

FIP-2014-0010 (통권 제209호, 2014. 12)

판례로 본 배임죄의 문제점

ISSUE
PAPER

Contents

I . 검토배경	1
II . 배임죄에 관한 규정	2
1. 형법상 배임죄	2
2. 상법상 특별배임죄	3
III . 배임죄의 본질과 구성요건	4
1. 배임죄의 본질	4
2. 구성요건	4
IV . 판례로 본 배임죄의 문제점	6
1. 법문에도 없는 손해발생의 ‘위험’은 왜 처벌하나?	6
2. 신임관계를 저버리는 일체의 행위, 도대체 뭘 말하나?	10
3. 경영판단의 원칙, 누군 되고 누군 안 되나?	13
V . 개선방안	17
<참고문헌>	20

- FKI Issue Paper는 경제 및 정치·사회분야에서 우리 모두가 대비해야 할 현안에 대한 문제를 제기하고 정책대안에 대한 공감대를 만들어 나가고자 발간하고 있습니다.
- 이 자료는 본회 기업정책팀 이정은 선임조사역이 작성한 것입니다.
내용과 관련하여 의견이나 문의사항이 있으시면 아래로 연락하여 주시기 바랍니다.
TEL : 02-3771-0394 FAX : 02-6234-5383 E-mail : lje@fki.or.kr

I. 검토배경

- 형법상 배임죄는 개인적 법익인 재산권을 보호하기 위해 도입된 경제범죄의 하나이나, 그 주체 및 구성요건요소가 추상적이고 모호해 사실상 범죄의 성부가 전적으로 법원의 재량에 맡겨져 있으며, 이로 인해 그 적용범위가 한층 확대되어 오고 있음
 - 오늘날 형사실무는 배임죄를 경제적으로 이슈가 되는 일체의 위반행위에 대해 만능의 무기로 사용하고 있는 실정임
 - 특히 이사 등의 경영판단행위에 대해서 형법의 업무상 배임죄의 적용을 확대하면서 배임죄의 과잉적용에 대한 우려가 현실화되고 있음
- 배임죄에 관한 판례들 중에는 원심과 상고심이 같은 사실관계를 두고도 서로 다른 결론을 내리거나, 대법원 대법관들 사이에서도 유·무죄 여부를 두고 의견이 분분한 경우가 다수 있음
- 최근에는 대기업 총수의 경제범죄에 대하여는 집행유예를 원칙적으로 금지하고 사면을 제한해야 한다는 주장 아래, 배임죄의 법정형을 상향조정하는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 개정안 등이 발의되기도 하였음¹⁾
- 이하에서는 배임죄의 구성요건 등 그 특징을 검토하고, 기업과 관련된 배임죄 판례들을 중심으로 지금의 해석론이 어떠한 위험을 내포하고 있는지, 어떻게 개선되어야 하는지 방향을 제시하고자 함

1) 현행 특정법상 특정경제범죄 법정형은 「1. 이득액이 50억 원 이상일 때: 무기 또는 5년 이상의 징역, 2. 이득액이 5억 원 이상 50억 원 미만일 때: 3년 이상의 유기징역」으로 규정되어 있는데, 2013. 11. 박민식의원 등은 특정법상 특정재산범죄(사기, 공갈, 횡령, 배임 등)의 이득액 구간을 추가해 이득액이 300억 원 이상일 때에는 무기 또는 7년 이상 징역이 가능하도록 하는 개정안을 발의하였고, 2014. 3. 박인숙의원 등은 박민식의원과 같은 방식이지만 법정형을 더 강화해, 이득액이 100억 원 이상일 때에는 무기 또는 10년 이상 징역이 가능하도록 하는 개정안을 발의하였음.

Ⅱ. 배임죄에 관한 규정

1. 형법상 배임죄

- 형법상 배임죄는 제355조 제2항에 규정되어 있고, 제356조에서 업무자의 배임행위에 대해 가중처벌하고 있음

형법 제355조(횡령, 배임)

② 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에도 전항의 형²⁾과 같다.

형법 제356조(업무상의 횡령과 배임)

업무상의 임무에 위배하여 제355조의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

- 형법상 배임죄의 가중처벌규정으로서 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조가 있음

특경법 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 가중처벌한다.

1. 이득액이 50억 원 이상일 때: 무기 또는 5년 이상의 징역
2. 이득액이 5억 원 이상 50억 원 미만일 때: 3년 이상의 유기징역

② 제1항의 경우 이득액 이하에 상당하는 벌금을 병과할 수 있다.

2) 제355조(횡령, 배임) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 상법상 특별배임죄

- 상법 제622조, 제623조에서는 발기인, 이사 등의 임원, 감사, 청산인, 직무대행자 등 사용인과 사채권자집회의 대표자 등의 임무위배에 대한 특별배임죄를 두고 있음

상법 제622조(발기인, 이사 기타의 임원등의 특별배임죄)

- ① 회사의 발기인, 업무집행사원, 이사, 집행임원, 감사위원회 위원, 감사 또는 제386조제2항, 제407조제1항, 제415조 또는 제567조의 직무대행자, 지배인 기타 회사영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인이 그 임무에 위배한 행위로서 재산상의 이익을 취하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 회사에 손해를 가한 때에는 10년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.
- ② 회사의 청산인 또는 제542조제2항의 직무대행자, 제175조의 설립위원이 제1항의 행위를 한 때에도 제1항과 같다.

상법 제623조(사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄)

사채권자집회의 대표자 또는 그 결의를 집행하는 자가 그 임무에 위배한 행위로서 재산상의 이익을 취하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 사채권자에게 손해를 가한 때에는 7년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

- 상법상 특별배임죄는 형법의 업무상 배임죄의 특별규정으로서, 이사 기타 임원 등의 회사에 대한 배임행위를 가중처벌 하고자 한 것이었으나, 1995년 형법 개정으로 업무상 배임죄의 법정형이 ‘10년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금’으로 가중되면서 형법의 업무상 배임죄와 그 구성요건 및 법정형이 동일해짐³⁾
 - 이에 상법상 특별배임죄를 적용하지 않고, 이사 등의 행위가 형법상 ‘업무’에도 해당된다고 하여 형법의 업무상 배임죄와 그 가중규정인 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률을 적용해 처벌하고 있음
 - 상법상 특별배임죄는 형법상 배임죄의 특별법이므로 상법상 배임죄 주체에 의한 배임행위는 법 일반원칙인 ‘특별법 우선의 원칙’에 의해 상법상 배임죄로 처벌하는 것이 타당함에도, 이득액에 따라 가중처벌하는 특경법을 적용하기 위해 상법이 아닌 형법의 업무상 배임죄를 적용하고 있음

3) 1962년 1월 20일 상법 제정 당시에는 상법상 특별배임죄의 법정형이 ‘10년 이하의 징역 또는 2백만 원 이하의 벌금’이었기 때문에 제정당시에는 형법의 업무상 배임죄의 법정형인 ‘10년 이하의 징역 또는 5만 원 이하의 벌금’보다 높았음.

Ⅲ. 배임죄의 본질과 구성요건⁴⁾

1. 배임죄의 본질

- 형법상 배임죄에 ‘타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로 써’라고 규정되어 있는 것과 관련, 배임죄의 본질에 대해 판례는 배신행위에 대한 처벌로 보고 있음⁵⁾
 - 배임죄의 본질을 ‘배신’으로 볼 경우, ‘배신’ 개념의 추상성으로 인해 배임죄의 성립요건이 불명확해져 처벌이 확장될 우려가 있을 뿐만 아니라, 대내적 신임관계를 저버린 모든 행위가 형사처벌의 대상이 되므로 민법상 사적 자치의 원칙을 훼손하게 되며, 사소한 배신행위에 대해서도 형법의 개입을 인정하게 되어 형법상의 최후수단성의 원칙이나 최소성의 원칙을 해치게 될 수 있음

2. 구성요건

1) 타인의 사무를 처리하는 자

- “타인의 사무를 처리하는 자”라 함은, 양자 간의 신임관계에 기초를 두고 타인의 재산관리에 관한 사무를 대행하거나 타인 재산의 보전행위에 협력하는 자의 경우 등을 의미함⁶⁾
- 업무담당자가 아니더라도 그 담당자의 상급기관으로서 문제 행위가 피해자에 대한 배임행위라는 것을 알면서도 그 행위를 교사하거나 또는 배임행위의 전 과정에 관여하는 등 배임행위에 적극 가담한 경우에도 배임죄의 주체가 됨⁷⁾

4) 서문에서 밝힌 바와 같이, 회사의 이사 등은 주로 업무상 배임죄로 의율되고 있으므로 업무상 배임죄를 기준으로 본질 및 구성요건을 살피고자 함.

5) 배임죄의 시초는 1851년 프로이센 형법전이며, 동 법률에서는 배임죄의 본질을 본인에 대한 신뢰관계의 배신으로 보았다고 함. 이를 기초로 하여 1870년 제정된 독일 북부연방형법전은 배임죄의 범위를 확대하였으며, 이것이 이후 독일제국형법전으로 전환, 1907년 일본형법전에 영향을 주었으며, 이어서 1953년 9월 18일 제정된 한국형법의 근거가 되었다고 함(허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 「비교형사법연구」 제6권 제2호(2005), 한국비교형사법학회, 139면).

6) 대판(전) 2004. 6. 17. 2003도7645(공2004, 1181), 대판 2003. 9. 26. 2003도763(공2003, 2129).

7) 대판 2004. 7. 9. 2004도810(공2004, 1382), 2000. 3. 14. 99도457(공2000, 1005).

2) 임무에 위배

- “임무에 위배하는 행위”란 처리하는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법령의 규정, 계약의 내용 또는 신의칙상 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과의 신임관계를 저버리는 일체의 행위”를 의미함⁸⁾

3) 재산상 이익의 취득

- 행위자 본인이 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여야 함

4) 재산상 손해의 발생

- 법문상 “본인에게 손해를 가한 때”라고 명시하고 있으나, 실제로는 본인에게 현실적으로 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 손해를 가한 때로 보고 있음⁹⁾

5) 고의, 불법영득의 의사

- 업무상 배임죄가 성립하기 위한 주관적 요건으로, 행위자가 주관적으로 자기의 행위가 임무에 위배되는 것이라는 인식 외에도 그로 인하여 본인에게 재산상 손해를 발생 또는 발생시킬 염려가 있다는 인식이 있어야 함¹⁰⁾

8) 대판 2004. 7. 9. 2004도801(공2004, 1382).

9) 대판 1983. 3. 8. 82도2873(공1983, 680) 판결부터 재산상 손해발생의 위험성도 손해에 포함하고 있음.

10) 대판 2003. 4. 25. 2001도4035(공2003, 1377).

IV. 판례로 본 배임죄의 문제점

1. 법문에도 없는 손해발생의 ‘위험’은 왜 처벌하나?

1) 판례

□ 형법은 배임죄 및 업무상 배임죄에서 ‘손해를 가한 때’ 배임죄가 성립한다고 명시하고 있으나, 실무적으로는 현실적 손해를 가한 경우뿐만 아니라 손해발생의 위험을 초래한 경우도 이에 해당한다고 판단

- (사례1) 현대차 계열사의 현대우주항공, 현대강관 유상증자참여 사건에서 법원은 실제 손해는 발생하지 않았으나, 계열사들이 출자금 회수 가능성이 확실하지 않은 유상증자에 참여한 것 자체가 손해발생의 위험성을 내포하고 있었으므로, 업무상 배임죄에 해당한다고 판단

* 사건개요: IMF 금융위기 당시 현대차그룹의 경영권 방어를 위해 현대차 및 그 계열사, 정몽구 회장 등이 해외펀드를 통해 현대강관의 유상증자에 참여, 당시 주당 4,700원이던 주식 3648만 주를 주당 5,000원에 매입

< 현대자동차 유상증자 참여 사건¹¹⁾ >

(원심) 업무상 배임죄에 있어 재산상의 손해를 가한 때라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하여야 할 것인바,……(중략)……이 사건 유상증자에 참여함으로써 글로벌호라이즌 펀드에 대한 출자액 전액에 대한 손실 위험이 초래되었다고 할 것이고……(후략).

(항소심) 유상증자 당시 재산상의 위험이 발생한 이상 그 즉시 업무상 배임죄의 ‘손해’가 발생하였다고 보아야 하고……(후략).

- (사례2) SK증권 유상증자와 관련, 최태원 회장이 SK글로벌 해외현지법인 2곳과 JP모건 간에 SK증권 주식에 관한 풋옵션 계약을 체결하도록 한 사건에서는 원심과 항소심 판단의 결론은 유죄로 동일하지만, ‘재산상 손해’의 해석에는 차이를 보이고 있음

11) 서울지방법원 2007. 2. 5. 2006고합474, 서울고등법원 2007. 9. 6. 2007노586. 검찰은 현대우주항공 대주주 자격으로 연대보증을 선 정몽구 회장이 보증채무를 떨기 위해 계열사들을 현대우주항공, 현대강관 유상증자에 참여시켜 계열사에 거액의 손실을 끼쳤다고 특경법상 배임으로 기소했고, 변호인단은 위 유상증자는 정 회장의 부채를 탕감하기 위해서가 아니라 외환은행과 맺은 재무구조개선약정에 따른 것이었다고 항변한 사건.

* 사건개요: 99년 당시 SK증권의 퇴출위기 극복을 위해 SK그룹은 미국계 투자금융회사인 JP모건과 유상증자 참여 시 그 주식을 되사주는 이면계약을 체결, 주당 4,920원에 2400만 주 매각, 2002년 SK글로벌을 통해 JP모건으로부터 주당 6,070원에 주식을 되삼(당시 주가 1,535원)

< SK-JP모건 이면계약 사건¹²⁾ >

(원심) 계약이행에 따른 주식대금지급으로 구체적 손해가 발생함으로써 비로소 그 배임죄가 기수에 이르렀다고 보아야 할 것이다(따라서 옵션계약을 체결한 후 그 계약에 따른 대금지급이 이루어지지 않았다면 이 사건 배임죄는 미수).

(항소심) 이 사건 옵션계약의 체결로 인하여 본인인 해외법인들이 임의로 계약의 효력으로 부터 벗어날 수 없어서 부담하게 되는 실해 발생의 위험이 초래된 때에 바로 배임죄의 기수

- SK사건에서 원심은 구체적인 손해가 발생한 경우를 배임죄의 기수로, 손해가 발생하지 않은 경우에는 미수로 봐야 한다는 결론을 내린 반면, 항소심은 기존 법원의 태도대로 손해발생의 위험만 있어도 기수로 보고, 계약 당시 손해가 발생한 것으로 보고 있음
- (사례3) 한화그룹의 계열사 지원 사건에서는 원심은 손해발생의 위험만으로 처벌하는 관행에 대해 비판하면서 손해발생이 없었다고 판단한 반면, 항소심은 기존 원칙대로 판단
 - * 사건개요: 한화그룹의 부실 계열사 구제를 위해 우량 계열사 자산을 동원, 특정 계열사 주식을 특수관계인에 저가로 매각

12) 서울지방법원 2007. 2. 5. 2006고합474 판결, 서울고등법원 2005. 6. 10. 2003노1555 판결, 대법 2008. 5. 29. 2005도4640(공2008, 934). SK증권은 1997년경 국내 몇몇 금융기관과 함께 JP모건이 설계한 역외펀드에 참여했으나, 동남아 외환위기가 닥치면서 태국 바트화가 폭락, 5~6억 달러의 투자손실이 발생함. JP모건은 투자손실금을 요구했고 SK증권은 위험 고지 불충분을 들어 돈을 줄 수 없다고 버티다 SK증권이 투자손실금으로 2억 달러를 지불하고 JP모건과 펀드 지급보증을 썼던 국내은행 등이 SK증권 유상증자에 참여하는 것으로 합의하였고 이와 함께 SK글로벌 해외법인과 JP모건 간에 이면계약을 체결해 JP모건이 향후 SK글로벌 해외법인에 주식 인수 당시보다 높은 가격으로 주식을 되팔 수 있는 풋옵션, SK글로벌 해외법인이 만기 전 그 가격으로 살 수 있는 콜옵션을 설정했던 사건

< 한화그룹 계열사 지급보증 사건¹³⁾ >

(원심) 다른 재산범죄인 사기죄, 공갈죄, 횡령죄 등의 성립을 위하여는 재물의 취득 또는 재산상 이익의 취득을 요건으로 하고 있을 뿐, ‘본인에 대한 재산상 손해의 발생’을 요건으로 하고 있지 않지만, 배임죄의 경우에는 ‘재산상 손해의 발생’을 그 성립요건으로 규정함으로써 배임으로 인한 형사처벌의 범위를 제한하고, 기수와 미수의 구별기준을 제시하고 있다.……(중략)……대법원 판례는 배임죄를 침해범이 아니라 위태범으로 보고, 배임죄의 성립요건으로 ‘현실적인 손해의 발생’뿐만 아니라 ‘재산상 실해 발생의 위험’을 초래한 것으로 충분하다고 해석함으로써 재산상 손해발생의 외연을 확장하고 있다. 그런데 이러한 대법원판례의 법리를 제한적으로 해석하지 아니할 경우 죄형법정주의에 반하고 민사사건의 형사사건화를 초래한다 ……(중략)……위 피해 회사들이 재산상 손해를 입었다거나 그와 동일한 정도의 법익침해로 평가될 수 있는 재산상 실해 발생의 위험이 있었다고 볼 수 없다.

(항소심) ‘재산상의 손해를 가한 때’는 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 손해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 일단 손해의 위험을 발생시킨 이상 나중에 피해가 회복되었다고 하여도 배임죄의 성립에 영향을 주지 아니하며, ……(후략).

2) 문제점

- 배임죄는 다른 재산범죄와는 달리, 법문에서 ‘본인에게 손해를 가한 때’ 기수가 됨을 명시하고 있으나, 실무상 재산상 손해발생의 위험이 있는 경우도 손해발생에 포함하고 있어 죄형법정주의에 반하는 것은 물론, 민사상 손해배상으로 해결할 수 있는 문제를 형사처벌하고 있음
- 사기죄, 공갈죄, 강도죄 등의 재산범죄는 그 법문상 ‘재산상의 손해’를 구성요건으로 하지 않고 있으나, 배임죄만 독특하게 ‘재산상의 손해’를 법률에서 명시적으로 요구하고 있음

제355조(횡령, 배임) ②타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에도 전항의 형과 같다.

13) 서울서부지방법원 2012. 8. 16. 2011고합25, 서울고등법원 2013. 4. 15. 2012노2794, 대법 2013. 9. 26. 2013도5214(공2013하, 2021). 검찰은 김승연 회장이 차명 소유한 계열사에 지급보증 형태로 계열사 자금을 부당 지원하고, 계열사 채무 탕감을 위해 유상증자 등을 통해 회사에 손해를 끼친 혐의로 기소하였고, 김 회장 측에서는 외환위기 당시 계열사 연쇄 부도를 막기 위한 경영판단이었다고 항변했던 사건.

제333조(강도) 폭행 또는 협박으로 타인의 재물을 강취하거나 기타 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

제347조(사기) ① 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

제350조(공갈) ① 사람을 공갈하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

- 이러한 법률규정상 차이는 다른 재산범죄와 달리 배임죄의 성립을 가능한 한 제한하려는 입법의도가 반영된 것이며, ‘재산상의 손해발생’은 배임죄의 기수와 미수를 결정하는 중요한 구성요건으로서 문언적 의미를 넘어서는 해석은 자제되어야 함¹⁴⁾
- 그럼에도, 재산상 손해발생의 위험만 있는 경우에도 배임죄의 기수로 보는 것은 처벌의 수위를 높이기 위한 정책적 목적으로 보임
- 또한, 형벌권은 신중하고 엄격하게 행사되어야 하는데, 손해와 동등한 정도의 위험이라는 개념에 대한 구체적 판단기준을 제시하지 않으면서, 민법 등 사법 및 상식과 다른 손해 개념을 만들어내는 것은 사법판단에 대한 국민의 예측가능성을 깨뜨리고 있음
- 뿐만 아니라, 손해발생의 위험만으로도 배임죄 성립을 인정함으로써 손해액을 산정하지 않고 판결을 내리는 경우도 있음¹⁵⁾

배임죄에서 본인에게 손해를 가한 때라 함은 총체적으로 보아 본인의 재산상태에 손해를 가한 경우를 말하고, 실해발생의 위험을 초래케 할 경우도 포함하는 것이므로 **손해액이 구체적으로 명백하게 산정되지 않았더라도 배임죄의 성립에는 영향이 없다**고 할 것이다 (대법원 1999. 4. 13. 98도4022).

- 법원 내부에서도 이러한 해석에 대해 경계하는 목소리가 나오고 있음. 특히, 한화 그룹 사건에서 원심은 대법원의 해석은 죄형법정주의에 반하고, 민사책임과 형사책임의 역전현상을 일으키고, 진취적이고 도전적 경제활동의 위축을 초래하며, 특경법의 가중처벌 양형과의 불균형이 발생한다는 이유를 들어 비판하고 있음

14) 류전철, “배임죄에서 재산상 손해발생의 위험”, 「법학논총」 제30권 제1호(2010. 4.), 전남대학교 법학연구소, 115면.

15) 대법원이 배임죄를 위험범으로 이해하고 재산상 손해발생의 위험을 손해발생과 동일시하여 기수처벌범위를 확장 해석함으로써 배임죄의 가벌성의 영역만 넓어진 것은 아니다. 법원은 배임죄로 처벌하면서 배임으로 얻은 이익과 손해를 구체적으로 산정하는 수고를 덜 수 있는 장점이 있다. 구체적으로 발생하지 않은 재산손해 대신에 ‘위험’액을 추정하는 것이 그것이다. 배임으로 인해 얻은 재산상 이익과 손해를 산정하지 않고도 배임죄의 기수를 인정할 수 있는 ‘재산상 손해발생의 위험’이라는 개념의 매력은 바로 여기에 있는 것이지, 배임죄의 성격에 따라 가능한 논리의 개념이라고 하기는 어렵다. 오히려 손해의 정확한 집계에 대한 요청을 감소시키는 손쉬운 개념적 도구로서 ‘재산상 손해발생의 위험’은 이미 죄형법정주의의 경계를 넘어가고 있다는 비판을 받아야 한다(류전철, 앞의 논문, 123면).

- 대법원이 계속 위와 같이 배임죄를 해석한다면, 배임죄의 미수규정은 무의미하게 될 뿐만 아니라, 배임죄의 가벌성 범위가 확장돼 “배임죄는 재산적 비행의 하수종 말처리장”이라는 비난을 피할 수 없을 것이라고 비판하는 경우도 있음¹⁶⁾

2. 신임관계를 저버리는 일체의 행위, 도대체 뭘 말하나?

1) 판례

- 판례는 임무위배행위를 본인과의 신임관계를 저버리는 일체의 행위라고 보면서 각 사안에 따라 개별적으로 임무위배 여부를 판단하고 있음

‘임무에 위배하는 행위’라 함은 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의성실의 원칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함한다.

- (사례1) 동아그룹 사건에서 원심과 대법원은 같은 행위를 두고도 임무위배 여부에 대한 판단을 달리 함
 - * 사건개요: 동아그룹 회장이 계열사 자금으로 재무구조가 부실한 다른 계열사가 발행하는 신주를 액면가격으로 인수한 사건

< 동아그룹 계열사 지원 사건 >

(원심) 공소외 4주식회사의 채무에 대하여 지급보증을 할 경우 담보를 제공받는 등의 방법으로 공소외 2주식회사에게 손해가 가지 않도록 하여야 할 업무상 임무가 있음

(대법원) 타인이 단순히 채무초과 상태에 있다는 이유만으로는 그러한 지급보증 또는 연대보증이 곧 회사에 대하여 배임행위가 된다고 단정할 수 없다....(중략)...공소외 4주식회사가 그 당시까지 채무이행을 제대로 하고 있는 등 정상적인 영업활동을 하고 있으면서 단순히 채권자의 요구에 의하여 계열회사라는 이유로 공소외 2주식회사를 공익채무의 연대보증인으로 추가한 것에 불과하다면 업무상 배임죄로 처단할 수는 없을 것

- (사례2) 에버랜드 전환사채 발행 사건에서는 회사의 재산 보호와 관련한 이사의 임무 범위가 어떻게 되는지에 대해 원심과 대법원이 다른 판단을 하고 있고, 대법관 사이에서도 의견 대립이 있었음

16) 류전철, 앞의 논문, 108면.

* 사건개요: 에버랜드 이사들이 전환사채를 저가로 발행하고, 주주들이 인수하지 않은 전환사채를 제3자인 이재용 상무 등에게 배정한 것에 대해 검찰이 경영권 편법 승계를 위한 배임으로 기소했던 사건

< 에버랜드 전환사채 발행 사건¹⁷⁾ >

(원심) 주식회사의 이사는 전환사채를 발행할 경우 관계 법령과 정관의 규정에 따라야 함은 물론, 선량한 관리자로서의 주의의무를 지고……(후략). 현저히 낮은 금액으로 전환사채를 발행하여 이를 본인 또는 제3자가 인수한 때에는 회사에 대하여 주식의 적정가격과 사채 발행가격의 차액에 상당하는 손해를 가한 업무상 배임죄가 성립

(대법원 다수) 주주배정의 방법으로 신주를 발행하는 경우 원칙적으로 액면가를 하회하여서는 아니된다는 제약 외에는……(중략)……경영판단에 따라 자유로이 그 발행조건을 정할 수 있다고 보아야 하므로, 시가보다 낮게 발행가액 등을 정함으로써 주주들로부터 가능한 최대한의 자금을 유치하지 못하였다고 하여 배임죄의 구성요건인 임무위배, 즉 회사의 재산보호의무를 위반하였다고 볼 것은 아니다. 그러나 현저히 불공정한 가액으로 제3자 배정방식에 의하여 신주 등을 발행하는 행위는 이사의 임무위배행위에 해당……(중략)……회사가 기존 주주들에게 지분비율대로 신주 등을 인수할 기회를 부여하였는데도 주주들이 그 인수를 포기함에 따라 발생한 실권주 등을 제3자에게 배정한 결과, 그로 인한 불이익은 기존 주주들 자신의 선택……(중략)……이사가 회사에 대한 관계에서 어떠한 임무에 위배하여 손해를 끼쳤다고 볼 수는 없다.

(대법관 양승태 별개) 회사에 자금이 필요한 때에는 이사는 가능한 방법을 동원하여 그 자금을 형성할 의무가 있다 할 것이나, 이사는 회사에 필요한 만큼의 자금을 형성하면 될 뿐 그 이상 가능한 한 많은 자금을 형성하여야 할 의무를 지는 것은 아니고,……(중략)……기존 주주에게 손해가 발생하나, 신주발행을 통하여 회사에 필요한 자금을 형성하였다면 회사에 대한 관계에서는 임무를 위배하였다고 할 수 없고, 주주의 이익과 회사의 이익을 분리하여 평가하는 배임죄의 원칙상 이를 회사에 대한 임무위배로 볼 수 없어, 배임죄가 성립한다고 볼 수 없다.

- 원심은 전환사채의 저가발행 자체가 이사의 임무위배라고 보았고, 대법원 다수의 견은 주주배정의 경우 저가발행은 임무위배가 아니나, 제3자 배정의 경우 저가발행은 임무위배가 된다고 보았으며, 양승태 대법관의 별개의견은 주주배정이든 제3자 배정이든 회사에 손해가 없었으므로, 회사에 대한 임무위배는 아니라고 보았음
- (사례3) SK그룹 계열사 지원 사건에서 ‘모험거래’는 배임죄 적용 예외사유라고 하면서도, 허용되는 모험거래란 어떤 것인지에 대한 구체적 기준 제시 없이 배임죄로 판단함

17) 대법 2004. 6. 24. 2004도520(공2004), 1226). 에버랜드 이사들이 전환사채를 저가로 발행하고, 주주들이 인수하지 않은 전환사채를 제3자인 이재용 상무 등에게 배정한 것에 대해 검찰이 경영권 편법 승계를 위한 배임으로 기소했던 사건.

< SK-JP모건 이면계약 사건 >

(원심) 일반적으로 통상의 업무집행범위를 일탈하지 않고 본인의 이익을 도모할 의도 하에 거래가 행해진 경우 그 업무내용에 따라 이를 모험거래로 보아 업무위배행위에 해당되지 않는다고 볼 여지가 있기는 하나, 본인인 해외법인들의 이익을 도모할 목적으로 체결한 것이 아니라 별개의 법인인 SK증권의 이익을 위하여 체결한 것

(대법원) 회사의 입장에서 볼 때 경영상의 필요에 의한 정상적인 거래로서 허용될 수 있는 한계를 넘어 주로 교환거래를 하려는 특수관계자의 개인적인 이익을 위한 것에 불과하다면, 업무상 배임죄의 임무위배행위에 해당

2) 문제점

- 임무위배행위에 대한 판단기준이 추상적이고 모호해 사안마다 법원 해석에 따라 결정되므로 명확성 원칙에 반할 뿐만 아니라, 모든 배신행위가 임무위배가 될 수 있어 형사처벌영역이 지나치게 확대됨
 - 이는 배임죄의 본질을 ‘배신’으로 보기 때문인데, 이 경우 ‘배신’개념의 추상성으로 인해 배임죄의 성립요건이 불명확해져 처벌 확장의 우려가 있고, 모든 대내적 신임관계에 대한 배신행위를 형사처벌의 근거로 삼게 되어 민법상 사적자치의 원칙을 훼손하게 됨¹⁸⁾
 - * 사적자치의 원칙: 사법상(私法上)의 법률관계는 개인의 자유로운 의사에 따라 자기 책임 하에서 규율하고, 국가는 이에 간섭하지 않는다는 근대 사법의 원칙
 - 또한, 사소한 배신행위에 대해서도 형법의 개입을 인정하게 되어 형법의 탈윤리화 요청에 반하는 것은 물론, 형법의 최후수단성의 원칙까지 해치게 됨
 - * 최후수단성의 원칙: 다른 제재수단이 모두 없을 때 마지막으로 형벌을 사용해야 한다는 형법의 원칙
- 회사의 이사와 관련된 임무위배의 경우, 회사법상 이사는 회사 재산을 보호할 임무를 지는 것이지만 주주에 대해 지는 것이 아님에도 이러한 부분에 대한 명확한 기준이 서 있지 않음
 - 에버랜드 전환사채 발행 사건에서 원심은 전환사채를 저가로 발행해 “주주 배정 - 주주들의 인수 포기 - 제3자 배정”의 과정을 거친 것은 제3자에게 지배권을 넘길 목적의 실질적 제3자 배정이라며 배임으로 판단하였으나, 법률적으로 한 차례 주주 배정을 한 후 제3자 배정을 한 것이므로 주주에 대한 손해가 발생하지 않았음

18) 강동욱, 앞의 논문, 166면.

- 또한, 전환사채 발행목적의 정당성 유무는 배임죄 성부에 직접 영향을 주는 요소가 아님에도 이를 배임행위의 판단기준으로 삼고, 이사의 임무위배의 대상이 주주가 아님에도 특별한 근거 없이 주주의 손해를 회사의 손해로 보면서 배임죄가 성립한다고 보고 있음¹⁹⁾

* 최근, 현대차그룹이 한국전력 부지를 감정가보다 고가에 매입한 사실을 두고, 현대차 주주가 회장을 검찰에 배임으로 고발한 사건이 있었으나, 이는 배임죄가 주주에 끼친 손해가 아니라 회사에 끼친 손해에 대한 책임을 묻는 죄임을 간과한 행동임

□ 기업경영활동에는 항상 어느 정도의 위험 요소가 따르게 되어 있으나, 허용될 수 있는 모험거래의 범위가 구체적으로 제시되어 있지 않아 경영활동에 제약이 되고 있음

- SK그룹 사건에서 원심은 1) 통상의 업무집행범위를 일탈하지 않고, 2) 본인의 이익을 도모할 의도 하에 한 행위에 대해서는 모험거래로 볼 여지가 있다고 하지만, 통상의 업무범위란 어디까지인지 판례만으로는 알 수 없고, ‘본인의 이익을 도모할 의도’에 대해서는 보는 사람에 따라 자의적 판단이 가능함

□ 배임죄의 임무위배행위를 배신행위라는 추상적 개념으로 볼 경우, 배임죄의 성립범위가 너무 넓어지게 되고 이는 경제활동의 자유를 심각하게 위축시키는 결과를 초래할 것임

3. 경영판단의 원칙, 누구 되고 누구 안 되나?

1) 판례

□ 대법원은 경영판단의 원칙이 배임죄 성립 여부에 고려될 수 있는 요소라고 판시하면서도 경영상 판단에 이르게 된 전 과정을 종합적으로 고려해야 한다고 함으로써 개별사안에 따라 그 적용 여부가 달라질 수 있음

19) 제3자에 대한 전환사채발행에서 발행가가 공정해야 하는 이유는 그렇지 않을 경우 기존 주주의 비례적 이익을 침해하기 때문임. 그런데 본건 판례는 저가발행으로 인해 회사가 손해를 입었다고 보았고, 이를 기초로 이사들의 배임죄를 물었음. 제3자에 대한 저가발행이 회사의 손해라는 판단이 회사법적 논리로 납득하기 어렵지만, 이러한 이론의 후속논리가 회사법 이론에 더욱 큰 혼란을 줌. 즉, 저가발행을 회사의 손해로 보는 한, 제3자가 아니고 주주에게 발행하더라도 저가발행은 바로 회사의 손해이고 따라서 배임죄가 문의되어야 한다는 결론에 귀착하는데, 이 점은 기존의 회사법적 논리로는 납득할 수 없는 것임. 아무리 저가발행을 하더라도 ‘저가’라는 것은 회사의 바깥에서 주주 간에 행해지는 거래가격에 비교한 평가에 지나지 않고, 신주나 전환사채의 발행은 오로지 회사 재산의 순증을 초래할 뿐임. 결국 전환사채의 저가발행으로 인해 ‘회사가 손해를 입는다’는 것은 참일 수 없는 판단임(이철송, “자본거래와 임원의 형사책임”, 인권과 정의, 2006, 103, 107면).

- (사례1) 대한보증보험의 대륙종합개발 등에 대한 지급보증 사건에서 원심은 부실회사에 대한 지급보증이 임무위배에 해당되어 배임죄가 성립한다고 한 반면, 대법원은 경영판단의 원칙을 고려해 배임죄가 되지 않는다고 판단함
* 사건개요: 대한보증보험 대표이사가 내부준칙을 위반하고, 부실기업에 대해 지급보증을 해준 사건

< 대한보증보험 지급보증 사건²⁰⁾ >

(원심) 피고인은 대한보증보험 주식회사의 대표이사로 재직하면서 회사의 영업지침에 따라 보증금 상환이 확실한 경우에 한하여 보증을 인수하여야 할 임무가 있음에도 이러한 임무에 위배

(대법원 판단) 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 영업을이익의 원천인 기업이 정신을 위축시키는 결과를 낳게 되어 당해 기업뿐만 아니라 사회적으로도 큰 손실이 될 것

- (사례2) SKM 사건에서는 경영상의 판단이라는 이유로 배임죄의 죄책을 면할 수는 없다고 판시하고 있어 대한보증보험 사건과 대조됨
* 사건개요: SKM이 부실계열사인 동산 C&G에 대출 및 지급보증을 해준 사건

< 에스케이엠의 동산씨앤지 대출·지급보증 사건²¹⁾ >

(대법원 판단) 회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여함에 있어 그 타인이 이미 채무 변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여하거나 지급보증할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 점을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여…(중략)…경영상의 판단이라는 이유만으로 배임죄의 죄책을 면할 수는 없으며, 이러한 이치는 그 타인이 자금지원 회사의 계열회사라 하여 달라지지 않는 것이고, ……(후략).

- (사례3) 한화그룹의 계열사 지급보증 사건에서는 대규모 기업집단의 현실을 감안하고 있다는 취지에서 경영판단의 원칙을 언급하면서도 법인격 독립의 원칙을 들어 계열사 지원이 유죄임을 인정하고 있음

20) 대판 2004. 7. 22. 2002도4229(공2004, 1480).

21) 대판 2004. 11. 26. 2003도1791(공보불계재).

< 한화그룹 계열사 지급보증 사건 >

(대법원 판단) 대규모 기업집단의 공동목표에 따른 집단이익의 추구가 사실적, 경제적으로도 중요한 의미를 갖는 경우도 있을 수 있으나, 그 기업집단을 구성하는 개별 계열회사도 별도의 독립된 법인격을 가지고 있는 주체로서 그 각자의 채권자나 주주 등 다수의 이해관계인이 관여되어 있고, 사안에 따라서는 대규모 기업집단의 집단이익과 상반되는 고유 이익이 있을 수 있는 점……(후략).

2) 문제점

- 경영판단의 원칙을 배임죄의 구성요건 중 고의가 있었는지 여부에서 판단한다면, 이사 등 피고인의 내심의 의사를 밝히려는 것이어서 객관적이지 않으므로 행위기준이 되기 어려움
 - 미국의 경우 경영판단의 원칙 적용 요건이 존재하고, 추정 효과도 있어 우리 법원의 개별적·종합적 판단에 비해 적용 여부가 명백함
 - 미국 판례의 경영판단의 원칙은 1) 이사회적 적법한 결의가 있을 것, 2) 이사가 주어진 상황에서 기대되는 합리적인 의사결정절차를 이행하였을 것, 3) 선의로 결의해야 하며 위법하지 않을 것, 4) 이해충돌이 없을 것 등의 요건을 두고 있음²²⁾
 - 미국은 이사가 경영상의 결정을 하는 과정에서 충분한 정보에 기하여, 선의로, 그리고 그것이 회사의 최상의 이익에 부합하는 것이라는 정직한 신뢰 위에서 행한 것이라고 ‘추정’하고 있음²³⁾
 - 우리는 미국²⁴⁾과 달리 형사절차에서 경영판단의 원칙을 고려하고 있으므로, 미국보다 그 적용범위를 넓히고 구체적인 요건을 마련하는 것이 바람직한데도 명확한 기준 없이 법원이 자의적으로 판단하고 있어, 경영진들은 경영상 판단을 내릴 때마다 배임죄를 의식해 위축될 수밖에 없음
 - * 실제 33개 기업 경영자를 대상으로 설문조사를 한 결과, 응답자의 60%가 배임죄로 인해 경영판단에 애로를 느낀 경우가 있다고 답하였고(한국경제 2012. 10. 22.자 기사), 법률 전문가 52명을 대상으로 한 설문조사에서는 69.2%(35명)가 배임죄 처벌 강화로 인해 초래되는 가장 큰 부작용은 기업가 정신 위축이라고 답한 바 있음(이코노믹스 리뷰 2013. 2. 4.자 기사)

22) 서석호, “주주대표소송과 이사의 책임에 관한 경영판단원칙”, 기업소송연구(2003), 기업소송연구회, 63면.

23) 구회근, “업무상 배임죄와 경영판단원칙”, 법조 590호(2005. 11.), 68면. 이사에게 책임이 있다고 주장하는 측에 의해 위 추정이 반복되지 않는 한 그 경영판단의 실질적 내용에 대하여는 사법적 심사가 이루어지지 않게 되고, 원고의 입장에서는 위와 같은 추정을 반복하는 것이 쉽지 않기 때문에 이러한 측면에서는 경영판단원칙이 이사를 보호해주는 역할을 함.

24) 미국은 배임죄 규정이 없고, 경영판단의 원칙이 적용되는 경우는 이사의 민사상 손해배상책임을 가릴 때 이므로 사람의 신체의 자유까지 구속할 수 있는 배임죄에 비해 그 적용요건의 명확성이 느슨해도 될 것이나, 배임죄에서 경영판단의 원칙을 고려할 경우에는 더 명확하고 구체적인 요건을 제시하고 적용해야 함.

- 대기업을 비롯한 사기업의 배임죄 성부와 관련해서 경영판단의 원칙이 적용된 사례는 거의 없고, 회사에 손해발생의 위험을 발생시키거나 손해가 발생한 경우 쉽게 배임의 고의가 인정되고 있음
 - 대한보증보험 사건의 경우 그 설립취지까지 고려해 경영상 판단의 원칙을 적용, 배임죄의 무죄가 선고 되었으나, 한화, 신동아, 청구, 거평, 갑을 등 대기업과 그 계열사 간 대출이나 지급보증 사건에서는 배임죄의 유죄가 선고됨
 - 경영상 판단에는 항상 위험이 따른다는 것을 인정하면서도, 회사에 손해를 가한다는 미필적 인식만으로 배임의 고의가 있다고 보고 있어 경영판단의 원칙을 실제로는 크게 고려하지 않는 결과가 됨²⁵⁾

- 기업집단 내에서 계열사 간 지원은 그룹 전체로 볼 경우 재무구조가 약한 계열사를 재기시키거나, 그룹 전체의 연쇄도산을 막음으로써 사회경제적 효용을 거둘 수 있고, 설사 위 행위로 회사에 손해를 주더라도 이는 민사상 손해배상책임을 묻는 것으로 해결해야지, 국가 공권력을 행사해 제재하는 것은 사적자치를 과도하게 침해하는 것임

25) 회사의 이사 등 경영진은 회사에 미칠 손해와 이익을 형량해 이익이 더 큰 쪽을 선택하는 것이지 손해가 전혀 없을 것을 기대하고 선택하는 경우는 거의 없다고 보아야 함.

V. 개선방안

- 재산상 손해발생의 위험, 배임의 고의, 임무위배 등 명확한 기준이 없는 추상적 요건들을 적용해 형사처벌 대상으로 삼는 것은 헌법상 죄형법정주의 및 명확성 원칙을 위반한 것이므로, 배임죄 구성요건을 예측가능성이 담보되도록 명확하게 개정할 것
- 우리나라는 성문법 국가이므로, 법원의 법률 해석에 앞서 법률 그 자체로써 행위규범이 도출되어야 함에도 배임죄는 그 법률규정의 모호성 때문에 법원의 판단에 전적으로 의존하고 있어 이사 등 ‘타인의 사무를 처리하는 자’들은 행위시 배임죄 성부를 가늠할 수 없음
 - 심지어 판례조차도 SK사건에서는 원심과 항소심의 배임죄 기수 시기에 대한 해석이 달랐고, 한화사건에서는 원심은 손해발생이 없는 것으로 항소심은 손해발생이 있는 것으로 판단했으며, 동아그룹 사건에서는 원심은 계열사 지급보증이 배임행위라고 했고 대법원은 아니라고 했을 정도로 배임죄에 대한 의견 차가 크고, 이는 그 자체로 배임죄가 형벌규정으로서 문제가 있음을 보여주는 것임
- 기업인들의 경우 경영활동에 반드시 따르게 되어 있는 위험을 감수하고 기업가 정신을 발휘해야 하는데 검찰 및 법원은 이런 경우 대부분을 배임으로 판단하고 있어 경영상 애로사항으로 작용하고 있음
- 배임죄 사건의 무죄 선고율이 다른 형사사건에 비해 높은 것을 보아도 배임죄 규정이 얼마나 모호한 것인지 알 수 있음

< 특경법상 배임죄의 무죄율 1심 기준²⁶⁾ >

(단위: %)

구분	2005년	2006년	2007년	2008년	평균
특경법상 배임죄	6.1	11.1	10.0	19.4	11.6
형법상 배임	3.6	4.0	6.0	7.0	5.1
전체 형사범죄	1.0	1.1	1.3	1.5	1.2

26) 대법원 연감(2005~2008).

- 무죄율이 높은 이유는 검찰이 배임죄의 모호한 구성요건을 확대해석해 배임행위가 아닌 것도 배임으로 기소한 경우가 많기 때문임²⁷⁾
- 따라서 배임죄를 형법전에 계속 두어야 한다면, 각각의 구성요건을 명확하게 구체적으로 기술하여 수범자의 예측가능성을 높여야 함
- 헌법 제12조 제1항은 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”라고 규정하고 있는데, 지금의 배임죄 규정은 죄형법정주의에도 위배됨

< 죄형법정주의에 대한 대법원 판례 요지²⁸⁾ >

헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되고 있는 죄형법정주의의 원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하며, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하는 것을 의미한다.

그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하여 모든 구성요건을 단순한 서술적 개념으로 규정하여야 하는 것은 아니고, 다소 광범위하여 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다 하더라도 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 배치되는 것이 아니다. 또한, 어떠한 법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부, 다시 말하면 예측가능성 및 자의적 법집행 배제가 확보되는지 여부에 따라 이를 판단할 수 있는데, 법규범의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법 목적이나 입법 취지, 입법 연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로, 결국 법규범이 명확성 원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다.

27) 대법원은 검찰이 무리하게 KBS 정연주 사장을 배임으로 기소한 것에 대해, 피고인이 한국방송공사(이하 ‘공사’라 한다)의 사장으로서 공사와 과세관청 사이의 이 사건 조세소송 관련 사무를 처리하는 과정에서 환급금을 이용한 재정적자의 일시적 해소를 통한 경영책임의 회피 및 사장직 연임 등의 개인적 이익을 위하여 공사의 이익에 명백하게 반하는 불합리한 내용의 조정안을 제시하면서 무리하게 조정을 추진함으로써 공사에 재산상 손해를 가하였다는 사실이 합리적 의심을 배제할 정도로 증명되지 아니하였다고 판단해 무죄를 선고한 바 있음(대법 2012.01.12. 2010도15129).

28) 대판 2006. 5. 11. 2006도920(공2006, 1097).

- 상법상 특별배임죄 규정에 경영판단의 원칙을 명문화하고, 로젠블룸 원칙²⁹⁾ 도입을 고려할 것
- 법원은 개별 사건마다 구체적 타당성을 따져 경영판단의 원칙을 적용해 왔으나, 기업 관련 사건의 경우 경영판단의 원칙을 의무적으로 적용하는 방안이 마련되어야 함
 - 경영이 ‘위험감수원칙’을 좇는 반면 법적 책임은 ‘위험회피원칙’을 좇고 있으므로 이러한 간극을 메우기 위해 경영판단원칙의 도입이 필요함³⁰⁾
 - 또한, 회사의 이사 등 상법상 특별배임죄 주체의 배임행위에 대해 특경법을 적용하기 위해 형법상 배임죄가 적용되어 왔으나, 이는 특별법과 일반법 사이에서 특별법 우선 원칙에 위배되는 것이므로, 향후 기업관련 배임죄의 경우 상법상 특별배임죄가 우선 적용되어야 할 것임
 - 배임죄에서 빈번하게 문제되고 있는 계열사 지원의 경우, 그러한 거래가 기업집단 전체의 효율을 높이고 이익을 발생시킬 수 있는 합리적 측면이 있는 경우, 형사상 책임을 면책해주는 로젠블룸 원칙을 상법에 도입하는 것도 고려해 보아야 함
 - 앞서 본 현대자동차그룹 계열사들의 현대우주항공, 현대강관 유상증자 참여 사건에서도 그룹 전체적으로는 유·무형의 이익이 발생했음에도 판례는 이익과 손해를 함께 고려하지 않고 손해가 발생했다는 사실만으로 유죄로 판단했으나, 향후 기업경영 현실을 감안해 손익상계를 하는 방향으로 나아가야 할 것임

29) 프랑스 대법원은 그룹 계열사 간 내부거래에 있어서는 어떤 한 계열사의 재산 또는 신용에 손해가 발생하더라도, 그룹이익 즉 전체그룹의 입장에서 손익을 따져볼 수 있도록 허용하는 판례 법리를 발전시켰다. 즉, 1985년 로젠블룸 판결에서 처음 언급되었고, 그 후 여러 판결을 거치면서 그룹이익이 있는 경우 회사 재산남용죄에 대한 정당화사유로 인정되어 현재 확고한 프랑스 판례법이 되었다. 기업 그룹에 있어 계열사인 개별회사에게 일시적으로 손해를 가져오는 중대한 채무부담 등의 경우에도 그룹 이익, 특히 전체 계열사의 재정건전성을 통한 그룹의 신뢰도 상승과 위기 해소 등을 위한 조치의 필요성이 있고, 그러한 조치로 말미암아 일시적으로 손해를 부담하는 계열사에게도 장기적인 관점에서 그 부담에 대한 적절하고 균형적인 보상이 이루어진 것으로 볼 수 있는 경우에는 회사재산남용죄의 적용을 배제하는 것이다. 그 요건으로 1) 기업집단의 존재, 2) 통일된 경영전략의 존재, 3) 반대급부의 존재와 계열사 간 부담의 균형성을 제시하고 있다. 이탈리아는 2004년 개정 민법에서 이러한 보상적 그룹이익 이론을 성문화하였고, 그밖에 네덜란드, 헝가리에서도 그룹이익의 존재를 받아들인 판결이 선고된 바 있으며, EU 각국의 회사법 전문가들이 2011. 4. 5. EU Commission에 제출한 공식보고서에서도 그룹경영의 유연성을 높일 것을 권고한 바 있다(이주원, “기업경영과 배임죄”, 4면 참조).

30) 이정민, “경영판단원칙과 업무상 배임죄”, 형사정책연구(2007), 제18권 제4호, 한국형사정책연구원, 166면.

참고문헌

- 강동욱, “형사상 배임죄의 입법례와 주체에 관한 고찰”, 법학논총 제37집 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2013.
- 강동욱a, “이사 등의 경영행위에 대한 배임죄의 성립범위-객관적 구성요건의 해석을 중심으로”, 한양법학 제41집, 한양법학회, 2013.
- 구회근, “업무상 배임죄와 경영판단원칙”, 법조 제590호, 법조협회, 2005.
- 류전철, “배임죄에서 재산상 손해발생의 위험”, 법학논총 제30집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2010.
- 문형섭, “배임죄에 관한 연구”, 호남대학교 법학박사학위 논문, 2001.
- 서석호, “주주대표소송과 이사의 책임에 관한 경영판단원칙”, 기업소송연구 제2권, 2003, 기업소송연구회.
- 안경옥, “배임죄에 있어서 실해발생의 위험”, 비교형사법연구 제2권 제1호, 한국비교형사법학회, 2000.
- 이정민, “경영판단원칙과 업무상 배임죄”, 형사정책연구 제18권 제4호, 한국형사정책연구원, 2007.
- 이철송, “자본거래와 임원의 형사책임”, 인권과 정의 제359호, 법조협회, 2006.
- 천종철, “배임죄에 있어서의 임무위배행위”, 연세법학연구 제3권 제1호, 연세법학회, 1995.
- 허일태, “배임죄에서 행위주체와 손해의 개념”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004.