

대표이사의 어음발행과 배임죄의 기수시기

- 대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결 -

한양대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사 全 遇 賢

■ 논문요약 ■

기업의 발기인, 이사 등의 범죄에 대해서는 가급적 상법 제622조의 특별배임죄를 적용하여야 하고 형법과 특경법 적용이 자제되어야 한다. 상법 제622조와 형법, 특경법의 구성요건은 별 차이가 없고 상법 제622조는 형법 제355조 배임죄의 특별법이기 때문이다.

그리고 배임죄는 본질적으로 민사법상 채무불이행이나 불법행위를 전제로 한다. 따라서 재산상의 '이익'이나 '손해'의 개념은 민사법상에서 유래하거나 그 연장선에 있다. 그리하여 배임죄에서 '손해'가 성립하려면 민사법상 손해개념으로 설명할 수 있어야 하고(손해의 개념), 배임죄에서 범죄기수로 인정하려면 민사법상 '배상 범위'내의 손해가 발생하여야 할 것이다. 형법상 배임죄와 특경법을 종합적으로 해석하면 배임행위로서 발생할 이익 내지 손해가 구체화되지 않은 단계에서는 기수가 되기 어렵다고 볼 것이다. 본 사례에서 1, 2, 3심 모두 배임죄를 위험범으로 보고 있다. 그 결과 피해회사(A)의 재산에 끼친 '위험'이 어떠한가에 대해 법관 사이에 혼선이 빚어지고 있는데 이는 형법의 명문규정에 없는 '위험범'(구체적 위험범)의 확대해석에 따른 불가피한 法的 不安定이다. 기업경영의 가별성을 제한하려면(형법을 적용하는 경우라고 하더라도) 배임죄를 위험범이 아니라 침해범으로 보아 현실화한 손해에 대해서만 배임죄 기수로 인정하고 아직 현실화하지 않은 위험에 대해서는 미수로 보아야 할 것이다. 이러한 태도가 형법의 명문규정과 죄형법정주의에 부합한다.

어음취득자(현재의 어음 소지인)는 본시 어음채무자가 취득자의 前者에 대해 가지고 있던 개별적 관계(인적 사유)인 항변사유를 가지고 대항할 수 없지만(인적

행변의 절단), 이는 어음채권이 유효하게 존재함에 불과하다. 이 단계에서 A회사 대표이사 甲의 '임무위배 행위'로 인해 본인(A회사)의 '손해'로 되었다고 하기는 곤란하다. 적어도 어음금을 지급하여 본인(A회사)에게 적극적 '손해'가 발생하여야 민사법상 '손해', '손해배상청구권'이 성립한다고 할 것이다. 이익이 있지만 '이익 가액'을 산정할 수 없는 경우라면 '행위 결과의 발생'으로 보기 어렵다. 그리하여 침해범설에 입각하여 배임죄의 기수여부를 논해야 할 것이다. 1심과 2심이 본 사례를 배임죄의 기수범이라고 하지만 대법원이 미수라고 함은 타당하다. 다만, 배임죄를 위험범으로 보지 않고 침해범으로 보고자 하는 점에서는 대법원의 별개의 견에 동의하고 다수의견에 반대한다.

[주제어] (대표)이사의 주의의무 위반, 상법 제622조의 특별배임죄, 재산상의 '이익'이나 '손해'의 개념, 어음상 행변의 절단, 배임죄의 기수시기, 위험범설, 침해범설
 Representative director's violation of duty of care, Article 622 of the Commercial Act(special crime of breach of trust), concept of 'profit' or 'loss' of property, disconnection of plea on the bill of exchange, consummation time of criminal breach of trust, theory of dangerous crime, theory of crime causing result

■ 목 차 ■

- | | |
|---|--|
| <p>I. 판결 개요</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 사실관계 2. 하급심의 판단 3. 상고심의 판단 <p>II. 해설</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 쟁점 2. 상법 제622조 특별배임죄와 형법(특정경제범죄가중처벌법)의 적용 | <ol style="list-style-type: none"> 3. '손해'의 개념 4. 어음행위와 채무의 부담(특히 인적행변의 절단문제) 5. (대표)이사의 주의의무 위반과 가벌성 확장의 필요성 유무 6. 형법(특정경제범죄가중처벌법)상 배임죄의 기수시기 판단 7. 결론 |
|---|--|

* 논문접수: 2018. 5. 31. * 심사개시: 2018. 6. 8. * 게재확정: 2018. 6. 22.

I. 판결 개요

■ 판결요지 ■

대법원은 형법(특경법)상 배임죄를 적용하였지만, 하급심이 기수라고 한 것과 달리 미수 단계에 그쳤다고 보고 있다. 형법 제355조 제2항은 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에 배임죄가 성립한다고 규정하고 있고, 형법 제359조는 그 미수범은 처벌한다고 규정하고 있다. 이와 같이 형법은 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위를 할 것과 그러한 행위로 인해 행위자나 제3자가 재산상 이익을 취득하여 본인에게 손해를 가할 것을 배임죄의 객관적 구성요건으로 정하고 있으므로, 타인의 사무를 처리하는 자가 배임의 범의로, 즉 임무에 위배하는 행위를 한다는 점과 이로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하여 본인에게 손해를 가한다는 점에 대한 인식이나 의사를 가지고 임무에 위배한 행위를 개시한 때 배임죄의 실행에 착수한 것이고, 이러한 행위로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하여 본인에게 손해를 가한 때 기수에 이른다(이 사안의 경우 배임죄를 위험범으로 보되 그 미수에 그쳤다고 함).

1. 사실관계

甲은 2004. 3. 24. 경부터 2006. 12. 2.경까지 A주식회사와 B 주식회사의 대표이사를 겸하고 있었는데 2006. 3. 10. 경 A주식회사 사무실에서 B주식회사의 C상호저축은행에 대한 원금 합계 23억원의 대출금 채무를 담보하기 위하여 C상호저축은행에게 A주식회사 명의로 액면금 29억 9천만원의 약속어음을 발행하여 주었다. 이 약속어음은 속칭 ‘문방구 어음’으로서 유통되기 어려운 것이었고 실제로도 유통되지 않았지만 甲은 배임죄(특정경제범죄가중처벌법: 이하 특경법이라고 한다)로 기소되었다.

2. 하급심의 판단

가. 1심의 판단¹⁾[배임죄(특경법)의 기수 인정]

1심은 형법(특경법)상 배임죄를 적용하여 다음과 같이 판시하였다.

甲은 대표이사로서의 업무상 임무에 위배하여 C상호저축은행에게 재산상 이익을 취득하게 하고, A주식회사에 같은 액수 상당의 손해를 가하였으므로 배임죄의 기수를 인정한다. 다만, 이 사건 행위로 인하여 손해의 위험이 현실화되지는 않음으로써 피해 회사가 실제로 입은 피해가 없는 점, 甲이 이 사건 행위로 인하여 개인적인 이득을 취하려 하였다기보다는 여러 회사를 통하여 사업을 추진하는 과정에서 이를 행한 것으로 보이는 점 등을 참작하여 형량을 가볍게 정한다.

나. 제2심의 판단²⁾[배임죄(특경법)의 기수 인정]

2심은 1심처럼 형법(특경법)상 배임죄를 적용, 다음과 같이 판결했다.

甲이 A주식회사의 대표이사로서 개인 채무를 담보하기 위하여 회사 명의의 약속어음을 발행하는 것은 대표권 남용행위이다. 이를 상대방인 C상호저축은행이 알고 있었거나 중대한 과실로 알지 못하였다면 이 약속어음 발행은 A회사에 대하여 무효이므로 A회사는 상대방 C에 대하여 채무를 지지 아니한다. 그러나, 이 약속어음이 제3자에게 유통될 경우 회사가 소지인에게 어음금 채무를 부담할 위험은 이미 발생하였다 할 것이므로 그 약속어음이 재산상 實害 발생의 위험이 초래되었다고 봄이 상당하다. 그리하여 피고인의 항소를 기각한다.

1) 인천지법 2013. 10. 10. 선고 2013고합17 판결.

2) 서울고등법원 2014. 1. 10. 선고 2013노3282 판결.

3. 상고심의 판단³⁾(배임죄(특경법)의 미수 인정)

상고심도 하급심과 같이 형법(특경법)상 배임죄를 적용하였지만, 하급심과 달리 기수 단계가 아니라 다음과 같이 미수 단계에 그쳤다고 보았다. 다만, 다수의견과 별개의견은 배임죄가 위험범인가, 침해범인가에 대해 의견이 엇갈렸다.

형법 제355조 제2항은 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에 배임죄가 성립한다고 규정하고 있고, 형법 제359조는 그 미수범은 처벌한다고 규정하고 있다. 이와 같이 형법은 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위를 할 것과 그러한 행위로 인해 행위자나 제3자가 재산상 이익을 취득하여 본인에게 손해를 가할 것을 배임죄의 객관적 구성요건으로 정하고 있으므로, 타인의 사무를 처리하는 자가 배임의 범의로, 즉 임무에 위배하는 행위를 한다는 점과 이로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하여 본인에게 손해를 가한다는 점에 대한 인식이나 의사를 가지고 임무에 위배한 행위를 개시한 때 배임죄의 실행에 착수한 것이고, 이러한 행위로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하여 본인에게 손해를 가한 때 기수에 이른다.

[다수의견] 배임죄로 기소된 형사사건의 재판실무에서 배임죄의 기수시기를 심리·판단하기란 쉽지 않다. 타인의 사무를 처리하는 자가 형식적으로는 본인을 위한 법률행위를 하는 외관을 갖추고 있지만 그러한 행위가 실질적으로는 배임죄에서의 임무위배행위에 해당하는 경우, 이러한 행위는 민사재판에서 반사회질서의 법률행위(민법 제

3) 대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결.

103조 참조) 등에 해당한다는 사유로 무효로 판단될 가능성이 적지 않은데, 형사재판에서 배임죄의 성립 여부를 판단할 때에도 이러한 행위에 대한 민사법상의 평가가 경제적 관점에서 피해자의 재산 상태에 미치는 영향 등을 충분히 고려하여야 하기 때문이다. 결국 형사 재판에서 배임죄의 객관적 구성요건요소인 손해 발생 또는 배임죄의 보호법익인 피해자의 재산상 이익의 침해 여부를 판단할 때에는 종래의 대법원판례를 기준으로 하되 구체적 사안별로 타인의 사무의 내용과 성질, 임무위배의 중대성 및 본인의 재산 상태에 미치는 영향 등을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다.

주식회사의 대표이사가 대표권을 남용하는 등 그 임무에 위배하여 회사 명의로 의무를 부담하는 행위를 하더라도 일단 회사의 행위로서 유효하고, 다만 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 회사에 대하여 무효가 된다. 따라서 상대방이 대표권남용 사실을 알았거나 알 수 있었던 경우 그 의무부담행위는 원칙적으로 회사에 대하여 효력이 없고, 경제적 관점에서 보아도 이러한 사실만으로는 회사에 현실적인 손해가 발생하였다거나 實害 발생의 위험이 초래되었다고 평가하기 어려우므로, 달리 그 의무부담행위로 인하여 실제로 채무의 이행이 이루어졌다거나 회사가 민법상 불법행위책임을 부담하게 되었다는 등의 사정이 없는 이상 배임죄의 기수에 이른 것은 아니다. 그러나 이 경우에도 대표이사로서는 배임의 범의로 임무위배행위를 함으로써 실행에 착수한 것이므로 배임죄의 미수범이 된다.

그리고 상대방이 대표권남용 사실을 알지 못하였다는 등의 사정이 있어 그 의무부담행위가 회사에 대하여 유효한 경우에는 회사의 채무가 발생하고 회사는 그 채무를 이행할 의무를 부담하므로, 이러한 채무의 발생은 그 자체로 현실적인 손해 또는 재산상 실해 발생의

위험이라고 할 것이어서 그 채무가 현실적으로 이행되기 전이라도 배임죄의 기수에 이르렀다고 보아야 한다. 주식회사의 대표이사가 대표권을 남용하는 등 그 임무에 위배하여 약속어음 발행을 한 행위가 배임죄에 해당하는지도 원칙적으로 위에서 살펴본 의무부담행위와 마찬가지로 보아야 한다. 다만 약속어음 발행의 경우 어음법상 발행인은 종전의 소지인에 대한 인적 관계로 인한 항변으로써 소지인에게 대항하지 못하므로(어음법 제17조, 제77조), 어음발행이 무효라 하더라도 그 어음이 실제로 제3자에게 유통되었다면 회사로서는 어음채무를 부담할 위험이 구체적·현실적으로 발생하였다고 보아야 하고, 따라서 그 어음채무가 실제로 이행되기 전이라도 배임죄의 기수범이 된다. 그러나 약속어음 발행이 무효일 뿐만 아니라 그 어음이 유통되지도 않았다면 회사는 어음발행의 상대방에게 어음채무를 부담하지 않기 때문에 특별한 사정이 없는 한 회사에 현실적으로 손해가 발생하였거나 實害 발생의 위험이 발생하였다고도 볼 수 없으므로, 이 때에는 배임죄의 기수범이 아니라 배임미수죄로 처벌하여야 한다.

[별개의견] 배임죄는 위험범이 아니라 침해범으로 보아야 한다. 배임죄를 위험범으로 파악하는 것은 형법규정의 문언에 부합하지 않는 해석이다. 즉 형법 제355조 제2항은 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에 배임죄가 성립한다고 규정하고 있고, 여기서 ‘손해를 가한 때’란 문언상 ‘손해를 현실적으로 발생하게 한 때’를 의미한다. 그럼에도 종래의 판례는 배임죄의 ‘손해를 가한 때’에 현실적인 손해 외에 實害 발생의 위험을 초래한 경우도 포함된다고 해석함으로써 배임죄의 기수 성립 범위를 넓히고 있다. 實害 발생의 위험을 가한 때는 손해를 가한 때와 전혀 같지 않은데도 이 둘을 똑같이 취

급하는 해석은 문언해석의 범위를 벗어난 것일 뿐만 아니라, 형벌규정의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 확장하여 해석하는 것으로서 죄형법정주의 원칙에 반한다. 또한 형법은 다른 재산범죄와 달리 배임죄의 경우에는 재산상 손해를 가할 것을 객관적 구성요건으로 명시하고 있는데, 이는 타인의 사무를 처리하는 자가 임무에 위배한 행위를 하더라도 본인에게 현실적인 재산상 손해를 가하지 않으면 배임죄의 기수가 될 수 없다는 점을 강조하기 위한 입법적 조치로 이해된다. 따라서 재산상 손해가 구성요건으로 명시되어 있지 않은 사기죄나 횡령죄 등 다른 재산범죄의 재산상 이익이나 손해에 관한 해석론을 같이하여야 할 필요가 없다. 배임죄의 경우에는 구성요건의 특수성과 입법 취지 등을 고려하여 임무에 위배한 행위가 본인에게 현실적인 재산상 손해를 가한 경우에만 재산상 손해 요건이 충족된다고 해석하여야 한다.

의무부담행위에 따라 채무가 발생하거나 민법상 불법행위책임을 부담하게 되더라도 이는 손해 발생의 위험일 뿐 현실적인 손해에는 해당하지 않는다고 보아야 한다. 배임죄는 재산권을 보호법익으로 하는 범죄이므로 배임죄를 침해범으로 보는 한 재산권에 대한 현실적인 침해가 있는 때에 배임죄의 기수가 된다. 그런데 재산권에 대한 침해라는 측면에서 보면 채무가 발생하여 채무를 이행하여야 할 법률상 의무를 부담한다는 것은 재산권에 대한 현실적인 침해가 아니라 재산권이 침해될 위험이 발생한 것으로 보는 것이 자연스럽다. 이는 어떠한 채무가 발생하였다고 하여 그 채무가 언제나 이행되는 것은 아니라는 점에 비추어 보면 더욱 그러하다. 즉 의무부담행위에 따른 채무가 발생하더라도 채무의 기한이나 조건, 채무자의 자력과 변제 의사, 채권자의 청구와 수령, 소멸시효 등 여러 사정에 따라 그 채무는 실제로 이행될 수도 있고 이행되지 않을 수도 있다. 그럼에도

채무가 발생하여 그 채무를 이행하여야 할 의무를 부담하게 되었다고 하여 곧바로 배임죄의 보호법익인 재산권이 현실적으로 침해되었다고 해석하는 것은, 법익 침해의 위험에 불과한 것을 현실적인 법익의 침해로 사실상 의제하는 것이어서 보호법익의 보호 정도에 따라 침해범과 위험범을 구별하고 있는 형법의 체계에 부합하지 않는다.

회사의 대표이사가 대표권을 남용하여 의무부담행위를 한 경우 그 행위가 유효하면 그에 따른 회사의 채무가 발생하고, 무효인 경우에도 그로 인해 회사가 민법상 불법행위책임을 부담할 수 있다. 그러나 의무부담행위에 따른 채무의 발생이나 민법상 불법행위책임을 부담은 그 자체로는 현실적인 손해가 아니라 손해 발생의 위험에 불과하므로, 배임죄는 회사가 그 의무부담행위에 따른 채무나 민법상 불법행위책임을 실제로 이행한 때에 기수가 된다. 따라서 회사의 대표이사가 대표권을 남용하여 회사 명의의 약속어음을 발행한 경우에도 그 발행행위의 법률상 효력 유무나 그 약속어음이 제3자에게 유통되었는지 또는 유통될 가능성이 있는지 등에 관계없이 회사가 그 어음 채무나 그로 인해 부담하게 된 민법상 불법행위책임을 실제로 이행한 때에 배임죄는 기수가 성립한다. A주식회사 대표이사인 피고인이, 자신이 별도로 대표이사를 맡고 있던 B주식회사의 C은행에 대한 대출금채무를 담보하기 위해 C은행에 A회사 명의로 액면금 29억 9,000만 원의 약속어음을 발행하여 줌으로써 C은행에 재산상 이익을 취득하게 하고 A회사에 손해를 가하였다고 하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)으로 기소된 사안에서, 피고인이 대표권을 남용하여 약속어음을 발행하였고 당시 상대방인 C은행이 그러한 사실을 알았거나 알 수 있었던 때에 해당하여 그 발행행위가 A회사에 대하여 효력이 없다면, 그로 인해 A회사가 실제로 약속어음금을 지급하였거나 민사상 손해배상책임 등을 부담하거나 약속어음이 실제

로 제3자에게 유통되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 피고인의 약속어음 발행행위로 인해 A회사에 현실적인 손해나 재산상 실해 발생의 위험이 초래되었다고 볼 수 없는데도, 이에 대한 심리 없이 약속어음 발행행위가 배임죄의 기수에 이르렀음을 전제로 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에 배임죄의 재산상 손해 요건 및 기수시기 등에 관한 법리오해의 잘못이 있다.

II. 해 설

사례는 (대표)이사의 C저축은행을 위한 어음발행에 대해 상법 제 622조 특별배임죄를 적용하지 않고 권한남용의 어음발행(무효인 어음행위)을 형법(특경법)상 배임죄의 기수 또는 미수라고 판단하였다. 또, 어음채무자로 설정된 (어음발행인) A회사의 채무내용, 손해 내용을 보아 배임죄의 성립여부, 기수와 미수를 판단했다. 배임죄는 私法 특히 상행위법상 사적 자치 영역에 깊이 관여하므로 상법에서도 깊이 관심을 가져야 하는 형사법 내용이다. 본 사례에서 甲이 수입인으로서 (대표)이사의 선관주의의무를 위반한 것이 특경법상 형벌에 이르게 된 바, 상법 제622조의 특별배임죄 이외에 형법(특경법)을 적용함이 타당한지, ‘손해’의 개념, 어음발행에 따른 발행인의 채무내용, (대표)이사의 행위에 대한 배임죄에 의한 엄벌(가벌성의 확장)이 필요한지의 고찰이 필요하다. 상고심의 다수의견과 별개의견이 극명하게 대립하는 바는 그 어음이 전전유통되어 항변의 절단이 생긴 경우에도 배임죄의 기수로 될 것인가이다. 사례의 결론에 대해 다수의견과 별개의견 모두 배임죄의 미수라고 일치하지만, 배임죄의 기수 시기에 대한 판단에는 각각 위험범설, 침해범설에 입각한 큰 차이를 보

이고 있어서 이 점에 대한 검토가 필요하다.

1. 쟁 점

본 사안은 (대표)이사의 배임죄를 논하는 점에서 종래의 기업범죄와 유사한 점이 있지만 모든 사례가 그러하듯 전혀 다른 논점(어음 발행을 통한 새로운 채무부담행위라는 점)도 포함되어 있다. 그리하여 본 평석에서는 기업범죄에서 배임죄 기수를 쉽게 인정하는 문제점을 언급하되 본 사례에서의 배임죄 기수·미수 판단 문제를 언급한다.

2. 상법 제622조 특별배임죄와 형법(특정경제범죄가중처벌법)의 적용

상법 제622조 특별배임죄는 기업의 발기인, 업무집행사원, (대표)이사, 집행임원, 감사위원회 위원, 감사, 지배인, 사채권자집회 대표자가 ‘... 임무에 위배한 행위로 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 하여 회사에 손해를 가한 때’에 성립한다. 형법상 배임죄가 ‘타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때’ 성립하는 것과 별반 차이가 없다. 또 특정경제범죄의 가중처벌법 제3조가 형법 제355조(횡령·배임) 또는 제356조(업무상 횡령과 배임)의 죄를 범한 사람은 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액이 5억원 이상일 때’ 가중처벌하도록 한 것도 유사하다.

생각건대, 기업의 발기인, 이사 등의 범죄에 대해서는 가급적 상법 제622조의 특별배임죄를 적용하여야 하고 형법과 특별법 적용이 자

제되어야 한다. 상법 제622조와 형법, 특경법의 구성요건은 별 차이가 없고 상법 제622조는 형법 제355조 배임죄의 특별법이기 때문이다.⁴⁾ 기업의 경영자, 최대주주와 그 가족에 대해 엄벌을 해야 한다는 최근의 사례(대한항공 사례)에서처럼 우리나라에서 기업가에 대한 세평은 그다지 우호적이지 않다. 그리하여 기업에서의 횡령과 배임에 대해 엄격하게 다루어야 한다는 의견이 강하게 된다. 법원도 이러한 행위에 대해 벌금형이나 집행유예보다는 실형을 선고하는 경향이 있다. 그러나, 이 경향이 기업을 창립하고 운영하는 대표이사, 대주주 등에게는 강한 리스크를 줄 수 밖에 없고 취업기회를 만들고 복지여력을 확충함에 장애가 됨은 분명하다. 오히려 상법상 경영 판단에 해당하는 위험을 무릅쓴 결정이라면 過失 責任으로부터 자유롭게 이해하는 것이 개별 회사 뿐만 아니라 국민경제의 안정과 성장에 필요할 것이다. 기업의 경영자, 최대주주도 한 개인으로서 법치주의의 보호를 받아야 함은 당연하고 이러한 법치주의 확립이 중세 지중해 상인, 영국 모험가의 위험을 무릅쓴 항해를 가능하게 한 것처럼 가계, 기업, 국가의 부를 가져온다. 판례가 기업가의 배임행위로 든 것은 본 사례처럼 자기 회사의 어음을 대표이사 자신의 이익을 위해 발행하거나 이미 발행된 어음에 보증의 취지로 배서하는 것, 대표이사가 그룹의 계열사를 지원하기 위해 금원을 대출해주거나 보증하는 경우, 기업인수를 할 때 인수대상 기업자산을 담보로 제공하는 경우(LBO) 등이다. 이 경우 판례는 대체로 상법 제622조를 적용하지 않고 형법상 배임죄(또는 업무상 배임죄)를 적용하고 그 금액이 5억원을 넘으

4) 그리하여 상법 제622조의 특별배임죄가 적용될 때는 형법상 배임죄나 특경법 적용이 배제되어야 한다고 본다(같은 취지: 손동권, “기업경영자에게 적용되는 형법상 배임죄 규정의 개정논의”, 한국경제연구원 대외세미나(「경제활성화를 위한 배임죄 개선방안」), (2016. 8. 2.). 280면).

면 특정법으로 처벌하고 있다. 그런데 형법상 배임죄를 침해범으로 보지 않고 위험범으로 보게 되면 부당한 외상거래나 대출시 담보물 가치를 초과한 부분이나 회수가 불가능하게 되어 실제적으로 회사에 손해를 준 부분만 아니라 외상거래액 전부, 대출금 전액을 범죄행위로 보아 특정법을 적용하는 난점이 발생한다.⁵⁾

3. ‘손해’의 개념

배임죄는 본질적으로 민사법상 채무불이행이나 불법행위를 전제로 한다. 따라서 재산상의 ‘이익’이나 ‘손해’의 개념은 민사법상에서 유래하거나 그 연장선에 있다.⁶⁾ 그리하여 첫째, 배임죄에서 ‘손해’가 성립하려면 민사법상 손해개념으로 설명할 수 있어야 하고(손해의 개념), 둘째, 배임죄에서 범죄기수로 인정되려면 민사법상 ‘배상 범위’내의 손해가 발생하여야 할 것으로 생각된다.

채무불이행에 있어서 손해는 ‘채무를 제대로 이행하지 않는 데서 오는 불이익’이고 불법행위에 있어서 손해는 ‘법익에 관하여 입은 모든 손해액’이다. 채무불이행의 경우 ‘채무의 이행이 있었다라면 채권자가 받았을 이익과 불이행으로 채권자가 받고 있는 이익의 차액’⁷⁾

5) 같은 취지: 강동욱, “이사 등의 경영행위에 대한 배임죄 적용의 문제점”, 충남대 법학연구(제23권 제2호), (2012), 215~216면; 손동권, “회사 경영자의 상법상 특별배임행위에 대한 현행법 적용의 문제점과 처벌정책을 둘러싼 입법논쟁”, 형사정책(제25권 제3호), (2013. 12.), 269면; 안경옥, “경영판단행위에 대한 배임죄 처벌의 가능성”, 김일수 교수 화갑기념논문집, 박영사(2006), 432면.

6) 가해로 인한 손실발생은 피해자에게 법적으로 배상할 의무가 생기는 것을 당연히 전제하므로(Larenz, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl(1987), S. 427) 애초에 거래관계에서의 ‘손해’란 채권자나 불법행위 피해자측의 배상청구권을 성립시키는 요소로서 기능하는 개념이다.

7) 차액설: 박윤직, 『채권총론』, 박영사(2011), 112면 이하; 김상용, 『채권총론』, 화산미디어(2016), 154면; 김중환·김학동, 『채권총론』, 박영사(2012), 126면; 김형배,

이 된다. 그 불이익으로서의 손해는 채무불이행(불법행위에 있어서는 가해행위)이 있는 후 사실적으로 발생한 법익상태와 채무불이행이 없었더라면 있었을 假定的 법익상태를 비교함으로써 확인될 수 있다. 손해가 이와 같은 방법을 통하여 파악된다는 점을 고려할 때, 행위가 있고 나서 재산에 생긴 현재의 상태와 그 행위가 없었다면 있었을 상황을 비교하여 불이익이라고 생각되는 변화에 생긴 손해를 금전으로 산정한 것이 손해액이다. 본시 재산관계에서 ‘손해’가 되려면 독일의 경우 다음과 같은 현상이 발생하여야 한다. 즉, ‘권리의 주체가 법익의 침해로 통하여 받는 손실’, ‘허용된 이득을 획득할 가능성을 포함하여 법익의 파괴나 감소’, ‘법익세계에 대한 모든 종류의 불이익한 변형’, ‘법익(생명, 건강, 재산, 기타 명예, 신용, 생계능력 등)에 대하여 입은 모든 불이익’ 등이다.⁸⁾ 그 외에도 ‘법적 주체에 귀속되어 있는 재산 전체에 대한 손상’,⁹⁾ ‘재산구성요소의 박탈 또는 훼손의 형태로 나타나는 불이익 그 자체’,¹⁰⁾ ‘가해행위로 발생한 손해를 보상하는데 드는 비용’,¹¹⁾ ‘재산의 감소나 재산을 구성하는 일부 요소에 대한 침해 또는 재산을 취득할 수 있었는데도 가해행위로 취득하지 못한 손실’¹²⁾이다.

『채권총론』, 박영사(2004), 238면; 이은영, 『채권총론』, 박영사(2009), 264면; 지원림, 『민법강의』, 홍문사(2017), 1073면; 황적인, 『현대민법론 III』, 박영사(1980), 134면.

8) Lange, Schadensersatz(1979), S. 18.

9) Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht(1967), S. 17.

10) Örtmann, BGB, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl(1928), Vorb 2a ver §§ 249.

11) Zeuner, Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschaden, AcP 163(1964), S. 380.

12) Keuk, Vermögensschaden und Interesse(1972), S. 35ff.

우리나라에서도 손해의 개념을 논하는 관점은 대동소이하다. ‘권리주체가 생명, 건강, 명예, 신용이라는 인적 사정, 재산, 장래의 발전, 수익능력 등 물적 사정에 대한 침해로 입은 불이익’으로 보거나¹³⁾ ‘권리자(채권자)의 보호법익에 대한 침해로 생긴 불이익’¹⁴⁾이나 ‘금전적 산정의 대상이 되는 일정한 불이익 자체’¹⁵⁾로 이해한다. 손해를 입었다고 하기 위해서는 피해자의 생활상 이익에 그가 의욕하지 않은 손실이 생겼다는 것이고 이는 법적으로 배상가능한 손해만을 의미한다.¹⁶⁾ 우리 법원의 경우 ‘손해’의 개념은 현실손해설에 토대를 두어 적극적 손해, 소극적 손해, 정신적 손해로 나누어 보고¹⁷⁾ 각 손해를 합산하는데 이는 배상청구권의 성립요소로 ‘손해’를 이해하는 것에 다름 아니다. 적극적 손해는 물건(소유권)의 멸실이나 훼손 또는 치료비의 지출과 같이 기존 이익의 멸실 또는 감소를 말한다. 그 적극적 손해 범위를 어떻게 계산할 것인가에 대해 독일민법은 전손해를 배상하여야 한다고 하고(독일민법 제249조), 프랑스민법은 채무자에게주의(프랑스민법 제1150조 등)를 택하고 있다. 어떤 경우든 손해는 구체적으로 발생하여야 한다는 전제 위에 있다. 우리 민법은 통상의 손해와 특별손해로 구별하여 피해액을 산정하도록 하고 있다(민법 제393조). 이는 한편으로 前行事實과 後行事實 사이에서 상당적 인과관계에 의해 정해지는 손해와, 다른 한편으로는 상당적 인과관계가 없더라도 채무자(또는 불법행위자)가 특히 알고 있거나 알 수 있

13) 양삼승, “손해배상의 범위에 관한 기초적 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원(1988), 133면.

14) 이은영, 『민법 II(채권총론·채권각론·친족상속법)』, 박영사(2005), 96면.

15) 서광민, “손해의 개념”, 서강법학연구(제6권), (2004), 141면.

16) 서광민, 위의 논문, 142면.

17) 대판 2017. 10. 12. 2017다231119; 대판 2015. 11. 26. 2013다18349, 18356 등 다수의 판례.

었던 사정에 의한 손해는 채무자(불법행위자)에 의하여 배상되어야 할 범위로 하려는 것이다.¹⁸⁾ 요컨대, 통상손해든 특별손해든 그 손해는 구체적으로 발생하여야 하고 손해의 위험 내지 손해발생의 가능성, 개연성이 있다는 정도로 인정할 수 없다. 다시 말하여 배임되는 배임행위로 인하여 사무처리를 맡긴 본인에게 재산상의 손해가 발생하여야 성립하는데 이 때 재산상의 손해는 본인의 전체재산 가치의 감소를 말한다.¹⁹⁾ 기존재산의 감소는 물론, 장래에 취득할 이익의 감소도 포함된다. 이 재산가치의 감소는 경제적 관점에서 판단되어야 한다는 것이 주류적 견해지만²⁰⁾ 침해범, 위험범 여부에서 경제적으로만 판단하지 않는 경향이 있는 것이 문제다. 특히 위험범으로 보는 경우 경제적 판단 이외에 규범적 판단이 상당 정도 관여된다.

4. 어음행위와 채무의 부담(특히 인적항변의 절단문제)

사례에서 대표이사 甲이 어음발행으로 회사에 채무를 부담하게 하여 ‘손해’를 발생시켰는지가 쟁점이다. 어음발행으로 인한 손해가 회사에 발생한다면 적극적 손해에 해당한다. 어음발행 자체가 다른 회사(B)에게 이익을 주고 어음 발행명의인인 회사(A)에 손해가 됨을 상대방이 알았거나 알 수 있었다면 이론상 대표권 남용행위로서 무효이다. 무효의 어음발행을 배임죄의 미수로 본 대법원의 견해가 앞에서 본 바에 따라 타당하다. 그리하여 논의의 핵심은 어음배서로 항변(어음항변)절단이 생긴 경우이다. 그리하여 인적항변으로 대항받지 않는 어음 취득자의 지위는, 이 사례의 결론(무효의 어음 발행이 배

18) 박윤직, 앞의 책, 116면; 김상용, 앞의 책, 168면.

19) 대판 2007. 3. 15. 2004도5742.

20) 이재상, 『형법각론』, 박영사(2013), 429면.

임죄의 기수가 되는가?)과는 무관하지만 중요한 검토대상이 될 수 밖에 없다. 생각건대, 어음취득자(현재의 어음 소지인)는 본시 어음채무자가 취득자의 前者에 대해 가지고 있던 개별적 관계(인적 사유)인 항변사유를 가지고 대항할 수 없다(인적 항변의 절단). 본시 채권양도의 법리에서는 채무자는 채권의 전 소지인(양도인)에 대하여 대항할 수 있는 항변이 있다면 그 후에 이를 양수받은 자(양수인)에 대해서도 대항할 수 있지만, 어음상의 권리에 대해서도 이를 관철한다면 어음이 전전유통되어 온 경우 어음소지인은 불안할 수 밖에 없다. 이는 채권상 動的 安全을 필요로 하는 어음제도에 반한다. 어음의 취득자가 쉽게 알 수 없는 어음상 항변사유에 구속되지 않고 어음 소지인(취득자)이 다른 사람 사이에 있었던 사유로 항변을 받지 않아야 어음 유통이 촉진되는데²¹⁾ 인적항변의 절단이 그에 부합한다. 인적항변 절단의 주창자인 야코비에 의하면 (우리 어음법 제17조가) 인적항변의 제한을 정한 것은 취득자가 채무자와 취득자의 前者들간에 자신이 모르는 항변사유가 혹시 있는지 전부 조사하게 함은 불합리하기 때문이다.

그런데, 여기서 惡意의 범위는 통상의 악의 개념보다 좁다. 민사법에서 보통 설명하는 惡意(항변의 존재를 알고 있음)를 의미하지 않고, 어음 소지인이 그 어음을 취득할 당시 자신의 취득으로 어음채무자가 손해를 본다는 것을 인식하였다는 정도의 적극적인 의미(害意 요구)이다. 다만, 惡意와 害意의 구별이 용이하지는 않다. 어음을 취득할 때 단순히 항변사유를 알고 있었는지 어음채무자에게 손해가 된다는 의식을 하였는지는 판단이 어렵기 때문이다. 항변사유가 있고

21) 田邊光政, 『最新 手形法小切手法』, 中央經濟社(2007), 144頁; 木內宜彦, 『特別講義 手形法小切手法』, 法學書院(1962), 111頁.

그 후에 어음을 취득한 자가 취득시 이를 알고 있었다면 다른 사정이 없는 한 그 취득자에게 害意도 있었다고 해야 할 것이다. 그 반면 현재는 항변사유가 없지만 장차 항변사유가 생길 수 있는 실질관계가 존재함을 알고 취득하였다면 害意가 있었다고 하기 어렵다.²²⁾ 害意는 인적 항변사유가 있다는 것을 알고 있어야 하므로 아무리 중대하더라도 過失 정도로는(重過失 포함) 害意가 되지 않는다. 인적 항변으로 인정된 주요사유로는 원인관계에 의거한 항변(원인관계의 무효 또는 취소 사유가 있는 경우), 특약에 의거한 항변, 대가흠결의 항변 등이다. 그리고 항변사유에 대한 선의자의 지위를 악의자가 승계하는 경우가 발생할 수도 있는데 선의자의 개입으로 항변은 영구히 차단되어 그 후에 害意의 취득을 하더라도 이미 발생한 어음항변절단은 유효하다.

그런데 ‘어음의 항변절단’은 어음채권이 유효하게 성립한 단계에 불과하다. 앞에서 ‘손해’의 개념에 관해 검토한 바에 의하면 이 단계에서 A회사 대표이사 甲의 ‘임무위배 행위’로 인해 본인(A회사)의 ‘손해’로 되었다고 하기는 곤란하다. 적어도 어음금을 지급하여 본인(A회사)에게 적극적 ‘손해’가 발생하여야 민사법상 ‘손해’, ‘손해배상 청구권’이 성립한다고 생각된다. 이 점에서 대법원의 별개의견에 동의하고 다수의견에 반대한다.

5. (대표)이사의 주의의무 위반과 가벌성 확장의 필요성 유무

배임죄의 주체는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’이다. 본 사례의 (대표)이사는 형법상 회사라는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있다. ‘타인의 사무 처리’의 근거는 법률행위, 사무관리 등 여러 유형이

22) 홍승인, “어음(수표)항변에 관한 연구”, 외법논집(제37권 제2호), (2013. 5.), 203면

있을 수 있으나 배임죄 사례로는 위임이나 위탁이 대표적이고 본 사례처럼 회사에 관한 것이 주된 것이다.

이사는 회사에 대하여 수임인의 지위에 있으므로 민법상 위임계약 규정이 이사에게 준용된다(商 제382조 제2항). 민법상 수임인은 선관주의의무(民 제681조), 복임권의 제한준수 의무(民 제682조), 보고의무(民 제683조), 위임사무 처리로 받은 금전 등 인도·이전의무(民 제684조), 금전소비의 책임(民 제685조) 등의 부담을 진다. 그에 더하여 상법상으로는 충실의무(商 제382조의 3), 영업금지의무(商 제397조), 회사기회유용 금지의무(商 제397조의 2), 자기거래금지의무(商 제398조), 보고의무(商 제393조 제4항), 비밀유지의무(商 제382조의 4), 다른 (대표)이사에 대한 감시의무²³⁾를 부담한다.²⁴⁾

수임인인 ‘타인의 사무처리자’가 위임사무에 대해 임무를 위배하면 (재산 소비 등) 손해배상책임을 지는데(民 제390조), 그 이외에도 형벌을 부담하게 하는 것이 배임죄이다. 여기서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’가 ‘타인’에게 ‘손해를 가할 위험’만 있어도 가벌성이 있는가가 쟁점인데, 수임인이나 수탁자의 위임 등 계약상 ‘사무처리자라는 지위’의 특수성만으로는 이것이 설명되지 않는다. 신뢰관계 배반이라는 점에서는 민사상 제재가 별도로 마련되어 있으므로 ‘신뢰’의 ‘배반’이라는 이유만으로 (대표)이사 등에 대한 가중된 가벌성이 우리 私法體系에서는 도출될 수 없다고 본다.²⁵⁾ 이 점에서 (대표)이사의 배임행

23) 대판 2008. 9. 11. 2006다68636. 참조.

24) 이사 이외의 전문가로서의 수임인인 변호사, 법무사, 공인중개사, 회계사, 변리사, 의사 등의 의무는 민법상 수임인의 의무 이외에도 변호사법 등에 별도로 정한 것이 있고, 商事 위임에 관해서도 회사법(상법) 이외에 자본시장법 등에 특칙으로 정해진 내용이 있다.

25) 이사나 집행임원의 배임행위에 대해서는 상법 제622조의 특별배임죄가 특별히 규정되어 있으므로 더욱 그러하다.

위에 대해 형법 배임죄의 명문규정에 없는 ‘재산상 實害 발생의 위험’만으로 배임죄 기수를 인정함에는 동의하기 어렵다. 또, 대표이사의 회사에 대한 선관주의의무(충실의무) 등도 금전의 회계장부로서만 판단하기 어려운 것이 회사법의 특징이다. 즉, 단기간 또는 한 거래에서 회사에 금전적 이익을 가져오는 것만이 이사의 주의의무 내용은 아니다. 때로는 회사에 대한 자산 가치, 사회적 평판개선, 지배구조(의사결정구조) 개선 등이 필요하고 이것이 궁극적으로 회사의 가치를 극대화한다. 회사를 법인격으로 보되(商 제169조) 회사에게 발생한 손해를 실질적으로 누구의 손해로 보는가에 따라 배임죄의 성립범위도 廣狹의 차이가 생긴다. 회사의 손해를 보는 관점과 배임죄 성립 판단의 차이를 표로 보이면 다음과 같다.²⁶⁾

관 점	① 이해당사자 관점	② 주주 관점	③ 계약적 관점
회사의 손해 개념	주주 또는 채권자에 대한 일부 손해가 있어도 손해 발생	주주에게 손해가 있으면 손해 발생	개별 주주나 채권자의 손해가 있더라도 회사에 대한 금융적 자산 가치, 사회적 평판개선, 시장점유율 증가 등 총체적으로 손해여부 판단
배임죄 기수의 적용범위	배임죄의 기수가 가장 광범하게 적용	배임죄 기수가 이해당사자 관점보다 좁음	배임죄 기수 적용에 소극적

이사로서는 회사의 모든 구성원들에게 총체적으로 유익하게 해야 하는 것인데 이는 이사가 의도적으로 ‘개별 구성원들의 이익’을 증가

26) 신석훈, “회사의 본질과 배임죄”, 정책연구, 한국경제연구원(2009), 51면 일부 참조

시킴을 위해 노력한 결과가 아니라 ‘회사가치의 극대화’라는 의무에 충실함으로써 달성할 수 있다. 그런데 외환위기 이후 기업에 대한 배임죄 적용의 확대는 기업 지배구조 개혁을 가속화하려는 취지도 있었던 게 사실이다.²⁷⁾ 그러나, 기업가라고 하여도 배임죄의 적용이 일반 자연인과 다를 수 없고 어떤 의사결정구조(기업 지배구조)가 좋을지는 개별 기업이 선택할 사항일 뿐이다. 구체적으로 피해를 본 개별 주주의 손해를 보상해 줄 민사적 구제수단이 존재하고, 기업(회사)이라는 존재에 대해 (대표)이사의 업무집행행위가 미치는 영향이 다양할 수 밖에 없는데 배임죄 기수를 너무 쉽게 인정하는 것이 문제라고 본다.²⁸⁾ 회사의 가치는 회사에 자금을 제공한 개별 주주나 개별 채권자의 이익의 단순한 합이 아니므로²⁹⁾ 이들의 일부가 손실을 보았다고 당연히 회사가 손해를 보는 것이 아니며 ‘회사가치’ 평가는 전형적인 경영판단이 요구되는 영역이므로 회사법상 ‘경영판단의 원칙’이 적용되어야 한다.³⁰⁾ 또, 주주의 손해여부만으로 이사의 배임죄 성립을 판단하기 어려운 것은 주주 사이에서도 단기이익을 추구하는 주주와 장기적 이익을 추구하는 주주 등 이해관계가 다를 수 있기 때문이다. 그리고 ‘회사’는 주주의 수시변동, 주주 이외에 사채권자 등 다수의 이해관계인이 존재하고 일반적인 (위임)계약에서 볼 수 없는 회사만의 특징도 있다.³¹⁾ 회사가치의 평가문제는 기업금융과 기업구조 변

27) 같은 취지로 신석훈, 앞의 논문, 52면.

28) 신석훈, 위의 논문, 53면.

29) 회사에 대한 모든 자산가치의 총합을 의미하는 회사의 가치를 극대화한다는 것은 개별 주주의 손해 계산과는 다르다.

30) 신석훈, 앞의 논문, 10면.

31) Remus D. Valsan, Moin A. Yahya, “Shareholders, Creditors, and Directors’s Fiduciary Duties: A Law and Finance Approach”, Virginia Law & Business Review, Spring 2007, p. 26.

경에 있어서 이사의 책임문제와 관련해 항상 제기될 수 있는 문제이다. 특히 적대적 M&A에 어떻게 대응할 것인지, 모회사와 자회사, 또는 지주회사와 계열사의 관계 정립, 자본 이동에 관한 (대표)이사 등의 경영 판단에서 이사의 행위타당성에 관한 논란은 일어날 수 밖에 없다.³²⁾ 그리하여 회사 (대표)이사의 주의의무 위반에 대해 그렇지 않은 자연인의 행위보다 가벌성(배임죄 등 형벌)이 확장될 필요는 없다고 본다.

6. 형법(특정경제범죄가중처벌법)상 배임죄의 기수시기 판단

본 사례에서 1, 2, 3심 모두 배임죄를 위험범으로 보고 있다. 그 결과 피해회사(A)의 재산에 끼친 ‘위험’이 어떠한가에 대해 법관 사이에 혼선이 빚어지고 있다. 이는 형법 명문 규정에 없는 ‘위험범’(구체적 위험범)의 확대해석에 따른 불가피한 法的 不安定이다.

생각건대, 기업이 위험을 무릅쓰고 투자를 하거나 구조조정을 하는 등 경영을 할 때는 그 행위 당시에는 비록 대차대조표나 손익계산서상 손실로 계산되더라도 장래에는 그 손실이 전보되거나 오히려 이익창출의 원동력이 되는 경우가 많다. 일정한 모험을 해야 하는 경우 기업경영의 가벌성을 제한하려면(형법을 적용하는 경우라고 하더라도) 배임죄를 위험범이 아니라 침해범으로 보아 현실화한 손해에 대해서만 배임죄 기수로 인정하고 아직 현실화하지 않은 위험에 대해서는 미수로 보아야 할 것이다.

32) 예컨대, A회사가 완전모회사인 경우 완전자회사인 B회사의 상품을 구입하거나 하는 등을 하면 A회사의 경영진은 그 행위로 인하여 A회사에 손해가 되고 B회사에 이익이 된다고 평가하여 배임죄의 기수로 처벌할 것이다. 이 경우 A회사와 B회사는 경영상 이익과 손실이 전부 공통되는데도 A회사의 경영진을 배임죄의 기수로 처벌함이 바람직한 것인지 의문이다.

배임죄를 위험범으로 해석하는 견해는 배임죄에 있어서 손해를 가한 시기를 판단함에 있어서 재산적 가치의 감소라고 하지만, 현실적인 實害를 가한 경우뿐만 아니라 實害발생의 위험을 초래한 경우도 포함 된다고 한다. 그리고 본인에게 손해를 가하였다고 인정되는 이상 그 손해액이 구체적으로 명백하게 확정되지 않았다 하더라도 배임죄가 성립되는 데는 영향이 없다고 한다(대판 1976. 9. 14. 선고 76도2069 등).

다만, 법익침해의 일반적 위험이 있는 정도여서는 안되고 현실적 위험을 발생시켜야 한다고 한다(구체적 위험범설). 따라서 행위자의 (배임적)처분행위가 있다고만 하여 배임죄 기수가 되지 않고 이로 인하여 피해자 재산의 손해가 현실적으로 나타날 수 있는 개연성(가능성)이 있는 상태여야 한다고 한다. 그 손해의 개연성(가능성)조차 없다면 배임죄의 미수에 그친다고 보게 된다. 본 사례에서 무효의 어음 발행에 대해 대법원의 다수의견이 취한 태도와 같다. 위험범설은 추상적 위험범이 아니라 구체적 위험범으로 보므로 위험의 내용도 행위에 의하여 구체적으로 나타난 현실적인 위험이어야 한다. 구체적 위험범에서는 추상적 위험범과 달리 위험이 현실화되었는가에 대한 심사 심리가 필요하다.³³⁾ 배임죄를 위험범으로 보더라도 위험범의 확대경향을 경계하여 위험범을 가급적 한정적으로 축소하려는 노력도 눈에 띈다. 위험의 발생이 구체적으로 나타나야 하므로 쉽게 추정되어서는 안된다고 하기도 하고³⁴⁾ 범죄 성립요소로서의 구체적 위험 발생을 인정하려면 구체적 위험 발생 자체를 결과범과 유사하게 보자고 하는가 하면³⁵⁾ 그 침해의 발생이 물리적으로 불가능했다면 위

33) 정형철, “구체적 위험범의 범죄형태상의 특성과 유형”, 동의법정(제7집), (1991), 7면.

34) 김일수/서보학, 『새로쓴 형법총론(제12판)』, 박영사(2014), 94면.

35) 김성규, “법을 통한 기수와 미수의 구별에 대한 비판적 검토”, 비교형사법연구

험의 발생은 부정되어야 한다고도 한다.³⁶⁾ 다만, 위험이 무엇인지는 각 개별 사안마다 규범적으로 판단해야 하므로 어떻게 이를 해석해야 하는가의 난해함은 여전히 남을 수 밖에 없다. 구체적 위험의 판단은 결과범 판단과 달라서 위험이라는 것 자체가 구체적이거나 지각적이라고 말하기 어렵다.³⁷⁾ 이와 같이 위험범 자체에 그 ‘위험’판단의 어려움이 본질적으로 내재됨은 불가피하다.

그에 반하여 배임죄를 침해범으로 해석하는 견해가 있고(본 사례의 대법원 별개의견 등) 이는 우리나라가 배임죄의 선구인 독일과 달리 미수범을 인정하고 있다는 점, 형법의 명문규정을 존중해야 한다는 점 등을 근거로 한다.³⁸⁾ 생각건대, 형법상 재산범죄가 재물이나 재산상 이익 취득을 구성요건으로 하지만 그 가액이 얼마인지는 범죄성립에 영향을 주지 않음이 사실이다. 그러나 특정경제범죄 가중처벌법은 그 행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 가액이 5억원 이상일 때에는 가중처벌(이득액이 50억원 이상일 때: 무기 또는 5년 이상의 징역, 이득액이 5억원 이상 50억원 미만일 때: 3년 이상의 유기징역)하므로 형법상이나 특정법상 배임죄의 기수가 되려면 행위로 인한 이득액 내지 손해액이 구체적으로 되어야만 할 것이다. 즉, 형법상 배임죄와 특정법을 종합적으로 해석하면 배임행위로서 발생할 이익 내지 손해가 구체화되지 않은 단계에서는 기수

구(제10권 제1호), 한국비교형사법학회(2008), 63면

36) 박강우, 『위험 형법론』, 한국학술정보(2008), 208면

37) 김재현, “위험범의 본질적 구조”, 법학논총(제34집 1호), 한양대학교(2017. 3.), 156면

38) 손동권·김재윤, 『새로운 형법각론』, 율곡출판사(2013), 471면; 오영근, 『형법각론』, 박영사(2017), 370면; 박찬길, “배임죄의 양형기준과 구체적 사례에 있어서 형량의 문제점”, 법과 정책연구(제13집 제2호), (2013. 6.), 557면; 조국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계”, 형사법연구(제19권 제3호), (2007년 가을), 184면

가 되기 어렵다. 본 사례에서 무효어음이 배서되어 항변이 단절되었다고 하더라도 ‘이득액의 多寡’가 판정되기 어려운 것이 사실이다. 판례(2009. 10. 15. 2009도7421 등)도 구체적 위험범에 대해서 사실관계의 인정을 규범적인 요소의 인정과 구별없이 판단하고 있는 것으로 보인다. (비록 배임죄 사례가 아니지만) 대법원도 구체적 위험범 사례(방화죄)에서 “... 지붕과 문짝, 창문이 없고 담장과 일부 벽체가 붕괴된 철거대상 폐가로서 사실상 기거·취침에 사용할 수 없는 상태의 것은 건조물이 아닌 물건에 해당하고, 폐가의 내부와 외부에 쓰레기를 모아놓고 태워 그 불길이 폐가주변 수목 몇 그루를 태우고 벽을 일부 그을리게 하는 정도만으로는 방화죄의 기수에 이르렀다고 볼 수 없다...”고 판시하였다.³⁹⁾ 여기서 법원은 쓰레기를 태우려 하다가 산불로까지 번진 사정을 고려하여 과연 구체적 위험이 무엇인가에 대해 판단하고자 하여 ‘위험’이라는 “중간 단계(중간 결과)”를 설정한 것으로 보인다. 결국 위험범은 자칫 잘못하면 해석자의恣意에 문호를 개방하여 주관적인 결과를 초래할 수 있으므로 어떤 범죄를 위험범으로 해석하는 것은 제한되어야만 한다.⁴⁰⁾ 이익이 있지만 ‘이익 가액’을 산정할 수 없는 경우라면 ‘행위 결과의 발생’으로 보기 어려운 이치와 같다. 그리하여 침해범설이 본래의 ‘손해’ 개념에 부합한다. 본 사례의 어음행위에서도 같다. 무효어음이 배서가 되어 항변이 단절된 단계라고 하여도 ‘행위 결과’가 발생한 단계라고 단언하기는 어렵다. 사안에서 피해자인 회사에 현실적으로 경제적인 손해를 끼쳤거나(어음금 지급) 그러한 경제적 손해와 동일한 정도의 결과가 현실화하여야 배임죄의 기수시기에 도달할 것이다.

39) 대판 2013. 12. 12. 2013도3950.

40) 배종대, 『형법각론(제8전정판)』, 홍문사(2013), 641면.

사안에서 대법원의 다수의견과 별개의견이 다투는 것은 甲이 A회사 명의로 발행한 어음이 C저축은행의 악의로 무효가 된 경우가 아니다. 만약 그 어음이 유효하게 발행되었거나 무효의 발행이더라도 전전 유통되어 인적 항변의 절단이 되었다면 배임죄의 기수단계가 될 수 있는가이다(실제 어음거래에서는 이 경우가 빈발할 것이다). 만약 어음이 유효하게 발행되었거나 비록 무효의 발행이라도 제3자에 대한 어음 교부(배서 등)로 “인적 항변”이 발생하는 때라면 (구체적) 위험이 발생할 것인데 배임죄를 침해범으로 본다면 이 단계는 기수가 아니라 미수단계에 불과하다. 요컨대, 배임죄를 위험범으로 보는 경우 어음발행은 실행에 착수한 것이거나 미수 단계일 것이고, 어음금 지급 위험발생 또는 지급은 기수단계로 된다. 그 반면 배임죄를 침해범으로 해석하는 경우라면 어음발행은 실행의 착수 또는 미수 단계이지만 인적항변 절단으로 어음금 지급위험이 발생한 단계도 여전히 배임죄의 미수에 불과하다. 어음금 지급이 되어서야 비로소 본인에게 현실적인 손해(實害)가 일어난 것으로 보아 배임죄의 기수단계라고 판단한다.⁴¹⁾ 배임죄를 위험범(구체적 위험범)으로 보는가, 결과범으로 보는가에 따른 판단의 차이를 표로 나타내면 다음과 같다.

41) 본 사안에서 인적항변 절단이 발생한 어음발행이었다고 가정할 때 A기업과 B기업이 기업그룹에 속해 있다면 어떠하였을까? 과거 관례의 태도(1999년 SK증권 사례)로는 배임죄로 볼 개연성이 크지만, 그에 대한 비판도 충분히 가능하다. 현재 안건으로 진행하다가 반대의견으로 인해 주총개최를 철회한 현대모비스와 현대글로비스의 분할합병 방안에 대한 판단도 고도의 경영판단 사례이다. 이런 경영상 중대한 결정이 최초의 방안대로 주총에서 의결되었다고 가정하는 경우, 만일 주주의 손해라는 이유로 후일 배임죄를 적용할 수 있을까?(이는 현대모비스에 대한 9.82% 주식을 보유한 국민연금의 주주권 행사도 마찬가지다) 배임죄를 위험범으로 본다면 그러한 판단을 할지도 모른다. 그러나 이것이 불합리하다는 점은 상법상 명백하다.

구 분	(1) 무효인 어음 발행	(2) 어음발행이 무효지만 유통된 경우 (항변 부절단의 경 우)	(3) 어음발행이 무효지만 유통된 경우(항변 절단의 경우)	(4) 어음금 지급의 경우
구체적 위험범으로 보는 경우	미 수	미 수	기 수	기 수
결과범(침해범) 으로 보는 경우	미 수	미 수	미 수	기 수

앞에서 검토한대로 배임죄를 침해범으로 보는 것이 타당하다고 보는 私見에 의하면 (1), (2), (3) 단계에서는 미수범에 그칠 뿐이고 (4) 단계에 이르러야 비로소 기수에 이르렀다고 할 것이다. 본 사례에서 1, 2심이 (1) 단계에 그친 사안에 배임죄의 기수라고 판시한 오류를 대법원이 지적하여 미수라고 판단한 것은 옳다. 다만, (2) 단계나 (3) 단계에 배서가 이루어져 항변절단이 이루어진 경우에 이르렀다고 하더라도 배임죄의 미수로 판단하여야 한다는 별개의견에 찬동한다(배임죄 기수 시기에 관한 侵害犯說).

7. 결 론

A주식회사와 B주식회사의 대표이사를 겸한 甲이 B주식회사의 채권자인 C상호저축은행에 대한 원금 합계 23억원의 대출금채무를 담보하기 위하여 C상호저축은행에게 A주식회사 명의의 약속어음을 발행한 것이 배임죄의 기수가 되는가가 본 사례의 쟁점이었다. 다만, 3심인 상고심에서 이 어음이 배서(유통)된 단계에서도 배임죄의 기수

가 될 것인가에 관해 다수의견과 별개의견이 대립하였다. 이는 배임죄가 성립하기 위해서 어떤 행위로 ‘타인에게 손해’가 가해져야 하는가, ‘손해의 위험’만 있어도 배임죄의 기수가 되는가의 문제로서 배임죄에 관한 가장 중요한 논점이다. 이 사안에서 하급심(1심과 2심)은 배임죄의 기수라고 하였지만, 甲의 어음발행이 권한남용임은 C상호 저축은행이 알고 있었기에 (대표권 남용론에 따라) 이는 무효의 어음행위이고 배임죄의 미수에 불과하다는 대법원의 판단을 지지한다. 그리고 배임죄를 침해범으로 보는가, 위험범으로 보는가가 본 사례의 핵심은 아니지만 배임죄의 기수시기에 관한 주된 논의사항이어서 이 부분의 검토가 매우 중요하다고 보았다. 향후의 기업관련 범죄 성립 여부에서 또다시 중요한 쟁점으로 부각될 것이 틀림없기 때문이다.

본 사안에서 甲 대표이사가 A회사 명의로 어음을 발행한 것은 상법 제622조에서 규정한 바 ‘... (대표)이사...가 임무에 위배한 행위로 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 하여 (A)회사에 손해를 끼친...’ 것인가가 문제되었다. 그러므로 상법 제622조가 형법이나 특경법에 우선하여 적용되었어야 한다. 판례는 기업에서 배임행위가 시도되거나 이루어진 경우 상법 제622조를 적용하기보다 형법을 적용하는 경향이다. 또, 실질 손해액보다 배임행위 자체에 관여된 금액만을 보아 손해액이 5억원 이상이라고 계산하여 특경법을 적용하여 벌금형이나 집행유예보다 실형을 선고함이 상례다. 본 사례 또한 그러한데 이는 상법 규정을 유명무실하게 할 뿐만 아니라 손해액 계산에도 오류가 있게 된다. 이는 기업가에게 상당한 리스크로 작용하고 기업경영의 혁신, 과감한 구조조정, 경쟁력 확보를 위한 자본 거래는 위축될 것이고 고용증대, 생산설비에 대한 투자확대는 점점 더 어려워질 것이다. 더구나 형법상 배임죄를 침해범이 아니라 위험범으로 보아 대표이사의 행위관련 금액 전부를 범죄행위로 보는 것

은 고쳐져야 한다. 형법(특경법) 대신 상법 제622조를 특별법 우선의 원칙에 따라 먼저 적용함이 필요하다.

배임죄는 본질적으로 민사법상 계약 등 신뢰위반을 근거로 한 채무불이행이나 불법행위를 전제로 하므로 배임죄의 구성요건으로서 ‘재산상 이익’이나 ‘손해’는 민사법상에서 유래하거나 그에 연관된 것이다. 그 해석도 민사법상 개념과 통일성·일관성을 지녀야 한다. 민사법상 손해 측정방법인 差額의 測量은 이미 발생한 손해에 관한 것이지 손해 위험에 관한 것이 아니다. 어떤 위법행위에 의하여 손해가 발생하였다는 것은 의욕하지 않았던 재산상 손실이 발생하였다는 것인데 민사법상 적극적 손해나 소극적 손해, 정신적 손해(손해 3분설)(또는 통상의 손해와 특별 손해: 민법 제393조)로 설명할 수 있어야 한다. 본 사례에서 甲 대표이사가 A회사 명의로 B회사 채무변제를 위하여 약속어음을 C저축은행에게 발행한 것은 A의 사무를 처리하는 甲이 B나 C에게 이익을 얻게 하려고 한 배임적 행위인데, 이것이 기수에 도달하였는지는 주로 손해의 개념에 관한 것이다.

甲으로부터 최초로 어음을 교부받은 C은행이 甲의 대표권남용을 알았거나 알 수 있었기에 어음발행 자체는 무효로서 이 단계를 두고 1심이 배임죄의 기수라 함은 잘못이다. 이를 지적한 대법원의 견해에 찬동한다. 그러나, 이 무효의 어음이 배서되어 전전유통되고 인적항변이 절단되었다면 어찌 되었을까? 이 부분에 관해 대법원의 다수 의견과 별개 의견이 갈리는 바, 앞에서 검토한 손해의 개념에 의할 때 배임죄의 미수라고 해야 할 것이다. 어음의 항변이 절단되었다는 것은 어음채권이 유효하게 성립한 단계에 불과하여 형법 배임죄의 구성요건요소인 ‘손해발생’에까지는 이르지 않은 것이다.

현재 판례는 배임죄를 (구체적) 위험범으로 보기에 본 사례에서와 같이 그 ‘위험’이 어떤 것인가에 대하여 법적 불안정이 초래되고 이

는 기업의 경영상 발생하는 주의의무 위반이 어떤 형벌을 불러오는 지 판단하기 어려운 기업가로서는 이중의 부담이 될 것이다. 기업의 경우 특히 대표이사의 행위로 어떤 손해가 회사 또는 주주, 채권자에게 발생하였는지를 미시적, 단기적으로 측정하여 회사에 대한 (대표)이사의 신뢰위반 즉, 배임 여부를 판단함은 바람직하지 않다. 회사의 금융가치, 미래의 기반구축 등을 총체적으로 판단함이 옳다. 비록 판례가 위험범에서 구체적이고 현실적인 위험 여부를 요구한다고는 하지만 형법의 명문규정에 없는 배임죄에서 재산에 대한 實害 위험만으로 배임죄의 既遂를 인정함은 형법이 금지하는 擴張解釋이 아닐까 한다. 이러한 점에서 배임죄를 침해범으로 해석하고자 하는 대법원의 별개의견에 찬동한다. 이 사례에서 1심과 2심이 배임죄의 기수로 보았지만 대법원이 그 미수로 본 것 자체는 옳다고 본다.

【abstract】

Representative director' issue of promisory note
and the consummation time of Breach of
trust(crime)

- Supreme Court 2017. 7. 20. 2014Do1104 -

Chun, WooHyun*

For crimes of promoters and directors of corporations, it is necessary to apply the special felony offense of Article 622 of the Commercial Act rather than the Criminal Act or the Act on the aggravated punishment, etc, of specific economic crimes. There is no difference in criminal composition between the Article 622 of the Commercial Act and the Criminal Act. The Article 622 of the Commercial Act is a special law of the Criminal Act here.

Default or tort under civil law is essentially a basis of Criminal breach of trust. So, the concept of 'profit' or 'loss' on property in the Criminal Act is derived from or extended from the Civil law. Therefore, in order to establish 'damages' in the crime of infringement, It should be explained by the concept of damage in civil law. In order to be recognized as a Breach of trust(crime), damages within the 'scope of compensation' must occur under civil law.

If the Breach of trust(crime) is comprehensively examined, it is

* Professor, School of Law, Hanyang University.

difficult to become consummation time at the stage when the profit or loss is not specified. Every Courts in this case sees Breach of trust(crime) as a crime of endangering some legal interests. Therefore, there is a confusion between the judges as to the 'risk' of property. It is inevitable legal instability due to the expansion of 'dangerous beings' (concrete dangerous beings) that are not stipulated in the regulation of the criminal law. To limit the punishment of corporate management, only the actual damage is to be recognized as a crime. This method of interpretation would be consistent with the rules of criminal law and criminal justice.

Though the debtor cannot argue(maintain) an individual relationship (human reason) between himself and the former against the Acquirer (current bearer) of promissory note, it is not a realization of the damage on paper. It is hard to define that this is a 'loss'. The payment itself is the 'loss'. When some act cause some loss, but the loss is incalculable as the 'profit amount', it can not be regarded as 'the outcome of the act(crime)'. I regard that the District Court and the Court of Appeal is wrong in this case, whereas the Supreme Court's decision being right. But I agree with the minority opinion of the Supreme Court and oppose to the majority opinion.

【참고문헌】

〈국내문헌〉

단행본

- 곽윤직, 『채권총론』, 박영사(2011).
김상용, 『채권총론』, 화산미디어(2016).
김일수/서보학, 『새로쓴 형법총론(제12판)』, 박영사(2014).
김중환·김학동, 『채권총론』, 박영사(2012).
김형배, 『채권총론』, 박영사(2004).
박강우, 『위험 형법론』, 한국학술정보(2008).
배중대, 『형법각론(제8전정판)』, 홍문사(2013).
손동권·김재윤, 『새로운 형법각론』, 율곡출판사(2013).
오영근, 『형법각론』, 박영사, (2017).
이은영, 『민법 II(채권총론·채권각론·친족상속법)』, 박영사(2005).
이재상, 『형법각론』, 박영사(2013), 429면.
지원림, 『민법강의』, 홍문사(2017).
황적인, 『현대민법론 III』, 박영사(1980).

논문

- 강동욱, “이사 등의 경영행위에 대한 배임죄 적용의 문제점”, 법학연구(제23권 제2호), 충남대학교(2012).
김성규, “법익을 통한 기수와 미수의 구별에 대한 비판적 검토”, 비교형사법연구(제10권 제1호), 한국비교형사법학회(2008).
김재현, “위험범의 본질적 구조”, 법학논총(제34집 1호), 한양대학교(2017. 3).
박찬걸, “배임죄의 양형기준과 구체적 사례에 있어서 형량의 문제점”, 법과 정책연구(제13집 제2호), (2013. 6).
서광민, “손해의 개념”, 서강법학연구(제6권), (2004).
손동권, “회사 경영자의 상법상 특별배임행위에 대한 현행법 적용의

- 문제점과 처벌정책을 둘러싼 입법논쟁”, 형사정책(제25권 제3호), (2013. 12.).
- _____, “기업경영자에게 적용되는 형법상 배임죄 규정의 개정논의”, 한국경제연구원 대외세미나(「경제활성화를 위한 배임죄 개선 방안」), (2016. 8. 2).
- 신석훈, “회사의 본질과 배임죄”, 정책연구, 한국경제연구원(2009).
- 안경옥, “경영판단행위에 대한 배임죄 처벌의 가능성”, 김일수 교수 화갑기념논문집, 박영사(2006).
- 양삼승, “손해배상의 범위에 관한 기초적 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원(1988).
- 정행철, “구체적 위험범의 범죄형태상의 특성과 유형”, 동의법정(제7집), (1991).
- 조 국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계”, 형사법연구(제19권 제3호), (2007년 가을).
- 홍승인, “어음(수표)항변에 관한 연구”, 외법논집(제37권 제2호), (2013. 5.).

〈외국문헌〉

단행본

- 田邊光政, 『最新 手形法小切手法』, 中央經濟社(2007).
- 木內宜彦, 『特別講義 手形法小切手法』, 法學書院(1962).
- Keuk, Vermögensschaden und Interesse(1972).
- Lange, Schadensersatz(1979).
- Larenz, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl(1987).
- Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht(1967).
- Örtmann, BGB, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl(1928).
- Zeuner, Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschaden(1964).

논문

Remus D. Valsan, Moin A. Yahya, “Shareholders, Creditors, and Directors’s Fiduciary Duties: A Law and Finance Approach”, Virginia Law & Business Review, Spring 2007.