

2024

Naver Privacy White Paper

개인정보 처리방침의 법적 성질과 기능에 관한 연구

- 개인정보의 적법 처리 근거로서의 개인정보 처리방침 -

이소은 | 영남대학교 법학전문대학원 교수

목차

요약문	4
1. 서론	7
2. 개인정보 처리방침 개관	10
가. 우리 개인정보 보호법상 개인정보 처리방침에 관한 규율	10
나. 개인정보 정책(privacy policy)에 관한 미국의 논의	13
3. 개인정보 처리방침은 계약이 될 수 있는가?	18
가. 계약의 의의	18
나. 약관을 통한 계약	18
다. 개인정보 처리방침의 경우	24
4. 계약으로서의 개인정보 처리방침은 개인정보의 적법 처리 근거가 될 수 있는가?	32
가. 법 제15조 제1항 제4호의 적법 처리 근거 (계약 체결 및 이행)	32
나. 법 제15조 제1항 제1호의 적법 처리 근거 (정보주체의 동의)	36
5. 결론	40
참고문헌	42
저자소개	44

요약문

1. 서론

- 개인정보 보호법(이하 ‘개인정보법’)은 개인정보의 처리 및 보호에 관한 사항을 정함으로써 개인의 자유와 권리를 보호하고, 개인의 존엄과 가치를 구현하는 것을 목적으로 함(개인정보법 제1조).
- 여기서 말하는 개인의 권리란 헌법상 기본권에 해당하는 개인정보 자기결정권을 가리킴.
- 개인정보를 대상으로 한 조사, 수집, 보관, 처리, 이용 등의 행위는 모두 개인정보 자기결정권에 대한 제한에 해당함.
- 그러나 개인정보 처리행위를 적법한 것으로 만드는 사유(이하 ‘적법 처리 근거’)가 갖추어져 있다면, 개인정보처리자는 정보주체의 개인정보를 적법하게 처리할 수 있음.
- 이 글에서는 개인정보 처리방침의 법적 성질을 규명함으로써, 개인정보 처리방침이 개인정보의 적법 처리 근거가 될 수 있는지를 검토하고자 함.

2. 개인정보 처리방침 개관

- 개인정보 처리방침은 개인정보처리자가 개인정보 처리에 관한 절차 및 기준 등을 정해 공개한 자율규제 장치의 일종임.
- 개인정보처리자는 개인정보 처리방침을 작성하고, 이를 공개할 의무를 부담함(법 제30조 제1항 및 제2항).
- 개인정보 보호위원회는 개인정보 처리방침을 평가하고, 평가 결과 개선이 필요하다고 인정하는 경우에는 개인정보처리자에게 개선을 권고할 수 있음(법 제30조의2 제1항).
- 이러한 규제 방식은 미국의 ‘고지 및 선택(Notice and Choice)’ 모델의 영향을 받은 것임.
- 개인정보 정책의 계약 해당성에 관하여는 미국에서도 명확한 합의는 존재하지 않음.
- 다만, 미국 판례는 ‘클릭을 통한 동의(clickwrap)’ 방식의 경우 개인정보 정책의 계약 해당성을 인정하는 한편, ‘이용을 통한 동의(browsewrap)’ 방식의 경우 개인정보 정책의 계약 해당성을 부정하는 경향이 있음.

3. 개인정보 처리방침은 계약이 될 수 있는가?

- 개인정보 처리방침이 ① ‘계약의 내용이 되기 위해’ 마련된 것이고, ② 계약의 한쪽 당사자(사업자, 즉 개인정보처리자)가 미리 마련한 것이며, ③ 사업자가 여러 명의 상대방(고객, 즉 정보주체)과 계약을 체결하기 위하여 마련한 것으로서, ④ ‘일정한 형식으로’ 되어 있다면 이를 약관법상의 약관으로 볼 수 있음.
- 개인정보처리자가 계약 체결 시 정보주체에게 개인정보 처리방침을 제시하였고, 정보주체가 개인정보 처리방침을 계약 내용으로 편입하는 데 동의하였으며, 개인정보 처리방침이 약관의 계약 편입 요건을 모두 충족하였다면, 개인정보 처리방침이 약관으로서 개인정보처리자와 정보주체 사이의 계약 내용을 구성한다고 볼 수 있음.
- 편입합의와 관련하여, 개인정보처리자가 ① 서비스 약관에서 개인정보 처리방침을 약관 내용의 일부로 규정하고, ② 개인정보 처리방침을 따로 공지하며, ③ 약관에 대한 동의를 받으면, 개인정보처리자와 정보주체 사이의 편입합의가 이루어졌다고 볼 수 있을 것임.
- 위와 같이 개인정보 처리방침을 약관으로 보는 것은, 개인정보처리자가 개인정보 처리방침의 내용과 달리 정보주체의 개인정보를 처리한 경우, 정보주체가 개인정보 처리자를 상대로 계약상 의무 위반을 이유로 한 손해배상청구를 할 수 있게 된다는 점에서 실익이 있음.

4. 계약으로서의 개인정보 처리방침은 개인정보의 적법 처리 근거가 될 수 있는가?

가. 법 제15조 제1항 제4호의 적법 처리 근거(계약 체결 및 이행)

- 개인정보 처리방침이 일반적으로 개인정보법 제15조 제1항 제4호의 ‘계약’에 해당한다고 보기는 어려움.
- 개인정보 처리방침은 ‘개인정보처리자가 정보주체의 개인정보를 일정한 방식으로 처리하고 관리하겠다는 약속’ 부분과 ‘정보주체에 대한 정보 제공’ 부분으로 나눌 수 있음.
- 전자의 경우 개인정보처리자에게 해당 기재 내용에 따라 정보주체의 개인정보를 처리하고 관리할 의무가 발생하지만, 이러한 의무를 이행함에 있어 정보주체의 개인정보를 수집·이용할 필요가 있는 경우는 생각하기 어려움.
- 후자의 경우 정보주체에게 개인정보 처리방침을 제시함으로써 그 이행도 완료되고, 더이상 이행의 문제를 남기지 않음.

- 다만, 개인정보 처리방침에 따라 정보주체가 개인정보처리자에게 일정한 조치를 요구할 것이 예정되어 있는 경우에는 법 제15조 제1항 제4호가 적용될 수 있을 것임.

나. 법 제15조 제1항 제1호의 적법 처리 근거(정보주체의 동의)

- 법 제15조 제1항 제1호의 ‘동의’는 개별적 동의를 의미하고 포괄적 동의는 이에 포함되지 않음.
- 따라서 개인정보 처리방침에 대한 동의가 곧 개별 개인정보 처리에 대한 동의를 대신할 수는 없음.
- 그러나 개인정보 처리방침에 대한 동의로부터, 특정 서비스를 이용하는 과정에서의 개인정보 수집·이용에 관한 동의 의사를 사회통념상 추인하는 것은 가능하다고 생각함.
- 법 제15조 제1항 제1호의 동의는 ‘명시적’ 동의여야 하는 것이 원칙임.
- 다만, 정보주체가 개인정보처리자에게 직접 자신의 개인정보를 제공한 경우 등에는, 명시적 동의가 없었더라도 ‘사회통념상 동의 의사가 있었다’라고 볼 수 있음.
- 즉, 개인정보 처리방침에 관한 동의(편입합의)로부터, 해당 서비스를 이용하는 과정에서 발생할 수 있는 개별적인 개인정보 처리행위에 관한 동의가 사회통념상 추인될 수 있다고 봄.
- 이와 같이 본다면, 개인정보처리자는 정보주체가 해당 서비스를 이용하는 과정에서 발생하는 각각의 개인정보 처리행위에 관해서는, 처리행위 시점마다 매번 정보주체로부터 별도의 동의를 받지 않아도 된다고 할 수 있음.

개인정보 처리방침의 법적 성질과 기능에 관한 연구

- 개인정보의 적법 처리 근거로서의 개인정보 처리방침 -

이소은 | 영남대학교 법학전문대학원 교수

1. 서론

개인정보 보호법(이하 ‘개인정보법’)¹⁾은 개인정보의 처리 및 보호에 관한 사항을 정함으로써 개인의 자유와 권리를 보호하고, 개인의 존엄과 가치를 구현하는 것을 목적으로 한다(법 제1조). 여기서 말하는 개인의 권리란 헌법상 기본권에 해당하는 개인정보 자기결정권을 가리킨다.²⁾ 헌법재판소에 따르면 개인정보 자기결정권이란 ‘자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리’를 의미한다.³⁾ 또한 개인정보를 대상으로 한 조사, 수집, 보관, 처리, 이용 등의 행위는 모두 개인정보 자기결정권에 대한 제한에 해당한다.⁴⁾

한편 위와 같은 개인정보 처리행위가 언제나 개인정보 자기결정권에 대한 위법한

1) 본문에서 개인정보법의 조문은 법령 제명을 생략하고 조문 번호만을 인용한다.

2) 권영준, “개인정보 자기결정권과 동의제도에 대한 고찰”, 전남대학교 법학논총 제36권 제1호(2016), 674면은, 개인정보법이 보호하고자 하는 것은 개인정보 그 자체가 아니라, 정보주체의 개인정보 자기결정권이라고 설명한다. 또한 개인정보 자기결정권의 법적 성격 및 그 근거에 관한 설명으로 위 논문 678-682면도 참조.

3) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 99헌마513 등 결정; 헌법재판소 2005. 7. 21. 선고 2003헌마282 등 결정; 헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2006헌마1401 등 결정 외 다수. 한편 우리나라의 개인정보 자기결정권과 비슷한 개념인 미국의 정보 프라이버시(informational privacy)도 이와 유사하게 정의된다. Robert H. Sloan & Richard Warner, Beyond Notice and Choice: Privacy, Norms, and Consent, 14 Suffolk U.J. High Tech. 370, 373(2014); Robin Bradley Kar & Xiaowei Yu, The Contractual Death and Rebirth of Privacy (August 28, 2024). Harvard Journal of Law & Technology, Volume 38(forthcoming 2025)., Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4939708> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4939708>, p.1.

4) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 99헌마513 등 결정; 헌법재판소 2005. 7. 21. 선고 2003헌마282 등 결정; 헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2006헌마1401 등 결정 외 다수.

제한인 것은 아니다. 개인정보 처리행위를 적법한 것으로 만드는 사유(이하 ‘적법 처리 근거’)가 갖추어져 있다면, 개인정보처리자는 정보주체의 개인정보를 적법하게 처리할 수 있다. 개인정보법은 현실에서 가장 빈번하게 이루어지는 개인정보 처리행위인 개인정보의 수집, 이용, 제공에 관하여 다음과 같은 적법 처리 근거를 규정하고 있다.

표 1. 개인정보법상 개인정보의 수집, 이용, 제공에 관한 적법 처리 근거 규정

개인정보 수집·이용 (법 제15조 제1항)	개인정보의 제3자 제공 (법 제17조 제1항)	개인정보의 목적 외 이용·제공 (법 제18조 제2항 ⁵⁾)
정보주체의 동의를 받은 경우 (제1호)	정보주체의 동의를 받은 경우 (제1호)	정보주체로부터 별도의 동의를 받은 경우 (제1호)
법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우 (제2호)	법 제15조 제1항 제2호에 따라 개인정보를 수집한 목적 범위에서 개인정보를 제공하는 경우 (제2호)	다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 (제2호)
공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우 (제3호)	법 제15조 제1항 제3호에 따라 개인정보를 수집한 목적 범위에서 개인정보를 제공하는 경우 (제2호)	개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공하지 아니하면 다른 법률에서 정하는 소관 업무를 수행할 수 없는 경우로서 보호위원회의 심의·의결을 거친 경우 (제5호)
정보주체와 체결한 계약을 이행하거나 계약을 체결하는 과정에서 정보주체의 요청에 따른 조치를 이행하기 위하여 필요한 경우 (제4호)		
명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우 (제5호)	법 제15조 제1항 제5호에 따라 개인정보를 수집한 목적 범위에서 개인정보를 제공하는 경우 (제2호)	명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우 (제3호)

5) 제5호부터 제9호까지는 공공기관의 경우에만 적용된다(제18조 제2항 단서).

개인정보처리자의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우로서 명백하게 정보주체의 권리보다 우선하는 경우(이 경우 개인정보처리자의 정당한 이익과 상당한 관련이 있고 합리적인 범위를 초과하지 아니하는 경우에 한한다) (제6호)	법 제15조 제1항 제6호에 따라 개인정보를 수집한 목적 범위에서 개인정보를 제공하는 경우 (제2호)	
공중위생 등 공공의 안전과 안녕을 위하여 긴급히 필요한 경우 (제7호)	법 제15조 제1항 제7호에 따라 개인정보를 수집한 목적 범위에서 개인정보를 제공하는 경우 (제2호)	공중위생 등 공공의 안전과 안녕을 위하여 긴급히 필요한 경우 (제10호)
		조약, 그 밖의 국제협정의 이행을 위하여 외국정부 또는 국제기구에 제공하기 위하여 필요한 경우 (제6호)
		범죄의 수사와 공소의 제기 및 유지를 위하여 필요한 경우 (제7호)
		법원의 재판업무 수행을 위하여 필요한 경우 (제8호)
		형(刑) 및 감호, 보호처분의 집행을 위하여 필요한 경우(제9호)

이 글에서는 개인정보 처리방침의 법적 성질을 규명함으로써, 개인정보 처리방침이 개인정보의 적법 처리 근거가 될 수 있는지를 검토하고자 한다. 아래에서는 먼저 개인정보 처리방침에 관한 개인정보법의 규율 내용을 살펴보고, 개인정보 처리방침을 ‘계약’으로 볼 수 있는지를 검토한다. 다음으로 개인정보 처리방침을 ‘계약’으로 볼 수 있다면, 개인정보 처리에 관한 계약이 그 자체로 적법 처리 근거가 될 수 있는지(법 제15조 제1항 제4호), 그 계약을 성립시키는 정보주체의 동의가 개인정보법이 규정하는 적법 처리 근거가 될 수 있는지(법 제15조 제1항 제1호)를 차례로 검토한다. 끝으로 본문의 내용을 정리하며, 앞으로의 과제를 제시함으로써 글을 마무리한다.

2. 개인정보 처리방침 개관

개인정보 처리방침은 ‘개인정보처리자가 개인정보 처리에 관한 절차 및 기준 등을 정해 공개한 자율규제 장치의 일종’이라고 정의된다.⁶⁾ 정보주체는 개인정보 처리방침을 통하여 자신의 개인정보가 어떻게 처리되고 관리되고 있는지를 확인할 수 있고, 개인정보 처리에 관한 권리 행사 방법도 알 수 있게 된다. 이처럼 개인정보 처리방침은 정보주체의 열람청구권 등 권리 행사를 보장하는 데 요긴한 수단으로 기능한다.⁷⁾

한편 이러한 개인정보 처리방침을 통한 자율규제는 미국의 프라이버시 보호 정책에 그 기원을 두고 있다.⁸⁾ 아래에서는 우리 개인정보법상 개인정보 처리방침에 관한 규율에 관하여 살펴보고, 미국에서의 개인정보 정책(privacy policy)에 관한 논의를 개관한다.

가. 우리 개인정보법상 개인정보 처리방침에 관한 규율

우리 개인정보법은 ‘개인정보의 안전한 관리’에 관한 제4장에, 개인정보 처리방침에 관한 두 개의 조문을 두고 있다. 개인정보처리자의 개인정보 처리방침 작성⁹⁾·공개 의무에 관한 제30조, 개인정보 보호위원회(이하 ‘보호위원회’)의 개인정보 처리방침 평가 및 개선권고에 관한 제30조의2가 그것이다.

1) 개인정보 처리방침의 작성·공개 의무

개인정보처리자는 개인정보 처리방침 등 개인정보의 처리에 관한 사항을 공개하여야 한다(법 제3조 제5항, 개인정보 보호 원칙). 법 제30조는 개인정보처리자의 개인정보 처리방침 작성의무(제1항) 및 공개의무(제2항)를 규정한다. 이에 따르면 개인정보처리자는 다음 표에 기재된 사항이 포함된 개인정보 처리방침을 정하여야 한다. 처리방침의 내용 및 공개 방식에 관하여는 법 제30조 제4항¹⁰⁾에 따라 마련된 「개인정보 처리방침

6) 개인정보 보호위원회, 개인정보 보호 법령 및 지침·고시 해설서(2020. 12), 274면.

7) 최경진 외 12인 공저, 개인정보보호법, 박영사(2024), 511면.

8) 이정운, “개인정보 처리방침의 법적성격과 활용방안 - 개인정보 처리방침의 약관성에 대한 비판적 고찰을 중심으로 -”, 가천법학 제10권 제1호(2017), 47-48면.

9) 법 제30조의 문언에는 개인정보 처리방침을 ‘수립’하고 공개하여야 한다고 되어 있으나, 보호위원회도 ‘작성’이라는 표현을 사용하고 있고(예컨대 개인정보보호위원회, 개인정보 처리방침 작성지침, 2024), 수립보다는 작성이 더욱 이해하기 쉬운 표현이라고 생각된다. 따라서 이 글에서는 ‘수립’이라는 단어 대신 ‘작성’이라는 단어를 사용하기로 한다.

10) 법 제30조 제4항은, 보호위원회가 개인정보 처리방침의 작성지침을 정하여 개인정보처리자에게 해당 지침의 준수를 권장할 수 있다고 규정한다.

작성지침」(이하 ‘작성지침’)이 보다 상세한 규정을 제공하고 있다. 이러한 일련의 규정들은, 개인정보 처리방침이 형식적인 고지에 그치지 않고 정보주체의 권리보장에 실질적으로 기여할 수 있도록 하는 데 그 취지가 있다고 이해된다.¹¹⁾

표 2. 개인정보 처리방침에 포함되어야 하는 내용

개인정보법 제30조 제1항

1. 개인정보의 처리 목적
2. 개인정보의 처리 및 보유 기간
3. 개인정보의 제3자 제공에 관한 사항(해당되는 경우에만)
- 3의2. 개인정보의 파기절차 및 파기방법(제21조 제1항 단서에 따라 개인정보를 보존하여야 하는 경우에는 그 보존근거와 보존하는 개인정보 항목 포함)
- 3의3. 제23조 제3항에 따른 민감정보의 공개 가능성 및 비공개를 선택하는 방법(해당되는 경우에만)
4. 개인정보처리의 위탁에 관한 사항(해당되는 경우에만)
- 4의2. 제28조의2 및 제28조의3에 따른 가명정보의 처리 등에 관한 사항
5. 정보주체와 법정대리인의 권리·의무 및 그 행사방법에 관한 사항
6. 제31조에 따른 개인정보 보호책임자의 성명 또는 개인정보 보호업무 관련 고충사항을 처리하는 부서의 명칭과 전화번호 등 연락처
7. 인터넷 접속정보파일 등 개인정보를 자동으로 수집하는 장치의 설치·운영 및 그 거부에 관한 사항(해당되는 경우에만)
8. 그 밖에 개인정보의 처리에 관하여 대통령령으로 정한 사항(시행령 제31조 제1항)

개인정보법 시행령 제31조 제1항

1. 처리하는 개인정보의 항목
2. 법 제28조의8 제1항 각 호에 따라 개인정보를 국외로 이전하는 경우 국외이전의 근거와 같은 조 제2항 각 호의 사항
3. 제30조에 따른 개인정보의 안전성 확보 조치에 관한 사항
4. 국외에서 국내 정보주체의 개인정보를 직접 수집하여 처리하는 경우 개인정보를 처리하는 국가명

또한 개인정보처리자는 개인정보 처리방침을 수립하거나 변경하는 경우, 정보주체가 쉽게 확인할 수 있도록 대통령령으로 정하는 방법에 따라 이를 공개하여야 한다(법 제30조 제2항). 개인정보법 시행령에 따르면, 개인정보처리자는 개인정보 처리방침을

11) 최경진 외(주 7), 514면.

개인정보처리자의 인터넷 홈페이지에 지속적으로 게재하여야 하고(시행령 제31조 제2항), 인터넷 홈페이지에 게재할 수 없는 경우에는 시행령 제31조 제3항에 따른 방법으로 공개하여야 한다.¹²⁾

2) 개별 약정의 가능성

법 제30조 제3항은, ‘개인정보 처리방침의 내용과 개인정보처리자와 정보주체 간에 체결한 계약의 내용이 다른 경우에는 정보주체에게 유리한 것을 적용한다’라고 규정한다. 이는 개인정보 처리방침이 모든 정보주체에게 동일하게 적용되지 않을 수 있다는 점을 시사한다.

위 조항은 ‘약관에서 정하고 있는 사항에 관하여 사업자와 고객이 약관의 내용과 다르게 합의한 사항이 있을 때에는 그 합의 사항은 약관보다 우선한다’라고 규정하는 「약관의 규제에 관한 법률」(이하 ‘약관법’) 제4조의 내용을 연상시킨다. 법 제30조 제3항은 개인정보처리자와 정보주체 사이에 개인정보 처리방침의 내용과 다른 개별 약정을 체결할 수 있다는 가능성을, 약관법 제4조는 사업자와 고객 사이에 약관의 내용과 다른 개별 약정을 체결할 수 있다는 가능성을 각각 상정한 조문이다. 다만, 약관법 제4조는 개별 약정의 내용이 약관의 내용과 비교하여 고객에게 유리한지를 묻지 않고 개별 약정의 내용이 언제나 약관의 내용보다 우선한다고 규정하는 반면, 법 제30조 제3항은 개별 약정의 내용이 개인정보 처리방침의 내용과 비교하여 정보주체에게 유리한지를 살펴, 정보주체에게 유리한 내용이 우선한다고 규정한다는 차이점이 있다.

3) 개인정보 처리방침에 대한 규제

보호위원회는 개인정보 처리방침을 평가하고, 평가 결과 개선이 필요하다고 인정하는 경우에는 개인정보처리자에게 개선을 권고할 수 있다(법 제30조의2 제1항). 보호위원회의 개선 권고를 받은 개인정보처리자는 이를 이행하기 위하여 성실하게 노력하여야 하며, 그 조치 결과를 보호위원회에 알려야 한다(법 제61조 제2항). 또한 보호위원회는 개선권고의

12) 시행령 제31조 제3항에 따른 공개 방법

1. 개인정보처리자의 사업장등의 보기 쉬운 장소에 게시하는 방법
2. 개인정보처리자가 공공기관인 경우에는 관보, 개인정보처리자의 사업장등이 있는 시·도 이상의 지역을 주된 보급지역으로 하는 일반일간신문, 일반주간신문 또는 인터넷신문에 실는 방법
3. 같은 제목으로 연 2회 이상 발행하여 정보주체에게 배포하는 간행물·소식지·홍보지 또는 청구서 등에 지속적으로 실는 방법
4. 재화나 서비스를 제공하기 위하여 개인정보처리자와 정보주체가 작성한 계약서 등에 실어 정보주체에게 발급하는 방법

내용 및 결과에 대하여 공표하거나, 개선권고를 받은 자에게 개선권고를 받았다는 사실을 공표할 것을 명할 수 있다(「개인정보 처리방침 평가에 관한 고시」¹³⁾ 제8조 제1항). 법상 개인정보 처리방침의 평가 대상 항목은 다음 표와 같으며, 작성지침은 각각의 항목에 관하여 좀 더 상세한 가이드라인을 제시하고 있다.

표 3. 개인정보 처리방침의 평가 대상 항목

개인정보법 제30조의2 제1항

1. 이 법에 따라 개인정보 처리방침에 포함하여야 할 사항을 적정하게 정하고 있는지 여부
2. 개인정보 처리방침을 알기 쉽게 작성하였는지 여부
3. 개인정보 처리방침을 정보주체가 쉽게 확인할 수 있는 방법으로 공개하고 있는지 여부

평가 대상 항목 중 ‘알기 쉽게 작성하였는지 여부’(법 제30조의2 제1항 제2호)는 후술할 약관법상 약관 작성의 투명성의무(약관법 제3조 제1항)를 연상시킨다.¹⁴⁾ 또한 ‘정보주체가 쉽게 확인할 수 있는 방법으로 공개하고 있는지 여부’(법 제30조의2 제1항 제3호)는 함께 살펴볼 약관법상 약관의 명시성의무(약관법 제3조 제2항)와 크게 다르지 않다.¹⁵⁾ 이에 관하여는 “3-다. 개인정보 처리방침의 경우”에서 좀 더 상세히 살펴본다.

한편, 개인정보 처리방침의 작성의무 또는 공개의무 위반에 대해서는 1,000만 원 이하의 과태료가 부과된다(법 제75조 제4항 제8호).

나. 개인정보 정책(privacy policy)에 관한 미국의 논의

1) 개관

미국에서는 과거 개인정보 보호 문제를 포괄적(comprehensive)으로 규율하는 법 제도가 미비하였던 것으로 알려져 있다.¹⁶⁾ 현재에도 개인정보 보호 문제를 포괄적으로

13) 개인정보 보호위원회고시 제2024-3호로 2024. 2. 20. 제정·시행

14) 작성지침은 이를 ‘명확성 및 가독성’이라고 표현한다. 개인정보 보호위원회, 개인정보 처리방침 작성지침(2024. 4), 10면.

15) 작성지침은 이를 ‘접근성’이라고 표현한다. 개인정보 보호위원회, 개인정보 처리방침 작성지침(2024. 4), 10면.

16) 권영준(주 2), 673면.

다루는 연방법은 마련되어 있지 않으며, 개별 주(州) 차원에서 이러한 법령을 두고 있을 뿐이다. 개별 주의 프라이버시 관련 입법들은 소비자의 개인정보 보호를 목적으로 하는 것이 많아, 그 규율 범위가 제한적이라는 한계가 있다.¹⁷⁾

이러한 배경에서 제안된 것이 ‘고지 및 선택(Notice and Choice)’이라는 이름의 자율규제 수단이다.¹⁸⁾ 고지 및 선택 모델은 웹사이트나 온라인 서비스로 하여금 이용자에게 개인정보의 수집, 이용, 공유, 보안 등에 관한 정책을 고지(notice)하게 하고, 이로써 이용자가 해당 서비스를 이용할 것인지, 이용한다면 어떻게 이용할 것인지를 선택(choice)할 수 있게 한다.¹⁹⁾ 이러한 고지 및 선택 모델에서 중요한 역할을 하는 것이 바로 개인정보 정책이다. 웹사이트 운영자, 온라인 서비스 제공자 등(이하 ‘사업자’)이 개인정보 정책을 통하여 개인정보의 수집, 이용, 공유, 보안 등에 관한 사항을 공개하고, 이용자에게 서비스 이용에 관한 선택권을 부여함으로써 이용자의 정보 프라이버시를 보호하고자 하는 것이다.²⁰⁾

개인정보 정책은 사업자가 이용자의 개인정보를 어떻게 처리하는지에 관한 포괄적인 정보를 담고 있어야 한다. 사업자의 특성에 따라 구체적인 내용에는 차이가 있을 수 있으나, 기본적으로는 사업자가 이용자의 개인정보를 어떻게 수집하고, 이용하고, 공개하고, 보유하며, 관리하는지에 관한 내용을 담고 있는 것이 보통이다.²¹⁾ 개인정보 정책의 작성 및 공개를 의무화하는 연방법으로는 「아동의 온라인 프라이버시 보호에 관한 법(Children’s Online Privacy Protection Act)」이 있다.²²⁾ 그 밖에 캘리포니아 주 「온라인 프라이버시 보호법(Online Privacy Protect Act)」도 인터넷을 통하여 개인정보를 수집하는 사업자에게 개인정보 정책의 작성 및 공개의무를 부과하고 있다.²³⁾

17) 포괄적 프라이버시 보호법을 두고 있는 주로는 캘리포니아 주(California Privacy Rights Act), 델라웨어 주(Delaware Personal Data Privacy Act) 등이 있다.

18) Thomas B. Norton, The Non-Contractual Nature of Privacy Policies and a New Critique of the Notice and Choice Privacy Protection Model, 27 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 181, 184(2016). 우리나라에서도 개인정보 관련 정책의 방향이 ‘고지 및 선택’ 모델에 접근하고 있다는 분석으로 최난설현, “디지털 시대의 소비자 보호의 방향 - 데이터와 소비자 보호”, 경제법연구 제21권 제2호(2022), 241면.

19) Norton(주 18), p.184.

20) Norton(주 18), p.185; Sloan & Warner(주 3), p.373.

21) Norton(주 18), p.186.

22) 15 U.S.C. §§ 6501-6506.

23) Business and Professions Code § 22575. 웹사이트나 온라인 서비스는 미국 전 지역의 이용자를 대상으로 하므로, 캘리포니아 온라인 프라이버시 보호법이 사실상 미국 전역에 적용된다는 설명으로 Norton(주 18), p.187.

2) 개인정보 정책에 대한 비판

개인정보 정책을 매개로 한 고지 및 선택 모델에 대하여는 다음과 같은 비판이 제기되어 왔다. 첫 번째는 이용자가 개인정보 정책을 읽어보는 일이 드물다는 비판이다.²⁴⁾ 개인정보 정책은 길이가 길고 내용도 복잡한 경우가 많아, 이용자가 이를 전부 읽어보는 데에는 상당한 시간과 노력을 요한다는 것이다.²⁵⁾ 이용자가 개인정보 정책을 읽어보더라도, 이를 이해하기 어렵다는 점도 함께 지적되고 있다.²⁶⁾ 이용자가 개인정보 정책을 이해하더라도, 그 개인정보 정책의 내용에 비추어 사업자에게 자신의 개인정보를 처리하도록 하는 데 따르는 위험과 이익을 정확히 평가하기 어렵다는 지적도 있다.²⁷⁾ 이러한 비판의 요지는, 개인정보 정책을 통한 고지가 이용자의 알고 하는 동의(informed consent)를 담보하지 못한다는 것이다.²⁸⁾

두 번째는 개인정보 정책이 충분한 정보를 담고 있지 못한 경우, 개인정보 정책이 고지 및 선택 모델에서 요구되는 고지로서의 기능을 다하지 못할 수 있다는 비판이다.²⁹⁾ 개인정보 정책이 ‘고지’로서 적절히 기능하기 위해서는, 개인정보 처리에 관하여 충분히 구체적인 정보를 담고 있어야 한다.³⁰⁾ 그런데 가령 사업자가 매우 복잡한 개인정보 처리 관행에 관하여 추상적이거나 불분명한 표현을 사용할 경우, 개인정보 정책은 고지로서의 기능을 다하지 못하게 되고, 그에 대한 이용자의 동의 역시 ‘알고 하는 동의’가 아니게 된다는 것이다.

24) Sloan & Warner(주 3), p.380; Daniel J. Solove, Introduction: Privacy Self-Management and the Consent Dilemma, 126 Harv. L. Rev. 1879, 1885(2013); Lorrie Faith Cranor, Necessary But Not Sufficient: Standardized Mechanisms for Privacy Notice and Choice, 10 J. Telecomm. & High Tech. L. 273, 273-274(2012). 자신의 정보 프라이버시에 관하여 높은 관심을 가지고 있는 이용자조차 개인정보 정책을 제대로 읽어보지 않는다는 지적으로 Allyson W. Haynes, Online Privacy Policies: Contracting Away Control over Personal Information?, 111 Penn St. L. Rev. 587, 588(2007).

25) Norton(주 18), p.189.

26) Norton(주 18), p.187.

27) Sloan & Warner(주 3), p.379.

28) 나아가 개인정보 정책에 불공정한 내용, 가령 이용자의 개인정보를 제3자에게 별다른 제한 없이 공유하거나 제공할 수 있다는 내용이 포함되어 있는 경우, 이용자가 그러한 내용을 제대로 읽어보지 않은 채 동의를 하게 되면 그로 인하여 사업자가 면책될 수 있다는 문제도 있다. Haynes(주 24), p.592.

29) Norton(주 18), p.188.

30) Sloan & Warner(주 3), p.379.

3) 개인정보 정책은 계약인가?

개인정보 정책을 계약으로 볼 수 있는지, 즉 개인정보 정책에 계약 당사자를 구속하는 효력이 있는지에 관해서는 미국에서도 합의가 존재하지 않는 듯하다. 개인정보 정책을 매개로 한 고지 및 선택 모델이 도입된 초기에는, 이를 계약으로 볼 수 있다는 견해가 상당히 유력하였던 것으로 보인다.³¹⁾ 사업자가 개인정보 정책을 작성할 때, 사업자와 이용자는 해당 개인정보 정책의 내용에 구속(binding)된다고 규정하는 사례가 많다는 점도 위와 같은 견해를 뒷받침하였다. 그러나 실제로 사업자가 개인정보 정책의 내용을 위반하여 이용자의 개인정보를 처리한 경우, 이용자의 계약에 기한 청구(contractual claims)가 받아들여진 사례는 그다지 많지 않은 듯하다.³²⁾ 미국 판례의 주류는, 개인정보 정책은 사업자의 정책에 관한 일반적인 서술에 불과하고, 강제가능한(enforceable)³³⁾ 계약이 될 수 없다는 태도를 취하고 있는 것으로 보인다.³⁴⁾

위와 같이 개인정보 정책의 계약 해당성을 부정한 일련의 판례들은, 개인정보 정책의 특정한 방식(form)에 기인한다는 지적이 있다.³⁵⁾ 개인정보 정책은 ‘클릭을 통한 동의(clickwrap)’ 또는 ‘이용을 통한 동의(browsewrap)’ 방식으로 제시된다. 전자의 경우 이용자는 개인정보 정책과 함께 표시된 ‘동의(I accept)’ 버튼을 클릭함으로써 사업자의 개인정보 정책에 동의하게 된다. 이 경우 이용자는 웹사이트 또는 온라인 서비스를 이용하기 전에 개인정보 정책에 대한 명시적인 동의 의사를 표시하는 셈이다.³⁶⁾ 이러한 ‘클릭을 통한 동의’ 방식을 취한 개인정보 정책의 경우, 미국 법원은 개인정보 정책의 계약 해당성을 긍정하는 경향이 있다.³⁷⁾ 이러한 경향은 이용자가 실제로 개인정보 정책을

31) Norton(주 18), p.189.

32) Norton(주 18), p.189. 가령 *Jurin v. Google Inc.*, 768 F. Supp.2d 1064(E.D. Cal. 2011) 판결은 사업자가 스스로 자신의 정책에 구속된다고 하는 약속은 계약을 구성하지 않는다고 보았다. 또한 *Meyer v. Christie*, No. 07-2230-JWL, 2007 WL 3120695(D. Kan. Oct. 24, 2007) 판결은, 사업자의 일방적인 정책을 근거로 계약책임을 물을 수는 없다고 하였다. 그 밖에 개인정보 정책은 계약이 될 수 없다고 본 판결로 *Dyer v. Nw. AirlinesCorps.*, 334 F. Supp.2d 1196 (D.N.D. 2004); *In re Nw. Airlines Privacy Litig.*, No. Civ. 04-126 (PAM/JSM), 2004 WL1278459 등.

33) 계약의 당사자가 상대방 당사자에 대하여 계약상 의무의 이행을 구할 수 있고, 계약상 의무 위반을 이유로 손해배상을 청구할 수 있다는 의미이다. 미국법상 강제가능성(enforceability) 개념에 관한 설명으로 권영준·조인영 편저, *미국사법의 이해*, 박영사(2023), 27면(권영준 집필부분).

34) Norton(주 18), p.190.

35) Norton(주 18), p.190.

36) Norton(주 18), p.191.

37) *Hancock v. Am. Tel. & Tel. Co.*, 701 F.3d 1248, 1257-58(10th Cir. 2012).

읽어보지 않은 사안에서도 발견된다.³⁸⁾³⁹⁾

그런데 미국에서 대부분의 개인정보 정책은 ‘이용을 통한 동의(browsewrap)’ 방식으로 제시되고 있다.⁴⁰⁾ 이용을 통한 동의 방식의 경우, 사업자는 웹페이지 메인 화면에 개인정보 정책 페이지로 연결되는 하이퍼링크를 표시해둔다. 이용자는 해당 링크를 클릭하여 개인정보 정책 페이지를 방문하고 개인정보 정책을 읽어볼 수 있지만, 그렇게 하지 않더라도 웹사이트 또는 온라인 서비스를 이용하는 데 아무런 문제가 없다.⁴¹⁾ 앞의 클릭을 통한 동의 방식과 달리, 이용을 통한 동의 방식의 경우 이용자가 명시적으로 동의의 의사표시를 할 것이 요구되지 않으므로, 이용자가 실제로 동의를 하였는지, 그러한 동의가 언제 이루어졌는지를 확인하기 어렵다.⁴²⁾ 그에 따라 이용을 통한 동의 방식에서 개인정보 정책이 ‘계약’이 되었는지를 판단할 때에는 이용자가 웹사이트 또는 온라인 서비스를 이용하기 전에 개인정보 정책의 내용을 알았거나 알 수 있었는지가 주된 쟁점이 된다.⁴³⁾ 이용을 통한 동의 방식으로 개인정보 정책이 제시된 사안에서, 대부분의 판결은 개인정보 정책의 계약 해당성을 부정하였다.⁴⁴⁾⁴⁵⁾

38) Davis v. HSBC Bank Nevada, N.A., 691 F.3d 1152, 1163-64(9th Cir. 2012). 이 판결 사안에서, 이용자는 실제로 개인정보 정책을 읽어보지 않고서 해당 개인정보 정책을 읽었으며 이에 동의한다는 버튼을 클릭하였다.

39) 한편 이는 미국 계약법이 계약 당사자에게 ‘읽을 의무(duty to read)’를 부과하기 때문이기도 하다. 미국 판례는 당사자가 실제로 계약서를 읽어보지 않았다고 하더라도, 그에게 계약서를 읽을 수 있는 기회가 적절히 주어진 이상 해당 당사자가 계약서의 내용을 인식하였다고 본다. 가령 One Stop Supply, Inc. v. Ransdell, No. 01-A-01-9509-CV-00403, 1996Tenn. Ct. App.1196 WL 187576(Tenn. Ct. App.Apr. 19, 1996) 판결은 계약 당사자가 계약 조항을 읽어보지 않았다고 하여, 계약에 대한 동의가 없었다고 볼 수는 없다고 판단하였다.

40) Haynes(주 24), p.590.

41) Norton(주 18), p.191.

42) Norton(주 18), p.191.

43) Sw. Airlines Co. v. BoardFirst, L.L.C., No. 3:06-CV-0891-B., 2007 WL 4823761(N.D. Tex. Sept. 12, 2007).

44) Nguyen v. Barnes & Noble Inc., 763 F.3d 1171 (9th Cir. 2014) 판결은 웹사이트 운영자가 웹사이트에 개인정보 정책으로 연결되는 하이퍼링크를 표시한 경우, 이는 이용자에 대한 적절한 고지가 이루어진 것으로 볼 수 없으며, 이용자가 해당 하이퍼링크를 실제로 클릭하였다고 하여 그가 개인정보 정책에 동의한 것으로 볼 수 없다고 판시하였다. Defontes v. Dell Computs. Corp., No. C.A. PC 03-2636, 2004 WL 253560(R.I. Super. Jan. 29, 2004), aff'd, 984 A.2d 1061(R.I. 2009) 판결도, 이용자가 하이퍼링크를 클릭하여 웹사이트의 정책 페이지를 방문할 수 있다고 하더라도, 이용자의 동의 표시가 있었다고 볼 수 없다는 태도를 취하였다. 이와 달리 이용을 통한 동의 방식으로 개인정보 정책이 제시된 경우에 계약 성립을 인정한 판결로 Ticketmaster Corp.v. Tickets.com, Inc., No. CV-99-7654-HLH(VBKx), 2003 U.S. Dist. Lexis 6483(C.D. Cal. March 7, 2003).

45) 이러한 배경에서, 사업자들이 스스로 계약으로서의 개인정보 정책에 구속되지 않기 위하여 이용을 통한 동의 방식을 선택하고 있다는 지적으로 Norton(주 18), p.193.

3. 개인정보 처리방침은 계약이 될 수 있는가?

가. 계약의 의의

계약은 ‘둘 이상 당사자의 합치하는 의사표시를 요소로 하는 법률행위’라고 정의된다.⁴⁶⁾ 계약이 성립하기 위해서는 대립하는 당사자들 사이에 의사표시의 합치, 즉 합의가 있어야 한다.⁴⁷⁾ 계약은 일반적으로 청약과 승낙으로 성립한다.⁴⁸⁾ 청약은 상대방에게 계약 체결을 제안하는 내용의 의사표시를 말한다.⁴⁹⁾ 승낙은 청약의 상대방이 청약자에 대하여 하는, 계약 성립을 목적으로 하는 의사표시이다.⁵⁰⁾ 이러한 청약과 승낙이 결합하면 계약이 성립하게 된다.⁵¹⁾

계약이 성립하면 그 효과로서 계약 당사자에게 일정한 권리·의무가 발생한다.⁵²⁾ 당사자는 계약의 구속력에 따라 계약상 의무를 이행하여야 하며, 해제권 유보 약정이 있는 경우나 해제사유가 발생한 경우 등을 제외하고는 계약을 자유롭게 해제할 수 없다.⁵³⁾

나. 약관을 통한 계약

1) 의의

약관은 상품의 대량생산에 따른 상품의 표준화, 거래의 표준화 과정에서 등장하였다.⁵⁴⁾ 특히 최근에는 인터넷이나 모바일 기기를 활용한 비대면 거래가 큰 폭으로 늘어나면서, 약관이 일상에서 형성되는 수많은 계약관계를 규율하게 되었다.⁵⁵⁾

46) 양창수·김재형, 민법 I 계약법 제3판, 박영사(2020), 3면. 계약을 ‘채권채무 관계를 발생 또는 변경시키는 합의’라고 정의하는 견해로 편집대표 김용덕, 주석 민법 채권각칙 제1권 제5판, 한국사법행정학회(2021), 9-10면(김기창 집필부분).

47) 편집대표 김용덕(주 46), 61면(김미경 집필부분).

48) 양창수·김재형(주 46), 27면.

49) 편집대표 김용덕(주 46), 62면(김미경 집필부분).

50) 편집대표 김용덕(주 46), 65면(김미경 집필부분).

51) 양창수·김재형(주 46), 46면.

52) 편집대표 김용덕(주 46), 9면(김기창 집필부분).

53) 해약금 계약에 기한 계약 해제와 계약의 구속력의 관계에 관하여 판시한 판결로 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다231378 판결.

54) 편집대표 김용덕(주 46), 557면(권영준 집필부분).

전통적인 계약법은 청약자와 청약 상대방이 직접 만나 개별적인 교섭과 협상을 통하여 계약 내용을 결정하는 모습의 계약을 염두에 두고 있다.⁵⁶⁾ 그러나 일상적으로 빈번하게 이루어지는 거래의 경우, 위와 같은 모습으로 계약을 체결하는 것은 상당한 비효율을 야기한다.⁵⁷⁾ 약관을 활용함으로써 사업자는 불특정 다수의 상대방과 각각 교섭·협상을 통하여 계약서를 작성하여야 하는 번거로움을 피할 수 있고, 고객은 일상적으로 빈번하게 이루어지는 정형적인 거래에 관하여 사업자와 매번 새롭게 교섭·협상을 통하여 계약 내용을 결정하여야 하는 번거로움을 피할 수 있다.⁵⁸⁾

약관은 ‘명칭이나 형태, 범위에 관계없이 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약’으로 정의된다(약관법 제2조 제1호). 이러한 약관은 약관을 계약 내용으로 편입하기로 하는 ‘편입 합의’에 의하여 계약 내용을 구성하게 된다.⁵⁹⁾ 판례는 약관이 그 자체로 법규범에 해당하거나 법규범적 성질을 가지기 때문이 아니라, 계약 당사자가 약관을 계약의 내용으로 하기로 하는 명시적·묵시적 합의를 하였기 때문에 약관이 계약 당사자에게 구속력을 가지게 된다고 설명한다.⁶⁰⁾

약관을 통하여 체결된 계약(이하 ‘약관계약’)에서는 당사자 사이에 약관을 계약 내용으로 편입하기로 하는 합의만 존재할 뿐, 약관 내용 자체에 대한 합의는 존재하지 않는다.⁶¹⁾ 고객이 약관의 내용을 전혀 읽어보지 않는 경우도 많고, 약관의 내용을 읽어보더라도 그 내용을 충분히 이해하기 어려운 경우도 많다. 고객이 약관의 내용을 읽어보고 자신에게 불리한 조항을 발견하여 사업자에게 변경을 요구하더라도, 사업자가 이러한 요구를 받아들일 가능성은 매우 낮다. 즉, 고객에게는 사업자가 제시한 약관에 동의함으로써 사업자와 계약을 체결하거나, 사업자와 아예 계약을 체결하지 않는 두 가지 선택지만이 존재한다.⁶²⁾ 한편 사업자에게는, 정보, 전문성, 협상력에서의 우위를 이용하여, 자신에게는 유리하고 고객에게는 불리한 내용으로 약관계약을 체결할 유인이 존재한다. 실제로 이러한 위험이 현실화되어 사업자가 고객에게 불리한 내용의 약관을 제안하고, 고객이 이에

55) 이로 인하여 계약법의 기본 법리가 근본적으로 변화하게 되었다는 분석으로 Kar & Yu(주 3), p.23.

56) 편집대표 김용덕(주 46), 558면(권영준 집필부분).

57) 편집대표 김용덕(주 46), 558면(권영준 집필부분).

58) 편집대표 김용덕(주 46), 558면(권영준 집필부분)은 이를 ‘약관의 효율성 제고 기능’이라고 표현한다.

59) 편집대표 김용덕(주 46), 44-45면(김기창 집필부분).

60) 대법원 1991. 9. 10. 선고 91다20432 판결; 대법원 2003. 7. 11. 선고 2001다6619 판결; 대법원 2004. 11. 11. 선고 2003다30807 판결 외 다수.

61) 편집대표 김용덕(주 46), 46면(김기창 집필부분).

62) 편집대표 김용덕(주 46), 561면(권영준 집필부분).

동의함으로써 고객이 해당 약관에 구속되는 것을 막기 위하여, 약관법은 약관의 편입통제, 약관의 해석통제, 약관의 내용통제를 각각 규정한다. 또한 약관은 공정거래위원회에 의한 행정적 통제, 법원에 의한 사법적 통제의 대상이다.⁶³⁾

약관의 편입통제 단계에서는 약관이 사업자와 고객 간의 계약 내용으로 편입되었는지를 판단한다.⁶⁴⁾ 이 단계에서 약관법은 약관을 계약 내용으로 편입시킬 것인지에 관한 고객의 의사결정을 돕는 역할을 한다.⁶⁵⁾ 즉, 편입통제는 고객이 스스로 약관 내용의 공정성 판단을 할 수 있도록 함으로써, 절차적인 측면에서 약관의 공정성을 확보하는 수단이라고 할 수 있다.⁶⁶⁾ 다음으로 약관의 해석통제 단계에서는 해석을 통하여 약관의 내용을 확정한다. 약관의 내용통제 단계에서는 약관의 해석을 통하여 확정된 약관 내용의 불공정성 여부를 판단한다. 약관의 해석통제 및 내용통제는 공정거래위원회 또는 법원에 의한 공정성 판단을 전제로 하며, 실체적인 측면에서 약관의 공정성을 확보하기 위한 수단이다.⁶⁷⁾ 아래에서는 개인정보 처리방침이 어떠한 요건 아래 ‘약관’으로 기능할 수 있는지를 주로 검토하기 위하여, 약관의 개념과 약관의 편입통제에 관하여 좀 더 상세히 살펴보기로 한다.

2) 약관의 개념

약관은 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위해 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용을 의미한다. 즉, 약관은 ① ‘계약의 내용이 되기 위해’ 마련된 것이어야 하고, ② 계약의 한쪽 당사자(사업자)가 미리 마련한 것이어야 하며, ③ 사업자가 여러 명의 상대방(고객)과 계약을 체결하기 위하여 마련한 것으로서, ④ ‘일정한 형식으로’ 되어 있어야 한다.

① ‘계약의 내용이 되기 위해’ 마련된 것

‘계약의 내용’이란 계약 당사자의 권리 또는 의무를 발생시키는 사항으로 이해된다.⁶⁸⁾ 이때 약관에 담겨 있는 내용이 계약 내용 전체를 구성하여야 하는 것은 아니다. 하나의

63) 편집대표 김용덕(주 46), 561면(권영준 집필부분).

64) 편집대표 김용덕(주 46), 561면(권영준 집필부분).

65) 편집대표 김용덕(주 46), 562면(권영준 집필부분).

66) 편집대표 김용덕(주 46), 62면(권영준 집필부분).

67) 편집대표 김용덕(주 46), 562면(권영준 집필부분).

68) 편집대표 김용덕(주 46), 567면(권영준 집필부분). 한편 대법원은 키코(KIKO) 통화옵션계약이 불공정한 법률행위인지 여부가 문제 되었던 사건(대법원 2013. 9. 26. 선고 2011다53683, 53690 전원합의체 판결)에서, 통화옵션계약의 구조만으로는 거래당사자 사이에서 아무런 권리의무가 발생하지 않는다는 이유에서 해당 구조의 약관 해당성을 부정한 바 있다.

계약이 약관 부분과 약관이 아닌 일반적인 계약 부분으로 구성될 수도 있다.⁶⁹⁾ 한편 개인정보 처리의 맥락에서는 개인정보 수집·이용에 관한 동의를 약관에 대한 편입합의로 볼 수 있는지가 문제 된다. 국내에서 이에 관한 논의가 활발히 이루어지고 있지는 않다. 개인정보 보호에 관한 내용이 거래 약관의 일부 내용으로 편입되어 있는 경우에는 이를 계약관계로 볼 수 있다는 견해도 있는 반면,⁷⁰⁾ 개인정보 처리에 대한 동의가 약관계약에서의 편입합의와 같은 성질을 띤다고 보는 견해도 주장되고 있다.⁷¹⁾

② 계약의 한쪽 당사자(사업자)가 미리 마련한 것

약관은 사업자가 일방적으로 사전에 마련해둔 것이어야 한다. 따라서 사업자가 일방적으로 사전에 마련한 계약 내용에 고객이 동의하는 것이 아니라, 사업자와 고객 간 교섭이나 협상을 통하여 합의가 이루어진 경우에는 이를 약관으로 볼 수 없다.⁷²⁾

③ 사업자가 여러 명의 상대방(고객)과 계약을 체결하기 위하여 마련한 것

약관은 ‘여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여’ 마련된 것이면 충분하고, 실제로 사업자가 그 약관을 활용하여 여러 명의 고객과 계약을 체결하였을 필요는 없다.⁷³⁾ 반대로 특정한 상대방과 계약을 체결하기 위하여 마련한 계약서를 다른 사람과의 계약에 활용하였다고 하여 그 계약서의 내용이 약관이 되는 것은 아니다.⁷⁴⁾

④ ‘일정한 형식으로’ 되어 있을 것

약관은 일정한 형식을 갖추어야 하지만, 반드시 계약서의 형식으로 작성될 필요는 없다.⁷⁵⁾ 비대면 거래에서는 거의 예외 없이 약관이 전자적 정보의 형태로 제시된다. 한편 사업자의 내부 규정, 정책, 기준 등도 일정한 형태로 고객에게 제시되고 그에 관한 편입합의가 이루어졌다면 약관으로 볼 수 있다.⁷⁶⁾ 대법원은 보험회사가 다수의

69) 편집대표 김용덕(주 46), 567면(권영준 집필부분).

70) 편집대표 김용덕(주 46), 567-568면(권영준 집필부분); 백경일·이병준, “개인정보 관련 약관·서식과 그 내용통제”, 외법논집 제36권 제1호(2012), 196면.

71) 편집대표 김용덕(주 46), 46면(김기창 집필부분). 또한 개인정보 처리행위에 대한 정보주체의 동의가 있었다면 개인정보처리자와 정보주체 사이에 의사표시의 합치를 인정할 수 있다고 보아, 개인정보 처리행위에 관한 계약이 체결되었다고 보는 견해로 박주희, “민간부문 개인정보보호를 위한 약관 통제”, 성균관법학 제32권 제1호(2020), 39면.

72) ‘구체적인 계약에서 개별적으로 이루어진 합의’는 약관에 해당하지 않는다고 본 대법원 2001. 11. 27. 선고 99다8353 판결; 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다118846, 118853 판결 참조.

73) 편집대표 김용덕(주 46), 570면(권영준 집필부분).

74) 편집대표 김용덕(주 46), 571면(권영준 집필부분).

75) 편집대표 김용덕(주 46), 571면(권영준 집필부분).

보험설계사와 위촉계약을 체결하기 위하여 미리 마련한 ‘보험영업지침’이 약관에 해당한다고 보았으며,⁷⁷⁾ 게임 사업자가 게임 약관 및 통합서비스 약관에서 게임의 운영정책을 약관 내용의 일부로 규정하고 그와 별도로 운영정책을 공지한 경우 해당 운영정책은 약관에 해당한다고 보았다.⁷⁸⁾

3) 약관의 편입통제

약관법 제3조는 약관 작성의 투명성의무(제1항),⁷⁹⁾ 명시성의무(제2항), 설명의무(제3항), 명시성의무 및 설명의무 위반의 효과(제4항)를 규정한다. 이는 약관 작성 단계부터 약관에 대한 편입합의 단계에 이르기까지 약관을 통한 계약 체결 과정에 적용되는, 편입통제에 관한 조문이다.

① 투명성의무

약관법 제3조 제1항은, ‘사업자는 고객이 약관의 내용을 쉽게 알 수 있도록 한글로 작성하고, 표준화·체계화된 용어를 사용하며, 약관의 중요한 내용을 부호, 색채, 굵고 큰 문자 등으로 명확하게 표시하여 알아보기 쉽게 약관을 작성하여야 한다’라고 규정한다. 이는 약관에 대한 고객의 접근 가능성, 이해가능성을 제고하기 위한 조문으로 이해된다.⁸⁰⁾

약관법 제3조는 사업자의 명시성의무·설명성의무 위반의 효과에 관해서만 규정할 뿐(제4항), 투명성의무 위반의 효과에 관해서는 침묵하고 있다. 즉, 사업자가 명시성의무 또는 설명성의무를 위반한 경우에는 해당 내용의 계약 편입이 부정되지만, 투명성의무를 위반한 경우에는 해당 내용의 계약 편입이 부정되는 효과가 발생하지 않는다.⁸¹⁾ 그에 따라 투명성의무는 명시성의무·설명성의무와 달리 추상적인 선언에 그친다고 보는 견해도 있으나, 투명성의무 역시 사업자가 부담하는 법적 의무라고 보아야 할 것이다.⁸²⁾

76) 편집대표 김용덕(주 46), 571면(권영준 집필부분).

77) 대법원 2013. 10. 11. 선고 2012다31468 판결.

78) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다9153 판결.

79) 약관의 ‘작성의무’라고 표현하기도 한다. 이병준, “약관의 형식적 요건에 관한 고찰 - 소위 “깨알약관” 사건을 계기로 -”, 서울법학 제24권 제2호(2016), 120면 이하.

80) 편집대표 김용덕(주 46), 584면(권영준 집필부분).

81) 편집대표 김용덕(주 46), 584면(권영준 집필부분).

82) 편집대표 김용덕(주 46), 584면(권영준 집필부분). 이병준(주 79), 122면은 투명성의무(작성의무) 위반에 대하여 아무런 효과를 부여하지 않는 현행 약관법을 비판하면서, 현행 약관법 아래에서는 투명성의무(작성의무) 위반 시 약관의 편입 자체를 부인할 수는 없지만 간접적으로 불공정성 판단에서 이를 고려할 수 있다고 설명한다.

② 명시 의무

약관법 제3조 제2항은, ‘사업자는 계약을 체결할 때에는 고객에게 약관의 내용을 계약의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법으로 분명하게 밝히고, 고객이 요구할 경우 그 약관의 사본을 고객에게 내주어 고객이 약관의 내용을 알 수 있게 하여야 한다’라고 규정한다.⁸³⁾ 이러한 명시 의무는 고객이 약관의 존재와 내용을 알 수 있도록 돕고, 약관의 편입에 대한 고객의 동의가 ‘알고 하는 동의(informed consent)’가 될 수 있도록 하는 데 그 취지가 있다.⁸⁴⁾

약관의 명시 의무는 ‘계약의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법으로’ 이루어지면 충분하다. 고객이 약관의 존재 및 그 약관이 계약의 내용으로 편입된다는 점을 인식하고, 이에 더하여 약관 내용을 인식할 기회를 가질 수 있었다면, 명시 의무가 이행된 것으로 볼 수 있다.⁸⁵⁾

사업자가 약관의 명시 의무를 이행하지 않은 채 약관을 통한 계약을 체결한 경우, 사업자는 해당 약관을 계약 내용으로 주장할 수 없다(약관법 제3조 제4항).

③ 설명 의무

약관법 제3조 제3항은, ‘사업자는 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 한다’라고 규정한다(본문). 다만, 계약의 성질상 설명하는 것이 현저하게 곤란한 경우에는 설명 의무가 면제된다(약관법 제3조 제3항 단서). 설명 의무도 명시 의무와 마찬가지로, 고객에게 필요한 정보를 제공하는 기능을 한다. 설명 의무는 사업자로 하여금 약관의 중요한 내용을 고객에게 설명하도록 함으로써, 고객이 약관 내용을 이해한 상태에서 약관을 통한 계약을 체결하도록 하는 한편, 고객이 예측하기 어려운 내용이 계약에 편입되어 불이익을 입을 위험을 감소시킨다.⁸⁶⁾

약관의 설명 의무는 ‘당해 계약의 체결 경위 및 방법, 약관에 대한 고객의 이해 가능성, 당해 약관이 고객에게 미치는 불이익의 정도 등에 비추어 고객이 이해할 수 있는 방법’으로 이행되어야 한다.⁸⁷⁾ 한편 ‘계약의 성질상 설명하는 것이 현저히 곤란한 경우’의 의미에

83) 몇몇 업종(여객운송업, 전기·가스 및 수도사업, 우편업, 공공전화 서비스 제공 통신업)의 약관에 대하여는 이러한 명시 의무가 면제된다(약관법 제3조 제2항 단서).

84) 편집대표 김용덕(주 46), 587면(권영준 집필부분).

85) 편집대표 김용덕(주 46), 589면(권영준 집필부분).

86) 편집대표 김용덕(주 46), 591면(권영준 집필부분).

87) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2011다69053 판결.

관하여는 약관법에 상세한 규정이 없으므로, 이러한 경우에 해당하는지 여부는 계약의 실질에 따라 개별 사안별로 판단하여야 할 것이다.⁸⁸⁾ 그 밖에 판례는 고객이 약관 내용을 알거나 충분히 예상할 수 있는 경우, 약관이 법령을 되풀이하거나 부연한 것인 경우에는 설명의무가 면제된다고 보고 있다.⁸⁹⁾

다. 개인정보 처리방침의 경우

1) 개인정보 처리방침을 약관으로 볼 수 있는지

① 개인정보 처리방침의 약관 해당성을 부정하는 견해

개인정보 처리방침이 약관이 될 수 없다는 견해는 다음과 같은 근거를 든다. ㉠ 개인정보 처리방침을 홈페이지에 공개하는 것을 계약의 성립 요소인 ‘청약’으로 볼 수 없다.⁹⁰⁾ 개인정보처리자가 개인정보 처리방침을 작성하여 공개하는 것은 개인정보법에 따른 의무를 이행하기 위한 것이고, 정보주체와 계약을 체결하려는 의사가 있었다고 보기는 어렵다.⁹¹⁾ ㉡ 개인정보 처리방침의 경우 계약의 성립 요소인 ‘승낙’의 의사표시가 결여되어 있다.⁹²⁾ 특히 정보주체가 개인정보 처리방침에 대하여 별도로 동의하는 절차가 마련되어 있지 않은 경우에는 더욱 그러하다. ㉢ 개인정보 처리방침을 변경할 경우 정보주체의 동의가 요구되지 않는다는 점은 개인정보 처리방침을 계약으로 볼 수 없는 분명한 이유이다.⁹³⁾ ㉣ 법 제30조 제3항의 규정 내용(“개인정보 처리방침의 내용과 개인정보처리자와 정보주체 간에 체결한 계약의 내용이 다른 경우에는 정보주체에게 유리한 것을 적용한다”)으로 미루어보아, 개인정보법은 계약과 개인정보 처리방침을 구분하고 있다. ㉤ 개인정보 처리방침을 계약으로 볼 경우 개인정보처리자가 개인정보 처리방침에 기초하여 정보주체에게 일정한 청구권을 가지게 되는데, 이는 부당하다. ㉥ 현실적으로 개인정보 처리방침을 계약으로 보아야 할 실익이 크지 않다.

88) 편집대표 김용덕(주 46), 597면(권영준 집필부분).

89) 대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다15556 판결; 대법원 2019. 5. 30. 선고 2016다276177 판결; 대법원 2023. 4. 13. 선고 2021다250285 판결 등. 이러한 판례 법리에 대한 평가로 이소은, “약관 중요내용의 설명의무와 그 면제사유에 관한 고찰- 대법원 2019. 5. 30. 선고 2016다276177 판결을 중심으로 -”, 홍익법학 제20권 제3호(2019), 102-104면.

90) 이정운(주 8), 61-62면.

91) 위 견해는 (미국법상) ‘법적 의무 이행은 계약의 약인(consideration)으로 볼 수 없다’는 점도 근거로 제시하고 있다. 그런데 계약 성립 요건으로 ‘약인’을 요구하는 것은 영미법에 특유한 법리로서 우리 법에는 적용하기 어렵다. 참고로 약인이 인정되기 위해서는 이행(performance) 또는 반대약속(return promise)이 교환적으로 거래되어야 한다. The Restatement 2nd of Contracts § 71 참조.

92) 이정운(주 8), 63-64면.

93) 이정운(주 8), 64면.

위 견해에 대해서는 다음과 같은 비판이 가능하다. ㉔ 개인정보 처리방침을 공개할 때 개인정보처리자에게 정보주체와 계약을 체결하려는 의사가 있었다고 보기 어려우므로 개인정보 처리방침 공개를 청약으로 볼 수 없다는 것은, 바꾸어 말하면 개인정보처리자에게 정보주체와 계약을 체결하려는 의사가 있었다면 개인정보 처리방침 공개를 청약으로 볼 수 있다는 것이 된다. 개인정보처리자에게 어떠한 의사가 있었는지는 일률적으로 말하기 어렵고, 개별적으로 판단할 문제라고 생각된다. ㉕ 정보주체의 승낙 내지 동의가 있었다고 보기 어려우므로 개인정보 처리방침을 약관으로 볼 수 없다는 것은, 바꾸어 말하면 정보주체의 승낙 내지 동의가 있었다고 볼 수 있는 경우에는 개인정보 처리방침을 약관으로 볼 수 있다는 것이 된다. 이어지는 “2)-① 편입합의의 존재”에서 보는 것처럼, 정보주체가 개인정보 처리방침이 계약의 내용으로 편입되는 데 동의하여 ‘편입합의’가 존재한다면, 개인정보 처리방침은 약관으로서 계약 내용을 구성할 수 있다. ㉖ 약관법 역시 약관 내용을 변경할 때 재차 고객의 동의를 받을 것을 요구하고 있지 않다. 공정거래위원회도 약관의 변경이 중대한 변경으로서 고객에게 불리한 것인 경우에만 사업자가 고객에게 사전 통지를 하도록 요구하고 있고, 재차 고객의 동의를 받을 것까지는 요구하지 않는다.⁹⁴⁾ 따라서 개인정보 처리방침 개정 시 고객의 동의가 요구되지 않는다는 점만으로 개인정보 처리방침의 약관 해당성을 부정할 수는 없다. ㉗ 이 글의 앞부분에서 살펴본 것처럼, 제30조 제3항은 오히려 개인정보 처리방침이 약관의 성질을 띤다는 점을 전제로 한 조항으로 생각된다. ㉘ 개인정보 처리방침에 개인정보처리자의 권리에 관한 내용이 포함되는 경우는 드물고, 개인정보 처리방침은 보호위원회에 의한 규제의 대상이므로 만약 위와 같은 내용이 포함되어 있다고 하더라도 보호위원회의 규제를 통하여 시정될 가능성이 높다. ㉙ 개인정보 처리방침을 계약으로 보는 것은 충분한 실익이 있다고 본다. 자세한 내용은 이어지는 “3) 개인정보 처리방침을 약관으로 보는 견해의 실익”에서 후술한다.

② 개인정보 처리방침의 약관 해당성을 긍정하는 견해

개인정보 처리방침이 약관이 될 수 있다고 보는 견해는 다음과 같은 근거를 든다.⁹⁵⁾ ㉔ 개인정보 처리방침에 불공정 약관에 해당하는 조항이 존재하는 경우 약관법을 적용하여 이를 시정할 필요가 있다. ㉕ 실무상 관행적으로 다수의 개인정보처리자가 서비스 이용약관에 “개인정보 처리에 관한 사항은 개인정보 처리방침에 따른다”라고 기재하고 있다. ㉖ 개인정보 처리방침에 계약으로서의 구속력을 인정하지 않는 경우 허위표시 등에 대한 규제가 어려워 정보주체의 피해로 이어질 수 있다.

94) 가령 공정거래위원회 보도자료, “구글의 시정 권고 이행에 따라 불공정 약관 시정 완료”(2019. 5. 30) 참조.

95) 최경진 외(주 7), 517면.

필자는 위와 같은 근거에 대체로 찬성하지만, ㉔에 대해서는 다른 견해를 가지고 있다. 개인정보 처리방침은 보호위원회에 의한 규제 대상인데(법 제30조의2), 이에 대하여 약관법을 중첩하여 적용함으로써 개인정보 처리방침을 공정거래위원회에 의한 규제 대상으로 만드는 것이 타당한지 의문이다.⁹⁶⁾ 또한 개인정보 처리방침에 대한 규제는, 법 제30조의2 제1항 각호에서 알 수 있듯이 약관에 대한 규제와 크게 다르지 않고, 보호위원회의 규제에 의하더라도 시정이 가능하다. 개인정보 처리방침을 계약으로 보되, 법 제30조 및 제30조의2를 약관법의 특별법으로 보아, 개인정보법만을 적용하는 것이 타당하다고 생각된다.⁹⁷⁾

③ 검토

앞서 “3-나-2) 약관을 통한 계약”에서 살펴본 것과 같이, 약관은 ㉔ ‘계약의 내용이 되기 위해’ 마련된 것이어야 하고, ㉕ 계약의 한쪽 당사자(사업자)가 미리 마련한 것이어야 하며, ㉖ 사업자가 여러 명의 상대방(고객)과 계약을 체결하기 위하여 마련한 것으로서, ㉗ ‘일정한 형식으로’ 되어 있어야 한다. 이러한 기준에 따르면 개인정보 처리방침은 약관에 해당하는가?

필자는 개인정보 처리방침이 위의 요건을 모두 충족할 수 있다고 생각한다. 우선 요건 ㉔는 사업자(개인정보처리자)가 개인정보 처리방침을 작성할 때 해당 내용을 ‘계약의 내용으로’ 하고자 하는 의사가 있었다면 충족될 수 있다. 만약 사업자(개인정보처리자)가 오로지 법 제30조에 따른 개인정보 처리방침 작성·공개의무를 준수하기 위하여 개인정보 처리방침을 작성하였다면 요건 ㉔는 충족되기 어렵겠지만,⁹⁸⁾ 개인정보 처리방침의 내용을 고객(정보주체)과 체결하는 계약의 내용으로 하고자 하는 의사가 포함되어 있었다면 요건 ㉔는 어렵지 않게

96) 법 제30조의2가 마련되기 이전의 문헌이기는 하나, 개인정보 처리방침에 대한 규제 주체를 보호위원회로 일원화하여야 한다는 견해로 박주희(주 71), 49-50면.

97) 공정거래위원회가 개인정보 처리방침을 약관으로 보아 불공정 약관 조항을 시정한 사례가 없지 않다. 공정거래위원회는 2015. 5. 온라인 사업자들이 사용하는 이용 약관 및 개인정보 처리방침을 검토하여, 불공정 약관조항을 시정한바 있다(공정거래위원회 보도자료, “온라인 사업자의 개인정보 관련 불공정 약관 조항 시정”, 2015. 5. 18.). 당시의 시정권고서 가운데 일반에 공개된 것은 ‘구글코리아(유)의 서비스 약관 및 개인정보 취급방침상 불공정 약관조항에 대한 건’(시정권고 제1011-044호, 사건번호 2011약관2897)이 유일한데, 공정거래위원회는 위 시정권고 건에서 위 회사의 개인정보 취급방침이 약관에 해당한다는 전제에서 그 불공정성 여부를 판단하였다. 다만, 개인정보 처리방침을 약관으로 볼 수 있는 근거에 관해서는 위 시정권고서에 아무런 언급이 없었다. 위와 같은 공정거래위원회의 중복 규제에 관하여는 찬성하기 어렵다.

98) 보호위원회는, 개인정보 처리방침은 ‘개인정보를 처리하고 있는 사업자, 단체의 개인정보 처리 기준 및 보호조치 등을 문서화한 것으로서, 다수의 소비자와 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약인 “약관”과도 구별된다고 설명한다(개인정보 보호위원회, 개인정보 처리방침 작성지침, 2024. 4. 11면). 개인정보 처리방침 일반에 대하여는 위와 같은 설명이 적절할 수 있으나, 개인정보 처리방침이 ‘다수의 소비자와 계약을 체결하기 위하여’ 마련된 경우에는 『개인정보 처리방침 ≠ 약관』이라는 설명이 맞지 않는다고 생각한다.

충족될 수 있을 것이다.⁹⁹⁾ 한편 개인정보 처리방침은 사업자 (개인정보처리자)가 미리 마련하여 고객(정보주체)에게 홈페이지 등에 공개하는 것이므로, 개인정보 처리방침이 요건 ⑥을 충족하는 데에는 별다른 문제가 없다.¹⁰⁰⁾ 사업자(개인정보처리자)가 개인정보 처리방침을 ‘여러 명의 상대방(고객)과 계약을 체결하기 위하여’ 마련하였다면, 앞의 요건 ③도 충족할 수 있다. 또한 개인정보 처리방침은 ‘일정한 형식으로’ 작성되므로,¹⁰¹⁾ 요건 ④도 충족할 수 있다.

또한 이전의 “2-가. 우리 개인정보법상 개인정보 처리방침에 관한 규율”에서 살펴본 것처럼, 사업자(개인정보처리자)와 고객(정보주체) 사이에 개인정보 처리방침의 내용과 다른 개별 약정의 체결 가능성을 인정한 법 제30조 제3항 역시, 개인정보 처리방침이 계약의 성질을 띠고 있다는 점을 시사한다.

2) 개인정보 처리방침이 약관으로서 계약 내용으로 편입되기 위한 요건

개인정보 처리방침이 약관에 해당한다고 하더라도, 그 내용이 언제나 계약 내용으로 편입될 수 있는 것은 아니다. 사업자(개인정보처리자)가 계약 체결 시 고객에게 개인정보 처리방침을 제시하였고, 고객(정보주체)이 개인정보 처리방침을 계약 내용으로 편입하는 데 동의하였으며, 개인정보 처리방침이 약관의 계약 편입 요건을 모두 충족하였다면, 개인정보 처리방침이 비로소 약관으로서 사업자와 고객 사이의 계약 내용을 구성한다고 볼 수 있을 것이다.¹⁰²⁾ 앞서 “2-나. 개인정보 정책에 관한 미국의 논의”에서 소개한 미국의 판결들 가운데 개인정보 정책은 계약이 될 수 없다고 판시한 판결들은, 해당 판결 사안에서 문제된 개인정보 정책이 위의 요건 가운데 하나 이상을 충족하지 못하였기 때문에 그러한 결론에 이른 것으로 이해해볼 수 있다.

99) 개인정보처리자가 정보주체에게 제시하는 약관에 개인정보 처리방침을 포함시켰다면, 이러한 의사는 어렵지 않게 인정될 수 있을 것이다.

100) 박주희(주 71), 44면.

101) 개인정보 처리방침의 형식에 관하여는 개인정보 보호위원회, 개인정보 처리방침 작성지침(2024. 4), 100면 이하 참조.

102) 이때 개인정보 처리방침을 내용으로 하는 계약은, 개인정보 처리를 목적으로 하는 신종계약의 한 유형으로 볼 수 있을 것이다. 신종계약의 개념에 관하여는 편집대표 김용덕, 주석 민법 채권각칙 제5권 제5판, 한국사법행정학회(2021), 4면(황진구 집필부분) 참조.

아래에서는 개인정보 처리방침이 약관으로서 계약 내용에 편입되기 위한 요건을 구체적으로 검토하기로 한다.

① 편입합의의 존재

편입합의는 약관을 계약 내용으로 하기로 하는 사업자(개인정보처리자)와 고객(정보주체) 사이의 합의이다.¹⁰³⁾ 유효한 편입합의가 있었다고 보기 위해서는 위와 같은 합의가 있었던 것만으로 충분하고, 고객(정보주체)이 약관의 내용을 실제로 읽어보고 이를 이해하였을 것까지는 요구되지 않는다.¹⁰⁴⁾ 또한 편입합의가 묵시적으로 이루어지는 경우도 적지 않다.¹⁰⁵⁾ 가령 게임 운영정책에 관한 동의(편입합의)가 있었는지 여부가 쟁점이 된 사건에서 대법원은 ‘사업자가 개별 이용자의 게임 이용시 화면에 이용자 동의서를 띄워 놓는 방법으로 운영정책의 내용을 개별적으로 고지한 후 위 게임을 이용하도록 하였으므로, 위 게임 이용자들은 그 동의서의 내용에 동의한 사실을 추단할 수 있다’라고 판시하였다.¹⁰⁶⁾

위와 같은 대법원 판결에 비추어 보면, 사업자(개인정보처리자)가 서비스 이용약관에서 개인정보 처리방침의 내용을 적절히 인용하고, 서비스 이용약관에 대한 동의를 받으면 개인정보 처리방침의 내용을 서비스 이용약관의 내용으로 편입시키기로 하는 합의가 있었다고 볼 수 있을 것이다. 여기서 문제는 서비스 이용약관에 개인정보 처리방침의 내용이 얼마나 구체적으로 제시되어야 하는가 하는 점이다. 이 점에 관해서는 위 대법원 판결의 판시가 유용한 지침이 될 수 있다고 생각한다.

위 대법원 판결의 사안에서 사업자는 이용자가 게임을 이용하기 위하여 접속할 경우 ‘게임의 운영정책에서 정하고 있는 이용자의 의무사항을 위반한 경우, 피고는 이용자의 해당 계정에 제한을 가할 수 있습니다’ 등의 내용이 담긴 이용자 동의서를 화면에 띄우고, 고객이 이에 동의할 경우에 게임을 이용할 수 있도록 하였다. 이에 관하여 대법원은 ‘피고가 이 사건 게임약관 및 통합서비스약관에서 운영정책을 약관내용의 일부로 규정하고 따로 위 운영정책을 공지하고 있으므로 운영정책은 적법하게 약관의 일부가 되었으며, 원고들은 피고가 개별 이용자의 게임 이용시 화면에 이용자 동의서를 띄워 놓는 방법으로

103) 편집대표 김용덕(주 46), 582면(권영준 집필부분).

104) ‘계약자가 약관의 내용을 알지 못하는 경우에도 그 약관의 구속력을 배제할 수 없는 것이 원칙’이라고 판시한 대법원 1985. 11. 26. 선고 84다카2543 판결; 대법원 1989. 3. 28. 선고 88다4645 판결 참조. 또한 편집대표 김용덕(주 46), 582면(권영준 집필부분).

105) 편집대표 김용덕(주 46), 582면(권영준 집필부분).

106) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다9153 판결.

운영정책의 내용을 개별적으로 고지한 이후 이 사건 게임을 이용한 이상 위 동의서의 내용에 동의한 사실을 추단할 수 있다¹⁰⁷⁾ 본 원심법원의 판단을 수긍하였다. 위와 같은 판시에 따르면, 개인정보 처리방침 역시 ㉠ 서비스 약관에서 개인정보 처리방침을 약관 내용의 일부로 규정하고, ㉢ 개인정보 처리방침을 따로 공지하며, ㉡ 약관에 대한 동의를 받으면, 사업자(개인정보처리자)와 고객(정보주체) 사이의 편집합의가 이루어졌다고 볼 수 있을 것이다.¹⁰⁸⁾

② 투명성의무

개인정보 처리방침 작성의 투명성의무에 관하여는 법 제30조의2 제2호에서 정하고 있다(“3-다. 개인정보 처리방침의 경우” 참조). 투명성의무의 이행과 관련해서는 작성지침이 더욱 상세히 정하고 있는데, 개인정보처리자는 개인정보 처리방침에 포함되어야 할 내용을 정보주체가 쉽게 알 수 있도록 구분하여 작성하여야 하고, 가급적 각각 별도의 항목으로 명시적으로 구분하여 작성할 것이 권고된다.¹⁰⁹⁾ 또한 개인정보 처리방침은 알기 쉬운 용어로 구체적이고 명확하게 표현되어야 한다. 개인정보처리자는 정보주체가 쉽게 알 수 있도록 가급적 평어체를 사용하고, 법률용어 등의 전문용어는 쉬운 표현으로 부연 설명을 제공하여야 한다.¹¹⁰⁾ 법 적용을 받는 해외사업자는 국내이용자가 이해할 수 있도록 쉽고 명확한 한글로 정보를 제공하여야 한다.¹¹¹⁾ 개인정보처리자는 작성이 권장되는 부분¹¹²⁾과 필수적으로 작성하여야 하는 부분을 구분하여 구성할 것이 권고된다.¹¹³⁾ 나아가 주요 개인정보 처리 표시는 중요한 처리 사항을 정보주체가 직관적으로 파악할 수 있도록 기호 등을 활용하여 표시하여야 한다.¹¹⁴⁾

위와 같은 작성지침의 내용은, 약관법에서 정하고 있는 투명성의무의 내용과 크게 다르지 않다. 따라서 사업자(개인정보처리자)가 위 조항에 따라 개인정보 처리방침을 알기 쉽게 작성하였다면, 약관법상 투명성의무도 이행한 것으로 인정될 수 있을 것이다.

107) 밑줄은 필자가 추가하였다.

108) 위와 같은 상황에서 약관에 대한 동의를 개인정보 처리방침에 대한 동의로 볼 수 없다는 견해로 백경일·이병준(주 70), 202면. 위 견해는 약관에 대한 동의와 개인정보 처리방침에 대한 동의는 서로 별개의 것으로 보아야 한다는 관점에 기초하고 있다.

109) 개인정보 보호위원회, 개인정보 처리방침 작성지침(2024. 4), 10면.

110) 개인정보 보호위원회, 개인정보 처리방침 작성지침(2024. 4), 10면.

111) 개인정보 보호위원회, 개인정보 처리방침 작성지침(2024. 4), 10면.

112) 14세 미만 아동의 개인정보 처리에 관한 사항, 개인정보 자동 수집 장치를 통해 제3자가 행태정보를 수집하도록 허용하는 경우 그 수집·이용 및 거부에 관한 사항, 정보주체의 권익침해에 대한 구제방법, 개인정보처리자가 개인정보 처리 기준 및 보호조치 등에 관하여 자율적으로 개인정보 처리방침에 포함하여 정한 사항 등을 가리킨다. 개인정보 보호위원회, 개인정보 처리방침 작성지침(2024. 4), 13면.

113) 개인정보 보호위원회, 개인정보 처리방침 작성지침(2024. 4), 14면.

114) 개인정보 보호위원회, 개인정보 처리방침 작성지침(2024. 4), 14면.

③ 명시 의무

개인정보 처리방침의 명시 의무에 관하여는 법 제30조의2 제3호가 정하고 있다(“3-다. 개인정보 처리방침의 경우” 참조). 작성 지침에 따르면, 개인정보 처리방침은 정보주체 누구나 확인할 수 있는 방법으로 공개되어야 한다.¹¹⁵⁾

④ 설명 의무

약관법과 달리(약관법 제3조 제3항), 개인정보법은 개인정보 처리방침에 관한 설명 의무를 규정하고 있지 않다. 개인정보 처리방침을 홈페이지에 게시하는 것이 원칙적인 개인정보 처리방침의 공개 방식이라는 점을 고려하면, 현실적으로 개별 정보주체에 대한 설명이 불가능하기 때문에 설명 의무를 규정하지 않은 것으로 이해할 수 있을 것이다.¹¹⁶⁾

3) 개인정보 처리방침을 약관으로 보는 견해의 실익

필자는 개인정보 처리방침을 약관으로 보는 것은 다음과 같은 실익이 있다고 생각한다.

개인정보 처리방침을 약관으로 본다면, 개인정보 처리방침이 계약으로서 계약 당사자인 사업자(개인정보처리자)와 고객(정보주체) 사이에 구속력을 가진다고 볼 수 있다. 따라서 개인정보처리자가 개인정보 처리방침의 내용과 달리 정보주체의 개인정보를 처리한 경우, 정보주체로서는 개인정보처리자를 상대로 계약상 의무 위반을 이유로 한 손해배상청구를 할 수 있게 된다.¹¹⁷⁾ 즉, 개인정보처리자의 위법행위를 이유로 한 불법행위 손해배상청구(법 제39조 제1항, 민법 제750조)와 함께, 개인정보처리자의 계약상 의무 위반을 이유로 한 채무불이행 손해배상청구(민법 제390조)도 할 수 있게 되는 것이다. 이는 불법행위로 인한 손해배상청구 외에 추가적인 구제수단을 부여한다는 점에서도 정보주체에게 유리하지만, 채무불이행으로 인한 손해배상청구의 경우 불법행위로 인한 손해배상청구에서보다 정보주체가 손해배상청구의 요건사실을 증명하기 용이하다는 점에서도 정보주체에게 유리하다.¹¹⁸⁾

115) 개인정보 보호위원회, 개인정보 처리방침 작성지침(2024. 4), 14면.

116) 비대면 거래에서는 ‘약관의 중요 내용을 제시’하는 것으로 설명을 갈음할 수 있다는 견해로 이소은(주 89), 110면.

117) Norton(주 21), p.185.

118) 다만, 일정한 사건 유형에서는 채무불이행책임을 묻는 것과 불법행위책임을 묻는 것 사이에, 적어도 증명과 관련하여서는 큰 차이가 없는 경우도 있다. 가령 의료과오로 인한 손해배상책임을 묻는 경우에는 이를 채무불이행책임으로 구성하건 불법행위책임으로 구성하건 피해자가 의료진의 부주의한 활동에 대한 증명책임을 부담하므로, 현실적으로 별다른 차이가 없을 수 있다. 편집대표 김용덕, 주석 민법 채권총칙 제1권 제5판, 한국사법행정학회(2010), 620면(김상중 집필부분).

개인정보처리자가 개인정보법을 위반하여 정보주체의 개인정보를 처리한 경우, 정보주체는 법 제39조에 따른 손해배상청구 또는 민법 제750조에 따른 손해배상청구를 할 수 있다. 민법 제750조에 따른 손해배상청구를 하는 경우, 정보주체는 개인정보처리자에게 고의 또는 과실이 있다는 점을 증명하여야 한다.¹¹⁹⁾ 반면 법 제39조 제1항에 따른 손해배상청구를 하는 경우에는 정보주체가 개인정보처리자의 고의·과실을 증명할 필요가 없고, 개인정보처리자가 자신에게 고의·과실이 없다는 점을 증명하여야 한다(증명책임의 전환). 그런데 법 제39조 제1항의 요건을 잘 살펴보면, 이러한 증명책임 전환 규정이 정보주체에게 큰 도움이 되지 않는다는 것을 알 수 있다. 법 제39조 제1항에 따른 손해배상책임의 성립 요건은 ① 개인정보처리자의 개인정보법 위반행위, ② 정보주체의 손해이다.¹²⁰⁾ 위 두 가지 요건에 관해서는 여전히 정보주체가 증명책임을 부담한다.¹²¹⁾ 한편 개인정보처리자가 개인정보법을 위반하였다는 것은 그가 준수하여야 할 주의의무를 이행하지 않았다는 것, 즉 그에게 과실이 있다는 것과 별반 다르지 않다. 개인정보법은 개인정보처리자가 준수하여야 할 주의의무를 여러 규정을 통하여 상세히 규정하고 있기 때문이다.¹²²⁾ 따라서 ‘개인정보처리자의 개인정보법 위반행위’를 증명하는 것과 개인정보처리자의 과실을 증명하는 것은 현실에서 거의 같은 의미를 가질 수밖에 없다. 법 제39조 제1항에 따르더라도 정보주체가 손해배상청구의 요건사실을 증명하기 어려운 이유이다.

다른 한편 채무불이행으로 인한 손해배상청구에서는 정보주체(채권자)가 개인정보처리자(채무자)의 고의·과실을 증명할 필요가 없다. 채권자로서는 ① 채무의 존재 및 채무불이행 사실, ② 인과관계 있는 손해의 발생만을 증명하면 되고, 채무불이행의 귀책사유와 관련해서는 채무자가 자신에게 고의·과실이 존재하지 않는다는 점을 증명하여야 한다.¹²³⁾ 따라서 개인정보 처리방침을 계약으로 볼 경우, 정보주체는 ① 개인정보 처리방침에 따라 개인정보처리자에게 일정한 채무가 발생하였으며 개인정보처리자가 이를 이행하지 않았다는 사실, ② 그로 인하여 자신에게 손해가 발생하였다는 사실만을 증명하면 족하다. 한편 우리 판례는 개인정보처리자가 개인정보를 무단으로 처리한 경우 정보주체에게 정신적 손해가 발생할 수 있다는 입장을 취하고 있으므로,¹²⁴⁾ 개인정보 처리방침 위반을

119) 편집대표 곽윤직, 민법주해 제18권 채권(11), 박영사(2005), 203면(이상훈 집필부분).

120) 이소은, “개인정보 자기결정권의 민사법적 보호”, 서울대학교 박사학위논문(2018), 241면.

121) “① 개인정보처리자의 개인정보법 위반행위”에 관하여 원고(정보주체)가 증명책임을 부담한다고 본 판결로 대법원 2024. 5. 17. 선고 2018다262103 판결.

122) 이소은(주 120), 242면.

123) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다96984 판결; 대법원 2006. 1. 13. 선고 2005다51013, 51020 판결 등. 박동진, 계약법강의 제3판, 법문사(2024), 560면은, 이와 같이 채무자로 하여금 귀책사유의 부존재를 증명하도록 한 것은 채권관계가 성립된 이상 채무를 부담하는 자가 약속한 채무를 이행하리라고 신뢰하는 것이 원칙이기 때문이라고 설명한다.

이유로 하여 손해배상청구소송을 제기하는 경우 사안에 따라 그 청구가 받아들여지는 경우도 적지 않으리라고 생각된다.¹²⁵⁾

4. 계약으로서의 개인정보 처리방침은 개인정보의 적법 처리 근거가 될 수 있는가?

가. 법 제15조 제1항 제4호의 적법 처리 근거(계약 체결 및 이행)

1) 개관

법 제15조 제1항 제4호는 ‘정보주체와 체결한 계약을 이행하거나 계약을 체결하는 과정에서 정보주체의 요청에 따른 조치를 이행하기 위하여 필요한 경우’ 개인정보처리자는 정보주체의 개인정보를 수집할 수 있고, 그 수집 목적의 범위에서 이용할 수 있다고 규정한다. 보호위원회의 설명에 따르면, “정보주체와 계약 체결 및 이행을 위하여 개인정보의 수집이 불가피하게 수반되는 경우까지 정보주체의 동의를 받도록 하면 경제활동에 막대한 지장을 초래하고 동의 획득에 소요되는 비용만 증가시키게 되므로, 계약 체결이나 이행을 위해 불가피하게 필요한 개인정보는 정보주체에 대한 고지·동의 없이도 개인정보를 수집할 수 있도록 한 것”이라고 한다.¹²⁶⁾ 계약 체결을 위하여 개인정보 수집·이용이 필요한 경우에는 보험회사가 자동차보험계약 체결을 위해 청약자의 자동차 사고 이력, 다른 유사보험의 가입 여부 등에 관한 정보를 수집하는 경우, 회사가 채용 지원자와 근로계약을 체결하기 전에 지원자의 이력서, 졸업증명서, 성적증명서 등 개인정보를 수집·이용하는 경우 등이 있다.¹²⁷⁾ 계약 이행을 위하여 개인정보 수집·이용이 필요한 경우에는 고객이 주문한 상품을 배송하기 위하여 주소, 연락처 정보를 수집·이용하는 경우, 경품행사시 당첨자에게 경품을 발송하기 위해 경품행사를 주관하는 회사가 응모자의 주소, 연락처 정보를 수집·이용하는 경우를 들 수 있다.¹²⁸⁾

124) 대표적인 판결로 대법원 2016. 9. 28. 선고2014다56652 판결 참조. 이 판결은 개인택시기사인 원고들의 위치정보가 원고들의 동의 없이 수집되고 제3자가 이를 열람한 것이 문제 된 사안에서, 원고들에게 정신적 손해가 발생하였음을 인정하였다.

125) 프라이버시 침해로 인해 정신적 손해(emotional harm)를 입었다는 주장만으로는 배상되어야 할 ‘손해(damages)’가 인정되기 어려운 미국과는 상황이 다르다고 할 수 있다. 미국의 판례에 관한 설명으로 Norton(주 21), p.194.

126) 개인정보 보호위원회, 개인정보 보호 법령 및 지침·고시 해설(2020. 12), 88면

127) 개인정보 보호위원회, 개인정보 보호 법령 및 지침·고시 해설(2020. 12), 89면.

법 제15조 제1항 제4호의 해석에 관하여는 다음과 같은 점이 문제 된다.

① 법 제15조 제1항 제4호의 ‘계약’에 약관도 포함된다고 볼 것인가 하는 문제이다. 이에 관하여는 약관은 포함되지 않는다는 견해, 약관도 포함된다는 견해, 개별 약관의 내용을 살펴 결정해야 한다는 견해¹²⁹⁾ 등을 상정해볼 수 있다. 일상생활에서 체결되는 대부분의 계약이 약관을 통하여 체결되는 현실에서, 법 제15조 제1항 제4조의 ‘계약’에 약관이 포함되지 않는다고 보는 것은 법 제15조 제1항 제4호의 적용 범위를 지나치게 축소하는 문제가 있다. 따라서 법 제15조 제1항 제4호의 ‘계약’에는 약관도 포함되는 것으로 보고, 구체적인 사안에서 약관을 통하여 체결된 계약을 이행하거나 그러한 계약을 체결하는 과정에서 ‘정보주체의 요청에 따른 조치를 이행하기 위하여 필요한 경우’인지를 판단하는 것이 합리적이라고 생각된다.

② 법 제15조 제1항 제4호의 문언 가운데 ‘정보주체의 요청에 따른 조치를 이행하기 위하여 필요한 경우’ 부분과 관련하여, 정보주체의 요청이 반드시 필요한가 하는 문제이다. 이에 관해서는 정보주체의 별도 요청이 있는 경우에만 법 제15조 제1항 제4호가 적용된다는 견해와, ‘정보주체의 요청’을 다소 넓게 해석하여 정보주체의 별도 요청이 없는 경우에도 법 제15조 제1항 제4조를 적용할 수 있다는 견해, 계약의 내용과 정보주체의 이익 등을 종합적으로 고려하여 구체적 타당성을 기해야 한다는 견해¹³⁰⁾ 등을 상정해볼 수 있다. 필자는 ‘정보주체의 요청’을 좁게 해석하여 정보주체가 개인정보처리자에게 개별적으로 일정한 조치를 요청한 경우에만 법 제15조 제1항 제4호를 적용하는 것은 현실적으로 맞지 않다고 생각한다. 보호위원회가 법 제15조 제1항 제4호가 적용될 수 있는 사례로 소개하고 있는 사안들도, 정보주체의 개별적 요청이 있었다고 보기 어려운 경우가 많다.¹³¹⁾ 해당 계약의 목적에 따라 추인되는 정보주체의 의사를 기준으로 판단하는 것이 타당하고, 묵시적 요청도 가능하다고 보는 것이 합리적이다.

128) 개인정보 보호위원회, 개인정보 보호 법령 및 지침·고시 해설(2020. 12), 89면.

129) 최경진 외(주 7), 165면.

130) 최경진 외(주 7), 165면.

131) 가령 ‘회사가 채용 지원자와 근로계약을 체결하기 전에 지원자의 이력서, 졸업증명서, 성적증명서 등 개인정보를 수집·이용하는’ 사안의 경우, 지원자가 근로계약 체결을 위하여 자신의 개인정보를 수집하여 검토·평가해 줄 것을 개별적으로 요청하는 경우는 생각하기 어렵다. 채용 지원을 한 사실로부터, 위와 같은 요청을 추인할 수 있을 뿐이다.

2) 개인정보 처리방침의 경우

필자는 이 글의 앞부분에서, 사업자(개인정보처리자)가 계약 체결 시 고객에게 개인정보 처리방침을 제시하였고, 고객(정보주체)이 개인정보 처리방침을 계약 내용으로 편입하는 데 동의하였으며, 개인정보 처리방침이 약관의 계약 편입 요건을 모두 충족하였다면, 개인정보 처리방침은 약관으로서 사업자와 고객 사이의 계약 내용을 구성하게 된다고 보았다. 이러한 견해에 따르면, 개인정보 처리방침은 ‘계약’이므로, 개인정보 처리방침에 기초하여 개인정보를 수집·이용하는 것은 계약(으로 편입된 개인정보 처리방침)의 이행을 위한 것으로서 법 제15조 제1항 제4호의 적법 처리 근거에 해당한다고 볼 여지도 있다. 가령 정보통신서비스 제공자인 A회사가 정보통신서비스 이용약관에 개인정보 처리방침을 적절히 인용하였고 고객 B가 이에 동의하였다면, A회사가 제공하는 정보통신서비스를 이용하는 과정에서 발생하는 B의 개인정보 수집·이용에 관해서는 동의 기타 적법 처리 근거를 별도로 갖출 필요가 없다고 보는 것이다.

그러나 필자는 개인정보 처리방침에서 일반적으로 규정하는 내용에 관하여 언제나 법 제15조 제1항 제4호가 적용될 수 있다고 보는 것은 다소 무리한 해석이라고 생각한다. 다만, 개인정보 처리방침의 내용을 살펴, 개별 조항에 관하여 법 제15조 제1항 제4호를 적용하는 것은 가능하다고 본다.

먼저 법 제15조 제1항 제4호는 단순히 계약의 이행 또는 계약 체결 과정에서 정보주체의 개인정보가 수집·이용되는 상황을 폭넓게 상정한 조항이라고 보기 어렵다. 법 제15조 제1항 제4호의 문언을 살펴보면, 법 제15조 제1항 제4호의 적법 처리 근거는 ① 정보주체와 체결한 계약의 이행 또는 계약 체결 과정에서 ② 정보주체의 요청에 따른 조치를 이행하기 위하여 ③ 필요한 경우에 인정될 수 있다. 계약의 내용으로 편입된 개인정보 처리방침은 ‘개인정보 처리’를 목적으로 하는 계약으로서, 구체적으로는 정보주체에게 개인정보의 처리와 보호에 관한 절차 및 기준을 안내하고, 이와 관련한 고충을 신속하고 원활하게 처리할 수 있도록 하는 것을 그 주된 목적으로 한다.¹³²⁾ 가령 작성지침은 개인정보처리자가 아래 표와 같은 사항을 개인정보 처리방침에 포함시켜야 한다거나, 포함시킬 것이 권장된다고 한다.¹³³⁾ 아래 항목들 가운데 2)부터 15)까지는 개인정보처리자가 정보주체의 개인정보를 일정한 방식으로 처리하고 관리하겠다는 약속에 가깝고, 16)부터 23)까지는

132) 보호위원회가 제시한 개인정보 처리방침 서문을 참고하였다(“[개인정보처리자는] 정보주체의 자유와 권리 보호를 위해 「개인정보 보호법」 및 관계 법령이 정한 바를 준수하여, 적법하게 개인정보를 처리하고 안전하게 관리하고 있습니다. 이에 「개인정보 보호법」 제30조에 따라 정보주체에게 개인정보의 처리와 보호에 관한 절차 및 기준을 안내하고, 이와 관련한 고충을 신속하고 원활하게 처리할 수 있도록 하기 위하여 다음과 같이 개인정보 처리방침을 수립·공개합니다.”). 개인정보 보호위원회, 개인정보 처리방침 작성지침(2024. 4), 18면.

133) “표 4. 개인정보 처리방침 기재사항” 중 권장사항의 경우 ‘권장’이라고 표시하였다.

정보주체에 대한 정보 제공에 가깝다. 2)부터 15)까지의 항목과 관련하여서는 개인정보처리자에게 해당 기재 내용에 따라 정보주체의 개인정보를 처리하고 관리할 의무가 발생한다. 그런데 이러한 의무를 이행함에 있어 정보주체의 개인정보를 수집·이용할 필요가 있는 경우는 생각하기 어렵다. 한편 16)부터 23)까지는 정보주체에게 개인정보 처리방침을 제시함으로써 그 이행도 완료되고, 더 이상 이행의 문제를 남기지 않는다. 따라서 일반적인 개인정보 처리방침의 경우 정보주체가 이에 동의하였다고 하여 이를 법 제15조 제1항 제4호의 '계약'으로 보기는 어렵다고 생각된다.

표 4. 개인정보 처리방침 기재사항

구분	기재사항
1.	제목
2.	개인정보의 처리 목적
3.	처리하는 개인정보의 항목
4.	14세 미만 아동의 개인정보 처리에 관한 사항 권장
5.	개인정보의 처리 및 보유 기간
6.	개인정보의 파기 절차 및 방법에 관한 사항
7.	개인정보의 제3자 제공에 관한 사항
8.	추가적인 이용·제공이 지속적으로 발생 시 판단 기준
9.	개인정보 처리업무의 위탁에 관한 사항
10.	개인정보의 국외 수집 및 이전에 관한 사항
11.	개인정보의 안전성 확보조치에 관한 사항
12.	민감정보의 공개 가능성 및 비공개를 선택하는 방법
13.	가명정보 처리에 관한 사항
14.	개인정보 자동 수집 장치의 설치·운영 및 그 거부에 관한 사항
15.	개인정보 자동 수집 장치를 통해 제3자가 행태정보를 수집하도록 허용하는 경우 그 수집·이용 및 거부에 관한 사항 권장
16.	정보주체와 법정대리인의 권리·의무 및 행사방법에 관한 사항
17.	개인정보 보호책임자의 성명 또는 개인정보 업무 담당부서 및 고충사항을 처리하는 부서에 관한 사항
18.	국내대리인 지정에 관한 사항
19.	정보주체의 권익침해에 대한 구제방법 권장
20.	고정형 영상정보처리기기 운영·관리에 관한 사항
21.	이동형 영상정보처리기기 운영·관리에 관한 사항
22.	개인정보처리자가 개인정보 처리 기준 및 보호조치 등에 관하여 자율적으로 개인정보 처리방침에 포함하여 정한 사항 권장
23.	개인정보 처리방침의 변경에 관한 사항

다만, 모든 개인정보처리자가 작성지침에 제시된 사항만을 개인정보 처리방침에 규정하는 것은 아니다. 가령 정보통신서비스 제공자가 개인정보 처리방침에 ‘사용자는 언제든지 자신의 계정에서 자신의 정보에 대한 사본을 내보낼 수 있다’는 내용을 담고 있는 경우가 있다.¹³⁴⁾ 이 경우 사용자(정보주체)가 개인정보 처리방침의 해당 규정에 기초하여 자신의 계정에서 자신의 정보에 대한 사본을 내보내 줄 것을 요청하는 경우, 법 제15조 제1항 제4호에 따라, 정보통신서비스 제공자(개인정보처리자)는 정보주체가 요청한 조치를 이행하기 위하여 정보주체의 동의 없이 그 개인정보를 수집·이용할 수 있다고 보아야 한다. 위와 같이 개인정보 처리방침에 따라 정보주체가 개인정보처리자에게 일정한 조치를 요구할 것이 예정되어 있는 경우에는 법 제15조 제1항 제4호가 적용될 수 있을 것이다.

나. 법 제15조 제1항 제1호의 적법 처리 근거(정보주체의 동의)

법 제15조 제1항 제1호는 ‘정보주체의 동의를 받은 경우’ 개인정보처리자는 정보주체의 개인정보를 수집할 수 있고, 그 수집 목적의 범위에서 이용할 수 있다고 규정한다. 이때 ‘동의’는 개인정보 수집·이용에 대한 정보주체의 자발적인 승낙의 의사표시를 의미한다.¹³⁵⁾

개인정보 처리방침에 대한 동의는 ‘정보주체의 동의’로서 개인정보 수집·이용의 적법 처리 근거가 될 수 있는가? 앞의 “3-다. 개인정보처리방침의 경우”에서 검토한 것처럼, 개인정보 처리방침은 약관으로서 개인정보처리자와 정보주체 사이의 계약 내용을 구성할 수 있다. 위와 같이 약관이 계약 내용에 편입되었다고 보기 위해서는 고객(정보주체)의 편입합의가 요구되는데, 편입합의는 약관을 통한 계약을 체결하는 데 ‘동의’하는 것이므로, 일견 개인정보법상 ‘동의’와 유사하다고 볼 여지가 있다.

필자는 개인정보 처리방침에 대한 동의를 법 제15조 제1항 제1호의 ‘동의’로 볼 수 있는가 하는 질문에 답하기 위해서는, 먼저 다음과 같은 문제를 검토해보아야 한다고 생각한다. 첫 번째는 각각의 개인정보 수집·이용행위에 관한 ‘개별적’ 동의가 아니라, 특정 서비스를 이용하는 과정에서의 개인정보 수집·이용행위에 관한 ‘포괄적’ 동의도 법 제15조 제1항 제1호의 동의가 될 수 있는가 하는 점이다. 두 번째는 (포괄적 동의는 법 제15조 제1항 제1호의 동의가 될 수 없다고 볼 경우) 개인정보 처리방침에 대한 동의가 있었다면, 특정 서비스를 이용하는 과정에서의 개인정보 수집·이용에 관해서는 ‘사회통념상 동의 의사가 있었다’고 보아, 개별적 동의 없이 정보주체의 개인정보를 수집·이용할 수 있는가 하는 점이다.

134) Google 개인정보 처리방침(<https://policies.google.com/privacy?hl=ko#infodelete>, 2025. 1. 1. 최종방문).

135) 개인정보 보호위원회, 개인정보 보호 법령 및 지침·고시 해설(2020. 12), 82면.

1) ‘포괄적’ 동의의 효력

개인정보법은 ‘정보주체의 동의를 받은 경우’에는 개인정보를 수집하고 그 수집 목적의 범위에서 이용할 수 있다고 규정한다(법 제15조 제1항 제1호). 위와 같은 법 문언으로부터 법 제15조 제1항 제1호의 동의가 반드시 ‘개별적’ 동의여야 한다는 해석, 혹은 ‘포괄적’ 동의라도 무방하다는 해석이 곧바로 도출되지는 않는다.

정보주체는 동의를 통하여 개인정보 처리행위를 허용할 것인지, 허용한다면 어느 범위에서 허용할 것인지에 관한 자신의 의사를 표현한다.¹³⁶⁾ 만약 동의의 대상이 되는 개인정보 처리행위가 특정되어 있지 않다면, 정보주체로서는 개인정보 처리행위의 허용 여부 및 그 범위를 결정하기 어렵다는 문제가 있다. 이 경우 정보주체로부터 동의를 받는다고 하더라도 그 동의는 정보주체의 자기결정을 적절히 반영한 것이라고 보기 어렵다.¹³⁷⁾ 위와 같은 이유에서, 필자는 법 제15조 제1항 제1호의 동의는 개별적 동의를 의미한다고 보는 해석이 타당하다고 생각한다.¹³⁸⁾ 이러한 견해에 따르면, 개인정보 처리방침에 대한 동의가 곧 ‘포괄적 동의’로서 개인정보처리자에 의한 개별 개인정보 처리행위에 대한 동의를 온전히 대신할 수는 없다.

2) 사회통념상 동의 의사가 있었다고 인정되는 경우

위와 같이 필자는 법 제15조 제1항 제1호의 동의에 포괄적 동의도 포함된다고 보는 해석론에 반대한다. 다만, 개인정보 처리방침에 대한 동의로부터 특정 서비스를 이용하는 과정에서의 개인정보 수집·이용에 관한 동의 의사를 사회통념상 추인하는 것은 가능하다고 생각한다.

① 개인정보 처리방침에 대한 동의로부터 사회통념상 개별 개인정보 처리행위에 대한 동의를 추인할 수 있는지 여부

법 제15조 제1항 제1호의 동의는 ‘명시적’ 동의여야 하는 것이 원칙이다.¹³⁹⁾ 그러나 모든 경우에 정보주체의 ‘명시적’ 동의가 요구되는 것은 아니다. 가령 정보주체가 개인정보처리자에게 명함을 제공하여 개인정보처리자가 해당 명함의 기재 내용으로부터 개인정보를 수집하는 경우에는 ‘사회통념상 동의 의사가 있었다고 보아, 그러한 의사가

136) 이소은(주 120), 154-155면.

137) 이소은(주 120), 155면.

138) 백경일·이병준(주 70), 202면도 같은 취지이다.

139) 개인정보 보호위원회, 개인정보 보호 법령 및 지침, 고시 해설서(2020. 12), 82면; 최경진 외(주 7), 151면.

있었다고 인정되는 범위 내에서 정보주체의 개인정보를 이용할 수 있다(표준 개인정보 보호지침¹⁴⁰⁾ 제6조 제3항). 또한 보호위원회는 예컨대 정보주체가 자동차를 구입하기 위하여 자동차판매점을 방문하고 담당 직원에게 명함을 준 경우, 그 직원은 정보주체로부터 별도의 동의를 받지 않고서도 자동차 구입과 관련한 정보의 제공 등을 위하여 정보주체의 명함에 기재된 연락처를 이용할 수 있다고 설명한다.¹⁴¹⁾

필자는 정보주체가 약관과 함께 제시된 개인정보 처리방침에 동의하여 개인정보 처리방침이 계약의 내용으로 편입된 경우, 적어도 해당 서비스 이용과 관련하여서는 개인정보처리자가 정보주체로부터 별도의 동의를 받지 않고 그 개인정보를 수집·이용할 수 있다고 생각한다. 가령 개인정보 처리방침의 내용을 포함하고 있는 정보통신서비스 이용약관에 정보주체가 동의하여 개인정보 처리방침이 정보통신서비스 이용약관의 일부로서 정보통신서비스 이용계약의 내용으로 편입되었다면, 이때 정보주체에게는 개인정보 처리방침에 기재된 대로 자신의 개인정보가 처리되고 관리되는 것을 허락할 의사가 있었다고 보아야 한다. 그렇다면 정보주체가 해당 정보통신서비스를 이용하는 과정에서 개인정보처리자가 개인정보 처리방침에 기재된 대로 정보주체의 개인정보를 처리하는 것은, 사회통념상 동의 의사가 있었다고 인정되는 범위 내에 있다고 할 수 있다. 즉, 개인정보 처리방침에 관한 동의(편입합의)로부터, 해당 서비스를 이용하는 과정에서 발생할 수 있는 개별적인 개인정보 처리행위에 관한 동의가 사회통념상 추인될 수 있다고 본다. 이와 같이 본다면, 개인정보처리자는 정보주체가 해당 정보통신서비스를 이용하는 과정에서 발생하는 각각의 개인정보 처리행위에 관해서는, 처리행위 시점마다 매번 정보주체로부터 별도의 동의를 받지 않아도 된다고 할 수 있다.

위와 같은 필자의 견해는 ㉓ 개인정보 처리방침이 약관의 내용으로 제시되고 정보주체와 개인정보처리자 사이의 편입합의를 통하여 개인정보 처리방침이 계약의 내용을 구성할 것, ㉔ 개인정보처리자가 개인정보 처리방침에 기재된 내용과 동일한 방식으로, 동일한 범위에서 정보주체의 개인정보를 처리할 것을 전제로 한다. ㉓ 개인정보 처리방침이 개인정보처리자의 웹사이트 메인화면에 제시되어 있을 뿐 그 내용이 약관을 통한 계약 체결 시 정보주체에게 전혀 제시되지 않은 경우에는, 개인정보 처리방침에 관한 정보주체의 동의를 인정할 수 없다. 개인정보 처리방침에 관한 정보주체의 동의가 처음부터 존재하지 않으므로, 서비스 이용 과정에서의 개인정보 처리행위에 관하여 사회통념상 동의가 있었다고 볼 여지도 없다. ㉔ 정보주체가 개인정보 처리방침의 계약 편입에 동의하였을 때,

140) 개인정보 보호위원회고시 제2024-1호, 2024. 1. 4., 일부개정

141) 개인정보 보호위원회, 개인정보 보호 법령 및 지침, 고시 해설서(2020. 12), 83면.

정보주체의 의사는 개인정보 처리방침에 기재된 대로 자신의 개인정보를 처리해도 좋다는 것이지, 자신의 개인정보를 어떠한 방식으로건, 어떠한 범위에서건 처리해도 좋다는 것이 아니다. 즉, 사회통념상 그로부터 추인될 수 있는 개별 개인정보 처리행위에 관한 정보주체의 동의는 그의 개인정보가 개인정보 처리방침에 따라 처리되는 경우에만 미치고, 그렇지 않은 경우에는 미치지 않는다.

② 사회통념상 개별 개인정보 처리행위에 대한 동의를 추인하는 견해의 실익

개인정보 처리방침은 보호위원회에 의한 평가의 대상이므로, 그 내용의 공정성과 공개 방식의 적절성이 일정 정도 담보될 수 있다. 이는 대부분의 정보주체가 개인정보 처리에 관한 동의를 할 때 개인정보처리자에 의하여 고지되는 내용을 제대로 읽어보지 않는 현실에서 중요한 의미를 가진다. 가령 개인정보처리자가 정보주체로부터 개인정보 수집·이용에 관한 동의를 받을 때에는 법 제15조 제2항에 따라 ㉠ 개인정보 수집·이용의 목적, ㉡ 수집하려는 개인정보의 항목, ㉢ 개인정보의 보유 및 이용 기간, ㉣ 동의를 거부할 권리가 있다는 사실 및 동의 거부에 따른 불이익이 있는 경우에는 그 불이익의 내용을 고지하여야 한다. 그런데 정보주체가 이러한 고지 내용을 자세히 읽어보고 개인정보 수집·이용에 동의하는 경우는 매우 소수일 것으로 생각된다. 이와 같이 정보주체의 동의가 알고 하는 동의(informed consent)가 아니라는 점에서, 동의의 형식화, 동의제도의 형해화를 우려하는 견해도 적지 않다.¹⁴²⁾ 이러한 형식적 동의가 정보주체를 보호하는 것이 아니라 개인정보처리자를 면책시켜 주는 기능을 한다는 지적도 있다.¹⁴³⁾

정보주체가 고지 내용을 읽어보지 않고 동의 버튼을 누르기만 한다면, 국가나 감독기구가 그 고지 내용을 대신 읽어보고 그 내용의 공정성이 담보되도록 조치를 취할 필요가 있다.¹⁴⁴⁾ 개인정보 처리방침은 보호위원회의 평가 및 개선권고를 통한 규제 대상이라는 점에서, 그 내용의 공정성이 일정 정도 담보된다고 할 수 있다. 또한 보호위원회는 개인정보 처리방침의 내용과, 개인정보처리자가 정보주체로부터 개인정보 처리에 관한 동의를 받을 때 실제로 정보주체에게 고지되는 내용이 일치하는지도 평가 대상으로 삼고 있다. 즉, 개인정보 처리방침의 내용에 대한 규제는, 정보주체가 개인정보 처리에 관한 동의를 할 때 정보주체에게 고지·안내되는 내용에 대한 규제로서도 기능한다. 이처럼 규제당국에 의한 후견적 개입의 폭이 넓다는 점에서, 개인정보 처리방침에 대한 동의는 현재 동의제도에 대한 바람직한 대안이 될 수 있다고 본다.

142) 권영준(주 2), 703-708면; 정원준, “개인정보 동의제도의 실질화 방안 연구”, 고려법학 제108권(2023), 295면. 또한 Solove(주 24), pp.1880-1881.

143) 권영준(주 2), 703면; 박주희(주 71), 44면. 또한 Solove(주 24), p.1880.

144) 권영준(주 2), 716면; 박주희(주 71), 44-45면.

5. 결론

이 글에서는 개인정보 처리방침의 법적 성질을 규명함으로써, 개인정보 처리방침이 개인정보의 적법 처리 근거가 될 수 있는지를 검토하였다. 우선 필자는 개인정보 처리방침이 ① ‘계약의 내용이 되기 위해’ 마련된 것이고, ② 계약의 한쪽 당사자(사업자)가 미리 마련한 것이며, ③ 사업자가 여러 명의 상대방(고객)과 계약을 체결하기 위하여 마련한 것으로서, ④ ‘일정한 형식으로’ 되어 있다면 이를 약관법상의 약관으로 볼 수 있다고 생각한다. 특히 편입합의와 관련하여서는, 개인정보처리자가 ① 서비스 약관에서 개인정보 처리방침을 약관 내용의 일부로 규정하고, ② 개인정보 처리방침을 따로 공지하며, ③ 약관에 대한 동의를 받으면, 개인정보처리자(사업자)와 정보주체(고객) 사이의 편입합의가 이루어졌다고 볼 수 있을 것이다.

한편 계약으로서의 개인정보 처리방침이 개인정보의 적법 처리 근거가 될 수 있는지와 관련하여서는, 개인정보 처리방침을 법 제15조 제1항 제4호의 ‘계약’으로 볼 수 있는지, 법 제15조 제1항 제1호의 ‘동의’로 볼 수 있는지를 검토하였다. 개인정보 처리방침이 개인정보 처리방침이 일반적으로 개인정보법 제15조 제1항 제4호의 ‘계약’에 해당한다고 보기는 어렵다고 생각된다. 다만, 개인정보 처리방침에 따라 정보주체가 개인정보처리자에게 일정한 조치를 요구할 것이 예정되어 있는 경우에는 법 제15조 제1항 제4호가 적용될 수 있을 것이다. 한편 법 제15조 제1항 제1호의 ‘동의’는 개별적 동의를 의미하고 포괄적 동의는 이에 포함되지 않으므로, 개인정보 처리방침에 대한 동의가 곧 개인정보처리자에 의한 개별 개인정보 처리에 대한 동의를 대신할 수는 없다고 본다. 그러나 개인정보 처리방침에 관한 동의(편입합의)로부터, 해당 서비스를 이용하는 과정에서 발생할 수 있는 개별적인 개인정보 처리행위에 관한 동의가 사회통념상 추인될 수 있다고 생각한다. 이와 같이 본다면, 개인정보처리자는 정보주체가 해당 서비스를 이용하는 과정에서 발생하는 각각의 개인정보 처리행위에 관해서는, 처리행위 시점마다 매번 정보주체로부터 별도의 동의를 받지 않아도 된다고 할 수 있다.

필자가 이 글에서 제시한 개인정보법의 해석론은 독자에게 다소 낯설게 느껴질 수 있다. 우리나라에서는 개인정보 처리방침이 ‘계약’인지, 개인정보 처리방침을 계약으로 본다면 개인정보 처리방침 자체가 개인정보 처리의 적법 근거가 될 수 있는지에 관한 논의를 찾아보기 어렵기 때문이다. 이러한 해석론이 규제 당국, 나아가 사법부에 의하여 받아들여질 것인지는 예측하기 어렵다. 다만, 2024년부터 보호위원회에 의한 개인정보 처리방침 평가가 시작된 만큼, 개인정보 처리방침의 공정성과 투명성은 상당한 정도로

담보될 수 있다고 생각된다. 또한 정보주체의 형식적인 동의만으로 그의 개인정보를 처리할 수 있도록 하는 것보다는, 실질적으로 정보주체의 권익 보호에 도움을 줄 수 있는 개인정보 처리방침에 의존하는 것이 더욱 바람직하다고 본다. 나아가 위와 같은 해석론은 동의제도에 크게 의존하고 있던 개인정보 처리 관행을 변화시킬 수 있다. 정보주체의 동의 외의 적법 처리 근거를 보강하고자 한 입법자의 의도와도 부합한다. 개인정보 처리방침에 대한 동의를 포함하여, 개인정보의 적법 처리 근거에 관하여 좀 더 전향적인 해석이 이루어지기를 기대해본다.

참고문헌

1. 국내문헌

- 권영준 · 조인영 편저, 미국사법의 이해, 박영사 (2023).
- 양창수 · 김재형, 민법 I 계약법 제3판, 박영사 (2020).
- 최경진 외 12인 공저, 개인정보보호법, 박영사 (2024).
- 편집대표 곽윤직, 민법주해 제18권 채권(11), 박영사 (2005).
- 편집대표 김용덕, 주석 민법 채권각칙 제1권 제5판, 한국사법행정학회 (2021).
- 편집대표 김용덕, 주석 민법 채권각칙 제5권 제5판, 한국사법행정학회 (2021).
- 편집대표 김용덕, 주석 민법 채권총칙 제1권 제5판, 한국사법행정학회 (2010).
-
- 권영준, “개인정보 자기결정권과 동의제도에 대한 고찰”, 전남대학교 법학논총 제36권 제1호 (2016).
- 박주희, “민간부문 개인정보보호를 위한 약관 통제”, 성균관법학 제32권 제1호 (2020).
- 백경일 · 이병준, “개인정보 관련 약관 · 서식과 그 내용통제”, 외법논집 제36권 제1호 (2012).
- 이병준, “약관의 형식적 요건에 관한 고찰 - 소위 “깨알약관” 사건을 계기로 -”, 서울법학 제24권 제2호 (2016).
- 이소은, “약관 중요내용의 설명의무와 그 면제사유에 관한 고찰- 대법원 2019. 5. 30. 선고 2016다276177 판결을 중심으로 -”, 홍익법학 제20권 제3호 (2019).
- 이정운, “개인정보 처리방침의 법적성격과 활용방안 - 개인정보 처리방침의 약관성에 대한 비판적 고찰을 중심으로 -”, 가천법학 제10권 제1호 (2017).
- 정원준, “개인정보 동의제도의 실질화 방안 연구”, 고려법학 제108권 (2023).
- 최난설현, “디지털 시대의 소비자 보호의 방향 - 데이터와 소비자 보호”, 경제법연구 제21권 제2호 (2022).

2. 외국문헌

- Cranor, Lorrie Faith, Necessary But Not Sufficient: Standardized Mechanisms for Privacy Notice and Choice, 10 J. Telecomm. & High Tech. L. 273 (2012).
- Haynes, Allyson W., Online Privacy Policies: Contracting Away Control over Personal Information?, 111 Penn St. L. Rev. 587 (2007).
- Kar, Robin Bradley & Xiaowei Yu, The Contractual Death and Rebirth of Privacy (August 28, 2024). Harvard Journal of Law & Technology, Volume 38 (forthcoming 2025)., Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4939708> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4939708>).
- Norton, Thomas B., The Non-Contractual Nature of Privacy Policies and a New Critique of the Notice and Choice Privacy Protection Model, 27 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 181 (2016).
- Sloan, Robert H. & Richard Warner, Beyond Notice and Choice: Privacy, Norms, and Consent, 14 Suffolk U.J. High Tech. 370, 373 (2014).
- Solove, Daniel J., Introduction: Privacy Self-Management and the Consent Dilemma, 126 Harv. L. Rev. 1879 (2013).

저자소개

이소은

2011년 연세대학교 문과대학 졸업 (영어영문학, 심리학 전공)

2014년 서울대학교 법학전문대학원 졸업 (법학전문석사, J.D.)

2018년 서울대학교 법학전문대학원 졸업 (민법 전공, 법학전문박사, J.S.D.)

2014년 제3회 변호사시험 합격

2020-2021년 서울대학교 법학전문대학원 임상교수

2022년-현재 영남대학교 법학전문대학원 교수

2024년 개인정보 보호위원회 개인정보 처리방침 평가위원

2024년 - 현재 개인정보 보호위원회 개인정보규제개혁심사위원회 위원

2024년 - 현재 금융위원회 정보공개심의회 위원