

자본시장과금융투자업에관한법률위반·특정경제범죄가중처벌등에관한법률
위반(증재등)·특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(수재등)

[서울고등법원 2013. 7. 26. 2013노71]



【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 9인

【항 소 인】 피고인 1 외 2인 및 검사

【검 사】 정대정, 전준철(기소), 김동주, 유광열(공판)

【변 호 인】 법무법인(유한) 태평양 외 8인

【원심판결】 서울중앙지방법원 2012. 12. 14. 선고 2011고합569, 606, 610(병합) 판결

【주문】

원심판결 중 피고인 4에 대한 유죄부분을 파기한다.
피고인 4를 징역 2년 6월 및 벌금 3억 원에 처한다.
피고인 4가 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 금 500,000원을 1일로 환산한 기간 위 피고인을 노역장에 유치한다.
피고인 4로부터 3억 원을 추징한다.
피고인 1, 피고인 2의 항소 및 검사의 항소를 모두 기각한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1, 피고인 2

1) 사실오인 또는 법리오해

가) 피고인들이 상피고인 4에게 제공한 3억 원은 상피고인 4가 근무하는 공소외 1 금융주식회사(이하 '공소외 1 금융회사'라고만 한다)로부터 받은 각종 편의제공에 대한 대가가 아니다.

나) 피고인들에게는 직무관련성과 대가성 등 범죄사실에 대한 인식과 의욕, 즉 고의가 없었다.

2) 양형부당

피고인들에 대한 원심의 선고형(각 징역 1년 6월, 집행유예 3년)은 너무 무거워 부당하다.

나. 피고인 4

1) 사실오인 또는 법리오해

가) 상피고인 1, 피고인 2가 피고인에게 제공한 3억 원은 피고인이 상피고인 1 등을 위하여 공소외 2 증권주식회사(이하 '공소외 2 증권회사'라고만 한다)에서 사용할 ELW 매매 프로그램 개발을 위한 알고리즘 설계를 해 준데 대한 대가이다.

즉 위 3억 원은 피고인이 개인적인 지위에서 특별히 연구하거나 습득한 지식을 이용하여 취급한 사무 처리에 대한 대가이다.

나) 피고인은 상피고인 1, 피고인 2와 사이에 일단 3억 원을 받되, 이후에 상피고인 10으로부터 나누어 받기로 한 인센티브를 상피고인 1, 피고인 2에게 되돌려 줌으로써 위 3억 원을 갚기로 묵시적으로 합의하였으므로, 피고인이 3억 원 전체를 수수한 것으로 평가할 수 없다.

다) 피고인에게는 직무관련성과 대가성 등 범죄사실에 대한 인식과 의욕, 즉 고의가 없었다.

2) 자수감경

피고인에게 자수감경이 적용되어야 한다.

3) 양형부당

피고인에 대한 원심의 선고형(징역 5년, 벌금 3억 원, 추징 3억 원)은 너무 무거워 부당하다.

다.

검사

1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9에 대한 '부정한 수단' 관련 자본시장과금융투자업에관한법률위반의 점

ELW 시장구조의 특성상 빠른 주문 수단은 수익과 직결되므로, 증권회사가 특정소수의 스캘퍼들의 주문만을 합리적 이유 없이 의도적으로 다른 고객의 주문에 우선하여 처리하고, 다른 ELW 투자자들에게는 빠른 주문 수단의 존재 및 사용 여부에 대한 선택의 기회를 전혀 제공하지 않은 것은 자본시장과금융투자업에관한법률(이하에서는 '자본시장법'이라고만 한다)이 정한 신의성실 원칙과 이해상충 행위 금지에 반하는 행위로서 부정한 거래에 해당한다.

2) 피고인 4에 대한 특정경제범죄가중처벌에관한법률위반(수재등)의 점 및 피고인 1, 피고인 2에 대한 피고인 4 관련 특정경제범죄가중처벌에관한법률위반(증재등)의 점(이하에서는 특정경제범죄 가중처벌에 관한 법률을 가리켜 '특경법'이라고만 한다)

가) 피고인 4가 피고인 1 등에게 공소외 2 증권회사 알고리즘 설계를 도와준 행위는 공소외 1 금융회사의 직무와 무관하게 개인적으로 취급하는 사무라고 볼 수 없다.

나) 피고인 4가 수수한 1억 7,000만 원에는 공소외 2 증권회사에서 시스템 트레이딩에 의한 ELW 매매를 할 수 있도록 도와준 것에 대한 대가뿐만 아니라, 피고인 1 등이 공소외 1 금융회사에서 시스템 트레이딩에 의한 ELW 거래를 할 수 있도록 도움을 준 대가, 피고인 1, 피고인 2가 공소외 1 금융회사에 지급한 수수료를 일부 반환받을 수 있도록 도와준 것에 대한 대가, 피고인 1, 피고인 2에게 공소외 6 증권회사(이하 '공소외 6 증권회사'라고만 한다)의 LP 관련 정보를 제공한 것에 대한 대가도 포함되어 있으므로, 설령 피고인 4가 공소외 2 증권회사에서 시스템 트레이딩을 할 수 있도록 피고인 1, 피고인 2를 도와 준 것에 직무관련성이 인정되지 않는다고 하더라도, 나머지 행위에 대하여 직무관련성이 인정되는 이상, 피고인 4가 수수한 1억 7,000만 원 전부에 대하여 직무관련성이 인정된다.

3) 피고인 5에 대한 특경법위반(수재등)의 점 및 피고인 1, 피고인 2에 대한 각 피고인 5 관련 특경법위반(증재등)의 점

가) 피고인 5가 공소외 2 증권회사로부터 매월 100만 원의 급여를 지급받고, 4대 보험 등 복리후생을 지원받았으며, 직원용 사내 인트라넷 아이디(ID), 서버접속 등을 부여받고, 일정기간 동안 공소외 2 증권회사의 IT 운영팀 사무실로 출퇴근한 사정 등에 비추어 보면, 피고인 5는 공소외 2 증권회사의 영업부장으로 근무하면서 공소외 2 증권회사의 업무와 관련하여 고객인 피고인 1, 피고인 2로부터 총 1억 원의 금품을 수수한 것이므로 특경법위반(증재등)의 죄책을 진다.

나) 피고인 1, 피고인 2는 2010. 8.경 피고인 4로부터 공소외 2 증권회사의 내부사정상 피고인 5가 공소외 2 증권회사의 직원으로 근무하게 되었다는 사실을 전해 들어 이를 인식하게 되었으므로, 공소외 2 증권회사 직원에게 그 직무와 관련하여 금원을 제공하려는 고의가 인정된다.

4) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 각 '불공정거래행위' 및 '직무상 알게 된 정보' 관련 자본시장법 위반의 점

가) 시세조종 등 불공정거래행위

- (1) 피고인 1, 피고인 2가 피고인 4를 통해 피고인 3으로부터 추천받은 공소외 6 증권회사의 ELW 종목 중 일부를 매매한 것은 피고인 3, 피고인 4, 피고인 2의 묵시적, 순차적 공모에 의하여 이루어졌다.
- (2) 자본시장법 소정의 '매매를 유인할 목적'은 시장의 시세나 매매거래 상황에 대한 제3자의 판단을 오인하게 하여 매매거래에 참여시킬 목적을 의미하고, '매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하는 매매'는 본래 정상적인 수요공급에 따라 자유경쟁시장에서 형성될 시세 및 거래량을 시장 요인에 의하지 않은 다른 요인으로 인위적으로 변동시킬 가능성이 있는 거래를 의미함에도, 원심은 거래량의 증가가 곧바로 시세에 영향을 미쳐야 한다는 전제 아래 '매매를 유인할 목적'을 인정하지 아니하였는바, 원심 판결에는 매매 유인의 목적을 지나치게 좁게 해석하여 법리를 오해한 위법이 있다.
- (3) LP인 피고인 3과 스캘퍼인 피고인 1, 피고인 2가 통모하여 마치 매매가 성황을 이루고 있는 것처럼 만들어 일반투자자들로 하여금 그러한 상황을 잘못 알게 하였다면 이는 자본시장법 제178조 제2항 소정의 '위계'에 해당한다.

나) 직무관련 정보 이용금지 위반

피고인 3은 피고인 4, 피고인 1, 피고인 2와 순차 공모하여 피고인 2의 매매행위에 가담함으로써 피고인 2로 하여금 미공개 정보를 이용하게 하고, 자신은 거래량 증가에 따른 이익을 누렸으므로, 미공개 정보를 단순히 '누설'한 것이 아니라 '이용'한 것이다.

5) 피고인 10에 대한 자본시장법위반의 점

피고인에게 자신이 받은 인센티브를 고객에게 지급한다는 미필적인 인식이 있었다.

2. 판단

가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 항소이유 주장에 관한 판단[3억 원 공여 및 수수 관련 피고인 1, 피고인 2에 대한 특경법위반(증재등), 피고인 4에 대한 특경법위반(수재등)의 점]

1) 원심의 판단

원심은 그 채택의 증거를 종합하여 판시 사실을 인정한 다음, 증거에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 4는 공소외 1 금융회사의 IT지원부 차장으로서 피고인 1이 공소외 1 금융회사로부터 원하는 전산 서비스를 받을 수 있도록 도움을 주는 업무를 수행하였고, 피고인 1, 피고인 2는 위와 같이 피고인 4를 통하여 서버버전에 의한 주문을 내고 시세정보를 우선 제공받는 등의 서비스를 공소외 1 금융회사로부터 제공받아 ELW 매매를 하던 중인 2010. 6. 3.경 피고인 4에게 3억 원을 제공한 점, ② 피고인 1, 피고인 2가 어려운 집안사정으로 곤궁한 피고인 4를 도와주기 위하여 단순히 친분관계만으로 주었다고 보기에 3억 원은 납득하기 어려운 거액인 점, ③ 피고인 4가 3억 원을 받은 2010. 6. 3.경은 피고인 1, 피고인 2가 공소외 2 증권회사로 옮겨 ELW 매매를 할 것을 준비하던 시기에 불과하므로, 단지 앞으로 받을 도움에 대한 대가로 3억 원의 거금을 주었다고 보기는 어려운 점, ④ 피고인 4는 3억 원과는 별도로 피고인 1, 피고인 2로부터 2010년 7월경부터 2011년 2월경까지 9회에 걸쳐 합계 1억 7,000만 원을 받았는데, 위 합계 1억 7,000만 원은 피고인 4가 공소외 2 증권회사에서 시스템 트레이딩에 의한 ELW 매매를 할 수 있도록 피고인 1, 피고인 2를 도와준 것에 대한 대가로 판단되는 점, ⑤ 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4는 검찰수사가 개시된 이후인 2011년 4월경 만나 위 3억 원에 대한 대책회의를 하였는데, 그 자리에서 피고인 1, 피고인 2는 피고인

4의 차명계좌인 공소외 7에게 송금된 위 3억 원을 피고인 1이 공소외 7에게 빌려준 것처럼 진술하고 조사과정에서 피고인 4를 언급하지 않기로 하였고, 실제로 검찰수사 초기에 그와 같은 취지로 허위의 진술을 한 점, ⑥ 피고인 1은 검찰에서 "피고인 4가 그동안 우리들이 공소외 1 금융회사에서 ELW 매매를 하는 데 도움을 주었기 때문에 고마운 마음이 있어서 돈을 준 것은 맞다"고 진술하였고, 피고인 4도 검찰에서 "솔직히 대가성이 없었다고 보지는 않는다.

2009년 12월경부터 피고인 1, 피고인 2가 매매를 잘 할 수 있도록 도운 점을 보고 앞으로도 잘 해달라는 의미가 있었을 것이다.

또한 내가 이 돈을 받고 차명계좌도 개설해서 빌려 주었으니까. 하지만 내가 고객들의 민원해결을 위해 최선을 다한 점, 한편으로 가정형편이 어려워 힘들게 사는 점도 고려했다고 본다.

"고 진술하였던 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1, 피고인 2와 피고인 4 사이에서 수수된 3억 원은 공소외 1 금융회사의 직원인 피고인 4의 직무에 관하여 수수된 것으로 보기에 충분하다고 판단하였다.

2) 당심의 판단

가) 특경법 제5조 제1항의 '금융기관의 임·직원이 그 직무에 관하여'라고 하는 것은 '금융기관의 임직원이 그 지위에 수반하여 취급하는 일체의 사무와 관련하여'라는 뜻이고, 금융기관의 임·직원이 거래처 고객으로부터 금품 기타 이익을 받은 때에는 그것이 당해 거래처 고객이 종전에 금융기관의 임·직원으로부터 접대 또는 수수한 것을 갚는 것으로서 사회상규에 비추어 볼 때에 의례상의 대가에 불과한 것이라고 여겨지거나, 개인적인 친분관계가 있어서 교분상의 필요에 의한 것이라고 명백하게 인정할 수 있는 경우 등 특별한 사정이 없는 한 직무와의 관련성이 없는 것으로 볼 수 없다.

그리고 위 법률 제5조의 금융기관 임·직원이 수수한 금품에 직무행위에 대한 대가로서의 성질과 직무 외의 행위에 대한 사례로서의 성질이 불가분적으로 결합되어 있는 경우에는 그 전부가 불가분적으로 직무행위에 대한 대가로서의 성질을 가진다(대법원 2011. 9. 29. 선고 2011도4397 판결 등 참조).

나) 원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 원심의 사실인정은 정당하다.

이에 더하여 증거에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정을 종합하면 3억 원에 대하여 직무관련성과 대가성이 인정되고, 피고인들에게 범의 또한 인정되므로, 피고인 4는 특경법위반(수재등)의 죄책을, 피고인 1, 피고인 2는 특경법위반(증재등)의 죄책을 진다고 봄이 타당하다.

① 피고인 4는 설계를 관장하는 부서에서 근무하게 되면서 온라인 시스템에 대한 이해도가 높아지게 되었는데, 2009년 경부터 업무 중에 습득한 온라인 시스템에 대한 지식을 기초로 피고인 1, 피고인 2로부터 전달받은 알고리즘 전략을 프로그래밍하기 쉽도록 구체화(설계)하는 작업을 수행하게 되었다.

② 피고인 4는 피고인 1과 ELW 매매 프로그램의 요건을 정리해서 공소외 14 증권회사의 차장 공소외 8에게 전달하여 프로그램화하여 서버에 탑재할 수 있도록 도와주고, 위 프로그램 또는 공소외 14 증권회사 전산 시스템에서 주문접수나 시세정보 기능 등의 장애가 발생하면 이를 공소외 8에게 전달하여 신속하게 처리하도록 도와주었다.

뿐만 아니라 피고인 4는 피고인 1, 피고인 2에게 공소외 14 증권회사의 ELW 거래에 사용할 차명계좌를 개설하여 주기도 하였다.

③ 알고리즘이 구현된 프로그램을 공소외 14 증권회사의 전산 시스템에 탑재하여 주는 것은 수수료 수익의 대부분을 차지하는 VIP 고객인 피고인 1, 피고인 2를 유치하기 위해 회사 차원에서 제공한 일종의 서비스에 불과하다고 하더라도, 직무의 불가매수성이라는 특경법 제5조의 취지에 비추어 볼 때 금융기관 직원인 피고인 4가 위 서비스와 관련하여 금품을 수수한 행위는 특경법 제5조 위반죄가 성립한다.

④ 피고인 1은 수사기관에서 피고인 4에게 매매 프로그램의 개발 및 지원을 요청하게 된 경위에 관하여 "2009년 10월 경 시스템트레이딩을 하기 위해 손으로 매매할 당시 매매관련 논리(매도, 매수조건)를 작성한 후 2006년경부터 알고 지내온 피고인 4에게 전달하면서 제가 만든 매매 알고리즘을 시스템에 코딩해 줄 수 있는지 문의하였더니 가능하다고 하여 알고리즘을 건네면서 그대로 코딩해 달라고 하였습니다.

"라고 진술하였다.

한편 공소외 14 증권회사의 차장 공소외 8은 피고인 1, 피고인 2를 위한 매매 프로그램 개발 경위에 관하여 "2009. 11.경 당사 IT 지원부에 근무하고 있던 피고인 4 차장의 요청으로 공소외 10(피고인 1의 차명계좌) 등의 매매 알고리즘을 개발하게 되었습니다.

피고인 4가 ELW 주문을 하려고 하는데 스탱주문과 유사한 방법으로 서버에서 개발할 수 있느냐 물어보아, 제가 피고인 4에게 윗선의 결재라인을 거치면 가능하다고 하였습니다.

매매 알고리즘 로직을 피고인 4로부터 받아, 위 알고리즘 로직을 바탕으로 프로그램을 개발하였습니다.

피고인 4로부터 매매 알고리즘 개발 요청을 받고, 제가 당시 소속된 트레이딩시스템부 공소외 11 팀장에게 구두 보고하고, 다시 공소외 11 팀장이 부서장인 공소외 12 부장에게 구두로 보고하여 공소외 12 부장으로부터 개발 승인을 받았습니다.

2009. 11. 말경 공소외 11 팀장이 저에게 위 매매 알고리즘 개발을 하라고 하면서 공소외 12 부장이 회사 윗선에 보고를 하여 승인을 받았다고 말한 사실이 있습니다.

"라고 진술하였다.

위 진술에 의하면, 피고인 4는 공소외 1 금융회사의 직원으로서 VIP 고객인 피고인 1, 피고인 2를 응대하는 과정에서 매매 프로그램 개발을 지원하기 시작하였고, 위와 같은 매매 프로그램의 개발에 대한 지원은 공소외 14 증권회사에서 피고인 4에게 허용한 사무라고 할 것이므로, 피고인 4가 사실상 수행하는 업무에 포함된다.

⑤ 피고인 1, 피고인 2는 피고인 4에게 3억 원을 제공한 때로부터 불과 1개월이 지나지 못한 시점에 피고인 4에게 추가적으로 2년간 매월 2,000만 원을 지급하기로 하였는바, 위 각 금액을 합한 7억 8,000만 원(3억 원 + 매월 2,000만 원씩 24개월 합계 4억 8,000만 원)은 공소외 2 증권회사의 매매프로그램에 대한 알고리즘 설계를 도와주는 대가로 보기에는 너무 과도하다.

더욱이 매매프로그램의 개발자인 피고인 5에게는 매월 1,000만 원만 지급되었는데, 피고인 4에게 매월 2,000만 원 외에 추가로 3억 원이 미리 지급되어야 할 특별한 사유도 찾을 수 없다.

⑥ 이 사건 수사가 시작되자 피고인 4는 피고인 1, 피고인 2로부터 받은 3억 원이 문제될 것을 두려워하여 피고인 1, 피고인 2와 함께 변호사를 방문하거나 대책 회의를 열기도 하였다.

그 결과 피고인 1, 피고인 2는 피고인 4의 관여 사실에 대해 함구하기로 하였고, 피고인 5가 피고인 4의 관여 사실에 관하여 진술하기 전까지는 수사기관에서 피고인 4가 이 사건에 관여하지 않은 것처럼 허위로 진술하였다.

만약 위 3억 원이 직무에 대한 대가로 수수된 것이 아니라면, 피고인들이 위 금원에 대해 허위진술을 할 아무런 동기가 없다.

⑦ 피고인 4는 상피고인 10과 사이에 인센티브 배분비율을 정한 바 없고, 피고인 1, 피고인 2로부터 3억 원을 수수한 2010. 6. 3.에는 상피고인 10으로부터 인센티브 중 일부를 단 2차례(2010. 2. 29.경 370만 원, 2010. 6. 3.경 1,500만 원) 돌려받았을 뿐이었다.

더욱이 피고인 4는 당시 상황에 관하여 피고인 10의 마음이 변하여 인센티브를 자신에게 나누어 줄 생각이 없다는 느낌을 받았다고 진술하였다.

피고인 4가 피고인 10에게 인센티브를 돌려주자고 제안한 시점은 피고인 1, 피고인 2로부터 3억 원을 받은 이후인 2010. 6. 7.경이다.

위 사실을 종합하면, 2010. 6. 3.경에는 피고인 4가 피고인 10으로부터 인센티브 중 일부를 나누어 받을 수 있을지 여부가 불투명했을 뿐만 아니라, 그 금액도 확정되지 않았는바, 피고인 4가 피고인 1, 피고인 2와 사이에 위 인센티브로 3억 원을 변제하겠다는 합의를 할 만한 상황은 아니었다고 보인다.

나. 검사의 항소이유 주장에 관한 판단

1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9에 대한 '부정한 수단' 관련 자본시장법위반의 점가) 이 사건의 쟁점

피고인들이 증권사들로부터 제공받은 속도 관련 서비스들이 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 '부정한 수단, 계획 또는 기교'에 해당하는지에 관한 법률적 평가가 이 사건의 쟁점이다.

나) 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 '부정한 수단, 계획 또는 기교'의 해석

(1) 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 '부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하는 행위'를 금지하고 있는데, 여기서 '부정한 수단, 계획 또는 기교'란 사회통념상 부정하다고 인정되는 일체의 수단, 계획 또는 기교를 말한다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도8109 판결 참조). 그런데 '부정한 수단, 계획 또는 기교'라 함은 '옳지 못한 또는 옳바르지 아니한 수단, 계획 또는 기교'라고 할 것인데, 여기서 '옳지 못하거나 바르지 아니함'은 금지 대상이 되는 수단, 계획, 기교의 유형을 표시한 것이 아니라 어떤 기준에 따라 특정 수단, 계획, 기교를 평가·판단한 결과를 표시한 것인데, 그 판단 기준은 도덕적, 윤리적, 종교적, 이념적 가치관 등에 따라 다를 수 있으므로 같은 수단, 계획, 기교라도 기준에 따라 다르게 평가될 수 있다.

이렇게 금지 및 처벌의 대상이 되는 '부정한 수단, 계획 또는 기교'에 대한 평가 또는 판단 기준을 법률에서 정하지 아니하고 도덕적, 윤리적, 종교적, 이념적 가치관에 맡기는 경우에는 형사법의 대원칙인 죄형법정주의에 반하는 것일 뿐만 아니라 형벌로써 특정 도덕적, 윤리적, 종교적, 이념적 가치관이 강제될 위험성이 있다.

따라서 '부정한 수단, 계획 또는 기교'라는 구성요건을 해석하거나 파악함에 있어서는 도덕적, 윤리적, 종교적, 이념적 기준이 아닌 죄형법정주의 및 그에 파생되는 처벌법규의 명확성의 원칙에 따라 해당 문언의 의미와 그 보호법익을 바탕으로 자본시장법의 목적·취지 및 체계, 관련 조항과의 상호관계를 고려한 보충적인 규범 해석을 통하여 금지된 행위의 내용을 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람이 알 수 있을 정도로 구체화하여 적용하여야 한다.

(2) 이러한 해석 원칙에 따라 먼저 자본시장법 제178조의 보호법익에 관하여 보건대, ① 자본시장법 제1조는 자본시장의 목적에 관하여 "자본시장에서의 금융혁신과 공정한 경쟁을 촉진하고 투자자를 보호하며 금융투자업을 건전하게 육성함으로써 자본시장의 공정성·신뢰성 및 효율성을 높여 국민경제의 발전에 이바지한다.

"고 정하고 있는 점, ② 금융투자업의 육성을 위하여는 자본 유통이 원활하여야 하고, 자본 유통의 원활성을 확보하기 위해서는 자본 유통의 매개체인 금융상품 거래의 공정성에 대한 투자자들의 신뢰가 필수적인 점, ③ 자본시장법 제37조 제1항은 "금융투자업자는 신의성실의 원칙에 따라 공정하게 금융투자업을 영위하여야 한다.

"라고 규정하고, 같은 법 제44조 제1항에서는 "금융투자업자는 금융투자업의 영위와 관련하여 금융투자업자와 투자자간, 특정 투자자와 다른 투자자간의 이해상충을 방지하기 위하여 이해상충이 발생할 가능성을 파악·평가하고, 내부 통제기준이 정하는 방법 및 절차에 따라 이를 적절히 관리하여야 한다.

"라고 규정하고 있는 점, ④ 자본시장법의 제정으로 폐지된 구 증권거래법상 불공정거래행위를 금지하였던 제188조의 4의 보호법익은 '유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 유가증권 거래의 공정성 및 유통의 원활성 확보라는 사회적 법익'이었던 점(대법원 2002. 7. 26. 선고 2002도1855 판결 등 참조) 등을 종합하면, 자본시장법 제178조의 보호법익은 주로 '금융상품 거래의 공정성에 대한 투자자들의 신뢰'라고 파악할 수 있을 것이다.

(3) 다음으로 자본시장법의 규정 체계에 관하여 보건대, 자본시장법 제178조는 '부정거래행위 등의 금지'라는 제목으로 부정거래행위의 유형에 관하여 '부정한 수단, 계획 또는 기교'를 사용하는 행위를 규정한 제1항 제1호 외에도 개별 부정거래행위의 유형으로 제2호, 제3호 및 제2항을 규정하고 있는데, 제1항 제1호와는 달리 제2호, 제3호, 제2항은 다른 투자자들에 대한 기망적인 요소를 구성요건으로 하고 있고, 같은 법 제443조 제1항 제8호 및 제9호는 제178조 제1항 각 호 및 제2항의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자에 대하여 동일한 형벌(10년 이하의 징역 또는 5억 원 이하의 벌금)에 처하도록 규정하고 있는바, 이러한 자본시장법의 규정 체계에 비추어 볼 때 자본시장법 제178조에서 규정하고 있는 부정거래행위의 한 유형인 제1항 제1호의 '부정한 수단, 계획 또는 기교'를 사용하는 행위는 적어도 자본시장법 제178조 제1항 제2호, 제3호 및 제2항에서 구체화된 부정거래행위의 내용과 동등하거나 그에 준하는 정도의 불법성을 지닌 것이어야 한다.

(4) 결국 자본시장법 제178조 제1항 제1호에 의하여 사용이 금지되는 '부정한 수단, 계획 또는 기교'란, 다른 투자자들의 이익을 부당하게 침해할 위험성이 있는 것으로서 같은 법률 제178조 제1항 제2호, 제3호 및 제2항에서 정한 부정거래행위에 준하는 정도의 불법성이 있는 행위라고 할 것이고, 나아가 금융투자상품의 매매와 관련한 어떠한 행위도 사회통념상 부정한 수단, 계획, 기교에 해당하는지 여부는 자본시장법의 취지, 목적 등을 바탕으로 해당 금융투자상품 거래 시장의 구조, 당해 행위가 거래 시장에 미치는 영향, 다른 투자자들의 이익을 침해할 위험성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.

다) 이 사건의 판단

(1) 우리나라 ELW 시장에서 스캘퍼뿐 아니라 다른 대부분의 일반투자자 역시 시세차익을 노리고 단기 차익거래를 추구하고 있는 점, 스캘퍼와 다른 일반투자자 모두 LP를 주요 상대방으로 하여 거래하고 있으므로 결국 스캘퍼와 다른 일반투자자 사이에서 LP와의 거래에 대한 경쟁관계가 형성되는 점, 위와 같은 경쟁구도 아래에서는 LP가 내놓은 매물을 선점하는 것이 중요하므로 주문 속도의 차이가 거래의 성공 여부에 관건이 되는 점, 우리나라 ELW 시장에서 LP와 스캘퍼들은 꾸준한 이익을 얻은 반면 다른 일반투자자들은 지속적인 손실을 입은 점 등을 종합하여 보면, 적어도 이론적으로는 스캘퍼와 유사한 전략을 사용하는 다른 일반투자자의 이익이 스캘퍼와 충돌할 가능성이 없거나 거래에 영향이 없다고 단정할 수는 없다.

(2) 그러나 증권회사가 고객들에게 제공하는 거래 방법의 속도 차이에 관하여 자본시장법은 아무런 규정도 두고 있지 아니하고, 다른 한편 투자자로부터의 수수료를 주요 수입원으로 하는 증권회사로서는 고액의 거래를 빈번하게 체결하여 수수료를 많이 지급하는 투자자들을 유치하기 위하여 투자자에게 그들이 요구하는 거래 방법을 경쟁적으로 제공할 유인이 당연히 존재하고, 일반투자자들도 물리적 한계로 인하여 거래 방법의 속도를 획일화시킬 수는 없으며 이러한 속도의 차이가 거래에 영향을 미칠 가능성이 있다는 점을 충분히 인식하면서도 이를 감수하고 있다고 할 것이므로, 증권회사가 고액 투자자와 일반 투자자에게 동일한 거래 수단을 제공하지 않았다고 하여 이를 일률적으로 부당한 수단이라고 단정할 수는 없고, 위와 같은 거래 수단의 제공이 합리적 범위를 현저하게 벗어나 적극적으로 금융상품 거래의 공정성에 대한 투자자들의 신뢰를 해치는 행위라고 평가될 수 있는 경우에 한하여 부정한 수단이라고 인정할 수 있을 것이다.

이는 위 서비스를 이용하는 스캘퍼에 관하여도 마찬가지여서 증권회사가 제공하는 서비스를 이용하였다고 하여 이를 두고 부정한 수단이라고 단정할 수는 없다.

즉 특정 투자자에 대한 거래 수단의 제공이 일반투자자에게 부정적인 영향을 미칠 목적으로 특정한 거래 수단을 적극적으로 제공하거나 요구하였고, 이러한 행위가 금융상품 거래의 공정성에 대한 투자자들의 신뢰를 해쳤다고 볼 수 있을 경우에 한하여 비로소 증권회사 또는 거래 수단을 제공받은 특정 투자자에 대하여 자본시장법 제178조 제1항 제1호 위반죄의 죄책을 물을 수 있다고 봄이 타당하다.

(3) 그런데 이 사건의 경우에는 아래 항에서 살피는 바와 같이 감독기관이 사실상 속도 편의 제공 서비스를 허용하고 있는 상황이었고, 피고인들의 경우 다른 일반투자자에게 부정적인 영향을 미칠 목적이 있었다고 인정하기도 어려우며, 속도 편의 제공 서비스가 다른 일반투자자들의 거래 이익을 침해함으로써 금융상품 거래의 공정성에 대한 투자자들의 신뢰를 해쳤다고 보기 어려우므로, 피고인들이 증권회사가 제공하는 속도 편의 제공 서비스를 이용하였다는 사실만으로 자본시장법위반의 죄책을 진다고 인정하기 어렵다.

같은 결론의 원심 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 주장하는 사실오인 또는 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

① 증권회사가 고객의 주문을 접수하는 방식은 주문전표방식, 전화·전보·모사전송 등의 방식, 전자통신 방식, DMA 방식으로 다양해졌는데, 위 각 방식을 모두 허용한다는 전제하에 '주문 접수 순서대로 주문 정보가 거래소로 전송되도록 통제하는 방법'을 구현하기 위해서는, 우선 서로 다른 방식으로 접수된 주문들 사이의 접수 선후를 판정하기 위하여 '접수시점을 언제로 볼 것인지'에 대한 명확한 기준이 제시되어야 하고, 시계 일치에 필요한 기술적 한계를 극복할 방법이 제시되어야 한다.

그러나 위와 같은 기준이나 방법이 없어 '주문 접수'대로 주문 정보가 거래소로 전송되도록 통제할 수 없기 때문에 현실적으로 접수 순서대로 주문이 체결되도록 하는 것은 사실상 불가능하다.

② 이 사건 당시에도 증권회사들은 거래가 빈번한 우량고객들을 유치하기 위하여 홈트레이딩시스템 속도 향상 등의 서비스를 제공하면서 적극 홍보하고 있었고, 해외 기관투자자들에게 DMA 서비스가 허용되고 있었으므로, 일반 투자자들도 증권회사의 속도 관련 서비스로 인한 차별의 가능성을 예견하고 이를 감수하면서 ELW 투자에 참여하였다고 봄이 타당하다.

- ③ 유가증권시장 업무규정 시행세칙은 증권사의 구체적인 주문 처리 절차에 대하여 상세히 정하고 있는데, 고객의 주문 입력방법을 5가지로(제12조 제1항 제27호), 고객이 증권사에 주문을 위탁하는 방법을 3가지로(제109조 제1항) 각기 구분한 뒤, 위 3가지(문서에 의한 방법, 전화등 방법, 전자통신 방법) 중 문서에 의한 방법 또는 전화 등 방법으로 주문을 접수한 때에는 주문표를 작성한 뒤 접수시간의 순서에 따라 증권사 주문단말기에 주문내용을 입력하도록 하고(제109조 제2항, 제3항, 제123조 제1항), 위 두 가지 방법과 전자통신방법으로 접수한 주문을 거래소에 호가로 제출하는 과정에서 '주문입력매체의 특성, 주문건수 등'을 감안하여 위탁자의 주문간 '호가간에 형평'이 이루어지도록 처리하여야 한다(제123조 제4항)라고 정하고 있다.

그러나 이와 관련하여 '호가간 형평'의 구체적인 기준을 정한 조항은 찾아 볼 수 없다.

- ④ 속도 관련 서비스들의 제공에 관한 감독 기관의 공문들에는 주문 접수 시점에 관한 구체적인 기준이 제시되어 있지 않고 DMA 허용여부에 관하여도 명확한 언급이 없으며, 단지 '접수 순서에 따라' '회원의 시스템을 경유하여' 거래소시스템에 입력할 것만을 강조하고 있을 뿐이다.
- ⑤ 한국거래소 시장감시본부 팀장인 공소외 3, 금융감독원 선임조사역 공소외 4는 관련사건(서울중앙지방법원 2011고합900)의 법정에서 속도 관련 서비스들의 제공에 관한 감독규정이나 감독 기관의 공문들에 관하여, 증권 거래에 원칙적으로 시간 우선의 원칙이 적용되는 것이지만, 접수순서에 관한 특별한 기준이 정해져 있지 않을 뿐만 아니라 거래 수단이 다양화되어 현실적으로 모든 주문에 대하여 시간 우선의 원칙을 적용할 수는 없다는 취지로 진술하였고, 특히 공소외 3은 위와 같은 이유로 감독 기관에서는 증권회사의 FEP에서 처리된 이후에 주문 순서를 바꾸는 것에 대해서만 감독하고 있다는 취지로 진술하였다.

더욱이 공소외 3은 2006. 9. 20.자 증권선물거래소, '투자자주문처리시 유의사항'이라는 제목의 행정지도 공문 중 '특정 위탁자의 주문을 회원시스템 경유 없이 거래소 시스템으로 직접 전송하는 방법'이라는 부분은 거래소로부터 배정받은 회선은 FEP에서 거래소 시스템과 연결되는 회선을 특정 위탁자에게 독점적으로 쓰게 하는 것을 금지한다는 뜻이고, FEP 이전 단계에서의 처리절차는 회원사가 자율사항으로 형평에 맞으면 되는 것이라고 진술하였고, 공소외 4는 2010. 12. 31.자 '금융투자업자의 주문자동전달시스템 운영관련 유의사항'이라는 제목의 행정지도 공문을 시행하게 된 경위에 관하여 "DMA(주문자동전달시스템을 의미한다)가 허용이 되는 겁니다.

즉, DMA는 일단 허용이 되는데 DMA 서비스를 제공할 때에는 일정한 리스크관리나 내부통제 절차를 구축하고 그것을 제공하라는 것입니다.

저 공문상의 어떤 기준들을 충족할 때 적절한 DMA가 된다고 저희들이 판단한 것입니다.

", "그 당시에는 DMA가 안된다고 판단하기가 어려워서 그렇게 한 것입니다.

", "(주문처리)속도차이는 없어야 되는데, 현실적으로 전화나 DMA 등 주문 방법이 다르고, 지역적 거리 차이가 난다든지 하는 과정에서 절대적으로 속도차이가 안 날 수는 없지 않습니까? 그런 것들을 감안하지 않을 수 없어서 그 이후에 감독원이 또 다시 (다른 기준을) 만들게 된 것입니다.

"라고 진술하여 감독기관에서도 DMA를 허용하고 있었다는 취지로 진술하였다.

- ⑥ 검사는 스캘퍼의 주문과 LP의 호가 변동 주문 사이의 시차 중 평균적으로 원심에서 인정한 0.016초 이내인 경우는 전체의 6.63%에 불과하고 0.2초 이상인 경우가 52.26%, 1초 이상인 경우도 13.21%에 이르며, LP의 호가 변동 주문 전에 주문이 도달하였지만 스캘퍼의 물량선점으로 거래가 체결되지 아니하여 피해를 입은 주문 건수도 원심이 인정한 0.0045%~0.008%보다 훨씬 많으므로, 스캘퍼의 주문 때문에 일반투자자의 거래기회를 상실한 일반투자자의

주문에 대하여 의도적으로 작성된 허위의 통계자료에 기초하여 스캘퍼와 일반투자자 사이에 이해충돌이 없다고 판단한 것은 잘못이라고 주장하면서, 그 근거로 대검찰청 국가디지털포렌식센터 검찰수사관 작성의 '1, 2차 분석보고서'와 서울대학교 경제학부 교수 작성의 'ELW 전수분석결과'를 제출하였다.

그렇지만 위 보고서 및 분석결과는 일반적인 관점에서 ELW 거래 전반에 대해 분석한 결과를 나열한 것에 불과하여 특정 구간대에 일반투자자의 주문이 접수된다면 스캘퍼가 일반투자자들의 거래 이익을 침해할 수도 있다는 막연한 가능성만을 보여주는 것일 뿐이어서, 이를 들어 스캘퍼에 대한 속도 편의의 제공이 일반투자자들의 거래를 불가능하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 위험성을 초래하였다고 인정하기에 부족하다.

⑦ 위 ③~⑤항에서 살핀 바와 같이, 매매 알고리즘의 서버 탑재 등을 이용한 속도 향상 서비스가 허용되었던 상황에서 위 서비스의 이용자인 피고인들에게 다른 투자자들의 이익을 침해하려는 목적이 있었다고도 인정하기 어렵다. 속도가 향상되면 유리한 주문을 선점할 수 있어 수익을 볼 가능성이 높아지고, 상대적으로 다른 투자자가 손실을 입을 가능성이 높아지는 것은 사실이지만, 이것은 ELW 거래의 성격에서 기인한 것으로 거래 방법과는 상관없이 수익이 발생하는 모든 거래에 수반되는 결과일 뿐이다.

그러나 피고인들이 위 속도 향상 기능을 이용하여 ELW 거래를 독점하는 등으로 다른 투자자들에게 명백히 손해를 입히려 했다는 사정에 대한 아무런 증거가 없는 이 사건에서 단순히 속도를 향상하여 매물 일부를 선점하려고 했다는 점을 들어 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용할 고의가 있었다고 보기 어렵다.

- (4) 형벌권을 독점하고 있는 국가가 국민의 기본권을 보장하면서 그 형벌권을 적정하게 행사하기 위해서는 법률로 처벌의 대상이 되는 행위 유형을 구체적·개별적으로 제시함으로써 국민들로 하여금 행위 당시 자신의 행위로 인하여 형벌을 받게 될 것인지에 관하여 예측 가능하도록 하여야 한다.

그런데 스캘퍼들이 일반 투자자와 달리 증권회사로부터 속도 편의 제공 서비스를 제공받아 ELW 거래를 함으로써 막대한 수익을 올린 행위에 대하여 형평에 어긋남을 이유로 형사처벌의 필요성을 논할 여지는 충분하지만, 앞서 본 사정에 비추어 볼 때 자본시장법 등 법률이 스캘퍼로 하여금 속도 편의 제공 서비스를 제공받아 ELW 거래를 하는 행위가 형사처벌의 대상이 된다는 예측가능성을 제공하였다고 볼 수 없으므로 피고인들에 대하여 자본시장법위반의 죄책을 묻기는 어렵다.

- 2) 1억 7,000만 원 공여 및 수수 관련 피고인 4에 대한 특경법위반(수재등)의 점 및 피고인 1, 피고인 2에 대한 피고인 4 관련 특경법위반(증재등)의 점

(가) 원심의 판단

원심은 그 채택의 증거를 종합하여 ① 피고인 4가 이 부분 합계 1억 7,000만 원을 피고인 1, 피고인 2로부터 받은 것은 피고인 1, 피고인 2가 공소외 2 증권회사에서 시스템 트레이딩에 의한 ELW 매매를 할 수 있도록 피고인 4가 도와준 것에 대한 대가에 해당하여 공소외 1 금융회사의 직원으로서의 직무와는 관련이 없고, ② 또한 피고인 4가 공소외 6 증권회사 LP의 호가정보를 피고인 1에게 일부 전송한 것은 사실이기는 하지만 위 호가정보의 제공이 시기적으로 이 부분 합계 1억 7,000만 원과 어떠한 관련이 있다고 보기 어려울 뿐만 아니라 피고인 4가 개인적으로 아는 공소외 6 증권회사 직원인 피고인 3으로부터 받은 정보를 피고인 1에게 전송해 준 것에 불과하여 피고인 4의 공소외 1 금융회사 직원으로서의 직무와 관련이 있는 행위로 보기도 어렵다는 이유로, 피고인들은 이 부분 공소사실에 관하여 각 무죄라고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

- (1) 특경법 제5조 제1항 소정의 '금융기관 임·직원이 직무에 관하여'라 함은 금융기관의 임·직원이 그 지위에 수반하여 취급하는 일체의 사무를 말하는 것으로서, 그 권한에 속하는 직무행위뿐만 아니라, 그와 밀접한 관계가 있는 사무 및 그와 관련하여 사실상 처리하고 있는 사무도 포함되지만, 그렇다고 금융기관 임·직원이 개인적인 지위에서 취급하는 사무까지 이에 포함된다고 할 수는 없다(대법원 2011.7.14. 선고 2010도9826 판결 등 참조).
- (2) 피고인 4가 주장하는 '알고리즘 전략 설계'라는 것이 실제로는 피고인 1로부터 제공받은 매매 전략을 컴퓨터를 통하여 예정된 조건 충족시 자동 실행되도록 논리적으로 문서화하는 것으로 보이는 점, 알고리즘 매매 프로그램 개발을 위한 일련의 과정 중 기초자산의 변동을 추적하고 그에 따른 대응전략을 수립하여 구체화하는 과정이 가장 어려우면서도 중요한 것인데 결국 그 부분은 피고인 1이 담당한 점, 공소외 2 증권회사용 매매 프로그램은 공소외 14 증권회사에 탑재되어 있던 프로그램과 유사한 프로그램을 새로이 개발하되 서버 탑재와 연결되는 부분을 변경하고 가격예측기능, 거래주문병렬처리 기능 등 일부 기능을 개선한 것인 점, 피고인 4는 공소외 1 금융회사에서 피고인 1을 지원하는 동안 위 피고인의 전략을 습득하게 되었으므로, 공소외 2 증권회사의 알고리즘 전략 설계라는 것도 결국은 공소외 14 증권회사에서의 직무와 관련하여 취득한 정보를 활용하는 것인 점 등을 고려해 보면 피고인 4가 피고인 1, 공소외 16 등으로부터 수수한 1억 7,000만 원과 피고인 4의 공소외 1 금융회사에서의 직무와 관련된 것이 아닌가 하는 의문이 들기는 한다.
- (3) 그러나 증거를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 피고인 4는 공소외 14 증권회사의 직무가 아니라 개인적 지위에서 알고리즘 전략 설계를 수행하였다고 평가함이 상당하고, 직무 관련 '알고리즘 전략 설계'에 대한 대가, 공소외 6 증권회사 LP의 호가정보를 피고인 1에게 일부 전송해 준 것에 대한 대가, 또는 피고인 10으로부터 인센티브를 일부 나누어 받도록 해 준데 대한 대가로 피고인 1, 피고인 2가 피고인 4에게 합계 1억 7,000만 원을 지급하였다고 보기 어려우므로, 위 피고인들에게 각 특경법 위반죄가 성립하지 않는다.
같은 취지의 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 사실오인의 위법이 있다고는 보이지 않는다.
따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장 역시 받아들이지 않는다.
- (가) 피고인 5는 2010. 6. 3. 피고인 1, 피고인 2와 사이에 2010. 6. 3.부터 2012. 6. 2.까지 공소외 2 증권회사의 전산 시스템에 탑재될 알고리즘 트레이딩 프로그램을 개발 및 업데이트 해 주는 내용의 고용계약을 체결하였다.
당시 작성된 계약서에는 "개발에 필요한 추가 또는 변경되는 요구사항에 대해 피고인 4가 간단하게나마 서면으로 작성하여 피고인 5에게 전달한다."
"라고 기재되어 있었다.
위 내용에 비추어 피고인 5가 알고리즘 트레이딩 프로그램을 개발하는 2년 동안 피고인 4 역시 위 알고리즘 트레이딩 프로그램 개발에 참여하면서 피고인 1, 피고인 2와 피고인 5 사이에서 요구사항을 정리, 구체화, 설계하는 역할을 하기로 예정되었음을 알 수 있다.
- (나) 이 무렵 피고인 4는 이미 공소외 14 증권회사에서 쌓은 경험을 토대로 알고리즘 트레이딩 시스템에 대한 상당한 지식을 축적하여, 피고인 1의 도움 없이 알고리즘 트레이딩 프로그램의 요건을 정의하고 설계하는 수준에 이르렀다.

특히 피고인 4는 피고인 1, 피고인 2로부터 금원을 지급받을 무렵인 2010년 7월경부터는 업무시간 이후나 주말에 피고인 5가 프로그래밍 작업을 하는 오피스텔에서 지내면서 설계 작업을 하고 그 결과물을 피고인 5에게 건네주어 신속히 개발되게끔 하였다.

그렇다면 피고인 4가 그 무렵부터 피고인 1 등으로부터 지급받은 1억 7,000만 원은 위 공소외 2 증권회사 투자증권용 매매 프로그램의 알고리즘 전략 설계의 대가로 지급받았다고 볼 여지가 있다.

(다) 피고인 4가 피고인 1, 피고인 2로부터 금원을 지급받을 당시에는 피고인 1, 피고인 2는 공소외 14 증권회사를 통한 거래를 중단하기로 결심하고 공소외 2 증권회사를 통한 ELW 매매를 위해 본격적인 준비를 시작할 단계였으므로, 피고인 4가 피고인 1, 피고인 2의 공소외 2 증권회사용 매매프로그램 개발에 참여한 것은 개인적인 지위에서 한 것이고, 이를 들어 공소외 14 증권회사의 직무와 관련이 있다고 평가할 수는 없다.

(라) 피고인 4가 피고인 3으로부터 받은 LP 정보를 피고인 1, 피고인 2에게 전달한 사실은 인정된다.

그렇지만 피고인 2가 위 정보를 통하여 얼마의 수익을 거두었는지에 대한 아무런 입증이 없고(피고인 2는 수사기관에서 "공소외 6 증권회사에서 발행한 ELW 거래로 손해를 본 것 같다.

"고 진술하였다), 2010. 7.경을 전후로 피고인 1, 피고인 2 등에게 위 정보가 제공되었다고 볼 만한 사정도 찾을 수 없으므로, 검사가 제출한 증거들만으로는 위 LP 정보의 제공과 이 부분 1억 7,000만 원과의 대가성을 인정할 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(마) 앞에서 살펴본 바와 같이 피고인 1, 피고인 2가 피고인 10으로부터 인센티브를 돌려받을 수 있는지 여부와 그 액수가 확정되지 않은 상태에서, 인센티브를 돌려받게 해 준 대가로 피고인 4에게 2년간 매월 2,000만 원을 지급한다는 것은 상정하기 어렵다.

3) 피고인 5에 대한 특경법위반(수재등)의 점 및 피고인 1, 피고인 2에 대한 각 피고인 5 관련 특경법위반(증재등)의 점 가) 원심의 판단

원심은 증거에 의하여 판시 사실을 인정한 다음, 피고인 5가 공소외 2 증권회사로 채용된 기간에 피고인 1, 피고인 2로부터 받은 이 부분 공소사실 기재 1억 원은 피고인 5가 피고인 1, 피고인 2와 사이에 체결한 ELW 알고리즘 매매 프로그램 개발계약에 따른 대금을 지급받은 것이고, 피고인 5가 공소외 2 증권회사의 직원으로 채용된 것도 위 프로그램 개발을 위한 방편에 불과하였으므로, 결국 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 5가 공소외 2 증권회사의 직원으로서 그 직무에 관하여 피고인 1, 피고인 2로부터 위 1억 원을 수수하였다고 보기 어렵다고 판단하여 이 부분 공소사실에 관하여 피고인들에게 각 무죄를 선고하였다.

나) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하여 보면 피고인 5가 공소외 2 증권회사에 채용되어 근무하는 동안 월 100만 원씩의 급여 및 4대 보험을 제공받고, 직원용 사내 인터넷 아이디, 서버접속 아이디 등을 부여받은 것은 사실이다.

그러나 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 또는 사정, 즉 ① 피고인 5는 공소외 2 증권회사의 직원으로 고용되기 이전인 2010. 6. 3. 피고인 1, 피고인 2와 고용계약을 체결하고 이에 따라 매월 1,000만 원씩의 급여를 지급받아 온 사실, ② 피고인 5가 위 고용계약 이후 공소외 2 증권회사에 직원으로 채용되어 고용계약이 이중으로 되었다고 하더라도, 이를 들어 선행 고용계약이 무효로 된다고 할 수 없으므로 피고인 1과의 계약에 기초하여 급여를 지급받

은 것이 소급적으로 불법이 된다고 볼 수는 없는 점, ③ 피고인 5가 공소외 2 증권회사에 채용되기를 원했던 것도 아니고, 공소외 2 증권회사 측에서도 전산인력이나 영업부 인력으로 피고인 5를 고용할 의사가 있었던 것도 아니었지만, 외부인이 전산 시스템에 프로그램을 설치하는 경우에는 이로 인하여 전산 감사에서 지적받을 가능성이 높았기 때문에 지적을 피하기 위해 형식적으로 피고인 5를 공소외 2 증권회사의 직원으로 채용한 점, ④ 공소외 2 증권회사도 피고인 1, 피고인 2를 고객으로 유치하기 위하여 피고인 5가 피고인 1과 선행하여 체결한 고용계약과 이에 따른 급여 지급을 당연히 용인하였던 점 등을 종합해 보면, 피고인 5가 피고인 2로부터 1억 원을 수수한 것은 2010. 6. 3.자 피고인 2와의 고용계약에 근거한 것일 뿐이므로, 그것을 가지고 특경법 제5조가 청렴의무나 직무의 불가매수성에 기하여 예정하고 있는 '금융회사의 임직원이 그 직무에 관하여 수수하는 금품'에 해당한다고 보기 어렵고, 그 밖에 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 5가 공소외 2 증권회사의 직무와 관련하여 피고인 2로부터 1억 원을 수수하였다고 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

같은 취지의 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장도 받아들이지 않는다.

4) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 각 '불공정거래행위' 및 '직무상 알게 된 정보' 관련 자본시장법 위반의 점

가) 자본시장법 제176조 제2항 제1호 및 제178조 제2항 위반 여부

(1) 피고인들의 공모 여부

형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건인 공동가공의 의사와 객관적 요건인 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다(대법원 2005. 7. 22. 선고 2005도3352 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 이 사건에서 피고인들이 묵시적, 순차적으로 공모하였다고 인정되려면 피고인 3은 LP 호가 정보 제공, 피고인 4는 위 정보의 전달, 피고인 1, 피고인 2는 피고인 3이 지정하는 ELW의 거래가 성황을 이루는 것처럼 보이게끔 공격적으로 ELW를 매매하는 역할의 분담이 있어야 한다.

그러나 기록을 살펴보면, 피고인 3이 피고인 4에게 보낸 메시지 중 내용이 확인되는 것은 2011. 1. 6. 발송한 "오늘 추천 종목입니다.

130 168 195 213 214", "130 168 195 213 214 풀로 치면 개미들이 안 들어 올 수 있으니 개미 수량을 조금 남겨주세요", 2011. 1. 21. 발송한 "195번 자주 밀거니까 수량 50만 개로 줄여주세요"의 두 개 뿐인 사실, 피고인 1, 피고인 2는 위 메시지를 받은 2011. 1. 6.경 그 추천내역과는 달리 130, 168, 195의 3가지 종목만을 매매하였으며, 피고인 1, 피고인 2가 체결한 매매의 비중 또한 130 종목은 총 거래량의 10%, 195 종목은 총 거래량의 29.4%에 불과한 사실만을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면 피고인 3은 공소외 6 증권회사에서 발행한 ELW의 홍보를 위하여 VIP 고객들에게 전달되기를 희망하면서 피고인 4에게 위 정보를 전송하였고, 피고인 4로부터 위 정보를 전달받은 피고인 1, 피고인 2는 독자적인 판단 아래 수익발생이 예상되는 종목을 선택하여 거래하였던 것으로 보일 뿐이고 달리 피고인들이 순차적으로 행위를 분담하거나 각기 기능적 행위지배가 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(2) '매매를 유인할 목적'에 해당하는지 여부

(가) 관련 법리

자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 '자본시장법'이라고 한다) 제176조 제2항 소정의 '매매를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고, 투자자에게는 그 시세가 증권시장 등에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 증권 등의 매매에 끌어들이려는 목적으로서 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로 충분하며, 한편 위 조항 제1호 소정의 '그 증권 또는 장내파생상품의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매'라 함은 본래 정상적인 수요·공급에 따라 자유경쟁시장에서 형성될 시세 및 거래량을 시장요인에 의하지 아니한 다른 요인으로 인위적으로 변동시킬 가능성이 있는 거래를 말하는 것일 뿐 그로 인하여 실제로 시세가 변동될 필요까지는 없고, 일련의 행위가 이어진 경우에는 전체적으로 그 행위로 인하여 시세를 변동시킬 가능성이 있으면 충분한데, 이상의 각 요건에 해당하는지 여부는 당사자가 이를 자백하지 않더라도 그 증권 등의 성격과 발행된 증권 등의 총수, 가격 및 거래량의 동향, 전후의 거래상황, 거래의 경제적 합리성과 공정성, 가장 혹은 허위매매 여부, 시장관여율의 정도, 지속적인 증가관리 등 거래의 동기와 태양 등의 간접사실을 종합적으로 고려하여 이를 판단할 수 있다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도8109 판결).

(나) 원심의 판단

원심은 증거에 의하여 판시 사실을 인정한 다음, 관련 법리와 증거로 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① LP는 블랙숄즈 모델에 기초하여 ELW의 가격을 스스로 결정하므로 거래량의 증가가 곧바로 ELW의 시세에 영향을 미치는 것은 아닌 점, ② 피고인 3이 LP 업무를 수행하는 직원으로 하여금 추천종목의 호가를 인위적으로 시세보다 높거나 낮게 제시하게 하였다거나 그러한 호가제시에도 불구하고 피고인 2가 이를 매매하였다고 볼 만한 아무런 증거가 없는 점, ③ 원심 판시 범죄일람표 4는 피고인 3, 피고인 4 사이의 문자메시지 송수신 시각, 피고인 4, 피고인 1 사이의 문자메시지 송수신 시각과 피고인 2가 공소외 6 증권회사 발행의 ELW 종목을 매매한 내역들을 비교하여 관련이 있어 보이는 부분들을 추출하여 작성한 것에 불과한 점, ④ 그나마 유일하게 그 내용이 확인되는 2011. 1. 6.자 문자메시지를 보면, 위 문자메시지를 통해 추천된 5개의 ELW 종목 중 이 사건 공소사실에 포함된 종목은 3개에 불과한바, 피고인 2는 스스로의 판단 하에 자신의 수익을 얻기 위하여 추천받은 종목 중 일부만을 매매한 것으로 보이는 점 등을 종합하여, 피고인들에게 자본시장법 제176조 제2항 소정의 '매매를 유인할 목적'이 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다고 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 기록에 비추어 검토하여 보면, 원심의 사실인정은 정당하다.

나아가 원심은 ELW의 거래량 증가가 시세에 영향을 미치지 않는다는 점뿐만 아니라 피고인들이 주고받은 문자메시지의 내용과 피고인 2의 ELW 매매거래 내역을 종합적으로 고려하여, 피고인 3은 자사의 ELW를 홍보한 것이고 피고인 2는 피고인 3으로부터 추천받은 종목 중 일부를 자신의 선택에 의하여 매매하였다는 이유로 '매매를 유인할 목적'을 인정하기에 부족하다고 평가하였는바, 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 주장하는 것과 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 보이지 않는다.

따라서 검사의 이 부분 항소 이유 주장은 받아들이지 않는다.

(3) 자본시장법 제178조 제2항의 위계사용행위 해당 여부

(가) 자본시장법 제178조 제2항은 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래를 할 목적이거나 그 시세의 변동을 도모할 목적으로 '풍문의 유포, 위계의 사용, 폭행 또는 협박'을 하는 것을 금지하고 있는데, 여기서 '위계'란 거래 상대방이나 불특정 투자자를 기망하여 일정한 행위를 유인할 목적의 수단, 계획, 기교 등을 말하는 것이고, '기망'이라 함은 객관적 사실과 다른 내용의 허위사실을 내세우는 등의 방법으로 타인을 속이는 것을 의미한다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도8109 판결).

(나) 원심은 위와 같은 법리에 비추어, 피고인 2가 피고인 4를 통해 피고인 3으로부터 받은 추천종목을 매매한 것이 가장매매 혹은 통정매매라고 볼 만한 아무런 증거가 없는 이상 위 매매에 기망적인 요소가 있다고 할 수 없으므로, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 3이 일반투자자들을 상대로 '위계'를 사용하였다고 볼 수 없다고 판단하였다.

(다) 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 기록에 비추어 검토하여 보면, 원심의 사실인정은 정당하다.

이에 더하여 위 (1)항과 같은 이유로 피고인들 사이에 공모 관계를 인정하기 어려운 점까지 고려하여 보면, 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고 거기에 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장 역시 받아들이지 않는다.

나) 자본시장법 제54조 위반 여부

원심은 피고인 3이 공소외 6 증권회사가 발행한 일부 ELW 종목의 호가제시 정보를 피고인 4에게 제공한 것은 사실이지만, 실제 위와 같은 정보를 '이용'하여 매매를 한 사람은 피고인 4로부터 정보를 수령한 피고인 2고, 피고인 2가 피고인 3에게 가담한 사실을 인정할 증거가 부족하다는 이유로 피고인 3은 직무상 알게 된 정보를 '누설'한 데 불과할 뿐 '이용'하였다고는 볼 수 없다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택한 정보를 기록에 비추어 검토하여 보면, 원심의 사실인정은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

이에 더하여 위 가). (1)항과 같은 이유로 피고인 3, 피고인 4, 피고인 1, 피고인 2 사이에 순차 공모 관계를 인정할 수 없는 점, 피고인 2의 ELW 매매로 말미암아 피고인 3이 얻게 된 이익에 관한 증거가 부족한 점('거래량이 증가되면 상장 폐지를 면할 수 있다'는 취지의 추상적이고 일반적인 진술 외에 달리 이에 대한 증거가 없다.

오히려 피고인 3은 원심 법정에서 스캘퍼가 거래량을 일으키면 LP를 홍보할 수 있는 수단은 되지만, 거래량이 많다고 해서 무조건 돈을 벌 수 있는 것은 아니라고 진술하였다)을 종합하면 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 3이 위 미공개 정보를 '이용'하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

같은 취지의 원심 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장도 받아들이지 않는다.

5) 피고인 10에 대한 자본시장법위반의 점

가)원심의 판단

원심은 증거들에 의하여 판시 사실을 인정한 다음, 위 인정사실 및 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 4는 처음부터 피고인 10이 피고인 1, 피고인 2의 계좌관리인으로 지정되어 공소외 1 금융회사로부터 받는 인센티브에 관하여 보상받기를 원하였고 실제로 피고인 10은 피고인 4의 요청에 따라 피고인 4에게 돈을 지급하기

도 한 점, ② 피고인 4는 피고인 10에게 자신의 언니에게 직접 현금으로 주라고 지시하는 등 위 돈을 받는 것에 관하여 나름대로 신경을 쓰면서 조심스러워 하고 있었던 점, ③ 그러한 상황에서 피고인 4는 별다른 설명 없이 피고인 10에게 "고객에게 주자"라고 말한 점, ④ 피고인 4는 2010. 6. 3.경 피고인 1, 피고인 2로부터 3억 원을 받게 되어, 자신이 피고인 10으로부터 받기로 하였던 돈을 피고인 1, 피고인 2에게 주려고 위와 같이 피고인 10에게 공소의 5 계좌로 송금하라고 하였던 것으로 보이는데, 피고인 10은 위와 같은 사정을 전혀 알지 못하였던 점, ⑤ 피고인 4가 송금하라고 알려준 계좌주인 공소의 5는 공소의 1 금융회사 제주지점에서 관리하던 피고인 1, 피고인 2의 ELW 계좌 명의인이 아니었고, 피고인 10이 알지 못하는 계좌였던 점, ⑥ 피고인 10은 고객인 피고인 1, 피고인 2와 접촉한 사실이 전혀 없는 점 등을 종합하여, 피고인 4로부터 위와 같이 "고객에게 주자"라는 말을 들었더라도 피고인 10으로서 피고인 4가 알려준 공소의 5 명의의 계좌를 피고인 4의 차명계좌라고 생각하고 피고인 4에게 지급한다는 의사로 송금하였을 가능성을 배제하기 어렵다고 할 것이어서, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 10에게 고객에게 자신이 받은 인센티브를 지급한다는 인식이 있었다고 인정하기에 부족하다는 이유로 피고인 10에 대하여 무죄를 선고하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 기록에 비추어 검토하여 보면 원심의 사실인정은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

이에 더하여 ① 피고인 10 입장에서는 어차피 피고인 4와 나누어 갖기로 한 인센티브를 지급하는 것이므로 피고인 4의 지시에 따르기만 한다면 금원이 누구에게 귀속되는지 알 필요가 없었던 점, ② 특히 평소 피고인 10의 인센티브를 나누어 갖는 것이 탄로날까봐 두려워하면서도 피고인 10에게 '자신에게 금원을 지급하라'고 채근하고 피고인 10으로 하여금 언니에게 직접 현금을 가져다주라고 지시하기까지 한 피고인 4의 태도에 비추어, 피고인 10으로서 피고인 4가 마치 고객에게 돈을 돌려주는 것처럼 가장하여 인센티브를 받아내려 한다고 생각하는 것이 오히려 자연스러운 점을 고려하면, 피고인 10에게는 고객에게 인센티브를 돌려준다는 미필적 고의도 인정되지 않는다.

같은 취지의 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고 거기에 사실오인의 위법을 발견할 수 없다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장도 받아들일 수 없다.

다.

피고인 4의 자수감경 관련 항소이유 주장에 관한 판단

형법 제52조 제1항에서 말하는 '자수'란 범인이 스스로 수사책임이 있는 관서에 자기의 범행을 자발적으로 신고하고 그 처분을 구하는 의사표시이므로, 수사기관의 직무상의 질문 또는 조사에 응하여 범죄사실을 진술하는 것은 자백일 뿐 자수로는 되지 아니한다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2011도12041 판결 등 참조).

증거에 의하면 피고인 4가 2011. 5. 19. 수사기관에 자진 출두하여 자수서를 제출하면서 범행 일체를 자백한 사실이 인정된다.

그러나 한편 증거에 의하면 피고인 4는 그 이전인 2011년 3월경부터 공소의 18이라는 가명으로 스캘퍼들에 대한 검찰 수사에 적극적으로 협조하면서도 자신의 범행에 관하여만은 함구한 사실, 피고인 4는 자신에 대한 수사상황을 주시하고 있던 중 2011년 4월경 피고인 1, 피고인 2를 만나 이 사건 3억 원에 관한 대책회의를 하면서 피고인 4의 차명계좌인 공소의 7 계좌로 송금된 위 3억 원에 관하여 피고인 1이 공소의 7에게 빌려준 것처럼 허위의 진술을 하기로 모의한 사실, 피고인 5가 2011. 5. 18. 조사를 받으면서 기존의 허위진술을 반복하고 피고인 4를 언급하자 피고인

4는 그 다음날인 2011. 5. 19. 검찰에 위 자수서를 제출하게 된 사실을 인정할 수 있다.

위와 같은 피고인 4의 자수 경위에 비추어, 위 자수를 형법상의 자수감경이 적용되는 '자기의 범행을 자발적으로 신고하고 그 처분을 구하는 의사표시'와 동등하게 평가할 수는 없는 것이므로, 피고인 4의 이 부분 항소이유 주장은 받아들여지지 않는다.

라. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 양형부당 주장에 관한 판단

1) 피고인 1, 피고인 2

피고인들이 상피고인 4에게 3억 원을 준 것에는 업무관계로 수년 동안 알고 지내면서 다져진 그들 사이의 친분관계도 어느 정도는 작용한 것으로 보이는 점, 피고인 1은 한 차례 기소유예 외에 아무런 범죄전력이 없고, 피고인 2는 50만 원의 벌금 전과 외에 다른 범죄전력이 없는 점은 피고인들에게 유리한 정상이다

그러나 피고인들이 금융기관 직원인 상피고인 4의 직무에 관하여 관하여 3억 원에 이르는 거액의 돈을 공여한 것은 그 죄질이 결코 가볍다고 볼 수 없는 점, 피고인들은 자신들의 범행을 감추기 위하여 진술을 맞추고 상피고인 5로 하여금 허위의 진술을 하도록 한 점, 이 사건 범행을 부인하며 자신들의 잘못을 뉘우치고 있지 않은 점은 피고인들에게 불리한 정상이다.

이러한 제 정상들에 더하여 피고인들의 나이, 성행, 범행 후의 정황 등 제반 양형조건을 종합하면 피고인들에 대한 원심의 선고형이 너무 무거워 부당하다고 보이지 아니한다.

따라서 피고인들의 항소이유 주장은 받아들일 수 없다.

2) 피고인 4

피고인은 금융기관 임직원의 직무에 관하여 3억 원에 이르는 거액을 수수함으로써 금융기관 임직원의 직무의 청렴성 및 국민의 금융기관에 대한 신뢰를 훼손한 점, 수사과정에서 자신의 범행을 감추기 위하여 피고인 1, 피고인 2에게 자신의 존재를 언급하지 않도록 부탁하였고 당심에 이르기까지 자신의 행위를 합리화하면서 진지한 반성을 하지 않고 있다.

그러나 피고인이 이른바 스캘퍼 사건의 수사에 적극 협조하였고 검찰에서도 이를 감안하여 특경법 제5조 제4항 제3호로 기소한 것으로 보이는 점, 상피고인 1, 피고인 2는 피고인의 경제적 어려움을 딱하게 여기고 평소 친분관계를 고려하여 3억 원의 액수를 책정한 것으로 보이고, 여기에는 경제적으로 풍족한 상피고인 1, 피고인 2의 특수한 사정도 반영된 것으로 보이는 점, 피고인 4가 자신의 3남매뿐 아니라 조카들까지 부양하면서 실질적인 가장 역할을 하고 있는 점, 아무런 범죄전력이 없는 초범인 점 등의 유리한 정상 및 그 밖에 피고인의 연령, 성행, 환경, 범행의 경위, 범행 후의 정황 등 이 사건 변론에 나타난 제반 양형조건을 종합하고 피고인에 대하여 적용된 특경법 제5조 제4항 제3호의 법정형을 고려할 때 피고인에 대한 원심의 선고형은 너무 무거워 부당하다.

따라서 피고인의 이 부분 항소이유 주장은 이유 있다.

3. 결론

그렇다면 피고인 4의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 4에 대한 유죄부분을 파기하여 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결하고, 피고인 1, 피고인 2 및 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1, 피고인 2

1) 사실오인 또는 법리오해

가) 피고인들이 상피고인 4에게 제공한 3억 원은 상피고인 4가 근무하는 공소외 1 금융주식회사(이하 '공소외 1 금융회사'라고만 한다)로부터 받은 각종 편의제공에 대한 대가가 아니다.

나) 피고인들에게는 직무관련성과 대가성 등 범죄사실에 대한 인식과 의욕, 즉 고의가 없었다.

2) 양형부당

피고인들에 대한 원심의 선고형(각 징역 1년 6월, 집행유예 3년)은 너무 무거워 부당하다.

나. 피고인 4

1) 사실오인 또는 법리오해

가) 상피고인 1, 피고인 2가 피고인에게 제공한 3억 원은 피고인이 상피고인 1 등을 위하여 공소외 2 증권주식회사(이하 '공소외 2 증권회사'라고만 한다)에서 사용할 ELW 매매 프로그램 개발을 위한 알고리즘 설계를 해 준데 대한 대가이다.

즉 위 3억 원은 피고인이 개인적인 지위에서 특별히 연구하거나 습득한 지식을 이용하여 취급한 사무 처리에 대한 대가이다.

나) 피고인은 상피고인 1, 피고인 2와 사이에 일단 3억 원을 받되, 이후에 상피고인 10으로부터 나누어 받기로 한 인센티브를 상피고인 1, 피고인 2에게 되돌려 줌으로써 위 3억 원을 갚기로 묵시적으로 합의하였으므로, 피고인이 3억 원 전체를 수수한 것으로 평가할 수 없다.

다) 피고인에게는 직무관련성과 대가성 등 범죄사실에 대한 인식과 의욕, 즉 고의가 없었다.

2) 자수감경

피고인에게 자수감경이 적용되어야 한다.

3) 양형부당

피고인에 대한 원심의 선고형(징역 5년, 벌금 3억 원, 추징 3억 원)은 너무 무거워 부당하다.

다.

검사

1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9에 대한 '부정한 수단' 관련 자본시장과금융투자업에관한법률위반의 점

ELW 시장구조의 특성상 빠른 주문 수단은 수익과 직결되므로, 증권회사가 특정소수의 스캘퍼들의 주문만을 합리적 이유 없이 의도적으로 다른 고객의 주문에 우선하여 처리하고, 다른 ELW 투자자들에게는 빠른 주문 수단의 존재 및 사용 여부에 대한 선택의 기회를 전혀 제공하지 않은 것은 자본시장과금융투자업에관한법률(이하에서는 '자본시장법'이라고만 한다)이 정한 신의성실 원칙과 이해상충 행위 금지에 반하는 행위로서 부정한 거래에 해당한다.

2) 피고인 4에 대한 특정경제범죄가중처벌에관한법률위반(수재등)의 점 및 피고인 1, 피고인 2에 대한 피고인 4 관련 특정경제범죄가중처벌에관한법률위반(중재등)의 점(이하에서는 특정경제범죄 가중처벌에 관한 법률을 가리켜 '특경법'이라고만 한다)

가) 피고인 4가 피고인 1 등에게 공소외 2 증권회사 알고리즘 설계를 도와준 행위는 공소외 1 금융회사의 직무와 무관하게 개인적으로 취급하는 사무라고 볼 수 없다.

나) 피고인 4가 수수한 1억 7,000만 원에는 공소외 2 증권회사에서 시스템 트레이딩에 의한 ELW 매매를 할 수 있도록 도와준 것에 대한 대가뿐만 아니라, 피고인 1 등이 공소외 1 금융회사에서 시스템 트레이딩에 의한 ELW 거래를 할 수 있도록 도움을 준 대가, 피고인 1, 피고인 2가 공소외 1 금융회사에 지급한 수수료를 일부 반환받을 수 있도록 도와준 것에 대한 대가, 피고인 1, 피고인 2에게 공소외 6 증권회사(이하 '공소외 6 증권회사'라고만 한다)의 LP 관련 정보를 제공한 것에 대한 대가도 포함되어 있으므로, 설령 피고인 4가 공소외 2 증권회사에서 시스템 트레이딩을 할 수 있도록 피고인 1, 피고인 2를 도와 준 것에 직무관련성이 인정되지 않는다고 하더라도, 나머지 행위에 대하여 직무관련성이 인정되는 이상, 피고인 4가 수수한 1억 7,000만 원 전부에 대하여 직무관련성이 인정된다.

3) 피고인 5에 대한 특경법위반(수재등)의 점 및 피고인 1, 피고인 2에 대한 각 피고인 5 관련 특경법위반(증재등)의 점

가) 피고인 5가 공소외 2 증권회사로부터 매월 100만 원의 급여를 지급받고, 4대 보험 등 복리후생을 지원받았으며, 직원용 사내 인트라넷 아이디(ID), 서버접속 등을 부여받고, 일정기간 동안 공소외 2 증권회사의 IT 운영팀 사무실로 출퇴근한 사정 등에 비추어 보면, 피고인 5는 공소외 2 증권회사의 영업부장으로 근무하면서 공소외 2 증권회사의 업무와 관련하여 고객인 피고인 1, 피고인 2로부터 총 1억 원의 금품을 수수한 것이므로 특경법위반(증재등)의 죄책을 진다.

나) 피고인 1, 피고인 2는 2010. 8.경 피고인 4로부터 공소외 2 증권회사의 내부사정상 피고인 5가 공소외 2 증권회사의 직원으로 근무하게 되었다는 사실을 전해 들어 이를 인식하게 되었으므로, 공소외 2 증권회사 직원에게 그 직무와 관련하여 금원을 제공하려는 고의가 인정된다.

4) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 각 '불공정거래행위' 및 '직무상 알게 된 정보' 관련 자본시장법 위반의 점

가) 시세조종 등 불공정거래행위

(1) 피고인 1, 피고인 2가 피고인 4를 통해 피고인 3으로부터 추천받은 공소외 6 증권회사의 ELW 종목 중 일부를 매매한 것은 피고인 3, 피고인 4, 피고인 2의 묵시적, 순차적 공모에 의하여 이루어졌다.

(2) 자본시장법 소정의 '매매를 유인할 목적'은 시장의 시세나 매매거래 상황에 대한 제3자의 판단을 오인하게 하여 매매거래에 참여시킬 목적을 의미하고, '매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하는 매매'는 본래 정상적인 수요공급에 따라 자유경쟁시장에서 형성될 시세 및 거래량을 시장 요인에 의하지 않은 다른 요인으로 인위적으로 변동시킬 가능성이 있는 거래를 의미함에도, 원심은 거래량의 증가가 곧바로 시세에 영향을 미쳐야 한다는 전제 아래 '매매를 유인할 목적'을 인정하지 아니하였는바, 원심 판결에는 매매 유인의 목적을 지나치게 좁게 해석하여 법리를 오해한 위법이 있다.

(3) LP인 피고인 3과 스캘퍼인 피고인 1, 피고인 2가 통모하여 마치 매매가 성황을 이루고 있는 것처럼 만들어 일반투자자들로 하여금 그러한 상황을 잘못 알게 하였다면 이는 자본시장법 제178조 제2항 소정의 '위계'에 해당한다.

나) 직무관련 정보 이용금지 위반

피고인 3은 피고인 4, 피고인 1, 피고인 2와 순차 공모하여 피고인 2의 매매행위에 가담함으로써 피고인 2로 하여금 미공개 정보를 이용하게 하고, 자신은 거래량 증가에 따른 이익을 누렸으므로, 미공개 정보를 단순히 '누설'한 것이 아

나라 '이용'한 것이다.

5) 피고인 10에 대한 자본시장법위반의 점

피고인에게 자신이 받은 인센티브를 고객에게 지급한다는 미필적인 인식이 있었다.

2. 판단

가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 항소이유 주장에 관한 판단[3억 원 공여 및 수수 관련 피고인 1, 피고인 2에 대한 특경법위반(증재등), 피고인 4에 대한 특경법위반(수재등)의 점]

1) 원심의 판단

원심은 그 채택의 증거를 종합하여 판시 사실을 인정한 다음, 증거에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 4는 공소외 1 금융회사의 IT지원부 차장으로서 피고인 1이 공소외 1 금융회사로부터 원하는 전산 서비스를 받을 수 있도록 도움을 주는 업무를 수행하였고, 피고인 1, 피고인 2는 위와 같이 피고인 4를 통하여 서버버전에 의한 주문을 내고 시세정보를 우선 제공받는 등의 서비스를 공소외 1 금융회사로부터 제공받아 ELW 매매를 하던 중인 2010. 6. 3.경 피고인 4에게 3억 원을 제공한 점, ② 피고인 1, 피고인 2가 어려운 집안사정으로 곤궁한 피고인 4를 도와주기 위하여 단순히 친분관계만으로 주었다고 보기에 3억 원은 납득하기 어려운 거액인 점, ③ 피고인 4가 3억 원을 받은 2010. 6. 3.경은 피고인 1, 피고인 2가 공소외 2 증권회사로 옮겨 ELW 매매를 할 것을 준비하던 시기에 불과하므로, 단지 앞으로 받을 도움에 대한 대가로 3억 원의 거금을 주었다고 보기는 어려운 점, ④ 피고인 4는 3억 원과는 별도로 피고인 1, 피고인 2로부터 2010년 7월경부터 2011년 2월경까지 9회에 걸쳐 합계 1억 7,000만 원을 받았는데, 위 합계 1억 7,000만 원은 피고인 4가 공소외 2 증권회사에서 시스템 트레이딩에 의한 ELW 매매를 할 수 있도록 피고인 1, 피고인 2를 도와준 것에 대한 대가로 판단되는 점, ⑤ 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4는 검찰수사가 개시된 이후인 2011년 4월경 만나 위 3억 원에 대한 대책회의를 하였는데, 그 자리에서 피고인 1, 피고인 2는 피고인 4의 차명계좌인 공소외 7에게 송금된 위 3억 원을 피고인 1이 공소외 7에게 빌려준 것처럼 진술하고 조사과정에서 피고인 4를 언급하지 않기로 하였고, 실제로 검찰수사 초기에 그와 같은 취지로 허위의 진술을 한 점, ⑥ 피고인 1은 검찰에서 "피고인 4가 그동안 우리들이 공소외 1 금융회사에서 ELW 매매를 하는 데 도움을 주었기 때문에 고마운 마음이 있어서 돈을 준 것은 맞다"고 진술하였고, 피고인 4도 검찰에서 "솔직히 대가성이 없었다고 보지는 않는다.

2009년 12월경부터 피고인 1, 피고인 2가 매매를 잘 할 수 있도록 도운 점을 보고 앞으로도 잘 해달라는 의미가 있었을 것이다.

또한 내가 이 돈을 받고 차명계좌도 개설해서 빌려 주었으니까. 하지만 내가 고객들의 민원해결을 위해 최선을 다한 점, 한편으로 가정형편이 어려워 힘들게 사는 점도 고려했다고 본다.

"고 진술하였던 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1, 피고인 2와 피고인 4 사이에서 수수된 3억 원은 공소외 1 금융회사의 직원인 피고인 4의 직무에 관하여 수수된 것으로 보기에 충분하다고 판단하였다.

2) 당심의 판단

가) 특경법 제5조 제1항의 '금융기관의 임·직원이 그 직무에 관하여'라고 하는 것은 '금융기관의 임직원이 그 지위에 수반하여 취급하는 일체의 사무와 관련하여'라는 뜻이고, 금융기관의 임·직원이 거래처 고객으로부터 금품 기타 이익을 받은 때에는 그것이 당해 거래처 고객이 종전에 금융기관의 임·직원으로부터 접대 또는 수수한 것을 갚는 것으로서 사회상규에 비추어 볼 때에 의례상의 대가에 불과한 것이라고 여겨지거나, 개인적인 친분관계가 있어서 교분상

의 필요에 의한 것이라고 명백하게 인정할 수 있는 경우 등 특별한 사정이 없는 한 직무와의 관련성이 없는 것으로 볼 수 없다.

그리고 위 법률 제5조의 금융기관 임·직원이 수수한 금품에 직무행위에 대한 대가로서의 성질과 직무 외의 행위에 대한 사례로서의 성질이 불가분적으로 결합되어 있는 경우에는 그 전부가 불가분적으로 직무행위에 대한 대가로서의 성질을 가진다(대법원 2011. 9. 29. 선고 2011도4397 판결 등 참조).

나) 원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 원심의 사실인정은 정당하다.

이에 더하여 증거에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정을 종합하면 3억 원에 대하여 직무관련성과 대가성이 인정되고, 피고인들에게 범의 또한 인정되므로, 피고인 4는 특경법위반(수재등)의 죄책을, 피고인 1, 피고인 2는 특경법위반(증재등)의 죄책을 진다고 봄이 타당하다.

① 피고인 4는 설계를 관장하는 부서에서 근무하게 되면서 온라인 시스템에 대한 이해도가 높아지게 되었는데, 2009년 경부터 업무 중에 습득한 온라인 시스템에 대한 지식을 기초로 피고인 1, 피고인 2로부터 전달받은 알고리즘 전략을 프로그래밍하기 쉽도록 구체화(설계)하는 작업을 수행하게 되었다.

② 피고인 4는 피고인 1과 ELW 매매 프로그램의 요건을 정리해서 공소외 14 증권회사의 차장 공소외 8에게 전달하여 프로그램화하여 서버에 탑재할 수 있도록 도와주고, 위 프로그램 또는 공소외 14 증권회사 전산 시스템에서 주문접수나 시세정보 기능 등의 장애가 발생하면 이를 공소외 8에게 전달하여 신속하게 처리하도록 도와주었다.

뿐만 아니라 피고인 4는 피고인 1, 피고인 2에게 공소외 14 증권회사의 ELW 거래에 사용할 차명계좌를 개설하여 주기도 하였다.

③ 알고리즘이 구현된 프로그램을 공소외 14 증권회사의 전산 시스템에 탑재하여 주는 것은 수수료 수익의 대부분을 차지하는 VIP 고객인 피고인 1, 피고인 2를 유치하기 위해 회사 차원에서 제공한 일종의 서비스에 불과하다고 하더라도, 직무의 불가매수성이라는 특경법 제5조의 취지에 비추어 볼 때 금융기관 직원인 피고인 4가 위 서비스와 관련하여 금품을 수수한 행위는 특경법 제5조 위반죄가 성립한다.

④ 피고인 1은 수사기관에서 피고인 4에게 매매 프로그램의 개발 및 지원을 요청하게 된 경위에 관하여 "2009년 10월 경 시스템트레이딩을 하기 위해 손으로 매매할 당시 매매관련 논리(매도, 매수조건)를 작성한 후 2006년경부터 알고 지내온 피고인 4에게 전달하면서 제가 만든 매매 알고리즘을 시스템에 코딩해 줄 수 있는지 문의하였더니 가능하다고 하여 알고리즘을 건네면서 그대로 코딩해 달라고 하였습니다.

"라고 진술하였다.

한편 공소외 14 증권회사의 차장 공소외 8은 피고인 1, 피고인 2를 위한 매매 프로그램 개발 경위에 관하여 "2009. 11.경 당사 IT 지원부에 근무하고 있던 피고인 4 차장의 요청으로 공소외 10(피고인 1의 차명계좌) 등의 매매 알고리즘을 개발하게 되었습니다.

피고인 4가 ELW 주문을 하려고 하는데 스탱주문과 유사한 방법으로 서버에서 개발할 수 있느냐 물어보아, 제가 피고인 4에게 윗선의 결재라인을 거치면 가능하다고 하였습니다.

매매 알고리즘 로직을 피고인 4로부터 받아, 위 알고리즘 로직을 바탕으로 프로그램을 개발하였습니다.

피고인 4로부터 매매 알고리즘 개발 요청을 받고, 제가 당시 소속된 트레이딩시스템부 공소외 11 팀장에게 구두 보고하고, 다시 공소외 11 팀장이 부서장인 공소외 12 부장에게 구두로 보고하여 공소외 12 부장으로부터 개발 승인을 받

았습니다.

2009. 11. 말경 공소외 11 팀장이 저에게 위 매매 알고리즘 개발을 하라고 하면서 공소외 12 부장이 회사 윗선에 보고를 하여 승인을 받았다고 말한 사실이 있습니다.

"라고 진술하였다.

위 진술에 의하면, 피고인 4는 공소외 1 금융회사의 직원으로서 VIP 고객인 피고인 1, 피고인 2를 응대하는 과정에서 매매 프로그램 개발을 지원하기 시작하였고, 위와 같은 매매 프로그램의 개발에 대한 지원은 공소외 14 증권회사에서 피고인 4에게 허용한 사무라고 할 것이므로, 피고인 4가 사실상 수행하는 업무에 포함된다.

⑤ 피고인 1, 피고인 2는 피고인 4에게 3억 원을 제공한 때로부터 불과 1개월이 지나지 못한 시점에 피고인 4에게 추가적으로 2년간 매월 2,000만 원을 지급하기로 하였는바, 위 각 금액을 합한 7억 8,000만 원(3억 원 + 매월 2,000만 원씩 24개월 합계 4억 8,000만 원)은 공소외 2 증권회사의 매매프로그램에 대한 알고리즘 설계를 도와주는 대가로 보기에는 너무 과도하다.

더욱이 매매프로그램의 개발자인 피고인 5에게는 매월 1,000만 원만 지급되었는데, 피고인 4에게 매월 2,000만 원 외에 추가로 3억 원이 미리 지급되어야 할 특별한 사유도 찾을 수 없다.

⑥ 이 사건 수사가 시작되자 피고인 4는 피고인 1, 피고인 2로부터 받은 3억 원이 문제될 것을 두려워하여 피고인 1, 피고인 2와 함께 변호사를 방문하거나 대책 회의를 열기도 하였다.

그 결과 피고인 1, 피고인 2는 피고인 4의 관여 사실에 대해 함구하기로 하였고, 피고인 5가 피고인 4의 관여 사실에 관하여 진술하기 전까지는 수사기관에서 피고인 4가 이 사건에 관여하지 않은 것처럼 허위로 진술하였다.

만약 위 3억 원이 직무에 대한 대가로 수수된 것이 아니라면, 피고인들이 위 금원에 대해 허위진술을 할 아무런 동기가 없다.

⑦ 피고인 4는 상피고인 10과 사이에 인센티브 배분비율을 정한 바 없고, 피고인 1, 피고인 2로부터 3억 원을 수수한 2010. 6. 3.에는 상피고인 10으로부터 인센티브 중 일부를 단 2차례(2010. 2. 29.경 370만 원, 2010. 6. 3.경 1,500만 원) 돌려받았을 뿐이었다.

더욱이 피고인 4는 당시 상황에 관하여 피고인 10의 마음이 변하여 인센티브를 자신에게 나누어 줄 생각이 없다는 느낌을 받았다고 진술하였다.

피고인 4가 피고인 10에게 인센티브를 돌려주자고 제안한 시점은 피고인 1, 피고인 2로부터 3억 원을 받은 이후인 2010. 6. 7.경이다.

위 사실을 종합하면, 2010. 6. 3.경에는 피고인 4가 피고인 10으로부터 인센티브 중 일부를 나누어 받을 수 있을지 여부가 불투명했을 뿐만 아니라, 그 금액도 확정되지 않았는바, 피고인 4가 피고인 1, 피고인 2와 사이에 위 인센티브로 3억 원을 변제하겠다는 합의를 할 만한 상황은 아니었다고 보인다.

나. 검사의 항소이유 주장에 관한 판단

1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9에 대한 '부정한 수단' 관련 자본시장법위반의 점가) 이 사건의 쟁점

피고인들이 증권사들로부터 제공받은 속도 관련 서비스들이 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 '부정한 수단, 계획 또는 기교'에 해당하는지에 관한 법률적 평가가 이 사건의 쟁점이다.

나) 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 '부정한 수단, 계획 또는 기교'의 해석

- (1) 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 '부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하는 행위'를 금지하고 있는데, 여기서 '부정한 수단, 계획 또는 기교'란 사회통념상 부정하다고 인정되는 일체의 수단, 계획 또는 기교를 말한다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도8109 판결 참조). 그런데 '부정한 수단, 계획 또는 기교'라 함은 '옳지 못한 또는 옳바르지 아니한 수단, 계획 또는 기교'라고 할 것인데, 여기서 '옳지 못하거나 바르지 아니함'은 금지 대상이 되는 수단, 계획, 기교의 유형을 표시한 것이 아니라 어떤 기준에 따라 특정 수단, 계획, 기교를 평가·판단한 결과를 표시한 것인데, 그 판단 기준은 도덕적, 윤리적, 종교적, 이념적 가치관 등에 따라 다를 수 있으므로 같은 수단, 계획, 기교라도 기준에 따라 다르게 평가될 수 있다.

이렇게 금지 및 처벌의 대상이 되는 '부정한 수단, 계획 또는 기교'에 대한 평가 또는 판단 기준을 법률에서 정하지 아니하고 도덕적, 윤리적, 종교적, 이념적 가치관에 맡기는 경우에는 형사법의 대원칙인 죄형법정주의에 반하는 것일 뿐만 아니라 형벌로써 특정 도덕적, 윤리적, 종교적, 이념적 가치관이 강제될 위험성이 있다.

따라서 '부정한 수단, 계획 또는 기교'라는 구성요건을 해석하거나 파악함에 있어서는 도덕적, 윤리적, 종교적, 이념적 기준이 아닌 죄형법정주의 및 그에 파생되는 처벌법규의 명확성의 원칙에 따라 해당 문언의 의미와 그 보호법익을 바탕으로 자본시장법의 목적·취지 및 체계, 관련 조항과의 상호관계를 고려한 보충적인 규범 해석을 통하여 금지된 행위의 내용을 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람이 알 수 있을 정도로 구체화하여 적용하여야 한다.

- (2) 이러한 해석 원칙에 따라 먼저 자본시장법 제178조의 보호법익에 관하여 보건대, ① 자본시장법 제1조는 자본시장의 목적에 관하여 "자본시장에서의 금융혁신과 공정한 경쟁을 촉진하고 투자자를 보호하며 금융투자업을 건전하게 육성함으로써 자본시장의 공정성·신뢰성 및 효율성을 높여 국민경제의 발전에 이바지한다.

"고 정하고 있는 점, ② 금융투자업의 육성을 위하여는 자본 유통이 원활하여야 하고, 자본 유통의 원활성을 확보하기 위해서는 자본 유통의 매개체인 금융상품 거래의 공정성에 대한 투자자들의 신뢰가 필수적인 점, ③ 자본시장법 제37조 제1항은 "금융투자업자는 신의성실의 원칙에 따라 공정하게 금융투자업을 영위하여야 한다.

"라고 규정하고, 같은 법 제44조 제1항에서는 "금융투자업자는 금융투자업의 영위와 관련하여 금융투자업자와 투자자간, 특정 투자자와 다른 투자자간의 이해상충을 방지하기 위하여 이해상충이 발생할 가능성을 파악·평가하고, 내부통제기준이 정하는 방법 및 절차에 따라 이를 적절히 관리하여야 한다.

"라고 규정하고 있는 점, ④ 자본시장법의 제정으로 폐지된 구 증권거래법상 불공정거래행위를 금지하였던 제188조의 4의 보호법익은 '유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 유가증권 거래의 공정성 및 유통의 원활성 확보라는 사회적 법익'이었던 점(대법원 2002. 7. 26. 선고 2002도1855 판결 등 참조) 등을 종합하면, 자본시장법 제178조의 보호법익은 주로 '금융상품 거래의 공정성에 대한 투자자들의 신뢰'라고 파악할 수 있을 것이다.

- (3) 다음으로 자본시장법의 규정 체계에 관하여 보건대, 자본시장법 제178조는 '부정거래행위 등의 금지'라는 제목으로 부정거래행위의 유형에 관하여 '부정한 수단, 계획 또는 기교'를 사용하는 행위를 규정한 제1항 제1호 외에도 개별 부정거래행위의 유형으로 제2호, 제3호 및 제2항을 규정하고 있는데, 제1항 제1호와는 달리 제2호, 제3호, 제2항은 다른 투자자들에 대한 기망적인 요소를 구성요건으로 하고 있고, 같은 법 제443조 제1항 제8호 및 제9호는 제178조 제1항 각 호 및 제2항의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자에 대하여 동일한 형벌(10년 이하의 징역 또는 5억 원 이하의 벌금)에 처하도록 규정하고 있는바, 이러한 자본시장법의 규정 체계에 비추어 볼 때 자본시장법 제178조에

서 규정하고 있는 부정거래행위의 한 유형인 제1항 제1호의 '부정한 수단, 계획 또는 기교'를 사용하는 행위는 적어도 자본시장법 제178조 제1항 제2호, 제3호 및 제2항에서 구체화된 부정거래행위의 내용과 동등하거나 그에 준하는 정도의 불법성을 지닌 것이어야 한다.

- (4) 결국 자본시장법 제178조 제1항 제1호에 의하여 사용이 금지되는 '부정한 수단, 계획 또는 기교'란, 다른 투자자들의 이익을 부당하게 침해할 위험성이 있는 것으로서 같은 법률 제178조 제1항 제2호, 제3호 및 제2항에서 정한 부정거래행위에 준하는 정도의 불법성이 있는 행위라고 할 것이고, 나아가 금융투자상품의 매매와 관련한 어떠한 행위가 사회통념상 부정한 수단, 계획, 기교에 해당하는지 여부는 자본시장법의 취지, 목적 등을 바탕으로 해당 금융투자상품 거래 시장의 구조, 당해 행위가 거래 시장에 미치는 영향, 다른 투자자들의 이익을 침해할 위험성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.

다) 이 사건의 판단

- (1) 우리나라 ELW 시장에서 스캘퍼뿐 아니라 다른 대부분의 일반투자자 역시 시세차익을 노리고 단기 차익거래를 추구하고 있는 점, 스캘퍼와 다른 일반투자자 모두 LP를 주요 상대방으로 하여 거래하고 있으므로 결국 스캘퍼와 다른 일반투자자 사이에서 LP와의 거래에 대한 경쟁관계가 형성되는 점, 위와 같은 경쟁구도 아래에서는 LP가 내놓은 매물을 선점하는 것이 중요하므로 주문 속도의 차이가 거래의 성공 여부에 관건이 되는 점, 우리나라 ELW 시장에서 LP와 스캘퍼들은 꾸준한 이익을 얻은 반면 다른 일반투자자들은 지속적인 손실을 입은 점 등을 종합하여 보면, 적어도 이론적으로는 스캘퍼와 유사한 전략을 사용하는 다른 일반투자자의 이익이 스캘퍼와 충돌할 가능성이 없거나 거래에 영향이 없다고 단정할 수는 없다.
- (2) 그러나 증권회사가 고객들에게 제공하는 거래 방법의 속도 차이에 관하여 자본시장법은 아무런 규정도 두고 있지 아니하고, 다른 한편 투자자로부터의 수수료를 주요 수입원으로 하는 증권회사로서는 고액의 거래를 빈번하게 체결하여 수수료를 많이 지급하는 투자자들을 유치하기 위하여 투자자에게 그들이 요구하는 거래 방법을 경쟁적으로 제공할 유인이 당연히 존재하고, 일반투자자들도 물리적 한계로 인하여 거래 방법의 속도를 획일화시킬 수는 없으며 이러한 속도의 차이가 거래에 영향을 미칠 가능성이 있다는 점을 충분히 인식하면서도 이를 감수하고 있다고 할 것이므로, 증권회사가 고액 투자자와 일반 투자자에게 동일한 거래 수단을 제공하지 않았다고 하여 이를 일률적으로 부당한 수단이라고 단정할 수는 없고, 위와 같은 거래 수단의 제공이 합리적 범위를 현저하게 벗어나 적극적으로 금융상품 거래의 공정성에 대한 투자자들의 신뢰를 해치는 행위라고 평가될 수 있는 경우에 한하여 부정한 수단이라고 인정할 수 있을 것이다.

이는 위 서비스를 이용하는 스캘퍼에 관하여도 마찬가지여서 증권회사가 제공하는 서비스를 이용하였다고 하여 이를 두고 부정한 수단이라고 단정할 수는 없다.

즉 특정 투자자에 대한 거래 수단의 제공이 일반투자자에게 부정적인 영향을 미칠 목적으로 특정한 거래 수단을 적극적으로 제공하거나 요구하였고, 이러한 행위가 금융상품 거래의 공정성에 대한 투자자들의 신뢰를 해쳤다고 볼 수 있을 경우에 한하여 비로소 증권회사 또는 거래 수단을 제공받은 특정 투자자에 대하여 자본시장법 제178조 제1항 제1호 위반죄의 죄책을 물을 수 있다고 봄이 타당하다.

- (3) 그런데 이 사건의 경우에는 아래 항에서 살피는 바와 같이 감독기관이 사실상 속도 편의 제공 서비스를 허용하고 있는 상황이었고, 피고인들의 경우 다른 일반투자자에게 부정적인 영향을 미칠 목적이 있었다고 인정하기도 어려우며

, 속도 편의 제공 서비스가 다른 일반투자자들의 거래 이익을 침해함으로써 금융상품 거래의 공정성에 대한 투자자들의 신뢰를 해쳤다고 보기 어려우므로, 피고인들이 증권회사가 제공하는 속도 편의 제공 서비스를 이용하였다는 사실만으로 자본시장법위반의 죄책을 진다고 인정하기 어렵다.

같은 결론의 원심 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 주장하는 사실오인 또는 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

① 증권회사가 고객의 주문을 접수하는 방식은 주문전표방식, 전화·전보·모사전송 등의 방식, 전자통신 방식, DMA 방식으로 다양해졌는데, 위 각 방식을 모두 허용한다는 전제하에 '주문 접수 순서대로 주문 정보가 거래소로 전송되도록 통제하는 방법'을 구현하기 위해서는, 우선 서로 다른 방식으로 접수된 주문들 사이의 접수 선후를 판정하기 위하여 '접수시점을 언제로 볼 것인지'에 대한 명확한 기준이 제시되어야 하고, 시계 일치에 필요한 기술적 한계를 극복할 방법이 제시되어야 한다.

그러나 위와 같은 기준이나 방법이 없어 '주문 접수'대로 주문 정보가 거래소로 전송되도록 통제할 수 없기 때문에 현실적으로 접수 순서대로 주문이 체결되도록 하는 것은 사실상 불가능하다.

② 이 사건 당시에도 증권회사들은 거래가 빈번한 우량고객들을 유치하기 위하여 홈트레이딩시스템 속도 향상 등의 서비스를 제공하면서 적극 홍보하고 있었고, 해외 기관투자자들에게 DMA 서비스가 허용되고 있었으므로, 일반 투자자들로서는 증권회사의 속도 관련 서비스로 인한 차별의 가능성을 예견하고 이를 감수하면서 ELW 투자에 참여하였다고 봄이 타당하다.

③ 유가증권시장 업무규정 시행세칙은 증권사의 구체적인 주문 처리 절차에 대하여 상세히 정하고 있는데, 고객의 주문 입력방법을 5가지로(제12조 제1항 제27호), 고객이 증권사에 주문을 위탁하는 방법을 3가지로(제109조 제1항) 각기 구분한 뒤, 위 3가지(문서에 의한 방법, 전화등 방법, 전자통신 방법) 중 문서에 의한 방법 또는 전화 등 방법으로 주문을 접수한 때에는 주문표를 작성한 뒤 접수시간의 순서에 따라 증권사 주문단말기에 주문내용을 입력하도록 하고(제109조 제2항, 제3항, 제123조 제1항), 위 두 가지 방법과 전자통신방법으로 접수한 주문을 거래소에 호가로 제출하는 과정에서 '주문입력매체의 특성, 주문건수 등'을 감안하여 위탁자의 주문간 '호가간에 형평'이 이루어지도록 처리하여야 한다(제123조 제4항)라고 정하고 있다.

그러나 이와 관련하여 '호가간 형평'의 구체적인 기준을 정한 조항은 찾아 볼 수 없다.

④ 속도 관련 서비스들의 제공에 관한 감독 기관의 공문들에는 주문 접수 시점에 관한 구체적인 기준이 제시되어 있지 않고 DMA 허용여부에 관하여도 명확한 언급이 없으며, 단지 '접수 순서에 따라' '회원의 시스템을 경유하여' 거래소시스템에 입력할 것만을 강조하고 있을 뿐이다.

⑤ 한국거래소 시장감시본부 팀장인 공소외 3, 금융감독원 선임조사역 공소외 4는 관련사건(서울중앙지방법원 2011고합900)의 법정에서 속도 관련 서비스들의 제공에 관한 감독규정이나 감독 기관의 공문들에 관하여, 증권 거래에 원칙적으로 시간 우선의 원칙이 적용되는 것이지만, 접수순서에 관한 특별한 기준이 정해져 있지 않을 뿐만 아니라 거래 수단이 다양화되어 현실적으로 모든 주문에 대하여 시간 우선의 원칙을 적용할 수는 없다는 취지로 진술하였고, 특히 공소외 3은 위와 같은 이유로 감독 기관에서는 증권회사의 FEP에서 처리된 이후에 주문 순서를 바꾸는 것에 대해서만 감독하고 있다는 취지로 진술하였다.

더욱이 공소외 3은 2006. 9. 20.자 증권선물거래소, '투자자주문처리시 유의사항'이라는 제목의 행정지도 공문 중 '특정 위탁자의 주문을 회원시스템 경유 없이 거래소 시스템으로 직접 전송하는 방법'이라는 부분은 거래소로부터 배정받

은 회선은 FEP에서 거래소 시스템과 연결되는 회선을 특정 위탁자에게 독점적으로 쓰게 하는 것을 금지한다는 뜻이고, FEP 이전 단계에서의 처리절차는 회원사가 자율사항으로 형평에 맞으면 되는 것이라고 진술하였고, 공소외 4는 2010. 12. 31.자 '금융투자업자의 주문자동전달시스템 운영관련 유의사항'이라는 제목의 행정지도 공문을 시행하게 된 경위에 관하여 "DMA(주문자동전달시스템을 의미한다)가 허용이 되는 겁니다.

즉, DMA는 일단 허용이 되는데 DMA 서비스를 제공할 때에는 일정한 리스크관리나 내부통제 절차를 구축하고 그것을 제공하라는 것입니다.

저 공문상의 어떤 기준들을 충족할 때 적절한 DMA가 된다고 저희들이 판단한 것입니다.

", "그 당시에는 DMA가 안된다고 판단하기가 어려워서 그렇게 한 것입니다.

", "(주문처리)속도차이는 없어야 되는데, 현실적으로 전화나 DMA 등 주문 방법이 다르고, 지역적 거리 차이가 난다든지 하는 과정에서 절대적으로 속도차이가 안 날 수는 없지 않습니까? 그런 것들을 감안하지 않을 수 없어서 그 이후에 감독원이 또 다시 (다른 기준을) 만들게 된 것입니다.

"라고 진술하여 감독기관에서도 DMA를 허용하고 있었다는 취지로 진술하였다.

- ⑥ 검사는 스캘퍼의 주문과 LP의 호가 변동 주문 사이의 시차 중 평균적으로 원심에서 인정한 0.016초 이내인 경우는 전체의 6.63%에 불과하고 0.2초 이상인 경우가 52.26%, 1초 이상인 경우도 13.21%에 이르며, LP의 호가 변동 주문 전에 주문이 도달하였지만 스캘퍼의 물량선점으로 거래가 체결되지 아니하여 피해를 입은 주문 건수도 원심이 인정한 0.0045%~0.008%보다 훨씬 많으므로, 스캘퍼의 주문 때문에 일반투자자의 거래기회를 상실한 일반투자자의 주문에 대하여 의도적으로 작성된 허위의 통계자료에 기초하여 스캘퍼와 일반투자자 사이에 이해충돌이 없다고 판단한 것은 잘못이라고 주장하면서, 그 근거로 대검찰청 국가디지털포렌식센터 검찰수사관 작성의 '1, 2차 분석보고서'와 서울대학교 경제학부 교수 작성의 'ELW 전수분석결과'를 제출하였다.

그렇지만 위 보고서 및 분석결과는 일반적인 관점에서 ELW 거래 전반에 대해 분석한 결과를 나열한 것에 불과하여 특정 구간대에 일반투자자의 주문이 접수된다면 스캘퍼가 일반투자자들의 거래 이익을 침해할 수도 있다는 막연한 가능성만을 보여주는 것일 뿐이어서, 이를 들어 스캘퍼에 대한 속도 편의의 제공이 일반투자자들의 거래를 불가능하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 위험성을 초래하였다고 인정하기에 부족하다.

⑦ 위 ③~⑤항에서 살핀 바와 같이, 매매 알고리즘의 서버 탑재 등을 이용한 속도 향상 서비스가 허용되었던 상황에서 위 서비스의 이용자인 피고인들에게 다른 투자자들의 이익을 침해하려는 목적이 있었다고도 인정하기 어렵다. 속도가 향상되면 유리한 주문을 선점할 수 있어 수익을 볼 가능성이 높아지고, 상대적으로 다른 투자자가 손실을 입을 가능성이 높아지는 것은 사실이지만, 이것은 ELW 거래의 성격에서 기인한 것으로 거래 방법과는 상관없이 수익이 발생하는 모든 거래에 수반되는 결과일 뿐이다.

그러나 피고인들이 위 속도 향상 기능을 이용하여 ELW 거래를 독점하는 등으로 다른 투자자들에게 명백히 손해를 입히려 했다는 사정에 대한 아무런 증거가 없는 이 사건에서 단순히 속도를 향상하여 매물 일부를 선점하려고 했다는 점을 들어 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용할 고의가 있었다고 보기 어렵다.

- (4) 형벌권을 독점하고 있는 국가가 국민의 기본권을 보장하면서 그 형벌권을 적정하게 행사하기 위해서는 법률로 처벌의 대상이 되는 행위 유형을 구체적·개별적으로 제시함으로써 국민들로 하여금 행위 당시 자신의 행위로 인하여 형벌을 받게 될 것인지에 관하여 예측 가능하도록 하여야 한다.

그런데 스캘퍼들이 일반 투자자와 달리 증권회사로부터 속도 편의 제공 서비스를 제공받아 ELW 거래를 함으로써 막대한 수익을 올린 행위에 대하여 형평에 어긋남을 이유로 형사처벌의 필요성을 논할 여지는 충분하지만, 앞서 본 사정에 비추어 볼 때 자본시장법 등 법률이 스캘퍼로 하여금 속도 편의 제공 서비스를 제공받아 ELW 거래를 하는 행위가 형사처벌의 대상이 된다는 예측가능성을 제공하였다고 볼 수 없으므로 피고인들에 대하여 자본시장법위반의 죄책을 묻기는 어렵다.

2) 1억 7,000만 원 공여 및 수수 관련 피고인 4에 대한 특경법위반(수재등)의 점 및 피고인 1, 피고인 2에 대한 피고인 4 관련 특경법위반(증재등)의 점

(가) 원심의 판단

원심은 그 채택의 증거를 종합하여 ① 피고인 4가 이 부분 합계 1억 7,000만 원을 피고인 1, 피고인 2로부터 받은 것은 피고인 1, 피고인 2가 공소외 2 증권회사에서 시스템 트레이딩에 의한 ELW 매매를 할 수 있도록 피고인 4가 도와준 것에 대한 대가에 해당하여 공소외 1 금융회사의 직원으로서의 직무와는 관련이 없고, ② 또한 피고인 4가 공소외 6 증권회사 LP의 호가정보를 피고인 1에게 일부 전송한 것은 사실이기는 하지만 위 호가정보의 제공이 시기적으로 이 부분 합계 1억 7,000만 원과 어떠한 관련이 있다고 보기 어려울 뿐만 아니라 피고인 4가 개인적으로 아는 공소외 6 증권회사 직원인 피고인 3으로부터 받은 정보를 피고인 1에게 전송해 준 것에 불과하여 피고인 4의 공소외 1 금융회사 직원으로서의 직무와 관련이 있는 행위로 보기도 어렵다는 이유로, 피고인들은 이 부분 공소사실에 관하여 각 무죄라고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

- (1) 특경법 제5조 제1항 소정의 '금융기관 임·직원이 직무에 관하여'라 함은 금융기관의 임·직원이 그 지위에 수반하여 취급하는 일체의 사무를 말하는 것으로서, 그 권한에 속하는 직무행위뿐만 아니라, 그와 밀접한 관계가 있는 사무 및 그와 관련하여 사실상 처리하고 있는 사무도 포함되지만, 그렇다고 금융기관 임·직원이 개인적인 지위에서 취급하는 사무까지 이에 포함된다고 할 수는 없다(대법원 2011.7.14. 선고 2010도9826 판결 등 참조).
- (2) 피고인 4가 주장하는 '알고리즘 전략 설계'라는 것이 실제로는 피고인 1로부터 제공받은 매매 전략을 컴퓨터를 통하여 예정된 조건 충족시 자동 실행되도록 논리적으로 문서화하는 것으로 보이는 점, 알고리즘 매매 프로그램 개발을 위한 일련의 과정 중 기초자산의 변동을 추적하고 그에 따른 대응전략을 수립하여 구체화하는 과정이 가장 어려우면서도 중요한 것인데 결국 그 부분은 피고인 1이 담당한 점, 공소외 2 증권회사용 매매 프로그램은 공소외 14 증권회사에 탑재되어 있던 프로그램과 유사한 프로그램을 새로이 개발하되 서버 탑재와 연결되는 부분을 변경하고 가격예측기능, 거래주문병렬처리 기능 등 일부 기능을 개선한 것인 점, 피고인 4는 공소외 1 금융회사에서 피고인 1을 지원하는 동안 위 피고인 1의 전략을 습득하게 되었으므로, 공소외 2 증권회사의 알고리즘 전략 설계라는 것도 결국은 공소외 14 증권회사에서의 직무와 관련하여 취득한 정보를 활용하는 것인 점 등을 고려해 보면 피고인 4가 피고인 1, 공소외 16 등으로부터 수수한 1억 7,000만 원과 피고인 4의 공소외 1 금융회사에서의 직무와 관련된 것이 아닌가 하는 의문이 들기는 한다.
- (3) 그러나 증거를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 피고인 4는 공소외 14 증권회사의 직무가 아니라 개인적 지위에서 알고리즘 전략 설계를 수행하였다고 평가함이 상당하고, 직무 관련 '알고리즘 전략 설계'에 대한 대가, 공소외 6 증권회사 LP의 호가정보를 피고인 1에게 일부 전송해 준 것에 대한 대가, 또는 피고인 10으로

부터 인센티브를 일부 나누어 받도록 해 준데 대한 대가로 피고인 1, 피고인 2가 피고인 4에게 합계 1억 7,000만 원을 지급하였다고 보기 어려우므로, 위 피고인들에게 각 특경법 위반죄가 성립하지 않는다.

같은 취지의 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 사실오인의 위법이 있다고는 보이지 않는다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장 역시 받아들이지 않는다.

(가) 피고인 5는 2010. 6. 3. 피고인 1, 피고인 2와 사이에 2010. 6. 3.부터 2012. 6. 2.까지 공소외 2 증권회사의 전산 시스템에 탑재될 알고리즘 트레이딩 프로그램을 개발 및 업데이트 해 주는 내용의 고용계약을 체결하였다.

당시 작성된 계약서에는 "개발에 필요한 추가 또는 변경되는 요구사항에 대해 피고인 4가 간단하게나마 서면으로 작성하여 피고인 5에게 전달한다.

"라고 기재되어 있었다.

위 내용에 비추어 피고인 5가 알고리즘 트레이딩 프로그램을 개발하는 2년 동안 피고인 4 역시 위 알고리즘 트레이딩 프로그램 개발에 참여하면서 피고인 1, 피고인 2와 피고인 5 사이에서 요구사항을 정리, 구체화, 설계하는 역할을 하기로 예정되었음을 알 수 있다.

(나) 이 무렵 피고인 4는 이미 공소외 14 증권회사에서 쌓은 경험을 토대로 알고리즘 트레이딩 시스템에 대한 상당한 지식을 축적하여, 피고인 1의 도움 없이 알고리즘 트레이딩 프로그램의 요건을 정의하고 설계하는 수준에 이르렀다

특히 피고인 4는 피고인 1, 피고인 2로부터 금원을 지급받을 무렵인 2010년 7월경부터는 업무시간 이후나 주말에 피고인 5가 프로그래밍 작업을 하는 오피스텔에서 지내면서 설계 작업을 하고 그 결과물을 피고인 5에게 건네주어 신속히 개발되게끔 하였다.

그렇다면 피고인 4가 그 무렵부터 피고인 1 등으로부터 지급받은 1억 7,000만 원은 위 공소외 2 증권회사 투자증권용 매매 프로그램의 알고리즘 전략 설계의 대가로 지급받았다고 볼 여지가 있다.

(다) 피고인 4가 피고인 1, 피고인 2로부터 금원을 지급받을 당시에는 피고인 1, 피고인 2는 공소외 14 증권회사를 통한 거래를 중단하기로 결심하고 공소외 2 증권회사를 통한 ELW 매매를 위해 본격적인 준비를 시작할 단계였으므로, 피고인 4가 피고인 1, 피고인 2의 공소외 2 증권회사용 매매프로그램 개발에 참여한 것은 개인적인 지위에서 한 것이고, 이를 들어 공소외 14 증권회사의 직무와 관련이 있다고 평가할 수는 없다.

(라) 피고인 4가 피고인 3으로부터 받은 LP 정보를 피고인 1, 피고인 2에게 전달한 사실은 인정된다.

그렇지만 피고인 2가 위 정보를 통하여 얼마의 수익을 거두었는지에 대한 아무런 입증이 없고(피고인 2는 수사기관에서 "공소외 6 증권회사에서 발행한 ELW 거래로 손해를 본 것 같다.

"고 진술하였다), 2010. 7.경을 전후로 피고인 1, 피고인 2 등에게 위 정보가 제공되었다고 볼 만한 사정도 찾을 수 없으므로, 검사가 제출한 증거들만으로는 위 LP 정보의 제공과 이 부분 1억 7,000만 원과의 대가성을 인정할 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(마) 앞에서 살펴본 바와 같이 피고인 1, 피고인 2가 피고인 10으로부터 인센티브를 돌려받을 수 있는지 여부와 그 액수가 확정되지 않은 상태에서, 인센티브를 돌려받게 해 준 대가로 피고인 4에게 2년간 매월 2,000만 원을 지급한다는 것은 상정하기 어렵다.

3) 피고인 5에 대한 특경법위반(수재등)의 점 및 피고인 1, 피고인 2에 대한 각 피고인 5 관련 특경법위반(증재등)의 점

가) 원심의 판단

원심은 증거에 의하여 판시 사실을 인정한 다음, 피고인 5가 공소외 2 증권회사로 채용된 기간에 피고인 1, 피고인 2로부터 받은 이 부분 공소사실 기재 1억 원은 피고인 5가 피고인 1, 피고인 2와 사이에 체결한 ELW 알고리즘 매매 프로그램 개발계약에 따른 대금을 지급받은 것이고, 피고인 5가 공소외 2 증권회사의 직원으로 채용된 것도 위 프로그램 개발을 위한 방편에 불과하였으므로, 결국 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 5가 공소외 2 증권회사의 직원으로서 그 직무에 관하여 피고인 1, 피고인 2로부터 위 1억 원을 수수하였다고 보기 어렵다고 판단하여 이 부분 공소사실에 관하여 피고인들에게 각 무죄를 선고하였다.

나) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하여 보면 피고인 5가 공소외 2 증권회사에 채용되어 근무하는 동안 월 100만 원씩의 급여 및 4대 보험을 제공받고, 직원용 사내 인터넷 아이디, 서버접속 아이디 등을 부여받은 것은 사실이다.

그러나 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 또는 사정, 즉 ① 피고인 5는 공소외 2 증권회사의 직원으로 고용되기 이전인 2010. 6. 3. 피고인 1, 피고인 2와 고용계약을 체결하고 이에 따라 매월 1,000만 원씩의 급여를 지급받은 사실, ② 피고인 5가 위 고용계약 이후 공소외 2 증권회사에 직원으로 채용되어 고용계약이 이중으로 되었다고 하더라도, 이를 들어 선행 고용계약이 무효로 된다고 할 수 없으므로 피고인 1과의 계약에 기초하여 급여를 지급받은 것이 소급적으로 불법이 된다고 볼 수는 없는 점, ③ 피고인 5가 공소외 2 증권회사에 채용되기를 원했던 것도 아니고, 공소외 2 증권회사 측에서도 전산인력이나 영업부 인력으로 피고인 5를 고용할 의사가 있었던 것도 아니었지만, 외부인이 전산 시스템에 프로그램을 설치하는 경우에는 이로 인하여 전산 감사에서 지적받을 가능성이 높았기 때문에 지적을 피하기 위해 형식적으로 피고인 5를 공소외 2 증권회사의 직원으로 채용한 점, ④ 공소외 2 증권회사도 피고인 1, 피고인 2를 고객으로 유치하기 위하여 피고인 5가 피고인 1과 선행하여 체결한 고용계약과 이에 따른 급여 지급을 당연히 용인하였던 점 등을 종합해 보면, 피고인 5가 피고인 2로부터 1억 원을 수수한 것은 2010. 6. 3.자 피고인 2와의 고용계약에 근거한 것일 뿐이므로, 그것을 가지고 특경법 제5조가 청렴의무나 직무의 불가매수성에 기하여 예정하고 있는 '금융회사의 임직원이 그 직무에 관하여 수수하는 금품'에 해당한다고 보기 어렵고, 그 밖에 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 5가 공소외 2 증권회사의 직무와 관련하여 피고인 2로부터 1억 원을 수수하였다고 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

같은 취지의 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장도 받아들이지 않는다.

4) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 각 '불공정거래행위' 및 '직무상 알게 된 정보' 관련 자본시장법 위반의 점

가) 자본시장법 제176조 제2항 제1호 및 제178조 제2항 위반 여부

(1) 피고인들의 공모 여부

형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건인 공동가공의 의사와 객관적 요건인 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로 부족하고 공동의 의사로 특정

한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다(대법원 2005. 7. 22. 선고 2005도3352 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 이 사건에서 피고인들이 묵시적, 순차적으로 공모하였다고 인정되려면 피고인 3은 LP 호가 정보 제공, 피고인 4는 위 정보의 전달, 피고인 1, 피고인 2는 피고인 3이 지정하는 ELW의 거래가 성황을 이루는 것처럼 보이게끔 공격적으로 ELW를 매매하는 역할의 분담이 있어야 한다.

그러나 기록을 살펴보면, 피고인 3이 피고인 4에게 보낸 메시지 중 내용이 확인되는 것은 2011. 1. 6. 발송한 "오늘 추천 종목입니다.

130 168 195 213 214", "130 168 195 213 214 풀로 치면 개미들이 안 들어 올 수 있으니 개미 수량을 조금 남겨주세요", 2011. 1. 21. 발송한 "195번 자주 밀거니까 수량 50만 개로 줄여주세요"의 두 개 뿐인 사실, 피고인 1, 피고인 2는 위 메시지를 받은 2011. 1. 6.경 그 추천내역과는 달리 130, 168, 195의 3가지 종목만을 매매하였으며, 피고인 1, 피고인 2가 체결한 매매의 비중 또한 130 종목은 총 거래량의 10%, 195 종목은 총 거래량의 29.4%에 불과한 사실만을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면 피고인 3은 공소외 6 증권회사에서 발행한 ELW의 홍보를 위하여 VIP 고객들에게 전달되기를 희망하면서 피고인 4에게 위 정보를 전송하였고, 피고인 4로부터 위 정보를 전달받은 피고인 1, 피고인 2는 독자적인 판단 아래 수익발생이 예상되는 종목을 선택하여 거래하였던 것으로 보일 뿐이고 달리 피고인들이 순차적으로 행위를 분담하거나 각기 기능적 행위지배가 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(2) '매매를 유인할 목적'에 해당하는지 여부

(가) 관련 법리

자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 '자본시장법'이라고 한다) 제176조 제2항 소정의 '매매를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고, 투자자에게는 그 시세가 증권시장 등에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 증권 등의 매매에 끌어들이려는 목적으로서 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로 충분하며, 한편 위 조항 제1호 소정의 '그 증권 또는 장내파생상품의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매'라 함은 본래 정상적인 수요·공급에 따라 자유경쟁시장에서 형성될 시세 및 거래량을 시장요인에 의하지 아니한 다른 요인으로 인위적으로 변동시킬 가능성이 있는 거래를 말하는 것일 뿐 그로 인하여 실제로 시세가 변동될 필요까지는 없고, 일련의 행위가 이어진 경우에는 전체적으로 그 행위로 인하여 시세를 변동시킬 가능성이 있으면 충분한데, 이상의 각 요건에 해당하는지 여부는 당사자가 이를 자백하지 않더라도 그 증권 등의 성격과 발행된 증권 등의 총수, 가격 및 거래량의 동향, 전후의 거래상황, 거래의 경제적 합리성과 공정성, 가장 혹은 허위매매 여부, 시장관여율의 정도, 지속적인 증가관리 등 거래의 동기와 태양 등의 간접사실을 종합적으로 고려하여 이를 판단할 수 있다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도8109 판결).

(나) 원심의 판단

원심은 증거에 의하여 판시 사실을 인정한 다음, 관련 법리와 증거로 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① LP는 블랙숄즈 모델에 기초하여 ELW의 가격을 스스로 결정하므로 거래량의 증가가 곧바로 ELW의 시세에 영향을 미치는 것은 아닌 점, ② 피고인 3이 LP 업무를 수행하는 직원으로 하여금 추천종목의 호가를 인위적으로 시세보다 높거나 낮게 제시하게 하였다거나 그러한 호가제시에도 불구하고 피고인 2가 이를 매매하였다고 볼 만한 아무런 증거가 없는 점

, ③ 원심 판시 범죄일람표 4는 피고인 3, 피고인 4 사이의 문자메시지 송수신 시각, 피고인 4, 피고인 1 사이의 문자메시지 송수신 시각과 피고인 2가 공소외 6 증권회사 발행의 ELW 종목을 매매한 내역들을 비교하여 관련이 있어 보이는 부분들을 추출하여 작성한 것에 불과한 점, ④ 그나마 유일하게 그 내용이 확인되는 2011. 1. 6.자 문자메시지를 보면, 위 문자메시지를 통해 추천된 5개의 ELW 종목 중 이 사건 공소사실에 포함된 종목은 3개에 불과한바, 피고인 2는 스스로의 판단 하에 자신의 수익을 얻기 위하여 추천받은 종목 중 일부만을 매매한 것으로 보이는 점 등을 종합하여, 피고인들에게 자본시장법 제176조 제2항 소정의 '매매를 유인할 목적'이 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다고 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 기록에 비추어 검토하여 보면, 원심의 사실인정은 정당하다.

나아가 원심은 ELW의 거래량 증가가 시세에 영향을 미치지 않는다는 점뿐만 아니라 피고인들이 주고받은 문자메시지의 내용과 피고인 2의 ELW 매매거래 내역을 종합적으로 고려하여, 피고인 3은 자사의 ELW를 홍보한 것이고 피고인 2는 피고인 3으로부터 추천받은 종목 중 일부를 자신의 선택에 의하여 매매하였다는 이유로 '매매를 유인할 목적'을 인정하기에 부족하다고 평가하였는바, 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 주장하는 것과 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 보이지 않는다.

따라서 검사의 이 부분 항소 이유 주장은 받아들이지 않는다.

(3) 자본시장법 제178조 제2항의 위계사용행위 해당 여부

(가) 자본시장법 제178조 제2항은 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래를 할 목적이거나 그 시세의 변동을 도모할 목적으로 '푼문의 유포, 위계의 사용, 폭행 또는 협박'을 하는 것을 금지하고 있는데, 여기서 '위계'란 거래 상대방이나 불특정 투자자를 기망하여 일정한 행위를 유인할 목적의 수단, 계획, 기교 등을 말하는 것이고, '기망'이라 함은 객관적 사실과 다른 내용의 허위사실을 내세우는 등의 방법으로 타인을 속이는 것을 의미한다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도8109 판결).

(나) 원심은 위와 같은 법리에 비추어, 피고인 2가 피고인 4를 통해 피고인 3으로부터 받은 추천종목을 매매한 것이 가장매매 혹은 통정매매라고 볼 만한 아무런 증거가 없는 이상 위 매매에 기망적인 요소가 있다고 할 수 없으므로, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 3이 일반투자자들을 상대로 '위계'를 사용하였다고 볼 수 없다고 판단하였다.

(다) 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 기록에 비추어 검토하여 보면, 원심의 사실인정은 정당하다.

이에 더하여 위 (1)항과 같은 이유로 피고인들 사이에 공모 관계를 인정하기 어려운 점까지 고려하여 보면, 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고 거기에 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장 역시 받아들이지 않는다.

나) 자본시장법 제54조 위반 여부

원심은 피고인 3이 공소외 6 증권회사가 발행한 일부 ELW 종목의 호가제시 정보를 피고인 4에게 제공한 것은 사실이지만, 실제 위와 같은 정보를 '이용'하여 매매를 한 사람은 피고인 4로부터 정보를 수령한 피고인 2고, 피고인 2가 피고인 3에게 가담한 사실을 인정할 증거가 부족하다는 이유로 피고인 3은 직무상 알게 된 정보를 '누설'한 데 불과

할 뿐 '이용'하였다고는 볼 수 없다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택한 정보를 기록에 비추어 검토하여 보면, 원심의 사실인정은 정당한 것으로 수긍할 수 있다. 이에 더하여 위 가). (1)항과 같은 이유로 피고인 3, 피고인 4, 피고인 1, 피고인 2 사이에 순차 공모 관계를 인정할 수 없는 점, 피고인 2의 ELW 매매로 말미암아 피고인 3이 얻게 된 이익에 관한 증거가 부족한 점('거래량이 증가되면 상장 폐지를 면할 수 있다'는 취지의 추상적이고 일반적인 진술 외에 달리 이에 대한 증거가 없다.

오히려 피고인 3은 원심 법정에서 스캘퍼가 거래량을 일으키면 LP를 홍보할 수 있는 수단은 되지만, 거래량이 많다고 해서 무조건 돈을 벌 수 있는 것은 아니라고 진술하였다)을 종합하면 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 3이 위 미공개 정보를 '이용'하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

같은 취지의 원심 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장도 받아들이지 않는다.

5) 피고인 10에 대한 자본시장법위반의 점

가)원심의 판단

원심은 증거들에 의하여 판시 사실을 인정한 다음, 위 인정사실 및 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 4는 처음부터 피고인 10이 피고인 1, 피고인 2의 계좌관리인으로 지정되어 공소외 1 금융회사로부터 받는 인센티브에 관하여 보상받기를 원하였고 실제로 피고인 10은 피고인 4의 요청에 따라 피고인 4에게 돈을 지급하기도 한 점, ② 피고인 4는 피고인 10에게 자신의 언니에게 직접 현금으로 주라고 지시하는 등 위 돈을 받는 것에 관하여 나름대로 신경을 쓰면서 조심스러워 하고 있었던 점, ③ 그러한 상황에서 피고인 4는 별다른 설명 없이 피고인 10에게 "고객에게 주자"라고 말한 점, ④ 피고인 4는 2010. 6. 3.경 피고인 1, 피고인 2로부터 3억 원을 받게 되어, 자신이 피고인 10으로부터 받기로 하였던 돈을 피고인 1, 피고인 2에게 주려고 위와 같이 피고인 10에게 공소외 5 계좌로 송금하라고 하였던 것으로 보이는데, 피고인 10은 위와 같은 사정을 전혀 알지 못하였던 점, ⑤ 피고인 4가 송금하라고 알려준 계좌주인 공소외 5는 공소외 1 금융회사 제주지점에서 관리하던 피고인 1, 피고인 2의 ELW 계좌 명의인이 아니었고, 피고인 10이 알지 못하는 계좌였던 점, ⑥ 피고인 10은 고객인 피고인 1, 피고인 2와 접촉한 사실이 전혀 없는 점 등을 종합하여, 피고인 4로부터 위와 같이 "고객에게 주자"라는 말을 들었더라도 피고인 10으로서 피고인 4가 알려준 공소외 5 명의의 계좌를 피고인 4의 차명계좌라고 생각하고 피고인 4에게 지급한다는 의사로 송금하였을 가능성을 배제하기 어렵다고 할 것이어서, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 10에게 고객에게 자신이 받은 인센티브를 지급한다는 인식이 있었다고 인정하기에 부족하다는 이유로 피고인 10에 대하여 무죄를 선고하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 기록에 비추어 검토하여 보면 원심의 사실인정은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

이에 더하여 ① 피고인 10 입장에서는 어차피 피고인 4와 나누어 갖기로 한 인센티브를 지급하는 것이므로 피고인 4의 지시에 따르기만 한다면 금원이 누구에게 귀속되는지 알 필요가 없었던 점, ② 특히 평소 피고인 10의 인센티브를 나누어 갖는 것이 탄로날까봐 두려워하면서도 피고인 10에게 '자신에게 금원을 지급하라'고 채근하고 피고인 10으로 하여금 언니에게 직접 현금을 가져다주라고 지시하기까지 한 피고인 4의 태도에 비추어, 피고인 10으로서는 피고인 4가 마치 고객에게 돈을 돌려주는 것처럼 가장하여 인센티브를 받아내려 한다고 생각하는 것이 오히려 자연스

러운 점을 고려하면, 피고인 10에게는 고객에게 인센티브를 돌려준다는 미필적 고의도 인정되지 않는다.

같은 취지의 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고 거기에 사실오인의 위법을 발견할 수 없다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장도 받아들일 수 없다.

다.

피고인 4의 자수감경 관련 항소이유 주장에 관한 판단

형법 제52조 제1항에서 말하는 '자수'란 범인이 스스로 수사책임이 있는 관서에 자기의 범행을 자발적으로 신고하고 그 처분을 구하는 의사표시이므로, 수사기관의 직무상의 질문 또는 조사에 응하여 범죄사실을 진술하는 것은 자백일 뿐 자수로는 되지 아니한다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2011도12041 판결 등 참조).

증거에 의하면 피고인 4가 2011. 5. 19. 수사기관에 자진 출두하여 자수서를 제출하면서 범행 일체를 자백한 사실이 인정된다.

그러나 한편 증거에 의하면 피고인 4는 그 이전인 2011년 3월경부터 공소외 18이라는 가명으로 스캘퍼들에 대한 검찰 수사에 적극적으로 협조하면서도 자신의 범행에 관하여만은 함구한 사실, 피고인 4는 자신에 대한 수사상황을 주시하고 있던 중 2011년 4월경 피고인 1, 피고인 2를 만나 이 사건 3억 원에 관한 대책회의를 하면서 피고인 4의 차명 계좌인 공소외 7 계좌로 송금된 위 3억 원에 관하여 피고인 1이 공소외 7에게 빌려준 것처럼 허위의 진술을 하기로 모의한 사실, 피고인 5가 2011. 5. 18. 조사를 받으면서 기존의 허위진술을 반복하고 피고인 4를 언급하자 피고인 4는 그 다음날인 2011. 5. 19. 검찰에 위 자수서를 제출하게 된 사실을 인정할 수 있다.

위와 같은 피고인 4의 자수 경위에 비추어, 위 자수를 형법상의 자수감경이 적용되는 '자기의 범행을 자발적으로 신고하고 그 처분을 구하는 의사표시'와 동등하게 평가할 수는 없는 것이므로, 피고인 4의 이 부분 항소이유 주장은 받아들이지 않는다.

라. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 양형부당 주장에 관한 판단

1) 피고인 1, 피고인 2

피고인들이 상피고인 4에게 3억 원을 준 것에는 업무관계로 수년 동안 알고 지내면서 다져진 그들 사이의 친분관계도 어느 정도는 작용한 것으로 보이는 점, 피고인 1은 한 차례 기소유예 외에 아무런 범죄전력이 없고, 피고인 2는 50만 원의 벌금 전과 외에 다른 범죄전력이 없는 점은 피고인들에게 유리한 정상이다

그러나 피고인들이 금융기관 직원인 상피고인 4의 직무에 관하여 관하여 3억 원에 이르는 거액의 돈을 공여한 것은 그 죄질이 결코 가볍다고 볼 수 없는 점, 피고인들은 자신들의 범행을 감추기 위하여 진술을 맞추고 상피고인 5로 하여금 허위의 진술을 하도록 한 점, 이 사건 범행을 부인하며 자신들의 잘못을 뉘우치고 있지 않은 점은 피고인들에게 불리한 정상이다.

이러한 제 정상들에 더하여 피고인들의 나이, 성행, 범행 후의 정황 등 제반 양형조건을 종합하면 피고인들에 대한 원심의 선고형이 너무 무거워 부당하다고 보이지 아니한다.

따라서 피고인들의 항소이유 주장은 받아들일 수 없다.

2) 피고인 4

피고인은 금융기관 임직원의 직무에 관하여 3억 원에 이르는 거액을 수수함으로써 금융기관 임직원의 직무의 청렴성 및 국민의 금융기관에 대한 신뢰를 훼손한 점, 수사과정에서 자신의 범행을 감추기 위하여 피고인 1, 피고인 2에게 자신의 존재를 언급하지 않도록 부탁하였고 당심에 이르기까지 자신의 행위를 합리화하면서 진지한 반성을 하지

않고 있다.

그러나 피고인이 이른바 스캘퍼 사건의 수사에 적극 협조하였고 검찰에서도 이를 감안하여 특경법 제5조 제4항 제3호로 기소한 것으로 보이는 점, 상피고인 1, 피고인 2는 피고인의 경제적 어려움을 딱하게 여기고 평소 친분관계를 고려하여 3억 원의 액수를 책정한 것으로 보이고, 여기에는 경제적으로 풍족한 상피고인 1, 피고인 2의 특수한 사정도 반영된 것으로 보이는 점, 피고인 4가 자신의 3남매뿐 아니라 조카들까지 부양하면서 실질적인 가장 역할을 하고 있는 점, 아무런 범죄전력이 없는 초범인 점 등의 유리한 정상 및 그 밖에 피고인의 연령, 성행, 환경, 범행의 경위, 범행 후의 정황 등 이 사건 변론에 나타난 제반 양형조건을 종합하고 피고인에 대하여 적용된 특경법 제5조 제4항 제3호의 법정형을 고려할 때 피고인에 대한 원심의 선고형은 너무 무거워 부당하다.

따라서 피고인의 이 부분 항소이유 주장은 이유 있다.

3. 결론

그렇다면 피고인 4의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 4에 대한 유죄부분을 파기하여 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결하고, 피고인 1, 피고인 2 및 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1, 피고인 2

1) 사실오인 또는 법리오해

가) 피고인들이 상피고인 4에게 제공한 3억 원은 상피고인 4가 근무하는 공소외 1 금융주식회사(이하 '공소외 1 금융회사'라고만 한다)로부터 받은 각종 편의제공에 대한 대가가 아니다.

나) 피고인들에게는 직무관련성과 대가성 등 범죄사실에 대한 인식과 의욕, 즉 고의가 없었다.

2) 양형부당

피고인들에 대한 원심의 선고형(각 징역 1년 6월, 집행유예 3년)은 너무 무거워 부당하다.

나. 피고인 4

1) 사실오인 또는 법리오해

가) 상피고인 1, 피고인 2가 피고인에게 제공한 3억 원은 피고인이 상피고인 1 등을 위하여 공소외 2 증권주식회사(이하 '공소외 2 증권회사'라고만 한다)에서 사용할 ELW 매매 프로그램 개발을 위한 알고리즘 설계를 해 준데 대한 대가이다.

즉 위 3억 원은 피고인이 개인적인 지위에서 특별히 연구하거나 습득한 지식을 이용하여 취급한 사무 처리에 대한 대가이다.

나) 피고인은 상피고인 1, 피고인 2와 사이에 일단 3억 원을 받되, 이후에 상피고인 10으로부터 나누어 받기로 한 인센티브를 상피고인 1, 피고인 2에게 되돌려 줌으로써 위 3억 원을 갚기로 묵시적으로 합의하였으므로, 피고인이 3억 원 전체를 수수한 것으로 평가할 수 없다.

다) 피고인에게는 직무관련성과 대가성 등 범죄사실에 대한 인식과 의욕, 즉 고의가 없었다.

2) 자수감경

피고인에게 자수감경이 적용되어야 한다.

3) 양형부당

피고인에 대한 원심의 선고형(징역 5년, 벌금 3억 원, 추징 3억 원)은 너무 무거워 부당하다.

다.

검사

1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9에 대한 '부정한 수단' 관련 자본시장과금융투자업에관한법률위반의 점

ELW 시장구조의 특성상 빠른 주문 수단은 수익과 직결되므로, 증권회사가 특정소수의 스캘퍼들의 주문만을 합리적 이유 없이 의도적으로 다른 고객의 주문에 우선하여 처리하고, 다른 ELW 투자자들에게는 빠른 주문 수단의 존재 및 사용 여부에 대한 선택의 기회를 전혀 제공하지 않은 것은 자본시장과금융투자업에관한법률(이하에서는 '자본시장법'이라고만 한다)이 정한 신의성실 원칙과 이해상충 행위 금지에 반하는 행위로서 부정한 거래에 해당한다.

2) 피고인 4에 대한 특정경제범죄가중처벌에관한법률위반(수재등)의 점 및 피고인 1, 피고인 2에 대한 피고인 4 관련 특정경제범죄가중처벌에관한법률위반(증재등)의 점(이하에서는 특정경제범죄 가중처벌에 관한 법률을 가리켜 '특경법'이라고만 한다)

가) 피고인 4가 피고인 1 등에게 공소외 2 증권회사 알고리즘 설계를 도와준 행위는 공소외 1 금융회사의 직무와 무관하게 개인적으로 취급하는 사무라고 볼 수 없다.

나) 피고인 4가 수수한 1억 7,000만 원에는 공소외 2 증권회사에서 시스템 트레이딩에 의한 ELW 매매를 할 수 있도록 도와준 것에 대한 대가뿐만 아니라, 피고인 1 등이 공소외 1 금융회사에서 시스템 트레이딩에 의한 ELW 거래를 할 수 있도록 도움을 준 대가, 피고인 1, 피고인 2가 공소외 1 금융회사에 지급한 수수료를 일부 반환받을 수 있도록 도와준 것에 대한 대가, 피고인 1, 피고인 2에게 공소외 6 증권회사(이하 '공소외 6 증권회사'라고만 한다)의 LP 관련 정보를 제공한 것에 대한 대가도 포함되어 있으므로, 설령 피고인 4가 공소외 2 증권회사에서 시스템 트레이딩을 할 수 있도록 피고인 1, 피고인 2를 도와 준 것에 직무관련성이 인정되지 않는다고 하더라도, 나머지 행위에 대하여 직무관련성이 인정되는 이상, 피고인 4가 수수한 1억 7,000만 원 전부에 대하여 직무관련성이 인정된다.

3) 피고인 5에 대한 특경법위반(수재등)의 점 및 피고인 1, 피고인 2에 대한 각 피고인 5 관련 특경법위반(증재등)의 점

가) 피고인 5가 공소외 2 증권회사로부터 매월 100만 원의 급여를 지급받고, 4대 보험 등 복리후생을 지원받았으며, 직원용 사내 인트라넷 아이디(ID), 서버접속 등을 부여받고, 일정기간 동안 공소외 2 증권회사의 IT 운영팀 사무실로 출퇴근한 사정 등에 비추어 보면, 피고인 5는 공소외 2 증권회사의 영업부장으로 근무하면서 공소외 2 증권회사의 업무와 관련하여 고객인 피고인 1, 피고인 2로부터 총 1억 원의 금품을 수수한 것이므로 특경법위반(증재등)의 죄책을 진다.

나) 피고인 1, 피고인 2는 2010. 8.경 피고인 4로부터 공소외 2 증권회사의 내부사정상 피고인 5가 공소외 2 증권회사의 직원으로 근무하게 되었다는 사실을 전해 들어 이를 인식하게 되었으므로, 공소외 2 증권회사 직원에게 그 직무와 관련하여 금원을 제공하려는 고의가 인정된다.

4) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 각 '불공정거래행위' 및 '직무상 알게 된 정보' 관련 자본시장법 위반의 점

가) 시세조종 등 불공정거래행위

- (1) 피고인 1, 피고인 2가 피고인 4를 통해 피고인 3으로부터 추천받은 공소외 6 증권회사의 ELW 종목 중 일부를 매매한 것은 피고인 3, 피고인 4, 피고인 2의 묵시적, 순차적 공모에 의하여 이루어졌다.
- (2) 자본시장법 소정의 '매매를 유인할 목적'은 시장의 시세나 매매거래 상황에 대한 제3자의 판단을 오인하게 하여 매매거래에 참여시킬 목적을 의미하고, '매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하는 매매'는 본래 정상적인 수요공급에 따라 자유경쟁시장에서 형성될 시세 및 거래량을 시장 요인에 의하지 않은 다른 요인으로 인위적으로 변동시킬 가능성이 있는 거래를 의미함에도, 원심은 거래량의 증가가 곧바로 시세에 영향을 미쳐야 한다는 전제 아래 '매매를 유인할 목적'을 인정하지 아니하였는바, 원심 판결에는 매매 유인의 목적을 지나치게 좁게 해석하여 법리를 오해한 위법이 있다.
- (3) LP인 피고인 3과 스캘퍼인 피고인 1, 피고인 2가 통모하여 마치 매매가 성황을 이루고 있는 것처럼 만들어 일반투자자들로 하여금 그러한 상황을 잘못 알게 하였다면 이는 자본시장법 제178조 제2항 소정의 '위계'에 해당한다.

나) 직무관련 정보 이용금지 위반

피고인 3은 피고인 4, 피고인 1, 피고인 2와 순차 공모하여 피고인 2의 매매행위에 가담함으로써 피고인 2로 하여금 미공개 정보를 이용하게 하고, 자신은 거래량 증가에 따른 이익을 누렸으므로, 미공개 정보를 단순히 '누설'한 것이 아니라 '이용'한 것이다.

5) 피고인 10에 대한 자본시장법위반의 점

피고인에게 자신이 받은 인센티브를 고객에게 지급한다는 미필적인 인식이 있었다.

2. 판단

가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 항소이유 주장에 관한 판단[3억 원 공여 및 수수 관련 피고인 1, 피고인 2에 대한 특경법위반(증재등), 피고인 4에 대한 특경법위반(수재등)의 점]

1) 원심의 판단

원심은 그 채택의 증거를 종합하여 판시 사실을 인정한 다음, 증거에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 4는 공소외 1 금융회사의 IT지원부 차장으로서 피고인 1이 공소외 1 금융회사로부터 원하는 전산 서비스를 받을 수 있도록 도움을 주는 업무를 수행하였고, 피고인 1, 피고인 2는 위와 같이 피고인 4를 통하여 서버버전에 의한 주문을 내고 시세정보를 우선 제공받는 등의 서비스를 공소외 1 금융회사로부터 제공받아 ELW 매매를 하던 중인 2010. 6. 3.경 피고인 4에게 3억 원을 제공한 점, ② 피고인 1, 피고인 2가 어려운 집안사정으로 곤궁한 피고인 4를 도와주기 위하여 단순히 친분관계만으로 주었다고 보기에 3억 원은 납득하기 어려운 거액인 점, ③ 피고인 4가 3억 원을 받은 2010. 6. 3.경은 피고인 1, 피고인 2가 공소외 2 증권회사로 옮겨 ELW 매매를 할 것을 준비하던 시기에 불과하므로, 단지 앞으로 받을 도움에 대한 대가로 3억 원의 거금을 주었다고 보기는 어려운 점, ④ 피고인 4는 3억 원과는 별도로 피고인 1, 피고인 2로부터 2010년 7월경부터 2011년 2월경까지 9회에 걸쳐 합계 1억 7,000만 원을 받았는데, 위 합계 1억 7,000만 원은 피고인 4가 공소외 2 증권회사에서 시스템 트레이딩에 의한 ELW 매매를 할 수 있도록 피고인 1, 피고인 2를 도와준 것에 대한 대가로 판단되는 점, ⑤ 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4는 검찰수사가 개시된 이후인 2011년 4월경 만나 위 3억 원에 대한 대책회의를 하였는데, 그 자리에서 피고인 1, 피고인 2는 피고인 4의 차명계좌인 공소외 7에게 송금된 위 3억 원을 피고인 1이 공소외 7에게 빌려준 것처럼 진술하고 조사과정에서 피고인 4를 언급하지 않기로 하였고, 실제로 검찰수사 초기에 그와 같은 취지로 허위의 진술을 한 점, ⑥ 피고인

1은 검찰에서 "피고인 4가 그동안 우리들이 공소외 1 금융회사에서 ELW 매매를 하는 데 도움을 주었기 때문에 고마운 마음이 있어서 돈을 준 것은 맞다"고 진술하였고, 피고인 4도 검찰에서 "솔직히 대가성이 없었다고 보지는 않는다.

2009년 12월경부터 피고인 1, 피고인 2가 매매를 잘 할 수 있도록 도운 점을 보고 앞으로도 잘 해달라는 의미가 있었을 것이다.

또한 내가 이 돈을 받고 차명계좌도 개설해서 빌려 주었으니까. 하지만 내가 고객들의 민원해결을 위해 최선을 다한 점, 한편으로 가정형편이 어려워 힘들게 사는 점도 고려했다고 본다.

"고 진술하였던 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1, 피고인 2와 피고인 4 사이에서 수수된 3억 원은 공소외 1 금융회사의 직원인 피고인 4의 직무에 관하여 수수된 것으로 보기에 충분하다고 판단하였다.

2) 당심의 판단

가) 특경법 제5조 제1항의 '금융기관의 임·직원이 그 직무에 관하여'라고 하는 것은 '금융기관의 임직원이 그 지위에 수반하여 취급하는 일체의 사무와 관련하여'라는 뜻이고, 금융기관의 임·직원이 거래처 고객으로부터 금품 기타 이익을 받은 때에는 그것이 당해 거래처 고객이 종전에 금융기관의 임·직원으로부터 접대 또는 수수한 것을 갚는 것으로서 사회상규에 비추어 볼 때에 의례상의 대가에 불과한 것이라고 여겨지거나, 개인적인 친분관계가 있어서 교분상의 필요에 의한 것이라고 명백하게 인정할 수 있는 경우 등 특별한 사정이 없는 한 직무와의 관련성이 없는 것으로 볼 수 없다.

그리고 위 법률 제5조의 금융기관 임·직원이 수수한 금품에 직무행위에 대한 대가로서의 성질과 직무 외의 행위에 대한 사례로서의 성질이 불가분적으로 결합되어 있는 경우에는 그 전부가 불가분적으로 직무행위에 대한 대가로서의 성질을 가진다(대법원 2011. 9. 29. 선고 2011도4397 판결 등 참조).

나) 원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 원심의 사실인정은 정당하다.

이에 더하여 증거에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정을 종합하면 3억 원에 대하여 직무관련성과 대가성이 인정되고, 피고인들에게 범의 또한 인정되므로, 피고인 4는 특경법위반(수재등)의 죄책을, 피고인 1, 피고인 2는 특경법위반(증재등)의 죄책을 진다고 봄이 타당하다.

① 피고인 4는 설계를 관장하는 부서에서 근무하게 되면서 온라인 시스템에 대한 이해도가 높아지게 되었는데, 2009년 경부터 업무 중에 습득한 온라인 시스템에 대한 지식을 기초로 피고인 1, 피고인 2로부터 전달받은 알고리즘 전략을 프로그래밍하기 쉽도록 구체화(설계)하는 작업을 수행하게 되었다.

② 피고인 4는 피고인 1과 ELW 매매 프로그램의 요건을 정리해서 공소외 14 증권회사의 차장 공소외 8에게 전달하여 프로그램화하여 서버에 탑재할 수 있도록 도와주고, 위 프로그램 또는 공소외 14 증권회사 전산 시스템에서 주문접수나 시세정보 기능 등의 장애가 발생하면 이를 공소외 8에게 전달하여 신속하게 처리하도록 도와주었다.

뿐만 아니라 피고인 4는 피고인 1, 피고인 2에게 공소외 14 증권회사의 ELW 거래에 사용할 차명계좌를 개설하여 주기도 하였다.

③ 알고리즘이 구현된 프로그램을 공소외 14 증권회사의 전산 시스템에 탑재하여 주는 것은 수수료 수익의 대부분을 차지하는 VIP 고객인 피고인 1, 피고인 2를 유치하기 위해 회사 차원에서 제공한 일종의 서비스에 불과하다고 하더라도, 직무의 불가매수성이라는 특경법 제5조의 취지에 비추어 볼 때 금융기관 직원인 피고인 4가 위 서비스와 관

련하여 금품을 수수한 행위는 특경법 제5조 위반죄가 성립한다.

- ④ 피고인 1은 수사기관에서 피고인 4에게 매매 프로그램의 개발 및 지원을 요청하게 된 경위에 관하여 "2009년 10월 경 시스템트레이딩을 하기 위해 손으로 매매할 당시 매매관련 논리(매도, 매수조건)를 작성한 후 2006년경부터 알고 지내온 피고인 4에게 전달하면서 제가 만든 매매 알고리즘을 시스템에 코딩해 줄 수 있는지 문의하였더니 가능하다고 하여 알고리즘을 건네면서 그대로 코딩해 달라고 하였습니다.

"라고 진술하였다.

한편 공소외 14 증권회사의 차장 공소외 8은 피고인 1, 피고인 2를 위한 매매 프로그램 개발 경위에 관하여 "2009. 11.경 당사 IT 지원부에 근무하고 있던 피고인 4 차장의 요청으로 공소외 10(피고인 1의 차명계좌) 등의 매매 알고리즘을 개발하게 되었습니다.

피고인 4가 ELW 주문을 하려고 하는데 스탱주문과 유사한 방법으로 서버에서 개발할 수 있느냐 물어보아, 제가 피고인 4에게 윗선의 결재라인을 거치면 가능하다고 하였습니다.

매매 알고리즘 로직을 피고인 4로부터 받아, 위 알고리즘 로직을 바탕으로 프로그램을 개발하였습니다.

피고인 4로부터 매매 알고리즘 개발 요청을 받고, 제가 당시 소속된 트레이딩시스템부 공소외 11 팀장에게 구두 보고하고, 다시 공소외 11 팀장이 부서장인 공소외 12 부장에게 구두로 보고하여 공소외 12 부장으로부터 개발 승인을 받았습니다.

2009. 11. 말경 공소외 11 팀장이 저에게 위 매매 알고리즘 개발을 하라고 하면서 공소외 12 부장이 회사 윗선에 보고를 하여 승인을 받았다고 말한 사실이 있습니다.

"라고 진술하였다.

위 진술에 의하면, 피고인 4는 공소외 1 금융회사의 직원으로서 VIP 고객인 피고인 1, 피고인 2를 응대하는 과정에서 매매 프로그램 개발을 지원하기 시작하였고, 위와 같은 매매 프로그램의 개발에 대한 지원은 공소외 14 증권회사에서 피고인 4에게 허용한 사무라고 할 것이므로, 피고인 4가 사실상 수행하는 업무에 포함된다.

- ⑤ 피고인 1, 피고인 2는 피고인 4에게 3억 원을 제공한 때로부터 불과 1개월이 지나지 못한 시점에 피고인 4에게 추가적으로 2년간 매월 2,000만 원을 지급하기로 하였는바, 위 각 금액을 합한 7억 8,000만 원(3억 원 + 매월 2,000만 원씩 24개월 합계 4억 8,000만 원)은 공소외 2 증권회사의 매매프로그램에 대한 알고리즘 설계를 도와주는 대가로 보기에는 너무 과도하다.

더욱이 매매프로그램의 개발자인 피고인 5에게는 매월 1,000만 원만 지급되었는데, 피고인 4에게 매월 2,000만 원 외에 추가로 3억 원이 미리 지급되어야 할 특별한 사유도 찾을 수 없다.

- ⑥ 이 사건 수사가 시작되자 피고인 4는 피고인 1, 피고인 2로부터 받은 3억 원이 문제될 것을 두려워하여 피고인 1, 피고인 2와 함께 변호사를 방문하거나 대책 회의를 열기도 하였다.

그 결과 피고인 1, 피고인 2는 피고인 4의 관여 사실에 대해 함구하기로 하였고, 피고인 5가 피고인 4의 관여 사실에 관하여 진술하기 전까지는 수사기관에서 피고인 4가 이 사건에 관여하지 않은 것처럼 허위로 진술하였다.

만약 위 3억 원이 직무에 대한 대가로 수수된 것이 아니라면, 피고인들이 위 금원에 대해 허위진술을 할 아무런 동기가 없다.

- ⑦ 피고인 4는 상피고인 10과 사이에 인센티브 배분비율을 정한 바 없고, 피고인 1, 피고인 2로부터 3억 원을 수수한 2010. 6. 3.에는 상피고인 10으로부터 인센티브 중 일부를 단 2차례(2010. 2. 29.경 370만 원, 2010. 6. 3.경 1,500만

원) 돌려받았을 뿐이었다.

더욱이 피고인 4는 당시 상황에 관하여 피고인 10의 마음이 변하여 인센티브를 자신에게 나누어 줄 생각이 없다는 느낌을 받았다고 진술하였다.

피고인 4가 피고인 10에게 인센티브를 돌려주자고 제안한 시점은 피고인 1, 피고인 2로부터 3억 원을 받은 이후인 2010. 6. 7.경이다.

위 사실을 종합하면, 2010. 6. 3.경에는 피고인 4가 피고인 10으로부터 인센티브 중 일부를 나누어 받을 수 있을지 여부가 불투명했을 뿐만 아니라, 그 금액도 확정되지 않았는바, 피고인 4가 피고인 1, 피고인 2와 사이에 위 인센티브로 3억 원을 변제하겠다는 합의를 할 만한 상황은 아니었다고 보인다.

나. 검사의 항소이유 주장에 관한 판단

1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9에 대한 '부정한 수단' 관련 자본시장법위반의 점
가) 이 사건의 쟁점

피고인들이 증권사들로부터 제공받은 속도 관련 서비스들이 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 '부정한 수단, 계획 또는 기교'에 해당하는지에 관한 법률적 평가가 이 사건의 쟁점이다.

나) 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 '부정한 수단, 계획 또는 기교'의 해석

(1) 자본시장법 제178조 제1항 제1호는 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 '부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하는 행위'를 금지하고 있는데, 여기서 '부정한 수단, 계획 또는 기교'란 사회통념상 부정하다고 인정되는 일체의 수단, 계획 또는 기교를 말한다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도8109 판결 참조). 그런데 '부정한 수단, 계획 또는 기교'라 함은 '옳지 못한 또는 옳바르지 아니한 수단, 계획 또는 기교'라고 할 것인데, 여기서 '옳지 못하거나 바르지 아니함'은 금지 대상이 되는 수단, 계획, 기교의 유형을 표시한 것이 아니라 어떤 기준에 따라 특정 수단, 계획, 기교를 평가·판단한 결과를 표시한 것인데, 그 판단 기준은 도덕적, 윤리적, 종교적, 이념적 가치관 등에 따라 다를 수 있으므로 같은 수단, 계획, 기교라도 기준에 따라 다르게 평가될 수 있다.

이렇게 금지 및 처벌의 대상이 되는 '부정한 수단, 계획 또는 기교'에 대한 평가 또는 판단 기준을 법률에서 정하지 아니하고 도덕적, 윤리적, 종교적, 이념적 가치관에 맡기는 경우에는 형사법의 대원칙인 죄형법정주의에 반하는 것일 뿐만 아니라 형벌로써 특정 도덕적, 윤리적, 종교적, 이념적 가치관이 강제될 위험성이 있다.

따라서 '부정한 수단, 계획 또는 기교'라는 구성요건을 해석하거나 파악함에 있어서는 도덕적, 윤리적, 종교적, 이념적 기준이 아닌 죄형법정주의 및 그에 파생되는 처벌법규의 명확성의 원칙에 따라 해당 문언의 의미와 그 보호법익을 바탕으로 자본시장법의 목적·취지 및 체계, 관련 조항과의 상호관계를 고려한 보충적인 규범 해석을 통하여 금지된 행위의 내용을 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람이 알 수 있을 정도로 구체화하여 적용하여야 한다.

(2) 이러한 해석 원칙에 따라 먼저 자본시장법 제178조의 보호법익에 관하여 보건대, ① 자본시장법 제1조는 자본시장의 목적에 관하여 "자본시장에서의 금융혁신과 공정한 경쟁을 촉진하고 투자자를 보호하며 금융투자업을 건전하게 육성함으로써 자본시장의 공정성·신뢰성 및 효율성을 높여 국민경제의 발전에 이바지한다.

"고 정하고 있는 점, ② 금융투자업의 육성을 위하여는 자본 유통이 원활하여야 하고, 자본 유통의 원활성을 확보하기 위해서는 자본 유통의 매개체인 금융상품 거래의 공정성에 대한 투자자들의 신뢰가 필수적인 점, ③ 자본시장법 제37조 제1항은 "금융투자업자는 신의성실의 원칙에 따라 공정하게 금융투자업을 영위하여야 한다.

"라고 규정하고, 같은 법 제44조 제1항에서는 "금융투자업자는 금융투자업의 영위와 관련하여 금융투자업자와 투자자 간, 특정 투자자와 다른 투자자간의 이해상충을 방지하기 위하여 이해상충이 발생할 가능성을 파악·평가하고, 내부 통제기준이 정하는 방법 및 절차에 따라 이를 적절히 관리하여야 한다.

"라고 규정하고 있는 점, ④ 자본시장법의 제정으로 폐지된 구 증권거래법상 불공정거래행위를 금지하였던 제188조의 4의 보호법익은 '유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 유가증권 거래의 공정성 및 유통의 원활성 확보라는 사회적 법익'이었던 점(대법원 2002. 7. 26. 선고 2002도1855 판결 등 참조) 등을 종합하면, 자본시장법 제178조의 보호법익은 주로 '금융상품 거래의 공정성에 대한 투자자들의 신뢰'라고 파악할 수 있을 것이다.

(3) 다음으로 자본시장법의 규정 체계에 관하여 보건대, 자본시장법 제178조는 '부정거래행위 등의 금지'라는 제목으로 부정거래행위의 유형에 관하여 '부정한 수단, 계획 또는 기교'를 사용하는 행위를 규정한 제1항 제1호 외에도 개별 부정거래행위의 유형으로 제2호, 제3호 및 제2항을 규정하고 있는데, 제1항 제1호와는 달리 제2호, 제3호, 제2항은 다른 투자자들에 대한 기망적인 요소를 구성요건으로 하고 있고, 같은 법 제443조 제1항 제8호 및 제9호는 제178조 제1항 각 호 및 제2항의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자에 대하여 동일한 형벌(10년 이하의 징역 또는 5억 원 이하의 벌금)에 처하도록 규정하고 있는바, 이러한 자본시장법의 규정 체계에 비추어 볼 때 자본시장법 제178조에서 규정하고 있는 부정거래행위의 한 유형인 제1항 제1호의 '부정한 수단, 계획 또는 기교'를 사용하는 행위는 적어도 자본시장법 제178조 제1항 제2호, 제3호 및 제2항에서 구체화된 부정거래행위의 내용과 동등하거나 그에 준하는 정도의 불법성을 지닌 것이어야 한다.

(4) 결국 자본시장법 제178조 제1항 제1호에 의하여 사용이 금지되는 '부정한 수단, 계획 또는 기교'란, 다른 투자자들의 이익을 부당하게 침해할 위험성이 있는 것으로서 같은 법률 제178조 제1항 제2호, 제3호 및 제2항에서 정한 부정거래행위에 준하는 정도의 불법성이 있는 행위라고 할 것이고, 나아가 금융투자상품의 매매와 관련한 어떠한 행위가 사회통념상 부정한 수단, 계획, 기교에 해당하는지 여부는 자본시장법의 취지, 목적 등을 바탕으로 해당 금융투자상품 거래 시장의 구조, 당해 행위가 거래 시장에 미치는 영향, 다른 투자자들의 이익을 침해할 위험성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.

다) 이 사건의 판단

(1) 우리나라 ELW 시장에서 스캘퍼뿐 아니라 다른 대부분의 일반투자자 역시 시세차익을 노리고 단기 차익거래를 추구하고 있는 점, 스캘퍼와 다른 일반투자자 모두 LP를 주요 상대방으로 하여 거래하고 있으므로 결국 스캘퍼와 다른 일반투자자 사이에서 LP와의 거래에 대한 경쟁관계가 형성되는 점, 위와 같은 경쟁구도 아래에서는 LP가 내놓은 매물을 선점하는 것이 중요하므로 주문 속도의 차이가 거래의 성공 여부에 관건이 되는 점, 우리나라 ELW 시장에서 LP와 스캘퍼들은 꾸준한 이익을 얻은 반면 다른 일반투자자들은 지속적인 손실을 입은 점 등을 종합하여 보면, 적어도 이론적으로는 스캘퍼와 유사한 전략을 사용하는 다른 일반투자자의 이익이 스캘퍼와 충돌할 가능성이 없다거나 거래에 영향이 없다고 단정할 수는 없다.

(2) 그러나 증권회사가 고객들에게 제공하는 거래 방법의 속도 차이에 관하여 자본시장법은 아무런 규정도 두고 있지 아니하고, 다른 한편 투자자로부터의 수수료를 주요 수입원으로 하는 증권회사로서는 고액의 거래를 빈번하게 체결하여 수수료를 많이 지급하는 투자자들을 유치하기 위하여 투자자에게 그들이 요구하는 거래 방법을 경쟁적으로 제공할 유인이 당연히 존재하고, 일반투자자들로서도 물리적 한계로 인하여 거래 방법의 속도를 획일화시킬 수는

없으며 이러한 속도의 차이가 거래에 영향을 미칠 가능성이 있다는 점을 충분히 인식하면서도 이를 감수하고 있다고 할 것이므로, 증권회사가 고객 투자자와 일반 투자자에게 동일한 거래 수단을 제공하지 않았다고 하여 이를 일률적으로 부당한 수단이라고 단정할 수는 없고, 위와 같은 거래 수단의 제공이 합리적 범위를 현저하게 벗어나 적극적으로 금융상품 거래의 공정성에 대한 투자자들의 신뢰를 해치는 행위라고 평가될 수 있는 경우에 한하여 부당한 수단이라고 인정할 수 있을 것이다.

이는 위 서비스를 이용하는 스캘퍼에 관하여도 마찬가지여서 증권회사가 제공하는 서비스를 이용하였다고 하여 이를 두고 부당한 수단이라고 단정할 수는 없다.

즉 특정 투자자에 대한 거래 수단의 제공이 일반투자자에게 부정적인 영향을 미칠 목적으로 특정한 거래 수단을 적극적으로 제공하거나 요구하였고, 이러한 행위가 금융상품 거래의 공정성에 대한 투자자들의 신뢰를 해쳤다고 볼 수 있을 경우에 한하여 비로소 증권회사 또는 거래 수단을 제공받은 특정 투자자에 대하여 자본시장법 제178조 제1항 제1호 위반죄의 죄책을 물을 수 있다고 봄이 타당하다.

(3) 그런데 이 사건의 경우에는 아래 항에서 살피는 바와 같이 감독기관이 사실상 속도 편의 제공 서비스를 허용하고 있는 상황이었고, 피고인들의 경우 다른 일반투자자에게 부정적인 영향을 미칠 목적이 있었다고 인정하기도 어려우며, 속도 편의 제공 서비스가 다른 일반투자자들의 거래 이익을 침해함으로써 금융상품 거래의 공정성에 대한 투자자들의 신뢰를 해쳤다고 보기 어려우므로, 피고인들이 증권회사가 제공하는 속도 편의 제공 서비스를 이용하였다는 사실만으로 자본시장법위반의 죄책을 진다고 인정하기 어렵다.

같은 결론의 원심 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 주장하는 사실오인 또는 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

① 증권회사가 고객의 주문을 접수하는 방식은 주문전표방식, 전화·전보·모사전송 등의 방식, 전자통신 방식, DMA 방식으로 다양해졌는데, 위 각 방식을 모두 허용한다는 전제하에 '주문 접수 순서대로 주문 정보가 거래소로 전송되도록 통제하는 방법'을 구현하기 위해서는, 우선 서로 다른 방식으로 접수된 주문들 사이의 접수 선후를 판정하기 위하여 '접수시점을 언제로 볼 것인지'에 대한 명확한 기준이 제시되어야 하고, 시계 일치에 필요한 기술적 한계를 극복할 방법이 제시되어야 한다.

그러나 위와 같은 기준이나 방법이 없어 '주문 접수'대로 주문 정보가 거래소로 전송되도록 통제할 수 없기 때문에 현실적으로 접수 순서대로 주문이 체결되도록 하는 것은 사실상 불가능하다.

② 이 사건 당시에도 증권회사들은 거래가 빈번한 우량고객들을 유치하기 위하여 홈트레이딩시스템 속도 향상 등의 서비스를 제공하면서 적극 홍보하고 있었고, 해외 기관투자자들에게 DMA 서비스가 허용되고 있었으므로, 일반 투자자들로서는 증권회사의 속도 관련 서비스로 인한 차별의 가능성을 예견하고 이를 감수하면서 ELW 투자에 참여하였다고 봄이 타당하다.

③ 유가증권시장 업무규정 시행세칙은 증권사의 구체적인 주문 처리 절차에 대하여 상세히 정하고 있는데, 고객의 주문 입력방법을 5가지로(제12조 제1항 제27호), 고객이 증권사에 주문을 위탁하는 방법을 3가지로(제109조 제1항) 각기 구분한 뒤, 위 3가지(문서에 의한 방법, 전화등 방법, 전자통신 방법) 중 문서에 의한 방법 또는 전화 등 방법으로 주문을 접수한 때에는 주문표를 작성한 뒤 접수시간의 순서에 따라 증권사 주문단말기에 주문내용을 입력하도록 하고(제109조 제2항, 제3항, 제123조 제1항), 위 두 가지 방법과 전자통신방법으로 접수한 주문을 거래소에 호가로 제

출하는 과정에서 '주문입력매체의 특성, 주문건수 등'을 감안하여 위탁자의 주문간 '호가간에 형평'이 이루어지도록 처리하여야 한다(제123조 제4항)라고 정하고 있다.

그러나 이와 관련하여 '호가간 형평'의 구체적인 기준을 정한 조항은 찾아 볼 수 없다.

④ 속도 관련 서비스들의 제공에 관한 감독 기관의 공문들에는 주문 접수 시점에 관한 구체적인 기준이 제시되어 있지 않고 DMA 허용여부에 관하여도 명확한 언급이 없으며, 단지 '접수 순서에 따라' '회원의 시스템을 경유하여' 거래소시스템에 입력할 것만을 강조하고 있을 뿐이다.

- ⑤ 한국거래소 시장감시본부 팀장인 공소외 3, 금융감독원 선임조사역 공소외 4는 관련사건(서울중앙지방법원 2011고합900)의 법정에서 속도 관련 서비스들의 제공에 관한 감독규정이나 감독 기관의 공문들에 관하여, 증권 거래에 원칙적으로 시간 우선의 원칙이 적용되는 것이지만, 접수순서에 관한 특별한 기준이 정해져 있지 않을 뿐만 아니라 거래 수단이 다양화되어 현실적으로 모든 주문에 대하여 시간 우선의 원칙을 적용할 수는 없다는 취지로 진술하였고, 특히 공소외 3은 위와 같은 이유로 감독 기관에서는 증권회사의 FEP에서 처리된 이후에 주문 순서를 바꾸는 것에 대해서만 감독하고 있다는 취지로 진술하였다.

더욱이 공소외 3은 2006. 9. 20.자 증권선물거래소, '투자자주문처리시 유의사항'이라는 제목의 행정지도 공문 중 '특정 위탁자의 주문을 회원시스템 경유 없이 거래소 시스템으로 직접 전송하는 방법'이라는 부분은 거래소로부터 배정받은 회선은 FEP에서 거래소 시스템과 연결되는 회선을 특정 위탁자에게 독점적으로 쓰게 하는 것을 금지한다는 뜻이고, FEP 이전 단계에서의 처리절차는 회원사가 자율사항으로 형평에 맞으면 되는 것이라고 진술하였고, 공소외 4는 2010. 12. 31.자 '금융투자업자의 주문자동전달시스템 운영관련 유의사항'이라는 제목의 행정지도 공문을 시행하게 된 경위에 관하여 "DMA(주문자동전달시스템을 의미한다)가 허용이 되는 겁니다.

즉, DMA는 일단 허용이 되는데 DMA 서비스를 제공할 때에는 일정한 리스크관리나 내부통제 절차를 구축하고 그것을 제공하라는 것입니다.

저 공문상의 어떤 기준들을 충족할 때 적절한 DMA가 된다고 저희들이 판단한 것입니다.

", "그 당시에는 DMA가 안된다고 판단하기가 어려워서 그렇게 한 것입니다.

", "(주문처리)속도차이는 없어야 되는데, 현실적으로 전화나 DMA 등 주문 방법이 다르고, 지역적 거리 차이가 난다든지 하는 과정에서 절대적으로 속도차이가 안 날 수는 없지 않습니까? 그런 것들을 감안하지 않을 수 없어서 그 이후에 감독원이 또 다시 (다른 기준을) 만들게 된 것입니다.

"라고 진술하여 감독기관에서도 DMA를 허용하고 있었다는 취지로 진술하였다.

- ⑥ 검사는 스캘퍼의 주문과 LP의 호가 변동 주문 사이의 시차 중 평균적으로 원심에서 인정한 0.016초 이내인 경우는 전체의 6.63%에 불과하고 0.2초 이상인 경우가 52.26%, 1초 이상인 경우도 13.21%에 이르며, LP의 호가 변동 주문 전에 주문이 도달하였지만 스캘퍼의 물량선점으로 거래가 체결되지 아니하여 피해를 입은 주문 건수도 원심이 인정한 0.0045%~0.008%보다 훨씬 많으므로, 스캘퍼의 주문 때문에 일반투자자의 거래기회를 상실한 일반투자자의 주문에 대하여 의도적으로 작성된 허위의 통계자료에 기초하여 스캘퍼와 일반투자자 사이에 이해충돌이 없다고 판단한 것은 잘못이라고 주장하면서, 그 근거로 대검찰청 국가디지털포렌식센터 검찰수사관 작성의 '1, 2차 분석보고서'와 서울대학교 경제학부 교수 작성의 'ELW 전수분석결과'를 제출하였다.

그렇지만 위 보고서 및 분석결과는 일반적인 관점에서 ELW 거래 전반에 대해 분석한 결과를 나열한 것에 불과하여 특정 구간대에 일반투자자의 주문이 접수된다면 스캘퍼가 일반투자자들의 거래 이익을 침해할 수도 있다는 막

연한 가능성만을 보여주는 것일 뿐이어서, 이를 들어 스캘퍼에 대한 속도 편의의 제공이 일반투자자들의 거래를 불가능하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 위험성을 초래하였다고 인정하기에 부족하다.

⑦ 위 ③~⑤항에서 살핀 바와 같이, 매매 알고리즘의 서버 탑재 등을 이용한 속도 향상 서비스가 허용되었던 상황에서 위 서비스의 이용자인 피고인들에게 다른 투자자들의 이익을 침해하려는 목적이 있었다고도 인정하기 어렵다. 속도가 향상되면 유리한 주문을 선점할 수 있어 수익을 볼 가능성이 높아지고, 상대적으로 다른 투자자가 손실을 입을 가능성이 높아지는 것은 사실이지만, 이것은 ELW 거래의 성격에서 기인한 것으로 거래 방법과는 상관없이 수익이 발생하는 모든 거래에 수반되는 결과일 뿐이다.

그러나 피고인들이 위 속도 향상 기능을 이용하여 ELW 거래를 독점하는 등으로 다른 투자자들에게 명백히 손해를 입히려 했다는 사정에 대한 아무런 증거가 없는 이 사건에서 단순히 속도를 향상하여 매물 일부를 선점하려고 했다는 점을 들어 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용할 고의가 있었다고 보기 어렵다.

- (4) 형벌권을 독점하고 있는 국가가 국민의 기본권을 보장하면서 그 형벌권을 적정하게 행사하기 위해서는 법률로 처벌의 대상이 되는 행위 유형을 구체적·개별적으로 제시함으로써 국민들로 하여금 행위 당시 자신의 행위로 인하여 형벌을 받게 될 것인지에 관하여 예측 가능하도록 하여야 한다.

그런데 스캘퍼들이 일반 투자자와 달리 증권회사로부터 속도 편의 제공 서비스를 제공받아 ELW 거래를 함으로써 막대한 수익을 올린 행위에 대하여 형평에 어긋남을 이유로 형사처벌의 필요성을 논할 여지는 충분하지만, 앞서 본 사정에 비추어 볼 때 자본시장법 등 법률이 스캘퍼로 하여금 속도 편의 제공 서비스를 제공받아 ELW 거래를 하는 행위가 형사처벌의 대상이 된다는 예측가능성을 제공하였다고 볼 수 없으므로 피고인들에 대하여 자본시장법위반의 죄책을 묻기는 어렵다.

- 2) 1억 7,000만 원 공여 및 수수 관련 피고인 4에 대한 특경법위반(수재등)의 점 및 피고인 1, 피고인 2에 대한 피고인 4 관련 특경법위반(증재등)의 점

(가) 원심의 판단

원심은 그 채택의 증거를 종합하여 ① 피고인 4가 이 부분 합계 1억 7,000만 원을 피고인 1, 피고인 2로부터 받은 것은 피고인 1, 피고인 2가 공소외 2 증권회사에서 시스템 트레이딩에 의한 ELW 매매를 할 수 있도록 피고인 4가 도와준 것에 대한 대가에 해당하여 공소외 1 금융회사의 직원으로서의 직무와는 관련이 없고, ② 또한 피고인 4가 공소외 6 증권회사 LP의 호가정보를 피고인 1에게 일부 전송한 것은 사실이기는 하지만 위 호가정보의 제공이 시기적으로 이 부분 합계 1억 7,000만 원과 어떠한 관련이 있다고 보기 어려울 뿐만 아니라 피고인 4가 개인적으로 아는 공소외 6 증권회사 직원인 피고인 3으로부터 받은 정보를 피고인 1에게 전송해 준 것에 불과하여 피고인 4의 공소외 1 금융회사 직원으로서의 직무와 관련이 있는 행위로 보기도 어렵다는 이유로, 피고인들은 이 부분 공소사실에 관하여 각 무죄라고 판단하였다.

(나) 당심의 판단

- (1) 특경법 제5조 제1항 소정의 '금융기관 임·직원이 직무에 관하여'라 함은 금융기관의 임·직원이 그 지위에 수반하여 취급하는 일체의 사무를 말하는 것으로서, 그 권한에 속하는 직무행위뿐만 아니라, 그와 밀접한 관계가 있는 사무 및 그와 관련하여 사실상 처리하고 있는 사무도 포함되지만, 그렇다고 금융기관 임·직원이 개인적인 지위에서 취급하는 사무까지 이에 포함된다고 할 수는 없다(대법원 2011.7.14. 선고 2010도9826 판결 등 참조).

(2) 피고인 4가 주장하는 '알고리즘 전략 설계'라는 것이 실제로는 피고인 1로부터 제공받은 매매 전략을 컴퓨터를 통하여 예정된 조건 충족시 자동 실행되도록 논리적으로 문서화하는 것으로 보이는 점, 알고리즘 매매 프로그램 개발을 위한 일련의 과정 중 기초자산의 변동을 추적하고 그에 따른 대응전략을 수립하여 구체화하는 과정이 가장 어려우면서도 중요한 것인데 결국 그 부분은 피고인 1이 담당한 점, 공소외 2 증권회사용 매매 프로그램은 공소외 14 증권회사에 탑재되어 있던 프로그램과 유사한 프로그램을 새로이 개발하되 서버 탑재와 연결되는 부분을 변경하고 가격예측기능, 거래주문병렬처리 기능 등 일부 기능을 개선한 것인 점, 피고인 4는 공소외 1 금융회사에서 피고인 1을 지원하는 동안 위 피고인의 전략을 습득하게 되었으므로, 공소외 2 증권회사의 알고리즘 전략 설계라는 것도 결국은 공소외 14 증권회사에서의 직무와 관련하여 취득한 정보를 활용하는 것인 점 등을 고려해 보면 피고인 4가 피고인 1, 공소외 16 등으로부터 수수한 1억 7,000만 원과 피고인 4의 공소외 1 금융회사에서의 직무와 관련된 것이 아닌가 하는 의문이 들기는 한다.

(3) 그러나 증거를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 피고인 4는 공소외 14 증권회사의 직무가 아니라 개인적 지위에서 알고리즘 전략 설계를 수행하였다고 평가함이 상당하고, 직무 관련 '알고리즘 전략 설계'에 대한 대가, 공소외 6 증권회사 LP의 호가정보를 피고인 1에게 일부 전송해 준 것에 대한 대가, 또는 피고인 10으로부터 인센티브를 일부 나누어 받도록 해 준데 대한 대가로 피고인 1, 피고인 2가 피고인 4에게 합계 1억 7,000만 원을 지급하였다고 보기 어려우므로, 위 피고인들에게 각 특경법 위반죄가 성립하지 않는다.

같은 취지의 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 사실오인의 위법이 있다고는 보이지 않는다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장 역시 받아들이지 않는다.

(가) 피고인 5는 2010. 6. 3. 피고인 1, 피고인 2와 사이에 2010. 6. 3.부터 2012. 6. 2.까지 공소외 2 증권회사의 전산 시스템에 탑재될 알고리즘 트레이딩 프로그램을 개발 및 업데이트 해 주는 내용의 고용계약을 체결하였다.

당시 작성된 계약서에는 "개발에 필요한 추가 또는 변경되는 요구사항에 대해 피고인 4가 간단하게나마 서면으로 작성하여 피고인 5에게 전달한다.

"라고 기재되어 있었다.

위 내용에 비추어 피고인 5가 알고리즘 트레이딩 프로그램을 개발하는 2년 동안 피고인 4 역시 위 알고리즘 트레이딩 프로그램 개발에 참여하면서 피고인 1, 피고인 2와 피고인 5 사이에서 요구사항을 정리, 구체화, 설계하는 역할을 하기로 예정되었음을 알 수 있다.

(나) 이 무렵 피고인 4는 이미 공소외 14 증권회사에서 쌓은 경험을 토대로 알고리즘 트레이딩 시스템에 대한 상당한 지식을 축적하여, 피고인 1의 도움 없이 알고리즘 트레이딩 프로그램의 요건을 정의하고 설계하는 수준에 이르렀다

특히 피고인 4는 피고인 1, 피고인 2로부터 금원을 지급받을 무렵인 2010년 7월경부터는 업무시간 이후나 주말에 피고인 5가 프로그래밍 작업을 하는 오피스텔에서 지내면서 설계 작업을 하고 그 결과물을 피고인 5에게 건네주어 신속히 개발되게끔 하였다.

그렇다면 피고인 4가 그 무렵부터 피고인 1 등으로부터 지급받은 1억 7,000만 원은 위 공소외 2 증권회사 투자증권용 매매 프로그램의 알고리즘 전략 설계의 대가로 지급받았다고 볼 여지가 있다.

(다) 피고인 4가 피고인 1, 피고인 2로부터 금원을 지급받을 당시에는 피고인 1, 피고인 2는 공소외 14 증권회사를 통한 거래를 중단하기로 결심하고 공소외 2 증권회사를 통한 ELW 매매를 위해 본격적인 준비를 시작할 단계였으므로, 피고인 4가 피고인 1, 피고인 2의 공소외 2 증권회사용 매매프로그램 개발에 참여한 것은 개인적인 지위에서 한 것이고, 이를 들어 공소외 14 증권회사의 직무와 관련이 있다고 평가할 수는 없다.

(라) 피고인 4가 피고인 3으로부터 받은 LP 정보를 피고인 1, 피고인 2에게 전달한 사실은 인정된다.

그렇지만 피고인 2가 위 정보를 통하여 얼마의 수익을 거두었는지에 대한 아무런 입증이 없고(피고인 2는 수사기관에서 "공소외 6 증권회사에서 발행한 ELW 거래로 손해를 본 것 같다.

"고 진술하였다), 2010. 7.경을 전후로 피고인 1, 피고인 2 등에게 위 정보가 제공되었다고 볼 만한 사정도 찾을 수 없으므로, 검사가 제출한 증거들만으로는 위 LP 정보의 제공과 이 부분 1억 7,000만 원과의 대가성을 인정할 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(마) 앞에서 살펴본 바와 같이 피고인 1, 피고인 2가 피고인 10으로부터 인센티브를 돌려받을 수 있는지 여부와 그 액수가 확정되지 않은 상태에서, 인센티브를 돌려받게 해 준 대가로 피고인 4에게 2년간 매월 2,000만 원을 지급한다는 것은 상정하기 어렵다.

3) 피고인 5에 대한 특경법위반(수재등)의 점 및 피고인 1, 피고인 2에 대한 각 피고인 5 관련 특경법위반(증재등)의 점 가) 원심의 판단

원심은 증거에 의하여 판시 사실을 인정한 다음, 피고인 5가 공소외 2 증권회사로 채용된 기간에 피고인 1, 피고인 2로부터 받은 이 부분 공소사실 기재 1억 원은 피고인 5가 피고인 1, 피고인 2와 사이에 체결한 ELW 알고리즘 매매 프로그램 개발계약에 따른 대금을 지급받은 것이고, 피고인 5가 공소외 2 증권회사의 직원으로 채용된 것도 위 프로그램 개발을 위한 방편에 불과하였으므로, 결국 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 5가 공소외 2 증권회사의 직원으로서 그 직무에 관하여 피고인 1, 피고인 2로부터 위 1억 원을 수수하였다고 보기 어렵다고 판단하여 이 부분 공소사실에 관하여 피고인들에게 각 무죄를 선고하였다.

나) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하여 보면 피고인 5가 공소외 2 증권회사에 채용되어 근무하는 동안 월 100만 원씩의 급여 및 4대 보험을 제공받고, 직원용 사내 인터넷 아이디, 서버접속 아이디 등을 부여받은 것은 사실이다.

그러나 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 또는 사정, 즉 ① 피고인 5는 공소외 2 증권회사의 직원으로 고용되기 이전인 2010. 6. 3. 피고인 1, 피고인 2와 고용계약을 체결하고 이에 따라 매월 1,000만 원씩의 급여를 지급받아 온 사실, ② 피고인 5가 위 고용계약 이후 공소외 2 증권회사에 직원으로 채용되어 고용계약이 이중으로 되었다고 하더라도, 이를 들어 선행 고용계약이 무효로 된다고 할 수 없으므로 피고인 1과의 계약에 기초하여 급여를 지급받은 것이 소급적으로 불법이 된다고 볼 수는 없는 점, ③ 피고인 5가 공소외 2 증권회사에 채용되기를 원했던 것도 아니고, 공소외 2 증권회사 측에서도 전산인력이나 영업부 인력으로 피고인 5를 고용할 의사가 있었던 것도 아니었지만, 외부인이 전산 시스템에 프로그램을 설치하는 경우에는 이로 인하여 전산 감사에서 지적받을 가능성이 높았기 때문에 지적을 피하기 위해 형식적으로 피고인 5를 공소외 2 증권회사의 직원으로 채용한 점, ④ 공소외 2 증권회사도 피고인 1, 피고인 2를 고객으로 유치하기 위하여 피고인 5가 피고인 1과 선행하여 체결한 고용계약과 이에

다른 급여 지급을 당연히 용인하였던 점 등을 종합해 보면, 피고인 5가 피고인 2로부터 1억 원을 수수한 것은 2010. 6. 3.자 피고인 2와의 고용계약에 근거한 것일 뿐이므로, 그것을 가지고 특경법 제5조가 청렴의무나 직무의 불가매수성에 기하여 예정하고 있는 '금융회사의 임직원이 그 직무에 관하여 수수하는 금품'에 해당한다고 보기 어렵고, 그 밖에 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 5가 공소외 2 증권회사의 직무와 관련하여 피고인 2로부터 1억 원을 수수하였다고 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

같은 취지의 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장도 받아들이지 않는다.

4) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 각 '불공정거래행위' 및 '직무상 알게 된 정보' 관련 자본시장법 위반의 점

가) 자본시장법 제176조 제2항 제1호 및 제178조 제2항 위반 여부

(1) 피고인들의 공모 여부

형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건인 공동가공의 의사와 객관적 요건인 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다(대법원 2005. 7. 22. 선고 2005도3352 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 이 사건에서 피고인들이 묵시적, 순차적으로 공모하였다고 인정되려면 피고인 3은 LP 호가 정보 제공, 피고인 4는 위 정보의 전달, 피고인 1, 피고인 2는 피고인 3이 지정하는 ELW의 거래가 성황을 이루는 것처럼 보이게끔 공격적으로 ELW를 매매하는 역할의 분담이 있어야 한다.

그러나 기록을 살펴보면, 피고인 3이 피고인 4에게 보낸 메시지 중 내용이 확인되는 것은 2011. 1. 6. 발송한 "오늘 추천 종목입니다.

130 168 195 213 214", "130 168 195 213 214 풀로 치면 개미들이 안 들어 올 수 있으니 개미 수량을 조금 남겨주세요", 2011. 1. 21. 발송한 "195번 자주 밀거니까 수량 50만 개로 줄여주세요"의 두 개 뿐인 사실, 피고인 1, 피고인 2는 위 메시지를 받은 2011. 1. 6.경 그 추천내역과는 달리 130, 168, 195의 3가지 종목만을 매매하였으며, 피고인 1, 피고인 2가 체결한 매매의 비중 또한 130 종목은 총 거래량의 10%, 195 종목은 총 거래량의 29.4%에 불과한 사실만을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면 피고인 3은 공소외 6 증권회사에서 발행한 ELW의 홍보를 위하여 VIP 고객들에게 전달되기를 희망하면서 피고인 4에게 위 정보를 전송하였고, 피고인 4로부터 위 정보를 전달받은 피고인 1, 피고인 2는 독자적인 판단 아래 수익발생이 예상되는 종목을 선택하여 거래하였던 것으로 보일 뿐이고 달리 피고인들이 순차적으로 행위를 분담하거나 각기 기능적 행위지배가 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(2) '매매를 유인할 목적'에 해당하는지 여부

(가) 관련 법리

자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 '자본시장법'이라고 한다) 제176조 제2항 소정의 '매매를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고, 투자자에게는 그 시세가 증권시장 등에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 증권 등의 매매에 끌어들이려는 목적으로서 다른 목적과의 공

존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로 충분하며, 한편 위 조항 제1호 소정의 '그 증권 또는 장내파생상품의 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매'라 함은 본래 정상적인 수요·공급에 따라 자유경쟁시장에서 형성될 시세 및 거래량을 시장요인에 의하지 아니한 다른 요인으로 인위적으로 변동시킬 가능성이 있는 거래를 말하는 것일 뿐 그로 인하여 실제로 시세가 변동될 필요까지는 없고, 일련의 행위가 이어진 경우에는 전체적으로 그 행위로 인하여 시세를 변동시킬 가능성이 있으면 충분한데, 이상의 각 요건에 해당하는지 여부는 당사자가 이를 자백하지 않더라도 그 증권 등의 성격과 발행된 증권 등의 총수, 가격 및 거래량의 동향, 전후의 거래상황, 거래의 경제적 합리성과 공정성, 가장 혹은 허위매매 여부, 시장관여율의 정도, 지속적인 종가관리 등 거래의 동기와 태양 등의 간접사실을 종합적으로 고려하여 이를 판단할 수 있다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도8109 판결).

(나) 원심의 판단

원심은 증거에 의하여 판시 사실을 인정한 다음, 관련 법리와 증거로 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① LP는 블랙숄즈 모델에 기초하여 ELW의 가격을 스스로 결정하므로 거래량의 증가가 곧바로 ELW의 시세에 영향을 미치는 것은 아닌 점, ② 피고인 3이 LP 업무를 수행하는 직원으로 하여금 추천종목의 호가를 인위적으로 시세보다 높거나 낮게 제시하게 하였다거나 그러한 호가제시에도 불구하고 피고인 2가 이를 매매하였다고 볼 만한 아무런 증거가 없는 점, ③ 원심 판시 범죄일람표 4는 피고인 3, 피고인 4 사이의 문자메시지 송수신 시각, 피고인 4, 피고인 1 사이의 문자메시지 송수신 시각과 피고인 2가 공소외 6 증권회사 발행의 ELW 종목을 매매한 내역들을 비교하여 관련이 있어 보이는 부분들을 추출하여 작성한 것에 불과한 점, ④ 그나마 유일하게 그 내용이 확인되는 2011. 1. 6.자 문자메시지를 보면, 위 문자메시지를 통해 추천된 5개의 ELW 종목 중 이 사건 공소사실에 포함된 종목은 3개에 불과한바, 피고인 2는 스스로의 판단 하에 자신의 수익을 얻기 위하여 추천받은 종목 중 일부만을 매매한 것으로 보이는 점 등을 종합하여, 피고인들에게 자본시장법 제176조 제2항 소정의 '매매를 유인할 목적'이 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다고 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 기록에 비추어 검토하여 보면, 원심의 사실인정은 정당하다.

나아가 원심은 ELW의 거래량 증가가 시세에 영향을 미치지 않는다는 점뿐만 아니라 피고인들이 주고받은 문자메시지의 내용과 피고인 2의 ELW 매매거래 내역을 종합적으로 고려하여, 피고인 3은 자사의 ELW를 홍보한 것이고 피고인 2는 피고인 3으로부터 추천받은 종목 중 일부를 자신의 선택에 의하여 매매하였다는 이유로 '매매를 유인할 목적'을 인정하기에 부족하다고 평가하였는바, 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 주장하는 것과 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 보이지 않는다.

따라서 검사의 이 부분 항소 이유 주장은 받아들이지 않는다.

(3) 자본시장법 제178조 제2항의 위계사용행위 해당 여부

(가) 자본시장법 제178조 제2항은 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래를 할 목적이거나 그 시세의 변동을 도모할 목적으로 '풍문의 유포, 위계의 사용, 폭행 또는 협박'을 하는 것을 금지하고 있는데, 여기서 '위계'란 거래 상대방이나 불특정 투자자를 기망하여 일정한 행위를 유인할 목적의 수단, 계획, 기교 등을 말하는 것이고, '기망'이라 함은 객관적

사실과 다른 내용의 허위사실을 내세우는 등의 방법으로 타인을 속이는 것을 의미한다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도8109 판결).

(나) 원심은 위와 같은 법리에 비추어, 피고인 2가 피고인 4를 통해 피고인 3으로부터 받은 추천증목을 매매한 것이 가장매매 혹은 통정매매라고 볼 만한 아무런 증거가 없는 이상 위 매매에 기망적인 요소가 있다고 할 수 없으므로, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 3이 일반투자자들을 상대로 '위계'를 사용하였다고 볼 수 없다고 판단하였다.

(다) 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 기록에 비추어 검토하여 보면, 원심의 사실인정은 정당하다.

이에 더하여 위 (1)항과 같은 이유로 피고인들 사이에 공모 관계를 인정하기 어려운 점까지 고려하여 보면, 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고 거기에 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장 역시 받아들이지 않는다.

나) 자본시장법 제54조 위반 여부

원심은 피고인 3이 공소외 6 증권회사가 발행한 일부 ELW 종목의 호가제시 정보를 피고인 4에게 제공한 것은 사실이지만, 실제 위와 같은 정보를 '이용'하여 매매를 한 사람은 피고인 4로부터 정보를 수령한 피고인 2고, 피고인 2가 피고인 3에게 가담한 사실을 인정할 증거가 부족하다는 이유로 피고인 3은 직무상 알게 된 정보를 '누설'한 데 불과할 뿐 '이용'하였다고는 볼 수 없다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택한 정보를 기록에 비추어 검토하여 보면, 원심의 사실인정은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

이에 더하여 위 가). (1)항과 같은 이유로 피고인 3, 피고인 4, 피고인 1, 피고인 2 사이에 순차 공모 관계를 인정할 수 없는 점, 피고인 2의 ELW 매매로 말미암아 피고인 3이 얻게 된 이익에 관한 증거가 부족한 점('거래량이 증가되면 상장 폐지를 면할 수 있다'는 취지의 추상적이고 일반적인 진술 외에 달리 이에 대한 증거가 없다.

오히려 피고인 3은 원심 법정에서 스캘퍼가 거래량을 일으키면 LP를 홍보할 수 있는 수단은 되지만, 거래량이 많다고 해서 무조건 돈을 벌 수 있는 것은 아니라고 진술하였다)을 종합하면 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 3이 위 미공개 정보를 '이용'하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

같은 취지의 원심 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장도 받아들이지 않는다.

5) 피고인 10에 대한 자본시장법위반의 점

가)원심의 판단

원심은 증거들에 의하여 판시 사실을 인정한 다음, 위 인정사실 및 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 4는 처음부터 피고인 10이 피고인 1, 피고인 2의 계좌관리인으로 지정되어 공소외 1 금융회사로부터 받는 인센티브에 관하여 보상받기를 원하였고 실제로 피고인 10은 피고인 4의 요청에 따라 피고인 4에게 돈을 지급하기도 한 점, ② 피고인 4는 피고인 10에게 자신의 언니에게 직접 현금으로 주라고 지시하는 등 위 돈을 받는 것에 관하여 나름대로 신경을 쓰면서 조심스러워 하고 있었던 점, ③ 그러한 상황에서 피고인 4는 별다른 설명 없이 피고인 10에게 "고객에게 주자"라고 말한 점, ④ 피고인 4는 2010. 6. 3.경 피고인 1, 피고인 2로부터 3억 원을 받게 되어, 자신이 피고인 10으로부터 받기로 하였던 돈을 피고인 1, 피고인 2에게 주려고 위와 같이 피고인 10에게 공소외 5 계좌로 송금하라고 하였던 것으로 보이는데, 피고인 10은 위와 같은 사정을 전혀 알지 못하였던 점, ⑤ 피고인 4가 송금하라고 알려준 계좌주인 공소외 5는 공소외 1 금융회사 제주지점에서 관리하던 피고인 1, 피고인 2의 ELW 계좌

명의인이 아니었고, 피고인 10이 알지 못하는 계좌였던 점, ⑥ 피고인 10은 고객인 피고인 1, 피고인 2와 접촉한 사실이 전혀 없는 점 등을 종합하여, 피고인 4로부터 위와 같이 "고객에게 주자"라는 말을 들었더라도 피고인 10으로서는 피고인 4가 알려준 공소외 5 명의의 계좌를 피고인 4의 차명계좌라고 생각하고 피고인 4에게 지급한다는 의사로 송금하였을 가능성을 배제하기 어렵다고 할 것이어서, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 10에게 고객에게 자신이 받은 인센티브를 지급한다는 인식이 있었다고 인정하기에 부족하다는 이유로 피고인 10에 대하여 무죄를 선고하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 기록에 비추어 검토하여 보면 원심의 사실인정은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

이에 더하여 ① 피고인 10 입장에서는 어차피 피고인 4와 나누어 갖기로 한 인센티브를 지급하는 것이므로 피고인 4의 지시에 따르기만 한다면 금원이 누구에게 귀속되는지 알 필요가 없었던 점, ② 특히 평소 피고인 10의 인센티브를 나누어 갖는 것이 탄로날까봐 두려워하면서도 피고인 10에게 '자신에게 금원을 지급하라'고 채근하고 피고인 10으로 하여금 언니에게 직접 현금을 가져다주라고 지시하기까지 한 피고인 4의 태도에 비추어, 피고인 10으로서는 피고인 4가 마치 고객에게 돈을 돌려주는 것처럼 가장하여 인센티브를 받아내려 한다고 생각하는 것이 오히려 자연스러운 점을 고려하면, 피고인 10에게는 고객에게 인센티브를 돌려준다는 미필적 고의도 인정되지 않는다.

같은 취지의 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고 거기에 사실오인의 위법을 발견할 수 없다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장도 받아들일 수 없다.

다.

피고인 4의 자수감경 관련 항소이유 주장에 관한 판단

형법 제52조 제1항에서 말하는 '자수'란 범인이 스스로 수사책임이 있는 관서에 자기의 범행을 자발적으로 신고하고 그 처분을 구하는 의사표시이므로, 수사기관의 직무상의 질문 또는 조사에 응하여 범죄사실을 진술하는 것은 자백일 뿐 자수로는 되지 아니한다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2011도12041 판결 등 참조).

증거에 의하면 피고인 4가 2011. 5. 19. 수사기관에 자진 출두하여 자수서를 제출하면서 범행 일체를 자백한 사실이 인정된다.

그러나 한편 증거에 의하면 피고인 4는 그 이전인 2011년 3월경부터 공소외 18이라는 가명으로 스캘퍼들에 대한 검찰 수사에 적극적으로 협조하면서도 자신의 범행에 관하여만은 함구한 사실, 피고인 4는 자신에 대한 수사상황을 주시하고 있던 중 2011년 4월경 피고인 1, 피고인 2를 만나 이 사건 3억 원에 관한 대책회의를 하면서 피고인 4의 차명계좌인 공소외 7 계좌로 송금된 위 3억 원에 관하여 피고인 1이 공소외 7에게 빌려준 것처럼 허위의 진술을 하기로 모의한 사실, 피고인 5가 2011. 5. 18. 조사를 받으면서 기존의 허위진술을 반복하고 피고인 4를 언급하자 피고인 4는 그 다음날인 2011. 5. 19. 검찰에 위 자수서를 제출하게 된 사실을 인정할 수 있다.

위와 같은 피고인 4의 자수 경위에 비추어, 위 자수를 형법상의 자수감경이 적용되는 '자기의 범행을 자발적으로 신고하고 그 처분을 구하는 의사표시'와 동등하게 평가할 수는 없는 것이므로, 피고인 4의 이 부분 항소이유 주장은 받아들여지지 않는다.

라. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 양형부당 주장에 관한 판단

1) 피고인 1, 피고인 2

피고인들이 상피고인 4에게 3억 원을 준 것에는 업무관계로 수년 동안 알고 지내면서 다져진 그들 사이의 친분관계도 어느 정도는 작용한 것으로 보이는 점, 피고인 1은 한 차례 기소유예 외에 아무런 범죄전력이 없고, 피고인 2는 50만 원의 벌금 전과 외에 다른 범죄전력이 없는 점은 피고인들에게 유리한 정상이다

그러나 피고인들이 금융기관 직원인 상피고인 4의 직무에 관하여 관하여 3억 원에 이르는 거액의 돈을 공여한 것은 그 죄질이 결코 가볍다고 볼 수 없는 점, 피고인들은 자신들의 범행을 감추기 위하여 진술을 맞추고 상피고인 5로 하여금 허위의 진술을 하도록 한 점, 이 사건 범행을 부인하며 자신들의 잘못을 뉘우치고 있지 않은 점은 피고인들에게 불리한 정상이다.

이러한 제 정상들에 더하여 피고인들의 나이, 성행, 범행 후의 정황 등 제반 양형조건을 종합하면 피고인들에 대한 원심의 선고형이 너무 무거워 부당하다고 보이지 아니한다.

따라서 피고인들의 항소이유 주장은 받아들일 수 없다.

2) 피고인 4

피고인은 금융기관 임직원의 직무에 관하여 3억 원에 이르는 거액을 수수함으로써 금융기관 임직원의 직무의 청렴성 및 국민의 금융기관에 대한 신뢰를 훼손한 점, 수사과정에서 자신의 범행을 감추기 위하여 피고인 1, 피고인 2에게 자신의 존재를 언급하지 않도록 부탁하였고 당심에 이르기까지 자신의 행위를 합리화하면서 진지한 반성을 하지 않고 있다.

그러나 피고인이 이른바 스캘퍼 사건의 수사에 적극 협조하였고 검찰에서도 이를 감안하여 특경법 제5조 제4항 제3호로 기소한 것으로 보이는 점, 상피고인 1, 피고인 2는 피고인의 경제적 어려움을 딱하게 여기고 평소 친분관계를 고려하여 3억 원의 액수를 책정한 것으로 보이고, 여기에는 경제적으로 풍족한 상피고인 1, 피고인 2의 특수한 사정도 반영된 것으로 보이는 점, 피고인 4가 자신의 3남매뿐 아니라 조카들까지 부양하면서 실질적인 가장 역할을 하고 있는 점, 아무런 범죄전력이 없는 초범인 점 등의 유리한 정상 및 그 밖에 피고인의 연령, 성행, 환경, 범행의 경위, 범행 후의 정황 등 이 사건 변론에 나타난 제반 양형조건을 종합하고 피고인에 대하여 적용된 특경법 제5조 제4항 제3호의 법정형을 고려할 때 피고인에 대한 원심의 선고형은 너무 무거워 부당하다.

따라서 피고인의 이 부분 항소이유 주장은 이유 있다.

3. 결론

그렇다면 피고인 4의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 4에 대한 유죄부분을 파기하여 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결하고, 피고인 1, 피고인 2 및 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.