

경영 판단의 원칙과 배임죄에 대한 고찰

최 준 선*

〈목 차〉

- | | |
|------------------------|---|
| I. 머리말 | VI. 구성요건표지의 모호성 |
| II. 특별법 우선적용의 원칙 위반 | VII. 이득액수에 따라 법정형을 가중하는
특경가법 적용의 문제점 |
| III. 일종의 편법? | VIII. 대안 |
| IV. 배신행위를 형벌로 다스리는 문제점 | IX. 결론 |
| V. 배임죄의 경우 높은 무죄율 | |

〈요 약〉

배임의 본질은 배신인데, 배신은 윤리적 문제이고 민사적 손해배상으로 해결되면 충분하므로, 기업인의 경영행위가 회사에 대한 배임이라고 하여 이를 형사별로 의율하는 것이 타당하다고는 할 수 없을 것이다. 기업의 경영활동에 대한 과도한 형사적 개입은 자율성과 창의성이 존중되어야 할 이사의 경영활동을 위축되게 함으로써 기업은 물론이고, 국가 경제에도 상당한 불이익을 초래할 수 있고, 형벌권의 남용이 되며, 형사범을 과잉생산하는 결과가 된다. 특히 기업인에게 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」을 적용하는 것은 헌법상 죄형법정주의 원칙에 위배된다. 배임죄의 경우 무죄율이 다른 범죄의 그것에 비하여 월등히 높고 개인적인 이익을 취한 바 없었더라도 또는 실제 손해가 없었어도 “실손해의 위험”만 있으면 배임죄는 성립하므로 “명확성의 원칙”에도 어긋난다. 재산형(벌금형)을 인정하지 않고 자유형(징역형)만을 인정하고 재산상 이익의 규모에 따라 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하게 한 것도 대부분 기업인들이 표적이 되는 것으로 기업인에 대한 부당한 처우이다.

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, jschoi@skku.edu

경영자에게 가해지는 이와 같은 질곡(桎梏)에서 벗어나게 하는 방안의 하나는 기업가의 경영판단에 대하여는 상법상 특별배임죄의 처벌을 면하게 하는 것이다. 경영 판단의 원칙은 본래 영미법상의 원칙이지만 독일도 우리의 회사법에 해당하는 주식법 제93조에 이를 도입하였다. 우리도 우리 실정에 맞게 적절하게 도입하여 기업가 정신을 살려야 한다.

〈주제어〉 경영판단의 원칙, 배임죄, 업무상 배임죄, 특별배임죄, 죄형법정주의

I. 머리말

상법에는 벌칙규정이 마련되어 있으나 회사법 교과서나 다른 관련 서적에는 매우 간단하게 기술되어 있어서 내용 파악이 쉽지 않다. 그럼에도 벌칙규정은 기업의 법규팀에서 특별히 숙지하고 있어야 할 매우 중요한 규정이다. 상법 중 회사편 이외에는 과태료에 관한 규정만이 있을 뿐인데, 회사편에는 과태료 외에 형벌까지 규정되어 있다. 형법도 아닌 상법에 형벌규정이 존재하는 것은 회사제도의 오용 또는 남용이 주주, 회사채권자, 회사의 종업원, 거래처 등 회사 관련 이해관계인뿐만 아니라 사회·경제에 미치는 파급효과가 크고 피해가 광범위한데 반하여, 회사의 불법행위에 대한 감시는 용이하지 않고, 피해자에 대한 민사적 구제만으로는 미흡하기 때문이다. 상법 제3편 제7장은 벌칙이라는 제목 아래 회사범죄에 관한 규정과, 행정질서벌인 과태료를 부과하는 규정으로 이루어져 있다. 과태료 규정은 회사제도의 원활한 운영을 위하여 부과하는 각종 의무를 위반한 행위에 대처하기 위한 것이다. 형벌은 형사소송절차에 따라 법원이 선고하지만, 과태료는 법무부장관이 상법시행령 제44조의 절차에 따라 부과·징수하고, 과태료 부과처분에 불복하는 경우의 과태료 재판은 비송사건절차법 제4편 보칙 규정에 따라 법원이 재판한다.

회사와 관련하여 벌칙으로서 형벌의 대상이 되고 있는 것은 거의 주식회사에 관한 위법행위뿐이다. 주식회사에 관한 위법행위에 대한 형벌규정을 회사법으로 마련할 필요성에 대해서는, ① 오늘날 사회에 있어서 주식회사가 중요한 기능을 수행하고 그 적정한 활동이 사회의 관심사인 점, ② 주식회사에 있어서는 소유와 경영이 분리되어 일반주주에 의한 감시가 충분하지 못하기 때문에 회사 임직원에 의한 위법행위가 간과되기 쉽고, 그 결과 회사 사업의 파탄을 초래하여 주주나 회사 채권자에 중대한 손해를 가져오는 동시에, 일반사회에 대해서도 중대한 악영향을 미칠 우려가 있는 점, ③ 회사법상의 복

잡한 규제와 관련하여 발생하는 다양한 형태의 위법행위에 대응하기 위해서는 형법 규정만으로는 기술적으로도 불충분한 점 등을 들 수 있다.¹⁾

상법 중 형벌규정의 특징은 회사범죄에 대하여 과실행위를 처벌하는 규정이 없으므로 모든 객관적 범죄구성 요건에 대한 고의가 필요하다는 점이다. 또한 미수범의 경우에도 상법 제622조 특별배임죄의 경우에만 규정을 두고 있어서(상법 제624조), 그 외에는 미수범을 처벌할 수 없고, 특별배임죄 외에는 범죄행위가 기수에 이르지 않으면 처벌할 수 없다는 점이다.

한편 상법은 법인 자체의 범죄능력을 인정하지 않는데, 행위 주체가 법인인 경우에는 그 행위를 한 이사, 집행임원, 감사, 그 밖에 업무를 집행한 사원 또는 지배인에게 그 벌칙규정을 적용한다(상법 제637조). 다만, 이해관계자에 대한 신용공여죄(상법 제624조의 2)의 경우에는 양벌규정(상법 제634조의3)을 두고 있어서 법인과 자연인 양자가 처벌받을 수 있다.

본고에서는 상법상의 벌칙규정 중에서도 상법 제622조의 특별배임죄에 관하여 고찰하고 개선방안을 제시하고자 한다. 기업인이 경영을 하다가 배임죄로 처벌받는 것은 어제 오늘의 일이 아니다. 배임죄는 그동안 대기업 회장들의 구속 때마다 단골 메뉴로 등장했던 죄목이다. 과거에는 대기업의 총수가 배임죄의 유죄로 판단되면 집행유예 판결을 받고, 시간이 좀 지나서 사면을 받기도 하였다. 과거에는 실형은 피하였으나 특히 2013년 이후에는 기업인의 배임죄에 대하여 더 이상의 관용을 허락하지 않으려는 것이 법원의 태도인 듯하다. 요즈음은 바로 실형을 선고하고 집행유예를 허용하지 않는다. 다만, 2014. 2. 11. 서울고등법원은 파기환송심에서 H그룹 회장의 경우 집행유예 판결을 하였지만, 그 외는 선고대로 집행되고 있다. 문제는 구속된 당사자는 개인적으로 배임행위로서 얻은 이익이 없거나, 정상적인 경영활동이었던 것이고, 범죄를 저지른다는 고의성이 없었기 때문에 억울하다고 항변하는 것이다. 앞에서 말 한 바와 같이 상법은 과실범은 처벌하지 아니하고 명백하게 고의범만을 처벌한다. 기업인이 고의로 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 회사에게 손해를 가하였다는 “고의성”이 증명되지 않았음에도 불구하고 상법이 아닌 형법상 업무상배임죄 또는 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」에 따라 미필적 고의 또는 미필적 고의와 명확하게 구별되지 않는 과실의 경우까지 처벌되어 왔다. 사회 분위기와 여론이 재판에 영향을 미친다는 오해를 살만 한 일이 흔히 있어 왔다.

배임죄의 적용이 혼한 것은 법문상 배임죄의 범위와 기준이 애매모호한 것이 일조한

1) 落合誠一編, 「會社法コンメンタール」, 商事法務, 2011, 제8편 전주(§§960-979) 주식부분, 53면.

다. 이 부분은 거의 대부분의 법률가들이 인정한다. ‘배임죄는 걸면 걸리는 범죄’라고 한다. 세계에서 처음으로 배임죄를 법전에 규정한 독일에서는 배임죄를 적용한 사건 자체가 많지 않지만, 독일 학자들은 “배임죄는 언제나 통한다!” (§266 StGB passt immer!)고 한다. 이 말은 배임죄를 규정한 독일 형법 제266조는 너무 모호하여 ‘배임죄는 걸면 걸리는 범죄’라는 것을 빗대는 말이다. 다만, 우리의 회사법에 해당하는 독일 주식법에도 본래 특별배임죄에 관한 규정이 존재하였으나, 1965년 주식법 개정시에 특별배임죄 규정을 폐지하였다. 일본과 우리나라에서도 배임죄의 구성요건이 매우 불분명한 점을 지적하는 형법학자들이 다수 있으며, 판결문을 보면 법원에서도 이를 이미 충분히 인식하고 있는 것으로 보인다. 법률학에 대하여 잘 알지 못하는 기업가의 처지에서는 배임죄만큼 공포스러운 죄목도 없다.

타인의 사무를 처리하는 자가 임무를 위반하면 배임죄가 된다. 우리 생활에서 자기의 사무만을 처리하는 사람이 얼마나 될까? 대부분의 사회인은 타인의 사무를 처리하는 직책을 가지고 있다. 위임인은 자연인일 수도 있고 회사나 기타 조직일 수도 있다. 사무처리를 위임받은 사람이 그 업무를 처리함에 있어서 위임인 또는 기업 등 조직에 고의로 손해를 발생시키는 행위를 하게 되면 민사상 손해배상책임 외에도 형사상 처벌을 받도록 해 두었다. 그것이 바로 배임죄이다. 자기가 사장으로 있는 회사의 사무를 제대로 처리하지 않아도 배임죄로 처벌받을 수 있으며, 회사의 임원이 자신의 직무를 하지 않는 것도 배임이다. 이론상 하지 않아야 할 일을 하면 배임이지만(作為), 하여야 할 일을 하지 않는 것(不作為)도 배임이니, 심지어는 아무 일도 안 해도 배임죄에 걸릴 수 있다. 자신의 임무를 제대로 하지 않았기 때문이다.

이 글에서는 상법상 벌칙규정 중에 기업인들에게 흔히 적용되는 악명 높은 배임죄가 왜 문제인가를 살펴보기로 한다. 배임죄를 규정한 법률이 형법이든 상법이든 특별법이든 배임죄의 법적 성질과 구조는 모두 동일하므로, 이곳에서는 상법상 특별배임죄를 중심으로 논의하기로 한다.

II. 특별법 우선적용의 원칙 위반

기업인들이 경영상 범죄행위에 연루되어 가장 흔히 적용되는 법률은 「형법」 제356조(업무상의 횡령과 배임)와 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(이하 “특경가법”이라 한다) 제3조(특정재산범죄의 가중처벌)이다. 기업인들이 그 업무와 관련하여 저지르는 범죄라면 「상법」 제622조(발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄)가 적용되어야 함

에도 불구하고, 기업인들에 대하여도 일반인에게 적용되는 것과 동일하게 「형법」의 업무상 배임죄와 「특경가법」을 적용하여 처벌하고 있는 것이다.²⁾ 상법 제622조가 적용된 사례는 많지 않다. 이러한 실무관행은 분명히 문제가 있다.

법률의 적용에 있어서 특별법은 일반법에 우선한다. 상법의 대부분의 내용은 민법의 특별법이고, 상법상의 형벌규정은 형법의 특별법이라는 것이 통설이다.³⁾ 상법은 기업인에 대하여 적용하도록 되어 있고, 기업인이 행한 범죄행위에 대하여는 당연히 상법상의 형벌규정이 적용되어야 하는 것이 특별법 우선의 원칙에 부합한다. 그럼에도 불구하고 司法實務에서는 기업인에게 상법 제622조를 적용하지 않고 일반법인 형법상의 “업무상 배임죄”(제356조)를 적용하는 것이다. 이것은 특별법 우선의 원칙을 위반하는 것이다. 이 부분에 대하여는 건국대학교 손동권 법학전문대학원 원장이 명확하게 지적하고 있는데, 본인의 동의를 얻어 그의 주장을 그대로 옮겨 보면 다음과 같다.⁴⁾

“상법상 특별배임죄는 영리를 목적으로 하기 때문에 모험투자 등의 필요성이 있는 기업행위의 특수성을 고려하여 규정한 형법상 업무상 배임죄의 특별규정이라고 할 수 있다.⁵⁾ 그렇다면 법리적으로 양 죄는 법조경합관계(Gesetzeinheit)로서 일반법(일반구성요건)과 특별법(특별구성요건)의 관계에 있다고 할 수 있다.⁶⁾ 그런데 상법 제622조의 특별배임죄는 형법상 업무상 배임죄에 대한 특별규정임에도 불구하고 실무상으로는 대부분의 경우 일반 규범적 성격을 가지는 형법상 업무상 배임죄(이득액수가 큰 경우)와 특경가법 위반으로 기소되어 처벌되고 있다. 그렇게 법 적용을 하는 이유는 형법상 재산범죄에 대해서만 적용 대상으로 규정하고 있는 특경가법에 의해 행위자를 가중처벌하기 위한 것에 있다.⁷⁾ 그러나 이러한 법적용은 이론적으로 타당하지 않은 것으로 판단된다.⁸⁾ 법 적용의 대원칙 중의 하나가 ‘특별법(특별구성요건)은 일반법(일반구성요건)에 우선 한다(lex specialis derogat legi generali)’는 것이다.⁹⁾ 이 원칙은 어느 하나의 행위

2) 구회근, “회사 임원의 업무상 배임죄에 관한 판례 분석”, 『기업소송연구(Ⅰ)』, 2005.12, 4면; 한석훈, 『기업범죄의 쟁점연구』, 2013, 65면.

3) 구회근, 상계논문 『기업소송연구(Ⅰ)』, 2면.

4) 손동권, “회사 경영자의 상법상 특별배임행위에 대한 현행법 적용의 문제점과 처벌정책을 둘러싼 입법논쟁”, 한국형사정책학회, 『형사정책』, 제25권 제3호, 2013. 12, 269면.

5) 구회근, 전계논문, 『기업소송연구(Ⅰ)』, 4면.

6) 손동권, 전계논문, 『형사정책』, 269면.

7) 강동욱, “이사 등의 경영행위에 대한 배임죄 적용의 문제점”, 충남대학교 법학연구소, 『법학연구』 제23권 제2호, 2012, 215-216면; 손동권, 전계논문, 『형사정책』, 269면.

8) 손동권, 전계논문, 『형사정책』, 269면.

9) 김성돈, 『형법총론』, 제2판, SKKUP, 2011, 700면; 김일수·서보학, 『새로쓴 형법총론』, 제11판, 2006, 679면; 박상기, 『형법총론』, 제9판, 2012, 513면; 배종대, 『형법총론』, 제7판, 2004, 656면;

에 대해 먼저 특별구성요건 상 범죄의 성립여부를 심사하여 이것이 성립되면 일반구성요건 상 범죄는 더 이상 심사할 필요가 없고, 그 반면에 먼저 심사한 특별구성요건의 범죄가 성립하지 않을 경우에만 다음으로 일반구성요건에 해당하는 범죄의 성립 여부를 심사하여야 한다는 것에 그 의미가 있다. 따라서 회사 경영자의 배임행위가 상법상 특별배임죄의 구성요건을 충족할 경우에는 형법의 업무상 배임죄가 아니라 상법상 특별배임죄로 의율하는 것이 법 적용 원리상 타당하다.¹⁰⁾ 이에 반하여 법원이 상법상 특별배임죄에 대해 특경가법 적용의 대상범죄로 규정되어 있지 않다고 하여 형법의 업무상 배임죄와 특경가법 위반으로 의율하여 처리하는 현행 실무는 이론적으로 잘못된 법 적용인 것으로 평가되어야 한다.¹¹⁾ 상법상 특별배임죄에 저촉되는 행위에 대하여 특경가법에 가중규정이 없다는 이유로 상법상 특별배임죄가 아닌 형법의 업무상 배임죄로 먼저 의율한 이후 우회적으로 특경가법 적용을 통해 가중 처벌하는 것은 형사사법기관의 자의적 법 적용으로써, 이는 피고인에게 최대한 유리하게 법 적용을 하여야 한다는 죄형법정주의의 정신에 반하는 사법권의 남용으로 평가되지 않을 수 없는 것이다.¹²⁾

이와 같이 특별법과 일반법의 관계에서 특별법 우선적용의 원칙과 같은 법률적용의 기본원칙도 무시하는 관행은 매우 잘못된 것임을 지적해 두고자 한다.

Ⅲ. 일종의 편법?

더욱 중요한 것은 특정재산범죄에 대한 가중처벌을 규정하고 있는 특경가법 제3조 제1항은 상법상 특별배임죄를 포함하고 있지 않다는 사실이다. 즉, 특경가법은 「형법」 제347조(사기), 제350조(공갈), 제351조(제347조 및 제350조의 상습범만 해당한다), 제355조(횡령·배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)에 대하여 가중처벌을 규정하고 있을 뿐이고, 상법 제622조의 위반에 대하여는 가중처벌을 대상에서 제외하고 있는 것이

손동권·김재윤, 「새로운 형법총론」, 2013, [§35]/4-5; 성낙현, 「형법총론」, 제2판, 2011, 674면; 오영근, 「형법총론」, 제2판, 2012, 687면; 이재상, 「형법총론」, 제7판, 2011, 522면; 정성근·박광민, 「형법총론」, 전정판, SKKUP, 2012, 638면; 독일에서는 Jescheck/Weigend, Lb(AT) § 69 II. 1.; Roxin, Strafrecht AT Bd. II., 2003, §33 V Rn. 178; Rudolphi/Horn/Samson/Günter, SK, Vor §52 Rn. 60; Schönke/Schröder/Bearbeiter, Strfgesetzbuch(Kommentar), Vor § 52 ff. Rn. 110.

10) 손동권, 전제논문, 「형사정책」, 270면.

11) 동일한 취지로는 안경옥, “경영판단행위에 대한 배임죄처벌의 가능성”, 「김일수 교수 화갑기념논문집」, 2006, 432면.

12) 손동권, 전제논문, 「형사정책」, 270면.

다. 즉, 특경가법은 형법상의 “배임” 및 “업무상 배임”에 대하여 그 재산상 이익의 액수에 따라 처벌상의 특례를 규정하고 있는 특별규정인 셈이다.¹³⁾ 특경가법은 상법상 특별배임죄의 특별법이 아닌 것이다. 이와 같이 상법 제622조의 위반에 대하여는 특경가법이 적용되지 않기 때문에, 부득이 기업인에게도 특경가법의 적용대상인 형법 제356조의 업무상 배임죄를 적용하는 것이다. 요컨대 기업인을 가중처벌하기 위하여 상법 제622조가 아닌 형법 제356조를 억지로 적용하고 있는 것이다. 형법상 업무상 배임죄와 상법상의 특별배임죄의 구성요건에서 행위의 주체를 제외하면 달리 아무런 차이가 없고 오히려 법정형이 동일하기 때문에 이와 같은 일종의 편법이 용인되어 온 것이 아닌가 생각되지만, 이는 일종의 편법임을 부정할 수 없을 것이다.

물론 상법 제622조를 적용하였거나 적용을 시도한 판례가 몇 건이 있다.¹⁴⁾ 그러나 대부분 형량도 크지 않고 쟁점도 별로 없는 사안일 뿐이었다. 대부분의 대형 사건은 업무상배임죄와 특경가법 제3조가 적용되었다. 주로 기업인에게 적용되는 특경가법은 인신을 구속하는 징역 등 자유형만 인정되고 벌금형을 인정하지 않는 고약한 법률이다. 특히 1990년대 중 후반 외환위기 이후에 특경가법의 적용현상이 두드러졌다. 이와 같이 특경가법의 적용대상이 아닌 범죄에 대하여까지 특경가법을 적용한 것은 매우 잘못된 것임을 지적해 두고자 한다.

IV. 배신행위를 형벌로 다스리는 문제점

배임죄(背任罪)는 타인의 사무를 처리하는 사람이 그 임무에 위배하는 행위로 재산상의 이익을 취득하거나, 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가하는 것을 내용으로 하는 범죄이다. 임무에 위배한 행위, 즉 배임행위란 그 본질이 무엇인가? 배임죄의 본질은 신의성실의 의무에 대한 위배 내지 신임관계의 침해에 있다고 하는 이른바 “배신설”이 통설이고¹⁵⁾ 판례의 태도이다(이 외에 권한남용설도 있다).¹⁶⁾ “배신”의 문제는 “신의성실의무 위반”이 문제이고, 이것은 사적인 영역으로 사적 영역을 범죄로

13) 구회근, 전제논문 「기업소송연구(Ⅰ)」, 2면.

14) 대법원 2007. 3. 15. 2004도5742; 동 2003. 7. 8. 2003도12; 동 2002. 2. 8. 2002도3132; 동 2000. 11. 24. 99도822; 동 1998. 2. 10. 96도2287; 동 1986. 9. 9. 85도218; 동 1981. 1. 27. 79도2810; 동 1978. 11. 28. 78도1297; 동 1978. 1. 24. 77도1637 등.

15) 김일수·서보학, 전제서, 476면; 박상기, 전제서, 398면; 임웅, 「형법각론」, 2003, 441면 등.

16) 한석훈, 전제서, 58면; 대법원 2004. 7. 9. 2004도810; 동 2003. 10. 10. 2003도3516; 동 2003. 9. 26. 2003도763; 동 2000. 3. 14. 99도4923; 동 1983. 2. 8. 81도3137 등.

다스리는 것은 문제가 있다. “배신”과 같은 것은 민사적 구제수단으로 해결하여야 하며, 이를 형사적 문제로 파악한다는 것 자체가 문제가 있는 것이다. 이는 윤리문제에 형법이 개입하는 것으로 결국 “민사의 형사화”를 촉진하게 된다. 이와 같은 이유로 배임죄 자체를 폐지하여야 한다는 주장도 있다.¹⁷⁾ 다만, 민사법적 구제수단이 미약한 경우에는 의미가 있을 것이지만, 기본적으로 배임죄의 규율대상이 개인의 사적자치가 보장되는 사법의 영역이라는 점에서 배임죄의 확대적용은 경계의 대상이 된다.¹⁸⁾

특히 이사 등의 경우에는 회사법상 손해배상책임, 자기거래금지, 사업기획유용금지, 영업금지 등에 의한 민사책임이 강력하게 규정되어 있고, 그에 따른 구제수단으로서 대표소송 등이 규정되어 있어서 민사법적 구제수단이 가법다고 할 수 없다. 또한 배임죄에 있어서 “재산상의 손해”를 그 명시적 語義를 넘어 “손해발생의 위험을 초래한 경우”도 포함하는 것으로 해석하는 판례에 따르면 배임죄의 성립범위가 부당하게 확장되는 문제가 있다.

V. 배임죄의 경우 높은 무죄율

기업인에게 적용되는 배임죄의 경우 무죄율이 상당히 높다. 대법원이 발간한 「2012년 사법연감」을 보면 1심 기준, 총 5,390명이 횡령과 배임죄와 관련하여 법원으로부터 처분을 받았는데 유기징역 1,391명, 집행유예 1,785명, 재산형 1,427명, 선고유예 104명, 무죄 319명, 형의 면제 2명, 면소 2명, 공소기각 11명, 기타 344명 등이다.¹⁹⁾ 총 5,390명 중 무죄판결을 받은 사람만도 319명이고, 공소기각이 11명이다. 무죄율은 5.2%이다. 형법상의 일반범죄의 경우는 106,723명이 처리되었는데, 그 중 무죄판결을 받은 자는 2,915명으로 무죄율 2.7%이다. 같은 형법상의 범죄 중에서도 배임죄의 무죄율이 2배 정도 높다. 특경가법의 경우는 1심 기준 2012년 총 2,033명이 법원으로부터 처분을 받았는데, 유기징역 1,020명, 집행유예 615명, 재산형 57명, 무죄 244명, 형의 면제 1명, 면소 6명, 공소기각 6명 기타 84명이다.²⁰⁾ 무죄율은 12.0%에 이른다. 100명 중 12명은 무죄인 것이다.²¹⁾

17) 천중철, “배임죄에 있어서의 임무위배행위”, 『연세법학연구』, 제3집, 1995. 11, 721면; 이종상 “이사의 책임과 배임죄에 대한 비판적 고찰”, 서울대학교 금융법센터, 『BFL』, 제19호, 2006. 9, 46, 47면.

18) 허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 『비교형사법연구』, 제6권 제2호, 2004, 140면.

19) 2012년 사법연감(통계), 대법원 2013. 4. 발행, 876-877면.

<http://www.scourt.go.kr/portal/justicesta/JusticestaListAction.work?gubun=10>

20) 2012년 사법연감(통계), 대법원 2013. 4. 발행, 884-885면.

2011년의 경우에도 5,886건의 횡령·배임죄 사건이 처리되었고, 이 중 무죄 258건, 형의 면죄 4건, 면소 9건, 선고유예 116건, 공소기각 12건으로 무죄율은 4.3%였다. 일반 형법위반의 경우는 109,673명이 처리되었고, 그 중 무죄판결을 받은 자는 2,904명이므로, 무죄율은 2.6%인 것과 비교하면 상당히 높다.²²⁾ 특경가법의 경우는 2,105건이 처리되었고, 이 중 무죄가 184건, 형의 면죄 2건, 면소가 2건, 공소기각 3건으로 무죄율이 8.74%였다.

고소나 고발사건이 있게 되면 검찰로서는 수사하지 않을 수 없고, 수사 결과 아무 것도 나오지 않으면 시간과 인력낭비의 결과가 된다. 그러므로 관련 법규를 적극적으로 해석하여 가급적 기소하여 법원의 판단을 받아보려고 하는 유혹이 강할 것으로 짐작된다. 배임죄의 무죄율이 높은 것은 배임죄의 구성요건이 매우 애매하고 포괄적인 것도 원인이다. 구성요건상 범죄와 비범죄의 경계가 모호한 것이다.

VI. 구성요건표지의 모호성

배임죄는 형사범죄 중 가장 모호한 규정이라는 비난을 받는 것은 배임의 정의 자체가 모호하기 때문이다. 상황이 이렇다 보니 배임죄는 재판과정 자체가 어렵고 무죄율이 다른 범죄에 비해 높다. 현행 형법 제355조 제2항의 “배임”, 형법 제356조의 “업무상 배임”, 상법 제622조(발기인, 이사 기타의 임원 등의 특별배임죄), 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조(특정재산범죄의 가중처벌) 등 여러 가지의 배임죄의 성립에 있어서 판단하는 공통적 기준은 “자신의 임무에 위반하는 행위”가 전부인 셈이다. 사회 여론은 물론 법관의 성향에 따라 적용 기준이 달라질 수 있는 데다, 배임 행위의 고의성을 따지기도 어렵다.

배임죄에 의하여 보호되는 법익은 피해자의 전체 재산권이므로(전체재산설),²³⁾ 회사의 경우에는 회사의 전체 재산권이다. 배임죄는 재산상의 이득만을 대상으로 하는 순수한 이득죄, 침해범, 진정신분범이다. 배임죄는 특별히 타인의 재산을 처분할 적법한 대리권이 없어도 성립한다.²⁴⁾ 예컨대 부동산의 2중매매와 같이 단 1회의 행위라도 중도금까지

21) 다만, 2012년에 법원이 처리한 특별형법을 포함한 전체 범죄자 수는 287,883명이고, 이 중 무죄판결을 받은 자는 60,399명이다(무죄율 20.98%).

22) 다만, 2011년에 법원이 처리한 특별형법을 포함한 전체 범죄자 수는 278,169명이고, 이 중 무죄판결을 받은 자는 47,947명이다(무죄율 17.2%).

23) 한석훈, 전거서, 59면.

24) 대법원 1999. 9. 17. 97도3219.

받은 경우라면 배임죄는 성립하고,²⁵⁾ 1회적 사무처리의 경우에도 적용된다. 다만, 판례는 동산의 2중매매의 경우에는 배임죄가 성립하지 않는다고 한다.²⁶⁾

업무상 배임죄는 “타인의 사무를 처리하는 자”가 그 “업무상의 임무에 위배하여” 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 함으로써 본인에게 손해를 가한 때에 성립한다. 업무상 배임죄는 이중적 신분범으로서, 사무처리자(구성적 신분)와 업무자(가별적 신분)로서의 자격을 갖추어야 한다.²⁷⁾ 업무상 배임죄에 대하여는 형벌이 가중된다. 특경가법은 배임액수에 따라 형을 가중하도록 하고 있다. 상법상의 특별배임죄는 신분범으로 형을 가중하고 있다.

상법상 특별배임죄는 이사 등이 그의 임무를 위반하여 회사에 재산상의 손해를 발생시키는 행위를 하였을 경우에 형법상 배임죄에 비하여 더욱 중한 처벌을 하기 위한 특별규정이다. 특별배임죄에 대한 형벌은 회사범죄 중 가장 무겁다고 할 수 있다.²⁸⁾ 다만, 사채권자집회의 대표자 또는 그 결의집행자는 7년 이하의 징역 또는 2,000만원 이하의 벌금에 처하도록 되어 있다(상법 제623조, 제632조).

특별배임죄의 성립요건을 보면,

첫째, 임무위배행위가 있어야 한다. 배임행위는 재산의 보호나 관리를 위임한 피해자의 신뢰를 배반하는 행위를 의미한다. 특별배임죄의 배임행위는 작위이건 부작위이건 가리지 않고, 구체적 사정을 고려하여 신의성실원칙 상 통상의 사무집행범위를 일탈한 행위를 말한다. 그런데 구체적 임무위배행위의 내용은 해석론에 맡겨져 있다. 대법원 판례는 이사의 임무위배행위의 성립 여부에 대하여 명확한 기준을 제시하고 있지 않다. 유사한 상황 하에서 이를 인정한 판례도 있고²⁹⁾ 이를 인정하지 않은 판례도 있다.³⁰⁾ 판례는 “임무에 위배하는 행위란 사무의 성질·내용 등 구체적 상황에 비추어 법률규정, 계약내용 또는 신의성실원칙에 비추어 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 피해자와의 신임관계를 저버리는 일체의 행위”이고, 어떠한 행위가 이러한 임무위배행위에 해당하는지 여부는 “그 사무의 성질·내용, 사무집행자의 구체적 역할과 지위 등 행위 당시의 구체적 상황에 따라 그 행위가 신의성실원칙에 비추어 통상의 업무집행 범위를 일탈하였는가 여부에 따라 판단

25) 대법원 1988. 12. 13. 88도750.

26) 대법원 2011. 1. 20. 2008도10479.

27) 임웅, 전게서, 459면; 한석훈, 전게서, 67면.

28) 정찬형, 「상법강의(상)」, 2010, 1164면.

29) 대법원 1984. 2. 28. 83도2928; 동 1989. 10. 10. 87도966.

30) 대법원 1971. 4. 13. 71도326; 동 1981. 1. 27. 79도2810.

하여야 한다.”라고 한다.³¹⁾ 또한 판례는 1인 회사의 경우에 주주 전원이라고 할 수 있는 그 1인 주주의 배임행위인 경우에도 배임죄의 성립을 인정한다.³²⁾ 그렇다면 주주전원의 승낙이 있다고 하더라도 배임행위는 성립할 수 있다는 것이 된다. 배임죄는 고의범이지만, 미수범도 처벌된다(상법 제624조).

이에 학설은 “이사의 임무위배에 해당하는가의 여부를 판단함에 있어서는 형식적으로 법령이나 직무집행을 위하여 정해진 준칙의 위반 여부에 의하여 판단할 것이 아니라, 실질적으로 회사의 불이익 여부에 의하여 판단되어야 할 것이다.”라거나,³³⁾ “법률 내지 회사 정관에서 규정한 형식적 절차 위배만으로 판단할 것이 아니라 실질적으로 보아 회사를 위하여 충실하게 그 직무를 집행할 입장에 있는 이사 등이 최소한도로 요청되는 회사의 이익을 위한 조치를 한 것인가의 여부에 따라 판단하여야 한다.”고 한다.³⁴⁾

한편 주주의 영향력이 큰 우리나라에서는 주주(이른바 업무집행지시자 등 실질상의 이사)도 배임죄의 행위주체가 된다고 해석하는 견해도 있으나,³⁵⁾ 임무가 있어야 배신이 존재할 수 있을 것인데, 주주는 처음부터 임무라는 것이 없으며, 실질상의 이사의 개념 자체가 사후에 정해지는 것으로서 죄형법정주의에 정면으로 위배되므로 받아들일 수 없는 주장이다.³⁶⁾

이사회 또는 주주총회의 결의 등 내부적 절차를 거쳤는가는 아무 상관이 없으므로, 이사회나 주주총회를 거쳤더라도 배임죄의 처벌을 받을 수 있다.³⁷⁾ 물론 이사는 법령이나 회사의 정관 또는 내부지침에 위배한 경우는 배임행위를 인정할 가능성이 높다.

둘째, 재산상의 손해발생과 이익의 취득이 있어야 한다. 재산상의 손해발생과 이익의 취득은 배임죄의 공통적 구성요건이다. 배임행위로 인하여 행위주체가 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 ‘재산상 이익’을 취득하게 하여야 한다. 제3자란 행위주체와 피해자 외의 모든 사람을 말한다. 배임행위와 재산상 이익의 취득 사이에는 인과관계가 있어야만 한다.³⁸⁾

31) 대법원 2010. 10. 28. 2009도1149; 동 2010. 4. 29. 2009도13868; 동 1998. 2. 10. 96도2287.

32) 대법원 1983. 12. 13. 83도2330; 동 2011. 3. 10. 2008도6335.

33) 곽관훈, “기업범죄(Corporate Crime) 예방과 상법의 역할”, 『2011년 4월 한국상사법학회 자료집』, 2011, 84면.

34) 김상봉, “상법상 특별배임죄”, 『검찰』, 대검찰청, 1990. 12, 84면.

35) 송호신, “상법상의 회사관련범죄에 대한 연구-별칙조항의 활성화방안을 중심으로-”, 한양대학교 박사학위논문, 2002. 8, 91~101면.

36) 대법원 2006. 6. 2. 2005도3431 참조.

37) 대법원 2005. 10. 28. 2005도4915; 동 1989. 10. 13. 89도1012.

38) 한석훈, 전게서, 89면.

‘재산상 이익’이란 재산적 가치를 증가시키는 이익이면 모두 해당하고, 경제적 관점에서 실질적으로 판단하여야 하므로 법률적 효력은 문제되지 않는다. 적극적 이익이건 소극적 이익이건 가리지 않는다.³⁹⁾ 예를 들어 향응을 받는 것은 재산상의 이익에 포함되나, 재산상 이익이 따르지 않는 단순한 사회적 지위나 직책상의 이익은 포함되지 않는다. 회사의 대표이사가 계약을 이행하지 아니하여 회사가 계약 상대방에게 그로 인한 손해배상금을 지급한 때에는 단순히 민법상 채무불이행이 되며, 계약 상대방에게 재산상 이익을 취득하게 한 경우에 해당하지는 않는다.⁴⁰⁾ 재산상 이익의 가액이 확정되지 않았거나 그 손해액이 확인되지 않거나 불확정적이라 하더라도 특별배임죄의 성립에 지장은 없다.⁴¹⁾

손해는 장기간에 걸쳐 또는 미래에 발생할 수 있으므로 현실적으로 손해가 발생한 경우뿐만 아니라 가치의 감소라고 볼 수 있는 재산상의 위험이 발생한 경우도 포함한다.⁴²⁾ 판례를 보면 반드시 손해가 발생하지 않았어도 손해발생의 위험만 있어도 처벌할 수 있다(위태범).⁴³⁾ 이러한 입장에서 대표이사가 대표권을 남용하여 회사 명의의 약속어음을 발행한 사실을 상대방이 알았거나 중대한 과실로 알지 못하여 회사가 상대방에 대해 채무를 부담하지 않는 경우이더라도, 대표이사는 회사에 대하여 배임죄에서의 재산상 실효발생의 위험이 초래되었다고 볼 수 있고, 배임죄는 성립하는 것이다.⁴⁴⁾

수임인이 개인적으로는 아무런 이득을 취한 바 없어도 처벌된다. 여기서 무리가 일어나는데, 대개는 투자 등으로 손해를 보게 되면 위임인은 물론이고, 채권자나 경영권 쟁취를 노리는 적대적인 주주, 그룹기업의 경우에는 모회사 또는 자회사의 주주, 심지어는 노조에 의하여도 경영자가 배임죄로 고발당할 수 있다. 판결 전에도 일단 피의자로 몰린 기업인은 개인적인 삶의 파괴는 물론이고 그 기업과 그 기업의 종업원 및 주주까지도 일시에 패닉에 빠진다. 가정은 파탄나기 쉽고 기업은 주가가 폭락하고 거래가 끊긴다. 배임죄는 너무나 쉽게 성립할 수 있고, 수임인은 너무나 쉽게 전과자가 될 수 있다. 기업인들은 자신의 행동이 아무리 사심이 없이 행동하였고 또 개인적인 이득을 취한 적이

39) 대법원 2009. 12. 24. 2007도2484.

40) 대법원 2009. 6. 25. 2008도3792; 동 2007. 7. 26. 2005도6439.

41) 대법원 1983. 12. 27. 83도2602.

42) 대법원 1992. 5. 26. 91도2963; 동 2003. 2. 11. 2002도5679; 동 2004. 7. 22. 2002도4229 등 참조; 이재상, 전게서, 419면; 배종대, 전게서, 2001, 518면; 구회근, “업무상 배임죄와 경영판단원칙”, 『법조』, Vol. 590, 2005. 11, 60면; 구회근, 전계논문, 『기업소송연구(Ⅰ)』, 7면.

43) 한석훈, 전게서, 60면; 대법원 2011. 4. 28. 2009도14268; 동 2009. 6. 25. 2008도3792; 동 2007. 6. 15. 2005도4338; 동 2006. 6. 2. 2004도7112; 동 2005. 7. 29. 2004도5685.

44) 대법원 2013. 2. 14. 2011도10302.

없었으면서도 나중에 배임죄로 처벌될 수 있다.

판례는⁴⁵⁾ “재산상 손해의 유무에 대한 판단은 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하여야 한다.”고 판시한다.⁴⁶⁾ 그리고 일단 손해의 위험성을 발생시킨 이상 사후에 피해가 회복되었거나 회복가능성이 생겼다고 하여도 배임죄의 성립에 영향을 주는 것은 아니다.⁴⁷⁾

그러나 재산상 손실을 야기한 배임행위가 동시에 그 손실을 보상할 만한 재산적 반대 이익을 준 경우에는 재산상 손해가 있다고 할 수 없다. 예컨대 담보가 부실한 대출을 하여 대출은행에 손해발생위험을 발생시켰으나, 그 후 그 담보물을 양수한 제3자에 의하여 대출금이 대위변제되었거나 담보물인 부동산의 시가가 다른 경제적 요인으로 폭등하여 실제 손해는 발생하지 아니한 경우에는 손해가 없다고 한다. 부실대출로 손해를 보고 배임죄가 성립되면 이때 손해금액의 계산은 ‘실제 회수가 불가능한 금액’만을 손해로 보는 것이 아니라 재산상 권리의 실행이 불가능하게 될 염려가 있거나 손해발생의 위험이 있는 ‘대출금 전액’을 손해로 본다.⁴⁸⁾ 따라서 대출금 전액을 기준으로 처벌할 양형을 결정한다.

이와 같이 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하여야 하므로, 이론과는 달리 배임행위가 실제로 이익을 가져다 준 경우에는 면죄될 수 있을 것으로 본다.

셋째, 주관적 구성요건으로서의 고의가 있어야 한다. 배임죄 또는 업무상 배임죄가 성립하려면 주관적 요건으로서 임무위배의 인식 및 자기 또는 제3자가 이익을 취하고 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 인식과 적어도 그 용인이 있어야 한다.⁴⁹⁾ 다만, 이러한 인식은 미필적 인식으로도 충분하다.⁵⁰⁾ 본인에게 재산상 손해를 가하려는 적극적인 의사나 자기 또는 제3자에게 재산상 이익을 얻게 하려는 목적까지는 필요하지 않다.⁵¹⁾

45) 대법원 2011. 4. 28. 2009도14268; 동 2009. 6. 25. 2008도3792; 동 2007. 6. 15. 2005도4338; 동 2006. 6. 2. 2004도7112; 동 2005. 7. 29. 2004도5685.

46) 한석훈, 전거서, 90면. 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당되어 배임죄를 구성한다(대법원 1995. 12. 22. 94도3013 등 참조).

47) 대법원 1995. 2. 17. 94도3297.

48) 대법원 2006. 4. 27. 2004도1130; 동 2000. 3. 24. 2000도28; 동 1996. 7. 12. 95도1043; 동 1989. 4. 11. 88도1247

49) 한석훈, 전거서, 96면. 대법원 1992. 1. 17. 91도1675.

50) 대법원 2011. 7. 28. 2010도9652; 동 2004. 6. 24. 2004도520. 이규훈, “업무상배임죄와 경영판단”, 『형사판례연구 13』, 한국형사판례연구회편, 2005, 344면; 이경렬, “경영판단의 과오와 업무상배임죄의 성부”, 『법조』, Vol. 603, 법조협회, 2006. 12, 141면 요약 참조.

미필적 인식 또는 미필적 고의라 함은 그럴 가능성이 있다는 것을 인식하면서도 그러한 결과가 발생해도 좋다는 마음가짐을 말한다. 예를 들어 한겨울에 사람을 폭행해서 그 사람이 길가에 쓰러졌는데 그대로 두면 얼어 죽을 가능성이 있다는 것을 알면서도 죽어도 할 수 없다고 생각하고 버려두고 현장을 떠난 결과 그 사람이 얼어 죽은 경우, 살인죄가 성립하는 것이다. 은행 임원이 어떤 회사에 거액의 대출을 해 주면서 그 회사가 망할 가능성이 있고, 망하면 대출금 회수가 불가능해 질 수 있다는 것을 알면서도 대출을 감행하고, 결국 그 회사가 망하고 대출금 회수가 불가능하게 되면 대출을 결정한 은행 임원은 미필적 고의가 있게 되어 배임죄가 성립된다. 그런데 고의도 그렇지만 미필적 고의는 내심의 의사이기 때문에 확인이 불가능하다. 그러므로 고의가 있는지 여부는 당시의 객관적 상황을 종합적으로 판단하여 결정할 수밖에 없다.

또한 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득하려는 의사인 불법이득의사가 필요하다.⁵²⁾ 일본의 경우는 배임죄가 목적범인데⁵³⁾ 비하여, 우리나라는 배임죄로 기소하는 검사가 범죄주체의 행위목적(의도)을 증명하지 않아도 되므로 일본보다 훨씬 구성요건이 완화되어 있고, 배임죄로 기소하기가 쉽다. 그러나 판례는 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득하려는 의사인 불법이득의사가 필요하다고 하므로,⁵⁴⁾ 해석론에 의하여 일본과 거의 같은 것으로 볼 수 있지만, 일본은 검사가 적극적으로 증명하여야 하는데, 우리는 정황증거를 제시하면 충분하고, 법원이 이를 인정할 수 있다는 것이 된다.

위에서 살펴 본 바와 같이 배임죄의 구성요건(해석)은 임무위배 외에는 명확한 것이 없다. 배임죄의 불법내용은 형법의 적용대상이 아닌 배임행위와 잘 구별되지 않는다.⁵⁵⁾ 형법의 구성요건은 그 불법내용의 범위와 한계가 명확해야 하는데, 배임죄에 있어서 임무위배행위는 전형적인 비정형성을 지닌 구성요건표지이다. 배임죄의 내용은 법적용자의

51) 대법원 2007. 11. 15. 2007도6075; 동 2004. 7. 9. 2004도810; 동 1983. 12. 13. 83도2330.

52) 대법원 2008. 1. 17. 2007도6987.

53) 현행 일본 형법 제247조가 규정한(刑法 第247條: 他人のためにその事務を處理する者が、自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的で、その任務に背く行爲をし、本人に財産上の損害を加えたときは、五年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に處する。) 배임죄의 구성요건은, ① 타인을 위해 그 사무를 처리하는 자가(타인의 사무처리자), ② 자기 혹은 제3자의 이익 또는 본인에 손해를 가할 목적으로, ③ 그 임무에 위배한 행위를 하고, ④ 본인에 재산상의 손해를 가한 것이다. 이때에는 5년 이하의 징역 또는 50만 엔 이하의 벌금에 처한다. 그 밖에 주식회사의 이사 등의 임원이나 부장, 과장 등이 배임죄를 범한 경우에 일본 회사법상 벌칙의 특별배임죄(일본회사법 제960조 이하)의 처벌을 받는데(이것은 우리 상법 제622조 이하에 해당한다), 가중처벌된다. 芝原邦爾, 經濟刑法, 岩波書店, 2007, 17면.

54) 대법원 2008. 1. 17. 2007도6987.

55) Michael Kubiciel, Gesellschaftrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestarfbarkeit, NStZ, 2004, 7, S. 355.

윤리의식 내지 정치적·정책적 목표에 따라 상이하게 나타날 위험이 있다.⁵⁶⁾ 배임죄에 있어서 임무위배행위와 보통의 정상적인 임무수행행위가 명백하게 구분되지 않는다. 그럼에도 불구하고 배임죄는 특별법이 아닌 형법전에 규정되어 있어 그 판단이 용이한 것으로 착각하기 쉽다. 따라서 다른 경제범죄에 대한 법률판단은 쉽게 하지 않으면서도 배임죄에 대하여는 어렵지 않게 판단하는 경향이 있다.⁵⁷⁾

이와 같이 범죄와 비범죄의 경계가 모호하고, 법원도 업무상 배임죄의 성립 여부에 관하여 명확한 기준을 제시하지 못하고 그때그때 임시적으로 판단하는 것은 죄형법정주의에 어긋난다. 배임죄 자체는 폐지하는 것이 옳다고 본다. 대신 기업범죄에 대하여 민사적 구제방법을 보다 효율적으로 개선하고, 경제법, 자본시장법, 상법, 조세법 등 비형법적 법률을 사용하여 회사채권자와 소수주주의 보호, 금융결제의 합리화, 회사지배구조의 민주화 등을 추구할 필요가 있다.⁵⁸⁾ 그리고 기업 내에 윤리강령이나 컴플라이언스규칙 등의 임·직원에 대한 전달, 의무적인 참가를 요구하는 임·직원에 대한 주기적 윤리교육, 컴플라이언스규칙의 서면화 등 '내부통제시스템'을 구축하여야 할 것이다.⁵⁹⁾

VII. 이득액수에 따라 법정형을 가중하는 특경가법 적용의 문제점

위에서 본 바와 같이, 우리나라 실무는 기업인에 의한 상법상 특별배임행위에 대해서도 형법상 업무상 배임죄와 그에 따른 특경가법을 적용하여 이득액수에 따라 가중처벌하고 있다. 이득액수에 따라 형법상 재산범죄를 가중처벌하는 특경가법의 적용에도 적지 않은 문제가 있다.

우선 배임행위로 인한 이득 또는 손해의 금액이 크다고 가중처벌하는 것은 위헌이다. 금액이 크면 죄질이 더욱 나쁘거나 범죄가 무거워진다는 것은 아무런 근거가 없다. 이것은 금액이 크면 엄청난 범죄이고 금액이 적으면 조그만 범죄라는 것과 같다. 양심을 속이는 것은 마찬가지로인데도 금액에 따라 차등하여 처벌한다면, 역으로 조그만 범죄는 저

56) 배종대, 전게서, 543면; 조기영, “배임죄의 제한해석과 경영판단원칙: 경영판단원칙 도입론 비판”, 『형사법연구』, 제19권 제1호, 한국형사법학회, 2007, 89면.

57) 이종상, 전게논문, 46면; 조기영, 상게논문, 90면.

58) 송옥렬, “이사의 민사책임과 형사책임의 판단기준”, 『상사판례연구』, 제6권, 한국상사판례학회, 2006, 92면; 이상돈, 『윤리경영과 형법』, 2005, 66면.

59) 김화진, 『이사회』, 제2판, 2007, 272-273면; 조국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계-업무상 배임죄 배제론에 대한 응답-”, 『형사법연구』, 제19권 제3호, 한국형사법학회, 2007, 172면.

질러도 크게 문제될 것 없다는 인식만을 주게 된다. 대규모 사업을 하는 사람은 큰 벌을 받을 가능성이 크므로, 기업가가 배임죄를 피하려면 조그만 일만 하여야 한다.

범죄로 인한 이득액을 기준으로 법정형을 가중하는 것이 합리적인 입법방식으로 평가되기 어렵다는 지적은 이미 형사법학계에서 널리 인정되고 있다.⁶⁰⁾ 예컨대 이득액 5억원과 4억 9천만원 사이에는 액수에서 거의 차이가 없음에도 불구하고 법정형에서 현격하게 차이가 나는 것은 합리적으로 설명되기 어렵다.⁶¹⁾ 이득액이 5억원 이상일 때에는 특경가법에 따라 가중처벌하여 3년 이상 유기징역에 처하고 재산형에는 처할 수 없고 반드시 자유형(징역형)형에 처하여야 한다. 반면에 5억원 미만이면 횡령, 배임의 경우는 5년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금으로, 업무상의 횡령과 배임의 경우는 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금형을 받아, 재산형으로 대체될 수 있다.

또한 특경가법이 제정된 후 10년 이상 지나면서 물가상승으로 화폐가치가 하락하여 가중 처벌하는 것 자체가 부당한 결과를 야기할 수도 있다.⁶²⁾ 현재 특경가법상 5억원 또는 50억원의 기준은 1990년 이래 변경되지 아니하였다. 24년이 지난 현재 3년 이상의 유기징역, 5년 이상의 유기징역에 처할 정도의 무거운 범죄인지도 의문이다. 연간 순이익이 수 조원에 이르며, 사업 단위가 수 백억 원에 이르는 기업인에게 5억원은 비교적 적은 금액일 수도 있기 때문이다. 형법 제250조 제1항의 살인죄를 보면, “사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.”라고 되어 있는데, 기업인은 프로젝트의 규모가 크면 살인죄보다 더 무거운 처벌을 받을 수 있다는 것을 납득할 수 있을지 의문이다.⁶³⁾ 현재 900억원대의 횡령 등의 혐의를 받고 있는 H그룹의 회장이나, 1,400억원의 배임횡령혐의를 받고 있는 T그룹의 회장, 2,000억원 대의 횡령혐의를 받고 있는 C그룹의 회장 등의 경우 유죄가 인정되면 50억원이 기준인 5년 이상의 처벌을 피하기 어렵고, 금액에 따라 처벌이 가중된다면 그 이상의 형벌도 모자랄 지경인데, 이를 누가 인정할 수 있는지 의문이다. 물론 법원이 기업그룹 회장 등의 경제사범에 대해 우호적으로 집행유예를 선고하는 폐해와 대통령이 사면권을 남용하는 폐해는 사라져야 할 것이다. 그러나 범죄와 형벌은 균형을 이루어야 한다는 형법이론에 어긋나는 특경가법상 법정형

60) 강동욱, “특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제1항의 개선방안에 관한 논의”, 『한양법학』, 제24권 제3호, 2013. 8. 17면; 손동권, 「형사특별법의 정비방안(4): 특정경제범죄가중처벌등에 관한법률」, 한국형사정책연구원 2008, 111면; 이기현, “동종의 범죄를 가액에 따라 차등처벌하는 특별형법규정”, 『형사판례연구(3)』, 1995. 112면 이하; 안경옥, “특정경제범죄가중처벌등에관한법률의 정비방안”, 『형사정책』, 제17권 제2호, 2005, 18면 이하.

61) 손동권, 전제논문, 「형사정책」, 271면.

62) 손동권, 전제논문, 「형사정책」, 271면.

63) 손동권, 전제논문, 「형사정책」, 271면.

의 과도한 가중은 기업인을 희생양으로 삼아 인기영합주의에 편승한 마녀사냥에 다름 아니다. 합리적 양형의 설정과 사면권의 엄정한 행사로 해결할 사항인 것이다.⁶⁴⁾

특히 특경가법은 배임과 횡령은 재산범인데 재산형을 완전히 배제하고 반드시 자유형 처분을 하도록 한 것도 문제이다. 즉, 재산범에 대하여 벌금 등 재산형을 처분하는 것이 아니라, 일단 구속하여 징역형에 처한다는 것이 과연 옳은 것인가 의문인 것이다.

VIII. 대안

1. 경영판단원칙의 도입과 특별배임죄규정의 개정

경영판단원칙(business judgment rule)이란 경영자가 주관적으로 기업의 최대이익을 위하여 성실하게 경영상 판단을 하였고 그 판단과정이 공정하다고 볼 만한 절차적 요건을 갖추었다면, 그 결과 잘못된 판단으로 기업에 손해가 발생하였다고 하더라도 경영자의 경영상 판단을 존중하여 그로 인한 책임을 면하도록 하는 법리이다. 경영판단원칙을 우리나라에 입법론이나 해석론으로 도입하여야 할 것인지에 관하여도 논란이 많다. 판례가 경영진의 상법상 손해배상책임 여부가 문제되는 민사판례에서는 ‘경영판단원칙’이라는 용어를 사용하고 있어서 우리나라도 이 원칙을 일부 도입하였다고 보는 견해도 있다.

한편 이 원칙을 형사법에서도 도입할 수 있는가에 관하여도 긍정설과 부정설이 있다. 형사판례를 보면, 배임에 관한 죄의 성립 여부를 판단함에 있어서 ‘경영판단’이라는 용어는 자주 사용하지만 ‘경영판단원칙’이라는 용어는 사용하지 않고 있다.⁶⁵⁾ 다만, 판례는 경영판단이 문제되는 경우에 “기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 아무런 개인적 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 있는 바, 이러한 경우에까지 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상배임죄의 형사책임을 묻고자 한다면, 이는 죄형법정주의 원칙에 위배되는 것은 물론이고 정책적 차원에서 볼 때에도 영업이익의 원천인 기업가 정신을 위축시키는 결과를 낳게 되어 당해 기업뿐만 아니라 사회적으로도 큰 손실이 될 것이므로, … 문제된 경영상 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단 대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성

64) 손동권, 전제논문, 「형사정책」, 278면.

65) 대법원 2012. 6. 14. 2012도1283; 동 2011. 7. 28. 2008도5399 등.

등 제반 사정에 비추어, 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 회사에게 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 판시하였다.⁶⁶⁾ 이후 현재까지 경영상 판단이 문제가 된 사안에서는 대체로 같은 취지로 판시하고 있다.⁶⁷⁾ 그러나 이와 같은 판례는 경영판단에 이르게 된 “절차”가 문제가 아니라, “경영상 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정”까지 심사대상으로 하여 고의성 여부를 판단하여야 한다는 취지로서, 미국에서 말하는 경영판단의 원칙과는 아주 다르다. 미국에서는 “내용”이 아니라 “절차”를 본다. 경영판단은 절차문제임을 명확히 인식하여야 하는데, 우리 법원은 경영판단의 내용까지 합리적이어야 한다고 한다. 그야말로 판사들이 기업경영의 내용을 사후에 평가할 수 있다는 것으로, 판사가 super director(超理事)인 셈이다. 따라서 우리나라는 미국 판례법상의 경영판단원칙을 도입한 것이라고 할 수는 없다.

필자는 경영자가 경영판단임을 이유로 민사적으로 면책된다면 고의성이 없어서(고의성의 조각) 배임죄의 구성요건을 충족하지 않거나 위법성이 조각된다고 보아 무죄판단을 받아야 한다고 본다. 현재에도 법원이 경영판단임을 이유로 경영자를 면책시키는 경우가 흔하기는 하다고 해도 이는 법관의 자의에 맡겨진다는 것을 의미할 뿐이기 때문에, 필자는 경영판단의 원칙을 상법에 명문으로 규정할 것을 주장한다. 그리고 경영판단에 대하여는 형사적으로도 면책된다는 점 역시 상법의 특별배임죄를 규정한 제622조에 명확하게 규정할 것을 주장한다. 즉, (1) 경영판단의 원칙을 상법에 명문으로 규정하면서, (2) 경영판단의 원칙이 적용되는 경우에는 상법상 특별배임죄(상법 제622조)의 성립을 부정하는 방향으로의 상법을 개정할 것을 제안한다.⁶⁸⁾ 이는 그동안 경영판단의 원칙을 상법에 도입하여야 한다는 주장을 수용하는 한편, 민사법적 영역에서의 논의를 형사법적 영역에서도 적용시킬 수 있는 장점이 있다고 생각한다. 이러한 방향으로 상법이 개정되면 형법상의 배임죄, 업무상 배임죄 및 특경가법상의 배임횡령죄에 관하여도 같은 원리가 적용되어 배임죄의 성립이 부정될 것이라는 것이 그 근거이다. 상법에 경영판단의 원칙을 명문으로 도입하는 것은 이미 독일 주식법이 그렇게 하고 있다. 이를 모델로 하면 좋을 것으로 본다. 구체적인 방법으로는 상법 제382조 제2항에 제2문을 신설하는 것이

66) 대법원 2004. 7. 22. 2002도4229.

67) 대법원 2010. 4. 29. 2009도13868; 동 2010. 1. 14. 2007도10415.

68) 최준선, “상법상 특별배임죄규정의 개정방향”, 『경제법연구』, 제11권 제2호, 한국경제법학회, 2012.

다. 특히 (2)와 관련하여서는 상법 제622조에 “경영상의 판단으로 판단되는 경우에는 별하지 아니한다.”는 단서 규정을 두는 것이다. 경영판단행위 자체가 있으면 무조건 면책하자고 하는 것은 아니다. 경영판단으로 인정되어 민사적으로 면책되는 경우에 한하여 형사적으로도 면책한다는 의미이다. 형법은 모든 배임죄를 규정하고 있으므로 경영자를 위하여 형법에 이와 같은 단서를 둘 수는 없다. 경영자의 경영행위에 대하여 면책하려면 경영자라는 신분을 인정해야하는데 일반법인 형법에 경영자만을 위한 특별규정을 두는 것은 타당하지 않다. 또한 특경가법은 가중처벌하기 위한 법률이므로 여기에 경영판단원칙에 대한 예외를 규정하면 상호 모순이 되므로 특경가법에도 이와 같은 규정을 둘 수는 없다. 따라서 상법상 특별배임죄에 위의 단서규정을 둘 수밖에 없다.

물론 법률을 개정하기보다는 법원의 해석론의 정착을 기다리자는 주장이 있을 수 있지만, 법원의 해석론의 정착에는 수십 년의 시간에 걸쳐 수십 건의 배임죄에 관한 판례가 쌓여야 한다는 점에서 현실성이 없는 주장이다. 그러므로 입법적으로 해결하여야 한다. 다만, 경영상의 판단의 내용에 대하여는 반드시 미국식으로 “절차”를 존중하는 방향으로 가야한다는 것은 아니며, 우리의 실정에 맞게 재구성하여야 한다고 본다.

2. 배임죄 개정론

배임죄는 독일, 일본, 한국에서만 인정되는 범죄인 점에서, 또한 배신을 형사별로 처벌하는 것은 바람직하지 않으며, 구성요건이 개방되어 범죄와 비범죄의 경계가 모호하여 무죄율이 높다는 등의 이유로 배임죄를 폐지하여야 한다는 주장도 있다. 그러나 우리나라에서 50년 이상 존속되어 온 배임죄를 폐지하기에는 더욱 많은 논의가 있어야 하는 만큼 단시일 내에 가시적인 성과가 나오기는 어렵다고 본다. 이와 같이 배임죄의 폐지가 불가능한 상황에서는 다음과 같은 형사법 및 상법 개정안을 제시하면 어떨까 한다.

가. 목적범으로의 전환

일본과는 달리 우리나라에서는 배임죄는 목적범이 아니다. 이 점에서 우리나라는 배임죄의 적용이 일본보다는 쉽게 되어 있다. 따라서 일본과 유사하게 배임죄를 목적범으로 구성하는 방법을 고려해 볼 수 있다. 우리 형법 제정 당시 입법자가 의도적으로 목적범 요건을 삭제하였다고 한다.⁶⁹⁾ 그렇다면 해석론으로 목적범으로 이해하는 데는 한계가 있다. 형법의 개정을 통하여 목적범으로 재구성할 필요가 있다.

69) 조국, 전제논문, 172면.

나. 배임죄의 추상적인 구성요건을 보다 명확히 규정함

입법적으로는 형법상의 배임죄 자체가 개인의 사적 자치를 보장하는 사법, 즉 경제활동의 영역에 깊숙이 관여하는 것인 만큼 현재의 논란을 없애기 위해서는 현행법상의 배임죄의 추상적인 구성요건을 보다 명확히 하고, 그 한계를 구체적으로 설정하는 방법이 있다.⁷⁰⁾ 이것을 배임죄의 유형화나 고의의 유형화로 해결이 가능하다는 주장이 있다. 필자의 견해로는 수많은 행태의 배임죄를 어떻게 유형화 한다는 것인지, 또 추상적 개념인 고의를 어떻게 유형화한다는 것인지 불가능하거나至難한 일임에 틀림없으므로 이러한 견해에 찬성하기 어렵다.

IX. 결론

배임행위는 경영상 판단에 의한 예기치 않은 결과로 밝혀지는 경우가 많아서 “업무상 배임”인가 아니면 “경영상 판단”인가는 검찰의 자의적 판단의 여지가 상당히 크다는 점에서, 그리고 기업경영자에게 형사별로 의율하는 것이 과연 타당한가 하는 점에서 현재의 기업경영자들에 대한 엄격한 법집행은 재고의 여지가 있다. 더구나 단순한 경영상 판단 실패인지 위법행위에 의한 것인지를 입증하기도 쉽지 않다. 기업의 경영활동에 대한 과도한 형사적 개입은 자율성과 창의성이 존중되어야 할 이사의 경영활동을 위축되게 함으로써 기업은 물론이고, 국가 경제에도 상당한 불이익을 초래할 수 있으므로,⁷¹⁾ 이사의 경영행위에 대하여 형사책임을 인정하는 것은 곤란한 것이다.⁷²⁾ 기업경영에 있어서 배임죄의 성립여부에 대한 판단은 더욱 신중하게 이루어져야 한다. 현재까지의 판례를 보면 업무상 배임 인정 여부가 재판부나 시류에 따라 일관성을 결여하고 있어서, 이것은 헌법상 죄형법정주의 원칙에 위배되는 것은 물론 기업활동 위축으로 인한 사회적 손실도 가져온다.⁷³⁾ 합리적인 경영판단에 대하여는 형사별로 처벌하지 않는 경영판단의 원칙을 법률에 명문화할 필요가 있다.⁷⁴⁾ 경영진 개인의 비도덕적 경영만이 아니라 고도의 경영판단의 잘못까지도 불법·범죄화되고 있다.⁷⁵⁾ 이와 같은 현상을 “경영형법의 위험한

70) 강동욱, “이사의 경영판단행위와 배임죄의 성부”, 『한양법학』, 제21권 제4집, 2011. 11, 123면.

71) 이종상, 전제논문, 46면 참조.

72) 강동욱, 전제 “이사의 경영판단행위와 배임죄의 성부”, 106면.

73) 박미숙, “경영판단과 배임죄의 성부”, 한국형사판례연구회 편, 『형사판례연구(15)』, 2007, 210~211.

74) 이종상, 전제논문, 50-52면.

75) 이상돈, “경영실패와 경영진의 형사책임”, 『법조 제560호』, 법조협회, 2003. 5, 62면.

흐름”이라고 한다.⁷⁶⁾ 형법이 경영진의 개인적인 불법을 처벌하는 것을 넘어서 고도의 경영판단의 실패까지 통제하는 식으로 시장에 깊숙이 개입하게 되면 형법은 민주적 법치국가가 전제하는 시장체제로부터 그만큼 멀어지게 된다.⁷⁷⁾

배임죄의 본질은 배신이다. 배신은 윤리적 문제이며, 국가의 형벌권 행사 이전에 민사적으로 해결하여야 할 사항이다. 현실적으로 단순히 비윤리적인 행위와 형사처벌을 해야 할 행위의 구분도 모호하기 때문에 어떤 사안에서 과연 배임죄가 성립할지는 아무도 모른다. 배임죄로 기소되더라도 무죄로 판결된 경우도 많다. 무죄율이 다른 범죄의 그것에 비하여 월등히 높다. 개인적인 이익을 취한 바 없었더라도 또는 실제 손해가 없었어도 “실손해의 위험”만 있으면 배임죄는 성립한다. 배임죄의 구성요건이 너무 포괄적이다. 이것은 죄형법정주의에서 파생되는 “명확성의 원칙”에도 어긋난다. 형사범을 과잉생산하는 결과가 된다.

양형기준도 문제이다. 특정 경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률은 배임 등의 행위로 인한 재산상 이익의 규모에 따라 50억 원 이상인 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에, 5억 원 이상 50억 원 미만인 때에는 3년 이상의 유기징역에 처하며, 벌금형 등은 인정하지 않는다. 국가경제규모의 확대와 통화가치의 하락 등으로 5억 원을 넘는 규모의 경제행위는 매우 흔하게 되었다. 반면에 복잡한 경제적 활동에는 원천적으로 위험이 내재되어 있는데다, 시장환경의 급격한 변화와 첨예한 경쟁으로 인하여 조그마한 허점도 용납되지 않는 것은 물론, 이에 따른 손해발생의 위험은 날로 커지고 있다.

경영자에게 가해지는 이와 같은 질곡(桎梏)에서 벗어나게 하는 방안의 하나는 기업가의 경영판단에 대하여는 상법상 특별배임죄의 처벌을 면하게 하는 것이다. 경영판단의 원칙은 본래 영미법상의 원칙이지만 독일도 우리의 회사법에 해당하는 주식법 제93조에 이를 도입하였다. 우리도 우리 실정에 맞게 적절하게 도입하여 기업가 정신을 살려야 한다.

필자의 견해로는 앞에서 본 바와 같이 경영판단원칙을 상법에 명문으로 도입할 필요가 있고, 경영자의 경영판단을 형사상 배임죄로 의율하는 현재의 처벌구조는 개선할 필요가 있다고 본다. 즉, 민사적으로 경영판단으로 손해배상의무가 없는 것으로 판단되면 형사처벌도 면제되어야 한다.

한편 이와 같이 법률을 개정하기보다는 법원의 해석론의 정착을 기다리자는 주장은 일면 타당하기는 하지만, 법원의 해석론의 정착에는 수십 년의 시간에 걸쳐 수십 건의 배임죄에 관한 판례가 쌓여야 한다는 점에서 현실성이 없는 주장이다. 그와 같은 의미에서 입법론이 중요하다고 생각하며, 따라서 필자는 위와 같은 입법적 대안을 제시하였다.

76) 이상돈, 상계논문, 61면.

77) 이상돈, 상계논문, 63면.

〈참 고 문 헌〉

- 김성돈, 「형법총론」, 제2판, SKKUP, 2011
- 김일수·서보학, 「새로쓴 형법총론」, 제11판, 2006
- 김화진, 「이사회」, 제2판, 2007
- 박상기, 「형법총론」, 제9판, 2012
- 배종대, 「형법총론」, 제7판, 2004
- 손동권·김재윤, 「새로운 형법총론」, 2013
- 성낙현, 「형법총론」, 제2판, 2011
- 오영근, 「형법총론」, 제2판, 2012
- 이상돈, 「윤리경영과 형법」, 2005
- 이재상, 「형법총론」, 제7판, 2011
- 임웅, 「형법각론」, 2003
- 정성근·박광민, 「형법총론」, 전정판, SKKUP, 2012
- 조기영, “배임죄의 제한해석과 경영판단원칙: 경영판단원칙 도입론 비판”, 「형사법연구」, 제19권 제1호, 한국형사법학회, 2007
- 한석훈, 「기업범죄의 쟁점연구」, 2013
- 강동욱, “이사의 경영판단행위와 배임죄의 성부”, 「한양법학」, 제21권 제4집, 2011
- 강동욱, “이사 등의 경영행위에 대한 배임죄 적용의 문제점”, 충남대학교 법학연구소, 「법학연구」 제23권 제2호, 2012
- 강동욱, “특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제1항의 개선방안에 관한 논의”, 「한양법학」, 제24권 제3호, 2013. 8
- 곽관훈, “기업범죄(Corporate Crime) 예방과 상법의 역할”, 「2011년 4월 한국상사법학회 자료집」, 2011
- 구회근, “업무상 배임죄와 경영판단원칙”, 「법조」, Vol. 590, 2005. 11
- 구회근, “회사 임원의 업무상 배임죄에 관한 판례 분석”, 「기업소송연구(I)」, 2005.12
- 김상봉, “상법상 특별배임죄”, 「검찰」, 대검찰청, 1990. 12
- 박미숙, “경영판단과 배임죄의 성부”, 한국형사판례연구회 편, 「형사판례연구(15)」, 2007
- 손동권, 「형사특별법의 정비방안(4): 특정경제범죄가중처벌등에관한법률」, 한국형사정책연구원 2008
- 손동권, “회사 경영자의 상법상 특별배임행위에 대한 현행법 적용의 문제점과 처벌정책을 둘러싼 입법논쟁”, 한국형사정책학회, 「형사정책」, 제25권 제3호, 2013. 12

- 송옥렬, “이사의 민사책임과 형사책임의 판단기준”, 「상사판례연구」, 제6권, 한국상사판례학회, 2006
- 송호신, “상법상의 회사관련범죄에 대한 연구-벌칙조항의 활성화방안을 중심으로-”, 한양대학교 박사학위논문, 2002. 8
- 안경옥, “특정경제범죄가중처벌등에관한법률의 정비방안”, 「형사정책」, 제17권 제2호, 2005
- 안경옥, “경영판단행위에 대한 배임죄처벌의 가능성”, 「김일수 교수 화갑기념논문집」, 2006
- 이경렬, “경영판단의 과오와 업무상배임죄의 성부”, 「법조」, Vol. 603, 법조협회, 2006. 12
- 이규훈, “업무상배임죄와 경영판단”, 「형사판례연구 13」, 한국형사판례연구회편, 2005
- 이기현, “동종의 범죄를 가액에 따라 차등처벌하는 특별형법규정”, 「형사판례연구(3)」, 1995
- 이상돈, “경영실패와 경영진의 형사책임”, 「법조 제560호」, 법조협회, 2003
- 이종상 “이사의 책임과 배임죄에 대한 비판적 고찰”, 서울대학교 금융법센터, 「BFL」, 제19호, 2006
- 조국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계-업무상 배임죄 배제론에 대한 응답-”, 「형사법연구」, 제19권 제3호, 한국형사법학회, 2007
- 천종철, “배임죄에 있어서의 임무위배행위”, 「연세법학연구」, 제3집, 1995
- 최준선, “상법상 특별배임죄규정의 개정방향”, 「경제법연구」, 제11권 제2호, 한국경제법학회, 2012
- 허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 「비교형사법연구」, 제6권 제2호, 2004
- 落合誠一編, 「會社法コンメンタール」, 商事法務, 2011
- 芝原邦爾, 經濟刑法, 岩波書店, 2007
- Michael Kubiciel, Gesellschaftrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestarfbarkeit, NSTZ, 2004. 7