creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-동일조건변경허락 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이차적 저작물을 작성할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

동일조건변경허락. 귀하가 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공했을 경우에는, 이 저작물과 동일한 이용허락조건하에서만 배포할 수 있습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학석사학위논문

온라인포커게임의 사행성 규제에 관한 연구

2013년 8월

서울대학교 대학원

법학과 지적재산권법 전공

김 종 일

온라인포커게임의 사행성 규제에 관한 연구

지도교수 정 상 조

이 논문을 법학석사학위논문으로 제출함

2013년 4월

서울대학교 대학원

법학과 지적재산권법전공

김 종 일

김종일의 석사학위논문을 인준함

2013년 7월

위 원 장 이 상 원 (인)

부 위 원 장 허 성 욱 (인)

위 원 정 상 조 (인)

<국문초록>

이 논문은 최근 논란이 되고 있는 온라인포커게임의 사행성에 대한 개념 및 그 규제방안을 모색하려는 목적에 있다.

사행성과 관련한 법령 해석의 논의는 그동안 '사행성 개념에 대한 사법판단'에 초점이 맞추어져, 사행성에 대한 법령상의 정의나 법원의 판결은 일관되게 '환가성'을 그 요건으로 하고 있었고, 게임의 사행성은 "사행성이 있으면 금지되고 사행성이 없으면 허용한다"는 논리로 규제되어 왔다.

기존의 논의에서는 온라인포커게임에 대해 사행성 규제를 적용하기 위해서는 당해 게임이 게임결과물을 환전해 주는 시스템을 갖추고 있는지 여부가 중요한 기준이 되어 왔으나, 환전 시스템을 갖추고 있지 않는 것으로 판단되면 일응 사행성이 없는 것으로 평가되어 일부 온라인포커게임은 더 이상 도박 기타 사행행위로서는 규제될 수 없는 한계가 있었다.

「게임산업진흥에 관한 법률」 2007년 개정을 통해 도입된 '환전업 금지' 조항과 2011년 개정을 통해 도입된 '운영방식을 통한 사행성 조장 금지' 조항은, 온라인포커게임이 도박 기타 사행행위, 사행성게임물에 해당하지 않더라도 이용자가 이를 사행행위의 수단으로 악용하는 행위와 사업자가 사행성을 조장하는 행위를 금지함으로써, 사행성 측면에서 온라인포커게임에 대한 규제방안의 새로운 방향을 제시한 바 있다.

이러한 새로운 규제방안의 시행과 관련하여 문화체육관광부는 2012년 11월에 '웹보드게임의 사행성 조장행위에 대한 시정권고 기

준'을 행정예고 하였으며 이는 운영방식에 대한 직접규제와 간접규제 사항을 정하는 내용으로 구성되어 있다.

그러나 근거 법령인 「게임산업진흥에 관한 법률」 제28조 제2호의2는 '사행성 조장' 운영방식을 금지할 뿐이고 이는 사이버머니 '거래를 조장하는' 운영방식에 대한 금지로 해석되어야 하므로 동 조항을 근거로 하여서는 직접규제 항목들은 도출 될 수 없고, 간접규제 항목들 중 거래 상대방, 거래 방식, 거래 의사표시와 관련된 항목만이 제한적으로 시정권고의 유효한 기준으로 평가될 것이다.

주제어 : 포커, 웹보드게임, 사행성, 온라인도박, 게임아이템, 사이버머니

학번 : 2010 - 23533

< 목 차 >

제1장 서 론 ····· 1

제1절. 연구의 목적 ····· 1

제2절. 논문의 구성 ····· 2

제2장 온라인포커게임의 개념과 유형 ····· 5

제1절. 온라인포커게임의 개념 ····· 5

제2절. 온라인포커게임의 유형 ····· 5

제3절. 온라인포커게임 제3유형에 대한 분석 제언 ····· 7

Ⅰ. 온라인포커게임 제3유형의 특성 ····· 7

Ⅱ. 온라인포커게임 규제의 필요성 제기 ····· 8

제4절. 법 적용상 쟁점 ····· 10

Ⅰ. 형법상 도박죄의 적용 검토 ····· 10

Ⅱ. 사행행위특례법의 적용 검토 ····· 17

Ⅲ. 게임산업진흥법상 사행성게임물 조항 적용 검토 ····· 21

제3장 온라인포커게임상 사이버머니의 환전성 검토 ··· 29

제1절. 제3유형 게임으로 얻는 이익의 본질 ····· 30

Ⅰ. 승부의 결과로 획득하는 사이버머니의 성격 ····· 30

Ⅱ. 프리리플레이의 재물 기타 재산상 이익 해당 여부 ····· 32

제2절. 제3유형 게임의 이용계약과 사행성 ····· 35
Ⅰ. 이용을 위한 라이선스 계약 ····· 35
Ⅱ. 사이버머니의 구매와 사행성 ····· 38
Ⅲ. 소결 ····· 41
제3절. 제3유형 게임의 운영방식과 사행성 ····· 42
Ⅰ. 게임진행의 필수요소인 사이버머니 ····· 43
Ⅱ. 게임의 룰과 입장의 룰 ····· 44
Ⅲ. “의도적인 져주기 금지” 약관 및 거래자에 대한 제재 ··· 48
Ⅳ. 소결 ····· 50

제4장 기존 사행성 규제체계의 한계와 대응방안 ··· 52
제1절. 온라인포커게임 사행성 규제의 논의와 한계 ····· 52
제2절. 대응방안으로서의 게임산업진흥법 개정 ····· 53
Ⅰ. ‘환전업 금지’ 조항의 도입 ····· 53
Ⅱ. ‘운영방식을 통한 사행성조장행위 금지’ 조항의 도입 ····· 59
Ⅲ. 상기 게임산업진흥법 개정의 의미 ····· 65

제5장 온라인포커게임 사행성 규제 및 입법논의의 검토 ····· 67
제1절. 행정예고된 시정권고 기준의 검토 ····· 68
Ⅰ. 시정권고 기준의 내용과 취지 ····· 68
Ⅱ. 게임산업진흥법 제28조 제2호의2의 구조 ····· 70

Ⅲ. '사행성 조장'에 대한 게임산업진흥법의 체계적 해석 ···· 72
Ⅳ. 과잉금지의 원칙 위반의 검토 ····· 78
Ⅴ. 시정권고 기준 각 항목의 유효성 검토 ····· 81
제2절. 시정권고 기준을 시행령에 규정하는 논의의 검토 ····· 98
Ⅰ. 최근 시행령 개정 논의의 내용과 취지 ····· 98
Ⅱ. 게임산업진흥법 제28조 제8호의 연혁 ····· 99
Ⅲ. 게임산업진흥법 제28조 제8호의 구조 ····· 100
Ⅳ. "그 밖에 영업질서의 유지 등" 해당 여부 검토 ····· 101

제6장 결 론 ····· 103

참고문헌 ····· 106

Abstract ····· 115

제1장 서 론

제1절 연구의 목적

온라인포커게임이 여러 가지 유형으로 서비스되고 있다. 도박 사이트를 제외하고는, 이를 서비스하는 회사는 칩(chip)에 해당하는 게임머니를 판매하여 이용자들로부터 금전을 지급 받을 뿐, 외견상으로는 회사가 이용자들에게 금전을 내어 주는(cash-out) 일이 없다. 그럼에도 이용자들은 마치 도박을 하듯 사이버머니를 베팅하고, 심지어 어떠한 게임의 결과는 승자에게 배분되는 사이버머니의 현금환산 규모가 백만 원을 넘는 경우도 존재한다. 페이스북을 통한 온라인포커게임 서비스의 매출은 2011년 한해만 4억 달러를 상회하며[1], 한게임, 피망, 넷마블 등 한국의 온라인포커게임 서비스의 매출도 연간 4천억 원을 넘는 것으로 추산되고 있다.[2] 게임이용자들은 사이버머니를 구매하기 위해 카드결제를 한 후 이를 갚지 못하기도 하고, 수천만 원 치의 가산을 탕진하여 사이버머니를 구매하고 이를 베팅을 통해 모두 잃기도 한다.[3] 외견상으로는 법령상 사행성 규제를 통해 보호하려는 법익이 침해되고 있는 양상이다.[4] 이러한 온라

1) 미국 회사인 징가(Zynga Game Network, Inc)가 미국증권거래위원회(SEC)에 제출한 연차보고서 참조. (http://investor.zynga.com/annual-proxy.cfm)

2) 문화체육관광부 “문화부, 고스톱 및 포커류 게임의 사행적 운영 금지 지침 발표” 2012. 10. 25.자 보도자료 참조. (http://www.mcst.go.kr/web/notifyCourt/press/mctPressView.jsp)

3) 2008년 6월 8일 한겨레신문 기사. “한게임 ‘게임머니 거래’ 사행성 논란” (http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/292209.html)

4) 정호경·송시강, “온라인 게임 규제의 문제점과 개선방안", 서울대학교 공익산업

인포커게임의 사행성을 어떻게 규제할 수 있을까?

게임 사행성 규제방안에 대한 기존의 논의는, '온라인'으로 서비스되고 '사이버머니'가 베팅될 뿐인 포커사이트에도 과연 현실에서의 포커게임처럼 도박 기타 사행행위, 사행성게임물 관련한 조항을 적용할 수 있는지 여부에 초점이 맞춰져 있었다. 이러한 기존 논의 속에서는 사이버머니가 재산상이익에 해당하는지 여부에 대한 판단이 논의의 중심에 놓여 졌고, 관심의 초점은 당해 서비스가 도박 등에 해당하는지 여부로만 한정되었기에, 결국 도박 등에 해당하지 않는 유형의 게임에 대해서는 부작용이 발생하더라도 적절한 규제 처방을 도출하기가 쉽지 않은 한계가 있었다.

오직 게임 내에서만 소용될 뿐인 온라인포커 게임머니를 구입하기 위해 수천만 원 치의 가산을 탕진하고 이를 모두 베팅에 소진해 버리는 최근의 현상에 대해 정확히 원인을 진단하고 이를 최소화하기 위한 합리적 규제방안을 모색하기 위해서는, 먼저 온라인포커게임을 유형화하고 각각의 유형에 특유한 사행성의 요소, 사행화의 원인, 부작용 축소를 위한 규제의 필요지점을 분석하여 분류하는 작업이 선행될 필요가 있다.

제2절 논문의 구성

이렇게 분류된 온라인포커게임의 각 유형들에 대해, 우선 도박 기타 사행행위로서 규제될 수 있을지를 검토한다. 이를 위해서는 도박

법센터 제4권 제2호(2011), 7면.

기타 사행행위에 대한 형법, 사행행위 등 규제 및 처벌 특례법(이하 '사행행위특례법'이라고 함), 게임산업진흥에 관한 법률(이하 '게임산업진흥법'이라고 함)의 관련 조항 및 이에 대한 판례를 분석함으로써, 사행성과 관련한 입법의 태도 및 법원의 해석의 경향을 살필 것이며, 한국과 미국에서 서비스 되고 있는 대표적인 온라인포커게임들이 도박 기타 사행행위로 평가될 수 있는 요소를 갖추고 있는지 이들 서비스에 대한 구체적인 분석을 진행할 것이다. 이들 게임의 이용계약이나 서비스방식, 이용방식 등 핵심적인 운영방식이 이들 사이버머니에 사실상의 재산상이익을 부여하는 것으로 분석된다면 이들 게임은 도박 기타 사행행위로 평가되어 규제될 수 있을 것이다. 이를 분석하기 위해 법원이 사행성의 기준으로 삼고 있는 환가성의 의미를 검토하고, 미국의 탄력적 참가(flexible participation) 이론 및 프리리플레이(free replay) 이론 등을 검토한다.

나아가, 온라인포커게임의 환가성이 부정되어 도박 기타 사행행위로서 규제될 수 없음에도 이들 게임 및 이용에 대해 사행성과 관련하여 여전히 규제의 필요성이 존재한다면 어떠한 방식의 규제가 적절한 것인지 검토될 필요가 있다.

이를 위해서는, 기존 법령상의 사행성 규제를 통해 보호하고자 하였던 법익이 기술의 변화 속에서 기존의 법령만으로는 적절히 보호받을 수 없게 된 한계지점을 밝히고, 이를 보완하기 위해 부가된 게임산업진흥법상의 두 가지 입법조치에 대해 심도 깊게 살피는 것이 필요하다. 이 두 가지 입법조치는 게임 자체에는 사행성이 없는 것을 전제로 하면서도, 온라인포커게임을 사행행위에 악용하는 이용자들을 규제하고, 사행성을 조장하는 사업자들의 운영방식을 규제하는 것이므로 널리 온라인포커게임의 사행성에 대한 규제책이라고 불릴

수 있는 것들이다.

마지막으로, 온라인포커게임의 사행성 규제에 대한 입법론으로 최근 문화체육관광부가 행정예고 한 '웹보드게임의 사행성 조장행위에 대한 시정권고 기준'을 검토하고 규제 가능성 및 효과성에 대해 검토할 필요가 있다.

이 기준은 앞서 살펴 본 게임산업진흥법상의 두 가지 입법조치 중 두 번째인 '사행성 조장행위에 대한 시정권고·시정명령' 제도 시행을 위해 문화체육관광부가 마련하여 행정예고 한 것이다. 온라인포커게임을 도박 기타 사행행위로서는 규제할 수 없는 한계 지점에서 고안된 입법조치가 행정처분을 통해 구체화 될 최초의 사례에 대해 규제의 적절성을 검토하고 바람직한 입법론적 대안을 모색해 보는 의미가 있을 것이다.

제2장 온라인포커게임의 개념과 유형

제1절 온라인포커게임의 개념

일반적으로 포커게임은, 카드배분의 차수에 따라 베팅을 진행하고 카드배분의 우연에 따라 조합된 카드의 서열로 승부를 결정한 후 베팅총액이 승자에게 지급되는 룰에 따라 진행된다.

이러한 포커게임을 가상공간에서 즐길 수 있도록 하기 위하여 서비스되는 것을 온라인포커게임이라고 한다. 포커게임의 룰을 그대로 적용하는 것이 대부분이므로 온라인포커게임이라고 달리 설명할 수 있는 것은 아니고, 다만 포커게임의 공간이 사이버공간이라는 차이가 있을 뿐이다.

제2절 온라인포커게임의 유형

온라인포커게임의 운영은 ⓐ 게임제공자가 사이트를 개설하고 ⓑ 회원가입 등을 통하여 접속한 사람들에게 유료 또는 무료로 사이버머니를 지급하며 ⓒ 회원들 간 게임을 하도록 하여 승자에게 사이버머니를 지급하거나, ⓓ 게임업자가 미리 설정한 조건을 만족시킨 경우 사이버머니 기타 경품을 지급하는 방식으로 이루어진다.[5)]

---

5) 한명호, “웹보드 게임 건전화 방안”, 방송통신심의위원회 웹보드게임의 건전화를 위한 토론회 자료(2010.12), 27면.

베팅의 수단인 사이버머니가 금전과 동일시되는지, 동일시되지 않더라도 당해 게임제공자에 의해 재산상이익으로의 전환이 보장이 되어 있는지, 당해 게임제공자는 전환해 주지 않더라도 게임시스템 외부에서 현실적으로 거래가 이루어지고 있는지 여부에 따라 아래와 같이 네 가지 유형으로 정리될 수 있다.

제1유형(등가성 온라인포커게임) - 사이버머니가 금전과 등가성을 가지는 경우이다. 제1유형의 게임제공자는 사이버머니를 등가의 현금으로 교환하는 시스템을 구비한다. 제1유형에서 게임이용자는 현금을 사이버머니로 교환하여 베팅을 하고 게임을 마친 후 사이버머니를 다시 현금으로 교환하여 출금하는데, 마치 실제 카지노에 들어가 현금과 칩을 교환하고 게임을 마친 후 다시 칩을 현금으로 교환하는 것과 동일한 효과를 누리게 된다. 풀틸트포커 등이 그 사례이다.[6]

제2유형(환가성 온라인포커게임) - 사이버머니가 재산상이익으로 환가성을 가지는 경우이다. 제2유형의 게임제공자는 사이버머니 기타 경품을 재산상이익으로 전환해 준다. 2유형에서 게임이용자는 카지노를 이용하는 것과 완전히 동일한 경험을 누리지는 못하지만 우연적 놀이를 통해 모종의 재산상이익을 얻는 효과를 누리게 된다. 퓨어플레이 등이 그 사례이다.[7]

제3유형(거래성 온라인포커게임) - 사이버머니가 게임시

6) 예를 들면 풀틸트포커 Fulltiltpoker(http://www.fulltiltpoker.net)

7) 한 예로 퓨어플레이 Pureplay(http://player.pureplay.com/cwml/lobby/start.html)

스템 외부에서 현실적으로 거래되는 경우이다. 제3유형의 게임제공자는 사이버머니를 판매하지만 현금과 등가 교환하거나 재산상이익으로 전환해줄 어떠한 의무도 부담하지 않는다. 단지 사이버머니가 게임시스템 외부에서 현실적으로 거래가 되고 있을 뿐이다[8]. 제3유형에서 게임이용자는 스스로가 게임시스템 외부의 거래 당사자가 되는 경우에, 우연적놀이를 통해 모종의 재산상이익을 얻는 효과를 누리게 된다. 징가포커, 한게임포커 등이 그 사례이다[9].

제4유형(무가성 온라인포커게임) - 사이버머니가 게임시스템 외부에서도 거래되지 않는 경우이다. 제4유형의 게임제공자는 베팅의 수단인 사이버머니를 무상으로 제공하면서 그 희소성만을 유지한다. 제4유형에서 게임이용자는 우연적놀이를 통해 자신의 사이버머니가 늘어 나 게임 내에서 순위가 높아지는 것에서 만족감을 누리게 된다. 유료화되지 않은 포커게임의 대부분이 이에 해당한다.

제3절 온라인포커게임 제3유형에 대한 분석 제언

Ⅰ. 온라인포커게임 제3유형의 특성

---

8) 온라인포커게임의 게임머니 시장을 '음성시장'으로 분류하고 있는 것으로, 유병준.도현명, "가상경제 유형론 - 온라인 게임을 중심으로", 한국게임학회 논문지, 제9권 제3호(2009.06), 49면.

9) 예를 들어 징가포커 Zyngapoker의 웹페이지는 http://zynga.com/game/poker

제3유형의 온라인포커게임은 게임제공자가 사이버머니를 판매하지만 현금과 등가 교환하거나 재산상 이익으로 전환하여 주어야 할 어떠한 의무도 부담하지 않는다. 다만 사이버머니가 게임시스템 외부에서 현실적으로 거래될 뿐이다(거래성).

제1유형의 사이버머니가 게임시스템 내부에서 현금 등가성을 가지고(등가성), 제2유형의 사이버머니가 게임제공자에 의해 경품제공 등의 방식으로 재산상이익으로 환전되는 것과 차이가 있으며(환가성), 게임제공자가 사이버머니를 판매조차 하지 않는 제4유형과 구별된다(무가성).

이처럼 거래성만 존재할 뿐인 제3유형의 온라인게임에 대해 도박 기타 사행행위, 사행성게임물 관련 조항을 적용할 수 있는지 판단하는 문제는, 사이버머니를 판매할 뿐인 게임제공자에게 '사행심을 유발하는 것' 내지 '재산상 이익 또는 손실을 주는 것'에 대한 법적 책임을 지울 수 있는지에 대한 문제이다.

이는 사이버머니를 판매하고 사이버머니를 베팅의 수단으로 하여 포커게임 규칙에 따라 게임을 이용에 제공하는 것에 불과한 게임제공자의 행위의 책임이 당해 사이버머니를 환전해 주는 제1유형 내지 제2유형에서의 게임제공자의 행위 책임과 동일한 것으로 평가내릴 수 있는가의 문제이므로, 제3유형 온라인포커게임의 사이버머니가 어떠한 가치를 가지고 있는지, 제3유형 온라인포커게임의 실제 운영방식에 당해 게임제공자를 제1유형 및 제2유형 게임제공자의 행위책임과 동일시할만한 요소들이 존재하는지를 분석해 볼 필요가 있다.

Ⅱ. 온라인포커게임에 대한 규제의 필요성 제기

게임이용자들은 다른 사람과의 경쟁 속에서 또는 이른바 '레벨업(Level up)'이라 부르는 단계과정을 통하여 게임에 몰입하게 되는데, 온라인포커게임에서는 베팅의 승부를 통해 획득하는 사이버머니의 많고 적음이 경쟁의 핵심을 이룬다.[10]

현실에서의 포커게임에 참가하기 위해서 소정의 금전을 거는 행위가 필요하듯이, 온라인포커게임 또한 게임이용자가 소정의 사이버머니를 걸어야 게임에 참가할 수 있도록 시스템이 구성되어 있어, 게임이용자가 사이버머니를 모두 잃게 되면 게임 자체를 할 수 없게 되는 상황이 발생할 수 있는데, 이때에는 ⓐ 일정한 기간이 경과하면 게임제공자가 사이버머니를 다시 지급하거나 ⓑ 게임제공자가 요구하는 일정한 행위[11]를 한 후 무상으로 사이버머니를 지급받기도 하며 ⓒ 소정의 현금으로 사이버머니를 구입하여 즉시 다시 게임을 할 수 있게 된다.[12]

이러한 과정에서 게임이용자가 사이버머니를 과다하게 구입하고 소진하여 재산을 탕진하거나, 획득한 사이버머니를 현금 기타 재산상이익으로 환전하여 정상적인 근로관념에 반하여 과도한 이익을 취하게 되는 상황이 발생하게 되는데, 이는 현실에서의 포커게임이 도박 기타 사행행위의 수단이 되어 발생하는 법익의 침해 양상과 동일한 것으로 해석될 수 있다.[13]

---

10) 이승훈·이하영·김지웅, "게임 규제의 효과성에 대한 연구", 한국컴퓨터게임학회 논문지, Volume.25, No.3, 2012.09.

11) 해당 사이트를 협찬하는 광고주 회사, 보험회사 등의 사이트 접속하여 자신의 개인정보를 공개하는 경우가 대표적인 예이다.

12) 황성기·권헌영·이헌욱, "온라인게임 사행성 이슈에 대한 개선방향", 한국게임산업협회, 2009, 20면.

13) 이정훈, "온라인 도박의 형사책임", 중앙법학 제6집 제3호, 164면. 도박죄를 자

온라인포커게임에 대한 규제를 현실에서의 포커게임에 대한 규제와 동일한 구조 속에서 논의하는 기존의 논의 체계는 바로 이러한 점에 착안하고 있는 것이다. 즉, 온라인포커게임과 현실에서의 포커게임은 사이버머니나 현금을 걸고 우연놀이를 통해 승부의 결과물을 취득한다는 점에서 본질적으로 동일하고, 이러한 게임의 이용자들은 재산을 탕진하거나 정상적인 근로관념에 반하는 이익을 취할 수 있게 되어 법익 침해의 지점도 동일하다는 측면을 고려할 때, 현실에서의 포커게임을 규제하는 논의 체계에 근거하여 온라인포커게임을 규제하는 방식이다.

제4절 법 적용상 쟁점

I. 형법상 도박죄의 적용 검토

우리나라에서 도박은 형법 제23장 '도박과 복표에 관한 죄'에서 형벌로서 규제되고 있으며, 단순도박죄(제246조 제1항), 도박개장죄(제247조)로 처벌되고 있다. 형법 제246조 제1항은 "재물로써 도박한 자"라고만 규정하고 있으며 통설과 판례는 "도박이란 2인 이상 사이에서 재물 또는 재산상의 이익을 걸고 우연한 승부에 의하여

기 또는 자신의 재산을 위태롭게 하는 특수한 형태의 재산범죄라는 독일의 견해도 있으나, 한국에서는 도박죄의 보호법익을 "건전한 기업 활동의 기초가 되는 국민의 근로관념이나 공공의 미풍양속 내지 근로라는 사회의 경제도덕"으로 보는 견해가 통설이다. 대법원 1983.3.22.선고 82도2151판결은 "형법 제246조 도박죄를 처벌하는 이유는 정당한 근로에 의하지 아니한 재물의 취득을 처벌함으로써 경제에 관한 건전한 도덕법칙을 보호하기 위한 것"이라고 설시한 바 있다.

그 재물 또는 재산상의 득실을 결정하는 것”으로 해석하고 있다. 우연한 승부와 관련하여서는, 운동경기, 바둑, 장기, 마작, 포커, 골프, 당구 등 경기의 승패에 재물을 거는 경우 당사자의 경기력이 승패에 영향을 미치더라도 우연의 지배에서 완전히 벗어난 것이 아니라면 도박에 해당할 수 있는 것으로 해석되고 있으며[14], 재물의 해석과 관련하여서는 재산범죄에 있어서의 재물로 이해하는 것이 보통이며, 다만 본 죄의 특성상 재산죄에 있어서의 재물과 재산상이익을 모두 포함하는 개념으로 보고 있다[15]. 따라서 본 죄에 있어서 재물은 결국 재산범죄에 있어서 ‘재산’이라는 개념과 동일하다고 할 수 있다.

1. 형법상 재산개념

재산범죄에 말하는 ‘재산상의 이익’이라 함은 일반적으로 재물 이외에 재산적 가치가 있는 모든 이익을 말하는데 이에 관해서는 법률적 재산설, 경제적 재산설, 법률적·경제적 재산설의 세 가지 학설이 대립하고 있다.

법률적 재산설은 경제적 가치를 고려하지 않고 순전히 법률적으로만 재산을 파악하는 견해로서, 이에 의하면 민법상 개인이 갖는 모든 재산상의 권리와 의무가 곧 재산이다. 경제적 재산설은 재산의 법률적 측면을 전혀 고려하지 않고 경제적 교환가치만을 재산의 판

14) 아주대학교산학협력단, “불법도박의 실태조사 및 대책 연구”, 사행산업통합감독위원회(2008.07.), 5면.

15) 고려대학교산학협력단, “제2차 불법도박 실태조사”, 사행산업통합감독위원회(2012.12.), 17면.

단기준으로 삼자는 견해이다. 즉 재산을 경제적 이익의 총체로 파악하므로, 사실상 경제적 가치가 있는 지위는 권리가 아닐지라도 재산상의 이익에 포함되며, 불법한 이익일지라도 재산상의 이익이 될 수 있으며 따라서 형법에 의하여 보호되지 않는 경제적 이익은 원칙상 있을 수 없다는 입장이다.[16] 따라서 기대권, 노동력, 성행위, 인터넷상의 전자화폐 등도 재물에 속한다고 볼 수 있다.[17] 법률적·경제적 재산설은 경제적 교환가치 있는 재화 가운데서 법질서에 의해 승인된 것만이 재산이라고 보는 관점이다. 법질서의 동일성의 측면에서 다른 법률이 보호해 주지 않는 재산은 형법상의 재산으로 인정할 수 없다는 취지이다.

생각건대 법률적 재산설은 재산의 범위를 지나치게 좁게 파악하는 난점이 있으며, 법률적·경제적 재산설은 위법한 경제적 가치에 대해서도 형법적 보호의 필요성 내지 처벌의 필요성이 있음을 고려하면, 경제적 재산설에 따르는 것이 타당하다고 보인다.[18]

2. 정보의 재산성에 대한 법적 평가

경제적 재산설에 의할 때, 사이버머니가 도박죄에 있어서 '재물'이 될 수 있는가의 문제는, 결국 정보의 재산성에 대한 논의와 연결되어 있다. 서울지법 서부지원 2000.11.8.선고 2000고단1366판결에서 나나난 바로는 온라인게임 상의 아이템을 재산상이익으로 파악하고 있는데[19] 이 판결은 온라인게임 상의 아이템에 대하여 재산범죄의

16) 이정훈, "온라인 도박의 형사책임", 중앙법학 제6집 제3호, 171면.

17) 아주대학교산학협력단, "불법도박의 실태조사 및 대책 연구", 사행산업통합감독위원회(2008.07.), 5면.

18) 이정훈, "온라인 도박의 형사책임", 중앙법학 제6집 제3호, 172면.

객체로 인정한 최초의 판결로서 의미를 가진다. 리니지 아이템도 역시 전자적 '정보'라고 할 수 있으므로 결국 '정보'는 '재산상이익'으로 재산범죄의 적용영역에 들어와 있다고 할 수 있다.[20]

결론적으로 전자적 정보인 사이버머니가 실제 현금과 같은 가치를 지니지 않는다고 할지라도 경제적 교환가치가 있다면 도박죄에 있어서 '재물'의 개념에 해당한다고 파악할 수 있으며 도박죄의 성립을 인정할 수 있게 된다.

3. 도박죄의 위법성 조각

형법 제246조 제1항 단서는 "단, 일시오락 정도에 불과한 때에는 예외로 한다"고 규정하고 있으며, 판례는 본 단서의 해석과 관련하여 도박에 건 재물의 가액, 도박의 시간과 장소, 도박으로 인한 이득의 용도 및 가담한 사람들의 인적 관계, 직업·연령·사회적 지위·재산정도, 도박을 한 동기뿐만 아니라 일반 경제사정 및 거래관념 등을 종합적으로 고려하여 판단하고 있다.[21]

또한 형법상 도박죄는 형법 제20조의 정당행위 규정에 따라서 도박을 개별 법률에서 이를 허용함으로써 그 행위의 위법성이 조각되는 경우가 있다. 한국마사회법에 근거한 경마, 국민체육진흥법에 근거한 체육진흥투표권, 복권및복권기금법에 근거한 복권, 경륜경정법

---

19) 본 사안은 '리니지'라는 온라인게임 상의 아이템을 취득하기 위하여 타인을 공갈하여 자신의 리니지 계정으로 아이템을 이전시킨 사건이다.

20) 이정원, "가상공간에서의 Cyber 물체에 대한 침해행위와 형법적 평가", 중앙법학 제6집 제1호, 139면.

21) 아주대학교산학협력단, "불법도박의 실태조사 및 대책 연구", 사행산업통합감독위원회(2008.07.), 7면.

에 근거한 경륜·경정, 관광진흥법에 근거한 카지노, 사행행위특례법에 근거한 복표발생업, 현상업, 회전판돌리기, 추첨업, 경품업이 그 사례이다.

4. 온라인포커게임에의 적용 검토

앞서 정의한 바와 같이 온라인포커게임은 실제 포커게임의 규칙에 따라 사이버머니를 베팅의 수단으로 하여 온라인상에서 승부를 즐길 수 있도록 구현한 게임을 의미한다. 재물을 걸고 도박하는 것의 해석과 관련하여, 인터넷상의 전자화폐에 대해서도 재물성을 인정하는 견해가 일반적이나, 온라인포커게임에서 베팅의 수단인 사이버머니가 가상공간에서 화폐로서의 통용성이 없고 나아가 게임제공자가 당해 전자화폐를 환가하여 주지 않는 경우에도 도박죄를 적용할 것인지가 문제된다고 할 것이다.[22]

대법원은 게임사이트를 개설한 자가 게임을 그 회원들에게 단순 오락용 게임으로 제공하는 것을 넘어서 회원 간에 사이버머니를 현금화하는 것을 허용한다거나 사실상 현금처럼 사용하게 하는 등의 방법으로 게임을 도박의 수단으로 제공하고 그에 따른 이익을 취득하지 않는 한 도박개장죄가 성립하지 않음(대법원 2007. 11.29선고 2007도8050판결)을 전제로, 정범에 도박개장죄가 성립하지 않으므로 도박개장죄에 대한 방조범도 성립하지 않는다는 취지의 판시를 한 바 있다.

이러한 판결의 취지를 따를 때 온라인포커게임에 대한 도박죄의 적용 여부는, 당해 게임제공자가 사이버머니를 현금화하는 것을 허

22) 이정훈, “온라인 도박의 형사책임”, 중앙법학 제6집 제3호, 175면.

용한다거나 사실상 현금처럼 사용하게 하는지의 여부의 판단에 달려 있다고 볼 것이다.[23]

따라서 게임제공자가 사이버머니를 현금화하는 것을 허용하여 환가성을 가지는 제2유형 및 현금처럼 사용하게 하여 등가성을 가지는 제1유형의 온라인포커게임에는 형법상 도박죄의 적용이 가능할 것으로 보이며 사이버머니의 재물성이 존재하지 않는 제4유형에는 적용이 불가능할 것으로 보인다.[24]

도박죄를 적용할 수 있는 제1유형 및 제2유형의 경우에는 다시 도박죄의 위법성 조각사유의 적용 가능성을 검토할 필요가 있는 바, 형법 제246조 제1항 단서의 적용과 관련하여서는 당해 온라인포커게임에 건 현금 등가의 또는 환가성을 가진 사이버머니의 가액, 시간과 장소 등을 종합적으로 고려하여 구체적인 결론이 달라질 수 있을 것이다. 한편 형법 제20조의 정당행위 규정에 따라 개별 법률에서 허용되고 있는 도박으로서 위법성을 조각할 수 있는지 문제될 수 있으나, 한국마사회법, 국민체육진흥법, 복권및복권기금법, 경륜경정법, 관광진흥법, 사행행위특례법에서 허용하고 있는 사행행위 영업에는 가상공간에서 서비스 되는 포커게임이 열거되어 있지 않으므로 온라인포커게임이 본 정당행위 규정에 따라 위법성이 조각되지는 않을 것으로 해석된다고 할 것이다.

문제는 당해 사이버머니가 게임제공자에 의해 재산상이익으로 전환되는 것이 아니라 단지 게임시스템 외부에서 현실적으로 거래 되고 있어 단순히 거래성을 가지는 제3유형의 온라인포커게임에 대한

---

23) 이정훈, “온라인 도박의 형사책임”, 중앙법학 제6집 제3호, 176면.

24) 이정훈, “사행성게임물에 대한 형사책임”, 중앙법학 제8집 제4호(2006.12.), 62면; 이진로, “온라인 게임의 사회문화적 함의”, 언론과 법 제7권 제2호(2008), 145면.

도박죄 적용의 문제이다.[25]

제3유형만을 놓고 보면, 게임제공자가 사이버머니를 어떠한 재산상이익으로도 전환해 주지 않음에도 게임시스템 외부에서 현실적으로 사이버머니가 거래된다는 사정만으로 도박죄의 죄책을 부담시키는 것이 일응 책임원칙에 어긋나는 것으로 보인다.[26] 그러나 제3유형과 제4유형의 차이점을 비교해 보면 사정이 다르다. 제3유형의 게임제공자는 스스로가 사이버머니를 게임이용자에게 판매하기 때문에, 환전을 해 주지 않더라도 적어도 게임시스템 외부에서 거래되는 것에 대한 동기를 제공하는 것으로 해석될 수 있다.[27] 이런 측면에서 제3유형의 게임제공자는 적어도 책임원칙 측면에서 제4유형의 게임제공자와는 다른 점이 분명히 존재함을 발견할 수 있는데, 제3유형의 게임제공자에게 제1유형 및 제2유형의 게임제공자가 환전을 지배하는 경우와 동일하게 평가를 내릴 수 있는지 여부를 검토하기 위해서는, 제3유형의 사이버머니가 가치 있는 어떤 것으로서 현실적인 거래에 대한 동기를 제공하는지 뿐만 아니라 제3유형의 게임제공자가 이러한 거래를 가능하게 하거나 나아가 이를 용이하게 하는 시스템을 운영하고 있는지 등에 대한 구체적 분석이 필요하다 할 것이다.

---

25) 최성락, “온라인게임 아이템 거래 규제방안에 관한 연구”, 한국행정학회, 2006 춘계학술대회, 472면.

26) 이러한 점에 착안하여 온라인게임 사행성 논의의 본질을 ‘시스템 외부에서의 게임머니 불법환전에 의해 덧씌워진 것’으로 보고 있는 견해로 황성기·권헌영·이헌욱, “온라인게임 사행성 이슈에 대한 개선방향”, 한국게임산업협회, 2009, 9면 참조.

27) 최성락, “온라인게임 아이템거래 이해관계자의 이익관계 분석”, 한국행정학보 제40권 제2호(2006), 230면.

5. 소 결

결론적으로 제1유형과 제2유형의 온라인포커게임에는 도박죄의 적용이 가능하고 제4유형의 경우는 부정되는 것으로 판단할 수 있으나, 제3유형의 경우는 사이버머니가 거래성만을 가짐에도 가치 있는 어떤 것으로 평가될 수 있는지, 게임제공자가 사이버머니의 베팅을 구현하는 운영방식이 현실에서의 사이버머니 거래성을 높이는지, 만일 거래성을 높인다면 환전을 지배하는 제1유형 및 제2유형과 같은 법적 취급을 할 정도에 해당하는지 여부를 구체적으로 검토할 필요가 있다. 제3유형의 온라인포커게임의 실제 운영방식에 대해 사례를 살피며 구체적 분석을 진행할 실익이 여기에 있다. 이에 대해서는 장을 달리하여 살펴본다.

Ⅱ. 사행행위특례법의 적용 검토

1. 사행행위의 개념 및 도박죄와의 관계

국어사전적 의미로 사행이란 '요행을 바라는 것'으로 해석되고 있으며, 사행행위특례법 제2조 제1호에 따르면 사행행위란 "다수인으로부터 재물 또는 재산상의 이익을 모아 우연적 방법에 의하여 득실을 결정하여 재산상의 이익 또는 손실을 주는 행위를 말한다"고 규정되어 있다. 사행행위특례법 제2조 제2호는 허가의 대상이 되는 사행행위영업을 복표발행업, 현상업, 회전판돌리기업, 추첨업, 경품업으로 열거하고 있으며, 제5호와 제6호는 절대적으로 허가가 금지되

는 영업의 유형으로서 각각 투전기와 사행성유기기구를 들고 있다.[28]

사행행위특례법은 형법상 도박죄에 대한 형가중적 특별법의 성격을 지니고 있으며, 이러한 점은 사행행위특례법이 투전기 또는 사행성유기기구를 이용하여 사행행위를 업으로 한 자를 형법상 도박개장죄보다 가중 처벌하는 사례에서 발견된다. 또한 사행행위특례법은 도박에 관련된 행위의 가벌성을 확장시키는 성격 또한 지니고 있으며, 이러한 점은 투전기 또는 사행성유기기구를 판매하거나 판매할 목적으로 제조 또는 수입한 자를 '방조범'이 아니라 '정범'으로 처벌하고 있는 사례에서 발견 된다.[29]

형법 제246조 제1항의 '도박' 개념에 대하여 통설과 판례는 "2인 이상 사이에서 재물 또는 재산상의 이익을 걸고 우연한 승부에 의하여 그 재물 또는 재산상의 득실을 결정하는 것"이라고 해석하고 있으며, 사행행위특례법 제2조 제1호에서 사행행위가 "다수인으로부터 재물 또는 재산상의 이익을 모아 우연적 방법에 의하여 득실을 결정하여 재산상의 이익 또는 손실을 주는 행위를 말한다"라고 정의되어 있는 점을 비교하여 고찰해 보면 도박과 사행행위가 동일 개념이라는 결론에 이를 수 있다.[30] 즉, ⓐ베팅(다수인으로부터 또는 다수인간에 재물 또는 재산상이익을 모으거나 거는 행위), ⓑ우연적 놀이(우연적 방법에 의하여 득실을 결정하는 행위), ⓒ결과물(재산상의 이익 또는 손실을 주는 행위)이라는 세 가지 개념요소를 모두 갖

28) 이정훈, "사행성게임물에 대한 형사책임", 중앙법학 제8집 제4호(2006.12.), 36면.
29) 아주대학교산학협력단, "불법도박의 실태조사 및 대책 연구", 사행산업통합감독위원회(2008.07.), 9면.
30) 이정훈, "사행성게임물에 대한 형사책임 - 입법연혁을 중심으로", 중앙법학 ,제8집 제4호(2006), 37면.

출 것이 요구되는 동일한 개념이라고 할 것이다.[31]

2. 온라인포커게임에의 적용 검토

앞서 살핀 것처럼 사행행위특례법의 규제는 사행행위를 일반적으로 정의하면서도(제2조 제1호), 허가의 대상이 되는 사행행위영업을 복표발행업, 현상업, 회전판돌리기업, 추첨업, 경품업으로 열거하고(제2조 제2호), 절대적으로 허가가 금지되는 영업의 유형으로서 투전기나 사행성유기기구를 이용한 사행행위업을 열거하는(제2조 제5호 및 제6호) 구조로 되어 있다. 사행행위영업 외에 투전기나 사행성유기기구를 이용하여 사행행위를 업으로 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처해진다(제30조 제1항 제1호).

온라인포커게임의 적용과 관련하여 해석상 문제되는 지점은, 상기 7가지 영업유형(복표발행업, 현상업, 회전판돌리기업, 추첨업, 경품업, 투전기, 사행성유기기구) 중 동법 제2조 제6호 사행성유기기구의 해석이다. 왜냐하면 죄형법정주의의 원칙상 복표발행, 현상, 회전판돌리기, 추첨, 경품, 투전기의 의미는 사행행위특례법 제2조 정의를 엄격해석 할 경우 온라인포커게임이 이들에 해당할 여지가 지극히 적은 반면, 사행성유기기구는 “투전기 외에 기계식구슬치기기구와

31) 사행행위특례법 제2조 제2호의 회전판돌리기업, 추첨업 및 경품업은 해석에 따라서는 ‘다수인으로부터 또는 다수인간에’ 재물을 거는 것으로 이해되기 어렵다는 이유로 사행행위영업에는 해당함에도 대향범인 도박죄를 성립하지 않는 것으로 해석될 수 있으나, 다수인의 개념을 ‘순차적 다수’도 포함되고 사행행위영업자도 도박행위자로 포함하는 것으로 해석한다면 사행행위 개념과 도박죄의 개념은 일치한다고 평가될 수 있을 것이다. 김용찬, “도박·도박개장죄, 사행행위등규제및처벌특례법위반죄 및 게임산업진흥에관한법률위반죄의 관계에 대한 고찰”, 저스티스 통권 제113호(2009.10.), 139면 참조.

사행성전자식유기기구 등 사행심을 유발할 우려가 있는 기계·기구”로 정의되어 있으므로(제2조 제6호), 이러한 '사행심을 유발할 우려가 있는 기계·기구'에 온라인포커게임이 해당할 수 있기 때문이다.

사행심 유발 우려의 해석과 관련하여 대법원은 1976.11.9. 선고 76누123 판결에서 “원고의 본건 아케이드 이큅먼트 유기는 그 제작설계상 코인을 넣고 작동을 개시하여 그 작동기술의 숙달 여하에 따라 일정한 수량의 코인이 출구에서 나오게 되어 있고... 출구에서 나오는 코인에 대하여 시상이나 환불을 한다면 이는 사행심을 유발할 우려가 있는 유사사행행위에 해당된다고 할지 모르나, 위 영업행위의 허가사항이 환불은 못하게 되어 있으므로 업주가 이를 준수하는 한 사행성은 없다”고 판시한 바 있다. 또한 대법원 2007.10.26. 선고 2007도4702 판결에 따르면 “‘사행심을 유발할 우려가 있는 기계·기구 등’에 해당하는지 여부는 당해 기계·기구 등의 본래적 용법이나 속성만으로 판단할 것은 아니고, 그 이용목적, 이용방법과 형태, 그 이용결과에 따라 금전 또는 환전 가능한 경품을 지급하는지 여부, 그 정도와 규모 및 실제로 경품을 환전해 주는지 여부 등 위법한 경품제공이나 환전 등 영업방법에 있어서의 사행성도 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것”이라고 판시한 바 있다.[32]

이러한 판례의 태도를 종합하여 보면 사행성유기기구의 핵심적인 개념징표인 ‘사행심 유발’ 또한 사행행위특례법상 나머지 여섯 가지 사행행위 영업유형의 개념징표인 ‘재산상의 이익이나 손실을 주는 것’과 궤를 같이 하는 것으로 해석될 것이며, 따라서 이런 측면에서 온라인포커게임에 대한 사행행위특례법의 적용 여부도 형법상 도박

32) 황성기, “경품제공유기기구와 게임물 등급분류제”, 중앙법학 제8집 제4호 (2006.12.), 11-12면.

죄의 적용 여부의 검토와 같은 결론에 이른다고 볼 것이다.

3. 소 결

결론적으로 제1유형과 제2유형의 온라인포커게임은 게임제공자가 사이버머니와 현금의 등가성 내지 환가성을 보장하므로 이는 사행행위의 개념징표인 '재산상의 이익이나 손실을 주는 것'에 해당하고 또한 사행성유기기구의 개념징표인 '사행심을 유발할 우려가 있는 기계·기구'에도 해당하는 것으로 해석된다. 따라서 제1유형 및 제2유형의 온라인포커게임에는 사행성유기기구를 이용한 사행행위영업죄(사행행위특례법 제30조 제1항)의 적용이 가능하고[33] 이 경우 형법 제247조 도박개장죄와는 법조경합의 관계에 있다고 볼 것이다. 제4유형의 경우는 본 죄의 적용이 부정될 것으로 판단할 수 있으나, 제3유형의 경우는 앞서 도박죄의 적용과 관련하여 살핀 바처럼, 구체적으로 당해 게임제공자가 서비스하고 있는 운영방식이 '사행심을 유발하는 것'으로 동일한 평가를 내릴 정도에 이르는 것인지를 구체적으로 살필 필요가 있다.

Ⅲ. 게임산업진흥법상 사행성게임물 조항 적용 검토

1. 사행성게임물의 개념 및 사행성

게임산업진흥법 제2조는 '게임물'을 "컴퓨터프로그램 등 정보처리

33) 정찬모·유지연·황지연, "온라인 도박의 현황 및 쟁점", KISDI이슈리포트(2007.11.), 31면.

기술이나 기계장치를 이용하여 오락을 할 수 있게 하거나 이에 부수하여 여가선용, 학습 및 운동효과 등을 높일 수 있도록 제작된 영상물 또는 그 영상물의 이용을 주된 목적으로 제작된 기기 및 장치를 말한다. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것을 제외한다. 가. 사행성게임물 (이하생략)"고 정의하면서 '사행성게임물'을 동법이 규정하는 '게임물'에서 배제하고 있다. 동법 제2조 제1호의2와 동법 시행령 제1조의2에서 규정하고 있는 사행성게임물은 "베팅이나 배당을 내용으로 하는 게임물로서 그 결과에 따라 재산상 이익 또는 손실을 주는 것" 또는 "우연적인 방법으로 결과가 결정되는 게임물로서 재산상 이익 또는 손실을 주는 것"이라고 일반적으로 정의하면서 "경마, 경정·경륜, 카지노 등을 모사한 게임물로서 재산상 이익 또는 손실을 주는 것"또한 병렬적으로 정의하고 있다.

이러한 게임산업진흥법상 사행성게임물의 개념은 앞서 살펴본 형법상 도박개념 및 사행행위특례법상 사행행위 개념과 궤를 같이하는 것이라는 결론에 이를 수 있다. 즉, ⓐ 베팅(다수인으로부터 또는 다수인간에 재물 또는 재산상이익을 모으거나 거는 행위), ⓑ 우연적놀이(우연적 방법에 의하여 득실을 결정하는 행위), ⓒ 결과물(재산상의 이익 또는 손실을 주는 행위)이라는 세 가지 개념요소를 모두 갖출 것이 요구되는 동일한 개념이라고 할 것이다.[34]

이처럼 게임산업진흥법상 '게임물'의 개념과 '사행성게임물'의 개념을 대비시켜 본다면 결국 게임에 있어서의 '사행성'이라는 개념은 "베팅이나 배당을 내용으로 하는 게임물로 인하여 재산상의 이익이나 손실을 주는 것"으로 해석될 수 있을 것이다. 대법원은 앞서 살

34) 이정훈, "사행성게임물에 대한 형사책임 - 입법연혁을 중심으로", 중앙법학 제8집 제4호(2006), 61면.

핀 1976.11.9. 선고 76누123판결 및 2007.10.26. 선고 2007도4702판결에서 '사행심'을 유발할 우려에 대한 해석의 개념징표로 현금으로의 환전가능성을 언급한 바 있으며, 1990.7.13. 선고 90도604 판결에서는 "...아케이드 이큅먼트 기계시설은 손님이 기계의 단추를 눌러 화면에 나타나는 네 가지 종류의 그림이나 숫자에 따라 일정한 점수가 주어진 결과 마지막에 얻은 점수로 환산하여 코인 보관증을 받거나 돈을 환급받는 방식의 기구임이 분명하므로, 이와 같은 기계시설은 도박성 또는 사행성이 있는 기계식 유기기구이다"라고 판시한 바, 이는 판례가 '사행성'의 기준을 환금성에 있는 것으로 해석하고 있는 대표적인 사례들이라고 할 것이다.[35]

2. 온라인포커게임에의 적용 검토

게임산업진흥법상 모든 게임물은 원칙적으로 게임물등급위원회의 사전등급분류를 받아야 하며(동법 제21조 제1항), 게임물등급위원회는 등급분류 신청된 게임물에 대하여 사행성게임물 여부를 확인하고(동법 제21조 제4항) 사행성게임물이라고 판단되는 경우에는 등급분류를 거부할 수 있는데(동법 제22조 제2항), 사행성게임물에 해당되어 등급분류가 거부된 게임물을 유통시키거나 이용에 제공하는 행위 또는 유통·이용제공의 목적으로 진열·보관하는 행위는 금지되고(동법 제32조 제1항 제4호) 이를 위반할 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금형에 처해질 수 있으므로 (동법 제44조 제1항), 결국 온라인포커게임에 대해 사행성게임물 조항을 적용하기 위

35) 황승흠, "게임과 사행행위의 혼용정책의 법적 분석 - '바다이야기 사태'의 법적 진단", 중앙법학 제8집 제4호(2006), 76-86면.

해서는 게임산업진흥법이 규정하고 있는 사행성게임물의 정의에 해당여부 뿐만 아니라 게임물등급위원회의 등급분류기준에 명시되어 있는 사행성게임물 확인기준에 해당하는지 여부도 함께 검토할 필요가 있다.[36]

게임물등급위원회의 등급분류심의규정 제18조에서 규정하고 있는 사행성게임물 확인의 기준을 게임산업진흥법 제2조 제1호의2가 규정하고 있는 사행성게임물 정의와 비교하면 아래와 같다. 즉, 게임산업진흥법 제2조는 '가목부터 바목까지 해당하는 게임물로서, 그 결과에 따라 재산상 이익 또는 손실을 주는 것'이라 정의하고 있는데 반해, 등급분류심의규정 제18조는 '가목부터 바목까지 해당하는 게임물 중, 다음 각 호에 해당하는 게임물'이라 정의하고 있는 것이 차이다.

다시 말해 등급분류심의규정은 게임산업진흥법이 정의하는 사행성게임물의 요소인 '그 결과에 따라 재산상 이익 또는 손실을 주는 것'을 확인하는 기준으로 제1호부터 제6호까지를 규정해 놓고 있는 것이다.[37]

게임물등급위원회 등급분류심의규정 제18조	게임산업진흥법 제2조 제1호의2
제18조(사행성게임물 확인) 게임법 제2조 제1호의2 가목부	제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정

36) 이러한 게임물 등급분류제도의 실무상 절차에 대해서는, 이정훈, "게임물등급분류와 실무상 문제점", 중앙법학 제11집 제1호(2009.04.), 240-244면; 국회입법조사처, "오픈마켓용 게임물 사전등급분류제도 개선방향", NARS 입법조사 회답(2010.01.), 5면; 한국콘텐츠진흥원, "세계 게임 심의제도의 추세 및 함의", KOCCA FOCUS 09-11(통권11호), 8면 참조.

37) 김윤명, "게임물 등급분류제도의 문제점 및 개선방안", 13면; 신순철, "현행 게임물 등급분류제도의 법리적 문제점과 대안", 언론과 법 제7권 제2호(2008), 338면.

터 바목까지 해당하는 게임물 중, 다음 각 호에 해당하는 게임물은 사행성게임물로 확인하여 등급을 거부할 수 있다. 1. 이용요금이 정상적인 범위를 벗어나 사행성이 우려되는 경우 2. 게임의 결과로 얻은 점수 또는 게임머니를 현금화하는 경우 3. 게임의 결과로 현금 또는 다른 물품을 제공받거나 취득할 수 있는 경우 4. 게임의 결과로 얻은 점수 또는 게임머니를 직간접 유통과정을 통해 유무형의 보상으로 제공하는 경우 5. 게임제공업소용 게임물로서 다음 각목에 해당하는 게임물 가. 네트워크로 상호 연결되어 게임의 결과에 의해 점수 등이 상호 이체되는 경우 나. 게임법 제21조 제8항에서 규정된 기술심의를 통해 등급거부 권고 판정을 받은 경우 6. 온라인 게임물로서 베팅의 수단으로 사용되어 승패의 결과로 이용자간 이체될 수 있는 게임머니를 현금으로 직접구매 가능한 경우	의는 다음과 같다. 1의2. "사행성게임물"이라 함은 다음 각 목에 해당하는 게임물로서, 그 결과에 따라 재산상 이익 또는 손실을 주는 것을 말한다. 가. 베팅이나 배당을 내용으로 하는 게임물 나. 우연적인 방법으로 결과가 결정되는 게임물 다. 「한국마사회법」에서 규율하는 경마와 이를 모사한 게임물 라. 「경륜·경정법」에서 규율하는 경륜·경정과 이를 모사한 게임물 마. 「관광진흥법」에서 규율하는 카지노와 이를 모사한 게임물 바. 그 밖에 대통령령이 정하는 게임물

온라인포커게임의 4가지 유형은 모두 사이버머니를 베팅하여 포커게임의 규칙에 따라 승패가 결정되므로, 베팅이나 배당을 내용으로 하여 우연적인 방법으로 결과가 결정되는 게임이라 할 것이고 일응 게임산업진흥법 제2조 제1호의2 가목 내지 나목에 해당한다고 할 것이다. 따라서 4가지 유형이 등급분류기준 제18조 제1호, 제2호,

제3호, 제4호, 제6호에 각 해당하는지 여부를 살필 필요가 있다.[38]

제1유형의 온라인포커게임은 게임제공자가 사이버머니와 현금의 등가성을 보장하므로 제2호 "게임의 결과로 얻은 점수 또는 게임머니를 현금화 하는 경우"에 해당하며, 제2유형의 온라인포커게임은 환가성을 보장하므로 제3호 "게임의 결과로 현금 또는 다른 물품을 제공받거나 취득할 수 있는 경우" 및 제4호 "게임의 결과로 얻은 점수 또는 게임머니를 직간접 유통과정을 통해 유무형의 보상으로 제공하는 경우"에 해당한다고 할 것이다.

제3유형의 온라인포커게임은 사이버머니가 판매되나 환전되지 않고 게임시스템 외부에서의 거래가 사실상 존재할 뿐이므로, 현금 또는 다른 물품을 제공 내지 취득하거나(제3호) 유무형의 보상으로 제공하는(제4호) 것에 해당하지는 않는다고 할 것이다. 다만 게임이용자가 사이버머니를 게임시스템 외부에서 거래하면 현실적으로 게임머니를 현금화 할 수 있으므로 제3유형에 제2호를 적용하는 것이 문제될 수 있으나, 외부에서 거래된다는 우연한 사정의 발생만으로 이를 사행성게임물로 판단하게 되면 책임원칙에 반하는 불합리한 결과가 초래될 것으로 보인다.[39] 따라서 제3유형에 제2호를 적용하여 사행성게임물 여부를 판단하기 위해서는 당해 게임제공자가 서비스하고 있는 운영방식이 게임산업진흥법상의 정의, 즉 '재산상이익 또는 손실을 주는 것'과 동일한 평가를 내릴 정도에 이르는 것인지를 구체적으로 심의할 필요가 있는데,[40] 이런 측면에서 제3유형에

38) 제5호 게임제공업소용 게임물은 일정한 물리적 장소에서 필요한 설비를 갖추고 게임물을 제공하는 영업을 의미하는 것이므로 온라인포커게임의 적용과 관련하여서는 검토하지 않는다.

39) 황성기·권헌영·이헌욱, "온라인게임 사행성 이슈에 대한 개선방향", 한국게임산업협회, 2009, 9면.

40) 황성기, "게임산업진흥법상의 게임물 내용심의 및 등급분류제도의 문제점", 창

대한 사행성게임물 조항 적용 여부도 앞서 살펴본 도박죄와 사행행위특례법 적용의 경우처럼 구체적 고찰을 필요로 한다고 볼 것이다.

한편 등급분류심의규정은 게임제공자의 사이버머니 판매와 관련하여 제1호와 제6호를 두고 있는데 이는 사행성게임물 조항의 적용과 관련하여 제3유형과 제4유형의 구분 지점을 보여줌과 동시에, 등가성이나 환가성을 갖지 않더라도 게임제공자가 사이버머니를 판매하는 방식에 따라서는 사행성게임물 조항을 적용할 수 있는 여지를 남겨둔다. 제3유형에 이를 적용하기 위해서는 제1호와 관련하여 '정상적인 이용요금의 범위', 제6호와 관련하여 '게임머니 현금 직접구매'의 기준과 의미가 명확히 제시되어 있지 않으므로 결국 다시 게임산업진흥법 제2조의 정의로 돌아가, 이용요금의 상한과 게임머니의 현금 직접 판매가 '재산상 이익 또는 손실을 주는 것'과 동일한 평가를 내릴 정도에 이르는 것인지를 구체적으로 심의하여야 할 것이다.[41] 다만 게임물등급위원회의 실무는 정상적인 이용요금의 상한을 30만원으로 하고[42] 게임머니의 직접충전을 금지하는 것으로 본 등급분류심의규정을 해석하고 있다.[43] 제4유형은 사이버머니를 판매하지 않으므로, 이용요금이 정상적인 범위를 벗어나 사행성이 우려

립기념세미나자료집(게임분쟁연구소), 2006, 44면.

41) 이정훈, "온라인 사행성 모사 게임물의 심의관련 현안 및 법적 고찰에 관한 토론문", 게임물 등급분류제도 개선 세미나 자료집(게임물등급위원회), 2009.10., 65면; 문기탁, "스마트폰용 게임콘텐츠 개발 활성화를 위한 규제 개선방안", 부산대학교 법학연구 제51권 제4호 통권66호(2010.11.), 205면.

42) 이는 게임업계가 2004년 이래 월간 이용한도를 30만원으로 자율적으로 설정하여 실천하고 있는 점을 고려한 것으로 보인다. 이러한 게임업계의 자율규제의 의미와 법적성격에 대해서는, 황승흠, "온라인게임 산업의 자율규제 문제", LAW & TECHNOLOGY, 제2권 제4호(2007.07.), 29-39면 참조.

43) 황성기, "온라인게임 심의 및 등급분류제도의 법적 문제점", 언론과 법 제7권 제2호(2008), 194면.

되는 경우라든지(제1호) 게임머니를 현금으로 직접구매 가능한 경우(제6호)가 아님이 명확하다.

3. 소 결

결론적으로 제1유형과 제2유형의 온라인포커게임은 사행성게임물의 정의인 '재산상의 이익 또는 손실을 주는 것'에 해당하고 또한 게임물등급위원회 등급분류심의규정 제18조 제2호, 제3호, 제4호에 해당하므로 사행성게임물 조항을 적용시킬 수 있는 것으로 보인다.

제3유형의 게임제공자는 사이버머니를 재산상이익으로 전환해 주지 않으므로 제3호 및 제4호에 해당하지는 않으나 게임이용자가 현실적으로 게임시스템 외부에서 게임머니를 현금화 할 수 있으므로 제2호에 해당하는지 여부가 검토될 필요가 있으며, 책임원칙과의 조화로운 해석을 위해서는 제3유형의 운영방식이 사행성게임물의 정의인 '재산상의 이익 또는 손실을 주는 것'에 해당하는지 구체적인 고찰이 진행되어야 한다. 이런 점에서 사행성게임물 해당 여부는 도박죄와 사행행위특례법 적용의 경우와 해석의 궤를 같이 한다.

등급분류심의규정 제18조 제1호 및 제6호의 해석과 관련하여, 제4유형의 온라인포커게임은 사이버머니를 판매하지 않으므로 이 조항들의 적용의 여지가 없으나, 제3유형의 경우는 다시 이용요금의 상한과 게임머니의 현금 직접 판매가 '재산상 이익 또는 손실을 주는 것'과 동일한 평가를 내릴 정도에 이르는 것인지를 구체적으로 살펴 판단되어야 할 것이다.

제3장　온라인포커게임상 사이버머니의 환전성 검토

이하에서는 먼저, 제3유형 온라인포커게임의 사이버머니가 가치 있는 어떤 것으로 평가 내려질 수 있는지 해당 법리를 검토할 것이다. 만일 이러한 평가가 내려질 수 있다면 제3유형의 온라인포커게임 자체가 재산상이익을 보상으로 제공하고 스스로 사이버머니의 거래성에 대한 동기를 제공한 것으로 해석될 수 있으므로 제3유형에 대해서도 도박 기타 사행행위, 사행성게임물 조항이 적용될 여지가 생길 것이다. 다음으로, 미국 페이스북을 통해 서비스 되고 있는 징가포커와 한국의 엔에이치엔이 서비스 하는 한게임포커의 구체적 운영방식, 즉, 서비스 이용계약과 이에 부수하는 각종의 이용규칙, 게임의 룰과 각종 규칙 위반에 대한 제재의 규정들을 살핀다. 두 서비스 모두 제3유형의 온라인포커게임으로 미국과 한국에서 가장 많이 이용되는 게임이다.

만일 이들 게임 이용계약과 운영방식에서, 게임제공자가 사이버머니를 재산상이익으로 사실상 환전을 해 주는 의무를 부담하는 요소가 있거나, 사실상 사이버머니의 재물성을 인정하게 되는 요소를 두거나, 사이버머니의 이용자 간 거래를 허용하는 요소를 두고 있거나, 사이버머니의 게임시스템 외부 거래를 조장하는 요소가 존재한다면, 비록 이들이 제3유형의 온라인포커게임이라 할지라도 당해 게임제공자에게 제1유형 내지 제2유형 게임제공자의 행위 책임과 동일한 책임을 부담시키는 논의가 설득력이 있게 될 것이다.

제1절 제3유형의 게임으로 얻는 이익의 본질

I. 승부의 결과로 획득하는 사이버머니의 성격

앞서 살펴본 바와 같이 형법 제246조 제1항의 '도박' 개념에 대하여 통설과 판례가 "2인 이상 사이에서 재물 또는 재산상의 이익을 걸고 우연한 승부에 의하여 그 재물 또는 재산상의 득실을 결정하는 것"이라고 해석하고, 사행행위특례법 제2조 제1호가 사행행위를 "다수인으로부터 재물 또는 재산상의 이익을 모아 우연적 방법에 의하여 득실을 결정하여 재산상의 이익 또는 손실을 주는 행위"로 정의하고 있는 점을 통해서 볼 때, 도박 기타 사행행위는 ⓐ베팅(다수인으로부터 또는 다수인간에 재물 또는 재산상이익을 모으거나 거는 행위), ⓑ우연적 놀이(우연적 방법에 의하여 득실을 결정하는 행위), ⓒ결과물(재산상의 이익 또는 손실을 주는 행위)이라는 세 가지 개념요소를 모두 갖출 것이 요구되는 동일한 개념이라고 할 것이다.

영미에서도 이와 동일한 개념틀의 논의가 전개되어 왔다. 예를 들어 미국의 대부분의 주(州)에는 도박에 관해 성문화된 법 규정이 존재하는데, 여기에서 도박은 "금전적 보상을 획득하기 위하여 우연성에 금전을 거는 것(payment of a price for a chance to win a prize)"으로 정의되고 있다[44]. 이러한 정의 방식도 국내의 논의와 유사하게 이른바 '3요소 테스트'의 형태를 취하는데 그 3요소는 대가(consideration), 우연성(chance), 보상(prize)이다. 이 세 가지 구성요소 중 한 가지 혹은 그 이상이 결여되어 있는 경우에는 다른 법률

44) 박찬호, "미국 인터넷 도박관련 법제 분석", 한국법제연구원 최신외국법제정보 2007-1, 66면.

에 의해 규율되는 것은 별론으로 하되 최소한 도박은 아니라고 평가되고 있다.[45]

제3유형 온라인포커게임의 사이버머니는 분명 제1유형 및 제2유형처럼 게임제공자에 의해 현금이나 재산상 이익으로 환전되지 않는다. 그럼에도 불구하고 게임이용자는 사이버머니를 구매하고 포커게임의 규칙에 따라 이를 베팅하고 승부의 결과에 따라 사이버머니를 획득하면서 주관적으로 가치 있는 어떤 것을 얻었다는 경험을 누리게 된다. 본 논문의 앞부분에서 설명한 것처럼 도박죄의 '재물'의 해석과 관련하여 "권리와 같은 재산상의 이익이나 기타 인간의 욕망을 충족할 수 있는 이익도 포함된다"고 폭넓게 해석한다면,[46] 제3유형의 게임이용자가 사이버머니를 획득하면서 누리게 되는 '주관적으로 가치 있는 어떤 것을 얻었다는 경험' 또한 재물에 해당하는 것으로 해석될 수도 있을 것이다.

그러나 이러한 포괄적인 해석은 제3유형의 온라인포커게임과 제4유형을 구분해 내지 못하게 되어, 온라인포커게임이 사이버머니를 베팅의 수단으로 사용하기만 하면 모두 도박 기타 사행행위로 취급해야 하는 오류를 범하게 된다. 따라서 제3유형에서 게임이용자가 승부의 결과로 획득하게 되는 사이버머니가 구체적으로 어떠한 가치를 가지는 것인지, 이것이 도박죄의 재물에 이르는 것으로 평가될 수 있는 것인지를 분석하는 작업은 중요한 의미를 갖는다고 할 것이다.

온라인포커게임의 사행성과 관련하여 검토되는 '결과물' 또는 '보

45) I. Nelson Rose & Martin D. Owens, Jr., Internet Gaming Law, 2nd edition, Mary Ann Liebert, Inc., 2005, 1-2면.

46) 아주대학교산학협력단, "불법도박의 실태조사 및 대책 연구", 사행산업통합감독위원회(2008.07), 5면.

상(prize)'이라는 요소는 게임의 결과에 대해서 일정한 가치의 보상(a prize of value)이 주어지는가의 문제이다. 재물을 걸고 도박한다거나 대가(Consideration)를 지불하고 참가하는 우연적 놀이(Game of Chance)이라고 할지라도 게임을 통해 얻는 결과물 또는 보상이 없다면, 나아가 그 결과물 또는 보상이 재물 기타 재산상 이익에 이르지 못한다면, 그 게임은 즐기기 위한 '오락'에 불과할 뿐 도박 기타 사행행위로 평가되지 못한다.

온라인포커게임의 사이버머니는 게임시스템 내에서 게임점수(Game Point)의 역할을 하는데, 일반적으로 게임에서 게임점수는 현금으로 환전될 수 있는 기능을 갖거나 오직 게임을 하는 데에만 소용 된다.[47] 전자는 크레딧(credits)이라 칭하는데 제3유형 온라인포커게임의 사이버머니는 게임제공자가 환전해 주지 않으므로 이런 기능이 부정되고 오직 후자의 기능만 남겨져 있다. 후자는 무료의 게임 전용 포인트(free replays)로 칭하는데 게임을 다시 무료로 이용할 수 있는 가치만을 갖는다. 결국 제3유형 온라인포커게임의 게임이용자가 게임의 승부를 통해 얻는 결과물 또는 보상은 프리리플레이라고 할 것이다.

Ⅱ. 프리리플레이의 재물 기타 재산상 이익 해당 여부

그렇다면 이제 제3유형 온라인포커게임의 이용자가 얻게 되는 이익의 실체인 프리리플레이를 재물 기타 재산상이익으로 해석할 것

47) 온라인포커게임을 이용하기 위해서는 필수적으로 사이버머니를 보유하고 있어야 한다. 사이버머니를 모두 소진하면 이를 무료충전 또는 유료충전의 과정을 거쳐 재충전하지 않는 한 다시 온라인포커게임에 참여할 수 없다.

인지 검토할 필요가 있다. 국내에서는 정확히 이에 대해 초점을 맞추고 있는 논의를 찾아보기 어려우나 영미의 문헌에 이를 다루고 있는 내용이 있어 이를 소개한다.

> “미국의 경우에는 최근 이 두 가지 개념을 구분하는 경향이 강하며, 실제로 온라인게임, 심지어 도박모사게임(gambling style game)의 경우라도 그 보상이 단순히 무료의 게임 전용 포인트에 불과한 경우에는 도박금지에 관한 연방법이나 주법을 위반하지 않는 것으로 분석되고 있다. 하지만 이용자가 무료의 게임 전용 포인트(free replays)를 게임에서 현금이나 상품으로 환가할 수 있는 경우에는, 이러한 환가 가능 포인트(credits)는 가치 있는 보상(a prize of value)으로 간주된다. 미국의 경우에 지금까지 게임이용자가 오직 게임의 결과로서 보다 많은 게임이용시간 내지 당해 게임의 다른 라운드를 획득할 수 있는 것에 그치는 경우 인터넷운영자가 도박법 위반으로 처벌받은 케이스가 하나도 없는 것으로 분석된다. 심지어 게임의 참가를 위해 게임이용자가 금전을 지불하거나 당해 게임의 결과가 우연성에 의해 결정된다고 하더라도 마찬가지이다.”[48]

생각건대 게임이용자가 제3유형 온라인포커게임에서 승부의 결과로 획득하는 사이버머니가 오직 무료로 당해 게임을 다시 이용할 수 있는 이익에 불과하다면, 이는 기존에 게임제공자에게 금전을 지급하여 구매한 사이버머니로 게임을 이용할 수 있는 기회가 늘어나는 것일 뿐이므로, 당해 사이버머니가 게임제공자에 의해 판매되고

48) I. Nelson Rose & Martin D. Owens, Jr., Internet Gaming Law, 2nd edition, Mary Ann Liebert, Inc., 2005, 25면.

있다는 사정만으로 도박죄로 평가될만한 재물이나 재산상이익을 취득한 것으로 보기는 어려울 것으로 보인다.[49]

최근 대법원은 2012. 6. 28. 선고 2011두11815 판결을 통해, 이른바 간접충전 방식으로 구매하는 게임머니를 베팅의 수단으로 운영하는 게임사이트에 대해 사행성을 이유로 등급분류를 거부한 게임물등급위원회의 처분을 위법하다고 판시한 서울고등법원 2011. 4. 20. 선고 2010누35687 판결을 확정한 바 있는데 이 고등법원 판결에는 상기와 같은 영미의 프리리플레이 이론을 채용하는 법리를 전개하고 있는 것으로 보인다.

> 【서울고등법원 2011. 4. 20. 선고 2010누35687 판결】
> …피고(주: 게임물등급위원회)는 이 사건 게임을 즐기는데 직접 사용되는 게임머니인 '두꺼비'는 '아바타'나 '아이템'을 매개로 특정 금액과 연결된 현실가치를 갖는 것이고, 따라서 게임결과에 따라 '두꺼비'를 득실하게 되는 경우 비록 직접 현금으로 교환할 수는 없다 하더라도 '두꺼비'가 갖는 현실가치 자체로 인하여 재산상 손익이 발생하는 것으로 보아야 한다고 주장한다. 피고 주장은 간접 충전 방식 자체를 부정하는 것으로서 사행성 게임물 요건으로 게임 결과에 따라 직접 금전이나 경품 등 재산상 이익을 제공할 것을 요구하고 있는 대법원 판례에 비추어 받아들이기 어렵다. 게임이 적중한 결과 '두꺼비'를 배당받게 되어 추가로

49) 헌법재판소 2010. 2. 25.자 2009헌바28 결정 : 나아가 헌법재판소는 사이버머니의 환전을 통해 얻는 이익에 대해서도 "환전행위를 통해서 얻을 수 있는 재산권의 실체는 결국 게임 결과물의 환전이라는 직업수행에 따른 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 단순한 기회인 것뿐이므로 헌법상 재산권 보호의 대상이 아니라고 할 것"이라고 판시한 바 있다.

충전하지 않고 게임을 더 즐길 수 있게 된 것은 기존 투입 금전으로 게임을 이용할 수 있는 기회가 늘어나는 것일 뿐 별도의 재산상 이익을 보는 것이 아니다. (중략) 그러나 앞서 본 바와 같이 '두꺼비' 득실을 재산상 손익으로 인정하기 어렵고, '두꺼비'를 현금으로 환전할 수 없는 이상 사행심을 유발하는 정도는 현저하게 약화될 수밖에 없다.

제2절 제3유형 게임의 이용계약과 사행성

제3유형의 온라인포커게임으로 현재 미국과 한국에서 가장 많이 이용되는 게임은 미국 페이스북을 통해 서비스 되고 있는 징가포커[50]와 한국의 엔에이치엔(NHN)이 서비스 하는 한게임포커이다. 이들 두 게임의 구체적 운영방식, 즉, 서비스 이용계약과 이에 부수하는 각종의 이용규칙, 게임의 룰과 각종 규칙 위반에 대한 제재의 규정들을 살핀다.

I. 이용을 위한 라이선스 계약

징가포커를 이용하기 위해서는 페이스북의 회원가입이 필수적이다. 페이스북 회원가입을 위해서는 페이스북의 약관에 동의를 하여야 한다. 다음으로는 페이스북 내 징가포커의 웹페이지에 접속하여

50) 미국회사인 징가(Zynga Game Network, Inc)는 '페이스북' 서비스를 통해 텍사스홀덤 방식의 포커게임을 제공하고 있는데 이를 통칭하여 징가포커(Zynga Poker)라고 한다.

게임을 이용하기만 하면 되는데 이 과정에서는 별도로 '징가'의 회원으로 가입하거나 징가의 약관에 동의하는 절차가 존재하지 않는다. 그렇지만 징가가 페이스북과 제휴하여 제공하는 웹페이지 맨 하단의 Terms of service를 클릭하여 확인할 수 있는 징가의 약관 1.5(Accessing the Service)에는 징가의 웹페이지에 접속하는 것만으로도 이 약관에 동의하는 것으로 규정되어 있다.[51] 요약하면 페이스북의 회원가입 후 징가포커를 이용하면 징가의 약관에 동의하는 것이 되고, 라이선스 계약상의 권리를 보유하고 의무를 부담하게 된다. 한게임포커를 이용하기 위해서는 한게임 회원가입 과정에서 한게임 약관에 동의를 해야 한다. 이를 통해 라이선스 계약상의 권리를 보유하고 의무를 부담하게 되는 점은 징가포커의 경우와 동일하다[52].

이러한 이용계약을 통해 징가포커나 한게임포커의 이용자는 "이용계약에 따라 포커게임을 이용할 권리"를 확보함과 동시에 "이용계약에서 정한 사항을 준수할 의무" 또한 부여 받게 되는데,[53] 온라인포커게임의 사행성과 관련하여서는 주목해야 할 약관의 조항이 있다. 징가약관 1.4(Grant of a Limited License to Use the Service) 조항[54]은 이용자의 권리와 관련한 조항으로 "사이버머니 등과 관련하

51) "By accessing or using the Service, including browsing any Zynga website or accessing a game, you accept and agree to these Terms of Service and the Privacy Policy."

52) 이처럼 게임이용자가 회사와 체결하게 되는 이용계약의 각종 유형과 관련하여서는, 정상조, "온라인게임의 법적 보호와 규제", 정보과학회지, 제23권 제6호, 2005.06. 52면 참조.

53) 정해상, "가상사회와 재산권", 중앙법학, 제7집 제2호(2005.08), 177면; 최병록, "온라인게임 아이템의 현금거래에 관한 법률문제", 재산법연구, 제25권 제2호(2008.10), 312면.

54) "You understand that while at times you may "earn" "buy" or "purchase"

여 제한적인 라이선스만 부여된다는 취지"를 기술하고 있고 징가약관 1.6.j(Use of the Service) 조항[55]은 이용자의 의무와 관련한 조항으로 "사이버머니 등을 거래하여서는 안 된다"는 취지의 내용을 기술하고 있다. 이러한 조항들은 한게임 약관에서도 마찬가지로 발견된다. 한게임약관 제17조 제2항은 "회사는 서비스와 관련하여 회원에게 회사가 정한 이용조건에 따라 게임이나 캐릭터, 게임 아이템, 게임머니, 사이버포인트 등을 이용할 수 있는 이용권만을 부여하며, 회원은 이를 유상양도, 판매, 담보제공 등의 처분행위를 할 수 없습니다."라고 규정하여 이용자가 제한된 이용권만 가지게 됨을 명시하고 있으며, 한게임약관 제11조 제1항 제9호는 이용자의 의무와 관련한 조항으로 "게임이나 캐릭터, 게임아이템, 게임머니, 사이버포

(a) virtual currency, including but not limited to virtual coins, cash, tokens, or points, all for use in the Service; or (b) virtual in-game items (together with virtual currency, "Virtual Items"); these real world terms are only being used as shorthand. You do not in fact "own" the Virtual Items and the amounts of any Virtual Item do not refer to any credit balance of real currency or its equivalent. Rather, you may purchase a limited license to use the Service, including software programs that occasionally manifest themselves as these items. The purchase and sale of the limited license referred to in these Terms of Service is a completed transaction upon receipt of your direct payment or redemption of a Zynga game card or a third party virtual currency like Facebook Credits. Any "virtual currency" balance shown in your Account does not constitute a real-world balance or reflect any stored value, but instead constitutes a measurement of the extent of your license."

55) "The following restrictions apply to the use of the Service : j. You shall not sublicense, rent, lease, sell, trade, gift, bequeath or otherwise transfer your Account or any Virtual Items associated with your Account to anyone without Zynga's written permission; k. You shall not access or use an Account or Virtual Items that have been sublicensed, rented, leased, sold, traded, gifted, bequeathed, or otherwise transferred from the original Account creator without Zynga's permission;"

인트 등을 유상양도, 판매, 담보제공 등의 방법으로 처분하는 행위가 금지 된다"는 취지의 내용을 기술하고 있다.[56]

이들 조항은 징가포커와 한게임포커의 사행성과 관련하여 사이버머니의 환전가능성을 부정하기 위하여 이용계약에 규정할 수 있는 필요 최소한의 조치인 것으로 보인다.

Ⅱ. 사이버머니의 구매와 사행성

징가포커의 이용자는 포커게임에 걸게 될 사이버머니 등 virtual items를 구매할 수 있다. 예를 들어 10달러를 결제하면 330만chips를 구매할 수 있다. 구매를 하고자 하는 virtual items와 그 금액을 클릭하면 해당금액의 '페이스북 크레딧'을 구매하는 팝업창으로 자동으로 이동하고, 이용자가 이를 결제하면 '페이스북 크레딧'이 결제되어 징가포커의 virtual items가 구매되는 절차이다. 징가포커에서 무엇인가를 구매하는 것 역시 징가가 제시하는 이용계약에 동의하는 것으로 간주되며, 이용자는 구매한 virtual items를 사용할 수 있는 권리를 가진다.[57]

한편 한게임포커의 이용자가 포커게임에 걸게 될 사이버머니를 획득하기 위해서는 '아바타'를 구매해야 한다. 예를 들어 1만원을

---

56) 정해상, "온라인게임프로그램의 통합퍼블리싱 계약에 관한 법리", 중앙법학, 제10집 제4호, 2008.12. 11면; 임광섭, "자동사냥 프로그램과 저작권 침해", Copyright Issue Report 2011 제3호, 2011.02. 3면; 이권호, "게임 디지털콘텐츠의 법적 성격에 대한 연구", LAW & TECHNOLOGY, 제3권 제5호, 2007.09. 140면

57) "3.1. Purchases : In the Service you may purchase, with 'real world' money, a license to use Virtual Items and or other goods or services. You may also obtain a license to use Virtual Items by redeeming Zynga game cards or third party virtual currency, such as Facebook Credits."

결제하여 '포카드 아바타'를 구매하면 아바타와 함께 사이버머니 5만2천골드를 획득할 수 있다. 구매하고자 하는 아바타와 그 금액을 클릭하면 한게임 유료서비스약관에 동의하는 절차를 거친 후 결제 절차가 진행된다. 이렇게 아바타를 구매하면 이용자는 자신의 계정을 치장하는 용도로 당해 아바타를 1년간 사용할 수 있게 되며 부수적으로 사이버머니를 얻어 포커게임의 베팅에 사용할 수 있는 권리를 가진다.

사이버머니의 구매절차와 관련하여, 징가포커는 사이버머니를 직접 구매할 수 있지만, 한게임포커는 아바타 구매 등을 통해서 부수적으로만 획득할 수 있다는 점에서 차이점이 있다. 실무에서는 전자의 방식을 직접충전, 후자의 방식을 간접충전이라고 칭한다. 한게임포커가 직접충전 방식을 채택하지 않고 간접충전 방식을 적용하고 있는 이유는 이른바 '직접충전금지'라는 한국 특유의 규제에 기인한 것이다.[58]

앞서 살핀 바 있는 게임물등급위원회 등급분류규정 제18조는 제6항은 사행성게임물 확인 기준으로서 "온라인 게임물로서 베팅의 수단으로 사용되어 승패의 결과로 이용자간 이체될 수 있는 게임머니를 현금으로 직접구매 가능한 경우"를 규정하고 있기 때문에, 한게임포커가 징가포커의 경우처럼 사이버머니를 직접 구매할 수 있도록 하면 동 조항의 적용을 받아 등급분류가 거부되어 더 이상 게임을 서비스 할 수 없게 되기 때문이다.

징가포커의 직접충전 방식이든 한게임포커의 간접충전 방식이든 모두 포커게임의 베팅에 소용될 수 있는 사이버머니를 게임제공자

58) 2008년 6월 9일 아이뉴스24기사 "정부, 웹보드게임 간접충전방식 적법성 검토" (http://news.inews24.com/php/news_view.php?g_serial=334949&g_menu=020500)

가 판매한다는 본질적 측면에서는 동일하다. 양자의 포커게임의 규칙이 동일하고 이 사이버머니를 게임제공자가 환전해 주지 않는다는 측면에서도 동일하므로, 결국 이용자가 사이버머니를 구매하기 위해 아바타 구매 과정을 형식적으로 거치고 있는지 여부만이 차이가 날 뿐 사행성에 관한 전통적인 논의체계의 기준으로는 사행성 판단에 대한 어떠한 차이점도 제공해 주지 못한다.[59] 직접 구매하였든 간접 구매하였든 이것이 게임시스템 내부에서 환전되지 않으며, 그렇다고 게임시스템 외부에서 직접 구매한 사이버머니가 간접 구매한 사이버머니보다 더 거래성이 높은 것도 아니다.[60] 그럼에도 현재 한국 게임물등급위원회 등급분류기준의 직접충전금지 조항은 여전히 사행성게임물 확인에 있어 강력한 효력을 발휘하고 있으며, 심지어 "직접충전과 간접충전이 본질상 동일하니 간접충전도 금지시켜야 한다"라는 일부 주장의 유력한 근거가 되기도 한다.[61]

생각건대 사이버머니의 구매방식이 직접구매인지 간접구매인지는 환전가능성이라고 하는 사행성 판단에 어떠한 기준도 제시해 주지 못하는 것으로 볼 것이다.[62] 다만 한국의 게임물등급위원회가 이러한 직접충전금지 조항을 유지하고 있는 이유는, 경험적으로 사이버머니를 직접 구매하는 이용자가 이를 현금등가의 것으로 착각하기

---

59) 황성기, "온라인웹보드게임의 사행성 규제의 헌법적 한계", 서울대학교 공익산업법센터, 제4권 제2호, 2011, 49면.

60) 현실적으로 한게임포커 사이버머니의 장외거래가 징가포커 사이버머니의 장외거래보다 더 활발하다. 2012년 10월 10일 중앙일보 기사. "게임머니, 현금으로 불법 거래되는 과정보니" (http://article.joinsmsn.com/news/article/article.asp?total_id=9544008&cloc=olink|article|default)

61) 2009년 10월 5일 게임조선 기사. "한나라당 이경재 의원, 고포류 간접충전 금지법안 추진" (http://www.gamechosun.co.kr/article/view.php?no=62718)

62) 황성기, "온라인게임 심의 및 등급분류제도의 법적 문제점", 언론과 법 제7권 제2호, 2008, 193-194면.

쉽다는 점에 근거한 것으로 보이며, 연혁적으로 게임물등급위원회 이전에 종래 영상물등급위원회가 게임물 등급분류를 담당하던 시절의 정치하지 못한 등급분류기준의 잔재인 것으로 보인다. 그러나 이후 게임산업진흥법 체제로 접어든 이후 사행성게임물의 정의가 환전가능성을 핵심요소로 하여 법률에 명시된 이후에도 이와 같은 직접충전금지 조항이 여전히 존재 의미가 있는지 의문이다.[63] 실증적으로도, 간접구매 된 한게임포커 머니가 직접구매 된 징가포커 머니보다 게임시스템 외부에서 더욱 활발하게 거래되고 있다는 점이 충분히 고려될 필요 있다.

Ⅲ. 소결

정리하자면, 제3유형 온라인포커게임의 이용계약은 단순히 서비스 이용을 위한 라이센스 조건을 기술하는 것에서 더 나아가, 당해 포커게임 서비스를 도박 기타 사행행위로 해석되지 않도록 하는 필요최소한의 장치들을 포함하고 있다.

이러한 장치들은 징가가 제시하는 요약약관에서도 특별히 명시되고 설명되어 있는데 그 내용은 다음과 같다.

> "가상의 가치: 1)가상 통화나 아이템을 구매할 때는 오락실 게임에서 동전을 넣는 것처럼 게임을 더 즐겁게 하기 위해 지불하는 것입니다. 2)가상 통화나 아이템은 실제로 금전적 가치가 없으며[64] 환불할 수 없습니다."

---

63) 황성기·권헌영·이헌욱, "온라인게임 사행성 이슈에 대한 개선방향", 한국게임산업협회, 2009, 23면.

64) 양환정, "권리객체로서 정보의 법적 지위 - 정보는 소유권의 대상이 될 수 있

주의 깊게 이 요약약관을 분석해 보면 1)은 게임을 더 즐겁게 하기 위해 지불하는 것임을 강조함으로써, virtual items을 구매하여 Betting하는 것이 도박을 통한 이익추구의 목적(for profit)이 아님을 강조하는 장치이고, 2)는 금전적 가치나 환전가능성이 없음을 강조함으로써, 도박 기타 사행행위로 평가되지 않기 위한 장치로 해석된다.

징가포커처럼 사이버머니를 직접 구매하는 경우와 한게임포커처럼 사이버머니를 아바타 구매를 통해 부수적으로 획득하는 경우가 사행성의 판단에 있어 달리 취급될 것은 아닌 것으로 보인다. 이런 측면에서 게임물등급위원회 등급분류규정 제18조 제6항은 개정의 필요가 있다고 할 것이다.[65]

제3절 제3유형 게임의 운영방식과 사행성

제3유형 온라인포커게임의 운영방식은 대략적으로 아래와 같이 기술될 수 있다. 1) 이용자가 게임을 이용하기 위해서는 사이버머니가 필수적이며, 2) 게임회사가 소정의 사이버머니를 매일 여러 차례 이용자에게 무상으로 제공해 주며, 3) 이용자가 게임회사로부터 사이버머니를 구매할 수 있으며 4) 포커게임의 승자에게 사이버머니가 이전되며 5) 게임제공자는 사이버머니를 현금 기타 재산상이익으로 환전해 주지 않는다.

는가", LAW & TECHNOLOGY 제5권 제4호(2009.07), 118면.

65) 황성기, "온라인게임 심의절차 및 기준에 관한 검토의견", 게임산업협회, 2005. 3.22, 9면.

I. 게임진행의 필수요소인 사이버머니

징가포커나 한게임포커의 경우 이용자에게 매일 무상으로 제공하는 소정의 사이버머니를 이용자가 모두 소진하면 이용자는 포커게임에 참여할 수 없다. 이런 상황에서 이용자가 취할 수 있는 선택은 두 가지다. 다음날 사이버머니가 무상으로 제공될 때까지 포커게임을 중단하는 것과, 사이버머니를 현금 등으로 구매하는 것이다. 예를 들어 이용자가 10달러를 결제하여 330만chips을 구매하면 다음날까지 기다리지 않아도 다시 포커게임에 참여할 수 있는 것이다.

이처럼 사이버머니를 게임 진행의 필수요소로 하면서도 이를 게임이용자에게 판매하는 것을 사행성 판단의 측면에서 어떻게 바라볼 것인가와 관련하여, 국내에서는 앞서 살핀 등급분류규정 제18조 제6호의 해석에 기대어 사이버머니를 현금으로 직접구매 가능하도록 하지 않는다면 일응 허용되는 것으로 논의되고 있으나, 이렇게 간접충전된 사이버머니로 포커게임에 베팅하는 것을 사행성 판단의 해석과 구체적으로 어떻게 결부시킬지에 대한 논의는 찾아보기 어렵다. 다만 영미에서는 이른바 도박의 3요소 중 대가(consideration) 요소의 해석과 관련하여 대체로 아래와 같이 정리되고 있어 이를 소개한다.

> “consideration이란 게임이용을 위해 게임이용자가 일정한 가치 있는 대가나 반대급부를 지불하는가와 관련된 요소이다. 즉 게임이용자가 게임에 참가함에 있어서 일정한 비용이나 가치 있는 대가를 직접 지불하거나 감수하여 Betting

을 하는가를 의미한다. consideration 요소와 관련하여 문제 될 수 있는 것은 이른바 '무료게임(free game)'의 문제인데, 무료게임은 게임이용자가 게임에 참가함에 있어서 어떠한 비용이나 대가를 지불하거나 감수하지 않는다는 점에서, 도박의 구성요건인 consideration 요소가 결여되어 있다고 평가할 수 있다. 그러나 참가비가 요구되기는 해도 무료로 참가할 수 있는 대안이 존재하는 경우, 즉 "flexible participation"에 대한 미국의 판례는 양분된 성향을 보이나, 무료의 경우 유료로 참가할 때와 동등한 승리확률이 주어진다면 consideration 요소가 결여된 것으로 평가할 수 있다.[66]"

이러한 영미의 consideration 법리로 접근하여 분석해 본다면, 징가포커나 한게임포커는 사이버머니를 게임 진행의 필수요소로 하면서도 유료로 또는 무료로 이용할 수 있으므로 다시 'flexible participation' 이론을 살피는데, 무료의 경우 유료로 참가할 때와 동등한 승리확률이 주어진다면 consideration 요소가 결여된 것으로 평가할 수 있겠으나, 현실적으로 10달러를 결제하여 330만chips 보유한 이용자와 무료로 제공되는 3천chips만을 보유한 이용자의 승리확률을 동등하다고 보기는 어려울 것이므로 consideration 요소를 충족하는 것으로 해석될 수 있을 것이다.

Ⅱ. 게임의 룰과 입장의 룰

66) 황성기, "온라인 도박모사온라인게임의 사행성 규제의 헌법적 한계", 경제규제와 법 제4권 제2호(2011.11) 45면; I. Nelson Rose & Martin D. Owens, Jr., Internet Gaming Law, 2nd ed., Mary Ann Liebert, Inc., 2005, 10면.

징가포커에서 가장 많은 이용자들이 이용하고 있는 포커게임은 이른바 Texas Hold'em 방식의 포커게임이다. 이 방식은 5명 또는 9명의 이용자가 각각 2장의 Hole Cards 및 5장의 Community Cards의 조합을 살펴 베팅을 진행하고, 최종적으로 가장 높은 계급의 카드 조합을 보유한 이용자가 승리하는 방식이다. 총 4회의 베팅 기회가 있는데, 이용자들은 이 4회의 베팅 기회를 통해 누적되는 사이버머니 금액의 높낮이를 조절하고 다른 이용자와 경쟁을 펼치게 되며, 승리한 이용자에게 이 누적된 사이버머니가 이전하게 된다.

한게임포커에서 가장 많은 이용자들이 이용하고 있는 포커게임은 이른바 7ordinary 방식의 포커게임이다. 이 방식은 3명 내지 5명의 이용자가 순차적으로 배분되는 7장의 카드의 조합을 살펴 베팅을 진행하고, 역시 최종적으로 가장 높은 계급의 카드 조합을 보유한 이용자가 승리하는 방식이다. 총 4회의 베팅 기회가 있고 승리한 이용자에게 누적된 사이버머니가 이전하는 방식은 징가포커의 경우와 동일하다.

온라인포커게임의 규칙이 도박 기타 사행행위의 요소인 '우연적 방법으로 득실을 결정하는' 것에 해당한다거나 사행성게임물의 요소인 '베팅이나 배당을 내용으로 하거나 우연적인 방법으로 결과가 결정되는' 것에 해당하는지 여부에 대해 국내에서는 이를 우연성게임으로 인정하는 데에 이견이 없는 것으로 보인다.[67]

---

67) 미국에서는 도박3요소 중 하나인 우연(chance)의 해석과 관련하여 미국의 판례를 통해 형성되어 온 판단기준(test)이 주로 활용되고 있다. 이는 기술게임인지(game of skill) 우연적놀이인지(game of chance)에 대한 구별의 기준으로, 특히 기술게임의 주요 특징들로는, ① 기술이 높은 플레이어가 기술이 낮은 플레이어를 이기기 마련이다(A skillful player will win more than an unskillful one). ② 기술은 경험, 실제경기 혹은 연습경기로부터 습득될 수 있다(Skill can

한편, 이용자들은 본격적으로 게임하기에 앞서 '로비'에서 '방'을 골라 입장하게 되는데, 이 때 방을 선택하는 기준으로 대개의 이용자들은 개인이 보유한 사이버머니의 액수를 고려한다. 로비에는 방의 스펙(spec)이 기재되어 목록화 되어 있는데, 최소 베팅 금액에 해당하는 스택(stack)이 얼마인지, 최소한 얼마 이상의 사이버머니를 보유한 이용자들만 이용할 수 있는 방인지 등과 같은 스펙(spec)을 확인하고 이용자들은 자신이 즐기기에 가장 적절한 방을 선택하여 입장하게 되는 것이다[68]. 예를 들어 실제로 징가포커에는 stack이 900만chips / 최대누적베팅(max buy-in)금액이 10억chips인 방도 존재하는데, 이를 굳이 징가가 판매하는 사이버머니의 가격으로 환산하면 stack은 20달러 / 최대누적베팅(max buy-in)금액은 2천2백 달러가 되는 셈이다.

이러한 입장의 룰과 관련하여, 국내에서는 온라인포커게임의 이른

---

be learned from experience, from real or mock play). ③ 기술게임은 수학에 대한 지식을 요구한다(Skill games require a knowledge of mathematics). ④ 기술게임은 심리적 기술을 요구한다(Skill games require psychological skill). ⑤ 플레이어의 참여가 게임의 결과를 변화시킨다(Player participation changes the result). ⑥ 기술은 독서를 통해서 습득될 수 있다(Skill can be learned from reading). ⑦ 커뮤니티의 의견(the opinion of the community) 혹은 상식(common sense) 등이 제시되고 있다. I. Nelson Rose & Martin D. Owens, Jr., Internet Gaming Law, 2nd ed., Mary Ann Liebert, Inc., 2005, 13-14면 참조.

68) 이는 외형상으로는 방을 골라 입장하는 형식이지만 게임이용자 입장에서는 함께 게임을 플레이 할 게임이용의 상대방을 찾는 절차이기도 하다. 포커게임은 일반적으로 보유하고 있는 자산의 격차가 지나치게 큰 경우, 자산을 적게 가지고 있는 사람이 승리할 가능성이 현저히 떨어지게 되므로, 온라인포커게임에서도 게임이용자는 자신이 보유한 사이버머니의 규모가 함께 대적할 만한 상대방을 찾아 방을 선택하는 경우가 일반적일 것이다. 이와 같은 온라인포커게임 이용자의 상대방 선택 방식과 관련하여, 최근 2012년 11월 문화체육관광부는 '온라인포커게임에서 게임이용자가 게임 이용 상대방을 선택하지 못하도록'하는 내용의 규제를 행정예고 한 바 있다. 이와 관련한 구체적인 분석은 후술한다.

바 '고액방'에 대한 규제 논의가 있다. 예를 들어 2011년도에 문화체육관광부는 온라인포커게임을 제공하는 사업자들에게 사행화 방지를 위한 행정지침을 발령하면서 '고액방에 대한 모니터링 강화'를 주문한 바 있다.[69] 이는 유사한 취지로 발령된 2008년의 행정지침[70]에서 '풀베팅방 및 실감베팅 경기장 등 고액의 게임머니 베팅이 가능한 서비스 폐지'를 규정하고 있는 것과 같은 맥락의 규제로 해석된다. 즉, 사이버머니의 베팅이 과도하게 발생하는 방을 중심으로 온라인포커게임의 사행적인 이용이 빈번하다는 판단에 따라 게임제공자에게 이에 초점을 맞추어 서비스를 개선할 것을 촉구하는 취지이다. 이러한 규제들의 초점은, 이른바 고액방에서의 과도한 사이버머니 베팅은 결국 과도한 사이버머니 구매수요를 자극하고, 연이은 과도한 구매 행위는 게임이용자들의 경제적 파탄으로 귀결될 수 있다는 논리에 근거를 둔 것으로 보인다. 그러나 이러한 과다이용·과소비가 발생한다는 사실이 제3유형의 온라인포커게임을 제1유형 및 제2유형과 동일시하는 근거가 되기에는 부족한 것으로 보인다. 만일 이를 동일시하게 되면 이는 과다이용·과소비를 하지 않는 게임이용자에게도 제1유형이나 제2유형의 게임이용자들에게처럼 도박죄의 적용을 고려해야 하는데 이는 적절하지 않고, 과다이용·과소비의 구체적인 기준이 무엇인지도 불명확하기 때문이다.[71]

---

69) 2011년 7월 4일 문화체육관광부 보도자료 "웹보드게임 등 게임물 사행화 방지를 위한 가이드라인 마련" (http://www.mcst.go.kr/web/notifyCourt/press/mctPressView.jsp)

70) 2008년 6월 9일 문화체육관광부 보도자료 "문화부, 웹보드게임 사행화 방지 대책 마련" (http://www.mcst.go.kr/web/notifyCourt/press/mctPressView.jsp)

71) 정호경·송시강, "온라인 게임 규제의 문제점과 개선방안", 서울대학교 공익산업법센터 제4권 제2호, 2011, 35면.

Ⅲ. “의도적인 져주기 금지” 약관 및 거래자에 대한 제재

징가포커의 경우 이렇게 이용자가 방으로 진입하게 되면 팝업창으로 “의도적으로 져주기를 하여 사이버머니를 이전하는 것은 금지된다”라는 내용의 이용약관이 1회 고지된다. 한게임포커의 경우 약관에 근거하여 규정된 이용제한규정 2.1은 “정상적인 게임 이용과는 무관하게 게임머니를 의도적으로 여러 아이디에게 이동시키는 경우”를 이용 제재의 사항으로 규정하고 있다.[72] 이들 약관 역시 제3유형 온라인포커게임의 사행성과 관련하여 주의 깊게 살펴야 할 조항이다.

포커게임에서 승리한 이용자에게로 사이버머니가 이전하는 것은 너무나 당연한 룰이어서, 상기 약관은 마치 포커게임의 일반 룰을 거스르는 것처럼 보인다. 현실에서 돈을 걸고 진행하는 포커게임에서 의도적으로 져주기를 하는 이용자는 ‘증여’의 목적과 같은 특별한 이유를 제외하고는 지극히 드물 것이기 때문이다. 그러나 제3유형의 온라인포커게임과 같이 사이버머니를 게임회사가 판매하면서도 이 사이버머니를 게임회사가 환전해 주지 않는 운영방식 하에서는 “의도적으로 져주기”가 이용자들 사이에 현실적으로 빈번히 발생하고 있다. 이는 현실세계에서처럼 가상세계에서도 ‘증여’의 목적으로 친분이 있는 이용자들 사이에 사이버머니를 이전하는 수단으로 활용되기도 하지만, 나아가 온라인포커게임 이용자들 사이에 사이버머니를 “편법으로 사고파는” 거래의 수단으로 악용될 수 있다. 예를

72) 제3유형의 온라인포커게임에서 어떤 이용자가 다른 이용자에게 사이버머니를 이동시키는 방법은 게임에서 패하는 방법 이외에는 존재하지 않는다. 즉 한게임포커의 이 이용제한 규정은 징가포커가 규정하는 내용과 동일한 내용인 것이다.

들어 2012년 4월 12일 12시 현재를 기준으로 징가포커의 로비에는 최대누적베팅(max buy-in)금액을 80억chips로 설정할 수 있는 5인용 방이 있는데, 여기서 4명의 이용자가 의도적으로 80억chips를 베팅하고 한 이용자만을 남긴 후 게임을 포기해 버리면, 승리한 이용자는 80억chips를 손쉽게 획득할 수 있게 된다. 승리한 이용자가 징가로 부터 80억chips의 사이버머니를 구매한다면 약1만8천 달러를 결제해야 하겠지만, 당해 게임에서 일부러 져주기를 하면서 80억chips의 사이버머니를 판매하려는 4명의 이용자들은 아마도 1만8천 달러보다 저렴한 가격에 사이버머니를 판매할 것이다. 이처럼 게임을 져주고 사이버머니를 이전시켜주는 대가를 게임시스템 외부에서 현금으로 돌려받는 방식이 사이버머니 판매의 전형적인 방법인데 이러한 사이버머니 편법 거래를 금지하기 위해서 "의도적인 져주기 금지" 약관은 필수적인 것으로 이해된다.[73]

한게임포커도 "이용자 간에 의도적인 져주기를 통한 사이버머니 이전을 금지하는 조항"을 두고 있다. 대법원은 2006년에 판결에서, 한게임포커의 사이버머니를 일부러 져주는 방식으로 판매하고 이를 위한 컴퓨터프로그램을 운영한 이용자들에게 형법에 근거하여 '업무방해의 죄'를 적용한 바 있다[74]. 2007년 개정된 게임산업진흥법은

---

73) 징가는 2010년 4월에 온라인 현금 거래 사이트 '플레이어옥션스닷컴(PlayerAuctions.com)'을 불법 현금 거래 혐의로 고소한 바 있다. 징가는 "해당 사이트가 자사가 책정한 것보다 낮은 가격으로 가상 현금 및 아이템을 판매해 금전적인 손해를 끼쳤다"고 주장했다. 당시 징가는 7만5천chips를 5달러에 판매하고 있었음에 반해 플레이어옥션스닷컴은 1백만chips를 5.45달러에 판매해 왔었기 때문이다. (http://www.gamemeca.com/news/news_view.html?seq=15&ymd=20100419&page=1&point_ck=&search_ym=&sort_type=&search_text=&send=&mission_num=&mission_seq=)

74) 정상조·박준석, "오토프로그램의 저작권 문제", 서울대 기술과법센터, 2010.07. 163면; 이진태·임종인, "MMORPG게임의 오토프로그램과 저작권", 중앙대학교

이른바 환전업 금지 조항을 도입하여 온라인 베팅성 게임의 사이버머니를 거래하는 행위를 불법으로 규정함으로써 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처해지도록 하고 있다.[75]

만일 이러한 이용약관을 두지 않아 사이버머니 편법 거래가 반복되고 이것이 방치 되면, 제3유형의 게임제공자가 사이버머니를 환전해 주지 않는 원칙을 철저히 준수한다고 하더라도, 게임이용자들 사이에서는 사이버머니를 실제 현금으로 간주하게 되는 현상이 지속될 것이고, 이용자들은 제3유형 온라인포커게임의 사이버머니를 마치 카지노의 칩처럼 활용하게 됨으로써 마치 제1유형의 온라인포커게임을 이용하는 듯한 경험을 하는 상황에 직면하게 될 수 있다.[76] 즉, 이러한 약관의 존재 및 편법 거래가 방치되지 않도록 단속의 노력을 하는[77] 것은 제3유형 온라인포커게임의 운영방식이 제1유형 및 제2유형과 동일시되지 않도록 하는 중요한 요소가 되는 것이다.

Ⅳ. 소결

제3유형 온라인포커게임의 운영방식에 제1유형 및 제2유형의 사

법학연구소, 법학논문집 제34집 제3호(2010.12), 285면; 서영민, “인터넷게임 아이템거래에 관한 형사법적 문제”, LAW & TECHNOLOGY 제2권 제4호(2006.07), 82면.

75) 이러한 온라인게임 내에서의 규칙 위반 및 그 제재와 관련한 제반 논의들을 정리한 것으로, 이병준, “온라인게임의 규칙과 그 위반행위에 대한 제재”, 스포츠와 법 제11권 제1호(2008.02), 181-204면 참조.

76) 이정훈, “최근의 게임아이템 현금거래 사건과 관련한 형사법적 문제점과 전망”, 중앙법학 제12집 제2호(2010.06), 61면.

77) 약관위반에 대한 제재 등과 관련한 주요 서비스 약관 및 판례가 정리된 것으로, 이병준, “온라인게임과 이용자 보호”, 언론과 법 제7권 제2호(2008), 240면; 신영수, “온라인게임 이용자보호와 약관규제”, IT와 法연구 제4집(2010.02), 246면.

행성과 동일시 할 수 있는 요소가 있는지 살펴보았다. 사이버머니의 판매와 관련하여, 이를 직접구매 가능하도록 하면 일응 사행성게임물로 판단하겠다는 것이 게임물등급위원회의 등급분류 실무이고 영미에서는 도박의 3요소 중 대가(consideration) 요소를 충족하는 것으로 해석되고 있으며, 포커게임의 규칙과 관련하여, 이를 기술게임이라기보다 우연적 놀이(game of chance)로 해석하는 것이 일반적임을 살펴보았다.[78] 입장의 룰과 관련하여서는, 게임이용자가 플레이 할 방을 찾아 들어가는 것이 현실적으로는 게임을 함께 플레이 할 이용자를 선택하는 방식이라는 측면에서 이것이 최근의 온라인 포커게임 사행성 규제의 이슈가 되고 있는 지점임을 검토하였다. 이러한 운영방식들은 도박의 3요소 중 일부를 충족하는 데에 기여할 수는 있지만 제3유형과 제1유형 및 제2유형 간의 경계를 무너뜨리게 할 정도의 것은 아닌 것으로 보인다.

한편 징가포커나 한게임포커가 도입하고 있는 “의도적인 져주기 금지” 약관 및 사이버머니 거래자에 대한 제재는, 제3유형에서의 사이버머니가 거래성을 가지는 현상에 대해서 이를 조장하거나 방치하지 않는 점을 명확히 하는 근거가 되므로, 제3유형 게임제공자의 행위책임을 제1유형 및 제2유형 게임제공자의 행위책임과 동일시하는 논의와 관련하여 중요한 지표를 제공해 준다. 이러한 측면에서 징가포커나 한게임포커처럼 사이버머니의 게임시스템 외부 거래를 적극적으로 방지하고자 하는 운영방식을 채택하고 있는 제3유형의 온라인포커게임에 도박 기타 사행행위, 사행성게임물 조항을 적용시키는 것은 어려울 것으로 판단된다.

---

78) 따라서 결과물 내지 보상(prize)이라는 요소를 제외하고는 도박의 3요소를 모두 충족하고 있는 셈이나 게임제공자가 사이버머니를 환전해 주지 않기 때문에 제1유형 및 제2유형의 경우와 같은 책임을 부담지울 수 없는 것이다.

제4장 기존 사행성 규제 체계의 한계와 대응방안

제1절 온라인포커게임 사행성 규제의 논의와 한계

온라인포커게임 사행성 규제와 관련한 전통적 논의체계는, 과다한 이용으로 재산을 탕진하거나 사이버머니의 현금화를 통하여 정상적인 근로관념에 반하여 과도한 이익을 취하는 온라인포커게임에서의 양상이, 현실에서의 포커게임이 도박 기타 사행행위의 수단이 되어 발생하는 법익침해의 양상과 동일하다고 보아, 온라인포커게임에 대해 도박죄, 사행행위특례법, 게임산업진흥법상 사행성게임물 조항을 적용하여 서비스 자체를 금지하려는 논의였다.

이러한 전통적인 논의체계 속에서 온라인포커게임의 4가지 유형이 각각 도박, 사행행위(사행성유기기구), 사행성게임물에 해당하는지 해당 법령조항의 해석과 판례의 태도에 비추어 분석을 진행하여 보았으나 제1유형 및 제2유형과는 달리 제3유형과 제4유형은 이에 해당하는 것으로 평가내리기 어렵다는 결론에 이르렀다.

제3유형의 온라인포커게임으로 인한 여러 가지 폐해가 현실적으로 존재한다는 점을 고려할 때 이러한 전통적 논의체계, 즉 “사행성 있으면 금지하고 사행성 없으면 허용한다”는 논리는, 제도적으로 온라인포커게임에 대한 사행성 측면에서의 규제 방향을 제시하는 데에 일정부분 한계를 노정하고 있다는 평가가 가능할 것이다.

제2절 대응방안으로서의 게임산업진흥법 개정

이러한 한계를 극복하기 위해 그동안 게임산업진흥법 개정을 통해 취해진 입법조치의 방향은 “사행성 있으면 금지하고 없으면 허용한다”는 것에서 더 나아가 “사행성이 없더라도 사행화를 방지하기 위한 규제를 진행 한다”로 요약될 수 있다. 이는 제3유형 온라인포커게임의 서비스 및 이용과 관련하여 발생하는 가산탕진 등의 문제점들이 사이버머니를 게임시스템 외부에서 전문적으로 거래하는 이들로 인해 증폭된다는 점에 초점을 맞추어, 온라인포커게임 자체에는 사행성이 없지만 사이버머니를 환전하는 이들과 이에 대한 조장행위로 인해 ‘사행화’된다는 논리에 근거하는 것이다.[79] 따라서 이러한 사행화, 즉 사이버머니의 환전을 방지하기 위한 입법조치가 두 차례의 게임산업진흥법 개정을 통해 반영되기에 이르렀다.

I. ‘환전업 금지’ 조항의 도입(2007년 게임산업진흥법 개정)

그 첫 번째가 이른바 환전업 금지 조항의 도입이다. 이는 게임제공자에 대한 규제가 아니라 게임이용자 영역에서 발생하는 사행화에 대한 규제로 이해된다.[80]

법률 제32조(불법게임물 등의 유통금지 등) ① 누구든지

79) 황승흠, “게임산업진흥법상 환전업금지 조항의 의의와 해석”, 한국게임학회 논문지 제7권 제2호(2007.06), 56면.

80) 황승흠, “게임물 규제체제의 변천과정에 관한 연구”, 중앙법학 제11집 제1호(2009.04), 443면.

게임물의 유통질서를 저해하는 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다.

7. 누구든지 게임물의 이용을 통하여 획득한 유·무형의 결과물(점수, 경품, 게임 내에서 사용되는 가상의 화폐로서 대통령령이 정하는 게임머니 및 대통령령이 정하는 이와 유사한 것을 말한다)을 환전 또는 환전알선하거나 재매입을 업으로 하는 행위

법률 제44조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제32조제1항제1호·제4호 또는 제7호에 해당하는 행위를 한 자

시행령 제18조의3(게임머니 등) 법 제32조제1항제7호에서 "대통령령이 정하는 게임머니 및 대통령령이 정하는 이와 유사한 것"이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.

1. 게임물을 이용할 때 베팅 또는 배당의 수단이 되거나 우연적인 방법으로 획득된 게임머니

게임산업진흥법 제32조 제1항 제7호 및 동법시행령 제18조의3은 온라인포커게임의 사이버머니를 환전 또는 환전알선하거나 재매입을 업으로 하는 행위를 금지하고 있으며 이를 위반시 동법 제44조 제1항 제2호에 따라 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있게 되는 바, 이 조항의 적용을 위한 요소들을 구체적으로 살펴본다.

1. 행위주체 및 보호법익

환전업 금지 조항의 행위주체는 '누구든지'이므로 환전업자는 물론, 재매입업자, 환전알선업자, 게임제공업자, 게임사업자, 게임이용자도 행위주체가 될 수 있다. 즉, 행위주체에는 어떤 제한이 있는 것은 아니다.

동조의 보호법익을 게임산업진흥법의 입법목적(제1조)을 기초로 하여 게임의 사행행위화를 방지함으로써 "게임산업의 진흥 및 건전한 게임문화에 대한 사회적 신뢰를 보호"하는 것이라고 보는 견해도 있다[81]. 물론 이 규정의 입법목적은 이러한 취지를 갖고 있다고 볼 수 있으나, 그 주된 입법목적은 사행행위특례법이나 형법의 도박죄가 갖고 있는 입법목적과 동일하다고 보는 것이 체계적이라고 생각된다. 왜냐하면 동조의 도입 취지도 종국적으로는 게임이용자들이 사행행위를 하는 것을 방지하기 위함인데, 사행행위특례법의 입법목적은 국민생활을 저해하는 과도한 사행심의 유발을 방지하고 선량한 풍속을 유지하는 데에 있으며, 일반적으로 도박죄는 사회적 법익에 관한 죄로서, 정당한 근로에 의하지 아니한 재물의 취득에 대한 처벌을 통해 경제에 관한 건전한 도덕법칙을 보호하기 위한 것이라고 보고 있다. 따라서 환전업 금지 조항도 과도한 사행심의 유발을 방지하고 정당한 근로에 의하지 아니한 재물의 취득을 처벌함으로써 경제에 관한 건전한 도덕법칙을 보호하기 위한 입법목적을 갖고 있다고 보아야 할 것이다.[82]

---

81) 황승흠, "사행성게임물제도와 환전업금지조항", 개정 게임산업진흥에관한법률 설명회 자료집(2007.05), 44면.

82) 이병준, "게임산업진흥법을 통한 온라인게임산업의 규제와 그 타당성", 인터넷 법률 통권 제39호(2007.07), 68면.

2. 게임물의 이용을 통한 획득

환전업 금지 조항이 적용되기 위해서는 유·무형의 결과물이 '게임물의 이용을 통한 획득'이어야 한다. 게임물의 정의에서 사행성게임물이 배제되어 있으므로(게임산업진흥법 제2조 제1호 단서 가목), 사행성게임물은 환전업 금지 조항에서 말하는 게임물이 아니다. 따라서 사행성게임물의 이용을 통해 획득한 결과물에는 이 조항이 적용되지 않는다.[83]

3. 유·무형의 결과물

게임물의 이용을 통하여 획득한 유·무형의 결과물이 있어야 한다. 여기서 게임산업진흥법은 유·무형의 결과물에 관하여 4가지를 제한적으로 열거하고 있다. 즉 (1)점수, (2)경품, (3)게임 내에서 사용되는 가상의 화폐로서 대통령령이 정하는 게임머니 및 (4)대통령령이 정하는 이와 유사한 것이 유·무형의 결과물에 해당한다. 이 4가지 중 하나에만 포함되면 되므로 어느 경우에 해당하는지가 엄격히 구별될 필요는 없지만, 그래도 본 조항이 형벌규정이라는 점을 감안한다면 각 개념을 분명하게 해석할 필요가 있다.

(1)점수

점수는 '게임의 결과를 나타내는 숫자 내지 일체의 데이터'를 말한다고 정의한다.[84] 여기서 말하는 점수는 게임이용의 결과를 점수형태로 나타내면 되며, 설령 화폐형태로 나타나더라도 게임 내에서 구

83) 황승흠, "게임산업진흥법상 환전업금지 조항의 의의와 해석", 한국게임학회 논문지 제7권 제2호(2007.06), 58면.

84) 황승흠, "사행성게임물제도와 환전업금지조항", 개정 게임산업진흥에관한법률 설명회 자료집(2007.05), 45면.

매력이 있는 화폐의 기능이 없다면 점수로 보아야 할 것이다.

(2)경품

경품은 일반적으로 거래 자체의 목적이 아니라 거래에 부수하여 제공하는 경제적 이익을 지칭할 때 사용된다. MMORPG와 관련하여 게임아이템을 게임이용에 따라 게임이용자가 게임 내에서 획득하는 경품이라고 보는 견해가 있다.[85] 그러나 경품이라는 것은 게임과 별도로, 즉 거래에 부수하여 지급되어야 하는 것인데, 게임아이템처럼 게임 내에서 지급되고 게임 내에서만 사용할 수 있는 것을 경품으로 해석하는 것은 다소 어려움이 있어 보인다.[86]

(3)게임머니

게임머니는 게임 내에서 사용되는 가상의 화폐를 의미한다. 따라서 게임머니가 되기 위해서는 게임 내에서 게임이용자들 사이의 교환이나 거래를 포함한 경제활동을 가능하게 하는 수단이 되어야 한다.[87] 그런데 게임머니의 개념은 시행령에 유보하고 있고, 시행령에서는 이를 “게임물 이용시 베팅 내지 배당의 수단이 되거나 우연적인 방법으로 획득된 게임머니”고 규정하고 있다(게임산업진흥법 시행령 제18조의 3). 온라인포커게임의 사이버머니가 이 게임머니의 개념에 포섭됨에 대해서는 큰 이견이 존재하지 않는 것으로 보인다.[88]

---

85) 황승흠, “사행성게임물제도와 환전업금지조항”, 개정 게임산업진흥에관한법률 설명회 자료집(2007.05), 46면. 경품은 게임이용자에게 제공하는 경제상의 이익으로서 하나의 보상(prize)이라고 할 수 있는데, 바로 게임아이템이 이러한 보상에 해당하는 경품이라고 보는 것이다.

86) 게임산업진흥법의 시행령에서 유·무형의 결과물 유사한 것으로 게임아이템을 언급하고 있는 것으로 볼 때에도 우리 입법자가 게임아이템을 경품과는 구분하여 보고 있는 것으로 보인다.

87) 황승흠, “사행성게임물제도와 환전업금지조항”, 개정 게임산업진흥에관한법률 설명회 자료집(2007.05), 45면.

(4)대통령령이 정하는 이와 유사한 것

대통령령이 정하는 이와 유사한 것으로는 첫째, 제1호에서 정하는 게임머니의 대체 교환 대상이 된 게임머니 도는 게임아이템 등의 데이터와 둘째, 게임제작업자의 컴퓨터프로그램을 복제, 개작, 해킹 등을 하거나 게임물의 비정상적인 이용을 통하여 생산·획득한 게임머니 또는 게임아이템 등의 데이터가 규정되었다(게임산업진흥법 시행령 제18조의3). 온라인포커게임 등 베팅성게임에서 취득한 게임머니를 다시 다른 게임머니 또는 게임아이템으로 교체하여 환전하는 경우라든지 비정상적인 이용을 통하여 베팅성게임의 게임머니를 생산·획득하는 경우에 이 조항을 적용하는 것과 관련하여서도 해석상 이견이 적다.

4. 환전 또는 환전알선하거나 재매입하는 행위의 업

유·무형의 결과물을 현실적으로 현금화하거나 이를 중개하거나 이미 거래된 유·무형의 결과물을 다시 매수하는 행위를 '업'으로 해야 한다. '업'은 영업 또는 업무를 말하며, 사회생활 상의 지위에서 계속·반복적으로 행하는 사무를 의미한다. 따라서 게임이용자의 환전 행위가 영업으로 하지 않는다면 환전업 금지 조항이 적용되지 않는다고 볼 것이다.

---

88) 다만 '우연적인 방법으로 획득된 게임머니'의 해석과 관련하여, MMORPG에서 사냥을 하다가 희귀성이 높은 게임아이템을 우연히 획득하는 것도 우연적인 방법으로 획득된 것으로 볼 것인지 여부가 논란이 있으며, 나아가 게임아이템이 실질적으로 게임 내에서 화폐의 기능을 하고 있음을 근거로 이러한 MMORPG의 게임아이템 또한 게임머니에 포섭시킬 것인지 여부에 대해서도 논란이 존재한다.

5. 환전업 금지 조항 위반의 형사책임

위반자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처해질 수 있게 된다(게임산업진흥법 제44조 제1항 제2호). 이는 사행성 규제와 관련하여 도입된, 사행성게임물 유통금지 등 게임산업진흥법상 의무위반의 경우와 동일한 수준의 형량이다.[89] 헌법재판소는 게임산업진흥법 제44조 제1항 제2호 등 위헌소원 사건에서 전원일치의 합헌결정을 하면서 "게임물이 사실상 사행기구로 변질되는 것을 방지함으로써, 건전한 게임문화를 확립하여 국민의 문화적 질을 향상시키고자 하는 이 사건 법률조항의 입법목적과 수단 방법 등을 종합해 보면, 이 규정은 국민의 직업선택의 자유를 침해한다고 보기 어렵고, 또한 개정 게임산업진흥법 제32조 제1항 제7호는 법률에서 구체적으로 범위를 정하여, 게임머니 및 이와 유사한 것의 내용을 대통령령에 위임하고 있는 것이므로 포괄위임입법금지원칙이나 죄형법정주의원칙에 위반된다고 보기는 어렵다"고 판시한 바 있다.[90]

II. '운영방식을 통한 사행성조장행위 금지' 조항의 도입(2011년 게임산업진흥법 개정)

두 번째의 입법조치는 이른바 운영방식을 통한 사행성조장행위 금지 조항의 도입이다. 이는 게임이용자에 대한 규제가 아니라 게임제공자 영역에서 발생하는 사행화에 대한 규제로 이해된다.[91]

---

89) 황승흠, "2007년 개정 게임산업진흥법상 사행성게임물제도의 의의와 법적 성격", 공법학연구 제8권 제4호(2007.11), 306면.

90) 헌법재판소 2010. 2. 25.자 2009헌바28 결정

91) 황성기, "온라인웹보드게임의 사행성 규제의 헌법적 한계", 서울대학교 공익산

법률 제28조(게임물 관련사업자의 준수사항) 게임물 관련 사업자는 다음 각 호의 사항을 지켜야 한다.
2의2. 게임머니의 화폐단위를 한국은행에서 발행되는 화폐단위와 동일하게 하는 등 게임물의 내용구현과 밀접한 관련이 있는 운영방식 또는 기기·장치 등을 통하여 사행성을 조장하지 아니할 것

법률 제38조(폐쇄 및 수거 등)
⑧ 문화체육관광부장관은 제28조제2호의2를 위반하여 게임물의 내용구현과 밀접한 관련이 있는 운영방식 또는 기기·장치 등을 통하여 사행성을 조장하는 자에 대하여 그 운영방식을 개선하거나 그 기기·장치 등을 개선 또는 삭제하도록 하는 등의 시정을 명할 수 있다. 시정명령 이전에 문화체육관광부장관은 시정 방안을 정하여 이에 따를 것을 권고할 수 있다.

법률 제46조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.
6. 제38조제7항 및 제8항에 따른 문화관광부장관의 명령을 이행하지 아니한 자

게임산업진흥법 제28조 제2호의2는 운영방식 등을 통하여 사행성을 조장하는 행위를 금지하고 있으며 문화체육관광부 장관은 동법 제38조 제8항에 따라 시정권고 및 시정명령을 할 수 있고, 미 이행 시 동법 제46조 제6호에 따라 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하

업법센터 제4권 제2호(2011), 55면.

의 벌금에 처해질 수 있게 되는 바, 이 조항의 적용을 위한 요소들을 구체적으로 살펴본다.

1. 게임산업진흥법 상 게임물

게임산업진흥법 제28조 제2호의2의 게임물은 당연히 게임산업진흥법 상의 게임물을 의미하며, 동법 상 게임물이 아닌 경우에는 이 규정의 적용이 되지 않는다. 동조의 적용 대상에서 사행성게임물을 배제하는 것과 관련하여 아직 판례가 명시적으로 설시한 바는 없으나, "게임물을 이용하여 도박 그 밖의 사행행위를 하게 하거나 이를 하도록 내버려두지 아니할 것"이라는 게임산업진흥법 제28조 제2호의 해석과 관련하여 대법원은 "법 제28조 제2호는 사행성게임물이 아닌 게임물을 이용하여 사행행위를 조장하는 것을 금지하는 것"이라 판시한 바 있음을 참고할 필요가 있다.[92] 즉 게임산업진흥법의 적용대상인 게임물은 당연히 사행성게임물이 아님을 전제로 하는 것이고, 이는 게임물 자체에는 사행성의 요소가 없거나 미약함을 의미한다.

2. 내용구현과 밀접한 관계가 있는 운영방식

게임산업진흥법 제28조 제2호의2가 적용되는 대상은 게임물의 내용구현과 밀접한 관계가 있는 '운영방식'이다. 즉, 이는 게임물의 내용이 아니라 그 구현과 관련이 있는 '운영방식'만을 사행성 조장 여부를 판단하는 대상으로 하는 것으로, 게임물의 내용 자체는 동조의 적용 대상이 아니라고 할 것이다. 이는 전술한 바와 같이 동조의 적

92) 대법원 2010.2.11. 선고 2009도13169 판결

용 대상인 게임물은 사행성게임물이 아닌 게임물에 해당한다거나, 후술하는 바와 같이 동조의 적용대상은 사행성 조장과 직접적인 인과관계가 있는 범위에 한정된다는 점과도 궤를 같이 하는 해석이다. 즉 게임산업진흥법 제28조 제2호의2의 게임물도 사행성게임물은 아니어야 하므로 그 자체로는 사행성을 조장할 수 없는 바, 게임물과 사행성 조장 사이에는 인과관계가 발생할 수 없고, 결국 게임물과 관련하여 사행성이 조장된다면 이는 게임물 자체가 아니라 오로지 그 게임물을 운영하는 운영방식에 의하여만 사행성이 조장될 수 있는 것이라 할 것이다.

이러한 점은 게임산업진흥법의 다른 규정, 특히 등급분류 관련 규정들과의 관계를 체계적으로 살펴보아도 확인할 수 있다. 게임산업진흥법 상 게임물을 제작 또는 배급하고자 할 경우에는 당해 게임물을 제작 또는 배급하기 전에 게임물등급위원회로부터 당해 게임물의 '내용'에 관하여 등급분류를 받아야 한다(게임산업진흥법 제21조 제1항). 즉 등급분류의 대상은 게임물의 '내용'인 것이다. 그리고 등급분류의 대상이 사행성게임물에 해당할 경우에는 등급분류가 거부된다(게임산업진흥법 제22조 제2항). 결국 게임산업진흥법상 등급위원회의 등급분류라는 행정처분은 해당 게임물의 내용이 사행성게임물에 해당하지 않음을 확인한 것과 같은 의미를 갖게 되는 것이다.[93]

즉, 게임물의 내용은 게임물등급위원회의 등급분류 대상이고, 게

93) 등급분류를 받은 게임물의 내용을 사후적으로 수정한 경우에는 이를 게임물등급위원회에 신고하여야 하며, 이를 위반한 경우에는 1천만원 이하의 과태료가 부과되고(게임산업진흥법 제48조 제1항 제2호의2), 신고한 수정내용이 등급의 변경을 요할 정도인 경우에는 새로이 등급분류를 받아야 한다(동법 제21조 제5항). 이때 수정된 내용이 사행성게임물에 해당할 경우 게임물등급위원회가 동법 제22조 제2항에 따라 등급분류를 거부할 수 있음은 명백하다.

임물의 내용에 사행성이 있는지 여부는 위 등급분류과정에서 결정되며, 사행성이 있을 경우 등급분류가 거부되어 유통 자체가 금지되고, 등급분류된 게임을 게임물등급위원회의 등급재분류 없이 사행성을 갖는 내용으로 수정하여 유통·제공할 수는 없는 바, 게임물의 '내용'의 사행성에 대한 규제는 위와 같은 절차에 의하여 이루어지는 것으로 정리할 수 있을 것이다.

따라서 게임산업진흥법 제28조 제2호의2의 적용의 대상은 당연히 게임물의 '내용'이 아니라 게임물의 '운영방식'이며, 게임물의 내용 그 자체를 변경하는 것은 동조의 적용을 통한 규제의 범위를 벗어나는 것으로 해석될 것이다. 사행성게임물이 아니라는 확인을 거쳐 게임산업진흥법이 정한 절차에 따라 등급분류를 받은 게임물을, 그 내용의 변경이 없음에도 불구하고 사후적으로 문화체육관광부장관이 '사행성 조장'을 이유로 시정할 것을 권고하거나 명할 수 있다면 이는 등급분류 심의 제도를 통한 법적안정성을 해할 수 있기 때문이다.

그렇다면 '게임물의 내용구현과 밀접한 관련이 있는 운영방식'과 '게임물의 내용'은 어떻게 구분을 하여야 하는지가 문제가 될 것인바, 게임산업진흥법은 '게임물의 내용' 또는 '운영방식'에 대하여 특별히 정의를 하고 있지 않다. 다만 앞서 살핀 바와 같이 '게임물의 내용'은 게임물등급위원회 등급심사의 대상이 되는 부분을, '게임물의 내용구현과 밀접한 관련이 있는 운영방식'은 등급심사의 대상이 되지는 않으나 그와 밀접하게 관련이 있는 부분, 즉 게임물의 내용 그 자체가 아니라 게임물을 제공하면서 이에 부수적으로 관계가 되는 부분, 예를 들어 게임물에 접속하기 위한 인터넷 홈페이지 등의 운영방식 등을 의미한다고 할 것이다.

3. ‘사행성 조장’의 의미

게임물관련 사업자는 게임산업진흥법 제28조 제2호의2에 따라 운영방식 등을 통하여 사행성을 조장하지 아니할 의무를 부담한다. 즉, 운영방식 등이 사행성을 ‘조장’하는 것의 의미가 무엇인지 살펴볼 필요가 있다.

‘조장’에 대하여 헌법재판소는 “조장은 ‘힘을 도와 더 자라게 함’의 뜻이므로, 음란성·잔인성의 조장은 ‘미성년자가 보유한 일말의 기질인 음란성 또는 잔인성에 힘을 도와 더 자라게 한다’는 것으로 해석이 가능하다. 이러한 태양에는 미성년자가 보유한 음란성 또는 잔인성 등의 기질에 결합하여 강화시키는 것만이 아니라, 그 기질의 발현을 억제시켰던 주저와 망설임을 약화시키는 것, 또는 종래 이를 극복하는 가치체계로 쌓아온 순결관이나 온정주의를 둔화시키는 것 등이 포함될 수 있다”고 설시하여 ‘조장’의 의미를 ‘내재된 성격을 자라게 하거나, 억제하던 주저와 망설임을 약화시키는 것’을 의미한다고 보고 있다.[94]

구체적으로, 청소년보호법 시행령 제7조 별표1 제2항 타목의 ‘청소년유해약물[95] 등의 효능 및 제조방법 등을 구체적으로 기술하여 그 복용, 제조 및 사용을 조장하거나 이를 매개하는 것’에 대하여 법원은 “‘술에 취해’라는 표현만으로 청소년들에게 ‘술을 마시고 싶다’는 강한 호기심을 유발하여 음주를 조장한다고 단정할 수 없다”고 판시하였고,[96] 구 미성년자보호법(1999.2.5. 법률 제5817호로 폐지

94) 헌법재판소 2002.2.28자 99헌가8 결정

95) 해당 사례에서 문제가 된 청소년유해약물은 ‘술’이었다.

96) 서울행정법원 2011.8.25. 선고 2011구합7793 판결

되기 전의 것) 제2조의2 제1호의 '미성년자에게 음란성 또는 잔인성을 조장할 우려가 있는 것'에 대하여 법원은 "이 장면이 여자로 표현된 여신이 죽은 여러 짐승들을 새롭게 탄생할 것이라는 신화를 묘사한 것일 뿐이라고 보여져서 이 장면만으로 청소년에게 음란성이나 비이성적인 행동을 야기할 우려가 있다고 보여지지는 않는다" 거나, "위 장면들이 현대의 약 15세 이상의 보통 미성년자들에게 잔인한 행동을 야기시킬 우려가 있다고는 보기 어렵다 할 것이다"라고 판시한 바 있다.[97]

이러한 판례의 입장에 비추어 보면 '조장'은 어떠한 상태가 원인이 되어 특정한 결과를 야기하는 것을 의미한다고 할 것이다. 즉, 게임산업진흥법 제28조 제2호의2의 해석과 관련하여 살펴보면, '운영방식'으로 인하여 비로소 이용자의 사행심이 발현될 경우 해당 운영방식이 사행성을 조장한다고 볼 수 있으나, 운영방식이 사행심의 발현을 야기하였다고 보기 어려운 경우에는, 이용자가 해당 운영방식을 사행행위의 목적으로 악용하였는지 여부는 별론으로 하고, 이를 두고 그러한 운영방식이 사행성을 조장하였다고 할 수는 없을 것이다. 이는 어떠한 사람이 식칼을 사용하여 범죄를 저질렀다고 하여 식칼이 범죄를 조장하는 물건이 될 수 없는 것과 마찬가지라 할 것이다.

제3절 상기 게임산업진흥법 개정의 의미

환전업금지 조항은 '게임이용자'의 사이버머니 환전행위를 형벌로

97) 서울지방법원 2001.6.14. 선고 2000노7104 판결

써 직접적으로 금지하는 것이고(게임산업진흥법 제32조 제1항 제7호), 나아가 이러한 환전행위가 '게임제공자'에 의해 운영방식을 통해 조장되는 경우에도 이를 금지하고 시정토록 하는 것이(게임산업진흥법 제28조 제2호의2) 운영방식을 통한 사행성조장행위금지 조항의 의미라고 해석될 것이다. 이는 앞서 살펴보았던 제3유형 온라인포커게임이 전통적인 논의체계 속에서는 규제되기 어려웠던 한계지점에 대해, 비록 환가성 개념을 중심으로 사행성이 없는 것으로 평가되는 게임일지라도, 시스템 외부에서 거래가 발생하여 사행화되는 것을 차단하기 위해 게임이용자와 게임제공자 모두에게 주의의무를 부과하는 규제체계라고 할 것이어서, 조화롭게 운용된다면 제3유형의 온라인포커게임과 관련한 전통적인 논의체계의 한계 지점에서 소기의 규제성과를 달성할 수 있을 것으로 예상된다.

제5장 온라인포커게임 사행성 규제 및 입법논의의 검토

문화체육관광부는 최근 '웹보드게임[98]의 사행성 조장행위에 대한 시정권고 기준(이하 '이번 시정권고 기준'이라 함)'을 행정예고 하였다. 이 기준은 2011년 개정으로 게임산업진흥법에 도입된 상기 입법조치, 즉 제28조 제2호의2에 따라 금지되는 '운영방식을 통한 사행성 조장행위'와 관련하여 제38조 제8항의 시정권고를 진행하기 위한 기준을 정하는 취지로 행정예고 된 것이다. 이는 제28조 제2호의2를 실제 행정규제에 적용하기 위한 기준을 처음으로 제시하는 사례라는 점에서, 동 조항이 게임산업진흥법에 도입된 배경과 온라인포커게임의 사행성에 관해 앞서 살핀 논의들의 종합적인 검토를 통한 면밀한 분석을 필요로 한다고 할 것이다.

이러한 분석은 게임산업진흥법 제28조 제2호의2로부터 도출될 수 있는 규제의 가능한 범위를 살펴 볼 수 있게 하고, 나아가 현행 게임산업진흥법상 가능한 행정입법의 한계를 가늠할 수 있도록 할 것이다.

마지막으로, 운영방식 사행성 규제의 입법론으로서, 게임산업진흥

98) 일반인들이 친목도모를 위해 자주 이용하는 고스톱, 포커, 윷놀이 바둑 등의 놀이는 table이나 board 위에 카드, 말, 윷, 돌을 올려 진행되는데 이를 가상공간의 게임으로 구현한 것을 통칭하여 웹보드게임이라 부른다. 온라인포커게임도 웹보드게임의 한 종류이다. 이번 시정권고 기준은 적용대상과 관련하여 제2조에서 "이 규정은 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」제2조 제1항 제1호의 정보통신망을 통해 고스톱 및 포커류 장르를 모사한 게임물을 제공하는 자"라고 정하고 있는 바, 앞서 논의한 온라인포커게임 또한 이번 시정권고 기준의 적용대상이 되는 것으로 해석 된다.

법 제28조 제8호에 근거를 두고 '그 밖에 영업질서의 유지 등에 관하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 사항'에 이를 포함시켜 규제를 하려는 최근의 입법논의에 대해서도 검토하여 본다.

제1절 행정예고 된 시정권고 기준의 검토

I. 시정권고 기준의 내용과 취지

2012년 11월 관보 제17898호로 행정예고 된 '웹보드 게임의 사행성 조장행위에 대한 시정권고 기준(안)'은 온라인포커게임 제공자가 직접적인 게임 운영방식 및 간접적인 게임 운영방식과 관련하여 각각 아래 사항을 준수하도록 규정하고 있다.

제3조(시정권고 기준) 게임물 제공자는 다음 각 호에서 정하는 기준에 맞게 게임을 제공하여야 한다. 1. 직접적인 게임 운영 방식 가. 1인이 1개월간 구입(결재)할 수 있는 게임머니는 현금 30만원에 해당하는 규모를 넘지 않아야 하며, 아이템 선물하기 등 우회적 방법을 사용할 수 없다. 나. 1인이 1회 게임(베팅)에 사용할 수 있는 게임머니는 가목에서 정한 규모의 1/30을 초과할 수 없다. 다. 1인의 게임머니가 1일 동안(동일한 날 오전 0시부터 24시 사이) 가목에서 정한 규모의 1/3(10만원)를 초

과하여 감소하는 경우, 초과한 시간부터 48시간 동안 해당 이용자의 게임 이용을 제한하여야 한다.

2. 간접적인 게임 운영 방식

가. 이용자가 게임이용의 상대방을 선택할 수 없도록 하여야 한다.

나. 이용자가 게임을 자동으로 진행시킬 수 없도록 게임을 구성해야 한다.

다. 타인의 명의도용 방지를 위해 게임 이용자가 게임을 이용(접속)할 때 마다 「전자서명법」 제2조제10호에 따른 공인인증기관, 그 밖에 본인확인서비스를 제공하는 제3자 또는 인터넷주민번호 대체수단(아이핀)을 통하여 본인임을 확인하고 게임을 이용하도록 하여야 한다.

문화체육관광부가 보도자료[99]를 통하여 밝힌 이번 시정권고 기준의 배경과 취지는 아래와 같다.

"현행 게임산업진흥에 관한 법령상고스톱 및 포커류의 게임머니는 거래가 금지되어 있음에도 게임 이용 한도가 없는 법령상의 미비점을 이용하여 불법 환전상 등과 연계되어 선량한 게임이용자의 사행심을 부추김으로써 도박의 수준에 이르게 하는 등 사회적 부작용이 있어 이를 해소하기 위해 내려진 것이다"

99) 2012년10월25일 문화체육관광부 보도자료 "문화부, 고스톱 및 포커류 게임의 사행적 운영 금지 지침 발표" (http://www.mcst.go.kr/web/notifyCourt/press/mctPressView.jsp)

"게임물등급위원회는 금년 상반기 및 하반기에 주요 웹보드 게임업체(4개소)에 대한 게임 운영 실태를 조사한바, 상반기에는 평균 배팅 규모가 3만원~ 50만원, 하반기에는 5만원~ 50만원 수준으로 나타났다. 배팅 규모의 증가추세에서도 알 수 있듯이 문화부는 고스톱 및 포커류 게임을 사행적으로 이용하려는 수요와 이를 부추기는 게임이용 행태가 지속되고 있다고 판단하여 게임 이용 방식을 제한하게 되었다."

이를, 본 논문에서 앞서 살핀 법리를 바탕으로 재구성하면 다음과 같이 정리될 수 있을 것이다. 즉, 전통적인 논의체계 속에서 도박 기타 사행행위, 사행성게임물로 평가 내릴 수 없어 규제의 공백이 발생하고 있는 제3유형 온라인포커게임에 대해, 이러한 논의체계 한계를 극복하기 위해 '게임이용자' 영역에서의 사행화 방지의 취지로 2007년 게임산업진흥법 개정을 통해 환전업금지 조항을 도입하였음에도, 여전히 제3유형 온라인포커게임의 과도한 이용으로 인해 가산탕진 등의 폐해가 끊이지 않고 있어, 다음단계의 조치로 2011년 게임산업진흥법 개정을 통해 도입한 '운영방식을 통한 사행성 조장행위 금지' 조항을 '게임제공자'에게 구체적으로 적용하여 사행화 방지라고 하는 규제의 취지를 효과적으로 달성하고자 하는 취지인 것이다.

Ⅱ. 게임산업진흥법 제28조 제2호의2의 구조

이번 시정권고 기준의 근거가 되는 게임산업진흥법 제28조 제2호

의2를 구체적으로 분석해 본다면, 이번 시정권고 기준의 의미와 유효성에 대해 더욱 체계적인 검토가 가능할 것이다. 동 법령조항에 의해 도출될 수 있는 기준이라면 나아가 그 취지와 규제 정책의 방향을 살필 것이고, 동 법령조항에 의해 도출될 수 없는 기준이라면 그 이유를 설시하면서 유효성을 검토해 볼 것이다.

> 법률 제28조(게임물 관련사업자의 준수사항) 게임물 관련 사업자는 다음 각 호의 사항을 지켜야 한다.
> 2의2. 게임머니의 화폐단위를 한국은행에서 발행되는 화폐단위와 동일하게 하는 등 게임물의 내용구현과 밀접한 관련이 있는 운영방식 또는 기기·장치 등을 통하여 사행성을 조장하지 아니할 것

제28조 제2호의2의 기본 구조는 "게임물제공자가 운영방식 등을 통하여 사행성을 조장하지 아니할 것"이다. 여기에 '운영방식'을 수식하는 "게임머니의 화폐단위를 한국은행에서 발행되는 화폐단위와 동일하게 하는 등 게임물의 내용구현과 밀접한 관련이 있는"이라는 한정어가 붙어 있고 다시 '운영방식'과 병렬적으로 '기기·장치 등을 통하여' 사행성을 조장하는 것도 금지되어 있다. 동 법령조항의 한정어를 굳이 화폐단위와 관련하여 엄격하게 해석하지 않는다면, 대부분의 게임 운영방식이라는 것은 현실적으로 게임물의 내용구현과 밀접한 관련이 있을 수밖에 없으므로 사실상 본 한정어가 제28조 제2호의2 해석을 제한하기는 쉽지 않을 것으로 보인다. 따라서 이번 시정권고 기준의 각 항목들이 제28조 제2호의2를 근거로 위임입법 한계를 넘어서지 않게 도출될 수 있는지를 검토하기 위해서는 "사행성을 조장하지 아니할 것"의 해석, 즉 '사행성 조장'의 의미가 무엇

인지 살펴볼 필요가 있는 것이다.

Ⅲ. ‘사행성 조장’에 대한 게임산업진흥법의 체계적 해석

게임산업진흥법 제28조 제2호의2는 운영방식이 사행성을 조장할 것을 요건으로 하고 있는데, 게임산업진흥법은 ‘사행성’의 의미에 대하여 명확히 정의하고 있지 않은 바, 결국 동조의 사행성은 법령해석의 일반적인 원칙에 따를 수밖에 없다. 헌법재판소는 “당해 법률조항의 입법취지, 같은 법률의 다른 규정들과의 상호관계, 이미 확립된 판례를 통한 해석방법을 통하여 그 규정의 해석 및 적용에 대한 신뢰성이 있는 원칙을 도출할 수 있어서 법률조항의 취지를 예측할 수 있어야 한다”고 설시한 바 있다.[100]

1. 입법의 취지

먼저, 게임산업진흥법 제28조 제2호의2의 입법취지를 살펴보면,[101] “최근 베팅성 게임물을 포함한 게임물의 일부 운영방식 등이 사행화되어 사회적인 문제가 되고, 게임머니·게임아이템 획득을 위하여 불법 프로그램 등을 통한 정상적인 게임이용 방해 행위가 이루어지는 등 건전한 게임문화를 저해하는 행위가 일어나고 있으나, 현행법에서는 이를 규제할 근거가 미비한 상태”라는 점을 입법취지로 들고 있다. 이에 비추어보면 베팅성 게임물의 일부 운영방식의 사행화가 동조의 입법취지에 포함되어 있기는 하나 구체적인 사행화의 의미

100) 헌법재판소 2002.1.31.자 2000헌가8 결정

101) 국회 의안정보시스템(http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/main.jsp) 의안번호 1811078호

에 대하여는 밝히고 있지 않은 바, 결국 동조의 '사행성'은 게임산업진흥법이 기존부터 견지해 온 사행성의 의미와 다르지 않다고 볼 수 있다.

또한, 이번 시정권고 기준의 취지는, 앞서 살펴보았듯이 온라인포커게임이 사행성게임물에 해당하지도 않고 게임이용자를 규제하기 위해 환전업금지 조항도 도입하였으나 사행화로 인한 문제점이 지속되고 있어서 게임제공자에게 운영방식을 통한 사행성 조장을 금지시킴으로써 사행화를 방지하고자 하는 것이다. 여기에, 환가성이 없는 게임의 사이버머니는 게임시스템 외부에서 거래됨으로써만 사행화에 기여한다는 점을 고려한다면 결국 이번 시정권고 기준이 규정하는 게임제공자의 사행성 조장 운영방식은 사이버머니 거래를 조장하는 운영방식만을 의미하는 것으로 해석되어야 할 것으로 보인다.[102]

2. 다른 규정들과의 상호관계

게임산업진흥법상 '사행성'이란 어떤 것을 의미하는지가 문제가 된다고 할 것인데, 문리적으로 게임산업진흥법에서 사행성이 갖는 의미를 알 수 있는 규정은 '사행성게임물'에 관하여 규정하고 있는 동법 제2조 제1호의2뿐이므로, 결국 동법이 의미하는 '사행성'은, '사

102) '조장'에 대하여 헌법재판소는 "조장은 '힘을 도와 더 자라게 함'의 뜻이므로, 음란성·잔인성의 조장은 '미성년자가 보유한 일말의 기질인 음란성 또는 잔인성에 힘을 도와 더 자라게 한다'는 것으로 해석이 가능하다. 이러한 태양에는 미성년자가 보유한 음란성 또는 잔인성 등의 기질에 결합하여 강화시키는 것만이 아니라, 그 기질의 발현을 억제시켰던 주저와 망설임을 약화시키는 것, 또는 종래 이를 극복하는 가치체계로 쌓아온 순결관이나 온정주의를 둔화시키는 것 등이 포함될 수 있다"고 설시한 바 있다. 헌법재판소 2002.2.28자 99헌가8 결정. 이에 따르면 '조장'은 어떠한 상태가 원인이 되어 특정한 결과를 야기하는 것을 의미한다고 할 수 있을 것이다.

행성게임물'에서[103] '게임물'이라는 물질적 요소를 제외한 게임물의 성격적 요소를 의미한다고 할 것이다. 즉, 사행성은 아래와 같은 의미를 갖는 것으로 볼 것이다.

> '사행성' : ① 베팅이나 배당을 내용으로 하거나, 우연적인 방법으로 결과가 결정되거나, 경마와 이를 모사하거나, 경륜·경정과 이를 모사하거나, 카지노와 이를 모사하거나, 사행행위영업을 모사하거나, 복권을 모사하거나, 소싸움을 모사하여 ② 그 결과에 따라 재산상 이익 또는 손실을 주는 것

3. 확립된 판례

이 때 "게임결과에 따라 재산상의 이익이나 손실을 주는 것"에 대하여 판례는 "게임결과에 따라 게임기기 또는 장치에 설치된 지급장치를 통하여 게임이용자에게 직접 금전이나 경품 등의 재산상 이익

---

103) 게임산업진흥법 제2조 제1호의2

1의2. "사행성게임물"이라 함은 다음 각 목에 해당하는 게임물로서, 그 결과에 따라 재산상 이익 또는 손실을 주는 것을 말한다.

가. 베팅이나 배당을 내용으로 하는 게임물

나. 우연적인 방법으로 결과가 결정되는 게임물

다. 「한국마사회법」에서 규율하는 경마와 이를 모사한 게임물

라. 「경륜·경정법」에서 규율하는 경륜·경정과 이를 모사한 게임물

마. 「관광진흥법」에서 규율하는 카지노와 이를 모사한 게임물

바. 그 밖에 대통령령이 정하는 게임물

동법 시행령 제1조의2(사행성게임물)

「게임산업진흥에 관한 법률」(이하 "법"이라 한다) 제2조제1호의2바목에서 "그 밖에 대통령령이 정하는 게임물"이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 게임물을 말한다.

1. 「사행행위 등 규제 및 처벌 특례법」 제2조제2호에 따른 사행행위영업을 모사한 게임물

2. 「복권 및 복권기금법」 제2조제1호에 따른 복권을 모사한 게임물

3. 「전통소싸움경기에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 소싸움을 모사한 게임물

을 제공하거나 손실을 입도록 만들어진 게임기기 또는 장치를 의미”한다고 보고 있다.[104] 즉 ‘사행성’의 요소인 ‘재산상의 이익이나 손실’은 “금전이나 경품 등의 재산상의 이익을 제공하거나 손실을 입히는 것”을 의미하는 것이다. 헌법재판소의 해석 역시 이와 유사한 것으로 보인다. ‘사행성’이 아니라 ‘사행행위’의 의미에 대한 판단이기는 하나, 헌법재판소가 사행행위를 “일반적으로 ‘우연한 사정에 기하여 행위자에게 금전적인 손실 또는 이익을 가져오고 그와 같은 결과가 사회적 상당성을 결여하여 행위자에게 사행심을 유발하는 행위’를 의미한다”고 설시하고 있는 점에 비추어 보면,[105] 이러한 해석 역시 참고할 수 있을 것으로, 결국 사행성의 핵심은 재산상 손실의 여부라고 할 것이다.

그런데 제3유형의 온라인포커게임은 스스로 충전한 사이버머니를 가지고 게임에서 승리한 이용자가 추가적인 사이버머니를 획득하는 것으로, 사이버머니를 획득하게 되면 계속하여 게임을 즐길 수 있게 되고 사이버버니를 전부 소진하게 되면 더 이상 게임을 즐길 수 없게 되는 효과만을 가져오는 것이다. 즉, 제3유형 온라인포커게임에서 사이버머니는 재산상의 이익을 가져오는 것이 아니라 온라인포커게임에 참여할 수 있는 기회의 변동을 가져오는 것으로, 이는 게임산업진흥법이 예정하고 있는 재산상의 이익이 아니라고 할 것이다. 앞서 살핀 바와 같이 서울고등법원 2011.4.20. 선고 2010누35687 판결은 이러한 사이버머니의 성격에 대하여 명확히 판시한 바 있고, 이 판결은 대법원의 상고기각판결로 지지된 바 있다.[106]

---

104) 대법원 2010.2.25. 선고 2009도12117 판결
105) 헌법재판소 2009.2.26.자 2005헌바94 결정
106) 대법원 2012.6.28. 선고 2011두11815 판결

결국 게임의 결과에 따라 사이버머니를 획득하거나 잃는 것은 재산상의 손익에 해당하지 아니함은 명백히 판례에 의하여 지지되는 것으로, 사이버머니의 득실 자체가 재산상의 손익이 아니므로 사이버머니의 득실이 사행성에 해당한다고 할 수는 없을 것이다. 사행성은 사이버머니의 득실이 재산상의 손익이 되는 '특별한 사정'이 있는 경우 그러한 특별한 사정에 의하여 발생하는 것이며, 결국 사행성을 조장하는 운영방식이란 게임머니의 득실을 가져오는 게임물이 아니라 게임머니의 득실을 실제 재산상의 손익과 연결시키는 특별한 운영방식을 의미한다고 보아야 할 것이다.

4. '사행성 조장'의 체계적 해석

정리하면, 헌법재판소 결정에 기초하여 동조의 입법취지, 같은 법률의 다른 규정들과의 상호관계, 이미 확립된 판례를 통한 해석 등을 살펴보면, 게임산업진흥법에서의 '사행성'이란 현금으로의 환가가능성을 의미하는 것이지 게임물과 관련된 게임머니나 베팅의 많고 적음과 관련이 있는 것이 아님을 알 수 있다. 또한 '조장'은 어떠한 상태가 원인이 되어 특정한 결과를 야기하는 것을 의미하므로 '사행성 조장'은, '운영방식'으로 인하여 비로소 이용자의 사행심이 발현될 경우, 즉 '운영방식'으로 인하여 비로소 이용자가 현금으로의 환가라는 결과에 이르게 되는 것만을 의미하는 것으로 해석되어야 할 것이다.

게임산업진흥법 제28조 제2호의2의 '사행성 조장'이 이와 같이 해석될 때 온라인포커게임의 각 유형별 사행성에 대한 규제 체계는 다음과 같이 설명될 수 있게 된다.

즉, 사이버머니가 현금 등가성을 갖는 제1유형과 게임제공자가 이

를 현금 기타 재산상이익으로 전환해 주는 제2유형의 온라인포커게임은 도박 기타 사행행위, 사행성게임물에 해당하는 것으로 보아 서비스가 금지 되어야 할 것이며, 사이버머니를 판매할 뿐 게임제공자가 이를 환전해 주지 않는 제3유형에 대한 규제는 게임시스템 외부에서의 사이버머니 거래가 게임의 사행화를 야기하는 것이므로 게임이용자의 사이버머니 거래를 업으로 하는 것을 금지하고, 만일 게임제공자가 이러한 사이버머니의 거래를 조장하는 방식으로 서비스를 운영하는 경우에는 이를 사행성 조장행위로 평가하여 당해 운영방식을 개선 또는 삭제하는 시정명령을 통해 규제하는 체계라고 할 것이다.

운영방식을 통한 사행성 조장 금지 조항을 위와 같은 맥락에서처럼 '사이버머니의 거래를 조장하는 것'만으로 제한적으로 해석하지 않고 만일 온라인포커게임의 제반 운영 요소에 대한 행정부의 포괄적인 규제 권한을 담보하는 조항으로 해석하게 된다면, 그동안 도박, 사행행위, 사행성게임물에 대해 법령과 판례를 통해 확립되어 온 사행성 개념에 대한 해석 체계가 무너져 제1유형 및 제2유형과는 다른 제3유형의 온라인포커게임에 대해서도 전자와 사실상 같은 취급을 하게 되는 오류를 범하고, '사행성 조장' 해석에 대한 행정부의 자의적인 기준의 설정이 사실상 법률을 개폐하는 효과를 초래하게 되어, 우연성을 요소로 하는 모든 게임들이 법률의 해석만으로는 예측할 수 없는 규제 상황에 놓이는 법적불안정성에 직면하게 될 우려가 있다.[107]

---

107) 황성기, "온라인웹보드게임의 사행성 규제의 헌법적 한계", 서울대학교 공익산업법센터 제4권 제2호(2011), 57면.

Ⅳ. 과잉금지의 원칙 위반의 검토

1. 게임이용자의 행복추구권 침해의 측면

온라인포커게임의 본질적인 재미는 베팅에 따른 심리게임이므로, 따라서, 베팅의 규모를 인위적으로 한정하는 것은 게임의 재미 자체를 부정하는 것으로 해석될 것이다. 게임이용자는 온라인포커게임을 통하여 사행행위나 도박 을 하지 않는 한 게임이용자는 웹보드게임의 '본질적' 재미를 통하여 행복을 추구할 권리가 있다고 할 것이다. 게임이용자가 자신의 실력을 바탕으로 게임에 계속 승리하여 게임머니를 많이 획득하고 나면 온라인포커게임의 본질적 재미를 계속하여 추구하기 위하여 베팅하는 게임머니를 늘리는 것은 개연성이 상당하다고 할 것이다. 즉, 재산상 이익이 아닌 게임머니를 걸고 게임의 재미를 추구하는 것은 사행행위나 도박도 아니므로, 이를 제한하는 것은 개인의 행복추구권을 제한하는 것이라 할 것이다.

물론 문화체육관광부가 보도자료를 통하여 밝힌 이번 시정권고 기준의 배경과 취지에 따르면, 일부 온라인포커게임에서 판당 '실제 현금가치로' 100만원 이상의 고액베팅이 이루어진 사례도 있다고 하나, 이는 게임머니사용과 간접충전방식이라는 온라인포커게임의 특성을 도외시한 결과라고 할 것이다. 게임이용자는 현금 100만원 이상을 베팅한 것이 아니라 300조 골드라는 게임머니가 베팅된 것이고, 이는 재산상의 이익이 아니라 단지 게임을 할 수 있는 시간이나 기회일 뿐이다. 그렇기 때문에 앞서 살펴본 대법원 2012.6.28. 선고 2011두11815 판결 및 서울고등법원 2011.4.20. 선고 2010누35687 판결 역시 "게임머니는 그에 상응하는 현금 상당액의 재산적 가치가

있다"는 게임물등급위원회의 주장에 대하여 "그러한 주장은 간접충전방식을 부인하는 것"이라면서 취하지 않았고, 게임머니는 재산상의 이익이 아니라고 판시하였던 것이다.

한편 고액베팅을 일삼는 게임이용자들이 반드시 불법 환전을 통해 게임머니를 획득한다고 볼 사정은 없고, 원칙적으로 온라인포커게임은 게임이용자가 충전한 게임머니를 종자돈으로 하여 게임에 승리하면 추가적인 게임머니를 획득하게 되고 그렇게 획득한 게임머니를 걸고 게임을 하는 것에 지나지 않으며, 불법 환전을 통하여 게임머니를 획득하는 것은 게임회사가 게임운영을 통하여 조장하는 것이 아니고 단지 위법행위를 일삼는 제3자의 행위에 기인한 것뿐일 텐데, 그러한 불법 환전을 일삼는 제3자를 단속하는 것이 아니라 게임이용자가 게임에서 얻는 재미를 박탈하는 것에 불과한 이번 시정권고 기준은 사행성을 근절하는 것이 아니라 이용자의 행복추구권을 제한하는 것이라 할 것이다.

2. 게임회사의 표현의 자유 및 영업의 자유 침해의 측면

의사표현의 자유는 언론·출판의 자유에 속하고, 여기서 의사표현의 매개체는 어떠한 형태이건 그 제한이 없다. 따라서 게임물의 제작·판매·배포는 표현의 자유를 보장하는 헌법 제21조 제1항에 의하여 보호를 받는다.[108]

한편 헌법 제15조는 직업선택의 자유를 보장하고 있는바, 헌법재판소는 이를 근거로 "영업내용을 어떻게 할 것인지에 관한 직업수행의 자유 내지 영업의 자유도 헌법의 보호를 받는 기본권"이라고 설시한 바 있다.[109]

---

108) 헌법재판소 2002. 2. 28.자 99헌바117 결정

그런데 헌법상 보장되는 기본권의 제한은 헌법 제37조 제2항에 따라 과잉금지의 원칙을 준수하는 한도 내에서만 허용되는 것인데, 이번 시정권고 기준은 게임물의 제작·판매·배포를 규제하는 것이자 또한 온라인포커게임을 서비스하는 회사의 영업내용까지 규정하고 있는 것으로, 헌법상 보장되는 기본권인 표현의 자유와 영업의 자유를 과잉금지의 원칙을 위배하여 지나치게 제한하고 있는 것으로 볼 것이다.

3. 비례의 원칙의 판단기준

기본권의 제한은 헌법 제37조 제2항에 따라 과잉금지의 원칙을 준수하는 한도 내에서만 허용되는 바, 게임산업진흥법상 시정권고와 같은 행정처분이 국민의 기본권을 제한할 경우, 그러한 기본권 제한이 과잉금지의 원칙에 위배되면 이는 위법한 처분이 된다. 과잉금지의 원칙은 목적의 정당성, 수단의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 그 요소로 하며, 어떠한 행정처분이 위 네 가지 요소 모두를 충족해야만 비로소 그로 인한 기본권 제한이 적법하다고 할 수 있다.

(1) 적합성의 원칙(= 목적의 정당성 및 수단의 적절성)

행정기관이 취한 조치 또는 수단은 정당한 행정목적을 달성하는데 있어 적절한 것이어야 한다. 이때 적절한 수단이라 함은 반드시 최선의 수단을 의미하는 것은 아니며, 그러한 수단을 사용하였을 때 행정목적의 달성이 가능한지 여부만을 판단하게 된다.

(2) 최소침해의 원칙

---

109) 헌법재판소 2001. 6.28.자 2001헌마132 결정, 헌법재판소 2011. 11. 24.자 2011헌바18 결정

목적이 정당하고 수단이 적절하다고 하더라도, 행정청이 취하는 수단은 여러 수단 가운데 당사자의 권리나 자유에 가장 적은 침해를 입히는 수단을 취해야 함을 의미한다. 즉, 목적의 정당성과 수단의 적절성이 갖추어졌다고 하더라도 당해 수단보다 당사자의 권리나 자유를 더 적게 침해하는 수단이 존재한다면 행정청이 취한 해당 수단은 적법하다고 볼 수 없다.

(3) 상당성의 원칙

정당한 행정목적을 위하여 적합하고 침해를 최소화하는 수단을 택하였다고 하더라도, 추구하는 행정목적과 침해의 정도를 비교하여 상당한 균형이 유지되지 않으면 행정청이 택한 해당 수단은 위법한 것이 된다. 즉, 아무리 공공의 이익이 있다고 하더라도, 얻게 되는 그 공공의 이익보다 큰 개인의 권리를 희생시키면서 그러한 공공의 이익을 추구할 수는 없는 것이다.

Ⅴ. 시정권고 기준 각 항목의 유효성 검토

1. 직접규제 가목(충전 게임머니 상한선)의 검토

(1) 게임산업진흥법 상 시정권고의 한계 일탈

앞서 살펴본 바와 같이 게임산업진흥법 제28조 제2호의2는 문화체육광광부장관에게 게임물의 내용까지 변경하도록 할 권한을 부여한 것은 아니고, 근거법률조항에 따른 문화체육관광부장관의 시정권고는 게임산업진흥법 상 사행성의 요건에 부합하는 처분만을 할 권한을 부여하였다고 보아야 할 것이다.

앞서 본 바와 같이 '사행성'이란 '경제적 이익으로의 환가'를 의미

하고, ‘조장’이란 직접적인 야기를 의미하며, ‘운영방식’에는 게임물의 내용 그 자체가 포함되지 않는다. 따라서 근거법률조항에 따른 이번 시정권고 기준의 규제는 오로지 ‘경제적 이익으로의 환가를 야기’하는 운영방식에 대한 규제만 가능하되, 이미 게임물등급위원회의 등급분류 대상이 되어 심사를 거친 게임물의 내용은 규제 적용의 대상에서 제외되어야 할 것이다.

게임머니는 온라인포커게임의 ‘내용’이지만 게임회사들이 해당 게임을 운영하는 과정에서는 경제적 이익으로의 환가가 불가능하고, 실제 불법 환전에 의한 환가 역시 게임머니의 충전 단계에서 이루어지는 것은 아니므로 충전금액의 상한선을 정하지 않았다고 하여 경제적 이익으로의 환가가 야기된다고 볼 수는 없다고 할 것이다. 게임머니는 게임을 얼마나 오래 할 수 있는지, 혹은 얼마나 높은 레벨의 방에서 게임을 할 수 있는지를 결정할 뿐, 다액을 충전했다고 해서 게임머니를 경제적 이익으로 실현시킬 수 있는 가능성이 높아지는 것이 아니며, 충전하는 게임머니와 경제적 이익의 획득은 아무런 상관관계가 없는 것으로, ‘사행성을 조장하는 운영방식에 대한 개선’과 게임머니의 충전 제한은 아무런 관련이 없을 뿐더러, 오히려 게임머니의 충전 제한이 사행성 조장, 즉 게임머니의 경제적 이익으로의 환가가능성을 높이기까지 한다.[110]

---

110) 현재 게임머니를 경제적 이익으로 환가하는 방식은 게임이용자가 불법환전상에게 게임머니를 잃어주고 대신 게임 외에서 금전과 같은 경제적 이익을 받는 방식으로 진행되며, 불법환전상은 ‘게임머니 충전 상한선으로 인해 더 이상 게임머니의 충전이 불가능한’ 이용자에게 잃어주는 방식으로 위와 같이 수집한 게임머니를 제공하고, 게임 외에서 경제적 이익을 수수한다. 즉, 이러한 음성시장에서의 불법환전의 수요는 게임머니 충전 상한선으로 인하여 발생하는 것인바, 게임머니 충전 상한선이 없는 것이 경제적 이익으로의 환가를 유인하는 것이 아니라 오히려 게임머니 충전 상한선으로 인하여 게임머니의 경제적 이익으로의 환가 수요가 발생하는 것으로 해석하는 것이 일반적으로 경제학에서

따라서 직접규제 가목(충전 게임머니의 상한선)은 전체적으로 게임산업진흥법이 규정하고 있는 사행성의 조장과는 무관한 것으로 이는 근거법률조항에 따른 시정권고 처분의 내용이 될 수 없고, 따라서 이 규제 항목 역시 적법하다고 볼 수 없다고 할 것이다.

(2) 과잉금지의 원칙 위반

월간 충전 한도는 이미 온라인포커게임 업계에서 자율규제가 이루어지고 있는 부분임에도, 이번 시정권고 기준은 자율규제가 이루어지고 있던 충전 게임머니의 상한선을 법률과 행정처분에 의하여 강제적으로 규율하고자 하는 것이다. 자율규제는 게임산업진흥법에 근거한 규제가 아니고 더욱이 법령이나 행정처분도 아니어서 반드시 과잉금지의 원칙을 준수해야 하는 것은 아니고 자율규제 수범자의 합의만 있으면 가능하기에 반드시 과잉금지의 원칙과는 아무런 관련이 없지만,[111] 이번 시정권고의 기준과 같이 이를 국가에 의한 기본권의 제한의 방식으로 강제하기 위해서는 반드시 과잉금지의 원칙을 준수해야만 하는 것이다.[112]

먼저 과잉금지 원칙 중 수단의 적절성에 대하여 살펴보면, 이번 시정권고의 목적은 '사행성의 조장 방지'이고, 앞서 살펴본 바와 같이 사행성의 조장은 '경제적 이익으로의 환가 야기'라 할 것인바, 게임머니 충전은 경제적 이익으로의 환가 야기와 직접적인 인과관계가 없어 게임머니 충전 상한선을 제한하는 것은 게임산업진흥법 상 사행성 조장 방지 목적을 위하여 적절한 수단이라 할 수 없다고 할

음성시장과 관련하여 통용되는 해석이라 할 것이다.

111) 황승흠, "온라인게임 산업의 자율규제 문제", LAW & TECHNOLOGY 제2권 제4호(2007.07), 34면.

112) 이민영, "게임산업의 규제에 관한 행정법적 고찰", 정보통신정책 제18권 14호 통권398호(2006.08), 32면; 윤종수, "인터넷 산업에 대한 법적 규제 및 활성화 방안", 제7회 한국법률가대회 세미나14 발표자료(2010.10), 16면.

것이다.

다음으로 최소침해의 원칙에 대하여 살펴보면, 설령 게임머니의 충전 상한선에 대한 규제가 사행성 조장을 방지하기에 적절한 수단이라 할지라도, 이를 월 30만원 상당으로 규제하는 것은 최소침해의 원칙을 충족한다고 볼 근거가 아무것도 없다. 행정행위의 적법성은 행정청이 입증을 해야 하는바,[113] 이는 곧 행정청이 행정행위를 하기 위해서는 그 적법성을 담보할 근거가 있어야 함을 의미한다. 그런데 게임머니 충전 상한선은 게임회사의 매출액 및 게임이용자의 온라인포커게임 이용시간과 직결되는 규제임에도 불구하고 그것이 왜 월간 30만원 상당액으로 규제가 되어야 하는지에 대하여 적법성을 담보할 아무런 근거도 없다. 다시 말해 월간 40만원, 50만원 혹은 60만원 상당액으로 규제될 경우가 월간 30만원 상당액으로 규제될 경우보다 웹보드게임사 및 이용자에게 미치는 부정적 영향이 더욱 적을 수밖에 없으므로, 월간 40만원, 50만원 혹은 60만원이 아닌 월간 30만원 상당액의 게임머니 충전 상한선이 사행성 조장을 방지하기 위한 최소한의 수준이라는 점을 확인할 수 있는 충분한 조사와 연구 없이 막연히 월간 30만원 상당액으로 게임머니 충전 상한선을 규정하는 것은 당연히 최소침해의 원칙에 반할 수밖에 없는 것이다.

참고로, 미국 역시 도박, 즉 사행행위에 대하여는 원칙적 금지를 하고 있으나, 미국회사인 징가(Zynga Game Network, Inc)가 서비스하고 있는 세계 최대의 온라인포커게임인 징가 포커(Zynga Poker)는 게임머니 충전 상한선을 일일 250$, 즉 하루에 약 30만원 상당액으로 정하고 있다. 이러한 점을 보아도 월 30만원 상당액이라

113) 대법원 2001. 10. 23. 선고 99두3423 판결

는 이번 시정권고 기준의 게임머니 충전 상한선은 사행성의 조장을 방지하는 최소한의 규제라 보기 어렵고, 특히 징가포커가 한국어 서비스까지 실시하고 있는 현실에서 한국의 게임회사에 대하여만 이번 규제를 강제하는 것은 국내 게임회사에 대한 역차별을 불러일으킬 수도 있다 할 것이다.

이번 시정권고 기준은 최소침해의 원칙에 위배됨은 물론 상당성의 원칙에도 위배된다. 규제 자체가 최소침해의 원칙에 부합한다고 하더라도 달성하려는 목적과 규제 사이에 상당한 균형이 이루어져야만 하는 것인데, 이번 규제는 월 30만원 이상의 게임머니를 결제하는 모든 이용자를 '사행심을 가지고 게임을 하는 이용자'로 의제하고 있다. 즉, 온라인포커게임을 통하여 경제적 이익을 얻고자 하는 사행적 목적으로 게임을 이용하는 소수의 이용자를 규제하기 위하여 모든 이용자가 사행심을 가지고 게임을 한다고 전제해버리고는 이들 모두의 게임이용 및 결제를 제한한 것이 바로 이번 규제이다. 이는 소수의 위법행위자를 막기 위하여 게임내용 및 운영방법에서 사행적 수단을 제공하지 않는 게임회사의 권리는 물론 다수의 선량한 게임이용자의 기본권을 제한하는 것으로, 보호하고자 하는 법익과 침해되는 법익간의 상당성을 결하였다고 할 것이다.

2. 직접규제 나목(베팅금액 규제)의 검토

(1) 게임산업진흥법 상 시정권고의 한계 일탈

앞서 살펴본 바와 같이 게임산업진흥법 제28조 제2호의2를 근거법률조항으로 하는 이번 시정권고 기준은 오로지 '경제적 이익으로의 환가를 야기'하는 운영방식에 대한 규제만 가능하되, 이미 게임물등급위원회의 등급분류 대상이 되어 심사를 거친 게임물의 '내용'

은 기준 적용의 대상에서 제외된다.

그런데 우선 베팅금액은 등급분류 시 게임물등급위원회의 심사대상이었던 부분으로 이는 게임물의 내용과 밀접한 관련이 있는 운영방식이 아닌 게임물의 내용 그 자체에 해당한다. 즉 베팅금액은 이미 등급분류 당시 사행성이 없다고 보아 사행성게임물이 아니었던 게임물의 내용에 포함되는 것으로, 게임산업진흥법의 체계상 그것은 동법의 근거법률조항에 의한 처분의 대상이 될 수도, 이번 규제의 내용이 될 수도 없으며, 이를 두고 사행성을 조장하는 운영방식이라 하는 것은 국가기관이 동일한 사안에 대하여 상반된 결론을 내리는 것으로 법적 안정성의 측면에서도 심히 부당할 수밖에 없다.

나아가, 설령 베팅금액이 게임물의 내용이 아닌 운영방식에 해당한다고 하더라도 이는 사행성의 조장, 즉 '경제적 이익으로의 환가야기'와는 관련이 없다고 할 것이다. 베팅하는 게임머니는 그 크기가 크다고 해도 이를 경제적 이익으로 환원할 수는 없는 것이며, 단지 게임을 잘하여 많은 게임머니를 획득한 이용자가 더 큰 재미를 느끼기 위하여 같은 수준의 실력을 가진 이용자와 게임을 할 수 있도록 해주는 것이고 베팅게임인 온라인포커게임의 본연의 즐거움, 즉 베팅크기를 통한 심리게임을 할 수 있도록 해줄 뿐이다.

즉, 게임머니 충전과 한판당 베팅 게임머니는 게임산업진흥법상 사행성과 연관되는 것이 아니므로, 이를 제한하는 것은 게임산업진흥법이 문화체육관광부장관에게 부여한 시정권고의 권한 범위에 속하지 않는다고 할 것이다.

(2) 과잉금지의 원칙 위반

먼저, 수단의 적합성에 대하여 살펴보면, 베팅금액 규제 역시 게임머니 충전 상한선 규제와 마찬가지로 경제적 이익으로의 환가 야

기와 직접적인 인과관계가 없어 베팅금액을 제한하는 것은 게임산업진흥법상 사행성 조장 방지 목적을 위하여 적절한 수단이라 할 수 없다고 할 것이다.

다음으로, 침해의 최소성에 대하여 살펴보면 베팅금액의 제한 역시 이를 1만원 상당액으로 하여야 할 아무런 합리적 이유가 없는 것으로 보인다. 물론 언론보도와 같이 일부 온라인포커게임에서 한 판당 1백만원 상당액의 게임머니가 베팅된 사례도 있기는 하나, 그렇다고 하여 한판당 1만원 상당액으로 베팅금액 상한액을 정하는 것이 사행성 조장을 방지하기 위한 '최소한의 규제'라는 합리적인 근거가 되는 것은 아니다. 즉, 이번 시정권고 기준 직접규제 나목은 사행성 조장의 방지라는 목적의 정당성에만 기대어 사행성 조장과 무관한 수준까지 과도한 규제에 이르게 될 우려가 있다

법익의 균형성 측면에서는 더욱 위법하다고 볼 것이다. 베팅금액의 제한은 결국 온라인포커게임의 본질적인 즐거움 그 자체를 해하기 때문이다. 온라인포커게임의 즐거움의 본질은 좋은 패가 나왔을 때의 과감함과 나쁜 패가 나왔을 때의 심리전에 있는 것으로, 좋은 패가 나왔을 경우에는 과감함 베팅을 통하여 승리 시 획득하는 게임머니를 최대한 늘리고, 나쁜 패가 나왔을 경우에는 상대방이 그 사실을 오인하도록 유도하는 베팅을 하거나 혹은 베팅을 포기하는 것 가운데 하나를 선택하고, 상대방이 그 선택에 따르도록 하는 것이 바로 온라인포커게임의 가장 본질적인 즐거움인 것인데, 이번 시정권고기준은 경제적 이익의 환가가 아닌 즐거움을 위하여 웹보드게임을 즐기는 수많은 이용자들의 행복추구권까지 규제를 하고, 게임내용의 본질적인 부분까지 제한을 하게 될 우려가 있다.

결국 이번 시정권고 기준은 사행적인 목적으로 온라인포커게임을

이용하는 소수의 이용자를 막기 위하여 게임의 본질적인 즐거움 자체를 제거하여, 사행성과는 무관한 다수의 게임이용자들과 게임회사의 헌법상 권리를 규제하고자 하는 것으로, 보호하고자 하는 법익과 침해되는 법익의 상당성을 결하였다고 할 것이다.

3. 직접규제 다목(손실한도 규제)의 검토

(1) 게임산업진흥법 상 시정권고의 한계 일탈

직접규제 다목은 일정한 정도의 게임머니 손실을 입은 이용자의 게임참여를 금지하고 있다. 사행성을 조장하는 운영방법에 대한 개선만을 권고할 수 있는 관련 근거법률(게임산업진흥법 제28조 제2호의2)의 규정상 이러한 규제가 타당성을 가지려면 일정한 정도의 게임머니 손실을 입은 이용자의 게임행위가 사행성을 가진 행위에 해당하여야 한다. 그러나 경제적 손익에 해당하지 않는 게임머니의 손실을 봤다는 이유만으로 그 이용자의 행위가 사행성을 가진 행위였다고 볼 근거는 전혀 없다고 할 것이다. 결론적으로, 직접규제 다목 역시 사행성의 조장과는 무관한 부분에 대하여 규제를 하고 있는 것으로 시정권고의 한계를 일탈한 것이라 할 것이다.

(2) 과잉금지의 원칙 위배

앞서 본 바와 같이 직접규제 다목의 경우에도 목적의 정당성은 인정될 수 있으나, 수단의 적절성은 인정되지 못할 것이다. 일정 정도의 게임머니 손실을 입은 이용자의 게임을 제한하지 않는 것이 사행성을 조장하는 것이 아니기 때문이다. 특히 간접규제 다목은 오히려 그러한 규제 자체가 불법 환전을 조장할 우려마저 있다. 간접규제 다목은 게임머니의 순손실이 10만원 상당액, 즉 온라인포커게임을 통하여 획득한 게임머니와 잃은 게임머니의 합계가 -10만원

상당이어야 한다.[114] 그런데 순손실이 10만원 상당액에 도달할 경우 게임을 48시간 동안 못하게 되므로, 순손실이 10만원 상당액에 육박하게 된 이용자는 사용정지를 당하지 않기 위해서 불법 환전이라도 해야 할 강력한 유혹에 직면할 수밖에 없다. 즉 평소라면 불법 환전을 통하여 게임머니를 획득할 생각을 하지 않던 이용자라도, 순손실이 10만원 상당액에 가까워지면 이번 간접규제 다목과 같은 규제를 피하기 위하여 불법 환전을 해야 하는 상황에 놓이게 되는 것이다. 따라서 간접규제 다목은 사행성의 조장, 즉 게임머니를 경제적 이익으로 환가하도록 야기하는 것을 방지하는 것이 아니라 오히려 이를 촉진한다고 할 것이어서 수단의 적절성을 결하였다고 할 것이다.

한편, 이와 같은 일률적인 게임참여금지는 선량한 다수의 이용자의 기본권을 침해한다는 점에서 침해의 최소성, 법익의 균형성도 갖추지 못했음은 직접규제 가목 및 나목의 경우와 같다. 특히 이는 사행성과 명백히 무관한 경우까지 규제하면서 온라인포커게임의 이용자들을 전부 사행행위자로 간주하여 규제하는 것으로 침해의 최소성이나 법익의 균형성을 갖추지 못하는 것으로 해석될 것이다. 30만원 상당액의 게임머니를 가지고 있는 이용자가 하루는 20만원 상당액의 게임머니를 따고 다음날은 10만원을 잃은 경우, 이러한 게임패턴은 명백히 불법 환전과도 관련이 없고, 단순히 게임을 즐기는 것이며 베팅과 승패에 따른 게임머니의 증감이라는 온라인포커게임의 당연한 즐거움을 누리고 있음에도 이번 시정권고 기준은 이러한 이용자의 게임이 사행성이 있다고 하여 이를 강제로 중단하도록 한

114) 잃은 게임머니만을 기준으로 할 경우, 승리와 패배의 반복이라는 온라인포커게임의 본질 자체에 반하고 하루 동안 30만원 상당액을 획득하고 10만원 상당액을 잃은 경우까지도 간접규제 다목의 적용대상이 된다는 점에서 불합리하기 때문이다.

것이다. 특히 베팅금액을 과도하게 규제하는 것은 앞서 본 바와 같이 온라인포커게임의 본질적인 내용조차 해하는 것으로, 이는 침해의 최소성과 법익의 균형성도 갖추지 못한 규제라 할 것이다.

4. 간접규제 가목(상대방선택금지 규제)의 검토

(1) 게임산업진흥법상 시정권고의 한계 일탈

간접규제 가목은 랜덤(random) 방식에 의한 상대방 선택을 강제하고, 이용자가 스스로 게임 상대방을 선택하지 못하도록 하고 있다. 이번 시정권고 기준이 게임 상대의 랜덤 선택을 규정한 이유는 '게임 상대를 이용자가 선택하는 방식이 게임머니의 불법적인 환가에 악용될 수 있다'는 것을 전제로 한 것으로 보인다. 그러나 게임 상대를 이용자들이 선택할 수 있도록 한 것은 아는 사람과 함께 게임을 즐길 수 있는 장(場)을 제공하는 것이지, 게임머니의 환가(換價)를 위한 것이 아니라고 할 것이다. 실제로 온라인포커게임 이용하는 많은 이용자들이 게임 상대를 선택하는 방법으로 친구들과 게임을 즐기는 등 게임을 친교의 장으로 사용하고 있는 경우가 상당수 존재하고 있다. 즉, 이용자가 게임 상대를 선택하는 운영방식은 이용자의 보다 다양한 재미와 친교를 위한 것이지 게임머니의 환가를 위한 것이 아닌 것이다.

물론 일부 불법 환전 업자들이 게임 상대를 선택하는 방법으로 게임머니를 환가하는 사례가 존재하기는 하나, 이는 처음부터 게임머니의 환가목적이 아닌 운영방식을 일부 이용자가 불법 환전의 목적으로 악용하는 것으로, 이러한 일부 불법적 사용이 존재한다는 이유만으로, 처음부터 환가목적으로 만든 운영방식이 아닌 것이 '사행성을 조장하는 것'으로 판단되어서는 안 될 것이다. 이 역시 식칼이

범죄목적에 사용되는 경우가 있다고 하여 식칼을 생산하는 것이 범죄를 조장하는 행위가 될 수 없음과 마찬가지이다. 즉 이용자가 게임 상대방을 선택할 수 있다고 하여 그것이 '사행성을 조장'하는 것은 아니고, 단지 일부 이용자가 이를 '악용'하는 것에 불과한 것이다. 따라서 간접규제 가목은 게임산업진흥법상 수권된 시정권고의 한계를 일탈하였다고 할 것이다.

(2) 과잉금지의 원칙 위배

이번 시정권고 기준이 규정하는 간접규제의 목적 역시 '사행성을 조장하는 운영방식의 개선'인 이상 그 목적 자체는 정당하나, 역시 간접규제 가목은 사행성 조장과는 관련이 없어 수단의 적절성에 위배된다.

이용자의 게임 상대방을 선택할 권리를 침해. 실제 게임 상대방을 선택하는 다수의 이용자 가운데 이를 환전목적으로 악용하는 경우는 극소수에 불과하기 때문이다. 특히 앞서 본 바와 같이 간접규제 가목은 온라인포커게임을 사행적 목적으로 이용하는 소수의 이용자를 규제하기 위하여 사행성과 무관하게 개인의 친목과 친교, 그리고 실력을 겨루기 위한 목적 등을 가지고 함께 게임을 하고 싶은 사람을 선택할 수 있는 다수 이용자의 권리를 제한하는 것으로, 침해의 최소성과 법익의 균형성도 인정될 수 없다고 할 것이다.

결국 사행성 조장과 관련된 문제는 게임 상대방의 선택을 환가수단으로 사용하는 일부에 대하여 규제를 하는 것으로. 이에 대하여는 환전업의 금지(게임산업진흥법 제32조 제1항 제7호), 게임물 관련사업자의 도박 또는 사행행위 조장 및 방치 금지(동법 제28조 제2호), 경품 등의 제공을 통한 사행성 조장 금지(동법 제28조 제3호), 사행심을 조장하는 내용의 광고 및 선전 금지(동법 제34조 제1항 제4호)

등을 통하여 규제가 이루어지고 있으므로, 게임이용자의 헌법상 기본권을 과도하게 침해하는 간접규제 가목은 과잉금지의 원칙에 위배되는 과도한 규제라 할 것이다.

5. 간접규제 나목(자동진행금지 규제)의 검토

(1) 게임산업진흥법 상 시정권고의 한계 일탈

게임의 자동진행은 게임을 보다 스릴있게 즐기고자 하는 목적으로 최종단계의 패를 보기 전까지는 베팅을 계속할 의사를 가진 이용자에 대하여 게임을 쉽게 진행하기 위하여 이용자의 클릭 횟수를 일부 줄여주는 편의를 제공하는 운영방식이다. 게임을 자동 진행할 수 있다고 하여 게임머니를 경제적 이익으로 환가하는 것이 야기된다고 볼 수는 없으므로 게임의 자동진행 제한 역시 근거법률규정이 정한 시정권고의 범위에 포함된다고 보기는 어려울 것이다.

(2) 과잉금지의 원칙 위배

게임의 자동진행과 사행성의 조장과는 무관하므로 게임의 자동진행을 금지하는 간접규제 다목이 적절성을 갖춘 수단이라 보기는 어렵다. 또한 게임의 자동진행은 다수 이용자의 편의를 위한 기능으로, 일부 부정한 목적을 가진 이용자가 이를 이용하여 약간 더 쉽게 불법 환전을 한다고 해도 이를 이유로 다수 이용자의 게임 자동진행을 전면적으로 금지하는 것은 침해의 최소성 및 법익의 균형성에 모두 어긋난다고 할 것이다.

6. 간접규제 다목(본인인증 규제)의 검토

(1) 게임산업진흥법상 시정권고의 한계 일탈

간접규제 다목은 이용자의 본인확인을 강제하면서 그 이유로 타

인의 명의도용을 방지하기 위함이라고 규정하고 있다. 그러나 명의도용(盜用)은 타인의 명의를 허락 없이 사용하는 것을 의미하는 바, 이는 사행성 조장과 아무런 관련이 없다고 할 것이다. 명의도용이 사행성 조장과 어떠한 관련이 있으려면, 타인의 명의를 도용하여 이를 대가를 받고 판매하는 경우를 생각해볼 수 있는데, 이는 일부 극소수 발생 가능한 이용자의 비정상적인 행태이고 그 자체로도 「정보통신망이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률」, 「개인정보보호법」등에 따라 처벌되는 범죄행위에 해당한다. 즉, 이러한 비정상적인 범죄행태를 막기 위하여 전체 이용자들에 대하여 본인확인을 하지 않는 것을 '사행성을 조장하는 운영방식'으로 치부하여서는 안 될 것이다.

(2) 과잉금지의 원칙 위배

역시 간접규제 다목도 그 목적의 정당성만 인정될 뿐, 타인 명의의 사용이 사행성 조장과 관련이 없다는 점에서 수단의 적절성은 인정될 수 없으며, 타인의 명의를 '빌려서' 사용하는 것이 불법이 아닌 이상 명의도용을 방지한다는 명분으로 모든 이용자에게 본인확인을 하도록 하는 것은 침해의 최소성과 법익의 균형성에도 위배된다. 무엇보다, 타인의 명의를 도용하든, 빌리든 타인 명의를 사용하는 행위를 규제하기 위해 자신의 명의를 사용하는 이용자들에게도 일괄적으로 본인확인의무를 부과하는 것은 더더욱 침해의 최소성과 법익의 균형성에 위배된다고 할 것이다.

(3) 법률유보의 원칙 위배

간접규제 다목은 특히 법률유보의 원칙에도 위배된다. 이 규제는 이용자들이 게임을 할 때마다 본인확인을 거칠 것을 요구하고 있는 것인데, 이는 게임회사에게 이용자들로부터 본인확인절차를 거칠 의

무를 부과함과 동시에 이용자들에게 본인확인절차를 거칠 의무를 부과하는 것이다. 국민의 권리와 의무에 관한 사항은 법률로써 정해야만 하는 것이 법률유보의 원칙인바, 법률에 규정되지 않은 국민의 의무에 관한 사항을 행정청이 창설할 수는 없다고 할 것이다. 설령 법률에 실명확인에 대한 근거가 있다고 할지라도 이는 과잉금지의 원칙에 위배하여 이용자의 개인정보자기결정권을 침해한 법률로 위헌이 될 수 있는데,[115] 법률의 근거도 없이 이용자에게 본인확인절차를 거치도록 한 이번 규제는 그 위법성이나 위헌성이 의심된다고 할 것이다.

7. 이번 시정권고 기준의 평등의 원칙 위반

행정기관이 상대방인 국민을 합리적인 이유 없이 차별적으로 취급하는 것은 평등의 원칙에 위배된다. 이번 시정권고 기준은 온라인포커게임의 이용자들로 하여금 일정 금액 이상의 게임머니 취득을 제한하고 있는바, 온라인포커게임의 게임머니는 다른 온라인게임(예컨대, MMORPG)의 아이템과 동일한 기능을 가짐에도 불구하고 다른 온라인게임 사업자들의 아이템 판매 금액 상한을 규제하지 아니하면서 온라인포커게임의 게임머니 취득만을 제한하는 것은 합리적인 이유 없이 온라인포커게임 사업자들을 다른 온라인게임 사업자들과 차별적으로 취급하는 것이라 할 것이다.

8. 국가의 후견적 지위의 지나친 강조

이번 시정권고 기준은 게임 이용의 한도를 제한하는 것을 그 골자로 하는바, 이는 국가의 후견적 기능을 근거한 것으로 보인다. 그

115) 헌법재판소 2012. 8. 23.자 2010헌마47 결정

러나 현재 문제가 되고 있는 온라인포커게임은 모두 '청소년이용불가등급'으로 그 이용자는 모두 성인인데, 청소년 이용 게임도 아닌 성인 이용 게임에 대하여 이용 한도의 제한을 가하는 것은 국가의 후견 기능을 지나치게 강조한 것이라 할 것이다.[116] 청소년유해물이라고 할 수 있는 술이나 담배의 경우에도 성인이 이용하는 한도에 대하여는 아무런 제한을 두고 있지 않고 있으며, 그 기본적인 근거는 성인의 행복추구권을 지켜주기 위한 것이고, 나아가 성인으로서의 판단 능력을 존중하는 것이라 할 것이다.[117] 결국 청소년이용불가등급인 온라인포커게임에 있어서도 굳이 이용한도에 대하여 제한하여야 할 이유는 없는 것이라 할 것이다. 특허에 의하여 인정된 사행 산업, 예컨대, 강원랜드 카지노, 스포츠토토, 경마 등은 이용한도 제한이 모두 있지만 이는 법에 의하여 특별히 허가된 사행산업, 즉 '재물'이나 '재산상의 이익'을 걸고 하는 '사행행위'를 허가하면서 대신 그 제한을 둔 것이고, 도박이 아닌 게임 산업에 대하여 동일한 방식의 규제를 실시하여서는 안 된다고 할 것이다.

9. 소결 : 시정권고 기준 각 항목의 유효성 검토

이번 시정권고 기준은 금지되는 사행성 조장 운영방식을 열거하는 형식으로 규정되어 있으므로 이를 반대해석하면 결국 이번 시정권고 기준은 다음 항목들을 사행성 조장 운영방식으로 간주하는 것으로 해석된다.

---

116) 황성기, "온라인게임 셧다운제의 헌법적합성에 관한 연구", 한림법학 FORUM 제16권(2005), 143면.

117) 오병철, "정보통신서비스중독에 대한 법적 대응", 인터넷법률 통권 제37호(2007.01), 18면.

직접적인 게임 운영 방식

- 월 30만원 넘게 게임머니를 구매할 수 있도록 운영하는 방식
- 1회에 1만원을 넘게 베팅할 수 있도록 운영하는 방식
- 10만원을 넘게 소진하여도 계속하여 게임을 이용할 수 있도록 운영하는 방식

간접적인 게임 운영 방식

- 게임 이용 상대방을 선택할 수 있도록 운영하는 방식
- 자동 진행을 이용할 수 있도록 하는 운영 방식
- 본인인증을 거치지 않아도 게임을 이용할 수 있도록 하는 운영 방식

이번 시정권고 기준이 무엇을 기준으로 직접적인 것과 간접적인 것을 구분하고 있는지 명확히 제시된 바 없으나, 상기 직접적인 게임 운영 방식은 각각 금액 상한이 제시되어 있는 점으로 보아 사이버머니의 많고 적음을 사행성 조장과 결부시키고 있는 것으로 보이고, 나머지 사이버머니의 많고 적음과 관련이 없는 운영방식들은 간접적인 게임 운영 방식으로 정리한 것으로 보인다.

그러나 앞서 이론과 판례에서 살핀 바와 같이 온라인포커게임의 사이버머니의 본질은 무료의 게임 전용 포인트(free replays), 즉 “기존 투입 금전으로 게임을 더 이용할 수 있는 기회[118]”에 불과한 것이므로 사이버머니의 많고 적음을 사행성과 결부시킬 수는 없다고 할 것이다. 따라서 사이버머니의 많고 적음을 사행성 조장과 연관지어 규정한 이번 시정권고 기준의 직접적인 게임 운영 방식 각 항목들은 게임산업진흥법 제28조 제2호의2를 근거로 도출되는 규제로

118) 서울고등법원 2011.4.20. 선고 2010누35687 판결

서는 부적절하다고 할 것이다.

또한 게임산업진흥법 제28조 제2호의2의 '사행성 조장' 금지를 사이버머니 '거래 조장' 금지로 해석하는 체계적 해석에 따를 때 상기의 간접적 게임 운영 방식도 게임시스템 외부에서의 사이버머니 거래[119]와 관련성이 있는 항목만이 제28조 제2호의2를 근거로 도출된다고 할 것인 바, 이번 시정권고 기준의 간접적 게임 운영 방식 중에서도 사이버머니의 거래를 구성하는 요소, 즉 거래의 당사자[120], 거래의 목적 및 방식[121], 거래의 의사표시[122] 등과 관련하지 않은 항목들은 제28조 제2호의2를 근거로 도출될 수 없다고 해석되어야 할 것이다.

이러한 해석에 따른다면 간접적 게임 운영 방식의 가목(이용 상대방 선택 금지), 나목(자동 진행 금지)과 다목(본인 인증)은 모두 사이버머니 거래의 당사자, 거래의 방식, 거래의 의사표시 등과 관련성이 현저히 적은 항목들이므로 제28조 제2호의2를 근거로 도출될 수 없다고 할 것이다. 설령 간접규제 가목(이용 상대방 선택 금지)을 '불법환전 거래의 당사자'와 관련된 것으로 해석한다고 하더라도, 이는 게임 상대방의 선택을 가능하게 하는 운영방식을 모두 사행성을 조장하는 것으로 취급하는 해석이므로 앞서 살핀 바와 같이 과잉금지 원칙의 위반을 부정하기 어렵다고 할 것이다.[123]

---

119) 사이버머니 거래는 게임의 상대방에게 일부러 게임을 져 주는 방식으로 사이버머니를 이동시키고 그 대가로 게임 외부에서 송금을 받는 형태로 진행된다.

120) 거래의 당사자와 관련한 운영방식으로는, 게임 이용자를 목록화하는 방식, 게임 상대방을 인지하는 방식, 게임 이용자를 선택하는 방식, 게임 상대방을 배제하는 방식 등이 이에 해당할 것이다.

121) 거래의 목적 및 방식과 관련한 운영방식으로는, 사이버머니의 이전 방식, 계정의 거래 방식, 거래 대가의 지급 방식 등이 이에 해당할 것이다.

122) 거래의 의사표시와 관련한 운영방식으로는, 대화창의 운영 방식, 쪽지나 메일 등의 운영 방식, 소통 내용의 모니터링 방식 등이 이에 해당할 것이다.

제2절 시정권고 기준을 시행령에 규정하는 논의의 검토

I. 최근 시행령 개정 논의의 내용과 취지

문화체육관광부는 최근 언론보도를 통해 상기 시정권고 기준을 게임산업진흥법 시행령 개정안에 반영하여 웹보드게임의 사행성 규제를 강화 하겠다는 입장을 밝힌 바 있다. 이는 상기 시정권고 기준 제정에 대한 게임산업진흥법 상의 명시적인 위임이 존재하지 않는다는 점을 고려한 정책인 것으로 해석되고 있다[124].

사행성을 조장할 우려가 있는 특정의 운영방식에 대한 규제 항목을 현행 게임산업진흥법의 개정 없이도 동법 시행령의 개정만으로 반영할 수 있는 방안으로, 문화체육관광부는 게임산업진흥법 제28조 제8호가 대통령령에 위임하고 있는 시행령 제17조에 근거한 '시행령 별표2'의 개정을 염두에 두고 있는 것으로 보인다.

이하에서는 게임산업진흥법 제28조 제8호와 동법 시행령 제17조가, 즉 시행령 별표2를 개정하여, 상기 시정권고 기준을 규정하는 것이 위임 입법의 한계를 벗어나는지 여부에 대해 검토한다.

---

123) 온라인포커게임 이용의 상대방을 선택할 수 없도록 하는 것은, 비록 게임머니의 거래가 '상대방을 선택하여 일부러 져주는 방법'을 통해서만 이루어지는 점을 십분 고려한다고 하더라도, 일반적인 게임 이용 방식을 지나치게 제약한다는 점을 부정할 수 없기 때문이다.

124) 2013년 4월 18일 디지털타임스 기사 "웹보드게임 사행화 방지 내주 입법예고" (http://www.dt.co.kr/contents.html?article_no=2013041902011231749002)

Ⅱ. 게임산업진흥법 제28조 제8호의 연혁

게임산업진흥법 제28조 제8호의 해석에 참조하기 위하여 그 연혁을 살펴보면 아래와 같다.

○ 게임산업진흥법(제정, 2006.4.28. 법률 제7941호) 제28조 제7호

- 그 밖에 영업질서의 유지 등에 관하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 사항을 준수할 것

○ 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(이하 "음비게법")(전문개정, 2001.5.24. 법률 제6473호) 제32조 제8호

- 건전한 영업질서의 유지 등에 관하여 대통령령이 따로 정하는 사항을 준수할 것

○ 음비게법(제정, 1999.2.8. 법률 제5925호) 제8조 제5호

- 유통관련업자는 건전한 영업질서의 유지를 위하여 제1호 내지 제4호 외에 대통령령이 정하는 사항을 준수하여야 한다.

○ 음반 및 비디오물에 관한 법률(이하 "음비법")(전문개정, 1995.12.6. 법률 제5016호) 제8조

- 유통관련업자는 건전한 영업질서의 유지를 위하여 대통령령이 정하는 사항을 지켜야 한다.

○ 음비법(제정, 1991.3.8. 법률 제4351호) 제7조

- 음반판매업자·비디오물판매업자 또는 비디오물대여업자는 건전한 유통질서를 확립하기 위하여 가격표의 게시 등 대통령령이 정하는 사항을 지켜야 한다.

최초 음반과 비디오물을 규제하기 위하여 1991년 음비법이 제정되었고, 1999년 여기에 게임물에 대한 규제를 추가하여 음비게법을 제정하였다가, 2006년 음반 및 비디오물과 게임을 분리하여 게임에 대하여만 그 진흥과 규제를 규정한 것이 게임산업진흥법인 바, 이들 법률에는 공통적으로 “영업질서 유지를 위하여 대통령령으로 정하는 사항”을 준수하도록 한 조항이 있었다고 볼 수 있다[125].

Ⅲ. 게임산업진흥법 제28조 제8호의 구조

현행 게임산업진흥법 제28조 제8호는 “그 밖에 영업질서의 유지 등에 관하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 사항”을 준수하도록 규정하고 있는데, 이에 따르면 대통령령으로 “그 밖에 영업질서 유지 등에 필요한 사항”을 정할 수 있게 된다.

게임산업진흥법 제28조 제8호는 그 밖에 영업질서 “등”이라는 표현을 사용하고 있으나, 그렇다고 하여 대통령령으로 정할 수 있는 사항의 범위에 제한이 없는 것이 아니며, 또한 영업질서 역시 영업에 관한 모든 것을 포함한다거나, “영업질서 유지 등”이라는 이유로 대통령령으로 정할 수 있는 사항을 광범위하게 해석한다면 이는 포괄위임금지의 원칙 또는 명확성의 원칙에 위배될 수 있다. 따라서 “영업질서의 유지 등”은 영업질서의 유지 또는 그에 준하는 사항으로 한정되어 해석되어야 할 것으로 보인다.

따라서 앞의 장에서 검토한 시정권고의 기준을 시행령에 규정하

125) 표현에 있어서 “건전한”이 포함되는지 여부에 차이가 있고, 최초 음비법은 영업질서가 아니라 유통질서라는 표현을 사용한 것만 차이가 있다.

여 법령상의 근거를 확보하려는 입법논의가 적법한지의 여부는, 시행령 별표2의 개정을 통해 담으려는 규제의 각 항목들이 게임산업진흥법 제28조 제8호의 “그 밖에 영업질서의 유지 등”에 포함되는지 여부에 따라 결정되며, 이는 다시 “그 밖에 영업질서의 유지 등”이 가지는 의미에 따라 결정된다고 할 것이다.

Ⅳ. “그 밖에 영업질서의 유지 등” 해당 여부 검토

게임산업진흥법 제28조 제8호는 “그 밖에 영업질서의 유지 등”이라 명시하고 있는데, 이 때 “그 밖”이란 동법 제28조 제1호 내지 제7호를 의미하는 것으로 해석된다. 즉, 동법 제28조 제1호 내지 제7호에 규정된 사항은 동법 제28조 제8호에 의하여 대통령령으로 규정할 수 없는 것이다.

이는 연혁적으로 볼 때 음비게법(법률 제5925호) 제8조 제5호가 “제1호 내지 제4호 외에 대통령령에서 규정한 사항”이라 명시한 바 있는데, 이후 그러한 표현을 삭제한 것에 특별한 이유가 없고, 다시 현행 게임산업진흥법 제28조 제8호가 명시적으로 “그 밖”이라 언급하고 있는 점에 비추어볼 때, 결국 이때 “그 밖”이란 게임산업진흥법 제28조 제1호 내지 제7호에서 규정하고 있는 바를 제외한 나머지를 의미한다고 해석해야 하는 것이다.

그런데 시행령 개정을 통해 반영하려는 시정권고의 기준은 이미 동법 제28조 제2호의2가 규정한 ‘사행성 조장 방지’를 위한 것이므로, 이는 동법 제28조 제8호에 근거하여 대통령령에 규정할 수 있는 사항의 범위를 초과한 것이라 보아야 할 것이다.

또한 앞서 살핀 바와 같이 ‘영업질서의 유지’의 의미는 한정적이고

명확하게 해석되어야 하는데, 법률이 금지하고 있지 않은 행위를 하는데에도 이를 대통령령으로 규제할 수 있다는 것은 규제법정주의 및 기본권 제한의 일반원칙에도 어긋나는 것이다. 결국 게임산업진흥법에서 대통령령의 규정을 통하여 규제할 수 있는 행위는, 너무나 당연하게도, 법률인 게임산업진흥법 위반의 방지를 위한 행위에 국한된다고 보아야 할 것이다[126].

이러한 점들에 비추어 볼 때, 게임산업진흥법 제28조 제8호 영업질서의 유지는 동법이 금지하고 있는 행위를 방지하는 것을 의미한다고 할 것인데, 게임산업진흥법이 법률로써 금지하고 있는 '사행성'은 '환가가능성'을 의미하므로, 환가가능성과 관련이 없는 상기 시정권고의 기준 역시 게임산업진흥법 제28조 제8호를 근거로 대통령령에 규정될 수는 없을 것으로 판단된다.

126) 이는 게임산업진흥법 제28조 제8호의 연혁을 보면 비교적 명확해 진다. 앞서 살핀 바와 같이 음반, 비디오물, 게임물에 대한 규제에는 공통적으로 "영업질서의 유지를 위하여 대통령령으로 정하는 사항"을 준수하여야 한다는 조항이 있는데, 이러한 조항은 음비법(법률 제4351호) 제정 당시 최초로 포함된 것이다. 당시 음비법의 심사보고서는 동조항이 이와 같이 규정한 이유를 "불법음반 및 비디오물의 유통금지가 실효를 거두지 못하므로 유통질서를 확립하기 위한 것"이라고 명확히 밝히고 있다(음비법 심사보고서 제181면).

제6장 결 론

사행성과 관련한 법령 해석의 논의는 그동안 '사행성 개념에 대한 사법판단'에 초점이 맞추어져, 사행성에 대한 법령상의 정의나 법원의 판결은 일관되게 '환가성'을 그 요건으로 하고 있었고, 게임의 사행성은 "사행성이 있으면 금지되고 사행성이 없으면 허용한다"는 논의 구조 속에서 규제되어 왔다.

온라인포커게임의 제1유형과 제2유형은 도박 기타 사행행위, 사행성게임물에 해당할 수 있어 사행성 규제를 통한 금지가 가능한 것으로 해석되나 제3유형은 환가성이 없고 단지 거래성만 있으므로 사행성 규제로써 금지되고 있지는 않다. 본 논문에서는 제3유형의 대표적인 사례인 징가포커와 한게임포커에 대한 분석을 통해, 사이버머니를 획득하는 것의 의미는 프리리플레이, 즉 무료로 당해 게임을 다시 이용할 수 있는 기회에 불과한 것이므로 이것이 게임시스템 외부에서 현실적으로 거래된다는 사정만으로 제3유형의 온라인포커게임을 제1유형이나 제2유형과 동일시 할 수는 없다는 결론에 이르렀다. 또한 징가포커와 한게임포커의 이용계약 및 운영방식에 대한 분석 진행을 통해, 두 게임 모두 시스템 상 사이버머니 환전을 불가능케 하고 있고, 약관 및 운영규칙에 이를 명시하고 있고, 게임이용자들이 일부러 져주기 등의 방법으로 사이버머니를 환전에 악용하지 못하도록 하는 약관 및 이용제재 시스템을 운영하고 있으므로 이들 게임제공자에게 제1유형이나 제2유형 게임제공자와 같은 행위책임을 지우게 할 수는 없는 것으로 결론지었다.

그러나 제3유형 온라인포커게임의 이용자가 과도한 이용을 통해 사이버머니 구매에 소용된 금전을 탕진하는 등의 폐해가 현실적으로 존재한다는 점을 고려할 때 이러한 전통적 논의체계, 즉 "사행성 있으면 금지하고 사행성 없으면 허용 한다"는 논리는 정책적으로 한계를 드러낸 것이므로 이러한 한계를 극복하기 위한 입법조치로서 '환전업 금지' 조항과 '운영방식을 통한 사행성조장 금지' 조항이 게임산업진흥법에 도입된 바, 그 취지는 각각 게임이용자와 게임제공자에게 사이버머니를 거래하거나 이를 조장하지 못하도록 하는 것임을 검토하였다.

문화체육관광부는 게임산업진흥법 제28조 제2호의2가 금지하고 있는 '운영방식을 통한 사행성 조장'에 대한 시정권고의 기준을 마련하고자 '웹보드 게임의 사행성 조장행위에 대한 시정권고 기준(안)'을 행정예고 한 바 있다. 이 기준은 직접규제를 규정한 3개 항목과 간접규제를 규정한 3개 항목을 규정하고 있으나, 근거 법령이 되는 게임산업진흥법 제28조 2호의2의 해석상 위임입법의 한계를 벗어나는 것 내지는 과잉금지의 원칙을 위반하는 것으로 판단되어야 할 것이다.

한편 상기 시정권고 기준의 법령상 위임 근거를 보강하기 위하여 게임산업진흥법 제28조 제8호에 근거하여 '영업질서 유지 등에 필요한 사항'으로서 시행령에 이를 규정하려는 입법논의 또한 최근 전개되고 있다. 생각건대, 제28조 제8호가 비록 영업질서 "등"이라는 표현을 사용하고 있으나 그렇다고 하여 대통령령으로 정할 수 있는 사항을 광범위하게 해석한다면 이는 포괄위임금지의 원칙 또는 명확성의 원칙에 위배될 수 있다. 따라서 "영업질서의 유지 등"은 영업질서의 유지 또는 그에 준하는 사항으로 한정되어 해석되어야 할

것이고, 법률이 미처 금지하지 않고 있는 영업질서 등을 시행령이 새로이 금지할 수는 없는 것으로 해석되어야 할 것이다.

이러한 점들에 비추어 볼 때, 온라인포커게임의 사행성 규제와 관련한 입법논의는, 결국 현행 게임산업진흥법이 금지하고 있는 사행성의 의미와, 도박 기타 사행행위와 관련한 한국의 규제의 체계적 해석, 즉 '환가가능성'의 범위 내에서 이루어 져야 한다고 볼 것이며, 이렇게 해석을 하는 것이 그동안 도박, 사행행위, 사행성게임물에 대해 법령과 판례를 통해 확립되어 온 사행성 개념에 대한 해석을 일관되게 유지하면서도 온라인포커게임 사이버머니 거래로 인해 발생하는 사행화에 대한 조화로운 규제 운용을 가능케 하는 것이라 생각된다.

【參考文獻】

[국내문헌]

1. 단행본

김성천, 『형법각론』, 제3판, 소진, 2012

_____, 『형법총론』, 제5판, 소진, 2012

김성천・김형준, 『형법각론』, 제2판, 동현출판사, 2006

_____, 『형법총론』, 제4판, 삼양애드, 2008

김윤명, 『정보기술과 디지털법』, Jinhan M&B, 2005

김일수・서보학, 『새로 쓴 형법각론』, 제7판, 박영사, 2009

_____, 『새로 쓴 형법총론』, 제11판, 박영사, 2008

남효순/정상조,『인터넷과 법률』, 법문사, 2002

박상기, 『형법각론』, 제8판, 박영사, 2011

_____, 『형법총론』, 제9판, 박영사, 2012

배종대, 『형법각론』, 제7전정판, 홍문사, 2012

_____, 『형법총론』, 제10판, 홍문사, 2012

성선제, 『네티즌을 위한 e-헌법 cyberlaw』, 커뮤니케이션북스, 2009

성정엽, 『사이버공간 과학기술과 법』, 인제대학교 출판부, 2007

신동운, 『형법총론』, 제6판, 박영사, 2012

오영근, 『형법총론』, 제2판(보정판), 박영사, 2012

육풍림・강만호, 『카지노게이밍 실무론』, 백산출판사, 2012

이성식, 『사이버범죄학 : 원인 유형 대책』, 도서출판 그린, 2011

이재상, 『형법각론』, 제8판, 박영사, 2012
_____, 『형법총론』, 제7판, 박영사, 2012
이재현, 『멀티미디어와 디지털 세계』, 커뮤니케이션북스, 2005
임 웅, 『형법각론』, 제4판, 법문사, 2012
_____, 『형법총론』, 제4정판, 법문사, 2012
황승흠, 『게임법제도의 현황과 과제』, 박영사, 2009
황현탁, 『사행산업론』, 나남, 2012

2. 연구논문

고려대학교산학협력단, “제2차 불법도박 실태조사”, 사행산업통합감독위원회, 2012.12.
국회입법조사처, “오픈마켓용 게임물 사전등급분류제도 개선방향”, NARS 입법조사 회답, 2010.01.
김용찬, “도박·도박개장죄, 사행행위등규제및처벌특례법위반죄 및 게임산업진흥에관한법률위반죄의 관계에 대한 고찰”, 저스티스, 통권 제113호, 2009.10.
김윤명, “게임물 등급분류제도의 문제점 및 개선방안”
문기탁, “스마트폰용 게임콘텐츠 개발 활성화를 위한 규제 개선방안”, 부산대학교 법학연구, 제51권 제4호 통권66호, 2010.11.
박찬호, “미국 인터넷 도박관련 법제 분석”, 한국법제연구원 최신외국법제정보 2007-1.
서영민, “인터넷게임 아이템거래에 관한 형사법적 문제”, LAW &

TECHNOLOGY, 제2권 제4호, 2006.07.

신순철, “현행 게임물 등급분류제도의 법리적 문제점과 대안”, 언론과 법, 제7권 제2호, 2008.

신영수, “온라인게임 이용자보호와 약관규제”, IT와 法연구, 제4집, 2010.02.

아주대학교산학협력단, “불법도박의 실태조사 및 대책 연구”, 사행산업통합감독위원회, 2008.07.

양환정, “권리객체로서 정보의 법적 지위 - 정보는 소유권의 대상이 될 수 있는가”, LAW & TECHNOLOGY, 제5권 제4호, 2009.07. 118면

오병철, “정보통신서비스중독에 대한 법적 대응”, 인터넷법률, 통권 제37호, 2007.01.

유병준.도현명, “가상경제 유형론 - 온라인 게임을 중심으로”, 한국게임학회 논문지, 제9권 제3호, 2009.06.

윤종수, “인터넷 산업에 대한 법적 규제 및 활성화 방안”, 제7회 한국법률가대회 세미나14 발표자료, 2010.10.

이권호, “게임 디지털콘텐츠의 법적 성격에 대한 연구”, LAW & TECHNOLOGY, 제3권 제5호, 2007.09.

이민영, “게임산업의 규제에 관한 행정법적 고찰”, 정보통신정책, 제18권 14호 통권398호, 2006.08.

이병준, “게임산업진흥법을 통한 온라인게임산업의 규제와 그 타당성”, 인터넷법률 통권 제39호, 2007.07.

_____, “온라인게임과 이용자 보호”, 언론과 법, 제7권 제2호, 2008.

_____, “온라인게임의 규칙과 그 위반행위에 대한 제재”, 스포츠와 법, 제11권 제1호, 2008.02

이승훈·이하영·김지웅, “게임 규제의 효과성에 대한 연구”, 한국컴퓨터게임학회논문지, Volume.25, No.3, 2012.09.

이정원, “가상공간에서의 Cyber 물체에 대한 침해행위와 형법적 평가”, 중앙법학 제6집 제1호.

이정훈, “온라인 도박의 형사책임”, 중앙법학 제6집 제3호.

_____, “사행성게임물에 대한 형사책임 - 입법연혁을 중심으로”, 중앙법학 제8집 제4호, 2006

_____, “사행성게임물에 대한 형사책임”, 중앙법학 제8집 제4호, 2006.12.

_____, “게임물등급분류와 실무상 문제점”, 중앙법학 제11집 제1호, 2009.04.

_____, “온라인 사행성 모사 게임물의 심의관련 현안 및 법적 고찰에 관한 토론문”, 게임물 등급분류제도 개선 세미나 자료집(게임물등급위원회). 2009.10.

_____, “최근의 게임아이템 현금거래 사건과 관련한 형사법적 문제점과 전망”, 중앙법학, 제12집 제2호, 2010.06.

이진태·임종인, “MMORPG게임의 오토프로그램과 저작권”, 중앙대학교 법학연구소, 법학논문집 제34집 제3호, 2010.12.

임광섭, “자동사냥 프로그램과 저작권 침해”, Copyright Issue Report 2011 제3호, 2011.02.

정상조, “온라인게임의 법적 보호와 규제”, 정보과학회지 제23권 제6호, 2005.06.

정상조·박준석, “오토프로그램의 저작권 문제”, 서울대 기술과법센터, 2010.07.

정해상, “가상사회와 재산권”, 중앙법학 제7집 제2호, 2005.08.

_____, “온라인게임프로그램의 통합퍼블리싱 계약에 관한 법리”, 중앙법학 제10집 제4호, 2008.12.

_____, “사행성게임물의 판단기준”, 인터넷법률 통권 제46호, 2009.04.

정호경·송시강, “온라인 게임 규제의 문제점과 개선방안″, 서울대학교 공익산업법센터, 제4권 제2호, 2011.

정찬모·유지연·황지연, “온라인 도박의 현황 및 쟁점”, KISDI이슈리포트, 2007.11.

최병록, “온라인게임 아이템의 현금거래에 관한 법률문제”, 재산법연구 제25권 제2호, 2008.10.

최성락, “온라인게임 아이템 거래 규제방안에 관한 연구”, 한국행정학회, 2006 춘계학술대회, 2006.

_____, “온라인게임 아이템거래 이해관계자의 이익관계 분석”, 한국행정학보, 제40권 제2호, 2006.

한국콘텐츠진흥원, “세계 게임 심의제도의 추세 및 함의”, KOCCA FOCUS 09-11(통권11호), 2009.12.

한명호, “웹보드 게임 건전화 방안”, 방송통신심의위원회 웹보드게임의 건전화를 위한 토론회 자료, 2010.12.

황성기, “온라인게임 셧다운제의 헌법적합성에 관한 연구”, 한림법학 FORUM 제16권, 2005.

_____, “온라인게임 심의절차 및 기준에 관한 검토의견”, 게임산업협회, 2005.03.

_____, “게임산업진흥법상의 게임물 내용심의 및 등급분류제도의 문제점”, 창립기념세미나자료집(게임분쟁연구소), 2006.

_____, “경품제공유기기구와 게임물 등급분류제”, 중앙법학 제8집

제4호, 2006.12.

_____, “온라인게임 심의 및 등급분류제도의 법적 문제점”, 언론과 법 제7권 제2호, 2008.

_____, “온라인게임 심의 및 등급분류제도의 법적 문제점”, 언론과 법, 제7권 제2호, 2008.

_____, “온라인웹보드게임의 사행성 규제의 헌법적 한계”, 서울대학교 공익산업법센터 제4권 제2호, 2011.

황성기·권헌영·이헌욱, “온라인게임 사행성 이슈에 대한 개선방향”, 한국게임산업협회, 2009.

황승흠, “게임과 사행행위의 혼용정책의 법적 분석 - '바다이야기 사태'의 법적진단”, 중앙법학 제8집 제4호, 2006.

_____, “사행성게임물제도와 환전업금지조항”, 개정 게임산업진흥에 관한법률 설명회 자료집, 2007.05.

_____, “게임산업진흥법상 환전업금지 조항의 의의와 해석”, 한국게임학회 논문지, 제7권 제2호, 2007. 06.

_____, “온라인게임 산업의 자율규제 문제”, LAW & TECHNOLOGY 제2권 제4호, 2007.07.

_____, “2007년 개정 게임산업진흥법상 사행성게임물제도의 의의와 법적 성격”, 공법학연구 제8권 제4호, 2007.11.

_____, “게임물 규제체제의 변천과정에 관한 연구”, 중앙법학 제11집 제1호, 2009.04.

_____, “제도적 표현의 관점에서 본 게임의 문화적 가치”, IT와 법 연구 제4집, 2010. 02.

[외국문헌]

F. G. Lastowka & D. Hunter, The Laws of the Virtual Worlds, Public Law and Legal Theory Research Paper Series No.26, Univ. of Penn. Law School, 2003

I. Nelson Rose & Martin D. Owens, Jr., Internet Gaming Law, 2nd ed., Mary Ann Liebert, Inc., 2005

I. Nelson Rose, The Unlawful Internet Gamling Enforcement Act of 2006 Analyzed; http://www.gamblingandthelaw.com/

Jack M. Balkin/Beth Simone Noveck, The State of Play - Law, Games, and Virtual Worlds, New York University Press, 2006

[기타]

1. 인터넷 공식사이트

국회, 의안정보시스템 <http://likms.assembly.go.kr/bill/>

대법원, 종합법률정보 <http://glaw.scourt.go.kr/>

문화체육관광부,보도자료<http://www.mcst.go.kr/web/notifyCourt/press/>

법제처, 국가법령정보시스템 <http://www.law.go.kr/>

징가, SEC연차보고서 <http://investor.zynga.com/annual-proxy.cfm>

포커사이트, 징가 <http://zynga.com/>

포커사이트, 풀틸트 <http://www.fulltiltpoker.net/>

포커사이트, 퓨어플레이 <http://player.pureplay.com/>
포커사이트, 한게임 <http://www.hangame.com/>
한국콘텐츠진흥원, 콘텐츠산업 동향보고서 <www.kocca.or.kr/>

2. 인터넷뉴스

2008년 6월 8일 한겨레신문 기사. “한게임 ‘게임머니 거래’ 사행성 논란”
<http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/292209.html>

2008년 6월 9일 아이뉴스24기사 “정부, 웹보드게임 간접충전방식 적법성 검토”
<http://news.inews24.com/php/news_view.php?g_serial=334949&g_menu=020500>

2009년 10월 5일 게임조선 기사. “한나라당 이경재 의원, 고포류 간접충전 금지법안 추진”
<http://www.gamechosun.co.kr/article/view.php?no=62718>

2012년 10월 10일 중앙일보 기사. “게임머니, 현금으로 불법 거래되는 과정보니”
<http://article.joinsmsn.com/news/article/article.asp?total_id=9544008&cloc=olink|article|default>

2013년 4월 18일 디지털타임스 기사 "웹보드게임 사행화 방지 내주 입법예고"
<http://www.dt.co.kr/contents.html?article_no=2013041902011231749002>

Abstract

Regulatory Measures against Speculative Aspect of On-line Poker Games

KIM, JONG IL
Department of Law
The Graduate School
Seoul National University

Interpretation of the laws governing speculation in Korea has been discussed primarily based on the judiciary judgment over the concept of speculation where the courts and statutes have been consistent in applying the existence of "cash convertibility" as the criterion in determining the speculative nature of an activity. This has applied to the Korean gaming regulations in such a way that a game is to be prohibited if it meets this speculative condition but allowed otherwise.

In this context, the existence of cash convertibility in the game system has been the single most important criterion in ascertaining the applicability of the Korean speculative regulations on online poker games. However, the limitation of this approach has surfaced overtime as some online poker games could escape the coverage of this regulatory logic by not offering a system of cash convertibility.

Amendments of the Game Industry Promotion Act in 2007 to prohibit "cash conversion" business and in 2011 to prohibit the "promotion of speculation" based on the game service method, has presented a new direction in the government's regulation against speculation in online poker games, as the new amendment was devised to prevent misuse by the users or the service providers of online poker games that do not meet the definition of speculation such as gambling, under the existing provisions.

To enforce this new regulatory framework, the Ministry of Culture, Sports and Tourism published in November 2012 an administrative notice of a new set of standards under which the government could issue corrective recommendations against any act of encouraging speculation in online poker games and covers both direct and indirect means to regulate based on the game service methods.

However, this new set of standards are based on Article 28 (2-2) of the Game Industry Promotion Act, which merely prohibits service methods that "promote speculation." Following the existing interpretation, this should be interpreted as prohibiting online poker games based on the presence of any mechanism to convert game money into cash. Consequently, nothing can be identified for direct regulation and thus valid for corrective recommendation under this new set of regulatory standards and only some indirect aspects of speculative activity such as the transaction counterpart, transaction method and the expression of intent may be valid, although in a limited manner, under the new regulatory standards.

keywords : internet gaming, virtual currency, gambling style online game, poker, Zynga, free replays

Student Number : 2010-23533