



소프트웨어 유료 서비스 규제정책의 구조와 한계*

: 게임소프트웨어를 중심으로

김 윤 명**

| 국문 요약 |

소프트웨어는 산업이자 문화적 소산이다. 소프트웨어를 산업적으로 사용한다고 하더라도 그 가치는 인간을 위한 것이며 궁극적으로는 인류를 위한 것이기 때문이다. 이러한 맥락에서 SW규제에 대해 조망해 본다. 온라인으로 제공되는 게임소프트웨어에 대한 섯다운과 같이 그 수단의 적정성이 확보되지 못한 행위는 목적의 정당성을 훼손하게 된다. 정책당국도 정책을 수립하거나 집행함에 있어 수혜(受惠)가 아닌 균형(均衡)을 통해 가치를 높이는 것에 있음을 이해할 필요가 있다. 또한 새로운 SW가 만들어질 수 있도록 생태계의 지속가능성을 염두에 두어야 한다. 1980년대 한미통상협정에 따라 지식재산권법이 강화이후에도 정품을 이용하는 문화의 형성과 아울러, 불법복제를 통한 문화향유도 또한 기능했다. 그 결과 90년대를 넘어서면서 융숭(隆崇)한 문화가 꽃피우게 되는 효과를 얻게 되었다. 불법복제가 좋은 것이 아니라 문화적 향유(享有)가 새로운 문화적 토대를 만들었다는 점을 주목할 필요가 있다. 이처럼 소프트웨어에 있어서도 규제보다는 다양한 문화적 산물이 태생할 수 있는 생태계의 조성이 중요한 이유이다.

주제어 : 소프트웨어, 게임 소프트웨어, 유료 소프트웨어 서비스, 규제정책, 문화, 섯다운제도

〈 차 례 〉

- I. 서론 - 문제 제기
- II. SW 유료 서비스의 구조
- III. 서비스 규제의 구조 및 내용
- IV. SW에 대한 규제 정당성은 확보될 수 있는가?
- V. 프레임의 재구성을 통한 문화적 접근
- VI. 결 론

I. 서론 - 문제 제기

소프트웨어(이하 ‘SW’라 함)는 우리 일상을 변화시키고 있다. SW는 IT산업의 핵심 요소이며 다양한 산업 및 기술과 융합하면서 그 가치를 높이고 있다. SW는 전통적으로 패키지 SW, 임베디드 SW로 나뉘지만, 인터넷과 융합되면서 새롭게 등장한 클라우드 컴퓨팅 환경에서의 SW서비스를 들 수 있다. 특히 게임과 같은 전통적인 영상콘텐츠와 정보통신망이 융합되면서 등장한 온라인게임으로서 게임 SW가 한 유형으로 자리매김하고 있다.

이처럼 산업과 서비스가 고도화되면서 다양한 법적 쟁점(issue)이 발생하게 된다. SW분야의 대표적인 규제는 인터넷 실명제, 게임 셋다운제, OSP(online service provider)에 대한 삼진아웃제 등을 들 수 있다. 물론 이와 같은 규제의 필요성이 제기된 많은 원인과 문제가 있었을 것이다. 왜냐하면 규제도 정부가 추진한 정책의 일환이기 때문이다. 더욱이 정부규제는 사업자에 의한 시장 실패(market failure)에 대한 용인으로 이해되며 더욱이 규제정책의 목적 정당성이 승인되는 경우에는 사업자에 대한 규제가 강화될 수밖에 없다. 이와 더불어, 시장에서 소비자의 정보력에 대한 비대칭이 규제정책을 용인하는 하나의 사유가 될 수 있다.¹⁾ 일례로, 최근 SW의 경우 대표적으로 게임을 진행하면서 유료로 구입하는 ‘확률형 아이템’²⁾에 대한 정부의 규제 개입 가능성을 들 수 있다. 확률에 대한 정보를 이용자가 확보할 수 없기 때문에 정부는 이에 대한 규제개입을 예고하였고,³⁾ 결과적으로 게임사업자들은 자율규제

* 본 논문은 소프트웨어정책연구소에서 수행 중인 “게임SW산업 진흥을 위한 규제개선 방안 연구”의 일부 내용을 한국게임법과정학회 세미나(2015.10)에서 발표한 후에 수정·보완하였음을 밝힙니다. 아울러, 본 논문을 정성스럽게 심사해주신 심사위원분들께 감사드립니다.

** 소프트웨어정책연구소 선임연구원 / 법학박사.

(투고일자 : 2015.11.10, 심사일자 : 2015.12.17, 게재확정일자 : 2015.12.17.)

- 1) 이희정, “인터넷상 부가서비스 규제에 대한 일고”, 『경제규제와 법』 제8권 제1호(2015.5), 148면.
- 2) “원래 뽑기의 원조격인 일본의 가차도 빠짱꼬를 연구하는 과정에서 나온 결과물일 정도로 뽑기 시스템은 기본적인 사행성을 가진다. 그런데 그마저도 확률 자체가 극도로 낮거나 밸런스를 위해 수시로 확률을 바꾼다면, 유저들에 대한 일종의 기만행위가 될 수도 있다”고 한다. 김두일, 『중국 모바일 게임시장 이렇게 공략하라』, 에이콘, 2015, 189면.
- 3) 규제 개입의 단초는 정우택의원이 발의한 게임산업진흥에 관한 법률 일부 개정안이었다(의안번호 1914215호, 2015.3.9.일자). 동 법안의 입법 취지는 “온라인 게임과 모바일 게임에서

형식을 빌어 아이템 구매 과정에 이용자가 확인할 수 있도록 확률을 표기하게 이르렀다. 이러한 방식은 준 강제적인 형태이지만 결과적으로 법적 강제가 아닌 사업자의 자율에 의해 해결된 사례로 이해될 수 있다.

SW와 관련된 일련의 규제정책의 결과로써 나타나고 있는 현상이 게임 개발인력의 이탈이 작지 않게 이루어지고 있다는 것이다. SW규제 구조는 사업자에게 상당한 부담으로 작용하게 될 것이다. 이런 면에서 볼 때 Google, Facebook, Amazon, 애플 등 세계적으로 경쟁력 있는 SW기업에서는 SW개발자의 확보가 국가적 아젠다가 되고있지만 우리나라는 글로벌 정책과 달리 부처간 정책 괴리(乖離)가 작지 않음을 알 수 있다.⁴⁾ 물론 게임 관련 규제가 특정 부처에서 추진되고 있는 것으로 보이지만 창의성을 주된 요소로 하는 SW분야에서 접근 차단이 이루어지고 있다는 점은 국제사회에서 논란거리가 될 수 있다.

이러한 규제정책이 이루어지는 큰 이유는 SW에 대한 가치를 제대로 인식하지 못하고 있는 정책당국의 인식이라고 볼 수 있다. SW에 대한 경제적 가치이외에 문화적 가치도 또한 중요하다. 개발된 SW는 그 자체가 문화이며, 또한 SW를 활용하는 것도 문화이며 그 활용을 토대로 새로운 문화를 만들어낼 수 있다는 점에서 그러하다. 이러한 영향에 대한 고려 없이 규제의 정당성만 확보하고자 하는 정책당국의 한계가 섞여있다는 점에서 문제가 아닐 수 없다.

정부의 규제는 결과적으로 사회문화 전반적인 후퇴가 이루어질 것으로 예측된다. 다양한 문화 경험이 새로운 문화를 창조하는 무형적 기반이 될 수 있음에도 불구하고, 이러한 문화의 단편적인 경험은 다양성을 확보하기 어렵다는 점도 한계가 될 것이다.

는 일정 금액을 투입할 경우 다양한 보상을 주는 등 우연적 요소가 강한 확률형 아이템을 판매하고 있는데 게임물의 지나친 과소비를 방지하기 위해서는 적절한 규제조치의 도입이 필요하다는 지적이 있음. 이에 게임물의 이용을 통하여 획득할 수 있는 점수경품·게임 내에서 사용되는 가상의 게임머니 등의 유무형의 결과물의 종류·구성비율 및 획득확률 등에 관한 정보가 게임물내용정보에 포함되도록 정의규정을 보완하여 게임물의 유통 및 등급표시 등에 반영되도록 함으로써 확률형 아이템 판매 게임물이 건전한 게임물로 이용되게 하려는 것임”이라고 밝히고 있다.

- 4) 2014년 SW중심사회 실현전략에서 정부는 SW교육을 정규 교육과정에 포함시키기로 하였으며, 2015년 9월 교육과정 개정안을 고시한 바 있다. 중학교의 경우 2018년부터 정보과학 과목에서 SW코딩을 교육받게 된다.

II. SW 유료 서비스의 구조

1. SW의 의의

SW란 단순히 컴퓨터라는 HW자원을 이용할 수 있는 지시 또는 명령의 집합으로 이해된다. 법률에서는 SW 내지 컴퓨터프로그램으로 칭하여지고 있는데, SW산업진흥법 및 저작권법에서는 거의 유사하게 정의되어 있다. 먼저 SW산업진흥법에서는 SW를 “컴퓨터, 통신, 자동화 등의 장비와 그 주변장치에 대하여 명령·제어·입력·처리·저장·출력·상호작용이 가능하게 하는 지시·명령(음성이나 영상 정보 등을 포함한다)의 집합”과 이를 작성하기 위하여 사용된 기술서(記述書)나 그 밖의 관련 자료로 정의하고 있다. 저작권법에서는 SW 대신 “컴퓨터프로그램 저작물”을 정의하고 있다. 이는 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리 능력을 가진 장치 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물로 정의하고 있다.

게임SW는 직접적으로는 게임에 관한 특별법인 게임산업진흥에 관한 법률(이하 ‘게임산업법’이라 함)의 적용을 받는다. 동법에서는 게임을 “컴퓨터프로그램 등 정보처리 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 장치”로 정의하고 있다. 다만, 정책적으로 사행성게임물, 관광진흥법 제3조의 규정에 의한 관광사업의 규율대상이 되는 것, 게임물과 게임물이 아닌 것이 혼재되어 있는 것으로서 문화체육관광부장관이 정하여 고시하는 것 등 몇 가지 유형에 대해서는 게임물로 간주하지 않는다는 단서를 두고 있다. 게임산업법상 게임물은 SW와의 개념과는 다르게 정의 내리고 있는데, 이는 영상물을 전제로 하는 구조적 정의를 내리고 있는 것으로 보인다. 실제 영상물이 아닌 게임물도 있기 때문에 게임산업법의 적용을 받는 디지털 형태의 게임물은 상대적으로 협소하다.

SW는 다양한 분야에서 SW와 서비스, 또는 HW 자원이 상호 융합되는 추세이다. SW도 그 자체로서 의미를 가질 수 있으나 다양한 HW와 융합하거나 결합함으로써 새로운 틀을 만들어가기도 한다. 대표적으로 임베디드 SW를 들 수 있다. 임베디드 SW는 개발계약에 따라 도메인(domain knowledge)에 특화된 형태의 SW

를 납품하는 구조이기 때문에 일반 공중을 위한 형태의 SW와는 그 차이가 있다.

SW는 그 자체(itself) 및 서비스의 융합으로서 그 가치를 발휘하고 있으며, 게임 SW는 영상콘텐츠와 SW가 결합된 SW서비스화가 이루어지고 있는 분야이다.

2. 유료 서비스

SW에 있어서 유료 서비스는 다양하게 실례를 찾을 수 있다. 아래아한글(HWP)과 같은 워드프로세서, 오라클과 같은 DBMS 패키지 형태의 SW를 들 수 있으며, 네이버에서 제공하는 클라우드N이나 에버노트와 같은 클라우드 서비스(cloud service)를 들 수 있다.⁵⁾ 물론 윈도우, 안드로이드, iOS와 같은 응용프로그램도 SW에 포함된다. 이러한 유료 서비스 방식은 오프라인이나 인터넷을 통해 이용에 제공되고 있다.

유료 SW서비스는 주로 인터넷 접속을 통한 클라우드 서비스 방식으로 이루어진다. 접속은 개발자에게 또는 제공자에게 발생하는 비용이 상대적으로 작다. 물리적인 매체를 통해 제공하는 것이 아닌 온라인으로 제공하는 방식이기 때문이다. 이러한 방식은 또한 관리비용이 상대적으로 저렴하며, 빅데이터(big data) 분석을 통해 이용자의 이용행태 등을 확인할 수 있기 때문에 행태 정보를 활용할 수 있다는 점에서 다양한 비즈니스 모델을 설계할 수 있는 장점이 있다.

접속(access)이라는 패러다임에서 볼 때, SW는 구매 방식이 아닌 일정 조건에 따른 이용허락인 라이선스 방식으로 이용에 제공되고 있는 추세이다. SaaS(SW as a Service)와 같은 클라우드 컴퓨팅이 대표적인 서비스 방식이다. 물론, 클라우드 컴퓨팅의 경우도 무료로 제공되는 것도 사실이다. 네이버에서 제공하는 클라우드N드과 같은 웹하드 방식도 여기에 포함될 수 있다.

그렇다면 SW서비스에서 매출을 이끌어내는 유료화의 요인은 무엇일까? 무엇보다도 이용가치에 있다고 본다. 여기에는 재미라는 요소가 포함된다. 게임이 성공할 수 있었던 것은 소비재로써 콘텐츠적 속성을 담고있기 때문이다. SW를 이용

5) 클라우드컴퓨팅 발전 및 이용자 보호에 관한 법률에서는 클라우드컴퓨팅서비스를 “클라우드컴퓨팅을 활용하여 상용(商用)으로 타인에게 정보통신자원을 제공하는 서비스로서 대통령령으로 정하는 것”으로 정의하고 있으며, 대통령령으로 정하는 것에는 1. 서버, 저장장치, 네트워크 등을 제공하는 서비스2. 응용프로그램 등 소프트웨어를 제공하는 서비스3. 응용프로그램 등 소프트웨어의 개발·배포·운영·관리 등을 위한 환경을 제공하는 서비스4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 서비스를 둘 이상 복합하는 서비스가 포함된다.

하여 보다 나은 가치를 만들어낼 수 있거나 여가를 통해서 삶의 가치를 높일 수 있다면 시장에서 성공할 수 있다. 다만, 이와 별개로 불법복제의 가능성은 언제나 있기 때문에 이에 대한 대응전략도 유료화의 중요한 요인이었다. 불법복제의 한계를 극복하며 유료화에서 성공한 사례는 온라인 게임SW를 들 수 있다.⁶⁾ 전통적인 패키지 형태의 SW에서는 저장매체를 통한 불법복제가 쉽게 이루어져왔지만, 온라인게임은 계정 자체의 라이선스를 통해서 이용하는 구조이기 때문에 불법복제가 사실상 어려워 유료화에 성공할 수 있었다. 다만, 퍼블리싱 계약 과정에서 퍼블리셔(publisher)의 과실로 인하여 서버용 게임SW가 유출됨으로 인하여 불법복제가 발생하는 경우도 종종 있어왔다.⁷⁾

이처럼 게임SW는 접속 계정의 관리가 가능하여 접속이 되지 않으면 이용할 수 없기 때문에 정기적인 수익을 가져올 수 있었다. 더 나아가 정액제 이외에 아이템 등을 활용한 다양한 비즈니스 모델을 결부함으로써 간접충진과 같은 방식으로 유료화의 확대를 가져올 수 있었다. 애플이나 구글의 오픈마켓을 통한 게임이용이 활성화됨으로써 게임SW에서 인앱결제(inapp purchase) 방식이 새로운 수익창출의 기반이 되고 있다. 게임 자체는 무료로 제공하면서 게임을 이용하는 과정에서 아이템을 판매하여 수익을 발생시키는 것이다. 초기 게임사업자는 월정액의 안정적인 수익창출을 선호하였으나 게임운영 노하우와 소비자의 소비 패턴을 파악한 후에는 다양한 아이템의 판매가 정액제보다 높은 수익을 창출하고 있다. 이러한 수익창출은 때론 이용자의 과소비를 조장할 수 있다는 비판에 직면하게 된다.⁸⁾

3. SW플랫폼화

그동안 검색에 충실하였던 네이버나 구글과 같은 플랫폼(platform⁹⁾)의 기능은

-
- 6) 배영, “온라인 게임의 사회적 의미와 공적 규제에 대한 일고찰”, 『사회과학논총』 제14집 (2011), 133면.
- 7) 사설서버의 경우는 퍼블리셔에 대한 계약 위반 내지 저작권 침해 책임으로 대응할 수 있을 것이다.
- 8) 반면, 유료화는 사업자의 수익창출과 이용자의 이용가치에 차이가 올 수 있기 때문에 비즈니스에서는 문제가 발생하기도 한다. Google play와 같은 오픈마켓에서 이루어지는 결제 오류나 결제 취소에 따른 시간차를 이용하여 아이템 등을 이용한 후에 이를 환불하지 못하는 매커니즘을 이용하여 사업자에게 손해를 끼치는 사례가 발생하기도 한다.

검색 사이트로서의 역할을 넘어서고 있다. 블로그나 카페 등 이용자에게 공간을 제공하는 OSP의 역할을 넘어 이용자가 필요로 하는 다양한 SW서비스를 제공함으로써 SW플랫폼화 되고 있다.¹⁰⁾ 플랫폼화는 다양한 이용자를 기반으로 하기 때문에 이를 통한 서비스 확장이 가능하며, 여기에 더해 프리미엄 서비스를 제공함으로써 유료 서비스로의 전환이 어렵지 않다. 카카오의 메신저 기반 플랫폼은 ‘게임하기’라는 프리미엄 서비스와 연계되어 성공한 대표적인 유료 서비스이다. 최근에는 핀테크(fintech)와 맞물려 용이한 결제수단이 결합됨으로써 유료 서비스의 성장세는 이어갈 것으로 생각된다.

게이트웨이(gateway)의 역할을 하는 플랫폼은 내부에서 이루어지는 법적 쟁점에 대한 책임을 묻기가 쉽기 때문에 규제당국은 플랫폼 사업자에게 과도한 의무를 부담시키고 있다. 이러한 점에서 “국내 판례는 외국의 입법례 및 판례 동향에 비추어 볼 때에도 지나치게 인터넷서비스제공자에게 검열과 감시 내지 사전 삭제 등의 과도한 주의의무를 부과해서 결과적으로 정보의 유통과 자유로운 표현을 위축시키고 인터넷 산업의 국제적인 경쟁력을 떨어뜨리는 것이 아닌가 하는 우려가 제기된다”¹¹⁾고 지적된다. 만약 이러한 의무를 이행하지 않을 경우에는 법적 책임을 지므로 강행규정의 성격을 갖는다.

III. 서비스 규제의 구조 및 내용

1. 서비스 규제의 구조

1) 제작자의 제작

SW를 기획할 때에 다양한 쟁점에 대한 검토를 진행하게 된다. 예를 들면, 클

9) 플랫폼은 “다른 어플리케이션이나 콘텐츠가 그 위에서 구현될 수 있도록 하는 일종의 기반 소프트웨어”라고 한다. 김성철 외, 「ICT 생태계」, 커뮤니케이션북스, 2014, 190면.

10) 물론 SW플랫폼도 SW의 구조이기 때문에 SW의 한 유형으로 볼 수 있다.

11) 정상조, “인터넷 산업의 발전과 규제”, 「저스티스」 통권 제121호(2010.12), 787면.

라우드 서비스를 추진할 때 링크 방식으로 클라우드 서버에 탑재된 콘텐츠가 제 3자에게 제공되는 경우 이에 대한 위법성 여부의 검토를 들 수 있다. 실제 링크 자체는 저작물을 복제하거나 전송하는 것이 아니기 때문에 저작권 침해라고 보기 어렵다는 것이 대법원의 일관된 판단이기도 하다.¹²⁾

기획 단계에서의 SW서비스에 대한 검토가 요구되기도 한다. 또한, 오픈소스를 이용할 경우에 해당 오픈소스가 GPL 등의 라이선스에 위배되는 것은 없는지에 대한 정책적 검토(compliance)를 받아야 한다. 만약 정책적 검토 없이 GPL을 위반하여 사용된 경우라면 소송 등 당사자가 될 수 있기 때문에 SW의 제작단계에서부터 법률 문제에 대해 검토해야한다.

기획 단계를 지나 개발을 진행하는 경우에도 해당 SW가 담고있는 내용물(contents)이 관련 법률에 위배되는 것은 아닌지에 대한 검토가 요구된다. 만약 특정 콘텐츠나 UX(이용자 경험)가 타인의 권리를 침해하거나 법에서 금지하거나 제한하는 내용으로 구성될 경우에 서비스 자체가 어려울 수 있기 때문이다. 대표적으로 게임SW의 내용물이 법에서 정하는 기준을 넘어서는 경우에는 등급분류 과정에서 원하는 등급을 받지 못하게 될 가능성이 작지 않다. 개발과정에서 이러한 점이 고려되어야 한다. 이러한 과정을 거쳐 개발된 게임SW는 등급분류 기구의 사전 심의를 받게 된다. 이 때 개발자가 의도했던 내용대로 등급이 결정되는 경우라면 문제가 없겠으나 표현되는 방식이나 내용에 문제가 있어 다른 등급을 받는 경우라면 이는 서비스를 기획한 의도가 달라지기 때문에 서비스를 못하게 될 수 있다. 물론 이러한 구조가 규제라고 단정지을 수 없다. 원래부터 의도했던 정책적 맥락이 담겨있기 때문이다.

이러한 규제는 헌법 제119조¹³⁾와의 관계에서 문제가 될 수 있다.¹⁴⁾ 헌법 제119

12) 인터넷 링크를 하는 행위가 저작권법상 복제 및 전송에 해당하는지 여부에 대해 “이른바 인터넷 링크(Internet link)는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지나, 웹사이트 등의 서버에 저장된 개개의 저작물 등의 웹 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여, 비록 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 링크된 웹페이지나 개개의 저작물에 직접 연결된다 하더라도 링크를 하는 행위는 저작권법이 규정하는 복제 및 전송에 해당하지 아니한다”고 판시한 바 있다. 대법원 2015.03.12. 선고 2012도13748 판결.

13) 헌법 제119조 ① 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.

② 국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경

조는 대한민국의 경제 질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다고 규정함으로써, 경제상의 자유와 실제 창의(創意)를 존중하도록 하고 있다. 창작성과도 상통하는 창의는 어떠한 것을 만들어내기 위한 창작성 있는 생각을 의미하나, 표현의 자유를 규제하는 경우에는 창의성 있는 SW를 개발하기가 쉽지 않다. 이러한 이유 때문에 제119조의 가치를 확대하여 인식할 필요가 있다.

2) 사업자의 제공(퍼블리싱)

제작된 게임SW를 직접 개발자가 이용에 제공하는 경우도 있지만, 전문적인 퍼블리셔를 통해서 제공하기도 한다. 후자를 통해서 진행할 경우에는 서버 등의 장비, 운영노하우, 운영 인력 등 다양한 자원을 갖추고 있기 때문에 개발자의 입장에서는 개발에 집중할 수 있는 장점을 지닌다. 대표적으로 온라인 게임을 들 수 있다. 특히 온라인게임은 계정을 통한 접속구조이기 때문에 SW의 불법복제를 회피할 수 있다는 장점을 지니며, 우리나라의 온라인 게임이 성공할 수 있었다.

이러한 게임SW의 성공을 벤치마킹 하면서 성장한 것이 바로 SW서비스이다. SW를 패키지 방식으로 판매하는 것이 아닌 온라인으로 다운로드 받거나 아예 접속하여 이용권한을 얻는 방식으로 제공함으로써 불법복제가 차단되는 경우이다. 물론, 온라인으로 제공하는 경우에는 개인정보 해킹, 보안 등의 문제가 있는 것은 사실이다. 따라서 사업자가 패키지 방식을 선택할 것인지 아니면 온라인 방식을 선택할 것인지는 사업상의 선택이라고 하겠다.

온라인으로 유료SW를 제공하면서 나타나는 문제 중 하나는 셧다운(shutdown)이다. 게임SW는 청소년을 대상으로 서비스할 경우에 일정한 시간이 도래하면 이용자체를 차단해야한다. 법상 강행규정이기 때문에 이를 위반할 경우에는 서비스 자체가 어려워질 수 있기 때문이다.

3) 이용자의 이용

사업자의 제공의 경우처럼, 이용자의 이용도 또한 단순하지는 않다. 규제가 있

제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.

14) 헌법 제119조의 관계에 대해서는 이원우, “규제개혁과 규제완화”, 「저스티스」 통권 제 106호(2008.9), 360면 참조.

다는 것은 현상이 있다는 것처럼 수많은 현상을 서비스제공자가 경험하고서 이를 계약내용으로 규정함으로써, 이용자의 이용성을 낮추기도 한다. 즉, 사업자는 이용자의 행태(behavior)를 파악하고 그 내용을 이용약관에 담아냄으로써 귀책을 이용자에게 돌리곤 한다. 따라서 이용자의 행위가 이용약관에서 금하는 행위유형에 해당할 경우에는 약관에 근거하여 처벌하게 된다.

이러한 처벌이 약관에 근거하지만, 경우에 따라서는 이용약관이 약관규제법에 위배되는 경우도 있거나 사업자의 처벌 행위가 절차적 요건을 갖추지 못할 경우도 있기 때문에 분쟁이 발생한다. 이러한 이유 때문에 규제당국, 특히 공정거래위원회에서는 표준 이용약관 등을 제정하여 사업자에게 제공하기도 한다.¹⁵⁾

2. 서비스 규제의 내용

1) 내용의 변경에 따른 신고의무

게임SW의 내용이 변경된 경우에는 게임사업자는 게임물관리위원회에 그 수정된 내용을 신고해야한다. 경우에 따라서는 다른 게임SW가 되어 형사처벌을 받을 수 있다. 다만, 게임산업법은 내용수정의 범위 등에 대해서는 명확하게 합의된 내용이 없다. 이처럼 내용수정신고제도는 신고 내용에 대한 불명확성이 작지 않다. 만약 게임사업자가 내용수정신고를 해태하거나 의도하지 않게 서비스에 문제를 일으킬 경우에도 등급거부를 할 수 있게 된다.¹⁶⁾ 이렇게 운영될 경우, 법이 기본적으로 가져야할 예측가능성을 담하지도 못할뿐더러 법적 안정성도 가져다 주지 못한다. 만약 게임물관리위원회가 해당 규정을 남용할 경우 게임사업자의 서비스에 중대한 영향을 주게 될 것은 자명하다.¹⁷⁾

15) 게임SW의 표준약관에 대한 쟁점에 대해서는 김윤명, “온라인게임 표준약관에 대한 검토 및 개선방안”, 『법학논총』 제37권 제3호(2013), 301면 이하 참조.

16) “이는 사실상 관련법상의 모든 위법 사유가 등급분류 거부 대상에 해당할 수 있다는 의미로도 해석이 가능하므로 과도한 규제라는 문제 제기의 가능성을 배제할 수 없을 뿐만 아니라 거부 여부의 판단은 결국 위원회의 재량에 맡겨진 것이므로 자칫 위원회의 권한 남용 내지는 등급분류 거부 제도의 오용의 우려도 없지 않을 것”이라는 지적은 타당하다. 이상정·김윤명 편(김형렬 집필분), 『주해 게임산업진흥에 관한 법률』, 세창출판사, 2014, 323-324면.

17) 김윤명, “게임산업 발전을 위한 게임산업법 개선방안”, 『법학평론』 제5권(2015), 322면.

2) 각종 섯다운제

대표적인 entertainment SW인 온라인게임은 인터넷을 통하여 이용할 경우에 차단될 수 있다. 정보통신망과 연결된 경우라면 섯다운의 대상이되기 때문이다. 섯다운제는 게임SW에 있어서 대표적인 2중 규제가 될 수 있다. 등급분류 과정에서 이루어지는 심의(審議)는 게임에 관한 이용정보를 파악하여 이용자에게 제공할 것이라는 공적 목적이 반영된 것이기 때문에 문제가 될 것은 아니지만, 실무적으로 등급분류 과정에서 법적 근거 없는 다양한 요구사항이 규제로서 작용하기 때문이다.¹⁸⁾ SW서비스의 경우도 마찬가지로 된다. 포털 등 SW플랫폼에서 불법정보 등이 유통되는 경우에도 섯다운이 가능하기 때문이다.

이러한 섯다운제도는 이미 「전기통신사업법」에서 도입되었다는 점에서 그리 새롭지 않은 쟁점이기도 하다. 헌법재판소는 “「전기통신사업법」 제53조 제1항과 제2항이 헌법에 위반되므로 위 조항들을 전제로 하는 「전기통신사업법」 제53조 제3항 또한 더 나아가 살필 필요 없이 위헌이라 할 것인바, 아울러 위 조항에 의한 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한 명령 제도는 실질적인 피규제자인 전기통신이용자에게 의견진술권이 전혀 보장되어 있지 아니한 점에서 적법절차원칙에도 위배될 소지가 있고, 나아가 위 취급거부·정지·제한에 이용자명(ID)의 사용 금지 또는 사이트폐쇄까지 포함하는 것으로 해석한다면 이용자가 당해 사이트를 통하여 다른 적법한 정보를 유통하는 것까지 불가능하게 한다는 점에서 과잉 금지 원칙에 위반될 소지가 많음을 지적¹⁹⁾하고 있다. 즉, 게임섯다운제나 저작권법상 삼진아웃제가 도입되기 훨씬 이전부터 섯다운제가 사실상 가능한 상태였음을 확인할 수 있다.

3) 규제의 역차별

인앱결제(in-app purchase)는 사실상 결제한도를 잡아내기가 쉽지 않다. 특히 구글이나 애플 등 외국계 플랫폼에서 이루어질 경우에는 이를 통제할 수 있는 사실상의 권한을 게임물관리위원회에서 갖고 있지 않기 때문이다. 주지하는 바와 같이, 인앱결제의 특징은 오픈마켓 상태에서 무료로 SW를 다운로드 받아 이용할

18) 실제 결제한도는 정해진 바 없으나 등급분류 과정에서 그 금액을 미성년과 성인을 구분하여 기재토록 하고있는 것이 대표적인 예이다.

19) 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616 [위헌,각하]

수 있다는 점이다. 기본적인 기능의 사용이 가능하기 때문에 부담 없이 이용이 가능하다. 다만, 부가기능 등 프리미엄 서비스를 이용하기 위해서는 추가 비용을 지불하게 된다. 실제 많은 SW개발자들이 초기에 SW를 무료로 배포함으로써 시장점유율을 높이는 전략을 취해왔다. 시장점유율이 높아지면 외부효과(network externality)를 가져오게 되고 해당 SW를 계속 이용할 수밖에 없는 상태가 된다. 이 때 유료화로 전환하는 것이 보편적인 비즈니스 전략이었다. 인앱결제도 마찬가지로 점유율을 높임으로써 이용자층을 넓힌 후에, 다양한 유료 서비스를 제공함으로써 매출을 발생시키게 된다. 이러한 과정에서 무료로 제공되는 SW인데 비용을 지급하는 구조에 대해 이용자는 처음과는 다른 상황에 직면하게 되는 것이다. 이용자는 처음의 의도와 달리 지속적으로 비용을 지불하게 됨으로써 정보의 부재에 따른 잘못된 결정을 하게된다. 이러한 이유 때문에 인앱결제에 있어서, 초기에는 무료이지만 경우에 따라서는 유료로 진행되는 표시를 강제하게 된다. 무엇보다도 인앱결제의 문제는 게임SW에 있어서 결제한도의 우회 내지 회피가 가능하다는 점이다.

특히 이러한 우회 내지 회피는 국내 사업자에게는 쉬운 일이 아니다. 왜냐하면 해외 사업자의 우회 내지 회피를 확인하여 국내 사업자에게 강제함으로써 국내 사업자에게만 규제가 되는 현상이 발생하기 때문이다. 즉, 국내외 사업자의 차별적 대우를 초래하는 해외 사업자의 서비스는 국내 사업자만 역차별을 받는 현상을 만들어 놓고 오히려 규제도 받지 않게 되는 결과를 가져오게 된다.

4) 결제 한도에 대한 법적 쟁점

실제, 온라인으로 SW를 이용할 경우에는 월정액을 지불하게 된다. 통상 월정액을 적용하는 서비스나 산업 유형은 그리 많지 않으나, 게임SW의 경우만이 이러한 한도를 법적 근거 없이 설정하는 경우가 있다. 매월 게임SW를 이용할 수 있는 결제 한도는 성인은 50만원 한도이며, 미성년자는 7만원이다. 더욱이 이러한 한도는 특정 게임물에 한정되는 것인지도 불분명하다. 등급분류 과정에서 게임물관리위원회는 사업자에게 결제한도를 기재토록 요구한다. 그러나 결제한도에 대해 게임산업법이나 이를 통해 위임받은 ‘게임물 등급분류 규정’에서도 그 근거를 찾기 어렵다.²⁰⁾ 이러한 문제

20) 게임물관리위원회는 월간 게임물을 이용할 수 있는 한도를 위원회 재량으로 제한하고 있으나, 청소년이용불가 등급인 웹보드 게임물에 대해서만 게임산업법 시행령 별표2에서 월한도를 30만원으로 규정하고 있다. 다만, 전체 게임물의 이용한도가 아닌 웹보드 게임물

점을 지적을 한 바 있으나 여전히 개선되지 않고 있다.²¹⁾

이처럼 게임SW에 대한 규제는 목적의 정당성을 위해 수단이나 이를 뒷받침하는 합리적인 절차 없이 이루어지고 있는 것이 현실이다. 목적의 정당성을 확보하려면 최소한의 절차적 정당성 내지 수단의 합리성을 확보해야한다. 결국 결제한도를 명확하게 게임산업법에 규정하거나 그것이 쉽지 않다면 등급분류규정에 규정하는 것이 위법성 논란에서 벗어날 수 있는 방법이라고 본다.

IV. SW에 대한 규제 정당성은 확보될 수 있는가?

국내에서 SW의 구매를 온라인으로 하는 것과 오프라인으로 하는 것의 차이는 무엇일까? 앞에서 살펴본 바 있는 섯다운제와 결제한도의 적용 여부이다. 그렇지만 오프라인으로 게임SW를 구매하는 경우에는 섯다운과 결제한도에 적용되지 않는다. 게임SW에 있어서 온라인과 오프라인에서의 규제에 대한 비례의 원칙을 찾아보기 힘들다. 이러한 규제의 차별은 정당성을 확보할 수 있을까?

1. 규제 정당성과 과잉금지 원칙의 충돌

문화정책의 방향은 다양한 문화가 생성될 수 있는 환경을 만들어주는 것이다. 이러한 환경을 통해서 새로운 문화를 흡수하거나 경험함으로써 새로운 문화적 산물을 만들어내기 때문이다. 그렇기 때문에 문화적인 산물인 SW를 규제하는 것은 새로운 SW가 태생할 수 있는 환경을 규제하는 것과 다름이 없다. 이처럼 반문화적 상황에서 목적의 정당성이 적절하지 못한 수단의 적정성을 정당화시켜주

로 제한하고 있다는 점에서 전체 게임물 이용한도에 대한 법적 근거로 보기 어렵다. 김윤명, “문화산업 진흥을 위한 법체계 연구”, 『정보법학』 제18권 제2호(2014.12), 141면.

21) 대표적인 문화산업인 게임물의 이용한도를 관리하는 것은 저급한 문화규제이다. 물론 사행성 규제 내지 과소비의 보호라는 정책적 측면에서의 이해는 가능하다고 보나, 그것이 헌법상의 목적의 정당성, 수단의 적정성 등에 비추어 합리적인지 또는 사회적 효용 내지 공익적 목적에 부합하는지는 의문이기 때문이다. 김윤명, 앞의 논문, 141면.

기는 어렵다.

셋다운제와 같은 규제는 청소년들이 학업에 몰입하지 않고 수면에 방해되기 때문에 수면권을 보장해야한다는 인정하기 어려운 목적의 정당성을 확보하기 위하여 전면적인 게임을 차단하는 수단을 채택한 것이다. 이러한 의미에서 강제적 셋다운제 위한 소송에서 반대의견은 매력적이다. 즉, “강제적 셋다운제는 전근대적이고 국가주의적이며 행정편의적인 발상에 기초한 것으로, 문화에 대한 자율성과 다양성 보장에 반하여 국가가 지나친 간섭과 개입을 하는 것”²²⁾이라고 적고 있다. 이는 국가의 지나친 후견주의를 비판하고 있는 것이다. 국가의 후견주의는 목적의 정당성 때문에 수단의 적절성에 대한 판단이 제대로 이루어지지 못하게 된다. 강제적 셋다운제가 의도했던 청소년의 수면권 보장이 과연 게임물의 셋다운제를 통해서 얻어질 수 있는 행복추구권인지에 대한 진지한 성찰이 이루어졌다고 보기 어려운 이유이다.

규제 정책이 정당성을 확보하기 위한 방법으로 목적의 정당성을 찾고 있으나 실상 문제가 되는 것은 그 수단이 적절한지 여부이다. 즉, 수단의 적절성이 담보되지 않는다면 해당 규제정책은 실효할 수밖에 없기 때문이다.²³⁾

2. 이용자 보호 지침 및 표준계약서의 타당성

정부에서 만들어낸 이용자 보호를 목적으로 하는 지침이나 표준계약서는 이용자를 보호하고자하는 취지에 부합한 것인가? 먼저, 이렇게 정부에서 지침이나 표준계약서를 제정하여 사업자에게 제시하는 것이 ‘자기책임의 원칙’²⁴⁾에 합당한 것인지 의문이다. 왜냐하면 지침이나 표준계약서는 실상 SW산업이나 게임의 유형 등 기술적으로 변동이 심한 산업의 변화를 제때 반영하기 어렵기 때문이다. 정부는 이러한 변화에 유연하게 대응할 수 있는 능력이 없기 때문에 이용자를 보호한다는 명분은 사업자의 규제라는 오명에 휩쓸리게 될 것이다. 만약 사업

22) 현재 2014. 4. 24. 2011헌마659 등, 판례집 26-1하, 176 [기각,각하].

23) “국가의 활동은 그 목적 내지 목표와 관련해서 뿐 아니라 목적 달성을 위한 수단의 사용에 있어서도 공익에 의해 정당화되어야 한다”, 이원우, 앞의 논문, 363면.

24) “다수의 가해자 또는 다수의 이용자들을 상대로 해서 책임을 추궁하는 것보다 책임재산을 충분히 가지고 있는 소수의 인터넷기업을 상대로 해서 책임을 추궁하는 것이 보다 더 효율적인 방안”이기 때문이다. 정상조, 앞의 논문, 783면.

자가 이러한 기술적 변화에 대응하지 못한다면 자기책임을 지면된다. 그런데도 정부가 나서서 사업자의 세부적인 서비스 형태까지 표준이라는 명목하에 규제하려드는 것은 영업의 자율성에 대한 심각한 침해가 될 수 있다.

대법원이 판단하는 자기책임의 원리는 우리의 사법질서는 사적 자치의 원칙과 과실책임의 원칙 등을 근간으로 한다. 사적 자치의 원칙은 개인이 자신의 법률관계를 그의 자유로운 의사에 의하여 형성할 수 있다는 것을 의미하고, 과실책임의 원칙은 개인이 자신에게 귀책사유가 있는 행위에 대하여만 책임을 지고 그렇지 아니한 타인의 행위에 대하여는 책임을 지지 아니한다는 것을 의미한다. 이에 따라 개인은 자신의 자유로운 선택과 결정에 따라 행위하고 그에 따른 결과를 다른 사람에게 귀속시키거나 전가하지 아니한 채 스스로 이를 감수하여야 한다는 ‘자기책임의 원칙’이 개인의 법률관계에 대하여 적용되고, 계약을 둘러싼 법률관계에서도 당사자는 자신의 자유로운 선택과 결정에 따라 계약을 체결한 결과 발생하게 되는 이익이나 손실을 스스로 감수하여야 할 뿐 일방 당사자가 상대방 당사자에게 손실이 발생하지 아니하도록 하는 등 상대방 당사자의 이익을 보호하거나 배려할 일반적인 의무는 부담하지 아니함이 원칙이라 할 것이다.²⁵⁾

이러한 원칙에 따라 사업자는 자기책임 범위를 설계하면 될 것이다. 정부에서 제안한 지침이나 표준계약서는 실제 사업자의 요구수준이 반영된 것으로 이해하기 힘들다. 왜냐하면 지침이나 표준계약서는 사업자의 환경을 분석하여야 하나 이를 제정하고 있는 전문가는 관련 산업의 전문가라고 볼 수 없다. 제정 과정에서 다양한 분야의 자문을 얻는다고 하나 그 자문은 일부의 경우에 한정되기 때문에 이해관계를 수렴하기에는 한계가 있다. 물론, 모든 이해관계를 수렴할 수 있는 정책은 어렵다. 그렇기 때문에 규제 수준이나 틀은 달성할 수 있는 정도로 설정되어야 한다. 지금의 규제 수준은 (의도하든 의도하지 못하든) 모든 사업자 또는 이용자를 잠재적 위법행위자로 설정하게 된다. 또한 전적인 이용자의 보호가 맞는지에 대한 정책 점검이 필요하다고 본다. 왜냐하면 아주 일부이겠지만 집단지성이나 인터넷을 통해 공유되는 정보를 이용하여 시스템의 오류나 사업자의 이용자 대응 정책을 악용하는 경우도 있기 때문이다. 이에 더하여 사업자의 평판에 대한 리스크(risk)를 악용하기도 한다.

이러한 점에서 볼 때, 이용자를 절대적인 선으로 하는 소비자 정책이나 규제 정책을 수립하는 것에 대한 진지한 검토가 필요하다. 더욱이, 소비자 보상체계가

25) 대법원 2014.08.21. 선고 2010다92438 전원합의체 판결

확립되고 있고, 인터넷 등을 통한 다양한 정보의 획득이 용이한 지금의 시대에 소비자는 절대적인 약자라는 전제를 재설정할 필요가 있다.

3. 정책 방향의 제시

게임SW를 포함한 SW의 유료화 정책의 방향은 그것을 자유롭게 이용할 수 있는 환경을 마련하는 것에 있다. 때론 SW플랫폼을 통해서 유통되는 불법정보가 청소년의 건강을 해칠 수도 있기 때문에 유해정보의 차단은 필요하다. 그러나 그 차단이 모든 정보의 차단을 의미하는 것은 아니다. 사업자가 통상적으로 처리할 수 있는 필터링을 통해서 걸러낼 수 있는 최소한의 정보로 한정되어야 한다. 만약 모든 유통되는 정보를 필터링하도록 의무화하는 것은 법에 의한 검열이기 때문에 위헌에 따라 실효(失效)하게 될 것이다.

정책 방향도 자유롭게 이용할 수 있는 환경을 제공하는 맥락에서 이루어져야 한다.²⁶⁾ 여기에 더하여 정책당국에서도 글로벌 SW환경에 대한 인식이 필요하다. 국내외 기업간 역차별로써 대표적인 것이 해외 게임업체와의 차별에 대한 판단이기 때문이다. 우려스러운 점은 섣다운제가 국내외 기업간 역차별을 가져온다는 주장에 대해 헌법재판소는 다수의견에서 역차별이 있지 않다고 판단하였다는 점이다.²⁷⁾ 즉, “이 사건 금지조항이 국내 인터넷게임 제공자만을 그 대상으로 함으

26) 이런 맥락에서 “제도의 변화는 특정한 목표를 촉진시키기 위해 의도적인 선택속에서 이루어지기도 하지만 변화된 사회 환경 속에서 운영되고 있는 조직이나 행위자들의 보다 원활한 활동을 위해 보완적으로 나타나기도 한다”는 지적은 의미가 있다. 배영, 앞의 논문, 147면.

27) 물론 반대의견은 정반대의 논리를 갖고 있다. 즉, 해외게임업체와의 차별에 대해 “법상 ‘인터넷게임’은 게임산업법에 따른 게임물 중 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 제2조 제1항 제1호에 따른 정보통신망을 통하여 실시간으로 제공되는 게임물이므로(구법 제23조의3 제1항, 법 제24조 제1항), 일응 정보통신망을 통하여 국내 이용자에게 제공되는 인터넷게임은 그 제공자가 해외 게임업체인지 해외 서버인지 등을 불문하고 모두 그 규율대상으로 볼 수 있다. 그러나 법 제24조 제1항에서 인터넷게임 제공자는 다시 ‘전기통신사업법 제22조에 따라 부가통신사업자로 신고한 자’(같은 조 제1항 후단 및 제4항에 따라 신고한 것으로 보는 경우를 포함한다)를 말한다”고 정의하고 있어, 결국 부가통신사업자로 방송통신위원회에 신고한 사업자 또는 허가받은 기간통신사업자 중 부가통신사업을 경영하려는 자가 아니면 이 사건 금지조항의 규율을 받지 않는다. 따라서

로써 해외 게임업체에 비하여 국내 게임업체만을 부당하게 차별하는 것인지 본다. 이 사건 금지조항의 적용대상인 ‘인터넷게임’은 게임산업법에 따른 게임물 중 정보통신망법에 따른 정보통신망을 통하여 실시간으로 제공되는 게임물을 의미하므로, 게임산업법에 따라 자체 등급분류를 실시하여 등급분류를 받은 것으로 간주되는 게임물을 제외하고는 원칙적으로 등급분류절차를 거친 것이어야 한다(게임산업법 제21조). 또한 이 사건 금지조항에서 ‘인터넷게임 제공자’는 전기통신사업법에 따라 기간통신사업자로서 부가통신사업을 경영하는 경우이거나 부가통신사업자로 신고한 자를 말한다(법 제24조 제1항, 전기통신사업법 제22조). 그런데 이들 요건은 국내 업체인지 해외 업체인지를 불문하고 국내 이용자를 대상으로 인터넷게임을 제공하려는 사업자가 충족하여야 할 요건이기도 하다. 그렇지 않으면 불법게임물로서 유통 및 이용 제공이 금지되기 때문이다(게임산업법 제32조 제1항 제1호 및 제44조 제1항 제2호 참조). 그 결과 해외 업체의 경우 국내에 별도의 지사 설립 등을 통해 부가통신사업자로 신고하고 제공하려는 인터넷 게임에 대하여 게임산업법상 등급분류절차를 밟고 있는바, 이와 같이 정상적인 인터넷게임 제공행위를 하는 인터넷게임 제공자의 경우에는 국내 업체인지 해외 업체인지를 불문하고 이 사건 금지조항의 적용대상이 되는 것에 차이가 없고, 이러한 요건을 충족하지 않은 해외 업체가 해외 서버 등을 통해 제공하는 인터넷 게임을 이용하는 것은 게임산업법 또는 전기통신사업법을 위반하는 불법게임물의 유통 및 그 이용에 불과하다. 따라서 이러한 현상을 가지고 이 사건 금지조항이 해외 업체에 비하여 국내 업체에 대한 차별적 결과를 야기한다고 할 수는 없으므로 이를 이유로 청구인들의 평등권이 침해된다고 할 수 없다.”고 판시한 것이다.

본 결정은 게임사업자는 물론 이용자의 입장에서는 지극히 기계적인 번역이라는 평가를 받을 만하다. 더욱이 본 결정은 문화적 규제로 귀결될 수 있는 강제적 섯다운제에 대한 문화국가 원리의 충돌에 대해서는 언급하지 않고 있다는 비판을

국내 지사 설치 등으로 국내법상 통신사업자로 허가받거나 신고하지 않은 해외 사업자라면 인터넷게임 제공자에 해당하지 아니하여 강제적 섯다운제의 규제대상에 해당하지 않는다. 또한 주민등록번호를 기반으로 한 개인정보를 통해 접속하지 않는 해외 게임업체 제공의 인터넷게임에 대하여는 사실상 규제가 곤란하다. 그렇다면 결국 국내법상 부가통신사업자로 신고하거나 기간통신사업자로 허가받은 인터넷게임 제공자인 국내 게임업체가 주로 강제적 섯다운제의 규율을 받는 것이므로 합리적 이유 없이 청구인 인터넷게임 제공자들을 차별하는 것으로 볼 수 있다”고 적고 있다.

먼치 못할 것이다.

참고로, 강제적 섯다운제 시행 이후 청소년 이용가 게임물의 등급분류 신청 건수가 상당히 줄었다고 한다. 청소년용 게임물을 만들 경우 규제비용이 적지 않기 때문이다. 그만큼 청소년들은 다양한 게임을 경험하지 못하고 차단당하고 있다는 반증이다.²⁸⁾

4. 자율 규제

자율규제는 규제라는 측면이 아닌 스스로 문화를 만들어간다는 자신감의 표방으로 볼 수 있다. 그리고 사회적 책임을 포함한다.²⁹⁾ 자율규제의 요건중 하나는 규제당국과 사업자의 진정성의 확보가 되어야한다는 점이다. 만약, 사업자가 의도적으로 신뢰를 해칠 경우, 가장 강력한 규제를 통한 제재가 필요하다. 왜냐하면, 전체 시장의 가치를 훼손하는 결과를 가져오기 때문이다. 자율규제 방식에서도 심의체계의 자율성 확보도 하나의 방법이다.³⁰⁾ 그렇지만 자율규제는 원론적인 한계를 갖는다. 왜냐하면 자율규제의 수범자는 사업자이기 때문이다. 또한 통상적으로 자율규제는 사업자간의 윤리규범이지, 법적 규범이 아니기 때문에 자율규제를 위반해도 이를 처벌할 근거가 없다는 한계를 갖는다.³¹⁾ 그렇기 때문에 자율규제가 내재적인 한계를 극복하기 위해서는 시장의 신뢰가 조성되어야 한다.

28) 김윤명, 「게임을 보는 리걸 프레임, 10개의 판결」, 커뮤니케이션북스, 2015, 6면.

29) 김윤명, 앞의 논문, 150면.

30) “현재의 심의체제에 있어서 사전심의 형태를 기업의 자율적 기준에 의해 운영되고, 이에 대한 사후관리를 통해 사전 자율심의 형태의 적절성을 판단하는 것이다. 적절성 여부를 판단하여 위법 또는 불법한 콘텐츠의 유통 및 이용이 이루어졌다면 이에 대한 처벌의 수위를 지금보다 훨씬 높이는 방식이다.”, 배영, 앞의 논문, 148면.

31) “자율규제에 대해서는 자율규제기관의 전문성, 저렴한 감독 및 집행비용, 유연성 등의 장점을 근거로 해서, 규제비용을 절감하고 규제강도를 완화시키면서도 높은 규제효과를 거둘 수 있으므로 적극적으로 도입되어야 한다는 긍정적 평가가 있다. 그러나 이에 대하여 자율규제는 강제성이 없기 때문에 실효성이 없고, 강제성을 부여하기에는 민주적 정당성이 흠결되어 있다는 비판이 있다. 또한 비슷한 맥락에서 책임성이 없으므로 실효적 집행을 기대하기 어렵다는 비판도 있다”고 지적된다. 이원우, 앞의 논문, 384면.

5. 소결

이상과 같이 수단이 적정(適正)치 못한 규제는 정당성을 확보하기 어렵다. 그렇다면 최적의 규제수준을 어떻게 설정할 것인가?³²⁾ 인터넷을 이용하는 경우에는 그에 따른 속성이나 한계가 있다. 이러한 속성과 한계를 무시한 정책 결정은 바람직한 정책의도를 달성하기가 쉽지 않다. 또한, 지속가능성(sustainability)을 담고 있는 인터넷 기반의 구조에 대한 규제는 다양한 분야에서 융합되는 산업간, 기술관 혁신을 저해할 수 있다. 이러한 혁신의 저해는 국가경쟁력의 저하로 연결될 수 있기 때문에 규제정책을 추진함에 있어 국익에 대한 판단이 요구된다.

헌법재판소 99헌마480 결정에서는 1961년 구 전기통신법 제6조에 의하여 도입될 당시의 모습에서 크게 벗어나지 않은 현재의 불온통신 규제제도는 인터넷을 비롯, 온라인매체를 이용한 표현행위의 비중이 점점 커지고 있는 변화된 시대상황에도 어울리지 않는다는 점을 지적하고자 한다.

“불온통신 규제의 주된 대상이 되는 매체의 하나는 인터넷이다. 인터넷은 공중파방송과 달리 ‘가장 참여적인 시장’, ‘표현촉진적인 매체’이다. 공중파방송은 전파자원의 희소성, 방송의 침투성, 정보수용자측의 통제능력의 결여와 같은 특성을 가지고 있어서 그 공적 책임과 공익성이 강조되어, 인쇄매체에서는 볼 수 없는 강한 규제조치가 정당화되기도 한다. 그러나 인터넷은 위와 같은 방송의 특성이 없으며, 오히려 진입장벽이 낮고, 표현의 쌍방향성이 보장되며, 그 이용에 적극적이고 계획적인 행동이 필요하다는 특성을 지닌다. 오늘날 가장 거대하고, 주요한 표현매체의 하나로 자리를 굳힌 인터넷상의 표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다. 표현매체에 관한 기술의 발달은 표현의 자유의 장을 넓히고 질적 변화를 야기하고 있으므로 계속 변화하는 이 분야에서 규제의 수단 또한 헌법의 틀 내에서 다채롭고 새롭게 강구되어야 할 것이다.”³³⁾

향후 시대의 흐름에 맞는 정책 수립이 필요하며, 규제정책의 추진에 있어서는 신뢰를 얻을 수 있어야 하며, 이러한 방법 중 하나는 다양한 이해관계자 내지 시민이 규제정책에 참여할 수 있는 스마트 규제(smart regulation)가 될 수 있다.

32) 이희정, 앞의 논문, 163면 참조.

33) 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616 [위헌,각하].

V. 프레임의 재구성을 통한 문화적 접근

1. 접근 차단의 해제

위헌결정이 난 인터넷 실명제나 여전히 합헌으로써 유지되는 섯다운제로 인하여 게임SW에 미치는 영향에 대해 어떻게 볼 것인가? 문화규제는 가장 저급한 규제가 아닐 수 없다. 섯다운제와 같은 차단이라는 점에서 더욱 그러하다. 모든 것이 연결된 사회에서 접속을 차단한다는 것이 합리적인 것인가? 또한 차단된 사이트에 대한 접속은 우회를 통해서 가능한데, 이러한 점에서 접근을 차단하는 정책은 유효한 것일까? 아니라고 본다. 왜냐하면 인터넷의 속성은 하나의 회선이 차단될 경우에 우회하여 원래의 목적지에 도달할 수 있도록 설계된 것이기 때문이다. 섯다운의 실효성을 담보할 수 없고, 오히려 정부에 대한 인식을 악화시키기만 할 것이다. 그렇기 때문에 가장 저급한 문화규제라고 인식될 수 있는 섯다운이라는 규제정책의 방향을 재정립할 필요가 있다.³⁴⁾

자율규제가 사업자로부터 이루어지는 정책 방향이라고 한다면 국가나 지방자치단체의 정책에 대한 문화영향평가는 정부 영역에서 이루어지는 자율규제적 성격을 갖는 규제개선으로 이해할 수 있다. 문화기본법상 국가와 지방자치단체는 각종 계획과 정책을 수립할 때에 문화적 관점에서 국민의 삶의 질에 미치는 영향을 평가하여 문화적 가치가 사회적으로 확산될 수 있도록 하여야 한다고 규정하고 있다(문화기본법 제5조 제4항). 사람들이 주로 사용하는 SW와 관련된 규제는 문화적인 소산이기 때문에 이처럼 문화적인 요소에 영향을 미칠 수 있는 정책에 대해서는 정부가 적극적으로 나서서 문화영향평가를 시행하여 해당 정책에 대한 검증 및 대안을 제시하여야할 것이다.³⁵⁾

문화의 다양성 확보를 위해서라도 게임SW라는 하나의 영역에서 이루어진 섯다운이지만 이러한 것이 계기가 되어 다양한 분야로 섯다운이나 규제 논의가 확대될 가능성이 가장 큰 우려가 아닐 수 없다. 따라서 문화영역에서 이루어지는

34) 박문수 외, 「게임시장의 규제가 산업생태계 발전에 미치는 영향과 시사점」, 산업연구원, 2013.12, 59면.

35) 김윤명, 앞의 논문, 151면.

규제정책이 갖는 문화적인 평가는 무엇보다도 시급하게 이루어질 필요가 있다.

2. SW라는 측면에서의 접근

게임물을 SW로 인식하기는 쉽지 않다. 그동안 게임물 내지 게임이라는 정의를 통해서 게임을 다루어 왔기 때문에 SW라는 사고를 해보지 못했을 것이다. 그렇지만 작지 않은 규제 환경을 개선하기 위해서는 게임이 소비재라는 인식보다는 SW라는 생산재 내지 문화적 소산이라는 가치를 내세울 필요가 있다. 게임SW에 대한 규제대응 프레임은 SW 내지 SW개발로 재설정한다면 게임 관련 규제정책을 SW의 진흥 정책으로 수렴할 수 있을 것이다. 또한 전세계적으로 SW에 대한 인식이 높아지고 있기 때문에 게임SW에 대한 규제 프레임은 진흥 프레임으로 바꿀 가능성이 상대적으로 높다고 본다.

SW에서 중요한 경쟁력은 개발인력이다. SW규제에 따른 수익성 악화는 결국 인력감축을 포함한 구조조정을 사업자에게 요구하는 것과 다름이 없다. 무엇보다도 중요한 경쟁우위에 있는 개발자의 이탈은 사업자의 존립을 위협할 수 있다. 개발 현장을 떠나는 인력은 어디로 갈 것인가?³⁶⁾ SW산업의 위축에 따라 기존 인력의 감축과 신규 인력의 감소가 병행하여 이루어진다는 점에서 인력 이탈은 심각한 수준에 이르게 된다.³⁷⁾ 게임SW 규제는 궁극적으로 SW산업은 물론 SW

36) 2015년 문체부 국정감사에서 “국내 게임 시장은 거침없이 밀려오는 중국 자본으로 인해 이대로 가다간 '차이나 머니'에 국내 게임산업이 종속될 것이라는 우려 섞인 관측도 제시된 상태다. 대규모 자본으로 인한 내수 시장 침식뿐만 아니라 고급 인력의 해외 이탈과 사업체 감소, 산업 경쟁력을 억제하는 각종 규제 등이 거론됐다. 일류로 손꼽히던 한국 게임산업의 위상 자체가 하락했다는 게 중론”이라고 지적되었다. “국감, 게임산업 위기-계관위 허술한 관리 '한 목소리'”, 데일리이스포츠, 2015.9.21.일자.

37) 지난, “9월 16일 국회 교육문화체육관광위원회 소속 새누리당 박창식 의원에 따르면 게임산업 종사자 수는 2009년 9만2533명에서 2012년에는 9만5051명까지 늘었지만 게임산업이 마이너스 성장을 시작한 2013년에는 9만1893명으로 약 4000여명 감소했다. 이같은 추이는 최근까지도 이어지면서 위메이드의 경우 2013년 651명이던 게임 개발자 수가 올해에는 586명으로 감소했고 NHN엔터테인먼트는 지난해 711명이던 직원수가 667명으로 줄어들었다. 게임산업 사업체 수는 2009년 3만535개였지만 지속적으로 줄어 2010년 2만658개, 2011년 1만7344개, 2012년 1만6189개, 2013년에는 1만5078개로 불과 5년 만에 절반 수준으로 급감했다.”고 한다. “위축되는 게임업계, 이번엔 인력축소까지..대책은 미흡”, 파이낸

산업을 지탱하는 SW인력의 일자리를 빼앗는 문제에 직면하게 될 것이다. 따라서, 게임SW에 대한 규제는 SW개발자의 고용안정성을 훼손한다는 비판에 직면할 수 있기 때문에 SW중심사회라는 틀에서 규제정책을 재검토되어야 한다.

3. 정책담당자의 인식 개선

유통SW의 대명사인 게임SW에 대한 인식의 개선이 필요하다. 단순한 산업적 측면에서 논의되었던 것을 이제는 문화적 논의로 차원을 높일 필요가 있다. 또 하나는 SW는 그 자체가 문화라는 점이다. 문화는 그것을 이용하고 경험함으로써 새로운 아이디어를 얻을 수 있고, 풍부한 문화적 소산이 만들어질 수 있다. 그렇지만 문화적 소산을 만들어내는 SW에 대한 규제는 궁극적으로 문화에 대한 규제로 볼 수 있다. SW는 그 자체가 궁극적인 목적이 아니다. 다른 산업과 서비스를 위해서 제작되지만, 그 수혜는 사람이 받는다는 점이다. 사람이 받는다는 것은 그것이 추구하는 가치가 사람의 문화생활을 위한 수단 내지 절차라는 점에서 그 가치를 문화적 가치로 격상시켜서 조망할 수 있다.

헌법은 문화국가원리를 표방하고 있으며, 문화융성을 중요한 국정과제로 삼고 있지만 정작 정부부처에서는 문화가 갖는 의미를 제대로 이해하고 있는지 의문이다. 왜냐하면 문화규제가 작지 않고, 실제 그러한 규제가 문화를 규제하는 것인지에 대한 인식조차도 없는 것으로 보이기 때문이다. 정부규제 “그 자체가 고도의 정치경제적 현상이면서 아울러 실정법 체계를 반영하는 법현상이고, 나아가 사회적, 문화적 맥락에서도 정밀한 고려를 해야하는 복합적 사안”³⁸⁾이라고 할 것이다. 이러한 이유로 규제정책을 수립하기 위해서는 단순히 산업이나 서비스에 미치는 영향만이 아닌 사회·문화적인 영향에 대해서 까지 고려해야 한다.³⁹⁾ 이처럼 문화적 측면에서 SW에 대한 가치를 인식할 수 있다면 SW에 대한 생태계 내지 SW에 대한 문화 확산이 가능할 것이다.

설뉴스, 2015.9.16.일자.

38) 김유환, 「행정법과 규제정책」, 법문사, 2012, 169면.

39) 김윤명, 앞의 논문, 123면.

VI. 결 론

게임산업법상 게임물은 영상물 또는 영상물 이용을 주된 목적으로 하는 기기 및 장치라는 점에서 영상물이 실체가 되고 있다. 그렇지만 이러한 정의는 SW적 가치가 반영되지 않은 것이다. 왜냐하면 사실상 게임SW는 지시명령의 집합인 컴퓨터프로그램과 이를 제작하기 위한 설계를 포함한 문서까지 포함되는 것으로 보기 때문이다. 이러한 측면에서 게임SW의 가치를 얻기 위한 전략적 대응방안을 다음과 같이 정리하여 제안하고자 한다.

첫째, 규제 대응을 위한 방법으로 게임물에 대해 SW적 요소를 강조할 필요가 있다. 게임물의 규제를 단순하게 콘텐츠의 규제를 넘어서 SW규제 프레임으로 설정함으로써 보다 적극적으로 게임물의 규제에 대해 대응할 수 있기 때문이다. 해외에서는 게임물이 SW를 통해서 구현되고 운용되기 때문에 게임물을 Entertainment SW라고 칭하기도 한다.⁴⁰⁾ 이처럼 인식개선의 한 방편으로 게임SW에 대한 프레임을 재구성하는 것이 제도설계의 한 방법이 될 수 있다.

둘째, SW의 가치를 인정받기 위해서는 목적의 정당성을 훼손하지 않도록 수단의 적정성을 확보할 필요가 있다. 왜냐하면 오랫동안 사회문화적으로도 SW의 불법복제가 문제되어 왔기 때문에 권리자가 자신의 권리를 주장하는 과정에서 또 다른 사회문제를 만들기 때문이다. 물론 불법복제가 가져오는 개발자의 보상은 기본적으로 이루어져야하겠지만 일부 권리자의 권리행사가 과연 적절하게 이루어지고 있는 것인지도 의문이다. 저작권 침해는 형사처벌이 가능하기 때문에 형사고소를 운운하면서 합의를 종용하는 것은 정당한 권리행사로 보기 어려우며, 경우에 따라서는 권리남용으로 대응할 필요가 있다.⁴¹⁾ 수단의 적정성이 확보되지 못한 행위는 목적의 정당성을 훼손할 수 있기 때문이다. 이러한 측면에서 법제도가 운용될 필요가 있다. 왜냐하면 정책을 수립하거 집행함에 있어서 그것이 수혜(受惠)가 아닌 균형(均衡)을 통해 가치를 높이기 때문이다. 지식재산권은 자

40) 참고로, 미국 및 캐나다의 게임SW 등급분류기구인 ESRB는 Entertainment SW Rating Board의 약칭이다.

41) 저작권 남용에 대해서는 유대중, “저작권 남용의 범리에 관한 소고”, 『경희법학』 제40권 제1호(2005.3); 이병규, “저작권 남용의 항변에 대한 연구”, 『경희법학』 제49권 제3호(2014) 참조.

연권 내지 물권처럼 절대적인 권리가 아닌 기술의 혁신이나 문화 창달을 목적으로 하는 도구이다.⁴²⁾ 이것이 지식재산권법을 연구해왔던 연구자와 이를 바탕으로 법률을 제정한 입법자의 의도였다고 본다.

끝으로, 새롭고 다양한 SW가 만들어질 수 있도록 생태계(ecosystem)의 지속가능성을 염두에 두어야 한다. 1980년대 한미통상협정에 따라 지식재산권법이 강화이후에도 정품을 이용하는 문화의 형성과 아울러, 일부에서는 불법복제를 통한 문화향유도 또한 가능했다. 그 결과 우리나라는 90년대를 넘어서면서 융성한 문화를 꽃피우게 되는 효과를 얻게 되었다. 이는 불법복제를 옹호하거나 또는 좋은 것이라고 주장하는 것이 아니라, 문화적 향유가 새로운 문화적 토대를 만들었다는 점을 주목할 필요가 있음을 강조하는 것이다. SW에 있어서도 규제보다는 다양한 문화적 산물이 만들어질 수 있는 생태계의 조성이 무엇보다 중요한 이유이다.

42) 정상조, 앞의 논문, 767면.

참고문헌

- 김두일, 「중국 모바일 게임시장 이렇게 공략하라」, 에이콘, 2015.
- 김성철 외, 「ICT 생태계」, 커뮤니케이션북스, 2014.
- 김유환, 「행정법과 규제정책」, 법문사, 2012.
- 김윤명, “게임산업 발전을 위한 게임산업법 개선방안”, 「법학평론」 제5권(2015).
- _____, “게임아이템 환전금지 규정에 대한 비판적 고찰”, 「경희법학」 46권 제2호(2011).
- _____, “문화산업 진흥을 위한 법체계 연구”, 「정보법학」 제18권 제2호(2014).
- _____, “온라인게임 표준약관에 대한 검토 및 개선방안”, 「법학논총」 제37권 제3호(2013).
- _____, 「게임을 보는 리걸 프레임, 10개의 판결」, 커뮤니케이션북스, 2015.
- 박문수 외, 「게임시장의 규제가 산업생태계 발전에 미치는 영향과 시사점」, 산업연구원, 2013.12.
- 박지환, “웹보드 게임 매회 본인인증 규제안에 대한 헌법적 검토”, 「컴퓨터게임학회지」 제26권 제3호(2013).
- 방정환, “인터넷 포털서비스제공자의 형사책임 - 저작권 침해를 중심으로”, 「경희법학」 제48권 제4호(2013).
- 배영, “온라인 게임의 사회적 의미와 공적 규제에 대한 일고찰”, 「사회과학논총」 제14집(2011).
- 오병철, “디지털콘텐츠 동일성유지권과 이용자 보호와의 상충”, 「경희법학」 제44권 제2호(2009).
- 유대중, “저작권 남용의 범리에 관한 소고”, 「경희법학」 제40권 제1호(2005.3).
- 이덕주, “셋다운제 및 부담금 규제가 게임산업에 미치는 영향 평가”, 「e매거진」 제18권 제3호(2011).
- 이병규, “저작권 남용의 항변에 대한 연구”, 「경희법학」 제49권 제3호(2014).
- 이상정·김윤명 편, 「주해 게임산업진흥에 관한 법률」, 세창출판사, 2014.
- 이원우, “규제개혁과 규제완화”, 「저스티스」 통권 제106호(2008).
- 이희정, “인터넷상 부가서비스 규제에 관한 일고”, 「경제규제와 법」 제8권 제1호(2015).
- 정상조, “인터넷 산업의 발전과 규제”, 「저스티스」 통권 제121호(2010).

정진근, “게임콘텐츠 거래와 관련된 제문제에 대한 고찰”, 『한림FORUM』 제21권(2010).

최광준, “소프트웨어계약과 라이선스약관의 유효성”, 『경희법학』 제44권 제1호(2009).

최성락 외, “한국 자율규제의 특성에 관한 연구”, 『한국공공관리학회보』 제21권 제4호(2007).

황승흠, “여성가족청소년 부문의 규제개혁 문제에 관한 법정정책학적 연구”, 『법학논총』 제20권 제2호(2008).

Bala, Ram, “Pricing online subscription service under competition”, 『Journal of Revenue and Pricing Management』 Vol.11(2012).

Abstract

Paid Software Structure of Service Regulation Policy and its Limits : Focusing on the Game Software

Kim, Yun-Myung*

SW is an industrial and cultural artifact. The use of SW commercially, its value is for humans, eventually because they are for mankind. In this context, see for overlooking the SW control. The appropriateness of the means of action, such as the shutdown could not be secured for the Games SW are available online to undermine the legitimacy of the purpose. As it has also established a policy or policy enforcement authorities need to understand that to increase the value through the non-benefit balance. Also, keep in mind the sustainability of the ecosystem so that the new SW can be made. Strengthening of intellectual property laws beyond 1980 was possible through prolonged enjoyment of cultural piracy. As a result, courteous treatment by the culture beyond the 90s it was given the effect that leads cultural booming. Rather than good copyright infringement, cultural enjoyment there is a need to pay attention to the point that made a new cultural foundation.

Key words : software, game software, paid SW service, regulation policy, culture, game shutdown

* Senior Researcher, Ph.D. in Law, Software Policy & Research Institute.

