

석사학위논문

# 배임죄의 제한사유로서 경영판단의 원칙에 관한 연구

- 형법상 경영판단의 원칙 도입론에 대한 비판적 검토 -

A Study on the Business Judgement Rule as  
Limitation of Criminal Misappropriation

국민대학교 대학원  
법학과 형법전공

임 재 훈

2009년 8월

석사학위논문

배임죄의 제한사유로서  
경영판단의 원칙에 관한 연구

- 형법상 경영판단의 원칙 도입론에 대한 비판적 검토 -

A Study on the Business Judgement Rule as Limitation  
of the Concept of Criminal Miffeasance

지도교수 표 성 수

이 論文을 法學 碩士學位 請求論文으로 提出함

2009년 6월 8일

국 민 대 학 교 대 학 원

법학과 형법전공

임 재 훈

2009

林才訓의

法學碩士學位 請求論文을 認准함

2009년 6월

審査委員長 김 정 환 (인)

審査委員 표 성 수 (인)

審査委員 한 창 희 (인)

국 민 대 학 교 대 학 원

기업권력을 통제하지 못하는 사회에 미래는 없다  
(*J.K. Galbraith, 2004*)

## < 목 차 >

|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| 국문요지 .....                      | vi |
| 제1장 서 론 .....                   | 1  |
| 제1절 연구의 목적 .....                | 1  |
| 제2절 연구의 범위 .....                | 4  |
| 제2장 민사법상 이사의 책임과 경영판단의 원칙 ..... | 7  |
| 제1절 회사에 대한 이사의 의무 .....         | 7  |
| I. 미국회사법상 이사의 의무 .....          | 7  |
| II. 우리 상법상 이사의 의무 .....         | 8  |
| 제2절 이사의 책임부담완화의 필요성 .....       | 9  |
| 제3절 미국에서 경영판단원칙에 대한 논의 .....    | 10 |
| I. 의의 .....                     | 10 |
| 1. 개념 .....                     | 10 |
| 2. 경영판단원칙의 연혁과 변천 .....         | 11 |
| II. 경영판단원칙의 근거 .....            | 18 |
| 1. 기업가정신의 보호 .....              | 18 |
| 2. 사후적 사법심사의 한계 .....           | 18 |
| 3. 법원의 판단능력 한계 .....            | 19 |
| 4. 전체주주들을 위한 경영권 보호 .....       | 19 |
| 5. 주주의 경영실패부담 .....             | 19 |

|                                          |    |
|------------------------------------------|----|
| III. A.L.I의 경영판단의 원칙 .....               | 20 |
| IV. 경영판단원칙의 적용요건 .....                   | 23 |
| 1. 적극적 요건 .....                          | 23 |
| 2. 소극적 요건 .....                          | 28 |
| V. 경영판단원칙의 적용범위 .....                    | 30 |
| 1. 임원에 대한 적용여부 .....                     | 30 |
| 2. 사외이사에 대한 적용여부 .....                   | 31 |
| 3. 이사의 제3자에 대한 책임 .....                  | 34 |
| 4. 위법행위유지청구 .....                        | 36 |
| VI. 경영판단원칙의 적용한계 .....                   | 36 |
| 1. 폐쇄회사 .....                            | 36 |
| 2. 금융기관 .....                            | 38 |
| VII. 경영판단원칙의 효력 .....                    | 40 |
| 1. 추정적 효과 .....                          | 40 |
| 2. 면책적 효과 .....                          | 41 |
| 3. 경영판단에 대한 사법심사의 제한 .....               | 41 |
| 제4절 경영판단원칙 수용에 관한 논의 .....               | 42 |
| I. 독일에서의 경영판단원칙 수용에 관한 논의 .....          | 42 |
| 1. 경영판단원칙의 수용에 대한 경과 .....               | 42 |
| 2. 독일의 기업완전성 및 취소소송 현대화를 위한 법률의 개관 ..... | 44 |
| 3. 독일 주식법 개정안에서의 경영판단원칙의 내용 .....        | 45 |
| II. 일본에서의 경영판단원칙 수용에 관한 논의 .....         | 45 |
| III. 경영판단원칙의 도입을 둘러싼 우리 상법학계의 논의 .....   | 46 |
| 1. 도입긍정설 .....                           | 47 |
| 2. 도입부정설 .....                           | 48 |

|                                    |           |
|------------------------------------|-----------|
| IV. 경영판단의 원칙에 관한 대법원 민사판례 검토 ..... | 49        |
| 1. 제일은행 주주대표 소송 .....              | 49        |
| 2. 삼성전자사건 .....                    | 52        |
| 3. 검토 .....                        | 64        |
| <b>제3장 배임죄의 불법구조 .....</b>         | <b>65</b> |
| 제1절 배임죄의 의의 및 연혁 .....             | 65        |
| I. 배임죄의 개념 .....                   | 65        |
| II. 횡령죄와의 관계 .....                 | 65        |
| III. 배임죄의 연혁 .....                 | 66        |
| IV. 배임죄의 보호법익과 보호정도 .....          | 68        |
| 1. 위험범설 .....                      | 68        |
| 2. 침해범설 .....                      | 68        |
| 3. 독일판례의 입장 .....                  | 69        |
| 4. 판례의 입장 .....                    | 69        |
| 5. 검토 .....                        | 70        |
| 제2절 배임죄의 본질 .....                  | 71        |
| I. 배신설 .....                       | 71        |
| II. 권한남용설 .....                    | 72        |
| III. 사무관리설 .....                   | 74        |
| IV. 소결 .....                       | 75        |
| 제3절 배임죄의 구성요건과 효과 .....            | 76        |
| I. 배임죄의 행위주체 .....                 | 76        |
| 1. 사무처리의 근거 .....                  | 77        |

|                                    |         |
|------------------------------------|---------|
| 2. 사무의 타인성 .....                   | 78      |
| 3. 사무처리의 독립성과 재량성 .....            | 80      |
| 4. 사무의 내용 .....                    | 81      |
| II. 임무위배행위 .....                   | 84      |
| 1. 의의 .....                        | 84      |
| 2. 배임행위의 판정기준 .....                | 85      |
| 3. 모험거래 .....                      | 86      |
| III. 재산상 이익취득과 재산의 손해 .....        | 86      |
| 1. 재산상 이익취득 .....                  | 87      |
| 2. 재산상 손해 .....                    | 90      |
| IV. 주관적 구성요건 .....                 | 92      |
| 1. 구성요건상의 고의 .....                 | 92      |
| 2. 불법영득의사 .....                    | 92      |
| 3. 손해를 가할 목적 .....                 | 94      |
| V. 배임죄의 효과 .....                   | 94      |
| 제4절 상법상 특별배임죄 .....                | 96      |
| I. 특별배임죄의 의의 .....                 | 96      |
| II. 특별배임죄의 연혁 .....                | 96      |
| III. 특별배임죄의 보호법익 .....             | 97      |
| IV. 상법상 특별배임죄의 구성요건 .....          | 98      |
| 1. 특별배임죄의 행위주체 .....               | 98      |
| 2. 특별배임죄의 임무위배행위 .....             | 99      |
| V. 특별배임죄에 의한 처벌과 문제점 .....         | 99      |
| <br>제4장 배임죄의 제한해석론으로서 경영판단원칙 ..... | <br>101 |

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| 제1절 경영판단원칙의 형법상 도입에 관한 논의            | 101 |
| I. 경영판단원칙의 도입을 긍정하는 견해               | 101 |
| 1. 기업경영이라는 특수한 상황                    | 101 |
| 2. 전체법체계의 통일성 유지                     | 102 |
| 3. 형법의 독자적인 규율                       | 102 |
| 4. 법원의 판단능력 한계                       | 103 |
| 5. 형법의 보충성원칙                         | 103 |
| II. 경영판단원칙의 도입을 부정하는 견해              | 103 |
| III. 검토                              | 104 |
| 제2절 경영판단원칙의 형법 체계상 지위                | 104 |
| I. 경영판단원칙의 범죄구성요건 체계상 지위에 관한 논의      | 104 |
| 1. 배임죄 고의의 항변으로 보는 견해                | 104 |
| 2. 고의를 의도적 고의로 엄격화시키는 것으로 보는 견해      | 105 |
| 3. 위법성조각사유의 주장으로 보는 견해               | 105 |
| 4. 검토                                | 106 |
| II. 경영판단의 원칙에 대한 대법원 형사판례 검토         | 106 |
| 1. 보증보험회사의 대표이사가 영업으로 보증보험계약을 인수한 사안 | 106 |
| 2. 산업증권대표이사가 한주 등이 발행한 사채를 지급보증한 사안  | 118 |
| 3. 서울신탁은행이 울산계열기업에 자금을 대출해 준 사안      | 120 |
| 4. 경영상 필요없이 특수관계에 있는 회사주식을 매입한 사안    | 125 |
| 5. 전환사채발행에 있어 시가보다 낮게 전환가액을 정한 사안    | 128 |
| 6. 검토                                | 130 |
| 제3절 형법상 경영판단원칙도입의 적합성 검토             | 131 |
| I. 경영판단에 대한 배임죄 배제론 비판               | 132 |

|                                  |         |
|----------------------------------|---------|
| Ⅱ. 경영판단의 원칙 도입방법에 따른 문제점 .....   | 133     |
| 1. 해석론을 통한 도입의 문제점 .....         | 133     |
| 2. 입법을 통한 도입의 문제점 .....          | 133     |
| 3. 입증책임상의 문제점 .....              | 134     |
| Ⅲ. 경영판단원칙 도입에 따른 문제점 .....       | 134     |
| 1. 경영판단행위와 배임죄의 객관적 구성요건표지 ..... | 134     |
| 2. 경영판단행위와 배임죄의 주관적 구성요건표지 ..... | 137     |
| 3. 형사정책상의 문제점 .....              | 138     |
| <br>제5장 요약 및 검토 .....            | <br>139 |
| <br>ABSTRACT .....               | <br>143 |
| <br>참고문헌 .....                   | <br>149 |

## 국문요지

현대에 있어 주주가 효율적인 자산운영을 위해 경영인에게 자본 등의 물적 기초를 제공하고 그 한도에서만 유한책임을 부담하는 한편 자본운영을 위임받은 경영진들은 주주를 위해 자본의 관리·투자를 담당하는 주식회사제도는 가장 중심적인 경제단위로서 기능하고 있다. 이러한 주식회사제도의 성공적 운영의 관건은 이사 등의 경영진에게 회사경영의 자유성을 최대한 보장해 주는 한편 경영진의 전횡을 효율적으로 방지할 제도적 장치를 구비여부에 달려 있다고 할 것이다.

주식회사 제도의 성공적 운영을 위한 전통적인 형사법상 수단으로 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무를 위배하여 본인에게 손해를 가하고 자신 또는 제3자에게 이익을 취득하게 하는 것을 처벌하는 것을 내용으로 하는 업무상 배임죄가 있다. 그러나 업무상 배임죄는 주식회사의 대표이사 등의 경영실패보다는 경영진의 고의적·개인적 부정을 규율하는데 그 초점을 맞추었기 때문에 과거 우리나라에서 경영진의 경영과실로 인해 회사에 손해가 발생한 경우에 그 경영진의 책임을 묻는 예는 극히 드물었다. 하지만 1997년 외환위기의 타개를 위한 기업의 구조조정으로부터 시작된 급격한 경영환경의 변화 속에서 수많은 기업들을 희생 내지 정리를 위한 공적자금이 투입되면서 경영진의 경영실패에 대한 형사상 처벌이 강하게 요청되면서 이에 대한 재조명의 필요성이 다시금 제기되었다.

하지만 회사경영활동은 손익의 결과가 불확실한 모험적 의사결정을 하는 것이 불가피하고 이러한 모험적 의사결정은 항상 회사에 손해를 발생시킬 위험 부담을 안고 있는 것이기 때문에 회사경영의 특성을 도외시 한 채 형법상의 배임죄를 넓게 적용하는 것은 자칫 기업활동을 크게 위축시킬 위험성이 있다.

즉 경영자가 최선을 다해 합리적으로 경영판단을 하였으나 결과적으로 경영실패로 회사에 손해를 주었다는 이유로 경영진에 대한 배임죄를 인정한다면 경영자는 기업경영에 중대한 제한을 받게 되어 창의와 혁신을 통한 이윤추구의 극대화라는 주식회사제도의 효율성이라는 중요한 기능이 훼손될 수밖에 없으며 사후판단으로 결과책임을 인정하는 것이 되기 때문에 형법상 책임주의원칙에 반할 위험이 있다. 그렇다고 경영진의 경영실패에 대해 형사상 책임을 배제한다면 미국과 달리 징벌적 손해배상이 인정되지 않는 우리나라에서 방만하고 무책임한 경영으로 회사와 주주에게 큰 손해를 가하고 국가경제질서에 위해가 되는 경영진의 임무위배행위에 대한 실효성 있는 규제를 할 수 없게 되는 문제가 발생한다.

이에 경영자의 경영행위에 대한 자율성 보장과 권한남용 방지의 조화를 위한 방법으로 기업경영활동에 내재하는 불확실성을 고려하여 기업경영자에 대한 배임죄 성립을 일정부분 제한하고자 하는 취지에서 미국 판례법상의 경영판단원칙을 형사법에도 적용해야 한다는 견해들이 제기되고 있다. 경영판단을 배임죄의 영역에서 배제하려는 이러한 시도들은 형법의 보충성·단편성에 비추어 원칙적으로 일면 수긍할 수 있는 것이지만 기업의 경영활동에 대해 경영진의 배임죄 성립을 인정할 것인가의 여부는 개인의 사적 자치를 보장하는 법규정에 대한 형법의 개입가능성의 한계를 설정한다는 문제와 직접 관련되기 때문에 배임죄의 제한사유로서 경영판단의 원칙의 도입은 결국 배임죄에 대한 해석을 통해 그 도입의 타당성 검토를 거쳐 판단해야 할 것이다.

이러한 관점에서 보면 첫째 미국에서 경영진의 주의의무위반이라는 과실책임을 제한하는 원리로 발전된 경영판단의 원칙을 과실범이 아닌 고의범을 대상으로 하고 있는 형법상 배임죄의 고의의 제한사유로 도입하는 것은 형법체계상으로 많은 문제점을 내포하고 있으며 더욱이 형법학계에서는 모험적 거래가 그 성질상 통상의 업무집행의 범위를 일탈하지 않고 본인의 이익을 도모할

의도로 행해지고 있는 때에는 양해 내지 추정적 승낙으로 임무위배행위에 해당되지 않아 배임죄를 구성하지 않는다는 견해가 이미 자리 잡고 있는 상황은 경영판단의 원칙을 형법에 도입해야 할 필요성을 감소시키고 있다. 둘째 비교법적 관점에서 회사의 소유와 경영이 분리된 미국의 특수한 법률적 경제적 상황에서 발전되어 온 경영판단의 원칙을 그 필요성만으로 아직도 소유경영자(Owner-manager)가 중심이 되어 경영권을 행사하는 우리상황에 도입하자는 것은 마치 풍토와 환경이 전혀 달라 적절한 통제 내지 견제장치가 마련되어 있지 않은 생태계에 외래식물을 무분별하게 이식하는 것과 같다. 특히 미국 내에서도 아직 명문화되지 못할 정도로 기준이 명확하지 못하고 학자와 법원 사이에 일치되지 않는 미완결의 법리를 과연 수용할 수 있을지가 미지수이다. 셋째 현대사회의 전문화·집적화되어 감에서 기업이 가지는 사회적 역할과 중요성이 날로 증대되어 가고 있음에도 불구하고 아직 우리사회에서는 여전히 기업을 한 개인의 소유물로 생각하고 이를 악용하는 사례들을 쉽게 접할 수 있으며 기업의 사회적 책임에 대한 의식 또한 미비한 수준에서 경영판단의 원칙을 도입하여 기업 경영진에 면죄부를 주고자 하는 것은 자칫 경영진이라고 하는 특수한 사회적 계급을 인정하는 부조리한 결과가 될 것이다. 따라서 우리의 법상황에 따른 진지한 성찰은 회피·생략한 채 그 필요성만을 가지고 형법체계적 적합성이 부족한 경영판단의 원칙을 무조건 형사법에 도입하고자 하는 태도는 지양되어야 하고 경영진의 경영에 따른 위험부담의 이해조정문제는 배임죄의 제한적 해석론을 통해 달성하는 것이 바람직하다.

#### ※ 핵심어

배임, 경영판단의 원칙, 추정적 효과, 불법영득의사, 재산상 손해발생



# 제1장 서론

## 제1절 연구의 목적

기본권으로서 인간의 존엄과 가치의 실현은 경제생활을 통한 물질적 기반 위에서만 가능하다는 것은 부인할 수 없는 사실이다. 물질적 가치창출을 위한 경제제도는 시대에 따라 다양하게 분화·발전되어 왔으며 현대에 있어 주주가 효율적인 자산운영을 위해 경영인에게 자본 등의 물적 기초를 제공하고 그 한도에서만 유한책임을 부담하는 한편 자본운영을 위임받은 경영인들은 주주를 위해 자본의 관리·투자를 담당하는 주식회사제도는 가장 중심적인 경제단위로 서 기능하고 있다. 이러한 주식회사제도의 성공적 운영의 관건은 이사 등의 경영진<sup>1)</sup>에게 회사경영의 자유성을 최대한 보장해 주는 한편 경영진의 전횡을 효율적으로 방지할 제도적 장치를 구비여부에 달려 있다고 할 것이다.

주식회사 제도의 성공적 운영을 위한 수단으로 민사법상의 주요수단으로는 주주총회·대표소송·이사의 손해배상책임 등이 있으며 전통적인 형사법적 수단으로 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무를 위배하여 본인에게 손해를 가하고 자신 또는 제3자에게 이익을 취득하게 하는 것을 처벌하는 것을 내용으로 하는 업무상 배임죄가 있다. 주식회사 관련된 초기 업무상 배임죄는 주식회사의 대표이사 등의 경영실패보다는 경영진의 고의적·개인적 부정을 규율하는데 그 초점을 맞추었기 때문에 과거 우리나라에서 경영진의 경영과실로 인해 회사에 손해가 발생한 경우에 그 경영진의 책임을 묻는 예는 극히 드물

---

1) 본 논문에서 논의하고자 하는 경영판단의 원칙은 회사의 수탁자적 지위에서 주의 의무를 지고 있는 이사(director) 외에 고위경영자(chief executive office)에게도 적용되는 원칙으로서 상황에 따라서는 경영적 판단에 관여하는 지배주주와 소수주주에게도 적용되는 원칙이기 때문에 이하에서는 이들을 모두 포괄하여 경영진으로 호칭하기로 한다.

었다. 그러나 1997년 외환위기의 타개를 위한 기업의 구조조정으로부터 시작된 급격한 경영환경의 변화 속에서 수많은 기업들을 희생 내지 정리를 위한 공적자금이 투입되자 회사경영을 담당하는 경영진의 높은 사회적 책임에 대한 공감대가 형성되었으며 특히 김우중 전 대우그룹회장의 분식회계 및 횡령사건·두산그룹 총수 일가의 횡령과 분식회계에 대한 사건·정몽구 현대자동차 회장의 횡령·배임사건·삼성 에버랜드 전환사채발행으로 인한 편법증여 사건 등이 국민적 공분을 자아내면서 반기업정서의 형성<sup>2)</sup>에 한 몫을 담당하게 되었고 이에 이용훈 대법원장은 기업범죄에 대한 엄단의지를 천명하기까지 하면서 경영진의 경영실패에 대한 형사상 처벌에 대한 재조명이 다시금 강하게 요청되기 시작되었다.<sup>3)</sup>

하지만 회사경영활동은 손익의 결과가 불확실한 모험적 의사결정을 하는 것이 불가피하고 이러한 모험적 의사결정은 항상 회사에 손해를 발생시킬 위험 부담을 안고 있는 것이기 때문에 회사경영의 특성을 도외시 한 채 형법상의 배임죄를 넓게 적용하는 것은 자칫 기업활동을 크게 위축시킬 위험성이 있다.<sup>4)</sup> 다시 말해 경영자가 최선을 다해 합리적으로 경영판단을 하였으나 결과적으로 경영실패로 회사에 손해를 주었다는 이유로 경영진에 대한 배임죄를

2) 외환위기와 국제통화기금 관리체제를 거치면서도 대기업 총수 일가의 기업지배는 여전히 유지되었음은 물론이고 나아가 시장은 물론 비시장영역에 대한 영향력과 통제력을 확대하여 시장이 사회를 식민지화한 상태를 이루어 냈다는 분석도 있다 (조국, “기업범죄통제에 있어서 형법의 역할과 한계”, 「형사법연구」 제19권 제3호, 2007, 163면).

3) 우리나라 주식회사 상당수는 대주주가 회사의 대표이사 내지 사실상 지배자로서 경영을 담당하기 때문에 엄격한 의미에서 소유와 경영의 분리가 실현되지 않는 폐쇄회사로서의 성격을 가지고 있을 뿐만 아니라 실제 경영을 담당하는 임원과 그를 감시·감독하는 이사회 구성원으로서의 이사가 구분됨이 없이 이사들이 경영을 직접 담당하는 시스템을 가지고 있어 경영진의 전횡을 방지할 만한 제도적 장치의 마련 내지 그 적극적 운영이 더 욱 요구되는 상황에 있다.

4) 윤종용 삼성 전(前)부회장은 검찰청에서의 강연에서 “인권에 대응하는 기업의 경영권이 법적으로 보호받고 있는가.”라고 불만을 토로하기도 하였다(머니투데이 2005.3.23.).

인정한다면 경영자는 기업경영에 중대한 제한을 받게 되어 창의와 혁신을 통한 이윤추구의 극대화라는 주식회사제도의 효율성이라는 중요한 기능이 훼손될 수밖에 없으며 사후판단으로 결과책임을 인정하는 것이 되기 때문에 형법상 책임주의원칙에 반할 위험이 있다. 그렇다고 경영진의 경영실패에 대해 형사상 책임을 배제한다면 미국과 달리 징벌적 손해배상이 인정되지 않는 우리나라에서 방만하고 무책임한 경영으로 회사와 주주에게 큰 손해를 가하고 국가경제질서에 위해가 되는 경영진의 임무위배행위에 대한 실효성 있는 규제를 할 수 없게 되는 문제가 발생한다. 따라서 최근에는 경영자의 경영행위에 대한 자율성 보장과 권한남용 방지의 조화를 위한 방법으로 기업경영활동에 내재하는 불확실성을 고려하여 기업경영자의 업무상 배임죄의 성립을 일정부분 제한하고자 하는 취지에서 민사<sup>5)</sup>·상사법<sup>6)</sup> 분야에서 인정되고 있는 미국 판례법상 경영판단의 원칙(Business Judgement Rule)을 형사법에도 적용해야 한다는 견해<sup>7)</sup>들이 제기되고 있다. 경영판단을 배임죄의 영역에서 배제하려는 이

---

5) 민사법상 경영판단의 원칙이 확립된 법리인지는 분명하지 않다. 예를 들면 경영판단의 원칙을 단순히 입증책임상의 원칙으로 이해한다면 이미 원고의 입증책임이 인정되는 이상 현행법상 구태여 이를 도입할 필요가 없고 이를 이사의 주의의무를 경감하는 원칙으로 이해한다면 그러한 원칙을 도입하기 위해서는 현행 상법을 개정할 수밖에 없는데 과연 상법을 개정하면서까지 이사의 주의의무자체를 경감할 필요가 있는지 의문이며 미국법률협회가 제시하는 경영판단원칙 정도라면 구태여 상법을 개정하지 않더라도 법원의 주의의무의 해석을 통하여 기능적으로 유사한 결과를 도출해 낼 수 있다(김진식, “은행이사의 선관주의의무와 경영판단의 원칙”, 「민사판례연구」 제26권, 2004.2, 423면).

6) 상사법학계에서는 경영판단의 원칙의 도입을 적극적으로 주장하는 견해(이영봉, “경영판단의 법칙의 수용에 관한 검토”, 「상사법연구」 제19권 제1호, 2000.)와 그 도입에 부정적인 견해(권재열, “경영판단의 원칙의 도입에 관련된 문제점”, 「연세법학연구」 제3권 제1호, 1995.)가 있으나 다수적 견해는 그 도입에 긍정적이라고 한다(강희갑, “경영판단의 원칙에 관한 미국법의 최근동향”, 「상사법연구」 제15권 제2호, 1996.12, 134면 ; 조기영, “배임죄의 제한해석과 경영판단의 원칙-경영판단 원칙 도입론 비판”, 「형사법연구」, 제19권 제1호, 2007, 92면).

7) 구회근, “업무상 배임죄와 경영판단 원칙-대법원판례를 중심으로”, 「법조」 2005.11, 74면 ; 박미숙, “경영판단과 배임죄의 성부”, 「형사판례연구」 제15권, 2007, 205-208면 이상돈, “경영실패와 경영진의 형사책임”, 「법조」 2003.5,

러한 시도들은 형법의 보충성·단편성에 비추어 원칙적으로 수긍할 수 있는 것이지만 기업의 경영활동에 대해 경영진의 배임죄 성립을 인정할 것인가의 여부는 개인의 사적 자치를 보장하는 법규정에 대한 형법의 개입가능성의 한계를 설정한다는 문제와 직접 관련되기 때문에 배임죄의 제한사유로서 경영판단의 원칙의 도입은 결국 배임죄에 대한 해석을 통해 그 타당성의 검토가 요구된다고 할 것이다.

## 제2절 연구의 범위

이 논문에서는 주식회사의 성공적 운영을 위한 법적 장치 중 형사적 수단에 초점을 맞춰 배임죄의 제한해석론으로서 경영판단원칙의 도입가능성 및 타당성을 검토하기 하고자 한다. 따라서 본 논문에서는 사회변화에 따른 경제기능의 보호를 위한 형법법익의 확대 및 새로운 입법을 통한 가벌성의 확대로 특징 지워지는 경제범죄·기업범죄는 연구범위에서 제외하고 전통적·개인적 법익 침해를 내용으로 하는 배임죄에 관한 부분에 대해서만 논의를 진행하고자 한다.

이를 위하여 먼저 제2장에서는 주식회사 이사의 민사법상 책임과 그 제한사유로서 경영판단의 원칙을 살펴보고 경영판단의 원칙 도입에 관한 민사법상의 논의를 검토해 본다. 이는 민사법에 의한 임무위배행위의 정립은 업무상 배임죄의 가벌성의 영역을 제한하는 의미를 가지는 동시에 법체계의 통일성유지라는 측면에서 민사상 법원리와 형사법상의 법원리가 모순되거나 충돌의 방지할 필요가 있어 민사법적 법원리에 대한 논의가 선행되어야 하기 때문이다.

---

98-99면 ; 이규훈, “업무상 배임죄와 경영판단”, 「형사판례연구」 제13권, 박영사, 2005, 352-353면 ; 최승재, “경영판단의 항변과 기업경영진의 배임죄의 성부”, 「법률신문」 제3308호, 2004.10.

여기서는 미국 판례법으로 확립된 경영판단원칙의 의의 및 근거·적용요건·효과와 그 한계를 살펴보고 비교법적 차원에서 독일에서의 경영판단원칙 수용에 관한 논의를 알아본다. 그리고 이사에 대한 상법상 손해배상책임 내지 일반 불법행위책임에 대한 민사법상 제한원리로서 경영판단의 원칙을 언급한 판례를 소개하기로 한다.

다음으로 제3장에서는 주식회사 경영진의 경영활동의 제한수단으로서 형법상 배임죄의 불법구조에 대해 살펴본다. 여기에서는 경영판단과 업무상 배임죄의 성부에 관한 기존 형법학계의 논의를 살펴보기 위해 우선 배임죄의 의의·본질·구성요건과 효과를 정리하고 상법상 특별배임죄라 하더라도 형법상 배임죄로 처벌하고 있는바 상법상 특별배임죄에 대해서 검토한다.

제4장에서는 본격적으로 배임죄의 제한해석론으로서 경영판단원칙에 대한 논의를 진행하기로 한다. 이 부분은 민사법과 다른 형법의 독자적인 규율이라는 관점에서 경영판단의 원칙을 통한 배임죄의 성립제한의 타당성 여부를 논의하기 위한 것으로 이를 위해 첫째로 경영판단원칙의 형법상 도입에 관한 우리나라의 논의를 살펴보고 둘째로 경영판단의 원칙을 형법 해석론으로 도입하는 경우에 범죄구성요건 체계상 지위에 관해 검토하며 셋째로 형법의 독자적인 관점에서 경영진의 경영행위에 대해 배임죄의 성립을 부정한 판례와 긍정적인 판례를 검토하여 형법독자적 관점에서 업무상 배임죄의 성립이 구체적으로 어떠한 방식으로 가벌성 제한이 이루어지고 있는가를 알아보고 마지막으로 위에서 살펴본 논의를 토대로 하여 형법상 경영판단도입의 적합성을 검토하기로 한다. 이를 위해 먼저 경영판단에 대한 배임죄 배제론에 대한 타당성을 먼저 비판하고 경영판단의 원칙을 도입하는 경우에 발생할 수 있는 해석론적 문제점과 배임죄의 불법구조와 관련된 문제점 그리고 형사정책상의 문제점에 대해 차례로 검토한다.

마지막 제5장 결론에서는 앞에서 살펴본 배임죄에 있어서 경영판단의 원칙

에 대한 본문의 내용을 정리하여 마무리하도록 한다.

## 제2장 민사법상 이사의 책임과 경영판단의 원칙

### 제1절 회사에 대한 이사의 의무

주식회사는 사단법인으로서 자연인과 달리 스스로 의사를 표시하거나 수령할 수 없으므로 일정한 자연인을 통하여 회사로서의 의사결정과 활동을 하게 되며 이러한 행위를 할 수 있는 회사조직상의 존재를 회사의 기관이라 한다. 이사는 회사기관 중 하나로서 회사의 수임인의 지위에서 이사회를 구성하고 회사를 업무를 집행하는 법정의 권한을 가진 필요적 상설기관이다.<sup>8)</sup>

이사는 다른 기관과 달리 이사회와 구성원으로서 회사의 업무집행결정에 참가하고 이를 집행하기 때문에 다른 기관과 달리 상법은 이사의 의무와 책임에 대해 비교적 상세한 규정을 두고 있다.

본 논문에서 다루고 있는 경영판단의 원칙은 바로 이사의 책임제한에 대한 것으로 이에 대한 정확한 이해를 위해서는 이사의 의무를 먼저 살펴볼 필요가 있다. 이사에게 의무가 주어진다는 것은 곧 의무를 위반하면 책임을 묻는다는 당연한 귀결을 가져오는 것이기 때문이다. 따라서 이하에서는 이사의 의무에 대해 먼저 개괄하기로 한다.

#### I. 미국회사법상 이사의 의무

미국에서 이사는 회사와 주주에 대하여 독특한 법률관계의 하나인 신임의무(fiduciary duty)를 부담한다. 신임의무는 신탁법에서 발달한 개념으로서 위탁자를 보호하기 위한 것이며 20세기 초에 은행이 아닌 일반회사의 이사에게 확장하여 적용되기 시작하였다.<sup>9)</sup> 이러한 신임의무는 회사의 업무 수행에 상당

---

8) 이철송, 「회사법강의 제14판」, 2007, 514면

한 주의를 기울여야 할 주의의무(duty of care)와 회사의 주주의 이익만을 위하여 행동할 충실의무(duty of loyalty)로 구분된다. 이사의 주의의무를 규정하는 구체적인 의무로는 회사경영에 대한 감시·감독의무, 정보에 대한 조사의무, 이사회가 처리해야 할 사항에 관한 의사결정의무 등이 있다.

## II. 우리 상법상 이사의 의무

일반적으로 이사와 회사 간의 관계는 위임관계에 있으므로 이사는 회사에 대하여 하여 선량한 관리자의 주의의무<sup>10)</sup> 즉 선관주의의무를 부담한다. 선관주의의무란 이사가 경영결정을 함에 있어 적절하고도 충분한 정보에 기초하여 정직하고 성실하게 임무를 수행하여야 할 의무로서 구체적으로는 정보에 대한 조사의무·이사회에서 합리적으로 의사결정과정을 거쳐 의사결정을 할 의무·감시의무<sup>11)</sup>를 들 수 있다. 또한 이사는 그 직무를 수행함에 있어 회사의 이익을 위하여 선의로 공정하게 처리하여야 하고 그 지위를 이용하여 자신이나 제 3자의 이익을 꾀하여서는 아니된다는 충실의무<sup>12)</sup>를 부담한다. 이사가 이러한

9) 양동석, “경영판단원칙의 수용가능성”, 「기업법연구」 제7집, 2001, 84면

10) 선량한 관리자의 주의의무는 로마법상 양가부의 주의(diligentia boni patris familias)나 독일 민법상의 “거래에서 채무자의 직업·지위·지식 등에서 일반적으로 요구되는 평균인의 주의의무”를 가리키는데 이는 그 사람이 속한 지위 또는 직업에 응하여 사회통념상 객관적으로 요구되는 주의로써 이 주의를 다하지 못하면 추상적인 경과실이 있게 된다. 이에 반하여 무상수치인 등에게 요구되는 “자기재산과 동일한 주의”는 그 사람이 가지는 구체적·주관적 주의능력을 표준으로 하며 이 주의를 다하지 못하게 되면 구체적 경과실이 된다(윤동인, “주식회사이사의 책임과 경영판단의 원칙”, 「고려대학교 대학원 석사학위논문」 2006, 7면).

11) 경영활동을 합리적으로 감시하고 이사회에 제출된 정보에 정통하기 위하여 합리적 수단을 강구할 의무로서 직접 관찰하거나 중요정보가 이사회나 전문가에게 제출되는 정보시스템을 구축하고 그 적절함에 대한 심사를 하는 것이다(양동석, 전제 논문, 88면).

12) “이사는 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 한다”는 상법 제382조의3 규정이 1998. 12. 28. 신설되어 충실의무를 명문화하였다. 충실의무와 선관주의의무와의 관계에 대해서는 동질설과 이질설이 대립하고 있다.

의무를 위반하여 회사에 대해 손해를 발생시킨 경우에는 채무불이행의 일반원칙에 따라 회사에 대하여 이를 배상할 책임을 지게 된다.

## 제2절 이사의 책임부담완화의 필요성

주식회사 본인이 그 경영을 담당한 이사 등 경영진을 상대로 상법상 손해배상책임을 묻는 사례는 우리나라에서는 쉽게 접할 수 있는 사건은 아니었다.<sup>13)</sup> 그러나 이사에 대한 거액의 손해배상책임을 인정하는 판결이 선고되고 상법 개정으로 이사의 책임을 추궁하는 주주대표소송의 제기요건이 완화됨<sup>14)</sup>과 아울러 이사의 충실의무·비밀유지의무 등에 관한 규정의 신설 특히 증권관련 집단소송법까지 제정·시행되고 있어 이사에 대한 법적 책임을 묻는 집단소송이 눈앞의 현실로 다가오고 있어 그에 대한 반작용으로 기업가의 창의적이고 적극적인 경영을 보장하기 위해서 이사의 책임을 완화 내지 제한하여야 한다는 주장이 제기되고 있다. 왜냐하면 점점 더 변화무쌍하고 전문화되는 경영위험에 직면하고 있는 시점에서 이사에게 회사에 이익이 되는 합리적 판단만을 강요하기는 어렵고<sup>15)</sup> 이익 극대화를 위해서는 다분히 모험적인 경영이 요구되기도 하기 때문이다. 이와 관련하여 상법학계에서는 이사의 책임강화를 위한

---

13) 대주주에 의해 경영이 주도되는 폐쇄회사로서의 성격을 가지는 회사가 대부분이었던 우리나라의 실정을 감안한다면 이사 등 경영진을 상대로 한 소송은 자신이 자신에게 책임을 묻는 형식이기 때문이다.

14) 상법 제403조 제1항(발행주식 총수의 100분의 1로 완화), 5, 6항(100분의 1 미만으로 감소하여도 소송유지, 법원허가 없이 종결금지) ; 증권거래법은 당초 주권상장법인의 발행주식 총수의 1만분의 5 이상에 해당하는 주식을 보유한 자에게 소수주주권의 행사를 인정하던 것을 1998. 5. 23. 1992. 2. 2. 두 차례 개정을 통하여 주권상장법인 또는 협회등록법인의 발행주식 총수의 1만분의 1이상에 해당하는 주식을 보유한 자가 행사할 수 있는 것으로 그 요건을 완화하였다.

15) 경제사정이나 경영환경이 급변하는 시대에서 올바른 판단을 하기 위한 정보수집을 위한 시간은 더욱 더 줄어드는 반면에 수집해야 할 정보의 양은 더욱 더 증대되어 이에 따른 경영실패의 위험 또한 증대되고 있는 실정이다.

제도적 장치의 강화와 더불어 그 책임의 한계설정으로서 미국판례법상 경영판단의 원칙을 도입하여 이사의 책임을 완화할지 여부에 관한 논의를 진행해 오고 있다.

### 제3절 미국에서 경영판단원칙에 대한 논의

#### I. 의의

##### 1. 개념

경영판단의 원칙(Business Judgement Rule)<sup>16)</sup>이란 「기업의 경영이라는 것이 고도의 기술적인 영역이 내재하고 아울러 위험을 수반하는 것이어서 최종적인 결과로 손해가 발생하였다고 하더라도 경영진이 그 권한의 범위 내에서 객관적인 정보(Reasonable Information)에 따라 제반 사정을 고려하여 합리적인 의사결정을 한 때에는 명백한 월권행위(Gross and Palpable Overreaching)가 없는 한 단순히 그 판단이 잘못되었다는 이유만으로 경영판단을 사법판단의 대상으로 하지 않는다는 사법자제(Judicial Abstention·Judicial Restraint)의 원칙<sup>17)</sup>」을 말한다.<sup>18)</sup> 이러한 경영판단의 원칙은 주로 피

16) 미국법과 미국법학계에서의 Rule과 Principle 양자 모두 ‘원칙’으로 번역될 수 있으나 Principle은 언제·어디서나 일정한 요건이 충족되면 반드시 성립하는 보편적 관계를 가리키는데 비하여 Rule은 구체성이 강한 현실상의 법률문제에 직접 인용이 가능한 기준이라는 점에서 차이가 있다(권재열, 전제논문, 213면 ; 양동석, 전제논문, 90면).

17) 경영진의 면책을 경영판단원칙의 본질로 파악하는 견해(이영봉, 전제논문, 213면)가 있으나 경영판단의 원칙은 경영진의 상당한 주의와 선의의 존재를 추정하는 효과를 부여하고 이를 반복하고자 하는 원고에게 가중된 입증책임을 지우는 것으로 절차법적 성격과 실체법적 성격을 모두 가지는 것이다. 즉 경영판단의 원칙에 의한 추정의 결과 실체법적으로 경영진의 책임을 면제하는 효력이 발생하는 것이다.

18) 박명서, “경영판단의 원칙”, 「기업법연구」 제17집, 2004.6. 27면 ; 이영봉, “경영판단의 법칙의 수용에 관한 검토”, 「상사법연구」 제19권 제1호, 2000, 43-44면 ; 권재열, 전제논문, 213면 ; 조기영, 전제논문, 91면 에서는 마치 경영판단의 원칙

고측의 항변으로 사용된다는 점에서 경영판단의 항변(Business Judgement Defense)이라고도 한다.<sup>19)</sup> 이는 경영판단에 대한 법원의 관여를 배제하려는 원칙으로 이사에 의한 모든 결정이 필히 회사에 이익을 가져오는 것은 아니고 때로는 손해를 가져올 수도 있다는 것을 승인하는 것이며 정직한 실수(Honest Mistake)에 대해서는 사후적 안목(in the hindsight)에서 비난하지 않는다는 것이다.<sup>20)</sup>

## 2. 경영판단원칙의 연혁과 변천

### (1) 경영판단원칙의 기원

경영판단의 원칙은 19세기 초 미국에서 판례법으로 확립된 원칙으로 그 기원에 대해 1850년 *Hodges v. New England Screw co.* 사건<sup>21)</sup>으로 보는 견

---

이 확립된 법원리로 소개하고 있으나 실제 미국에 있어서도 경영판단의 원칙의 개념과 그 적용요건에 있어서는 반드시 일치하는 것이 아니고 혼란스러울 정도로 애매하고 복잡한 실정이다(조성중·윤영수, “이사의 회사에 대한 손해배상책임과 경영판단의 원칙”, 『법학연구』 제23권, 2006, 171면). 이는 경영판단의 원칙이 하나의 확립된 법원칙이기 보다는 특정한 사안에서 구체적 타당성을 끌어내기 위한 하나의 사법심사의 도구(a tool of judicial review)로 발전해 왔다는 연혁적 특성에 기인하는 것으로 보인다.

19) 경영판단의 원칙을 나누어 이사의 개인적인 손해배상책임을 면책시키는 원칙을 “business judgement rule”이라 하고 이사의 경영에 관한 의사결정을 중단시키거나 무효화시키지 못하도록 작용하는 원칙을 “business judgement doctrine”으로 구분하기도 한다(임재연, 『증권거래법 전정판』, 박영사 2008, 860면 ; 유진희, “미국회사법상의 이사의 주의의무”, 『서강법학연구』 제3권, 2001.4. 126면 , 최병규, “경영판단원칙과 그의 수용방안-최근 독일의 입법내용을 중심으로”, 『기업법연구』 제19권 제2호, 2006. 110면).

20) 이철송, 전제서, 606면

21) 이 사건은 New England Screw의 이사들이 회사의 위기를 극복하기 위하여 회사로 하여금 다른 회사의 주식을 매수하게 하고 그 대가로 거래의 상대방인 다른 회사에게 New England Screw에 대하여 자금을 융통해 주게 하였는데 이 거래로 인하여 회사가 입은 손해에 대해 배상을 구한 것이다. 이에 법원은 이사의 책임을 부정하면서 “이사들의 정관위반이 자신들의 권한에 대한 오해(mistake)에서 발생한 경우 그러한 오해가 통상의 주의와 사려(ordinary care and prudence)를 다하지 않은데서 기인하지 않았다면 이사들은 정관위반에 대하여 개인적으로 책임이 없다”고 판시하였다.

해와 1872년 Sperring Appeal사건<sup>22)</sup>으로 보는 견해가 있으나 일반적으로 1829년 Percy v. Millaudon사건의 판결<sup>23)</sup>에서 기원하는 것으로 보고 있다.<sup>24)</sup> 이 사건에서 루이지애나주(州) 대법원은 이사는 신중한 자라도 범할 수 있는 경영판단상의 실수에 대하여 책임을 부담하지 않는다고 판시하였다.<sup>25)</sup> 이는 19세기 당시 미국에서 자유방임주의 내지 불간섭주의(laisser-faire)가 지배하여 경영자의 창의와 연구를 최대한 발휘할 수 있도록 이사에게 광범위한 자유재량권을 부여하여 재량권의 행사가 실패한 경우에도 법률상의 책임을 면하게 해 주고자하는 공감대가 형성되어 있었기 때문이다.<sup>26)</sup>

22) 이 사건은 신탁회사의 이사가 폭리를 얻고자 하는 의도에서 부적당한 담보를 취득한 상태에서 거액의 대부를 함으로써 회사의 경영을 파탄에 이르게 한 사건이다. 법원은 “판단의 잘못이 너무 중대해서(gross) 법원이 볼 때 터무니없고 엉뚱한 것 같더라도 이사들이 정직하며 자신들에 위임된 권한과 재량의 범위 내에 적정하게(fairly) 행동하였다면 이사들은 판단의 잘못에 대해 책임이 없다.”고 판시하였다. 이 판결은 당시의 이사가 무보수였기 때문에 이사에게 엄격한 책임을 부담시키면서 이사직에게 취임할 인재를 구하기 어렵다는 점을 고려한 정책적인 판결이라고 한다(홍복기, “미국회사법에 있어서 경영판단의 법칙”, 「동아대사회과학논집2」, 1984.12. 75면).

23) 이 사건은 은행의 사장과 현금출납원이 공모하여 자금을 횡령하는데도 이사들이 방임한 것에 대해 이사들의 책임을 추궁한 것으로 법원은 “은행이사들은 통상의 주의(ordinary care)로써 자신들의 의무를 이행해야 하며 통상의 사려깊은 사람이라면 범하지 않을 중대한 실수에 대하여 책임을 진다. 그러나 만약 이사들이 그들이 관리하는 임원의 충실(fidelity)에 관하여 의심을 일으키는 사실을 안다면 보다 큰 주의가 요구되고 이러한 주의를 다하지 않았다면 책임이 있다.”고 판시하였다. 그런데 이 판결은 이사들이 의식적인 경영판단이 아닌 이사들의 감시의무위반에 관한 사건이라는 점에서 경영판단원칙의 기원이라고 보기에는 미흡한 점이 있다(박형수, “경영판단원칙에 관한 연구”, 「연세대학교 대학원 석사학위논문」, 2003).

24) 이영봉, “경영판단의 법칙에 관한 연구”, 「성균관대학교 대학원 박사학위논문」, 1999. 39면 ; 박명서, 전제논문. 28면

25) 미국 초기 판례 중에는 경영판단의 원칙을 이사가 성실하게 그 권한 내의 사항에 관하여 경영상의 판단을 하는 한 부적절하다고 생각될 정도로 중대한 판단의 잘못을 범하였다고 하여도 이를 면책하는 것이라고 표현한 것도 있다(이영봉, “경영판단의 법칙의 수용에 관한 검토”, 「상사법연구」 제19권 제1호, 2000, 43면).

26) 김택주, “경영판단의 원칙의 적용요건”, 「기업법연구」 제20권 제1호, 2006, 45면

## (2) 경영판단원칙의 변천

### (가) 소송위원회(Litigation Committee)의 소송종결결정

1970년대에 들어서면서 종래 주주 등에 의하여 제기된 소송에서 이사를 보호하는 기능을 수행해 오던 경영판단의 원칙은 새로운 양상을 보이기 시작하였다. 즉 이사들로 구성된 특별소송위원회가 경영판단원칙을 공격적으로 이용하여 대표소송을 종결시켜 버림으로써 이사에 대한 책임추궁을 차단시키는 경영판단원칙의 공격적 용법(offensive use)<sup>27)</sup>이 나타나기 시작한 것이다. 구체적으로 살펴보면 회사가 영업촉진 등을 이유로 하여 회사자금을 외국정부·기관 등에게 부정지급한 한 경우에 주주들은 이에 관련된 다수 이사들의 책임을 추궁하는 일련의 대표소송<sup>28)</sup>을 제기한다. 그러나 주주대표소송은 어디까지나 회사를 위한 소송이기 때문에 회사는 승소가 예상되는 경우에도 다른 여러 이유를 근거로 하여 소송을 제기하지 않기로 판단할 수 있기 때문에 대부분의 주법원은 대표소송을 제기하기 전에 주주가 우선 이사회에 제소청구(demand on the board)를 할 것을 요구하고 있다. 따라서 주주로부터 대표소송의 제소청구를 받은 이사회는 부정지급과 관계없는 이사들로 구성된 소송위원회를 구성<sup>29)</sup>하고 사외변호사 등의 조언을 받아 책임원인을 조사·검토함과 동시에 소

27) 이사의 책임을 추궁하는 소송에서 사법심사를 제한하여 이사를 보호하는 역할을 해온 종전의 양상을 공격적 용법과 구별하기 위해 경영판단원칙의 방어적 용법(defensive use)이라고 한다.

28) 미국법상 대표소송은 주주가 자기의 이름으로 회사를 위하여 부정행위자를 상대로 회사의 권리를 대위행사하는 것이기 때문에 회사의 내부자뿐만 아니라 회사에 대하여 계약위반, 불법행위 등으로 인하여 책임을 지는 제3자도 대표소송의 피고가 될 수 있다. 그러나 제3자가 피고인 경우에는 회사가 소제기를 회피하는 일이 거의 없으므로 대부분의 대표소송은 이사와 같은 내부자가 피고인 소송이다(임재연, 「미국회사법」, 박영사, 1996, 190면).

29) 이사회가 소송위원회를 구성하여 소송에 관한 최종결정권을 위원회에 부여하게 되면 이사회는 스스로 해당소송에 관한 결정을 내릴 자격이 없다는 것을 자인하는 것이 되어 이후 이사회가 소송에 대한 결정을 하더라도 경영판단원칙의 보호를 받을 수 없게 된다(Abbey v. Computer & Communication Technology Corp, 457 A2d 368, 374(del. 1983).

송의 전망·입증의 난이도·소송비용·소송으로 인한 회사의 영업에 대한 영향·  
원고주주의 동기와 대표자 자격의 적절성 등 제반사정을 고려하여 당해 대표  
소송을 종결하는 것이 회사의 최상의 이익이라는 결론을 도출하여 대표소송을  
종결하는 결정을 할 수 있다. 그리고 이러한 이사회는 소송종결결정은 이사회  
의 권한내 행위에 해당하는 것으로 미국 법원은 다른 경영판단과 동일하게 취  
급하여 경영판단원칙에 의한 보호를 부여하여 이에 개입하지 않는다. 그리고  
제소청구가 거절되었음에도 주주가 대표소송을 제기할 경우 원고주주가 소송  
종결결정에 대한 경영판단원칙의 추정을 반복하지 못하면 법원은 이사회는 결  
정을 존중하여 대표소송을 각하시킨다.<sup>30)</sup>

반면 이사회는 과반수이상이 소송에서 문제되는 행위와 이해관계를 가지고  
있어 이익충돌(conflict of interest)이 있는 경우 주주는 이사회는 제소청구거  
절을 불법적(wrongful)이라고 주장하거나 또는 제소청구를 하지 않고 제소청  
구는 무용하므로 면제된다는 것을 법원에 확신시키는 방법으로 이사회는 승인  
없이 대표소송을 제기하게 되면 이사회는 소송종결결정에는 경영판단원칙이  
적용되지 않게 되어 극단적인 경우 위협소송(strike suit)과 같이 회사에 아무

---

30) 우리나라는 주주가 대표소송을 제기함에 앞서 회사에 대해 주주대표소송제기의  
이유를 기재한 서면으로 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구해야 하고 회사가  
청구를 받은 날로부터 30일 이내에 소를 제기하지 아니한 경우 주주는 즉시 소를  
제기할 수 있다(상법 제403조 제1항·제2항·제3항 참조). 회사가 이사에 대해 소를  
제기하는 경우 감사는 그 소에 관하여 회사를 대표하므로 우리 상법상 대표소송에  
서 회사가 주주의 청구에 따라 소를 제기할 것인가의 여부에 대한 결정권은 감사  
에게 있다. 다만 감사의 이러한 결정권은 미국과 같이 대표소송을 종국적으로 종료  
시킬 수 있는 재량권을 가지는 권한이 아니고 단지 절차적 요건에 따른 반사적 효  
과에 불과하다. 즉 이사에 대한 책임추궁은 원래 회사의 권한과 의무에 해당하므로  
주주의 제소청구가 회사나 다른 주주에게 이익이 되지 않는다고 하더라도 감사는  
이러한 청구를 거절할 수 없는 것이다. 이처럼 우리나라의 대표소송제도에서는 대  
표소송의 종료여부에 대한 결정권이 회사에 있지 않으므로 소송제기여부에 있어서  
경영판단의 원칙이 적용될 여지는 없다(김대연, “주주대표소송과 경영판단의 원  
칙”, 「상사법연구」 제17권 제3호, 1999.2. 138-139면 ; 정동윤, 「회사법」, 법문사,  
2001, 469면).

런 도움을 주지 않는 소송에 대해서도 이사회는 전혀 손을 쓸 수 없게 된다. 그 결과 1980년대에 이르러 미국에서 소송위원회<sup>31)</sup>는 거의 일반화되기 이르렀다.

그런데 소송위원회는 동료이사들에 의해 선임되는 구조적 편견(structural bias)<sup>32)</sup>이라는 태생적 문제점을 가지고 있다. 즉 동료이사들에 의해 선임되는 소송위원회가 동료이사들의 책임을 묻는 대표소송의 제기 진행여부를 결정함에 있어 과연 독립성과 공정성을 가질 수 있는지가 문제되는 것이다. 구체적으로 이사들은 주로 현직에 있는 상위경영진에 의해 선임되는 까닭에 문제되는 거래행위에 대해 상위경영진과 반대의사를 표명한 사외이사라 하더라도 일단 상위경영진에 대한 소송이 제기되면 동료의식 내지 묵시적 카르텔에 의해 경영진을 보호하는 것이 자신의 역할이라 믿고 행동할 가능성이 크다. 그리고 이러한 구조적 문제는 책임의 내용이 경영진에게 치명적인 것일수록 심각한 문제를 야기한다.<sup>33)</sup>

#### (4) 적대적 기업인수(Hostile M&A)에 대한 방어수단

경영판단원칙에 또 다른 양상은 적대적 기업인수(hostile takeover)와 관련된다. 기업인수란 회사의 영업활동의 확대 내지 다각화를 위해 개인이나 회사가 대상회사의 지배권 획득을 목적으로 하는 인수를 말한다.<sup>34)</sup> 이러한 기업인수의 법적 방법으로는 주식매수<sup>35)</sup>·위임장쟁탈·공개매수·영업양도·합병 등의

31) 특별소송위원회(Special Litigation Committee)라고도 부른다.

32) 구조적 편견이란 대표소송의 종결여부를 결정하게 될 특별소송위원회의 구성에서 발생하는 내적인 편견을 말하는 것이다. 이에 대해 대표소송의 종결여부에 이해관계를 가지고 있는 특정 이사의 지위에서 발생하는 편견을 사실상의 편견(actual bias)이라고 한다(이영봉, 전제논문, 92면).

33) 소송위원회의 구조적 편견이라는 문제점을 해결하기 위해 소송위원회의 구성방식을 이사회가 법원에 신청을 하면 법원이 재량으로 위원을 선임하는 방법이 있다.

34) 임재연, 「증권거래법 전정판」, 박영사, 2008, 835면

35) 광범위한 주식매수의 의미에는 공개매수도 포함되지만 여서서 주식매수의 의미는

방법이 있는데 합병이나 영업양도의 경우에는 이사회가 승인이 반드시 필요하므로 대상회사의 경영진이 협력하지 않는 적대적 기업인수에서는 이를 사용할 수 없다. 따라서 적대적 기업인수의 경우에는 위임장쟁탈이나 공개매수(tender offer)<sup>36)</sup>의 방법을 취할 수밖에 없다. 이 중 위임장쟁탈은 시간과 비용이 많이 들고 취득한 위임장은 1회 밖에 사용할 수 없다는 단점이 있기 때문에 적대적 기업인수의 경우에는 공개매수가 선호된다.<sup>37)</sup>

이때 적대적 기업인수의 대상이 되는 회사의 이사회는 다양한 방어행위<sup>38)</sup>를 취하게 되고 이러한 방어행위는 전통적인 경영판단원칙을 통해 보호받게 된다. 그러나 일반적으로 적대적 기업인수가 성공하는 경우 이사회나 경영진은 자신의 경영권이 상실되거나 감소되기 때문에 적대적 기업인수에 대항하는 이사회나 경영진의 방어행위의 이면에는 이사회나 경영진 자신들의 경영권을 유지하려는 의도가 개입되어 있다고 볼 수 있어 이사의 이익과 회사 및 주주의 이익이 서로

---

공개매수를 제외한 주주들과의 개별적인 교섭을 통한 매수와 시장거래를 통한 매수를 의미한다.

36) 공개매수란 일반적으로 지배권획득을 목적으로 신문지상에 광고하는 등의 방법을 통해 증권시장 밖에서 불특정 다수인으로부터 현금 또는 주식과 교환하여 대상회사의 주식을 매수하는 것을 뜻한다(유영일, “적대적 공개매수에 대한 방어행위와 그 적법성에 관한 연구-미국법을 중심으로”, 『울산대학교 사회과학논집』 제3권 1호, 1993, 26면).

37) 유영일, 전제논문, 24-25면

38) 적대적 기업인수가 있을 때 경영진이 방어행위를 할 수 있는지에 대해서는 제한설, 긍정설, 제한적 긍정설로 나누어진다. 제한설은 적대적 기업수가 시도될 때에 이에 응할지 여부는 주주들이 결정할 문제이며 경영진이 회사법상 수단을 이용하여 방어행위를 할 권한을 부여하는 것은 경영진에 대해 자유재량에 의하여 자신의 지위를 영구화할 수 있는 권한을 부여하는 결과가 되므로 이는 주식회사법의 기본구조와 모순된다는 입장이다. 반면 전통적인 회사지배이론에서 이사는 회사와 위임관계에 있으므로 직접적으로 회사에 대하여 간접적으로는 주주에 대하여 회사와 주주의 이익을 고려해야 할 의무가 있으므로 이와 같은 이사의 이익고려는 회사와 주주를 위한 권한이라고 보는 것이 긍정설의 입장이다. 그러나 학설은 대체적으로 기업인수는 긍정적 부정적 측면을 모두 가지고 있으므로 적대적 기업인수가 회사의 존립 내지 주주의 이익을 침해할 가능성이 강한 경우에는 허용할 수 없다는 제한적 긍정설의 입장을 취하고 있다(이영순, “적대적 기업매수의 방어에 관한 연구”, 『이화여자대학교 대학원 석사학위논문』, 1998, 23-24면).

충돌할 가능성이 상존한다. 더구나 주주는 주식을 매수하고자 하는 자에게 아무런 제한 없이 주식을 매도할 권리를 갖고 있기 때문에 공개매수에 대한 방어행위와 같이 주주의 주식매도권을 방해하는 이사회행위는 회사의 사업을 경영하는 이사회행위의 통상적 기능의 범위를 상당히 넘기 때문에 특별한 정당성이 요구된다.<sup>39)</sup>

그러나 기업인수에서 통상적으로 이사회는 자문기관이나 투자은행 등을 고용하거나 입증서류를 준비 등은 통상의 주의에 속하며 또한 방어행위의 근거로 회사의 이익을 주장하는 것이 언제나 가능한 것이므로 이사회행위에 대하여 전통적인 경영판단원칙을 적용하면 대부분의 방어행위를 허용하는 결과가 된다. 이러한 이유에서 공개매수에 대한 방어행위의 적법성은 경영판단원칙을 통해 적절하게 심사할 수 없게 된다.

이에 따라 미국법원은 경영판단원칙을 공개매수에 대한 방어행위에 적용하면서도 방어행위의 이면에 이사회나 상급경영진 자신의 지위를 보전하려는 의도가 깔려있다고 인정되는 경우에는 경영판단원칙과 이사의 자기거래에 적용되는 본질적 공정성기준(standard of intrinsic fairness)<sup>40)</sup>의 중간적 기준(intermediate standard)<sup>41)</sup>를 채택하고 있다.

---

39) 임재연, 전제서, 870면

40) 본질적 공정성 기준이란 이익이 충돌되는 상황에서는 거래의 공정성 여부를 법원이 철저하고 면밀하게 심사한다는 미국의 전통적인 입장을 말한다. 이 기준은 피고에게 거래의 공정성에 대한 입증책임을 지우고 피고의 공정성 입증이 증명력을 갖기 위해서는 법원의 거래에 대한 철저하고 완전한 공정성 심사를 요구한다. 따라서 이사는 최고의 성질과 가장 신중한 본질적 공정성을 증명해야 한다. 델라웨어주법에 의하면 “이사는 거래가 공정한 거래와 공정한 가격의 산물임을 인정할 수 있을 정도로 증명을 하여야 한다.” 공정한 거래는 거래를 체결함에 있어서 이사의 행위에 초점을 맞추고 공정한 가격은 이사가 구체적인 사정하에서 주주에게 가장 유리한 최고의 가격을 획득하는데 진력할 것을 요구한다(강대섭, “이사의 책임과 경영판단의 원칙”, 「창원대학교 사회과학연구논문」 제7집, 2000, 44면).

41) 중간적 기준이란 적대적 기업인수에 있어서 통상의 시장가격보다 높은 공개매수 가격으로 인하여 주주가 얻게 된 이익과 기업인수에 대한 방어의 성공으로 경영진이 얻게 되는 이익을 모두 고려하여 방어책이 회사의 장기적인 경영계획을 위한

## II. 경영판단원칙의 근거

### 1. 기업가정신(entrepreneurship)의 보호

성공적인 기업경영을 위해서는 이사나 임원이 새로운 시장을 개척하고 시장의 요구에 맞는 상품을 개발·혁신해야 하며 시장이외 다른 사업위험(other business risks)도 감수해야 하는데 이러한 혁신적이고 창의적인 기업경영은 항상 불확실성과 그에 따른 위험을 동반하는 것으로서 경영실패에 대한 이사 또는 경영진의 책임 추궁에 있어 경영위험을 고려하지 않는다면 이사나 경영진으로서의 경영실패에 따른 책임을 면하기 위해 소극적이고 안전위주의 경영을 할 수 밖에 없어 정상적인 진취적이고 적극적인 기업가정신이 크게 위축될 수밖에 없다. 따라서 경영진의 책임을 강화하기 위한 제도적 장치와 더불어 책임의 한계설정이 요구된다.<sup>42)</sup>

### 2. 사후적 사법심사의 한계

경영진이 경영판단을 할 당시에 참고로 하는 정보는 그 당시에 입수할 수 있었던 정보에 한정되어 있고 회사 경영에 대한 전문적인 지식이 부족한 법원이 경영판단 당시의 상태를 정확하게 재현하여 사후적 판단(after-the-fact judgement)으로 경영진의 판단을 사후심사(Second Guess)하는 것은 사실상 불가능하다.<sup>43)</sup> 이러한 점을 고려하지 않은 채 법원이 사후의 완전한 정보를

---

것인 경우에는 비록 적대적 기업인수를 방해하여 단기적으로는 주주의 이익을 극대화하는 것이 아니라 하더라도 가치 극대화기준을 적용하지 않고 경영판단원칙에 의하여 보호하여야 한다는 것이다(임재연, 전게서, 878-879면).

42) 박명서, 전게논문, 29면 ; 이영봉, 전게논문, 44면 ; 양동석, 전게논문 93면

43) 사업상의 필요는 종종 다소 불완전한 정보에 기초할 수밖에 없는 신속한 결정을 요구하기 때문에 경영판단과 관련한 제반사정은 수 십년이 지난 후 법정에서 쉽게 재구성되지 않는다. 경영자의 역할은 위험과 불확실성에 직면하는 것이며 당시 심사숙고하여 내린 결정도 몇 년이 지난 후에 완전한 지식에 비추어 보면 조악한 덩어리(a wild hunch)처럼 보일 수 있다(Joy v. North, 692 460 U.S. 1051(1983)).

가지고 사법심사를 한다면 이사회 경영진의 적극적인 경영을 극히 위축되게 될 것이다.

### 3. 법원의 판단능력 한계

이사회 경영진은 경영판단에 대한 전문가인 반면 법원은 경영판단에 대한 비전문가로 회사경영에 대한 전문적 지식이 부족한 법원은 경영판단에 관한 논점을 평가할 만한 자질이 부족하다.<sup>44)</sup>

### 4. 전체주주들을 위한 경영진의 경영권보호

회사에서의 의사결정권한을 주주들이 아닌 이사회 경영진에게 집중시킨 이유는 회사를 전체주주들을 위해 운영하기 위한 것인데 주주들이 소송에서 너무 쉽게 승소한다면 이는 회사의 의사결정권한이 이사회나 경영진이 아닌 주주들에게 넘어가는 결과를 초래하고 극단적인 경우에는 주주 대다수와 상반되는 이해관계를 가진 1인 또는 소수의 주주에게 의사결정권이 넘어가는 결과가 발생하게 된다. 따라서 경영판단에 대한 사법심사를 제한하여 이사회 경영진의 의사결정권한을 집중시킬 필요가 있다.<sup>45)</sup>

### 5. 주주의 경영실패부담

주주는 원래 공동기업의 출자자로서 기업의 위험을 인수하여 스스로 이사를 선임하고 경영의 전권을 이사 등에게 위임한 것으로 주주자신 조차도 실패할 지도 모르는 기업경영을 이사에 위임한 이상 경영의 완전한 성공을 요구할

---

44) 이러한 주장은 회사경영과 마찬가지로 전문적 지식이 필요한 의료사건이나 지적 소유권사건 등에 법원이 사법심사를 하는 이유를 설명할 수 없다는 비판을 받는다 (권재열, “경영판단의 원칙의 도입여부를 다시 논함”, 『상사법연구』 제19권, 2000, 501면).

45) 이영봉, 전계 박사학위논문, 14면 ; 최병규, 전계논문, 2005.6, 112면

자격은 없으며 주주 자신들이 스스로 선임한 자의 경영수완에 대한 책임을 부담해야 한다.<sup>46)</sup>

### Ⅲ. A.L.I.의 경영판단의 원칙

경영판단의 원칙은 19세기 후반부터 미국판례법에 의해 발전되어 온 이론으로 이를 법정화하려는 시도가 두 기관에 의해 추진되었다. 그 첫번째로 미국법조협회(American Bar Association ; A.B.A.)의 사업법분야 회사법위원회(Committee on Corporation Laws of the Section of business Law)는 1980년 전반기에 모범사업회사법(Model Business Corporation Act)을 개정하면서 경영판단원칙의 성문화를 시도하였다. 그러나 동 위원회는 이사에 대한 일반적인 행위기준은 정의하였지만 경영판단의 요건과 적용상황이 법원에 의해 계속적으로 발전하고 있음을 이유로 경영판단원칙을 성문화에는 실패하고 말았다.

다음으로 1994년 미국법률협회(American Law Institute; A.L.I.)에서 제정한 “회사의 지배구조에 관한 원칙(Principle of Corporate Governance : Analysis and Recommendation ; 이하 ALI의 회사통치원칙)”에서 경영판단의 원칙의 개념과 그 적용요건 및 심사기준을 성문화하였다. 그 구체적 내용을 살펴보면 다음과 같다.<sup>47)</sup>

---

46) 권재열, 전제논문, 22면

47) Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendation (Updated by the 2007 Pocket Part) § 4.01 Duty Of Care Of Directors And Officers ; The Business Judgment Rule

「(a) A director or officer has a duty to the corporation to perform the director's or officer's functions in good faith, in a manner that he or she reasonably believes to be in the best interests of the corporation, and with the care that an ordinarily prudent person would reasonably be expected to exercise in a like position and under similar circumstances. This Subsection (a) is subject to the provisions of Subsection (c) (the business judgment rule) when applicable. (1) The duty in Subsection (a) includes the obligation

ALI의 회사통치원칙 §4.01 (a)항 「이사 또는 임원<sup>48)</sup>은 회사에 대하여 성실하게(good faith) 회사의 최선의 이익이 된다고 믿는 상당한 방법으로 그리고 통상의 신중한 자가 같은 지위와 유사한 상황에서 행사할 것이 합리적으로 기대되는 주의로서 그 직무를 수행할 의무를 진다. 이 (a)항은 적절한 경우 (c)항(The Business judgement Rule)의 규정의 적용을 받는다.

(1) (a)항에 규정된 의무는 상황이 합리적인 이어나 임원에게 조사의 필요성을 경고하는 경우에 조사를 하거나 조사를 하게 할 의무를 포함한다. 조사의 정도는 그 이어나 임원이 필요하다고 합리적으로 믿는 정도이어야 한다.

(2) 감시직무를 포함하여 자신의 여하한 직무를 수행함에 있어서 이어나 임원은 §4.03 및 §4.04 (이사·임원·고용인·전문가·기타의 사람 및 이사회의 위원에 대한 신뢰)에 따라 자료나 다른 사람들을 신뢰할 권리가 있다.」

---

to make, or cause to be made, an inquiry when, but only when, the circumstances would alert a reasonable director or officer to the need therefor. The extent of such inquiry shall be such as the director or officer reasonably believes to be necessary. (2) In performing any of his or her functions (including oversight functions), a director or officer is entitled to rely on materials and persons in accordance with §§ 4.02 and 4.03 (reliance on directors, officers, employees, experts, other persons, and committees of the board).

(c) A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills the duty under this Section if the director or officer: (1) is not interested [§ 1.23] in the subject of the business judgment; (2) is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and (3) rationally believes that the business judgment is in the best interests of the corporation.」

48) ALI의 회사통치원칙은 이사 외에 임원에게도 경영판단원칙이 적용된다는 것을 분명히 밝히고 있다. 사실 임원은 회사경영에 광범위하고 직접적으로 참여하고 있으며 이사와 거의 동일한 행위기준에 따라 그 임무를 수행하여야 하는 지위에 있다. 따라서 주주 등이 회사의 임원을 상대로 소송을 제기하는 경우에는 임원에게도 이사와 마찬가지로 경영판단원칙에 의한 보호가 필요하기 때문이다. 미국의 판례들도 대부분을 경영판단원칙을 설명할 때 이사와 임원을 구분하지 않고 임원에게 경영판단원칙에 의한 보호를 인정하고 있다(박형수, 전제논문, 20면).

ALI의 회사통치원칙 §4.01 (c)항 「성실히 경영판단을 한 이사 또는 임원이 다음의 요건을 갖춘 경우에는 본조에 의거한 의무를 이행한 것으로 본다.

- (1) 경영판단을 한 대상에 이해관계를 가지지 않을 것
- (2) 경영판단을 한 사항에 대해서 그 상황에서 적절하다고 합리적으로 믿을 수 있는 상당한 정보를 가지고 있을 것
- (3) 그 경영판단이 회사의 최선의 이익에 합치한다고 합리적으로 믿을 것<sup>49)</sup>

이처럼 A.L.I.에서 경영판단원칙을 명문화 한 것은 그 기준을 구체적으로 정함으로써 불투명한 점을 없애고 중복되는 사항을 제거하기 위한 것으로 보여진다.<sup>50)</sup> 하지만 경영판단원칙이 대상으로 하는 경영상 결정 내지 판단은 이사의 주의의무에서부터 적대적 기업인수에 대한 방어행위에 이르기까지 광범위하며 경영판단원칙이 주주의 책임용이성을 통한 건전한 기업경영이라는 측면과 경영진의 손해배상책임에 합리적 한계를 설정하여 정상적인 기업활동의 보장이라는 두 가지 상반된 이익의 합리적 조정을 목적으로 하는 만큼 이를 위한 구체적·기술적 기준 또한 문제되는 상황과 양상에 따라 수정되고 변화될 수 밖에 없는 것이므로 자칫 경영판단원칙에 대한 성급한 성문화의 시도는 오히려 열린 가능성으로서 경영판단원칙의 본질적 기능을 훼손할 뿐만 아니라 설령 이를 성문화한다고 하여도 경영판단이라는 성질상 필연적으로 그 기준 자체가 추상적일 수밖에 없어 결국 법원이 사안에 따라 그 내용을 구체적으로 형성해 나가야 할 것이다. 이러한 측면에서 본다면 경영판단원칙에 대한 A.L.I

---

49) rational believe와 reasonable believe의 차이점은 rational believe이라는 구문이 reasonable believe보다 광범위한 자유재량을 허용함과 동시에 경영판단이 reasonable의 범위를 벗어날지라도 그 경영판단에 따른 책임을 지지 않는 안전지대를 제공한다는 것이나 그것이 상식의 범위를 초월하는 것까지 허용하는 것은 아니라고 한다(송석언, “미국에 있어서 회사법인론과 이사의 지위”, 「법과 정책」 제2호, 1996.8, 92면).

50) 천재정, “이사의 주의의무와 경영판단의 원칙에 관한 연구”, 「연세대학교 석사학위논문」, 2003, 63면

의 성문화시도는 본질적으로 한계를 수반하는 것으로서 오히려 절반의 실패작이라고 평가할 수 있을 것이다.

#### IV. 경영판단원칙의 적용요건

##### 1. 적극적 요건

###### (1) 경영상의 결정의 존재(Business Decision)

경영판단원칙은 기업의 경영활동을 위해서 행한 경영판단에 대한 외부의 간섭을 배제하고 경영진의 경영활동을 본래의 권한과 의무인 경영판단으로 존중하기 위하여 인정된 법칙이다. 따라서 이사가 의식적으로 기업경영에 관한 의사결정을 한 경우에만 경영판단의 원칙에 의하여 보호받게 된다. 즉 경영판단의 원칙은 경영진의 행위가 일정한 내용을 갖춘 경영판단에 기한 사실을 입증할 수 있는 경우에 그러한 경영상의 결정을 한 경영진을 보호하는 것이다.<sup>51)</sup> 때문에 경영진의 작위(Action)만이 경영판단의 원칙에 의하여 보호받게 되고 일정한 행동을 하지 않기로 하는 결정에 따른 결과가 아닌 단순한 부작위(Inaction)는 보호대상이 되지 못한다.<sup>52)</sup> 다시 말해 경영진의 적극적인 경영판단의 잘못이 아니라 단지 감시의무<sup>53)</sup>에 위반하였다는 것을 이유로 책임을 추궁 당하고 있는 경우에는 경영판단의 원칙은 적용되지 않는 것이다.<sup>54)</sup>

51) 양동석, “경영판단원칙의 수용가능성”, 「기업법연구」 제7권, 2001, 90면

52) ALI의 회사통치원칙은 이사의 부작위를 의식적인 경영판단에 의한 경우와 허용할 수 없는 부작위로 나누어 후자에 대해서는 제4.01조 (c)항의 경영판단의 원칙에 의한 보호대상이 아니기 때문에 동조 (a)항의 합리적 주의의무기준에 의하여 책임유무를 판단한다.

53) 이사는 이사회의 구성원으로서 회사의 업무 및 재산상황을 감시하고 이사회의 감독권한을 통하여 회사의 업무집행이 적정하게 이루어지도록 하여야 하는데 이를 이사의 감시의무라고 한다. 즉 이사는 이사회의 일원으로서 회사의 업무의 의사결정에 참가하지만 이사회의 결정을 실제로 실행하는 것은 원칙적으로 경영진 및 업무담당이사이므로 위법행위 부실경영을 미연에 방지하기 위해 그 직무집행을 감시 감독하여야 한다(김성호, “미국에서의 이사의 감시의무와 책임의 완화”, 「상사법연구」 제19권 제3호, 2001, 189면).

54) 이와 관련하여 델라웨어주(州) 대법원은 Aronson v. Lewis 사건판결에서 “경영

ALI의 회사통치원칙은 이를 판단의 의식적인 행사요건(prerequisite of a conscious exercise of judgment)라고 표현하고 있다. ALI의 회사통치원칙에 관한 Official Comments는 경영판단이 보호를 받기 위해서는 그 결정이 의식적으로 이루어졌어야 하고 또 실제로 판단이 행사되어야 한다는 것을 의미하며 경영상의 결정이 발견되지 않는 경우에는 특별한 보호를 제공할 이유가 전혀 없다고 한다.<sup>55)</sup>

## (2) 무이해관계(Disinterestedness)

경영판단의 원칙이 적용되기 위해서는 경영진이 당해 거래에 이해관계<sup>56)</sup>를 갖지 않아야 한다. 즉 경영진은 거래의 상대방에 대해 이해관계를 갖거나 회사 또는 다른 주주가 일반적으로 얻을 수 없는 개인적·금전적 이익을 획득할 것을 기대하고 있지 않고 경영상 결정을 해야 한다.<sup>57)</sup> 즉 회사에 대하여 충실의무를 부담하고 있는 이사 등 경영진은 자기의 이익보다는 회사의 이익을 우선하여야 해야 하는데 만일 회사의 경영판단에 대하여 이해관계를 가진다면 회사의 이익을 위한 사심없는 결정을 기대할 수 없어 충실의무(Duty of Loyalty)<sup>58)</sup>에 저촉되기 때문에 경영판단의 원칙을 받지 못한다.<sup>59)</sup>

---

판단의 법칙은 이사의 작위와 관련하여서만 작용한다. 기술적으로 말한다면 이사들이 그들의 직무를 유기하였다거나 의식적인 결정 없이 행동을 하지 아니한 경우에는 경영판단의 법칙은 아무런 역할도 하지 못한다. 그러나 어떠한 행위를 하지 않기로 한 의식적인 결정은 오히려 경영판단의 유효한 행사이고 또한 법칙의 보호를 향수할 수 있는 것인 때에는 경영판단의 법칙이 적용된다”고 설명한다(이영봉, 전게논문, 48면 ; 이규훈, 전게논문, 2005, 314면).

55) 박형수, 전게논문, 2003, 22면

56) 이해관계를 가진다는 것은 재정적 이익이나 회사이익에 대한 침해를 요하는 것으로 정의된다(이영봉, 전게논문, 49면).

57) 박명서, 전게논문 31면

58) 미국에서는 이사의 신임의무(Fiduciary Duty)를 주의의무(Duty of Care)와 충실의무(Duty of Loyalty)로 나누어 설명하고 있다. 이사의 주의의무는 이사가 회사의 업무를 수행할 때 상당한 주의(Reasonable Care)를 요구하는 것이고, 충실의무는 회사와 주주의 이익만을 위하여 행동할 것을 요구하는 것이다. 주의의무의 관심사

여기서 주의할 것은 이해관계를 가진다는 것은 재정적인 이익이나 회사이익에 대한 침해를 요하는 것을 의미한다는 것이다. 따라서 이사가 경영상의 결정과 관련하여 특정한 재정적 이익을 가지고 있다는 사실에 대한 입증 없이 단순히 이사가 그 결정에 대하여 개인적 이해관계를 가지고 있다고 주장하거나 어떠한 결정이 이사에게 보다 장기간의 재직기간을 부여할 잠재성을 가지고 있다는 것을 주장하는 것만으로는 경영판단원칙의 적용을 배제할 수 없다.<sup>60)</sup>

### (3) 독립성(Independence)

경영진의 행위가 이해관계를 가지고 있는 개인 내지 단체에 좌우되는 때에는 비록 경영진 자신이 충실의무를 위반하지 않았더라도 의도성이 징표되기 때문에 경영판단의 원칙에 의한 보호를 받지 못한다. 여기서 독립성은 경영진이 경영상의 결정이 사회적인 고려사항이나 영향력에 좌우되는 것이 아니라 오직 회사입장에서 판단대상에 관한 타당성에 기초하여 경영판단을 하여야 한다는 것을 의미한다. 따라서 타협 또는 전문가 등의 도움을 받아 의견 차이를 해소할 수 있으나 최종결정은 경영진의 판단이어야 한다.<sup>61)</sup>

만약 경영상의 결정이 지배주주의 의견이나 영향력을 고려하여 이루어졌다면 경영판단의 독립성은 부정된다. 그러나 지배주주가 과반수에 미치지 못하는 주식을 소유한 것만으로 경영진에 대한 지배나 통제(domination or

---

는 회사경영에 관한 결정을 할 때 필요한 이사의 방법론임에 반하여 충실의무는 회사의 경영과 관련해서 취하는 이사의 자세에 초점이 있다(권재열, 전제논문, 219면).

59) Marcel Kahan, Paramount or Paradox: The Delaware Supreme Court's Takeover Jurisprudence, J. Corp 1994, L. 583-617면

60) 박재원, “이사의 경영상 책임제한에 관한 연구-경영판단의 법칙을 중심으로”, 「연세대학교 법무대학원 석사학위논문」, 2003, 36면

61) 이규훈, “경영판단과 업무상 배임죄”, 「고려대학교 대학원 석사학위논문」, 2005, 37면

control)를 충분히 입증한 것은 아니며 또 이사가 회사의 선거 결과를 좌우할 수 있는 자들에 의해 추천되었거나 그들의 부탁에 의하여 선출되었다는 것만으로 독립성을 부정하지 못한다. 왜냐하면 대부분의 이사는 이러한 방법을 통해 이사가 되기 때문이다.<sup>62)</sup>

#### (4) 상당한 주의(Due care)

경영판단의 원칙을 원용하기 위해서는 그 경영상 결정을 하기 전에 합리적으로 이용가능한 모든 중요한 정보를 수집하고 이에 기초하여 상당한 주의<sup>63)</sup>를 기울여 판단해야 한다. 경영진의 결정이 사리 분별없이 무지의 상태에서 판단하였다고 할 정도로 정보부족의 상태에서 행동한 경우에는 경영판단의 원칙에 의하여 보호받지 못한다.<sup>64)</sup>

경영판단이 충분한 정보에 근거한 것인지의 여부는 이사들이 경영상의 결정을 내리기 전에 그들이 합리적으로 가능한 모든 정보를 알고 있었는지에 따라 좌우된다. ALI의 회사통치원칙은 ‘합리적으로 입수가능한 정보의 범위를 그 상황에서 적절하다고 합리적으로 믿을 수 있는 범위(to the extent the director or officer reasonably believe to be appropriate under the circumstances)’로 표현하고 있다.

실제 경영상의 결정은 절박한 시간의 제약 속에서 이루어지는 경우도 있을 수 있고 반대로 중요한 정보를 질서정연하게 정리할 수 있는 시간적 여유가 허용되는 경우도 있을 수 있기 때문에 ‘합리적으로 믿을 수 있는 정보’의 범위

---

62) 박재원, 전계논문, 37면 ; 김영철, “경영판단의 원칙에 관한 연구”, 「한양대학교 석사학위논문」, 2000, 70면

63) Hansen은 경영판단의 법칙을 적용하기 위한 요건으로서 상당한 주의를 영미법상의 전통적인 책임구조에서 논의되어 왔던 것과 같은 책임보상법상의 결과지향적인 상당한 주의기준(results-oriented due care standard)과는 다른 것이라고 하면서 이를 특히 ‘process due care’라 하였다(천재정, 전계논문, 38면).

64) 김택주, 전계논문, 46-47면

는 당해 경영판단의 중요성·정보수집에 사용한 시간·정보수집에 관한 비용·당해 사항을 조사한 자 또는 기재한 자에 대한 이사의 신뢰도·회사의 경영상태 기타 이사의 경력 등 제반 요소를 고려하여 판단한다.<sup>65)</sup> 이러한 정보에 기한 결정의 요건은 결정 그 자체의 내용에 관한 것이 아니라 경영상의 결정을 하는 때에 이사 또는 임원의 준비 즉 경영판단의 과정에 초점을 둔 것이다.<sup>66)</sup>

경영판단이 충분한 정보에 근거한 것인가의 여부에 관한 기준에 대하여 델라웨어주(州) 대법원은 Smith v. Van Gorkom사건<sup>67)</sup>에서 중과실(Gross Negligence)이 그 판단기준으로 사용하였다.<sup>68)</sup> 이러한 태도는 합리적 기준을 완화하여 이사의 결정이 지나치게 불합리하지 않은 한 좋은 결정이 아닌 것으로 보이더라도 이사는 주의의무 위반의 책임을 지지 않는다는 것을 의미한다. 따라서 경영진이 중요정보를 알고 있지 못한데 중과실이 아닌 중과실이 있는 경우에는 경영판단의 원칙이 적용되지 않는다.<sup>69)</sup>

65) 미국법률협회의 ‘회사지배에 관한 원칙’에 대한 official comment는 이를 ‘정보에 기한 결정의 요건(prerequisite of an informed decision)’이라고 표현하고 있다.

66) 경영상의 결정은 절박한 시간의 제약 속에서 이루어지는 일도 있을 수 있고 중요한 정보를 질서 정연하게 정리할 수 있는 시간적 여유가 허용되는 경우도 있을 수 있기 때문에 이사 또는 임원이 획득하여야 할 정보의 범위를 결정하는 때에는 현실적으로 이용가능한 시간을 고려에 넣어야 할 것이다(이영봉, 전제논문, 50면).

67) 이사가 회사의 주식의 본질가치보다 낮은 주당가격으로 현금교부합병을 권고하는 경영상의 결정을 함에 있어 급히 소집된 짧은 시간의 회의에서 사장이 제시한 20분간의 프리젠테이션을 보았을 뿐 합병서류를 검토하지도 진지한 평가연구를 하거나 요청하지도 아니한 채 독재기질의 사장의 말만 듣고 합병을 승인한 것은 이사의 직무를 포기한 것이며 정보에 근거한 결정이라고 할 수 없다(Smith v. Van Gorkom 488 A2d 858 874(Del 1985)고 판시했다. 이 사건을 Trans Union Case라고도 한다(양동석, “경영판단원칙의 수용가능성”, 「기업법연구」 제7권, 2001, 97면).

68) 양동석, 전제논문, 97면 ; 이규훈, “업무상 배임죄와 경영판단”, 「형사판례연구」 제13권, 박영사, 2005, 316면

69) Delaware주의 한 판례에서는 이 요건을 The directors must informed themselves “prior to making a business decision, all material information reasonably available to them”이라고 표현하고 있다(최병규, 전제논문, 113면).

## (5) 선의(Good Faith)

경영판단의 원칙은 경영진의 행위가 회사의 최상의 이익에 합치한다고 하는 정직한 신뢰의 기초 위에 이루어질 것을 요구한다. 이를 선의 내지 성실의 요건(good faith element)이라고 한다. 선의는 주관적인 기준으로서 정직하게 또는 바람직한 방법으로(honestly or in an honest manner)라는 의미로 합리성을 의미하는 가리키는 것이 아니라 진지함과 충성심을 뜻한다. 선의에 대한 개념이 명확하게 정립되어 있지 않기 때문에 미국판례는 반대개념인 불성실(bad faith)에 대해 정의를 내림으로써 선의의 개념에 접근해 나가고 있다.

이사의 선의는 추정되기 때문에 이사가 성실히 행동하지 않았다고 주장하는 자는 이사가 결정을 하게 된 동기가 회사의 최상의 이익이 아니라 주로 개인적인 이익(personal interest)나 부적절한 목적(improper purpose)에 있다는 것을 입증해야 한다. 따라서 불성실이라고 하는 결론적인 진술만으로는 이러한 추정을 번복할 수 없다.<sup>70)</sup>

## 2. 소극적 요건

### (1) 재량권의 남용이 없을 것

적극적 요건이 갖추어진 경우에도 재량권의 남용이 없는 경우에만 경영판단의 원칙이 적용된다. 단 경영진들은 회사에 직접적인 이익만을 추구해야 할 의무는 없기 때문에 모든 재량권남용행위가 경영판단의 원칙을 배제하는 것은 아니며 단순히 비합리적인 수준을 넘어 재량권의 중대한 남용에 해당하는 경우 또는 어떠한 합리적인 목적에도 기여할 수 없는 경우<sup>71)</sup>로 인정되어야 한

70) 박형수, 전제논문, 2003, 29면

71) 미국판례는 재량권의 남용행위에 대해 ‘설명할 수 없을 정도의 부주의한 행위’, ‘너무 어리석거나 너무 불합리하여 허용할 수 있는 재량권의 범위밖에 있다고 인정되는 행위’, ‘터무니없거나 비이성적인 행위’, ‘무모하게 주주에게 무관심하거나 주주를 고의적으로 무시하는 행위’ 등의 다양한 표현으로 설명하고 있다(류진희, “미국회사법상 이사의 주의의무”, 『서강법학연구』 제3권, 2001, 4, 130면 ; 천재정,

다.

이와 관련된 사건으로는 Chicago National League Ball Club사의 사장이자 발행주식의 약 80%를 소유한 Wrigly와 일부 이사들이 야구는 낮에 하는 경기이고 밤에 경기를 하게 되면 경기장 주변이 우범지대로 변할 것이라는 이유로 동사(同社) 소유의 Chicago Cubs가 메이저리그에 참가하기 전 Wrigly의 경기장에서 야간경기를 하지 못하게 하자 소수주주이 이사회의 결정처럼 야간 경기를 하지 않게 되면 입장객을 충분히 확보하지 못해 계속적으로 손해가 발생하게 되어 Chicago Cubs의 재정상태가 악화될 것이라고 주장하여 경영상의 과실을 이유로 손해배상 소송을 제기한 Shlensky v. Wrigly사건이 있다. 이에 대한 법원은 주변지역이 우범지대로 되면서 관객이 줄어들 수 있고 장기적으로 볼 때 이웃에 대한 관심이 회사에게는 이익이 될 수 있다고 하면서 원고의 청구를 기각하였다.<sup>72)</sup> 즉 이사들은 회사에 직접적인 이익만을 추구해야 할 의무는 없는 것이기에 이사의 결정에 사기·위법성·회사와의 이해관계가 존재하지 않는다면 재량권의 남용이라는 이유만으로 경영판단원칙이 배제되지는 않는다는 것이다.

## (2) 사기·불법행위·권한유월행위 또는 회사자산의 낭비에 해당하지 않을 것

경영진에 의한 결정이 사기(Fraud)·불법행위(Illegality)<sup>73)</sup> 또는 권한유월행

---

전개논문, 66면).

72) 천재정, 전개논문, 66면

73) 이사의 위법한 행위로 인해 경영판단의 원칙이 적용되지 않은 사례로는 놀이공원의 이사·임원 및 경영진이 돈을 주지 않으면 회사 사업의 중요한 부분을 차지하고 있는 롤러코스터를 일요일에 폐쇄시키겠다는 협박을 당하자 이사는 돈을 지불하는 것이 회사에게 최상의 이익이 된다고 신뢰하여 돈을 지불하자 주주가 놀이공원의 주말 운영은 주법상 금지되어있기에 이사의 이러한 결정은 위법한 행위라고 주장하면서 주주대표소송을 제기한 Roth v. Robertson사건이 있다. 이에 법원은 “만일 법을 위반하면서까지 놀이공원의 영업을 한다면 이러한 법의 위반에 대한 반대를 저지시키기 위해 지불하는 비용은 위법한 비용이므로 이러한 지불이 회사의 이익에 기여한다는 변명은 법적으로 용납될 수 없다”고 판시하면서 피고의 책임을 인

위(Ultra Vires Conduct)를 구성하는 때 경영판단의 원칙은 그 결정을 보호하지 않는다.<sup>74)</sup> 적법하지 않은 경영판단에까지 보호를 할 필요는 없기 때문이다. 반면 위법적인 과거의 행위에 관하여 소송을 제기하지 않기로 하는 이사회 결정을 그 자체는 법률위반이 아니며 과거의 법률위반의 연장도 아니기 때문에 소송을 제기하지 않기로 한 이사회 결정을 다른 경영상의 결정과 마찬가지로 경영판단원칙의 적용대상이 된다.<sup>75)</sup>

## V. 경영판단원칙의 적용범위

### 1. 임원에 대한 적용여부

경영판단의 원칙은 문제가 된 경영상의 판단을 내린 이사를 그 판단의 잘못으로 인한 책임추궁으로부터 보호하기 위한 판례법상 원칙으로 발전되어 온 것이다. 따라서 경영판단원칙이 이사에겐 적용된다는 점에는 이론의 여지가 있을 수 없다. 다만 경영판단원칙이 이사가 아닌 임원에게도 적용되는지에 대해서는 의문의 여지가 있다. 이를 살펴보기 위해서는 먼저 임원의 업무영역에 관해 살펴볼 필요가 있다.

2002년 개정된 미국의 모범사업회사법(Model Business Corporation Act : 이하 MBCA) 제8.41조는 “각 임원은 업무규칙이 정하는 권한을 가지며 업무규칙이 정한 의무 또는 업무규칙과 일치하는 한도 내에서 이사회 혹은 이사회로부터 다른 임원의 의무를 정할 권한을 위임받은 임원의 지시에 의하여 정하여진 의무를 이행하여야 한다”고 규정하고 있다.<sup>76)</sup> 또한 이 법 제8.42조의 (a)

정하였다. 왜냐하면 이사의 위법한 행위를 승인하는 것이 회사에게는 이익이 될 수도 있으나 고의적인 위법행위를 인정하게 된다면 회사법이 불법행위에 관한 일반 법을 무시하는 것이 될 것이기 때문이다(천재정, 전제논문, 68면).

74) 이영봉, 전제논문, 51면

75) 박형수, 전제논문, 32면

76) MBCA § 8.41 <Duties of Officers> Each officer has the authority and shall perform the duties set forth in the by laws or, to the extent consistent with the by laws, the duties prescribed by the board of directors to

항을 보면 “(a) 임원은 (1) 선의로 (2) 동일한 지위에 있는 자가 유사한 상황에서 합리적으로 행사하는 주의로써 (3) 회사에 최선의 이익이 된다고 합리적으로 믿는 방법으로 이행하여야 한다.”고 규정하고 있다.<sup>77)</sup> 이들 규정을 종합하여 임원은 실질적으로 회사의 경영에 직접적으로 참여하며 이사와 동일한 행위기준에 따라 그 임무를 수행해야 하는 위치에 있다는 것을 알 수 있다. 오히려 사외이사 보다 회사업무에 대한 정보입수가 용이하다는 점에서 이사보다 더 높은 주의의무를 부담하고 있다고 할 것이다.

따라서 주주 등이 회사의 임원을 상대로 소송을 제기하는 경우에도 이사와 마찬가지로 경영판단원칙에 통한 임원을 보호할 필요가 있다. 이러한 이유에서 ALI 회사통치원칙 §4.01 (c)항은 명문으로 경영판단원칙이 이사와 임원에 게도 적용됨을 밝히고 있으며 미국의 판례들도 대부분을 경영판단원칙을 설명할 때 이사와 임원을 구분하지 않고 임원에게 경영판단원칙에 의한 보호를 인정하고 있다.<sup>78)</sup>

## 2. 사외이사에 대한 적용여부

사외이사란 미국의 Outside Director의 번역어<sup>79)</sup>로서 회사에 상근하지 않

---

prescribe the duties of other officers.

77) MBCA § 8.42. <Standards of Conduct for Officers> (a) An officer, when performing in such capacity, shall act:

(1) in good faith

(2) with the care that a person in a like position would reasonably exercise under similar circumstances; and

(3) in a manner the officer reasonably believes to be in the best interests of the corporation.

78) 이와 달리 임원에 대한 경영판단원칙의 적용을 거부한 것으로는 Platt v. Richardson 사건이 있는데 법원은 “경영판단의 법칙은 회사의 이사에게만 적용되며 임원에게는 적용되지 않는다”라고 결론을 내려 회사의 사장(president)의 행위에 대해서는 경영판단의 법칙에 의한 보호를 거부하였다(조우형, “경영판단의 법칙에 관한 연구”, 『한국외국어대학교 석사학위논문』, 2006, 60면).

79) 미국에서도 사외이사에 대한 개념정의가 일정하지 않으며 그 개념의 정의방식도

고 이사회에 출석하여 이사회 의사결정에만 관여하는 이사를 가리킨다.<sup>80)</sup> 현재에는 그 독립성을 강조하여 Independent Director로 불리는 일이 많고 기업실무에서는 비상근이사라고 칭한다.

미국에서 사외이사제도가 주목 받게 된 계기는 1964년 뉴욕증권거래소(NYSE)가 투자자에 대한 충실한 정보공시를 위해서 그 업무를 담당하는 2인 이상의 사외이사를 두도록 요청하면서부터이다. 그 후 1970년대 들어 Penn Central사의 경영파탄 그리고 Gulf사 및 Lock-heed사와 같은 대기업들의 위법한 정치헌금 및 부정지출사건이 드러나면서 그 대책으로 1978년 NYSE는 모든 상장회사에 대하여 사외이사만으로 구성되는 감사위원회를 설치하도록 의무화하였다. 1992년 미국법률협회(A.L.I.)는 기업지배구조에 대한 보고서에서 공개 대기업의 이사회는 과반수 이상을 회사의 중역(senior executive)과 이해관계가 없는 자로 임명해야 한다고 제안하였다. 이처럼 미국의 사외이사 제도는 기업 내부적인 요인보다는 기업외부적인 요인에 의해 확대되었다.<sup>81)</sup>

---

일정하지 않다. 이를 검토해보면 우선 미국법조협회(A.B.A)의 회사이사지침서(Corporate Directors Guidebook)에서는 이사를 회사 또는 그 자회사에서 업무를 집행하는 경영진이사(management director)와 업무를 집행하지 않는 비경영진이사(non-management director)로 나누고 비경영진이사는 다시 관련비경영진이사(affiliated non-management director)와 비관련비경영진이사(unaffiliated non-management director)로 나누고 있다. 미국의 200여 공개대기업의 최고경영자로 구성된 협의기구인 비즈니스 라운드테이블(Business Roundtable)은 이사를 사내이사(inside director)와 사외이사(outside director)로 구분하면서 사외이사의 개념에 은퇴경영진, 변호사, 기타 어떤 형식이든 회사에 봉직한 자를 포함시키지 않고 있다. 한편 미국법률협회(A.L.I)의 기업지배구조원칙(Principles of Corporate Governance)에서는 내부이사와 외부이사의 구별이 명확하지 않음을 이유로 기업의 중역과 중요한 관계에 있었는지의 여부를 중심으로 이사의 독립성을 판단하고 독립된 이사를 사외이사로 보고 있다(김성훈·박철순, “사외이사제도의 이론적 배경과 시대적 의미”, 「전략경영연구」 제3집 2호, 2000, 11면).

이와 같이 사외이사에 대한 명쾌한 정의는 불가능하나 대체적으로 독립된 판단을 할 수 있을 정도로 회사와 어떠한 이해관계도 가지고 있지 않은 자를 사외이사로 보고 있음을 알 수 있다.

80) 이철송, 전계서, 516면

81) 김성훈·박철순, 전계논문, 10면

우리나라에서 사외이사가 법적인 용어로 공식적으로 등장하기 시작한 것은 IMF의 한 원인인 재벌기업총수의 방만하고 탈법적인 경영을 감시·견제하고 이사회와 활성화를 위한 방편으로 1998년 2월 20일에 개정된 한국증권거래소의 ‘유가증권상장규정’에서 상장회사에 대하여 사외이사를 4분의 1이상 선임하도록 규정하면서부터이다. 그 후 2000년 1월 개정된 증권거래법<sup>82)</sup>은 사외이사를 법률적 개념으로 규정하고 증권회사와 주권상장법인의 이사회와 감사위원회는 일정한 비율이상을 사외이사로 구성하도록 하였다.<sup>83)</sup>

하지만 사외이사가 경영감시장치로서 유용한 것인가에 대해서는 오래전부터 논쟁이 있어왔고 아직까지 사외이사의 기능을 긍정적으로 증명하는 것은 없었다.<sup>84)</sup> 그럼에도 불구하고 미국 대기업을의 이사회 구성원의 거의가 사외이사로 구성되는 이유 중의 한 가지는 사외이사에 의해 충분하게 정보가 분석된 후의 경영판단을 법원이 존중해 주는 경향이 있기 때문이다. 구체적으로 델라웨어주(州) 법원은 Unocal v. MesaPetroleum Co.사건에서 “기업매수에 대한 방어행위에는 이사가 회사 및 그 주주를 위한 것이 아니라 자기의 이익을 위해서 행동할 위험이 항상 존재하기 때문에 경영판단 원칙에 의해 보호를 받기 위해서는 보다 높아진 의무(enhanced duty)가 행하여져야 한다. 즉 이사는 첫째로 회사의 정책과 효율에 의한 위험이 존재하고 있다고 믿기에 충분한 합리적인 근거를 가지고 있다는 점과 둘째로 방위수단이 직면해 있는 위험에 대해서 상당한 정도의 것이라는 점을 입증해야 하며 그 입증은 독립된 사외이사에 의해서 과반수가 점하고 있는 이사회의 승인이 있는 경우에는 매우 높아진

82) 주권상장법인 또는 코스닥상장법인은 사외이사를 이사총수의 4분의 1이상 되도록 하여야 한다. 상법상 회사의 경우에는 사외이사의 선임이 강제되지 않고 다만 정관으로 감사위원회를 설치하는 경우에 간접적으로 감사위원회의 3분의 2이상은 사외이사로 구성하도록 하고 있다.

83) 방두원, “사외이사의 책임론에 관한 연구-책임제한 및 분할책임을 중심으로”, 「동국대학교 대학원 박사학위논문」, 2004, 9면

84) 이철송, 전거서, 517면

다.”고 하여 과반수의 사외이사를 가진 이사회의 결정에 ‘어떤 유리한 추정(certain beneficial presumptions)’을 부여 받을 수 있음을 보여 주었다.<sup>85)</sup> 여기서 주의할 것은 과반수의 이상 사외이사로 구성된 이사회가 내린 결정 모두에 대해 경영판단원칙이 적용되는 것이 아니라 사외이사가 독립된 이사였는가가 중요하다. 이와 관련하여 델라웨어주(州) 법원은 Unitrin, Inc. v. American General Corp 사건에서 독립된 사외이사의 의미에 관해 사외이사가 독립되어 있다는 것은 이사회에 상정된 사항에 대해서 이해관계를 갖지 않는 것 내지는 경영진의 영향을 받지 않고 회사의 이익이라는 것에 기초하여 결정할 수 있다는 것을 의미한다고 하였다. 그러나 과반수의 사외이사로 구성된 이사회가 내린 결정에 대해 경영판단원칙을 적용한다면 결과적으로 과반수 이상의 사외이사로 구성된 이사회결정이기만 하면 이사회결정의 부당한 결의 또는 실질적으로 경영진으로부터 독립하지 못한 이사회가 경영진의 압력에 의해 결정한 사안까지도 법원이 합리성을 부여할 수 위험성이 크기 때문에 미국과 달리 아직 사외이사에 대한 독립성확보가 미흡한 우리나라에 실정에 이를 그대로 적용하는 데에는 한계가 있다.

### 3. 이사의 제3자에 대한 책임

경영판단의 원칙은 이사가 고도의 주의로 그 임무를 성실히 수행한 이상 비록 그 결과가 회사에 손해를 가져왔을지라도 그 책임을 묻지 않는다는 법원의 불간섭 원칙으로서 고도의 주의의무의 수행여부에 대해 미국법원은 일반적으로 중과실을 그 평가기준으로 삼고 있다.

한편 우리 상법 제401조는 이사가 악의 또는 중대한 과실로 인하여 임무를 해태한 때에는 회사와 연대하여 제3자에 대해 손해를 배상할 책임을 부과하고 있다.<sup>86)</sup> 따라서 이사의 중과실이 인정되는 경우에도 경영판단의 원칙이 적

85) 방두원, 전계논문, 55-56면 ; 윤동인, 전계논문 131-132면

용되는가 하는 문제가 있다.<sup>87)</sup>

우선 경영판단의 원칙의 적용을 부정하는 견해는 미국법상 경영판단의 원칙은 주로 이사의 회사에 대한 책임을 부정하기 위해 발전해 온 것이기 때문에 제3자가 이사의 책임을 추궁하는 경우에까지 경영판단의 원칙을 적용할 수 없다고 한다. 또한 제3자에 대한 이사의 책임추궁에 경영판단의 원칙을 적용하는 것은 제3자를 희생시켜 이사를 보호하는 것이기에 때문에 상법 제401조의 취지와 관련해서도 타당하지 않다고 한다.<sup>88)</sup> 반면 상법상 이사의 제3자에 대한 책임은 회사에 대한 임무해태를 요건으로 하고 있으므로 이러한 경영상 행위가 경영판단원칙의 적용을 통해 회사에 대한 임무해태로 성립하지 않는다면 이사의 제3자에 대한 책임도 부정된다고 보아야 한다는 견해도 있다.<sup>89)</sup>

생각건대 경영판단원칙이 적용되기 위해서는 이사의 경영상 행위에 중과실이 없어야 한다. 또한 이사의 경영상 행위에 중과실이 존재한다면 이는 이사의 임무해태가 필연적으로 존재한다고 할 것이다. 따라서 상법상 이사의 제3자에 대한 손해배상책임이 문제되는 경우 즉 이사의 중과실과 임무해태행위가 존재하는 상황은 경영판단원칙의 적용여부가 문제되는 상황은 아니라고 할 것이다.

---

86) 이사의 제3자에 대한 책임을 규정하고 있는 상법 제401조은 그 해석과 적용에 있어 많은 논란거리를 제공하고 있다. 대표적으로 불법행위와의 관계에서 그 법적 성질의 문제, 일반불법행위와의 경합을 인정할 것인가의 문제, 손해배상책임의 범위, 임무해태의 기준 등이 이에 해당한다.

87) 일본 동경지방법판소는 대표이사의 방만경영에 의한 책임이 추궁된 사안에서 “이사는 광범위한 재량권을 가지므로 이사가 실제로 한 판단이 결과적으로 적절하지 않았다고 해도 그것이 사업의 특질, 판단시의 상황 등을 고려하여 처음부터 회사에 손해가 있는 경우는 제외하되 부여된 재량권의 범위 내라면 이사의 임무해태로 되지 않는다”고 하여 경영판단의 원칙을 적용하고 있다(장우영, “이사의 제3자에 대한 책임”, 『이화여자대학교 대학원 석사학위논문』, 2001, 71면).

88) 이영봉, 전제논문, 219-220면 ; 천재정, 전제논문, 101면

89) 김상구, “이사의 제3자에 대한 책임”, 『영남대학교 대학원 석사학위논문』, 2006, 54면

#### 4. 위법행위유지청구

위법행위유지청구권이란 이사가 법령 또는 정관에 위배된 행위를 하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에 발행주식 총수의 100분의 1이상의 주식을 가진 주주 또는 감사(감사위원회를 두는 경우에는 감사위원회)가 회사를 위해 이사에 대하여 그 행위를 유지할 것을 청구할 수 있는 권리를 말한다.<sup>90)</sup> 유지청구는 일종의 보전행위라는 점에서 상법 제407조의 직무집행정지제도와 목적을 같이 하나 소에 의하지 않고 행사할 수 있고 또 이사의 권한을 일반적으로 정지시키는 것이 아니라 개별적 행위를 저지한다는 점에서 이와 구별된다.

이사가 유지청구를 받고도 법령 또는 정관에 위반한 행위를 유지하지 않아 회사에 손해가 발생한 경우에는 상법 제399조에 의한 책임이 발생한다. 이는 유지청구자체의 효과가 아니라 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 한 효과이며 단지 유지청구불응의 효과로서 이사의 중과실이 의제될 뿐이다.<sup>91)</sup> 따라서 위법행위유지청구 자체로서 이사의 손해배상책임이 발생하지 않고 오직 유지청구불응의 경우에만 책임이 발생하는데 이 때에는 중과실이 의제되어 경영판단의 원칙을 적용해도 이사에게 면책적 효과는 발생하지 않게 된다.

### VI. 경영판단원칙의 적용한계

#### 1. 폐쇄회사

경영판단의 원칙은 기업경영을 위해 경영자를 선임한 주주와 경영자 사이의 상충하는 이해 즉 비효율적인 경영을 억제할 수 있는 교정장치를 요구하는 주주의 이해와 창조적인 경영을 장려 내지 보장할 수 있는 장치를 요구할 수 있

---

90) 유지청구권은 영미법상의 소에서 인정되는 법원의 유지명령제도(injunction)을 본 받은 것으로 상법은 일반적인 업무에 대한 유지청구권외에 신주발생유지청구권도 인정한다(이철송, 전게서, 640면).

91) 이철송, 전게서, 644면

는 경영자의 이해 사이의 균형을 맞추기 위하여 인정되는 것이기 때문에 경영 판단원칙은 소유와 경영이 분리된 대규모의 공개회사를 대상으로 확립된 원칙이다.<sup>92)</sup> 따라서 소유와 경영의 분리가 완벽하지 않은 있지 않은 폐쇄회사<sup>93)</sup>에서 지배주주와 소수주주의 관계를 고려하지 않고 경영판단원칙을 적용한다면 소수주주는 피해를 입게 된다. 구체적으로 지배주주 스스로 이사 및 임원에 취임하여 자신은 고액의 보수를 받는 한편 소수주주의 이사직 박탈·배당선언의 거부<sup>94)</sup>·회사자산의 매각·의결권의 변경·신주발행 등의 방법을 통해 소

92) 박형수, 전계논문, 98면

93) 폐쇄회사와 공개회의 구별은 실정법상의 구별은 아니고 회사의 규모·운영실태에 따라 회사법의 일부규정의 적용을 달리해야 할 것이라는 입법론적 착상에서 나온 구분이다. 미국 회사법상 회사를 공개회사(publicly corporation)와 폐쇄회사(closely-held corporation, close corporation)로 구별하고 있다. 하지만 공개회사와 폐쇄회사를 구분하는 기준은 일정하지 아니하여 통일적이지는 않지만 일반적으로 폐쇄회사는 소수의 주주에 의하여 설립된 회사로서 그 주식의 양도가 제한되고 또한 공개된 증권시장에서 거래되지 않으며 주주의 대부분이 경영에 참여하므로 소유와 경영이 분리되지 않는 형태의 회사를 말하고, 공개회사는 주주가 일반적으로 다수이고 주식의 상당수를 일반주주가 소유하고 주식이 공개된 주식시장에서 거래되고 증권관련법규에 따라 각종 보고 및 공시의무를 부담하는 회사를 말한다. 한편 연방증권법인 Securities Act of 1933과 각주의 증권법(blue sky laws)에 의하면 증권을 공모하려는 회사는 연방증권거래위원회(Securities and Exchange Committee)와 주(州)증권거래위원회에 등록신고서(registration statement)를 제출하여야 하는데 이와 같이 증권을 공모한 회사는 공개회사에 해당한다. 우리법과 비교한다면 미국법에 있어서 폐쇄회사는 한국의 유한회사 및 주식회사 중에서 비상장회사로서 소수의 주주를 가진 회사에 해당하는 개념이라 할 수 있다(이철송, 전게서, 80-81면 ; 임재연, 전게서, 435-436면).

94) 공개회사는 주식시장에서 자기회사의 주식을 매력적인 주식으로 만들기 위해 이익규모의 변동에도 불구하고 정기적으로 안정적인 수준의 이익배당을 하고 또한 사전에 이익배당비율을 정하는 경우도 많다. 반면 폐쇄회사는 주주 겸 이사가 회사의 경영진이므로 이들은 회사의 이익을 이익배당보다는 급여, 상여금, 부가적인 급부(fringe benefit) 등의 명목으로 분배받는 예가 많고, 이익배당도 지배주주의 의사에 따라 지배주주가 원하는 방향으로 이루어지며 특히 회사의 세무정책에 의하여 이익배당정책이 좌우된다. 반면 경영에 참여하지 않는 소수주주는 급여, 보상금 등의 명목으로 지급되는 이익의 혜택을 받을 수 없고 주식을 매각 하는 것도 여의치 않기 때문에 이익배당이 회사에 대한 투자에 대한 이익을 실현하는 주된 방법이다. 만약 경영에 참여하지 못한 소수주주가 이익배당마저 못 받게 된다면 주식거래시장이 없는 폐쇄회사의 성격상 소수주주는 다수주주가 지급하는 가격에 주식을 매각할 수밖에 없고 이를 통해 소수주주의 축출이 이루어진다(이용봉, 전계논문,

수주주의 이익을 침해하거나 소수주주를 추출하는 경우에도 법원이 경영판단 원칙을 그대로 적용한다면 소수주주는 경영판단의 원칙이 이사에게 부여하는 여러 추정을 번복해야 부담을 가지기 때문에 피해구제를 받기가 어렵다.

또한 폐쇄회사는 지역적인 산업이어서 그 업무가 한정되어 있어 회사의 업무 감시를 위해 필요한 정보가 공개회사와 비교하여 양적으로 적다는 점과 폐쇄회사에 있어서는 경영판단의 내용이 복잡하지 않아 법원이 경영에 개입하여도 경영의 정체를 초래할 위험이 없다는 점 그리고 공개회사와 비교하여 남소의 가능성이 적다는 점 등도 폐쇄회사에 대한 경영판단원칙의 적용을 배제하는 근거가 될 수 있다.<sup>95)</sup>

이에 미국 법원은 지배주주 등에게 소수주주를 포함한 회사 주주전체에 대한 고도의 충실의무를 부과하여 소수주주를 보호하고 있다.<sup>96)</sup>

## 2. 금융기관

19세기 은행이사의 책임에 관한 법률은 주주는 암묵적으로 이윤극대화를 기대하고 은행에 자본을 투자하기 때문에 이사들은 이윤을 달성하기 위해 필요한 위험을 감수할 수밖에 없고 주주들은 이윤을 얻는 위치에 있으므로 그에 수반되는 손실의 위험을 부담한다는 것을 전제로 하였다. 이에 따라 은행의 이사회는 광범위한 재량권을 부여받아 가치 없는 후순위담보권·느슨한 평가절차·대출에 관한 내부절차의 무시·채납자에 대한 추가적인 대출 등도 이사회의 경영판단에 속하는 사항으로 사법적인 감독으로부터 자유로웠다. 그러나

---

171-172면 ; 임재연, 전게서, 503-504면).

95) 박형수, 전게논문, 99면 ; 홍복기, 전게논문, 88면

96) 법원은 지배주주가 악용하기 쉬운 이익배당이나 이사, 임원 등의 보수의 결정에 관해서는 이사에게 사기 또는 재량권남용이 없는 한 이사의 행위에 간섭하지 않으려는 소극적인 태도를 보이고 있다. 이처럼 법원이 배당선언에 간섭하지 않으려는 것은 배당선언에는 단지 이익분배뿐만 아니라 회사경영상의 배려가 필요하다는 사고가 자리잡고 있기 때문이다(박형수, 전게논문, 103면).

1891년까지 12번의 은행공황(bank panic)을 겪으면서 자금공급의 부족현상이 발생하고 1933년 예금자보호를 위한 연방예금보험(federal deposit insurance)<sup>97)</sup>이 도입되어 은행의 손실이 연방정부로 이전되게 되자 법원은 예금자들을 위해 은행의 이사들에 대한 엄격한 책임을 추궁하기 시작하였다.

그 결과 규정상 금융기관<sup>98)</sup>의 이어나 일반회사의 이사에게 요구되는 주의의 정도는 차이가 없으나 미국법원은 은행이사에게 요구되는 주의의 정도와 일반이사에게 요구되는 주의를 구별하여 은행이사에 대해서는 고도의 주의의무와 엄격한 책임을 부담시켜 은행업에서 이사에 대한 경영판단원칙의 적용을 축소시켰다.<sup>99)</sup> 이는 은행도 회사의 일종이기는 하나 영리를 추구하는 일반회

97) 미국의 연방예금보험제도는 1930년대의 대공황시 금융제도에 대한 신뢰회복과 예금자보호를 위한 전국적인 제도로써 1933년 은행법에 의해 잠정적 제도로 발족되었다. 그 후 1934년 은행법개정에 의해 항구적 제도가 되었고 나아가 1950년 연방예금보험법이 제정되어 현행제도의 원형이 확립되었다. 연방예금보험공사(Federal Depositary Insurance Corporation : 이하 FDIC)는 정부관계기관으로서 연방예금보험가입 금융기관으로부터 보험료의 징수, 파탄처리에 있어서 보험금의 지급, 보험가입금융 기관에 대한 자금원조, 폐쇄금융기관의 청산 등을 위한 신은행의 설립, 기타 미국은행의 대다수인 연방준비제도비연맹주법은행에 대한 검사 등의 제1차적 규제권한을 갖고 있다. 또한 FDIC는 파탄 처리과정에서 금융기관의 폐쇄처리를 위해 공사에 의해 예금이 지급된 경우 예금자가 갖는 권리를 대위하게 되며, 파산관재인에 임명된 경우에는 관재인의 지위를 얻는다. 그리고 건전한 금융기관이 파탄금융기관의 자산과 부채를 승계하는 경우에 FDIC는 불량자산을 취득하기도 하는데 이 불량자산 중에 이사에 대한 손해배상청구권이 포함된다. 따라서 파탄금융기관의 이어나 임원에 대한 책임추궁은 거의 FDIC에 의해 행해진다고 할 수 있다. 이렇게 이어나 임원에 대한 책임추궁권한을 FDIC에게 인정하는 것은 파탄처리에 소요된 비용을 일부분이라도 회수하기 위한 것이다(정대, “미국경영파탄 은행에서의 이사의 책임에 관한 연구”, 「건국대학교 대학원논문집」 제49집, 1999, 95-102면).

98) 여기서 금융기관은 예금을 취급하는 금융기관에 한정된다. 미국에서 예금을 취급하는 금융기관으로는 상업은행(commercial bank)과 저축기관(thrift institution)이 있다.

99) 메사추세츠(Massachusetts, Colorado)주(州)는 은행이사와 사업회사이사를 구별하여 사업회사이사는 중과실(gross negligence)을 은행이사는 통상의 과실(ordinary negligence)을 책임부과의 기준으로 삼고 있으며 뉴욕 뉴저지(New York, New Jersey)주(州)는 은행이사는 일반회사의 이사보다 더 엄격한 책무를 수행할 의무(stricter accountability)를 부담한다고 한다. 반면 연방법원의 경우에

사와는 달리 상업세계의 동맥과 같은 역할을 하기 때문에 은행사업의 공공성과 건전성을 보호할 필요가 있기 때문이다.<sup>100)</sup>

## VII. 경영판단원칙의 효력

### 1. 추정적 효과

경영판단의 원칙은 경영진이 경영상의 결정을 하는 과정에서 충분한 정보의 기초 위에서 선의로 회사의 최상의 이익에 합치하는 것이라고 하는 정직한 신뢰 위에서 행동하였다는 추정적 효력을 부여한다.<sup>101)</sup> 따라서 반대의 증거이 없는 한 경영진의 경영판단은 성실하게 이루어진 것으로 추정(presumption)<sup>102)</sup>되며 원고가 이러한 경영판단원칙의 추정을 극복하기 위해서는 일반적인 증거우월기준(preponderance of evidence standard)<sup>103)</sup>보다 더 많은 양의

---

는 은행이사의 주의의무에게 더 높은 주의의무를 인정하기도 하고 은행이사와 일반회사의 이사간의 구별을 인정하지 않기도 하여 일관된 입장을 유지하지 못하고 있다(박형수, 전제논문, 104-105).

100) 연방대법원은 Van Reed v. People's National Bank 사건(198 U.S. 555, 557(1905))에서 '은행은 준공공기관(quasi-public institution)'이라고 판시하였다.

101) 미국 법원은 경영판단원칙을 회사 이사를 상대로 하는 신임의무위반청구에 대한 단순한 항변(defense)이 아니라 절차적이면서 동시에 실체적인 법률원칙(procedural/substantive rule of law)이며 강력하고 실질적인 효과를 갖는 추정(presumption)이라고 표현하여 왔다(박형수, 전제논문, 34면). 반면 ALI의 회사통치원칙 §4.01(d)는 추정이라는 용어를 사용하지 않고 증거제출의무와 배심원을 설득할 의무를 이사 또는 임원의 행위에 대해 책임을 추궁하는 자에게 부담시키고 있다. 이에 대해 Official Comment는 추정이라는 용어가 부정확할 뿐만 아니라 오해의 소지가 있기 때문이라고 설명한다. 즉 추정이라는 개념은 잘못하면 반증이 불가능하다든가 특별한 증거기준을 설정한 것으로 생각될 수 있다는 것이다(박형수, 전제논문, 37면).

102) 추정은 A사실에 대한 입증책임을 부담하는 자가 B사실을 입증하면 A사실을 입증한 것으로 추인하는 것을 뜻하고 상대방은 B사실의 부존재에 대한 입증책임을 지게 되므로 입증책임의 전환이 일어나게 된다. 즉 추정은 원래 입증책임을 지는 당사자에게 있어서는 입증책임의 완화를 의미하고 상대방에게는 입증책임의 전환을 의미하는 것이다. 하지만 경영판단원칙과 관련된 소송은 과실책임을 묻는 소송으로서 원래 이사가 입증책임을 부담하지 않고 애초부터 경영판단을 문제 삼는 원고측에서 입증책임을 부담한다. 따라서 경영판단원칙의 추정은 엄격한 의미에서 추정은 아니다(박형수, 전제논문, 35-36면).

증거가 필요하고 그 결과 원고는 무거운 입증책임(heavy burden)을 부담하게 된다. 다시 말해 원고는 경영판단에 의한 추정으로 인하여 가중된 입증책임을 부담하게 되어 경영진의 악의나 상당한 주의의무의 결여 등을 입증하기가 쉽지 않게 된다. 이러한 입증의 어려움으로 인하여 경영진의 행위가 적절하다는 추정이 구체적 사실로 인정받게 되어 실체법적으로 이사의 책임을 면제하는 효과가 발생한다. 따라서 경영판단원칙의 본질은 추정적 효력에 있다고 할 것이다.<sup>104)</sup> 이러한 추정적 효과는 소송비용을 증가시키고 종국적으로 소제기의 동기를 저하시킴으로써 남소를 방지하는 부수적 효과 또한 유발한다.

## 2. 면책적 효과

경영판단의 원칙이 적용되면 경영판단에 따른 경영진의 개인적 책임이 면제되는 효과가 발생한다.<sup>105)</sup> 따라서 그 경영상의 결정이 결과적으로 회사에 손해를 입혔다고 하더라도 회사가 입은 손해에 대한 배상책임을 면하게 된다. 이러한 경영판단의 면책적 효과를 안전항(safe harbor) 또는 책임으로부터의 피난처(shield against liability)로 비유하기도 한다.

## 3. 경영판단에 대한 사법심사의 제한

103) 증거우월의 기준이란 민사사건에서 입증을 하기 위해서는 원칙적으로 상대방보다 상대적으로 확실한 증거에 의해 판사나 배심이 납득이 되어야 한다는 것을 말한다(권재열, “경영판단의 원칙의 도입여부를 다시 논함”, 「상사법연구」 제19권 제2호, 2000, 508면).

104) 입증책임을 일반원칙 아래에서도 경영진의 책임을 추궁하기 위해서는 원고가 입증책임을 져야하기 때문에 추정적 효력은 경영판단의 본질적 기능이 아니라는 견해가 있다(양동석, 전제논문, 99면). 하지만 경영판단의 원칙에 의한 추정을 전복시키기 위해서는 미국 민사소송법에서 적용되는 증거우월의 법칙이 요구하는 것보다 훨씬 더 높은 정도의 증거를 제출해야 하기 때문에 추정력 또한 경영판단의 원칙의 본질적 요소 중 하나로 파악하는 것이 타당하다.

105) 면책적 효과를 경영판단의 원칙의 본질적 효과로 파악하는 견해도 있다(이영봉, 전제논문, 52면).

경영판단의 원칙은 경영진에 의해 이루어진 경영판단에 대한 존중 내지 이에 대한 사법적 개입의 자제를 근간으로 발전되어 온 원칙으로 경영판단을 위한 조사·준비 단계인 절차적 측면에 대해서는 사법심사를 허용하지만 조사·준비에 근거한 평가·판단이라는 내용적 측면에 대해서는 사법심사를 제한하는 효과를 갖는다. 즉 경영판단의 원칙은 경영판단의 절차적 측면에 대해서는 사법심사를 허용하지만 경영판단의 내용에 대한 사법심사를 허용하지 않는 효과를 가져온다.<sup>106)</sup>

단 예외적으로 경영판단이 중대하고 명백한 잘못(gross and papable overreaching)을 나타내는 경우 법원은 경영판단의 타당성을 심사할 수 있다. 하지만 이 경우에도 법원은 경영진의 경영판단이 재량권의 남용을 구성하는지에 대해서만 평가할 수 있을 뿐 법원 자신의 판단으로 경영진의 경영판단을 대신할 수 있는 것은 아니다.

## 제4절 경영판단원칙 수용에 관한 논의

### I. 독일에서의 경영판단원칙 수용에 관한 논의

#### 1. 경영판단원칙의 수용에 대한 경과<sup>107)</sup>

2000년 5월에 독일의 연방수상은 기업지휘와 통제에 관한 독일시스템의 결함을 파악하고 자본시장의 세계화 내지 지구화에 따른 기업과 시장구조의 변

106) 대법원은 미국법상의 경영판단의 원칙과 달리 거래의 목적·계약체결의 경위 및 내용·거래대금의 규모 및 회사의 재무상태 등 제반사정에 비추어 허용되는 범위를 넘어서는 경우·이익취득을 위한 가해의 목적 등을 판단하여 경영판단원칙의 실질적 내용까지 판단대상으로 하고 있다(대법원 2005.5.29. 선고 2005도856 판결 참조).

107) 이하 내용은 안성포, “독일의 회사법 개혁과 최근 동향-2005년 UMAG에 의한 독일주식법의 개정을 중심으로”, 「기업법연구」 제19권 제3호, 2005.9. 83-86면의 내용을 요약·정리한 것이다.

화에 적응할 수 있는 독일법체계의 현대화를 목적으로 기업지배구조 정부위원회(Regierungskommission Corporate Governance)를 설치하였고 2001년 6월 기업지배구조 정부위원회의 최종보고서는 독일기업을 위한 코덱스위원회(Kodex-Kommission)의 설치와 코덱스의 법률적 근거를 마련하기 위한 법률개정을 권고하였다. 이에 따라 2001년 9월 6일 연방법무부장관은 독일기업지배구조코덱스위원회(Kommission Deutcher Corporate Goverance Kodex)를 설치하고 2002년 7월 19일 “주식법과 회계법의 지속적인 개혁과 투명성을 위한 법률(Gesetz zur weiteren Reform des Aktienund Bilanzrechts, zur Transparenz und Publizität)”을 제정하여 코덱스에 대한 법률적 근거를 마련하였다. 그 후 2003년 2월 25일 독일의 연방법무장관과 연방재무장관은 기업운영과 주식시장에 대한 투자자들의 신뢰회복과 투자자의 권리확대 그리고 주식시장의 투명성을 강화하는 것을 내용으로 하는 “기업의 완전성과 투자자보호를 강화하기 위한 연방정부의 10대 계획(10-Punkte-Programms der Bundesregierung zur Stärkung der Unternehmensintegrität und des Anlegerschutzes)<sup>108)</sup>”의 구체적인 조치목록을 공동으로 발표하였다.

이 10대 계획 중 첫 번째 과제인 ‘회사에 대한 이사와 감사의 개인책임을 추궁하기 위한 주주소권의 개선’과 동시에 ‘주주총회결의취소의 소’와 ‘기관책

108) 10대 계획의 조치목록은 다음과 같다.

- ① 회사에 대한 이사와 감사의 개인책임: 주주소권의 개선
- ② 이사와 감사의 고의 또는 중과실에 의한 자본시장에서의 허위정보와 관련한 투자자에 대한 개인책임의 도입 : 투자자의 집단적 청구실행방법의 개선
- ③ 이사회와 주식관련 또는 격려성 보수(스톡 옵션)에 대한 투명성 확보를 위한 독일기업지배구조코덱스의 지속적 발전
- ④ 국제적 회계원칙과의 정합성과 대차대조표규정의 지속적 발전
- ⑤ 결산검사인의 역할강화
- ⑥ 독립된 기관에 의한 구체적인 기업결합의 적법성 감독(강제)
- ⑦ 증권거래소개혁의 속행과 감독권의 지속적 발전
- ⑧ 이른바 “회색 자본시장” 영역에서의 투자자보호의 개선
- ⑨ 금융분석가와 사정인(査定人)에 의한 기업평가의 신뢰 보증
- ⑩ 자본시장영역에서의 불법행위에 대한 형벌규정의 강화

임’ 그리고 ‘주주대표소송의 가능성’ 등에 관한 기업지배구조 정부위원회의 제안을 구체적으로 실현하기 위해 2004년 1월 28일 연방법무부는 “기업완전성과 취소소송 현대화를 위한 법안(Ein Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts : 이하 UMAG)”의 보고초안(Referentenentwurf)을 공표하였고 2005년 7월 입법되어 시행되었다.<sup>109)</sup>

## 2. 독일의 기업완전성 및 취소소송 현대화를 위한 법률의 개관

독일의 기업완전성 및 취소소송 현대화를 위한 법률에 따르면 소수주주가 생각하기에 이사나 감사회의 불충실(Unredlichkeit)이나 중대한 의무위반으로 인하여 재정상의 손해를 야기하였다고 보면 소수주주는 발행주식 총수의 1% 또는 100,000유로에 해당하는 주식을 가지고 있으면 대표소송을 제기할 수 있도록 하여 종전의 비율을 10분의 1로 축소하였다. 또한 인터넷에서 소제기 및 신청을 위한요건을 충족하기 위하여 뜻을 같이하는 자를 구할 수 있도록 하고 이를 위해 연방전자관보에 별도의 주주포럼이 마련되었다.<sup>110)</sup>

이처럼 소수주주가 소송을 제기할 가능성이 확대되기 때문에 독일 주식법 제93조 제1항 제1문 뒤에 “이사가 경영판단을 함에 있어서 적정한 정보에 의거하여 회사의 이익을 위하여 행위한 것이라고 합리적으로 인정될 때에는 의무위반이 아니다”는 제2문을 신설하여 기업가로서 재량을 활용하는 과정에서의 오류가 있더라도 책임을 지지 않는 내용을 포함하여 규정하고 있다.<sup>111)</sup> 이

109) 최병규, “독일 회사법 변천의 시사점과 한국회사법 개정방향”, 「기업법연구」 제22권 제4호, 2008.12, 193면

110) 최병규, “경영판단원칙과 그의 수용방안-최근 독일의 입법내용을 중심으로”, 「기업법연구」 제19권 제2호, 2005.6, 114면

111) 독일 주식법 제93조 제1항 제1문 “이사는 업무집행에 있어 정상적이고 양심있는 경영자로서의 주의를 다하여야 한다”고 규정하고 있으며, 제2항에서는 이에 위반한 경우에는 손해배상책임을 과하며, 의무위반여부에 관해서는 이사에게 입증책임을 부담시켜 책임을 가중하고 있다(박상희, “배임죄에서 경영판단원칙에 관한 연구”, 「연세대학교 대학원 석사학위논문」, 2007, 77면).

것은 영미법계의 경영판단원칙을 명문화한 것으로 제63회 독일법률가대회의 결의와 기업지배구조 정부위원회의 권고에 따른 것이다. 이것은 경영판단원칙을 인정한 독일연방대법원의 ARAG/Garmenbeck판결<sup>112)</sup>과 방향을 같이 하는 것이다.

### 3. 독일 주식법 개정안에서의 경영판단원칙의 내용

2005년 개정된 독일 주식법 제93조 제1항 제2문은 미국의 경영판단원칙을 그대로 입법화한 것이 아니라 기존의 판례와 학설에서 확인된 내용을 명확히 하는 의미만을 갖는다고 보는 것이 대세적이다.<sup>113)</sup> 즉 경영판단의 원칙은 이사가 적정하게 행위하였다는 기본사상을 전제로 하여 원고가 경영판단의 원칙에 위반했음을 입증해야 하는데 반하여 독일 주식법 제93조는 이사 자신의 행위가 적정하였음을 입증해야 하도록 하여 경영판단원칙의 기본적 입장과 구별되기 때문이다. 또한 이사 등 경영진은 경영판단시 회사의 이익을 위하여 행한다는 것을 인식할 것을 요구하고 이에 대한 판단기준으로 영미법계는 중과실을 요구하고 있으나 독일은 중과실의 요건을 의무와 주의의 척도를 혼동스럽게 하는 것으로 보아 받아들이지 않았다.<sup>114)</sup>

## II. 일본에서의 경영판단원칙 수용에 관한 논의

이사의 책임판단기준으로서 경영판단원칙이 일본법원에 도입된 것은 1970

---

112) BGHZ 135, 244, 253, BGH, NJW 1997, 1926. 연방대법원은 책임을 인식하면서 기업의 복리를 추구하고 그 판단의 근거가 되는 사항에 대한 주의깊은 조사에 의하여야 하는 기업가적 행위의 한계를 벗어나고 기업의 위험에 대처할 수 있는 준비를 무책임하게(in unverantwortlicher weise) 간과한 경우에 이사회에 손해배상책임을 문제 삼아야 한다고 판시하였다(안성포, 전제논문, 100면 ; 최병규, 전제논문, 117면).

113) 독일은 경영판단원칙을 미국에서와 달리 실체법상의 원리로 다루고 있다(이철송, 전제서, 607면).

114) 최병규, 전제논문, 117면

년대 초반경으로 상당히 오래되었다. 그러나 경영판단원칙에 대한 논의가 활발하게 전개되기 시작한 것은 1993년 상법개정을 계기로 이사의 경영상의 잘못에 대한 책임을 추궁하는 주주대표소송이 증가할 것으로 예상되면서부터이다. 이러한 경향은 이른바 노무라증권 사건<sup>115)</sup>등과 같은 중요한 판례의 형성에 힘입은 바가 큰 것으로 보인다. 경영판단의 원칙의 수용을 둘러싼 학설은 찬반양론의 대립하고 있으며 그 적용요건에 관하여는 학자들 간에 약간의 차이를 보이고 있다.<sup>116)</sup>

### Ⅲ. 경영판단원칙의 도입을 둘러싼 우리 상법학계의 논의

과거 우리나라에서는 이사 등 경영진의 경영판단의 실패로 회사나 주주가 손해를 입게 되어도 이사에게 책임을 묻는 소송이 거의 제기되지 않았으나 1998년 제일은행 주주들이 이사들을 상대로 한 대표소송에서 이사들이 거액의 손해배상액을 부담하게 되자 기존에 논의되고 있던 경영판단의 원칙에 대해 관심이 집중되기 시작하였다.<sup>117)</sup>

115) 1989년 4월에 일본의 최대 방송사 중 하나인 TBS사에서는 10억엔을 투자해서 신탁을 설립하기로 하고 노무라 증권을 투자자문사로 선정하였다. 하지만 1990년 2월경에 3억6천만엔 정도의 손실이 발생하자 계약조건에는 손해에 대해 노무라측의 손실보전책임이 명기되어 있지는 않았지만 TBS측은 노무라증권이 투자자문역을 사임할 경우 그 손해분에 대한 보전을 요청했다. 노무라 증권의 입장에서 볼 때 TBS와는 과거에도 많은 거래를 했을 뿐만 아니라 향후에도 좋은 관계를 유지하는 것이 회사로서 유리하다고 판단하여 1990년 3월 13일에 열린 임원간부회의에서 TBS를 비롯한 몇몇 주요고객의 손실분 포함해서 약 160억엔 정도를 노무라측에서 보전해주기로 하는 결정을 내렸다. 이 사건에서 법원은 이사들은 사업적인 의사결정을 함에 있어 지나친 과실로 인해 오판을 하거나 아니면 사업적인 판단을 하는 과정이 일반적인 기준으로 봐서 상당한 정도로 비합리적이지 않는 한 이사들은 경영판단보호원칙으로 인해 면책될 수 있다고 판시하였다.

116) 조우형, 전제논문, 46면

117) 서울지방법원 1998. 7. 24. 선고 97가합39907 판결은 주주대표소송에 의한 우리나라 최초의 판결로서 1997년 초 한보철강(주)의 도산으로 이 회사에 거액의 대출을 하였던 제일은행이 도산에 직면하자 1997년 6월 참여연대가 무분별한 대출을 한 행장 등 4인의 이사를 책임을 묻는 대표소송을 제기하여 각 이사에게 400억원의 손해배상을 명하는 판결을 얻어냈다.

학설은 이사의 불법·부당한 행위에 대한 책임은 더욱 강화하여야 하지만 다른 한편으로 회사의 발전을 위하여 위험을 감수하더라도 새로운 경영환경에 대처할 수 있도록 경영상의 자율성을 보장해야 할 필요성을 이유로 미국 판례법에 의하여 인정되고 있는 경영판단원칙을 우리나라에 도입하여야 한다는 의견과 이에 반대하는 견해가 대립하고 있다. 이하에서는 경영판단원칙의 도입에 대하여 찬성 혹은 반대하는 견해를 개관하기로 한다.

## 1. 도입긍정설

경영판단의 원칙의 도입에 대해서 다수의 학자들은 긍정적인 입장을 보이고 있지만 그 도입형태에 대해서는 동일하지는 않다. 첫 번째로 명시적으로 경영판단원칙의 도입에 긍정하자는 입장은 아니지만 미국법상 경영판단원칙의 취지에 대해서는 긍정하자는 견해가 있다. 이에 대한 논거로는 경쟁이 치열하고 수시로 경제환경이 변화하는 시대의 기업경영에서 이사에게 항상 정확하고 손해 없는 경영판단만을 기대하여 회사가 손해가 발생할 때마다 이사가 항상 선관 의무위반으로 책임을 추궁하는 것은 이사들에게는 가혹한 결과가 될 것이며 회사의 경영에 대해 전문적 지식이 부족한 법관이 사후적으로 경영판단의 적부를 심사하여 과실의 유무를 판단하는 것은 용이하지 않으므로 법원은 함부로 선관주의의무의 위반을 인정해서는 안 된다는 점<sup>118)</sup>을 들고 있다.

두 번째로는 적극적이고 명시적으로 경영판단의 도입을 주장하는 견해로서 주로 자유기업센터에 관계된 자들이다.<sup>119)</sup> 이들의 주장은 미국에서의 경영판단원칙의 논거와 차이가 없다. 이외에 미국법상 인정되고 있는 경영판단의 원칙의 논리적 근거와 정책적 목적을 바탕으로 해석에 의해 경영판단의 원칙을

---

118) 정동윤, 전제서, 428면

119) “소액주주운동 得보다 失이 많다 ... 전경련”, (2009.3.16.방문)

<<http://news.mk.co.kr/newsRead.php?year=1999&no=14620>>

도입하자고 주장하는 학자도 있다.<sup>120)</sup>

## 2. 도입부정설

경영판단의 원칙을 도입하는 것에 반대의 입장을 취하는 견해는 비교적 상세한 논거를 제시하면서 해석상 또는 명문상 경영판단의 원칙의 도입을 반대하고 있다. 그 주요논거로는 첫째 미국에서 경영판단의 원칙은 소유와 경영이 분리된 공개기업에 적용되는 원리로 대부분의 중소기업들뿐만 아니라 대기업조차 폐쇄회사적 특성을 가지고 있고 이사의 주의의무기준이 제대로 확립되어 있지 않은 우리나라의 상황에서 이사에게 책임을 물을 기준도 확립하지 않고서 이 원칙을 도입하는 것은 논리적으로나 법적으로도 타당하지 점 둘째 이사에 대한 시장의 통제기능이 제대로 발달되어 있지 않은 상황에서 시장의 기능을 보완할 수 있는 것이 사법부인데 우리나라 사법부는 능동적이지도 적극적이지도 않으므로 경영판단의 원칙을 도입하게 되면 사법부의 소극성을 심화시켜 결국은 이사의 의무위반행위를 조장하게 되는 결과를 발생시킨다는 점 셋째 판례법 국가인 미국과 달리 성문법국가에서 판례는 통상 성문법의 해석이라는 장면에서만 활동할 수 있는 데에 지나지 않기 때문에 자기 충족적으로 규정이 되어 있는 상법의 이사의 책임규정에 미국의 판례의 입장을 그대로 적용할 근거가 없다는 점<sup>121)</sup> 넷째 미국법상 경영판단의 원칙은 이사가 선의로 회사의 최선의 이익을 위하여 행동하였다는 추정적 효력 때문에 원고 주주는 이러한 추정을 번복시킬 수 있는 입증의 책임을 부담하게 되는데 우리나라는 증거개시제도(discovery rule)가 없기 때문에 이사는 자신에게 불리한 정보의 공개를 회피하게 될 것이고 주주는 가중된 입증책임과 그에 따르는 비용부담을 하게 된다는 점을 들고 있다.<sup>122)</sup>

---

120) 김대연, 전계논문, 144면 ; 양동석, 전계논문, 109-110면

121) 조우형, 전계논문, 46면

#### IV. 경영판단의 원칙에 관한 대법원 민사판례 검토<sup>122)</sup>

##### 1. 제일은행 주주대표 소송

###### (1) 사실관계

제일은행은 피고 이철수가 제일은행장으로 취임하기 전에는 한보철강과 아무런 여선거래가 없었으나 피고 이철수가 제일은행장으로 취임하고 난 후인 1993년 10월 28일 한보철강이 제철소부지 매립공사에 따른 시설자금으로 충당하기 위한 97억 3000만원의 사채지급보증을 요청하자 같은 달 29일 이사회 결의를 거쳐 1993년 11월 4일 위 금액의 사채지급보증을 하여 주는 것으로 한보철강에 대한 여선거래를 시작하였다.

제일은행이 위 신규여신을 제공할 무렵 한보철강은 대규모 제철소 건설사업을 위해 거액의 자금을 외부차입금에 의존해 투자해 오고 있었고 그 자금은 단기차입금 위주로 구성되어 있어 재무구조가 열악한 수준에 있었다. 제일은행도 1993년 8월경 한보철강에 대해 자체 신용조사를 통해 한보철강의 전반적인 상환능력은 미흡하다고 평가하고 있었다. 또한 위 신규여신에 있어서 당시 제일은행의 여신업무를 담당한 실무자는 한보철강의 재무상태를 파악한 후 작성한 여신심사의견서에 여선심사기준 평가결과평점이 36점으로 E급 대상업체라고 이사회에 보고하였다.

그럼에도 불구하고 이사진은 제일은행의 여신심사 및 운용준칙에서 여신심사기준표의 평점 합계 40점 미만인 E급의 경우 원칙상 여신이 금지되나 이 경우 여신을 취급하고자 할 때에는 상임이사회의 승인을 받아서 취급할 수 있다는 규정에 따라 한보철강이 추진 중인 위 제철소부지의 매립공사가 완료되

122) 권재열, “경영판단의 원칙-도입여부에 관한 비판적 검토”, 『비교사법』, 제6권 제1호, 1999.6, 30-36면

123) 이하에서 언급하는 대법원 판결에 관한 내용은 본 논문에서 다루고자 하는 주제의 연구에 필요한 범위 내에서 임의로 이를 요약하고 그 문구를 수정하였다.

면 그 공장부지에 대하여 후취담보를 취득할 것을 예정하고 아무런 물적 담보를 취득하지 않은 채 사채지급보증을 결의하였다.

제일은행은 위와 같이 한보철강과 신규거래를 시작한 1993년 12월 28일부터 1994년 6월 21일까지 7회에 걸쳐 총 약 1,841억원의 당진제철소건설 시설자금 내지 운전자금 대출을 비롯하여 1994년 7월 29일 미화 약 3억달러 (한화 약 2,431억원)의 시설자금 대출·1994년 12월부터 1995년 8월까지 5회에 걸쳐 약 1073억원의 여신 제공·1995년 11월 17일부터 1995년 12월 12일까지 2,098억원의 대출·1996년 2월부터 1996년 8월까지 1296억 원 대출 1996년 11월부터 1997년 1월까지 2,062억원 대출을 승인하여 총 한보철강에게 총 1조 853억원의 여신을 제공하였다.

한편 제일은행의 대출절차는 대출신청서를 주거래점포에 제출하면 주거래점포에서는 대출신청서·담보현황표·거래실적표·기업체평가표·신용조사서 등의 대출서류를 본점심사부로 올리고 본점심사부에서는 그 서류를 심사하고 대출결의서에 대출신청서류와 심사의견서를 작성하여 이사회에 부의하고 이사회에서 최종적으로 대출에 관한 결의를 하는 절차를 거치는 것이나 당시 은행장이던 피고 이철수나 그 후에 은행장이 된 피고 신광식은 한보철강과 관련된 대출의 경우 사전에 심사부장에게 승인타당의견으로 심사의견서를 올리라는 지시를 하였고 심사부장은 심사역에게 지시하여 승인적격의견으로 심사의견서를 작성하도록 하여 이 사회에 부의토록 하였다.

그 결과 한보철강의 제철소 건설사업으로 인하여 대출금의 회수불능의 위험이 우려되었음에도 행장 이철수의 사전지시로 여신심사의견서는 한보철강이 여신적격업체로 평가되었고 이사들은 위와 같은 사정을 충분히 알았거나 알 수 있었음에도 위 각 대출에 관한 이사회에서 아무런 이의 없이 대출승인 결의를 하였다. 이 과정에서 여신제공에 관한 사례로 이철수는 정태수로부터 4차례에 걸쳐 총 7억원을 그리고 신광식은 두 차례에 걸쳐 4억원을 교부받았

다.

제일은행은 위 대출기간 동안 그 대출금에 대한 아무런 담보를 취득하지 못하고 있다가 1997년 1월 9일에 이르러서야 한보철강의 부도가 임박하다는 것을 알고 건설 중이던 위 제철소의 제2단계 냉연공장에 담보를 설정하였으나 위와 같이 제일은행이 한보철강에 제공한 총여신에 비하여 약 2,519억원의 담보가 부족했다.

그 후 1997년 1월 23일 한보철강이 최종부도처리 되자 제일은행 소액주주 61명은 한보그룹에 대한 부실대출로 은행과 주주들이 큰 손해를 입었다며 이철수·신광식 전(前)행장 등 제일은행 전직 이사 4명을 상대로 손해배상을 청구하는 소송을 제기하자 이에 이철수·신광식 외 이사진은 한보철강에 대한 여신결의에 있어서 법령이나 정관을 위반하거나 업무를 해태한 사실이 없고 경영자로서 제일은행을 위하여 최선이라는 판단하에 한보철강에 대하여 여신을 제공한 것이므로 그 판단이 결과적으로 잘못된 것이었고 그로 인하여 제일은행에 손해를 있게 하였다 하더라도 피고들에게 그 경영판단에 따른 손해를 부담시킬 수는 없다고 항변하였다.

## (2) 대법원의 판단

금융기관인 은행은 주식회사로 운영되기는 하지만 이윤추구만을 목표로 하는 영리법인인 일반의 주식회사와는 달리 예금자의 재산을 보호하고 신용질서 유지와 자금중개 기능의 효율성 유지를 통하여 금융시장의 안정 및 국민경제의 발전에 이바지해야 하는 공공적 역할을 담당하는 위치에 있는 것이기에 은행의 그러한 업무의 집행에 임하는 이사는 일반의 주식회사 이사의 선관의무에서 더 나아가 은행의 그 공공적 성격에 걸맞은 내용의 선관의무까지 다할 것이 요구된다 할 것이다.

따라서 금융기관의 이사가 위와 같은 선량한 관리자의 주의의무에 위반하여

자신의 임무를 해태하였는지의 여부는 그 대출결정에 통상의 대출담당임원으로서 간과해서는 안 될 잘못이 있는지의 여부를 금융기관으로서의 공공적 역할의 관점에서 대출의 조건과 내용·규모·변제계획·담보의 유무와 내용·채무자의 재산 및 경영상황·성장가능성 등 여러 가지 사항에 비추어 종합적으로 판정해야 할 것이다.

원심이 이 사건 대출결정에 이른 경위와 규모 그 당시 대출을 받은 한보철강의 제반상황 및 담보확보 여부·한보철강의 재무구조 및 수익성에 대한 부정적인 평가결과 등의 제반사정을 종합 고려한 끝에 피고들이 은행최고경영자 혹은 이사로서 임무를 해태하였으므로 원고 공동소송참가인에 대한 손해배상 책임이 있다고 판단한 것은 결론에 있어서 정당하고 거기에 증거법칙 위배로 인한 사실오인이나 심리미진 혹은 이사의 주의의무나 회사에 대한 책임 및 위법성에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.<sup>124)</sup>

#### (대) 분석 및 평가

이 사건은 우리나라에서 주주대표소송이 법원의 판결에까지 이른 최초의 사건이다. 이 판결에서 대법원은 금융기관의 이사의 선관주의의무의 내용과 선관주의의무위반의 판단기준을 제시하고 있는데 “금융기관은 예금자의 재산을 보호하고 신용질서 유지와 자금중개 기능의 효율성 유지를 통하여 금융시장의 안정 및 국민경제의 발전에 이바지해야 하는 공공적 역할을 담당한다.”고 하여 금융기관의 공공적 기능을 고려하여 “금융기관의 이사는 일반회사 이사의 선관의무에서 더 나아가 은행의 공공적 성격에 걸맞은 내용의 선관의무까지 다할 것이 요구된다.”고 판시하여 금융기관의 이사가 일반회사의 이사보다 더 엄격한 주의의무를 부담한다는 것을 보여주고 있다.

---

124) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다9086 판결

## 2. 삼성전자 사건

1998년 10월 20일 22명의 소액주주들을 확보한 참여연대는 삼성전자의 이견회 대표이사를 비롯한 총 11명의 전·현직 이사들을 상대로 총액 3,512억원의 주주대표소송을 제기하였다. 위 소송의 쟁점은 노태우 전(前)대통령에 대한 뇌물공여행위·이천전기주식 회사에 대한 출자 등에 관한 행위·삼성종합화학 주식회사 주식의 인수 및 매도행위·주식회사 중앙일보와의 내부거래행위·삼성물산 주식회사 및 삼성중공업 주식회사와의 내부거래행위였다. 이와 관련하여 대법원은 주식회사 중앙일보와 내부거래행위 및 삼성물산 주식회사 및 삼성중공업 주식회사와의 내부거래행위에 대해서는 삼성전자 이사회 결의를 거쳐 집행된 것이 아니라는 이유로 손해배상책임을 부정하였지만 그 외의 사유에 대해서는 손해배상책임을 인정하였다.<sup>125)</sup>

### (1) 노태우 전(前)대통령에 대한 대한뇌물공여행위로 인한 손해배상청구

#### (가) 사실관계

삼성전자 이사들은 1988년 3월의 5억원을 시작으로 1992년 8월까지 9차례에 걸쳐 삼성전자에서 업무일시가불금 등의 명목으로 인출하였다가 그 후 교제비 등 경비에 사용한 것처럼 회계처리를 하는 방법으로 총 75억원을 조성하여 당시 대통령에게 삼성전자에서 조성된 금원을 포함하여 삼성그룹 계열사에서 조성된 250억원을 기업경영과 관련된 경제정책을 결정이나 금융·세제 등을 운용함에 있어 우대를 받거나 또는 불이익이 없도록 선처하여 달라는 명목으로 뇌물로 공여하였다. 이에 삼성전자 소액주주들은 삼성전자에서 조성하여 뇌물로 공여한 75억원에 대하여 배상할 것을 주장했다.

이에 삼성전자 이사들은 대통령에게 뇌물을 공여한 행위는 삼성그룹이 각 계열회사의 이익을 위하여 활동하는데 사용하기 위하여 관계법령상 허용된 재

---

125) 대법원 2005.10.28. 선고 2003다69638 판결

량의 범위 내에서 적법한 회계처리를 거쳐 지출한 행위임과 아울러 삼성그룹 전체의 이익과 그 존립을 위한 필수 불가결한 행위이어서 위법하지 않다고 주장하면서 1988년부터 1992년까지 삼성전자의 정기총회에서 재무제표의 승인을 한 후 2년 내에 다른 결의가 없었으므로 상법 제450조의 규정에 의하여 피고의 회사에 대한 책임은 해제되었다고 주장을 하였다.

#### (나) 대법원의 판단

상법 제399조는 이사가 법령에 위반한 행위를 한 경우에 회사에 대하여 손해배상책임을 지도록 규정하고 있는바 이사가 회사에 대하여 손해배상책임을 지는 사유가 되는 법령에 위반한 행위는 이사로서 임무를 수행함에 있어서 준수하여야 할 의무를 개별적으로 규정하고 있는 상법 등의 제 규정과 회사가 기업활동을 함에 있어서 준수하여야 할 제 규정을 위반한 경우가 이에 해당된다고 할 것이고 이사가 임무를 수행함에 있어서 위와 같은 법령에 위반한 행위를 한 때에는 그 행위 자체가 회사에 대하여 채무불이행에 해당되므로 이로 인하여 회사에 손해가 발생한 이상 특별한 사정이 없는 한 손해배상책임을 면할 수는 없다 할 것이며 위와 같은 법령에 위반한 행위에 대하여는 이사가 임무를 수행함에 있어서 선관주의의무를 위반하여 임무해태로 인한 손해배상책임이 문제되는 경우에 고려될 수 있는 경영판단의 원칙은 적용될 여지가 없다고 할 것이다.

회사가 기업활동을 함에 있어서 형법상의 범죄를 수단으로 하여서는 안 되므로 뇌물공여를 금지하는 형법규정은 회사가 기업활동을 함에 있어서 준수하여야 할 것으로서 이사가 회사의 업무를 집행하면서 회사의 자금으로서 뇌물을 공여하였다면 이는 상법 제399조에서 규정하고 있는 법령에 위반된 행위에 해당된다고 할 것이고 이로 인하여 회사가 입은 뇌물액 상당의 손해를 배상할 책임이 있다고 할 것이다.

그리고 상법 제450조의 규정에 의하여 피고 이견희의 회사에 대한 책임은 해제되었다는 취지의 주장을 하였는데 상법 제450조의 규정에 의한 책임해제는 재무제표에 기재되었거나 그 기재에 의하여 알 수 있는 사항에 한하여 인정될 수 있는 것인바 피고 이견희가 삼성전자로부터 조성된 75억원을 뇌물로 공여한 사항이 재무제표에 기재되어 제출되었고 이에 대한 총회의 승인결의가 있었다는 점에 대한 주장·입증이 없고 가사 위 뇌물공여행위에 대하여 총회의 승인결의가 있었다 하더라도 피고 이견희의 위 뇌물 공여행위는 부정행위에 해당하여 이사의 책임이 해제될 수 없다 할 것이므로 위 주장은 어느 모로 보나 이유 없다 할 것이다.

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심이 판시와 같은 사실을 인정한 다음 이에 의하면 삼성전자에서 자금을 인출하여 당시 대통령이었던 노태우에게 뇌물공여를 함으로써 삼성전자에게 손해를 입게 하였으니 이에 대하여 배상책임이 있다고 판단한 것은 정당하고 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 상법 제399조 및 경영판단의 원칙 등에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

## **(2) 이천전기에 대한 인수·출자 및 지급보증에 관한 행위**

### **(가) 사실관계**

삼성전자는 1997년 3월 14일 이사회를 통해 이천전기주식회사의 주식 583,630주(42.45%)를 인수하기로 결의하고 같은 날 위 주식을 매입하였다. 그 후 1997년 4월 2일 이천전기 유상증자에의 참여필요성에 대한 설명을 들은 후 이천전기의 신주 170여만주의 인수결의를 하고 다음날인 4월 3일 실권주 230여만주의 인수결의를 하여 이천전기의 신주 400만주를 200억원에 인수하여 이천전기의 주식의 85.27%를 소유하게 되었다.

한편 삼성전자가 이천전기를 인수한 이후인 1997년말 외환위기가 도래함에

따라 1998년 이천전기는 삼성그룹 계열구조조정업체로 선정되었고 이천전기에 대해 신용대출을 한 금융기관들이 채권확보를 위하여 삼성전자에게 신용대출금에 대한 채무보증을 요구하자 삼성전자 이사회는 1998년 3월 26일 300억 원·27일 1,170억 원·28일 100억 원 등 합계 1,570억원의 채무에 대하여 보증을 하기로 하는 결의를 하였다. 그러나 1998년 6월 한빛은행은 이천전기가 회생불가기업으로 판정하여 퇴출대상기업으로 선정하였고 삼성전자가 지급보증인으로서 채무를 변제하지 않으면 안 될 사정에 이르렀고 이에 1998년 7월부터 1998년 9월까지 총 1,709억 원의 이르는 이천전기의 신주를 인수하기로 함으로써 출자를 하였고 1998년 9월 24일 이사회에서 해산결의를 하고 9월 30일 주주총회를 개최하여 해산하게 되었다. 그 후 삼성전자는 1998년 12월 28일 이천전기의 소유주식 전부를 소외 일진그룹에게 95억원에 매도하였다. 그 결과 1년 9개월 사이에 삼성전자는 이천전기의 매입결의·각 출자결의 및 각 지급보증결의에 찬성함으로써 지출하게 된 1,999억원 중 이천전기 주식의 매도로 회수된 95억원을 제외한 1,904억원의 손해를 입게 되었다.

이에 삼성전자 이사들은 이천전기주식회사의 인수와 관련하여 삼성전자가 중전사업을 삼성전자의 중장기 사업전략의 일환으로 삼기로 결정하고 전문인력 부족·시장개척·기술도입 및 제품개발 소요기간 단축을 위하여 기존업체를 인수하는 것이 최적의 방법이라 판단하여 인수를 결정하기에 이르렀고 이천전기 채무에 대한 지급보증결의 및 1998년 7월 이후의 출자결의는 당시 존재하였던 “금융기관의 신용정보교환 및 관리규약”에 의하여 비상장법인의 과점주주 중 부도처리된 회사에 대하여 주식을 가장 많이 소유하거나 출자를 가장 많이 한 자는 그 부도처리된 회사와 함께 관련인으로서 적색거래자로 분류되어 신규여신 취급중단·당좌예금 개설금지 및 당좌예금 거래의 해지·기존 여신에 대한 채권 보존조치 및 채권회수조치 강구 등과 같은 금융제재를 받게 되므로 삼성전자 이사회의 위와 같은 각 지급보증결의와 그에 따른 출자결의는

이천전기의 부도로 인하여 삼성전자까지 거래은행으로부터 적색거래처로 분류되는 것을 피하기 위한 불가피한 조치였다고 주장하였다.

#### (나) 대법원의 판단

주식회사 한빛은행이 인수시점인 1997년 3월 14일로부터 1년이 경과하기 전인 1998년 2월 28일 이천전기를 계열구조조정업체로 지정하였고 같은 해 6월 12일 회생불가기업으로 판정하여 퇴출대상기업으로 선정하였다는 점과 이천전기의 해산결의를 위한 1998년 9월 24일 이사회에서 이사인 힐링거 이사가 이천전기의 해산결정이 아주 적절한 조치이며 반드시 해야 되는 일이라고 말한 점에서 이천전기 인수결의의 잘못을 간접적으로 추정할 수 있다. 그리고 삼성전자가 이천전기를 인수한 직전 연도인 1996년 말의 이천전기의 재무상태를 살펴보면 자본이 -433억원에 이르러 인수 당시 자본이 전액 잠식되어 있는 상황이었고 당기 순이익도 1995년 -155억원·1996년에 -197억원·1997년에 -377억원에 이르러 손실의 폭이 증가추세에 있어 단기차입금이 존재하지 아니하면 즉시 부도처리될 상황에 있었다. 그리고 인수결의 직전인 1997년 2월 28일 당시 이천전기의 차입금은 이미 1,394억 3,500만원에 이르렀을 뿐만 아니라 그 차입금의 규모가 장차 증대될 수 있는 사정을 충분히 예상할 수 있었으므로 이천전기의 인수가 삼성전자에게 어느 정도 이익이 될 것인가의 여부와 그에 따른 위험성의 정도를 면밀히 검토하였어야 할 것이다.

그럼에도 불구하고 이천전기 인수를 위한 1997년 3월 14일의 이사회에 참석한 피고들은 삼성전자에서 제출한 ‘중전사업 참여방안’이라는 자료만을 참조한 후 1시간 만에 삼성전자가 이천전기를 인수하기로 결의하였다. 당시 제출된 자료에는 중전사업 인수의 필요성과 추진방법에 관하여는 기재되어 있었으나 이천전기의 재무구조·이천전기를 인수하는 것이 신규업체인수에 비하여 어느 정도의 이익이 있는지에 대한 근거·경영정상화에 이르기까지 부담하여야

할 투자비용 인수에 따라 예상되는 위험성의 정도 등에 관하여는 전혀 언급이 없었다.

따라서 이와 같이 이천전기의 인수에 있어 이사들에 의하여 반드시 신중히 검토되지 아니하면 안 될 제반 사정에 대하여 이사들이 사전검토를 하지 않았을 뿐만 아니라 개최된 이사회에서 그에 대한 자료를 제시받지도 아니한 채 1시간 동안에 이루어진 토의만으로 비정상적인 재무구조를 보이고 있는 기업의 인수결정을 한 것은 이사들이 삼성전자의 이익을 위하여 충분한 정보에 기하여 합리적인 통찰력을 다하여 적절한 판단을 하였다고 도저히 말할 수 없고 위 인수결의는 경영판단으로서 보호될 수도 없다. 이와 함께 1997년 4월 2일과 3일에 걸쳐 이루어진 신주결의 또한 이천전기 인수결의의 연장선상에서 이루어진 것일 뿐만 아니라 위 각 선주인수결의시 위와 같은 제반사정에 대한 검토를 하였다고 볼 자료가 없는 이상 위 각 결의에 참석한 이사들 역시 임무를 해태하였다고 판단하여 276억원을 배상할 책임이 있다.

반면 이천전기 채무에 대한 지급보증결의 및 1998년 7월 이후의 출자결의는 당시의 ‘금융기관의 신용정보교환 및 관리규약’에 의해 삼성전자까지 거래은행으로부터 적색거래처로 분류되는 것을 피하기 위해 이천전기가 부도가 날 우려가 있다고 예상되는 시점에서 이천전기의 주식을 타인에게 양도하는 등의 방법으로 삼성전자의 지배주주의 자격을 상실시킴으로서 관련인의 자격에서 피해를 보는 일이 없도록 예방조치를 취했어야 하고 그렇지 않더라도 회사정리절차개시신청 또는 화의개시신청을 함으로써 채무조정을 위한 법적절차를 밟게 하였어야 함에도 불구하고 이러한 조치를 취하지 아니하고 위와 같은 각 지급보증 및 출자를 하는 결의를 한 것은 부도의 우려가 있는 이천전기의 주식을 매도하려 하여도 이를 매수하려는 자를 구하기는 쉽지 아니하다고 보여지고 회사정리절차개시신청 또는 화의개시신청을 하였다 하여도 받아들여질지 여부도 명확하지 아니할 뿐만 아니라 자회사의 부도로 인한 기업이미지와 신

용에 대한 부정적인 영향을 고려하면 위와 같은 각 결정을 한 것은 당시 삼성전자가 처한 사정에서 선택할 수 있는 합리적인 판단 범위 내에 속한다고 보여지고 따라서 경영판단으로서 존중되어야 할 것이므로 당시 이사회결의가 이사로서의 임무를 해태하여 이루어진 것이라고 볼 수 없다.

### (3) 삼성종합화학 주식회사 주식의 인수 및 매도행위

#### (가) 사실관계

삼성전자 이사들은 1994년 4월 22일 이사회에서 삼성종합화학의 신주인수와 관련하여 1주당 1만원으로 총 1,000만주를 인수하기로 의결하였다. 이로써 삼성전자는 1988년 7월 23일을 시작으로 1992년 2월 12일까지 11회에 걸쳐 삼성종합화학의 주식의 32.65%를 보유하던 것에 1,000만주를 더하여 총 47.29%의 삼성종합화학의 주식을 보유하게 되었다. 그 후 1994년 12월 16일 이사회에서 1995년 대규모투자에 따른 자금조달과 주력업체로서 본업에 경영력을 집중하기 위해 안진회계법인이 1994년 12월 8일 상속세법 및 상속재산평가준칙을 준용하여 평가한 삼성종합화학 주식의 1주당 평가액인 2,597원에 근거하여 삼성전자가 소유하고 있던 삼성종합화학의 주식 21,755,567주 중 2000만주를 1주당 2,600원에 삼성건설(주)과 삼성항공(주)에 각 1,000만주씩 매도하기로 의결하여 매각전 지분을 47.29%에서 매각 후 3.82%로 지분율이 변화되었다.

이에 소액주주들은 1994년 4월 25일 1주당 1만원에 인수한 삼성종합화학의 주식을 그로부터 8개월이 채 경과하기도 전인 1994년 12월 17일 1주당 2,600원에 삼성건설(주)과 삼성항공(주)에 각 1,000만주씩 2,000만주를 매도하였는데 위 인수시점과 매도시점 사이에 삼성종합화학 주식의 가치에 영향을 줄만한 특별한 변화가 없었음에도 1주당 취득가액과 매도가액 사이에 7,400원의 차이가 발생한 것은 당초 부당하게 고가로 취득하거나 부당하게 저가로

매도한 탓이라 할 것이고 이로써 삼성전자에게 1,480억원(7,400×2,000만)상당의 손해를 입혔으므로 위 피고들은 위 1,480억원을 배상할 의무가 있다고 주장했다.

이와 관련하여 삼성전자 이사들은 1995년에 HDD전용공장건설 등 투자계획을 갖고 있어 투자자금의 조성을 위하여 삼성종합화학 주식의 매도가 불가피하였으며 또한 1994년 12월 22일 법률 제4790호로 개정된 독점규제및공정거래에관한법률 제10조 제1항<sup>126)</sup>의 규정에 의해 타법인 출자한도액이 자기자본의 40%에서 25%로 축소되어 관계회사의 지분관계를 매도해야할 필요성이 있었고 또 관계법령상 특수관계인 사이의 주식거래의 경우에는 상속세법상의 보충적인 평가방법을 따르지 않을 경우 후일 법인세법상의 부당행위계산부인의 대상이 되어 세법상 큰 불이익을 입게 되는 것은 물론 독점규제및공정거래에관한법률상의 부당내부자거래의 문제까지 야기할 수 있으므로 위 상속세법상에 정하여진 평가방법을 적용하여 주식을 평가하였다고 주장하면서 위 주식의 매도행위는 삼성전자의 1994년 재무제표에 대한 정기총회의 승인이 있는 후 2년이라는 제척기간이 경과하였으므로 상법 제450조<sup>127)</sup>에 의하여 해당 이사들의 책임이 모두 해제되었다고 주장하였다.

#### (나) 대법원의 입장

---

##### 126) 독점규제및공정거래에관한법률

제10조 (출자총액의 제한) ①대규모기업집단에 속하는 회사(중소기업창업투자회사를 제외한다)는 취득 또는 소유하고 있는 다른 국내회사주식의 장부가격의 합계액(이하 “출자총액”이라 한다)이 당해회사 순자산액에 100분의 25을 곱한 금액(이하 “출자한도액”이라 한다)을 초과하여서는 아니된다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니한다.<改正 1992·12·8, 1994·12·22>

##### 127) 상법 제450조 (이사, 감사의 책임해제)

정기총회에서 전조제1항의 승인을 한 후 2년 내에 다른 결의가 없으면 회사는 이사와 감사의 책임을 해제한 것으로 본다. 그러나 이사 또는 감사의 부정행위에 대하여는 그러하지 아니하다.

삼성전자가 1995년에 HDD 전용공장건설 등에 5,175억원의 투자계획을 갖고 있었으나 1994년에만 9,450억원의 당기순이익을 올리고 있고 비교적 간편하고 객관적인 가격에 의한 매각이 가능한 상당한 규모의 관계회사의 상장주식을 보유하고 있었을 뿐만 아니라 오히려 당해 연도에 1,791억여원에 달하는 관계회사의 주식을 취득한 사정 등을 고려하면 위 주식을 취득가액의 1/4에 매각할 필요성이 있다고 보여지지는 아니하며 또한 당시 독점규제및공정거래에관한법률 제10조 제1항의 규정에 따른 지분정리의 주장에 대하여 위 법률 부칙<sup>128)</sup>에 출자총액에 대한 경과조치로서 위 규정의 적용을 3년간 유예하고 있으므로 위 주장 역시 받아들이기 어렵다.

1994년 12월 16일경 시행되고 있던 법인세법 제20조에서 말하는 “소득에 대한 조세의 부담을 부당히 감소시킨 것으로 인정되는 경우”의 예를 동법 시행령 제46조 제2항 제4호에서 ‘특수관계에 있는 자에게 자신을 시가에 미달하게 양도한 때’라고 규정하고 있어 삼성전자의 입장에서 볼 때 위 규정에서 말하는 시가인 상속세법에 따라 평가한 가액에 미달되는 금액으로 양도한 경우에 부당행위계산부인의 대상이 되는 것이며 그 보다 높은 가액에 처분한 경우에는 그 대상이 된다고 할 수 없다. 다만 취득자인 상대방의 입장에서 부당하게 고가로 취득한 것이라면 위 대상이 될 수 있다 하겠으나 영리법인인 삼성전자가 그 자신의 이익이 아닌 삼성건설(주)과 삼성항공(주)으로 하여금 그와 같은 법적 불이익을 받지 않도록 고려하여야 할 의무까지 부담하고 있는지

128) 독점규제및공정거래에관한법률 부칙(제4790호, 1994.12.22)

②(출자총액에 대한 경과조치) 이 법 시행당시 또는 이 법 시행일부터 3년 이내에 대규모기업집단으로 지정된 기업집단에 속하는 회사로서 지정당시 제14조제1항의 규정에 의한 통지를 받은 회사가 통지를 받을 당시 출자한도액을 초과하여 출자하고 있는 경우에는 제10조제1항의 규정을 적용함에 있어 이 법 시행일부터 3년간은 통지가 있는 날의 출자총액(이하 “특례한도액”이라 한다)을 출자한도액으로 본다. 다만, 순자산액이 증가하여 출자한도액이 특례한도액을 초과하게 된 때에는 그러하지 아니하며 제14조제3항제2호 본문에서 정한 기간보다 짧은 때에는 이를 1년으로 한다.

는 의문스럽다. 또한 위 법령의 규정은 거래당사자에게 상속세법에 따라 평가한 가액에 따른 거래를 강제하는 것이 아니라 부당하게 저가 또는 고가에 거래를 함으로써 거래당사자 어느 한쪽에게는 부당한 이득이 발생하고 그 상대방에게는 부당한 손실이 발생하여 사실상의 증여가 이루어짐으로써 그에 따른 조세의 부당한 감소가 발생하는 것을 방지하기 위한 것이므로 상속세법상에 따라 평가된 가액이 아니라 할지라도 그것이 적정한 가치의 평가에 의해 이루어진 거래라면 거래당사자들에게 문제가 생긴다고 볼 수 없다.

마지막으로 이사의 책임이 해제되려면 회사의 정기총회에 제출 승인된 서류에 그 책임사유가 기재되어 있었어야 할 것인데 1995년 2월 25일 개최된 주주총회에 제출하여 승인된 1994년 재무제표상에는 삼성종합화학 주식의 처분 사실만이 기재되어 있을 뿐 관계자들의 손해배상책임의 발생사실에 대한 내용이 기재되어 있지 않다. 또한 위 주식의 처분결의에 따른 처분행위는 삼성전자에 대한 배임행위에 해당하여 상법 제450조 단서에서 규정한 부정행위이다.

그러나 비상장법인의 유상증자에 있어서 할인발행은 원칙적으로 허용되지 아니하므로 액면가액에 의하여 주식을 발행하는 것이 일반적이고 그 경우 주식을 취득하는 자는 취득여부만을 선택할 수 있다는 점과 비상장 법인주식의 적정가액을 객관적으로 확정한다는 것이 쉽지 않다는 점 그리고 삼성전자가 1988년 7월 23일 이후로 계속하여 액면가인 1주당 1만원에 주식을 취득해 온 점 등으로 보면 1994년 4월 22일 위 주식을 1주당 1만원에 취득하기로 결의한 것은 부당하게 고가로 취득하기로 결의한 것이라고 보기 어렵기에 이 결의가 위 결의에 참석한 이사들의 임무해태에 의하여 이루어진 것이라고 할 수는 없다. 반면 삼성전자가 삼성종합화학의 주식을 주당 10,000원에 계속적으로 취득해 왔음에도 불구하고 1994년 12월 16일 일시에 2,000만주를 종전 취득가액의 26%밖에 안 되는 2,600원에 처분하였다는 점은 삼성전자 이사회가 처분주식의 적정가액에 대한 평가를 회사와주주의 이익을 위한 충분한 검

토를 하지 아니한 채 처분결의를 한 것으로 이는 이사로서의 임무를 해택에 해당한 것이다. 또한 매각가액의 산정이 당시 시행중이던 상소세법 시행령의 규정에 따라 안진회계법인에 의해 이루어졌고 그와 같은 평가결과에 좇아 처분주식의 매각가액을 결정하였다 하더라도 적절한 평가를 위한 평가의뢰시의 적절한 평가방법의 선택 그리고 평가결과의 합리적인 이용에 대한 책임은 여전히 평가의뢰인에게 있다고 할 것이므로 이는 이사의 충실의무를 완수한 것으로 볼 수 없다.

그리고 불과 1시간 동안의 토론 끝에 일시에 삼성종합화학에 대한 지배주주로서의 지위를 양도하는 결과를 갖는 2,000만주의 주식을 종전 취득가액이 1/4가액에 처분하기로 결의하였다는 것은 도저히 이사로서의 주의의무를 다한 것으로 볼 수 없고 따라서 이사로서의 임무를 해태하였다 할 것이다. 그러므로 위 매각결의를 한 이사회에 참석한 이사들은 합리적인 자료를 토대로 충분한 검토를 한 후 위 매각결의에 찬성하였다고 볼 수 없는 결과 경영판단으로서 보호될 수도 없다. 따라서 위 주식 매도를 결의한 이사회에는 피고 이사들이 참석하여 그 결의에 찬성하였으므로 그로 인한 책임은 위 피고들이 연대하여 부담하여야 할 것이다.

#### (4) 분석 및 평가

위에서 볼 때 법원은 이사가 경영판단을 할 때 충분한 정보를 수집·검토한 뒤 합리적인 판단을 내려야 한다는 것을 예시하고 있으며 이는 이사의 절차적인 주의의무에 초점을 맞춘 것으로 보인다. 아울러 삼성종합화학 주식을 짧은 시간 동안의 토론 끝에 취득가액의 1/4가액으로 처분하기로 결의한 것에 대해 법원은 피고 이사들이 합리적인 자료를 근거로 충분한 검토를 한 뒤에 내린 경영상의 판단으로 볼 수 없기에 이는 이사의 임무해태에 해당하여 경영판단으로서 보호될 수 없음을 명시하고 있다.

### 3. 검토

법원은 최근에 들어서야 경영판단이라는 개념을 사용하기 시작하였고 그 수도 극히 적어 아직 경영판단의 법칙에 대한 우리나라 법원의 일반적인 입장을 논하기는 어렵다. 하지만 앞에서 살펴본 판결을 통해 몇 가지 공통점을 도출해 볼 수 있는데 첫째로 위 판결들은 기업경영이란 위험을 수반하기 마련이라는 점과 대표이사에게는 일정한 재량권이 있음을 언급하여 법원이 경영판단상의 주의의무위반 여부를 심사함에 있어서 경영판단이 갖는 특질을 고려하고 있다. 둘째로 위 판결들은 미국판례법상 경영판단원칙이 제시하고 있는 기준들을 그대로 언급하여 우리 법원이 구체적인 사안에 따라 경영판단원칙이 제시하는 기준들을 차용하면서도 우리법상 선관주의의무에 대한 일반적인 기준을 경영판단원칙적용의 판단기준으로 사용하고 있다. 셋째 결과적으로 또는 사후적으로 회사에 손해가 생긴 경우에도 경영진에 대한 책임이 없다고 할뿐 주의의무 자체의 감경이나 완화에 대한 언급이나 그러한 취지를 내포하는 표현도 없고 선관주의 주의의무를 다한 것을 조건으로 책임이 없음을 명시하고 있는 것이다.

## 제3장 배임죄의 불법구조

### 제1절 배임죄의 의의 및 연혁

#### I. 배임죄의 개념

배임죄(Unterue)란 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배되는 행위를 하여 스스로 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 입히는 것을 내용으로 하는 범죄를 말한다.<sup>129)</sup>

독일형법과 일본형법은 배임죄가 신임관계를 위배하여 타인의 재산권을 침해한다는 점에서 사기죄와 유사한 성질을 가진다는 이유로 배임죄를 사기죄와 같은 장에서 규정하고 있으나 사기죄에 있어서는 신뢰관계의 침해 즉 기망이 특수한 행위의 수단이 되는데 반하여 배임죄는 본인과 행위자 사이에 기존의 신뢰관계가 있음에도 불구하고 이에 위배하여 본인에게 손해를 가하였다는 점에서 그 본질적 차이가 있으므로 우리형법은 배임죄를 횡령죄와 병렬하여 같은 죄의 장에 규정하는 방식을 취하고 있다.<sup>130)</sup>

#### II. 횡령죄와의 관계

배임죄는 횡령죄와 더불어 타인의 신뢰관계를 침해하는 배신적 재산죄로서 본인과 행위자 사이에 존재하는 신임관계를 위배하여 본인에게 손해를 가하였다는 점에 형태적인 공통점과 다른 기본적인 형법범과는 달리 자연발생적인 범죄가 아니라 민사적 위법 즉 불가벌적인 위법으로부터 형사적으로 전환된

129) 이재상, 「형법각론 제6판」, 2006, 408면 ; 임웅, 「형법각론 개정판」, 2007, 439면, 조준현, 「형법각론 개정판」, 2005, 384면 ; 정성근·박광민, 「형법각론 제3판」, 2008, 453면 ; 정웅석·백승민, 「형법강의」, 2008, 1201면

130) 고현덕, “배임죄의 타인의 사무를 처리하는 자”, 「한양대학교 대학원석사학위논문」 2004, 14면 ; 이재상, 전거서, 408-409면

법정범적인 형법범이라는 점에서 유사성이 있다.<sup>131)</sup> 그러나 배임죄는 위탁된 재산상 사무처리에 관한 신임관계위배 일체를 대상으로 하는 것인데 반하여 횡령죄는 위임물에 대한 신임관계에 위배한 것이라는 점에서 신뢰관계의 범위를 달리한다.<sup>132)</sup> 다시 말해 배임죄에 있어서의 사무는 신뢰관계에 기한 재산관리상의 사무일반을 의미하지만 횡령죄는 재물의 보관이라는 특정의 신뢰관계에 기한 사무가 문제된다.

### III. 배임죄의 연혁

배임죄가 독립된 범죄개념으로 인정된 것은 근대국가에 이르러서이며 그 이전의 로마법<sup>133)</sup>·게르만법·중세 독일법에서는 고유한 의미의 배임죄는 존재하지 아니하였고 다만 횡령죄와 사기죄로서 유사한 범죄형태를 규율하는 정도이었다.<sup>134)</sup> 그 후 1813년의 바이에른 형법(BayStGB)과 1851년의 프로이센 형법(PrStGB)<sup>135)</sup>에서 배임죄가 포괄적 규정(Auffangstatbestand)으로서 처음 나타났고 프로이센 형법을 승계한 1871년의 독일제국형법(RStGB)은 사기 및

131) 문형섭, “배임죄에 관한 연구”, 「호남대학교 대학원 박사학위논문」, 6면

132) 정성근, “횡령죄와 배임죄와의 관계”, 「단국대학교 법학논총」, 제10권, 1970, 41면

133) 로마법에서는 신뢰의무 위반에 대해서는 원칙적으로 민사적 제재만을 가하였고 형사처벌은 주로 공무원의 공공자금 횡령시에만 거론되었다. 임무위배행위 개념 자체의 근원은 로마법에서부터 문제되었지만 재산범죄로서의 임무위배행위 즉 배임죄의 근원은 로마법에 있다고 볼 수 없다(임정호, “배임죄의 본질에 관한 연구-배임죄의 성립범위와 관련성을 중심으로”, 「연세법학연구」, 제18집, 2008, 174면).

134) 1532년 칼5세 대제 당시의 형법전인 카롤리나 형법(Constitutio Criminalis Carolina) 제170조는 타인이 보관하도록 위탁한 사물을 불성실하게 관리하여 자를 절도범과 같이 처벌하도록 하여 재산범죄로서 임무위배행위를 최초로 입법하였으나 이것이 횡령행위뿐만 아니라 배임행위에도 적용이 되었는지에 대해서는 견해의 대립이 있으나 일반적으로 후견인의 배임행위를 처벌하는 규정을 둔 1577년의 제국경찰법(Reichspolizeiordnung)이 배임죄를 독립의 범죄로 규정한 최초의 입법으로 보고 있다(문형섭, 전제논문, 4면).

135) 1851년의 프로이센 형법 제246조는 임의대리인·중매인·재산관리인 등의 신뢰관계위배행위를 처벌하도록 하였다.

배임의 장에서 배임죄의 구성요건을 규정하였다.

그러나 배임죄를 규정하고 있지 않은 나라도 많다. 프랑스 형법은 배신의 죄(abus de confiance)라는 개념이 있으나 이는 미성년의 궁핍을 이용한 거래 또는 백지위임상의 남용이나 위탁물횡령 등을 포함하는 것으로 배임죄와는 다른 것이다.<sup>136)</sup> 또한 영미법상 보통법에도 가장 오래된 재산범은 절도죄(Larceny)로서 여기에 횡령의 개념은 포함되어 있으나 배임은 고려되지 않았고<sup>137)</sup> 1916년의 제정법(Larceny Act)은 동산·유가증권 등에 대한 위탁물횡령죄에서 행위자에 따라 사환이나 사용인이 행위한 것을 횡령죄(embezzlement)로 하고 배임에 해당하는 유언집행인 또는 판매대리인 등의 유용을 사기적 탈취죄(fraudulent conversion)로 규정하여 배임죄를 위탁물횡령죄의 하나로 규정하고 있다.<sup>138)</sup>

우리나라에 배임죄가 등장한 것은 근래의 일이다.<sup>139)</sup> 즉 일제시대와 1953년 형법이 발효되기 이전에는 일본형법이 의용되었는데 이 의용형법이 우리 형법상 임무위배행위에 관한 배임죄의 연혁적 기초가 된다. 그 후 1953년 9월 18일 의용형법의 폐지와 동시에 제정된 현행형법은 1940년 일본형법개정

---

136) 문형섭, 전계논문, 4면

137) 미연방법률집(United States Code)에 규정되어 있는 우편사기(Mail Fraud ; §1341 Fraud and Swindles, §1343 Fraud by wire, radio or television §1346 Definition of scheme or artifice to defraud를 포괄하는 개념)는 단순한 사취 뿐 아니라 사기·배임·횡령 등에 해당하는 태양을 모두 포함하고 있는 범죄구성요건으로서 비록 미국에 우리 형법이나 독일형법에서와 같은 배임죄의 구성요건은 존재하지 않지만 배임죄를 포함하고도 남는 구성요건이 존재한다.

138) 고현덕, 전계논문, 17면 ; 문형섭, 전계논문, 5면 ; 정성근, 전계논문, 41면

139) 중세 우리 역사는 물론 비교적 가까운 조선시대에도 재산범죄 중 임무위배행위와 관련하여 배임죄와 유사한 범죄를 찾을 수 없다. 구체적으로 살펴보면 고려시대의 경우 총 71조로 이루어진 형법이 있었고 재산범죄로서 절도죄나 장물죄 등을 찾을 수 있는데 비하여 배임죄와 유사한 범죄는 찾을 수 없다. 조선시대의 경우도 사정은 크게 다르지 않아서 배임죄와 유사한 형태의 범죄로 꼽을 만한 것은 없다. 결론적으로 우리나라의 전통적인 형법에서는 오늘날의 배임죄에 해당하는 규정을 찾을 수 없다(이형국, 「형법각론」, 법문사, 2007, 428면).

가안을 받아들여 배임죄를 사기와 공갈의 죄의 장에 둔 것을 횡령과 배임의 죄에 둬<sup>140)</sup>과 동시에 횡령죄와 그 법정형을 동일하게 하였으며 구성요건 측면에서 종전의 자기 또는 제3자의 이익을 도모하거나 본인에게 손해를 가할 목적이라는 이득적 목적 또는 훼손적(毀棄的) 목적 요소를 삭제하였다.<sup>141)</sup>

#### IV. 배임죄의 보호법익과 보호정도

배임죄의 보호법익에 대해서는 재산권이라고 보는 견해<sup>142)</sup>가 있지만 배임죄의 성립에는 재산상 손해발생이 필요하고 손해발생의 여부는 배임행위 전후의 전체재산을 비교해야 하므로 보호법익은 전체로서의 재산이라고 보는 것이 다수설이다.<sup>143)</sup> 배임죄의 보호정도에 대해서는 위험범설과 침해범설이 대립한다.

##### 1. 위험범설

배임죄는 현실적으로 손해가 발생한 경우뿐만 아니라 손해발생의 위험만으로 배임죄의 기수가 성립하는 위험범이라는 견해이다.<sup>144)</sup>

##### 2. 침해범설

형법 제355조 2항은 배임죄의 구성요건을 “본인에게 손해를 가한 때”라고

---

140) 현행일본형법은 배임죄를 사기와 공갈의 죄의 장에서 규정하고 있다. 하지만 1927년부터 1974년까지의 일본 형법개정가안은 모두 배임죄를 횡령죄와 같은 장으로 규정하고 있다.

141) 의용형법 제347조는 타인을 위하여 그 사무를 처리하는 자가 자기 또는 제3자의 이익을 도모하거나 혹은 본인에게 손해를 가할 목적으로서 그 임무에 위배한 행위를 하여 본인에게 손해를 가한 때라고 규정하였다.

142) 배종대, 「형법각론」, 2006, 502면 ; 이재상, 전게서, 408면

143) 김일수·서보학, 「새로 쓴 형법각론 제7판」, 박영사, 2007, 480면 ; 오영근, 「형법각론 제2판」, 박영사, 2009, 498면 ; 임웅, 전게서, 439면

144) 배종대, 전게서, 518면 ; 이재상, 전게서 408면

규정하고 있으며 또 법 제359조는 배임미수죄를 처벌하고 있다는 점을 고려할 때 배임죄는 침해범이라는 견해이다.<sup>145)</sup> 즉 손해를 가한 때를 손해발생의 위험을 초래한 때라고 해석하는 것은 문언의 가능한 의미를 넘어서 피고인에게 불리한 유추해석이므로 허용되지 않는다고 한다.<sup>146)</sup>

### 3. 독일판례의 입장

독일의 연방대법원도 재산상 손해가 손해발생의 위험에 의해서 야기될 수 있다는 것을 인정하면서 손해발생의 전(前)단계에 해당하는 전형적인 미수상황에 해당하는 위험과 손해발생의 기수가로 인정되는 재산상의 손해와 동등한 재산상 위험 위험을 구별하기 위해 구체적인 재산손해의 위험이라는 개념을 발전시켰다.<sup>147)</sup> 즉 손해에 해당하는 재산상의 위험은 단지 막연한 것이 아니라 이러한 위험이 바로 손해로 전환될 수 있을 정도로 구체적이어야 한다는 것이다. 그리고 구체적 위험으로 인한 재산상 손해의 발생 기준에 대해서는 실제 생활과 밀접한 경제적 관점(lebensnahe wirtschaftliche Betrachtungsweise)을 제시하고 있다.<sup>148)</sup>

### 4. 판례의 입장

판례는 “경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적으로 손해를 가하였거나 재산상의 손해발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당되어 배임죄를 구성하는 것이라고 볼 것이다.”고 하여 배임죄의 재산상 손해를 가한 때라는 요건은 현실적인 손해뿐만 아니라 손해발

---

145) 김일수·서보학, 전게서, 481면 ; 안경옥, 전계논문, 229면 ; 오영근, 전게서, 498면 ; 임웅, 전게서, 439면 ; 정성근·박광민, 전게서, 457면 ; 조준현, 전게서, 385면

146) 오영근, 전게서, 512면

147) 안경옥, 전게서, 221면

148) BGHSt 21, 112,113; 23, 300,304

생의 위험도 포함하는 것으로 해석하여 배임죄를 위험범으로 파악하고 있다.<sup>149)</sup> 이는 손해발생과 경영활동의 인과관계를 밝히는 어려움을 타개하기 위해서 인 것 같다. 다만 독일과 대법원은 실제손해발생의 위험이 생겼는지에 대한 평가와 그러한 위험이 손해와 동등한 위험으로 볼 수 있는가에 대해서는 아무런 기준을 제시하지 않고 있다.

## 5. 검토

재산상 손해발생의 위험은 침해의 전(前)단계 즉 손해발생의 객관적 가능성에 불과하기 때문에 이를 재산 손해의 개념에 포함시키는 것은 타당하지 않다는 것은 일견 타당하다. 하지만 후에 살펴 볼 재산개념에 관한 경제적 재산설의 관점에서 보면 장차 있을 손해의 위험은 재산의 경제적 가치를 감소시키는 것이 분명하기 때문에 이를 사실상 손해발생과 다를 바가 없다.<sup>150)</sup> 실제로 배임죄는 현실적 손해 보다는 손해발생의 개연성·위험의 형태로 발생하는 것이 일반적이라는 점에서 더욱 그러하다. 다만 손해와 동등한 위험의 개념은 배임죄의 기수시기를 앞당길 수 있기 때문에 제한적으로 해석할 필요가 있다. 즉 손해발생의 막연한 위험까지 모두 손해와 동등하게 평가할 수 없고 행위자의 의사여하에 따라 바로 손해로 전환될 수 있는 구체적 위험만이 손해발생의 동등한 위험으로 평가해야 할 것이다. 따라서 배임죄는 구체적 위험범으로 해석하는 것이 타당하다.<sup>151)</sup>

---

149) 대법원 1975.12.23. 선고 74도2215 판결 ; 대법원 1982.11.23. 선고 82도2215 판결 ; 대법원 1993.5.27. 선고 93도169 판결 ; 대법원 1995.11.21. 선고 94도1375 판결 ; 대법원 1999.6.22. 선고 99도1095 판결 ; 대법원 2000.4.11. 선고 99도334 판결

150) 이러한 관점은 오영근 교수가 배임죄를 침해범으로 인정하면서도 재산상 손해와 재산상 손해의 현실화를 구별해야 한다고 하면서 “우량채권을 불량채권으로 바꾼 경우 재산상 손해의 현실화는 변제기에 가서 있게 되지만 현실적 손해는 바꾼 시점에 있다고 할 수 있다”고 기술한 부분에서 잘 나타나고 있다.

151) 정영일, 「형법각론」, 2006, 320면

## 제2절 배임죄의 본질

배임죄의 본질을 무엇으로 볼 것인가에 따라 임무위배행위의 성립범위가 달라지기 때문에 배임죄의 본질에 대한 문제는 배임죄의 성립범위와 밀접하게 연관되어 있다. 그 결과 배임죄의 본질을 어떻게 이해할 것인가에 관해서는 종래부터 여러 학설이 논의되어 왔다.<sup>152)</sup>

### I. 배신설(Treubruchstheorie)

배신설이란 대내관계에서의 신의성실의무(Treupflicht)에 대한 위배 내지 위탁자에 대한 신뢰관계(Treuverhältnis)의 침해를 배임죄의 본질로 파악하는 견해를 말한다.<sup>153)</sup> 즉 배임죄의 본질은 외부관계에 있어서의 권한의 남용에 있는 것이 아니라 의무위반에 의하여 재산상의 손해를 결과하는 내부관계의 보호에 있고 배임죄는 바로 신임관계에서 발생한 타인의 재산상의 이익을 보호할 의무를 침해하는 것을 말한다는 것이다.<sup>154)</sup> 독일의 판례가 고수하는 입장이라는 의미에서 라이히법원설(Reichsgerichtstheorie)이라고도 한다.<sup>155)</sup>

배신설은 배임죄의 본질을 행위자와 피해자 사이에 있어서의 신뢰관계의 위배에 의한 재산침해에 있다고 보기 때문에 신의성실의 원칙상 인정되는 신뢰

---

152) 배임죄를 침해범으로 이해하는 견해에 의하면 현실적 손해가 아닌 구체적 손해 발생의 위험이 발생한 경우에는 배임죄의 기수가 아닌 미수를 인정한다.(김일수·서보학, 전게서, 492면 참조) 하지만 배임죄는 재산죄 중에서도 사법질서의 확립을 위한 것으로 경제적 관점에서 파악할 때 구체적 손해발생의 위험이 곧 손해발생과 같은 것으로 평가할 수 있고 이를 엄격히 해석한다면 사법질서의 확립이라는 그 본래적 기능을 발휘하지 못하게 될 것이다.

153) 김일수·서보학, 전게서, 477면 ; 배종대, 전게서, 537면 ; 임웅, 전게서, 440면 ; 정영일 전게서, 321면

154) 이재상, 전게서, 411면

155) 문형섭, 전계논문, 19면

관계 위반여부가 중점이 되고<sup>156)</sup> 배임행위가 법률행위인가 사실행위인지 여부는 불문한다. 따라서 배임죄와 횡령죄는 신임관계침해를 이유로 한 재산침해라는 공통점을 갖지만 행위객체면에서 횡령죄가 타인의 재물을 객체로 함에 반해 배임죄는 재물 이외의 재산상의 이익을 객체로 한다는 점에서 차이가 있으며 행위주체면에서도 횡령죄의 주체는 해석상 타인의 재물을 보관하는 사무를 처리하는 자로 한정되는 반면 배임죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 자가 되어 배임죄와 횡령죄는 일반법과 특별법의 관계가 된다고 한다.<sup>157)</sup> 우리나라의 통설<sup>158)</sup>과 판례<sup>159)</sup>의 입장이다.

이 견해는 배임행위를 본인에 대한 대내관계의 침해라고 이해한다는 점에서 법률행위뿐만 아니라 사실행위·부작위에 대하여도 인정하기 때문에 그 범위가 지나치게 넓어질 수 있다는 위험이 있어 그 범위의 제한이 배임죄의 해석에 중요한 부분이 된다.

## II. 권한남용설(Missbrauchstheorie)

156) 마이어(Mayer)는 배신구성요건을 해석하는 근본사상은 타인을 위하여 법률행위에 의한 재산관리를 위탁받은 자는 특별한 신임관계에 선 것이고 동시에 위탁된 재산을 해칠 수 있는 위험한 기회가 큰 것이므로 악의의 재산관리는 어떠한 경우에도 처벌해야 하는 것에 있다고 한다(문형섭, 전제논문, 19면 ; Hellmuth Mayer, Die Untreue, im : Materialien zur Strafrechtsreform, 1 Band, Gutachten der Strafrechtslehler, Bonn 1954, S. 346).S

157) 임웅, 전제서, 441면

158) 김일수·서보학, 전제서, 482면 ; 배종대, 전제서, 504면 ; 오영근, 전제서, 500면 ; 이재상, 전제서, 410면,

159) 대법원 1987.4.28 선고 86도 2490 판결 「“타인의 사무를 처리하는 자”라 함은 양자간의 신임관계에 기초를 둔 타인의 재산의 보호 내지 관리의무가 있음을 근본질적 내용으로 하는 경우라 할 것이므로 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무의 경우라면 그 사무를 타인을 위하여 처리하는 자라고 볼 수 없다.」

대법원 1999. 9. 17. 선고 97도3219 판결 「배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리하는 자라 함은 양자간의 신임관계에 기초를 둔 타인의 재산보호 내지 관리의무가 있음을 그 본질적 내용으로 하는 것이므로, 배임죄의 성립에 있어 행위자가 대외관계에서 타인의 재산을 처분할 적법한 대리권이 있음을 요하지 아니한다.」

권한남용설이란 타인의 사무를 처리할 법적 처분권한을 가진 자가 그 권한을 남용하여 타인에게 재산상 손해를 가하는데 배임죄의 본질이 있다는 견해로서 독일(구)형법 제266조 제1항 제2호에 규정된 대리인의 배임을 처벌하기 위한 근거로서 빈딩(Karl Binding)에 의해 주장되었<sup>160)</sup> 그 후 프랭크(Reinhard Frank)<sup>161)</sup>·슈미트(Eb. Schmidt)에 의해 계승되면서 법적 권한을 민법상의 대리권으로 이해하는 대리권 남용설이 주장되면서 이후 권한남용설은 일반적으로 대리권남용설을 의미하게 되었다.<sup>162)</sup> 다시 말해 대외관계에서 민법상 대리권의 남용행위를 배임죄의 본질로 파악하는 견해가 권한남용설이다.<sup>163)</sup>

권한남용설이 주장되게 된 실질적 근거는 배임죄를 횡령죄와 대등한 지위에 놓음으로써 배임죄에 대하여 독자적인 지위를 부여하고자 한 점에 있다. 즉 배임죄는 재물에 대한 것이 아니라 권리에 대한 범죄라는 점에 특색이 있으며 재산이 재물로부터 관념적 소유권으로 진화하고 있는 현상에 비추어 본다면 배임죄가 횡령죄를 보충하는 범죄에 불과하다는 견해는 극복되어야 한다고 한다.<sup>164)</sup> 이 학설에서는 배임죄와 횡령죄를 침해방법에 따라 구분하여 신임관계 위배에 있어 법률행위로 하는 경우에는 배임죄가 성립하고 사실행위로 하는 경우에는 횡령죄가 성립하며 양자는 택일관계에 있다고 한다.<sup>165)</sup>

160) 빈딩은 재산의 관리자(Verwalter) 또는 수호자(Behüter)가 법률상 인정되는 권력적 지위(Machtstellung)를 남용하여 고의로 위법하게 타인의 재산을 침해한 것이 배임죄라고 주장하였다. 다만 빈딩은 권한의 성질에 대하여 명료한 정의를 부여하지 않았다. 그가 말하는 권력적 지위는 대리권남용설에 있어서와 같은 민법상의 대리권이 아니라 보다 광범위하고 막연한 개념이었다(문형섭, 전제논문, 20면).

161) 프랭크는 배임죄는 법률상의 대리권을 남용하여 위탁된 재산적 이익의 관리에 관한 법률 또는 법률행위에 의한 의무에 위반하는 재산침해라고 하여 배임죄의 규정은 민법상의 재산권에 관한 대리제도를 보호하는데 있다고 하였다(문형섭, 전제논문, 21면).

162) 김일수·서보학, 전제서, 465면

163) 임웅, 전제서, 440면

164) 고현덕, 전제논문, 25면 ; 이재상, 전제서, 410면

165) 김일수·서보학, 전제서, 465면 ; 임웅, 전제서, 440면

권한남용설은 배임죄의 성립범위를 확실히 할 수 있다는 장점이 있는 반면 배임행위를 대외적 법률행위에 국한하기 때문에 배임죄의 인정범위가 지나치게 협소해지는 단점을 지니고 있다. 구체적으로 보면 배임죄 성립의 전제조건으로 대리권이 존재해야 하므로 대리권을 갖지 않는 회사의 이사에 대한 배임죄는 인정되지 않고 또 대리권을 유월한 경우 또는 대리권이 소멸한 경우의 배신행위에 대해서도 배임죄가 성립하지 않는다. 특히 상대방과 대리인과의 통모에 의한 무효인 법률행위의 경우 대리인은 무죄가 될 수밖에 없다. 다음으로 권한의 남용은 권한행사를 전제로 하고 권한행사는 작위에 의해서만 가능하기 때문에 부작위에 의한 배임죄의 성립을 인정하기 어려운 문제점이 발생한다.

### III. 사무관리설(Geschäftsführungstheorie)

사무관리설은 배신설의 근본관념을 유지하면서 배신설에 있어서의 성실의무라는 개념이 막연하다는 비난을 회피하기 위하여 그 의무를 민법상의 재산보호의무에 한정하는 것으로 배임죄의 본질이 타인의 재산을 보호해야 할 법률상의 의무위반에 의한 재산침해에 있다는 견해이다.<sup>166)</sup> 이 설은 권한남용설의 지나친 제약을 완화시키려는 취지에서 Berthold Freudental이 주장한 것으로 배임행위는 반드시 권한을 넘어서는 법률행위일 필요는 없고 적어도 민사상 사무관리의무에 위반하는 행위로서 족하다고 하여<sup>167)</sup> 의무위반을 배임죄의 본질로 보는 점에서 배신설과 그 근본관념을 같이 하지만 그 의무를 법률상의

166) 고현덕, 전계논문, 26면 ; 문형섭, 전계논문, 23면 ; 박상희, 전계논문, 7면

167) Berthold Freudental은 배임죄의 특색은 행위자가 타인의 재산적 이익을 배려해야 할 법률상의 의무에 위반하여 그것을 침해하는 것이다. 따라서 배임죄의 전형적 행위는 재산배려에 대한 법률상의 의무(Rechtspflicht zur Vermögensfürsorge)의 위반이라고 한다(Berthold Freudental, Die Untreue, in Vergleichende des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Band VIII, Berlin, 1906, S. 116f).

재산보호의무에 한정하는 점에서 배신설과 다르다. 그러나 배임죄의 의무를 법률 또는 계약상 의무위반으로 제한할 아무런 이유가 없다는 문제 때문에 현재 이를 지지 하는 학자는 없다.<sup>168)</sup>

#### IV. 소결

민법상의 제도 내지 규정은 가급적 형법에 의해 보호되어야 하지만 형법은 형법의 입장에서 독자의 규범을 가지고 있다. 예컨대 생명·신체 등의 보호를 목적으로 하는 형법의 규정은 민법상의 규범을 전제로 하는 것은 아니다. 그러므로 배임죄의 성부를 오로지 민법의 규정 또는 민법상의 이론에 의해서 결정한다는 것은 형법의 독자적 존재를 간과하고 형법을 민법에 종속시키는 것이 된다. 따라서 배임죄의 성부를 민법에 종속시키고 있는 권한남용설이나 사무관리설은 타당하지 못하다.

특히 권한남용설은 배임죄의 주체를 엄격하게 법률상의 권한 내지 대리권 있는 자의 대리권 행사에 한정하여 사법상 무효인 모든 행위와 대리관계로 파악되지 않는 것으로 이해되는 간접대리행위·위탁매매 및 사실행위에 의한 배임행위를 모두 제외시켜 마땅히 처벌해야 할 임무에 위배되는 사실행위를 면책하는 것이 되어 배임죄의 성립범위를 부당하게 제한한다는 점<sup>169)</sup>과 권리에 대한 범죄로는 배임죄뿐만 아니라 강도죄·절도죄·공갈죄·사기죄에 있어서도 성립할 수 있는 것이므로 배임죄의 본질을 권한남용에서 구하는 것은 바람직하지 않다.

또한 연혁적으로 배임죄가 성실의무 내지 신뢰배반의 죄로서 발전되어 왔다는 점과 우리 형법 제355조 2항은 배임죄의 구성요건주체를 독일형법 제266

---

168) 박재윤, 「주해형법 각칙(6) 제4판」, 한국사법행정학회, 2006, 406면 ; 이재상, 전게서, 410면

169) 박성수, “배임죄와 타인의 사무를 처리하는 자”, 「법조」 통권 487호, 1997.4, 138면

조와 달리 ‘권한을 남용하여’라고 규정하지 않고 ‘그 임무에 위배하는 행위’로 규정하고 있을 뿐이어서 사실행위에 의한 배임행위를 제외하거나 대리권 내지 권한남용으로 제한해석을 할 근거가 없다는 점<sup>170)</sup>에서 배임죄의 본질은 배신설의 입장에서 파악하는 것이 타당하다고 할 것이다. 다만 배신설은 배임행위의 전제가 되는 신뢰관계의 근거가 무한정 확대될 위험이 있으므로 해석상 이를 제한해야 할 필요가 있어 학설과 판례<sup>171)</sup>는 단순한 채무불이행의 의무는 타인의 사무가 아니라 자기의 사무에 속한다고 해석함으로써 배신설의 적용에 한계를 설정하고 있다.<sup>172)</sup>

### 제3절 배임죄의 구성요건과 그 효과

#### I. 배임죄의 행위주체

배임죄는 진정신분범으로서 “타인의 사무를 처리하는 자”를 행위주체로 한다. 여기서 타인의 사무를 처리하는 자란 타인과의 대내적 신임관계에 따라 맡겨진 사무를 그 타인을 위해 신의성실원칙에 따라 처리할 의무가 있는 자를 말한다.<sup>173)</sup> 비록 형법은 단지 ‘사무를 처리하는 자’라고 되어 있지만 ‘임무에

170) 임웅, 전게서, 412면

171) 대법원 1976.5.11. 선고 75도2245 판결 「배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리하는 자라 함은 양자간의 신임관계에 기초를 둔 타인의 재산의 보호 내지 관리의 의무가 있음을 그 본질적 내용으로 하는 경우라 할 것이므로 단순한 채권적인 급부의무에 불과한 금원의 지급의무만을 부담하는 경우와 같이 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무에 속하는 경우라면 그 사무를 타인을 위하여 처리하는 경우라 하더라도 이는 타인의 사무를 처리하는 자라고 볼 수 없다.」

172) 이재상, 전게서, 411면 ; 임웅, 전게서, 441면

173) 대법원 1999. 6. 22. 선고 99도1095 판결 「배임죄의 주체로서 타인의 사무를 처리하는 자라 함은 타인과의 대내관계에 있어서 신의성실의 원칙에 비추어 그 사무를 처리할 신임관계가 존재한다고 인정되는 자를 의미하고 반드시 제3자에 대한 대외관계에서 그 사무에 관한 권한이 존재할 것을 요하지 않으며 또 그 사무가 포괄적 위탁사무일 것을 요하는 것도 아니고 사무처리의 근거 즉 신임관계의 발생근거는 법령의 규정·법률행위·관습 또는 사무관리에 의하여도 발생할 수 있으므로

위배하는 행위로써'라는 문언과 종합하면 배임죄에 있어서의 신뢰관계는 단지 사실적인 것만으로는 족하지 않고 법적으로 중요한 것이어야 한다.<sup>174)</sup>

## 1. 사무처리의 근거

배임죄의 주체가 타인의 사무를 처리하는 근거는 법령·계약·법률행위에 제한되지 않고 관습·사무관리도 포함한다.<sup>175)</sup> 사실상의 신임관계가 발생할 수 있으면 족하므로 사무를 처리할 법적인 권한이 소멸한 뒤에 사무를 처리하거나 그 사무처리자가 그 직에서 해임된 후 사무인계 전에 사무를 처리한 경우에도 신임관계가 남아 있는 한 타인의 사무를 처리한 자에 해당한다.<sup>176)</sup> 사무처리의 근거는 신의칙상 신임관계이기 때문에 그 근거나 범위는 법령이나 계약 등에 국한되지 않기 때문이다. 다만 사무처리의 근거가 된 법률행위가 사회질서에 반하는 등 명백한 법률적 금지를 이유로 무효가 되는 경우에는 처음

---

법적인 권한이 소멸된 후에 사무를 처리하거나 그 사무처리자가 그 직에서 해임된 후 사무인계 전에 사무를 처리한 경우도 배임죄에 있어서의 사무를 처리하는 경우에 해당한다.」

대법원 2008.6.26. 선고 2007도7060 판결 「배임죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 신분이 있어야 할 것이고 여기에서 '타인의 사무를 처리하는 자'라 함은 양자간의 신임관계에 기초를 둔 타인의 재산의 보호 내지 관리의무가 있음을 그 본질적 내용으로 하는 경우라 할 것이므로 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무이거나 단순히 타인에 대하여 채무를 부담함에 불과한 경우라면 본인의 사무로 인정될지언정 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 할 수는 없다.」

174) 고현덕, 전제논문, 32면

175) 임웅, 전제서, 443면

176) 대법원 1999.6.22 선고 99도1095 판결 「배임죄의 주체로서 타인의 사무를 처리하는 자라 함은 타인과의 대내관계에 있어서 신의성실의 원칙에 비추어 그 사무를 처리할 신임관계가 존재한다고 인정되는 자를 의미하고 반드시 제3자에 대한 대외관계에서 그 사무에 관한 권한이 존재할 것을 요하지 않으며 또 그 사무가 포괄적 위탁사무일 것을 요하는 것도 아니고 사무처리의 근거, 즉 신임관계의 발생근거는 법령의 규정, 법률행위, 관습 또는 사무관리에 의하여도 발생할 수 있으므로 법적인 권한이 소멸된 후에 사무를 처리하거나 그 사무처리자가 그 직에서 해임된 후 사무인계 전에 사무를 처리한 경우도 배임죄에 있어서의 사무를 처리하는 경우에 해당한다.」

부터 신임관계가 발생하지 않는다.<sup>177)</sup> 또한 사무처리는 본인과 행위자 사이에 주관적·직접적 신임관계가 있음을 요하지 않고 객관적·간접적 신임관계가 있으면 충분하다.<sup>178)</sup> 따라서 본인을 위해 직접 사무를 처리하는 자를 통하여 간접적으로 본인의 사무를 처리하는 자도 신임관계에 있는 사무처리자가 된다.<sup>179)</sup>

## 2. 사무의 타인성

배임죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 자이다. 타인의 사무란 타인이 처리해야 할 사무를 그를 위하여 처리하는 것을 말한다. 타인의 사무와 관련되어 있더라도 자기의 사무라고 할 수 있는 때에는 배임죄가 성립하지 않는다. 사무의 본질적 내용이 자기의 사무임과 동시에 타인의 사무인 경우에도 타인을 위한 사무가 본질적 내용을 이룰 때에는 타인의 사무가 된다.<sup>180)</sup>

---

177) 대법원 1986.9.9 선고 86도1382 판결 「내연의 처와의 불륜관계를 지속하는 대가로서 부동산에 관한 소유권이전등기를 경료해 주기로 약정한 경우 위 부동산 증여계약은 선량한 풍속과 사회질서에 반하는 것으로 무효이어서 위 증여로 인한 소유권이전등기의무가 인정되지 아니하는 이상 동인이 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 볼 수 없어 비록 위 등기의무를 이행하지 않는다 하더라도 배임죄를 구성하지 않는다.」 이와 관련하여 법적 형식이나 행위능력의 결여 등을 이유로 한 무효의 경우에는 사실상의 사무처리관계를 인정해야 한다는 견해(이재상, 전게서, 413면)가 있다.

178) 정성근·박광민, 전게서, 494면

179) 임웅, 전게서, 443면 ; 대법원 1969. 12. 9. 선고 69도 1647 판결은 공사잔대금에 대한 채권담보조로 제3자로부터 부동산소유권이전등기에 필요한 서류일체를 받아 보관 중 타인에게 함부로 그 부동산에 대한 소유권이전등기를 경료한 경우 비록 그 서류를 제3자로부터 교부받았다고 하더라도 피해자에 대하여 배임죄가 성립한다고 하였고, 대법원 1987. 4. 28. 선고 87도265 판결은 채권담보의 목적으로 부동산소유권이전등기를 경료받은 채권자가 변제기일 이전에 제3자에게 근저당권 설정등기를 경료한 경우에 배임죄의 성립을 긍정하였다.

180) 대법원 2005. 3. 25. 선고 2004도6890 판결 「배임죄에 있어서 타인의 사무라 함은 신임관계에 기초를 둔 타인의 재산의 보호 내지 관리의무가 있을 것을 그 본질적 내용으로 하는 것으로 타인의 재산관리에 관한 사무를 대행하는 경우, 예컨대 위임, 고용 등의 계약상 타인의 재산의 관리·보전의 임무를 부담하는데 본인을 위하여 일정한 권한을 행사하는 경우, 등기협력의무와 같이 매매, 담보권설정 등 자

배임죄에서 말하는 타인은 행위자 이외의 모든 자연인·법인 또는 권리능력 없는 사단을 포함한다.<sup>181)</sup> 1인 회사에서도 1인주주 겸 대표이사인 자연인과 법인격인 회사는 각각 별개의 독립된 인격이므로 1인 기업주에 대해 법인은 타인이 된다.<sup>182)</sup> 다만 법인이 타인의 사무를 처리하는 자일 경우 판례는 법인의 범죄능력을 부정하는 입장에서 자연인인 대표기관이 배임죄의 주체가 된다고 한다.<sup>183)</sup>

타인의 사무와 타인을 위한 사무는 구별된다. 따라서 타인을 위한 사무라고 하더라도 그 사무가 행위자 자신의 사무이면 그 사무의 주체는 배임죄의 주체가 될 수 없다. 그럼에도 불구하고 타인의 사무의 의미를 타인을 위한 사무가

---

기의 거래를 완성하기 위한 자기의 사무인 동시에 상대방의 재산보전에 협력할 의무가 있는 경우 따위를 말한다.」

대법원 2008.4.24. 선고 2008도1408 판결 「보통예금은 은행 등 법률이 정하는 금융기관을 수처인으로 하는 금전의 소비임치 계약으로서, 그 예금계좌에 입금된 금전의 소유권은 금융기관에 이전되고, 예금주는 그 예금계좌를 통한 예금반환채권을 취득하는 것이므로, 금융기관의 임직원은 예금주로부터 예금계좌를 통한 적법한 예금반환 청구가 있으면 이에 응할 의무가 있을 뿐 예금주와의 사이에서 그의 재산 관리에 관한 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 할 수 없다.」

181) 판례는 학교교장에 대한 학교법인(대법원 2000.3.14. 선고 99도457 판결)은 타인이라고 판시한 반면 학교법인과 분리하여 권리주체가 될 수 없는 학교(대법원 1979.1.16. 76도3026 판결)은 타인이 아니라고 판시하였다.

182) 대법원 1983.12.13. 선고 83도2330 판결 「배임죄의 주체는 타인을 위하여 사무를 처리하는 자이며, 그의 임무위반 행위로써 그 타인인 본인에게 재산상의 손해를 발생케 하였을 때 이 죄가 성립되는 것인 즉 소위 1인 회사에 있어서도 행위의 주체와 그 본인은 분명히 별개의 인격이며 그 본인인 주식회사에 재산상 손해가 발생하였을 때 배임죄는 기수가 되는 것이므로 궁극적으로 그 손해가 주주의 손해가 된다 하더라도 이미 성립한 죄에는 아무 지장이 없다.」

183) 대법원 1984.10.10. 선고 82도2595 전원합의체판결의 다수의견은 「형법 제355조 제2항의 배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리할 의무의 주체가 법인이 되는 경우라도 법인은 다만 사법상의 의무주체가 될 뿐 범죄능력이 없는 것이며 그 타인의 사무는 법인을 대표하는 자연인인 대표기관의 의사결정에 따른 대표행위에 의하여 실현될 수 밖에 없어 그 대표기관은 마땅히 법인이 타인에 대하여 부담하고 있는 의무내용 대로 사무를 처리할 임무가 있다 할 것이므로 법인이 처리할 의무를 지는 타인의 사무에 관하여는 법인이 배임죄의 주체가 될 수 없고 그 법인을 대표하여 사무를 처리하는 자연인인 대표기관이 바로 타인의 사무를 처리하는 자 즉 배임죄의 주체가 된다.」고 판시하였다.

지 포함하는 것으로 확대할 수 있는지가 문제된다. 배신설의 입장에서 보면 타인의 사무가 아니더라도 타인을 위한 사무를 처리하는 자라면 그 배신행위를 배임죄로 인정하는데 지장이 없기 때문이다. 판례는 “부동산이전에 협력할 의무를 매수인의 소유권취득을 위해 부담하는 타인의 사무”<sup>184)</sup>라는 입장을 취하고 있으며 학설 또한 자기의 사무로서의 성질을 가지고 있는 때에도 타인을 위한 사무가 본질적 내용을 이룰 때에는 타인의 사무처리자라고 하여 타인의 사무를 타인을 위한 사무로 확대하여 해석하고 있다.<sup>185)</sup> 그러나 이처럼 타인의 사무를 타인을 위한 사무로 해석하게 되면 배임죄의 적용범위가 지나치게 넓어지기 때문에 학설은 타인의 사무를 타인의 재산적 이익에 본질적으로 연결되는 사무라는지 타인의 재산보호가 신임관계의 전형적 본질적인 내용이라고 하여 단지 부수적인 의무를 위반한 것만으로는 배임죄가 성립하지 않는다고 하여 그 성립범위를 제한하려 하고 있다.<sup>186)</sup> 판례 또한 “배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리하는 자라 함은 양자 간의 신임관계를 기초로 둔 타인의 재산보호 내지 관리의무가 있음을 본질적 내용으로 하는 경우”<sup>187)</sup>라고 하여 배임죄 성립의 범위에 대한 제한의 여지를 남겨두고 있다.

### 3. 사무처리의 독립성과 재량성

배임죄의 본질에 관한 배신설의 측면에서 보면 사무를 처리하는 자에게 사무처리에 관한 권한이 있을 필요는 없다. 그러나 이와 같은 해석은 배임죄의 구성요건이 무제한하게 확대되어 단순한 채무불이행도 배임죄로 성립하는 결과가 발생하게 되며 또한 법문상 사무와 임무를 구분할 수 있고 형법이 배임

184) 대법원 1985. 11. 26. 선고 85도1493 판결

185) 이재상, 전게서, 360면

186) 김일수·서보학, 전게서, 483면 ; 허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 『비교형사법연구』 제6권 제2호, 145면

187) 대법원 1976. 5. 11. 선고 75도224 판결 ; 대법원 1983. 2. 8. 선고 81도3137 판결 ; 대법원 1987.4.28. 86도2490 판결 ; 대법원 1990. 5. 8. 선고 1524 판결

죄의 구성요건으로서 처리라는 용어를 사용하고 있으므로 사무처리자에게는 일정한 정도의 독립성 및 결정의 자유가 있어야 한다.<sup>188)</sup> 귀속주체인 본인의 엄격한 지시에 구속되어 기계적 노동에 종사하는 경우에는 타인의 사무를 처리하는 경우가 아니라 단지 심부름에 불과하여 그 신임관계위반에 따른 책임을 추궁하기가 어렵기 때문이다.

다만 독립성의 정도는 구체적인 사무의 종류와 내용 및 시간적 귀속성 등을 종합하여 판단해야 하기 때문에 단독으로 처리하는 사무 또는 전권을 행사할 필요는 없고 보조적 지위에서 처리하는 사무이어도 무방하다.<sup>189)</sup> 판례 또한 배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리하는 자란 고유의 권한으로서 그 처리를 하는 자에 한하지 않고 그 자의 보조기관으로서 직접 또는 간접으로 그 처리에 관한 사무를 담당하는 자도 포함한다고 판시하고 있다.<sup>190)</sup>

#### 4. 사무의 내용

##### (1) 공무

형법 제355조는 처리해야 할 사무의 성질에 대해서는 아무런 제한도 설정하지 않고 있다. 따라서 배임죄의 사무에는 개인적 사무는 물론 공무도 포함한다.<sup>191)</sup> 다만 대부분의 공무에 관해서는 직무유기죄·뇌물죄 등과 같은 공무원에 관한 범죄가 성립하여 배임죄가 성립할 여지가 적을 것이다. 그리고 이 경우 배임죄의 주체는 공무원에 한정되지 않는다.<sup>192)</sup> 이와 관련하여 판례는 각종 자재의 구매요구 및 구매된 자재의 검수업무를 담당하는 공무원이 구매

---

188) 고현덕, 전계논문, 43면 ; 문형섭, 전계논문, 36면 ; 박상희, 전계논문, 11면 ; 김일수·서보학, 전게서 479면 ; 배종대, 전게서, 539면 ; 오영근, 전게서, 491면 ; 이재상, 전게서, 412면

189) 임웅, 전게서, 444면 ; 이재상, 전게서, 388면

190) 대법원 1999. 7. 23. 선고 99도1911 판결

191) 이재상, 전게서, 413면

192) 고현덕, 전계논문, 38면 ; 문형섭, 전계논문, 34면 ; 박상희, 전계논문, 9면

계약상의 물품과 다른 물품이 납품되었음을 알면서도 허위의 검사보고를 한 경우<sup>193)</sup>·정부가 관리하는 조절용 사료의 적정한 배급을 위하여 그 관할구역 내의 양돈농가에 대하여 그 양돈수를 조사보고하는 임무를 맡은 읍직원이 허위보고를 한 경우<sup>194)</sup>·정부양곡의 수매·가공·보관 및 방출업무를 보조하는 군청직원이 자의로 방출한 경우<sup>195)</sup>에 배임죄의 성립을 인정하였다.

## (2) 재산상의 사무

배임죄에서의 사무가 재산상의 사무에 한정되는지가 문제된다. 이에 대해 학설은 재산상 사무에 한정된다는 견해<sup>196)</sup>·재산상 사무에 한정되지 않고 타인의 사무이면 모두 사무에 해당된다는 견해<sup>197)</sup> 그리고 반드시 재산상의 사무에 국한할 필요는 없고 그 사무가 적어도 재산상의 이해관계를 가지는 사무이면 족하는 견해<sup>198)</sup>가 대립하고 있다.

재산상의 이해관계 있는 사무에 국한된다는 견해는 사무를 재산상 사무에

193) 대법원 1983. 12. 13. 선고 74도1138 판결 「각종자재의 구매요구 및 구매된 자재의 검수업무를 담당하는 공무원이 구매계약상의 물품과 다른 물품이 납입되었음을 알면서도 계약조건과 소정요건에 완전 적합함을 인정한다는 물품검사보고를 하여 국가로 하여금 납품자에게 물품대금을 지급하게 한 소위는 업무상 배임죄에 해당한다.」

194) 대법원 1978. 8. 22. 선고 78도958 판결 「정부가 관리하는 조절용 사료의 적정한 배급을 위하여 그 관할구역내의 양돈수를 조사·보고하는 임무를 맡은 읍직원이 허위보고를 함으로써 조절용 사료가 부당하게 배정·방출되었다면 그로 인하여 나라에게 조절용 사료의 부당한 감소라는 재산적 손해를 입힌 것이므로 배임죄가 성립한다.」

195) 대법원 1975.11.25. 선고 73도1881 판결 「비축중인 정부양곡을 소정 목적 외의 용도로 자의로 방출한 경우에는 그 대금전액이 국고에 납입된 여에 불구하고 그 목적을 위한 사용이 저해되어 정부에 재산상 손해를 가한 것이므로 배임죄가 성립한다.」

196) 김일수·서보학, 전게서, 467면 ; 배종대, 전게서 506면 ; 이재상, 전게서, 387면 ; 조준현, 전게서, 389면 ; 정성근·박광민, 전게서, 461면 ; 정웅석·백승민, 전게서, 1201면

197) 임웅, 전게서, 444면 ; 오영근, 전게서, 601면 ; 정영일, 전게서, 323면

198) 정성근·박광일, 「형법각론」, 삼지원, 2006, 495면

제한함으로써 배임죄의 부당한 확대적용을 막을 수 있고 현행 형법상 재산죄로 위치하고 있어 재산상의 사무에 국한된다고 한다. 한편 재산상의 사무나 재산적 이해관계를 가지는 사무에 국한할 필요가 없다는 견해는 형법은 사무를 재산상의 사무에 국한한 명문의 근거가 없으며 배임죄의 재산죄로서의 성질은 본인에게 재산상 손해를 가하는 데서 충분히 나타나고 또 불법영득의사 등 배임죄의 다른 구성요건에 의해 배임죄의 성립범위 확대위험이 제거된다고 한다.<sup>199)</sup> 다음으로 재산상의 사무에 국한할 필요는 없지만 적어도 재산상의 이해관계를 가지는 사무이면 족하다는 견해는 독일형법이 ‘타인의 재산처분’ 내지 ‘타인의 재산적 이익을 관리할 의무’를 규정하고 있지 않아 재산상 사무일 필요는 없지만 형법이 배임죄의 구성요건으로서 ‘재산상의 이익을 취득하거나 취득하게 하는 것’을 규정하고 있으므로 적어도 재산적 이해관계를 가지는 사무이어야 한다고 한다.

판례는 일반적으로 배임죄의 사무를 재산상의 사무로 한정하고 있다고 하나 이는 명확하지 않다.<sup>200)</sup> 오히려 타인의 사무를 처리하는 자를 ‘양자간의 신임관계에 기초를 두고 타인의 재산관리에 대한 사무를 대행하거나 타인의 재산보전행위에 협력하는 자’ 또는 ‘양자간의 신임관계에 기초를 둔 타인의 재산보호 내지 관리의무가 있음을 본질적 내용으로 하는 것’이라 하면서 본질적으로 재산상 사무라고 보기 어려운 공무나 방송국의 프로듀서가 방송될 곡을 선곡하는 사무<sup>201)</sup>도 타인의 사무로 인정하고 있어 반드시 재산상의 사무에 국한

199) 오영근, 전거서, 503면 ; 임웅, 전거서 445면

200) 박상희, 전거논문, 8면 ; 대법원 2009.2.26. 선고 2008도11722 판결 「타인의 사무를 처리하는 자」라고 하려면 두 당사자의 관계의 본질적 내용이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 그들 간의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 내지 관리하는 데 있어야 한다. 만약, 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무라면, 그 사무의 처리가 타인에게 이익이 되어 타인에 대하여 이를 처리할 의무를 부담하는 경우라도, 그는 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하지 않는다.」

201) 대법원 1991. 6. 11. 선고 91도688 판결 「방송국에 소속되어 가요 프로그램의 제작연출 등의 사무를 처리하는 가요담당 프로듀서는 방송법이 규정하고 있는 방

하지 않고 재산상의 이해관계를 가지는 사무로 해석하고 있다고 보는 것이 타당하다.<sup>202)</sup> 이는 재산상 사무와 재산상 이해관계가 있는 사무의 명확한 구분이 불가능한 측면이 있기 때문이다.

## II. 임무위배행위

### 1. 의의

배임죄의 구성요건이 되는 임무위배행위이다. 어떠한 행위가 임무에 위배되는 것인가는 배임죄의 본질에 관한 학설에 따라 달라지나 배임죄의 본질을 배신설의 입장에서 이해한다면 임무위배행위는 사무의 내용·성질 등 구체적인 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<sup>203)</sup>로 그 행위가 권한유월의 행위이거나 법률행위인 것일 필요는 없고 사실행위도 포함하며 그 행위의 유효·무효는 배임죄의 성립에 영향에 미치지 않는다.<sup>204)</sup>

임무위배행위는 행위에 한정되지 않고 당연히 기대되는 행위를 하지 않는다는 의미에서 부작위에 의해서도 가능하다. 예를 들어 이사가 채권을 행사하지 않음으로써 그 권리가 시효로 소멸하게 된 경우 및 지하철 승무원이 고의로 무임승차를 방임한 경우에는 배임죄가 인정된다.<sup>205)</sup> 반면 보험모집인이 자기

---

송의 공적책임수행과 그 내용의 공정성 및 공공성의 요청에 따라 방송국의 내규가 정하는 제한 범위 내에서 방송될 가요를 선곡하는 임무를 방송국으로부터 부여받은 자로서 “타인의 사무를 처리하는 자”이므로 배임수재죄의 주체가 될 수 있다.」

202) 고현덕, 전계논문, 41면

203) 김일수·서보학, 전게서, 488면 ; 오영근, 전게서, 507면 ; 대법원 1987.4.28. 선고 83도1568 판결 ; 대법원 1988.4.25. 선고 87도2339 판결 ; 대법원 1994.9.9. 선고 94도902 판결 ; 대법원 1999.3.12. 선고 98도4704 판결 ; 대법원 2004.7.9. 선고 2004도810 판결

204) 대법원 2001.9.28. 선고 99도2639 판결

205) 대법원 1990.9.28. 선고 90도602 판결

가 모집하여 체결시킨 보험계약에 대해 위험성이 크니 해약하라는 지시를 받고도 이행하지 않고 있는 사이에 보험사고가 발생하여 보험회사가 보험금을 지급하게 된 사안의 경우 그 보험모집인이 보험계약자들을 설득하여 보험계약을 해약시켜야 할 의무가 있다고는 할 수 없으므로 배임죄는 부정된다.<sup>206)</sup>

## 2. 배임행위의 판정기준

### (1) 사무의 성질과 내용

타인의 사무를 처리하는 자의 구체적 행위가 임무위배행위에 해당하는지의 여부는 그가 처리해야 할 사무의 성질·내용과의 관계에 있어서 판단해야 하므로 그 판단에 있어서는 우선 무엇보다 당해 사무처리의 성질과 내용을 정한 법령·법률행위 또는 관습 등이 먼저 규명되어야 한다. 즉 회사의 이사가 행한 업무 집행이 임무위배행위인의 여부는 이는 회사법에 있어서 이사의 업무집행에 관한 규정·정관 기타의 회사의 업무내용에 관한 규정을 고찰하여 결정해야 한다.

또한 처리해야 할 사무의 성질이나 내용에 비추어 당해 행위가 통상의 업무집행(ordnungsmässige Geschäftsführung)의 범위를 일탈하고 있는 경우에만 임무위배가 되고 사무의 처리자로서 통상적으로 해야 할 일을 하지 않을 때는 그 임무를 위배하였다고 할 수 없다. 당해사무의 처리로서 통상적으로 해야 할 행위를 한 이상 비록 그 행위에 의해 본인에게 손해를 끼치는 결과가 되었다고 하더라도 그 손해는 당해 사무의 성질상 예기되어 있는 것이므로 그 행위를 임무위배라고는 할 수 없기 때문이다.

### (2) 신의성실의 원칙

배임행위의 본질은 행위자에게 지워진 신의성실의 의무에 반하는 점에 있는

---

206) 대법원 1986.8.19. 선고 85도2144 판결

것이므로 법령의 명문 혹은 법률행위의 표현에 위반하는 일이 없다고 하더라도 실질적으로 신의칙에 의하여 판단하여 신의성실의 관념에 반할 때는 배임이라고 인정해야 한다.<sup>207)</sup>

### 3. 모험거래

타인의 사무를 처리하는 자가 다른 회사에 투자하거나 주식을 매매하는 행위와 같이 장래의 손익이 불투명한 투기적 성질을 가진 모험거래(Risikogeschäft)가 임무위배행위에 해당하는지가 문제된다. 회사의 투자행위나 거래행위 및 경영판단은 위험부담을 항상 안고 있는 것이기 때문에 모든 모험거래가 임무위배행위에 해당하는 것은 아니며<sup>208)</sup> 모험거래를 할 수 있는 권한의 유무와 거래의 범위·행태·방법을 정한 내부적 관계 및 거래의 관행에 비추어 이를 판단한다.<sup>209)</sup> 따라서 그 거래가 통상 거래관행을 벗어나지 않는다면 추정적 승낙이나 양해가 있다고 할 것이므로<sup>210)</sup> 처음부터 배임행위에 해당하지 않는다고 보아야 한다. 다만 승낙은 사후에 있어서는 안 된다.<sup>211)</sup>

### Ⅲ. 재산상 이익취득과 재산상 손해

배임죄가 성립하기 위해서는 행위자가 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하고 본인에게 손해를 발생케 해야 한다. 재산상 이

---

207) 문형섭, 전제논문, 66면

208) 박상희, 전제논문, 12면

209) 김일수·서보학, 전제서, 489면 ; 배종대, 전제서, 517면; 오영근, 전제서, 511면 ; 임웅, 전제서, 449면 ; 정성근·박광민, 전제서, 465면

210) 박상기 교수는 모험거래시 배임행위의 불법성은 본인의 동의나 승낙의 존재여부에 따라 결정되는 것이 아니라 사무처리자가 임무에 위배되는 행위를 하였는가의 여부에 따라 판단하여야 하고 현실적으로 사무처리자가 이러한 승낙이나 동의의 범위 내에서 모험거래를 수행하였는가가 중요한 것이라고 한다(박상기, 「형법각론」 제5판, 박영사, 2004, 404-405면 참조).

211) 대법원 1985. 9. 24. 선고 85도1444 판결

익취득과 본인의 재산상 손해는 법문에 명시된 구성요건이다.

## 1. 재산상 이익취득

타인의 사무처리자는 임무위배행위를 통하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여야 한다. 본인에게 재산상 손해를 가했다 하더라도 본인이나 제3자가 재산상 이익을 취득하지 않으면 배임죄가 성립하지 않는다는 점에서 본인에게 손해를 가할 것만을 요구하는 독일 형법상 배임죄와 구별된다. 재산상 이익(Vermögen als Ganzes)은 재물(Spezia Vermögensgüter) 이외의 일체의 재산적 가치가 있는 이익을 말한다.<sup>212)</sup> 여기서 재산적 이익은 손해를 가한 배임행위 자체로 인하여 취득한 이익에 한한다.

형법상 재산적 이익을 어떠한 관점에서 파악할 것인가에 대해서는 법률적 재산설과 경제적 재산설 그리고 기본적으로는 경제적 재산개념설에 따르면서도 법률로써 그 인정 범위를 제한하는 법률적·경제적 재산설이 있다.

### (1) 법률적 재산설(juristische Vermögenstheorie)

법률적 재산설이란 권리주체의 재산은 그의 재산상의 권리와 의무의 총체로 이해하는 견해이다. 이에 따르면 재산권의 침해가 동시에 다른 측면에서 권리를 증대시키더라도 재산상 권리 침해가 있는 한 재산침해가 되므로 재산에 대한 이익 및 손해(Vorteil und Schaden)의 개념은 경제적으로가 아니라 법률적으로 파악해야 한다. 이 견해는 재산의 개념은 명확하나 경제적 가치 없는 법적 지위도 재산에 포함되어 재산상의 이익의 개념이 지나치게 확대되어 재산상의 이익을 보호하는 이득죄와 재물죄에 대한 소유범죄가 같은 성질을 가지게 될 뿐만 아니라 피해자에게 경제적 손해를 가하더라도 노동력이나 기대

---

212) 김일수·서보학, 전게서, 487면 ; 오영근, 전게서, 511면 ; 임웅, 전게서, 236면 ; 정영일, 전게서, 331면

권과 같이 민법적인 권리·의무와 무관하면 처벌할 수 없게 되어 배임죄의 성립범위를 좁히게 되는 단점이 있다는 이유에서 현재는 법률적 재산설을 취하는 이는 없다.<sup>213)</sup>

## (2) 경제적 재산설(wirt schaftliche Vermögenstheorie)

경제적 재산설이란 개인에 속한 경제적 이익의 총체를 재산상의 이익으로 파악하는 견해이다. 이 견해는 권리 그 자체만으로 재산이 되는 것은 아니고 경제적 가치가 있는 때에만 재산상의 이익이 되며 반대로 권리가 아닌 사실상 경제적 가치있는 지위도 재산에 포함된다고 하여 형법상 재산의 범위를 넓히는 특징을 갖는다. 이에 따르면 대가를 지급하겠다고 부녀를 기망하여 성관계를 맺은 경우 성매매의 대가가 비록 불법하다 하더라도 현실적으로 거래의 대상이 되고 있고 또 폭행·협박으로 채무를 면제 받은 경우에도 현실적으로 그로 인해 현실적 이익을 향유할 수 있기 때문에 각각 사기죄와 강도죄가 성립한다.

판례는 일관되게 “재산상 손해의 유무에 관한 판단은 본인의 전(全) 재산상태와의 관계에서 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 판단하여야 하며 따라서 법률적 판단에 의하여 무효라고 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 현실적 손해를 가하였거나 실해발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상 손해를 가한 때에 해당한다.”<sup>214)</sup>고 함으로써 이 견해를 취하고 있다. 경제적 재산설은 다른 법질서에 의하여 명백히 부정되는 불법한 지위도 경제적 가치가 있는 이상 재산에 포함시킴으로써 전체 법질서와 충돌하

---

213) 김일수·서보학, 전게서, 223면 ; 배종대, 전게서, 435면 ; 이재상, 전게서, 293면 ; 오영근, 전게서, 299면

214) 대법원 1994.2.22 선고 93도428 판결 ; 대법원 1995.11.21 선고 94도1375 판결 ; 대법원 1999.6.22. 선고 99도1085 판결 ; 대법원 2007.7.26. 선고 2005도6439 판결 ; 대법원 2008.1.24. 선고 2007도9417 판결

는 결과를 가져오는 문제점이 있다.<sup>215)</sup>

### (3) 법률적·경제적 절충설(juristisch-ökonomische Vermittlungslehre)

법률적·경제적 절충설이란 기본적으로 경제적 재산개념에서 출발하면서 그 단점을 보완하고자 권리의 총체가 아닌 경제적 가치가 있는 지위를 재산으로 파악하는 견해를 말한다.<sup>216)</sup> 즉 법질서에 의해 보호받는 경제적 가치가 있는 이익을 재산으로 파악한다. 이 견해는 법질서의 통일이라는 관점에서 다른 모든 법질서에 의해 부정되는 금전적 가치 있는 지위를 형법의 보호법익으로 삼을 수 없으며 형법의 보충적·단편적·최후수단적 지위를 감안하더라도 다른 법질서가 보호하지 않는 법익을 앞장서서 보호할 수는 없다는 것을 논거로 들고 있다. 하지만 이러한 절충설은 형법과 사법은 그 이념을 같이 하는 것이 아니므로 형법의 보호대상은 형법 독자의 입장에서 판단되어야 한다는 점에서 비판을 받고 있다.

### (4) 검토

법률적 재산개념은 자유주의 법체계의 소극적 권리개념을 바탕으로 하고 있으나 사회국가 법체계의 성장과 더불어 법적 권리개념도 확장되었고 19세기에는 권리로 파악되지 않았던 경제적 이익도 오늘날에는 권리로서 인정받게 되었다. 즉 오늘날 모든 종류의 법적 권리·의무는 경제적 이익과 직접·간접으

---

215) 대법원 2001.10.23. 선고 2001도2991 판결 「일반적으로 부녀와의 성행위 자체는 경제적으로 평가할 수 없고, 부녀가 상대방으로부터 금품이나 재산상 이익을 받을 것을 약속하고 성행위를 하는 약속 자체는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위로서 무효이나, 사기죄의 객체가 되는 재산상의 이익이 반드시 사법(私法)상 보호되는 경제적 이익만을 의미하지 아니하고, 부녀가 금품 등을 받을 것을 전제로 성행위를 하는 경우 그 행위의 대가는 사기죄의 객체인 경제적 이익에 해당하므로, 부녀를 기망하여 성행위 대가의 지급을 면하는 경우 사기죄가 성립한다.」

216) 김일수·서보학, 전거서, 319면

로 관련이 있고 개인이 누리는 거의 모든 종류의 경제적 이익은 법적 권리·의무로 파악될 수 있다. 이러한 관점에서 보면 법률적 재산개념과 법률적·경제적 재산개념은 그 내용에 있어 거의 차이가 없게 되었다.<sup>217)</sup> 그러나 재산의 개념을 법률적 재산개념이나 법률적·경제적 재산개념으로 이해하는 한 법률의 보호를 받지 못하는 매춘여성의 화대와 같은 경제적 이익은 보호받을 수 없게 되는 문제점이 발생한다. 이와 관련하여 법률적 재산개념설은 경제적 재산개념설이 불법적인 이익까지를 보호하는 점에서 법질서의 통일을 해친다고 하여 부당하다고 비판하지만 반드시 이러한 비판이 타당한지는 의문이다. 구성요건에 관한 형법해석의 문제와 실질적 위법성 또는 가벌성의 문제는 구별되어야 하기 때문에 민법 제747조가 불법원인급여의 반환을 청구할 수 없다고 규정한 것은 거기에서 생기는 사실상의 효과의 회복에 대하여 협력을 거부하는 것과 위법한 수단에 의하여 사회적 재산질서를 교란하는 것은 별개로 파악해야 하기 때문이다.<sup>218)</sup> 따라서 경제적 재산개념설이 이러한 이익까지를 보호하는 것으로서 타당한 견해라고 생각한다.

## 2. 재산상 손해

### (1) 손해의 개념

재산상의 손해란 본인의 전체재산가치의 감소 즉 총체적으로 본인의 재산상태에 손실을 가하는 경우를 말한다. 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 재산상 이익취득과 마찬가지로 본인의 전(全) 재산 상태를 고려하여 경제적 관점에 따라 판단한다.<sup>219)</sup> 즉 배임행위로 인한 재산의 감소를 그와 동시에 생겨나

217) 배종대, 전게서, 435면

218) 임웅 교수는 이를 “범죄에 대한 범죄이다.”라고 표현하고 있다.(임웅, 전게서, 258면 참조)

219) 이에 따른 한 개인의 재산은 채무를 공제한 경제적 가치 있는 재화의 총액을 의미한다.

는 행위자의 반대급부로 인한 재산의 증가와 비교하여 경제적으로 본인의 전체 재산가치의 감소가 있는 경우에 배임죄가 인정된다.<sup>220)</sup> 따라서 재산상의 손해를 야기시킨 배임행위가 동시에 그 손실을 보상할 만한 재산상의 이익을 준 경우에는 손해가 발생했다고 할 수 없다.<sup>221)</sup> 객관적인 손해는 배임행위로 인한 재산상의 손실이 이로 인해 직접 생기는 재산상의 이익에 의해 경제적으로 완전히 상계되지 않는 경우에 발생하기 때문이다.

## (2) 손해발생의 판단

당해 배임행위가 법률적 판단에 의하여 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당한다.<sup>222)</sup> 따라서 배임죄에서 현실적인 재산상 손해액까지 구체적으로 명백하게 확정될 필요는 없고 단지 재산상 권리의 실행을 불가능하게 할 염려 있는 상태 또는 손해발생의 위험이 있는 경우에도 성립한다.<sup>223)</sup> 다만 본인에게 발생된 손해액을 구체적으로 산정할 수 없는 때에는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률의 적용을 받지 않는다.<sup>224)</sup> 일단 손해의 위험성을 발생시킨 이상 사후에 담보를 취득하거나 피해가 회복되었다 하여도 배임죄 성립에 영향을 주는 것은 아니다.<sup>225)</sup> 타인의 사무처리자는 임무위배행위로 인해 본인에게 재산상 손해를 가해야 하므로 둘

220) 배종대, 전게서, 517면 ; 안경옥, “배임죄에 있어서 손해발생의 위험”, 『비교형사법연구 제2권 제1호』, 한국비교형사법학회, 2000, 216면

221) 대법원 2005. 4. 15. 선고 2004도7053 판결

222) 대법원 2006.11.9. 선고 2004도7027 판결

223) 이재상, 전게서, 408면 ; 대법원 1975. 12. 23. 선고 74도2215 판결 ; 대법원 2000.4.11 선고 99도334 판결

224) 대법원 2001.11.13. 선고 2001도3513 판결

225) 대법원 1986.8.19 선고 86도584 판결 「타인의 사무를 처리하는 자가 업무상 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하고 본인에게 손해를 가한 이상 후일 본인에게 손해금을 변상했다 할지라도 업무상 배임죄의 성립에는 지장이 없다.」

사이에 인과관계가 인정되어야 한다.<sup>226)</sup>

#### IV. 주관적 구성요건

##### 1. 구성요건상 고의

배임죄는 고의범이므로 객관적 구성요건요소에 대한 고의가 존재할 것이 요구된다. 따라서 행위자는 타인의 사무를 처리하는 자라는 신분·임무위배행위 인식과 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 인식이 있어야 한다.<sup>227)</sup> 일부 본인을 위한 측면이 있다고 하더라도 그 의사가 부수적일뿐이고 이득 또는 가해의 의사가 주된 것인 때에는 배임죄의 고의가 인정된다.<sup>228)</sup> 한편 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 범의를 부정하는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여 한다.<sup>229)</sup> 그리고 이러한 고의는 미필적 고의로도 족하다.<sup>230)</sup>

##### 2. 불법영득의사

---

226) 이재상, 전게서 418면 ; 임웅, 전게서, 451면

227) 대법원 2003.4.25. 선고 2001도4035 판결 「업무상배임죄는 타인에 대한 신뢰관계에서 일정한 임무에 따라 사무처리를 할 법적 의무가 있는 자가 당해 사정하에서 당연히 할 것이 법적으로 기대되는 행위를 하지 않는 때에 성립하는 것으로 그 죄가 성립하기 위하여는 행위자가 주관적으로 자기의 행위가 임무에 위배되는 것이라는 인식 외에도 그로 인하여 본인에게 재산상 손해를 발생 또는 발생시킬 염려가 있다는 인식이 있어야 한다.」

228) 대법원 2008.5.29 선고 2005도4640 판결

229) 대법원 2003.2.11. 선고 2002도5679 판결

230) 대법원 1987.3.10. 선고 81도2026 판결 ; 대법원 1988.5.24. 판결 88도542 판결 ; 대법원 1991.1.17. 91도1675 판결 ; 대법원 1996. 5. 28. 선고 95도191 판결 ; 대법원 2000.4.11. 선고 99도334 판결 ; 대법원 2003.4.25. 2001도4035 판결 ; 대법원 2004.10.28. 2002도3131 판결

배임죄의 행위태양에는 재산상의 이익을 취득하는 것이 포함되어 있고 이는 고의의 내용이 되므로 이득의 고의 이외에 불법영득의사가 필요하다고 할 필요가 없다는 견해가 있다.<sup>231)</sup> 즉 재산상 이익취득이 고의의 내용이 되고 또 고의를 초과하는 불법이득의사의 내용이 된다고 하는 것이 이상하기 때문에 이득의 불법에 대한 인식은 주관적 구성요건요소가 아니라 책임요소가 된다고 한다. 그러나 판례<sup>232)</sup>와 학설의 지배적 견해<sup>233)</sup>는 독일형법과 달리 우리 형법은 배임죄를 이득죄의 하나로 구성하였기 때문에 고의 이외 불법영득의사가 필요하다는 입장이다. 따라서 본인의 이익을 위하여 사무를 처리한 때에는 불법이득의사가 없으므로 배임죄는 성립하지 않는다. 예컨대 본인을 위하여 예산을 유용한 경우<sup>234)</sup>·부득이한 사정으로 시유지를 수의계약에 의하여 매각한 경우<sup>235)</sup>·농협직원이 시급히 처분할 필요가 있는 변질우려가 있는 쌀을 보증인 없이 외상판매한 경우<sup>236)</sup>·회사에 대하여 개인적인 채권을 가지고 있는 대표이사가 회사를 위하여 보관하고 있는 회사소유의 금전으로 자신의 채권변제에 충당한 경우<sup>237)</sup>에는 불법이득의사가 인정되지 않는다.

231) 오영근, 전게서, 514면

232) 대법원 1983.7.26. 선고 83도819 판결 ; 대법원 1990.7.24. 선고 90도1042 판결 ; 대법원 1994.9.9. 선고 94도619 판결

233) 김일수·서보학, 전게서, 495면 ; 배종대, 전게서, 522면 ; 이재상, 전게서, 421면 ; 임웅, 전게서 452면, 정영일, 336면

234) 대법원 1974.5.14 선고 73도3208 판결 「예산을 본래의 취지대로 사용치 아니하였더라도 본인을 위하여 일시 유용한 경우는 그 유용자에게 불법영득의 의사가 있었다고 할 수 없다.」

235) 대법원 1974.7.16. 선고 74도336 판결

236) 대법원 1992.1.17. 선고 91도1675 판결 「단위농업협동조합의 조합장이 조합규약에 따른 대금회수 확보를 위한 담보취득 등의 조치 없이 조합의 양곡을 외상판매함으로써 인하여 위 조합에 손해가 발생하였지만 당시 시장에 양곡의 물량이 많아 현금판매가 어려웠고 기온상승으로 양곡이 변질될 우려가 생겼으며 농협중앙회로부터 재고양곡의 조기판매 추진지시를 받는 등 사정으로 오로지 조합의 이익을 위하여 양곡을 신속히 처분하려다 손해가 발생한 것이라면 위 양곡 외상판매행위가 위 조합에 손해를 가하고 자기 또는 제3자에게 재산상의 이익을 취득하게 한다는 인식·인용하에서 행해진 행위라고 할 수 없다.」

237) 대법원 2002.7.26. 선고 2001도5459 판결 「회사에 대하여 개인적인 채권을 가

본인의 이익을 위한 의사와 자기 또는 제3자가 재산상의 이익을 취득할 의사가 결합한 때에는 그 가운데 어느 의사가 주된 것인가에 따라 판단한다. 따라서 행위의 결과가 본인을 위한 측면이 있다 하더라도 본인을 위한 의사는 부수적일 뿐이고 이득 또는 가해의 의사가 주된 경우라면 배임죄의 성립이 인정된다.

### 3. 손해를 가할 목적

구형법과 달리 현행 형법은 배임죄에 있어 자기 또는 제3자의 이익을 도모하고 또 본인에게 손해를 가하려는 목적을 그 구성요건으로 규정하고 있지 않으므로 배임죄의 범의는 자기의 행위가 그 임무에 위배한다는 인식으로 족하고 본인에게 손해를 가하려는 의사는 이를 필요로 하지 않는다.<sup>238)</sup>

## V. 배임죄의 효과

배임죄가 성립하면 법 제355조 2항에 의해 5년 이하의 징역 또는 1천 5백만원 이하의 벌금에 처하며 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다.

업무상 임무에 위배하여 배임죄를 범하는 법 제356조에 따라 10년 이하의 징역 또는 3천만 이하의 벌금에 처하며 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다. 업무상 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자라는 진정신분과 업무자라는 부진정신분의 이중적 신분을 가지고 있는 신분범이다.<sup>239)</sup> 따라서 업무상

---

지고 있는 대표이사가 회사를 위하여 보관하고 있는 회사 소유의 금전으로 자신의 채권 변제에 충당하는 행위는 회사와 이사의 이해가 충돌하는 자기거래행위에 해당하지 않는 것이므로 대표이사가 이사회 의 승인 등의 절차 없이 그와 같이 자신의 회사에 대한 채권을 변제하였더라도 이는 대표이사의 권한 내에서 한 회사 채무의 이행행위로서 유효하고 따라서 불법영득의 의사가 인정되지 아니하여 횡령죄의 죄책을 물을 수 없다.」

238) 오영근, 전게서, 514면 ; 이재상, 전게서, 421면 ; 대법원 1974.5.14. 선고 73도3208 판결 ; 대법원 2000.5.26. 선고 99도2781 판결

239) 이재상, 전게서, 427면

사무처리자라는 신분 있는 자가 그 신분없는 자와 같이 업무상 배임죄를 범한 경우에는 신분 있는 자는 업무상 배임죄에 해당하지만 신분없는 자는 제33조 본문에 의하여 배임죄의 공범은 될 수 있어도 업무상 배임죄의 공범은 될 수 없다.

한편 제355조의 배임·제356조의 업무상 배임의 죄를 범한 자가 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재산상 이익이 5억원 이상인 때에는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조에 의하여 그 가액이 50억 이상인 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하며 5억 이상 50억 미만인 때에는 3년 이상의 유기징역에 처하며 재산상 이익 가액 이하에 상당하는 벌금도 병과할 수 있다.

배임죄의 실행착수시기는 배임의 고의로 임무위배행위를 개시한 때이며 임무위배행위를 하였지만 본인에게 재산상의 손해가 발생하지 않은 경우 또는 자기 또는 제3자를 위한 재산상 이익취득행위를 완료하지 못한 경우 그리고 배임행위와 재산상의 손해발생 내지 이익취득 사이에 인과관계가 인정되지 않는 경우에는 미수가 성립한다.<sup>240)</sup> 배임죄의 기수의 시기에 대해 판례는 본인에게 손해가 발생한 때라고 한다.<sup>241)</sup> 이와 관련하여 배임죄의 기수시기는 재산상 이익취득행위가 완료한 때이고 현실적으로 이익취득을 한 때는 아니라는 견해<sup>242)</sup>와 재산상의 이익을 취득한 시점이나 재산상 손해발생시점 중 나중의

---

240) 배종대, 전게서, 521면

241) 대법원 1987.4.28. 선고 83도1568 판결 「배임죄는 본인에게 손해를 가한 때에 기수가 되는 것이므로 본인에게 손해가 발생하기 이전에 업무상 배임행위로 취득할 유류를 그 배임행위자로부터 미리 이를 매수하기로 합의 내지 응탁한 피고인들의 행위는 배임으로 취득한 장물을 취득한 행위에 지나지 않는 것이 아니라 모두 배임행위 자체의 공동정범이 된다.」

대법원 2003.10.30. 선고 2003도4382 판결 「회사직원이 영업비밀을 경쟁업체에 유출하거나 스스로의 이익을 위하여 이용할 목적으로 무단으로 반출한 때 업무상 배임죄의 기수에 이르렀다고 할 것이고 그 이후에 위 직원과 접촉하여 영업비밀을 취득하려고 한 자는 업무상배임죄의 공동정범이 될 수 없다.」

242) 배종대, 전게서, 520면

것을 기수시기라고 보아야 한다는 견해<sup>243)</sup>가 있다.

생각컨대 재산상 손해가 발생하여도 재산상 이익취득행위가 없으면 배임죄의 구성요건상 배임죄가 성립할 수 없고 일반적으로 재산상 손해발생 이후에 재산상 이익취득행위가 있다고 할 것이므로 이익취득행위가 완료한 때 배임죄의 기수가 성립한다고 보는 것이 일견 타당하다고 할 것이다. 하지만 경제적 재산설의 관점에서 보면 손해발생의 위험만으로도 경제적 이익을 취득하는 경우가 있을 수 있고 또한 손해와 이익의 자료동질성도 요구되지 않기 때문에 사실상 이를 명확히 입증하기가 어렵다 할 것이고 사법 거래관계의 질서확립이라는 배임죄의 취지라는 측면에서도 재산상 손해발생시점을 기수시기로 보아도 무방하다 할 것이다.

## 제4절 상법상 특별배임죄

### I. 특별배임죄의 의의

특별배임죄란 일정한 회사관계자가 그 임무에 위배한 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 회사에 손해를 가하는 행위를 말한다. 상법 제622조 내지 624조는 발기인·이사·기타 임원 등의 특별배임죄와 사채권자집회(社債權者集會)의 대표자 등의 특별배임죄를 규정하고 제624조는 미수범의 처벌규정까지 두고 있다.<sup>244)</sup>

### II. 특별배임죄의 연혁

1937년의 독일 주식법은 이사회와 감사회의 구성원 또는 청산인 등의 특별

---

243) 오영근, 전제서 521면

244) 송호신, “상법상의 회사관련범죄에 대한 연구-벌칙조항의 활성화 방안을 중심으로”, 「한양대학교 대학원 박사학위논문」, 2002, 37면 ; 주강원, “상법상 특별배임죄에 대한 연구”, 「연세대 법학연구」 제18권 제3집, 2008, 361면

배임죄에 관한 제294조의 규정을 두고 있었다. 그러나 1965년에 주식법을 개정하면서 1937년 주식법 제294조의 전체 적용범위가 독일 형법 제266조의 일반배임죄의 구성요건에 포괄되어 있고 더욱이 독일 형법 제266조에 의해서도 처벌이 가능하기 때문에 이사 등의 특별배임죄에 관한 1937년 주식법 제294조를 삭제하였다.

일본은 회사 임원의 배임행위로 인하여 회사가 입는 손해가 다른 배임행위로 입는 손해보다 심각하고 광범위하기 때문에 그 형을 가중할 필요가 있다고 하여 독일 주식법 제294조를 계수하여 1938년에 상법상 특별배임죄를 신설하였다.

우리나라는 1962년 상법을 제정할 때 1937년의 독일주식법 제294조와 1938년의 일본 구(舊)상법 제486조와 제487조를 계수하여 형법상의 배임죄의 특별조항으로서 발기인·이사 기타 임원 등과 사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄를 입법화하였다.

상법상 특별배임죄의 구성요건은 행위의 주체가 구체화되어 있다는 사실을 제외하면 사실상 형법의 업무상배임죄의 구성요건과 동일하나 다만 법정형이 가중되어 발기인·이사 등의 특별배임죄의 법정형은 형법상 일반배임죄의 법정형인 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원의 벌금형보다 높다.

하지만 업무상배임죄의 구성요건은 사실상 상법의 특별배임죄의 구성요건을 포괄하고 있고 그 법정형도 특별배임죄와 동일하며 이득액의 액수에 따라 배임죄를 가중처벌하도록 한 특정경제범죄처벌등에관한법률의 영향으로 실무에서는 상법상 특별배임죄로 처벌할 수 있는 행위에 대하여서도 상법의 특별배임죄에 관한 규정을 적용하지 않고 형법의 일반배임죄 또는 업무상 배임죄에 관한 규정을 적용하여 처벌하고 있다.

### Ⅲ. 특별배임죄의 보호범의

회사는 그 구성원과 독립한 인격자로서 재산권의 주체가 되기 때문에 특별배임죄의 보호법익은 주주의 이익이 아니라 회사의 재산권이다.<sup>245)</sup> 그러나 사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄의 보호법익은 사채권자의 재산권이다.

#### IV. 상법상 특별배임죄의 구성요건

##### 1. 특별배임죄의 행위주체

상법상 특별배임죄와 형법상 배임죄 또는 업무상 배임죄를 구분 짓는 결정적인 특징은 행위주체이다. 즉 형법상 배임죄와 업무상 배임죄는 “타인의 사무를 처리하는 자” 또는 “업무상의 임무에 위배하여 배임죄를 범한 자”라고 규정하여 그 행위의 주체를 일정한 지위에 있는 자로 제한하지 않는 반면 특별배임죄의 행위주체는 상법 제622조 제1항 및 제2항과 제623조에 규정된 자인 회사의 발기인<sup>246)</sup>·업무집행사원<sup>247)</sup>·이사<sup>248)</sup>·감사위원회 위원·감사·임시

245) 대법원 1959.5.7. 선고 4290민상496 「개인이 어떤 회사의 주식을 매수하여 동주주가 된 경우에는 회사에 대하여 주주권을 행사할 뿐이고 직접 회사재산에 대하여 소유권을 행사할 수 없음은 사단법인이 그 구성원과는 독립한 인격자로서 독립하여 재산을 소유하고 모든 법률행위를 할 수 있음은 법률상 다른 불요하는 바이고, 소위 귀속법인의 주식을 불하받은 주주에 있어서도 이를 달리할 바 없다.」

246) 발기인은 정관에 발기인으로서 기명날인 또는 서명한 자를 말한다. 따라서 정관에 발기인으로서 기명날인 또는 서명한 자에 한하여 특별배임죄의 주체가 될 수 있다. 정관작성 기타 회사설립에 관한 행위를 한 자라도 정관에 발기인으로서 기명날인 또는 서명을 하지 아니한 자는 발기인이 아니므로 동죄의 주체가 될 수 없다.

247) 업무집행사원이란 합명회사의 업무를 집행할 권리와 의무가 있는 사원과 합자회사의 업무를 집행할 권리와 의무가 있는 무한책임사원을 말한다. 그런데 업무집행사원을 특별배임죄의 주체로 규정한 것은 소규모의 인적결합을 중시하는 인적회사의 특성을 무시한 엄벌주의적 입법태도라는 비판을 받고 있다(박길준, “기업관련처벌규정의 개선에 관한 연구”, 대한상공회의소, 1989, 21면).

248) 이사는 발기설립시에 발기인의 호선으로 선임되는 경우를 제외하고 주주총회에서 선임되고 이사로 선임된 자가 승낙의 의사표시를 함으로써 이사선임의 효과가 생긴다. 이때에 피선임자와 회사 간에는 위임관계가 성립하고 이 시점부터 이사로써 본죄의 주체가 될 수 있다. 그런데 이사선임결의의 무효나 취소 또는 이사해임의 소가 제기된 경우에는 법원은 당사자의 신청에 의하여 가처분으로써 이사의 직무를 정지할 수가 있는데 법원의 가처분으로써 이사로서의 직무집행이 정지된 기간에는 본죄의 주체가 될 수 없다. 이사의 책임과 관련하여 1998년의 개정상법은

이사와 임시감사 및 이사와 감사의 직무대행자·지배인<sup>249)</sup>·기타 회사영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인·사채권자집회의 대표자 또는 사채권자집회의 결의를 집행하는 자 등으로 한정된다.

## 2. 특별배임죄의 임무위배행위

특별배임죄의 임무위배행위는 배임죄의 임무행위와 동일하다. 다만 배임죄와 달리 특별배임죄의 행위주체는 회사 내에서 전권을 행사할 수 있는 백지위임적 지위의 우월성과 권한의 무제한성에 그 기반을 두고 있는 경영상충부를 구성하는 자를 대상으로 한 것이기 때문에 그 임무위배행위는 단순한 선관주의의무 위반정도보다 강한 충실의무위반을 요구하고 그 책임의 평가에 있어서도 배임죄가 요구하는 평균인의 개인적 신뢰관계와 함께 이사 등의 계속적·포괄적인 업무상의 신뢰관계를 요구한다.<sup>250)</sup>

## V. 특별배임죄에 의한 처벌과 문제점

특별배임죄의 처벌은 일반배임죄보다 중하고 업무상 배임죄와 그 법정형이

---

업무집행지시자(사실상의 이사) 등의 회사나 제3자에 대한 책임 규정을 신설하였으나 이 들을 특별배임죄의 주체에 포함하지 않았다. 이에 이사의 직무를 수행한 업무집행지시자가 특별배임죄의 행위주체가 될 수 있느냐 여부가 문제가 되고 있다(주강원, 전계논문, 369면). 이와 관련하여 상법은 납입가장죄의 주체를 특별배임죄의 주체와 동일하게 규정하고 있는 대법원은 대주주는 회사의 경영에 실질적인 영향력을 행사하더라도 법상 회사의 사무를 포괄적으로 위임받은 자가 아니므로 납입가장죄의 주체가 될 수 없다(대법원 2006.6.2.선고 2005도3431 판결)고 판시한 바 있다.

249) 상법 14조 1항 전단은 본점 또는 지점의 영업주임 기타 유사한 명칭을 가진 표현지배인은 재판외의 행위에 관하여 본점 또는 지점의 지배인과 동일한 권한이 있는 것으로 보고 있기 때문에 표현지배인이 특별배임죄의 주체에 해당하는지가 문제된다. 그러나 이는 외관을 신뢰한 선의의 제3자를 보호하기 위한 법의 배려에 불과하므로 표현지배인은 특별배임죄의 주체가 되지 아니한다고 해석하여야 할 것이다(주강원, 전계논문 370면).

250) 송호신, 전계논문, 37-39면

동일하다. 다만 특별배임죄에는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률<sup>251)</sup>이 적용되지 않으므로 특별배임죄에 대해서는 그 이득에 따라 처벌을 가중할 수 없다. 그 결과 특별배임죄가 성립하는 경우에는 예외없이 특별배임죄로 처벌하기 보다는 업무상 배임죄로 처벌하고 있다. 하지만 이사 등의 배임행위에 대해 범죄예방적 효과를 위해 특별히 상법에 특별배임죄를 규정한 것이라면 그 법정형을 업무상 배임죄보다 가중해야 할 것이며 또한 특경법에 따라 이득에 따른 가중처벌을 가능하게 해야 할 것이다.

---

251) 이하 특경법이라고 한다.

## 제4장 배임죄의 제한해석론으로서 경영판단원칙

### 제1절 경영판단원칙의 형법상 도입에 관한 논의

배임죄는 타인의 신뢰관계침해라는 민사법적 위법을 형사법적 위법으로 전환한 범죄로서 다른 어느 형법조문보다 사적자치의 본질을 침해할 우려가 있다. 이러한 이유에서 배임죄를 두고 있는 국가들에서도 배임죄의 처벌확장을 막기 위해 배임죄의 조문을 제한적으로 해석해야 한다는 시도들이 여러 각도에서 행해지고 있다. 이러한 배임죄의 제한해석은 앞서 살펴본 바와 같이 배임죄에서 타인의 사무를 재산관련적 사무로 한정하는 것과 같이 객관적 구성요건을 제한하는 방법과 배임죄의 고의와 불법영득의사의 내용을 엄격하게 해석하는 것과 같이 주관적 구성요건을 제한하는 방법으로 나타난다. 이러한 관점에서 경영판단원칙을 형법에 도입하려는 시도 또한 배임죄의 제한해석론의 하나로 평가될 수 있다. 다만 경영판단의 원칙을 현행 형법체계에 도입할 것 인지의 여부와 형법체계상 어디에 위치시킬 것인가의 문제는 배임죄 해석론의 문제로서 그 타당성에 대해서는 별도의 검토가 필요하다고 할 것이다.

#### I. 경영판단원칙의 도입을 긍정하는 견해

형법상 경영판단의 도입을 주장하는 견해가 들고 있는 근거에 대해서는 다양한 설명이 존재하고 있지만 일반적으로 들고 있는 주요 근거는 다음과 같다.

##### 1. 기업경영이라는 특수한 상황

회사의 경영진은 급변하는 경영사정이나 경영환경의 위험 속에서 전문적이

고 정책적인 판단을 해야 하는 위치에 있기 때문에 결과적으로 그 판단이 경영실패로 이어질 가능성이 높고 이러한 경영실패까지 사후평가에 의하여 법적 책임을 엄격하게 추궁한다면 진취적이고 적극적인 기업가 정신은 크게 위축될 수밖에 없다.<sup>252)</sup>

## 2. 전체법체계의 통일성 유지

업무상 배임죄는 배임행위라는 민사적 위법행위를 형사적 위법행위로 전환시켜 처벌하고 있는 법정범적·형법범적 특성을 가지고 있는 범죄로 임무위배로 인한 가벌성의 범위는 형법 고유의 것을 정립한다고 하더라도 그 임무의 개념과 내용은 민사·상사 법률관계를 원용할 수밖에 없는 것으로 민사·상사상 인정되고 있는 경영판단 원칙을 형법상 배임죄 해석에 반영해야 한다.<sup>253)</sup>

## 3. 형법의 독자적인 규율

손해의 전보를 이념으로 하는 민사법과 달리 형벌권의 발동이라는 중대한 법익침해라는 형법의 독자적인 영역을 고려할 때 형법의 독자적인 관점에서 업무상 배임죄의 성립제한을 논의할 필요가 있다.

특히 고의뿐만 아니라 과실책임도 문제 삼는 민법·상법상의 손해배상책임과 달리 형법상 배임죄는 구성요건상 고의범만을 처벌한다는 점에서 형벌권이 발동될 정도의 임무위배행위를 구체적으로 유형화할 필요가 있다.<sup>254)</sup>

---

252) 노명선, “회사범죄에 관한 연구-주식회사 임직원의 형사책임을 중심으로”, 「법조 제48권 10호」, 1999.10, 156면

253) 형법 고유의 독자적인 임무위배개념의 정립을 시도하다가 형법의 보충성·단편성·최후수단성에 반하는 해석이 될 가능성을 배제하기 어렵다고 한다. 이규훈, “업무상 배임죄와 경영판단”, 「형사판례연구 제13권」, 박영사, 2005, 338면

254) 하지만 이러한 주장에 대해서는 형법독자적 규율을 시도한다면 굳이 주의의무위반을 기초로 발전한 민사상의 경영판단의 원칙을 도입할 필요가 없다는 비판이 가능하다.

#### 4. 법원의 판단능력 한계

경영판단은 합리적 경영과 비합리적 경영의 구분이 법적 판단에서의 합법과 불법의 차이만큼 뚜렷하지 않다. 즉 아무리 충실하게 정보를 수집해 경영에 관한 판단을 내리더라도 실패할 수 있는 반면 부실한 경영판단도 성공적인 결과를 낼 수 있다.<sup>255)</sup> 하지만 경영진이 경영판단을 할 당시에 참고로 하는 정보는 그 당시에 입수할 수 있었던 정보에 한정되어 있고 회사 경영에 대한 전문적인 지식이 부족한 법원이 경영판단 당시의 상태를 정확하게 재현하여 사후적 판단으로 경영진의 판단을 사후심사(Second Guess)하는 것은 자칫 경영실패에 따라 그 결론을 달리하는 할 위험이 있다.

#### 5. 형법의 보충성원칙

경영진의 정책결정상의 책임과 배임죄 처벌을 통한 형사책임은 엄격하게 구별되어야 하며 경영판단 당시로서는 합리적이라고 생각되는 경영판단을 하였음에도 불구하고 기업에 손해가 발생하였다는 사후적 결과만으로 경영자에게 배임죄를 묻는 것은 형법의 보충성 원칙에 맞지 않는다.<sup>256)</sup>

### II. 경영판단원칙의 도입을 부정하는 견해

경영판단원칙을 형법상 도입할 경우 일반인의 불법행위책임에 비하여 회사의 경영진이 상대적으로 더 보호될 수 있다는 점과 법원의 소극성을 심화시키고 소수지배의 지위를 약화시킬 수 있다. 또한 경영판단을 행하는 경영진이라는 신분을 해석론을 통해 인정하게 되나 경영진이 어떤 신분을 가진 자인가에 대한 아무런 기준이 없어 명확성 원칙에 반한다.<sup>257)</sup>

---

255) 나승철, “경영판단의 원칙상 배임죄의 고의와 그 제한”, 「법률신문 3467호」 2006.06.19.

256) 오영근, “신용위험 공유자에 대한 대출과 배임죄”, 「형사정책연구」, 제58호, 2004, 116-117면

### III. 검토

경영판단원칙의 도입을 통해 경영실패가 배임죄로 처벌되는 것을 제한하자는 주장은 우리 형법의 배임죄의 구성요건으로부터 출발하는 해석론적 논의라기보다는 경영자의 경영실패라는 사회현상에 대한 형법의 적용에 신중을 기해야 한다는 형사정책적 논의의 성격을 갖는다. 이러한 주장은 단지 형법의 경영실패에의 개입을 반대하고 있을 뿐 구체적으로 그 한계와 기준이 무엇인가를 제시하고 있는 것은 아니다.

다시 말해 필요성이 인정된다고 하여 이를 바로 형사법에 도입할 수 있는 것은 아니다. 따라서 경영판단의 원칙을 배임죄에 대한 하나의 제한해석론으로서 인정할 지의 여부는 배임죄에 대한 형사법체계의 해석을 통해 이를 인정할 필요성이 있는지와 이 원칙이 형법체계와 조화될 수 있는 적합성을 가지고 있는가의 관점에서 판단하는 것이 타당하다. 따라서 이하에서는 경영판단원칙의 형법 체계적 적합성과 그 필요성에 대하여 검토하기로 한다.

## 제2절 경영판단원칙의 형법 체계상 지위

### I. 경영판단원칙의 범죄구성요건 체계상 지위에 관한 논의

경영판단의 원칙을 형법에 도입한다면, 그 체계적 지위를 어디에 두어야 할 것인가가 중요한 문제로 대두된다.

#### 1. 배임죄 고의의 항변으로 보는 견해

경영판단의 주장은 최종적인 결과로 손해가 발생하였다 하더라도 그 손해가

---

257) 조기영, 전제논문, 101-102면

경영진의 고의에 기한 것이 아니라 여러 경영사정을 고려할 때 당시로서는 합리적인 의사결정이었으나 여타의 추가적인 사정으로 인한 것이라면 그 경영진에게서 형사상 배임죄의 고의를 부인하는 것으로 파악하는 견해<sup>258)</sup>이다. 기존 대법원의 대다수 판결들은 경영판단을 배임죄의 고의의 인정여부라는 관점에서 그 해결을 시도해 왔다.

## 2. 고의를 의도적 고의로 엄격화시키는 것으로 보는 견해

경영판단의 주장은 배임죄의 고의를 부인하는 것으로 합리적 의심의 여지가 없는 확신을 줄 수 있는 정도의 증명을 요구하는 것이라는 견해<sup>259)</sup>이다. 이 견해는 경영상 판단과 관련하여 이사의 업무상 배임죄의 성립에는 의도적 고의 적어도 미필적 고의 이상의 의도성을 인정할 수 있어야 한다<sup>260)</sup>고 주장한다.

## 3. 위법성조각사유의 주장으로 보는 견해

### (1) 정당행위 주장으로 보는 견해

경영진이 경영전략적 판단을 잘못 내림으로써 결과적으로 회사의 정상적인 운영이 어렵게 되거나 채권자 등이 재산상 손해가 발생하였더라도 경영진이 정상적이고 양심적으로 경영진에게 요구되는 주의를 가지고 행위한 이상 이는 정당한 업무수행 범위 내의 행위로 위법성이 조각된다는 견해이다. 이 경우 어느 정도의 권한남용은 인정될 수 있으나 그 자체를 임무위배행위로 볼 수 없다고 한다.<sup>261)</sup>

---

258) 최승재, 경영판단의 항변과 기업경영진의 배임죄의 성부, 법률신문 제3308호, 2004.10, 15면

259) 이규훈, 업무상 배임죄와 경영판단, 형사판례연구 제13권, 박영사, 2005, 343면

260) 이규훈, 전제서, 344면

261) 임중호, “주식회사 이사의 반자본단체적 행위에 대한 형사책임”, 「현대의 형사법학 : 익헌 박정근 박사화갑기념」, 법원사, 1990, 681-682면

## (2) 허용된 위험으로 보는 견해

타인의 재산을 관리함에 있어 조심스러운 기업운영이나 재산관리는 아니지만 비교적 현저한 이득을 기대하면서 위험하나 원칙적으로 금지되지 않은 심사숙고한 업무를 하였다면 이는 허용된 위험으로 배임죄의 비난에 대하여 정당화 사유로 고려된다<sup>262)</sup>는 견해이다.

## 4. 검토

경영진에 대한 경영판단원칙의 면책적 효과를 형사법의 구성요건적 고의와 관련지어 파악하는 견해는 경영판단의 본질이 경영진의 선의·상당한 주의에 대한 추정력을 부여하여 경영진에 대한 책임을 면책하는 것임을 간과하고 있는 것으로 경영판단원칙의 법리를 오해하고 있는 것이다. 또한 경영판단의 주장을 위법성조각사유에 해당하는 것으로 보는 견해는 경영판단의 주장이 회사의 이익을 위한 행위라는 주관적 측면을 소홀히 하고 있다는 점에서 타당하지 않다. 따라서 굳이 경영판단의 원칙을 형사법에 도입하고자 한다면 그 체계적 지위는 구성요건적 고의부분이 아니라 책임부분에 위치시키는 것이 타당할 것이다. 하지만 이는 언제까지나 경영판단의 원칙을 형법에 도입한다는 전제하에 가능한 논의로서 만약 경영판단의 원칙이 형법 체계와의 적합성을 가지고 있지 못하여 이를 도입할 수 없다면 이러한 논의는 불필요할 것이다.

## II. 경영판단의 원칙에 관한 대법원 형사판례 검토<sup>263)</sup>

### 1. 보증보험회사의 대표이사가 영업으로 보증보험계약을 인수한 사안<sup>264)</sup>

262) 천중철, 전제논문, 732면-734면

263) 아래에서 기술하고 있는 판결에 대한 사실관계 및 하급심 및 대법원 판결에 대한 내용은 본 논문에서 다루고자 하는 주제에 필요한 범위 내에서 임의로 요약하고 그 문구를 수정하였다.

## (1) 사실관계

### (가) 피고인 고순복에 대한 사실관계

피고인 고순복은 1993.8.25.부터 1996.8.13.까지 대한보증보험 주식회사(이하 대한보증보험이라고 한다)의 대표이사로 재직 중 대한보증보험의 영업지침에 따라 부실회사채의 지급보증 등으로 발생할 수 있는 위험을 회피할 임무를 위배하여 1994.8.24.경부터 1995.3.16.까지 재무부 근무 시절 직장 상사이던 대륙종합개발 주식회사<sup>265)</sup>의 대표이사 장덕진으로부터 주식회사 한세산업 등 7개 업체의 한국기술금융 주식회사로부터의 기술개발융자금 69억 6,700만원의 지급보증을 하였다(이하 제1 보증행위라 한다). 그런데 한세산업 등 7개 업체들은 1992년 내지 1994년 신설된 자본금 5,000만원 내지 3억원 미만의 소규모 법인들로서 매출실적이나 영업이익이 전혀 없어 심사평점의 산출이 불가능한 업체들이고 또 연대보증인인 대륙종합개발도 1993.12.말 기준으로 매출액이 전혀 없는 업체로서 심사평점 37점으로 심사등급 D급이었으나 위 장덕진과의 개인적 친분관계를 고려한 나머지 신용도 취약업체인 대륙종합개발을 우대기업(C군)으로 선정한 뒤 지급보증을 하였으나 1995.6.경 위 보증의뢰 업체 및 연대보증한 대륙종합개발 등이 모두 부도처리 되었다.

또한 아무런 물적 담보 없이 자금 사정 및 신용상황이 악화되어 우대업체 선정이 취소된 주식회사 삼미를 연대보증인으로 하여 삼미종합특수강에 78억원의 회사채발행을 지급보증하였으나(이하 제2 보증행위라 한다) 모두 부도처리됨으로써 결국 이들 회사가 모두 부도 처리되어 대한보증보

264) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결

265) 1989년 농림부 장관을 지낸 장덕진씨가 대표로 있던 대륙종합개발은 1992년부터 중국 삼강(三江)평원에 식량기지 건설을 의욕적으로 추진했으나 국제곡물시장 구조에 대한 정보부족·현지 생산인프라 부족·업초기 과잉투자·입지선정 실패·경협부족 등으로 1996년 철수하고 말았다(배한철, 매일경제, 2008.03.17. ; 차준영, 세계일보, 2008.04.28. ; 함혜리, 서울신문, 2008.04.17. 참조).

험에 손실을 가하였다.

#### (나) 피고인 심형섭에 대한 사실관계

피고인 심형섭은 1996.8.14.경부터 1998.12.15.까지 대한보증보험의 대표이사로 재직 중 위와 같은 업무상 임무가 있음에도 불구하고 1996. 11. 6.경 한보철강공업 주식회사(이하 한보철강이라고 한다) 총회장 정태수로부터 회사채 399억원의 지급보증을 요청받게 되었던 바 대한보증보험 심사부에서 기업평가 한 결과 평점 61점으로 심사등급 B급에 해당하므로 영업지침에 따라 25%이상의 담보를 제공받지 않는 한 한보철강의 사채발행을 지급보증을 해서는 아니됨에도 불구하고 한보철강의 심사등급을 아무런 객관적 자료 없이 함부로 A급으로 상향조정 한 뒤 한보철강의 무보증 전환사채만을 담보로 제공받고 지급보증하였으나 1997.1.23. 한보철강<sup>266)</sup>이 부도처리되었다.

#### (2) 소송의 경과

원심인 서울고등법원(2002노174)은 다음과 같이 판단하였다.

---

266) 자기자본비율이 낮고 수익성도 의문인 코렉스공법의 한보철강의 부채가 1995년 2조 6천억 원·96년 4조 2천억 원·97년 초에는 5조원대로 엄청나게 불어났으나 총회장 정태수의 요구 때마다 국책은행인 산업은행을 비롯한 은행들이 이에 응하여 부도 직전까지 수천억원대의 자금을 대주었다. 이에 그 책임을 묻는 국민의 비난수위가 높아지자 검찰은 비리수사에 착수하여 정태수를 사기혐의로 구속하고 청와대 전(前)총무수석 홍인길 등 대출알선 또는 특혜대출 등의 대가로 1억~7억 원을 받은 혐의로 구속 기소하였다. 그러나 검찰은 그 이전에 이미 거액이 대출된 1993~95년 사이의 비리에 대해서는 수사하지 않았고 홍인길 스스로가 자신을 “깃털”로 표현하면서 그 몸통을 쫓는 국민적 여론이 빗발치는 가운데 의혹의 화살은 김영삼 전 대통령의 차남 김현철에게 집중되었다. 이에 검찰은 김현철을 조사하고 “김현철의 한보특혜에 외압행사는 사실이 아니다”라고 발표하자 “축소·짜맞추기 수사”라는 국민적 여론이 전국을 휩쓸었고 국민의 검찰에 대한 불신은 절정에 달하자 김영삼 전(前)대통령도 사태의 심각성을 인식하여 검찰중앙수사부를 전원교체 재수사를 하였다.

## (가) 피고인 고순복에 대한 판단

### ① 제1 보증인수행위에 대한 판단

한세산업을 비롯한 지급보증신청인들은 모두 신설업체로서 매출실적이 전혀 없어 심사등급을 평가할 자료조차 없는 상황에서 심사승인이 불가능하고 지급보증을 하더라도 100%의 담보를 제공받도록 되어 있어 신용으로 지급보증을 인수하는 것을 실무진에서 반대한 사실과 피고인 고순복이 연대보증인인 대륙종합개발을 우대업체로 선정한 것이 회사의 영업지침을 위반한 것은 아니라고 하더라도 기업분석부의 객관적인 심사결과로는 우대업체 D군 정도에 해당하는 대륙종합개발을 우대업체 C군으로 선정하여 지급보증을 인수한 사정 등을 종합하면 피고인 고순복에게 임무위배의 인식이 있었거나 이에 대한 미필적 인식이 있었다고 볼 수 밖에 없으므로 배임의 고의를 인정하기 충분하고 회사의 영업지침을 형식적으로 준수하였다고 하여 보증금액 상환 가능성에 대한 구체적인 검토 없이 지급보증을 인수한 사안에 대하여 임무에 위배한 것이 아니라고 할 수는 없다는 이유로 69억 6,700만원의 지급보증 건에 대하여 유죄를 선고하였다.

### ② 제2 보증인수행위에 대한 판단

재무상태와 신용상태가 매년 악화되어 대한보증보험회사의 심사결과 C급 인수조건에 해당할 뿐만 아니라 1992. 10. 23.자로 우대업체선정이 취소되어 청약접수 비대상업체로 분류되었고 그 후에도 재무상태와 신용상태가 매년 악화되어 가고 있는 삼미종합특수강에 대한 객관적인 기업가치 평가 없이 형식적인 검토만을 거쳐 우대업체 B군으로 재선정하고 정책적으로 국가기간산업인 삼미종합특수강을 부도내지는 않을 것이라는 자의적인 판단에 기하여 실무자들의 반대에도 불구하고 신규 회사채의 지급보증을 인수한 사정을 종합하면 피고인에게 업무위배의 인식과 그로 인하여 자기 또는 제3자가

이익을 취득하고 본인에게 손해를 가한다는 인식이 있었거나 이에 대한 미필적인 인식이 있었다고 볼 수밖에 없으므로 배임의 고의를 인정하기 충분하다.

#### (나) 피고인 심형섭에 대한 판단

경영상의 판단 잘못으로 인하여 한보철강에 대한 지급보증을 인수하게 된 것일 뿐 대한보증보험에 손해를 가할 의사로 그에 대한 지급보증을 인수한 것으로는 볼 수 없다는 이유로 제1심이 무죄를 선고하였음에 반하여 원심은 비록 피고인이 한보철강의 회사채 지급보증을 인수할 당시 회사의 영업지침을 위배한 사실이 없고 담보로 제공한 전환사채를 전환하여 발행받게 되는 주식을 그 당시 한보철강의 주가로 환산하면 약 340억 원에 이르렀다고 하더라도 피고인이 국가기간산업인 한보철강에 대하여 국가에서 당진제철소 완성 이전에 자금지원을 중단시켜 부도에 이르도록 하지는 아니하리라는 주관적 판단에 기하여 회사채 지급보증을 인수하기로 결정한 점·한보철강의 기업가치를 심사한 심사부 실무자들이 원칙적으로 회사채 지급보증 인수를 반대하고 인수하는 경우 충분한 물적 담보를 확보할 것을 건의하였음에도 불구하고 물적 담보 없이 회사채 지급보증을 인수하기로 결정한 점·한보철강의 신규 회사채 399억 원의 지급보증을 인수하는 경우 한보철강에 대한 금융성 보증한도를 초과함에도 이를 무시한 점·심사등급을 완화하여 A급 인수조건으로 상향조정하는 것이 정당하다고 판단하였다면 위 정태수 등 개인의 연대보증만으로도 충분함에도 A급 인수조건에서 요구하지도 않는 한보철강의 무보증 전환사채를 담보로 추가 확보한 점·한국신용정보의 기업진단결과 부실징후기업으로 진단되었음에도 부도가 났을 때에는 전혀 담보의 가치가 없는 한보철강의 무보증 전환사채가 담보로 제공되었다는 사정만으로 인수거절의 의사를 번복한 점 등을 종합하여 피고인에게 배임의 고의를 인정하기 충분하고 회사의 영업지침을 형식적으로 준수하였다고 하여 달리 볼 것이 아니라는 이유로 유죄를 선고하였다.

### (3) 대법원의 판단

일반적으로 업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상의 이익의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합하여 성립되는 것이며 이와 같은 업무상배임죄의 주관적 요소로 되는 사실(고의·동기 등의 내심적 사실)은 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 한다는 점 그리고 배임죄에 있어서 ‘재산상의 손해를 가한 때’라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함된다는 점은 당원이 일관되게 실시하여 온 바이다.

그런데 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 위와 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 경우에까지 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상배임죄의 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 것이다. 따라서 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 제반사정에 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 할 것이다.

#### (가) 피고인 고순복에 대한 판단

##### ① 제1 보증인수행위에 대한 판단

이 사건에서 임무위배행위인지 여부가 문제되는 것은 보증보험회사의 영업으로 행한 보증보험계약의 인수인바 대한보증보험의 설립취지문에도 나타나 있듯이 대한보증보험은 담보력이 부족한 기업이나 개인의 신용을 보완해 줌으로써 국가경제발전에 기여하기 위한 목적으로 설립된 보증보험회사로서 대출금에 대하여 전액회수를 전제로 대출업무를 영위하는 일반 시중은행과 달리 보증보험회사는 보증한 회사채의 지급불능 등으로 인한 보험사고가 발생할 위험이 어느 정도 있음을 전제로 보험의 법리에 따라 신용위주로 영업을 영위하는 특성도 가지고 있고 따라서 기본적으로 보증보험회사의 경영자에게 보증금액의 상환이 확실한 경우에 한하여 보증을 인수할 임무가 있다고는 할 수 없다.

나아가 개개의 보증인수행위별로 살펴보면 우선 대륙종합개발은 1992. 4.경 중국의 흑룡강성 농업개발건설총공사와 합작하여 중국 흑룡강성의 삼강평원에 대규모 농지를 임차하여 농장을 개발하는 사업을 추진하던 한국 최초의 대규모 해외농업개발 추진업체이었고 그 대표이사이던 장덕진은 경제기획원차관·

농수산부장관·농업진흥공사 이사장·흑룡강성 특별경제고문 등을 지낸 저명한 인물이었으며 1994. 4. 6.까지 총 1억 1,400만 평 중 4,000만 평을 이미 개발하여 일부 농산물을 생산하고 있었고 당시는 정부의 북방정책에 따라 중국과의 수교가 이루어지고 중국의 개혁·개방정책과 맞물려 우리기업의 중국에 대한 투자가 적극적으로 벌어지기 시작하던 무렵이었던 점은 공지의 사실로서 위 사업 내용은 당시 주요 언론에 대대적으로 보도되기도 하였으며 피고인 A는 장덕진으로부터 직접 그 사업 내용·진행상황 및 전망에 관한 설명을 듣고 그 사업전망이 있다고 판단하였던 것으로 볼 수 있고 피고인 고순복이 심사심의위원회의 의결을 거치는 등 적법한 절차를 거쳐 대륙종합개발을 우대업체로 선정한 점에 비추어 위 영업지침 제1065조 제3항을 적용한 것이 임무위배행위에 해당한다고 보기는 어렵고 따라서 대륙종합개발의 연대보증 아래 한세산업 등 7개 업체의 기술개발자금 대출에 대한 지급보증을 한 것은 적법한 절차에 따른 것이었다고 보일 뿐이며 여기에다가 피고인 고순복과 장덕진이 모두 재무부 출신이기는 하나 같은 부서에서 상급자와 하급자의 관계로 근무한 적도 없고 기타 별다른 친분관계도 없었으며 대륙종합개발을 우대업체로 선정하기로 한 이후 그 연대보증하에 지급보증을 하는 것에 대하여 반대한 실무자도 없었던 사실·피고인 고순복이 금품을 수수하거나 기타 개인적인 이익을 얻으려 하였다는 점이 인정되지도 않는 사실 등을 보태어 보면 원심이 적시한 일부 간접사실들만으로는 대륙종합개발의 연대보증하에 한세산업 등 7개 업체에 대하여 지급보증을 한 것이 임무위배행위에 해당한다거나 피고인 고순복에게 배임의 고의가 있었다고 단정하기 어렵다 할 것이다.

## ②제2 보증인수행위에 대한 판단

피고인 고순복이 대한보증보험의 대표이사로 취임한 이후 재정상태가 좋지 않던 삼미그룹에 대한 지급보증 잔액을 매년 단계적으로 감소시켜 왔는데

1995. 11. 9. 만기가 도래하는 삼미금속의 회사채 보증액 54억 4,000만 원에 대한 지급보증의 경우 삼미금속이 자본잠식 상태로 상환능력이 없어 그 기한을 연장할 수도 없고 그렇다고 기한 연장을 거절하여 부도를 내는 경우 삼미그룹 전체의 부도로 연결되어 삼미그룹 전체의 보증잔액 580억 원을 회수하지 못하게 될 수도 있는 반면 같은 그룹 계열사인 삼미종합특수강은 국내 최대·세계 3대 규모의 특수강제조업체로서 국가기간산업이며 총자산이나 매출액 등 규모 면에서는 특별우대업체에 해당하고 북미현지법인인 삼미아트라스의 인수로 일시적으로 자금난을 겪고 있었지만 1994.부터 시설투자가 일단락되어 향후 금융비용을 절감하게 될 것이 예상되고 있었고 특별우대업체의 자격이 취소된 이후 매출액과 영업이익이 지속적으로 개선되고 있는 등 삼미금속에 비하여 상대적으로 재정상태가 양호한 점을 감안하여 만기가 도래한 삼미금속의 회사채 보증액 54억 4,000만원을 전액 상환하고 대한보증보험이 과거 지급보증하였던 211억원 상당의 삼미종합특수강 발행의 전환사채 중 100억원 정도를 주식으로 전환하는 대신에 삼미종합특수강의 회사채 78억 4,700만원에 대한 지급보증을 해 주는 방식으로 삼미그룹의 전체적인 보증규모를 줄여가는 계획을 추진하였고 실제 이러한 계획은 모두 그대로 이행되었으므로 결과적으로 삼미그룹에 대한 보증잔액을 약 73억원 정도 감소시켜 대한보증보험으로서는 삼미종합특수강의 회사채 지급보증으로 손해를 본 것이 아니라 그 금액만큼 이득을 본 셈이 되어 실제로 손해가 발생하지 않았으며 삼미종합특수강의 재무상황과 비재무상황을 면밀히 검토한 결과 회사의 영업지침에 기하여 우대업체로 선정하는 것이 상당하였으므로 우대업체 B군으로 선정한 것이고 우대업체로 선정되는 경우 영업지침에 의해 청약접수 비(非)대상업체에서 제외되기 때문에 과거 보험계약 유의자로서 청약접수 비대상업체로 분류되어 있던 삼미종합특수강을 청약접수 비대상업체에서 제외한 것이어서 이와 같은 업무처리과정에 있어서 영업지침에 위배되는 것은 없었다고 보여지고 설사

삼미종합특수강을 우대업체 B군으로 재선정한 것이 다소 무리한 측면이 있었다 할지라도 이는 위와 같이 삼미그룹의 보증한도를 점진적으로 감축시킴으로써 회사의 이익을 지키려는 의도하에 행한 처분으로 볼 수 있기 때문에 이 부분만을 따로 떼어내어 임무위배행위에 해당한다고 보기는 어려우며 여기에서 피고인 고순복이 금품수수 기타 어떠한 개인적인 이익을 얻은 사실이 없음은 원심도 인정하고 있고 심사 초기에 부사장 조재경이 삼미종합특수강의 부채비율이 높다는 등의 이유로 반대 의견을 표시하였으나 위와 같이 삼미금속이 발행한 회사채의 상환 및 삼미종합특수강이 발행한 전환사채 중 100억 원 상당의 주식전환과 연계하여 조건부로 처리하기로 한 이후에는 반대한 직원이 없었던 것으로 보이고 위 조재경 역시 제1심의 증인으로 출석하여 위 지급보증으로 인하여 삼미그룹 전체에 대한 보증총액이 감소함으로써 회사에 이익이 되었다는 점을 시인한 바 있고 위 지급보증 이후 삼미종합특수강이 발행한 제155차 내지 178차의 회사채에 대하여 한국보증보험 주식회사·한국산업은행·주식회사 제일은행·주식회사 신한은행 등과 같은 금융기관들 역시 지급보증을 계속 해주었으며 달리 피고인 고순복이 의도적으로 회사에 손해를 가하는 배임행위를 저지를 동기도 찾아 볼 수 없는 점을 보태어 보면 피고인 고순복에게 배임의 고의가 있었다고 단정하기 어렵다 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 피고인 고순복에 대한 위 각 공소사실에 대하여 업무상배임죄의 성립을 인정하였는바 이러한 원심판결에는 업무상배임죄의 고의를 인정하기 위하여 필요한 심리를 다하지 아니하거나 업무상배임죄에 있어서의 임무위배행위 내지 고의에 관한 법리를 오해하였거나 채증법칙을 위배하여 사실을 오인한 위법이 있다 할 것이고 이를 다투는 상고이유의 주장은 정당하다.

#### (나) 피고인 심형섭에 대한 판단

한보철강은 1996. 10. 초경 대한보증보험에 회사채 399억 원에 대한 지급보증을 요청하였을 당시 대한보증보험 심사부서의 평가 결과 심사등급이 B급에 해당되어 인수 조건으로 25% 이상의 물적 담보를 요구받았는데 한보철강이 그러한 담보를 제공할 수 없어서 피고인 심형섭의 최종결정에 따라 지급보증의 인수가 일단 거절된 사실 한편 대한보증보험의 영업지침에 의하면 보험계약자 및 연대보증인이 우대업체 A군인 경우에는 심사기준에 따른 평점을 적용하지 않도록 되어 있고 또한 그 경우에는 심사등급을 완화할 수 있도록 되어 있는데 한보철강은 피고인 심형섭이 대표이사로 취임하기 이전인 1995. 8. 30.경 이미 우대업체 A군으로 선정되어 있었던 사실·대한보증보험이 지속적으로 담보를 요구하자 한보그룹 총회장인 정태수는 지급보증 인수의 조건으로 한보철강의 전환사채를 담보로 제공하기에 이르렀는데 전환권의 행사로 발행되는 주식을 그 당시 한보철강의 주가로 환산하면 약 340억원 상당에 이르는 사실·그 무렵 한보철강이 적자를 보이면서 부채비율도 높았던 것은 당진제철소의 건설을 위한 대규모의 설비투자 때문이었고 이러한 현상은 철강산업 등 대규모 시설투자사업의 경우 사업 초기에 공통적으로 나타나는 사실로서 한보철강은 이러한 대규모 설비투자에 소요되는 자금을 산업은행 등으로부터 조달하여 왔는데 당시 한보철강은 당진제철소 1단계 건설사업을 마치고 2단계 건설공사가 진행되어 준공을 2년 정도 앞둔 상황으로서 총 투자비용의 약 78%에 해당하는 약 3조 7,000억 원의 설비자금을 투자완료한 상태이었으며 이미 철근 및 핫코일 제품의 생산을 개시하고 있었고 나머지 자금만 투자하여 공장을 완성할 경우 신제철공법에 의한 생산을 통하여 가격 및 제품의 질 측면에서 경쟁력이 있어 이익 창출이 예견되기도 하였고 국내 3대 신용평가기관 중 한국기업평가 주식회사는 1996. 12.까지도 한보철강의 지리적 여건과 향후 성장성 등을 감안하여 한보철강의 기업어음 신용등급을 A3-로 평가하고 있었고 한국신용평가 주식회사는 한보철강의 기업어음 신용등급을 B+ 무보증

회사채 및 국내 전환사채에 대한 신용등급을 BBB- 수준으로 유지하고 있었으며 그 밖에 피고인 심형섭이 실무자들을 통하여 입수한 정보에 의하면 한보철강의 주거래은행들이 당진제철소 완공을 위한 비용은 계속 지원할 것으로 예견되었고 피고인 심형섭을 비롯한 대한보증보험의 임직원들은 국가기간산업인 한보철강에 이미 거액이 투자되어 완공을 앞둔 상황에서 정부가 주거래은행들로 하여금 자금지원을 중단하도록 시켜 한보철강을 부도에 이르도록 하지는 아니하리라고 예상하였고 한보철강이 부도에 이르지만 아니하면 전환사채를 주식으로 전환한 다음 이를 주식시장에서 매도할 경우 한보철강에 대한 지급보증의 인수로 말미암아 발생할지도 모르는 손실을 상당 부분 보전할 수 있으리라고 보고 위 전환사채를 담보로 취득한 후 지급보증을 인수하기로 결정한 사실·대한보증보험의 실무자들도 위와 같이 위 전환사채를 담보로 받고 지급보증을 인수하는 것에 대하여 반대하지 아니한 사실 그리하여 대한보증보험은 1996. 11. 6. 한보철강에 대한 지급보증을 인수하고 보증서를 발급하였고 한보철강으로부터 7억 4,300만 원의 상당의 보험료 수입을 얻었으며 대한보증보험이 한보철강에 대한 지급보증을 인수하는 절차에 있어서 피고인 심형섭이 관련 법령이나 회사의 영업지침을 위반하지 아니한 사실 그 이후 한보철강이 발행한 제60차 내지 63차의 회사채에 대하여 주식회사 서울은행·대우증권 주식회사·주식회사 한빛은행 등과 같은 금융기관들 역시 지급보증을 계속 해주었던 사실 그리고 피고인 심형섭이 위 지급보증의 인수와 관련하여 금품을 수수하였다거나 정태수 또는 한보철강과 어떠한 개인적 친분 또는 정실관계가 있다고도 보이지 아니하는 사실을 알아 볼 수 있는바 이러한 제반 사정을 앞서본 배임의 고의에 관한 법리에 비추어 볼 때 원심이 인정한 간접사실만으로는 피고인 심형섭이 대한보증보험에 손해를 가할 의사로써 한보철강 발행의 회사채에 대한 지급보증을 인수한 것으로는 볼 수 없다 할 것이므로 피고인 심형섭의 위 지급보증 인수행위가 임무위배행위에 해당한다거나 피고인 심형

섭에게 배임의 고의가 있었다고 단정하기 어렵다.

## 2. 산업증권 대표이사가 한주 등이 발행한 사채를 지급보증한 사안<sup>267)</sup>

### (1) 사실관계

홍대식은 1995. 6. 20.부터 1998. 5. 28.까지 한국산업은행이 자본금 전액을 출자하여 설립한 한국산업증권회사의 대표이사로서 지급보증 업무를 취급함에 있어서 증권거래법 등 제반 법령과 사규를 준수하여 보증의뢰 회사의 신용상태 등을 면밀하게 조사·확인하여 지급보증해 줄 회사채 원리금의 회수가 확실한 경우에 한하여 신용으로 지급보증을 하여야 하고 만일 그 상환이 곤란하다는 의심이 있을 경우는 담보를 확보한 후 지급보증 하여야 하고 부득이 신용으로 지급보증을 할 경우라면 사규에 따라 사후관리 조치를 철저히 시행함으로써 회사와 주주 및 고객들을 위하여 회사재산을 충실하게 관리 보전하여야 할 업무상의 임무가 있음에도 이러한 임무에 위배하여 1996. 10. 22. 주식회사 한주·삼미특수강공업·한보철강 주식회사·주식회사 홍성산업·환영철강공업 등으로부터 회사채 원리금에 대한 지급보증을 요청받았는데 당시 주식회사 한주 등은 자금사정이 어려웠고 담보여력도 전무한 상황으로서 이를 보고받아 알고 있던 홍대식으로서도 신용으로 지급보증을 하여서는 아니되고 채권보전조치를 신속히 취하였어야 할 것임에도 이를 소홀히 한 채 지급보증을 해주었다.

### (2) 소송의 경과

원심인 서울고등법원(2002노 1542호)은 2002. 5. 23. 사실관계에 비추어 피고인홍대식에게 배임죄의 범의가 있었다고 보기 어렵다는 이유로 특경법위반(배임)죄 부분에 관하여 무죄를 선고하였다.

---

267) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002도3131 판결

### (3) 대법원의 판결

일반적으로 업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에 게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상의 이익의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합하여 성립되는 것이며 이와 같은 업무상 배임죄의 주관적 요소로 되는 사실은 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 할 것이고 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 있으므로 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서는 기업경영에 있어 경영상 판단의 특성이 고려되어 야 할 것이다.

피고인 홍대식이 한국산업증권의 대표이사로서 주식회사 한주 등의 회사채에 대한 지급보증을 해줄 당시 부정한 사례금의 수수는 전혀 없었고 회사채발행회사들이 자금난을 겪고 있었으나 위 회사들은 모두 한국산업은행으로부터 막대한 시설자금을 융자받은 기업체였으며 과다한 시설자금의 투입과 경기의 불황으로 일시 자금난을 겪기는 하였지만 주식회사 한주의 경우 국내 유일의 공업용 제조회사이고 삼미특수강공업 주식회사·주식회사 홍성산업·환영철강공업 주식회사 등은 모두 그 제품이 철강 등 국가기간산업체이며 한국산업은행을 비롯하여 제일은행 등 시중은행에서도 계속적으로 자금을 융자해 주고 있

있고 한국산업증권의 경우도 위 각 지급보증 외에 피고인이 사장으로 취임하기 이전에 이미 위 사채발행 회사들에 대하여 기왕에 지급보증을 한 것들이 있어 만일 피고인이 위 각 지급보증을 하지 않은 경우에는 위 각 회사채의 원리금을 즉시 상환하여야 할 사정이 있었으며 무엇보다도 사장·부사장·전무·상무·감사 등 전체 임원으로 구성된 운영위원회에서 위 지급보증의 타당성 여부에 대하여 충분한 토의를 한 다음 지급보증을 하는 것으로 결의하였다.

또한 부정한 사례금의 수수나 정실관계 등이 개입되지 않고 또 기업의 도산을 막고 정상적인 영업활동을 지원해 주려는 것 외에 별다른 범죄의 동기가 없었다면 자본구조가 취약하고 상환자원이 부족하며 기업경영이 위기에 처해 있었던 기업에 대하여 신규여신을 하였다는 점만으로는 업무상 배임죄의 범의가 있었다고 단정할 수 없다. 더욱이 위 각 사채발행회사들이 자체 자금으로 기왕에 발생한 사채를 상환할 능력이 없어 그 보증인인 한국산업증권이 그 채무를 상환하여 줄 수밖에 없는 상황에서 위 사채의 발행회사들로 하여금 이를 자체 상환할 수 있도록 상환자금을 마련하기 위 사채발행회사들이 다시 발행한 회사채의 원리금 지급을 다시 보증한 것이라면 이것이 업무상 배임죄를 구성한다고 볼 수 없다.

### 3. 서울신탁은행이 울산계열기업에 자금을 대출해 준 사안<sup>268)</sup>

#### (1) 사실관계

울산그룹은 1974년 9월 울산실업이란 오피상으로 출발하여 건축자재를 쿠웨이트 등 중동에 수출하고 이후 신진알미늄·동원건설·울산중공업 등을 인수 또는 설립하면 불과 4년 7개월만에 14개 계열사에 8천명의 종업원을 거느린 대표그룹으로 성장하였으나 14개 기업을 인수·창업이 사내유보 등 여유자금이 아닌 기업 채무의 인수나 계열회사 상호출자 및 대주주 관계인에 대한 가불금

---

268) 대법원 1987.3.10 선고 81도2026 판결

을 통해 진행된 결과 79년 9월을 넘어서면서 울산그룹은 극심한 자금난에 부딪치게 되었다. 이에 울산은 재무부에 구제금융을 요청하였고 주거래은행인 서울신탁은행 등을 중심으로 채권은행 공동협의하에 9월 30억원·11월 40억원 등 총 70억원의 구제금융을 지원하였고 울산그룹은 보유 부동산 처분을 통한 자체회생을 확약하였지만 정부의 부동산 투기억제조치로 울산이 보유하고 있는 부동산가치가 급락하였고 79년 2월 20일 은행감독단이 주력기업을 매각해 버렸다. 이후 경찰청 특수수사대에 파견나와 있던 주광일·심재륜 검사는 4월 3일 울산그룹 신선호 사장을 불러들여 업무상횡령과 외환관리법위반 혐의로 구속하였고 이후 신선호 사장이 구속된 뒤 이틀 뒤인 4월6일 울산그룹 전 계열사는 일괄부도처리되었고 주거래은행인 흥윤섭 서울신탁은행장은 업무상 배임죄로 4월 13일 구속되었다.<sup>269)</sup>

## (2) 소송의 경과

모든 자본구조 및 신용상태가 극히 불실하고 수익성이 적으며 사업전망이 어두워 1978.6.에 이르러서는 도산위기에 직면 정상적인 기업경영이 어려워지게 되어 이른바 은행의 타입대(他入貸)로 근근히 부도를 막아 왔으며 그리하여 전 거래은행의 총여신액이 급증함으로써 1978.9.30경의 울산계열기업에 대한 서울신탁은행의 총여신액은 586억 6천 800만원·전거래은행의 총여신액은 1,620억 4천 200만원인데 반해 제공된 담보는 모두 425억 2천만원에 불과하여 이미 그 차액인 1,195억 2천 200만원은 전거래은행의 원리금 회수가 불가능한 상태에 이르렀고 주거래은행장인 흥윤섭으로서도 그러한 사정을 알고 있었으므로 울산계열기업에 이미 대출한 대출금을 회수할 적절한 대책을 강구함은 물론 신규대출시에는 울산계열기업에 대한 모든 거래은행의 총여신액과 담보물·울산계열기업의 재무구조·사업전망·경영실태 및 상환능력을 비롯

269) 오주승, 광주일보, 2004.6.30

한 신용상태 등을 조사·확인하여 동 대출금의 회수가 확실한 경우에 한하여 새로운 대출을 하여야 하며 사업전망이 불투명하거나 경영 및 신용상태가 악화되었거나 담보가 부족하여 정상적인 방법으로 대출금의 회수가 곤란할 경우에는 그 이상의 여신을 중지하던지 또는 그 정도에 따라 필요한 조치를 취할 업무상 임무가 있음에도 이러한 조사 등을 전혀 함이 없이 위 임무에 위배하여 이미 586억 6천 800만원에 달하는 서울신탁은행의 과다한 여신을 종합상사를 지원한다는 미명하에 합리화 하고 울산계열기업 및 그 경영자신 선호의 이익을 도모할 의도하에 울산계열기업에 대하여 입찰보증·공사차액보증·주택은행 용자담보 등으로 울산계열 기업에 상당의 이익을 취득케 하고 서울신탁은행에 손해를 가하였다는 이유로 서울형사지방법원(79노7408)은 1981.4.20. 홍윤섭 서울신탁은행장에게 업무상 배임죄의 성립을 인정하였다.

### (3) 대법원의 판단

업무상 배임죄가 성립하려면 주관적 요건으로서 임무위배의 인식과 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 인식 즉 배임죄의 범의가 있어야 할 것인바 계속적으로 이루어진 일련의 이 사건 각 여신행위에 있어서 이를 전체적으로 보아 피고인에게 은행장으로서의 임무에 위배하여 울산계열회사 또는 그 대표자인 신선호에게 이익을 주고 서울신탁은행에 손해를 가한다는 인식이 있었는가 하는 점에 관하여 보면 원심이 적절히 지정한 바와 같이 원래 민족자본의 형성이 이루어지지 않고 자원부족·인구과밀·내수시장의 협소 등으로 경제적인 면에서 후진국을 면하지 못하던 우리나라가 1960년대에 들어와 국가경제를 발전시키고 국민의 생활수준을 향상시켜야 한다는 대전제 하에 제1차 경제개발계획이 수립 실시되면서부터 1970년대 말까지 정부의 강력한 주도아래 상품수출·건설수출주도형으로 경제발전을 지속시켜왔고 1970년대 후반부터는 중화학공업을 육성시켜 산업구조를 개편하는 방

향으로 경제정책이 강력하게 추진되어 왔을 뿐 아니라 재정·금융·건설·무역 등 제반 관계법령이 이와 같은 경제성장을 지향하는 형태로 제정 시행되어 왔으며 특히 금융면에서는 한국은행이 모든 은행의 여신을 총괄조하는 한편 한국은행 은행감독원이 은행의 여신업무를 감독하게 되어 있고 당시 시행된 금융기관에 대한 임시조치법 제3조 제2항에 의하면 한국은행 은행감독원장에게 금융기관에 대한 업무감사의 결과 “공익위배의 정도”가 현저할 경우에는 금융기관의 임원을 파면시킬 권한까지 인정하는 등 은행의 목표로서 단순한 이윤추구보다는 공익성이 강조되고 이에 따른 은행에 대한 정부의 강력한 지도로 정부의 수출정책·중화학공업육성책 등에 따른 관련 산업에 대한 저리의 과감한 금융지원 또는 특혜금융이 이루어져 왔으며 이와 같은 정부의 기본정책에 따른 관계법령의 제정시행 및 정부의 지도로 오늘날 괄목할 만한 경제성장과 수출증대를 이룩하여 온 것은 공지의 사실이라 할 것이고 원심은 그 채택한 증거들에 의하여 울산그룹의 모 기업인 울산실업 주식회사는 위 회사 대표이사인 신선호가 1975.6.17. 자본금 100만 원을 출자하여 수출입업 및 해운업을 목적으로 설립하여 1977.12.20. 경 수출고 1억 6천 5백만 불을 달성하고 정부로부터 수출탑까지 수상하고 1978.2.경 상공부로부터 종합수출업체인 종합상사로 지정받았으며 그 후 서울신탁은행은 1978.4.경 울산계열기업에 대한 주거래 은행으로 지정되고 1978.1.부터 1978.9.까지 울산실업 주식회사의 수출실적이 1억 5천 3백만 불(약 800억 원)에 달한 사실·서울신탁은행은 울산실업 주식회사와 금융거래를 시작한 1976년부터 1978년까지의 3년간 외환부문 수익의 55퍼센트 이상을 울산실업 주식회사와의 금융거래에서 얻었고 다른 은행들도 우리나라의 수출증대로 외환부문 수익이 상당한 비율로 늘어나 시중은행들이 종합상사들에 대한 거래유치 및 신용과다·여신부여 등 경쟁이 이루어진 사실·당시 우리나라 재벌기업들의 대부분이 자기자본 비율이 낮아 은행대출자금에 대한 담보능력이 빈약하여 금융기관으로부터의 기업들에 대한

신용담보대출이 많이 이루어져 1978.12.말 현재 시중은행 및 10개 지방은행의 대출총액 4조 2천 7백만 원 중 신용대출이 1조 7천 1백 13억 원 이상으로 총 대출의 약 40퍼센트로서 1977년 말의 37.5퍼센트보다 2.6퍼센트가 증가된 사실 그래서 서울신탁은행은 1978.4. 주거대 은행으로 지정받아 은행수익의 증대를 예상하고 거래자 중 유일한 종합상사인 울산에 대하여 많은 신용과 기대를 걸어 왔는데 1978년 초부터 정부의 금융정책 변경으로 긴축금융이 실시되어 대기업들이 일시에 자금난에 봉착되었을 뿐 아니라 당시 울산건설이 사우디에서 부정한 상행위를 하여 축출된다는 보도가 있어 울산계열기업에 여신을 공여한 단자금융회사들이 대출을 회수하기 시작하고, 아울러 정부의 내수용품 공급을 원활히 하기 위한 정책변정으로 울산의 주종 수출품목인 철강·시멘트·합판 등의 수출을 제한하여 울산실업 주식회사의 수출 및 경영에 압박을 받게 된 사실 이런 상황에서 울산계열기업에 1978.8.부터 자금부족현상이 일어나자 피고인은 이와 같은 현상이 일시적인 정부의 정책변경으로 인한 자금압박이라고 생각하고 정부의 경제정책에 순응하고 아울러 울산그룹의 부도로 인하여 국내외에 미치는 심대한 영향을 고려하여 금융기관의 공신력 추락을 방지하기 위하여 거래선인 울산그룹을 회생시켜야 한다고 생각하기에 이른 사실 등을 인정하고 있는 바 위 증거들을 기록과 대조해서 검토하여 보아도 원심의 위와 같은 사실 인정에는 아무런 잘못이 없고 공소사실에서도 지적한 바와 같이 서울신탁은행이 울산계열기업에 대하여 이 사건 신규여신을 시작할 당시인 1978.9.30.경의 울산계열기업에 대한 위 은행의 총여신액이 586억 6천 800만 원·모든 거래은행의 총 여신액이 1,620억 4천 200만 원이고 제공된 담보는 425억 2천만 원에 불과하였으니 울산그룹의 도산은 은행의 공신력을 추락시키고 사회·경제적으로 많은 문제를 야기할 뿐만 아니라 서울신탁은행은 물론 모든 거래은행은 이미 대출한 금액의 회수가 불가능하게 되어 큰 손해를 입게 될 것임은 자명한 이치로서 피고인으로서는 회생가능성만 있다면

도산을 막고 회생시켜 주는 것이 유리하다고 판단할 수 있었던 입장이라 할 것이고 서울신탁은행이 이 사건 신규여신을 해준 울산계열기업들은당시 정부에서 특별히 지원육성하고 있는 수출·해운·해외건설·중공업·군납 등의 사업을 담당하고 있던 회사들이었는바 위에서 본 바와 같은 1960년대 이후 우리나라의 경제정책·은행의 공익성·울산실업 주식회사의 성장과정 및 자금난에 이르게 된 과정·울산계열기업의 사업내용·당시 재벌기업의 자본실태와 은행의 신용대출상황·울산그룹의 도산을 막고 기업을 회생시키는 것이 옳다고 본 피고인의 판단·이 사건 신규여신이 이루어지기 직전의 서울신탁은행 및 기타 전거래은행의 울산계열기업에 대한 여신총액 및 담보정도 등 제반사정을 종합해보면 부정한 사례금의 수수나 정실관계 등이 개재되었다는 증거가 없을 뿐만 아니라 울산계열기업의 도산을 막고 정상적인 영업활동을 지원해주려는 것 이외에 별다른 범죄의 동기가 발견되지 아니한 이 사건에 있어서 울산계열기업의 자본구조가 취약하고 상환자원이 부족하며 기업경영이 위기에 처해 있었는데 이 사건 신규여신을 하였다는 점만으로는 피고인에게 업무상 배임죄의 범의가 있었다고 단정할 수 없다.

#### 4. 경영상 필요없이 특수관계에 있는 회사주식을 매입한 사안<sup>270)</sup>

##### (1) 사실관계

서울 강북지역 케이블방송사업자인 큐릭스는 기남방송·낙동방송·새롬방송 등을 자회사로 보유하고 있는 멀티케이블TV방송(MOS)인 한빛아이앤비를 적대적 인수합병하기로 하고 2003년 9월부터 한빛아이앤비 주식을 장내매입하였다. 이에 대응하여 한빛아이앤비의 최대주주인 유흥무 회장은 주식회사 삼보컴퓨터(이하 삼보컴퓨터라고 한다)로부터 주주지분을 약310억에 매입하기

---

270) 대법원 2004.4.29. 선고 2005도856 판결 본 논문에서는 특정경제처벌등에관한 법률위반(배임)죄 부분만을 다루기로 한다.

로 하였으나 잔대금 240억원이 부족하자 한빛아이앤비 대표이사 이필상으로 하여금 유홍무가 소유하고 있는 비상장회사인 새롬방송 주식 51%를 20%로 할인한 금액으로 계산한 240억원으로 매수토록하면서 유홍무에게 현금유동성 취득으로 인한 이익과 함께 적정한 가격보다 고평가된 가액에 주식을 매도함에 따른 액수미상의 재산상 이익을 취하게 하였다.

## (2) 소송의 경과

원심판결은 서울고법(2004노1647)은 2005.1.18. 한빛아이앤비 최대주주인 유홍무에 대하여 회사의 특별한 이유 없이 유동성이 적은 비상장주식인 새롬방송 주식을 매수하는 경우 매수금액 상당의 현금유동성을 포기하는 결과가 될 수 있어 그에 상응하는 정도의 손해가 발생할 수도 있으므로 매매가격에 대한 실질적인 흥정과정을 거치는 등의 조치를 취하고 평가기관에 의한 공정한 평가를 받도록 하여야 할 업무상 임무가 있음에도 이에 위배하여 한빛아이앤비로 하여금 새롬방송 주식을 매수하도록 하여 현금유동성 포기로 인한 손해와 함께 적정한 거래가격보다 고평가된 가액에 그 주식을 매수함에 따른 액수 미상의 재산상 손해를 가하였다고 판단하였다.

## (3) 대법원의 판단

배임죄에 있어서 그 임무에 위배하는 행위라 함은 처리하는 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 기대하는 행위를 함으로써 본인과 사이의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함하는바 특정 회사의 이사 또는 주주 등 내부자가 주도적으로 자신이 보유 중인 다른 회사의 주식을 특수관계에 있는 회사에 매도하는 경우에 있어서 비록 사전에 이사회결의와 같은 내부적인 의사결정과정을 거쳤다 할지라도 그

거래의 목적·계약체결의 경위 및 내용·거래대금의 규모 및 회사의 재무상태 등 제반사정에 비추어 그것이 회사의 입장에서 볼 때 경영상의 필요에 의한 정상적인 거래로서 허용될 수 있는 한계를 넘어 주로 주식을 매도하려는 내부자의 개인적인 이익을 위한 것에 불과하다면 그와 같은 거래는 그 내부자에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대한 배임행위에 해당한다고 보아야 할 것이다.

피고인들의 주장과 같이 한빛아이앤비가 복수유선사업자(MSO)로 발전하기 위하여 새롬방송과 같은 소규모 유선방송사의 주식을 매입하여 회사를 인수할 경영상 필요성이 인정될 수 있다고 하더라도 새롬방송은 이미 피고인 유홍무(한빛아이앤비 대표이사)·유인무(한빛아이앤비 회장) 형제가 지배주식을 보유한 사실상의 계열회사로서 굳이 한빛아이앤비가 새롬방송의 주식을 취득하여 자회사로 만들어야 할 경영상의 필요성이 뚜렷하지 아니한 점·새롬방송의 주식 매입 여부가 실질적으로 피고인 유홍무에 의하여 결정되었고 그 계약체결 과정에 있어서 피고인 유홍무의 자금조달 필요에 맞추어 그 매매대금액 및 매매대금의 지급시기까지 일방적으로 결정되었으며 한빛아이앤비의 입장에서는 계약체결 여부 및 계약조건의 결정에 대한 별다른 검토가 없었던 점·그 과정에서 자신들이 원하는 금액으로 회계법인에 평가를 의뢰하여 자신들이 원하는 금액에 그대로 맞춘 평가보고서를 받아 정당한 거래인 듯한 외관을 갖추었고 한빛아이앤비로서도 자금이 부족하여 자본금 규모나 연간 매출 규모를 뛰어넘는 거액의 외부차입을 일으키면서까지 매입한 점 등을 알아볼 수 있고 더욱이 당초 한빛아이앤비가 위와 같이 새롬방송의 지분 51%를 매입할 때에 잔여지분 19%도 추후 매입해 주기로 약정하였는데 한빛아이앤비가 자금사정 등으로 그 약속을 이행하기 어렵게 되자 위 피고인들은 자금사정이 나은 자회사인 기남방송으로 하여금 이를 매입하도록 하였고 이에 모회사인 한빛아이앤비가 이미 과반수의 지분을 확보한 상태임에도 새롬방송의 주식 19%를 추가

로 인수한 것일 뿐만 아니라 이사회 의결도 거치지 아니하였으며 한빛아이앤비와 마찬가지로 자본금 및 매출 규모에 비하여 거액의 대출을 일으켜 매입 대금을 조달한 다음 이를 매입한 사정을 알아볼 수 있는바 그렇다면 위 피고인들이 한빛아이앤비 및 기남방송으로 하여금 각 240억원 및 80억원 상당의 새롬방송의 주식을 매입하도록 한 행위는 경영상의 판단에 따른 정상적인 행위라고 볼 수 없어 한빛아이앤비 및 기남방송에 대한 관계에서 그 임무에 위배되는 배임행위에 해당하고 위 피고인들에게 그 점에 대한 인식 또한 있었다고 봄이 상당하다.

## 5. 전환사채발행에 있어 시가보다 낮게 전환가액을 정한 사안<sup>271)</sup>

### (1) 사실관계

삼성그룹을 지배하는 지주회사 성격을 띠는 삼성에버랜드 주식회사(이하 에버랜드라고 한다)는 1996. 10. 30. 이사회를 열어 무기명식 이권부 무보증전환사채의 발행을 결의하면서 제3자인 이재용 전무에게 전환사채(CB)를 90억원 정도에 저가발행하였고 이후 전환사채가(CB)가 주식(주당 7천700원)으로 전환되면서 총 250만주인 에버랜드의 지분 약 25%를 소유하는 최대주주가 되었다. 이로써 이재용 전무는 핵심계열사 간의 순환형 지배구조 덕분에 수백조 원대의 천문학적인 가치를 지닌 삼성그룹 전체의 경영권을 승계하였다.

### (2) 소송의 경과

원심은 서울고법(2005노2371)은 에버랜드의 대표이사였던 허태학과 상무이사인 박노빈은 1996. 10. 30. 이사회 결의는 정족수 미달로 무효이고 그 이사회 결의 내용 중 실권시 제3자 배정이라는 부분 역시 여전히 무효인 상태를 알면서도 마치 유효한 결의가 있었던 것처럼 가장하여 전환사채 발행에 나아

---

271) 대법원 2009.5.29. 선고 2007도4949 판결

간 점·제3자인 이재용 등에게 현저히 낮은 가격에 배정한 점·긴급한 경영상의 필요도 없는 상태에서 기존 주주들의 동의도 없이 특정 제3자에게 전환사채를 몰아서 배정하여 회사의 지배권을 넘긴 점 등에서 피고인들의 임무위배를 인정할 수 있다고 보아 업무상 배임죄를 인정하였다.

### (3) 대법원의 판단

이사는 회사에 대하여 법령과 정관의 규정에 따라 직무를 충실하게 수행하여야 할 선관주의의무 내지 충실의무를 부담하는 것이므로 신주 등을 발행함에 있어서 이사로서의 임무에 위배하고 그로 인하여 회사에 손해를 입힌 경우에는 업무상배임의 죄책을 지게 된다. 그런데 회사가 주주배정의 방법으로 신주 등을 발행하는 경우에는 신주의 발행가액 등이 시가보다 현저히 낮다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 이사로서의 임무를 위배하여 회사에 손해를 입혔다고 볼 수 없다. 그러나 회사가 제3자 배정의 방법으로 신주 등을 발행하는 경우에는 회사의 재무구조·영업전망과 그에 대한 시장의 평가·주식의 실질가액·금융시장의 상황·신주의 인수가능성 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 이사가 그 임무에 위배하여 신주의 발행가액 등을 공정한 가액보다 현저히 낮추어 발행한 경우에 해당하는지를 살펴 이사의 업무상 배임죄의 성립 여부를 판단하여야 할 것이다.

신주 등의 발행에 있어서 주주배정방식과 제3자 배정방식을 구별하는 기준은 회사가 신주 등을 발행함에 있어서 주주들에게 그들의 지분비율에 따라 신주 등을 우선적으로 인수할 기회를 부여하였는지 여부에 따라 객관적으로 결정되어야 할 성질의 것이지 신주 등의 인수권을 부여받은 주주들이 실제로 인수권을 행사함으로써 신주 등을 배정받았는지 여부에 좌우되는 것은 아니다. 회사가 기존 주주들에게 지분비율대로 신주 등을 인수할 기회를 부여하였는데도 주주들이 그 인수를 포기함에 따라 발생한 실권주 등을 제3자에게 배정한

결과 회사 지분비율에 변화가 생기고 이 경우 신주 등의 발행가액이 시가보다 현저하게 낮아 그 인수권을 행사하지 아니한 주주들이 보유한 주식의 가치가 희석되어 기존 주주들의 부(富)가 새로이 주주가 된 사람들에게 이전되는 효과가 발생하더라도 그로 인한 불이익은 기존 주주들 자신의 선택에 의한 것일 뿐이다. 또한 회사의 입장에서 보더라도 기존 주주들이 신주 등을 인수하여 이를 제3자에게 양도한 경우와 이사회가 기존 주주들이 인수하지 아니한 신주 등을 제3자에게 배정한 경우를 비교하여 보면 회사에 유입되는 자금의 규모에 아무런 차이가 없을 것이므로 이사가 회사에 대한 관계에서 어떠한 임무에 위배하여 손해를 끼쳤다고 볼 수는 없다.<sup>272)</sup>

이사가 주식회사의 지배권을 기존 주주의 의사에 반하여 제3자에게 이전하는 것은 기존 주주의 이익을 침해하는 행위일 뿐 지배권의 객체인 주식회사의 이익을 침해하는 것으로 볼 수는 없다 할 것인바 주식회사의 이사는 주식회사의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 할 수 있지만 주식회사와 별개인 주주들에 대한 관계에서 직접 그들의 사무를 처리하는 자의 지위에 있는 것은 아니다. 더욱이 경영권의 이전은 지배주식을 확보하는데 따르는 부수적인 효과에 불과한 것인바 회사 지분비율의 변화가 기존 주주 스스로의 선택에 기인한 것이라면 이사에 대해 지배권 이전과 관련하여 임무위배가 있다고 할 수 없다.

## 6. 검토

---

272) 이와 관련하여 기존주주에게 신주인수권의 기회를 주지 않는 경우 대법원은 업무상 배임죄의 성립을 인정하고 있다. 대법원 2001.9.28 선고 2001도3191 판결 「비등록·비상장 법인의 대표이사가 시세차익을 얻을 의도로 주식 시가보다 현저히 낮은 금액을 전환가격으로 한 전환사채를 발행하고 제3자의 이름을 빌려 이를 인수한 후 전환권을 행사하여 인수한 주식 중 일부를 직원들에게 전환가격 상당에 배분한 경우 전환사채의 발행·인수로써 주식 시가와 전환가격의 차액 상당의 재산상의 이익을 취득하고 법인에게 손해를 가한 업무상배임죄가 성립한다.」

미국 판례법상 경영판단원칙은 적절한 절차에 의하여 이루어진 이상 그 경영판단의 실질적 내용에 대하여는 사법적 심사를 하지 않는다는 것인데 위에서 살펴본 바와 같이 대법원은 추정에 대해서는 전혀 언급하지 않고 경영판단의 실질적 내용까지 고려하여 이사의 주의의무 위반여부를 및 배임죄의 고의의 여부를 판단하고 있다. 따라서 이들 판례들은 경영진들이 경영판단을 함에 있어 임무해태가 없다고 추정한 것이 아니기 때문에 엄밀한 의미에 있어서 경영판단의 원칙을 적용한 것은 아니며 앞으로도 매 사건마다 경영판단을 존중해주는 판결이 나올 수 있는 반면 이를 인정하지 않는 판결이 나올 수도 있다.

이는 이사의 임무위배행위의 판단의 기준으로서 이사가 충분한 정보 또는 합리적인 정보에 기하여 결정하였는지의 여부는 경영판단의 실질적 내용을 고려할 수밖에 없다는 측면<sup>273)</sup>과 성문법 국가에서 경영판단에 대한 주의의무 추정규정 없이 이를 해석상으로 추정할 수 없기 때문인 듯하다. 결국 판례가 미국 판례법상 경영판단원칙을 기본취지를 판시내용으로 반영하고 있기는 하지만 미국 판례법상의 경영판단원칙을 수용하고 있다고 할 수 없다. 오히려 판례가 경영판단이라는 용어를 사용하고 있기는 하지만 해당 경영진이 근무하는 회사의 성격과 재산상 이익을 얻는 회사의 재무구조·사업전망 그리고 회사의 정책결정과정에 하자가 있었는지 여부이나 당해 정책결정을 하게 된 당시의 전체적인 사회상황 및 금품이나 개인적 이익의 취득여부 등의 사항은 경영판단의 해당여부를 하는 기준이라기보다는 경영진의 진정한 의도가 임무위배행위에 있었는지의 판단기준을 상세하게 제시한 것으로 볼 수 있다.

### 제3절 형법상 경영판단원칙도입의 적합성 검토

---

273) 박미숙, 전계논문, 12면

외국법을 도입(Borrowing of Foreign Law)하는 이유는 도입 대상법이 어느 특정한 사회조직의 필연적 산물이기 때문이 아니라 도입국이 그 법을 통하여 추구하고자 하는 효용이나 목적의 달성 때문이며 이를 위해서는 외국법이 과연 도입국의 법적 체계 내에서 적용가능한가의 여부를 가장 중요하게 검토하여야 한다.<sup>274)</sup> 아무리 필요성이 인정된다고 하여도 도입대상국의 법체계와 맞지 않는 외국법의 도입은 자칫 법을 살아있는 법(Law in Action)이 아니라 지면상의 법(Law on Paper)으로 만들기 때문이다. 따라서 이하에서는 배임죄의 해석과 관련하여 경영판단원칙도입여부의 타당성여부를 검토하기로 한다.

#### I. 경영판단에 대한 배임죄 배제론 비판

기업범죄에 대한 업무상 배임죄 적용 반대론은 형법의 보충성의 원칙을 강조하고 있다. 형법의 보충성의 원칙은 사회에서 발생하는 분쟁해결에 형법이 선차적으로 개입하지 말고 비형사적 해결수단에게 양보할 것을 요청한다. 특히 국가가 시민 개인의 비도덕적 행위 또는 체제비판적 표현의 자유에 대하여 국가형벌권을 동원하는 것은 최대한 자제해야 한다. 국가가 형벌권을 동원하여 시민에게 특정 도덕이나 사상을 강요하는 것은 민주주의의 원칙을 정면으로 훼손하기 때문이다. 이러한 관점에서 볼 때 기업범죄에 대한 배임죄 적용 반대론에는 경청할 점이 있음은 분명하다. 법관은 비즈니스 전문가가 아니며 형법은 사회적 병폐를 제거하는 만병통치약이 아니기 때문이다. 그러나 정경유착·총수의 제왕적 경영·부당거래와 분식회계·불법적인 비자금 조성 등으로 요약되는 기업현실을 직시한다면 우리 기업경영의 모습은 시장질서의 근간을 위협하는 명백한 반(反)시장행위이며 이러한 행위를 처벌하기 위하여 형법이 나서야말로 시장질서를 살리는 정책적 선택이다. 경영자측이 시장의

---

274) 권재열, 전계논문, 515면

원칙을 존중하지 않을 때 형법이 경영판단을 존중해줄 수는 없기 때문이다.

한편 참여연대 사법감시센터가 2000년 이후 특경가법상 배임·횡령혐의로 기소된 기업인 69명에 대한 판결을 조사하여 발표한 통계에 따르면 이들에 대한 1심 재판의 실형 비율은 특경법 전체에 비해 8%가 낮고 1심 실형이 항소심에서 집행유예로 바뀌는 비율은 형사사건 전체에 비해 2.6배 높으며 법정 형이 징역 5년 또는 3년 이상의 중범죄임에도 피고인의 80%가 집행유예에 처해지며 횡령금액이 5억이든 100억 이상이든 상관없이 집행유예가 82.8% 이루어졌다.<sup>275)</sup> 이와 같은 상황을 고려할 때 이상의 점을 고려할 때 형법의 보충성의 원칙의 이름 아래 배임죄를 무력화시키는 것은 타당하지 않다.

## II. 경영판단원칙 도입방법에 따른 문제점

### 1. 해석론을 통한 도입의 문제점

경영판단원칙을 기존의 법률을 해석을 통해 도입할 경우에 문제점은 두 가지로 나타난다. 먼저 경영판단원칙이 이사가 회사에 손해를 발생시킨 경우에도 이사가 주의의무를 다하였다면 이에 관한 책임을 부담하지 않는다는 의미라고 한다면 이는 우리 상법상 이사의 책임에 관한 규정의 해석만으로도 충분하며 또한 이사의 주의의무는 이사의 행위의 기준인 반면 경영판단원칙은 사법심사의 기준으로 원칙적 성격이 동일하지 않아 해석에 의하여 도입할 경우에는 이 원칙이 갖고 있는 고유한 성격과 기능을 간과할 수 있는 위험이 있다.<sup>276)</sup>

### 2. 입법을 통한 도입의 문제점

---

275) “배임, 횡령 기업인에 대한 법원의 온정적 처벌 여러 측면에서 분명히 확인돼”(2009.5.6.방문)

<http://blog.peoplepower21.org/Judiciary/17236>

276) 권재열, “경영판단의 원칙에 관한 미국법의 동향”, 「판례월보」 1994, 54면

경영판단원칙의 연혁에서 살펴보았듯이 경영판단원칙은 그 개념에서부터 적용요건 적용범위 및 효과 등에 이르기까지 완전한 형태로 정립되어 있지 않아 미국에서조차 아직 입법하지 못하고 있는 실정이며 또한 경영판단원칙의 위반에 대한 입증책임이 원고에게 있는지 이사에게 있는지 혹은 이사가 회사의 이익이 되는 합리적인 결정을 하는데 있어 중과실을 요구할지에 대하여 미국 판례와 독일법이 차이를 보이고 있는 것과 같이 우리나라에 이를 어떠한 방식으로 명문화하여야 하는지에 관해 수많은 견해의 정리가 필요하기 때문에 이를 명문화하여 도입하는 것은 사실상 불가능하다.<sup>277)</sup> 또한 경영판단원칙의 성문화는 곧 구체적인 사정을 고려한 탄력적이고 유연한 적용을 불가능하게 한다는 치명적인 약점도 가진다.

### 3. 입증책임상의 문제점

소송에서 승리하기 위해서는 상대방에 비해 많은 증거가 필요하다. 따라서 경영진의 책임을 추궁하는 소송의 승리를 위해서도 주주들은 이사의 책임을 입증할 증거가 필요하다. 그러나 현실적으로 주주대표소송이 제기된다 하여도 이사 등의 경영진은 자신의 과실행위와 관련된 정보나 자료를 은폐하려 할 것이므로 주주의 입증책임을 가중시키는 경영판단원칙을 도입한다면 종국적으로 주주는 이사 등 경영진의 의무위반을 증명이 불가능해질 것이다.

## III. 경영판단원칙 도입에 따른 문제점

### 1. 경영판단행위와 배임죄의 객관적 구성요건표지

#### (1) 경영판단행위 주체의 불명확성

277) 이러한 점은 미국의 모범개정회사법에서 경영판단원칙의 성문화는 미래에 발생할지도 모르는 문제들에 있어 동(同)원칙이 예외 없이 적용된다고 할 수 없다는 이유로 명문화를 포기했다는 점에서 더욱 명백해진다.

업무상 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자라는 배임죄의 범죄구성적 신분에 업무상의 임무에 위배하는 자라는 형벌가중적 신분이 부가된 부진정신분범이다.<sup>278)</sup> 여기에 경영판단의 원칙을 도입하면 경영판단을 행하는 경영진이라는 3중의 신분을 인정하는 결과가 된다. 하지만 문제는 이러한 3중의 신분을 인정할 정도로 경영판단을 행하는 경영자의 범위가 명확하지 않다는 것이다.<sup>279)</sup>

즉 주식회사의 이사만 경영진인지 아니면 일정 규모 이상의 회사의 이사가 경영자인지 이사 중에서도 등기이사만을 의미하는 것인지 아니면 실질적인 의사결정권을 가진 임원도 이에 해당하는지가 매우 불명확하다.<sup>280)</sup>

이는 형법이 요구하는 구성요건의 명확성원칙에 반하는 것은 물론 형법의 가장 기본적 이념인 죄형법정주의 원칙을 해할 수 있다는 문제점이 있다.

## (2) 경영판단행위와 임무위배행위

경영판단원칙의 내용에 따라 경영판단의 적극적·소극적 요건이 갖추어진 경우 즉 경영진이 이해관계를 가지지 않고 독립적인 입장에서 적정한 주의를 다하여 선의로 경영상 결정을 하였고 여기에 재량권의 남용은 물론 사기·불법행위·권한유월행 등이 개입되지 않았다면 배임행위성립을 위한 신임관계의 파괴나 의무위반을 인정할 수 없기 때문에 경영판단 원칙의 요건이 충족되는 상황은 배임죄의 임무위배행위에 포섭되지 않는다.<sup>281)</sup>

## (3) 경영상 결정과 배임행위

---

278) 이재상, 전게서, 427면

279) 상법상 이사, 미국에서 사용하는 용어인 최고경영자나 경영자 등을 모두 포함하는 회사의 업무집행임원을 경영자라고 이해하는 견해(이상돈, 전게서, 61면)도 있고 주식회사의 이사를 상정하고 논하는 경우(이규훈, 전게논문, 322면)도 있다.

280) 조기영, 전게논문, 102면

281) 조기영, 전게논문, 96-97면

경영판단의 원칙은 경영상 결정 즉 작위를 요구하며, 부작위에 대해서는 경영판단의 원칙이 적용되지 않는다. 이에 반하여 배임죄의 배임행위는 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인에 대한 신임관계를 저버리는 일체의 행위로 작위뿐만 아니라 부작위에 의해서도 성립한다. 따라서 경영판단의 원칙을 도입하여 배임죄의 배임행위를 제한하는 데에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다.

#### (4) 경영판단행위와 자기 또는 제3자의 재산상 이익취득

우리 형법은 자기 또는 제3자의 재산상 이익의 취득을 배임죄의 구성요건요소로 요구하고 있다. 이는 독일형법<sup>282)</sup>이 권한남용 또는 재산보전의무 침해와 손해발생만을 배임죄의 구성요건으로 설정하고 있는 것과 일본형법<sup>283)</sup>이 재산상 이익을 초과주관적 구성요건으로 규정하고 있는 것과는 다른 부분이다.<sup>284)</sup>

따라서 우리 형법상 본인의 이익을 위한 일정한 행위를 하였으나, 결과적으로 본인에게 손해가 발생하였더라도, 자기 또는 제3자의 재산상 이익취득 또는 이에 대한 고의가 없으면 배임죄의 구성요건해당성이 인정되지 않는다.

다시 말해 경영진이 회사에 대한 충실의무에 입각하여 행동하는 이상 결과적으로 「자기 또는 제3자의 이익취득」이라는 배임죄의 구성요건은 충족되지

---

282) 독일 형법 제266조 제1항 「법률, 관청의 위임 또는 법률행위에 의하여 타인의 재산을 처분하거나 타인에게 의무를 부과하는 그에게 인용된 권한을 남용하거나 법률, 관청의 위임, 법률행위 또는 신임관계에 의하여 타인의 재산상 이익을 보존하도록 그에게 부과된 의무를 침해하고 또한 이로 인하여 그가 재산상 이익을 보호하여야 할 자에게 손실을 준 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.」

283) 일본 형법 제247조 「타인을 위하여 그 사무를 처리하는 자가 자기 또는 제3자의 이익을 도모하거나 본인에게 손해를 가할 목적으로 그 임무에 위배하는 행위를 하고 본인에게 재산상 손해를 가한 경우에는 5년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다.」

284) 조기영, 전게서, 97-98면

않고 그 결과 배임행위를 제한하기 위한 경영판단을 인정할 필요성은 감소된다.

## 2. 경영판단행위와 배임죄의 주관적 구성요건표지

### (1) 고의의 차별화

경영판단이 존재하는 경우에도 경영진이 회사에 해를 입힐 수 있는 행위를 한다는 인식을 가지고 이를 수인 내지 용인하는 행위를 한 이상 미필적 고의가 인정되기 때문에 경영판단의 상황이 존재한다고 하여 고의가 조각된다는 주장은 기존 고의론의 체계와 일치하지 않는 중요한 문제점이 있다.

다음으로 개별구성요건의 각칙에 고의의 형태를 구분하여 규정하고 있지 않는 우리 형법<sup>285)</sup>에서 특정 구성요건에 강화된 고의를 요구하기 위해서는 합리적인 근거가 필요한데 선의의 결정도 예측이 빗나가 손해가 발생할 수 있다는 경영결정상의 특성을 강화된 고의를 요구하는 근거가 한계가 있다.<sup>286)</sup> 따라서 경영판단의 주장을 배임죄의 구성요건적 고의의 성립을 제한하는 해석론으로 파악하자는 주장 또한 타당하지 않다.

### (2) 경영판단행위와 불법영득의사

배임죄의 성립에는 고의이외 자기 또는 제3자에게 재산상의 이익을 취하고, 본인에게 손해를 가한다는 초과주관적 구성요건으로 불법영득의사가 필요하다는 것이 학설의 지배적 견해 및 판례<sup>287)</sup>의 입장이다. 이러한 불법영득의사는

285) 독일 형법은 각칙에 결과발생을 적극적으로 의욕한 경우인 의도적 고의(Absicht)를 요구하고 있거나(독일 형법 §§142 III 2; 164 I Nr. 1 242 257 I; 258 I, 263), 결과의 발생을 확실하게 인식할 것(지정고의 Wissentlichkeit)을 규정(예를 들면, 독일 형법 §§ 87 I. 109e II. 134, 344 I)하는 등 고의의 형태를 구분하여 규정하고 있다.

286) 회사경영도 모험적 거래의 하나로 포섭하여 그 처벌을 제한할 수 있는 이상 회사경영에 속하지 않는 모험거래와 회사경영을 구별하여 달리 취급해야 할 이유가 없기 때문이다.

고의와 달리 미필적으로 존재할 수 없고 확정적으로 존재해야 한다는 점에서 경영판단의 원칙을 도입하여 배임죄의 고의성립을 제한하지 않더라도 경영상 결정에 대해서는 배임죄의 성립을 제한할 수 있다.

### 3. 형사정책상의 타당성

경영판단의 원칙은 소유와 경영이 분리된 공개기업에 적용되는 미국법상의 법리로서 경영진을 보호하고자 하는 것을 그 이념적 기초로 하고 있다. 그러나 우리나라의 회사는 지배주주가 중심이 되어 직접 경영권을 행사하는 폐쇄 회사의 성격을 지니고 있으며, 이 때문에 최근 상법을 개정하여 현행 회사통치구조의 투명성을 제고하기 위해 노력하고 있다.<sup>287)</sup>

또한 지배주주나 경영진에 대해서 시장을 통한 통제나 감시매커니즘이 제대로 발달되어 있지 않은 현재와 같은 상황에서 선불리 경영판단의 원칙을 도입하여 경영진을 보호하기 보다는 경영진의 책임을 철저히 추궁하는 것이 형사정책상 필요하다.

---

287) 대법원 2002.7.26 선고 2001도5459 판결 ; 대법원 1992.1.17 선고 91도1675 판결 ; 대법원 1983.7.26 83도819 판결 ; 대법원 1974.5.14 73도3208 판결 등 참조

288) 국제경쟁력 강화를 위한 한국의 기업지배구조: 최종보고서 및 법개정 권고안(2000)은 기업지배구조의 개선원칙을 다음과 같이 제시하고 있다. 첫째, 이사회가 회사의 주요 의사결정을 책임지는 기관으로서 제대로 기능해야 하며 특히 이해충돌가능한 행위에 대해서는 사외이사의 역할이 강화되어야 한다. 둘째, 주주가 회사의 의사결정에 참여할 수 있어야 하며 지배주주와 경영진의 감시는 물론 이사의 법령 또는 정관의 위반행위에 대하여 시정조치를 취할 수 있어야 한다. 셋째, 법률상 이사의 행위기준을 명확하게 하고 경영진의 이사회에 대한 책임과 경영진과 이사의 주주에 대한 책임을 강화하여야 한다. 넷째, 정보공시제도를 강화하여야 한다. 다섯째, 내부자거래를 줄이고 그 공정성을 제고하여야 한다. 여섯째, 회사지배권시장을 개발하여야 한다.

## 제5장 요약 및 검토

기업의 창의적이고 자유로운 활동은 우리 헌법이 보장하고 있는 바이며 오히려 경영진의 모험적 정신이 장려되고 있는 상황이고 배임죄의 규율대상 확대는 자칫 개인의 사적 자치의 본질적 영역을 침해할 위험이 있다는 점에서 경영상의 결정을 배임죄의 영역에서 배제하려는 시도는 형법의 보충성·단편성의 관점에 비추어 원칙적으로 찬성할 만한 것이다. 그러나 배임죄의 적용범위에 제한을 가할 필요가 있다는 점이 배임죄의 제한사유로서 경영판단의 원칙 도입을 모두 정당화시켜 줄 수 있는 것은 아니다. 경영판단의 원칙이 배임죄의 제한해석론으로서의 필요성과 형법체계와의 조화성을 충족시킬 때만이 하나의 해석원리로 인정할 수 있기 때문이다.

이러한 관점에서 볼 때 배임죄의 제한해석론으로서 경영판단의 원칙은 많은 문제점을 노출시키고 있다. 첫째 비교법적 측면과 형사정책적 측면에서 많은 문제점을 가지고 있다. 즉 법은 국가권력에 의해 강제되는 사회규범으로 한 나라의 법에는 그 나라의 문화나 국민정서 등 고유한 요소들이 포함되어 있다. 약 170여년 전 경제우위시대의 반영으로 자유방임주의 또는 무간섭주의의가 지배하여 각자가 전력을 기울여 개인적 이익을 추구하는 것이 최대 다수의 최대행복을 가져오는 것으로 생각되었던 시기에 소유와 경영의 분리를 전제로 생성된 경영판단의 원칙은 시간이 지남에 따라 더욱더 미국의 법률적·환경적 특성에 맞게 발전해왔고 현재에도 발전하고 있는 법리이다. 하지만 우리나라의 기업은 소유와 경영이 분리되지 않은 폐쇄회사적 구조를 가지고 있으며 자유경쟁의 시장구조에서 기업이 성장한 것이 아니라 국가주도의 성장위주 정책 영향으로 기업이 성장하여 왔다. 따라서 회사의 소유와 경영이 분리된 미국의 특수한 법률적 경제적 상황에서 발전되어 온 경영판단의 원칙을 그 필요성만

으로 소유경영자(Owner-manager)가 중심이 되어 경영권을 행사하는 우리상황에 도입하자는 주장은 풍토와 환경이 전혀 달라 적절한 통제 내지 견제장치가 마련되어 있지 않은 생태계에 외래식물을 무분별하게 이식시키는 것으로 타당하지 않다.

둘째 경영판단의 원칙을 도입하는 방법에 따른 문제점이 많다. 우선 해석론적 측면에서 경영판단원칙을 이사의 주의의무를 다하여 이루어진 경영판단에 회사에 대한 손해배상책임을 면책해주는 것이라면 우리 상법상 이사의 책임에 관한 규정의 해석만으로 가능하며 이러한 행위에는 재량권의 남용 내지 회사 재산의 낭비에 해당하지 않는 한 형법상 배임죄의 임무위배행위에 해당하지 않는다. 또한 형법은 일본이나 독일과 달리 배임죄의 구성요건으로 자기 또는 제3자의 재산상 이익의 취득을 요구하고 있어 임무위배행위를 제한하기 위한 경영판단의 원칙을 인정할 필요성은 더욱 더 없다. 다음으로 입법론적 측면에서 볼 때 미국 내에서도 명문화되지 못할 정도로 기준이 명확하지 못하고 학자와 법원사이에 일치되지 않는 미완결의 법리를 입법으로 도입하는 것은 사실상 불가능하다.

셋째 경영판단의 원칙은 경영진의 주의의무위반이라는 과실책임을 제한하는 원리로 발전된 것이며 형법상 배임죄는 과실범이 아닌 고의범을 그 대상으로 하고 있는 점에 비추어 과실책임의 제한이론인 경영판단의 원칙을 배임죄 고의의 제한해석론으로 도입하고자 하는 주장은 타당하지 않다. 즉 경영판단의 원칙 중 일부 요건이 결여되어 있더라도 배임적 고의가 인정되지 않는 한 배임죄가 성립하지 않게 된다. 이처럼 양자의 존재론적 기반을 무시한 채 이를 결합시켜 배임죄의 성립범위를 제한하고자 하는 시도는 위에서 살펴본 바와 같이 형법체계상으로 많은 문제점을 내포하고 있다. 오히려 형법학계에서는 모험거래가 그 성질상 통상의 업무집행의 범위를 일탈하지 않고 본인의 이익을 도모할 의도로 행해지고 있는 때에는 양해 내지 추정적 승낙으로 임무위배

행위에 해당되지 아니하므로 배임죄를 구성하지 않는다는 견해가 이미 자리 잡고 있어 경영판단의 원칙을 형법에 도입해야 할 타당성은 더욱더 없다.

넷째 경영판단의 원칙은 경영판단이 적정한 절차에 의해 이루어진 이상 여기에 추정적 효과를 부여하여 그 추정이 반복되지 않는 이상 그 경영판단의 실질적 내용에 대한 판단을 자제하여 기업 경영자의 자유로운 경영활동을 보호한다. 하지만 형법상 경영상 결정을 행한 경영자는 무죄추정을 받으며 배임행위에 대한 공소제기를 하기 위해서는 수사기관이나 검사가 이를 입증해야 하며 오히려 검사가 경영진의 경영상 결정행위를 배임죄로 기소한 이상 법원은 그 경영상 결정의 실질적 내용을 심리해야 한다는 점에서 경영판단의 원칙을 형법에 도입하기에는 많은 무리가 따른다.

현대사회가 고도로 전문화·집적화되어 감에서 기업이 가지는 사회적 역할과 중요성이 날로 증대되고 있는 실정이다. 하지만 아직 우리사회에서는 여전히 기업을 한 개인의 소유물로 생각하고 이를 악용하는 사례들을 쉽게 접할 수 있으며 기업의 사회적 책임에 대한 의식 또한 미비한 수준이다. 이러한 상황에서 경영판단의 원칙을 도입하여 기업 경영진에 면죄부를 주고자 하는 것은 경영진이라고 하는 특수한 사회적 계급을 인정하는 결과가 될 것이다. 물론 경영진의 책임을 과도하게 추궁할 경우 나타날 수 있는 부작용에 대해서도 진지한 고민이 있어야 하지만 현재 우리 형사법제에서는 굳이 경영판단의 원칙을 도입하지 않더라도 배임죄의 해석론을 통해 타당한 결론을 도출해 낼 수 있기 때문에 그 도입의 필요성 또한 크지 않다. 따라서 우리 법상황에 대한 진지한 고찰을 생략한 채 그 필요성만을 가지고 형법체계적 적합성이 부족한 경영판단의 원칙을 형사법에 도입하고자 하는 태도는 지양되어야 할 것이다.



## Abstract

### A Study on the Business Judgement Rule as limitation of Criminal Misappropriation

*by Lim, Jae-Hun*

Department of law  
Graduate School, Kookmin University,  
Seoul, Korea

Corporation system is that a shareholder provides material basis like capital to manager for efficient administration of assets, and take the limited liability within the limits, whereas managers who is delegated to take charge of managing and investing capital for shareholders, and it functions as the most central economic unit in the present age. The key to the successful administration of this corporation system depends on providing the security for the maximum freedom of company administration to managers like director, and on the other hand possessing a systematic device to prevent the arbitrariness of managers.

There is traditional means by criminal law for the successful administration of corporation system, that is the malfeasance in office,

and it means that punishes someone who works for others when he inflicts a loss on the principal, and gives himself or the third party to take profits. However, the malfeasance in office targets on regulating intentional and private irregularities of managers rather than the failure of administration by CEO of corporation, so there were only a few cases in the past which called managers to account when company had loss owing to the administrative negligence of managers. However, now it suggests to view this again as public fund was invested to revive or disorganize a number of companies, and the punishment by criminal law on the failure of administration was strongly requested in rapid changes of administrative environment which was started from the company reconstruction to break foreign exchange crisis in 1997.

However, administrative activity of company cannot avoid making a uncertain at venture, and this adventurous decision-making always carries the risk of giving a loss to company, so widely applying the malfeasance in office with disregarding the characteristic of company administration has the risk of considerably shrinking the company activity. That is, if managers are acknowledged with the malfeasance in office because of the reason that manager inflicted a loss to company owing to the failure of administration, although he did his best to reasonably make administrative decision, a manager will be subject to significant restriction in administrating a company, thus an important function of company, the efficiency to maximize profit seeking with creativity and innovation, cannot avoid damage, and it means to acknowledge the responsibility for the results with post judgement, so

there is a risk that may be against liability principle by criminal law. But if penal responsibility for the failure of administration is excluded, there can be a problem that we cannot effectively execute the regulation for violation of duties of the management which inflict a great loss to company, shareholder, and national economic order with careless and irresponsible administration in Korea that disciplinary compensation for damage is not acknowledged, unlike America.

So now there are opinions of applying the principle of making administrative decision by US case-law to criminal law for the effect that limits a part of the malfeasance in office of company manager with considering uncertainty involved in administrative activity of company as a way to provide the security for the freedom of administrative behavior to manager, and to prevent the misuse of authority. These trials to exclude making an administrative decision from the sphere of the malfeasance in office can be convinced in principle according to supplement and fragment of criminal law, but acknowledgement of the formation of the malfeasance in office for the administrative activity of company is directly related to the problem of setting the limit in the possibility of intervention of criminal law in laws and regulations which secure private self-government, so the introduction of principle of making administrative decision as the reason of restricting the malfeasance in office must be determined after investigating validity with interpretation of the malfeasance in office.

From this viewpoint, first, the introduction of the principle of making

administrative decision, which has been developed as the principle to restrict the liability with fault in America, as the reason of restricting the intentional malfeasance in office targeting on deliberate offense, not negligence, contains many problems, furthermore, the opinion that adventurous trade does not form the malfeasance in office when it is carried out to seek own profit without deviation from the range of execution of common tasks has already been settled in the academic world of criminal law, and it does not come under the violation of duties, thus it reduces the necessity to introduce the principle of making administrative decision to criminal law. Second, the introduction of the principle of making administrative decision, which has been developed in special legal and economic situation of America that ownership and administration of company are separated each other, to Korea that is still centered on Owner-manager is just like the indiscreet naturalization of foreign plants in ecosystem which does not have any appropriate control system. In particular, it is unknown to accept uncompleted legal principles which has indefinite standard as much as it has not been stipulated yet even in America, and is not consistent between scholars and court of justice. Third, social role and importance of company have been increased as modern society has been professionalized and integrated, but nevertheless it is easy to find cases that still consider a company as a possession of one individual, and misuse this, and the awareness of being conscious of company's social responsibility is also at the insufficient level. So if the principle of making administrative decision is introduced to give indulgence to

managers, it will lead to unreasonable result that acknowledges the management as special social class. Therefore, we must sublimate the attitude of unconditionally introducing the principle of making administrative decision to criminal law with avoiding and omitting serious consideration of our legal situation, and it is desirable to solve the problem of understanding the risk according to the administration of the management with restrictive interpretation theory of the malfeasance in office.

※ Key words

Untreue, business judgement rule, presumption, Bereicherungsabsicht, Entstehung des Vermögensschadens



## 참고문헌

### I. 단행본

- 김일수 서보학, 「새로쓴 형법각론(제7판)」, 박영사, 2007.
- 박상기, 「형법각론(제5판)」, 박영사, 2004.
- 배종대, 「형법각론(제5판)」, 홍문사, 2004.
- 손동권, 「형법각론」, 을곡출판사, 2006.
- 손주찬 정동윤, 「주해상법 제4판 회사(VI)」, 한국사법행정학회, 2006.
- 오영근, 「형법각론(제2판)」, 박영사, 2009.
- 이상돈, 「윤리경영과 형법」, 신영사, 2005.
- 이재상, 「형법각론(제6판)」, 박영사, 2009.
- 임재연, 「미국회사법」, 박영사, 2006.
- , 「증권거래법 전정판」, 2008.
- 이철송, 「회사법강의(제14판)」, 2007.
- 임 용, 「형법각론 개정판」, 법문사, 2007.
- 정성근 박광민, 「형법각론(제3판)」, 삼지원, 2008.
- 정영일, 「형법각론」, 박영사, 2008.
- 정웅석 백승민, 「형법강의」, 대명출판사, 2008.
- 조준현, 「형법각론(개정판)」, 법원사, 2005.
- 최준선, 「회사법(제3판)」, 삼영사, 2007.

### II. 논문

- 강대섭, “이사의 책임과 경영판단의 원칙”, 「상사판례연구」 제12집, 2001.12.
- 강동범, “우리나라의 경제형법에 관한 연구”, 「서울대학교 대학원 박사학위논문」

- 문」, 1994.
- 강위두, “이사의 회사에 대한 손해배상책임”, 「법률신문」 제3059호, 2002.3.
- 강희갑, “경영판단의 원칙에 대한 미국법의 최근동향”, 「상사법연구」, 제15권 제2호, 1996.12.
- 고재중, “이사의 임무해태에 따른 책임의 성립여부에 관한 검토” 「외법논집」 제14집, 2003.8.
- 고현덕, “배임죄의 타인의 사무를 처리하는 자”, 한양대학교 대학원 석사학위 논문, 2004.
- 구회근, “업무상 배임죄와 경영판단의 원칙-대법원판례를 중심으로”, 「법조」 제590집, 2005.11.
- , “이사의 회사에 대한 손해배상책임 및 판례에 나타난 구체적인 사례 분석”, 「사법연수원논문집」 제3집, 2006.01.
- 권재열, “경영판단의 원칙의 도입에 관련된 문제점”, 「연세법학연구」 제3권 제1호, 1995.
- , “경영판단의 원칙에 관한 미국법의 동향”, 「판례월보」 제350호, 1999.
- , “경영판단의 원칙의 도입여부를 다시 논함-이영봉 박사의 논평에 답하며”, 「상사법연구」 제19권 제2호, 2000.
- 김건연, “은행이사의 선관주의의무와 손해배상책임”, 「상사판례연구」 제13집, 2002.12.
- 김경석, “경영판단의 원칙에 관한 연구”, 「중앙대학교 석사학위논문」, 2004.
- 김광록, “미국의 최근 판례를 통한 본 경영판단의 원칙”, 「한국법학회 법학연구」 제32집, 2008. 11.
- 김기섭, “법인대표의 경영상의 판단과 업무상배임죄”, 「판례연구」 제12집 제2호, 2004.

- 김대근, “형법적 규제에 대한 법경제학적 접근-형법경제학”, 「고려대학교대학원 석사학위논문」, 2005.
- 김대연, “주주대표소송과 경영판단의 원칙”, 「상사법연구」 제17권 제3호, 1999.2.
- 김상봉, “상법상의 특별배임죄”, 「검찰」 제101호, 1990.12.
- 김영환, “형법해석상 해석과 유추의 한계-이상돈 교수의 반론에 대하여”, 「저스티스」 제30권 제1호, 1997.3.
- 김운곤, “기업범죄의 형사책임에 관한 연구”, 「조선대학교대학원 박사학위논문」, 1997.
- , “회사재산의 부정지출에 대한 형사법적 제재방안”, 「조선훈법학논총」 제1집, 1995.
- 김일수, “고의의 종류 1,2,3”, 「법률신문」 제1685;1686;1687호, 1987.6.
- 김재범, “대출결정시 금융기관 이사의 주의의무와 경영판단의 원칙”, 「상사판례연구」 제21집, 2008.
- 김종덕, “기업범죄에 있어서 개인의 형사책임”, 「한국법학회 법학연구」, 제18집, 2005.6.
- , “배임죄에 있어서 법인 및 대표기관의 형사책임”, 「한국법학회 법학연구」 제22집, 2006. 5.
- 김종보, “주식회사 이사의 특별배임죄”, 「검찰」 제84호, 1981.12.
- 김택주, “경영판단의 원칙의 적용요건”, 「기업법연구」 제20권 제1호, 2006.
- 나승철, “경영판단의 원칙상 배임죄의 고의와 그 제한”, 「법률신문」 3467호, 2006.06
- 노명선, “회사범죄에 관한 연구-주식회사 임직원의 형사책임을 중심으로”, 「성균관대학교 대학원 박사학위논문」, 2001.
- 류진희, “미국 회사법상 이사의 주의의무”, 「서강법학연구」 제3권, 2001.4

- 문성식 주종상, “주식회사 이사의 특별배임죄-존재의의와 한계”, 「법문화연구소 서울법학 논문집」 제3집, 1999.4.
- 문형섭, “배임죄에 관한 연구”, 「호남대학교 대학원 박사학위논문」, 2001.
- 박길준, “상법상의 벌칙규정에 대한 입법론적 고찰-일본법과의 비교를 중심으로”, 「연세행정논총 제15집」, 1990.3.
- 박명서, “경영판단의 원칙”, 「기업법연구」 제17집, 2004.6.
- 박미숙, “경영판단과 배임죄의 성부”, 「형사판례연구」 제15권 박영사, 2007.
- 박상희, “배임죄에서 경영판단원칙에 관한 연구”, 「연세대학교 대학원 석사학위논문」, 2007.
- 박주환, “회사법상의 특별배임죄”, 「검찰」 제81호, 1981.
- 박형수, “경영판단원칙에 관한 연구”, 「연세대학교 대학원 석사학위논문」, 2003.
- 석중현, “경영판단에 대한 사법적 심사의 한계”, 「토지공법연구」 제15집, 2002.4.
- 손영화, “모회사 주주의 대표소송과 이사의 경영판단”, 「상사판례연구」 제17집, 2004.
- , “미국법상의 경영판단원칙과 그 도입 여부에 관한 일고찰”, 「상사법연구」 제18권 제2호, 1999.
- 송인방, “이사의 책임제한과 경영판단의 원칙”, 「한국법학회 법학연구」 제31집, 2008.8.
- , “경영판단의 원칙의 상법에의 도입가부에 대한 검토”, 「기업법연구」 제5집, 2000.4.
- , “경영판단원칙의 도입가능성에 대한 검토”, 「충북대학교 법학연구」 제14권 제1호, 2000.
- 송호신, “상법상 회사관련범죄에 대한 연구-벌칙조항의 활성화 방안을 중심으로

- 로”, 「한양대학교 대학원 박사학위논문」, 2002.
- , “상법상 벌칙조항의 개선방안”, 「한양법학」 제14집, 2003.12.
- 신동운, “회사의 대표기관 등에 대한 형사책임과 배임죄”, 「상사판례연구」 제1권, 1996.
- 안경옥, “배임죄에 있어서 실효발생의 위험”, 「비교형사법연구」 제2권 제2호, 한국비교형사법학회, 2000.
- , “사실상의 신임관계에 기초한 배임죄 처벌의 한계”, 「형사판례연구」, 2001.6.
- 안동섭, “기업임원의 상법위반행책임”, 「경원론집」 제9호, 1989.12.
- 안성포, “독일의 회사법 개혁과 최근 동향-2005년 UMAG에 의한 독일주식법의 개정을 중심으로”, 「기업법연구」 제19권 제3호, 2005.9
- 양동석, “경영판단원칙의 수용가능성”, 「기업법연구」 제7권, 2001.4
- 오성근, “경영판단원칙의 적용기준의 법리에 관한 검토”, 「기업법연구」 제20권 제1호, 2006.
- 오영근, “신용위험 공유자에 대한 대출과 배임죄”, 「형사정책연구」 제58호, 2004.5.
- 원동욱, “경영판단의 원칙의 적용범위”, 「상사판례연구」 제20권, 2007.
- 윤동인, “주식회사이사의 책임과 경영판단의 원칙”, 「고려대학교 대학원 석사학위논문」, 2006.
- 윤보옥, “미국회사법에서의 이사의 의무와 경영판단의 원칙”, 「비교사법」 제7권 제2호, 2000.12.
- 이경렬, “경영판단의 과오와 업무상배임죄의 성부” 「법조」, 제603호, 2006.12.
- 이규훈, “경영판단과 업무상 배임죄”, 「고려대학교대학원석사학위논문」, 2005.
- , “업무상 배임죄와 경영판단”, 「형사판례연구」 제13권 박영사, 2005.

- 이상돈, “경영실패와 경영진의 형사책임”, 「법조」 제52권 제5호, 2003.5.
- 이영봉, “경영판단의 법칙에 관한 연구”, 「성균관대학교 대학원 박사학위논문」, 1999.
- 이영봉, “경영판단의 법칙의 수용에 관한 검토”, 「상사법연구」 제19권 제1호, 2000.
- 이용식, “횡령·배임죄와 이사의 자기거래”, 「상사판례연구」 제4권, 2000.4.
- 이정민, “경영판단원칙과 업무상 배임죄”, 「형사정책연구」 제18권 제4호, 2007.12
- 임래현, “회사법상 특별범죄에 대한 고찰”, 「검찰」 제88호, 1983.12.
- , “배임죄의 본질에 관한 연구-배임죄의 성립범위와 관련성을 중심으로”, 「연세법학연구」 제18집, 2008.
- 임정호, “배임죄의 행위주체”, 「형사법연구」 제20권 제2호, 2008.6.
- , “배임죄의 본질에 관한 연구-배임죄의 성립범위와 관련성을 중심으로”, 「연세대 법학연구」 제18권 제2집, 2008.
- 임중호, “회사범죄와 그 대책방안”, 「중앙대학교 법학연구소 법학논문집」 제15집, 1900.
- 임철희, “경제체계의 기능보호와 형법의 효율성지향”, 「고려대학교대학원 석사학위논문」, 1998.
- 정구환, “배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리하는 자에 관한 판례연구”, 「검찰」 제98호, 1988.12.
- 정봉진, “이사의 주의의무와 경영판단의 법칙간의 관계에 관한 미국법 고찰”, 「상사법연구」 제21권 제2호, 2002.
- 정래영, “이사의 책임제한에 관한 법적 연구”, 「신라대학교 경제경영연구」 제5권 제1호, 2004.2.
- 조기영, “배임죄의 제한해석과 경영판단의 원칙-경영판단 원칙 도입론 비판”,

- 「형사법연구」 제30호, 2007.3.
- 조 국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계-업무상 배임죄 배제론에 대한 응답”, 「형사법연구」 제19권 제3호, 2007.
- 조성중 윤영수, “이사의 회사에 대한 손해배상책임과 경영판단원칙”, 「한국법학회 법학연구」 제23집, 2006.8.
- 조우형, “경영판단의 법칙에 관한 연구”, 「한국의국어 대학교 석사학위논문」, 2006.
- 주강원, “상법상 특별배임죄에 대한 연구”, 「연세대 법학연구」 제18권 제3집, 2008.
- 주기종, “미국판례상 경영판단의 원칙의 수용 논의”, 「미국헌법연구」 제18권 제2호, 2007.9
- , “미국회사법상 이사의 지위에 관한 소고”, 「한국법학회 법학연구」 제23집, 2006.8.
- 천재정, “이사의 주의의무와 경영판단원칙에 관한 연구”, 「연세대학교 대학원 석사학위 논문」, 2006.
- 천종철, “배임죄에 있어서의 임무위배행위”, 「연세법학연구」 제3권 제1호, 1995.
- 천진호, “기업범죄와 형사적 규제”, 「경북대학교 법학논고」 제16집, 2000.
- 최문희, “이사의 책임제한 제도에 관한 입법론적 고찰-2006년 상법(회사편) 개정시안에 관한 검토”, 「비교사법」 제13권 3호, 2006.
- 최병규, “경영판단원칙과 그의 수용방안-최근 독일의 입법내용을 중심으로”, 「기업법연구」 제19권 제2호, 2005.6
- , “미국법상 경영판단의 원칙과 우리나라에의 도입가능성”, 「안암법학」 제12호, 2001.
- 최승재, “경영판단의 항변과 기업경영진의 배임죄의 성부”, 「법률신문」 제

3308호, 2004.10.

최완진 최현주, “경영판단의 원칙의 새로운 동향과 한국상법수용론”, 「안암법학」 제26집, 2008.

최윤범 “경영판단의 원칙과 그 도입의 가능성”, 「한국법학회 법학연구」 제5집, 2000.

최준선, “기업의 사회적 책임론”, 「성균관법학」 제17권 제2호, 2005.12.

최현주, “이사의 책임제한에 관한 법리와 경영판단의 원칙”, 「경영법률」, 2007.

허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 「비교형사법연구」 제6권 제2호, 2004.

### Ⅲ. 외국문헌

Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, “THE PROPER ROLE OF A TARGET'S MANAGEMENT IN RESPONDING TO A TENDER OFFER”, 「Harvard Law Review」, April, 1981.

Martin Gelter, “THE DARK SIDE OF SHAREHOLDER INFLUENCE: MANAGERIAL AUTONOMY AND STAKEHOLDER ORIENTATION IN COMPARATIVE CORPORATE GOVERNANCE”, 「Harvard International Law Journal」 Winter 2009.