불법 스포츠 도박의 현황과 적용법리

Status of illegal sports betting and Applicable Law

윤 석 찬 (Seok-Chan, Yoon)
부산대학교 법학전문대학원 교수

논문접수 : 2018. 5. 4. 심사게시 : 2018. 5. 9. 게재확정 : 2018. 6. 14.

목 차

Ⅰ. 머리말

Ⅱ. 도박에 관한 법적 규제
1. 위법한 도박에 대한 도박죄로서의 형사처벌
2. 위법한 도박에 대한 민사적 무효
3. 우리나라 판례의 “도박”의 해석

Ⅲ. 카지노 도박과 스포츠 도박
1. 카지노 도박에서의 법리와 판례
2. 스포츠 도박과 국민체육진흥법

Ⅳ. 불법 스포츠 도박의 증가원인
1. 베팅방식의 수월성
2. 불법 스포츠 도박의 범죄성에 대한 인식부재
3. 해외서버로 인한 단속의 어려움
4. 처벌의 경미성

Ⅴ. 불법 스포츠 도박의 실태
1. ‘청소년층의 불법 도박의 시작으로 성년 불법도박자로의 성장
2. ‘중독에 빠진 성인층의 불법 스포츠 도박과 해외서버를 이용한 운영자

Ⅵ. 불법 스포츠 도박의 근절방안
1. 합법 스포츠 도박의 콘텐츠 개발
2. 처벌의 강화
3. 외국수사기관과의 수사공조의 활성과 대포통장의 근절
4. 불법 스포츠 도박이 범죄라는 인식을 위한 홍보활동
5. 신고 포상금의 상향
6. 전향적 민간 스포츠 도박의 합법화
7. 피해자보다 월등히 높은 도박사이트 운영자의 불법성

Ⅶ. 맺음말

국문요약

금전을 걸고 내기를 하면 원칙적으로 도박으로 볼 수 있다. 그러나 모든 도박이 우리 형법상의 도박죄에 해당하는 것은 아니다. 우선 예외적으로 “일시적 오락”에 불과하다면 도박죄에 해당하지 아니한다. 이는 도박죄의 위법성조각사유라 볼 수 있다. 그리하여 재물로써 도박을 하는 경우에도 그것이 일시적 오락에 불과하다면 도박죄에 해당하는 범죄행위가 아닌 것으로 허용된다. 그렇다면 어떠한 내기가 과연 “일시적 오락”에 해당하는지에 관해서는 우리나라 대법원 판결이 있다. 여기에 따르면 “도박에 건 재물의 가액”, “도박의 시간과 장소”, “도박으로 인한 이득의 용도” 및 “가담한 사람들의 인적 상황”, “도박을 하게 된 동기” 등 일반 경제사정 및 거래관념 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다는 것이다.[1)]

따라서 스포츠 도박의 경우에 있어서도 특별법에 의하여 허용된 사안에 해당하지 않는 한, 불법 스포츠 도박이 되고, 이것이 과연 도박죄에 의하여 처벌되는지 여부는 위법성조각사유인 “일시적 오락”의 경우인지 여부가 관건이다. 그러나 동 조문의 규정처럼 “일시적 오락”이라는 개념이 액면 그대로 시간적 의미로서 일시적인지 여부를 판단하는 것이 아니라 상기에서 열거된 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하고 판단해야 한다는 것이 우리 대법원 판결의 입장이다. 불법 스포츠 도박은 대개는 불법 스포츠 도박 사이트를 이용하고, 이용자들이 단순히 오락을 하기 위하여 금전을 베팅을 하는 것이 아니므로 위법성 조각사유로서의 “일시적 오락”에 해당되지 않게 된다.

문제는 이처럼 불법 스포츠 도박은 형사처벌이 가능함에도 사회적으로는 계속적으로 그 범죄가 증가하는 이유는 이용자들의 자신의 행위가 범죄행위에 해당한다는 사실에 대한 불인식과 아울러 설령 범죄성을 인식하더라도 이미 불법도박에 대한 중독으로 인하여 스스로 통제하기가 어렵게 되기 때문이라는 것이다. 따라서 정부는 언론 등을 통하여 불법 스포츠 도박의 범죄성을 국민들에게 캠페인 운동으

1) 대법원 1985.11.12, 85도2096 등등.

로서 인식시키도록 해야 할 것이다. 아울러 민사적으로도 불법스포츠 도박계약은 우리 민법 제103조에 반하여 무효이기에 증가하는 불법스포츠 도박사이트 운영자들로부터 그 수익을 모두 환수하여 국가가 범죄수익으로서 몰수할 것이 아니라 우리 대법원 판례의 불법성비교론을 채용하여 중독으로 인한 피해자들에게 돌려주는 방안도 고려해야 할 것이다.

※ 키워드 : 불법성비교론, 도박, 카지노, 민법, 스포츠 도박

Ⅰ. 머리말

승부조작 혐의로 검찰 조사를 받은 NC 다이노스 투수 이태양 선수는 불법 스포츠 도박 브로커로부터 1000만 원 이상 대가를 받고 볼넷을 주는 방식으로 승부조작에 가담한 혐의를 받았다. 그런데 볼넷 한 번에 그 댓가가 1000만 원이었다. 2012년 선수들이 승부조작에 가담한 대가로 불법 스포츠 도박 브로커로부터 받은 돈이 100만~200만 원 남짓이었음을 생각하면 "승부조작 가담료"는 4년 만에 거의 5~10배가 올랐다. 브로커가 선수들에게 흔드는 유혹의 과실이 커진 것은 그만큼 "불법 스포츠 도박 시장"이 커졌기 때문이다. 이 사건 이전에도 프로농구 승부조작 사건도 발생한 바가 있다. 강동희 전 감독은 징역 10월에 추징금 4700만원이 선고되었는데, 네 차례에 걸쳐서 주전선수 대신 후보를 기용하는 방식으로 승부를 조작한 협의를 받아 구속되기도 하였다.

우리나라에서는 도박은 원칙적으로 위법하다. 다만 예외적으로 공익적 필요성에 근거하여 합법화된 도박이 인정되고 있다. 그러한 예로는 내국인은 출입할 수 없는 호텔 카지노(관광진흥법 제28조), 강원랜드와 같은 특정지역에서의 내국인 출입 도박(폐광지역개발 지원에 관한 특별법), 복권(복권 및 복권기금법 제4조 이하), 국가의 허가를 받은 국민체육진흥공단의 스포츠 토토, 경마(한국 마사회법 제6조 이하), 경륜·경정(경륜· 경정법 제9조 이하)을 들 수 있다. 따라서 이처럼 합법화된 도박을 제외하고는 도박은 불법적이고 위법한 것이다. 물론 여기서 경륜 내지 경정 도박을 별도로 분류하여 내기 스포츠라 부르기도 한다. 이러한 내기 스포츠는 무모하게 돈을 따려는 것이 아닌 한 카지노 내지 포카 등의 사행성 있는 도박과는 구별된다는 것이다.[2)]

이처럼 스포츠 도박을 비롯하여 카지노 도박 등이 원칙적으로 불허되는 이유는 도박은 사람의 본성을 자극하여 스스로 조절하기 힘들게 만들어 자기 통제력을 상실하게 되고 도박에 대한 중독성에 빠지게 되고, 도박 중독자는 경제적 파산 내지

2) 김용섭, 경륜 경정법의 입법정책적 방향, 스포츠와 법 제7권(2005.10), 13면 이하 참조.

가정 붕괴를 맞이할 수도 있기 때문이다. 그리하여 심지어 합법화된 카지노 도박의 경우에도 출입제한 내지 영업제한의 규정이 있으며, 경우에 따라서는 카지노 사업자의 보호의무 위반으로 인한 불법행위책임이 인정되기도 한다. 그렇다면 합법적 스포츠 도박의 경우에도 합법적 카지노 도박의 법리와 카지노 도박 사업자의 법적 책임법리가 그대로 적용될 수 있을지에 관해서는 회의적이다. 왜냐하면 스포츠 도박의 경우에는 인터넷 도박으로서 컴퓨터나 정보통신망을 이용한 온라인상에서 이루어지기에 출입제한 등이 사실상 불가능하기 때문이다.

다만 불법적인 스포츠 도박의 경우에는 그 도박자는 형사책임을 부담하게 되고, 민사책임으로서의 불법행위책임이 적용될 수 있을 것이다. 게다가 불법적인 스포츠 도박의 경우에 그 스포츠 도박 사업자는 스포츠 도박 이용자에 대하여 아무런 법적 의무를 부담치 않기에 계약상 혹은 불법행위법상의 보호의무를 부담치 않게 된다. 그러나 불법 도박 사이트의 이용자가 배팅을 통하여 상실하게 된 불법도박 자금으로 불법 스포츠 도박 사업자의 수익은 모두 부당한 이득으로서 민법 제746조의 불법성비교론에 근거하여 얻은 이익 전부를 반환해야 할 것이다. 그렇다면 이하에서는 도박의 관한 일반론, 불법 스포츠 도박의 증가원인, 그리고 불법 스포츠 도박의 근절방안에 관하여 고찰하고자 한다.

II. 도박에 관한 법적 규제

1. 위법한 도박에 대한 도박죄로서의 형사처벌

원래 도박(gambling)이라 함은 돈이나 가치 있는 소유물을 걸고 결과가 불확실한 사건에 내기를 거는 행위를 말한다. 도박은 경쟁을 포함하는 놀이이고, 금전을 추구하는 행위이며, 승패가 대체로 “우연성”에 의해 결정되기 때문에 그 결과가 언제나 불확실하다.[3] 여기서의 “우연성”이란 필연성에 대립되는 의미로서 승패의 귀

3) 한국도박문제관리센터(https://www.kcgp.or.kr/pp/gambleIntrcn/2/gambleIntrcn.do) 참조.

추가 행위자의 확실한 인식 또는 행위자의 지배밖에 있음을 말한다. 그리고 여기서 도박에 관한 다른 표현으로는 노름 혹은 돈내기라고도 한다.[4] 이처럼 도박의 결정적 속성은 "우연성"이다. 따라서 운동경기나 바둑처럼 육체적 정신적 기타 기능이 승패를 좌우하면 소위 실력이 좌우하면 도박이 아닌 것이다. 반면에 내기는 금품을 거는 등 일정한 약속 아래에서 승부를 다투고 이긴 사람이 걸어놓은 물품이나 돈을 차지하는 것을 의미한다고 하여 영어로는 betting라 하여 엄밀하게 말하자면 도박과 구별되기도 한다.[5] 그러나 도박이나 내기나 모두 재물을 걸고 우연을 통한 승패를 다투는 것이기에 같은 의미로 보자는 견해도 있다.[6]

우리 형법 제246조 제1항은 도박죄와 상습도박죄를 규정하고 있으며, 도박을 한 사람은 전자의 도박죄에 해당하여 1천만 원 이하의 벌금에 처해진다. 그러나 우리 형법 제246조 제1항 단서에 의하면 일시오락 정도에 불과한 경우에는 예외로 한다. 여기서 "일시오락의 정도에 불과한 때"라 함은 재물의 득실보다도 승부결정의 흥미를 위주로 한 경우로서 그 경제적 가치도 근소하여 도박하는 것이 근로에 의한 재산의 취득이라는 건전한 경제적 관념을 침해하지 않을 정도를 말한다. 따라서 금전을 걸었다고 하여 무조건 도박죄가 성립하는 것은 아닌 것으로서 금전이 승패결정의 흥미를 북돋우기 위한 단순한 오락수단으로 사용된 경우에는 일시적 오락에 불과한 것이 된다.[7] 그리고 여기서 일시적 오락정도를 파악할 때에는 도박에 건 재물의 가액, 도박자의 재산상태, 도박의 장소 등 여러 가지를 참작해서 판단해야 한다.[8] 아울러 우리 형법 제246조 제2항은 상습도박죄를 규정하고 있는데, 상습으로 제1항의 죄를 범한 사람은 3년 이하의 징역 또는 2천만 원이하의 벌금에 처해진다고 한다. 이는 상습성 때문에 형이 가중된다는 의미이다.

또한 우리 형법 제247조에 의하면 영리의 목적으로 도박을 하는 장소나 공간을 개설한 사람은 5년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처해진다. 우리 대

4) 정완, 인터넷도박의 실태와 대응, 경희법학 제41권 제2호, 168면.
5) 네이버, 국어사전(2018), 2018.6.10. 검색
6) 안명식, 신현균, 스포츠 내기와 도박, 스포츠인류학연구(2013), 16면 참조.
7) 대판 1983.3.22. 82도2151.
8) 대판 1984.4.10. 84도194.

법원 판례는 유료로 인터넷상의 불법도박 사이트 개설도 여기에 해당한다고 보았다.[9] 우리 형법 제248조 제1항에 의하면 법령에 의하지 아니한 복표를 발매한 사람은 5년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처해진다. 이외에도 우리 형법 제248조 제2항에 의하면 제1항의 복표발매를 중개한 사람은 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처해진다. 그러나 복표발매에 관해서는 특별법으로서 "사해행위등규제및처벌특례법"이 형법보다 우선적으로 적용된다.

이처럼 "우연적인 사정"에 의하여 재물을 득실함으로써 사회의 건전한 경제생활의 관습을 퇴폐시키는 것을 실체로 하는 죄를 말한다. 그리하여 보호법익은 국민의 건전한 근로정신과 조상에게서 물려받은 전통적인 공공의 미풍양속이다.

아울러 우리 형법 제3조[10]에 의하면 형법의 적용에 있어 속인주의가 규정되어 있기에 설령 도박이 허용되는 외국의 카지노 혹은 외국 스포츠 도박 사이트를 통한 도박의 경우에도 위법성이 조각된다고 볼 수 없기에 우리나라 특별법에 의하여 도박이 허용되는 사안이 아닌 한 형사처벌 된다는 것이다.[11]

2. 위법한 도박에 대한 민사적 무효

위법한 도박을 한 자는 형사적으로도 처벌되고, 민사적으로는 그러한 위법한 도박을 위하여 체결한 계약, 도박계약은 우리 민법 제103조에 근거하여 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효가 된다. 왜냐하면 도박은 정당한 근로에 의하지 아니한 재산을 취득하는 행위이므로 경제윤리에 반하고 사회적 미풍양속에도 반하여 건전한 근로생활의 저해와 다른 범죄를 일으키는 원인이 될 수 있기 때문이다.[12] 그러므로 도박계약 당사자는 서로간에 채권 혹은 채무를 부담치 않기에 각각 서로 급부의무를 면한다. 그럼에도 불구하고 만약 한 당사자가 그 도박계약상의 채무를 이행하게 되면 우리 민법 제746조의 불법원인급여에 해당하게 되어 그

9) 대판 2002.4.12. 2001도5802.
10) "본 법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다".
11) 대법원 2004.4.23., 2002도2518 판결.
12) 최민수, 독일법상 카지노 출입제한에 관한 소고, 비교사법 제21권 제2호(통권65호), 311면 참고.

반환을 청구할 수 없게 된다. 물론 특별법에 의하여 허용된 도박은 형사적으로 처벌을 받지 않고, 민사적으로는 그러한 도박계약은 우리 민법 제103조가 적용되지 아니하는 유효한 계약이 된다.

3. 우리나라 판례의 “도박”의 해석

서울남부지법 형사6단독 이정렬 판사는 “도박은 화투나 카지노처럼 승패의 결정적 부분이 '우연'에 좌우돼야 하는데, 운동경기는 경기자의 기능과 기량이 지배적으로 승패에 영향을 끼치므로 다시 말하자면 '실력'에 좌우되기에 운동경기인 내기골프는 도박이 아니며 도박죄는 성립하지 않는다고 하여 무죄를 선고한 바가 있다”. 재판부는 “내기골프가 도박행위라면 박세리와 박지은 선수가 재물을 걸고 골프경기를 해도 도박죄에 해당하는 불합리함이 발생하게 된다”고 설명했다.

하지만 항소심 재판부는 "골프는 당사자의 기량에 대한 의존도가 높은 경기의 일종이지만, 경기자의 기량이 일정한 경지에 올랐더라도 매 홀 내지 매 경기의 결과를 확실히 예견하는 것은 전혀 가능하지 않다"며 유죄를 선고했다. 재판부는 "도박죄에서 요구하는 우연은 '당사자 사이에 결과를 확실히 예견하거나 자유로이 지배할 수 없는' 성질을 가리키는 것으로, 경기 결과를 확실히 예견할 수 없고 한쪽이 그 결과를 지배할 수 없을 때에는 우연의 성질이 있다"고 판단했다. 또 "도박죄를 규정한 것은 정당한 근로에 의하지 않은 재물의 취득을 처벌함으로써 경제에 관한 도덕 법칙을 보호하는 것인데, 내기골프를 화투 등에 의한 도박과 달리 취급할 이유가 없다"고 덧붙였다. 대법원도 “내기골프”는 도박죄에 해당한다고 보아서 항소심 판단이 정당하다며 이들의 상고를 기각했다.[13)]

13) 대법원 1부(주심 김지형 대법관)는 상습도박 혐의로 기소된 선모(55)씨에게 징역 8개월을 선고한 원심을 확정했다. 같은 혐의로 기소된 이모(63)씨는 징역 8월에 집행유예 2년, 김모(61)씨 등 2명은 각각 징역 6월에 집행유예 1년이 확정됐다. 이들은 2002년 12월부터 2004년 5월까지 함께 골프장을 다니며 선씨는 26차례에 걸쳐 6억여 원, 나머지 3명은 32차례에 걸쳐 8억여 원의 판돈을 걸고 내기골프를 친 혐의로 기소됐다. 이들은 핸디캡을 정해 18홀 중 전반전 9홀까지는 1타당 50만 원, 후반전에는 100만 원씩 승자에게 주고 전반전 최소타 우승자에게는 500만 원, 후반전 우승자에게 1천만 원을 주는 방식으로 게임을 했다.

Ⅲ. 카지노 도박과 스포츠 도박

1. 카지노 도박에서의 법리와 판례

(1) 우리나라에서의 법리와 판례

우리나라에서는 1995년 12월 국회에서 통과된 "폐광지역 개발지원에 관한 특별법"에 따라 2000년 10월 28일 우리나라 최초로 내국인 출입이 허용된 강원랜드 카지노가 개장되었다. 여기서 허용된 카지노업은 "전문 영업장을 갖추고 주사위, 트럼프, 슬롯머신 등 특정한 기구 등을 이용하여 우연의 결과에 따라 특정인에게 재산상의 이익을 주고, 다른 참가자에게 손실을 주는 행위 등을 하는 업"을 의미한다.[14] 종전에는 국내에서는 외국인만을 대상으로 카지노업이 제한적으로 허용되었다가 상기의 법률에 따라 내국인 출입이 가능해 졌고 비교적 최근에는 상기의 법률에 따라 허용된 소위 강원랜드 카지노에서 약 231억 원을 잃은 원고가 피고 강원랜드 카지노를 상대로 피고의 직원들이 출입제한규정과 베팅한도액 제한규정을 위반하였다고 하여 손해배상청구소송을 제기하기도 한 바가 있다.

이처럼 카지노 도박도 스포츠 도박과 비등하게 도박중독에 빠질 가능성은 농후한 것이다. 내국인 출입이 가능해진 강원랜드 주변에는 도박으로 재산을 탕진한 노숙자가 양산되었고, 그로 인한 가족의 해체까지도 초래된 바가 있다. 그리하여 이러한 카지노 도박의 폐해를 최소화하기 위하여 카지노에 대한 "출입제한 등의 법령상 영업제한규정(2014년 1월 1일 시행되고 있는 폐광지역개발 지원에 관한 특별법 제11조 제3항)"[15]과 "도박자 본인은 물론 직계혈족, 배우자 및 자녀에 의한 카지노 출입제한신청과 출입통제의 규정(관광진흥법 시행규칙 제36조)"도 두게 되었다.

14) 관광진흥법 제3조 제1항 제5호.
15) 동법 시행령 제14조는 미성년자 등의 출입제한, 카지노 영업소의 영업시간제한, 카지노 이용자에 대한 대여자금의 금액제한, 카지노에 배팅할 수 있는 한도제한 등을 규정하고 있다.

대상판결에서의 사안을 구체적으로 살펴보면 원고는 자신의 자녀에 의하여 출입제한이 강원랜드 카지노에게 전달되었으나, 카지노 사업자는 이후에도 원고에 카지노 출입을 허용하여 2006년 4월 5일부터 2006년 10월 12일까지 추가로 67억 원 이상을 잃게 된 사건이다. 이에 원고는 피고 강원랜드 카지노 사업자를 상대로 피고의 배팅한도액 제한규정 및 출입제한 규정의 위반을 이유로 불법행위에 기한 손해배상을 청구한 것이었다. 다시 말해서 원고는 "카지노 측이 출입제한을 임의로 풀어주고, 초과배팅을 묵인하는 등 의무를 다하지 않아 손해를 입었다"고 주장한 것이다. 제1심은 카지노 사업자가 카자노 이용자에 대한 보호의무[16]를 위반하였다고 하여 위법성이 있다고 인정하였다.[17] 그러하여 피고에게 20%의 책임을, 원심[18]은 피고에게 15%의 책임을 인정하여 원고 일부승소의 판결을 내렸다.

대법원 다수의견은 카지노 사업자와 카지노 이용자 사이의 법률관계에 대하여도 "자기책임의 원칙"[19]이 적용되지만, 카지노 이용자가 자신의 의지로는 제어하지 못할 정도로 도박 중독 상태에 있었고 카지노 사업자도 이를 인식하고 있었거나 조금만 주의를 기울였더라면 인식할 수 있었던 상황에서, 이용자나 그 가족이 법령이나 카지노 사업자에 의하여 마련된 절차에 따른 요청을 하였음에도 그에 따른 조치를 하지 아니하고 나아가 영업제한규정을 위반하여 영업을 하는 등 이용자의 손실이 사업자의 영업이익으로 귀속되는 것이 사회 통념상 용인될 수 없을 정도에 이르렀다고 볼만한 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 카지노 사업자의 보호의무 내지 배려의무 위반이 인정될 수 있을 것이라 한다.

그런데 주의할 점은 상고심은 "피해자 측의 출입제한요청이 철회"되었다고 보았기[20]에 피고의 출입제한 규정의 위반이 없었다는 것이다. 그리고 "베팅한도액 제

16) 여기서의 보호의무는 계약상의 부수적 채무(예를 들어 여관화재사건에서의 부수적 채무)와는 구별되는 불법행위법상 행위의무의 한 유형이다 이에 관해서는 이현경, 자기책임의 원칙과 카지노 사업자의 보호의무, 법경제학연구 제12권 제2호(2015.08), 한국경제법학회 발간 참조.

17) 서울중앙지법 2008.11.5. 선고 2006가합102456 판결.

18) 서울고등법원 2010.10.13. 선고 2008나113587 판결.

19) 다시 말해서 카지노 게임을 할 것인지는 이용자 자신이 결정하는 것이고 이용자가 게임의 승패에 따라 돈을 잃을 위험이 있음을 알면서도 이를 감수하고 카지노 게임에 참여한 이상 그 결과 역시 이용자 자신에게 귀속되는 것이 마땅하다는 것이다.

20) 원고의 아들이 피고에게 원고의 출입제한 요청서를 발송하여 피고 소속 직원이 이를 수령하였으나, 위 출입제한 요청서는 원고 아들의 요청에 따라 다음날 반송되었다.

한규정은 개별 이용자들을 보호하기 위한 규정이라 볼 수 없다"고 하여 결국 베팅 한도액 제한규정에 관하여 이용자에 대한 보호목적성을 부정한 것이다. 그리하여 "카지노 사업자의 보호의무의 위반이 인정되지 아니한다"고 하여 원심을 파기하였다. 그러나 우리 대법원이 카지노 사업자의 보호의무도 불인정하고, 그 위반을 이유로 불법행위책임도 불인정한다고 해석할 수는 없다. 요약하자면 상기에서 언급한 바와 같은 자기책임의 원칙상 비중독의 카지노 이용자에 대해서는 카지노 사업자는 보호의무를 부담치 않지만, "만약 카지노 이용자가 i) 심각한 도박중독 상태에 있고, ii) 카지노 사업자도 이를 인식하고 있었거나 조금만 주의를 기울였더라면 인식할 수 있었던 상황이며, iii) 이용자나 그 가족이 법령이나 카지노 사업자에 의하여 마련된 절차에 따른 출입제한 요청을 하였음에도 그에 따른 조치를 하지 아니하고 나아가 영업제한규정을 위반하여 영업을 하는 등 이용자의 손실이 사업자의 영업이익으로 귀속되는 것이 사회 통념상 용인될 수 없을 정도에 이르렀다고 볼만한 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 카지노사업자의 보호의무 내지 배려의무가 인정되고, 이를 위반한 경우에는 민사상의 불법행위책임으로서 손해배상책임을 부담하게 된다.

한편으로 이처럼 대법원 판결이 자기책임의 원칙을 강조한 것은 피고 강원랜드가 비록 특별법에 의하여 설립된 회사로서 그 지분의 과반수(51%)를 정부기관이 보유하고 있으나 피고 강원래드는 私人에 해당하고, 카지노 이용자인 원고도 私人으로서 이들 사이에는 사적자치의 원칙을 강조하지 않을 수 없다는 것이다.

(2) 독일법에서의 법규

독일에서는 연방정부의 허가를 전제로 내국인에게 카지노가 합법적 도박이 된다. 그리하여 허가받은 카지노 사업자와 카지노 이용자 사이에는 독일 민법 제763조 제1문의 복권계약 및 당첨계약(도박계약)이 체결된 것으로 본다. 반대로 연방정부로부터 허가받지 못한 카지노 사업자와 카지노 이용자 사이에는 독일 민법 제763조 제2문 및 762조에 근거하여 이들 사이에는 당첨계약(도박계약)이 무효이고 독일 형법 제287조에 근거하여 형사처벌[21]을 받게 된다.[22]

2. 스포츠 도박과 국민체육진흥법

합법적 스포츠 도박으로서의 내기스포츠(sportswette)는 야구, 축구, 농구 등의 스포츠 경기를 대상으로 경기결과를 예측하고 경기결과에 따라 상품 등을 지급받는 레저게임을 의미하는데, 우리나라에서는 2001년 10월 6일에 체육복표사업[23]의 일환으로 ㈜타이거풀스코리아에서 축구토토를 발매한 것이 그 시초이고, 이후 2003년 7월 11일부터는 스포츠 토토사가 사업을 시행하고 있는데, 토토상품은 축구, 야구, 농구의 14경기 승, 무, 패를 예측하는 "풀 상품", 축구, 야구, 농구, 배구, 골프의 2~3 경기의 점수를 예측하는 "토토스페셜 상품", 축구, 야구, 농구, 배구의 1경기 점수를 예측하는 "토토매치" 등의 변동배당율 상품이 있고, 축구, 야구, 농구의 승무패를 예측하는 "승부식"과 최종점수, 우승자 등 다양한 기록을 예측하는 "기록식" 상품도 있다.

그런데 이러한 내기스포츠(sportswette)는 국가의 허가를 전제로 하여 수익금의 상당 부분(매출액 중 20% 이상)은 기금 혹은 세금 등으로 공익사업에 사용된다. 그리고 경기방법, 베팅을 수행하는 방법, 베팅금액(1회 10만원 이상 제한) 등에서 정부의 규제를 받게 된다. 그리하여 합법적인 도박 참여자에게 돌려주는 상금액수 및 배당액수(약 70% 정도)가 적다는 점에서 불법 스포츠 도박으로 집중되는 현상이 나타난다.

반면에 불법 스포츠 도박은 베팅금액에 제한이 없고, 배당액이 공익사업으로 사용되는 부분이 없기에 불법 스포츠 도박자의 기댓값이 훨씬 높다는 것이다.[24] 그런데 영국을 비롯하여대개의 유럽국가에서는 우리나라에서는 불법으로 볼 수 있

21) 참고로 불법 카지노 사업자와 이용자 모두 동일하게 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처해진다.
22) 이에 관한 상세한 설명은, 최민수, 독일법상 카지노 출입제한에 관한 소고, 비교사법 제21권 제2호(통권65호), 296면 이하 참조.
23) 여기서 복표라 함은 다수인으로부터 금품을 모아 추첨 등의 방법에 의하여 당첨자에게 재산상의 이익을 주고 다른 참가자에게 손실을 주는 표찰을 말하는데, 여기에는 "복권 및 복권기금법"에 근거한 복권, "한국마사회법"에 근거한 마권, "전통소싸움경기에 관한 법률"에 근거한 "소싸움경기투표권"이 있다. 이에 관해서는 박준휘, 최성락, 오시영, 스포츠토토 불법행위에 대한 처벌강화 정책의 효과분석, 한국사회와 행정연구 제25권 제3호(2014.11), 39면 참고.
24) 박준휘, 최성락, 오시영, 스포츠토토 불법행위에 대한 처벌강화 정책의 효과분석, 한국사회와 행정연구 제25권 제3호(2014.11), 36면 참조.

는 사설 스포츠 베팅이 오히려 합법적이라는 것이다. 미국은 우리나라와 유사하게 온라인을 통한 스포츠 베팅을 모두 불법으로 불허한다.[25] 그러다보니 유럽에서의 스포츠 도박 사이트에 접속한 상당한 매출액이 모두 미국에서 나온 것이라는 점이다. 그래서 민간 사설 스포츠 도박을 불허하는 것만이 능사는 아닌 것이다. 2012년 2월 개정된 국민체육진흥법에 따르면 불법 스포츠 도박사이트 이용[26]은 5년 이하 징역 혹은 5000만 원 이상 벌금을 내야 하는 중범죄다. 물론 재판을 거쳐 실제 내려지는 처벌은 이보다 훨씬 경미하다. "초범에다 입출금액이 1000만 원 미만"이면 "기소유예 처분"을 받고, "입출금액이 1000만원 미만이지만 재범이면 "소액의 벌금형 처벌"을 받는게 관행으로 된 것이다. 그리하여 실형으로 연결되는 경우는 많지 않다.

Ⅳ. 불법 스포츠 도박의 증가원인

"스포츠는 몰라도 도박은 한다"는 말처럼 스포츠 도박은 사실상 스포츠 활동과는 무관한 도박 그 자체를 의미한다. 불법 스포츠 도박은 주로 인터넷 사이트의 접속을 통하여 온라인상으로 이루어진다. 문화체육관광부에 따르면 2015년 기준 국내 불법 도박시장 전체 규모는 84조원으로 추정되며 이 가운데 불법 스포츠도박이 차지하는 비중은 26%(약 22조원)로, 2011년보다 3배 급증했다. 그리하여 전체 불법도박규모에서 약 4분의 1을 차지할 정도이다. 문체부 관계자는 "불법 스포츠도박은 높은 환급율과 무제한 베팅, 다양한 상품, 인증 절차 없는 익명성 등으로 인해 청소년을 포함한 불특정 다수에 급속하게 확산돼 심각한 사회문제로 대두되고 있다"고 밝혔다.

25) http://www.ziksir.com/ziksir/view/2895 참조.

26) 인기 연예인들이 불법 스포츠 도박사건에 연루된 사건들이 종종 발생한다. 개그맨 이수근씨와 가수 탁재훈씨가 수억 원대 불법 스포츠 온라인 도박을 한 혐의로 검찰에 불려갔고, 개그만 김용만씨도 불법 스포츠 도박에 5년간 약 13억 원을 베팅한 협의로 불구속 기소되어 징역 8월에 집행유예 2년을 선고받기도 하였다.

1. 베팅방식의 수월성

불법 스포츠 도박 사이트는 정부 공인의 “스포츠토토”나 “프로토”에 비해 베팅 방식이 쉽고 간편하다. 다시 말해서 단순 승패에만 베팅하는 “스포츠토토”와 달리 불법 스포츠 도박은 특정 타자의 안타, 1회 볼넷 및 실점, 점수의 홀짝, 자유투 성공 등 베팅 방법이 세분화돼 있다. 이 때문에 스포츠를 잘 모르는 사람도 쉽게 접근하여 간단한 내기 형식으로 불법 도박을 시작한다.

2. 불법 스포츠 도박의 범죄성에 대한 인식부재

시작은 쉽지만 도박에서 헤어 나오기란 쉽지 않다. 불법 스포츠 도박이 범죄라는 자각이 전혀 없기 때문이다. 게다가 공인 게임과 달리 본인인증 절차가 없어 청소년까지 아무런 제한 없이 도박에 뛰어들고 있다.

3. 해외서버로 인한 단속의 어려움

불법 스포츠 인터넷 도박사이트는 대부분 해외에 서버를 두고 있어 단속 자체가 어렵다는 것이다. 또한 불법 스포츠 인터넷 도박에는 비단 성인뿐만 아니라 최근에는 청소년까지도 빠져들고 있다. 그 이유로는 인터넷 도박사이트를 매개로 하기에 사이버 공간의 익명성과 시간과 공간의 무제약성이라는 특성이 반영되어 미성년자들도 쉽게 접근이 용이하다는 것이다.

4. 처벌의 경미성

검찰이나 경찰 수사기관이 이용자를 검거해도 처벌이 경미한 데 그 불법 스포츠 도박의 증가세의 원인이 된다. 국민체육진흥법에 따르면 불법 도박 사이트 이용자도 징역 5년 이하 혹은 5000만 원 이하 벌금형 처벌을 받을 수 있지만, 초범이거

나 액수가 적으면 대부분 기소유예 혹은 과태료 처분을 받는다. 이처럼 경미한 처벌 탓에 처벌을 받고 얼마 후 다시 불법 도박에 빠지는 악순환이 반복되게 되어 불법 스포츠 도박이 근절되지 못하고 있는 것이다.

Ⅴ. 불법 스포츠 도박의 실태

1. 청소년층의 불법 도박의 시작으로 성년 불법도박자로의 성장

청소년들의 불법 스포츠 도박의 시작은 용돈 부족에서 시작한다. 한 사례를 들면 30만 원짜리 운동화를 사고 싶었는데 가진 돈이 10만 원뿐이었다. 한정판이라 판매 기간이 정해져 있어 용돈을 모은다고 살 수 있는 상황이 아니었다. 그때 주위의 친구가 장난삼아 불법 스포츠 도박 사이트를 추천해 주는 상황인 것이다. 문제는 청소년들에게도 이러한 유혹에 빠진 첫 도박에서 금전적 이득을 얻을 수 있게 된다는 것이다. 이것이 어린 시절부터 도박에 빠지게 되어서 성년기의 도박 중독으로 이어지는 계기가 된다는 것이다. 특히 승패를 맞히는 게임은 청소년들의 주된 도박종목이 된다는 것이다.

2. 중독에 빠진 성인층의 불법 스포츠 도박과 해외서버를 이용한 운영자

한국도박문제관리센터가 2014년 성인을 대상으로 조사한 사행산업 이용 실태에 따르면 불법 스포츠 도박으로 인한 도박 중독자는 약 207만 명에 달한다. 물론 이 추산에서 미성년자는 제외된 것이다. 해외에 서버를 두고 수천억원대 규모의 불법 스포츠 도박 사이트를 운영한 혐의(국민체육진흥법 위반 등)로 A(37)씨와 A씨 동생(35) 등 3명을 최근 구속되었다. 이들은 2015년 11월부터 최근까지 중국 광둥성에 사무실을 두고 불법 스포츠 도박사이트를 운영하면서 회원 1300여명으로부터 1384억원의 돈을 입금 받아, 수수료 명목으로 수억원의 부당이득을 챙긴 혐의를 받고 있다. 이들은 불특정 다수에게 대량으로 문자를 발송해 회원을 모집한 뒤 국

내 인기스포츠 경기에 돈을 베팅하도록 해 승패에 따라 배당금을 지급하는 방식으로 사이트를 운영해 온 것으로 조사됐다. 경찰은 돈을 인출하던 일당 중 한 명을 붙잡아 현장에서 현금 1억5500여 만원을 압수했다. 경찰은 도박사이트 서버와 대포통장 거래내역 등을 분석해 상습·고액 도박행위자에 대해서도 수사하였다.

Ⅵ. 불법 스포츠 도박의 근절방안

1. 합법 스포츠 도박의 콘텐츠 개발

불법 스포츠 도박의 또 다른 매력은 합법적인 스포츠 도박(프로토, 스포츠토토)와 비교하여 게임 종류가 다양하다는 점이다. 이모(29) 씨는 스포츠에는 거의 문외한이지만 한때 불법 스포츠 도박에 빠졌다. 불법 스포츠 도박 사이트는 승패뿐 아니라 타자의 안타나 투수의 볼넷에도 베팅할 수 있어 더 흥미롭다는 것이다. 이 씨는 "승패에 베팅할 경우 경기가 끝날 때까지 기다려야 결과를 알 수 있지만, 안타나 볼넷은 2~3분 안에 결과가 나온다. 짧은 시간에 결과가 나오는 만큼 불법 스포츠 도박을 선호하게 되고 아울러 친구들과 술자리에서 내기하는 정도로 생각했다"고 밝혔다.

2. 처벌의 강화

사이트 운영자와 이용자 모두 처벌을 강화해야 한다. 왜냐하면 현행법에 따른 처벌은 실효성이 없기 때문이다.

3. 외국수사기관과의 수사공조의 활성과 대포통장의 근절

경찰청 사이버안전국에 따르면 불법 스포츠 도박의 수사와 단속에는 많은 어려움이 내재되어 있다고 한다. 불법 스포츠 도박의 수사에는 많은 시간이 소요되고,

불법 스포츠 도박 사이트도 대부분 외국에 서버를 두고 있어 해당 국가에 수사 공조 요청을 해야만 단속이 가능하다는 것이다. 게다가 도박 자금은 일반 계좌 대신 대포통장으로 돌기 때문에 덜미를 잡기가 쉽지 않다고 한다. 또한 요즘에는 회원제로 운영되는 불법 스포츠 도박 사이트가 늘어나고 사이트 주소도 자주 바꿔 수사가 더욱 어려워졌다고 한다. 따라서 불법 스포츠 도박을 근절하기 위하여 정부가 적극적으로 나서서 외국수사기관과의 공조수사를 적극적으로 기획하여야 하고, 범죄수단으로 사용될 대포통장도 엄격히 규제해야 할 것이다.

4. 불법 스포츠 도박이 범죄라는 인식을 위한 홍보활동

경찰청 발표에 따르면 2016년 상반기에 적발된 불법 스포츠 도박 범죄는 4804건으로 2015년 상반기에 비해 267.6% 증가했다. 이러한 폭발적인 증가세에는 불법 스포츠 도박이 심각한 범죄라는 사실에 관하여 인식 내지 자각의 부재가 큰 원인으로 작용하고 있다. 그리하여 심지어 공공장소에서 도박한 자들이 자신의 경험담을 큰 소리로 떠들 만큼 범죄라는 인식보다는 "가벼운 일탈" 정도로 여긴다는 것이다.

스포츠토토와 프로토 등 공인 게임을 관리하는 문화체육관광부 한 관계자는 "처벌이 가볍고 기대수익이 크다 보니 불법 스포츠 도박 사이트 이용자의 재범률이 크다. 처벌규정이 강화됐다고 하지만 대부분 솜방망이 처벌인 집행유예나 벌금형에 그치기 때문에 범죄인식이 없이 불법 스포츠 도박이 계속 늘어나는 것"이라고 말했다.

5. 신고 포상금의 상향

현재 불법 스포츠 도박이 우리 사회에서 심각한 병폐의 상태로서 정부는 최근 불법 스포츠 도박과의 전쟁을 선포한 상태라 볼 수 있다. 불법 스포츠 도박을 근절

하기 위해서는 신고와 제보가 절대적으로 필요한데 기존의 포상금 1,000만원은 다른 사행산업 신고 포상금에 비해 낮은 수준이었다. 한국마사회의 불법 경마 신고 포상금 최고액은 1억 원이며 사행산업통합감독위원회의 불법 도박 신고 포상금과 국민체육진흥공단의 불법 경륜・경정 신고 포상금은 2,000만원이다.

그리하여 문화체육관광부는 국민체육진흥법 시행규칙을 개정하여 불법 스포츠 운영자나 부정행위자를 신고하거나 고발할 경우 지급되는 신고 포상금을 기존 1,000만원에서 5,000만원으로 대폭 올렸다. 신고 포상금은 ▲국민체육진흥공단과 수탁업자가 아니면서 체육진흥투표권(스포츠토토) 또는 유사한 것을 발행해 그 결과를 적중시킨 사람에게 재물이나 재산상의 이익을 제공하는 행위를 한 자 ▲금지하는 행위를 이용해 도박을 한 자 ▲ 운동경기에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물이나 재산상의 이익을 받은 선수・감독 등 승부조작에 가담한 자를 신고하거나 고발한 사람에게 지급된다.

6. 전향적 민간 스포츠 도박의 합법화

상기에서 언급한 바와 같이 대부분 유럽에서는 민간 스포츠 도박도 허용되고 있다. 따라서 국가의 통제하에서 전향적으로 민간 스포츠 도박도 부분적으로 허용하여 음지의 불법도박을양지로 끌어들여야 할 것이다.

7. 피해자보다 월등히 높은 도박사이트 운영자의 불법성

민사적으로도 불법스포츠 도박계약은 우리 민법 제103조에 반하여 무효이다. 따라서 이러한 불법스포츠 도박계약을 효율적으로 근절하기 위해서는 국가가 증가하는 불법스포츠 도박사이트 운영자들로부터 형사벌로서 그 수익을 범죄수익으로 몰수할 수도 있으나 추가적인 불법스포츠 도박운영자에게 민사적인 책임의 불이익도 가해져야 한다, 실제로 자기 통제가 되지 않은 도박 중독증 환자를 이용하는

도박을 하도록 부추켜서 도박채무로 인한 피해자들과 그 가족들의 생계가 위협받기도 한다. 따라서 불법스포츠 도박에서의 상실한 금전을 우리 민법 제746조의 불법원인급여제도를 통하여 돌려주는 방안도 고려해야 할 것이다.

상기에서 언급한 바와 같이 우리 민법 제103조를 적용하면 도박계약은 절대적 무효사유이므로[27] 이에 근거한 급부는 원칙적으로 부당이득이 되어 반환의무가 생기지만, 이처럼 우리 민법 제103조의 무효사유는 소위 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한 사유이므로 소위 우리 민법 제746조의 불법원인급여가 적용되어 부당이득의 반환청구가 불가능하게 된다. 이는 우리 법원이 민법 제103조에 관여한 양당사자를 보호하지 않겠다는 취지에서 규정된 것이다. 그러나 우리 대법원 판례[28]는 소위 불법성비교론에 입각하여 보다 현저한 불법성을 지닌 이득자는 손실자에게 부당이득을 반환해야 한다는 것이다.

조직화된 불법스포츠 도박사이트를 운영하면서 도박을 하도록 유인하는 조직적 불법운영자는 우리 대법원의 불법성 비교론을 적용하면 충분히 도박사이트를 이용하여 도박한 자 보다도 불법성이 현저하게 높게 판단되기에 그 수익도 이용자에게 반환해야 할 것이다. 이를 통하여 보다 효율적이 도박행위의 금지를 이끌어 낼 수 있을 것이다.

Ⅶ. 맺음말

금전을 걸고 내기를 하면 원칙적으로 도박으로 볼 수 있다. 그러나 모든 도박이 우리 형법상의 도박죄에 해당하는 것은 아니다. 우선 예외적으로 “일시적 오락”에 불과하다면 도박죄에 해당하지 아니한다. 이는 도박죄의 위법성조각사유라 볼 수 있다. 그리하여 재물로써 도박을 하는 경우에도 그것이 일시적 오락에 불과하다면 도박죄에 해당하는 범죄행위가 아닌 것으로 허용된다. 그렇다면 어떠한 내기가 과

27) 대법원 1973.5.22, 72다2249.
28) 대법원 1993.12.10, 93다12947.

연 “일시적 오락”에 해당하는지에 관해서는 우리나라 대법원 판결이 있다. 여기에 따르면 “도박에 건 재물의 가액”, “도박의 시간과 장소”, “도박으로 인한 이득의 용도” 및 “가담한 사람들의 인적 상황”, “도박을 하게 된 동기” 등 일반 경제사정 및 거래관념 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다는 것이다.[29]

따라서 스포츠 도박의 경우에 있어서도 특별법에 의하여 허용된 사안에 해당하지 않는 한, 불법 스포츠 도박이 되고, 이것이 과연 도박죄에 의하여 처벌되는지 여부는 위법성조각사유인 “일시적 오락”의 경우인지 여부가 관건이다. 그러나 동 조문의 규정처럼 “일시적 오락”이라는 개념이 액면 그대로 시간적 의미로서 일시적인지 여부를 판단하는 것이 아니라 상기에서 열거된 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하고 판단해야 한다는 것이 우리 대법원 판결의 입장이다. 불법 스포츠 도박은 대개는 불법 스포츠 도박 사이트를 이용하고, 이용자들이 단순히 오락을 하기 위하여 금전을 베팅을 하는 것이 아니므로 위법성 조각사유로서의 “일시적 오락”에 해당되지 않게 된다.

문제는 이처럼 불법 스포츠 도박은 형사처벌이 가능함에도 사회적으로는 계속적으로 그 범죄가 증가하는 이유는 이용자들의 자신의 행위가 범죄행위에 해당한다는 사실에 대한 불인식과 아울러 설령 범죄성을 인식하더라도 이미 불법도박에 대한 중독으로 인하여 스스로 통제하기가 어렵게 되기 때문이라는 것이다. 따라서 정부는 언론 등을 통하여 불법 스포츠 도박의 범죄성을 국민들에게 캠페인 운동으로서 인식시키도록 해야 할 것이다. 아울러 민사적으로도 불법스포츠 도박계약은 우리 민법 제103조에 반하여 무효이기에 증가하는 불법스포츠 도박사이트 운영자들로부터 그 수익을 모두 환수하여 국가가 범죄수익으로서 몰수할 것이 아니라 중독으로 인한 피해자들에게 돌려주는 방안도 고려해야 할 것이다.

29) 대법원 1985.11.12, 85도2096 등등.

참고 문헌

김용섭, 경륜 경정법의 입법정책적 방향, 스포츠와 법 제7권(2005.10)

박준휘, 최성락, 오시영, 스포츠토토 불법행위에 대한 처벌강화 정책의 효과분석, 한국사회와 행정연구 제25권 제3호 (2014.11)

안명식, 신현균, 스포츠 내기와 도박, 스포츠인류학연구 (2013)

이현경, 자기책임의 원칙과 카지노 사업자의 보호의무, 법경제학연구 제12권 제2호 (2015.08), 한국경제법학회발간

정완, 인터넷도박의 실태와 대응, 경희법학 제41권 제2호

최민수, 독일법상 카지노 출입제한에 관한 소고, 비교사법 제21권 제2호 (통권65호)

한국도박문제관리 https://www.kcgp.or.kr/pp/gambleIntrcn/2/gambleIntrcn.do

http://www.ziksir.com/ziksir/view/2895

Abstract

Status of illegal sports betting and Applicable Law

Seok-Chan, Yoon
Professor, School of Law, Pusan-National-University

Considering that the amount of money received from illegal sports betting brokers was in the range of 1 million to 2 million won in exchange for the players in 2012, the "game charge" went up almost five to ten times in four years. This is because the "illegal sports betting market" has become bigger because the broker has become more vulnerable to the temptation to shake the players. In Korea, gambling is illegal in principle. However, exceptionally, legalized gambling is recognized based on public interest needs. Examples include hotel casino (Article 28 of Tourism Promotion Act), which can not be accessed by locals, gambling in and out of the country in specific areas such as Kangwon Land (special law on the development of abandoned mines), lotteries).

So gambling is illegal and illegal except for this legalized gambling. The reason that gambling, including sports betting, is not allowed in principle is that gambling stimulates people's nature and makes it difficult for them to control themselves, losing their self-control, becoming addictive to gambling, and gambling addicts suffering from economic bankruptcy or family collapse As well. Thus even legalized casino gambling has restrictions on access restrictions or restrictions on business operations and, in some cases, liability for illegal acts due to violations of the protection obligations of casino operators is recognized. It is therefore skeptical whether legal gambling laws and legal liability of casino gambling operators can be applied to legitimate sports betting. This is because, in the case of sports betting, it is virtually impossible to restrict access to the Internet because it is carried out online using a computer or an information communication network as an internet betting.

However, in the case of illegal sports betting, the gambler will be liable for criminal liability and liability for illegal acts as civil liability will apply. In addition, in the case

of illegal sports betting, the sports betting operator does not bear any legal obligation to the sports betting user and therefore does not bear the contractual obligation of contracting or illegal acts. However, illegal gambling sites 'users will have to return all of their profits based on the unlawful comparative analysis of Article 746 of the Civil Code as illegal gambling operators' profits due to illegal gambling funds that users of illegal gambling sites lose through betting.

Key words : unlawful comparative analysis, gambling, casino, the Civil Code, sports betting