

## 자본시장과금융투자업에관한법률위반·도박개장

[대법원 2013. 11. 28. 2012도14725]



### 【판시사항】

- [1] 죄형법정주의 원칙에 따른 형벌법규의 해석
- [2] 피고인이 선물거래시장의 실제 거래시세정보가 실시간으로 연동되는 사설 선물거래 사이트를 개설한 다음, 회원들이 피고인 계좌로 돈을 입금하면 일정한 적용비율로 환산한 전자화폐를 적립시켜 준 뒤, 회원들이 거래를 할 때마다 수수료를 공제하고, 전자화폐의 환전을 요구받으면 원래의 적용비율에 따라 현금으로 환산하여 주는 방식으로 사이트를 운영한 사안에서, 피고인의 행위를 무인가 금융투자업 영위에 의한 구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제444조 제1호, 제11조 위반죄로 처벌하는 것은 죄형법정주의에 반하여 허용될 수 없다고 한 사례
- [3] 형법 제247조 도박개장죄의 성립 요건

### 【참조조문】

- [1] 헌법 제12조 제1호, 형법 제1조 제1호
- [2] 헌법 제12조 제1항, 형법 제1조 제1항, 구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2013. 5. 28. 법률 제11845호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항, 제2항, 제4조 제10항 제5호, 제5조 제1항, 제6조 제1항, 제2항, 제3항, 제11조, 제444조 제1호
- [3] 형법 제247조

### 【참조판례】

- [1] 대법원 2011. 8. 25. 선고 2011도7725 판결(공2011하, 1993) /
- [3] 대법원 2002. 4. 12. 선고 2001도5802 판결(공2002상, 1193), 대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도3970 판결(공2008하, 1639), 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도10582 판결(공2009상, 396)

### 【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 1인

【상 고 인】 피고인들

【원심판결】 수원지법 2012. 11. 8. 선고 2012노4007 판결

【주문】

】

원심판결을 파기하고, 사건을 수원지방법원 본원 합의부에 환송한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. 각 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반의 점에 대하여

가. 원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고인들이 운영한 사설 선물거래 사이트인 '○○○○○○○○'와 '△△△△△△' 사이트(이하 '이 사건 각 사설 사이트'라고 한다)에서 거래된 상품은 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(2013. 5. 28. 법률 제11845호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 자본시장법'이라고 한다) 제4조 제10항 제5호에서 말하는 '경제적 현상 등에 속하는 위험으로서 합리적이고 적절한 방법에 의하여 가격·이자율·지표·단위의 산출이나 평가가 가능한 것'인 '기초자산'과 연동된 같은 법 제5조 제1항 각 호에서 말하는 계약상의 권리를 말하는 파생상품에 해당하고, 피고인들은 자신의 계산으로 파생상품의 매매를 영업으로 함으로써 금융투자업을 영위하였다고 판단하였다.

나. 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정할 것을 요구한다.

그러한 취지에 비추어 보면 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니한다(대법원 2011. 8. 25. 선고 2011도7725 판결 참조).

구 자본시장법 제11조는 '누구든지 이 법에 따른 금융투자업인가(변경인가를 포함한다)를 받지 아니하고는 금융투자업(투자자문업 및 투자일임업을 제외한다)을 영위하여서는 아니 된다'라고 규정하고, 같은 법 제444조 제1호에서는 제11조를 위반하여 금융투자업인가(변경인가를 포함한다)를 받지 아니하고 금융투자업(투자자문업 및 투자일임업을 제외한다)을 영위한 자를 5년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

그리고 같은 법 제6조 제1항은 '금융투자업이란 이익을 얻을 목적으로 계속적이거나 반복적인 방법으로 행하는 행위로서 투자매매업, 투자중개업, 집합투자업, 투자자문업, 투자일임업, 신탁업 중 어느 하나에 해당하는 업을 말한다'라고 규정하고, 같은 조 제2항은 '투자매매업이란 누구의 명의로 하든지 자기의 계산으로 금융투자상품의 매도·매수, 증권·발행·인수 또는 그 청약의 권유, 청약, 청약의 승낙을 영업으로 하는 것을 말한다'라고 규정하고, 같은 조 제3항(2013. 5. 28. 법률 제11845호로 개정되기 전의 것)은 '투자중개업이란 누구의 명의로 하든지 타인의 계산으로 금융투자상품의 매도·매수, 그 청약의 권유, 청약, 청약의 승낙 또는 증권·발행·인수에 대한 청약의 권유, 청약, 청약의 승낙을 영업으로 하는 것을 말한다'라고 규정하고 있다.

또한, 같은 법 제3조 제1항은 '금융투자상품이란 이익을 얻거나 손실을 회피할 목적으로 현재 또는 장래의 특정 시점에 금전, 그 밖의 재산적 가치가 있는 것(이하 '금전등'이라 한다)을 지급하기로 약정함으로써 취득하는 권리로써, 그 권리를 취득하기 위하여 지급하였거나 지급하여야 할 금전등의 총액이 그 권리로부터 회수하였거나 회수할 수 있는 금전등의 총액을 초과하게 될 위험이 있는 것을 말한다'라고 규정하고, 같은 조 제2항은 금융투자상품을 증권과 파생상품으로, 파생상품을 다시 장내파생상품과 장외파생상품으로 구분하고 있다.

나아가 같은 법 제5조 제1항은 '파생상품이란 기초자산이나 기초자산의 가격·이자율·지표·단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등에 의하여 산출된 금전등을 장래의 특정 시점에 인도할 것을 약정하는 계약(제1호), 당사자 어느 한 쪽의 의사표시에 의하여 기초자산이나 기초자산의 가격·이자율·지표·단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등에 의하여 산출된 금전등을 수수하는 거래를 성립시킬 수 있는 권리를 부여하는 것을 약정하는 계약(제2호), 장래의 일정기간 동안 미리 정한 가격으로 기초자산이나 기초자산의 가격·이자율·지표·단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등에 의하여 산출된

금전등을 교환할 것을 약정하는 계약(제3호) 중 어느 하나에 해당하는 계약상의 권리를 말한다'라고 규정하고 있으며, 같은 법 제4조 제10항 제5호는 기초자산의 하나로서 '그 밖에 자연적·환경적·경제적 현상 등에 속하는 위험으로서 합리적이고 적절한 방법에 의하여 가격·이자율·지표·단위의 산출이나 평가가 가능한 것'을 규정하고 있다.

다.

그런데 원심판결이유 및 기록에 의하면, ① 피고인들은 이른바 홈트레이딩 시스템(Home Trading System. 이하 'HTS'라고 한다)을 통하여 실제 거래시세정보를 제공받고, 프로그램 개발업자로부터 위 거래시세정보가 실시간으로 연동되고 증권회사의 HTS와 유사한 화면을 제공하는 사설 HTS 프로그램을 매수하여 이 사건 각 사설 사이트를 개설한 뒤, 그 사이트의 회원들이 위 HTS 프로그램을 내려받을 수 있도록 설치한 사실, ② 이 사건 각 사설 사이트의 운영 방식은 회원들이 가입하여 피고인들의 계좌로 돈을 입금하면 피고인들은 그들이 선택한 적용비율로 환산한 전자화폐를 적립시켜 주고, 회원들은 사설 HTS를 통하여 코스피 200 지수의 변동에 따라 위 전자화폐로 선물거래를 하며, 피고인들은 회원들이 거래할 때마다 수수료를 공제하고, 회원들이 전자화폐의 환전을 요구하면 원래의 적용비율에 따라 현금으로 환산하여 송금해주며, 거래 결과 회원들에게 시세 차익이 발생하면 피고인들의 손실이 되지만 회원들에게 손실이 발생하면 피고인들의 이익이 되는 구조인 사실, ③ 회원들이 위와 같이 이 사건 각 사설 사이트에 가입하여 거래하는 이유는, 증권회사에 선물거래계좌를 개설하기 위해서는 위탁증거금 등 일정한 금액을 납부하여야 하지만, 이 사건 각 사설 사이트에서는 고액의 위탁증거금 등을 납부하지 않더라도 선물거래를 할 수 있기 때문인 사실, ④ 한편 '○○○○○○○○' 사이트와 동일한 형태의 서비스로 보이는 '△△△△△△' 사이트에 게시한 이용약관 제11조 제1항에서는 사이트에서 제공하는 서비스의 내용으로 코스피 200 선물·옵션 투자 관련 연습 서비스(제1호), 코스피 200 선물·옵션 투자 관련 정보제공 서비스(제2호), 코스피 200 선물·옵션 투자 관련 전문가 발굴 및 전략 서비스(제3호) 등을 들고 있는 사실 등을 알 수 있다.

위와 같은 사실관계를 앞서 본 법규정에 비추어 살펴보면, 이 사건 각 사설 사이트에서 회원들이 거래한 대상이 구 자본시장법에서 정한 금융투자상품에 해당한다고 볼 수는 있으나, 구 자본시장법에서 정한 투자매매업의 행위 태양은 매도·매수, 발행·인수, 그 청약의 권유, 청약, 청약의 승낙(이하 '매도·매수 등'이라고 한다)을 영업으로 하는 것인데, 피고인들은 이 사건 각 사설 사이트를 개설, 운영하면서 회원들로 하여금 실제로 한국거래소에서 이루어지는 코스피 200 선물지수를 거래할 수 있게 한 것이 아니라, 단지 회원들이 그 선물지수를 기준으로 모의 투자를 할 수 있는 서비스를 제공하고 그 거래 결과에 따라 환전을 해 준 것에 불과하므로, 피고인들이 직접 회원들과 매도·매수 등의 행위를 하였다고 볼 수는 없다.

나아가 피고인들과 같은 불법 금융투자 사이트를 운영하는 사람들이 회원들에게 투자금 편취, 전산오류를 빙자한 이익 실현기회 박탈 등의 피해를 입히고 있어 처벌할 필요성이 있다고 하더라도, 그러한 사이트를 개설하여 운영하는 행위를 자본시장법 제444조 제1호, 제11조에서 정한 무인가 금융투자업 영위에 의한 자본시장법위반죄로 처벌하는 것은 형벌법규의 확장해석 또는 유추해석으로서 죄형법정주의에 반하는 것이므로 허용될 수 없다.

라. 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 피고인들이 금융위원회로부터 금융투자업인가를 받지 아니하고 투자매매업을 영업으로 함으로써 금융투자업을 영위하였다고 선불리 단정하였으니, 이러한 원심의 판단에는 자본시장법 제444조 제1호, 제11조에서 정한 무인가 금융투자업 영위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

## 2. 나머지 상고이유에 대하여

가. 형법 제247조의 도박개장죄는 영리의 목적으로 스스로 주재자가 되어 그 지배하에 도박장소를 개설함으로써 성립하는 도박죄와는 별개의 독립된 범죄이고, '도박'이라 함은 참여한 당사자가 재물을 걸고 우연한 승부에 의하여 재물의 득실을 다투는 것을 의미하며, '영리의 목적'이란 도박개장의 대가로 불법한 재산상의 이익을 얻으려는 의사를 의미하는 것이다(대법원 2002. 4. 12. 선고 2001도5802 판결 등 참조).

원심은 그 채택 증거에 의하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건 각 사설 사이트를 통한 거래는 주가 변동 등 미래의 우연한 결과에 따라 수익과 손실이 결정되는 것으로서 그 거래행위 자체에 사행성이 있다는 점 등을 이유로 이 부분 각 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 도박개장죄와 자본시장법 제10조 제2항의 적용 범위나 위법성의 인식에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

나. 형사소송법 제383조 제4호에 의하면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서만 양형부당을 사유로 한 상고가 허용되는 것이므로, 피고인들에 대하여 그보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에서는 형의 양정이 부당하다는 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

## 3. 결론

앞서 본 바와 같이 원심판결 중 피고인들에 대한 각 자본시장법 위반의 점에 관한 부분은 위법하여 파기되어야 할 것인데, 원심은 피고인들에 대한 각 도박개장죄의 점 부분과 각 자본시장법 위반의 점 부분을 모두 유죄로 인정하면서 이를 형법 제40조의 상상적 경합 관계에 있다고 보아 하나의 형을 선고하였으므로, 결국 원심판결 전부를 파기할 수 밖에 없다.

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김용덕(재판장) 신영철(주심) 이상훈 김소영