

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2019도2862 가. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반
나. 게임산업진흥에관한법률위반

피 고 인 피고인

상 고 인 피고인

변 호 인 법무법인 민후
담당변호사 김경환 외 2인

원 심 판 결 인천지방법원 2019. 2. 1. 선고 2018노2183 판결

판 결 선 고 2020. 10. 15.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 인천지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 참고자료는 이를 보충하는 범위
에서)를 판단한다.

1. 공소사실과 원심판결

이 사건 공소사실 중 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 '정보통신망법'이라 한다) 위반 부분의 요지는 다음과 같다. 피고인은 공소의 유한회사가 운영하는 '○○○○' 게임(이하 '이 사건 게임'이라 한다)에서 상대방을 자동으로 조준하는 기능을 가진 프로그램(이하 '이 사건 프로그램'이라 한다)을 판매함으로써 정보통신망법 제70조의2, 제48조 제2항을 위반하였다.

원심은 이 사건 프로그램이 정보통신망법 제48조 제2항에 정해진 정보통신시스템 등의 운용을 방해할 수 있는 '악성프로그램'에 해당한다고 보고, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

2. 정보통신망법 제48조 제2항의 '악성프로그램' 해당 여부

가. 정보통신망법 제48조 제2항은 "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 정하고 있고, 같은 법 제70조의2는 "제48조 제2항을 위반하여 악성프로그램을 전달 또는 유포하는 자는 7년 이하의 징역 또는 7천만 원 이하의 벌금에 처한다."라고 정하고 있다.

정보통신망법 제70조의2와 제48조 제2항은 악성프로그램이 정보통신시스템, 데이터 또는 프로그램 등(이하 '정보통신시스템 등'이라 한다)에 미치는 영향을 고려하여 악성프로그램을 전달하거나 유포하는 행위만으로 범죄 성립을 인정하고, 그로 말미암아 정보통신시스템 등의 훼손·멸실·변경·위조 또는 그 운용을 방해하는 결과가 발생할 것을 필요로 하지 않는다. 악성프로그램에 해당하는지는 프로그램 자체를 기준으로 하되, 그 사용용도와 기술적 구성, 작동 방식, 정보통신시스템 등에 미치는 영향, 프로그램의 설치나 작동 등에 대한 운용자의 동의 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여

야 한다(대법원 2019. 12. 12. 선고 2017도16520 판결 참조).

나. 원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거에 따르면 다음과 같은 사정을 알 수 있다.

이 사건 프로그램은 이 사건 게임의 이용자가 상대방을 더욱 쉽게 조준하여 사격할 수 있도록 도와주기 위한 것으로, 처음 사격이 성공한 다음부터 상대방 캐릭터를 자동으로 조준해 주는 기능을 한다. 이 사건 게임의 이용자가 상대방 캐릭터를 처음 사격하는 데 성공하면 상대방 캐릭터 근처에 붉은 색 체력 바(bar)가 나타나는데, 이 사건 프로그램은 체력 바의 이미지를 분석한 다음 게임 화면에서 그와 동일한 이미지를 인식하여 해당 좌표로 마우스 커서를 이동시키는 작업을 반복적으로 수행하도록 설계되어 있다.

이 사건 프로그램은 이용자 본인의 의사에 따라 해당 이용자의 컴퓨터에 설치되어 그 컴퓨터 내에서만 실행되고, 정보통신시스템이나 게임 데이터 또는 프로그램 자체를 변경시키지 않는다. 이 사건 프로그램은 정보통신시스템 등이 예정한 대로 작동하는 범위에서 상대방 캐릭터에 대한 조준과 사격을 더욱 쉽게 할 수 있도록 해줄 뿐이고, 이 사건 프로그램을 실행하더라도 기본적으로 일반 이용자가 직접 상대방 캐릭터를 조준하여 사격하는 것과 동일한 경로와 방법으로 작업이 수행된다.

이 사건 프로그램이 서버를 점거함으로써 다른 이용자들의 서버 접속 시간을 지연시키거나 서버 접속을 어렵게 만들고 서버에 대량의 네트워크 트래픽을 발생시키는 등으로 정보통신시스템 등의 기능 수행에 장애를 일으킨다고 볼 증거가 없다.

다. 위와 같은 사실관계를 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 검사가 제출한 증거만으로는 이 사건 프로그램이 정보통신망법 제48조 제2항의 '악성프로그램'에 해당한다고

단정하기 어렵다. 이와 달리 판단한 원심판결에는 정보통신망법 제48조 제2항의 '악성 프로그램'에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 정당하다.

3. 결론

원심판결 중 정보통신망법 위반 부분은 파기되어야 하는데, 원심은 이 부분 공소사실과 나머지 공소사실이 상상적 경합범 관계에 있다는 이유로 하나의 형을 선고하였으므로, 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채, 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이동원 _____

주 심 대법관 김재형 _____

 대법관 민유숙 _____

 대법관 노태약 _____