

21-02

연구보고서
게임자율규제와 문화향유권,
문화접근권

<연구보고서>

게임자율규제와 문화향유권, 문화접근권

2022. 01.

연구책임자: 박종현
(국민대학교 법과대학)

제 출 문

한국게임정책자율기구 귀하

본 보고서를 “게임자율규제와 문화향유권, 문화접근권”의 최종 보고서로 제출합니다.

2022년 1월

참 여 연 구 진

책 임 연 구 원 : 박종현 (국민대학교 법과대학 부교수)

<목차>

I. 들어가며

1. 연구의 배경 및 목적
2. 연구의 범위 및 방법

II. 문화권(문화적 권리)에 대한 논의

1. 문화 개념에 대한 논의
2. 문화권의 성립 가능성 검토
3. 국제인권법에서의 문화권 논의
4. 헌법상 문화권에 대한 논의: 서설
5. 헌법상 문화국가원리에 대한 논의
 - (1) 독일에서의 고전적 논의
 - (2) 한국 헌법학계의 논의
 - (3) 헌법재판소의 논의
 - (4) 문화국가원리의 구체화
6. 문화국가원리로부터 문화권 정립
 - (1) 복합적 권리로서 문화권
 - (2) 문화권 내용의 정립
 - (3) 문화권 논의에서 고려해야 할 점: 문화에의 참여와 접근, 향유

III. 게임문화권에 대한 탐색

1. 문화로서의 게임

- (1) 일반적 논의
- (2) 규범적 논의: 미 연방사법부 논의
- (3) 규범적 논의: 우리의 논의

2. 게임문화권의 확립과 자율규제 논의

- (1) 문화로서 게임에 대한 헌법적 보호
- (2) 게임문화권의 보장
- (3) 게임자율규제 정립

IV. 나오며

1. 논의의 정리

2. 향후 과제

I. 들어가며

1. 연구의 배경 및 목적

- 4차산업혁명의 도래에 따라 관련 산업 규제 개선 및 완화에 대한 사회적 요구가 높아짐에 따라 기술산업에서 자율규제 모델이 각광을 받기 시작함
- 게임 산업 역시 자율규제에 대한 논의가 활발하나 그의 목표나 근본 가치에 대한 숙고의 과정이 부재한 실정임
- 게임의 문화적 가치를 구체화하고 게임을 할 권리를 이론적으로 정립하여 자율규제의 방향성을 세울 필요가 있음
- 게임의 문화적 가치를 제고하고 자율규제의 방향성을 정립하기 위해 이 연구에서는 게임할 권리를 문화적 권리에 대한 논의에 포섭하여 헌법적으로 정립하려고 함

2. 연구의 범위 및 방법

- 본 연구에서는 우선 문화권을 헌법적으로 정립하기 위해 국제인권법상 문화권의 논의 및 헌법상 문화국가원리에 대한 내용을 정리하고 이에 근거하여 문화적 기본권 내용을 구체화함
 - 문화 및 문화권에 대한 국제인권법상 규정 및 논의 정리
 - 문화국가원리에 대한 이론적 논의, 판례의 논의 정리
 - 문화 관련 기본권 논의의 이론적 배경 정리
 - 문화 관련 기본권 목록(향유권, 접근권 등) 정립
- 문화권에 대한 논의를 바탕으로 게임 이용자의 게임할 권리를 헌법상 문화권의 맥락에서 기본권으로 정립해 볼 것임
 - 문화로서의 게임 논의를 문화인류학적 측면, 그리고 입법 및 사법의 규범적 측면에서 정리
 - 게임 이용자의 권리를 문화 관련 기본권에 포섭시켜 정리
 - 문화 접근, 참여, 향유권으로서의 게임할 권리 논의

II. 문화권(문화적 권리)에 대한 논의

1. 문화 개념에 대한 논의

- 자연에 대한 경작, 돌봄을 뜻하는 라틴어 *cultura*에 어원을 두고 있는 ‘문화’는 본래 자연에 인간의 활동이 가해진 것을 의미하며 시간이 흘러 교양·예술 등의 의미를 갖게 됨¹⁾

- 문화인류학의 시조라 불리는 타일러(Edward Burnett Tylor)는 문화를 “지식, 신앙, 예술, 도덕, 법률, 관습, 기타 및 인간이 사회의 성원으로서 획득한 능력이나 습성의 복합적인 전체”라 정의²⁾
 - 문화란 자연에 인간의 활동이 가해진 것을 의미하며 결국 인간에 의하여 만들어진 모든 것이자 사회 내에서 공유되는 전형적인 생활양식, 가치관 및 행위양식의 총체라 할 수 있음³⁾

- 문화비평가인 윌리엄스(Raymond Williams)는 문화에 대한 정의를 다음의 세 가지 범주에서 시도⁴⁾
 - 첫째, 문화를 ‘이상’으로 보는 관점에서는 문화는 절대적이거나 보편적인 가치의 견지에서 인간의 완성 상태 혹은 완성 과정이라 정의
 - 둘째, 문화를 ‘기록’으로 보는 관점에서는 문화는 세밀한 방식으로 인간의 생각과 경험을 다양하게 기록하는 지적이고 상상력이 깃든 작품의 총체라 정의
 - 셋째, 문화를 ‘사회적’ 관점에서 바라보아 문화는 예술이나 학문에서뿐만 아니라 제도나 일상적 행위에서 어떤 의미나 가치를 표현하는 특정한 삶의 방식이라 정의

- 최근의 연구 중에는 문화를 크게 자원, 창조, 이데올로기, 총체적 삶의 네 가지 범주로 구분하여 그 개념을 설명하려는 시도도 있음⁵⁾
 - 먼저 문화는 인류의 축적된 물질적 유산과 동일시되며, 문화는 문화유산과 인공적인 문화생산물을 포함해서 특히 특정한 인간 그룹들의 만들어 낸 자원을 의미

1) 최연구, 『문화콘텐츠란 무엇인가』, 살림, 2006, 6-8면.

2) Edward Burnett Tylor, *Primitive Culture: Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Art, and Custom*, Cambridge University Press, 2010. 초판은 *Primitive Culture*, London: John Murray, 1871.

3) 비슷한 관점에서 인류학자 클리포드 기어츠(Clifford Geertz)는 문화는 삶에 관한 지식과 태도를 전달하고 유지하고 전개하는 상징 시스템으로 역사적으로 계승된다고 설명한다. 클리포드 기어츠, 문옥표 역, 『문화의 해석』, 까치, 2009; 아야베 쓰네키, 이종원 역, 『문화를 보는 열다섯 이론』, 인간사랑, 1987, 194면 참조.

4) 레이먼드 윌리엄스, 성은애 역, 『기나긴 혁명(The Long Revolution)』, 문학동네, 2007.

5) 단, 이데올로기 설명 부분은 본 연구의 취지에 부합하지 않기 때문에 논의를 생략함. 이하 내용은 문화사회연구소, 문화권 NAP 수립을 위한 기초현황 실태조사와 정책연계방안, 2004년도 국가인권위원회 연구용역보고서, 15면 이하 참조.

한다고 봄⁶⁾

- 다음으로 문화는 예술적 과학적 창조의 과정으로 간주되기도 하는데, 창조로서의 문화는 고대 그리스 예술에서부터 내려온 가장 전통적인 정의방식이며, 현대에 이르게 되면 고전적인 인문주의자들이 문화를 정의하는 방식이기도 함⁷⁾
- 문화는 특정한 문화그룹들이 오랜 시대를 걸쳐 재생산하고, 개인들에게 일상 생활에서 필요한 행동과 사회적 관계를 공급해주는 일련의 실천뿐 아니라 가치와 상징의 체계, 총체적 삶의 양식으로 볼 수 있음⁸⁾

○ 유네스코 역시 이런 총체적 관점에서 문화를 정의하는데 그에 따르면 “가장 넓은 의미에서, 문화는 한 사회 또는 사회집단을 특정 짓는 고유의 정신적, 물질적, 지적, 그리고 정서적인 특성들의 총체로, 예술, 언어, 문학에 추가해서, 문화는 생활양식, 인간의 기본권, 가치체계, 전통 그리고 신념들을 포함” 함⁹⁾

○ 이러한 정의들에 따르면 문화란 결국 일상의 삶을 의미하며 사람들이 타인·사회와의 관계를 통해서 사고하고, 행위하면서 끊임없이 의미를 재생산하고 재구성해가며 이를 커뮤니케이션을 통해 확대하는 과정이라 정리할 수 있음

2. 문화권¹⁰⁾의 성립 가능성 검토

- 인간의 총체적 삶의 양식으로서 광범위하게 문화를 파악하게 되면 결국 문화에 대한 존중 및 인정은 문화다양성을 추구하는 것이라 할 수 있는데, 이렇게 다양한 문화를 추구하는 각 개인의 서로 다른 삶의 양식을 권리로서 보호해야 하는지, 나아가 그 권리의 보편적 내용을 무엇으로 정할 수 있는지에 대한 의문이 제기됨
- ‘가치 및 관습 비교의 무의미함’ 과 ‘문화의 다양성’ 을 강조하여 문화들 사이

6) 후술하겠지만, 이러한 입장에 따르면, 문화권은 개인이 이렇게 축적된 문화적 자원에 접근할 수 있는 동등한 권리를 의미하며 문화적 발전에 대한 권리로까지 확장 가능함. 특히 문화적 자원으로서의 문화적 권리는 문화의 물질적 토대를 분배하고 그것에 차별 없이 접근하는 것을 의미하지만 문화의 양적인 발전은 사실상 문화가 자본으로 확대 재생산되어 대중들의 문화적 권리를 오히려 위축시키는 결과를 가져오기도 함. 나아가 문화자본의 확대 재생산은 문화개방을 통해서 각국의 문화 다양성이 훼손되는 결과를 가져올 수 있음. (문화사회연구소, 15면)

7) 후술하겠지만, 이러한 시각 안에서 문화권은 개인이 자유롭게 자신들의 문화작업을 제약받지 않고 창조할 수 있는 권리가거나, 모든 사람들이 박물관, 콘서트, 극장, 도서관 등등에 있는 문화적 창조물들을 자유롭게 접근할 수 있는 권리를 의미함. 또한 문화적 권리의 관점에서 보면, 창조로서의 문화도 단지 엘리트문화, 고급문화의 산물이 아니라 개인의 소중한 표현의 자유를 신장할 수 있는 자산으로 간주할 수 있게 됨. (문화사회연구소, 17면)

8) 총체적 삶의 양식으로서의 문화에 근거한 문화권은 결국 개인이 살고 있는 사회적 환경이 차별받지 않고, 자신의 신념과 가치에 따라 활동할 수 있는 것을 의미함. (문화사회연구소, 22면)

9) Unesco, Mexico City Declaration on Culture Policy, 1982.9.

10) 문화권을 문화에 대한 권리와 문화적 권리로 구분하고, 문화에 대한 권리는 문화 전체를 대상으로 포괄적이고 이념적 인권의 관점으로 규정하는 것이며 문화적 권리는 문화영역에서 개인이 구체적으로 행사할 수 있는 인권 또는 기본권을 규정하는 개념으로 설명하는 논의는 김기곤, “한국사회의 문화권 구성과 제도화”, 민주주의와 인권, 제11권제2호, 전남대학교 5.18연구소, 2011 참조. 본 연구에서는 후자의 측면에서 문화권 용어를 사용한다.

- 의 차이를 비교하고 평가하는 것이 불가능하다는 관점을 취하면 문화에 대한 보편적인 기준을 제시하기 어렵고 문화권 내용을 구성하기 어렵게 됨
- 극단적인 문화적 상대주의에서는 독립된 공동체의 경계를 넘어서 받아들여질 수 있는 단일한 법적·도덕적 기준이 있을 수 없다고 주장¹¹⁾
- 문화다양성의 근간이 되는 문화상대주의의 시각에서 보편적으로 인정되는 문화에 대한 권리를 인정할 수 있을지 의문이 제기됨
 - 문화에 대한 권리는 동일한 가치를 공유하지 못한 개인들과 그룹들의 문화적 가치를 존중하는 것을 함축함
 - 집단적인 문화권의 개념에 있어 본질적인 것으로서 서로 다른 가치들에 대한 존중을 말할 때, 바로 그러한 구별이 서로 다른 사회그룹들의 구체성을 인지하기 위한 보편성에의 거부를 암시할 수 있음
 - 그에 따라 문화적 가치의 다양성을 강조하는 것은 우리가 생각하는 인권의 보편성과 반대되는 논의가 될 수 있음
 - 하지만 인간의 공통성과 문화적 차이 사이의 균형이라는 관점에서 문화에 대한 보편적 논의 가능성을 모색하기도 함
 - 문화는 좋은 삶에 대해 독특하고 복합적인 시각을 제공하고 있기 때문에 그것이 하나의 일반적인 기준으로 환원될 수 없다는 점에서 문화의 비교 불가능성 주장은 옳을 수 있지만, 동시에 어떤 문화가 인간의 삶을 더 풍요롭게 하는가, 또는 보편적으로 공유된 인간의 특징들을 더 존중하는가에 따라 서로 다른 문화를 비교할 수 있음¹²⁾
 - 서로 다른 문화의 차이를 뛰어넘는 하나의 도덕 기준, 보편적 인권으로서의 문화권을 제시할 수 있음
 - 보편적인 인권은 인간의 총체적 삶으로서의 다양한 문화를 추구하는 데 있어 핵심적인 원리이며, 다양성이라는 권리는 모든 사람들이 다양한 권리를 보장받을 수 있다는 보편적 권리를 이미 전제로 한 것이라는 관점에서 문화권을 인정할 수 있음

3. 국제인권법에서의 문화권 논의

- 보편적 인권으로서 문화권을 정당화할 수 있음에도 불구하고 국제사회에서 문화권에 대한 논의의 시작은 미약했음
 - 문화권의 논의가 처음에 외면받은 것은 대부분의 인권이 권리 주체의 보편적인

11) 김남국, 국제정치논총 제50집 1호, 2010, 266면.

12) Bhikhu Parekh, Rethinking Multiculturalism (Cambridge: Harvard University Press, 2000), pp. 172-174.

확장을 지향하는데 비해 문화적 권리는 특정 공동체의 역사적 경험을 바탕으로 형성된 정체성에 근거해 권리 주체의 배타적인 설정을 주장하기 때문이라는 분석이 있음¹³⁾

- 특히 이러한 배타적 성격은 문화적 소수나 원주민의 권리와 정체성의 보호를 통해 각 민족의 ‘분리주의’를 장려함으로써 궁극적으로 국민국가의 통일성을 위협할 수 있었음
- 나아가 문화적 권리는 사회경제적 권리를 확보한 이후에 시도해야 하는 예외적인 권리라는 인권의 발달 순서에 대한 인식, 그리고 이 과정에서 이미 성립된 보편적 권리와 문화적 권리가 충돌할 가능성에 대한 염려도 존재하였음
- 무엇보다도 문화에 대한 논란은 문화적 상대주의를 불러일으킴으로써 2차 세계 대전 이후 간신히 확보한 보편주의를 상실할 수 있다는 두려움이 존재하였음

○ 1948년 세계인권선언에 문화적 권리가 논의되는 과정에서도 문화상대주의에 근거하여 문화적 권리에 대한 비판적 지적이 있었음

- UN에서 문화적 권리에 대한 선언을 준비하는 과정에서 미국인류학회가 경고서한을 보냈는데 그에 따르면 문화적 차이에 대한 존중이 필요함을 강조하였고 특히 이러한 존중은 문화를 질적으로 평가할 기술이 발견되지 않았다는 과학적 사실에 의해 유효하다고 강조함¹⁴⁾
- 나아가 기준과 가치는 문화에 따라 상대적이기 때문에 한 문화의 도덕적 코드와 신념체계로부터 인류전체에 적용할 보편적인 인권을 만들어 내는 것은 그 적용 가능성 자체를 손상시킨다고 경고함

○ 결국 문화적 권리는 UN의 「세계인권선언」(1948)에서 최초로 명문화되었는데, 세계인권선언에 채택된 문화적 권리의 내용은 상당히 추상적인 수준에 머물게 되었음

제22조: 자신의 존엄성과 인격의 자유로운 발전을 위해 불가결한 경제, 사회, 문화적 권리들을 실현할 권리를 갖는다.

제24조: 모든 인간은 노동시간의 합리적인 제한, 정기적인 유급휴가를 포함한 휴식과 여가의 권리를 갖는다.

제27조: 모든 사람은 공동체의 문화생활에 자유롭게 참여하고, 예술을 감상하며, 과학의 진보와 그 혜택을 향유할 권리를 가진다. 모든 사람은 자신이 창조한 모든 과학적, 문학적, 예술적 창작물에서 생기는 정신적, 물질적 이익을 보호받을 권리를 가진다.

13) 김남국, 270면.

14) American Anthropological Association, "Statement on Human Rights," American Anthropologist 49-4 (1947), p. 539.

- 문화적 권리의 내용과 주체에 대해 문화적 소수나 원주민의 공동체적 권리보다는 개인적인 차원의 권리로 규정하였는데, 문화적 생활을 향유하는 개인이 지배적인 문화공동체의 일원으로서 그가 국가정책으로 나타나는 문화를 즐길 수 있는 권리에 대해 언급하는데 그치고, 종교, 언어, 인종적 소수에 속하는 개인이 지배적인 문화 체계 아래서 정체성을 찾지 못할 때 마땅히 누려야 하는 권리에 대해서는 뚜렷하게 언급하지 않음
- 내용적으로는 문화생활 참여, 예술감상 등을 문화적 권리의 대표적 내용으로 설정하여 결국 창조, 자원으로서 문화를 이해하는 관점에 따라 문화권의 내용이 구성된 것으로 이해가능함
 - 삶의 총체로서 문화를 이해하는 광의의 관점을 유지할 경우 문화에 대한 권리 성립의 애로가 있었던 관계로 문화의 내용을 한정시켜서 권리의 내용을 설정한 것으로 보임
 - 핵심은 인간은 물질적 생활 이외에 문화적 생활을 향유해야 할 존재임을 선언한 것이라 할 수 있음
- 세계인권선언의 문화권에 대한 내용은 「경제적·사회적·문화적 권리에 대한 국제규약(ICESCR)」(1966)에서 구체화되었음

제15조: 1. 이 규약의 당사국은 모든 사람의 다음 권리를 인정한다. (a) 문화생활에 참여할 권리, (b) 과학의 진보 및 응용으로부터 이익을 향유할 권리, (c) 자기가 저작한 모든 과학적, 문학적 또는 예술적 창작성으로부터 생기는 정신적, 물질적 이익의 보호로부터 이익을 받을 권리

2. 이 규약의 당사국이 그러한 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 취하는 조치에는 과학과 문화의 보존, 발전 및 보급에 필요한 제반조치가 포함된다.

3. 이 규약의 당사국은 과학적 연구와 창조적 활동에 필수불가결한 자유를 존중할 것을 약속한다.

4. 이 규약의 당사국은 국제적 접촉의 장려와 발전 및 과학과 문화분야에서의 협력으로부터 이익이 초래됨을 인정한다.

- 1966년 ‘시민, 정치적 권리에 관한 국제 규약(ICCPR)’ 에서도 문화적 권리에 대해 언급하고 있는데, ICESCR이 개인적 차원의 문화적 권리에 대해 유엔인권선언의 내용을 그대로 반복하고 있다면, ICCPR은 최초로 집단의 문화적 권리에 대해 언급하고 있다는 차이점이 있음

제27조: 인종적, 종교적, 언어적 소수가 존재하는 국가에서 소수에 속하는 사람들은 공동체내의 다른 사람들과 함께 자신의 문화를 향유하고, 자신의 종교를

고백하고 실천하며, 자신의 언어를 사용할 권리를 거부당하지 않는다.

- 국제사회에서 문화권 논의에서 이러한 경향은 계속 전개되어 왔고 문화다양성과 소수집단의 문화적 권리에 대한 해석은 점점 더 적극적으로 그 범위를 확대해 왔음
- 문화다양성의 보호에 대해 현재까지 진행된 논의를 가장 포괄적으로 담고 있는 문서는 2001년에 채택된 ‘유네스코 세계 문화 다양성 선언’ 이라 할 수 있음
 - 이 선언은 1조에서 문화다양성이 인류공동의 유산임을 규정하고, 4조에서는 문화다양성의 보호가 인간존엄성의 존중과 분리될 수 없으며, 특히 소수집단과 원주민의 자유와 인권을 지키는 것을 의미한다고 주장함
 - 7조는 창의성의 원천으로서 문화유산이 보존되고 고양되어야 함을 주장하고, 8조는 문화상품과 서비스의 특수성에 대해, 10조는 국제연대를 통해 경쟁력 있는 문화 산업을 육성할 필요성에 대해, 11조는 시장의 힘만으로 보장될 수 없는 문화다양성의 보전과 증진에 공공부문, 민간부문, 시민사회의 협력이 중요함을 강조하고 있음
- 2005년 ‘문화적 표현의 다양성 보호와 증진에 관한 협약’ 에서도 2조 2항에서 “국가는 유엔헌장과 국제법의 원칙에 따라 자국 영토 내에서 문화적 표현의 다양성을 보호하고 증진하기 위한 조치와 정책을 채택하는 주권적 권리를 갖는다” 고 명시함

<참조> 그 외 국제법상 문화권 논의¹⁵⁾

규약	내용
세계문화보고서	국가정책은 문화를 국민의 기본권의 하나로 인식해야 하며, 문화권의 신장을 정치적, 경제적 사회정의의 구현하기 위한 노력의 일부로 규정해야 한다.
인종과 인종편견에 관한 선언(1978)	제1조: 출신에 근거를 둔 정체성을 인정한다고 해도 인간은 다르게 살 수 있고 다르게 살기 마련이라는 사실은 변함이 없으며, 문화, 환경, 역사적 다양성에 기초한 차이가 존재하는 현실을 부정할 수 없고, 문화 정체성을 지킬 수 있는 권리 또한 배제할 수 없다.
일반 대중의 문화생활에 대한 참여 및 기여에 관한 권고(1976)	서문: 최대한 많은 사람과 단체가 그들의 자유로운 선택에 따라 다양한 활동에 참여하게 하는 것이 기본적인 인간의 존엄과 가치를 증진 시키는 데 핵심이 되는 가장 중요한 요소이다. 문화 가치 형성에 일반 대중이 참여하기 위해서는 사회적, 경제적 여건이 마련되어야 한다. 이러한 전제 위에서 일반 대중은 문화 혜택을 향수 할 수 있고 나아가 문화 발전 과정에서 문화생활 전 분야에 걸쳐 적극적으로 참여할 수 있게 될 것이다.
멕시코시티 문화정책 선언(1982)	제1원칙: 모든 문화는 고유하고 대체 불가능한 가치의 실체를 담고 있다. 그 이유는 각 민족의 전통과 표현 체계로 이루어진 문화는 세계에서 그들의 존재를 표현할 수 있는 가장 효율적인 수단이기 때문이다.

15) 이영욱, “문화헌장 제정의의”, 한국문화관광연구원, 부록, 2005; 정광렬 외, “문화국가를 위한 헌법 연구”, 한국문화관광연구원, 2017, 42면.

- 세계인권선언 이후 60여년 동안 개인 차원에서 정의되었던 문화적 권리는 점점 집단차원의 권리를 포함해왔고 이러한 양면적 의미를 가지고 있음
- 개인 차원에서 문화생활에 참여할 권리, 과학적 진보를 향유할 권리, 자신이 저자인 과학, 문학, 예술 활동의 결과로부터 나오는 도덕적, 물질적 이해의 보호를 얻을 권리 등으로 정의되던 문화적 권리는 소수집단 및 원주민이 공적, 사적 생활에서 고유언어를 사용할 권리, 학교를 세우고 고유언어를 가르칠 권리, 토지와 자원의 전통적 사용과 관련된 특별한 경제 활동을 계속할 권리 등 집단적 문화 권리에 대한 강조로 바뀌고 있음¹⁶⁾
- 대체로 문화를 둘러싼 서술적 상대주의가 강력하게 남아 있는 상태에서 문화적 권리를 개념차원에서 구체화시킴으로써 보편적 인권에 속하는 권리의 범위를 확장해 갔던 과정으로 볼 수 있음
- 문화권에 대한 핵심적 선언의 내용들에서는 결국 문화창작(창조), 문화향유 및 접근 그리고 집단적 문화권을 핵심적인 내용으로 삼고 있음

4. 헌법상 문화권에 대한 논의: 서설

- 국가최고규범인 대한민국 헌법에는 문화권에 대한 구체적 규정이 부재하여 법정 책적으로 문화권에 대한 국제적 논의들이 의미를 갖는지는 의문이 제기됨
- 문화권을 선언하고 있는 국제규약들에 우리가 가입하였기 때문에 국제인권법상의 문화권에 대한 논의는 우리에게도 영향을 미쳐야 함
- 문화권에 대한 논의가 본격적으로 구체화된 경제적·사회적·문화적 권리에 대한 국제규약(1966)은 대한민국에서 1990년 7월부터 적용되었음
- 이 국제규약에 따라 대한민국은 삶의 질 측면에서 국민에게 문화적 권리를 보장해야 하는 책임이 있음

- 다만, ‘문화’라는 용어는 현행헌법에서 다섯 번에 걸쳐 언급이 되어 문화에 대한 헌법적 관심을 표명하고 있음
- 우선 전문에서 “... 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고...” 라 하여 문화영역에 있어 기회균등과 자유를 강조하고 있음
- 헌법 제9조에서는 “국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다” 고 하여 전통문화·민족문화의 발전에 대한 국가의 의무를 규정
- 제11조 제1항에서는 “누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다” 고 하여 문화적 영역에서의 차별금지를 명시
- 제69조에서는 대통령 취임선서에 ‘민족문화의 창달’에 대한 노력을 포함시키고 있음

16) Stamatopoulou, Elsa. Cultural Rights in International Law. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.173.

- 현행헌법에서 ‘문화’를 다루는 경우는 첫째, 전문이나 헌법 제11조 제1항에서와 같이 문화영역에 있어 기회균등·차별금지 등의 평등권 보호에 대한 부분과 둘째, 헌법 제9조 혹은 제69조와 같이 전통문화 계승·발전과 민족문화 창달 등의 문화에 대한 국가적 개입을 규정하고 있는 부분으로 정리되는데, 전자는 문화 혹은 문화활동에 있어 자율성을 전제로 하여 그 평등을 보장하는 것으로 해석되며 후자는 자본에 기반을 둔 문화권력에 의해 소외될 수 있는 문화영역의 다양성과 평등을 보장하는 측면에서 전통문화·민족문화에 대한 국가의 특별한 보호·육성을 의미하는 것으로 이해할 수 있음
- 나아가 문화의 전통적 영역인 교육·학문·예술·종교 등에 있어 자유를 보장하는 각종 기본권(소위 문화적 기본권) 규정들이 헌법에 존재하고 있음
 - 자유권 중 핵심적인 개인의 창조 활동 영역을 보장하기 위한 양심의 자유(제19조), 종교의 자유(제20조), 표현의 자유(제21조), 학문과 예술의 자유(제22조 제1항)이 이에 해당
 - 환경권(제35조), 국가의 환경보전의무(제35조 제1항), 국가의 국민의 쾌적한 주거생활을 위한 노력(제35조 제3항) 역시 문화적 기본권과 연관되어 있음
 - 혼인과 가족제도(제36조), 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권(제10조), 교육권(제31조)도 문화적 기본권과 연관됨
- 다만, 구체적으로 문화권의 일반적 내용, 즉 국제인권법상 논의되고 있는 문화창작, 문화향유, 문화접근, 소수집단의 문화권 등을 언급하는 규정은 부재하며 오히려 권리가 아닌 원리 차원에서 문화영역과 국가간의 적절한 관계를 설정하고자 하는 헌법적 논의는 상당히 전개되어 왔음

5. 헌법상 문화국가원리에 대한 논의

(1) 독일에서의 고전적 논의

- 문화와 법, 국가권력과의 특별한 관계를 중심으로 문화에 대한 규범적 접근을 정리한 개념이 ‘문화국가’라 할 수 있는데, 문화의 자율성과 다양성을 인정하면서 국가에서 문화를 보호하고 보장해야 한다는 문화부양의 국가과제를 가진 현대국가의 헌법적 원리를 의미함¹⁷⁾
- 문화국가라는 개념은 문화와 국가와의 관계 및 역할, 임무와 관련하여 독일에서 형성되었으며, 바이마르헌법에서 유래하여 현재에도 바이에른주 헌법에 명시적으로 언급되어 있는데, 독일에서의 문화국가에 대한 논의가 우리에게 상당한 영

17) 이시우, “국가의 문화정책에 관한 헌법적 연구 -도시의 문화정책과 관련하여-”, 『공법연구』 제25집 제4호, 1997, 502-507면.

향을 미쳤음¹⁸⁾

- 헌법학에서의 문화국가(Kulturstaat)라는 용어 자체도 18세기 말 독일의 피히테(J.G. Fichte)에 의하여 처음 사용되었고 이후 독일 헌법학자인 그림(D. Grimm)에 의해 구체화되었음¹⁹⁾
- 피히테는 국가의 발전단계를 본능지배의 국가, 권위확립의 국가, 가치해소의 국가, 진리와 자유지향의 국가, 이성지배의 국가의 다섯 단계로 구분하였고, 그 중 이성지배의 국가를 문화국가라고 하였음²⁰⁾
- 그림에 의하면 국가와 문화의 관계는 역사적으로 3단계의 과정을 거치며 발전해 왔는데 첫째, 근대 이전의 시대에는 문화가 국가의 지배체계에 포괄적으로 종속되어 있었으며, 문화는 지배체계가 신봉하는 가치에 봉사하는 수단적 존재로 기능하였고, 두 번째 과정으로는 문화인으로서의 시민계급의 성장에 따라 지배체계(국가)로부터 독자성과 자율성을 갖춘 문화가 확립되었던 시기가 있었고, 마지막 단계인 현대에 와서는 문화가 시장·경제에 종속되어 상업문화만이 확대되고 문화의 다양성이 파괴되고 문화적 불평등이 야기되고 있다고 함²¹⁾
- 결국 이러한 역사적 논의를 개념적으로 유형화하면 문화에 대한 국가의 태도 혹은 문화국가의 유형은 첫째, 국가가 문화에 대하여 완전히 불개입하는 국가·사회 이원주의적 모형, 둘째, 문화가 전적으로 국가에 종속하는 후견적·지도적 모형, 셋째, 문화의 자율성을 원칙적으로 보장하면서 그 부정적인 면도 주목하여 국가의 문화를 육성하는 문화형성적 모형, 넷째, 문화적 국가목적과는 다른 국가목적을 위하여 국가가 문화를 육성하는 공리주의적 모형으로 정리될 수 있음²²⁾
- 후버(Ernst Rudolf Huber)는 문화국가에 관한 이론을 체계적으로 정리한 대표적인 학자로, 단계별로 구분한 문화와 국가의 관계를 통해 문화국가가 지향해야 할 점을 제시함²³⁾
- 후버는 문화와 국가, 그리고 문화국가와의 관계에 관하여 ‘국가가 자신의 존재적 충만함 속에서 재생되어지지 않는다면, 그 곳에는 문화란 존재하지 않는 것이다. 국가가 문화의 충만함을 자기 것으로 동화시킬 수 없다면, 그곳에는 국가란 존재하지 않는 것이다. 현대 세계에서는 문화국가에 있어서 그리고 문화국가를

18) 정광렬 외, “문화국가를 위한 헌법연구”, 한국문화관광연구원, 2017, 11면.

19) (사)한국헌법학회, 『헌법주석[1]』, 박영사, 2013, 272면.

20) 정광렬 외, “문화국가를 위한 헌법연구”, 한국문화관광연구원, 2017, 11면.

21) D. Grimm, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL 42 (1984), S.53f.

22) 김수갑, “한국헌법에서의 「문화국가」 조항의 법적 성격과 의의”, 『공법연구』 제32집 제3호, 2004, 183-184면.

23) E.R.Huber, “Zur Problematik des Kulturstaats”, J.C.B.Mohr, 『Geschichte und Gegenwart』, 1958, SS.6~30.

위한 문화와 국가의 공동의 자기 발전이 없이는 문화도 국가도 존재하지 않는 것이다.’ 라고 하면서 문화국가에 대한 개념을 제시함

- 후버는 문화와 국가의 관계를 문화의 국가로부터의 자유, 문화에 대한 국가의 봉사, 국가의 문화형성력, 문화의 국가형성력, 문화적 산물로서의 국가, 이렇게 다섯 단계로 설명하고 있음²⁴⁾
- 후버가 제시한 첫 번째 단계는 ‘문화의 국가로부터의 자유’가 보장되는 국가로 정치·경제 등 다른 영역으로부터 간섭을 받지 않고, 문화 스스로의 본질적 법칙에 따른 ‘문화의 국가로부터의 완전한 자유의 원칙’이 인정되는 단계를 의미함 (자유주의적인 방임주의)
- 두 번째 단계는 국가가 문화에 대한 능동적 보호자 역할을 담당하는 단계로 문화의 자율성을 국가가 충분히 인정하면서도 자율적 문화영역에 국가가 봉사적 차원에서 관여하게 되는 단계를 의미하며, 국가의 문화적 봉사는 ‘문화보호’, ‘문화부양’, ‘문화전달’, ‘문화진흥’ 등 4가지 본질적인 문화적 급부 형태로 나타나게 됨
- 세 번째 단계는 국가가 문화를 형성할 수 있는 권한을 갖는 단계로 문화의 자율성을 인정하는 전제하에서 국가가 보다 적극적으로 문화정책 목표를 설정하고 육성하며 문화를 능동적으로 형성할 권한을 가지는 것을 의미함
- 네 번째 단계는 문화의 국가로부터의 자유로부터 문화에 대한 국가의 봉사를 거쳐 문화에 관한 국가의 고권(高權)으로의 과정인데, 문화의 국가로부터의 자유와 국가의 문화고권은 상반되는 것처럼 보이나 양자를 변증법적으로 이해할 때 국가의 문화에 대한 지배는 문화의 국가에 대한 지배로 변한다는 것을 의미함
- 다섯 번째 단계는 국가의 문화형성력과 문화의 국가형성력의 갈등관계를 변증법적으로 해소하고 통합하는 마지막 단계로 국가가 문화형상으로 이해되고 실현됨

(2) 한국 헌법학계의 논의

- 문화국가라는 개념이 시민사회가 형성되지 않았던 19세기 초 독일에서 국가와 문화를 연결하고 국가개입에 의한 문화융성의 기반을 놓기 위한 논의에서 발단 되었다는 비판이 있음에도 불구하고 국가와 문화의 적절한 관계를 모색하는 논의였다는 측면에서 국내의 학자들은 이러한 독일의 논의에 영향을 받아 문화국가(원리)에 대한 논의를 활발히 전개해왔음²⁵⁾
- 계획열: 문화의 자율성을 최대한 존중하면서 국가가 적극적인 문화형성의 과제를 수행하고, 실질적인 문화적 평등을 위해 노력하는 국가

24) 정광렬 외, “문화국가를 위한 헌법연구”, 한국문화관광연구원, 2017, 13-15면.

25) 김수갑, 문화국가론. 충북대학교 출판부, 2012.

- 권영성: 국가로부터의 문화활동의 자유가 보장되고, 국가에 의하여 문화가 공급 (문화에 대한 국가적 보호, 지원, 조정 등)되어야 하는 국가
- 장영수: 문화의 보호와 진흥을 위해 노력하는 국가, 즉 국가 내의 문화활동을 보호하고 장려함으로써 국민의 삶의 질을 향상시키기 위하여 노력하는 국가
- 홍성방: 문화의 자율성을 존중하면서 건전한 문화육성이라는 과제의 수행을 통하여 실질적인 문화적 평등을 실현하려는 국가
- 김수갑: 문화의 자율성 보장을 핵심으로 하면서 문화영역에 있어서 건전한 문화육성과 실질적인 문화향유권의 실현에 책임과 의무를 다하는 국가
- 이시우: 국가가 그 구성원들의 정신적·창의적 활동영역인 교육·학문·예술·종교 등의 영역에 대한 보호·지원·육성의 의무를 다하는 국가
- 성낙인: 국가가 개인의 문화적 자유와 자율을 보장하려고 더불어, 적극적으로 개인의 문화적 생활을 구현하기 위하여 노력하는 국가

○ 다양한 논의에도 불구하고 문화국가원리가 문화적 자율성의 보장, 국가에 대한 문화조성 및 장려의 과업 부여, 문화적 약자의 보호, 실질적인 문화적 평등 실현의 의무를 부과하는 국가목적규정으로서의 헌법적 함의를 지닌다는 데에 학계의 여러 입장들이 대체로 일치하고 있음²⁶⁾

- 국가와 문화의 이상적 관계로는 문화의 자율성을 최대한 인정하기 위하여 국가가 불개입하는 것을 전제하고, 국가·사회(문화) 이원론에 따라 문화는 자율적인 사회영역에 속하는 것이므로 국가주도적 관점에서 문화와 국가를 엮는 것은 바람직하지 않다고 볼 수 있음

- 하지만 국가·사회 이원론에 따라 문화가 자율적인 사회영역의 문제라 하더라도, 자본 등 비국가적 권력체계에 의하여 문화의 자율성이 파괴되고, 통제되지 않는 문화 권력의 출현으로 소외받는 문화영역이 발생할 수 있기 때문에 국가는 문화에 대하여 일정한 관계를 맺을 필요가 있음²⁷⁾

- 문화영역에서 신자유주의(neoliberalism) 이념을 관철하는 경우 발생할 수 있는 문제점을 인식하고 일정한 경우에 국가개입주의(developmentalism)를 허용할 필요가 있음²⁸⁾

○ 헌법이 추구해야 할 국가와 문화의 이상적 관계는 문화의 자율성을 인정하면서 문화의 평등과 적극적인 문화 보호·육성을 위해 국가가 문화영역에 관여할 수 있다는 것으로 정리할 수 있음²⁹⁾

26) 이종수, 문화기본권과 문화법제의 현황 및 과제. 『공법연구』 제43집 제4호, 2015.

27) 문화영역에서 시장의 실패에 있어 국가개입이 필요하다는 주장은 한상희·이경, “대중예술문화산업과 헌법 - 법제개선을 위한 기본방향 -”, 『일감법학』 제26호, 2013, 529면 참조.

28) 한국의 문화정책에 있어 신자유주의와 국가개입주의의 양태에 대한 분석은 진달용, “신한류의 문화정치- 국가의 역할에 관한 소고-”, 『문화와 정치』 제1권 제1호, 2014, 7-30면 참조.

29) 김세규, “문화국가의 구현과 문화분권- 부산문화재단의 설립에 즈음하여 -”, 『토지공법연구』 제43집 제2호, 2009, 487면; 박균성, “문화에 관한 국가의 개입과 지원”, 『법학논총』(단국대) 제30권 제2호,

- 문화는 국가와 사회 모두가 관장할 수 있는 영역이지만 국가의 개입의 궁극적 목적은 문화가 사회의 자율영역에 온전하게 작동하도록 하는 것임
 - 이것이 국가와 문화와의 관계에 대한 문화국가원리의 핵심적 내용이라 할 수 있음
- 문화의 자율성이란 문화활동에 대한 국가의 문화정책적 중립성과 관용을 의미하며 이는 국가의 최소화를 의미하는 것은 아니고 다양한 문화활동을 촉진하는 국가 활동에 있어 중립성, 즉 동등한 고려를 의미함
- 따라서 국가는 불편부당의 원칙을 지켜 특정한 문화에 특혜를 주거나 차별대우를 해서는 안될 것이며, 문화를 획일화하는 식으로 문화의 내용을 결정하여서는 아니 됨
 - 다만 문화의 자유를 해치고 사회적 책임을 다하지 못하는 특정 사회집단의 문화위협을 제거하기 위해 국가의 간섭이 허용될 수 있고 이는 문화의 자율성 보장을 위한 국가의 최소한의 책임으로 이해할 수 있음
- 문화적 평등권은 누구든지 문화활동에 참여할 수 있는 기회를 가지고 문화를 평등하게 향유하는 것을 내용으로 함
- 문화향유권 뿐만 아니라 문화적 참여권은 경제적 여건을 비롯한 각 개인의 상황에 따라 권리행사에 차이가 나타나고, 따라서 자율적 문화활동의 기회를 보장하는 형식적 평등만으로는 실질적 평등을 확보할 수 없음
 - 결국 문화적 평등의 구현을 위해서 국가의 적극적 개입(급부)이 필요한데 이에 있어서는 공정성과 중립성을 확보해야 할 것임
- 경제 및 외국문화에 대한 문화의 종속 문제와 불평등 문제를 해소하고 문화의 다원성 확보를 위하여 국가활동을 통한 문화의 보호·육성이 필요함
- 이러한 국가의 지원이 후견적이고 지도적인 간섭이 되지 않도록 국가가 직접적인 문화국가형성의 주체가 되어서는 안 될 것이고 보조적 역할에 그쳐야 하며, 합리적 기준을 근거로 지원이 이루어져야 할 것임
 - 지원에 있어 공정성과 중립성을 확보하는 것이 중요한데 국가의 일방적인 결정방식은 지양되어야 하고 문화영역의 전문가들과 국가의 협력체계 구축이 기본적으로 요구됨
- 결국 문화국가원리를 실현시키기 위한 국가의 역할은 다음과 같이 정리될 수 있음
- 첫째, 국가는 문화적 자율성을 보호해야 하며 이를 위해서는 문화활동에 대한 국가의 문화정책적 중립성과 관용이 요구됨
 - 둘째, 국가는 문화조성의 의무를 가지며, 문화의 자율성을 해치지 않는 범위 내에서 다양한 문화가 창조될 수 있는 풍토를 조성하고, 문화를 보호·육성·진흥하는 후견인 역할을 담당해야 함

2006, 6면 참조.

- 셋째, 국가는 문화적 약자를 보호해야할 의무를 가지는데 이는 문화소외계층을 포함한 모든 사람들에게 문화창조의 기회를 부여하는 문화적 평등권을 보장하는 것을 의미함

(3) 헌법재판소의 논의

- 이러한 학계의 논의와 궤를 같이 하여 헌법재판소 역시 헌법 해석을 통하여 문화국가원리를 정립하며 이를 헌법의 기본원리로 천명하고 있음
- 대표적으로 헌법재판소는 ‘극장판결’에서 문화국가원리를 정립하며 그의 구체적인 내용을 제시하였음³⁰⁾
 - 이 판결에서는 국가와 문화의 관계가 ‘국가의 적극적 문화간섭’에서부터 ‘문화의 자율성을 존중’하는 식으로 다양할 수 있다고 전제함
 - 다만 헌법전문, 헌법 제9조, 그리고 정신적 기본권으로 양심과 사상의 자유, 종교의 자유, 언론·출판의 자유, 학문과 예술의 자유 등의 조항을 토대로 보면, 원칙적으로 문화는 사회의 자율영역에 맡기되, 엘리트문화뿐만 아니라 서민문화, 대중문화도 그 가치를 인정받아 다양한 문화가 창조될 수 있도록 국가는 기회 혹은 풍토를 조성하는 것이 헌법상 국가와 문화의 바람직한 관계라고 헌법재판소는 설명함
 - 문화의 자율을 전제하지만 자율이 보장되고 극대화될 수 있는 환경 조성이라는 측면에서 국가의 개입이 가능하다는 식의 문화국가원리 논의를 관철함
- 극장판결은 특히 문화영역에서의 자율보완 그리고 평등·다양성 추구라는 문화영역에 대한 국가개입의 발동요건을 명확히 하고 있고 문화국가원리 하에서 문화영역에 대한 국가의 개입 방식 즉 문화정책의 방향도 설정하고 있음
 - 문화영역에 대한 개입 시에 국가는 문화 자체에 대한 직접적·조정적 개입보다는 문화풍토를 조성하는 식의 간접적·조성적 개입방식을 선택해야하고 어떠한 장르의 문화에 대해서도 불편부당의 원칙을 준수하여야 함
- 극장판결은 문화국가원리는 헌법전문이나 총강의 조항에서뿐만 아니라 기본적인 인권, 특히 정신적 자유권에 대한 구체적 조문에서 도출될 수 있다고 하여 결국 실제에 있어서 문화국가원리는 정신적 자유권의 행사에 의하여 구체화되고 실현될 수 있음을 분명히 함
- 과외교습을 금지한 「학원의 설립·운영에 관한 법률」 제22조에 대한 위헌결정(이하 ‘과외교습판결’)에서도 헌법재판소는 문화국가이념(원리)을 토대로 국가와 문화영역(교육영역)의 적절한 관계에 대하여 논증하였음³¹⁾

30) 헌재 2004.5.27. 2003헌가1등 결정, 판례집 16-1, 678면.

- 헌법재판소는 교육이 문화의 영역의 일종이라고 보는 전통적인 문화 개념을 수용하고, 교육문화에 대한 사적 영역의 자율성을 인정하고 이를 장려해야 함을 천명하며, 다만 사적 영역에서의 교육문화의 자율성이 자본력의 차이 등을 이유로 훼손되면 그 불평등을 해소하기 위하여 국가가 문화에 관여할 수 있음을 확인하였음
- 그러한 불평등을 해소하기 위하여 국가는 사적 영역에서의 교육문화조성을 금지시키는 방식이 아닌 의무교육의 확대 등 적극적인 급부활동을 통하여 사인간의 교육기회의 불평등을 해소하는 방식을 선택해야 한다고 하여 문화영역에 대한 국가의 개입방식도 설명하고 있음
- 판례는 가족제도의 보호와 가족제도의 자율성을 문화국가의 전제요건으로 보며 사안에서 부모의 자녀교육권은 문화국가원리를 구체화하는 기본적 인권으로 파악하였고, 그에 따라 심판대상조문의 위헌성을 비례의 원칙으로 심사하는 과정에 있어 부모의 자녀교육권 침해여부 판단의 근거로 문화국가원리를 적극 활용하였음

* 그 외 문화국가원리 관련 헌법재판소 결정례들

- 혼인과 가족의 보호는 헌법이 지향하는 자유민주적 문화국가의 필수적인 전제조건이다. 개별성·고유성·다양성으로 표현되는 문화는 사회의 자율영역을 바탕으로 하고, 사회의 자율영역은 무엇보다도 바로 가정으로부터 출발하기 때문이다. 헌법은 가족제도를 특별히 보장함으로써, 양심의 자유, 종교의 자유, 언론의 자유, 학문과 예술의 자유와 같이 문화국가의 성립을 위하여 불가결한 기본권의 보장과 함께, 견해와 사상의 다양성을 그 본질로 하는 문화국가를 실현하기 위한 필수적인 조건을 규정한 것이다. 따라서 헌법은 제36조 제1항에서 혼인과 가정생활을 보장함으로써 가족의 자율영역이 국가의 간섭에 의하여 획일화·평준화되고 이념화되는 것로부터 보호하고자 하는 것이다. (헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등)

- 헌법 전문과 헌법 제9조에서 말하는 “전통”, “전통문화”란 역사성과 시대성을 띤 개념으로서 헌법의 가치질서, 인류의 보편가치, 정의와 인도정신 등을 고려하여 오늘날의 의미로 포착하여야 하며, 가족제도에 관한 전통·전통문화란 적어도 그것이 가족제도에 관한 헌법이념인 개인의 존엄과 양성의 평등에 반하는 것이어서는 안 된다는 한계가 도출되므로, 전래의 어떤 가족제도가 헌법 제36조 제1항이 요구하는 개인의 존엄과 양성평등에 반한다면 헌법 제9조를 근거로 그 헌법적 정당성을 주장할 수는 없다. (헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등, 헌재 2011. 2. 24. 2009헌바89)

- 16세 미만 청소년에게 오전 0시부터 오전 6시까지 인터넷게임의 제공을 금지하는 이른바 ‘강제적 섯다운제’를 규정한 청소년보호법 조항은 인터넷게임의 개발 또는 제공 자체를 제한하거나 금지하고자 하는 것이 아니라 청소년의 건강

31) 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16, 98헌마429 결정, 판례집 12-1, 451면.

보호 및 건전한 성장을 위하여 심야시간대에 한하여 16세 미만 청소년에 대한 제공을 제한하는 것일 뿐이므로 인터넷게임 관련 산업이나 문화에 대한 국가의 부당한 제한이라고 볼 수는 없다. (헌재 2014. 4. 24. 2011헌마659등, 단 반대의견 (재판관 김창중, 조용호)에서는 위 조항은 문화에 대한 자율성과 다양성 보장에 반하여 국가에 의한 지나친 간섭과 개입을 하는 것으로 건국헌법 이래 헌법의 기본원리로 채택하고 있는 문화국가의 원리에 반한다고 판시)

- 구 음반에관한법률 제3조 제1항이 비디오물을 포함하는 음반제작자에 대하여 일정한 시설을 갖추어 문화공보부에 등록할 것을 명하는 것은 음반제작에 필수적인 기본시설을 갖추지 못함으로써 발생하는 폐해방지 등의 공공복리 목적을 위한 것으로서 헌법상 금지된 허가제나 검열제와는 다른 차원의 규정이고, 예술의 자유나 언론·출판의 자유를 본질적으로 침해하였다거나 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 반한다고 할 수 없다. (헌재 1993. 5. 13. 91헌바17)

- 구 음반에관한법률 제3조 제1항 각 호에 규정한 시설은 임차 또는 리스 등에 의하여도 갖추어 낼 수 있으므로, 동항 및 그 처벌조항인 동법 제13조 제1항 제1호는 동법 제3조 제1항 각 호에 규정한 시설을 자기소유하여야 하는 것으로 해석하는 한, 헌법상 금지된 허가제의 수단으로 남용될 우려가 있으므로 예술의 자유, 언론·출판의 자유, 평등권을 침해할 수 있게 되고, 죄형법정주의에 반하는 결과가 된다. (헌재 1993. 5. 13. 91헌바17)

- 이상의 헌법재판소 판례들은 헌법해석을 통하여 국가와 문화의 이상적 관계에 대한 규범적 원리를 정립하며 나아가 원리의 구체적 내용, 즉 문화영역에 대한 국가개입의 상황(발동요건)과 방식(개입방식) 또한 제시하였음³²⁾
- 그리고 헌법상 문화국가원리를 실천함에 있어 매개가 되는 구체적 권리를 확정하려고 하였고, 관련하여 문화국가원리의 관철 가능성(사법적 집행 가능성), 헌법에서의 도출 가능성에 주목하여 원리의 대상이 되는 문화를 교육·학문·예술·종교 등의 전통적 문화영역에 한정했음
- 또한 국가의 문화(규제)정책에 대한 합헌성심사에 있어 문화국가원리가 어떠한 방식으로 판단의 근거로 작동할 수 있는지를 보여주었다는 점에서 상당한 의의가 있음

32) 이를 문화국가원리의 해석지침으로 파악하며 세부적으로는 “첫째, 우리 헌법이 지향하는 문화국가에 있어서 ‘문화’란 ‘개별성·고유성·다양성·개방성’을 그 본질적 속성으로 한다. 둘째, 이러한 문화가 꽃피기 위해서는 ‘사회의 자율성과 사상의 다양성’이 불가결의 조건이다. 셋째, 국가의 과제는 이러한 문화가 생겨날 수 있는 문화풍토의 조성이다. 넷째, 문화지원 내지 문화풍토의 조성에서 특정 문화현상을 선호하거나 우대하지 않는 불편불당의 원칙이 준수되어야 한다”고 정리하는 견해는 이인호, “문화에 대한 국가개입의 헌법적 한계 - 한글전용정책의 헌법적 문제점을 포함하여 -”, 『공법연구』 제43집 제1호, 2014, 5면 참조.

(4) 문화국가원리의 구체화

- 우리 헌법과 그 해석론에 따르면 문화국가원리는 결국 문화 창조에 있어 자율성을 최대한 보장하고 문화의 창조나 향유에 있어 차별을 철폐하고 다양한 문화가 생성될 수 있게 후원·육성하는 차원에서 문화영역에 대한 국가개입이 가능하다는 것을 의미함
- 헌법재판소와 헌법학계가 공통적으로 제시하고 인정한 문화국가원리의 구체적 내용은 결국 문화영역에 대한 국가개입의 발동요건과 그 개입의 방식으로 구분지어 아래와 같이 정리해 볼 수 있음

헌법상 문화국가원리의 구체적 내용 - 문화정책이 준수해야 할 원칙들
<p>원칙 0 (핵심 내용): 문화의 기본적 속성인 자율성·창조성 보장을 위하여 국가는 문화에 원칙적으로 개입할 수 없지만 원칙 1의 특정한 경우에 개입이 허용된다. 이러한 개입은 문화창조·향유에 있어 자유와 평등 보장을 목표로 한다.</p>
<p>원칙 1 (국가개입의 발동요건) 국가개입이 허용되는 특정한 경우라 함은 다음과 같다.</p> <ul style="list-style-type: none">(1) 자율성 보장을 위해 필요한 경우: 자본 등 비국가권력체계에 의하여 문화의 자율성이 위협받고 왜곡·침해되는 경우, 다양한 문화(전통문화, 민족문화 포함) 창조를 위한 환경 조성이 필요한 경우(2) 문화영역의 차별 시정을 위해 필요한 경우: 외국문화에의 종속으로 인한 전통문화 및 소외문화 차별, 문화장르에 따른 차별 등으로 평등·다원성이 침해된 경우(3) 국가안전보장·질서유지·공공복리(청소년 보호)를 위하여 필요한 경우
<p>원칙 2 (개입방식) 국가가 문화에 개입할 때 그 방식은 다음과 같다.</p> <ul style="list-style-type: none">(1) 공정성과 중립성을 확보해야 한다. 특정문화에 대한 특혜부여나 차별대우는 인정될 수 없고 어떠한 종류의 문화도 배려하는 불편부당의 원칙을 준수하여야 한다.(2) 문화에 대한 직접적·조정적 개입을 지양하고, 문화의 풍토를 대상으로 하여 다양한 문화가 생성될 수 있는 환경(여건)을 조성하여야 한다.(3) 불평등 해소를 위한 개입 시에 사적 영역에서의 문화조성을 금지시키는 방식이 아닌 (차별받는 영역에 대한) 적극적인 급부활동을 통하여 불평등을 해소해야 한다.

- 이러한 구체적 원칙들은 2013년 12월 30일 제정되고 2014년 3월 31일부터 시행된 「문화기본법」에서는 제7조에서 문화정책 수립·시행상의 기본원칙을 제시하고 있는데, 국가의 문화정책의 통일적 방향을 설정하는 기본법에 명시된 가장 최근의 정책 가이드라인이라는 점에서 중요한 함의가 있음³³⁾
- 이 법에서도 앞서 정리한 원칙들과 마찬가지로 문화의 자율성, 창조성, 다양성을 보장하고 문화의 여건(풍토)을 조성하고 장르에 상관없이 문화의 가치를 존중하며 문화의 자유로운 창조, 그리고 그 결과물에 대한 차별 없는 향유를 보장하는 방식으로 문화정책이 이루어져야 함을 분명히 하고 있음

제7조 국가와 지방자치단체는 문화정책을 수립하고 시행할 때에는 다음 각 호의 사항을 충분히 고려하여야 한다.

1. 문화의 다양성과 자율성이 존중되고 문화의 창조성이 확산되도록 할 것.
2. 국민과 국가의 문화 역량을 높이기 위한 지원을 하고 여건을 조성할 것.
3. 문화 활동 참여와 문화 교육의 기회가 확대되고, 문화 창조의 자유가 보장되도록 할 것.
4. 차별 없는 문화복지가 증진되도록 할 것.
5. 문화의 가치를 존중하고 문화의 역동성을 높일 수 있을 것.
6. 문화의 국제 교류·협력을 증진할 것.

6. 문화국가원리로부터 문화권 정립

(1) 복합적 권리로서 문화권

- 이론적인 측면에서 문화권은 문화를 향유하고 있는 사람들의 다양한 양식들을 보호하고, 문화가 다양한 영역으로 발전하고 표현될 수 있도록 하는 권리를 의미한다고 볼 수 있음³⁴⁾
- 문화다양성으로서의 문화권은 구체적인 다수의 삶의 양식을 보존하는 것을 의미
- 문화권은 몇몇 문화예술생산자들의 표현의 자유를 보장하는 것만이 아니라 일반 시민들이 다양한 문화적 표현을 주장할 수 있는 권리를 의미하며, 창작의 권리만이 아니라 수용의 권리가기도 함
- 문화권은 표현의 자유를 확대하는 감성의 자유를 의미하는 것만이 아니라 생산수단을 확보하는 물질적 실천을 의미
- 문화권은 전통적인 의미에서의 사회복지의 요구를 넘어서는 구체적인 문화적 향수 기회와 조건을 요구하는 적극적인 문화복지를 주장하는 것이며, 나아가 문화복지의 영역으로 포함할 수 없는 감성의 자유를 함께 주장하는 권리임

33) 비슷한 취지의 논의는 김연진, “문화기본법 제정의 의미와 과제”, 『한국정책학회 하계학술대회 겸 국제학술대회 발표자료』, 2013, 309면 참조.

34) 문화사회연구소, 2004, 26면.

- 복합적인 성격을 갖기 때문에 유네스코에서는 문화권을 ① 신체적 문화적 생존 권리, ② 문화공동체와 연계하고 동일화하는 권리, ③ 문화적 정체성을 존경할 권리, ④ 유·무형 문화유산에 대한 권리, ⑤ 종교적 믿음과 실천에 대한 권리, ⑥ 의사 및 표현과 정보의 자유에 대한 권리, ⑦ 교육의 선택과 학습에 관한 권리, ⑧ 문화정책의 내실화에 참여할 권리, ⑨ 문화적 삶에 참여하고 창조할 권리, ⑩ 내적인 발전을 선택할 수 있는 권리, ⑪ 사람들 스스로의 신체적 문화적인 환경에 관한 권리 등으로 분류하기도 하였음³⁵⁾

- 유럽의회의 「Reflections on Cultural Rights Synthesis Report」에서는 ① 다양한 문화들을 선택하고 그 문화들을 표현할 수 있는 자유, ② 문화접근의 권리, ③ 문화의 이점을 즐기고 그러한 이점들을 보호할 것을 포함하는 권리, ④ 문화발전에 공헌할 권리, ⑤ 문화의 민주화를 증진시키기 위해 기회를 평등화하고 차이를 없애는 권리, ⑥ 확장의 방법으로서 접근의 권리, ⑦ 국제적인 문화협력의 권리, ⑧ 정보를 알 권리 등으로 분류하였음

- 독일의 경우 문화권의 체계를 정립시키기 위해서 종래 엘리네크(G. Jellinek)의 ‘지위이론’에 바탕을 둔 자유권, 생활권(사회권), 참정권 등의 기본권 분류방식을 극복하고 다양한 논의를 전개하고 있음³⁶⁾
 - 마이호퍼(Maihofer)는 문화적 기본권에는 1) 교육에 관련된 기본권, 2) 예술과 학문 또는 신문과 방송의 문화영역에 관련된 기본권, 3) 신앙과 고백의 문화영역에 관련된 기본권이 속한다고 함
 - 마운츠(Maunz)는 양심의 자유, 종교의 자유, 의사표현의 자유, 신문의 자유, 학문과 예술의 자유, 연구와 교수의 자유, 친권의 자유 등을 문화적 기본권으로 들고 있음
 - 헤벨레는 문화적 기본권으로서 언론 및 출판의 자유, 예술의 자유, 학문과 연구의 자유, 종교의 자유, 또한 직업적 결사의 자유 혹은 친권(과 같은 외관상으로는 제1차적으로 문화에 관련되지 않는 기본권)을 들고 있음

- 결국 문화적 기본권의 독자적 지위는 자유권과 생활권의 엄격한 대치 속에서는 체계적으로 파악될 수 없고, 독자적 체계 속에 관련 기본권 내용들을 포섭할 수 있을 뿐임
 - 일레로 스페인의 「문화권과 의무에 관한 헌장」에서 열거한 문화적 권리 항목으로는 언어의 사용, 개인과 집단적인 종교표현, 기회의 평등, 광범위하고 다양한 대중문화의 제공, 문화 교육-가치·내용 등, 다문화 교육-다른 문화의 존재, 경제·물질 및 인프라 기금에 대한 접근성, 유산에의 접근성-기념물·전수 등, 지방 미

35) 정광렬 외, 2017, 37-38면.

36) 문화사회연구소, 2004, 35면.

디어에의 접근성, 인터넷에의 접근성, 대중문화 활동에의 참여, 창조 및 문화·예술적 생산에의 참여, 문화 협력에의 접근 및 참여, 문화적 표현을 위한 공간, 대중교통수단에의 접근성 등이 있음³⁷⁾

(2) 문화권 내용의 정립

- 문화적 기본권의 독자적 체계와 관련하여 문화권의 영역을 잠정적으로 문화적 자유권, 문화적 평등권, 문화적 참여권, 문화적 환경권으로 구분하는 논의가 있음³⁸⁾
 - 문화적 자유권은 주로 문화예술창작활동을 하는 사람들을 위한 권리임
 - 문화적 평등권은 모든 사람들에 대한 보편적 권리로서 상호 보완적인 관계를 가지고 있음
 - 문화적 참여권은 개인들이 적극적으로 자신들의 문화를 만들어나가고 찾아가는 의미를 가짐
 - 문화적 환경권은 개인들이 그러한 문화를 인식하고 찾아갈 수 있는 기본 여건과 환경마련의 의미를 가짐
- 논의에 따르면 자유주의적 문화국가의 활동은 개인의 문화적 자유권과 그에 상응하는 국가에 대한 소극적 방어권을 통하여 제한되고 한계 지워짐
 - 모든 문화정책적 명령과 조종은 국가에게 허용되지 않으며, 국가는 문화영역의 자율성에 대하여 허용되지 않은 간섭을 하지 말아야 함
 - 뿐만아니라, 국가에 의하여 보장되는 개인의 문화적 자유권의 보호를, 제3자에 대하여도, 최대한의 중립성과 관용을 가지고 즉 국가에 편하거나 또는 불편한 문화 활동에 어떠한 특권을 부여하거나 차별함이 없이 행해야 함
 - 예술, 표현의 자유, 사상과 양심, 종교의 자유와 더불어, 문화창조의 기본권적 지위가 인간존엄으로부터 도출된다는 점이 우선적으로 고려되어야 할 것임
- 또한 문화적 평등권은 누구든지 문화 활동에 참여할 수 있는 기회를 요구할 수 있는 권리로 파악할 수 있음
 - 구체적으로는 그러한 기회를 국가와 타인에 의해서 방해받지 않을 것, 그리고 이미 존재하는 문화 활동의 결과를 평등하게 향유하는 것을 내용으로 함
 - 문화적 평등권은 불합리한 차별을 배제한다는 점에서는 방어권의 성격을 갖는 자유권적 측면을 내재하고 있으며, 실질적인 문화적 평등권(향유권)을 실현하기 위해서는 국가의 적극적인 급부를 필요로 하기 때문에 이점에 있어서는 다음의 문화적 참여권의 문제의식을 공유할 수 있다는 점에서 문화적 자유권과 문화적 참여권의 요소를 가지고 있음

37) Laaksoen, A., “통합의 구축: 문화권의 정책 적용”, 문화권과 문화 다양성 국제회의 자료집, 문화관광부, 2006, 250-251면.

38) 문화사회연구소, 2004, 60면 이하 참조.

- 문화적 평등권에서는 문화 활동에 있어서 성별, 종교, 사회적 신분, 인종, 사회적 신조 등에 의하여 불합리한 차별을 받지 않는다는 것이 중요함
- 그리고 문화국가의 연대성과 능동성은 국민의 문화적 참여권을 보장함으로써 실현됨
- 자유주의적 문화국가가 자유주의 원리로부터 나타나는 중립성과 관용을 특징으로 한다는 사실을 넘어서 문화가 인간을 위하여 존재하는 것처럼 문화를 위하여 존재하는 이 같은 문화국가에 대해 연대성과 능동성이라는 성격을 부여할 수 있게 됨
 - 문화국가에서는 모든 국민의 문화향수권 신장을 위하여 국가의 적극적인 문화육성 및 진흥이 요구됨
 - 이러한 국가의 적극적인 문화진흥은 자율성이라는 문화영역의 특성을 고려할 때 ‘간섭이 아닌 지원’ 이라는 방식으로 나타나야 함
 - 국가의 문화육성 및 진흥에 있어서는 문화예술인의 활동에 대한 지원뿐만 아니라 국민의 다양한 문화수요에 대한 조장 지원기능이 중요
- 나아가 문화적 환경권은 좁게 파악하면 물리적 인공 환경 중 역사적 문화적 유산 등을 주된 대상으로 하지만, 문화적 환경 속에서 살 수 있는 권리로서의 문화적 환경권은 넓은 의미에서의 사회적 환경에 포함됨
- 문화적 환경권은 문명의 이기로서의 시설에 대한 관점에서 보다는 쾌적한 자연유산 및 역사적 문화적 유산 속에서 쾌적한 지적 생활 즉, 인격적 삶을 영위하도록 하는 것에 중점이 있음
- 이처럼 문화권은 자유권, 평등권, 사회권을 복합하는 독특한 체계를 가질 수밖에 없지만 현대 국가에서 복합적 성격의 기본권 등장이 오히려 자연스러운 현상이 되고 있음³⁹⁾
- 문화권의 내용 중 자유권적 성격의 문화권은 표현의 자유를 강조함
 - 평등권적 측면에서는 전통적 의미에서 차별 금지에 머무는 것이 아니라, 액세스 즉 접근에서의 차별금지를 의미하기 때문에 최대한 동등하게 해 주어야 함을 의미함
 - 문화권의 내용 중 사회권적 성격의 문화권은 복지국가의 관점에서 국가의 적극적인 조성과 지원이 필요하며 국가의 예산이 뒷받침되어야 보장이 가능
 - 결국 문화권의 특성상 참여하면서 향유하고 표현할 수 있는 기회가 보장되어야 함
- 문화권의 복합적 내용은 2013년 12월 국회를 통과한 「문화기본법」에서도 찾아볼 수 있음
- 문화기본법 제4조(국민의 권리)에서 “모든 국민은 성별, 종교, 인종, 세대, 지역, 정치적 견해, 사회적 신분, 경제적 지위나 신체적 조건 등에 관계없이 문화 표현

39) 황승흠 외, 문화정책 추진체계 정비를 위한 문화분야 법제연구, 문화체육관광부, 2021, 32면.

과 활동에서 차별을 받지 아니하고 자유롭게 문화를 창조하고 문화 활동에 참여하며 문화를 향유할 권리(이하 “문화권”이라 한다)를 가진다.” 라고 규정함

- 문화적으로 차별을 받지 않을 권리, 자유롭게 문화를 창조할 권리, 문화활동에 참여할 권리, 문화를 향유할 권리 등이 그 내용임

○ 결국 헌법상 문화권 논의 역시 복합적 성격의 독자적 체계에 따라 구성될 필요 있음

- 문화권에 대한 논의에서 예술의 자유로서 창작의 자유를 강조해 왔지만, 최근에는 문화향유권, 문화복지권으로 확대되는 경향이 존재함
- 특히 문화권은 연대권적 성격이 강하고 참여, 향유, 접근의 관점이 중시되어야 함
- 따라서 문화권 정립 과정에서 나타난 문화적으로 차별받지 않을 권리, 문화창작권, 문화활동참여권, 문화향유권 등이 강조되어야 하고, 문화환경에 대한 접근권 등도 체계화되어야 함
- 또한 문화권을 예술의 자유로 좁게 보면 자유권의 성격을 띠지만, 문화권은 문화복지에 관한 적극적 권리를 포함하기 때문에 사회적 기본권의 성격이 있음을 간과하면 아니 됨

○ 종합해보면, 문화권은 대체로 문화에 관한 표현의 자유, 창작과 수용에 관한 권리, 문화 향유에 관한 권리, 문화복지에 대한 요구권, 문화적 공동선이나 연대에 관한 권리, 문화정체성과 문화유산에 대한 집단적 권리 등을 포함함

- 문화권은 전통적인 자유권, 평등권, 사회권, 청구권 등의 체계로 접근하기 어려운 복합적 성격을 갖고 있음
- 전통적인 주관적 공권에 포섭하기는 어려움이 있으나 인권 개념의 확대, 문화적 자유와 복지의 중요성을 고려하고, 문화권의 권리적 성격을 강조하는 국제인권법, 세계 각국의 헌법의 경향을 살펴보았을 때 문화권은 헌법적 권리로 인정되어야 할 필요성은 충분함
- 문화권의 복합적 성격과 종래의 기본권 체계를 동시에 존중한다면 문화자유권으로서 ‘문화창작권’, 문화적 영역에서 차별을 금지하는 ‘문화평등권’, 인간다운 생활을 할 권리의 한 내용으로서 ‘문화복지권’, 문화활동에 참여하거나 향유할 ‘문화향유권’ (=문화참여권), 문화서비스에 접근할 수 있고 문화적 환경을 제공받을 수 있는 ‘문화접근권’ (=문화환경권) 등으로 구분할 수도 있음⁴⁰⁾

문화창작권	자유롭게 문화를 창조하고 문화적 표현을 하며, 창작을 통해 개인의 문화역량을 향상시킬 권리 또는 문화생태계의 관련 종사자들이 창작활동이나 서비스 생산활동에서 적절한 지위와 권리를 보장받고 고용의 안정성을 유지할 수 있는 권리
-------	---

40) 윤소영, “문화안전망 구축을 위한 정책 방안 연구”, 한국문화관광연구원, 2020, 25면 이하.

문화평등권	성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 않을 권리
문화복지권	문화진흥정책 관련 법령 및 조례에서 정하는 바에 따라 최소한의 문화서비스를 받을 권리
문화향유권 (참여권)	국민 개인이 문화활동에 참여하거나 향유하며, 창조적인 활동을 통해 인간다운 생활을 영위하는데 어려움을 겪지 않도록 최소한의 조건과 서비스를 제공받을 권리
문화접근권	국가와 지방자치단체가 운영하는 문화시설 또는 프로그램에 대하여 동등하게 접근할 권리

(3) 문화권 논의에서 고려해야 할 점: 문화에의 참여와 접근, 향유

- 문화권 내지 문화국가의 논의는 그 대상으로서의 문화를 어떻게 파악하느냐에 따라 그 의미와 내용이 달라질 수 있음
 - 문화를 광의로 “자연에 대립하는 인간의 행동과 그 결과의 모든 것”을 포함하는 것으로 이해하는 입장을 기본으로 문화권 내지 문화국가를 논의 한다면, 문화국가는 흔히 정치, 경제, 사회, 문화의 면으로 구분되는 모든 국가작용을 다루게 되어 문화국가의 독자성에 대한 논의를 어렵게 함
 - 국가에 대하여 특별한 관계에 있는 인간의 정신적, 창조적 활동의 영역에 대한 합의 및 집합개념을 문화로서 취급하면 인간의 정신세계와 특히 밀접하게 연결되어 있는 중요한 영역인 교육, 학문, 예술, 종교 등과 이러한 정신활동의 소산으로서 문화적, 정신적 가치를 지닌 동산 및 부동산을 포함하는 재화를 의미하는 ‘문화재’의 보호 및 방송, 신문, 지적 소유권 등이 대표적인 영역이 되고 이에 대한 문화권이 정립될 수 있음
- 문화를 창조의 측면에서 접근하면 결국 문화권은 크게 보자면 ‘접근’과 ‘참여’의 의미를 가지고 있음
 - 문화권은 개인이 자유롭게 자신들의 문화작업을 제약받지 않고 창조할 수 있는 권리가거나, 모든 사람들이 박물관, 콘서트, 극장, 도서관 등등에 있는 문화적 창조물들을 자유롭게 접근할 수 있는 권리를 의미함. 또한 문화적 권리의 관점에서 보면, 창조로서의 문화도 단지 엘리트문화, 고급문화의 산물이 아니라 개인의 소중한 표현의 자유를 신장할 수 있는 자산으로 간주할 수 있게 됨
 - 여기서 접근과 참여는 비주류문화가 주류문화로 접근하는 것을 의미하지 않으며, 소외된 주체들의 지배적 영역으로의 편입을 의미하지도 않음
 - 접근은 문화생활의 참여를 증대시킬 수도 있으며, 참여는 문화의 참된 의미로서 그것에 부여된 문화에의 접근을 넓혀주는데, 참여 없는 문화의 단순한 접근은 문화발전 목표에 반드시 도달하지 못하게 됨

- 문화에서의 접근과 참여의 문제는 생활의 다양한 분야와 생활양식과 연결되는 총체적인 접근에 의해 해결될 수 있으며, 그러한 접근은 각 사회특정에 따라 다양화되어야 하고, 생활을 위한 진정한 설계를 전반적으로 구성하는 데 근본정책이 요구됨
 - 문화에 대한 접근과 문화생활에 대한 참여는 대중노동자, 노동단체, 여가시간, 가족생활, 교육훈련, 도시계획 환경 등의 조건을 다루는 전반적인 사회정책에 필수적 요소임
 - 접근과 참여는 누구에게나 기회를 제공해 주며, 즉 이익을 받을 수 있는 뿐 아니라 사회생활의 모든 환경에서 자기 자신을 표현하고 문화훈련의 각 분야에서 최대의 자유와 관용, 문화의 창조와 보급을 내포하고 있음

- 궁극적으로 지향하는 생활양식의 총체로서의 문화개념 하에서 모든 시민은 다양한 문화영역을 향유하고 창조할 가능성을 가져야 함 (문화창작, 문화향유, 문화접근의 권리의 중요성)
 - “모두를 위한 문화”와 “모두에 의한 문화”는 개방적인 문화관념이어야 한다고 볼 때, 이것은 문화개념의 확장과 동화를 전제로 함
 - 광의의 다양하고 개방적인 문화개념은 시민적 전통 및 교육문화와 마찬가지로 대안문화(alternative culture), 하위문화 및 대항문화와 같은 ‘대중’ 및 이전문화(淺薄文化)를 포함
 - 즉 모든 시민은 문화를 향유할 가능성을 가져야 하며, 문화를 창조할 가능성을 가져야 하는데, 그것은 특히 전통적이고 거의 ‘선택적으로’ 언급되는 문화(예술)개념의 확대를 통하여 일어나야만 함

- 헌법재판소는 인간의 존엄성 및 행복추구권에서 문화향유권을 도출하고 있으며 인간다운 생활을 할 권리에서도 문화생활을 누릴 권리를 도출시키고 있음
 - “따라서 헌법이 보장하는 인간의 존엄성 및 행복추구권은 국가의 교육권한과 부모의 교육권의 범주 내에서 아동에게도 자신의 교육환경에 관하여 스스로 결정할 권리, 그리고 자유롭게 문화를 향유할 권리를 부여한다고 할 것이다.” (헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1 등)
 - “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지며 국가는 생활능력 없는 국민을 보호할 의무가 있다는 헌법의 규정은 입법부와 행정부에 대하여는 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위 안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위의 지침 즉, 행위규범으로서 작용” (헌재 1997. 5. 29. 94헌마33)

- 헌법개정 논의에서도 문화권에 대한 논의를 전개하고 있는데 국회 개헌특위 자

- 문위 개정안에서는 문화국가원리에 전통문화의 보호 이외에 문화의 창조와 문화적 다양성을 강조하였으며, 문화권을 적극적으로 규정하고자 하였음
- “제9조 국가는 전통문화의 계승발전과 문화의 창조·진흥 및 문화적 다양성 확보를 위하여 노력하여야 한다.”
 - “제33조 제5항 모든 사람은 문화생활을 누릴 권리를 가진다.”
 - 제33조 제5항에 대해서는 문화생활을 누릴 권리는 문화생활에 대한 참가(participation), 문화생활에 대한 접근(access), 문화생활 기여(contribution)로 구성된다고 설명하여 문화참여·향유권과 문화접근권을 포함시키고 있음
- 2018년 3월 26일 대통령 제안의 헌법개정안에서는 문화의 자율성과 다양성을 강조하고 민족문화를 전통문화로 통일한 특징을 보이며, 특정집단에 한정되지만 문화적 생활에 참여권을 규정한 점이 독특함
- 제9조 국가는 문화의 자율성과 다양성을 증진하고, 전통문화를 발전적으로 계승하기 위하여 노력해야 한다.
 - 제11조 ① 모든 사람은 법 앞에 평등하다. 누구도 성별·종교·장애·연령·인종·지역 또는 사회적 신분을 이유로 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에서 차별을 받아서는 안 된다.
 - 제36조 ② 노인은 존엄한 삶을 누리고 정치적·경제적·사회적·문화적 생활에 참여할 권리를 가진다.
 - 제73조 대통령은 취임에 즈음하여 다음의 선서를 한다. “나는 헌법을 준수하고 국가를 지키며 조국의 평화 통일과 국민의 자유와 복리의 증진 및 문화의 창달에 노력하여 대통령으로서 맡은 직책을 성실히 수행할 것을 국민 앞에 엄숙히 선서합니다.”
- 문화의 자율성, 다양성 확보. 문화생활을 누릴 권리 보장을 강조하고 있지만 이러한 헌법개정 논의에서도 여전히 문화접근권·향유권에 대한 명확한 규정이 미흡하여 이에 대한 보완이 필요함
- 정보의 접근권 차원에서 정보문화향유권은 개정안이 제시되고 논의되고 있지만, 문화콘텐츠 및 문화향유권에 대한 명확한 규정 및 개정안은 제시되고 있지 않음
 - 기회균등과 자유권 규정의 구체성 부족으로, 기본권의 제한과 자유권의 규범적 가치와의 관계 또한 명확하지 않은 상황이 존재함
- 일반국민이 단순히 문화의 수혜객체가 아닌 주체가 될 수 있도록 문화 접근과 향유의 보장이라는 측면에서 확장된 문화권 논의를 정립시켜야 함
- 창작자의 권리보장 (엘리트 문화에서 대중문화로 / 예술가 복지지원) 뿐만 아니라 소비자의 권리보장 (문화접근보장 / 예술활동 관심과 자발적 참여보장)을 강조해야 함

III. 게임문화권에 대한 탐색

1. 문화로서의 게임

(1) 일반적 논의

- 놀이(play)는 문화에 대한 연구에 있어 주요한 대상 중 하나인데, (온라인) 게임을 놀이의 연장선장에서 바라보는 연구는 게임을 문화의 일종으로 파악하고 있음⁴¹⁾
 - 이러한 연구들은 호이징하(Heuizinga)의 『Homo Ludens』와 카이와(Caillois)의 『Man, Play, and Games』등에 영향을 받은 북유럽 학자들을 중심으로 주로 진행됨⁴²⁾
 - 호이징하는 인간은 놀이를 통해 학습하고, 성장하고, 자기 계발과 사회화를 완성한다고 주장하는데 이는 놀이가 문화를 파생한다는 점에서 놀이를 문화 형성의 중심 시각으로 보는 일대 전환을 가져옴⁴³⁾
 - 놀이는 문화에 선행하며 놀이 속에서 문화가 형성되므로 놀이는 문화적 가치를 가진다는 지적⁴⁴⁾은 게임놀이를 문화로 보기에 충분하다는 점을 역설

- 게임을 하는 것 또한 소통을 통한 관념의 생산, 전파로 문화가 될 수 있고, 특히 게임의 주 이용세대인 청소년들을 중심으로 이루어지는 게임수행은 그 자체로 게임문화이자 사이버문화가 될 수 있음⁴⁵⁾
 - 인터넷(온라인) 게임은 그 자체가 다양한 이용자가 참여하는 공간으로 이는 새로운 공동체를 형성할 기회를 제공⁴⁶⁾
 - 게임 이용자는 공동체 초기에 정보교환과 퀘스트 수행 등에 주력하며 정체감을 부여받고, 집단의 가치와 규범, 목표와 문화를 공유하는 등 사회화와 공동체의 문화 형성을 진행하게 됨⁴⁷⁾
 - 능동적인 상호작용을 통한 공동체의 관념 생성은 게임의 중요한 특성이자 게임의 문화로서의 성격을 보여줌

- 나아가 게임이 영화나 음악, 뮤지컬 및 공연 관람 등의 전통적 문화예술장르와

41) 윤태진, “텍스트로서의 게임, 참여자로서의 게이머: 디지털게임의 문화연구적 접근”, 『언론과 사회』 제15권 제3호, 2007, 103-105면.

42) 요한 호이징하, 김윤수 역, 『호모 루덴스』, 까치글방, 1993; Roger Caillois(Meyer Barash trans.), Man, play, games(Les jeux et les hommes, 1958), University of Illinois Press, 1961.

43) 이진로, “온라인 게임의 사회문화적 함의”, 『언론과 법』 제7권 제2호, 2008, 137-138면.

44) 황승흠, “제도적 표현의 관점에서 본 게임의 문화적 가치”, 『IT와 법연구』 제4집, 2010, 196면.

45) 이경화, “청소년과 사이버문화에 관한 총체적 점검: 지적활동과 기술조작의 융합을 중심으로”, 『한국인간발달학회 2005 학술심포지엄』, 47면.

46) 이진로, 앞의 글, 141면.

47) 배영, “온라인 게임의 사회적 의미와 공적 규제에 대한 일고찰”, 『사회과학논총』 제14집, 2011, 139면; 임상훈, “한국 온라인게임, 캐주얼게임과 MMORPG의 양 날개로”, 김예란·신현준·전규찬 저, 『미래사회의 문화인프라 예측 및 구축 :구조로부터 콘텐츠로, 콘텐츠를 넘어 실천으로』, 정보통신정책연구원, 2005, 348-384면 참조.

어깨를 나란히 하는 대중적 여가문화예술로 받아들여지고 있는 현실⁴⁸⁾

(2) 규범적 논의: 미 연방사법부 논의

- 미 연방사법부는 새로운 예술 장르가 등장하고 보편화됨에 따라 이를 예술문화 범위에 포함시켜 헌법적 보호의 대상으로 삼아오고 있음
 - Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson 판결에서 영화의 표현의 자유를 인정⁴⁹⁾
 - Ward v. Rock Against Racism 판결에서 음악에서의 표현의 자유를 인정⁵⁰⁾
 - Barnes v. Glen Theatre, Inc. 판결에서 누드 댄싱과 같은 비언어적 오락물에 대하여 표현의 자유를 인정⁵¹⁾

- 게임을 예술문화로 인정한 첫 번째 사법적 판단은 2001년 연방제7항소법원의 American Amusement Machine Association v. Kendrick 결정을 들 수 있음⁵²⁾
 - 예술의 한 형태로서의 비디오 게임을 인정하고 수정헌법 제1조의 보호대상임을 명시함

- 2003년 연방제8항소법원의 Interactive Digital Software Association v. St. Louis County 판결에서는 표현의 자유를 보장하는 연방헌법 수정조항 제1조가 그림, 그래픽 디자인, 컨셉트 예술, 음향, 음악, 이야기, 내러티브를 보호하며 그들의 총체인 게임도 보호대상으로 삼고 있다는 점을 강조함⁵³⁾

- 나아가 2011년의 연방대법원 판결인 Brown vs. Entertainment Merchants Association에서는 연방헌법 수정조항 제1조에 의하여 보호되는 책, 연극, 영화 등과 같이 비디오 게임도 친숙한 문어적 도구들과 그 매체에 특유한 특징들을 통하여 생각들을 전달하는 예술적 표현이라는 점을 분명히 하였음⁵⁴⁾
 - 비디오 게임 역시 예술적 표현이므로 비디오 게임은 표현의 자유의 보호 대상이 됨을 천명함
 - 그에 따라 비디오 게임 역시 일반적인 예술과 문학 등의 문화영역처럼 이에 대한 미적, 도덕적 판단을 정부가 결정할 수 없음을 밝힘

48) 배영, 앞의 글, 136면.

49) Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson, 343 U.S. 495 (1952).

50) Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781 (1989).

51) Barnes v. Glen Theatre, Inc., 501 U.S. 560 (1991).

52) American Amusement Machine Association v. Kendrick, 244 F.3d 572 (7th Circuit 2001). 이 판결에 대한 분석은 박종현, “미국에서의 폭력적 비디오 게임 규제입법에 대한 연방법원의 사법심사의 흐름”, 『법학논총』(단국대) 제36권 제1호, 2012, 242-244면 참조.

53) Interactive Digital Software Association v. St. Louis County, 329 F.3d 954 (8th Cir. 2003). 이 판결에 대한 분석은 박종현, 앞의 글, 244-245면 참조.

54) Brown vs. Entertainment Merchants Association, 564 U.S. 786, 12 (2011). 이 판결에 대한 분석은 박종현, “미 연방대법원에서의 폭력적인 비디오 게임과 예술 및 표현의 자유에 대한 논의”, 『공법학연구』 제15권 제2호, 2014, 150-151면.

- 나아가 청소년들에게 음란하지 않을 뿐 아니라 다른 어떤 합법적인 금지의 대상이 아닌 표현은 의회가 청소년들에게 부적합하다고 판단한 생각들 혹은 이미지들로부터 청소년들을 보호하기 위해서만은 억제될 수 없다고 함
- 그러한 취지에서 음침하고 암울한 Grimm형제의 동화, 특히 백설공주, 신데렐라, 헨젤과 그레텔의 결말에서 나오는 잔혹한 묘사나 호머의 오디세우스 및 단테의 신곡과 같은 고전에서 나오는 잔인한 장면들이 청소년에게 허용되듯이 비디오 게임의 폭력성에 대한 규제가 적절한지는 엄격하게 심사해야 한다고 함
- 무엇보다 소설, 영화, 라디오 드라마, 만화책, TV프로그램, 노래가사의 순서대로 청소년보호를 위한 규제들이 있었고 그 다음차례로 비디오 게임이 규제되고 있는데 이러한 문화콘텐츠에 대한 규제는 신중히 마련되어야 한다고 강조함

(3) 규범적 논의: 우리의 논의

- 게임과 관련된 국가의 정책 및 법제에서 게임의 산업적 가치를 인정해왔고 최근에는 이의 문화적 가치를 인정하는 경향을 보이고 있음⁵⁵⁾
- 게임의 문화적 가치를 인정하는 대표적 법률로는 「게임산업진흥에 관한 법률」 및 「문화산업진흥 기본법」을 들 수 있음
 - 「게임산업진흥에 관한 법률」 제1조에서는 “국민의 건전한 게임문화를 확립함으로써 국민경제의 발전과 국민의 문화적 삶의 질 향상에 이바지함”을 목적으로 하여 게임의 문화적 속성을 지적하였음
 - 「문화산업진흥 기본법」 제2조 제1호에서는 영화, 비디오, 음악산업과 더불어 ‘게임’ 산업을 대표적 ‘문화’ 산업으로 인정하고 있음⁵⁶⁾
- 헌법재판소 역시 결정례들을 통해 게임의 문화로서의 성격을 인정해 오고 있음
 - 헌법재판소는 “문화에 관한 높은 인식수준 속에 종래 문화로서 인정받아왔던 순수예술의 공연뿐 아니라, 오락으로 치부되어왔던 공연, 예를 들어 대중가수의 공연과 영화도 문화와 예술로서 인정받고 있다”⁵⁷⁾고 하였는데 오락적인 요소들도 예술, 문화가 될 수 있는 가능성을 수용하였음
 - “게임산업법 및 ‘이스포츠 진흥에 관한 법률’ 등 관련 법규를 종합적으로 고려하면 국가는 인터넷게임 관련 산업 및 문화를 장려하고 있음”⁵⁸⁾이라 판시하여 게임의 문화적 가치를 인정하였음

55) 황승흠, 앞의 글, 203-205면.

56) 또한 2014년 7월 16일 김광진 의원 등 국회의원 13인이 발의한 「문화예술진흥법 일부개정법률안」(의안번호 11191)은 「문화예술진흥법」상의 문화예술의 정의에 게임을 포함시켜 게임을 다른 문화예술 장르들과 동등하게 취급하고 게임을 진흥시키는 국가의 책무를 확인하는 내용을 담아 게임의 문화적 가치에 대한 인식의 전환을 보여주었음

57) 헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1등 결정, 판례집 16-1, 688면.

58) 헌재 2014. 4. 24. 2011헌마659등 결정, 판례집 26-1하, 176면 이하.

2. 게임문화권의 확립과 자율규제 논의

(1) 문화로서 게임에 대한 헌법적 보호

- 게임이 예술표현의 일종으로 문화로 인정된다면 이제 게임은 헌법상 보호의 대상이 되며 관련 정책은 헌법상 문화국가원리를 준수해야 하고 특히 문화의 자율성, 평등, 다양성을 보장해야 한다는 문화국가원리의 핵심적 내용들은 게임관련 정책에서도 당연히 지켜져야 함
 - 구체적으로는 우선 게임문화의 자율성, 창조성을 보장하기 위하여 국가는 게임 영역에 원칙적으로 개입할 수 없음
 - 다만, 시장논리에 의하여 게임문화의 자율성이 침해되거나 비국가적 주체에 의하여 게임문화가 위협을 받거나 외국게임 등에 의하여 국내게임문화가 종속되거나 게임문화의 다원성이 침해되는 경우에 국가는 정책을 통하여 게임 영역에 개입할 수 있음

- 나아가 게임문화영역에 대해 정부가 개입하는 경우, 문화국가원리에서 파생된 원칙에 따라 게임문화영역의 자율성을 해치지 않는 범위에서 개입이 가능할 것임
 - 국가는 게임에 대한 권리를 보호하여야 하고, 게임문화 창조를 위한 게임참여의 기회, 게임접근권을 모두에게 자유롭고 균등하게 보장하여야 함
 - 게임문화를 다른 문화와 달리 취급하거나 특정 게임을 다른 게임과 달리 취급하여서는 아니 됨
 - 게임 자체에 대한 조정적·직접적 개입을 지양하고 게임문화 조성을 위한 간접적 정책마련을 우선시하여야 함
 - 다른 헌법원리, 가치, 기본권 보장을 위하여 게임문화에 대한 제한이 이루어지는 경우에도 폐해와 혜택의 섬세한 형량을 통하여 제한의 정책적 방향을 설정해야 하고 게임접근 등 그 문화향유에 대한 일체적 금지 식의 정책은 절대 지양해야 할 것임

(2) 게임문화권의 보장

- 문화로서 게임이 인정된다면 게임할 권리 역시 문화권의 일종으로 인정되고 보호받을 수 있음

- 문화권이 갖는 복합적 성격을 고려하여 게임문화권의 내용을 창작권, 향유권, 접근권, 평등권, 복지권 정도로 정리해볼 수 있음
 - 게임문화창작권: 자유롭게 게임문화를 창조하고 문화적 표현을 하며, 창작을 통해 개인의 문화역량을 향상시킬 권리 또는 게임문화생태계의 관련 종사자들이 창작

- 활동이나 서비스 생산활동에서 적절한 지위와 권리를 보장받고 고용의 안정성을 유지할 수 있는 권리
 - 게임문화향유권: 국민 개인이 게임문화활동에 참여하거나 향유하며, 창조적인 활동을 통해 인간다운 생활을 영위하는데 어려움을 겪지 않도록 최소한의 조건과 서비스를 제공받을 권리
 - 게임문화접근권: 국가와 지방자치단체가 운영하는 게임문화시설 또는 프로그램에 대하여 동등하게 접근할 권리
 - 게임문화평등권: 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 게임문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 않을 권리
 - 게임문화복지권: 게임문화진흥정책 관련 법령 및 조례에서 정하는 바에 따라 최소한의 게임문화서비스를 받을 권리
- 문화권 논의에서 핵심을 이룬 접근과 참여(향유)에 대한 논의를 게임문화권에도 적용하여 게임문화접근권, 게임문화향유권을 게임문화권의 핵심적 내용으로 삼을 수 있을 것임
- 게임문화권은 개인이 자유롭게 자신들의 게임문화작업을 제약받지 않고 창조할 수 있는 권리가거나, 모든 사람들이 게임문화의 창조물들을 자유롭게 접근할 수 있는 권리를 의미함
 - 또한 헌법재판소가 문화향유권을 강조하였으므로 게임문화향유권은 게임문화권의 실정권적 내용이 될 수 있음
- 게임문화접근권과 게임문화향유권은 모두 다양한 개인의 자유로운 주체성의 보장을 출발점으로 삼고 있으므로 일반 국민이 단순히 문화의 수혜객체가 아닌 주체가 될 수 있도록 문화 접근과 향유의 보장이라는 측면에서 게임문화권 논의를 정립시켜야 함
- 게임문화권 논의에서 창작자의 권리를 보장하는 것도 중요하지만 게임을 이용하며 게임문화를 형성하는 일반 국민의 권리 보장도 중요한 쟁점임

(3) 게임자율규제 정립

- 게임문화에서의 접근과 향유의 보장은 생활의 다양한 분야의 양식과 연결되는 총체적인 접근에 의해 해결될 수 있으며, 그 접근의 과정에서 게임문화의 자율성을 최대한 보장할 수 있는 근본적인 정책변화가 필요할 수 있음
- 그동안의 게임관련 정책들은 게임이용에 대한 규제·통제에 방점을 두어 소극적이고 부정적인 방식으로 게임의 사회적 부작용에 대처하여 왔고, 그 과정에서 게임이용자인 일반국민들의 자율성, 주체성은 철저히 도외시되었음
- 개인의 생활양식으로서의 문화를 일방적이고 후견적으로 통제할 수 있다는 정책

- 기조는 문화영역 및 일상영역에서 민주주의 실현에 상당한 위협이 될 수 있음
- 따라서 문화영역에서 자율성과 주체성 확립이라는 적극적이고 능동적인 목표를 구현하기 위해 게임정책의 근본적 기조의 변화가 필요함
- 게임관련 정책은 게임문화 영역에서 게임이용자의 주체적이고 자율적인 문화 접근·참여·향유를 가능하게 하기 위해서 마련되어야 하며 사회적 부작용에 대한 규제에 있어서도 게임문화권의 실천을 방해하지 않는 방식의 접근이 요구됨
- 게임할 권리의 문화권으로서의 성격을 고려하는 경우 게임이용자의 게임문화 접근·참여·향유에서의 자율성과 주체성 보장은 국가적 과제이고 게임정책에서 항상 가장 우선시하여 고려해야 할 요소임
 - 또한 게임으로 인한 사회적 부작용에 대한 규제는 비례성을 가져야 하며 규제로 인해 제한될 수 있는 권리, 즉 게임문화권 중 특히 그 본질적 내용이라 할 수 있는 게임이용에서의 자율성, 주체성을 침해해서는 아니 됨
- 게임문화영역에서의 자율성 및 주체성 확보를 위해, 규제 이슈 발생 시 정부의 직접적인 개입보다는 자율규제의 보장이 적절할 수 있음
- 문화영역에 대한 정부의 개입은 불편부당해야 하며, 문화영역의 자율성을 존중하여 이에 대한 직접적 개입(금지)보다는 공익추구를 위한 환경 조성의 방식으로 이루어져야 함은 헌법상 문화국가원리를 통해 확인되었음
 - 나아가 문화권의 핵심내용인 문화접근권 및 향유권은 결국 문화영역의 참여자들의 주체성과 자율성 확보를 궁극적인 목적으로 함
 - 따라서 소위 건강한 게임문화 형성을 위한 게임규제를 마련하는 과정에서는 게임문화의 자율성 확보가 중요하며, 규제대상의 자율성 및 자가지배(self-governance)를 존중하는 자율규제방식이 정부개입보다 더 적절해 보임
- 게임분야에서 자율규제 확립을 통해 게임문화권의 실질적 보장을 도모하여 헌법가치를 실현하고 국제인권 논의에 부합한 민간 거버넌스 기반의 선진화된 문화정책의 틀을 마련해야 함
- 유연하고 자가지배에 충실한 자율규제 방식은 성장과 변화의 정도가 강한 첨단산업 분야에서 효율적이며 나아가 규제 영역에서 민주주의라는 헌법가치를 실현하는데 이바지할 수 있음
 - 첨단산업분야이자 문화영역인 게임분야의 독특한 성격을 고려하면 이 분야에서는 자율규제의 활용도가 높을 것으로 예상됨
 - 게다가 문화권에 대한 논의를 꾸준히 확장해온 국제인권법상 논의에서도 문화영역의 자율성 확보를 모든 논의의 출발점으로 삼고 있다는 점에서 국가개입을 지양하는 자율규제 확립은 보편적 요청이라 할 수 있음
 - 게임분야의 문화적 성격 및 문화권(정책) 관련 국제사회의 논의를 종합적으로 고

려해 볼 때 민간 거버넌스를 중심으로 한 자율규제 문화정책의 틀을 확립하여 게임문화접근권 및 게임문화향유권의 실질적 보장을 실현해야 할 것임

IV. 나오며

1. 논의의 정리

- 본래 자연에 인간의 활동이 가해진 것을 의미하는 ‘문화’ 개념은 인류의 축적된 물질 유산 및 전통, 예술 (언어, 문학) 및 과학적 창조를 비롯하여 일상에서 가치와 의미를 표현하는 삶의 양식을 포섭한다고 이해됨
- 인간의 총체적 삶의 양식으로 문화를 광의 개념으로 파악하게 되면 이에 대한 인정, 존중, 보호의 과정은 문화 상대주의로 전개되고 그에 따라 문화에 대한 보편적 기준, 권리를 구성하기 난해해 질 수 있음
- 인간의 존엄성을 추구하는지 여부에 따라 문화에 대한 비교가 가능하고, 각 개인에 대해 보편적 인권의 존중이라는 측면에서 문화다양성을 인정하는 문화권의 내용을 구성할 수 있다는 논의가 국제인권법적으로 전개되어 왔음
- UN의 「세계인권선언」(1948), 그리고 「경제적·사회적·문화적 권리에 대한 국제규약 (ICESCR)」(1966)에서는 문화권을 인정하며 그 핵심 내용으로 문화생활의 참여(접근)권, 예술감상 및 향유권, 저작권 및 창작으로부터 이익보호받을 권리 등을 제시하였고 이후 1966년 ‘시민, 정치적 권리에 관한 국제 규약(ICCPR)’ 부터는 문화다양성과 소수집단의 문화(향유)권을 인정해오고 있음
- 우리 헌법에는 문화권 규정이 부재하지만 문화영역에서 자유와 평등 그리고 전통문화 및 민족문화 발전에 대한 국가의 의무를 명시하고 있으며 전통적인 문화영역인 교육·학문·예술·종교 등에 있어 자유를 보장하는 각종 기본권 규정들을 두고 있음
- 나아가 헌법상 기본원리 중 하나인 문화국가원리에 대한 논의를 통하여 국가와 문화 영역 사이의 바람직한 관계를 구체화하였는데, 이에 의하면 국가는 문화정책적 중립성과 관용을 통해 문화의 자율성을 보호해야 하고 문화의 평등을 보장하여 문화적 약자를 보호해야 함
- 헌법재판소 역시 문화는 사회의 자율영역에 맡기되 다양한 문화가 창조될 수 있도록 국가는 기회 혹은 풍토를 조성해야 하며 어떠한 장르의 문화에 대해서도 불편부당의 원칙을 준수하여야 한다고 강조하였고 헌법상 정신적 자유권을 통해 이러한 내용들이 실현될 수 있다고 선언함

- 하지만 이러한 국내의 논의는 문화권의 핵심 내용으로 문화참여·향유권 및 집단적 권리 등을 언급하는 국제인권법상의 논의 혹은 문화권은 문화에 대한 창작, 수용, 복지를 모두 아우르는 복합적 권리로 구체적으로는 문화적 자유(창작)권, 문화적 평등권, 문화적 접근·참여·향유권, 문화복지(환경)권 등으로 구성된다는 외국 및 문화연구계의 논의를 충분히 반영하고 있지 못한 실정임
- 특히 창조의 측면에서 문화를 논의하는 경우 이에 대해 접근하여 참여하고 이를 향유하는 과정에서 자유와 평등의 실현이 요구된다는 측면에서, 문화권의 복합적 권리 요소들 중 문화적 접근·참여·향유권의 실질적 보장이 강조됨
- 이러한 권리에 대해 헌법에 규정이 부재하지만 헌법재판소는 결정례를 통하여 자유권적인 측면에서 그리고 사회권적인 측면에서 모두 문화향유권을 인정하였고 최근의 헌법개정안들에서는 문화생활을 누릴 권리를 사회권적인 측면에서 마련하고 있음
- 그에 따라 문화권의 논의에서는 기존의 기본권 체계에 국한되지 않고 새로운 복합적 권리로서 일반 국민의 문화에 대한 접근·참여·향유를 보장하는 구체적 권리를 설정해야 하며 일반 국민이 문화의 수혜객체가 아닌 창조주체가 될 수 있도록 권리 내용을 구성해야 할 것임
- 놀이의 성격을 갖는 대중 여가문화예술 장르인 게임 그 자체 뿐만 아니라 참여·소통·공유의 양태를 보여주는 게임행위(게임을 하는 것) 역시 문화에 해당함
- 미국의 연방사법부는 2001년에서 2011년까지 10년에 걸친 여러 판례들을 통해 (비디오) 게임을 예술(표현)의 한 형태로 인정하고 책, 연극, 영화, 음악, 라디오, 만화책, TV 프로그램 등의 다른 대중문화장르와 마찬가지로 보호 대상이 되어야 함을 천명하였음
- 우리의 법제에서도 오락적 요소가 있는 대중문화가 문화로 인정되어 왔으며 게임산업을 문화산업으로 인정하고 있음
- 대중문화로서 게임 역시 헌법상 문화국가원리가 적용되어 게임문화의 자율성, 창조성이 보장되어야 하며 이에 대한 국가의 개입은 게임문화의 자율성을 해치지 않는 범위에서 가능할 것임
- 또한 문화로서 게임에 대한 기본권들을 복합적으로 구성하여 인정할 수 있는데

대표적으로 게임문화창작권, 게임문화향유권, 게임문화접근권 등을 인정하여 게임이용자들의 게임을 하는 행위에 대한 자유, 기회제공이 보장되어야 할 것임

- 자유권과 사회권적인 요소를 모두 갖고 있는 게임문화접근권, 게임문화향유권의 보장은 게임문화의 자율성과 게임이용자들의 주체성, 게임이용 환경의 제공을 목표로 하게 되고 규제 이슈 발생 시 정부의 직접적 개입보다 자율규제 확보의 적절성을 정당화해 줄 것임

2. 향후 과제

- 본 연구에서는 게임문화권의 정립을 위한 법이론적 탐색을 수행하였는데 이 연구가 실무적으로 의미를 갖기 위해서는 우선 게임문화에 대한 실증적 규명이 이루어져야 할 것임
 - 게임문화권에 대한 논의 이전에 우리 사회에서 게임문화가 무엇을 의미하고 어떻게 전개되고 인식되어 왔는지에 대한 실증적 파악이 필요함
 - 이를 위해서는 일반적인 설문조사, 전문가(산업계 종사자 및 전문가, 규제당국) 집단을 대상으로 한 FGI 등의 방법을 활용해 볼 수 있을 것임
- 게임문화권의 구체화를 통해 집행력을 확보하기 위해 게임문화권에 포함될 수 있는 구체적인 이익·요청의 양태에 대한 사례를 조사하고 정리할 필요가 있음
 - 헌법상의 기본권 논의는 추상적인 차원에서 전개되며 현실에서 이 논의가 실익을 갖기 위해서는 기본권에 의해 보호되는 이익 등의 구체화가 필요함
 - 현실에서 게임(문화)에의 접근, 참여, 향유 과정에서 이용자의 자율성이나 주체성이 확보되지 못한 사례들을 조사·정리하여 게임문화권(접근권, 참여권, 향유권 등)에 의해 보호되어야 할 사항들을 체계화할 수 있음
 - 최근 사회권적인 측면에서 문화권을 정리하는 논의가 상당한데 이러한 관점에서 접근할 때 게임문화권의 내용이 무엇으로 정리될 수 있을지에 대한 고찰도 필요해 보임
 - 이 과정에서는 게임이용양태 전반 및 이용장애상황에 대한 조사가 필요할 수 있음
- 게임문화권의 내용이 어느 정도 확정되면, 영화, 음악, 만화 등 다른 대중문화 콘텐츠에 대한 헌법적 권리 논의들과의 비교를 통해 유사점과 차이점을 확인하고 게임문화권 논의에서 특별히 강조해야 할 사항들을 축약적으로 정리하는 작업이 필요함
- 게임문화권 논의가 현실에서 실익을 확보하기 위해서 게임문화권을 현실에서 실

천하는 구체적 방안, 캠페인 및 모델 개발이 요구됨

- 게임법 및 문화유관법률의 개정작업을 통해 게임문화권의 구체화
- 게임문화권 개념을 통해 게임관련 이슈들을 재정리하는 자료 발간 및 게임이용자들에 대한 권리 교육 기회 제공
- 규제 이슈에 대한 항변 논리로서 게임문화권을 적극 활용
- 기존의 법정규제 혹은 자율규제의 모델, 업무 내용을 게임문화권 논의를 중심으로 창작, 접근, 참여, 향유 및 다양성 확보 등의 테마를 중심으로 재구성