

# 강제적 섯다운제에 대한 현재 판결의 주요 문제점

법무법인 정진 변호사 이병찬

## 1. 게임이 각종 사회적 문제의 원인인지 여부

### 가. 판결의 내용

인터넷 이용이 보편화됨에 따라 인터넷게임도 오락활동의 하나로 자리잡게 되었으나, 그 이용이 증가하면서 인터넷게임에 중독되거나 과몰입 증상을 보인 청소년이 자살하거나 모친을 살해하는 사건이 발생하는 등 인터넷게임 중독 내지 과몰입 현상의 심각성이 사회적으로 문제화되기 시작하였다.

### 나. 문제점

인터넷 게임으로 인한 각종 사건의 이면에는 과도한 경쟁시스템, 가정의 불화, 경제적 궁핍, 또래집단 사이의 갈등 등 보다 본질적인 문제가 내포되어 있으며, 이러한 사회적 문제의 원인이 인터넷 게임이라고 단정하기 어렵다.

## 2. 과잉금지의 원칙 중 수단의 적정성

### 가. 판결의 내용

이 사건 금지조항은 심야시간대에 청소년의 인터넷게임 이용을 제한함으로써, 정신적·육체적으로 성장 단계에 있는 청소년의 적절한 수면시간을 확보하고 청소년의 인터넷게임 과몰입 또는 중독 현상을 방지하여, 궁극적으로 청소년의 건전한 성장과 발달에 기여하고 나아가 청소년의 인터넷게임 중독으로 인한 사회적 문제도 예방하려는 것이므로 그 입법목적이 정당하다. 이를 위하여 인터넷게임 제공자로 하여금 심야시간대에 16세 미만 청소년에게 인터넷게임을 일률적으로 제공하지 못하도록 하는 것은 위와 같은 입법목적 달성에 기여할 수 있으므로 수단의 적정성도 인정된다.

## 나. 문제점

청소년보호법에서는 인터넷게임 중독을 “인터넷게임의 지나친 이용으로 인하여 인터넷게임 이용자가 일상생활에서 쉽게 회복할 수 없는 신체적·정신적·사회적 기능 손상을 입은 것”이라고 규정하고 있다.

위 조항에서 말하는 “지나친 이용”이란 합리적으로 해석했을 때, 장시간의 이용을 말하는 것이지 심야시간대 이용을 말한다고 보기는 어렵다. 다시 말해, 인터넷게임 중독이란 “게임을 얼마나 오래 하느냐”의 문제이지, “게임을 언제 하느냐”의 문제가 아니다.

심야에 게임을 한다고 할지라도 장시간 이용이 아니라면 게임중독이 아닐 수 있는 반면, 허용된 시간에 게임을 한다고 할지라도 지나친 장시간 이용이라면 게임중독에 해당할 가능성은 얼마든지 있다. 이 사건 법률조항이 청소년의 게임 중독을 예방하고, 방지하는 것을 목적으로 한다면, 일정시간 이상 게임을 할 수 없도록 제한하는 것이 타당하며, 특정시간에 일률적으로 게임을 하지 못하도록 금지시키는 것은 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이라고 볼 수 없다.

## 3. 과잉금지의 원칙 중 침해의 최소성

### 가. 판결의 내용

청소년 본인이나 법정대리인의 요청이 있는 경우 게임의 이용방법 및 시간을 제한할 수 있는 이른바 ‘선택적 섯다운제’가 게임산업법에 규정되어 있는데, 이는 청소년 자신 및 그 법정대리인이 적절한 시점에 과몰입 내지 중독의 위험을 인식하고 인터넷게임의 종류 및 시간대를 임의 선택하여 인터넷게임 제공자에게 직접 그 제한을 요청하는 제도이다. 이 제도는 청소년 자신이나 부모 등의 자율적 시정 노력을 전제로 하고 있는바, 현재까지 청소년이나 부모의 선택적 섯다운제의 이용률은 매우 미미한 수준으로 보고되고 있으므로 이러한 제도 자체만으로는 과도한 인터넷게임 이용 및 중독에 대한 적절한 대처가 되기 어렵다. 그러므로 게임산업법상 ‘선택적 섯다운제’가 이 사건 금지조항과 동일한 입법목적 달성을 위한 덜 제한적인 조치에 해당한다고 보기 어렵다.

## 나. 문제점

현재 판결은 선택적 섯다운제의 이용률이 매우 미미하기 때문에 게임중독에 대한 적절한 제한조치가 될 수 없다고 판시하였다. 그러나, 동일한 입법목적을 달성할 수 있는 “덜 제한적인 조치”를 관념적으로 상정할 수 있다면 이미 그 자체로 강제적 섯다운제는 침해의 최소성 원칙을 위반한 것으로 보아야 하며, 보다 완화된 조치의 이용률을 근거로 침해의 최소성 원칙 위반여부를 판단할 수는 없다.

또한 강제적 섯다운제는 프로게이머 등 게임을 통해 자아를 실현하려는 청소년들에 대한 예외조항을 두고 있지 않다는 점에서도 침해의 최소성 원칙을 위반했다.

## 4. 인터넷 게임과 기타 게임 사이의 차별 문제

### 가. 판결의 내용

인터넷게임은 주로 동시 접속자와의 상호교류를 통한 게임 진행 방식을 취하고 있어 지속적인 수행이 가능하므로 게임자가 스스로의 의지로 중단하기 쉽지 않은 특징이 있고, 정보통신망서비스가 제공되는 곳이면 시간적·장소적 제약 없이 언제나 쉽게 접속하여 게임을 즐길 수 있어 장시간 이용으로 이어질 가능성이 크다.

### 나. 문제점

기타 게임 중에서도 강한 흡인력을 가진 게임들이 다수 존재하고, CD 게임 등은 네트워크 기능 자체를 필요로하지 않기 때문에 인터넷 게임에 비해 오히려 더 접근가능성이 높다. 따라서, 강제적 섯다운제는 비인터넷 게임 이용자와 인터넷 게임 이용자를 합리적인 이유없이 차별한다.

또한, 이와 같은 차별은 인터넷 게임 중독 방지라는 입법목적과는 무관하게 규제의 가능한지 여부에 따라 이를 차별적으로 적용하는 것에 불과하다.

## 5. 해외 인터넷 게임과의 차별 문제

### 가. 판결의 내용

해외 업체의 경우 국내에 별도의 지사 설립 등을 통해 부가통신사업자로 신고하

고 제공하려는 인터넷게임에 대하여 게임산업법상 등급분류절차를 밟고 있는바, 이와 같이 정상적인 인터넷게임 제공행위를 하는 인터넷게임 제공자의 경우에는 국내 업체인지 해외 업체인지를 불문하고 이 사건 금지조항의 적용대상이 되는 것에 차이가 없고, 이러한 요건을 충족하지 않은 해외 업체가 해외 서버 등을 통해 제공하는 인터넷게임을 이용하는 것은 게임산업법 또는 전기통신사업법을 위반하는 불법게임물의 유통 및 그 이용에 불과하다.

따라서 이러한 현상을 가지고 이 사건 금지조항이 해외 업체에 비하여 국내 업체에 대한 차별적 결과를 야기한다고 할 수는 없으므로 이를 이유로 청구인들의 평등권이 침해된다고 할 수 없다.

#### 나. 문제점(반대의견 중)

부가통신사업자로 방송통신위원회에 신고한 사업자 또는 허가받은 기간통신사업자 중 부가통신사업을 경영하려는 자가 아니면 이 사건 금지조항의 규율을 받지 않는다. 따라서 국내 지사 설치 등으로 국내법상 통신사업자로 허가받거나 신고하지 않은 해외 사업자라면 인터넷게임 제공자에 해당하지 아니하여 강제적 셋다운제의 규제대상에 해당하지 않는다. 또한 주민등록번호를 기반으로 한 개인정보를 통해 접속하지 않는 해외 게임업체 제공의 인터넷게임에 대하여는 사실상 규제가 곤란하다.

### 6. 게임과 다른 활동 사이의 차별 문제(현재 판단 누락)

우선, 셋다운제는 오전 0시부터 오전 6시 사이에 게임을 하는 청소년과 다른 활동을 하는 청소년을 정당한 이유없이 차별하고 있다. 16세 미만 청소년들이 오전 0시부터 6시 사이에 할 수 있는 활동은 다양하다. TV시청, 영화감상, 음악감상, 독서, 자율학습, 인터넷 강의 수강 등 모든 행위가 자유롭게 허용되고 있다. 음주나 흡연과 같이 청소년들에게 시간과 관계없이 원칙적으로 금지되어 있는 행위를 제외하면, 청소년이 심야에 가정에서 할 수 있는 행위 중 법률에 의해서 제한되는 행위는 오직 게임 뿐이다.

강제적 셋다운제가 청소년의 수면권 확보를 목적으로 한다면 청소년이 심야에 가정에서 할 수 있는 수많은 활동 중 게임만을 금지하는 것은 0시부터 6시 사이에 인터넷 게임을 하는 청소년과 다른 활동을 하는 청소년을 합리적인 이유없이 차별하는 것이다.

# 강제적 섯다운제의 위헌적 요소 분석

법무법인 정진 변호사 이병찬

## 1. 들어가며

청소년보호법상의 강제적 섯다운제가 시행된 2011. 11. 20.로부터 벌써 2년 가까운 시간이 흘렀다. 강제적 섯다운제의 시행이 악재이기는 하나, 이를 계기로 게임에 대한 과학적인 연구가 본격화되고, 그 결과물들이 쌓여 게임에 대한 이유없는 편견이 극복되기를 기대했다. 그러나, 2년 전과 비교했을때 게임에 대한 과학적인 연구가 집적되지도 않았고, 당연히 한국사회가 게임을 바라보는 인식이 달라지지도 않았다.

오히려, 집권당의 대표는 게임중독을 마약중독, 알코올중독, 도박중독과 동일하게 평가하고 있으며, 일명 ‘신의진법’, ‘손인춘법’으로 불리는 법안들의 입법논의가 본격화되는 등 게임에 대한 규제는 날로 강화될 전망이다.

제도가 이미 시행 2년을 맞으면서 사업자와 청소년 모두 규제에 대한 저항감을 상실하고, 이를 당연한 것으로 받아들이는 분위기다. 그러나, 규제가 고착화되어 수범자들이 이를 당연한 것으로 받아들인다고 하더라도, 이 때문에 부당한 규제가 정당한 규제가 될 수는 없을 것이다. 더욱이, 강제적 섯다운제는 게임에 대한 오해와 편견을 강화하기 때문에 하루라도 빨리 이를 제거하는 것이 하는 것이 사회적 이익에 부합한다.

강제적 섯다운제의 헌법적 문제점에 대해서는 예전부터 활발하게 논의가 전개되어 왔기 때문에 새로운 헌법적 쟁점이 추가되기는 어려울 것이다. 그러나, 이미 관심의 대상에서 떨어진 강제적 섯다운제에 대해 주의를 환기시킨다는 것만으로도 강제적 섯다운제의 위헌적 요소를 되짚어보는 것은 의미가 있다.

## 2. 강제적 섯다운제의 위헌적 요소

### 가. 강제적 섯다운제의 구체적 내용

강제적 섷다운제는 인터넷게임의 제공자가 16세 미만의 청소년에게 오전 0시부터 오전 6시까지 인터넷게임을 제공하는 것을 금지하고, 이를 위반하는 경우에는 2년 이하의 징역이나 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하는 제도이다.

#### 나. 16세 미만 청소년의 기본권 침해

##### 1) "게임을 할 권리" 침해

헌법 제10조 전문은 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 지니며, 행복을 추구할 권리를 가진다고 규정하여 행복추구권을 보장하고 있고, 행복추구권은 그의 구체적인 표현으로서 일반적인 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권을 포함한다(헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518). 일반적 행동자유권은 모든 행위를 할 자유와 행위를 하지 않을 자유로 가치있는 행동만 그 보호영역으로 하는 것은 아니며, 그 보호영역에는 개인의 생활방식과 취미에 관한 사항도 포함된다.

따라서, 헌법에서 명문으로 '게임을 할 권리'를 별도로 규정하고 있는 것은 아니지만, 취미로 게임을 즐길 권리도 행복추구권에 포함되는 일반적인 행동자유권에 속하는 기본권에 해당한다. 강제적 섷다운제로 인하여 16세 미만 청소년들은 오전 0시부터 오전 6시까지 인터넷게임을 하지 못하게 되었는데, 이로 인해 청소년들은 게임을 할 권리를 제한받고 있다.

물론, 기본권이라고 해서 언제나 무제한적으로 보장되는 것은 아니며, 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등을 위하여 필요한 경우에는 헌법 제37조 제2항에 따라 법률로써 제한할 수 있다. 따라서, 다른 모든 권리와 마찬가지로 "게임을 할 권리"도 법률로써 제한이 가능하다. 하지만, 국민의 기본권 제한이 지나치게 과도하여 침해의 정도에 이르게 되면 이는 위헌에 해당하는데, 여기서 기본권의 합리적인 제한인지 여부는 "과잉금지의 원칙"을 기준으로 판단하게 된다.

법률이 과잉금지의 원칙에 위반되지 않기 위해서는 해당 법률이 목적의 정당성, 수단의 적정성, 침해의 최소성, 법익의 균형성 요건을 모두 충족하여야 한다. 다시 말해서 국민의 기본권을 제한하는 법률은 그 목적이 헌법과 법률체계 내에서 정당성을 인정받을 수 있는 것이어야 하고(목적의 정당성), 기본권 제한의 수단이 그 목적을 달성하기 위해 적절한 것이어야 하며(수단의 적정성), 목적을 달성하기 위한 여러 수단 중 가장 기본권 제한의 정도가 적은 수단을 선택해야 하고(침해의 최소성), 기본권 제한을 통하여 달성하려는 공익이 이로 인해 제한되는 기본권보다 크거나, 적어도 균형이 유지되어야 한다(법익의 균

형성).

강제적 섯다운제가 과잉금지 원칙에 반하는지 살펴보면, 강제적 섯다운제는 16세 미만 청소년들의 인터넷게임 중독을 예방하고, 방지하기 위한 것이므로 일단 목적의 정당성은 인정된다.

그러나, 섯다운제가 이와 같은 목적을 달성할 수 있는 적정한 수단인지는 의문이 아닐 수 없다. 청소년보호법 제27조 제1항에서는 인터넷게임 중독을 “인터넷게임의 지나친 이용으로 인하여 인터넷게임 이용자가 일상생활에서 쉽게 회복할 수 없는 신체적·정신적·사회적 기능 손상을 입은 것”이라고 규정하고 있다.

위 조항에서 말하는 “지나친 이용”이란 합리적으로 해석했을 때, 장시간의 이용을 말하는 것이지 심야시간대 이용을 말한다고 보기는 어렵다. 인터넷게임을 심야에 한다는 사실만으로 일상생활에서 쉽게 회복할 수 없는 신체적·정신적·사회적 기능 손상을 입는 경우는 존재하지 않기 때문이다. 다시 말해, 인터넷게임 중독이란 “게임을 얼마나 오래 하느냐”의 문제이지, “게임을 언제 하느냐”의 문제가 아니다. 이는 하루에 소주를 3병 이상 마시는 사람을 알코올 중독자라고 정의하여 음주를 규제할 수는 있어도, 12시 이후에 소주를 마시는 사람을 알코올 중독자라고 정의하여 규제할 수 없는 것과 마찬가지로, 심야에 게임을 한다고 할지라도 장시간 이용이 아니라면 게임중독이 아닐 수 있는 반면, 허용된 시간에 게임을 한다고 할지라도 지나친 장시간 이용이라면 게임중독에 해당할 가능성은 얼마든지 존재한다. 따라서, 강제적 섯다운제가 청소년의 게임 중독을 예방하고, 방지하는 것을 목적으로 한다면, 일정시간 이상 게임을 할 수 없도록 제한하는 것이 타당하며, 특정시간에 일률적으로 게임을 하지 못하도록 금지시키는 것은 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이라고 볼 수 없다.

강제적 섯다운제는 침해의 최소성 측면에서도 문제가 있다. 강제적 섯다운제는 특정시간대에 청소년들이 인터넷게임을 즐기는 것을 일률적으로 금지하고 있는데, 이보다 더 완화된 수단을 통해서도 동일한 입법목적 충분히 달성할 수 있기 때문이다. 16세 미만 청소년이나 법정대리인의 요청이 있는 경우에는 일정시간 이상 게임에 접속하지 못하게 하거나, 특정시간대에 게임에 접속하지 못하도록 하는 소위 “섯택적 섯다운제”를 실시한다면, 기본권 제한을 최소화하면서도 동일한 입법목적 달성을 할 수 있다. 더군다나, 이와 같은 내용의 섯택적 섯다운제는 게임산업진흥에 관한 법률(2011. 7. 21. 개정 법률 제10879호, 이하 ‘게임법’) 제12조의3, 제45조 제1호에 규정되어 2012. 1. 22.부터 이미 시행되고 있다. 위

조항에 따르면 게임물 관련 사업자는 청소년 본인 또는 법정대리인의 요청이 있는 경우 게임물 이용시간을 제한하는 ‘과도한 게임물 이용 방지 조치’를 취하여야 하고, 이를 이행하지 않는 경우에는 문화체육관광부 장관이 시정명령을 내릴 수 있으며, 게임물 관련사업자가 시정명령을 따르지 않는 경우에는 형사처벌까지 가능하다. 선택적 섷다운제로 16세 미만 청소년 및 부모가 게임물 관련 사업자에게 요청하여 게임시간을 제한함으로써 인터넷게임 중독을 예방하고, 방지할 수 있음에도 불구하고 특정시간대에 인터넷게임을 하지 못하도록 일률적으로 통제하는 것은 침해의 최소성 원칙을 위반하여 16세 미만 청소년들의 ‘게임을 할 권리’를 침해한다.

마지막으로, 강제적 섷다운제는 법익의 균형성도 충족시키지 못하고 있다. 민주당 소속 전병헌 의원은 2012. 10. 26. 국정감사를 통해 ‘청소년 인터넷게임 건전 이용제도(섷다운) 실태조사 결과보고서’를 공개했는데, 이에 따르면 강제적 섷다운제 시행 이후 주로 오전 0시 이후 게임을 이용하는 청소년 비율은 0.5%에서 0.2%로 불과 0.3% 감소하였다. 따라서, 강제적 섷다운제를 통하여 얻게 된 공익은 매우 미미하다고 볼 수 있다. 반면에 강제적 섷다운제로 인해 16세 미만의 모든 청소년들은 게임을 할 수 없게 되므로, 이로 인하여 침해되는 사익은 매우 크다. 그러므로, 강제적 섷다운제는 법익의 균형성 요건을 충족시키지 못한다.

결론적으로, 강제적 섷다운제는 과잉금지의 원칙을 위반하여 청소년들의 게임할 권리를 침해하고 있다.

## 2) 인격의 자유로운 발현권 침해

모든 청소년들은 자신의 소질과 능력에 따라 인격을 자유롭게 발현할 수 있는 권리를 가지고 있다. 따라서, 게임에 소질과 능력이 있는 16세 미만 청소년들에게는 게임을 통해 인격을 자유롭게 발현할 수 있는 권리가 있다. 헌법재판소도 과외교습을 원칙적으로 금지한 ‘학원의설립·운영에관한법률 제22조 제1항 제1호 등 위헌확인’ 사건에서 “학습자로서의 아동과 청소년은 되도록 국가의 방해받지 아니하고 자신의 인격, 특히 성향이나 능력을 자유롭게 발현할 수 있는 권리가 있다”고 판시한 바 있다(헌재 2000. 4. 27. 98헌가16).

게임산업은 매해 폭발적인 성장을 거듭하여 왔다. 2012년 기준으로 국내 게임 시장의 규모는 약 9조 7,525억원이며, 2012년 게임 수출액은 26억3891만달러로 전년 대비 11% 증가했다. 게임 산업이 발전하고, 게임인구가 확대되면서 e-sports도 활성화되었다. 특히, 2013. 10. 5.에는 국내팀이 ‘리그 오브 레전드 시



즌 3(일명 월드컵)’ 대회에서 우승을 차지하여 국제적인 화제가 되기도 하였다. 날로 성장하는 게임산업과 게임문화의 중요성을 고려하여 게임법 제15조에서는 문화체육관광부장관에게 e-sports를 지원, 육성하여야할 법률적 의무까지 부과하고 있다.

e-sports가 활성화되면서 프로게이머가 되고자하는 청소년들도 매해 증가해왔다. 2011년 상반기 기준으로 e-sports 협회에 등록되어 있는 프로게이머와 준프로게이머는 각 432명, 969명이며, 이 중에는 16세 미만의 청소년들도 상당수 포함되어 있다. 아직 등록되지 않은 연습생들까지 고려하면, 이미 적지않은 16세 미만 청소년들이 프로게이머가 되기 위해서 훈련하고 있는 상황이다. 향후 e-sports 선수로 활동하고자 하는 청소년들에게 게임이란 단순한 오락거리가 아닌 자아실현의 수단이다. 따라서, 이들의 게임시간을 제한하는 것은 인격의 자유로운 발현권에 대한 제한이 된다. e-sports의 경우 나이와 관계없이 오로지 실력만으로 그 우열을 가리기 때문에, 16세 미만의 청소년들만 훈련시간의 제한을 받는다면, 이들이 다른 선수들과의 경쟁에서 승리하는 것은 사실상 불가능해진다.

일례로, 만 15세의 중학생 프로게이머 이승현군은 2012. 10. 13. 프랑스에서 열린 프로게임대회 ‘아이언스퀴드2’에 참가했다가 경기 도중 섯다운제 시간이 다가오자 섯다운으로 인하여 게임이 강제종료되기 전에 게임을 끝내기 위해 무리한 공격을 감행하였다가 경기에서 패배한 바 있다.

강제적 섯다운제는 게임을 통하여 자아를 실현하려는 청소년들에 대한 적용제외를 인정하지 않고, 일률적으로 16세 미만의 모든 청소년들의 심야 게임을 금지하고 있으므로, 인터넷게임을 통하여 자아를 실현하려는 청소년들의 인격의 자유로운 발현권을 침해한다.

참고로, 헌법재판소는 18세 미만자가 당구장에 출입할 수 없도록 한 ‘체육시설의설치·이용에관한법률시행규칙 제5조에 대한 헌법소원 사건’에서 “당구를 통하여 자신의 소질과 취미를 살리고자 하는 소년에 대하여 당구를 금하는 것은 헌법상 보장된 행복추구권의 한 내용인 일반적인 행동자유권의 침해가 될 수 있을 것이다”라고 판시한바 있다(헌재 1993. 05. 13, 92헌마80).

### 3) 평등권 침해

대한민국 헌법 제11조는 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또

는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 규정하고 있다. 따라서, 입법자는 객관적으로 “같은 것은 같게 다른 것은 다르게”, 규범의 대상을 실질적으로 평등하게 규율해야 한다. 그러나, 이 사건 법률조항은 크게 세가지 측면에서 16세 미만 청소년들의 평등권을 침해하고 있다.

우선, 섯다운제는 오전 0시부터 오전 6시 사이에 게임을 하는 청소년과 다른 활동을 하는 청소년을 정당한 이유없이 차별하고 있다. 16세 미만 청소년들이 오전 0시부터 6시 사이에 할 수 있는 활동은 다양하다. TV시청, 영화감상, 음악감상, 독서, 자율학습, 인터넷 강의 수강 등 모든 행위가 자유롭게 허용되고 있다. 음주나 흡연과 같이 청소년들에게 시간과 관계없이 원칙적으로 금지되어 있는 행위를 제외하면, 청소년이 심야에 가정에서 할 수 있는 행위 중 법률에 의해서 제한되는 행위는 오직 게임뿐이다.

따라서, 이러한 차별이 합리적인 차별이 되기 위해서는 게임이 청소년들의 다른 활동과 본질적으로 달라야 한다. 게임이 오락적 요소가 강한 여가활동인 것은 사실이지만 TV시청, 영화감상, 음악감상과 같은 다른 여가활동에 비해 청소년들에게 더 유해하다는 객관적인 근거는 존재하지 않는다.

그럼에도 불구하고, 이 사건 법률조항은 합리적인 이유없이 게임과 기타활동을 차별하여 심야에 게임을 즐기는 16세 미만 청소년들의 평등권을 침해하고 있다.

두 번째로, 섯다운제는 오전 0시부터 오전 6시 사이에 인터넷게임을 하는 청소년들과 인터넷게임에 해당하지 아니하는 ‘기타 게임’(PC 패키지 게임, 콘솔게임, 모바일 다운로드 게임 등)을 하는 청소년들을 차별하고 있다.

강제적 섯다운제의 적용대상이 되는 게임은 인터넷게임으로 한정되는데, 청소년보호법 제24조의 제1항에 따르면 인터넷게임은 “「게임산업진흥에 관한 법률」에 따른 게임물 중 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제1항 제1호에 따른 정보통신망을 통하여 실시간으로 제공되는 게임물”을 의미한다. 그러므로, 정보통신망을 통하여 실시간으로 제공되지 아니하는 ‘기타 게임’은 섯다운제의 적용을 받지 않는다. 따라서, 인터넷게임을 하는 청소년들과 기타 게임을 하는 청소년 사이에는 차별이 발생하게 되는데, 과연 이런 차별이 평등의 원칙에 부합하는 합리적 차별인지가 문제된다.

섯다운제는 청소년들의 게임중독을 예방하고 방지하기 위한 목적으로 도입되

었으므로, 인터넷게임에 대해서만 섯다운제를 적용하는 것이 합리적인 차별이 되기 위해서는 인터넷게임과 기타 게임 사이에 중독성과 관련한 본질적인 차이가 있어야 한다. 다시 말해, 인터넷게임에만 중독성이 존재하거나, 인터넷게임의 중독성이 기타 게임에 비하여 현저히 높아야 한다. 물론 인터넷게임은 여러 게이머가 동시에 접속하여 상호 경쟁하고 협력할 수 있기 때문에, 기타 게임에 비해 더 흥미로운 오락적 요소들을 구현할 수 있다. 하지만, 기타 게임 중에서도 이혼제조기라는 별명으로 불리는 "풋볼 매니저"나 "문명"과 같이 강한 흡인력을 가지고 있는 게임들이 다수 존재한다. 따라서, 단순히 정보통신망을 통하여 실시간으로 제공된다는 이유만으로 섯다운제의 적용여부를 달리하는 것은 합리적인 기준에 의한 차별이라고 볼 수 없다.

강제적 섯다운제가 적용대상을 인터넷게임으로 한정할 이유는 인터넷게임이 기타 게임에 비하여 중독성이 높기 때문이라기 보다는 기타 게임과는 달리 게임 사업자의 서버를 통제함으로써 손쉽게 청소년들의 게임을 통제할 수 있기 때문이다.

그렇다면, 중독성이 높은데도 섯다운제의 적용을 받지 않는 기타 게임, 중독성이 낮은데도 섯다운제의 적용을 받아야 하는 인터넷게임 사이에 불합리한 차별이 발생하게 되며, 이는 '인터넷게임'을 하는 16세 미만 청소년들의 평등권을 침해한다고 보아야 한다.

세 번째로, 섯다운제는 게임을 통하여 자아를 실현하려는 청소년들과 다른 방법을 통해 자아를 실현하려는 청소년들을 차별하고 있다.

공부, 음악, 미술, 운동 등을 통해 자아를 실현하려는 청소년들은 학습이나 훈련에 있어서 어떠한 시간적 제한도 받지 않는데 반해, 섯다운제가 시행되면 게임을 통해서 자아를 실현하려는 16세 미만의 청소년들은 오전 0시부터 오전 6시까지 훈련을 할 수 없게 되는 차별이 발생한다.

이와 같은 차별이 정당화되기 위해서는 게임을 통한 자아실현이 다른 수단을 통한 자아실현과는 달리 반사회적이라고 볼만한 합리적인 근거가 있어야 한다. 하지만, 게임을 통한 자아실현이 다른 수단을 통한 자아실현과는 달리 반사회적이라고 볼만한 근거는 전혀 존재하지 않는다.

오히려, 대한민국 e-sports 대표들은 월드컵, World Cyber Games, Electronic Sports World Cup 같은 국제 게임대회에서 좋은 성적을 거두며 국위를 선양하

고, 한국의 위상을 드높이는데 일조하고 있다.

따라서, 자아실현을 위해서 노력하고 있는 청소년들 중 게임을 통해 자아를 실현하려는 청소년들에 대해서만 훈련시간을 제한하는 것은 합리적인 이유가 없는 차별이라고 보아야 한다.

헌법재판소도 18세 미만자가 당구장에 출입할 수 없도록 한 ‘체육시설의설치·이용에관한법률시행규칙 제5조에 대한 헌법소원 사건’에서 “어떤 소년이 운동선수로서 대성할 수 있는 재질로 출생하였고 그 중에서도 당구에 선천적으로 비상한 소질이 있어 그 방면에서 자신의 능력을 발휘해 보고자 하는 경우 다른 종류의 운동 지망생과의 관계에서 평등의 원칙이 문제될 수 있음은 물론이다”라고 판시한 바 있다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80).

## 다. 게임업체의 기본권 침해

### 1) 표현의 자유 침해

헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다”고 규정하고 있는 바, 표현의 자유는 민주주의의 본질을 이루는 핵심적 요소이다. 사회구성원이 자신의 사상과 의견을 자유롭게 표현할 수 있다는 것이야말로 모든 민주사회의 기초이며, 사상의 자유로운 교환을 위한 열린 공간이 확보되지 않는다면 민주정치는 결코 기대할 수 없기 때문이다.

강제적 섯다운제가 게임사업자들의 표현의 자유를 침해하는지 살펴보기에 앞서 게임도 표현의 자유에 의하여 보호되는지 우선 살펴볼 필요가 있다. 게임이 표현의 자유의 보호범위에 포함되지 않는다면, 강제적 섯다운제로 인하여 표현의 자유가 침해될 여지는 없기 때문이다. 이처럼 게임이 표현의 자유에 의해서 보호되는지 논란이 되는 이유는 표현의 자유와 관련된 문제가 대체로 정치적 표현의 영역에서 발생하기 때문이다. 게임은 오락적 성격이 강한 매체이기 때문에 표현의 자유에 의해 보호받을 수 있는지 여부가 문제될 수 있다.

이에 대해 헌법재판소는 “의사표현의 자유는 언론·출판의 자유에 속하고, 여기서 의사표현의 매개체는 어떠한 형태이건 그 제한이 없는바, 게임물은 예술표현의 수단이 될 수도 있으므로 그 제작 및 판매·배포는 표현의 자유를 보장하는 헌법 제21조 제1항에 의하여 보장을 받는다”고 판시한바 있고(헌재 2002. 2. 28. 99헌바117), 미국 연방대법원도 *Brown v. EMA* 사건에서 오락과 정치를 구별하기 어렵고, 그러한 시도 자체도 위험하다는 이유로 게임이 표현의 자유에 의해 보

호받는다는 점을 명확히 밝힌바 있다. 생각건대, 게임도 자신의 의사를 표현하는 중요한 매개체로, 이를 표현의 자유에서 제외할 아무런 이유도 없으므로, 게임도 표현의 자유에 의하여 보호받는다 고 할 것이다.

다음으로, 강제적 섷다운제가 표현의 자유를 침해하는지 판단해보면, 표현의 자유의 경우에는 과잉금지의 원칙뿐만 아니라 명확성의 원칙이 더욱 엄격히 적용되어야 한다. 현대 민주사회에서 표현의 자유가 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한 것인 점에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유 규제 는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 야기하고, 그로 인하여 자유로운 표현을 기초로 한 사상의 경쟁 메커니즘이 정상적으로 작동할 수 없게 되기 때문이다.

청소년보호법 제26조 제1항은 강제적 섷다운제의 대상을 “인터넷 게임”이라고 정의하고 있다. 그리고, 인터넷 게임이란 같은법 제24조 제1항에 따르면 “정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조 제1항에 따른 정보통신망을 통하여 실시간으로 제공되는 게임물”을 의미한다. 그러나, 같은법 제26조 제2항에 따르면 “여성가족부장관은 문화체육관광부장관과 협의하여 제1항에 따른 심야시간대 인터넷게임의 제공시간 제한대상 게임물의 범위가 적절한지를 대통령령으로 정하는 바에 따라 2년마다 평가하여 개선 등의 조치를 하여야 한다”고 정하고 있다.

수범자 입장에서는 위 조항을 아무리 유기적, 전체적으로 종합하여 해석한다고 하더라도 자신이 서비스하는 게임이 강제적 섷다운제의 대상에 포함될지 여부를 미리 알 수 없다. 따라서, 위 조항은 명확성의 원칙에 반하여 표현의 자유를 제한하는 위헌적 조항이라고 보아야 한다.

## 2) 직업선택의 자유 침해

헌법에서는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다”고 규정하고 있다. 명문상 직업 “선택”의 자유라고 규정되어 있지만, 헌법에서 말하는 직업선택의 자유란 자기가 선택한 직업을 자기가 원하는 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 포함한다.

게임 섷다운제가 시행되면 게임업체는 16세 미만 청소년을 대상으로 0시부터 6시까지 서비스를 제공할 수 없게 되므로, 직업수행의 자유에 대한 제한이 발생한다.

강제적 섯다운제로 인해 직업수행의 자유가 침해되는 정도에 이르렀는지 과잉금지의 원칙을 기준으로 살펴보면, 우선 수단의 적정성 측면에서 봤을때, 비대면 가입을 전제로 하는 게임서비스의 특성상 실제 가입자가 명의인과 동일한 사람인지 게임업체가 일일이 파악하는 것은 현실적으로 불가능하다. 청소년들이 부모나 다른 성인의 주민등록번호를 도용하여 게임서비스에 가입하는 경우에도 이를 막을 수 있는 방법이 없다. 이처럼 쉽게 규제를 회피할 수 있는 방법이 존재하기 때문에 섯다운제를 통해 게임과몰입을 예방 및 방지한다는 것은 현실성이 없다.

또한, 위에서 살펴본 바와 같이 섯다운제를 통해서도 청소년들의 게임 중독 문제를 해결할 수 있으므로, 강제적 섯다운제와 같은 일률적인 통제방식은 직업선택의 자유를 지나치게 제한하여 침해의 최소성도 충족하지 못한다고 보아야 한다.

#### **라. 부모의 교육권 침해**

모든 부모는 자녀에 대한 교육권을 가진다. 부모의 교육권이란 자녀의 교육에 관하여 전반적인 계획을 세우고 자신의 인생관·사회관·교육관에 따라 자녀의 교육을 자유롭게 형성할 권리를 의미한다.

부모의 교육권은 비록 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 않지만, 모든 인간이 누리는 불가침의 인권으로서 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조 및 "국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다"고 규정한 헌법 제37조 제1항에서 나오는 중요한 기본권이다.

따라서, 16세 미만의 청소년을 자녀로 둔 부모들은 자녀의 게임과 관련된 교육권을 가지는데, 강제적 섯다운제는 청소년들의 인터넷게임을 일률적으로 금지함으로써 부모의 교육권을 제한하고 있다.

헌법재판소는 과외교습을 원칙적으로 금지한 '학원의설립·운영에관한법률 제22조 제1항 제1호 등 위헌확인' 사건에서 "학교교육의 범주 내에서 국가는 헌법 제31조에 의하여 부모의 교육권으로부터 원칙적으로 독립된 독자적인 교육권한을 부여받음으로써 부모의 교육권과 함께 자녀의 교육을 담당하지만, 학교 밖의 교육영역에서는 원칙적으로 부모의 교육권이 우위를 차지한다"고 판시한 바 있다(헌재 2000. 4. 27. 98헌가16).

강제적 섯다운제는 오전 0시부터 오전 6시 사이 청소년들의 게임이용 제한과 관련된 것으로서 학교밖의 교육영역에 해당하므로, 위 판례에 의하면 자녀의 심야시간 게임을 허용할지 여부에 대한 결정에 있어서는 부모의 교육권이 국가의 교육권보다 우선한다. 그러므로, 부모가 자녀의 심야시간 게임을 허용할지 여부는 부모의 교육철학, 자녀의 적성 및 진로 등을 종합적으로 고려하여 부모가 자율적으로 결정하여야 하며, 국가가 이에 개입할 수 없다.

그럼에도 불구하고, 위 규정은 16세미만 청소년들이 인터넷게임을 하는 것을 일률적으로 금지함으로써 학교밖 교육영역에서 부모의 교육권을 박탈하고 있다. 더욱이 앞서 살펴본 섯다운제라는 보다 완화된 수단을 통해 부모가 자녀의 게임시간을 통제하고 게임 중독을 예방하고 방지할 수 있음에도 불구하고, 법률로서 이를 일률적으로 금지하는 것은 침해의 최소성 원칙을 위반하여 부모의 교육권을 침해한다고 보아야 한다.

### 3. 결 론

강제적 섯다운제는 게임 중독의 원인을 게임의 중독성으로 판단하고 있다는 점에서 근본적인 문제가 있다. 게임에 집착하는 청소년들이 심각한 사회적 문제가 되고 있는 것은 부정할 수 없는 사실이다.

그러나, 2010년에 이루어진 통계청 조사결과에 따르면 우리나라 15세에서 19세 청소년 중 약 10.1%가 자살의 충동을 느낀적이 있으며, 자살 충동을 느끼는 이유는 성적/진학이 53.4%로 절대적인 비율을 차지하고 있다.

대한민국 청소년들은 공부를 잘하고, 좋은 학교에 진학하는 것 말고는 성취감을 느끼거나 자신의 존재가치를 입증할 방법이 없는 학교와 학원에서 대부분의 시간을 보내며, 정규교육 내내 살인적인 경쟁에 시달린다.

잠시나마 살인적인 경쟁으로부터 도피하고 싶은 청소년들이 상대적으로 싸고, 쉽게 접근할 수 있으며, 친구들과 함께 즐길 수 있는 게임에 집착하게 되는 것이다. 다시 말해서, 게임중독을 야기하는 것은 게임의 중독성이 아니라, 학업에 대한 과도한 스트레스다.

단언하건대, 이러한 근본적 문제가 해결되지 않는 이상 게임에 대한 규제가 아무리 강력해져도 우리는 청소년들의 게임중독 문제를 해결할 수 없을 것이다.