

지능정보사회에서 기본권보호의무와 기본권의 상충에 관한 연구*

- 기본권 보장을 위한 입법심사기준을 중심으로 -

문의빈**

【목 차】

I. 서론	
II. 지능정보사회에서 플랫폼에 의한 기본권 침해	IV. 기본권 보장을 위한 입법 기준으로서 과소보호금지원칙의 발전방향
1. 지능정보사회의 특징과 그 헌법적 의미	1. 과소보호금지원칙의 체계화
2. 플랫폼에 의한 기본권 보호법익의 침해	2. 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙의 병행적용
III. 사적 주체에 의한 기본권 보호법의 침해에 대한 논의	3. 개인정보자기결정권과 직업수행의 자유가 충돌하는 상황에서의 적용
1. 기본권 3각관계	V. 결론
2. 기본권의 상충	
3. 기본권보호의무	

【국 문 요 약】

지능정보사회는 정보통신기술의 발달로 사람들이 인터넷 플랫폼을 통해 정치적 의사 결정 및 경제활동을 하게 되는 사회를 의미한다. 지능정보사회에서는 플랫폼의 역할이 중요해지는데, 이 과정에서 사적 주체인 플랫폼에 의해 사람들의 기본권이 침해될 가능성이 높아지게 된다. 그동

* 이 글은 지도교수님이신 정재황교수님의 2007년 논문 “기본권의 상충에 관한 연구”에서 영감을 얻었기에 교수님의 논문 제목을 그대로 차용하여 교수님에 대한 존경과 감사를 표현하였습니다. 교수님의 정년퇴임을 축하드립니다.

** 법제처 사무관, 헌법박사, 변호사.

안 헌법 이론은 기본권의 상충 및 기본권보호의무를 통해 사적 주체에 의한 기본권의 침해와 그 구제를 다뤄왔다. 기본권의 상충 및 기본권보호의무는 국가가 개인의 기본권을 침해하는 양자적 관계에서 벗어나 사적 주체에 의한 기본권 관계에 국가가 개입하는 삼각관계로 설명될 수 있다. 그러나 이러한 기본권의 상충 및 기본권보호의무가 사적 주체에 의한 기본권의 침해를 어떻게 해결하는지, 그리고 사적 주체 사이의 기본권 관계를 규율할 때 어떠한 심사기준을 적용할 것인지에 대해서는 보다 심도있는 논의가 필요하다.

플랫폼에 의한 개인정보자기결정권 침해는 사적 주체 사이의 기본권 상충의 문제로 볼 수 있다. 또한, 거대 플랫폼과 개인이라는 비대칭적 관계 속에서 국가의 기본권보호의무라는 관점에서 검토가 필요하다. 따라서 본 연구에서는 사적 주체 사이의 기본권 상충을 국가의 피해자에 대한 기본권보호의무와 국가의 가해자에 대한 기본권 제한의 문제로 접근한다. 이를 해결하기 위한 방법으로 사적 주체 사이의 기본권 관계를 조정하는 입법심사기준으로 과소보호금지원칙의 기준을 재검토할 필요성이 있다. 이를 위하여, 약자인 개인의 기본권을 보다 두텁게 보장하기 위하여 과소보호금지원칙을 체계화하고, 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙을 함께 적용하는 방안을 제시한다.

I. 서론

최근 개인정보보호위원회는 구글과 페이스북과 같은 플랫폼들이 맞춤형 광고 사업을 위해 이용자의 행태정보를 무분별하게 수집하는 행위에 대하여 천문학적 과징금을 부과한 바 있다.¹⁾ 플랫폼은 인터넷 활동에 필수적인 서비스를 제공하면서 개인정보를 활용하여 막대한 수익을 얻어왔다. 이는 현행법인 개인정보보호법의 위반만이 문제되는 것이 아니라, 사적 주체에 의한 기본권 보호법익에 대한 침해라는 헌법적 쟁점을 발생

1) 최은정, “개인정보위, 구글·메타에 '역대 최대' 과징금 1000억 철회...맞춤 광고 제재 첫 사례”, 아주경제(2022. 9. 14.), <<https://www.ajunews.com/view/20220914145442070>> (2023. 3. 6. 확인).

시킨다. 즉, 플랫폼들은 수집한 개인정보를 활용하여 맞춤형 광고 등을 통해 새로운 부가가치를 창출하고 있는데, 그 과정에서 개인정보자기결정권이라는 헌법상 기본권이 플랫폼이라는 사적 주체에 의해 침해당하고 있는 것이다. 따라서, 기본권의 상충 및 기본권보호의무와 같은 기존 기본권 이론을 통해 플랫폼에 의한 기본권의 침해를 조명할 필요성이 높아지고 있다. 그동안 기본권은 주로 국가에 의해 침해된다고 설명되었으나, 플랫폼이라는 새로운 사적 권력에 의해 기본권이 침해되는 경우에 대해서도 기존의 이론을 적용할 수 있을 것인지 검토가 필요하다. 특히, 국가의 기본권보호의무가 기본권의 상충과 맞물려 국가-개인-플랫폼의 3각관계 속에서 어떻게 작용되어야 하고, 이를 위하여 기본권 침해에 대한 심사기준인 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙이 어떤 식으로 적용되어야 할 것인지 고민이 필요하다. 사인 간의 기본권이 서로 충돌하는 기본권의 상충은 개인의 개인정보자기결정권과 플랫폼의 직업수행의 자유 사이의 긴장 관계를 설명하는 데에 유용할 것이다. 뿐만 아니라, 플랫폼이 개인에 대해 갖는 우월적 지위로 말미암아 개인은 플랫폼의 기본권 침해를 감수해야 하는 입장에 처해있다. 이러한 비대칭적 관계를 극복하기 위해서는 국가의 적극적인 역할이 요구되는바, 이를 기본권보호의무를 통해 설명한다.

이처럼 지능정보사회에서는 개인정보를 수집, 처리하는 플랫폼들이 인터넷상의 권력자로서 개인의 기본권을 침해할 가능성이 높다. 따라서 본 논문에서는 지능정보사회에서 사적 주체에 의한 기본권 침해를 검토하기 위해 지능정보사회의 의미와 플랫폼의 지위에 대해 먼저 살펴본다. 다음으로 사적 주체에 의한 기본권 침해와 관련한 기존의 이론인 기본권의 상충과 기본권보호의무에 대해 살펴보고, 이러한 이론들이 이론에 그치는 것이 아니라 현실에서 어떻게 적용될 수 있을 것인지 검토한다. 마지막으로, 기존의 기본권 상충의 해결방법인 과잉금지원칙과 기본권보호의무를 심사하는 기준인 과소보호금지원칙을 개선함으로써 개인의 기본권을 보다 두텁게 보호할 수 있는 방안을 제시하고자 한다.

II. 지능정보사회에서 플랫폼에 의한 기본권 침해

1. 지능정보사회의 특징과 그 헌법적 의미

정보통신기술의 발달과 함께 등장한 인터넷은 사람들의 삶의 방식을 혁명적으로 바꿔왔다. 사람들은 인터넷을 통해 다양한 사회현상에 대한 정보를 얻고 다른 사람들과 의사소통을 할 뿐 아니라, 정치적 의사결정을 위한 선거운동이나 경제적 이익을 얻기 위한 투자활동을 하고 있다. 이처럼 인터넷이 인공지능이나 빅데이터와 같은 정보통신기술과 결합하여 정치, 경제, 사회 등 다양한 분야에서 보편적으로 활용되어 새로운 가치를 창출하는 사회를 지능정보사회라고 한다.²⁾ 따라서 지능정보사회는 “인공지능”과 “빅데이터”라는 지능정보기술로 특징지을 수 있다.³⁾

인공지능은 인간의 고유한 능력이라고 평가받던 인지 능력, 추론 능력, 학습 능력, 이해 능력 등을 기계가 갖추게 됨에 따라 기계가 인간의 고차원적 판단을 수행할 수 있게 되는 기술을 의미한다.⁴⁾ 인공지능은 기계가 독자적으로 판단하여 작업을 수행한다는 점에서 인간의 활동을 보조하는 수동적 역할에 그쳤던 기존의 정보통신기술과는 구분된다.⁵⁾ 이러한 인공지능 기술은 인간의 판단 능력을 대체하거나 초월할 수 있다는 점에서 인간의 존재 자체에 대한 본질적인 위협이 될 수 있을 것이다. 그러나, 인공지능에 의한 위협이 가까운 미래에 발생할 것이라고 예상되기는 하지만 현재까지 인공지능으로 인해 구체적인 기본권 침해가 발생하지는 않고 있다. 이에 반해, 빅데이터의 경우에는 개인정보의 수집, 처리 및 이용 등의 방식으로 플랫폼이 개인의 기본권을 침해하는데 활용되고 있어 이에 대한 검토가 필요하다.

2) 김배원, “지능정보사회와 헌법-인공지능(AI)의 발전과 헌법적 접근-”, 공법학연구 제21권 제3호, 비교공법학회, 2020, 70면.

3) 김배원, 위의 글, 71면; 김일환, “지능정보사회에서 헌법의 역할과 기능”, 성균관법학 제32권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2020, 39면.

4) 김일환, 위의 글, 44면.

5) 김민호 외 2인, “지능정보사회의 규범설정 기본원칙에 대한 고찰”, 성균관법학 제28권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2016, 300면.

빅데이터는 큰 규모의 데이터를 활용하여 작은 규모의 데이터에서는 불가능했던 새로운 통찰이나 새로운 형태의 가치를 추출해내는 것을 의미한다.⁶⁾ 데이터는 라틴어로 ‘사실로서 주어진다’는 뜻으로 오늘날 기록되거나 분석되거나 재정리되는 등 수량화할 수 있는 모든 것을 의미한다.⁷⁾ 2000년을 기준으로 전 세계에 저장된 데이터 중 25% 만이 디지털 데이터이고, 75%는 종이, 필름, LP 레코드 등 아날로그 방식으로 저장되어 있었다고 한다.⁸⁾ 그런데 2007년에는 데이터 중 93%가 디지털 데이터이고 아날로그 데이터는 7%에 불과하게 되었고, 이는 3년마다 두 배로 증가하는 디지털 데이터의 증가 속도 때문이었다.⁹⁾ 이러한 디지털 데이터의 증가는 컴퓨터의 저장 및 처리 능력의 향상과 인터넷을 통한 데이터의 무제한적 확산 및 재생산으로 가능해졌다.

데이터가 양적 또는 질적 속성을 나타내는 값을 의미한다면, 정보(Information)는 데이터가 수집되고 분석되어 해석의 과정을 거쳐 어떤 결정을 내리는데 적합한 형식으로 전환된 것을 의미한다.¹⁰⁾ 방대한 양의 데이터에 수학을 적용하여 확률을 추론하고 예측하도록 한다는 점에서 빅데이터는 지능정보사회에서 정보의 의미를 확인하고 새롭게 정보를 재생산하는 역할을 한다. 인터넷과 컴퓨터의 발달로 데이터가 기하급수적으로 증가함에 따라 사람들에게 지나치게 많은 정보가 주어지는 현상인 정보과부하¹¹⁾가 발생했다. 이러한 측면에서 지능정보사회는 정보의 매개자로서 정보를 유통시키는 역할을 하던 플랫폼들이 집적된 데이터를 수학적 모델을 통해 분석하고 예측하는 빅데이터를 활용하여 개인맞춤형 정보를 제공함으로써 사람들의 정보과부하 문제를 해소하고 그 과정에서 수익을 얻는 사회라고도 할 수 있을 것이다. 아래에서는 지능정보기술 중 플랫폼의 빅데이터 기술에 의한 개인정보자기결정권의 침해를 중점적으로 다루도록 한다.

6) 빅토르 마이어 쇤베르거·케네스 쿠키어(이지연 옮김), 「빅데이터가 만드는 세상」, 21세기 북스, 2013, 19면.

7) 빅토르 마이어 쇤베르거·케네스 쿠키어, 위의 책, 147면.

8) 빅토르 마이어 쇤베르거·케네스 쿠키어, 위의 책, 22면.

9) 빅토르 마이어 쇤베르거·케네스 쿠키어, 위의 책, 22-23면.

10) 박아란 외 2인, 「디지털 플랫폼과 인터넷 뉴스 이용」, 한국언론진흥재단, 2021, 7면.

11) 정보의 폭발적인 증가로 사람들이 너무 많은 정보로 인해 합리적인 의사결정을 하기 어렵게 되는 상황을 의미한다. Alvin Toffler, *Future Shock*, Bantam, 1970, pp.350-354.

2. 플랫폼에 의한 기본권 보호법익의 침해

플랫폼(platform)은 원래 역에서 기차를 타고 내리는 승강장을 의미하는 단어였다.¹²⁾ 즉, 승객과 물류가 모여들어 새로운 곳으로 이동하는 매개의 공간인 승강장이라는 개념은 플랫폼을 이해하는데 도움을 준다.¹³⁾ 이러한 정보의 매개자로서 플랫폼은 사용하는 사람들이 일종의 네트워크를 형성하여 타인의 수요에 영향을 주는 네트워크 효과를 누리게 되고, 점점 더 많은 사람들이 플랫폼의 서비스를 사용하게 됨에 따라 편리성이 증진되어 사람들이 다른 플랫폼으로 이동하기 어려워지는 고착효과(lock-in effect)까지 발생하게 된다.¹⁴⁾ 이러한 과정을 거쳐 플랫폼은 대체가능한 서비스를 제공하는 사적 주체에서 인터넷을 지배하는 관리자¹⁵⁾의 지위를 갖게 되었다. 따라서, 플랫폼이 이러한 우월적 지위에서 자신들의 서비스를 이용하기 위하여 개인정보 제공에 동의할 것을 요구할 때, 개인은 이러한 요구를 거부할 수 없기 때문에 기본권 침해를 회피할 가능성이 없게 된다.

12) 네이버 어학사전

13) 김현경, “플랫폼 사업자 규제법안에 대한 비판적 검토”, 법조, 제728호, 법조협회, 2018. 4., 149쪽.

14) 마셜 밴 엘스타인 외 2인, 이현경 옮김, 「플랫폼 레볼루션: 4차 산업혁명 시대를 지배할 플랫폼 비즈니스의 모든 것」, 부키, 2017, 53-68면.

15) Tarleton Gillespie, *Custodians of the Internet Platforms, Content Moderation and the Hidden Decisions that Shape Social Media*, Yale University Press, 2018. 이와 유사하게 플랫폼이 인터넷 상에서 국가와 유사할 정도로 우월적 지위를 갖는다는 견해로 Kate Klonick, “The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech”, *Harvard Law Review*, Vol. 131, 2017, p.1611, pp.1616-1617 & pp.1630-1635 및 Jack M. Balkin, “Free Speech Is a Triangle”, *Columbia Law Review* Vol. 118(7), 2018, p.2021. 클로닉(Klonick)과 볼킨(Balkin)은 플랫폼을 “통치자(Governors)”라는 개념으로 설명한다.

III. 사적 주체에 의한 기본권 보호법의 침해에 대한 논의¹⁶⁾

1. 기본권 3각관계

기본권 관계는 국가에 대한 개인의 관계, 개인에 대한 국가의 관계, 개인에 대한 개인의 관계 3가지로 분류할 수 있다.¹⁷⁾ 기본권은 국가가 개인의 기본권을 침해하는 것에 대한 방어권에서 비롯되었기 때문에 전통적 기본권 관계는 국가에 대한 개인의 관계이다.¹⁸⁾ 그런데, 사회가 고도화됨에 따라 기본권을 침해하는 사적 주체가 등장하여 개인과 국가의 평면적 양자관계에 개인에 대한 개인의 관계 및 제3자에 대한 국가의 관계가 추가됨에 따라 입체적 3각관계로 확장되는 것이다. 아래에서는 개인에 대한 개인의 관계에서의 대립되는 기본권 관계를 다루는 기본권의 상충과 개인이 국가에 보호를 요구하는 개인에 대한 국가의 관계에서의 기본권보호의무를 검토한다.

2. 기본권의 상충

가. 기본권 상충의 의미

기본권의 상충(相衝)¹⁹⁾은 하나의 사안에서 서로 다른 복수의 기본권 주체들이 요구의 방향이 대립되는 기본권을 각각 주장함으로써 각 기본권 주체가 국가에 대하여 각자의 기본권의 보호를 요구하고 있는 상황을 의미한다.²⁰⁾ 기본권의 상충을 해결하기 위해서는 기본권 주체인 사인들

16) 이 장에서의 기본권 상충과 기본권보호의무에 대한 논의는 저자의 박사학위 논문 중 기본권 3각관계에 관한 내용을 수정·보완한 것이다. 자세한 내용은 문의빈, “플랫폼 뉴스 서비스에서 정보수령권에 관한 헌법적 연구”, 성균관대학교 박사학위 논문, 2023, 61-69면 참조.

17) 허완중, 「기본권 3각관계」, 전남대학교 출판문화원, 2020, 78면.

18) 허완중, 위의 책, 80면.

19) 사인간의 기본권이 서로 충돌하는 상황을 학계에서는 일반적으로 기본권의 충돌이라는 용어로 설명하지만, 본 연구에서는 사인간의 대립되는 관계를 보다 명확하게 드러낼 수 있도록 한다는 점에서 상충이라는 용어를 사용한다. 같은 취지로 정재황, 「헌법학」(제2판), 박영사, 2022, 474면; 허영, 「한국헌법론」(전정18판), 박영사, 2022, 285면.

20) 정재황, 위의 책, 472면.

사이에 발생하는 기본권 대립 관계를 조정해야 한다. 사적 주체들과의 관계에서 기본권의 효력을 인정해야 가능하다는 점에서 기본권의 상충은 기본권의 제3자적 효력과 밀접한 관련이 있다.²¹⁾ 만약 사적 주체들 사이의 기본권 효력이 인정되지 않는다면 사인들 각자가 주장하는 대립되는 권리는 기본권으로 보호될 수 없게 되고, 따라서 기본권 상충의 문제는 발생할 수 없게 될 것이기 때문이다. 이러한 측면에서 기본권의 제3자효는 기본권 상충의 전제가 된다.²²⁾ 또한, 기본권의 상충은 서로 대립하는 사적 주체들의 기본권을 국가가 입법이나 재판작용을 통해 보호하기 때문에 “대립되는 두 기본권 주체와 국가권력의 3각관계”²³⁾로 치환될 수 있다.

플랫폼이 개인정보를 수집하여 이를 바탕으로 다양한 서비스를 제공함에 따라, 개인의 개인정보자기결정권이 제약받게 되는 경우, 국가가 아닌 사적 주체 사이의 기본권 관계가 문제될 수 있다. 플랫폼은 개인의 인터넷활동에 기반하여 데이터를 분석하고 맞춤형 광고 등을 제공함으로써 수익을 창출하는데, 이러한 개인맞춤형 정보의 제공은 개인정보자기결정권을 침해할 가능성이 높다.²⁴⁾ 즉, 플랫폼의 영업의 자유와 개인의 개인정보자기결정권이라는 기본권이 서로 충돌하는 상황, 즉 기본권의 상충이 발생하는 것이다.

21) 기본권의 효력이 사인들 사이에 적용된다는 기본권의 제3자적 효력에 대해서는 긍정하는 견해가 대다수이다. 다만 기본권의 제3자적 효력을 인정하는 방식에 있어 독일의 경우 i) 헌법의 기본권 규정들 중 일부가 사인들의 관계에 직접 적용된다는 직접적용설, ii) 헌법의 기본권 규정이 공서양속, 신의성실 등 사법의 일반원칙조항을 매개로 하여 간접 적용된다는 간접적용설이 있을 뿐이다. 독일 연방헌법재판소는 1958년 Lüth 판결에서 ‘기본권의 구속을 받는 법관이 사법규정을 해석·적용할 때 사법규정에 미치는 기본권의 의미와 영향을 고려해야 한다’고 판시함으로써 간접적용설을 취하고 있다. 한편, 미국에서는 사적 주체의 행위를 국가행위(state action)로 전환하여 기본권 규범이 적용되도록 하는 국가행위 이론에 의해 사법 질서에서의 기본권 관계를 설명하고 있다.

22) 정재황, 앞의 책, 474면.

23) 허영, 앞의 책, 285면.

24) 개인정보보호의 관점에서 기본권의 상충을 연구한 문헌으로, 강현구, “정보주체의 동의 없는 개인정보 활용의 위법성 판단 방법 - 기본권 충돌의 관점에서 -”, 헌법학연구 제28권 제1호, 한국헌법학회, 2022. 3., 279-308면.

나. 기본권 상충의 해결방법

기본권의 상충을 해결하기 위한 방법으로 기본권의 서열이론, 법익 형량의 원리, 실제적 조화 원리 등이 제시되고 있고, 기본권의 상충의 해결 방법에 대해서는 실제적 조화원리의 실제적 적용가능성을 기준으로 견해가 나뉜다. 먼저, 실제적 조화원리는 구체적인 해결방법이라기 보다는 기본권 상충을 해결하기 위한 목표 또는 해결방향을 의미하고, 각 기본권이 희생되는 정도를 최소화함으로써 기본권 상충 관계에서의 기본권 실현을 최적화하는 방법이 법익형량론이나 과잉금지원칙이라는 견해²⁵⁾가 있다. 다음으로, 실제적 조화원리가 과잉금지원칙과 구별되는 구체적인 해결방법으로써 의미를 가진다는 견해²⁶⁾가 있다.

헌법재판소는 “충돌하는 기본권의 성격과 태양에 따라 적절한 해결방법을 선택”한다고 하여²⁷⁾ 기본권의 상충 문제를 사안에 따라 다른 방법으로 해결해왔다. 인격권과 언론의 자유가 충돌한 사안에서는 실제적 조화의 원리를 제시한 후 과잉금지원칙을 적용하였으나,²⁸⁾ 흡연권과 혐연권이 충돌한 사안에서는 서열이론과 법익형량을 모두 적용하였고,²⁹⁾ 정보통신망에서 사생활의 비밀과 자유와 표현의 자유가 충돌한 사안에서는 과잉금지원칙을 적용하여 법익 형량을 하였다.³⁰⁾ 알 권리와 관련하여서는 교원의 교원단체 등 가입에 관련된 정보에 대한 학부모의 알 권리와 교원의 사생활의 비밀과 자유 등이 충돌한 사안³¹⁾에서는 조화로운 방법을 모색해야 하고 이를 위해 비례원칙을 적용한다고 판시함으로써 법익 형량의 원리를 적용한 것으로 보인다.

이러한 헌법재판소의 기본권 상충에 대한 판시는 기본권이 서로 충돌하면 이를 조정하는 과정에서 각 기본권을 제한할 필요성이 있기 때문에

25) 정재황, 앞의 책, 481면.

26) 김하열, “자유권 제한입법에 대한 위헌 심사”, 동아법학 제56호, 동아대학교 법학연구소, 2012. 8., 18-19면. 같은 취지로, 허창환, “과세정보 공개에 관한 헌법적 고찰”, 성균관법학 제31권 제1호, 성균관대학교 법학연구원, 2019. 3. 14면.

27) 헌재 2005. 11. 24. 2002헌바95 등.

28) 헌재 1991. 9. 16. 89헌마165.

29) 헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457.

30) 헌재 2012. 5. 31. 2010헌마88.

31) 헌재 2011. 12. 29. 2010헌마293.

기본권의 상충은 기본권 제한의 문제로 귀결된다는 점을 고려한 것으로 보인다.³²⁾ 상충되는 기본권들의 실질적인 중요도를 살펴, 각각의 법익을 비교형량하고 각 기본권의 법익에 상응하는 제한 수준과 보호 수준을 설정함으로써, 각 기본권이 제한되는 정도를 최소화하기 위하여 비례원칙이 적용되었다고 보는 것이 타당하기 때문이다.³³⁾ 이처럼 기본권의 상충은 결국 사인 간에 서로 대립되는 기본권을 조정하는 과정에서 발생하는 기본권의 제한과 밀접한 관련을 가지고 있다.

과잉금지원칙은 국가의 공익 실현으로 인해 개인의 자유가 제한될 때, 방어권적 측면에서의 심사기준으로는 적합하지만, 기본권 상충 상황에서 국가가 사적 주체 사이의 기본권의 제한 및 보호 관계를 조정할 때의 위헌심사기준으로는 적합하지 않을 수 있다. 이러한 측면에서 기본권 상충 관계에 있어 과잉금지원칙만이 아니라 조화적 형량원칙 또는 실제적 조화원리가 적용되어야 한다는 견해는 설득력이 있다. 그러나, 실제적 조화원리는 과잉금지원칙과 같이 구체적인 기준을 제시하지 못하고 일반적이고 추상적인 담론에 불과하다는 측면에서 해결방법이라기 보다는 해결방향이라고 보아야 할 것이다. 따라서, 기본권의 상충을 해결할 때 과잉금지원칙을 적용하되, 양 당사자 중 어느 한 쪽의 기본권을 완전히 희생시키지 않고 양 당사자의 기본권이 최대한 보장되도록 조화롭게 최적화하는 것을 목표로 삼는 것이 타당하다. 다만, 과잉금지원칙만으로 서로 충돌하는 기본권에 대한 공평한 심사가 이루어질 수 없다는 우려를 해소하기 위하여 과잉금지원칙에 대해서는 보완이 필요하다. 기본권 상충관계에서 과잉금지원칙에 따라 피해의 최소성을 적용하게 되면 대립되는 상대방의 기본권 보호에 소홀해질 수 있기 때문이다.

다. 기본권 상충의 심사기준

기본권 상충 관계에서 국가의 가해자에 대한 기본권 제한은 과잉금지원칙과 완화된 기준인 합리성 심사 중 어떤 강도로 심사할 것인지 먼저 결정되어야 한다. 이를 위해서는 플랫폼에 제한되는 기본권이 무엇인지

32) 정재황, 앞의 책, 495면.

33) 정재황, “기본권의 상충에 관한 연구”, 성균관법학 제19권 제2호, 성균관대학교 법학연구원, 2007, 33면.

확정해야 하는데, 문제될 수 있는 기본권은 플랫폼의 직업수행의 자유일 것이다. 플랫폼이 개인맞춤형 광고를 추천함으로써 개인들이 인터넷에 접속하는 관문으로서 플랫폼에 의존하게 되고, 개인이 플랫폼에 머무는 시간이 길어질수록 플랫폼은 더 많은 광고수익을 얻을 수 있다. 따라서 개인맞춤형 광고 추천을 제한하는 것은 플랫폼의 직업의 자유, 구체적으로는 직업수행의 자유를 제한한다. 예를 들어, 플랫폼에 대한 일반적인 규제법에서 개인맞춤형 추천 서비스를 규제하는 규정을 두고, 개인맞춤형 광고 추천도 이에 따라 규율되는 경우도 상정할 수 있다. 이 경우에는 일반적인 사업자로서의 플랫폼에 대한 규율이고, 플랫폼의 직업수행의 방법인 개인맞춤형 서비스에 대한 제한이므로 제한되는 기본권은 직업수행의 자유가 될 것이다.

직업수행의 자유가 문제되는 경우의 심사에 관하여 헌법재판소는 “직업수행의 자유는 직업결정의 자유에 비하여 상대적으로 그 침해의 정도가 작다고 할 것이므로 공공복리 등 공익상의 이유로 비교적 넓은 법률상의 규제가 가능”하다고 하면서도 “헌법 제37조제2항에서 정한 한계인 과잉금지의 원칙은 지켜져야 할 것”이라고 판시하고 있다.³⁴⁾

3. 기본권보호의무

가. 기본권보호의무의 의미

기본권보호의무는 사적 주체에 의한 위법한 침해 또는 침해의 위험으로부터 기본권적 법익을 보호해야 하는 국가의 의무를 말한다.³⁵⁾ 전통적인 기본권 관계가 국가에 대한 개인의 관계이고, 기본권의 상충이 개인에 대한 개인의 관계라면, 기본권보호의무는 개인에 대한 국가의 관계에서 작용한다. 기본권보호의무는 사인이 다른 사인의 기본권을 위법하게

34) 헌재 1995. 4. 20. 92헌마264,279. 영업의 자유와 관련하여 기본권의 상충을 직접적으로 다룬 결정은 아니지만 아동·청소년이용음란물을 발견하기 위하여 온라인서비스제공자에 대하여 발견의무와 삭제 및 전송방지 조치를 취할 의무를 부과한 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제17조제1항에 대한 위헌법률심판 사건에서도 과잉금지원칙에 따라 온라인서비스제공자에 대한 영업의 자유에 대한 제한 여부를 심사하였다(헌재 2018. 6. 28. 2016헌가15).

35) 헌재 2009. 2. 26. 2005헌마764; 헌재 2011. 8. 30. 2008헌가22 등.

침해할 때 국가가 피해자인 사인의 기본권을 보호하기 위하여 개입한다는 점에서 표면적으로는 개인에 대한 국가의 관계이다. 그렇지만 실제로는 사인에 대한 사인의 관계에서 발생하는 기본권 상충으로 인해 국가의 개입이 발생한다는 점에서 기본권의 제3자적 효력과 공통점이 있다.³⁶⁾ 즉, 기본권보호의무에 따라 국가가 개인과의 관계에서 기본권을 보호하려 할 때, 해당 기본권에 대한 침해 주체가 또다른 사인이기 때문에 기본권의 상충이 발생하는 사인에 대한 사인의 관계로 작용관계가 확장되는 것이다. 따라서, 기본권보호의무 역시 가해자(개인)-보호의무자(국가)-피해자(개인)라는 기본권 3각관계의 한 축을 이룬다고 볼 수 있다.

기본권보호의무의 근거에 대해서는 기본권의 객관적 질서에서 찾는 견해³⁷⁾, 입헌주의와 공화국 원리를 근거로 헌법 제10조 후문과 헌법 전문은 실정헌법적 근거로서 이를 확인하는 것이라고 보는 견해³⁸⁾, 헌법이 정하고 있는 기본권보장과 국가의 본질적 기능 및 헌법 제10조 후문에서 찾는 견해³⁹⁾ 등이 제시되고 있다.

헌법재판소는 기본권보호의무와 관련하여 “우리 헌법은 제10조 제2문에서 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라고 규정함으로써 국가의 적극적인 기본권보호의무를 선언하고 있는바, 이러한 국가의 기본권보호의무 선언은 국가가 국민과의 관계에서 국민의 기본권보호를 위해 노력하여야 할 의무가 있다는 의미뿐만 아니라 국가가 사인 상호간의 관계를 규율하는 사법(私法)질서를 형성하는 경우에도 헌법상 기본권이 존중되고 보호되도록 할 의무가 있다는 것을 천명한 것이다.”라고 판시함으로써 헌법 제10조 후문에서 기본권보호의무의 근거를 찾고 있다.

생각건대, 기본권의 효과가 객관성을 갖기 때문에 사인 간에 작용하는 기본권에 대해서도 국가는 기본권을 인정하고 보장해야 한다는 점에서 헌법 제10조 후문과 기본권의 객관적 효력에서 국가의 기본권보호의무의

36) 허완중, 앞의 책, 258면.

37) 이부하, “헌법영역에서 기본권보호의무”, 공법학연구 제8권 제3호, 한국비교공법학회, 2008, 131면.

38) 송기춘, “국가의 기본권보장의무에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위 논문, 1999, 108면.

39) 정종섭, 「헌법학원론」(제13판), 박영사, 2022, 408면.

근거를 찾는 것이 타당하다. 아래에서는 기본권 3각관계에서 기본권의 상충과 기본권보호의무가 문제되는 상황을 중심으로 그 심사기준 및 해결방법에 대해 검토한다.

나. 기본권보호의무와 기본권 상충의 관계

기본권보호의무는 기본권의 상충과 밀접한 관련이 있다. 침해받는 기본권의 주체가 국가에 보호를 요청함으로써 국가가 개입하게 된다는 측면에서 기본권의 상충은 기본권의 “대사인적 효력”에 그치지 않고 “대국가적 효력의 문제”로 귀결되기 때문이다.⁴⁰⁾ 즉, 기본권의 상충은 충돌하는 기본권 관계를 해소·조정하기 위하여 국가의 개입을 요구하게 되므로 개인과 개인의 관계에서 국가의 개인에 대한 관계로까지 확장된다. 이러한 측면에서 기본권보호의무는 기본권 상충이라는 사적 주체 사이의 긴장관계에 국가가 개입할 수 있는 연결고리를 제공한다. 기본권을 국가 작용에 대한 시민의 방어권으로 보던 전통적 기본권 이론으로는 설명하기 어려운 기본권 상충과 같은 사적 주체의 기본권 보호법익에 대한 침해행위를 해결하기 위하여 국가의 역할이 요구되기 때문이다.⁴¹⁾

국가가 적극적으로 기본권보호의무를 통해 사적 주체 사이의 기본권 관계에 개입해야 하는 논거로 1) 사적 주체 중 일방이 우월한 지위를 가지고 있어 사적 자치가 실현되지 못할 수 있다는 점, 2) 사적 자치도 기본권의 테두리에서 이루어져야 하므로 기본권의 한계를 벗어나는 사적 자치에 대한 제한을 국가가 수행할 필요가 있다는 점, 3) 사적 주체 간에 기본권이 서로 충돌하는 기본권의 상충이 발생할 수 있다는 점을 들 수 있다.⁴²⁾ 이와 관련하여 첫 번째 논거는 고도산업사회에서 자본을 형성한 사인이 “사회권력”을 형성하면서 사적 주체 사이에서도 비대칭적인 권력관계가 나타나게 됨에 따라 의미를 갖는다.⁴³⁾ 사적 자치는 양 당사

40) 정재황, 앞의 논문, 18면.

41) 이노홍, “기본권 효력확장이론과 쟁점에 관한 고찰”, 홍익법학 제18권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2017. 1., 167면.

42) 정재황, 앞의 책, 649면.

43) 장영철, “기본권의 제3자적 효력과 기본권보호의무”, 공법연구 제29권 제2호, 한국공법학회, 2001. 5. 155면.

자가 대등한 지위에서 자유롭게 의사결정할 수 있을 것을 전제로 성립하는데, 양 당사자 중 일방이 우월적 지위에 있는 경우에는 사적 자치가 제대로 기능할 수 없기 때문이다. 국가가 사법관계에 개입할 때 기본권은 사적 자치를 수정·보완하는 역할을 한다.⁴⁴⁾ 두 번째 논거는 기본권 보호의무를 기본권 제한의 문제로 전환할 수 있는 단초(端初)를 제공해 준다. 사적 주체에 의한 기본권 침해가 발생할 경우 기본권은 이러한 사법(私法)관계가 위헌적인지 판단하는 기준이 되고⁴⁵⁾ 이는 곧 기본권의 제한과 그 한계 설정을 위한 심사기준으로 연결되기 때문이다. 그런데, 피해자인 사인을 위한 기본권보호의무가 가해자인 사인에 대한 기본권 제한의 문제로 전환될 경우 그 제한은 사인들 사이에 서로 충돌하는 기본권을 국가가 조절해야 하는 기본권 상충의 문제로 귀결될 수 있다는 점에서 기본권보호의무를 뒷받침하는 논거들은 기본권의 제한 및 상충과 맞물려 있다.

다. 기본권보호의무의 심사기준

기본권 3각관계에서 기본권 주체인 사인들 사이에서 기본권의 침해가 발생하고, 이에 대한 기본권보호의무에 근거한 국가의 개입이 필수적이다. 국가는 서로 충돌하는 사적 주체의 기본권을 조정해야 하는데, 조정하는 과정에서 어느 한쪽의 기본권을 일방적으로 희생시키거나 절대적으로 보호할 수 없다. 대립되는 사적 주체의 기본권이 서로 충돌하는 상황에서 양자택일하듯 한쪽 기본권 주체에게 유리하게 국가가 개입할 경우 또 다른 기본권 주체인 상대방에게는 국가에 의한 기본권 제한이 가해질 수 있기 때문이다. 따라서 사인들 간의 기본권관계에서 국가가 개입하는 기본권보호의무를 심사하는 기준은 기본권 보호의 최소한도를 지켰는지 여부를 살펴보는 과소보호금지원칙이 된다.⁴⁶⁾

44) 허완중, 앞의 책, 95면.

45) 허완중, 앞의 책, 95면.

46) 의견의 다양성을 위한 언론사의 활동을 규율하는 경우, 이는 언론의 자유를 규제하는 것이 아니라, 언론의 자유가 본래 의미대로 실현되도록 규율하는 것이어서 완화된 심사기준이 적용될 수 있다는 견해로, 문재완, “민주주의와 인터넷 공론장”, 공법연구 제51집 제1호, 한국공법학회, 2022. 10., 97면. 이와 관련하여 기본권을 실현하는데 필수적으로 요구되는 조직이나 절차에 관한 입법은 기본권을 제한하는 입법과 다르기 때문에 과소보호금지원칙

그동안 기본권보호의무는 국가가 기본권을 보호할 때에는 지나치게 부족해서는 안되고, 적어도 헌법이 요구하는 최소수준 이상의 보호를 제공하여야 한다는 과소보호금지원칙에 따라 심사되었다.⁴⁷⁾ 태아의 손해배상 청구권⁴⁸⁾, 교통사고의 피해자 보호⁴⁹⁾ 및 흡연으로부터의 보호⁵⁰⁾ 등과 같이 국민의 생명·신체의 안전에 대한 사안이나 소음으로부터 환경권을 보호하는 사안⁵¹⁾에서 과소보호금지원칙을 적용하여 기본권보호의무 위반 여부를 심사하였다.

헌법재판소는 “기본권보호의무 위반에 해당하여 헌법상 보장된 기본권의 침해로 인정되려면, 입법자가 국민의 기본권적 법익 보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 살펴서 그 보호조치 위반이 명백하여야 할 것이다”라고 판시하여 1) 실효성 통제기준과 2) 명백성 통제기준을 과소보호금지원칙의 판단기준으로 제시하였다. 그런데, 최근 헌법재판소는 선거운동 소음을 규제하는 공직선거법 규정에 대한 두 번째 결정에서 “국가가 국민의 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가를 기준으로 삼아야 한다”고 하여 과소보호금지원칙을 판단할 때 실효성 통제기준만 적용하고, 명백성 통제기

을 적용하여 심사해야 한다는 견해로, 이준일, “포털사이트에 대한 법적 규율의 필요성과 내용 - 포털사이트 이용자 및 언론사의 입장에서 필요한 추가적 법적 규율을 중심으로”, 헌법재판연구 제9권 제1호, 2022, 201-206면. 이 견해는 과소보호금지원칙은 헌법재판소의 ‘사법적 판단기준’으로 표현의 자유에 포함된 절차권적 보호법익에 대한 제한, 즉 입법부 작위 형태의 제약행위가 헌법에 합치하는지 여부를 판단하기 위하여 적용되는 기준이므로 단지 이 기준을 위반하지 않은 것만으로 표현의 자유에 포함된 절차권적 보호법익이 충분히 실현되어 있는 것으로 평가할 수는 없고, 사법적 판단기준인 과소보호금지원칙은 표현의 자유에 포함된 절차권적 보호법익을 실현하기 위한 입법의 ‘최소한’을 제시할 뿐이므로 이러한 입법의 ‘최대한’에 가까운 내용을 제시하는 ‘법정책적 판단기준’과 다를 수 밖에 없다고 본다.

47) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110; 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81 등.

48) 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81.

49) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110, 헌재2009. 2. 26. 2005헌마764.

50) 헌재 2015. 4. 30. 2012헌마38.

51) 헌재 2019. 12. 27. 2018헌마730.

준을 적용하지 않았다.⁵²⁾

헌법재판소는 과소보호금지원칙을 적용하는 이유로 입법재량과 권력분립을 들고 있다. 즉, 국가의 기본권보호의무의 이행은 입법자의 입법을 통하여 비로소 구체화되는 것이고, 국가가 그 보호의무를 어떻게, 어느 정도로 이행할 것인지는 입법자가 제반사정을 고려하여 입법정책적으로 판단하여야 하는 입법재량의 범위에 속한다는 점과 입법자가 기본권보호의무를 최대한 실현하는 것이 이상적이지만, 권력분립의 관점에서 헌법재판소가 그러한 이상적 기준을 위한 여부를 판단하는 심사기준으로 삼을 수 없다는 점을 근거로 제시하고 있는 것이다.

라. 과소보호금지원칙에 대한 재검토 필요성

권력분립에 따른 입법재량을 고려하더라도 과소보호금지원칙에 대한 판단기준은 지나치게 추상적이다. 최근의 헌법재판소 결정에 따르면 과소보호금지원칙의 위반 여부를 판단하는 기준은 국가가 기본권보호를 위하여 “적절하고 효율적인 최소한의 조치를 취했는지”가 전부인 것이다. 비례원칙을 기본권 제약의 상한이라는 형태로 구체화한 과잉금지원칙이 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성 및 법익의 균형성이라는 부분 원칙을 통해 구조적인 분석의 체계를 갖추고 있다는 점은 과소보호금지원칙에 시사하는 바가 크다. 과소보호금지원칙이 기본권 보호의 하한 설정을 위한 비례원칙의 구체화라는 점을 고려할 때 과소보호금지원칙에도 과잉금지원칙과 같은 구조적인 분석의 체계가 필요한 것이다.

뿐만 아니라, 과소보호금지원칙은 국가의 권력구조에서 사법부가 입법부와 행정부를 견제하여 권력이 집중되는 것을 방지하는 원칙인 권력분립을 국민과 국가의 관계인 기본권의 심사기준에 적용했다는 점에서도 문제가 있다. 국가의 기본권보호의무와 상응하는 개인의 보호권이라는 측면에서⁵³⁾ 기본권을 침해받는 사인은 국가에게 기본권이 최대한 보호

52) 이러한 헌법재판소의 결정이 과소보호금지원칙의 판단기준을 실효성 통제기준으로 일원화함으로써 한 단계 상향조정하려는 것이라는 견해로, 김성수, “존엄한 미래를 위한 기본권 - 독일연방헌법재판소 기후보호법 결정에 대한 평가와 한국법에의 함의”, 공법연구 제50권 제1호, 한국공법학회, 2021. 10. 329면.

53) 이준일, 「헌법학강의」(제7판), 홍문사, 2019, 311면.

를 받을 수 있도록 요구할 수 있다. 이 경우 국가가 기본권보호의무를 위반했는지 여부를 심사하는 기준으로 기본권보호의 최소한을 지킬 것을 요구하는 과소보호금지원칙은 충분하지 않을 것이다.⁵⁴⁾

또한, 헌법재판소의 판시에서도 알 수 있듯이 과소보호금지원칙은 헌법재판소가 사후적 통제기관으로서 제시하는 심사기준일 뿐, 입법부와 행정부에서는 기본권을 최대한 보장하기 위하여 다른 기준을 적용할 수 있다. 특히, 국가의 존재 의의가 국민의 기본권을 최대한 보장하는 것이라는 점을 고려할 때,⁵⁵⁾ 헌법재판소가 법률에 대한 위헌판단기준으로 제시하는 과소보호금지원칙을 입법이나 행정 영역에서 그대로 적용할 이유는 없다. 즉, 사인간의 충돌하는 기본권 관계에서 기본권을 조정하고 보장하기 위한 입법을 할 때, 입안심사기준으로서 과소보호금지원칙은 헌법재판의 심사기준과 달라야 하는 것이다.

IV. 기본권 보장을 위한 입법 기준으로서 과소보호금지원칙의 발전방향

1. 과소보호금지원칙의 체계화

과소보호금지원칙이 기본권보호의무에 대한 실효성있는 독자적 기준을 제시하지 못한다는 점 때문에 독일에서는 과소보호금지원칙의 독자성을 부정하고 과잉금지원칙을 통해 기본권보호의무를 판단해야 한다는 주장이 제기되기도 했다.⁵⁶⁾ 그러나 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙은 비례원칙이 기본권 관계의 작용방식에 따라 구체화되는 형태이다.⁵⁷⁾ 과잉금지원칙은 국가와 가해자 사이의 기본권 제한을 심사할 때 국가가 가해자

54) 특히, 인공지능의 발전에 따른 지능정보사회의 고도화를 고려할 때, 과소보호금지원칙의 위반 여부를 판단하는 최소기준을 “지능정보기술적 수준”을 고려해야 한다는 견해로, 김배원, 앞의 논문, 85-86면. 이에 대해 “지능정보기술적 수준”이 실질적인 규범적 기준이 될 수 없다는 비판으로, 윤수정, “인공지능사회에서의 기본권”, 공법연구 제49집 제2호, 한국공법학회, 2020. 12., 184면.

55) 정재황, 앞의 책, 653-654면.

56) Karl-Eberhard Hain, Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot? in: DVBl. 1993, S.983.

57) 이준일, 앞의 책, 352-353면.

의 기본권을 제한하는 상한을 정하기 위한 기준인 반면, 과소보호금지원칙은 국가와 피해자 사이에서 국가가 기본권보호의무를 충분히 이행했는지를 심사할 때 국가가 피해자의 기본권을 보호하는 하한을 정하기 위한 기준이라는 점에서 독자적인 기준으로서 의미를 가진다. 다만 과소보호금지원칙이 실효성있는 독자적 기준이 되기 위해서는 과잉금지원칙과 비견될 수 있는 체계적인 부분원칙이 필요하다고 할 것이다.

과소보호금지원칙의 체계화와 관련하여 헌법재판소의 판시 내용에서 단초를 발견할 수 있다. 헌법재판소는 과소보호금지원칙의 판단 기준으로 “적절하고 효율적인 최소한의 보장”을 흔들림없이 제시하고 있다.⁵⁸⁾ 이러한 헌법재판소의 판시 내용과 과잉금지원칙에서의 부분원칙의 내용을 고려할 때, 과소보호금지원칙에서도 수단의 적절성, 보호의 효율성 및 법익의 균형성이라는 부분 원칙이 제시될 수 있을 것이다.⁵⁹⁾

과소보호금지원칙에서 수단의 적절성은 보호조치가 적절하고 효과적인 보호를 위하여 충분한지 여부를 심사하고, 이때 효과적인지 여부는 모든 개별적인 요소(einzelnen Elemente)와 필요한 일반적 기준(notwendigen Rahmenbedingungen)을 고려하여 판단해야 한다.⁶⁰⁾ 즉, 과소보호금지원칙에서 수단의 적절성 기준은 목적달성 가능성만 있으면 충족되는 과잉금지원칙에서의 수단의 적절성보다 높은 수준일 것을 요구한다.⁶¹⁾ 과소보호금지원칙에서 법익의 균형성은 가해자에 대한 기본권 침해수준과 피해자에 대한 기본권 보호수준을 형량한다는 점에서 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙이 함께 적용될 필요성을 보여준다. 이 부분에 대해서는 양 원칙의 병행 적용 필요성에 대하여 후술하도록 한다.

58) 헌법재판소는 과거 “국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무의 위반을 확인하여야 한다”는 명백성 통제도 기준으로 제시하였으나 최근 선거운동으로 인한 소음에 대한 국가의 기본권보호의무를 확인한 사건에서 명백성 통제요건을 판시내용에서 배제하였으므로 명백성 통제는 과소보호금지원칙의 기준으로 흔들림없이 적용된다고 보기는 어려울 것이다.

59) 국가의 기본권보호라는 점에서 목적의 정당성은 별도의 부분원칙으로 고려할 필요가 없을 것이다. 과소보호금지원칙에 비례원칙의 부분원칙으로서 필요성과 상당성은 필요하지 않다는 견해로, 허완중, 앞의 책, 303면.

60) BVerfGE 88, 203/168 ff.

61) 같은 취지로, 허완중, 앞의 책, 305면.

과소보호금지원칙의 부분 원칙 중 특히 주목해야 할 기준은 보호의 효율성이다. 과잉금지원칙에서 침해의 최소성은 동일한 목적을 달성하기 위하여 좀 더 적은 침해를 야기할 수 있는지 여부(주어진 침해보다 더 적은 침해를 통해 동일한 목적(공익)을 달성할 수 있는지 여부)를 심사하는 부분 원칙이다. 이에 반해, 과소보호금지원칙에서 보호의 효율성은 가해자에 대한 침해 수준이 동일할 때 피해자에게 좀 더 나은 보호 수준을 제공할 수 있는지를 심사하는 원칙이라고 할 수 있을 것이다.⁶²⁾ 즉, 보호의 필요성 기준을 통해 기본권 상충 관계에서 가해자에 대한 추가적인 침해를 발생시키지 않으면서 피해자의 보호수준을 향상시킬 수 있는 대안이 있는지 여부를 심사함으로써 기본권의 최대 보장을 실현할 수 있는 것이다.⁶³⁾ 이러한 보호의 효율성은 경제학에서 말하는 파레토 효율성(Pareto Efficiency)과 같은 맥락이라고 할 수 있다. 파레토 효율은 어떤 자원배분 상태를 가정할 때, 어느 누구에게도 손해가 가지 않으면서 어떤 사람에게는 이득이 되도록 이를 변화시키는 것이 불가능한 자원배분 상태를 의미한다.⁶⁴⁾ 즉, 특정인에게 피해를 주지 않고 어떤 자원배분 상태를 개선할 수 있다면 이는 파레토 효율적이지 않은 것이다.⁶⁵⁾

이러한 과소보호금지원칙에 있어서 보호의 효율성 기준은 헌법재판에 그대로 적용되기는 어렵다. 가해자에 대한 침해수준이 동일하지만 피해자에게 더 높은 수준의 보호를 제공할 수 있는 수단이 있음에도 불구하고 그러한 수단을 취하지 않은 법률을 모두 위헌이라고 판단한다면 입법재량이 지나치게 축소될 것이기 때문이다. 그러나, 사적 주체 사이에서 기본권이 서로 충돌하는 기본권의 상충 관계에서 대립하는 기본권을 조

62) Lothar Michael, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit - Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze, JuS, 2001, S. 150, S. 152.; Christoph Brüning, Voraussetzungen und Inhalt eines grundrechtlichen Schutzanspruchs - BVerwG, NVwZ 1999, 1234, in: JuS. 2000, S. 955.

63) 보다 기본권 보호를 두텁게 할 수 있는 대안이 있음에도 만연히 현재의 보호수준에 머무르는 입법에 대해서는 위헌 결정을 내릴 수 있다는 입장으로, 이부하, 「헌법학(상)」, 법영사, 2019, 53면.

64) 이준구, 「재정학」(제3판), 다산출판사, 2005, 58면.

65) 일반적인 비례원칙에서의 필요성심사의 구조에서도 파레토 효율성이 고려된다는 설명으로, 로베르트 알렉시(이준일 옮김), 「기본권이론」, 한길사, 2007, 203면 각주 222).

정하기 위한 법률의 입안과정에서 이러한 보호의 필요성 기준은 중요한 함의를 가진다. 입법자들이 서로 충돌하는 기본권에 대하여 보다 엄밀하게 조정을 하도록 요구함으로써 입법과정에서의 심사밀도를 향상시킬 수 있는 것이다.⁶⁶⁾ 특히 사적 주체 사이에서의 기본권 상충으로 말미암아 입법형성권을 축소할 필요가 있다면⁶⁷⁾ 과소보호금지원칙의 체계화는 보호의 필요성 기준을 통해 기본권을 보다 두텁게 보호할 수 있다는 점에서 의미가 있다.

2. 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙의 병행 적용

과잉금지원칙은 기본권 제한의 정도를 심사함에 있어 제한의 상한을 정하는 원칙인 반면, 과소보호금지원칙은 기본권의 보호 정도를 심사함에 있어 보호의 하한을 정하는 원칙이라고 할 수 있다.⁶⁸⁾ 기본권의 상충관계에서 기본권을 침해받는 사인이 국가에 기본권보호의무를 이행할 것을 요구하면 헌법재판소는 과소보호금지원칙으로 심사하고, 기본권을 침해하는 사인이 자신의 활동을 제약하는 법률에 대해 위헌심사를 청구하는 경우에는 과잉금지원칙으로 심사해왔다.⁶⁹⁾ 즉, 피해자가 자신의 기본권적 법익을 보호해달라고 국가에 요구하는 경우와 가해자가 자기 기본권을 제약하지 말아달라고 국가에 방어권을 행사하는 경우는 다른 기준으로 위헌심사가 이루어졌다.

그러나, 기본권 3각관계에서 기본권 상충관계에 적용할 심사 기준이

66) 예를 들어, 플랫폼을 규제하는 법률에서 플랫폼이 광고를 위하여 수집된 개인정보를 이용하는 것을 제한하는 내용을 규정하려는 경우, 보호의 필요성 기준을 적용하면 플랫폼에 대한 영업의 자유 제한이 동일할 때 개인의 개인정보자기결정권을 보다 두텁게 보호할 수 있도록 하는 방안을 강구하게 될 것이다.

67) 가짜뉴스로 인한 의사형성의 왜곡처럼 민주주의 사회에서 주권자로서 국민의 기본권 행사에 중대한 제약을 가하거나 플랫폼-개인처럼 비대칭적 관계로 인해 기본권에 대한 제한을 회피할 수 없는 경우에는 충돌하는 기본권을 조정하기 위하여 입법형성권의 축소가 필요하다.

68) 정재황, 앞의 책, 667면.

69) 피해자가 청구한 경우에 과소보호금지원칙에 따라 심사한 결정례로 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110, 헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419, 가해자가 청구한 경우에 과잉금지원칙에 따라 심사한 결정례로 헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457 등.

청구인이 가해자인지 피해자인지에 따라 달라지는 현재의 헌법재판소의 태도를 비판하는 견해⁷⁰⁾가 있다. 법률의 위헌여부 심사라는 규범통제의 목적과 효력 및 헌법재판의 직권심리적 성격을 고려할 때, 청구인에 따라 심사기준이 달라지고, 그에 따라 헌법재판의 결론이나 판단 구조가 달라지는 것은 불합리하기 때문이다. 한쪽 기본권 주체의 입장에서 제한이 과도한지, 혹은 보호가 과소한지를 판단하는 것으로는 기본권 3각관계의 전체적인 틀을 조망하지 못하므로 서로 대립되는 두 기본권의 제한과 보호를 조화롭게 공존시킬 수 있는 접근이 필요하다는 것이다.⁷¹⁾ 여기에서 더 나아가 기본권보호의무를 심사할 때 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙을 함께 적용함으로써 사인 간의 기본권 갈등 관계에서 정당한 결론을 얻을 수 있다는 견해⁷²⁾도 제시되고 있다.

이러한 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙의 병행 적용은 사법기관인 헌법재판소의 직권주의 확장 내지 사법적극주의의 문제를 야기하기 때문에 헌법재판에서 위헌심사기준으로 적용하기 어려울 수 있다. 그러나, 헌법재판이 아닌 입법과정에서는 기본권의 상충이라는 사적 주체 사이의 문제를 해결하기 위하여 기본권 3각관계라는 틀을 이용하여 피해자를 위한 국가의 기본권보호의무와 가해자에 대한 국가의 기본권 제한을 함께 고려하는 것이 가능하다. 즉, 입법의 심사기준으로 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙을 함께 적용함으로써 기본권을 보다 두텁게 보장할 수 있게 되는 것이다.

과잉금지원칙은 기본권의 제한이라는 측면에서의 심사기준이고, 과소보호금지원칙은 기본권의 보호라는 측면에서의 심사기준이다. 이러한 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙을 개별적인 관계에서 각각 적용하는 것은 기본권 상충을 기본권 3각관계라는 전체적인 국면에서 바라보지 못하게 만드는 문제점이 있다. 과잉금지원칙은 기본권의 제한이 지나치게 과

70) 기본권의 상충 상황을 종합적으로 조정하는 심사기준으로 조화적 형량원칙을 제시하는 견해로, 김하열, 앞의 논문, 15-16면, 기본권보호의무와 관련한 기본권 상충 상황에서 1차적으로 과소보호금지원칙을, 2차적으로 과잉금지원칙을 적용하자는 견해로, 허완중, 앞의 책, 83면.

71) 김하열, 앞의 논문, 19-20면.

72) 정재황, 앞의 책, 667면; 같은 취지로 허완중, “기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계”, 공법연구 제37집 제1-2호, 한국공법학회, 2008. 10., 213-216면.

도한지 여부만을 고려하기 때문에 가해자의 기본권을 최소한으로 제한하는 데에 치중한 나머지 피해자의 기본권에 대한 적절한 보호를 보장하지 못하게 된다. 마찬가지로, 과소보호금지원칙은 피해자에 대한 최소한의 보호 여부만을 심사하기 때문에 기본권의 최대한 보장이라는 국가의 존재 목적을 달성하는 유효한 기준이 되지 못한다. 즉, 과소보호금지원칙은 피해자와 국가 사이에서 국가가 기본권의 수호자로서 지켜야 할 최소한이라는 기준을 제시해주지만, 이 기준은 피해자와 가해자의 관계에서 사적 주체에 의한 기본권 침해를 조정하는 유용한 기준을 제시하지 못한다.

오히려 가해자와 국가의 관계에서 가해자의 기본권을 지나치게 제약하지 못하도록 하는 기준인 과잉금지원칙을 통해 피해자와 가해자의 기본권 상충을 조정하는 것이 가능해질 수 있다. 이러한 측면에서 과소보호금지원칙은 기본권 3각관계에서 기본권보호의무 이행과 관련하여 헌법적 기준의 하나일 뿐이고, 과잉금지원칙과 병존할 수 있다고 보는 것이 타당하다.⁷³⁾ 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙의 병행 적용을 통해 가해자에게 부과되는 제한이 최소침해성의 원칙을 위반하는지를 검토함과 동시에 이보다 낮은 수준의 제한이 이루어졌을 때 피해자의 입장에서 지나치게 부족한 보호를 받게 될 가능성을 고려할 수 있게 된다. 이처럼 기본권 상충 관계에서 피해자를 위한 기본권의 보호와 가해자에 대한 기본권 제한이 균형을 이루기 위해서는 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙이 모두 적용되어야 하는 것이다.

아울러, 기본권의 상충은 기본권 주체의 보호와 제한 관계가 제로섬(Zero Sum)인 상태를 의미한다.⁷⁴⁾ 즉 누군가의 기본권 보호수준을 높이는 것은 다른 누군가에게는 기본권의 제한으로 작용하게 되는 것이다. 입법자가 피해자를 위하여 보호수준을 결정하는 것은 가해자에 대한 제한수준의 결정이기도 한 것이다. 이런 측면에서 기본권보호의무가 기본권상충 관계로 귀결된다는 것은 기본권의 보호와 제한이 함께 고려되어야 함을 의미한다. 기본권 3각관계라는 틀에서 기본권보호의무가 기본권

73) 허완중, “기본권의 대사인적 효력과 기본권 보호의무 그리고 기본권충돌의 관계”, 헌법논총, 헌법재판소, 2014, 51면.

74) 같은 취지로 김하열, 앞의 논문, 15-16면; 강일신, “사법심사기준으로서 실제적 조화 원칙”, 법조, 법조협회, 2019. 10., 60면.

상충관계에서의 국가의 의무에 대한 것이라면 기본권 상충관계에서 피해자를 위한 기본권 보호와 가해자에 대한 기본권 제한은 제로섬 관계이기 때문에 기본권의 보호 수준과 제한의 수준이 함께 고려되어야 한다는 것이다. 다시 말해, 기본권의 상충에서 가해자의 기본권에 대한 제약은 피해자의 기본권에 대한 보호로 귀결된다. 따라서 국가가 기본권보호의무자로서 적절한 보호수준과 제한수준을 정하는 것은 기본권 관계의 균형(equilibrium)을 설정한다는 의미가 있다.

3. 개인정보자기결정권과 직업수행의 자유가 충돌하는 상황에서의 적용

이러한 기본권보호의무 위반 여부를 판단하기 위한 과소보호금지원칙에 대한 구조적이고 분석적인 틀은 개인정보자기결정권을 보다 두텁게 보호하는 데에도 유용하다. 개인의 개인정보자기결정권과 플랫폼 사업자의 영업의 자유가 서로 충돌하는 기본권 상충 상황에서 개인이 국가에 기본권보호의무에 따라 개인정보자기결정권에 대한 플랫폼 사업자의 침해로부터 보호받기 위해서는 불충분한 입법에 대한 강력한 심사가 필요하기 때문이다. 이처럼 기본권보호의무는 사인 간의 기본권 상충이 발생했을 때, 힘의 불균형으로 사인 일방에 기본권 침해가 발생하고, 이를 보호하기 위하여 가해자의 기본권을 제한하는 기본권 3각관계라는 틀에서 이해하고, 심사기준을 제시해야 한다. 이러한 기준은 입법을 통해 플랫폼과 개인의 기본권 관계를 조정할 때 보다 유효한 수단이 될 수 있다.

정보사회에서 플랫폼의 역할이 중요해지면서 개인은 플랫폼에 의존할 수 밖에 없게 되었다. 플랫폼의 경우, 단순히 정보를 매개하는 역할에 그치는 것이 아니라 인터넷의 관리자 또는 통치자로서 자리매김함으로써 개인과 대등한 위치에 있다고 볼 수 없다. 이로 인해 플랫폼의 약관과 이에 기반한 개인맞춤형 서비스는 사적 자치의 영역으로만 남겨둘 수 없는 사적 주체에 의한 기본권의 침해를 발생시킨다. 즉, 플랫폼이 개인에게 제공하는 개인맞춤형 정보 제공을 통한 수익 창출이라는 비즈니스 모델은 플랫폼의 영업의 자유와 개인의 개인정보자기결정권이 서로 충돌하는 구조인 것이다. 이러한 개인정보자기결정권과 영업의 자유의 상충은 개인과 플랫폼이라는 비대칭적인 관계의 사적 주체 사이의 기본권 관계

라는 점에서 국가가 기본권보호의무를 통해 개입할 필요성이 강력하게 요구된다.

현재 플랫폼의 개인맞춤형 광고 추천의 경우, 개인의 개인정보자기결정권을 보호하기 위하여 국가 차원에서 개입할 것을 내용으로 하는 입법이 이루어지지 않고 있다. 즉, 개인의 개인정보자기결정권이 침해받는 상황에서 국가의 기본권보호가 전혀 작동하지 못하고 있는 것이다. 따라서, 플랫폼의 개인맞춤형 정보제공으로 인한 개인정보자기결정권 침해를 국가가 보호하기 위해서는 국가의 기본권보호의무가 작동되어야 하고 이를 위해서는 개인의 개인정보자기결정권에 대한 보다 두터운 보호를 위하여 기본권보호의무의 심사기준인 과소보호금지원칙의 체계화를 통한 상향조정이 필요하다. 또한, 국가가 개인의 개인정보자기결정권을 보호함에 있어 최소한의 조치를 취하는 것으로 족하다고 보아 과소보호금지원칙에 위반되지 않는 수준의 기본권보호의무만을 수행할 것이 아니라, 플랫폼의 영업의 자유가 지나치게 제한되는 것은 아닌지 과잉금지원칙을 통해 심사가 이루어져야 할 것이다. 따라서 플랫폼이 개인정보를 이용한 광고를 하지 못하도록 제한할 때의 심사기준은 1) 보다 강화된 과소보호금지원칙의 적용과 2) 기본권 3각관계라는 전체적인 구도에서 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙의 병행 적용이 될 것이다. 플랫폼과 같이 막강한 권력을 가진 사적 주체로부터 개인의 기본권을 보호하기 위해서는 국가의 적극적인 역할이 필요하고, 이를 실현하는 수단으로서 기본권보호의무 심사기준을 최소한의 보장에서 최적화된 보장으로 상향조정할 필요가 있는 것이다. 아울러, 가해자인 사적 주체와 국가와의 관계에서도 과잉금지원칙만으로 심사하는 것이 아니라 과소보호금지원칙에 따라 보완될 수 있다. 예를 들어, 개인의 개인정보자기결정권을 보호하기 위하여 플랫폼의 영업의 자유를 제한하는 입법이 마련될 경우 플랫폼에 대한 제한을 과잉금지원칙에 따라 심사함과 동시에 개인의 개인정보자기결정권 보호를 위한 기준으로서 과소보호금지원칙, 특히 보호의 효율성이 고려될 수 있을 것이다. 플랫폼의 영업의 자유를 보호하기 위하여 그 제한을 완화하게 될 경우 이로 인해 개인의 개인정보자기결정권에 대한 보호 수준도 낮아져서 기본권 침해가 발생할 수 있는지를 함께 검토하게 되는 것이다. 이를 통해 상충되는 기본권 관계를 조화롭게 균형으로 조정함으로써 궁극

적으로 기본권의 최적화가 가능해질 것이다.

V. 결론

지능정보사회에서 개인에 대해 우월적 지위를 갖는 또하나의 사인인 플랫폼이 개인맞춤형 광고를 통해 개인정보자기결정권을 침해할 수 있고, 이러한 기본권 관계를 기본권의 상충 및 기본권보호의무라는 관점에서 살펴보았다. 먼저, 지능정보사회로의 변화가 갖는 헌법적 의미를 검토하였다. 특히, 플랫폼은 단순한 정보매개자가 아니라 지능정보사회의 필수재인 정보를 통제하고, 서비스 제공에 있어 독점적 지위를 구가한다는 점에서 근대 시대의 국가와 필적하는 위치에 있음을 확인하였다.

기본권 3각관계는 개인에 대한 국가의 관계(기본권의 제한), 개인과 개인에 대한 관계(기본권의 상충) 및 국가에 대한 개인의 관계(기본권보호의무)라는 세 가지 관계를 통하여 기본권의 작용에 대한 국가와 개인 사이의 관계를 분석하는 통합적이고 체계적인 틀이라고 할 수 있다. 기본권이 사인 간에 서로 충돌하는 상황이 빈번해지고 있는데, 이는 기본권의 사적 주체 사이의 관계가 대등하지 않은 상태에서 더욱 심각한 문제가 된다. 이처럼 사인에 의해 기본권이 침해받는 경우에 피해자인 사인은 국가에 기본권을 보호해달라고 요구할 수 있고 이는 기본권보호의무로 나타나게 된다. 기본권보호의무 위반을 심사하는 기준은 과소보호금지원칙인데 현재 헌법재판소에서는 “적절하고 효율적인 최소한의 보호”라는 추상적인 기준을 통해 최소한의 보호수준이 제공되면 기본권보호의무 위반은 아니라는 입장이다.

기본권보호의무 위반에 대한 이러한 소극적인 기준은 플랫폼과 같은 강력한 사적 주체에 의해 개인정보자기결정권이라는 기본권을 침해받는 상황에서 실효성있는 기준이 되기에 부족하다. 따라서 기본권보호의무가 실제로 개인의 기본권 보호에 효과를 거둘 수 있도록 하기 위해서는 과소보호금지원칙의 기준을 상향할 필요가 있다. 이는 수단의 적절성이나 보호의 효율성과 같은 과소보호금지원칙의 부분원칙을 체계화함으로써 가능할 것이다. 또한, 기본권 3각관계라는 전체적인 구도에서 피해자에

대한 기본권의 보호 뿐 아니라 가해자에 대한 기본권의 제한도 고려되어야 하므로 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙을 함께 적용하여 사적 주체의 관계에서 기본권의 최적화가 가능해질 수 있는 방향을 제시하였다. 이와 같은 과소보호금지원칙의 기준 상향은 기본권의 최대한 보장을 목적으로 하는 입법과정에서 보다 큰 의미를 갖는다. 기본권보장을 위한 새로운 입법심사기준은 플랫폼의 영업의 자유와 개인의 개인정보자기결정권이 조화롭게 조정될 수 있는 기틀을 마련하기 위하여 반드시 필요하다고 할 것이다.

(논문투고일: 2023.3.6., 심사개시일: 2023.3.9., 게재확정일: 2023.3.24.)



문의빈

개인맞춤형 광고, 플랫폼에 의한 기본권 침해, 기본권 3각 관계, 기본권 상충, 기본권보호의무

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 로베르트 알렉시(이준일 옮김), 「기본권이론」, 한길사, 2007.
- 마셜 벤 엘스타인 외 2인, 이현경 옮김, 「플랫폼 레볼루션: 4차 산업혁명 시대를 지배할 플랫폼 비즈니스의 모든 것」, 부키, 2017.
- 박아란 외 2인, 「디지털 플랫폼과 인터넷 뉴스 이용」, 한국언론진흥재단, 2021.
- 빅토르 마이어 쇤베르거·케네스 쿠키어(이지연 옮김), 「빅데이터가 만드는 세상」, 21세기 북스, 2013.
- 이부하, 「헌법학 (상)」, 법영사, 2019.
- 이준구, 「재정학」(제3판), 다산출판사, 2005.
- 이준일, 「헌법학강의」(제7판), 홍문사, 2019.
- 정재황, 「헌법학」(제2판), 박영사, 2022.
- 정종섭, 「헌법학원론」(제13판), 박영사, 2022.
- 허영, 「한국헌법론」(전정18판), 박영사, 2022.
- 허완중, 「기본권 3각관계」, 전남대학교 출판문화원, 2020.

II. 논문

- 강일신, “사법심사기준으로서 실제적 조화 원칙”, 법조, 법조협회, 2019.
- 강현구, “정보주체의 동의 없는 개인정보 활용의 위법성 판단 방법 - 기본권 충돌의 관점에서 - ”, 헌법학연구 제28권 제1호, 한국헌법학회, 2022.
- 김대환, “사법질서에서의 기본권의 효력”, 헌법학연구 제16권 제4호, 한국헌법학회, 2010.
- 김민호 외 2인, “지능정보사회의 규범설정 기본원칙에 대한 고찰”, 성균관법학 제28권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2016.
- 김배원 “지능정보사회와 헌법-인공지능(AI)의 발전과 헌법적 접근-”, 공

- 법학연구 제21권 제3호, 비교공법학회, 2020.
- 김성수, “존엄한 미래를 위한 기본권 - 독일연방헌법재판소 기후보호법 결정에 대한 평가와 한국법에의 함의”, 공법연구 제50권 제1호, 한국공법학회, 2021.
- 김일환 “지능정보사회에서 헌법의 역할과 기능”, 성균관법학 제32권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2020.
- 김하열, “자유권 제한입법에 대한 위헌 심사”, 동아법학 제56호, 동아대학교 법학연구소, 2012.
- 김현경, “플랫폼 사업자 규제법안에 대한 비판적 검토”, 법조, 제728호, 법조협회, 2018.
- 문의빈, “플랫폼 뉴스 서비스에서 정보수령권에 관한 헌법적 연구”, 성균관대학교 박사학위 논문, 2023.
- 문제완, “민주주의와 인터넷 공론장”, 공법연구 제51집 제1호, 한국공법학회, 2022.
- 송기춘, “국가의 기본권보장의무에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위 논문, 1999.
- 윤수정, “인공지능사회에서의 기본권”, 공법연구 제49집 제2호, 한국공법학회, 2020.
- 이노홍, “기본권 효력확장이론과 쟁점에 관한 고찰”, 홍익법학 제18권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2017.
- 이부하, “헌법영역에서 기본권보호의무”, 공법학연구 제8권 제3호, 한국비교공법학회, 2008.
- 이준일, “포털사이트에 대한 법적 규율의 필요성과 내용 - 포털사이트 이용자 및 언론사의 입장에서 필요한 추가적 법적 규율을 중심으로”, 헌법재판연구 제9권 제1호, 2022.
- 장영철, “기본권의 제3자적 효력과 기본권보호의무”, 공법연구 제29권 제2호, 한국공법학회, 2001.
- 정제황, “기본권의 상충에 관한 연구”, 성균관법학 제19권 제2호, 성균관대학교 법학연구원, 2007.
- 허완중, “기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계”, 공법연구 제37집 제1-2호, 한국공법학회, 2008.

허완중, “기본권의 대사인적 효력과 기본권 보호의무 그리고 기본권충돌의 관계”, 헌법논총, 헌법재판소, 2014.

허창환, “과세정보 공개에 관한 헌법적 고찰”, 성균관법학 제31권 제1호, 성균관대학교 법학연구원, 2019.

III. 해외문헌

Alvin Toffler, Future Shock, Bantam, 1970.

Jack M. Balkin, “Free Speech Is a Triangle”, Columbia Law Review Vol. 118(7), 2018.

Christoph Brüning, Voraussetzungen und Inhalt eines grundrechtlichen Schutzanspruchs – BVerwG, NVwZ 1999, 1234, in: JuS. 2000.

Karl-Eberhard Hain, Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot? in: DVBl. 1993.

Kate Klonick, “The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech”, Harvard Law Review, Vol. 131, 2017.

Lothar Michael, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze, JuS, 2001.

Tarleton Gillespie, Custodians of the Internet Platforms, Content Moderation and the Hidden Decisions that Shape Social Media, Yale University Press, 2018.

Abstract

A Study on the Collision of Constitutional Rights
and the Duty to Protect Constitutional Rights
in Intelligence Information Society

– A Focus on the Standards of Legislative Review for Protecting
Constitutional Rights –

Moon, Euibien

The concept of an intelligence information society pertains to a societal construct whereby individuals participate in political decision-making and economic activities through internet-based platforms that have arisen as a consequence of the advancement of information and communication technology. In such a society, the role of these platforms is of critical importance, and the potential for private entities operating these platforms to infringe upon the constitutional rights of individuals is heightened. Constitutional theory is concerned with the protection and violation of constitutional rights by private entities through the juxtaposition of constitutional rights and the obligation to safeguard such rights. This collision of constitutional rights and the duty to protect them engenders a triangular relationship where the state intervenes in the constitutional rights of private entities, surpassing the binary relationship in which the state violates the constitutional rights of individuals. However, a more comprehensive discourse is warranted regarding how the collision of constitutional rights and the duty to protect constitutional rights can effectively address the infringement of constitutional rights by private entities, as well as the criteria that should be implemented when regulating the relationships between private entities and constitutional rights. Hence, this

paper aims to delve deeper into the standard of review that must be considered when legislating on constitutional rights relationships between individuals and platforms, where the collision of constitutional rights and the duty to protect constitutional rights are concurrently considered.

The violation of the rights to determine personal information by platforms can be considered as a collision of constitutional rights between private entities, thereby raising concerns about the State's obligation to protect constitutional rights, particularly in the context of the unequal power dynamics between dominant platforms and individuals. In light of this, the present investigation views the collision of constitutional rights between private entities as a matter of the state's responsibility to safeguard the constitutional rights of aggrieved parties and the state's regulation of the constitutional rights of offending parties. To solve this problem, it is necessary to review the standards of legislative drafting regarding the constitutional rights relationships among private entities, particularly with regards to the principle of prohibition against excessively low protection. To this end, I propose two recommendations: to establish a systematic approach for the principle of prohibition against excessively low protection to offer a more robust safeguard of the constitutional rights of individuals who are often in a weaker position. Secondly, a possible solution may involve the concurrent application of both the principle of prohibition against excessive restriction and the principle of prohibition against excessively low protection when legislating.



Moon, Euibien

Personalised Advertisement, Constitutional Rights Infringement by Platforms, The Triangular Relationship of Constitutional Rights, The Collision of Constitutional Rights, The Duty to Protect Constitutional Rights