

게임 내 오토프로그램 제작, 배포, 사용행위에 대한 가벌성 검토

최 호 진* · 한 다 빈**

국 | 문 | 요 | 약

온라인게임에서 사용되는 오토프로그램은 일부 이용자들의 부정한 이용으로 게임물 관련사업자의 운영을 방해하는 요인이 된다. 그럼에도 불구하고 오토프로그램의 문제점을 둘러싼 형법적 논의는 사법적 논의에 비해 부족하다.

이에 본 논문은 우선 오토프로그램의 유형을 ‘일반적 오토프로그램’과 ‘게임 내 오토프로그램’으로 나누어 살펴본 후, ‘게임 내 오토프로그램’의 제작, 배포, 사용 행위에 대하여 형법적 처벌 대상이 될 수 있는 지를 검토하였다.

오토프로그램의 ‘제작·배포’ 행위의 경우 게임산업진흥법 제32조 제1항 제8호, 저작권법의 기술적 보호조치 침해, 정보통신망법의 악성프로그램 전달·유포죄 성립이 가능하다. 그러나 정보통신망법은 위의 두 법과는 달리 ‘제작’ 행위에 대한 처벌규정이 없고, 프로그램 이외에 ‘기거나 장치’를 포함하고 있지 않다. 따라서 오토프로그램을 제작하는 행위와 하드웨어형 오토프로그램을 배포할 경우 처벌할 수 없다는 입법적 흠결이 발생한다.

오토프로그램의 ‘사용’ 행위의 경우 형법상 컴퓨터 등 장애업무방해죄와 위계에 의한 업무방해죄로 나누어 검토하였다. 컴퓨터 등 장애업무방해죄는 부정한 명령 입력이 있었다 하더라도 현실적으로 장애가 발생하지 않았으므로 본죄가 성립하지 않는다. 하지만 위계에 의한 업무방해죄는 부정한 명령 입력으로 게임서비스제공자가 착오를 일으켜 게임서비스를 제공하였다면 이것은 ‘위계’의 대상이 될 수 있으므로 본죄의 성립이 가능하다.

게임 내 오토프로그램 제작, 배포, 사용행위는 게임 산업의 발전을 저해하는 중요한 요인이 된다. 현재 게임산업진흥법이 오토프로그램 제작 및 배포행위를 규제하고 있으나 동법만으로는 부족하다. 따라서 게임산업진흥법뿐만 아니라 형법 영역에서도 적용되기를 기대해본다.

❖ 주제어: 사이버 범죄, 정보통신망, 악성프로그램, 오토프로그램, 업무방해

* 단국대학교 법학과 교수, 법학박사.

** 단국대학교 대학원 IT법학협동과정 석사과정.

I. 서론

게임 플랫폼 중 온라인 게임은 게임시장에서 가장 큰 비중을 차지하고 있다. 인터넷을 통하여 누구나 쉽게 실시간으로 다른 사람들과 게임을 하면서 레벨을 높이고 게임아이템을 획득한다. 특히 서사형 이야기구조를 가진 다중 이용자 온라인 롤플레이팅 게임(MMORPG)에서 아이템은 게임진행과 관련된 핵심적 요소이다. 게임레벨이 높을수록 더 좋은 아이템을 얻기 때문에 게임 이용자들은 더욱 더 많은 시간과 노력을 들여 게임을 진행한다. 더욱이 자신이 획득한 아이템이 희귀 아이템이라면 타인과의 현금 거래를 통하여 고액으로 판매할 수도 있다.

그런데 게임 이용자들은 시간과 노력이라는 노동력을 투입하지 않아도 사냥터를 임의로 설정하거나 죽은 캐릭터를 다시 부활시켜 레벨을 높이고, 손쉽게 아이템을 획득하는 대체 수단을 찾고자 하였는데 이때 사용된 것이 ‘오토프로그램’ 또는 ‘자동게임 프로그램’, ‘자동사냥 프로그램’이다.¹⁾

본래 오토프로그램은 시스템에 장애가 발생하였거나 또는 업데이트가 필요할 때 요구사항을 자동으로 수행하는 프로그램이다.²⁾ 게임이 이용자의 자유로운 판단 및 조작에 의하여 게임 스토리가 좌우되어야 함에도 불구하고 게임 내에서 오토프로그램이 사용됨으로 인하여 게임 본래의 시스템 환경이 파괴되고 게임의 균형성이 깨지게 되었다. 더욱이 오토프로그램의 사용이 늘어나자 게임이용자로부터 수익을 얻기 위해 다양한 형태의 오토프로그램을 제작·판매하는 업체들이 나타나고 있을 뿐만 아니라 대규모의 작업장(work shop)³⁾을 개설한 후 오토프로그램을 이용하여 단 시간 내에 많은 아이템을 수집하여 불법 현금거래를 하는 부작용이 발생하고 있다.

1) ‘오토프로그램’은 ‘자동사냥 프로그램’등으로 다양하게 사용되고 있다. 하지만 ‘자동게임 프로그램’이라는 용어가 좀 더 적합한 용어로 보인다. 해당 프로그램이 게임에서 사람의 조작이라는 개입 없이 자동으로 사람 대신 게임을 실행하기 때문이다. 하지만 같은 주제를 다루고 있는 여러 논문들이 오토프로그램이라는 용어를 더 많이 사용하고 있고 오토프로그램의 특징을 게임 내에서 적용하고 있으므로 이를 그대로 사용해도 무방하다고 생각한다.

2) 네이버 지식경제용어사전(<http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=302670&cid=50372&categoryId=50372>, 최종방문일 16.02.18.)

3) 작업장이란 게임머니 환전상 등이 여러 대의 컴퓨터에 오토프로그램을 설치하여 온라인 게임의 캐릭터를 키우면서 대량으로 아이템이나 게임머니를 수집하는 개인이나 집단을 의미한다.

이와 같은 행위로 인하여 다른 게임이용자들은 게임에 흥미를 잃게 되는 결과가 발생하고, 게임서비스제공자는 게임운영사업에 부정적 영향을 받았다.

이에 대해 게임 업계는 약관을 통하여 오토프로그램을 사용하는 경우 통합계정영구이용제한조치⁴⁾를 취하였고 게임물관리위원회⁵⁾에서는 게임 내 오토프로그램 판매 사이트를 자체적으로 또는 게임 회사의 폐쇄 조치 요청으로 인하여 판매 사이트를 차단하는 등 다양한 방법을 시도하였다. 뿐만 아니라 학계에서도 오토프로그램을 규제하는 방안에 대한 논의⁶⁾가 이루어져 왔다.

오토프로그램을 둘러싼 논의가 지속적으로 이어지자 2011년 게임산업진흥에 관한 법률(2011.4.5, 법률 제10554호; 이하 ‘게임산업진흥법’이라 한다.) 제32조 제1항 제8호 불법프로그램 유통 금지 조항 및 제46조 벌칙 조항을 추가하여 오토프로그램 제작 및 배포행위를 할 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하고 있다.

하지만 형법적 처벌에 대한 근거조항이 마련되었음에도 불구하고 오토프로그램에 대한 형법적 논의는 아직 본격적으로 진행되고 있지 않다.⁷⁾ 프로그램 기술이 발

4) 엔씨소프트 ‘리니지’ 운영정책의 경우 오토프로그램과 같은 불법 프로그램을 제작 또는 사용하는 경우 통합계정 영구이용제한조치를 취하고 있고(<http://main.plaync.com/rule/policy/lineage>, 최종방문일 16.02.28), 라이엇 게임즈의 대표 온라인 게임 ‘리그 오브 레전드’ 역시 회사에서 공식적으로 승인하지 않은 오토프로그램을 포함한 불법프로그램을 제작·사용·유포하는 경우 통합계정 영구이용제한조치에 따른 제재를 받을 수 있으며, 추가적인 법률 책임도 발생할 수 있다고 명시하고 있다 (<http://www.leagueoflegends.co.kr/?m=rules&cid=4>, 최종방문일 16.02.28). 또한 넷마블의 경우 불법프로그램을 유포, 홍보하거나 게시하는 행위 및 이를 통해 이득을 취하여 건전한 게임 이용을 방해하는 경우 총3단계를 거쳐 7일 이용제한, 30일 이용제한, 당해 ID 1년 정지 후 삭제 또는 사안에 따라서 동일정보 ID 모두 로그인 및 가입 제한 조치를 취하고 있다(http://helpdesk.netmarble.net/HelpPolice_01.asp, 최종방문일 16.02.28).

5) 게임산업진흥법에서는 게임물의 윤리성 및 공공성을 확보하고 사행심 유발 또는 조장을 방지하며 청소년을 보호하고 불법 게임물의 유통을 방지하기 위하여 게임물관리위원회를 두고 있다. 이러한 게임물관리위원회에서는 게임산업진흥법 제38조 제3항 제5호에 의거하여 온라인 게임의 본질을 침해하고, 사행성을 조장하여 범죄를 발생시키며, 선량한 이용자의 정상적인 게임 이용을 방해하는 불법오토프로그램 판매 사이트 총 29군대를 차단하는 조치를 취한 바 있다(게임물관리위원회, <http://www.grb.or.kr/board/Inform.aspx?bno=92&type=view>, 최종방문일 16.02.28.).

6) 오토프로그램의 금지 필요성 여부를 시작으로 어떤 법 이론을 적용하여 오토프로그램 사용을 금지할 수 있는지 대하여 논의가 진행 되었다. 주로 저작권법상의 기술적 보호조치 무력화 규정을 인용해야 한다는 견해와 민법상 일반불법행위 및 형법상의 업무방해 조항을 통해 다루어야 한다는 견해 등이 있었다.

달함에 따라 오토프로그램의 기술력도 나날이 발전하여 다양하게 변형되고 있고, 제작 업체의 온라인 사이트 서버가 국내가 아닌 국외에 있거나 수시로 IP주소를 변경하기 때문에 이를 효과적으로 대처하기에 어려움이 뒤따르고 있다. 게다가 주로 중국에서 제작되는 오토프로그램은 음성적인 방식으로 판매되기 때문에 이를 근절하기가 쉽지 않아 많은 사회적 문제점을 발생시키고 있다. 급속도로 변화하는 정보 사회에서 다양한 불법 프로그램이 존재하는 만큼 이에 대한 형법적 논의를 마련한다는 점에서 중요한 의의를 가진다.

따라서 본 논문에서는 오토프로그램이 무엇인지에 대한 개념정의와 문제점을 살펴 본 다음(Ⅱ), 게임 내 오토프로그램의 문제점을 해결하기 위하여 자율적·민사적 규제를 넘어 형법적으로 규제되어야 하는 필요성을 검토해본다.(Ⅲ) 이후에 오토프로그램의 제작, 배포행위가 게임산업진흥법, 저작권법, 정보통신망법 등 범죄구성요건에 해당되는지 살펴보고 (Ⅳ) 사용행위가 형법상 업무방해죄가 성립하는지 검토한 후(Ⅴ) 결론을 맺고자 한다.

Ⅱ. 오토프로그램의 의의 · 유형 그리고 문제점

1. 일반적 오토프로그램과 게임 내 오토프로그램

일반적으로 오토프로그램은 업무를 수행할 때 장애가 발생할 것을 대비하여 점검이 가능하도록 미리 프로그램화 해놓으면 시스템에 장애가 발생하였거나 업데이트를 할 필요가 있을 때 해당 부분에 대해 미리 프로그램화하여 자동으로 점검 및 빠른 복구가 가능하도록 하는 프로그램을 말한다.⁸⁾

7) 게임 내 오토프로그램 사용과 관련된 논문이 있지만 민법 및 저작권법 등 주로 사법적인 관점에서 다룬 내용이며, 형법적인 관점에서 다룬 논문은 거의 없다.; 김윤명, “자동게임 프로그램에 대한 법적 고찰”, 중앙법학 제13집 제1호 통권 제39호, 중앙법학회, 2011, 11-14면; 박정제, “자동사냥 프로그램과 관련된 법적 문제점”, Law&Technology 제9권 제2호, 서울대학교 기술과법센터, 2013, 46면; 박준석, “자동사냥 프로그램의 법적 문제”, 디지털재산법연구 제9권 통권 제13호, 한국디지털재산법학회, 2010, 162-165면; 정해상, “오토프로그램의 이용자책임: MMORPG를 중심으로”, Internet and Information Security 제2권 제1호, 한국인터넷진흥원, 2011, 133-134면.

이러한 오토프로그램의 특징을 이용하여 게임 이용자들은 온라인 게임 내에서 수행하여야 할 과정을 이용자가 직접 설정한 이용방법을 반복하게 함으로써 게임을 편하게 진행하는 도구로 활용하게 된다.⁹⁾ 즉, ‘게임 내에서 사용되는 오토프로그램’은 게임 핵(game hack)의 한 종류로서¹⁰⁾ 온라인 게임을 하는 과정에서 게임 이용자가 직접 마우스를 움직이지 않더라도 자동으로 캐릭터를 조종해 줌으로써 아이템이나 경험치 등을 손쉽게 얻을 수 있도록 해주는 프로그램¹¹⁾이다. 대법원 판례도 유사한 내용으로 정의하고 있다. 판례에 따르면 게임 내 오토프로그램이라고 할 수 있는 자동사냥프로그램에 대하여 “이용자가 마우스나 키보드를 조작하는 방식으로 명령하지 않더라도 자동으로 몬스터 선택, 공격할 방법 선택, 체력지수에 따른 물약 섭취 등을 함으로써 하루 24시간 지속적으로 사냥할 수 있게 되는 것”¹²⁾으로 정의하고 있다. 오토프로그램은 대부분 MMORPG에서 사용되고 있기 때문에 자동게임 프로그램 또는 자동사냥 프로그램, Bot 프로그램이라고도 부른다.

2. 오토프로그램의 유형

오토프로그램은 기술 구현 방법에 따라 매크로 전용 프로그램, 소프트웨어형 오토프로그램, 하드웨어형 오토프로그램으로 구분된다.¹³⁾

‘매크로 전용 프로그램’은 이용자가 미리 정해 놓은 키보드 입력과 마우스 동작을 반복적으로 수행하는 범용 프로그램인데 이를 게임에 활용한 형태이다.¹⁴⁾ 대표

8) 네이버 시사상식사전(<http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=938298&cid=43667&categoryId=43667>, 최종방문일 16.02.20.)

9) 정해상, 앞의 논문, 125면.

10) 정상조·박준석, “오토프로그램의 저작권문제”, Law&Technology 제6권 제4호, 서울대학교 기술과 법센터, 2010, 5면.

11) 구병문, “자동사냥 프로그램을 둘러싼 저작권법적 쟁점”, 외법논집 제33권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2009, 441면.

12) 대법원 2010.10.28. 선고 2010다9153 판결.

13) 게임핵의 종류에 대하여 공격대상에 따른 분류, 기술구현 방법에 따른 분류, 프로그램 효과에 따른 분류로도 구분될 수 있다. 이에 대한 자세한 설명과 원리에 대해서는 정상조·박준석, 앞의 논문, 7면 이하 참조.

14) 홍성우, “이벤트 시퀀스 분석을 통한 자동게임 프로그램 인식에 대한 연구”, 석사학위논문, 동국대학교 산업대학원, 2004, 12면.

적으로 ‘매크로 익스프레스’¹⁵⁾가 있다. 이는 대표적 MMORPG인 ‘리니지’와 ‘바람의 나라’가 성행하면서 게임 이용자 사이에서 사용되었다.

‘소프트웨어형 오토프로그램’은 매크로 전용 프로그램과 비슷한 형태로, 일반적으로 키보드 또는 마우스의 기능을 일정한 상태에서 반복할 수 있도록 프로그래밍되어 있는 프로그램¹⁶⁾이다. 대표적으로 ‘오토키보드’ 또는 ‘오토마우스’가 있다. 주로 게임을 위해 제작된 프로그램으로 쉽게 인터넷에서 다운로드를 받아 이용할 수 있으므로 대부분 이용자들이 소프트웨어형 오토프로그램을 사용하고 있다. 또한 작업장에서 자체적으로 프로그램을 만들어 사용하고 있거나, 이를 불법으로 배포하기도 한다. 이에 대해 게임서비스제공자는 ‘Game Guard’와 같은 부정명령방지 프로그램을 만들어 게임 시스템을 보호하고 있다.

다양한 해킹방지 프로그램들이 등장하면서 소프트웨어 형식 오토프로그램의 사용이 어려워지자, 외부 장치나 기기를 이용하는 ‘하드웨어형 오토프로그램’이 등장하게 되었다. 대표적으로 ‘오토스틱’이 있으며, 기존의 소프트웨어형 오토프로그램도 하드웨어형으로 제작되어 사용하고 있다. 하드웨어형 오토프로그램은 부정명령방지 프로그램을 해제하기 위하여 파일 변경을 해야 하는 소프트웨어형 오토프로그램과 달리 입력장치와 클라이언트 사이에 개입하는 프로그램으로 독립적인 외부 장치 또는 기기를 사용하기 때문에 컴퓨터 내부에 설치된 소프트웨어만 검색하는 해킹방지 프로그램으로는 방어가 불가능하게 된다.¹⁷⁾ 또한 이 유형은 게임 데이터 자체를 조작하는 것이 아니기 때문에 게임서비스제공자도 하드웨어형 오토프로그램 사용을 막는 데에 어려움이 뒤따르고 있다. 따라서 요즘 이용자들은 소프트웨어형보다 하드웨어형 오토프로그램을 많이 선호하고 있다.

3. 오토프로그램의 부정적 사용

게임 이용자의 오토프로그램 사용은 직접 키보드 및 마우스를 사용하지 않아도 프

15) 매크로 익스프레스란, Windows 운영체제에서 일어나는 반복 작업을 한 번의 키 조작으로 실행할 수 있도록 해주는 매크로 프로그램을 말한다.

16) 정해상, 앞의 논문, 126면.

17) 정상조·박준석, 앞의 논문, 9면.

로그래머가 자동으로 캐릭터를 조종하여 손쉽게 아이템을 획득하는 데에 의미가 있다.

다른 게임과 달리 MMORPG게임은 게임 내에서 캐릭터가 생산 또는 소비활동을 하면서 가치 생산 활동을 한다는 특징이 있다. 이용자는 이러한 활동을 수행하기 위해 캐릭터를 이용하여 단계별로 반복적인 임무를 수행한다. 이처럼 게임 내에서 아이템에 대한 흥정 또는 시세 파악을 하면서 현실공간처럼 경제활동을 하는 것이다. 하지만 오토프로그램을 사용하면 게임 이용자가 PC 앞에 없어도 24시간 내내 게임을 수행할 수 있고 스스로 캐릭터를 조절하며 사냥을 하기 때문에 수월하게 게임 진행을 할 수 있게 된다. 정상적으로 게임을 이용하는 자들보다 손쉽게 아이템과 경험치를 획득할 수 있으며 심지어 아이템을 조합하여 원하는 아이템을 얻을 수 있다.

결국 게임 내에서 게임 화폐 가치가 하락하고 게임의 질이 낮아져 흥미가 감소하게 된다. 더욱 더 큰 문제는 게임아이템을 교환하거나 판매하는 시장이 형성됨으로써 게임의 본질적인 이용이 아닌 부수적이거나 파생적인 형태의 아이템 현금거래가¹⁸⁾ 성행하게 되고, 아이템을 고액에 파는 불법 현금거래행위로 많은 수익을 남에 따라 작업장을 만들어 대량의 아이템 생산을 위하여 오토프로그램을 부정하게 사용하는 문제점이 발생하였다.

4. 오토프로그램이 게임에 미치는 문제점

가. 게임 시스템의 균형성 붕괴

게임서비스제공자는 게임 균형성이 깨지지 않도록 수익성, 재미, 난이도와 같은 다양한 요소간의 균형성을 맞추기 위하여 노력을 기울이고 있다. 그런데 오토프로그램의 사용은 한정된 자원을 게임 결과에 따라 나누어 갖는 게임세계에 있어서 게임 시스템이 갖추고 있던 경제 구조를 무너지게 하고 이로 인하여 왜곡된 자원 배분 구조가 고착화되어¹⁹⁾ 온라인 게임시스템의 수정과 정상적 게임 이용자가 지켜야 할 의무를 저버리는 행위를 가속화시켜 게임회사의 손해가 발생한다. 결국 게임에

18) 김윤명, 앞의 논문, 5면.

19) 김종일, “온라인게임에서의 불법적 채권간섭”, Law&Technology 제7권 제6호, 서울대학교 기술과 법센터, 2011, 9면.

서 갖추고 있는 요소들이 제 역할을 수행하지 못하고 재미가 반감되는 결과를 가져 오면서 정상적으로 게임을 이용하는 자들은 게임의 흥미를 잃게 되고, 게임서비스 제공자의 손실에 영향을 끼치게 된다.

나. 게임 이용 및 운영 방해

온라인 게임은 오토프로그램의 사용으로 게임 내 요소들의 균형성이 붕괴되어 그 본질을 잃게 되고 게임서비스제공자가 설계한 스토리 기능이 상실하게 된다. 대부분 온라인 게임은 자신의 캐릭터로 하나의 가상 사회를 스스로 구축해나가는 방식의 스토리가 대부분이다. 아이템의 취득에 따라 레벨이 상이해지고 게임 스토리가 달라지면서 이용자들은 더욱 더 재미를 느끼게 된다. 그러나 오토프로그램 이용자들이 24시간 내내 몬스터를 모두 사냥해버리고, 한정된 게임아이템을 대부분 가져감으로 인하여 정상적인 이용자들은 자신이 아이템을 획득하고 레벨을 높이는 등 게임의 재미를 이어나가기 위해 필요한 사냥행위조차 하지 못하게 됨으로써 게임의 흥미를 상실하게 된다.²⁰⁾ 또한 기존 게임 설계 의도와는 다르게 게임아이템 등 게임자원을 일찍 소진시킴으로써 게임운영 업무에 중대한 방해 요소가 된다.

다. 아이템 현금 거래의 부작용

오토프로그램의 사용이 가지는 문제점은 게임회사와 이용자에 대한 것만이 아니다. 온라인게임 아이템에 대한 재산적 가치가 높아지면서 아이템 현금거래가 계속적으로 성행하고 있다. 손쉽게 아이템을 획득하여 게임을 즐기기 위함이 목적이었던 오토프로그램 사용이 아이템, 게임머니 등 그 결과물을 환전을 통하여 현금화하는 것이 주된 목적이 되어버렸다. 또한 대규모의 작업장이 등장하면서 이들이 자체적으로 오토프로그램을 제작 및 사용하여 획득한 아이템을 거래하면서 많은 부당이익을 얻었고, ‘환전상’이라는 새로운 직업과 아이템 중개사이트까지 등장하게 되었다. 이에 대해 많은 게임회사들은 아이템 현금거래에 대하여 약관으로 금지하고 있을 뿐만 아니라, 게임산업진흥법 제32조 제1항 제7호에 의하여 게임을 이용하여

20) 정상조·박준석, 앞의 논문, 14면.

획득한 아이템을 환전하는 행위를 업으로 하는 자에 대한 형사적 제재까지 부과하고 있음에도 불구하고 근본적으로 개선되고 있지 않다. 컴퓨터 수백 대에서 유출된 개인정보로 만든 ID를 24시간 가동해 게임 아이템을 생성하는 오토프로그램을 이용하여 1조원 대 불법 게임 아이템을 거래한 거래상이 적발되는 사례²¹⁾가 발생하는 등 지속적으로 피해가 일어나고 있다.

라. 악성코드가 포함된 오토프로그램의 등장

프로그램 기술이 발전하면서 악성코드가 포함된 오토프로그램이 등장하기 시작하였다. 악성코드가 포함된 오토프로그램을 인터넷 사이트에 게시하여 게임 이용자들이 다운로드를 받음으로써 컴퓨터가 감염되거나²²⁾, 계정 탈취 및 금전적 피해를 입힘으로써 오토프로그램의 본질이 게임운영의 편리성에서 악성으로 변하고 있다.

Ⅲ. 오토프로그램에 대한 범죄화 필요성

1. 자율적·민사적 규제의 한계

게임서비스제공자는 약관에 의하여 이용자와 이용계약을 맺고 게임을 공급한다. 그런데 일부 이용자들이 오토프로그램을 사용하여 게임 시스템 환경에 문제를 일으키는 등 건전한 게임문화 사업 조성 분위기를 망치자, 통합계정 연구이용정지조치를 약관에 포함시켜 이를 제재하고 있다. 또한 이러한 행위는 민법상 ‘제3자에 의한 채권침해²³⁾’로 볼 수 있으므로 민법 제750조 불법행위 규정에 포섭되어 민사법적 책임을 물을 수 있다.²⁴⁾ 그럼에도 불구하고 이용자들의 오토프로그램 사용이 줄어들

21) 매일경제, “개인정보 도용 1조원 대 게임아이템 거래”, 14.11.09 기사(<http://news.mk.co.kr/newsRead.php?year=2014&no=1404647>, 최종방문일 16.02.23.)

22) 경향신문, “온라인 게임 ‘자동 사냥’ 프로그램 받았다가 수백만원 털려”, 15.07.31 기사(http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201507311014431&code=940100, 최종방문일 16.02.24.)

23) 제3자에 의한 채권침해란 제3자의 고의로 인한 위법행위로 타인의 목적 실현에 방해가 되는 경우를 말한다(김준호, 채권법 제5판, 법문사, 2014, 192면).

들지 않고 이를 자율적·민사적으로 규제하기에는 한계에 부딪치고 있다. 결국 오토 프로그램 제작 및 배포 행위는 단순히 게임서비스제공자가 정한 약관이나 민사상 책임에 그칠 게 아니라 범죄 영역으로 끌고 와 이를 형사적 제재로써 규제하여야 할 상황에 놓이게 되었다.

2. 형법적 규제 필요성

오토프로그램이 게임에 미치는 부정적 영향이 있다고 하더라도 그에 대하여 형법적 규제의 필요성이 있는지에 대한 검토는 별도로 이루어져야 한다. 현재 오토프로그램에 대하여 게임산업진흥법 등에서 처벌하고 있는 구성요건에 대한 형법이론적 검토가 이루어져야 한다.

게임 내에서 사용되는 오토프로그램은 정상적인 게임 시스템에 대하여 위협에 빠뜨리고 게임 운영을 방해하는 등 형법으로 보호받아야 할 업무의 정상성과 안정성을 침해할 수 있다. 법익침해에 대한 현실적인 침해의 결과발생까지 인정할 수 있는가에 대해서는 논의의 여지가 있지만 최소한 법익침해에 대한 구체적 위험성은 인정된다고 평가할 수 있다. 이런 점에서 본다면 기본적으로 업무방해죄의 성격을 가지고 있다.

뿐만 아니라 게임물 관리의 혼란을 촉진시켜 게임서비스제공자의 게임 운영을 방해하고 오토프로그램을 막기 위해 기술적 보호조치에 대한 추가적 비용지출이 상당하여 경제적 손실을 안겨다준다. 게임 내에서 사용되는 오토프로그램을 제작 및 배

24) 판례에 따르면 ‘제3자가 채권자를 해한다는 사정을 알면서도 법규를 위반하거나 선량한 풍속 기타 사회질서를 위반하는 등 위법한 행위를 함으로써 채권자의 이익을 침해’하였다면 불법행위가 성립한다는 입장을 취하고 있다(대법원 2003.3.14. 선고 2000다32437 판결). 게임서비스제공자와 유효한 계약을 맺은 이용자가 약관에 위배된 것임을 알면서도 오토프로그램을 제작하여 사용하거나 배포하는 행위는 게임산업진흥법에서 이를 금지하고 있다. 따라서 본 행위는 정당화될 수 없는 법규위반의 행위에 속하고, 게임운영을 방해하는 사회질서위반행위로 볼 수 있으므로 제3자에 의한 채권침해로 법적 책임을 지는 것에 대하여 별 문제가 없는 것으로 사료된다. 이와 관련된 자세한 설명에 대해서는 김종일, 앞의 논문, 8면 참조.; 또한 미국의 경우 유명한 온라인 게임인 ‘월드 오브 워 크래프트’에 대한 Blizard vs MDY 사건을 다룬 판례에서 오토프로그램을 제작한 MDY회사는 Blizard와 게임 이용자 간의 유효한 계약 관계가 존재하는 것을 알면서도 고의적으로 계약 위반을 하도록 유인하거나 간섭하였다고 보아 오토프로그램 공급행위가 불법적인 채권간섭에 해당한다고 판시한 바 있다(MDY Industries, LLC v. Blizard Entertainment Inc. 9th Cir. Dec. 14. 2010).

포하는 행위는 게임서비스제공자가 제작한 게임가치의 감소로 연결되어 재산상의 손해를 발생시킬 수 있는 위험이 존재한다. 보충적으로 재산범죄적 성격을 가지고 있다.

따라서 고의로 게임서비스제공자가 승인하지 아니한 오토프로그램을 제작 및 배포하는 행위는 법익에 대한 보호 필요성에 따라 처벌이 가능한 형법에서 법익침해에 대한 결과반가치와 행위반가치가 모두 인정되는 형법적 불법의 실질을 갖춘 것이라고 볼 수 있다. 뿐만 아니라 이용자들은 단시간 내에 많은 아이템을 수집하여 고액의 현금 거래를 하게 되고, 이는 곧 재산범죄나 추후의 다른 형태의 범죄를 유발하는 도구로 작용될 수 있다는 점도 형사정책적 관점에서 정당화될 수 있다.

IV. 오토프로그램의 제작, 배포행위 등에 대한 범죄 성립여부

현재 게임의 정상적인 운영을 방해할 목적으로 오토프로그램 제작 및 배포하는 행위에 대하여 게임산업진흥법 제32조 제1항 제8호에서 목적범으로 이를 규정하여 제재하고 있다. 하지만 네트워크 환경에서 이루어지고 있는 위와 같은 행위의 내용은 매우 다양한 방법으로 행위자들에 의하여 범해지고 있다. 따라서 현행법은 오토프로그램에 적절하게 대응하기 위해서 다양한 범죄구성요건으로 세분화하여 규정하고 있다. 이하에서 게임산업진흥법뿐만 아니라 저작권법, 정보통신망법, 형법도 적용될 수 있는지 검토한다.

1. 게임산업진흥법 위반 여부

게임산업진흥법 제32조 제1항 제8호는 ‘게임물의 정상적인 운영을 방해할 목적으로 게임물 관련사업자가 제공 또는 승인하지 아니한 컴퓨터프로그램이나 기기 또는 장치를 배포하거나 배포할 목적으로 제작하는 행위를 금지’하고 있다.

본 규정은 ‘게임산업의 진흥 및 건전한 게임문화에 대한 사회적 신뢰의 보호’를 보호법익²⁵⁾으로 하고 있다. 또한 고의로 게임내용에 부정적인 영향을 끼치거나 계

임 시스템을 와해시키는 등 정상적인 운영을 방해할 목적이 있는 목적범으로 규정되어 있기 때문에 단순히 업무를 편리하게 하기 위함을 목적으로 오토프로그램을 제작하였을 경우에는 본 규정에 적용되지 않는다.

가. 게임물사업자가 제공 또는 승인하지 않음

오토프로그램은 게임물 관련사업자가 제공 또는 승인하지 아니한 ‘컴퓨터프로그램이나 기기 또는 장치’여야 한다. 게임물 관련사업자는 게임산업진흥법 제2조의 9에서 규정한 자로써 게임제작업, 게임배급업, 청소년게임제공업, 일반게임제공업, 인터넷컴퓨터게임시설제공업, 복합유통게임제공업을 하는 자 모두를 포함한다. 즉 게임물 관련사업자는 크게 ‘제작업자’와 ‘배급 및 제공업자’로 구분된다.

생각건대, 게임제작업자는 게임을 직접 기획하고 그 과정의 전체를 책임지며 개발한 게임을 직접 서비스를 한다. 그러나 단지 게임제공업자에게 게임물을 시장에 배급의 역할을 하는 게임배급업자나 PC방, 오락실등과 같이 이용자들에게 게임물을 이용할 수 있도록 이를 제공하는 영업을 하는 게임제공업자와 같은 제공·배급업자(a provider)가 오토프로그램을 제공하거나 사용을 승인할 수 있는 자에 해당하는지 의문이다. 게임배급업이나 게임제공업자는 게임제작업자가 제작한 게임물을 배급·제공해주는 역할을 할 뿐이지 게임에 필요한 컴퓨터프로그램이나 기기 또는 장치를 직접 제공하거나 승인할 권한은 없다고 보는 것이 타당하다. 따라서 오토프로그램과 같이 게임에 직접적 영향을 미치는 컴퓨터프로그램이나 기기 또는 장치를 제공 또는 승인에 대하여 본법 제2조의 9에서 규정한 게임물 관련사업자는 게임제작업자로 제한적으로 해석하여야 할 것이다.

나. 컴퓨터프로그램이나 기기 또는 장치

컴퓨터프로그램은 ‘이용자가 마우스나 키보드를 조작하는 방식으로 명령하지 않더라도 자동으로 게임머니나 게임아이템을 취득함으로써 하루 24시간 지속적으로 게임을 할 수 있게 되는 프로그램’²⁶⁾을 말한다. 즉 소프트웨어형 오토프로그램이

25) 헌법재판소 2012.9.27. 선고 2011헌마288 판결.

여기에 해당된다. 또한 ‘기기 또는 장치’는 입력장치와 클라이언트 사이에 개입하는 USB나 오토스틱, 매직오토와 같이 독립적인 외부 장치 또는 기기로 구성된 하드웨어형 오토프로그램을 의미한다. 기존의 소프트웨어형으로 사용되었던 오토마우스나 오토키보드 역시 하드웨어형으로 개조되면서 하드웨어형 오토프로그램의 종류가 다양해지고 있다. 따라서 본 규정에서 ‘컴퓨터프로그램이나 기기 또는 장치’라고 규정되어 있는 만큼 오토프로그램이 컴퓨터 내부에 있는 설치될 수 있는 프로그램뿐만 아니라 하드웨어형으로 기기 또는 장치를 제작할 경우 본 규정에 적용되어 처벌받을 수 있다.

이러한 컴퓨터프로그램이나 기기 또는 장치가 게임물 제작업자로부터 제공되거나 승인받아 제작하거나 배포하는 경우에는 본 규정에 적용되지 않는다. 예컨대, 넷마블 게임인 ‘몬스터 길들이기’나 ‘드래곤 스트라이커’와 같은 경우 넷마블이 자체적으로 24시간 자동사냥 시스템을 포함하여 제공하고 있기 때문에 처벌하지 않는다. 그러나 게임물 제작업자가 직접 또는 제3자에 의뢰하여 제작한 오토프로그램이 아닌 경우 본 규정에 의하여 처벌이 가능하다.

2. 저작권법상 기술적 보호조치 침해 여부

대부분 온라인게임서비스제공자는 게임을 보호하기 위하여 게임가드 또는 핵쉴드²⁷⁾와 같은 기술적 보호조치를 사용하여 해킹프로그램이나 매크로 등을 방지 및 차단한다. 오토프로그램이 이와 같은 기술적 보호 조치를 무력화하여 저작권을 침해하는지 문제 된다.

기술적 보호조치에는 ‘접근통제형 기술적 보호조치’와 ‘이용통제형 기술적 보호조치’로 나뉜다. 개정 전 저작권법에서는 접근통제형 기술적 보호조치에 대하여 규제의 대상이 되지 않았지만, 불법적 저작물의 유통을 억제하기 위하여 2011년에 개정된 저작권법에는 접근통제형 기술적 보호조치를 추가하였고, 동법 제104조의2에 기술적 보호조치의 무력화 금지 및 기술적 보호조치 무력화를 목적으로 제작, 변경

26) 헌법재판소 2012.9.27. 선고 2011헌마288 판결.

27) 핵쉴드는 안철수연구소에서 제공하는 게임 보안 서비스로, 게임을 해킹해 수치를 조작하거나 매크로 기능을 가진 오토프로그램을 방지·차단한다.

등의 행위를 법규화하여 규제하고 있다.

동법 제2조 제28호에 의하면 기술적 보호조치란 “저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 행사와 관련하여 이 법에 따라 보호되는 저작물 등에 대한 접근을 효과적으로 방지하거나 억제하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 받은 자가 적용하는 기술적 조치”, “저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리에 대한 침해 행위를 효과적으로 방지하거나 억제하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 받은 자가 적용하는 기술적 조치”라고 정의하고 있다. 전자를 접근통제형 기술적 보호조치, 후자를 이용통제형 기술적 보호조치로 보고 있다.

온라인 게임의 기술적 보호조치는 게임 시스템의 취약점 또는 해당 게임프로그램 메모리에 수록된 코드의 키 값을 변경하거나 조작하는 경우 게임이 실행되지 않도록 사전에 방지한다. 소프트웨어형 오토프로그램의 경우 운영체제의 함수들의 일부를 메모리상에서 변경하거나 부정명령방지프로그램이 바뀐 Windows의 함수를 원래대로 바꾸는 방식으로 이루어진다.²⁸⁾ 그러나 하드웨어형 오토프로그램은 외부 입력장치를 통하여 키보드나 마우스의 신호를 PC에 직접 보내기 때문에 키보드와 마우스에서 발생하는 Windows의 API와 커널에서의²⁹⁾ 드라이버 등을 보호하고 이러한 보호를 무력화하는 행위를 하면 기술적 보호조치는 이를 차단하는 기능을 한다. 즉, 게임 자체에 대한 접근을 방지하는 조치를 넘어, 운영체제인 Windows를 보호하는 장치가 되어버린 것임을 알 수 있다.³⁰⁾

따라서 오토프로그램은 게임의 접근통제형 기술적 보호 조치를 무력화한다고 볼 수 있다. 과거 구 저작권법에서는 ‘접근통제형’ 기술적 보호조치가 법률 규정이 없었기 때문에 오토프로그램의 무력화 행위가 법적으로 규제할 수 없었지만, 개정된 저작권법에 접근통제형 기술적 보호조치를 추가함으로써 이를 규제할 수 있게 되었다. 또한 제104조의2 제2항에 기술적 보호조치를 무력화하기 위한 예비행위를 금지

28) 박정제, 앞의 논문, 44-45면.

29) API란, Application Programming Interface의 줄임말로 windows 운영체제와 응용프로그램 사이의 통신에 사용되는 언어 또는 메시지 형식을 말하며, 커널(Kernel)이란, 운영체제의 중심으로 프로그램의 관리 기능을 말한다.

30) 이진태·임종인, “MMORPG게임의 오토프로그램과 저작권”, 법학논문집 제34집 제3호, 중앙대학교 법학연구원, 2010, 288면.

규정을 두어 게임서비스제공자의 기술적 보호 조치를 무력화하는 목적으로 오토프로그램을 제작, 판매 배포 등의 행위를 한 경우 동 법 제136조 제3의3에 따라 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금형의 형사제재를 가할 수 있다.³¹⁾

3. 정보통신망법상 악성프로그램 전달·유포죄 위반여부

가. 의의

정보통신망법 제48조 제2항에 따르면 “누구든지 정당한 사유 없이 정보통신시스템, 데이터 또는 프로그램 등을 훼손·멸실·변경·위조하거나 그 운용을 방해할 수 있는 프로그램(이하 ‘악성프로그램’이라 한다)을 전달 또는 유포하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있으며, 제71조에 의하여 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금형을 규정하고 있다. 본죄는 직접 악성프로그램을 제작하지 않더라도 이러한 악성프로그램을 타인에게 전달 또는 다수인에게 유포한 경우에 본죄가 성립되므로 ‘제작’하는 행위만을 별도로 처벌하는 규정은 두고 있지 않다.³²⁾

악성프로그램이란 악의적인 목적으로 만들어진 소프트웨어로 악성코드(Malicious code)라고도 부르며 컴퓨터에서 사용자가 원하지 않는 일을 사용자 몰래 하는 소프트웨어를 총체적으로 일컫는 것³³⁾을 말한다. 또한 정보통신망법은 악성프로그램을 정보통신시스템, 데이터 또는 프로그램 등을 훼손·멸실·변경·위조하거나 그 운용을 방해할 수 있는 프로그램으로 정의하고 있다. 이와 같이 오토프로그램이 악성프로그램에 해당하려면 정당한 사유 없이 악의적인 목적으로 만들어져 해당 게임 시스템, 데이터 등을 훼손·멸실·변경·위조하거나 운용을 방해할 수 있는 프로그램이어야 한다.

31) 오토프로그램의 기술적 보호조치에 대한 자세한 논문으로는 구병문, 앞의 논문, 463-468면; 김윤명, 앞의 논문, 19-21면; 박정제, 앞의 논문, 44-45면; 정상조·박준석, 36-41면; 이진태·임종인, 앞의 논문, 285-298면.

32) 최호진, “DDoS공격에 대한 형법이론적 검토 및 입법론”, 비교형사법연구 제17권 제1호, 한국비교형사법학회, 2015, 41면.

33) 정연덕, “악성프로그램의 정의와 해석에 관한 법적 문제”, 동아법학 제53호, 동아대학교 법학연구소, 2011, 691면.

악성프로그램이라고 하더라도 시스템 운용을 방해하거나 서버의 장애를 일으킬 수 있는 정도의 기능을 갖추어야 본죄의 처벌대상이 된다고 제한해석할 필요가 있다. 따라서 악의적인 목적으로 제작되었다고 하더라도 시스템 운용에 방해할 가능성이 없는 프로그램은 본죄의 적용대상에서 제외하는 것이 바람직하다.³⁴⁾ 판례에서도 오토프로그램과 유사한 기능을 가진 한도우미 프로그램에 대하여 시스템 운용 방해 및 서버의 장애를 일으킬 정도 수준의 기능이라 할 수 없다고 판단하여 해당 프로그램을 악성프로그램으로 볼 수 없다고 판시하였다.³⁵⁾

나. 새로운 유형의 오토프로그램과 본죄 성립 여부

최근 등장하고 있는 오토프로그램은 단순히 키보드를 누르거나 마우스의 클릭을 자동화하여 게임을 하는 프로그램에 그치지 않고, 게임프로그램 실행파일의 클라이언트를 변작하거나 오토프로그램 자체에 아이템 탈취목적인 게임 핵이나 악성코드가 심겨진 오토프로그램이 등장하였고 또한 모바일 게임을 PC에서 구동되는 환경에서 키보드와 마우스를 사용하면서 모바일 게임을 할 수 있는 ‘블루스택(BlueStacks)’이라는 프로그램에 오토프로그램 기능을 추가하여 ‘블루스택 전용 매크로(오토)’ 등 다양한 종류로 등장하고 있다. 이러한 불법성을 띠는 오토프로그램이 대부분 게임서비스제공자가 본래 제작한 게임물을 훼손, 멸실, 변경, 위조여부에 대하여 문제되지만 게임 운영 목적과 상이하거나 정당하지 않는 명령을 입력하여 컴퓨터가 자동으로 실행하여 처리하였으므로 게임 시스템의 운용을 방해한 것이라 볼 수 있다.

다. 입법적 정합성 문제

이와 같이 오토프로그램이 악성프로그램에 해당할 수 있다고 볼 경우에도 입법적 정합성에 문제가 생긴다. 게임산업진흥법에서는 오토프로그램을 ‘제작’하는 행위에 대해서도 처벌하고 있지만, 정보통신망법에서는 악성프로그램을 ‘제작’하는 행위를

34) 최호진, 앞의 논문, 42면.

35) 대법원 2009.10.15. 선고 2007도9334 판결.

처벌하고 있지 않는다. 또한 게임산업진흥법에서는 프로그램이외에도 ‘기기나 장치’도 포함되는 것으로 보지만, 정보통신망법에서는 악성프로그램에 ‘기기나 장치’를 포함하고 있지 않다.

결국 컴퓨터프로그램이 아닌 기기 또는 장치에 해당하는 하드웨어형 오토프로그램인 경우 게임산업진흥법에 따라 처벌될 수 있지만 정보통신망법에 따라 처벌될 수 없다. 본죄의 악성프로그램 범위 안에 기기 또는 장치도 포함시킬 필요가 있다. 또한 게임산업진흥법이나 정보통신망법은 모두 배포행위에 대해서는 처벌하고 있지만 제작행위에 대해서는 게임산업진흥법과는 달리 정보통신망법에서는 처벌하고 있지 않다. 악성프로그램의 제작행위에 대해서도 처벌할 필요성이 있다.³⁶⁾

V. 오토프로그램의 ‘사용’행위에 대한 업무방해죄 성립여부

오토프로그램과 관련된 문제되는 행위유형은 제작, 배포, 사용행위이다. 위에서 검토한 게임산업진흥법과 저작권법, 정보통신망법에서 문제되는 행위유형은 제작 또는 배포행위이다. 게임산업진흥법에서는 제작행위를, 저작권법에서는 제작, 판매, 배포행위를, 정보통신망법에서는 전달, 유포행위를 문제 삼고 있다. 그에 대하여 일반법적 성격을 가지고 있는 형법에서는 제작, 판매, 배포 등의 행위도 처벌될 수 있는지에 대해서는 보다 깊은 고찰이 필요하다. 이하에서는 오토프로그램의 ‘사용’행위에 한정하여 논의를 진행한다.

1. 형법 제314조 제2항 ‘컴퓨터 등 장애업무방해죄’ 성립 여부

가. 업무방해의 가능성

컴퓨터 등 장애업무방해죄는 컴퓨터 등 정보처리장치 또는 전자기록 등 특수매체

36) 이에 대하여 자세한 검토로는 최호진, 앞의 논문, 32면; 최호진·백소연, “정보통신망장애죄에서 장애의 의미 및 예비·음모에 대한 입법론”, 법학논총 제39권 제3호, 단국대학교 법학연구소, 2015, 233면.

기록을 손괴하거나 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 기타 방법으로 정보처리에 장애를 발생하게 하여 사람의 업무를 방해한 경우에 성립하는 범죄로 보호법익은 업무이며 추상적 위험범이다.³⁷⁾ 정보처리에 장애를 발생하게 하여 업무를 방해한 경우이기 때문에 장애는 현실적으로 발생하여야 하지만 추상적 위험범이므로 업무가 방해될 가능성이 있으면 충분하다.³⁸⁾

게임서비스제공자들은 게임 세계관, 등장인물, 스토리 등을 설정하여 레벨이나 다양한 밸런스를 맞추어 데이터를 입력하고 구성하고 프로그램을 구현한다. 그리고 아이템을 정확하게 분석하여 설정하고, 이용자의 행동 패턴의 흐름을 파악하여 게임 내에 필요한 추가 콘텐츠를 제공 및 관리하는 업무를 수행하게 된다. 오토프로그램은 게임 시스템을 왜해시키고, 정상적인 이용자의 게임 진행을 방해하며, 게임서버에 문제를 일으키는 등 게임내용에 부정적인 영향을 주기 때문에 현실적인 업무 방해뿐만 아니라 업무방해의 가능성이 인정된다. 결국 오토프로그램의 사용은 게임 콘텐츠의 부족과 이용자의 흥미가 줄어들고, 게임머니의 증가로 인한 사이버 공간 내 경제시스템의 붕괴 등으로 결국 이용자들은 게임을 떠나게 되고 게임 시간에 비례하여 수익을 얻는 게임물 관련사업자의 수익감소로 이어지게 된다.³⁹⁾ 따라서 현실적 업무방해의 결과뿐만 아니라 업무방해의 가능성 또한 인정된다.

나. 부정한 명령 입력

컴퓨터등 장애업무방해죄의 행위태양은 손괴, 허위의 정보 또는 부정한 명령 입력행위이다. ‘손괴’는 물리적 파괴나 멸실 또는 데이터를 조작하여 삭제 또는 자력에 의한 교란 등의 행위를 말하는데 오토프로그램은 단순히 반복적인 기능을 수행하는 프로그램이므로 파괴, 멸실, 삭제 등의 기능을 수행하지 못한다. 따라서 손괴 행위에는 해당하지 않는다.

또한 ‘허위의 정보 입력’에도 해당되지 않는다고 생각한다. 게임 이용자가 실제로

37) 컴퓨터등업무방해죄는 “정보처리에 장애를 발생하게”할 것을 필요로 하는 ‘결과범’인 동시에 업무라고 하는 법익에 대하여 침해의 위험이 있으므로 죽한 ‘추상적 위험범’이라고 주장한 견해도 있다 (임웅, 형법각론 제6정판, 법문사, 2015, 253면).

38) 최호진, “DDoS공격에 대한 형법이론적 검토 및 입법론”, 45면.

39) 헌법재판소 2012.6.27. 선고 2011헌마288 결정.

게임을 수행하지 않았음에도 불구하고 다른 이용자나 게임서비스제공자에 대하여 마치 게임을 수행한 것처럼 게임 시스템 서버에 허위의 정보를 입력한 것이라 볼 여지는 있다. 그러나 게임 시스템의 입장에서 본다면 게임진행이 오토프로그램에 의해서 진행되는 아니면 이용자가 직접 키보드와 마우스를 이용하든, 게임진행을 위한 입력이 있었기에 게임이 실행되었으므로 이는 허위가 아니라 진실이라고 보는 것이 옳다. 이는 진정한 정보의 입력방법의 차이점, 즉 사람이 직접 클릭을 했는가와 프로그램이 대신 클릭했는가에 대한 차이점이 있는 것에 불과할 뿐이며 ‘클릭이 있었다.’는 정보의 진정성에는 차이가 없기 때문이다.⁴⁰⁾

오토프로그램에 의한 명령의 입력은 허위의 정보입력이 아니라 부정한 명령의 입력에 해당한다고 생각한다. ‘부정한 명령의 입력’은 사무처리 과정에서 본래의 목적에 부합하지 않은 명령을 입력하는 것을 말한다. 오토프로그램은 게임서비스제공자가 구축한 기술적 보호 장치인 부정명령 방지프로그램을 침해하여 쉽게 우회가 가능하고, 자동방지 글자입력에서 글자의 형태를 보고 작성을 하는 시스템을 구축하거나 주변 캐릭터가 채팅을 하면 자연스럽게 인사를 하는 채팅 입력 시스템 등 다양하게 나타나고 있다.⁴¹⁾ 또한 오토프로그램 그 자체적으로 로그기록을 편집하거나 게임을 접속한 흔적까지 지우는 기능까지 보유하고 있다면⁴²⁾ 이는 부정한 명령을 입력한 것이라고 볼 수 있다.⁴³⁾ 게임제작업자가 승인 또는 제공하지 않았을 뿐만 아니라 오토프로그램에 대하여 다양한 방지조치를 마련하고 있다는 점을 본다면 오토프로그램에 의한 명령의 입력은 ‘부정한 명령의 입력’이라고 볼 수 있다.

40) 최호진, “인터넷 검색광고의 부정클릭과 부정한 명령입력”, 형사판례연구 제23권, 형사판례연구회, 2015, 451면.

41) 헝그리앱 커뮤니티 뉴스, “아무 말 없는 그대, 오토 유저인가요?”, 16.01.20 기사(http://www.hungryapp.co.kr/news/news_view.php?bcode=news&pid=39497&catecode=007, 최종방문일 16.03.04.)

42) 최성욱·오덕신·방혜선·임명성, “MMOPRG에서 봇(BOT)이 온라인 게임에 미치는 영향에 관한 연구”, 한국컴퓨터게임학회논문지 제2권 제23호, 한국컴퓨터게임학회, 2010, 116면.

43) 판례는 포커머니를 판매할 목적으로 자동 수혈프로그램 ‘한도우미 프로그램’을 제작하고 사용한 행위에 대하여 해당 프로그램은 한도우미 프로그램에 입력된 명령이 ‘부정한 명령의 입력’에 해당하지 않으며, 게임 업체가 운영하는 게임서버에 장애가 발생하였다고 볼 수 없다는 취지로 컴퓨터 장애업무방해죄가 성립하지 않는다고 한다(대법원 2009.10.15. 선고 2007도9334 판결). 하지만 본 판례에서는 한도우미 프로그램에 입력된 명령이 부정한 명령의 입력에 해당하지 않는다는 근거를 구체적으로 명시하고 있지 않아 본 판결은 다소 문제가 있다.

다. 장애 발생

본죄는 추상적 위험범이기 때문에 업무 방해의 결과는 반드시 발생되어야 할 필요는 없으며 업무방해의 가능성만으로 충분하지만 정보처리장치의 장애는 현실적으로 반드시 발생하여야 한다. 장애는 데이터, 프로그램, 시스템, 정보의 완전성(integrity)과 가용성(availability)을 침해하는 것으로 데이터나 정보의 삭제·변경, 프로그램이나 시스템의 동작 방식의 변경 등을 포함하는 개념이다.

정보통신망의 완전성은 승인되지 않은 부당한 처리 및 행위에 의한 정보처리장치의 변경으로부터 보호된 상태의 유지를 의미하며, 정보통신망 시스템 내에서 이루어지는 정보 변경 및 자료를 삭제 하거나 예정되지 않은 프로그램을 시스템에 실행하는 행위 등이 이를 침해하는 행위유형이다. 가용성은 모든 합법적인 사용자가 자신들의 권리에 따라 임의대로 사용할 수 있는 컴퓨터 데이터와 시스템을 의미하며 시스템의 일시적 혹은 영구적인 지연, 방해, 접근 거부, 데이터 및 고갈된 시스템 자원을 변형시키고, 전송 및 삭제하는 행위 등이 이를 침해하는 행위유형이다.⁴⁴⁾

또한 대법원의 경우 본죄의 장애에 대한 개념을 ‘정보통신망이 그 사용목적에 부합하는 기능을 하지 못하거나 사용목적과 다른 기능을 하는 경우에 장애가 발생한 것’⁴⁵⁾으로 판시하고 있다.

본죄의 장애는 현실적 사용불능, 현저한 기능저하, 목적 외 기능 수행을 의미한다.⁴⁶⁾ ‘현실적 사용불능’은 시스템의 서비스 이용이 마비되어 정보처리기능을 현실적으로 수행하지 못하는 것을 의미한다. 따라서 손쉽게 장애가 제거될 수 있거나, 시스템의 관리가 가능한 경우에는 현실적 장애에 해당되지 않는다. 장애발생행위에서의 현실적 사용불능은 정보통신망의 완전성과 가용성이 침해될 정도의 시간적 지속성과 그에 따른 피해의 일정한 수준이 갖춘 경우에 포함될 것이며, 이는 구체적이고 개별적으로 판단하여야 할 것이다.⁴⁷⁾

44) Vasii, Ioana, and Lucian Vasii. “Break on Through; An Analysis of Computer Damage Cases.” *Pittsburgh Journal of Technology Law & Policy* 14, 2014, 160면.

45) 대법원 2010.9.30. 선고 2009도12238 판결; 대법원 2013.3.14. 선고 2010도410 판결.

46) 장애의 의미에 대한 연구로는 최호진·백소연, “정보통신망장애죄에서 장애의 의미 및 예비·음모에 대한 입법론”, 243면 이하 참조.

47) 최호진·백소연, 앞의 논문, 251면.

‘기능저하’는 시스템의 처리속도를 단순히 지체되는 정도의 경미한 기능저하의 경우에는 본죄의 장애라고 보기는 어려우며, 현실적 사용불능에 도달할 수 있는 정도의 객관적 위험성이 존재하는 정도의 기능저하를 의미한다.

‘목적 외 기능수행’이란 정보통신망에서 정보를 수집·가공·저장·검색·송신 또는 수신하는 기능을 정보처리장치의 사용목적과는 다르게 기능하는 경우를 의미한다. 컴퓨터 사용자 본인이 의도하지 않은 작업을 자신도 모르게 이루어지는 경우 목적 외 기능수행을 하는 것이라고 볼 수 있다.⁴⁸⁾

게임 내에서의 오토프로그램 사용행위는 정상이용자들의 게임 접속 시간이 느려지거나 서버 접속 불가 또는 해당 게임 시스템의 서버가 다운되는 등 물리적으로 기능 수행을 못하게 할 정도의 수준에 미치지 못한다. 또한 시스템의 완전성을 침해할 정도의 ‘기능저하’가 발생하였다고 볼 수 없다. 또한 게임 이용자 스스로가 오토프로그램을 이용하여 캐릭터의 방향 및 속도를 정하여 자동으로 설정만 할 뿐 이를 새롭게 가공하거나 저장·수집 등의 기능을 기존의 게임서비스제공자가 설정한 시스템 전체가 변경되었다고 볼 수 없다. 따라서 오토프로그램이 부정한 명령의 입력 행위로 인하여 업무가 방해되었다고 하더라도 본죄의 성립에 있어서 ‘장애’가 발생하였다고 볼 수 없으므로 본죄는 성립하지 않는다.⁴⁹⁾

2. 형법 제314조 제1항 ‘위계에 의한 업무방해죄’ 성립 여부

게임 내의 오토프로그램 사용행위가 ‘위계’에 의한 업무방해죄가 성립할 수 있는지 문제된다. 위계란 행위자가 행위목적을 달성하기 위하여 상대방에게 오인, 착각 또는 부지를 일으키게 한 일체의 행위를 말한다.⁵⁰⁾ 게임서비스제공자는 기술적 보

48) 최호진·백소연, 앞의 논문, 252면.

49) 한도우미 프로그램에 입력된 명령이 ‘부정한 명령의 입력’에 해당하지 않으며, 게임 업체가 운영하는 게임서버에 장애가 발생하였다고 볼 수 없다는 취지로 컴퓨터장애업무방해죄가 성립하지 않는다고 판단한 이른바 ‘한도우미 프로그램’사건(대법원 2009.10.15. 선고 2007도9334 판결)에서 해당 프로그램으로 인하여 정상이용자들의 포커게임의 서버 접속 시간을 지연시키거나 서버 접속을 어렵게 만들고, 서버에 대량의 트래픽을 발생시키는 등 장애를 발생하였다는 보기 어렵다고 판단한 것은 옳다.

50) 대법원 2013.11.28. 선고 2013도4178 판결.

호조치로 오토프로그램의 사용을 모니터링 하여 이를 적발 및 차단함으로써 운영정책⁵¹⁾의 실효성을 유지하고 게임서비스를 제공하는 업무를 수행하면서 수익을 얻는다. 그런데 게임 내 오토프로그램 제작업체가 이러한 사실을 알면서도 자신들이 개발한 프로그램의 판매 수익을 올리기 위해 이를 제작 및 배포하여 이용자들이 이를 쉽게 사용하게 되었고 결국 게임서비스제공자의 업무를 방해하였다고 볼 수 있다.

초기 오토프로그램의 경우 대부분 소프트웨어형 오토프로그램이고, 단순히 키보드와 마우스를 자동화하여 게임을 진행하는 도구로 사용되었기 때문에 이를 제재하기가 비교적 수월하였다. 하지만 요즘 등장하고 있는 오토프로그램은 프로그램의 파일 이름을 변경하거나 관련 소스코드를 변작하고, 정당하지 않은 명령을 입력할 수 있는 오토프로그램이나 하드웨어형 오토프로그램 등 다양하게 변형된 오토프로그램을 제작하여 배포하기 때문에 게임서비스제공자의 기술적 보호조치를 통한 제재가 불가능해졌다. 그 결과 게임서비스제공자는 오토프로그램을 사용하는 사람들이 정상적인 게임을 하는 것으로 착오를 일으켜 게임 서비스를 이용할 수 있도록 이를 허용함으로써 게임서비스제공자 및 정상적으로 이용하는 자들에게 피해를 안겨다 주었다. 이와 같은 행위는 게임서비스제공자에게 오인착각 또는 부지를 일으킨 것으로, 업무방해죄의 구성요건인 ‘위계’에 해당한다고 볼 수 있다.

한편, 본 죄의 구성요건인 ‘위계’의 대상이 사람이 아닌 ‘컴퓨터 등 정보처리장치’인 경우에도 해당하지에 문제된다. 판례는 “컴퓨터 등 정보처리 장치에 정보를 입력하는 등의 행위가 그 입력된 정보 등을 바탕으로 업무를 담당하는 사람의 오인착각 또는 부지를 일으킬 목적으로 행해진 경우에는 그 행위가 업무를 담당하는 사람을 직접적인 대상으로 이루어진 것이 아니라고 하여 위계가 아니라고 할 수는 없다.”⁵²⁾고 판시하면서 이를 긍정하는 입장이다.

‘위계’는 상대방에게 오인, 착각, 부지를 일으키는 모든 행위를 의미한다. 게임 내 오토프로그램은 게임제공업자를 직접적 상대방으로 하고 있지는 않는다. 오히려 게

51) 대부분 게임회사는 이용자의 권리나 의무를 명시하여 불법 프로그램 사용, 현금거래, 계정도용 등과 같은 약관위반 행위에 대한 제재나 부분 유료화 정책 등을 규정하여 게임 서비스에 적용하고 있다.

52) 대법원 2013.11.28. 선고 2013도5814 판결; 대법원 2013.11.28. 선고 2013도4178 판결; 2013.11.28. 선고 2013도5117 판결.

임서버 등과 같은 정보처리장치를 그 직접적 대상으로 하고 있다. 하지만 오토프로그램이 정상적인 게임운영업무를 담당하는 사람의 오인, 착각, 부지를 일으킬 목적으로 이루어졌다고 볼 수 있다. 게임운영자의 입장에서는 자신들이 배포하고 자신들에 의해서 사용이 승인된 프로그램을 이용자들이 사용할 것이며, 정해진 게임규칙에 의해서 이용할 것이라고 믿고 있는데 이를 위계에 의하여 방해한 것으로 볼 수 있다. 부정한 명령을 입력한 경우 사무처리 과정에서 본래의 목적과 다른 명령을 입력한 것이므로 이와 같은 행위로 인하여 게임서비스제공자가 착오로 인하여 게임서비스를 제공한 경우 ‘위계’의 대상이 될 수 있다. 따라서 게임 내 오토프로그램을 제작하여 배포한 행위는 형법상 ‘위계에 의한 업무방해죄’가 성립할 수 있다.⁵³⁾

VI. 결론

오토프로그램은 시스템 업무처리와 관련하여 사용자의 명령 없이도 특정 작업을 위해 자동으로 동작하도록 만들어진 프로그램이다. 하지만 오토프로그램은 게임서비스제공자가 설계한 게임 의도와는 다르게 게임 시스템의 환경을 저해하고 게임서비스제공자의 게임 운영 및 정상이용자의 게임 이용에 방해되는 문제가 발생하게 된다. 또한 오토프로그램을 사용하여 부정적으로 아이템을 획득한 후 현금 거래하는 작업장 및 환전상들이 등장하는 등 사행성을 부추기는 중대한 요인이 되고 있다. 따라서 오토프로그램을 제작·배포하는 행위에 대하여 게임 회사의 약관 규정에 의한 자율적 제재에 그칠 것이 아니라 형사법적으로도 규제할 필요성이 대두되었다.

현재 게임산업진흥법에서 오토프로그램 제작·배포행위에 대하여 형사법적으로 규제하고 있다. 하지만 본 규정에서 정의하고 있는 ‘게임물 관련사업자’는 게임산업진흥법 제2조의 9에 정의하고 있는 자 모두를 포함하는 것이 아닌 게임제작업자, 즉 게임서비스제공자로 제한해석해야 한다. 뿐만 아니라 게임을 수행할 때 오토프

53) 판례는 포커게임에서 마우스를 클릭하거나 키보드를 누르는 것을 자동화하여 일부러 게임을 지도록 만든 프로그램, 이른바 ‘한도우미 프로그램’을 개발·유통한 행위에 대하여 형법상 ‘위계에 의한 업무방해죄’가 성립한다고 판단하였다(대법원 2009.10.15. 선고 2007도9334 판결).

로그래를 사용하게 되면 게임서비스제공자가 설치한 보안프로그램이 이를 방지하는 역할을 하게 되는데 이를 쉽게 우회하여 뚫고 들어감으로써 기술적 보호조치, 특히 접근통제형 기술적 보호조치를 침해하기 때문에 이를 직접적으로 사용하거나 제작 및 판매, 배포하는 경우 저작권법위반죄가 성립할 수 있다.

오토프로그램이 정보통신망법의 악성프로그램 전달·유포죄에 성립하기 위해서는 오토프로그램이 악성프로그램에 해당되어야 한다. 비록 오토프로그램이 해당 게임 시스템이나 데이터 등을 훼손·멸실·변경·위조에 해당하는지에 대해서는 문제가 되지만 게임 운영 목적과 상이하거나 정당하지 않는 명령을 입력하여 컴퓨터가 자동으로 실행하여 처리하였으므로 게임 시스템의 운용을 방해한 것이라 볼 수 있다. 따라서 게임 시스템의 운영을 방해하는 오토프로그램을 전달·유포행위를 할 경우 본 죄가 성립할 수 있다. 그러나 하드웨어형 오토프로그램인 경우 기기 또는 장치이기 때문에 본 죄로 처벌하기에 흠결이 발생한다. 본죄의 악성프로그램 범위 안에 기기 또는 장치도 포함시킬 필요가 있다. 또한 게임산업진흥법과 같이 악성프로그램의 제작행위에 대해서도 처벌할 필요성이 있다.

형법상 컴퓨터장애업무방해죄가 성립하기 위해서는 허위의 정보나 부정한 명령의 입력 또는 기타 방법으로 현실적으로 장애가 반드시 발생하여야 한다. 오토프로그램의 경우 게임서비스제공자의 본래 의도와는 다르게 게임이 진행되더라도 게임 이용자는 오토프로그램을 이용하여 캐릭터의 방향 및 속도를 정하여 자동으로 설정만 할 뿐이다. 따라서 이를 새롭게 가공하거나 저장수집 등의 기능을 기존의 게임 서비스제공자가 설정한 시스템 전체가 변경되는 등 목적 외 기능수행을 하였다고 볼 수 없다. 또한 서버 시간 지연 및 시스템의 과부하 현상, 현저한 시스템 기능 저하 등 장애발생결과가 현실적으로 나타나기는 어렵기 때문에 부정한 명령이 있었다고 할지라도 본 죄를 성립하기 어렵다.

하지만 위계에 의한 업무방해죄는 성립할 수 있다. 게임운영자의 입장에서 자신들이 배포하고 자신들에 의해서 사용이 승인된 프로그램을 이용자들이 사용할 것이며, 정해진 게임규칙에 의해서 이용할 것이라고 믿고 있는데 이를 위계에 의하여 방해한 것으로 볼 수 있다. 부정한 명령을 입력행위로 인하여 게임서비스제공자가 착오로 인하여 게임서비스를 제공한 경우 ‘위계’의 대상이 될 수 있다.

아이템은 단순한 게임 내 장치물로 머물지 않고 또 다른 재산적 가치가 인정되면서 아이템에 대한 현금 거래가 활발해지고 있다. 이제 게임세계는 여가와 오락을 위한 공간에 머물지 않고 또 하나의 경제적 재산가치가 있는 공간이 되었다. 이에 따라 경제적 목적을 위하여 오토프로그램과 같은 비정상적인 수단을 사용하여 아이템을 획득하는 행위가 빈번하게 일어나고 있다. 현재 게임산업진흥법에서 오토프로그램 제작 및 배포행위에 대한 처벌을 규정하고 있지만 동법만으로는 이를 규제하기에 부족하다고 생각한다. 끊임없이 발생하고 있는 오토프로그램에 대한 문제적 현상은 게임산업진흥법뿐만 아니라 다른 형법 영역에서도 보충적으로 적용되어야 한다.

참고문헌

- 임웅, 형법각론 제6정판, 법문사, 2015.
- 최호진, 형법총론강의, 준커뮤니케이션즈, 2016.
- 구병문, “자동사냥 프로그램을 둘러싼 저작권법적 쟁점”, 외법논집 제33권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2009.
- 김윤명, “자동게임 프로그램에 대한 법적 고찰”, 중앙법학 제13집 제1호 통권 제39호, 중앙법학회, 2011.
- 김종일, “온라인게임에서의 불법적 채권간섭”, Law&Technology 제7권 제6호, 서울대학교 기술과법센터, 2011.
- 박준석, “자동사냥 프로그램의 법적 문제”, 디지털재산법연구 제9권 통권 제13호, 한국디지털재산법학회, 2010.
- 박정제, “자동사냥 프로그램과 관련된 법적 문제점”, Law&Technology 제9권 제2호, 서울대학교 기술과법센터, 2013.
- 이진태·임종인, “MMORPG게임의 오토프로그램과 저작권”, 법학논문집 제34집 제3호, 중앙대학교 법학연구원, 2010.
- 정상조·박준석, “오토프로그램의 저작권 문제”, Law&Technology 제6권 제4호, 서울대학교 기술과법센터, 2010.
- 최호진, “인터넷 검색광고의 부정클릭과 부정한 명령입력”, 형사판례연구 제23권, 형사판례연구회, 2015.
- 최호진, “DDoS공격에 대한 형법이론적 검토 및 입법론”, 비교형사법연구 제17권 제1호, 한국비교형사법학회, 2015.
- 최호진·백소연, “정보통신망장애죄에서 장애의 의미 및 예비·음모에 대한 입법론”, 법학논총 제39권 제3호, 단국대학교 법학연구소, 2015.
- 최성욱·오덕신·방혜선·임명성, “MMOPRG에서 봇(BOT)이 온라인 게임에 미치는 영향에 관한 연구”, 한국컴퓨터게임학회논문지 제2권 제23호, 한국컴퓨터게임학회, 2010.

Study on Criminalization of Automatic program Production, Distribution, Using in the game

Choi Ho-jin* · Han Da-bin**

The illegal using of an auto program obstructs the management of the online game business during online game. Despite of these existing interference, the discussion about the problems of the auto program uses has not yet been fully discussed in the perspective of criminal law compared to the discussion on the grounds of private law.

This paper discusses the uses of an auto program by distinguishing into two categories, ‘general auto program’ and ‘auto program inside a game’. Furthermore, the production, distribution and uses of ‘auto programs inside a game’ has been examined to discuss whether it can be acknowledged as a subject of criminal punishment.

The case of ‘production-distribution’ of an auto program is a violation of technological protection measures under intellectual property law. It is also applicable to the subparagraph 8 of paragraph 1 of article 32 of ‘Game Industry Promotion Act’ and paragraph 2 of article 48(dissemination of malicious program) of ‘Act On Promotion Of Information And Communications Network Utilization And Information Protection, Etc.’(Information and Communications Network Law). Unlike the two laws above, Information and Communications Network Law is absent with the regulation of acts of production. Moreover, even the regulation that currently exists does not cover *device* as an object of

* Professor, College of Law, Dankook University, Ph.D, in Law.

** Graduate Student In IT Law Expert Program, Graduate school of Dankook University

the regulation but only the (*software*) *program* itself. Therefore, the law has a legislative defect that makes it impossible to punish the actions of producing an auto program and distributing hardware auto program.

For the case of the uses of an auto program is examined in details by two *criminal law* regulations, paragraph 1 of article 314(Interference with Business through fraudulent means) and paragraph 2 of article 314(Interference with Business by damaging data processor). The crime of ‘Interference with Business by damaging data processor’ is not applicable to the uses of an auto program, due to the fact that auto program does not generates defects in reality. On the other hand, if the game service operator provide an online game service from falling into an error by the third person, the crime of ‘interference with business through fraudulent means’ can be applied in this matter, because the actions of resulting one from falling into an error can be understood as a fraud.

The acts of production, distribution and uses of an auto program can be a major reason of impede development in the game industry. Despite the fact that current ‘Game Industry Promotion Act’ is regulating the production and distribution of auto programs, it is still not enough. From this reason, this paper is eagerly looking forward to the near future for the application of criminal law in this matter.

❖ Keywords: Cyber Crime, Information Communications Network, Malicious code, automatic program, crime of business interference