

배임죄의 성립 여부와 경영판단의 원칙



최 준 선 교수
성균관대학교 법학전문대학원

I. 머리말

상법에는 벌칙규정이 마련되어 있으나 회사법 교과서나 다른 관련 서적에는 매우 간단하게 기술되어 있어서 내용 파악이 쉽지 않다. 그럼에도 실무·벌칙규정은 특히 기업의 법규팀에서 숙지하고 있어야 할 매우 중요한 규정이다. 상법 중 회사편 이외에는 과태료에 관한 규정만이 있을 뿐인데, 회사편에는 과태료 외에 형벌까지 규정되어 있다. 형벌도 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.

이 글에서는 상법상 벌칙규정 중에 기업인들에게 흔히 적용되는 악명 높은 특별배임죄에 관하여 살펴보기로 한다. 본래 배임죄는 형법 제355조에 규정되어 있고, 형법 제356조에는 업무상 배임죄가 규정되어 있다. 또한, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조에도 배임죄를 규정하고 있다. 그러나 원리는 모두 동일하므로 이곳에서는 상법상 특별배임죄를 중심으로 논의하기로 한다.

2. 특별배임죄

(1) 법률의 규정

상법 제622조(발기인, 이사 기타의 임원 등의 특별배임죄)

- ① 회사의 발기인, 업무집행위원, 이사, 집행임원, 감사위원회 위원, 감사 또는 제386조 제2항(임시이사), 제407조 제1항(직무대행자), 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 손

해를 가한 때에는 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

- ② 회사의 청산인 또는 제542조 제2항의 직무대행자, 제175조의 설립위원이 제1항의 행위를 한 때에도 제1항과 같다.

상법 제623조(사채권자집회의 대표자등의 특별배임죄)

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

상법 제624조(특별배임죄의 미수)

전 2조의 미수범은 처벌한다.

상법 제632조(징역과 벌금의 병과)

제622조 내지 전조의 징역과 벌금은 이를 병과할 수 있다.

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 5억원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다.

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

- ② 제1항의 경우 이득액 이하에 상당하는 벌금을 병과(병과)할 수 있다.

(2) 특별배임죄의 연원

특별배임죄는 원래 형법 제355조에 규정되어 있고, 업무상배임죄는 형법 제356조에 규정되어 있다.

형법 제355조(횡령, 배임)

- ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금에 처한다.
- ② 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에도 전항의 형과 같다.

형법 제356조(업무상의 횡령과 배임)

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

상법상 특별배임죄는 형법상 배임죄 및 형법상 업무상배임죄의 특별규정일 뿐이다. 따라서, 특별배임죄는 행위주체가 회사내 일정한 신분자이고 피해자가 회사인 점만 제외하고 나머지 범죄구성요건은 동일하며, 법정형은 징역과 벌금을 병과할 수 있다는 점에서 특별배임죄가 다소 높을 뿐이다. 사채권자집회 대표자 등의 특별배임죄 역시 그 행위주체가 사채권자집회의 대표자나 그 결의를 집행하는 자인 점만 제외하고 나머지 범죄구성요건은 동일하고, 법정형은 배임죄보다 높을 뿐이다. 따라서, 형법의 배임죄에 관한 이론과 해석이 상법의 특별배임죄에도 똑같이 적용된다. 그러므로 상법상의 배임죄 외에 형법상의 배임죄부터 살펴보아야 한다.

(3) 배임죄의 의의

배임죄는 말 그대로 임무를 위배하는 죄이다. 임무에 위배한 행위, 즉 배임행위란 그 본질이 무엇인가? 통설은 배임행위의 본질을 배신이라고 본다(이른바 배신설. 이 외에 권

한남용설도 있다). 따라서, 배임죄는 특별히 타인의 재산을 처분할 적법한 대리권이 없어도 성립한다(대법원 1999. 9. 17. 97도3219). 예컨대 부동산의 이중매매와 같이 단 1회의 행위라도 배임죄는 성립한다. 배임죄에 의하여 보호되는 법익은 피해자의 전체 재산권이므로, 회사의 경우에는 회사의 전체 재산권이다.

(4) 배임죄의 행위주체

특별배임죄는 회사 관련 일정한 지위에 있는 자만 행위주체가 될 수 있다는 점에서 신분범이다. 배임행위시 그러한 신분에 있으면 되고 손해의 발생시에는 그러한 신분이 아니더라도 처벌받는다. 반대로 배임행위시 그 신분이 존재하지 않았지만 손해의 발생시에는 이미 신분자가 된 경우에는 이죄가 성립하지 않는다. 행위주체가 법인인 경우에는 제637조 규정에 따라 그 행위를 한 이사, 집행임원, 감사, 그 밖에 업무를 집행한 사원 또는 지배인을 특별배임죄로 처벌하여야 한다.

특별배임죄 처벌의 대상이 되는 자는 회사설립시의 발기인(주식회사의 설립시 정관을 작성하고 정관에 기명날인 또는 서명을 한 자), 합명회사나 합자회사의 업무집행사원, 이사, 집행임원, 감사위원회 위원, 감사, 임시이사 및 이사·감사의 직무대행자 등이다. 이상의 임원들은 주주총회나 이사회에서 상법 및 정관에 따라 적법하게 선임되어 이를 승낙하였으면 그 때 행위주체가 되는 것이고, 법인등기부에 그 선임등기가 경료되었는지 여부는 불문한다. 임원을 선출한 주주총회나 이사회 결의가 부존재하거나 무효인 경우에는 비록 그 결의에 기하여 임원 선임등기가 경료되었더라도 그 임원은 특별배임죄의 행위주체가 될 수 없다(대법원 2006. 4. 27. 2006도1646; 동 1978. 11. 28. 78도1297). 다만 주주총회결의 취소의 소의 경우에는 이 소가 형성의 소이고, 주주총회의 선임결의 취소 판결이 확정되기 전까지는 적법한 임원으로서의 지위를 갖는 것이기 때문에 배임행위당시에 범죄구성요건을 충족하였다면 특별배임죄의 행위주체가 될 수 있다고 본다. 상법 제401조의2 제1항에서 규정

한 업무집행지시자 등, 즉 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시하거나(업무집행지시자) 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자(무권대행자), 또는 이사가 아니면서 명예회장·회장·사장·부사장·전무·상무·이사 기타 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자(표현이사)는 이들(실질상의 이사 또는 배후이사라고도 함)과 회사와의 신임관계를 인정하기 어렵고, 이들을 포함시키는 것은 죄형법정주의에 위배되므로 특별배임죄의 주체가 될 수 없다고 본다(대법원 2006. 6. 2. 2005도3431). 이들은 본래부터 정해진 직위에 있는 자가 아니므로 “임무”라는 것이 없으며, 사후에 법원에 의하여 그러한 자(실질상의 이사)로 판단되는 자이기 때문이다. 다만, 이들이 이사의 배임행위에 대한 교사범이나 공모공동정범 등 공범이 될 수는 있다고 본다.

이사의 결원을 보충하기 위하여 선임된 임시이사(가이사), 이사 또는 감사에 대한 선임결의의 무효나 취소 또는 해임의 소가 제기되었거나 그 제기 전에 법원은 당사자의 신청에 의하여 이사나 감사의 직무집행정지 가처분을 하고, 이때 직무대행자가 선임되면 이 자도 특별배임죄의 행위주체가 된다. 집행임원 직무대행자에 관하여는 규정이 없다. 회사와의 신임관계는 고용계약이나 회사로부터 보수를 받는지 여부는 문제되지 않는다. 그러나 임원의 보조기관으로서 직접 또는 간접으로 그 처리에 관한 사무를 담당하는 자는 해당되지 않는다고 보아야 한다.

이 외에 지배인 기타 회사영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인, 청산인, 청산인 직무대행자, (회사합병시의) 설립위원, 사채권자집회의 대표자 및 그 결의를 집행하는 자도 행위주체가 된다.

(5) 위반행위

특별배임죄의 배임행위는 재산의 보호나 관리를 위임한 피해자의 신뢰를 배반하는 행위를 의미한다. 배임행위는 작위이건 부작위이건 가리지 않고, 구체적 사정을 고려하여

신의성실원칙상 통상의 사무집행범위를 일탈한 행위를 말한다. 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 판단하여야 한다”라고 판시한다(대법원 2010. 10. 28. 2009도1149; 동 2010. 4. 29. 2009도13868; 동 1998. 2. 10. 96도2287). 이사회 또는 주주총회의 결의 등 내부적 절차를 거쳤는가는 아무 상관이 없으므로, 이사회나 주주총회를 거쳤더라도 배임죄의 처벌을 받을 수 있다(대법원 2005. 10. 28. 2005도4915; 동 1989. 10. 13. 89도1012). 물론, 이사는 법령이나 회사의 정관 또는 내부지침에 위배한 경우는 배임행위를 인정할 가능성이 높다. 판례는 1인 회사의 경우에 주주전원이라고 할 수 있는 그 1인 주주의 배임행위인 경우에도 배임죄의 성립을 인정한다(대법원 1983. 12. 13. 83도2330; 동 2011. 3. 10. 2008도6335). 그렇다면 주주 전원의 승낙이 있다고 하더라도 배임행위는 성립할 수 있다는 것이 된다.

배임죄의 고의범이지만, 미수범도 처벌된다(상법 제624조).

(6) 재산상 이익 취득

배임행위로 인하여 행위주체가 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 ‘재산상 이익’을 취득하게 하여야 한다. 제3자란 행위주체와 피해자 외의 모든 사람을 말한다. 배임행위와 재산상 이익 취득 사이에는 인과관계가 있어야만 한다. 배임행위로 인하여 피해자에게 손해를 가하였다고 할지라도, 배임행위로 인하여 행위주체나 제3자가 재산상 이익을 취득한 사실이 없다면 배임죄가 성립할 수 없다.

‘재산상 이익’이란 재산적 가치를 증가시키는 이익이면

모두 해당하고, 경제적 관점에서 실질적으로 판단하여야 하므로 법률적 효력은 문제되지 않는다. 적극적 이익이건 소극적 이익이건 가리지 않는다(대법원 2009. 12. 24. 2007도2484). 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(대법원 2009. 6. 25. 2008도3792; 대법원 2007. 7. 26. 2005도6439). 재산상 이익의 가액이 확정되지 않았거나 그 손해액이 확인되지 않거나 불확정적이라 하더라도 특별배임죄의 성립에 지장은 없다(대법원 1983. 12. 27. 83도2602).

배임죄는 회사의 전체 재산권에 대한 손해발생의 위험만 있어도 성립한다. 판례는 “배임죄나 업무상배임죄에서 ‘재산상의 손해를 가한 때’란 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하여야 한다.”고 판시하고 있다(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). 재산상 손실을 야기한 배임행위가 동시에 그 손실을 보상할 만한 재산적 반대이익을 준 경우에는 재산상 손해가 있다고 할 수 없다. 예컨대 담보가 부실한 대출을 하여 대출 은행에 손해발생 위험을 발생시켰으나, 그 후 그 담보물을 양수한 제3자에 의하여 대출금이 대위변제되었거나 담보물인 부동산의 시가가 다른 경제적 요인으로 폭등하여 실제 손해는 발생하지 아니한 경우에는 손해가 없다. 이때 손해금액은 재산상 권리의 실행이 불가능하게 될 염려가 있거나 손해발생의 위험이 있는 대출금 전액이다(대법원 2006. 4. 27. 2004도1130; 동 2000. 3. 24. 2000도28; 동 1996. 7. 12. 95도1043; 동 1989. 4. 11. 88도1247).

(7) 고의

배임죄는 행위주체가 임무에 위배하는 행위로 자기나 제3자로 하여금 재산상 이익을 취득하게 하여 회사에 손해를 가한다는 사실에 대한 인식과 적어도 그 용인이 필요하다. 다만, 이러한 인식은 미필적 인식으로도 충분하다(대법원 2011. 7. 28. 2010도9652). 본인에게 재산상 손해를 가하려는 적극적인 의사나 자기 또는 제3자에게 재산상 이익을 얻게 하려는 목적까지는 필요하지 않다(대법원 2007. 11. 15. 2007도6075; 동 2004. 7. 9. 2004도810; 동 1983. 12. 13. 83도2330). 또한, 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득하려는 의사인 불법이득의사가 필요하다(대법원 2008. 1. 17. 2007도6987).

(8) 경영판단원칙과 배임

경영판단원칙(Business Judgement 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. 그러나 우리 판례는 경영판단의 ‘내용이 현저히 불합리하지 않아야’ 경영판단의 재량범위 내에 있다고 하는 점에서, 내용이 아니라 경영판단에 이르기까지의 절차에 중점을 두는 미국 판례법상의 경영판단원칙을 도입한 것이라고 할 수는 없다. 미국에서는 “내용”이 아니라 “절차”를 본다.

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 사용

하지 않고 있다(대법원 2012. 6. 14. 2012도1283; 대법원 2011. 7. 28. 2008도5399 등). 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 기업이 정신을 위축시키는 결과를 낳게 되어 당해 기업뿐만 아니라 사회적으로도 큰 손실이 될 것이므로, ... 문제된 경영상 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 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(대법원 2004. 7. 22. 2002도4229). 이후 현재까지 경영상 판단이 문제가 된 사안에서는 대체로 같은 취지로 판시하고 있다(대법원 2010. 4. 29. 2009도13868; 동 2010. 1. 14. 2007도10415). 그러나 이것은 배임죄의 경우 고의에 대한 해석을 엄격히 하여야 하는데, 경영판단 문제라고 해서 고의에 관한 해석기준을 완화해서는 안 된다는 취지이다. 나아가 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 사정에 비추어” 판단내용까지 심사대상으로 하여 고의 여부를 판단하여야 한다는 취지로서, 미국에서 말하는 경영판단의 원칙과는 아주 다르다.

이와 같은 판례의 태도만으로는 경영판단원칙을 도입한 것으로 볼 수는 없다. 경영판단은 절차문제임을 명확히 인식하여야 하는데, 우리 법원은 그렇게 하지 않고 경영판단의 내용까지 합리적이어야 한다고 한다. 즉, 판사들은 경영판단의 내용까지 심사한 후 책임여부를 판단한다. 그야말로 판사들이 초이사(超理事 : Super Director)인 셈이다.

(9) 사례

배임죄로 의율(擬律)되는 전형적인 사례와 그렇지 않은 사례를 본다.

의정부지방법원 고양지원 2007. 11. 9. 2006고합97 판결에서는 피고가 특정 경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)혐의로 유죄판결을 받았지만, 서울고등법원 2009. 7. 10. 2007노2684 판결에서는 무죄를 받았다. 서울고등법원은 대출행위는 경영판단에 속하는 사항인 점, 실해(實害) 발생의 위험이 없었던 점, 피고인에게 배임의 의사도 없었던 점 등을 이유로 이와 같이 판단하였다. 그러나 대법원 2012. 7. 12. 2009도7435 판결에서는 재산상 손해 발생의 위험을 초래한 행위로서 위 회사에 대한 임무위배행위가 된다고 볼 여지가 충분하다고 하여 다시 유죄판결을 내렸다.

이 사건의 사실관계를 보면, 피고인이 ① A회사로 하여금 계열회사인 B회사에게 40억원을 대여할 당시 B회사는 자본금이 30억원에 불과한 신생회사로서 2004년도의 당기순손실이 18억원 정도이며, 2005년도에도 실제 당기순손실이 약 65억원 정도에 이르렀던 점, ② B회사는 이미 2004. 11. 경 A회사로부터 40억원을 차용한 상태여서 재무상태가 좋지 않았고, 당시 B회사는 설립된 지 얼마 되지 않아 영업이익을 내는 등 정상궤도에 오르기 위해서는 장기간 투자가 필요한 상태였던 점, ③ 위 대여 당시 온라인 유통업계에서는 업체 간 치열한 경쟁으로 말미암아 수익구조가 상당히 악화되어 있었으며, 온라인 유통업계에서 시장점유율 1위이던 C회사조차도 2005년도의 영업이익이 8억원 정도에 불과하였던 점, ④ 그럼에도 불구하고 피고인은 직원주주들이

보유하고 있던 B회사 주식을 취득할 목적으로 B회사로부터 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수 조치를 취하지 아니한 채 40억원을 대여해 준 점에 비추어 보면, A회사의 대표이사이던 피고인이 A회사로 하여금 계열회사인 B회사에게 40억원을 대여해 준 행위는 A회사에 대하여 신임관계를 위배한 배임행위가 된다는 것이다.

이와 같이 그룹의 총수가 계열회사 중 어느 한 회사(A)의 자금으로 다른 계열회사(B)에 대출을 하거나 보증을 하는 경우 배임죄에 걸릴 가능성이 크다. 대기업 총수로서는 그룹 전체의 명운이 걸린 상황이어서 모든 계열회사가 균형성장을 하도록 그룹을 지휘하는 입장이다. 어느 한 회사(B)가 어려우면 그룹 전체가 어려워질 수 있다. 그러므로 자신이 대표이사로 있는 A회사의 자금으로 역시 자신이 대표이사 또는 이사로 있는 B회사에 대출을 감행하고, B회사가 어려움에서 벗어나면 그룹 전체의 경영이 정상화된다. 그러나 A회사의 대주주를 제외한 일반 주주의 입장에서는 A회사의 자금으로 부도의 위험이 있는 B회사를 지원해야 할 이유가 없다고 하게 된다. 그리고 그러한 지원에도 불구하고 결국 B회사가 도산하면 A회사 역시 큰 타격을 받게 되고, A회사의 일반주주들은 주가의 하락으로 인한 고통을 감수하여야 할 위험을 안게 된다. 이와 같은 경로로 일반주주들은 그룹 총수를 배임죄로 고발하는 상황이 된다. 특히 많은 경우 경영권분쟁이 존재하는 상황에서 현재의 그룹 총수에 대한 적대적인 세력이 배임죄로 그룹총수를 공격하는 경우가 많다. 판례에 따르면 이때 실제로 그룹총수가 개인적으로 아무런 이익을 취득한 바가 없고, 또한 실제로 회사에 손해가 발생하지 않아도 실손해 발생의 위험만으로 배임죄는 성립한다고 한다.

유사한 사례를 외국에서도 발견할 수 있지만 결론은 우리와는 다르다. 독일에서는 그룹 내의 계열회사에 대한 지원은 지원을 결정할 당시 지원받는 회사의 재무제표상 채권회수의 위험이 없었다고 인정되면 배임죄가 성립하지 않는다고 하고 있다. 프랑스에서도 일정한 조건(그룹 전체의 전략수행) 아래 배임죄의 성립을 인정하지 않는 유사한 판례가

있다. 우리나라의 경우는 이러한 경우 배임죄의 죄책을 피할 수 없다.

3. 결 어

“배임죄는 언제나 통한다!(\$266 StGB passt immer!)” 이 말은 배임죄를 최초로 입법한 독일에서 학자들이 ‘배임죄는 걸면 걸리는 범죄’라는 것을 빗대는 말이다. 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. 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 배임이다. 아무 일도 안해도(不作為) 배임죄에 걸린다.

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 5배나 높다. 개인적인 이익을 취한 바 없었더라도 또는 실제 손해가 없어도 ‘실손해의 위험’만 있으면 배임죄는 성립한다. 배임죄의 구성요건이 너무 포괄적이다. 이것은 죄형법정주의에서 파생되는 ‘명확성의 원칙’에도 어긋난다. 형사범을 과잉생산하는 결과가 된다.

더욱 고약한 것은 양형기준이다. 특정 경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률은 배임 등의 행위로 인한 재산상 이익의 규모에 따라 50억원 이상인 때에는 무기 또는 5년 이상의

징역에, 5억원 이상 50억원 미만인 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다고 정하고 있다. 국가경제규모의 확대와 통화 가치의 하락 등으로 5억원을 넘는 규모의 경제행위는 매우 흔하게 되었다. 반면에 복잡한 경제적 활동에는 원천적으로 위험이 내재되어 있는데다, 시장환경의 급격한 변화와 치열한 경쟁으로 인하여 조그마한 허점도 용납되지 않는 것은 물론, 이에 따른 손해발행의 위험은 날로 커지고 있다.

더욱 문제되는 것은 현재 논의되고 있는 특정 경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 개정안에 따르면 배임 규모가 300억원 이상일 때 무기징역 또는 15년 이상의 징역형을 받도록 벌칙을 강화하고 있다. 금액이 300억원이 넘는다고 더 악독한 배신을 한 것도 아니다. 서퍽어치의 배신을 하든 300억원어치의 배신을 하든 기업인의 마음가짐은 생존을 위하여 전투에 임하는 그것 하나일 뿐이다. 담대한 사업을 추진하는 사업가일수록 중형을 받을 가능성이 커진다. 우리나라의 기업가는 5억원 미만의 경제활동만 하여야 한다. 특히, 300억원을 넘으면 오랜 기간 감옥에서 썩을 가능성이 크다. 사업이 실패할 경우, 그로 인하여 회사에 손해의 위험이 커진 경우, 배임죄는 더 가까이 다가온다. 프로젝트 파이낸싱(PF)에 투자한 저축은행이 영업정지를 당하고, 그 임원들은 대부분 배임죄의 공포에 떨어야 하였다. 비행(非行)이 도를 넘은 임원도 있었지만, 대부분의 임원은 성실하게 근무하였었다. 부동산시장의 장기침체가 주범일 뿐이다.

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