

청소년보호법의 인터넷게임 강제종료제에
관한 헌법재판소 합헌결정
(2011헌마659·2011헌마683(병합))에
대한 헌법적 검토
- 과잉금지원칙의 적용과 관련하여 -

박 경 철*

《차 례》

- | | |
|--|----------------------------------|
| I. 서 론 | III. 법정의견의 과잉금지원칙의 적용
에서의 문제점 |
| II. 청소년보호법의 인터넷게임 강제
종료제에 대한 헌법재판소 합헌
결정 | 1. 문제의 제기 |
| 1. 사건의 개요 및 심판의 대상 | 2. 과잉금지원칙의 헌법적 근거와
내용 그리고 한계 |
| 2. 법정의견의 요지 | 3. 법정의견의 문제점 |
| | IV. 결 론 |

* 법학박사, 강원대학교 법학전문대학원 교수

I. 서론

과잉금지원칙은 헌법재판소가 공권력작용의 합헌성을 심사함에 있어서 법률유보원칙과 더불어 가장 널리 사용되고 있는 헌법원칙이다¹⁾. 과잉금지원칙 내지 비례의 원칙은 국민의 기본권을 제한하는 공권력작용이 준수하여야 할 헌법원칙으로서 국가권력에 의한 기본권 제한이 정당화되기 위하여 입법자에 의해서 선택된 수단이 일정한 공익목적과 관련하여 갖추어야 할 조건에 관한 원칙을 의미한다²⁾. 과잉금지원칙은 목적의 정당성, 방법의 적절성, 침해의 최소성, 법익의 균형성을 내용으로 하는 헌법원칙으로 이해하고 있다³⁾.

그런데 과잉금지원칙은 일의적인 명령이나 금지를 내용으로 하는 것이 아니라 판단의 논리적 기준만을 제시할 뿐이고⁴⁾, 공권력작용이 과잉금지원칙을

- 1) 정주백, “과잉금지원칙에 관한 관건-헌제의 원칙운동에 있어서의 논리성, 일관성에 관한 문제제기-”, 헌법재판연구 제2권 제2호, 2015. 12, 247면; 한수웅, “헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 의미와 적용범위”, 저스티스 통권 제95호, 2006, 6면; 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2019, 306면.
- 2) 허영, 앞의 책, 305면; 이준일, “헌법상 비례성원칙”, 공법연구 제37집 제4호, 2009.6, 26면; 진광석, 『한국헌법론』, 집현재, 2019, 268면; 한수웅, 앞의 논문, 7면 참조.
- 3) 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 260면. 한편 ‘목적의 정당성’이 과잉금지원칙의 구성요소 내지 하위원칙인지여부에 관해서는 과잉금지원칙 내지 비례원칙은 공권력에 의해서 선택된 수단에 대해서 심사하는 것이므로 ‘목적의 정당성’은 과잉금지원칙에 포함될 수 없다는 견해(김형성, “과잉금지의 원칙과 적용상의 문제점”, 헌법실무연구 제3권, 2002, 65면 이하; 문재완, “비례원칙의 과도한 팽창”, 세계헌법연구 제24권 제3호, 2018, 26면 참조; 이준일, 앞의 논문, 27면; 황치연, “과잉금지원칙의 제문제”, 헌법논총 제20집, 2009, 468면; 이준일, 앞의 논문, 26면 이하 참조; 이부하, “비례성원칙과 과소보호금지원칙”, 헌법학연구 제13권 제2호, 2007, 282면 참조; 한수웅, 앞의 논문, 9면)와 과잉금지원칙이 공익목적의 실현하기 위하여 국민의 기본권을 제한하는 공권력작용의 합헌성을 심사하기 위한 것이며, 헌법 제37조 제2항이 기본권제한의 목적을 명시하고 있다는 점에서 ‘목적의 정당성’을 당연히 전제가 되어야 한다는 점에서 ‘목적의 정당성’을 과잉금지원칙의 하위원칙으로 이해하는 것이 타당하다는 주장(김대환, “우리나라 헌법상 과잉금지원칙- 특히 기본권의 본질적 내용침해금지원칙과의 관계를 포함하여-”, 공법학연구 제6권 제3호, 2005, 199면 참조; 이명웅, “비례의 원칙과 판례의 논증방법”, 헌법논총 제9집, 1998, 687면 참조)의 대립이 있다. 생각건대 과잉금지원칙이 입법자에 의하여 선택된 기본권 제한이라는 수단이 제한으로 실현하고자 하는 공익목적과의 관계에서 일정한 상관관계를 지니고 있어야 한다는 것을 의미하기 때문에 개념적으로는 ‘목적의 정당성’은 과잉금지원칙의 하위원칙으로 이해하는 것은 타당하지 아니하다. 다만 추구하는 ‘목적의 정당성’이 인정되지 아니한다면 입법자에 의해서 선택된 수단의 과잉금지원칙 위배여부를 심사할 필요가 없고, 선택된 수단이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부를 심사하기 위해서는 목적이 확정되어야 한다는 점에서 ‘목적의 정당성’을 ‘과잉금지원칙’의 적용을 위한 필요불가결한 논리적 전제라고 할 것이다. 같은 취지: 한수웅, 앞의 논문, 7면 참조. 이 논문에서는 구체적 개별사건에 과잉금지원칙을 적용하는 헌법재판소의 태도를 검토한다는 점에서 과잉금지원칙의 구성요소 내지 하위원칙에 관한 헌법재판소의 태도를 바탕으로 한다.
- 4) 이명웅, 앞의 논문, 675면; 한수웅, 앞의 논문, 13면; 김대환, “헌법재판의 심사기준의 다양화 가능성

준수하고 있는지 여부를 개개의 사안마다 개별적으로 심사하여 판단해야 한다. 과잉금지원칙은 국민의 기본권보장을 국가권력의 존립목적으로 하는 헌법질서에서 국민의 기본권을 제한하는 공권력작용이 준수하여야 할 헌법원칙으로서 그 내용의 타당성과 논리정연함에도 불구하고 구체적 심사단계에서 고려되어야 할 사회적, 경제적, 문화적, 과학적 요소들이 다양하게 존재하며, 다소 다의적이고 애매모호하고 불명확하며, 어떻게 공익과 사익을 평가하고 형량할 것인지에 관해서 확립된 기준이나 방법이 있는 것이 아니어서 과잉금지원칙을 구체적 사례에 적용하는데 있어서 재판관의 주관이나 편견 내지 그때그때의 국민 여론 등이 개입될 여지가 많다는 문제점이 있다⁵⁾. 이와 같은 문제점을 극복하고 예방하기 위해서는 과잉금지원칙을 구성하는 하위원칙의 내용과 구조 그리고 적용의 방향과 기준을 명확히 하는 것이 필요할 뿐만 아니라 개개의 사안에 과잉금지원칙을 적용한 헌법재판소의 개개의 구체적 결정을 분석하는 작업이 필요하다고 판단된다.

청소년보호법의 청소년에 대한 심야시간대 인터넷게임 강제종료제도에 대한 헌법재판소의 합헌결정(헌재 2011헌마659·2011헌마683(병합))은 앞에서 지적한 과잉금지원칙의 문제점을 잘 보여주는 사례라고 판단된다.

청소년보호법의 인터넷게임 강제종료제에 대한 헌법재판소의 합헌결정에 나타난 과잉금지원칙의 적용상의 문제점을 살펴보기 위해서 먼저 청소년보호법의 인터넷게임 강제종료제도에 대한 헌법재판소 결정에 관해서 살펴본다 (II). 둘째로 청소년보호법의 인터넷게임 강제종료제에 대한 헌법재판소의 합

과 과잉금지원칙의 헌법적 근거”, 세계헌법연구 제12권 제2호, 25면, 37면 이하 참조; 황치연, “헌법재판의 심사척도로서의 과잉금지원칙에 관한 연구”, 연세대학교 대학원 법학박사학위논문, 1996, 144면.

5) 유사한 취지: 김대환, 앞의 논문, 39면; 이명웅, 앞의 논문, 681면; 이준일, 앞의 논문, 40면; 정주백, 앞의 논문, 250면; 황치연, 앞의 논문, 144면. 이와 같은 문제점과 더불어 과잉금지원칙을 자유권적 기본권뿐만 아니라 재판청구권, 선거권, 평등권 등 자유권이외의 기본권을 제한하는 법률의 위헌심사에 적용하는 등 과잉금지원칙 남용의 문제(문재완, 앞의 논문, 22면 이하; 김하열, “자유권제한입법에 대한 위헌심사-판례에 대한 몇 가지 비판적 고찰-”, 동아법학 제56호, 2012, 1면 이하 참조; F. Ossenbuehl, 이덕연(역), “과잉금지원칙적용의 절제”, 법학논총 제3집, 경원대학교 법학연구소, 1996. 3., 265면)와 더불어 과잉금지원칙을 획일적으로 적용할 경우 비례원칙이라는 상위기준이 개별적인 사안의 다양한 구조와 내용을 무시함으로써 기본권이 획일화되고 상이한 내용과 의미를 가지는 자유권의 차별성이 부인되고 이로 말미암아 공익과 사익을 조화적으로 실현할 수 없게 될 수 있는 문제점(F. Ossenbuehl, 앞의 논문, 266면; 김대환, 앞의 논문, 39면; 이명웅, 앞의 논문, 681면)이 지적된다.

헌결정의 문제점을 명확히 하기 위하여 과잉금지원칙의 의의와 하위원칙의 의미와 적용에서의 기본원칙을 살펴보고, 이를 바탕으로 인터넷게임 강제종료제도에 대한 헌법재판소 합헌결정의 문제점을 과잉금지원칙의 적용이라는 관점에서 비판적으로 검토하고자 한다(Ⅲ).

Ⅱ. 청소년보호법의 인터넷게임 강제종료제에 대한 헌법재판소 합헌결정

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

16세 미만의 청소년과 이들을 자녀로 둔 부모들은 청소년보호법의 16세미만의 청소년(이하 ‘청소년’이라고 한다. 다만 16세 미만의 청소년이 아닌 경우에는 이를 밝힌다.)에 대해서 오전 0시부터 오전 6시까지(이하 ‘심야시간’이라고 한다)의 인터넷게임 제공금지제도(소위 ‘인터넷게임 강제종료제’)에 의하여 청소년의 일반적 행동자유권 내지 부모의 자녀교육권 등이 침해되었다고 주장하면서 2011. 10. 28. 헌법소원심판(2011헌마659 사건)을 청구하였고, 인터넷게임의 개발 및 제공업체는 청소년보호법의 강제종료조항과 위반시 형사처벌하도록 규정한 조항에 대해서 인터넷게임 제공자의 직업의 자유와 표현의 자유를 침해한다고 주장하면서 그 위헌확인을 구하는 헌법소원심판(2011헌마683 사건)을 2011. 11. 4. 청구하였다.

나. 심판의 대상

심판의 대상은 구 청소년보호법(2011. 5. 19. 법률 제10659호로 개정되고, 2011. 9. 15. 법률 제11048호로 전부개정되기 전의 것) 제23조의3 제1항⁶⁾ 및

6) 제23조의3(심야시간대의 인터넷게임 제공시간 제한 등) ① 「게임산업진흥에 관한 법률」에 따른 계

제51조 제6의2호⁷⁾와 청소년보호법(2011. 9. 15. 법률 제11048호로 전부개정된 것) 제26조 제1항⁸⁾ 및 제59조 제5호⁹⁾가 청구인들의 헌법상 기본권을 침해하여 위헌인지 여부이다.

2. 법정의견의 요지

헌법재판소는, 2014. 4. 24. 심판대상중에서 형사처벌조항에 대해서는 재판관 전원의 일치된 의견으로 침해의 직접성이 인정되지 아니함을 이유로 각하 결정을 하였다¹⁰⁾. 그리고 심판대상중에서 금지조항인 인터넷게임 강제종료제에 대해서는 2인의 재판관¹¹⁾은 형벌조항에 요구되는 명확성원칙에 위배되며, 인터넷게임 강제종료조항은 과잉금지원칙에 위배될 뿐만 아니라 인터넷게임 이용자 및 제공자의 평등권을 침해하고 있음을 이유로 위헌의견을 제시하였지만, 7인의 재판관¹²⁾은 심판대상 범조항이 죄형법정주의의 명확성원칙과 과잉금지원칙에 위배되지 아니하며 인터넷게임 이용자 및 제공자의 평등권을 침해하지 아니하였음을 이유로 합헌의견을 제시하여 헌법 제113조 제1항에 따라 헌법재판소는 2014. 4. 24. 청소년보호법의 인터넷게임 강제종료제도에 대해서 중극적으로 기각결정을 하였다.

헌법재판소의 법정의견중에서 인터넷게임 강제종료제도의 과잉금지원칙 위배여부에 관한 결정이유를 중심으로 살펴보면 다음과 같다.

입물 중 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제1항 제1호에 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 16세 미만의 청소년에게 오전 0시부터 오전 6시까지 인터넷게임을 제공하여서는 아니 된다.

7) 제51조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

6의2. 제23조의3을 위반하여 심야시간대에 16세 미만의 청소년에게 인터넷게임을 제공한 자

8) 제26조(심야시간대의 인터넷게임 제공시간 제한) ① 인터넷게임의 제공자는 16세 미만의 청소년에게 오전 0시부터 오전 6시까지 인터넷게임을 제공하여서는 아니 된다.

9) 제59조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

5. 제26조를 위반하여 심야시간대에 16세 미만의 청소년에게 인터넷게임을 제공한 자

10) 헌재 2014. 4. 24. 2011헌마659 등, 판례집 26-1하, 186면 참조.

11) 김창중, 조용호 재판관의 의견.

12) 박한철, 이정미, 김이수, 이진성, 안창호, 강일원, 서기석 재판관의 의견.

가. 제한되는 기본권

이 사건 결정에서 법정의견과 반대의견은 인터넷게임 강제종료제도로 인하여 침해되는 기본권을 미성년자의 일반적 행동자유권, 학부모의 자녀교육권, 그리고 인터넷게임 제공자들의 직업수행의 자유로 이해하고 있다. 특히 헌법재판소는 인터넷게임 강제종료제도로 인하여 표현의 자유가 제한된다는 인터넷게임 제공자의 주장에 대해서 “인터넷게임 강제종료제도는 인터넷게임의 내용적 측면을 규제하거나 그 제공 자체를 전면적으로 금지하는 것이 아니라 게임의 제공을 원칙적으로 허용하면서 제공 시간의 일부를 제한하는 것이므로, 인터넷게임 제공자의 게임물을 통한 표현의 자유보다는 이들의 직업수행의 자유 제한이 보다 직접적으로 문제되므로 직업수행의 자유 제한 여부를 중심으로 살펴보기로 한다.”¹³⁾고 명시하여 인터넷게임 강제종료제도를 내용중립적인 이용통제의 방법으로 이해하고 있다¹⁴⁾.

나. 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성

법정의견은, 인터넷게임 강제종료제의 입법목적으로 청소년의 적절한 수면 시간을 확보하고 청소년의 인터넷게임 과몰입 또는 중독 현상을 방지하여, 궁극적으로 청소년의 건전한 성장과 발달에 기여하고 나아가 청소년의 인터넷게임 중독으로 인한 사회적 문제도 예방하기 위한 것으로 포괄적으로 파악하고 이와 같은 입법목적은 정당하며, 심야시간 인터넷게임 강제종료제는 이와 같은 입법목적 달성에 기여할 수 있어 수단의 적정성이 인정된다고 판시하고 있다¹⁵⁾.

다. 침해의 최소성

그리고 법정의견은, 인터넷게임 강제종료조항은 청소년의 인터넷게임 이용을 전면적으로 금지하는 것이 아니라 이를 원칙적으로 허용하면서, 가정 내에

13) 헌재 2014. 4. 24. 2011헌마659 등, 판례집 26-1하, 191면.

14) 같은 취지: 조재현, “게임내용 및 게임시간 규제의 헌법적 정당성에 관한 고찰”, 동아법학 제64호, 동아대학교 법학연구소, 2014. 8, 159면 참조.

15) 헌재 2014. 4. 24. 2011헌마659 등, 판례집 26-1하, 192면 참조.

서도 통제가 쉽지 않고 장시간 이용으로 이어질 수 있는 심야시간대에 한정하여 제한하고 있고, 그 적용대상도 16세 미만의 청소년으로 한정하고 있으며, PC이용 인터넷게임 외에 스마트폰이나 태블릿PC를 이용한 인터넷게임물과 시험용게임물, 게임대회·전시회용 게임물, 교육·공익홍보용 게임물에 대하여는 적용을 유예 내지 배제하고 있는 등 피해를 최소화하는 장치가 마련되어 있고¹⁶⁾, 게임산업진흥에 관한 법률(이하 '게임법'이라고 한다) 제12조의3 제1항 제3호의 '선택적 종료제'의 청소년이나 부모의 이용률이 매우 미미한 수준이어서 선택적 종료제도의 존재만으로는 과도한 인터넷게임 이용 및 중독에 대한 적절한 대처가 되기 어렵다는 이유로 강제종료제는 입법목적 달성을 위해 필요한 최소한의 조치이며, 따라서 침해의 최소성 원칙에 반하지 않는다고 판시하고 있다¹⁷⁾.

라. 법익의 균형성

또한 법정의견은, 인터넷게임 강제종료조항으로 인하여 16세 미만 청소년과 부모 등, 그리고 인터넷게임 제공자의 제한되는 사익은 그 피해의 정도가 크지 않음에 반하여, 16세 미만 청소년의 인터넷게임 중독을 예방함으로써 얻어지는 사회적 비용의 절감 및 미래의 국가발전을 위한 중요한 인적자원인 청소년이 건전한 인격체로 성장함으로써 얻어지는 공익은 중대하다 할 것이므로 법익의 균형성도 유지하고 있다고 판시하고 있다¹⁸⁾.

이런 이유로 법정의견은, 청소년보호법의 인터넷게임 강제종료제는 헌법상 과잉금지원칙에 위반되지 아니하고, 따라서 청소년들의 일반적 행동자유권, 학부모의 자녀교육권 및 인터넷게임 제공자들의 직업수행의 자유를 침해하는 것은 아니라고 판단하고 있다.

16) 헌재 2014. 4. 24. 2011헌마659 등, 판례집 26-1하, 193면 이하 참조.

17) 헌재 2014. 4. 24. 2011헌마659 등, 판례집 26-1하, 194면 참조.

18) 헌재 2014. 4. 24. 2011헌마659 등, 판례집 26-1하, 194면 참조.

Ⅲ. 법정의견의 과잉금지원칙의 적용에서의 문제점

1. 문제의 제기

법정의견은 청소년보호법의 인터넷게임 강제종료제도의 과잉금지원칙 위배여부를 판단하기 위하여 인터넷게임 강제종료제의 목적의 정당성, 수단의 적정성, 침해의 최소성, 법익의 균형성을 심사하는 과정에서 국민의 기본권 보장을 국가권력의 존립목적으로 하는 자유민주주의 헌법질서에서 기본권을 제한하는 국가권력의 한계는 엄격히 해석되어야 하고, 국가권력에 의한 기본권제한이 정당하다고 판단하기 위해서는 법리적 설득력과 더불어 치밀하고 합리적인 논증이여야 한다는 점을 간과하고 있다고 판단된다.

먼저 법정의견은 국민의 기본권을 제한하는 청소년보호법 강제종료제도의 입법목적을 명확히 설정하지 아니하고 추상적이고 개괄적으로 이해하고 있다고 판단된다. 이와 관련하여 기본권제한 입법의 목적을 어떻게 평가하고 이해하여야 하는가 하는 것이 문제된다.

둘째 법정의견은 인터넷게임 중독 내지 과몰입예방을 위하여 청소년보호법이 선택한 심야시간대 인터넷게임 강제종료제도에 대해서 ‘수단의 적정성’ 인정하고 있는데, 이와 같은 법정의견의 태도가 ‘수단의 적정성’ 내지 ‘방법의 적절성’ 심사에 관한 우리 헌법재판소의 종래의 태도와 조화될 수 있는지 의문이다.

셋째, 침해의 최소성원칙을 심사함에 있어서도 법정의견은, 청소년보호법의 절대적 강제종료제도보다 덜 기본권제한적인 대안과 이에 관한 입법자의 입법형성권을 간과하고 있으며, 가정이나 학교 등의 자발적인 노력만으로 청소년의 인터넷게임 중독이나 과몰입을 예방할 수 없다고 판단하는 이유에 관해서 아무런 논증없이 이를 단정하고 있다는 문제점이 있다.

넷째, 법정의견은, 강제종료제도로 얻게 되는 공익과 이로 인하여 침해되는 기본권을 형량함에 있어서도 강제종료제도를 통하여 얻게 되는 공익과 강제종료제도로 인한 제한되는 시민의 자유와 권리의 구체성과 관련 공익과 기본

권이 헌법의 근본이념과 이를 실현하기 위한 국가의 구조적 원리와의 관계 등 전체 헌법질서에서 차지하는 의미에 대한 이해가 부족하다는 점에서 헌법의 통일성의 관점에서 공익과 사익을 형량하지 못하고 있다고 판단된다.

아래에서는 과잉금지원칙의 의의와 한계 그리고 과잉금지원칙의 하위원칙의 의미에 관하여 살펴보고, 청소년보호법의 인터넷게임 강제종료제의 과잉금지원칙 위배여부에 관한 법정의견의 문제점에 관하여 살펴본다.

2. 과잉금지원칙의 헌법적 근거와 내용 그리고 한계

가. 과잉금지원칙의 헌법적 근거

과잉금지원칙은 18세기 독일 경찰행정법분야에서 국가공권력으로부터 개인의 자유영역을 보호하기 위하여 처음으로 실정법에 수용된 후 민주주의와 입헌주의의 발전과 더불어 이론과 실무에서 적용범위를 확장하여 왔는데, 특히 독일 기본법 시행이후 독일 연방헌법재판소에 의하여 과잉금지원칙은 입법작용을 비롯한 모든 국가작용의 지침이자 심사기준으로 작용하는 헌법원칙으로 정립되었고,¹⁹⁾ 이후 유럽재판소에 의하여 법의 일반원칙으로 수용되어 보편적인 하나의 법원칙으로 인식되고 있다.²⁰⁾

현행 헌법은 과잉금지원칙을 헌법에 명문으로 규정하고 있는 것은 아니지만, 현행 헌법이 추구하는 법치국가원리와 헌법 제37조 제2항의 “필요한 경우에 한하여”라는 문구에 비추어볼 때 국민의 자유와 권리를 제한하는 공권력 발동의 경우 반드시 준수하여야 할 헌법원칙으로서 과잉금지원칙을 수용하고 있다. 즉 과잉금지원칙은 헌법원리적으로는 법치국가원리에서 도출되며, 실정헌법적으로는 헌법 제37조 제2항에 근거를 두고 있는 헌법원칙이다²¹⁾.

19) 이에 관하여 자세한 것은, F. Ossenbuehl, 앞의 논문, 260면 이하 참조; 최정일, “독일과 한국에서의 비례원칙에 의한 행정작용의 통제”, 공법연구 제37집 제4호, 2009. 6., 50면 이하 참조.

20) 이에 관해서 자세한 것은 Volkmar Götz, 박정훈역, “유럽법의 일반원칙으로서 비례원칙과 신뢰보호원칙”, 법학 제105권. 1997. 12., 31면 이하 참조.

21) 같은 취지: 헌재 1990. 9. 3. 선고 89헌가95 결정, 판례집 제2권, 260면; 헌재 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정, 판례집 제4권, 878면 이하 참조. 한수용, 앞의 논문, 6면; 이준일, 앞의 논문, 28면. 한편 과잉금지원칙의 헌법적 근거를 기본권의 본질에서 찾는 견해(김대환, 앞의 논문, 37면 이하 참조.)도 있으며, 법치국가원리와 과잉금지원칙은 논리적 인과성을 가진 관계라고 볼 수는 없기 때문에 과잉금지원칙을 법치국가원리에서 도출하는 것에 대해서 반대하는 견해(문재완, 앞의 논문, 24면; 성정

나. 과잉금지원칙의 내용

과잉금지원칙은 국가권력에 의한 기본권제한은 입법목적 달성을 위한 필요 최소한의 범위안에서 이루어져야 한다는 것을 의미한다²²⁾. 구체적으로 과잉금지의 원칙은 국가가 법률의 제정 등으로 국민의 기본권을 제한하는 내용의 활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 입법자에 의해서 선택된 방법이 그 목적의 달성을 위하여 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 기본권제한에서 보다 완화된 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 기본권 제한입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 것을 의미한다²³⁾.

다. 과잉금지원칙의 한계

과잉금지원칙에 따라 기본권제한입법 등의 위헌성을 심사하는 과정에서 입법자에 의하여 선택된 수단 내지 방법만이 심판대상이 된 법률에 의하여 명확히 주어질 뿐이고 입법목적이 무엇인지, 어떤 대안이 존재하는지, 그리고 입법자에 의해서 선택된 수단과 대안들의 사익 침해의 정도와 공익 실현의 정도를 어떻게 확정하고 비교형량할 것인가 하는 것은 헌법재판소에게 맡겨져 있을 뿐만 아니라 이를 판단하기 위해서는 입법과 관련된 다양하고 복잡한 사회적, 문화적, 과학기술적, 정치적 현상 등에 관한 현황 판단과 미래의 전망이 필요하다²⁴⁾.

이 과정에서 재판관의 자의나 편견이 개입될 위험이 있고, 헌법재판소에게는 법률 등 공권력의 위헌성 판단에 폭넓은 재량을 가지게 되어 헌법이 예정

엽, 앞의 논문, 9면.)도 있다.

22) 헌재 1997. 7. 16. 97헌마26, 판례집 9-2, 80면.

23) 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 260.

24) 정주백, 앞의 논문, 249면; 이명용, 앞의 논문, 681면 참조.

한 국가권능의 배분체계가 왜곡될 수 있는 문제점이 있다²⁵⁾. 과잉금지원칙을 구체적 사건에 적용하는 과정에서 재판관 등의 자의를 배제하기 위해서는 입법자가 기본권 제한을 통해서 달성하고자 하는 입법목적과 대안을 선별하고 기본권 제한을 통하여 달성하고자 하는 공익과 이로 인하여 제한되는 시민의 자유와 권리의 침해정도에 대한 평가나 비교형량에 있어서 사실의 평가와 미래의 전망이나 예측이 객관적인 사실과 논리칙에 입각하여 정확하고 합리적으로 이루어져야 할 뿐만 아니라 헌법과 헌법의 근본이념과 실현원리를 준중하고 여기에 부합하여야 한다.

3. 법정의견의 문제점

가. 서언

헌법재판소는 강제종료제가 목적의 정당성, 방법의 적절성, 침해의 최소성, 법익의 균형성을 내용으로 하는 과잉금지원칙의 하위원칙을 충족하여 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다고 결정하였으나 강제종료제에 관한 헌법재판소의 과잉금지원칙에 위반되지 아니하다는 판단에 이르게 된 이유와 논증과정들을 살펴보면 설득력이 없다고 판단된다.

나. 목적의 정당성

(1) 목적의 정당성의 의의와 심사

목적의 정당성은 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 한다는 의미이다. 입법목적은 헌법재판소가 추론하여 스스로 확정하여야 하는데, 헌법 제37조 제2항에서는 입법자의 입법형성권을 존중하여 기본권을 제한할 수 있는 입법목적으로 ‘국가안전보장’, ‘질서유지’, ‘공공복리’라는 추상적이고 불확정적인 개념을 사용하여 규정하고 있기 때문에 다른 하위원칙에 비하여 입법목적의 정당성은 상대적으로 쉽게 인정될 수 있다.

25) 정주백, 앞의 논문, 250면; 이명용, 앞의 논문, 681면.

그렇지만 과잉금지원칙 위반여부를 심사함에 있어서 기본권을 제한하는 입법목적이 무엇인지는 명확히 하여야 한다. 입법목적은 기본권제한의 필요성을 판단하는 제일차적인 요소일 뿐만 아니라 방법의 적절성, 입법목적달성을 위한 필요최소한의 제한인지 여부를 심사하는 피해의 최소성, 입법목적이 추구하는 공익과 이로 인하여 침해되는 사익을 비교, 형량하여야 하는 법익의 균형성을 판단하기 위하여 필요불가결하다는 점에서²⁶⁾ 입법목적은 명확하게 하여야 하며, 목적의 정당성은 엄정하게 심사되어야 한다²⁷⁾. 그렇지 않은 경우에는 의제된 가상의 공익을 위하여 국민의 자유와 권리를 제한하려는 시도가 쉽게 이루어질 수 있고 그 결과 기본권 보호를 국가존립의 목적으로 하는 자유주의적 법치국가의 기본적 구도가 와해될 수 있다²⁸⁾.

(2) 강제종료제의 입법목적과 그 정당성

법정의견은, 청소년의 인터넷게임 과몰입 또는 중독 현상 방지 그리고 청소년의 적절한 수면시간 확보를 강제종료제도의 일차적인 입법목적으로 평가하고, 2차적으로는 청소년의 건강한 성장과 발달 그리고 인터넷게임 중독으로 인한 사회적 문제 예방으로 이해하고, 이와 같은 입법목적은 정당하다고 판단하고 있다.

그런데 법정의견이 추론하는 강제종료제도의 입법목적은 입법자의 의도 내지 목적 그리고 청소년보호법의 문언을 종합하여 고려했을 때 입법 목적을 지나치게 넓게 인정하고 있다고 판단된다. 국회 여성가족위원회가 발의한 청소년보호법 일부개정법률안의 제안이유서에서는 청소년의 인터넷게임 중독을 예방하기 위한 목적으로 청소년에 대한 인터넷게임 강제종료제도의 도입을 주장하고 있다²⁹⁾. 그리고 인터넷게임 중 '심각한 인터넷게임 중독'의 우려가 없는 인터넷게임에 대해서는 강제종료제를 공포후 2년이 경과한 날부터 시행하도록 유예하는 구법 부칙 제1항 제2문의 문언 그리고 구 청소년보호법

26) 유사 취지: 한수웅, 앞의 논문, 7면 참조.

27) 이명웅, 앞의 논문, 698면 이하 참조.

28) 이명웅, 앞의 논문, 693, 695면.

29) 여성가족위원회가 2011. 4. 27. 국회에 제출한 청소년보호법 일부개정법률안발의서(의안번호11597), 3면 참조.

시행령 제18조의2 제4항(청소년보호법 시행령 제21조 제1항)에서는 강제종료제도의 적용대상이 되는 인터넷게임물의 범위의 적정성을 평가하는 기준의 하나로 “게임물의 과도한 이용을 유발하는 요인 등”을 규정하고 있는 점에 비추어볼 때 인터넷게임 강제종료제 도입의 주된 목적은 청소년의 인터넷게임 중독 내지 과몰입 예방으로 이해하는 것이 타당하다.

따라서 ‘청소년들의 심야시간대의 수면권 보장’을 강제종료제도의 고유한 입법목적으로 이해하는 법정의견의 태도는 타당하지 않다고 판단된다. 게임 중독으로 인해서 수면이나 건강에 지장을 받는다면 인터넷게임의 과도한 사용이나 게임중독을 방지함으로써 달성될 수 있기 때문에 수면권 확보를 독자적인 입법목적으로 인정할 필요가 없다고 판단된다. 그리고 만약 수면권 확보를 인터넷게임 강제종료제의 독자적인 입법목적으로 이해한다면 타인의 권리를 침해하거나 공공의 안전이나 사회질서를 해치지 아니함에도 불구하고 많은 청소년들이 밤늦은 시간까지 인터넷게임을 하고, 이로 인하여 자신들의 건강을 해치고 있다는 이유만으로 국민의 기본권을 제한할 정당한 목적으로 인정할 수 없다고 판단된다³⁰⁾.

이런 관점에서 볼 때 개인의 자유와 권리를 제한하고 있는 강제종료제의 입법목적은 청소년의 인터넷게임 중독 방지 내지 과몰입 예방으로 이해하는 것이 타당하고, 이와 같은 입법목적은 헌법 제37조 제2항의 “공공복리”를 실현하기 위한 것으로 평가할 수 있고, 따라서 강제종료제도의 입법목적의 정당성은 인정된다고 평가할 수 있다.

다. 방법의 적절성

(1) 의의와 심사

방법의 적절성은 입법자가 입법 목적을 가장 효율적으로 실현하는 수단을 선택하였는가를 심사하는 것이 아니라 입법자에 의해서 선택된 수단이 입법 목적 달성에 기여하는 것인지 여부를 심사한다. 헌법재판소도 입법자에 의해서 채택된 수단이 입법 목적 실현에 조금이라도 기여하는 한, 즉 입법자에 의

30) 같은 취지: 헌재 2014. 4. 24. 2011헌마659 등, 판례집 26-1하, 200면 참조(반대의견의 주장).

해서 채택된 수단이 목적 달성에 전혀 기여하지 아니하거나 명백히 부적합한 경우에만 방법의 적절성을 충족하지 못하는 것으로 판단한다³¹⁾.

또한 헌법재판소는, 입법자가 선택한 수단이 입법목적과 실질적 관련성이 있을 것, 즉 입법목적 실현에 적절한 수단일 것을 요구하고 있다. 예컨대 헌법재판소는, 소주시장의 전국적 독과점을 막기 위하여 지역적 독과점을 초래하는 방법³²⁾이나 검찰권이나 경찰권의 정치적 중립성을 확보하기 위하여 검찰총장이나 경찰총장에 대해서 퇴직일로부터 2년간 정당의 발기인 내지 당원이 될 수 없도록 하는 방법³³⁾에 대해서는 형식적, 피상적으로는 입법목적 달성에 기여할 수 있는 것이라고 볼 수도 있지만 실질적으로는 입법목적 실현에 기여할 수 없음을 이유로 방법의 적정성을 부정하고 있다. 이와 같은 헌법재판소의 태도는 입법자가 선택한 수단이 단순히 목적달성에 기여하는 정도를 넘어서 입법목적에 실질적으로 부합할 수 있는 적절한 수단일 것을 요구한다고 할 것이다.

(2) 법정의견의 문제점

법정의견은 심야시간대 인터넷게임 강제종료제도는 청소년의 수면권 보장 내지 청소년의 인터넷게임 과다이용 내지 게임중독 예방이라는 입법목적 달성에 기여할 수 있음을 이유로 수단의 적정성도 인정된다고 판시하고 있다.

그런데 신법 제26조 제1항(구법 제23조의3 제1항)에서는 인터넷게임의 중독성여부나 그 정도에 관계없이 그리고 이용자가 인터넷게임 과몰입 내지 중독상태에 있거나 그럴 위험성이 있는지에 관계없이 심야시간대 16세 미만의 모든 청소년에게 모든 인터넷게임, 심지어 게임법에 따른 등급분류를 거쳐서 청소년에게 이용이 허용된 인터넷게임물도 제공할 수 없도록 규정하고 있다. 이와 같은 전면적이고 획일적인 금지를 내용으로 하는 인터넷게임 강제종료제는 모든 인터넷게임에는 기본적으로 과도한 사용을 유발하는 중독성이 있

31) 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 260면.

32) 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 제8권 2집, 680면 이하 참조.

33) 헌재 1997. 7. 16. 97헌마26, 판례집 9-2, 82면; 헌재 1999. 12. 23. 99헌마135, 판례집 11-2, 816면 이하 참조.

다는 것, 또는 심야시간대 인터넷게임을 하면 게임의 과도한 사용을 유발하는 중독성이 있다는 것, 또는 16세미만의 모든 청소년은 쉽게 게임중독에 빠진다는 것을 전제로 한다. 따라서 헌법재판소가 전면적이고 획일적인 강제종료제도에 대해서 수단의 적정성을 인정하기 위해서는 객관적인 사실과 논리칙에 입각하여 정확하고 합리적으로 논증을 하여야 한다. 그렇지만 연구결과에 따르면 게임이용시간의 증가와 게임과몰입 내지 게임중독의 인과관계는 물론이고 심야시간대의 인터넷게임 이용과 게임과몰입 내지 게임중독의 인과관계는 인정되고 있지 않다³⁴⁾.

16세 미만의 모든 청소년에게 모든 인터넷게임의 제공을 금지하고 있는 현행 청소년보호법의 강제종료제는 피상적으로는 청소년의 인터넷게임 과몰입과 중독 예방이라는 입법목적 달성에 어떤 식으로든 기여할 수 있지만, 중독 예방이라는 입법목적과 실질적 관련성을 가진다고 평가하기 어렵다고 판단된다³⁵⁾. 왜냐하면 특정 인터넷게임을 특히 심야시간대에 얼마나 오랜 시간 동안 계속 이용할 때 중독이 발생하는지, 또는 얼마나 자주 이용하여야 중독이 발생하는지 여부를 평가할 수 있는 객관적 기준이 없을 뿐만 아니라³⁶⁾, 있다고 하더라도 게임의 중독성은 개개의 게임물마다 그리고 게임을 작동시키는 기기마다 다를 수 있고 또한 게임이용자 개인의 생리적, 심리적, 환경적 특성에 따라 달라질 수 있기 때문이다³⁷⁾. 게임 자체의 중독성 등 여부를 판단할

34) 총게임이용시간이 1% 증가할 때 전반적인 과몰입수준은 0.0003% 증가하고, 심야시간대 온라인게임이용시간이 1% 증가할 때 게임과몰입수준은 0.00016% 증가하고 있어 크게 차이 없고, 오히려 게임과몰입수준이 1단위 증가하면 총게임이용시간은 12.3% 증가하고 있으며, 이는 95% 신뢰수준에서 통계적으로 유의미하다고 한다. 자세한 것은 조문석, 황승훈, 이덕주, 최현선, 김도승, 『청소년 게임이용시간 제한제도 개선방안 연구』, 한국콘텐츠진흥원, 2017, 219면 참조. 게임과몰입에 직접적인 영향을 끼친 것은 게임 이용시간이 아니라 이용자 자신의 '자기 통제력'과 부모의 과잉간섭, 과잉기대와 같은 부모의 태도 등 환경적 요인이 더 큰 영향을 미친다는 견해도 있다. 자세한 것은 정의준, 『게임이용자 패널 4차년도 연구』, 한국콘텐츠진흥원, 2018, 632면 이하 참조. 그리고 부모의 TV·스마트폰·게임 이용시간이 길수록 이에 대한 자녀의 이용시간도 많다는 연구결과도 있다. 하형석, "부모와 자녀의 미디어 이용 그리고 미디어 이용제한", KISDI STAT Report 19-05, 정보통신정책연구원, 2019.3.15. 8면 이하 참조.

35) 박종현, "청소년보호를 목적으로 하는 인터넷규제의 의의와 한계-최근의 소위 강제적 섯다운제 도입문제를 중심으로-", 언론과 법 제10권 제2호, 2011. 12, 130면. 유사취지: 조재현, 앞의 논문, 164면.

36) 정의준, 앞의 책, xvii, 15면 참조.

37) 게임물의 문화콘텐츠로서의 성격상 게임물의 유해성여부는 절대적이고 보편적인 것이 아니고 이용자의 특성에 따른 상대적이고 개별적인 의미를 가진다는 주장으로 황성기, "청소년보호와 국가후견

객관적 기준이 없는 한 원칙적으로 인터넷게임 과몰입·중독의 상태에 있거나 이와 같은 상태에 빠질 우려가 있다고 판단하는 청소년 본인이나 부모 등 법정대리인이 게임관련사업자에게 게임이용시간 등 게임이용방법에 관한 통제를 요구할 수 있는 권리를 인정하고 인터넷게임 제공자나 게임관련사업자에게 이에 응하여야 할 의무를 부과하는 것이 인터넷게임 과몰입 내지 중독을 예방하기 위한 적절한 수단이라고 할 것이다.

결론적으로 게임의 중독성 여부에 관한 판단기준이나 게임중독의 원인이 명확하게 규명되어 있지 않았다는 점과 더불어 심야시간대에 인터넷게임을 못하게 하는 것만으로 청소년의 게임중독 예방에 실질적으로 기여할 수 없다고 판단되기 때문에 청소년보호법의 전면적이고 확실적인 인터넷게임 강제종료제는 청소년의 인터넷게임 중독 예방이라는 목적을 실현할 수 있는 적절한 방법이라고 할 수 없다고 판단된다³⁸⁾.

라. 침해의 최소성

(1) 의의와 심사

침해의 최소성원칙은 입법자가 입법목적 달성을 위하여 선택할 수 있는 방법이 여러 가지 있는 경우에 입법자에 의하여 선택된 기본권 제한방법이 목적달성을 위하여 필요한 최소한의 기본권제한이어야 함을 의미한다. 즉 달리 기본권을 덜 제한하는 방법이 있는 경우에는 침해의 최소성은 인정될 수 없다는 것을 의미한다³⁹⁾. 그런데 ‘입법자가 선택한 수단보다 덜 제한적인 수단’으로 입법목적 달성을 할 수 없다고 판단되는 경우에는 ‘보다 더 기본권제한적인 수단’을 선택하였다고 하여 침해의 최소성원칙 위반이라고 할 수 없다⁴⁰⁾.

주의의 한계- 헌재 2014. 4. 24. 2011헌마659 등(병합), 청소년보호법 제23조의3 등 위헌확인의 평석을 중심으로-, 법학논총 제31집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2014, 35면; 조재현, 앞의 논문, 164면 참조.

38) 같은 취지 : 헌재 2014. 4. 24. 2011헌마659 등, 판례집 26-1하, 201면 참조(반대의견의 주장)

39) 한편 헌법재판소는 상업광고규제사건에서 상업광고는 직업수행의 자유의 보호영역에 속하지만 인격발현과 개성신장에 미치는 효과가 중대한 것은 아님을 이유로 침해의 최소성을 판단함에 있어 ‘입법목적 달성을 위하여 필요한 범위 내의 것인지’를 심사하는 정도로 완화하는 판시한 바 있다. 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3, 판례집 17-2, 198면 ; 헌재 2010. 7. 29. 2006헌바75, 판례집 22-2상, 253면 참조.

40) 이명웅, 앞의 논문, 698면; 이준일, 앞의 논문, 31면 참조.

그렇기 때문에 피해의 최소성을 판단함에 있어서는 입법자가 선택한 수단이 특정 입법목적의 실현이라는 관점에서 필요최소한의 제한이냐의 문제를 의미하기 때문에 피해의 최소성을 따질 때에도 단순히 입법자가 선택할 수 있는 여러 수단에 의한 기본권 침해의 정도만을 고려하는 것은 아니라, 여러 수단들이 특정된 입법 목적을 실현할 수 있는지 여부도 함께 고려하여야 한다.

침해의 최소성에 관한 심사는 방법의 적절성에 관한 심사와 마찬가지로 사회적, 경제적, 문화적, 과학기술적 현상 등과 관련된 입법자의 경험적, 예측적 판단을 그 대상으로 하는데, 입법자의 입법형성권을 존중하여 입법자가 추구하는 목적(공익)을 실현하기 위한 여러 수단 중에 무엇이 덜 침해적이라고 판단하기 어려운 경우에는 이에 대한 입법자의 판단은 존중되어야 하며⁴¹⁾, 이를 심사할 때에는 법률의 위헌성을 심사할 당시를 기준으로 판단하여서는 아니 되고, 입법자가 당해 법률을 제정할 당시를 기준으로 판단하여야 한다⁴²⁾.

(2) 법정의견의 문제점

법정의견은, 청소년보호법의 강제종료제도는 청소년의 인터넷게임 이용을 원칙적으로 허용하면서 심야시간에 한정하고 있고, 그 적용대상도 16세 미만의 자로 한정하고 있으며, 과잉규제를 피하기 위하여 게임물범위의 적절성에 대하여 2년마다 평가하여 개선 등의 조치를 하도록 하고 있으며, 가정이나 학교의 자율적 노력만으로는 청소년의 인터넷게임 중독이나 과다사용을 예방할 수 없음을 이유로 하여 침해의 최소성원칙에 위배되지 아니한다고 판시하고 있다.

그러나 청소년보호법의 전면적이고 획일적이고 절대적인 인터넷게임 강제종료제보다 덜 기본권제한적인 방법으로도 청소년의 인터넷게임 중독을 예방할 수 있다는 점에서 청소년보호법의 인터넷게임 강제종료제는 침해의 최소성원칙에 위반된다고 판단된다.

41) 같은 취지: 전광석, 앞의 책, 270면.

42) 한수웅, 앞의 논문, 13면; 이준일, 앞의 논문, 32면 참조; 황치연, 앞의 논문, 283면.

(가) 전면적 획일적인 금지후 사후평가방식의 문제점

현행 인터넷게임 강제종료제는 과다 이용시 게임중독을 초래하는 게임물이라는 객관적 기준제시도 없이 그리고 게임법에 따른 게임등급분류제도를 통하여 청소년에게 이용이 허용되어 있는 모든 인터넷게임물을 게임중독 내지 중독의 위험성이 있는지 여부에 관계없이 획일적으로 16세미만의 모든 청소년에게 심야시간대에 제공 및 이용을 금지하고, 사후적으로 여성가족부장관의 게임물 범위의 적정성 평가를 통하여 강제종료제도의 적용에서 제외될 수 있도록 규정하고 있다.

전면적, 획일적 제공금지후 사후 중독성 평가를 통하여 피해를 최소화할 수 있다면 애초에 게임물등급분류의 경우처럼 개개의 게임물의 중독성과 게임을 작동하는 기기에 따른 중독성 여부를 판단할 수 있는 기준과 더불어 평가기준 정립과 게임물의 중독성을 평가하기 위한 독립된 전문기관의 구성 등을 먼저 규정한 후 게임물의 일회 최대이용시간과 하루 최대이용시간 그리고 심야시간대의 최대 게임이용시간을 제한하는 방식이 합리적이고 덜 기본권제한적 수단이라고 할 것이다.

게다가 강제종료제의 적용을 받는 게임물범위의 적정성을 평가하도록 규정한 청소년보호법 제26조 제2항(구 청소년보호법 제23조의3 제2항)은 평가기준과 방법 그리고 평가기준 정립과 게임물의 중독성을 평가하기 위한 전문성을 가진 독립된 평가기구의 구성, 인터넷게임제공자의 의견 진술 내지 이의 제기방법 등에 관하여 아무런 기준을 제시함이 없이 포괄적으로 대통령에게 위임하고 있다는 점에서 포괄적 위임입법금지원칙에 위배되는 문제점이 있으며, 실제의 여성가족부의 평가를 살펴보면 개개 게임물 자체의 중독성에 관한 평가가 아니라 대표게임의 중독성 평가일 뿐만 아니라 게임물 자체의 중독성보다 게임을 이용하는 기기를 중심으로 중독성여부를 획일적으로 평가하고 있으며⁴³⁾, 평가수행기관⁴⁴⁾이 게임물의 중독성을 평가할 수 있는 전문성을 가

43) 여성가족부가 2012, 2014, 2016년, 2018년 모두 네 차례 실시된 게임물 적정성 평가결과에 의하면 스마트폰, 태블릿PC, 콘솔기기를 이용한 인터넷게임에 대해서는 강제종료제의 적용대상에서 제외하고 있고, PC(노트북 포함)를 사용한 인터넷게임물은 강제종료제가 도입된 이래로 단 한 종류의 게임물도 강제종료제의 적용대상에서 제외되지 아니하고 있다.

44) 여성가족부고시에 따르면 한국청소년상담복지개발원(2012. 10. 31자 심야시간대 인터넷게임 제공시

지고 있는지도 의심스럽다. 강제종료제도의 적용대상이 되는 게임물의 범위에 관한 여성가족부의 평가에는 전문성, 합리성, 명확성, 예측가능성을 담보할 수 없고, 또한 평가과정과 그 결과도 투명하지도 않다는 점에서 객관적이고 납득할 수 있는 방법으로 평가하고 있다고 보기 어렵다고 판단된다⁴⁵⁾. 이와 같은 평가제도를 전제로 전면적이고 획일적인 강제종료제도에 피해를 최소화하는 장치가 있음을 이유로 침해의 최소성을 준수하였다고 평가하는 것은 적절하지 않다고 판단된다.

(나) 절대적 강제종료제도보다 덜 기본권제한적인 수단의 존재

청소년보호법의 인터넷게임 강제종료제는 게임중독 내지 중독의 위험성이 있는지 여부에 관계없이 획일적으로 16세미만의 모든 청소년에게 적용될 뿐만 아니라 부모의 동의가 있는 경우에도 심야시간대에는 16세 미만의 자녀에게 등급분류제도를 통하여 청소년에게 이용이 허용된 인터넷게임을 단 1분도 하게 할 수 없는 절대적 강제종료제이다. 이로 인하여 미성년자의 개성신장의 자유뿐만 아니라 부모의 자녀양육권까지도 전면적으로 부정하고 있다.

심야시간대에 청소년의 인터넷게임 이용을 제한하는 방식에는 청소년보호법에서의 절대적 강제종료제외에도 원칙적으로 16세미만의 미성년자에게는 심야시간대에 인터넷게임을 제공할 수 없도록 하면서도 예외적으로 부모 등 법정대리인의 요청이 있는 경우에는 심야시간대에 인터넷게임을 허용하는 ‘상대적 강제종료제’와 원칙적으로 심야시간대에도 16세미만의 청소년도 인터넷게임을 할 수 있도록 하되, 청소년 본인이나 법정대리인이 게임이용시간의 제한을 게임관련사업자에게 요구할 수 있도록 하는 ‘선택적 종료제도’, 피로도 시스템⁴⁶⁾, 그리고 게임을 일정 시간이상 계속 할 수 없도록 하는 쿨링오프

간 제한대상 게임물 평가계획고시) 내지 한국청소년정책연구원(여성가족부 공고 제2018-192 호)을 평가수행기관으로 규정하고 있다.

45) 자세한 것은 박경철, “청소년보호법의 인터넷게임 강제종료제에 관한 헌법적 검토— 기본권제한입법의 형식적 한계와 관련하여 —”, 서울법학 제27권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2019. 5, 101면 이하 참조; 홍승진, “『청소년보호법』에 따른 인터넷게임 강제종료제의 법제적 문제점과 개선방안”, 법제 제66호, 2014. 9., 66면 이하 참조.

46) 피로도시스템이란 일정시간이상 게임을 이용하면 게임머니 획득 등의 이득이 없게 하거나 일정시간 이상 접속을 하지 아니하면 다음 접속 때 혜택을 부여하는 방법으로 오랜 시간 게임을 이용하는 것을 방지하고자 하는 방법을 의미한다. 자세한 것은 박창석, “온라인게임 섯다운제의 위헌성여부

제47) 등이 있다. 선택적 종료제도와 상대적 강제종료제, 피로도시스템, 쿨링 오프제가 절대적 강제종료제보다 덜 기본권제한적인 수단이라는 점은 명백하다.

(다) 가정과 학교의 자율적 노력으로 인터넷게임중독을 예방할 수 없는 사정에 대한 논증 흠결

법정의견은 청소년의 과도한 인터넷게임 이용 및 그 중독 문제가 사회적으로 심각하게 대두되고 있음에도 가정 및 학교 등의 자율적인 노력만으로는 이에 대한 적절한 대처가 어렵다는 인식 하에 인터넷게임 절대적 강제종료제가 국가의 청소년 보호의무를 실천하기 위하여 도입된 제도임을 강조하고 있다⁴⁸⁾. 법정의견은 가정 및 학교 등의 자율적인 노력만으로는 이에 대한 적절한 대처가 어렵다는 논거로 게임법의 선택적 종료제도가 부모나 청소년들에 의하여 널리 활용되지 아니 하고 있다는 점외에는 별 다른 논거를 제시하지 못하고 있다.

그런데 게임법의 선택적 종료제도의 보호대상이 되는 청소년은 18세미만의 청소년이기 때문에 피상적으로 보면 16세 미만의 청소년을 보호대상으로 하는 청소년보호법의 경우보다 보호대상이 더 넓다고 볼 수도 있지만, 청소년보호법의 강제종료제는 인터넷 게임과 관련하여 16세 미만의 청소년을 특별히 보호하기 위한 강행규정이라는 점에서 게임법의 선택적 종료제도에 대해서 특별법적 관계에 있으며, 따라서 16세 미만의 청소년에 대해서는 청소년보호법이 우선적으로 적용된다. 그 결과 게임법의 선택적 종료제는 16세이상 18세미만의 청소년에게만 적용되기 때문에 선택적 종료제도를 활용할 수 있는 청소년 및 부모의 범위가 매우 좁다는 점을 법정의견은 간과하고 있다. 법정의견은 절대적 강제종료제도이외의 다른 방법으로는 청소년의 인터넷게임 중독 내지 과다사용을 예방할 수 없는 특별한 사정을 보다 치밀하고 설득력있게 논증하여야 한다⁴⁹⁾.

에 대한 검토”, 한양법학 제23권 제1집, 2012. 2, 11면 참조.

47) 조재현, 앞의 논문, 158면 이하 참조.

48) 현재 2014. 4. 24. 2011헌마659 등, 판례집 26-1하, 192면.

49) 아무런 논증없이 헌법재판소가 시민사회의 자율성을 부정하는 태도는 헌법해석의 기능적 정확성의

그리고 법정의견은 이미 형성되어 있는 기존 제도와의 관계에서 청소년보호법의 절대적 강제종료제가 침해의 최소성을 준수하고 있는지 여부를 판단하고 있는데, 국민의 기본권을 제한하는 입법이 침해의 최소성원칙을 준수하였는지 여부를 심사함에 있어서 기존의 제도중에서 보다 덜 기본권제한적 수단이 있는지 여부도 중요하지만 무엇보다도 입법자가 기본권을 제한하는 입법을 할 때에 보다 덜 기본권제한적 수단을 형성할 수 있었는지 여부가 핵심이다. 이런 점에서 입법자는 게임법에서의 선택적 종료제⁵⁰⁾보다 조금 강화되면서도 현행 절대적 강제종료제도보다 덜 기본권제한적인 선택적 종료제나 상대적 강제종료제도를 입법화하는 것도 가능하였다는 점에서 청소년보호법의 절대적 강제종료제도가 침해의 최소성원칙에 위배된다고 판단하는 것이 타당하다.

마. 법익의 균형성

(1) 의의

법익의 균형성 판단은 기본권제한을 통하여 입법자가 추구하는 목적(공익)과 선택된 수단에 의하여 제한되는 기본권(사익)간의 법익형량을 의미한다. 법익의 균형성은 입법자가 의도하는 공익의 실현정도와 국민의 자유와 권리의 제한정도의 합리적인 조화를 구현하기 위한 것이다⁵¹⁾. 그렇지만 국민의 기본권 보장이라는 관점에서 볼 때 법익의 균형성판단에서 기본권제한을 통하여 얻는 공익이 기본권제한으로 침해되는 사익보다 더 클 것이 요구된다.

법익의 균형성원칙은 비교의 대상이 계량화될 수 있다는 점을 전제하고 있다. 하지만 법익의 균형성 판단에 있어서는 기본권제한을 통하여 얻는 공익과 기본권제한으로 입게 되는 사익은 동일한 성질의 법익이 아닐 뿐만 아니라

요청에 반하며, 국민에게 헌법재판소의 판단을 설득하는 행태가 아니라 일방적으로 강요하는 행태라는 점에서 법률에 의하여 기본권을 제한받고 있는 기본권주체를 공권력의 단순한 지배대상으로 보는 태도이다.

50) 현행 게임법에서는 인터넷게임 제공자가 게임의 이용시간과 이용방법에 관한 법정대리인 등의 요청을 이행하지 아니하고 예방조치와 관련한 문화체육관광부장관의 자료제출 요청 등을 거부하는 경우 과태료의 제재만을 가할 수 있다(제48조 제1항 제1호). 이런 점에서 게임법의 선택적 종료제도는 청소년보호법의 강제적 종료제도와 비교할 때 위반시 제재의 정도가 약하다.

51) 김대환, 앞의 논문, 36면; 김하열, 앞의 논문, 13면.

쉽게 계량하기 어려운 문제점이 있다⁵²⁾. 이런 이유로 법익의 균형성은 비교할 수 없는 것을 비교한다는 비판을 받고 있으며, 명목적, 형식적 심사가 이루어져 법익의 균형성심사가 형해화되고 있다는 비판을 받고 있다⁵³⁾.

법익의 균형성 판단에 있어서 기본권제한을 통하여 얻는 공익과 기본권제한으로 입게 되는 개인의 피해가 구체적이고 현실적인 것인지 아니면 추정적이고 가상의 것인지 여부를 심사하여야 하며, 공익과 사익의 평가나 비교형량에 있어서 입법이 추구하는 공익목적과 이를 위하여 선택된 수단 그리고 이로 인하여 제한되는 개별기본권의 의미와 효력 그리고 입법이 추구하는 공익과 개별기본권이 전체 헌법질서에서 차지하는 의미와 헌법의 문구 내지 헌법의 근본이념과 이를 실현하기 위한 국가의 구조적 원리와의 관련성⁵⁴⁾ 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

(2) 법정외건의 문제점

법정의견은 “인터넷게임 강제종료조항으로 인하여 인터넷게임 제공자와 16세 미만 청소년 및 부모 등 법정대리인이 받는 피해의 정도는 크지 않음에 반하여, 16세 미만 청소년의 인터넷게임 중독을 예방함으로써 얻어지는 사회적 비용의 절감 및 청소년이 건전한 인격체로 성장함으로써 얻어지는 공익은 중대하다 할 것이므로 법익의 균형성도 유지하고 있다고 판시하고 있다.⁵⁵⁾

그러나 법정외견이 주장하는 공익은 국가공권력이 희망하는 가상의 공익에 불과하거나 관념적이고 실현여부가 불투명한 반면에 인터넷게임 강제종료조항으로 인한 기본권주체의 개인적 자유와 권리의 침해는 구체적이고 현실적이며 인터넷게임 강제종료조항으로 얻는 공익보다 이로 인하여 침해되는 사익이 더 크다고 이해하는 것이 타당하다고 판단되며, 특히 법정외견은 인터넷게임 강제종료제도가 전체 헌법질서에서 차지하는 의미, 즉 헌법의 근본이념인 인간의 존엄성에 부합하는지 여부, 우리 헌법이 예정하는 인간상에 부합

52) 김대환, 앞의 논문, 36면; 이명웅, 앞의 논문, 691면; 문재완, 앞의 논문, 28면 참조.

53) 정주백, 앞의 논문, 266면; 문재완, 앞의 논문, 28면 이하 참조.

54) 유사한 취지: 한수웅, 앞의 논문, 8면. 민주주의원리 등 국가의 구조적 원리와 기본권의 상호관계에 관하여 자세한 것은 허영, 앞의 책, 251면 이하 참조.

55) 헌재 2014. 4. 24. 2011헌마659 등, 판례집 26-1하, 194면 참조.

하는지 여부, 헌법이 추구하는 ‘개인의 존엄에 바탕을 둔 가족제도’의 형성에 어떠한 영향을 미칠 수 있는지, ‘개인의 자기결정권과 의사표현의 자유를 전제로 하는 자유민주주의의 실현’에 어떠한 영향을 미칠 수 있는지 여부에 관해서는 고려하지 아니하고 있다는 문제점이 있다고 판단된다.

(가) 인터넷게임 절대적 강제종료제도의 비효율성

청소년보호법의 인터넷게임 절대적 강제종료제를 통하여 청소년의 인터넷게임 중독 내지 과몰입을 예방하고, 건전한 인격체로의 성장을 확보하고자 하는 공익은 우리 공동체의 지속적인 발전과 번영이라는 측면에서 매우 중요한 의미를 가진다⁵⁶⁾. 하지만 인터넷게임의 중독성 여부 내지는 어느 정도의 시간동안 인터넷게임을 하여야 중독상태가 되는지 여부에 관해서는 객관적 기준이 없고 논란이 있다는 점에서 심야시간대에 청소년에게 인터넷게임을 제공하지 아니함으로써 얻을 수 있는 청소년의 게임중독 내지 과몰입 예방이라는 공익을 어느 정도 실현할 수 있는지가 명확하지 아니하다.

특히 청소년들에 대한 스마트폰 보급율이 높아져 청소년들이 PC나 노트북 PC보다 스마트폰을 사용하여 인터넷게임을 더 많이 이용하는 등 급변하는 인터넷게임매체 환경의 변화로 인하여 PC나 노트북PC를 사용한 인터넷게임만을 금지하는 현행 절대적 강제종료제도⁵⁷⁾로는 청소년의 게임중독 내지 과몰입 예방에 기여하는 정도는 크지 않을 것으로 판단된다는 점에서 강제종료제로 얻고자 하는 청소년의 인터넷게임중독 내지 과몰입 예방 또는 수면권 확보라는 공익의 실현 효과는 불확실하고 다소 가상적인 것으로 판단된다.

(나) 침해되는 사익의 구체성

게임법 제28조 제7호 및 시행령 제16조 제2호에 따른 청소년⁵⁸⁾의 오후 10

56) 이런 이유로 현행 헌법은 교육의 기회균등과 더불어 보호하는 자녀에게 법률이 정하는 의무교육을 받게 할 의무, 국가의 청소년복지정책실시의무(헌법 제34조 제4항)와 연소자근로보호의무(헌법 제32조 제5항)를 규정하고 있다.

57) 이런 이유로 게임이용자를 사용하는 기기에 따라 합리적 이유없이 차별하고 있다는 점에서도 현행 절대적 강제종료제도는 평등원칙에 위배되는 문제점을 지니고 있다.

58) 여기에서 “청소년”은 18세 미만의 자(『초·중등교육법』 제2조의 규정에 의한 고등학교에 재학 중인 학생을 포함한다)를 말한다(게임법 제2조 제10호).

시 이후의 PC방 출입제한조치⁵⁹⁾로 인하여 심야시간대의 16세 미만의 청소년의 인터넷게임 과다 사용문제는 가정에서 발생한다는 점에서 이 문제는 우선적으로 가정에서 부모의 자녀에 대한 훈육과 교육, 부모와 자녀간의 대화와 소통을 통하여 자율적으로 해결하여야 할 문제이다⁶⁰⁾. 따라서 청소년 특히 사춘기에 있는 청소년의 인터넷게임 이용을 통제하는 것이 어렵고 힘들다고 하더라도 각 가정에서 부모와 자녀의 공동노력으로 자율적으로 해결하려는 시도와 노력이 우선되고 존중되어야 한다. 가정에서 심야시간에 자녀에게 인터넷게임을 하도록 허용할지 여부는 부모의 자녀교육관, 자녀의 적성, 진로 및 의사 등을 종합적으로 고려하여 부모가 자율적으로 결정할 수 있어야 한다.

등급분류를 통하여 청소년이 이용할 수 있는 게임물은 그 자체가 유해한 것이 아님에도 불구하고 게임의 중독성 여부와 판단기준이 명확하지 아니한 상태에서 인터넷게임 제공자로 하여금 심야시간대에는 모든 인터넷게임을 청소년에게 제공할 수 없게 하는 것은 인터넷게임 제공자의 직업수행의 자유를 실질적이고 구체적으로 침해하는 것이며, 또한 현행 절대적 강제종료제도는 심야시간대에는 가정에서 보호자인 부모의 동의가 있는 경우에도 보호하는 청소년에게 인터넷게임을 이용할 수 없게 한다는 점에서 절대적 강제종료제로 인하여 부모의 자녀교육권 및 청소년의 개성신장의 자유가 받는 불이익은 실질적이고 구체적인 불이익이라고 판단된다.

(다) 청소년보호의 한계로서 인간의 존엄성 존중

인간의 존엄과 가치의 존중은 헌법의 근본이념이자 기본권보장의 이념적 지표로 이해되고 있다(헌법 제10조). 인간으로서의 존엄과 가치를 존중한다는 것은 모든 인간이 자신의 삶을 스스로 결정한 권리를 가진 자율적인 주체적인 존재임을 인정하는 것이다. 인간의 존엄과 가치는 연령에 상관없이 인간이

59) 다만 청소년이 친권자·후견인·교사 또는 직장의 감독자 그 밖에 당해 청소년을 보호·감독할 만한 실질적인 지위에 있는 자를 동반한 경우에는 청소년 출입시간 외의 시간에도 청소년을 출입시킬 수 있다(게임법 시행령 제16조 제2호 가목 단서).

60) 헌법재판소도 학교 밖의 교육영역에서는 부모의 자녀교육권이 국가의 교육권에 우선한다고 판시한 바가 있다. 헌재 2009. 10. 29. 2008헌마635 참조.

라는 사실에서 유래하는 것이지 연령에 따라 인간으로서의 존엄과 가치가 달라지는 것은 아니다.⁶¹⁾ 따라서 청소년 보호 역시 일방적인 후견주의적 입장이 아니라 청소년의 주체성을 최대한 실현하기 위한 수단으로서 청소년의 주체성 실현에 긍정적인 한도내에서만 허용되어야 한다⁶²⁾. 인간의 존엄성과 가치를 근본이념으로 하는 헌법질서에서 청소년은 대국가적인 관계에서든, 사회적 관계에서든, 부모와의 관계에서든, 인간으로서의 존엄성과 주체성을 최대한 인정받아야 하며, 반대로 청소년의 인간으로서의 존엄성과 주체성을 부정하는 국가나 부모의 행위는 정당화될 수 없다⁶³⁾. 이런 관점에서 볼 때 게임물등급분류제도를 통하여 이미 청소년에게 허용된 게임물에 대한 심야시간대의 청소년의 이용을 제한함에 있어서는 청소년들에게 이에 관한 의사를 표현할 기회를 부여하여야 함⁶⁴⁾과 동시에 이에 관한 보호자인 부모의 의사와 결정을 존중하여야 한다⁶⁵⁾.

그런데 절대적 강제종료제는 심야시간대 인터넷게임의 이용과 관련하여 가정에서 자녀로 하여금 그에 관한 의사표현 자체를 봉쇄하고, 부모로 하여금 자녀의 개성이나 진로 등을 고려하여 자율적으로 결정할 수 있는 가능성을 부정한다는 점에서 현행 헌법이 예정하는 개인의 자율성과 주체성을 바탕으로 하는 인격주의적 인간상과도 전혀 조화될 수 없는 제도이다.

또한 헌법은 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 함을 명시하고 국가에게는 이를 보장할 의무를 규정하고 있다(헌법 제36조 제1항). 따라서 국가가 청소년보호라는 명목으로 가족의 자율성과 청소년에 대한 부모의 교육권을 부정하고 침해하여서는 아니 된다⁶⁶⁾.

61) 유사 취지: 이준일, “어린이와 청소년의 기본권”, 공법연구 제30집 제5호, 2002, 215면 참조.

62) 김선택, “아동·청소년보호의 헌법적 기초- 미성년 아동·청소년의 헌법적 지위와 부모의 양육권-”, 헌법논총 제8권, 헌법재판소 1999, 87면 참조. 같은 취지: 황성기, 앞의 논문, 30면 참조. 같은 취지: 헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1, 공보 제93호, 614면; 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16 등, 판례집 12-1, 455면 이하 참조.

63) 김선택, 앞의 논문, 87면.

64) 우리나라가 1991년에 가입한 유엔 아동권리협약(Convention on the Rights of the Child)에서는 아동에게 의사표현의 자유(제13조 제1항)와 함께 자신의 견해를 형성할 능력을 가진 아동에게 자신들에게 영향을 미치는 모든 사안에 대해서 자신의 의견을 자유롭게 표명할 권리(제12조 제1항)와 아동에게 영향을 미치는 행정적, 사법적 절차에서의 의견진술권(제12조 제2항)을 보장할 것을 규정하고 있다.

65) 박종현, 앞의 논문, 131면 참조.

그런데 청소년보호법에서의 절대적 강제종료제는 가정에서 자녀의 개성과 능력을 고려한 부모의 자녀교육에 관한 결정권을 부정하고, 심야시간대 인터넷 게임 이용과 관련하여 모든 가정을 획일적으로 통제하고 있다는 점에서 개인 인격의 존엄과 자율성에 입각한 가족제도⁶⁷⁾를 형성하고 보장하여야 할 국가의 의무에도 위반하는 것으로 판단된다.

또한 헌법재판소가 지적한 것처럼 개인의 존엄과 양성 평등에 입각한 가족 제도의 보장은 양심의 자유, 언론의 자유, 학문과 예술의 자유 등 문화국가의 성립을 위하여 불가결한 기본권의 보장의 전제가 됨과 동시에 견해와 사상의 다양성을 그 본질로 하는 문화국가를 실현하기 위한 필수적인 조건인 것이며, 가족의 자율영역이 국가의 간섭에 의하여 획일화, 평준화되고 이념화되어서는 아니 되며, 자유민주적 문화국가가 요구하는 교육의 다양성을 보장하고 실현하기 위해서는 부모가 자녀의 교육에 관하여 스스로 자유롭고 독자적으로 결정할 수 있어야 한다⁶⁸⁾. 이런 점에서 청소년보호법의 절대적 강제종료제도는 헌법이 추구하는 문화국가원리에도 위배되는 문제점을 지니고 있다⁶⁹⁾.

(라) 국가후견주의와 민주주의

더 나아가서 절대적 강제종료제는 민주주의의 유지와 발전에도 부정적 영향을 미치는 문제점이 있다. 상대적 강제종료제와 선택적 종료제를 채택하는 경우 부모는 보호하는 자녀에게 심야시간대의 인터넷게임을 이용하게 할 것인지 여부를 결정할 권리를 가지며, 그에 따라 청소년은 적어도 부모에게 심야시간대의 인터넷게임 이용문제에 관하여 자신의 의사를 밝힐 기회를 가질 수 있게 된다. 그런데 절대적 강제종료제하에서는 청소년은 물론이고 부모조차 심야시간대의 인터넷게임 이용문제에 관하여 어떠한 결정권을 행사할 수 없고 그 결과 청소년의 부모에 대한 의사표현조차 봉쇄하는 효과가 발생한다.

헌법이 보장하는 모든 기본권이 민주주의를 실현하기 위한 것은 아니라할

66) 황성기, 앞의 논문, 31면 참조.

67) 개인 및 가족의 자율적 결정권과 개인의 존엄의 불가분적 관계에 관해서는 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9 등, 판례집 17-1, 23면 참조.

68) 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16, 판례집 12-1, 446면 참조.

69) 같은 취지: 황성기, 앞의 논문, 34면; 이인호, “문화에 대한 국가개입의 헌법적 한계”, 공법연구 제43집 제1호, 2014. 10, 17면 참조.

지라도 기본권에 내포된 주관적 권리와 객관적 질서가 상호기능적 보완관계를 유지하면서 실현될 수 있을 때에 민주주의가 필요로 하는 여러 여건, 국민의 평등한 정치참여, 자유롭고 개방적인 정치토론, 다수관계의 가변성을 전제로 한 소수의 보호 등이 저절로 형성될 수 있는 것이다⁷⁰⁾. 특히 의사표현의 자유는 민주주의를 실현하고 유지시키기 위한 핵심적 기본권으로 평가된다. 그런데 절대적 강제종료제는 국가후견주의에 입각하여 국가가 법률로 일체의 가정에서 심야시간대에 일체의 인터넷게임을 이용할 수 없게 강제하고 이를 바탕으로 청소년의 의견표명의 자유를 봉쇄한다는 점에서 반민주적이고 권위주의적이고 집단주의적 성격이 매우 강한 제도이다. 이와 같은 제도는 인터넷 게임에 관해서 자유롭고 개방적인 토론을 봉쇄하고 청소년들로 하여금 자신의 삶을 스스로 결정하고 그에 대해서 책임지는 인간으로 성장하게 하기 보다는 좌절과 더불어 질서에 맹목적으로 순응하는 타율적 인간으로 성장하게 하는데 기여할 것이다⁷¹⁾.

특히 국민주권을 지향하는 통치질서에서 국민의 국가권력이나 법질서에 대한 복종은 맹목적인 복종이 아닌 비판적 복종으로 이해하여야 하며, 그런 점에서 국가권력에 대한 회의적 자세, 공공연히 비판할 수 있는 용기, 불법적 권력행사에 대하여 단호히 거부하는 국민의 투철한 헌법에의 의지가 필요하다⁷²⁾는 점을 고려할 때 국민들로 하여금 민주주의에 필요한 시민윤리를 가지도록 하기 위해서는 청소년들로 하여금 기존의 권위나 질서에 대한 비판적 문제의식을 가질 수 있게 하고, 이를 자유롭게 표현할 수 있게 하는 교육, 정치, 법문화를 형성하는 것이 민주주의 실현에 있어서 중요한 의미를 가진다. 그런데 절대적 강제종료제도는 법질서에 대한 맹목적 복종을 강요하는 제도라는 점에서 민주주의 실현에 매우 유해한 제도라고 평가하는 것이 타당하다.

70) 허영, 앞의 책, 251면 이하 참조.

71) 유사한 취지: 박진완, “아동권리협약의 국내적 이행과정에 대한 분석”, 세계헌법연구 제16권 제1호, 2010, 197면 참조.

72) 유사한 취지: 강경선, “주권자적 인간에 관하여 - 대의제와 직접민주제의 매개를 위한 개념-”, 민주법학 제62호, 2016. 11., 210면 참조; 전광석, 앞의 책, 101면 참조; 허영, 앞의 책, 84, 88면 참조.

(마) 소결

절대적 강제종료제도에 대한 법익의 균형성에 관한 법정의견은 공익과 사익의 평가 및 형량에 있어서 형식적이고 피상적으로 접근하고 있다고 판단된다.

절대적 강제종료제가 추구하는 청소년의 인터넷게임중독 예방이라는 공익은 스마트폰의 보급과 제도의 비효율성 등으로 인하여 실현되기 곤란하며 그래서 다소 가상의 이익인 반면에 절대적 강제종료제도에 의한 청소년의 개성신장의 자유와 부모의 자녀양육권 그리고 인터넷게임제공업자의 직업수행의 자유의 침해는 실질적이고 구체적이며, 침해의 정도는 매우 크다고 판단된다⁷³⁾.

특히 절대적 강제종료제도는 국가의 간섭에 의하여 각 가정의 자율영역을 획일화·평준화시킴으로써 심야시간에 가정에서의 인터넷게임이용에 관한 청소년의 의사표현의 자유와 부모의 자기결정권을 전면적으로 부정하는 것으로 이는 헌법의 근본이념인 인간의 존엄성 존중과 우리 헌법이 예정하는 개인의 자율성과 주체성을 바탕으로 하는 인격주의적 인간상과도 전혀 조화될 수 없는 제도이며, 개인의 존엄에 입각한 가족제도를 형성할 국가의무와도 조화되지 아니하며, 절대적 강제종료제도는 국가권력에 의해서 가정의 일상생활까지 통제하고 가정내에서 이에 대한 청소년의 의사표현을 봉쇄한다는 점에서 국가권력작용에 대한 비판적 의사표현의 자유 보장을 본질로 하는 민주주의의 실현에도 역행하는 결과를 초래하는 문제점이 있다. 이런 점에서 절대적 강제종료제도는 법익의 균형성원칙에 위배되지 아니한다는 헌법재판소의 판단을 수긍하기 어렵다고 판단된다.

바. 결어

과잉금지원칙은 자유민주적 법치국가에서는 공익실현을 위한 입법의 필요성 내지 입법목적의 정당성만으로 기본권 제한이 정당화될 수 없고 그 이상의 합리적인 요건, 방법의 적절성, 침해의 최소성, 법익의 균형성을 갖추어야

73) 같은 취지: 헌재 2014. 4. 24. 2011헌마659 등, 판례집 26-1하, 203면(반대의견의 주장).

한다는 것을 의미한다. 그렇기 때문에 과잉금지원칙을 적용함에 있어서 헌법재판소는 하위원칙의 준수여부를 엄격하게 심사하여야 하고, 하위원칙의 준수여부를 객관적인 사실과 논리칙과 경험칙에 입각하여 설득력있게 논증하여야 하며, 입법으로 추구하는 공익과 이로 인하여 제한되는 사익이 헌법질서에 차지하는 의미 등을 종합적으로 고려하여 형량하여야 한다.

그런데 법정의견은 현행 청소년보호법의 절대적 강제종료제가 과잉금지원칙에 위배되는지 여부를 심사함에 있어서 심야시간대 인터넷게임 강제종료제도의 필요성에 대한 확신을 바탕으로 입법목적의 정당성, 방법의 적절성, 침해의 최소성 그리고 법익의 균형성을 설득력있는 논증없이 너무나 안이하게 인정하고 있다고 판단된다.

IV. 결 론

청소년보호법의 인터넷게임 강제종료제도는 일부 청소년들의 과도한 인터넷게임 이용으로 인한 가정이나 학교에서의 지도의 어려움과 더불어 청소년을 비롯한 성인들의 범죄행위에 대한 원인을 인터넷게임에 돌리는 사회적 분위기⁷⁴⁾ 또는 보호하는 자녀가 게임보다 학업에 열중하기를 바라는 부모들의 여론에 편승하여 심야시간대에는 가정에서도 16세미만의 청소년은 부모가 허락하는 경우에도 그리고 그가 게임과몰입 내지 중독상태에 있거나 그럴 위험이 있는지 여부에 관계없이 게임법에 따른 게임물등급분류를 통하여 청소년에게 이용이 허용된 인터넷게임물을 이용할 수 없게 한다는 점에서 과잉금지원칙에 위배되는 입법으로서 규제만능의 국가편의주의적 발상에 입각⁷⁵⁾하여

74) 이는 언론사의 기사제목에서 잘 나타난다. 경향신문, “게임중독 중학생, 어머니 살해 뒤 자살”, 2010. 11. 16.(http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201011162233375&code=940202); 경향신문, “게임중독 20대 ‘물지마 살인’”, 2010. 12. 17. (http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201012172150295&code=940202); 경향신문, “만삭부인 살해 혐의 의사, 게임 때문에 부부싸움 중”, 2011. 2. 27. (http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201102271054221&code=940202)

75) 박종현, 앞의 논문, 132면.

이루어진 졸속입법⁷⁶⁾이라고 평가하는 것이 타당하다⁷⁷⁾.

미국 연방대법원은, 2011. 6. 27. 폭력적 비디오게임으로부터 18세미만의 미성년자를 보호하기 위하여 폭력적 비디오게임을 미성년자에게 임대, 판매하는 경우 부모의 동의를 요구하는 캘리포니아(California)주의 폭력적 비디오 게임규제법의 위헌성이 문제된 사건(Brown vs. Entertainment Merchants Association)에서 폭력적 게임물도 의사표현이나 정보를 제공하는 의사표현 매체이며, 따라서 수정헌법 제1조의 의사표현의 자유에 의하여 보호받으며, 캘리포니아주의 폭력적 비디오게임규제법은 헌법에 의하여 보호되는 의사표현의 내용에 관한 통제를 내용으로 하고 있기 때문에 엄격한 심사기준(Strict Scrutiny)을 통과하여야 한다고 하면서 우선 캘리포니아주는 폭력적 비디오 게임이 미성년자에게 해를 끼친다는 점⁷⁸⁾과 폭력적 비디오게임규제법이 필요 불가결한 정부의 이익을 실현하기 위한 것임을 입증하지 못하였고⁷⁹⁾, 캘리포니아주의 폭력적 비디오게임규제법의 내용이 이와 같은 이익을 실현하기 위하여 제한적으로 마련된 수단이라고 할 수도 없기 때문에⁸⁰⁾ 폭력적 비디오 게임규제법은 수정헌법 제1조에 의하여 보호되는 의사표현의 자유를 침해하여 위헌, 무효라는 결정을 하였다⁸¹⁾. 즉 미국연방대법원은 이용통제로서의 성격

76) 같은 취지: 국회의원록 제18대 7차 법제사법위원회 2010년 4월 27일 58면 참조

77) 그 외에도 청소년보호법의 인터넷게임 강제종료제는 죄형법정주의에서 요구되는 명확성원칙과 포괄적 위임입법금지원칙과 평등원칙에도 위배되는 문제점이 있다고 판단된다.

78) 미국 연방대법원은 캘리포니아주가 주장하는 폭력적 비디오게임이 미성년자의 공격성에 미치는 심리학적 관련 논문은 명백한 인과관계를 증명하는 것이 아니라 상관관계에 기초하고 있어 증거로서 모호한 성격을 가지고 있으며, 폭력적 비디오게임이 미성년자의 공격성에 영향을 미친다고 하더라도 다른 의사표현매체가 제공하는 것에 비하여 작거나 거의 차이가 없다고 판단하고 있다. 131 S.Ct. 2729, 564 U. S. 786 (2011) Opinion of the Court III. 이하 참조.

79) 131 S.Ct. 2729, 564 U. S. 786 (2011) Opinion of the Court III. 이하 참조.

80) 131 S.Ct. 2729, 564 U. S. 786 (2011) Opinion of the Court III. 이하 참조.

81) 미국 연방대법원의 Brown vs. Entertainment Merchants Association에 대한 판결이 있기 전에 폭력적 게임물을 규제하기 위한 미국 Illinois, Indiana, Michigan, Minnesota, Washington 등의 주입법에 대해서 연방법원에서는 위헌으로 판결하였다. 자세한 것은 George B. Delta, Jeffrey H. Matsuura, *Law of the Internet*, 3rd ed. [Frederick, MD]: Aspen Pub., c2009, § 12-02, p. 86ff. 미국 연방대법원의 Brown vs. Entertainment Merchants Association에 대한 판결은 연방하급법원의 판결을 최종적으로 확인하는 판결로서 의미를 가진다. 연방대법원의 결정이후에 2012년 12월 코네티컷주 Newtown에서의 총기난사사건으로 폭력적 비디오게임물통제에 관한 입법의 부재에 대한 대중의 비판으로 New Jersey 주지사, West Virginia 상원의원, Utah주 하원의원 등은 새로운 입법을 주장하였으나 모두 실패하였다고 한다. A. J. Campbell, "Video Games in the Supreme Court", *Nebraska Law Review* Vol. 95 Iss. 4(2016), p. 965ff..

도 가지고 있는 캘리포니아주의 폭력적 비디오게임규제제도를 내용통제에 준하여 엄격한 심사기준을 적용하고 있다⁸²⁾는 점을 시사하는 바가 크다.

우리 헌법재판소는 이 사건 결정(2011헌마659, 2011헌마683(병합))에서 미국 연방대법원과 달리 그리고 게임물관매업 등록제도에 관한 헌법재판소 결정(99헌바117)⁸³⁾과 달리 인터넷게임 강제종료제도에 의하여 제한되는 인터넷게임 제공자의 기본권을 직업수행의 자유로 이해하고 이를 기준으로 과잉금지원칙을 적용하고 있으며, 인터넷게임에 중독성이 있는지 여부 및 있다면 어느 정도 시간 계속 이용할 경우 인터넷게임 과몰입 내지 중독을 초래하는지 여부에 관하여 전여 논증하지 아니하고 있다. 둘째 헌법재판소는, 가정 및 학교 등의 자율적인 노력만으로는 이에 대한 적절한 대처가 어렵기 때문에 절대적 강제종료제도가 불가피하다고 주장하면서도 ‘가정 및 학교 등의 자율적인 노력만으로는 이에 대한 적절한 대처가 어렵다’고 판단한 이유에 관하여 아무런 논증없이 이를 단정 짓고 있다. 셋째로 헌법재판소는, 미국 연방대법원과 달리 인터넷게임 절대적 강제종료제도보다 덜 제한적인 수단이 있음에도 불구하고 이를 외면하고 기존의 제도와 비교와 강제종료제도 적용대상 게임물범위에 관한 행정부의 평가 등을 이유로 안이하게 보다 덜 제한적인 수단이 없음을 인정하고 있다.

헌법재판소의 인터넷게임 강제종료제도에 대한 합헌결정은 헌법재판소가 과잉금지원칙의 하위원칙의 준수여부를 엄격하게 심사하고 합리적이고 설득력있는 논증을 하지 아니하는 경우 과잉금지원칙은 공익 실현이라는 미명하에 권력자의 의지 내지 국민감정에 편승하여 이루어지는 위헌적인 기본권제한을 정당화하는 도구로 이용될 수 있다는 점을 잘 나타내는 사례라고 평가할 수 있다.

투고일 : 2019. 6. 30.	심사일 : 2019. 8. 19.	게재확정일 : 2019. 8. 23.
--------------------	--------------------	----------------------

82) 표현의 자유의 제한에 대한 미국 연방대법원의 심사기준에 관하여 자세한 것은 이상경, “폭력적 비디오게임의 규제와 언론의 자유”, 서울법학 21권 제3호, 2014.2. 535면 이하 참조.

83) 헌법재판소는, 의사표현의 매개체는 어떠한 형태이건 그 제한이 없고, 게임물은 예술표현의 수단이 될 수 있음을 이유로 게임물관매업 등록제도에 의하여 제한되는 기본권을 표현의 자유로 이해하고 있다. 헌재 2002. 2. 28. 99헌바117, 공보 제66호, 218면 참조.

참고문헌

- 전광석, 『한국헌법론』, 집현재, 2019.
- 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2019.
- 조문석, 황승흠, 이덕주, 최현선, 김도승, 『청소년 게임이용시간 제한제도 개선 방안 연구』, 한국콘텐츠진흥원, 2017.
- 정의준, 『게임이용자 패널 4차년도 연구』, 한국콘텐츠진흥원, 2018.
- 강경선, “주권자적 인간에 관하여 - 대의제와 직접민주제의 매개를 위한 개념-”, 민주법학 제62호, 2016. 11.
- 김대환, “우리나라 헌법상 과잉금지원칙- 특히 기본권의 본질적 내용침해금지원칙과의 관계를 포함하여-”, 공법학연구 제6권 제3호, 2005.
- 김대환, “헌법재판의 심사기준의 다양화 가능성과 과잉금지원칙의 헌법적 근거”, 세계헌법연구 제12권 제2호.
- 김선택, “아동·청소년보호의 헌법적 기초- 미성년 아동·청소년의 헌법적 지위와 부모의 양육권-”, 헌법논총 제8권, 헌법재판소 1999.
- 김하열, “자유권제한입법에 대한 위헌심사-판례에 대한 몇 가지 비판적 고찰-”, 동아법학 제56호, 2012.
- 김형성, “과잉금지의 원칙과 적용상의 문제점”, 헌법실무연구 제3권, 2002.
- 문재완, “비례원칙의 과도한 팽창”, 세계헌법연구 제24권 제3호, 2018.
- 박종현, “청소년보호를 목적으로 하는 인터넷규제의 의의와 한계-최근의 소위 강제적 섯다운제 도입문제를 중심으로-”, 언론과 법 제10권 제2호, 2011. 12.
- 박경철, “청소년보호법의 인터넷게임 강제종료제에 관한 헌법적 검토— 기본권제한입법의 형식적 한계와 관련하여 —”, 서울법학 제27권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2019. 5.
- 박진완, “아동권리협약의 국내적 이행과정에 대한 분석”, 세계헌법연구 제16권 제1호, 2010.
- 박창석, “온라인게임 섯다운제의 위헌성여부에 대한 검토”, 한양법학 제23권

- 제1집, 2012. 2.
- 성정엽, “비례의 원칙과 기본권”, 저스티스 통권 제136호, 2013.
- 이명용, “비례의 원칙과 판례의 논증방법”, 헌법논총 제9권, 1998.
- 이부하, “비례성원칙과 과소보호금지원칙”, 헌법학연구 제13권 제2호, 2007.
- 이상경, “폭력적 비디오게임의 규제와 언론의 자유”, 서울법학 21권 제3호, 2014.2.
- 이인호, “문화에 대한 국가개입의 헌법적 한계”, 공법연구 제43집 제1호, 2014. 10
- 이준일, “어린이와 청소년의 기본권”, 공법연구 제30집 제5호, 2002.
- 이준일, “헌법상 비례성원칙”, 공법연구 제37집 제4호, 2009.6.
- 조재현, “게임내용 및 게임시간 규제의 헌법적 정당성에 관한 고찰”, 동아법학 제64호, 동아대학교 법학연구소, 2014. 8.
- 정주백, “과잉금지원칙에 관한 관견-현재의 원칙운용에 있어서의 논리성, 일관성에 관한 문제제기-”, 헌법재판연구 제2권 제2호, 2015. 12.
- 최정일, “독일과 한국에서의 비례원칙에 의한 행정작용의 통제”, 공법연구 제37집 제4호, 2009. 6.
- 하형석, “부모와 자녀의 미디어 이용 그리고 미디어 이용제한”, KISDI STAT Report 19-05, 정보통신정책연구원, 2019.3.15.
- 한수웅, “헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 의미와 적용범위”, 저스티스 통권 제95호, 2006.
- 홍승진, “『청소년보호법』에 따른 인터넷게임 강제종료제의 법제적 문제점과 개선방안”, 법제 제666호, 2014. 9.
- 황성기, “청소년보호와 국가후견주의의 한계- 현재 2014. 4. 24. 2011헌마659 등(병합), 청소년보호법 제23조의3 등 위헌확인의 평석을 중심으로-”, 법학논총 제31집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2014.
- 황치연, “헌법재판의 심사척도로서의 과잉금지원칙에 관한 연구”, 연세대학교 대학원 법학박사학위논문, 1996.
- 황치연, “과잉금지원칙의 제문제”, 헌법논총 제20집, 2009.
- F. Ossenbuehl, 이덕연(역), “과잉금지원칙적용의 절제”, 법학논총 제3집, 경

원대학교 법학연구소, 1996. 3.

Volkmar Götz, 박정훈역, “유럽법의 일반원칙으로서 비례원칙과 신뢰보호원칙”, 법학 제105권, 서울대학교 법학연구소, 1997. 12.

George B. Delta, Jeffrey H. Matsuura, *Law of the Internet*, 3rd ed. [Frederick, MD] : Aspen Pub., c2009.

A. J. Campbell, “*Video Games in the Supreme Court*”, *Nebraska Law Review* Vol. 95 Iss. 4, 2016.

<국문초록>

청소년보호법의 인터넷게임 강제종료제에 관한
헌법재판소 합헌결정
(2011헌마659·2011헌마683(병합))에 대한
헌법적 검토
- 과잉금지원칙의 적용과 관련하여 -

박 경 철

과잉금지원칙은 국민의 기본권을 제한하는 공권력작용이 준수하여야 할 헌법원칙으로서 기본권 제한을 위하여 선택된 수단이 기본권 제한의 목적과 적절한 비례의 관계에 있을 것을 요구하는 헌법원칙이다. 과잉금지원칙은 목적의 정당성, 방법의 적정성, 침해의 최소성, 법익의 균형성을 하위원칙으로 한다.

과잉금지원칙은 일의적인 명령·금지를 내용으로 하는 것이 아니라 가치 판단의 논리적 기준만을 제시하는 형식원리로서의 성격을 가진다. 그렇기 때문에, 개개의 사안마다 기본권을 제한하는 공권력작용이 과잉금지원칙의 하위원칙을 준수하고 있는지 여부를 개별적으로 심사하여 판단해야 한다. 그런데 선택된 수단 내지 방법만이 심판대상이 된 법률에 의하여 명확히 주어질 뿐이고 입법목적이 무엇인지, 어떤 대안이 존재하는지, 그리고 입법자에 의해서 선택된 수단과 대안들의 사익 침해의 정도와 공익 실현의 정도를 어떻게 확정하고 비교형량할 것인가 하는 것은 헌법재판소에게 맡겨져 있을 뿐만 아니라 이를 판단하기 위해서는 입법과 관련된 다양하고 복잡한 사회적, 문화적, 과학기술적, 정치적 현상 등에 관한 현황 판단과 미래의 전망이 필요하다. 이 과정에서 재판관의 자의나 편견이 개입될 위험이 있다.

과잉금지원칙의 이런 문제점을 청소년보호법의 청소년에 대한 심야시간대 인터넷게임 강제종료제도에 대한 헌법재판소의 합헌결정(헌재 2011헌마659·2011헌마683(병합))은 적나라하게 보여준다고 판단된다. 먼저 2011헌마659·2011헌마683(병합)결정은 국민의 기본권을 제한하는 청소년보호법 강제종료제도의 입법목적은 명확히 설정하지 아니하고 추상적이고 개괄적으로 이해하고 있다고 판단된다. 둘째 2011헌마659·2011헌마683(병합)결정은 인터넷게임 중독 내지 과몰입예방을 위하여 청소년보호법이 선택한 심야시간대 인터넷게임 강제종료제도에 대해서 ‘수단의 적정성’ 인정하고 있는데, 이와 같은 판단은 ‘수단의 적정성’ 내지 ‘방법의 적절성’ 심사에 관한 헌법재판소의 종래의 태도와 조화될 수 있는지 의문이다. 셋째, 침해의 최소성원칙을 심사함에 있어서도 2011헌마659·2011헌마683(병합)결정은, 청소년보호법의 절대적 강제종료제도보다 덜 기본권제한적인 대안과 이에 관한 입법자의 입법형성권을 간과하고 있으며, 가정이나 학교 등의 자발적인 노력만으로 청소년의 인터넷게임 중독이나 과몰입을 예방할 수 없다고 판단하는 이유에 관해서 아무런 논증없이 이를 단정하고 있다는 문제점이 있다. 넷째, 2011헌마659·2011헌마683(병합)결정은, 강제종료제도로 얻게 되는 공익과 이로 인하여 침해되는 기본권을 형량함에 있어서도 강제종료제도를 통하여 얻게 되는 공익과 강제종료제도로 인한 제한되는 시민의 자유와 권리의 구체성 그리고 관련 공익과 기본권이 헌법의 근본이념과 이를 실현하기 위한 국가의 구조적 원리와와의 관계 등 전체 헌법질서에서 차지하는 의미에 대한 이해가 부족하다는 점에서 헌법의 통일성의 관점에서 공익과 사익을 올바르게 형량하지 못하고 있다고 판단된다.

헌법재판소의 2011헌마659·2011헌마683(병합)결정은, 심야시간대 인터넷게임 강제종료제도의 필요성에 대한 확신을 바탕으로 입법목적의 정당성, 방법의 적정성, 침해의 최소성 그리고 법익의 균형성을 설득력있는 논증없이 너무나 안이하게 인정하고 있다고 판단된다. 이런 태도는 헌법해석의 기능적 정확성의 요청에 반하며, 국민에게 헌법재판소의 판단을 설득하는 행태가 아니라 일방적으로 강요하는 행태라는 점에서 법률에 의하여 기본권을 제한받고 있는 기본권주체를 공권력의 단순한 지배대상으로 보는 태도이다.

박정철 : 청소년보호법의 인터넷게임 강제종료제에 관한 헌법재판소 73
합헌결정 (2011헌마659·2011헌마683(병합))에 대한 헌법적 검토

헌법재판소가 기본권을 제한하는 공권력작용의 과잉금지원칙의 하위원칙의 준수여부를 자의적으로 심사하는 경우에는 과잉금지원칙은 공익 실현이라는 미명하에 권력자의 의지 내지 국민감정에 편승하여 이루어지는 위헌적인 기본권 제한을 정당화하는 수단으로 전락될 수 있다는 점을 유념하여야 한다.

주제어: 청소년보호, 인터넷게임종료제도, 국가후견주의, 개인의 자기결정권, 가족의 자율권, 과잉금지원칙

<Abstract>

**A Study of Constitutional Court's Decision
(2011Hun-Ma659 · 683(consolidated)) on the Internet
Game Shutdown System in Youth Protection Act
- Focused on the Application of the Principle of Proportionality -**

Park, Gyung-Chul*

This paper critically reviewed the Constitutional Court's decision (2011Hun-Ma659 · 683(consolidated)) on the Internet Game Shutdown System in the Youth Protection Act(YPA) from the viewpoint of application of proportionality principle.

The Principle of Proportionality requires that the means of restricting the basic rights of citizens chosen by legislative power for public interest be in a proper proportional relationship with the purpose of restricting the basic rights. The principle of proportionality is subordinate to the legitimacy of the purpose, the adequacy of the method, the minimum of infringement, and the balance between public and private interests.

Despite of its validity and logic, the proportionality principle has the problem that there is plenty of room for the judge's subjectivity or prejudice to be involved in application to specific cases, It is believed that the Constitutional Court's decision(2011Hun-Ma659 · 683(consolidated)) clearly shows this problem.

* Dr. jur., Professor, School of Law Kangwon National University.

According to the current Internet game shutdown system in YPA, all Internet games that are allowed to be used by teenagers under 16 years of age through the game grade classification system are banned from being provided and used for teenagers under 16 years of age, regardless of whether they are at risk of game addiction or addiction, at late-night, even if their parents allow them to use it.

I believed the Constitutional Court judged on the basis of the conviction of the necessity of shutdown system of internet games during late-night hours that the current Internet game shutdown system in YPA meets the legitimacy of the legislative purpose, the appropriateness of the method, the minimum of the infringement and the balance of the legal interests without persuasive argument.

When the Constitutional Court arbitrarily reviews whether the public power, which limit basic rights of citizens, complies with the principle of proportionality, it should be noted that the proportionality principle can be reduced to a means that justify unconstitutional restriction of basic rights made on the basis of the will or public sentiment of those in power in the name of public interest realization.

Key Word: Youth Protection, Internet Game Shutdown System, State Paternalism, Self-determination Right of Citizens, Autonomy of Family, Principle of Proportionality.

