『中國學』第84輯 (2023.09.30.) DOI http://dx.doi.org/10.14378/KACS.2023.84.84.16
pp.335-362. ISSN : 1229-9618

# 중국 개인정보보호법상 개인정보보호권의 법적 성격 고찰

이성연*

【목 차】

1. 들어가며
2 개인정보의 개념 및 개인정보보호법상의 개인정보의 개념
  1) 개인정보의 개념
  2) 개인정보보호법상의 개인정보의 개념
3. 중국 개인정보보호권의 법적 성격
  1) 개인정보권리의 민사권리성
  2) 헌법상 기본권으로서의 개인정보보호권
4. 맺으며

【초록】

중국 개인정보보호법은 EU의 GDPR의 주요한 내용을 적극적으로 수용하여 개인정보의 정의, 적용 대상 및 범위, 개인정보처리의 기본원칙, 처리의 적법성, 정보주체의 권리 등은 국제적 기준의 규정과의 정합성을 유지하고 있다. 개인정보보호권은 하나의 새로운 형태의 권리로서 개인정보의 무형의 물질적 재산권익 및 정보주체의 인격적 이익을 보호하는 것은 매우 중요하다고 할 것이다. 오늘날 개인정보의 과제는 기본적 인권이라는 관점에서 파악되고 있으며, 세계의 많은 나라들이 성문헌법에 개인정보보호권리를 직접 규정하거나 헌법해석의 방법으로 개인정보보호권리를 도출하고 있다. 그러나 중국학계는 개인정보권을 헌법상 기본권으로서의 지위를 인정하

* 이성연. 중부대학교 경찰법학과 겸임교수(famers230@hanmail.net)

자는 견해는 극소수이고, 대부분 민사적 권리로 보는 것이 타당하다는 견해가 주류를 이루고 있다. 헌법상 기본권리는 주관적 공권으로서의 성격과 객관적 가치질서로서의 성격을 동시에 갖기 때문에 한편으로는 공권력에 대응하고, 다른 한편으로는 국가로 하여금 기본권리를 실현하도록 요구할 수 있다. 중국헌법도 제33조 내지 38조의 해석을 통해서 기본권으로서의 개인정보보호권을 충분히 도출해 낼 수 있다. 개인정보보호권을 헌법상 기본권으로의 지위를 강화하고, 헌법상 기본권으로서의 개인정보보호권을 기초로 개인정보체계를 완성할 수 있기를 기대해 본다.

【키워드】 개인정보, 개인정보보호권, 개인정보의 법적 개념, 개인정보보호권의 법적 성격, 기본권

## 1. 들어가며

오늘날과 같은 지능정보화사회에 있어서 개인정보는 새로운 시대의 원동력으로서 다양한 분야에서 활용되어 막대한 경제적 이익을 창출하고 있다. 그러나 개인정보의 대규모의 수집과 활용은 개인정보의 유출, 프라이버시, 인간의 존엄과 같은 헌법상 기본권 등을 크게 위협하고 있으며, 이는 경제적·사회적 문제가 되고 있다.

지능정보화사회에 있어서 개인정보는 빅데이터에 의존하여 처리되기 때문에 개인정보에 대한 침해의 위험성은 더욱더 증가할 수 밖에 없다. 따라서 최근 주요 국가들은 이러한 지능정보화사회에 부합하는 개인정보보호법제를 지속적으로 정비하고 있으며, 우리나라도 여러 개별법으로 산재되어 있는 개인정보보호와 관련된 사항들을 통합하여 공공과 민간을 아우르는 개인정보보호법을 제정하고 시행하고 있다.

중국은 경제규모나 인터넷 이용률 등에 비해 개인정보보호에 대한 인식은 비교적 늦게 시작되었다. 2000년대 이후 개인정보의 유통과 활용을 촉진하고 공민의 개인정보를 보호하기 위한 외국의 입법을 참고하여 중국에 적합한 개인정보보호제도를 연구하기 시작하였고, 중국의 개인정보보호법은 2021년 8월 20일 제정되어 2021년 11월부터 시행하고 있다.

중국 개인정보보호법의 제정은 공민 개개인은 물론 산업적 측면에서도 매우 중요한 의미를 내포한다. 중국 개인정보보호법은 EU의 GDPR의 주요한 내용을 적극적으로 수용하여 개인정보의 정의, 적용 대상 및 범위, 개인정보처리의 기본원칙, 처리의 적법성, 정보주체의 권리 등은 국제적 기준의 규정과의 정합성을 유지하고 있으며,

개인정보보호에 관한 관심과 의식수준이 갈수록 높아지고 있는 시대적 요구를 반영하고 있다.

개인정보의 침해로부터의 보호와 안전한 이용은 법적으로 개인정보가 무엇을 의미하는지에 따라 결정되게 된다. 또한 개인정보보호는 개인정보 그 자체뿐만이 아니라 사생활의 자유와 비밀, 인간의 존엄 등 헌법상 기본권의 보호에 있어서도 매우 중요한 의미를 지니고 있다. 중국 개인정보보호법의 주요특징 및 개인정보호보법의 비교법적 분석 등과 관련된 내용은 이미 다수의 선행연구를 통해 소개되었다. 본연구는 중국에 있어서 개인정보권에 관한 새로운 견해를 소개하거나 새로운 학설을 소개하는 의도를 가지고 있지 않다. 다만 개인정보의 개념과 법적 성격, 특히 우리나라에서는 이론이 없이 개인정보권의 기본권성을 인정하는데 반해 중국은 개인정보권의 법적 성질을 민사권리성으로 보는 견해가 학계의 주류를 이루고 있다. 이에 헌법상 기본권으로서의 법적 성격에 관한 중국학계에서 논의되고 있는 내용을 검토하고 소개하는 것을 목적으로 한다. 향후 중국학계에서 개인정보보호권의 기본권성에 대한 논의의 전개가 어떻게 발전하는지 검토하는 것도 중국의 법제도를 이해하는데 도움이 될 것이다.

## 2. 개인정보의 개념 및 개인정보보호법상의 개인정보의 개념

### 1) 개인정보의 개념

개인정보보호에 있어서 개인정보에 대한 개념을 명확히 하는 것은 매우 중요하다고 할 것이다. 개인정보에 대한 개념정의를 함에 있어서 일반적으로 식별형 정의, 연계형 정의, 혼합형 정의로 구분할 수 있다.

첫째, 식별형 정의. 이는 세계 각국에서 폭넓게 사용하는 방법으로 개인정보의 핵심을 직접 또는 간접적으로 개인을 식별할 수 있는 가능성을 강조한 방법이다. 여기서 식별가능성이란 개인정보의 가장 중요한 부분으로써 개인정보와 주체가 객관적으로 확정될 수 있는 가능성을 말한다.[1] 그리고 식별형 정의는 DNA 유전자원의 정보나 주민등록번호 등에 의하여 어떠한 구체적인 개인을 직접적으로 식별하는 방법으로 개별적인 정보를 바탕으로 어떤 자연인을 식별할 수 있는 직접식별이 있고, 성명·

1) 김민성, 「개인정보의 정의와 개인정보보호문제 – '개인정보'에 관한 헌법적 및 비교법적 분석을 중심으로」, 『연세의료·과학기술과 법』, 제6권 제1호, 연세대학교 법학연구원 의료·과학기술과 법센터, 2015.02, p.12.

성별·학력·신장·근무지 등의 정보들을 결합하여 구체적인 특정 개인을 식별하는 즉, 하나의 정보로는 구체적인 개인을 식별할 수 없지만, 다른 정보들과 결합해서 특정의 구체적인 자연인을 식별할 수 있는 간접식별이 있다.[2)]

둘째, 연계형 정의. 이는 미국 국립표준기술원(NIST)이 제시한 것으로, 미국의 '개인 식별 가능 정보 비밀성의 보호지침(US Guide to Protecting the Confidentiality PⅡ)'에 의하면 개인정보는 성명, 사회보장 번호, 생년월일 및 장소, 어머니의 결혼 전성 또는 생체통계 기록 등과 같이 개인의 신원을 식별하거나 추적하는데 사용될 수 있는 정보를 가리킨다. 즉, 의료, 교육, 금융 및 고용 정보와 같이 개인과 연계되거나 연계될 수 있는 모든 정보를 말한다.

식별형 정의방식과 연계형 정의방식을 차이점은 다음과 같다; 식별형 정의방식은 정보에서부터 출발하여 개인에 도달해서 개인을 식별할 수 정보를 개인정보로 정의하지만, 연계형 정의방식은 구체적인 개인으로부터 출발하여 그 개인과 합리적으로 연계되어 있는 정보를 개인정보로 정의한다. 연계형 정의방식은 이분법적인 한계를 극복하여 개인정보에 대한 규정의 역동성을 강조하기 위한 것이다.[3)] 또한 식별형 정의방식은 연계형 정의방식에 비해 상대적으로 정적이며, 기술이 구체적으로 개인을 식별할 수 있는지에 의존하지만, 연계형 정의방식은 개인정보에 대한 정의가 종합적이고 상대적으로 동적이며, 정보주체의 행동이 다르고, 처한 환경에 따라 그와 연계된 정보도 다르다. 따라서 연계형 정의방식은 구체적인 환경에 있어서 다층적인 요소들을 결합하여 위험성을 평가할 필요가 있으며, 법률을 위한 유연한 해석의 여지를 남긴다는 것이 장점이라고 할 수 있다. 오늘날과 같은 빅데이터 시대에 무수히 쏟아져 나오는 새로운 정보의 표현형식과 복잡한 이용 환경으로 인해서 입법자들이 개인정보의 유형을 지속적으로 추가하더라도 법 개정을 통해 이를 즉각적으로 대처할 수 없다는 것이다.[4)]

셋째, 혼합형 정의. 유럽연합 '일반 개인정보 보호규정'(General Data Protection Regulation; GDPR)은 개인정보의 개념을 식별형 정의방법과 연계형 정의방법을 혼합하여 해석한다. GDPR 제4조는 '개인정보란 자연인을 이미 식별하거나 식별할 수 있는 모든 정보를 말한다. 식별가능한 자연인은 성명, 주민등록번호, 위치정보, 온라인 식별 등을 통해서 또는 특정한 신체, 심리, 유전자, 정신상태, 경제, 문화, 사회 등 개인의 속성을 통하여 직·간접적으로 식별할 수 있는 자연인을 말한다'고 규정하고 있다.

---

2) 井慧宝·常秀妍,「个人信息概念的厘定」,『法律适用』, 第3期, 2011, p.90.
3) 高秦伟,「个人信息的概念之反思和重望」,『人大法律评论』, 第1期, 2019, pp.212-213.
4) 이대희,「개인정보 개념의 해석 및 범위에 관한 연구」,『고려법학』, 제79호, 고려대학교 법학연구원, 2015.12, p.174. 참조.

이 규정에 의하면 개인정보의 개념을 4부분으로 구분하고 있다. 즉, ① 이미 자연인을 식별한 정보. ② 자연인을 식별할 수 있는 정보. ③ 이미 식별되었거나 식별할 수 있는 자연인과 관련된 정보. ④ 성명, 주민등록번호, 위치 데이터, 온라인 식별 및 그 밖의 신체, 심리, 유전자, 정신상태, 경제, 사회, 문화 등을 통하여 직·간접적으로 식별된 개인정보. 혼합형 정의에 의하면 '이미 식별하거나 식별할 수 있다'에 상응하는 것이 식별형 정의의 방법이고, '이미 식별하거나 식별될 수 있는 자연인과 관련된 정보'는 연계형 정의방법이다.

### 2) 개인정보보호법상의 개인정보의 개념

#### (1) EU의 GDPR에서의 개인정보의 개념

EU 개인정보보호법제에서 가장 중심이 되는 일반법으로서 역할을 하는 GDPR 제4조 제1항은 개인정보를 "식별되거나 또는 식별이 가능한 자연인과 관련된 모든 정보"라고 규정하고 있다. 여기서 식별 가능한 자연인이란 직접 또는 간접적으로 이름, 식별번호, 위치정보, 신체적, 심리적, 유전적, 정신적, 경제적, 문화적 또는 사회적 정체성 등 특별한 하나 이상의 요인을 참조함으로써 식별할 수 있는 자로 규정하고 있다.

그리고 정보의 식별가능성의 여부를 판단하기 위해서는 그 개인을 직간접적으로 제어하거나 제3자가 합리적으로 사용할 것으로 예상되는 모든 수단이 고려되어야 한다고 한다. 또한 EU 개인정보보호지침 제2조 제a항은 그러한 수단이 개인을 식별하는데 사용될 것이라는 합리적으로 예상되는지의 여부를 확인하기 위해서 식별에 소요되는 비용 및 시간 등의 모든 객관적인 요인을 고려하고, 처리 시점에 사용한 기술 및 발전사항을 고려하여 개인 식별성을 판단하는 요소를 명확히 설명하고 있다.[5)]

#### (2) 미국의 개인정보호보법상 개인정보 개념

미국은 유럽과는 달리 개인 데이터를 프라이버시로부터 분리하지 않고 지속적으로 프라이버시로 다루고 있다. 또한 개인정보보호에 관한 일반법이 연방정부 차원으로 존재하지 않고, 각 주별로 개인정보보호법을 도입하려는 경향이 있으며, 아동·의료·

5) 그러나 GDPR은 법인과 법인으로 설립된 사업체의 개인정보에 해당하는 이름, 법인의 형태, 법인의 연락처 등의 처리는 개인정보의 보호범위에 포함되지 않는다고 규정하고 있다. 김민우, 「개인정보의 개념과 그 보호에 관한 헌법적 연구」, 성균관대학교 박사논문, 2021.06, pp.24-26.

금융 등 특정 분야별로 개인정보를 규율하는 개별 법률들이 분산되어 있다.[6)]

1974년 제정된 '프라이버시법'은 미국에서 개인 데이터를 보호하는 가장 중요한 법으로써, 프라이버시법 제552a조는 개인정보를 "personal data"로 보지 않고 연방정부 기관에 의해서 작성된 기록물로 정의하고 있다. 여기서 기록물이란 교육기록, 금전거래내역, 의료기록, 범죄경력, 고용기록 등에 한정되지 않고, 이름, 식별번호, 지문, 사진 등 개인을 식별할 수 있는 요소들을 포함하고 있는 모든 유형의 정보로 규정하고 있다.[7)]

1998년 제정된 '아동온라인프라이버시법' 제6501조는 개인정보를 온라인을 통해서 수집이 이루어져 개인식별이 가능한 것으로 성명, 도시와 거리명 등의 자택 또는 기타 실거주지 주소, 온라인 연락정보, 온라인 연락정보와 같은 역할을 하는 이용자명, 사회보장번호, 온라인 서비스 또는 서로 다른 웹사이트를 통해서 지속적으로 사용자를 식별할 수 있는 지속적 식별자, 아동의 이미지 또는 목소리가 포함된 사진·영상 및 음원파일, 도시와 거리명이 확인되는 정도의 위치정보, 서비스 운영자가 온라인에서 수집하는 아동 또는 해당 아동의 학부모 개인정보로서 상기 식별자들과 결합이 되는 경우의 정보로 규정하고 있다.[8)]

미국 주 차원에서의 대표적인 개인 데이터 보호법인 '캘리포니아 소비자 프라이버시법'[9)] 제1798.140조는 개인정보를 실명, 별명, 우편주소, 고유한 개인식별자, 온라인 식별자, IP주소, 이메일 주소, 사회보장번호, 운전면허번호, 여권번호 또는 기타 이와 유사한 식별자를 기반으로 개인 또는 가족을 직접 또는 간접적으로 식별하거나 연계시킬 수 있거나 합리적으로 연계시킬 수 있는 정보로 규정하고 있다.

### (3) 우리나라 개인정보보호법상 개인정보의 개념

---

6) 미국은 공공부분에서 19974년 프라이버시법이 제정된 이후, 1978년 금융프라이버시권법, 1982년 연방관리자제정건전화법, 1986년 전기통신보호법, 1987년 컴퓨터보안법, 1996년 통신법, 2002년 전자정부법 등이 각각 제정되었고, 민간부분에서는 1970년 공정신용조사법, 1974년 가정교육과 프라이버시법, 1978년 금융프라이버시법, 1980년 프라이버시보호법, 1984년 유선통신정책법, 1987년 전기통신보호법, 1996년 건강보험이동성 및 책임법, 1998년 아동온라인프라이버시법, 1999년 아동인터넷 보호법 및 금융현대화법, 2003년 아동착취행위소추법 등이 제정되었다. 남정아, 「미국의 최근 개인정보보호법제 동향에 관한 고찰」, 『유럽헌법연구』, 제31호, 2019.12, pp.111-112.

7) 김민우, 「개인정보의 개념과 그 보호에 관한 헌법적 연구」, pp.39-40. 참조.

8) 김민우, 「개인정보의 개념과 그 보호에 관한 헌법적 연구」, pp.40-41. 참조.

9) 이 법은 연방 차원의 프라이버시법과는 달리 공공부분 뿐만 아니라 민간부분까지 규율하는 통일적인 입법이다. 이창범, 「캘리포니아 소비자 프라이버시법(CCPA) 시행 함의와 전망」, 『KISO 저널』, 제38권, 한국인터넷자율정책기구, 2020.03, p.13.

2020년 개정된 우리나라 개인정보보호법 제2조 제1항은 “개인정보를 살아 있는 개인에 관한 정보로서 해당 정보에 포함된 성명, 생년월일, 그 밖의 기술 등에 의하여 특정 개인을 식별할 수 있는 정보와 다른 정보와 쉽게 조화 가능하고 이에 의해 특정 개인을 식별할 수 있는 개인정보 및 개인식별부호가 포함된 정보”로 규정하고 있다. 이에 대한 내용을 구체적으로 보면 다음과 같다.

먼저 ‘살아 있는’ 개인에 대한 정보 즉, 자연인에 관한 정보만이 개인정보이기 때문에 사망자는 개인정보보호법상의 개인이 될 수 없으므로 사망이나 실종선고 등 관련 법령에서 사망자로 간주하고 있는 정보는 개인정보가 될 수 없다. 다만, 사망자의 정보라도 사망자와 유가족의 관계를 알 수 있기 때문에 유가족의 신상정보가 개인정보에 해당한다.

다음으로 ‘개인을 알아볼 수 있는 정보’로서 특정한 개인을 식별할 수 있는 정보를 말한다. 개인식별성은 개인정보의 개념정의에 있어서 매우 핵심적인 요소로서 작용하고 있다. 여기서 ‘식별’이란 특정 개인을 다른 사람과 구분하거나 구별할 수 있다는 것이다.[10] 그리고 우리나라는 식별방법을 3단계로 구분하고 있다; ① 주민등록번호 등을 통해 개인정보주체를 직접 알아볼 수 있거나, ② 기타 정보를 쉽게 결합할 수 있는 만큼의 개인을 알아볼 수 있거나, ③ 추가 정보인 알고리즘 등 수단으로 개인을 알아볼 수 있는 경우로 구분된다.[11]

마지막으로 ‘가명정보’ 즉, 추가정보의 이용과 결합을 통하여 특정 개인정보를 알아볼 수 있는 정보이다. 여기서 ‘추가정보’란 가명으로 처리하기 전에 되돌릴 수 있는 정보이기 때문에 특정 개인을 식별할 수 있는 다른 정보화는 구별된다.

### (4) 중국 개인정보보호법상 개인정보의 개념

중국은 개인정보의 개념이 다른 나라보다 늦게 인식되었기 때문에 초기에는 개인정보라는 용어보다는 프라이버시권의 적용을 통해서 관련된 사건들을 해결해 나갔다. 이후 2013년에 이르러서 공식문서상에 개인정보[12]라는 용어가 명확하게 정의되

---

10) 김나루, 「빅 데이터 활용과 개인정보보호체계의 재구축을 위한 헌법적 고찰」, 숙명여자대학교 박사논문, 2017.6, p.105.

11) 개인정보보호위원회, 「개인정보보호법령 및 지침」, 『고시해설서』, 2020, p.12.

12) 중국 개별법상 개인정보의 개념을 보면, ① ‘정보안전기술 공공 및 상용서비스 정보시스템 개인정보호보지침’ 제3조는 개인정보란 정보시스템에 의해 처리될 수 있고, 특정 자연인과 관련되어 있으며, 단독으로 또는 다른 정보화 결합하여 특정 자연인을 식별할 수 있는 컴퓨터 데이터라고 규정하고 있다. ② ‘중국네트워크안전법’ 제76조는 개인정보란 단독으로 또는 기타 정보와 결합하여 자연인의 신원을 식별할 수 있는 전자 또는 기타 방식으로 기록된 각종 정보로서, 자연인의 성명·생년월일·주민등록번호·개인생체인식정보·주소·전화번호 등을 포함하지만 이에 제

었고, 2020년 제정 민법전에 프라이버시와 개인정보의 개념을 명확히 구분하여 규정하였다.[13)]

2021년 제정된 중국 개인정보보호법은 일반개인정보와 민감개인정보를 구분하여 규정하고 있다. 동법 제4조는 "개인정보란 전자 또는 기타의 방식으로 기록한 이미 식별되거나 또는 식별 가능한 자연인과 관련된 각종 정보로서 익명화 처리된 정보는 포함되지 않는다"고 일반개인정보를 규정하고 있으며, 동법 제28조는 "민감 개인정보란 일단 유출되거나 불법으로 사용될 시, 자연인의 인격적 존엄성이 침해되거나 신체 및 재산의 안전에 위해를 받을 수 있는 개인정보로서 생체인식·종교신앙·특정신분·의료건강·금융계좌·행동이력 등 정보와 만 14세 미만 미성년자의 개인정보"로 민간개인정보를 규정하고 있다.

중국 개인정보보호법상 개인정보의 개념의 특징은 첫째, 중국 개인정보보호법은 익명화 처리된 정보를 배제하고 있다는 것이다. 여기서 '익명화'란 개인정보를 통해 특정 자연인으로 식별되지 못하거나 복원되지 못하게 처리하는 과정을 말한다. 둘째, 개인정보의 권리주체를 성인과 미성년자로 구분하여, 만 14세 미만의 미성년자의 개인정보를 민감정보로 규정하여 미성년자에 대한 보호를 강화하고 있다는 것이다. 셋째, 중국도 세계 각국에서 일반적으로 취하고 있는 식별설을 근거로 개인정보를 정의하여 직접 또는 간접적으로 개인을 식별할 수 있는 정보와 이미 개인을 식별하였거나 개인을 식별할 수 있는 상황하에서 해당하는 개인 또는 식별된 개인과 관련된 정보를 모두 개인정보로 보고 있다.

중국 개인정보보호법은 개인정보의 범위를 이미 식별되었거나 식별가능한 개인과 관련된 정보도 개인정보의 범위에 포함 시키고 있는데, 이는 우리나라를 비롯한 EU의 GDPR, 일본 등의 개인정보 정의와 매우 유사한 것으로 사회주의 국가의 고유한 특색을 반영하기보다는 국제적 기준과의 정합성을 유지하고 있으며, 시대적 요구를 반영하고 있다.

---

되지 않는다고 규정하고 있다.

13) 민법 제1032조는 프라이버시란 자연인의 사생활의 안녕과 타인에게 공개되는 것을 원치 않는 비밀공간·비밀활동·비밀정보라고 규정하고 있으며, 동법 제1034조는 개인정보란 단독으로 또는 기타 정보와 결합하여 특정 자연인의 신분을 식별할 수 있는 전자 또는 기타 방식으로 기록된 각종 정보로서, 자연인의 성명·생년월일·주민등록번호·생체인식 정보·주소·전화번호·이메일·건강정보·행정정보 등이 포함된다고 규정하고 있다.

## 3. 중국 개인정보보호권의 법적 성격

오늘날과 같은 정보사회에서 공공부분과 민간부분에 의해 개인정보가 무분별하게 수집되고 활용되면 헌법상 보장된 국민의 인격권 등 기본권의 침해로까지 이어질 수 있으며, 개인정보는 해당 개인정보의 주체인 국민의 인격적 징표를 이루는 경우가 있는데, 이러한 정보를 잘못 처리하게 되면 개인의 인격적 가치가 훼손되고 인격권을 침해할 수도 있다.[14] 그러나 개인정보권이 이미 특정한 의미를 가진 법적 개념으로 성립되었으나 법적 성질에 관해서는 다양한 쟁점이 존재하고 있다. 중국도 우리나라와 마찬가지로 개인정보의 권리에 관해서 헌법에 명확히 명시되어 있지 않아 이에 대한 다툼이 있다. 이하에서는 현재 중국학계에서 논쟁 중인 내용을 중심으로 살펴본다.

### 1) 개인정보권리의 민사권리성

개인정보권리의 기초를 민사상의 권리로 보는 견해가 현재 중국 학계의 주류를 이루고 있다.[15] 이 견해는 개인정보는 물리적인 대상이 아니기 때문에 물리적으로 소유하거나 통제할 수 없고, 법률로서만 통제할 수 있으며, 이러한 통제는 타인에 의한 불법수집·처리·사용하는 것을 금지하는 것으로 구체화 된다고 본다. 그리고 이러한 개인정보의 통제는 그 자체가 사법적 이익을 실현하고 있기 때문에 개인정보의 권리가 민사권리가 될 수 있는 근본적인 이유가 된다는 것이다.[16] 그리고 개인정보도 공공이익과 관련이 있지만, 개인정보에 대한 사적 권리 또는 사법적 이익에 대한 보호를 해주어야만 공공이익에 대한 보호를 더욱 강화할 수 있다고 본다.[17]

민사상 권리로서 개인정보권을 근거로 정보처리자가 개인정보를 침해할 수 없는

---

14) 정한신, 「빅데이터 환경에서 개인정보보호에 관한 헌법적 연구」, 부산대학교 박사논문, 2015.06, p.38.

15) 중국은 전통적인 계획경제에서는 정부가 모든 개인 생활영역에 책임을 지고 운영하는 상황이었기 때문에 공사법을 구분할 필요성이 없었지만, 개혁개방 이후 사적 권리에 대한 강조를 주장하면서 민법의 지위가 논의되기 시작하면서 민법이 헌법에서 벗어나야 한다는 주장이 제기되기 시작하였다. 중국민법학계는 헌법은 공법으로서 국가를 규범대상으로 하고, 국가와 공민간의 관계에 관한 것이고, 민법은 사적 주체 간의 관계에 관한 것이기 때문에 이 두법은 국가의 근본법과 시민사회의 근본법으로서 어떠한 공통부분도 없으며, 헌법과 민법의 관계는 부모와 자식의 관계가 아니며 민법은 헌법의 시행규칙이 아니라고 주장한다.

16) 王利明, 「论个人信息权在人格权法中的地位」, 『苏州大学学报』, 第6期, 哲学社会科学版, 2012, p.69.

17) 王利明, 「论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心」, 『现代法学』, 第4期, 2013, p.63.

민법상의 의무를 도출한다. 즉, 민사상 책임이 개인정보보호의 기본적인 수단이 된다고 본다. 민법전은 개인정보보호 영역에 있어서 기본규범이고 개인정보보호법과 같은 기타 다른 개인정보보호에 관한 법은 일반법과 특별법의 관계에 있다는 것이다.

### (1) 개인정보권의 민사권리성의 논거

① 개인정보 자체는 민사권리의 객체이다. 그 이유는 첫째, 중국 민법전 제111조에 의하면 개인정보가 민사상의 권리가 아니라고 한다면, 입법자는 사법영역에서의 기본법인 민법전에 이를 규정할 수 없다.[18] 둘째, 개인정보권의 본질은 절대적·배타적인 개인정보자기결정권이기 때문에 개인정보에 대한 자연인의 자기점유나 자기지배를 보호하는 것이다.[19] 셋째, 개인정보권은 새롭게 생성된 독립적인 인격권으로서 전통적인 인격권의 소극적인 방어권적 특성이외에 적극적인 통제의 측면에서 정보에 대한 열람, 동의, 수정, 삭제 등의 권능이 나온다.[20]

② 개인정보권익은 공법상 권리의 속성이 없다. 그 이유는 첫째, 민사상 권리로서의 개인정보권은 어떠한 조직이나 개인의 침해에 대해 대항할 수 있다. 따라서 공권력 기관이 개인정보권을 침해하면 사권리 주체는 그에 대한 법률적 책임을 지도록 요구할 수 있다.[21] 둘째, 개인정보에 대해서 형법, 행정법 등 다양한 법적 보호체계를 실시하고 있지만, 개인정보권이 민사상의 권리라는 기본적인 속성에는 영향을 줄 수 없다. 민사주체의 이익을 전적으로 보호하기 위해 민법 이외에 형법, 행정법 및 사회법에서까지 민사권리를 보호하는 것은 법률보호의 일반적인 표현인 뿐이다.[22] 셋째, 개인정보를 처리하는 공사법 주체가 비록 처리의 목적과 합법성 등에 있어서 다른 점이 존재하지만, 이로 인해 자연인과 정보처리자 사이의 관계가 달라지는 것이 없다. 정보처리자와 자연인 사이의 법적 지위는 서로 평등하고, 국가기관과 비국가기관은 모두 자연인의 민사권익을 침해 해서는 안되는 의무가 있으며, 사적 권리보호의 문제에 있어서 공권력 기관이 비공권력 기관에 비해서 우월적 지위에 있는 상황은 존재하지 않는다.[23] 비록 개인정보를 사용·수집하는 과정에 있어 행정부의 공법적 행위가 존재하더라도 이것은 단지 정부의 정보관리의 과정에 있어서 직책과

---

18) 程啸,「论我国民法中个人信息权益的性质」,『政治与法律』, 第8期, 2020, pp.3-4.
19) 杨立新,「个人信息: 法益抑或民事权利——对(民法总则)第111条规定的个人信息之解读」,『法学论坛』, 第1期, 2018, p.41.
20) 王利明,「论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心」, p.74. 杨立新,「个人信息: 法益抑或民事权利——对(民法总则)第111条规定的个人信息之解读」, p.42.
21) 程啸,「论我国民法中个人信息权益的性质」, p.6.
22) 王利明,「论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心」, p.69.
23) 程啸,「论我国民法中个人信息权益的性质」, pp.5-6.

책임을 규정하기 위해 필요한 것이고, 개인정보보호법의 핵심적인 내용은 민법으로 규정해야 하며, 정부의 공권력은 개인정보영역에 쉽게 확장되서는 안된다.[24]

③ 정보주체의 개인정보권에서 보면, 정보처리자의 민사상 의무와 권리침해자의 민사상 책임을 민법전에 규정하는 것이 더 논리적이고, 또한 개인정보보호 법률체계를 정립하는 것이다. 그 이유는 첫째, 공권력 기관을 포함한 모든 사회주체는 개인정보권을 침해해서는 안되는 민법상 의무가 있다.[25] 둘째, 민사책임이 있어야 정보주체의 손해를 실질적으로 보전할 수 있다. 즉, 손해를 보전하는 주요형식인 손해배상은 침해자의 권익을 회복하는 것을 목적으로 하기 때문이다.[26] 셋째, 중국 민법전 인격권에 개인정보보호를 규정하고 있는 것은 단순히 하나의 법률로써 개인정보보호를 규정하고 있는 것이 아니라, EU기본권헌장 제8조 개인정보보호규정과 동등한 법률적 지위를 규정한 것이다. 따라서 민법전에 개인정보보호권을 확정한 후에야 비로써 개인정보보호에 대한 특별입법을 위한 민사기본법의 근거를 제공할 수 있다.[27]

### (2) 개인정보권의 민사권리성에 대한 비판

① 개인정보를 민사권리의 객체로 하는 것은 민법의 기존의 개념체계에 긴장관계를 형성한다. 그 이유는 첫째, 중국 민법전 제111조는 개인정보권에 관한 내용을 명확하게 규정하고 있지 않고, 동법 제110조는 성명권, 초상권, 명예권, 영예권, 사생활권을 별도로 규정하고 있다. 그리고 민법총칙 초안 당시 개인정보가 민사권리인지에 관한 논쟁이 있었지만, 민법전에는 개인정보권에 관한 규정을 하지 않았다.[28] 둘째, 전통적인 인격권과 재산권과는 달리 개인정보는 특정성과 독립성이 없고 또한 무형물이기 때문에 민사권리의 객체로 할 수가 없다.[29] 개인정보보호에서 해결해야 하는 핵심적인 문제는 개인과 정보처리자 사이의 비대칭적인 권력구조를 해결하는 것이기 때문에 정보주체에 이러한 민사권리를 부여한다고 하더라도 그것은 결코 최상의 보호수단이 될 수는 없다.[30]

② 개인정보권은 민사권리의 속성 뿐만 아니라, 공법상 권리의 속성도 동시에 가

---

24) 严鸿雁,「论个人信息权益的民事权利性质与立法路径——兼评[个人信息保护法][专家建议稿]的不足」,『情报理论与实践』, 第4期, 2013, p.46.
25) 王利明,「论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心」, p.69.
26) 严鸿雁,「论个人信息权益的民事权利性质与立法路径——兼评[个人信息保护法][专家建议稿]的不足」, p.46.
27) 王利明,「论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心」, p.70.
28) 张新宝,「[民法总则]个人信息保护条文研究」,『中外法学』, 第1期, 2019, pp.65-67.
29) 梅夏英,「数据的法律属性及其民法地位」,『中国社会科学』, 第9期, 2016, p.164.
30) 王锡锌,「个人信息国家保护义务及展开」,『中国法学』, 第1期, 2021, p.147.

지고 있다. 그 이유는 첫째, 민사권리로서의 개인정보권은 공권력에 대항할 수 없다. 민사권리와 공법상의 권리의 핵심적인 차이는 대항 주체가 민사권리는 평등한 민사주체이고, 공법상 권리의 대항 주체는 우월적 지위를 가지고 있는 국가이다. 둘째, 개인정보에 대한 다양한 보호체계는 민사권리로서의 개인정보권에서 도출되는 것이 아니다. 국가가 행정법이나 형법 등의 수단을 이용해서 개인정보를 보호하는 것은 정보주체의 개인정보의 특성을 실현하기 위한 것도 아니고, 평등한 민사주체로서 정보주체와 정보처리자 사이의 관계를 조정하기 위한 것도 아니다. 민법 이외에 다른 법으로 다층적으로 보호하는 것은 정보주체와 정보처리자 사이의 고도의 불평등으로 인해서 개인의 이익을 보호하는 것을 핵심으로 하는 민사체계로 이를 완전히 해결하는 것이 불가능하기 때문에 공공관리와 집행 및 처벌을 핵심으로 하는 행정법과 형법의 체계로 이를 보완하는 것이 필요하다.[31] 셋째, 민법학자들은 국가가 개인정보 처리자이며 공법상 보호의 중요성을 인식하고 있지만, 개인정보의 공법상의 권리를 인정함으로 인해 공권력의 우월적 지위와 공권의 확대를 가져올 수 있다는 것을 우려하여 개인정보를 단지 민사권리의 객체로서만 인정하고자 한다.[32] 그러나 개인정보권에 대한 공권성을 인정한다고 해서 공권의 확대를 가져오는 것도 아니고 공권을 제한하는 것도 아니다.

③ 개인정보 처리자의 민사상 의무, 즉 권리침해자의 민사책임에 관한 민법전의 규범 논리는 개인정보보호에 대한 법률체계를 완벽하게 포섭하기는 어렵다. 그 이유는 첫째, 민법상 의무만으로 공권력의 고권성, 강제성, 공익성의 정보처리행위를 구속할 수 없으며, 이러한 행위는 단지 공법상 의무에만 대응할 수 있다. 둘째, 민사책임만으로 개인정보보호에 대한 막중한 임무를 수행할 수 없다. 공권력 작용으로 인한 개인정보 처리행위가 위법인 경우 행정소송법이나 국가배상법 등을 근거로 행정배상책임의 방식으로 구제를 받는다.[33] 셋째, 중국 개인정보보호법률제도가 아직 완비되지 않는 상황하에서 민법학자들이 민법전이 EU의 기본권헌장과 같은 헌법적 역할을 담당할 수 있다고 기대하는 것은 합리적이지 않다.[34] 특히 개인정보보호법의 의무주체, 적용범위, 집행체계 등은 모두 민법전과 다를 뿐만 아니라 개인정보보호법은 민법의 특별법도 아니다.[35]

### 2) 헌법상 기본권으로서의 개인정보보호권

31) 王锡锌,「个人信息国家保护义务及展开」, p.149.
32) 林来梵,「民法典编纂的宪法学透析」,『法学研究』, 第4期, 2016, p.108.
33) 程啸,「论我国民法中个人信息权益的性质」, p.6.
34) 林来梵,「民法典编纂的宪法学透析」, pp.109-110.
35) 周汉华,「个人信息保护的法律定位」,『法商研究』, 第3期, 2020, pp.47-54. 참조.

10여 년 전 중국의 일부학자는 개인정보보호는 기본권리의 핵심적인 내용, 즉 인간존엄과 인격독립을 실현하는 것이지만, 중국헌법상 열거되지 않는 기본권에 속하기 때문에 헌법판례를 통해서 헌법에 수용되어야 한다고 주장하였다.[36] 그러나 이와 같은 주장은 다음과 같은 비판을 받았다. 즉, 이러한 주장이 실현되기 위해서는 헌법법원이나 헌법재판소의 설치가 필요하지만 이는 현재 중국의 상황과는 전혀 부합하지 않고, 개인정보를 보호하는 것이 기본권의 지위를 항상 시킨다고 보는 것은 개인정보를 과도하게 보호하게 되는 결과로 이어지기 때문에 정보의 자유로운 유통 및 정보산업발전과의 관계에 있어서 충돌이 발생할 여지가 크다는 것이다.[37] 그러나 이러한 주장이 타당하다고 할 수는 없을 것이다. 왜냐하면 합헌성 심사를 함으로 인해서 헌법상 기본권이 더 이상 공허한 메아리가 되지 않고 구체화 되는 것이고, 또한 기본권은 절대적 권리가 아니고 상대적 권리이기 때문에 개인정보에 대한 무제한적인 보호를 하는 것은 아니기 때문이다.

### (1) 개인정보권리의 기본권의 규범 근거

헌법상 기본권리로서의 개인정보권의 근거는 두 가지 방법이 있다. 하나는 헌법에 직접규정하는 방법이 있고 다른 하나는 헌법해석을 통해서 찾는 방법이 있다. 개인정보보호권을 직접적으로 규정하고 있는 대표적인 법은 EU기본권헌장 제8조 및 EU 운영조약 제16조가 있다. 오늘날 대다수의 국가들은 헌법해석을 통해서 개인정보보호를 기본권리의 범주에 포함시키고 있다.

중국 헌법도 개인정보보호에 관한 명문 규정은 없지만, 헌법해석을 통해서 개인정보권을 기본권의 범주에 포함시킬 수 있을 것이다. 단 개인정보권을 헌법의 어느 조항에 포섭할 것인가에 대해서는 세 가지 견해가 있다.[38] 헌법 제33조 국가의 인권의

---

36) 孙平,「政府巨数据库时代的公民隐私权保护」,『法学』, 第7期, 2007, pp.73-75. 참조.

37) 徐美,「在谈个人信息保护路轻-以[民法总则]第111条为出发点」,『中国政法大学学报』, 第5期, 2018, p.89.

38) 우리나라도 학계와 헌법재판소, 대법원의 입장에 다소 차이가 있다. 학계에서는 개인정보자기결정권을 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치에서 찾아야 한다는 견해; 헌법 제17조 사생활의 비밀과 자유의 불가침은 사생활의 내용을 공개 당하지 아니할 권리, 사생활의 자유로운 형성과 전개를 방해받지 않을 권리, 그리고 자신에 관한 정보를 스스로 관리 및 통제할 수 있는 권리 등을 내용으로 하는 복합적 성질의 권리로 보는 견해; 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치, 헌법 제16조 주거의 자유, 헌법 제18조 통신의 자유 등의 규정에 의해 보장되는 포괄적 권리라고 이해하는 견해 등이 있다. 헌법재판소는 개인정보자기결정권에 관한 헌법적 근거에 관해 일관된 입장을 취하지 않고 있는데, 헌법 제17조 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 국민주권의 원리, 민주주의 원리 등 기본권들 및 헌법원리들 중 일부에 완

존중과 보장에서 찾는 견해,[39] 헌법 제38조 인간의 존엄에서 찾는 견해,[40] 헌법 제38조 일반적 인격권에서 찾는 견해[41]가 있다. 헌법 제38조 인간의 존엄권에서 찾는 견해와 일반적 인격권에서 찾는 견해는 모두 헌법 제38조의 공민의 인격존엄은 침해받지 않는다는 조항에서 근거를 찾지만 구체적인 해석의 방법상의 차이점에 기인한다. 헌법 제38조 인간의 존엄에서 찾는 견해는 인격존엄의 조항의 이중개념설을 바탕으로 이 조항은 명예·초상 등 구체적 권리로서의 인격존엄뿐만 아니라 일종의 포괄적 조항으로서의 성격도 갖기 때문에 모든 인격보장의 체계상 기본적 가치를 실현하고 있다. 따라서 이 조항이 개인정보보호권의 근거가 된다는 것이다.[42] 반면에 헌법 제38조의 일반적 인격권에서 찾는 견해는 중국 헌법상 인격존엄은 공민이 독립적인 의지의 주체로서 존중을 받을 권리를 향유하는 것으로 단지 모욕·비방·무고를 당하지 않을 인격권에 한정되지 않으며,[43] 개인정보보호는 일반적 인격권의 내용으로서 개인자결권의 산물이라고 본다.[44] 그러나 이 두 가지 관점은 모두 개인정보는 인간의 존엄과 인격과 관련이 있다는 것이고, 단지 헌법 제38조는 어떻게 해석하느냐에 차이만 있을 뿐이다.[45]

### (2) 개인정보보호 기본권의 개념표현

중국 학계는 개념상 개인정보보호 기본권을 어떻게 표현할 것인가에 관해서 세 가지 견해를 제시하고 있다. 즉 개인정보권,[46] 개인정보자기결정권 또는 개인정보자기통제권,[47] 개인정보보호권[48] 등이 있다. 일부학자는 개인정보주체를 개인에 한정하

---

전히 포섭하는 것은 불가능하다고 보야야 하기 때문에 개인정보 자기결정권은 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권으로 보아야 한다는 입장(헌재 2005. 5. 26. 99헌마513, 2004헌마190 결정)을 취한적도 있고, 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에서 도출되는 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의해서 보장되는 권리는 입장(헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282, 425결정)을 취한적도 있다. 대법원은 헌법 제10조 및 헌법 제17조에 근거하여 자신에 대한 정보를 통제할 수 있는 적극적 권리(대법원 1998. 7. 24. 선고 96다42789판결)라고 이해하고 있다.

39) 姚岳绒,「论信息自决劝作为一项基本权利在我国的证成」,『政治与法律』, 第4期, 2012, pp.77-78.

40) 孙平,「政府巨数据库时代的公民隐私权保护」, p.41.

41) 王锴,「论宪法上的一般人格权及其对民法的影响」,『中国法学』, 第3期, 2017, p.115.

42) 姚岳绒,「论信息自决劝作为一项基本权利在我国的证成」, p.74.

43) 谢立斌「中德比较宪法视野下的人格尊严——兼与林来梵教授商榷」,『政法论坛』, 第4期, 2010, pp. 62-62.

44) 王锴,「政府巨数据库时代的公民隐私权保护」, pp.115-116.

45) 이러한 해석상의 차이는 독일기본법상 인간의 존엄은 절대적으로 간섭할 수 없고, 일반인격권은 간섭할 수 있다는 차이에 기인한 것이다.

46) 李伟民,「个人信息权性质之辩与立法模式研究——以互联网新型权利为视角」,『上海师范大学学报』, 第3期, 哲学社会科学版, 2018, p.67.

여 개인정보권은 정보주체가 그 정보를 점유·사용·수익·처분하고, 타인의 침해를 방지하는 권리라고 주장한다.[49]

그러나 중국법률에 규정된 내용을 구체적으로 보면: 중국 민법전은 민사권리로서의 개인정보보호권을 규정하고 있으며, 2013년 개정된 중국 소비자권익보호법도 제14조에 "소비자는 상품을 구매·사용하거나 서비스를 제공 받음에 있어서 개인정보가 법에 의해 보호받을 권리를 갖는다"고 규정하고 있다. 또한 2016년 중국 네트워크안전법 제64조도 "네트워크 운영자, 네트워크상품 및 서비스 제공자가 법에 보호를 받는 개인정보를 침해하면 관계 당국이 시정명령을 해야 한다"고 규정하고 있다. 그리고 2021년 4월 공포된 중국 개인정보보호법 제2조도 "자연인의 개인정보는 법률의 보호를 받으며, 어떠한 조직이나 개인도 자연인의 개인정보권익을 침해해서는 안된다"고 규정하고 있으며, 여기서 개인정보권익이란 개인정보보호권에 기초해서 실현되고 보장을 받는 각종의 관련 법익을 말한다.[50]이처럼 민법, 경제법, 행정법 등의 모든 영역에서 개인정보보호권을 규정하고 있는 것은 중국의 개인정보보호에 대한 법률체계는 헌법의 기본권리로서 개인정보보호의 개념에 기초하고 있다고 볼 수 있다.

### (3) 중국헌법상 개인정보보호권의 기능

헌법상 개인정보보호권의 기능은 개인정보보호의 방식, 즉 개인정보보호의 침해위험원 및 그에 따른 보호수단을 결정한다. 오늘날과 같은 빅데이터 시대에 있어서 국경을 초월한 데이터의 이동으로 인해 국내의 공·사주체 뿐만 아니라 외국의 공·사주체도 개인정보에 대한 침해의 위험원이 되고 있다. 그러나 앞에서 언급한 바와 같이 개인정보의 민사권리성으로는 공공의 정보처리자에 대해 대응할 수가 없다. 개인정보를 전방위적이고 사각지대가 없도록 보호하기 위해서는 반드시 헌법의 기본권리로서 개인정보보호권을 인정해야 한다. 헌법의 기본권리는 주관적 공권으로서의 성질과 객관적 가치질서로서의 성격을 동시에 가지고 있다. 주관적 권리로서의 기본권은 방어의 기능, 즉 공권력 주체에 대응하는 기능을 가지고 있기 때문에 국가는 기본권리를 침해하지 않을 소극적 의무가 발생한다. 기본권의 이러한 기능은 개인정보보호권이 국가와 개인간의 관계를 다루고, 국가와 개인간의 관계를 설정하여 국가가 개

47) 姚岳绒,「论信息自决劝作为一项基本权利在我国的证成」, p.73.
48) 石佳友,「网络环境下的个人信息保护立法」,『苏州大学学报』, 第6期, 哲学社会科学版, 2012, p.86.
49) 李伟民,「个人信息权性质之辩与立法模式研究——以互联网新型权利为视角」, p.67.
50) 王锡锌,「个人信息国家保护义务及展开」, p.152.

인정보를 처리하는 과정에서 개인의 존엄을 침해하는 것을 방어한다. 반면에 객관적 가치질서로서의 기본권의 기능은 국가로 하여금 기본권리의 실현을 돕고 촉진하도록 요구한다. 특히 기본권이 제3자로부터 침해를 받을 경우 국가는 그 침해 받은 기본권을 보호할 적극적 의무가 발생한다. 기본권의 이러한 기능은 개인정보보호권이 국가와 개인 그리고 제3자간의 관계를 처리함에 있어서 국가가 제3자로부터 개인의 존엄이 침해당하지 않도록 적극적으로 보호할 의무를 발생시킨다. 여기서 제3자는 외국의 침해자도 포함된다.[51] 이와 같이 헌법상의 개인정보보호권만이 공권, 사권 및 외국의 침해위험원에 동시에 대응할 수 있다. 중국 민법전 제111조와 개인정보보호법 제2조의 "어떠한 조직이나 개인도 개인정보의 권익을 침해할 수 없다"는 규정은 단지 민사권리로서의 규정이 아니라 헌법의 기본권리를 실현을 위한 규정이다.[52] 거시적 시각에서 헌법상 개인정보보호권이 개인정보보호법률체계를 통할하는 것으로 다음과 같은 내용을 상정할 수 있다.

가. 개인정보보호권리의 주관적 권리로서의 기능으로 공권력의 개인정보 침해 위험에의 대응

공권력의 주체가 개인정보를 처리하는 기본원칙이나 관련된 구체적 규범이 어떠하든 상관없이 모두 주관적 권리로서의 기능으로 해결할 수 있다. 중국 민법전 제1035조 제1항에 의하면 개인정보를 처리함에 있어서 법률이나 행정법규에 특별한 다른 규정이 있는 경우를 제외하고는 반드시 정보주체의 동의를 받아야 한다. 그러나 이것은 공권력 주체에게는 적용될 수 없다. 사인정보처리자는 법에 다른 규정이 없으면 정보주체의 열람 및 동의가 정보처리의 기본원칙이 되는 것이고, 반대로 공권력 주체로서의 정보처리자의 개인정보처리 활동은 법률의 수권을 통해서 하는 것이고, 정보주체의 열람과 동의를 기본원칙으로 하지 않는다. 정보주체의 동의가 있다고 하더라도 법률의 수권이 없으면 공권력 주체는 개인정보를 처리할 수 없다. 이러한 이유로 중국 개인정보보호법 제34조는 "국가기관이 법적 직무를 수행하기 위해 개인정보를 처리하는 경우에는 법률 및 행정법규에 규정된 권한과 절차에 따라 진행해야 하며, 법적 직무에 필요한 범위 및 한도를 초과해서는 안된다"고 규정하고 있다. 그리고 동법 제35조는 "국가기관은 법적 직무를 수행하기 위해 개인정보를 처리하는 경우, 본 법률의 규정에 따라 고지의무를 이행해야 한다"고 규정하고 있지만, 이는 법적 기초위에 동의를 요하는 내용을 추가한 것으로서 공권력 주체에게 개인정보처

51) 张翔,『基本权利的规范建构』, 高等教育出版社, 2008, pp.120-121.
52) 赵宏,「民法典的时代个人信息权的国家保护义务」,『经贸法律论坛,』, 第1期, 2021, pp.6-19.

리에 있어서 사적 처리자보다 좀더 높은 기준을 적용하고 있을 뿐이다.

또한 많은 구체적 규범들이 공권력 주체의 개인정보호보의 공법상 의무와 책임을 설정하고 있다. 예를 들면, 중국 민법전 제39조는 “국가기관, 행정기능을 담당하는 법정기관 및 그 직원은 직무수행 중 알게된 개인정보의 비밀을 지켜한다”고 규정하고 있으며, 중국 형법 제253조의1도 “국가의 규정에 위반하여 직무수행 중 취득한 공민의 개인정보를 유출하거나 불법적으로 타인에게 제공하면 형사책임을 진다”고 규정하고 있다. 또한 중국개인정보보호법 제68조도 “국가기관이 본 법률에 규정된 개인정보보호 의무를 이행하지 않을 경우, 상급기관 또는 개인정보보호 직무수행 부서에서 시정을 명한다. 직접 담당하는 자와 직접적인 책임이 있는 자는 법에 따라 처분한다”고 규정하고 있다. 이외에도 주민신분증법 제13조, 출입국관리법 제29조, 네트워크안전법 제45조, 전자상거래법 제25조, 사회보장법 제92조, 의료보장기금사용감독조례 제32조 등 많은 개별법에서 구체적으로 공권력 주체의 개인정보보호의 공법상 의무와 책임을 규정하고 있다.

그러나 중국 현행법은 헌법상 개인정보보호권의 주관적 권리를 실현함에 있어서 다음과 같은 문제점들이 있다. 첫째, 중요한 영역에 있어서 중국 법은 공권력 주체의 개인정보보호 의무를 소홀히 다루고 있다.[53] 둘째, 중국 개인정보보호법 이외에 대다수의 법은 단지 공권력 주체의 개인정보보호 의무만을 설정하고 있고, 개인정보의 수집, 보존, 사용, 가공, 제공, 공개 등의 활동에 대해서는 구체적으로 규정하지 않고 있다. 셋째, 중국 법은 공권력 주체의 개인정보보호에서의 특수성을 충분히 반영하지 못하고 있다. 즉, 공권력 주체로서의 정보처리자와 사인의 정보처리자에 대한 정보주체가 가지는 수단적 권리가 다름에도 불구하고 개인이 국가기관의 정보처리자가 가지고 있는 수단적 권리에 대한 특별한 고려가 없다는 것이다.

상술한 바와 같이 중국의 현행법으로 헌법상 개인정보보호권의 주관적 권리의 기능을 실질적으로 실현시킬 가능성이 매우 희박하기 때문에 공권력 주체로서의 정보처리자에 대한 전문입법을 제정하여 정보처리의 원칙, 의무, 정보주체의 수단적 권리, 불법적 침해에 대한 책임 등을 구체화할 필요가 있다. 또한 행정심판, 행정소송 및 국가배상 등 권리구제 영역까지 확대해서 국가의 개인정보보호체계에 대한 부족한 부분을 보완할 필요가 있다.

---

53) 가장 대표적인 것이 2019년 개정된 정부정보개정조례 제15조이다. 이 조항은 2008년 제정된 프라이버시권을 공개예외로 하는 규정 내용을 그대로 유지하고 있을 뿐, 개인정보보호에 관해 전혀 언급을 하지 않고 있다. 또한 2021년 개정된 행정처벌법 제50조도 개인정보보호에 관련된 어떠한 언급도 하지 않고 있다.

나. 개인정보보호권의 객관적 가치질서로서의 기능의 사인 및 국외의 개인정보 침해위험원에 대한 대응

객관적 가치질서로서의 기본권리는 세 가지의 기능을 가지고 있다. ① 제도적 보장 기능[54]; 입법자는 관련 법률제도를 만들어 기본권리의 내포된 내용을 구체화 하여, 기본권리의 보장을 위한 제도적인 지원을 해야 한다.[55] ② 조직과 절차의 보장 기능; 적합한 조직과 절차를 만들어 기본권리의 보장을 실질화 한다.[56] ③ 침해방지 기능; 구체적인 제도를 만들고 이러한 제도의 운영을 통해서 개인이 제3자로부터 침해를 받지 않도록 보호한다.[57] 중국의 현행 개인정보보호법은 모두 이러한 기능하에서 해석될 수 있다.

먼저, 기본권의 객관적 가치질서로서 제도적 보장 기능에 관한 법규범의 내용을 구체으로 보면; 2012년 전국인민대표대회 상무위원회에서 제정한 '네트워크정보강화를 위한 결정'은 "국가는 공민개인신분을 식별할 수 있거나 공민 개인의 프라이버시권과 관련된 전자정보를 보호해야 한다"고 규정함으로서 기본권의 객관적 가치질서로서의 제도적 보장의 기능을 구체화 하였고, 이후 중국의 형법, 민법전, 네트워크안전법, 데이터안전법 등이 개인정보보호를 위한 기본권의 객관적 가치질서로서의 제도적 보장 기능을 구체화 하고 있으며, 중국 개인정보보호법 제11조도 "국가는 완비된 개인정보보호제도를 확립한다"고 명확하게 규정하여 기본권의 객관적 가치질서로서의 제도적 보장 기능을 구체화 하고 있다. 다음으로 기본권의 객관적 가치질서로서 조직과 절차적 기능에 관한 법규범의 내용을 구체적으로 보면; 중국 개인정보보호법 제60조는 "국가 인터넷 정보부서는 개인정보보호업무 및 관리감독 관련 업무에 대해 총괄하고 조정을 담당한다. 국무원의 관련부서는 본 법률과 관련된 법률, 행정법규 규정에 따라 각자의 직무범위 내에서 개인정보보호 및 관리감독 업무를 담당한다"고 규정하여 기본권의 객관적 가치질서로서의 조직과 절차적 보장 기능을 구체화 하고 있다. 이 조항이 비록 관리감독이라는 의미가 있지만, 본질적인 의미는 조직기구를 설립하여 개인정보권을 보호한다는 것이다. 마지막으로 기본권의 객관적 가치질서로서 침해방지 기능에 관한 법규범의 내용을 구체적으로 보면; 개인정보보호영역에서 이미 확립된 민법상 불법행위, 행정감독 및 형사처벌제도는 모두 그 취지는 개인정보가 타인으로부터 침해 받지 않도록 보호하는 것이다. 그리고 중국 개인정보

54) 제도적 기본권 즉, 기본권은 제도로서의 기본권을 의미하며, 제도보장은 중요한 제도를 헌법이 보장하는 것을 의미한다.
55) 欧爱民,「德国宪法制度性保障的二元结构及其对中国的启示」,『法学论坛』, 第2期, 2008, p.120.
56) 于文豪,『基本权利』, 江苏人民出版社社, 2016, p.47.
57) 于文豪,『基本权利』, p.48.

보호법 제3조 국외의 효력규정, 동법 제12조 “국가는 개인정보보호 국제규칙의 제정에 적극적으로 참여하고, 개인정보보호 분야에서의 국제교류 및 협력을 촉진한다”는 규정, 동법 제3장(제38조-제43조)의 개인정보 국외 제공 규칙은 국가는 국내 정보주체가 국외로부터의 침해를 받지 않도록 보호하는 의무를 실질화 하고 있다.

중국의 헌법상 개인정보보호권의 객관적 가치질서로서의 기능을 어떻게 구체화 시킬 수 있는 것인가는 입법부의 자유재량에 속하지만, 다음과 같은 내용을 고려해야 한다.

① 헌법권리와 법적 권리의 상호작용성의 유지. 이는 기본권의 간접적 제3자적 효력으로부터 도출되는 것이다.[58] 상술한 바와 같이 중국헌법상 개인정보보호권은 기본권의 객관적 가치질서로서의 제도적 보장 기능을 통해서 민법, 경제법, 행정법에서 실현되는 것이고, 이것이 개별법상의 개인정보보호권이 되는 것이다. 이러한 의미에서 법적 권리는 헌법적 권리를 구체화 하는 것이다. 최근 중국의 일부 학자들은 기본권의 제3자적 효력을 비판하고 있는데, 그 주요한 이유는 기본권은 원래 국가와 공민간의 관계에 관한 것이며, 헌법권리와 민법권리는 조정대상·규범정도·권리내용·권리목적 등의 있어서 매우 다르기 때문에 공민과 공민의 관계를 해결하면 불일치를 가져오며 심지어 사적자치를 훼손할 수 있다는 것이다.[59] 이것은 사적주체에 대응하는 개인정보보호권과 공권력 주체에 대응하는 개인정보보호권을 구분하고, 공권력 주체에 대응하는 개인정보보호권에 대한 특별한 규정이라는 것을 의미하지만, 헌법상 개인정보보호권의 객관적 규범가치질서로서의 기능을 형해화 하는 것은 아니다. 왜냐하면 그 자체로써 일정한 가치가 있기 때문에 가치방사를 통해서 사법관계에 간접적인 제3자효를 발생시킬 수 있으며, 민법 등 개별법의 독자적인 형성의 여지를 존중한다는 전제하에 개별법이 헌법의 틀내에서 형성의 자유를 행사하도록 요구하기 때문에 헌법과 개별법상의 개인정보보호권은 서로 다르게 실현되는 것이다.[60]

② 개인정보 침해위험원에 대한 완전한 적용범위 실현. 이는 개별법이 기본권리를 보호하는 과소금지원칙으로부터 도출되는 것이다.[61] 헌법상 개인정보보호권만이 각종 개인정보 침해위험원에 대응할 수 있으며, 이에 대한 구체적인 실행은 개별법에 의한다. 침해위험원으로는 공권력 주체, 사인주체 및 국외주체가 있다. 그리고 침해위험원으로서의 사인주체는 정보주체와의 관계는 세 가지 유형이 존재한다; ⓐ 불평등 관계하에 있는 사인정보처리자. 이에 대한 전형적인 예가 바로 고용주다. 고용주

58) 张善斌,「民法人格权和宪法人格权的独立与互动」,『法学论坛』, 第6期, 2016, pp.57-58.
59) 黄宇骁,「论宪法基本权利对第三者无效力」,『清华法学』, 第3期, 2018, p.189.
60) 张翔,「宪法与部门法的三中关系」,『中国法律评论』, 第1期, 2019, pp.27-28.
61) 陈征,「论部门法保护基本权利的义务及期待解决的问题」,『中国法律论坛』, 第1期, 2019, pp.53-55.

로서의 사인정보처리자는 피고용자인 정보주체에 대한 정보권력을 가지고 있을 뿐만 아니라,[62] 고용관계에서 지배적 지위에 있다. ⓑ 준평등관계하에 있는 사인정보처리자. 즉, 상품이나 서비스를 제공하는 사인정보처리자가 이에 속한다. 이들은 소비자로서의 정보주체에 대한 정보권력을 가지고 있지만, 고용주와 같은 지배적 지위는 없다. ⓒ 평등관계하에 있는 사인정보처리자. 평등관계하에 있는 사인정보처리자는 정보주체에 대한 정보권력을 가지고 있지 않지만 개인정보를 침해할 가능성을 항상 가지고 있다. 이에 대한 가장 전형적인 것이 바로 해커다.

기본권리보호의 과소금지원칙을 실현하기 위해서는 개인정보보호를 위한 법제도는 모든 유형의 개인정보 침해위험의 주체와 행위를 포함시켜야 한다. 각 개별법률이 공동의 목표하에서 각각의 지위와 책임을 가지고 헌법상 개인정보보호권을 형성하고 보호한다면, 현재 중국 학계에서 논의되고 있는 개인정보보호권의 기본법으로서 법이 민법전인지 아니면 개인정보보호법인지에 관한 다툼의 실익이 없게 된다.

### 다. 개인정보보호수단의 적합성 모색

이는 기능적합성의 원칙으로부터 도출되는 것으로, 이 원칙은 국가가 정책결정을 함에 있어서 정확성과 합리성을 지향하도록 하여, 국가가 더욱 효율적으로 운영되고, 국가의 모든 임무가 더욱 타당성을 가지고 실현되도록 하는 것이다.[63] 개인정보보호권의 객관적 가치질서로서의 성격은 국가가 적극적으로 보호의무를 이행하도록 하며, 기능적합성의 원칙은 국가가 합리적이고 효율적으로 이러한 의무를 이행하도록 한다. 상술한 각각의 개인정보 침해위험원에 대한 각 개별법상의 보호는 상호결합을 통하여 기능적합성의 원칙을 실현한다. 개인정보보호입법의 세 가지 집행수단 즉, 공공집행, 사인집행 및 사회집행은 기능적 합리성의 원칙에 부합해야 한다.

첫째, 공공집행이란 공권력 기관의 감독, 집행, 처벌 등을 의미한다. 사인정보처리자의 기술과 자본의 비교우위성으로 인해 정보주체는 자신의 권리를 지키는 것이 쉽지 않기 때문에 행정감독기관의 공공집행이 개인정보보호법의 주요한 집행수단이 된다. 이러한 이유로 중국 개인정보보호법 제5장은 개인정보처리자의 의무를 상세하게 규정하였고, 그 목적은 공법상 정보처리자로 하여금 규정을 준수하도록 하고, 이에 위반한 경우 고액의 벌금과 영업정지 등 공공집행 수단을 위한 법적 근거를 마련하기 위한 것이다. 그러나 공공집행은 자체적 한계로 인해 개인정보처리자가 종종 기술적 우위를 이용해 행정감독을 피하는 탈법이 발생한다. 따라서 행정법상 내부통제

62) 王锡锌,「个人信息国家保护义务及展开」, p.154.
63) 张翔,「我国国家配置原则的功能主义解释」,『比较法研究』, 第3期, 2018年, pp.149-150.

이론을 기초로하여[64] 중국 개인정보보호법 제58조에 “중요 인터넷 플랫폼에 서비스를 제공하고, 이용자 수가 매우 많고, 업무 유형이 매우 복잡한 개인정보처리자”에 특별의무를 부과하는 규정을 두어 행정감독 기능을 강화함으로써 기능적합성의 원칙을 실현하고 있다.

둘째, 사인집행이란 개인권리보호소송을 말한다. 사인집행은 공공집행에 비해서 데이터 권력을 가지고 있는 개인정보처리자에 대한 증거확보가 어렵고, 소송비용이 많이 들고, 배상액이 낮다는 한계가 있다.[65] 중국 개인정보보호법 제69조는 개인정보권리의 과실추정책임을 명확하게 규정하여 사인집행의 강화함으로써 기능적합성의 원칙을 실현하고 있다. 그러나 전술한 바와 같이 개인정보침해 주체가 반드시 데이터 권력을 가지고 있는 것은 아니다. 개인정보침해 주체 중 평등관계에 있는 침해 주체에 대해서는 과실추정책임의 원칙은 필요하지 않다. 따라서 민법학계는 개인정보권리침해의 이원귀책원칙을 제시하여, 자동화 시스템을 사용한 권리침해자와 자동화 시스템을 사용하지 않은 권리침해자를 구분하고, 전자에 대해서는 과실책임추정의 원칙을 적용하고, 후자에 대해서는 일반과실책임의 원칙을 적용해야 한다고 한다.[66] 이를 통해서 기능적합성의 원칙을 실현한다는 것이다. 그리고 민법상 권리침해 소송 이외에도 형사법상 개인 기소도 개인정보보호의 사인집행에 포함된다.

셋째, 사회집행이란 공권력 기관과 공민개인 이외의 사회조직을 통해서 개인정보보호법을 집행하는 것이다. 사회집행은 공권력 기관의 감독보다는 비용이 적고, 사적 권리보호에 비해서 훨씬 더 강력하다. 사회집행은 공권력 기관의 감독과 사적 권리보호의 부족한 점을 보충해 주기 때문에 기능적합성의 원칙에 부합한다. 중국 개인정보보호법 제70조는 “개인정보처리자가 본 법률의 규정을 위반하여 개인정보를 처리함으로써, 다수의 개인의 권익을 침해한 경우, 인민검찰원, 법률이 규정한 소비자조직, 국가인터넷정보부가 확정한 기구는 법에 따라 인민법원에 소송을 제기할 수 있다”고 규정하고 있다.

### (4) 중국헌법상 개인정보보호권의 한계

개인정보보호권은 절대적인 권리가 아니고 상대적 권리이기 때문에 어느 정도 제한을 받지만, 그러한 제한 자체도 일정한 한계가 있다. 기본권리 제한의 한계는 형식

64) 程莹, 「元规制模式下的数据保护与算法规制——以欧盟‘通用数据保护条例’为研究样本」, 『法律科学』, 第4期, 2019, p.48.
65) 张新宝, 「[民法总则]个人信息保护条文研究」, pp.72-73.
66) 叶名恰, 「个人信息的侵权保护」, 『法学研究』, 第4期, 2018年, pp.94-95.

적 한계와 실질적 한계가 있다. 법률유보의 원칙이 형식적 한계로서 작동을 하는 것이고, 비례의 원칙이 실질적 한계로서 작동을 한다.[67] 따라서 개인정보보호권은 개인정보처리를 완전히 금지하는 것이 아니라, 개인정보처리 활동이 법정조건과 비례원칙에 부합하도록 하여 개인의 존엄을 확보하는 것이다. 이러한 관점에서 중국 개인정보보호법률은 다음과 같은 해석을 할 수 있다.

먼저, 중국 민법전 제1035조는 개인정보를 처리함에 있어서 반드시 합법적 원칙을 준수하도록 규정하고 있다. 중국 개인정보보호법 제5조도 "개인정보처리는 합법, 정당, 필요, 성실의 원칙에 따라야 한다"고 규정하여 합법적 원칙을 준수하도록 규정하고 있으며, 동법 제13조는 개인정보를 처리할 수 있는 7개의 사항을 열거하여 개인정보처리자가 합법적으로 처리할 수 있는 기준을 제시하고 있다. 중국 네트워크안전법 제41조도 네트워크운영자는 법률과 행정법규의 규정에 따라 그들이 보존하고 있는 개인정보를 처리하도록 규정하고 있다.

다음으로 중국 민법전 제1035조는 개인정보처리는 정당성과 필요성의 원칙을 준수해야 하며, 과도한 처리를 해서는 안된다고 규정하고 있다. 중국 개인정보보호법 제6조도 "개인정보처리는 목적이 명확하고 합리적이어야 하며, 처리 목적과 직접 관련이 있어야 하고, 개인의 권익에 최소한의 영향을 미치는 방식을 취해야 한다. 개인정보를 수집할 때에는 처리 목적을 실현하기 위한 최소한의 범위에 제한되어야 하고, 개인정보를 과도하게 수집해서는 안된다"고 규정하고 있으며, 동법 제13조도 개인정보처리를 법적 직무 및 의무의 이행, 계약의 체결 및 이행에 필요한 경우, 돌발적인 공공위생사고 등 법의 목적에 필요한 범위 내로 한정하고 있다. 또한 동법 제26조도 "공공장소에 이미지 수집, 개인신분 식별설비를 설비를 설치하는 경우 필요한 조치를 취해야 하며, 수집한 개인의 이미지, 신분 식별정보는 오직 공공의 안전보호를 목적으로만 사용될 수 있다"고 규정하고 있다. 이러한 규정들은 모두 과잉금지의 원칙을 실현하고, 개인정보처리에 있어서 비례원칙의 한계를 넘지 못하도록 하고 있다.

그러나 현실적으로 법률유보의 원칙과 비례의 원칙의 한계를 위반하여 개인정보보호권을 침해하는 상황들이 존재하고 있다. 예를 들면, 2020년 9월 소주(苏州)성 정부는 종합문명지수가 하한 이하로 떨어진 자에 대한 경고와 처벌 및 외국인의 유입 누계 지원서비스 전자증명을 위한 "소주(苏州) 문명코드" 추진하였다. 그러나 이러한 개인정보처리행위는 어떠한 법률이나 행정법규의 근거도 없는 것이었다. 또한 법적 근거가 있으나 모종의 정보처리행위가 비례원칙에 부합하지 않는 경우가 있다. 하나는 목적의 정당성이 부족한 경우이다. 비례원칙은 기본권리를 제한함에 있어서 반드

67) 赵宏,「限制的限制: 德国基本权利模式的内在机理」,『法学家』, 第2期, 2011, pp.160-163.

시 목적의 정당성이 있어야 한다. 즉, 목적 자체가 합헌적이어야 한다.[68] 예를 들면, 중국 간부인사파일업무조례 제13조와 기업인사파일업무관리규정 제17조는 어떠한 개인도 보인파일을 열람할 수 없다고 규정하고 있다. 인사파일은 대량의 개인정보를 포함하고 있기 때문에 개인은 당연히 열람권이 있어야 한다. 그러나 중국의 인사파일 규정에 본인 열람권을 박탈한 것은 혁명운동시기의 경험, 핵심간부와 조직 및 국가안전의 보장하기 위해 필요하다고 인식하고 있기 때문이다.[69] 오늘날 개인의존도가 높은 이러한 제도적 장치는 국가는 인격을 존중하고 보장해야 한다는 헌법적 명령하에서는 이미 그 목적의 정당성을 잃었기 때문에 시급히 개정할 필요가 있다. 다른 하나는 필요성의 범위를 넘는 경우가 있다. 비례원칙은 정당한 목적을 달성하기 위한 수단으로 기본권을 제한하는 것이다. 2019년 코로나 19가 발발한 이후, 중국 각 지방정부는 전염병 감독통제를 데이터화 하는 중요한 수단으로 개인건강코드시스템을 만들었다. 그러나 코로나 19의 예방과 통제가 일상적인 상태로 진입함으로 인해서, 각 지방정부는 건강코드를 어떻게 일상적인 상태로 사용할 것인가에 대한 생각을 하게 되었다. 항주(杭州)는 건강코드를 전자의무기록, 건강검진, 생활관리 관련 데이터로 통합을 하여 개인건강지수차트를 만들었고, 심지어 지역사회, 기업 등의 건강진단을 평가하기도 하였다.[70] 이와 같은 개인정보의 수집과 사용은 방역의 필요성을 넘어서서 비례원칙을 위반한 것이다.

## 4. 맺으며

오늘날과 같이 고도로 발전하는 지능정보사회에서 개인정보의 이용과 활용은 필수적으로 요청되고, 개인정보의 경제적 가치는 지속적으로 상승하게 될 것이기 때문에 지능정보기술의 특성상 개인정보의 침해가 중요한 문제가 된다. 따라서 개인정보의 보호와 이용의 합리적인 균형을 찾기 위해서는 개인정보의 개념을 명확히 할 필요가 있다. 개인정보 보호법의 적용 여부가 개인정보의 법적 정의에 해당하는지에 따라 결정되기 때문이다. 만약 개인정보보호법상 개인정보의 개념적 요건을 좁게 해석하면 개인정보의 보호범위가 축소되어 지능정보사회의 요구에 부합한 관련 사업의 활성화를 도모 할수 있지만, 개인정보주체의 권리보호가 약화될수 있다. 그러나 반대인

68) 刘权,「目的正当性与比列原则的重构」,『中国法学』, 第4期, 2014, pp.135-136.
69) 陈潭,『单位身份的松动: 中国人事档案制度研究』, 南京大学出版社, 2007, pp.66-68.
70) 徐超轶, “渐变的健康码还是变质的健康码?”, https://baijiahao.baidu.com/s?id=1667901447095530059&wfr=spider&for=pc [2023.01.04.]

경우에는 정보주체의 권리에 유리할 수 있지만, 지능정보사회에서 필요로 하는 적정한 수준의 개인정보 이용을 저해할 수도 있다.

앞에서 살펴본 바와 같이 개인정보보호법상 개인정보의 개념 정의는 EU의 GDPR의 영향력이 막대하여 우리나라를 비롯한 세계의 대다수 국가가 보편적으로 GDPR의 개념 정의, 즉 개인식별가능정보가 개인정보 보호법의 적용 대상이 되는 개인정보라는 개념정의를 수용하고 있으며, 중국도 국제적 수준에 맞게 EU의 개념정의와 거의 동일하게 규정하고 있다. 단 우리나라 개인정보보호법은 연령에 따른 개인데이터의 성격을 분류하여 다루지 않고 특례규정(제39조의3의 제4항 및 5항)을 두어 미성년자 개인정보를 보호하고 있는 반면에 중국개인정보보호법은 만14세 미만의 미성년자 개인정보를 제2절(제28조~제32조) 민감정보로 분류하고 좀더 두텁게 규정하고 있다. 미국도 2022년 6월 발의된 연방 개인정보보호법안에 17세 미만의 미성년자 개인데이터를 민감정보로 분류하고 있다. 미성년자의 자신의 개인정보에 대해 주인으로서의 권리를 행사하고 안전하게 보호받을 수 있는 좀 더 좋은 환경을 조성하기 위해 참고할 만한 가치가 있다고 생각된다.

개인정보보호권은 하나의 새로운 형태의 권리로 지능정보화 사회에서 개인정보의 무형의 물질적 재산권익 및 정보주체의 인격적 이익을 보호하는 것은 매우 중요하다고 할 것이다. 따라서 오늘날 개인정보의 과제는 기본적 인권이라는 관점에서 파악되고 있으며, 세계의 많은 나라들이 성문헌법에 개인정보보호권리를 직접 규정하거나 헌법해석의 방법으로 개인정보보호권리를 도출하고 있다.

중국은 우리나라와 마찬가지로 헌법에 명시적 규정을 두고 있지 않다. 우리나라는 헌법해석을 통해서 개인정보보호권을 기본권리로 인정하고 있으며, 이에 대한 특별한 이론이 없고 단지 근거 조항에 대한 이론, 즉 헌법 제10조 인간의 존엄과 행복추구권, 헌법 제17조 사생활의 비밀과 자유 및 헌법 제18조 통신의 자유 등 개인정보보호권을 도출해 내는 근거조항에 대한 이론이 있다. 반면 중국학계에서 개인정보권의 법적 성질에 관해 소유권설, 프라이버실설, 인격권설, 기본권설 등 다양한 이론들이 제기되고 있으며, 특히 중국은 우리나라처럼 헌법재판소가 없기 때문에 개인정보권을 헌법상 기본권으로 인정하는 것은 합리적이지 않고 민사적 권리로 보는 것이 타당하다는 견해가 주류를 이루고 있다.

그러나 개인정보보호권을 단지 민사권리로만 인정한다면 공공의 정보처리자에 대해서 대응을 할 수 없을 뿐만 아니라 국가의 개인정보에 대한 보호의무도 책임지울 수 없게 된다. 헌법상 기본권리는 주관적 공권으로서의 성격과 객관적 가치질서로서의 성격을 동시에 갖기 때문에 한편으로는 공권력에 대응하고, 다른 한편으로는 국가로 하여금 기본권리를 실현하도록 요구할 수 있다. 즉, 헌법상 기본권으로서의 개

인정보보호권만이 공권 및 사권에 동시에 대응할 수가 있다. 따라서 개인정보보호권을 국가의 최고규범으로서의 헌법상의 기본권으로 당연히 인정되어야 한다. 상술한 바와 같이 중국헌법 제33조 내지 38조의 해석을 통해서 기본권으로서의 개인정보보호권을 충분히 도출해 낼 수 있다.

개인정보보호권은 헌법상 기본적 가치에 속하는 것으로서 중국학계에서 개인정보보호권의 기본권리성에 대한 이론적 논의는 매우 의미가 있다고 할 것이다. 헌법은 국가의 근본법으로서 모든 국가권력을 구속하기 때문에 개인정보보호권이 기본권으로서의 법적지위가 인정된다면 중국정부 및 공민의 개인정보보호권에 대한 인식의 변화도 가져올 것으로 생각된다. 또한 헌법상 기본권으로서의 개인정보보호권이 민법, 형법, 행정법 등 구체적인 개별법들을 체계화함에 있어서도 실질적인 영향을 미칠 것이다.

## 【참고문헌】

<단행본>

陈　潭,『单位身份的松动: 中国人事档案制度研究』, 南京大学出版社, 2007.

于文豪,『基本权利』, 江苏人民出版社社, 2016.

张　翔,『基本权利的规范建构』, 高等教育出版社, 2008.

「논문>

김나루,「빅 데이터 활용과 개인정보보호체계의 재구축을 위한 헌법적 고찰」, 숙명여자대학교 박사논문, 2017.

김민성,「개인정보의 정의와 개인정보보호문제 – '개인정보'에 관한 헌법적 및 비교법적 분석을 중심으로」,『연세의료·과학기술과 법』, 제6권 제1호, 연세대학교 법학연구원 의료·과학기술과 법센터, 2015.

김민우,「개인정보의 개념과 그 보호에 관한 헌법적 연구」, 성균관대학교 박사논문, 2021.

남정아,「미국의 최근 개인정보보호법제 동향에 관한 고찰」,『유럽헌법연구』, 제31호, 2019.

이대희,「개인정보 개념의 해석 및 범위에 관한 연구」,『고려법학』, 제79호, 고려대학교 법학연구원, 2015.

이창범,「캘리포니아 소비자 프라이버시법(CCPA) 시행 함의와 전망」,『KISO 저널』, 제38권, 한국인터넷자율정책기구, 2020.

이희경,「중국인터넷 공간에서 보편적 가치의 실현 가능성」,『중국학』, 제71집, 대한중국학회, 2020.

정한신,「빅데이터 환경에서 개인정보보호에 관한 헌법적 연구」, 부산대학교 박사논문, 2015.

赵　宏,「限制的限制: 德国基本权利模式的内在机理」,『法学家』, 第2期. 2011.
_____,「民法典的时代个人信息权的国家保护义务」,『经贸法律论坛』, 第1期, 2021.
陈　征,「论部门法保护基本权利的义务及期待解决的问题」,『中国法律论坛』, 第1期, 2019.
程　啸,「论我国民法中个人信息权益的性质」,『政治与法律』, 第8期, 2020.
程　莹,「元规制模式下的数据保护与算法规制——以欧盟'通用数据保护条例'为研究样本」, 『法律科学』, 第4期, 2019.
高秦伟,「个人信息的概念之反思和重望」,『人大法律评论』, 第1期, 2019.
黄宇骁,「论宪法基本权利对第三者无效力」,『清华法学』, 第3期, 2018.
井慧宝·常秀妍,「个人信息概念的厘定」,『法律适用』, 第3期, 2011.
李伟民,「个人信息权性质之辩与立法模式研究——以互联网新型权利为视角」,『上海师范大学学报』, 第3期, 哲学社会科学版, 2018.
林来梵,「民法典编纂的宪法学透析」,『法学研究』, 第4期, 2016.
刘　权,「目的正当性与比列原则的重构」,『中国法学』, 第4期, 2014.
梅夏英,「数据的法律属性及其民法地位」,『中国社会科学』, 第9期, 2016.
欧爱民,「德国宪法制度性保障的二元结构及其对中国的启示」,『法学论坛』, 第2期, 2008.
谢立斌,「中德比较宪法视野下的人格尊严-兼与林来梵教授商榷」,『政法论坛』, 第4期, 2010.
石佳友,「网络环境下的个人信息保护立法」,『苏州大学学报』, 第6期, 哲学社会科学版, 2012.
孙　平,「政府巨数据库时代的公民隐私权保护」,『法学』, 第7期, 2007.
童之伟,「法无授权不可为的宪法学展开」,『中外法学』, 第3期, 2018.
王　锴,「基本权利保护范围的界定」,『法学研究』, 第5期, 2020.
_____,「论宪法上的一般人格权及其对民法的影响」,『中国法学』, 第3期, 2017.
王利明,「论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心」,『现代法学』, 第4期, 2013.
_____,「论个人信息权在人格权法中的地位」,『苏州大学学报』, 第6期, 哲学社会科学版, 2012.
王锡锌,「个人信息国家保护义务及展开」,『中国法学』, 第1期, 2021.
徐　美,「在谈个人信息保护路轻——以[民法总则]第111条为出发点」,『中国政法大学学报』, 第5期, 2018.
姚岳绒,「论信息自决劝作为一项基本权利在我国的证成」,『政治与法律』, 第4期, 2012.
严鸿雁,「论个人信息权益的民事权利性质与立法路径——兼评[个人信息保护法」]专家建议稿)的不足」,『情报理论与实践』,第4期, 2013.
杨立新,「个人信息: 法益抑或民事权利——对[民法总则]第111条规定的个人信息之解读」,『法学论坛』, 第1期, 2018.
叶名恰,「个人信息的侵权保护」,『法学研究』, 第4期, 2018.
张善斌,「民法人格权和宪法人格权的独立与互动」,『法学论坛』, 第6期, 2016.
张　翔,「宪法与部门法的三中关系」,『中国法律评论』, 第1期, 2019.
_____,「我国国家配置原则的功能主义解释」,『比较法研究』, 第3期, 2018.
张新宝,「[民法总则]个人信息保护条文研究」,『中外法学』, 第1期, 2019.

周汉华,「个人信息保护的法律定位」,『法商研究』, 第3期, 2020.

<기타자료>

개인정보보호위원회,「개인정보보호법령 및 지침」,『고시해설서』, 2020.

이창범,「한·일 개인정보보호법의 비교법적 분석」, 한국정보법학회정기세미나 발표자료,『한국정보법학회』, 2022.

徐超轶, “渐变的健康码还是变质的健康码?”, https://baijiahao.baidu.com/s?id=1667901447095530059&wfr=spider&for=pc [2023.01.04.]

# 【논문초록】


| 키워드 Key Words | 중문 | 个人信息, 个人信息保护权, 个人信息保护的法律概念, 个人信息保护权的法律性质, 基本权 |
|---|---|---|
| | 영문 | Personal information, Personal information protection rights, Legal concept of personal information, Legal character of personal information protection rights, basic rights |


**A Study on The Legal Character of The Personal Information Protection Rights under China's Personal Information Protection Law**

Lee Sung-Yeon


China's Personal Information Protection Act actively accepts the main contents of the GDPR of the EU, and the definition of personal information, the subject and scope of application, the basic principles of personal information processing, the legality of processing, and the rights of the information subject are in accordance with international standards.

Since the personal information protection rights is a new type of right, it is very important to protect the intangible material property rights of personal information and the personal interests of information subjects. Today, the task of personal information is identified from the perspective of basic human rights, and many countries around the world directly stipulate the personal information protection rights in the written constitution or derive the personal information protection rights through constitutional interpretation. However, few of the Chinese scholars believe that the personal information protection rights should be recognized as a fundamental rights under constitution, and most of them believe that it is appropriate to view it as a civil right.

Since fundamental rights under the Constitution have both the character of a subjective public authority and the character of an objective norm, it can respond to public authority on the one hand and demand the state to realize fundamental rights on the other hand. Through the interpretation of Articles 33 and 38 of the Chinese Constitution, the personal information protection rights as a basic rights can be sufficiently derived. It is hoped that the personal information protection rights will be strengthened as a fundamental rights under the Constitution and the personal information system can be completed based on the personal information protection rights as a fundamental rights under the Constitution.



| 저 자 | 이성연 / 李星燕 / Lee Sung-Yeon | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 논문작성일 | 투 고 일 | 2023.07.13. | 심 사 일 | 2023.09.03. | 게재확정일 | 2023.09.13. |