

VEAT 법무법인 비트

서울 강남구 영동대로 735, 9층(청담동, 골프존타워서울)

T 02 576 8990 F 02 576 8929 E contact@veat.kr

수 신 : Mossland, Ltd.

참 조 :

발 신 : 법무법인 비트 변호사 최성호, 송도영, 안일운

일 자 : 2021. 7. 15.

제 목 : 스포츠 승부예측 서비스 제공의 도박개장죄 구성 여부

위 건에 관하여 다음과 같이 본 법무법인의 의견을 드리오니 업무에 참고하여 주시기 바랍니다.

법무법인 비트

대표변호사 최 성 호

변호사 송 도 영

변호사 안 일 운

본 의견서는 귀 법인이 제공한 사실관계를 바탕으로 작성된 문건으로서 내부적인 의사결정 용도로 활용하기를 권고 드리며, 법원 등 정부기관에 제출하거나 대외 협상용으로 사용하거나 그 밖에 권리행사 또는 의무 이행에 활용할 용도로 사용하기 위해서는 반드시 위 변호사와 상의하여 주시기 바랍니다.

1. 질의의 요지

귀사는 “승부예측999”이라는 명칭의 스포츠 게임 승부 예측 서비스(이하 “본건 서비스”)를 제공하고 있습니다. 귀사는 본건 서비스 제공이 형법상 도박개장죄에 해당할 가능성에 대하여 질의하셨습니다.

본 의견서에서는 본건 서비스 제공이 형법상 도박개장죄를 구성할 가능성을 검토하고, 보충적으로 사행행위 등 규제 및 처벌 특례법(이하 “사행행위규제법”)을 위반할지 여부에 대해서도 간략히 검토하도록 하겠습니다.

2. 본건 서비스의 구조

귀사의 설명과 제공 자료에 의하면, 본건 서비스는 이용자에게 다음과 같이 스포츠 게임의 승부예측 서비스를 제공합니다.

- ① 이용자는 본건 서비스에 로그인하여, 야구, 축구, 농구, E-스포츠의 경기 결과를 미리 예측합니다.
- ② 이용자의 예측이 실제 경기결과와 부합할 경우, 이용자는 각 경기별로 미리 정해진 점수를 획득합니다.
- ③ 본건 서비스는 이용자들이 1주일간 획득한 점수의 총점으로 이용자들의 순위를 매기고, 이 중 1위부터 30위까지의 이용자에게는 미리 고정된 금액(1위 300만원, 2위 100만원, 3위 50만원… 등)을 지급합니다. 단, 해당 금액은 1주일 전 모스코인의 시세를 반영하여 산정한 개수의 모스코인으로 지급합니다.

3. 본건 서비스 제공이 형법상 도박개장죄를 구성하는지 여부

가. 관련 법령

형법

제246조(도박, 상습도박) ① 도박을 한 사람은 1천만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 일시오락 정도에 불과한 경우에는 예외로 한다.

제247조(도박장소 등 개설) 영리의 목적으로 도박을 하는 장소나 공간을 개설한 사람은 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

형법은 제246조에서 도박죄를 규정하여, 도박을 한 사람을 처벌하고 있습니다. 다만 그러한 도박이 일시 오락에 불과한 경우라면 처벌하지 않습니다. 대법원은 “일시오락에 불과한 도박인지 여부는 도박의 시간과 장소, 도박자의 사회적 지위 및 재산정도, 재물의 근소성, 그밖에 도박에 이르게 된 경위 등 모든 사정을 참조하여 구체적으로 판단하여야 한다”고 한 바 있습니다.(대법원 1985.11.12 선고 85 도2096 판결)

한편 형법은 제247조를 통하여 실제로 도박을 하는 사람을 도박죄로 처벌하는 것은 물론이고, 도박을 하는 장소나 공간을 개설한 사람에게도 도박개장죄의 죄책을 지도록 하고 있습니다.

본건 서비스의 경우 이용자들이 스포츠 경기의 승부를 예측하도록 온라인 서비스를 제공하고 있는데, 이러한 온라인 서비스 제공이 영리의 목적으로 도박 장소를 제공하는 것으로 해석될지 여부가 문제됩니다.

이하에서는 도박의 정의, 도박개장죄에서의 도박장 개설이 온라인에서의 도박 서비스에도 적용되는지 여부 및 도박개장죄의 구성요건인 영리의 목적에 대하여 검토하도록 하겠습니다.

나. 도박의 정의

형법에서의 '도박'이라 함은 참여한 당사자가 ① 재물을 걸고 ② 우연한 승

부에 의하여 ③ 그 재물의 득실을 다투는 것을 의미합니다. (대법원 2002. 4. 12. 선고 2001도5802 판결)

여기서의 요건 중 “우연한 승부”에 대하여, 대법원은 주관적으로 ‘당사자에 있어서 확실히 예견 또는 자유로이 지배할 수 없는 사실에 관하여 승패를 결정하는 것’을 말하고, 객관적으로 불확실한 것일 필요는 없다고 판시한 바 있습니다. (대법원 2008. 10. 23. 선고 2006도736 판결) 동 판례는 골프와 같이 당사자의 기량에 대한 의존도가 높은 경기라고 하더라도 어느 정도는 예측하기 어려운 부분이 존재하기 때문에, 그러한 골프 경기의 승패에 대하여 내기를 하는 것은 도박의 요건인 우연성을 충족시키는 행위라고 판시하였습니다.

한편, 도박을 통하여 얻거나 잃는 재물에는 일반적으로 ‘재산상 이익’도 포함되는 것으로 해석됩니다. 이러한 ‘재산상 이익’에 대해서, 법률에 의하여 승인된 재산만을 형법상 재산으로 인정하는 견해(이른바 법률적 재산설)도 있으나, 현실적으로 재산을 순수하게 경제적 교환가치만을 기준으로 보는 견해(이른바 경제적 재산설)에 의하면, 게임아이템이나 게임 내에서 통용되는 사이버 머니, 나아가 가상화폐라고 할지라도 그 가치가 평가되고 현금으로 거래되고 있는 한 그 경제적 가치를 인정할 수 있습니다. 따라서 참가자가 우연한 승부를 통하여 얻은 가상화폐가, 가상화폐 거래소에서 현금화가 가능한 것이라면 그 참가자는 재산상 이익을 얻은 것으로 해석될 가능성이 높을 것으로 예상됩니다.

다. 온라인에서의 도박 서비스 제공도 도박 장소 개설에 해당하는지 여부

2013. 4. 5. 형법개정 이유에 의하면, 도박개장죄의 입법취지는 도박할 수 있는 사이버 공간을 제공한 경우에도 처벌하기 위함이 명시되어 있습니다¹.

¹ 형법 개정이유(2013.4.5. 법률 제11731호로 일부 개정된 것) 중 나. 항 “도박과 복표에 관한 죄의 개선(안 제246조부터 제249조까지)”

이 때문에, 도박개장죄에서의 개설 대상인 도박의 장소나 공간은 온라인/오프라인 여부를 불문합니다.

실제 대법원은 온라인 고스톱게임 사이트에서 참가비를 걷어 온라인으로 고스톱 대회를 개최하고 높은 점수를 올린 입상자에게 그 참가비를 재원으로 한 상금을 배분한 사안에서 도박개장죄가 성립함을 인정한 바 있습니다(대법원 2002. 4. 12. 선고 2001도5802 판결).

따라서 영리의 목적으로 여러 사람이 도박을 할 수 있도록 온라인 서비스나 플랫폼을 만들어 제공하는 것도, 오프라인 도박장을 개설하는 것과 마찬가지로 도박개장죄를 구성합니다.

라. 도박개장죄의 요건인 ‘영리의 목적’의 의미

대법원은 형법상 도박개장죄의 요건인 “영리의 목적”에 대하여, “도박개장의 대가로 불법한 재산상의 이익을 얻으려는 의사를 의미하는 것으로, 반드시 도박개장의 직접적 대가가 아니라 도박개장을 통하여 간접적으로 얻게 될 이익을 위한 경우에도 영리의 목적이 인정되고, 또한 현실적으로 그 이익을 얻었을 것을 요하지는 않는다”고 판시하고 있습니다(대법원 2002. 4. 12. 선고 2001도5802 판결).

따라서 온라인 서비스 제공업체가 실제로 도박을 할 수 있는 사이트를 제공하였지만 이익을 얻지 못하였고 오히려 손해를 보았다고 할지라도, 궁극적으로 그 사이트를 홍보하고자 하였던 목적이 있었다면 “영리의 목적”으로 도박 장소를 제공한 것으로 해석되어 도박개장죄가 성립하게 됩니다.

마. 검토의견

이하에서는 본건 서비스를 이용하는 것이 도박죄의 각 요건을 충족하는지

여부와, 본건 서비스를 제공하는 것이 도박개장죄의 각 요건을 충족하는지 여부에 대하여 검토하겠습니다.

우선 도박죄의 첫번째 요건인 “재물을 거는 행위”에 대해서 검토하면, 본건 서비스에는 이용자가 승부예측을 위하여 재물은 물론 재산상 이익(게임 내 포인트, 가상화폐 등)을 거는 행위가 전혀 존재하지 않습니다. 나아가 이용자가 자신이 기존에 보유하고 있던 포인트를 건다거나, 그러한 포인트를 구매하거나 지급받는 기능도 존재하지 않습니다. 이 때문에 본건 서비스에 재물을 거는 행위는 존재하지 않는 것으로 보입니다².

한편 도박죄의 두번째 요건인 “우연성”과 세번째 요건인 “재물의 득실”을 검토하면, 스포츠 게임의 승부를 예측하는 것, 특히 축구, 야구, 농구, E-sport와 같이 선수들이 집단으로 팀을 이루어 기량을 경쟁하는 경기는 본질적으로 ‘확실히 예견할 수 없는 사실에 관해서 승패를 결정하는 것’이 될 수밖에 없으므로 우연성이 충족되며, 본건 서비스 이용자는 1주일 단위로 승부예측을 하여 획득한 점수의 총합을 기초로 하여 본건 서비스 제공자로부터 미리 정해져 있는 수량의 가상화폐를 지급받게 되므로 “재물의 득실”도 충족될 것으로 보입니다.

다만 도박죄의 첫번째 요건인 “재물을 거는 행위”가 존재하지 않았다는 점은 명백하므로, 두번째와 세번째 요건의 성부와 무관하게 본건 서비스 이용은 도박죄를 구성하지는 않을 것으로 예상됩니다.

또한 도박개장죄의 요건을 검토하면, 본건 서비스 제공자가 본건 서비스 운영으로 인하여 직접적인 이윤을 얻을 수는 없으나 본건 서비스를 유명하게

² 또한 이러한 본건 서비스의 특성 때문에, 본건 서비스의 이용자는 본건 서비스 이용 과정에서 재물을 잃거나 재산상 손해를 볼 가능성이 전혀 없습니다. 온라인 승부예측 서비스에서 흔히 찾아 볼 수 있는, “무료로 지급되는 포인트를 걸고 승부예측을 하며, 해당 포인트가 다 떨어질 경우 승부예측을 더 하기 위해서는 추가로 포인트를 구매하여야 하는” 방식도 아니기 때문입니다.

하고 많은 이용자를 확보함으로써 추후 다른 사업의 기회로 활용할 수 있고, 또한 영리법인의 행위는 원칙적으로 모두 영리의 목적으로 수행되는 것으로 해석된다는 점을 감안하면, 본건 서비스 제공자에게 영리의 목적이 있다는 점은 인정될 것입니다.

그러나 도박개장죄는 도박의 장소를 온라인 또는 오프라인으로 제공하는 것을 의미하므로, 본건 서비스 이용이 도박으로 해석되지 않는 한, 본건 서비스 제공자는 도박개장죄의 죄책을 지지 않습니다. 검토한 바와 같이 본건 서비스 이용을 도박으로 보기는 어려우므로, 본건 서비스를 제공하는 것은 도박개장죄를 구성하지 않을 것으로 판단됩니다.

4. 보론 : 본건 서비스 제공이 사행행위규제법 위반을 구성하는지 여부

가. 관련 법령

사행행위규제법

제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

2. “사행행위영업”이란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 영업을 말한다.

나. 현상업(懸賞業): 특정한 설문 또는 예측에 대하여 그 답을 제시하거나 예측이 적중하면 이익을 준다는 조건으로 응모자로부터 재물등을 모아 그 정답자나 적중자의 전부 또는 일부에게 재산상의 이익을 주고 다른 참가자에게 손실을 주는 행위를 하는 영업

사행행위규제법은 참가자들로부터 재물등을 모아, 특정한 예측이 적중하면 그 정답자에게 재산상의 이익을 주고 다른 참가자들에게 손실을 주는 행위를 사행행위영업이라고 정의하며(사행행위규제법 제2조 제1항 제2호), 그러한 사행행위영업을 위해서는 별도로 허가를 받도록 하고 있습니다(사행행위

규제법 제4조 제1항).

나. 검토의견

검토한 바와 같이, 본건 서비스에는 승부 예측에 참가하는 사람으로부터 재물 또는 재산상 이익을 모으는 과정이 없으며, 또한 예측을 맞추지 못한 참가자에게 손실을 주는 과정도 존재하지 않습니다.

이에 따라 본건 서비스 제공은 사행행위규제법에서 규정하는 “사행행위영업”에 해당하지 않으며, 이에 따라 사행행위규제법에서 정하는 사행행위영업자에 대한 제약이 적용되지 않을 것으로 보입니다.

이상과 같이 의견을 드리오니 업무에 참고하여 주시기 바랍니다.

법무법인 비트

대표변호사 최 성 호

변호사 송 도 영

변호사 안 일 운

