

폭력성 비디오게임에 대한 미국 연방순회항소법원판결이 한국게임법제도에 주는 시사점 : *Video Software Dealers Association v. Arnold Schwarzenegger*(2009)

박 민^o, 황승흠
국민대학교 법과대학
mpark@kookmin.ac.kr^o, shwang@kookmin.ac.kr

Video Software Dealers Association v. Arnold Schwarzenegger(2009) of
the United States Court of Appeals, Ninth Circuit and its Implication to
the Korean Game Law

Min Park^o, Seung Heum Hwang
College of Law, Kookmin University

요 약

이 논문은 2009년 2월 20일 미국의 제9 연방순회항소법원에서 내려진 *Video Software Dealers Association v. Arnold Schwarzenegger* 사건에 대한 판결의 의미와 한국게임법제도에의 시사점을 검토한 것이다. 이 사건에서 제9 연방순회항소법원은 폭력성 비디오게임을 18세 미만의 미성년자에게 판매하거나 대여하는 것을 금지하는 캘리포니아 주법(州法)이 미국 연방헌법에 명시된 미성년자(minor)의 권리를 침해한다는 판결을 내렸다. 이에 비해서 한국의 헌법재판소는 청소년보호를 위한 청소년유해매체물 제도와 사전등급분류 제도에 대해서는 합헌이라는 결정을 하였다. 헌법재판소는 미국의 제9 연방항소법원의 판결과 같이 음란과 폭력성을 구분하여 접근하고 있고, 폭력성 개념이 대해서 간접적으로 위헌적이라는 결정을 한 바 있다. 미국법원의 덜 제한적인 수단의 선택이라는 법리와 헌법재판소의 최소침해성 원칙에서 본다면 청소년유해매체물 제도와 사전등급분류 제도의 중첩 적용은 문제될 수 있으며, 이 중에서 더 강한 규제가 위헌이 될 소지가 있다.

ABSTRACT

In *Video Software Dealers Association v. Arnold Schwarzenegger*, the federal 9th Circuit Court decided that a California law imposing restrictions and a labeling requirement on the sale or rental of violent video games to minors (the "Act") violated rights guaranteed by the First and Fourteenth Amendments to the United States Constitution because: (1) the state introduced insufficient evidence to support a compelling interest that video games created psychological or neurological harm, (2) the Act was not the least-restrictive alternative to negate the harm, and (3) the lower, rational basis standard applicable to commercial speech did not apply to the Act's labeling requirements because the required label did not convey factual information. On the contrary, Korean Constitutional Court decided that "Harmful Medium to Youth" and "Preliminary Rate Classification" would be constitutional. However, under the least-restrictive method rule of the U. S. Court and Korean Court, overlap application of "Harmful Medium to Youth" and "Preliminary Rate Classification" could be a problem and it would be possible that stronger regulation among these would be found as unconstitutional.

Keyword : violence, video game, *Video Software Dealers Association v. Arnold Schwarzenegger*, freedom of speech, minor

1. 서론

2009년 2월 20일, 미국의 제9 연방순회항소법원(United States Court of Appeals, Ninth Circuit)은 *Video Software Dealers Association v. Arnold Schwarzenegger* 사건에서 폭력성 비디오게임을 18세 미만의 미성년자에게 판매하거나 대여하는 것을 금지하는 캘리포니아 주법(州法)이 미국 연방헌법에 명시된 미성년자(minor)의 권리를 침해한다는 판결을 내렸다[1]. 캘리포니아 주는 지난 2005년에 이 법을 제정했으나 비디오게임 업계가 즉각 연방지방법원에 효력정지 소송을 제기하여 발효되지 못했다[2]. 제9 연방순회법원은 이 판결에서 청소년을 폭력성 게임으로부터 보호하는 방안으로 판매 금지나 등급 표시 의무화처럼 강력한 방안 외에도 판매업자가 자율 등급을 매기거나 부모가 콘솔을 통제하는 방법이 있다고 제안했다. 그러나 문제가 되었던 ‘폭력성 비디오게임’이라는 용어가 모호하다거나 평등권을 침해하여 해당 법률이 위헌이라는 주장에 대하여는 이미 이 법이 표현의 자유를 침해하여 위헌이기에 따로 심사하지 않는다고 판단하였다.

이 글에서는 미국 제9 연방순회항소법원의 *Video Software Dealers Association v. Arnold Schwarzenegger* 판결 내용을 검토하고 이것이 갖는 한국 게임법제도에 대한 시사점을 검토해 볼 것이다. 한국 게임법제상의 청소년보호 관련 제도는 미국에 비해 강한 규제를 그 내용으로 하고 있다. 우리나라에서는 폭력성 게임에 대해서 미성년자(한국 게임법제상으로는 청소년)에게 판매나 대여를 금지하는 입법이 이미 1997년 청소년보호법의 제정과 1999년 「음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률」(현행법은 2006년에 제정된 「게임산업의 진흥에 관한 법률」)의 제정을 통해 시행되고 있었다[3]. 그동안 한국의 게임법제도 논의에 있어서 청소년보호에 대해서는 표현의 자유 측면에서 본격적인 논쟁이 된 적은 없었다. 미국의 법원이 내린 위헌판결은 두 나라의 법제도상의 차이에도

불구하고 우리 게임법제 논의에 여러 측면의 자극을 줄 수밖에 없다. 미국 법원의 위헌판결의 맥락에서 우리 게임법제에서 보이는 폭력성 게임으로부터 청소년 보호 문제를 비교해 본다면, 우리 게임법제의 발전방향을 가늠해 볼 수 있을 것이다.

2. 「캘리포니아 폭력성 게임법」

2005년 10월 7일, 캘리포니아 주지사인 Arnold Schwarzenegger에 의해 서명되었던 「캘리포니아 폭력성 게임법」(California Violent Games Law, California Civil Code §§ 1746~1746.5)의 주요 조항은 다음과 같다:

§ 1746 정의

(a) “미성년자”는 18세 미만의 자연인을 의미한다.

(d)(1) “폭력성 비디오게임”이란 비디오게임을 하는 자가 인간의 행태를 뉘 등장인물을 살해하거나, 불구로 만들거나, 토막 내거나, 성폭행하는 것을 선택할 수 있고, 이러한 행위들이 게임에서 묘사된 것으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.

(d)(1)(A) 다음 각 사항에 해당할 때

(i) 합리적인 사람이 전체적인 시각에서 판단하여 미성년자에게 허용되는 표준에서 벗어나거나 병적인 흥미를 발견할 때

(ii) 미성년자에게 적합한 공동체의 일반적인 기준에 분명히 반할 때

(iii) 전체적으로 게임이 미성년자를 위한 문학적, 예술적, 정치적, 과학적 가치를 중대하게 결여한 때

(d)(1)(B) 게임을 하는 자로 하여금 가상적으로 인간이나 등장인물의 이미지에 대하여 고문하거나 중대한 신체 학대를 포함하여 흉악하게, 잔인하게, 또는 사악하게 중대한 상해를 가할 수 있도록 가능성을 주는 것

(d)(2) 이 조문들을 적용함에는 다음과 같은 정

의가 적용된다.

(d)(2)(A) “잔인”이란 게임을 하는 자가 피해자를 살해하는 것을 포함하여 피해자에게 고문 또는 중대한 신체 학대를 통하여 고도의 고통을 의도하는 것을 말한다.

(d)(2)(B) “사악”이란 게임을 하는 자가 피해자를 고문하거나 신체상 중대한 학대를 행하는 것과 같이 실질적인 살해에 대한 흥미를 나타내거나 피해자의 고통에 무관심함을 말한다.

(d)(2)(C) “흉악”이란 충격적인 극악을 말한다. 비디오게임에서 살해의 묘사가 흉악하기 위해서는 살해 행위와 별도로 피해자를 고문하거나 신체 학대를 가하는 추가적인 행위를 포함해야 한다.

(d)(2)(D) “중대한 신체 학대”란 실질적인 사망 위협, 무의식, 극도의 신체적인 고통, 실질적인 외형 손상, 또는 신체 일부의 기능, 기관, 정신 기능 등의 손상을 포함하는 피해자의 몸에 중대하거나 상당한 상해를 말한다. 고문과 달리, 중대한 신체 학대에서는 행위 당시 학대에 대한 피해자의 인식을 필요로 하지 않는다. 하지만, 게임을 하는 자는 살해행위와 별도로 학대행위를 명확히 의도해야 한다.

(d)(2)(E) “고문”은 피해자에 대한 정신적 학대와 신체적인 학대를 모두 포함한다. 이 두 경우, 가상의 피해자는 행위 당시 학대에 대한 인식이 있어야 하고; 게임을 하는 자는 피해자를 살해하는 것과 별도로 사실상 중대한 정신적 또는 신체적 고통을 가하는 것을 명확히 의도해야 한다.

(d)(3) 비디오게임에서 살해행위가 흉악하거나, 잔인하거나, 사악하다고 판단하는 적절한 요인에는 피해자를 살해하기 위하여 필요한 폭력 이상의 이유 없는 폭력을 가하는 것과 스스로 어떻게 할 수 없는 피해자의 신체를 불필요하게 절단하는 행위 등이 있다.

§ 1746.1 미성년자에 대한 판매 및 대여 금지; 항변사유; 열거된 친척 또는 법적 보호자에 대한 금지조항의 적용예외

(a) 누구든지 폭력성 비디오게임 표시가 된 비

디오게임을 미성년자에게 판매하거나 대여하여서는 아니 된다.

(b) 소환된 피고인, 또는 그/그녀의 고용인 또는 대리인에 의해 제시되고 폭력성 비디오게임의 구매자 또는 대여 받은 자가 미성년자가 아니었거나 제조자가 § 1746.2에 따라 요구되는 폭력성 비디오게임 표시를 하지 않았다는 증거에 근거한 합리적인 입증은 이 법에 따른 어떠한 소송에 대해서 적극 항변사유가 된다. 이 증거에는, 이것으로 한정되지는 않지만, 주정부나 미연방군에 의해 구매자 또는 대여 받은 자에게 발급된 운전면허증 또는 ID카드가 포함된다.

(c) 폭력성 비디오게임이 미성년자의 부모, 조부모, 가까운 친척(aunt/uncle) 또는 법적 보호자에 의해 미성년자에게 판매되거나 대여된 경우에는 이 조문을 적용하지 아니한다.

§ 1746.2. 포장의 등급표시

소매 목적으로 캘리포니아에 수입되거나 배포된 각각의 폭력성 비디오게임에는 검은색 윤곽을 가진 순백색의 “18”이 표시되어야 한다. “18”은 가로 2인치, 세로 2인치 면적보다 적지 않아야 한다. “18”은 비디오게임 포장의 앞면에 표시되어야 한다.

§ 1746.3 형사처벌

이 법의 어느 규정을 위반한 자는 누구든지 \$1,000 이하 또는 법원에 의해서 결정되는 더 적은 금액의 벌금에 처한다. 다만 이 책임은 단지 점원 또는 다른 유사한 지위의 자격으로 고용되고 범위만이 일어난 사업의 지배권을 보유하지 않고 그 사업에서 관리자로 고용되지 않은 경우에 이 규정들을 위반한 자에게 적용되지 않는다.

3. 제9 연방순회항소법원 판결의 논지

3.1 사안과 관련된 헌법조문 및 위헌법률심사기준

3.1.1 표현의 자유

미국연방헌법의 수정헌법 제1조(the 1st Amendment)에는 “의회는 언론(speech), 출판(press), 집회(assembly) 및 청원(petition)의 자유를 제한(abridge)하는 법률을 제정할 수 없다.”고 규정하여 언론, 출판 집회 및 청원의 자유를 명문의 규정으로 보장하고 있으며, 이를 줄여서 표현의 자유(freedom of speech)라 한다.

3.1.2 표현의 자유를 침해한 법률의 위헌법률심사기준(standard of review)

의회의 입법이 표현의 자유를 침해한 것인가를 판단하는 기준은 규제의 내용에 따라 두 가지로 구분된다. 즉 해당 규제가 내용과 직접적인 관련이 있는 경우(content-based)에는 엄격한 심사기준(strict standard)이 적용되며, 규제가 내용과 별다른 관련이 없는 경우(content-neutral)에는 중간심사기준(intermediate standard of review)이 적용된다[4].

엄격한 심사기준 하에서 합헌성을 심사받는 경우에는 국가 그 법률이 “간절한 국가목적(compelling governmental interest)”을 달성하기 위한 것이라는 것과 그러한 간절한 국가목적의 달성을 위해 “필요한(necessary)” 또는 “엄정하게 재단된(narrowly tailored)” 수단이라는 것을 입증하는 경우에만 합헌이라는 판단을 받을 수 있다. 반면에 중간심사기준 하에서 심사받는 경우에는 “중요한 국가목적(important governmental objective)”을 달성하기 위한 것이라는 것과 그 수단으로서의 “상당한 관계(substantial relationship)”가 인정되는 경우에 한하여 합헌이라는 판단을 받게 된다.

해당 규제가 내용과 직접적인 관련이 있으나, 규

제의 대상이 되는 내용이 음란물(obscenity), 불법행위를 찬양·비호하는 언동(advocacy of imminent lawless behavior), 폭력유발언어(fighting words), 명예훼손(defamation) 등에 해당하면 엄격한 심사기준이 적용되는 것은 아니며, 중간심사기준이나 그 보다 약한 합리성 기준이 적용된다. 합리성기준에 따라 심사받는 경우에는 법률의 합헌성이 강력하게 추정되고, 당해 법률이 추구하는 목적이 “합법적인(legitimate) 국가목적”일 것과 수단으로서의 그 법률과 국가목적 사이에 어떤 “합리적인 연관성(rational relation)”만 입증되면 합헌성이 인정되게 된다. 그리하여 “엄격한 심사”기준이 적용되는 경우에는 합헌성이 유지되는 법률이 거의 없는(strict in theory, but fatal in fact) 반면, “합리성 심사”기준 하에서는 위헌으로 판단되어 효력을 잃는 법률이 거의 없게 된다.

3.1.3 사안에 적용될 위헌법률심사의 기준

미국연방대법원의 판례에 의하면, 미성년자도 수정헌법 제1조에서 규정하는 표현의 자유를 보장받아야 하며, 표현의 자유를 침해하는 규정이 내용과 직접적인 관련이 있는 경우(content-based)에는 엄격한 심사기준(strict standard)이 적용된다. 따라서 해당 법률은 “간절한 국가목적(compelling governmental interest)”을 달성하기 위한 것이라는 것과 그러한 간절한 국가목적의 달성을 위해 ‘필요한(necessary)’ 또는 “엄정하게 재단된(narrowly tailored)” 수단이라는 것을 합헌을 주장하는 당사자가 입증하여야 한다[5]. 또한 만약 입법의 목적을 달성할 수 있는 덜 제한적인(less restrictive) 수단이 존재한다면 입법부는 그러한 수단을 사용하여야 한다[6].

캘리포니아 주정부도 미성년자에게도 표현의 자유가 있다는 점과 해당 법률의 규제가 내용과 직접적인 관련이 있는 경우라는 점에 대하여는 동의하였으나, 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다는 점에 대하여는 반대하였다.

3.2 캘리포니아 주정부의 주장 : 합리성 심사기준

캘리포니아 주정부는 1968년에 결정된 *Ginsberg v. New York* 판결에서 사용되었던 합리성 심사기준을 적용하여야 한다고 주장하였다. *Ginsberg v. New York* 판결은 성적으로 노골적인(sexually-explicit)잡지를 미성년자에게 판매하는 것을 금지하는 뉴욕 주법이 표현의 자유를 침해한 것은 아니라고 한 연방대법원 판결이다[7]. *Ginsberg* 판결에서 연방대법원은 내용과 직접적인 관련이 있는 규제 경우 엄격한 심사기준이 적용되지만, 규제의 대상이 되는 내용이 음란물(obscenity), 불법행위를 찬양·비호하는 언동, 폭력유발언어, 명예훼손 등에 해당하면 엄격한 심사기준이 적용되는 것은 아니라, 중간심사기준이나 그 보다 약한 합리성 기준이 적용된다고 판단하였다.

연방대법원은 해당 잡지가 일반적인 성인에게는 음란물이 아닐지라도 미성년자에게 성적으로 노골적인 잡지의 판매를 금지할 수 있으며, 이러한 경우에는 합리성 심사기준이 적용된다고 판결하였다. 연방대법원은 판단의 근거로 부모가 자신의 아이의 건전한 성장을 위하여 필요한 결정을 하는 것이 원칙이지만 개별 주정부도 미성년자의 건전한 성장을 도모하여야 할 독립적인 이익을 갖고 있다는 것을 제시하였다[8].

캘리포니아 주정부는 *Ginsberg v. New York* 판결의 법리는 성적으로 노골적인 내용에만 적용되는 것이 아니라 폭력적인 내용에도 적용되어야 하며, 해당 입법에 대한 위헌법률심사의 기준은 엄격한 기준이 아니라 합리적 기준이 되어야 한다고 주장하였다.

3.3 제9 연방순회항소법원의 결정 : 엄격한 기준

제9 연방순회항소법원은 캘리포니아 주정부의 주장을 받아들이지 않았으며, *Ginsberg v. New York* 판결의 법리는 성적으로 노골적인 내용에만

한정적으로 적용되는 것이며, 폭력적인 내용에는 적용될 수 없다는 점을 분명히 하였다. 따라서 해당 입법에 대한 위헌법률심사의 기준은 합리적 기준이 아니라 엄격한 기준이 된다고 판단하였다.

제9 연방순회항소법원은 자신의 판결을 정당화하기 위하여 연방대법원과 다른 연방순회항소법원의 판결들을 인용하였다. 우선 연방대법원은 내용과 직접적인 관련이 있는 규제의 경우, 규제의 대상이 되는 내용이 음란물(obscenity)인 경우에만 합리적 심사기준을 적용하였다[9]. 또한 제2, 6, 7, 8 연방순회항소법원들도 음란물의 범주를 폭력적인 내용물로 확대하려는 주정부의 노력을 거듭 부정하였다[10].

3.4 엄격한 기준의 적용

3.4.1 간절한 국가목적 여부

엄격한 심사기준(strict standard)이 적용되는 경우에, 캘리포니아 주정부는 해당 법률이 “간절한 국가목적(compelling governmental interest)”를 달성하기 위한 것이라는 것과 그러한 간절한 국가목적의 달성을 위해 “필요한(necessary)” 또는 “엄정하게 재단된(narrowly tailored)” 수단이라는 것을 입증하여야 한다. 캘리포니아 주정부는 간절한 국가목적으로 i) 폭력적이고, 공격적인 그리고 반사회적인 행동을 억제하여야 할 필요성, ii) 폭력성 비디오게임을 행한 미성년자들에게 심리적·신경학적 위해가 발생할 것을 예방하여야 할 필요성을 제시하였다.

우선 캘리포니아 주정부가 제시한 첫 번째 목적인 폭력적이고, 공격적인 그리고 반사회적인 행동을 억제하여야 할 필요성에 대하여는 법원은 긍정적인 판단을 하였다. 폭력적이고, 공격적인 그리고 반사회적인 행동으로 공중을 보호하는 것이 해당 법률의 목적이라는 주장에 대하여는 다소 논쟁이 있을 수 있으나 미성년자가 폭력적이고 공격적인 행동을 보이지 않고 성장하도록 하는 것은 간절한 국가목적에 해당한다는 점에 대하여는 동의하였다.

그러나 폭력성 비디오게임을 행한 미성년자들에게 심리적·신경학적 위해가 발생할 것을 예방하여야 할 필요성에 대하여는 부정적인 견해를 밝히고 있다. 즉 폭력성 비디오게임을 많이 한 미성년자는 성인이 되어 폭력적이고 공격적인 그리고 반사회적인 행동을 보인다는 주장에 대하여 근거가 약하다는 결론을 도출하였다.

캘리포니아 주정부는 「폭력성 비디오게임의 영향(An update on the effects of playing violent video games)」라는 Craig Anderson 박사의 논문들을 근거로 제시하였으나, 법원은 분석의 대상이 되는 사례의 수가 충분하지 않아 유의미한 결과를 추론할 수 없다는 이유로 받아들이지 않았다. 또한 캘리포니아 주정부는 Douglas Gentile 박사의 「폭력성 비디오게임이 청년기의 적대감, 공격적 행동, 학교성적에 미치는 영향(The effects of violent video game habits on adolescent hostility, aggressive behaviors, and school performance)」이라는 논문을 제시하였다. 그러나 이에 대하여도 법원은 이 논문의 서문에서 말한 대로 “어린 시절에 폭력물에 많이 노출되었던 사람이 성인이 되어 좀 더 공격적이고 적대적인 사람이 되는가? ”란 질문에 대하여는 명확히 답변할 수 없다.”고 하여 양자의 인과관계를 명확히 증명할 수 없는 것이라고 판단하였다. 결과적으로 제9 연방순회항소법원은 주정부가 제출한 증거들이 어린 시절에 폭력성 비디오게임을 즐긴 사람은 심리적·신경학적 위해를 받아 좀 더 공격적이고 적대적인 사람이 된다는 주장을 증명하지 못하였다고 판단하였다.

3.4.2 필요한 또는 엄정하게 재단된 수단여부

법원은 폭력성 비디오게임이 미성년자들에게 심리적·신경학적 악영향을 준다는 주정부의 주장을 인정한다고 하더라도, 선택된 규제수단이 꼭 필요하며 엄정하게 재단되었다는 점을 주정부가 입증하여야 한다고 하였다. 이와 관련하여 제9 연방순회항소법원은 주정부가 덜 제한적인 방법이 존재하지

않기 때문에 해당 법률에서 규정된 규제수단이 필요하며 엄정하게 재단된 수단이라는 점을 입증하지 못하였다고 판단하였다.

주정부는 ESRB 등급시스템이나 Parental Control 시스템은 폭력성 게임의 문제를 해결하는 덜 제한적인 방법이 아니며 판매금지만이 가장 효율적인 방법이라고 주장하였다. 캘리포니아 주정부는 등급 시스템은 민형사상 책임이 없는, 사업자들의 자율규제이기 때문에 효율적이지 못하며, Parental Control 시스템도 별다른 효과를 기대할 수 없다고 주장하였다.

이러한 주장에 대하여 제9 연방순회항소법원은 덜 제한적인 방법이라는 것은 가장 효율적인 방법과는 다른 개념이며, 비록 덜 효과적이라도 목적을 달성할 수 있으면 그러한 수단을 선택하여야 헌법상의 자유를 보장하는 것이라는 점을 분명히 하였다. 따라서 캘리포니아 법률은 꼭 필요하지도, 엄정하게 재단되지도 않은 규제수단을 선택하였기 때문에 수정헌법 제1조를 위반한 법률이라는 것이다.

3.5 등급표시제(labeling) 규정의 합헌성 여부

제9 연방순회항소법원이 마지막으로 판단한 문제는 폭력성 비디오게임에 “18”이라고 표시되는 약 25cm²의 라벨(4 square-inch label)을 부착하도록 한 규정의 합헌성 여부이다. 캘리포니아 주정부는 등급표시제는 일반적인 표현의 자유와는 다른 것으로 비디오게임의 소매와 관련된 광고를 규제하는 것이기에 합리적 기준에 따라야 한다고 주장하였다. 이에 대하여 법원은 일반적인 표현의 자유와 상업적 광고의 자유는 다른 것이며, “완전히 사실이며 논쟁이 없는 정보(purely factual and uncontroversial information)”를 광고에 포함시키도록 강제하는 법률은 합헌이라는 캘리포니아 주정부의 주장을 인정하였다.

제9 연방순회항소법원은 상업적 광고(commercial speech)와 관련된 위헌법률심사에 적용될 기준을 확정하기 위하여 우선 등급표시제가 완전히 분리된

상업적 광고인지 아니면 일반적인 표현의 자유에 의하여 보호되는 영역과 분리될 수 없이 서로 연결되어 있는(inextricably intertwined) 상업적 광고 인지를 구별하여야 하며, 그 결과에 따라 서로 다른 심사기준이 적용되어야 한다고 판단하였다. 그러나 제9 연방항소법원은 이번 사건에서는 이에 대한 판단을 하지 않아도 사안을 해결할 수 있기에 등급표시제가 상업적 광고에 해당하는지 여부를 심사할 필요가 없다고 판결하였다. 위에서 언급한 대로, 미성년자에게 폭력성 비디오게임을 판매하거나 대여하는 것을 금지하는 법률이 이미 표현의 자유를 침해하여 위헌인 것으로 판결되었기 때문에 등급표시제를 통하여 전달하는 정보는, 즉 “18”이라는 정보는 이미 “완전히 사실이며 논쟁이 없는 정보”가 될 수 없기에 등급표시제도 위헌을 면하기 어렵다고 판단하였다.

4. 한국 게임법제도에의 시사점

미국의 제9 연방순회항소법원의 폭력성 비디오 게임에 관한 판결은, 비록 그것이 ‘폭력성’ 게임에 한정되어 있는 것이기는 하지만, 18세 이용가 등급을 표시하고 이것을 18세 미만자에게 판매 또는 대여를 금지하는 것이 위헌이라고 한 점에서 한국 법제도에 많은 시사점을 주고 있다. 이 판결이 한국 게임법제도에 주는 시사점을 검토하기 위해서는 법체계를 비교를 전제로 해야 하지만, 이에 대한 서술은 한 편의 논문에서 가능한 것이 아니다. 그럼에도 이 판결이 가지는 핵심논지가 한국 게임법제에 주는 시사점은 검토할 수 있을 것이다. 미국의 제9 연방순회항소법원의 폭력성 비디오게임에 관한 판결의 논지가 결코 폭력성 비디오게임으로부터 청소년을 보호할 필요가 없다는 것을 의미하는 것이 아니라는 점을 유념할 필요가 있다. 한국 법체계와의 비교라는 점을 염두에 둔다면, 이 판결의 핵심논지는 폭력성 비디오게임으로부터 청소년을 보호하고, 표현의 자유라는 헌법적 가치를 침해하

지 않기 위해서는 엄정하게 차단된 규제수단, 즉 보다 덜 제한적인 수단을 사용해야 한다는 점이다. 이 점은 표현물에 대한 “과잉금지의 원칙” 또는 “최소침해성 원칙”이라는 점에서 한국게임법제도에 주는 시사점을 도출해 내는 지점이 된다.

4.1 한국 게임법제의 청소년보호 제도 개관

한국의 게임법제에는 청소년보호를 위한 두 가지의 제도가 있다. 첫째는 게임산업진흥법에 규정된 사전등급분류제이다. 게임물은 유통되기 전에 등급분류를 받아야 하며(제21조 제1항), 게임물등급위원회로부터 청소년이용불가 등급(제21조 제2항 제4호)을 받게 되면, 등급을 표시해야 하고(제33조 제1항), 이를 등급에 맞게 이용에 제공해야 한다(제32조 제1항 제3호). 둘째는 청소년보호법에 규정된 청소년유해매체물 제도이다. 게임물등급위원회가 게임물에 대해서(제7조 제1호) 청소년에게 유해하다고 결정하면, 보건복지가족부 장관이 청소년유해매체물로 고시한다(제2조 제3호 나목). 청소년유해매체물로 고시된 게임물은 청소년유해표시를 해야 하며(제14조), 청소년에게 판매, 대여, 배포하거나 시청, 관람, 이용에 제공하여서는 아니 된다(제17조 제1항). 콘솔게임이나 PC게임은 포장을 해야 하는 의무가 추가로 부과된다(제15조). 이 두 제도가 별개의 것이지만 서로 중첩되는 것인지는 해석의 문제가 있다. 이제까지 게임물에 대해서 청소년기준 연령 불일치 문제 - 청소년보호법은 연나이 19세(제2조 제1호)이고 게임산업진흥법은 18세(제2조 제10호)이다. - 때문에 청소년유해매체물 제도가 사실상 적용되지 않고 있다.

심의기준에 있어서 청소년보호법은 “청소년에게 포악성이나 범죄의 충동을 일으킬 수 있는 것”(제10조 제1항 제2호), “성폭력을 포함한 각종 형태의 폭력행사와 약물의 남용을 자극하거나 미화하는 것”(제3호) 등을 규정하여 폭력성이 청소년유해매체물 심의기준임을 명확히 하고 있고, 게임산업진흥법에서도 “주제 및 내용에 있어서 청소년에게 유

해한 영향을 미칠 수 있는 폭력성 등이 사실적으로 표현되어 있는 작품”(동법 시행규칙 제8조 제1항 제3호 가목)이라 하여 폭력성이 청소년이용불가 등급결정의 기준이 됨을 밝히고 있다. 따라서 우리나라의 게임법제에서는 청소년보호를 위한 폭력성 게임에 대한 규제가 미국 캘리포니아 주법에 비해 더 복잡하고 엄격한 체제를 형성하고 있다고 볼 수 있다.

4.2 청소년유해매체물 제도에 대한 합헌성 판단 : 〈Starcraft〉 사건

미국과 마찬가지로 우리나라에서도 청소년보호를 위한 표현물 규제에 대하여 헌법재판소가 위헌성 여부에 대한 판단을 한 바 있다. 헌법재판소는 청소년유해매체물에 대한 합헌성 판단을 하였는데, 공교롭게도 PC게임인 〈Starcraft〉가 그 대상이 되었다. 이 사건이 헌법재판소에 제기된 것은 1999년이었다. 당시에 게임물 심의를 담당하였던 한국공연예술통합의회는 청소년보호법에 따라 〈Starcraft〉 게임을 폭력성을 이유로 청소년 유해매체물로 결정하였고, 당시의 청소년보호위원회는 1998년 5월 16일, 이를 청소년유해매체물로 고시하였다. 고시 이후 청소년에게 이를 이용하게 한 혐의로 PC방 업주가 형사 기소되었는데, 이 사건을 담당한 서울지방법원이 청소년유해매체물 제도가 헌법에 위반된다고 볼 여지가 있다고 하여 직권으로 1999년 11월 11일 위헌법률심판을 헌법재판소에 제청하였다. 사건의 열개는 미국 제9순회법원에서 문체된 것과 비슷하지만, 법적 쟁점은 미국과 같은 표현의 자유 침해 문제가 아니라 청소년유해매체물을 청소년에게 제공한 행위를 형사 처벌하는 것이 합헌적인가를 검토하는 죄형법정주의 문제였다. 따라서 〈Starcraft〉 사건에서는 폭력성이 청소년유해매체물의 기준이 될 수 있는가와 같은 표현의 자유에 대한 문제가 거론되지 않았다. 이 사건에 대해서는 2000년 6월 29일에 내려진 헌법재판소의 결정에서는 “청소년에게 유해한 매체물을 적시하여 청소년에 대한 판매·대여 등을 제한하고자 하는 경우에

는 각 매체물의 내용을 실제로 확인하여 유해성 여부를 판단할 수밖에 없는데, 그때마다 법 또는 하위법령을 개정하여 직접 개별 매체물을 규정하는 것은 현실적으로 거의 불가능하고 법령의 개정에 소요되는 시일로 인하여 규제의 실효성도 기할 수 없게 될 것이므로 청소년유해매체물이 결과적으로 범죄의 구성요건의 일부를 이루게 되더라도 이 사건 법률조항에서 직접 청소년유해매체물의 범위를 확정하지 아니하고 행정기관(청소년보호위원회 등)에 위임하여 그 행정기관으로 하여금 청소년 유해매체물을 확정하도록 하는 것은 부득이하다고 할 것이다.”라고 전제하고, “청소년유해매체물의 결정 기준으로서 [...] 포악성이나 범죄의 충동을 일으킬 수 있는 것 등을 규정하여 어떤 매체물이 청소년보호위원회 등에 의하여 청소년유해매체물로 결정·확인될지 그 대강을 예측할 수 있도록 하고 있으며, [...] 청소년유해매체물의 결정을 관보에 고시하고 주기적으로 청소년유해매체물 목록표를 작성하도록 하고 있으므로 처벌의 대상행위가 무엇 인지는 이러한 절차를 통하여 보다 명확해지게 된다.”라고 하여, “이 사건 법률조항이 형벌법규의 위임의 한계를 벗어나거나 불명확하여 죄형법정주의에 위반된다고 할 수 없다.”고 판시하였다[11].

〈Starcraft〉 사건에 대한 헌법재판소의 결정은, 형사적 처벌의 전제가 되는 청소년유해매체물의 범위가 법적으로 확정되지 않는 것은 매체물의 성격으로 볼 때 ‘부득이한 것’이며, 청소년유해매체물의 결정기준이 제시되어 있고 이를 고시하는 절차를 통해 청소년유해매체물의 불명확성이 제거되므로 죄형법정주의를 위반하지 않는다는 것이다. 이러한 접근방식은 미국 제9 연방순회항소법원의 판결에서 표현의 자유의 제약에 대하여 엄격한 기준이 적용되어야 한다는 점에서 위헌을 선언한 것과 상반되는 것이다. 헌법재판소의 결정에는 간절한 국가목적 여부와 필요한 또는 엄정하게 재단된 수단 여부에 판단이 전혀 들어있지 않다. 이에 대한 일차적인 설명은 표현의 자유 침해여부가 아닌 죄형법정주의가 쟁점이 되었기 때문이라고 볼 수 있다.

헌법재판소는 형사적으로 처벌하는 것이 타당한가의 문제만을 놓고 판단했기 때문에 합헌이라는 결론에 이르게 된 것이다. 그렇다면 표현의 자유의 침해 문제가 쟁점이 되었다면 어떤 판단을 하였을까 하는 의문이 여전히 남아 있다. 우리 헌법재판소의 기준으로 볼 때 청소년유해매체물 제도가 사전검열에 해당하지 않음은 분명하다. 사전검열이란 “행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도[12]”를 말하는데, 적어도 청소년유해매체물은 청소년보호법이 정한 의무를 준수한다면 유통이 가능하기 때문에 허가받지 아니한 것을 발표를 금지하는 것이 아니기 때문이다. 그럼에도 이 제도가 헌법상의 과잉금지원칙의 위반 여부에 대해서는 별도의 판단을 요한다. 특히 사전등급분류제와의 관계에서 이 문제는 상당한 논란이 될 수 있다.

4.3 사전등급분류 제도에 대한 합헌성 판단

청소년보호를 위한 게임물에 대한 규제의 하나로 사전등급분류제를 들 수 있다. 게임물은 유통 이전에 게임물등급위원회로 등급분류를 받아야 한다. 이에 대해서 헌법재판소는 (게임물에 대해서도 동일하게 적용될 수 있는) 비디오물의 사전등급분류제에 관한 헌법소원에서 다음과 같이 판시하였다. 먼저 사전등급분류제가 사전검열에 해당하는가에 대해서 “비디오물 등급분류는 의사 표현물의 공개 내지 유통을 허가할 것인가 말 것인가를 영상물등급위원회가 사전적으로 결정하는 절차가 아니라 그 발표나 유통으로 인한 실정법 위반 사태를 미연에 방지하고, 비디오물 유통으로 인해 청소년이 받게 될 악영향을 미리 차단하고자 공개나 유통에 앞서 이용 연령을 분류하는 절차에 불과하다.”고 하면서 “비디오물의 경우 청소년들이 이용할 수 없는 등급을 부여받게 되면 등급부여 당시의 시점에서는 이용 연령 제한으로 인해 그 연령에 해당하는 자들에게는 그에 대한 접근이 차단되지만, 시간이 경과

하여 이용 가능한 연령이 되면, 이에 대한 접근이나 이용이 자유로워진다. 이러한 점에서 등급분류는 표현물의 공개나 유통 자체를 사전적으로 금지하여 시간이 경과하여도 이에 대한 접근이나 이용을 불가능하게 하는 사전검열과 다르다. 그러므로 이 사건 규정이 등급심사를 받지 아니한 비디오물의 유통을 금지하고 있더라도 이것은 사전검열에 해당하지 않는다.”고 하였다. 다음으로 등급분류제가 과잉금지원칙에 위반되는가에 대하여 “비디오물 등급분류제도는 등급분류를 받지 아니한 비디오물의 유통을 금지하여 비디오물의 등급분류제도를 정착시킴으로써 청소년들의 건전한 성장을 도모하기 위한 것으로 비디오물은 그 속성상 일단 보급된 뒤에는 효율적으로 이를 규제할 방법이 없다고 할 것이므로 불법 비디오물이 청소년들에게 미치는 악영향을 차단하기 위해서는 비디오물이 유통에 이르기 전에 사전적으로 이를 규율하는 수밖에 없다. 한편, 등급분류를 받지 않고 지나치게 선정적이거나 폭력적인 비디오물이 유통됨으로써 청소년들이 입게 되는 악영향에 비추어 보면, 비디오물 유통업자들이 입게 되는 불이익은 수용할 수 없을 정도의 과도한 제한이라고 볼 수 없다. 그러므로 이 사건 규정은 과잉금지원칙에 위반되지 않는다.”고 하였다[13].

이 결정의 논지는 영상물등급위원회의 비디오물 사전등급분류제에 대한 것이지만, 게임물등급위원회의 게임물 사전등급분류제에도 동일하게 적용될 수 있다. 이 사건은 위의 <Starcraft> 사건에서 문제된 청소년유해매체물 제도의 합헌성 판단과 달리 표현의 자유의 침해 여부, 즉 사전검열금지 원칙과 과잉금지 원칙이 쟁점이 되었다. 헌법재판소는 연령에 의한 사전등급분류제도가 사전검열에 해당하지 않음을 명확하게 밝히고 있다. 등급분류보류와 같이 콘텐츠의 유통자체가 금지된다면 사전검열에 해당되지만 등급분류를 받아야 한다는 것만으로는 사전검열이 아니라는 것이다. 또한 등급분류제도는 불법콘텐츠가 유통됨으로써 청소년들이 입게 되는 악영향에 비추어 볼 때, 유통 이전에 사전

적으로 콘텐츠를 규율하기 위해서 등급분류를 받게 하는 것은 과잉금지 원칙을 위반하지 않는다는 것이다. 이와 같은 헌법재판소의 논지는 게임물에 대한 등급분류제도 자체는 표현의 자유를 침해하지 않는다는 점을 분명히 한 것이다. 청소년유해매체물 제도와 사전등급분류 제도가 모두 합헌적이라 한 것은 청소년보호를 위한 폭력성 비디오게임에 대한 규제를 표현의 자유를 침해한다고 본 미국 제9 연방고등법원의 판결과 정반대의 결론이다. 물론 표현의 자유에 관하여 미국법원과 우리 헌법재판소의 입장이 차이가 있는 것은 사실이다. 미국의 연방대법원은 전통적으로 사상의 자유 시장을 보호하기 위해서 연방수정헌법 제1조의 표현의 자유를 최대한 보장해 왔다[14]. 이해 비해 우리 헌법재판소는 사전검열금지 원칙은 확고하게 적용하고 있지만 전반적으로 보아 미국법원의 표현의 자유의 보장 정도에는 미치지 못하고 있다고 할 수 있다. 물론 이 점은 한국사회와 미국사회의 역사적·사회적·문화적 차이에서 비롯된 측면이 없는 것은 아니다. 따라서 폭력성 게임의 규제에 대한 위헌판결을 한 미국법원과 청소년유해매체물 제도와 사전등급분류 제도에 대해서 합헌결정을 한 우리 헌법재판소를 동일한 차원에서 놓고 비교할 수는 없다. 그럼에도 헌법재판소가 표현의 자유에 대한 보장을 점차 확대해가고 있으며 이러한 측면에서는 미국 제9 연방순회항소법원의 판결이 주는 영향도 무시할 수 없다. 비록 미국과 한국에서 서로 상반된 판결이 나왔지만 미국법원이 이 문제에 접근하기 위해서 취한 논지는 우리나라 법원의 논지전개에도 상당히 참고해야 될 것으로 생각된다. 어떤 계기에서 혹은 어떤 시기에 그것이 이루어지는가는 차이가 있겠지만 국민의 기본권을 보장해야 한다는 것 자체는 법원의 사명에서 가장 중요한 것이기 때문이다.

4.4 폭력성 기준에 대한 합헌성 판단

미국 제9 연방순회항소법원은 *Video Software Dealers Association v. Arnold Schwarzenegger*

판결에서 성적으로 노골적인(sexually-explicit) 잡지를 미성년자에게 판매하는 것을 금지하는 뉴욕주법이 표현의 자유를 침해한 것은 아니라고 하는 *Ginsberg v. New York* 판결의 법리는 성적으로 노골적인 내용에만 한정적으로 적용되는 것이며, 폭력적인 내용에는 적용될 수 없다는 점을 분명히 하였다.

표현물의 내용에서 ‘음란’에 관한 것과 다른 것을 구분해서 접근하는 태도는 우리 헌법재판소 결정에서도 나타나고 있다. 이를테면 출판사의 등록 취소에 대한 사건에서 헌법재판소는 ‘음란’은 헌법적 보호를 받지 못하지만 이에 이르지 못한 성표현을 의미하는 ‘저속’은 헌법적 보호 영역 안에 있다고 하면서, 음란의 법적 의미는 분명하지만 저속 개념은 그 적용범위가 광범위하고 추상적이어서 명확성의 원칙에 반한다고 하였다[15]. 헌법재판소는 불량만화에 대한 사건에서 이 논지를 더욱 확대하는데, 구(舊) 미성년자보호법상의 불량만화에 대한 정의에서 ‘잔인성을 조장할 우려’라는 규정에 대한 합헌성 판단을 통하여 ‘잔인성은 “아직 판례상 개념규정이 확립되지 않은 상태이고 그 사전적 의미는 ‘인정이 없고 모질’이라고 할 수 있는바, 이에 의하면 미성년자의 감정이나 의지, 행동 등 그 정신생활의 모든 영역을 망라하는 것으로서 살인이나 폭력 등 범죄행위를 이루는 것에서부터 윤리적·종교적·사상적 배경에 따라 도덕적인 판단을 달리할 수 있는 영역에 이르기까지 천차만별이어서 법집행자의 자의적인 판단을 허용할 여지가 높고, 여기에 ‘조장’ 및 ‘우려’까지 덧붙여지면 사회통념상 정당한 것으로 볼 여지가 많은 것까지 처벌의 대상으로 할 수 있게 되는 바, 이와 같은 경우를 모두 처벌하게 되면 그 처벌범위가 너무 광범위해지고, 일정한 경우에만 처벌하게 된다면 어느 경우가 그에 해당하는지 명확하게 알 수 없다.”고 하였고, 불량만화에 대한 정의 중 ‘범죄의 충동을 일으킬 수 있게’라는 표현의 합헌성에 대해서는 “그것이 과연 확정적이든 미필적이든 고의를 품도록 하는 것에만 한정되는 것인지, 인식의 유무를 가리지 않

고 실제로 구성요건에 해당하는 행위로 나아가게 하는 일체의 것을 의미하는지, 더 나아가 단순히 그 행위에 착수하는 단계만으로도 충분한 것인지, 결과까지 의욕 하거나 실현하도록 하여야만 하는 것인지를 전혀 알 수 없어 그 규범내용이 확정될 수 없는 것”이어서 이 역시 명확성의 원칙에 반한다고 판시하였다[16].

위의 결정례에서도 볼 수 있듯이 헌법재판소는 ‘음란’의 개념은 법관의 보충적인 해석을 통해서 그것의 내용이 확정될 수 있는 것으로 보아 명확성의 원칙에 부합하는 것으로 본다. 이와 비해 폭력성에 대해서는 이를 명시적으로 판단하지는 않았지만, 폭력성의 개념요소 중의 하나로 일반적으로 거론되는 ‘잔인성’과 ‘범죄의 충동야기’는 명확성의 원칙에 위배되는 것으로 보았다. 이를 통해 본다면, 큰 틀에서는 우리 헌법재판소도 미국 법원과 같이 음란성과 폭력성을 동일한 차원으로 볼 수 없다는 입장을 취하고 있다는 점은 분명하다. 이는 콘텐츠의 폭력성이 결코 금지행위의 요건으로 사용될 수 없다는 것을 의미한다. 문제가 된 사건도 구(舊) 미성년자보호법이 폭력성 만화의 유통을 금지하는 경우였다. 그렇다고 해서 폭력성이 등급분류의 기준이 될 수 없는가는 별개의 문제이다. 폭력성 개념이 법적 금지행위의 요건이 될 수 없다는 법리를, 법적 금지가 아닌 유통을 제한하는 정도의 규제인 등급분류의 기준으로 폭력성 개념이 사용될 수 있는가의 문제로 끌고 오기는 쉽지 않다. 이는 게임산업진흥법에서 비록 등급분류의 기준으로 폭력성 개념을 사용하고 있고(동법 시행규칙 제8조 제1항 제3호 가목), 등급을 위반하여 이용에 제공되는 행위가 금지되고 있지만(동법 제32조 제1항 제3호), 구(舊) 미성년자보호법의 불량만화와는 달리 게임물등급위원회라는 제3자 등급분류기관이 등급을 분류하고 있다는 점에서 명확성의 원칙을 위반하는 것으로 단정하기가 어렵기 때문이다. 즉 법집행기관이 폭력성을 판단하는 것이 아니고, (사법기관이 아닌) 민간인으로 구성된 등급분류기관에서 폭력성에 대한 판단을 하고 법집행기관은 다만 형

식적으로 이미 다른 기관에서 분류된 등급을 위반하여 이용에 제공하는 여부만을 판단하는 범구조이기 때문에 반드시 수범자(受範者)가 법집행결과를 예측할 수 없다고 하기 어렵다. 위에서 살펴본 <Starcraft> 사건에서 헌법재판소가 취한 태도도 이와 유사하다.

그럼에도 게임산업진흥법 시행규칙에서 아무런 설명 없이 단지 ‘폭력성’이라는 단어 하나만을 일률적으로 전체이용가, 12세 이용가, 15세이용가, 청소년이용불가 등급 분류의 기준으로 제시한 것은(동 시행규칙 제8조 제1항) 문제가 있다. 미국의 제9 연방순회항소법원의 판결에서 언급한 대로 폭력성 비디오게임을 많이 한 미성년자가 성인이 되어 반사회적 행위를 더 하게 된다는 주장의 과학적 근거는 매우 박약하다. 이것이 폭력성 기준이 등급분류의 기반이 될 수 없다는 것을 의미하는 것은 아니지만 등급분류 전반을 지도하는 일반 원리로서 폭력성 기준을 사용하는 것은 문제가 있을 수 있다는 것을 시사한다. 이러한 이유 때문에 「캘리포니아 폭력성 게임법」과 같이 폭력성을 구체적으로 표현할 필요가 있다. 특히 청소년이용불가 등급 분류 기준이나 청소년유해매체물 결정기준으로의 폭력성은 보다 엄밀하고 구체적이며, 다른 등급분류의 기준과 확연히 구분될 수 있는 정의가 필요하다.

4.5 최소침해성 원칙

미국의 제9 연방순회항소법원의 판결에서 주목할 점 중의 하나는 “비록 덜 효과적이라도 목적을 달성할 수 있으면 그러한 수단을 선택하여야 헌법상의 자유를 보장하는 것”이라는 보다 덜 제한적인 수단의 선택 법리이다. 이 법리는 헌법재판소의 판례에서도 비례의 원칙 중에서 특히 최소침해성 원칙으로 나타나고 있다. 학교보건법상의 학교환경위생정화구역 내에 극장시설의 설치를 금지하는 규정이 위헌이라고 결정한 사건에서 헌법재판소는 “비록 완전하다고 하기는 어려운 것이나 이들의 보호를 위한 등급제 등 별도의 제도가 마련되어 있으

며, 비록 연령이 다른 대학생들에 비하여 낮다고 하여도 이미 대학의 자율적인 교육의 환경 속에서 성장하고 있는 이상 이들의 보호를 위하여 대학 정화구역 내의 극장일반을 제한하는 이 사건 법률 조항은 극장운영자의 직업수행의 자유를 필요한 최소한의 정도로 제한하는 법률조항이라고 하기 어렵다.”라고 한 바 있다[17].

헌법재판소의 논지는 등급분류제와 같은 보다 덜 제한적인 수단이 있음에도 불구하고 극장의 설치금지라는 제한성이 보다 큰 수단을 선택하는 것은 위헌이라는 것이다. 이 논지는 미국의 제9 연방순회항소법원이 ESRB 등급제나 Parental Control 시스템과 같은 수단이 있음에도 정부가 폭력성 비디오게임의 미성년자에 대한 판매·대여 금지를 강제하는 것은 위헌이라는 것이었다. 헌법재판소의 논지가 제도적 수단 내에서 보다 덜 제한적인 수단의 선택이었다면, 미국의 제9 연방순회항소법원의 논지는 제도적 수단과 비제도적 수단 중에서 보다 덜 제한적인 수단의 선택이었다. 따라서 동일한 법리라 해도 미국 법원의 그것이 보다 포괄적이고 보다 표현의 자유를 보장한다. 그럼에도 청소년보호를 위하여 사전등급분류 제도와 청소년유해매체물 제도가 중첩적으로 적용되는 한국 게임법제도의 현실을 볼 때 헌법재판소의 법리는 보다 강조되고 확대될 필요가 있다. 최소침해성 원칙에 따르면 연령에 기반한 등급분류제라는 보다 덜 제한적인 제도가 있는 이상 청소년유해매체물 제도의 적용은 위헌일 가능성이 있다고 볼 수 있기 때문이다. 이 논리에는 중요한 단서가 있다. 과연 사전등급분류 제도가 청소년유해매체물 제도보다 덜 제한적인 수단인가라는 질문이다. 두 제도를 동시에 가지고 있는 독일 청소년보호법의 경우에는 제도의 성격으로 보면 등급분류제가 청소년유해매체물 제도에 비해서 덜 제한적인 제도임에 분명하다. 독일은 두 제도의 관계에서 대해서 일단 등급분류가 이루어지면, 청소년이용불가 등급을 받는다 해도 청소년유해매체물 제도의 대상이 되지 않는다는 점을 명시하고 있다. 따라서 독일에서는 두 제도의

중첩적 적용 문제가 발생하지 않는다[18]. 나아가 청소년보호를 위한 자율규제 시스템이 활성화된다 고 하면, 최소침해성 원칙은 미국 법원의 그것과 같이 확대되어 제도적인 것과 비제도적인 것 중에서 보다 덜 제한적인 수단의 선택 문제가 될 가능성이 전혀 없는 것은 아니다.

5. 결 어

2009년 5월 21일에 캘리포니아 주정부는 미국 제9 연방순회항소법원의 *Video Software Dealers Association v. Arnold Schwarzenegger* 판결에 대해서 연방대법원에 상고하였다. 이제까지 미국의 여러 주에서 폭력성 비디오게임에 관한 규제 입법을 시도하였고, 이에 대해서 연방순회항소법원이나 연방지방법원에서는 표현의 자유 침해를 이유로 여러 번에 걸쳐 위헌판결을 하였다. 하지만 Arnold Schwarzenegger 주지사는 “폭력성 비디오게임을 18세 미만의 아동에 대하여 판매하지 못하게 하고 등급을 표시하게 하는 법은 부모들이 보다 나은 정보를 가지고 그들이 자녀를 위한 결정을 할 수 있게 해 준다.”고 주장하며[19], 법안의 제안자인 Leland Yee 캘리포니아 주 상원의원 및 비영리단체인 Eagle Forum Education and Legal Defense 과 함께 연방대법원에 상고를 제기하였다. 그러나 이미 여러 차례에 걸쳐 연방순회항소법원들이 위헌 판결을 한 사안에 대하여, 더구나 친구를 체포하는 경찰관에 대하여 가벼운 욕설을 한 자에 대하여 경찰관의 공무상 업무집행방해죄를 적용하도록 규정한 법률에 대하여 공무 및 방해의 개념을 너무 광범위하다는 이유로 위헌 판결[20]을 한 연방대법원이 제9 연방순회항소법원의 판결을 파기하기는 쉽지 않을 것으로 보인다.

연방대법원의 판단에 따라 그 의미는 다소 달라질 수 있겠지만, 미국의 제9 연방순회항소법원의 *Video Software Dealers Association v. Arnold Schwarzenegger* (2009) 판결은 게임물의 표현의

자유와 청소년보호 원칙의 관계에 대해서 보다 분명한 인식을 가능하게 하고, 특히 한국의 게임법제도에서 청소년유해매체물제도와 사전등급분류제도가 중첩적으로 적용되고 부분이 최소침해성 원칙을 위반할 가능성이 높다는 문제점을 보다 부각시킬 것으로 생각된다.

참고문헌

- [1] 2009 WL 415582 {C.A.9 (Cal.)}. Video Software Dealers Association v. Arnold Schwarzenegger 556 F. 3d 950 C.A. 9 (Cal.), Feb. 20, 2009. 미국의 순회항소법원은 우리나라의 고등법원에 해당한다.
- [2] 401 F. Supp. 2d 1034, Video Software Dealers Association v. Arnold Schwarzenegger, United States District Court, N.D. California, San Jose Division. Dec. 21, 2005.
- [3] 황승흠, 「게임물 규제체제의 변천과정에 관한 연구」, 『중앙법학』 제11집 제1호, 중앙법학회, 2009, 427~429면
- [4] Daniel A. Farber 외 2인, Constitutional Law, West Publishing Co., 1993, ch. 6
- [5] United States v. Playboy Entertainment Group, Inc., 529 U.S. 803, 813 (2000).
- [6] Sable Commc'ns of Cal., Inc. v. FCC, 492 U.S. 115, 126 (1989).
- [7] Ginsberg v. New York, 390 U.S. 629 (1968).
- [8] Erznoznik v. City of Jacksonville, 422 U.S. 205, 212-13 (1975).
- [9] Memoirs v. Massachusetts, 383 U.S. 413 (1966); Miller v. California, 413 U.S. 15,24 (1973).
- [10] Eclipse Enterprises, Inc. v. Gullota, 134 F.3d 63 (2d Cir. 1997); James v. Medow Media, Inc., 300 F.3d 683 (6th Cir. 2002); American Amusement Machine Association V. Kendrick, 244F.3d 572 (7th Cir. 2001), cert. denied, 534 U.S. 994 (2001); Video Software Dealers Association v. Webster, 968 F.2d 684 (8th Cir. 1992).
- [11] 헌법재판소 결정 2000. 6. 29. 99헌가16 구 청소년보호법 제2조 제3호 가목 등 위헌제청
- [12] 헌법재판소 결정 1996. 10.4. 93헌가13, 91헌바 10 (병합) 영화법 제12조 등에 대한 위헌제청
- [13] 헌법재판소 결정 2007. 10. 4. 2004헌바36, 구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률 제18조 제5항 위헌소원
- [14] 박용상, 『표현의 자유』, 현암사, 2002, 25~41면
- [15] 헌법재판소 결정 1998. 4. 30. 95헌가16 출판사 및 인쇄소의 등록에 관한 법률 제5조의2 제5호 등 위헌제청
- [16] 헌법재판소 2002. 2. 28. 99헌가8 미성년자보호법 제2조의2 제1호 등 위헌제청
- [17] 헌법재판소 2004. 5. 27 2004헌가1 학교보건법 제6조 제1항 제2호 위헌제청, 2004헌가4(병합) 학교보건법 제19조 등 위헌제청
- [18] 김정환, 「독일의 청소년보호를 위한 연령등급제도와 유해매체물목록제도」, 『경희법학』, 제44권 제2호, 경희법학연구소, 2009, 88~90면
- [19] <http://www.cnb.com/id/33074886/site/14081545> (2009년 10월 26일 방문)
- [20] Houston v. Hill, 107 S. Ct. 2502 (1987)



박 민 (Min Park)

국민대학교 법과대학 부교수
미국 뉴욕주 변호사
기획재정부 국세예규심사위원회 위원
전(前) 광운대학교 법학과 부교수

관심분야 : 게임법제도, 조세법, 행정규제



황 승 흠
(Seung Heum Hwang)

국민대학교 법과대학 부교수
한국게임학회 부회장
문화체육관광부 콘텐츠코리아 추진위원회 법·제도개선
분과위원
전(前) 성신여자대학교 법학과 부교수

관심분야 : 게임법제도, 게임산업정책
