

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2007도4702 가. 사행행위등규제및처벌특례법위반
(인정된 죄명 : 사행행위등규제및처벌특례법
위반방조)
나. 음반·비디오물및게임물에관한법률위반
(일부 인정된 죄명 : 음반·비디오물및게임물에
관한법률위반방조)
다. 배임수재

피 고 인	피고인
상 고 인	피고인
변 호 인	변호사 이희영
원 심 판 결	서울고등법원 2007. 5. 21. 선고 2007노297 판결
판 결 선 고	2007. 10. 26.

주 문

상고를 기각한다.

상고 후의 구금일수 중 150일을 본형에 산입한다.

이 유

상고이유에 대하여 본다.

1. 배임수재의 점에 관한 상고이유에 대한 판단

배임수증죄에 있어서 부정한 청탁이라 함은 청탁이 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 것을 말하고, 이를 판단함에 있어서는 청탁의 내용과 이와 관련되어 교부받거나 공여한 재물의 액수, 형식, 보호법익인 사무처리자의 청렴성 등을 종합적으로 고찰하여야 하며 그 청탁이 반드시 명시적임을 요하는 것은 아니다(대법원 2002. 4. 9. 선고 99도2165 판결 등 참조).

원심은, 적법하게 채택한 증거들을 종합하여 피고인이 공소외 1로부터 교부받은 총 금액은 6억 원 상당이라는 점을 비롯하여 그 판시와 같은 사실들 및 사정들을 인정한 다음, 경품용 상품권 발행 지정업체인 공소외 1 주식회사(이하 '공소외 회사'라고 한다)의 대표이사로서 위 회사의 상품권 발행 및 공급업무를 총괄하는 지위에 있는 피고인이 위 회사가 발행하는 경품용 상품권의 유통을 대행하는 전국총판인 공소외 2 주식회사 {나중에 '주식회사 (생략)'으로 바뀌었다. 이하 두 회사를 '전국총판'이라고 한다}의 대표이사 공소외 1로부터 신·구 상품권 교환수수료 인하, 발행량 확대 등의 부정한 청탁을 받고 그 대가로 11개월 동안 합계 6억 원을 교부받아 이를 취득하였다고 판단하였다.

앞서 본 바와 같은 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 증거의 취사선택과 사실인정 및 판단은 정당하여 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙위배 또는 배임수재죄에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 이 사건 경품용 상품권의 환전행위에 관한 상고이유에 대한 판단

가. 환전행위의 금지에 관하여

구 '음반·비디오 및 게임물에 관한 법률'(2006. 4. 28. 법률 제7943호로 폐지되기 전의 것. 이하 "음비게법"이라 한다) 제32조 제3호 나.목에 의하면, '사행성을 조장하거나 청소년에게 해로운 영향을 미칠 수 있는 행위로서 문화관광부장관이 정하여 고시하는 방법에 의하지 아니하고 경품을 제공하는 행위'를 금하면서 이에 관한 처벌조항을 두고 있으며(제50조 제3호), 문화관광부 장관의 2005. 7. 6. 자 "게임제공업소의 경품취급기준"고시(제2005-9호) 경품의 종류와 지급기준, 제공방법 등에 관하여 상세히 규정하면서 제5항 가.에서 경품의 환전을 금지하고 있다.

고객이 게임물을 통하여 경품으로 취득한 상품권을 게임제공업자가 환전하여 주는 것은 결국 현금을 경품으로 지급하는 것과 마찬가지로 이를 허용한다면 경품의 종류나 제공방법에 관한 제한들은 아무런 의미가 없게 되므로, 경품의 환전행위를 금하는 것은 경품의 지급방법에 관한 필요한 최소한도의 제한으로 볼 수 있고, 경품의 환전행위가 사행성을 조장하는 효과가 있다는 점 역시 명백하다 할 것이므로, 문화관광부고시가 위임입법의 한계를 벗어난 것이라고 볼 수 없다.

따라서 환전행위는 음비게법 제50조, 제32조 제3호의 처벌대상에서 제외되는 것으로 해석하여야 한다는 취지의 상고이유 주장은 이유 없다.

나. 공동정범의 성립 여부에 관하여

(1) 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄 실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하는바, 공모자 중 구성요건 행위 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 자라도 공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있는 것이기는 하나, 이를 위해서는 전체 범죄에 있어서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그

치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되는 경우여야 한다.

(2) 위와 같은 법리 및 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 정상적인 운영방식에 의하면 상품권의 회수는 게임제공업소 이용 고객이 경품으로 받은 상품권을 가맹점에서 언제 얼마만큼 사용할 것이며, 이에 따라 가맹점이 언제 발행사에 상품권 대금을 청구할 것인가에 달려 있을 뿐, 발행사나 전국총판, 지역총판은 물론 게임제공업자조차도 이를 마음대로 지배·결정할 수 없고, 또한 회수와는 별도로 상품권이 발행되어야 하며, 발행한도가 제한되어 있다면 회수된만큼만 그때 그때 발행할 수 있을 뿐이고, 회수된 상품권에 대하여는 대금을 지급하여야 할 것이나, 이 사건에서는 발행사는 전국총판에 대하여, 전국총판은 지역총판에 대하여, 지역총판은 게임제공업자에 대하여 게임장에서 고객에게 경품으로 제공된 상품권(이하, '구 상품권'이라 한다.)의 회수책임을 부담시키고, 순차 회수되는 상품권에 대하여 현금을 상환하는 것이 아니라 회수된 수만큼의 신상품권을 발행하여 주고 그 과정에서 각 단계마다 이른바 교환수수료를 수수하는 방식으로 구 상품권의 회수 및 신 상품권의 공급이 이루어져 온 점, 따라서 게임제공업자로서는 고객들에게 경품으로 지급한 상품권을 환전, 회수하여 공소외 회사의 직거래업소 혹은 지역총판 → 전국총판을 거쳐 공소외 회사로 올려 보내지 아니하면 영업에 필요한 신 상품권을 얻을 수 없게 되었고, 그 결과 위와 같은 경로가 아니라 일반 상품권가맹점(서점, 식당, 극장, 공연장 등)을 통하여 공소외 회사로 회수된 수량은 전체 발행량의 불과 0.04% 내지 2% 정도에 불과하였으며, 발행 후 회수되는 기간이 수 개월에 이르는 정상적인 상품권의 유통경로와는 달리 이 사건의 경우는 회수기간이 발행일로부터 하루 혹은 길어야 2, 3일 정도에

불과할 정도로 높은 회전율이 유지되었던 점, 그 결과 공소외 회사는 구 상품권을 회수함에 있어 현금상환을 할 필요 없이 해당 수량만큼 신 상품권을 발행, 교부하여 주면서 교환수수료 명목으로 1장 당 50원 내지 60원 가량의 금원을 교부받아 수익을 올려온 점, 위와 같이 교환수수료 명목으로 공소외 회사에게 지급되는 금원이나 전국총판, 지역총판에게 지급되는 금원(각 상품권 1장당 7원 내지 10원)은 결국은 게임장이나 환전소에서 상품권을 환전하면서 발생하는 1장당 500원의 환전수수료가 각 유통단계마다 분배되는 구조에 불과한 점, 또한 거의 예외 없는 환전 및 신속한 회수를 통하여 상품권의 회전율이 극단적으로 높아져서 발행 한도 내에서 고수익을 올릴 수 있게 된 점, 각각의 상품권에는 유통·회수·폐기과정에서 전산처리를 위한 고유의 OCR용 코드(번호)가 인쇄되어 있어 공소외 회사는 게임장으로부터 전국총판을 통한 상품권의 순차 회수과정을 관리할 수 있었던 점, 한편 위와 같이 신권의 발행을 구권의 회수에 연동시키고 각 단계마다 상급단계에 대하여 회수책임을 부담하도록 함으로써 게임업소로 하여금 경품으로 지급된 상품권을 전부 환전을 통해 회수하여 신·구권 교환에 제공하지 않으면 사실상 영업이 불가능하게 만드는 효과는 공소외 회사, 곧 피고인의 지배영역에 있는 것이지 개별 게임제공업자의 지배영역에 있는 것이 아니어서, 피고인이 신 상품권의 발행을 구상품권의 회수와 연계시키지 아니하고 회수 경로를 불문하고 회수된 구상품권에 대하여 전액 대금을 지급하며, 상품권을 발행하면서 전국총판-지역총판-게임업소를 통해 대금을 수령하는 등 정상적인 영업을 한다면 위와 같은 환전 및 유통 방식은 단기간에 와해될 수밖에 없는 구조인 점 등, 전체 범죄에 있어서 피고인이 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때 피고인과 전국총판, 지역총판, 환전소 운영자, 게임장 업주 등과 공동가공의 의사가 있었음

을 충분히 인정할 수 있음은 물론, 피고인이 비록 이 사건 환전행위 자체를 직접 분담하여 실행한 것은 아니라고 하더라도, 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 있었던 것으로 인정된다.

(3) 따라서, 이와 같은 취지에서 이 사건 환전행위에 의한 경품제공방법에 관한 고시 위반의 점에 대하여 피고인에게 공모공동정범의 책임을 인정하여 유죄를 선고한 원심의 판단은 정당하여 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배 또는 공동정범에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 이 사건 사행행위 영업 등에 관한 방조범 성립 여부에 관하여

형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 그 방조는 정범의 실행행위 중에 이를 방조하는 경우뿐만 아니라, 실행 착수 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 방조한 경우에도 성립한다. 그리고, 방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하나, 이와 같은 고의는 내심적 사실이므로 피고인이 이를 부정하는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이 때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 외에 다른 방법이 없다고 할 것이며, 또한 방조범에 있어서 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족하다(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도 3377 전원합의체 판결, 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결, 대법원 2005. 4.

29. 선고 2003도6056 판결 등 참조).

그리고, '사행행위 등 규제 및 처벌특례법' 제30조 제1항 제1호는 같은 법 제2조 제1항 제2호의 규정에 의한 사행행위영업 외에 투전기 또는 사행성유기기구(기계식구슬치기 기구·사행성전자식유기기구 등 사행심을 유발할 우려가 있는 기계·기구 등)를 이용하여 사행행위(다수인으로부터 재물 또는 재산상의 이익을 모아 우연적 방법에 의하여 득실을 결정하여 재산상의 이익 또는 손실을 주는 행위)를 업으로 하는 자를 처벌하도록 규정하고 있는바, 여기서 '사행심을 유발할 우려가 있는 기계·기구 등'에 해당하는지 여부는 당해 기계·기구 등의 본래적 용법이나 속성만으로 판단할 것은 아니고, 그 이용목적, 이용방법과 형태, 그 이용결과에 따라 금전 또는 환전 가능한 경품을 지급하는지 여부, 그 정도와 규모 및 실제로 경품을 현금으로 환전해 주는지 여부 등 위법한 경품제공이나 환전 등 영업방법에 있어서의 사행성도 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이며(대법원 2006. 11. 23. 선고 2006도2761 판결, 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006도5864 판결 등 참조), 이 점은 게임제공업자가 게임물을 이용하여 도박 그 밖의 사행행위를 하게 함으로 인한 음비게법 제49조 제1항 제2호, 제32조 제2호 위반죄에서 사행행위에 해당하는지 여부의 판단에 있어서도 마찬가지라고 할 것이다.

위와 같은 법리 및 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하여 인정되는 앞서 제2항 나. (2)에서 본 바와 같은 사정들 및 다음과 같은 사정들, 즉 이 부분 정범의 실행행위의 주요 내용은, 게임제공업자가 이른바 메모리연타기능 및 예시기능 등에 의하여 투입금액 대비 최고 25,000배까지 당첨금이 가능하도록 하고 이와 같이 배출된 경품용 상품권을 환전할 수 있도록 하여 이용자로 하여금 사행심을 유발하는 사행성유기기구인 '바다이야기' 등을 게임장에 비치하고 이용자로 하여금 그 사행성유기기구를 이용하

게 한 다음 경품으로 받은 상품권을 게임장 내지 환전소에서 상품권 1장당 현금 4,500 원에 환전하여 줌으로써 고객들로 하여금 게임물을 이용하여 사행행위를 하게 하는 동시에 사행성유기기구를 이용하여 사행행위를 업으로 한 것(이하 '이 사건 사행행위'라고 한다)인 점, 여기서 구성요건의 핵심징표는 게임제공업자들이 게임물의 사행성을 획기적으로 높여 이용에 제공하는 것이지만, 이른바 메모리연타기능 및 예시기능에 의하여 대량의 상품권이 당첨된다고 하더라도 이를 환전할 수 없다면 이용자들의 사행심을 유발하는 정도는 환전이 가능한 경우에 비하여 현저히 떨어지며, 환전행위를 통하여서만 비로소 사행성이 지나친 게임물을 이용하고자 하는 고객들을 현실적으로 유인할 수 있게 되는 점, 경품으로 받은 상품권의 환전행위로 인한 수익(상품권 액면금액의 10%)이 존재하기 때문에 종래 90% 내지 95% 정도이던 게임기의 승률을 100% 내지 심지어 105%까지 조정하더라도 게임제공업자는 수익을 취할 수 있는 구조가 되고, 그와 같이 게임기의 승률을 높임으로써 사행성은 더욱 심화되는 점, 상품권의 발행한도가 정해져 있는 상황에서, 게임장에서 경품으로 받은 상품권의 대부분은 곧바로 게임장 또는 인근 환전소에서 환전이 되어 지역총판과 전국총판 등을 통하여 공소외 회사로 회수되었을 뿐, 일반 가맹점에서 소비되는 경우는 극히 드물었으며, 고객이 경품으로 취득하여 환전한 구 상품권의 회수와 신 상품권의 발행 및 교부가 동시에 신속하게 이루어져 대량의 상품권을 이용한 게임제공업이 비로소 가능하였던 점, 피고인 등은 공소외 회사 발행의 경품용 상품권을 공급받은 각 게임장에서 위와 같은 내용의 이 사건 사행행위가 이루어지고 있는 사실을 잘 알고 있었던 점 등에 비추어 보면, 공소외 회사의 대표이사인 피고인의 앞서 본 바와 같은 행위는 적어도 이 사건 사행행위의 실행을 용이하게 하는 방조행위에는 해당한다고 할 것이다.

따라서, 이와 같은 취지에서 피고인에게 이 부분 각 방조범의 책임을 인정하여 유죄를 선고한 원심의 판단은 정당하여 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙위배 또는 방조범에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

4. 결론

그러므로 상고를 기각하고, 상고 후의 구금일수 중 일부를 본형에 산입하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김용담 _____

 대법관 박시환 _____

주 심 대법관 박일환 _____

 대법관 김능환 _____