

규제연구 제20권 제1호 2011년 6월

삼성 에버랜드와 SDS 판결을 통해 본 기업지배구조에 관한 업무상 배임죄의 해석 및 법정책

이 상 현*

기업지배구조에 업무상 배임죄를 엄격하게 적용해 왔던 판례가 삼성그룹의 지배권 이전에 관한 에버랜드 전환사채 발행사건과 SDS 신주인수권부 사채발행사건을 통해, 주주배정과 제3자배정을 구분, 주주배정의 경우 발행가격 결정에 자율권을 인정하면서 제3자배정의 경우는 시가에 준하는 가격으로의 발행을 요구하는 새로운 법리를 탄생시켰다. 본 논문은 이 두 가지 판례를 소개하고, 이 판례의 판시를 형법 제356조 제2항의 업무상 배임죄의 구성요건의 해석론에 비추어 검토하였다. 또, 비교법적 연구로서 독일 형법의 배임죄 연혁, 구성요건, 이사의 결정과 배임행위, 미국 형법상 배임죄 유사규정들을 검토하였다. 동산이중양도 사건에서 배임죄 무죄를 선고한 대법원의 전원합의체 판결, 미국법상 지배권 이전에 대한 법적 견제수단, 2011년 2월 에버랜드의 법인주주의 전환사채 인수포기에 대한 소수주주 대표소송의 인용판결을 통해 기업지배구조에 대한 합리적 법정책을 제시해 보았다. 비윤리적 지배구조관련 중대한 범죄행위에 대해서 법적 제재가 엄중히 부과되어야 하겠으나, 그

* 숭실대학교 법과대학, 서울특별시 동작구 상도로 369(slee10@ssu.ac.kr)

** 본고는 제64차 기업소송연구회 4월 정기 월례발표회(2011. 4. 25. 개최)의 발표문을 수정, 보완한 것이다. 정동윤 명예교수(고려대), 이정민 교수(단국대) 및 참여하신 분들의 토론 사항 및 의견, 이재호 교수(숭실대), 최민영 박사(한국형사정책연구원)의 협조 그리고 논문 심사위원들의 고견에 감사드린다.

접수일: 6/2, 게재확정일: 6/16

행위의 형태, 불법의 실질, 개별법 분야의 법원칙에 대한 진지한 고려 없이 업무상배임죄 위주로 기소하고 유죄판결하는 실무는 전문화, 이성화된 법제 발전과정에서는 자제되어야 할 필요가 있다. 중대한 임무위배 및 회사에 손해를 야기하고 고의, 불법이득의사가 분명한 범죄에 대해서만 업무상 배임죄를 적용하고, 그렇지 않은 경우는 민사법, 상사법 및 세법상 구제수단을 통한 제재를 확보하도록 노력해야 한다.

핵심용어: 삼성 에버랜드 판결, 기업지배구조, 배임죄, 법정책, 비교법연구

I. 서론: 기업지배권 이전과 업무상 배임죄

기업 경영에서 이사의 회사 사무처리에 적용되어 온 업무상 배임죄(형법 제336조 제2항)는 재산관리사무를 맡긴 위탁자로서의 회사의 재산상 이익을 보호하려는 목적으로 규정된 범죄이다. 경제규모가 확대되면서 배임죄의 손해액의 정도는 현저히 확대되었고 특정경제범죄가중처벌에 관한 법률(이하 특경법)에서는 손해액을 5억 원, 50억 원을 기준으로 이를 넘는 경우에 각각 무기 또는 5년 이상의 징역형, 3년 이상의 징역형 및 이득액 이하의 벌금형을 통해 업무상 배임행위자를 처벌할 수 있도록 규정(제3조)하고 있다.

기업지배구조에 관해서도 업무상 배임죄는 그 활발히 적용되어 오고 있다. 특히 삼성그룹의 경영권 이전과정에서 나타난 기업의 경영진에 대한 배임죄의 적용에 관한 대법원의 판결(대상판결(A)(에버랜드 전환사채)과 (B)(SDS 인수인수권부 사채)), 최근 대구지법에서 인정된 소액주주의 손해배상 청구소송의 승소판결은 배임죄를 통한 경제정의 실현에 관해 다음의 시사점들을 던져준다: ①기업지배권 이전에 대한 배임죄의 적용은 도그마틱적으로 적절한 것이었는지, ②또한 배임죄를 우선투입하는 법정책¹⁾은 정당한 것이었는지, ③소액주주에 대한 손해배상 판결은 이러한 법정책에서 어떤 의미를 가지는지. 본 논문은 이러한 물음에 답하고자, 먼저 기업의 경영권 이전에 대한 업무상 배임죄를 적용했던 에버랜드 판결과 SDS 판결을 분석해 본다. 다음, 업무상 배임죄의 구성요건을 검토해 본다. 그리고 배임죄가 최초로 시작되었던 독일 형법에서 배임죄 그리고 미국에서 배임죄에 상응하는 범죄의 적용례를 조

1) 법정책(legal policy, Rechtspolitik)은 법과 정책이라는 두 개의 개념 간 펼쳐지는 역동적 상호작용을 함축하는 용어이다. 법은 넓은 의미의 정책을 현실에 이식시키는 도구로서 기능하지만, 정책의 현실이식은 법이 법일 수 있기 위한 선행적 조건-절차적 합리성-에 의해 제한 받는다. 법률적용도 법관이 이러한 법정책을 수행하는 행위이다. 이상돈, 『법이란-법인식의 사회적 지평과 근대성』, 제2판, 박영사, 1997, pp.343-345.

사한다. 마지막으로, 기업지배구조상 지배권 이전에 대한 적절한 법정책을 제시하면서 논의를 마무리하고자 한다.

II. 경영권 승계에 대한 업무상 배임죄 적용

1. 대상판결(A) (대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 판결)

(1) 사실관계

1996. 10. 30. 비상장회사인 삼성에버랜드(주)는 급박한 자금조달의 필요성이 없음에도 이사회를 열어²⁾ 시설자금 확보 목적으로 총액 약 100억 원의 전환사채³⁾를 발행할 것을 의결하였다. 이 전환사채는 저가-당시 에버랜드 1주당 주식가치의 약 52%⁴⁾-에 주주에게 우선 배정되며, 주주의 실권 시 이사회 결의로 제3자에게 배정될 것이 결정되었다. 9명의 삼성그룹의 계열사인 법인주주들과 전·현직 임원들인 17명의 개인주주들은 전환사채 발행을 통지 받고 청약만기일까지 J법인을 제외한 모든 주주들이 인수청약을 포기⁵⁾하였다. 이에 이사회는 이 전환사채를 삼성그룹 후계자들인 J를 포함한 4인(이하 J등 4인)에게 배정할 것을 의결⁶⁾하였다. J 등 4인은 같은 날 인수청약 및 대금을 납입하였고 그 후 전환권을 행사하여 에버랜드의 최대주주가 되었다. 에버랜드 대표이사인 피고인1, 상무이사인 피고인2는 이 사건

2) 이사회 의사록에는 9명 참석, 출석이사 전원찬성으로 기록되었으나, 참석으로 기록된 이사 중 한 사람은 그 당시 외국출장 중인 것으로 확인되었다. 결국 총 17명 이사 중 8명이 참석하여 정족수 1명이 부족한 상태에서 의결된 절차상 하자가 있었다. 대구지방법원 김천지원 2011. 2. 18 선고 2007가합425 판결, p.10. 이에 관해서는 III. 배임죄 구성요건 검토에서 1. 배임행위 부분에서 대상판결(A)의 규범적 평가를 소개한다.

3) 전환사채(Convertible Bond, CB라 약칭함)란 일정한 조건에 따라 채권을 발행한 회사의 주식으로 전환할 수 있는 권리가 부여된 채권으로서 전환 전에는 사채로서의 확정이자를 받을 수 있고 전환 후에는 주식으로서의 이익을 얻을 수 있는, 사채와 주식의 중간형태를 취한 채권이다. 네이버지식사전 검색(<http://terms.naver.com>). 본 건에서 문제된 전환사채는 표면이율 연 1%, 만기보장수익률 연 5%로 사채로서의 수익률은 떨어지는 것이었다.

4) 원심에 따르면, 당시 비상장회사이던 에버랜드의 주식가치는 14,825원으로 평가되었고, 대상판결(A)에서 이사회는 7,700원에 발행하였다.

5) 제일제당은 2.94%의 전환사채를 인수하였고, 나머지 주주들은 97.6%의 전환사채를 비청약으로 인수하지 않았다.

6) 두 번째 이사회의 의결은 정족수를 갖춘 하자 없는 의결이었다.

전환사채를 발행을 이유로 업무상배임죄로 기소되어 서울고등법원에서 유죄판결을 받았다. 피고인1과 피고인2는 대법원에 상고하였다.

(2) 판단

에버랜드(주)의 임원인 피고인들은 에버랜드(주)의 이익을 극대화하기 위해 임용된 자들로서 ‘업무상 타인의 사무를 처리하는 자’에 해당한다. 이러한 대표이사들이 시가를 반영하지 않은 저가의 발행가액으로 전환사채를 발행한 것이 임무위배에 해당하는지 여부에 관해, 대법원은, 이러한 저가의 전환사채(신주 등) 발행이 ①주주배정의 방법으로 된 것이라면 그 발행조건은 액면가 이상인 한 경영판단에 따라 자유롭게 정할 수 있어 저가발행도 임무위배가 아니지만, ②제3자배정의 방법이라면 저가발행은 시가를 반영한 발행조건과 저가발행과의 차이에 상당하는 만큼 회사 자산을 증가시키지 못하게 되어 ‘임무위배’에 해당한다고 판시하였다.

신주 등의 저가 발행으로 인해 야기된 ‘타인’에 해당하는 회사의 재산상 손해에 대해서도 본 판결은 임무위배 판단과 같은 형태의 논리를 전개하였다. 즉, ①주주배정인 때 액면가 이상이면 경영판단에 따라 자유롭게 발행가격을 결정할 수 있어 회사의 손해는 없으나, ②제3자배정인 때에는 회사법상 공정한 발행가액(시가)과 실제 발행가액(저가)과의 차액에 발행주식수를 곱한 만큼의 액수에 대해 본인인 회사에 재산상 손해를 야기한 것으로 판단하였다.⁸⁾

위의 법리를 제시한 후, 대법원의 다수의견과 반대의견은 본 건 전환사채 발행이 ①주주배정인지 ②제3자배정인지에 관해 시각차를 보였다. 다수의견은 주주에게 우선적 인수권을 주었던 점을 중시하는 객관적·형식적 기준에 따라 ①주주배정으로 보아 임무위배를 부정한 반면, 반대의견은 J 등이 인수하게 된 결과를 중요시하는 주관적·실질적 기준을 통해 ②제3자배정으로 보아 임무위배를 인정하였다.

7) 대법원은 전환사채에 대해 상법상 신주발행에 관한 규정(상법 제516조, 제516조의10)을 준용토록 하여 법적 효과나 법리 적용에서 차이를 두지 않고 동일하게 취급하고 있다. 본 사건에서도 대법원은 전환사채를 ‘신주 등’으로 표기하면서 신주발행에 관한 법리를 그대로 적용하였다. 본 논문도 이에 따른다.

8) 이러한 논리는 회사의 소극적 손해를 계산하는 방법에 관한 것으로 대상판결(B)에서도 인용되었다. 이 방법을 수식으로 나타내면 다음과 같다.

회사의 손해=(공정한 발행가액 - 실제의 발행가액)×회사발행의 신주 등
이에 대한 평가는 본고 III. 2.에 나와 있다.

2. 대상판결(B) (대법원 2009. 5. 29 선고 2008도9436 판결)

(1) 사실관계

시스템 구축 서비스 판매, 정보처리 및 통신 서비스 제공 등 컴퓨터 운영사업을 목적으로 한 SDS(주)는 1999. 2. 25 이사회 결의를 통해 1999. 2. 26 신주인수권부사채⁹⁾를 저가로 발행, 이를 에스케이증권이 총액인수케 하기로 결정하였다. 이사회 의결 이전 이미 신주인수권을 피고인1의 후계자(J 등 6인)에게 인수케 하여 경영권 이전 계획을 세운 피고인3은 피고인2에게 이를 보고하였고 피고인2는 피고인1에게 보고하여 그의 승인을 얻었다. 이에 피고인3은 SDS(주)의 대표이사인 피고인4에게 이를 보고하였고 피고인 4는 긴급한 자금수요가 없음에도 현저한 저가-시가의 약 13% -로 신주인수권을 발행하였다. 그 결과 에스케이증권이 이를 총액인수하였고, 에스케이증권을 통해 이 신주인수권증권을 매입한 J 등 6인은 신주인수권의 행사를 통해 SDS(주)의 지분을 제1위 최대주주가 되었다.

(2) 판단

대법원은 에버랜드(주) 전환사채 발행에서 임무위배 여부의 기준을 설정했던 대상판결(A)를 인용하며, 주주배정과 제3자배정을 구별하는 기준은 회사가 주주에게 신주 등에 대한 우선인수권을 부여하였는지 여부에 따라 ‘객관적으로 결정’하여야 하며 실제 인수권의 행사 여부에 좌우되지 않음과 주주배정의 방식인 경우 저가 발행도 액면가 이상의 발행인 한 적법하다고 전제하였다. 본 건 SDS(주)의 신주인수권부 사채의 발행은 제3자에게 신주인수권을 우선 부여하였기에 제3자배정의 방법을 통해 이루어진 것으로 평가했다.

제3자배정 시 신주 등이 적정가액(시가)보다 현저하게 낮은 발행가액으로 이루어 경우 회사법상 공정한 발행가액과 실제 발행가액과의 차액에 발행주식수를 곱한 액수만큼 회사가 손해를 입은 것이라고 판시하였다.¹⁰⁾ 이러한 방식으로 신주 등을 발행하는 것은 이사의 임무위배에 해당하며, 회사에 이러한 손해를 입힌 이상 그 이사에게 업무상 배임죄의 책임이

9) 신주인수권부사채(Bond with Warrant, BW로 약칭)란 신주를 인수할 권리가 부여된 채권. 즉, 신주인수권과 회사채가 결합되었다고 보면 된다. 회사채 형식으로 발행되지만 일정기간(통상 3개월)이 경과하면 미리 정해진 가격으로 주식을 청구할 수 있는 것을 말한다. 네이버지식사전(<http://terms.naver.com>)을 참조하라. 본 사건의 BW는 이자율 연 8%로 하여 에스케이증권(주)가 총액인수할 것을 SDS(주)이사회가 결의하여 발행하였다.

10) 위 판결문, p.11.

있음을 판결하였다.

III. 업무상 배임죄의 구성요건 해석상 쟁점

1. 배임행위

(1) 중대한 임무위배

업무상 배임죄에서 ‘임무에 위배되는 행위’라 함은 타인의 사무를 처리하는 자가 법률이나 계약에서 인정하는 권한을(사익을 목적으로) 남용하거나 의무에 위반하는 경우 또는 신의성실에 어긋나는 행동을 하는 행위를 말한다.¹¹⁾ 그러나 배임행위를 법령 또는 의무에 위반하는 모든 행위로 확대해석해서는 안 되며, 당해 행위가 형사불법의 실질을 가지고 있는 경우로 제한해석해야 한다. 대법원도 임무위배를 모든 법령위반을 의미하는 것이 아니라 ‘문제된 행위유형, 거래유형 및 보호법익의 의미 등을 종합적으로 고려하여 경제적, 실질적 관점에서 본인에게 재산상 손해가 발생할 위험이 있는 행위를 의미한다’고 제한해석하고 있다.¹²⁾ 이러한 법원의 설시는 행위유형과 같은 범죄자의 행위불법, 거래유형 및 보호법익과 같은 결과불법을 모두 고려하여 범죄로서의 배임행위를 판단한다는 점에서 중요한 의미를 갖으며 민·상법상 손해배상책임의 요건으로서의 배임행위와의 구별기준으로서의 의미도 갖는다.

하지만, 본고는 형사불법의 실질에는 행위불법, 결과불법 외에 형벌필요성의 측면도 고려할 것을 주장한다.¹³⁾ 재산상 손해의 발생의 정도나 행위태양, 악의적 의도 여부뿐만 아니라 형사처벌의 필요성이 있는 중대한 임무위배에 업무상 배임죄를 제한하여 적용하지는 것이

11) 이를 권한남용의 배임죄와 신의과피의 배임죄로 나누어 법률 또는 계약에 근거한 권한을 자신의 이익을 위해 남용한 권한남용이 신의칙상 신임관계에 따른 신의를 파괴한 배임에 특별법관계에 있다는 견해도 있다. 김일수·서보학, 『새로쓴 형법각론』, 제7판, 박영사, 2007, p.499. 그러나 이러한 행위유형은 양형상 행위불법에 반영하면 족하고 별도로 구성요건상 구분하는 것은 불필요하다고 생각한다.

12) 대법원 2009. 5. 29 선고 2007도4949 판결(상고이유 2. 나. (2) 부분)

13) 이러한 형벌필요성은 정치, 사회적인 형법에 대한 요구로서 형사불법에 관한 합목적적 기준이다. 본고는 범죄체계론에서 구성요건론의 사회적 상당성론, 위법성론에서의 사회상규(형법 제20조), 책임론에서의 초법규적 책임조각사유가 이를 해석론에서 수용한 것이라 분석한다. 이러한 형사범죄의 특징에 관해서는 이상현, 「독점규제형법의 정당성 및 그 대안에 관한 연구」, 고려대 석사학위논문, 2002, pp.25-26을 참조하라.

다. 형벌필요성을 강조할 때, 민·상사법상 구제수단으로 미흡한 경우는 형사불법인 배임행위에 포섭될 수 있다. 대상판결(A)의 다수의견이 이사회 결의가 정족수 미달로 무효라는 주장에 대해서 임무위배를 형식적으로 법령을 위반한 모든 경우를 의미하는 것이 아니라 경제적 실질적 관점에서 본인에게 재산상 손해가 발생할 위험이 있는 행위로 본다는 법리를 인용한 점도 본고의 이러한 논리를 뒷받침하고 있다. 후술하는 독일의 배임죄도 ‘중대한(gravierend) 의무침해’에만 배임죄를 적용하고 있다.¹⁴⁾

(2) 전환사채를 통한 기업지배권 이전 시 중대한 임무위배

대상판결(A)에서 대법원은 지배권 이전 목적의 신주 등 발행의 경우에도, 주주배정의 방식을 따르면, 주주에게 우선적 신주 등 인수권한을 부여한 이상 지배권 이전의 결과로 기존 주주의 이익이 침해될 여지도 줄어들며 지배권 이전 그 자체가 회사의 이익을 침해하는 행위는 아니라고 판시하였다.¹⁵⁾

이에 관해 신주 등의 발행이 주주배정의 형식인 때 액면가 이상이라는 조건을 충족한다면 발행조건의 결정은 경영판단의 원칙에 따라 저가 발행도 가능하다는 주장¹⁶⁾이 있다. 회사법상 자본충실의 원칙의 해석을 고려할 때 이사에게 최대한 높은 발행가를 부여할 의무는 인정되지 않는다는 주장이다.

반면 지배권 이전으로 기존 주주의 이익이 침해될 수 있으나 배정받았던 주주들이 자발적으로 포기하였다면 배임행위는 없었다고 평가하는 견해¹⁷⁾도 있다. 신주발행이 제3자배정 방식인 경우 기존 주주의 주식가치 희석화로 인한 손해가 회사의 손해로 평가되어 배임행위가 인정되나, 주주배정 방식의 경우는 주주의 자발적 실권 및 이의제기 없음을 이유로 배임행위를 인정하기 어렵다는 것이다. 결과적으로 판례와 같은 논리에 서 있다.

마지막으로 지배권 이전 목적의 저가의 신주발행은 주주배정, 제3자배정의 형식을 불문하고 탈법증여에 해당하여 중대한 임무위반에 해당하는 배임행위라는 주장¹⁸⁾이다.

14) 이런 관점에서 볼 때는 대상판결(A)의 1996. 10. 30. 전환사채 발행을 의결한 이사회 정족수 1인 미달은 이후 주주의 자발적 승인 의사, 실권주 처리를 위한 두 번째 이사회 결의의 정족수, 참여 이사 및 주주에 대한 정보공개 등을 근거로 ‘중대한 임무위반’을 부정할 수 있다.

15) 대법원 2009. 5. 29 선고 2007도4949 판결, pp.11-12(대법원 2004. 2. 13 선고 2001다36580 판결을 인용)

16) 이철송, 「자본거래와 임원의 형사책임」, 『인권과 정의』 제359호, 2006. 7, p.112.

17) 윤영신, 「전환사채의 저가발행에 대한 이사의 배임죄 성부」, 『민사판례연구 [XXIX]』, 심당송상헌선생정년기념호, 박영사, 2007, p.333.

그러나 지배권 이전의 과정에서 조세회피 또는 절세¹⁹⁾의 방법으로 대상판결(A)의 사건 당시 전환사채는 상법상 발행목적상의 제한규정이 없던 상태였다.²⁰⁾ 또한 당시 세법상으로도 전환사채는 증여의제 대상거래도 아니었다.²¹⁾ 행위 당시 법제상 위법성이 인정되지 않았던 방식인 주주배정 형식으로 전환사채를 발행, 주주의 자발적 포기²²⁾에 의해 제3자에 배정한 것이 중대한 임무위반에 해당하는 정도의 위법행위였는지는 의문이다. 물론 주주의 포기²²⁾에 부당한 기회 박탈, 외압의 개입 등이 있었다면 위법성이 인정되었으나 대상판결(A)에서 이러한 언급은 없었다.

대상판결(A)의 반대의견은, 회사에 선관의무를 지니는 이사가 주주배정의 형식으로 발행된 신주가 실권되면 동일한 가액으로 제3자에 배정할 수 있으나 현저히 저가로 발행된 신주가 대량 실권되는 특별한 사정이 있는 경우, ‘그 발행을 중단하고 새로이 제3자배정의 방식에 의한 발행을 모색할 의무 또는 발행가액을 시가로 변경할 의무가 있다’고 판단하였다.²²⁾ 우리 형법은 행위시법 적용원칙(제1조) 및 죄형법정주의의 법률주의 원칙이라는 원칙을 유지하고 있다. 반대의견의 이러한 사후적 의무 부과는 행위자가 행위당시 법제상 예상하기 힘든 법적 의무로서 업무상 배임죄의 배임행위 구성요건으로 인정하기 위해서는 충분한 법률상의 근거를 제시하여야 할 것이다. 조세회피 또는 절세는 탈세와 달리 범죄행위로 평가되지 않는데, 대한민국 경제에서 삼성그룹의 특수한 위치로 인해 매우 엄격한 법적 의무를 사후에 창조하여 부과하는 것은 아닌지 의심스럽다.

반면, 대상판결(B)의 경우 제3자배정 형태였고 현저히 낮은 발행가액이어서 기존 주주의 주식가치 희석화가 심한 정도였음이 인정된다. 그렇다면, 이사선관주의의무(상법 제382조 제2항)의 위반을 근거로 한 임무위배의 판단이 가능하며, 다른 법적 제재수단의 효과 등 형벌필요성을 고려, 중대한 임무위배를 판단해 볼 수 있을 것이다.

18) 조국, 「기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계-업무상 배임죄 배제론에 대한 응답」, 『형사법연구』 제19권 제3호, 2007 가을, p.182; 광노현, 「배임특권의 법과 정치」, 『민주법학』 제35호, 2007, p.316; 이훈중, 「전환사채의 저가발행과 배임죄에 관한 판례평석」, 『한양법학』 제21권 제1집, 2010. 2, p.452.

19) 미국세법상 조세회피(tax avoidance) 또는 절세(tax mitigation)로 번역되며 실질과세원칙에 따른 과세가 가능하다. 이미 부과된 과세를 불법수단을 사용하여 납부하지 않는 형태의 탈세와는 구별되는 개념이다. 본고의 V.2.를 참조하라.

20) 이훈중, 앞의 논문, p.451.

21) 광노현, 앞의 논문, p.314.

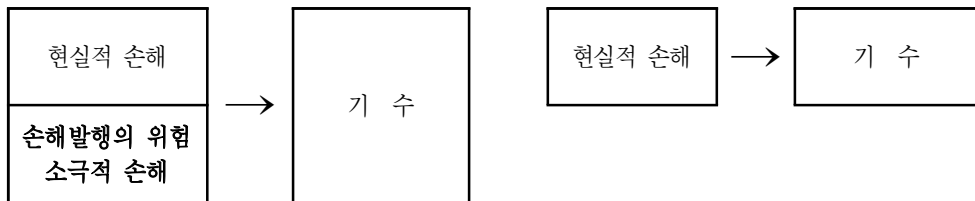
22) 대법원 2007도4949판결, p.21.

2. 본인에 대한 재산상 손해의 발생

(1) 재산상 손해의 발생

배임되는 재산 또는 재산권, 즉 재산적 이익을 보호법익으로 한다.²³⁾ 재산적 이익을 보호하는 정도에 관해서는 침해법설²⁴⁾과 위험법설²⁵⁾이 대립하며 현재 위험법설이 다수설이다. 위험법설은 구성요건상의 ‘손해를 가한 때’에는 손해발생의 위험이 있는 경우도 포함한다는 견해이다. 이 견해에 따르면, 현실적 손해가 발생하지 않고 손해발생의 위험이 있는 경우에도 배임되는 기수가 된다고 주장한다. 대법원 판례 역시 손해발생의 위험만 있어도 배임되는 기수가 되며 사후 피해가 회복되었다라도 배임죄의 성립에 영향을 주지 않는다고 판시하고 있다.²⁶⁾ 대상판결(A)(B)에서, 이 부분은 핵심쟁점은 아니지만, 위험법설은 광의의 소극적 손해 입장과 결합되면 매우 넓은 범위의 배임행위를 인정하게 된다.

재산상 손해 발생에 관한 판례(위험법설)와 침해법설의 입장을 배임죄 기수범 성립범위를 중심으로 비교하면 아래의 그림과 같은 차이를 나타낸다.



(가) 총체적 재산상태로서의 손해(판례)

(나) 현실적 손해

[판례에서 나타난 형사불법으로서의 배임행위 판단의 분석]

23) 박상기, 『형법각론』, 제7판, 박영사, 2008, p.397; 정영일, 『형법각론』, 박영사, 2006, p.320.

24) 김일수-서보학, 앞의 책, p.494; 임웅, 『형법각론』, 제3정판, 법문사, 2011, p.474; 허일태, 「배임죄에서의 행위 주체와 손해의 개념」, 비교형사법연구 제6권 제2호, 2004, p.152; 조국, 앞의 논문, p.172. 김성돈, 『형법각론』 제2판, SKKUP, 2010, p.418은 침해법설 입장에 서면서도 재산권 실행을 불가능하게 할 상태가 야기된 경우와 같은 손해발생의 위험이 있는 때 손해가 발생한 것으로 보아 기수를 인정하고 있다. 이는 내용상 위험법설의 입장의 하나로 위험의 범위를 제한해석한 것이며, 침해법설의 입장이 아니다.

25) 박상기, 앞의 책, 같은 면; 정영일, 앞의 책, 같은 면; 배종대, 『형법각론』 제6정정판, 홍문사, 2006, p.552.

26) 대법원 2000. 12. 8. 선고, 99도3338 판결; 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004도7027 판결(기업회생절차 중이던 기업의 매수자가 반대급부 제공 없이 피인수기업의 자산을 담보로 자금을 차입하여 기업을 매수한 경우, 그 기업이 회생절차를 성공적으로 마친 후 높은 영업실적을 올려 회사 재산에 대한 담보권이 말소, 제거된 경우에도 그 매수자는 업무상 배임죄에 해당)

위험범설의 입장을 채택하는 대법원의 입장은 적극적 손해뿐만 아니라 소극적 손해, 실손해 외에 손해발행의 위험까지 포함하는 ‘총체적 재산상태의 손해’에 이르기까지 배임죄 ‘손해 발생’ 요건의 해석을 확대한다. 결국 구성요건 해석에 있어 현실적 손해와 손해발행의 위험 간 구별이 없게 된다(ㄱ)에서 이를 점선으로 표시하였다). 또, 장래의 기업의 투자기회 상실의 위험, 신용도 저하의 위험 등도 기대된 재산증가가 이루어지지 않은 경우의 소극적 손해에 포함시키게 되면 (ㄱ)이 보여주듯 배임죄의 적용범위는 현저히 확대되게 된다. 기업활동에서 장래 발생할지가 불확실한 위험성이 배임죄의 손해로 포섭되는 것이다. 아래 소극적 손해를 제한적으로 해석하며 민상사법상 선관의무 위반과 형사 업무상배임죄와의 구별의 필요성, 형법상 죄형법정주의의 명확성 원칙 및 형벌필요성도 범죄화 판단의 한 요소임에 비추어 현실적 손해를 기준으로 배임죄 기수를 인정하는 (ㄴ)설이 적절하다고 판단된다. 대법원도 전원합의체 판결로 새마을금고의 동일인대출한도 초과대출행위에 대해 업무상 배임죄의 적용을 부정하면서, 초과대출의 사실만으로 곧바로 대출채권 불회수의 위험이 생겼다고 볼 수 없으며, 다른 회원에 대한 대출을 곤란케 하여 금고의 적정한 자산운용에 장애를 초래하는 위험이 발생하였다고 단정할 수 없다고 판시하여 전향적 태도를 취하였다.²⁷⁾ 재산상 손해의 위험이 야기된 때에는 그 위험에 의해 재산의 가치가 감소된 것으로 평가되어야 재산상 손해로 인정될 수 있으며,²⁸⁾ 현실적 손해가 야기된 때와는 결과불법상 차이가 있다는 점을 고려한 것이다. 독일의 연방대법원도 ‘전형적 미수상황의 재산상 위험과 재산상 손해와 동등하게 평가될 수 있는 재산상 위험을 구별하기 위해 이 위험이 바로 손해로 전환될 수 있는 정도로 구체적일 것을 요한다’고 판시한 바 있다.²⁹⁾ 우리의 일부 판례에서 손해발행의 위험에 대한 자의적 평가를 통해 이를 특경법 적용 및 양형기준의 핵심인 이득액으로 환산하고 있는 점³⁰⁾도 역시 개선되어야 할 것이다.

27) 대법원 2008. 6. 19 선고 2006도4876 전원합의체 판결. 이 판결에 대한 설명으로는 류현중, 「동일인대출한도 초과대출행위와 업무상배임죄에서의 재산상 손해」, 『대법원판례해설』 제76호, 2008 상반기, pp.641-667.

28) 문형섭, 「배임죄에 관한 연구」, 호남대학교 박사학위논문, 2001, pp.68-80. 류현중, 앞의 논문, p.648에서 재인용.

29) BGHSt. 21, 113; JR 1987, 229; StV 1989, 64; NStZ 96, 203; NStZ 98, 570. 안경옥, 「배임죄에서 실해발행의 위험 - 대법원 1999. 6. 22. 선고 99도1095 판결 등」, 『비교형사법연구』 Vol.2 No.1, 2000, p.221 재인용.

30) 대법원 2000. 4. 11 선고 99도334 판결 참조(배임죄의 위험범성을 명시하면서, 배임행위로 부당한 외상거래를 한 때, 담보물의 가치를 초과하여 외상거래한 금액이나 실제 회수가 불가능하게 된 외상거래금액만이 아니라 손해발행의 위험이 있는 외상거래대금 전액을 그 손해액으로 보아야 하며, 이를 제3자가 취득한 경우에는 그 전액을 특경법 제3조에 규정된 재산상 이익의 가액에 해당하는 것으로 볼 것이라고 판시함으로써

(2) 소극적 손해

전술하듯, 판례는 회사에 ‘재산상 손해를 가한 때’를 현실적 손해뿐만 아니라 재산상 실효 발생의 위험을 초래한 경우도 포함하면서, 그 손해의 내용을 총체적 재산상태에 미치는 적극적 손해 외에 ‘객관적으로 취득할 것이 기대되었는데 임무위배행위로 인해 이익을 얻지 못한 경우’인 소극적 손해까지 포함시켰다.³¹⁾ 대상판결(B)에서도 제3자배정 형식의 신주 등의 시가와 실제발행조건과의 차액에 발행신주 등의 총수를 곱한 것이 회사에 대한 소극적 손해에 해당된다는 판시가 그 구체적 결과물이다.³²⁾

이러한 소극적 손해의 개념의 적용에 대해서는 주주배정뿐만 아니라 제3자배정의 형식을 취한 경우에도 회사는 자본이 증가한 것이므로 회사의 손해는 인정될 수 없다는 견해³³⁾가 제기되었다. 신주 등의 저가 발행은 기업의 자본조달을 위한 자본거래이며 기업의 수익 여부에 직접 영향을 미치는 경상거래와는 구별된다고 주장한다. 저가의 신주 등의 제3자배정 시 기존 주주가 가지는 주식가치 희석화는 주주의 손해일 뿐 회사의 손해 요건을 충족시키지 못한다는 것이다.

한편, 제3자배정 시에 신주 등의 저가 발행은 회사의 손해를 야기한다는 견해³⁴⁾가 있다. 새로운 주주로부터 기존의 주식가치를 반영한 자금납입을 받을 권리가 있다고 보는 것이 주식회사의 독자적 법인격을 인정한 상법상 태도에 부합한다는 것이다. 증가되지 못한 자본으로 인해 장래 투자기회를 상실하게 되는 경우 이를 회사의 손해로 판단할 수 있다는 점, 지배권 유지를 위한 저가의 신주를 제3자에 배정하는 것은 회사 지배구조의 합리적 균형을 깨뜨려 장래 회사 경영에 대한 합리적 회의, 그로인한 재정악화의 위험성을 야기하기에 이러한 위험성도 손해로 파악할 수 있다는 것이다.³⁵⁾ 이사의 증여세탈법행위로 인한 회사 신용

부정의상거래로 인한 손해액과 이득액을 의제한다)

31) 이러한 손해산정 방식에 관해서는 대법원 2001. 9. 28 선고 2001도3191판결을 참조하라(비상장회사의 대표 이사 겸 대주주인 피고인이 전환사채를 발행하였는데, 전환가격은 당시 상속세 및 증여세법이 규정하는 보충적 평가방법에 따른 주당 가격(986원)의 3배(3,000원)였다. 피고인은 이를 타인의 명의를 차용하여 인수하고 보통주로 전환하였는데, 전환 직후 회사가 상장되어 공모되어 주식시세가 급등했다. 피고인은 시세차액을 얻을 목적으로 전환사채를 발행하였다 판단되어 배임죄의 유죄판결이 내려지고, 대법원은 거래시세를 참고, 적정한 시가(10,000원)와 전환가격의 차액에 전환주식수를 곱한 금액을 그 회사의 재산상 손해로 평가하였다). 이철송, 앞의 논문, pp.97-98.

32) 위 판결문, p.13.

33) 이철송, 앞의 논문, pp.106-107.

34) 장덕조, 「전환사채의 저가발행과 회사의 손해」, 『법조』 제601호, 2006, p.75; 이훈종, 앞의 논문, pp.449-450.

도 피해를 손해로 파악하기도 한다.³⁶⁾ 결론에 있어 판례와 같은 취지에 서 있다.

반면, 주주배정, 제3자배정 형식을 불문, 시가보다 낮은 가격으로 신주 등의 발행 시 회사에 손해를 야기한다고 보는 견해³⁷⁾가 있다. 회사법상 회사의 독립된 법인격을 인정하는 취지를 고려, 주주와 구별된 회사의 이익을 상정해 볼 수 있고 회사의 입장에서 신주 등이 발행된 조건이 저가인 경우 시가와의 차액만큼 손해를 보게 된다는 점을 근거로 하고 있다.³⁸⁾

전술하듯, 손해를 경제적 손해에 근거 적극적 손해와 명확한 인과관계 있는 소극적 손해로 해석하는 원칙을 넘어 장래 투자기회 상실까지 포함하는 소극적 손해, 신용도 저해까지 확대되는 손해발생의 위험으로 확대하면 주주배정과 제3자배정에 관계없는 회사의 손해 인정이 가능하게 되는 것은 논리적으로 타당하게 된다. 그러나 이렇게 확장된 손해개념을 통한 업무상 배임죄의 확대적용은 기업금융 및 지배권 이전을 형사사법의 전면적 적용범위로 들어오게 함으로써 헌법상 보장되는 기업활동의 자율과 창의성의 침해 가능성이 현저히 확대된다. 회사법상 주식회사의 법인격의 독립성뿐만 아니라 주주의 이익보호를 위한 장치들도 다수 마련하고 있다는 점을 고려할 때, 양자의 이익을 조화하는 현저한 저가의 신주 등 발행 시 제3자배정에 한정하여 회사의 손해를 인정하는 견해를 지지한다.

(3) 회사의 손해와 주주의 손해

대법원은 회사의 독립한 법인격을 인정하는 전제하에서 업무상 배임죄에서 회사의 손해를 판단하고 있다. 대상판결(A)(삼성에버랜드 사건)에서 신주 등의 발행에서 ‘주주발행의 경우는 액면가 이상이기만 하면 이사는 발행가격을 자유롭게 정할 수 있어 저가 발행의 경우에 회사재산은 전체적으로 증가한 것으로 소극적 손해는 없는 반면, 제3자발행 시 저가발행의 주식은 시가에 준하는 발행을 통해 증가시킬 수 있었던 자본액만큼 회사에 손해를 야기한 것’이라고 판시하였다.

회사의 법인격의 실체를—이사의 회사에 대한 충실의무를 근거로—분석해 보면, 정상적

35) 이종훈, 「전환사채의 저가발행과 관련한 이사의 배임죄 성립여부」, 『경영법률』 제20집 제1호, 2009, pp.359-360.

36) 이종훈, 앞의 논문, p.450.

37) 이종훈, 앞의 논문, pp.357-364.

38) 이종훈, 앞의 논문, p.364. 코네티컷 주법원이 회사의 손해와 소수주주의 손해를 분리하는 취지로 판시했던 *May v. Coffey* A.2d, 2007 WL 1121748, 43 Conn.L.Rptr.205를 인용하고 있다.

인 회사의 재정상태에서는 결국 회사 소유자인 주주의 이익을 옹호할 의무라는 결론에 이르게 된다는 주장³⁹⁾도 있다.

회사라는 독립된 법인격을 지나치게 강조하다 보면 이사의 선관의무가 지나치게 엄격해지고 기업 경영실정에 맞지 않는 부당한 결론에 이르게 된다.⁴⁰⁾ 물론 주주 이외 임직원 등 피용자와 채권자 보호의 필요성도 있음을 부인할 수 없으나 노동법, 파산법에 의한 특별한 보호를 받고 있는 점에서 정상적 경영상태의 회사는 주로 주주의 이익을 기준으로 회사의 손해를 파악함이 타당하다고 생각한다.

3. 고의 및 불법이득의 의사

전술한 요소에 대한 인식과 감수의사로 구성된 미필적 고의 외에도 통설과 판례는 불법이득의 의사를 요구하여 본인에게 이익을 가져오기 위해 손해의 가능성을 감수하고 행위를 한 경우 배임죄의 성립을 부정된다.⁴¹⁾ 재산이득죄라는 특징 및 창의적 경영에 따른 모험거래로 인한 배임죄 처벌위험으로부터 경영진 보호의 필요성을 고려할 때에도 초과주관적 구성요건요소로서의 불법이득 의사가 있어야 한다.⁴²⁾ 후술하는 독일의 배임죄가 재산침해범죄로 손해발생만으로 성립하는 점과는 구별된다. 대상판결(B)에서는 지배권 이전 시 회사의 손해야기 요건이 충족되는 점에서 불법이득의 의사가 인정된다.

39) 미국 회사법학계에서 다수설의 위치를 차지하고 있다. *Dynamics Corp. of Am. V. CTS Corp.*, 794 F.2d 250, 254(7th Cir., 1986)(Posner, J.), 다른 쟁점에 대해서는 다음 판결로 파기됨(481 U.S. 69, 83(1987)). Alan Tompkins, "Directors' Duties to Corporate Creditors: Delaware and the Insolvency Exception," *SMU L.Rev.* 47, 1993, p.184; Henry Hu & Jay Lawrence Westbrook, "Abolition of the Corporate Duty to Creditors," *Colum. L. Rev.* 107, 2007, p.1321.

40) 소규모 소자본의 1인회사 1인주주에 대한 업무상배임죄, 횡령죄의 적용이 그러한 예이다.

41) 이형국, 『형법각론 연구』, 법문사, 1997, pp.512-513; 배중대, 앞의 책, p.555; 임웅, 앞의 책, p.475.

42) 대법원 1983. 7. 26. 선고 83도819판결

IV. 입법례: 독일법 및 미국법에 대한 비교법적 분석

1. 독일법상 배임죄(Untreu)

(1) 연혁과 체계

배임죄는 1532년 카롤리나 형법에서 횡령과 배임이 구별되지 않은 채 ‘위탁물횡령’의 형태로 규정된 것을 시작으로 횡령의 파생적 범죄유형으로 나폴레옹법전 제408조의 신용남용(abus de confiance)으로 승계되었다. 1851년 프로이센형법에서 배임죄를 사기죄의 한 유형으로 규정되면서 횡령과 분리된 형태가 나타났고, 1933년 독일형법에서 전체 재산에 대한 기본형태의 범죄로 배임죄가 규정되게 되었다.⁴³⁾

현재 독일형법상 배임죄(제266조)는 사기죄와 같은 장에서 범죄로 처벌되고 있으며, 이득죄의 일종으로서 사기죄와는 행위태양에 따른 행위불법에서 차이가 나는 점에 구분하고 있는 것으로 판단된다.⁴⁴⁾ 제266조상 배임죄의 구성요건은 ‘법률, 관청의 위임이나 법률행위에 근거하여 타인의 재산을 처분하거나 타인에게 의무를 부과할 권한을 남용’하거나(권한남용) ‘법률, 관청의 위임, 법률행위나 신임관계(Treueverhaeltniss)에 의해 부과되는 타인의 재산상 이익을 대리(fremde Vermoegensinteressen wahrnehmen)할 의무를 위반하고 이로 인해 재산상 이익을 보호하여야 할 자에게 손해를 가한’ 경우(대리의무위반) 성립되며, 5년 이하의 자유형 또는 벌금형, 행위가 특히 중한 경우는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처하도록 규정한다.⁴⁵⁾

(2) 구성요건

행위태양은 ①권한남용(Missbrauchshandlung)과 ②타인의 재산상 이익 대리 의무 위반(Pflichtverletzung)으로 구분된다. 권한남용은 법률, 행정처분 및 법률행위로 재산상 사무 처리의 근거를 제한하는 반면, 후자인 대리의무 위반은 그 외에도 신임관계에까지 대리의무의

43) 김일수·서보학, 앞의 책, p.492.

44) 횡령죄는 절도죄와 같은 장에 규정되어 재물이득죄로서 배임죄와는 구별된 범죄로 규정되어 있다. 횡령죄의 구성요건은 다음과 같다: ‘점유 또는 보관 중인 타인의 동산을 불법영득’한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 한편, 위탁중인 재물의 횡령은 가중처벌되어 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하게 된다. 법무부, 『독일신형법』, 법무자료 제210집, 1997, p.177.

45) Rudolphi, Horn, Guenther, Samson, SK StGB II 39. Lfg., p.125 (5 Aufl. 1996).

발생근거를 확대하고 있다. 또한 본인-사무처리자의 관계에서 본인에 대한 재산상 손해가 있으면, 행위자 또는 제3자에 대한 재산상 이익취득과 관계없이, 구성요건이 충족된다. 독일 형법의 배임죄는 재산상 손해를 중심으로 한 범죄로서 이득죄로 구분되는 우리 배임죄와 차이가 있다. 미수범 처벌규정이 없는 점에서 배임행위자 또는 제3자의 재산상 이익취득이 없는 경우에도 본인의 손해가 있으면 배임죄의 기수를 인정한 것이라 판단된다. 요약하면, 배신행위로 인한 본인의 손해야기만을 범죄 구성요건요소로 규정한 것이다.

(3) 의무위반행위 - 임무영역에 의한 제한

그런데, 본(Bonn) 대학의 Kindhaeuser 교수에 따르면, 배임죄의 대리사무위반 요건은 모든 재산보호의무 위반이 이에 해당하지 않으며 재산보호의무를 통해 근거지어진 임무범위(Ausgabenkreis) 내에 있는 재산손해야기 행위에 대해서 적용된다.⁴⁶⁾

연방법원의 판결은 주식회사 이사에게 회사 업무 수행 시 더 많은 행위재량을 승인한다. 이사회 결정은 회사의 경영진의 결정은, 성패에 대한 책임인식에 의해 행해지고 전적으로 기업의 복지를 위한 것이며 결정의 토대에 대한 주의 깊은 조사에 근거한 기업행위를 해야 했다는 한계를 일탈하지 않았다면, 결정의 재량이 인정된다는 점을 분명히 하고 있다.⁴⁷⁾ 독일연방법원 판시⁴⁸⁾에서 나타나듯이, 위험책임이 부과되는 기업 결정에서 재산보호의무의 침해에 대한 민법(Zivilrechtlich) 또는 회사법(gesellschaftrechtlich)의 개별적 위반은 배임행위에 충분치 않으며 민법 및 회사법적 기준의 전체를 고려하여 결정할 수 있는 ‘중대한(gravierend)’ 의무침해가 필요하다는 점을 통해 배임행위 영역상의 제한이 행해져야 한다는 것이다.⁴⁹⁾

배임행위가 되는 ‘중대한’ 의무위반의 표지는 독립한 의미를 가진 것이 아니라 기업 결정의 판단과 재량영역의 설정 및 설명을 나타낼 뿐이다. 대부분의 학설에 의하면 기업 활동상 ‘중대한’ 의무위반의 표지와 함께 발전된 주된 기준은 배임 구성요건의 한계 및 윤곽을 설정하는 데 적합한 것으로 인정되었다고 하지만, 독일연방대법원에서 이 기준이 개별적인 민법

46) Kindhaeuser, Neuman & Paeffgen(이하 Kindhaeuser 등), Strafgesetzbuch, Band 2, 3.Aufl. Nomos, p.1964(그에 따라 기업경영상 지위에 근거해 주어졌으나 그의 임무영역 외에 있던 재산손해의 가능성을 이용한 경우 배임행위 요건을 충족하지 못한다. 결국 임무 범위(Aufgabenkreis)에 따라 배임행위의 한계가 정해지며, 모험거래의 경우 손해 발생 가능성은 임무범위 외에 속함)

47) Kindhaeuser 등, 앞의 책, pp.1968-1970.

48) BGHSt 47, 148 (150); 47, 187 (197); 47, 192. Kindhaeuser, 앞의 책, p.1968 fn 217 & 218 재인용.

49) Kindhaeuser, 앞의 책, p.1968.

과 회사법적 기준이 어느 범위까지 중요하다고 판단될 수 있는지는 여전히 불명확한 상태로 사실심판사의 판단에 맡겨져 있는 상태이다.⁵⁰⁾ 결국 여러 양태의 기업활동에서의 중대한 의무 위반에 관한 법원의 판단은 민법, 회사법 전체 맥락 속에서 사실심 판사의 재량에 맡겨져 있음을 알 수 있다.⁵¹⁾

2. 미국법상 배임죄와 유사한 범죄

(1) 횡령죄(embezzlement) 또는 절도죄(theft)

미국은 배임죄라는 별개의 범죄를 두고 있지 않으며 횡령죄(embezzlement)에서 타인의 재물보관자뿐만 아니라 재산수탁자에 의한 기만적인 재산 착복행위(appropriation)를 처벌하고 있다.⁵²⁾ 이 횡령죄는 미국 판례법상 인정되어 온 절도죄와 같은 범죄가 아니어서 연방 또는 주법률로 명확히 규정한 범위 내에서만 처벌된다.⁵³⁾

주법률의 한 예로, 캘리포니아주 형법 제504조은 공무원 또는 공무원의 사무원, 서기, 대리인뿐만 아니라 회사, 단체의 관리자, 이사, 수탁자, 사무원, 서기, 대리인이 정당하고 적법한 수탁임무의 집행이 아닌 목적 또는 사용으로 위탁에 의해 자신의 점유 또는 소유하에 둔 재산(property)을 기만적으로 착복(appropriate)하거나 그런 목적으로 착복하기 위해 은닉(secret)하는 것을 횡령죄로 규정하여 처벌하고 있다.⁵⁴⁾

구체적인 사건에서 주법원은 회사의 관리자가 회사의 자금을 사적용도로 착복한 경우 그 관리자를 절도에 의한 형사책임을 인정하기도 한다. 코네티컷주 항소법원은 회사의 공동소유자가 개인적 사용을 위해 회사자금을 인출한 사건에서 주법 제53a-119조 제1항을 근거로 절도(larceny)의 죄책을 인정하였다. 회사는 주주와 구분된 별개의 개체로서 회사의 재산은 피고인이 회사주식을 소유 했는지와 관계없이 피고인의 재산이 아니어서 지배주주조차도

50) Kindhaeuser, 앞의 책, p.1969.

51) 실제 Kindhaeuser 교수는 학문, 예술, 스포츠 등에 대한 기부도 위의 재량상 한계를 벗어나지 않는다면 허용되며, 이사 개개인에 대한 보수 결정시에도 투명성과 주식회사법 제87조를 준수하는 한도에서 허용됨을 서술한다. 물론 회사에 어떤 장래 유익을 가져다 줄 수 없는 특별한 개인적 급부의 보장은 재산상 충실의무의 침해에 해당한다고 설명한다. Kindhaeuser, 앞의 책, pp.1970-1971.

52) 26 Am. Jur. 2d Embezzlement sec.6, West's Ann.Cal.Penal Code 503.

53) State v. Parker, 112 Conn. 39, 151 A. 325, 328 (1930)

54) Cal.Penal Code § 504

회사자금을 개인의 채무 또는 목적에 사용할 수 없다고 판시하였다.⁵⁵⁾

(2) 금융재산남용죄(misappropriation)

연방법에서는 정부기관이 권리를 가진 재산을 절취, 착복(convert to his own use)하거나⁵⁶⁾ 정부정책에 따른 기금, 재산의 후원을 받은 단체의 이사, 임직원이 그 기금, 재산을 절취, 횡령(embezzle), 의도적인 남용(willfully misapply)한 것을 범죄로 규정하고 있다.⁵⁷⁾ 한편, 국립은행연합(National Bank Association, 이하 NBA)소속 대표자, 이사, 임직원, 대리인 또는 서기는 연합, 회사, 또는 개인을 속이거나 해할 목적으로 연합의 돈, 자금, 또는 신용거래(credit)을 절취, 횡령, 의도적으로 남용(willfully misapply)하는 자에게 5년 이상 10년 이하의 유기징역에 처하도록 하는 규정을 배임죄⁵⁸⁾(misappropriation)로 보기도 한다. 그러나 국가금융지원을 받은 기관의 이사, 임직원이 그 지원받은 기금, 재산을 남용한 경우에만 적용되기에 한국형법상 배임과 같이 볼 수 없다.⁵⁹⁾

앞의 연방개정법은 국립은행연합 소속의 임직원에 적용되며, 18 U.S.C. sec.658도 정부기관 또는 정부의 재정후원을 받는 기관의 임직원에게만 적용되는 규정으로 우리 배임죄와 같은 ‘타인의 사무 처리자’를 주체로 하는 일반적 조항은 아니다. 또한, 금융재산남용죄 역시 NBA 소속 임직원으로 주체를 한정하는 외에 일정한 자를 속이거나 해할 목적을 요구하는 점에서 또한 형사불법에 해당하는 행위를 한정하고 있다. 한편, 연방법에서 사용하는 ‘횡령’의 개념은 행위자가 적법하게 점유, 소유하고 있는 재산을 위탁관계에 위반하여 자신이 착복하는 것을 지칭⁶⁰⁾하며, 한국 형법상 타인의 재물보관자에 적용되는 횡령죄의 적용대상뿐만 아니라 배임죄에 포섭되는 행위태양도 일부 포함하고 있는 것으로 보인다. 그러나 NBA 소속의 은행장이 은행자금으로 전국은행연합의 주식을 매입한 사건에서 위 연방개정법 제

55) State v. Radzvilowicz, 47 Conn.App.1, 703 A.2d 767 (App.Ct.CO, 1997) (피고인의 적법한 점유(possession)는 회사의 적절한 경영을 위한 지급에 한정되고 개인적 목적으로 회사자금을 인출한 때에는 불법 점유에 의해 절도가 된다는 논리를 전개하였음)

56) 18 U.S.C.sec.658(한국 형법상 횡령에 해당하나 자신이 재산상 이익을 얻도록 배임행위할 때 배임죄도 포함될 수 있음)

57) 절도행위와 횡령행위를 같은 구성요건에 두고 처벌한다. 18 U.S.C.sec.664-665

58) 이상도, 『법률영한사전』, 개정판, 청림출판, 2002, p.371.

59) The Revised Statutes of the United States s.5209. 배임죄 아닌 ‘금융재산남용죄’가 더 적절한 번역이라 평가된다.

60) American Jurisprudence(Am.Jur.), 2nd ed., 26, Embezzlement sec.1.

5209조를 ‘속일 목적’을 엄격히 해석하면서 기망에 의한 ‘손해’가 입증되지 않았음을 근거로 배임죄의 성립을 부정하는 연방대법원 판결이 유지되어 오고 있다.⁶¹⁾

(3) 연방법상 우편사기죄(mail fraud)와의 유사성 검토

미국 연방법은 사기범행에 우편 또는 전화 등을 이용하는 행위를 별도의 범죄들로 규정하여 처벌하고 있는데, 우편사기(mail fraud)죄와 전화사기(wire fraud)죄가 대표적 규정이다. 이 조항들⁶²⁾은 사기의 범행계획이 실행의 착수에 이르지 않은 경우나 피해자에 대한 손해 야기나 위협 발생 요건을 갖추지 못한 경우에도 피고인이 우편, 전화를 이용했다면 형사실무상 특별한 사기죄 관련 규정이 없을지라도 사기죄와 유사하게 처벌할 수 있다는 점에서 매우 매력적인 처벌근거로 활용되어 왔다.⁶³⁾ 사기의 예비, 음모 시까지 형벌투입을 가능하게 하여 경제범죄에 대한 강력한 억제수단으로 활용되어 왔다.

이 규정을 배임죄에 상응하는 미국법상 범죄규정으로 보자는 견해⁶⁴⁾가 있으나, 이에 몇 가지 문제가 있다. 먼저, 주관적 요소로서 ‘기망의 의도(intent to defraud)’ 및 ‘기망할 계획(scheme to defraud)’이 요구된다는 점⁶⁵⁾에서 기망 관련성이 요구되지 않는 배임죄와는 구별된다. 일부 판례에서 우편사기, 전신사기죄 규정의 배임에 관련된 적용이 문제되기도 했지만,⁶⁶⁾ 이는 배임관련 기망행위가 존재했기에 적용이 가능했던 사안으로 배임행위에 일반적

61) 구체적으로 이 사건의 피고인은 은행장으로 장부상 채권(credit)란에 미화 5,365달러를 이자로 받았다고 허위 기재하였고 은행연합의 자금 2,400달러를 지급하고 주식을 매입하여 본죄로 기소되었다. 연방대법원은, 장부의 허위 기재는 기망목적으로 계산된 것이라고 판단했으나, 주식취득이 범죄적 남용(criminal misapplication)으로 인정되기 위해서는 은행연합이 사기로 손해를 입을 수 있음이 증명되어야 하는데, 이 점이 입증되지 않아 단순한 은행사무의 오집행(maladministration)에 불과하다고 판시하였다. 2 S.Ct. 512, 668 (1883) (또한, 의도적 남용(willful misappropriation)이 되기 위해서는 은행연합의 자금을 자기 또는 제3자의 이용을 위해 횡령(conversion)함이 필요한데, 피고인은 주식을 은행연합을 위해 보유했으며 그 주식 취득을 위해 자금을 횡령했다는 주장이 미흡하다고 판단)

62) 18 U.S.C. sec.1341(mail fraud)과 sec.1343(wire fraud).

63) Skye Lynn Perryman, "Mail and Wire Fraud," *Am. Crim. L. Rev.* Vol.43, 2006, pp.715-716.

64) 조국, 앞의 논문, pp.169-171.

65) *United States v. Regent Office Supply Co.*, 421 F.2d 1174, 1182 (2d Cir. 1970) (기망할 의도의 입증은 거래 조건, 가격이 아닌 단순한 거래해택의 근거에 관한 속임수로는 불충분함); *United States v. Coffman*, 94 F.3d 330 (7th Cir. 1996) (기망의 계획은, 그 계획이 실패할 개연성이 있는 경우에도, 인정됨)

66) *United States v. Brown*, 79 F.3d 1550 (11th Cir. 1996) (플로리다부동산개발회사가 외지인들에게 회사소개 책자가 다른 부동산보다 비싸다는 점을 알리지 않고 좋은 투자수단이라며 이를 비싸게 매각하여 이득을 챙겨 고객들에 의해 우편사기죄로 기소된 사안에서, 그 개발회사 임원들이 외지인들에게 다른 부동산 가격을

으로 전신, 우편사기가 적용되는 것은 아니다. 우편, 전신사기죄에는 기망할 의도가 있는 경우에만 성립되기에 배임과는 구별되기 때문이다.

또한, 전신, 우편사기죄에 관해서는 엄격한 해석에 의해 본 죄의 확대적용을 저지하려는 논의⁶⁷⁾가 미국에서 유력하게 제기되고 있다. 연방법원 판례도 거래조건인 가격, 품질에 대한 기망으로 제한 해석하거나, 중요한 사실에 관한 기망의 요건이 필요하다고 판시하여 엄격한 적용을 해 오고 있다.⁶⁸⁾

행위태양에서의 차이가 분명하고 법조문에 대한 엄격해석의 요청이 학계 및 실무계에서 제기되고 있는 상황에서 우편, 전화사기를 미국형 배임죄 또는 배임의 처벌조항으로 보는 것은 적절치 못하다.

V. 기업지배구조에 대한 합리적 법정책

1. 소수주주의 대표소송

(1) 법인주주의 소수주주들의 주주대표소송 제기

상법상 주주대표소송제도는 1998년 원고적격 요건을 전체주식 0.01% 이상을 6개월 이상 가진 주주로 완화한 이래 매년 조금씩 늘어났다. 초반 3년간 연평균 3.7건에 불과했던 주주대표소송은 최근 5년간은 매년 10건 정도로 늘어났다. 대기업 총수가 경영권 이전의 방법으로 시가보다 낮은 신주를 발행한 때 법인주주들의 실권행위에 대해서 법인의 소수주주들이 대표소송을 제기하는 예들⁶⁹⁾이 나타나는 가운데, 에버랜드의 2대주주였던 제일모직(법인주주)의 소수주주들은 삼성그룹 회장 및 제일모직 대표이사 등 임원들(피고)을 상대로 대상판결

알릴 의무가 없어 기망이 아니라고 판단)

67) Craig M. Bradley, "Not All Dishonesty is 'Honest Service Fraud'," *Trial* Vol.46, Dec. 2010, p.48; Todd E. Molz, "The Mail Fraud Statute: an Argument for Repeal by Implication," *U. Chi. L. Rev.* Vol.64, Summer 1997, p.983.

68) 앞에서 언급한 제2지역 연방항소법원의 *Regent Office Supply Co.* 사건(거래해택의 근거에 관한 단순한 속임수는 거래가격, 조건에 관한 것이 아니어서 기망할 의도를 증명하기 미흡) 및 연방대법원의 *Neder* 사건(*Neder v. U.S.*, 527 U.S. 1, 119 S.Ct. 1827(1999))이 그 예이다.

69) 문병기 기자, 「대기업 오너들 ‘소액주주 민사소송’ 진땀」, 동아일보 2011년 3월 10일자.

(A)에 나타났던 전환사채 인수 포기로 인한 회사에 대한 손해에 대한 집단적 손해배상 청구 소송을 제기하였다.⁷⁰⁾

(2) 대구지법 김천지원의 판결 - 소액주주의 대표소송 인용

2011년 2월 대구지방법원 김천지원의 재판부는 대상판결(A)의 전환사채가 증여세를 회피 하면서 경영권을 이전하려는 목적으로 발행된 것으로 삼성그룹 비서실이 주도하여 에버랜드의 법인주주들의 경영자에게 실권하도록 요청하여 이재용 등이 인수하도록 하여 에버랜드(주)의 제1주주가 되도록 한 것이라고 파악하였다. 이 전환사채는 시가보다 현저히 낮은 가액으로 발행되어 제일모직이 그 인수를 포기할 이유가 없었으므로 제일모직(주)의 이사들은 위 전환사채를 인수할 의무가 있음을 판시했다. 그럼에도 피고들이 그 인수를 포기한 것은 업무상 배임에 해당하여 피고들은 상법 제399조에 따라 제일모직에 손해를 배상할 책임이 있다고 판시하였다.⁷¹⁾ 특히 ‘이사가 제399조상 법령에 위반한 행위는 회사에 대해 채무 불이행에 해당하여 이로 인한 회사의 손해에 대해서는 배상책임을 면할 수 없으며, 이사의 선관주의의무 위반의 임무해태로 인한 손해배상책임에서 고려될 수 있는 경영판단 원칙은 적용될 여지가 없다’고 판시하였다.⁷²⁾

이 판결에 대해서는, 먼저, 법인주주가 저가의 신주인수권이 포함되었지만 사채로서 이율이 시중보다 낮은 전환사채(신주 등)⁷³⁾를 인수할 의무의 법령상 근거를 명확히 밝히지 않으면서 법령위반의 배임행위(상법 제399조)로 판단했다는 문제가 있다. 재판부는, 법인주주의 이사가 타 회사에 대한 법인의 지분율을 유지할 위해 -수익률이 적은- 전환사채도 인수할 법적 의무는 이사의 충실의무상 어떤 기준에 의해 파생되는지에 대한 명확한 답변 없이, ‘뚜렷한 이유 없는 (경영권 승계목적의) 실권=회사에 대한 (법령위반의) 임무위배’라는 공식을 도입한 것으로 판단된다.

70) 연합뉴스, 「이건희 회장 배상 판결로 ‘편법 승계’ 재부각」, 국제일보, 2011년 2월 20일자.

71) 대구지법 김천지원 2011. 2. 18 선고 2007가합425 판결

72) 2007가합425 판결, p.17.

73) 3년간의 원금상환기까지 사채연이율 1%로 하고 상환기일까지 전환권을 행사하지 않은 사채권자에는 보장수익률을 연 5% 복리로 정하였다. 제일모직에 배정된 권면금액은 14억761만 원, 전환사채를 인수하여 전환권 행사하였을 때 얻을 수 있는 주식은 182,806주였다. 종전에 제일모직이 가지고 있던 주식은 100,000주로 에버랜드의 2대주주(14.14%)였으나, J 등의 전환권 행사로 J가 627,390주로 제1주주가 되고 제일모직은 지분율 6위(5.0%)로 내려갔다. 2007가합425 판결, pp.33-34.

다음, 재판부는 법령위반행위는 그 자체가 회사에 대한 채무불이행에 해당하여 단순한 선관의무 해태로 인한 경영판단 원칙은 적용할 여지가 없다는 법리를 적용하였다.⁷⁴⁾ 그러나 재판부가 인용했던 이 법리는 본래 이사의 정치인에 대한 뇌물을 제공이라는 위법행위에 경영판단원칙을 적용하지 않겠다는 법리로서, 현행형법상 증뢰에 해당되는 행위에는 선의 경영행위를 대상으로 하는 경영판단법리(business judgment rule)⁷⁵⁾은 적용하지 않겠다는 취지에서 나온 것이었다. 형법상 배임행위가 되지 않는다고 판결되었던 저가발행 신주의 인수 포기결정에 그대로 사용되기에는 그 불법성의 정도가 현저히 다르다는 점에서 부적절하다.⁷⁶⁾ 하지만, 형식상 적용의 어려움을 배제하더라도 ‘선의로’ ‘재량권 남용 없는’ 판단 요건을 충족시키지 못할 것이라고 보였다. 실권행위는 경영권승계라는 제3자의 이익을 위한 재량권 남용이라는 판단⁷⁷⁾이다.

2. 미국법상 기업지배구조 이전에 대한 견제수단

(1) 주주 대표소송: 신주발행 무효소송·유지청구, 손해배상청구

경영권 변칙승계의 수단으로 발행한 신주 등(전환사채, 신주인수권부사채)에 대해서도 일반적 형태의 배임죄를 범죄유형으로 채택하고 있지 않은 미국 형법상 배임죄에 대체될 수 있는 범죄를 적용한 사례는 찾기 어렵다. 반면, 저가의 신주발행을 통한 경영권 변칙적 취득에 관련해 손해를 입었다고 주장하는 주주들이 이사를 상대로 한 손해배상청구소송이나 신주발행 유지청구소송을 제기하는 사건들이 있어 왔다. 이러한 사건들을 판단했던 미국 주법원의

74) 위의 판결문, 같은 면.

75) 경영상판단의 법리는 미국 판례법상 인정된 손해배상책임의 항변사유로 ①경영상 판단으로 ②이해관계 없이 독립적이며 ③상당한 주의의무를 가지고 구체적 내용은 충분한 정보에 근거하여 ④선의로 ⑤재량의 남용 없이 판단하면, 결과적으로 회사에 손해를 초래하였다 하더라도 이러한 판단을 한 이사에게 책임을 묻지 않는 원칙이다. 이정민, 「경영판단원칙과 업무상 배임죄」, 『형사정책연구』 제18권 제4호(통권 제72호), p.161.

76) 오히려 위의 판결의 17면에 인용된 대법원 판결(대법원 2005. 10. 28. 선고 2003다69638)에서도 비상장주식의 매각 시 주식의 가치평가를 적정가액보다 현저히 낮은 가액으로 한 것이 선량한 관리자의 주의의무(선관의무) 위반이라 판시하였다. 피고인 이사의 주식의 저가 매각에 대해 법령위반으로서 경영판단원칙이 제외된다고는 판시한 바 없다. 참고로 그 이사는 회사 소유의 비상장회사의 주식을 전문가의 조언을 구함이 없이 상속세법 시행령에 의해 평가한 가치로 매각하였고 그 결과 그 비상장회사의 지배주주로서의 지위를 잃게 된 점에서 선관의무 위반으로 인한 손해배상 책임이 있음이 인정되었다. 2003다69638판결 판결이유 2 부분을 보라.

77) 위 판결문, pp.17-18.

판례들은 경영권의 위법한 취득행위가 세법상 실질과세 원칙 및 회사법상 소수주주의 보호 수단(신주발행유지청구 및 손해배상청구소송)을 통해 견제되고 있음을 보여준다. 다시 말해, 미국 법상 변칙적 신주발행을 통한 경영권 승계는 형사처벌이 아닌 세법과 회사법상 수단을 통해 저지되고 있다.

회사의 이사 또는 임원은 기만적 사기를 행하거나 주주에 대한 의무를 위반하지 않는다면, 충분한 가치가 지불되었다는 전제로 주주 아닌 제3자로서 자신에게 주식을 발행할 수 있음이 인정된다.⁷⁸⁾ 다만, 회사의 경영권 획득을 목적으로 이사 등이 기만적으로 주식을(자신들에게) 발행 또는 이전하여, 현존 주주들의 신주에 참가할 권리를 침해하고 모든 주주의 이익을 위해 행동할 의무를 위반한다면, 그 거래는 불법적이 되며 유보되어야 함을 단서로 한다.⁷⁹⁾

뉴욕, 캘리포니아, 위스콘신, 매사추세츠주 법원은 회사의 이사는 주주들에게도 충실의무를 지며, 법률의 규정에 따라 기존 주주에게 인수기회를 제공하지 않은 경우라도, 주주는 이사와 임원이 사익을 위해 권한을 남용하지 않고 회사의 경영권을 확보 또는 유지하기 위해 신주를 발행하지 말 것을 요구할 권리를 가짐을 오래전부터 인정해 오고 있다.⁸⁰⁾ 매사추세츠 주법원이 판단했던 *Elliot v., Baker* 사건에서는, 피고(Baker)가 지배주주로 경영권을 장악 하였던 회사에 원고(Elliot)가 신주의 다수를 인수함으로써 제1대 주주로 경영권을 확보하자, 피고가 자본 확보가 더 필요 없는 상황에서 다시 신주를 발행, 자신과 자신을 따르는 이사 및 주주에게 이를 인수토록 하여 다시 지배주주가 되었다. 이에 원고는 신주발행무효소송을 제기하였고, 주 법원은, 추가적 자본조달의 필요가 없는 상황에서, 지배주주 축출과 경영권 탈취를 위한 신주발행은 선의에 의한 이사의 업무수행이 아니고, 지배주주에게 신주인수의 기회를 부여하지 않았으며, 공정가격으로 인수했다고 주장하나 신주를 다른 주주나 제3자에게 제공하였다더라면 얻을 수 있는 인수가격에 따른 이익을 얻지 못한 것은 이사의 회사에 대한 충실의무 위반에 해당함을 이유로 원고의 청구를 인용하였다.⁸¹⁾

78) *In re Knox Auto Co.* 229 F. 21, 247 (D.C.Mass. 1915) (회사 재정관리자가 회사에 대출을 한 사건에서, 대가 (commission)가 정당하다면, 이에 갈음하여 주식을 발행할 수 있음).

79) 19 *Corpus Juris Secundum* (CJS) Corporation sec.616에 같은 취지로 서술되어 있다.

80) *Schwab v. Schwab-Wilson Mach. Corp.* 13 Cal. App.2d 1, 3, 55 P.2d 1268, 1268-69 (1936). 유사한 판례로 *Dunlay v. Avenue M. Garage & Repair Co.*, 253 N.Y. 274, 170 N.E.917, 919; *Hammer v. Werner*, 239 App.Div. 28, 265 N.Y.S. 172; *Luther v. C.J.Luther Co.*, 118 Wis. 112, 94 N.W. 69 (1903).

81) *Elliot v. Baker*, 194 Mass. 518, 520, 80 N.E. 450, 451 (1907)

이사가 사익을 얻는 주식거래를 승인한 이해관계 없는 이사들이나 주주들이 유효한 거래로서 요구된 모든 중요사실을 알고 있는지 결정하는 데 고려할 요소로는, 제안된 주식의 시장가치, 기존 주주에 대한 거래의 효과, 예산을 위해 가능한 대체 수단을 알고서 판단했는지가 포함되며, 실제 감사가 이루어지지 않았다면 주주총회 시 회사장부가 비치되어 있었다고 해도 주주가 이사의 기만적 취득을 승인한 것은 아니라고 평가하고 있다.⁸²⁾

(2) 상속 증여세의 실질과세 및 조세사기죄(tax fraud)

한편, 미국법상 납세자는 특정한 행위로부터의 과세 결과가 분명한 때 법령상의 수단에 의해 과세액을 줄이거나 회피할 수 있고 조세회피(tax avoidance 또는 절세) 목적으로 그 수단을 선택했는지라도 법규정에 따른 효력을 누릴 수 있음이 인정된다.⁸³⁾ 그러나 당해 거래는 면밀히 조사되어야 하며, 만약 거래수단이 실제 거래에 비추어 단지 구실에 불과함이 나타나면, 그 거래는 과세목적에 위해 무시되어도 좋다는 실질과세의 법리가 적용됨이 판례⁸⁴⁾를 통해 인정되었다. 한편, 불법적 수단에 의한 과세책임의 감소 또는 과세채무불이행은 탈세(tax evasion)라고 정의되며 범죄행위이다. 이미 부과된 조세의 평가 또는 납부를 회피한다는 점에서, 조세회피행위와 동시에 조세납부의무가 발생하는 절세와는 구별된다.⁸⁵⁾

특히 대상판결(A)의 사실관계는 전환사채가 주주에게 발행된 것으로 주주의 인수를 막는 위압, 기망 등이 입증되지 않는다면, 과세회피의 목적이 인정되어 절세의 개념에 속한다. 이는 이미 부과된 조세를 회피하기 위한 것이 아니라 전환사채 발행, 주주의 인수포기, 이사회 의 제3자배정, 제3자의 대금납입과 전환권 행사라는 일련의 행위를 통한 납세의무가 발생할 여지가 있다는 점을 통해서도 확인된다. 다만, 전환사채 발행이 상속세 회피를 위한 구실일

82) 19 C.J.S. Corporation. sec.616.

83) 조세회피(Tax avoidance)의 정의로는 The Free Dictionary BY FARLEX(<http://financial-dictionary.thefreedictionary.com>)를 참조하라. 적법성을 강조하기 위해 세무종사자들에 의해 ‘절세(tax mitigation)’라고도 불린다. Wikipedia, tax avoidance and tax evasion(<http://en.wikipedia.org>에서 인용).

84) Paul Trousdale et al. v. Commissioner of Internal Revenue, 16 T.C.1056, 1064-65 (1951) (원고는 주택건설사업의 공사를 감독하기 위한 파트너십을 종료하기로 결정하였으나, 변호사의 조언에 따라 세법상 이익이 되는 장기자본이익을 실현할 수 있는 지분의 제3자 매각방식을 취하였다. 그러나 조세법원은 지분의 매각이 과세회피 목적으로 행해졌고 매수인이 서비스 제공의 자격을 갖추지 못하였거나 경영의 지속을 의도하지 않았기에 무의미한 형태라고 하여 원고의 자본이익실현 주장을 기각)

85) Wikipedia, tax avoidance and tax evasion(<http://en.wikipedia.org>)의 distinctions in the United States 부분을 참조하라.

뿐이라는 사실이 충분히 입증된다면, 증여세 또는 상속세의 부과가 적절한 규제수단이 될 것이다.

적대적 기업합병·인수, 기업지배구조에 관한 다툼에서 지배주주 또는 소주주주의 인수권의 박탈 또는 불공정 가액설정에 관해 신주발행 유지청구 또는 무효의 소송, 이사의 손해배상 책임소송은 활발히 제기되고 있다. 그러나 미국형법상 횡령, 대출남용죄, 우편사기, 전신사기죄로 기소되는 예는 찾기 어렵다. 물론 국세청에 의해 이미 부과된 세금을 의도적으로 탈세하려고 한다면, 중범죄(felony)에 해당하는 조세사기죄⁸⁶⁾로 처벌될 수 있다.

3. 동산 이중양도 시 매도인에 대한 배임죄 성립 부정

배임죄는 ‘타인의 사무’를 처리하는 자가 임무에 위배하여 본인에게는 재산상 손해를 가하고 자기 또는 제3자가 이익을 취득하는 때 성립하는 범죄이며 업무상 배임죄는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자로 비난가능성이 높아 형벌이 가중된다. 이러한 ‘사무’가 재산상 사무일 것이 요구되는지 여부에 관해 (i)불요설 (ii)필요설, (iii)적어도 재산상 이해관계 있을 것을 요구하는 절충설이 대립하며, 대법원은 ‘타인의 재산의 보호 내지 관리의무가 있음을 전형적·본질적 내용으로 하는 신임관계’라고 판시⁸⁷⁾하여 필요설의 입장이다.

그런데, 최근 대법원은 전원합의체 판결로, 확고히 유지해 오던 부동산 이중매매에 대한 배임죄 적용법리와 달리, 중도금을 받은 상태에서 인쇄기를 이중매매한 매도인에게 ‘타인의 재산을 관리하는 자의 지위를 부정’함으로써 본죄의 주체의 범위를 제한하여 해석하였다. 다수의견의 보충의견은 계약 위반 시 채무불이행자의 범죄화, 민사사건의 형사화의 문제를 지적하며, “어느 누구도 계약상 의무의 이행불능만을 이유로 구금되지 아니한다(No one shall be imprisoned merely on the ground of inability to fulfil a contractual obligation)”함을 규정한 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’ 제11조(International Covenant on Civil and Political Rights Article

86) 26 USC § 7201 조세사기죄(tax fraud)는 5년 이하의 징역, 개인에 대해서는 2만5천 달러, 법인에 대해서는 5만 달러 이하의 벌금을 선택 또는 병과할 것을 규정하고 있다. 조세사기죄는 이 장에 의해 부과된 어떤 세금 또는 그의 납부를 의도적으로 회피 또는 불이행하려고 하는 사람은 중범죄에 해당하며 앞의 형벌을 부과할 것을 규정하고 있다(Any person who willfully attempts to evade or defeat any tax imposed by this title or the payment thereof shall be guilty of a felony).

87) 대법원 86도2490판결(각주 7 참고); 대법원 2011. 1. 20 선고 2008도10479 전원합의체 판결(다수의견 이홍훈, 김능환 보충의견)

11)를 근거로 들었다. 대법원은 종래 부동산 이중매매에서의 배임죄 적용법리가 ‘매도인의 잔금이 아닌 중도금 수령 시 자기 사무에서 타인의 사무로 전환되는 이유’에 대한 근거가 빈약했음을 날카롭게 지적⁸⁸⁾하였다. 이는 종래 부동산 이중매매에 대한 배임죄 투입의 확고했던 법정책에 대한 대법원의 회의적 시각을 나타내는 것이다. 본 판결의 다수의견과 보충의견에서는 동산의 매도인은 소유권 이전등기 협력의무를 부담하는 부동산 매도인과는 차이가 있음과 잔금 없이 중도금만을 받은 매도인으로서—채무불이행자로서 손해배상책임은 인정될지라도—배임죄의 주체로서 본질적인 부분에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위를 인정할 수 없다는 점이 분명히 판시되었다.

시민사회 및 법조계가 다양화, 자율화, 선진화되는 과정에서 종래 민사법적, 상사법적 법률관계에 대한 집단적 감정을 근거로 국가 형벌권이 전방위로 개입하는 방식은 자제되어야 한다. 실제로 영국 회사법이 EU 가입 후 사모펀드가 인수대상 회사의 자산을 담보로 한 금융으로 기업을 매수하는 차입매수기법(Leveraged Buy-Out, LBO)을 제한적으로 허용하자 법률자문비용이 현저히 증가하였다.⁸⁹⁾ 손해배상, 사해행위취소, 이사의 손해배상책임, 대표소송으로 손해의 충분한 배상방법이 확보되어 있는 상황에서, 특히, 배임죄 구성요건 충족이 어려운 영역에 배임죄를 우선투입하는 법리와 법정책은 이제 지양되어야 할 것이다. 세법 위반은 개별 세법상의 과세와 조세범처벌법의 해석에 따라 처벌하도록 해야 한다.

88) 대법원 2008도10479 전합 판결(김지형, 이홍훈, 김능환 대법관의 보충의견에 따르면 매도인의 소유권 이전등기와 대가관계에 있는 매수인의 의무는 ‘잔금지급의무’로 매도인이 제1매수인에게 중도금만 지급받은 상황에서는 자신의 독자적 의무가 발생하지 않아 타인의 사무를 처리하는 자로서 인정되기 어렵다는 점을 지적한다).

89) 영국은 2008년 회사법 개정을 통해 비상장회사(private company)에 대한 차입매수를 전면허용하였다. 그러나 EU 가입 이전 피인수기업이 당해 기업 인수자에게 금융을 지원하는 차입매수(LBO)에 대해 영국 회사법이 형벌규정을 도입함으로써 전면적 금지정책을 채택하였었다. EU 가입 이후 전면적 금지정책에서 한발 물러서 비상장회사(private company)의 자본 유지 및 주주의 동의라는 조건을 만족시킨 때에는 이를 허용하는 제한적 허용정책을 둔 이후 이 조건을 만족시키기 위해 2000년 한 해에만 US\$ 39,000,000의 법률자문비용이 사용되었다. “United Kingdom: Liberating LBOs,” *International Financial Law Review*, Jan. 2008, p.2 (<http://www.iflr.com>에서 검색).

VI. 결론: 업무상 배임죄의 적절한 자리

기업지배구조 이전에 대해 업무상 배임죄의 적용은 대상판결(A)(B)를 통해 위반 여부가 불분명했던 제3자배정 형식의 저가 신주발행에 대한 배임행위성을 분명히 하였고, 주주배정의 형식을 취한 경우는 배임행위가 부정되는 법리를 탄생케 하였다. 한편, 지배권 이전과정에서 주주배정의 형식으로 발행된 신주 등에 대한 개별 법인주주의 대표이사의 인수 포기결정은 상법상 이사의 불법행위-배임-로 그 법인주주에 대해 100억대 손해배상의 책임을 지게 한다는 최근 대구지법 김천지원의 판결은 기업지배구조에 관한 법정책이 나아갈 방향을 시사해 주는 것으로 주목할 만하다. 주주대표소송은 조세범처벌법과 함께 기업지배권 이전에 관한 강력한 제재수단이 될 수 있을 것이다.

그렇다면, 법정책적으로 업무상 배임죄를 기업지배 구조로 적용하는 것이 적절한 것일까? 배임죄는 회사에 손해를 야기하고 개인적 이익을 취득하는 형사불법에 해당하는 배임행위에 국한해서 적용되어야 한다. 배임죄를 모든 변칙적 경영행위에 우선적으로 적용하기 시작한다면, 구성요건 해석을 중심으로 한 도그마틱의 변질이 나타나게 되고, 도덕적 윤리적 경영이라는 목적을 위해 법에 규정되지 않은 새로운 경영기법, 일시적 손해를 감수한 모험거래가 배임죄에 노출되어 헌법상 보장된 창의적 기업활동이 제약되고 기업의 법무비용이 현저히 증가하게 됨은 앞서 본 바와 같다.

정경유착, 기업총수의 독단적 경영, 불법적 비자금 조성, 분식회계, 탈세라는 부도덕, 비윤리적인 경영현실에 대해 형법상 뇌물죄, 정치자금법, 회사법상 이사(사실상 지배자)의 손해배상책임, 외부감사법, 증권관련 집단소송⁹⁰⁾, 조세범처벌법을 통해 민·형사제재를 부과할 수 있다. 또한, 배임죄의 경우 불법이득에 대해서 특정경제범죄처벌법상 이득액 수준별 가중된 법정형, 뇌물과 횡령 및 배임죄에서 불법이득액별 가중치를 두는 양형기준제가 시행되고 있다. 기업가와 전관출신 변호사와의 고액수수료 연계를 막기 위한 사법개혁제도가 정치권에서 논의 중이다.

이성적 법치국가원칙을 실현하며 윤리경영 및 민주적 사회구조를 정착시키기 위해서는 비윤리적 경영관련 행위에 맞게 적절한 법적용을 통해 불법 여부를 검토하여 법리를 발전시키는 것이 중요하다. 경영권 승계과정에서의 탈법행위는 증여세탈루행위로서의 실질에 가까

90) 2010년 진성티이씨의 분식회계로 인해 손해를 입은 투자자들이 제기한 집단소송이 법정화해로 종결되었다.

우므로 조세범처벌법⁹¹⁾의 적용 여부가 검토되는 것이 우선적이다. 또한 개별적 법인주주의 신주인수권 포기에 대해서는 당해 법인의 소수주주의 손해배상 청구소송 활성화가 기업민주화 및 공정한 배분의 측면에서 바람직하다.

배임죄는 중대한 사적 권한남용행위와 배신행위로 인한 불법이득취득에 대한 처벌수단으로 활용되어야 한다. 전가의 보도로서 사경제작용이 비윤리적이라고 우선적으로 배임죄를 적용하는 실무는 시민사회의 자율적 영역인 사경제작용 또는 기업경영에 큰 위협이 되어 왔고, 이를 규율하는 민상사법적 구제수단의 발전을 저해해 왔다. 회사의 이사의 부정행위 중 분명한 형사배임행위가 있는 경우에 배임죄를 적용토록 하는 법정책이 확산될 필요가 있다.

91) 조세범처벌법 위반이 인정되는 경우 특경법상 가중처벌이 가능하다.

참고문헌

(1) 단행본

- 김성돈, 『형법각론』 제2판, SKKUP, 2010.
박상기, 『형법각론』 제7판, 박영사, 2008.
배종대, 『형법각론』 제6전정판, 홍문사, 2006.
법무부, 『독일신형법』, 법무자료 제210집, 1997.
이상도, 『법률영한사전』, 개정판, 청림출판, 2002.
이상돈, 『법이론-법인식의 사회적 지평과 근대성』, 제2판, 박영사, 1997.
이형국, 『형법각론 연구』, 법문사, 1997.
임 응, 『형법각론』, 제3정판, 법문사, 2011.
정영일, 『형법각론』, 박영사, 2006.

(2) 논문

- 곽노현, 「배임특권의 법과 정치」, 『민주법학』 제35호, 2007.
류현중, 「동일인대출한도 초과대출행위와 업무상배임죄에서의 재산상 손해」, 『대법원판례해설』 제76호, 2008 상반기.
문형섭, 「배임죄에 관한 연구」, 호남대학교 박사학위논문, 2001, pp.68-80.
안경옥, 「배임죄에서 실해발생의 위험-대법원 1999. 6. 22. 선고 99도1095 판결 등」, 『비교형사법연구』 Vol.2 No.1, 2000.
윤영신, 「전환사채의 저가발행에 대한 이사의 배임죄 성부」, 『민사판례연구 [XXIX]』, 심당 송상현선생정년기념호, 박영사, 2007.
이상현, 「독점규제형법의 정당성 및 그 대안에 관한 연구」, 고려대 석사학위논문, 2002.
이중훈, 「전환사채의 저가발행과 관련한 이사의 배임죄 성립여부」, 『경영법률』 제20집 제1호, 2009.
이철송, 「자본거래와 임원의 형사책임」, 『인권과 정의』 제359호, 2006. 7.
이훈중, 「전환사채의 저가발행과 배임죄에 관한 판례평석」, 『한양법학』 제21권 제1집, 2010. 2.
장덕조, 「전환사채의 저가발행과 회사의 손해」, 『법조』 제601호, 2006.

조 국, 「기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계-업무상 배임죄 배제론에 대한 응답」,

『형사법연구』 제19권 제3호, 2007 가을.

허일태, 「배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념」, 『비교형사법연구』 제6권 제2호, 2004.

(3) 판례

대법원 1983. 7. 26. 선고 83도819 판결

대법원 2000. 4. 11 선고 99도334 판결

대법원 2000. 12. 8. 선고, 99도3338 판결

대법원 2001. 9. 28 선고 2001도3191 판결

대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 판결

대법원 2004. 2. 13 선고 2001다36580 판결

대법원 2006. 11. 9. 선고 2004도7027 판결

대법원 2008. 6. 19 선고 2006도4876 전원합의체 판결

대법원 2009. 5. 29 선고 2008도9436

대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 판결

대법원 2011. 1. 20 선고 2008도10479 전원합의체 판결

대구지방법원 김천지원 2011. 2. 18 선고 2007가합425 판결

(4) 인터넷자료

네이버지식사전 검색(<http://terms.naver.com>)

문병기 기자, 「대기업 오너들 ‘소액주주 민사소송’ 진땀」, 동아일보 2011년 3월 10일자.

연합뉴스, 「이건희 회장 배상 판결로 ‘편법 승계’ 재부각」, 국제일보, 2011년 2월 20일자.

(5) 외국 단행본

American Jurisprudence (Am.Jur.), 2d ed., 26, Embezzlement sec.6

Corpus Juris Secundum (CJS) Vol.19, Corporation sec.616

Kindhauser, Neuman & Paeffgen, Strafgesetzbuch, Band 2, 3.Aufl. Nomos.

Rudolphi, Horn, Guenther, Samson, SK StGB II 39. Lfg., 5 Aufl. 1996.

(6) 외국 논문

- Alan Tompkins, "Directors' Duties to Corporate Creditors: Delaware and the Insolvency Exception," *SMU L. Rev.* 47, 1993.
- Craig M. Bradley, "Not All Dishonesty is 'Honest Service Fraud'," *Trial* Vol.46, Dec. 2010.
- Henry Hu & Jay Lawrence Westbrook, "Abolition of the Corporate Duty to Creditors," *Colum. L.Rev.* Vol.107, 2007.
- Skye Lynn Perryman, "Mail and Wire Fraud," *Am. Crim. L. Rev.* Vol.43, 2006.
- Todd E. Molz, "The Mail Fraud Statute: an Argument for Repeal by Implication," *U. Chi. L. Rev.* Vol.64, Summer 1997.
- "United Kingdom: Liberating LBOs," *International Financial Law Review*, Jan. 2008(<http://www.iflr.com>에서 검색).

(7) 외국 판례

- United States v. Britton 2 S.Ct. 512 (1883)
- Elliot v. Baker, 194 Mass. 518, 80 N.E. 450 (1907)
- In re Knox Auto Co. 229 F. 21, 247 (D.C.Mass. 1915)
- Schwab v. Schwab-Wilson Mach. Corp. 13 Cal. App.2d 1, 55 P.2d 1268 (1936)
- Paul Trousdale et al. v. Commissioner of Internal Revenue, 16 T.C.1056 (1951)
- Dynamics Corp. of Am. V. CTS Corp., 794 F.2d 250, 254 (7th Cir., 1986) (Posner, J.)
- State v. Parker, 112 Conn. 39, 151 A. 325, 328 (1930)
- State v. Radzvilowicz, 47 Conn.App.1, 703 A.2d 767 (App.Ct.CO, 1997)
- United States v. Regent Office Supply Co., 421 F.2d 1174, 1182 (2d Cir. 1970)
- United States v. Coffman, 94 F.3d 330 (7th Cir. 1996)
- United States v. Brown, 79 F.3d 1550 (11th Cir. 1996)
- BGHSt 47, 148 (150); 47, 187 (197); 47, 192; 21, 113
- NStZ 96, 203; NStZ 98, 570; JR 1987, 229; StV 1989, 64

(8) 외국 인터넷자료

- Wikipedia, tax avoidance and tax evasion (<http://en.wikipedia.org>)

Construction and Legal Policy of Breach of Trust under Korea Criminal Code regarding Corporate Governance in light of two Supreme Court's Decisions on Samsung Everland and SDS

Sanghyun Lee

Korean courts have strictly applied breach of trust under Criminal Code art.355 (2) to corporate governance. The Supreme Court through Samsung Everland and SDS cases adopted new rule that in case of shareholder-allotment-method a board of directors has autonomy to decide the price of new shares while in case of third-party-allotment-method it should issue new shares with price reflecting market price of existent share. This thesis introduced two decisions of the Supreme Court and reviewed their reasonings with constructive theories of elements of breach of trust. In addition, it examined legal history and element of breach of trust under German criminal law with focus on directors' decision and similar crimes of American criminal law. It argued that reasonable legal policy regarding transfer of corporate control would be in company law, tax law on the bases of recent decision of the Supreme Court exempting dual transfer of effects from breach of trust, regulatory regime regarding corporate governance in American law, and derivative suit from minority shareholder of a company shareholder of Samsung Everland. Rough application of breach of trust with less consideration on form, level of illegitimacy and legal principle of each specialized area should be reserved for a case where evidences for serious disloyal act, damage to corporation, and intent to cause the damage are sufficient. Otherwise, regulations under civil law, company law, and tax law will work in a more appropriate way.

Key words: Samsung Everland, Corporate Governance, Breach of Trust, Legal Policy, Comparative Legal Research