

간접규제로 바라본 온라인게임 결제한도 제한*

-Lessig와 Sunstein의 간접규제사고를 기초로 하여-

Payment Limit Regulation of Online-Game and Indirect Regulation

서 중 희**

Seo, Jong-Hee

목 차

- | | |
|-----------------|------------------------|
| I. 들어가는 말 | III. 온라인 게임 결제한도 제한이라는 |
| II. 간접규제란 무엇인가? | 간접규제, 무엇이 문제인가? |
| | IV. 맺음말 |

민법은 성인인 경우에는 그 자가 성년후견이나 한정후견 심판을 받은 경우 등에 한하여 그 자의 선택권을 제한하여 보호한다. 중독의 위험이 있는 이용자를 보호하기 위한 정책은 당연히 필요하지만 일률적으로 그들의 의사결정의 내용자체를 제한하는 것은 문제가 있다. 취약한 존재(중독의 위험이 있는 자 또는 중독된 자)의 보호는 개별적으로 이루어져야 할 문제이므로 이를 위해 게임 이용자 전부를 통제해서는 안 된다. 국가가 성인의 선택권을 일률적으로 제한하는 것은 후견권의 남용이라고 볼 수 있으며 온라인 게임의 성인 이용자들을 모두 보호해야 하는 잠재적인 취약계층으로 치부한다는 점에서 문제가 있다. 더욱이 위 규제의 모습이 법령상의 규제가 아닌 한국게임산업협회 및 게임사가 임의로 정한 규제(소위 ‘그림자 규제’ 또는 ‘간접규제’)라는 점에 주의를 요한다. 법령이 아닌 게임물관리위원회의 등급심사로 성인 이용자의 자기결정권 등을 제한하는 것은 매우 큰 문제점을 안고

DOI: 10.35148/ilsilr.2019..44.177

투고일: 2019. 9. 15. / 심사외일: 2019. 10. 1. / 게재확정일: 2019. 10. 17.

* 이 논문은 2019년 4월 23일 한국소비자법학회 10주년 기념행사 학술대회에서 발제한 글을 수정·보완한 것이다. 발표 당시 토론자로서 좋은 의견을 주신 윤태영 교수님(아주대)과 김세준 교수님(경기대), 그리고 익명의 심사위원에게 감사의 마음을 전한다.

** 건국대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사

Associate Professor, Law School, Konkuk University

있기 때문이다. 권력분립과 법의 지배 원리에 입각한 근대법치국가의 이념에서는 국민의 권리·의무에 관한 모든 법규가 국민의 대표기관인 국회에 의하여 제정된 형식적 법률일 것을 요구한다. 이러한 이유 때문에 원칙상 입법권의 복위임이 금지되어 위임입법은 인정되지 않는다. 그렇다면 게임물관리위원회의 등급심사를 통한 게임이용자의 권리제한은 어떠한가? 게임 내용과 무관한 구매 한도의 설정이 등급심사 평가항목에 포함된 것도 이해하기 힘들지만 이러한 규제에 대한 근거 법령이 전무하다는 점이 더 문제된다. 국가의 규제는 지켜야 하는 의무가 부여되는 만큼 그 목적이 명확해야 하며 사회에 미치는 부작용과 산업에 가해지는 피해 정도 등을 종합적으로 예측하여 결정되어야 하며, 규제가 이루어지더라도 법이 정한 범위에서 강제되어야 한다. 게임물등급위원회는 게임산업법 및 게임물관리위원회 등급분류기준에 게임 결제 한도가 포함되어 있지 않음에도 불구하고 등급분류 신청 절차에서 결제 한도 규제를 강제하여 실질적으로 등급 분류 기준과 연계시켰다. 법령에 의한 규제가 아님에도 불구하고 국민의 기본권을 제한하는 이런 식의 규제방식인 간접규제는 우회적으로 사인의 행동을 제약하는 수법으로서 법에 의한 규제에 비해 사법부나 헌법재판소의 법적 통제에서 자유로울 수 있으면서도 더 강한 정책적인 강제력을 지닌다. 간접규제가 확산되고 있는 현대 국가에 있어서 이러한 이른바 우회적으로 사인의 행동을 제약하는 수법이 고안되고 있다. 필자는 그러한 수법 중 하나가 온라인 게임의 결제한도 제한이라고 본다. 그런데 만약 이러한 간접규제가 법규제가 아니라는 이유로 법학의 논의의 도마 위에조차 오르지 못한다고 한다면, 국가가 법적 통제의 울타리에서 벗어나 우리의 자유를 쉽게 제약할 수 있게 될 것이다. 그러한 국가의 과도한 개입을 억제하기 위해서는 법 이외의 규제인 간접규제에 대해서도, 우리는 법학적 고찰의 손을 뻗어 그를 실체적으로 통제하는 원리를 창출해낼 필요가 있다. 본고에서 소개한 Lessig와 Sunstein 등이 제시한 간접규제의 통제방법이 하나의 참고할 만한 지표가 될 것이다.

[주제어] 온라인게임 결제한도 제한, 간접규제, 직접규제, 자기결정권, 사적자치

I. 들어가는 말

국내 유통 게임 심의를 담당하는 게임물등급위원회(게임물관리위원회 전신)는 2006년 온라인 게임 심의에서 ‘온라인 게임 결제 한도 규제’를 적용했다. 심의 기준에 따라 만 18세 이상 게임은 월 30만원, 만 18세 미만 게임은 월 5만원으로 결제 한도가 정해졌다. 2009년에는 물가상승률을 반영해 결제 한도가 성인 등급 50만원, 청소년 이용가 등급 월 7만원으로 상향됐다. 이러한 온라인 게임 결제한도 제한은 건강한 게임 생태계 분위기 조성 and 사용자 보호를 목적으로 한다. 그런데 이 규제는 법령상의 규제가 아닌 영상물등급위원회와 한국게임산업협회(구 한국인터넷디지털엔터테인먼트협회) 및 게임사가 임의로 정한 규제이다. 예컨대 결제 한도를 초과하는 게임은 등급을 받지 못해¹⁾ 게임사는

게임을 출시할 수 없었으며 이에 게임사는 자율규제(?)라는 미명하에 온라인 게임의 등급심사를 받기 위해 스스로 결제한도를 제한하였다. 게임사가 결제한도를 제한하여 게임물관리위원회로부터 등급심사를 받아 게임을 출시한 경우, 게임사는 온라인 게임을 운영하면서 제출한 결제 한도를 준수한 영업을 하거나 이용자의 결제 금액을 관리하여야 한다. 이를 위반한 경우 게임사는 과태료를 납부하거나 영업정지 처분까지 받을 수 있다.²⁾ 이와 같은 방식으로 사업자 및 이용자의 자기결정권을 제한하고 있는 ‘온라인 게임 결제 한도 규제’는 10년 넘게 이어졌으나 2019년 6월에 폐지되었다.³⁾ 그러나 이러한 규제는 언제든지 다시 등장할 수 있으며, 법에 의하지 않은 이러한 규제에 의해 게임소비자의 기본권이 제한되어도 괜찮은 것인지에 대해서는 여전히 몇 가지 의문이 존재한다. 첫째, ‘온라인 게임 결제 한도 규제’를 어떠한 규제로 보아야 하는가? 둘째, 이 규제의 목적이 게임소비자를 보호하기 위한 사회적 규범의 실현이라고 하는데, 그 사회적 규범은 무엇이며 이는 어떻게 형성된 것인가? 셋째, 이러한 규제는 법에 의한 규제가 아닌데, 이러한 규제는 어떠한 방법에 의해 통제되는가? 본고에서는 이러한 질문에 대한 해답을 찾기 위해 먼저 미국에서 논의되었던 간접규제와 자유주의적 간섭주의(Libertarian Paternalism)에 대해 분석하고(II), 이를 전제로 ‘온라인 게임 결제 한도 규제’의 문제점을 분석해 본 후(III), 글을 마치고자 한다(IV).

II. 간접규제란 무엇인가?

1. 간접규제와 자유주의적 간섭주의(Libertarian Paternalism)

Lawrence Lessig은 우리의 행동을 규제하는 규제 장치(regulator)로 법률, 시장, (사회)규범, 구조라는 네 가지를 든다.⁴⁾ 특히 Lessig은 그 중 법률이 나머지 세 가지에 큰 영향을

1) 심의를 담당하는 게임물관리위원회는 결제한도를 설정하지 않은 게임물에 대해서는 등급분류를 거부한다.

2) 이러한 이유에서 ‘온라인 게임 결제한도 규제’는 실질적으로는 강력한 규제라 할 수 있다.

3) 2019년 6월 26일 문체부는 제18차 경제활력대책회의에서 온라인게임 결제한도에 대해 법적 근거가 없다는 이유로 웹보드게임과 청소년의 결제한도를 제외한 온라인게임의 한도 폐지를 밝혔다. 그러나 이러한 규제는 언제든지 다시 쉽게 등장할 수 있다. 그 이유는 그 규제의 모습이 법령상의 규제가 아닌 소위 ‘그림자 규제’ 또는 ‘간접규제’였기 때문이다. 따라서 향후에도 이런 식의 간접규제가 게임시장에 재등장하지 않도록 계속적으로 지켜보아야 할 것이다.

4) Lawrence Lessig, CODE version 2.0, Ch. 7(2006).

미친다는 점에 주목한다. 즉 그는 법률이 시장의 모습을 바꾸고 사회규범 및 구조를 통제하는 능력을 가지고 있다고 보며, 실제로 그 능력을 행사하고 있다고 논한다. 한편 Lessig은 법에 의해 수범자인 국민의 행동을 금지하거나 의무를 부여하는 방식의 규제를 「직접규제(direct regulation)」로 보며, 법에 의해 시장 등에 영향력을 행사하여 통제하여 이러한 방식으로 사인의 행동을 규제하는 것을 간접규제(indirect regulation)로 본다. Lessig은 공적규제에 있어서 직접규제가 여전히 주요한 역할을 담당하고 있으나, 최근에는 간접규제의 비중도 커지고 있다는 점에서 간접규제에 대해 주목해야 한다고 보며, 국가는 직접규제와 간접규제의 적절한 조합을 통해 사인을 통제한다고 본다. 특히 최근에는 국가가 자유주의적 간섭주의(Libertarian Paternalism)라는 방법으로 간접규제를 활용하고 있는데 이는 행동경제학 및 소비심리학 등을 통해 소비자 등의 행동에 관여한다. 예컨대 “소비자는 합리적이지도 이성적이지도 않다”는 행동경제학의 사고에 입각하여 사인의 행동에 대한 국가의 개입을 일정한도로 허용하자는 것이다.⁵⁾ 단기적인 이익에 현혹되어 장기적인 손실 등을 판단하지 못하거나 자신의 능력을 과대평가하여 인생을 허비하는 자들에게 국가의 개입을 통해 올바른 방향으로 유도하자는 것이다.⁶⁾ 다만 자유주의적 간섭주의 또한 국가의 개입은 사인의 행동을 금지하거나 의무를 부여하는 방법이 아니라 사인에게 선택의 최종결정권을 행사할 수 있도록 유도한다는 것이다. 즉 국가는 어떠한 선택을 하도록 강제하지 않으나 선택 구조를 조작함으로써 다수의 인간의 행동을 국가가 원하는 방향으로 이끄는 것을 목표로 한다. 예컨대 자유주의적 간섭주의(Libertarian Paternalism)를 통한 국가의 개입은 소비자에게 정보를 제공하거나 선택지를 제시하시거나 초기설정(default)의 고안 등을 통해 소비자가 올바른 선택을 할 수 있도록 하는 구조(선택 구조, choice architecture)를 만들어 주는 형태로 나타난다. 그러나 이러한 규제의 모습은 외견상 개인의 자유를 보장한 것처럼 보이지만 궁극적으로

5) 즉 이는 국가가 소비자를 합리적으로 유도하여 올바른 소비생활을 유도하고자 하는 사상이라고 할 수 있다. Richard H. Thaler=Cass R. Sunstein 등의 행동경제학자들이 지대한 공헌을 하였다. 흥미롭게도 2015년 9월 미국의 오바마 전 대통령은 「미국 국민을 더욱 훌륭히 섬기기 위한 행동과학적 지견의 활용」이라는 타이틀의 대통령령에 서명하였다. Exec. Order No. 13, 707, 80 Fed. Reg. 56365(Sep. 18, 2015). 이는 행동경제학적인 지견을 통해 미국 국민의 취업, 교육, 건강 증진, 합리적인 소비생활 등을 유도할 수 있다는 사고를 전제로 하며, 이를 통해 미국 정부의 활동이 바람직한 결과를 가져올 것이라는 긍정적인 전망을 하고 있다. 이러한 미국 정부의 정책은 위에서 말하는 간접규제를 표방한 것으로 볼 수 있을 것이다.

6) 이 사상은 인간의 합리성을 한정적으로 파악하고, 인간이 실수를 범하기 쉬운 영역에 있어서의 국가 개입을 허용한다는 점에서 간섭주의적이나, 그 한편으로는 최종적인 선택의 자유를 소비자 개인에게 보장한다는 점에서 자유주의적이라 할 수 있다. 이러한 국가 개입의 모습이 앞서 소개한 Lessig의 주장에서 말하는 ‘구조에 의한 간접규제’이다.

개인의 자유를 침해하는 수단이 될 수도 있다. 요컨대 소비자나 개인이 국가에 의해 [그렇게 되도록 조작함으로써] 조성된 환경을 적극적으로 거부하지 않는 한, 국가는 의도한 것처럼 우리의 행동을 드러나지 않게 확률적으로 조작해 나갈 수 있다. 이는 명백히 직접규제와는 다른 모습으로 우리의 자유를 침해한다. 이런 이유에서 우리는 눈에 보이는 직접규제보다는 이렇게 교묘하게 자신의 자유나 자기결정에 영향을 미치는 간접규제의 모습에 더 주의를 기울여야 하며,⁷⁾ 그러한 규제에 의해 실질적으로 자기 결정권이 침해되는 것을 막아야 한다. 이에 이하에서는 간접규제의 이론적 특징 및 그것이 가지는 문제점 등을 분석해 보고자 한다.

2. 간접규제와 관련되어 주장된 이론들에 대한 분석

2.1 Lessig의 사고에 대한 이해

2.1.1 시카고학파의 분열(?)

사회규범에 의한 규제를 포함한 국가의 간접규제의 전개에 대한 연구는, 미국 시카고 학파의 법과 경제학의 연구의 한 분야로서 발전해왔다. Lessig 또한 시카고학파 중 한명이며, 이하에서 논의하고자 하는 법과 사회규범의 관계를 둘러싼 논의를 이해하기 위해 이하에서는 시카고학파의 사고를 기초로 Lessig의 주장을 분석해 보고자 한다.

Lessig에 의하면, 시카고학파에 공통하는 문제의식은 「제약의 다양성 강조와 합리적 선택의 관점에서의 그 이해」이다.⁸⁾ 즉, 법 이외에도 다양한 방법으로 우리의 행동은 제약을 받고 있음을 지적하는 것이다.⁹⁾ 이 학파는 그러한 다양한 규제 장치를 합리적 선택이론이라는 도구를 이용하여 고찰해 나간다. 예컨대 합리적 선택이론이란 근대 경제학의 주류인 방법론 중 하나로, 개인이나 기업과 같은 경제주체가 행동을 선택할 때에

7) 법률에 의한 직접규제는 이미 위헌법률심판 등에 의해 규율되는데 반하여 이러한 간접규제는 통제방법이 애매하다는 문제가 있다. 오야 다케히로(大屋雄裕)의 사고에서 이러한 문제의식을 확인할 수 있다. 大屋雄裕, “柔らかく確率的な支配”, ビジネス・ロー・ジャーナル八九号, 2015, 13頁.

8) Lawrence Lessig, “The New Chicago School”, 27(3) *The Journal of Legal Studies* 661(1998), 665.

9) 이 「규제」에는 통상 상정되는 이상으로 다양한 것이 포함된다. 예를 들어 Lessig은 구조에 의한 규제 중 하나로 「중력」을 든다. Lessig, 27(3) *J. LEGAL STUD.* 661, 679. 자연법칙 또한 우리의 세계를 형성하는 하나의 구조라는 것이다. 이러한 접근은 종래의 규제가 법과 관련하여서만 언급되었던 것과 대극을 이룬다. 우리의 자유로운 행동을 방해하는 것은 우선 모두 규제로 이해하고, 그 규제의 강도나 그것이 실현하는 이익, 그것으로의 국가의 관여 정도 등을 고려해 나가는 것이 이 학파에 특징적인 연구 방법이다.

당해 행동에 의해 초래되는 편익과 비용을 올바르게 계산하고, 그 계산의 결과에 따라 가장 큰 이익을 취할 수 있다고 판단되는 행동을 실제로 선택한다는 전제하에 구축된 사회이론이다. 인간은 감정에 휩쓸리지 않으며 어디까지나 계산에 의거하여 언제나 자신이 취하는 이익이 최대치가 되는 선택을 행하는 「합리적」인 인간상이 상정된다. 그러한 전제를 공유하며 시카고학파의 연구자들은 경제학의 지견을 적극적으로 받아들여 자연인이나 단체의 행동을 분석하여 그러한 행동과 법의 관계를 해명해 왔다. 그러나 이러한 공통의 학문적 특징을 가지는 시카고학과 안에서도 다양한 종류의 규제의 취급 방법에 따라 크게 두 그룹으로 나눌 수 있다고 한다. 특히 두 그룹은 법규제를 얼마나 중요시하는지에 있어서 큰 차이를 보인다. 이 구별은 시기적인 구분과도 어느 정도 대응하므로, Lessig은 이를 「新/舊시카고학파」라 명명하였다.

2.1.1.1 舊시카고학파의 특징

舊시카고학파의 특징은 법규제를 중요시하지 않는 자세이다. 법규제가 기타의 다른 규제와 비교하여 우월적인 지위에 있지 않다는 것이다. 오히려 그 규제는 거칠며(crude), 그에 대한 사람들의 반응도 느리며 개입은 다루기가 힘들고(clumsy) 종종 예상에 반하는 효과를 초래하므로¹⁰⁾ 법에 의한 규제는 다른 방법에 의한 규제(자율규제 포함)로 실현하는 것이 효율적이라고 본다.¹¹⁾

2.1.1.2 新시카고학파의 특징

新시카고학파는 법규제의 중요성을 인정한다. 그들은 법이 다른 수단으로 대체될

10) 이를 정부실패(government failure)라고 하며, 경쟁의 제한으로 인한 시장의 실패에 따라 발생하는 자원배분의 효율성 상실하는 자중손실(dead weight loss)이 이에 해당한다. Erin Ann O'hARA, "OPTING OUT OF REGULATION - A public choice analysis of contractual choice of law", 53(3) *Vanderbilt Law Review* 1561(2000), 1561 ff.

11) Lessig, 27(3) *J. LEGAL STUD.* 661, 665. 구체적으로 ROBERT C. ELLICKSON, *ORDER WITHOUT LAW: HOW NEIGHBORS SETTLE DISPUTES*(1991)참조. 참고로 Posner는 Lessig 등과 동일하게 新시카고학파에 속하는 학자임에도 다음과 같은 세 가지 이유에서 국가·법에 의한 사회규범으로의 영향력 행사에 부정적이다. 이 부정론은 Lessig의 사회적 의미론을 비판하는 문맥에서 이루어진 것이나, 그의 비판은 사회규범론 일반을 향해 있다고 보아도 무방할 것이다. 첫째, 사회적 의미를 변경하거나 유지하고자 하는 정부의 노력의 결과는 예측이 불가능하다. 정부가 원하는 방향으로 사회적 의미를 변경할 수 있는지는 다분히 우연에 의존한다. 사회적 의미의 변화를 시도하는 법이 당해 의미를 더욱 강화하는 방향으로 움직일지도 모르며, 그 반대 또한 가능하다는 것이다. 둘째, 국민과의 관계에 있어서 사회규범을 더욱 좋은 방향으로 변화시키는 인센티브를 정부가 가지고 있지 않다. 셋째, 정부 자원을 불필요한 경쟁에 소모한다. Lawrence Lessig, "The Regulation of Social Meaning", 62 *University of Chicago Law Review* 943(1995), 978 ff.; R. A. Posner, "Social Norms, Social Meaning, and the Economic Analysis of Law", 27 *Journal of Legal Studies* 553(1998), 554 ff.

수 있다고 보지 않으며, 여전히 효과적인 규제 장치로서 기능함을 승인한다. 나아가 그들은 법이 여타 규제 장치에 대해 영향을 준다고도 주장한다. 간단한 예를 들더라도, 정부에 의한 광고 캠페인의 전개에 의해 특정한 사안에 대한 우리의 인식이 달라지며(사회규범으로의 영향), 건축기준법에 의해 건물의 설계는 제약을 받으며(구조로의 영향), 조성금이나 세제에 의해 상품의 가격이 크게 변동된다(시장으로의 영향). 법 이외의 규제 장치는 법으로부터 독립하여 존재하는 것이 아니라, 오히려 법의 창조물의 일부일 수 있다는 것이다. 따라서 국가가 규제를 실현함에 있어 품어야 할 물음은 「법이냐 그 외의 것이냐」가 아니라 일정한 제약은 어느 정도 법에 의해 초래된 것인가 혹은 법은 어느 정도 기타 규제 장치에 영향을 주는가가 되어야 한다고 본다.¹²⁾ 즉 *신시카고학파*는 다양한 규제 장치의 상호관계에 대해, 법이 기타의 다른 규제 장치에 비해 영향력을 가지고 있어 우월할 수 있다는 가능성을 인정한다. 이에 *신시카고학파*의 최종 목적은 법과 기타의 다른 규제 장치의 최상의 안배를 찾는 데 있다고 할 수 있을 것이다. *Lessig*을 비롯하여 *Sunstein* 등이 *신시카고학파*에 해당하므로 본 연구 또한 주로 이들의 주장을 살펴보고자 한다.

2.1.2 *Lessig*의 사회규범론

*Lessig*이 전개한 사회규범론은 사실상 사회규범에 주목하지 않는다. 오히려 그가 분석의 중심 개념으로 든 것은 「사회적 의미 *social meaning*」이다.¹³⁾ *Lessig*은 본인이 주장한 사회적 의미를, 「특정한 콘텍스트(*context*)에 있어서의 다양한 작위, 부작위, 지위에 부착하는 기호론적 내용」이라 정의한다.¹⁴⁾ 예컨대 어떠한 자가 특정한 행동을 취하는 경우에 그 행동에 대해 사회가 내리는 평가가 사회적 의미라는 것이다. 보통의 인간은 사회가 자신을 어떻게 바라볼지를 의식하여 행동하므로 사회의 구성원이 자신의 행동을 바라보는 시선은 그 사람의 행동에 적지 않은 영향을 준다. 즉 *Lessig*은 “사람들은 자신의 행위를 보고 주위에서 가능한 한 좋은 평가를 내릴 수 있도록, 또는 가능한 한 나쁜 평가를 내지리 않도록 행동하며, 이와 같은 사회적 의미가 인간의 행동을 제약하거나 조정하는 기능을 한다”고 본다.¹⁵⁾

특히 *Lessig*의 사회적 의미에 관한 정의의 포인트는 「특정 콘텍스트에 있어서」에 있다.

12) *Lessig*, 27(3) *J. LEGAL STUD.* 661, 672.

13) *Lessig*, 62 *U. CHI. L. REV.* 943, 943 f.

14) *Lessig*, 62 *U. CHI. L. REV.* 943, 951.

15) *Lessig*, 62 *U. CHI. L. REV.* 943, 958 ff.

사회의 평가는 어떠한 사회적 물(≡사회규범)의 준수·일탈에 의해 기계적으로 도출되는 것이 아니라, 그에 구체적인 상황을 적용시켜야 비로소 명확해진다. Lessig에 의하면, 어떠한 사물의 의미는 그 사물 그 자체에 의해서만 구성되지 않는다. Lessig은 그 의미를 발하는 기준점이 되는 사물을 「토큰 token¹⁶⁾」이라 부르고, 그 토큰이 놓인 상황, 즉 콘텍스트에 적용시켜야 비로소 그 사물의 의미를 이해할 수 있다고 본다. 요컨대 그는 인간의 행위를 토큰, 그 행위가 행해진 상황을 콘텍스트로 보고, 그 쌍방을 함께 고려함으로써 당해 행위의 사회적 의미를 파악할 수 있다고 본다. 이를 전제로 Lessig은 인간의 행위가 사회적 의미로부터 영향을 받는다면,¹⁷⁾ 그 사회적 의미를 이용하고자 하는 이가 반드시 등장할 것이며 대표적으로 정부가 이에 해당한다고 본다.¹⁸⁾ 특히 Lessig은 이하의 구체적 사례를 통해 사회적 의미를 이용한 정부의 통제방법을 소개한다.

2.1.2.1 미국 남부에 있어서의 결투의 관행에 대한 통제

Lessig은 미국 남부에서 행해진 결투의 관행을 폐지하기 위해 주정부가 사용한 규제방법에 주목한다.¹⁹⁾ 미국 남부 지역에는 장기간에 걸쳐 결투의 전통이 유지되었다. 이는 공식적인 장소에서 불명예를 입은 자가 그를 행한 자에게 결투²⁰⁾를 신청, 그 결과에 따라 어느 쪽이 옳았는지를 가리는 것이었다. 일반서민층에서는 쇠퇴하였으나, 엘리트층에서는 뿌리 깊게 잔존해 있었다. 그들에게는 결투에 참가하는 것 자체에 큰 가치가 있었다. 「결투행위」라는 토큰에 「미국 남부의 엘리트층」이라는 콘텍스트를 적용시켜 도출되는 결투행위의 사회적 의미는 「스스로를 지키는 정당한 행위」로 받아들여진 것이었다. 즉 결투는 그들에게 있어 명예의 원천이었던 것이다. 이러한 전통은 최악의 경우 당사자의 죽음을 초래하므로 주정부는 당해 행위를 멈추고자 하였다. 주정부의 첫 번째 대책은 결투행위를 법적으로 금지하는 것이었다. 그러나 엘리트층에서의 결투행위는 여전히 계속되었다. 그 이유는 결투는 「스스로를 지키는 칭송받아 마땅한 행위」라는 사회적 의미가 뿌리 깊게 남아 있었기 때문이다. 그와는 반대로 「결투의 거부」라는 토큰

16) Lawrence Lessig, "Plastics: Unger and Ackerman on Transformation", 98 *Yale Law Journal* 1173(1989), 1176에서 그는 토큰을 의미의 상징으로 보고 있으며, 눈짓, 제도, 실천, 행위 등이 이에 해당한다고 본다.

17) 어떠한 행위를 부끄러워해야 할 행위라고 비판하는 것은, 당해 행위에 부착한 사회적 의미를 이용함으로써 그 행위가 그 이상 행해지는 것을 억제하거나 그러한 행위를 취한 인간의 사회적 신용을 손상시키는 효과를 가진다.

18) Lessig, 62 *U. CHI. L. REV.* 943, 957.

19) Lessig, 62 *U. CHI. L. REV.* 943, 968-972.

20) 총을 빨리 쏘는 자가 이기는 형식의 결투이다.

에 「미국 남부의 엘리트층」이라는 콘텍스트를 적용시켜 확인된 사회적 의미는 「겉쟁이」였다. 즉 법이 금지하였다는 이유로 상대가 신청한 결투를 거부하는 행위는 엘리트층에서 경멸의 대상이 되어 이는 참기 어려운 정신적 고통을 초래하였다. 이에 주정부의 법에 의한 결투의 금지는 결투행위를 억제하기는커녕 오히려 강화시킨 측면이 있었다. 결국 이를 막기 위해서 주정부는 다른 방법으로서 결투에 참가한 자의 공직 취임을 사실상 인정하지 않겠다는 대책을 마련하였다. 사실 엘리트층은 공직에 취임하는 것 혹은 공적인 일에 봉사하는 것을 스스로의 의무라고 여기고 있었는데 만약 자신이 결투에 참가하여 스스로 자신의 신분상의 의무에 해당하는 공직에 취임할 수 없게 된다면 그들에게 심각한 타격이 발생한다고 보았다. 한편 이 공직으로부터의 배제라는 규제는 엘리트층에게 「겉쟁이」라는 평가 없이 결투를 거부할 수 있는 이유(「내가 결투를 거부하는 것은 겉쟁이라서가 아니라 스스로의 의무인 공직 활동이 불가능해지기 때문이다」)를 제공하였다. 이렇게 결투의 거부라는 행위에 부착해 있던 「겉쟁이」라는 종래의 사회적 의미가 완화·소멸되자 결투의 발생은 점차 감소해갔으며 주정부의 시도는 성공하였다. 이와 같이, 정부는 사회적 의미를 통제하는 경우가 있으며 그를 통해 사인의 행동을 바람직한 방향으로 이끌 수 있다.

2.1.2.2 사회적 의미 구축의 모습·방법

Lessig은 정부가 사회적 의미에 영향을 주는 것을 사회적 의미의 「구축 construction」이라 부른다. 이에는 두 가지 모습이 있다. 하나는 공격적 구축(offensive construction)으로, 사회규범을 새로이 만들거나 기존의 사회규범의 내용을 변경하는 것이다. 다른 하나는 방어적 구축(defensive construction)으로, 기존의 사회규범의 내용을 유지·강화하는 것이다.²¹⁾ 한편 그는 이러한 사회규범의 구축을 이루는 네 가지 방법을 제시하고 있다.²²⁾ 이는 먼저 기호론적 기법(semiotic techniques)과 행동적 기법(behavioral techniques)으로 크게 이분할 수 있다.²³⁾ 기호론적 기법에는 ①관련성의 부여(tying)와 ②불명료화(ambiguation)가 있다. ①은 어떠한 행위 A에 특정한 내용의 사회적 의미 X를 결부함으로써 행해진다. ②는 특정한 사회적 의미 X가 이미 부착해 있는 행위 A에 별개의 사회적 의미 Y를 충돌시켜 A와 X의 연결을 끊음으로써 행해진다. 행동적 기법에는 ③억제

21) Lessig, 62 U. CHI. L. REV. 943, 968-972.

22) Lessig, 62 U. CHI. L. REV. 943, 1008-1014.

23) 전자는 캠페인의 전개와 같은 방법에 의해 행위에 부착하는 의미 그 자체의 구축을 도모하는 것이며, 후자는 사인의 행동을 금지·의무 부여 등에 의해 규제한 결과, 사회적 의미의 구축이 부수적으로 이루어지는 것이다.

(inhibition)와 ④의식(ritual)이 있다. ③은 어떠한 행위를 제한·금지함으로써 당해 행위에 의해 유지·조장되었던 사회규범을 바꾸는 것이다.²⁴⁾ ④는 어떠한 행위를 행하도록 강제하고 반복하여 결과적으로 그 행위에 부착한 사회적 의미를 강화하는 것이다.

2.2 Sunstein의 사고에 대한 이해

Cass R. Sunstein은 「사회규범」에 착목하여 논의를 전개한다.²⁵⁾ 그의 논문에서는 사회규범 외에 사회적 역할(social role), 사회적 의미(social meaning)를 정의하고 있다. 그는 사회규범을 「무엇을 해야 하는가, 또는 무엇을 해서는 안 되는가를 명확히 하는 사회적 태도」로,²⁶⁾ 사회적 역할을 「특정한 역할에 부착한 그 마땅한 자세」로 정의한다.²⁷⁾ 한편 그는 사회적 의미를 「사회규범에 의해 부여된 개인의 태도나 코미트먼트(commitment)」라고 정의한다.²⁸⁾

Sunstein는 모든 행위에는 표시적 차원(expressive dimension)이 존재한다고 본다. 예컨대 국기를 소각하는 행위가 단순히 물건을 태우는 것으로 평가되지 않고 그 국가에 대한 반발·항의를 나타내는 것과 동일한 방법으로 인식되듯이, 모든 행위에 대해서도 이러한 인식이 작용한다고 논한다. 그는 이러한 행위의 표시가 관련된 사회규범이나 행위자에 부착한 사회적 역할에 따라 평가된 결과가 사회적 의미가 된다고 이해한다.²⁹⁾

2.2.1 선호와 사회규범

Sunstein은 인간이 왜 사회규범에 따르는가를 고찰하기 위해 종전의 「선호」 개념의 해체를 시도한다. 그는 선호에는 두 가지 이해(사고)가 존재한다고 논한다.

하나는 선호를 선택에 나타난 결과라고 보는 사고이다. 이러한 사고는 인간이 어떠한 선택을 하는 것은 그것이 그 사람의 선호를 충족시키기 때문이라고 이해한다. 그러나

24) 그 예로 미국에 있어서의 인종분리정책의 금지를 들 수 있다.

25) Cass R. Sunstein, "Social Norms and Social Roles", 96 *Columbia Law Review* 903(1996).

26) Sunstein, 96 *COLUM. L. REV.* 903, 914.

27) Sunstein, 96 *COLUM. L. REV.* 903, 914.

28) Sunstein, 96 *COLUM. L. REV.* 903, 925.

29) Lessig이 콘텍스트성에 무게를 두는 반면, Sunstein은 사회규범의 적용이라는 측면을 강조하는 것으로 보인다. 그러나 Sunstein도 인간의 행동과 사회규범의 관련성을 고찰할 때에 실제로는 콘텍스트를 고려하며, Lessig 또한 사회적 의미의 정의에 「작위, 부작위, 지위」를 들며 Sunstein이 논하는 사회규범이나 사회적 역할에 주의를 기울인다. 요컨대 강조점을 두는 방법에 차이가 있을 뿐이다.

그 사고에는 난점이 있다고 Sunstein은 분석한다. 선택만을 선호의 기준으로 파악하는 경우에는 「선택」에만 착목하면 족하므로, 그것은 결국 「선호」라는 개념의 불필요성을 의미한다. 또한 선호와 선택을 동일시해도 좋은지에 대해서도 의문을 제기한다.

“어떠한 선택은 반드시 당사자가 원했던 것이 아니라 마지못해 혹은 어쩔 수 없이 이루어진 것일지도 모른다. 선호와 선택을 동일시할 경우 그 선택이 형성된 배경을 고찰할 수 없게 된다.”

요컨대 사회규범과 행동의 관계를 탐구하는 Sunstein은 어떠한 자의 선택이 무엇을 위하여 이루어진 것인지를 구체적으로 분석할 필요가 있으므로, 선호와 선택을 동일시하지 않고 분리한다.

또 다른 이해는 선호와 선택을 별개의 개념으로 보고 후자를 지탱하고 설명하는 것이 전자라고 본다. 이 사고의 장점은 선호 개념을 이용해 실증적으로 분석하여 인간의 선택의 배경에 있는 동기를 설명할 수 있다는 점에 있다. 그러나 Sunstein은 이 사고에도 단점이 있다고 한다. 행동의 동기 분석에 이용하기에 「선호」라는 개념이 정돈되어 있지 않다는 것이다. 어떠한 선택을 행하는 동기는 다양한 요소에 의해 구성되므로, 이를 「선호」라는 하나의 개념으로 나타내는 것은 불가능하며, 더욱 구체적인 개념을 이용하지 않으면 동기를 올바르게 분석할 수 없다는 것이다.

결국 Sunstein에게 있어 선호라는 개념은 지나치게 불분명하고 불필요한 개념이다. 그는 「선호」라는 개념을 폐기하고 그 대신 구체적인 분석에 필요한 몇 가지 개념을 제시한다.³⁰⁾ 그 새로운 개념으로서 그는 「고유가치, intrinsic value」, 「여론가치, reputational value」, 「자아개념, self-conception」이라는 세 가지를 제시한다. 고유가치란, 어떠한 선택지가 「재미있고, 분명하고(illuminating), 유쾌하고(pleasant), 흥미로운 지」와 관계된다.³¹⁾ 어떠한 선택지의 고유가치가 여타 선택지의 그것보다 높은 경우, 인간은 그 선택지를 골라 행동할 것이다. 그러나 행동은 고유가치에 의해서만 결정되지 않는다. 그 선택지가 주위 사람들로부터 어떠한 평가를 받을지(여론가치), 그러한 선택지를 선택함으로써 자신이 더욱 훌륭한 존재가 될 수 있는지(자아개념)에도 의존한다.³²⁾ 이에

30) Sunstein, 96 COLUM. L. REV. 903, 938-939.

31) Sunstein, 96 COLUM. L. REV. 903, 916.

32) 예컨대 텔레비전을 볼 때 인간은 그 텔레비전 방송이 재미있기 때문에 볼지도 모른다. 그러나 그와는 별개로 그 방송을 시청하는 것이 주위로부터 높은 평가를 받거나, 그 시청행위가 자아개념을 강화한다는 관점에서

Sunstein은 어떠한 선택을 할 때의 동기란 이처럼 복잡적이기 때문에 「선택」만으로는 이러한 개인의 행동선택을 논할 수 없다고 본다. 즉 세세하게 나누어진 분석 개념에 의해 비로소 행동의 동기를 실증적으로 분석할 수 있다. 이 세 가지 개념 중 여론가치와 자아개념은 사회규범과 밀접하게 관련되어 있다. 어떠한 행동의 선택지가 어떠한 여론가치를 가지는지는 당해 행동에 관한 사회규범에 의해 결정되는 바가 크기 때문이다. 사회적으로 칭송받을 행위라면 인간이 그것을 행하는 인센티브가 될 것이며, 반대로 사회적으로 비난받을 행동이라면 인간이 이를 행하는 데 있어 억제적 역할을 할 것이다. 사회규범이 여론가치를 창출하고, 여론가치가 개인의 행동의 선택에 영향을 준다면, 사회규범은 인간의 행동을 규제한다고 할 수 있을 것이다. 또한 자아개념은 여론가치에 영향을 받는다. 자신이 어떠한 사람이고 싶은지를 구상하는 것은, 타자로부터 어떻게 보이고 어떻게 평가받고 싶은지와 밀접한 관련을 가진다. 그렇다면 결국 자아개념도 사회규범으로부터 영향을 받으며, 행동의 선택에 있어 사회규범이 적지 않은 영향을 준다는 점을 이를 통해서도 명확히 알 수 있다.³³⁾ 이를 통해 Sunstein은 사인의 행동에 영향을 주는 사회규범이라는 규제 장치의 중요성을 재확인한다.

2.2.2 국가의 사회규범에 대한 영향력 행사

Sunstein은 국가를 사회규범을 변화시키는 역할을 하는 「규범 기획자, norm entrepreneur」로 본다. Sunstein은 개인에게 발생하는 위험을 방지하기 위해 정부가 정보 제공이나 설득, 경우에 따라서는 경제적 인센티브의 부여나 행동 강제에 의해 행동을 억제해야 한다고 논한다. 이와 같은 정부의 활동을 통해 무익하고 위험한 여론가치를 산출하는 사회규범은 변경되어야 한다는 것이다.³⁴⁾ Sunstein은 한 예로서 카스트(caste) 문제의 해결을 든다:³⁵⁾

“일정한 차별행위가 법적으로 금지되는 경우도 있다. 그러나 그것만으로는 충분치 않으며, 문제의 진정한 해결을 위해서는 차별하는 자의 의식부터 근본적으로 바뀌나갈 필요가 있다. 이는 법에 의한 차별행위의 직접규제만으로는 어려울 것이다. 오히려 요구되는 것은 그러한 차별의 배경을 형성하는 사회규범이나 사회적 의미의 변혁이다. 그러

유익하다는 이유에서 보는 경우도 있을 것이다.

33) Sunstein, 96 COLUM. L. REV. 903, 939-941.

34) Sunstein, 96 COLUM. L. REV. 903, 961-962.

35) Sunstein, 96 COLUM. L. REV. 903, 962-964.

한 변혁이 있어야만 평등한 사회를 실현할 수 있는 것이다. 여기에 국가가 사회규범으로의 영향력 행사에 적극적으로 나설 근거가 존재한다. 그러한 차별을 조장하는 사회규범을 변화시키는 활동을 국가가 행함으로써 차별의 관행을 근본부터 해결해나갈 필요가 있는 것이다.”

그리고 Sunstein이 가장 무게를 두는 것을 「법의 표시기능 expressive function of law」이다. 그에 의하면, 「그들[법]은 선과 악을 얼마나, 그리고 어떻게 평가해야 하는가에 대한 「언명을 창출한다. ……가장 간결하게 말해, 그들은 기존의 규범[사회규범, 사회적 역할, 사회적 의미]을 변화시키고, 그로써 행동에 영향을 주기 위해 만들어진 것이다」.³⁶⁾ 요컨대 Sunstein은, 법에는 어떠한 메시지를 발하는 표시적 측면이 있으며, 이것이 사회규범에 영향을 준다고 본다. 이러한 이해를 전제로 그는 「표시적인 정당화를 수반하는 법은 그것이 실제로 사회규범에 영향을 주고 그를 적절한 방향으로 움직일 것이라는 이유에 의해 가장 설득력 있게 옹호된다」고 이해한다.³⁷⁾

2.2.3 이노우에 다쓰오(井上達夫)의 질서의 트리아데(Triade)

법규제 이외의 것을 새로이 「간접규제」로 파악하는 것은 우리의 「자유」라는 개념에도 적지 않게 영향을 준다. 규제란 전형적으로는 자유를 제약하는 것이라고 생각되고 있기 때문이다. 실제로 법 이외의 존재가 우리의 자유를 제약할 수 있다는 점, 또한 그러한 존재가 일정 정도 실재하기 때문에 우리의 자유가 실효적으로 보장된다. 즉 간접규제는 양면성을 가진다.³⁸⁾ 일본의 학자 이노우에 다쓰오(井上達夫)는 자유를 보장하는 질서에 있어, 「결국 필요한 것은 국가·시장·공동체라는 세 가지 질서형성장치를 병존시켜 상호의 「견제와 균형(checks and balances)」이 유지되는 것」이라 결론짓는다. 이 세 가지의 질서형성장치를 통한 자유의 질서 구상을 이노우에(井上)는 「질서의 트리아데」라 명명하였다.³⁹⁾

36) Sunstein, 96 COLUM. L. REV. 903, 964.

37) Sunstein, 96 COLUM. L. REV. 903, 964.

38) 일본의 학자 중에는 공리주의의 제창자 Jeremy Bentham은 <금지·의무 부여→제재>라는 직접규제 이외에, 교시·교육 등을 통해 간접적으로 인간의 행동을 지도하는 입법 구상(간접 입법)을 제시하였다는 점을 강조하면 간접규제가 오래전부터 제창된 것으로 본다. 安藤馨, 功利主義者の立法理論, 井上達夫編『立法学の哲学的再編』, <立法学のフロンティア>, ナカニシヤ出版, 2014, 89頁 이하.

39) 井上達夫, 自由論, 岩波書店, 2008, 16頁, 45~59頁.

“국가의 조직적 폭력과 집권화가 잉태하고 있는 위협에 대해, 분산적 결정 시스템으로서의 시장과 분권적 질서로서의 공동체가 자유의 보호막이 된다. 공동체의 사회적 전제(專制)에 대해서는, 국가는 인권의 보장과 법의 지배라는 원리에 의해, 시장은 공동체 밖에서의 생활 기회의 제공에 의해 자유를 구제한다. 시장에 있어서의 경제 권력의 전제(專制)와 착취에 대해서 국가는 독점규제와 사회보장에 의해, 공동체는 계약과는 이질적인 호혜성의 원리에 의거한 상호 부조에 의해, 개인의 자유를 임금노예가 될 자유나 아사(餓死)할 자유 이상의 것으로 격상시킨다.”

이노우에(井上)는 세 가지의 질서형성장치 중 하나가 과도하게 비대해져 그 이외의 장치를 압박하는 상황을 「전제(專制)의 트리아데」라 부르며 경계하였으며, 개인의 자유가 보장되기 위해서는 세 가지 질서유지장치의 병존이 필요하며, 이는 상호의 견제와 균형에 의해 달성될 수 있다고 본다. 이노우에(井上)에 의한 질서의 트리아데론은 Lessig이 제시한 새로운 규제 장치와 동일하다고 판단된다. 즉 국가·시장·공동체에 의한 질서 구상을 각각 법·시장·사회규범에 의한 규제에 대응시킬 수 있다. 법이 여타 규제 장치에 영향을 준다는 주장이 자유의 문제와 밀접하게 관련되어 있음을 이노우에(井上)의 주장에서도 읽어낼 수 있다.

3. 간접규제가 가지는 전제(專制)의 위험성

3.1 밀(John Stuart Mill)과 토크빌(Alexis de Tocqueville)의 사고

일찍이 John Stuart Mill과 Alexis de Tocqueville은 법률이 아닌 것(사회규범과 유사한 것)에 의한 자유의 침해에 대해 주의할 필요가 있음을 강조하였다. Mill이나 Tocqueville이 제시한 사회규범과 비슷한 것은 「관행」이 되기도 하고 「여론」이 되기도 하나, 여기에서 중요한 것은 그러한 비-법적인 사실 또한 때로는 법적 규제·제재보다 과혹한 형태로 우리의 행동을 제약한다는 것이다.⁴⁰⁾

40) 참고로 오쿠다이라 야스히로(奥平康弘)는 일본에서 문제되고 있는 혐오표현과 관련하여 ‘문화력’이라는 것에 의한 사회통제의 필요성을 강조하였는데, Mill 등과 다른 점은 그가 문화력의 긍정적 효과에 주목한 점이다. 奥平康弘, 「《インタビュー》法規制はできるだけ慎重にむしろ市民の「文化力」で対抗すべきだろう」, Journalism 2013年-11月号, 102頁. 다만 오쿠다이라(奥平)는 문화력에는 「권력과 관련한 법률의 모습이 당연히 포함될 수밖에 없다」고 서술하고 있어 순수하게 국가로부터 독립된 ‘문화력’만으로 볼 수는 없을 것이다. 참고로 駒村圭吾, “「意味の秩序」と自由”, 曾我部真裕=赤坂幸一編, 憲法改革の理念と展開(下)—大石眞先生

먼저 Mill의 경우 『자유론』, 그리고 그에서 제시한 자유주의의 원류를 이루는 하나의 사고인 타자 위해의 원리(The Harm Principle)를 통해 확인할 수 있다. 먼저 Mill은 사회규범과 비슷한 것에 의한 자유의 침해를 논하였다.⁴¹⁾

“생각이 깊은 이들은 사회 스스로가 폭군인 때에는 ……포학(暴虐)수행이 (정치적) 공무원의 손에 의해 행해질 수 있는 행위에만 한정되지 않음을 깨달았다. 사회는 자신의 명령을 스스로 집행할 수 있으며, 실제로 집행하고 있다. 그리고 만약 사회가 올바르게 못한 명령을 내리거나 적어도 간섭해서는 안 되는 사항에 대해 명령을 내린다면, 사회는 다양한 정치적 압제(壓制)보다도 더욱 공포에 떨어야 할 사회적 포학을 수행하게 될 것이다. 왜냐하면 사회는 뿌리 깊이 개인 생활의 세부에 침투하여 영혼 그 자체를 노예화 시키므로 개인이 이에서 벗어나기 매우 어렵기 때문이다. …… 형법 등의 법률 이외의 방법에 의해 사회는 자신의 의사와 관습을, 그 사상과 관습에 반대하는 시민에 대해서도, 행위의 준칙으로서 강제하려 한다. 또한 자신의 관행과 조화되지 않는 모든 개인의 개성의 발전을 방해하고, 가능한 경우 이와 같은 개성의 형성 그 자체를 저지하고, 모든 인간의 성격이 사회의 성격을 모범으로 하여 형성되어야 함을 강제하려고 한다.”

Mill에 지대한 영향을 받았다고 일컬어지는 Tocqueville 또한 법 이외의 규제에 대해 주의해야 한다고 본다. 민주주의에 있어서의 「다수자의 전제(專制)」라는 그의 유명한 주장 속에서 확인할 수 있다.⁴²⁾

“국왕이 가지는 힘은 물리적인 힘일 뿐이므로 신민의 행위를 규제하더라도 그 의지에는 작용할 수 없다. 그러나 다수자에게는 물리적이고 정신적인 힘이 있어 이것은 국민의 행위뿐만 아니라 의지에도 작용하여 행동을 방해하며 행동의 의욕을 빼앗는다.”

3.2 新시카고학과 및 이노우에(井上)의 사고로부터의 시사점

이노우에(井上)가 지적하는 것처럼 전체주의적 전제(專制)로의 경계심을 품고 있어야 한다. 이를 통해서 우리는 강대한 국가가 법을 이용하여 또는 경우에 따라서는 법의

還曆記念, 信山社, 2012, 171頁에서도 법률이외의 것에 의한 간접규제의 긍정적인 점에 주목한다.

41) 존 스튜어트 밀 지음, 서병훈 옮김, 자유론, 책세상, 2005를 참조하였으며, 명확하지 않다고 판단되는 부분은 필자가 원문을 보고 일부 수정하였다.

42) 알렉시스 드 토크빌 지음, 은은기 옮김, 미국의 민주주의, 계명대학교 출판부, 2013 참조.

근거 없이 통제경제나 계획경제에 의해 시장을 파괴하고, 다양한 중간단체를 파괴하거나 실질적으로 국가조직의 하부 구조에 두는 것을 막을 수 있다. 국가의 행위는 법을 통해 이루어지는 것이 기본이다. 그리고 법이 여타 규제 장치에 영향을 준다면, 본래 과대한 법규제로부터의 도피처 등의 역할을 해야 하는 시장이나 공동체(사회규범)가 법과 일체화되어 우리의 자유를 제약하게 될 것이다. 또한, *新시카고학파*가 지적한 것처럼 법 이외의 (간접)규제는 그야말로 간접적이기 때문에 종래 고려되어온 법규제의 통제 시스템을 통해 견제당하지 않는다. 법의 직접규제에 대응해온 종래의 시스템(위헌법률심판제도)으로는 사회규범 등을 매개로 한 법의 영향력 행사를 정확하게 포착할 수 없으며, 그 영향력 행사를 통제하는 것 또한 불가능할 것이다.

이노우에(井上)가 논하는 바와 같은 자유의 실효적 보장을 위한 질서의 구축과 함께 간접규제 장치에 대한 법의 영향력 행사를 통제하는 이론의 구축도 필요하며, *新시카고학파*가 이러한 문제의식을 가지고 시도한 해결책을 살펴보는 것은 큰 의미가 있을 것이다. 요컨대 *新시카고학파* 및 이노우에(井上)의 주장을 통해 확인할 수 있는 것은 ‘법 이외의 규제 장치를 현재화시켜 분석을 시도하는 것은 자유의 실효적 보장을 위한 구체적인 조건이 어떠한 것인지, 그 조건은 어느 경우에 충족되는지 등에 대해 몇 가지 유익한 시사점을 찾을 수 있다는 사실이다(이하 III. 참조).

III. 온라인 게임 결제한도 제한이라는 간접규제, 무엇이 문제인가?

1. 간접규제의 통제의 필요성

Lessig을 포함한 *新시카고학파*의 문제의식은, 종래의 법에 의한 직접규제와는 상이한 새로운 규제의 형태를 유형화하고 정리하여, 여러 규제 장치로의 영향력을 가진다고 여겨지는 법에 의한 간접적인 규제방법을 폭로하는 것이었다. 물론 그들은 효과적인 규제의 실행을 위해 법 이외에 의한 규제가 가지는 긍정적인 기능을 인정하면서도 그러한 법 이외의 규제가 과도해지지 않도록 적절한 통제를 도모하는 것을 지향하였다.

한편 현대 국가에 있어서 국가의 부정·부당한 자유로의 개입을 배제하는 역할을 최종적으로 담당하고 있는 것은 헌법일 것이다. 이는 통치기구의 설계에 있어서 여러 국가조직으로의 권한 배분을 결정하여 그 권한일탈행위를 금지하고, 언뜻 권한에 포함

되는 행위로 보이더라도 내용적으로 사인으로의 개입이 금지되는 사항에 대해 열거함으로써, 우리의 자유를 보장한다. 그렇다면 새로운 규제의 형태에 대해서도 헌법학적 고찰, 그리고 그 통제 중 하나로서의 헌법적 통제가 시도되어야 함이 마땅할 것이다. 헌법의 권력 제한의 역할을 직접규제에 머물게 두는 것은, 국가권력이 이른바 그 퇴로를 통해 활발한 규제활동을 하는 데 일조하게 만든다. 특히 간접규제가 통치기법 중 하나가 된 현대에 있어서는 그러한 규제를 통제하기 위한 이론적 설명이 요구되고 있다. 그런 의미에서 Lessig의 다음과 같은 지적은 매우 중요하다.⁴³⁾

“시장, 규범 또는 구조를 통해 간접적으로 초래되는 그러한 규제(제한) 또한 위헌이라 판단하여야 할 것인지에 대해 우리는 더욱 올바른 이해를 위해 노력해야 할 것이다.

즉 Lessig은 국가에 의한 사회규범의 구축을 헌법적으로 통제하는 이론을 개발해야 한다고 보았다. 그의 주장을 더욱 깊이 이해하기 위해 Lessig의 논문에서 예시되었던 구걸규제의 사례를 먼저 소개하기로 한다.⁴⁴⁾

종래 뉴욕 주에서는 구걸행위에 대해 형사벌이 과해졌다.⁴⁵⁾ 그러나 법원은 이 규정이 아메리카 합중국 수정 헌법 제1조에서 보호하는 언론의 자유를 침해한다고 보았다.⁴⁶⁾ 위 판결에 의하여 구걸행위 또한 미국 수정헌법 제1조의 언론의 자유에 의한 보호를 받는 행위에 해당하여 뉴욕 주는 당해 행위를 법으로 규제할 수 없게 되었다. 그러나 뉴욕 주는 구걸행위에 대한 규제를 포기하지 않았다. 다른 수단을 사용하여 이를 억제하고자 하였다. 뉴욕 주가 생각한 것은 구걸행위 자체를 금지하는 것이 아니라 구걸에 응하는 자를 감소시키면 된다는 발상에 입각한 것으로, 그 실시 방법은 구걸의 대응에 관한 대규모의 캠페인을 전개하는 것이었다. 지하철 승객을 대상으로 다음과 같이 제언하였다.

“구걸에 응하는 행위는 그들을 돕는 일이 아닙니다.”

43) Lessig, 27 J. LEGAL STUD. 661, 668.

44) Lessig, 62 U. CHI. L. REV. 943, 1039 ff.

45) N.Y. Penal Law §240. 35(1)(McKinney 1989)

46) Loper v. New York City Police Department, 999 F2d 699(2d Cir. 1993).

구걸행위에 응하는 것은 언뜻 그들을 돕는 것처럼 보이나 실제로는 그렇지 않다. 도움을 받음으로써 그들은 구걸을 반복하게 되고 그러한 생활에 익숙해진다. 그들을 진정으로 돕는 일은 구걸을 거부하고 그들이 그러한 상황으로부터 벗어날 인센티브를 부여하는 것이다. 이러한 내용을 담은 캠페인이 실행된 것이다. 이 캠페인의 효과에 의해 사람들의 구걸행위에 대한 사고가 변화하였다. Lessig이 사용하는 토큰과 콘텍스트의 적용을 통해 사회적 의미를 고찰해 보면, 「구걸에 응하지 않는 것」이라는 토큰이 「캠페인 전의 뉴욕 주」라는 콘텍스트를 적용시켜 도출되는 사회적 의미는, 냉정하고 인색하고 배려가 부족하다는 것이었다. 많은 사람은 구걸하는 사람에 대해 동정의 마음을 가지며, 구걸행위에 응하지 않는 것에 대한 죄의식을 가지고 있어 자신이 무언가를 해야 한다는 책임감이나 의무감을 느끼고 구걸에 응했던 것이다. 그런데 뉴욕주의 캠페인에 의해 그 사회적 의미가 변화하였다. 「구걸에 응하지 않는 것」이라는 토큰에 「캠페인 후의 뉴욕 주」라는 콘텍스트를 적용시켜 도출되는 사회적 의미는, 거부행위가 구걸행위를 행하는 사람들을 돕는다는 것이었다. 이러한 사회적 의미가 새롭게 형성되면, 사람들은 구걸을 거부할 때에 소위 주위의 시선을 신경 쓸 필요가 없어져 당당하게 거부할 수 있게 된다. 나아가 이전과는 정반대로 구걸에 응하는 행위에 대한 사회적 의미가 부정적인 것이 될 가능성도 있게 된다. 결국 이러한 뉴욕주의 캠페인에 의해 구걸에 응하는 자의 수는 감소하였다. 구걸이 어려운 환경이 조성되었기 때문에 당연히 그 공간에서 구걸행위를 하고자 하는 이는 감소하였다. 직접규제를 금지당한 뉴욕 주의 제2의 시책(간접규제)이 보기 좋게 성공한 것이다.

그러나 Lessig은 이 구걸규제의 사례를 언급하며, 정부에 의한 사회적 의미 구축의 위험한 측면을 지적하고, 그에 대해 법학적인 고찰을 행하지 않았던 종전의 학설을 비판한다.⁴⁷⁾

“구걸행위는 그 당부는 제쳐두더라도 판례에 의해 인정된 헌법상 보호를 받는 행위이다. 그리고 구걸을 직접 금지하는 형법의 규정도, 구걸에 응하는 자를 감소시키고자 하였던 주의 캠페인도, 모두 표적으로 삼은 것은 구걸행위이다. 그럼에도 불구하고 전자는 헌법상의, 나아가 언론의 자유라는 미국에 있어서 강력한 보호가 부여되는 권리를 침해한다는 이유에서 배제되는 한편, 후자는 그러한 검토조차 이루어지지 않은 채 법학의 고찰 대상이 아니라고 여겨진다.”

47) Lessig, 62 *U. CHI. L. REV.* 943, 1040-1041.

즉 Lessig은 이러한 불균형에 주의를 기울여야 한다고 논한다. 참고로 낙태를 반대하는 보수주의자들이 법적인 규제가 허용되지 않자 낙태비용을 보험혜택을 받지 못하도록 하는 방법으로 낙태에 대한 규제를 해왔는데, 이러한 규제방법 또한 간접규제의 모습이라고 할 수 있으며 Lessig이 주장한 것과 같은 비판을 받았다.⁴⁸⁾

2. 간접규제의 통제 메카니즘(mechanism)

2.1 新시카고학파가 주장한 메카니즘

Lessig은 간접규제의 통제 메카니즘의 부재라는 문제를 해결하기 위해 *Barnette* 판결이 제시한 *anti-orthodoxy principles*⁴⁹⁾를 주목한다.⁵⁰⁾

“만약 우리의 헌법이라는 성좌 속에 항성이 있다면, 그것은 공무원이 그 지위의 높고 낮음을 불문하고, 정치, 내셔널리즘, 종교, 그 외의 의견에 관한 사안(matters of opinion)에 대해 무엇이 정통한 것인지 정할……수 없다는 것이다.”⁵¹⁾

Lessig은 정부에 의한 사회규범의 구축은 이 *anti-orthodoxy principles*와 관련하여 문제가 되는 경우가 있다고 생각한다. 즉, 간접규제는 정부가 암묵적으로 「무엇이 정통하고 무엇이 이단인지를 국민들에게 확립시킬 수 있다는 것이다」.⁵²⁾ 요컨대 이러한 규제를 통해 정부는 사회적 의미를 그들이 원하는 방향으로 구축함으로써 어떠한 행위가 바람직한지 혹은 그렇지 않은지를 그들이 결정할 수 있으며, 그에 의해 사람들의 행동을 법적 제재 없이 통제할 수 있게 된다. Lessig은 이런 방식의 규제에 문제를 제기한 것이다. 물론 모든 간접규제가 이러한 *anti-orthodoxy principles*를 위반한 것으로 보아 금지하자는

48) Adam Sonfield, “Restrictions on Private Insurance Coverage of Abortion: A Danger to Abortion Access and Better Health Coverage”, 21 *Guttmacher Policy Review* 29(2018), 29 ff.

49) 이는 ‘정통성 정립 금지의 원칙’으로 의역할 수 있으나, 이하에서는 원어 그 자체가 가지는 전달력이 더 강하다는 판단되어 원어를 그대로 사용하기로 한다.

50) *West Virginia St. Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624, 642(1943).

51) If there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion, or force citizens to confess by word or act their faith therein. If there are any circumstances which permit an exception, they do not now occur to us.

52) Lessig, 62 *U. CHI. L. REV.* 943, 1039.

것은 아닐 것이다. 예컨대 미국 남부의 결투의 예를 떠올려보면 알 수 있듯이, 사회적 의미의 구축은 효과적인 통치기법으로서 우리의 복리를 증대시키는 경우도 있다. Lessig은 오히려 anti-orthodoxy principles을 정부가 정통이란 무엇인지를 수정할 수 없음을 의미하는 것으로 보지 않고 정통에 관한 규제(regulation of the orthodox)를 적절한 곳으로 인도하도록 유도하는 것으로 이해한다.⁵³⁾

Sunstein은 국가에 의한 사회규범의 구축의 한계로서 두 원리를 명시하고 있다. 첫째, 그는 국가는 불필요하고 비효율적인 사회규범을 구축해서는 안 된다고 주장한다.⁵⁴⁾ 예를 들어, 미성년자의 흡연에 낙인이 찍히도록 사회규범을 바꾸었다더라도, 반대로 흡연행위가 대담하고 매력적인 것으로 비추어져 당초의 목적에 반하여 미성년자의 흡연을 조장하는 경우가 있는데 그 경우에 정부의 시도는 실패로 돌아갈 것이라고 한다. 이러한 이유에서 그는 사회규범의 구축은 목적에 적합한 효과를 실제로 얻을 수 있는지를 신중하게 재고하여 행해져야 한다고 본다. 둘째, 그는 사회규범의 구축에 있어 개인의 권리를 침해해서는 안 된다고 본다.⁵⁵⁾ 예를 들어, 인종적 소수자를 이급시민(second-class citizenship)으로 격하하는 사회규범을 형성하는 것은 시민 간의 평등을 침해하기 때문에 안 된다는 것이다. 즉 그는 「국가는 더욱 좋은 사회의 실현을 위한 사회규범의 관리(norm management)를 해야 하는 것이지 권리를 침해해서는 안 된다」고 본다.⁵⁶⁾

2.2 우리법상의 규제통제의 모습

규제의 타당성 검토는 실효성, 비용편익 분석 등의 사실적·실증적 측면의 검토와 더불어 규제의 명확성, 비례성(목적의 정당성, 수단의 적정성, 침해의 최소성-대상 범위의 최소화)과 더불어 기본권을 덜 침해하는 대안 존재가능성 검토 포함, 법익의 균형성) 등의 헌법적·규범적 측면의 검토가 요구된다.⁵⁷⁾ 이런 이유에서 행정규제기본법 제5조⁵⁸⁾에서도 규제는 실효성이 있어야 하고 그 대상과 수단을 필요 최소한으로 설정함에

53) Lessig, 62 U. CHI. L. REV. 943, 1036.

54) Sunstein, 96 COLUM. L. REV. 903, 965-966.

55) Sunstein, 96 COLUM. L. REV. 903, 966-967.

56) 같은 맥락에서 그는 개인의 자율이나 복리(well-being)를 침해하는 사회규범을 구축해서는 안 된다고 본다. Sunstein, 96 COLUM. L. REV. 903, 947 ff.

57) 법률에 의한 기본권제한의 한계에 대해서는 허영, 한국헌법론(신정 제13판), 박영사, 2000, 277쪽 이하 참조.

58) 제5조(규제의 원칙) ① 국가나 지방자치단체는 국민의 자유와 창의를 존중하여야 하며, 규제를 정하는 경우에도 그 본질적 내용을 침해하지 아니하도록 하여야 한다.

있어 객관성·투명성 및 공정성이 확보되어야 한다는 점을 강조한다. 요컨대 행정규제 기본법은 무엇보다도 규제를 마련함에 있어 국민의 자유와 창의를 존중하고 그의 본질적 내용을 침해하여서는 안 된다고 하여 규제대상의 기본권에 대한 제한에 있어 한계를 분명히 하고 있다.⁵⁹⁾ 그런데 온라인 게임 결제한도 제한이라는 규제는 직접규제가 아닌 간접규제이므로 이러한 한계로부터 자유로울 수 있다는 점에서 문제가 될 수 있다. 이러한 문제의식을 가지고 온라인 게임 결제한도 제한이라는 규제를 규범적인 측면에서 검토해 본다면 간접규제가 직접규제의 통제시스템으로부터의 우회로로 악용될 수 있다는 것을 확인할 수 있을 것이다(이하 III. 3. 참조).

3. 온라인 게임 결제한도 제한이라는 간접규제의 통제 어떻게 할 것인가?

우리 정부는 게임소비자를 보호를 목적으로 온라인 게임 결제한도 제한이라는 간접규제를 하였는데, 이러한 간접규제가 가지는 문제점을 소비자가 가지는 자기결정권의 침해에 초점을 맞추어 분석해 보면 다음과 같다.

3.1 과소비 및 사행성 방지

온라인 게임 규제는 헌법이 보장하는 사업자의 직업 수행 자유(영업 자유)를 침해하고, 게임 이용자의 자기 선택권 및 일반적 행동 자유권 등을 침해하고 있다고 볼 수 있다. 게임소비자의 과소를 억제하기 위한 이런 식의 간접강제는 문제가 없는가? 과소비 억제라는 공공재를 해결하는데 있어 국가의 관여가 적절한 것인지를 우리의 헌법재판소가

② 국가나 지방자치단체가 규제를 정할 때에는 국민의 생명·인권·보건 및 환경 등의 보호와 식품·의약품의 안전을 위한 실효성이 있는 규제가 되도록 하여야 한다.

③ 규제의 대상과 수단은 규제의 목적 실현에 필요한 최소한의 범위에서 가장 효과적인 방법으로 객관성·투명성 및 공정성이 확보되도록 설정되어야 한다.

59) 정책학에서는 정책평가를 수행함에 있어 일단 목표를 분명히 설정하고 그에 따라 ① 정책의 목표 대비 효과 및 정책과 목표달성의 인과관계를 평가(효과성 평가)하고, ② 정책의 직접적 비용이나 부작용 등의 사회적 비용까지도 고려하여 정책효과가 이러한 비용을 상쇄시킬 만큼 큰 것인가를 평가(능률성 평가)하고, ③ 정책 효과와 비용의 사회집단 간 지역 간 배분 등이 공정한 지를 평가(공평성 평가)해야 한다고 강조한다. 정책평가 기준으로는 정책목표의 달성도, 정책의 능률성·공평성, 정책대상 집단의 만족도, 정책대상 집단에 대한 대응성, 다른 정책에 대한 대응성(외부효과)을 삼는다. 정책학의 관점에서는 규제(정책) 검토 혹은 평가에 있어 헌법적·규범적 평가가 등한시 되어있는데 행정규제기본법에서는 이 부분도 엄밀하게 살펴볼 필요가 있다고 강조한다.

판단한 사례를 확인하면 다음과 같다. 가정의례에관한법률 제4조 제1항 제7호 위헌확인 결정(1998. 10. 15. 98헌마168)에서 사건법률(가정의례에관한법률 - 1993. 12. 27. 법률 제463호로 전문개정된 것) 제4조는 허례허식행위의 금지라는 제목으로 제1항에서 가정의례(家庭儀禮)에 있어서 특정한 행위들을 대통령령이 정하는 행위를 제외하고는 금지하고 있는데, 그 중 제7호에서는 경조기간(慶弔期間)중의 주류 및 음식물 접대를 금지하고 있었다. 이 조항은 가정의례에 관하여 과소비를 하는 양태를 억제하기 위한 목적을 가지고 있었다. 이에 대해 헌법재판소는 “결혼식 등의 당사자가 자신을 축하하러 온 하객들에게 주류와 음식물을 접대하는 행위는 인류의 오래된 보편적인 사회생활의 한 모습으로서 개인의 일반적인 행동의 자유 영역에 속하는 행위이므로 이는 헌법 제37조 제1항에 의하여 경시되지 아니하는 기본권이며 헌법 제10조가 정하고 있는 행복추구권에 포함되는 일반적 행동자유권으로서 보호되어야 할 기본권”이라고 판단하였다. 즉 헌법재판소 전원재판부는 하객들에 대한 접대와 관련된 소비의 행태는 개인의 자기결정권에 따라 이루어져야 하고 이는 헌법상의 기본권 문제이므로 국가가 명령지시적 규제를 통해 이에 간여해서는 안 된다는 중요한 결정을 내렸다.

물론 이러한 헌법재판소 결정례를 과소비에 대한 사회적 방관의 용인으로 보아서는 안 될 것이다. 즉 현재의 결정은 과소비를 방관하자는 것은 아니고 합리적 소비를 유도하는 사회적 노력이 필요하다는 점에 초점을 맞춘다. 요컨대 중요한 점은 합리적 소비에 대한 정부, 국가, 명령지시적 통제가 아닌 사회의 자발적인 노력이 필요하다는 부분이다. 합리적 소비에 대한 유도에 있어 정부보다는 일반 사회, 특히 소비대상 물건을 생산하는 업체의 자발적이고 주체적인 관여가 중요하다. 이러한 소비의 합리화를 위해서 사회, 업계가 노력할 부분은 다른 것이 아니라 소비자가 합리적 소비결정을 할 수 있도록 소비대상 물건에 대한 충분한 정보를 제공하는 것이 핵심이라 할 수 있다. 다양한 캠페인 등도 고려할 수 있지만 기본적으로 합리적 소비를 위해 사회가 행할 수 있는 것은 충분한 고지에 입각한 자발적 동의에 따른 구매를 유도하는 것이며 이를 위해서는 재화와 서비스에 대한 충분한 정보의 제공이 필요하다. 과소비 문제에 대한 국가의 개입이 적절한 목적을 갖출 수 있는지 상당히 의심스럽다. 가정의례준칙 사건 판결에서 헌법재판소는 소비행태에 대한 국가의 간섭의 위헌성을 확인했다는 점은 이를 방증한다. 그리고 지금까지 취미활동에서 개인이 돈을 얼마만큼 소비할지에 대한 규제를 했던 적이 있는가? 온라인게임 결제한도 제한 규제는 소비자를 보호한다는 미명하에 그만큼 소비자의 자유를 제한한다.

한편 모든 온라인 게임이 아니지만 일부 게임이 가지는 사행성(?)을 방지하기 위해 게임의 결제한도를 제한한 것으로 볼 수도 있다. 이를 통해 게임 이용자의 재산적 손해 및 중독에 의한 손해를 미연에 방지할 수도 있을 것이다. 그런 의미에서 이러한 제한은 소기의 목적을 달성할 수 있을 것이다. 그런데 기본적으로 목적의 정당성(실체적 합리성)은 입법부의 폭넓은 재량이 인정된다는 점에서 대부분의 규제에 있어 목적의 정당성은 충족된다고 볼 수 있다.⁶⁰⁾ 그러나 모든 이용자를 구별 없이 일률적으로 통제하는 방법이 타당한지는 별개의 문제이다.

3.2 자기결정권 침해

3.2.1 자기결정과 사적자치

개인과 개인 사이의 법률관계에 있어 자기결정권의 존중은 사적자치의 원칙을 통해 실현된다. 우리 헌법은 사적자치의 원칙을 법질서의 기본으로 삼고 있으며 이 원칙은 민법·상법 등의 사법 분야에서 실현되고 있다. 사적자치의 원칙은 개인이 법질서의 한계 내에서 자기의 의사에 기하여 법률관계를 스스로 형성할 수 있다는 원칙을 말한다. 사적 자치는 헌법 제10조와 제37조 제1항에 의하여 헌법상 보장되며 헌법 제23조, 제15조 등 개별적인 기본권들에 의하여 보충되는 것으로 이해된다. 이러한 사적자치의 원칙은 ‘자기결정의 원칙’과 ‘자기책임의 원칙’을 내용으로 한다. 즉 자기가 결정하고 그 결정된 결과에 대하여는 본인 스스로 책임을 져야 한다는 것을 뜻하며 따라서 사적자치의 원칙은 본인 스스로를 지배하는 ‘자기지배의 원칙’이라고도 한다. 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생되는 ‘자기 결정’ 내지 ‘일반적 행동자유권’은 이성적이고 책임감 있는 개인의 자기 운명에 대한 결정·선택을 존중하되 그에 대한 책임은 스스로 지는 것을 그 내용으로 한다. 이러한 헌법상의 자기책임의 원리는 자기결정권의 한계와 관련하여 개인이 적극적으로 책임을 지는 근거로서 기능하는 동시에 소극적으로 자기가 결정하지 않은 것과 결정할 수 없는 부분에 대해서는 책임을 지지 않는다는 책임의 한계 원리로서 작용을 한다.⁶¹⁾ 또한 ‘자기책임의 원칙’이란, 개인이 타인에게 준 손해에 대하여는 그 행위가 위법하며 이와 동시에 고의 또는 과실이 있는 경우에만 책임을 진다는 원칙을

60) 헌법재판소에서도 동성혼 및 호주제 정도만 입법 목적의 정당성을 부인하였을 뿐이다. 즉, 대부분의 위헌법률들도 최소한 목적의 정당성은 인정받았다.

61) 헌법재판소 2009. 6. 25. 선고 2007헌마40 결정; 헌법재판소 2013. 5. 30. 선고 2011헌바360, 2012헌바56 결정(병합).

말한다. 즉 개인은 자기의 고의 또는 과실에 의한 행위에 대해서만 책임을 지고 타인의 행위에 대해서는 책임을 지지 않는다는 원칙이다. 민법은 제390조, 제750조를 비롯한 여러 규정에서 이 원칙을 규정하며 이 원칙이 두드러지게 나타나는 영역은 불법행위의 분야라 할 수 있다. 이러한 자기책임의 원칙을 인정하면 개인은 자기의 행위에 대해서만 주의를 하면 책임을 지지 않기 때문에 자기책임의 원칙은 개인의 행동의 자유를 보장하는 역할을 한다.⁶²⁾

3.2.2 계약의 본질적인 내용에 대한 통제와 자기결정권의 침해

본인이 자율적 판단능력을 가지고 있다면 국가의 개입은 원칙적으로 타당하지 않으며, 예외적으로 본인의 이익(인간의 존엄 등)을 위하여 자기결정의 제한이 가능할 뿐이다. 이러한 이유에서 우리 헌법 또한 자율적 판단능력을 가진 개인을 전제로 하기 때문에 온전한 판단능력이 있는 개인의 자기결정권에 국가가 개입하는 것을 원칙적으로 허용하지 않는다.⁶³⁾ 그렇다면, 과소비 및 사행화(?) 방지를 위한 현행 온라인게임 결제한도 제한은 소비자의 헌법상 자기결정권 및 사적자치와 어떠한 긴장관계를 가지고 있는가?

계약의 자유는 계약의 체결 및 내용적 형성에 관한 “법적·형식적 계약자유”와 그 기초를 이루는 결정의 형성을 위한 “사실상·실질적 계약자유”로 분류할 수 있다. 전자는 “형식적 자기결정의 자유”로, 후자는 “실질적 자기결정의 자유”로 일컬을 수도 있다. 계약을 스스로 체결하였다면 이는 형식적으로는 계약자유 의 행사라고 할 것이다. 그런데 형식적 계약의 자유는 그 자체가 자기목적이 될 수 없고, 당사자의 실질적 자기결정을 보장하려는 데에 있다. 여기의 실질적 자기결정은 계약의 당사자가 계약의 내용을 흥정함으로써 그 형성에 영향을 미칠 수 있음을 전제로 한다. 그렇다면 온라인 게임의 경우에는 이용자의 실질적 자기결정이 보장되지 않았기 때문에 규제를 한 것으로 볼 수 있는가? 자기결정은 자기책임을 전제로 한다. 그래서 계약상의 리스크(특히 채무불이행에 있어서)를 감수하여야 하는 자는, 설령 그것을 알지 못하였고 또 자신을 열악한 상황에 놓이게 하더라도 그 결과를 원칙적으로 스스로 감수하여야 한다. 그러한 자를 그의 부주의로

62) 계약체결에 있어 계약당사자 스스로 경험 등을 통해 스스로 사적자치를 실현할 수 있도록 하는 것이 궁극적으로 자기책임 및 자기결정의 진정한 보장이라고 할 수 있다. Lorenz Kähler, *Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts*, 2012, S. 261 ff.

63) 다만 예외적으로 인간의 존엄이나 생명에 반하거나 선량한 풍속을 위반하는 자기결정에는 일정한 제재(制裁)가 필요하기 때문에 국가의 개입이 정당화될 뿐이다. 이런 이유에서 선량한 풍속은 대부분의 국가에서 사적자치의 제한사유로서 인정된다. Hein Kötz, *Europäisches Vertragsrecht, Band I*, 1996, S. 235 f.

부터 보호하는 것은 지나친 후견주의적 발상이다. 요컨대 이용자가 온라인 게임 서비스 제공과 관련된 거래조건에 대하여 자기결정에 의하여 반응할 수 있는 진정한 행위선택지를 가진다면 내용통제는 불필요할 것이다. 예컨대 대법원 2014년 4월 10일 선고 2012다 54997 판결은 “일반적으로 매매거래에서 매수인은 목적물을 염가로 구입할 것을 희망하고 매도인은 목적물을 고가로 처분하기를 희망하는 이해상반의 지위에 있으며, 각자가 자신의 지식과 경험을 이용하여 최대한으로 자신의 이익을 도모할 것으로 예상되기 때문에, 당사자 일방이 알고 있는 정보를 상대방에게 사실대로 고지하여야 할 신의칙상 의무가 인정된다고 볼만한 특별한 사정이 없는 한, 매수인이 목적물의 시가를 묵비하여 매도인에게 고지하지 아니하거나 혹은 시가보다 낮은 가액을 시가라고 고지하였다 하더라도, 상대방의 의사결정에 불법적인 간섭을 하였다고 볼 수 없으므로 불법행위가 성립한다고 볼 수 없다. 더구나 매수인이 목적물의 시가를 미리 알고 있었던 것이 아니라 목적물의 시가를 알기 위하여 감정평가법인에 의뢰하여 감정평가법인이 산정한 평가액을 매도인에게 가격자료로 제출하는 경우라면, 특별한 사정이 없는 한 매수인에게 평가액이 시가 내지 적정가격에 상당하는 것인지를 살펴볼 신의칙상 의무가 있다고 할 수 없고, 이러한 법리는 법적 성격이 사법상 매매인 공유재산의 매각에서도 마찬가지이다.”라고 보고 있다. 요컨대 우리의 생활경험칙 상 고객은 계약체결 시에 거의 항상 재화의 품질과 가격에 대해서만 주목하고 부수적인 계약내용에 대하여는 별다른 생각을 하지 않으나 계약에 관한 주된 급부라 할 수 있는 금전의 지출에 대해서는 주의를 기울이며 이에 대해서는 충분한 자기결정의 기회가 보장된다고 할 수 있다.⁶⁴⁾ 요컨대 게임의 경우에는 이용자 본인이 지불할 가격이 얼마인지를 정확히 인식할 수 있으며, 그 지불금액을 통해 본인이 취득하는 반대급부가 무엇인지를 정확히 인지할 수 있다. 이용자 본인이 그 이용내용을 결정한다는 점을 감안하면, 계약의 본질적 내용이라 할 수 있는 이용자가 지출할 수 있는 가격에 대한 한도까지 설정하고 있는 것은 자기결정권의 보호라기보다는 국가의 후견권남용으로 볼 여지가 있다.

64) Horst Eidenmüller, *Der homo oeconomicus und das Schuldrecht – Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics*, JZ 2005, 216, 222; Patrick C. Leyens/Hans-Bernd Schäfer, “Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen – Rechtsökonomische Überlegungen zu einer einheitlichen Konzeption von BGB und DCFR”, *AcP* 210(2010), 771, 788; Lars Leuschner, “Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle – Weshalb M&A-Verträge nicht der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB unterliegen”, *AcP* 207(2007), 491, 504 f.

IV. 맺음말

민법은 성인인 경우에는 그 자가 성년후견이나 한정후견 심판을 받은 경우 등에 한하여 그 자의 선택권을 제한하여 보호한다. 중독의 위험이 있는 이용자를 보호하기 위한 정책은 당연히 필요하지만 일률적으로 그들의 의사결정의 내용자체를 제한하는 것은 문제가 있다. 취약한 존재(중독의 위험이 있는 자 또는 중독된 자)의 보호는 개별적으로 이루어져야 할 문제이므로 이를 위해 게임 이용자 전부를 통제해서는 안 된다. 국가가 성인의 선택권을 일률적으로 제한하는 것은 후견권의 남용이라고 볼 수 있으며 온라인 게임의 성인 이용자들을 모두 보호해야 하는 잠재적인 취약계층으로 치부한다는 점에서 문제가 있다. 더욱이 위 규제의 모습이 법령상의 규제가 아닌 한국게임산업협회 및 게임사가 임의로 정한 규제(소위 ‘그림자 규제’ 또는 ‘간접규제’)라는 점에 주의를 요한다. 법령이 아닌 게임물관리위원회의 등급심사로 성인 이용자의 자기결정권 등을 제한하는 것은 매우 큰 문제점을 안고 있기 때문이다. 권력분립과 법의 지배 원리에 입각한 근대법치국가의 이념에서는 국민의 권리·의무에 관한 모든 법규가 국민의 대표기관인 국회에 의하여 제정된 형식적 법률일 것을 요구한다. 이러한 이유 때문에 원칙상 입법권의 복위임이 금지되어 위임입법은 인정되지 않는다. 그렇다면 게임물관리위원회의 등급심사를 통한 게임이용자의 권리제한은 어떠한가? 게임 내용과 무관한 구매 한도의 설정이 등급심사 평가항목에 포함된 것도 이해하기 힘들지만 이러한 규제에 대한 근거 법령이 전무하다는 점이 더 문제된다. 국가의 규제는 지켜야 하는 의무가 부여되는 만큼 그 목적이 명확해야 하며 사회에 미치는 부작용과 산업에 가해지는 피해 정도 등을 종합적으로 예측하여 결정되어야 하며, 규제가 이루어지더라도 법이 정한 범위에서 강제되어야 한다. 게임물등급위원회는 게임산업법 및 게임물관리위원회 등급분류기준에 게임 결제 한도가 포함되어 있지 않음에도 불구하고 등급 분류 신청 절차에서 결제 한도 규제를 강제하여 실질적으로 등급 분류 기준과 연계시켰다. 법령에 의한 규제가 아님에도 불구하고 국민의 기본권을 제한하는 이런 식의 규제방식인 간접규제는 우회적으로 사인의 행동을 제약하는 수법으로서 법에 의한 규제에 비해 사법부나 헌법재판소의 법적 통제에서 자유로울 수 있으면서도 더 강한 정책적인 강제력을 지닌다. 간접규제가 확산되고 있는 현대 국가에 있어서 이러한 이른바 우회적으로 사인의 행동을 제약하는 수법이 고안되고 있다. 필자는 그러한 수법 중 하나가 온라인 게임의 결제한도 제한이라고 본다. 그런데 만약 이러한 간접규제가 법규제가 아니라는 이유로 법학의 논의의 도마 위에조차

오르지 못한다고 한다면, 국가가 법적 통제의 울타리에서 벗어나 우리의 자유를 쉽게 제약할 수 있게 될 것이다. 그러한 국가의 과도한 개입을 억제하기 위해서는 법 이외의 규제인 간접규제에 대해서도, 우리는 법학적 고찰의 손을 뻗어 그를 실체적으로 통제하는 원리를 창출해낼 필요가 있다. 본고에서 소개한 Lessig와 Sunstein 등이 제시한 간접규제의 통제방법이 하나의 참고할 만한 지표가 될 것이다.

참고문헌

1. 단행본

존 스튜어트 밀 지음, 서병훈 옮김, 자유론, 책세상, 2005

알렉시스 드 토그빌 지음, 은은기 옮김, 미국의 민주주의, 계명대학교 출판부, 2013

허영, 한국헌법론(신정 제13판), 박영사, 2000

Lorenz Kähler, *Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts*, 2012

Hein Kötz, *Europäisches Vertragsrecht, Band I*, 1996

Lawrence Lessig, CODE version 2.0, Ch. 7(2006).

井上達夫, 自由論, 岩波書店, 2008

2. 학술지

Horst Eidenmüller, “*Der homo oeconomicus und das Schuldrecht – Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics*”, JZ 2005, pp.216-224.

Lawrence Lessig, “The Regulation of Social Meaning”, 62 *University of Chicago Law Review*, 1995, pp.943-1045.

_____, “Plastics: Unger and Ackerman on Transformation”, 98 *Yale Law Journal*, 1989, pp.1173-1192.

_____, “The New Chicago School”, 27(3) *The Journal of Legal Studies*, 1998, pp.661-691.

Lars Leuschner, “Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle – Weshalb M&A-Verträge nicht der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB unterliegen”, *AcP* 207(2007), pp.491-529.

Patrick C. Leyens/Hans-Bernd Schäfer, “Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen – Rechtsökonomische Überlegungen zu einer einheitlichen Konzeption von BGB und DCFR”, *AcP* 210(2010), pp.771-803.

- Erin Ann O'hARA, "OPTING OUT OF REGULATION – A public choice analysis of contractual choice of law", 53(3) *Vanderbilt Law Review*, (2000), pp.1561-1604.
- R. A. Posner, "Social Norms, Social Meaning, and the Economic Analysis of Law", 27 *Journal of Legal Studies*, 1998, pp.553-556.
- Adam Sonfield, "Restrictions on Private Insurance Coverage of Abortion: A Danger to Abortion Access and Better Health Coverage", 21 *Guttmacher Policy Review* 29(2018), <<https://www.guttmacher.org/gpr/2018/06/restrictions-private-insurance-coverage-abortion-danger-abortion-access-and-better-us>>, 검색일: 2019.9.10.
- Cass R. Sunstein, "Social Norms and Social Roles", 96 *Columbia Law Review*, 1996, pp.903-968.
- 駒村圭吾, 第四部(29)“「意味の秩序」と自由”, 曾我部真裕=赤坂幸一編, 『憲法改革の理念と展開(下)―大石眞先生還暦記念』, 信山社, 2012, 1-950頁.
- 大屋雄裕, “柔らかく確率的な支配”, ビジネス・ロー・ジャーナル八九号, レクシスネクシス・ジャパン, 2015
- 安藤馨, 第3章 “功利主義者の立法理論”, 井上達夫編『立法学の哲学的再編』, 立法学のフロンティア(一), ナカニシヤ出版, 2014, 1-316頁.
- 奥平康弘, “《インタビュー》法規制はできるだけ慎重にむしろ市民の「文化力」で対抗すべきだろう”, *Journalism* 2013年一11月号, 朝日新聞社, 100-109頁.

[Abstract]

Payment Limit Regulation of Online-Game and Indirect Regulation

Seo, Jong-Hee*

Online game payment limit is aimed at creating a healthy game ecosystem and protecting users. However, the uniform restriction on the choice of adults by the state is an abuse of guardianship and is problematic because it regards the potential vulnerable group to protect all adult users of online games. Furthermore, it is important to note that the above regulation is not a regulation by law but a regulation arbitrarily set by the Korea Game Industry Association and the game company (so-called ‘shadow regulation’ or ‘indirect regulation’).

Indirect regulation, a form of regulation that restricts the basic rights of the people despite being not regulated by statute, is a method of restricting the behavior of autographs by chance and can be free from legal control of the judiciary or the constitutional court compared to the regulation by law. That is, it has no checks and thus has a stronger policy force.

In order to curb excessive state involvement, we need to reach out to legal considerations and create a principle of substantive control over indirect regulation, a regulation other than law. In this sense, it is desirable to abolish the online game payment limit regulation policy.

[Key Words] Payment Limit Regulation of Online-Game, direct Regulation, indirect Regulation, Self-determination, Private autonomy

* Associate Professor, Law School, Konkuk University