

중국 민법상 네트워크 가상재산 보호에 관한 소고

A Study on the Protection of Network Virtual Property under
China's Civil Law

임 종 천 (Jong-Cheon, Lim)

중국 옌타이대학교 법학원(烟台大学法学院) 조교수(讲师)

논문접수 : 2018. 11. 15.

심사게시 : 2018. 11. 15.

게재확정 : 2018. 12. 18.

목 차

- I. 들어가며
- II. 중국의 네트워크 가상재산 규율 관련 주요 현황
 1. 「온라인 게임 관리 잠정 방법」을 통한 규율
 2. 네트워크 가상재산의 법적 성질에 대한 주요 현행법 이론
 3. 소결
- III. 중국 민법상 네트워크 가상재산의 보호방법과 향후 전망
 1. 채권법 이론을 통한 네트워크 가상재산의 보호
 2. 중국 민법에 신설된 네트워크 가상재산권의 의미—신형(新型) 권리객체의 보호
 3. 소결
- IV. 마치며
 1. 결론
 2. 향후 전망

국문요약

중국은 2017년 새롭게 제정된 「민법총칙」 제127조에서 데이터를 비롯한 네트워크 가상재산을 보호하는 규정을 신설하였다. 본조는 시대 변화의 특징을 반영한 조항으로 장래 제정될 통합 민법전(民法典) 또는 관련 특별법 제정에 법적 근거를 제공할 수 있을 것으로 전망된다.

먼저, 네트워크 가상재산의 법적 성질과 관련한 현재 중국 학계의 주류적 관점은 물권설과 채권설이다. 물권설은 네트워크 가상재산이 온라인 공간에 존재하는 특수한 물건인 가상물에 속하기 때문에 이것 역시 기존 물권이론에 따라 독립된 물건으로 간주되어 물권의 보호를 받을 수 있다고 한다. 하지만 가상물이 현실 세계의 물건과 유사한 특징을 갖는다는 이유만으로 물권의 객체로 삼는 것은 물권법 정주의에 반할 수 있다. 이에 반해, 채권설은 네트워크 가상재산의 본질을 네트워크 서비스 제공자와 이용자 사이의 서비스 계약에서 비롯된 채권관계로 간주한다. 본 학설은 네트워크 가상재산의 객체성 확정의 난제를 해결하기 위해서 도출해 낸 것이라는 점을 고려하면 현재까지는 타당해 보인다.

다음으로, 중국 민법이론과 재판실무에서는 네트워크 가상재산의 본질을 사용권 계약(End User License Agreement)에 따라 발생한 채권적 관계로 본다. 이에, 법원(法院)은 네트워크 서비스 제공자와 네트워크 서비스 이용자 사이의 분쟁에 대하여는 양식화 조항의 타당성 여부를 선결한 후 급부의무 위반 여부를 판단하며, 네트워크 서비스 계약 당사자와 제3자 사이의 관련된 분쟁에 대하여는 부수의무의 확장해석을 통하여 네트워크 서비스 이용자를 보호하고 있다.

끝으로, 중국 「민법총칙」에서 네트워크 가상재산에 대한 보호규정을 신설한 것은 시대 변화에 따라 새롭게 등장한 민사권리 객체를 보호하기 위함이다. 중국이 장래 통합 민법전 또는 관련 특별법에서 네트워크 가상재산과 관련된 법리적 문제들을 어떻게 규율할 것인지는 현재까지 명확하지 않다. 다만, 이러한 시도는 기존 대륙법계 민법 체계에 새로운 권리객체의 다양성과 특수성을 조화시키는 작업으로서 민법전 개정 작업이 한창 진행 중인 우리나라에도 의미하는 바가 크다.

※ 주제어 : 네트워크 가상재산, 물권설, 채권설, 급부의무, 부수의무, 새로운 권리객체

I. 들어가며

인터넷을 비롯한 정보통신 기술의 발달은 기존에 없던 새로운 환경을 만들어 냈다. 그중 대표적인 것이 현실세계의 시간적·공간적 제약을 받지 않는 특수 공간인 ‘가상세계(virtual world)’의 등장이다. 가상세계란 이용자들 사이에 상호 소통이 가능한 인위적이고 허구적인 온라인 공간을 말한다. 가상세계에서 이용자들은 현실세계의 자신들을 컴퓨터 그래픽으로 묘사한 캐릭터인 소위 ‘아바타(avatar)’를 통해 존재하며, 아바타들은 이미 설정된 환경에 따라 다양한 활동을 한다. 특히, 가상세계에서 이용자들은 그들의 활동을 위해 금전을 지출하는 것이 일반적인 모습이며, 이에 다양한 가상세계에서는 아이템(item)을 포함한 많은 종류의 가상 재산이 존재하게 된다.¹⁾ 가상재산(virtual property)이란 네트워크(온라인) 환경에서 디지털 형식으로 존재하면서도, 상대적으로 독립적이고 배타성을 갖춘 현실의 사물을 모방한 정보자원을 말한다.²⁾ 다시 말해, 가상재산이란 가상의 온라인 공간에 존재하는 재산성을 갖춘 전자(電磁)기록이자 현재의 측량기준에 따라 그 가치를 측정할 수 있는 디지털화 된 새로운 유형의 재산으로,³⁾ 현실세계 사물들의 특징을 모방한 코드(code)이다.⁴⁾ 이러한 가상재산의 종류는 다양하며, 관점에 따라 광의의 가상재산과 협의의 가상재산으로 나뉜다. 광의의 가상재산이란 가상인 네트워크 자체를 포함하여 네트워크 공간에 존재하는 재산성을 갖춘 전자기록을 말하며, 여기에는 온라인 게임 계정과 아이템·전자메일함·가상화폐·네트워

1) RYAN VACCA, "VIEWING VIRTUAL PROPERTY OWNERSHIP THROUGH THE LENS OF INNOVATION", 「TENNESSEE LAW REVIEW」, Vol. 76, Issue 1, 2008, pp.36-40. 참고로, 가상세계는 다양한 형태로 존재하는데, 그중 'MMORPG(Massively Multiplayer Online Roleplaying Game)' 환경이 대표적이다(CHRISTOPHER J. CIFRINO, "VIRTUAL PROPERTY, VIRTUAL RIGHT: WHY CONTRACT LAW, NOT PROPERTY LAW, MUST BE THE GOVERNING PARADIGM IN THE LAW OF VIRTUAL WORLDS", 「Boston College Law Review」, Vol. 55, Issue 1, 2014, p.239).

2) 林旭霞, "虚拟财产权性质论", 「中国法学」第1期, 2009年, 88页.

3) 王竹, 「《中华人民共和国民法总则》编纂对照表与条文释义」, 北京大学出版社, 2017年, 252页.

4) 가상재산은 현실세계의 재산과의 관계에서 '경쟁성(rivalrousness)', '지속성(persistence)', '상호 연결성(interconnectivity)'의 법적 특징을 공유한다. 경쟁성과 관련하여, 물질세계에서 경쟁이란 소유자로 하여금 자신의 소유물에 대한 타인의 사용을 배제시키는 것인데, 소유자는 이 같은 법리가 사이버 공간에서도 똑같이 실현되기를 원하며, 이에 이러한 경쟁성은 코드에도 동일하게 존재한다. 지속성과 관련하여, 물질세계에서 물체(object)와 공간(place)은 특별한 경우를 제외하고는 영구적인데, 코드 역시 마찬가지이다. 예를 들면, 코드는 사용 후에도 소멸하지 않으며, 이메일 계정의 소유자가 자신의 컴퓨터 전원을 끄더라도 해당 계정에 존재하는 정보는 소멸되지 않은 채 여전히 인터넷 서비스 제공자(internet service provider)의 서버에 남게 된다. 상호 연결성과 관련하여, 현실세계에서 물체는 물리 법칙에 따라 서로에게 영향을 준다. 코드 역시 동일하게 누군가가 그것을 통제하면 다른 누군가는 그것을 체험 내지 공유할 수 있는 등 상호 연결성이 존재한다(JOSHUA A.T. FAIRFIELD, "VIRTUAL PROPERTY", 「BOSTON UNIVERSITY LAW REVIEW」 Vol. 85, Issue 4, 2005, pp.1053-1063).

크숍(网络店铺) 등 새롭게 생성된 재산의 형태가 포함된다. 협의의 가상재산이란 온라인 게임에서 이용자가 지배할 수 있는 게임 자원에 국한되며, 여기에는 온라인 게임 계정과 아이템·온라인 게임 머니(金币) 등을 포함한다.⁵⁾

중국에서 네트워크 가상재산⁶⁾에 대한 본격적인 논의는 2003년 ‘붉은 달(红月)’이라는 온라인 게임의 한 이용자가 제기한 민사소송으로부터 시작되었다. 당해 소송에서 원고(게임 이용자)는 자신이 2년 동안 많은 시간과 비용을 들여 구매한 온라인 게임 아이템 수십 개가 다른 이용자의 해킹으로 자신의 게임 계정에서 모두 사라진 것을 발견하였다. 원고는 피고(온라인 게임회사)에게 자신의 게임 아이템을 해킹한 자의 정보를 요구하였지만 피고는 이를 거절하였다. 이에 원고는 피고를 상대로 ‘피고가 가상재산에 대한 안전보장 의무를 미(未)이행하여 자신의 사적 재산이 침해되었음을 이유로 게임 아이템의 손실 및 정신상 손해에 따른 1만 위안의 배상’을 청구한 사안이다. 본안을 심리한 베이징시 차오양구 인민법원(北京市朝阳区人民法院)은 ‘비록 분실된 원고의 게임 아이템이 무형(無形)의 가상 아이템이면서도 특수한 온라인 게임 환경에서만 존재한다고 할지라도 가상 물품도 무형 재산의 한 종류로서 법률상 그에 합당한 평가와 구제를 받는다고 하면서, 피고에게 원고가 분실한 게임 아이템들에 대한 원상회복을 명하고, 원고의 기타 소송 청구는 모두 기각’하였다.⁷⁾

본 판결에 대해 중국 학계에서는 다양한 의견이 존재한다. 먼저, 온라인 게임 가상재산의 ‘재산적 속성(財産屬性)’과 관련하여, 온라인 게임의 게임 아이템은 현실에서 화폐를 이용하여 직접 또는 간접적으로 구매한 것이기 때문에 재산이 된다는 견해와 게임 아이템은 곧 데이터의 집합으로서 재산이 될 수 없다는 견해가 있다. 다음으로, 가상재산의 ‘객체 속성(客體屬性)’과 관련하여, 가상재산은 동산의 일종으로 물권의 객체가 된다는 주장과 가상재산은 새로운 유형의 지식재산권의 객체

5) 张新宝, 「《中华人民共和国民法总则》释义」, 中国人民大学出版社, 2017年, 249页. 한편, 중국의 재판실무에서 자주 논의되는 쟁점을 중심으로 보면, 가상재산을 온라인 게임 계정·인터넷 채팅 계정 등 ‘계정 형태의 가상재산’, 온라인 게임 아이템·온라인 게임 장식품 등 ‘물품 형태의 가상재산’, 인터넷 채팅 머니·온라인 게임 머니 등 ‘화폐 형태의 가상재산’으로 분류하는 경우도 있다(江波, 「虚拟财产司法保护研究」, 北京大学出版社, 2015年, 31-34页).

6) 본고에서 지칭하는 네트워크 가상재산(network virtual property, 网络虚拟财产)이란 중국에서 통용되는 개념을 반영한 것이며, 이는 ‘가상재산’, ‘온라인 가상재산’ 또는 ‘사이버 가상재산’ 등과 같은 의미로 해석된다. 참고로, 본고에서는 한국 대법원 2018. 5. 30. 선고 2018도3619 판결에서 인용한 이른바 ‘가상화폐(virtual currency)’에 대한 논의는 제외하기로 한다.

7) (2003)朝民初字第17848号. 원고와 피고 모두 본 판결에 불복하여 베이징시 제2중급 인민법원(北京市第二中级人民法院)에 항소하였지만, 항소심은 모든 항소를 기각하고 원심을 확정하였다.

라는 주장이 있다. 끝으로, 가상재산의 ‘소유권 귀속(所有權歸屬)’과 관련하여, 게임 아이템은 온라인 게임의 일부분으로 독립성을 갖추지 못하기 때문에 온라인 게임운영자(회사)가 게임 아이템에 대한 소유권을 갖는다는 견해와 게임 아이템은 게임 이용자가 금전 지출을 통해 얻은 것이기 때문에 게임 이용자가 게임 아이템에 대한 소유권을 갖는다는 견해가 있다.⁸⁾ 하지만 현재까지 게임 아이템을 포함한 네트워크 가상재산의 객체 속성 및 소유권 귀속 등에 대한 명확한 법적 평가를 내리지 못하고 있다.

한편, 중국은 2017년 3월 15일 제12기 전국인민대표대회 제5차 회의에서 통과된 「중화인민공화국 민법총칙(中华人民共和国民法总则)」(이하, 「민법총칙」으로 약칭함) 제5장 ‘민사권리(民事权利)’ 부분에서 네트워크 가상재산에 대한 보호규정을 신설하였다.⁹⁾ 동법 제127조는 “법률에서 데이터, 네트워크 가상재산에 대해 보호규정을 두고 있는 경우에는 그에 따른다.”고 정한다.¹⁰⁾ 본조를 통해 다음의 내용들을 해석할 수 있다. 먼저, 민법에서 데이터와 네트워크 가상재산에 대한 보호규정을 신설한 것 자체로도 긍정적인 평가를 내릴 수 있다. 특히 본조는 네트워크 환경(가상공간)에서 발생하는 재산권 문제에 대한 법적 보호의 기초를 제공하기 위해 규정된 것으로, 독립된 조문의 형식으로 데이터와 네트워크 가상재산에 대한 보호를 규정하여 시대 발전의 요구에도 부합하며, 물권법 이론에의 과도한 편중현상과 지식재산권 보호 범위 체계의 확장에 따른 혼란을 방지하는 효과도 가져왔다. 다음으로, 본조는 지도(指導)적 성격의 조항이다. 즉 본조에서는 데이터와 네트워크 가상재산의 개념·범위·종류 등과 그 보호에 대한 구체적인 방법과 구체

8) 杨立新·王中合, “论网络虚拟财产的物权属性及其基本规则”, 「国家检察官学院学报」第12卷第6期, 2004年, 4页.

9) 「민법총칙」에서 처음부터 네트워크 가상재산에 관한 보호규정을 두고 있었던 것은 아니다. 2015년 8월 28일에 최초로 제안된 내부(內部) 초안(草案)에서는 네트워크 가상재산에 관한 규정뿐만 아니라 민사권리의 장(章)도 없었다. 이후 중국 민법학 연구회 등 전문가들의 입법 건의에 따라 2016년 5월 27일에 제안된 초안 제102조에서 “물건(物)은 동산과 부동산을 포함한다. 법률에서 규정한 구체적인 권리 또는 네트워크 가상재산은 물권의 객체로서 그 규정에 따른다.”고 정하였고, 이 관점은 초안 제1차 심의안 제104조에서도 동일하게 유지되었다. 이에 대하여, 전국인민대표대회 상무위원회 법제위원회는 “인터넷과 빅데이터 시대 발전의 요구에 부합하기 위하여 초안에서 네트워크 가상재산, 데이터 정보 등 새로운 유형의 민사권리 객체에 대하여 규정한다.”고 발표하였다. 그 후 제1차 심의안에 대한 다양한 의견수렴의 결과로 제안된 2016년 9월 13일 초안에서는 네트워크 가상재산 보호 규정을 다시 제102조로 배치하면서, “민사주체가 소득(收入), 저축(储蓄), 주택(房屋), 생활용품, 생산도구, 투자, 네트워크 가상재산 등에 대해 향유하는 재산적 권리는 법률의 보호를 받는다.”고 규정하였다. 그러나 본조에 대하여 다양한 비판이 제기되었고, 결국 「민법총칙」 초안은 수차례의 심의를 거쳐 현행 제127조의 내용으로 확정된 것이다(杨立新, 「民法总则规定网络虚拟财产的含义及重要价值」, 「东方法学」第3期, 2017年, 66页).

10) 중국 「민법총칙(民法总则)」 제127조: “法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的, 依照其规定.” 본고에서 법조문을 인용하는 때에는 특별한 경우를 제외하고는 국역(國譯)으로 대신하며, ‘중화인민공화국’은 ‘중국’으로 약칭한다.

수단을 직접 명시하고 있지 않고, 기타의 법률 규정에 이를 위임하고 있다. 해석상 본조에서 말하는 법률이란 「민법총칙」의 기타 조문들은 물론 데이터와 네트워크 가상재산과 관련하여 현재 시행 중이거나 장래에 제정될 법률까지도 포함한다. 입법적으로 이러한 방식을 선택한 이유는 현재까지 데이터 및 네트워크 가상재산을 보호하는 법률 규정이 미비하고, 재판실무에서도 명확한 체계를 확립하고 있지 못하며, 학계에서도 민법을 통해 네트워크 가상재산을 보호하는 것이 타당한지에 대하여 여전히 논쟁이 있기 때문이다. 비록 본조가 지도적 성격을 갖는 조항이라고 할지라도 민법을 통해 데이터와 네트워크 가상재산을 보호함을 명확히 하였고, 동시에 장래 제정될 관련 법률에 대한 법적 근거도 제공하였다. 끝으로, 네트워크 가상재산이 되기 위해서는 ‘네트워크성(网络性)’, ‘가상성(虚拟性)’, ‘재산성(财产性)’의 요건이 필요하다. 네트워크성이란 네트워크 가상재산이 실질적으로 존재하는 공간으로서 0과 1의 디지털 방식으로 존재하는 정보자원이어야 한다. 가상성이란 컴퓨터 및 인터넷과 관련된 사물(事物)의 특징을 갖는 것으로서 네트워크 가상재산은 컴퓨터를 매개로 하는 디지털 방식으로 표출되어야 한다. 재산성이란 네트워크 가상재산이 독립된 경제적 가치가 있음을 전제로 민사주체(民事主体)의 재산상 수요를 만족시키거나 이들이 거래를 할 수 있는 등 재산적 성질을 갖추어야 한다.¹¹⁾ 한편, 데이터란 개인정보를 포함하여 인터넷(네트워크) 상에서 각종의 정보가 처리된 후 생성된 재산적 가치가 있는 정보를 말한다.¹²⁾

본고에서는 중국 민법 체계 내에서 네트워크 가상재산에 대한 보호가 어떻게 이루어지는지와 향후 전망을 고찰함을 목적으로 한다. 이를 위해 중국의 온라인 게임시장에서 네트워크 가상재산에 대한 규율 현황과 네트워크 가상재산의 법적 성질에 대한 선행연구들을 검토하고, 법원(法院)에서는 어떠한 민사법 원칙을 근거로 제반 문제들을 해결하고 있는지를 분석한다. 나아가 중국 민법상 네트워크 가상재산 보호 규정 신설의 의의와 우리에게 의미하는 바가 무엇인지도 살펴보기로 한다.

11) 张新宝, 앞의 책(주 5), 249-250页. 참고로, 네트워크 가상재산의 재산성과 관련하여, 무상(無償)의 서비스에 기초한 온라인 게임 머니(화폐)는 실질적인 거래 가치가 없기 때문에 네트워크 가상재산이 될 수 없다는 지적이 있다(李宁, 「民法总则要义: 规范释论与判解集注」, 法律出版社, 2017年, 408页).

12) 王竹, 앞의 책(주 3), 252页.

II. 중국의 네트워크 가상재산 규율 관련 주요 현황

중국 온라인 게임시장의 규모는 2001년에 3.1억 위안, 2002년에 9.1억 위안, 2006년에 65.4억 위안에 달했으며,¹³⁾ 2017년 한 해 영업이익은 2,011억 위안(한화 약 34조원)에 이를 것으로 전망된다.¹⁴⁾ 하지만 중국 온라인 게임시장의 급격한 성장 추세와는 달리 관련 법제는 여전히 미비하며, 게임 아이템을 포함한 네트워크 가상재산을 명시적으로 보호하는 법률 규정 역시 현재까지 존재하지 않는다.

다만, 작품(저작물)을 구성하지 않는 데이터를 이용하여 집성(汇编)한 저작물이 독창성을 갖는 경우에 이를 보호하는 규정인 「저작권법(著作权法)」 제14조,¹⁵⁾ 위법한 수단을 통해 다른 경영인의 핵심 정보인 영업비밀을 침해하는 것을 금지하는 규정인 「부정경쟁방지법(反不正当竞争法)」 제10조¹⁶⁾, 그리고 네트워크 이용의 안전을 보장하는 규정인 「네트워크 안전법(网络安全法)」¹⁷⁾ 제10조·제21조·제27조·제76조 등 몇몇의 법 규정을 통하여 데이터를 간접적으로 보호하고 있을 뿐이다. 그중 「네트워크 안전법」은 데이터를 포함하여 네트워크 가상재산의 보호까지도 고려하는 규정을 두고 있다. 즉 네트워크를 운영하거나 네트워크를 통해 서비스를 제공하는 경우에는 관련 법률과 국가가 정하는 엄격한 표준에 따른 기술적 조치와 기타 필요한 조치를 채택하여 네트워크의 안전 및 데이터의 완전성(完

13) 刘惠荣, 「虚拟财产法律保护体系的构建」, 法律出版社, 2008年, 6页.

14) 2017년 중국 게임산업의 전체 영업 이익은 약 2,189.6억 위안(한화 약 37조원)에 달하며, 그중 온라인 게임산업이 전체 게임 산업에서 차지하는 비중이 가장 크다(新华网, 《2017年中国游戏行业发展报告》发布, http://www.xinhuanet.com/info/2017-11/29/c_136786870.htm/(2018.06.05 방문)).

15) 중국 「저작권법(著作权法)」 제14조: “작품의 일부, 작품의 몇 단락 또는 작품을 구성하지 않는 데이터 및 기타의 자료를 집성하는 경우에는 그 내용의 선정 또는 편성이 독창성을 나타내는 작품이어야 한다(제1항). 집성된 작품에 대한 저작권은 집성한 자에게 있다. 다만 이에 대한 저작권을 행사하는 때에는 원(原)작품의 저작권을 침해할 수 없다(제1항).” 한편, 「민법총칙」 제127조에서도 동일하게 데이터 보호 규정을 신설하였는데, 이것은 「저작권법」 제14조에 의해서도 보호되지 않는 데이터를 보호하기 위해 특별히 제정된 것이다. 즉 이 규정은 현재까지 데이터 및 데이터베이스(Data Base)를 명시적으로 보호하는 법률이 없는 중국의 현실을 고려한 것으로, 비록 「저작권법」의 보호 범위에 포함되지 않는 데이터라고 하더라도 이와 관련된 권리, 권익을 보호하는 법률이 제정되기 전까지 법률의 흠결을 보충하기 위함이다. 만약 당해 데이터가 침해되는 때에는 「불법행위책임법(侵权责任法)」 제2조의 “민사권익의 침해에 대하여는 본법에 따라 불법행위책임을 진다(제1항). 여기서 말하는 민사권익(权益)이란 생명권, 건강권, 성명권, ... (중략) ... 등 인신(人身)과 재산권익을 포함한다(제2항).”는 규정에 따라 ‘재산권익’에 대한 침해를 이유로 불법행위책임을 물을 수 있다(李宇, 앞의 책(주 11), 407-408页).

16) 중국 「부정경쟁방지법(反不正当竞争法)」 제10조 제3항: “본조에서 말하는 영업비밀이란 일반 대중이 알지 못하고, 권리자에게 경제적 이익을 가져다 줄 수 있으며, 실용성이 있으면서도 권리자가 비밀 유지를 위해 채택한 기술정보와 경영정보를 말한다.”

17) 중국 「네트워크안전법(网络安全法)」은 2017년 6월 1일부터 시행되고 있는 법률로서, ‘네트워크의 안전을 보장하고, 네트워크 공간의 주권과 국가안전 및 사회의 공공이익을 수호하며, 공민 및 법인 그리고 기타 조직의 합법적인 권익을 보호하고, 경제사회 정보화의 건전한 발전을 촉진하기 위해 제정되었다(동법 제1조).’

整性), 비밀성(保密性) 등을 보장하여야 하며(동법 제10조), 누구든지 불법적인 방법으로 타인의 네트워크에 침입하거나 네트워크 데이터를 절취하는 등 네트워크 안전에 위해(危害)를 가하는 행위를 할 수 없다고 정한다(동법 제27조). 하지만 상기 법률들은 해당 객체들을 간접적으로 보호하고 있을 뿐이며, 이마저도 실무에서 어떻게 적용되는지에 대한 사례는 아직까지 찾을 수 없다.¹⁸⁾

아래에서는 민법을 통한 네트워크 가상재산의 보호 방법을 고찰하기에 앞서 네트워크 가상재산을 매개로 하는 온라인 게임을 전문적으로 규율하기 위해 중국에서 처음으로 제정된 부문규장(部门规章)인 「온라인 게임 관리 잠정 방법(网络游戏管理暂行办法)」의 관련 내용 및 주요 현행법 이론에서 네트워크 가상재산의 법적 성질—특히, 객체의 속성—을 어떻게 규율하는 것이 타당한지에 대한 논의들을 살펴보기로 한다.

1. 「온라인 게임 관리 잠정 방법」을 통한 규율

중국은 네트워크 가상재산이 매개가 되는 온라인 게임시장을 전반적으로 규율하기 위해 2010년 국무원 산하 문화여유부(文化和旅游部)에서 부문규장인 「온라인 게임 관리 잠정 방법」(이하, 「게임 관리방법」으로 약칭함)¹⁹⁾을 제정하였다. 본 「게임 관리방법」은 크게 총칙·경영 주체·내용 심사·경영 활동·법적 책임·부칙 등 총 6장 39개 조문으로 구성되어 있고, 온라인 게임의 개발·보급 및 경영, 온라인 게임 가상화폐의 발행 및 거래에는 본 「게임 관리방법」이 적용된다(제2조 제1항). 이를 위해, 국무원 산하의 문화행정부문이 온라인 게임의 주관 부문의

18) 최근에 제정된 중국 「전자상거래법(电子商务法)」(2018년 8월 31일 제정, 2019년 1월 1일부터 시행 예정)에서도 네트워크 가상재산과 관련된 규정은 찾을 수 없다.

19) 본 「게임 관리방법」은 당시 문화부(文化部, 현재의 문화여유부)에 의해 2010년 3월 17일에 제정(동년 8월 1일 시행)되었고, 이후 2017년 6월 1일부터 시행된 「네트워크 안전법(网络安全法)」의 내용을 반영하기 위해 2017년 12월 15일에 개정되었다. 문화부는 2010년 6월 22일에 「온라인 게임 관리 잠정 방법」의 해석(解读)에서 본 「게임 관리방법」을 중국 최초로 온라인 게임을 관리하고 규범화 한 전문적인 「부문규장(部门规章)」으로 정의하였다. 본 「게임 관리방법」의 법적 지위와 관련하여, 중국 「입법법(立法法)」 규정에 따르면, “국무원의 각 부(部)·위원회·중국 인민은행·회계국(审计署)과 행정관리 직능이 있는 직속 기구는 법률과 국무원의 행정법규(行政法规)·결정·명령에 따라, 각자의 권한 범위 내에서 규장을 제정할 수 있으며(동법 제80조 전단), 이 경우 부문규장에 규정되는 내용은 법률의 집행 또는 국무원의 행정법규·결정·명령에 속하는 사항이어야 한다(동법 제80조 후단).”고 정한다. 그렇다면 현재 중국에서 온라인 게임에 관한 사항을 직접적으로 규율하는 법률이 없는 현실에서 국무원의 수권 범위 내에서 문화여유부가 제정한 본 「게임 관리방법」은 그 명칭에서도 알 수 있듯이 넓은 의미에서 법적 효력이 있음을 추단할 수 있다.

로서 게임 내용에 대한 심사(제10조 내지 제15조)와 온라인 게임 경영에 대한 허가(제6조 내지 제8조) 등의 역할을 하며(제3조), 온라인 게임의 운영·온라인 게임 가상화폐의 발행·온라인 게임 가상화폐 거래 서비스 등 온라인 게임 경영에 종사하는 자는 일정한 조건 하에 ‘온라인 문화 경영 허가증(网络文化经营许可证)’을 신청 및 발급받아야 한다.

본 「게임 관리방법」에서 정의한 ‘온라인 게임’이란 소프트웨어 프로그램 및 정보 데이터로 이루어진 인터넷과 이동통신 등 정보 네트워크를 통하여 제공되는 게임 상품과 서비스를 말한다(제2조 제2항). ‘온라인 게임 가상화폐(온라인 게임 머니)’란 온라인 게임 경영자의 발행에 의해 온라인 게임 이용자가 법정화폐를 사용하여 일정한 비율에 따라 직접 또는 간접적으로 구매하는 게임 프로그램 이외의 것으로, 전자(電磁)기록 방식으로 서버 내에 저장되면서도 특정 디지털 단위로 표현되는 가상의 교환(환산) 도구를 말한다(제2조 제4항).

온라인 게임 가상화폐의 발행에 대하여, 본 「게임 관리방법」 제19조에 따라 온라인 게임 운영기업이 온라인 게임 가상화폐를 발행하는 경우에는 다음의 사항을 준수하여야 한다. 첫째, 온라인 게임 가상화폐의 적용범위는 기업 스스로 제공한 온라인 게임 상품과 서비스를 현금으로 바꾸는 경우로 한정하며, 기타 단위(기업)의 상품 또는 서비스를 현물(實物)로 지급하거나 구매 또는 현금으로 바꾸는 용도로는 사용할 수 없다. 둘째, 온라인 게임 가상화폐는 이용자가 장래에 지불할 자금을 악의로 점용(占有)하기 위한 목적으로 발행할 수 없다. 셋째, 온라인 게임 이용자의 구매기록을 보존하여야 하며, 그 보존 일수는 게임 이용자가 마지막으로 서비스를 이용한 날로부터 최소 180일 이상이어야 한다. 넷째, 관련 규정에 따라 발행되는 온라인 게임 가상화폐의 종류·가격·수량 등의 상황을 성(省)급 문화행정부문에 등록하여야 한다.

온라인 게임 가상화폐의 거래에 대하여, 본 「게임 관리방법」 제20조에 따라 온라인 게임 가상화폐 거래 서비스에 종사하는 기업은 다음의 사항을 준수하여야 한다. 첫째, 미성년자에 대한 서비스 제공은 금지된다. 둘째, 심의 또는 등록되지 않은 온라인 게임에 대한 거래 서비스는 금지된다. 셋째, 서비스 제공 시에는 이용자의 유효한 신분증을 통한 등록이 필요하며, 해당 신분증 정보는 은행계좌와도

일치하여야 한다. 넷째, 온라인 가상화폐 거래에 종사하는 기업이 이해관계 있는 자·정부 부문·사법(司法) 기관으로부터 관련 통지를 받는 경우에는 거래행위의 합법성 여부 조사에 협조하여야 하며, 조사를 통해 당해 행위가 위법한 거래행위로 간주되는 즉시 거래 서비스의 중지 및 함께 관련 기록을 보존하여야 한다. 다섯째, 이용자 사이의 거래 기록과 회계 기록 등의 정보는 최소 180일 이상 보존하여야 한다.

온라인 게임의 종료(终止) 및 운영권 이전(转移)에 대하여, 본 「게임 관리방법」 제22조는 다음과 같이 정한다. 즉 온라인 게임 운영기업이 온라인 게임의 영업을 종료하거나 온라인 게임 운영권을 타인에게 이전하는 경우에는 관련 사실을 60일 이전(以前)에 공고하여야 한다. 이때 온라인 게임 이용자의 미(未)사용 온라인 게임 가상화폐 및 아직 유효한 게임 서비스에 대하여는 구매 당시의 비율에 따라 이용자에게 법정화폐로 반환하거나 이용자가 원하는 기타의 방식으로 반환하여야 한다.

하지만 본 「게임 관리방법」에 대하여, “본 「게임 관리방법」을 포함하여 현행 중국 법률체계 내에서 온라인 게임을 규율하는 법률의 입법적 지위 자체가 낮기 때문에 국무원 내부 또는 각(各) 부문에서 제정하는 관련 규범들 간에 충돌이 발생하는 등 통일적인 법 적용과 집행에 문제가 있다. 또한 본 「게임 관리방법」 제10조에 따라 국무원 문화행정부에서 온라인 게임에 대한 심사를 진행하는데, 실무를 담당하는 문화여유부에서는 여전히 온라인 게임 내용 심사에 대한 구체적이고 명확한 기준을 마련하고 있지 못하는 등 온라인 게임 내용에 대한 심사 기준이나 절차도 불명확하다.”는 지적이 있다.²⁰⁾

본 「게임 관리방법」은 온라인 게임시장 관련 법률의 부재로 인한 현실을 고려하여 제정된 부문규장으로서 광의의 법적 효력이 인정된다. 하지만 본 「게임 관리방법」은 온라인 게임과 관련된 사항을 행정적으로 규제하기 위해 제정된 한계가 있으며,²¹⁾ 내용면에서도 온라인 게임 가상화폐만을 규율한다. 따라서 본 「게

20) 高英彤, 张丽滢, 高尚, “我国网络游戏法律规制论析—以《网络游戏管理暂行办法》为例”, 《东北师大学报(哲学社会科学版)》第6期总第278期, 2015年, 17-18页.

21) 예를 들면, 온라인 게임과 관련된 사업을 하기 위해서는 관련 행정기관의 허가(제6조)와 국무원 산하 문화 행정부문으로부터 게임 내용에 대한 심사를 받아야 하며(제10조 이하), 만약 본 「게임 관리방법」의 관련 규정을 위반한 때에는 벌금이나 몰수 등 행정책임 또는 형사책임을 저야함을 규정한다(제29조 이하).

임 관리방법」을 토대로 온라인 게임을 포함한 장래 네트워크 가상재산을 종합적으로 규율하기 위해서는 본 「게임 관리방법」의 법적 지위를 부문규장이 아닌 일반 법률의 지위로 격상하여야 할 뿐만 아니라 내용면에서도 다양한 네트워크 가상재산의 법적 성질·종류·요건·법적 효과 및 구제방법을 규정하는 등 이를 보완하는 입법적 노력이 필요해 보인다.

2. 네트워크 가상재산의 법적 성질에 대한 주요 현행법 이론

가. 부정설(否定說)

(1) 내용

부정설은 네트워크 가상재산이 현실 세계에 존재하지 않는 허위(虛無)의 것으로, 비록 그것이 네트워크 서버에서 각종의 데이터와 자료로 저장된다고 하더라도 그 자체로는 어떠한 가치도 가질 수 없다고 본다. 그 주된 이유는 다음과 같다. ‘첫째, 존재형식과 관련하여, 네트워크 가상재산은 컴퓨터 문자열의 한 부분일 뿐이며, 실재하는 사물도 아니고, 현실의 재산가치 및 사용가치와도 유사한 부분이 존재하지 않는다. 만약 그것의 가치가 인정된다고 하더라도 그 가치는 현실 세계의 기준으로 측량할 수 없다. 둘째, 만약 네트워크 가상재산을 재산의 일종으로 간주한다면, 관련 온라인 게임 사업이 종료된 후에도 게임 운영자(運營商)가 가상재산(물품)을 계속하여 보관하거나 게임 이용자에게 반환해야 하는 의무가 있는 등 온라인 게임 운영자에게 예측할 수 없는 책임을 가중시킬 수 있다. 셋째, 게임 이용자의 행위는 노동이 아닌 일종의 오락이기 때문에 당해 행위로는 어떠한 가치도 만들어내지 못한다. 넷째, 네트워크 가상재산은 현재까지 법적 가치를 인정받고 있지 못하며, 전통적인 민법의 재산권 규정에도 부합하지 않는다.’²²⁾고 한다.

(2) 검토

부정설과 관련하여, 비록 네트워크 가상재산이 전자기록의 형태로 존재한다고

22) 劉惠榮, 앞의 책(주 13), 72-73頁.

하더라도 그것의 객관적 가치까지도 부정하는 것은 옳지 않다고 지적한다. ‘첫째, 경제적 관점에서 보면, 네트워크 가상재산은 이미 일반적 상품의 속성을 가지고 있어서 이를 얻기 위해서는 많은 시간과 노력·비용이 필요하다. 또한 네트워크 가상재산은 가상세계에서 물건의 기능을 하는 사용가치가 있을 뿐만 아니라 현실의 화폐를 통한 거래도 가능하다. 둘째, 법률에서 정의하는 재산의 관점에서 보면, 대륙법계 국가에서는 고유한 소유권 개념의 영향으로 재산의 인정 범위가 경직되어 있는 것이 일반적이지만, 이러한 법률체계 내에서도 새로운 재산에 대한 보호는 여전히 가능하다. 예를 들면, 중국 「물권법」 제2조²³⁾에서 정하는 재산의 범위에는 신형(新型)의 재산 형태를 부정하는 규정이 없기 때문에 네트워크 가상재산이 전통적 민법 체계에서 말하는 재산의 범위와 부합하지 않는다는 이유로 이를 배척할 이유는 없다. 결국, 비록 재산의 존재형식이 현실적으로 실재하지 않는 허상일지라도 해당 객체로부터 실질적으로 이익이 발생한다면 네트워크 가상재산을 민법상 재산의 일종으로 보아 법적으로 보호하여야 한다.’는 것이다.²⁴⁾

부정설의 주된 논거는 네트워크 가상재산의 객체성과 그 본연의 가치가 기존 재산권 체계에서는 인정될 수 없다는 것에 있다. 하지만 이 같은 주장은 변화된 시대적 환경을 반영하지 못하는 지나친 형식주의에 따른 결론으로 타당하지 못하다. 즉 네트워크 가상재산이 비록 기존의 법체계 내에서 그것의 가치와 객체성을 인정받을 수 없다고 하더라도, 네트워크 가상재산이 현실 세계에서 거래와 이용의 대상이 될 뿐만 아니라 누군가가 해당 객체로부터 일정한 정신적·물질적 만족을 얻고 있다면 이를 이유로 그것의 실질적인 가치마저 전면적으로 부인할 이유는 없다.

나. 물권설(物权说)

(1) 내용

23) 중국 「물권법(物权法)」 제2조(범위): “물건(物)의 귀속과 이용, 생산에 따른 민사관계에는 본법을 적용한다. 본법에서 말하는 물건(物)은 동산과 부동산을 포함한다. 물권(物权)의 객체로서 법률에 규정된 권리는 그 규정에 따른다(제1항). 본법에서 말하는 물권이란 권리자가 법에 따라 특정의 물건에 대하여 가지는 직접적인 지배와 배타적인 권리를 말하며, 여기에는 소유권·용익물권·담보물권을 포함한다(제2항).”

24) 刘惠荣, 앞의 책(주 13), 75-79页.

물권설은 네트워크 가상재산을 재산의 일종인 물권의 객체로서 보호하여야 한다는 이론으로, 네트워크 가상재산(물품)은 인터넷 환경에서 ‘동산’에 속하며, 점유·사용·수익·처분 등을 할 수 있기 때문에 이러한 종류의 동산은 권리의 객체로서 물권에 속한다는 것이다.²⁵⁾ 즉 물권의 객체는 일정한 공간을 차지하면서도 유형(有形)으로 존재하는 등 유형성과 독립성을 가진다는 것이 전통적인 물권법 이론의 특징이지만, 사회경제와 과학기술의 발전에 따라 물건의 범위는 이미 유형과 유체(有體)에 국한되지 않으며, 법률상 배타적 지배가능성과 관리가능성 또는 독립된 경제성만 인정되면 물건으로 간주된다. 따라서 네트워크 가상재산을 ‘특수한 물건의 일종’으로 보는 것이 타당하다는 것이다.²⁶⁾ 자세히 보면 다음과 같다.

첫째, 네트워크 가상재산은 법률상 배타적 지배와 관리가능성을 가진다. 배타적 지배와 관련하여, 네트워크 운영자는 특정한 네트워크 공간 또는 초기에 설정된 온라인 환경에 대한 직접적인 지배권을 가지며, 네트워크 이용자는 네트워크 환경에서 축적되는 특정 정보에 대하여 다양한 상황에서 다른 형식으로 이를 지배한다. 또한 네트워크 이용자는 네트워크에 로그인하고 있는 동안 서버의 도움으로 계정이나 비밀번호의 사용 등 정보에 대한 직접적인 점유를 한다. 만약 네트워크 이용자가 로그아웃을 하면 해당 정보는 서버에 저장됨과 동시에 네트워크 이용자의 직접적인 점유는 네트워크 운영자에게 이전되지만, 그렇다고 네트워크 이용자가 당해 가상재산을 상실하지는 않는다. 또한 가상재산은 현실 세계의 유체물(有體物)과 동일하게 매번 사용 후에도 소실되지 않으며, 네트워크 이용자가 서로 다른 컴퓨터에서 네트워크에 로그인 하더라도 언제든지 이용자가 직전(直前)에 실행했던 정보를 완전하게 가져올 수 있는 등 영구적으로 존재한다. 따라서 가상재산에 대한 점유는 서비스에 대한 점유 또는 서비스 행위에 대한 청구권이면서, ‘특정 정보에 대한 배타적인 지배권’도 있음을 의미한다. 관리가능성과 관련하여, 네트워크 이용자의 관점에서 가상재산은 특정 네트워크 운영자의 서버에서 생성 또는 축적되지만, 그것의 발생과 변화는 네트워크 이용자가 네트워크 운영자의 서비스를 받는 과정에서 행한 구체적 행위들의 결과물이다. 따라서 네트워크 이용자가

25) 刘惠荣, 앞의 책(주 13), 73页.

26) 杨立新·王中丞, 앞의 논문(주 8), 7页. 특히, 네트워크 가상재산은 인터넷 시대 물건의 특수한 형식인 ‘가상물(虚拟物)’이기 때문에 물권의 객체가 될 수 있다고 한다(杨立新, 앞의 논문(주 9), 65页).

가상재산에 대하여 가지는 지배는 타인의 동의가 필요하지 않은 ‘지배를 통한 재산적 이익 추구의 의지(意志)’인 것이다. 이에 더하여, 가상재산의 실행·보존·권리의 변동에는 네트워크 운영자와 네트워크 이용자 사이에 맺은 협의(协议) 외에도, 중앙 서버의 실행 조작이 있어야만 네트워크 이용자와 서버 사이에 정보가 교환되는 등의 매개체를 통한 권리의 연계가 필요하다. 하지만 현실 세계에서 유가증권 소지인이 유가증권에 따른 권리를 행사하기 위해서는 타인의 협력을 필요로 하지만, 이러한 협력이 유가증권 소지인의 권리를 근본적으로 변화시키지 못하는 것처럼 매개체를 통한 권리의 연계도 물건에 대한 지배의 또 다른 형식일 뿐이다. 따라서 가상재산의 권리 연계에 네트워크 운영자의 협조가 필요하다더라도 네트워크 이용자가 ‘지배를 통해 재산적 이익 추구를 원하는 최종 선택과 결정에 변함이 없는 한’ 여전히 지배권 요건은 충족된다.²⁷⁾

둘째, 네트워크 가상재산과 물건은 모두 독립된 경제적 가치가 있다. 네트워크 가상재산은 주로 네트워크 운영자가 그의 비용과 노동을 들여 만들어낸 것이다. 예를 들면, 네트워크 운영자의 네트워크 개발을 위한 투자·전자메일 시스템 서비스의 제공·온라인 게임 운영자의 온라인 게임의 개발 등에는 다량의 비용과 노동의 투입이 필요한데, 이것들이 네트워크 가상재산이 재산성을 갖추게 되는 근거가 된다. 그리고 네트워크 가상재산이 현실 세계의 화폐 가치와 연결되는 때에 그 경제적 가치는 더 명확해진다. 따라서 네트워크 가상재산의 취득방식을 보더라도 이것들은 독립적인 경제적 가치가 있다.²⁸⁾

셋째, 네트워크 가상재산이 존재하기 위해서는 일정한 공간이 필요한데, 이것은 전통적인 물건의 존재방식과 유사하다. 비록 네트워크 가상재산의 존재에는 전통적인 동산과 부동산과 같은 현실적인 공간이 필요하지 않지만, 여전히 다른 형태의 공간이 필요하다. 물리적 관점에서 보면, 네트워크 가상재산은 전자 데이터로서 일정한 자기 디스크(磁盤) 공간이 필요한데, 이러한 공간은 실재하는 공간이다. 표출되는 방식에서 보더라도, 일정한 네트워크 가상공간이 필요하다. 예를 들면, 전자메일을 위한 공간·온라인 게임 캐릭터(인물)의 활동을 위한 공간 및 게임 아

27) 林旭霞, 앞의 논문(주 2), 95-97页.

28) 杨立新·王中合, 앞의 논문(주 8), 7页.

이템을 보관하기 위한 공간 등이다. 이 공간들은 현실의 공간은 아니지만 어느 정도의 유사성을 갖추고 있고, 이러한 유사성이 네트워크 가상재산과 현실 물건들의 사용방식과 보호방식에 공통된 기초를 제공한다.²⁹⁾

(2) 검토

물권설은 네트워크 가상재산의 가치 이외에 네트워크 이용자(온라인 게임 이용자)의 소유권까지도 인정하여 이들의 이익을 충분하게 보호하고자 한다. 그러나 네트워크 가상재산을 물권의 객체로 보호하기에는 ‘네트워크 가상재산의 객체가 현행 물권법 조항의 보호범위와 부합하지 않으며, 전통적인 물권의 행사방식과는 달리 관련 권리의 행사시 반드시 네트워크 운영자(온라인 게임 운영자)의 협력을 필요로 하는 등’ 법리적으로 문제가 있다고 지적한다.³⁰⁾ 즉 ‘첫째, 중국 「물권법」 제2조 제2항³¹⁾의 규정에 따르면 네트워크 가상재산은 여전히 물권의 객체가 될 수 없으며,³²⁾ 나아가, 비록 권리자가 당해 이익을 실현하는 관점에서는 물권과 유사한 특징을 가지지만, 적어도 네트워크 가상재산과 관련된 권리가 행사 또는 실현되기 위해서는 특정인의 행위가 필수적으로 수반되어야 한다. 둘째, 네트워크 가상재산은 네트워크 서비스 제공자가 계약의 약정에 따라 급부한 서비스 행위 자체인 것이지 서비스 제공 행위가 만들어낸 결과가 될 수 없다. 따라서 네트워크 서비스 제공자 역시 네트워크 가상재산에 대하여 어떠한 권리도 가지지 못한다. 셋째, 네트워크 가상재산의 권리변동의 공시방법·존속·점유 권능 등은 민법상의 물권과 동일하지 않은 특수성이 존재한다. 먼저, 네트워크 가상재산 권리변동의 공시방법은 네트워크 서비스 이용자로 하여금 비밀번호를 이용하여 네트워크 시스템에 로그인을 하게 하는 방식이지만, 동산 물권변동의 공시방법은 점유의 이전이며, 부동산 물권변동의 공시방법은 등기이다. 다음으로, 네트워크 가상재산의 존속은 네트워크 서비스 제공자의 존속에 의존하기 때문에 그가 영업을 종료하는

29) 杨立新·王中翕, 앞의 논문(주 8), 7页.

30) 刘惠荣, 앞의 책(주 13), 79-80页.

31) 상기한 중국 「물권법(物权法)」 제2조(주 23) 참조.

32) 물권의 객체와 관련하여, 중국 「물권법(物权法)」 제5조(물권 법정(法定)원칙)는 “물권의 종류와 내용은 법률의 규정에 따른다.”고 정하는데, 이러한 ‘물권 법정원칙(물권 법정주의)’ 역시 네트워크 가상재산의 물권설 인정에 큰 장애가 된다(王雷, “网络虚拟财产权债权说之坚持—兼论网络虚拟财产在我国民法典中的体系位置”, 「江汉论坛」第1期, 2017年, 125页).

경우에는 네트워크 서비스 이용자는 더 이상 서비스를 제공받을 수 없게 된다. 끝으로, 네트워크 가상재산 권리자의 네트워크 가상재산에 대한 점유는 네트워크 서비스 접속을 위한 비밀 번호에 대한 사실상의 통제로 이루어지지만, 물권자의 점유는 물건에 대한 사실상의 통제로 이루어진다. 또한 네트워크 가상재산의 권리자는 네트워크 시스템에 로그인을 하여야만 가상재산에 대한 지배를 할 수 있지만, 대부분의 경우 물권자는 점유물만으로도 물건에 대한 지배를 할 수 있다.’는 것이다.³³⁾

물권설의 주된 논거는 네트워크 가상재산이 시대적 변화에 따라 새롭게 등장한 특수한 물건인 ‘가상물’에 속하기 때문에 이러한 객체 역시 기존 물권이론에 따라 배타적 지배를 통하여 사용 또는 처분하는 등 독립된 물건으로 간주되어 물권의 보호를 받을 수 있다는 것이다. 하지만 네트워크 가상재산이 ‘배타적 지배와 관리 가능성·독립된 경제적 가치·물건 존재방식과의 유사성’등 기존 물권의 재배방식 및 존재형식과 유사한 특징을 갖는다는 이유만으로 해당 객체를 바로 물권의 대상으로 삼는 것은 ‘물권법정주의’에 반하는 것으로 타당하지 않다. 따라서 물권설의 취지대로 네트워크 가상재산의 재산적 가치 및 이해관계 있는 자의 권리를 보호하기 위해서는 물권법 이론을 유추적용 하는 것에 그치는 것이 아니라 네트워크 가상재산의 객체성·소유권 귀속·권리의 행사 등 네트워크 환경의 특수성을 고려한 별도의 입법이 요구된다.

다. 지식재산권설(知识产权说)

(1) 내용

지식재산권설은 네트워크 가상재산이 지식재산권과 유사한 창조성(독창성)과 복제가 가능한 특징이 있기 때문에 지적 결과물의 일종으로서 지식재산권의 보호범위에 포함되어야 한다는 이론이다. 이 이론은 다시 크게 두 가지로 구분된다. 먼저, 네트워크 가상재산은 네트워크 서비스 제공자의 지적 결과물에 속하기 때문에 네트워크 서비스 이용자는 네트워크 가상재산의 사용권(使用权)만을 얻을 수 있으며, 해당 데이터에 대한 독점권과 소유권을 얻지 못한다고 한다. 다음으로, 온라인

33) 李国强, “网络虚拟财产权利在民事权利体系中的定位”, 「政法论丛」第5期, 2016年, 19-20页.

게임에서 네트워크 가상재산은 게임 이용자의 창조적인 지적 결과물로서 게임 이용자는 온라인 게임을 위해 지적인 부분을 포함하여 많은 시간과 노력을 들였기 때문에 이를 통해 취득한 네트워크 가상재산은 게임 이용자의 소유에 속한다고 한다.³⁴⁾

(2) 검토

지식재산권설에 대하여 다음과 같은 지적이 있다. “첫째, 네트워크 서비스 제공자는 ‘무역관련 지식재산권에 관한 협정(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPs)’과 ‘저작권법’을 준수하여 네트워크(게임)의 설계·이미지·아이템 등을 만들어 내며, 해당 창작으로 완성된 전체 프로그램에 대하여 컴퓨터 소프트웨어 저작권을 갖는다. 이에 따라 네트워크 서비스 이용자는 해당 프로그램에 대한 어떠한 권리도 갖지 못한다. 둘째, 네트워크 가상재산이 지식재산권의 객체가 되는지와 관련하여, 일반적으로 지식재산권이란 지적 창조물과 상업적 표기(標記)에 따라 발생된 권리를 말하는데, 우선, 네트워크 가상재산은 상업적 표기가 아니기 때문에 상표권의 범위에 속하지 않는다.³⁵⁾ 다음으로, 네트워크 서비스 이용자는 해당 프로그램에서 미리 설계된 NPC(Non-Player Character)에 따라 당해 공간에서 활동을 하거나 아이템을 취득할 수 있다. 그러나 이것은 네트워크 서비스 제공자가 이용자의 편의와 유인(誘引)을 위해 미리 설정 또는 제공한 것으로 기본적으로 이용자의 독창성을 구현해 내지도 못할 뿐만 아니라 이용자의 지적 결과물도 아니다. 따라서 네트워크 가상재산은 지식재산권의 객체가 될 수 없다. 셋째, 지식재산권은 동일한 권리객체에 대하여 오로지 한 사람만이 해당 권리 내용을 독점적으로 향유하는 배타성을 갖는다. 하지만 온라인 게임에는 무수히 많은 동종의 네트워크 가상재산이 존재하며, 이용자는 자신이 점유하고 있는 동종의 네트워크 가상재산에 대하여 다른 이용자의 권리를 배제하거나 독점하지도 못한다. 넷째, 지식재산권은 권리자의 권리가 존속하는 법정 보호기간이 있다. 하지만 네트워크 가상재산의 경우에는 이용자와 서비스 제공자 사

34) 刘惠荣, 앞의 책(주 13), 73-74页.

35) 이에 더하여, 특허는 기술성과 독점성을 갖춰야 하는 일종의 기술적 정보로서 법률을 통해 일정 기간의 독점권을 보장받는다. 그러나 네트워크 가상재산은 상업적 기술정보도 아니며, 네트워크 서비스 이용자가 독점적으로 점유하는 것도 불가능하다. 따라서 네트워크 가상재산은 특허권의 객체도 될 수 없다(杨立新·王中喆, 앞의 논문(주 8), 7页)

이에 존속기한에 관한 별다른 약정이 없는 한 네트워크 서비스 제공자의 경영상태와 이용자의 의사에 따라 결정된다.”고 주장한다.³⁶⁾

지식재산권설에 따르면 네트워크 가상재산이 지식재산권의 객체와 유사한 특징을 가지고 있기 때문에 이를 통해 보호가 가능하다는 입장이다. 하지만 상술한 것처럼 네트워크 가상재산은 현재의 지식재산권 체계와 내용면에서 상표권·특허권·저작권의 객체가 되기는 어려워 보인다. 특히, 저작권은 여전히 네트워크 서비스 제공자의 소프트웨어를 구성하는 독창적인 지적 창조물에 속한다. 따라서 지식재산권 이론을 통해 네트워크 서비스 이용자의 관련 이익을 보호하기 위해서는 별도의 입법이 필요하다.³⁷⁾

라. 무형재산설(无形财产说)

(1) 내용

무형재산설은 비록 네트워크 가상재산이 온라인 게임 운영자의 서버에 전자 데이터의 형식으로 존재한다고 할지라도 가상재산은 일종의 상품으로서 현실 세계의 화폐와 서로 밀접한 관계에 있기 때문에 무형의 재산으로서 보호되어야 한다는 이론이다. 이 학설은 네트워크 가상재산과 관련된 중국 최초의 판결인 상기 ‘(2003)朝民初字第17848号’에서 인용한 ‘게임 아이템이 무형(無形)의 가상 아이템이면서도 특수한 온라인 게임 환경에서만 존재한다고 할지라도 가상 물품도 무형재산의 한 종류로서 법률상 그에 합당한 평가와 구제를 받는다.’는 내용을 논거로 한다.³⁸⁾

(2) 검토

무형재산설은 네트워크 가상재산의 존재형식의 특수성에 초점을 맞추고 이를 보호하기 위한 것으로 일정한 합리성을 갖추고 있지만, 무형재산의 개념이 모호할

36) 石杰·吴双全, “论网络虚拟财产的法律性质”, 「政法论丛」第4期, 2005年, 38页.

37) 참고로 별도의 입법을 통해 네트워크 가상재산의 취득·사용·거래를 네트워크 서비스 이용자의 편의에 맞추더라도 네트워크 서비스 운영자에게는 특별히 해가 될 것이 없다. 왜냐하면 네트워크 가상재산은 오로지 네트워크 서비스 운영자가 미리 설정한 특정한 온라인 환경에서만 존재하며, 소유권의 귀속과 소멸 역시 네트워크 서비스 운영자에 의해 결정되기 때문이다.

38) 刘惠荣, 앞의 책(주 13), 74页.

뿐만 아니라 무형재산에 대한 개념 역시 통일되어 있지 않다고 지적한다. 즉 ‘무형 재산을 바라보는 관점과 관련하여, 첫 번째 관점은 무형재산이란 특정한 형태 없이 일정한 공간을 점유하거나 인류가 지배하는 물건을 지칭한다고 본다. 두 번째 관점은 무형재산을 지식재산권이라고 본다. 세 번째 관점은 무형재산을 유체물에 대한 권리 이외의 기타 권리와 이익이라고 정의한다. 하지만 무형재산의 독립적인 법적 지위뿐만 아니라 이론체계와 법적 규율 역시 현재까지 미흡하다. 따라서 현재의 민법 체계 내에서 네트워크 가상재산을 무형재산의 객체로 다루기는 어렵다.’는 것이다.³⁹⁾

무형재산설은 네트워크 가상재산이 현실적으로 무형의 이익이 있음을 고려하여 무형의 재산으로서 이를 보호하고자 한다. 하지만 본 학설은 물권설에서 주장하는 특수한 물건과의 관계가 명확하지 않을 뿐만 아니라 객체성과 관련한 이론적 토대 역시 미비해 보인다. 따라서 무형재산설을 통해 네트워크 가상재산을 보호하기에는 이론적으로 더 많은 연구가 필요하다.

마. 채권설(債權說)

(1) 내용

채권설은 네트워크의 이용이 네트워크 서비스 제공자와 네트워크 서비스 이용자가 맺은 일종의 서비스 계약 관계임을 근거로 네트워크 가상재산의 본질을 채권적 권리로 보는 이론이다. 즉 ‘온라인 게임의 경우, 온라인 게임 자체는 온라인 게임 운영자가 제공하는 각종의 부수적 서비스의 일종으로 이 관계는 게임 이용자와 온라인 게임 운영자 사이에 맺은 소비자와 서비스 제공자 사이의 법률관계이다. 이에 서비스 제공자는 법정 또는 약정된 것에 부합하는 품질·수요·수량·기한 등의 서비스를 제공하며, 게임 이용자는 관련 서비스를 받음과 동시에 그에 상응하는 대가를 지불한다. 따라서 온라인 게임 운영자와 게임 이용자 사이에는 소유권이전(移轉) 관계가 존재하지 않으며, 온라인 게임 제공자 역시 온라인 게임 및 온라인 게임에 부수한 것의 소유권을 이전하려는 목적이 있는 것도 아니다. 또한 계

39) 劉惠榮, 앞의 책(주 13), 83頁.

임 이용자가 구매하는 온라인 게임 아이템과 물품은 온라인 게임을 운용하기 위해 필요한 것으로 관련 서비스를 받기 위해 아이템에 대한 통제를 하는 것일 뿐이다. 결국, 이러한 관계에서 결정되는 가격은 서비스에 대한 가격인 것이지 ‘물건(物)’에 대한 가격이 아니다. 이에 따라 온라인 게임에서 가상재산의 분실과 관련하여 게임 이용자가 주장하는 온라인 게임 환경의 재산과 물품에 대한 소유권 주장은 법적으로 아무런 근거가 없다. 만약 쌍방이 맺은 서비스 계약의 약정에 따라 온라인 게임 운영자에게 위약의 책임을 주장하는 경우에는 문제가 없겠지만, 이 경우에도 온라인 게임 가상재산의 거래와 관련된 온라인 게임 운영자의 서비스 행위에 대한 청구권인 것이지 물건에 대한 소유권 이전이 아니다.’라고 주장한다.⁴⁰⁾ 특히, 네트워크 가상재산을 채권설에 따라 규율하여야 하는 이유는 ‘네트워크 가상재산의 권리자가 자신의 권리를 행사하는 경우에는 그가 네트워크 가상재산을 취득한 근거가 자신의 비용 투입 및 노력 여하에 따른 것인지 아니면 네트워크 가상재산 매매계약에 따른 것인지와 무관하게 네트워크 서비스 제공자의 기술적 협력 및 서버의 제한을 받아야 하는 등 네트워크 서비스 계약과 소프트웨어의 조작을 통해서만 계약의 목적을 달성할 수 있다. 따라서 이러한 네트워크 가상재산의 행사상의 특수성으로 인해 이를 둘러싼 권리관계는 채권에 귀속될 수 밖에 없다.’는 것이다.⁴¹⁾

(2) 검토

채권설은 네트워크 가상재산과 관련된 권리의 본질 속성을 네트워크 운영자가 네트워크 이용자에 대하여 부담하는 의무로 이해하는 것에 많은 학자들이 동의한다. 하지만 이 학설은 채권채무 관계를 명확하게 구분하지 못할 뿐만 아니라 네트워크 가상재산과 관련된 권리의 특성을 설명하기에도 부족하다는 지적이 있다. 예를 들면, “이 학설은 네트워크 가상재산을 서비스 계약에 포함시켜 해당 객체의 취득·양도·소멸 등을 일종의 채권관계로 간주함에 따라 네트워크 가상재산 본연의 특징을 등한시하였다. 즉 온라인 게임의 경우, 온라인 게임 이용자는 온라인 게임

40) 刘惠荣, 앞의 책(주 13), 74-75页.

41) 王雷, 앞의 논문(주 32), 125页.

규칙에 따라 게임을 하며, 온라인 게임 운영자는 서비스 계약의 조건에 따라 게임 이용자에게 게임 아이템을 교부하는데, 여기까지는 일종의 채권 관계이다. 그러나 해당 네트워크 가상재산의 교부가 이루어진 후 게임 이용자는 온라인 게임 규칙에 따라 이를 독립적으로 지배하기 때문에 게임 이용자는 네트워크 가상재산을 양도 내지 판매할 수 있는 권리가 있다.”는 것이다.⁴²⁾ 특히, 네트워크 가상재산이 채권설의 객체가 될 수 없는 이유는 “채권의 객체는 민사주체의 ‘행위’를 말하는데, 네트워크 가상재산은 인간의 주관적인 의사와는 독립하여 객관적으로 존재하는 것으로 민사주체의 행위가 될 수 없다. 따라서 네트워크 가상재산은 채권의 객체가 될 수 없다.”는 주장이다.⁴³⁾

채권설은 네트워크 가상재산을 둘러싼 권리관계를 네트워크 서비스 제공자와 권리자 사이의 서비스 계약관계로부터 출발하여, 이와 관련된 권리의 취득·양도·멸실 등을 일종의 채권관계로 간주한다.⁴⁴⁾ 이러한 채권설은 네트워크 가상재산의 객체성 확정의 난제를 해결하기 위해서 기존 민법 체계 내의 계약관계에서 도출해 낸 것임을 고려하면 현재까지 타당해 보인다. 하지만 채권설에 따르는 경우에도 네트워크 이용자를 실질적으로 보호하기에는 여전히 미흡한 부분이 있다. 이를테면, 네트워크 서비스 이용계약의 대부분이 네트워크 서비스 제공자가 미리 작성한 약관의 형식으로 온라인에서 체결되는 점을 고려하면 현실적으로 네트워크 서비스 이용자에게 불리하게 작용하는 경우가 발생할 수 있음을 추단할 수 있다. 또한 네트워크 서비스 이용 계약에서 당사자가 부담하는 급부의무 내지 부수의무 등 계약상의 의무에 대한 판단이 여전히 어렵다는 점을 고려하면 위약책임(채무불이행 책임)의 효과를 통해 네트워크 이용자를 보호하는 것에 한계가 있다. 따라서 채권설의 입장을 견지하면서도 네트워크 가상재산의 특수성도 동시에 고려할 수 있는 방안을 찾기 위한 노력이 계속되어야 한다.

3. 소결

42) 刘惠荣, 앞의 책(주 13), 83页. 한편, 네트워크 서비스 계약체결의 특수성을 고려하면, 네트워크 가상재산의 양도에도 기존의 채권양도 방식을 그대로 적용할 것인지에 대하여 현재까지 학계의 입장은 뚜렷하지 않다.

43) 杨立新, 앞의 논문(주 9), 68-69页.

44) 陈甦, 「民法总则评注(下册)」, 法律出版社, 2017年, 886页.

「온라인 게임 관리 잠정 방법」은 문화여유부의 부문규장으로서 광의의 법적 효력이 인정된다. 하지만 본 「게임 관리방법」의 규정은 온라인 게임시장과 네트워크 가상재산을 종합적으로 규율하기에는 미흡해 보인다. 따라서 본 「게임 관리방법」이 네트워크 가상재산을 전문적으로 규율하는 법률로서 역할을 수행하기 위해서는 본 「게임 관리방법」의 법적 지위를 일반 법률의 지위로 격상하여야 하며, 내용면에서도 다양한 네트워크 가상재산을 규율할 수 있도록 보완하는 입법적 노력이 필요하다.

네트워크 가상재산의 법적 성질과 관련하여, 부정설을 제외한 상기한 어느 학설에 의하든 네트워크 가상재산을 보호하고자 함에는 인식을 같이 한다. 다만 네트워크 가상재산의 객체속성 및 소유권 귀속에 관하여 의견이 다양하게 나뉜다. 이와 관련하여, 현재의 주류 관점은 ‘물권설’과 ‘채권설’이라고 할 수 있다. 물권설은 네트워크 가상재산이 온라인 공간에 존재하는 특수한 물건인 ‘가상물’에 속하기 때문에 이것 역시 기존 물권이론에 따라 독립된 물건으로 간주되어 지배 및 처분할 수 있는 등 물권의 보호를 받을 수 있다는 것이다. 하지만 물권설에 따라 현실 세계의 물건을 모방한 유사한 특징을 갖는다는 이유만으로 네트워크 가상재산을 곧바로 물권의 객체로 삼는 것은 물권법정주의에 반하는 것이다. 따라서 물권설을 통해 네트워크 가상재산을 규율하기 위해서는 가상물과 관련된 별도의 입법이 필요해 보인다. 이에 반해, 채권설은 네트워크 가상재산 자체의 객체성이 아닌 당해 객체를 둘러싼 주체들의 채권·채무 관계에 초점을 맞추어 네트워크 가상재산의 본질을 채권적 관계로 보는 견해로서 현재까지 타당해 보인다. 하지만 채권설에 따르는 경우에 네트워크 가상재산의 객체성 확정이 어려울 수 있으며, 네트워크 서비스 관계의 특수성에 따른 급부의무 및 부수의무 등의 구분도 명확하지 않을 수도 있다. 따라서 채권설을 기초로 하면서도 네트워크 서비스 계약의 특수성도 동시에 고려할 수 있는 새로운 법적 평가가 재고되어야 한다.

III. 중국 민법상 네트워크 가상재산의 보호방법과 향후 전망

네트워크 가상재산의 법적 성질에 대한 명확한 법적 평가가 없는 상황에서 이와

관련된 민사(民事)사건의 해결에는 여전히 어려움이 따른다. 즉 관련 민사 사건은 크게 ‘네트워크 서비스 제공자와 네트워크 서비스 이용자 사이의 분쟁’과 ‘네트워크 서비스 계약 당사자와 제3자와의 분쟁’으로 나뉜다. 전자(前者)는 통상 네트워크 서비스 제공자와 네트워크 서비스 이용자 사이의 관계를 계약관계로 본다. 이에, 서비스 제공자는 서비스 이용자가 계약 내용에 따라 네트워크 가상재산을 보유·사용하는 것으로 간주하며, 만약 분쟁 발생 시 당해 계약에 따라 해결하는 것으로 이해한다. 하지만 서비스 이용자는 자신의 시간과 노력 등 노동의 투여로 네트워크 가상재산의 소유권을 이미 자신이 얻었다고 이해할 수 있다. 후자(後者)는 네트워크 서비스 계약 당사자와 제3자 사이에는 어떠한 거래나 계약관계도 존재하지 않지만, 제3자가 서비스 이용자의 계정에 무단으로 침입하여 네트워크 가상재산을 통제·보유·사용하는 경우가 일반적인 모습이다. 하지만 이 경우 이들 사이에는 직접적인 계약관계가 없을 뿐만 아니라 피해를 입은 서비스 이용자가 네트워크 가상재산에 대해 가지는 권리 역시 현재까지 불명확하다. 이에, 전자와 후자의 경우에 법원이 어떠한 법률적 판단을 할 것인지를 예측하기는 여전히 어려운 문제이다.⁴⁵⁾

아래에서는 중국 민법 이론과 재판실무에서 무엇을 근거로 네트워크 가상재산을 보호하고 있는지를 고찰한 후, 최근 중국 민법에 새롭게 신설된 네트워크 가상재산 보호 규정이 장래 네트워크 가상재산 보호 방면에 어떠한 의미를 주는지도 검토하기로 한다.

1. 채권법 이론을 통한 네트워크 가상재산의 보호

현재 중국에서는 네트워크 운영자와 네트워크 이용자 사이에 체결된 사용권 계약(end user license agreement)⁴⁶⁾ 및 계약의 원칙에 따른 권리와 의무에 기초하

45) 江波, 앞의 책(주 5), 65頁.

46) 네트워크 서비스 이용자가 가상세계에 진입하기 위해서는 가상세계를 만든 자가 미리 작성한 정형화된 계약(定型化合同)인 사용권 계약에 대한 동의가 반드시 필요하며, 이것에 대한 동의 후 비로소 서비스 이용자의 온라인 가상공간 참여가 가능해진다. 이에 따라 사용권 계약은 네트워크 서비스 이용자와 네트워크 서비스 제공자 사이 법률관계의 사실적 기초가 된다(江波, 앞의 책(주 5), 43-44頁).

여 네트워크 가상재산과 관련된 민사 사건을 해결하고 있다. 이것은 네트워크 가상재산 관련 분쟁은 곧 사용권 계약에 따라 발생한 채권·채무 관계로서 계약과 관련된 원칙과 법률들이 적용되고 있음을 의미한다.⁴⁷⁾

가. 계약의 급부의무 위반의 판단과 그에 따른 해결

(1) 내용

온라인 서비스의 경우, 서비스 제공자와 이용자는 사용권 계약을 통해 서비스 계약을 체결하게 되며, 이 계약에 따라 이용자가 서비스에 대한 대가를 지불하거나 서비스 제공자가 제공하는 각종의 광고를 본 후에야 비로소 서비스 제공자가 서비스를 제공하게 되는 쌍무계약이다. 하지만 사용권 계약은 서비스 제공자가 사전에 미리 작성한 ‘양식화 조항을 통한 계약(格式合同)⁴⁸⁾에 해당하기 때문에 계약 당사자들이 계약의 급부의무를 위반하였는지를 판단하기 위해서는 우선적으로 양식화 조항이 합리적인지 여부를 검토한 후 다음으로 어느 일방의 당사자가 계약의 급부의무를 위반하였는지 확정하여야 한다.⁴⁹⁾

양식화 조항인 사용권 계약이 합리적인지 여부의 판단은 다음과 같다.

먼저, 중국 「계약법」 제41조(양식화 조항의 해석)는 “양식화 조항의 이해에 대하여 다툼이 있는 경우에는 통상의 이해에 따라 해석한다(제1문). 양식화 조항에 대하여 두 가지 이상의 해석이 가능한 때에는 양식화 조항을 제공한 일방에게 불리하게 해석한다(제2문). 양식화 조항과 비(非)양식화 조항이 불일치하는 경우에는 비(非)양식화 조항을 채택한다(제3문).”고 정한다. 즉 양식화 조항은 일반적인 계약과는 다른 특수성이 인정되기 때문에 본조에 따라 특수한 해석 원칙을 확립한

47) 江波, 앞의 책(주 5), 42-43頁.

48) 중국 「계약법」 제39조: “양식화 조항을 통해 계약을 체결하는 경우에, 양식화 조항을 제공하는 일방은 공평의 원칙을 준수하여 당사자 사이의 권리와 의무를 확정하며, 책임을 면제하거나 제한하는 경우에는 합리적인 방식으로 상대방이 주의할 수 있도록 하고, 상대방의 요구에 따라 해당 조항을 설명하여야 한다(제1항). 양식화 조항은 당사자가 반복적인 사용을 위해 미리 작성한 것으로 계약 체결 시에 상대방과의 협의를 거치지 않은 조항을 말한다(제2항).” 중국에서는 한국의 약관에 해당하는 유형의 계약에 대해 ‘服从合同, 格式合同, 格式条款, 标准合同’ 등 다양한 용어들을 사용하여 왔고, 국내 문헌들은 이를 ‘약관, 약관조항, 표준계약, 격식계약’ 등으로 표현하고 있다. 하지만 용어의 원 뜻을 최대한 살리면서 우리 법률용어인 ‘약관’과의 차별성을 나타낼 수 있는 ‘양식화 조항’으로 표현하기로 한다(배덕현·이충훈, “중국의 약관규제 관련 법제 연구”, 「인하대학교 법학연구」 제21집 제2호, 2018년, 158-160면).

49) 江波, 앞의 책(주 5), 45-46頁.

것이다. 본조 제1문은 계약당사자 평균의 합리적 이해에 따라 양식화 조항을 해석하는 것으로 양식화 조항이 특정 개인이 아닌 불특정 다수와 체결된다는 점을 고려한 것이다. 본조 제2문은 양식화 조항이 쌍방의 협의가 아닌 일방이 단독으로 미리 작성하였고, 작성자가 자신에게 유리하게 작성하였을 가능성이 크기 때문에 조항의 내용이 불분명한 경우에는 작성자에게 불리하게 해석한다는 것이다. 본조 제3문은 일반 계약의 해석에서도 일반약정과 개별약정이 불일치하는 경우에 개별약정이 우선적으로 적용되는 것과 마찬가지로 양식화 조항과 비양식화 조항이 불일치하는 때에 비양식화 조항이 우선적으로 적용되는 것으로 해석하는 것이 당사자들의 의사에도 부합할 뿐만 아니라 소비자 보호에도 유리하다는 것이다.⁵⁰⁾ 따라서 사용권 계약의 내용이 네트워크 가상재산과 관련된 이용자의 주된 권리를 제한했는지 또는 계약의 당사자들이 급부의무를 위반했는지 여부 등은 동법 제41조에 규정된 양식화 조항의 해석 방법에 따라 판단한다.⁵¹⁾

다음으로, 중국 「계약법」 제40조(양식화 조항의 무효)는 “양식화 조항이 본법 제52조⁵²⁾와 제53조⁵³⁾에 규정된 사유에 해당되는 경우 또는 양식화 조항을 제공하는 일방이 자신의 책임을 면제·상대방 책임을 가중·상대방의 주요 권리를 배제하는 경우에 당해 조항은 무효이다.”라고 정한다. 즉 본조의 전단 부분인 동법 제52조 ‘계약의 일반적 무효 사유’와 제53조 ‘면책조항의 일반적 무효 사유’에 해당되는 내용을 포함하는 양식화 조항은 절대적 무효가 된다.⁵⁴⁾ 특히, 본조 후단의 ‘상대방 주요 권리의 배제’에 대하여 주요 권리를 보는 관점은 크게 ‘법률에 규정된 권리로 보는 견해(제1설)’, ‘공평의 원칙에 따른 결정으로 보는 견해(제2설)’, ‘계약의 성질에 따른 결정으로 보는 견해(제3설)’로 나뉜다. 하지만 제1설에서 말하는 법률의 규정은 강행법규의 위반을 말하는 것으로 동법 제52조를 적용하면 되기 때문에 이 주장은 무의미하며, 제2설 역시 공평의 원칙을 주요 권리의 범위로 정하

50) 王利明, “对《合同法》格式条款规定的评析”, 「政法论坛(中国政法大学学报)」第6期, 1999年, 12-13页.

51) 하지만 실질적으로 온라인 게임에서 무엇이 이용자의 주된 권리인지, 그리고 사용권 계약의 제한(限制)조항이 당해 권리를 배척했는지 여부는 재판실무에서도 쉽게 판단할 수 없는 문제이다(江波, 앞의 책(주 5), 46页).

52) 중국 「계약법」 제52조(계약 무효의 법정 사유): “아래 사유에 해당되는 경우에 계약은 무효이다. (1)일방이 사기·강박으로 계약을 체결하여 국가이익을 해하는 경우. (2)약의의 통정행위로 국가·집체 또는 제3자의 이익을 해하는 경우. (3)합법의 형식으로 불법의 목적을 행하는 경우. (4)사회 공공이익을 해하는 경우. (5)법률·행정법규의 강행규정을 위반하는 경우.”

53) 중국 「계약법」 제53조(계약 면책약관의 무효): “계약에서 아래의 면책약관은 무효이다. (1)상대방의 인신에 상해를 입힌 경우. (2)고의 또는 중대한 과실로 상대방에게 재산손실을 야기한 경우.”

54) 배덕현·이충훈, 앞의 논문(주 48), 175면.

기는 불명확하다고 한다. 따라서 계약의 내용 및 성질에 따라 당사자들이 향유하는 주된 권리도 달라지는 것처럼, 주된 권리를 확정하기 위해서는 계약 자체의 성질을 고려해야 한다는 제3설이 타당하다는 주장이 있다.⁵⁵⁾

이상의 과정을 통해 양식화 조항이 합리적인지 여부를 판단한 후 이것의 유·무효가 확정되면 그 다음 단계로 계약당사자들의 행위가 계약의 급부의무를 위반하였는지를 검토한다.

계약의 급부의무 위반에 따른 위약책임(채무불이행책임) 여부와 관련하여, 중국 「계약법」 제107조(위약책임)는 “당사자 일방이 계약의무를 불이행하거나 계약의무의 이행이 약정에 부합하지 않는 경우에는 이행의 계속·보완 조치의 채택 또는 손실의 배상 등 위약책임을 부담하여야 한다.”고 정한다. 그리고 동법 제110조(비(非)금전채무의 위약책임)는 “당사자 일방이 비금전채무를 불이행하거나 비금전채무의 이행이 약정에 부합하지 않는 때에는 상대방은 그 이행을 요구할 수 있다. 다만, 다음의 경우에는 예외로 한다. (1) 법률상 또는 사실상 이행이 불가능한 경우. (2) 채무의 목적이 강제이행에 적합하지 않거나 이행비용이 과도한 경우. (3) 채권자가 합리적인 기간 내에 이행을 요구하지 않는 경우.”라고 정한다. 또한 동법 제113조(손해배상의 범위)에서는 “당사자 일방이 계약의무를 불이행 또는 계약의 이행이 약정에 부합하지 않아 상대방에게 손실을 발생시킨 경우에, 손실의 배상액은 계약의 이행 후 얻을 수 있었던 이익을 포함하여 위약으로 발생한 손실에 상응하여야 한다. 그러나 계약을 위반한 일방이 계약 체결 시 예견하였던 또는 계약 위반으로 손실이 야기될 것이라고 예견할 수 있었던 손실을 초과할 수 없다(제1항). 경영자가 소비자에게 제공한 상품 또는 서비스에 사기행위가 있는 때에는 「소비자권익보호법(消費者權益保護法)」에 따라 손해배상책임을 부담한다(제2항).”라고 정한다. 특히, 동법 제113조 제2항에 따라 경영자가 소비자에게 제공한 서비스에 사기행위가 있는 경우에는 「소비자권익보호법」 제55조⁵⁶⁾ 규정에 따라 경영자는 소

55) 王利明, 앞의 논문(주 50), 9頁.

56) 중국 「소비자권익보호법」 제55조: “경영자가 제공한 상품 또는 서비스에 사기행위가 있는 때에는 소비자의 요구에 따라 그 손실에 대한 배상을 늘려야 하며, 증가되는 배상 금액은 소비자가 구매한 상품의 가격 또는 서비스를 받는 비용의 3배로 한다...” 참고로, 중국 「소비자권익보호법」은 ‘소비자의 합법적 권익을 보호하고, 사회 경제질서를 유지하며, 사회주의 시장경제의 건전한 발전을 촉진함을 목적’으로(동법 제1조), 1994년 1월부터 시행되었다. 그 후 변화된 시대 상황을 반영하기 위해 2009년과 2013년에 각각 개정되었다.

비자에게 3배의 손실배상을 하여야 한다. 이는 일반적으로 계약의 위반에 따른 손해배상은 원고의 손실을 기준으로 하는 것이 원칙이지만, 당해 계약이 소비자 계약으로서 경영자의 사기행위에 따라 발생한 손해배상인 경우에는 이를 징벌적 손해배상으로 본다.⁵⁷⁾

네트워크 서비스 이용계약의 경우, 급부의 계속적 제공을 원하는 것이 일반적인 모습인 점을 감안하면 계약의 당사자는 급부의무 위반의 상대방에 대하여 주로 이행의 계속·보완조치의 채택·손실의 배상 등을 청구할 수 있을 것이다.⁵⁸⁾

(2) 관련 판례⁵⁹⁾

(가) 사실관계

원고 A는 피고 B회사가 운영하는 온라인 게임에 가입하였고, 자신의 노력으로 게임 아이템의 수량을 증가시켰다. 하지만 피고는 원고의 아이템 중 일부가 복제품인 것을 발견하고, 원고의 게임계정을 이용정지 시켰다. 동시에 게임계정의 재개를 위한 조건으로 원고에게 서면 형식으로 복제품에 해당하는 아이템의 삭제에 동의할 것을 요구하였다. 이에 원고는 피고를 상대로 ‘게임계정 이용정지의 해제, 정신상 손해에 따른 위자료 청구’의 소송을 제기하였다.

(나) 1심 법원의 판결

1심 법원은 ‘원고는 인터넷을 통해 등록하는 방식으로 피고의 온라인 게임의 계정을 취득하였고, 피고는 온라인 게임의 운영과 관리에 대하여 원고 등 게임 이용자에게 특정한 내용의 서비스를 제공하였다. 원고는 온라인 게임 참여 과정에서 그 서비스 내용에 대한 수락의 의사를 표시하였고, 이에 쌍방 사이에는 그에 상응하는 서비스 계약관계가 형성되었다. 한편, 피고는 아이디(ID)의 일련번호를 조사하는 방식으로 원고의 게임 계정에 있는 10개의 해당 아이템이 다른 이용자가 보

57) 江波, 앞의 책(주 5), 47頁.

58) 현재 중국에서 네트워크 서비스 이용계약에 따른 급부의무가 주된 급부의무와 ‘종된 급부의무’로 명확하게 구별될 수 있는지는 현재까지 명확하지 않다.

59) 제1심 법원 판결: (2005)海民初字第16013号, 제2심 법원 판결: (2006)一中民终字2584号.

유한 아이템의 일련번호와 동일한 것임을 발견하였다. 원고는 게임 중 피고가 주장하는 문제의 아이템을 가상 거래의 방식으로 취득하였고, 피고 역시도 온라인 게임에서 가상 거래를 지원하고 있음을 주장하였다. 소송 과정에서 피고는 아직까지 원고가 행한 상품의 복제 또는 그 거래 과정에서 존재하는 주관적 과실에 대한 증거를 제출하지 않고 있다. 이에 피고가 원고의 부정당(不正當) 또는 기타 불공평한 수단을 사용하여 피고의 상품과 서비스를 사용하였다는 사실을 증명하지 못하는 한 서비스를 받는 과정에서 원고의 위약행위는 없다. 특히, 중요한 것은 피고 스스로 게임 이용자들이 거래과정에서 상품의 진위 여부를 식별하기는 불가능하다는 사실을 표시하였다. 이에 대하여, 본 법원은 “피고가 비록 원고가 게임 중 보유한 문제의 아이템이 다른 이용자의 상품 일련번호와 동일하다는 것을 식별할 수 있을지라도 원고 스스로 이것의 진위 여부를 식별하기는 불가능하다. 이에 원고가 보유한 문제의 아이템이 복제품이라는 사실에 대한 주관적 과실은 더욱 더 표명할 수 없을 것이다. 피고는 온라인 게임의 서비스 제공자로서 기술적 수단·복제품의 출처 조사 등의 방법을 통하여 다수의 게임 이용자의 이익을 보호하고, 온라인 게임의 정상적인 운영을 유지할 수 있다. 해당 온라인 게임에서 가상 거래의 참여자에게 주의와 식별기능을 제공할 수 없다는 전제하에, 서비스를 받는 일방에 대하여 이것으로 야기되는 불이익을 부담하게 하는 것은 타당하지 않다. 따라서 원고의 게임 계정에 대한 이용의 재개 요구는 정당하다.” 그러나 정신상 손해에 따른 위자료의 배상은 법적 근거가 부족하여 기각한다.’고 판결하였다.

(다) 2심 법원의 판결⁶⁰⁾

2심 법원은 “피고(항소인)는 해당 온라인 게임의 운영 및 관리자이며, 역시 온라인 게임 규칙의 제정자이다. 이에 법률의 허용 범위 내에서 관련 게임의 모든 규칙을 제정할 수 있으며, 여기에는 구속력이 있다. 온라인 게임 이용자가 해당 온라인 게임에 참여하기 위해서는 무조건적으로 이용자 조항의 관련 규정을 수락한 후에야 비로소 등록된다. 해당 이용자 조항은 모든 이용자를 대상으로 하며, 이용자가

60) 피고(항소인)는 1심 법원의 판결이 법률 적용상의 착오가 있다고 주장하였다. 즉 피고와 원고는 계약관계에 있으며, 계약조항에서 이미 관련 사실을 고지했기 때문에 계약에서 약정한 행위의 위반이 존재하지 않는다는 것이다.

일단 해당 게임에 등록을 하면 이용자 조항은 곧 계약의 내용으로 편입된다. 원고(피항소인)는 게임에 등록하는 방식으로 관련 게임의 계정을 취득하였고, 피고는 게임의 운영 및 관리자로서 원고 등 이용자에 대하여 특정한 내용의 서비스를 제공하며, 원고는 게임에 참여하는 과정에서 서비스 내용에 대한 무조건적인 수락을 하였고, 쌍방 사이에는 그에 상응하는 서비스 계약관계가 형성되었다. 한편, 피고는 아이디(ID)의 일련번호를 조사하는 방식으로 원고의 게임 계정에 있는 10개의 해당 아이템(네트워크 가상 거래물품)이 다른 이용자가 보유한 아이템의 일련번호와 동일함을 발견하였고, 이것은 곧 해당 거래물품이 비정상적인 게임 방식을 통해 취득되었을 뿐만 아니라 게임 규칙을 위반한 복제 등의 수단을 통해 취득된 것임을 의미한다. 피고는 해당 온라인 게임의 운영 및 관리자이기 때문에 피고가 기술적인 방법에 따라 상기의 사실을 확인했다는 것에 대하여 본원(本院)은 이를 인정할 수 있다. 동시에 다량의 유사한 복제 거래물품을 보유한 게임 이용자는 다른 이용자들에 대하여 불공정함을 가져온다. 따라서 게임의 운영 및 관리자인 피고가 게임 규칙 및 전체 게임 이용자가 공평한 환경에서 게임을 할 수 있도록 하기 위하여 상술한 복제물품에 대한 정리 및 유사한 복제물품을 보유한 이용자에 대한 일정한 제한 조치를 취하는 것은 게임 규칙에 부합하는 것이다. 원고는 해당 게임의 이용자로서 게임에 참여하기 위하여 이미 관련 게임 조항에 대한 무조건적인 수락을 하였기 때문에 피고가 게임 규칙의 위반을 발견한 후 그 게임 계정을 이용정지하는 방식으로 서비스의 제공을 일시 중단한 행위는 계약의 약정을 위반한 것이 아니다. 이에 무조건적으로 이용정지된 계정을 해제하라는 청구는 법률의 근거가 없는 것이다. 따라서 원심 법원에서 피고가 계약의 약정을 위반하였다고 인정한 것은 법률 적용의 착오에 속한다.”고 판결하였다.

(라) 검토

관련 판례에서 1심 법원과 2심 법원은 이용자의 가상물품 거래가 급부의무를 위반하였는지에 대하여 서로 다른 관점을 보여주었다. 1심 법원은 이용자가 급부의무를 위반하지 않았다고 판단하였지만, 2심 법원은 이용자는 온라인 게임 운영자의 서비스 협의를 무조건적으로 받아들여야 하기 때문에 비정상적인 방법으로 가

상품품을 거래하는 것은 위약이 되며, 따라서 운영자가 해당 이용자의 계정의 이용을 제한한 것은 정당하다는 것이다. 아쉬운 점은 상급심인 2심 법원에서 온라인 게임 운영자의 양식화 조항에 대한 합리성 심사를 하지 않았다는 것이다.⁶¹⁾

나. 부수의무(안전보장 의무) 위반 여부의 판단과 그에 따른 해결

(1) 내용

계약의 당사자 이외의 제3자가 네트워크 서비스 계약의 내용 및 그 이행을 방해하는 경우에는 계약의 당사자와 제3자 사이에 어떠한 계약 관계도 존재하지 않기 때문에 제3자에게 직접적인 책임을 물을 수 있는지 여부가 명확하지 않다. 이에, 중국에서는 계약의 부수의무에 대한 확장해석을 통하여 관련 문제를 해결한다.⁶²⁾

중국 「계약법」 제60조(엄격이행과 신의성실)에서는 “당사자는 약정에 따른 자신의 의무를 전면적으로 이행한다(제1항). 당사자는 신의성실의 원칙을 준수하며, 계약의 성질·목적 그리고 거래 관행에 따른 통지·협력·비밀유지 등의 의무를 이행한다(제2항).”고 정한다. 본조 제2항의 규정에 따르면, 계약의 부수의무란 계약의 목적 실현을 확보하고 상대방의 합법적인 권익을 보호하기 위해서 신의성실의 원칙에 근거하여 계약의 성질·목적과 거래 관행에 따라 부담하는 작위 또는 부작위의 의무를 말한다. 하지만 중국 「계약법」에서는 계약의 이행과정에서 발생하는 부수의무 위반에 대한 구제를 명확하게 규정하고 있지 않다.⁶³⁾ 이에 중국 「소비자권익보호법」과 중국 「불법행위책임법」의 관련 규정까지 여기에 포함시켜 살펴볼 필요가 있다.

먼저, 중국 「소비자권익보호법」 제18조는 “경영자는 그가 제공하는 상품 또는 서비스가 인신·재산의 안전에 부합하도록 하여야 한다. 인신·재산의 안전에 위

61) 江波, 앞의 책(주 5), 49页.

62) 중국에서는 부수의무를 ‘신의성실의 원칙’으로부터 파생된 의무라고 보며, 중국 「계약법」 제60조 제2항에도 관련 내용이 정해져 있다. 비록 부수의무가 계약에서 약정한 급부의무의 내용을 보충하는 기능을 하지만, 부수의무의 위반으로 급부의무의 이행이 불가능해지는 경우도 있을 수 있다. 한편, 부수의무에는 주로 경고·통지·보호·배려·협력·비밀유지 등이 포함된다(王利明, 「合同法研究(第一卷(修订版))」, 中国人民大学出版社, 2011年, 393页). 생각건대, 네트워크 서비스 이용자가 네트워크 서비스 제공자가 부담하는 계약상의 부수의무를 통해 피해를 구제받으려는 주된 이유는 직접 침해의 당사자인 제3자에게 책임을 묻는 것이 현실적으로 어렵기 때문인 것으로 보인다.

63) 江波, 앞의 책(주 5), 51-52页.

해를 가할 수도 있는 상품과 서비스에 대하여는 소비자에 대하여 성실한 설명과 경고를 하여야 할 뿐만 아니라 상품과 서비스 정상적인 이용방법 내지 위험발생을 방지하는 방법에 대한 설명과 명시를 하여야 한다(제1문).”고 정한다. 동법 제19조에서도 “경영자는 그가 제공하는 상품 또는 서비스의 하자로 인해 인신·재산의 안전에 위험이 있음을 발견한 경우에는 즉시 행정부문에 보고하고 소비자에게도 이를 고지하여야 할 뿐만 아니라 판매중지·경고·리콜·무공해 처리·소각·생산과 서비스의 중지 등의 조치를 취하여야 한다. 리콜 조치를 취하는 경우에 경영자는 소비자가 상품의 리콜로 지불한 필요비용을 부담하여야 한다.”고 정한다.

다음으로, 중국 「불법행위책임법」 제36조는 “네트워크 이용자와 네트워크 서비스 제공자가 네트워크를 이용하여 타인의 민사권익을 침해한 때에는 불법행위 책임을 진다(제1항). 네트워크 이용자가 네트워크 서비스를 이용하여 불법행위를 하는 경우에 피해자는 네트워크 서비스 제공자에게 삭제·차단·링크의 차단 등 필요할 조치를 취할 것을 요구할 권리가 있다. 네트워크 서비스 제공자가 이 같은 통지를 받고도 즉시 필요한 조치를 취하지 않아 발생한 확대손해에 대해서는 불법행위를 한 네트워크 이용자와 연대하여 책임을 진다(제2항). 네트워크 이용자가 그 네트워크 서비스를 이용하여 타인의 민사권익을 침해한다는 사실을 알았음에도 필요한 조치를 취하지 않은 네트워크 서비스 제공자는 불법행위를 한 네트워크 이용자와 연대하여 책임을 진다(제3항).”고 정한다. 본조 제1항은 네트워크에서 가해행위의 주체는 ‘네트워크 서비스 이용자’와 ‘네트워크 서비스 제공자’로서, 이러한 가해행위에 대하여 자기책임의 원칙이 적용됨을 정한 것이며, 본조 제2항과 제3항은 네트워크 서비스 제공자도 네트워크 이용자의 위법한 가해행위에 대하여 ‘네트워크 관리상의 부작위’를 이유로 공동불법행위책임을 질 수 있음을 정한 것이다.⁶⁴⁾

따라서 네트워크 서비스 이용계약의 당사자이자 경영자인 네트워크 서비스 제공자가 네트워크 서비스의 원활한 이용과 데이터의 안전을 확보해야 하는 등의 부수의무를 지는 것으로 보는 것이 타당한 해석일 것이다.

64) 임종천, “중국의 사법(私法)상 개인정보권에 관한 소고 - 「민법총칙」의 제정을 중심으로”, 「연세대학교 법학연구」 제28권 제2호, 2018년, 96면.

(2) 관련 판례⁶⁵⁾

법원은 ‘원고(게임 이용자)는 피고(온라인 게임회사) 운영의 온라인 게임에 참여하였고, 피고는 게임 이용자에게 온라인 게임 서비스를 제공하기 때문에 쌍방 사이에는 소비자와 서비스 제공자의 관계가 형성되었다. 한편, 원고와 피고 사이에는 기타의 계약문서가 존재하지 않기 때문에 쌍방 사이에 형성된 소비자와 서비스 제공자의 권리와 의무 관계는 「계약법」과 「소비자권익보호법」 등의 법률 규정이 적용된다. 온라인 게임에서 게임 이용자는 사전에 설정된 환경에서 활동하며, 그 활동은 이미 설정된 환경에 따라 제한받는다. 피고는 온라인 게임의 운영자로서 서버의 운영을 완전하게 통제하고, 게임 이용자의 활동을 알 수 있을 뿐만 아니라 서버의 데이터도 통제할 수 있다. 따라서 피고에게 게임 이용자에 대한 엄격한 보장의무의 부담을 요구하는 것은 당연하다. 이러한 전제 하에, 본원(本院)은 피고가 원고 물품의 분실에 대한 책임이 있음을 인정한다.’고 판결하였다. 이에 더하여 ‘분실한 게임 아이템의 가치에 관하여, 비록 가상의 게임 아이템이 무형(無形)으로 특수한 온라인 게임 환경에서만 존재한다고 할지라도 가상 물품도 무형재산의 한 종류로서 법률상 그에 합당한 평가와 구제를 받는다. 게임 이용자가 게임에 참여하기 위해서는 비용을 지불해야 하는데, 이는 게임 시간과 게임 아이템의 구매를 통해 얻을 수 있다. 이러한 사실은 온라인 게임의 주요 상품 중 하나인 가상의 아이템이 가치가 있음을 말해준다. 하지만 온라인 게임 웹사이트에 게시된 상품의 판매가격과 원고가 구매한 온라인 게임 카드에서 실질적으로 소비한 비용이 불일치하기 때문에 온라인 게임 카드를 구매한 비용을 직접적인 아이템의 가치로 확정하는 것은 적당하지 않다. 더 나아가, 가상의 아이템은 현실 생활의 동일한 상품과 비교 또는 대체될 수 없는 가치가 있다. 이에 원고가 주장하는 분실된 물품은 피고가 기술적인 조작으로 원상회복시킬 수 있고, 이것은 원고가 온라인 게임에 참여하고 즐길 수 있는 목적과도 일치한다. 따라서 온라인 게임 운영자가 이용자의 온라인 게임 아이템을 원상회복 시켜야 한다.’고 판결하였다.

(3) 검토

본 판결에 대하여, “법원(法院)은 원고가 주장한 ‘안전보장 의무(安全保障义务)’

65) (2003)朝民初字第17848号. 본 판결의 사실관계와 2심 판결 여부는 상술한 내용(주 7)의 것으로 대체한다.

를 통하여 온라인 게임 운영자·게임 이용자·제3자 사이의 책임을 비교적 합리적으로 고려하였다. 안전보장 의무는 불법행위책임법(侵权责任法) 영역의 개념으로 중국의 법률·사법해석·재판실무에서는 이를 통해 인신(人身)과 재산을 보호한다. 여기서 재산권이란 권리가 점유 및 지배하는 재산에 대한 권리를 말한다. 이에, 온라인 게임 운영자가 게임 이용자의 가상재산에 대하여 안전보장 의무를 이행하여야 함을 전제로, 게임 이용자가 가상재산 분실에 대한 배상을 받기 위해서는 게임 이용자가 해당 온라인 게임에서 얻은 가상재산을 점유 및 지배하는 권리를 가지고 있어야 할 뿐만 아니라 이러한 권리가 제3자로부터 침해되어야 한다.”는 주장이 있다.⁶⁶⁾

이에 반해, 법원이 온라인 게임 제공자가 네트워크 가상재산에 대하여 부담하는 안전보장 의무가 과연 계약법상의 위약책임으로부터 나오는 것인지 아니면 다른 법률을 통해 도출되었는지에 대하여 명확한 설명을 하지 않고 있다고 지적하면서, “네트워크 서비스 제공자는 네트워크 가상재산이 존재하는 공간을 만들고 통제하는 자로서 네트워크 가상재산의 안전 보장에 대하여 네트워크 이용자보다 기술적·자본적으로 우월한 지위에 있기 때문에 이들이 불법행위책임법상의 ‘안전보장 의무’를 부담하여야 한다는 몇몇 학자들의 의견이 있다. 하지만 실질적으로 네트워크 서비스 제공자 입장에서 네트워크 가상재산은 네트워크 이용자에게 제공한 전체적인 서비스 행위 중 하나에 지나지 않는다. 따라서 네트워크 서비스 제공자가 부담하는 안전보장 의무는 계약 의무의 지속적인 이행을 위한 것이지 불법행위책임법상의 안전보장 의무와는 관련이 없다. 이에 더하여, 소비자 이익 보호의 관점에서, 네트워크 서비스 제공자에게 네트워크 이용자에 대한 법정의 안전보장 의무를 지도록 규정한 목적은 네트워크 이용자의 네트워크 서비스 이용 과정에서의 기타 합법적인 이익을 보호하기 위한 것이지 네트워크 가상재산 관련 서비스의 완전한 이행을 위한 것이 아니다. 따라서 이와 관련된 안전보장 의무의 법적 성질은 계약에서 발생된 부수의무(附随义务)에 근거한 것이다.”라고 주장하는 견해가 있다.⁶⁷⁾

한편, 온라인 게임 운영자의 부수의무(안전보장 의무) 위반에 대하여 중국에서

66) 林旭霞, 앞의 논문(주 2), 94-95页.

67) 陈甦, 앞의 논문(주 44), 888-890页.

는 일반적으로 계약의 해제·손실의 배상을 채택하지 않고, 주로 온라인 게임 운영자로 하여금 관련 가상재산을 복구하게 한다. 이것은 현실 세계에서 동일한 종류의 네트워크 가상재산을 얻을 수 없으며, 게임 아이템 사이의 가치 역시 비교하기 힘들고, 통일된 가치 평가 방법이 존재하지 않기 때문이다.⁶⁸⁾

다. 소결

현재까지 네트워크 가상재산에 대한 명확한 법적 보호 장치가 없는 현실에서 중국에서는 채권법 이론에 따라 관련 민사 사건을 해결한다. 상술한 것처럼, 네트워크 서비스 제공자와 네트워크 서비스 이용자 사이의 분쟁은 ‘계약의 급부의무’ 위반 여부를 통하여 해결하며, 네트워크 서비스 계약 당사자와 제3자 사이의 분쟁은 ‘계약의 부수의무’ 위반 여부에 따라 해결한다. 이 같은 결론은 네트워크 가상재산을 규율하는 전문적인 법률이 없는 상황을 고려한 것으로 일단 타당해 보인다. 하지만 향후 네트워크 가상재산을 전문적으로 보호하기 위해서는 그것의 객체성 및 소유권 귀속에 대한 명확한 법적 평가가 선결되어야 할 뿐 아니라 네트워크 가상재산이 매개가 되는 각종 계약의 급부의무와 부수의무의 기준과 내용도 구체적으로 확립되어야 한다.

2. 중국 민법에 신설된 네트워크 가상재산권의 의미—신형(新型) 권리객체의 보호

중국 「민법총칙」 제127조의 규정은 “정보화 사회의 특징을 반영한 조항 중 하나로 데이터와 네트워크 가상재산 종류의 복잡성과 끊임없이 변화하는 특성을 고려한 비교적 원칙적인 규정이다. 하지만 본 조항이 중요한 이유는 해당 객체들을 민법의 보호범위에 포함시켰을 뿐만 아니라 이를 단독으로 규정하였다는 것에 있으며, 이것은 장래 통합 민법전이 미래 지향적인 민법전이 될 수 있는 계기를 마련하였다.”고 보는 것이 일반적인 평가이다.⁶⁹⁾ 현실적으로 본조 규정을 통해 데이터나 네트워크 가상재산이 구체적으로 어떠한 권리객체의 속성을 가지는지, 그리고

68) 江波, 앞의 책(주 5), 53页.

69) 张鸣起, “《中华人民共和国民法总则》的制定”, 「中国法学」第2期, 2017年, 22-23页.

장래 어떠한 입법 방식을 통해 관련 객체를 보호할 것인지는 현재까지 명확하지 않다. 다만, 본조에서 데이터와 네트워크 가상재산이 각각 민사권리의 객체가 됨을 규정하고 있으며, 동시에 본조가 장래 통합 민법전(民法典)에서 관련 규정의 신설 또는 특별법 제정을 위한 법적 근거를 제공할 수 있다는 점에서 중요한 의미가 있다.

상기한 중국 「민법총칙」의 입법 과정에서 확인한 것처럼 동법 제127조는 민법 전문가들의 입법 건의에 따라 2016년 5월 27일 초안에서 네트워크 가상재산을 물권의 객체로 정의하였다가 이후 몇 차례의 수정을 거쳐 현행 조문으로 최종 확정된 것이다. 이것은 전통적인 대륙법계 민법 체계에서 네트워크 가상재산의 객체 속성을 기존 물권의 객체로 포함시키기에는 현재까지 어려움이 있음을 말해준다. 이 같은 현상이 발생하는 근본적인 이유는 시대 변화에 따라 새롭게 등장한 객체인 네트워크 가상재산을 여전히 전통적인 물권 객체의 구별기준으로 엄격하게 구분하려고 하기 때문이다.

네트워크 가상재산은 신형 재산으로서 합법성·가치성 등 일반적 재산의 속성뿐만 아니라 가상성·네트워크 부속성 등 독특한 특징을 갖는다. 가상재산은 가상세계에서만 존재하는 가상성으로 인해 전통적인 유체물이나 무체물이 갖는 객관적 실재성을 갖추지 못하고 있을 뿐만 아니라, 네트워크 부속성이라는 외부 표현 형식으로 인해 네트워크에서 이탈하면 하나의 전파기록에 불과하다. 하지만 네트워크 가상재산은 민사법률 관계의 객체로서 신형의 재산형식으로 충분히 연구할 가치가 있다.⁷⁰⁾ 즉 네트워크 가상재산은 정보사회의 발전에 따라 등장한 새로운 권리객체의 일종으로 소위 '정보재산권'에 속한다. 이것이 민법상 권리객체로 인정받기 위해서는 정보재산권의 객체 자체가 아닌 그것이 가지는 재산적 이익이나 상업적 가치에 중점을 두어야 한다. 왜냐하면 정보재산권은 정보가 가지는 재산적 이익에 대한 지배성 또는 지배할 수 있는 권리인 것이지 객체 자체에 대한 지배 또는 점유가 아니기 때문이다.⁷¹⁾

따라서 네트워크 가상재산의 보호를 강화하고, 이를 민법의 명확한 권리 객체로

70) 魏振瀛, 「民法(第7版)」, 北京大学出版社, 2017年, 148页.

71) 刘金瑞, “信息财产化与民法典编纂—兼评《民法总则(草案)》关于网络虚拟财产和数据信息的规定”, 「北京航空航天大学学报(社会科学版)」第30卷第1期, 2017年, 56页.

확립시키기 위해서는 당해 객체의 객체성이 아닌 특수성에 초점을 맞추어 이에 대한 법적 평가를 내리는 작업이 필요해 보인다. 중국에서 네트워크 가상재산을 장래 중국 통합 민법전에 배치할 것인지 아니면 당해 객체를 포함하는 정보재산권 영역의 특별법에 배치할 것인지는 아직까지 명확하지는 않다. 다만, 중국 「민법총칙」 제127조가 이러한 작업의 선행조건으로 제정되었다는 점에 의미가 있다.

3. 소결

중국에서 네트워크 가상재산을 전문적으로 규율하는 법률의 미비가 당해 객체에 대한 법적 보호의 흠결을 의미하지는 않는다. 중국에서는 네트워크 가상재산과 관련된 민사 사건을 사용권 계약에 따라 발생된 채권·채무 관계로 보아 계약과 관계된 원칙과 법률들을 통해 당해 객체와 관련된 당사자들의 권리를 보호한다. 먼저, 네트워크 서비스 제공자와 네트워크 사용자 사이에서 발생하는 민사 사건에 대하여는 양식화 조항인 사용권 계약의 합리성 여부를 선결한 후 급부의무 위반 여부 판단에 따라 관련 당사자의 권리를 보호한다. 다음으로, 네트워크 서비스 계약 당사자와 제3자 사이에서 발생하는 민사 사건에 대하여는 이들 사이에 직접적인 계약관계가 없는 점 그리고 네트워크 가상재산과 관련된 권리를 침해받은 이용자의 네트워크 가상재산에 대한 권리가 현재까지 명확하게 확립되지 않은 점 등을 고려하여 「계약법」·「소비자권익보호법」·「불법행위책임법」 등의 법률 규정을 통하여 계약의 부수의무 위반 여부의 판단에 따라 관련 당사자의 권리를 보호한다. 하지만 이러한 보호방법은 당사자들의 권리를 표면적으로만 보호하고 있을 뿐이지 본질적으로 네트워크 가상재산의 객체성 및 소유권 귀속 등에 대하여는 아무런 법적 평가를 내리고 있지 못하다. 따라서 향후 네트워크 가상재산을 전면적으로 보호하고, 이해관계자의 권리를 두텁게 보장하기 위해서는 네트워크 가상재산을 둘러싸고 있는 객체성·소유권 귀속·권리 관계 등에 대한 깊이 있는 연구가 필요해 보인다.

한편, 중국 「민법총칙」 제127조에 신설된 네트워크 가상재산 보호 규정이 향후 중국 통합 민법전 또는 관련 특별법 중 어디에 배치될 것인지는 현재까지 명확

하지 않다. 다만, 본조가 시대 변화에 따라 새롭게 등장한 신형(新型) 민사 권리객체의 보호를 위한 법적 근거를 제공하기 위해 제정되었다는 점에서 의미가 있다.

IV. 마치며

1. 결론

중국은 2017년 3월 15일 제12기 전국인민대표대회 제5차 회의에서 「민법총칙」을 통과시켰고, 동법 제127조에서 데이터를 비롯한 네트워크 가상재산을 보호하는 규정을 신설하였다. 본조는 시대 변화의 특징을 반영한 조항으로 해당 객체들을 민법의 권리 객체에 포함시켜 향후 제정될 통합 민법전 또는 관련 특별법 제정에 법적 근거를 제공할 수 있을 것으로 전망된다.

현재 중국에는 네트워크 가상재산을 전문적으로 보호하고 규율하는 법률이 존재하지 않을 뿐 아니라, 네트워크 가상재산의 법적 성질에 대하여도 다양한 의견이 존재한다. 먼저, 중국 문화여유부는 부문규장인 「온라인 게임 관리 잠정 방법」을 통하여 온라인 게임과 관련된 네트워크 가상재산을 보호하고 있다. 하지만 본 「게임 관리방법」은 온라인 게임 사업자의 행정적 준수사항과 가상화폐의 거래만을 규율하고 있기 때문에 네트워크 가상재산을 전문적으로 규율하는 규정으로 보기에는 무리가 있다. 다음으로, 네트워크 가상재산의 법적 성질과 관련하여, 중국 학계에서는 ‘부정설’·‘물권설’·‘지식재산권설’·‘무형재산설’·‘채권설’등 다양한 학설들이 주장되고 있다. 그중 네트워크 가상재산의 본질을 네트워크 가상재산의 객체성(물권성)이 아닌 네트워크 서비스 계약상의 채권·채무 관계로 보는 채권설의 주장이 현시점에서는 타당해 보인다.

중국에서는 네트워크 가상재산과 관련된 민사 사건을 사용권 계약에 따라 발생된 채권·채무 관계로 보아 계약법 원칙을 통해 당해 객체와 관련된 당사자들을 보호한다. 이에, 관련 민사 사건은 크게 ‘네트워크 서비스 제공자와 네트워크 서비스 이용자 사이의 분쟁’과 ‘네트워크 서비스 계약 당사자와 제3자 사이의 분쟁’으로 나뉜다. 전자의 경우, 양식화 조항인 사용권 계약의 합리성 여부를 선결한 후

계약 당사자의 급부의무 위반 여부를 판단한다. 후자의 경우, 이들 사이에 계약관계가 없는 점 그리고 이용자의 네트워크 가상재산에 대한 권리가 현재까지 명확하게 확립되지 않은 점 등을 고려하여 「계약법」·「소비자권익보호법」·「불법행위책임법」 등의 법률 규정을 통하여 주로 네트워크 서비스 제공자의 부수의무 위반 여부를 판단한다. 하지만 네트워크 가상재산의 객체성 및 소유권 귀속 등에 대한 명확한 법적 평가가 없는 한 이 같은 보호 방법에는 한계가 있다.

2. 향후 전망

중국 민법에서 네트워크 가상재산에 대한 보호규정을 신설한 것은 시대 변화에 따라 새롭게 등장한 민사권리의 객체를 보호하기 위한 법적 근거를 마련하였다는 점에서 큰 의미가 있다. 다만, 기존 네트워크 가상재산을 보호하는 과정에서 제기되는 문제들을 명확히 해결해야 하는 과제가 남아 있다. 예를 들면, 네트워크 가상재산과 관련한 객체의 속성·소유권 귀속의 문제·양식화 조항의 명확한 해석·네트워크 서비스 이용계약과 관련된 계약상 의무의 구체화 등의 문제이다.

우리나라도 현재 민법전 개정을 위한 작업이 한창 진행 중이며, 이 때에 새롭게 등장한 민사권리 객체들을 기존의 민사법 체계에서 어떻게 규율하고 반영할 것인지는 큰 숙제이다. 우리나라의 민법전이 21세기를 대표할 수 있는 민법전이 되기 위해서는 민사권리 객체의 다양성과 특수성까지도 모두 담아낼 수 있는 지혜가 필요하다.

참고문헌

1. 국내문헌

배덕현·이충훈, “중국의 약관규제 관련 법제 연구”, 「인하대학교 법학연구」 제21집 제2호, 2018년.
임종천, “중국의 사법(私法)상 개인정보권에 관한 소고 - 「민법총칙」의 제정을 중심으로”, 「연세대학교 법학연구」, 제28권 제2호, 2018년.

2. 외국문헌

CHRISTOPHER J. CIFRINO, “VIRTUAL PROPERTY, VIRTUAL RIGHT: WHY CONTRACT LAW, NOT PROPERTY LAW, MUST BE THE GOVERNING PARADIGM IN THE LAW OF VIRTUAL WORLDS”, 「Boston College Law Review」, Vol. 55, Issue 1, 2014.

JOSHUA A.T. FAIRFIELD, “VIRTUAL PROPERTY”, 「BOSTON UNIVERSITY LAW REVIEW」 Vol. 85, Issue 4, 2005.

RYAN VACCA, “VIEWING VIRTUAL PROPERTY OWNERSHIP THROUGH THE LENS OF INNOVATION”, 「TENNESSEE LAW REVIEW」, Vol. 76, Issue 1, 2008.

陈甦, 「民法总则评注(下册)」, 法律出版社, 2017年.

高英彤·张丽滢·高尚, “我国网络游戏法律规制论析—以《网络游戏管理暂行办法》为例”, 「东北师大学报(哲学社会科学版)」第6期总第278期, 2015年.

江波, 「虚拟财产司法保护研究」, 北京大学出版社, 2015年.

李国强, “网络虚拟财产权利在民事权利体系中的定位”, 「政法论丛」第5期, 2016年.

李宁, 「民法总则要义: 规范释论与判解集注」, 法律出版社, 2017年.

林旭霞, “虚拟财产权性质论”, 「中国法学」第1期, 2009年.

刘惠荣, 「虚拟财产法律保护体系的构建」, 法律出版社, 2008年.

刘金瑞, “信息财产化与民法典编纂—兼评《民法总则(草案)》关于网络虚拟财产和数据信息的规定”, 「北京航空航天大学学报(社会科学版)」第30卷第1期, 2017年.

石杰·吴双全, “论网络虚拟财产的法律性质”, 「政法论丛」第4期, 2005年.

王利明, 「合同法研究(第一卷(修订版))」, 中国人民大学出版社, 2011年.

王利明, “对《合同法》格式条款规定的评析”, 「政法论坛(中国政法大学学报)」第6期, 1999年.

王雷, “网络虚拟财产权债权说之坚持—兼论网络虚拟财产在我国民法典中的体系位置”, 「江汉论坛」第1期, 2017年.

王竹, 「《中华人民共和国民法总则》编纂对照表与条文释义」, 北京大学出版社, 2017年.

魏振瀛, 「民法(第7版)」, 北京大学出版社, 2017年.

杨立新 . 王中合,“论网络虚拟财产的物权属性及其基本规则”,「国家检察官学院学报」第12卷第6期, 2004年.

杨立新,“民法总则规定网络虚拟财产的含义及重要价值”,「东方法学」第3期, 2017年.

张鸣起,“《中华人民共和国民法总则》的制定”,「中国法学」第2期, 2017年.

张新宝,「《中华人民共和国民法总则》释义」,中国人民大学出版社, 2017年.

中文摘要

中国民法上的网络虚拟财产保护之研究

林钟千
讲师, 中国·烟台大学法学院

中国2017年制定的《民法总则》第127条新设了保护数据和网络虚拟财产的规定。作为反映时代变化特征的条款,本条有望为将来民法典或相关特别法的制定提供法律依据。

首先,中国学术界关于网络虚拟财产法律性质的主要观点是物权说和债权说。物权说认为,由于网络虚拟财产是属于互联网空间的特殊物品,即虚拟物,因此可依据现在的物权理论认定其为独立的物,从而受到物权的保护。但是,仅因为虚拟物与现实世界的物之间具有相似特征,就将虚拟物视为物权的客体,有可能违反物权法定主义原则。与此相对,债权说认为,网络虚拟财产的本质是网络服务提供者和网络服务用户之间的服务合同引发的债权债务关系。该说考虑到网络虚拟财产的客体性确定难题,因而似乎更为妥当。

其次,中国民法界和司法实践认为,网络虚拟财产的本质是根据《最终用户使用协议(End User License Agreement)》产生的债权债务关系。因此,在网络服务提供者和网络服务用户发生纠纷时,法院经过格式合同条款的合理性审查后,再决定当事人双方的行为是否违反合同约定的给付义务;对于网络服务合同当事人以外的第三方引起的纠纷,法院通过扩张解释合同的附随义务为网络服务用户提供救济。

最后,中国《民法总则》中新设的保护网络虚拟财产之规定,是为了保护随着时代变化而新产生的民事权利客体。目前尚不明确中国在将来的民法典或相关特别法中如何规范与网络虚拟财产相关的法理问题。不过,作为试图协调传统大陆法民法体系与新权利客体的多样性和特殊性之努力,中国《民法总则》第127条的规定值得对于正在进行民法典修订的韩国参考借鉴。

关键词: 网络虚拟财产, 物权说, 债权说, 给付义务, 附随义务, 新权利客体