

대 법 원

판 결

사 건 2018도7172 가. 국민체육진흥법위반(도박개장등)
나. 도박공간개설
다. 국민체육진흥법위반(도박등)
라. 상습도박
마. 신용정보의이용및보호에관한법률위반교사
바. 위증

피 고 인 피고인 1 외 1인
상 고 인 피고인들
변 호 인 변호사 박병규 외 7인
환 송 판 결 대법원 2017. 11. 14. 선고 2017도13140 판결
원 심 판 결 서울중앙지방법원 2018. 4. 27. 선고 2017노4280, 4085(병합) 판결
판 결 선 고 2018. 10. 30.

주 문

상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 국민체육진흥법 위반(도박개장등) 및 도박공간개설 부분 공소사실의 요지와 소송의 경과

가. 공소사실의 요지

피고인들은 공소외인 등과 공모하여 국내에서는 접속이 불가능한 해외 유명 스포츠 토트 베팅사이트인 '○○○(영문표기 1 생략)', '△△△(영문표기 2 생략)', '□□□□□(영문표기 3 생략)', '◇◇(영문표기 4 생략)' 등(이하 통틀어 '해외 베팅사이트'라고 한다) 운영업체와 중계계약을 체결한 뒤, 필리핀 마닐라에 컴퓨터와 인터넷 통신기기 등을 갖추어 놓고 '☆☆☆☆☆☆.com', '▽▽▽▽-▽▽▽.net' 등 도메인을 사용하여 16개 가량의 중계사이트(이하 통틀어 '이 사건 중계사이트'라고 한다)를 개설·운영하면서 불특정 다수의 내국인들을 회원으로 모집하고 회원들로 하여금 이 사건 중계사이트를 통해 해외 베팅사이트에서 제공하는 야구, 축구, 농구 등 국내외 각종 스포츠 경기의 승부에 베팅을 하게 하여 베팅이 적중할 경우 미리 정해진 비율에 따라 환전을 해주 고, 적중하지 못하면 그 베팅금을 자신들이 취득하는 방법으로 이 사건 중계사이트를 운영하였다.

이로써 피고인들은 공소외인 등과 공모하여 정보통신망을 이용하여 체육진흥투표권 이나 이와 비슷한 것(이하 '체육진흥투표권 등'이라고 한다)을 발행하는 시스템을 공중 이 이용할 수 있도록 제공하는 행위를 하는 동시에 영리를 목적으로 도박을 하는 공간 을 개설하였다.

나. 소송의 경과

(1) 검사는 피고인들의 국민체육진흥법 위반(도박개장등) 행위가 국민체육진흥법 제 26조 제1항에서 규정하는 '유사행위'에 해당하는 것으로 기소하였고, 제1심 및 환송 전

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

(2) 피고인들은 환송 전 원심판결에 대하여 불복하여 상고하였는데, 대법원은, 이 사건 중계사이트 자체에서는 체육진흥투표권 등이 발행되지 않았고, 이를 발행하였다고 볼 수 있는 해외 베팅사이트 운영자들과의 공모관계가 적시되지 않은 공소사실만으로는 국민체육진흥법 제26조 제1항의 '유사행위'에 해당하지 아니한다고 판시하면서, 환송 전 원심판결 전부를 파기환송하였다.

(3) 환송 후 원심(이하 '원심'이라고만 한다)에서, 검사는 국민체육진흥법 제26조 제1항 위반의 공소사실을 앞서 본 공소사실의 요지와 같이 국민체육진흥법 제26조 제2항 제1호 위반의 공소사실로 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 원심은 이를 허가한 후 그 판시와 같은 이유를 들어 변경된 공소사실을 유죄로 인정하였다.

2. 국민체육진흥법 위반(도박개장등) 부분에 대한 법령 적용에 관하여

가. 관련 규정의 입법 경위와 취지

구 국민체육진흥법(2012. 2. 17. 법률 제11309호로 개정되기 전의 것) 제26조는 "서울올림픽기념국민체육진흥공단과 수탁사업자 외에는 체육진흥투표권 발행이나 이와 비슷한 행위를 할 수 없다."고 규정하고, 제53조는 "제26조를 위반한 자는 3년 이하의 징역이나 1천 500만 원 이하의 벌금에 처한다."고 규정하고 있었는데, 2012. 2. 17. 법률 제11309호로 개정되면서 유사행위의 요건이 엄격해지며 처벌이 강화되었고, 유사행위와 관련된 행위들을 금지하는 조항이 신설되었다.

구체적으로 현행 국민체육진흥법(이하 '법'이라고 한다) 제26조는 제1항에서 "서울올림픽기념국민체육진흥공단과 수탁사업자가 아닌 자는 체육진흥투표권 또는 이와 비슷한 것을 발행(정보통신망에 의한 발행을 포함한다)하여 결과를 적중시킨 자에게 재물

이나 재산상의 이익을 제공하는 행위(이하 '유사행위'라고 한다)를 하여서는 아니 된다."고 규정하고 있다(이하 위 유사행위를 '제1항 행위'라고 한다). 또한 법 제26조 제2항에서 "누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다."고 규정하면서, "정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조 제1항 제1호에 따른 정보통신망을 이용하여 체육진흥투표권이나 이와 비슷한 것을 발행하는 시스템을 설계·제작·유통 또는 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 행위"(제1호, 이하 '제1호 행위'라고 한다)를, "유사행위를 위하여 해당 운동경기 관련 정보를 제공하는 행위"(제2호, 이하 '제2호 행위'라고 한다)를, "유사행위를 홍보하거나 체육진흥투표권 또는 이와 비슷한 것의 구매를 중개 또는 알선하는 행위"(제3호, 이하 '제3호 행위'라고 한다)를 규정하고 있다. 나아가 법 제47조 내지 제49조에서 제1항 행위자에 대해서는 7년 이하의 징역이나 7천만 원 이하의 벌금으로, 제1호 행위자에 대해서는 5년 이하의 징역이나 5천만 원 이하의 벌금으로, 제2호 또는 제3호 행위자에 대해서는 3년 이하의 징역이나 3천만 원 이하의 벌금으로 처벌하도록 법정형을 달리 규정하고 있다.

이와 같이 개정된 법 제26조가 제1항 행위를 금지하는 외에, 제2항에 제1항 행위와 관련한 제1, 2, 3호 각 행위를 금지하는 조항을 신설한 취지는 다음과 같다.

오늘날 정보통신기술이 나날이 비약적으로 발전하여 어제의 신기술이 오늘의 더 새로운 기술로 대체되는 상황을 쉽게 목격할 수 있고, 이러한 현상은 불법 스포츠 도박 사업에서도 마찬가지이다. 종이 형태의 체육진흥투표권 발행 사업이 장소적 제약 하에서 운용되는 것과 비교하여 정보통신망을 이용하는 현재 스포츠 도박 사업은 장소적 제약을 뛰어넘어 규제 정도가 낮은 국가에서의 정보통신망과 연동함으로써 쉽게 자국의 규제를 회피할 수 있다. 또한 가상공간에서 운용되는 특성상 제작부터 운영에 이르

는 과정에서 복수의 시스템이 결합되고 이에 많은 사람들이 개별적인 행위로 관여하게 된다.

개정 입법 취지는 위와 같은 현실에서 불법 스포츠 도박 사업이 기존의 규제를 피하기 위해 교묘하고 세련되게 발전하는 상황을 규율하여, 제1항 행위에까지 이르지 않았지만 이와 밀접한 관련이 있는 제1, 2, 3호 각 행위도 금지하고 이를 위반한 자를 처벌하도록 함으로써 불법적인 스포츠 도박 사업 운영을 근원적이고 효과적으로 방지하고자 하는 데에 있다.

특히 그중에서도 제1호 행위를 금지하고 그 위반행위자를 처벌하도록 하는 것은, 제1항 행위가 이루어질 수 있는 불법 스포츠 도박 사이트를 설계·제작·유통 또는 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 행위까지도 차단하여 제1항 행위를 근절하기 위함이다.

나. 형벌법규의 해석원칙

형벌법규는 문언에 따라 엄격하게 해석·적용하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 안 된다. 그러나 형벌법규를 해석할 때에도 가능한 문언의 의미 내에서 해당 규정의 입법 취지와 목적 등을 고려한 법률체계의 연관성에 따라 그 문언의 논리적 의미를 분명히 밝히는 체계적·논리적 해석방법은 그 규정의 본질적 내용에 가장 접근한 해석을 위한 것으로서 죄형법정주의의 원칙에 부합한다(대법원 2007. 6. 14. 선고 2007도2162 판결 등 참조).

위의 해석방법은 특히 이 사건과 같이 구체적인 처벌조항이 뚜렷한 입법목적을 달성하기 위하여 추상적·포괄적으로 규정되어 있는 경우 해석의 원칙으로 타당하다. 즉, 이 사건에서 해당 여부가 문제되는 제1호 행위 중 '정보통신망을 이용하여 체육진흥투표권 등을 발행하는 시스템을 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 행위'를 포함하여 제

1, 2, 3호 각 행위는 다소 추상적이고 포괄적인 개념으로 구성되어 있다. 그 이유는 제1항 행위와 밀접한 관련이 있는 행위로서 정보통신기술의 발전 등에 따라 변화하는 다양한 내용의 범죄에 대하여도 대처하기 위해서이다. 이러한 점을 고려하여 제1, 2, 3호 각 행위의 폭을 규범적으로 해석하여야 한다.

다. 제1항 행위 및 제1호 행위의 각 해석

(1) 제1항 행위의 해석

제1항 행위의 금지규정인 법 제26조 제1항 및 그 위반행위자에 대한 처벌규정인 법 제47조 제2호에 의한 처벌 대상은, 체육진흥투표권 등을 발행하는 시스템이 갖추어져 있는 불법 스포츠 도박 사이트의 운영자 및 그 운영자의 공범(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016도18119 판결 참조)이 해당된다.

제1항 행위에는 '체육진흥투표권 등을 발행'하는 것과 '결과를 적중시킨 자에게 재물이나 재산상의 이익을 제공'하는 것을 모두 구성요건적 요소로 삼고 있어 체육진흥투표권 등을 발행하기만 하고 결과를 적중시킨 자에게 재물이나 재산상의 이익을 제공하지 않는 경우 또는 체육진흥투표권 등을 발행하지 않은 채 결과를 적중시킨 자에게 재물이나 재산상의 이익을 제공하기만 하는 경우에는 제1항 행위자로 처벌할 수 없다(이 사건 환송판결 참조). 결국 위 두 구성요건 모두에 대하여 각기 기능적 행위지배를 하는 경우에만 제1항 행위의 공동정범으로 처벌할 수 있다.

(2) 제1호 행위의 해석

제1항 행위의 공범에 해당하는 사람이 그 실행행위로서 제1, 2, 3호 각 행위를 한 경우에는 공범에 관한 형법 총칙 규정에 따라 제1항 행위의 공범이 성립하고, 제1, 2, 3호 각 행위에 해당하는 범죄는 이에 흡수된다(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016도18119

판결 참조). 결국 제1, 2, 3호 각 행위에 관한 금지규정과 처벌규정은, 제1항 행위의 공범으로는 처벌할 수 없더라도 제1항 행위가 이루어지도록 하거나 이를 돕는 개별 행위를 한 자를 처벌할 수 있도록 하는 규정이다.

제1항 행위와 비교하면, 제1호 행위는 제1항 행위의 구성요건인 체육진흥투표권 등을 발행하는 행위 및 결과를 적중시킨 자에게 재물이나 재산상의 이익을 제공하는 행위라는 두 가지 요소에 대하여 각기 정범의 기능적 행위지배에는 이르지 못하였지만 이와 밀접한 관련이 있는 행위를 규제하기 위한 것으로 해석하여야 한다. 이러한 해석은 제1호 행위 유형으로 규정된 '설계·제작·유통'을 '체육진흥투표권 등을 발행하기만 하는 행위'를 구체화하면서 범위를 확장하여 별도의 구성요건으로 규정한 것으로 볼 수 있다는 점에서도 타당하다. 그렇다면 제1호의 나머지 행위 유형인 '공중이 이용할 수 있도록 제공하는 행위' 역시 같은 범주에서 해석하여야 한다.

이러한 관련 규정의 입법 취지, 내용, 불법 스포츠 도박 사업을 규제하는 법의 체계 및 형벌법규 해석의 원칙 등을 종합하면, 정보통신망을 이용하여 체육진흥투표권 등을 발행하는 시스템에서 경기의 승부에 걸기 위하여 체육진흥투표권 등의 구매에 없어서는 안 되는 게임머니를 그 시스템 운영자를 통하여 미리 확보해 두었다가 이용자들에게서 돈을 받고 이를 충전시켜 주는 행위는, 제1호 행위 중 위 발행 시스템을 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 행위로 볼 수 있다. 위와 같은 방법으로 게임머니를 충전시켜 주는 행위는 위 발행 시스템에 대한 공중의 이용에 필수적인 기능을 하는 것으로 평가할 수 있기 때문이다.

또한 위 발행 시스템의 관리 권한을 가진 운영자만이 이를 공중의 이용에 제공할 수 있다고 볼 수는 없고, 위 발행 시스템의 관리 권한을 가진 운영자가 아니더라도 위와

같이 발행 시스템 이용에 필수적인 게임머니를 확보하여 이를 충전시켜 줌으로써 위 발행 시스템을 이용에 제공할 수 있다.

이처럼 제1호 행위 등의 해석에 있어서, 정보통신망을 이용한 체육진흥투표권 등의 발행 시스템은 정보통신기술의 발달과 더불어 장소적 제약과 규제를 피하여 국가 간 여러 시스템이 연동되어 하나의 발행 시스템으로서의 완전한 기능을 수행할 수 있게 되었다는 점도 충분히 고려해야 한다.

3. 이 사건에 관한 검토

가. 기록에 의하면 다음과 같은 사실 또는 사정을 알 수 있다.

(1) 내국인이 해외 베팅사이트에 직접 접속하여 이용하는 것이 불가능하지는 않지만, 아래와 같은 어려움이 있다.

① 국내에서는 해외 베팅사이트의 주요 도메인을 통한 접속이 차단되어 내국인이 해외 베팅사이트에 접속하기 위해서는 우회 도메인을 사용해야만 한다.

② 해외 베팅사이트에서 베팅을 하기 위해서는 게임머니 충전이 필요하고, 게임머니 충전을 위해서는 해외 베팅사이트 계정에 달러 등 외화가 입금되어야 하는데, 내국인이 직접 해외 베팅사이트로 외화를 입금할 수는 없고 온라인 전자결제 사이트를 경유해야 한다. 그런데 통상 위와 같은 온라인 전자결제 사이트는 모두 영문으로 되어 있고, 여권을 촬영해서 보내야 하는 등 절차가 까다로우며, 인증절차나 송금, 충전 및 환전 과정에서 짧게는 며칠, 길게는 몇 주씩 많은 시간이 소요되어 도박을 하고자 하는 내국인이 직접 가입하기는 쉽지 않다.

③ 내국인이 해외 베팅사이트에 직접 접속하여 도박을 하려면 달러를 외국으로 송금해야 하는데, 외환 수수료도 부담해야 하고, 자주 송금을 하다 보면 외국환거래법에도

저촉될 우려가 있기 때문에 직접적인 이용을 꺼리게 된다.

(2) 피고인들은 내국인의 해외 베팅사이트에 대한 직접적인 접근·이용이 곤란한 점을 이용하여 해외 베팅사이트 운영자들과 계약을 체결한 후 아래와 같은 방식으로 이 사건 중계사이트를 개설·운영하였다.

① 이 사건 중계사이트에는 여러 해외 베팅사이트가 링크되어 있어, 내국인은 이 사건 중계사이트에 회원으로 가입하여 접속하기만 하면 우회 도메인을 찾아 사용할 필요 없이 링크를 통해 여러 해외 베팅사이트에 손쉽게 접속할 수 있다.

② 피고인들은 해외 베팅사이트 운영자들에게 일정 금액을 지급하여 게임머니를 확보해 놓는다. 이 사건 중계사이트의 회원이 공지된 국내 계좌에 한화(韓貨)를 입금하면, 피고인들은 이 사건 중계사이트에 사이버머니를 충전해 주고, 회원의 요청에 따라 각각의 해외 베팅사이트에서 사용 가능한 게임머니로 전환해 준다(이하 사이버머니를 충전하고 게임머니로 전환하는 일련의 과정을 '게임머니 충전'이라고 한다).

③ 회원은 위와 같이 충전한 게임머니로 베팅을 하고, 베팅에 성공하면 배당률에 따라 게임머니를 취득하며, 환전을 원할 경우 피고인들이 회원의 계좌로 게임머니에 상응하는 한화를 입금해 준다.

(3) 피고인들과 해외 베팅사이트 운영자들은 아래와 같은 방식으로 사전 약정에 따라 수익금 분배를 하였다.

① 이 사건 중계사이트의 회원이 게임머니 충전을 위해 입금한 돈은 피고인들에게 귀속된다.

② 회원이 해외 베팅사이트에서 베팅에 성공하면 배당률에 따라 게임머니를 취득하고, 회원이 원할 경우 피고인들의 부담으로 게임머니를 돈으로 환전해 준다.

③ 회원이 베팅에 실패하면 게임머니를 잃게 되고, 그 게임머니 상당의 수익은 이 사건 중계사이트 측과 해외 베팅사이트 측이 일정 비율로 나누어 갖는다.

④ 원심의 인정사실에 의하면 피고인들이 위 범죄행위로 인하여 얻은 수익금은, 피고인 1의 범행가담기간 동안에는 646억여 원, 피고인 2의 범행가담기간 동안에는 1,739억여 원에 이른다.

나. 피고인들은 해외 베팅사이트 운영자들과 계약을 체결한 후 링크를 통한 해외 베팅사이트에의 연결, 해외 베팅사이트에서 사용하는 데 필요한 게임머니 충전 및 게임머니의 한화로의 환전 등을 할 수 있는 이 사건 중계사이트를 운영하였다. 특히 해외 베팅사이트에서 발행하는 체육진흥투표권 등을 구매하기 위해 필요한 게임머니 충전은 해외 베팅사이트 이용에 없어서는 안 되는 필수적인 기능이고, 환전은 해외 베팅사이트를 이용하는 데 결정적인 동기나 유인이 된다. 아울러 피고인들은 이 사건 중계사이트를 통해 해외 베팅사이트를 이용한 회원들의 도박 결과에 따른 이익과 손실의 귀속 주체였다. 이러한 관점에서 보면 피고인들의 위와 같은 행위는 전체적으로 보아 제1호 행위 중 '정보통신망을 이용하여 체육진흥투표권 등을 발행하는 시스템을 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 행위'로 보기에 충분하다.

또한 해외 베팅사이트를 이용하는 데 필요한 게임머니 충전이 피고인들의 이 사건 중계사이트를 통하지 않고도 다른 방법으로 가능하였다는 사정이 위와 같은 평가에 방해가 된다고 할 수 없다.

다. 제1호 행위 중 다른 유형의 행위와 비교해 보아도, 피고인들이 해외 베팅사이트에의 연결, 게임머니 충전 및 환전이 가능한 별도의 사이트(이 사건 중계사이트)를 운영한 행위는 그 불법성의 정도에서 '정보통신망을 이용하여 체육진흥투표권 등을 발행

하는 시스템을 설계·제작·유통하는 행위'와 차이가 없거나 오히려 더 크다.

또한 피고인들의 행위는 제1호 행위에 비해 불법성의 정도와 법정형이 훨씬 가벼운 제3호 행위 중 '체육진흥투표권 등의 구매를 중개 또는 알선하는 행위'에 불과하다고 볼 수 없다. 예컨대 내국인에게 해외 베팅사이트에의 접속이 용이하도록 링크를 제공하는 행위 또는 단순히 해외 베팅사이트를 소개하는 행위만으로도 '체육진흥투표권 등의 구매를 중개 또는 알선하는 행위'에 해당할 수는 있다. 그런데 이러한 제3호 행위는 체육진흥투표권 등의 구매를 중개 또는 알선하고 소정의 중개료 또는 알선료를 받는 경우라고 보아야 하지, 피고인들처럼 이 사건 중계사이트를 통해 해외 베팅사이트를 이용한 자들의 도박 결과에 따른 손실 위험도 부담하면서 막대한 이익을 가져갈 수 있는 경우에는 제3호 행위라고 보기 어렵다.

라. 결국 피고인들의 행위는 법 제26조 제2항 제1호가 규정하는 '정보통신망을 이용하여 체육진흥투표권 등을 발행하는 시스템을 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 행위'에 해당한다. 원심의 판단은 앞서 본 법리에 기초한 것으로 받아들일 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같은 법령 적용의 잘못이 없다.

4. 나머지 상고이유에 관하여

가. 추징에 관하여

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심이 피고인 2로부터 11,020,335,830원을 추징한 것은 정당하다. 거기에 상고이유 주장과 같이 추징에 있어서의 불이익변경금지 원칙, 추징금 산정에 관한 법리오해, 심리미진, 이유모순의 잘못이 없다.

나. 양형부당 주장에 관하여

형사소송법 제383조 제4호에 의하면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서만 양형부당을 사유로 한 상고가 허용되므로, 피고인 1에 대하여 그보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에서 그 형의 양정이 부당하다는 취지의 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

5. 결론

상고를 모두 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 국민체육진흥법 위반(도박개장등) 부분에 대한 대법관 권순일, 대법관 이기택, 대법관 김재형, 대법관 이동원, 대법관 노정희의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였다.

6. 대법관 권순일, 대법관 이기택, 대법관 김재형, 대법관 이동원, 대법관 노정희의 국민체육진흥법 위반(도박개장등) 부분에 대한 반대의견

가. 원심은, 피고인들이 이 사건 중계사이트를 개설·운영하면서 불특정 다수의 회원들로 하여금 위 중계사이트를 통해 해외 베팅사이트에서 제공하는 각종 스포츠 경기의 승부에 베팅을 하게 하여 베팅의 적중 여하에 따라 환전을 해주는 등의 행위를 함으로써 정보통신망을 이용하여 체육진흥투표권 등을 발행하는 시스템을 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 행위를 하였다는 이 부분 공소사실을 인정하고, 피고인들의 이러한 행위가 법 제26조 제2항 제1호에 해당한다고 판단하였다. 다수의견은 원심의 이러한 판단이 정당하다고 하고 있으나, 이와 같은 다수의견의 해석은 법 제26조 제2항 제1호의 문언에 반하거나 문언의 의미를 피고인들에게 불리하게 확장 또는 유추하여 형사법의 대원칙인 죄형법정주의에 반하는 것일 뿐 아니라, 관련 규정의 입법 취지나 법체계와도 맞지 않고, 그와 같이 해석할 필요성도 크지 않아 찬성하기 어렵다. 그 이유는 다음과 같다.

나. 죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정할 것을 요구한다. 그러한 취지에 비추어 보면 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 문언의 가능한 의미를 벗어나 피고인에게 불리한 방향으로 해석하는 것은 죄형법정주의의 내용인 확장해석금지에 따라 허용되지 아니한다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2015도17847 판결 등 참조). 법률을 해석할 때 입법 취지와 목적, 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석 방법을 사용할 수 있으나, 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 이러한 해석 방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없다. 죄형법정주의 원칙이 적용되는 형벌법규의 해석에서는 더욱 그러하다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결, 대법원 2017. 12. 21. 선고 2015도8335 전원합의체 판결 등 참조).

다. 다수의견은 법 제26조 제2항 제1호의 문언에 반하거나 문언의 의미를 피고인들에게 불리하게 확장 또는 유추하는 것이다.

(1) 법 제26조 제2항은 '누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.'고 규정하면서, 그 제1호로 '정보통신망을 이용하여 체육진흥투표권 등을 발행하는 시스템을 설계·제작·유통 또는 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 행위'를 들고 있다. 위 조항의 문언에 의하면, 설계·제작·유통 또는 '공중이 이용할 수 있도록 제공하는 행위'의 목적물은 '정보통신망을 이용하여 체육진흥투표권 등을 발행하는 시스템'이다. 즉, 위 조항은 위와 같은 시스템을 설계·제작·유통 또는 공중의 이용에 제공하는 행위를 금지하고 있다. 따라서 체육진흥투표권 등을 발행하는 시스템 그 자체가 아니라 별도의 중계사이트를 통하여 체육진흥투표권 등을 발행하는 시스템에 접

속이 용이하도록 링크를 제공하는 행위는 법 제26조 제2항 제3호에 규정한 '중개 또는 알선하는 행위'에 해당할 뿐 위 조항의 구성요건에 해당한다고 볼 수 없다. 이는 위 조항이 금지하는 다른 행위유형인 '설계·제작·유통'이 체육진흥투표권 등을 발행하는 시스템 그 자체를 대상으로 한다는 점에 비추어 보아도 분명하다. 다시 말하지만, 위 조항은 정보통신망을 이용하여 체육진흥투표권 등을 발행하는 시스템을 설계 또는 제작하거나, 설계·제작된 시스템을 유통시키거나 공중의 이용에 제공하는 행위를 금지·처벌하는 법규인 것이다.

(2) 이 사건에서 '체육진흥투표권 등을 발행하는 시스템'은 이 사건 중계사이트가 아닌 해외 베팅사이트만 갖추고 있으므로, 법 제26조 제2항 제1호에서 규정하는 '체육진흥투표권 등을 발행하는 시스템'은 해외 베팅사이트를 지칭하는 것으로 볼 수밖에 없다. 따라서 피고인들의 행위가 '체육진흥투표권 등을 발행하는 시스템을 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 행위'에 해당한다고 하기 위해서는 피고인들이 해외 베팅사이트를 공중이 이용할 수 있도록 제공한다고 볼 수 있어야 한다.

법에 '제공'이 무엇인지에 관한 정의규정은 없다. 법령에서 쓰인 용어에 관하여 정의규정이 없는 경우에는 원칙적으로 사전적인 정의 등 일반적으로 받아들여진 의미에 따라야 한다(대법원 2017. 12. 21. 선고 2015도8335 전원합의체 판결 등 참조). 사전적인 의미에서 '제공'이라 함은 '쓰라고 주는 것'을 뜻하고, 일반적으로 물건 등을 상대방에게 건네주어 이를 사용 내지 처분할 수 있게 하는 것을 말한다. 피고인들이 해외 베팅사이트 운영자들과 계약을 체결한 후 링크, 게임머니 충전 및 환전 등을 통해 해외 베팅사이트를 일반인이 접근·이용하는 데 상당한 정도 기여한 것은 사실이나, 이는 해외 베팅사이트를 이용하는 데 편의를 제공한 행위일 뿐 해외 베팅사이트를 이용자에게

쓰라고 준 것, 즉 제공한 것으로 평가할 수 없다.

(3) 다수의견은 정보통신망을 이용하여 체육진흥투표권 등을 발행하는 시스템에서 경기의 승부에 걸기 위하여 체육진흥투표권 등의 구매에 없어서는 아니 되는 게임머니를 그 시스템 운영자를 통하여 미리 확보해 두었다가 이용자들에게서 돈을 받고 이를 충전시켜 주는 행위는 위 발행 시스템에 대한 공중의 이용에 필수적인 기능을 하는 것으로 평가할 수 있다는 이유로 법 제26조 제2항 제1호 행위 중 위 발행 시스템을 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 행위로 볼 수 있다고 한다. 그러나 다수의견에 의하더라도 게임머니를 충전시켜 주는 행위가 위 발행 시스템에 대한 공중의 이용에 필수적인 기능을 하는 것으로 평가할 수 있는지는 의문이다.

다수의견에서 말하는 '필수적 기능'이라는 용어가 과연 무슨 의미인지 분명하지 않다. 형벌법규를 해석할 때에 법 규정에도 없는 불분명한 개념을 도입하여 이를 가지고 그 구성요건 해당 여부를 판단하는 일은 삼가야 한다. 다수의견도 인정하듯이 해외 베팅사이트 그 자체는 이미 공중이 이용할 수 있도록 제공되어 있는 상태이다. 국내 이용자들 역시 이 사건 중계사이트를 통하지 않더라도 해외 베팅사이트에 직접 접속하여 이용하는 것이 가능하며, 피고인들을 통하지 않더라도 자신들이 게임머니를 충전할 수도 있다는 것이다. 이러한 점에서도 피고인들이 국내 이용자들의 요청에 따라 국내 계좌에 입금된 돈을 게임머니로 바꾸어준 행위가 발행 시스템에 대한 공중의 이용에 '필수적 기능'을 하는 것으로 평가한다는 것은 아무리 보아도 자연스럽지 않다. 이러한 행위는 해외 베팅사이트 운영업체가 공중이 이용할 수 있도록 제공한 체육진흥투표권 등 발행 시스템을 국내 이용자들이 손쉽게 이용할 수 있도록 편의를 제공하는 행위라고 보는 것이 옳고, 이를 들어 발행 시스템 자체를 국내 이용자들에게 제공한 것이라고

보는 어렵다. 이것이 형법법규 문언의 통상적 의미에 따른 해석이기도 하다.

(4) 나아가 다수의견은 피고인들의 행위가 그 '불법성의 정도'에서 시스템을 설계·제작·유통하는 행위와 차이가 없다고 하면서 그 근거로 피고인들이 해외 베팅사이트에의 연결, 게임머니 충전 및 환전이 가능한 별도의 이 사건 중계사이트를 운영하고 도박 결과에 따른 이익과 손실의 귀속주체였다는 점을 들고 있다.

이 사건의 쟁점은 피고인들의 행위가 법 제26조 제2항 제1호에 해당하는지 여부이다. 형법법규를 해석할 때에 불법성의 정도를 구성요건 해당 여부를 판단하는 기준으로 삼을 수는 없다. 피고인들의 행위와 같이 중계사이트를 개설·운영하면서 이를 통해 발행 시스템에 접근하여 이용할 수 있도록 돕는 행위는 법 제26조 제2항 제3호가 규정한 체육진흥투표권 등의 구매를 중개하는 행위의 전형적인 모습이다. 피고인들이 게임머니 충전, 환전 서비스를 제공하고, 수익금도 해외 베팅사이트 측과 일정 비율로 나누어 가지는 등 그 불법성이 중한 것도 사실이다. 그렇다고 하여 피고인들이 도박 결과에 따른 이익과 손실의 귀속주체였다고 볼 수는 없다. 피고인들의 이러한 행위는 체육진흥투표권 등을 발행하는 시스템의 제공행위 자체와는 구별되는 것이다. 다수의견처럼 법 제26조 제2항 제1호를 적용한다면 수범자인 국민으로서는 위 조항의 적용범위가 어디까지인지 예측하기 어렵다. 피고인들의 행위가 '체육진흥투표권 등의 구매를 중개 또는 알선하는 행위'에 해당한다면 그 조항을 적용하여 처벌하면 충분하지, 굳이 같은 항 제1호를 무리해서 적용할 필요가 없다.

라. 결국 피고인들의 행위는 법 제26조 제2항 제3호에서 규정하는 '유사행위를 홍보하거나 체육진흥투표권 등의 구매를 중개 또는 알선하는 행위'에 해당할 뿐, 같은 항 제1호에서 규정하는 '정보통신망을 이용하여 체육진흥투표권 등을 발행하는 시스템을

공중이 이용할 수 있도록 제공하는 행위'에는 해당하지 않는다고 보아야 한다. 후자에 해당한다고 해석하는 것은 무엇보다도 죄형법정주의 원칙상 금지되는 확장해석 또는 유추해석에 해당하여 허용될 수 없다.

그런데도 원심은 이와 달리 피고인들의 행위를 법 제26조 제2항 제1호에서 정한 '정보통신망을 이용하여 체육진흥투표권 등을 발행하는 시스템을 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 행위'에 해당한다고 보아, 이 부분 변경된 공소사실을 유죄로 인정하였다.

이러한 원심의 판단에는 법 제26조 제2항 제1호에서 정한 '정보통신망을 이용하여 체육진흥투표권 등을 발행하는 시스템을 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 행위'의 해석에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 반대하는 취지를 밝힌다.

재판장 대법원장 김명수 _____

 대법관 김소영 _____

 대법관 조희대 _____

주 심 대법관 권순일 _____

 대법관 박상옥 _____

대법관 이기택 _____

대법관 김재형 _____

대법관 조재연 _____

대법관 박정화 _____

대법관 민유숙 _____

대법관 김선수 _____

대법관 이동원 _____

대법관 노정희 _____