

자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반(예비적 죄명:도박개장)  
[대법원, 2012도4230, 2013.11.28]



**【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

**【판결요지】**

- [1] 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.
- [2] 피고인이 선물거래시장의 실제 거래시세정보가 실시간으로 연동되는 사설 선물거래 사이트를 개설한 다음, 회원들이 피고인 계좌로 돈을 입금하면 그들이 선택한 적용비율로 환산한 전자화폐를 적립시켜 준 뒤, 회원들이 선물지수 변동에 따라 전자화폐로 거래를 할 때마다 수수료를 공제하고, 전자화폐의 환전을 요구받으면 원래의 적용비율에 따라 현금으로 환산하여 송금해 주며, 거래 결과 회원들에게 시세 차익이 발생하면 피고인의 손실이 되지만 회원들에게 손실이 발생하면 이익이 되는 구조로 사이트를 운영한 사안에서, 사이트에서 회원들이 거래한 대상이 구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2013. 5. 28. 법률 제11845호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 자본시장법'이라고 한다)에서 정한 금융투자상품에는 해당하나, 피고인은 회원들로 하여금 한국거래소가 개설한 실제 시장에서 이루어지는 선물거래를 할 수 있게 한 것이 아니라 단지 회원들이 선물지수를 기준으로 모의 투자를 할 수 있는 서비스를 제공하고 거래 결과에 따라 환전을 해 준 것에 불과하여 피고인이 회원들을 상대로 직접 매도·매수 등의 행위를 하였다고 볼 수 없고, 그러한 사이트를 개설하여 운영하는 행위를 구 자본시장법 제444조 제1호, 제11조에서 정한 무인가 금융투자업 영위에 의한 자본시장법 위반죄로 처벌하는 것은 형벌법규의 확장해석 또는 유추해석으로서 죄형법정주의에 반하므로 허용될 수 없다고 한 사례.

**【참조조문】**

- [1] 헌법 제12조 제1항, 형법 제1조 제1항
- [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

**【참조판례】**

- [1] 대법원 2011. 8. 25. 선고 2011도7725 판결(공2011하, 1993)

**【전문】**

**【피 고 인】**

**【피 고 인】**

**【상 고 인】**

피고인

**【변 호 인】**

변호사 정인봉 외 1인

**【원심판결】**

서울북부지법 2012. 3. 27. 선고 2011노1558 판결

**【주 문】**

**【주 문】**

원심판결을 파기하고, 사건을 서울북부지방법원 합의부에 환송한다.

**【이 유】**

1. 상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 상고이유보충서는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

가. 무인가 금융투자업 영위에 관한 법리오해 주장에 관하여

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고인이 운영한 사설 선물거래 사이트 ○○○(이하 '○○○'라고 한다)에서 거래되고 있는 상품은 「구 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, 피고인은 자신의 계산으로 파생상품의 매매를 영업으로 함으로써 금융투자업을 영위하였다고 판단하였다.

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 제3항은 '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'이라고 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.

그런데 원심판결 이유와 기록에 의하면 다음과 같은 사정을 알 수 있다.

피고인은 주식회사 하나대투증권에 선물거래 계좌를 개설한 뒤 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 ○○○를 개설한 뒤, 그 사이트의 회원들이 위 HTS 프로그램을 내려받을 수 있도록 설치하였다. ○○○의 운영 방식은 회원들이 가입하여 피고인의 계좌로 돈을 입금하면 피고인은 그들이 선택한 적용비율로 환산한 전자화폐를 적립시켜 주고, 회원들은 사설 HTS를 통하여 코스피200 지수 또는 유럽통화 지수의 변동에 따라 위 전자화폐로 선물거래를 하며, 피고인은 회원들이 거래할 때마다 수수료를 공제하고, 회원들이 전자화폐의 환전을 요구하면 원래의 적용비율에 따라 현금으로 환산하여 송금해 주며, 거래 결과 회원들에게 시세 차익이 발생하면 피고인의 손실이 되지만 회원들에게 손실이 발생하면 피고인의 이익이 되는 구조이다. 회원들이 위와 같이 ○○○에 가입하여 거래하는 이유는, 증권회사에 선물거래계좌를 개설하기 위해서는 위탁증거금 등 일정한 금액을 납부하여야 하지만, ○○○에서는 고액의 위탁증거금 등을 납부하지 않더라도 선물거래를 할 수 있기 때문이다. 한편 피고인이 ○○○에 게시한 이용약관 제12조 제1항에서는 사이트에서 제공하는 서비스의 내용으로 파생상품투자 관련 연습 서비스(제1호), 파생상품투자 관련 정보제공 서비스(제2호), 파생상품투자 관련 전문가 발굴 및 전략 서비스(제3호) 등을 들고 있다.

위와 같은 사실관계를 앞서 본 법 규정에 비추어 살펴보면, ○○○에서 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, 피고인은 ○○○를 개설, 운영하면서 회원들로 하여금 한국거래소가 개설한 실제 시장에서 이루어지는 선물거래를 할 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, 피고인이 회원들을 상대로 직접 매도·매수 등의 행위를 하였다고 볼 수는 없다. 나아가 ○○○와 같은 불법 금융투자 사이트를 운영하는 사람들이 회원들에게 투자금 편취, 전산오류를 빙자한 이익실현기회 박탈 등의 피해를 입히고 있어 처벌할 필요성이 있다고 하더라도, 그러한 사이트를 개설하여 운영하는 행위를 구 자본시장법 제444조 제1호, 제11조에서 정한 무인가 금융투자업 영위에 의한 자본시장법 위반죄로 처벌하는 것은 형벌법규의 확장해석 또는 유추해석으로서 죄형법정주의에 반하므로 허용될 수 없다.

그런데도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 피고인이 금융위원회로부터 금융투자업인가를 받지 아니하고 투자매매업을 영업으로 함으로써 금융투자업을 영위하였다고 선불리 단정하였으니, 이러한 원심의 판단에는 구 자본시장법 제444조 제1호, 제11조에서 정한 무인가 금융투자업 영위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

나. 유사시설 개설 및 유사시설 이용 매매거래에 관한 법리오해 주장에 관하여

원심은 피고인이 ○○○에서 회원들과 사이에 전자화폐를 이용하여 장내파생상품인 코스피200 선물거래를 하고 거래 결과에 따라 회원들과 손익을 정산한 행위는, 거래소 아닌 자가 구 자본시장법 제377조가 규정한 거래소의 업무인 장내파생상품의 매매에 관한 업무와 장내파생상품의 거래에 따른 매매확인, 채무인수, 차감, 결제증권·결제품목·결제금액의 확정 등의 업무를 수행한 것으로서 금융투자상품 거래시장과 유사한 시설을 이용하여 장내파생상품의 매매거래를 하였다고 판단하였다.

피고인이 개설, 운영한 ○○○는 한국거래소가 개설한 실제 시장에서 거래되는 금융투자상품을 대상으로 하고 있고, 잠재적 투자자라고 할 수 있는 ○○○ 회원들을 보호할 필요성도 있다는 점을 종합하면, 이러한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 구 자본시장법 제444조 제27호, 제386조 제2항에서 정한 유사시설 개설 및 유사시설 이용 매매거래에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

## 2. 나아가 직권으로 살펴본다.

기록에 의하면, 당초 공소장 기재 공소사실에는 무인가 금융투자업 영위에 의한 자본시장법 위반의 점과 유사시설 개설에 의한 자본시장법 위반의 점만 기재되어 있었는데, 검사가 원심 제5회 공판기일에서 종전 공소사실에 유사시설 이용 매매거래 부분의 기재를 보충한 후 위 공소사실을 주위적 공소사실로 하고, 도박개장의 점을 예비적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 원심이 이를 허가하였음을 알 수 있다.

그렇다면 원심은 비록 이 사건 주위적 공소사실이 유죄로 인정된다고 하더라도 위 공소장변경을 허가함으로써 심판대상이 변경되었으므로 직권으로 제1심판결을 파기하고 다시 심리, 판단하였어야 할 것인데도 피고인의 항소를 기각하는 데 그치고 말았으니, 이러한 원심의 조치에는 공소장변경에 관한 법리를 오해한 위법이 있다. 이 점에서도 원심판결은 더 이상 유지할 수 없다고 할 것이다.

## 3. 결론

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

대법관 이인복(재판장) 민일영 박보영 김신(주심)