며, 해당 사업연도에 사업을 개시한 경우에는 사업개시일부터 위반행위일까지의 매출액을 연매출액으로 환산한 금액을 말한다.

#### 「표시·광고의 공정화에 관한 법률 시행령」

제12조(과징금의 산정방법) ① 법 제9조제1항 본문에서 "대통령령으로 정하는 매출액"이란 법 제3조제1항을 위반하여 표시·광고 행위를 한 사업자등(이하 "위반사업자등"이라 한다)이 위반기간 동안 판매하거나 매입한 관련 상품·용역의 매출액이나 매입액 또는 이에 준하는 금액(이하 "관련매출액"이라 한다)을 말한다.

② 제1항에 따른 위반사업자등의 관련매출액의 산정기준 및 방법 등에 필요한 사항은 공정거래위원회가 정한다.

### 3. 개선 방안

'직전 3개년도 연평균 매출액'을 부과상한액 산정기초인 매출액으로만 적용하고, "관련 매출액"은 기준금액 산정단계에서 '위반기간동안 위반행위와 관련된 서비스의 매출액' 개념으로 수정하여 정의할 것을 제안한다.

또한 과도한 과징금 산정 방지를 위하여 전기통신사업법과 같이 기준금액을 관련 매출액의 100분의 3을 초과하지 않도록 제한 필요가 있다.

### <매출액 상한 제한 입법례>

#### **전기통신사업법 시행령 별표5 - 위반행위의 종별 과징금 부과상한액 및 부과산정기준**

기준금액은 위반 전기통신사업자의 위반기간 동안 위반행위로 인하여 직접적 또는 간접적으로 영향을 받는 서비스에 대한 매출액(이하 "관련 매출액"이라 한다)에 부과기준율을 곱한 금액으로 하되, 관련 매출액의 3%를 초과하지 아니한다.

#### **IPTV사업법 시행령 별표2 - 위반행위의 종류별 과징금 부과 상한액 및 산정기준**

기준금액은 인터넷 멀티미디어 방송 제공사업자가 위반행위를 한 기간 동안 그 위반행위로 인해 직접적 또는 간접적으로 영향을 받는 서비스에 대한 매출액(이하 "관련 매출액"이라 한다)에 부과기준율을 곱한 금액으로 하되, 관련 매출액의 100분의 2를 초과하지 않는다.

## III. 과징금 산정방법의 개선문제

### 1. 문제의 소재

정보통신망법 제64조의3 제3항은 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 위반행위로 인하여 취득한 이익의 규모 등을 고려하여 과징금액을 결정할 것을 규정하고 있다.

과징금액의 결정과정을 살펴보면, 관련 매출액을 산정하고 그 금액에 일정한 부과기준율을 곱하여 기준금액을 산정한 기본과징금에 '위반행위의 기간 및 횟수 등을 고려'하여 기본과징금의 100분의 50의 범위에서 가중하거나 감경하는 "의무적 조정"을 하고, '개인정보 보호를 위한 노력 정도, 위반행위에 대한 조사의 협조 여부, 위반행위의 주도 여부 등을 종합적으로 고려'하여 의무적 조정과징금의 100분의 50의 범위에서 가중하거나 감경하는 "임의적 조정"을 통하여 과징금이 결정된다.

그런데 원래 과징금의 결정은 부과권자의 재량적 판단이 허용되는 영역으로서

법원도 행정청의 과징금액 산정 자체에 재량의 일탈·남용이 없는 한 부과권자인 행정청의 판단을 존중한다. 따라서 이에 대한 의무적 또는 임의적 조정을 법령으로 규정한다거나 이에 대한 기준을 정할 이유가 없을 것으로 보인다.

## 2. 개선방안

과징금산정방법에 있어서 의무적 조정 또는 임의적 조정은 과징금의 성질상 불필요한 규정일 뿐만 아니라, 오히려 과징금산정을 복잡하게 하고, 과징금산정에 있어서 부과권자에게 넓은 재량이 인정되어 부과권자가 임의대로 과징금액을 조정할 수 있는 것처럼 오해할 수 있기에 이에 대한 폐지를 제안한다.

이러한 의무적 또는 임의적 조정 규정이 없어도 과징금의 성질상 부과권자는 해당 의무위반행위의 정도, 시장·소비자에게 미치는 영향, 정책집행의 실효성 확보 등을 고려하여 과징금액을 조정·산정할 수 있다.

# IV. 과징금의 귀속 및 활용방법 개선가능성

## 1. 문제의 소재

과징금을 비롯한 징벌적 성질의 금전부과로 얻은 수익금은 국고로 귀속되어 일반회계에 편입되는 것이 일반적이다. 그런데 원래 과징금이란 사업자가 법정 의무위반 행위로 얻은 이득을 환수하는 개념이며, 특히 변형된 과징금은 영업정지 등에 갈음하여 영업을 계속하게 하고 그 기간동안 사업자가 취득한 이익을 환수하는 것인 바, 따라서 과징금은 당해 서비스를 제공받은 이용자가 지불한 대가를 환수하는 것이다. 그렇다면 이러한 과징금은 당해 서비스의 이용자의 편익증진에 사용되는 것이 타당할 것이다. 예컨대 개인정보보호를 위반한 행위에 대하여 과징금을 부과하였다면, 징수한 과징금은 개인정보보호를 위한 교육, 홍보, 제도개선, 기술개발 등에 사용되는 것이 과징금의 성질상 타당하다는 것이다.

## 2. 개선방안

과징금의 징수로 획득한 수익금은 국고에 귀속할 것이 아니라 "방송통신발전 기금"에 편입되도록 관련법을 개정할 것을 제안한다. 아울러 "방송통신발전 기금"의 지원대상에 "개인정보보호에 관한 연구·기술개발, 교육·홍보, 피해지원 등"을 포함시켜야 할 것이다.

< 「방송통신발전기본법」 개정(안)>

제25조(기금의 조성)①

7. 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제64조의3에 따른 과징금 징수 수익금

제26조(기금의 용도)①

16. 개인정보보호에 관한 연구·기술개발, 교육·홍보, 피해지원 등의 사업

## V. 과징금에 대한 불복의 절차와 방법 개선

### 1. 문제의 소재

과징금부과는 행정처분에 해당하므로 행정심판법과 행정소송법에 따른 행정쟁송절차를 통하여 불복할 수 있다. 공정거래법 등에 따른 과징금은 부과대상이 매우 다양하고 또한 의무위반의 여부에 대해서도 부과권자와 부과대상자 사이에 시각적 차이가 클 수 있기 때문에 이에 대한 불복을 사법적 절차에 의존하는 것이 타당할 수 있다. 그러나 정보통신망법 제64조의3에 따른 과징금은 의무위반 여부에 대해 부과권자와 의무위반자 사이에 시각적 차이가 없이 명백한 경우가 대부분이고, 다만 과징금액의 다소(多少)에 대한 의의가 있을 것으로 보인다. 따라서 행정쟁송법의 일반이론상 과징금부과처분 자체에 대한 불복보다는 과징금

액의 감액에 대한 불복이 대부분이라면 처분에 대한 불복쟁송인 행정쟁송 시스템을 통한 권리구제 이전에 조정시스템을 설치·운영한다면 보다 효율적인 분쟁 해결이 가능할 것으로 보인다.

## 2. 개선방안

과징금 부과처분 자체에 대한 불복이 아닌 과징금액의 다소에 대해서만 불복할 경우 과징금액에 대한 재심사 또는 조정을 청구할 수 있는 과징금액조정제도의 도입을 제안한다. 조정기구의 설치에 대해서는 방송통신위원회 내에 별도의 조정 기구를 두는 방안과 방송통신위원회의 소위원회가 직접 조정하는 방안이 있을 수 있다.

## 제5장 결 론

오늘날과 같은 고도로 발달된 지식정보화사회에서는 정보의 중요성이 정치, 경제, 교육 등과 같은 사회의 여러 분야에서 나날이 빠르게 증대되고 있다. 이렇게 정보의 중요성이 커지는 상황에서 개인의 삶에 있어서 중요한 개인정보에 대한 무분별한 침해가 매우 다양하고 광범위하게 이루어지고 있다. 특히 인터넷과 정보기기가 발달하고 다양한 매체간의 융합 빠르게 진행되고 있는 상황에서 수많은 개인정보가 매우 쉽게 유출되고 침해될 수 있는 가능성이 급격하게 증가하고 있다. 이렇게 개인정보가 침해될 가능성이 많은 상황에 따라 수많은 개인정보에 대한 오남용뿐만 아니라 제2차 패해, 제3차 피해 등과 같은 문제점마저 우려되고 있다. 따라서 개인정보침해의 가능성을 줄이는 방안을 모색할 필요성이 제기되었다. 이와 같이 개인정보보호의 필요성이 커지는 상황에서 개인정보를 보호하기 위해서 방송통신위원회는 정보통신서비스 제공자의 불법적 개인정보 활용에 대해서 과태료 및 시정 명령 등의 행정제재를 부과만으로 개인정보보호를 실효적으로 하기 어렵다고 판단하였다. 그리고 방송통신위원회는 개인정보의 불법적인 활용을 막고 개인정보의 오·남용을 방지하며 대량의 개인정보 침해행위에 실효적으로 대응하기 위하여 제재수준을 높이게 되었다. 이를 위해서 정보통신망법상 이용자의 개인정보보호를 위한 기본권을 보장하기 위해서 사업자가 서비스를 제공 할 때에 개인정보를 수집하고 이용하는 경우에 불법적으로 개인정보를 취급하는 것을 막기 위해 후속적인 피해예방이 주목적인 인격권보호적 성질을 가지고 있는 과징금제도를 도입하게 되었다. 즉 지식정보사회에서 개인정보보호의 강화필요성이 커짐에 따라서 과징금제도가 필요하게 되었다.

그러나 과징금을 도입하여 운영하여도 개인정보에 대한 침해가 지속적으로 오히려 증가하여 개인정보보호에 적절한 수단인지 검토가 필요하다. 뿐만 아니라 과태료와는 달리 제재적 성격의 측면에서 볼 때 그 성격이나 기능면에서 형벌적

제재의 성격을 가지고 있다. 이는 개인정보침해를 방지하기 위해 도입된 과징금의 부과가 헌법상의 원칙인 이중처벌금지의 원칙, 비례성의 원칙 등에 위반될 가능성이 적지 않으므로 정보통신망법상 과징금부과 관련 법제의 문제점과 개선방안을 살펴보기 이전에 과징금의 성격을 면밀히 검토해야 할 필요가 있다.

따라서 본 연구 제3장에서는 개인정보보호 법규위반에 대한 징벌적 과징금 성격과 관련하여 새로운 행정재재수단으로서 과징금의 의의와 함께 과징금과 구별되는 벌금, 과태료, 부과금 및 이행강제금을 살펴보고 과징금의 유형과 법적 성격을 검토하였다. 그리고 헌법상 과징금부과의 판단기준과 관련하여 이중처벌해당여부, 비례성의 원칙, 적법절차의 원칙, 자기책임의 원리 등을 살펴보았다. 또한 정보통신망법상 부과되는 과징금제도의 내용을 개인정보보호를 위한 권리구제시스템과 함께 살펴보았다. 특히 미국, 일본, 독일 등 외국 개인정보보호법상 벌칙조항과 과징금제도를 분석하여 비교법적으로 검토하였다. 예를 들어 미국에서 시행하고 있는 징벌적 손해배상제도는 민사법이 추구하는 개인의 이익보호와 형사법이 추구하는 사회적 이익보호를 동시에 충족시키는 법제는 이중처벌에 해당할 가능성이 있다. 따라서 징벌적 손해배상제도가 아닌 가중적 배상제도 도입이 이중처벌에 해당하는지 여부와 관련하여, 일반적인 의미에서 징벌적 손해배상제도가 아닌 개별법상 가중적 배상이나 가중적 과징금 등으로 그 의미를 한정하여 입법목적과 규정을 명확히 한다면 논란의 소지를 줄일 수 있다고 판단되며, 관련 법규의 검토가 요망된다.

마지막으로 본 연구에서는 궁극적으로 개인정보보 법규 위반에 대한 징벌적 과징금의 합리적 처분 기준과 관련하여 정보통신방법상 과징금부과 관련 법제의 문제점을 분석·검토하여 다음과 같은 개선방안을 제시하고자 한다. 우선, 과징금 부과대상의 조정문제와 관련해서, 정보통신망법 제64조의3 제1항 제6호의 “법 제28조 제1항 제2호부터 제5호까지의 조치를 하지 아니하여 이용자의 개인정보를 분실·도난·누출·변조 또는 훼손한 경우”를 과징금의 부과대상에서 제외하거나, 제71조에 따라 “5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금”에 해당하는 벌칙의

대상으로 강화하여 과징금과 벌칙 사이의 합리적 비례성을 확보할 필요가 있다. 즉 벌칙의 강화보다는 규제완화의 차원에서 과징금의 부과대상에서 제외하는 방안이 필요하다. 둘째, 과징금 산정기준과 관련하여, '직전 3개년도 연평균 매출액'을 부과상한액 산정기초인 매출액으로만 적용하고, "관련 매출액"은 기준금액 산정단계에서 '위반기간동안 위반행위와 관련된 서비스의 매출액' 개념으로 수정하여 정의할 것을 제안한다. 또한 과도한 과징금 산정 방지를 위하여 전기통신사업법과 같이 기준금액을 관련 매출액의 100분의 3을 초과하지 않도록 제한할 필요가 있다. 셋째, 과징금의 귀속 및 활용방법과 관련하여, 과징금을 비롯한 징벌적 성질의 금전부과로 얻은 수익금은 국고로 귀속되어 일반회계에 편입되는 것이 일반적이나 과징금의 징수로 획득한 수익금은 국고에 귀속할 것이 아니라 "방송통신발전기금"에 편입되도록 관련법을 개정할 것을 제안한다. 아울러 "방송통신발전기금"의 지원대상에 "개인정보보호에 관한 연구·기술개발, 교육·홍보, 피해지원 등"을 포함시켜야 할 것이다. 마지막으로 과징금에 대한 불복의 절차와 방법 개선과 관련하여, 정보통신망법 제64조의3에 따른 과징금은 의무위반 여부에 대해 부과권자와 의무위반자 사이에 시각적 차이가 없이 명백한 경우가 대부분이고, 다만 과징금액의 다소(多少)에 대한 이의가 있을 것으로 보인다. 따라서 행정쟁송법의 일반이론상 과징금부과처분 자체에 대한 불복보다는 과징금액의 감액에 대한 불복이 대부분이라면 처분에 대한 불복쟁송인 행정쟁송 시스템을 통한 권리구제 이전에 조정시스템을 설치·운영한다면 보다 효율적인 분쟁해결이 가능할 것으로 보인다. 과징금 부과처분 자체에 대한 불복이 아닌 과징금액의 다소에 대해서만 불복할 경우 과징금액에 대한 재심사 또는 조정을 청구할 수 있는 과징금액조정제도의 도입을 제안한다. 조정기구의 설치에 대해서는 방송통신위원회 내에 별도의 조정기구를 두는 방안과 방송통신위원회의 소위원회가 직접 조정하는 방안이 있을 수 있다.

앞에서 살펴보았듯이 개인정보보호를 위한 징벌적 성격의 과징금 부과방안을 마련해야 할 필요성이 매우 커졌다. 그러나 과징금 제도가 지금보다 더 개인정보

보호에 충실하기 위해서는 나타나는 문제점을 분석하여 개선되어야 할 필요성이 있다. 무엇보다 안정되고 헌법친화적인 정보화사회를 구축하기 위해서는 개인정보의 보호가 필수적이다. 이를 위해서 과징금제도가 합리적인 기준과 시스템을 갖출 수 있도록 개인정보의 침해와 관련된 정통신망법상 과징금 부과 관련 법제의 문제점에 대한 전반적인 분석과 함께 개선방안을 마련해야 한다.

## 참 고 문 헌

### - 국내논문

- 권현영, “개인정보보호법 입법을 다시 거론하며”, 「토지공법연구」 제43집 제3호, 2009.
- \_\_\_\_\_, “전자정부시대 개인정보보호법제의 쟁점”, 「정보화정책」 제11권 제3호, 2004.
- 김경신, “외국의 개인정보법제 비교를 통한 신용정보법 개정방향”, 「법제현안」 통권 제216호, 국회법제실, 2007.
- 김민호·김정준, “지식정보사회에서 행정법학의 새로운 패러다임 모색”, 「공법학연구」 제8권 제3호, 2007.
- 김성수, “환경부담금과 환경보호-독일을 중심으로”, 「연세법학연구」 제2집, 1992.
- 김영수·김일환, “독일연방헌법법원의 인구조사판결”, 「김계환교수회갑기념 논문집」, 1996.
- 김일환, “개인정보의 보호와 이용법제의 분석을 위한 헌법상 고찰”, 「헌법학연구」 제17권 제2호, 2011.
- \_\_\_\_\_, “개인정보보호법제정비에 대한 비판적 고찰 - 새로운 개인정보보호 법안을 중심으로”, 「토지공법연구」 제52집, 한국토지공법학회, 2011.
- \_\_\_\_\_, “지식정보사회 관련 기본법제의 개정방향과 내용에 관한 연구”, 「성균관법학」 제21권 제1호, 2009.
- \_\_\_\_\_, “현행 개인정보보호 체계의 문제점 및 통합 개인정보보호법 제정방향”, 「국회도서관보」 제45권 제9호, 2008.
- \_\_\_\_\_, “전자정부구축에 따른 행정정보 공동이용의 방식과 유형에 관한 고찰”, 「성균관법학」 제19권 제1호, 2007.
- \_\_\_\_\_, “개인정보보호법제의 체계적 정비방안에 관한 고찰”, 「인터넷법

률」 통권 제27호, 2005.

- \_\_\_\_\_, “생체인식기술 등 첨단정보보호기술의 이용촉진을 위한 제도적 방안 연구”, 연구보고서, 한국정보보호진흥원, 2004.
- \_\_\_\_\_, “정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구”, 「공법연구」 제29집 제3호, 2001.
- \_\_\_\_\_, “개인정보보호법의 개정필요성과 내용에 관한 연구”, 「공법연구」 제26집 제2호, 1998.
- \_\_\_\_\_, “개인정보보호법제의 정비방안연구”, 한국법제연구원, 1997.
- 김종두, “행정법상 과징금제도에 관한 고찰”, 「입법조사월보」 166호, 국회 사무처, 1988.
- 김창규, “지식정보화사회에 대비한 법제정비방향”, 「법제연구」 제17호, 1999.
- 김호정, “새로운 행정제재수단으로서의 과징금 제도”, 「외법논집」 제9집, 한국외대 법학연구소, 2000.
- 김홍대, “과징금 제도의 의의와 법적 성격”, 「법조」 제51권 제12호, 2002.
- 박영도·김호정, “과징금 제도의 운용실태 및 개선방안”, 한국법제연구원, 2002.
- 박영도·박수현, “과징금 제도의 현황과 개선방안”, 「연구보고」 93-1, 한국 법제연구원, 1993.
- 배영길, “과징금제도에 관한 연구”, 「공법학연구」, 제3권 제2호, 한국비료 공법학회, 2002.
- 배종대·김일수·이상돈, “정보화사회에 대비한 형사법적 대응”, 「비교형사법 연구」 제3권 제2호, 한국비교형사법학회, 2001.
- 송태민·이종순, “일본 의료기관의 프라이버시마크제도”, 「보건복지포럼」 통권 제108호, 한국보건사회연구원, 2005.
- 신봉기, “경제규제입법상 과징금 제도”, 「법조」 제41권 제9호, 1992.
- 안대희, “과징금의 법적성격과 문제점”, 「법조」 366호, 1987.
- 오창수, “공정거래법상의 과징금 제도”, 「변호사」 제27집, 1997.

- 이경호, “정보화사회에 있어서 프라이버시권의 보호-개인정보처리에 관한 프라이버시권의 법적 보호를 중심으로”, 동국대학교대학원 박사학위논문, 1986.
- 이민영, “개인정보보호의 법적 쟁점과 과제”, 한국정보화진흥원, 2009.
- 이인호, “개인정보 감독기구 및 권리구제방안에 관한 연구”, 한국전산원, 2004.
- 이점인, “정별적 배상제 도입방안”, 사법제도개혁추진위원회, 2005.
- 이창범·이주연, “각국의 개인정보피해구제제도 비교연구”, 「개인정보연구」 제2권 제1호, 한국정보보호진흥원, 2003.
- 이현석, “환경규제수단으로서 과징금제도”, 「사회과학연구」, 서원대학교 사회과학연구소, 1998.
- 임현진·서이종, “21세기 한국사회: 지식사회냐 정보사회냐”, 「사회와 문화」 제12집, 한국사회문화학회, 2000.12.
- 장영민, “정보통신망발전에 따른 개인정보보호”, 「형사정책연구」 제7권 제2호, 1996.
- 장영수, “독일의 정보공개제도, 세계의 언론법제”, 「정보공개와 언론」 통권 제23호, 2008.
- 정영화, “사이버스페이스와 프라이버시권”, 「헌법학연구」 제6권 제3호, 2000.
- 정진명, “웹사이트에서 개인정보 침해와 구제, 개인정보 및 웹사이트 규제의 법적 문제”, 한국정보보호진흥원 · 단국대 법학연구소 공동학술세미나, 2009.
- 조정연, “과징금제도에 관한 소고-법리·운영현황 및 입법방향”, 「법제」 제198호, 1987.
- 한문기, “개인정보프라이버시보호의 영향요인에 관한 연구”, 한양대학교 박사논문, 1999.
- 홍대식, “방송통신법상 과징금제도의 쟁점”, 「경제규제와 법」 제3권 제2호, 2010.

황인호, “공공기관 개인정보보호법의 개정 방안 고찰”, 「중앙법학」 제5집 제3호, 중앙법학회, 2003.

황종성, “국외 개인정보보호법제 분석 및 시사점”, 연구보고서, 한국전산원, 2004.

#### - 국내문헌

『2008 정보보호 실태조사 - 개인편』, 한국정보보호진흥원, 2008.

『2009 정보보호 실태조사 - 개인편』, 한국인터넷진흥원, 2009.

『독일 개인정보보호법제 현대화 추진방안에 대한 연구』, 한국정보보호진흥원, 2002.

국회행정안전위원회, 『개인정보보호법안에 대한 공청회 자료집』 2009.

권건보, 『개인정보보호와 자기정보통제권』, 경인문화사, 2005.

김남진·김연태 『행정법』, 법문사, 2004.

김동희, 『행정법 I (11판)』, 박영사, 2005.

\_\_\_\_\_, 『행정법 I』, 박영사, 2004.

김성수, 『일반행정법』, 법문사, 2001.

김성언, 『개인정보침해에 관한 조사연구』, 한국형사정책연구원, 2001.

김일수, 새로 쓴 형법총론(제11판), 박영사, 2006.

김철용, 『행정법 I (제10판)』, 박영사, 2007.

\_\_\_\_\_, 『행정법 I (제7판)』, 박영사, 2004.

류지태·박종수 『행정법신론』 박영사, 2011.

리차드 스피넬로, 이태건 역, 『사이버윤리』, 인간사랑, 2001.

박균성, 행정법론(상)(제6판)』, 박영사, 2007.

\_\_\_\_\_, 『행정법론(상)』, 박영사, 2005.

\_\_\_\_\_, 『행정법론(상)』, 박영사, 2004.

박윤근, 『최신행정법강의 (상)』, 박영사, 2004.

오병길, 『전자거래법』, 법문사, 1999.

이원우 편, 『정보통신법연구Ⅱ』, 경인문화사, 2008.

- 임규철, 『개인정보보호법제』, 푸른세상, 2004.
- 장영수, 『헌법총론』, 흥문사, 2004.
- 한국전자통신연구소 편집부 저, 『전자감시사회』, 한국전자통신연구소, 1994.
- 홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2004.
- “고객 정보유출 GS칼텍스 관리 책임자 2명 무혐의 처분”, 경향신문, 2009. 1. 30.
- “실효성 있는 개인정보보호법 조속히 마련돼야”, 보안뉴스, 2010. 4. 21.

-- 해외문헌

- Alexander Roßnagel(Hrsg.), 『Handbuch Datenschutzrecht』, C. H. Beck, 2003.
- Alfred Büllesbach, 『Das neue Bundesdatenschutzgesetz』, NJW 1991.
- Bernhard Hoffmann, 『Zweckbindung als Kernpunkt eines prozeduralen Datenschutzansatzes』, Nomos, 1991.
- Johann Bizer, 『Forschungsfreiheit und Informationelle Selbstbestimmung』, Nomos, 1992
- Philip Kunig, 『Das Rechtsstaatsprinzip』, J. C. B. Mohr, 1986.
- Rupert Scholz · Rainer Pitschas, 『Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung』, Duncker & Humblot 1984.
- Spiros Simitis, 『Von der Amtshilfe zur Informationshilfe』, NJW 1986.
- Spiros Simitis(Hrsg.), 『Bundesdatenschutzgesetz』, Nomos, 2006.

## ● 저 자 소 개 ●

### 김 일 환

- 성균관대 법학과 졸업
- 성균관대 법학석사
- 독일 만하임대 법학 박사
- 현 성균관대 법학전문대학원 교수

### 김 민 호

- 성균관대 법학과 졸업
- 성균관대 법학석사
- 성균관대 법학박사
- 현 성균관대 법학전문대학원 교수

### 지 성 우

- 성균관대 법학과 졸업
- 성균관대 법학석사
- 독일 만하임대 법학박사
- 현 성균관대 법학전문대학원 교수

방송통신정책연구 11-진흥-라-13

### 개인정보보호 법규 위반에 대한 징벌적 과징금의 성격 및 합리적 처분 기준 연구

A Research for the Nature of Punitive Fines and  
Reasonable Disposition of Personal Information  
Protection Law Violations

2011년 11월 일 인쇄  
2011년 11월 일 발행

발행인 방송통신위원회 위원장  
발행처 방송통신위원회  
서울특별시 종로구 세종로 20  
TEL: 02-750-1114  
E-mail: [webmaster@kcc.go.kr](mailto:webmaster@kcc.go.kr)  
Homepage: [www.kcc.go.kr](http://www.kcc.go.kr)

인쇄 성균문화사