



제427회 국회(임시회)
제4차 법제사법위원회

상법 일부개정법률안

검 토 보 고

<형사상 경영판단의 원칙 도입 및 특별배임죄 정비>

■ 고동진의원 대표발의(의안번호 제2211209호)

2025. 7.

법 제 사 법 위 원 회

전문위원 이 은 정

목 차

I . 제안경위	1
II . 제안이유 및 주요내용	1
III . 검토의견	3
1. 형사상 경영판단의 원칙 도입	3
2. 특별배임죄 구성요건 한정 및 구체화	11

I. 제안경위

1. 제 안 자 : 고동진의원 등 11인
2. 제 안 일 : 2025. 7. 2.
3. 회 부 일 : 2025. 7. 3.

II. 제안이유 및 주요내용

「상법」상 이사의 충실 의무를 회사뿐만 아니라 ‘주주’까지 확대하는 입법이 추진되고 있는 가운데, ‘기업이 주주에게 충실하여 주주들의 이익을 보호해야 한다’는 취지는 합당하다고 할 것이나, 이로 인한 불필요한 소송 남발과 기업의 자율적인 경영권이 침해될 수 있다는 지적이 제기되고 있음.

헌법 제126조는 ‘기업의 경영을 통제 또는 관리할 수 없다’고 정하고 있는 만큼, 이사의 충실 의무가 주주까지 확대될 경우, 이에 대한 입법적 대안이 필요하다고 할 것임.

이에 대법원이 2004년 제시한 배임죄 특례의 ‘경영판단의 원칙’을 현행법상 반영하기 위하여 ‘이사가 재산상의 이익을 취하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 할 의도가 없이 회사의 이익을 위하여 신중하게 행위를 했을 때 회사에 손해가 발생했을 경우에는 배임에 대한 죄로 처벌할 수 없다’는 규정을 명문화하는 동시에, 현행법상 특별배임죄의 구성 요건을 ‘회사를 위한 임무를 위배한 행위’로 한정 및 구체

화하여, 기업이 주주를 최대한 보호하되 일련의 결과로 인한 기업의 자율적인 경영권이 침해되지 않도록 하고자 함(안 제382조의5 신설 및 제622조제1항).

Ⅲ. 검토의견

1. 형사상 경영판단의 원칙 도입(안 제382조의5)

가. 개정안의 내용 및 취지

□ 개정안은 이사가 재산상의 이익을 취하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 할 의도가 없이 회사의 이익을 위하여 신중하게 행위를 하였을 때 회사에 손해가 발생하였을 경우에는 배임에 대한 죄로 처벌할 수 없게 하려는 것임(안 제382조의5).

○ 제안이유에 따르면, 이와 같은 개정사항은 2004년 대법원 판례¹⁾가 제시한 배임죄 판단에 있어서의 경영판단의 원칙을 명문화 하려는 취지로 이해됨.

1) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결 (특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)·보험업법위반) “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 기업이 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 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식(미필적 인식을 포함)하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없는데 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다 할 것이다.”

현행	개정안
<신설>	제382조의5(경영판단의 원칙) 이사가 재산상의 이익을 취하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 할 의도가 없이 회사의 이익을 위하여 신중하게 행위를 하였을 때 회사에 손해가 발생하였을 경우에는 배임에 대한 죄로 처벌할 수 없다.

나. 검토의견

(1) 경영판단의 원칙

□ 경영판단의 원칙이란, 이사의 일정한 경영상의 판단으로 회사에게 손해가 발생한 경우에도 그 경영상의 판단이 일정한 요건·절차를 갖추어 이루어진 것으로 인정되는 때에는, 이사가 위임관계에 따라 회사에 대해 부담하는 선관주의의무를 위반하지 아니한 것으로 판단하는 원칙임.

○ 이러한 경영판단의 원칙은 ① 이사가 합리적인 정보에 근거하여, ② 회사의 최선의 이익이라고 믿으면서, ③ 선의로 한 경영판단은, 비록 결과적으로 잘못된 것으로 인정된다 하더라도 재량권의 남용, 사기, 위법 또는 이익 충돌에 해당하지 아니하는 한 선관주의 의무 위반으로 보지 않는다는 미국의 판례와 제정법에 따라 발전

해온 이론에 근거하고 있음.²⁾

○ 대법원도 이러한 경영판단의 원칙을 인정하고 있으며, 민사상으로는 현행 제399조에 따른 이사에 대한 손해배상책임 청구의 소에서 다음과 같은 법리로 적용되고 있고, 형사상으로는 제622조제1항에 따른 특별배임죄 및 「형법」·「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」상 업무상배임죄의 성립과 관련하여 문제됨.³⁾

- 먼저, 민사사건에서는, 이사가 경영판단을 함에 있어서 통상의 합리적인 이사로서 그 상황에서 합당한 정보를 가지고 적합한 절차에 따라 회사의 최대이익을 위하여 신의성실에 따라 한 것이라면 그 의사결정과정에 현저한 불합리가 없는한 그 임원의 경영판단은

2) 임재연, 회사법 II, 박영사, 2024. p. 585

3) 「상법」 제399조(회사에 대한 책임) ① 이사가 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리한 경우에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다.

제622조(발기인, 이사 기타의 임원등의 특별배임죄) ① 회사의 발기인, 업무집행사원, 이사, 집행임원, 감사위원회 위원, 감사 또는 제386조제2항, 제407조제1항, 제415조 또는 제567조의 직무대행자, 지배인 기타 회사영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인이 그 임무에 위배한 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 회사에 손해를 가한 때에는 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

「형법」 제355조(횡령, 배임) ② 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에도 전항의 형과 같다.

제356조(업무상의 횡령과 배임) 업무상의 임무에 위배하여 제355조의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다

「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조(특정재산범죄의 가중처벌) ① 「형법」 제347조(사기), 제347조의2(컴퓨터등 사용사기), 제350조(공갈), 제350조의2(특수공갈), 제351조(제347조, 제347조의2, 제350조 및 제350조의2의 상습범만 해당한다), 제355조(횡령·배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 죄를 범한 사람은 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액(이하 이 조에서 “이득액”이라 한다)이 5억원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 이득액이 50억원 이상일 때: 무기 또는 5년 이상의 징역

2. 이득액이 5억원 이상 50억원 미만일 때: 3년 이상의 유기징역

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

허용되는 재량 범위 내의 것으로서 회사에 대한 선량한 관리자의 주의의무 내지 충실의무를 다한 것으로 보아,⁴⁾⁵⁾ 이사에 대한 손해배상책임 청구의 소에서의 손해가 발생하였다는 결과 만으로 채무불이행 사실을 추정할 수 없도록 하고 있음.⁶⁾

- 형사사건에 있어 특별배임죄⁷⁾⁸⁾ 및 업무상배임죄의⁹⁾ 성립과 관련

- 4) 대법원 2023. 3. 30. 선고 2019다280481 판결 “이사가 법령에 위반됨이 없이 임무를 수행하는 과정에서 합리적으로 이용가능한 범위 내에서 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음, 이를 근거로 회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실에 따라 경영상의 판단을 내렸고, 그 내용이 현저히 불합리하지 않은 것으로서 통상의 이사를 기준으로 할 때 합리적으로 선택할 수 있는 범위 안에 있는 것이라면, 비록 사후에 그 회사가 예상했던 이익을 얻지 못하고 손해를 입게 되는 결과가 발생하였다 하더라도 그 이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량 범위 내에 있는 것이어서 해당 회사에 대하여 손해배상책임을 부담한다고 할 수 없다.”
- 5) 대법원 2006. 7. 6. 선고 2004다8272 판결 “금융기관이 그 임원을 상대로 대출과 관련된 임무 해태를 내세워 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 물음에 있어서는 임원이 한 대출이 결과적으로 회수곤란 또는 회수불능으로 되었다고 하더라도 그것만으로 바로 대출결정을 내린 임원에게 그러한 미회수금 손해 등의 결과가 전혀 발생하지 않도록 하여야 할 책임을 물어 그러한 대출결정을 내린 임원의 판단이 선량한 관리자로서의 주의의무 내지 충실의무를 위반한 것이라고 단정할 수 없고, 대출과 관련된 경영판단을 함에 있어서 통상의 합리적인 금융기관 임원으로서 그 상황에서 합당한 정보를 가지고 적합한 절차에 따라 회사의 최대이익을 위하여 신의성실에 따라 대출심사를 한 것이라면 그 의사결정과정에서 현저한 불합리가 없는 한 그 임원의 경영판단은 허용되는 재량의 범위 내의 것으로서 회사에 대한 선량한 관리자의 주의의무 내지 충실의무를 다한 것으로 볼 것이며, (이하 생략)”
- 6) 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다30465, 30472 판결 “대표이사를 상대로 주식회사에 대한 임무 해태를 내세워 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 물음에 있어서는 대표이사의 직무수행상의 채무는 미회수금 손해 등의 결과가 전혀 발생하지 않도록 하여야 할 결과채무가 아니라, 회사의 이익을 위하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 가지고 필요하고 적절한 조치를 다해야 할 채무이므로 회사에게 대출금 중 미회수금 손해가 발생하였다는 결과만을 가지고 곧바로 채무불이행사실을 추정할 수는 없는 것이다.”
- 7) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도522 판결은 특별배임죄에도 업무상배임죄에 관한 경영판단의 원칙이 적용되는 것을 전제로 다음과 같이 판단하고 있음. “이른바 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상배임죄에 있어서 고의의 입증방법과 마찬가지로 법리가 적용되어야 함은 물론이지만, 기업 경영에 내재된 속성을 고려하여 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단 대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식(미필적 인식을 포함)하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없는데 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다. (중략) 이 사건과 같이 피해자 주식회사의 대표이사 또는 이사인 피고인들이 중전 규정이나 개정 규정에 의하여 위 골프장 이용에 따른 비용을 면제받은 행위가 이사로서의 임무에 위배되는 행위에 해당하는지 여부 내지 그에 관하여 피고인들의 배임의 고의가 인정되는지 여부

해서는, 경영판단의 원칙이 각 범죄의 구성요건 중 하나인 배임의 고의를 판단하는 기준으로 이용됨.

(2) 구체적 검토

□ 경영판단의 원칙을 이 법에 명시하려는 개정안의 내용은, 이익 추구를 위해 어느 정도 위험을 감수하면서 혁신적인 업무를 수행하여야 하는 이사의 경영판단이 보호받지 않으면 회사의 발전을 기대할 수 없다는 점과 법원은 회사업무의 실제 내용에 대해 자세히 파악하기 어려울 수 있어 이사의 의무 위반 여부에 대해 정확한 판단을 하지 못할 염려가 있다는 점 등을 고려하면 긍정적인 측면이 인정되는 것으로 보임.

□ 다만, 개정안이 심사되는 경우, 법률의 체계적 정합성 등을 고려할 때 다음과 같은 사항을 함께 논의할 필요가 있는 것으로 보임.

를 판단함에 있어서는, 위와 같은 각 규정의 적용을 통하여 단순히 회사에게 금전적인 수입의 감소가 발생하고 피고인들에게 동액 상당의 금전적 이익이 발생하였는지 여부만을 기준으로 살필 것이 아니라, 구체적으로 위 각 규정의 제정 및 개정의 시기·동기·경위·절차, 피해자 주식회사의 영업 규모나 방식, 재정 상태, 골프장 이용객 수, 관련 업계의 관행, 종전 규정이나 개정 규정의 효력 여하 및 피고인들이 위 각 규정을 적용하지 말아야 할 법령상 또는 신의칙상 의무가 있는지 여부, 위 각 규정에서 정하고 있는 비용면제의 범위 및 정도가 객관적, 합리적으로 수긍할 수 있는 범위 내에 해당한다고 볼 수 있는지 여부, 위 각 규정의 적용 결과 감소될 수입의 정도와 발생이 예상되는 무형적, 잠재적 이익의 정도, 실제로 피고인들이 위 각 규정에 의하여 비용을 면제받은 시기, 빈도, 액수 등 및 위 골프장 이용 경위 및 동반자, 당시의 피해자 주식회사의 경영 상태, 기타 제반 사정들에 관하여 심리를 한 후, 종합적으로 판단하여야 할 것이다.”

8) 다만, 해당 판결의 경우, 제1심(수원지방법원 여주지원 2007. 9. 10. 선고 2007고정157 판결)에서 인정된 손해액이 합계 5,512,000원 상당이므로 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조에 따른 가중을 할 여지가 없어 이 법에 따른 특별배임죄로 기소한 것으로 보임.

9) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015도12633 판결 “다만 기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 개인적인 이익을 취할 의도 없이 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익을 위한다는 생각으로 신중하게 결정을 내렸다고 하더라도 그 예측이 빗나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있으므로, 이러한 경우에까지 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상배임죄의 형사책임을 물을 수 없다.”

- 첫째, 개정안은 경영판단의 원칙을 배임죄의 성립과 관련하여 명시적으로 적용하려는 것으로 보이나, 현재 판례는 경영판단의 원칙을 배임죄 등 형사사건 뿐만 아니라 이사의 손해배상책임의 판단과 같은 민사사건에도 적용되는 법리로 인정하고 있는 점을 고려할 필요가 있음.
- 둘째, 개정안은 경영판단의 원칙이 적용되기 위한 요건을 ① “재산상의 이익을 취하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 할 의도가 없이 회사의 이익을 위하여” ② “신중하게 행위를 하였을 때”로 의사(意思) 부분과 행위 부분으로 나누어 제시하고 있는데, “신중하게”라는 법문이 다소 추상적인 측면이 있는 것으로 보임으로, 해당 표현을 구체화하기 위한 논의가 심사시 수반되어야 할 것으로 보임.
- 셋째, 개정안은 이사가 이와 같은 경영판단의 원칙을 준수하여 행위(경영상의 판단·결정)하였으나 회사에 손해가 발생한 경우 배임에 대한 죄로 처벌할 수 없도록 규정하고 있는데, 개정 조항의 구체적인 법적 효과가 무엇인지에 관한 논의도 함께 이루어질 필요가 있는 것으로 보임.
- 개정조항은 경영판단의 원칙이 인정되는 경우 해당 이사를 “배임에 대한 죄로 처벌할 수 없다”는 것으로 규정하고 있으나, “처벌하지 아니한다”라는 법문을 두고 있는 관련 입법례를 살펴볼 때

경우에 따라 위법성조각사유,¹⁰⁾¹¹⁾ 형면제사유¹²⁾ 등 그 내용에 따라 부여되는 법적 효과가 상이함.

- 한편, 판례는 형사사건에서 경영판단의 원칙을 배임에 관한 죄의 고의 여부의 판단 기준으로 적용하고 있음.¹³⁾

(3) 참고사항

- 경영판단의 원칙을 명시적으로 도입하고자 하는 개정안의 취지와 유사한 법률안들이 2025. 7. 현재 다음과 같이 발의되어 있으므로, 심사시 참고하여야 할 것임.

10) 「모자보건법」 제28조(「형법」의 적용 배제) 이 법에 따른 인공임신중절수술을 받은 자와 수술을 한 자는 「형법」 제269조제1항·제2항 및 제270조제1항에도 불구하고 처벌하지 아니한다.

11) 대법원 1976. 7. 13. 선고 75도1205 판결 “위 000의 사망이 피고인의 과실에 기인되었다고 볼 수 없다고 하고, 또 그 낙태시술이 정당행위 내지는 긴급피난에 해당한다고 인정된다는 근거로 제1심 판결이 상세히 설시하고 있는 이유가 공인되는 바이므로 이러한 이유에 입각한 원심판단은 그 정당함이 인정되어 소론과 같은 채증법칙의 위반이나 논지가 공격하는 바와 같은 낙태죄의 법리나 긴급피난의 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.”

12) 「국가인권위원회법」 제56조(인권옹호 업무방해) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 위원회의 업무를 수행하는 위원 또는 직원을 폭행하거나 협박한 사람
2. 위원 또는 직원에게 그 업무상의 행위를 강요 또는 저지하거나 그 직을 사퇴하게 할 목적으로 폭행하거나 협박한 사람
3. 위계(僞計)로써 위원 또는 직원의 업무 수행을 방해한 사람
4. 이 법 제4장 및 제4장의2에 따라 위원회 또는 군인권보호위원회의 조사 대상이 되는 다른 사람의 인권침해나 차별행위 사건에 관한 증거를 인멸, 위조 또는 변조하거나 위조 또는 변조한 증거를 사용한 사람

② 친족이 본인을 위하여 제1항제4호의 죄를 범한 때에는 처벌하지 아니한다.

13) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015도12633 판결 “다만 기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 개인적인 이익을 취할 의도 없이 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익을 위한다는 생각으로 신중하게 결정을 내렸다고 하더라도 그 예측이 빗나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있으므로, 이러한 경우에까지 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상배임죄의 형사책임을 물을 수 없다.”

의안번호	법률/ 대표발의자	주요 내용	비고
2205630 (24. 11. 15.)	상법 / 김성원의원	○ 이사의 경영의사결정의 경우 법령 또는 정관에 위반된 것이 아닌 한 원칙적으로 합리적으로 이용가능한 범위 내에서 수집·조사한 정보를 바탕으로 이해관계를 갖지 아니하고 회사의 이익을 위해 선량한 관리자의 주의의무를 다한 것으로 봄	위원회심사 (소위원회부)
2211287 (25. 7. 4.)	형법 / 고동진의원	○ 업무상배임죄(「형법」 제355조제2항)에 ‘재산상의 이익을 취하거나 제삼자로 하여금 이익을 취득하게 할 의도가 없이 회사의 이익을 위하여 합리적인 경영상의 판단을 통한 행위를 했을 때에는 회사에 손해가 발생하였더라도 배임에 있어서 그 처벌을 예외로 한다’는 단서를 신설	위원회회부
2211417 (25. 7. 10.)	형법 / 유상범의원	○ 배임죄 규정에 이사 등 임원이 합리적으로 경영상의 판단을 한 경우에는 처벌하지 아니하도록 위법성 조각의 근거를 마련함	위원회회부
2211470 (25. 7. 14.)	형법 / 김태년의원	○ 회사의 경영진 등 타인의 사무를 처리하는 자가 본인과 이해관계의 상충 없이 본인의 이익을 위해 최대한 합리적인 판단을 내린 경우에는 배임죄의 적용을 배제	위원회회부

2. 특별배임죄 구성요건 한정 및 구체화 (안 제382조의5)

가. 개정안의 내용 및 취지

□ 개정안은 회사의 발기인·이사·업무집행사원 등의 지위에 있는 자에 대하여 인정되는 특별배임죄의 구성요건 중 “그 임무에 위배된 행위”를 “회사를 위한 그 임무에 위배된 행위”로 한정하려는 것임(안 제622조제1항).

○ 이러한 개정은 이사가 충실의무를 부담하는 대상이 종전 “회사”에서 “회사 및 주주”로 개편됨에 따라(제383조의3)¹⁴⁾, 기업이 주주를 최대한 보호하되 일련의 결과로 인한 기업의 자율적인 경영권이 침해되지 않도록 하려는 취지에서 특별배임죄의 내용인 “임무위배”를 “회사를 위한 임무위배”로 한정 및 구체화하려는 것으로 이해됨.

현 행	개 정 안
第622條(發起人, 理事 其他의 任 員等の 特別背任罪) ①會社の 發起人, 業務執行社員, 이사, 집 행임원, 監査委員會 委員, 監事	第622條(發起人, 理事 其他의 任 員等の 特別背任罪) ① ----- ----- -----

14) 「상법」(2025. 7. 3. 제426회제4차 본회의 의결, 7. 11. 정부 이송)

제382조의3(이사의 충실의무 등) ① 이사는 법령과 정관의 규정에 따라 회사 및 주주를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 한다.

② 이사는 그 직무를 수행함에 있어 총주주의 이익을 보호하여야 하고, 전체 주주의 이익을 공평하게 대우하여야 한다.

현행	개정안
또는 第386條第2項, 第407條第1項, 第415條 또는 第567條의 職務代行者, 支配人 其他 會社營業에 關한 어느 種類 또는 特定한 事項의 委任을 받은 使用人이 <u>그 任務에</u> 違背한 行爲로써 財産上의 利益을 取하거나 第三者로 하여금 이를 取得하게 하여 會社에 損害를 加한 때에는 10年 以下の 懲役 또는 3千萬원 이하의 罰金에 處한다.	----- ----- ----- ----- ----- <u>회사를 위한 그 임무에</u> ----- ----- ----- ----- ----- -----.
② (생략)	② (현행과 같음)

나. 검토의견

(1) 특별배임죄의 개념과 내용

☐ 현행법은 회사의 발기인, 업무집행사원, 이사, 감사 등이 그 임무에 위배한 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자에게 취득하게 하여 회사에 손해를 가한 경우에는 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 하는 특별배임죄를 규정하고 있음(제622조).

☐ 이러한 특별배임죄는 회사의 이사, 집행임원, 감사위원회위원, 감사 등 회사 관련 일정한 지위에 있는 자만 행위주체가 될 수 있는 신

분범으로, 「형법」 제355조제2항 및 제356조에 따른 배임죄 및 업무상배임죄의¹⁵⁾ 특별 규정으로서의 성격을 지님.

○ 이와 같은 특별배임죄를 단순한 신분적 가중범이 아니라 독자적인 사회적 구조와 규범적 의미를 인정하여 독립범죄로 이해하는 입장이 있으나, 주류적인 견해는 이사·감사 등과 같은 일정한 신분자의 배임행위에 대해 회사법의 입법목적에 관철하기 위하여 가중처벌하는 신분적 가중처벌 규정으로 해석하고 있음.

- 다만, 특별배임죄와 「형법」에 따른 업무상배임죄는 징역과 벌금의 병과 등과 같은 일부 사항을 제외하고는 범죄구성요건의 규율 형태와 각각의 법정형이 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금으로 동일하다는 점¹⁶⁾ 및 실무에서는 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조에¹⁷⁾ 따른 가중처벌을 위하여 업

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

제356조(업무상의 횡령과 배임) 업무상의 임무에 위배하여 제355조의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다

16) 권순일 대표편집, 상법 회사편 제6권, 2021. 한국사법행정학회, p.563에 따르면, 이와 같이 업무상 배임죄와 횡령 및 구성요건에 차이가 없는 특별배임죄가 별도로 규정된 것은 다음과 같은 연혁적 이유라고 설명하고 있음. 업무상 배임죄가 별도로 규정되지 않았던 제2차 세계대전 이전 일본에서 회사임직원의 배임행위에 대하여 단순배임죄보다 가중된 형을 부과하려는 취지에서 일본 상법에서 특별배임죄를 별도로 규정하고 있었는데, 그것이 우리 상법 제정시에 그대로 포함된 것이라고 언급함.

17) 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조(특정재산범죄의 가중처벌) ① 「형법」 제347조(사기), 제347조의2(컴퓨터등 사용사기), 제350조(공갈), 제350조의2(특수공갈), 제351조(제347조, 제347조의2, 제350조 및 제350조의2의 상습범만 해당한다), 제355조(횡령·배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 죄를 범한 사람은 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액(이하 이 조에서 “이득액”이라 한다)이 5억원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다.

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

무상배임죄를 적용하는 경우가 많다는 점을 고려할 때, 사실상 특별규정으로서의 성격은 상실된 것으로 평가하는 견해도 있음.¹⁸⁾

○ 한편, 특별배임죄 성립 여부가 직접적으로 문제된 사안은 다음과 같음.

- 온천개발을 목적으로 설립된 주식회사의 대표이사가 그 회사가 명의신탁의 방법으로 사실상 보유하고 있던 온천발견자의 지위를 그 임무에 위배하여 아무런 대가 없이 타에 양도하였다면 특별배임죄를 구성하는 것으로 봄.¹⁹⁾
- 피고인이 당초부터 개인 용도로 사용할 목적으로 그가 대표이사로 재직하는 피해자 회사 명의로 법인 운영자금 명목으로 은행으로부터 대출받고, 피해자 회사 명의로 약속어음을 발행하고 이를 할인하여 그 대출금과 어음할인금을 개인 용도로 사용한 행위에 대해 특별배임죄를 인정함.²⁰⁾
- 피해자 주식회사의 대표이사 또는 이사인 피고인들이 골프장 이용에 따른 비용을 면제받은 행위가 이사로서의 임무에 위배되는 행위에 해당하는지 여부 내지 그에 관하여 피고인들의 배임의 고의가 인정되는지 여부를 판단함에 있어서는, 단순히 회사에게

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

18) 권순일 대표편집, 상법 회사편 제6권, 2021. 한국사법행정학회, p.564

19) 대법원 2000. 11. 24. 선고 99도822 판결

20) 대법원 1998. 2. 24. 선고 97도183 판결

금전적인 수입의 감소가 발생하고 피고인들에게 동액 상당의 금전적 이익이 발생하였는지 여부만을 기준으로 살필 것이 아니라
는 점 등을 들어 특별배임죄의 성립을 부정함.²¹⁾

(2) 구체적 검토

- 특별배임죄의 구성요건을 회사를 위한 임무 위배로 한정 및 구체화하려는 개정안의 내용은, 이사 등의 자유로운 경영상 의사결정을 위한 기반 조성에 일정 부분 기여할 수 있는 측면은 인정됨.
- 다만, 해석상 회사에 대한 임무위배와 주주에 대한 임무위배가 명확하게 구분되지 않는다는 점과, 회사에 대한 임무위배는 아니지만 주주에 대한 임무위배인 상황을 상정하기는 어렵다는 점을 고려할 때, 개정에 따른 구성요건의 한정 및 구체화 효과는 제한적일 것으로 보임.
- 또한, 실무적으로는 배임으로 인한 이득액이 5억원 이상인 경우에는 현행법에 따른 특별배임죄가 아닌 업무상배임죄로 의율하고 결국 국 검사가 “특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)”으로 기소하고 그에 따라 처벌하는 것이 대부분이라는 점을 감안하면, 이 법 개정만을 전제로 하는 경우 그 기대효과는 크지 아닐 것으로 보임.

21) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도522 판결

(3) 참고사항

- 특별배임죄의 구성요건을 한정하고자 하는 개정안의 취지와 유사한 법률안들이 2025. 7. 현재 다음과 같이 발의되어 있으므로, 심사시 참고하여야 할 것임.

의안번호	대표발의자	주요 내용	비고
2205630 (24. 11. 15.)	김성원의원	○ 이사에 대한 특별배임죄를 폐지함	위원회심사 (소위원회부)
2211470 (25. 7. 14.)	김태년의원	○ 특별배임죄에 관한 3개 조항을 폐지	위원회회부
2211484 (25. 7. 15.)	차규근의원	○ 특별배임죄를 목적범·침해범으로 전환	위원회회부

문 의 처

02)6788-5055