



제427회 국회(임시회)  
제4차 법제사법위원회

# 형법 일부개정법률안 검 토 보 고

〈경영상 판단에 따른 행위의 업무상배임죄 처벌 배제〉  
■ 고동진의원 대표발의(의안번호 제2211287호)

2025. 7.

법 제 사 법 위 원 회  
수석전문위원 정 환 철

# 목 차

|                        |   |
|------------------------|---|
| I . 제안경위 .....         | 1 |
| II . 제안이유 및 주요내용 ..... | 1 |
| III . 검토의견 .....       | 3 |

## I. 제안경위

1. 발 의 자: 고동진의원 등 12인
2. 발 의 일: 2024. 7. 4.
3. 회 부 일: 2024. 7. 7.

## II. 제안이유 및 주요내용

헌법 제126조는 ‘기업의 경영을 통제 또는 관리할 수 없다’고 정하여 ‘기업의 자율적인 경영권’을 보장하고 있음.

하지만 현행 「형법」의 배임죄 규정은 그 적용 기준이 ‘임무에 위배하는 행위’로 적용 범위가 불분명한 동시에, 지나치게 광범위하여 관련 소송이 남발되고 있는 실정임.

기업의 경영활동에 대한 과도한 형사적 개입은 자율성과 창의성이 존중되어야 할 경영활동을 위축되게 함으로써, 기업은 물론이고 국가경제에도 상당한 불이익을 초래할 수 있음.

그러한 관점에서 대법원도 지난 2004년 ‘기업 경영에는 원천적으로 위험이 있기 때문에 경영자가 개인적인 이익을 취할 의도 없이 기업 이익에 합치한다고 믿고 신중하게 결정했다면 결과적으로 기업에 손해가 발생해도 배임죄로 벌할 수 없다’며 이른바 ‘경영판단의 원칙’을 정립하여

판시한 바 있음.

이에 현행 ‘업무상 배임 규정’에 ‘재산상의 이익을 취하거나 제삼자로 하여금 이를 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 신설하여 대법원의 ‘경영판단의 원칙’을 입법화하고, 이를 통하여 헌법 정신에 부합한 ‘기업의 자율적인 경영권’을 제대로 확립하고자 하는 것임(안 제356조 단서 신설).

### Ⅲ. 검토의견

#### 1. 현행법 및 개정안 내용

현행 형법 제355조제2항은 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 경우 배임죄로 의율하여 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있고, 제356조는 업무상의 임무에 위배하여 배임죄를 범한 경우 업무상 배임죄로 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 가중처벌하고 있음.<sup>1)</sup>

한편, 특별법상의 배임범죄로는 현행 「상법」 제622조 및 제623조에서 특별배임죄를 규정하며, 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조는 배임죄의 이득액이 5억원 이상일 경우 가중처벌을 규정함.<sup>2)</sup>

---

1) 「형법」 제355조(횡령, 배임) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 1995. 12. 29.>

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.

2) 현행법상 배임죄와 관련하여서는 「형법」 상 배임죄(제355조제2항) 및 업무상배임죄(제356조) 뿐만 아니라 「상법」의 특별배임죄(제622조 및 제623조), 형법상 배임죄의 가중처벌규정으로서 「특정경제범죄 가중처벌법」(제3조)의 처벌규정이 있음.

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

② 회사의 청산인 또는 제542조제2항의 직무대행자, 제175조의 설립위원이 제1항의 행위를 한 때에도 제1항과 같다.

제623조(사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄) 사채권자집회의 대표자 또는 그 결의를 집행하는 자가 그 임무에 위배한 행위로써 재산상의 이익을 취하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 사채권자에게 손해를 가한 때에는 7년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

이 때, 임무에 위배하는 행위인 “배임 행위”는 처리하는 당해 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법령의 규정, 계약의 내용 또는 신의 성실의 원칙상 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과의 신임 관계를 저버리는 일체의 행위를 의미함.<sup>3)4)</sup>

개정안은 위와 같은 배임행위가 있더라도 그것이 회사의 이익을 위한 합리적인 경영상의 판단에 바탕한 경우에는 배임죄 또는 업무상 배임죄로 처벌하지 않으려는 내용인바, 업무상 배임죄에 있어 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 할 의도 없이 회사의 이익을 위하여 합리적인 경영상 판단 행위를 했을 때에는 회사에 손해가 발생하였더라도 업무상배임죄로 처벌하지 않도록 그 예외를 규정하려는 내용임(제356조 단서 신설).

| 현 행                                                      | 개 정 안                                   |
|----------------------------------------------------------|-----------------------------------------|
| 第356條(業務上の 横領과 背任) 業務上の 任務에 違背하여 第355條의 罪를 犯한 者는 10年 以下の | 第356條(業務上の 横領과 背任) --<br>-----<br>----- |

「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.

3) 노태약, “주식 형법 각칙”(제6판), 한국사법행정학회, 2024, p.224

4) 대법원 1999. 6. 22. 선고 99도1095 판결

|                                                   |                                                                                                                                                                                     |
|---------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>懲役 또는 3千萬원 以下の 罰金<br/>에 處한다. &lt;단서 신설&gt;</p> | <p>-----<br/>----- . 다만, 재산상의 이익<br/>을 취하거나 제삼자로 하여금 이<br/>를 취득하게 할 의도가 없이 회<br/>사의 이익을 위하여 합리적인 경<br/>영상의 판단을 통한 행위를 했을<br/>때에는 회사에 손해가 발생하였<br/>더라도 배임에 있어서 그 처벌을<br/>예외로 한다.</p> |
|---------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

## 2. 개정안의 입법취지

이사 등의 경영행위에 대한 배임죄 적용은 1990년대 전까지는 거의 없었으나, 1998년 외환위기 이후 대법원 99도1141 판결<sup>5)</sup>을 시작점으로 2000년대 중반 이후 몰락한 상장회사를 중심으로 확장 적용되기 시작하였는데, 2008년에는 지배주주의 지배권 강화 내지 지배권 이전 과정에서 전환사채발행, 주식교환, 부당지원행위, 신주인수권부 사채 발행 행위 등이 모두 대법원에서 유죄판결되었거나 하급심에서 유죄 판결되어 대법원의 판단대상이 되는 등 상장회사 경영진의 경영행위에 대한 배임죄 적용이 확장되어 온 측면이 있음.<sup>6)7)</sup>

### 5) [대법원 1999. 6. 25. 선고 99도1141 판결]

판시사항: [1] 회사 경영자가 안정주주를 확보하여 경영권을 계속 유지하는 것을 주된 목적으로 종업원의 자사주 매입에 회사자금을 지원한 경우, 업무상배임죄의 성립을 인정한 사례 [2] 회사의 이사가 채무변제능력을 상실한 계열회사에게 회사자금을 대여하거나 그의 채무를 지급보증한 경우, 업무상배임죄의 성립을 인정한 사례 [3] 회사의 이사가 회사 재산을 공직선거 입후보자의 선거자금으로 지원한 경우, 횡령죄의 성립을 인정한 사례

6) 설민수, “상장회사 경영진의 경영상 행위에 대한 형사적 규율의 원인, 그 한계 및 대안의 모색:배임죄의 확장과 퇴조에 중점을 두고”, 저스티스 통권 제127호(2011.12.), pp.248-259

7) 다만, 전계논문에 따르면, 이와 같은 판례상 배임죄 확장 적용의 흐름은 대법원 2007도4949 전원

그러나, 배임죄에 있어서 “임무위배 행위”는 전형적으로 비정형성을 지닌 구성요건표지로서 그 내용이 명확하지 않고, 배임행위의 본질은 ‘신의성실의무 위반’이라는 사적 영역에 존재하므로 이를 형사적으로 해결하는 것은 바람직하지 않다는 점,<sup>8)</sup> 기업경영활동에 대한 과도한 형사개입은 경영활동의 자율성과 창의성을 제약하고, 이사 등의 경영활동을 위축시켜 기업을 포함한 국가 경제에 부정적 영향을 끼칠 수 있다는 점<sup>9)</sup> 등의 이유로 이사 등의 경영행위에 대한 배임죄 적용은 바람직하지 않다는 주장이 꾸준히 제기되어 있음.<sup>10)</sup>

이와 관련하여 “경영판단의 원칙(Business Judgment Rule)”이란 경영자가 주관적으로 기업의 최대이익을 위하여 성실하게 경영상 판단을 하였고, 그 판단과정에 불공정을 의심할 만한 절차적, 관계적 사유가 없

---

합의체 판결을 통해 상당부분 저지되었음.

**[대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결]**

판시사항: [1] 회사의 이사가 시가보다 현저하게 낮은 가액으로 신주 등을 발행한 경우 업무상배임죄가 성립하는지 여부 [2] 신주 등의 발행에서 주주 배정방식과 제3자 배정방식을 구별하는 기준 및 회사가 기존 주주들에게 지분비율대로 신주 등을 인수할 기회를 부여하였다면 주주들이 그 인수를 포기함에 따라 발생한 실권주 등을 시가보다 현저히 낮은 가액으로 제3자에게 배정한 경우에도 주주 배정방식으로 볼 수 있는지 여부 [3] 주주 배정방식에 의한 전환사채 발행시 주주가 인수하지 아니하여 실권된 부분을 제3자에게 발행하는 경우 전환가액 등 발행조건을 변경하여야 하는지 여부 [4] 전환사채 발행을 위한 이사회 결의에는 하자가 있었다 하더라도 실권된 전환사채를 제3자에게 배정하기로 의결한 이사회 결의에는 하자가 없는 경우, 전환사채 발행절차를 진행한 것이 업무상배임죄의 임무위배에 해당하지 않는다고 한 사례 [5] 회사 지배권 이전을 목적으로 한 전환사채의 발행이 이사의 임무위배에 해당하는지 여부 (소극)

8) 최준선, “경영 판단의 원칙과 배임죄에 대한 고찰”, 상장협연구 제69호 2024/4, pp160-162

9) 강동욱, “이사 등의 경영행위에 대한 배임죄 적용의 문제점”, 충남대학교 법학연구 제23권 제2호, 2012, p.213 ;

10) 다만, 업무상 배임조항이 기업 활동의 영역에 국가 형벌권이 과도하게 간섭하는 것으로 과잉금지 원칙에 위배된다는 청구인의 주장에 대해, **헌법재판소**는 “대법원은 경영상의 판단에 관한 법리를 수용하여 기업 경영인의 업무상 배임죄의 고의 판단을 할 때 엄격한 해석기준을 적용하고 있고, 어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제는 입법자의 광범위한 입법재량의 범위 안에 있으므로 업무상 배임조항이 국가형벌권 행사에 관한 입법재량의 범위를 벗어난 과잉입법이라고 보기 어렵다.”고 결정한바 있음(헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2014헌바99,153(병합) 전원재판부).

다면 경영자가 주의의무를 다한 것으로 인정하는 원칙을 의미하는바,<sup>11)</sup> 미국 판례법상 회사의 이어나 임원의 손해배상책임을 제한하기 위해 발전되어 온 해당 이론을 우리나라 법제상 도입할 것인지와 관련한 논의가 있어 왔음.<sup>12)</sup>

대법원도 이사의 손해배상책임과 관련한 민사소송에서 이사가 합리적 정보와 절차에 따라 신의성실하게 경영판단을 한 경우, 그 판단이 현저히 불합리하지 않은 한 선관주의의무 위반이 아니므로 손해배상책임이 인정되지 않는다는 실체법적·소송법적 원리를 적용하고 있고,<sup>13)</sup> 형사소송에서는 이사 등의 배임죄 성립 여부 판단 시 배임의 고의 판단 기준으로 경영상 판단의 특수성을 고려하고 있음.<sup>14)15)16)</sup>

---

11) 노태약, 전게서, p.235

12) 이상돈·지유미, “경영판단과 경영배임(Business Judgment and Breach of Trust in Corporate Business)”(2013), pp.45-46

13) 대법원 2023. 3. 30. 선고 2019다280481 판결, 대법원 2006. 7. 6. 선고 2004다8272 판결, 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다30465, 30472 판결 등

14) [대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결] 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상배임죄에 있어서 고의의 입증 방법과 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 것이므로, 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.

15) 성균관대 최준선 교수가 2022년 수행한 「대법원 경영판단의 원칙 재판 분석」에 따르면, 2011년부터 2021년까지 ‘경영판단원칙’을 언급한 대법원 판례는 총 89건(형사 56건, 민사 33건)이며, 총 56건의 형사재판 중 경영판단의 원칙을 인정하여 무죄를 선고한 판결은 14건(25%), 이를 부인하여 유죄를 인정한 사건은 42건임(75%).

한편, 국회가 2025년 7월 3일 의결한 「상법 일부개정법률안」은 이사의 주주에 대한 충실 의무를 명문화하는 내용<sup>17)</sup>을 포함하였는바, 동 개정법이 의도한 소액주주의 권익 보호와 기업구조 개선이라는 입법취지에도 이사의 주주 충실의무를 근거로 한 주주들의 민사소송 및 배임죄 고소·고발 확대가능성에 대한 우려가 존재하는 것이 현실임.<sup>18)</sup> 법원이 구체적 사건에서 “경영판단의 원칙”을 고려하고 있으나, 기업 입장에서는 고발에 따른 수사기관의 수사 가능성 등에 대한 부담으로 경영의 자율성이 위축될 소지가 있다는 주장이 가능할 것이기 때문이다.

우리 헌법상 경제원칙을 규정한 「대한민국헌법」 제119조제1항은 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.”고 규정하고 있고, 헌법재판소의 경우 “국방상 또는 국민경제상 긴절한 필요로 인하여 법률이 정하는 경우를 제외하고는 사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나 그 경영을 통제 또는 관리할 수 없다”는 제126조의 규정을 사영기업의 경영권에 대한 불간섭 원칙을 구체적으로 밝히는 규정으로 이해하고 있음.<sup>19)</sup>

따라서, 개정안은 배임행위가 경영상 판단에 근거하여 이루어졌을 경

16) 민사소송과 달리 형사소송에서는 우리 대법원이 미국 판례법상 전개된 경영판단의 원칙을 수용하였는지 여부에 대하여 견해가 나뉨. 이를 수용하였다는 견해로는 이정민, “경영판단원칙과 업무상 배임죄”, 형사정책연구 제18권 제4호, 2007. 수용하지 않았다는 견해로는 최성진, “경영판단 원칙과 경영책임자에 대한 업무상 배임죄의 성부”, 東亞法學 第60號

17) 「상법 일부개정법률안」 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.

18) 한국경제인협회, 상법 개정안 국회 통과에 대한 경제 8단체 공동 입장문(2025. 7. 3.)

19) 헌법재판소 1993. 7. 29. 선고 89헌마31 전원재판부

우 이를 처벌할 수 없도록 하는 등 경영진의 판단이 쉽게 형사처벌의 대상이 될 수 없도록 억제함으로써, 이사 등이 보다 자유롭게 경영상의 사결정을 하도록 기반을 조성하여 기업의 경영활동의 자유를 확대한다는 점에서 그 입법취지가 인정됨.

### 3. 경영판단의 원칙 관련 해외 사례<sup>20)</sup>

#### (1) 미국

미국 판례법상 주로 대표소송(derivative suit)에서 쟁점이 된 경영판단의 원칙은 이사가 경영에 관하여 내린 의사결정은 회사의 이익을 위한 것으로 정직한 믿음에 기하여 성의(誠意)로 이루어졌다고 하는 소송법상 추정(presumption)을 뜻함. 즉 이사의 책임을 묻고자 하는 측에서 이사의 주의의무 위반 및 손해발생 사실에 대한 증명책임을 지게 됨.

#### (2) 독일

독일에서는 2005년 주식법(Aktiengesetz) 개정을 통하여 경영판단의 원칙을 명문으로 도입하였음. 주식법 제93조 제1항의 “이사는 그 업무를 집행함에 있어 성실하고 정상적인 경영자로서의 주의를 다하여야 한다. 회사의 업무에 관한 이사의 결정(경영판단을 의미)이 적절한 정보에 근거하고 회사의 이익을 위하여 이루어진 것으로 합리적으로 인정될 때에는 의무의 위반으로 보지 아니한다”라는 내용은 경영판단의 원칙을 실체법상의 원리로 다룬 것이라고 평가됨.

20) 노태약, 전게서, pp.235-236 ; 송일두, “이사의 배임죄와 경영판단원칙에 관한 연구”, 경희법학 제 58권 제3호(2023), pp.122-129

미국에서는 추정적 효과로 이사의 행위가 적정하다는 것이 전제되므로 이사의 주의의무 위반에 대해 원고가 입증책임을 지나, 독일의 경우 주식법 제 93조 제2항 제2문에 따라 이사가 주의의무 위반에 대한 입증책임을 지게 됨.

독일 형사 판례에서도 경영판단의 특수성이 고려되고 있는데, 2016년 HSH Nordbank 사건에서 주식법상 이사의 의무위반이 인정되면 배임죄의 중대한 의무 위반에 해당하며, 제93조 제1항 제2문의 요건을 충족하면 주식법상 이사의 의무를 준수한 것으로 되어 배임죄의 의무 위반도 부정된다고 본 바 있음.

### (3) 영국

일반적으로 경영판단원칙의 기원은 1742년 영국의 Charitable Corp. v. Sutton 사건에서 유래되었다고 언급됨. 영국에서도 이사의 행위가 경영판단으로 인정되는 경우 책임이 면제된다는 접근방식이 기본적으로 받아들여지고 있긴 하나, 같은 영미법계 국가인 미국·호주 등과 같이 이를 공식적 규칙으로 수용한 것은 아니라고 언급되며, 판결문에서도 경영판단(business judgement)이라는 표현이 일관되게 사용되지는 않고, “상업적 판단(commercial judgment)”이나 상업적 결정“(commercial decision)”, “경영상 문제(business matter)” 등이 혼용되어 사용되고 있음.

### (4) 일본

경영판단원칙을 명문으로 도입하지는 않고 있으나 이사의 회사법상 임무위배 여부, 이사의 특별배임죄 성립 여부 등의 판단 과정에서 경영판단의 원칙을 적용하고 있음.

#### 4. 개정안의 검토

개정안은 다음과 같은 점에 대한 고려가 필요할 것으로 보임.

첫째, 민사상 손해배상책임과 관련된 경영판단의 원칙을 우리 형법에 그대로 적용하기는 어렵다는 견해, 회사 경영과 관련하여 성립한 업무상배임죄가 사실상 사문화될 수 있다는 견해 등에 대해서 충실히 논의할 필요가 있음.

기본적으로 경영판단의 원칙은 미국의 상사법 판례를 통해 손해배상책임 면책여부 판단을 위해 발전되어 온 이론이므로 이를 형사분야에 도입할 경우 법체계상 정합성이 떨어질 수 있다는 점,<sup>21)</sup> “합리적인 경영상의 판단”이라는 요건은 그 추상성으로 인해 법원이 자의적으로 해석할 수 있다는 점, 경영판단의 원칙을 형법에 도입할 경우 결과적으로 이사 등 경영진의 배임행위가 광범위하게 면책될 수 있다는 우려에 대한 논의가 필요할 것임.

이와 관련하여, 단순구성요건으로서 배임죄의 주체는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’이고, 업무상배임죄는 ‘업무상의 임무에 위배하여 배임죄를 범한 자’로서 행위의 불법성으로 인하여 형이 가중되는 것인바, 업무상배임죄에 경영판단의 원칙을 도입할 경우 ‘이사 등 경영자’의 면책 가능성

21) 구체적으로, 미국의 경영판단의 원칙은 이사의 민사상 손해배상책임을 면책하는 것을 핵심적 내용으로 하는데, 경영판단의 원칙은 과실의 유무가 문제되는 사안에 한하여 경영판단의 항변을 제기할 수 있는 것으로, 우리 형법의 배임죄 및 업무상 배임죄는 과실범 처벌규정이 없고 고의의 배임행위만을 처벌하므로 법체계상 맞지 않는다는 지적임(송일두, 전제논문, p.131)

이 높아져 업무상배임죄 자체가 사실상 사문화될 수 있다는 의견<sup>22)</sup>에 대한 논의도 필요할 것으로 보임.

### 〈참고 : 배임죄 발생·검거 건수 및 검거인원 현황〉

(단위: 건, 명)

|             |       | 2017      | 2018      | 2019      | 2020      | 2021      | 2022      | 2023      |
|-------------|-------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| 전체 범죄 발생건수  |       | 1,824,876 | 1,738,190 | 1,767,684 | 1,714,579 | 1,531,705 | 1,575,007 | 1,613,754 |
| 재산 범죄 발생건수  |       | 542,336   | 576,937   | 627,430   | 659,058   | 575,332   | 634,864   | 669,303   |
| 배<br>임<br>죄 | 발생 건수 | 5,237     | 5,788     | 5,996     | 5,178     | 4,282     | 4,344     | 4,594     |
|             | 검거 건수 | 4,317     | 4,896     | 5,005     | 4,224     | 3,492     | 3,279     | 3,992     |
|             | 검거 인원 | 10,069    | 10,158    | 10,274    | 9,887     | 6,991     | 6,906     | 7,305     |

\* 자료 : 대검찰청, 「범죄분석통계」

둘째, 일반법으로서 형법의 특성 및 「상법」 등 다른 법률과의 관계를 고려하여 개정의 범위를 논의할 필요가 있음.

「형법」의 배임죄는 본인과의 신임관계 또는 신의성실에 위배하여 타인의 재산을 침해하는 일반적인 행위를 범죄로 규율하고, 「상법」의 특별배임죄<sup>23)</sup>는 이사 기타 임원 등의 회사에 대한 배임행위가 회사뿐만

22) 박병선, “경영판단의 원칙과 업무상배임죄”, 법학연구 제56집(2014), p.31

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

② 회사의 청산인 또는 제542조제2항의 직무대행자, 제175조의 설립위원이 제1항의 행위를 한 때에도 제1항과 같다.

제623조(사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄) 사채권자집회의 대표자 또는 그 결의를 집행하

아니라 회사와 이해관계를 갖는 주주, 채권자, 그 외 임직원, 거래처, 소비자 기타 다수인에게 피해를 미치는 등 그 피해규모가 광범위하고 심각하다는 점을 고려하여 특별히 가중처벌하기 위한 것임.<sup>24)</sup> 이는 「형법」상 배임죄 및 업무상배임죄의 특별 규정으로서의 성격을 지님.

이러한 법체계적 특성을 고려할 경우, 이사 등의 경영상 판단의 특수성을 고려하여 「상법」에서의 특별배임죄의 삭제 또는 범죄성립을 축소하는 개정방향을 고려해 볼 수 있겠음.<sup>25)</sup>

다만, 「상법」상 특별배임죄는 「형법」 제356조의 업무상배임죄와는 징역과 벌금의 병과 등 일부 사항이 다른 점을 제외하고는 범죄구성요건의 규율형태와 각각의 법정형이 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금으로 동일하다는 점, 실무에서는 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」<sup>26)</sup>에 따른 가중처벌을 위하여 「상법」이 아니라 「형법」상 업무상배임죄를 적용하는 경우가 많다는 점에서, 사실상 특별규정으

---

는 자가 그 임무에 위배한 행위로써 재산상의 이익을 취하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 사채권자에게 손해를 가한 때에는 7년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

24) 강동욱, 전제논문, p.125

25) 이와 관련하여, 「상법」상 특별배임죄 규정을 삭제하거나(김성원의원안, 의안번호 제2205630호), 이사가 재산상의 이익을 취하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 할 의도가 없이 회사의 이익을 위하여 신중하게 행위를 하여 회사에 손해가 발생한 경우에는 배임죄로 처벌할 수 없도록 하는 내용(고동진의원안, 의안번호 제2211209호)의 「상법 일부개정법률안」이 우리 법사위에 회부되어 있음.

26) 「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.

로서의 성격이 상실된 것으로 평가하는 견해가 있음.<sup>27)</sup> 이에 따를 때, 「상법」의 특별배임죄 처벌을 삭제 또는 완화하더라도 「형법」의 업무상배임죄는 여전히 적용될 수 있음.

따라서, 특별배임죄가 사실상 활용되고 있지 않은 법 적용상의 현실을 감안할 때, 입법취지 달성을 위해서는 「상법」의 특별배임죄 규정과 「형법」의 업무상배임죄 규정을 함께 개정하는 방식을 고려하여야 할 것으로 보이므로, 「상법」상 특별배임죄 처벌 완화 또는 해당 규정 삭제 여부에 따른 「형법」상 업무상배임죄 처벌 완화 여부 및 요건의 구체화·명확화 방안 등을 논의하여야 할 것으로 보임.

셋째, 경영판단 원칙을 현행 「형법」에 반영하여 개정할 경우에도 “경영상 판단”을 범죄체계론상 어디에 위치시킬 것인지에 대한 추가적 검토가 필요할 것으로 보임.

배임죄는 ① 타인의 사무를 처리하는 자가, ② 그 임무에 위배하는 행위로써 ③ 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 ④ 본인에게 손해를 가한 경우 성립하고, 해당 행위를 업무상의 임무에 위배하여 행한 경우 **업무상배임죄**가 성립하는데, 우리 판례는 경영판단의 원칙을 구성요건해당성 배제사유로서 업무상배임의 고의 판단 시 고려하고 있음.<sup>28)29)</sup> 이는 경영상 판단이 문제되어 업무상배임죄

27) 권순일, “주식 상법 회사편”(제6판), 2021. 한국사법행정학회, p.564

28) [대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결] 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상배임죄에 있어서 고의의 입증 방법과 마찬가지로 법리가 적용되어야 함은 물론이지만, 기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내

가 성립하기 위해서는 통상의 경우보다 강화된 고의가 요구되는 것으로 이해됨.<sup>30)</sup>

소송법적으로는, 경영상 판단을 주관적 구성요건인 고의에 위치시킬 경우 “공소유지 담당 검사”가 피고인이 배임의 고의로 행위한 것임을 주장·입증하여야 하고,<sup>31)</sup> 위법성 또는 책임조각사유에 위치시킬 경우 “피고인 스스로가” 경영상 판단 행위임을 주장·증명하여야 한다는 점<sup>32)</sup>에서 차이가 발생함.

---

재하여 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 경우에서 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 것이므로, 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.

29) 이에 대하여는 객관적 구성요건의 “임무위배행위” 판단 단계에서 적용하여야 한다는 견해(이정민, “경영판단원칙과 업무상 배임죄”, 형사정책연구 제18권 제4호, 2007.)나 **사회상규에 반하지 않는 정당행위로서 위법성 단계에서 작동할 수 있다는 견해**(이규훈, “업무상 배임죄와 경영판단”, 형사판례연구 13권(2005).) 등 여러 견해가 존재함.

30) 조기영, “배임죄의 제한해석과 경영판단의 원칙- 경영판단 원칙 도입론 비판-“, 형사법연구 제19권 제1호(2007 봄·통권 제30호), p.103

31) [대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결] 형사재판에서 공소가 제기된 범죄의 구성요건을 이루는 사실에 대한 증명책임은 검사에게 있으므로 행위자에게 이적행위를 할 목적이 있었다는 점은 검사가 증명하여야 하며, 행위자가 이적표현물임을 인식하고 제5항의 행위를 하였다는 사실만으로 그에게 이적행위를 할 목적이 있었다고 추정해서는 아니된다.

32) 판례는 “형법 제310조의 규정에 따라서 위법성이 조각되어 처벌대상이 되지 않기 위하여는 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당된다는 점을 행위자가 증명하여야 한다”고 규정하고 있음(대법원 2007.5.10. 선고 2006도8544 판결; 대법원 2004.5.28. 선고 2004도1497 판결; 대법원 1996.10.25. 선고 95도1473 판결; 대법원 1996.5.28. 선고 94다33828 판결; 대법원 1993.6.22. 선고 92도3160 판결; 대법원 1988.10.11. 선고 85다카29 판결). 다만 그 증명은 유죄의 인정에 있어 요구되는 것과 같이 법관으로 하여금 의심할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하는 것은 아니고(대법원 1996. 10. 25. 선고 95도1473 판결) 자유로운 증명으로 족하다고 보고 있음.

개정안은 제356조에 단서를 신설하여 “재산상의 이익을 취하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 할 의도가 없이 회사의 이익을 위하여 합리적인 경영상의 판단을 통한 행위를 했을 때에는 회사에 손해가 발생하였더라도 배임에 있어서 그 처벌을 예외로 한다.”고 규정하는바, 경영상 판단을 통한 행위를 처벌하지 않는다는 동 문언의 범죄체계론적 지위를 명확히 하는 추가 논의가 필요할 것으로 보임.

참고로, 「형법」은 범인은닉·도피, 증거인멸·위조 등을 친족 등을 위하여 범한 경우와 명예훼손행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 “처벌하지 아니한다”고 규정하고,<sup>33)</sup> 친족간의 권리행사 방해죄 및 기타 재산범죄에 대해 “그 형을 면제한다”고 규정<sup>34)</sup>하여 그 법적효과를 각각 달리하고 있음.<sup>35)36)37)</sup>

33) 「형법」 제151조(범인은닉과 친족간의 특례) ① 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자를 은닉 또는 도피하게 한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

② 친족 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 전항의 죄를 범한 때에는 처벌하지 아니한다.

제155조(증거인멸 등과 친족간의 특례) ①타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 인멸, 은닉, 위조 또는 변조하거나 위조 또는 변조한 증거를 사용한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.

② 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증인을 은닉 또는 도피하게 한 자도 제1항의 형과 같다.

③ 피고인, 피의자 또는 징계혐의자를 모해할 목적으로 전2항의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

④ 친족 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 본조의 죄를 범한 때에는 처벌하지 아니한다.

제310조(위법성의 조각) 제307조제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

34) 「형법」 제328조(친족간의 범행과 고소) ① 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자간의 제323조의 죄는 그 형을 면제한다.

② 제1항이외의 친족간에 제323조의 죄를 범한 때에는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

③ 전 2항의 신분관계가 없는 공범에 대하여는 전 이항을 적용하지 아니한다.

35) 「형사소송법」은 범죄가 성립하지 않는 경우 판결로써 무죄를 선고하나, 형 면제의 경우 형면제 판결을 선고하도록 규정하고 있음.

「형사소송법」 제322조(형면제 또는 형의 선고유예의 판결) 피고사건에 대하여 형의 면제 또는 선고유예를 하는 때에는 판결로써 선고하여야 한다.

제325조(무죄의 판결) 피고사건이 범죄로 되지 아니하거나 범죄사실의 증명이 없는 때에는 판결로써 무죄를 선고하여야 한다.

이상의 논의를 종합하면, 기업 경영의 자율성과 창의성을 보장하기 위해 경영상 판단행위에 대한 배임죄 성립을 배제하려는 개정안의 입법 취지는 인정되나, 그에 따라 경영진의 면책 범위가 지나치게 확대될 우려, 「상법」 등 타 법률과의 체계적 조화, 구체적인 법적 효과 및 그에 따른 면책 범위 결정 등을 위한 추가적 논의가 필요할 것으로 보임.

문 의 처

02)6788-5053

36) 범인은닉·도피, 증거인멸·위조죄의 친족간의 특례의 법적 성격에 대하여는 친족 사이에는 범인을 은·도피하게 하는 행위나 증거를 인멸·위조하지 않을 것이라는 점, 즉 적법행위에 대한 기대가능성이 없으므로 책임이 조각된다는 견해(책임조각사유설)와 친족 사이에도 본죄가 성립하지만 친족이라는 신분으로 말미암아 처벌이 면제될 뿐이라는 견해(인적 처벌조각사유설)의 대립이 있음(노태약, 전게서, p.110).

37) 친족상도례의 경우 형의 면제 규정은 일정한 범위의 친족 간의 재산범죄는 구성요건에 해당하는 위법·유책한 행위이지만 가까운 친족이라는 신분상의 특수관계를 고려하여 형벌만은 면제한다는 취지이므로 이를 인적 처벌조각사유로 보아야 한다는 견해가 일반적임(노태약, 전게서, p.685) 한편, 해당 조항에 대하여는 2024. 6. 27. 헌법불합치 결정이 선고되었음.