

## 청소년보호에 있어서의 부모와 국가의 역할

- 인터넷게임 회원가입시 부모의 사전동의제도 및 인터넷게임  
이용시간 부모고지제도의 문제점을 중심으로 -

황성기(한양대학교 법학전문대학원 교수/오픈넷 이사)

### I. 청소년보호에 있어서의 부모와 국가의 역할

#### 1. 청소년 보호, 가족의 자율성과 국가후견주의

##### (1) 청소년 보호와 인권주체로서의 청소년

일반적으로 청소년은 보호의 대상으로서의 지위와 인권주체로서의 지위를 동시에 갖는다. 청소년의 이중적 지위는 결국 청소년 본인과 보호주체(부모 등 법정대리인, 국가, 사회 등) 사이의 긴장과 갈등을 유발할 수밖에 없다. 그런데 여기서 보호의 대상으로서의 청소년 개념과 인권주체로서의 청소년 개념과의 상호관계를 어떻게 해석할 것인가의 문제가 등장한다. 이와 관련하여서는 인권주체로서의 청소년 개념이 우선적으로 고려되어야 한다. 즉 보호의 대상으로서의 청소년 개념은 인권주체로서의 청소년 개념을 보완하는 의미로 설정되어야 한다. 예컨대 청소년에 대한 주류나 담배의 판매금지도 청소년 보호를 명분으로 하지만, 본질은 청소년이 갖는 건강하게 성장할 권리를 보장하는 차원으로 이해되어야 한다. 따라서 보호의 대상으로서의 청소년 개념과 인권주체로서의 청소년 개념과의 상호관계를 이와 같이 이해한다면, 청소년 보호를 이유로 청소년의 인권을 과도하게 제한하거나 침해해서는 안된다는 결론이 도출된다.<sup>1)</sup>

---

1) 청소년 인권을 둘러싼 긴장과 갈등을 최소화하는 노력에 있어서 인권이 주요 기준이 되어야 한다는 견해도 이와 상통한다. 즉 이 견해는 보호나 양육을 위한다고 존엄성을 무시하거나 자유와 평등의 정신을 훼손하며 인권을 침해한다면 대상자인 청소년의 존재 자체가 부정되고, 오히려 인권을 무시하거나 침해하며 강제적인 통제나 억압으로 긴장과 갈등을 해소하려고 한다면, 긴장과 갈등이 더욱 커지게 된다는 것이다. 이렇게 되면 결국 청소년을 보호하거나 성장을 도우려는 양육 및 교육의 고유 취지는 유지될 수 없다는 것이다. 김중섭, “청소년 인권의 이해”, 『푸른글터』 제5호, 도서출판해성, 2008. 6, 23면. 그리고 청소년보호라는 이름으로 어느 정도의 공권력이나 친권의 개입이 필요하다고 하더라도, 이러한 개입은 청소년의 자율을 억누르는 ‘시혜적 전제(施惠的 專制)’

(2) 청소년 보호와 가족의 자율성

청소년 보호에서의 가족의 자율성은 부모의 교육권으로부터 도출된다. 자연법상 청소년의 교육에 있어서 제1차적인 권리·의무는 부모에게 존재하고, 자녀에 대한 부모의 교육권은 자연권이다. 자연권으로서의 자녀에 대한 부모의 교육권의 존재로부터 자율적인 사적 영역으로서의 가족을 전제로 하는 ‘가족의 자율성(family autonomy)’이라는 이념 내지 가치가 도출된다.<sup>2)</sup> 그리고 가족의 자율성은 단지 입법 정책적인 고려사항이 아니라 헌법적 차원의 가치로 인정된다. 이것이 부모의 교육권의 침해 여부가 청소년 보호를 위한 규제입법의 위헌성 심사에 있어서 중요한 기준이 되는 이유이기도 하다.<sup>3)</sup> 따라서 청소년 보호를 목적으로 하는 국가의 개입이 가족의 자율성과 청소년에 대한 부모의 교육권을 침해하는 방식을 채택해서는 안 되는 것이다.

가족의 자율성은 혼인과 가족제도에 관한 우리 헌법의 기본입장을 보여주는 헌법 제36조 제1항4)에서도 도출될 수 있다. 예컨대 헌법재판소는 호주제사건에서 헌법 제36조 제1항상의 ‘개인의 존엄’과 ‘개인 및 가족의 자율적 결정권’을 연계시키고 있다.<sup>5)</sup> 더 나아가서 헌법재판소는 가족의 자율성을 자유민주적 문화국가의 필수적인

---

가 되어서는 안된다는 견해도 이와 동일하다. 박용상, 「표현의 자유」, 현암사, 2002, 294면.

2) 가족의 자율성은 가족구성원 각각의 이익으로 분리될 수 없는 독자적인 헌법상의 이익이므로, 가족구성원뿐만 아니라 가족 그 자체도 헌법상의 보호를 받는다. 황성기, 「아동의 인권에 관한 연구」, 서울대학교 법학석사학위논문, 1994. 2, 14-15면.

3) 헌법재판소가 과외금지에 대해서 위헌결정을 내린 것도 바로 이러한 맥락이 반영된 것으로 이해된다. 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등(병합), 학원의설립·운영에관한법률 제22조 제1항 제1호 등 위헌제청, 학원의설립·운영에관한법률 제3조 등 위헌확인: “자녀의 양육과 교육은 일차적으로 부모의 천부적인 권리인 동시에 부모에게 부과된 의무이기도 하다. ‘부모의 자녀에 대한 교육권’은 비록 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만, 이는 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 규정하는 헌법 제37조 제1항에서 나오는 중요한 기본권이다. 부모는 자녀의 교육에 관하여 전반적인 계획을 세우고 자신의 인생관·사회관·교육관에 따라 자녀의 교육을 자유롭게 형성할 권리를 가지며, 부모의 교육권은 다른 교육의 주체와의 관계에서 원칙적인 우위를 가진다. 자녀의 양육과 교육에 있어서 부모의 교육권은 교육의 모든 영역에서 존중되어야 하며, 다만, 학교교육에 관한 한, 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.”(밑줄 필자 강조)

4) 헌법 제36조 제1항 : 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.

5) 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등, 민법 제781조 제1항 본문 후단부분 위헌제청 등 : “혼인과 가족생활은 인간생활의 가장 본원적이고 사적(私的)인 영역이다. 이러한 영역에서 개인의 존엄을 보장하려는 것은 혼인·가족생활에 있어서 개인이 독립적 인격체로서 존중되어야 하고, 혼인과 가족생활을

전제조건으로 보았는데, 그 이유는 개별성·고유성·다양성으로 표현되는 문화는 사회의 자율영역을 바탕으로 하고, 사회의 자율영역은 무엇보다도 바로 가정으로부터 출발하기 때문이다.<sup>6)</sup>

### (3) 청소년 보호에서의 국가후견주의의 한계

청소년 보호에서의 국가후견주의의 헌법적 근거는 우선 일반적인 국가의 공익추구의무로부터 도출될 수 있다.<sup>7)</sup> 왜냐하면 청소년 보호라는 것은 어느 사회를 막론하고 가장 중요한 공익 중의 하나로 인식되기 때문이다. 그리고 청소년 보호에서의 국가후견주의의 구체적 모습이 관련 당사자의 자유와 권리를 제한하는 형태로 나타나는 경우에는, 그 헌법적 근거는 일반적 법률유보에 관한 사항을 규정하고 있는 헌법 제37조 제2항이 될 것이다. 한편 국가에 대하여 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 부과하고 있는 헌법 제34조 제4항도 청소년 보호에서의 국가후견주의의 헌법적 근거조항이 될 수 있을 것이다.

예컨대 강제적 섣다운제는 청소년 보호를 위한 국가후견주의의 전형적인 발로라고 이해될 수 있다. 왜냐하면 청소년의 게임중독 혹은 게임과몰입을 막고 청소년의

---

어떻게 꾸려나갈 것인지에 관한 개인과 가족의 자율적 결정권을 존중하라는 의미이다. .... 국가는 개인의 생활양식, 가족형태의 선택의 자유를 널리 존중하고, 인격적·애정적 인간관계에 터잡은 현대 가족관계에 개입하지 않는 것이 바람직하다. 따라서 혼인·가족제도가 지닌 사회성·공공성을 이유로 한 부득이한 사유가 없는 한, 혼인·가족생활의 형성에 관하여 당사자의 의사를 무시하고 법률의 힘만으로 일방적으로 강제하는 것은 개인의 존엄에 반하는 것이다.”(밑줄 필자 강조)

6) 현재 2000. 4. 27. 98헌가16등(병합), 학원의설립·운영에관한법률 제22조 제1항 제1호 등 위헌제청, 학원의설립·운영에관한법률 제3조 등 위헌확인 : “헌법은 가족제도를 특별히 보장함으로써, 양심의 자유, 종교의 자유, 언론의 자유, 학문과 예술의 자유와 같이 문화국가의 성립을 위하여 불가결한 기본권의 보장과 함께, 견해와 사상의 다양성을 그 본질로 하는 문화국가를 실현하기 위한 필수적인 조건을 규정한 것이다. 따라서 헌법은 제36조 제1항에서 혼인과 가정생활을 보장함으로써 가족의 자율영역이 국가의 간섭에 의하여 획일화·평준화되고 이념화되는 것으로부터 보호하고자 하는 것이다. 그런데 가족생활을 구성하는 핵심적 내용중의 하나가 바로 자녀의 양육과 교육이다. 자녀의 양육과 교육은 일차적으로 부모의 천부적인 권리인 동시에 부모에게 부과된 의무이기도 하다. 부모가 자녀의 교육에 관하여 스스로 자유롭게 독자적으로 결정할 수 있는 경우에만, 가족은 자유민주적 문화국가에서의 자녀의 양육 및 교육이란 과제를 이행할 수 있고, 문화국가가 요구하는 교육의 다양성을 보장할 수 있다.”(밑줄 필자 강조)

7) 후견주의(paternalism)는 국가 또는 개인이 다른 사람을, 그의 의사에 반해, 더 좋은 상태로 이끌거나 해악으로부터 보호하기 위한 목적으로 개입하는 것으로 정의되기도 한다. 윤정인, 「기본권주체의 의사에 반하는 기본권보호 - 후견주의입법의 헌법적 정당화의 한계 -」, 고려대학교 법학석사 학위논문, 2007. 6, 10면. 따라서 후견주의의 개념 내에 국가에 의한 간섭 내지 강제라는 요소가 포함되느냐에 따라서 후견주의의 범위가 달라지게 되고, 포함시킨다고 한다면 국가후견주의라는 용어는 어떻게 보면 동어반복이 될 것이다. 하지만 이 글에서는 ‘국가에 의한 간섭 내지 강제’의 정당성에 대한 문제제기를 강조하는 차원에서 국가후견주의라는 용어를 사용하고자 한다.

수면시간 확보를 통해 청소년의 건전한 성장과 발달을 보장하기 위하여 이루어지는 국가의 간섭 내지 강제에 해당하기 때문이다.<sup>8)</sup> 문제는 청소년 보호를 위한 국가후견주의가 언제나 무조건적으로 정당화될 수 있는가이다.<sup>9)</sup> 우리는 여기서 청소년 보호에서의 국가후견주의는 분명히 그 한계를 갖고 있다는 점을 직시할 필요가 있다.

청소년 보호에서의 국가후견주의의 한계를 설정하는 요소는 바로 인권주체로서의 청소년과 부모의 교육권으로 상징되는 가족의 자율성이다. 즉 청소년 보호에서의 국가후견주의는 ① 인권주체로서의 청소년이 자율적으로 독자적인 판단하에 자신의 자유와 권리를 행사하기 어렵거나 자신의 복리를 확보하기 어려운 상황이 발생한 경우(청소년의 자율성 요건), ② 청소년의 제1차적인 보호자인 부모가 자신의 교육권을 적절하게 행사하기 어렵거나 가족의 자율성이 제대로 작동하지 않는 상황이 발생한 경우(가족의 자율성 요건) 등 두 가지 요건이 ‘동시’에 충족된 경우에만 정당화될 수 있다.

그런데 예컨대 강제적 섯다운제는 위 두 가지 요건을 충족시키지 못하는 국가의 개입이라고 평가될 수 있다.

첫째, 강제적 섯다운제는 첫 번째 요건인 청소년의 자율성 요건을 충족시키지 못한다고 볼 수 있다. 왜냐하면 개별 청소년마다 자율적 판단능력이나 제어능력은 다양할 수 있는데, 강제적 섯다운제는 모든 청소년들이 게임과몰입 혹은 중독으로부터 자유롭지 못하다는 전제에 근거하고 있기 때문이다.

둘째, 강제적 섯다운제는 특히 두 번째 요건인 가족의 자율성 요건을 충족시키지 못하고 있다. 즉 청소년이 독자적인 판단능력이나 제어능력이 성인에 비해서 떨어

8) 강제적 섯다운제는, 청소년의 입장에서 본다면, 법적 후견주의(legal paternalism)의 유형 중에서 개인의 선을 위해서라면 그의 자율성을 침해하더라도 그의 자유를 제한할 수 있다고 보는 경성 후견주의(hard paternalism), 자신의 행위로 인하여 야기되는 신체적 해악으로부터 보호하려는 신체적 후견주의(physical paternalism), 후견주의에 의하여 보호되는 집단이 후견적으로 개입되는 집단과 동일한 직접 후견주의(direct paternalism), 행위자가 추구하는 목적 그 자체에 대한 후견적 개입도 가능하다고 주장하는 강한 후견주의(strong paternalism), 행위자가 자신에게 끼치는 해악을 방지하기 위하여 개입하는 소극적 후견주의(negative paternalism), 행위자에게 일정한 행위를 하지 않도록 요구하는 수동적 후견주의(passive paternalism)에 해당하는 것으로 보인다. 법적 후견주의의 유형에 관한 소개로는 오세혁, “법적 후견주의 - 개념분석적 고찰 -”, 『법철학연구』 제12권 제1호, 한국법철학회, 2009. 5, 164-173면.

9) 윤정인에 의하면, 특히 경성 후견주의에 해당하는 후견주의입법은 입법목적의 달성을 위하여 개인의 자율을 배제한다는 점에서 매우 엄격한 비례성이 요구된다고 한다. 예컨대 경성 후견주의에 입각한 입법자는 당사자에게 가해지는 조치가 명백하고 중대한 공익목적에 기한 것임을 증명할 입증 책임을 부담해야 한다고 한다. 또한 입법자는 당사자에게 가하는 규제수단을, 입법목적의 달성하기에 적합한 여러 수단 중에서 효과적이고 적절하며, 당사자의 기본권을 존중하고 당사자에게 최소한의 피해만을 주는 것으로 선택할 것이 요구된다고 한다. 따라서 여기에서는 일반적인 비례성심사에서보다 좀 더 강화된 기준이 요구되는데, 특히 피해의 최소성 심사에 있어서 입법목적과 수단 사이의 관계는 분명하고 긴밀할 것이 요구된다고 한다. 윤정인, 위의 논문, 55-56면.

져서 게임과몰입 혹은 중독현상으로부터 스스로 벗어나기 힘든 상황이 발생한 경우, 1차적으로는 가족의 자율성을 전제로 부모가 자신의 교육권 행사를 통해서 청소년을 보호해야 한다. 그런데 강제적 셋다운제는, 설령 첫 번째 요건인 청소년의 자율성 요건은 충족한다고 하더라도, 특히 두 번째 요건이 존재하는지에 대한 고려를 전혀 하지 않는다. 즉 부모가 자신의 교육권을 적절하게 행사하기 어렵거나 가족의 자율성이 제대로 작동하지 않는 상황이 발생한 경우인지를 전혀 고려하지 않고, 무조건 가정 내의 문제에 국가가 직접 개입하는 모양새를 취하고 있다. 이러한 관점에서 강제적 셋다운제는 청소년 보호에서의 국가후견주의의 한계를 분명히 일탈한 것이다.

## 2. 문화영역에서의 국가 역할의 한계

### (1) 문화국가원리와 문화영역에서의 국가 역할의 한계

우리나라는 건국헌법 이래 문화국가의 원리를 헌법의 기본원리로 채택하고 있다.<sup>10)</sup> 문화국가란 국가로부터 문화활동의 자유가 보장되고 국가에 의하여 문화가 공급되어야 하는 국가, 즉 문화에 대한 국가적 보호·지원·조정 등이 이루어져야 하는 국가를 말한다.<sup>11)</sup> 현행 헌법은 전문에서 “문화의 … 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히” 할 것을 선언하고 있을 뿐 아니라, 국가에게 전통문화의 계승 발전과 민족문화의 창달을 위하여 노력할 의무를 지우고 있다(제9조). 또한 헌법은 문화국가를 실현하기 위하여 보장되어야 할 정신적 기본권으로 양심과 사상의 자유, 종교의 자유, 언론·출판의 자유, 학문과 예술의 자유 등을 규정하고 있는바, 개별성·고유성·다양성으로 표현되는 문화는 사회의 자율영역을 바탕으로 한다고 할 것이고, 이들 기본권은 견해와 사상의 다양성을 그 본질로 하는 문화국가원리의 불가결의 조건이라고 할 것이다.<sup>12)</sup> 결국 문화국가원리가 지향하는 핵심가치 내지 핵심목표는 ‘사회의 자율성을 기반으로 하는 문화의 개별성·고유성·다양성 확보’라고 할 것이다. 이렇게 문화국가원리의 핵심가치 내지 핵심목표를 전제로 한다면, 문화국가원리

10) 본질적으로 문화가 자율적인 사회영역에 속하는 것을 인식하지 못하고 여전히 국가의 문제로 보려는 것 자체가 문화국가개념이 안고 있는 근본적인 문제라는 의견도 존재한다. 예컨대 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2014, 245면. 하지만 우리나라의 대부분의 교과서와 헌법재판소는 문화국가의 원리를 우리 헌법을 지배하는 기본원리 중의 하나로 인정하고 있다. 따라서 이 글에서는 문화국가의 원리를 인정하는 것을 전제해서 논의를 전개한다.

11) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2010, 143면.

12) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2010, 145-146면; 헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1, 학교보건법 제6조 제1항 제2호 위헌제청, 학교보건법 제19조 등 위헌제청.

가 상정하는 국가의 역할과 그 한계를 설정하는 기준은 바로 ‘사회의 자율성을 기반으로 하는 문화의 개별성·고유성·다양성 확보’가 될 것이다. 그리고 문화적 자율성이란 문화활동에 대한 국가의 문화정책적 중립성과 관용을 의미하므로, 국가에게는 문화정책적 명령과 획일화의 시도 또는 학문이나 예술의 내용을 결정하는 지시는 허용되지 않는다.<sup>13)</sup> 따라서 문화영역에 대한 국가의 간여는 자율적 문화형성의 여건을 보장하는 범위 정도에 한정되어야 한다.<sup>14)</sup>

## (2) 게임콘텐츠영역에서의 국가 역할의 한계

게임은 영화, 음악, 비디오와 같은 영상물과 마찬가지로 문화콘텐츠로서의 의미를 갖고 있다. 따라서 예컨대 강제적 섷다운제를 비롯한 청소년보호를 위한 콘텐츠 규제입법들이 문화영역에서의 국가 역할의 한계를 일탈하였는지 여부와 관련하여서는 게임이 문화콘텐츠로서의 성격을 갖고 있다는 점을 전제해야 한다. 그리고 문화영역에서의 국가 역할의 한계는 청소년 보호의 문제가 개입되는 경우에는, 결국 바로 문화국가원리의 핵심가치인 ‘사회의 자율성을 기반으로 하는 문화의 개별성·고유성·다양성 확보’와 청소년 보호에 대한 국가의 책임을 어떻게 조화시킬 것인가의 문제로 귀결된다. 이 두 가지를 조화시키는 방향성과 관련하여서는 다음과 같은 두 가지 점을 고려할 필요가 있다고 생각한다.<sup>15)</sup>

첫째, ‘유해성 개념의 상대성, 개별성, 다양성’이다. 즉 문화콘텐츠로서의 특성을 갖고 있는 게임이 비록 청소년에게 유해한 영향을 미치는 콘텐츠로서의 특성도 지니고 있다고 하더라도 이는 절대적이고 보편적인 것이 아니라 상대적인 것이라는 점을 고려할 필요가 있다. 게임의 유해성에 대한 판단기준은 청소년의 연령이나 정신발달의 정도 및 사회적·문화적 환경에 따라 달라질 수 있는 것이다. 이것은 게임에만 국한된 문제는 아니다. 영화, 음악, 비디오도 문화콘텐츠로서의 특성 이외에 청소년에게 유해한 영향을 미치는 콘텐츠로서의 특성도 갖고 있다. 이러한 양면성을 갖고 있는 영화, 음악, 비디오, 게임 등의 유해성으로부터 청소년을 보호하는 주된 방식은 일반적으로 연령등급제와 부모의 지도 및 교육이다. 영화의 경우에도 연령등급제가 적용되지만, 부모의 동반이 있는 경우에는 당해 연령기준에 해당하지 않는 청소년도 영화의 관람이 가능하다. 연령등급제가 부모의 지도 및 교육을 보조

13) 홍성방, “문화국가원리”, 『고시연구』 1998년 5월호, 88면.

14) 류시조, “한국 헌법상의 문화국가원리에 관한 연구”, 『헌법학연구』 제14권 제3호, 한국헌법학회, 2008. 9, 319면.

15) 한상희 외 5인, 『청소년 게임 과몰입 규제입법의 타당성 분석 - 그 규범평가 및 입법 영향평가를 중심으로 -』, 한국입법학회, 2011. 3, 44-45면.

하는 방식으로 이용되고 있는 것이다. 이것이 바로 우리 헌법이 보장하고 있는 가족의 자율성이 문화국가의 원리와 밀접한 관련성을 맺게 되는 지점이다. 하지만 예컨대 강제적 섯다운제는 이러한 개별성, 다양성을 전혀 고려하지 않는다.

둘째, ‘가정과 사회의 우선성’이다. 즉 청소년보호에 대한 국가의 책임을 구현하는 방식이나 순서에 있어서, 가정과 사회에 의한 교육과 선도가 우선되어야 하고, 국가에 의한 규제는 보충적이고도 부차적으로 추구되어야 한다.<sup>16)</sup> 하지만 예컨대 강제적 섯다운제는 가정과 사회에 의한 교육과 선도의 ‘우선성’을 완전히 무시하고, 국가가 규제의 방식으로 전면적으로 개입하는 것이다. 즉 청소년 보호에 대한 국가의 책임을 구현하는 방식에 있어서 본말이 전도되어 있는 것이다.

위와 같은 청소년보호에 있어서의 부모와 국가의 역할에 관한 관점을 갖고, 아래에서는 청소년의 인터넷게임 회원가입시 부모의 필요적 사전동의제도와 인터넷게임 이용시간 부모고지제도의 문제점을 살펴보기로 한다.

## II. 청소년의 인터넷게임 회원가입시 부모의 필요적 사전동의제도의 문제점

### 1. 내용

청소년보호법 제24조 제1항은 “「게임산업진흥에 관한 법률」에 따른 게임물 중 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호에 따른 정보통신망을 통하여 실시간으로 제공되는 게임물(이하 “인터넷게임”이라 한다)의 제공자(「전기통신사업법」 제22조에 따라 부가통신사업자로 신고한 자를 말하며, 같은 조 제1항 후단 및 제4항에 따라 신고한 것으로 보는 경우를 포함한다. 이하 같다)는 회원으로 가입하려는 사람이 16세 미만의 청소년일 경우에는 친권자등의 동의를 받아야 한다.”고 규정하고 있다.

또한 동조 제2항은 “제1항의 친권자등의 동의에 필요한 사항은 「게임산업진흥에

16) 현재 1993. 5. 13. 92헌마80, 체육시설의설치·이용에관한법률시행규칙 제5조에 대한 헌법소원: “체육시설의설치·이용에관한법률의 입법목적은 달성하기 위하여서는, 당구장에 18세 미만자의 정서함양이나 체력증진에 장애되는 요인이 있다면 그들의 출입을 봉쇄하기에 앞서서 가정과 학교, 그리고 사회가 합심 협력하여 그 요인의 제거에 주력함은 물론, 사랑과 대화와 이해로써 계몽하고 지도하고 보호함으로써 탈선을 예방하고 선도에 차질이 없도록 하여야 할 것이고(청소년기본법 제7조 제2항 참조) 아울러 미래사회의 주역이 될 청소년이 풍부한 지식을 바탕으로 건강하고 정서와 용기가 충만하며 밝고 능동적인 모습으로 자랄 수 있도록(위 같은 법 제2조 제2항 참조) 최선을 경주하는 노력이 우선되어야 할 것이다”.(밑줄 필자 강조)

관한 법률」에서 정하는 바에 따른다.”고 규정함으로써, 동의방법 등 이와 관련된 구체적 사항은 「게임산업진흥에 관한 법률」(이하 ‘게임산업진흥법’이라 함)에서 규율하도록 하고 있다. 이와 관련하여 게임산업진흥법 제12조의 3 제1항은 게임물 관련사업자(정보통신망을 통하여 공중이 게임물을 이용할 수 있도록 서비스하는 자에 한함)가 게임이용자의 게임과몰입과 중독을 예방하기 위하여 취하여야 할 과도한 게임이용 방지 조치(예방조치)의 일환으로 제2호에서 ‘청소년의 회원가입 시 친권자 등 법정대리인의 동의 확보’를 규정하고 있다. 그리고 이러한 예방조치를 하지 않는 경우에는 문화체육부장관이 인터넷게임 사업자에게 시정명령을 내릴 수 있고(게임산업진흥법 제12조의3 제5항), 이러한 문화체육관광부 장관의 시정명령을 따르지 아니하는 경우에는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처해진다(게임산업진흥법 제45조 제1호).

이상과 같은 내용의 조항들을 ‘16세 미만 청소년의 인터넷게임 회원가입시 부모의 필요적 사전동의제도’(이하 ‘인터넷게임 사전동의제도’라 함)로 부를 수 있겠다.

## 2. 특징

인터넷게임 사전동의제도는 민법상의 무능력자제도 중의 하나인 미성년자제도와 유사하다. 일반적으로 민법상의 무능력자제도 중의 하나인 미성년자제도와 관련하여, 민법 제5조는 ‘미성년자’가 ‘법률행위’를 함에는 ‘법정대리인의 동의’를 얻도록 하고 있고(제1항), 이것을 위반한 미성년자의 법률행위는 ‘취소’할 수 있도록 하고 있다(제2항). 따라서 인터넷게임 사전동의제도는 일응 민법상의 미성년자제도의 ‘특칙’으로 이해된다. 민법상의 무능력자제도 중의 하나인 미성년자제도와 비교해 볼 때, 인터넷게임 사전동의제도의 특징은 다음과 같이 정리될 수 있겠다.

첫째, 이 제도의 수범자는 ‘인터넷게임제공자’로 설정되어 있다는 점이다. 반면 민법상의 미성년자제도에 있어서 동의의 대상이 되는 법률행위의 상대방은 미성년자와 법률행위를 하는 상대방 모두를 포함한다. 따라서 인터넷게임 사전동의제도가 예정하고 있는 수범자는 이미 민법상의 미성년자제도가 적용되는 상대방의 범위에 포섭된다.

둘째, 친권자 등의 동의가 필요한 행위의 주체가 ‘16세 미만의 청소년’으로 설정되어 있다는 점이다. 반면 민법상의 미성년자제도에 있어서 동의의 대상 주체는 미성년자(20세 미만)를 말한다. 따라서 인터넷게임 사전동의제도가 예정하고 있는 동의 대상 주체는 이미 민법상의 미성년자제도가 적용되는 동의대상 주체의 범위에 포섭된다.



셋째, 친권자 등의 동의가 필요한 16세 미만 청소년의 행위가 ‘인터넷게임제공자가 제공하는 인터넷게임을 이용하기 위한 회원가입행위’로 설정되어 있다는 점이다. 반면 민법상의 미성년자제도에 있어서 동의가 필요한 행위는 원칙적으로 모든 법률행위를 말한다. 그런데 인터넷게임제공자가 제공하는 인터넷게임을 이용하기 위한 회원가입행위는 회원가입을 통해서 인터넷게임의 이용과 관련된 권리·의무의 발생을 그 법적 효과로 한다는 점에서 ‘법률행위’에 해당하므로, 인터넷게임 사전동의제도가 예정하고 있는 동의대상 행위는 이미 민법상의 미성년자제도가 적용되는 동의대상 행위의 범위에 포섭된다.

넷째, 16세 미만 청소년이 인터넷게임제공자가 제공하는 인터넷게임을 이용하기 위하여 회원에 가입하기 위해서는 ‘친권자 등의 사전동의’를 요구하고 있다는 점이다. 이 점과 관련하여 민법상의 미성년자제도는 ‘법정대리인’이라고 규정하고 있는바, 인터넷게임 사전동의제도상의 ‘친권자 등’과 민법상의 ‘법정대리인’이 일응 동일하다고 본다면, 이 부분에 있어서는 민법과 차이가 없다.

그런데 인터넷게임 사전동의제도가 청소년보호를 위해서 유의미한 제도가 되려면, 민법상의 미성년자제도와는 다른 특징이 있어야 한다. 왜냐하면 위에서 설명한 수범자(동의대상 행위의 상대방), 동의의 대상 주체, 동의가 필요한 행위, 동의주체 부분에 있어서 이미 인터넷게임 사전동의제도가 민법상의 미성년자제도에 의해 포섭될 수 있기 때문이다. 인터넷게임 사전동의제도가 민법상의 미성년자제도와 다른 특징으로는, 단순히 위반시 법률행위의 효과에만 영향을 미치는 것이 아니라, 시정 명령 및 위반시 형사벌이라고 하는 국가의 개입이 허용된다는 것을 들 수 있다.

참고로 민법상의 미성년자제도와 관련하여, 법정대리인의 동의방식은 원칙적으로 자유이다. 즉 후견인이 미성년자의 일정한 행위에 동의하려면 친족회의 동의가 있어야 하는 것(민법 제950조)을 제외하고는, 동의의 방법은 자유이며, 묵시의 동의도 유효하다. 또한 동의는 미성년자에게 주거나 또는 미성년자와 거래하는 상대방에게 주거나, 어느 쪽이라도 좋고, 개개의 행위에 관하여 주거나, 대체로 예견할 수 있는 행위의 범위 내에서 개괄적으로 주어도 좋다는 것이 통설이다.<sup>17)</sup> 그리고 민법상의 미성년자제도는 동의를 받지 않은 미성년자의 법률행위는 ‘무효’가 아니라 ‘취소’할 수 있을 뿐이다. 이것은 거래의 안전성, 거래상대방의 보호, 법적 안정성을 고려한 것이다.

다섯째, 인터넷게임 사전동의제도는 ‘모든’ 16세 미만 청소년에 대해서 회원가입시 부모의 사전동의를 요구하고 있고, 또한 부모의 사전동의를 ‘필요적’으로 요구하고 있어서, 부모의 사전동의를 없으면 어떠한 경우에도 회원가입을 할 수 없도록 하고

---

17) 곽윤직·김재형, 「민법총칙」, 제9판, 박영사, 2013, 121면.

있다는 점이다. 반면 민법상의 미성년자제도에 있어서는 법정대리인이 범위를 정하여 처분을 허락한 재산은 미성년자가 ‘임의’로 처분할 수 있도록 하고 있다(민법 제 6조).

결국 인터넷게임 사전동의제도는 민법상의 미성년자제도와 비교해 볼 때, 특별한 내용을 갖고 있지 못하다. 만약 그 취지가 민법상의 미성년자제도의 ‘특칙’으로 이해될 수 있다고 한다면, 그 차이점을 정리하면 다음의 표와 같다.

	민법상의 미성년자제도	청소년보호법 및 게임산업진흥법상의 인터넷게임 사전동의제도
수범자(동의대상 행위의 상대방)	미성년자와의 법률행위 대상자	정보통신망을 통하여 실시간으로 제공되는 게임물의 제공자(인터넷게임제공자)
동의의 대상 주체	미성년자(20세 미만)	16세 미만 청소년
동의를 필요한 행위	모든 법률행위	인터넷게임제공자가 제공하는 인터넷게임을 이용하기 위한 회원가입행위
동의주체	법정대리인	친권자 등
동의방법	사전동의이지만, 방법은 자유	사전동의이지만, 방법에 대해서는 구체적인 규정 無
위반시 효과	취소	효과에 관한 구체적인 규정 없음. 다만 게임산업진흥법상 시정명령의 대상이 되고, 시정명령 위반시 형사벌의 대상이 됨.
미성년자 혹은 16세 미만 청소년의 임의적 결정 가능성	법정대리인이 범위를 정하여 처분을 허락한 재산의 처분은 가능	없음

### 3. 문제점

#### (1) 사적 자치의 원리 침해

##### 1) 민법상의 무능력자제도의 기본취지 및 사적 자치의 원리와의 관계

개인의 사법상의 권리·의무의 변동은 당사자 자신의 ‘의사’에 의하여서만 일어나는 것으로 하여야 한다는 사적 자치의 원칙이 민법의 기본원칙이다. 그런데 여기서 말하는 ‘의사’는 권리·의무의 변동을 목적으로 하는 의사이므로, 권리·의무의 변동이라는 결과(법률효과)를 이해 내지 판단할 수 있는 능력을 전제로 한다. 한편 행위

의 상대방 기타의 제3자의 관점에서 보면, 행위 당시에 표의자의 의사능력의 유무를 확실하게 안다는 것이 곤란하므로, 이후 의사능력이 없었다는 이유로 그 행위가 무효로 된다면, 미리 헤아릴 수 없는 불측의 손해를 받게 된다. 이에 민법은 의사무능력자의 보호와 거래의 안전성을 동시에 보호하기 위해서, 일정한 객관적·확실적 기준(성년연령, 법원의 선고 등)에 의하여 의사능력을 객관적으로 확실화한 제도가 바로 행위능력제도 또는 무능력자제도이다.<sup>18)</sup> 이러한 민법상의 무능력자제도 중의 하나가 미성년자제도이고, 민법 제5조는 미성년자가 법률행위를 함에는 법정대리인의 동의를 얻도록 하고 있고(제1항), 이것을 위반한 미성년자의 법률행위는 원천적으로 ‘무효’가 아니라 ‘취소’할 수 있도록 하고 있다(제2항).

이렇게 미성년자의 법률행위에 대해서 법정대리인의 동의를 요구하면서도, 그것을 위반하는 경우에 무효로 하지 않고 취소할 수 있도록 그치고 있는 것은, 바로 사적 자치의 원칙이라고 하는 민법상의 가장 기본적인 원칙 내에서 무능력자제도가 갖는 의미 때문이다. 이 말은 결국 무능력자의 보호라는 취지가 사적 자치의 원칙의 근간을 부정하거나 훼손시켜서는 안된다는 것을 의미한다. 따라서 청소년과 같은 무능력자의 보호를 위해 특별법으로 민법의 기본원리를 수정할 수 있다고 하더라도, 사적 자치의 원칙의 틀 내에서 이루어져야 한다는 한계가 분명히 존재한다.

하지만 이러한 민법의 기본원리인 사적 자치의 원칙도 일정한 경우에는 제한될 수 있다. 즉 사적자치의 원칙 내지는 사적 자치권이라도 공동체의 전체질서와의 관계에서 제약을 받을 수밖에 없고, 따라서 일정한 공익을 위해서 제한될 수 있다.<sup>19)</sup> 예컨대 계약자유 원칙 내지 경제상의 자유는 약자보호, 독점방지, 실질적 평등, 경제정의 등의 관점에서 법률상 제한될 수 있음은 말할 것도 없고, 국가의 과세작

18) 박윤직·김재형, 「민법총칙」, 제9판, 박영사, 2013, 109-110면.

19) 예컨대 헌법 제32조 제3항은 근로조건기준의 법정주의를 규정하고 있는데, 이 규정은 당사자간의 자유로운 계약에 의한 근로조건에 관하여 법률이 최저한의 제한을 설정한다는 의미를 갖고 있다. 따라서 이 조항은 계약자유 원칙에 대한 수정을 의미하는 것이고, 이 조항에 근거하여 근로기준법에서 규정하고 있는 근로조건 기준들은 계약자유 원칙의 근간을 흔들지 않는 한 헌법적으로 정당화된다. 헌재 2005. 9. 29. 2002헌바11, 근로기준법 제36조 등 위헌소원(이 사건은 근로기준법 제36조 본문 중 퇴직금을 퇴직일로부터 14일 이내에 지급하도록 하는 부분 및 같은 법 제42조 제2항 본문 중 임금을 매월 1회 이상 정기에 지급하도록 하는 부분이 계약의 자유, 기업활동의 자유를 침해하는지 여부 등이 문제된 사건임): “헌법 제32조 제3항은 “근로조건 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다”고 규정하고 있다. 무릇 근로자의 근로조건은 당사자 간의 자유로운 계약에 의하는 것이 원칙이지만 이 경우 일반적으로 경제적·사회적 약자인 근로자에게 불리한 계약이 체결될 수 있으므로 근로조건이 인간의 존엄성에 적합하도록 최저기준을 법률로 정함으로써 근로자를 보호하고 근로자가 근로조건을 감내할 수 있도록 하기 위하여 근로기준법을 제정케 하고 있는 위 헌법 제32조 제3항은 계약자유 원칙에 대한 수정을 의미한다. 근로기준법은 헌법 제32조 제3항에 의하여 근로조건 기준을 정함으로써 근로자의 기본적 생활을 보장함을 목적으로 하며 이 사건 법률조항이 정하는 퇴직금 및 임금의 지급시기에 관한 내용은 헌법 제32조 제3항에서 규정하고 있는 근로조건에 포함된다. 근로기준법이 적용되는 사업에 있어서 근로자와 사용자는 같은 법에 미달하는 근로조건을 근로계약에 규정할 수 없으며, 설령 근로자와 사용자가 근로기준법의 규정에 위반하는 내용에 합의를 하였더라도 기준미달의 계약부분은 당연히 무효이고 무효가 되는 부분은 근로기준법에 정한 기준에 따르게 된다(근로기준법 제22조)”.(밀줄 필자 강조)

용과 관련하여서도 적지 않은 제약을 받을 수 있다.<sup>20)</sup>

다만, 이와 같이 계약의 자유를 제한하더라도 헌법 제37조 제2항에 규정된 기본권 제한입법의 한계를 준수하여야 함은 물론이다. 즉 그 제한이 계약의 자유나 소유의 자유 등을 전면적으로 부인하는 결과를 초래하거나<sup>21)</sup>, 기본적인 사법질서의 근간을 무너뜨리는 경우<sup>22)</sup>에는 이는 곧 사적 자치의 본질적 내용 침해가 되어 헌법에 위반된다.

## 2) 인터넷게임 사전동의제도가 사적 자치의 원칙을 침해하는지 여부

인터넷게임 사전동의제도가 사적 자치의 원칙 내지 사적 자치권을 침해하는지 여부와 관련하여서는, 사적 자치의 원칙에 대한 제한의 ‘한계’를 준수하고 있느냐의 문제로 귀결되게 된다. 보다 구체적으로는, 인터넷게임 사전동의제도는 단순히 위반시 법률행위의 효과에만 영향을 미치는 것이 아니라, 시정명령 및 위반시 형사벌이라고 하는 국가의 개입을 허용하고 있다는 점에서 문제가 될 수 있다.

그런데 인터넷게임 사전동의제도는 단순히 위반시 법률행위의 효과에만 영향을 미치는 것이 아니라, 시정명령 및 위반시 형사벌이라고 하는 국가의 개입을 허용하고 있다는 점에서, 사적 자치의 원칙을 정면으로 부인하는 것이 될 수 있다. 위에서 언급한 바와 같이, 민법상의 미성년자제도는 기본적으로 의사무능력자의 보호와 거래의 안전성을 동시에 고려한 것이다. 즉 의사무능력자의 보호와 거래의 안전성이라고 하는 가치 중 어느 한 쪽이 다른 한 쪽보다 우위에 있는 가치라고 판단하지 않은 것이다. 따라서 민법은 의사무능력자의 보호와 거래의 안전성을 동시에 고려

20) 현재 1999. 5. 27. 97헌바66, 상속세법 제29조의2 제4항 위헌소원, 구 상속세법 제29조의2 제4항 등 위헌소원.

21) 현재 2001. 5. 31. 99헌가18, 부동산실권리자명의 등기에 관한 법률 제10조 제1항 위헌제정 등.

22) 현재 1997. 8. 21. 94헌바19등(병합), 근로기준법 제30조의 2 제2항 위헌소원, 근로기준법 제30조의2 제2항 등 위헌제정(이 사건에서는 임금의 경우는 ‘최종 3월분’으로 제한을 두고 있으나, 퇴직금에 관하여는 아무런 범위나 한도의 제한 없이 우선변제수령권을 본질적 효력으로 갖고 있는 질권자나 저당권자를 배제하고, 사용자의 총재산에 대하여 우선변제를 받을 수 있다고 규정하는 것이 위헌인지 여부가 문제되었음): “질권과 저당권은 우리 법제가 인정하고 있는 담보물권의 중핵을 이루고 있는 제도이고 특히 저당권의 경우는 기업금융에 있어서의 중추적인 수단이다. 그리고 우리나라의 저당권제도는 이른바 ‘보전저당제도’에 머물고 있어, 즉 저당권에 유통을 보장하는 등 이른바 근대적 저당제도를 확립하지 못하고 있어서, 저당채무자가 그 채무를 변제하지 아니하는 경우 저당권자의 채권확보 내지 회수수단으로는 저당목적물을 환가하여 그로부터 우선변제를 받는 것이 유일한 수단이다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은 퇴직금채권자에게 저당권자에 우선하여 그 퇴직금의 액수에 관하여 아무런 제한 없는 우선변제수령권을 인정하고 있으므로, 그로 말미암아 그 저당권의 유일한 채권확보 내지 회수수단에 결정적 장애를 줌으로써 담보물권제도의 근간을 흔들고 있다. ... 아울러 기업의 사용자와 근로자는 크게 보면 모두 그 기업의 일체적(일체적)인 운영주체라고 할 수 있으나, 질권자나 저당권자는 어디까지나 그 기업을 위하여 기업의 자금을 제공한 제3자이다. 그렇다면 기업이 경영압박을 당하거나 도산을 하는 것은 사용자뿐만 아니라 근로자에게도 일부 그 책임이 있는 경우도 있다고 할 것인데, 담보물권제도라는 사법질서(사법질서)의 근간을 흔들면서까지 그 기업을 위하여 자금을 제공한 제3자를 희생시키고 오히려 그 기업의 근로자를 우선적으로 보호한다는 것은 심히 부당하다고 아니할 수 없다.”(밀줄 필자 강조)

하는 차원에서, 법정대리인의 동의가 없는 미성년자의 법률행위에 대해서 원천적으로 ‘무효’가 아닌 사후적으로 ‘취소’만 할 수 있도록 하는 것이다. 그리고 이러한 ‘사후적 취소’라는 수단으로도 충분히 의사무능력자의 보호라는 가치를 달성할 수 있다고 판단한 것이다. 그런데 인터넷게임 사전동의제도는 단순히 위반시 법률행위의 효과에만 영향을 미치는 것이 아니라, 시정명령 및 위반시 형사벌이라고 하는 국가의 개입을 허용하고 있다. 즉 민법상의 미성년자제도의 기본법리를 부정하면서까지 국가의 개입을 허용해야 할 필요성이 있는지 의문이다.

결론적으로 인터넷게임 사전동의제도가 단순히 위반시 법률행위의 효과에만 영향을 미치는 것이 아니라 시정명령 및 위반시 형사벌이라고 하는 국가의 개입을 허용하는 것은, 사적 자치의 원칙에 대한 제한의 ‘헌법적 한계’를 준수하고 있지 못하다. 즉 기본적인 사법질서의 근간을 무너뜨리는 경우로서, 사적 자치의 본질적 내용 침해가 될 수 있다고 생각한다.

## (2) 16세 미만 청소년의 자기결정권 침해

인터넷게임 사전동의제도는 16세 미만 청소년의 자기결정권을 침해하는 국가의 개입 내지 강제에 해당한다.

자기결정권(인격적 자율권)이란 타인에게 위해를 미치지 않는 한 자신과 관련된 일정한 사안에 관해서 국가나 타인의 간섭 없이 스스로 결정할 수 있는 권리를 말한다. 우리 헌법상 이러한 자기결정권은 포괄적 권리이자 보충적 권리인 헌법 제10조상의 행복추구권에 근거를 두고 있고, 또한 제37조 제1항도 그 헌법적 근거가 될 수 있다.<sup>23)</sup> 그러나 자기결정권은 기본적으로 그 특성이 첫째, 타인에게 위해를 주지 않는 것을 전제로 하여 ‘자신과 관련된 일정한 사안’의 것이라는 점과 둘째, 자기결정권은 모든 사람에게 인정되는 것이 아니라 ‘성숙한 판단능력’을 가진 자에 한한다는 점이 지적되기도 한다.

위에서 지적한 것처럼 자기결정권의 두 가지 특성 중에서 특히 후자의 특성에 관해서는 성숙한 판단능력을 요구하는 근거와 정도는 어디까지인가의 문제가 제기될 수 있다. 이것은 곧바로 미성숙한 판단능력을 가지고 있는 것으로 일반적으로 인식되어 있는 청소년에게는 자기결정권이 인정되지 않는가의 문제이다. 이와 관련하여서는 기본적으로 청소년에 있어서의 자기결정권의 인정 내지는 확장이라는 관점이 필요하다.<sup>24)</sup> 왜냐하면 단순히 연령에 의한 성인과 청소년의 구분은, 청소년의 연령

23) 우리 헌법재판소는 ‘성적 자기결정권’(동성동본금혼사건, 간통죄사건, 혼인빙자간음죄사건 등), ‘개인정보자기결정권’(NEIS사건 등), ‘소비자의 상품선택에 대한 자기결정권’(자도소주사건 등) 등을 인정하였다.

24) 황성기, 「아동의 인권에 관한 연구」, 서울대학교 법학석사학위논문, 1994. 2, 38-39면.

이나 개인에 따라서 ‘개별성’이 존재한다는 것을 고려할 수 없기 때문이다. 즉 성인에 이르지 않는 청소년이라고 할지라도 일정한 청소년은 일정한 사항에 관해서 충분한 판단능력을 가지고 있는 경우가 있을 수 있기 때문에, 이러한 경우에는 청소년에게도 자신과 관련된 일정한 사항에 관해서 스스로 결정할 수 있는 자기결정권을 인정하여야 할 것이다. 이 점은 소위 ‘성숙한 미성년자의 원칙(mature minor rule)’의 적용을 의미하는 것이다.<sup>25)</sup>

인터넷게임 사전동의제도는 ‘모든’ 16세 미만 청소년에 대해서 회원가입시 부모의 사전동의를 필요적으로 요구하고 있기 때문에, 청소년의 성숙도나 판단능력 등에 따른 개별성을 전혀 인정하고 있지 않다. 또한 부모의 사전동의를 ‘필요적’으로 요구하고 있기 때문에, 16세 미만 청소년 스스로가 회원가입에 대해서 결정할 수 있는 가능성을 ‘원천적’으로 봉쇄하고 있다. 즉 부모의 사전동의를 없으면 어떠한 경우에도 회원가입을 할 수 없게 만들고 있는 것이다. 심지어 민법상의 미성년자제도의 경우에는 법정대리인이 범위를 정하여 처분을 허락한 재산은 미성년자가 ‘임의’로 처분할 수 있도록 하고 있다(민법 제6조). 이러한 민법 제6조의 규정은 거래의 안전성을 고려한 측면도 있지만, 또 한편으로는 미성년자의 자기결정권에 대한 고려의 의미를 갖고 있는 것으로도 해석이 가능하다. 하지만 인터넷게임 사전동의제도는 어떠한 경우에도 예외를 두지 않고 있고, 16세 미만 청소년의 회원가입시 부모의 사전동의를 대체할 수 있는 수단이나 절차도 전혀 마련하고 있지 않다.

결국 16세 미만 청소년 개개인의 개별성과 특수성에 대한 고려가능성을 두지 않고, 또한 16세 미만 청소년 스스로에 의한 결정가능성도 완전히 배제하고 있는 인터넷게임 사전동의제도는 16세 미만 청소년의 자기결정권을 침해한다고 할 것이다.

### (3) 청소년 보호에서의 국가후견주의의 한계 일탈

인터넷게임 사전동의제도는 서두에서 언급한 청소년 보호에서의 국가후견주의의 한계를 일탈한 것이라는 평가도 가능하다. 위에서 필자는 청소년 보호에서의 국가

25) 아동 내지 청소년의 고유의 권리의 하나로서 아동 내지 청소년의 의견표명권이라는 것이 존재한다. 의견표명권은 1989년의 「아동의 권리에 관한 국제협약」 제12조에서 인정되고 있는 권리인데, “자신에게 영향을 미치는 사안에 관하여 아동이 자유롭게 자신의 의견을 표명할 수 있는 권리”라고 정의내릴 수 있다. 즉 동 협약 제12조는 다음과 같이 규정하고 있다. “① 가맹국은 자신의 의견을 정리하여 말할 수 있는 아동에 대하여 그 아동에게 영향을 미치는 모든 사안에 관하여 아동이 자유롭게 자신의 의견을 표명할 수 있는 권리를 보장하여야 한다. 그 때 아동의 의견은 그의 연령이나 성숙도에 따라서 정당하게 중요시되어야 한다. ② 이러한 목적을 위하여 아동에게 특히 국내법의 절차적 규칙과 일치되는 방법으로 자신에게 영향을 미치는 어떠한 사법적 또는 행정적 절차에서도 직접적으로 또는 법정대리인이나 적절한 단체를 통하여 聽聞될 기회가 주어져야 한다.” 이러한 측면에서 보면, 아동 내지 청소년의 의견표명권은 아동 내지 청소년의 자기결정권과 동일한 의미를 가지게 된다.

후견주의는 ‘청소년의 자율성 요건’과 ‘가족의 자율성 요건’ 두 가지 요건이 ‘동시’에 충족된 경우에만 정당화될 수 있다고 하였다.

첫째, 인터넷게임 사전동의제도는 청소년의 자율성 요건을 충족시키지 못한다. 위에서 언급한 16세 미만 청소년 개개인의 개별성과 특수성에 대한 고려가능성을 인정하고 있지 않다는 점에서, 그리고 16세 미만 청소년 스스로에 의한 결정가능성도 완전히 배제하고 있다는 점에서, 청소년의 자율성 요건을 충족시키지 못하고 있는 것이다.

둘째, 인터넷게임 사전동의제도는 가족의 자율성 요건을 충족시키지 못한다. 인터넷게임 회원가입시 부모의 동의는 가족 내부의 문제로서 청소년과 부모가 자율적으로 결정할 문제이다. 하지만 사전동의제도는 인터넷게임 회원으로 가입하고자 하는 청소년의 개별적 상황, 당해 청소년이 속하는 가족 내부의 특수한 상황에 대한 고려를 전혀 하지 않고, 일률적으로 예외 없이 부모의 사전동의를 법의 형식으로 강제하고 있다. 전혀 가족의 자율성이라는 요소를 고려하고 있지 않고 있는 것이다.

결론적으로 인터넷게임 사전동의제도는 청소년 보호에서의 국가후견주의가 정당화될 수 있는 요건을 충족시키지 못하는 관계로, 청소년 보호에서의 국가후견주의의 한계를 일탈하는 제도라고 할 것이다.

#### (4) 문화콘텐츠영역에서의 국가 역할의 한계 일탈

인터넷게임 사전동의제도는 문화콘텐츠영역에서의 국가 역할의 한계를 일탈했다는 평가도 가능하다. 즉 인터넷게임 사전동의제도의 입법목적은 부모의 사전동의절차의 강화를 통해 16세 미만 청소년의 인터넷게임의 이용을 가능한 억제하려는 차원에서 도입된 것으로 이해되는데, 이러한 입법목적 자체가 연령등급제의 취지와 모순되는 문제점이 존재한다. 즉 사전동의제도의 적용대상이 되는 인터넷게임은 해석상 16세 미만의 청소년이 이용할 수 있는 인터넷게임, 예컨대, 게임물관리위원회에 의해서 전체이용가, 12세이용가, 15세이용가 등급분류를 받은 인터넷 게임을 전제로 하고 있다. 하지만 연령등급제는 곧 연령기준만 충족하면 당해 인터넷 게임을 자유롭게 이용할 수 있음을 국가기관으로부터 허용받았다는 것을 의미한다. 그런데 사전동의제도는 연령등급제에 더해서 부모의 사전동의절차의 강화를 통해 ‘추가적인 허들’을 만든 것이기 때문에, 연령등급제의 취지와 모순되는 문제점이 발생하는 것이다. 이 지점에서 서두에서 언급한 문화콘텐츠영역에서의 국가 역할의 한계, 즉 문화영역에서의 국가의 규제는 연령등급제가 최대한 허용될 수 있는 국가개입방식이고, 기타 추가적인 개입이나 규제는 부모와 자녀간의 자율성을 보완하는 정도로

만 이루어져야 한다는 명제에 반할 수 있다. 예컨대 전체관람가, 12세관람가, 15세관람가 등급분류를 받은 영화, 비디오물에 대해서 16세 미만 청소년이 관람하고자 하는 경우 티켓구입시 부모의 필요적 사전동의를 받을 것을 국가가 강제하지 않는다는 점을 염두에 둘 필요가 있다.

### Ⅲ. 청소년의 인터넷게임 이용시간 부모고지제도의 문제점

#### 1. 내용

청소년보호법 제25조 제1항은 “인터넷게임의 제공자는 16세 미만의 청소년 회원 가입자의 친권자등에게 해당 청소년과 관련된 것으로서 제공되는 게임의 특성·등급(「게임산업진흥에 관한 법률」 제21조에 따른 게임물의 등급을 말한다)·유료화정책 등에 관한 기본적인 사항, 인터넷게임 이용시간, 인터넷게임 이용 등에 따른 결제정보를 알려야 한다.”고 규정하고 있다.

또한 동조 제2항은 “제1항에 따른 고지에 필요한 사항은 「게임산업진흥에 관한 법률」에서 정하는 바에 따른다.”고 규정함으로써, 고지방법 등 이와 관련된 구체적 사항은 게임산업진흥법에서 규율하도록 하고 있다. 이와 관련하여 게임산업진흥법 제12조의 3 제1항은 게임물 관련사업자 취하여야 하는 예방조치의 일환으로 제4호에서 ‘제공되는 게임물의 특성·등급·유료화정책 등에 관한 기본적인 사항과 게임물 이용시간 및 결제정보 등 게임물 이용내역의 청소년 본인 및 법정대리인에 대한 고지’를 규정하고 있다. 그리고 이러한 예방조치를 하지 않는 경우에는 문화체육부장관이 인터넷게임 사업자에게 시정명령을 내릴 수 있고(게임산업진흥법 제12조의 3 제5항), 이러한 문화체육관광부 장관의 시정명령을 따르지 아니하는 경우에는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처해진다(게임산업진흥법 제45조 제1호).

이상과 같은 내용의 조항들을 ‘16세 미만 청소년의 인터넷게임 이용시간 부모고지제도’(이하 ‘인터넷게임 이용시간 고지제도’라 함)로 부를 수 있겠다.

#### 2. 특징

인터넷게임 이용시간 고지제도의 특징들을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 제공되는 게임의 특성·등급·유료화정책 등에 관한 기본적인 사항, 인터넷게임 이용 등에 따른 결제정보 이외에 청소년의 인터넷게임 이용시간도 고지대상에 포함되고 있다는 점이다. 여기서 제공되는 게임의 특성·등급·유료화정책 등에 관한



기본적인 사항, 인터넷게임 이용 등에 따른 결제정보에 대한 고지와 청소년의 인터넷게임 이용시간에 대한 고지가 어떠한 의미 차이를 갖는지에 대한 검토가 필요하게 될 것이다.

둘째, 인터넷게임 이용시간 고지는 청소년 본인 및 법정대리인의 요청이 있는 경우에 하는 것이 아니라, 요청이 있든 없든 ‘반드시’ 하게 되어 있다는 점이다. 이 점에서 게임산업진흥법상의 선택적 섯다운제와 차이가 존재한다.

셋째, 위반시 문화체육관광부장관의 시정명령이 예정되어 있고, 시정명령 위반시 형사벌이 부과될 수 있다는 점이다. 이와 관련하여서는 국가에 의한 시정명령, 위반시 형사벌 부과라고 하는 국가의 개입이 과연 적절한가에 대한 검토가 필요하게 될 것이다.

### 3. 문제점

인터넷게임 이용시간 고지제도는 부모의 자녀에 대한 parenting control을 지원하기 위한 제도라는 점에서는 일응 그 필요성과 정당성을 인정할 여지도 있을 수 있다. 즉 부모가 자녀의 게임이용과 관련하여 적절한 교육권 행사를 위해서 자녀의 게임이용에 관한 정보가 필요할 수 있는데, 이러한 정보를 사업자로 하여금 부모에게 반드시 제공하게 함으로써, 부모의 자녀에 대한 parenting control을 원활하게 한다는 의미에서는 나름대로 수긍될 수 있다. 하지만 인터넷게임 이용시간 고지제도에 대해서는 다음과 같은 문제제기가 가능할 수 있다.

첫째, 인터넷게임 이용시간 고지제도도 문화콘텐츠에 대한 국가의 개입방식의 ‘최대한’인 연령등급제의 취지와 모순될 여지가 있다는 점이다. 예컨대 전체관람가, 12세관람가, 15세관람가 등급분류를 받은 영화, 비디오물에 대해서 16세 미만 청소년이 관람하고자 하는 경우 관람시간이 어느 정도인지 혹은 몇 편의 영화 내지 비디오를 관람하였는지에 대해서 영화상영업자나 비디오물상영업자에 대해서 부모에게 고지하도록 의무를 부과하고 있지 않다.

둘째, 인터넷게임 이용시간 고지제도는 문화국가원리와 배치될 수 있다는 점이다. 문화콘텐츠의 소비는 기본적으로 문화국가원리의 핵심인 ‘사회의 자율성’ 영역에 해당한다. 물론 제공되는 게임의 특성·등급·유료화정책 등에 관한 기본적인 사항, 인터넷게임 이용 등에 따른 결제정보는 법률행위와 관련된 미성년자제도, 거래의 안전성 등을 고려해서 부모에게 고지를 하게 하는 것은 이해될 수 있다. 하지만 일정한 문화콘텐츠를 소비하는 양이나 시간에 대해서는 국가가 개입할 수 없는 부분이다. 예컨대 알콜중독을 막기 위해서 성인이라고 하더라도 몇 병 이상 음주 혹은 몇

시간 이상 술집에서 음주하는 것을 금지하거나 혹은 술판매를 금지하는 것, 더 나아가서 가족에게 몇 병 이상 음주 혹은 몇 시간 이상 술집에서 음주했는지를 반드시 고지하게 하는 것이 과연 허용될 수 있겠는지를 생각해 보면 쉽게 이해될 수 있다.

셋째, 인터넷게임 이용시간 고지제도는 청소년 보호에서의 국가후견주의의 한계를 일탈한 것이라는 점이다. 인터넷게임 이용시간 고지는 청소년 본인 및 법정대리인의 요청이 있는 경우에 하는 것이 아니라, 요청이 있든 없든 ‘반드시’ 하게 되어 있다. 가정 내에서 게임이용과 관련하여 부모가 자신의 자녀에 대해서 원활한 parenting control을 하기 위해서 자녀의 게임이용시간과 관련된 정보가 필요할 수는 있다. 문제는 인터넷게임 이용시간 고지제도는 가정 내에서 게임이용과 관련되어 있는 부모와 자녀간의 관계에 대한 개별성, 구체성에 대한 고려 없이, 무조건 일률적으로 하도록 하고 있다. 즉 청소년 보호에서의 국가후견주의의 한계인 청소년의 자율성 요건과 가족의 자율성 요건에 대한 고려를 전혀 하고 있지 않다.

넷째, 인터넷게임 이용시간 고지제도는 과연 국가가 시정명령 및 형사벌이라는 강력한 수단을 동원하여 개입할 영역인가라는 점에서도 문제제기가 가능하다. 즉 자녀의 게임이용에 대한 parenting control을 위해서 부모가 자녀의 게임이용시간을 알고 싶은 경우, 부모는 인터넷게임제공자에게 자녀의 게임이용시간에 관한 정보를 요청하면 된다. 만약 이러한 요청을 인터넷게임제공자가 거부하는 경우 부모는 자녀의 게임회원가입 및 게임이용을 민법상의 미성년자제도를 활용하여 사후적으로 취소하는 방식으로 자녀의 게임이용에 대한 parenting control을 할 수 있다. 따라서 민법상의 미성년자제도의 활용이 가능하다고 한다면, 이에 부가적으로 국가가 시정명령 및 형사벌이라는 강력한 수단을 동원하여 인터넷게임 이용시간 고지를 강제하는 것은 국가의 과도한 개입이 될 수 있다.

다섯째, 청소년의 게임이용시간 그 자체는 당해 청소년의 프라이버시의 영역에 해당할 수 있다는 점을 고려할 필요가 있다. 청소년은 자신의 자기결정권의 행사를 통해 스스로 게임이용시간을 조절할 수 있고, 특정한 시점의 특정한 게임이용시간은 청소년 본인의 사생활 영역에 해당할 수 있으며, 좀 더 확장한다면 청소년 본인의 개인정보가 될 수도 있다. 비록 부모이지만 청소년 본인은 특정한 시점의 특정한 게임이용시간을 부모가 알게 하고 싶지 않을 수도 있는 것이다. 이러한 측면에서 본다면 인터넷게임 이용시간 고지제도는 예외 없이 무조건 고지하게 함으로써, 청소년의 프라이버시를 침해할 수도 있을 뿐만 아니라, 더 나아가서 청소년이 독자적이고도 고유한 인권의 주체임을 전제하고 있지 않다는 점에서도 문제제기가 가능하다.