

## 온라인게임 아이템의 재물성에 대한 재검토

유인창\*

### Reinterpretation on Propertiness of Online Game Item

In-Chang Yoo \*

#### 요약

온라인게임은 게임의 흥미를 더하기 위하여 게임도구인 아이템을 사용한다. 게임이용자들은 더 높고 더 강한 레벨의 아이템을 원하게 되면서 자연스럽게 수요와 공급의 거래가 이루어진다. 문제는 이러한 아이템의 거래과정에서 빈번하게 불법행위가 발생한다는 것이다. 그 중 해킹 등 어떠한 방법이든지 권원없이 타인의 아이디와 비밀번호를 알아내어 아이템을 훔쳐가거나, 위탁관리하고 있는 아이템을 되돌려주지 않거나, 절취한 아이템을 그 정을 알고 있는 타인에게 주거나, 타인의 아이템을 손괴하는 등의 행위에 대해서는 형법상 재산에 관한 죄를 적용하기가 곤란하다. 현행 법리상 아이템을 재산죄의 객체인 재물로 인정할 수 없기 때문이다. 가상공간의 아이템은 형법상 보호할 가치와 필요성이 있는 새롭게 등장한 재화이다. 형법은 현실적 범죄행위와 법규범과의 유리를 방지하기 위하여 시대적 현실문화와 가치를 반영하여야 한다. 가상공간은 가상공간 고유한 특성을 고려하여 재물성의 성립여부를 판단하는 것이 현실적이며 합리적이므로 확장해석에 의한다면 아이템을 형법상 유체물의 범위에 포함할 수 있을 것으로 판단된다. 디지털 시대의 시대적 요청에 의한 제346조의 재물성의 재검토가 필요한 시점이다.

▶ Keywords : 온라인게임, 아이템, 재물, 절도, 형법

#### Abstract

Online game provides a kind of cyber money and game instruments, items in order to attract game users. Game users want stronger, better and higher-leveled items with competition. Demands and supplies on items are formed and the transactions are made. The problem is there happen frequently illegal behaviors in the process of transactions. Among these illegal behaviors, for using other's id and password without authorization and stealing items, rejecting to return assigned items, providing stolen item to other who knows the fact or destroying others' items, it is difficult to apply provisions on properties in the criminal code on them. Because the criminal code has a duty to prevent separation between substantial criminal behavior and regulations, it should

•제1저자 : 유인창

•투고일 : 2012. 11. 7, 심사일 : 2012. 11. 9, 게재확정일 : 2012. 11. 23.

\* 중부대학교 경찰행정학과(Dept. Police Administration, Joongbu University)

reflect substantial cultures and values of the times. Therefore, property like items in cyber space can be considered as new property to need to be protect under the criminal code and it may be not an interpretation of expansion. The reason is it is practical and reasonable to judge whether propertiness can be established considering cyber space's unique characteristics. It is time to review propertiness of Article No. 346 according to the request of times of the digital age.

▶ Keywords : online game, item, property, theft, criminal code

## I. 서 론

아이템의 사전적 용어는 디지털 파일을 구성하는 데이터의 구분에서 가장 작은 단위나 항목을 의미하나 온라인게임에서의 아이템은 캐릭터가 소지하는 창, 방패, 칼, 투구, 갑옷, 망토 등의 물건으로서 게임이용자가 사용하는 게임도구다.[1]

게임이용자들은 게임을 하는 가운데 다양한 아이템을 획득하고 이를 통해 캐릭터를 성장시키는 재미를 즐기면서 경쟁 심리에서 다른 사람보다 더 강력하고 더 좋고 더 높은 레벨의 아이템을 원하게 된다. 정상적으로 게임을 하였을 경우에 최상급의 아이템을 획득하는 데는 몇 달 내지 몇 년 등의 엄청난 시간과 노력 및 비용이 들어가기 때문에 결국에는 먼저 강력하고 희귀한 아이템을 가진 사람으로부터 아이템을 사고자 하는 수요와 공급이 자연스럽게 형성된다. 국내 대표적인 온라인게임인 '리니지'에서 사용되는 '전설의 검'과 같은 아이템은 시가 2,500만원에 거래되고[2], 최근의 업그레이드 된 최고 단계의 '집행검'이란 아이템은 1억원을 호가할 정도라고 게임이용자들은 말하고 있다.

문제는 이러한 아이템의 거래과정에서 빈번하게 불법행위가 발생한다는 것이다. 게임 상대방을 찾아가 폭력을 행사하거나, 아이템을 팔겠다고 하며 돈만 가로 채고 아이템을 양도하지 않거나, 폭행협박하여 아이템을 갈취 및 강취하는 행위 등이 그 단적인 예이다. 이러한 경우에는 재산상의 이득을 취득한 것이므로 사기죄, 공갈죄 및 강도죄를 적용하고, 폭행이나 상해를 입힌 경우에는 각각 폭행죄, 상해죄를 적용하는 데 형법상 법리적인 문제는 없다.

그러나 해킹 등 어떠한 방법이든지 권원없이 타인의 아이디와 비밀번호를 알아내어 아이템을 훔쳐가거나, 위탁관리하고 있는 아이템을 되돌려 주지 않거나, 절취한 아이템을 그 정을 알고 있는 타인에게 주거나, 타인의 아이템을 손괴하는 등의 행위에 대해서는 형법상 재산에 관한 죄를 적용하기가

곤란하다. 이러한 경우 특별법인 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 정보통신망법이라 함) 및 주민등록법 등에서 취급하는 것은 별론으로 하고, 형법상 절도죄, 횡령죄, 장물취득죄, 손괴죄 등으로 처벌할 수 없다. 현행 법리상 아이템을 재산죄의 객체인 '채물'로 인정할 수 없기 때문이다. 형법상 처벌의 누수현상이 발생하는 것이다.

이하에서는 온라인상의 아이템의 절도행위를 모델로 하여 아이템이 형법상의 채물에 해당하는지의 여부를 전통적인 해석을 기초로 재검토하고자 한다.

## II. 아이템 절도행위의 유형과 판례의 검토

### 1. 절도행위에 대한 유형

아이템 절도행위의 유형으로는 운영자를 사칭하여 상대방 비밀번호를 요구한 후 아이템을 절취하는 행위, 유사한 아이디로 접근하여 상대방의 친구나 잘 아는 사람으로 속여 아이템을 절취하는 행위[3], 해킹을 통하여 아이템을 절취하는 행위, 우연히 알게 된 타인의 아이디와 비밀번호를 입력하여 아이템을 절취하는 행위, 상대방이 게임 중에 자리를 비운 사이에 아이템을 절취하는 행위... 등을 예로 들 수 있다. 위와 같은 행위유형은 아이템 소유권자의 동의나 또는 권원없이 아이디와 비밀번호를 입력하여 아이템을 자신의 계정으로 몰래 옮기기 때문에 소유권자가 다시는 아이템을 이용할 수 없다는 공통점을 가지고 있다. 이러한 행위는 형법상의 절도행위에 해당한다. 단순히 해킹 등의 방법으로 몰래 파일을 복사해 간 것하고는 다른 형태의 유형이다.

### 2. 판례의 태도

아이템 절도행위에 대하여 법리적용을 구체적으로 적시한

대법원 판례는 아직 잘 보이지 않는다. 명확하지는 않지만 이에 대한 심리를 하급심에서 하고 있으므로 이를 검토한다.

### 2.1 컴퓨터사용사기죄를 인정한 판례

부산지방법원은 타인의 리니지게임 아이디와 비밀번호를 몰래 알아내어 아이템을 자신의 계정으로 옮긴 사안에 대하여 “정보처리장치인 컴퓨터를 이용하여 피해자 몰래 권한없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 함으로써 동액 상당의 재산상의 이익을 취득했다”는 이유로 컴퓨터사용사기죄(형법 제347조의 2)를 적용하였다(부산지방법원 2004. 10. 7 선고 2004고단3425 4613판결).

### 2.2 정보통신망법위반죄의 성립을 인정한 판례

서울지방법원은 미리 알고 있던 타인의 아이디와 그 비밀번호를 입력하고 그의 계정에 등록되어 있는 게임머니인 아텐과 아이템을 자신의 계정으로 옮긴 사안에 대하여 “권한없이 정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 타인의 정보를 훼손하였다”는 이유로 정보통신망법 위반죄의 성립을 인정하였다(서울지방법원 2003. 6. 3 선고 2003고단 3578). 이 판례는 정보통신망법 제49조를 적용하고 있는 듯하다.

부산지방법원도 게임을 하다가 잠을 자고 있는 타인의 게임계정에 접속하여 그가 보유중인 아이템 등을 자신의 계정으로 옮긴 사안에 대하여 “누구든지 정당한 접근 권한없이 정보통신망을 침입하여서는 안된다”라는 이유로 정보통신망법 위반죄의 성립을 적용하였다(부산지방법원 2007. 5. 30 선고 2007노1146 판결). 하지만 이 판례는 정보통신망법 제48조 제1항을 적용하고 있는 듯하다.

### 2.3 판례의 검토

위의 판례들은 타인의 아이디와 비밀번호를 우연히 알았던, 몰래 알았던, 게임이용자가 자리를 비운사이에 접속하였던, 어떠한 방법이든지 정당한 권한 없이 온라인게임에 접속하여 타인의 아이템을 절취하는 사실행위에 대한 심리이다.

판례는 아이템을 형법상 재산죄의 객체인 ‘재물’로 보았는지 아니면 ‘재산상 이익’으로 보았는지에 대하여 구체적 적시가 없는 상태에서 각각 정보통신망법 위반죄와 형법상 컴퓨터사용사기죄를 적용하고 있다. 정보통신망법 위반죄를 적용한 판례는 아이템을 정보나 또는 그 일종으로 이해한 것이고, 형법상 컴퓨터사용사기죄를 적용한 판례는 재산상 이익의 일종으로 이해한 것으로 추정된다.

판례가 행위의 태양이 동일한 사실관계에 대하여 동일한 법률을 적용하지 않고 형법과 정보통신망법에서 각각 다르게 적용하고 있거나 또는 동일한 법률(정보통신망법)을 적용하면서도 각각 다른 조항을 적용하고 있다는 것은 어떠한 형태

든 아이템 절취행위에 대한 통일적 법이론을 정립하지 못하고 있다는 반증이다. 분명한 것은 아이템의 절도행위에 대하여 절도죄, 횡령죄 등의 죄로 처벌하지 않고 있다는 것이다.

다만 아이템을 현금으로 구입할 것처럼 기망행위를 한 후 아이템만 교부받고 아이템 매입 대금을 지급하지 않는 사안에 대하여 재산상 이익을 취득했다는 이유로 사기죄를 인정한 판례(서울지방법원 2004. 2. 16 선고 2003고단10839 판결)와 폭행·협박으로 아이템을 강취한 사안에서 재산상 이익을 취득했다는 이유로 강도죄를 인정한 판례(서울고등법원 2001. 5. 18 선고 2000노3478 판결)를 비추어 보면, 아이템을 재산죄의 객체인 재산상 이익으로 간주하고 있다는 것만 알 수 있을 뿐이다.

## III. 아이템의 재물성에 대한 재검토

### 1. 아이템의 재물성에 대한 전통적 견해

아이템은 정보로서 유체성설에 의한 ‘유체물’도 아니고, 관리가능성설에 의한 제346조의 관리할 수 있는 ‘동력’도 아니라는 것이 현재의 대세적인 견해(4)이다. 구체적인 근거로서는 아이템은 게임프로그램의 일부분으로써 아이템 자체는 게임프로그램에서 벗어나 별개의 독립된 존재로 존재할 수 없다는 점, 지배할 수도 없으며 계약상 그 소유권도 게임이용자에게 있는 것이 아니라 게임회사에게 있다는 점, 컴퓨터모니터에 ‘형체를 지닌 것’으로 화체되어 사람의 눈에 보일 뿐 그 내용은 정보에 해당하는 것으로서 사람의 오감을 통해 느낄 수 있는 유체물이 아니라는 점 등을 들고 있다.(5)

### 2. 아이템의 재물성에 대한 재검토

#### 2.1 재검토의 필요성

인터넷사용이 일반화되면서 온라인게임은 어린이 또는 청소년을 비롯하여 최근에는 일반인들도 광범위하게 즐기는 산업으로 급격히 성장하였다. 그 폭발적인 확산으로 국내 게임 시장의 규모는 2009년 6조 5,806억 원, 2010년에는 7조 4,312억 원, 2011년에는 8조 8047억 원, 2012년에는 전년 대비 19.6%가 성장한 10조 5,333억 원의 시장규모를 기록할 전망이다.

지금의 추세가 지속될 경우 2013년에는 12조 5,472억 원, 2014년에는 14조 8,558억 원을 기록할 것으로 예상된다. 2011년 국내 전체 게임시장을 분야별로 살펴보면 p.c방 게임 19.5%, 모바일게임 4.8%, 비디오게임 3.0%, 아케이

트게임 0.9%, p.c게임 0.1%임에 비하여, 온라인게임은 70.8%의 높은 점유율을 기록하며 전체 게임시장을 주도하고 있다. 주목할 만한 것은 온라인게임의 점유율이 더욱 강화되는 추세이며, 2013년에는 온라인게임만의 시장규모가 10조 원 대에 진입할 것으로 예상된다는 것이다.[6]

가상공간의 게임시장규모가 전년 대비 20%p 가까이 증가되고 아이템거래액이 10조 원을 상회하는 이유는 무엇일까? 가상공간 내부에 아이템과 같은 고유의 가상자산이 그 자산의 희귀성과 전문화로 상대적 편익을 발생시키고[7] 사람들이 현실의 경제적 이익을 위해 가상세계와 상호작용하기 때문이다.[8] 그것은 일상의 대부분의 영역에서 전통적인 의미에서의 디지털정보가 재산적 가치를 띠게 되면서 확고하게 거대상으로 자리 잡았을 뿐만 아니라 우리사회가 가상의 세상을 현실세계와 융합시키는 유비쿼스트(ubiquitous) 사회화 되어 가고 있다는 것을 말해 준다.

가상상품이나 서비스를 즐기기 위한 수단으로 만들어진 가상공간은 실물경제와 마찬가지로 생산, 분배, 소비과정을 발생시키며 현실세계와 연결된 하나의 시스템[9]이다. 지금까지 알고 있었던 가상공간은 현실공간에서 형성된 온라인 네트워크를 바탕으로 존재하는 세계로서 현실공간을 질적으로 확장한 영역으로서의 또 다른 현실세계인 것이다. 그러므로 현실공간에서 보는 가상공간과 그 가상공간 속에서 행하여지는 행위는 분명히 하나의 사실로 존재하므로 가상공간 존재 자체는 물론이고 가상공간에서 이루어지는 행위도 완전하게 현실공간으로부터 분리된다고는 말할 수 없다.[10] 이제 가상공간은 실존하는 공간은 아니지만 캐릭터들이 각각의 게임이용자들과 함께 활발하게 활동하며 살아가는 부정할 수 없는 실질적인 세계이다. 우리는 디지털사회 속에 살고 있는 것이다.

이처럼 가상공간이 현실화로 변모하면서 우리가 일찍이 알 수 없었던 가상공간의 아이템은 마치 자동차 밖에 없던 세상에 새로운 교통수단인 비행기가 갑자기 나타난 것처럼, 과학기술의 발달에 의하여 새롭게 나타난 또 다른 재화이고, 그것은 형법상 보호할 가치와 필요성이 충분한 시대적 산물로 자리 잡았다. 가상공간의 재물성을 재검토할 필요성이 여기에 있다. 이러한 의미에서 디지털사회에서 형법 제346조의 재물성의 가능한 의미의 확장해석이 요구된다. 만약 아이템에 대한 재물성이 인정된다면 전술한 아이템의 절도행위의 유형은 모두 형법상 절도죄가 성립할 것이다.

형법은 시대적 현실문화와 가치를 반영하여야 한다. 법규정은 제정할 당시의 의미로 해석할 것이 아니라 현재의 의미로 해석해야 한다는 뜻이다. 현실적 범죄행위와 법규범과의 유리를 방지하여야 하기 때문이다. 이처럼 형법이 규정하고

있는 법규정은 형법해석의 출발점이 되는 동시에 허용되는 한계를 정하는 기준이 되기도 한다. 중요한 점은 법규정의 '사실상 의미'가 한계기준이 되는 것이 아니라, 법규정의 '가능한 의미'가 한계기준이 된다는 것이다. 대법원도 '법규정의 가능한 의미'가 허용되는 해석과 금지되는 유추를 구별하는 기준이라는 점을 명시하고 있다(대법원 1994. 12. 20 선고 94도 32결정; 대법원 1997. 3. 20 선고 96도1167 판결). 다만 법규정의 의미내용은 법적 논증과정을 통해야 한다.[11]

이하에서는 아이템이 형법 제346조의 재물에 해당하느냐의 여부에 대하여 가상공간의 특성을 고려하여 가능한 의미확장면에서 검토하고자 한다.

## 2.2 재검토

형법상 아이템이 절도죄 등의 재산에 관한 죄의 객체가 되려면 타인의 재물이어야 한다. 형법 제346조를 관리가능성설의 입장에서 해석한다면 관리가 가능한 유체물 뿐만 아니라 무체물도 동력에 해당할 경우에는 형법상 재물에 포함된다. 아이템은 무체물이라고는 할 수 있겠지만 동력은 분명히 아니므로 결국 아이템이 형법 제346조의 재물에 포함될 수 있느냐의 여부는 아이템의 유체성과 그 관리가능성 그리고 소유권의 귀속여부에 의하여 결정될 것이다.

### 2.2.1 유체성 및 관리가능성

유체물이란 일정한 공간을 차지하고 있음으로써 사람의 감각으로 인식할 수 있는 고체, 액체, 기체 등의 물체를 말한다. 예컨대 어음·수표·상품권·유가증권·에금통장 등은 재물에 해당하지만 이러한 물건에 화체되어 있는 채권이나 청구권 등과 같은 권리는 일정한 공간을 차지하고 있지 않기 때문에 유체물에 해당되지 않는다.[12]

유체성설에 의한 유체물은 '일정한 공간을 차지하는 것'이 중요한 기준척도이다. 현재 우리나라의 학계는 전술하였듯이 아이템의 재물성에 대하여 일반 컴퓨터 프로그램과 마찬가지로 서버컴퓨터의 저장장치에 기록되어진 전자적 신호인 디지털이미지에 불과하다는 이유[13]로 유체물이 아니라는 견해가 통설[14]이다. 즉 아이템은 가상의 형태일 뿐 현실공간에서 일정한 공간을 차지하는 물체가 아니므로 유체물이 아니라는 것이다.

판례도 타인의 컴퓨터에 저장된 파일을 복사하거나 출력해간 사안에 대하여 "컴퓨터 파일은 유체물이나 관리할 수 있는 동력이 아니어서 절도죄가 적용되지 않는다"고 판시(서울지법 형사상소 5부 2001. 7. 18 선고 2001노942 판결)하고, "절도죄의 객체는 관리 가능한 동력을 포함한 재물에 한한다 할 것이고 또 절도죄가 성립하기 위해서는 그 재물의 소유자 기타 점유자의 점유 내지 이용가능성을 배제하고 이를 자신의

점유 하에 배타적으로 이전하는 행위가 있어야만 할 것인바 컴퓨터에 저장되어 있는 정보 그 자체는 유체물이라고 볼 수도 없고, 물질성을 가진 동력도 아니므로 재물이 될 수 없다 할 것이며 또 이를 복사하거나 출력하였다 할지라도 그 정보 자체가 감소하거나 피해자의 점유 및 이용가능성을 감소시키는 것이 아니므로 그 복사나 출력 행위를 가지고 절도죄를 구성한다고 볼 수도 없다”고 판시(대법원 2002. 7. 12 선고 2002도745 판결)하여 일관되게 아이템을 ‘정보’라는 이유로 유체성을 부정하고 있다.

이러한 해석론은 현행 실정법에 근거를 두고 있는 것으로써 인쇄매체시대의 입법과 이에 근거한 전통적인 견해이다.[15] 전통적인 해석론에 의하여 아이템의 유체성이 부정되는 근본적 이유는 가상공간의 독자성과 특수성을 무시하고 현실공간의 기준에 의하여 가상공간을 척도하기 때문이다.

현실공간에서의 유체물은 일정한 공간을 차지하는 물건으로써 오감을 통해 인식할 수 있는 관계로 독립적이다. 또한 지배가능성이 있으며, 배타적인 소유권 및 점유권도 인정되고, 거래에 의한 양도도 가능하며, 사용할수록 감가가 상각되고, 포기하거나 소멸시킬 수도 있는 특성을 지니고 있다. 즉 현실공간에서의 유체물은 독립적 공간점유성, 지배가능성, 소유권, 양도성, 감가상각성, 소멸성 등의 특징을 필요로 한다고 할 수 있다.

이에 반하여 현실공간에서의 관점에서 볼 때 아이템은 디지털코드로 이루어진 디지털이미지에 불과하기 때문에 독립적인 현실공간이 있을 수 없고, 당연히 그로 인하여 지배가능성, 배타적인 소유권 및 점유권도 있을 수 없으며, 양도도 불가능하고, 조각과 변형 및 복사가 용이하기 때문에 감가상각성과 소멸성도 없는 관계로 유체성을 인정하기 어렵다.

그러나 아이템은 가상공간인 온라인게임 내에서만 존재하고 의미를 가지는 것이기는 하지만, 가상공간 내에서는 게임 프로그램과는 구별되는 별개의 개념으로써 디지털이미지를 통하여 일정한 형태모양을 가진 물질로서 가상공간을 독립적으로 차지하고 있는 유체물이다. 또한 현실적으로 거래에 의하여 취득하는 아이템은 자신만이 독자적으로 사용할 수 있으므로 배타적인 소유권과 점유권이 인정되며, 거래를 통하여 타인에게 양도 및 증여 할 수도 있고, 시간이 경과함에 따라 가격이 오르고 내리는 등의 감가도 상각되며, 삭제시켜 포기하거나 소멸시킬 수도 있다. 즉 아이템도 가상공간내서는 현실공간의 유체물처럼 독립적 공간점유성, 지배가능성, 소유권, 양도성, 감가상각성, 소멸성 등의 특징을 충족하고 있는 것이다. 따라서 가상공간 내에서의 아이템은 완전한 독립성·배타성·지배성이 존재하는 유체물로서의 성격을 지니고 있다

고 할 수 있다.

게임이용자들도 현실공간과 가상공간을 불문하고 아이템이나 게임머니 등을 ‘물품’으로 표현하고, 이러한 것들을 현실공간에서의 물건과 마찬가지로 취급하여 ‘사다’, ‘팔다’, ‘얻다’, ‘구하다’, ‘줍다’ 같은 표현을 사용하며[16], 아이템게임머니 등을 몰래 가져가는 행위에 대하여 ‘훔쳤다’라는 용어를 사용하면서 형법상 절도죄가 적용되는 것으로 인식하고 있다.[17] 만약 아이템의 유체성을 인정하지 않아 결과적으로 형법상 재물로 인정하지 않는다면 법과 현실인식과의 유리현상이 발생한다.

위와 같은 가상공간의 특성과 게임이용자들의 아이템 거래 현실과 인식을 고려하여 확장해석에 의한다면 아이템은 제 346조의 유체물에 포함될 수 있다고 보아야 한다.

한편 아이템이 재물의 성격을 인정받으려면 관리가 가능하여야 한다. 관리가 가능하다는 것은 통제가능성을 의미하고 [18] 통제가능성은 물건을 사용, 수익, 처분하여 권리의 객체가 될 수 있다는 것을 의미한다. 반대로 통제할 수 없는 물건은 사용, 수익, 처분할 수 없으므로 권리의 객체가 될 수 없다. 현실공간의 관점에서 보면 가상공간의 아이템은 서버내에서만 이용가능하고 다른 이용자에게의 이전도 서버내의 어느 레스의 변화에 불과하므로 현실공간의 물건처럼 관리가능성을 인정할 수 없을 것이다.

그러나 가상공간의 관점에서의 아이템은 서버에 로그인함으로써 재생되기 때문에 게임이용자가 언제든지 확인가능하며, 로그아웃함으로써 자기의 계정에 저장시켜 언제든지 재사용할 수 있다. 예컨대 오늘 게임하다가 획득한 아이템을 자기의 계정에 저장시켜 놓고 내일 다시 로그인하여 오늘 저장해 놓은 아이템을 다시 사용할 수 있다. 또한 일반 파일처럼 타인이 마음대로 복사하여 사용할 수 없을 뿐만 아니라 게임 중에 현실공간의 물건처럼 게임이용자가 자유롭게 사용하면서 취하기도 하고, 버리기도 하며, 저장하기도 하고, 마음대로 움직이기도 하고, 다른 사람에게 양도, 매매 등의 행위를 하면서 사용, 수익, 처분행위도 할 수도 있다. 가상공간내이지만 게임이용자는 얼마든지 자유롭게 아이템을 관리할 수 있는 것이다.

## 2.2.2 소유권

아이템의 재물성이 성립되려면 유체성 및 관리가능성과 함께 재산에 관한 죄의 보호법익인 소유권이 인정되어야 한다. 타인의 소유권을 침해하지 않으면 절도죄 등과 같은 재산에 관한 죄가 성립되지 않기 때문이다.

엔씨소프트 게임이용약관 제15조 제1항에 의하면 게임회사는 게임회사가 제공하는 프로그램, 부수물(디자인, 애니메

이션, 이미지, 음악, 시나리오 등) 및 가상자산(캐릭터, 아이템, 게임머니, N포인트 등)에 대한 소유권, 저작권, 상표권 등 모든 권리를 소유하고, 개별게임약관인 리니지게임이용약관 제14조 제10항 제11호에서는 계정, 캐릭터, 아이템 등을 유상으로 매매하는 행위를 금지하고 있다(2012년 12월 20일 방문). 위 약관에 의하면 게임이용자는 민법상 단순히 게임회사와 게임이용계약을 맺는 것에 불과하므로 단지 아이템을 이용할 수 있는 권한만 가질 뿐이다. 약관상의 내용으로는 아이템은 게임회사가 보유하고 있는 서버의 프로그램이므로 그 소유권자는 서버의 소유자인 게임회사라고 할 수 있다. 그러나 다음과 같은 이유에서 아이템의 소유권은 게임이용자에게 귀속된다고 본다.

첫째 게임이용자가 아이템을 취득하는 경우는 게임회사로부터 직접 구입하는 경우와, 게임회사가 게임의 흥미를 위하여 아이템을 가상공간에 흘릴 때 획득하는 경우가 있는데-전자는 게임이용자가 게임회사로부터 유상으로 매입하는 경우이고, 후자는 게임 내에서 게임이용자를 표상하는 캐릭터가 가상의 세계에서 사냥, 전투, 동맹 등의 활동을 수행하는 과정에서 아이템을 무상으로 획득하는 것을 말한다-게임회사가 게임약관에 의하여 원칙적으로 아이템의 소유권을 가지고 있다고 하더라도 게임회사가 특정한 아이템을 게임이용자에게 직접 유상으로 판매하거나 또는 게임회사 약관에 의하여 게임회사가 가상공간에 흘려놓은 아이템을 게임이용자가 무상으로 획득하는 경우에는 게임이용자에게 아이템의 소유권이 귀속되는 것으로 보아야 한다. 게임회사가 유상으로 아이템을 게임이용자에게 판매하는 행위는 소유권을 넘겨주는 민법상의 매매행위이고, 가상공간에 무상으로 흘려놓은 아이템은 게임회사 자신이 자유로운 의사에 의하여 아이템의 소유권을 포기한 것이므로 무주물이 되고 결국 무주물은 선점한 자가 민법 제252조 제1항에 의하여 소유권을 취득하기 때문이다. 실지 위의 두 가지 방법으로 게임이용자가 게임 중에 획득한 아이템은 프로그램에 의하여 게임이용자의 계정으로 자동으로 귀속되어 당해 게임이용자만 배타적인 지배권과 사용권을 행사하며 또한 게임회사도 게임이 끝났다고 하여 이들 아이템을 다시 회수하지도 않는다.

둘째 아이템의 소유권 귀속에 대한 명확한 판례는 안보이지만 게임머니인 아텐에 관한 다음의 두 판례를 보면 아이템 소유권의 귀속여부를 간접적으로 추정해 볼 수 있다.

판례1 : 리니지게임에서 사용하는 게임머니인 아텐을 마일리지 또는 현금으로 환전해 준 사안에서, 제1심 판결(부산지법 2008. 12. 24 선고 2008고정1584 판결)은 유죄를 인정하였으나, 제2심 판결(부산지법 2009. 7. 3 선고 2009노99

판결)은 게임산업진흥에 관한 법률 시행령 제18조의3의 “배팅 또는 배당의 수단이 되거나 우연적인 방법으로 획득된 게임머니(1호), 제1호에서 정하는 게임머니의 대체교환대상이 된 게임머니 또는 아이템(2호), 게임제작업자의 컴퓨터프로그램을 복제, 개작, 해킹 등을 하거나 게임물의 비정상적인 이용을 통하여 생산획득한 게임머니 또는 아이템(3호)” 등이 아니고, 게임이용자들이 노력이나 실력에 의하여 획득한 게임머니에 대해서는 동법 제32조 제1항 제7호의 환전금지대상이 아니라는 이유로 무죄를 선고하였고, 대법원도 원심을 확정했다(대법원 2009. 12. 24 선고 2009도7237/2009도7238 판결).

판례2 : 온라인게임 리니지에 필요한 게임머니인 아텐을 계속적·반복적으로 판매하고도 부가가치세를 납부하지 않아 세무관청이 부과처분을 한 사안에서, “게임머니는 구 부가가치세법상의 재화에 해당하고, 게임머니 매도거래는 재화의 공급에 해당하며, 부가가치를 창출해 낼 수 있는 정도의 사업형태를 갖추고 계속적이고 반복적인 의사로 재화인 게임머니를 게임이용자에게 공급하였다고 봄이 타당하므로 구 부가가치세법상의 사업자에 해당한다”고 보아 부가가치세 부과처분이 적법하다고 판시(대법원 2012.4.13 선고 2011두30281 판결)하였다.

위의 첫 번째 대법원 판례는 MMORPG(대규모 다중 사용자 온라인 롤 플레이 게임)로 획득한 게임머니는 게임 내에서 자동사냥프로그램 등과 같은 비정상적인 방법을 통하여 획득한 게임머니가 아니고 정상적으로 획득한 것이라고 한다면, 그 게임의 성질상 ‘우연적인 방법’으로 획득한 것이 아니므로 환전이 가능하다는 것을 인정한 것으로 분석되고(18), 두 번째 대법원 판례는 게임이용자가 게임머니를 사업성을 갖추어 판매한 행위에 대하여 부가가치세 납부대상으로 인정한 것으로 분석된다.

양 판례에서 게임머니인 아텐의 소유권이 게임이용자에게 있다고 명시적으로 밝히지는 않고 있으나 게임이용자들의 환전거래를 제한적으로 허용하고, 게임회사가 아닌 아텐 판매자에게 부가가치세를 부과하고 있는 것으로 볼 때 게임회사가 아닌 게임이용자들에게 소유권을 인정하는 것으로 추정할 수 있다. 만약 게임머니의 소유권이 게임회사에 있다면 게임이용자들간의 환전거래는 원칙적으로 불가능하며, 세금부과도 게임회사 앞으로 부과되어야 하기 때문이다. 이에 비추어 볼 때 아텐과 성격이 동일한 아이템을 정상적인 방법으로 취득한 게임이용자에게 소유권이 있다고 추정할 수 있다.

셋째 형법에 의한 재산권과 민법에 의한 재산권이 반드시 일치해야 할 필요는 없으며 형법의 독자적인 법리에서 판단되

어야 한다. 아이템 매매행위는 게임약관에 의한 민법상 계약 위반은 분명하지만, 이미 우리사회에서 문화가치로서 확고하게 자리 잡았고 이에 따라 아이템을 개인적 재산이라고 사회적으로 용인하고 있는 현실을 고려한다면 형법상 사회질서에 위협을 야기할 정도의 반사회적 행위라고는 볼 수 없다.

즉 광범위하게 아이템거래행위가 발생하고 있고, 게임이용자들도 아이템의 소유권이 자신들에게 있는 것으로 인식하고 있는 사회적 현실에서 민법상 허용되지 않는 행위라고 하여 형법상 허용되지 않는 행위라고는 할 수 없으므로 게임이용자에게 아이템에 대한 소유권이 있는 것으로 인정하여야 한다.

#### IV. 결론

현 시대는 디지털 시대이다. 디지털 시대는 앞으로 더욱 발전해 나갈 것이다. 그에 따라 아날로그시대의 재화는 담보 상태에 머물겠지만, 디지털시대의 재화는 예측이 불가능할 정도로 새롭게 진화하며 경제활동의 핵심이 될 것으로 예측된다. 비록 현실공간은 아니지만 가상공간인 온라인게임산업은 잠재력이 매우 큰 차세대 성장동력으로써 그 자체가 지적 산물으로써 고부가가치를 생산하는 산업이다. 그 중에서도 아이템거래는 온라인게임산업에서 가장 큰 고부가가치산업이다. 그렇지만 그 거래량과 발전속도에 비례하여 범죄행위도 증가하고 있다는 부정적 측면도 숨길 수 없는 사실이다.

현실의 실정이 이러한에도 불구하고 형법 제346조는 아날로그시대에 머물러 있다. 동일하거나 매우 유사한 범죄유형에 대하여 어느 한 법에서 통일적으로 규제하지 못하고 형법, 정보통신망법, 주민등록법 제37조 제1호 등에서 옥상옥처럼 규제하고 있다는 점이 이를 반증한다. 엄밀히 본다면 이러한 법체계 없는 처벌현상이 유추해석에 기인한다고 할 수도 있을 것이다.

결과적으로 가상공간의 특성을 고려하지 않고 가상공간의 아이템 같은 재화를 재물로 인정하지 않기 때문에 발생하는 현상이다. 현실세계 속에서 매우 중요하게 인식되는 것임에도 불구하고 단지 가상공간에서 이루어진다는 이유로 가상공간의 침해를 등한시 하는 것은 법정신을 회피하는 것이다. 형법 제346조의 재물성의 재검토가 필요한 이유이다. 그러므로 형법 제346조를 관리가능성설에 따라 현실에 맞게 재물의 개념의 폭을 가상공간으로 확장하여 해석할 필요가 있다. 이에 대하여 어떤 법으로든 실정법으로 처벌만 하면 된다는 주장도 있을 수 있겠으나 대국민 법률인지 면에서 일반법에 의한 규제와 특별법에 의한 규제는 일반예방의 효과가 다르며, 죄형균형도 이루어져야 하며, 구성요건에 충실하고 적정성의 원칙에도 부합해

야 하므로 인권보호상 그렇게 할 수는 없는 것이다.

이러한 의미에서 전통적인 재물개념은 디지털시대의 시각에서 변화하여야 한다면서 형법 제346조를 “본장의 죄에 있어서 재물은 유체물, 관리할 수 있는 동력, 전파, 레이저, 광선에너지 그리고 전자형태로 된 아이템 및 정보문서를 포함한다”라고 하여 재물의 범주를 열거주의로 규정하지는 견해<sup>[19]</sup>는 설득력이 있다고 생각한다. 그러나 열거주의의 단점은 구성요건에 열거되지 않은 새로운 대상이 나타날 경우에 그 포섭여부를 둘러싸고 탄력적으로 대응하지 못하고 유추해석이 적용될 가능성이 있다는 것이다.

따라서 시대의 변화에 맞게 법해석에 맡길 수 있도록 “본장에 있어서 재물은 유체물 및 관리할 수 있는 무체물을 포함한다”라고 하여 재물의 범주를 예시규정으로 하자는 견해<sup>[20]</sup>가 법문언상 더 타당하다고 생각한다. 다만 내용적으로 차이가 없으나 관리가능성에 중점을 두기 위하여 “본장에 있어서 재물은 관리할 수 있는 유체물 및 무체물을 포함한다”라고 규정하여 디지털시대의 새로운 재산범죄의 출현에 대비할 것을 제안한다.

결론적으로 특별법에 의한 옥상옥의 체계가 아닌 일반예방적 차원에서 일반법인 형법에서 아이템의 재물성을 인정하여 시대적 범죄인 디지털재산범죄를 통일적으로 규제할 필요가 있다.

#### 참고문헌

- [1] Chang, Jae-Ok, “Legal Issue of Real Money Tread in Online Game Items”, CHUNG-ANG LAW REVIEW Vol. 9 No. 2, August, Chung-Ang Law Association, p. 394, 2007.
- [2] Chio, Ho-Jin, “Criminal Law Interpretation way of Online Game Item”, Korean Criminological Review Vol. 22 No. 4, Korean Institute of Criminology, p. 38, winter 2011.
- [3] Tak, Hee-Sung, “A Study on Virtual Property as an Object of Property Crime - Online Game Item and Cyber Money” Korean Criminological Review Vol. 16 No. 2, Korean Institute of Criminology, p. 146, summer 2005.
- [4] Oh, Young-kun, “Special part of Criminal Law”, Pakyoungsa, p. 294, 2009.
- [5] Jung, Hae-Sang, “The Legal Theory of Transaction in Game - Item on Internet”,

CHUNG-ANG LAW REVIEW Vol. 5 No. 3, Chung-Ang Law Association, p. 263, 2003.

[6] 2012 White paper on Korean Games, Korea Creative Contents Agency(www. kocca.kr ; 2012. 11. 27 visite).

[7] Yoo, Byung-Joon , Doo, Hyun-Myung , “Virtual Economy Typology-Focus on Online Game” , Journal of Korea Game Society Vol. 9 No. 3, Korea Game Society, p. 45, 2009.

[8] Lee, Jung-Hoon, “The Case of Game Items Real Money Trading and Criminal Issues and Prospect” CHUNG-ANG LAW REVIEW Vol. 12 No. 2, Chung-Ang Law Association, p. 67, June. 2010.

[9] Yoo, Byung-Joon , Doo, Hyun-Myung, op. cit., p. 45.

[10] Tak, Hee-Sung, op. cit., pp. 151-152.

[11] Yang, Chun-Soo, “Sinnschöpfende estensive Auslegung -Aus rechtstheoretischer Sicht-”, Anam Law Review Vol. 37, Association of Anam Law, pp.372-373, 2012.

[12] Bae, Jong-Dae, “Special part of Criminal Law”, Hongmoonsa, p. 356, 2010.

[13] Chang, Jae-Ok, op. cit., p. 400.

[14] Lee, Jae-Sang, “Special part of Criminal Law”, Pakyoungsa, p. 254, 2012.

[15] Ha, Tae-Young, “Die Entwicklung der Diskussion um den “Sachbegriff” im koreanischen Strafrecht”, Korean Journal of Comparative Criminal Law Vol. 5 No. 2, Korean Association of Comparative Criminal Law, p. 297, 2003.

[16] Kim, Hyeon-Sook, “Cyberspace and Reconstruction of the Concept About Property in the Criminal Act” , Korean Journal of Comparative Criminal Law Vol. 12 No. 1, Korean Association of Comparative Criminal Law, p. 166, 2010.

[17] Lee, Jung-Hoon, “A Study on the Criminal Responsibility of Electronic Theft” CHUNG-ANG LAW REVIEW Vol. 10 No. 2, Chung-Ang Law Association, p. 147, August. 2008.

[18] Kwon, Oh-Geol, “Special part of Criminal Law”, Hyungseulchulpansa, p. 243, 2009.

[19] Ha, Tae-Young, op. cit., p. 318.

[20] Kim, Hyeon-Sook, op. cit., p. 172.

## 저 자 소 개

### 유인창



1988 : 청주대학교  
법학과 법학사

1992 : 청주대학교  
법학과 법학석사

1988 : 청주대학교  
법학과 법학박사

현 재 : 중부대학교 경찰행정학과  
부교수

관심분야 : 사이버범죄에 대한  
형법적 대응

E-Mail : cosmos@joongbu.ac.kr