

온라인게임의 법적 보호와 규제

서울대학교 정상조

1. 머리말

온라인게임은 한편으로는 창작적 표현으로서 저작권법 등에 의해서 보호되는 '저작물'¹⁾이고 다른 한편으로는 비디오처럼 사람들의 시각을 즐겁게 해주기도 하면서 청소년들에게 충격을 줄 수도 있는 '게임물'에 해당되면서²⁾ 또 다른 한편으로는 인터넷과 무선통신을 기반으로 해서 이루어지는 '기술적 산물'이기도 한 것이다. 온라인 게임은 그 자체로서도 고부가가치를 생산하는 지식집약적 산물이지만³⁾ 동시에 만화, 영화, 캐릭터 등의 다양한 파생상품을 생산할 수 있는 산물이기도 하기 때문에, 온라인게임의 보호 및 육성이 우리나라의 경제발전에 중요한 의미를 가지고 법정정책적으로 뒷받침되어야 할 과제인 것이다. 반면에 온라인게임산업의 보호와 육성은 동시에 게임의 사회적 부작용을 효율적으로 규제할 필요성을 수반하게 된다. 게임의 규제 가운데 특히 음란하거나 폭력적이거나 도박적인 게임에 취약한 청소년을 보호하기 위한 내용규제는 게임보호와의 효율적인 균형을 찾아야 한다는 점에서 어려운 과제로 제기된다. 게임의 내용심사는 청소년을 불건전한 게임으로부터 차단하는 규제인데 반해서, 온라인 게임의 소비자 또는 이용자들을 위한 규제의 필요성도 있다. 예컨대, 공정한 게임의 규칙으로 게임 아이템을 타인에게 매매하지 못하도록 금지하는 내용의 게임이용약관이 있다면 그러한 약관은 어떠한 범위

에서 효력을 가지게 되는지가 어려운 해석상 과제로 제기되고 있다. 게임 아이템과 관련해서 발생한 범죄는 어떻게 처벌할 것인가의 문제도 현행법의 해석상 어려운 문제로 제기된다. 또한, 게임의 소비자 또는 이용자는 게임사업자와의 사이에 이용약관에 의해서 계약상의 관계를 맺게 되는데, 게임사업자의 영업의 자유와 창의성을 보장해주면서 그러한 소비자 또는 이용자를 보호하기 위해서 약관의 해석과 규제는 어떻게 이루어지는 것이 바람직한 것인가의 문제도 제기된다. 본 논문에서는 이러한 문제들을 차례대로 검토해보기로 한다.

2. 온라인게임의 보호

2.1 현행법의 골격

게임산업은 굴뚝없는 고부가가치산업이라고 불리는 것처럼 고도로 지식집약적이고 창작적 노력에 의해서 그 성과가 좌우되는 산업에 해당된다. 따라서, 온라인게임의 개발에 투입되는 고도의 지식과 창작적 노력에 대한 적절한 보호가 이루어져야만 온라인게임을 투자가 이루어질 수 있고 그 개발이 촉진될 수 있다. 온라인게임의 보호에는 다양한 법률이 원용될 수 있지만, 저작권법, 컴퓨터프로그램보호법, 온라인디지털콘텐츠산업발전법이 가장 중요한 법률로서 검토의 대상이 된다. 저작권법은 온라인게임의 일련의 연속적 화면은 창작적인 영상저작물로서 보호해줄 수 있고, 컴퓨터프로그램보호법은 그 게임을 작동시키고 이용자의 단말기 조작에 따라서 반응하도록 만들어진 게임프로그램을 보호해줄 수 있으며, 온라인디지털콘텐츠산업발전법은 게임의 아이템 등과 같이 창작성을 결여한 요소라도 그 제작에 상당한 노력과 투자가 필요한 요소들을 보호해줄 수 있다. 요컨대, 저작권법, 컴퓨터프로그램보호법, 온라인디지털콘텐츠산업발전법은 그 보호대상을 조금씩 달리 하지만 온라인 게임을 제작한 자 또는 권리자의 허락없이 제3자가 온라인 게임을 복제하거나 배포하는 것을 금지하고 온라인게임 제작자 또는 권리자를 보호해줌으로써 온라인게임의

1) 온라인게임은 일련의 화면으로 구성된 영상저작물, 그 배경에 나오는 음악저작물, 게임을 작동시키는데 필요한 컴퓨터프로그램저작물, 게임아이템 등으로 구성된 데이터베이스 또는 온라인디지털콘텐츠 등으로 구성되어 있고, 각각의 보호에 대해서는 후술하도록 한다.

2) "음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률" 제2조에 의하면 게임물이란 "컴퓨터프로그램 등 정보처리 기술이나 기계장치를 이용하여 오락을 할 수 있게 하거나 이에 부수하여 여가선용, 학습 및 운동효과 등을 높일 수 있도록 제작된 영상물 및 기기를 말한다."

3) 2003년말 현재 온라인게임의 국내매출액만 해도 7천5백억원을 넘고 있다: 박성호, 온라인게임산업의 현황과 과제, 서울대학교 기술파법센터 윌레워크숍 자료집 2004-9, 제8면

제작을 촉진하기 위한 법률이라는 점에서는 동일하고, 보호대상에 따라서 그중에서 어느 하나의 법률이 적용되는 것이다.

2.2 온라인게임 제작의 촉진

2.2.1 게임의 제작과 저작권의 귀속

온라인게임의 제작을 촉진하기 위해서, 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법은 온라인게임의 영상물이나 그 작동 프로그램을 창작한 자에게 저작권을 부여해주고 온디콘법은 창작성이 없는 것이라도 그 제작에 상당한 자본과 노력을 투입한 제작자를 보호해주고 있다. 그런데, 온라인게임의 창작이나 제작에는 자본을 투입한 사람이나 기업이 있는가 하면 다른 한편으로 그러한 투자거나 투자기업의 기획하에 현실적인 창작이나 제작업무를 담당하는 다수의 종업원들이 포함되어 있다. 따라서, 온라인게임의 제작을 촉진하기 위해서 부여하는 인센티브로서의 저작권이 투자자/투자기업과 종업원 가운데 누구에게 부여되어야 하는지의 문제가 제기된다. 각국마다 다소의 차이가 있지만, 우리나라 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법은 투자를 촉진하는 것이 궁극적인 창작 촉진방법이라고 생각하고 일정한 조건하에 투자자 즉 사용자 또는 기업에게 저작자의 지위를 부여해주고,⁴⁾ 온디콘법도 제작자에게 구제수단을 부여해주고 있다.⁵⁾

저작권이라고 하는 경제적 인센티브가 누구에게 귀속되는지에 관해서 법률의 규정도 있지만 계약을 통해서 당사자들이 임의로 정할 수도 있다. 특히, 게임의 제작 과정에서 그 전부 또는 일부의 작업을 기업 외부의 제3자에게 위탁하는 경우에 그 결과물에 대한 권리의 귀속에 관해서 계약상의 규정을 두는 경우가 많다. 게임의 위탁제작관계가 기업/사용자와 종업원의 관계에 해당되지 않는다면, 게임을 직접 창작 또는 제작한 수탁자는 저작권법상 저작자로 되고 저작권을 취득하게 된다. 게임제작을 위탁한 위탁자가 위탁의 대가를 지급하고 게임을 받아서 영업을 수행하려고 한다면 그 게임에 대한 저작권을 양도받을 필요가 있기 때문에, 대부분의 위탁계약에는 그 결과물에 대한 저작권이 위탁자에게 귀속된다고 규정하는 경우가 흔하다. 위탁계약에는 저작권이 위탁자에게 귀속된다고 규정하고 있지만, 저작권법을 적용해서 그 규정을 해석해보면, 일단 수탁자에게 발생한 저작권을 위탁자에게 양도한다는 것을 의미하는 것이다. 이와 같이 저작자가 취득한 저작권을 위탁자에게 양도하는 경우에도, 위탁자는 저작자에게 전속되어 있는 권리 즉 저작인격권은 양도받을 수 없고, 결과적으로 저작자

산권자와 저작인격권자가 분리되는 현상이 생길 수도 있다.⁶⁾

2.2.2 게임의 공급과 저작권의 상업화

저작권법은 창작의욕의 고취와 문화·과학의 발전을 도모하기 위하여 저작자에게 저작권을 부여해 주고 있지만, 저작권의 현실적인 가치를 향유하기 위해서는 저작물이 소비자들에게 전달·공급되어야 하는데, 이는 게임의 이용허락(license)과 같은 소위 저작권계약(copyright contracts)을 통해서 이루어진다. 저작권법은 이용허락의 종류에 대해서도 아무런 규정을 두고 있지 않지만, 이용허락의 범위에 따라서 배타적 이용허락(exclusive license)과 비배타적 이용허락(non-exclusive license)의 두 가지 종류가 있을 수 있다. 배타적 이용허락에서는 특허법에서의 전용실시권과 마찬가지로 배타적인 권리를 인정하고자 하는 것이 계약당사자들의 진정한 의사이다. 따라서, 배타적 이용허락은 사실상 저작권을 양도하는 것과 경제적으로 동일한 효과를 가져다 줄 수 있으므로 저작권자로서는 신중을 기해야 한다. 다른 한편, 배타적이용권을 부여받은 이용자로서는 제3자가 중복적으로 저작권자와 이용허락계약을 체결하지 못하도록 자신의 권리를 대외적으로 알릴 필요가 있어서 배타적이용권의 등록을 하는 것이 바람직한데, 현행 저작권법은 출판권의 등록 이외에는 배타적 이용권의 등록에 관한 별도의 규정을 두지 않았다.⁷⁾ 이러한 사정은 컴퓨터프로그램보호법과 온라인디지털콘텐츠산업발전법에서도 마찬가지이다.

이용허락의 내용에 따라서 출판계약, 복제허락,⁸⁾ 배포허락, 전송허락, 공연허락, 방송허락, 개작허락 등이 있을 수 있다. 가장 빈번히 활용되는 상업화 수단으로 출판계약이 있는데, 이는 저작물을 다량 복제해서 판매하는 것을 허락해주고 그 대가를 받기로 약정하는 것을 말한다. 온라인게임의 경우에는 그 전송이나 개작을 허락하는 경우가 많은데, 그러한 허락의 배타성 여부에 따라서 배타적전송허락과 비배타적전송허락 등으로 나눌 수 있다. 온라인게임의 전송허락을 받은 자(licensee)는 그 허락받은 범위 내에서 게임을 전송하고 저작권자

4) 저작권법 제9조 및 컴퓨터프로그램보호법 제5조

5) 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제18조 및 제19조

6) 수탁자에게 저작인격권이 남아 있다면, 위탁자가 저작재산권을 양도받았다고 하더라도 위탁자가 마음대로 저작물을 수정해서 상업적으로 이용할 수 있는지에 관한 분쟁이 발생하기 쉽고, 특히 위탁계약에서 위탁자에게 저작물 수정요구권을 부여했다면 그러한 계약상의 수정요구권의 행사에도 불구하고 수탁자가 수정을 거절할 경우에 한해서 예외적으로 위탁자가 저작물을 수정할 수 있다고 판시한 대법원 1992. 12. 24. 선고 92다31309 판결이 있다.

7) 저작권법 제60조

8) 예컨대, 게임을 CD-ROM으로 제작하는 것을 허락하는 경우

에게 그 대가(royalty)를 지급해야 한다. 전송허락을 받는 자는 저작권자와의 계약에 의해서 게임을 전송할 수 있을 뿐이기 때문에 계약상 특약이나 저작권자의 허락이 없는 한 제3자로 하여금 전송하도록 하는 재허락을 해줄 수는 없다. 다만, 단순히 전송허락을 받은 것이 아니라 애초에 저작권자로부터 전송권을 양도받은 경우에는⁹⁾ 기존의 저작권자에게 더 이상 전송권이 존재하지 않기 때문에 전송권자는 자신이 보유한 전송권을 자유롭게 행사할 수 있을 뿐만 아니라 재양도 등의 방법으로 자유롭게 제3자에게 처분할 수 있음도 물론이다.¹⁰⁾

2.2.3 게임의 이용과 저작권의 침해

게임이용자들은 게임제공업자와의 사이에 체결된 계약조건에 따라서 게임을 이용하게 되는데, 그러한 계약을 이용허락계약이라고 하는 점에서 저작권의 상업화에 이용되는 전송허락 등과 아주 유사한 구조를 취하고 있다. 온라인게임을 이용하고자 하는 자는 게임제공업자의 웹사이트에서 일정한 조건의 약관에 동의한다는 의미에서 “동의함”라고 하는 아이콘을 클릭함으로써 이용허락 계약을 체결하고 게임을 이용할 수 있게 되는데, 이러한 이용허락계약은 클릭이라는 행위에 의해서 이루어진다는 점에서 ‘Click-wrap license’라고 불리우기도 한다. 온라인게임이용허락계약 또는 Click-wrap license는 ‘동의함’이라는 아이콘을 클릭함으로써 이용자가 그 계약조건을 상세히 알지도 못하는 사이에 또는 계약이 체결된다는 사실조차 모르는 사이에 계약이 체결된다는 점에서, 마치 소프트웨어 CD-ROM를 구입한 소비자가 그 CD-ROM의 포장지를 뜯는 순간 그 포장지 속에 끼어 들어가 있는 약관에 동의한 것으로 본다고 하는 소위 ‘수축포장 이용허락계약(shrink-wrap license)’¹¹⁾과 아주 유사하다. 이러한 수축포장 이용허락계약 또는 Click-wrap license는 이용자들이 잘 의식하지 못한 가운데 체결된다는 점에서 과연 유효하게 체결된 계약인지 그리고 그러한 계약조건이 모두 이용자에게 대해서 구속력을 가질 수 있는지 문제되어 왔다. 이에 관한 우리 법원의 판결은 아직 찾아볼 수 없으나, 미국 사례 가운데는 수축포장이용허락계약이 CD-ROM 제품 외면에 예고를

하고, 수축포장 내 약관에 구체적인 조건을 상세히 기재 해 놓고, 당해 이용허락조건이 받아들여질 수 없는 경우에 환불과 소프트웨어를 반품할 권리들을 설정해 놓았기 때문에, CD-ROM 제작업자와 소비자 모두에게 가치 있는 계약이 유효하게 이루어진 것이라고 판시한 바가 있다.¹²⁾ 그러한 미국판례가 있다고 해서, 우리나라에서도 Click-wrap license가 논리필연적으로 유효한 것이라고 결론지을 수는 없다. 특히, 다수의 이용자들을 대상으로 게임공급업자가 일방적으로 작성한 계약이라는 점에서, 게임공급업자가 이용자들에게 약관에 관한 설명을 명시하고 그 중요한 조건을 잘 설명했는지는 여부는¹³⁾ 계약의 유효성을 판단할 때 중요한 변수가 될 것이다.¹⁴⁾

이용허락계약의 경우에 저작권자가 담보책임을 부담 하는지에 대해서도 많은 논란이 있다. 이용허락계약에 대해서는 매매계약에 관한 규정이 그대로 적용될 수도 없기 때문에 더욱 불명확한 실정이다. 특히 이용허락의 대상이 되는 저작물이나 정보를 이용함으로써 제3자의 권리를 침해하지 않는다는 것이 담보되고 있는지, 이용허락의 대상이 되는 저작물이나 정보에 오류가 없도록 합리적인 주의를 기울인 결과물이라는 점이 담보되고 있는지, 소프트웨어 등의 저작물이 그 사용목적에 적합한 것이라는 점이 담보되고 있는지 여부 등이 문제된다. 이에 관한 담보책임을 계약에 명시적으로 규정되어 있다면 다행이지만, 그렇지 아니한 경우에 대비하여 민법이나 저작권법에 명시적인 규정을 둘 필요가 있다.

게임에서 공격속도를 높여주거나 명중률을 높여주는 프로그램을 공급해서 게임이용자들로 하여금 손쉽게 또는 부당하게 적을 죽이고 아이템을 획득하게 해준다면 저작권의 침해로 되는가? 게임이용자의 능력을 향상시켜주는 프로그램의 구체적인 작동방식에 따라서 그 결론은 달라지겠지만, 만일 온라인게임의 클라이언트 프로그램 자체를 변경하거나 그 게임프로그램을 실행시켜 RAM 상에서 변경하는 결과를 초래한다면 저작권자의 개작권을 침해한 것이라고 볼 수 있는 여지도 있다.¹⁵⁾

9) 저작권법 제42조는 저작권의 양도에 관해서 규정하고 있고 전송권의 양도는 저작권의 일부양도로서 유효하게 이루어질 수 있다.

10) 대법원 1979. 5. 15. 선고 78다1263 판결.

11) 수축포장 이용허락계약이라고 함은 저작물을 저장한 CD-ROM 등의 매체를 포장할 때 이용허락계약을 주된 내용으로 한 약관과 CD-ROM을 종이상자에 넣고 그 종이상자 곁에 비닐포장을 하면서 약간의 열을 가해서 포장함으로써 그 열이 식으면서 비닐포장이 수축되어 종이상자에 잘 달라붙어 있도록 한 포장방법에서 유래한 명칭이다.

12) ProCD Inc. v. Zeidenberg, 39USPQ2d 1161(CA 7th Circuit, 6/20/1996).

13) 약관의규제에관한법률 제3조.

14) 통신판매방식의 상해보험계약에서 약관의 개요를 소개한 안내문과 청약서를 우송한 것으로는 면책약관의 설명의무를 다한 것이 아니라는 대법원 1999. 3. 9. 선고 98다43342·43359 판결 참조. 황찬현, Shrink-wrap license, 서울대학교 법과대학 전 문분야 법학연구과정 “인터넷과 법률” 2001. 11. 19. 강의.

15) 서울지방법원 2003.12.30. 선고 2003고단9764 판결은 저작권 침해여부에 관한 판단은 하지 않고 오직 그러한 게임프로그램의 방해가 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제48조 제2항의 정보통신망침해의 죄에 해당된다고 판시한 바 있다.

3. 온라인게임의 내용 규제

3.1 내용규제의 현황

온라인게임이 창작적인 작품으로 저작권의 보호대상으로 되고 그 아이템이 디지털콘텐츠로서 보호받을 수 있는 것이라고 해서, 그 내용이 사회질서에 반해도 무방하다는 것은 아니다. 온라인게임의 내용이 성폭속에 반하거나 도박에 해당되는 경우에는 그러한 게임의 제공이 형법상 범죄로 처벌의 대상이 될 수도 있다.¹⁶⁾ 온라인 게임을 저작권법에 의해서 보호해줌으로써 게임산업의 발전을 도모하는 것도 중요하지만, 동시에 성폭속에 반하거나 도박에 해당되는 온라인게임에 대해서는 형사처벌 등의 제재를 가함으로써 게임이용자들을 보호하고 사회질서를 유지하는 것도 중요하기 때문이다.

온라인게임의 음란성이나 사행성 (또는 도박성) 등의 반사회질서적 요소를 규제해야 한다는 점에 대해서는 이론의 여지가 없는데, 어느 정도로 어떻게 규제하는 것이 효율적인 것인가의 구체적인 방법에 관해서는 다양한 의견들이 제기되고 있다. 특히, 사회질서를 해치는 게임이 유통되고 난 이후에 형사처벌하는 사후적 규제보다는 음란성, 사행성, 폭력성이 명백한 온라인게임이 청소년에게 이용되지 못하도록 사전에 차단하는 사전적 규제가 보다 효율적인 것이어서, 온라인게임의 사전적 규제의 구체적 방법에 관한 논의가 다양하게 전개되고 있다. 또한, 온라인게임의 음란성, 폭력성, 사행성의 정도가 형사처벌의 대상이 되지는 않지만 청소년에게 해로운 영향을 미칠 수 있는 경우에는, 형사처벌이라고 하는 사후적 규제에만 맡기고 있을 수는 없고 그러한 게임이 청소년들에 의해서 이용되지 못하도록 사전에 규제하는 것이 효율적이고 절실히 필요한 것이다. 사전적 규제방법으로는 온라인게임사업자들에 의한 자율적 규제도 효율적인 대안이 될 수 있지만, 현재로서는 “음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률”과 “전기통신사업법”이 온라인게임의 내용심의 및 사전적 규제의 근거 법률로 활용되고 있고 그 두가지 법률의 해석론에 관심이 집중되고 있다.

우선 “음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률”(이하에서는 “음비게임법”이라고 약칭함)에 의하면, 영상물등급위원회는 게임물의 윤리성 및 공공성을 확보하고 청소년을 보호하기 위하여 게임물의 등급을 “전체이용가”와 “18세이용가”¹⁷⁾로 분류할 수 있고,¹⁸⁾ 영상물등급위원회는

온라인게임도 음비게임법의 게임물에 해당된다고 보아서 등급분류를 해왔다. 그러나, 음비게임법은 게임물 가운데 “다른 법령의 규정에 의한 규율대상이 되는 것”은 그 적용대상에서 제외된다고 스스로 규정하고 있고 그러한 규정을 보다 구체화하기 위해서 음비게임시행령은 “전선망을 통하여 수요자에게 직접 제공되는 게임물로서 사전등급분류가 불가능하여 전기통신사업법 제53조의2의 규정에 의한 정보통신윤리위원회가 심의를 하는 경우”에는 영상물등급위원회의 등급분류의 대상이 되지 않는 것으로 규정하고 있어서,¹⁹⁾ 온라인게임에 대해서 영상물등급위원회가 등급분류를 하는 것이 과연 적법한 것인지에 대해서 의문이 제기되고 있다.

다른 한편, 전기통신사업법은 정보통신윤리위원회로 하여금 “전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보”의 건전성을 심의하고 적절한 시정요구를 할 수 있도록 규정하고 있고,²⁰⁾ 그러한 규정에 입각해서 정보통신윤리위원회는 온라인게임의 건전성에 관한 내용심의를 수행하고 있다. 더 나아가, 전기통신사업법은 전기통신사업자로 하여금 청소년유해매체물의 취급을 정지 또는 제한하는 조치를 취할 수 있는 근거를 마련해 주고,²¹⁾ 인터넷 등의 전기통신서비스를 통해서 청소년유해매체물을 제공하는 자로 하여금 반드시 그러한 사실을 표시하도록 규정하고,²²⁾ 전기통신사업법시행령은 청소년유해매체물의 표시방법으로 전자적 표시도 함께 해야 한다고 규정하고 있기 때문에,²³⁾ 그러한 전자적 표시가 부착된 게임물 또는 정보를 차단하는 내용선택소프트웨어(Platform for Internet Content Selection: PICS)²⁴⁾에 의해서 효율적으로 청소년유해매체물을 차

것이지만, “18세이용가”로 분류된 게임물은 청소년에게 유해한 것으로 판단되어 청소년은 이용할 수 없는 게임물을 의미한다.

18) “음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률” 제5조, 제6조 및 제20조

19) “음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률” 제2조 제3호 및 “음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률 시행령” 제7조 제1항 5호

20) 전기통신사업법 제53조의2 제4항

21) 전기통신사업법 제53조의 규정에 따라서 정보통신윤리위원회는 KT, 하나로통신, 두루넷 등 인터넷접속서비스제공자들에게 섹스코리아 등 해외음란사이트의 국내유입차단에 대한 협조를 요청하는 공문을 보냈고, 그러한 요청에 따라서 특정된 해외음란사이트가 차단되자 KT 인터넷서비스이용자 등이 원고가 되어 정부와 KT 등을 피고로 하여 불법적인 접속차단행위로 인해서 피고가 입은 정신적 손해의 배상을 청구하는 소송을 제기했으나, 서울남부지방법원은 피고의 접속차단행위가 음란물의 유통을 금지하기 위하여 필요한 최소한의 조치로서 적법한 절차에 따라서 이루어진 것이므로 위법성이 없다고 판단하면서 손해배상청구를 기각했다: 서울남부지방법원 2004나273 판결

22) 전기통신사업법 제42조

23) 전기통신사업법시행령 제21조 제2항

24) 전기통신사업법 제41조

16) 형법 제243조, 제246조, 247조: 인터넷 고스톱게임 사이트를 유료화하는 과정에서 사이트를 홍보하기 위하여 고스톱대회를 개최하면서 참가자들로부터 참가비를 받고 입상자들에게 상금을 지급한 행위가 도박개장죄에 해당된다고 판시된 바도 있다 (대법원 2002. 4. 12. 선고 2001도5802 판결)

17) “전체이용가”로 분류된 게임물은 청소년에게도 해롭지 아니한

단할 수 있는 소위 인터넷 필터링 (internet filtering) 체계를 제공하고 있다. 다만, 청소년유해매체물에 해당되는지 여부의 내용심사에 관해서는, 전기통신사업법시행령도 “다른 법령의 규정에 의하여 심의대상이 되는 정보”는 정보통신윤리위원회의 심의대상에서 제외된다고 규정하고 있고,²⁵⁾ 게임물에 관해서는 영상물등급위원회가 등급분류를 해왔기 때문에, 정보통신윤리위원회가 온라인게임의 건전성을 심의하는 것이 과연 적절한 것인지에 대해서는 의문이 제기될 수 있다.

3.2 현행 제도의 문제점

현행 제도의 문제로 중복규제를 들 수 있다. 하나의 온라인게임에 대해서 음비계법에 따른 영상물등급위원회의 등급분류와 전기통신사업법에 따른 정보통신윤리위원회의 내용심사가 중복적으로 이루어지고 있는데 이러한 중복규제는 과잉규제 또는 양 기준간의 모순과 충돌을 초래할 수 있기 때문이다. 실제로, 동일한 온라인게임에 대해서 영상물등급위원회는 ‘18세이용가’로 분류했지만 정보통신윤리위원회는 ‘청소년유해매체물’로 결정해서 그 취소를 구하는 행정소송이 제기된 바도 있었다.

기본적으로 음비계법은 ‘18세 미만의 사람’을 청소년으로 보고²⁶⁾ ‘18세이용가’에 해당되는 게임물을 ‘전체이용가’와 구별해서 분류하고 있지만 청소년보호법은 ‘만 19세 미만의 사람’을 청소년으로 보고 있기 때문에,²⁷⁾ 이론적으로 엄밀히 말하자면 음비계법상의 ‘18세이용가’로 분류된 게임물 가운데 18세이상 19세미만의 청소년이 이용할 수 있는 게임이 있을 수 있고 그러한 게임물을 청소년유해매체물에 해당되지 않는다고 말할 수도 있다.²⁸⁾ 이러한 의미에서 음비계법은 청소년보호법과 모순되거나 그 실효성이 다소나마 의문시된다.

또한, 현행법상의 규제가 과연 효율적으로 이루어질 수 있는지 의문시된다. 온라인게임은 국경의 장벽없이 청소년들에게 제공되고 있는데, 현행법이 국내 사업자들에게 아무리 엄격하고 중복적으로 적용된다고 해도 외국 사업자들에 의해서 제공되는 온라인게임에 대해서는 무방비라는 점에서 과연 그 범목적 효율적으로 달성할 수 있는 것인지 의문시된다. 현행법을 외국사업자들의 온라인게임에 대해서 적용하려고 하면 외국의 행정관할

및 사법관할권과의 충돌을 초래하게 되고 위반시 적절한 제재를 가하기도 어려운 실정이다.²⁹⁾ 특히 각국마다 음란성, 폭력성, 사행성의 기준이 서로 다르기 때문에 특정 국가의 기준을 다른 국가의 사업자들에게 강요하기는 어렵다. 그리고, 특정 음란물 사이트를 차단하더라도 인터넷 주소를 바꾸거나 다양한 편법을 활용해서 지속적으로 음란물을 제공할 수 있는 가능성은 항상 존재한다.

4. 게임 아이템의 규제

온라인게임의 규제에는 앞에서 설명한 바와 같은 “게임 내용에 관한 규제”도 중요하지만, 게임아이템의 거래가 사회에 미치는 영향을 고려해서 그 아이템의 거래를 규제하는 것도 아주 중요한 문제로 부각되고 있다. 다시 말해서, 온라인게임에 많은 돈과 시간을 투입하면서 몰입하는 주된 이유의 하나는 게임을 통해서 칼, 방패, 폭탄, 보호망토, 파워장갑, 강철장화 등의 아이템을 많이 획득하는 것이라고 할 수 있기 때문에, 한편으로 게임 아이템을 많이 획득한 이용자는 자신의 아이템을 판매해서 노력과 투자의 대가를 받고 싶어 할 수 있고, 다른 한편으로는 게임 초보자가 상당한 대금을 지급하더라도 다른 이용자로부터 아이템을 받아서 자신이 유리한 게임을 하고 싶어 할 수도 있다. 그러나, 아이템의 거래는 자신만의 노력과 실력으로 공정하게 게임을 해야 한다고 하는 게임의 기본정신에 반하고, 아이템 자체가 범죄의 대상이 되기도 하고 아이템의 구입을 위한 범죄를 유발하기도 하기 때문에, 아이템의 거래를 금지하거나 규제해야 할 필요성이 제기되기도 한다.

4.1 약관에 의한 규제

게임 아이템의 자유로운 거래가 허용되는지 여부는 우선 게임의 규칙에 따라서 좌우되고, 특정 게임의 규칙은 그 게임을 설계한 게임제작업자 또는 게임제공업자가 게임이용자와의 사이에 체결되는 이용약관의 형식으로 표현된다. 그런데, 거의 모든 게임이용약관은 아이템의 거래를 금지하고 그러한 거래금지약관에 위반한 이용자의 계정을 정지하거나 삭제한다고 규정하고 있다. 문제는 이러한 거래금지약관에도 불구하고 게임이용자들이 아이템을 거래하고 하고 있다는 점으로부터 출발한다.

아이템을 거래하고자 하는 이용자들은 아이템의 거래

25) 전기통신사업법시행령 제16조의3 제1항 2호

26) “음란·비디오물 및 게임물에 관한 법률” 제2조 제13호

27) 청소년보호법 제2조 제1호

28) 대법원은 “비디오물감상실업자가 18세 이상 19세 미만의 청소년을 비디오물감상실에 출입시킨 경우, 청소년보호법위반죄가 성립한다”고 판시한 바 있다: 대법원 2002. 5. 17. 선고 2001도4077 판결

29) 예컨대, 프랑스의 파리지방법원(Tribunal de Grande Instance de Paris)은 나치에 대한 예찬론이나 나치 관련 물건에 관한 게재물을 Yahoo 서버컴퓨터에서 모두 삭제할 것을 명령한 바 있지만, 미국연방법원은 그러한 판결이 미국헌법상 보장된 표현의 자유에 위반되기 때문에 미국에서 집행될 수 없다는 것을 확인한 바 있다.

를 금지하는 약관조항이 무효라고 주장한다. 이용자들은 자신들이 이용대가를 지급하고 많은 시간과 노력을 들여서 획득한 아이템에 대해서 재산적 이익 또는 재산권을 가지고 있다고 생각하고, 따라서 그러한 아이템의 자유로운 거래를 금지하는 약관조항은 명백히 불공정한 조항으로 무효라는 것이다. 그러나, 게임제작자 또는 게임제공업자는 게임의 순수성과 건전성을 위해서 아이템의 거래를 금지하는 것은 필요하고 유효한 조건이라고 항변하고 있다. 이러한 상황에서, 공정거래위원회는 기본적으로 게임아이템에 관한 저작권을 비롯한 지적재산권이 게임사측에 있다는 것을 전제로 해서 이용자는 그 아이템을 이용할 수 있는 이용권만을 허락받은 것이고 가상공간에서의 아이템거래가 현실에서의 현금거래와 연결됨으로써 발생하는 부정적인 영향 등을 고려할 때 아이템의 거래를 금지하는 약관조항은 위법하지 않다고 판단한 바 있다.

아이템의 거래를 금지하고 있는 약관조항이 유효하다고 하더라도, 현실적으로 빈번하게 이루어지고 있는 아이템의 거래를 어떻게 금지할 것인가의 문제는 또 다른 별개의 문제이다. 아이템을 파는 사람과 사는 사람이 개인적인 이메일이나 채팅을 통해서 아이템을 팔고 사는 경우에는 아이템의 거래를 적발하기도 어렵지만, 압도적 다수의 아이템이 아이템베이와 같은 아이템 중개사이트를 통해서 거래되고 있어서, 아이템 중개사이트가 아이템거래의 중개를 더 이상 하지 못하도록 금지할 수 있는지 여부가 현실적으로 중요한 문제가 되었다. 어느 온라인게임사가 아이템 중개사이트를 상대로 해서 아이템의 현금거래 중개행위를 금지해 달라고 신청한 금지가처분 신청사건에서, 서울서부지방법원은 아이템의 현금매매로 인해서 공정한 게임규칙이 파괴되었다거나 게임사의 업무가 방해되었다고 보기 어렵다고 판단하면서 이용약관에서의 아이템거래금지의무가 계약당사자가 아닌 중개사이트에 대해서까지 효력을 미칠 수는 없기 때문에 아이템거래중개를 금지해 달라고 하는 신청을 기각한다고 결정한 바 있다.³⁰⁾ 다만, 중개사이트가 게임사와 이용자들간의 약관내용을 알면서도 이용자들의 의무위반행위에 적극 가담하였다거나 사회상규에 반하는 수단을 사용하였다는 점을 구체적으로 주장· 입증하여 불법행위를 원인으로 한 손해배상을 구하는 것은 가능할 것이다.³¹⁾ 만일 아이템거래금지의 약관에 위반된다는 사실을 알면서 이용자들의 아이템경매를 가능하게 도와주는 것이 불법행위에 해당된다면, 그러한 불법행위로 인해서 침해되는 게임사의 영업상의 이익은 그 침해의 금지를

통해서 비로소 만족적인 구제를 받을 수 있다는 점에서, 손해배상 뿐만아니라 아이템거래금지도 적극적으로 검토되어야 하는 것이 아닌가 하는 견해도 있다.³²⁾

4.2 형법에 의한 규제

게임 아이템의 거래가 증가하면서 아이템의 재산적 가치가 커지고, 아이템의 가치가 커지면서 아이템을 둘러싼 재산범죄도 증가하게 되어서 형법에 의한 규제의 필요성도 커지게 되었다. 게임아이템을 팔겠다고 유혹한 후 현금만 받아 챙기는 행위는 형법상 사기죄³³⁾로 처벌할 수 있는데 이론의 여지가 없지만, 이와 반대로 아이템을 팔면 돈을 주겠다고 거짓 약속하고 아이템만을 훔쳐가는 행위도 형법에 의해서 규제할 수 있는지는 아주 어려운 문제이다. 즉, 절도죄나 사기죄가 성립하려면 물건 또는 '재물'을 훔쳐간 사실이 있어야 하는데, 게임아이템이라는 것이 과연 형법상 물건 또는 '재물'에 해당되는지는 쉽게 단언할 수 없기 때문이다.

게임아이템의 재물성을 인정한 어느 지방법원의 판결도 있지만,³⁴⁾ 컴퓨터 또는 인터넷상의 정보가 아무리 많은 재산적 가치를 가지고 있다고 하더라도, 대법원은 그러한 정보를 형법상 재물로 보기 어렵다고 보고 그러한 정보를 복사하거나 출력하는 행위가 절도죄로 되지는 않는다고 판시했고,³⁵⁾ 음란한 내용을 담은 프로그램화일도 음란물배포죄를 구성하는데 필요한 음란 도화 또는 기타의 물건에 해당되지 않기 때문에 음란화일의 전송만으로 음란물배포죄의 책임을 지지 않는다고 판시한 바 있다.³⁶⁾ 게임아이템도 컴퓨터에 저장된 정보에 해당되기 때문에 대법원 판례에 의하면 게임아이템도 재물에 해당된다고 보기 어렵고 따라서 아이템을 훔쳐간다고 해서 형법상 절도죄를 구성한다고 보기는 어려운 실정이다. 그러나, 아이템을 훔쳐가는 과정에서 타인의 신용정보를 허위로 이용했다면 형법상 '컴퓨터사용 사기죄'³⁷⁾를 구성할 수 있고, 아이템 보유자의 비밀번호를 알아내는 해킹행위를 했다면 정보통신망법에 따른 통신망무단침입죄에 해당될 수 있으므로,³⁸⁾ 그와 같이 아이템을 훔쳐가는데 필요한 일련의 관련행위는 규제할 수 있는 가능성이 남아 있다.

32) 줄지, 불공정 경쟁행위의 규제: 기술과 시장의 변화에 따른 법적 대응, 서울대학교 법학 제45권 제3호 (2004.9.); 유사한 견해로, 조홍식, 유지청구 허용 여부에 관한 소고, 민사판례연구 22권 (2000.02) 제62면 참고

33) 형법 제329조 및 제347조

34) 수원지방법원 2003.3.25., 2003고단980 결정

35) 대법원 2002.7.12. 선고 2002도745 판결

36) 대법원 1999.2.24. 선고 98도3140 판결

37) 형법 제347조의2

38) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제63조

30) 서울서부지방법원 2002.12.26., 2002카합1031 결정

31) 서울지방법원 2002.10.15., 2002카합2377 결정

5. 온라인게임 이용자의 보호

온라인게임의 보호 및 게임산업의 발전도 궁극적으로 소비자 또는 게임이용자들의 만족을 전제로 해서만 가능한 것이기 때문에 온라인게임 제공업자와 온라인게임 이용자의 보호 사이에 균형을 이루는 것이 중요하고 어려운 과제이다. 온라인게임 제공업자와 고객과의 사이에 발생하는 문제는 주로 약관해석의 문제이기도 하지만, 보다 근본적으로 인터넷서비스제공업자의 주의의무가 무엇인지 그리고 게임아이템의 법적 성질이 무엇인지에 관한 판단에 따라서 약관해석의 결과가 좌우됨을 부인할 수 없다.

온라인게임 이용약관의 내용 가운데 게임이용자의 이익과 밀접히 관련된 규정으로는 서비스 중단으로 인한 게임제공업자의 책임, 게임의 업데이트 또는 아이템 등의 삭제에 관한 책임 등을 다룬 규정들이다. 상당수의 이용약관은 불가항력이나 알 수 없는 사유로 인한 서비스중단이나 접속지연으로 인한 이용자의 손해에 대해서 게임제공업자에게 아무런 책임이 없음을 규정한 면책규정을 두고 있다.³⁹⁾ 이러한 면책사유에 해당된다는 점은 게임제공업자가 입증을 해야 한다고 보는 것이 계약해석의 합리적인 기준에 부합된다고 생각된다. 그러나, 면책 규정 가운데 “회사에서 명백히 인지할 수 없는 사유로” 인한 접속지연 등에 대해서 책임을 지지 않도록 규정한 것은 게임이용자가 접속지연 등의 원인을 입증하지 않는 한 게임제공자가 책임을 회피할 수 있도록 규정한 것이어서 이용자에게 지나치게 불리한 규정이 아닌가하는 의문이 든다. 온라인게임에 관한 사례는 아니지만, 유사한 분쟁사례로 포털사이트가 무료로 이용자들에게 이메일

계정을 부여해주고 이용자들의 이메일을 보관해 주다가 원인불명의 서비스장애가 발생해서 12시간 가량 이메일 서비스제공이 중단되고 이용자들의 주소록정보와 이메일이 유실되는 사고가 발생한 경우에, 서울지방법원은 현재의 기술수준에 비추어 서비스장애의 원인을 밝히기 어려운 사정이 있고 가벼운 과실에 대해서는 책임을 지지 않는다고 하는 면책규정이 있었다는 점과 이메일서비스가 무료로 이용자들에게 제공되었다는 점을 중시해서 포털사이트에 대한 손해배상청구를 기각한 바 있다.⁴⁰⁾ 비록 하급심판결이지만 게임제공업자의 이용약관에 있는 면책규정을 해석할 때에도 참고할만한 법원의 해석론은 부인할 수 없다. 다만, 온라인게임 가운데 유료로 제공되는 게임의 경우에도 반드시 면책약관이 유효한 것인지에 대해서는 보다 면밀한 분석이 필요하다.

6. 결 론

온라인게임은 그 보호를 통해서 게임산업을 육성하고 적절한 규제를 통해서 건전한 발전을 도모한다면 경제 및 문화의 발전에 크게 기여할 수 있을 것이다. 온라인게임의 보호 가운데 저작권법, 컴퓨터프로그램보호법, 온라인디지털콘텐츠산업발전법 등에 의한 보호는 기존의 저작물이나 콘텐츠의 보호와 크게 다를 바 없고, 오직 온라인게임에 관한 새로운 기술의 등장으로 인해서 저작권자의 이익과 경쟁업자 또는 이용자의 이익이 충돌하는 새로운 국면을 합리적으로 해결할 수 있는 해석론을 모색하는 노력이 필요할 뿐이다. 이와는 달리 온라인게임의 내용의 건전성을 확보하기 위한 규제나 아이템에 관한 공정한 게임규칙을 유지하기 위한 규제 그리고 게임의 소비자나 이용자를 보호하기 위한 규제는 현행법의 해석론만으로 해결하는데에는 커다란 한계가 있는 것으로 보인다. 다시 말해서, 게임물로서의 온라인게임에 대해서는 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률에 의한 규제가 있고, 다른 한편으로는 인터넷 등의 전기통신망을 통해서 제공되는 정보 또는 서비스로서의 온라인게임에 대해서는 전기통신사업법과 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’에 의한 규제가 기다리고 있는 혼란스러운 모습을 볼 수 있다. 문제의 핵심은 동일한 온라인게임에 대해서 동일한 정책적 목적을 달성하기 위한 법률로서 둘 이상의 법률이 병존하고 있어서, 그러한 법률들의 모순과 충돌은 그 정책적 목적의 달성을 어렵게 만들고 온라인게임산업 전체의 발전에 걸림돌이 될 것이다. 기본적으로 온라인게임의 건전성은 자율적 규제를 원칙으로 하면서 효율적인 내용차단프로그램이나 인터

39) 예컨대, Guild Wars 테스트이용약관 제18조는 다음과 같은 면책규정을 두고 있다:

제18조 (면책) ① 회사는 전시, 사변, 천재지변, 국가비상사태 기타 불가항력적 사유로 테스트를 제공할 수 없는 경우에는 책임이 면제됩니다.

② 회사는 테스트의 귀책사유로 인한 테스트의 중지/이용장애로 인하여 테스트가 입은 손해에 대하여 책임을 지지 않습니다.

③ 회사는 기간 통신 사업자가 전기통신서비스를 중지하거나 정상적으로 제공하지 아니하여 손해가 발생한 경우에는 책임이 면제됩니다.

④ 회사는 테스트용 설비의 보수, 교체, 정기점검, 공사 등 부득이한 사유로 테스트가 중지되거나 장애가 발생한 경우에 대해서는 책임이 면제됩니다.

⑤ 회사는 테스트가 테스트를 이용하여 기대하는 수익을 얻지 못한 것에 대하여 책임을 지지 않으며 테스트에 대한 취소 선택 또는 이용으로 발생하는 손해 등에 대해서는 책임이 면제됩니다.

⑥ 회사는 회사에서 명백히 인지할 수 없는 사유로 인한 접속지연과 이른 바 랙으로 인한 손해 (아이템 분실, 랭킹 손실)에 대해서 책임을 지지 않습니다.

40) 서울지방법원 2002.7.24. 선고 2002나6868 판결

넷필터링의 기술개발을 지원하되, 청소년에 유해한 게임이 명백한 경우에는 엄중한 제재를 가하는 방향으로 제도를 개선해 나가야 할 것이다. 아이템 거래나 서비스 장애 등에 관한 약관의 규정은 애초에 게임제공업자와 이용자의 이익을 합리적으로 조화시킬 수 있는 내용으로 작성되어야 하겠지만, 이미 작성된 약관의 해석을 함에 있어서는 아이템의 현실적 가치와 기능, 유비쿼터스 사회에서의 문화, 게임사업자의 영업의 자유와 창의성, 그리고 인터넷서비스에 관한 현재의 기술수준 등을 충분히 고려해야 할 것이다.

정 상 조



1982. 2 서울대학교 법과대학 졸업
1991. 6 London School of Economics
(박사)
2000. 7~2001. 7 Visiting Scholar,
Stanford Law School
2003 Visiting Professor teaching
Korean intellectual property
law, Duke Law School
현재 서울대학교 법과대학 교수

현재 프로그램심의조정위원회 심의조정위원
현재 서울대학교 법학연구소 기술과법센터장
현재 서울지방검찰청 컴퓨터수사부 자문위원
현재 WIPO Arbitration and Mediation Center 도메인이
름분쟁패널위원
E-mail : sjjong@snu.ac.kr
