

KERI Insight



배임죄 판례분석을 통한 경영자의 배임죄 적용에 있어 이사의 적정 주의의무 수준에 대한 고찰*

: 대법원 2013.9.26. 선고 2013도5214 판결을 중심으로



최승재
변호사, 법학박사
(lawntech1@naver.com)

이사의 경영판단에 대한 배임죄 적용은 사후적 고찰에 의해서 배임죄에 의한 제재에 포함될 위험을 내포하고 있다. 이 점에서 아래의 각 점이 법원의 판단에서 고려될 필요가 있다.

첫째, 미필적 고의와 과실의 경계가 명확하지 않아서 판단의 여지가 있을 때는 경영판단의 원칙에 의한 추정을 통해서 과실로 추정하도록 하는 것이 필요하다고 본다. 경영판단의 원칙을 입증책임전환의 원칙으로 활용하면 배임죄의 고의 판단 시 미필적 고의라는 분류하에 일부 과실범적 요소가 고려될 가능성을 제한하여 법리에 의한 사후적 고찰의 배제가 가능해질 것이다.

둘째 상법은 2011년 개정을 통해서 상법 제542조의13(준법통제기준 및 준법지원인)을 신설하여 준법지원인 제도를 도입하고 있다. 기업경영에 대한 의사결정의 절차적인 면은 판사가 사후적으로 판단하더라도 사후적 고찰의 가능성이 적지만, 내용적 통제의 경우에는 이미 경영판단의 결과를 알고 있으므로 사후적 고찰의 가능성이 높아진다. 이런 점에서 절차적인 면에서 내부통제가 적절하게 이루어지고 있는지를 배임죄의 고의 판단에서 고려할 필요성이 있다.

* 본고에서 제시된 견해는 필자의 개인적인 견해입니다.

I. 서론

현재 배임죄는 경제범죄의 일반범죄로서 기능하고 있다. 업무상 배임죄의 구성요건은 이사가 업무수행과 관련하여 사무처리 과정에서 회사에 손해를 발생시키거나 시킬 가능성이 있는 행위를 한 경우에 대한 일반포괄규정이다. 실무상 검찰은 기업 경영진²⁾에 대한 형사책임을 추궁함에 있어 거의 대부분 배임죄를 다른 범죄와 함께 적용하여 기소하고 있다. 특히 상법상의 특별배임죄가 있음에도 불구하고 일반성 및 추상성이 더 높은 형법상 업무상 배임죄나 이득액에 따라서 이와 특별관계에 있는 특정 경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률에 의한 배임죄에 의한 처벌을 구하고 있다. 이에 따라 기업지배구조에 대한 논의가 본격화된 1990년대 후반 이후 기업 경영진에 대한 다수의 배임죄 판결이 선고되었고,³⁾ 이러한 판결에 대해서는 상당한 논의가 축적되었다.⁴⁾

배임죄는 그 범죄구성요건이 일반적이므로 그 자체로 적용에 대한 예견가능성이 낮다. 다시 말해 수범자가 무엇이 범죄에 해당하고, 무엇이 그렇지 않은지에 대한 판단을 행동을 하기 전에 사전적으로 결정하기 어렵다. 예를 들어 살인죄의 경우에는 살인이 범죄가 아니라고 생각하고 범죄에 나아가는 경우를 생각하기 어렵다. 반면, 기업 경영진에 대해 배임죄를 적용하는 경우 당해 이사 등은 구체적인 경영의사결정을 할 당시 아직 경영의사결정의 결과를 모르는 상황에서 사전적(ex ante)으로 자신의 행위가 범죄가 될지 여부를 예견하기 어려운 경우가 다수 존재한다. 이러한 특징은 사후적(ex post)으로 판단하는 검사나 판사는 이미 경영의사결정의 결과를 알고 있기 때문에 이미 답을 알고 있는 학생이 수학문제를 푸는 것과 같이 결과적으로 나쁜 경영결과가 발생한 사안의 경우 경영의사결정 당시에 배임죄를 저지르고자 하는 의사가 있

었다고 단정할 우려가 높다. 이렇게 되면 배임죄의 적용에 있어 범죄가 아닌 것을 범죄로 보는 사후적 고찰 편향(hindsight bias)에 빠질 가능성이 높다. 이런 점은 배임죄의 운용에 있어 유의하여야 할 가장 중요한 점이라고 본다. 이를 배제하기 위해서 고려되는 수단이 바로 경영판단의 원칙이다.

그런데 우리 법원은 배임죄의 적용에 있어 경영판단의 원칙을 고려하고 있지만, 이러한 경영판단의 원칙이 배임죄의 고의를 인정함에 있어 적절하게 고려되고 있지 않은 것으로 생각된다. 배임죄는 기본적으로 의무 위반에 대한 판단이 고의가 아닌 과실에 대해서도 광범위하게 적용되어 과실에 대한 기본적인 제재수단인 민사책임과 함께 부과될 경우 사회적으로 과도한 경영판단의 보수성을 유발하여 오히려 사회적 비용을 높일 수 있다. 이런 점을 감안하면 우리 법원의 배임죄 고의에 있어서 경영판단의 원칙을 고려하는 방식에 대해서는 생각할 점이 있다고 본다. 이하에서는 이 논점을 중심으로 경영진의 경영의사판단에 대한 배임죄 적용에 대하여 검토하고자 한다.

II. 대상판결 (대법원 2013.9.26. 선고 2013도 5214 판결)

1. 사실관계

갑(甲) 그룹은 한국에 IMF 금융위기가 오기 전에 부실 계열사들의 처리와 관련된 문제를 계열사 간의 자산매각, 인수, 합병 등을 통해서 해결하려고 했고, 그 과정에서 자산의 고가 또는 저가 매각이 문제가 되었다(자산의 저가 또는 고가 매각). 또 어떤 법인이 법인격을 달리하는 다른 법인에 자금을 대여하거나 다른 법인의 채무를 지급보증

2) 경영진이라는 용어를 제목에서는 쓰지만, 본문에서는 특별한 사정이 없는 한 이사라고 칭한다. 이사는 통상 등기이사를 말하는 용어이지만 본고에서는 비등기이사임에도 경영의사결정을 하는 경우나 상법상 업무집행지시자(소위 사실상 이사)처럼 책임에 있어서 이사와 같은 책임을 부담하는 경우를 포괄하는 용어로 사용한다.

3) 대법원 2006.11.9. 선고 2004다41651 판결, 대법원 2007.6.1. 선고 2006도1813 판결, 대법원 2009.6.11. 선고 2008도4910 판결, 대법원 2009.2.26. 선고 2008도522 판결, 대법원 1998.2.10. 선고 96도2287 판결, 대법원 2008.9.11. 선고 2006다68636 판결, 대법원 2007.10.11. 선고 2006다33333 판결, 대법원 2009.7.23. 선고 2007도541 판결 등 다수.

4) 강동범, "이사의 경영판단과 업무상 배임", 법학논집 제14권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소 (2010); 강동욱, "경영판단원칙과 배임죄", 선진상사법률연구 통권 제62호 (2013); 구회근, "업무상 배임죄와 경영판단원칙-대법원판례를 중심으로-", 법조 제590호 (2006); 권재철, "대법원판례상 경영판단의 원칙에 대한 소고", 증권법연구, 제9권 제호 (2008); 권재철, "경영판단의 원칙", 비교사법 제6권 제호, 한국비교사법학회 (1999); 박미숙, "경영판단과 배임죄의 성부", 형사판례연구 제55권, 한국형사판례연구회 편, 박영사 (2007); 설민수, "상장회사 경영진의 경영상 행위에 대한 형사적 규율의 원인, 그 한계 및 대안의 모색: 배임죄의 확정과 퇴조에 중점을 두고", 저스티스 통권 제127호 (2011); 송옥열, "이사의 민사책임과 형사책임의 판단기준", 상사판례연구 제6권 (2006); 이무선, "기업경영과정에서 발생한 회사의 손해에 대한 이사의 책임과 배임죄의 성부", 선진상사법률연구 제55호 (2010); 이상돈, "경영실패와 경영진의 형사책임", 법조 제560호 (2003); 이수현, "업무상 배임죄에 있어 배임행위와 경영판단행위의 관련성", 아주법학 제6권 제호, 아주대학교 법학연구소 (2012); 이정민, "경영판단원칙과 업무상 배임죄", 형사정책연구 제18권 제4호 (2007); 조 국, "기업범죄 통제에 있어 형법의 역할과 한계", 형사법연구 제19권 제3호 (2007); 조기영, "배임죄의 제한해석과 경영판단의 원칙-경영판단원칙 도입론 비판", 형사법연구 제19호 (2007); 조재호, "기업범죄에 대한 효율적 대처방안 연구", 성균관대학교 박사학위논문 (2010); 최상진, "경영판단원칙과 경영책임자에 대한 업무상 배임죄의 성부", 동아법학 (2013) 등 다수의 논문이 있음.

한 경우, 그 자금을 대여하는 등의 당해 법인의 임원의 행위가 배임죄에 해당하는지도 문제가 되었다.⁵⁾

2. 사안의 경과

위에서 언급한 행위가 갑(甲) 그룹 회장에 대한 배임이나 횡령에 해당하는지에 대한 범죄사실에 대한 논란 가운데 정당한 경영판단에 의한 행위로서 위법하지 않은 것인지 여부에 대한 치열한 법정 공방이 있었다.⁶⁾ 결과적으로 대법원은 일부 혐의에 대해서는 무죄 취지로 원심에 파기·환송했고,⁷⁾ 서울고등법원은 갑(甲) 그룹의 회장에 대해서 집행유예를 선고했고 이 사건은 확정되었다.⁸⁾

3. 대법원의 판단

(1) 배임죄 판단기준

대법원은 “배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립한다. 어떤 법인이 법인격을 달리하는 다른 법인에 자금을 대여하거나 다른 법인의 채무를 지급보증한 경우, 그 자금을 대여하는 등의 당해 법인의 임원의 행위가 배임죄에 해당하는지를 판단함에 있어서는 ① 그 임원이 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 당해 법인과 임원 사이의 신임관계를 저버리는 행위를 하였는지 및 ② 그러한 행위를 통해 당해 법인에 재산상 실해 발생의 위험을 초래하였는지를 기준으로 판단하여야 한다.”라고 하여 기준에 실시한 배임죄에 대한 일반론을 유지하였다.

(2) 다른 법인에 대한 자금 대여 및 지급보증행위

한편 ③ 당해 법인의 임원이 회계처리를 적정하게 하지 아니함으로써 다른 법인에 자금을 대여하거나 지급보증한 사실 자체를 은폐한 경우, 그러한 부적정한 회계처리는 자금 대여 등과 관련된 배임행위의 고의를 뒷받침하는 유력한 요소로 평가할 수 있는 것이므로, ④ 그러한 부적정한 회계처리에도 불구하고 배임죄의 성립을 부정하려면 당해 법인과 다른 법인의 관계, 자금 대여나 지급보증의 경위와 목적, 자금 대여나 지급보증의 방법 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 보다 신중하게 판단할 필요가 있다.¹⁰⁾

그러므로 회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여하거나 타인의 채무를 회사 이름으로 지급보증함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그를 위하여 자금을 대여하거나 지급보증을 할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 점을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금 대여나 지급보증은 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 되고, ⑤ 이러한 이치는 그 타인이 자금지원 회사의 계열회사라 하여 달라지지 않는 것이라고 하였다.¹¹⁾

(3) 배임죄의 고의와 경영판단의 원칙

한편 ⑥ 경영상의 판단을 이유로 배임죄의 고의를 인정할 수 있는지는 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식하의 의도적 행위임이 인정되는 경우인지에 따라 개별적으로 판단하여야 한다”라고 실시하고 있다.¹²⁾

5) 이 사건은 이 보다 사실관계가 훨씬 복잡하지만 논의의 편의를 위하여 본고에서 검토하려고 하는 점에 대해서만 사실관계를 소개한다.

6) 하급심 판결은 서울서부지방법원 2012.8.16. 선고 2011고합25 판결 및 서울고등법원 2013.4.15. 선고 2012노2794 판결.

7) 대법원 2013.9.26. 선고 2013도5214 판결. 대법원은 원심을 일부 파기·환송하였다(“회사와 주주들에게 수천 억 원대 손해를 입힌 혐의로 재판에 넘겨진 김승연(6) 한화그룹 회장이 일부 배임죄와 관련해 법원에서 다시 유·무죄를 다룰 수 있게 됐다. 다만 부실계열사 지원 등 경영판단으로 인한 면책 주장은 받아들여지지 않아 배임죄 처벌은 불가피하다. 대법원 1부(주심 고영한 대법관)는 26일 특정경제가중처벌법상 횡령·배임 등의 혐의로 기소된 김 회장에 대한 상고심에서 징역 3년과 벌금 5억 원을 선고한 원심을 깨고 사건을 서울고법으로 돌려보냈다. 재판부는 일부 배임 행위에서 유·무죄 판단이 잘못됐다고 판시, 일부 유죄 부분과 일부 무죄 부분을 파기했다. 파기된 범위는 부실계열사 금융기관 채무에 대한 부당지급보증 부분과 부동산 저가 매도 부분이다”).

8) 서울고등법원이 2014.2.11. 파기·환송심에서 징역 3년에 집행유예 5년을 선고하였고 이 판결이 확정되어 이 사건은 마무리되었다.

9) 대법원 2006.6.29. 선고 2004도817 판결 등 참조.

10) 대법원 2011.6.30. 선고 2010도10968 판결 등 참조.

11) 대법원 2012.6.28. 선고 2010도4604 판결, 대법원 2012.6.14. 선고 2012도1283 판결 등.

4. 개별법인 관점이 아닌 그룹 관점에서의 배임죄 고려가능성

대법원은 “어떤 법인이 법인격을 달리하는 다른 법인에 자금을 대여한 경우, 그 자금을 대여한 당해 법인의 임원의 행위가 배임죄에 해당하는지를 판단함에 있어서는 그 임원이 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 당해 법인과 임원 사이의 신임관계를 저버리는 행위를 하였는지 및 그러한 행위를 통해 당해 법인에 재산상 손해 발생의 위험을 초래하였는지를 기준으로 판단하여야 한다”고 판시하여 법인관점에서의 판단이 아닌 개별 법인 단위에서의 배임죄 판단을 하고 있다.¹³⁾ 그러나 만일 개별법인 관점이 아닌 그룹 관점에서의 배임죄 고려가능성을 긍정하여 프랑스의 로젠브룸(Rozenblum) 사건¹⁴⁾과 같이 그룹 단위에서의 판단을 해볼 수 있다면 배임죄의 성립에 대한 고의 판단을 달라질 여지가 있다고 생각된다. 왜냐하면 이 사건의 경우에도 그룹 전체의 생존을 위해서 그룹 간의 지원행위를 한 것으로 볼 여지가 있기 때문이다. 그러나 우리나라의 경우에는 이 점에 대한 개별적인 판단이라는 법원의 법리가 확고하다.

III. 배임죄와 이사의 적정 주의의무

1. 배임죄에 대한 기존 논의의 검토

II 장에서 언급한 대상판결에서 문제가 된 배임죄에 대해서는 다양한 논의가 기존에 있었다. 이를 분류하면, 비교법적 접근을 통해서 배임죄 폐지나 개정을 주장하는 견해들이 있었다. 비교법적으로 보면, 배임죄는 매우 특이한 범죄구성요건이다. 일본, 독일, 한국 정도의 국가에서만 발견되는 범죄유형이다.¹⁵⁾ 현행법으로서 배임죄에 대한 기존 연구 중 배임죄의 폐지를 주장하는 일부 견해는 대부분의 국가에서 배임죄와 같은 범죄가 없다는 각국의 입법례 비교를 통해서 배임죄가 한국, 독일, 일본에만 있는 독특한 입법이고, 이들 삼국 중에서도 한국에서의 배임죄 적용범위가 가장 넓으므로 배임죄는 폐지되어야 한다고 주장하거나, 유지하더라도 손해발생의 위험은 요건에서 제외하고 실제 손해가 발생한 경우만으로 손해요건을 해석·적용하거나, 목적범(目的犯)으로 개정하여 축소·적용되어야 한다고 주장한다.¹⁶⁾ 그러나 이런 견해는 ‘우리나라 기업의 경우에는’이나 ‘우리 법제의 경우에는’이라는 식의 한국적 특수성 논리에 부딪히면 보충적인 비판논거를 될 수 있지만 이 논거만을 가지고 배임죄를 폐지하자는 결론을 도출하는 것은 쉽지 않아 보인다.

일반포괄규정으로서의 배임죄의 문제점을 들어 배임죄의 적용범위를 줄이려는 견해도 있다. 배임죄는 사실

12) 이런 설시가 이 판결에서 처음 보이는 것은 아니며, 이전의 대법원 판결에서도 보인다. 대법원 2004.7.22. 선고 2002도4229 판결, 대법원 2010.10.28. 선고 2009도1149 판결 등. 이러한 설시는 미필적 고의에 대한 설시로 파악할 수도 있으므로 반드시 잘못된 것은 아니지만 일반적인 미필적 고의의 판단기준에 비해서는 다소 완화된 기준으로 보인다.

13) 대법원 2003.4.8. 선고 2002도6020 판결, 대법원 2006.11.10. 선고 2004도5167 판결 등.

14) 이 사건에서 문제가 된 것은 프랑스의 회사재산남용죄로 이 죄는 기업의 경영자나 임원 등이 직접 또는 간접적으로 개인적 목적을 위하여 의도적으로 회사의 부당상, 채권, 동산 등은 물론 자신에게 주어진 권한이나 의결권 등을 포함한 회사재산을 회사를 해하는 것을 인식하고 남용하는 행위를 처벌대상 행위로 한다. 회사재산남용죄(L'abus de biens sociaux)는 5년 이하의 징역과 37만 5,000유로 이하의 벌금을 병과하고, 일정기간 회사 임원이 될 수 없다는 처벌도 함께 부과하도록 규정되어 있다(프랑스 상법 제241-3조 제4항, 제242-6 조 제3항). 회사재산남용죄는 1935년 8월 8일 스트라브스키 사건(Affaire Slavsky)에 대응하기 위한 입법적 조치에서 처음 생겨났고, 그 후 1966년 상법의 개정에 따라 제241-3조 이하에 들어오게 되었다. 이 죄의 적용에 대한 면책규정이 적용되려면, “첫째 회사자산의 남용행위인지 여부가 되는 행위에 관련된 두 개 또는 수 개의 회사는 같은 그룹에 속해 있어야 하고, 그 그룹은 단순히 관련된 회사를 구성 회사로 하는 형식적인 것이 아니라 전체 기업그룹을 위한 공동 이익 추구의 실제, 공동 개발이나 공동 경영 정책의 수립과 집행 등 그룹의 실제적 요건을 갖추어야 한다. 기업그룹의 실체는 경제적·구조적 관점에서 다소 연속적으로 갖추어져야 하고 단순히 인위적으로 또는 일시적으로 만들어져서는 안 된다. 둘째 계열사 간 자산의 불균형적 이동이나 채무의 부담 등은 기업그룹 전체 차원에서 공통된 기본 정책을 가지고 추진되어야 하고 부담을 안게 되는 회사도 스스로 합리적 의사결정 과정을 거쳐 그 같은 그룹 차원의 정책에 동의해야 한다. 셋째 다른 계열사의 채무의 부담 등을 부담하는 회사에게 그 부담에 따른 보상이 전혀 없어서는 안 되고 수 개의 관련 계열사 사이의 부담은 각 회사의 재정 형편 등을 고려하여 형편에 맞게 결정되어야 하고, 특히 특정 회사의 현실적인 부담 능력과 부담 가능성을 초과하는 등 현저히 균형을 잃지 않아야 한다. 위 판결은 기업그룹에 있어 계열사인 개별 회사에게 일시적으로 손해를 가져오는 중대한 채무 부담 등의 경우에도 기업그룹 이익 특히 그룹 전체 계열사의 재정 건전성을 통한 그룹의 신뢰도 상승과 위기 해소 등을 위한 조치를 할 필요성이 있고, 그러한 조치로 장기적 관점에서 일시적으로 손해를 떠안은 계열사에게도 그 부담에 대한 적절하고 형평이 이루어진 보상이 이루어졌다고 볼 수 있는 경우에는 회사재산남용죄에 해당하지 않는다는 적용 배제의 요건에 관하여 비교적 명확하게 판시하였다. 그 이후 지금까지의 판결도 회사재산남용죄의 책임면제요건에 대한 판단은 대체로 위 판결의 기초를 유지하고 있다.”(김재협, “업무상 배임죄에 관한 프랑스 법원의 태도”, Legal insight 2013.5.16. 자 참조).

15) 미국에서 유사한 범죄로 논의되고 있는 것이 전신사기죄이다. 이에 대한 문헌으로 예를 들어, 자유미, “미국의 우편 및 전신사기죄-우리 형법전상(업무상) 배임죄와의 비교를 중심으로-”, 경상대학교 법학연구 (2013) 참고.

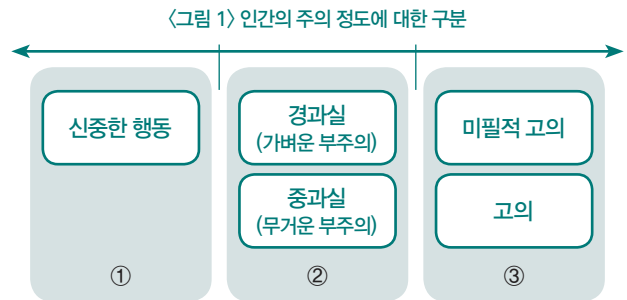
16) 언론기사에서도 이런 류의 기사를 찾을 수 있다. 예를 들어, “독일에서 김승연 회장의 배임죄가 성립되지 않는다”, 데일리안 2013.11.8. 자(“유럽 법경제학 분야 최고 석학인 한스 베르트 사프 교수의 명쾌한 시각이다. 그는 독일 함부르크대 부체리우스비대 명예교수로 있다. 그는 한국경제연구원이 7일 서울 롯데호텔에서 주최한 ‘기업활동에 관한 과잉범죄화’ 국제심포지엄에서 주제 강연을 했다. 그는 참석자 및 기자들과 가진 토론회에서 한화 김승연 회장의 배임죄 사례를 듣고 경영년에 직면한 계열사를 살리기 위해 자금을 지원한 것에 대해 배임죄로 처벌해서는 안 된다고 강하게 지적했다. 대주주가 자금난에 빠진 계열사에 대해 자금지원 등을 하는 것은 정당하고 합리적인 경영활동이라는 것이다. 그는 실제 사례도 소개했다. 독일 연방 대법원은 1997년과 2011년에 배임죄로 기소된 기업인에 대해 무죄를 선고했다는 것이다. 보합서 아라(ARAG) 대표가 매출이 증가하면서 신규사업에 투자했다가 손실이 났다. 그는 회사에 손실을 입힌 혐의로 배임죄로 기소됐다. 하지만 연방대법원은 아라 대표에게 무죄 판결을 내린 것이다.”)

경영실패의 범죄화라는 결론과 다름이 없는 견해로 보인다.¹⁷⁾ 배임죄는 배신행위를 처벌하는 범죄유형이다. 이런 행위를 처벌을 통해서 경영자의 비윤리적 경영에 대한 책임추궁, 그리고 경영실패라는 결과를 통해 발생하는 경우가져오는 국가적인 차원의 경제위기 및 피해의 대량화를 사전에 통제하고자 하는 의도를 가지고 배임죄를 바라보는 관점이 분명히 있다. 이런 관점에서 배임죄의 보호법익을 개인의 재산권뿐만이 아니라 국가경제와 결부시키고 있다. 이런 목적을 달성하기 위한 수단으로 업무상 배임죄의 적용이 타당한가에 대해서 업무상 배임죄의 성립범위를 넓게 보는 점을 비판하는 견해는 배신행위를 마치 사회에 대한 배신으로 보는 관점을 비판한다.¹⁸⁾ 국민경제의 활성화를 위해서 배임죄 적용이 자제되어야 한다는 주장도 지속적으로 제기된다. 실제 법정에서도 기업경영에 타격을 주어 국민경제가 저해가 된다는 주장이 제기되고, 일부 기존 판결례에서는 국민경제에의 기여가 양형사유로 참작되기도 한 것으로 보인다. 배임죄가 기업경영진의 경영의사결정에 곤란을 주어 결국 기업경영에 어려움을 야기한다는 현실론에 대해서는 또 다른 현실론으로 한국적인 기업현실에서는 기업경영진의 잘못된 의사결정을 통제하기 위해서는 형법의 역할이 필요하며, 그 역할을 하는 것이 배임죄라는 반론이 있다.¹⁹⁾

현실론과 현실론의 충돌은 교착상태(deadlock, 交錯狀態)를 만들고 정작 문제를 해결하지 못하게 한다. 배임죄를 폐지하자는 논의도 할 수 있겠으나 현 상황에서는 배임죄를 어떻게 적절하게 적용하도록 할 것인가가 중요하다고 본다. 이렇게 보면 배임죄 논의의 핵심은 법경제학에서 말하는 주의의무의 수준을 결정하는 문제이다. 배임죄가 있고 없고 하는 것도 중요하지만 현실적으로 운용의 묘는 주관적 구성요소인 고의를 인정하기 위한 주의의무의 수준을 법경제학적으로 적정한 수준에 두도록 하는 것에 있다고 본다.

2. 주의의무의 수준과 이에 따른 제재

배임죄는 고의범이다. 이는 타당한 입법이다. 과실로 배신한 것을 처벌한다는 것이 형사처벌의 기본적인 기초에 부합하지 않는다고 생각한다. 이는 배신행위라는 특성을 감안하면 배임죄를 과실범으로 규정하거나 운용하는 것은 형벌의 목적으로 논의되는 응보(應報), 일반예방, 특별예방 어느 근거로도 설명하기 어렵기 때문이다. 그런데 만일 고의범인 배임죄는 자칫 과실범 판단기준과 같이 주의의무 위반에 대한 상법의 판단기준으로 판단하게 되면 과잉처벌될 가능성이 있다. 형사처벌 규정이 들어오지 않아 할 영역으로 배임죄가 들어와서 형사처벌하는 수단으로 기능할 가능성이 있다는 것이다. 주의의무 위반의 의도적인 무시에 이를 정도이거나, 위협을 감내하겠다는 정도에 이른 정도여서 인식 및 의욕이 있었다고 할 수 없다고 하더라도 그 의사의 정도가 고의에 이르는 것으로 판단될 수 있는 경우를 법학은 미필적 고의라고 부른다.



인간의 행동을 분류하면 위와 같이 신중한 행동에서부터 고의에 의한 행동으로 분류할 수 있을 것이다. 주요 국가의 법제는 ①영역은 민사책임도 형사책임도 부담시키지 않고, ②영역은 민사책임을 부담시켜서 사회적으로 필요한 주의의무의 수준을 확보한다. 예외적으로 이 영역의 경우에도 과실범으로 규정하여 처벌하기도 한다. 그리고 ③영역은 민사책임 외에 형사책임을 병행하는 영역이다. 이 영역에서는 민사책임만으로는 사회적으로 적절한 행위를 유인하거나 부적절한 행위의 억제를 할 수 없기 때문이다. 이를 다시 말하면 ③영역은 도덕적으로 비난받을 수

17) 그러나 이러한 비범죄화 주장에 대해서는 설득력 있는 반론이 있다. 최성진, "경영판단원칙과 경영책임자에 대한 업무상 배임죄의 성부", 동법학(2013) 299면("형법의 '최후수단성' 주장은 동일한 결과를 다른 제재에 의해서 달성할 수 있음에도 불구하고 형법이 개입되어서는 안 된다는 원칙을 의미하는 것이지만 다른 수단에 의해 동일한 결과를 달성할 수 없는 경우에만 형법의 최후수단성을 주장하는 것은 오히려 형법의 임무를 다하지 않은 것으로 평가될 수 있다").

18) 예를 들어, 기업범죄의 범죄화에 대해 법사회학적 관점에서 비판을 하고 있는 문헌으로는 이상돈, 「윤리경영과 형법」, 신영사, 2005.

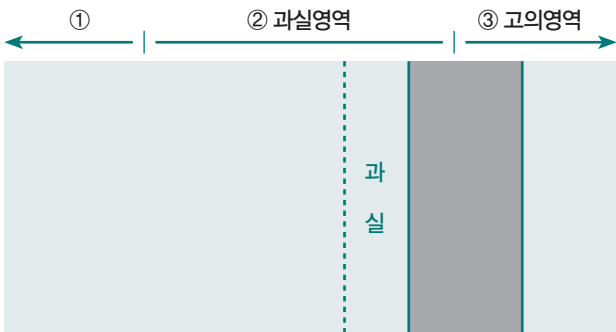
19) 예를 들어, 조국, "기업범죄 통제에 있어 형법의 역할과 한계", 형사법연구 제19권 제3호, 2007.

있는 행위로부터 사회질서를 지키고, 공익의 침해로 인한 외부효과를 내부하고, 불법행위에 기한 민사손해배상책임만으로 충분하지 않은 부분은 형벌로 보완하여 사회적으로 바람직하지 않은 행위를 통제하려고 하는 것이다.²⁰⁾

상법은 과실책임을 부담하도록 하는 규정을 두고 있다. 과실책임을 고의가 있어도, 과실이 있어도 책임을 지도록 하는 시스템이다. 앞서 <그림 1>에서의 ①영역을 제외하고 모두 책임의 대상으로 삼는다. 상법은 주의의무 위반의 기초가 되는 의무들을 규정하고 있다.

그런데 ③영역에 포함되어 있는 이런 미필적 고의에 사실은 과실로 행동한 경우를 포함하고 있을 수 있다. 미필적 고의와 중과실의 경계는 때로는 모호하며 판단은 배임죄의 처벌범위에 중대한 영향을 미칠 수 있다. 미필적 고의를 쉽게 인정하면, 살인죄와 같이 사전에 범죄 여부를 인정할 수 있는 범죄와 달리 배임죄의 경우에는 경영자가 통상적인 주의로 막을 수 없는 경우를 포함하고 있거나, 경영상 의사결정에 대한 적절한 주의수준을 지나치게 높게 잡게 되어 기업경영이 과도하게 위험회피적인 방향으로 이루어져서 투자를 포함한 기업경영의 위축으로 귀결될 수 있다.

<그림 1-1> 인간의 주의 정도에 대한 구분의 수정



그런데 문제는 실제 위 분류는 상당부분이 회색지대 (Gray zone)에 존재하여 그 판단의 여지가 상당부분 존재한다는 것이다. 이를 도해하면 아래와 같이 할 수 있을 것이다. 특히 회색지대가 고의(특히 미필적 고의)와 과실 영역에서 겹치는 부분은 상당한 판단의 여지가 있고, 이 부분에서 사후적 고찰의 가능성이 다분히 있다고 본다.

위의 회색지대에서 존재하는 이사 등의 경영의사결정에 배임죄의 적용하는 경우의 의사결정에 대한 고의(범의)의 판단은 이런 점에서 법원이 신중한 판단을 요구하는 주된 대상이 된다고 생각된다.

3. 이사 등의 경영의사결정에 배임죄의 적용

(1) 이사 등의 경영의사결정에 배임죄가 적용될 수 있는 유형

이사가 회사나 주주 등 실질적 이해관계자의 이익을 해할 수 있다고 보아 배임죄의 성립이 문제될 수 있는 행위를 크게 분류하면 ① 업무를 수행하는 의사결정에서 상당한 주의를 기울이지 않고 주의의무를 해태하는 경우(1 유형), ② 회사나 주주와의 관계에서 대리인의 지위에 있는 이사가 그 본인과 관계에서 행위 자체에 대하여 독립적인 이해관계를 가지고 하는 행위 자신의 이익 또는 제3자의 이익을 위해서 본인의 이익을 해치는 행위(2 유형), ③ 회사의 경영진이 동등하게 대우하여야 할 자들을 합리적인 이유 없이 차별적으로 취급하는 경우로서, 예를 들어 특정주주의 이익을 위해서 터널링 시키거나, 손해를 전가하는 행위(3유형)²¹⁾, ④ 다른 법령을 위반하는 행위(4 유형)²²⁾ 등으로 나눌 수 있다.²³⁾

3유형은 공정거래법상 부당지원행위와 연결되어 배임

20) 박세일, 『법경제학』, 박영사 (2000) 384-386면.

21) 특히 비상장주식 가치평가문제와 배임이 연결된 사안이 다수 문제되었다. 대법원은 A증권이 JP모건에 대한 손해배상금을 지급하는 과정 중 이를 은폐하기 위한 옵션계약이 해외회사들에 손해를 가져왔음을 인정하는 외에 지배주주가 전체 그룹을 지배하는 과정에서 의결권 제한을 받게 되자, 그가 보유하고 있던 비상장회사의 주식과 교환한 행위를 배임행위로 인정하였다. 특히 대법원은 주식가치 산정이 과대평가되었다고 단정할 수 없다고 하면서도 지배주주라는 특수관계인과의 거래에서 객관적인 평가가 불가능했음을 들어 그로 인하여 비상장주식의 과대평가와 상장주식의 과소평가 가능성이 있어 결과적으로 회사 전체의 손해로 귀결된다고 인정하였다. 이 사건에서 대법원은 “업무상 배임죄에서 그 임무에 위배하는 행위란 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과 그의 신의관계를 저버리는 일체의 행위를 포함한다. 나아가 업무상 배임죄가 성립하려면 주관적 요건으로서 임무위배의 인식과 그로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하고 본인에게 손해를 가한다는 인식, 즉 배임의 고의가 있어야 한다. 이러한 인식은 미필적 인식으로도 충분하므로, 이익을 취득하는 제3자가 같은 계열회사이고, 계열그룹 전체의 회생을 위한다는 목적에서 이루어진 행위로서 그 행위의 결과가 일부 본인을 위한 측면이 있다 하더라도 본인의 이익을 위한다는 의사는 부수적일 뿐이고 이득 또는 가해의 의사가 주된 것이면 배임죄의 고의를 부정할 수 없다.”고 하면서, 재벌그룹 회장과 그룹 구조조정추진본부 임원들이 해외금융자본과 특정 계열사의 분쟁을 해결하는 방편으로 다른 계열사들로 하여금 해외금융자본과 옵션계약을 체결하게 하는 방식으로 다른 계열사들을 특정 계열사의 유상증자에 동원하여 참여시킴으로써 다른 계열사들에 손해를 입힌 사안에서, 다른 계열사들이 옵션계약을 체결하게 된 사실, 재정상태 등 제반 사정에 비추어 업무상 배임죄가 성립한다고 하였다(대법원 2008.5.29. 선고 2005도4640 판결).

22) 상법이 이사의 법령준수의무를 규정하고 있지 않다고 해서 법령준수의무가 없는 것은 아니다. 이사의 행위가 회사에 이익이 되는 경우라 하더라도 법령을 위반하여서는 아니 된다(대법원 2008.5.15. 선고 2005도7911 판결). 법령위반행위에는 경영판단의 원칙을 적용하지 않은 대법원의 태도도 이런 의무에 전제하는 것이다. 예를 들어 10의 뇌물을 제공하여 회사에 100의 이익이 발생한다고 하더라도 이러한 행위는 법령준수의무를 위반한 것으로 회사에 결국 이익이 되었다고 해서 경영판단이라고 해서 정당화되지 않는다는 것이다. ‘법령’이란 일반적인 의미에서의 법령, 즉 법령과 그 밖의 법규명령으로서의 대통령령, 총리령, 부령 등을 의미한다.

23) 임재연, 『미국기업법』, 박영사 (2009) 488면에 있는 내용을 수정하고 보완하였음.

죄가 문제가 된 사안이 많다. 이는 소위 재벌그룹으로 불리는 대규모기업집단 소속 비상장회사를 통하여 경영권 승계를 위한 재원을 마련하려고 한 사안들이 다수 있었기 때문으로 보인다. 이런 사안으로 대규모기업집단 소속의 상장법인인 회사의 이사들이 대표이사이자 대주주인 丙에게 자사주를 매각한 사안에서, 대법원은 “丙이 사실상 지배·보유하고 있는 의결권 있는 보통 주식의 일정 부분이 의결권이 제한된 상태에서 회사의 지배구조에 상당한 영향을 미칠 수 있는 정도의 자사주 매각거래를 하면서, 적절한 매각 상대방을 선정하고 매각조건 등을 결정하는 절차를 거치는 등의 노력을 하지 않은 채 회사에는 별다른 이익이 없는 반면 丙에게 일방적으로 유리한 매각조건으로 자사주 매각을 단행한 점 및 매수인인 丙의 이익과 편의를 가져온 거래의 제반 상황에 비추어, 위 자사주 매각행위는 회사를 위한다는 경영상의 판단에 기초한 것이 아닌 丙의 개인적 이익을 위한 것으로서 배임죄의 고의와 본인인 회사의 재산 상태에 손해를 가하는 결과가 발생하였다는 점을 모두 인정한 사례에서, 비상장주식을 거래한 경우 그 시가는 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 가액을 평가하여야 하나, 그러한 거래사례가 없는 경우에는 보편적으로 인정되는 여러 가지 평가 방법들을 고려하되 거래 당시 당해 비상장법인 및 거래당사자의 상황, 당해 업종의 특성 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다.”고 판시하였다.²⁴⁾

(2) 이사의 과실판단의 기초로서의 이사의 의무

형법상 배임죄는 회사의 이사만을 대상으로 하는 범죄가 아니다. 그러므로 배임죄를 적용하기 위해서는 상법이 규정하는 이사의 의무와 책임에 대한 사항을 보아야 한다. 상법상 회사는 합명회사, 합자회사, 유한책임회사, 유한회사, 주식회사가 있고, 이외에 특별법에 의한 회사유형이 있지만 가장 많고 문제가 많이 생기고 있는 것이 주식회사이므로 주식회사를 중심으로 살펴보면, 주식회사 이사의 지위와 역할은 시대에 따라 변하고 있다. 2011년

상법은 큰 개정을 겪었다. 종래 이사는 이사회 구성원으로서 의사결정에 참여하면서 업무집행업무를 하는 한편, 대표이사나 다른 이사의 감시하는 업무²⁵⁾를 동시에 수행하여야 했다. 그러던 것이 2011년 개정상법은 이사의 자기거래에 대한 규제 및 회사기회유용법리의 법제화를 통해서 한편으로 이사의 책임을 강화하면서, 다른 한편으로 정관개정을 통해서 이사의 책임을 완화하거나 경감할 수 있도록 하는 입법을 하고 있다.

1) 상법상 선관주의의무

우리 상법은 회사와 이사 사이의 관계를 위임관계로 파악하여 민법상의 위임에 관한 규정이 준용하고 있는 바, 이사는 선량한 관리자의 주의으로써 회사의 직무를 수행하여야 한다(상법 제382조 제2항; 민법 제681조). 이사는 선의로서 유사한 상황에서 객관적으로 통상의 현명한 자가 행하였을 주의를 다하여 회사의 최선의 이익이 되는 것으로 합리적으로 판단되는 방식으로 업무를 수행하여야 한다. 이것은 고도의 인적 신뢰를 기초로 하는 매우 높은 주의의무이다. 선관주의의무는 법률상 이사의 의무로서 규정된 직무의 수행에만 미치는 것이 아니라 의결권 행사, 소 제기, 기타 법률상 명문화된 권한 행사에도 미친다. 그러나 회사와 이사와의 관계를 위임관계로 보고 있음에도 구체적으로 이사에게 위임되는 선관주의의무 위반 여부를 어떻게 판단하여야 하는지는 개별적인 사안에 따라서 구체적으로 법원에 의해서 판단된다.²⁶⁾ 위의 1 유형의 경우가 주로 문제될 것이다.

2) 상법상 충실의무

상법 제382조의3에서는 “이사는 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 여기서 이사의 충실의무란, 이사가 회사에서 자신에게 부여된 권한과 능력을 다하여 회사에 가장 이익이 된다고 판단하는 바에 따라 성실하게 업무를 집행하여야 하며, 만약 회사의 이익과 자기의 이익이나 제3자의 이익이 저촉되는 경우에는 회사의 이익을

24) 재벌그룹 소속 甲회사가 골프장 건설 사업을 진행 중인 비상장회사 乙의 주식 전부를 보유하고 乙회사를 위하여 수백억 원의 채무보증을 한 상태에서 甲회사의 대표이사인 이사가 乙회사의 주식 전부를 주당 1원으로 계산하여 그룹 회장인 위 대표이사와 그룹 계열사에 매도한 사안에서, 당시 乙회사의 재무 상태는 부채가 자산을 근소하게 초과하고 있었다 하더라도 회원권이 분양되기 전에는 수입을 기 대할 수 없는 골프장 사업의 특성상 이는 당연한 것이고 향후 골프장 사업계획을 실행하여 수익을 내고 기업의 가치도 상승할 가능성이 충분하므로, 위 주식 매도행위는 甲회사에 주식의 내재된 가치를 포 기하면서 신용위험만을 부담시키는 것으로서 甲회사에 주식의 적정한 거래가격과 매도가격의 차액 상당에 해당하는 손해를 가한 배임행위에 해당한다고 한 사례(대법원 2008.5.15. 선고 2005도7911 판결).

25) 이사는 다른 이사의 업무집행을 감시할 의무가 있다.

우선적으로 고려하여야 하는 의무를 말한다. 소극적으로는 회사의 이해관계와 충돌할 자기거래나 회사의 기회를 유용해서는 안 된다는 원칙으로 표현되고 적극적으로는 더 나아가 자신에게 부과된 업무에 대한 성실성을 통해 회사의 이익을 보호하는 것(성실의무)을 말하는 것이다. 현행 상법은 이사의 충실의무가 적용되는 경우를 이사의 자기거래, 기회유용금지, 경업금지의 세 가지로 규정하고 있다.²⁷⁾

(가) 이사의 자기거래

이사의 자기거래제한은 회사의 이사가 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래하는 것을 제한하는 것이다. 이사가 개인적으로 회사의 거래 상대방이 되거나 또는 회사의 거래 상대방의 대리인이나 대표자로서 회사와 거래하는 경우에는 자신이 이사라는 것을 이용해서 회사의 이익을 희생시키고 이사의 사적인 이익을 추구할 염려가 있기 때문이다. 상법 제398조는 이사 등과 회사 간의 거래에 대해서 규정하고 있다. 2011년 개정에서 승인대상을 확대하

고 승인요건을 이사의 2/3 이상의 승인으로 강화하였다.²⁸⁾

(나) 기회유용금지제도의 도입²⁹⁾

회사와 이사의 이해가 상충되는 행위가 다양화되고 더욱 지능화되면서 기존의 규정만으로는 규율하기 어렵게 되자 2011년 개정상법 제397조의2에서 회사의 기회유용금지제도를 도입하였다.³⁰⁾ 대법원은 2011년 법 개정 전 사안에서도 기회유용금지 법리에 대한 판단을 하고 있다.³¹⁾ 기회유용금지제도는 유형의 경제적인 가치(물적, 인적 자산 포함)를 지닌 것뿐만 아니라 당장 이익으로 실현되지 않은 회사의 무형자산도 이해가 상충되는 지위에 있는 자(이사, 임원, 지배주주 등)가 유용해서는 안 된다는 의무를 이사에게 부과한다.³²⁾ 이사가 회사의 기회를 이용하기 위해서는 이사의 2/3 이상의 승인을 얻어야 한다. 하지만 승인을 얻었더라도 결과적으로 회사에 손해를 발생시킨 경우, 이사는 책임을 부담하게 된다.

26) 상법에 충실의무 규정이 도입된 후 이러한 규정을 선관주의의무의 내용을 개별화한 것이거나 아니면 충실의무와 선관주의의무는 별개의 의무인가에 대해 논의가 있다. 선관주의의무를 구체화한 것으로 보는 견해는 상법의 개별규정 등은 구체화된 선관주의의무가 범정의무로서 기능하고 그러한 의미에서 선관주의의무를 부연한 것에 불과한 것이라고 본다(同質說). 반면 양자를 별개로 보는 견해는 충실의무는 선관주의의무와는 연원을 달리하며 성격도 다른 의무로서 이사와 회사 간에 존재하는 영미법상의 신인관계(fiduciary relationship)에서 유래하는 의무의 하나로 본다. 미국법은 신의의무를 분류하여 선관주의의무는 연원을 달리하며 성격도 다른 의무로서 이사와 회사 간에 존재하는 영미법상의 신인관계(fiduciary relationship)에서 유래하는 의무의 하나로 본다. 미국법은 신의의무를 분류하여 선관주의의무를 도입하여 이사회에 권한을 확대하였으므로 이에 맞추어 이사의 의무와 책임도 강화해야 할 필요가 있어서 별도로 충실의무 규정을 둔 것으로 이해하는 견해이다(異質說). 상법이 기업경영의 투명성을 제고하고 기업지배구조의 선진화를 꾀하기 위하여 이사의 책임을 강화하면서 이사의 충실의무를 규정한 점에 비추어 이사의 경업피지의무 등을 충실의무에 의해 설명하고 현재의 주의의무제도만으로는 이사의 적정한 임무수행을 보장하기가 어려우므로 선관주의의무와 충실의무는 별개로 보는 것이 바람직하다고 본다. 그러나 대법원은 최근 신세계 판결에서 "이사는 회사에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 지므로, 법령과 정관에 따라 회사를 위하여 그 의무를 충실히 수행한 때에야 이사로서의 임무를 다한 것이 된다. 이사는 이익이 될 여지가 있는 사업기회가 있으면 이를 회사에 제공하여 회사로 하여금 이를 이용할 수 있도록 하여야 하고, 회사의 승인 없이 이를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하였서는 아니 된다. 그러나 회사의 이사회가 그에 관하여 충분한 정보를 수집·분석하고 정당한 절차를 거쳐 회사의 이익을 위하여 의사를 결정함으로써 그러한 사업기회를 포기하거나 어느 이사가 그것을 이용할 수 있도록 승인하였다면 그 의사결정과정에서 현저한 불합리가 없는 한 그와 같이 결의한 이사들의 경영판단은 존중되어야 할 것이므로, 이 경우에는 어느 이사가 그러한 사업기회를 이용하게 되었더라도 그 이사회 이사회의 승인 결의에 참여한 이사들이 이사로서 선량한 관리자의 주의의무 또는 충실의무를 위반하였다고 할 수 없다"(대법원 2013.09.12. 선고 2011다57869 판결)라고 판시하였다. 이처럼 우리 법원은 선량한 관리자의 주의의무 또는 충실의무라고 하여 구별하지 않고 실시하고 있다.

27) 이와 관련하여, 공정거래법 제23조 제4항 제7호에 규정된 부당지원행위도 충실의무와 연결될 수 있다. 공정거래법 제23조 제4항 제7호는 사업자가 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 금지하고 있다. 이런 부당지원행위의 경우 이사는 상법상 충실의무 위반에 대한 민사책임 외에 공정거래법상의 제재를 추가로 받을 수 있다.

28) 제398조(이사 등과 회사 간의 거래) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 위해서는 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회에 승인을 받아야 한다. 이 경우 이사회에 승인은 이사 3분의 2 이상의 수로써 하여야 하고 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 한다.

1. 이사 또는 제542조의9 제2항 제6호에 따른 주요주주
2. 제1호의 자의 배우자 및 직계존비속
3. 제1호의 자의 배우자의 직계존비속
4. 제1호부터 제3호까지의 자가 단독 또는 공동으로 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 50 이상을 가진 회사 및 그 자회사
5. 제1호부터 제3호까지의 자가 제4호의 회사와 합하여 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 50 이상을 가진 회사

29) 제397조의2(회사의 기회 및 자산의 유용금지) ① 이사는 이사회에 승인이 없는 현재 또는 장래에 회사의 이익이 될 수 있는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 회사의 사업기회를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하였서는 아니 된다. 이 경우 이사회에 승인은 이사 3분의 2 이상의 수로써 하여야 한다.

1. 직무를 수행하는 과정에서 알게 되거나 회사의 정보를 이용한 사업기회
2. 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회

② 제1항을 위반하여 회사에 손해를 발생시킨 이사 및 승인한 이사는 연대하여 손해를 배상할 책임이 있으며 이로 인하여 이사 또는 제3자가 얻은 이익은 손해로 추정한다.

30) 이에 대해서는 다수의 논문이 있다. 최근 논문으로 김홍석, "회사기회유용금지규정의 해석에 관한 연구 -도식화에 의한 단계별 고찰을 중심으로", 금융법학회 (2013.9.) 517면 이하가 단계를 나누어 잘 정리된 것으로 보인다.

31) 대법원은 "이사는 회사에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 지므로, 법령과 정관에 따라 회사를 위하여 그 의무를 충실히 수행한 때에야 이사로서의 임무를 다한 것이 된다. 이사는 이익이 될 여지가 있는 사업기회가 있으면 이를 회사에 제공하여 회사로 하여금 이를 이용할 수 있도록 하여야 하고, 회사의 승인 없이 이를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하였서는 아니 된다. 그러나 회사의 이사회가 그에 관하여 충분한 정보를 수집·분석하고 정당한 절차를 거쳐 회사의 이익을 위하여 의사를 결정함으로써 그러한 사업기회를 포기하거나 어느 이사가 그것을 이용할 수 있도록 승인하였다면 그 의사결정과정에서 현저한 불합리가 없는 한 그와 같이 결의한 이사들의 경영판단은 존중되어야 할 것이므로, 이 경우에는 어느 이사가 그러한 사업기회를 이용하게 되었더라도 그 이사회 이사회의 승인 결의에 참여한 이사들이 이사로서 선량한 관리자의 주의의무 또는 충실의무를 위반하였다고 할 수 없다"라고 실시하여 이사로서 선량한 관리자의 주의의무 또는 충실의무의 한 내용으로 기회유용금지에 대한 판단을 하고 있다(대법원 2013.09.12. 선고 2011다57869 판결).

32) 김홍석, 위의 논문, 520~521면.

(다) 경업금지의무

이사의 충실의무의 한 유형으로서 경업금지의무가 있는데 우리나라도 이를 상법에 규정하고 있다(제397조).³³⁾ 경업금지를 위반하는 경우, 회사는 개입권(介入權)을 행사하여 이사의 이익을 회사에 되돌려놓을 수 있다.

〈그림 2〉 이사의 책임기초의 비교

구분	경업금지	회사기회 및 자산유용금지	이사 등과 회사 간의 거래
이사의 범위	이사	이사	이사 및 주요주주 등
이사의 개시의무	없음	없음	있음
사전승인	명문규정 없음	명문규정 없음	명문규정 있음
이사회 의결요건	일반 의결요건	이사의 2/3 이상	이사의 2/3 이상
공정성 요건	없음	없음	있음
구제방안	회사의 개입권 주주의 손해배상	주주의 손해배상	주주의 손해배상
손해액 추정규정	없음	있음	없음

IV. 이사의 주의의무 위반에 대한 형사처벌

1. 이사의 업무수행에 대한 형법의 적용

(1) 개관

위임자의 신뢰관계를 배신하는 행위를 처벌하는 배임죄는 이사의 행위를 제재하는데 있어 민사책임을 부담시키는 것의 보충적(補充的) 수단이다. 이사 등 경영진들이 경영상 범죄행위에 연루되어 적용되는 법률은 형법 제355조(횡령, 배임), 제356조(업무상 횡령과 배임)³⁴⁾, 상법 제622조(발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄)³⁵⁾ 및 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조(특정재산범죄의 가중처벌)이다. 이 중 형법 제355조의 적용사건이 가장 많고 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조

의 적용사례가 다음으로 많으며 상법 제622조 적용사건은 많지 않다.

우리나라에서 배임죄는 초기 상대적으로 엄격한 규율의 잣대가 적용될 수밖에 없는 은행 등 금융기관 임원의 대출행위로부터 적용되다가 횡령 유사행위를 넘어 전반적인 사익추구행위로 확장 적용되고 있다. 다만 2009년을 전후하여 기소되는 사건 중에서 유죄판결이 선고되는 비율은 감소하고 있다. 이는 배임죄 자체 구성요건이 가진 문제와 경제적·정치적 상황이 변화했기 때문이다.³⁶⁾ 주로 기업인에게 적용되는 배임사건의 무죄율이 전체 형사범죄의 5배에 달하고 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률상 배임죄의 경우는 11배에 달한다.³⁷⁾

(2) 형법상 배임죄

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립한다. 대법원은 배임죄의 구성요건을 대체적으로 넓게 보고 있다. 우선 대법원은 ‘타인의 사무처리자’를 “양자 간의 신임관계에 기초를 두고 타인의 재산관리에 관한 사무를 대행하거나 타인 재산의 보전행위에 협력하는 자”로 이해하여 배임죄의 주체로 보고 있다.³⁸⁾ ‘임무위배행위’를 해석함에 있어 배신설(背信說)에 입각하여 “배임죄에 있어서 임무위배행위라 함은 처리하는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법령의 규정, 계약의 내용 또는 신의칙상 당연히 해야 될 기대행위에 부응하지 않음으로써 본인과의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 의미한다.”고 보고 있다.³⁹⁾

업무상 배임죄가 성립하기 위해서는 본인에게 재산상의 손해 또는 손해가 발생할 염려가 있어야 하고 주관적

33) 제397조(경업금지) ① 이사는 이사회 승인이 없으면 자기 또는 제3자의 계산으로 회사의 영업부류에 속한 거래를 하거나 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사의 무한책임사원이나 이사가 되지 못한다.
 ② 이사가 제항의 규정에 위반하여 거래를 한 경우에 회사는 이사회 결의로 그 이사의 거래가 자기의 계산으로 한 것인 때에는 이를 회사의 계산으로 한 것으로 볼 수 있고 제3자의 계산으로 한 것인 때에는 그 이사에 대하여 이로 인한 이익의 양도를 청구할 수 있다.
 ③ 제2항의 권리는 거래가 있는 날로부터 1년을 경과하면 소멸한다.
 34) 제355조(횡령, 배임) ② 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에도 전항의 형과 같다. 제356조(업무상 횡령과 배임) 업무상의 임무에 위배하여 제355조의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금에 처한다.
 35) 제622조(발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄) ① 회사의 발기인, 업무집행사원, 이사, 집행임원, 감사위원회 위원, 감사 또는 제386조제2항, 제407조제항, 제415조 또는 제567조의 직무대행자, 지배인 기타 회사영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인이 그 임무에 위배한 행위로서 재산상의 이익을 취하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 회사에 손해를 가한 때에는 10년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금에 처한다.
 ② 회사의 청산인 또는 제542조제2항의 직무대행자, 제175조의 설립위원이 제항의 행위를 한 때에도 제항과 같다.
 36) 설민수, “상장회사 경영진의 경영상 행위에 대한 형사적 규율의 원인, 그 한계 및 대안의 모색”, 저스티스 통권 127호, 285면.
 37) 최준선, “상법상의 특별배임죄규정의 개정방향”, 경제법연구 제11권 제2호(2012.12) 90면.
 38) 대법원 2007.6.1. 선고 2006도1813 판결.
 39) 대법원 2004.6.17. 선고 2003도7645 전원합의체 판결 등.

으로는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상의 이득의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합하여 성립된다.⁴⁰⁾ 대법원은 ‘재산상의 손해를 가한 때’라는 구성요건을 “... 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함된다”라고 하여 적용범위를 현실적인 손해를 가한 경우에 국한하지 않고 있다.⁴¹⁾ ‘손해를 가한 때’를 이렇게 대법원처럼 해석하게 되면 임무위배행위가 있는 경우 손해가 발생한 것으로 보게 되어 결국 둘의 관계는 동전의 양면과 같다고 볼 수 있다.⁴²⁾ 배임죄가 손해를 전면에 내세우게 되면, 이사의 사익추구행위 중 상당부분을 차지하는, 회사에 직접적 손해가 발생하지 않는 행위는 처음부터 그 규제의 대상에서 배제될 수밖에 없다. 그러나 자기거래와 같은 사익추구행위를 금지하는 근본적인 이유는 경제적 관점에서 회사에 부당한 거래가격에 의해 손해발생이 아니라 거래의 불공정성이 배임죄 처벌의 기초가 되는 것이다.⁴³⁾ 배임죄도 객관적인 구성요건의 충족 외에 주관적 구성요건·요소로서의 고의가 있어야 성립된다.⁴⁴⁾

(3) 상법상 특별배임죄

상법상 특별배임죄는 이사 등이 그의 임무를 위반하여 회사에 재산상의 손해를 발생시키는 행위를 하였을 경우에 형법상 배임죄에 비하여 더욱 중한 처벌을 하기 위한 특별 규정이다. 특별배임죄에 대한 형벌은 회사범죄 중 가장 무겁다고 할 수 있다.⁴⁵⁾ 이사 등 경영진에 대한 형사처벌에 있어 효율적인 도구가 될 수 있음에도 불구하고

적용된 사례는 많지 않다.

상법상 특별배임죄의 주체로는 주식회사 설립자인 발기인, 합명·합자 회사의 정관에 정한 업무집행사원, 주식·유한회사의 이사, 감사, 이사 직무대행자, 감사직무대행자, 지배인, 기타 영업회사에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사원인, 모든 회사의 청산인, 주식회사의 청산인 직무대행자, 설립위원 등이 있다. 따라서 주주들로부터 회사업무에 대한 집행을 위임받고 그에 따라 선관주의의무 이상의 충실의무가 부여된 자들이 상법상 특별배임죄의 주체가 될 수 있다. 따라서 형식적으로 이사나 대표이사의 직위에 있는 자라고 하여 무조건 특별배임죄의 주체가 될 수 있는 것은 아니다. 상법상 특별배임죄는 범죄의 주체와 피해자가 한정된다는 점을 제외하고는 그 본질, 요건, 형벌 등에서 형법상 업무상 배임죄와 동일하다.⁴⁶⁾ 대법원도 “상법 제622조의 배임행위는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과 사이의 신임관계를 저버리는 행위를 말한다”고 판시함으로써⁴⁷⁾ 형법상 배임죄와 같이 신임관계 위반을 내용으로 하는 범죄로 보고 있으므로 양자는 일반법과 특별법의 관계에 있다(lex specialis derogate legi generali)고 볼 수 있다.⁴⁸⁾

(4) 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률에 의한 처벌⁴⁹⁾

이득액이 5억 원 이상인 경우에는 특정경제범죄 가중처벌에 관한 법률 위반으로 처벌된다. 검사의 배임죄 수

40) 대법원 2007.6.1. 선고 2006도1813 판결.

41) “재산상 손해의 유무에 대한 판단은 본인의 재산상태 전체와의 관계에서 법적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 이루어져야 하므로, 법적 판단에 의하여 당해 배임행위가 무효라고 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당되어 배임죄를 구성한다. 손해의 위험성을 발생시킨 이상 사후에 피해가 회복되었거나 회복가능성이 생겼다고 하여도 배임죄의 성립에 영향을 주는 것은 아니다”라고 판시하여 배임죄를 침해범이 아니라 위태범으로 파악하고 있다(대법원 2013.2.14. 선고 2011도10302 판결, 대법원 1995.12.22. 선고 94도3013 판결, 대법원 1995.2.17. 선고 94도3297 판결 등 참조).

42) 허일태, “배임죄의 행위 주체와 손해의 개념”, 비교형사법연구 제6권 제2호(2004).

43) 예를 들어 대법원 2008.5.29. 선고 2005도4640 판결.

44) 대법원은 “경영상의 판단을 이유로 배임죄의 고의를 인정할 수 있는지는 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식하의 의도적 행위임이 인정되는 경우인지에 따라 개별적으로 판단하여야 할 것이다”라고 하여 배임죄의 고의판단의 기준을 제시하고 있다(대법원 2010.10.28. 선고 2009도1149 판결).

45) 정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2010, 1164면.

46) 최준선, 앞의 논문, 90면.

47) 대법원 1998.2.10. 선고 96도2287 판결.

48) 사법연수원, 「신종범죄론」, (2010) 468면.

49) 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조(특정재산범죄의 가중처벌)

① 「형법」 제347조(사기), 제350조(공갈), 제351조(제347조 및 제350조의 상습범만 해당한다), 제355조(횡령·배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 죄를 범한 사람은 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액(이하 이 조에서 “이득액”이라 한다)이 5억 원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중 처벌한다. 이득액이 50억 원 이상일 때 무기 또는 5년 이상의 징역, 이득액이 5억 원 이상 50억 원 미만일 때 3년 이상의 유기징역

② 재량의 경우 이득액 이하에 상당하는 벌금을 병과(併科)할 수 있다.

사와 기소가 어려워졌음을 단적으로 보여주는 자료 중 하나가 검사가 배임죄를 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반죄로 기소하는 비율로, 2009년의 경우 3,235건 중 365건으로 전체의 11.28%인데 이는 배임죄가 확장기에 있던 2002년의 1,145건 중 305건으로 전체의 26.63%인 것과 비교해보면 크게 줄어들었음을 알 수 있다.⁵⁰⁾ 형법상 배임죄와의 관계는 일반법과 특별법의 관계에 있지만 병렬적인 것이 아니라 이득액의 크기에 따라서 택일적으로 적용법조가 정해진다.

(5) 배임죄 성립을 인정한 사건과 부정한 사건의 차이 분석

2000년 이후 배임죄의 성립을 긍정한 주요 사건과 부정한 주요 사건들을 살펴보면 다음과 같다.

〈그림 3〉 주요 배임죄 사건 일람

배임 인정 판례	배임 인정하지 아니한 판례
(1) 대법원 2013.9.26. 선고 2013도5214 판결	(6) 대법원 2013.6.13. 선고 2011도524 판결
(2) 대법원 2013.4.11. 선고 2012도15585 판결	(7) 대법원 2009.07.23. 선고 2007도541 판결
(3) 대법원 2012.6.14. 선고 2012도1283 판결	(8) 대법원 2004.7.22. 선고 2002도4229 판결
(4) 대법원 2010.12.23. 선고 2008도8851 판결	(9) 대법원 2012.7.12. 선고 2009도7435 판결
(5) 대법원 2010.10.28. 선고 2009도1149 판결	(10) 대법원 2009.5.29. 2007도4949 전원합의체판결

배임죄의 성립을 긍정한 사건과 부정한 사건들을 살펴서 그 차이를 분석하여 보면 다음과 같은 특징이 있다. 위의 배임 인정 사건들을 살펴보면, (1) 대법원 2013.9.26. 선고 2013도5214 판결은 “회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여하거나 타인의 채무를 회사 이름으로 지급보증함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그를 위하여 자금을 대여하거나 지급보증을 할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 점을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금 대여나 지급보증은 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 되고, 이러한 이치는 그 타인이 자금지원 회사의 계열회사라 하여 달라지지 않는다. 한편 경영

상의 판단을 이유로 배임죄의 고의를 인정할 수 있는지는 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식하의 의도적 행위임이 인정되는 경우인지에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.”는 판시를 하고 있다. 이 사건은 지급보증유형의 사건이다(대상판결). 대상판결과 같이 배임죄를 인정한 사건들을 보면, (2) 대법원 2013.4.11. 선고 2012도15585 판결 회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여할 때 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 경우, 업무상 배임죄가 성립한다고 보고 있고, (3) 대법원 2012.6.14. 선고 2012도1283 판결에서는 “업무상 배임죄가 성립하려면 주관적 요건으로서 임무위배의 인식과 그로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하고 본인에게 손해를 가한다는 인식, 즉 배임의 고의가 있어야 하고, 이러한 인식은 미필적 인식으로도 족한바, 이익을 취득하는 제3자가 같은 계열회사이고, 계열그룹 전체의 회생을 위한다는 목적에서 이루어진 행위로서 그 행위의 결과가 일부 본인을 위한 측면이 있다 하더라도 본인의 이익을 위한다는 의사는 부수적일 뿐이고 이득 또는 가해의 의사가 주된 것임이 판명되면 배임죄의 고의를 부정할 수 없다(대법원 2009.7.23. 선고 2007도541 판결, 대법원 2010.11.25. 선고 2009도9144 판결 등 참조)”고 하였는데, 이 사건에서 대법원은 “기업인수에 필요한 자금을 마련하기 위하여 인수자가 금융기관으로부터 대출을 받고 나중에 피인수회사의 자산을 담보로 제공하는 방식(이른바 LBO(Leveraged Buyout) 방식)을 사용하는 경우, 피인수회사로서는 주채무가 변제되지 아니할 경우에는 담보로 제공되는 자산을 잃게 되는 위험을 부담하게 되므로 인수자만을 위한 담보제공이 무제한 허용된다고 볼 수 없고, 인수자가 피인수회사의 위와 같은 담보제공으로 인한 위험 부담에 상응하는 대가를 지급하는 등의 반대급부를 제공하는 경우에 한하여 허용될 수 있다”고 하여 담보를 제공하는 것과 관련하여 반대급부를 안 받았다는 점에서 바로 배임의 고의를 도출한 것으로 보인다. (4) 대법원

50) 2010 검찰연감, 대검찰청, 993면; 2003 검찰연감, 대검찰청, 674면.

2010.12.23, 선고 2008도8851 판결배임죄에서 ‘임무에 위배하는 행위’의 의미와 그 주관적 요건 및 부수적으로 본인의 이익을 위한다는 의사가 있었다라도 배임죄의 고의를 인정할 수 있다고 보고 있다. (5) 대법원 2010.10.28, 선고 2009도1149 판결에서 “회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여하면서 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여하거나 지급보증할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 정을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금 대여나 지급보증은 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 되고, 회사의 이사는 단순히 그것이 경영상의 판단이라는 이유만으로 배임죄의 죄책을 면할 수는 없으며, 이러한 이치는 그 타인이 자금지원 회사의 계열회사라 하여 달라지지 않는 것이고, 한편 경영상의 판단을 이유로 배임죄의 고의를 인정할 수 있는지는 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익 획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식하의 의도적 행위임이 인정되는 경우인지에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.”라고 하여 경영판단과 배임죄의 성립에 대한 판단을 하고 있는바, 인정하는 사안들은 공통적으로 이사의 임무위배가 있다고 인정되면 거의 대부분 배임죄의 고의(최소한 ‘미필적 고의’)를 인정하고 있는 것으로 보고 있는 것으로 판단된다.⁵¹⁾

반면 담보형이 아닌 유상증자형 LBO 사건에서 (6) 대법원 2013.6.13. 선고 2011도524 판결은 배임죄의 성립을 부정하면서, “공소외 1 주식회사(이하 ‘공소외 1 회사’라고 한다)의 공소외 2 주식회사(이하 ‘공소외 2 회사’라고 한다) 인수를 위한 대출금을 변제하려는 목적으로 피고인 2, 3이 주도적으로 유상감자 및 이익배당을 실시하였고 이에 피고인 1이 공모·가담하여 결국 614억 원을 회사에서 빼내어감으로써 공소외 1 회사로 하여금 614억 원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고 공소외 2 회사에게 동액 상

당의 재산상 손해를 가하였다는 것이다. 이에 대하여 원심은, 피고인 2, 3이 공소외 2 회사의 이사로서 수행한 유상감자 및 이익배당으로 인하여 공소외 2 회사의 적극재산이 감소하였다고 하더라도 이는 우리 헌법 및 상법 등 법률이 보장하는 사유재산제도, 사적 자치의 원리에 따라 주주가 가지는 권리의 행사에 따르는 결과에 불과하고, 유상감자 당시 공소외 2 회사의 영업이익이나 자산 규모 등에 비추어 볼 때 유상감자의 절차에 있어서 절차상의 일부 하자로 인하여 공소외 2 회사의 채권자들에게 손해를 입었다고 볼 수 없으며, 1주당 감자 환급금액과 공소외 2 회사의 배당가능이익을 감안하면 결국 이 사건 유상감자 및 이익배당으로 인하여 공소외 2 회사의 주주들에게 부당한 이익을 취득하게 함으로써 공소외 2 회사에 손해를 입었다고 볼 수 없다”고 하여 배임죄의 성립에 있어서 합리적인 판단인지 여부를 우리 헌법 및 상법 등 법률이 보장하는 사유재산제도, 사적 자치의 원리에 따라 주주가 가지는 권리의 행사 등의 관점에서 종합적으로 고려하여 판단하고 있고, (7) 대법원 2009.07.23. 선고 2007도541 판결에서도 “이미 타인의 채무에 대하여 보증을 하였는데, 피보증인이 변제 자력이 없어 결국 보증인이 그 보증채무를 이행하게 될 우려가 있고, 보증인이 피보증인에게 신규로 자금을 제공하거나 피보증인이 신규로 자금을 차용하는데 담보를 제공하면서 그 신규자금이 이미 보증을 한 채무의 변제에 사용되도록 한 경우라면, 보증인으로서서는 기보증채무와 별도로 새로 손해를 발생시킬 위험을 초래한 것이라고 볼 수 없다”라고 판단하여 손해발생의 위험이 없음을 이유로 해서 배임죄의 성립을 부정하고 있다. (9) 대법원 2012.7.12. 선고 2009도7435 판결 및 (10) 대법원 2009.5.29, 2007도4949 전원합의체판결의 경우에도 배임죄 성립을 부정한 사안은 임무위배를 부정하거나, 손해발생의 우려가 없다고 하여 부정한 사안들이다.

다만 (8) 대법원 2004.7.22. 선고 2002도4229 판결에서도 배임죄 성립을 부정했는데, 이 판결에서 “경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상 배임죄에 있어서 고의의 입증 방법과 마찬가지로 법리가 적용되어

51) 대법원 2010.10.28, 선고 2009도1149 판결에서 우선 고의가 추정되고 배임죄의 성립을 부정하는 증명책임이 피고인에게 있는 것처럼 실시하고 있다(“당해 법인의 임원이 회계처리를 적정하게 하지 아니함으로써 다른 법인에 자금을 대여한 사실 자체를 은폐한 경우, 그러한 부적정한 회계처리는 자금 대여와 관련된 배임행위의 고의를 뒷받침 하는 유력한 요소로 평가할 수 있는 것이므로, 그러한 부적정한 회계처리에도 불구하고 배임죄의 성립을 부정하려면 당해 법인과 다른 법인의 관계, 자금 대여의 경위와 목적, 자금 대여의 방법 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 보다 신중하게 판단할 필요가 있다”).

야 함은 물론이지만, 기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 아무런 개인적인 이익을 취할 의도 없이 선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빗나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있을 수 있는바, 이러한 경우에까지 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상 배임죄의 형사책임을 묻고자 한다면 이는 죄형법정주의의 원칙에 위배되는 것임은 물론이고 정책적인 차원에서 볼 때에도 영업이익의 원천인 기업가 정신을 위축시키는 결과를 낳게 되어 당해 기업뿐만 아니라 사회적으로도 큰 손실이 될 것이므로, 현행 형법상의 배임죄가 위태범이라는 법리를 부인할 수 없다 할지라도, 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식(미필적 인식을 포함)하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없는데 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다.”라고 해서 결과책임을 묻거나 주의의무 위반에 대한 책임을 배임죄를 부담시켜서는 안 된다는 점을 명확하게 하고 있다. 이 판결의 이런 법리 설시는 경영판단의 원칙의 배임죄에서의 역할에 대해서 적절하게 지적하는 판결로서 의의가 있다.

2. 배임죄의 적용과 이사의 적정 주의의무 수준의 확보

(1) 이사의 적정 주의의무 수준의 의미

배임죄를 포함한 이사의 주의의무 위반에 대한 형사 처벌은 항상 미필적 고의의 적용범위를 판사에 따라 넓게 잡음으로서 과실의 영역이 형사처벌의 대상이 될 위험이 있다. 법경제학은 인간의 특정한 행위를 촉진하거나,

억제하기 위한 적절한 주의의무 수준에 대한 논의를 통해 합리적 인간의 범죄와 관련된 의사결정을 연구하여, 형사 처벌의 범죄억제효과와 사회적 비용에 대한 문제에 의미 있는 결과를 제시하여 왔다.⁵²⁾ 이런 법경제학의 성과는 배임죄와 관련된 논의에서도 적용이 될 수 있다. 법원이 적절한 수준의 주의의무 수준을 기업 경영진에 요구하는 것인지, 아니면 과도하게 요구(범죄화)하고 있는 것인지, 범죄화의 방법이나 수준이 형법의 범죄예방적 기능 내지 범죄억제적 기능(deterrence effect)⁵³⁾을 제대로 수행하고 있는지를 봄에 있어 법경제학적인 관점은 분명 의미가 있다.

(2) 적정 주의의무 수준과 사회적 비용

1) 민사책임과 형사책임

민사에서의 규율체계와 형사에서의 규율체계가 상이하다. 그럼에도 우리 판례는 민사에서의 과실원칙(negligence rule)을 형사에서 주관적 구성요건 판단과 크게 다르게 하고 있지 않은 것 같다. 이런 태도는 타당한다.⁵⁴⁾ 민사법상 과실원칙을 배임죄에 적용하는 것이 타당하지 않음에도 법원이 만일 연구결과 과실원칙(negligence rule)을 적용한다면 형사에서는 고의범만 처벌하는 것과 관계가 희미해지면서 사실상 과실범 처벌을 하는 경우를 막지 못하게 될 수 있다. 현재의 배임죄에 대한 처벌을 법문의 내용상으로 고의범 처벌규정이지만 현실적으로 운영이 과실범 처벌규정과 유사하게 이루어지고 있는 것이 아닌가 하는 의문에서 논의를 출발해보자. 과잉처벌 내지 고의를 인정할 수 없으므로 실제로는 처벌을 받지 않아야 할 배신행위가 민사손해배상이 아닌 형사처벌이 되고 있는 경우를 생각할 수 있다.

2) 민사책임과 형사책임의 역할분화

대법원의 배임죄에 있어서 불법의 영역을 확장하려는 시도는 업무상 배임죄의 경우에도 똑같이 적용되는데 이는 결국 업무상 배임죄의 적용을 통해 경영상의 실패를 민사법이 아닌 형사법으로 대응하게 되는 결과가 된다. 법원의 업무상 배임죄의 운용실태는 결국 형법의 기능이

52) 관련해서는 수많은 논문이 있지만, 이 중에서 고전으로 불리는 Gary Becker, Crime and Punishment, An Economic Approach, Journal of Political Economy 76 (1968) pp 169-217를 논문의 출발점으로 하려고 한다.

53) 법학에서는 "위하효과"라고 함

54) Shavell은 서로 다른 책임 원칙에 따라서 피해자가 되는 본인과 대리인 간의 관계에서 최적의 주의의무 수준을 찾는 연구를 하였다. 이런 연구는 민사법상 과실책임원리의 이해에 도움이 될 것으로 본다. Steven Shavell, "Risk Sharing and Incentives in the Principal and Agent Relationship", The Bell Journal of Economics, 10 (1979), pp.55-73.

경영책임자의 개인적인 불법을 넘어서 형법과는 다른 원칙이 지배하는 경영영역이라는 부분사회까지 형법의 범위를 확장하려는 것으로서 볼 수 있다.⁵⁵⁾

이사의 경영행위에는 모험이 수반되는 것이 불가피한데 이사의 모험적 경영행위의 결과로 회사에 손해가 생긴 경우, 이것을 사후적으로 평가하여 이사에게 책임을 묻게 된다면 이사의 모험적 경영을 위축시키고 유능한 인재들이 이사로 확보할 수 없게 된다. 즉, 이사의 임무해태로 부과되는 법적 책임의 범위를 넓게 해석하면 적극적이고 창의적인 경영활동을 저해하는 결과가 초래될 수 있으므로 그 범위를 결정하는 것은 매우 복잡한 가치판단을 요한다.

3) 형사벌의 보충성과 배임죄의 고의범의 의의

배임죄는 재산죄이고 개인적 법인을 보호하는 범죄유형이다. 그렇다는 말은 민사손해배상을 통해서 기본적으로 당해 범죄로 인해서 발생하는 비용을 전보할 수 있다면 굳이 형사처벌을 할 필요가 없다는 것이 된다. Gary Becker는 범죄로 인한 비용(Economic Cost of Crimes)은 개인적으로 부담하는 비용과 사회적 비용의 총합이라고 설명하고 있다.⁵⁶⁾ 범죄로 인해서 발생하는 비용은 범죄자는 범죄로 인해서 이득을 얻는 반면 피해자는 재산상의 손해를 입게 되므로 범죄는 사회적 가치의 순손실을 발생시킨다. 이것이 피해비용(damage cost)이다. 또 범죄예방비용(prevention cost)을 사회는 부담하게 사회는 부담하게 된다. 각종 사법비용과 행정비용 등이 이런 비용이다.

이사가 만일 배임행위를 했다면 이로 인해서 주주들이 입게 되는 손해가 100이고, 사회적으로 이런 배임행위로 인해서 이를 적발하고(monitoring cost), 재판을 하고 처벌하는 위한 비용(Public expenditures on polices, prosecution, and courts) 등 배임범죄로 인해서 발생하는 사회적 비용이 100이라고 하자. 이 경우 민사소송을 통해서 100을 전보를 받을 수 있다면⁵⁷⁾ 개인적인 전보는 이루어지지만 여전히 사회적인 비용에 대한 전보가 이루어지지 않는다. 이렇게 되면 이 부분에 대한 범죄억지를 위해서 형사처벌을 할 필요성이 있다. 이처럼 형벌은 불법행위법에 의한 완전한 손해배상에 한계가 있다는 점에서 출

발하는 것으로 불법행위법에 의한 완전배상은 잠재적 피해자가 손해를 입고 배상을 받는 경우와 손해를 입지 않고 배상을 받지 않는 경우가 서로 무차별(indifferent)적으로 될 때 이루어진다. 완전배상을 가해자가 자신이 야기한 손해를 내부화(internalization)하지만 일정한 경우에는 내부화가 이루어지지 않는다. 더구나 일정한 가치는 주관적 가치를 가지는데, 이러한 주관적 가치를 보여주기 위한 시장이 존재하지 않는 경우에는 현시선호의 문제(problem of preference revelation)가 존재한다. 이 경우에는 객관적으로는 완전배상이 가능해도 사실상 완전배상이 이루어지지 않게 된다.

이처럼 형사처벌은 민사책임에 의해서 전보되지 않는 비용을 보전하기 위해서 이루어지는 것이므로 보충성을 가지게 되고, 실제 우리 법상 배임죄도 이사의 민사책임과의 관계에서 고의범으로 규정하여 주의의무의 정도를 달리하고 있다. 그렇다면 주관적 요건으로서의 고의범에 한정하는 것은 매우 중요한 의사결정이라고 할 수 있다. 형법상 고의는 가해행위로 인한 손해발생의 확률과 손해의 크기가 과실의 경우보다 크고, 범죄자가 스스로 범죄에 대한 통제력을 높게 가진다. 이런 측면에서 범죄자에 대한 제재의 확률이 낮아진다. 고의범은 경제적으로 이익 달성확률이 높아지고 사전 도주나 배임으로 취득한 재산의 은닉 등을 주도면밀하게 하여 적발가능성을 낮춘다. 이처럼 범죄로 인한 수익은 높아지고 적발 확률은 낮아지는 고의범에 대해서는 합리적인 범죄자의 범죄 인센티브를 줄이기 위해서 형사처벌이 필요하게 된다.

4) 배임죄의 고의 판단과 민사책임에서의 과실 판단의 교차

과실원칙(negligence rule)에 의하면 그 원칙은 통제가 능하지 않은 영역에서 발생하는 사고의 경우에는 누구도 책임을 질 수 없는 것이다. 전통적으로 영미법의 보통법(common law) 전통은 합리적인 주의의무의 수준을 법원에서 판단하고, 대륙법의 대륙법(civil law) 전통은 주의수준에 대해서 법률에서 상세하게 규정하는 방식을 취한다. 그런데, 배임죄의 경우에는 형사처벌 규정임에도 불구하고

55) 이 주제에 대한 추가적인 검토에 대해서는 송옥렬, "이사의 민사책임과 형사책임의 판단기준", 상사판례연구 제6권 (2006) 참고.

56) Becker, *Op. cit.*, p 171.

57) 실제로는 증거법적 한계로 인해서 100을 전보 받지 못할 가능성이 있지만, 논의를 간단하게 하기 위하여 개인적인 손해를 완전히 전보 받는다고 하자.

고 일반적인 요건으로 규정하고, 그 범위의 판단도 일종의 합리적인 주의의무 수준에 대한 판단과 같이 법원이 사후적으로 판단하고 있다.

그런데 민사에서 상법이 규정하는 이사의 주의의무에 대한 규정들은 고의적인 무시(wrongful blindness)나 중대한 과실(reckless disregard)과 같이 실질이 고의와 같은 경우에서 낮은 정도의 주의의무 위반으로 내려올수록 자칫 결과책임에 귀결되게 된다. 왜냐하면 본질적으로 민사책임에서 과실원칙은 사고에 대한 책임분배의 원칙이기 때문이다.

그래서 민사책임에서는 과실이 없는 경우에도 책임을 지우는 경우가 있다.⁵⁸⁾ 그런데 회사의 경영은 신중한 의사결정을 하더라도 경영상 손실이 발생할 수 있다. 오히려 속고하지 않은 결정에서 큰 이익이 발생할 수도 있다. 그런데 회사 이사의 경영상 의사결정에 대해서 엄격책임을 부담시키는 것은 회사가 위험을 수반하는 의사결정을 하지 말라는 것이 되므로 사회적으로 유용한 재화인 위험선호적 시도를 억제하게 된다. 그런데 회사는 이런 위험선호적 시도를 하기 위해서 유한책임을 허용한 조직이므로, 이런 방식의 이사에 대한 책임부과는 실제로는 회사제도를 부정하는 것이 된다. 만일 법원의 판결이 사후적인 결과를 알고 사후적 고찰(hindsight observation)을 하여 결과책임 내지 엄격책임과 유사하게 민사책임을 운용하면 그 자체로 문제가 된다. 그래서 미국법상 이런 법원의 판단을 제한하기 위한 원리가 경영판단의 원칙이다. 이런 필요는 고의범만을 보충적으로 처벌하도록 법이 적용되어야 할 배임죄에 있어서 더 크다.

3. 대상판결의 경우

Ⅱ 장의 대상판결에서 보면, 대법원은 경영상의 판단을 이유로 배임죄의 고의를 인정할 수 있는지에 대한 판단기준으로 “문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실

발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식하의 의도적 행위임이 인정되는 경우”여야 한다는 점을 제시하고 있다. 고의가 인식과 의욕의 결합이라는 점에서 자신의 임무위배행위를 인식하고 그로 인해서 손해를 가할 것이라는 인식을 하면 고의를 인정할 수 있다는 것은 법리적으로 타당하다.⁵⁹⁾

그러나 앞서 분류 중 주의의무 위반 유형(1유형)의 경우 경영상 의사결정은 그 의사가 명확하지 않은 경우가 많다. 즉 미필적 고의와 과실의 경계가 흐릿하다는 것이다. 그 가장 중요한 이유는 경영결과와는 많은 내생변수와 외생변수의 총합이기 때문에 경영자의 개별적인 의사결정이 그 자체로 결과에 영향을 미치는 범위가 제한적일 수 있기 때문이다. 2유형이나 3유형, 예를 들어 지원행위의 경우 1회적으로 거래가 이루어지고 고가인가, 저가인가의 문제가 그 거래에 의해서 정해지면 고의성의 판단은 상대적으로 용이하다.⁶⁰⁾ 반면 지급보증 시 담보제공을 받을 것인가 하는 의사결정의 경우에는 담보제공을 받지 않았다고 하더라도 그 자체로 바로 손해가 발생하지 않을 수도 있다. 그래서 대법원도 종합적으로 고려하도록 하고 있다고 생각된다. 그러나 대상판결의 ④부분에 있는 “만연히 대여해 주었다”는 부분은 전제부의 적절한 설시가 없이는 고의에도 과실에도 적용될 수 있는 문구로서 자칫 과실로 판단되어야 할 경우가 미필적 고의라는 이름으로 고의의 일부로 포섭될 수 있다는 점은 항상 염두에 두어 신중하게 판단되어야 한다.

법경제학적인 관점에서의 주의의무의 수준을 이처럼 낮추어서 형사처벌의 범위를 높이는 것을 어떻게 보아야 할 것인지에 대한 검토가 필요하다. 주의의무 수준의 적정성 및 이러한 수준의 적정성이 담보되지 않을 경우 기업경영의 위축으로 연결될 수 있다. 그러므로 만일 법원이 배임죄를 고의범이 아닌 과실범처럼 운용하거나, 엄격책임 내지 결과책임을 부담시키는 것은 피해야 한다.

특히 형법의 구성요건은 그 불법내용의 범위와 한계가

58) 영미법 전통에서 도로를 만들기 위해서 암석들을 다이너마이트를 이용하여 폭발시키는 건설회사의 경우 그 폭발작업으로 인해서 발생하는 모든 손해에 대해서 책임을 지도록 하는 엄격책임(strict liability)을 부담하도록 하고 있다. 우리 법에서도 원자력 사고로 인한 책임과 같은 일정한 경우에는 불가항력적인 사고에 대해서도 책임을 부담시킨다. 이런 책임은 잘못에 대한 비난이 아니라 불운의 분배라고 할 수 있다.

59) 배임죄 고의 판단의 고려요소에 대한 다른 판결로 대법원 2010.10.28. 선고 2009도1149 판결(경영상의 판단을 이유로 배임죄의 고의를 인정할 수 있는지는 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식하의 의도적 행위임이 인정되는 경우인지에 따라 개별적으로 판단하여야 할 것이다).

60) 물론 이 경우에도 여전히 평가의 문제는 남는다. 이는 다른 차원의 문제이므로 상론하지 않는다.

명확해야 하는데, 배임죄에 있어서 임무위배행위는 전형적인 비정형성을 지닌 구성요건 표지이다. 또한 현재까지의 판례를 보면 배임의 인정 여부가 재판부나 시류에 따라 일관성을 결여하고 있어서 이것은 죄형법정주의 원칙의 기본정신인 수범자의 예견가능성 확보라는 점에서 문제를 야기해서 사회적으로 필요한 위험수준추구행위를 하지 못하게 함으로써 기업활동 위축으로 인한 사회적 손실을 가져온다는 점에서 신중하고 일관된 판단의 필요성이 있다.⁶¹⁾ 만일 형사처벌이 작동하지 않는다고 하더라도 이는 민사적으로 해결되어야 할 과제라는 점에서 민사책임의 영역에서 해결을 도모하는 것이 옳다.

V. 배임죄와 경영판단의 원칙

1. 경영판단과 사후적 고찰

경영진은 의사결정을 할 때 미리 그 판단의 결과를 알 수 없기에 아무리 노력을 해도 결과적으로 경영상 나쁜 결과를 완전히 제거할 수 없다. 이런 점에서 경영판단은 항상 위험을 내포한다. 판사는 이런 사후적 고찰을 피하려고 하지만 만에 하나 실패하여 판사가 사후적 고찰(hindsight)에 의해서 경영자에게 형사책임부과하면, 이는 경영실패에 대한 결과책임을 부과하는 것이 된다. 결국 이런 판결은 사회적으로 필요한 수준의 위험인수를 할 수 없도록 하여 경제의 활력을 저해하게 된다. 이런 문제는 제어하기 위한 수단이 경영판단의 원칙이다.

경영판단의 원칙이란 미국 판례법으로 발전한 제도로서⁶²⁾ 이사를 비롯한 회사의 경영진이 성실하고 공정하게

경영상 판단을 하였음에도 불구하고 결과적으로는 회사에 손해를 끼친 경우에 그러한 경영판단에 대하여 일정 수준의 주의의무와 공정타당성이 인정된다면 해당 경영진의 경영판단을 존중한다는 원칙이다. 경영판단의 원칙은 이사의 선관주의의무 내용을 구체적으로 고려하여 판단할 때 이사의 직무의 특수성을 감안하여 이사의 경영재량의 폭을 인정하는 것으로 이해된다.

ALI(American Law Institute)의 기준에 의하면, 경영책임자가 자신의 권한 내의 경영사항에 관하여 합리적인 근거에 의하여 성실하게 회사에 최상의 이익이 되는 것으로 신뢰하는 바에 따라 결정을 내렸다면, 경영책임자의 사기, 위법, 회사와의 이익충돌이 없는 한 사후에 회사에 손해가 발생하였다 하더라도 법원은 그 이사에게 책임을 물어서는 안 된다는 원칙을 의미한다.⁶³⁾ 이와 같은 논의를 거쳐 일반적으로 경영판단원칙이 인정되기 위한 요건으로 (i) 경영상의 결정이 있을 것, (ii) 이해관계가 없고 독립성을 가질 것, (iii) 적정한 주의를 하였을 것 (iv) 성실하게 그리고 재량권의 남용이 없을 것 등을 그 요소로 한다. 이 원칙의 각 요소에 해당하면, 경영자의 업무집행이 합리적인 경영판단의 영역에서 이루어졌다고 일단 추정하고, 경영자에 의한 책임을 추궁하는 자가 경영행위의 비합리성을 입증할 부담을 진다고 본다.⁶⁴⁾ 다만 경영판단의 원칙은 단순히 이사회 결의를 포함한 상법에서 정한 절차를 모두 이행하고 하여 사법심사에서의 배제해주겠다는 것은 아니고, 미국 판례법상의 경영판단의 원칙에 대한 주류적인 이해는 적법한 것으로 추정하는 것에 그치는 것이다.⁶⁵⁾ 이를 통해서 경영판단의 원칙은 판사의 사후적 고찰을 방지하는 역할을 한다.

경영판단의 존중 및 사후적 고찰의 방지는 미국에서만

61) 개별적인 사안에서 판사가 경영진을 대체하는 과정에서 적절한 판단을 하지 못할 우려에 대해서 이무선, "기업경영과정에서 발생한 회사의 손해에 대한 이사의 책임과 배임죄의 성부", 선진상사법률연구 제51호 (2010) 13면; 한편 대법원도 "기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 아무런 개인적인 이익을 취할 의도 없이 선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치한다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빚나 기업에 손해가 발생하는 경우가 있을 수 있는바, 이러한 경우에 까지 고의에 관한 해석 기준을 완화하여 업무상 배임죄의 형사책임을 묻고자 한다면 이는 죄형법정주의 원칙에 위배되는 것임은 물론이고, 기업이 정신을 위축시키는 결과를 낳게 되어 당해 기업뿐만 아니라 사회적으로도 큰 손실이 될 것이므로"의 도칙 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지[해야 한다]"(대법원 2009.6.11. 선고 2008도4910 판결; 대법원 2009.2.2.6. 선고 2008도522 판결)라고 판시한 바 있다.

62) 미국 경영판단의 원칙은 1829년의 *Percy v. Millaudon* 사건(*Percy v. Millaudon*, 8 Mart. 68, 75-78 (La. 1829))에서 처음 등장하였다. 이런 판례법은 일부 주(California Corporation Code 7231(c)조)에서는 성문 확대기도 하였다. 1872년 *Spring's Appeal*, 71 Pa. 11, 20 (Pa. 1872) 사건에서 더 명확하게 실시하고 있다(While directors are personally responsible to the stockholders for any losses resulting from fraud, embezzlement or willful misconduct or breach of trust for their own benefit and not for the benefit of the stockholders, for gross inattention and negligence by which such fraud or misconduct has been perpetrated by agents, officers or co-directors, yet they are not liable for mistakes of judgment, even though they may be so gross as to appear to us absurd and ridiculous, provided they are honest and provided they are fairly within the scope of the powers and discretion confided to the managing body(!)).

63) American Law Institute, 1 Principles of Corporate Governance: Restatement and Recommendations(1994), §4.01(c)

64) 광병훈, "미국 회사법의 경영판단원칙", 『재판자료 외국사법연수논집(22)』, 제98집, 법원도서관, 2002, 90면.

65) 미국에서의 논의에 대한 상세는 조재호, "기업법죄에 대한 효율적 대처방안 연구", 성균관대학교 박사학위 논문 (2010); 광병훈, "미국 회사법의 경영판단원칙", 『재판자료 외국사법연수논집(22)』, 제98집, 법원도서관 (2002) 참조.

문제되는 것은 아니므로 경영판단의 원칙은 미국에서만 인정되는 것은 아니다. 독일 주식법의 경우도 경영판단의 원칙을 성문화하고 있다. 독일 주식법 제93조 제1항은 “이사는 경영을 함에 있어 성실하고 양심적인 경영자로서의 주의를 하여야 한다. 이사가 적절한 정보를 바탕으로 회사의 이익을 위하여 합리적으로 경영상의 판단을 한 경우에는 의무의 위반으로 보지 않는다”고 규정하고 있다. 한편 일본의 경우, 일본 법원은 1970년대 초반부터 경영판단의 원칙을 도입하여 판시하였다. 일본법원은 ① 판단의 전제가 된 사실의 조사, 정보수집, 분석·검토에 특히 부주의·불합리한 점이 있는가, ② 해당 업계의 통상의 경영자의 경영상의 판단으로서 사실 인식에 근거하는 의사결정의 추론과정 및 내용에 현저한 불합리가 있는가 하는 점들을 인정의 기준으로 보았다.⁶⁶⁾

2. 경영판단원칙의 인정 근거

미국 법원이 경영판단원칙을 인정한 근거로는 첫째, 경영행위가 이루어지는 영역은 그 특성상 항상 일정한 위험과 결부되어 있고, 어느 행위가 이루어진 후에 사후에 그 행위를 평가할 경우 사후적 고찰이 발생할 가능성이 높다는 점에서 전통적인 사법심사의 대상이 되는 영역과 경영행위가 이루어지는 영역은 서로 구별된다는 점, 둘째, 법원의 판단은 사후에 이루어지게 되는데 경영행위의 특성상 합리적인 결정을 내릴 수 있는 사람은 판단 당시에 있는 경영자이지 법관이 아니라는 점, 셋째, 주주들에게 이사의 경영판단에 대해 사후에 사법적 심사를 요구할 수 있는 권리가 주어지는 경우에는 신속한 판단을 요구하는 경영행위의 특성상 이사의 경영활동에 저해가 될 수 있으므로 주주들의 남용 가능성을 제어하여 진취적이고 혁신적인 회사운영을 위해 일정한 위험을 감수한 경영책임자의 경영판단을 보호하고 하기 위해서 경영판단원칙을 인정한 것이라고 할 수 있다.⁶⁷⁾

3. 경영판단의 원칙 판례상 인정 여부 및 성문화 논의

(1) 경영판단의 원칙 판례상 인정 여부

우리 상법상 경영판단의 원칙에 관한 명문의 규정은 없지만 법원은 2002년부터 “경영판단의 원칙”이라는 용어를 사용하여 판시하고 있다. 2002년 대법원은 민사사건인 이사의 회사에 대한 손해배상책임과 관련한 사건에서 반복하여 “금융기관의 임원은 소속 금융기관에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 지므로, 그 의무를 충실히 한 때에야 임원으로서의 임무를 다한 것으로 된다고 할 것이지만, 금융기관이 그 임원을 상대로 대출과 관련된 임무해태를 내세워 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 물음에 있어서는 임원이 한 대출이 결과적으로 회수곤란 또는 회수불능으로 되었다고 하더라도 그것만으로 바로 대출결정을 내린 임원에게 그러한 미회수금 손해 등의 결과가 전혀 발생하지 않도록 하여야 할 책임을 물어 그러한 대출결정을 내린 임원의 판단이 선량한 관리자로서의 주의의무 내지 충실의무를 위반한 것이라고 단정할 수 없고, 대출과 관련된 경영판단을 함에 있어서 통상의 합리적인 금융기관 임원으로서 그 상황에서 합당한 정보를 가지고 적합한 절차에 따라 회사의 최대이익을 위하여 신의 성실에 따라 대출심사를 한 것이라면 그 의사결정과정에서 현저한 불합리가 없는 한 그 임원의 경영판단은 허용되는 재량의 범위 내의 것으로서 회사에 대한 선량한 관리자의 주의의무 내지 충실의무를 다한 것으로 볼 것이다”⁶⁸⁾라고 하여 미국과 같은 수준, 즉 경영자의 업무집행이 합리적인 경영판단의 영역에서 이루어졌다는 것을 추정하는 정도에는 이르지 않으나 적어도 그 기본취지는 판시내용에 충분히 설시되었다.

그렇다면 형사범영역인 배임죄 사건에서도 경영판단 원칙의 고려 여부에 대해서 보자면, 대법원은 회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여할 때에 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 점을 충분히 알면서 이에 나

66) 김효신, “경영판단원칙과 선관주의의무의 재정립”, 중앙법학 제13집 제4호, 중앙법학회, 2011, 461면.

67) Whitmer v. Whitmer & Sons, Inc., 99 A. 428, 431 (Del. Ch. 1916); Scully v. Auto. Fin. Co., 101 A. 908, 909 (Del. Ch. 1917); Atlantic Refining Co. v. Hodgman, 13 F.2d 781, 788 (3d Cir. 1926); Bodell v. Gen. Gas & Elec. Corp., 140 A. 264, 267 (Del. 1927); Beard v. Elster, 160 A.2d 731, 738-39 (Del. 1960); Nadler v. Bethlehem Steel Corp., 154 A.2d 146, 149 (Del. Ch. 1959); Lieberman v. Koppers Co., Inc., 149 A.2d 756, 759 (Del. Ch. 1959); Gottlieb v. Heyden Chemical Corp., 90 A.2d 660, 663 (Del. 1952). 권재열, “대법원판례상 경영판단의 원칙에 대한 소고”, 증권법연구, 제9권 제1호 (2008) 253면; 권재열, “경영판단원칙”, 비교사법 제6권 제호, 한국비교사법학회 (1999) 37면 이하 참조.

68) 대법원 2002.3.15. 선고 2000다9086 판결 등 참조.

아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 준 사안에서 “그와 같은 자금 대여는 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임 행위가 되고, 회사의 이사는 단순히 그것이 경영상의 판단이라는 이유만으로 배임죄의 죄책을 면할 수는 없으며, 이러한 이치는 그 타인이 자금지원 회사의 계열회사라 하여 달라지지 않는다”⁶⁹⁾라고 하여 ‘경영상의 판단’이라는 용어를 사용하고 있다.

또 경영판단의 원칙에 대해 대법원이 그 용어를 사용하고 있을 뿐 자세한 요건을 제시하지도 않고, 또 그에 따른 요건을 사실관계에 포섭하는 과정도 보여주고 있지 않으므로 경영판단원칙을 배임죄의 성부, 즉 형법에 직접적으로 도입한 것인지는 명확하지 않다는 주장이 있으나,⁷⁰⁾ 대법원이 경영판단원칙을 배임죄의 성부와 관련하여 도입하고 있는가에 대해서는 논란의 여지가 있을 수 있으나 기본적인 경영판단의 원칙의 취지가 사후적 고찰에 의한 결과책임의 방지라는 점에서 두고 보면 우리 대법원은 경영판단의 원칙을 도입하고 있다고 본다.⁷¹⁾ 우리나라 법원은 경영판단원칙의 판단기준으로 합리적으로 이용 가능한 범위 내에서 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거쳤는지 여부, 조사 결과를 근거로 회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실에 따라 경영상의 판단을 내렸는지 여부, 그 내용이 현저히 불합리하지 않은 것으로서 통상의 이사를 기준으로 할 때 합리적으로 선택할 수 있는 범위 안에 있어야 한다는 점을 요건으로 하고 있다. 또한 경영상의 판단이라는 이유만으로 배임죄의 죄책이 면제되지는 않는다고 판시하여 단순한 경영판단이라는 주장으로 배임죄가 사법심사의 대상이 되지 않는다는 식의 주장을 하는 것은 배척하고 있다. 나아가 법령위반의 경우에는 위와 같은 요건

의 존재를 보지 않고 경영판단의 원칙의 적용을 배제하고 있는 것으로 보인다.

(2) 성문화(成文化) 필요성

최근에는 주주들을 중심으로 부실경영에 대한 책임추궁사태가 급증하는 것으로 보아 경영실패에 따른 이사 등 경영자의 책임에 대한 합리적인 한계를 설정함으로써 경영자가 위험을 감수하고서라도 자신이 가진 경영능력을 발휘할 수 있는 법적 장치로서 경영판단의 원칙에 한국 법원의 적극적인 고려가 필요하다는 주장을 반영하여, 독일 주식법을 모델로 상법에 경영판단의 원칙을 명문으로 도입하는 것이 바람직하다는 견해도 설득력을 얻고 있다. 경영판단의 원칙을 도입하여 그 요건을 충족한 경우에는 경영행위에 배임죄 성립을 부정하자는 견해는 배임죄 확대 적용 흐름을 경계하면서 기업의 창의성과 자율성을 보장한다는 점에서 바람직하다. 그러나 입법을 통해 경영판단의 원칙을 명문화하는 경우 우리나라의 판례, 미국의 판례 및 실제 명문으로 입법을 하고 있는 독일 주식법 등을 참고하여 입법기술적으로 실효성이 있는 입법이 되도록 규정하여야 한다.

4. 배임죄의 범죄체계와 경영판단의 원칙

업무상 배임죄 판단에 있어 경영판단원칙을 도입한다는 의미는 크게 (i) 도입을 한다는 것 자체가 경영판단원칙이 인정되기 위한 조건이 충족되면 사법심사의 대상에서 처음부터 제외한다는 의미인지(사법심사배제), (ii) 구성요건 해당성 여부의 판단에 있어 고의의 인정을 어렵게 하여 고의를 인정하지 못하여 구성요건이 조각되는 사유로 볼 수 있다는 의미인지(구성요건 조각사유), 또는 (iii) 경영판단이라고 해석되는 경우에는 구성요건 해당성이

69) 경영판단이라는 용어를 사용하는 판결로는 대법원 2012.7.12. 선고 2009도7435 판결, 대법원 2007.9.7. 선고 2007도3373 판결, 대법원 1999.6.25. 선고 99도1141 판결, 대법원 2011.10.27. 선고 2009도14464 판결, 대법원 2007.11.15. 선고 2007도6075 판결 등 다수가 있음(“경영자의 경영상 판단에 관하여 위와 같은 사정을 모두 고려하더라도 법령의 규정, 계약 내용 또는 신의성실의 원칙상 구체적 상황과 자신의 역할 지위에서 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 행함으로써, 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하고 본인에게 손해를 가하였다면 그에 관한 고의 내지 불법이득의 의사는 여전히 이를 인정함이 마땅하다).

70) 객관적 주의의무를 제한하는 사유의 하나로 신뢰의 원칙(Vertrauensgrundsatz)과 비교하여, 신뢰의 원칙, 즉 도로교통에 있어 스스로 교통규칙을 준수하는 사람은 다른 교통관계자도 규칙을 준수할 것이라는 신뢰하면 족하고 다른 교통 관계자가 교통규칙을 위반할 것까지 예상해서 주의할 의무는 없다는 원칙의 경우에는 대법원이 “고속도로를 운행하는 자동차의 운전자로서는 일반적인 경우에 고속도로를 횡단하는 보행자가 있을 것까지 예견하여 보행자와의 충돌사고를 예방하기 위하여 급정차 등의 조치를 취할 수 있도록 대비하면서 운전할 주의의무가 없다”(대법원 2000.9.5. 선고 2000도2671 판결)라고 판시하여 신뢰의 원칙이 인정되기 위한 요건을 정확히 제시하고 있지만 경영판단의 원칙의 경우에는 이런 요건 제시가 없다는 이유로 도입이 안 되었다고 하는(최희성진, 전제논문, 291-292면), 요건이 제시가 없는 것만으로도 의문이지만 그렇다고 해서 도입을 하지 않은 것이라고 단정할 수 있는지 의문이다.

71) 미국 판례법상 전개된 경영판단원칙을 직접적으로 형법에 도입하고 있다고 보여지지는 않는다는 견해도 틀린 견해는 아니지만 미국 판례법상 경영판단의 원칙은 민사책임에 대한 것이고 미국은 배임죄가 없는 국가라는 점을 감안해서 언급할 필요가 있다고 본다.

인정된다 하더라도 정당행위로 봐서 위법성이 조각되는 사유로 본다는 것인지 여부(위법성 조각사유)⁷²⁾ 등으로 나누어 볼 수 있다고 본다.⁷³⁾

경영판단이라고 해도 오늘날 통치행위도 부분적으로 사법심사의 대상이 보고 있는 상황에서 경영판단을 사법심사대상에서 배제하는 것은 가능하지 않다고 본다. 경영판단을 존중한다는 의미를 어떻게 반영할 것인지의 문제일 뿐이다. 우리 대법원은 배임죄의 주관적 구성요건인 고의에 대해, “행위자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서는 문제된 행위의 판단에 이르게 된 경우와 동기, 판단대상인 업무의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실 발생의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이득을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 한다”라고 판시하고 있다.⁷⁴⁾

이런 고의의 판단기준으로 경영판단의 원칙이 고려되어야 한다. 대법원도 이런 태도로 보인다⁷⁵⁾고 판시한 부분은 경영상 판단의 원칙과 고의를 결부하는 입장을 취하고 있어 결과적으로 경영판단의 원칙을 배임죄의 성립여부에 대한 판단의 한 기준으로 고려하고 있음을 보여주고 있다. 이는 사후적 고찰의 문제를 해결하기 위한 수단이 경영판단의 원칙이라는 점에서 더욱 그렇다. 그러므로 의사결정 당시에 범죄성립 여부 판단이 어려운 배임죄의 속성상 배임죄의 성립 여부를 판단함에 있어 경영판단의 원칙은 절대적으로 고려되어야 한다. 이를 통해서 이사 등

경영진이 소신 있게 경영활동을 할 수 있도록 하기 위해서는 민사법 분야뿐만 아니라 형사법에서도 그 업무상 배임죄 성립의 한계선을 덜 불명확하게 할 수 있다.⁷⁶⁾ 기업의 경영 실패에 대한 과도한 형사처벌은 형법의 보충성의 원칙에 어긋난다는 점에서 지양하여야 한다는 요구에도 부합한다.⁷⁷⁾

VI. 결론(경영판단의 원칙을 고려한 이사의 경영판단에 대한 적법추정과 미필적 고의 인정의 제한)

1. 이사 책임의 적정화

기업경영과 관련하여 나쁜 결과가 발생하면, 경영진은 그 귀책사유와 무관하게 비난의 대상이 되는 것은 어쩔 수 없다고 볼 수 있다. 그러나 법적 책임은 사회적·도덕적 비난만으로 결정되어서는 안 된다. 이사의 책임의 적정화를 담보함으로써 사회적으로 기업이 존재하는 이유, 즉 적절한 사회적인 위험인수를 통한 모험적 투자가 가능하도록 하는 것이 필요하다. 이런 점에서 선관주의의 무 위반에 대한 책임이 논의되어야 한다.⁷⁸⁾

이사의 책임에 대한 과도한 추궁은 자칫 무사안일한 경영을 하도록 하고 미래의 성장동력을 해치게 되어 사회적으로 많은 비용을 부담하도록 하는 원인이 된다. 우리는 당장에 보이는 비용은 계산하면서도 사회적으로 분담하고 있는 사회적 비용은 고려하지 않기 쉽다. 그러나 법

72) 대법원은 보증보험회사의 경영자가 경영상의 판단에 따라 보증보험회사의 영업으로 행한 보증보험계약의 인수에 대하여, “경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상 배임죄에 있어서 고의의 입증 방법과 마찬가지로 법리가 적용되어야 함은 물론이지만, 기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 아무런 개인적인 이익을 취할 의도 없이 선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치한다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빚나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있을 수 있는바, 이러한 경우에도 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상 배임죄의 형사책임을 묻고자 한다면 이는 죄형법정주의의 원칙에 위배되는 것임은 물론이고 장차적인 차원에서 볼 때에도 영업이익의 원천인 기업이 정산을 위축시키는 결과를 낳게 되어 당해 기업뿐만 아니라 사회적으로도 큰 손실이 될 것이므로, 현행 형법상의 배임죄가 위대범이라는 범리를 부인할 수 없다 할지라도, 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식(미필적 인식을 포함)하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없는 데 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다”고 판시하였다(대법원 2004.7.22. 선고 2002도4229 판결, 이 판결을 통해서 대법원은 경영판단원칙을 경영책임자의 경영판단을 존중하여 구성요건의 단계에서(특히 고의 인정 여부와 관련하여) 당해 정책을 결정하고 집행으로까지 나아가게 된 이면에 본인인 회사의 이익과는 별 관계가 없는 경영자 개인의 이익과 관련된 의도가 개입되었는지, 또한 당해 정책을 결정하고 그 결정을 집행에 반영하게 된 진정한 의도를 판단하는 데 있어서 경영판단의 원칙이라는 용어를 사용하고 있는 점은 간접적으로나마 이 원칙을 업무상 배임죄의 성부에 있어 하나의 기준으로 받아들였다. 이 판결에 대해서는 필자의 평석(최승재, “경영판단의 항변과 기업경영자의 배임죄의 성부”, 법률신문 제3308호 2004.10.26. 자이 있음).

73) 관련하여, 박미숙, “경영판단과 배임죄의 성부”, 형사판례연구 제5권, 한국형사판례연구회 편, 박영사, 2007, 212면.

74) 대법원 2007.1.26. 선고 2004도1632 판결.

75) 방송사 사장인 피고인이 방송사의 조세소송 관련 사무를 처리하면서 개인적 이익을 위하여 불합리한 내용의 조정안을 제시하고 무리하게 조정을 추진함으로써 방송사에게 손해를 가하였다고 하여 특정경 제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)으로 기소된 사안에서 대법원은 “경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었다고 하기 위하여는 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식 아래 행하여지는 의도적 행위임이 인정되어야 한다”(대법원 2012.11.2. 선고 2010도15129 판결)고 판시하였다. 그 외 대법원 2010.10.14. 선고 2010도387 판결, 대법원 2011.7.28. 선고 2010도7546 판결, 대법원 2004.7.22. 선고 2002도4229 판결, 대법원 2010.11.14. 선고 2007도10415 판결 등 참조.

76) 강동범, “이사의 경영판단과 업무상 배임”, 법학논집 제14권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소 (2010).

77) 윤영철, “형사법원으로서 형법의 최후수단성 원칙에 대한 고찰”, 형사정책 제19권 제2호, 형사정책학회 (2001).

78) McCormack, Limiting Corporate Directors' Liability: Delaware's Section 102(b)(7) and The Erosion of the Directors' Duty of Care, 33, 136 U. Pa.L. Rev. 1987-1988, 239.

경제학은 이러한 사회적 비용의 중요성을 일깨워준다. 만일 이사의 책임을 계속 강화하면 책임을 지지 않으려고 해서 책임을 저도 문제가 되지 않을 무능력한 사람들이 이사가 될 우려가 있다. 이사의 책임을 일정부분 제한하여 유능한 이사가 회사를 경영하도록 입법적으로 노력할 필요가 있다.⁷⁹⁾

우리나라 상법도 이런 문제인식을 가지고 2011년 상법 개정을 하였다. 기존 상법은 모든 주주가 지분적 이해관계를 가지는 주식회사의 특성상 재산권인 이사에 대한 손해배상청구권을 포기하는 것은 주주에게 손실을 초래할 수 있다는 점 및 손해배상책임제도의 경영상의 위법행위 억제효과 등에 입각하여 이사의 책임면제를 총주주의 동의라는 엄격한 조건하에서만 인정하였다. 그러나 이는 현실적으로 불가능하고 최근 이사의 배상책임이 거액에 이르게 되면서 이사의 의무와 책임 강화 측면에만 치우친 나머지 이사의 보호제도로서 충분한 기능을 하지 못하는 것으로 평가되었다. 따라서 2012년 4월부터 발효된 상법은 책임감면제도를 신설하여, 유능한 경영인을 쉽게 영입하고 이사의 진취적 경영이 활성화될 것으로 기대하고 있다. 다만, 고의나 중대한 과실로 손해를 발생시킨 경우와 자기거래 금지의무를 위반한 경우에는 책임을 감면하지 못하도록 하는 예외를 두었다.⁸⁰⁾ 그러나 실제 정관에 규정하는 것이 어려워 폐쇄회사가 아닌 경우 새로 도입된 이사의 책임감면제도는 활용되지 못하고 있다.

우리나라의 경우에는 이사는 민사책임 외에 배임죄 등에 의한 형사책임을 부담하고 있어 과도한 책임을 부담할 가능성이 있다. 기본적으로 이사의 선관주의의무 위반에 대한 책임은 법경제학적으로 민사책임을 부담하도록 하는 것이 옳다. 그런 점에서 배임죄 등에 대한 그 고의 판단에 있어서 신중하게 할 필요가 있다.

2. 배임죄 처벌과 경영판단의 법칙

우리 법원의 판례를 분석한 결과로 볼 때, 단정적으로 우리 법원의 배임죄에 대한 판결이 경영실패에 이르게 하

는 행위가 경영실패에 대한 결과책임으로 기능하고 있다고 단정할 수는 없었다. 대상판결의 경우에도 대법원이 손해발생의 위험이 높은데도 만연히 행위에 나아간 것으로 판단한 것은 미필적 고의를 인정한 것으로 보인다. 그러나 이런 판단은 여전히 과실영역에 포함되어 민사책임으로 해결되어야 할 영역이 배임죄에 의한 제재에 포함될 위험을 내포하고 있다. 이 문제를 해결하기 위하여는 배임죄의 고의 판단에서 생각할 점이 있다.

첫째, 본고에서 언급한 것과 같이 미필적 고의와 과실의 경계가 명확하지 않아서 판단의 여지가 있을 때는 경영판단의 원칙에 의한 추정을 통해서 과실로 추정하도록 하는 것이 필요하다고 본다. 이를 통하여 경영판단의 원칙의 기능인 판사의 사후적 고찰을 회피할 수 있다고 본다. 검사는 경영판단의 원칙의 요건에 해당하지 않는다는 점을 증명하여 경영판단의 원칙에 의한 추정을 복멸할 수 있다고 본다.

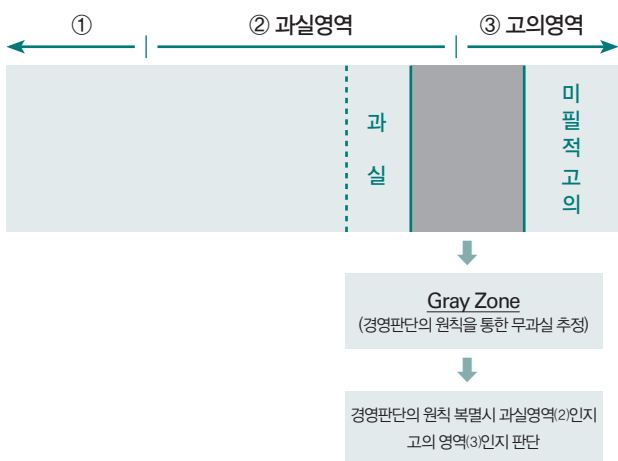
이와 같이 보지 않고 있는 대상판결과 같은 현재의 법원의 판단은 경영판단의 원칙을 입증책임전환(立證責任轉換)의 원칙(原則)으로 활용하지 않고 있다는 점에서 사후적 고찰이 개입될 여지가 있고, 범의를 엄격하게 판단하지 않고 미필적 고의라는 분류하에 일부 과실범적 요소가 고려될 가능성을 내포하고 있다는 점에서 개별적인 판사의 능력이 아닌 법리에 의한 사후적 고찰의 배제를 위하여 이와 같은 법리를 적용할 필요가 있다고 본다. 만일 법원이 배임죄를 적용함에 있어서 결과책임 내지 과실까지 포함하는 책임법리를 운영하는 경우 수범자인 기업의 이사로서는 경영자가 과도한 주의의무 수준을 보여서 과도한 사회적 비용이 발생하게 되고, 이런 비용으로도 위험이 제거되지 않으면 가급적 경영의사결정을 하지 않음으로서 기업의 도전적인 사업시도가 위축될 것이므로 이는 사회적으로 매우 위험한 결과가 되기 때문에 경영판단의 원칙의 이런 관점에서의 적용은 매우 중요하다. 이는 대법원 2004.7.22. 선고 2002도4229 판결에서 “경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지

79) D. A. Oesterle, Limitation of Directors' Liability: A Proposal for Legislative Reform, 66 Texas Law Review (1987-1988)

80) 제400조(회사에 대한 책임의 감면) ① 제399조에 따른 이사의 책임은 주주 전원의 동의로 면제할 수 있다.

② 회사는 정관으로 정하는 바에 따라 제399조에 따른 이사의 책임을 이사가 그 행위를 한 날 이전 최근 1년간의 보수액(상여금과 주식매수선택권의 행사로 인한 이익 등을 포함한다)의 6배(사외이사의 경우는 3배)를 초과하는 금액에 대하여 면제할 수 있다. 다만, 이사가 고의 또는 중대한 과실로 손해를 발생시킨 경우와 제397조 제397조의2 및 제398조에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상 배임죄에 있어서 고의의 입증 방법과 마찬가지로 법리가 적용되어야 함은 물론이지만, 기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 아무런 개인적인 이익을 취할 의도 없이 선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빗나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있을 수 있는바, 이러한 경우까지만 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상 배임죄의 형사책임을 묻고자 한다면 이는 죄형법정주의의 원칙에 위배되는 것은 물론이고 정책적인 차원에서 볼 때에도 영업이익의 원천인 기업가 정신을 위축시키는 결과를 낳게 되어 당해 기업뿐만 아니라 사회적으로도 큰 손실이 될 것이므로, 현행 형법상의 배임죄가 위태범이라는 법리를 부인할 수 없다 할지라도, 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식(미필적 인식을 포함)하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없는데 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다”라고 해서 결과책임을 묻거나 주의의무 위반에 대한



책임을 배임죄를 부담시켜서는 안 된다는 점을 명확하게 한 취지와 부합한다. 이를 도해하면 아래와 같다.

둘째 배임죄의 고의 판단에 있어서 경영판단의 원칙을 고려함에 있어 경영판단의 원칙의 절차법칙의 특징을 고려하기 위하여 내부통제와 관련된 사항을 같이 고려할 필요가 있다고 본다. 기업경영에 대한 의사결정의 절차적인 면은 판사가 사후적으로 판단하더라도 사후적 고찰의 가능성이 적지만, 내용적 통제의 경우에는 이미 경영판단의 결과를 알고 있으므로 사후적 고찰의 가능성이 높아진다.⁸¹⁾ 이런 점에서 절차 통제가 배임죄의 고의 판단에 있어서 중점이 되어야 할 필요성이 있다. 상법은 2011년 개정을 통해서 상법 제542조의13(준법통제기준 및 준법지원인)을 신설하여 준법지원인 제도를 도입하고 있다.⁸²⁾ 이 제도의 효율적인 운영을 통하여 사전적으로 이사의 경영행위의 적법성을 기하고 이사 등 경영진의 모험적인 경영행위로 인한 손해를 최소화할 수 있도록 내부통제시스템을 운영하는 회사의 경우에는 이사는 적절한 경영판단을 하기 위한 절차적인 통제를 받고 있는 것이다. 이 제도의 도입을 통해서 한국에서 사내변호사의 역할이 증대되고, 회사의 법률리스크를 줄이고, 이에 따라 이사의 책임 부담을 줄이기 위한 사내변호사에 대한 역할이 강조되고 있다. 이와 같은 내부통제시스템을 잘 구비하면, 이사는 내부통제시스템을 기본적으로 신뢰하고 경영판단을 하면 미필적 고의 성립을 부정하는 증거로 사용되도록 하는 것이 바람직하다. 미국은 내부통제시스템을 잘 정비하고 관리하였음을 입증하는 기업에게는 미국 연방양형지침에 의해서 임직원의 범죄행위에서 발생하는 회사의 형사 책임을 최고 95%까지 감면해주고 이를 민사책임의 영역까지 확대하여 이사들이 임직원의 행위로 인해 손해가 발생하더라도 임직원에 대한 감시 소홀에 대한 임무해태 책임을 면제하는 등 인센티브를 제공하고 있다. 우리도 참고하여 이사의 책임이 미필적 고의에 이르지 않는 것으로 판단함에 있어 고려되어야 할 필요가 있다.

모험적인 경영행위가 필연적으로 전제되는 현재 기업 활동의 실정상, 사후적으로 경영행위에 대하여 책임을 묻

81) Lynn A. Stout, In Praise of Procedure: An Economic and Behavioral Defense of Smith v. Van Gorkum and the Business Judgement Rule, University of California School of Law Research Paper Series (2001).
 82) 손영화, 내부통제와 준법지원인 제도, 선진상사법률연구 제60호 (2012); 이진국, "기업범죄의 예방수단으로서 준법감시제도(Compliance)의 형법적 함의", 형사정책연구 제21권 제1호 (2010).

는 경우에도 기업의 자율성과 창의성을 제고하는 방향으로 운용될 수 있도록 이사 책임의 적정화가 필요하다. 이사의 책임을 부담시킴에 있어 특히 경영의사결정에서의 주의의무 위반에 대한 책임을 지우는 경우는 기본적으로 민사책임으로 해결하는 것이 효율적이므로 이런 경우를 형사처벌하는 것은 신중하여야 하며, 경영판단의 원칙이 고의 판단에 있어서 경영의사결정에 대한 적법추정을 하는 역할을 하도록 법리를 정립할 필요가 있다. 그리고 주관적 구성요건인 범의의 인정은 엄격하게 할 필요가 있으며, 경영판단의 원칙은 이런 범의 인정에 엄격성을 담보하여 판사가 사후적 고찰을 하지 않도록 하는 수단이 될 수 있다. 이렇게 배임죄가 운영이 되면 배임죄로 인해서 이사의 경영활동을 위축시키는 결과를 초래하는 것은 상당부분 억제하고 합리적인 수준의 위험인수를 가능하게 하여 국가경제의 건전한 성장에 기여할 것으로 생각한다.

〈참고 문헌〉

〈국내문헌〉

- 강동범, “이사의 경영판단과 업무상 배임”, 법학논집 제14권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소 (2010.3.)
- 강동욱, “경영판단원칙과 배임죄”, 선진상사법률연구 통권 제62호 (2013)
- 곽병훈, “미국 회사법의 경영판단원칙”, 재판자료 외국사법연수논집(22) 98집, 법원도서관 (2002)
- 구회근, “업무상 배임죄와 경영판단원칙 - 대법원판례를 중심으로 -”, 법조 제590호 (2005)
- 권재열, “대법원판례상 경영판단의 원칙에 대한 소고”. 증권법연구, 제9권 제1호 (2008)
- 권재열, “경영판단의 원칙”, 비교사법 제6권 제1호, 한국비교사법학회 (1999)
- 권종호, 2011년 개정상법상의 집행임원제도의 의의와 과제, 증권법연구 제12권 제2호 (2011)
- 김효신, “경영판단의 원칙과 선관주의의무의 재정립”. 중앙법학, 제13집 제4호, 중앙법학회 (2011.12.)
- 박미숙, “경영판단과 배임죄의 성부”, 형사판례연구 제15권, 한국형사판례연구회 편, 박영사 (2007)
- 사법연수원, 「기업범죄」, 신종범죄론 (2010)
- 설민수, “상장회사 경영진의 경영상 행위에 대한 형사적 규율의 원인, 그 한계 및 대안의 모색: 배임죄의 확장과 퇴조에 중점을 두고”, 저스티스 통권 제127호 (2011)
- 손영화, 내부통제와 준법지원인 제도, 선진상사법률연구 제60호 (2012)
- 송옥렬, “이사의 민사책임과 형사책임의 판단기준”, 상사판례연구 제6권 (2006)
- 윤영철, “형사입법론으로서 형벌의 최후수단성 원칙에 대한 고찰”, 형사정책 제19권 제2호, 형사정책학회 (2001)
- 이무선, “기업경영과정에서 발생한 회사의 손해에 대한 이사의 책임과 배임죄의 성부”, 선진상사법률연구 제51호 (2010)
- 이상돈, “경영실패와 경영진의 형사책임”, 법조 제560호 (2003)
- 이수현, “업무상 배임죄에 있어 배임행위와 경영판단행위의 관련성”, 아주법학 제6권 제1호, 주대학교 법학연구소 (2012)
- 이정민, “경영판단원칙과 업무상 배임죄”, 형사정책연구 제18권 제4호 (2007)
- 이진국, “기업범죄의 예방수단으로서 준법감시제도 (Compliance)의 형법적 함의”, 형사정책연구 제21권 제1호 (2010)
- 이홍욱, “판례를 통해 본 이사의 충실의무”, 비교사법 제12권 제4호 (2005)
- 임재연, 「미국기업법」, 박영사 (2009)

- 조국, “기업범죄 통제에 있어 형법의 역할과 한계”, 형사법연구 제19권 제3호 (2007)
- 조기영, “배임죄의 제한해석과 경영판단의 원칙 - 경영판단원칙 도입론 비판”, 형사법연구 제19호 (2007)
- 조재호, “기업범죄에 대한 효율적 대처방안 연구”, 성균관대학교 박사학위 논문 (2010)
- 지유미, “미국의 우편 및 전신사기죄-우리 형법전상(업무상) 배임죄와의 비교를 중심으로-”, 경상대학교 법학연구 (2013)
- 채이배, 상법 제382조의3(이사의 충실의무)개정 필요성-이사 및 지배주주의 사익추구 방지를 위하여, 기업지배구조연구 제46호, 98면 (2013)
- 최병규, “미국법상 경영판단의 원칙과 우리나라에의 도입가능성”, 안암법학통권 제12호 (2001)
- 최성진, “경영판단원칙과 경영책임자에 대한 업무상 배임죄의 성부”, 동아법학 (2013)
- 최준선, “상법상의 특별배임죄규정의 개정방향”, 경제법연구 제11권 제2호 (2012)
- Robert Cooter & Thomas Ulen, 한순구 譯, 「법경제학」, 경문사 (2012)
- 허일태, “배임죄의 행위 주체와 손해의 개념”, 비교형사법연구 제6권 제2호 (2004)

〈해외문헌〉

- Gary S. Becker, Crime and Punishment. An Economic Approach, Journal of Political Economy 76 (1968) 169-217.
- Jensen & Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure, Journal of Financial Economics (1974) Vol. 3, 305-360.
- McCormack, Limiting Corporate Directors' Liability: Delaware's Section 102(b)(7) and The Erosion of the Directors' Duty of Care, 33. 136 U. Pa.L. Rev. 1987-1988.
- Oesterle, D. A., Limitation of Directors' Liability: A Proposal for Legislative Reform, 66 Texas Law Review (1987-1988), 411.
- Lynn A. Stout, In Praise of Procedure: An Economic and Behavioral Defense of Smith v. Van Gorkum and the Business Judgement Rule, University of California School of Law Research Paper Series (2001)

keri 한국경제연구원

발행일 2014년 11월 4일 | 발행인 권태신 | 발행처 한국경제연구원 | 주소 서울시 영등포구 여의대로 24 FKI Tower 45층 | 전화 3771-0060 | 팩스 785-0270~3

