

게임질병코드 이슈를 헌법적 관점에서 봐야 하는 이유

2022년 3월 29일

황성기



게임질병코드 이슈 등장 배경

세계보건기구(World Health Organization(WHO)가 제72차 총회 중인 2019. 5. 25. 국제질병·사인(死因)분류(International Classification of Diseases(ICD)1의 제11차 개정판(ICD-11)에 게임이용장애(gaming disorder)를 ‘행위중독’의 하위분류로 등재시키는, 즉 게임이용장애에 대해서 질병코드(질병분류기호)를 부여하는 최종결정을 내렸다. 그리고 이러한 ICD-11은 2022. 1. 1. 발효되었다. 향후 우리나라 통계청이 관리하는 한국표준질병·사인(死因)분류(Korean Standard Classification of Disease and Cause of Death(KCD)가 이를 수용 및 반영할 것인지가 문제되고 있고, 이에 관해서는 현재 우리 사회에서 그 찬반에 관한 치열한 논쟁이 벌어지고 있다.

//

게임이용장애의 질병코드화의 문제는 공중보건의학적, 사회문화적, 산업정책적 문제이기도 하지만, 더 나아가서 법적인 문제, 특히 헌법 문제이기도 하다.

//

우선 찬성론은 ① 게임이 뇌의 도파민 회로에 작용하고, 약물중독자의 뇌를 스캔하였을 때의 이상부위와 게임중독자의 뇌 스캔 이상부위가 일치하는 것이 확인되는 등 게임 과몰입 관련 연구는 오래 전부터 이루어졌다는 점, ② 온라인 게임을 과도하게 이용할 경우, 감정조절 및 충동조절 기능이 떨어진다는 연구결과가 지속적으로 보고되고 있다는 점, ③ 일부 게임 과몰입 이용자가 일상생활에 지장을 받고 있으며, 이 부분에 대한 정식 치료가 개입돼야 한다는 점, ④ 게임이용장애 질병코드 부재로, 의사 입장에서는 환자를 우울증이나 불면증 등 다른 병명으로 진단내릴 수밖에 없는 상황인데, 이와 같은 우회치료는 치료 효과가 낮다는 점 등을 제시하고 있는 것으로 파악된다.

반면에 반대론은 ① 우리나라에서 게임은 한편으로는 중독물질이라는 보건/의학의 관점과 다른 한편으로는 산업의 성장동력이자 한류의 중심으로 지원/진흥의 대상이기도 하는 이중적 잣대로 다루어짐으로 인해, 정작 필요한 게임의 사회문화적 가치에 대한 논의는 진전되지 못하고 있다는 점, ② 문화활동으로서 게임의 가치, 게임의 예술성, 그리고 게임산업 종사자들의 인권, 젠더문제까지 이중 잣대 속에 가려진 게임의 사회문화적 의미와 가치에 대한 연구와 사회적 논의 또한 시급히 만들어져야 한다는 점, ③ 게임이용장애 질병코드를 수용하게 되면, 한국에서는 보건/의학 관점의 게임 규제 논의가 강화될 것이라는 점, ④ 게임이용장애의 증상, 진단기준, 게임이용으로 인한 문제행동의 정확한 원인 등에 대해서 아직 학술적·의학적 답을 찾을 수 없다는 점 등을 근거로 제시하고 있는 것으로 파악된다.

한편 2013년에 미국 정신의학협회^{APA}의 『DSM』(정신질환 진단 및 통계편람 Diagnostic and Statistical Manual)-5에서는, 게임이용장애가 공식 질병으로 인정받기에는 아직 과학적 연구나 근거가 부족하다고 판단되어 질병코드 부여는 보류되고, 게임이용장애를 ‘추가 연구가 필요한 항목(conditions for further study)’으로 분류한 바 있다.

여기서 게임이용장애란 ‘게임이용과 관련된 병리학적인 현상 내지 증상’으로 이해된다. 다만 질병분류체계에 있어서 질병코드를 부여하는 것과 관련하여, WHO는 공식적으로 독자적인 질병코드를 부여했지만, 미국 정신의학협회는 추가 연구가 필요한 항목으로 분류하는데 그치고 있다는 점에 있어서, 큰 차이가 존재한다.

¹국제적으로 통일된 질병, 상해, 사인분류를 정해 질병이환, 사망원인을 그 유사성에 따라 유형화한 분류 체계를 말한다. WHO는 각 회원국에 ICD에 따라 통계 작성 등 권고한다. 물론 구속력이 있는 것은 아니다.

위와 같은 게임이용장애의 질병코드화의 문제는 공중보건의학적, 사회문화적, 산업정책적 문제이기도 하지만, 더 나아가서 법적인 문제, 특히 헌법 문제이기도 하다. 이 글은 게임질병코드 이슈를 왜 헌법적 관점에서 봐야 하는지 그 이유를 설명하는 글이다.

게임질병코드 이슈 = 헌법 문제

(1) 게임질병코드의 법적 의미

어떤 특정한 신체적·정신적 증상에 대해서 질병코드를 부여한다는 것은 공중보건의학적 관점에서는 치료와 예방의 대상이 되는 질병으로 규정된다는 것을 의미한다. 이러한 공중보건의학적 관점에서뿐만 아니라, 법적인 측면에서 질병코드화의 의미를 검토할 필요가 있다. 즉 우리나라 통계청이 관리하는 KCD가 게임이용장애를 수용 및 반영하는 것의 법적 의미를 규명할 필요가 있다.

우선 통계청에 의한 KCD 작성 및 관리의 법적 근거는 통계법 제22조 제1항이다. 통계법 제22조 제1항은 “통계청장은 통계작성기관이 동일한 기준에 따라 통계를 작성할 수 있도록 국제표준분류를 기준으로 산업, 직업, 질병·사인(死因) 등에 관한 표준분류를 작성·고시하여야 한다. 이 경우 통계청장은 미리 관계 기관의 장과 협의하여야 한다.”고 규정하고 있다. 그리고 KCD를 통해서 특정한 신체적·정신적 증상에 대해 질병코드가 부여되면, 의료법에 의해 의사 등의 의료인이 발급하는 진단서에 반드시 기입하게 되고 허위기재시 면허자격의 정지와 같은 제재가 부과되는 등 강제적 규범력이 발생한다.

결국 게임이용장애의 질병코드화의 법적 의미는, 게임이용장애 및 질병코드화 각각의 의미, KCD가 일반적·추상적 규범으로서 기능한다는 점 등을 종합해 볼 때, 결국 “공중보건의학적 관점에서의 게임이용장애라는 질병이 법적 구속력을 갖는 일반적·추상적 규범화된다.”는 것을 의미한다.

그러면 여기서 “공중보건의학적 관점에서의 게임이용장애라는 질병이 법적 구속력을 갖는 일반적·추상적 규범화된다.”는 것이 실천적인 측면에서는 어떠한 의미를 가지는가에 대한 검토가 필요하다. 바로 여기서 어떤 병리학적 현상을 포함하여 사회역기능적 현상에 대한 국가 개입의 필요성과 한계의 문제가 등장할 수 있다. 따라서 게임이용장애의 질병코드화는 공중보건의학적 문제에만 그치는 것이 아니라는 점에 문제점이 도사리고 있는 것이다. 왜냐하면 특정 질병을 유발하는 원인에 대해서 치료와 예방을 위하여 국가의 개입, 즉 국가의 규제가 필연적으로 요구되기 때문이다. 특히 아래에서 설명하다시피, 표현의 자유의 보호대상이 되는 매체, 표현물에 대해서 질병의 원인으로 규정한다는 것은 결국 그 매체, 표현물에 대한 국가의 규제가 필요하고 정당화될 수 있다는 것을 의미한다. 바로 여기에 법적인 문제점이 내재하고 있는 것이다.

(2) 게임의 헌법적 의미

게임은 표현의 자유에 의해서 보호를 받는 의사표현의 매개체다. 의사표현의 자유는 언론·출판의 자유에 속하고, 여기서 의사표현의 매개체는 어떠한 형태이건 그 제한이 없기 때문이다.² 따라서 게임은 예술표현의 수단이 될 수도 있으므로 그 제작 및 판매·배포는 표현의 자유를 보장하는 헌법 제21조 제1항에 의하여 보장을 받는다.³ 그리고 게임이 ‘예술’표현의 수단이 될 수도 있다는 것은, 게임이 표현의 자유뿐만 아니라 예술의 자유의 보호대상이 되기도 한다는 것을 의미한다. 더 나아가서 표현의 자유와 예술의 자유는 우리나라 헌법의 기본원리 중의 하나인 문화국가원리의 내용을 구성하는 주요 기본권이다. 따라서 게임은 문화콘텐츠로서, 게임산업은 문화산업의 일종이기도 하다.

²“언론·출판의 자유의 내용으로서는 의사표현·전파의 자유, 정보의 자유, 신문의 자유 및 방송·방영의 자유 등이 있는데, 이러한 언론·출판의 자유의 내용 중 의사표현·전파의 자유에 있어서 의사표현 또는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 가능하며 그 제한이 없으므로, 담화·연설·토론·연극·방송·음악·영화·가요 등과 문서·소설·시가·도화·사진·조각·서화 등 모든 형상의 의사표현 또는 의사전파의 매개체를 포함한다.”(헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 판례집 14-1, 251, 265)

³헌재 2002. 2. 28. 99헌바117, 판례집 14-1, 118, 124(게임물판매업자가 되고자 하는 자로 하여금 대통령령이 정하는 바에 의하여 문화관광부장관 또는 시장·군수·자치구의 구청장에게 등록하도록 요구하는 것이 헌법에 위반되는지 여부가 문제된 사건임).

위와 같은 게임의 헌법적 의미를 염두에 둔다면, 게임이용장애에 대해서 질병코드를 부여하는 통계청의 KCD가 법적인 측면에서 어떠한 문제점을 갖는지를 검토함에 있어서는, 필연적으로 아래와 같이 문화국가원리, 표현의 자유 및 예술의 자유 등 헌법적인 측면에서의 검토가 요청되는 것이다.

(3) 문화국가원리 위반 가능성

우리 헌법이 채택하고 있는 기본원리 중의 하나로 문화국가원리가 존재한다. 문화국가는 국가로부터 문화활동의 자유가 보장되고 국가에 의하여 문화가 공급되어야 하는 국가, 즉 문화에 대한 국가적 보호·지원·조정 등이 이루어져야 하는 국가로 정의된다. 헌법재판소도 우리나라는 건국헌법 이래 문화국가원리를 헌법의 기본원리로 채택하고 있다고 보고 있다.⁴ 문화국가원리의 실현에 있어서는 문화정책에 대한 국가의 기본입장이 매우 중요한데, 이와 관련하여 헌법재판소는 국가가 어떤 문화현상에 대하여도 이를 선호하거나, 우대하는 경향을 보이지 않는 불편부당의 원칙을 제시한 바 있다.

문화국가원리가 지향하는 핵심가치 내지 핵심목표가 ‘사회의 자율성을 기반으로 하는 문화의 개별성·고유성·다양성 확보’에 있다고 한다면, 문화국가원리가 상정하는 국가의 역할과 그 한계를 설정하는 기준도 바로 ‘사회의 자율성을 기반으로 하는 문화의 개별성·고유성·다양성 확보’가 될 것이다. 그리고 문화적 자율성이 문화활동에 대한 국가의 문화정책적 중립성과 관용을 의미한다면, 국가에게는 문화정책적 명령과 획일화의 시도는 허용되지 않고, 문화영역에 대한 국가의 간섭은 자율적 문화형성의 여건을 보강하는 범위 정도에 한정되어야 한다.

//

표현의 자유의 보호대상이 되는 매체, 표현물에 대해서 질병의 원인으로 규정한다는 것은 결국 그 매체, 표현물에 대한 국가의 규제가 필요하고 정당화될 수 있다는 것을 의미한다.

//

그리고 게임이용장애의 질병코드화가 문화국가원리를 위반하는지 여부를 판단함에 있어서는, 기본적으로 게임은 영화, 비디오물, 음악, 웹툰 등과 마찬가지로 문화콘텐츠로서의 의미를 가진다는 점을 전제해야 한다.

결론적으로 게임이용장애의 질병코드화는 우리나라 헌법의 기본원리인 문화국가원리에 반한다. “공중보건의학적 관점에서의 게임이용장애라는 질병이 법적 구속력을 갖는 일반적·추상적 규범화된다.”는 법적 의미를 가지는 게임이용장애의 질병코드화는 결국 문화국가원리가 허용하는 차원의 문화영역에 대한 국가 개입의 범위를 유월하기 때문이다. 또한 게임과 마찬가지로 문화콘텐츠인 영화, 비디오물, 음악, 웹툰 등에 대해서 그 이용장애를 질병으로 규정한 적이 없다는 점을 염두에 두어야 한다.

(4) 표현의 자유 침해 가능성

게임의 제작 및 판매·배포는 표현의 자유를 보장하는 헌법 제21조 제1항에 의하여 보호를 받는다. 즉 게임은 표현의 자유의 보호대상이 된다. 일반적으로 언론·출판의 자유로 칭해지기도 하는 표현의 자유는 정신적 기본권의 일종으로서 특히 민주주의의 기초가 되는 기본권이므로, 재산권 등 경제적 기본권에 비해서 고도의 보장을 받는다. 물론 표현의 자유에 대해서도 일정한 공익을 위하여 제한이 가능하다. 하지만 표현의 자유가 갖는 의미, 기능 때문에, 다른 기본권의 제한에 적용되는 한계보다 엄격한 한계가 적용된다.

4“우리나라는 건국헌법 이래 문화국가의 원리를 헌법의 기본원리로 채택하고 있다. 우리 현행 헌법은 전문에서 “문화의 ... 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히” 할 것을 선언하고 있을 뿐 아니라, 국가에게 전통문화의 계승 발전과 민족문화의 창달을 위하여 노력할 의무를 지우고 있다(제9조). 또한 헌법은 문화국가를 실현하기 위하여 보장되어야 할 정신적 기본권으로 양심과 사상의 자유, 종교의 자유, 언론·출판의 자유, 학문과 예술의 자유 등을 규정하고 있는바, 개별성·고유성·다양성으로 표현되는 문화는 사회의 자율영역을 바탕으로 한다고 할 것이고, 이들 기본권은 견해와 사상의 다양성을 그 본질로 하는 문화국가원리의 불가결의 조건이라고 할 것이다.”(헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1, 판례집 16-1, 670, 679. 학교 정화구역 내에서의 극장시설 및 영업을 금지하고 있던 학교보건법 조항의 위헌 여부가 다투어진 사건임).

위에서 분석하였듯이, 게임이용장애의 질병코드화는 “공중보건의학적 관점에서의 게임이용장애라는 질병이 법적 구속력을 갖는 일반적·추상적 규범화된다.”는 것을 의미한다. 따라서 공중보건의학의 영역에만 머무르는 것이 아니라, 법규범의 영역으로 들어오게 되는 것이다. 이것은 곧 게임이용장애의 질병코드화에 대해서는 표현의 자유 보장법리에 따른 헌법적 통제가 필요하다는 것을 의미하게 된다. 게임이용장애의 질병코드화는 다음과 같은 이유에서 표현의 자유 침해 가능성이 있다.

첫째, 게임이용장애의 질병코드화는 국가가 강제력을 동원하여 표현의 자유의 보호대상인 게임에 대해서 ‘사회적·규범적 낙인’을 찍는 것이다. 그런데 이러한 사회적·규범적 낙인으로 인해 사실상의 ‘위축효과(chilling effect)’가 발생할 것이고, 따라서 게임을 통한 자유로운 의사표현 및 게임의 이용이 억제되는 효과가 발생하게 된다. 표현에 대한 위축효과는 표현의 자유가 가장 경계하는 것이다.

둘째, 게임이용장애의 질병코드화에 대해서는 게임이용으로 인한 의학적 부작용이 분명히 존재하고, 따라서 그러한 의학적 부작용에 대해서는 공중보건의학적 관점에서 개입이 필요하다는 주장이 가능하다. 이 자체는 일응 타당한 주장일 수 있다. 하지만 게임이용장애에 대한 공중보건의학적 관점에서의 개입이 필요하다고 하더라도, 표현의 자유에 미치는 영향을 고려해야 한다. 특히 게임이용장애라고 하는 의학적 부작용에 대해서는, 기존에 이미 질병코드로 존재하는 일반적 ‘행동장애’에 포함시켜 공중보건의학적 관점에서의 개입이 가능하다는 점을 고려해야 한다. 기본권을 덜 침해하는 수단이 이미 존재하는 경우에 불필요하게 과도한 다른 수단을 동원하는 것은 위헌이기 때문이다.

(5) 예술의 자유 침해 가능성

헌법 제22조 제1항은 예술의 자유를 보장하고 있다. 게임은 미술(그래픽), 음악, 사진, 어문, 만화(애니메이션) 등의 복합적 장르로서 예술적 속성을 충분히 가질 수 있기 때문에, 게임은 예술의 자유에 의해 보호되는 예술에 포함된다고 할 것이다.

게임이용장애의 질병코드화는 예술의 자유 중에서 예술창작의 자유와 예술표현의 자유에 영향을 미칠 수 있다. 물론 예술의 자유도 법률로써 제한이 가능하지만, 예술행위가 가지는 창조성의 면을 고려할 때, 가능한 국가가 제한하는 것은 자제하는 것이 바람직하다. 즉 예술의 자유는, 일차적으로 예술가의 자유로운 창작활동과 예술가가 자신의 창작물을 통하여 대중에 접근하고 작용하는 가능성을 보장할 뿐만 아니라, 나아가 이러한 과정에서 예술의 자유가 다른 법익과 충돌하는 경우에는 예술이라는 특성을 별도로 고려할 것을 요청한다.

이상과 같은 예술의 자유의 헌법적 의미 및 내용, 보다 구체적으로 예술행위가 가지는 창조성으로 인하여 가능한 국가가 예술의 자유를 제한하는 것은 자제하는 것이 바람직하다는 점, 예술의 자유가 다른 법익과 충돌하는 경우에는 예술이라는 특성을 별도로 고려할 것이 요청된다는 점을 고려할 때, 게임이용장애의 질병코드화는 예술의 자유가 보호하고자 하는 가치를 몰각시키고, 예술의 자유 중에서 예술창작의 자유와 예술표현의 자유를 침해할 가능성이 높다.

(6) 문화향유권 침해 가능성

게임이용장애의 질병코드화는 문화생활과 관련되어 있는 기본권으로 이해될 수 있는 ‘문화향유권^{right to culture}’을 침해하거나 형해화시킬 위험성이 크다. 문화향유권이란 유엔 『세계인권선언^{Universal Declaration of Human Rights}』(1984. 12. 10. 채택) 제27조와 『경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약^{International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights}』(1966. 12. 16. 채택, 1976. 1. 3. 발효, 대한민국에서는 1990. 7. 10. 발효) 제15조에서 규정하고 있는 권리로써, ‘문화생활에 자유롭게 참여할 권리’ 혹은 ‘문화적 산물을 향유할 권리’를 의미한다.

게임은 대표적인 문화콘텐츠 중의 하나다. 따라서 게임을 정신장애의 원인으로 규정하여 게임이용장애에 대해서 국가가 공식적인 질병코드를 부여하게 되면, 우리 국민이 향유해야 할 ‘문화생활에 자유롭게 참여할 권리’ 혹은 ‘문화적 산물을 향유할 권리’에 부정적 영향을 미쳐 위축효과를 유발하거나, 형해화시킬 위험성이 크다.

‘사실의 문제’로부터 ‘가치와 규범의 문제’로의 전환

게임질병코드 문제는 ‘사실의 문제^{Sein}’가 ‘가치와 규범의 문제^{Sollen}’로 전환된 것이다. 이것은 곧 과학의 문제(과학적으로 완전히 증명되었는지는 별론)가 이해관계의 충돌과 이익형량의 문제로 바뀌었다는 것을 의미한다. 게임질병코드 문제를 게임이용장애라는 현상에만 초점을 맞추어 단순하게 생각하거나 접근해서는 안되고, 특정산업이나 특정집단에 대한 편견과 오해, 그리고 이로 인한 과도한 자유나 권리 침해가 발생할 위험성은 없는지를 고려하여 신중하게 접근해야 하는 이유이기도 하다. 이것은 특정한 행위나 성향을 개인적·사회문화적 맥락을 배제한 채 무조건 질병으로 분류하는 것 자체의 문제점과 연동되어 있다.

게임질병코드 문제는 '사실의 문제 Sein'가 '가치와 규범의 문제Sollen'로 전환된 것이다.

//

트랜스젠더 질병코드 문제를 생각해 보면 쉽게 이해할 수 있다. 2019년 WHO가 ICD 제11차 개정판(ICD-11)을 의결하면서 기존에 '정신장애'로 분류되어 있던 트랜스젠더를 '성적 건강 관련 상태'라는 범주로 변경하고 질병분류에서 제외하였다는 점에 주목할 필요가 있다. 트랜스젠더를 질병분류에서 제외한 것으로부터 다음과 같은 두 가지 의미를 추출할 수 있다.

첫째, WHO는 특정한 행위나 성향을 질병으로 분류할 때, 당해 행위나 성향이 갖는 사회문화적 맥락이나 개인의 정체성·다양성을 전혀 고려하지 않는다는 것을 의미한다. 트랜스젠더는 성(性) 정체성의 문제이고, 더 나아가서 인간의 존엄성의 문제다. 이번에 WHO가 트랜스젠더를 질병분류에서 제외하면서, 트랜스젠더를 질병코드에 등재했던 점에 대해 그 잘못을 명시적으로 인정하고 유감을 표명했는지 궁금하다. 물론 WHO가 1990년 ICD 제10차 개정판(ICD-10)을 제정하면서 트랜스젠더를 '성 정체성(주체성) 장애'의 하위인 '트랜스섹슈얼리즘Transsexualism'으로 분류한 당시에는, 트랜스젠더를 질병으로 보는 것이 사회문화적 맥락에서 일반적이었다는 항변이 가능할 수 있다. 하지만 게임이용장애의 경우는 현 시점에서 볼 때, 의학적 근거 등에 있어서 매우 논란이 많을 뿐만 아니라, 게임이용장애를 별도의 질병으로 보는 것에 대해 사회문화적 맥락에서 일반화되었다고 보기는 힘들다.

둘째, WHO의 질병분류가 절대적인 무오류의 진리나 선(善)이 아니라는 것을 의미한다. 따라서 개별 국가 차원에서 WHO의 질병분류를 그대로 수용할 의무나 필요도 없고 그대로 수용해서도 안된다. 헌법은 각 나라의 고유한 사회·문화·역사·전통·제도가 반영된 그 나라의 최상위 규범이다. WHO가 ICD 제11차 개정판에 게임이용장애를 등재시켰다고 하더라도, 우리나라의 KCD가 수용할 것인지 여부는 우리나라의 헌법규범, 헌법원리, 헌법문화에 따라 결정되어야 한다. 특히 WHO가 ICD에 대해서 권고적 효력만 부여한 이유를 음미해 볼 필요가 있다. 이것은 결국 각 나라의 법제도, 문화에 따라 수용 여부를 결정하라는 의미이다.