



범죄수사학연구

범죄수사학연구

제7호 2018. 10

발행일

발행처

발행인

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

발행처

사행성 개념의 규범적 고찰

Legal study on the concept of gambling

류부곤*

* 경찰대학 법학과 교수

** 이 글은 2018년 10월 18일, 한국게임법과 정책학회, 경찰대학 수사과학연구센터, 서울대학교 기술과법센터, 한양대학교 법학연구소가 공동주최한 학술대회 “게임 규범상 사행성 고찰과 경찰수사의 실제”에서 발표한 내용을 수정, 보완한 것임

ABSTRACT

이 글은 도박이나 사행행위 등에 대한 법적 규제의 근거에 자리하고 있는 사행성이라는 개념에 대한 분석을 시도한다. 그러한 과정으로 우선 사행성 개념에 대한 분석의 토대를 마련하기 위하여 개괄적이거나 사회과학적 차원의 이론적 논의를 소개, 분석하여 본다. 이러한 이론적 논의는 사행성에 대해 막연히 부정적인 인식을 가지고 있는 사람들에게 보편적이고 중립적인 관점에서 생각을 시작해 볼 수 있는 바탕을 제공할 수 있다고 생각한다. 현행 법체계에서 사행성 개념이 어떻게 사용되고 있는지를 상세히 살펴보고 그 문언적 의미에 대하여 살펴보고자 한다. 이어 사행성 개념에 대한 대법원 판례의 경향을 소개하고 이에 대해 분석해 보고, 사행성과 도박의 관계 등의 고찰을 통하여 사행성의 규범적 의미를 도출해 보고자 한다.

KEYWORD

사행성, 도박죄, 우연성, 베팅, 사행행위규제법

I. 들어가며

자본주의는 우연이라는 요소도 상품화의 대상에서 절대 제외하지 않는다. 사람들은 자연스럽게 주식투자를 하며 부동산투기를 하며 로또를 구입하며, 조금 여유가 생기면 카지노로 놀러 가기도 한다. 투자나 심심풀이라는 명목으로 미화되기는 하지만 이들 역시

사행성 게임임에는 틀림없으며 사람들은 실질적인 사행성 게임을 명확히 인식하지 못한 채 그것을 공기처럼 받아들이게 되는 것이다.¹

사행행위라는 용어는 이미 굉장히 익숙한 용어이다. 사실 도박죄가 엄연히 존재하는 현대사회의 현실에서 어떤 놀이를 도박이라고 규정하는 것은 굉장한 부담(?)을 가질 수 있는 것이기에 흔히 도박과 유사한 놀이나 행위를 사행행위 혹은 사행성 오락이라고 표현하는 방식을 더 선호하는 것 같다. 실제로 우리의 삶 언저리에는 사행심을 이용하거나 조장하는 다양한 형태의 행위나 놀이 등이 존재한다.² 자본의 힘을 어느 때보다 절감하며 이윤의 추구나 경제성이 일상에서 수행하는 일과 과업의 핵심적인 고려요소가 되어버린 이 사회에서 우연히도 이득을 얻을 수 있는 기회 제공은 어떤 경우 어떤 사람에게도 호기심과 관심의 대상이 되지 않을 수가 없는 것이다. 그러나 서두에 말한 것과 같이 도박은 금지되는 것이고 도박중독의 무서움은 인기있는 대중 영화의 소재가 되기도 하며³ 인형뽑기방에 몰두하는 청소년이나 취준생들을 한심하게 바라보며 이를 분석하는 언론기사를 심심치 않게 볼 수 있다. 뿐만 아니라 아파트 가격의 상승을 바라보며 ‘그 때 집 한 채 샀어야 했는데...’라는 후회아닌 후회를 개인적으로 하면서도 대중은 부동산 ‘투기’의 의혹이 있는 공인(公人)에 대해서는 매서운 눈으로 바라본다. 사행행위는 누구나 추구하는 것인 것 같으면서도 법, 규범, 그리고 사회공동체에서는 ‘악성(惡性)’을 가지고 있는 것으로 간주되고 있는 것이다.

이 글은 도박이나 사행행위 등에 대한 법적 규제의 근거에 자리하고 있는 사행성(射倖性)이라는 개념에 대한 분석을 시도한다. 즉 ‘요행을 바라는 마음’이라는 뜻의 사행심과 밀접한 관련이 있는 사행성이라는 개념의 규범적 의미를 규명하고자 한다. 그러한 과정으로 우선 사행성 개념에 대한 분석의 토대를 마련하기 위하여 개괄적이거나 사회과학적 - 심리학, 사회학 등 - 차원의 이론적 논의를 소개, 분석하여 본다. 이러한 이론적 논의는 사행성이라는 개념에 대해 막연히 부정적인 인식을 가지고 있는 사람들 - 필자를 비롯한 일반적인 독자들 - 에게 보다 보편적이고 중립적인 관점에서 생각을 시작해 볼 수 있는 바탕을 제공할 수 있다고 생각한다. 그러면서 현행 법체제에서 사행성 개념이 어떻게 사용되고 있는지를 상세히 살펴보고 그 문언적 의미에 대하여 살펴보고자 한다. 이어 본격적으로 사행성 개념에 대한 규범적 분석을 시도하기 위하여 사행성 판단에 관한 대법원 판례의 경향을 소개하고 이에 대해 분석해 보고, 사행성과 도박의 관계 등의 고찰을 통하여 사행성의 법규범적 의미를 도출해 보고자 한다.

이 글은 구체적인 현행 법규의 해석을 직접적으로 시도하려는 것은 아니다. 다만 각종 규제법규의

1 박태순, “사행성게임에 대한 현상학적 접근”, 언론과 법 제7권 제2호, 2008, 160면.

2 초등학교생들에게 인기있는 ‘억만장자게임’에서는 ‘뽑기’로 직업이 결정되고 ‘주사위 던지기’로 등급상승의 여부가 결정되는데, 그 결과 인생의 ‘결승점’에서의 수입차이가 몇 배이상 벌어진다.

3 화투꾼들의 모습을 그린 영화 ‘타짜’에서 결국 주인공을 제외한 주요 인물들은 목숨을 잃거나 손목을 잃게 된다.

근간을 이루고 있는 사행성 개념에 대해 사고와 해석의 방향을 제시하여 앞으로 이루어질 구체적인 해석이나 정책방향에 대한 논의에 하나의 단초를 제공하기 위함이다.

II. 사행성 개념에 대한 이론과 법적 현황

1. 사행성 개념에 대한 이론적 논의

가. 사행성 행위에 대한 사회과학적 고찰

스키너(B. F. Skinner)에 의하여 시작된 심리학에서의 강화계획(reinforcement schedules) 이론에 의하면 특정한 행위에 대한 몰입은 불규칙적으로 생기는 강화(보상)계획 때문에 발생한다고 한다.⁴ 스키너의 실험⁵은 특정한 행위가 가져다주는 간헐적이고 불규칙적인 보상이 사람들로 하여금 그 행위에 몰입하게 되는 기제로 작용한다는 것을 보여준다. 그래서 표적행동⁶이 일어났을 때 어떻게 강화할 것인가에 대한 구체적인 규칙인 강화계획의 종류 중 사람들이 표적행동을 할 때마다 그 행동을 강화하는 ‘연속적 강화계획’ 보다는 표적행동 중 일부만을 강화하는 ‘간헐적 강화계획’이 훨씬 효율적이라고 한다. 간헐적 강화도 다시 시간을 기준으로 하는 간격강화와 강화빈도를 기준으로 하는 비율강화가 있는데, 이 중에서 표적행동을 지속시키는 효과가 가장 강한 것은 비율에 변동을 주는 변동비율 강화이며 이는 도박의 예에서 잘 알 수 있다고 설명한다.⁷ 그리고 여기에 추가하여 우리들의 행위가 각성의 수준에 의하여 이루어진다고 보는 각성이론(Arousal Theory)에 의하면 결과에 있어서 우연성과 불규칙성의 특성을 가지고 있는 행위의 경우 그 행위가 가지고 있는 금전적, 심리적, 사회적 보상이 클수록 각성수준이 높아지고 이것은 중독을 야기할 가능성이 높아짐을 의미한다.⁸

4 M. Spiegler · D. Guevremont/ 강영심 · 황순영 역, 『최신행동치료』 제5판, CENGAGE Learning, 2012, 107면 이하; 히로나카 나오키/ 황세정 역, 『중독의 모든 것』, 큰북소리, 2016, 152-154면 참조.

5 스키너는 스스로 ‘스키너 박스’라고 명명한 조그만 실험상자를 만들어서 실험을 하였는데, 그는 먹이를 강화요인으로 사용하면서 규칙적인 강화와 불규칙적인 강화를 비교함으로써 실험대상인 쥐와 비둘기의 행동을 관찰하였다. 그 결과는 규칙적인 고정 비율로 먹이를 강화시켜주는 경우에 비해 불규칙적인 변동비율로 먹이를 강화시켜주는 경우에 행위에 더 집착하는 모습을 보여주었다는 것이다. B. Skinner/ 이신영 역, 『스키너의 행동심리학』, 교양인, 2017 참조.

6 실험자가 의도하는 피실험자의 특정행동을 말한다. 예를 들어 스키너의 실험에서는 쥐나 비둘기가 먹이단추를 누르는 행동을 말한다.

7 M. Spiegler · D. Guevremont/ 강영심 · 황순영 역, 앞의 책, 119면.

8 이흥표, 『도박의 심리』, 학지사, 2002, 36면 이하 참조.

놀이의 우연성은 인간의 본성, 특히 인간 만의 속성이라고 보는 연구도 있다. 로제 카이와(R. Caillois)에 의하면 인간이 즐기는 놀이의 범주는 아곤(Agon: 경쟁), 알레아(Alea: 우연), 미미크리(Mimicry: 모사), 일링크스(Illex: 현기증)로 구분될 수 있는데, 이중 우연을 의미하는 알레아가 사행성게임과 직접적인 관련이 있고 알레아는 특히 동물과는 다른 인간 특유의 형태로 보여진다고 한다.⁹ 사람들이 알레아적 특성을 가진 놀이에 경도되는 현상에 주목하여 호모알레아투스(Homo Aleatus)라는 용어를 사용하기도 한다.¹⁰ 이는 사행성 및 사행성 행위가 인간의 본성과 떼려야 뗄 수 없는 밀접성을 가지고 있음을 강조하는 것이다.¹¹

본격적인 사회학의 논의¹²에서 사행성 행위는 자본주의 사회시스템에서 아노미(Anomie) 상태의 구성원들이 보이는 일련의 적응의 양식이라거나(아노미, 박탈이론), 자신의 의사를 능동적으로 정할 수 없는 노동자 및 하층계급의 사람들이 자신들만의 통제와 계산을 통해 의사를 결정할 수 있는 기회를 제공하는 수단(소외이론) 등으로 설명된다. 이러한 설명은 주로 하층민이 사행성 행위에 많이 빠져드는 경향을 구조-기능주의 이론을 토대로 설명하는 것이지만, 이와는 다른 측면에서 사행성 행위를 스포츠, 축제와 함께 일상적인 삶에서 과시와 위협을 추구할 수 있는 하나의 행위로 인식하거나(상호작용이론), 굳이 경제적인 이득을 보지 않더라도 사행성 행위를 통해서 유희적 기쁨, 스릴, 긴장감, 유대관계, 현실도피 등의 가치를 얻을 수 있어서 참여자들이 금전적 비용(베팅금액)을 지불하면서 이러한 가치를 소비하는 현상(소비이론)으로 보아 일상적이고 안정적인 삶을 사는 현대인의 일반적인적이고 정상적인 유희수단으로 보기도 한다.

이러한 심리학적, 사회학적 설명들은 사행성이 인간의 행태에서 보편적으로 나타나고 사회에 만연하게 되는 ‘현상’ 자체를 이해하기 위한 시도이긴 하지만 이를 통해 사행성의 내재적 요인, 즉 특정한 행위가 사행성 행위라고 개념정의되기 위하여 필요한 요소들도 함께 보여주고 있다. 이러한 이론적 배경을 바탕으로 사행성의 요인에 대하여 요소별로 분석해 본다.

나. 사행성 요인의 분석

사행성에 대한 사회과학적 연구결과와 그에 따른 사행성의 사전적 정의는 ‘우연에 기대어 행위자가 금전을 투입하여 금전적 이득을 얻으려 하는 것’이라고 할 수 있다. 그래서 사행성의 요건은 일단 불확실함과 우연에 기대는 정도(우연성), 금전을 투입하는 것(베팅), 금전적 이득에 대한 기대비율(보상비율)이라고 정리될 수 있다.

9 R. Caillois/ 이상률 역, 『놀이와 인간』, 문예출판사, 2002. 148면 이하. 이 연구에 의하면 어린이는 동물과 가깝기 때문에 어린이에게서 알레아를 즐기는 것을 찾기는 어렵다고 한다.

10 G. Reith/ 김영선 역, 『도박』, 꿈엔들, 2006. 70면 이하.

11 박태순, 앞의 논문, 163면.

12 이하의 내용은 박태순, 앞의 논문, 163-167면을 요약·정리하여 소개하는 것임.

(1) 우연성

사행성의 출발점이자 핵심은 그 결과가 불확실하다는 점, 즉 우연성에 있다. 스키너의 실험에서 보는 바와 같이 특정한 행동과 그에 대한 결과가 몰입과 탐닉의 대상이 되는 지점에는 결과발생의 우연성이 자리하고 있으며 구조-기능주의 이론에서 사회적 하층민에게 사행성 행위가 대안이 될 수 있는 이유도 그것이 자신을 둘러싼 ‘필연적인’ 구조와 대비되는 우연적 상황이기 때문이다. 마찬가지로 ‘그 결과가 어떻게 될지 알 수 없다’는 성격이 사행성 행위가 일상적인 삶을 사는 현대 도시민에게 비용을 기꺼이 지불할 만한 모험이자 긴장과 스릴의 대상이 되는 이유이다. 그리고 우연성이라는 속성은 단순히 유무를 판별할 수 있는 것이 아니라 그 행위의 방법론적 형태에 따라 결과발생의 확률과 결합하여 그 정도를 평가할 수 있는 개념이고, 우연성의 정도는 그 행위에 임하는 사람의 배경이나 능력의 차이를 효과없게 만드는 소위 ‘절대적 평등성’¹³의 정도를 나타내는 것이기에 사행성의 정도와 우연성은 비례관계에 있다고 할 수 있다. 물론 일정한 확률이라는 개념은 과학적이고 객관적인 것이어서 그 자체가 우연성과 직결될 수 있는 것은 아니고, 확률의 수치가 참여자에게 우연성의 정도로 인식되는 주관적 평가의 과정이 필요하다. 이러한 이유로 우연성은 사행성에 대한 규범적 해석에 있어서도, 후술하는 바와 같이, 해석의 출발점이 되고 있으며 일정한 노력과 기술이 필요하여 그 결과에 일정부분 영향을 주는 행위의 경우에도 참여자에게 주관적 우연성이 인정된다면 사행성 판단의 대상이 될 수 있는 것이다.

(2) 금전의 투입 : 베팅

사행성에 있어 또 하나의 핵심적인 요인은 특정한 결과의 발생과 대가관계에 놓이는 금전의 투입 행위에 있다. ‘내기’ 혹은 ‘베팅(betting)’이라고 불리는 행위로, 참여자가 대상으로 삼은 특정한 결과의 발생 여부에 따라 일정한 보상체계가 존재하는 경우를 말한다.¹⁴ 그러므로 금전의 투입이 단순히 특정 행위를 할 수 있는 비용으로서의 의미만을 가지는 것이 아니라 투입된 금전이 일정한 결과와 결부되어 참여자에게 이득을 주는 원인이 될 수 있는 가능성이 존재해야 한다. 그러한 의미에서 투입된 금전과 그에 따른 보상은 대가관계이다.¹⁵ 앞서 본 행위결과의 우연성과 보상에 대해 대가관계를

13 우연은 “기술의 효능을 무력화할 뿐만 아니라, 선천적, 후천적을 불문하고 모든 차이, 즉 개인적 자질, 인내심, 노력 또는 교육에 기초한 모든 차이를 무효”로 만든다(G. Reith/ 김영선 역, 앞의 책, 189면)는 이유로 ‘절대적 민주주의’라고 표현된다고 한다. 김윤명, “온라인 화투놀이에 대한 법률 문제”, *홍익법학* 제14권 제3호, 2013, 38면.

14 정호경·송시강, “온라인 게임 규제의 문제점과 개선방안 - 소위 고평류 게임의 사행성 논란을 중심으로-”, *경제규제와 법* 제4권 제2호, 2011, 10면.

15 황성기, “온라인 웹보드게임의 사행성 규제의 헌법적 한계 - 도박과 게임의 개념본질적 구분을 중심으로 -”, *경제규제와 법* 제4권 제2호, 2011, 45면.

가지는 금전의 투입이 결합하여 사행성의 본질을 이룬다고 할 수 있다.¹⁶

우연성을 가지는 행위에 대해 일정한 금전의 투입, 즉 베팅이 이루어지는 경우만으로도 사행성이라는 행위의 속성은 충족이 되지만, 그러한 행위에 대한 사행성의 정도는 베팅의 단위속도나 확장성¹⁷ 혹은 베팅하는 금전의 다소(多少)¹⁸에 따라 달리 평가될 수 있다고 한다. 이 말은 우연성의 정도와 함께, 대가관계에 있는 금전투입의 방식이나 크기도 사행성의 정도에 영향을 주는 요소라고 할 수 있다는 것이다.

(3) 금전적 이득에 대한 기대비율 : 기대보상

사행성의 세번째 요인은 금전적 이득에 대한 기대, 즉 보상에 대한 기대의 존재이다. 물론 이러한 기대는 실제로 이루어지는 또는 이루어질 수 있는 보상행위에 기반한 것이다.¹⁹ 그런데 이러한 보상의 기대가 사행성의 요인이 되기 위해서는 투입한 금전에 대한 일정한 배율의 보상이 이루어질 사실상의 가능성이 필요하다. 투입한 금전에 비하여 보상이 적은 경우에는 이를 실질적인 보상이라고 할 수 없기 때문이다. 그리고 베팅의 보상비율이 매우 변동적이고 그 배율이 매우 크거나 매우 작다면 이는 사행성이 크다고 할 수 있다.²⁰ 이러한 보상의 내용에 대해 참여자가 직접 경험할 필요는 없고 금전의 투입 행위 당시에 이를 인지할 수 있으면 된다. 구조-기능주의의 관점에서 사행성 행위에 사람들이 자연스럽게 몰입하는 근저에도 정상적인 시스템이나 안정적인 일상의 상태에서는 기대할 수 없는 수준의 보상이 사행성 행위에서는 기대가능하다는 점이 있다. 그러한 보상이 우연성에 기인하거나 낮은 확률을 가지고 있음에도 투입한 금전 대비 매우 높은 배율의 보상이 기대된다는 그 자체로도 몰입도를 야기할 수 있다.

2. 현행 법체계에서의 사행성

현행 법체계에서 사행성, 사행행위라는 개념을 가장 직접적으로 사용하고 있는 법은 일정한 놀이나 경기의 방식을 바탕으로 베팅이나 배당을 내용으로 하는 게임²¹을 전반적인 대상으로 하고 있는

16 같은 취지로 정호경·송시강, 앞의 논문, 10면.

17 베팅의 단위속도가 빠르면 빠를수록, 베팅의 확정성이 클수록 사행성이 증가한다고 한다. 박태순, 앞의 논문, 170면 참조.

18 정호경·송시강 교수는 “제3자가 보았을 때 동기로 삼기에 충분한 금전의 내기가 결부된 사행을 도박이라 부르는 것이 일반적이다.”고 하여 베팅 금액의 크기가 사행성의 정도에 영향을 준다는 취지로 설명한다. 정호경·송시강, 앞의 논문, 10면.

19 후술하는 바와 같이 실제 보상이 이루어지는 방식, 보상의 내용 등은 사행성의 인정 그 자체와는 관련이 없지만 구체적인 법적 규제의 대상이 되는지 여부를 좌우하는 실질적으로 중요한 부분이다.

20 박태순, 앞의 논문, 170면.

‘사행행위 등 규제 및 처벌 특별법(이하, ‘사행행위규제법’)'을 들 수 있고, 컴퓨터 등의 전자장치를 이용한 게임물을 대상으로 하는 법인 ‘게임산업진흥에 관한 법률(이하 ‘게임산업법’)'에서는 규제의 대상으로 ‘사행성 게임물’을 규정하고 이에 대한 정의규정을 두어 간접적으로 사행성 개념을 인용하고 있다. 한편 사행성 혹은 사행행위라는 표현이 사용되지는 않았지만, 주지하다시피 행위나 놀이의 사행성에 따른 폐해를 규제하기 위한 전통적인 규범으로 형법은 도박죄와 도박개장죄 및 복표발매죄 등의 규정을 두고 있다.

가. 사행행위규제법

사행행위규제법은 그 법의 목적에서 “이 법은 건전한 국민생활을 해치는 지나친 사행심(射倖心)의 유발을 방지하고 선량한 풍속을 유지하기 위”함이라고 규정하여 지나친 사행심의 유발이라고 표현되는 사행성 행위의 규제를 직접적인 목적으로 함을 분명히 하고 있다. 동 법은 제2조의 정의규정에서 사행성 행위를 정의를 다음과 같이 정의하고 있다.

‘사행행위’란 여러 사람으로부터 재물이나 재산상의 이익(이하 “재물등”이라 한다)을 모아 우연적(偶然的) 방법으로 득실(得失)을 결정하여 재산상의 이익이나 손실을 주는 행위를 말한다.

이 정의는 앞서 이론적으로 제시된 사행성의 요인을 고루 담아내고 있다. ‘우연적 방법으로 득실을 결정’한다고 하여 우연성을 그 요소로 하고 있으며, ‘재물 등을 모아’라는 표현은 베팅을 의미한다고 할 수 있다. 그리고 득실의 결정에 따라 ‘재산상의 이익이나 손실을 주는 행위’라는 표현에는 일정한 보상이 있음을 의미한다고 할 수 있다. 그러므로 동 법의 사행행위에 대한 규정은 사행성의 이론적 요인을 고루 반영하고 있다고 할 수 있지만, 다른 한편으로는 몇 가지 특징적인 부분도 가지고 있다. 우선 정의규정의 형식상 사행행위의 주체는 소위 게임의 주재자나 진행자이다. 재물 등을 모으고 이익 등을 주는 주체이기 때문이다. 따라서 사행성 행위에 참여하여 보상 등을 기대하고 받는 주체는 일단 동 법 상의 사행행위의 주체는 아니다. 또한 이 규정에 의한 사행행위는 ‘여러 사람으로부터’ 재물 등을 모으는 것이므로 사행성 게임에 대한 복수의 참여자를 전제로 한다. 그리고 여기서의 사행행위에는 이익, 즉 보상을 주는 경우뿐만 아니라 ‘손실을 주는 행위’도 포함하여 특정한 참여자에게 재산상의 손실을 입게 하는 경우도 함께 포함하고 있다. 이는 일반적으로는 참여자가 투입된 금전에도 불구하고 보상을 받지 못하게 되어 투입된 금전 자체를 소비하게 되는 경우를 표현하는 것이라고 할 수 있겠지만, 게임의 결과에 따라 추가적인 손실을 보게되는 경우도 포함하는 것이라는 확장적 해석도 가능하다.

21 흔히 ‘게임’이라고 하면 전자방식으로 구현되는 ‘전자오락’이나 온라인게임 등을 떠올리지만, 여기서의 게임은 일정한 경기의 룰 하에 승부를 겨루는 모든 방식의 놀이를 지칭하는 것이다.

한편 사행행위규제법은 ‘사행행위영업’이라는 규정²² 하에 복권발행업(특정한 표찰(컴퓨터프로그램 등 정보처리능력을 가진 장치에 의한 전자적 형태를 포함한다)을 이용하여 여러 사람으로부터 재물등을 모아 추첨 등의 방법으로 당첨자에게 재산상의 이익을 주고 다른 참가자에게 손실을 주는 행위를 하는 영업), 현상업(특정한 설문 또는 예측에 대하여 그 답을 제시하거나 예측이 적중하면 이익을 준다는 조건으로 응모자로부터 재물 등을 모아 그 정답자나 적중자의 전부 또는 일부에게 재산상의 이익을 주고 다른 참가자에게 손실을 주는 행위를 하는 영업) 및 그 밖의 사행행위업(복권업, 현상업 외에 영리를 목적으로 회전판돌리기, 추첨, 경품(景品) 등 사행심을 유발할 우려가 있는 기구 또는 방법 등을 이용하는 영업으로서 대통령령으로 정하는 영업)을 그 대상으로 하고 있다.²³

나. 게임산업법

게임산업법은 이 법이 관리의 대상으로 하고자 하는 게임물에서 ‘사행성게임물’을 제외하고 있으며²⁴ 이에 따라 사행성 게임물의 정의규정을 두고 있다. 동 법 제2조 제1의2호²⁵에 의하면 사행성 게임물이란 ‘베팅이나 배당을 내용으로 하거나’, ‘우연적인 방법으로 결과가 결정되는’ 게임물로서 ‘그 결과에 따라 재산상 이익 또는 손실을 주는 것’이라고 할 수 있다. 또한 경마나 경륜, 경정을 모사하였거나 카지노를 모사한 게임물도 그 결과에 따라 재산상 이익을 주거나 손실을 주는 게임인 경우에는 사행성 게임물로 분류될 수 있으며, 동 법 시행령²⁶에 의하면 사행행위규제법상의 사행행위

22 사행행위규제법 제2조 제2호.

23 한편 사행산업의 감독을 위한 정부기구인 ‘사행산업통합감독위원회’는 사행성에 대해 ‘요행을 바라는 성질이 있음’이라고 정의하며 구체적으로 “‘게임성이 없이 경품이나 배당의 획득을 주목적’, ‘과다한 베팅이나 배당이 있어 사행심을 조장’, ‘사용자 상호간에 네트워크가 형성되어 게임의 결과에 따라 상호 손익의 직거래’ 등을 ‘사행성’으로 규정할 수 있다”고 설명하고 있다. 출처: 사행산업통합감독위원회 홈페이지 www.ngcc.go.kr

24 게임산업법 제2조 제1호 가목.

25 게임산업법 제2조 1의2 “사행성게임물”이라 함은 다음 각 목에 해당하는 게임물로서, 그 결과에 따라 재산상 이익 또는 손실을 주는 것을 말한다.

가. 베팅이나 배당을 내용으로 하는 게임물

나. 우연적인 방법으로 결과가 결정되는 게임물

다. 「한국마사회법」에서 규율하는 경마와 이를 모사한 게임물

라. 「경륜·경정법」에서 규율하는 경륜·경정과 이를 모사한 게임물

마. 「관광진흥법」에서 규율하는 카지노와 이를 모사한 게임물

바. 그 밖에 대통령령이 정하는 게임물

26 게임산업진흥에 관한 법률 시행령 제1조의2(사행성게임물) 「게임산업진흥에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제2조제1호의2바목에서 “그 밖에 대통령령이 정하는 게임물”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 게임물을 말한다.

1. 「사행행위 등 규제 및 처벌 특례법」 제2조제2호에 따른 사행행위영업을 모사한 게임물

2. 「복권 및 복권기금법」 제2조제1호에 따른 복권을 모사한 게임물

영업을 모사하였거나 복권, 소싸움 등을 모사한 방식의 게임인 경우에도 재산상 이익이나 손실을 준다는 조건 하에 사행성 게임물이 될 수 있다. 게임산업법의 이러한 규정도 사행성의 세 가지 요인을 고려하고 있다. 일단 재산상의 이익이나 손실을 필수적인 요건으로 제시하고 있으며, 게임의 내용이 베팅이나 배당을 내용으로 하거나 우연에 의하여 결과가 결정되는 경우라고 하여 금전의 투입과 우연성을 요건으로 한다. 다만 금전의 투입과 우연성의 요건은 택일적 요소로 규정하고 있다는 점이 눈에 띈다. 이러한 형식에 따른 해석상으로는 우연성이 그 속성이 아니거나 베팅 등의 방식이 내재되어 있지 않아도 사행성 게임물로 평가될 수 있다고 할 수 있다.

한편 동 법 제16조에 근거를 두고 게임물의 등급분류와 사행성 확인 등의 기능을 수행하는 게임물관리위원회에서 자체적으로 마련한 게임물의 등급분류 규정²⁷에 의하면 게임의 사행성을 판단하는 주요 요소는 게임 방식에 있어서의 사행행위 모사의 정도와 아이템 등 게임상의 이익을 획득함에 있어서 우연성의 정도라고 할 수 있다. 여기서 사행행위 모사의 구체적인 내용은 베팅이나 배당의 방식이라고 볼 수 있어서 이 규정의 사행성에 대한 기본적인 인식도 게임산업법의 방식과 다르지 않다고 볼 수 있다.

다. 형법

형법은 제246조에서 ‘도박, 상습도박’이라는 표제 하에 “도박을 한 사람은 1천만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 일시오락 정도에 불과한 경우에는 예외로 한다.”고 하여 ‘도박행위’를 원칙적으로 처벌

3. 「전통소싸움경기에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 소싸움을 모사한 게임물

27 출처: 게임물관리위원회 홈페이지 www.grac.or.kr(최종 개정 2016. 11. 16.)

제12조(사행행위 등 모사) 게임물의 사행행위 등 모사 및 사행심 유발 등에 대한 세부기준은 다음 각 호와 같다.

1. 전체이용가: 사행행위 모사가 없거나 사행심 유발 정도가 약하여 청소년에게 문제가 없는 게임물

가. 게임의 내용에 사행행위 모사 표현이 없거나 그 정도가 약한 경우

나. 가상현금(캐쉬 등을 말한다. 이하 이 호에서 같다.)을 이용하여 구매한 아이템의 결과가 우연적으로 결정되지만, 게임상의 가치가 투입된 금액에 비하여 낮지 아니하고 결과물을 예측할 수 있는 정보를 제공하는 경우
다. 가상현금으로 구매한 아이템을 조합 등의 시스템에 사용할 수 있으며 그 결과가 우연적으로 결정되지만, 그 재료 등을 게임 내에서 획득 가능하고 결과물을 예측할 수 있는 정보를 제공하는 경우

2. 12세이용가: 사행행위 모사 및 사행심 유발의 정도가 12세 미만의 사람에게 유해한 영향을 미칠 수 있는 게임물

가. 게임의 내용 중 일부에서 단순한 사행행위 모사의 표현이 있으나, 이용자의 참여가 불가능한 경우

나. 가상현금을 이용하여 구매한 아이템의 결과가 우연적인 방법으로 결정되는 경우

다. 가상현금으로 구매한 아이템을 조합 등의 시스템에 사용할 수 있으며 그 결과가 우연적으로 결정되지만, 그 재료 등을 게임 내에서 획득할 수 없는 경우

3. 15세이용가: 사행행위 모사 및 사행성 유발의 정도가 15세 미만의 사람에게 유해한 영향을 미칠 수 있는 게임물

가. 게임의 내용 중 일부에서 제한적인 사행행위 모사의 표현이 있으며, 이용자의 참여가 가능한 경우

하는 규정을 두고 있으며, 제247조에서는 “영리의 목적으로 도박을 하는 장소나 공간을 개설한 사람은 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.”고 하여 소위 도박개장죄를 규정하고 있다. 형법은 도박죄의 구성요건으로, 구체적인 설명 없이 단지 ‘도박’이라고만 표현하고 있지만, 도박의 정의에 대해서는 일반적으로 “당사자가 서로 재물을 걸고, 주로 우연한 사정에 의존한 승부로 재물의 득실을 결정하는 행위”²⁸ 라고 하여 사행성의 이론적 정의나 사행행위규제법에서의 사행행위 정의와 기본적인 구조가 동일한 개념이라고 할 수 있다. 그러므로 형법의 도박죄 및 그러한 도박행위에 대한 영업을 원칙적으로 금지하는 규정은 사행성 행위를 포괄적으로 규제하는 규정체계라고 할 수 있다.²⁹

한편 형법은 제248조 제1항에서 “법령에 의하지 아니한 복표를 발매한 사람은 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.”고 하여 사행행위규제법의 복권발행행위에 해당하는 행위를 처벌하는 규정을 두고 있으며, 제2항과 제3항에서는 각각 “제1항의 복표발매를 중개한 사람은 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.”, “제1항의 복표를 취득한 사람은 1천만원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하여 복권발행 중개행위와 복권취득행위도 처벌하고 있다. 사행행위규제법에서와 같이 사행성 있는 행위인 복권발행법 및 이에 참여한 자³⁰ 를 규제의 대상으로 하고 있는 법체계이다.

III. 사행성 개념의 규범적 정립을 위한 분석

1. 사행성 개념에 대한 대법원의 해석

어떠한 게임이나 놀이가 사행성을 가지는지 여부에 대한 문제에 대하여 대법원의 주류적 입장은 사행성의 요인 중 보상, 즉 재산상 이익 등의 부여행위가 이루어지는지에 중점을 두고 있는 것으로 보인다.

가. 우연성에 의한 재산상의 이득·손실

과거의 판례 중에는 사행성의 본질을 우연성에서 찾는 듯한 경우³¹ 도 있었지만 대체로는 우연성

28 현재 형법교과서 상의 일반적인 정의이자 형법학계의 통설이다. 김일수·서보학, 『새로운 형법각론』 제8판증보판, 박영사, 2016, 515면; 진계호, “도박죄에서의 문제점”, 형사법연구 제10호, 1997, 141면.

29 물론 후술하는 바와 같이 사행성 행위와 도박행위를 같은 관념으로 볼 수 있을지는 별도의 논의가 필요하다.

30 복권구매도 우연에 의한 승패의 결정이라는 점에서 넓은 의미의 도박으로 본다. 김일수·서보학, 앞의 책, 520면.

31 대법원 1987. 9. 8. 선고 87도565 판결.

“여기에서 우연한 사고(보험사고)라 함은 계약성립 당시 특정의 사고가 그 발생여부, 발생시기가 불확정하다는

과 이에 결합된 재산상의 득실을 사행성의 내용으로 하는 것으로 보인다. 회원들로부터 투자금을 받은 후 선물지수의 변동에 따라 수익과 손실이 결정되는 방식의 금전거래행위를 한 사례에서 대법원은 “이 사건 각 사설 사이트의 운영 방식은 회원들이 가입하여 피고인들의 계좌로 돈을 입금하면 피고인들은 그들이 선택한 적용비율로 환산한 전자화폐를 적립시켜 주고, 회원들은 사설 HTS를 통하여 코스피 200 지수의 변동에 따라 위 전자화폐로 선물거래를 하며, 피고인들은 회원들이 거래할 때마다 수수료를 공제하고, 회원들이 전자화폐의 환전을 요구하면 원래의 적용비율에 따라 현금으로 환산하여 송금해주며, 거래 결과 회원들에게 시세 차익이 발생하면 피고인들의 손실이 되지만 회원들에게 손실이 발생하면 피고인들의 이익이 되는 구조인 바 (중략) 이 사건 각 사설 사이트를 통한 거래는 주가 변동 등 미래의 우연한 결과에 따라 수익과 손실이 결정되는 것으로서 그 거래행위 자체에 사행성이 있다는 점을 이유로 도박개장죄를 인정한 것은 타당하다.”³² 라고 하여 금전거래행위가 우연한 결과에 기반하고 이에 따라 참여자들에게 실제로 수익과 손실이 발생하게 되는 경우 사행성이 있는 도박행위에 해당한다고 보고 있다.

특히 재산상의 득실이 실제로 그 행위를 통하여 이루어지는지 여부에 사행성 판단의 핵심이 있는 것으로 보여지는 판례가 다수이다. 특정한 게임이 게임산업법 상의 사행성 게임물에 해당하는지 여부에 대해 대법원은 “게임산업법의 적용대상이 되는 게임물에서 제외되는 ‘사행성 게임물’이라 함은 게임의 진행이 게임산업법 제2조 제1호의2에서 제한적으로 열거한 내용 또는 방법에 의하여 이루어져야 할 뿐만 아니라, 게임의 결과에 따라 게임기기 또는 장치에 설치된 지급장치를 통하여 게임이용자에게 직접 금전이나 경품 등의 재산상 이익을 제공하거나 손실을 입도록 만들어진 게임기기 또는 장치를 의미하는 것이고, 게임제공업자가 게임이용자에게 게임결과에 따라 시상하거나 경품을 제공하는 등 간접적인 방법에 의하여 재산상 이익이나 손실이 주는 경우에는 비록 게임내용이나 방법이 게임산업법 제2조 제1호의2에서 열거하고 있는 것이라고 하더라도 사행행위 등 규제 및 처벌특례법에서의 사행성 유기기구에 해당함은 별론으로 하고 이를 ‘사행성 게임물’이라고 할 수는 없다.”³³ 고 하여 직접적이건 간접적이건 사행성의 여부는 재산상 득실야기의 여부에 달려있는 것이라고 보고 있다.

대법원의 이러한 태도는 위법한 경품제공 등의 영업방식이 문제된 다음의 판결에서도 나타난다. “사행심을 유발할 우려가 있는 기계·기구 등을 이용하여 우연의 결과에 따라 이용자에게 재산상의 이익 또는 손실을 주는 행위를 업으로 하는 경우에는 사행행위법 제30조 제1항 제4호 위반죄에 해당되는바, 여기서 사행심을 유발할 우려가 있는지 여부는 기계·기구 자체의 사행성뿐만 아니라 위법

것을 의미하고 그 불확정성은 객관적임을 요하지 아니하고 주관적으로 계약당사자에게 불확정하면 되므로 보험은 사행성을 그 특질로 한다 할 것이고, 보험사고는 일정한 기간(보험기간)내에, 생긴 것이어야 한다 할 것이다.”

32 대법원 2013. 11. 28. 선고 2012도14725 판결(밀줄은 필자 주, 이하 같음).

33 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도11666 판결.

한 경품제공이나 환전 등 영업방법에 있어서의 사행성도 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 따라서 게임제공업소의 경품취급기준을 위반하여 경품을 제공하거나 환전하여 줌으로써 사행심을 유발할 우려가 있다고 인정되는 경우에는 사행행위법 제30조 제1항 제4호 위반죄가 성립한다고 보아야 한다.”³⁴ 이 판결을 특히 사행성은 재산상의 손실보다는 이득의 제공에서 나온다는 점을 시사하고 있다. 그러므로 대법원은 다음에 보는 바와 같이 특정한 게임 등이 재산상 이득을 제공하지 아니하였거나 제공할 가능성이 없다면 우연성과 베팅이라는 요소에도 불구하고 사행성이 인정되지 않는 것으로 보고 있다.

다방에 슬롯머신 형태의 작은 오락기를 비치하여 운영한 사건에서 대법원은 “피고인은 그 운영의 다방에 이 사건 오락기 1대를 설치하였는데, 이 사건 오락기의 사용 방법은 사용자가 100원짜리 동전을 투입하면 주어지는 점수를 걸고 베팅(betting)을 한 후 오락기의 단추를 누르면 화면에 나타나는 그림 또는 숫자 배열에 따라 점수를 취득하거나 잃는 것인 사실을 알 수 있을 뿐이고, 나아가 피고인이 이 사건 오락기의 사용자에게 그 얻은 점수에 따라 금전이나 환전 가능한 경품을 지급하였음을 인정할 아무런 자료가 없는바, 사정이 이러하다면 이 사건 오락기가 위 조항 소정의 '사행심을 유발할 우려가 있는 기계·기구'에 해당한다고 단정할 수 없다 할 것이다.”³⁵ 라고 판시하여 금전을 투입하여 베팅을 하는 방식이고 우연성이 있는 방식에 의하여 결과의 차이가 발생한다고 하여도 해당 게임이나 오락이 재산상의 이득을 제공하지 않는다면 사행성을 인정할 수 없다는 취지로 보인다.

나. 재산상 이득 또는 손실의 사회통념 위배성

그런데 일련의 대법원 판례들은 특정한 행위나 게임이 사행성이 있다고 평가받기 위해 필요한 재산상 득실이라는 요건이 단순히 재산상 이익이 제공되는 것으로 충족되는 것이 아니라 일정한 규모 이상, 즉 사회통념상 상당한 정도를 넘어서는 정도에 이를 것을 요구하는 것으로 보인다. 이른바 ‘황금성’ 게임기에 대한 판결에서 대법원은 “게임물을 이용한 게임의 결과가 사용자의 능력과는 무관하게 우연성에 의하여 좌우되며, 이에 따라 사회통념상 상당하다고 인정되는 정도의 허용범위를 넘어 재산상의 이익을 취득하거나 손실을 주도록 하여 게임장을 찾는 손님들로 하여금 오락성보다 주로 또는 오직 재산상의 이익 취득만을 목적으로 게임을 하도록 하면 사행성전자식유희기구에 해당하는 것이다.”³⁶ 라고 판시하여 게임결과와 우연성과 함께 재산상 이익이나 손실이 사회통념상 허용되는 범위를 넘어서는 수준에 이를 것을 사행성 판단의 요건으로 제시하고 있으며, 나아가 그 구체적인 판단의 기준으로 재산상의 이익 취득의 목적이 사람들이 그 게임을 하는 주된 목적이 될 정도를 제시하고 있다.

34 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006도5864 판결.

35 대법원 2004. 5. 14. 선고 2003도8245 판결.

36 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도6775 판결.

이러한 대법원의 입장은 다단계판매의 규제에 대한 다음의 판결에서도 나타난다. “법이 다단계판매에 대하여 엄격한 규제를 가하고 있는 이유는 원심이 적절히 실시한 바와 같이 위와 같은 판매형태가 직접적인 대인판매·연고판매에 의존하여 판매조직의 확대에 따른 이익의 증가를 미끼로 사행성을 유발하고 소비자 피해를 양산할 가능성이 있기 때문이다.”³⁷ 즉 사행성은 (현저한 정도를 넘어가는) 이익증대의 가능성에서 유발되는 것이라는 점을 명시하면서, 아울러 ‘소비자 피해를 양산할 가능성이 있기 때문’이라는 설시를 하여 이렇듯 사행성과 기대이익의 현저함이 결부되는 이유에는 사행성의 규제가 참여자의 재산피해 가능성에 근거하고 있음을 추정할 수 있다.

사회통념상 상당하다고 인정되는 정도를 넘는 수준의 재산상 이익취득의 기대가능성은 사람들이 재산상 이익취득의 목적으로 그러한 행위를 하도록 하는 동기가 부여되는 주된 원인이 됨과 동시에 계속적이고 반복적으로 그러한 행위를 하게끔 하는 강력한 요인이 될 수 있다. 그런데 금전의 투입과 베팅이 반복되는 과정은 필연적으로 참여 초기에는 의도치 않은 재산상의 과도한 손실을 야기할 수 있고 대법원도 사행성의 판단에 있어 이러한 점에 주목하는 것으로 보인다. 하지만 구체적으로 참여자에게 야기될 수 있는 재산손실의 정도가 사행성의 판단에 어떻게 영향을 주는 지는 일관되지 않고 사안에 따라 달리 보는 것으로 보인다.

게임물의 구매한도가 사행성과 관련있는 규제의 대상인지 여부가 문제된 사례에서 대법원은 “게임물에 이용자가 투입할 수 있는 금액을 일정한 한도로 제한한 이 사건 구매한도는 이용자가 게임 내에서의 승패에 따라 잃을 수 있는 게임머니의 한도를 정한 것으로서, 게임의 실행 단계에서는 이용자가 베팅할 수 있는 게임머니 또는 이용자가 참가할 수 있는 게임의 횟수를 제한하는 효과가 있는 점, 이 사건 게임물은 사행성이 강한 고스톱과 포커 등을 모사한 게임물로서 게임의 승패에 따른 게임머니의 득실이 누적된 상태로 반복적으로 게임이 진행되는 점, 이와 같은 게임의 방법과 진행 과정 등에 비추어 보면 이 사건 구매한도가 단순히 게임의 준비절차에만 관련되어 있다고 볼 수는 없는 점, 도박 또는 사행행위를 모사한 게임물의 이용에 제한 없이 돈을 투입할 수 있게 하는 것은 이용자의 과도한 몰입을 유발하여 사행적 풍속을 조장하는 결과를 초래할 수 있으므로 이러한 게임물에서의 이용자의 구매한도는 등급분류에 있어 중요한 의미가 있는 것이다.”³⁸ 라고 판시하여 게임의 결과에 따라 참여자가 입을 수 있는 재산상 손실의 규모를 과도하게 하는 것은 사행성과 직결되는 것이므로 ‘사행적 풍속이 조장되는 결과’를 방지하기 위해서는 구매한도의 설정과 같이 참여자의 재산상 손실이 한도를 넘지 않도록 하는 장치가 필요하다는 입장을 취하고 있다.

반면 강원랜드 카지노에서 베팅한도액이 지켜지도록 제대로 감독하지 않은 것에 대해 카지노 측의 손해배상책임이 인정되는지 여부에 대한 사례에서 대법원 전원합의체의 다수의견은 “사행심은 ‘우연한 방법’에 의하여 ‘큰 재산상 이익’을 얻을 수 있다는 점에서 생기고 재산상 손실 규모의 대소

37 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005도977 판결.

38 대법원 2014. 11. 13. 선고 2013도9831 판결.

에 따라 달라지는 것은 아니므로 사행심 유발 방지를 위한 장치에 반드시 과도한 재산상 손실을 방지하는 장치가 따라가야 하는 것은 아니다.”³⁹ 라고 판시하여 사행성 자체는 재산상의 이익에 대한 기대감에서 유발되는 것이고 재산상 손실의 다소(多少)는 사행성과 직접적인 관련이 없다는 입장을 보여주고 있다.⁴⁰

다. 정리와 평가

판례에 의하면 적어도 2000년대 이후에는 사행성은 곧 우연적 방법에 의한 재산상 이익추구의 가능성으로 보인다. 그러한 가능성은 현실적이고 직접적인 가능성을 의미한다. 다시 말해 우연성과 베팅의 방식을 통한 투입물 대비 산출물 혹은 결과물⁴¹의 현저한 확대가능성 만으로는 그 행위나 게임이 사행성 행위라고 평가하기에 부족하다. 이러한 점에서는 사행성에 대한 이론적 고찰의 결과인 ‘우연성-베팅-기대보상’의 결합이라는 것과 대법원 판례의 입장은 구조적으로는 일치하는 것으로 보인다. 그러나 사행성이 인정되기 위한 세부적인 조건에 있어서는 다소간의 차이가 발생한다. 사행성에 대한 법체계에서의 모습과 마찬가지로 사행성 행위의 방식에 대한 대법원의 인식에서 베팅이라는 요소가 차지하는 비중은 그리 높지 않아 보인다. 게임산업법 등에서 우연성과 베팅방식이 선택적 요소였던 것과 같이 판례에서도 우연성은 기본적으로 강조되고 재산상 득실의 확인이 중요한 부분이지만 금전의 투입과 베팅의 방식 자체에 대한 문제는 부각되지 않는다.(물론 과도한 재산상 손실야기의 우려와 관련하여 비용투입에 대한 제한방식이 판단의 대상이 되기는 하였다) 또한 대법원은 기대보상과 관련하여, 의미있는 보상의 존재만으로 행위자체의 사행성은 인정되고 기대보상비율의 높아짐은

39 대법원 2014. 8. 21. 선고 2010다92438 전원합의체 판결.

40 이 판결의 반대이견은 재산상 손실의 우려는 사행성 규제의 중요한 근거라는 입장이다.

대법원 2014. 8. 21. 선고 2010다92438 전원합의체 판결의 반대이견

“도박은 재물을 걸고 우연에 의하여 재물의 득실을 결정하므로 일방의 이익이 상대방의 손실로 직결되어 인간의 이기심과 사행심이 극단적으로 발현되는 행위로 개인과 사회에 미치는 폐해가 심대하다. 우리 형법은 기본적으로 도박을 범죄로 규정하여 건전한 국민의 근로관념과 경제에 관한 건전한 도덕법칙 및 사회의 미풍양속을 보호함과 아울러, 사행심에 의한 도박행위자의 재산상실 위험을 제거하려 하고 있다.

도박에 거는 금액은 도박에 따른 재물의 득실 규모를 결정하는 핵심적인 요소이고, 구체적인 카지노 게임 과정에서 베팅한도액 제한 외에 달리 카지노 이용자의 과도한 재산손실을 방지할 수 있는 마땅한 대안을 찾기 어려운 실정이다. 우리 법제상 마땅히 금지되어야 할 불법적이고 반사회적인 도박의 속성을 가진 카지노업을 특정 카지노사업자에게 지극히 예외적으로 허가하면서, 법령 등에 직접 근거 규정을 두어 베팅한도액을 정하고 이를 지키도록 한 취지를 단순히 일반 공중의 과도한 사행심 유발을 방지하고 단속하기 위한 것으로만 볼 수는 없다. 그에 못지않게 카지노사업자가 카지노 이용자와 카지노 게임을 하면서 합리적인 판단력과 자제력을 상실한 카지노 이용자의 사행심에 편승하여 이용자의 과도한 베팅금액으로 인한 과도한 손실을 밀천으로 사업자의 이익을 추구하지 못하도록 한 것을 베팅한도액을 정한 중요한 이유로 보아야 한다. 이렇게 해석하는 것이야말로 도박과 관련된 법체계의 모순과 부조화를 최소화하고, 입법자가 국민의 권익을 보호하기 위해 직접 근거 규정을 둔 의미를 올바르게 살리는 길이다.”

41 이는 게임의 스코어(Score) 등과 같이 순수하게 게임의 결과로 표현된 어떤 것을 말한다.

사행성을 강화하는 요인이라고 보는 이론적 입장과는 달리, 사회통념을 기준으로 하여 허용되는 수준을 넘어서는 기대보상이 사행성의 요건이라는 입장을 취하는 것으로 보인다. 대법원의 이러한 입장은 사행성이 적어도 법규범의 영역에서는 일정한 규제의 대상이 되는 요건이라는 점을 고려한 것으로 이해된다. 즉 대법원이 말하는 사행성은 사회적·법적 규제가 필요한 특정한 행위가 가지는 속성으로서의 사행성을 의미하는 것으로 이해될 수 있다. 이것이 여러 판례에서 구체적이고 현실적인 재산상 이득의 가능성이 강조되는 이유라고 볼 수 있다. 사행성에 관한 순수한 이론적 입장에 의하면 기대보상의 현실적 의미와 종류가 무엇인지는 중요하지 않다고 할 수 있다. 참여자가 금전적 가치를 부여할 수 있는 의미있는 보상이기만 하면 되는 것이다.⁴² 그러나 대법원의 입장과 같이 규제대상의 요건이 되기 위해서는 기대보상의 사회적 유의미성 즉, 사회구성원이 공히 인식할 수 있는 명확성과 현저성이 필요하다고 할 수 있다. 따라서 규범적 차원의 논의에서 기대보상의 의미를 사회통념을 넘는 수준의 현저한 금전적 가치를 가지는 재산상 이득이라고 파악하는 것에는 동의할 수 있다. 한편 예상되는 재산상의 손실가능성과 손실액의 다소(多少)는 사행성이 있다고 규범적으로 평가되는 행위의 결과 내지는 효과이지 사행성 여부의 판단과는 원칙적으로 관련이 없다는 대법원의 입장도 나름의 타당성을 가지고 있다고 생각한다.⁴³ 과도한 재산상 손실의 발생가능성은 강한 사행성의 이면이고 이는 해당 행위에 대한 규제의 정도와 방식을 결정하는 또 다른 기준일 뿐이다.

2. 사행성과 도박, 도박죄

사행성과 도박성은 같은 개념인가. 여기서는 도박과 사행행위의 관계에 대한 견해의 대립을 통하여 사행성과 도박성의 개념적 정리를 시도해 본다. 도박과 사행행위는 모두 참가자가 재물을 걸고 우연적 방법에 의하여 득실이 결정된다는 공통점이 있고, 다만 도박은 다수인이 재물을 걸어야 한다는 방식상의 제한이 있으므로 사행행위가 도박을 포함하는 개념이라는 견해가 있다.⁴⁴ 이에 대해 도박과 사행행위는 사행성이 있는 놀이라는 측면에서 동일한 개념이며 사행행위규제법은 그 처벌의 대상을 한정하고 있을 뿐이어서 사행행위는 사행행위규제법에 의하지 않더라도 원칙적으로 도박죄가 성립할 수 있다는 견해⁴⁵ 나 사행행위와 도박행위는 거의 동일한 개념으로 파악될 수 있다는 견해⁴⁶ 가

42 극단적으로는 단지 최고기록을 경신하거나 최상의 결과에 도달하기 위하여 게임에 몰두할 수 있고, 그러한 사람에게는 우연한 결과에 의해 주어지는 ‘하이 스코어’나 ‘희귀아이템’이 금전과 동등한 가치를 가지는 만족과 희열을 주는 보상일 수 있다.

43 앞서 소개한 판례 중 구매한도의 제한이 과도한 사행적 문화의 조장을 막기 위한 것이라고 하여 손실가능성이 사행성과 관련이 있는 것처럼 해석될 여지가 있는 사례도 필자의 입장에서는 손실가능성의 확대가 사행성이 있는 경기나 게임으로 인한 폐해의 확대로 이어질 수 있다는 점을 경계하는 취지로 보여지고 사행성 여부의 판단기준으로 다액의 손실이 발생할 가능성을 명시적으로 인정하는 것은 아니라고 생각한다.

44 이정훈, “사행성 게임물에 대한 형사책임”, 중앙법학 제8집 제4호, 2006, 37면.

45 황승흠, “게임과 사행행위 혼용 정책의 법적 분석”, 중앙법학 제8집 제4호, 2006, 70-73면.

있다.

도박과 사행행위를 개념적으로 구별해야 한다는 견해가 있지만 이 견해는 그 근거로 도박이 대항범이라는 점, 사행행위의 경우는 영업자가 필요하다는 점, 사행행위의 경우 영업자와 참가자가 득실을 다투는 관계가 아니라는 점 등을 제시하고 있어서 이는 방법론상의 구별일 뿐 도박성과 사행성을 개념적으로 구별하는 것으로 볼 수 없다. 결국 현재의 논의에 의하면 도박과 사행행위는 적어도 개념적으로는 공통의 내용을 공유하는 것으로 보이며, 다만 포섭의 범위에 있어서 차이를 보일 뿐이다. 이러한 논의결과를 도박성과 사행성의 관계로 확장해보면 결국 도박성과 사행성은 같은 것이라는 결론에 이를 수 있다.

그렇다면 사행성과 같은 개념의 도박성이 있는 도박행위가 도박죄의 구성요건에 대한 충분조건인가 하는 문제만이 남게된다. 앞서 살펴본 사회과학적 분석결과에 의하면 사행성은 그 정도의 여부와 상관없이 '우연성-베팅-기대보상'이 결합된 놀이나 게임의 형식 자체에서 도출되는 하나의 특성이며 인간의 본성 혹은 현대사회의 구조적 측면에서 자연스럽게 설명되는 중립적인 현상이라고 할 수 있으므로, 이 논의는 사행성 개념 자체에 대한 고찰과 직접적인 연관이 있는 것은 아니라고 할 수 있지만, 사행성 혹은 도박성은 경중에 대한 평가가 가능한 개념이고, 사행성 개념을 해석하는 대법원의 입장에 대한 분석결과와 같이 법규범적인 측면에서는 그와 같이 규범적으로 허용되지 않는 정도를 결정하는 문제가 실질적인 의미를 가지므로, 사행성과 관련하여 도박죄의 구성요건에 대한 논의는 이러한 맥락에서 이해될 수 있다.

도박죄의 구성요건은 결국 도박죄가 보호하고자 하는 보호법익에 대한 논의에 달려있다고 할 수 있다. 도박죄의 보호법익에 대해서는 다양한 관점에서의 논의가 이어져왔다.⁴⁷ 도박에 빠진 개인이 자신의 재산을 탕진하게 되는 현상을 도박이 범죄로 간주되어야 하는 이유의 중심에 놓는 관점에서는 도박을 준재산죄와 같이 취급한다.⁴⁸ 도박행위는 그 자체가 재산상의 손실을 가져오는 속성을 가지는 행위라고 보는 것이다. 그러나 최근의 다수의 관점은 도박행위가 가지는 국민의 건전한 노동의식을 저해하여 보호해야할 사회윤리적 법익(경제에 관한 건전한 도덕법칙)을 침해하는 것이라고 보는 것이다.⁴⁹ 일정한 수준 이상의 사행성을 가지는 도박행위는 사회의 유지를 위하여 필요한 사회윤리에 반하고 그로 인해 야기되는 다수의 재산적 손실은 그 자체로 사회적 폐해로 평가될 수 있으므로

46 황성기, “현행 게임물 내용심의제도의 법적 문제점”, 인권과 정의 제327호, 2003, 49면.

47 도박죄의 보호법익에 관한 학설사의 상세한 내용에 대해서는 진계호, 앞의 논문, 138-140면 참조.

48 주로 독일의 학계에서 주장되는 내용이다. 독일형법은 제284조에서 불법도박개장죄를 규정하고 있는데, 고리대금, 타인의 수권권, 어업권 침해 등 사기적 방법에 의한 타인의 재산권침해를 내용으로 하는 범죄들과 같은 장에 규정되어 있으며 불법도박개장죄의 목적은 조작된 도박으로부터 개인의 재산을 보호하는 것이라고 설명된다. Schönke/Schröder/Eser/Heine, StGB 29. Aufl., C. H. Beck, 2014, §284 Rn. 2. 참조.

49 김성돈, 『형법각론』 제4판, SKKUP, 2016, 679면. 판례도 같은 입장이다. 대법원 1983. 3. 22. 선고 82도 2151 판결 참조.

그러한 도박행위는 금지되어야 한다는 관점이다. 이러한 관점에 대해서는 주지하다시피 형법이 추상적인 사회윤리적 법익을 보호하는 것이 보충성의 원칙에 비추어 바람직한 것인가라는 원론적인 비판이 가능하다.⁵⁰ 그리고 형법의 개입을 선택한 것이 사회적인 정당성을 가진다고 하더라도 이러한 비판적 관점은 규제의 대상이 되어야 할 사행성의 정도를 해석함에 있어서도 반영이 될 필요가 있다. 또한 개인의 차원에서는 분명 도박죄를 준재산죄와 같이 평가하고자 하였던 관점에서 강조하는 바가 실질적으로 의미를 가질 수 있다.⁵¹ 그렇다면 도박성과 사행성은 같은 개념일 수 있지만, 도박죄의 구성요건인 도박행위의 성격은 현저한 도박성 혹은 강한 사행성을 요건으로 한다고 하여야 한다.⁵²

3. 사행성과 중독성

사행성은 그 자체로 그러한 행위에 대한 중독성을 내포하는 개념인가. 아니면 사행성이 있는 놀이나 행위는 중독성이나 과몰입이라는 결과물을 만들어내는 것인가. 이는 특정 행위에 대한 사행성 판단과정에서 행위의 내재적 중독성을 규명해야 하는 것인가의 문제이다. 즉 행위가 가지는 중독가능성 혹은 과몰입가능성의 정도가 행위의 사행성 판단을 위해 평가해야 하는 요소인가 하는 것이다. 이에 대해서는 사행성은 인간의 사행심을 조장하는 성격으로 요행이나 우연에 의한 재산적 이익의 추구성이라는 성격만으로 충족되는 것이라고 볼 수 있고, 중독성이나 과몰입성은 앞서 본 재산적 손실의 가능성과 함께 강한 사행성의 효과라고 볼 수 있다. 즉 강한 사행성은 중독성이나 과몰입성을 가질 수 있지만, 특정 행위에 대한 중독이나 과몰입현상이 발생하는 원인은 사행성 외에도 다양하게 존재한다. 따라서 어떤 행위가 강한 중독성을 가지고 있다고 평가된다고 하더라도 그것이 사행성을 직접적으로 인정하는 요인이 된다고 볼 수는 없으며, 사행성은 중독이나 과몰입을 야기하는 원인 중의 하나일 뿐이다.

4. 사행성 놀이와 놀이의 사행적 이용

사행성은 행위의 속성이고, 사행성을 가지지 아니한 일정한 행위나 놀이를 수단으로 하여 참여자들의 사행심을 충족시키고자 하는 경우 그 행위나 놀이가 사행성을 가지는 것이 아니라 그러한 수단을 이용하는 자가 사행적 이용행위를 하고 있는 것이다. 후자의 경우 그러한 현상을 ‘인간의 사행심

50 도박죄는 비범죄화하여야 한다는 견해가 많다. 김성돈, 위의 책, 679면/ 김일수·서보학, 앞의 책, 514면 각 주 10 참조.

51 대부분의 사람들이 도박을 하는 지인을 만류하고자 할 때 주된 이유는 그 행위의 사회윤리적 부당성 보다는 재산탕진에 대한 우려라고 할 수 있을 것이다.

52 이 글의 논의와 직접적인 관련은 없지만, 그러므로 도박죄의 위법성 조각사유로 평가되는 ‘일시오락의 정도’는 도박금액의 다소가 아니라 문언 그대로 행위 자체의 일시성 혹은 사회적 허용성이라고 해석되어야 하고 도박행위의 정황적 요소가 고려되어야 한다고 생각한다.

을 충족시키는 행위'라는 측면에서의 포괄적인 사행성 행위라고 평가할 수는 있겠지만, 사행적으로 이용되었다고 해서 그 놀이 자체를 사행성을 가진 행위라고 평가할 수는 없다.⁵³ 앞서 보았듯이 놀이 자체가 규범적으로 사행성을 가지기 위해서는 '우연성-베팅-(사회적으로 현저하고 명확한)기대보상'으로 이어지는 행동체계가 놀이의 내재적 속성이어야만 한다.

5. 소결 : 사행성의 규범적 의미

규범적 의미에서의 사행성은 결국 우연성을 가지는 방식에 의하여 사회적으로 의미있는 수준에서의 재산상 이익을 얻을 수 있는 것이 기대되는 행위가 가지는 속성이라고 할 수 있다. 우연성과 베팅 등의 요건은 사행성에 대한 사회과학적 고찰의 결과와 본질적으로 다르지 않다. 하지만 법규범의 영역에서 사행성이라는 타이틀을 얻기 위해서는 사행성이 규제의 근거라는 점을 고려하여 재산상 이익의 측면에서는 현실성과 현저성이 반드시 필요하다. 사행성이라는 성질 자체는 인간본성에서 기인하는 자연스러운 현상일 수 있고 그러한 이유로 사행성의 개념에 대한 일반적인 고찰에서는 우연성과 베팅 등의 방식을 중심에 두어 설명하지만, 법규범의 영역에서 사행성은 이미 가치중립적이지 않다. '도박은 반사회적 행위'라는 전통적인 법관념이 굳건히 자리하고 있고 사행심은 인간이 요행을 바라는 '나쁜' 마음씨라는 인식도 자본주의와 사회시스템이 정교화되어 갈수록 더욱 강화되어 가고 있다. 대법원이 사행성의 판단에 있어서 우연성이나 베팅 등의 방식보다는 기대가능한 재산상의 이익, 나아가 재산상 이익의 현저함과 현실성에 판단의 중점을 두고 있는 맥락은 이러한 측면에서 이해될 수 있다.⁵⁴ 또한 마찬가지로 맥락에서 법규범의 영역에서 사행성과 도박성은 구별될 여지가 없다. 그러므로 사행성에 대한 규범적 판단에 있어서는 우연에 의해서 획득될 수 있는 재산상의 이익의 한계가 어디까지인지, 기대되는 재산상 이익의 형태가 법규범의 영역에서 균질한 가치가 인정될 수 있는 것인지에 대한 세부적인 고찰이 수반되어야 한다. 그러나 이것은 법해석의 영역에서 일률적으로 해결될 수 있는 문제는 아니라고 생각되며 사회적인 논의와 합의를 통한 정책적인 결정이 동반되어야 한다.

IV. 논의를 마치며

사행성이라는 행위의 속성은 인간의 사행심을 불러일으키거나 사행심을 충족하는 것이라고 정의

53 같은 취지로 김종일, “게임산업법상 사행성게임물 제도의 문제점에 관한 소고”, 강원법학 제53권, 2018, 488면.

54 이를테면 고스톱이나 포커 등의 게임은 사회과학적 차원에서는 사행성이 인정될 수 있다. 하지만 법규범의 영역에서 이러한 게임들을 일률적으로 사행성이 있다고 평가할 수는 없다. 그러한 평가는 곧바로 고스톱이나 포커의 룰을 이용한 모든 게임을 '유해한 것'으로 바라보는 과도한 행정적 규제의 시발점이 될 수 있기 때문이다.

될 수 있으며, 심리학, 사회학의 이론적인 고찰에 의하면 우연적 놀이와 보상에서 재미와 희열을 느끼는 인간의 본성적인 면에 기인하는 것이고 자본주의 현대사회를 살아가는 일반적 시민들에게서 자연스럽게 추구되는 행동형태라고 할 수 있다. 우연성-베팅-기대보상의 결합으로 설명되는 사행성 행위는 그 자체로 인간의 현상이고 가치중립적인 행위 속성일 수 있는 것이다. 그러나 규범의 영역에서 사행성은 더이상 가치중립적이거나 자연적인 속성이라고 치부될 수 없다. 사행성 행위에 대한 사회 구성원 다수의 몰입과 그로 인한 폐해는 사행성 행위를 사회에 부정적 해악을 끼치는 요인 중의 하나로 평가하도록 하는 결과를 낳았고 법체계는 사행성 행위를 규제와 관리의 대상으로 정립한지 오래이다. 오래전부터 도박은 범죄였고, 각종 산업 육성 등의 경제적 목적으로 사행성 오락을 일부 허용한다고 하더라도 이러한 행위는 사행행위라는 타이틀로 묶여서 법에 의한 규제와 관리의 대상이 되고 있다. 이러한 맥락에서 어떠한 행위나 놀이 등이 사행성이 있는지를 규범의 영역에서 판단함에 는 사행성이 사회에서 부정적인 평가를 받기 위한 전제조건들에 대한 심사가 추가로 요청되는 것이다. 이것이 대법원이 사행성의 평가에서 지속적으로 견지하고 있는 재산적 이득의 현실성, 현저성 요건이라고 할 수 있다. 그러므로 규범의 영역에서 사행성은 사회과학적 이론에 따른 우연성-베팅-기대보상의 프레임에다 추가로 우연에 의해서 획득될 수 있는 재산상의 이익의 한계가 어디까지인지, 기대되는 재산상 이익의 형태가 법규범의 영역에서 균질한 가치가 인정될 수 있는 것인지에 대한 세부적인 고찰이 더해져야 한다. 그러한 점에서 사행성은 적어도 법규범의 영역에서는 도박죄에서의 도박성과 다를 바가 없으며 특정 행위나 놀이에 대해 사행성이라는 속성으로 규제의 영역에 포섭하기 위해서는 이러한 ‘재산상의 이익’이라는 기준에 대한 구체적인 기준점이 제시되어야 하며, 이는 사회적 합의를 통한 정책적인 결정의 과정을 통해 실현될 수 있을 것이다. 그리고 그러한 논의의 과정에서 놀이의 사행성이라는 속성이 중독성이나 사행적 이용가능성과 혼동되지 않도록 하는 주의도 필요할 것이다.

ACCEPTANCE INFO

논문접수: 2018. 11. 5. / 심사개시: 2018. 11. 14. / 게재확정: 2018. 12. 17.

참고문헌

- 김윤명, “온라인 화투놀이에 대한 법률 문제”, *홍익법학* 제14권 제3호, 2013
- 김종일, “게임산업법상 사행성게임물 제도의 문제점에 관한 소고”, *강원법학* 제53권, 2018
- 박태순, “사행성게임에 대한 현상학적 접근”, *언론과 법* 제7권 제2호, 2008
- 이정훈, “사행성 게임물에 대한 형사책임”, *중앙법학* 제8집 제4호, 2006

- 정호경 · 송시강, “온라인 게임 규제의 문제점과 개선방안 - 소위 고포류 게임의 사행성 논란을 중심으로-”,
경제규제와 법 제4권 제2호, 2011
- 진계호, “도박죄에서의 문제점”, 형사법연구 제10호, 1997
- 황성기, “온라인 웹보드게임의 사행성 규제의 헌법적 한계 - 도박과 게임의 개념본질적 구분을 중심으로 -”,
경제규제와 법 제4권 제2호, 2011
- 황성기, “현행 게임물 내용심의제도의 법적 문제점”, 인권과 정의 제327호, 2003
- 황승흠, “게임과 사행행위 혼용 정책의 법적 분석”, 중앙법학 제8집 제4호, 2006
- 이흥표, 『도박의 심리』, 학지사, 2002
- 히로나카 나오유키/ 황세정 역, 『중독의 모든 것』, 큰북소리, 2016
- R. Caillois/ 이상률 역, 『놀이와 인간』, 문예출판사, 2002
- G. Reith/ 김영선 역, 『도박』, 꿈엔틀, 2006
- B. Skinner/ 이신영 역, 『스키너의 행동심리학』, 교양인, 2017
- M. Spiegler · D. Guevremont/ 강영심 · 황순영 역, 『최신행동치료』 제5판, CENGAGE Learning, 2012

Legal study on the concept of gambling

Ryu, Bu-Gon*

* Professor, Korean National Police Univ. dept. of Law

ABSTRACT

This article attempts to analyze the concept of gambling, which is at the basis of legal regulation of gambling and gambling activities. In this process, we first introduce and analyze theoretical discussions of the social science level in order to lay the foundations for the analysis of the concept of gambling. This theoretical discussion can provide a basis for starting thinking from a universal and neutral point of view to those who have a vaguely negative perception of gambling. First, I examine in detail how the concept of gambling is used in the current Korean legal system and examine its meaning. The purpose of this study is to investigate the tendency of Korean Supreme Court precedents on the concept of gambling, and to explore the normative meaning of gambling by examining the relationship between speculation and gambling.

The gambling behavior described by the combination of contingency, betting, expectation rewards is itself a phenomenon of man and a property of value-neutral behavior. However, in the area of criminal law, gambling can no longer be regarded as a value-neutral or natural attribute. The legal system has long been the object of regulation and management of gambling behavior. In this context, judging from the scope of law that any act or play is gambling is further required to examine the premise requirements for gambling to be negatively evaluated in society. For a specific act or play to be included in the area of regulation by the nature of gambling, a concrete reference point for the 'property benefit' standard should be presented.

KEYWORD

gambling, gambling crime, contingency, betting, gambling regulation law