

유럽연합 GDPR의 동의제도 분석 및 우리 개인정보보호법제에 주는 시사점

김송옥

To cite this article : 김송옥 (2019) 유럽연합 GDPR의 동의제도 분석 및 우리 개인정보보호법제에 주는 시사점, 아주법학, 13:3, 157-192

① earticle에서 제공하는 모든 저작물의 저작권은 원저작자에게 있으며, 학술교육원은 각 저작물의 내용을 보증하거나 책임을 지지 않습니다.

② earticle에서 제공하는 콘텐츠를 무단 복제, 전송, 배포, 기타 저작권법에 위반되는 방법으로 이용할 경우, 관련 법령에 따라 민, 형사상의 책임을 질 수 있습니다.

www.earticle.net

유럽연합 GDPR의 동의제도 분석 및 우리 개인정보보호법제에 주는 시사점

김송옥

(중앙대학교 법학연구원 선임연구원)

【국문초록】

우리의 개인정보보호법제는 정보처리에 앞서 정보주체의 동의를 받아야 하는 사전 동意的 원칙에 따라 설계되었다. 아울러 사전동의를 받는 방식으로 수집·이용·제공에 대한 포괄동의를 금지하고 각 동의사항을 분리해서 별도로 받도록 하는 동의방식(개별적 동의방식)과 처리목적에 필요한 최소정보만을 수집하게 하면서 최소정보 외에는 '선택'으로 동의를 받도록 하는 동의방식('선택적 동의방식')에 의하도록 하고 있다. 이러한 강력한 동의체계는 오히려 정보주체를 제대로 보호하지 못하고, 동의를 형식화하면서, 빅데이터 산업 등 관련 산업의 발전에 장애 요소가 되고 있다.

유럽연합(EU)의 「일반개인정보보호규칙」(GDPR; General Data Protection Regulation; 이하 'GDPR')은 우리의 동의제도 개선에 있어서 여러 시사점을 제시한다. 우선, 정보주체의 동의를 개인정보 처리의 6가지 합법성 요건 중 하나로 규정함으로써 정보주체의 동의 없이도 데이터를 처리할 수 있는 길을 열어놓고 있다. 특히 정보처리자나 제공을 받는 제3자의 '정당한 이익'을 위해서 데이터를 처리할 수 있다. 둘째로, GDPR은 처리 목적 중심의 동의를 받도록 하고 있다. 처리 목적이 변경되거나 추가되면 새로운 동의를 받아야 하지만, 그 외에는 규제가 없다. 우리와 같이 하나의 처리 목적을 위해서도 모든 항목을 구분하여 받을 필요가 없으므로 보다 단순하고 명료한 동의서식을 제시하는 것이 가능하다. 셋째로, 정보처리자의 정당한 이익을 위하여 정보를 처리하는 경우, 정보주체가 이에 대한 거부권(제21조)을 행사하면 정보처리자는 더이상 그 정보를 처리할 수 없다. 이를 사후거부권(opt-out)이라고 하는데, 정보처리자의 정당한 이익을 위하여 정보를 처리할 수 있는 가능성을 배제한 우리 법제 하에서는 사실상

이러한 옵트아웃 방식이 들어설 자리는 없다. 그러나 정보주체의 동의 이외에도 데이터 처리가 가능한 다른 합법성 요건을 규정하게 될 때에는 이와 같은 사후거부권의 도입을 함께 고려해야 할 것이다. 넷째, GDPR에서는, 공공기관의 경우 원칙적으로 정보주체의 동의에 근거한 데이터 처리를 할 수 없고 예외적인 경우에만 가능하다. 동의가 유효하기 위한 4가지 요건 중 첫 번째, 자유로운 상태에서 이루어진 동의(freely given)의 요건을 충족하지 못한다고 보기 때문이다. 우리의 경우, 공공기관 역시 동의 제도를 만연히 이용하고 있는데, 이는 법률유보원칙과도 조화될 수 없다. 법제도적으로나 관행적으로나 개선을 요한다. 다섯째, GDPR은 유효한 동의이기 위한 네 가지 요건과 특별히 명시적 동의가 요구되는 경우를 별도로 규정하고 있다. 우리 법제에는 이와 같은 규정이 없는데, 정보주체에게 불리한 상황에서 이루어진 동의도 유효한 동의가 되거나 민감정보와 아닌 정보를 구분 없이 동일한 방식으로 동의를 받게 하므로 문제가 될 수 있다. 마지막으로, 유럽과 같이 가이드라인이 수범자에게 보다 확실한 지침이 될 수 있게끔 내용적인 면에서 충실한 개선이 필요하다.

나아가 동의제도의 수정은 개인정보자기결정권, 즉 개인정보보호권의 강화가 함께 수반되어야 한다. 정보주체에게 실질적이고 효과적인 통제권을 부여함으로써 개인정보의 처리로 발생할 수 있는 실제적 권리가 침해될 위험을 예방하고 감소시켜나가는 것이 최종 목표가 되어야 할 것이다.

주제어 : 일반개인정보보호규칙(GDPR), 개인정보보호법, 정보주체의 동의, 사전동의제, 사후거부권, 개인정보보호권(개인정보자기결정권)

【목차】

- I. 들어가며
 - II. 개인정보의 합법적 처리를 위한 동의제도의 문제점 및 한계
 - III. 유럽연합 GDPR상의 동의제도에 관한 분석
 - IV. 현행 동의제도의 개선과 관련하여 GDPR이 주는 시사점
 - V. 나오며
-

I. 들어가며

요즘 처음 방문하는 웹사이트에는 쿠키 사용에 대한 동의창이 가장 먼저 뜬다. 그리고 무언가 해보려면 ‘회원가입’을 하도록 하고, 이 회원가입 절차에서는 여러 개의 동의 항목에 동의하도록 요구한다. 처음에는 한참을 들여다보던 이 과정이 익숙해져서 이제는 제대로 읽어보지 않고도 신속하게 동의절차를 이행할 수 있다. 개인정보를 처리(수집·이용·제공)하기에 앞서 정보주체의 동의는 마치 필수적인 것처럼, 이제 와서 새삼 문제 삼는 것도 이상한 그저 형식적인 절차로 진행된다.

그렇지만 이 형식적인 절차가 새로운 산업이나 서비스를 개시하려는 자들에게는 고통스러운 절차이다. 동의를 받기 어려워 서비스 개시를 포기하는 사례도 늘고 있고, 복잡한 동의절차로 인하여 회원가입을 하다가 그만두는 이용자로 인하여 회원확보에 어려움을 겪는다. 특히 스타트업에 속하는 중소기업에게는 동의를 받기 수월한 신뢰기반의 평판이나 노하우도, 자금이나 인력도 부족한 상황이다. 아울러 동의제도가 기업은 물론 정보주체에게 도움이 되지 않는다는 주장도 설득력을 얻고 있다. 정보주체에게 선택권을 준다는 것은 허울 뿐이고, 동의를 받는 한에 있어서는 ‘면책’을 받을 수 있으니 기업의 입장에서는 일단 동의를 받아두는 것이 나쁘지 않다는 것이다. ‘동의만 능주의’가 팽배해 있다. 동의제도가 과연 누구를 위한 것인지도 불분명하다.

신기술과 관련 산업 육성에 사전동의제가 발목을 잡는다는 신문기사가 연일 쏟아져 나온다. 다른 한편에서는 우리 정부가 일명 데이터4법, 혹은 데이터3법을 통해 정보인권을 축소하고 있다고 비난하기도 한다.¹⁾ 특히 유럽연합의 데이터 보호와 관련된 법과

1) 데이터4법은 개인정보보호법, 정보통신망법, 위치정보보호법, 신용정보법을, 데이터3법은 개인정보보호법, 정보통신망법, 신용정보법을 의미하는 것으로, 현 정부가 “데이터 경제로의 전환”을 역점사업으로 추진하며, 관련법의 개정을 추진하면서 붙여진 별칭이다.

비교하면서 우리 법이 개인정보의 이용보다는 ‘보호’에 보다 충실할 필요가 있음을 지적하고 있다.²⁾

여기서 유럽연합의 데이터 보호와 관련된 법은 2018년 5월 25일부터 EU 전역에 적용·시행 중인 유럽연합(EU)의 「일반개인정보보호규칙」(GDPR; General Data Protection Regulation; 이하 ‘GDPR’)을 의미한다. GDPR은 「개인정보보호지침」(DPD; Data Protection Directive 95/46/EC)을 대체하는 유럽연합의 시민들에게 직접 적용되는 단일의 개인정보보호법으로서, 지침(Directive)이 그 성격상 회원국들 사이에 개인정보보호법의 통일성을 충분히 확보하지 못하는 결함을 보완하고자 제정되었다.

우리나라의 개인정보보호법제는 세계에서 가장 강력한 규제법제로 알려져 있다.³⁾ 특히 유럽연합(EU)이 「개인정보보호지침」(DPD)을 개정하여 보호를 더욱 강화했다고 평가받는 「일반개인정보보호규칙」(GDPR)보다도 더 강력한 동의기반의 사전규제를 갖고 있으나,⁴⁾ 이를 반대로 이해하거나 GDPR과 우리가 유사하다고 이해하는 경우도 많다. 이를 바로잡는 차원에서, 그리고 GDPR에 대한 소개는 많지만 동의제도만을 정확하고도 자세히 소개하는 자료는 부족하므로 이를 보완하는 차원에서, GDPR상 동의제도에 대하여 분석하고자 한다. 물론 비교법적 분석을 하는 이유는 우리 제도의 문제점을 정확히 파악하고, 그에 대한 개선 방향이나 구체적 방안을 제시하기 위함이다.

따라서 이하에서는 현재 시행 중인 개인정보 처리에 관한 동의제도의 문제점 및 한계를 짚어보고(Ⅱ), 유럽연합 GDPR상의 동의제도에 관하여 분석한 후(Ⅲ), GDPR이 주는 시사점을 통해 동의제도의 개선방안에 대하여 살펴보도록 한다(Ⅳ).

2) 참여연대는 개인정보보호법, 정보통신망법, 위치정보보호법, 신용정보법 등 소위 ‘데이터 4대 법률안’에 대한 반대 의견서를 통해, “4대 개인정보 관련 법안은 GDPR의 관련 규정 및 해석·적용 범위를 상당 부분 의도적으로 왜곡해 개인정보 주체의 처분권을 포함한 정보인권 일반을 축소했다”고 비판했다. 연합뉴스, “참여연대 ‘빅데이터 관련 4개 법안, 개인정보 보호에 문제점’”, 2019년 8월 12일자, <<https://www.yna.co.kr/view/AKR20190812075800004>>; 미디어스, “데이터 3법, 통과되면 개인정보 침해 심각해진다”, 2019년 11월 6일자, <<http://www.mediaus.co.kr/news/articleView.html?idxno=166408>>.

3) “국제프라이버시전문가협회(International Association of Privacy Professionals)에 따르면, 한국은 세계에서 가장 엄격한 프라이버시보호법을 가지고 있다.” Paul Sutton, Data Protection in South Korea: Why You Need to Pay Attention, Vistra, August 15, 2018 <<https://ieglobal.vistra.com/blog/2018/8/data-protection-south-korea-why-you-need-pay-attention#>>; “한국의 포괄적인 개인정보보호법은 세계에서 가장 엄격한 프라이버시 규제체계 중의 하나이다.” Alex Wall, GDPR matchup: South Korea’s Personal Information Protection Act, IAPP(International Association of Privacy Professionals), January 8, 2018 <<https://iapp.org/news/a/gdpr-matchup-south-koreas-personal-information-protection-act/>>; “한국은 아시아에서 가장 강력한 데이터보호법을 가지고 있다.” Constance Gustke, Which countries are better at protecting privacy?, BBC Worklife, June 26, 2013 <<https://www.bbc.com/worklife/article/20130625-your-private-data-is-showing>>.

4) 이인호, “한국 개인정보보호법제의 동의제도에 대한 비판적 분석 -잘못 설계된 동의제도-”, 개인정보보호포럼 정기토론회 (2019. 10. 1), 1면 참조.

II. 개인정보의 합법적 처리를 위한 동의제도의 문제점 및 한계

1. 현행 개인정보보호법제상 동의제도

가. 엄격한 사전동의제

우리나라의 개인정보보호법제는 정보주체로부터 사전에 동의를 받아야 한다는 것을 원칙으로 설계되었다(‘사전동의의 원칙’). 그리고 이러한 사전동의를 받는 경우, 수집·이용·제공에 대한 포괄동의(혹은 일괄동의)를 금지하고 각 동의사항을 분리해서 별도로 받도록 하는 동의방식(‘개별적 동의방식’)과 처리목적에 필요한 최소정보만을 수집하게 하면서 최소정보 외에는 ‘선택’으로 동의를 받도록 하는 동의방식(‘선택적 동의방식’)에 의하도록 하고 있다. 이러한 원칙과 방식에 입각한 우리의 제도는 한 마디로 “사전동의제”라 칭할 수 있다.

「개인정보보호법」 제15조 제1항은 “개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 개인정보를 수집할 수 있으며 그 수집 목적의 범위에서 이용할 수 있다”라고 하면서, 6가지 경우를 규정하고 있다. 이 규정으로 인하여 우리의 경우는 사전동의제가 아니라는 반론이 있을 수 있다. 특히 이것은 GDPR의 개인정보 처리가 가능한 6가지 합법성 요건과 유사하다고 평가하기도 한다. 그렇지만 우리의 경우는 다음과 같은 이유로 GDPR과 유사한 규정을 두었다고 보기에는 무리가 있다. 우선 동 조항을 살펴보면, “① 정보주체의 동의를 받은 경우, ② 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우, ③ 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우, ④ 정보주체와의 계약의 체결 및 이행을 위하여 불가피하게 필요한 경우, ⑤ 정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없는 상태에 있거나 주소불명 등으로 사전 동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우, ⑥ 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)”이다. 필자가 밑줄 친 “불가피하게(불가피한)” 또는 “명백하게(명백히)” 등의 표현으로 인하여 정보처리자는 결국 동의로 회귀하게 된다. 예컨대, 계약 이행을 위해 필요하지만 ‘불가피성’이 애매한 경우 결국 정보주체의 동의를 통해 개인정보를 처리할 수밖에 없다.⁵⁾ 심지어 법률에 규정이 있거나 공공기관이 소관 업무를 수행하는 경우에도 ‘불가피성’이 존재해야 한

5) 아울러 제22조 제3항에 따라, 정보처리자는 계약의 체결이나 이행 등을 위해 동의 없이 처리할 수 있는 개인정보라는 입증책임을 부담하기 때문에, 더욱더 동의에 의존하게 될 것이다.

다. 즉, 제15조 제1항 규정 전체 볼 때, 이 규정은 각 호가 서로 독립적 내용을 담고 있는 병렬적 구조가 아니라, 정보주체의 동의를 원칙 또는 기본으로 삼고, 그에 대한 아주 좁은 예외를 설정해놓고 있는 구조를 취하고 있다고 할 수 있다. 다시 말해, 본 조항은 “사전동의를 원칙”을 규정한 것이다.

나아가 제3자제공은 사실상 정보주체의 동의에 의하여만 가능하고, 개인정보처리자나 제3자의 정당한 이익을 위해서 제공할 수 있는 길은 아예 차단되어 있다(제17조 제1항). 심지어 계약의 체결이나 이행을 위해서 제공하는 경우에도 정보주체의 동의 없이는 불가능하다. 따라서 제3자제공의 경우에는 논란의 여지없이 사전동의제라고 할 수 있다.

또한 ‘엄격한’ 사전동의제인 이유는 개인정보처리가 합법성을 갖는 요건이 협소하기 때문에 사전동의를 거의 유일무이한 수단인 것도 있지만, 형사처벌을 통해 그 이행을 담보하고 있다는 점이다.⁶⁾ 예컨대, 정보주체의 동의를 받지 않고 개인정보를 처리하는 등 법 위반 행위에 대하여는 제3자제공의 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처해지고, 수집·이용에 대하여는 5천만원 이하의 과태료가 부과된다. 이러한 강력한 형사처벌은 정보처리자로 하여금 면책을 위해 더욱 정보주체의 동의에 집착하게 하는 요인이 된다.

나. 개인정보자기결정권과 동의권의 혼동

사전동의제로의 설계는 물론 개인정보는 정보주체의 ‘동의’를 받아야만 처리할 수 있다는 우리 사회의 지배적 인식 때문이다. 소비자는 ‘동의권’을 가지며, 그 ‘동의권’은 ‘개인정보자기결정권’과 같은 의미라고 보기도 한다.⁷⁾ 그리하여 ‘동의제도’를 건드리는 것은 그 자체로 강한 반발을 불러 일으킨다.⁸⁾

정보주체가 개인정보 처리에 동의하는 것, 과연 그것은 진정 개인정보자기결정권의 행사인가? 정보주체의 동의를 받지 않는 데이터 처리는 개인정보자기결정권에 대한 침해이며, 그 처리는 중단되거나 금지되어야 하는가? 현행법상 “사전동의제”를 수정하

6) 이에 대한 비판은 이미 여러 학자나 전문가들에 의해서 제시된 바 있다. 구태인, “개인정보보호법상 동의 관련 범죄의 비범죄화 및 대안에 관한 연구”, 『가천법학』 제6권 제4호 (가천대학교 법학연구소, 2013. 12); 문재완, “개인정보 보호법제의 헌법적 고찰”, 『세계헌법연구』 제19권 제2호 (국제헌법학회 한국학회, 2013), 291-292면; 이인호, “개인정보자기결정권과 동의의 관계에 대한 이해”, 『2019 KISA Report』 vol. 6 (한국인터넷진흥원, 2019. 6), 53-54면.

7) 구혜경·나종연, “소비자의 개인정보 제공 동의 인식에 대한 탐색적 연구”, 『소비문화연구』 제17권 제2호 (한국소비문화학회, 2014), 153면.

8) “정보주체가 서비스 이용을 위하여 정보처리에 대해 망설임 없이 동의하는 현 세대에서 동의제도가 허울만 있을 뿐 무의미하다고 하여 쉽게 포기할 수 없는 것은 그것마저 없다면 정보주체의 인격이 심각한 손상을 받고 예종(隸從)의 상태로 떨어질 것이라는 우려 때문이다.” 정찬모, “개인정보보호에 있어 정보주체의 동의”, 『법학연구』 제18집 제1호 (인하대학교 법학연구소, 2015. 3), 90면.

는 것은 개인에게 주어진 중요한 권리를 빼앗는 것인가?

이러한 의문은 ‘개인정보자기결정권’과 ‘동의’의 관계를 규명함으로써 해결할 수 있다. 우선 다수의 학자들은 개인정보자기결정권 안에 동의권이 포함되는 것으로 보고 있다.⁹⁾ 이들은 특히 우리 헌법재판소가 개인정보자기결정권을 “자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리”¹⁰⁾라고 정의하고 있음을 근거로 들고 있다.

그렇지만 개인정보자기결정권의 권리내용 안에 동의권이 포함된 것이 아니며 양자는 서로 기능을 달리하는 별도의 권리이다.¹¹⁾ 정보주체의 동의란 정보처리자의 입장에서는 데이터 처리를 가능하게 하는 하나의 수단이며, 정보주체의 입장에서는 이러한 정보처리자의 데이터 처리를 정보처리자가 제시한 특정 목적 범위 내로 허용한다는 의사표시이다. 다만, 동의란 개인의 선택에 관한 의사표시이기 때문에 개인은 그 선택에 있어 자유로운 결정권을 갖는다. 즉, 동의 여부에 대한 선택의 기로에서 자유로운 의사결정권을 갖는 것이지, 정보의 수집단계부터 정보처리자에 대항하는 권리의 형태로 존재하는 것이 아니다. 또한 개인정보자기결정권과 동의권이 동일하다면, 현행 법률에서처럼 동의를 받지 않고 처리할 수 있도록 규정하는 조항은 기본권의 본질적 내용의 침해를 구성한다는 이론 구성이 충분히 가능하다.

반면, 개인정보자기결정권이란 “개인정보처리자가 수행하는 개인데이터 처리 과정에서 자칫 정보주체의 사생활권(right to privacy)이나 기타의 권리가 침해될 수 있는 위험(risk)을 예방하기 위해서 정보주체가 그 처리 과정에 적극적으로 참여하여 데이터 처리의 오·남용을 방지할 수 있도록 하는 권리”를 말한다.¹²⁾ 이 권리의 핵심은 개인정보처리자가 수행하는 자신에 관한 개인데이터의 처리 과정에 참여하여 그 처리를 감시 (이른바 ‘역감시권’)하는데 있으므로, 데이터 처리로 인한 위험가능성을 감수하고¹³⁾ 데

9) 권건보, “개인정보보호의 헌법적 기초와 과제”, 『저스티스』 제144호 (한국법학원, 2014. 10), 17-18면; 권영준, “개인정보 자기결정권과 동의 제도에 대한 고찰”, 『법학논총』 제36집 제1호 (전남대학교 법학연구소, 2016. 3), 696면; 문재완, “개인정보 보호법제의 헌법적 고찰”, 『세계헌법연구』 제19권 제2호 (국제헌법학회 한국학회, 2013), 288면; 이상돈·전현욱, “정보이용동의 -정보적 자기결정의 새로운 차원-”, 『고려법학』 제47호 (고려대학교 법학연구원, 2006. 10); 이상명, “개인정보자기결정권의 헌법적 근거에 관한 고찰”, 『공법연구』 제36집 제3호 (한국공법학회, 2008. 2), 229면; 이희훈, “개인정보자기결정권과 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 개정안에 대한 연구”, 『입법학연구』 제14권 제1호 (한국입법학회, 2017); 이성대, “개인정보보호법제상 동의의 범위에 대한 형사법적 고찰”, 『성균관법학』 제27권 제1호 (성균관대학교 법학연구소, 2015) 등 다수임.

10) 현재 2005. 5. 26, 99헌마513, 판례집 17-1, 668, 682.

11) 이인호, “개인정보자기결정권과 동의의 관계에 대한 이해”, 『2019 KISA Report』 vol. 6 (한국인터넷진흥원, 2019. 6), 49면.

12) 위의 논문, 48면.

13) 물론 동의가 모든 위험성 내지는 위험가능성을 감수하거나 수인하는 의사표시라는 의미는 아니다. 대부분 이 동의를 하는 이유는 정보처리자가 목적 범위 내로만 처리한다면 그러한 위험성 또는 위험가능성이 대수롭지 않다고 판단하거나 동의로 인한 이익이 훨씬 크다고 생각하기 때문이다. 그러한 의미에서는

이티 처리를 허용하는 ‘동의’와는 분명한 차이가 있다.¹⁴⁾ 이러한 ‘동의’의 실체에 대하여는 아래 ‘2. 동의제도의 문제점 및 한계, 가. 허구화된 동의’ 부분에서 더욱 자세히 살펴보도록 한다.

개인정보자기결정권과 동의권을 동일시하는 이러한 오해는 개인정보자기결정권이라는 용어가 주는 의미가 강하기 때문이다. 개인정보에 대하여는 그 정보주체에게 모든 결정권이 있다는 의미로 받아들이기 쉽다.¹⁵⁾ 따라서 ‘개인정보자기결정권’이라는 표현보다는 ‘개인정보보호권’이라는 용어가 보다 적절한 것으로 판단된다.¹⁶⁾

다. 개인정보가 정보주체의 것이라는 배타적 인식

개인정보를 처리함에 있어서 정보주체의 동의가 필수라는 입장은 정보주체가 자신과 관련된 모든 정보에 대한 소유권 내지 완벽한 통제권을 가진다는 사고, 쉽게 말해 내 개인정보는 내 것이니까 내가 결정한다는 배타적 인식과 맞닿아 있다.

‘개인에 관한 정보 혹은 데이터’는 모든 거래(transaction)의 과정에서 필연적으로 생성되고 처리된다.¹⁷⁾ 예컨대, 국가에 복지혜택을 신청하거나 인터넷 쇼핑 중 물건을 구입하는 것, 은행에서 계좌를 개설하고 급여를 받기 위해 직장에 계좌번호를 알려주는 것 등 일상의 모든 행위가 데이터의 교환을 통해 이루어진다. 이러한 과정에서 형성된 개인정보는 정보주체 본인만의 것이라고 할 수 없다.¹⁸⁾¹⁹⁾ 따라서 어떠한 개인정보든

‘동의’가 데이터 처리로 인한 위험성 또는 위험가능성을 인지하였으나 감수한다는 의사표시로 받아들여진다.

- 14) 개인정보 처리와 관련한 동의장이 제시되지 않으면 개인정보자기결정권이 침해된 것이라고 생각하는 것은 법률가의 환상일 뿐이라는 지적이 있다. 김기창, “개인정보 수집, 이용 ‘동의’를 받아내면 그만인가?”, 『Harvard Business Review Korea』 (2019 1-2월호), <http://www.hbrkorea.com/magazine/article/view/1_1/page/1/article_no/1297>.
- 15) 개인정보자기결정권을 이와 같이 이해하여서 안되는 이유는 다음의 예를 설명할 수 있다. 학창시절의 성적은 개인정보에 해당하고, 학교가 정보처리자이지만, 그 성적 정보는 정보주체가 아닌 학교의 통제 및 관리 하에 있다. 정보주체에게는 자신의 마음대로 수정이 불가능한 정형화된 증명서를 출력할 권리 외에 별반 통제권이 없다. 개인정보는 정보주체의 것이고, 어느 범위까지 공개할지 정보주체에게는 결정권이 있다면, 최소한 가장 성적이 좋지 않은 1학년의 성적은 비공개로, 혹은 채용분야와 상관없는 과목에 대한 성적은 비공개로 출력할 수 있어야 할 것이다.
- 16) 같은 이유로 ‘개인정보보호권’이라는 용어를 사용하고 있는 논문으로는 이인호 외 6인, “정보통신기술의 발전과 기본권에 관한 연구”, 『헌법재판연구』 제25권 (헌법재판소, 2014), 399-400면.
- 17) 이인호, “개인정보자기결정권과 동의의 관계에 대한 이해”, 『2019 KISA Report』 vol. 6 (한국인터넷진흥원, 2019. 6), 49면.
- 18) 이와 관련하여, 정보주체의 동의가 있어야 개인정보를 수집·이용할 수 있다는 태도는 정보처리자의 권리(일반적 행동자유권, 표현의 자유, 영업의 자유 등)를 전혀 고려하지 않은 것이므로, 정보처리자가 사인이려면 정보주체의 동의 없이도 개인정보의 처리가 원칙적으로 허용된다고 보는 견해도 있다. 문재완, “개인정보 보호법제의 헌법적 고찰”, 『세계헌법연구』 제19권 제2호 (국제헌법학회 한국학회, 2013), 290면.
- 19) 맞춤형이 대신인 오늘날에는 비 오는 날, 베이커리의 상품 진열도 달라진다고 한다. 당연히 비 오는 날 판매량이 높은 빵을 더 많이 구울 것이고, 소비자가 쉽게 접근할 수 있는 곳에 진열할 것이다. 이러한 판매전략은 모두 개인정보의 분석을 통해서다. 소비자의 주문정보, 결제정보를 기상정보와 결합한 결과

정보주체의 처분에 따르는 개인의 것이라는 배타적 사고야말로 가장 먼저 개선되어야 할 우리 사회의 인식이다.²⁰⁾

2. 동의제도의 문제점 및 한계

가. 허구화된 동의

정보주체가 자신이 하는 동의의 의미를 정확히 알고 이해한 상태에서 내린 결정이 아니라면, 즉 진정한 동의가 아니라면 그 동의는 허구가 된다. 동의가 유효성이 흔들리는 것은 데이터 처리의 합법성을 상실하는 것이 된다. 아울러 동의제도가 정보주체에게 불리하게 작용한다면, 정보주체를 보호한다는 취지의 동의제도도 허구가 된다. 오늘날, 진정한 동의는 하기도, 받기도 어렵고, 동의제도도 역으로 정보주체에게 불리하게 작용하고 있다.

우선, 현재 대부분의 개인정보의 처리는 정보주체가 이해할 수 있는 수준을 넘어선 기술적 기법과 사업 모델에 근거하여 이루어지고 있으므로, ‘동의’의 방식으로 정보주체를 보호하겠다는 것은 매우 비현실적이다. 자신이 이해하지 못한 것에 대한 ‘동의’는 진정한 ‘동의’가 있는 것으로 볼 수 없기 때문이다. 정보의 생성, 이용, 유통의 모든 과정이 종이에 적힌 정보와 직접적인 면대면 교섭을 통해 이루어지던 시절에는 ‘동의’에 의한 방식이 유의미했을지는 모르겠지만, 인터넷과 통신망을 통하여 개인정보가 처리되는 작금의 상황에서는 진정한 동의의 의사가 없는 경우가 대부분이다.²¹⁾

역으로, 진정한 동의를 받는다는 것은 기업의 입장에서도 어려운 문제이다. 아무리 좋은 의도를 가진 기업이라도 수집한 정보가 어디에 쓰일 수 있고, 쓰일 것인지 처음부터 모두 알 수는 없다. 상황은 시시각각 끊임없이 변화하므로, 모든 활용 방안에 대하여 미리 동의를 받게 하는 것은 가능하지도, 합리적이지도 않다.²²⁾

이다. 기업은 남아서 폐기할 빵을 줄이는 등 손실을 줄이고, 적시에 알맞은 광고나 마케팅으로 다른 기업과의 경쟁에서 앞서 나갈 것이다. 기업이 소비자와의 거래를 통해 형성한 정보는 정보주체에게는 개인정보이지만, 기업에게는 자사가 이룬 판매 또는 매출기록이고, 향후 기업이 제조·판매 계획과 전략을 세우는 데 있어서 꼭 필요한 정보이자 경쟁력 확보 수단이며, 국가에게는 세금 산출의 근거가 된다. 베이커리 사례는 김동식, “데이터 경제의 발전에 따른 개인정보의 유용성과 활용 사례 - 케이데이터 사례를 중심으로”, 『데이터 경제 시대의 법·정책적 문제점』 하계 정기세미나 (한국정보법학회, 2019. 6. 29), 16면 참조.

- 20) 개인정보는 개인의 것이라고 하기 어렵기 때문에, 개인정보자기결정권의 문제를 소유권적 방식으로 파악하는 것은 타당하지 않다는 견해는, 권영준, “개인정보 자기결정권과 동의 제도에 대한 고찰”, 『법학논총』 제36집 제1호 (전남대학교 법학연구소, 2016. 3), 688면.
- 21) 김기창, “개인정보 수집, 이용 ‘동의’를 받아내면 그만인가?”, 『Harvard Business Review Korea』 (2019 1-2월호), <http://www.hbrkorea.com/magazine/article/view/1_1/page/1/article_no/1297>; 문제완, “개인정보 보호법제의 헌법적 고찰”, 『세계헌법연구』 제19권 제2호 (국제헌법학회 한국학회, 2013), 289면.
- 22) 스콧 베리나토, “동의를 이제 그만! 가능하지도, 옳지도 않다 - 헬렌 니센바움 인터뷰”, 『Harvard Business

마지막으로, 동의제도는 정보주체의 '동의'가 있었다는 이유로 사업자를 우월한 지위에 놓이게 하고 사업자에게 매우 강력한 면죄부로 작용함으로써 결국 본래의 목적과 달리 정보주체를 보호하지 못한다. 특히 동의권과 개인정보자기결정권을 동일시하는 인식으로 인하여, 동의제도는 자신에 관한 정보가 어떻게 처리되는지 미리 검토하고 결정해야 한다는 부담을 정보주체에게 지우는 반면, 개인정보 처리의 타당성 등을 사전에 검토하고 판단해야 하는 사업자의 부담을 덜어주는 방향으로 전개되어왔다. 사업자와 달리 정보주체는 그러한 결정에 필요한 지식과 정보가 없고, 특히 사업자는 자신의 개인정보처리 행위로 인하여 발생할 수 있는 피해를 막을 수 있는 지위에 있다는 점을 고려하면, 동의제도는 오히려 정보주체에게 불리한 제도이다.²³⁾

나. 형식화된 동의

사전동의의 원칙으로 인하여 사실상 모든 경우에 동의를 요구하는 상황으로 이어진다.²⁴⁾ 계약의 체결이나 이행을 위해 데이터 처리가 필요한 경우에는 동의 없이도 처리할 수 있으나 동의를 받고 있으며, 법률 규정에 따라 업무수행 중인 공공기관도 동의에 의존하고 있다.²⁵⁾ 그렇지만 개별적 및 선택적 동의방식에 따라 작성된 길고 복잡한 동의서 서식과 어려운 내용으로 인하여 동의서의 내용을 제대로 확인하지 않고 그대로 동의하는 비율이 거의 70%에 달한다.²⁶⁾ 서비스를 이용하기 위해 불가피하게 동의하거나, 어려운 동의서나 약관의 내용보다는 서비스제공자에 대한 평소의 신뢰를 바탕으로 동의하는 경우도 많다.²⁷⁾ 이에 따라 실제 수행되는 동의 과정이 정보주체의 진정한

Review Korea』(2019 1-2월호), <https://www.hbrkorea.com/magazine/article/view/6_1/article_no/1302>.

- 23) 고하수, “개인정보보호의 법, 경제 및 이노베이션”, 『경제규제와 법』 제5권 제2호 (서울대학교 공업산업법센터, 2012. 11), 153면; 구태인, “개인정보보호법상 동의 관련 범죄의 비범죄화 및 대안에 관한 연구”, 『가천법학』 제6권 제4호 (가천대학교 법학연구소, 2013. 12), 73면; 김기창, “개인정보 수집, 이용 ‘동의’를 받아내면 그만인가?”, 『Harvard Business Review Korea』(2019 1-2월호), <http://www.hbrkorea.com/magazine/article/view/1_1/page/1/article_no/1297>; 문재완, “개인정보 보호법제의 헌법적 고찰”, 『세계헌법연구』 제19권 제2호 (국제헌법학회 한국학회, 2013), 293면; 박웅신, “변화하는 환경에서 개인정보 보호의 문제점과 개선방안에 관한 검토”, 『법학연구』 제24권 제3호 (경상대학교 법학연구소, 2016. 7), 107면.
- 24) 사전동의로 인하여 과잉동의를 양산됨에 따라 정보주체의 동의가 진정성 없는 요식행위로 전락한다는 주장은 권현영·윤상필·전승재, “4차 산업혁명시대 개인정보권의 법리적 재검토”, 『저스티스』 제158-1호 (한국법학원, 2017. 2), 36면.
- 25) 조수영, “개인정보보호법에서의 정보주체의 동의와 기본권 보장에 관한 연구”, 『법학연구』 제18권 제1호 (한국법학회, 2018. 3), 333-334면.
- 26) 개인정보보호위원회가 최근 발간한 ‘2019 개인정보보호 연차보고서’에 따르면, 정보주체의 69.6%는 개인정보 제공시 동의서를 확인하지 않는다고 밝혔다. 확인하지 않는 이유로는 ‘귀찮고 번거로워서’가 38.4%, ‘동의서 내용에 상관없이 서비스를 반드시 이용해야 해서’는 30.7%, ‘내용이 많고 이해가 어려워’는 24.4%, ‘확인해도 개인정보보호에 도움이 되지 않을 것 같아서’는 6.5%로 각각 나타났다. 동아일보, “국민 10명중 6명 ‘개인정보 침해 구제 대응 안한다’”, 2019년 9월 1일자, <<http://www.donga.com/news/article/all/20190901/97211426/1>>.

의사를 확인하는 절차라기보다는 서비스 개시를 위한 형식적 절차로 전락하고, 수많은 개인정보 처리²⁸⁾에 일일이 동의를 해야하는 정보주체는 ‘동의 피로(consent fatigue)’²⁹⁾를 겪고 있다. 이러한 상황은 정보주체로 하여금 오히려 자신이 하는 동의의 의미와 효과에 대하여 더욱 무감각해지게 함으로써 동의의 형식화 내지 형해화를 부추긴다.

동의를 형식화 현상이 강화될수록, 동의를 일종의 면죄부로 활용하는 기업으로 인하여 정보주체는 더욱 불리한 입장으로 내몰릴 것이며, 궁극에는 동의제도를 불필요한 규제로 결론지을 것이다.

다. 기술의 발달과 동의제도의 충돌

빅데이터는 데이터의 다다익선이 적용되는 영역이다. 또한 개인데이터를 주고받을 수 있는 데이터 생태계를 조성하지 않고서는 불가능한 영역이다. 빅데이터가 존재하지 않는다면 인공지능(AI)은 물론이고 4차 산업혁명이 이끌 다양한 혁신 또한 기대할 수 없다.³⁰⁾ 따라서 관련 산업의 발전을 꾀하려면 기존의 개인정보의 보호와 이용간의 균형점을 재조정해야 한다는 의견이 많다. 특히 상당 부분이 데이터를 주고받는 환경을 가로막는 사전동의제도에 대한 비판 및 개선에 초점이 맞춰져 있다.³¹⁾

3. 동의제도에 관한 면밀한 연구의 필요성

위에서 살펴본 바와 같이, 우리의 개인정보보호법제가 취하고 있는 사전동의의 원칙은 동의를 형식화하고, 특히 제도의 본 취지와 달리 오히려 정보주체를 제대로 보호하지 못한다는 문제가 있고, 산업발전에 걸림돌이 되는 측면이 있다. 모두에게 불편하면서도 모두에게 도움이 되지 않는 제도는 불필요한 규제로서 향후 지속할 것을 강제

27) 정보통신정책연구원, “정보통신망법상 개인정보보호 제도의 정책효과 분석”, 『방송통신융합정책연구』 KCC-2017-22 (방송통신위원회, 2017. 12), 47면.

28) 이와 관련하여, 한국인터넷기업협회가 주최한 한 간담회에서 구태언 변호사는 “지금은 한 명이 최소 1000개 이상의 서비스를 활용하며 살아가는 시대”라며 “이 모든 것에 일일이 동의를 행사하는 동의 제도는 현실성이 없다”고 지적한 바 있다. 머니투데이, “인기협, ‘개인정보동의제, 현실성 없다’ ... 사후 규제 강화 주장”, 2019년 9월 26일자, <<https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2019092616072499550>>.

29) 정일영·이명화·김지연·김가은·김석관, “유럽 개인정보보호법(GDPR)과 국내 데이터 제도 개선방안”, 『STEPI Insight』 제227호 (과학기술정책연구원, 2018. 12. 21), 7-8면.

30) 이인호, “개인정보자기결정권과 동의의 관계에 대한 이해”, 『2019 KISA Report』 vol. 6 (한국인터넷진흥원, 2019. 6), 52-53면.

31) 이에 대한 자세한 사항은 박웅신, “변화하는 환경에서 개인정보 보호의 문제점과 개선방안에 관한 검토”, 『법학연구』 제24권 제3호 (경상대학교 법학연구소, 2016. 7), 109면; 정준현·권오민, “개인정보의 수집·처리·제3자 제공과 가치창출에 관한 법적 문제연구”, 『홍익법학』 제16권 제1호 (홍익대학교 법학연구소, 2015), 955면; 손영화, “빅데이터 시대의 개인정보 보호방안”, 『기업법연구』 제28권 제3호 (한국기업법학회, 2014), 380면.

할 수는 없으므로, 모두에게 필요하면서도 모두에게 합리적인 제도의 모색이 필요한 때이다.

개인정보는 정보주체만의 것이 아니며, 정보주체의 동의를 개인정보자기결정권의 행사라는 헌법상 권리로 격상시켜서는 안된다는 긴 논증은 개선방안을 논의하기 위한 것이다. 이 두 명제를 어떻게 이해하느냐에 따라 도출되는 개선방안의 방향과 폭이 달라질 것이다.

아울러 우리 제도의 문제점을 정확히 파악하고 그에 맞는 개선방안을 도출하기 위해서는 다른 나라에서는 어떠한 규제를 하고 있는지 비교법적 분석이 요구된다. 이하에서는 유럽연합의 동의제도에 대한 보다 면밀한 분석을 이어가도록 한다.

Ⅲ. 유럽연합 GDPR상의 동의제도에 관한 분석

유럽연합(EU)의 「일반개인정보보호규칙」(GDPR)에서 동의와 관련된 조항은 제4조 제11항(동의의 정의), 제6조(정보처리의 합법성 요건), 제7조(동의의 조건), 전문(32), 전문(42), 전문(43), 전문(47)이다. 그리고 이와 관련하여서는 제29조작업반(Article 29 Working Party; 이하 WP29)이 채택한 「동의에 관한 가이드라인(Guidelines on consent under Regulation 2016/679)」이 있다. 이하에서는 이를 토대로, 개인정보 처리의 6가지 합법성 요건 중 하나로서의 동의, 정보주체의 동의가 반드시 필요한 경우, 동의가 유효하기 위한 4가지 요건, 동의의 방식, 동의철회권에 대하여 차례로 살펴보고자 한다.

1. 개인정보 처리의 6가지 합법성 요건 중 하나로서의 동의

GDPR에서 정보주체의 동의는 개인정보 처리의 합법성을 갖게 하는 유일한 수단이다. GDPR 제6조는 정보처리의 합법성 요건으로 6가지를 제시하고 있으며, 동의는 그 6가지 조건 중 하나로 규정되어 있다. 즉, 개인정보처리에 있어서 정보주체의 동의는 필수적인 것이 아니며(민감정보·쿠키·위치정보의 경우는 예외), 정보주체의 동의 없이도 개인정보를 처리할 수 있는 길을 열어두고 있다.

제6조가 정하고 있는 정보처리의 합법성 요건은 ① 정보주체의 동의, ② 계약의 체결·이행, ③ 법적 의무의 이행, ④ 정보주체·다른 자연인의 중대한 이익의 보호, ⑤ 공익을 위한 업무의 처리 또는 공적 권한의 행사, ⑥ 정보처리자 또는 제3자의 정당한 이익(legitimate interests)의 달성(다만, 처리의 이익이 정보주체의 이익보다 커야 함)

으로 요약된다. 따라서 기업 등 민간의 정보처리자는 정보주체의 동의를 얻어 처리의 합법성을 확보하기도 하지만, 계약의 체결·이행을 위해서, 법적 의무를 이행하기 위해서, 공익을 위한 업무를 처리하기 위해서, 또는 자신 또는 제3자의 정당한 이익을 달성하기 위해서 정보주체의 동의 없이 합법적으로 개인정보를 수집하고 활용할 수 있다.

특히 주목해야 하는 부분은 정보처리자나 제공을 받는 제3자의 정당한 이익을 위해 동의 없는 수집·이용·제공이 가능하다는 것이다. 예컨대, 기업이 직접 마케팅(direct marketing) 목적으로 개인정보를 처리하는 것도 정당한 이익으로 간주한다.³²⁾

〈표 1〉 개인정보 처리를 위한 6가지 합법성 요건

주요 내용	
<p>① 정보주체의 동의</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ 유효한 동의이기 위한 4요소 <ul style="list-style-type: none"> - 자유롭게 이루어진 동의 - 구체적인 동의 - 충분한 정보를 제공받은 상태에서의 동의 - 모호하지 않은 동의 ○ 정보처리자의 의무(중요사항만) <ul style="list-style-type: none"> - 명확하고 평이한 언어로 정보주체가 쉽게 이해할 수 있는 방식으로 동의 요구 - 개인정보 처리 목적을 다른 사항과 분리하여 분명히 제시하되, 목적마다 동의를 요구해야 함 - 적극적 동의(opt-in) 방식만 허용; 소극적 동의(opt-out) 방식은 허용되지 않음 - 정보처리자는 정보주체가 동의했다는 점을 입증할 수 있어야 함(제6조 제1항) 	<p>② 계약의 체결·이행,</p> <p>③ 법적 의무의 이행,</p> <p>④ 정보주체·다른 자연인의 중대한 이익의 보호,</p> <p>⑤ 공익을 위한 업무의 처리 또는 공적 권한의 행사</p>
	<p>⑥ 정보처리자 또는 제3자의 정당한 이익의 달성</p> <ul style="list-style-type: none"> - 공공기관에는 적용되지 않음(민간에만 적용) - 공공기관의 정보처리는 법에 근거해야 함(제6조 제3항-법률유보의 원칙)
<p>● 정보처리자는 위 6가지 요건 중 하나를 충족하면, 개인정보 처리의 합법성을 갖게 됨</p> <p>● 어느 합법성 요건에 의하더라도 개인정보처리자는 GDPR 제5조에 따른 데이터처리의 원칙을 준수해야 함</p>	

32) GDPR 전문(47).

2. 동의가 필요한 예외적 경우

가. 민감정보의 처리

인종이나 민족, 정치적 견해, 종교적 혹은 철학적 신념, 또는 노동조합 가입 여부를 드러내는 개인데이터의 처리 및 유전데이터, 자연인을 고유하게 식별할 목적의 생체인식데이터, 건강 관련 데이터, 또는 자연인의 성생활이나 성적 지향성에 관한 데이터의 처리는 금지된다(제9조 제1항). 즉, 민감정보의 처리는 원칙적으로 금지된다.

그러나 제9조 제2항은 이러한 민감정보를 처리할 수 있는 10가지의 예외를 설정하고 있는데, 그 첫 번째가 정보주체가 처리에 관한 명시적 동의(explicit consent)를 한 경우이다. 따라서 민감정보의 처리는 원칙적으로 금지되지만, 정보처리자가 정보주체로부터 명시적 동의를 받은 경우에는 이러한 민감정보를 처리할 수 있다.

다만, 유의해야 할 것은 민감정보의 경우에도 정보주체의 동의를 받지 않고도 처리할 수 있는 9가지의 비교적 넓은 예외를 설정하고 있다는 점이다. ① 고용관계법, 사회보장법, 사회보호법의 영역에서 정보처리자나 정보주체의 의무이행 및 권리행사의 목적을 위해 그 처리가 필요한 경우, ② 정보주체가 물리적으로나 법적으로 동의를 줄 수 없는 상황에서, 정보주체 혹은 다른 자연인의 중대한 이익을 보호하기 위하여 그 처리가 필요한 경우, ③ 정치적, 철학적, 종교적 또는 노동조합의 목적을 가진 재단이나 사단 혹은 기타의 비영리단체가 적절한 안전장치를 갖추고 자신의 정당한 활동을 수행하는 과정에서 그 처리가 이루어지는 경우, ④ 정보주체에 의해 명백히 공개된 개인데이터를 처리하는 경우, ⑤ 법적 권리를 설정하거나 행사하거나 또는 방어하기 위해 그 처리가 필요한 경우, ⑥ 실질적인 공공의 이익을 이유로 그 처리가 필요한 경우, ⑦ 예방의료 혹은 직업병의료의 목적을 위해서, 피고용인의 업무능력을 평가하기 위해서, 의료진단을 위해서, 보건복지서비스의 제공을 위해서, 또는 보건복지시스템의 관리운영을 위해서 그 처리가 필요한 경우, ⑧ 공중보건의 영역에서 공공의 이익을 이유로 그 처리가 필요한 경우, ⑨ 공익을 위한 자료보존 목적, 학술적 혹은 역사적 연구 목적, 또는 통계 목적을 달성하기 위해 그 처리가 필요한 경우가 그것이다.

나. 쿠키 설치 및 위치정보의 처리

GDPR의 시행으로 인하여 「개인정보보호지침(Data Protection Directive 95/46/EC)」은 폐지되었다. 그러나 「ePrivacy 지침(Directive 2002/58/EC)」을 대체하는 「ePrivacy 규정(ePrivacy Regulation)」이 GDPR과 함께 시행하기 위해 입안되었으나 아직 유럽연합이사회(Council of the European Union)의 승인이라는 절차를 남겨두고 있으므로, 「ePrivacy 지침」은 여전히 유효한 상황이다. 따라서 정보처리자는 쿠키 설치를 위해서

는 정보주체의 동의를 받아야 하고(제5조 제3항), 위치정보(location data)의 활용을 위해서는 익명처리하거나 정보주체의 동의를 받아야 한다(제9조 제1항).

다. 아동의 개인정보 처리

정보사회서비스 제공과 관련한 개인정보의 처리에 대하여, 16세 이상의 미성년자의 경우에는 GDPR 제6조 제1항의 동의를 할 수 있으나, 13세에서 16세 사이의 아동의 경우에는 친권자의 동의 또는 승인을 요한다(제8조 제1항).

그렇지만 아동의 개인정보 처리를 위해서 반드시 동의를 받아야 하는 것은 아니다. 달리 표현하면 동의를 받는 것만이 유일한 합법성 요건은 아니다. 다른 합법성 요건, 예컨대 “정당한 이익”을 근거로 데이터를 처리하는 것이 가능하며, 그에 따른 처리가 더 적합하고 오히려 아동의 보호를 위해서 나온 것일 수도 있다. 예컨대, 정보처리자가 “정당한 이익”을 근거로 아동의 데이터를 처리하면, 정보처리자로 하여금 데이터 처리에 의한 영향 평가와 더불어 그러한 처리의 공정성과 비례성에 대한 평가를 실시하도록 보장한다.³³⁾

라. 기타

제22조에 따라 프로파일링을 비롯한 자동처리에 의한 개별적 의사결정에 구속되는 경우, 제49조에 따라 적절한 보호 수단이 없는 제3국 또는 국외기구로의 데이터 이전의 경우에도 정보주체의 명시적 동의가 필요하다.

3. 유효한 동의 요건

GDPR에서는 유효한 동의(valid consent)가 되기 위해서는 다음의 4가지 요건을 모두 갖추어야 한다(제4조 제11항). 동의는 ① 자유롭게 이루어져야 하고(freely given), ② 구체적이어야 하며(specific), ③ 충분한 정보를 제공받은 상태에서 이루어져야 하고(informed), ④ 모호하지 않게 표시되어야 한다(unambiguous indication).

가. 자유롭게 이루어진 동의(freely given)

동의 여부는 정보주체가 자신의 의사에 따라 자유롭게 선택할 수 있어야 한다. 정보주체가 실질적인 선택권을 갖지 못하거나 동의를 강요받은 경우, 동의를 하지 않음으

33) 영국 정보감독청(ICO, 이하 ICO)의 「GDPR 안내서(Guidance to the GDPR)」에서의 설명이다. ICO, “What are the rules on children’s consent?”, <<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/consent/what-is-valid-consent/>>.

로써 부정적인 결과와 연결될 경우, 그 동의는 더이상 유효한 동의라 할 수 없다. 따라서 동의가 협상할 수 없는 약관의 일부로 묵인 경우, 정보주체가 손해나 불이익없이 동의를 거부하거나 철회할 수 없는 경우 등은 이 요건을 충족하지 못하는 것으로 간주된다.³⁴⁾

이 요건과 관련하여서는 제7조 제4항에 “동의를 자유롭게 이루어진 것인지를 평가함에 있어서, 무엇보다 가장 고려해야 할 사항은, 서비스 제공 등의 계약의 이행에 있어서 꼭 필요하지도 않은 개인데이터의 처리에 대해 동의하도록 하고 그것을 계약이행의 조건으로 삼는지 여부이다”라는 별도의 규정이 있지만, “무엇보다 가장 고려해야 할 사항은(inter alia)”이라는 문구로 인하여, 이 요건을 평가함에 있어서 고려되어야 하는 사항은 본 규정이 정하고 있는 한 가지가 아니라 여러 가지가 있을 수 있음을 예정하고 있다. 일반적으로, 정보주체의 선택에 부적절한 압력이나 영향을 미치는 요소가 있는 경우, 그 동의는 자유롭게 이루어진 동의가 아닌 것으로 본다.

[사례 1] S 카페는 고객에게 무료 와이파이를 제공하려 한다. 고객이 이 와이파이에 접속하기 위해서는 이름, 이메일 주소, 모바일 폰 번호를 제공하고, S 카페 약관에 동의해야 한다. 약관 안에는 S 카페의 마케팅 정보의 수신에 동의한다는 내용이 있다. 그러므로 S 카페는 와이파이 서비스에 접속하는 조건으로 직접 마케팅에 대한 동의를 받는 것이다. 그러나 직접 마케팅 목적으로 고객의 세부정보를 수집하는 것은 와이파이 제공에 필수적인 사항이 아니다. 따라서 이 동의는 유효하지 않다.³⁵⁾

[사례 2] 어느 온라인 가구점은 고객들이 체크아웃 과정에서 다른 홈웨어(homeware) 매장과 세부적인 고객정보들을 공유하는 것에 동의하도록 요구하고 있다. 이 가구점은 동의를 판매 조건으로 하고 있지만, 다른 상점과 데이터를 공유하는 것은 판매에 필수적인 요소가 아니므로, 동의는 자유롭게 이루어지지 않았으며 유효하지 않다. 이 가구점은 고객들에게 그들의 데이터를 지정된 제3자에게 제공하는 것에 동의 여부를 물을 수 있지만, 그들이 동의하거나 동의하지 않거나 모두 가능하도록 해야 한다. 이 매장은 또한 상품을 배송할 택배회사(제3자)에게 고객정보를 제공하는 것에 동의를 요구한다. 비록, ‘계약의 이행’이라는 더욱 적절한 합법성 요건이 있긴 하지만, 주문을 이행하기 위해 필요하므로, 동의는 자유롭게 이루어진 것으로 볼 수 있다.³⁶⁾

34) GDPR 전문(42).

35) ICO, “When is consent inappropriate?”, <<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/consent/when-is-consent-appropriate/>>

36) ICO, “What is ‘freely given’?”, <<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/consent/what-is-valid-consent/>>.

이러한 맥락에서 어떠한 동의가 이 요건을 충족하는지 평가함에 있어서 정보주체와 정보처리자 간의 힘의 불균형에 대한 고려를 한다. 정보처리자가 공공기관인 경우, 그러한 불균형이 존재하기 때문에,³⁷⁾ 데이터 처리를 위해 동의 보다는 다른 합법성 요건에 의하는 것이 바람직하다. 그렇지만 공공기관이라 할지라도 동의에 의한 정보처리 방식이 원천적으로 금지되는 것은 아니며, 아래의 사례는 공공기관이 정보처리자이지만 “자유롭게 이루어진 동의(freely given)”가 성립한 경우이다.

[사례 3] 토지를 소유한 사람은 지방자치단체와 그 지방자치단체가 소속된 주(州) 정부로부터 특정한 허가를 받아야 한다. 두 공공기관은 허가를 위해 동일한 정보를 필요로 하지만 서로의 데이터베이스에 접근할 수는 없다. 따라서 양 기관은 각각 토지소유자에게 동일한 정보를 요청하고, 토지소유자는 양쪽에 모두 세부정보를 보내야 한다. 양 기관은 중복적인 절차를 피하기 위해, 파일 통합에 대한 토지소유자의 동의를 요청한다. 두 기관은 이것이 선택 사항이고, 토지소유자가 데이터 통합에 동의하지 않는다면 허가 요청이 별도로 처리될 것임을 보장한다. 토지소유자는 이들 기관에 파일 통합 목적에 대한 동의를 자유롭게 할 수 있다.³⁸⁾

아울러 이러한 힘의 불균형은 고용관계에서도 발생할 수 있으므로, 동의 여부에 따라 근로자에게 어떠한 불리한 결과나 불이익이 초래되지 않는 예외적인 상황에서만 자유로운 동의가 가능하다는 것을 고려해야 한다.

또한 이 요건은 정보처리자가 여러 처리 목적을 통합하여 동의받는 것(bundled consent)을 금지하고, 분리하여 별도의 동의를 구하도록(granularly consent) 강제하게 된다.³⁹⁾

[사례 4] 한 소매업자가 하나의 동의 항목에서 소비자의 데이터를 이용하여 마케팅 이메일을 발송하는 것에 대한 동의와 그룹내 타 기업들과 소비자의 세부정보를 공유하는 것에 대한 동의를 한꺼번에 구한다. 두 가지 별개의 목적에 대해 별도의 동의를 구하지 않기 때문에 동의가 세분화(granular) 되지 않았고, 따라서 이 동의는 유효하지 않다. 본 사례에서는, 상업적 파트너들에게 소비자의 데이터를 제공하는 것에 대한 구체적 동의(specific consent)가 이루어져야 한다. 그 구체적인 동의는 동일한 목적(본 사례에서는 마케팅 목적)으로 처리하는 한, 소비자로부터 동의를 구할 당시에 ‘데이터를 제공받는 자’로 고지되었던 각각의 파트너들 모두에게 유효하다.⁴⁰⁾

37) GDPR 전문(43).

38) 본 사례는 WP29의 「동의에 관한 가이드라인」내 ‘example 3’에 해당한다(p. 6).

39) GDPR 전문(32).

나. 구체적인 동의(specific)

정보주체의 동의는 하나 또는 그 이상의 구체적인 데이터처리 목적에 대하여 이루어져야 하며, 목적이 다수일 경우 각각 이루어져야 한다. 이러한 점에서 이 요건은 “자유롭게 이루어진 동의”와 “충분한 정보를 제공받은 상태에서의 동의” 요건과 밀접하게 연관되어 있다.

[사례 5] 케이블 TV 네트워크는 시청자의 동의를 기반으로 그들의 개인정보를 수집하고, 시청 습관에 근거하여 관심을 가질만한 신규 영화에 대한 추천을 개별 맞춤형으로 제시해왔다. 향후, TV 네트워크는 제3자 또한 시청자의 시청 습관을 기반으로 맞춤형 광고를 보내는 것이 가능하도록 하고 싶다. 이 새로운 목적을 위해서는 새로운 동의가 요구된다.⁴¹⁾

다. 충분한 정보를 제공받은 상태에서의 동의(informed)

동의를 충분한 정보를 제공받은 상태에서 이루어져야 한다. 이러한 요청은 GDPR 제5조 제1항(a)의 ‘합법성·공정성·투명성의 원칙’과 연관이 깊다. 정보주체는 동의에 앞서 중요한 정보를 제공받아야 진정한 의미의 동의가 가능하며, 가이드라인은 중요한 정보에는 최소한 다음의 4가지 사항이 포함되어야 한다고 보았다.⁴²⁾ ① 정보처리자의 신원(identity), ② 동의를 구하는 각 처리행위(processing operations)의 목적, ③ 어떤(유형의) 데이터를 수집하고 사용할 것인지, ④ 동의철회권의 존재.

정보처리자는 이 요건을 충족하기 위하여, 보통의 사람이 이해할 수 있는 명확하고 평이한 언어를 사용하여야 하고, 너무 긴 개인정보보호정책(privacy policies)을 제시하거나 약관을 숨겨서는 안되며, 정보주체가 정보처리자가 누구이고 자신이 무엇에 동의하는지 쉽게 이해할 수 있는 방식으로 정보를 제공하여야 하며, 특히 정보를 처리하는 목적에 대하여 분명하게 제시하여야 한다.

[사례 6] X 기업은 정보주체로부터 동의를 받고자하는 데이터 이용의 목적이 무엇인지 불분명하다는 민원을 접수받은 정보처리자이다. 해당 기업은 동의 요청시 제공되는 정보가 정보주체가 이해할 수 있도록 작성되었는지 확인할 필요가 있음을 깨닫는다. 그들의 고객 중 특정

40) 본 사례는 WP29의 「동의에 관한 가이드라인」내 ‘example 7’에 해당한다(p. 10).

41) 본 사례는 WP29의 「동의에 관한 가이드라인」내 ‘example 11’에 해당한다(p. 12).

42) 가이드라인은 다음 2가지를 더 들고 있으나 이는 자동처리에 의한 의사결정이나 국외로의 데이터이전과 같은 특수한 경우에 요구되는 것이므로, 이하에 소개만 하고 본문에서는 생략한다; ⑤ 제22조제2항(c)에 따른 동의일 경우, 자동처리에 의한 의사결정에 사용되는 데이터에 관한 정보, ⑥ 데이터의 제3국 또는 국외기구로의 이전에 관한 적절성 결정이나 제46조에서 규정하고 있는 적절한 보호 수단의 부재로 인하여 발생할 수 있는 데이터 이전의 위험성.

범주의 소비자를 테스트 패널로 자원 받고, 기업의 동의 관련 정보를 새로 업데이트하여 외부에 제시하기 앞서 그 테스트 패널에 제시한다. 패널 선정에는 독립성의 원칙을 준수하는 한편, 대표성을 띠면서 편파적이지 않은 결과를 보장하는 기준을 근거로 삼는다. 패널은 동의서를 받고 본인이 동의서에 기재된 정보로부터 무엇을 이해했는지를 비롯하여, 해당 정보에 대하여 이해 가능성 및 관련성의 측면에서 어떠한 점수를 줄 것인지를 표시한다. 정보처리자는 패널이 해당 정보가 이해할 수 있는 것이라고 표시할 때까지 테스트를 계속 실시한다. X 기업은 테스트 보고서를 작성하고 향후 참고자료로 삼는다. 이 사례는 정보주체가 X 기업의 개인정보 처리에 동의하기 전 명확한 정보를 받고 있었음을 입증할 수 있는 한 가지 방안이 된다.⁴³⁾

라. 모호하지 않은 동의(unambiguous)

정보주체의 동의의사는 말이나 글로(by a statement), 또는 분명한 긍정의 의미를 나타내는 행동으로(by a clear affirmative action) 표현되어야 한다. 그러한 긍정의 의미를 나타내는 행동에는 동의서에 서명하는 것(전자문서 포함)이나 체크박스(check box 혹은 tick box)에의 표시, 응모의 목적으로 명함을 투입하는 행위 등이 포함된다.

[사례 7] A가 커피숍의 경품추첨함에 명함을 넣는다. 이것은 A가 자신의 이름과 연락처를 경품추첨의 목적으로 처리하는 것에 분명한 동의의사를 밝히는 행동에 속한다. 그러나 이 동의는 마케팅 목적이나 기타 다른 목적으로의 사용에까지 확대되지는 않으며, 그러한 목적으로 처리하기 위해서는 다른 합법성 근거를 필요로 한다.⁴⁴⁾

긍정을 드러내는 행동을 요구하기 때문에 적극적 동의(opt-in consent) 방식의 체크박스를 활용하는 것은 가능하지만, 소극적 동의(opt-out consent) 방식으로서 미리 표시가 되어있는 체크박스(이른바, ‘pre-ticked box’)를 활용하는 것은 금지된다.⁴⁵⁾ 이에 대하여는 아래 “4. 동의의 방식”에서 상세히 다루도록 한다.

[사례 8] 스크린을 미는 것, 스마트 카메라 앞에서 손을 흔드는 것, 스마트폰을 시계방향으로 돌리는 것, 8자 모양 동작 등은 동의를 표시하는 방법이 될 수 있다. 다만, 명확한 정보가 제공되고, 지문이 제시한 동작을 이행하는 것은 특정 요청에 대한 동의를 의미하는 것임

43) 본 사례는 WP29의 「동의에 관한 가이드라인」내 ‘example 12’에 해당한다(p. 15).

44) ICO, “What is an unambiguous indication (by statement or clear affirmative action)?”, <<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/consent/what-is-valid-consent/#what5>>.

45) GDPR 전문(32).

을 분명히 했을 때에 한하여 그러하다(예를 들어 “바를 왼쪽으로 밀면, Y 목적으로 X 정보의 사용에 대해 동의하는 것입니다. 확인을 위해 해당 동작을 반복하십시오.”). 또한 정보처리자는 이러한 방식으로 동의를 받았음을 입증할 수 있어야 하며, 정보주체는 동의를 할 때만큼 쉬운 방식으로 철회할 수 있어야 한다.⁴⁶⁾

4. 동意的 방식

가. 적극적 동의(opt-in consent)와 소극적 동의(opt-out consent)

GDPR상의 동의 조항과 관련하여, ‘옵트인 동의(opt-in consent)’만이 허용되고 ‘옵트아웃 동의(opt-out consent)’는 허용되지 않는다고 소개하는 문헌이 종종 발견되는데, 이에 대한 자세한 설명이 부재한 관계로 소개하면 아래와 같다.

‘옵트인 동의’와 ‘옵트아웃 동의’는 사전동의를 받는 방식이라는 점에서는 동일하나 다음과 같은 차이가 있다.

우선 옵트인 동의는 정보주체에게 동意的 의사를 적극적으로 표현하게 하는 방식이라고 할 수 있다. 동意的서에 서명하도록 한다든지, 체크박스에 동意的 여부를 본인이 직접 표시하도록 하는 방식, 응모함에 명함을 넣도록 하는 방식이 전형적인 옵트인 동의 방식에 해당한다.

반면 옵트아웃 동의는 정보주체의 적극적 거부 의사가 없으면 동意的한 것으로 보는 방식이라고 할 수 있다.

[예시 1] ‘옵트인 동의’와 ‘옵트아웃 동의’의 비교⁴⁷⁾

옵트인 동의	당신의 답변을 ABC회사와 공유하기를 원하면, 다음에 √ 표시하세요 <input type="checkbox"/>
옵트아웃 동의	당신의 답변을 ABC회사와 공유하기를 원하지 않는다면, 다음에 √ 표시하세요 <input type="checkbox"/>

[예시 1]에서도 확인할 수 있는 바와 같이, ‘옵트인 동의’는 적극적 동意的 의사를 표현해야 하므로 ‘적극적 동의’로, ‘옵트아웃 동의’는 거부 의사 표현이라는 특별한 조치를 취하지 않고 가만히 있으면 동意的한 것으로 되므로 ‘소극적 동의’로 번역할 수 있다.

46) 본 사례는 WP29의 「동意的에 관한 가이드라인」 내 ‘example 15’에 해당한다(p. 17).

47) ICO, “What methods can we use to obtain consent?”, <<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/consent/how-should-we-obtain-record-and-manage-consent/>>.

적극적 동의는 정보주체의 의사표시가 있어야 데이터의 처리가 가능한 반면, 소극적 동의는 정보주체의 의사표시가 있으면 데이터 처리는 불가능하다.

소극적 동의의 경우, 거부 의사를 드러내야 데이터 처리가 불가능하다는 것은 기본적으로 ‘동의함’을 전제하고 있다는 의미도 된다. 쉽게 말해 기본 설정이 ‘동의’로 되어 있다. 이와 관련된 중요한 예는, 미리 표시가 되어있는 체크박스이다. 아래 [예시 2]을 보자.

[예시 2] ‘적극적 동의’(왼쪽)와 ‘소극적 동의’(오른쪽)의 비교⁴⁸⁾

The image shows two side-by-side registration forms. The left form, labeled '적극적 동의' (Active Consent), has two checkboxes that are unchecked. The first checkbox is 'I want to receive news, feature updates, discounts, and offers from Termly.' The second checkbox is 'I acknowledge that I agree to the Terms of Use and have read the Privacy Policy.' Two red arrows point to these checkboxes. The right form, labeled '소극적 동의' (Passive Consent), has the same two checkboxes, but they are checked. Both forms have fields for 'Email', 'Create a password', and 'Confirm password', and a blue 'CREATE ACCOUNT' button at the bottom.

왼쪽의 그림처럼 이용자가 표시하게끔 체크박스를 비워놓으면 ‘적극적 동의’ 방식이 되고, 오른쪽의 그림과 같이, 체크박스에 미리 표시해 놓으면 ‘소극적 동의’ 방식이 된다. ‘소극적 동의’의 경우 기본 설정이 ‘동의’이므로, 체크박스에 동의의 표시가 미리 되어있는 것이고, 이 때 거부 의사는 ‘표시해제’라는 이용자의 별도의 행위를 통해 표현 된다. 이처럼 문구나 글자크기 등 모든 면에 있어서 똑같지만 체크박스에 미리 표시가 되어있는지 여부에 따라 허용여부가 달라진다.

GDPR 전문(32)에서는 침묵(silence), [예시 2]의 오른쪽 그림처럼 미리 표시된 체크박스(pre-ticked boxes) 또는 부작위(inactivity)는 동의를 구성하지 않는다고 규정하고 있다. 또한 영국 정보감독청(Information Commissioner’s Office, ICO)은 GDPR에는 ‘소극적 동의’를 특별히 금지하고 있는 조항은 없지만 소극적 동의는 GDPR이 금지하고 있는 ‘미리 표시된 체크박스(pre-ticked boxes)’와 본질적으로 같으므로 금지된다고 설명하고 있다.⁴⁹⁾

48) KJ Dearie, “Opt In vs Opt Out: What Does it Mean for the GDPR?” (Termly, August 10, 2018), <<https://termly.io/resources/articles/opting-in-vs-opting-out/>>.

나. 명시적 동의와 묵시적 동의

(1) 명시적 동의

명시적 동의는 개인정보 처리로 의해 발생할 수 있는 심각한 위험성으로 인하여 정보주체의 선택권을 한층 강화할 필요가 있을 때 요구된다. GDPR에서 명시적 동의(explicit consent)를 요구하는 경우는 민감정보의 처리를 규정하는 제9조(특수유형의 개인데이터의 처리), 그리고 제22조(프로파일링을 비롯한 자동처리에 의한 개별적 의사결정), 제49조(적절한 보호 수단이 없는 제3국 또는 국외기구로의 데이터 이전)이다.

명시적 동의는 정보주체에 의한 직접적인 동의의사의 표현(express)이 있어야 유효한 동의로 인정하는 것이다. 따라서 명시적 동의를 받는 가장 확실한 방법은 종이 문서든 전자문서든 동의서에 서명을 받는 것이지만 구두로 동의를 받는 것이 금지되는 것은 아니다. 다만, 이 경우 정보처리자가 정보주체의 동의가 있었음을 증명하기 어렵기 때문에 선호되지는 않을 것이다. 또한 전화로 동의를 받는 방법도 가능하나 동의여부에 따라 특정 버튼을 누르게 하는 등 정보주체에 의한 동의 여부를 최종 확인(confirm)하기 위한 별도의 절차가 요구된다.

영국 정보감독청(ICO)은 피부관리실에서 처음 온 고객에게 제시하는 ‘정보의 수집 및 이용에 대한 동의 양식’을 예로 제시하면서 명시적 동의에 대하여 설명하고 있다.⁵⁰⁾ ICO의 안내서에 따르면, [예시 3]은 여전히 암묵적 동의에 해당하는 것은 아닌지 논란의 여지가 있는 반면, [예시 4]는 확실한 명시적 동의에 해당한다.

[예시 3]

피부 타입 및 피부 상태에 관한 세부정보 (선택사항)

우리는 이 정보를 적합한 제품 추천에 사용할 것입니다.

[예시 4]

피부 타입 및 피부 상태에 관한 세부정보 (선택사항)

나에게 적합한 제품 추천에 이 정보를 활용하는 것에 동의합니다

49) Luke Irwin, “GDPR: When do you need to seek consent?” (IT Governance European Blog, August 30, 2017), <<https://www.itgovernance.eu/blog/en/gdpr-when-do-you-need-to-seek-consent>>.

50) ICO, “What is ‘explicit consent’?”, <<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/consent/what-is-valid-consent/#what5>>.

‘선택사항’이라고까지 밝혔는데도 불구하고, 본인의 피부 타입을 자발적으로 기재한다는 것은 분명하고 유효한 동의 의사의 표현이다. 즉, [예시 3]도 유효한 동의이기 위한 4가지 요건을 모두 갖춘 것이지만, 명시적 동의를 받기 위한 양식이라고 볼 수 없다는 것이다. 정보처리자가 명시적 동의를 받기 위해서는 [예시 4]와 같이 직접적으로 동의 여부를 묻는 양식을 사용하여야 한다.

(2) 암묵적 내지 묵시적 동의

GDPR에서 암묵적 내지 묵시적 동의(implied consent)가 인정되는가에 대하여는 논란이 있다. GDPR에서는 일단 암묵적 동의의 허용 여부에 대하여는 침묵하고 있기 때문에 논란은 가중된다.

비교적 상세하고 까다로운 동의 관련 규정들이 있고, 소극적 동의(opt-out consent) 방식도 허용하지 않기 때문에, 암묵적 동의는 인정되지 않는다고 보는 견해도 있다.⁵¹⁾

그렇지만 위와 같이 “명시적 동의”가 요구되는 특수한 경우를 별도로 규정하고 있다면, 특수한 경우가 아닌 일반적인 경우에는 반드시 ‘명시적’ 동의에 의하여야 하는 것은 아니며, 그렇다면 보통의 경우에는 ‘비명시적’인 동의도 허용된다는 결론에 이른다. 특히 동의의사의 표현은 말이나 글 뿐만 아니라 행동으로도 표현될 수 있기 때문에, 특정 행동을 통해 동의의사를 추정하는 암묵적 동의 역시 GDPR이 상정하고 있는 동의방식이라고 보는 것이 타당할 것이다. 위 [예시 3]도 암묵적 동의의 한 예가 될 것이다.

5. 정보주체의 동의철회권

GDPR 제7조 제3항에 따르면 정보주체는 언제든지 동의철회권을 가진다. 정보주체는 동의에 앞서 동의철회권이 있음을 정보처리자로부터 고지받아야 하며, 철회 절차는 동의만큼 쉽게 진행되어야 한다.

「동의에 관한 가이드라인」에 따르면, 동의철회권 조항을 두고 있다는 것은 동의가 다시 되돌릴 수 있는 결정이고, 동의 후에도 정보주체에게 일정한 통제권이 남아있다는 것을 의미한다.

동의의 철회와 관련하여 중요한 것은 정보주체의 동의 철회 후에는 정보처리자가 다른 합법성 근거를 가지고도 더이상 그 정보를 처리하지 못한다는 것이다. 예컨대, 정보주체의 동의 거부나 철회가 있을 후, 정보처리자는 ‘정당한 이익’을 근거로 하여서도 그 정보를 처리할 수 없다. 따라서 정보처리자는 정보 처리에 앞서 어떤 합법성

51) PrivacyPolicies.com, “GDPR Consent Examples”, <<https://www.privacypolicies.com/blog/gdpr-consent-examples/>>.

근거에 따라 정보를 처리하는 것이 가장 적절한지 파악하고 시작해야 한다.⁵²⁾

동의철회권은 동의를 한 경우에 비로소 발생하는 권리이므로, 이를 근거로 동의권을 주장할 수는 없다. GDPR은 정보주체의 동의를 받지 않고도 개인정보를 처리할 수 있는 길을 열어놓고 있으므로, 정보주체의 일반적 권리로서 동의권은 논리적으로도 성립할 수 없다. 정보처리자의 모든 개인정보 처리에 대하여 동의 권한이 있다는 주장은 개인정보자기결정권과 동의권을 동일시하는 시각에서 나온 오류이다.

IV. 현행 동의제도의 개선과 관련하여 GDPR이 주는 시사점

1. 정보주체의 동의 없이도 가능한 데이터 처리

정보주체의 동의 없이도 데이터 처리가 가능한 길을 열어놓아야 한다. 모든 데이터 처리에 동의주체의 동의가 필수라고 한다면 그것은 그 사회의 정지를 의미한다. 특히 빅데이터와 사전동의제는 양립이 사실상 불가능한 개념들로, 현재 동의제도는 시대적 요청과 맞물려 재조정의 길을 갈 수밖에 없다.⁵³⁾ 따라서 정보주체의 동의를 정보처리가 합법성을 갖게 되는 6가지 요건 중 하나로 제시하고 있는 GDPR의 예를 참고할 필요가 있다. 특히 정보처리자 뿐만 아니라 제3자의 ‘정당한 이익(legitimate interest)’을 위해서 정보처리가 가능하게끔 설계한 것에 대한 보다 심도 있는 검토가 필요하다.

이와 관련하여, 유럽연합 역시 개인정보의 수집·이용을 원칙적으로 금지하고 동의를 받은 예외적 경우에 허용하는 ‘원칙금지-예외허용’ 패러다임, 즉 사전동의제를 채택하고 있다는 주장⁵⁴⁾이 있다. 이러한 주장이 진실로 인식될 경우 우리의 사전동의제는 더욱 공고해질 것이다. 우리의 제도를 개선하기 위해 다른 나라의 제도와 비교하는 비교법적 분석은 꼭 필요하지만, 잘못 소개될 경우 개선이 아닌 개악을 낳을 수도 있음에 유의해야 한다.

52) ICO, “When is consent inappropriate?”, <<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/consent/when-is-consent-appropriate/#when5>>.

53) 이에 관한 상세한 소개로는 오승환, “빅데이터 산업의 활성화와 개인정보 보호를 위한 법제도 개선의 연구”, 『아주법학』 제11권 제4호 (아주대학교 법학연구소, 2018) 참조.

54) 정보통신정책연구원, “정보통신망법상 개인정보보호 제도의 정책효과 분석”, 『방송통신융합정책연구』 KCC-2017-22 (방송통신위원회, 2017. 12), 170면.

2. 처리 목적 중심의 동의

우리 개인정보보호법제는 사전동의의 원칙에 의해 개인정보를 처리하기 앞서 정보 주체의 동의를 받아야 하며, 사전동의를 받는 방식으로 개별적·선택적 동의방식을 채택하고 있다. 이에 따라 수집·이용·제3자제공, 고유식별정보의 처리를 모두 별도로, 최소정보 외에는 선택정보라 하여 별도로, 마케팅 목적의 처리로는 또한 별도로, 나아가 동의를 받기 전 제시하였던 고지사항의 변경시 다시 별도로 동의를 받아야 한다. 즉, 포괄동의를 금지하고 각 동의항목을 매우 작은 단위로 세분화하고 있다. 동의서식이 길어지고 복잡해질 수밖에 없으며 이는 동의를 더욱 형식화한다.

반면, 유럽연합의 GDPR은 처리 목적 중심의 동의를 받도록 하고 있다. 여러 가지의 처리 목적을 한꺼번에 묶어(bundled purposes) 하나의 동의로 처리할 수는 없다. 또한 처리 목적이 추가되면 별도의 동의를 받아야 한다. 그렇지만 우리와 같은 개별적·선택적 동의방식을 채택하고 있지 않기 때문에, 하나의 처리 목적을 위해 항목을 세분화할 필요는 없으며, 처리 목적이 변경되거나 추가되지 않는 한 별도의 동의를 받을 필요가 없다. 나아가 추가적인 처리 목적이 처음의 처리 목적과 양립가능한(compatible) 경우에는 처리되는 정보가 민감정보가 아니고 암호화나 가명처리 등 적절한 안전장치를 갖추었다면 별도의 동의 없이 처리가 가능하며, 특히 공익을 위한 자료보존 목적, 학술적 혹은 역사적 연구 목적, 또는 통계적 목적은 처음의 처리 목적과 양립가능한 것으로 간주하므로(제5조 제1항(b), 제6조 제4항 및 제89조 제1항),⁵⁵⁾ 우리보다 받아야 하는 동의의 수나 항목이 훨씬 적다고 할 수 있다.

동의항목의 세분화가 정보주체의 선택권을 더욱 보장하는 방법은 아니다. 동의항목이 여러 개이고 길어질수록 이를 읽지 않는 이용자가 늘어날 것이다. 이러한 심리를 이용하는 정보처리자는 자신에게 유용한 정보수집과 활용에 관한 내용을 수 개의 동의 사항 중 하나로 제시하고, 이용자들은 그러한 내용들을 구체적으로 검토하지 않은 채 동의를 표시할 가능성이 높다. 결국 이용자의 선호가 정확하게 반영되지 못하고 오히려 이를 왜곡하는 결과가 초래될 수 있다.⁵⁶⁾ 따라서 개별적·선택적 동의방식은 재고되어야 하며, 목적 중심의 동의를 받는 GDPR의 예를 참고할 필요가 있다.

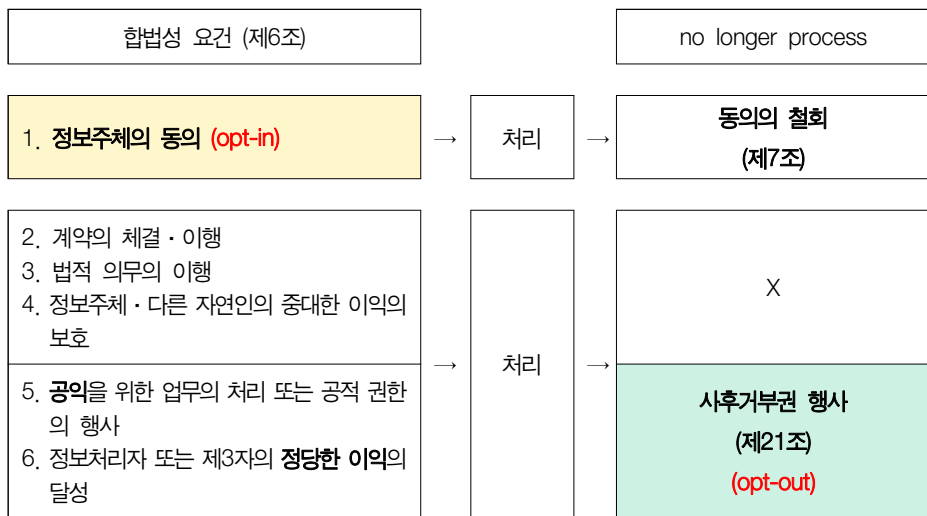
55) 이와 관련한 상세한 소개는 김현숙, “GDPR에서의 개인정보의 추가처리와 목적의 양립 가능성에 관한 연구 - 「개인정보 보호법」 제15조, 제17조 및 제18조의 개정논의를 중심으로”, 『가천법학』 제11권 제4호 (가천대학교 법학연구소, 2018. 12) 참조.

56) 고학수, “개인정보보호의 법, 경제 및 이노베이션”, 『경제규제와 법』 제5권 제2호 (서울대학교 공익산업법센터, 2012. 11), 153면.

3. 사후거부권(opt-out)의 도입

개인정보 처리에 앞서 정보주체의 동의가 있어야만 그 합법성을 인정하는 방식을 사전동의제라 하고, 이를 달리 표현하면, 옵트인(opt-in) 방식이다. 그리고 사전동의제를 비판하는 대다수의 전문가들이 정보주체의 동의 없이 데이터를 처리하고 후에 정보주체의 거부가 있으면 처리를 중지하는 옵트아웃(opt-out) 방식으로 전환할 것을 주장한다. 그러나 옵트인 방식과 옵트아웃 방식은 서로 대칭되는 개념인가?⁵⁷⁾

[그림 1] GDPR상 개인정보 처리의 합법성 요건과 처리의 중지



[그림 1]는 GDPR상 개인정보 처리의 합법성 요건과 그러한 처리를 중지시킬 수 있는 정보주체의 권한에 관한 것이다. 정보주체의 동의를 받아 개인정보를 처리한 경우, 정보주체는 언제든지 그 동의를 철회함으로써(제7조) 더 이상의 정보처리를 중지시킬 수 있다. 이와 같이, 정보주체의 사전동의를 받아 개인정보를 처리하는 방식을 옵트인 방식, 즉 사전동의제라고 칭할 수 있다. 사전동의를 원칙으로 하면서 좁은 예외를 설정하고 있는 우리나라는 사실상 옵트인 방식만을 채택하고 있다고 볼 수 있다.

GDPR은 정보처리자의 정당한 이익을 위하여 정보를 처리할 수 있고, 이 경우에는

57) 옵트인과 옵트아웃 개념은 다양한 영역에 사용된다. 우리에게 익숙한 스팸메일규제부터 계약이나 금융상품 등 실로 그 쓰임은 다양하다. 개인정보 처리 방식에 있어서 옵트인은 “사전동의제”로 번역할 수 있다. 이 때 옵트인과 옵트아웃의 개념은 위 ‘동의를 방식’에서 살펴본 적극적 동의(옵트인 동의)와 소극적 동의(옵트아웃 동의) 개념과 혼동해서는 안된다. 여기서는 개인정보 처리 방식에 있어서 옵트인과 옵트아웃이고, 위에서 살펴본 것은 사전동의의 방식 중 옵트인과 옵트아웃에 대한 것이다. 많은 문헌에서 이러한 구별을 명확히 하지 않고 있어 혼란을 가중한다.

물론 정보주체의 동의 없이도 처리가 가능하다. 그렇지만 정보주체가 이에 대한 거부권(제21조)을 행사하면 정보처리자는 더이상 그 정보를 처리할 수 없다.⁵⁸⁾ 공익 또는 정당한 이익이 있어 정보주체의 동의 없이 정보를 처리했지만 정보주체의 거부권 행사가 있으면 더 이상의 정보처리를 중지하는 방식을 옵트아웃 방식, 즉 사후거부제라 칭할 수 있다. 이러한 사후거부권을 두는 기본 취지는 정보주체의 동의 없이도 데이터 처리가 가능한 길을 열어두면서 이에 대응할 수 있는 정보주체의 권리를 인정하여, 개인정보의 보호와 이용 간의 균형을 꾀하는 것이다.

즉, 개인정보의 처리 방식에 있어서의 사전동의제(opt-in)와 사후거부제(opt-out)는 동일선 상에서 서로 대칭되는 개념이 아니다. 따라서 사전동의제를 폐지하고 사후거부제를 도입하는 것이 아니라, 양자는 병행적으로 한 제도 안에 묶일 수 있는 것이다. 정보처리자의 정당한 이익을 위하여 정보를 처리할 수 있는 가능성을 배제한 우리 법제 하에서는 사실상 옵트아웃 방식이 들어설 자리는 없다. 그렇지만, 정보주체의 동의 이외에도 데이터 처리가 가능한 다른 합법성 요건을 규정하게 될 때에는 이와 같은 사후거부권의 도입을 함께 고려해야 할 것이다.⁵⁹⁾

4. 공공기관의 경우 동의에 의한 데이터 처리의 예외적 허용

GDPR에서는, 공공기관의 경우 원칙적으로 정보주체의 동의에 근거한 데이터 처리를 할 수 없다. 동의가 유효하기 위한 4가지 요건 중 첫 번째, 자유로운 상태에서 이루어진 동의(freely given)의 요건을 충족하지 못한다고 보기 때문이다. 정보처리자와 정보주체 사이에 힘의 불균형이 존재하는 상태에서는 정보주체가 자유롭게 동의여부를

58) 특히 직접마케팅 목적의 처리에 대해서, 정보주체는 언제든지 거부권을 행사할 수 있다. 이 경우에는 정보처리자의 항변이 인정되지 않는다(제3항)

59) 한편, 이와 관련하여 「개인정보보호법」 제37조가 규정한 처리정지권을 근거로, 정보주체의 동의를 받지 않고 데이터를 처리하는 경우, 정보주체는 이러한 처리정지권을 행사하여 사후에 처리를 정지시킬 수 있으므로 우리는 GDPR과 유사한 체계를 갖추고 있다는 주장이 있다. 사후에 처리를 중단시킬 수 있다는 점에서만 보면 이러한 주장도 가능하겠지만, GDPR 규정 전체를 보면 우리와 GDPR이 유사한 체계라는 주장은 쉽게 수긍하기 어렵다. 일단 GDPR에는 위에서 살펴본 사후거부권(제21조)과는 별도로 처리정지권(right to restriction)에 관한 규정이 존재한다(제18조 및 전문(67)). 그리고 GDPR의 처리정지권은 개인정보의 정확성이나 위법성에 다름이 발생한 경우 임시로 처리를 못하도록 요구하는 권리인 반면, 우리 「개인정보보호법」 제37조가 규정한 처리정지권에는 권리행사요건이 없고 적용범위에도 제한이 없다(제1항). 다만, 제한적인 4가지 거부사유만을 인정하고 있다(제2항). 따라서 처리의 필요성이 있거나 적법하게 처리하고 있는 경우에도 이러한 요구가 있으면 정지해야 하고, 정보처리자 자신의 정당한 이익을 위한 거부 또한 인정하지 않고 있다. 심지어 처리정지의 의미를 잘못 이해하여 과기하도록 규정하고(제4항), 위반에 대하여 형사처벌까지 하고 있다(제73조 제3호). 이러한 점들을 고려하면 우리 법은 오히려 GDPR에 비해 개인정보의 보호와 이용 간의 균형을 현저히 상실한 것이라 볼 수 있다. 사후거부권과 처리정지권을 비교·분석한 보다 자세한 사항은 이인호, “한국 개인정보보호법제의 동의제도에 대한 비판적 분석 -잘못 설계된 동의제도-”, 개인정보보호 포럼 정기토론회 (2019. 10. 1), 20-22면 참조.

선택할 수 없다고 보며, 공공기관과 정보주체는 그러한 힘의 불균형이 존재하는 것으로 간주한다. 물론 위 ‘유효한 동의 요건’에서 살펴본 [사례 3]에서와 같이 예외적인 경우에는 허용된다. 그 예외적인 경우란 공공기관과 정보주체 사이에 힘의 불균형이 없거나 문제가 되지 않는 경우를 말한다. 보통 힘의 불균형이 존재할 때 자유로운 동의가 이루어질 수 없다고 보는 이유는 힘이 없는 자는 동의를 해주는 이외에 다른 선택이나 대안이 없기 때문이다. 그렇지만 [사례 3]에서와 같이, 공공기관이 편의가 아닌 정보주체의 편의를 위한 것으로, 정보주체는 파일 통합에 동의하거나 동의하지 않고 기존 절차에 따를 수도 있는 선택권이 보장된다면, 공공기관이라 할지라도 동의를 합법성 요건으로 삼을 수 있는 예외적인 경우에 해당할 것이다.

사실 공공기관은 정보주체의 동의가 아닌 법적 근거에 의해 데이터를 처리해야 하며, 이는 법률유보원칙의 당연한 요청이다.⁶⁰⁾ 그렇지만 우리의 경우, 공공기관 역시 동의를 방식을 만연히 사용하고 있고,⁶¹⁾ 심지어 법률에서는, 위에서 살펴본 것처럼, 공공기관이 법령상 규정하는 소관업무 수행을 위해서도 ‘불가피한’ 경우에만 (동의없이) 처리할 수 있도록 하고 있으므로 법제도적으로나 관행적으로나 개선을 요한다.

5. 동意的 유효요건 설정

우리 개인정보보호법제는 동意的 유효요건에 대한 규정이 없다. 따라서 정보주체와 정보처리자간의 힘의 불균형이 존재하는 경우, 즉 정보주체에게 불리한 상황에서 이루어진 동의도 유효한 동의로서 효력을 발휘한다. 아울러 민감정보와 아닌 정보의 구분 없이 동의를 받아야 한다고만 되어있으므로, 사실상 모두 같은 방식으로 동의를 받고 있다. 따라서 보다 명시적이고 명확한 동의를 받아야 하는 경우에는 느슨한 방식으로, 묵시적인 동의로도 족한 경우에는 되려 엄격한 방식의 동의를 받는 셈이 된다. 이러한 차원에서 동意的 유효하기 위한 4가지 요건과 보다 엄격한 방식인 명시적 동의를 받아야 하는 경우를 별도로 규정하고 있는 GDPR이 우리에게 주는 시사점은 크다고 할 수 있다.

60) “공공기관이 동의라는 수단을 통해서 자신의 처리권한을 임의로 확장하는 것은 법치주의 원리상 인정하기 어렵다”는 것이다. 문재완, “개인정보 보호법제의 헌법적 고찰”, 『세계헌법연구』 제19권 제2호 (국제헌법학회 한국학회, 2013), 289면; 김일환, “개인정보의 보호와 이용법제의 분석을 위한 헌법적 고찰”, 『헌법학연구』 제17권 제2호 (한국헌법학회, 2011. 6), 372-373면.

61) “실제로 다수의 공공기관의 경우, 법적인 근거가 있는지에 대한 검토보다는 감사 등에 대비하여 확실한 개인정보 수집·이용 근거인 동의제도를 적극 활용하고 있는 것으로 파악”된다고 하니 문제가 아닐 수 없다. 조수영, “개인정보보호법에서의 정보주체의 동의와 기본권 보장에 관한 연구”, 『법학연구』 제18권 제1호 (한국법학회, 2018. 3), 333-334면.

6. 충실하게 작성된 가이드라인의 운용

행정안전부에서는 동의절차의 형식화를 바로 잡고 개인정보처리자의 동의절차 남용을 방지하기 위해 「표준 개인정보보호 지침(행정자치부 고시 제2016-21호)」에 제12조 제7항을 신설하여, “개인정보처리자가 정보주체의 동의를 받기 위하여 동의서를 작성하는 경우에는 「개인정보 수집·제공 동의서 작성 가이드라인」을 준수하여야 한다”고 규정하였다. 이에 따라 2016년 7월부터 「개인정보 수집·제공 동의서 작성 가이드라인」을 제정하여 시행하고 있으며, 2018년 3월 개정되었다.⁶²⁾

보통 대외적 구속력이 없는 가이드라인에 의한 규제를 기업들이 가장 회피하는데, 이 경우는 고시로서 강제한 가이드라인이기 때문에 대외적 구속력이 없다고는 단정할 수는 없다.⁶³⁾ 그렇지만 내용을 살펴보면, 사실상 법 규정의 나열과 약간의 예시만을 들고 있을 뿐, 실제 개인정보처리자가 동의서를 작성할 때 확실한 참고자료가 될 수 있을 정도로 풍부한 내용을 담고 있다고 보기는 어렵다. 유럽연합의 가이드라인과 같이 법률에 대한 상세한 설명과 함께 이해를 돕는 충분한 사례들이 담긴 충실한 가이드라인을 통해 정보처리자에게 확실한 지침을 제공해야 할 것이다.

62) 2018년 3월 개정에서는 동의 받는 방법 중 ‘필수동의 사항’에서 일괄동의가 가능하도록 허용된 점이 기존과 두드러진 차이이다. 이는 공정거래위원회가 개선사항으로 전달한 사항을 방통위가 수용한 결과이다. 보안뉴스, “온라인 개인정보 처리 가이드라인, 어떻게 바뀌었나”, 2018년 10월 30일자, <<https://www.boannews.com/media/view.asp?idx=74141&kind=2>>.

63) 헌법재판소와 대법원 모두, ‘법령보충적 행정규칙’의 경우, 대외적 구속력이 있다고 보고 있다. 그렇지만 일반적으로 행정지침 또는 가이드라인의 법적 효력에 관해서는 “내부규율을 위한 행정규칙으로서 대외적 구속력이 없다”고 보는 것이 확고한 판례이다. 이 사안에서는 법령보충적 행정규칙인 「표준 개인정보보호 지침」(고시)를 통해 가이드라인의 준수를 강제하고 있으므로 가이드라인의 대외적 구속력은 인정되는 것으로 보아야 한다.

V. 나오며

정보주체의 동의가 형식화 내지 형해화가 뚜렷한 지금의 현실은 정보주체의 동의를 더욱 강화하든, 동의제도를 폐지하든 어떠한 방향으로든 제도의 수정을 요구하고 있다고 할 수 있다. 문제는 어떠한 방향으로 수정하는 것이 바람직한지, 그 방향성을 제대로 잡는 것이다.

그러나 현재 형식화된 동의제도, 과잉동의, 동의만능주의, 동의피로, 형사처벌은 ‘사전’동의제를 ‘강력하게’ 밀어붙인 결과이자 원인으로, 동의제도를 강화하는 방향으로서는 현재 제기되고 있는 문제점들을 개선할 수 없으며 빅데이터 산업 등 기술의 발달에 대응할 수 없다.

그렇지만 동의제도를 전면 폐지하는 것은 옳고 그름의 문제를 떠나서 우리의 법감정상 받아들여지기 쉽지 않다. 엄격한 사전동의제를 건드리는 것만으로도 진통을 겪고 있는 상황에서는 점진적, 단계적 개선만이 합리적 방안임은 다언을 요하지 않는다.

이러한 필요성을 고려하면서 비교법적 검토를 한 결과, 유럽연합의 GDPR이 여러 시사점을 줄 수 있을 것으로 판단된다. 개인정보 처리의 6가지 합법성 요건 중 하나로 동의를 규정하고 있음을 필두로, 유효한 동의가 되기 위한 요건, 민감정보 등 정보주체의 명시적 동의가 필요한 경우, 사후거부권, 처리정지권 등의 규정들은 우리 제도의 개선방안을 모색함에 있어서 비교적 좋은 참고자료가 될 것으로 보인다.

한편 동의제도의 수정은 개인정보자기결정권, 즉 개인정보보호권의 강화가 함께 수반되어야 한다. 정보주체에게 실질적이고 효과적인 통제권을 부여함으로써 개인정보의 처리로 발생할 수 있는 실체적 권리가 침해될 위험을 예방하고 감소시켜나가는 것이 최종 목표가 되어야 할 것이다. 여기서 실체적 권리라 함은 프라이버시권, 부당한 차별을 받지 않을 권리, 신체의 자유, 재산적 이익, 인격적 이익 등을 의미한다. 우리 사회에서 만연하게 사용되는 “개인정보 침해가 발생한다”는 표현이 주는 오해처럼, 침해되는 것은 개인정보 그 자체가 아니다. 개인정보의 불법처리나 유출로 침해되는 것은 정보주체의 실체적 권리이다. 나아가 개인정보자기결정권 내지 개인정보보호권의 본질은 이러한 실체적 권리 침해의 위험을 제거하기 위하여 개인정보처리 과정에서의 참여권이자 역감시권임을 유념해야 할 것이다.

참고문헌

1. 논문 및 보고서

- 고학수, “개인정보보호의 법, 경제 및 이노베이션”, 『경제규제와 법』 제5권 제2호 (서울대학교 공익산업법센터, 2012. 11)
- 구태연, “개인정보보호법상 동의 관련 범죄의 비범죄화 및 대안에 관한 연구”, 『가천법학』 제6권 제4호 (가천대학교 법학연구소, 2013. 12)
- 구혜경·나종연, “소비자의 개인정보 제공 동의 인식에 대한 탐색적 연구”, 『소비문화연구』 제17권 제2호 (한국소비문화학회, 2014)
- 권건보, “개인정보자기결정권의 보호범위에 대한 분석”, 『공법학연구』 제18권 제3호 (한국비교공법학회, 2017. 8)
- 권건보, “개인정보보호의 헌법적 기초와 과제”, 『저스티스』 제144호 (한국법학원, 2014. 10)
- 권영준, “개인정보 자기결정권과 동의 제도에 대한 고찰”, 『법학논총』 제36집 제1호 (전남대학교 법학연구소, 2016. 3)
- 권현영·윤상필·전승재, “4차 산업혁명시대 개인정보권의 법리적 재검토”, 『저스티스』 제158-1호 (한국법학원, 2017. 2)
- 김기창, “개인정보 수집, 이용 ‘동의’를 받아내면 그만인가?”, 『Harvard Business Review Korea』 (2019 1-2월호), <http://www.hbrkorea.com/magazine/article/view/1_1/page/1/article_no/1297>
- 김동식, “데이터 경제의 발전에 따른 개인정보의 유용성과 활용 사례 - 케이데이터 사례를 중심으로”, 『데이터 경제 시대의 법·정책적 문제점』 하계 정기세미나 (한국정보법학회, 2019. 6. 29)
- 김민호·고환경·김현경, “개인정보 보호와 활용의 조화를 위한 개인정보보호법의 합리적 개정에 관한 提言 - 4차산업혁명시대를 맞이한 대한민국의 데이터·AI 경제 활성화를 기대하며-”, 『개인정보보호법 개정안(인재근 의원 대표발의)에 대한 의견서』 (개인정보보호법학회, 2019. 3)
- 김일환, “개인정보의 보호와 이용법제의 분석을 위한 헌법적 고찰”, 『헌법학연구』 제17권 제2호 (한국헌법학회, 2011. 6)
- 김현숙, “GDPR에서의 개인정보의 추가처리와 목적의 양립 가능성에 관한 연구 - 「개인정보 보호법」 제15조, 제17조 및 제18조의 개정논의를 중심으로”, 『가천법학』 제11권 제4호 (가천대학교 법학연구소, 2018. 12)
- 김현숙, “한국 개인정보보호법 상 정당한 이익 확대도입 방안에 관한 연구”, 『정보법학』 제22권 제1호 (한국정보법학회, 2018)

- 문재완, “개인정보 보호법제의 헌법적 고찰”, 『세계헌법연구』 제19권 제2호 (국제헌법학회 한국학회, 2013)
- 박용신, “변화하는 환경에서 개인정보 보호의 문제점과 개선방안에 관한 검토”, 『법학연구』 제24권 제3호 (경상대학교 법학연구소, 2016. 7)
- 손영화, “빅데이터 시대의 개인정보 보호방안”, 『기업법연구』 제28권 제3호 (한국기업법학회, 2014)
- 스콧 베리나토, “동의를 이제 그만! 가능하지도, 옳지도 않다 - 헬렌 니센바움 인터뷰”, 『Harvard Business Review Korea』 (2019 1-2월호), <https://www.hbrkorea.com/magazine/article/view/6_1/article_no/1302>
- 오승한, “빅데이터 산업의 활성화와 개인정보 보호를 위한 법제도 개선의 연구”, 『아주법학』 제11권 제4호 (아주대학교 법학연구소, 2018)
- 이대희, “개인정보 보호 및 활용을 위한 공정정보원칙(FIPPs)의 융통적인 적용과 새로운 접근방법에 대한 연구 -사물인터넷 및 빅데이터의 예를 중심으로-”, 『법조』 제67권 제1호 (법조협회, 2018. 2)
- 이상돈·전현욱, “정보이용동의 -정보적 자기결정의 새로운 차원-”, 『고려법학』 제47호 (고려대학교 법학연구원, 2006. 10)
- 이상명, “개인정보자기결정권의 헌법적 근거에 관한 고찰”, 『공법연구』 제36집 제3호 (한국공법학회, 2008. 2)
- 이성대, “개인정보보호법제상 동의의 법리에 대한 형사법적 고찰”, 『성균관법학』 제27권 제1호 (성균관대학교 법학연구소, 2015)
- 이인호, “한국 개인정보보호법제의 동의제도에 대한 비판적 분석 -잘못 설계된 동의제도-”, 개인정보보호 포럼 정기토론회 (2019. 10. 1)
- 이인호, “개인정보자기결정권과 동의의 관계에 대한 이해”, 『2019 KISA Report』 vol. 6 (한국인터넷진흥원, 2019. 6)
- 이인호 외 6인, “정보통신기술의 발전과 기본권에 관한 연구”, 『헌법재판연구』 제25권 (헌법재판소, 2014), 384-400면.
- 이창범, “비교법적 관점에서 본 빅데이터 관련 법제 개선방안”, 개인정보보호 법제정비 연구포럼 토론회 「새로운 ICT 환경에서 개인정보보호 법제 발전방안 모색」 (한국인터넷진흥원, 2012)
- 이희훈, “개인정보자기결정권과 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 개정안에 대한 연구”, 『입법학연구』 제14권 제1호 (한국입법학회, 2017)
- 인하대학교, “개인정보 수집 등에 따른 동의절차·방법 개선 및 개인정보보호 관리등급제 도입에 관한 연구” 『방통융합정책연구』 KCC-2014-25 (방송통신위원회,

2014. 12)

임효준, “공개된 개인정보의 동의 없는 수집·이용의 범위 : 명문 규정의 수정 해석 가능성과 이익형량시 고려요소를 중심으로 -대법원 2016.8.17. 선고, 2014다 235080 판결 평석-”, 『경제규제와 법』 제11권 제1호 (서울대학교 공익산업법센터, 2018. 5)

정보통신정책연구원, “정보통신망법상 개인정보보호 제도의 정책효과 분석”, 『방송통신융합정책연구』 KCC-2017-22 (방송통신위원회, 2017. 12)

정일영·김지연·김가은·김석관·최병삼, “유럽 개인정보보호법(GDPR)의 산업적 파급효과와 혁신기술 이슈 분석”, 『STEPI Insight』 제233호 (과학기술정책연구원, 2019. 4. 29)

정일영·이명화·김지연·김가은·김석관, “유럽 개인정보보호법(GDPR)과 국내 데이터 제도 개선방안”, 『STEPI Insight』 제227호 (과학기술정책연구원, 2018. 12. 21)

정준현·권오민, “개인정보의 수집·처리·제3자 제공과 가치창출에 관한 법적 문제 연구”, 『홍익법학』 제16권 제1호 (홍익대학교 법학연구소, 2015)

정찬모, “개인정보보호에 있어 정보주체의 동의”, 『법학연구』 제18집 제1호 (인하대학교 법학연구소, 2015. 3)

조수영, “개인정보보호법에서의 정보주체의 동의와 기본권 보장에 관한 연구”, 『법학연구』 제18권 제1호 (한국법학회, 2018. 3)

허성욱, “한국에서 빅데이터를 둘러싼 법적 쟁점과 제도적 과제”, 『경제규제와 법』 제7권 제2호 (서울대학교 공익산업법센터, 2014. 11)

2. 외국문헌

Alan McQuinn, “The Economics of ‘Opt-Out’ Versus ‘Opt-In’ Privacy Rules”, (Information Technology & Innovation Foundation, October 6, 2017), <<https://itif.org/publications/2017/10/06/economics-opt-out-versus-opt-in-privacy-rules>>

Dame Fiona Caldicott, “National Data Guardian for Health and Care Review of Data Security, Consent and Opt-Outs” (National Data Guardian : UK, June 2016), <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/535024/data-security-review.PDF>

KJ Dearie, “Opt In vs Opt Out: What Does it Mean for the GDPR?” (Termly, August 10, 2018), <<https://termly.io/resources/articles/opting-in-vs-opting-out/>>

Luke Irwin, “GDPR: When do you need to seek consent?” (IT Governance European Blog, 30 August 2017), <<https://www.itgovernance.eu/blog/en/gdpr-when->

do-you-need-to-see-consent)

PrivacyPolicies.com, “GDPR Consent Examples”, <https://www.privacypolicies.com/blog/gdpr-consent-examples/amp/#Express_Consent>

PrivacySense.net, “Different Types of Consent”, <<http://www.privacysense.net/different-types-consent/>>

3. 신문기사

미디어스, “데이터 3법, 통과되면 개인정보 침해 심각해진다”, 2019년 11월 6일자, <<http://www.mediaus.co.kr/news/articleView.html?idxno=166408>>

머니투데이, “인기협, ‘개인정보동의제, 현실성 없다’ ... 사후 규제 강화 주장”, 2019년 9월 26일자, <<https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2019092616072499550>>

동아일보, “국민 10명중 6명 ‘개인정보 침해 규제 대응 안한다’”, 2019년 9월 1일자, <<http://www.donga.com/news/article/all/20190901/97211426/1>>

연합뉴스, “참여연대 ‘빅데이터 관련 4개 법안, 개인정보 보호에 문제점’”, 2019년 8월 12일자, <<https://www.yna.co.kr/view/AKR20190812075800004>>

이데일리, “갈라파고스식 개인정보 규제, 일몰 검토해야”, 2019년 6월 6일자, <<https://www.edaily.co.kr/news/read?newsId=01138166622519096&mediaCodeNo=E>>

보안뉴스, “온라인 개인정보 처리 가이드라인, 어떻게 바뀌었나”, 2018년 10월 30일자, <<https://www.boannews.com/media/view.asp?idx=74141&kind=2>>

접수 : 2019. 11. 11 심사개시 : 2019. 11. 11 게재확정 : 2019. 11. 30

Abstract

An Analysis on the Consent System of the GDPR in European Union and Its Implications for our Data Protection Laws

Kim, Song-Ok*

Data Protection Act in Korea was designed in accordance with the principle of prior consent(Opt-in), which requires consent of the data subject prior to data processing. In addition, the Act prescribes two things in a manner of consent, one is the consent method, which prohibits comprehensive consent on the processing of personal information and requires each to be consented to separately, and the other is the consent method, which allows the collection of only the minimum information required for processing purposes and provides an option of consent except for the minimum information. Such a strong system of consent has not adequately protected the data subject and has been a barrier to the development of related industries, such as big data industries, while formalizing consent.

「General Data Protection Regulation(GDPR)」 in European Union offers a number of implications for improving our consent system. First of all, by defining the consent of the data subject as one of the six legal requirements for the processing of personal data, data processing is possible without the consent of the data subject. In particular, data can be processed for the 'legitimate interests' of the data controller or third party receiving the data. Second, the GDPR requires consent for each processing purpose. If the purpose of the process is changed or added, new consent is required, but there are no other restrictions. It is possible to present a simple and clear consent form, because there is no need to separate consent for a purpose like us. Third, while data is processed for the legitimate interest of the data controller, the data controller can no longer process the data if the data subject exercises the right to object(Article 21). There is

* Researcher, CAU Institute of Legal Research

virtually no place for such an opt-out method under our legislation, which excludes the possibility of processing data for the legitimate interests of data controller. However, the introduction of the right to object should be considered also if other legal requirements for data processing are prescribed in addition to the consent of data subject. Fourth, in the GDPR, public authorities cannot, in principle, process data based on the consent of the data subject, but only in exceptional cases. This is because, among the four requirements for the consent to be valid, it is not considered to meet the first requirements of 'freely given'. In our case, public authorities also mainly use the consent system, which cannot be harmonized with the rule of law. With the revision of the law, the practice should also be improved. Fifth, the GDPR specifies four requirements for valid consent and when explicit consent is required. There are no such provisions in our legislation, which can be problematic because consents made in circumstances that are disadvantageous to the data subject are either valid consent and consent is given to sensitive and non-sensitive data in the same way. Finally, like Europe Union, it is necessary to enrich the contents of the guidelines to help the data controller to understand the Act.

Furthermore, the revision of the consent system should be accompanied by the enhancement of the right to the protection of personal data. The ultimate goal is to prevent and reduce the risk of infringing on the substantive rights that may arise from the processing of personal data, by giving the data subject substantial and effective control rights.

Key words: General Data Protection Regulation(GDPR), Personal Information Protection Act, Consent of the data subject, Consent before the data precessing(Opt-in), Right to object(Opt-out), Right to the protection of personal data