

## 간접투자자산운용업법 위반

[서울중앙지방법원 2011. 8. 17. 2011노1493]



### 【전문】

#### 【피 고 인】

【항 소 인】 피고인

【검 사】 서성호

【변 호 인】 변호사 최태형 외 1인

【원심판결】 서울중앙지방법원 2011. 4. 28. 선고 2010고단6488 판결

#### 【주문】

】

피고인의 항소를 기각한다.

#### 【이유】

##### 】1. 항소이유의 요지

###### 가. 사실오인

피고인은 원금손실 가능성이 낮다고 설명한 것에 불과하고 원금이 보장된다고 말한 사실이 없으며, 공소외 2는 ELS 펀드에 투자한 경험이 있어서 원금손실이 가능하다는 사실을 이미 알고 있었다.

###### 나. 법리오해

피고인이 이 사건 공소사실과 같이 말했다고 하더라도 그 내용만으로는 수익보장행위에 해당하지 않는다.

###### 양형부당

원심의 형(벌금 100만 원)은 지나치게 무거워서 부당하다.

##### 2. 판단

###### 가. 사실오인 및 법리오해 주장에 대하여

###### 1) 인정사실

원심이 적법하게 채택·조사한 증거에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인은 2006. 10. 13. 당시 공소외 1 주식회사(이하 '공소외 1 회사'라 한다) 금융센터 ○○본부점의 과장으로 근무하였다.

나) 피고인은 가정주부인 공소외 2에게 공소외 3 주식회사가 운용하는 ELS 상품인 'Cj2Star4초이스 파생상품 투자신탁 1-1호 펀드'(이하 '이 사건 펀드'라 한다)의 가입을 권유하면서 "요새 나오는 펀드들은 실제로 원금 손실날 가능성이 거의 없다.

동양에서는 아직까지 전혀 원금손실뿐만 아니라 다 조기 상환으로 끝이 났고, 저 개인적으로도 2004년부터 지금까지 100% 일체 다 조기상환을 했다.

실제로 주가가 빠지는 상황에서 반토막이 나도 원금은 손실이 안 나게 구조를 계속 그렇게 만들고 있다. 제일 낮은 기준가에서 40%만 안 빠지면 최소 원금에 더해서 5%는 나오게, 그리고 제일 낮은 기준가 대비보다 더 낮지만 않으면 6개월 시점에 연 13%로 자동 조기상환되는 구조로 나온다. 종목들이 다 대형주이고 제일 낮은 주가에서 40% 빠지는 거니까 실제로 주가가 빠지는 상황에서 반토막이 나도 원금은 손실이 안 나게 구조를 계속 만들고 있다. 주가지수가 650, 700까지 가더라도 원금에 5%는 나온다.”고 설명하였다.

다) 이 사건 펀드의 투자설명서에는 “투자위험성 기준 5등급 중 1등급에 해당되는 매우 높은 수준의 투자위험을 지닌 상품”으로 분류되어 있는데, 2006. 10. 20. 공소외 2가 2억 원을 이 사건 펀드에 투자할 당시 위 투자설명서를 교부 받거나 ‘투자설명서 교부 및 주요내용 설명확인서’를 작성한 사실도 없다.

라) 피고인은 2007. 4. 20. 공소외 2에게 이 사건 펀드 환매기간이 연장된 사실을 설명하면서 “이 사건 상품은 기본적으로 원금이 손실되는 상품이 아니다”고 말하였고, 2007. 5. 22. 공소외 2가 이 사건 펀드의 실적에 대해 문의하자, “이 사건 펀드는 기본적으로 원금이 보전 되게 되어 있기 때문에 (펀드와) 개념이 틀리다”고 설명하였다.

마) 2009. 10. 23. 이 사건 펀드의 만기가 도래하였는데 투자원금 2억 원 중 118,477,836원이 상환되어 결과적으로 81,522,164원의 원금손실이 발생하였다.

바) 공소외 2는 피고인을 통해 2003. 11.경부터 이 사건 펀드 가입 전까지 17개의 펀드에 가입하였는데, 대부분의 펀드는 수익이 발생하였고 이 사건 펀드 이전에 가입한 ELS 펀드인 삼성2Star3M 파생상품 1-1호 펀드 역시 수익이 발생하였으며, 위 ELS 펀드 가입 당시에도 공소외 2는 피고인으로부터 “원금이 보장되고 100% 안전하다”는 설명을 들었다.

사) 공소외 2는 2010. 2.경 피고인이 소속된 공소외 1 회사를 상대로 손해배상청구의 소( 서울중앙지방법원 2010가합11120)를 제기하였고, 위 법원은 2010. 6. 4. 피고인의 설명의무위반으로 인한 공소외 1 회사의 손해배상책임을 인정하되, 그 책임범위를 70%로 제한하는 내용의 판결을 선고하였고, 공소외 2 및 공소외 1 회사가 항소하였는데 항소심 법원( 서울고등법원 2010나66530)은 2010. 12. 16. 공소외 1 회사의 책임범위를 50%로 제한하는 판결을 선고하였으며, 공소외 2가 상고하였으나 2011. 4. 14. 상고기각( 대법원 2011다2999)되었다.

## 2) 판단

가) 구 간접투자자산운용업법(2007. 7. 19. 법률 제8516호로 개정되기 전의 것) 제1조에서는 위 법의 목적을 ‘간접투자 기구 등의 구성과 자산운용 및 투자자보호에 필요한 사항을 규정함으로써 자본시장의 간접투자를 활성화하여 국민 경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다’고 밝히면서, 그 투자자 보호를 위한 사항 중 하나로서, 동법 제57조 제1항 제1호에서 ‘판매회사 및 판매회사에서 판매업무를 담당하는 임·직원은 투자원금의 보장 등 수익을 보장하는 권유행위를 하여서는 아니된다’고 규정하고, 동법 제182조 제10호에서 ‘이를 위반하는 경우 5년 이하의 징역 또는

3천만 원 이하의 벌금에 처한다'는 형사처벌 규정까지 두고 있다.

나) 또한, 투자신탁회사의 임직원이 고객에게 투자신탁상품의 매입을 권유할 때에는 그 투자에 따르는 위험을 포함하여 당해 투자신탁의 특성과 주요 내용을 설명함으로써 고객이 그 정보를 바탕으로 합리적인 투자판단을 할 수 있도록 고객을 보호하여야 할 주의의무가 있고, 이때 고객에게 어느 정도의 설명을 하여야 하는지는 투자 대상인 상품의 특성 및 위험도의 수준, 고객의 투자 경험과 능력 및 기관투자자인지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 하며, 이러한 주의의무를 위반한 결과 고객에게 손해가 발생한 때에는 불법행위로 인한 손해배상책임이 성립한다( 대법원 2006. 5. 11. 선고 2003다51057 판결 등 참조).

다) 위 인정사실에 의하면, ① 이 사건 펀드는 원금 및 확정수익을 보장해 주는 예금형 금융상품에 비해 그 위험성이 매우 높은 점, ② 그럼에도 불구하고 피고인은 보수적 성향의 투자자인 공소외 2에게 이 사건 펀드의 가입을 권유하는 과정에서 투자설명서를 이용하여 이 사건 펀드의 위험성, 수익구조, 원본 손실 가능성 등에 대해 충분히 설명하지 아니하였고 오히려 수익구조에 대해 잘못된 정보를 제공하였으며 이로 인해 공소외 1 회사가 공소외 2에 대해 손해배상책임을 부담하게 된 점, ③ 피고인이 이 사건 펀드 가입 권유 당시 공소외 2에게 설명한 내용은 ELS 펀드의 구조를 모르는 일반인의 관점에서는 충분히 원금손실이 나지 않는 상품이라고 믿을 만한 것인 점, ④ 피고인은 위 가입 권유 이후에도 공소외 2에게 "원금손실이 나지 않는다"고 말하였던 점, ⑤ 간접투자자산운용업법의 입법 목적 및 투자자에 대한 설명의무 위반에 대해 불법행위에 기한 손해배상책임을 인정하는 민사법리 등에 비추어 볼 때 위 법 제57조 제1항 제1호를 피고인이 주장하는 바와 같이 "투자손실이 발생한 조건에 대해 전혀 언급하지 않거나 그 가능성을 전혀 알리지 않은 경우"로 제한적으로 해석할 수 없는 점 등을 종합하면, 피고인은 투자원금의 보장 등 수익을 보장하는 권유행위를 하였다고 판단된다.

3) 따라서 피고인의 위 주장은 이유 없다.

나. 양형부당 주장에 대하여

1) 피고인에게 전과가 전혀 없는 점, 공소외 2가 공소외 1 회사를 상대로 손해배상소송을 제기하여 일부 승소함으로써 공소외 2의 피해가 일부 회복될 것으로 보이는 점은 인정된다.

2) 한편, 금융투자상품의 권유에 있어서 피고인과 같은 전문증권사 직원의 설명은 일반 투자자들에게는 가장 중요한 판단 요소가 되는 점, 이 사건 범행으로 인한 피해가 작지 아니한 점 및 그 밖에 이 사건 범행의 동기와 경위, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 양형의 조건이 되는 여러 사정을 종합하면, 원심의 형량이 지나치게 무거워서 부당하다고는 판단되지 않는다.

3) 따라서 피고인의 위 주장도 이유 없다.

### 3. 결론

그렇다면 피고인의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의해 이를 기각한다[다만, 원심판결 중 제2면 제13, 14행의 ' 자본시장과금융투자업에관한법률 부칙 제41조, 구 간접투자자산운용업법(2007. 8. 3. 법률 제8635호로 폐지되기 전의 것)'은 ' 자본시장과금융투자업에관한법률(2007. 8. 3. 법률 제8635호로 제정된 것) 부칙 제41조, 구 간접투자자산운용업법(2007. 7. 19. 법률 제8516호로 개정되기 전의 것)'의 오기임이 명백하므로, 형사소송규칙

제25조 제1항에 의해 원심판결을 경정한다].

판사 성지호(재판장) 김대규 권미연