

배임죄 선진화

윤주진 자유기업원 정책전문위원

주소: 서울특별시 영등포구 국회대로62길 9 산림비전센터 7층

TEL : 02-3774-5000 / fax : 0502-797-5058 / E-mail : cfemaster@cfe.org

기업가 정신 위축시키는 배임죄, 경영판단 원칙 도입으로 선진화해야

- 예상치 못한 손해와 실패도 ‘배임’으로 떠안아야 하는 현실...기업인 옥죄는 사법 리스크
- 실제 재판에서 인정되기 어려운 경영 판단 원칙, 상법상 명문화 필요
- 기업의 과감한 투자, 장기적 전략 수립 위해 22대 국회가 배임죄 선진화해야

❖ 자유기업원은 2024년 총선을 앞두고, 경제·기업 분야를 비롯해 정치·사회·교육·문화·외교안보에 이르는 다양한 분야에 걸쳐, 22대 국회가 자유주의 가치에 입각하여 추진해야 할 22대 입법 과제를 선정해 제안합니다.

들어가며

흔히 “대한민국에서 기업을 이끈다는 것은 교도소 담장 위를 걷는 것과 같다”고들 말한다. 기업 경영이란 합법과 위법의 위험한 경계선 위를 걷는 것과 같다는 표현이다. 그 이유는 다양하다. 여전히 극복하지 못한 정경유착의 연결 고리, 극심한 노사갈등과 반복되는 산업재해에 대한 책임 부담, 가업 승계와 경영권 방어에 필요한 자금 마련 과정에서 빚어지는 불가피한 선택 등이 있다.

그러나 그 중에서도, 기업인이 가장 부담스럽게 여기는 것이 바로 ‘배임’ 혐의다. 기업의 발전과 성장을 위해 내린 선택과 결정이, 훗날 ‘배임죄’라는 부메랑으로 돌아올 수도 있다는 압박감이 기업인을 위축시킨다. 기업은 투자 과정에서 얼마든지 단기적 손실을 떠안아야 할 수도 있고, 실제 사업이 실패할 수도 있다. 하지만 그 실패와 손해도 누군가의 배임죄를 묻는 구실이 될 수 있는 것이 현실이다. 그래서 배임죄가 샐러리맨 사이에서는 임원 승진을 꺼리는 이유로 작용할 정도다.

더불어민주당이 과반 다수를 차지한 21대 국회에서는 배임죄 개선에 제대로 된 논의조차 하지 못했다. 22대 국회는 과연 배임죄 선진화라는 숙제를 풀 수 있을까? 배임죄, 왜 문제이며, 어떻게 고쳐야 하는지 살펴보도록 하자.

현행 제도의 문제점

배임의 본질은 ‘배신’이다. 신의성실의 의무에 대한 위배 내지 신임관계의 침해에 있다고 하는 이른바 “배신설”이 통설이자 판례의 태도다. 일각에서는 배임이란 엄밀히 말해 사적 영역에 해당되는 행위라고 지적한다. 그러나 현행법상 배임죄의 근원은 사적 질서를 다루는 「민법」이 아닌, 공적 질서 유지와 공권력에 의한 처벌 등을 다루는 「형법」에서 규정하고 있다.

형법

제355조(횡령, 배임) ②타인의 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.

이를 바탕으로 「상법」과 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 등이 추가로 배임과 관련해 특별규정 및 강화된 벌칙을 담고 있다. 특정 신분에 해당되는 자를 대상으로 하는 상법상 배임죄는 ‘특별배임죄’에 해당되며, 실질적으로 기업 의사결정권자들이 해당되는 법규이기도 하다.

상법

제622조(발기인, 이사 기타의 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 행위로써 재산상의 이익을 취하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 회사에 손해를 가한 때에는 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다
②회사의 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 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 사채권자에게 손해를 가한 때에는 7년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

제624조(특별배임죄의 미수) 전2조의 미수범은 처벌한다.

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.

현행 배임죄의 문제점은, 구성 요건이 매우 불분명해 사실상 어떤 경영 활동이든 수사기관에서 의지만 가지면 배임 혐의를 적용할 수 있어, 기업인들의 예측가능성이 현저히 떨어진다는 점에 있다. 심지어 주주총회나 이사회를 거쳐 결정한 사안이더라도 ‘통상의 업무집행 범위를 일탈한 경우’라면 배임죄로 처벌 받을 수 있다. 미수범도 처벌하도록 하고 있다.

고의성 여부를 판단하는 기준도 모호하다. 사법부는 ‘미필적 고의’, 즉 손해 발생이나 금전적 이익의 발생 가능성에 대한 인지 정도만으로도 고의성을 인정한다.

문제는 미필적 고의는, 주변 정황을 토대로 추정할 수밖에 없으므로 해석에 따라 얼마든지 결론이 엇갈릴 수 있다. 기업인 입장에서 100% 사업 성공을 확신하는 경우는 드물고, 그것은 어디까지나 의지의 강약의 문제에 해당된다. 단 0.1%라도, 이 사업이 실패할 가능성을 염두에 두고 내린 결정은 과연 손해 발생 가능성을 인지한 것으로 봐야 할까? 그런 해석으로 이어진다면 기업인의 어떠한 선택이든 손해만 발생하면 배임으로 연결 짓기에는 전혀 무리가 없다.

이러한 문제점들로 인해 배임은 기업인의 과감한 투자, 장기적 관점에서의 경영 전략 수립, 차세대 산업 진출 등을 어렵게 만드는 요소로 작용한다.

기존 입법 논의 및 대안

모호하고 불분명한 기준에 따라 유무죄 판단이 엇갈릴 위험성이 높은 배임죄와 관련해, 지속적으로 제기돼 온 대안은 ‘경영 판단의 원칙 명문화’이다.

최준선 교수에 따르면 경영판단 원칙이란, 경영자가 주관적으로 기업의 최대이익을 위하여 성실하게 경영상 판단을 하였고 그 판단과정이 공정하다고 불만한 절차적 요건을 갖추었다면, 그 결과 잘못된 판단으로 기업에 손해가 발생하였다고 하더라도 경영자의 경영상 판단을 존중하여 그로 인한 책임을 면하도록 하는 법리이다. 학계와 경제계, 일부 정치권은 이러한 경영판단 원칙을 법령에 삽입하여 사법부가 적극적으로 경영판단 원칙을 인정할 수 있도록 법적 근거를 마련하자는 목소리를 내고 있다.

국내에서 경영판단 원칙이 전혀 인정되지 않는 것은 아니다. 2002년 제일은행 이사 부실대출책임 관련 재판에서 대법원은 최초로 경영판단 원칙 취지를 반영했다. 문제는 비율이다. 전국경제인연합회가 2022년 5월 발표한 자료에 따르면, 2011년부터 2021년까지 경영판단 원칙이 언급된 대법원 판례 총 89건 중 인정된 사례는 38.2%로 반대 경우에 비해 40% 정도였으며, 특히 형사재판의 경우에는 경영판단 원칙을 불인정한 판례가 3배 많았다.

배임죄를 개선하고자 하는 입법 움직임은 최근 20대 국회, 21대 국회에서도 일부 있었다.

임기	발의 의원	내용
20대	정갑윤 의원	<ul style="list-style-type: none"> 형법 제355조 2항에 “자기 또는 제3자의 이익을 도모하거나 본인에게 손해를 가할 목적으로”를 삽입, 고의성 기준을 보다 강화
21대	권성동 의원 김용판 의원	<ul style="list-style-type: none"> 상법상 제382조의 5 이사의 경영 판단에 대한 특례를 신설하여, “이사가 충분한 정보를 바탕으로 어떠한 이해관계를 가지지 아니하고, 상당한 주의를 다하여 회사에 최선의 이익이 된다고 믿으며 경영상의 결정을 내렸을 경우에는 회사에 손해를 끼쳤다고 하더라도 회사에 대하여 의무를 위반한 것으로 보지 아니한다”고 규정 또한, 위 조항에 해당되는 경우 상법 제622조 1항에 단서 조항을 추가하여, 특별배임죄로 별하지 않도록 함

20대 국회 정갑윤 의원은 배임죄의 연원인 형법을 개정하고자 한 반면, 21대 국회 권성동·김용판 의원은 상법상 이사 의무 부분에 예외 조항을 신설하고, 이를 바탕으로 특별배임죄 처벌을 면제하고자 하였다. 경영판단의 원칙을 보다 분명히 도입하는 법률개정안은 21대 국회에서 발의된 법안이라고 볼 수 있다.

22대 국회를 향한 제안

해외 사례를 살펴보면, 배임죄라는 죄목이 있는 나라는 독일과 일본 뿐이다. 그마저도 독일에서는 2005년 경영판단 원칙을 도입해 그 후 배임죄 적용 사례가 급격히 줄어들었고, 일본은 ‘자기 혹은 제3자의 이익을 피할 목적’ 조항이 있어, 배임죄를 목적범죄로 인식하고 있다. 즉, 독일과 일본 모두 한국에 비해 배임죄 적용 기준이 까다롭다는 것이다. 배임죄가 없는 미국은, 형법상 사기죄를 적용하고 있기는 하나, 1982년 루이지애나 대법원 판결로 경영판단의 원칙을 도입했다.

즉, 글로벌 스탠다드 관점에서 보면, 궁극적이고 근본적인 해결방안은 배임죄 폐지에 해당될 것이다. 민사상으로 손해를 입은 자가 손해배상을 청구하여 권리구제를 받을 수 있기 때문이다. 그러나 여전히 기업 범죄에 대한 사회적 우려가 큰 한국 사회에서 배임죄 폐지는 공감대를 형성하기에 분명 한계가 있을 것이다.

그런 점에서, 21대 국회에서 권성동·김용판 의원에 의해 시도된 상법상 경영판단 원칙 도입이 현실적으로 합리적인 대안으로 평가된다. 이는 독일의 주식법에서 채택한 방법이다.

기업 경영 위축의 피해는 고스란히 국민 몫이다. 일자리가 줄고, 경제 번영의 기회를 상실하며, 장기적으로는 국가경제 침체로 돌아오기 때문이다. 위험을 무릅쓰고 기업이 정신을 발휘하는 사례가 많아야 산업이 커지고 국민 소득이 증가한다. 배임죄에 대한 막연한 두려움, 설령 무죄가 나더라도 수사과정에서 소요되는 비용과 감수해야 하는 공포 심리가 국민 경제 선순환을 가로막고 있다. 22대 국회가 배임죄를 선진화해야 하는 이유다.