

〈논문〉

## 개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상: 해석론과 입법론\*

李 東 珍\*\*

### 요 약

2014. 5. 28. 개정 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 ‘정보통신망법’이라 한다)은 제32조의2로 개인정보 누출에 관하여 이른바 법정손해배상 (statutory damages)이라는 새로운 책임형식을 도입하였다. 이는 2011년 개정 저작권법·상표법에 이어 우리 법에 법정손해배상이 들어온 세 번째 예이자 한미 FTA 라는 외부의 영향과 무관하게 우리가 자발적으로, 특히 지적재산권법 밖에서 법정손해배상을 도입한 첫 번째 예이기도 하다. 이 글에서는 이를 계기로 법정손해배상이라는 미국법 특유의 민사책임형식이 우리 민사책임법과 조화될 수 있는지, 그리고 이러한 이질적인 제도를 도입할 때의 의도, 즉 개인정보 누출 사고로 인한 피해구제에 얼마나 도움이 될지를 구체적 해석론에 기초하여 검토하였다.

검토결과는 다음과 같이 요약된다. 개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상은 증거법적으로는 손해와 손해액에 관한 증명도를 경감시켜주는 제도이지만, 실제 법적으로는 실손해 전보를 넘어 독자적으로 제재 목적 내지 기능을 갖고 있지는 아니하고, 그와 같이 해석하는 한 우리 민사책임법에 별 문제 없이 수용될 수 있다. 다만, 독자적인 행사기간, 즉 시효기간을 규정한 이상 그 효과로 실제법상 별도의 손해배상청구권을 성립시키는 특수한 불법행위 규정이라고 보아야 한다. 그리고 그렇게 보는 한 소송법상 별도의 소송물로 취급할 수밖에 없다. 이 제도는 크게 해가 있는 것은 아닐지는 몰라도, 개인정보 누출로 인한 피해구제를 크게 개선할 것으로 보이지도 아니한다. 무엇보다도 증명하기 어렵지 아니한 손해와 손해액에 관하여는 증명도를 경감시켜주면서 증명하기 매우 어려운, 그리고 가해자, 즉 정보통신망서비스 제공자에게 증명하게 할 만한 이론적·실제적 근거도 있는 고의·과실은 피해자에게 증명하도록 하고 있기 때문이다. 독자적 행사기간을 정한 것도 여러 면에서 적

\* 이 글은 2014. 10. 24. 세종문화회관에서 열린 고려대학교 ICR센터 개인정보법 세미나 발표문을 수정·보완한 것이다. 이 글의 초고에 대하여 유익한 논평을 해주신 고학수 교수, 박현정 교수, 김·장법률사무소 김성욱 변호사 및 익명의 심사위원들에게 감사드린다. 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2014학년도 학술연구비 지원을 받았다.

\*\* 서울대학교 법과대학/법학대학원 부교수.

절하지 아니하다. 이는 - 정보통신망법 제32조의2의 상당히 거친 조문 구조와 함께 - 이 제도가 정말 필요한 곳에서 신중한 심사 끝에 도입된 것인지를 의심하게 하는 사정이다. 어쨌든 입법적 개선이 필요하다.

주제어: 정보통신망법, 개인정보, 누출, 법정손해배상, 민사책임

## I. 서 론

2014. 5. 28. 개정된 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 ‘정보통신망법’이라 한다)은 그 제32조의2로 이용자가 정보통신서비스 제공자등에게 같은 법 제32조에 따른 손해배상을 청구하는 대신 300만원 이하의 범위에서 상당한 금액을 손해액으로 하여 배상을 청구할 수 있다는 취지의 규정을 신설하였다. 이 규정에는 “법정손해배상의 청구”라는 표제가 붙어 있고, 또 일반적으로 법정손해배상이라고 부르고 있다. 같은 규정은 공포일로부터 6개월이 경과하는 2014. 11. 29.부터 시행된다(같은 법 부칙 제1조).

개정 정보통신망법상의 법정손해배상은 2011. 12. 2. 개정 저작권법 제125조의2와 같은 날 개정 상표법 제67조의2의 법정손해배상에 이어 이른바 법정손해배상이 우리 법질서에 도입된 세 번째 사례에 해당한다. 저작권법과 상표법상의 법정손해배상이 어느 정도 한미 FTA라는 외부의 압력 하에 지적재산권법 안에서 도입된 것과 달리,<sup>1)</sup> 개정 정보통신망법상의 법정손해배상은 우리 입법자가 내적 요구에 응하여 자발적으로, 그리고 지적재산권법 밖 영역에서 이를 도입한 최초의 예리는데 그 의의가 있다.

법정손해배상은 미국 민사법상 책임형식 중 하나인 ‘statutory damages’에서 유래한다. 이 점은 개정 저작권법과 상표법은 물론, 개정 정보통신망법도 같다. 그리하여 종래 이 제도에 대한 논의는 주로 영미법에서 유래한 이 제도가 대륙법계에 속하는 우리 사법(私法)과 조화될 수 있는가에 초점이 맞추어져 왔다.<sup>2)</sup> 이 제도와

1) 그 경위에 관하여는 박성수, “저작권침해와 법정손해배상제도”, **계간 저작권**, 제78호(2007. 7), 38면 이하; 최경진, “법정손해배상제도의 도입에 관한 연구 - 한미자유무역협정에 따른 민법과의 조화를 중심으로 -”, **중앙법학**, 제13집 제3호(2011. 9), 205면 이하 참조.

2) 가령 최경진(주 1), 225면 이하.

관련하여서는 이를 도입하면 권리구제가 크게 개선될 것이라는, 공중(公衆)이 미국 제도에 대하여 보이곤 했던 기대 또한 어김없이 재현되었다.<sup>3)</sup> 그러나 이 제도가 우리 법질서에 도입된 이상 이를 구체적으로 어떻게 운용할지에 눈을 돌릴 필요가 있다. 이 제도가 우리 법질서와 조화될 수 있는지, 그리고 기대한 성과를 거둘 수 있을지 여부도 이제는 이러한 구체적 논의에 바탕을 두어야 한다.

이 글에서는 이러한 관점에서 개정 정보통신망법상 제32조의2의 법정손해배상에 관하여 살펴보고자 한다. 먼저, 개정 정보통신망법 제32조의2의 해석론을 요건과 적용범위, 내용과 행사기간, 법적 성질로 나누어 구성한다. 미국에서나 우리나라에서나 법정손해배상에 대한 이론적·실천적 관심은 압도적으로 저작권법상의 법정손해배상에 집중되어 있어, 우리 민사법 체계와의 조화가 필요하다고 하면서도 정작 논의는 저작권법적 관점이 주도하는 경향을 보인다.<sup>4)</sup> 이러한 점에서 지적재산권법 밖에 놓여 있는 개정 정보통신망법상 법정손해배상을 소재로 그 해석론적 구성을 시도하는 것은 개인정보법은 물론 법정손해배상 일반의 이해에도 기여할 바가 있다(아래 II, III). 이어 이러한 검토결과를 바탕으로 이 제도에 대한 입법적 평가와 전망을 시도하기로 한다(아래 IV).

3) 이러한 관점에서 이 제도의 확대도입을 주장하는 것으로, 김태선, “미국 배액배상제도 및 법정손해배상제도의 도입에 관한 소고”, **민사법학**, 제66호(2014. 3), 239면 이하, 267면 이하(불법채권추심에 관하여); 이종구, “소비자피해구제의 실효성 보장을 위한 법정손해배상제도의 도입에 관한 연구 - 미국 주소비자보호법을 중심으로 -”, **소비자문제연구**, 제44권 제2호(2013. 8), 140면 이하(소비자보호에 관하여).

4) 우리나라 및 미국 저작권법상 법정손해배상에 관한 논의는 일일이 셀 수 없을 정도로 많다. 대표적인 연구 몇몇만 들면, 박성수(주 1), 37면 이하; 이규호, “미국 연방저작권법상 법정손해배상제도에 대한 연구”, **정보법학**, 제11권 제1호(2007. 7), 87면 이하; 조영선, “저작권 침해로 인한 법정손해배상 - 개정 저작권법 제125조의2에 대한 검토 -”, **법조**, 통권 제667호(2012. 4), 122면 이하; Berg, “Remedying the Statutory Damages Remedy for Secondary Copyright Infringement Liability: Balancing Copyright and Innovation in the Digital Age”, 56 *J. Copyright Soc’y* 265 (2009); Barker, “Note. Grossly Excessive Penalties in the Battle Against Illegal File-Sharing: The Troubling Effects of Aggregating Statutory Damages for Copyright Infringement”, 83 *Tex. L. Rev.* 525 (2004).

## II. 책임요건과 그 적용범위

### 1. 개인정보의 누출

개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상의 첫째 요건은 개인정보의 분실·도난·누출이다(개정 정보통신망법 제32조의2 제1항 제2호). 이 부분부터 본다.

#### (1) 개인정보

정보통신망법 제2조 제1항 제6호는 “개인정보”를, “생존하는 개인에 관한 정보로서 성명·주민등록번호 등에 의하여 특정한 개인을 알아볼 수 있는 부호·문자·음성·음향 및 영상 등의 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없어도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 경우에는 그 정보를 포함한다)”로 규정한다. 이러한 정의는 표현에 사소한 차이가 있을 뿐 개인정보 보호법 제2조 제1호의 그것과 같고, 헌법재판소가 헌법 제17조, 제10조 등에 터 잡아 인정하는 개인정보자기결정권의 보호대상으로서 개인정보보다 다소 넓다.<sup>5)</sup> 이들 규정에 의하면 개인정보는 ① 살아 있는(따라서 오직 자연인만 대상이 될 수 있다)<sup>6)</sup> 특정한 개인에 대한 정보로서, ② 그 정보 자체로 또는 다른 정보와 쉽게 결합하여 특정인에게 귀속시킬 수 있는 것이어야 한다.<sup>7)</sup>

5) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 99헌마513, 2004헌마190 결정(이른바 십이지문날인 사건)은 개인정보자기결정권의 보호대상으로서 개인정보를, “개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보”라고 규정한다. 여기에서는 개인의 인격주체성을 특징짓는다는 표지가 그의 동일성 식별을 한정하고 있으므로, 개인정보를 좁게 파악할 가능성이 있다. 그밖에 헌법상 기본권으로서 개인정보자기결정권과 그 인정근거에 관하여는 헌법재판소 2005. 7. 21. 선고 2003헌마282, 425 결정(이른바 NEIS 사건) 참조. 사법(私法)적 기초에 관하여는 권태상, “개인정보 보호와 인격권 - 사법(私法) 측면에서의 검토 -”, **이화여대 법학논집**, 제17권 제4호(2013. 6), 89면 이하; 대법원 2011. 5. 24.자 2011마319 결정(이른바 전교조 명단공개 사건) 참조(각 인격권). 그러나 「정보권」이라는 견해로, 정진명, “사법에 있어서 개인정보 보호”, **비교사법**, 제8권 제2호(2001. 12), 591면 이하.

6) 사자(死者)의 개인정보가 보호대상이냐 내지 보호대상이 되어야 하는가 하는 점은 별도의 고찰이 필요하다. 그러나 정보통신망법과 개인정보보호법은 사자의 개인정보를 그 적용범위에서 제외하고 있으므로[장주봉, “개인정보의 의미와 규제범위”, 고학수 편, **개인정보 보호의 법과 정책**(2014), 71면], 어쨌든 개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상도 이에 적용되지 아니한다.

7) 미국 Fair Trade Commission(FTC)과 EU 및 그 개별 가입국 국내법도 개인정보를 대

먼저, 특정된 개인에 대한 정보여야 한다. 어느 개인에게 귀속되기는 하나 그가 특정되지 아니하는 정보는 개인정보가 아니다.<sup>8)</sup> 따라서 익명화된 정보는, 그것이 아무리 특정인에 대한 것이라 하더라도, 그것만으로 곧바로 개인정보라고 할 수 없다.<sup>9)</sup> 다른 정보와 결합하여 손쉽게 특정인에게 귀속시킬 수 있는 경우 그에 의하여 개인정보가 될 수 있을 뿐이다.

다음, 당해 정보만으로 그 특정인, 즉 정보주체를 식별할 수 있거나, 적어도 “다른 정보와 쉽게 결합하여 그를 식별할 수 있”어야 한다(이른바 식별가능성, *identifiability*). 개인정보 개념은 보호대상을 한정하는 기능을 한다. 그러므로 이를 넓게 잡을지 좁게 잡을지에 따라 개인정보에 관한 규제의 적용범위가 달라진다. 처음부터 그 자체 개인을 식별하는 정보만을 규제대상으로 할 수는 없다. 오늘날 정보통신 및 데이터 처리기술의 발전에 비출 때 보호의 공백이 너무 커질 것이기 때문이다.<sup>10)</sup> 문제는 정보통신 및 데이터 처리기술의 발전이 동시에 특정한 개인에게 속하는 정보에 다른 정보를 결합시켜 정보주체를 식별하는 것을 점점 더 쉽게 하고

---

체로 비슷하게 정의하는데, 근래 들어 특정 단말기 등에 귀속시킬 수 있는 정보도 개인정보임을 명시하려는 움직임이 있다. FTC, *Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change – Recommendations for Business and Policymaker* (2012), pp. 18 ff. (미국); *Proposal for Regulation on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (GDPR)* (2012) Article 4(1),(2) [EU, *Data Protection Directive (95/46/EC)* Article 2(a)와 비교. 이 규정은 EU 가입국 국내입법에도 대체로 수용되어 있다. 가령 §3 Abs. 1 *Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)* (독일); *Loi n° 78-17 du 6 janv. 1978 (Informatique et Libertés)* article 2(2) (프랑스); *Data Protection Act 1998 (DPA)* Article 1(1) (영국)]. 우리 법의 경우 이러한 정보를 직접 규율하는 것은 위치정보에 그치지만(위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률 제2조 제1호, 제2호는 개인위치정보 이외의 물건 등의 위치정보도 보호대상으로 포함한다), 식별가능성을 넓게 이해하는 방법으로 해석상 같은 결론에 이를 가능성이 있다.

- 8) 서울중앙지방법원 2011. 2. 23. 선고 2010고단5343 판결(이른바 증권통 사건). 장주봉(주 6), 74면.
- 9) 미국 FTC는 정보의 식별성을 제거하는 합리적 조치를 취하고 그 상태로 유지하여 다시 식별하려는 시도를 하지 아니하며 제3자에게 제공하는 경우에도 그의 식별시도를 금지한다면 정보주체에의 연계가능성(*linkability*)이 없는 것으로 본다. 장주봉(주 6), 66면. 이 점에서 개정 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제6호 본문의 비공개대상정보로서 “개인에 관한 사항”과 다르다. 뒤의 것에 관하여는 대법원 2012. 6. 18. 선고 2011두2361 전원합의체 판결; 최계영, “공공기관이 보유한 개인정보의 이용과 제한”, *고학수* 편(주 6), 315면 이하 참조.
- 10) 그러나 식별성에서 식별가능성으로 확장하는 것은 예측가능성과 법적안정성을 해하고 빅데이터 산업의 발전을 저해하므로 괄호 부분을 삭제하여야 한다는 견해도 유력하다. 최경진, “빅데이터와 개인정보”, *성균관법학*, 제25권 제2호(2013. 6), 213면.

있다는 점이다. 이는 적지 아니한 사전규제를 포함하고 있는 정보통신망법과 개인 정보 보호법의 적용범위를 엄청나게 확장시킬 수 있다. 그로 인한 비용증가가 늘 감수할 만한 것은 아니다.<sup>11)</sup> “다른 정보와 쉽게 결합하여 그를 식별할 수 있는”이라는 표지는 이러한 두 이익 사이의 균형을 꾀하는 기능을 한다. 이 점에서 어떤 경우 다른 정보와 쉽게 결합하여 식별할 수 있다고 보아야 하는지는, 그 다른 정보의 입수의 난이(難易)와 결합의 난이 모두를 고려하여 판단함이 옳다. 그 정보가 입수하기 어려운 것이라면 그것을 입수하는 한 결합하여 식별하기 쉽다 하더라도 식별가능성을 부정하여야 할 수 있다.<sup>12)</sup>

그러나 ③ 이러한 정보에 해당하는 한 정보의 형태는 문제되지 아니하고, ④ 사생활에 속하거나 비공개 정보일 필요도 없다.<sup>13)</sup> 성명, 성별, 음성, 지문, 안면, 필적, 성적 취향, 노조 및 정당가입 여부, 혼인이나 이혼경력, 가족관계, 건강상태, 학력, 경력, 전과(前科), 직업, 출신지역, 인종, 국적은 물론, 아이디, 비밀번호, 이메일 주소, 전화번호, 휴대전화 단말기의 고유번호 등 가치중립적이고 인격주체성과 무관한 정보도 이에 해당할 수 있다.<sup>14)</sup> 주민등록번호가 이에 해당함은 물론이다(정

11) 특히 이로 인한 서비스 이용자의 비용(usability costs)의 증가에 관하여는 박상철, “정보보안의 법적 규율: 기술적·관리적 보호조치를 중심으로”, *고학수* 편(주 6), 250면 참조.

12) 장주봉(주 6), 74면 이하. 결합하여 식별하기 쉬운 이상 그 다른 정보의 입수가 어려워도 좋다고 본 서울중앙지방법원 2011. 2. 23. 선고 2010고단5343 판결(주 8)은 법문언에는 부합할지 모르나 식별가능성의 범위를 지나치게 확장하여 그 기능 내지 목적에는 반한다고 할 수 있다. 그 다른 정보의 입수가 용이한지 여부를 정보 보관자의 관점에서 판단할 것인지 제3자의 관점에서 판단할 것인지도 다투어지고 있다. 김진환, “개인정보 보호의 규범적 의의와 한계 - 사법(私法) 영역에서의 두 가지 주요 쟁점을 중심으로 -”, *저스티스*, 통권 제144호(2014. 10), 63-66면 참조.

13) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 99헌마513, 2004헌마190 결정(주 5): “개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다.” 또한 권태상(주 5), 95-96면. 물론 개인정보 보호와 사생활 보호의 관련성을 부정할 수는 없으나[가령 박경신, “사생활의 비밀의 절차적 보호규범으로서의 개인정보보호법리”, *공법연구*, 제40집 제1호(2011. 10), 198면], 모든 개인정보가 사생활에 직결되는 것은 아니다.

14) 대법원 2008. 8. 21. 선고 2007다17888 판결(이른바 리니지II 사건. 인터넷게임포탈의 아이디와 비밀번호); 서울고등법원 2007. 11. 27. 선고 2007나33059, 33066 판결(이른바 국민은행 사건. 고객의 성명, 주민등록번호, 이메일주소); 서울중앙지방법원 2011. 2. 23. 선고 2010고단5343 판결(주 8, 휴대전화의 IMEI와 USIM의 일련번호); 대전지방법원 논산지원 2013. 8. 9. 선고 2013고단17 판결(전화번호). 그러나 음성, 안면 등 다른 권리(음성권·초상권)의 대상이 되는 정보는 개인정보가 아니라는 것으로 정진명(주 5), 588면. 그밖에 개인정보의 분류에 관하여는 임종인·이숙연, “개인정보관련

보통신망법 제2조 제1항 제6호, 제23조의2 참조).

## (2) 누출

이러한 정보가 분실·도난·누출되어야 한다.

정보통신망법은 분실·도난·누출을 따로 정의하고 있지 아니하다. 제27조의3에서 개인정보의 분실·도난·누출을 “누출등”으로 통칭하기로 하면서, 정보통신서비스 제공자등이 이러한 사실을 안 때에는 즉시 그 이용자에게 통지하고 방송통신위원회나 한국인터넷진흥원에 신고할 책무를 지우고(개인정보 누출등의 통지·신고), 제73조로 같은 법 제28조의 의무(뒤에 볼 기술적·관리적 조치의무)를 위반하여 “이용자의 개인정보를 분실·도난·누출·변조 또는 훼손한 자”를 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하고 있을 뿐이다.<sup>15)</sup>

“분실”은 개인정보의 보유자(정보통신망법에서는 정보통신서비스 제공자등)가 고의 없이 그 정보를 권한 없는 제3자가 접근할 수 있는 상태로 두는 것을 뜻한다. 개인정보가 담긴 파일을 서버에 보관하면서 적절한 보안조치를 취하지 아니하거나 로그(log)기록이 단말기에 기록되게 하여 제3자가 쉽게 접근할 수 있는 상태에 두는 경우를 생각할 수 있다.<sup>16)</sup> 어느 경우든 제3자가 고의로 탈취한 경우는 제외된다. 반면 “도난”은 제3자가 보유자의 동의를 받지 아니한 채 권한 없이 보유자로부터 개인정보를 탈취하는 것을 말한다. 제3자가 해킹(hacking)을 하여 보유자로부터 그 정보를 탈취하는 경우가 전형적인 예이다.<sup>17)</sup> 피용자가 고의로 개인정보를

분쟁의 사례분석과 대안의 모색”, **정보법학**, 제12권 제2호(2008. 12), 216-217면.

- 15) 안전행정부의 표준 개인정보 보호지침 제26조가 개인정보의 유출을, 법령이나 개인정보처리자의 자유로운 의사에 의하지 아니한 채 정보주체의 개인정보에 대하여 개인정보처리자가 통제를 상실하거나 또는 권한 없는 자의 접근을 허용하는 것으로, 개인정보가 포함된 서면, 이동식 저장장치, 휴대용 컴퓨터 등을 분실하거나 도난당하였거나(제1호), 개인정보가 저장된 데이터베이스 등 개인정보처리시스템에 정상적인 권한이 없는 자가 접근하였거나(제2호), 개인정보처리자의 고의 또는 과실로 인하여 개인정보가 포함된 파일 또는 종이문서, 기타 저장매체가 권한이 없는 자에게 잘못 전달되었거나(제3호), 기타 권한이 없는 자에게 개인정보가 전달되거나 개인정보처리시스템 등에 접근 가능하게 된 경우(제4호)로 규정하고 있으나, 이는 규범적 구속력을 가지지 아니한다.
- 16) 서울고등법원 2008. 11. 25. 선고 2008나25888, 25895, 25901 판결(이른바 LG전자 입사지원서 사건, 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다96826 판결로 상고기각 확정); 대법원 2008. 8. 21. 선고 2007다17888 판결(주 14).
- 17) 서울고등법원 2013. 5. 2. 선고 2010나31510 판결(이른바 옥션 사건, 2013다43994 호로 상고심 계속 중); 2014. 5. 28. 선고 2012나104177 판결[이른바 네이트 사건(기

제3자에게 넘긴 경우도<sup>18)</sup> 보유자로서는 도난으로 볼 여지가 있다. 이제 보관자가 고의로 이를 제3자에게 넘긴 경우만이 남는데, 이는 “누출”에 포섭된다. 그러나 누출이 이 경우에 한하는 것은 아니고, 분실이든 도난이든 고의에 의한 제공 내지 공개든<sup>19)</sup> “누출” 구성요건의 초점은 그 결과 “개인정보가 관리통제권의 범위를 벗어나 제3자가 현실적으로 알 수 있는 상태에 이르”렀다는 점에 있다.<sup>20)</sup>

	보관자 고의 있음	보관자 고의 없음
제3자 침해 있음	누출	도난
제3자 침해 없음		분실

개인정보가 도난되거나 분실되었다 하더라도 권한 없는 제3자가 쉽게 접근할 수 없는 때에는 민사책임은 생각할 수 없다. 그러므로 도난·분실도 그 결과 누출에 이르러야 한다.<sup>21)</sup> 결국 어느 경우든 관건은 누출에 이르렀는지 여부이고, 책임성

각). 2014다214168호로 상고심 계속 중]; 서울서부지방법원 2013. 2. 15. 선고 2011가합11733, 13234, 14138, 2012가합1122 판결[이른바 네이트 사건(인용). 서울고등법원 2013나20047호로 항소심 계속 중]. 일반적으로 정해상, “개인정보도용의 민사책임”, **인권과 정의**, 제361호(2006. 9), 130면 이하.

18) 대법원 2012. 12. 26. 선고 2011다59834, 59858, 59841 판결(이른바 GS칼텍스 사건).  
 19) 공개는 개인정보를 누구든지 접근할 수 있는 상태에 두는 것을 말한다. 이창범·이성엽, “개인정보 제3자 제공 및 처리위탁 규제에 법적 과제”, **고학수 판(주 6)**, 214-215면.  
 20) 대법원 2008. 8. 21. 선고 2007다17888 판결(주 14); 2014. 5. 16. 선고 2011다24555, 24562 판결(이른바 LGUPlus 사건). 이원우, “개인정보 보호를 위한 공법적 규제와 손해배상책임: 개인정보 누출을 중심으로”, **행정법연구**, 제30호(2011. 8), 244면 이하 (Risiko와 Schaden 사이의 Gefahr 단계에 이른 경우를 뜻한다고 한다). 미국 판례는 누출(leakage)보다는 노출(expose)이나 위태(compromised)라는 표현을 선호하나, 이 또한 대체로 비슷한 의미이다. 특히 노출이라는 표현을 쓴 것은 유해물질 노출로 인한 불안, 위험에 대한 불법행위책임에 관한 법리를 여기에 끌어들이려는 시도에서 비롯한다. Allied Signal, Inc. v. Ott, 785 N.E.2d 1068 (Ind. 2003). Johnson, “Cybersecurity, Identity Theft, and the Limits of Torts Liability”, 57 S.C. L. Rev. 255, 305 ff. (2005). 한편, 제3자가 개인정보를 조회한 것만으로는 누출이 있었다고 볼 수 없고 피고인의 지배영역 밖에 저장된 사실까지 인정되어야 한다는 것으로, 서울중앙지방법원 2013. 6. 13. 선고 2012고단6164 판결(서울중앙지방법원 2014. 5. 2. 선고 2013노2144 판결로 항소기가 확정).  
 21) 대법원 2012. 12. 26. 선고 2011다59834, 59858, 59841 판결(주 18). 또한 배대현, “젠 길음으로 나선 개인정보 보호법을 보완하는 논의 - 개인정보 보호법 개정 논의 및 관련 법률 검토”, **IT와 법연구**, 제6집(2012. 2), 18면 이하.



립요건과 관련하여 분실·도난·누출을 구별할 실익은 없다. 정보통신망법 제27조의3은 이들 셋을 통틀어 “누출등”이라고 통칭하고 있고, 이에 대응하는 개인정보 보호법 제34조는 통지·신고와 관련하여 개인정보의 “유출”이라는 단 하나의 개념만을 사용하고 있으며, 벌칙을 정하는 개인정보 보호법 제73조 제1호는 개인정보의 “분실·도난·유출·변조 또는 훼손”이라는 표지를 사용한다. 이상에 비출 때 누출과 유출은 같은 의미이고, 분실·도난을 그 안에 포함한다고 봄이 상당하다.

2. 고의·과실에 의한 제3자 제공금지 내지 기술적·관리적 조치의무 위반  
 나아가 “정보통신서비스 제공자등이 고의 또는 과실로 이 장의 규정을 위반”하여야 한다(개정 정보통신망법 제32조의2 제1항 제1호).

(1) 목적외 이용으로서 공개, 제3자 제공금지 및 기술적·관리적 조치의무 위반  
 정보통신망법 제4장은 “개인정보의 보호”라는 표제 아래에 정보통신서비스 제공자등이 이용자의 개인정보에 관하여 부담하는 의무를 정한다. 그 규정체계는 대체로 다음과 같다.

규율대상	규율내용	정보통신망법 규정
개인정보 수집	설명 및 동의, 그 면제, 일정한 개인정보의 수집 제한	제22조, 제23조, 제23조의2 내지 4, 제26조의2
개인정보 이용	목적 외 이용금지	제24조
개인정보의 제3자 제공	설명 및 동의, 법령상 예외	제24조의2, 제26조의2
	사전통지 및 동의철회(영업양도에서)	제26조, 제26조의2
개인정보의 취급위탁	설명 및 동의	제25조, 제26조의2
개인정보의 관리	취급방침의 공개, 누출등의 통지·신고, 기술적·관리적 보호조치, 누설금지	제27조, 제27조의2, 제27조의3, 제28조, 제28조의2
개인정보의 파기	목적 달성, 보유·이용기간 종료, 폐업, 동의 철회시 파기	제29조, 제30조 제3항
정보주체의 권리	동의 철회, 열람 및 정정 청구권	제30조, 제31조
개인정보 이용내역의 통지		제30조의2

이들 의무 중 어느 하나에 위반하여도 위법하고, 그로 인하여 손해가 발생하면 손해배상책임을 질 수 있다(민법 제750조 등). 가령 개인정보를 불법적으로 수집하면 그 자체 불법행위로 손해배상책임을 진다.<sup>22)</sup>

그러나 개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상의 요건으로서 “이 장의 규정” 위반은 보다 좁게 이해함이 옳다. 의무위반과 개인정보의 누출 사이에 사실적 인과관계와 규범의 보호목적 관련성이 있어야 하는데,<sup>23)</sup> 개인정보 누출등과 무관한 다수의 규정은 이러한 관련성을 갖고 있지 아니하기 때문이다. 개인정보 수집·이용에 대한 규정 위반과 개인정보 누출 사이에는 이러한 관련성이 없다. 개인정보 취급방침의 공개도 미국법상 개인정보 보호에 관하여 취하는 기본적인 접근인 시장에 의한 통제<sup>24)</sup> 기초가 되는 것으로서 정보 제공 단계에 관계할 뿐이다. 누출의 통지·신고는 개인정보가 누출된 이후의 책무로, 확대손해와 관련한 과실상계는 별론 책임성립과 사이의 관련성은 인정할 수 없다. 과기의무도 개인정보 누출 위험을 통제하는 것이 주된 목적이라고 할 수는 없다. 정보주체의 동의 철회권, 열람·정정청구권 및 그 행사에 따른 정보통신서비스 제공자등의 조치의무 위반은 물론 이를 용이하게 하기 위한 개인정보 이용내역의 통지도 기본적으로 마찬가지이다.<sup>25)</sup>

그리하여 주로 문제되는 것은 개인정보의 관리 중 기술적·관리적 조치(technical and organizational measures, TOM)의무(정보통신망법 제28조)이다. 정보통신망법 제73조 제1호가 “제28조제1항제2호부터 제5호까지(제67조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에 따른 기술적·관리적 조치를 하지 아니하여” 개인정보를 분실·도난·누출·변조 또는 훼손한 자를 처벌대상으로 삼는 것도 참조할 만하다. 다른 사람의 개인정보를 보유하는 한 - 명시적인 약정, 개인정보 취급방침의 대외적 표시(representation), 특별한 신인관계(信認關係) 기타 개별 법령에 의하지 아니하고 - 일반적으로 정보보안(data security)에 관한 의무를 지우고

22) 대법원 1998. 7. 24. 선고 96다42789 판결(이른바 국군보안사령부민간인사찰 사건).

23) 특히 후자에 관하여 대법원 1998. 2. 10. 선고 97다49534 판결; 1998. 5. 8. 선고 97다36613 판결; 2001. 10. 23. 선고 99다36280 판결 이하 참조.

24) 자율규제, 개인정보 처리지침의 개시 및 부실개시(misrepresentation)에 대한 책임에 기초한 미국의 개인정보에 관하여는 문성제, “온라인상에서의 개인정보보호에 관한 국제동향 - 미국의 제도를 중심으로 -”, **비교법학연구**, 제3집(2004. 2), 57면 이하; 손태우, “개인정보보호법제에 대한 최근 미국의 동향”, **부산대 법학연구**, 제42권 제1호(2001. 12), 41면 이하; 이원우(주 20), 241면 이하.

25) 이들 규정의 규범목적에 관하여는 김진환(주 12), 52-59면도 참조.

있다는 점에서 EU 및 독일·프랑스·영국 등 그 가입국과 같고,<sup>26)</sup> 미국과 다르다.<sup>27)</sup> 다만, 이러한 의무의 구체적인 내용은 그때그때 법관이 정하는 수밖에 없다. 정보통신망법 제28조 제1항은 정보통신서비스 제공자들에게 개인정보의 분실·도난·누출·변조 또는 훼손을 방지하기 위하여 기술적·관리적 조치를 할 의무를 지우면서, 이를 (i) 내부관리계획의 수립·시행(제1호), (ii) 접근 통제장치의 설치·운영(제2호), (iii) 접속기록의 위·변조 방지조치(제3호), (iv) 개인정보를 안전하게 저장·전송할 수 있는 암호화기술 등을 이용한 보안조치(제4호), (v) 백신 소프트웨어의 설치·운영 등 컴퓨터 바이러스에 의한 침해 방지조치(제5호), (vi) 그밖에 개인정보의 안전성 확보를 위하여 필요한 보호조치(제6호)로 나누고, 대통령령으로 그 기준을 정할 수 있게 한다. 또한 정보통신망법 제27조 및 제28조 제2항도 일정한 경우에는 일정한 요건을 갖춘 개인정보 관리책임자를 두어야 하며, 개인정

26) 기술적·관리적 조치 자체가 이미 EU법의 개념이다. Data Protection Directive (95/46/EC) Article 17(1); GDPR(주 7) Article 30(1). 가입국 법으로는 §9 BDSG(독일), Loi informatique et libertés article 34(프랑스), DPA Schedule 1 Part 1 7<sup>th</sup> principle(영국). 다만, 미국에서도 개별 법령상 정보보안 의무가 인정되는 한 그 의무는 비슷한 방식으로 규정된다. 예를 들어 Gramm-Leach-Bliley Act에 의하여 FTC가 제정한 은행 등의 Safeguard Rule[6 C.F.R. §§314.2(b), 314.3(a)]은 “reasonable administrative, technical, and physical safeguard”라는 표현을 쓴다. 그 밖의 예에 관하여는 Serwin, McLaughlin, and Tomaszewski, *Privacy, Security and Information Management: An Overview* (2011), pp. 257 ff. 참조.

27) 미국에서는 전통적으로 개별 법령상 별도의 근거가 없는 한 개인정보를 보호할 의무가 인정되지 아니한다고 보아왔다. *Pisciotta v. Old National Bancorp*, 499 F.3d 629 (7th Cir. 2007); Meal, *Private Data Security Breach Litigation in the United States* (2014), pp. 11 ff.; Solove and Schwarz, *Information Privacy Law*, 3<sup>rd</sup> ed. (2008), pp. 825 ff. 이러한 미국식 접근을 지지하는 것으로, Litman, “Information Privacy/Information Property”, 52 *Stan. L. Rev.* 1283, 1308 f. (2000), 법률계정으로 더 넓은 범위에서 일반적 암호화의무를 지워야 한다는 견해로, Rancourt, “Hacking, Theft, and Corporate Negligence: Making the Case for Mandatory Encryption of Personal Information”, 18 *Tex. Wes. L. Rev.* 183 (2011). 한편, 근래에는 개별 법령(Fair Credit Reporting Act §§ 1681a-1681x, Health Insurance Portability and Accountability Act, Gramm-Leach-Bliley Act §§ 6801-6809)상 개인정보 보호가 규정되어 있지 아니한 때에도 누출과 그로 인한 손해가 예견 가능하므로(forseeable) 보통법상 개인정보를 보호하기 위하여 적절한 조치를 취할 의무가 있다는 판례도 나오고 있다. *Bell v. Michigan Council 25 of the Am. Fed’n of State, County, and Mun. Employees*, 2005 WL 356306 (Mich. Ct. of App. 2005). 이러한 근래의 경향에 관하여는 Bishop, “To Serve and Protect: Do Business Have a Legal Duty to Protect Collections of Personal Information?”, 3 *Shidler J. L. Com. & Tech.* 7 (2006). 나아가 개별 법령과 보통법 법리로부터 일반적 주의의무를 도출하려는 것으로, *Johnson*(주 20), pp. 263 ff.

보를 취급하는 자의 수를 최소한으로 하여야 함을 규정한다. 그러나 이들 규정과 시행령을 모두 살펴보아도 기술적·관리적 조치의 대강의 틀만이 드러날 뿐(정보통신망법 시행령 제13조, 제15조), 그 내용, 즉 구체적으로 어떤 조치가 취해져야 하는지는 전혀 분명하지 아니하다. 가령 방화벽을 설치하지 아니하면 기술적·관리적 조치의무 위반인지, MD5 방식의 일방향 암호화로도 기술적·관리적 조치를 다하였다고 볼 수 있는지 등은 이들 규정만으로 명확해질 수 없는 것이다.<sup>28)</sup> 물론 이러한 점까지 상세하게 적은 각종 지침·고시 해설서·안내서들이 있으나, 이들은 규범적 효력을 갖지 아니한다. 기술적·관리적 조치의 수준이 정보통신망서비스 제공자등에 따라 달라질 수 있고, 비슷한 수준의 조치라 하더라도 다양한 조치와 모형을 시도하고 또 발전시키는 것이 정보보안에 도움이 되며, 정보통신망서비스 제공자등보다 규제기관이 바람직한 기술적·관리적 조치의 정립과 발전에 관하여 정보우위를 누리는 것도 아니므로, 법령에 이를 명시하는 것이 반드시 바람직하다고 보이지도 아니한다. 사후편향(hindsight bias)이 개입할 위험을 충분히 경계한다는 전제 하에, 개별 사안에 응하여 판단하는 것이 바람직하고 또한 불가피하다.<sup>29)</sup> 재판실무에서도 기술적·관리적 조치의무 위반은 위 규정이 제시하는 기본 틀 이외에 개인정보 누출이 있었을 당시 해킹 방지 기술의 발전 정도와 그 도입을 위한 경제적 비용 및 그 효과, 개인정보 유출로 인하여 이용자가 입게 되는 피해의 정도 등을 고려하여 그때그때 개별·구체적으로 판단되고 있다.<sup>30)</sup>

그밖에 개인정보의 목적외 이용으로서 공개 및 개인정보의 불법적인 제3자 제공

28) 서울고등법원 2013. 5. 2. 선고 2010나31510 판결(주 17); 서울서부지방법원 2013. 2. 15. 선고 2011가합11733, 13234, 14138, 2012가합1122 판결(주 17). 형식적으로라도 조치를 취하면 일응 정보통신망법상의 의무는 이행한 것이고, 불법행위법상의 의무가 문제될 뿐이라는 견해도 있으나(최호진, “해킹에 의한 개인정보유출과 정보통신서비스 제공자에 대한 손해배상책임에 관한 고찰 - SK컴즈 사건을 중심으로 -”, 법조, 통권 제689호(2014. 2), 138-141면), 일반적으로 지지받지 못하고 있다.

29) 실무상으로는 정보보안 관련 각종 법령, 지침·고시에 대한 해설서와 안내서에서 구체적인 기술적·관리적 조치를 열거하고 있고, 이것이 마치 법령과도 같이 인식되어 이를 따르는 한 책임을 면할 수 있는 것처럼 여겨지기도 한다. 이에 대한 비판으로, 박상철(주 11), 255면 이하.

30) 서울고등법원 2013. 5. 2. 선고 2010나31510 판결(주 17)의 원심인 서울중앙지방법원 2010. 1. 14. 선고 2008가합31411, 58638 판결(다만 해커가 사용한 해킹 기술의 수준까지 주의의무에 관련시킨 것은 의문이다. 이는 주의의무의 내용이나 그 위반 여부가 아닌 인과관계와 귀속의 문제이다). 나아가 주의의무 판단기준을 구조화하려는 시도로, 권영준, “해킹(hacking) 사고에 대한 개인정보처리자의 과실판단기준”, 저스티스, 통권 제132호(2012. 10), 57면 이하; 최호진(주 28), 152-154면.

내지 취급위탁도 “이 장의 의무” 위반에 해당한다. 정보주체의 동의를 받지 아니하거나 동의를 받았지만 동의 요건(informed consent; 정보통신망법 제24조의2 제1항)을 갖추지는 아니한 경우 제3자 제공도 누출이다. 이 점도 EU 내지 그 개별 가입국과 같고, 개별 법규정이나 명시적 약정이 없는 한 원칙적으로 제3자 제공에 대한 책임을 인정하지 아니하는 미국과는 다르다.<sup>31)</sup> 다만, 법령상 예외를 정하고 있는 때에는 책임이 없다(정보통신망법 제24조의2 제2항).<sup>32)</sup> 그밖에 법령에 명시적인 규정이 없으나 법익형량상 공개나 제3자 제공이 허용되는 경우가 있을 수 있다.<sup>33)</sup> 이러한 경우는 위법성이 없다. 이러한 사정이 없다 하더라도 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있으면 회피할 수 없는 법률의 착오(unvermeidbare Rechtsirrtum)가 인정되어 과실이 부정될 수 있다.

정보통신망서비스 제공자등이 정보주체의 개인정보를 보유하고 있는 한 그 정보를 어떻게 수집하였는지, 그것이 적법한 것인지(정보통신망법 제22조 이하)는 문제되지 아니한다. 부적법하게 수집한 개인정보에 대하여도 누출과 관련하여서는 동일한 의무를 진다고 보아야 한다.<sup>34)</sup>

## (2) 고의·과실

그리고 의무위반은 정보통신서비스 제공자등의 고의나 과실에 의한 것이어야 한다.

고의는 의무위반을 구성하는 행위 및 그 결과(발생의 개연성)를 인식하면서도 이를 하는 것을 말하고, 과실은 이를 인식·회피할 수 있었음에도 그렇게 하지 아니한 경우를 말한다. 정보통신서비스 제공자등 대표자의 고의·과실 내지 조직과실(Organizationsverschulden)이 이에 해당한다. 그 피용자의 고의·과실이 문제된다면 이 규정에 사용자책임(민법 제756조)을 적용할 수 있다. 뒤에서 보는 바이지만

31) 문성제, “개인정보의 제3자 제공으로 인한 피해에 대한 사법적 구제”, **성균관법학**, 제17권 제2호(2005. 6), 191면 이하. 미국법에 관하여는 Graham, “Privacy, Computers and the Commercial Dissemination of Personal Information”, 65 *Tex. L. Rev.* 1412 (1987).

32) 이창범·이성엽(주 19), 218면 이하. 제3자 제공과 취급위탁의 구별이 명확하지 아니하다는 지적으로 정상조, “광고기술의 발전과 개인정보의 보호”, **저스티스**, 제106호(2008. 9), 611-612면.

33) 대법원 2011. 5. 24.자 2011마319 결정(주 5); 2011. 9. 2. 선고 2008다42430 전원합의체 판결(이른바 로마켓 사건) 참조.

34) 서울지방법원 2002. 10. 23. 선고 2002노3856 판결(구 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 제11조의 “직무상 알게 된 개인정보”에는 정당한 직무수행 중 지득한 개인정보뿐만 아니라 외관상 직무수행인 것처럼 가장하여 부당한 목적으로 알게 된 개인정보도 포함한다) 참조.

개정 정보통신망법 제32조의2는 불법행위책임의 특칙이기 때문이다. 그밖에 정보통신서비스 제공자등으로부터 개인정보 취급위탁을 받은 수탁자가 고의·과실로 개인정보를 누출한 경우에도 – 그는 피용자가 아님에도 불구하고 – 정보통신서비스 제공자등이 책임을 진다. 정보통신망법 제25조 제5항이 손해배상책임(이에 개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상이 포함된다는 데는 의문이 없다)과 관련하여 수탁자를 정보통신서비스 제공자등의 소속 직원으로 본다 고 규정하므로 사용자책임이 성립하는 것이다.<sup>35)</sup> 판례·통설상 민법 제756조 제1항 단서의 면책가능성이 거의 부정되고 있으므로<sup>36)</sup> 이는 중대한 책임확장에 해당한다.<sup>37)</sup>

개정 정보통신망법 제32조2 제1항 단서는 “이 경우 해당 정보통신서비스 제공자등은 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다”고 규정한다. 이는 부수적으로는 제32조의2의 책임이 과실책임임을 밝히는 기능을 하지만, 그 주된 기능은 무엇보다도 고의 또는 과실의 증명책임이 가해자, 즉 정보통신서비스 제공자등에게 전환되어 있다는 점을 분명히 하는 데 있다고 보인다. 그러나 이미 같은 조 제1항 제1호가 법정손해배상청구의 요건으로 “정보통신서비스 제공자등이 고의 또는 과실로 이 장의 규정을 위반한 경우”를 규정하고 있고, 이는 같은 조 제1항 본문상 정보통신서비스 제공자등이 주장·증명하여야 할 적극적 요건으로 해석되므로(“다음 각 호의 모두에 해당하는 경우에는”), 법정손해배상을 청구하는 이용자로서는 어차피 먼저 정보통신서비스 제공자등이 고의 또는 과실로 이 장의 규정을 위반하였음을 주장·증명하는 수밖에 없어 이 증명책임전환 규정은 적용되는 경우가 없게 된다.<sup>38)</sup> 더 나아가 객관화된 과실개념은 곧 의무위반을 가리키므로, 정보통신서비스 제공자등이 “이 장의 규정”을 위반하면 과실은 사실상 늘 인정된다. “이 장의 규정”의 의무는 모두 결과(방지)의무(erfolgbezogene

35) 문성제(주 31), 194-195면. 임종인·이숙연(주 14), 225면; 정상조(주 32), 613면도 같은 취지로 보인다.

36) 양창수·권영준, 권리의 변동과 구제(2011), 635면.

37) 이에 대한 비판으로 권영준(주 30), 64-65면(면책가능성을 좀 더 넓게 인정하려고 한다). 경청할 만한 주장이라고 생각되나, 개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상 고유의 문제는 아니므로 이 글에서는 더 다루지 아니한다.

38) 이 규정에 어떤 의미를 부여하려면 개정 정보통신망법 제32조의2 제1항 제1호의 고의 또는 과실은 객관적 의무위반에 관한 것이고 제1항 본문의 고의 또는 과실은 주관적 귀책사유(책임요건)를 가리킨다는 식의 구분을 도입하여야 하는데, 이는 민사책임법상 과실은 이미 객관적 개념으로 이해되고 있다는 점에서 받아들이기 어렵다. 이동진, “위험영역과 증거법적 보충책임: 증명책임 전환의 기초와 한계”, 저스티스, 통권 제 138호(2013. 10), 187면 참조.

Pflichten)가 아닌 행위의무(verhaltenbezogene Pflichten)이므로, 그 위반을 고의에 의한 위반으로 볼 여지도 있다. 정보통신망법 제71조 이하에 그 위반에 대한 형벌 규정이 있는데, 이들도 과실범이 아닌 고의범으로 이해된다. 어쨌든 “이 장의 규정” 위반을 피해자가 주장·증명하는 한 고의나 과실이 독자적으로 문제되는 경우는 생각하기 어렵다.

### (3) 사실적 인과관계와 규범적 귀속

끝으로, 개정 정보통신망법 제32조의2의 문언에 드러나 있지는 아니하나, 고의·과실에 의한 제3자 제공금지 내지 기술적·관리적 조치의무 위반과 개인정보의 누출 사이에 인과관계가 있어야 한다. 예컨대 시스템 관리자가 자신의 아이디와 비밀번호를 회사명 등 쉽게 추측할 수 있는 단어로 설정하여 브루트-포싱(brute-forcing) 공격에 취약한 상태에 놓인 것은 기술적·관리적 조치의무 위반이 될 수 있지만, 실제 해커(hacker)가 그 아이디와 비밀번호를 알아낸 방법이 브루트-포싱(brute-forcing)이 아니었다면 이러한 의무위반과 개인정보 누출 사이에는 인과관계가 없고, 따라서 그에게 책임을 지울 근거도 없다.<sup>39)</sup> 별칙규정이지만 정보통신망법 제73조 제1호는 “기술적·관리적 조치를 하지 아니하여” 개인정보가 누출된 경우를 처벌대상으로 함으로써 이러한 사실적 및 규범적 관련성을 전제하고 있다.

## 3. 적용범위

### (1) 정보통신망법의 한계 내: 인적·사항적 및 장소적 적용범위

개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상은 같은 법의 적용범위에 한하여 적용된다.

먼저, 이 규정은 정보통신서비스 제공자등과 이용자 사이의 관계에 대하여만 적용된다. “정보통신서비스 제공자등”이라 함은 정보통신서비스 제공자 및 그로부터 개인정보를 제공 받은 제3자를 가리킨다(정보통신망법 제25조 제1항). 그리고 정보통신서비스 제공자는 전기통신사업법 제2조 제1항 제6호에 따른 전기통신사업자와 영리 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 사람 양자를 가리킨다(정보통신망법 제2조 제1항 제3

<sup>39)</sup> 서울중앙지방법원 2010. 1. 14. 선고 2008가합31411, 58638 판결(주 30). 권영준·이동진, “개인정보 유출에 대한 과실 및 손해 판단기준”, 고학수 편(주 6), 293-294면도 참조.

호). 그중 전기통신사업자는 전기통신설비를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 전기통신설비를 타인의 통신용으로 제공하는 사람, 요컨대 인터넷 등 통신망(network)을 보유·운영하거나 망 서비스의 일부를 하는 사람을 말한다(전기통신사업법 제2조 제8호).<sup>40)</sup> 그리하여 인터넷 등 통신망(network)을 이용하여 통신망 관련 서비스를 하는 자는 늘, 이 망을 이용하여 정보를 제공하거나 매개하는 자는 영리목적이 있는 때, 가령 전자상거래업자 등에 한하여 정보통신서비스 제공자로서 법정손해배상책임을 지고, 이들로부터 개인정보를 제공받은 제3자는, 그 자신 정보통신서비스 제공자등에 해당하지 아니할 때에도, 법정손해배상책임을 진다.

	영리	비영리
신용정보	신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제43조	
전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 매개하는 자		개인정보 보호법 제39조
전기통신역무를 제공하는 자	개정 정보통신망법 제32조의2	
위 양자로부터 개인정보를 제공받은 제3자		
기 타	개인정보 보호법 제39조	

이용자는 정보통신서비스를 이용하는 사람을 말한다(정보통신망법 제2조 제1항 제4호). 정보통신서비스 이용관계는 통상 계약관계일 것이나, 그 계약이 유상(有償)이어야 하는 것은 아니다. 영리 목적은 규율대상의 인적 특성을 구획하는 표지일 뿐, 당해 정보 제공 거래 내지 정보 제공을 매개하는 거래를 통하여 그 거래의 상대방에 대하여 영리를 추구하여야만 하는 것은 아니기 때문이다. 가령 개인정보는 이용자로부터 수집하고 수익은 제3자의 광고 등으로부터 얻는 인터넷포탈도 정보통신망법상 정보통신서비스 제공자등이고 그 이용자도 정보통신망법상 이용자이다. 계약관계가 무효이거나 아예 존재하지 아니하는 사실상의 이용관계여도 상관없다. 정보통신망법의 규율은 망 이용과 그 서비스 제공자등의 개인정보 보유 사실에 기초하고 있을 뿐 계약을 전제하지 아니한다.<sup>41)</sup> 한편, 정보통신서비스 제

40) 구태언, “온라인과 오프라인에서 개인정보 보호 규제체계의 이분화에 따른 문제점”, *고학수* 권(주 6), 174면 이하 참조.

41) 이와 달리 정보통신망 이용과 그에 관한 개인정보 보호 문제를 계약법적으로 구성하려는 시도로, 배대현, “개인정보 보호·이용에 관한 계약법적 방안 모색”, *상사판례연구*,



공자등과 그 이용자의 관계에 있기는 하나 누출은 이용관계와는 관계없는 맥락에서, 가령 오프라인(off-line)에서 이루어진 경우 본조가 적용되는가 하는 점에 대하여는 논란의 소지가 있다.

그 밖의 제3자는 개정 정보통신망법 제32조의2의 적용을 받지 아니한다. 이용자가 정보통신서비스 제공자등 이외에 공동가해자(가령 민법 제760조)에게 책임을 추궁하거나 이미 이용자에게 손해배상을 한 가해자 중 1인이 정보통신망서비스 제공자등인 다른 가해자에게 구상할 때에는 이 규정이 적용될 수 없다.

다음, 정보통신망법은 기본적으로 규제법령에 속하므로, 정보통신망법 제4장의 의무도 그 수범자도 내국인으로 제한될 소지가 있다. 그러한 한 이러한 의무 위반에 대한 책임규정인 개정 정보통신망법 제32조의2도 그 수범자에 한하여 적용된다. 그리하여 정보통신서비스 제공자등과 이용자 중 하나라도 외국인인 때에는 규제법령, 특히 보호적 성격을 갖는 규제법령의 역외적용의 한계 문제가 제기될 수 있다.<sup>42)</sup>

## (2) 개정법의 적용 한계 내: 시간적 적용범위

개정 정보통신망법 제32조의2는 2014. 11. 29. 시행된다(개정 정보통신망법 부칙 제1조). 이에 대하여는 개정 전의 개인정보 누출에 대하여는 이 규정이 적용되지 아니한다는 인식이 있는 것처럼 보인다. 그러나 이러한 해석에는 의문이 있다. 개정 정보통신망법 부칙은 과징금과 벌칙 개정조항에 대하여는 행위시법을 적용할 것을 규정하였으나(부칙 제2조), 법정손해배상에 대하여는 별다른 규정을 두지 아니하였다. 법정손해배상이 전제하고 있는 “이 장의 의무”도 모두 전부터 존재하였던 것이다. 특히 뒤에 보는 바와 같이 법정손해배상이 거의 전적으로 전보적(填補的) 성격을 갖고 있고, 나아가 주로 증거법적 내지 구제법적(remedial) 성격을 갖는다고 한다면, 이 규정을 소급적용하지 아니할 이론적 근거를 찾기 어려워진다.<sup>43)</sup> 현행법의 해석으로는 기관력이나 소멸시효에 의하여 차단되지 아니하는 한 소급적

제19집 제4권(2006. 12), 588면 이하. 나아가 배대현, “정보의 귀속·유통에 관한 민사법적 접근 - On-line상 개인정보의 보호를 중심으로 -”, **비교사법**, 제8권 제2호(2001. 12), 266면 이하도 참조.

42) 우선 박원일, “EU 개인정보보호지침의 역외적용”, **통상법률**, 제43호(2002. 2), 105면 이하.

43) McCreary, “Retroactivity of Laws: An Illustration of Intertemporal Conflicts Law Issues through the Revised Civil Code Articles on Disinheritance”, 62 *La. L. Rev.* 1321 (2002) 참조.

용이 가능하다고 본다. 참고로 법정손해배상에 대하여 개정 저작권법 부칙 제2조는 개정법 시행 후 최초로 권리침해가 발생하거나 의무위반이 발생한 것부터 적용한다고 하고 있으나, 개정 상표법 부칙 제4조는 개정법 시행 후 소가 제기된 것부터 적용한다고 정하여 일정한 범위에서 소급효를 인정한다.

### Ⅲ. 책임내용, 행사기간 및 법적 성질

#### 1. 법정손해배상

##### (1) 증거법적 측면: 손해액에 대한 증명도 경감

개정 정보통신망법 제32조의2의 요건을 충족하면 이용자, 즉 자신에 대한 정보를 누출당한 정보주체는 정보통신서비스 제공자등에 대하여 상당한 금액을 손해액으로 하여 배상을 청구할 수 있다. 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 고려하여 그 범위에서 상당한 손해액을 인정할 수 있다(개정 정보통신망법 제32조의2).

그 의미는 개정 정보통신망법보다는 오히려 개정 저작권법, 개정 상표법을 살펴볼 때 더 잘 드러난다. 개정 저작권법과 개정 상표법은 각 그 제125조의2 제4항, 제67조의2 제1항 제2문에서 개정 정보통신망법 제32조의2 제2항과 비슷한 규정을 두고 있다. 그런데 다른 한편 이들 법률은 각 그 제126조, 제67조 제5항에서 저작권법의 경우 손해가 발생한 사실은 인정되지만 저작권법 제125조의 규정에 따른 손해액을 산정하기 어려운 때, 상표법의 경우 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에 “변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 고려하여 그 범위에서 상당한 손해액을 인정할 수 있다”고 규정한다.<sup>44)</sup> 판례는 이러한 규정이 없는 일반 불법행위법과 계약법에서도 사안의 성질상 손해액을 엄밀하게 증명하기 곤란한 경우 법관이 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 고려하여 적당히 손해액을 산정하는 것을 허용해왔다. 그러

44) 특히 저작권법 제126조에 관하여는 조영신(주 4), 136면 이하. 일반적으로는 대법원 2004. 6. 24. 선고한 2002다6951, 6968 판결; 최우진, “구체적 액수로 증명 곤란한 재산적 손해의 조사 및 확정 - 사실심 법원 권능의 내용과 한계 -”, **사법논집**, 제51집 (2011), 413면 이하.

므로 위 두 규정은 확인적 성격을 가진다.

이 법리의 기능은 민사소송상 요구되는 증명도를 낮추어주는 것이다. 민사소송에서 증명은 원칙적으로 법관에게 확신을 주는 정도에 이르러야 한다. 가령 손해액에 관하여는 그것이 금액으로 정확히 얼마인지 확신할 수 있어야 하는 것이다.<sup>45)</sup> 문제는 이를 확정하는 것이 인과과정의 복잡성 등으로 인하여 매우 불분명하거나 적어도 그 증명에 큰 (감정 등) 비용이 드는 경우가 있다는 점이다. 이때에도 엄격한 증명을 요구하면 권리구제가 불가능해지거나 경제적으로 비합리적이 될 것이다. 그러므로 그에 갈음하여 일용 납득할 만한 범위 안의 금액을 결정해주는 것을 허용할 필요가 있다. 이 법리는 바로 이러한 필요에 대응한다.

이처럼 이미 법관의 재량에 의한 손해액 산정이 인정되는 우리 법질서에서 법정 손해배상이 갖는 의의는 무엇인가. 그 차이는 판례 및 저작권법 제126조, 상표법 제67조 제5항의 경우 손해액을 정면에서 증명하는 것이 어려워야 비로소 이러한 보충적 산정방법이 동원될 수 있는 반면, 개정 저작권법 제125조의2, 개정 상표법 제67조의2의 법정손해배상에서는 그러한 객관적 요건을 이용자의 주관적 선택으로 대체하였다는 점에 있다. 즉, 전자(前者)는 엄격한 위계에 따라 다른 방법이 고려되기 어려운 때에 한하여 보충적으로 적용되는 손해액 산정방법인 반면, 후자(後者)는 권리자(피해자)의 선택에 의하여 적용되는 손해액 산정방법이다. 개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상도 마찬가지로 판례상 요건을 갖추지 아니한 때에도 증명도 경감을 누릴 수 있게 해준다. 요컨대 우리 법질서에서 법정손해배상은 손해액의 증명과 관련하여 피해자, 즉 원고 측에서 충족하여야 하는 최소한의 증명도를 판례와 몇몇 법 규정이 인정하는 예외사유가 없는 경우에도 낮추어 주는 기능을 한다.

나아가 우리 법의 법정손해배상은 손해의 증명도도 함께 낮추어준다. 명문 규정으로 침해 내지 누출만 있으면 청구할 수 있게 하고 손해의 증명을 요구하지 아니하고 있고(이 점에서 저작권법 제126조와 다르다), 뒤에 보는 바와 같이 개인정보 누출로 인한 손해의 경우 손해는 인정되나 손해액의 증명이 어려운 경우는 별도로 없으므로 손해의 증명을 요구한다면 - 안 그래도 많다고 할 수 없는 - 이 규정의 실천적 의의가 지나치게 감소되기 때문이다.

45) 이동진(주 38), 173-176면.

## (2) 실체법적 측면: 실손해 전보(填補)

실체법상 배상대상이 되는 손해가 무엇인가, 손해액의 산정은 어떻게 이루어져야 하는가 하는 점은 절차적으로 손해의 증명을 어느 정도 요구할 것인가와 구별되어야 한다. 절차적으로 손해 내지 손해액의 증명을 요구하지 아니한다 하더라도 그에 관한 어떤 실체적 관념이 전제되지 아니하면 법관의 재량행사가 합리적으로 이루어질 수 없다.

이와 관련하여 법정손해배상이 실손해 전보(填補, compensation)를 추구하는지, 위반행위의 예방(prevention) 내지 징벌(punishment)을 목적으로 하는지가 문제된다. 근래 미국에서는 법정손해배상이 실손해 전보와 징벌을 동시에 추구하는 제도라는 취지라고 판단한 판례가 나온 바 있다.<sup>46)</sup> 그러나 이 제도가 처음 도입될 때에는 오히려 전보기능이 중심이었고, 징벌적 성격은 별로 강조되지 아니하였다.<sup>47)</sup> 미국에서 이러한 측면이 강조되게 된 데에는 인터넷 환경에서 저작권 등이 대량으로 침해된 경우, 특히 집단소송(class action)이 가능한 경우, 대개 배상액의 하한이 정해져 있는 미국의 법정손해배상제도 하에서 전체적으로 막대한 금액의 법정손해배상이 행해질 수 있게 된 점이 영향을 미쳤다고 보인다.<sup>48)</sup> 손해배상액의 하한이 규정되지 아니한 우리의 법정손해배상에서는 이러한 요청이 반드시 크다고 할 수 없다. 또한 사법(私法)에서 제재적 요소가 완전히 배제되어야 하는 것은 아니라 할지라도 이를 원칙이라고 할 수는 없는데, 개정 정보통신망법 제32조의2에는 이 규정이 제재 내지 징벌적 요소를 고려하고 있다고 볼 만한 단서가 전혀 보이지 아니하고, 오히려 그 제1항이 - 전보배상을 정하고 있는<sup>49)</sup> - 정보통신망법 제32조에 따른 손해배상을 청구하는 “대신” 법정손해배상을 청구할 수 있다고 하고 있다. 그리고 이 규정은 고의 또는 과실이 있으면 책임을 물을 수 있다고 하고, 그 적용범위를 고의 등 특히 비난할 만한 범위반으로 국한하고 있지 아니하다. 이 규정이

46) 대표적으로 *Cass County Music Co. v. C.H.L.R. Inc.*, 88 F.3d 635, 643 (8th Cir. 1996).

47) Gómez-Arostegui, “What History Teaches Us about US Copyright Law and Statutory Damages”, 5 *WIPO J.* 76 (2013); Samuelson and Wheatland, “Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform”, 51 *Wm. & Mary L. Rev.* 439, 446 ff. (2009); *F.W. Woolworth Co. v. Contemporary Art., Inc.* 344 U.S. 228 (1952); *Doehrer v. Caldwell*, 207 U.S.P.Q. 319 (N.D.Ill. 1980).

48) 가령 이규호(주 4), 116면 이하; 이종구(주 3), 135면 이하; 이종구, “한미 FTA의 이행에 따른 미국의 법정손해배상제도의 도입과 그 한계”, *산업재산권*, 제23권(2007. 8), 631면 이하.

49) 권영준·이동진(주 39), 295-296면.

정한 손해배상액의 상한도 300만원으로 비교적 소액이다. 입법자도 “이용자 권리 구제 수단을 보완”하기 위하여 개정한다고 하였을 뿐이고, 정보통신서비스 제공자 등의 의무위반의 억지 내지 그 위반에 대한 제재의 측면은 언급한 바 없다. 어느 모로 보아도 개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상은 실손해 전보를 추구하는 제도이고, 이를 넘어 징벌적 목적을 갖고 있지는 아니하다고 보인다.<sup>50)</sup>

개정 정보통신망법 제32조의2 제1항은 제32조의 손해배상을 청구하는 “대신” 법정손해배상을 구할 수 있다고 하므로, 제32조의 손해배상의 범위에 해당하는 모든 손해를 제32조의2의 법정손해배상으로도 청구할 수 있다. 여기에는 재산적 손해와 비재산적 손해가 모두 포함된다. 재산적 손해로는 가령 신용카드가 가입된 개인정보가 유출되어 제3자가 정보주체의 계산으로 물품을 구입하거나 서비스를 제공받아 입은 손해, 금융정보가 유출되어 제3자가 정보주체의 명의로 대출을 받거나 그 예금계좌에서 예금을 인출함으로써 발생한 손해, 개인정보의 추가확산을 막기 위한 조치비용 등을 생각할 수 있다. 노동조합이나 정당 가입 여부 등이 알려져 진행 중이던 계약교섭에 영향을 주어 유리한 계약을 체결하지 못하거나 이미 체결된 계약을 해지할 수밖에 없게 된 경우 그로 인한 불이익도 이에 포함될 여지가 있다. 비재산적 손해로는 성생활, 건강, 가정사, 범죄경력 등에 관한 정보가 유출되어 생긴 사회적 평가의 저하나 정신적 고통, 이메일 주소나 전화번호가 유출되어 수시로 스팸(spam)메일이나 광고성 전화를 받게 됨에 따라 겪는 생활의 불편 내지 정신적 고통 등을 생각할 수 있겠다. 재산적 손해에 관하여는 이미 확립된 재산적 손해액의 산정에 관한 원칙이, 비재산적 손해에 관하여는 법관의 재량에 의한 위자료 산정 원칙이 적용된다.<sup>51)</sup>

개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상 또한 실손해 전보를 지향한다는 결론으로부터 추가로 도출되는 또 하나의 귀결은, 개인정보의 누출로 인하여 동일한 재산적 내지 비재산적 손해가 발생한 경우에도 손해전보는 한 차례만 이루어져야 한다는 것이다. 복수의 가해자가 있다면 이들은 (부진정)연대책임을 진다. 자기 부담부분을 초과하여 배상한 자는 다른 가해자에 대하여 구상권을 갖게 된다.<sup>52)</sup>

50) 한미 FTA에서 규정하고 있는 저작권 침해와 상표위조에 대한 법정손해배상에 관하여 같은 취지로, 최경진(주 1), 228면 이하. 법정손해배상에 (손해전보를 넘는) 제재 내지 억지 목적이 부가되어 있다는 견해로, 김태선(주 3), 256면 이하; 이종구(주 48), 635면 이하, 개정 저작권법 제15조의2의 운용, 특히 배상액 산정과 관련하여 일반 예방적 고령을 강조하는 것으로, 조영선(주 4), 148면.

51) 권영준·이동진(주 39), 294-295면, 297면.

## (3) 두 측면의 상호작용

법정손해배상이 청구되는 경우 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 고려하여 재산적·비재산적 손해 모두에 대하여 가능한 한 실제 손해에 상응하는 배상액을 정하도록 노력하여야 한다. 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과만으로 통상 요구되는 정도에 이르는 심증을 얻지 못한 때에도 주어진 정보 하에서 최선의 결정을 하여야 한다.<sup>53)</sup> 우리 법에서 법정손해배상이 갖는 의미가 바로 이것이다. 개정 정보통신망법 제32조의2 제2항은 법원은 상당한 손해액을 인정“할 수 있다”고 하나, 이는 법관이 정보제약으로 인한 빈틈을 합리적 재량으로 메울 수 있음을 뜻할 뿐, 법정손해배상을 임의로 거부할 수 있다는 뜻은 아니라고 보인다. 법정손해배상이 손해의 전보를 지향하는 한 범위반 및 귀책사유의 정도, 반복위험 등 제재 내지 징벌적 측면은 배상액에 큰 영향을 주기 어렵다.<sup>54)</sup>

이용자로서는 증명할 의무는 없다 하더라도 어떤 손해를 주장하는 것인지 그 구체적 내용(손해항목)은 진술하여야 하고, 나아가 배상에서 좀 더 유리한 위치에 서기 위해 관련 증거를 제출하여 “변론 전체의 취지와 증거조사의 결과”를 자신에게 더 유리하게 할 수 있으며, 법원은 당연히 이를 고려하여야 한다. 미국에서 법정손해배상이 배심재판의 대상이 될 수 있다고 하는 것도<sup>55)</sup> 이를 전제한다. 그리하여

52) 단일한 손해에 대하여 복수의 가해자가 존재하는 경우 이들은 부진정연대책임을 지고, 내부구상이 가능하다. 이동진, “공동불법행위, 구상, 과실상계의 경제적 분석”, **법경제학연구**, 제9권 제1호(2012. 6), 83면 이하. 법정손해배상에도 부진정연대책임(joint and several liability)이 인정된다는 점은 미국에서도 같다. *Salton, Inc. v. Phillips Domestic Appliances & Pers. Care B.V.*, 391 F.3d 871, 877 (7th Cir. 2004); 이규호(주 4), 100면.

53) 같은 취지로, 최경진(주 1), 222면. 법정손해배상이 (실손해에 대한) 증명도를 경감시켜주는 기능을 한다는 점에 대하여는 *Peter Pan Fabrics, Inc. v. Jobela Fabrics, Inc.*, 329 F.2d 194, 195-196 (2nd Cir. 1964); *Van Der Zee v. Greenidge*, 2006 WL 44020 (S.D.N.Y. 2006); *In re Braun*, 327 B.R. 447, 450 (Bankr. N.D. Cal. 2005). 대륙법적 관점에서 미국의 법정손해배상을 이렇게 이해하는 것으로 Dreier, *Kompensation und Prävention. Rechtsfolgen unerlaubter Handlung im Bürgerlichen, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht* (2002), S. 175 f.

54) 이러한 점이 비재산적 손해액의 산정에 미치는 영향에 대하여는, 이동진, “비재산적 손해배상액의 산정: 비교법경제학적 접근”, **법경제학연구**, 제10권 제2호(2013. 12), 291면 이하.

55) *Feltner v. Columbia Pictures Television, Inc.*, 523 U.S. 340, 118 S.Ct. 12279. 또한 Ward, “Listen to Cass County Music: The Right to Jury Trials in Copyright Infringement Actions When Statutory Damages Are Elected”, 54 *Wash. & Lee L. Rev.* 1685 (1997).

경우에 따라 손해액 증명이 통상의 증명도에 이를 수도 있다. 정보통신서비스 제공자들도 이를 뒤집기 위하여 반증할 수 있다. 손해는 이용자가 입은 것이므로 어떤 손해를 입었는지는 이용자는 잘 알 것이 기대되는 반면 정보통신서비스 제공자들은 알기 어렵다. 따라서 정보통신서비스 제공자들이 이용자가 주장하는 손해의 존부와 규모에 대하여 합리적 의심을 제기하는 것만으로도 이미 “변론 전체의 취지와 증거조사의 결과”가 이용자에게 불리한 방향으로 옮겨갈 가능성이 있고, 또 그것이 부당하다고 할 수도 없다. 그리하여 정보통신서비스 제공자들이 반증을 제시하면 이용자로서는 법정손해배상을 받기 위하여 사실상 통상의 증명도에 가까운 증명부담을 지게 될 수 있다.

그밖에 손해액 산정에 적용되는 여타 법리, 가령 과실상계(민법 제396조)도 여기에 적용된다. 가령 정보통신서비스 제공자들이 개인정보 누출 사실을 통지하고 그 대책으로(개정 정보통신망법 제27조의3 제5항) 이용자에게 일정한 협력을 요청하였으나 이용자가 이에 응하지 아니하여 손해가 확대되었다면 과실상계를 하여 법정손해배상액을 감경할 수 있다.

#### (4) 법정손해배상액의 상한과 하한

개정 정보통신망법 제32조의2는 개정 저작권법 제125조의2나 개정 상표법 제67조의2와 마찬가지로 법정손해배상의 상한만을 정하고, 하한은 정하지 아니하였다. 이 점에서 상한과 하한을 모두 정하는 전형적인 미국 법정손해배상 입법과<sup>56)</sup> 다소 차이를 보인다.

그렇다면 법정손해배상이 매우 적은 금액, 특히 0이 될 수도 있는가. 개정 정보통신망법 제32조의2는 문언상 이러한 가능성을 열어두고 있다. 손해가 없거나<sup>57)</sup>

<sup>56)</sup> Copyright Act §504(c)(750~3만 달러); Trademark Act §1117(c)(500~1백만 달러); Anticybersquatting Consumer Protection Act §1117(d)(1,000~10만 달러); Electronic Communication Privacy Act §2520(c)(50~100달러, 100~1,000달러, 100~1만 달러); Truth in Lending Act §1640(a)(100~500달러); Fair and Accurate Credit Transaction Act §504(c)(100~1,000달러).

<sup>57)</sup> 손해의 존부에 대하여도 증명도가 경감된다는 것이 손해가 없음을 들어 청구를 기각할 수 있다는 점과 배치되는 것은 아니다. 미국의 법정손해배상은 하한이 있어 우리와 사정이 다른데, 최근 *Van Alstyne v. Electronic Scriptorium, Ltd.*, 560 F.3d 199 (4th Cir. 2009)는 전기통신정보보호에 관한(따라서 개인정보보호에도 관계가 있는) Electronic Communication Privacy Act §2707의 법정손해배상에 대하여 실손해(actual damages)의 존재를 요건으로 한다고 판시하여 상당한 논란을 불러일으킨 바 있다.

적어도 금전적으로는 그에 대하여 배상을 줄 만한 것이 아니라고 여겨질 때에는 그 밖의 요건이 갖추어진 때에도 배상액이 0이 되는 경우를 상정할 수 있는 것이다.

그러나 현재의 판례에 따르는 한, 이러한 가능성은 큰 의미를 가지기 어렵다. 개정 정보통신망법 제32조의2는 법정손해배상의 요건으로 개인정보의 누출을 들고 있는데, 판례는 누출이 있는 한 원칙적으로 그 자체 (비재산적) 손해가 있다고 보아, 그에 대하여 일정한, 대체로 10만원 이상의 위자료, 즉 배상액을 부여하고 있으므로,<sup>58)</sup> 법정손해배상의 책임성립요건이 인정되는 한 제1차 손해로서 개인정보 유출이 존재하고, 그것이 손해액이라는 크기도 가지는 것이 되기 때문이다. 개인정보는 기본적으로 정보주체의 개인정보에 대한 권리와 정보자유 사이의 형량이 요구되는 영역이고, 물건과 같이 물리적·유형적 대상을 갖고 있지도 아니하므로, 정보주체에게 일정한 통제권능을 할당하는 것은 별론, 그 정보에 대한 권리 내지 그 이득의 배타적 향유를 보장하기는 곤란하다.<sup>59)</sup> 따라서 한 사회의 성원이 공유하는 객관적 가치 내지 공통가치를 가지지도 아니하고, 설사 시장에서 일정한 가격에 거래된다 하더라도 그 가격이 개인정보의 객관적 내지 공통가치라고 볼 수도 없

58) 대법원 2012. 12. 26. 선고 2011다59834, 59858, 59841 판결(주 18). 이 판결은 개인정보의 누출 이외에 여러 요소들을 열거하고 있으나, 누출 이외의 요소들은 큰 의미를 부여하기 어려울 것으로 보인다. 좀 더 자세한 분석은 권영준·이동진(주 39), 297면 이하. 누출을 요건으로 하는 법정손해배상과는 별개의 문제이지만, 제3자가 접근할 수 있는지 여부는 위자료 산정의 한 요소일 뿐 손해 존부 및 책임성부의 문제는 아니라는 고형석, “개인정보침해와 피해구제에 관한 연구”, **법조**, 통권 제661호(2011. 10), 281면의 주장도 당연히 손해를 인정하는 취지로 보인다. 그밖에 판례를 지지하는 것으로 권태상(주 5), 103면. 임건면, “개인정보의 의의와 귀속관계 - 민사법적인 관점에서 -”, **중앙법학**, 제7집 제4호(2005. 12), 237-239면도 개인정보 누출 자체가 손해라고 한다. 또한 정상조(주 32), 616-618면(침해가 있으나 손해가 없다는 것은 모순이라고 한다).

59) 이러한 이익충돌을 보여주는 예로, 대법원 2011. 9. 2. 선고 2008다42430 전원합의체 판결(주 33). 홍진영, “개인정보자기결정권과 개인정보처리의 자유 충돌의 사법적 해결”, **민사판례연구**[XXXV](2013), 746면 이하. Solove and Schwartz(주 27), pp. 842 ff.; Volokh, “Freedom of Speech and Information Privacy: The Troubling Implications of a Right to Stop People from Speaking About You”, 52 *Stan. L. Rev.* 1049, 1057-1059 (2000). 또한 Data Protection Directive (95/46/EC) Article 9도 참조. Born, *Schadensersatz bei Datenschutzverstößen. Ein ökonomisches Instrument des Datenschutzes und seine präventive Wirkung* (2001), S. 61 ff. Druey, *Information als Gegenstand des Rechts* (1995), S. 105 ff.는 이 점이 정보를 물권화(Verdinglichung)하는 데 한계가 된다면서, 정보권을 이를 절차권(Verfahrensrecht) 내지 기회(Chance)로 보아야 한다고 한다. 같은 이유에서 개인정보를 인격권의 대상적 객체로 절대적으로 보호할 수는 없다는 것으로 BVerfGE 65, 1, 43(이른바 인구조사결정). 또한 정진명(주 5), 591-592면.



다. 따라서 개인정보 누출로 인한 실질적인 손해를 따지지 아니하고 누출 자체를 이미 손해로 파악하여 법관이 적당히 정한 값을 매기는 것이 적절한지에 대하여는 의문이 있다.<sup>60)</sup> 그러나 어쨌든 지금의 재판실무를 전제하는 한 법정손해배상의 요건을 충족하나 손해액이 0이 되어 청구가 기각되는 경우란 생각하기 어렵다.<sup>61)</sup>

개정 정보통신망법 제32조의2 제1항은 법정손해배상청구의 상한을 300만원으로 정하고 있다. 이러한 낮은 수준의 상한은 이 한도의 금액을 청구하는 한 손해 및 손해액의 증명이 (당해 소송의 이익에 비하여) 곤란한지 여부를 개별·구체적으로 따지지 아니하고 증명도를 낮추어주고(형식적 판단), 이를 넘는 손해를 주장하고자 하는 때에는 다시 원칙으로 돌아가 개별·구체적으로 손해액의 증명이 곤란하다고 여겨질 때에 한하여(실질적 판단) 증명도를 완화하는 두 단계의 구분을 도입하기 위함이다. 즉, 증명도 완화의 요건을 단계화한다.

이처럼 상한이 정해져 있는 한 무엇을 단위로 그 상한을 적용할 것인지 기준을 정하여야 한다. 개정 저작권법 제125조의2 제1항, 제2항은 “침해된 각 저작물”마다 1천만원의 한도를 적용하되, 둘 이상의 저작물을 소재로 하는 편집저작물과 2차적 저작물은 하나의 저작물처럼 취급하게 하고 있다. 그러나 개정 상표법이나 개정 정보통신망법 제32조의2에는 이러한 규정이 없다. 미국에서는 특히 저작권 침해와 관련하여 이 문제가 여러 번 다투어졌는데, 근래의 판례는 하나의 저작물을 한 사

60) 권영준·이동진(주 39), 296면; 김진환(주 12), 45면 이하, 73-81면. 개인정보의 가치 손상 자체에 대한 배상을 거부한 미국 판례로 *In re Barnes & Noble Pin Pad Litig.*, 12-CV-8617, 2013 WL 4759588, 4 (N.D. Ill. Sept. 3, 2013); *In re Jetblue Airways Corp. Privacy Litig.*, 379 F.Supp.2d 299, 326 f. (E.D.N.Y. 2005). 개인정보 보호에 관한 주의의무를 넓혀 가는 경향에도 불구하고 이 점은 오늘날까지 거의 바뀌지 아니하고 있다. 가령 *Bishop*(주 27). 개인정보의 가치 손상 자체에 대한 배상을 인정한 *Claridge v. RockYou, Inc.*, 785 F.Supp.2d 855, 861, 866 (N.D. Cal. 2011)은 매우 드문 예외이다. *Meal*(주 27), p. 8. 나아가 *Druey*(주 59), S. 47 ff.는 아예 정보 자체에는 가치(Wert)가 부여되어 있지 아니하다고 한다. 반면 *Born*(주 59), S. 65 f.는 예외적으로 개인정보 제공에 대한 대가 상당의 손해배상 또는 부당이득반환은 가능한 경우가 있을 것이라고 한다. 한편, 최호진(주 28), 154-156면은 비재산적 손해도 증명되어야 한다면, 누출에 대한 책임(위험부담의 정도)에 따라 그 증명도가 달라져야 한다고 주장한다. 그러나 과실에 증명도를 연동시키는 것은 합리적이라고 할 수 없다.

61) 미국 판례는 하한에 해당하는 금액을 청구할 때에는 증명 없이 곧바로 원고 승소의 약식판결(summary judgment)을 신청할 수 있다고 한다. *BMG Music v. Gonzalez*, 430 F.3d 888, 893. 우리 법에서는 위 법리가 그와 비슷한 기능을 하는 셈이다. 그러나 실 손해가 하한을 하회하는 경우 하한보다 낮은 배상액을 인정한 예로, *Warner Bros., Inc. v. Dae Rim Trading, Inc.*, 677 F.Supp. 740, 743 (1988); *D.C. Comics Inc. v. Mini Gift Shop*, 912 F.2d 29, 30 (1990).

람 또는 여러 사람이 공동으로 침해한 이상 침해행위 내지 복제물의 수와 관계없이 하나로 본다.<sup>62)</sup> 이러한 판례는 무엇보다도 하한이 중복 적용되어 전체적으로 막대한 금액의 배상액이 결정되는 것을 조금이라도 통제하려는 의도를 가지고 있다고 보인다. 그러나 이 법리를 개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상에 적용하는 데는 약간의 수정이 필요하다. 첫째, 저작권과 달리 개인정보는 하나의 권리단위가 분명하지 아니다. 성명, 주민등록번호, 이메일 주소, 아이디, 비밀번호 등은 따로 떼어도 개인정보가 될 여지가 있지만 합쳐져 더욱 뚜렷하게 개인정보가 되는 경우가 더 많다. 그간 재판실무에서 위자료 산정례를 보아도 어느 정보가 어디까지 유출되었는지 종합적으로 고려하여 하나의 위자료액을 산정하였을 뿐 하나하나의 정보에 따로 값을 매겨 합산하지는 아니하였고, 실손해의 크기를 고려할 때 이와 같은 접근이 합리적이라고 보인다.<sup>63)</sup> 둘째, 개정 정보통신망법 제32조의2에는 미국법과 달리 하한이 규정되어 있지 않다. 따라서 단위를 다소 좁게 정하여도 과다배상의 위험은 없다. 이상과 같은 점에 비출 때 위 상한은 사회관념상 동일하다고 인정되는 때 침해결과마다 적용된다고 봄이 좋을 것이다.<sup>64)</sup> 그러한 이상 하나의 정보통신망서비스 제공자들이 누출하였으나 구체적인 누출행위는 여러 단계에 걸쳐 이루어진 경우 또는 복수의 정보통신망서비스 제공자들이 공동으로 누출한 경우 전체에 대하여 300만원 이하의 법정손해배상을 한 차례 받을 수 있을 뿐이나, 하나의 정보통신망서비스 제공자들이 누출하였다 하더라도 서로 다

62) 무엇보다 Venegas-Hernandes v. Sonolus Records, 370 F.3d 183, 185 (1st Cir. 2004). 논의의 경과에 대하여는 Zawada, ““Infringed” versus “Infringing”: Different Interpretations of the “Work” and the Effect on the Deterrence Goal of Copyright Law”, 10 *Marq. Int. Prop. L. Rev.* 129, 134 ff. (2006); 이종구(주 48), 629-631면. 상표위조의 경우 단위 상품 수가 기준이다(per counterfeit mark per type of goods). 15 U.S.C. §1117 (c) (1); 김원오, “상표위조행위에 대한 법정손해배상제도의 도입 검토”, **산업재산권**, 제24호 (2007. 12), 9-10면.

63) 이는 인격적 법익 침해에 어느 정도 공통적이다. 하급심 재판실무는 하나의 행위가 명예와 초상권, 음성권을 동시에 침해하는 경우 각각에 대하여 별도의 위자료를 정하는 경향이 있으나, 이는 작위적이다. 이동진, **위자료 산정의 적정성에 관한 사법정책 연구**(2013), 39-45, 118-120면.

64) 저작권 침해에 관한 것이지만, 조영선(주 4), 152-153면도 형법상 수죄(數罪)-실체적 경합범과 포괄일죄의 구별을 끌어들이어 별개 고의 하에 시간과 장소를 달리하여 반복한 침해의 경우 별개로, 단일 고의 하에 시간적, 장소적으로 연속성을 갖고 침해한 경우 하나로 보아야 한다고 한다. 이에 대하여 상표법상 법정손해배상의 상한은 상표단위로 하여야 한다는 해석으로, 정태호, “상표법상 법정손해배상제도에 관한 비교법적 검토 및 제언”, **발명특허**, 통권 제432호(2012. 7), 28-30면.

른 제3자에게 별도로 누출하여 사회관념상 구분되는 별개의 손해가 발생한 경우에는 각각 따로 300만원 이하의 법정손해배상을 구할 수 있다.

## 2. 행사기간

### (1) 행사기간의 기산점

개정 정보통신망법 제32조의2 제1항은 법정손해배상은 “대통령령으로 정하는 기간 내에” 청구할 수 있다고 한다. 2014. 7. 17. 입법예고된(방송통신위원회 공고 제2014-33호) 정보통신망법 시행령 제17조의2는 이 기간을 “법 제27조의3제1항에 따른 통지를 받은 날부터 3년 또는 개인정보가 분실·도난·누출된 날부터 10년”으로 정하고 있다.

정보통신망법 제27조의3 제1항에 따른 통지는 개인정보 누출등의 통지를 가리킨다. 정보통신서비스 제공자등은 개인정보 누출 사실을 안 때에는 지체 없이 누출된 개인정보 항목, 누출이 발생한 시점, 이용자가 취할 수 있는 조치, 정보통신서비스 제공자등의 대응조치, 이용자가 상담 등을 접수할 수 있는 부서 및 연락처를, 정당한 사유가 없는 한 그 사실을 안 때로부터 24시간 이내에, 해당 이용자에게 알려야 하는데, 이를 통지한 때, 즉 통지가 이용자에게 도달한 때로부터 3년이 경과하면 더는 법정손해배상을 청구할 수 없게 되는 것이다. 안 때부터 24시간이 경과한 뒤에 통지가 이루어졌다거나 통지하여야 할 사항에 일부 오류나 누락이 있다는 등의 사정은 원칙적으로 통지의 효력에 영향을 주지 아니하나 통지하여야 할 사항의 누락이나 오류가 심각하여 이용자가 자신의 피해를 잘못 이해할 정도에 이르렀을 때에는 그러하지 아니하다고 보아야 한다. 이 규정은 뒤에 보는 바와 같이 불법행위의 단기 소멸시효에 대응하는 것이므로, 피해자에게 개인정보 유출 및 그로 인한 피해를 인식할 만한 계기를 제공해주는 것이어야 하기 때문이다.<sup>65)</sup> 같은 시행령 제14조의2 제2항이 “제1항에 따른 통지·신고를 하려는 경우 법 제27조의3제1항제1호 또는 제2호의 사항이 확인되지 아니하였으면 그때까지 확인된 내용과 같은 항 제3호부터 제5호까지의 사항을 우선 통지·신고한 후 추가로 확인되는

65) 장·단기소멸시효의 이론적 기초에 관하여는 Riedhammer, *Kenntnis, grobe Fahrlässigkeit und Verjährung* (2004), S. 170 ff. 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다39822 판결; 2008. 11. 13. 선고 2007다19624 판결 등이 보험금청구권에 관하여 민법 제166조에도 불구하고 주관적 기산점을 취한 것도 상법 제662조의 2년의 단기소멸시효기간과 관련되어 있다.

내용에 대해서는 확인되는 즉시 통지·신고하여야 한다”고 규정하는 것도 참고가 된다. 이러한 경우 추가 통지를 통하여 앞에서 언급한 수준에 이르렀을 때에 비로소 행사기간이 진행한다고 봄이 옳을 것이다.

한편, 정보통신망법 제27조의3 제1항 단서는 “이용자의 연락처를 알 수 없는 등 정당한 사유가 있는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 통지를 갈음하는 조치를 취할 수 있다”고 하여 이러한 통지의 예외를 정한다. 정보통신망법 시행령 제14조의2 제3항은 “정보통신서비스 제공자등은 법 제27조의3제1항 각 호 외의 부분 단서에 따른 정당한 사유가 있는 경우에는 법 제27조의3제1항 각 호의 사항을 자신의 인터넷 홈페이지에 30일 이상 게시하는 것으로 제1항의 통지를 갈음할 수 있다”고 하고, 같은 조 제4항은 “천재지변이나 그 밖의 정당한 사유로 제3항에 따른 홈페이지 게시가 곤란한 경우에는 「신문 등의 진흥에 관한 법률」에 따른 전국을 보급지역으로 하는 둘 이상의 일반일간신문에 1회 이상 공고하는 것으로 제3항에 따른 홈페이지 게시를 갈음할 수 있다”고 한다. 그러나 이들 특례는 3년의 기간 진행과는 무관하다고 봄이 옳다. 이러한 게시만으로는 피해자에게 개인정보 유출 및 그로 인한 피해를 인식할 만한 계기를 줄 수 없기 때문이다. 이들 통지에 갈음하는 방법은 과태료와 관련하여(정보통신망법 제76조 제1항 제2호의2) 의미가 있을 뿐이다.

또한 이용자는 위 3년의 행사기간과 관계없이, 개인정보가 분실·도난·누출된 날부터 10년이 지난 때에도 법정손해배상을 청구할 수 없게 된다. 이때 개인정보가 분실·도난·누출된 날이란 이용자가 법률상 법정손해배상의 요건을 갖추어 이를 청구할 수 있게 된 날, 즉 권한이 없는 제3자가 이에 접근할 수 있는 상태에 이른 날을 가리킨다.

## (2) 행사기간의 법적 성격: 소멸시효

개정 정보통신망법 시행령 제17조의2의 행사기간은 민법 제766조의 불법행위에 대한 장·단기시효기간을 염두에 두고 그에 일정한 변형을 가한 규정으로 보인다. 그러므로 이 규정의 행사기간 또한 민법 제766조에서와 같이 소멸시효로 봄이 자연스럽다.

### 3. 청구의 법적 성질과 절차적 취급

#### (1) 법적 성질

개정 정보통신망법 제32조의2는 법정손해배상을 청구할 수 있다고만 하고 있어, 그 법적 성질이 무엇인지에 관하여 논란의 여지를 남기고 있다. 그러나 개정 저작권법 및 개정 상표법상의 법정손해배상과 달리, 개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상은 법이 정한 특별한 불법행위책임으로, 독자적인 청구권을 발생시킨다고 보는 수밖에 없다.

먼저 개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상은 정보통신망법 제4장의 법률상 의무 위반에 대한 제재이다. 이는 계약관계를 전제하지 아니한다. 특히 정보통신서비스 제공자의 위탁을 받은 제3자의 경우 이용자와 사이에 계약은 물론 계약에 유사한 접촉조차도 전혀 없었을 수 있다. 따라서 정보통신망법 제32조가 그러한 것처럼 이 규정도 불법행위책임에 대한 특칙이라고 보아야 한다. 계약책임이 따로 성립하는 경우 청구권이 경합하게 된다.<sup>66)</sup>

다음 정보통신망법 제32조와 달리, 개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상은 일반 불법행위책임의 요건이나 효과, 증명책임에 관하여 일부 수정을 가하는 것이 아니라 별도의 청구권을 성립시킨다. 무엇보다도 개정 정보통신망법 시행령 제17조의2가 민법 제766조와 구별되는 독자적인 시효기간을 규정하고 있기 때문이다. 우리 법에서 소멸시효는 채권 기타 재산권을 단위로 인정되므로(민법 제162조 참조), 별도의 소멸시효가 규정된 이상 별도의 채권으로 보는 것이 자연스럽다. 다만, 법정손해배상이 전보적 성격을 갖는다고 이해하는 한 두 청구권은 동일한 손해를 지향하고, 하나가 만족되면 그 범위에서 손해가 소멸하여 다른 하나도 소멸할 수밖에 없으므로, 두 청구권은 청구권경합관계에 놓이게 된다.

#### (2) 절차적 취급

이처럼 개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상과 정보통신망법 제32조 내지 일반 불법행위법상의 손해배상이 서로 다른 청구권을 발생시키고, 양자가 경합한다고 이해하는 한 - 판례인 구 실체법설에 따를 때<sup>67)</sup> - 두 청구는 별도의 소

66) 정보통신망법 제32조의 손해배상과 계약책임의 관계에 관한 것이지만 같은 취지로, 대구지방법원 2014. 2. 13. 선고 2012나9865 판결(이른바 SK컴즈 사건).

67) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2005다9760, 9777 판결. 호문혁, 민사소송법, 제10판(2012),

송물을 구성한다. 이용자는 둘 중 어느 것을 구하는 것인지 분명히 하여야 한다. 개정 정보통신망법 제32조의2 제1항은 이용자가 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 이 점은 개정 저작권법 제125조의2 제1항, 개정 상표법 제67조의2 제1항도 마찬가지이다. 이 문구는 한미 FTA상 법정손해배상청구 여부는 - 법관이 아닌 - 피해자의 선택에 맡겨져야 한다는 요구에 응하기 위하여 채택된 것이므로,<sup>68)</sup> 그 취지를 존중함이 옳다. 다만, 법정손해배상은 어디까지나 예외에 해당하므로 이를 구하는 취지임을 분명히 하지 아니한 때에는 일응 정보통신망법 제32조 내지 민법상 일반 불법행위책임을 묻는 취지로 해석하고, 법정손해배상을 구하는 것임을 분명히 하였을 때 비로소 법정손해배상을 묻는 취지로 봄이 옳을 것이다.<sup>69)</sup>

나아가 둘 중 하나를 재판 외나 재판상 청구하였다가 다른 하나로 바꾸는 것도 가능하다. 개정 정보통신망법 제32조의2 제1항은 “제32조에 따른 손해배상을 청구하는 대신”이라고 하고 있으나, 일단 법정손해배상을 청구하면 곧바로 같은 법 제32조에 따른 손해배상청구는 할 수 없게 된다고 하고 있지는 아니하다. 그 역도 마찬가지이다. 이 규정에 대응하는 개정 저작권법 제125조의2 제1항은 “사실심(事實審)의 변론이 종결되기 전”까지 법정손해배상을 청구할 수 있다고 규정하고, 개정 상표법 제67조의2 제2항은 “제66조의2에 따라 손해배상을 청구한 상표권자 또는 전용사용권자는 법원이 변론을 종결할 때까지 그 청구를 제1항에 따른 청구로 변경할 수 있다”고 한다. 이들은 모두 일반 손해배상책임으로 소송상 청구를 하였다가 소송 중 법정손해배상으로 변경할 수 있는 것이다. 개정 정보통신망법 제32조의2에서도 달리 볼 까닭이 없다. 두 권리를 별개의 청구권으로 보는 한 둘 중 어느 하나를 구하다가 중간에 다른 하나로 변경하는 것은 청구의 변경(민사소송법 제262조)이다. 별도의 권리행사기간을 정하지 아니하고 사실심 변론종결 전까지 이를 구할 수 있다고 하고 있어 별개의 청구권으로 볼 필요가 없는 개정 저작권법 및 개정 상표법상 법정손해배상에 관하여도 법정손해배상에서 일반 손해배상으로, 또는 그 반대로의 변경은 청구의 변경이라는 것이 일반적인 이해이다.<sup>70)</sup>

115-116면.

68) 한·미 자유무역협정문 제18.10조 제6항: “the election of the right holder.” 상표법상 법정손해배상에 관하여 이 점을 강조하는 것으로, 김석준, “상표법상 법정손해배상에 관한 비교법적 고찰 - 고의의 차별적 취급 및 사용요건의 강화를 중심으로 -”, **인암법학**, 제42호(2013. 12), 523면.

69) 저작권법상 법정손해배상에 관한 것이지만, 이규호(주 4), 140면도 같은 취지이다.

70) 저작권법에 관하여 이규호(주 4), 141면, 상표법에 관하여 김석준(주 68), 523면(다만, 같은 문헌, 524면이 상표권자에게 손해의 발생이 인정되지만 원고가 그 실손해액 중

이렇게 보는 한 심지어 개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상을 청구하여 판결을 받은 다음, 다시 정보통신망법 제32조 내지 민법상 불법행위책임을 묻는 청구를 하는 것도 허용된다. 두 청구가 별개의 소송물을 구성하는 한 전소(前訴) 판결의 기판력은 후소(後訴)에 미치지 아니하므로, 후소를 차단할 근거가 없다. 결국 개정 정보통신망법 제32조의2 제1항의 “대신”은 같은 법 제32조와 제32조의2의 책임이 동일한 손해를 대상으로 하고 있음을, 즉 전보적(填補的) 성격을 갖고 있음을 가리킬 뿐이고, 어느 하나를 청구하면 다른 하나를 청구할 수 없게 된다는 뜻은 아니라고 보는 수밖에 없다. 이는 미국에서 법정손해배상의 운용과는 다른 것이나, 결론적으로 합리적인 것이기도 하다.

이러한 이해로부터 몇 가지 추가적인 귀결이 도출된다. 첫째, 복수의 정보통신망서비스 제공자들이 있는 경우 그중 일부에 대하여는 법정손해배상을, 나머지에 대하여는 정보통신망법 제32조 내지 민법상 일반 손해배상을 구하는 것도 가능하다. 한 사람에 대하여 둘 중 어느 하나, 또는 둘 다 판결을 받을 수 있다면, 복수의 가해자에 대하여 서로 다른 방법으로 판결을 받는 것도 막을 까닭이 없다. 법정손해배상이 일반 손해배상과 동일한 손해 및 손해액을 지향하는 한 부당한 결과는 생기지 아니한다. 어차피 피고가 응소하여 적극 다투면 적어도 이념적으로는 양쪽 모두 동일한 손해액에 이를 수 있기 때문이다. 둘째, 주위적으로 정보통신망법 제32조 내지 민법상의 불법행위책임을, 예비적으로 개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상을 구하거나 양자를 선택적으로 구할 수도 있다. 개정 저작권법 및 개정 상표법상 법정손해배상과 관련하여서는 이 점에 관하여 의문이 있었으나,<sup>71)</sup> 적어도 개정 정보통신망법상의 법정손해배상의 경우 순서대로 또는 양자 모두 심리하여 큰 금액을 주문으로 올리면 족하다. 특히 법정손해배상을 선택하였다 하더라도 정보통신서비스 제공자들이 손해에 대한 반증을 제시하면 이용자도 “변론 전체의 취지와 증거조사의 결과”를 다시 자신에게 유리하게 하기 위하여 손해와 손해액에 대한 증거를 제출할 수밖에 없고, 그 결과 어차피 손해 및 손해액을 통상

---

명에 곤란을 겪고 있을 때 법원이 법정손해배상으로 청구를 변경하는 것을 석명할 필요가 있다고 하는 것은 의문이다. 청구의 변경에 대한 석명은 매우 엄격한 요건 하에서만 허용될 수 있을 뿐이다; 정태호(주 64), 32-33면. 그러나 개정 저작권법과 개정 상표법의 법정손해배상에 관하여도 이러한 이해가 타당한지는 의문이다. 여기에서는 오히려 하나의 청구권, 즉 하나의 소송물만이 존재한다고 봄이 옳다고 보인다.

71) 예비적 병합은 허용하여야 한다는 견해로, 김석준(주 68), 523-524면(그러나 상표권자의 선택권을 존중하여야 하므로 선택적 병합은 허용될 수 없다고 한다).

필요한 수준으로 증명하게 되었다면 300만원의 상한이 없는 일반 손해배상으로 변경하는 쪽이 합리적일 수 있다. 이것이 정보통신서비스 제공자들에게 특히 불리한 것도 아니다. 그렇다면 처음부터 병합 제기하는 것도 허용함이 옳다.

끝으로 사회관념상 하나의 개인정보 누출로 인한 손해에 대하여 일부는 법정손해배상으로 나머지 일부는 일반 손해배상으로 청구하는 것도 가능하다. 법정손해배상과 일반 손해배상의 경합을 인정하고, 둘 다에 대하여 각각 판결을 받을 수 있는 이상, 하나는 법정손해배상, 다른 하나는 일반 손해배상으로 구하는 것도 금지할 까닭이 없다. 당해 손해에 대하여 법정손해배상으로 받은 돈이 모두 합쳐서 300만원 이하이거만 하면 되는 것이다. 하나의 개인정보 누출로 인한 손해에 대하여 복수의 소송으로 법정손해배상을 구하는 것도 합쳐서 300만원 범위 안에 있으면 허용함이 좋을 것이다.<sup>72)</sup> 판례는 심지어 사회관념상 하나의 사고로 인한 손해라 하더라도 재산적 손해와 비재산적 손해를 별개의 소송물이라고 보고, 재산적 손해도 적극손해와 소극손해는 별개의 손해로 보며, 같은 적극손해 또는 소극손해 안에서 손해항목이 별개이면 별소(別訴)로 청구할 수 있다는 입장을 취하고 있다.<sup>73)</sup> 법정손해배상에서만 이를 달리 볼 만한 합리적인 근거가 없다. 그 대신 법정손해배상을 구하는 경우에도 증명은 별론, 주장하는 손해가 무엇인지는 동일성을 확인할 수 있을 정도로 특정해주어야 하고, 또 판결문도 어떠한 손해에 대하여 법정손해배상을 인정하는 것인지 동일성을 확인할 수 있을 정도로 특정해주어야 한다. 법정손해배상과 일반 손해배상이 같은 손해를 지향하는 한 법정손해배상을 명하는 판결에서 고려된 손해가 무엇인지를 알 수 있어야 다른 소송에서 중복제소나 기관력의 범위를 판단할 수 있기 때문이다.

## IV. 평가와 전망

### 1. 우리 민사법체계와의 정합성

#### (1) 비교법적 관점에서 본 법정손해배상

법정손해배상은 미국법상 ‘statutory damages’에서 유래한다. 미국에서 이러한 손

72) 이 점에 관한 미국에서의 논의는 이규호(주 4), 98면 이하.

73) 대법원 1977. 2. 22. 선고 76다839 판결. 호문혁(주 67), 361-363면.



해배상이 규정된 가장 대표적인 예는 저작권법과 상표법이지만, 일단 이러한 제도가 인정되자 점차 연방 및 주법을 통하여 그 밖의 영역, 가령 각종 소비자보호법이나 인권법, 개인정보 보호법에도 확장되게 되었다.<sup>74)</sup> 제정법상 제도로서 근거 법령마다 그 내용에 차이가 있어 통일적인 논의를 하는데 한계가 있으나, 대체로 원고가 구하는 경우 실손해(actual damage)의 배상에 같음하거나 그에 덧붙여, 법원이 일정한 침해 단위 당 일정한 금액(하한) 이상 일정 금액(상한) 이하의 범위의 배상액을 정하여 배상을 명할 수 있도록 하는 제도를 말한다. 배상액이 고정되어 있거나 상한 또는 하한이 없는 경우도 있다. 이때 ‘법정(statutory)’이라는 수식어는 책임의 근거가 제정법에 있다는 뜻이 아니라, 손해배상액의 산정에 관하여 법령이 따로 정한다는 뜻이다. 우리 민사법에서 손해배상 앞에 ‘법정’을 붙이는 용법과 다소 다르고, 미국법상의 ‘statutory damages’의 역어(譯語)라는 감을 지을 수 없으나, 이 제도가 우리 법에 처음 도입된 경위(미국과의 FTA 협정의 이행)에 비추면 이와 같은 용어를 쓰는 것을 반드시 비난하기만은 어렵다.

이 제도는 미국에서 유래하였으나, 점차 다른 나라로 확산되고 있다. 캐나다, 중국, 대만, 싱가포르, 말레이시아, 베트남, 스리랑카, 러시아, 아제르바이잔, 카자흐스탄, 키르기스스탄, 우크라이나, 벨라루스, 불가리아, 리투아니아 등이 저작권 침해 등에 이 제도를 도입하였다. 주로 국제지적재산권협회(International Intellectual Property Alliance, IIPA)의 압력 하에 미국이 1990년대 초부터 양자 및 다자간 무역협정(Trade Agreement)을 통하여 그 상대국에게 저작권 침해와 상표위조에 대하여 이 제도를 예외 없이 관철시켜왔기 때문이다. 우리가 이 제도를 받아들인 계기도 한미 FTA였다. 무역협정상 이 제도를 받아들이기로 한 모든 나라에서 실제로 이행입법이 이루어진 것은 아니지만, 일단 이행입법을 한 나라에서는 이 제도가 저작권 침해와 상표위조 외의 경우로 확장되는 일이 심심치 않게 일어났다.<sup>75)</sup>

그러나 독일, 프랑스, 영국 등은 지적재산권이든 개인정보 보호이든 이러한 미국식 법정손해배상을 받아들이고 있지 아니하고,<sup>76)</sup> 통상의 손해배상원칙에 만족한

74) 김태선(주 3), 243면 이하; 이종구(주 3), 127면 이하 참조.

75) Samuelson, Hill, and Wheatland, “Statutory Damages: A Rarity in Copyright Laws Internationally, But For How Long?”, 9 *J. Copyright Soc’y* 529 (2013) (미국 학계가 statutory damages에 대하여 일관되게 비판적임에도 통상 등의 수단으로 이를 다른 나라에 확산시키고 있다면서 이에 비판적이다). 상표위조에 대하여 법정손해배상을 받아들인 예에 관하여는 김원오(주 62), 14-15면(싱가포르와 중국을 든다).

76) 개인정보 침해에 한하여 보면, 독일은 명문 규정을 두고 있으나 경우를 나누어 중간 책임 및 위협책임과 배상액의 상한을 정할 뿐이고, 영국과 프랑스는 명문 규정 없이

다. 법정손해배상이 미국에서 유래한 제도임은 분명하나, 그 전과방향과 경로는 통상교섭상의 필요 등 법체계 외적인 요소에 좌우되고 있어, 대륙법계에서도 대만처럼 이를 받아들인 경우가 있는가 하면 보통법계라 하더라도 영국처럼 이를 받아들이지 아니한 경우도 있는 것이다.

## (2) 민법과의 정합성

이 제도에 관하여는 종래 미국에서 유래한 것으로써, 손해전보를 목표로 하는 우리 민사책임법과 조화가 문제될 수 있다는 지적이 지속적으로 제기되어왔다. 법정손해배상이 어떤 기능을 하는지, 즉 종래의 손해배상과 어떤 점에서 다른지에 비추어 이를 검토한다.

먼저, 개정 정보통신망법 제32조의2 및 개정 저작권법, 개정 상표법상의 법정손해배상의 예에서 보듯, 이 제도는 손해액 증명의 부담을 덜어준다. 증명도를 완화시켜준다는 것이다.

그러나 이러한 측면이 우리 법체계에 반한다고 볼 수는 없다. 우리 법에는 이미 미국식의 법정손해배상과 관계없이 손해액의 증명도를 예외적으로 – 법정손해배상이 예정하는 정도로 – 완화시켜주는 법리가 존재하였다. 대륙법계에 속하는 독일에서도 특히 손해액에 관하여는 그 증명도를 완화시켜주고 있고(독일 민사소송법 제287조), 프랑스에서 손해액 산정은 법관의 전권(專權, *pouvoir souverain du juge*)에 속하는 것으로 보고 있다.<sup>77)</sup> 증명도 경감은 규율의 합리성의 문제이지, 법체계의 고유성 내지 법체계 내 정합성의 문제는 아닌 것이다. 이를 개별·구체적 형량에 맡길지, 아니면 일정한 청구액 범위를 정하여 형식적으로 그 아래에 해당하면 일반·추상적으로 증명도를 경감할지도 입법적 선택의 문제일 뿐이다.

다음, 우리 법질서에는 아직 그러한 형태의 법정손해배상이 없으나, 미국의 법정

---

불법행위( 및 계약)책임에 맡기고 있는데, 모두 실손해 배상만 인정된다. Gola/Klug, *Grundzüge des Datenschutzrechts* (2003), S. 120 f. (독일); Carey, *Data Protection. A Practical Guide to UK and EU Law* (3<sup>rd</sup> ed., 2009), pp. 155 f. (영국); Alau, *Les cyber-risques dans l'entreprise: enjeux et assurance* (2013), Section 2 §4 B (프랑스). 보다 광범위한 비교법적 개관으로는 Allnutt, Di Santo, and Sanz (eds.), *International Data Breach Law. A Comparative Guide* (2012), pp. 17 f.(유럽 내 거의 모든 국가가 통상의 실손해 전보로 만족하고 있고, 누출만으로 실손해를 인정하지는 아니한다고 한다). 유럽에서도 징벌적 손해배상의 틀에서 법정손해배상이 논의되고 있다는 설명[조영선(주 4), 142면 이하]은 양자의 차이[김태선(주 3), 255면 이하]를 무시하고 있다.

77) Dreier(주 53), S. 174-176.

손해배상 중 상당수는 법정손해배상액의 하한도 규정하고 있다. 그리하여 하한을 청구할 때에는 아예 아무 증거도 내지 아니하더라도 책임성립만 증명하면 청구가 인용될 수 있다. 이러한 형태의 법정손해배상은 객관적 최소손해 내지 최소손해액을 정하는 기능을 한다. 실제 미국에서 법정손해배상이 도입된 동기 중 하나는 미국 저작권 판례가 - 독일 등과 달리 - 저작권자가 실제로 저작물을 영리 목적으로 배포하거나 이용허락을 하는 등으로 수익을 거두었으리라고 볼 만한 사정이 없는 경우 손해액 추정 규정의 적용을 거부하였다는 점에 있었다.<sup>78)</sup> 미국법에서 이 제도도 객관적 최소손해를 염두에 둔 것이라는 말이다. 인터넷상 개인정보 보호에 종종 쓰이고 적용범위에 있어서 개정 정보통신망법 제32조의2와 비교할 만한 미연방 전기통신프라이버시법(Electronic Communications Privacy Act) 제2707조 (c)는 “본조의 민사소송에서 법원은 원고의 실손해(actual damages) 및 가해자가 가해 결과 얻은 이익 일체를 손해배상액으로 산정할 수 있으나, 어떤 경우에도 배상청구권자는 합계 1,000 달러 이상의 배상을 받는다.”고 정한다. 그중 “1,000 달러 이상” 부분은 법정손해배상(statutory damages)으로 이해되고 있는데, 이것이 객관적 최소손해임은 규정형식상 이미 분명하다.<sup>79)</sup>

그러나 이러한 형태의 법정손해배상조차 그 자체 우리 법체계에 반한다고 할 수는 없다. 전보의 대상이 되는 손해가 무엇인가 하는 점은 사실적 요소와 규범적 요소를 종합하여야만 결정할 수 있는 것이고, 대륙법계에서도 무엇이 손해이고 손해액인지 법률로 규정하는 일이 가능하기 때문이다.<sup>80)</sup> 민법 제397조도 금전채무불이행에 대하여 일률적으로 법정이율에 의한 지연손해금을 인정하고 있고, 이는 - 금전이 가지는 다양한 활용 가능성을 고려하여 - 실제 제때 이행되었을 때 그만큼의 이익을 얻을 수 있었는가와 관계없이 법률상 인정되는 규범적 손해(normativer Schaden)로 이해된다. 실손해가 법정이율에 의한 금액을 초과하는 경우 그 사실을 증명하여 배상받을 수 있는지는 다투어지지만 이를 인정하는 때에는<sup>81)</sup> 이 규정에 의한 손해를 객관적 최소손해(objektiver Mindestschaden)라고 할

78) Dreier(주 53), S. 174 f.

79) 이 법의 내용과 인터넷 환경에서의 적용에 관하여는 Cooper, “The Electronic Communications Privacy Act: Does the Answer to the Internet Information Privacy Problem Lie in a Fifteen Year Old Federal Statute? A Detailed Analysis”, 20 *J. Marshall J. Computer & Info. L.* 1 (2001); Serwin, McLaughlin, and Tornaszewski(주 26), pp. 87 ff. 법정손해배상이 대륙법, 그중에서 특히 독일법적인 관점에서 이른바 객관적 최소손해의 배상에 상응하는 기능을 한다는 점은, Dreier(주 53), S. 175.

80) 저작권법상 법정손해배상에 관하여 같은 취지로, 박성수(주 1), 40-41면.

수 있다.<sup>82)</sup> 그밖에 노동능력상실로 인한 일실이익 상당의 손해를 일용노임에 의하여 산정하는 판례도 그 예에 해당한다.<sup>83)</sup>

마지막 문제는, 이 제도가 제재 내지 징벌적 성격을 가져 우리 민사책임법 체계에 반하는 것은 아닌가 하는 점이다.

그러나 법관에게 변론 전체의 취지와 증거조사 결과에 따라 손해액을 정할 수 있게 한다 하여 곧바로 제재적 내지 징벌적 성격을 띠는 것은 아니다. 하한을 정하였는데 그 하한이 일정 종류의 불법행위에서 실손해를 현저히 초과하는 배상을 초래하는 경우에 비로소 징벌적이라고 할 수 있으므로, 하한을 정하지 아니하거나 정하였다 하더라도 그것이 적정 수준에 머무르면 문제되지 아니한다. 따라서 이는 법정손해배상 자체의 문제가 아니라 구체적 하한의 문제인 것이다. 나아가 제재 내지 징벌적 요소를 배제하여야만 대륙법계 민사(책임)법에 부합하는 것도 아니다. 대륙법에도 여러 곳에 제재 내지 징벌적 요소가 스며있다.<sup>84)</sup>

요컨대 법정손해배상은 우리 민법과 심각한 부정합을 일으키지 아니하고 우리 법에 수용될 수 있다.

### (3) 민사소송법과의 정합성

미국법상 법정손해배상에 대한 규율 중 우리 법과 가장 조화되지 아니한다고 보이는 것은 오히려 민사소송절차에서의 취급이다. 미국에서는 종종 복수의 청구나 복수의 당사자에 대하여 하나의 상환을 적용하기 위하여 기판력(res iudicata)이 동원되는 것처럼 보인다.<sup>85)</sup> 이는 우리의 기판력 이해와는 잘 조화되지 아니한다. 우리 민사소송법에서는 청구는 가능한 것으로 보고 이중만족만을 – 가령 청구이의의 소(민사집행법 제44조) 등으로 – 막는 접근이 정합적이다. 이는 미국에서의 설명보다 피해자에게 유리한데, 법정손해배상이 결국 피해자를 두텁게 보호하기 위한 제도인 이상 문제가 있는 것은 아니다.

81) 대법원 1991. 10. 11. 선고 91다25369 판결; 2001. 7. 13. 선고 2001다22833 판결 참조.

82) *MünchKommBGB/Ernst*, 5. Aufl. (2007), §288 Rn. 4.

83) 대법원 1996. 7. 26. 선고 95다19072 판결; 1997. 7. 22. 선고 95다6991 판결. 규범적 요소가 소극적, 즉 손해를 부정하는 방향으로 고려된 예로는 이러한 원치 않은 아이의 출생과 관계된 대법원 1999. 6. 11. 선고 22857 판결을 들 수 있다.

84) 가령 Dreier(주 53), S. 515 ff. 또한 대법원 1987. 5. 26. 선고 86다카1876 전원합의체 판결; 2010. 9. 30. 선고 2010다50922 판결도 참조.

85) 이규호(주 4), 98면 이하 참조.

## 2. 개인정보 누출 사고의 억지와 피해구제의 실효성

### (1) 개정 정보통신망법 제32조의2의 개선점과 그 한계

개정 정보통신망법 제32조의 법정손해배상이 우리 민사법질서와 정합적인지와 개인정보 누출 사고의 억지와 피해구제에 실질적으로 기여할 수 있는지는 별개의 문제이다.

우리처럼 하한이 없는 법정손해배상의 기능은 결국 손해액 증명도 경감이다. 이러한 조치가 필요하고 또 도움이 되려면 피해자가 손해증명이 어려워 개인정보 누출에도 불구하고 그 권리를 행사하지 아니하거나 적어도 과소보상(under-compensation)을 받고 있어야 한다. 실제 개인정보 누출에 대한 법정손해배상 도입론은 이를 전제하였다고 보인다. 그러나 이러한 전제가 과연 타당한 것인지는 다소 의문이다.

저작권 침해나 상표위조의 경우 증명도 경감이 상당히 큰 의미를 갖는다. 저작권 침해나 상표위조에서 실손해는 본래 저작권 침해나 상표위조가 없었다면 있었을 가정적 시장상황과 저작권 침해나 상표위조가 있는 현실에서의 저작권자 내지 상표권자 등의 경제적 이익의 차이로 산정된다(차액설). 이 비교의 두 항 중 한 항인 전자(前者), 즉 가정적 시장상황은 그 자체 재현 불가능할 뿐 아니라, 다수의 이해관계인이 다양한 변수의 영향 하에 상호작용하여 이루어진 결과여서 그 확정 내지 증명이 곤란하다. 이러한 증명상의 곤란은 저작권자 내지 상표권자뿐 아니라 상대방, 즉 침해자도 겪는 바이다.<sup>86)</sup> 이 경우 누구에게 증명책임을 지워도 증명이 개선되지는 아니한다. 단지 증명책임을 지는 사람이 패소할 가능성이 높아질 뿐이다. 증명도를 완화시켜주는 것이 그나마 실체에 다가갈 수 있는 길이 되는 까닭이다.<sup>87)</sup> 저작권법이나 상표법은 이미 이 문제를 해결하기 위하여 손해액 추정 규정을 두고 있지만(저작권법 제125조, 상표법 제67조), 덧붙여 일정한 소액의 손해 주장에 대하여는 일반적인 증명도 완화를 규정하는 것도 이러한 관점에서 의미가 있을 수 있다.

<sup>86)</sup> 이는 특히 시장 메커니즘을 통하여 발생하는 순수 경제적 손해(pure economic loss)에 전형적인 문제이다. 가령 이동진, “가격담합에 대한 불법행위책임 소고(小考): 간접피해자의 손해배상청구와 이른바 손해전가(損害轉嫁)의 항변을 중심으로”, **법경제학연구**, 제11권 제2호(2014. 8), 223-225면; Dreier(주 53), S. 69 ff.

<sup>87)</sup> 이동진(주 38), 173-176면.

반면 개인정보 누출의 경우 손해는 개인정보 누출 그 자체든 그로 인하여 파생된 손해든 정보주체가 증명할 수 있는 사항이다. 증명비용도 대개 크다고 할 수 없다. 판례는 심지어 - 미국과 달리 - 개인정보 누출 자체에 대한 비재산적 손해 배상(위자료)은 증거 없이 바로 인정해준다. 그 이상의 손해를 주장하는 경우에도 원고가 처음부터 증명하기 위하여 노력할 필요가 없다면 그만큼 그의 지위가 강화되기는 하겠지만, 피고가 응소하여 다투는 한 원고도 승소하기 위해서는 어차피 자신의 손해를 증명하여야 한다. 그리하여 이 법리는 피고가 응소하되 적극적으로 다투거나 반증을 하지는 아니하는 사건이나 공시송달판결(민사소송법 제208조 제3항 제3호)의 대상인 사건, 피해자 각자의 손해를 일일이 증명하기도, 다투기도 번잡한 집단소송에 한하여<sup>88)</sup> 실질적인 차이를 낳게 된다.

일각에서는 개인정보 누출로 인하여 피해자가 입는 손해가 상당히 큰데 증명 부담 때문에 배상을 받지 못하고 있다는 인식도 있는 듯하다. 그러나 여기에서 피해자가 느끼는 손해란, 개인정보가 누출되어 언젠가 매우 귀찮은 일이 생기거나 치명적인 손해를 입을지 모른다는 불안<sup>89)</sup> 내지 위협에 가깝다. 물론 일단 개인정보가 누출된 이상 어떤 형태로든 어디엔가 계속 남아 언젠가 손해를 발생시킬 수 있다. 그러나 불안감이 문제라면 이는 이른바 순수 정신적 손해(pure emotional loss)로서 어느 나라에서나 제한적으로만 배상되고 있고, 또 그러한 제한이 반드시 부당하다고 하기도 어렵다.<sup>90)</sup> 그 불안이 현실화될 위험이 문제라면, 이는 - 재현 불가능한 가상적 시장상황과 달리 - 시간이 해결해줄 수 있다. 손해가 실제로 발생하면 피해자는 곧 그 손해를 알 수 있고, 또 증명할 수 있으므로 그때 추가배상을 구하면 된다는 것이다.<sup>91)</sup> 아직 발생하지 아니하였을 뿐 아니라 발생할지 여부를

88) 집단소송에서 손해(액)를 샘플링(sampling) 기법으로 산정할 가능성에 대하여는, 장원경, “집단적 분쟁의 손해배상액 산정에 표집기법의 활용”, **저스티스**, 통권 제144호 (2014. 10), 168면 이하.

89) 정보화 사회로의 이행에서 나타나는 불확실성으로 인한 불안에 관하여는 Thierer, “Technopanics, Threat Inflation, and the Danger of an Information Technology Precautionary Principle”, 14 *Minn. J. Law, Science & Technology* 309 (2013).

90) 미국에서도 이러한 개인정보 유출로 인한 순수한 정신적 고통은 배상대상에서 제외되어 왔다. *Amburgy v. Express Scripts, Inc.*, 671 F.Supp.2d 1046, 1055 (E.D. Mo. 2009); *In re Hannaford Bros. Co. Customer Data Sec. Breach Litig.*, 613 F.Supp.2d 108, 132 f. (D. Me. 2009); *Anderson v. Hannaford Bros Co.*, 659 F.3d 151 (1st Cir. 2011). Meal (주 27), pp. 7 f. 순수 정신적 손해의 배상 일반에 관하여는 이동진, “미국 불법행위 법상 비재산적 손해의 배상과 그 한계”, **민사법학**, 제66호(2014. 3), 286면 이하 참조.

91) 미국에서도 이러한 개인정보 유출로 인한 장래의 손해발생 위험은 일관되게 배상되지

알 수도 없는 장래의 손해는 원칙적으로 그 발생 여부가 확정되어야 배상받을 수 있다. 어떤 손해가 발생할지 확정되기 전에는 그 손해의 크기, 즉 손해액을 평가할 수 없기 때문이다.<sup>92)</sup> 순 이론적으로는 장래 발생할 수 있는 손해를 그 발생 확률 분포에 따라 할인한 현재의 잠재적 전체 손해를 상정할 수 있고, 현재 이를 배상해주는 제도도 구상할 수 있을지 모르나,<sup>93)</sup> 이러한 제도구상이 현실화되려면 무수한 난관을 극복하여야 한다. 적어도 이는 현행 법질서와는 매우 동떨어진 것이다. 이러한 점을 모두 걷어내고 현재의 구체적 손해만 보았을 때에도 여전히 과소보상되고 있다고 할 수 있을지는 분명하지 아니하다.<sup>94)</sup>

아마도 하한을 추가로 규정한다면, 그리고 그 금액을 현재 인정되는 최소한의 금액, 가령 10만원보다 충분히 높게 설정한다면, 개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상이 상당한 성과를 거둘 수 있을지 모른다. 미국에서도 개인정보 침해 일반에 대하여 하한이 있는 법정손해배상을 규정하여야 한다는 주장이 있고, 캐나다에서는 이러한 입법조치가 검토되고 있다.<sup>95)</sup> 하한을 두는 것 자체가 우리 법질서에 반한다고 할 수 없음은 앞서 본 바이다.<sup>96)</sup> 문제는 어떤 하한인가 하는 점이다. 미국에서 근래 저작권법상 법정손해배상이 논란의 대상이 되고 여러 비판을

---

아니한다. Grigsby v. Valve Corp., C12-0553JLR, 2012 WL 5993755, 2 (W.D. Wash. Nov. 14, 2012); Shafran, 2008 WL 763177, 2-3; Krottner, 406 F.App'x 131; Pisciotta v. Old Nat. Bancorp, 499 F.3d 629, 635, 640(주 27). 또한 Forbes v. Wells Fargo Bank, N.A., 420 F.Supp.2d 1018 (D. Minn. 2006, 현재의 손해로부터 발생하였고, 일정한 장래에 발생할 것이 합리적으로 예견되는 장래의 손해는 배상될 수 있으나, 실현되지 아니한 장래의 손해의 위협은 배상될 수 없다고 한다). 또한 Meal(주 27), pp. 6 f.; Solove and Schwartz(주 27), pp. 832 f.

92) 이러한 후속손해에 대하여는 소멸시효의 기산점도 옮겨진다. Morah, *Verjährungsrechtliche Probleme bei der Geltendmachung von Spätschäden im Deliktsrecht: aus der Sicht des deutschen, schweizerischen, österreichischen und englischen Rechts* (1996).

93) 이러한 아이디어로, Cooter, "Towards A Market in Unmatured Tort Claims", 75 *Va. L. Rev.* 383 (1989) (실제로는 이러한 시장이 존재하기 어려움을 인정한다).

94) 이동진(주 54), 307-308면. 그러나 정상조(주 32), 615-616면은 과소보상이라는 취지이다.

95) Schwartz, "Property, Privacy, and Personal Data", 117 *Harv. L. Rev.* 2055, 2118 ff. (2004) (미국); Office of the Privacy Commissioner of Canada, *The Case for Reforming the Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (2013), p. 8 (캐나다).

96) 입법론적으로 하한을 두는 데 찬성하는 것으로, 최경진(주 1), 234면(예외적 감액권도 부정한다), 저작권 침해에 관하여 이종구(주 48), 643면(다만, 예외적 감액권을 두어야 한다고 한다); 차상욱, "저작권법상 법정손해배상의 비교법적 고찰", *경북대 법학논고*, 제47집(2014. 8), 373면, 상표위조에 관하여 정태호(주 64), 30-32면, 반대하는 것으로 저작권 침해에 관하여, 이규호(주 4), 138면 이하, 상표위조에 관하여 김원오(주 62), 527-528면.

받았던 이유 중 하나는 인터넷에서 대량으로 저작권 침해가 일어나는 경우 하한에 저작물의 수를 곱한 총 배상액이 실손해액을 명백히 현저하게 초과하는 경우가 나타났기 때문이다. 미국에서는 이것이 집단소송(class action)과 결합하여 심각한 초과배상 문제로 이어졌고, 그 결과 하한의 적용기준을 넓게 잡는 한편 이처럼 운용되는 한 법정손해배상도 징벌적 성격을 가진다면서 여기에 헌법상 적법절차 원칙(due process)을 적용하여 배상액을 제한하여야 한다는 주장까지 유력하게 제기되고 있다.<sup>97)</sup> 이는 저작권의 가치에 큰 편차가 있음에도, 일률적으로 하한을 정하였기 때문에 생긴 문제이다. 전형적인 (인격주체성과 큰 관계가 없는) 개인정보의 경우 저작권보다는 이러한 문제가 덜한 것 같다. 인정되는 위자료액도 일정 범위(대략 10만원 내지 30만원) 안에서 결정되고 있다. 그러나 개인정보의 개념범위 자체가 정보통신 및 데이터 처리기술의 발전 정도에 따라 어느 정도 유동적인 점에 비추면 장차 매우 낮은 정도의 배상을 명함이 적절한 개인정보가 나타날 가능성도 있다. 또한 저작권이나 상표권과 달리 개인정보는 하나의 개인정보 단위가 어디까지인가를 정하기가 더 까다로운데, 일단 하한이 정해지면 이 단위를 정하는 문제가 더욱 첨예해진다. 현실에 영향을 줄 정도로 높은 하한을 정하는 순간 이와 같은 여러 문제가 생기고, 법정손해배상이 제재적 내지 징벌적 성격을 갖게 되며, 그로 인한 논란 내지 논쟁도 격화된다. 그렇다고 이를 피하는 수준에서 하한을 정하면 현실에 별 영향을 줄 수 없을 정도로 낮은 수준이 되게 마련이다.

## (2) 개정 정보통신망법 제32조의2의 단점

더 중요한 문제는 과연 배상액이 적다는 점이 개인정보 누출로 인한 손해배상의 추구에서 결정적인 장애였는가, 그리하여 이를 개선하면 개인정보 누출방지 및 피해구제의 실효성이 크게 개선될 것인가 하는 점이다. 이 또한 회의적이다.

누출된 것이 한 두 사람의 개인정보라면, 민사소송으로 권리를 추구하기는 쉽지 아니할 수 있다. 큰 손해가 실현되지 아니한 이상 소송의 이익이 적기 때문이다. 미국 민사소송상 소송비용부담에 관한 원칙(이른바 American rule)과 달리<sup>98)</sup> 우리

<sup>97)</sup> Barker(주 3), pp. 525 ff.; Evanson, “Due Process in Statutory Damages”, 3 *Geo. J. L. & Pub. Pol’y* 601, 625 f. (2005); Samuelson and Wheatland(주 47), p. 441; Scheurman, “Due Process Forgotten: The Problem of Statutory Damages and Class Action”, 74 *Mo. L. Rev.* 103 (2009). 우리 법에서도 특히 하한이 있는 법정손해배상에 대하여 헌법상 과잉금지(비례)의 원칙 위반이 되지 아니하도록 주의하여야 한다는 주장이 있다. 이종구(주 48), 635면 이하.



민사소송법은 일정 범위 내의 변호사비용을 포함하여 소송비용을 패소자에게 부담시키도록 하고 있으나(민사소송법 제98조 이하), 그 산입 한도도 소송목적의 값과 연동되어 있어, 소송목적의 값이 작은 이상 현실적으로 민사소송을 하기 어렵다는 점은 다르지 아니하다.

그러나 우리나라에서 그동안 주로 문제되어 왔던 수십만 명에서 천만 명 단위의 대규모의 개인정보 누출은 - 실제 개인정보의 산업적 활용을 고려할 때 정책대응이 필요한 것은 주로 이러한 형태의 개인정보 누출이다 - 소액이기는 하나 피해자가 충분히 다수이므로, 피해자들이 집단적으로 소송을 함으로써 이러한 문제를 극복할 수 있다.<sup>99)</sup> 이것이 가능한 한 법정손해배상에 하한을 규정하는 것은 장점보다 단점이 많다. 근래 미국의 법정손해배상에 관한 규정 중 몇몇이 법정손해배상의 상·하한에 관하여 집단소송(class action)으로 하는 경우와 그렇지 아니한 경우를 구분하여 규율하고 있는 것도<sup>100)</sup> 이 때문이다. 이러한 미국식의 구분을 도입할 것인지는 별론으로 하더라도, 대부분의 중요한 개인정보 누출 사건에서 배상액이 적다는 점이 권리추구에 큰 장애가 되지는 아니할 것이라는 점을 고려할 필요가 있다. 실제로 우리나라에서 가장 많은 수의 원고단(原告團)을 구성한 집단소송의 대표적인 예가 개인정보 누출에 대한 손해배상청구 사건이었다는 점이 이를 뒷받침한다.

<sup>98)</sup> 다만, Electronic Communication Privacy Act §2707(b)(3)은 합리적인 변호사 비용 기타 소송비용을 패소자에게 부담시킬 수 있다고 규정한다.

<sup>99)</sup> 주 14, 16, 17에 인용된 사건의 대다수가 이러한 예에 속한다. 이러한 취지에서 개인정보 침해에 관하여 미국식 집단소송(class action) 내지 독일식 단체소송(Verbandsklage)을 도입하자는 주장으로, 고희석(주 58), 284면 이하; 이민영, “개인정보보호를 위한 손해배상제도에 관한 연구”, **인터넷 법률**, 통권 제35호(2006. 5), 138면 이하. 개인정보 보호법은 제51조 이하에서 단체소송을 인정하고 있으나, 권리침해행위의 금지·중지만을 대상으로 하고, 손해배상은 대상에서 제외한다. 한편, 그럼에도 불구하고 여전히 소를 제기하지 아니하는 당사자도 적지 아니하다는 점이 지적이 있을 수 있다. 그러나 제재의 총량이 문제라면 단순히 배상액을 올려주는 방법으로 해결하여야만 하는 것은 아니다. 피해자 중 일부라도 책임을 묻는 소를 제기하여 배상을 받는 데 이른다면(사적 집행; private enforcement), 국가에 의한 공적 집행(public enforcement)이 이를 보완할 수 있기 때문이다. 양자의 보완관계에 대하여는 이동진(주 86), 234면. 나아가 개인정보 누출 사실이 공개되고 민사소송을 통하여 당해 정보통신망서비스 제공자가 구체적으로 어떤 정보보안조치를 취하였는지가 드러나면, 그것이 그 서비스에 대한 시장수요에 영향을 줄 수 있다(시장메커니즘에 의한 규제).

<sup>100)</sup> 가령 Fair Debt Collection Practices Act §813(a)(2)(집단소송의 경우 50만 달러와 채권 추심인의 1% 중 작은 금액을 한도로 함); Truth in Lending Act §1640(a)(2)(B)(집단소송의 경우 100만 달러와 신용제공자의 순자산의 1% 중 작은 금액을 한도로 함).

개인정보 누출에 대한 책임추궁에서 피해자가 겪은 곤란은, 갑자기 늘어난 스팸 메일이나 스팸문자, 전화 등을 통하여 피부로 느끼는 손해의 증명이 아니라, 오히려 누구에게 제공한 개인정보가 누출된 것인지, 누출과 구체적 손해가 어떻게 관련되는지, 그리고 어떠한 경위를 통하여 누출된 것인지를 피해자로서는 알기 어렵다는 점에 있다. 첫 번째 문제는 특히 우리나라처럼 다수의 정보통신망서비스 제공자가 사실상 같은 내용의 개인정보를 수집하고 있는 경우 두드러지는데, 어떻게 완전히 극복하기는 어렵다. 누구에게서 누출되었는지조차 확정하지 아니한 채 책임을 묻는 책임법체계는 생각할 수 없기 때문이다. 두 번째 문제는 이미 첫 번째 문제가 해결되는 한 증명도를 적절히 완화하여 해결할 수 있다. 특정인에게서 개인정보가 누출되었고 그 무렵 개인정보 누출에 의한 것으로 보이는 손해가 발생하였다면 양자 사이의 관련성을 인정하기가 반드시 어렵지는 아니한 것이다.<sup>101)</sup> 그러나 마지막 문제, 즉 누출경위와 평소 어떤 조치를 취하고 있었고 누출을 알게 된 뒤 어떤 조치를 취하였는지를 알 수 없다는 점은 그러하지 아니하다. 이러한 경위와 (기술적·관리적) 조치는 정보통신서비스 제공자의 내부조직 문제여서 외부의 이용자로서는 알 수도 증명할 수도 없는 반면 내부의 정보통신서비스 제공자로서는 어렵지 아니하게 확인하고 증명할 수 있는 사항이다. 이러한 경우 주장(구체적 진술) 및 증명책임을 이용자에게 지우면 이용자로서는 많은 경우 마지막 사항의 증명에 실패하여 책임을 추궁할 수 없게 된다. 이용자가 이를 극복할 방법은 결국 형사사건화하여 수사결과를 이용하는 것뿐인데, 이는 그 자체 비판받고 있는 개인정보 보호 영역의 과도한 형사화를 뒷받침한다. 오히려 이러한 경우 일반적인 해결책은 무과실, 즉 엄격책임(strict liability) 내지 위험책임(Gefährdungshaftung)을 도입하거나 실제법상 과실을 요구하는 대신 증거법상 개인정보 누출이라는 결과만으로 과실을 추정하여 책임을 인정하고 정보통신서비스 제공자가 구체적 유출경위와 그간 취한 조치 등을 진술·증명하여 과실이 없음을 증명함으로써 변복할 수 있게 하는 이른바 중간책임을 도입하는 것이다.<sup>102)</sup> 이렇게 하면 정보통신서비스

101) 인과관계는 어떻게든 증명되어야 한다. 그런데 여기에는 많은 경우 손해의 증명이 불가분적으로 포함되므로, 손해의 증명도를 완화해주는 것이 의미를 갖는 경우는 그리 많지 아니하다.

102) Born(주 59), S. 114 ff.(위험책임까지는 필요하지 아니하고 중간책임으로도 목적을 달성할 수 있다고 한다). 이와 같은 개인정보 누출 특유의 어려움에 대하여는 Gola/Schomerus, *BDSG-Kommentar*, 9. Aufl. (2007), §7 Rn. 7, 11. 제조물책임에서 과실추정이 바로 이러한 논리에 터 잡아 도입되었다는 점은 이동진(주 38), 192면 이하.

제공자가 마지막 문제에 관한 비용을 모두 내부화하게(internalize) 된다.

그런데 개정 정보통신망법 제32조의2 제1항은 정확히 이와 반대의 길을 갔다. 같은 법 제32조만 해도 “이 법 위반”을 요구하는 점 때문에 개인정보 누출이라는 결과만으로 일응 손해배상책임이 인정된다고 해석하는데 저어(鉅語)되는 바가 있기는 하나, 어쨌든 고의·과실의 증명책임을 전환하는 규정을 두어 중간책임으로 볼 여지가 있었던 반면, 개정 정보통신망법 제32조의2는 명시적으로 이용자가 “이 장의 규정” 위반과 고의·과실을 이용자가 증명하게 함으로써 이러한 가능성마저 차단한 것이다. 이는 사소한 부담을 덜어주면서 큰 부담을 안긴 셈이어서, 결과적으로 이 제도의 실효성을 크게 떨어뜨린다. 하한도 규정되어 있지 아니하고, 기껏해야 최초의 증명부담을 덜어주는 정도에 그치는 우리의 법정손해배상에 대하여 이러한 요건을 덧붙일 필요가 무엇인지 의문이다. 실질적으로 “이 장의 규정”이 상정할 수 있는 거의 모든 주의의무를 포괄하고 있으므로, “이 장의 규정” 위반을 강조할 필요도 없다. 어차피 개정 정보통신망법 제32조의2 제1항 단서와 앞뒤가 맞지 아니하는 중복 규정인 제1호를 요건에서 삭제하는 것이 바람직할 것이다. 나아가 법정손해배상뿐 아니라 정보통신망법 제32조의 일반 손해배상도 개인정보 누출에 관한 한 개인정보가 누출되었다는 사실, 즉 결과만으로 과실을 추정하거나<sup>103)</sup> 아예 무과실책임으로 구성하는 방안을 검토할 필요가 있다.<sup>104)</sup>

### 3. 그 밖의 문제

#### (1) 적용범위의 문제

개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상 중 평가가 필요한 또 다른 부분은

<sup>103)</sup> 이러한 취지로 이민영(주 99), 129면 이하.

<sup>104)</sup> 정보침해를 유형화하여 거래의 성립과 이행에 본질적이거나 필수불가결한 정보에 대한 정보가 유출된 경우 사업자가 무과실임을 입증하여야 하고, 거래의 편익 또는 사업자 요구정보나 절대적 개인정보의 경우에는 위험책임이 적용되어야 한다는 견해로, 양재모, “전자거래상 개인정보보호에 대한 민사적 접근”, **사이버커뮤니케이션학보**, 제 27권 제2호(2010. 6), 110-114면. 널리 과실책임을 지지하는 것으로 권영준(주 30), 45면 이하. 과실책임은 과실판단기준이 불명확해져 역지효과를 거둘 수 없고, 잔존위험에 대한 보험이 필요하다는 이유를 들어 엄격책임을 지지하는 견해로, Citron, “Reservoirs of Danger: The Evolution of Public and Private Law at the Dawn of the Information Age”, 80 *S. Cal. L. Rev.* 241 (2007). 경청할 만한 주장이라고 생각된다. 다만, 이는 보험을 끼워 팔도록 강제하는 것과 같다는 점도 고려할 필요가 있을 것이다.

이 제도를 정보통신망법에 규정하여 정보통신서비스 제공자등과 그 이용자에 한하여 적용하는 것이 타당한가 하는 점이다.

문제되는 개인정보와 그 개인정보를 수집·처리하는 사람의 인적 특성에 따라 규율밀도가 달라질 수는 있다. 민·형사적인 사후구제만으로 개인정보가 충분히 보호되기 어려워 행정적인 사전규제가 도입되어야 한다면, 여기에는 법령상 근거가 있어야 하므로 개별 법령마다 각기 다른 개인정보 보호 규정을 두는 것이 불가피할지도 모르겠다. 그러나 손해배상의 방법 내지 손해액 산정이 그러한 문제에 속하는지는 의심스럽다. 이에 대하여 특별한 배려가 필요하다면 그 근거는 개인정보와 그 침해라는, 피침해법익과 그 침해태양의 특수성에서 찾을 수 있을 뿐이고, 가해자나 피해자의 인적 특성과는 무관하기 때문이다.

과거에는 개인정보 관련 규제를 담당하는 기본법으로 민간영역에는 정보통신망법, 정부영역에는 공공기관의 개인정보 보호에 관한 법률이 있고, 그밖에 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률, 의료법 및 보건의료 기본법, 위치정보의 이용 및 보호에 관한 법률 등 개별 법령에 개인정보에 관한 규제가 산재하였다. 그러나 현행법은 공공기관의 개인정보 보호에 관한 법률을 폐지하고 개인정보 보호법을 제정하면서 민간영역과 정부영역 모두에 적용되는 기본법으로 하고 있다. 그럼에도 정보통신망법 등 개별 법령을 유지하고 그중 개인정보에 관한 규정도 대부분 존속시켜 규제의 중복 또는 불균형이 초래되었는데,<sup>105)</sup> 이 규정도 그 예에 속하는 셈이다. 정부는 정보통신망법 이외에 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률, 개인정보 보호법 등에도 비슷한 규정을 추가하려는 계획을 갖고 있다고 알려져 있으나, 그보다는 손해배상 등에 관한 규정을 기본법인 개인정보 보호법에 통합하고, 나머지 법에는 특칙만 남기는 것이 더 나은 방법이다.

## (2) 행사기간의 문제

또한 개정 정보통신망법 제32조의2 제1항이 행사기간을 대통령령에 위임하고, 개정 정보통신망법 시행령 제17조의2가 이를 개인정보 누출 통지를 받은 날부터 3년 또는 개인정보가 누출된 날부터 10년으로 한 것이 타당한가 하는 점도 따져볼

105) 사실 규제가 중복되는 것인지 불균형적인 것인지 분명하지 아니하다는 점 자체가 실무상 문제되고 있다. 구태언(주 40), 173면 이하; 이희정, “개인정보 보호법과 다른 법과의 관계 및 규제기관 사이의 관계 - 정보통신망 이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률과의 관계를 중심으로 -”, 고학수 편(주 6), 130면 이하. 특히 기술적·관리적 조치의 내용에서 이 문제에 관하여는 박상철(주 11), 255면 이하.

필요가 있다.

먼저, 권리 행사기간은 모법(母法)에 규정하여야 할 사항이지, 대통령령에 위임할 사항이 아니다. 권리의 구체적인 내용을 정하는 중요한 부분일 뿐 아니라, 법률 개정으로는 적시에 합리적인 대응을 할 수 없다거나 입법자가 전문성 부족 등으로 스스로 결정하기 곤란하였다는 등 위임입법을 할 만한 사정도 없다. 심지어 이 모법(母法) 규정은 그 해석상 매우 중요한 문제인 장차 마련될 대통령령이 정하는 행사기간이 어떤 법적 성격을 갖는 것인지에 관하여 아무런 단서도 주지 아니한다. 결과적으로 마련된 시행령은 일종의 장·단기소멸시효를 규정하였지만, 대통령령만 보아서는 개정 저작권법 등에서 한 바와 같이 “사실심(事實審) 변론종결시까지”와 같이 소멸시효나 제척기간 등으로는 보기 어려운 규율도 위임범위 밖에 있다고 볼 근거가 없다. 그리하여 위임의 범위도 명확하다고 할 수 없다. 이러한 위임입법이 필요한 상황은 법률은 통과시켜야 하나 미처 조문성안이 완료되지 아니한 경우 이외에는 생각하기 어렵다. 행사기간을 따로 정할지 여부는 별론으로 하더라도, 정하려면 법률에서 직접 정하여야 할 것이다.

행사기간을 따로 정하여야 하는가도 문제이다. 개정 정보통신망법 제32조의2의 행사기간이 합리적인지 여부는 별론으로 하더라도, 일반 손해배상은 놓아두고 특히 법정손해배상에 한하여 행사기간을 달리 정하는 합리적인 근거를 찾기 어렵다. 우리 법질서상 법정손해배상의 기능 내지 의의가 손해액 증명부담의 경감에 있고, 실체법상 청구권의 근거, 요건, 내용 내지 효과에 어떤 차이가 있는 것은 아니기 때문이다. 이처럼 별도의 행사기간을 규정하면 실체법상 일반 손해배상과 법정손해배상이 별개의 청구권을 구성하는 것으로 보게 되고, 그 결과 - 구 실체법설을 취하는 우리 판례에 따를 때 - 두 청구권을 별개의 소송물로 볼 수밖에 없게 된다. 그런데 원고로서는 법정손해배상을 청구하였다가도 피고 측의 대응에 따라 일반 손해배상으로 변경하여야 하는 경우가 적지 아니하므로, 이것이 항소심에서 이루어지는 경우 - 판례의 신소(新訴)제기·구소(舊訴)취하설에 따를 때 - 재소(再訴)금지(민사소송법 제267조 제2항)에 걸려 재변경이 현저하게 곤란해질 수 있다.<sup>106)</sup> 물론 이와 같은 상황은 일반 손해배상과 법정손해배상 사이에서만 생기는 것은 아니고, 청구권경합이 있는 때에는, 그리고 판례의 신소(新訴)제기·구소(舊訴)취하설과 우리 민사소송법의 재소(再訴)금지 규정을 전제하는 한, 늘 생긴다. 그러나 다른 경우와 달리 이때의 청구권경합은 전적으로 동일한 법률요건과 사실

106) 대법원 1987. 11. 10. 선고 87다카1405 판결; 호문혁(주 67), 748-749, 800면 이하.

관계 하에 오직 증명도를 감정하는 방법으로만 작용하므로 그 부당함이 더욱 두드러진다. 따로 행사기간을 두지 아니하거나 굳이 정한다면 법정손해배상에 한하지 아니하고 정보통신망법 제32조나 불법행위 일반에 대하여 두어야 옳을 것이다. Electronic Communication Privacy Act §2707(f)도 실손해(actual damages)배상, 법정손해배상, 징벌적 손해배상 및 예비적 구제, 형평법적(equitable) 구제, 확인적(declaratory) 구제 모두에 대하여 동일하게 “원고가 법 위반을 알게 되었거나 알 수 있는 기회가 있었던 날로부터 2년”의 행사기간을 정하고 있고, 법정손해배상에 한하여 별도의 규정을 두지는 아니한다.

끝으로, 개정 정보통신망법 제17조의2의 행사기간이 내용적으로 타당한지도 의문이다. 이 규정은 민법 제766조 제1항의 10년 및 3년의 장·단기소멸시효의 기산점을 각각 “불법행위를 한 날”과 “손해 및 가해자를 안 날”에서 개인정보가 누출된 날과 통지가 있는 날로 변경하고 있다. 먼저, 민법 제766조 제1항의 불법행위를 한 날과 개정 정보통신망법 제17조의2의 개인정보가 누출된 날은 대체로 같은 의미로 보인다. 그러나 후속손해가 발생한 경우에는 달라질 여지가 있다. 이때 “불법행위를 한 날”은 그로 인한 각각의 손해가 발생한 날을 포함하는 취지로 해석될 수 있고, 따라서 손해가 발생한 뒤 10년이 경과하였을 때 비로소 소멸시효가 완성한다고 할 수 있다.<sup>107)</sup> 그러나 개인정보가 누출된 날은 어의(語意)상 그와 같이 보기 어렵다. 그 결과 후속손해가 개인정보 누출 후 10년이 지난 뒤 발생한 경우 법정손해배상은 아예 청구할 수 없게 된다. 그와 같이 하여야 할 까닭을 알기 어렵다. 나아가 민법 제766조 제1항의 그 손해 및 가해자를 안 날과 개정 정보통신망법 제17조의2의 개인정보 누출 통지가 있는 날은 분명히 다른 의미를 갖는다. 앞의 것은 손해도 알아야 하므로 후속손해에 대하여는 기산점을 뒤로 미룰 근거가 충분하나, 뒤의 것은 손해까지 다 알아야 한다고 볼 근거가 없다. 앞의 것은 피해자의 인식을 전제하나, 뒤의 것은 통지가 도달하면 족하고 요해(了解)할 필요는 없다. 그리하여 통지가 도달하였으나 피해자 측 사정으로 인식하지 못한 경우, 예컨대 장기간 해외에 체류한 경우 등에는 알게 되었을 때에는 이미 시효기간이 경과하였을 가능성이 있다. 개인정보 누출이라는 있을지 없을지도 모르는 사고에 관하여 피해자가 이러한 위험을 부담할 까닭을 찾기 어렵다. 본래 단기소멸시효는 권리자에게 권리를 행사할 기회를 주었음에도 불구하고 이를 행사하지 아니하는 경

<sup>107)</sup> 대법원 1979. 12. 26. 선고 77다1894 전원합의체 판결; 곽윤직 편집대표, **민법주해** [XIX](2005), 397면 이하(윤진수 집필부분); Moraht(주 92), S. 241 ff.

우 권리행사를 차단하는 것이므로 그 기산점은 주관적으로 정하는 것이 자연스럽고, 객관적 기산점은 이러한 주관적 행사가능성을 일일이 따질 필요가 없을 정도로 충분히 긴 기간이 경과하였을 때, 즉 장기소멸시효에서 고려함이 합리적이다. 3년의 단기시효를 피해자의 인식 내지 인식가능성과 관계없이 진행하게 한 것도 별로 합리적이라고 할 수 없다. 단기시효를 통지에 연동시킴으로써 정보통신서비스 제공자들의 통지책무이행 유인을 강화할 수 있다는 설명을 생각할 수 있을지 모르나, 어차피 3년의 기간이 있는 이상 통지 후 3년이 경과할 때까지 피해자가 권리를 행사하지 아니하여 면책될 가능성을 기대하기는 어렵다. 이러한 유인은 잘 작동하지 아니할 것이다. 개정 정보통신망법 시행령 제17조의2의 행사기간을 민법 제766조와 달리 한 것은 어느 모로 보아도 개선이라고 보이지 아니한다.

## V. 요약과 제언

개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상은 불법행위책임의 특칙으로 일반 불법행위 및 정보통신망법 제32조의 책임과 별개의 법정손해배상청구권을 성립시킨다. 그 책임요건은 정보통신망법이 정하는 기술적·관리적 조치의무에 위반하거나 불법적으로 개인정보를 제3자에게 제공하여 개인정보가 누출되었을 것이라고 요약할 수 있다. 기술적·관리적 조치의무의 내용이 무엇인지는 법관에 의하여 그때그때 정하는 수밖에 없다. 누출은 개인정보가 권한 없는 제3자가 접근할 수 있는 상태에 놓이는 것을 뜻한다. 이 규정은 고의·과실 추정을 정하고 있으나, 다른 한편 책임의 적극적 요건으로 고의·과실을 규정하여, 실제로는 고의·과실 추정이 적용될 수 없게 되어 있다. 책임내용인 법정손해배상의 핵심은 손해와 손해액에 대한 증명도의 경감이다. 원고가 통상 요구되는 수준의 증명도, 즉 합리적 의심 없는(beyond reasonable doubt) 증명을 하지 아니한 때에도 “변론 전체의 취지와 증거조사의 결과”에 비추어 가능한 한 실제손해에 근접하는 손해액을 정하여야 하고, 원고의 증명책임을 닦아 청구를 기각할 수 없다. 개정 정보통신망법 제32조의2는 이러한 특혜를 주는 대신 청구액을 300만원으로 제한하고 있다. 따라서 사회관념상 동일하다고 인정되는 침해결과마다 300만원 이하의 금액을 청구할 때에 한하여 이러한 특혜를 누릴 수 있다. 다만 개정 정보통신망법 제32조의2의 법정손해배상은 하한이 없고 달리 징벌 내지 제재적 성격을 갖는다고 볼 근거가 없으므로 여전히 전보적 성격을 갖는 제도라고 이해된다. 그리하여 상대방, 즉 정보통신

서비스 제공자등이 반증을 하는 것은 허용된다. 법정손해배상도 실손해를 지향하므로, 일반 손해배상청구권과 동일한 손해를 대상으로 하게 되고, 따라서 청구권경합, 부진정연대채무에 관한 실체법 및 절차법적 법리가 그대로 적용된다. 입법예고된 정보통신망법 시행령 제17조의2는 이에 대하여 개인정보 누출등 통지를 기초로 하는 별도의 행사기간을 정하고 있는데, 이는 장·단기소멸시효에 해당한다. 다만, 정보통신망법 제27조의3 제1항 단서에서 정하는 통지에 갈음하는 조치는 이 규정의 단기소멸시효의 기초가 되지 못한다고 해석하여야 한다.

법정손해배상은 미국의 ‘statutory damages’에서 유래한 제도이고, 독일·프랑스 등 대륙법에는 낯선 것이지만, 그 자체 우리 민사법체계와 부정합을 일으키지는 아니한다. 특히 하한을 규정하지 아니한 우리 법의 법정손해배상은 우리 민사법체계에 수용되고, 다른 법제도와 접목되는 데 아무런 문제도 없다. 그러나 이 제도를 수용함으로써 무엇이 개선되었는가 하는 점은 별개의 문제이다. 법정손해배상의 주된 기능은 손해와 손해액의 증명도의 경감에 있는데, 이는 이미 판례에 의하여 대부분 달성되고 있었다.<sup>108)</sup> 법정손해배상이 이 법리의 활용범위를 좀 더 넓혀주는 것은 하나, 상대방이 반증할 수 있음에 비추면 그 정도는 결코 크다고 할 수 없다. 특히 저작권 침해나 상표위조와 달리 개인정보 누출로 인한 손해는 증명상의 곤란으로 인하여 과소배상(under-compensation)되고 있는 영역이라고 하기 어렵다. 여기에 과소배상 문제가 있다면 실체법상 배상이 제한되는 심리적 불안감과 아직 확정되지 아니한 장래의 (잠재적) 손해로 인한 것인데, 법정손해배상은 이에 대한 대책이 되지 않는 아니한다. 더욱 문제는 개정 정보통신망법 제32조의2가 이러한 사소한 이익을 주기 위하여 무엇인가 요건을 강화하여야 한다는 생각에, 피해자가 정보통신서비스 제공자등의 고의·과실을 주장·증명하여야 함을 명문화하였다는 점이다. 개인정보 누출에서 피해자가 권리추구와 관련하여 겪는 주된 어려움은 손해와 손해액의 증명이 아닌 누출 여부, 누구에게서 누출되었는지 및 누출 경위, 즉 고의·과실이다. 이는 손해와 달리 이론적으로도 정보통신서비스 제공자들로 하여금 주장(구체적 진술)·증명하게 할 만한 근거가 있는 사정이기도 하다. 그러므로 오히려 검토하였어야 할 것은 중간책임 내지 위험(엄격)책임인데, 개정 정보통신망법 제32조의2는 오히려 이러한 해석 가능성을 차단하였다. 그밖에 이 제도를 별다른

108) 이 점에서 법정손해배상을 도입하는 경우 예외적으로 법관의 재량에 의한 손해액 산정을 인정하는 저작권법 제126조는 폐지하는 것이 바람직하다는 최경진(주 1), 231면에는 찬성하기 어렵다. 이 규정은 확인적 성격을 갖는 데 그쳐, 이 규정이 없더라도 판례법리가 여전히 남기 때문이다.



이유 없이 정보통신망법의 적용대상에 한하여 둔 점, 민법 제766조보다 나을 것이 없고 특히 단기소멸시효에서는 중대한 흠이 있는 별도의 소멸시효를, 그것도 별다른 이유 없이 시행령으로 규정한 점도 문제이다. 이 제도가 개인정보 누출의 예방 내지 억지와 누출로 인한 피해구제의 효율성을 크게 제고하리라고 기대하기 어려운 까닭이다.

그렇다면 어떤 개선이 가능한가. 개인정보 누출에 대하여 별도의 특칙을 두는 것은 충분히 있을 수 있는 일이라고 여겨진다. 그러나 규정은 개인정보 보호법 안에 두고, 특별법상의 불필요하거나 중복되는 개인정보 보호에 관한 규정은 특칙의 성격을 갖는 것을 제외하고 모두 삭제하여야 한다. 또한 행사기간 규정도 삭제함이 바람직하다. 꼭 두어야겠다는 모법(母法)으로 끌어올려야 한다. 부칙도 개정법의 시적 적용범위에 관하여 논란이 없도록 명확하게 함이 좋겠다. 무엇보다 중요한 부분은 개정 정보통신망법 제32조의2 제1항 제1호를 삭제하여, 개인정보 누출이 있으면 일응 책임이 인정되고 고의·과실이 없는 경우에 한하여 면책된다는 취지를 분명히 하는 것이다. 이렇게 하면 이 제도는 중간책임으로서의 성격을 갖게 되고 실효성도 어느 정도 제고될 수 있을 것이다. 그밖에 법정손해배상액에 하한을 덧붙일 것인지 문제되는데, 전보적 관점에서 보아도 수긍할 수 있는, 즉 피침해 법익의 손해를 규범적으로 파악한 범위 안이라고 볼 만한 하한을 정하기 어려운 이상 이러한 개정에는 신중할 필요가 있다. 미국에서 그러하였던 것처럼 하한을 정하는 경우 자칫 이 제도의 징벌적 내지 제재적 색채가 강화될 수 있는데, 이는 이 제도의 정당성 내지 정합성에 대한 의심을 불러일으킬 뿐 아니라, 특히 이 제도와 다른 민사법 제도, 가령 실손해 전보를 목적으로 하는 일반 손해배상이 교차하는 영역에서 까다로운 실체법적(부진정연대채무와 내부구상) 및 절차법적(동일 소송물 여부) 문제를 야기할 수 있기 때문이다.

투고일 2014. 10. 29	심사완료일 2014. 11. 23	게재확정일 2014. 11. 28
------------------	--------------------	--------------------

## 참고문헌

- 고형석, “개인정보침해와 피해구제에 관한 연구”, 법조, 통권 제661호(2011. 10).
- 구태언, “온라인과 오프라인에서 개인정보 보호 규제체계의 이분화에 따른 문제점”, 고학수 편, 개인정보 보호의 법과 정책(2014).
- 권영준, “해킹(hacking) 사고에 대한 개인정보처리자의 과실판단기준”, 저스티스, 통권 제132호(2012. 10).
- 권영준·이동진, “개인정보 유출에 대한 과실 및 손해 판단기준”, 고학수 편, 개인정보 보호의 법과 정책(2014).
- 권태상, “개인정보 보호와 인격권 - 사법(私法) 측면에서의 검토 -”, 이화여대 법학논집, 제17권 제4호(2013. 6).
- 김석준, “상표법상 법정손해배상에 관한 비교법적 고찰 - 고의의 차별적 취급 및 사용요건의 강화를 중심으로 -”, 안암법학, 제42호(2013. 12).
- 김원오, “상표위조행위에 대한 법정손해배상제도의 도입 검토”, 산업재산권, 제24호(2007. 12).
- 김진환, “개인정보 보호의 규범적 의의와 한계 - 사법(私法) 영역에서의 두 가지 주요 쟁점을 중심으로 -”, 저스티스, 통권 제144호(2014. 10).
- 김태선, “미국 배액배상제도 및 법정손해배상제도의 도입에 관한 소고”, 민사법학, 제66호(2014. 3).
- 문성제, “개인정보의 제3자 제공으로 인한 피해에 대한 사법적 구제”, 성균관법학, 제17권 제2호(2005. 6).
- \_\_\_\_\_, “온라인상에서의 개인정보보호에 관한 국제동향 - 미국의 제도를 중심으로 -”, 비교법학연구, 제3집(2004. 2).
- 박경신, “사생활의 비밀의 절차적 보호규범으로서의 개인정보보호법리”, 공법연구, 제40집 제1호(2011. 10).
- 박상철, “정보보안의 법적 규율: 기술적·관리적 보호조치를 중심으로”, 고학수 편, 개인정보 보호의 법과 정책(2014).
- 박성수, “저작권침해와 법정손해배상제도”, 계간 저작권, 제78호(2007. 7).
- 박훤일, “EU 개인정보보호지침의 역외적용”, 통상법률, 제43호(2002. 2).
- 배대현, “개인정보 보호·이용에 관한 계약법적 방안 모색”, 상사판례연구, 제19집 제4권(2006. 12).

- 배대현, “정보의 귀속·유통에 관한 민사법적 접근 – On-line상 개인정보의 보호를 중심으로 –”, **비교사법**, 제8권 제2호(2001. 12).
- \_\_\_\_\_, “‘잔결음으로 나선’ 개인정보 보호법을 보완하는 논의 – 개인정보 보호법 개정 논의 및 관련 법률 검토”, **IT와 법연구**, 제6집(2012. 2).
- 손태우, “개인정보보호법제에 대한 최근 미국의 동향”, **부산대 법학연구**, 제42권 제1호(2001. 12).
- 양재모, “전자거래상 개인정보보호에 대한 민사적 접근”, **사이버커뮤니케이션학보**, 제27권 제2호(2010. 6).
- 양창수·권영준, **권리의 변동과 구제**(2011).
- 이규호, “미국 연방저작권법상 법정손해배상제도에 대한 연구”, **정보법학**, 제11권 제1호(2007. 7).
- 이동진, “가격담합에 대한 불법행위책임 소고(小考): 간접피해자의 손해배상청구와 이른바 손해전가(損害轉嫁)의 항변을 중심으로”, **법경제학연구**, 제11권 제2호(2014. 8).
- \_\_\_\_\_, “공동불법행위, 구상, 과실상계의 경제적 분석”, **법경제학연구**, 제9권 제1호(2012. 6).
- \_\_\_\_\_, “미국 불법행위법상 비재산적 손해의 배상과 그 한계”, **민사법학**, 제66호(2014. 3).
- \_\_\_\_\_, “비재산적 손해배상액의 산정: 비교법경제학적 접근”, **법경제학연구**, 제10권 제2호(2013. 12).
- \_\_\_\_\_, “위험영역과 증거법적 보증책임: 증명책임 전환의 기초와 한계”, **저스티스**, 통권 제138호(2013. 10).
- \_\_\_\_\_, **위자료 산정의 적정성에 관한 사법정책연구**(2013).
- 이민영, “개인정보보호를 위한 손해배상제도에 관한 연구”, **인터넷 법률**, 통권 제35호(2006. 5).
- 이원우, “개인정보 보호를 위한 공법적 규제와 손해배상책임: 개인정보 누출을 중심으로”, **행정법연구**, 제30호(2011. 8).
- 이종규, “소비자피해구제의 실효성 보장을 위한 법정손해배상제도의 도입에 관한 연구 – 미국 주소비자보호법을 중심으로 –”, **소비자문제연구**, 제44권 제2호(2013. 8).
- \_\_\_\_\_, “한미 FTA의 이행에 따른 미국의 법정손해배상제도의 도입과 그 한계”, **산**

**업재산권**, 제23권(2007. 8).

- 임종인·이숙연, “개인정보관련분쟁의 사례분석과 대안의 모색”, **정보법학**, 제12권 제2호(2008. 12).
- 이창범·이성엽, “개인정보 제3자 제공 및 처리위탁 규제의 법적 과제”, **고학수** 편, **개인정보 보호의 법과 정책**(2014).
- 이희정, “개인정보 보호법과 다른 법과의 관계 및 규제기관 사이의 관계 - 정보통신망 이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률과의 관계를 중심으로 -”, **고학수** 편, **개인정보 보호의 법과 정책**(2014).
- 임건면, “개인정보의 의의와 귀속관계 - 민사법적인 관점에서 -”, **중앙법학**, 제7집 제4호(2005. 12).
- 장원경, “집단적 분쟁의 손해배상액 산정에 표집기법의 활용”, **저스티스**, 통권 제144호(2014. 10).
- 장주봉, “개인정보의 의미와 규제범위”, **고학수** 편, **개인정보 보호의 법과 정책**(2014).
- 정상조, “광고기술의 발전과 개인정보의 보호”, **저스티스**, 제106호(2008. 9).
- 정진명, “사법에 있어서 개인정보 보호”, **비교사법**, 제8권 제2호(2001. 12).
- 정태호, “상표법상 법정손해배상제도에 관한 비교법적 검토 및 제언”, **발명특허**, 통권 제432호(2012. 7).
- 조영선, “저작권 침해로 인한 법정손해배상 - 개정 저작권법 제125조의2에 대한 검토 -”, **법조**, 통권 제667호(2012. 4).
- 차상욱, “저작권법상 법정손해배상의 비교법적 고찰”, **경북대 법학논고**, 제47집(2014. 8).
- 최경진, “법정손해배상제도의 도입에 관한 연구 - 한미자유무역협정에 따른 민법과의 조화를 중심으로 -”, **중앙법학**, 제13집 제3호(2011. 9).
- \_\_\_\_\_, “빅데이터와 개인정보”, **성균관법학**, 제25권 제2호(2013. 6).
- 최계영, “공공기관이 보유한 개인정보의 이용과 제한”, **고학수** 편, **개인정보 보호의 법과 정책**(2014).
- 최우진, “구체적 액수로 증명 곤란한 재산적 손해의 조사 및 확정 - 사실심 법원 권능의 내용과 한계 -”, **사법논집**, 제51집(2011).
- 최호진, “해킹에 의한 개인정보유출과 정보통신서비스제공자에 대한 손해배상책임에 관한 고찰 - SK컴즈 사건을 중심으로 -”, **법조**, 통권 제689호(2014. 2).

- 호문혁, **민사소송법**, 제10판(2012).
- 홍진영, “개인정보자기결정권과 개인정보처리의 자유 충돌의 사법적 해결”, **민사판례연구**[XXXV](2013).
- Alau, *Les cyber-risques dans l'entreprise: enjeux et assurance* (2013)(=<http://www.institut-numerique.org/les-cyber-risques-dans-lentreprise-enjeux-et-assurance-52934d7d2152a>).
- Allnutt, Di Santo, and Sanz (eds.), *International Data Breach Law. A Comparative Guide* (2012).
- Barker, “Note. Grossly Excessive Penalties in the Battle Against Illegal File-Sharing: The Troubling Effects of Aggregating Statutory Damages for Copyright Infringement”, 83 *Tex. L. Rev.* 525 (2004).
- Berg, “Remedying the Statutory Damages Remedy for Secondary Copyright Infringement Liability: Balancing Copyright and Innovation in the Digital Age”, 56 *J. Copyright Soc'y* 265 (2009).
- Bishop, “To Serve and Protect: Do Business Have a Legal Duty to Protect Collections of Personal Information?”, 3 *Shidler J. L. Com. & Tech.* 7 (2006).
- Born, *Schadensersatz bei Datenschutzverstößen. Ein ökonomisches Instrument des Datenschutzes und seine präventive Wirkung* (2001).
- Carey, *Data Protection. A Practical Guide to UK and EU Law* (3<sup>rd</sup> ed., 2009).
- Citron, “Reservoirs of Danger: The Evolution of Public and Private Law at the Dawn of the Information Age”, 80 *S.Cal. L. Rev.* 241 (2007).
- Cooper, “The Electronic Communications Privacy Act: Does the Answer to the Internet Information Privacy Problem Lie in a Fifteen Year Old Federal Statute? A Detailed Analysis”, 20 *J. Marshall J. Computer & Info. L.* 1 (2001).
- \_\_\_\_\_, “Towards A Market in Unmatured Tort Claims”, 75 *Va. L. Rev.* 383 (1989).
- Dreier, *Kompensation und Prävention. Rechtsfolgen unerlaubter Handlung im Bürgerlichen, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht* (2002).
- Druey, *Information als Gegenstand des Rechts* (1995).
- Evanson, “Due Process in Statutory Damages”, 3 *Geo. J. L. & Pub. Pol'y* 601

(2005).

FTC, Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change-Recommendations for Business and Policymaker (2012).

Gola/Klug, *Grundzüge des Datenschutzrechts* (2003).

Gómez-Arostegui, “What History Teaches Us about US Copyright Law and Statutory Damages”, 5 *WIPO J.* 76 (2013).

Graham, “Privacy, Computer and the Commercial Dissemination of Personal Information”, 65 *Tex. L. Rev.* 1412 (1987).

Johnson, “Cybersecurity, Identity Theft, and the Limits of Torts Liability”, 57 *S.C. L. Rev.* 255 (2005).

Litman, “Information Privacy/Information Property”, 52 *Stan. L. Rev.* 1283 (2000).

McCreary, “Retroactivity of Laws: An Illustration of Intertemporal Conflicts Law Issues through the Revised Civil Code Articles on Disinherison”, 62 *La. L. Rev.* 1321 (2002).

Meal, *Private Data Security Breach Litigation in the United States* (2014).

Moraht, *Verjährungsrechtliche Probleme bei der Geltendmachung von Spätschäden im Deliktsrecht: aus der Sicht des deutschen, schweizerischen, österreichischen und englischen Rechts* (1996).

Office of the Privacy Commissioner of Canada, *The Case for Reforming the Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (2013).

Proposal for Regulation on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (GDPR) (2012).

Rancourt, “Hacking, Theft, and Corporate Negligence: Making the Case for Mandatory Encryption of Personal Information”, 18 *Tex. Wes. L. Rev.* 183 (2011).

Riedhammer, *Kemtnis, grobe Fahrlässigkeit und Verjährung* (2004).

Samuelson and Wheatland, “Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform”, 51 *Wm. & Mary L. Rev.* 439 (2009).

Samuelson, Hill, and Wheatland, “Statutory Damages: A Rarity in Copyright Laws Internationally, But For How Long?”, 9 *J. Copyright Soc’y* 529 (2013).

Scheuerman, “Due Process Forgotten: The Problem of Statutory Damages and Class

- Action”, 74 *Mo. L. Rev.* 103 (2009).
- Schwartz, “Property, Privacy, and Personal Data”, 117 *Harv. L. Rev.* 2055 (2004).
- Serwin, McLaughlin, and Tornaszewski, *Privacy, Security and Information Management: An Overview* (2011).
- Solove and Schwarz, *Information Privacy Law*, 3<sup>rd</sup> ed. (2008).
- Thierer, “Technopanics, Threat Inflation, and the Danger of an Information Technology Precautionary Principle”, 14 *Minn. J. Law, Science & Technology* 309 (2013).
- Volokh, “Freedom of Speech and Information Privacy: The Troubling Implications of a Right to Stop People from Speaking About You”, 52 *Stan. L. Rev.* 1049 (2000).
- Ward, “Listen to Cass County Music: The Right to Jury Trials in Copyright Infringement Actions When Statutory Damages Are Elected”, 54 *Wash. & Lee L. Rev.* 1685 (1997).
- Zawada, ““Infringed” versus “Infringing”: Different Interpretations of the “Work” and the Effect on the Deterrence Goal of Copyright Law”, 10 *Marq. Int. Prop. L. Rev.* 129 (2006).

<Abstract>

## The Statutory Damages for Personal Data Breach: Article 32-2 of the (Korean) Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection, Etc. revised in 2014

Lee, Dongjin\*

On May 28, 2014, the Korean legislator amended the (Korean) Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection, Etc. By this revision, a new remedy of statutory damages for personal data breach has been introduced into the Korean law (the newly added article 32-2).

Statutory damages are a specific form of liability originated in the American law. Though the Korean law has already implemented statutory damages for two incidents – copyright infringement and trademark forfeiture, both of which were required by the Free Trade Agreement between Korea and USA, it still remains unclear whether this institution can be harmonized with the liability concept and system of civil law, where Korean law also belongs, and how it should be interpreted in tort law as well as civil procedure law of Korea. In this article, it shall be explored whether this institution can be harmonized with the Korean legal system, after a thorough interpretation of it, based on the Korean legal system, is provided.

Besides, statutory damages for personal data breach has been voluntarily introduced by the Korean legislator itself, contrary to those for copyright infringement and trademark forfeiture. The motivation is, of course, to improve the protection of the victims of personal data breach. In this article, it shall be also examined whether this new institution would achieve this legislative goal and, if not, what measure should be taken to achieve this goal.

Keywords: the revised Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection, Etc., statutory damages, personal data, data breach (leakage), civil liability

---

\* Associate Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.