

형법상 배임죄 규정의 입법론적 개정방안에 관한 연구*

A Study on the Legislative Revision for the Provision of the Crime of Breach of Trust in Criminal Code

김 재 윤**

Kim, Jae Yoon

목 차

- | | |
|---------------------|---------------------------------|
| I. 머리말 | III. 형법상 배임죄 구성요건의 문제점과 개정방향 검토 |
| II. 형법상 배임죄 규정의 존재론 | IV. 맺는 말 |

형법상 여러 구성요건 가운데 배임죄만큼 그 해석을 둘러싸고 논란이 큰 구성요건도 없다. 배임죄 구성요건은 절도죄 구성요건과 비교할 때 형식적인 면에서 보다 상세하고 명확하게 규정되어 있는 듯 보인다. 하지만 동산 이중매매, 부동산 이중매매, 부동산 이중저당, 동산 또는 주식 이중 양도담보 등의 행위가 (업무상)배임죄에 해당하는지 여부는 이를 기소하는 검찰은 물론 재판부도 대법원까지 이르러서야 그 성립 여부를 알 수 있을 만큼 모호하고 불명확하다. 이에 배임죄는 ‘재산적 비행의 하수종말처리장’이라는 비난을 받을 만큼 처벌 범위가 넓고 가벌성의 경계가 매우 모호하다는 비판이 제기되고 있다.

우리나라와 독일형법, 오스트리아형법, 스위스형법, 프랑스형법, 벨기에형법, 스페인형법, 일본형법을 제외하고 영국이나 미국 등 대부분의 선진 자본주의 국가에서 단순배임죄는 찾아보기 어렵다. 단순배임죄에 대한 형사처벌은 근대 시민사회의 핵심 원리인 개인의 사적 자치의 원칙을 침해할 소지가 크기 때문이다.

그 동안 형법학계와 상법학계에서는 배임죄의 확대 적용에 따른 이른바 ‘민사의

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2023..54.67>

투고일: 2023. 3. 30. / 심사완료일: 2023. 4. 19. / 게재확정일: 2023. 4. 19.

* 이 논문은 2021년도 건국대학교 KU학술연구비 지원에 의한 논문임

** 건국대학교 법학전문대학원 교수

Professor, Law School of Konkuk University, Ph.D. in Law

형사화’를 억제하기 위해 배임죄를 전면적으로 폐지하자는 폐지론과 배임죄 구성요건의 엄격한 재해석을 통해 극히 제한적으로 운용하자는 존치론(재해석론)이 제시되어 왔다. 하지만 폐지론은 50년 이상 유지한 배임죄를 일순간 폐지할 경우 처벌의 공백과 횡령죄와의 불균형이 발생하며, 재해석론은 현재에도 백가쟁명식으로 제안되는 복잡한 해석론에 또 다른 해석론을 추가하는 것으로 문제의 본질을 해결할 수 없다. 따라서 이제는 배임죄 폐지론 내지 존치론(재해석론)이 아니라 형사불법이 인정되는 최소한의 범위 내에서 배임죄를 적용함으로써 자본주의 시장경제질서를 유지할 수 있는 최후수단으로 작동할 수 있는 새로운 배임죄 구성요건으로 재탄생할 수 있도록 배임죄에 대한 입법론적 개정안의 제시가 필요하다고 본다.

따라서 이 글에서는 형법상 배임죄 구성요건요소를 검토하고 이를 토대로 구체적인 개정방안을 제시하였다. 향후 배임죄의 해석론에 대한 논의도 중요하지만 개정론에 대한 논의가 보다 활발히 진행되고 입법부의 전향적인 태도 변화가 있길 기대한다.

[주제어] 배임죄, 부동산 이중매매, 사적자치, 민사의 형사화, 경영판단원칙

I. 머리말

형법상 여러 구성요건 가운데 배임죄만큼 그 해석을 둘러싸고 논란이 큰 구성요건도 없다. “타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때”로 규정한 배임죄 구성요건(형법 제355조 제2항)은 “타인의 재물을 절취한 자”를 처벌하는 절도죄 구성요건과 비교할 때 범문만 보면 절도죄보다 명확하고 상세하게 규정되어 있는 것처럼 보인다. 하지만 甲이 A의 자전거를 절취한 행위에 대해 절도죄가 성립한다는 데에 피의자(피고인)나 그 변호인, 사법경찰관, 검사, 판사 모두 별다른 다름이 없으나, 동산 이중매매,¹⁾ 부동산 이중매매,²⁾ 동산 또는 주식 이중 양도담보,³⁾ 대물변제예약 부동산 임의처분,⁴⁾ 부동산교환계약 위반,⁵⁾ 서면증여 부동산에 대한 근저당권설정,⁶⁾ 양도담보설정계약이

1) 배임죄 불성립: 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결.

2) 배임죄 성립: 대법원 1988. 12. 13. 선고 88도750 판결; 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도3766 판결; 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결 등.

3) 배임죄 불성립: 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 전원합의체 판결.

4) 배임죄 불성립: 대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결.

5) 배임죄 성립: 대법원 2018. 10. 4. 선고 2016도11337 판결.

6) 배임죄 성립: 대법원 2018. 12. 13. 선고 2016도19308 판결.

체결된 동산 또는 주식의 임의처분,⁷⁾ 부동산 이중저당⁸⁾ 등의 행위가 (업무상)배임죄에 해당하는지 여부는 피의자와 그 변호인은 물론이고 이를 기소하는 검찰이나 법원도 대법원까지 이르러서야 유무죄를 알 수 있을 만큼 불명확하고 모호하다.⁹⁾ 이처럼 배임죄의 폭넓은 처벌 범위와 가벌성의 경계가 매우 모호함을 ‘재산적 비행의 하수종말처리장’으로 빗대어 비판하고 있다.¹⁰⁾

우리나라와 독일형법, 오스트리아형법, 스위스형법, 프랑스형법, 벨기에형법, 스페인형법, 일본형법을 제외하고 영국이나 미국¹¹⁾ 등 대부분의 선진 자본주의 국가에서 단순 배임죄는 찾아보기 어렵다.¹²⁾ 단순배임죄에 대한 형사처벌은 근대 시민사회의 핵심 원리인 개인의 사적 자치의 원칙을 침해할 소지가 크기 때문이다. 이에 우리나라 배임죄의 입법적 연혁으로 알려진 독일에서도 “독일형법 제266조는 언제나 통한다!(§266 StGB passt immer!)”¹³⁾라고 하여 매우 비판적이다. 배임죄는 구성요건의 모호성으로 인해 수사기관이 언제든지 기소하고자 한다면 기소할 수 있는 범죄이기 때문이다.

이러한 배임죄 구성요건의 모호성과 그에 따른 적용 확대 가능성의 문제는 우리나라에서도 예외가 아니다. 즉 우리나라 배임죄 규정은 형법상 단순배임죄와 업무상배임죄(형법 제355조 제2항, 제356조), 상법상 특별배임죄(상법 제622조), 특정경제범죄가중처벌법(이하 ‘특경법’이라 함)¹⁴⁾ 제3조 제1항에 따라 그 이득액이 5억 원 이상일 때에

7) 배임죄 불성립: 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 전원합의체 판결.

8) 배임죄 불성립: 대법원 2020. 6. 18. 선고 2019도14340 전원합의체 판결.

9) 삼성 에버랜드의 전환사채 저가발행이 업무상 배임죄에 해당하는지, 여러 형태의 차입매수(LBO)(예컨대 담보제공형 LBO, 합병형 LBO, 유상감자형 LBO 및 복합형 LBO 등)가 업무상 배임죄에 해당하는지 등에서도 동일한 문제가 발생한다. 판례는 합병형 LBO의 경우 배임죄 성립을 부정하고 있다(대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도6634 판례). 차입매수(LBO)에 대한 업무상 배임죄 적용 찬반에 대한 자세한 검토로는 김재윤, “차입매수(LBO)에 대한 형사책임”, 법학연구 제53집, 한국법학회, 2014, 204-206쪽 참고.

10) 류전철, “배임죄에서 재산상의 손해발생의 위험”, 법학논총 제30집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2010, 116쪽; 문형섭, “배임죄에 관한 연구”, 호남대학교 대학원 박사학위논문, 2001, 2쪽.

11) 미국모범형법전의 규정에도 전형적인 배임죄에 관한 규정은 존재하지 않는다. 이에 관해서는 법무부, 미국모범형법·형사소송규칙, 법무자료 제50집, 1983, 111-130쪽 참조.

12) 배임죄의 입법례에 대해 상세한 소개로는 강동욱, “형사상 배임죄의 입법례와 주체에 관한 고찰”, 법학논총 제37권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2013, 155-164쪽; 최준선, 배임죄 성립범위에 관한 연구(Ⅰ) - 소위 경영판단 원칙의 도입 찬성과 대안 중심으로, 한국기업법학회, 2015, 13-39쪽 참조.

13) A. Ransiek, “Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue”, *ZStW Vol. 116 Iss. 3*, Walter de Gruyter, 2004, S. 634.

14) 특경법은 경제범죄가 대형화·조직화·지능화되고 경제사회에 미치는 충격과 피해가 중대하여 근절대책이 절실한 실정임에도, 법정형이 지나치게 가볍거나 벌칙규정의 미비로 적절히 대처하지 못한다는 비판여론에 따라, 건전한 국민경제윤리에 반하는 특정경제범죄에 대한 가중처벌과 그 범죄행위자의 취업제한 등을 목적

가중처벌(이득액이 5억 원 이상 50억 원 미만일 때는 3년 이상의 유기징역, 이득액이 50억 원 이상일 때는 무기 또는 5년 이상의 징역, 이득액 이하에 상당하는 벌금의 임의적 병과)하는 등 일반인이든 대표이사를 포함한 고위경영진이든을 불문하고 확대 적용할 수 있는 길을 열어 놓고 있다. 또한 배임죄 해석론의 복잡성과 모호성으로 인하여 배임죄로 기소된 피고인으로서의 자신의 유·무죄를 사전에 예측하기란 매우 어렵다.¹⁵⁾ 이러한 배임죄의 확대 경향의 배경에는 배임죄 구성요건이 모호하다¹⁶⁾는 근본적 이유도 있지만 대법원도 배임죄에 있어 손해를 침해범으로 해석하지 않고 ‘재산상 손해 발생의 위험을 초래한 경우’에도 손해를 인정¹⁷⁾하여 확대 적용하는 태도에서도 기인한다. 다만 최근 대법원은 동산 또는 주식의 이중 양도담보물의 임의처분,¹⁸⁾ 부동산 이중저당¹⁹⁾ 사안에서 배임죄를 부정하는 등 종전과 달리 (업무상)배임죄의 적용을 엄격히 제한하는 추세로 바뀌고 있다.²⁰⁾

그 동안 형법학계와 상법학계에서는 배임죄의 확대 적용에 따른 이른바 ‘민사의 형사화’를 억제하기 위해 배임죄의 제한 해석의 필요성, 상법상 특별배임죄 규정의 현실화, 특경법 제3조 제1항에 따른 이득액의 구체화 등 다양한 해석론을 전개해 왔다. 그러나 이러한 배임죄 관련 규정의 재해석론으로 문제를 해결하는 데 일정한 한계가 있으므로, 근본적으로 배임죄 관련 규정의 체계적 정비를 위해 입법론적 차원에서 개정방안을 보다 구체적으로 제시하는 작업이 필요하다. 왜냐하면 이미 배임죄 관련 규정은 그 불명확성으로 인해 어떠한 방식으로 재해석을 하던 간에 현재와 같이 “전형적인 사안이

으로 제정되었다(이주원, 특별형법 제8판, 홍문사, 2022, 377쪽).

15) 예컨대 2013년을 기준으로 일반 범죄의 무죄선고율은 1.7%인 반면, 횡령·배임죄의 무죄선고율은 5.4%, 특경법상 횡령·배임죄의 무죄선고율은 11.1%이라고 한다(최준선, 앞의 보고서, 5쪽).

16) 이정원 교수는 배임죄 구성요건에서 불명확성이 문제되는 부분은 ‘타인의 사무를 처리하는 자의 임무위배행위’와 ‘재산상 손해’이고, 이에 따라 거의 모든 부분이 명확하지 않다고 평가하고 있다(이정원, “배임죄의 구조와 문제점”, 법학연구 제34집, 전북대학교 법학연구소, 2011, 125쪽). 그러나 최근 헌법재판소는 “업무상 배임행위를 처벌하는 구 ‘특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률’(1990. 12. 31. 법률 제4292호로 개정되고 2012. 2. 10. 법률 제1304호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 중 형법 제356조 가운데 형법 제355조 제2항에 관한 부분(이하 ‘특별법 배임조항’이라 한다) 및 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제356조 중 제355조 제2항에 관한 부분(이하 ‘업무상 배임조항’이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는 않는다.”(헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2014헌바99 결정)라고 판시한 바 있다.

17) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2009도1149 판결 등.

18) 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 전원합의체 판결.

19) 대법원 2020. 6. 18. 선고 2019도14340 전원합의체 판결.

20) 2000년대 이후 (업무상)배임죄에 대한 대법원 판례에 대한 분석으로는 한상훈, “부동산의 이중매매와 배임죄의 성립에 관한 검토”, 저스티스 통권 제192호, 한국법학원, 2022, 202-207쪽 참조.

아닌 한 어떠한 법원과 검찰도 배임죄의 성립 여부를 모른다.”라는 비판에서 자유로울 수 없기 때문이다. 그렇다고 우리나라에서 50년 이상 존속되어 온 배임죄를 폐지할 필요가 있다는 배임죄 폐지론 역시 충분한 학문적·실무적 논의가 선행되어야 하기 때문에 단시간 내에 가시적인 성과를 기대하기 어렵다.

따라서 이 글에서는 이제 배임죄의 문제는 폐지론 내지 (재)해석론이 아니라 현대 자본주의 시장경제질서에 부합하는 새로운 구성요건으로 재탄생할 수 있도록 형법상 배임죄에 대한 입법론적 개정방안의 제시가 필요함을 전제로 하여 형법상 배임죄 구성요건요소를 검토하고 이를 토대로 구체적인 개정방안을 제시하고자 한다.

II. 형법상 배임죄 규정의 존폐론

1. 형법상 배임죄 규정 폐지론

상법상 특별배임죄 규정의 존치를 전제로 이와 중복되는 형법의 업무상 배임죄에 한하여 그 폐지를 찬성하는 견해,²¹⁾ 부동산 이중매매에 대해 배임죄를 인정하여 형사처벌하는 것은 사회적 필요성에 기인한 연유로 민사문제를 형사화하는 것으로 형법이 사회통제의 최후수단임을 전제로 보충성의 원칙에 비추어 적합하지 않으므로, 부동산 이중매매에 대해서는 형법이 지나치게 관여하지 말고 민사불법화의 문제로 두어 사적자치의 원칙을 존중하는 취지에서 형사불법화는 가급적 지양하자는 견해,²²⁾ 이사 등의 경우에는 회사법상 손해배상책임, 자기거래금지, 사업기회유용금지, 겸업금지 등에 의한 민사책임이 강력하게 규정되어 있고, 그에 따른 구제수단으로서 주주대표소송 등이 규정되어 있어서 민사법적 구제수단이 가법다고 할 수 없으므로, 형법상 배임죄 자체를 폐지하여야 한다는 견해²³⁾ 등은 형법상 배임죄 규정 폐지론을 지지하는 입장으로 보인다.

형법상 배임죄 폐지에 따른 부작용에 대한 대안으로 배임죄 대신 사기죄나 횡령죄의

21) 손동권, “기업 경영자에게 적용되는 형법상 배임죄 규정의 개정논의”, 경제활성화를 위한 배임죄 개선방안, 한국경제연구원 대외세미나 자료집, 2016, 6쪽.

22) 김혜정, “부동산 이중매매에서 배임죄의 성립여부에 대한 판단 -대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결-”, 법조 제67권 제6호, 법조협회, 2018, 845쪽.

23) 이종상 “이사의 책임과 배임죄에 대한 비판적 고찰”, BFL 제19호, 서울대학교 금융법센터, 2006, 47쪽; 천종철, “배임죄에 있어서의 임무위배행위”, 연세법학연구 제3집 제1호, 연세법학회, 1995, 721쪽.

적용과 사전적 규제의 활성화가 제시되고 있다. 즉 한편으로, 의도적 배임행위는 대부분 피해자를 기망하여 발생하는 것이므로 사기죄 등으로 처벌할 수 있다. 그런 이유로 대부분의 국가는 배임죄를 따로 규정하지 않고 사기나 횡령 등으로 이를 처벌하고 있다. 다른 한편으로, 배임행위는 사후에 회복 가능성이 없는데 이는 형사처벌보다 사전적 규제가 더 바람직하다고 한다. 즉 현재 기업집단에 대해서는 공정거래법이나 상법, 세법 등을 통하여 규제가 이루어지고 있어서 큰 문제가 없지만 배임죄가 폐지됨에 따라 발생할 것으로 예상되는 문제를 우려한다면 이들 법률의 보완을 통해 해결하는 것이 바람직하다고 한다.²⁴⁾

2. 형법상 배임죄 규정 존치론(재해석론)

우리 사회에서 대표이사 등이 자기 재산이 아닌 회사의 재산을 가지고 자의적으로 사용하는 사례가 빈번히 발생하는데 이를 억제하자는 것이 형법상 (업무상)배임죄의 근원적 존재이유이고 그렇게 해서 (업무상)배임죄는 대표이사 등 힘 있는 자들의 범죄에 대처하기 위한 유일한 수단으로 작용하고 있다는 견해,²⁵⁾ 부동산 이중매매에 있어 부동산 매매대금은 개인 자산의 커다란 비중을 차지하는데 제1매수인은 소유권이전등기가 경료되기 전까지 거액의 매매대금(계약금, 중도금 및 잔금)을 지불하고도 동산과 달리 부동산의 소유권이전은 등기부상 명의이전이 없었기 때문에 매도인의 이중매매라는 배임행위에 의해 부동산을 취득하지 못하게 될 손해 발생의 위험을 최소화하기 위한 형사정책적 수단으로 유지가 불가피하다는 견해,²⁶⁾ 배임죄 구성요건의 모호성과 개인의 사적자치 영역에 과도하게 개입하여 발생하는 형사처벌 범위의 확장가능성의 문제는 배임죄의 객관적 구성요건요소에 대한 제한 해석으로 해결해 나가면 충분하다는 견해,²⁷⁾ 배임죄를 폐지하면 모든 문제가 해결될 것처럼 보이지만, 현재 한국 기업인의

24) 정기화, “배임죄 법률규정과 해석상의 제문제 및 개선방안 - 토론문”, 오락가락 배임죄 적용, 이대로 괜찮은가, 정갑윤 국회의원실, 2015, 52쪽.

25) 안정빈, “배임죄 처벌과 관련한 형법이론적 논의 -부동산 이중매매 쟁점을 중심으로-”, 법학논총 제38집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2021, 167쪽; 이용식, “대물변제예약 부동산의 이중매매와 배임죄의 형사불법적 구조”, 형사판례연구 제23권, 한국형사판례연구회, 2015, 228-229쪽.

26) 이상돈, 형법강론 제2판, 박영사, 2017, 889-890쪽; 대법원 2020. 6. 18. 선고 2019도14340 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견.

27) 조기영, “배임죄의 제한해석과 경영판단의 원칙: 경영판단의 원칙 도입론 비판”, 형사법연구 제19권 제1호, 한국형사법학회, 2007, 107쪽.

정직성이나 이에 대한 형사법학계의 인식 등을 감안한다면 현 상황으로는 불가능한 일이므로 현행 형법상 배임죄 구성요건을 더욱 엄격하게 해석하여 배임죄의 처벌을 받지 않도록 배임죄를 극히 제한적으로 운영하여야 한다는 견해,²⁸⁾ 배임죄의 본질을 ‘배신설’이 아니라 타인의 사무처리자의 ‘사무처리의무위반’에서 찾고, 배임죄를 법문에 충실하게 위법범이 아닌 침해범으로 해석하여 배임죄의 포괄구성요건으로서의 문제 또는 확대 적용의 문제를 해소하자는 견해,²⁹⁾ 배임죄의 “그 임무에 위배하는 행위”를 “그 임무에 중대하게 위배하는 행위”로 축소 해석함으로써 모든 의무위반이 인정되면 바로 형사책임으로 이어지는 것을 구성요건 단계에서 방지하자는 견해,³⁰⁾ 배임죄의 구성요건을 전후로 나누어 앞부분인 “타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나” 부분을 이익횡령죄로 해석하고, 뒷부분인 “재산자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가하는” 부분을 이익횡손죄(배임죄)로 해석하자는 견해³¹⁾ 등은 배임죄 규정 존치론 내지 재해석론의 입장이다.³²⁾

3. 소결

현재 우리나라 배임죄 규정의 탄생 근원은 독일배임죄(독일형법 제266조)나 일본배임죄(일본형법 제247조)가 아니라 전체주의 내지 제국주의적 색채가 강한 1940년 일본개정 형법가안 제442조 제2항의 배임죄에서 찾아야 한다는 것이 지배적 견해이다.³³⁾ 일본배임죄는 그 주체가 타인을 위한 사무처리자이고, 재산가해범죄이며, 목적범의 형태로, 독일배임죄는 그 주체를 법률, 관청의 위임이나 법률행위를 통해 인정된 타인의 재산 처분자로 보다 명확하게 규정되어 있고, 권한남용과 신뢰관계 위반 모두를 규정하고 있으며, 재산가해범죄임에도 불구하고 이와 전혀 성격이 다르게 규정된 우리나라 배임

28) 최준선, 앞의 보고서, 6-10쪽.

29) 허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004, 140-143쪽, 151-152쪽.

30) 조국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계 -업무상 배임죄 배제론에 대한 응답-”, 형사법연구 제19권 제3호, 한국형사법학회, 2007, 172쪽.

31) 김용수, “배임죄 재해석의 필요성”, 형사법연구 제27권 제2호, 한국형사법학회, 2015, 141-142쪽.

32) 이밖에도 배임죄 재해석론을 전개하는 학자로는 김신, “배임죄에 대한 몇 가지 오해”, 비교형사법연구 제21권 제4호, 한국비교형사법학회, 2020, 347쪽 이하; 김종덕, “배임죄 주체의 해석상 몇 가지 문제”, 저스티스 제112호, 한국법학원, 2009, 6쪽 이하; 이정원, 앞의 논문, 123쪽 이하; 허일태, “배임죄 해석의 나아갈 방향”, 형사법연구 제27권 제1호, 한국형사법학회, 2015, 3쪽 이하 참조.

33) 대표적으로 신동운/허일태, 효당 엄상섭 형법논집, 서울대학교출판부, 2003, 65쪽.

죄 해석에 있어 일본이나 독일의 배임죄 해석론을 그대로 답습하여 적용하는 오류를 범하고 있다. 이에 현재 배임죄 규정의 불명확성과 확대 적용의 문제점을 독자적 해석론 차원에서 해결할 수 있다는 주장은 일응 타당하면서도 지금도 복잡한 해석론에 또 다른 해석론을 추가하는 데에 지나지 않는 것으로 문제의 본질을 해결할 수 없다고 본다. 나아가 배임죄 재해석론은 법원이 실제로 이러한 재해석론을 수용했을 때에만 실천적 의미가 있는데 법원의 재해석론의 정착에는 수십 년에 걸쳐 여러 배임죄 관련 판례가 축적되어야 한다는 점에서도 현실성이 적다고 본다.

그렇다고 우리나라에서 50년 이상 존속되어 온 배임죄를 일순간 폐지하기 위해서는 충분한 학문적·실무적 논의가 선행되어야 하므로 폐지론 역시 단시간 내에 가시적인 성과를 기대하기 어렵다. 배임죄가 이미 우리나라에서 상당히 정착되어 횡령죄나 사기죄를 대체하는 기능을 담당하고 있기 때문이다. 그리고 배임죄를 폐지한다고 하더라도 그 대신 횡령죄나 사기죄로 더 많이 처벌될 수 있어 범죄의 총량이 줄어들지 않을 것이다.³⁴⁾

따라서 이제 배임죄의 문제는 폐지론 내지 존치론(재해석론)이 아니라 현대 자본주의 시장경제질서에 부합하는 새로운 구성요건으로 재탄생할 수 있도록 형법상 배임죄에 대한 입법론적 개정안을 검토를 우선적으로 고려해야 한다고 본다.³⁵⁾

III. 형법상 배임죄 구성요건의 문제점과 개정방향 검토

1. 행위 주체로서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’

1.1 문제점

‘타인의 사무를 처리하는 자’라 함은 양자 간의 신임관계에 기초를 두고 타인의 재산

34) 최준선, 앞의 보고서, 153쪽.

35) 배임죄 개정 노력이 필요하다는 주장은 독일에서도 제기되고 있다. 즉 배임죄가 명확성의 원칙에 위배되는지 여부에 대한 독일 연방헌법재판소가 합헌이라는 결정(BVerfG, Beschluss vom 23. 6. 2010)을 내리자 페론(Walter Perron) 교수는 배임죄 개정을 위한 입법기관의 진지한 노력도 찾아볼 수 없음을 지적하면서 “실무가들은 배임죄라는 널찍한 침대에서 느긋하게 지내는 것으로 만족하고 있는 것은 아닌지, 학계나 변호인이나 감정인들은 그들에게 세간의 관심과 커다란 수입원을 제공하는 배임죄라는 거위를 착취는 할망정 죽이기를 원치 않는 것이 아닌지 하는 의심이 든다.”며 배임죄의 해석적 한계상황을 비판하였다(W. Perron, 안동준 옮김, “배임죄구성요건의 문제점과 전망”, 법학논총 제30집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2010, 40쪽).

관리에 관한 사무를 대행하거나 타인 재산의 보전행위에 협력하는 자의 경우 등을 의미한다.³⁶⁾ 반드시 제3자에 대한 대외관계에서 그 사무에 관한 권한이 존재할 것을 필요로 하지 않는다. 따라서 독립권한이 있는 자의 보조기관으로서 권한 있는 자의 지휘, 감독 하에 사무처리에 임하는 자도 이에 포함된다.³⁷⁾

이때 사무처리의 근거는 법령, 계약 또는 법률행위에 제한되지 않으며, 사회규범이나 사회적 관행이란 의미의 관습 또는 사무관리에 의하여 사무를 처리하는 자라도 신의성실의 원칙에 의하여 신임관계가 인정되면 이에 해당한다.

문제는 타인사무와 자기사무가 ‘타인의 사무를 처리하는 자’라는 법조문을 통해 명백하게 구별되지 아니하며, 독일형법상 배임죄와 같이 배임죄의 주체가 될 수 있는 사무처리의 근거를 “법률, 관청의 위임, 법률행위 (또는 신뢰관계)”로 명시적으로 제한하지 않음으로써 진정신분범임에도 불구하고 관습, 사무관리, 신의성실의 원칙에 의하여 신임관계가 인정될 수 있으며, 여기의 신임관계는 사실상 관계로 충분하기 때문에 법적 대리권의 소멸이나 직위로부터 해임된 경우에도 사실상 신임관계가 여전히 존재하는 한 배임죄의 주체가 될 수 있는 등 배임죄 주체를 확대 해석할 수 있는 여지를 남겨두고 있다. 이는 배임죄의 본질에 관해 통설³⁸⁾과 판례³⁹⁾의 태도인 이른바 배신설의 입장에 따른 것이다.⁴⁰⁾ 배신설에 대하여는 배임죄가 성립하는 신임관계의 범위가 무한정 확대될 위험이 있고, 이를 보완하기 위해 ‘타인의 사무를 처리하는 자’라는 구성요건을 제한적으로 해석한다면 신임관계를 저버리는 행위가 배임죄에서 제외되는 근거가 불분명하다는 문제가 남게 되며, 결국 어떠한 신임관계를 배신하는 것이 배임죄에 해당하는지 여부가 명확하지 않게 된다는 등의 비판이 있다.⁴¹⁾ 학계에서는 이러한 배신설의 문제점

36) 대법원 2004. 6. 17. 선고 2003도7645 전원합의체 판결; 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도763 판결 등.

37) 김일수/서보하, 새로쓴 형법각론 제9판, 박영사, 2018, 386-388쪽; 이재상/장영민/강동범, 형법각론 제12판, 박영사, 2021, 425-430쪽 등. 대법원 2007. 6. 1. 선고 2006도1813 판결; 대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도758 판결 등.

38) 김성돈, 형법각론 제8판, 성균관대학교출판부, 2022, 476쪽; 김일수/서보하, 앞의 책, 385쪽; 박상기, 형법각론 제8판, 박영사, 2011, 396쪽; 오영근, 형법각론 제7판, 박영사, 2022, 383쪽; 이정원, 형법각론, 신론사, 2012, 437쪽; 임웅, 형법각론 제11정판, 법문사, 2020, 530쪽; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 424쪽; 김혜정/박미숙/안경옥/원혜옥/이인영, 형법각론 제3판, 정독, 2023, 434-435쪽.

39) 대법원 1976. 5. 11. 선고 75도2245 판결; 대법원 1983. 2. 8. 선고 81도3137 판결 등.

40) 이와 달리 “우리 형법이 ‘타인의 신뢰를 배신하여’라고 규정하지 않고 ‘그 임무에 위배하여’라고 규정하고 있는 점이야말로 우리 배임죄가 배신설에 기초하지 않았다는 근거로 이해하는 것이 타당”하다는 견해로는 김신, 앞의 논문, 352쪽.

41) 대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결의 별개의견. 이 판결에 대한 긍정적인 평석으로는 홍승희, “대표권남용의 약속어음발행에 있어서 배임죄의 보호정도와 미수·기수성립범위”, 법조 제67권 제2

을 극복하기 위해 배임죄의 본질을 행위주체의 ‘사무처리의무위반’에서 찾아야 한다는 견해(이른바 ‘사무처리위반설’)가 제시되고 있다.⁴²⁾ 이 견해는 우리나라 형법에는 독일 형법의 배신구성요건과 같이 ‘신뢰관계’가 구성요건으로 규정되어 있지 않으므로 ‘임무에 위배하는 행위’는 단순한 임무처리상의 배임행위일 뿐이어서 ‘배신행위’라고 해석할 할 근거가 될 수 없다는 점을 주요한 논거로 한다. 하지만 배임죄의 본질을 배신행위에서 찾든, 아니면 사무처리의무위반에서 찾든 본인과 의 관계에서 형법적 보호의 필요성이 인정될 만한 신뢰관계가 있는지 혹은 사무처리의무인지 여부에 대해 구성요건해석론 차원에서 규범적 평가의 과정이 수반될 수밖에 없다. 이 때문에 실제 문제되는 사례에서 배임죄의 성립 여부가 법관의 직업적이고 객관적인 양심에 기초한 판단에 크게 좌우되어 대법원의 최종 판단까지 받아 봐야 유·무죄를 알 수 있는 모호성이 여전히 해소되지 아니한 채 남아 있다.⁴³⁾

1.2 입법론적 개정방향

그러나 법령, 계약 또는 법률행위에 제한을 두지 아니하고 ‘신의성실의 원칙에 의하여 신임관계’를 인정하고 그 위반에 대해서까지도 형사처벌을 한다는 것은 형법의 탈윤리화의 요청에 반하고, 그 의미의 추상성으로 인해 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반할 수 있다는 비판에서 자유로울 수 없다. 뿐만 아니라 형벌권 발동의 과잉우려가 있으므로 배임죄 주체의 근거가 되는 신임관계가 인정되기 위해서는 타인과의 대내적 관계에서 일정한 임무에 따라 재산적 사무를 처리할 ‘법적인 의무’가 있는 자로 제한하여야 한다. 보다 구체적으로 배임죄의 주체를 ‘법률이나 계약, 위임 등 법률행위로 인해 타인의 재산을 보호하거나 관리해야 하는 사람’으로 명시함으로써 배임죄의 성립범위를 구체적으로 한정하여야 한다.⁴⁴⁾ 이는 배임죄의 주체를 적극적인 재산관리의무자로 한정하는

호, 법조협회, 2018, 630쪽 이하 참조.

42) 대표적으로 김종구, “부동산이중매매의 형사책임에 관한 최근 대법원 판례의 고찰”, 일감부동산법학 제18호, 건국대학교 법학연구소, 2019, 77쪽; 김종덕, 앞의 논문, 10쪽 이하; 김혜정, 앞의 논문, 832쪽; 조지은, “중여 목적물에 대한 근저당권설정 행위와 배임죄”, 법조 제69권 제2호, 법조협회, 2020, 605쪽; 허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 141쪽.

43) 류부근, “횡령죄와 배임죄에 대한 최근 대법원 판결의 검토 -민사상 계약관계에 위배되는 처분행위를 중심으로-”, 형사법연구 제34권 제1호, 한국형사법학회, 2022, 49-50쪽.

44) 강동욱, “배임죄 법률규정과 해석상의 제문제 및 개선방안 - 토론편”, 오락가락 배임죄 적용, 이대로 괜찮은가, 정갑윤 국회의원실, 2015, 33쪽.

것으로, 신의칙에 의한 신임관계나 사실상의 신임관계가 있는 자에게까지 배임죄의 주체가 확장되는 문제를 근본적으로 해소할 수 있다.

최근 대법원도 “타인의 사무를 처리하는 자라고 하려면, 타인의 재산관리에 관한 사무의 전부 또는 일부를 타인을 위하여 대행하는 경우와 같이 당사자 관계의 전형적·본질적 내용이 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 그들 사이의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 데에 있어야 한다. 이익대립관계에 있는 통상의 계약관계에서 채무자의 성실한 급부이행에 의해 상대방이 계약상 권리의 만족 내지 채권의 실현이라는 이익을 얻게 되는 관계에 있다거나, 계약을 이행함에 있어 상대방을 보호하거나 배려할 부수적인 의무가 있다는 것만으로는 채무자를 타인의 사무를 처리하는 자라고 할 수 없고, 위임 등과 같이 계약의 전형적·본질적인 급부의 내용이 상대방의 재산상 사무를 일정한 권한을 가지고 맡아 처리하는 경우에 해당하여야 한다.”⁴⁵⁾(밑줄은 인용자 강조)라고 판시하여 사무처리의 근거를 “대행” 혹은 “위임” 등과 같이 계약의 전형적·본질적인 급부의 내용이 상대방의 재산적 이익을 보호·관리하는 것임을 요구하여 제한적으로 해석하고 있다.⁴⁶⁾

외국의 입법례를 보더라도 독일형법 제266조 제1항⁴⁷⁾과 오스트리아형법 제153조 제1항⁴⁸⁾은 법률, 관청의 위임이나 법률행위로, 스위스형법 제138조 제2항⁴⁹⁾은 관청에 의하

45) 대법원 2020. 8. 27. 선고 2019도14770 전원합의체 판결.

46) 최근 대법원은 채권양도인이 채권양도의 대항요건 미충족 상태에서 채무자로부터 채권을 추심하여 수령한 금전을 임의로 사용한 경우 횡령죄의 성립 여부와 관련하여 “채권양도인이 채무자에게 채권양도 통지를 하는 등으로 채권양도의 대항요건을 갖추어 주지 않은 채 채무자로부터 채권을 추심하여 금전을 수령한 경우, 특별한 사정이 없는 한 금전의 소유권은 채권양수인이 아니라 채권양도인에게 귀속하고 채권양도인이 채권양수인을 위하여 양도 채권의 보전에 관한 사무를 처리하는 신임관계가 존재한다고 볼 수 없다. 따라서 채권양도인이 위와 같이 양도한 채권을 추심하여 수령한 금전에 관하여 채권양수인을 위해 보관하는 자의 지위에 있다고 볼 수 없으므로, 채권양도인이 위 금전을 임의로 처분하더라도 횡령죄는 성립하지 않는다.”(대법원 2022. 6. 23. 선고 2017도3829 전원합의체 판결)라고 판시하였다. 이는 횡령죄의 보관자의 지위에 대한 판단에 있어 “채권양도인은 채권양수인과 사이에 채권양도계약 또는 채권양도의 원인이 된 계약에 따른 채권·채무관계에 있을 뿐이고, 채권양수인을 위하여 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 볼 수 없”음을 분명히 한 것으로 최근 배임죄의 입장과 같은 태도를 취하고 있는 것으로 판단된다. 즉 채권양도인이 채권양도 통지를 하기 전에 양도 채권 자체를 제3자에게 처분·환가하여 배임죄로 기소된 경우에는 무죄라고 하면서도, 양도 채권을 직접 추심하여 수령한 금전을 사용함으로써 횡령죄로 기소된 경우에는 유죄라고 할 상당한 근거를 찾을 수 없기 때문이다(대법원 2022. 6. 23. 선고 2017도3829 전원합의체 판결의 다수의견).

47) 독일형법 제266조 ① 법률, 관청의 위임이나 법률행위를 통해 인정된 타인의 재산을 처분하거나 타인에게 의무를 부과할 권한을 남용하거나 법률, 관청의 위임, 법률행위 또는 신용관계 등에 의하여 부과되는 타인의 재산상 이익을 침해할 의무 위반하고, 그로 인하여 재산상 이익을 보호하여야 할 자에게 손해를 가한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

여 위임된 직업, 영업 또는 상행위로 배임죄의 주체에 대한 범위가 한정될 수 있도록 구체적으로 명시하고 있다.

2. 행위로서 ‘임무위배행위’

2.1 문제점

배임죄의 행위는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위, 즉 배임행위를 하여 재산상의 이익을 취득하고 본인에게 손해를 가하는 것이다. 이때 배임행위란 “처리하는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법령의 규정, 계약의 내용 또는 신의칙상 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과의 신임관계를 저버리는 일체의 행위”⁵⁰⁾를 의미한다. 어떠한 행위가 이러한 임무위배행위에 해당하는지 여부는 “그 사무의 성질·내용, 사무집행자의 구체적인 역할과 지위, 행위 당시의 구체적 상황에 따라 그 행위가 신의성실의 원칙에 비추어 통상의 업무집행 범위를 이탈하였는가에 따라 판단하여야 한다.”⁵¹⁾라고 한다. 이러한 배임행위는 법률행위이든 사실행위이든, 권한남용이든 의무위반이든, 작위이든 부작위이든 모두 가능하다. 다만 처리할 사무가 투기적 성질을 가지는 소위 모험적 거래인 경우에는 통상의 거래관행을 벗어나지 않는 한 배임행위가 되지 않는다. 따라서 회사의 투기사업을 담당하는 자가 통상의 거래범위 내에서 투기행위를 하다가 다소 손해가 발생하였다고 하여서 곧바로 (업무상)배임죄가 인정되어서는 안 된다. 그리고 사무처리에 대하여 피해자의 동의·승낙이 있는 경우에도 배임행위가 인정될 수 없다.⁵²⁾

48) 오스트리아형법 제153조 ① 법률, 관청의 위임이나 법률행위를 통해 인정되었으며 타인의 재산을 처분하거나 의무를 부과하는 내용의 권한을 정을 알면서 남용하여 타인에게 재산상 손해를 가한 자는 6월 이하의 자유형 또는 360일수 이하의 벌금형에 처한다.

49) 스위스형법 제138조 ② 관청의 구성원, 공무원, 후견인, 보좌인, 직업적 재산관리인으로서 행위하거나 또는 관청에 의하여 위임된 직업, 영업 또는 상행위를 수행함에 있어서 본죄를 범한 자는 10년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다.

50) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2004도520 판결; 대법원 2008. 5. 29. 선고 2005도4640 판결; 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도565 판결; 대법원 2015. 1. 26. 선고 2014도17180 판결; 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016도3674 판결 등.

51) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009도13868 판결; 대법원 2021. 5. 27. 선고 2020도15529 판결 등.

52) 손동권/김재윤, 새로운 형법각론 제2판, 율곡출판사, 2022, 460-461쪽.

그러나 배임행위에 대한 이러한 폭넓은 해석은 단순한 계약상 의무위반행위(채무불이행)까지 배임죄의 성립을 긍정함으로써 배임죄의 성립 범위를 확대하는 것이고 법규정의 엄격한 해석보다는 사회적 처벌의 필요성이라는 형사정책적 판단을 우선시하여 형사처벌의 범위가 논해질 우려가 있다는 비판이 제기된다.⁵³⁾ 대법원의 반대의견도 다수의견의 판시는 “임무위배행위의 내용과 범위를 도저히 확정할 수 없는 불명확한 개념으로 전락시킴으로써 법원이 그 내용과 범위를 자의적으로 판단할 수 있다고 선언한 것으로 이해될 우려가 있다.”⁵⁴⁾라고 한다.

2.2 입법론적 개정방향

앞서 살펴본 바와 같이 배임행위는 재산의 보호나 관리를 위임한 피해자의 신뢰를 배반하는 행위인데, 그 구체적 임무위배행위의 내용과 판단기준은 전적으로 해석론에 맡겨져 있다.⁵⁵⁾ 이러한 임무위배행위의 해석론 가운데 “그 임무에 중대하게 위배하는 행위”로 축소 해석하여 제한적으로 적용하고 중대하지 않은 임무위배행위는 사적 제재를 활용하자는 견해가 있다. 이와 같은 해석은 일종의 입법적 해석에 해당하지만, (업무상)배임죄의 남용을 막는다는 형사정책적 필요성이 있고, 피고인에 유리한 축소 해석이므로 허용될 수 있다고 한다.⁵⁶⁾

그러나 중대한 임무위배행위로 축소 해석하자는 견해는 일응 타당해 보이지만 어느 정도가 되어야지 중대한 배임행위로 볼 것인지를 두고 해석론이 첨예하게 대립될 것으로 보인다. 또한 이미 특경법 제3조 제1항은 (업무상)배임죄의 이득액이 5억 원 이상인 경우를 가중처벌하고 있는데, 이는 임무위배 ‘행위’가 아닌 배임행위 ‘결과’로서 이득액을 기준으로 중대성을 평가한 것으로 볼 수 있다. 나아가 재산범죄인 중손괴죄(형법

53) 김혜정, 앞의 논문, 819쪽. 같은 취지로 김신, 앞의 논문, 358쪽.

54) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 판결의 대법관 김창석, 대법관 김신, 대법관 조희대, 대법관 권순일, 대법관 박정화의 반대의견.

55) 이에 대해서는 형식설과 실질설이 대립하고 있다. 형식설은 임무위배행위를 법령, 또는 행위자와 사무본인과 사이에 체결된 계약이나 사무본인의 명시된 의사에 반하는 행위로 관념하고 그 판단기준을 이러한 형식적인 기준으로 한정하고자 하는 견해이다(예컨대 안경옥, “주금납입가장행위에 대한 형사처벌”, 형사법연구 제24호, 한국형사법학회, 2005, 156-157쪽 등). 반면에 실질설은 형식설의 판단기준들을 부정하지는 않으면서도, 그보다는 본인의 재산보호라는 배임죄의 취지를 고려하여 행위가 본인의 재산보호에 끼치는 실질적 불이익이 있는가를 기준으로 임무위배행위 여부를 판단하고자 한다(김대휘/김신 편집대표, 주석 형법 [각칙6], 한국사법행정학회, 2017, 398쪽 등).

56) 조국, 앞의 논문, 172-173쪽.

제368조 제1항, 제2항)는 생명 또는 신체에 대한 위험발생과 상해 또는 사망에 이르게 한 경우 등 중한 결과발생을 요건으로 하여 가중처벌하고 있지 행위 자체의 중대성으로 요건으로 하여 기본구성요건의 성립 자체를 제한하는 규정을 찾을 수 없어 재산범죄의 전체 체계와도 맞지 아니한다. 마지막으로 “사소한 사기행위나 절도행위는 그대로 처벌 하면서 배임행위는 중대한 의무위반일 때에만 처벌하는 것은 불합리한 우대조치”⁵⁷⁾라는 비판에서도 자유로울 수 없다.

한편 배임행위를 타인의 사무를 처리하는 자가 ‘권한 없이 또는 권한을 부당하게 남용하여 임무를 위배한 경우’로 규정하여 배임행위의 내용을 구체화할 필요가 있다는 견해가 있다.⁵⁸⁾ 이는 독일형법상 권한남용을 요건으로 하는 권한남용적 구성요건 (Missbrauchstatbestand)⁵⁹⁾을 도입하자는 것으로 배임죄의 본질을 배신설이 아닌 권한남용설로 명문화하자는 취지로 보인다. 이와 정반대로 배임죄의 구성요건으로 ‘임무에 위배하여’로 규정한 것은 그 임무의 조건으로 ‘신임관계’를 요한다고 보는 것이 타당하므로, 독일형법의 배신적 구성요건(Treubruchstatbestand)과 같이 ‘신임관계(혹은 신뢰관계)’를 명문화하면 배임죄의 본질에 관한 불필요한 논쟁을 피할 수 있을 것이라는 견해가 있다.⁶⁰⁾ 이는 배임죄의 본질에 관한 기존의 다수설과 판례의 태도인 배신설을 명문화하자는 취지로 판단된다.

생각건대 앞서 언급한 권한남용설 또는 배신설의 취지를 명문화하자는 견해를 찬성하기 어렵다고 본다. 우선 권한남용설을 명문화하자는 견해는 배임죄의 제한적 적용의 장점이 있음에도 불구하고 법적 대리권이 없거나, 대리권한을 초월한 경우에 배임죄가 인정되지 않으며, 무효인 법률행위나 순수한 사실행위에 대해서도 가벌성이 인정되지

57) B. Schüneman, “Die „gravierende Pflichtverletzung“ bei der Untreue: dogmatischer Zauberhut oder taube Nuss?”, *NSZ* 2005, C.H.BECK, 2005, 473(475).

58) 강동욱, 앞의 토론문, 34-35쪽. 다만 강동욱 교수는 또 다른 논문에서 “우리 형법의 구성제도에 따른 독자적인 해석과 배임죄의 적용확대를 방지하기 위하여 사무처리위반설의 입장에서 배임죄의 구성요건을 구체화하는 것을 적극적으로 고려하여야 한다.”라고 하여 일관된 입장을 취하고 있지는 아니한 것으로 보인다(강동욱, 앞의 논문, 167쪽).

59) 독일형법상 배임죄의 권한남용적 구성요건은 법률, 관청의 위임 또는 법률행위로 인정된 ‘타인의 재산을 처분하는 권한’이나 ‘제3자에게 의무를 부과할 권한’을 남용하는 것이며, 배신적 구성요건은 법률, 관청의 위임, 법률행위 또는 신임관계 등에 의하여 부과된 ‘타인의 재산상 이익을 보존해야 할 의무’를 위반하는 것이다. 양자의 관계에 대해 독일의 통설은 특별법과 일반법의 관계에서 남용구성요건을 배신구성요건의 특수한 형태로 이해하고 있다고 한다(이정원, 앞의 논문, 131-132쪽).

60) 김현우, “배임죄의 행위주체의 해석상 문제와 개정방향”, *한양법학* 제34집, 한양법학회, 2011, 231-232쪽; 원혜옥, “배임죄의 개정방안 -배임죄의 본질에 대한 논쟁을 중심으로-”, *형사법연구* 제22호, 한국형사법학회, 2004, 816-817쪽.

않아 배임죄의 성립 범위가 지나치게 좁다는 문제점이 있다.⁶¹⁾ 다음으로 배신설을 명문화하자는 입장은 배임죄의 본질에 관한 불필요한 논쟁을 종결지을 수 있을지 몰라도 배임죄 확대 적용의 문제는 여전히 해결할 수 없다는 한계가 남는다. 따라서 앞서 제시한 바와 같이 종전 “타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위”에서 “법률이나 계약, 위임 등 법률행위로 인해 타인의 재산을 보호하거나 관리해야 하는 사람이 그 임무에 위배하는 행위”로 개정함으로써 사무처리의 근거를 법률이나 계약, 위임 등 법률행위로 한정하여 거래의 신의칙이나 사회윤리적 신임관계와 같이 사실상의 신임관계가 인정되는 경우를 제외하는 한편, 사무의 내용을 타인의 재산을 보호하거나 관리할 의무로 제한함으로써 국민들로 하여금 어떠한 임무위배행위가 형사법의 개입이 정당화될 정도의 배신적인 행위인지 보다 명확하게 인식할 수 있도록 함이 타당하다고 본다. 이러한 입장은 타인의 재산을 보호·관리할 법률상의 의무에 위배하여 타인에게 재산상의 손해를 가하는 데에 배임죄의 본질이 있다는 사무처리설을 근거로 한 것으로, 권한남용설보다는 배임죄의 성립범위가 넓으나 배신설보다는 그 범위가 좁다. 이러한 사무처리설에 대해 “배임죄를 법령상 또는 계약상의 재산관리의무위반에 제한해야 할 이유가 없다는 비판을 면할 수 없다.”⁶²⁾라는 문제점이 있음을 지적하지만, 이러한 비판은 종래 배임죄 규정을 바탕으로 한 것으로 제시한 개정안에 대해서는 동일한 비판이 적용될 수 없다고 본다.

마찬가지로 통일형법 개정시안에서도 통설과 판례를 따라 신뢰관계에 반하는 재산범죄임을 명확히 하기 위해 보다 구체적으로 “법률이나 계약, 위임 등 법률행위로 인해 다른 사람의 재산을 보호하거나 관리해야 하는 사람이 그 임무에 반하는 행위”를 배임죄의 구성요건으로 제안하고 있다.⁶³⁾

3. 결과로서 ‘재산상 이득 취득’과 ‘손해 발생’

3.1 문제점

행위자 본인이 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여야 한다.

61) 손동권/김재운, 앞의 책, 451쪽; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 424쪽.

62) 이재상/장영민/강동범, 위의 책, 423-424쪽 각주 2).

63) 박학모 외 11인, 통일시대의 형사정책과 형사사법통합 연구(III), 한국형사정책연구원, 2017, 494쪽.

또한 법문상 ‘본인에게 손해를 가한 때’라고 명시하고 있으나, 실제로는 본인에게 현실적으로 손해를 가한 경우뿐만 아니라 판례는 재산상 권리의 실행을 불가능하게 할 염려 있는 상태 또는 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 손해를 가한 때로 해석하여 침해범이 아닌 위험범으로 이해함으로써 혼란을 가중시키고 있다.⁶⁴⁾ 다만 판례는 ‘재산상 실해 발생의 위험’이란 “본인에게 손해가 발생할 막연한 위험이 있는 것만으로는 부족하고 경제적인 관점에서 보아 본인에게 손해가 발생한 것과 같은 정도로 구체적인 위험이 있는 경우를 의미한다. 따라서 재산상 실해 발생의 위험은 구체적·현실적인 위험이 야기된 정도에 이르러야 하고 단지 막연한 가능성이 있다는 정도로는 부족하다.”라고 판시하여 구체적·현실적인 위험으로 제한을 가하고 있다.⁶⁵⁾

이처럼 판례가 배임죄에 있어 위험범설을 따르면서도 제한 해석의 노력을 하고 있지만 구체적·현실적인 위험에 대한 판단기준이 명확하지 않기 때문에 재산상 손해 발생 여부가 일반인은 물론이고 노련한 법조실무가조차도 구체적 사례에서 법원이 어떻게 판단할지 예상하기 어렵다는 문제는 여전히 남는다. 물론 일부 견해는 임무에 위배한 처분행위가 무효이더라도 이로 인하여 본인(회사)가 채무를 부담할 가능성이 전혀 없어 재산상 손해의 추상적 위험도 없는 경우에는 무죄이나, 채무를 부담할 가능성이 있더라도 추상적 위험에 그쳤다면 미수, 그 위험이 구체적·현실적인 위험의 단계에 이르렀다면 기수가 성립한다고 하면서 구체적·현실적인 위험은 “배임행위에 의하여 야기된 위험상황이 피해자의 입장에서 더 이상 지배할 수 없고 재산상의 위험이 제3자에 의한 중간행위의 개입이 없이도 실해로 이어질 수 있는 상황인 경우 내지 그 위험이 궁극적인 손해로 전환되는가의 여부가 전적으로 행위자의 의사에 달려있는 경우”에 인정될 수 있다는 판단기준을 제시하고 있다.⁶⁶⁾ 하지만 이러한 판단기준을 따르더라도 여전히 실해 발생의 위험을 인정하면 배임죄 관련 개별 사례에서 경제적 관점에 따라 현대의 경제적 거래 관계가 복잡한 상황 속에서 어느 단계에 이르러야 추상적 위험조차도 인정되지 않거나 추상적 위험을 넘어 구체적 위험에 도달한 것인지가 피해자 혹은 제3자의 입장이나 민법 혹은 어음법 등의 법리(예컨대 해제권, 항변권 등)에 종속되어 판단되어야

64) 이러한 판례는 입장은 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도2873 판결부터 시작되었다.

65) 헌법재판소는 배임죄에서 ‘재산상 손해’가 명확성의 원칙에 반하는가에 관하여 대법원이 손해발생 위험의 인정기준을 “재산상 실해 발생의 위험, 즉 경제적 관점에서 재산상 손해가 발생한 것과 사실상 같다고 평가될 정도의 위험”으로 정함으로써 배임죄에서 “손해의 개념과 범위를 엄격하게 해석”하는 이상은 “손해라는 개념은 합리적으로 명확하게 파악될 수 있으므로 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 결정한 바 있다(헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2014헌바99 결정).

66) 원형식, “배임죄에서 ‘재산상 손해’의 개념”, 법학논총 제32권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2020, 428-432쪽.

하므로 여전히 배임죄의 미수와 기수 구별이 불확실한 잠정적 상태로 머물게 된다.

그리고 이러한 손해 발생의 위험에 대한 제한 해석에도 불구하고 판례가 따르고 있는 위험범설은 임무에 위배되는 어떠한 행위를 하고 그 결과 재산상 손해 발생의 위험이 초래된 경우에 그 즉시 배임죄의 기수에 이르게 되므로, 배임죄의 처벌 범위가 지나치게 확대되는 문제를 발생시킨다. 또한 배임죄를 구체적 위험범으로 보는 것은 형법 규정의 문언에 일치하지 않는 해석이다. 즉 형법 제355조 제2항은 사기죄와 달리 임무에 위배하는 행위으로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에 배임죄가 성립한다고 규정하고 있다. 여기서 ‘손해를 가한 때’란 그 문언상 ‘손해를 현실적으로 발생하게 한 때’를 의미한다. 그럼에도 불구하고 판례는 현재까지도 배임죄의 ‘손해를 가한 때’를 해석함에 있어 현실적인 손해 이외에 손해 발생의 위험을 초래한 경우까지도 포함된다고 하여 배임죄의 기수 성립 범위를 넓히고 있다. ‘손해 발생의 위험을 가한 때’는 ‘손해를 가한 때’와 그 의미와 인정 범위가 상이할 수밖에 없는데도 불구하고 이 둘을 동일한 의미로 해석하는 것은 문언의 가능한 해석 범위를 벗어난 것이다. 뿐만 아니라 이는 ‘손해를 가한 때’라는 객관적 구성요건의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 확장하여 해석하는 것으로서 죄형법정주의 원칙에 반한다. 그리고 손해 발생의 위험은 그 자체로서 독자적인 의미를 가지는 것이 아니라 형법이 배임죄의 구성요건으로 명시한 현실적인 손해 발생에 이르는 중간과정에 불과하다. 피고인이 임무에 위배하여 본인에게 손해를 가하는 일련의 과정 중 손해 발생의 위험 단계에서 이미 손해를 가한 것으로 파악하여야 할 법률상 근거는 찾아볼 수 없다.⁶⁷⁾

나아가 우리나라의 배임죄는 미수범 처벌에 대한 명시적 규정이 있기 때문에 배임죄 미수범 처벌에 대한 명시적 규정이 없는 독일형법(제266조)과 오스트리아형법(제153조)상 배임죄와 같이 위험범으로 볼 이유가 없다. 즉 독일형법과 오스트리아형법은 배임죄 미수범 처벌 규정이 없기 때문에 손해 발생의 위험을 야기시키면 곧바로 손해를 발생시킨 것처럼 해석할 필요가 있으나, 배임죄 미수범 처벌 규정이 있는 우리나라에서 독일형법이나 오스트리아형법과 같이 구체적 위험범으로 해석할 이유는 없다.⁶⁸⁾

일부 견해는 재산상 손해 발생의 위험이라는 관념이 필요한 이유를 부실대출 유형과 같이 “배임행위시를 기준으로 손해의 현실적인 발생까지 시간적 간격이 있으면서 배임

67) 대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결에서 대법관 박보영, 대법관 고영한, 대법관 김창석, 대법관 김신의 별개의견.

68) 이경렬, “퇴사시의 영업비밀 반출과 업무상배임죄의 성부”, 형사판례연구 26권, 한국형사판례연구회, 2018, 287쪽.

행위자의 손해 발생을 추가적 행위가 필요하지 않은 경우에 배임죄의 기수범이 성립할 수 있다는 결론을 정당화하기 위한 것”에서 찾고 있다.⁶⁹⁾ 하지만 배임행위시에 재산상 손해 발생의 위험만이 초래되고 상당한 시간적 간격이 지난 후에 현실적 손해가 발생된 경우에 배임죄를 침해범으로 보면 앞의 시점에서는 배임죄의 미수범이 인정될 뿐이다. 이는 마치 살인범 甲이 피해자 A를 향해 총을 쏘았고, A가 총탄에 맞아 생명이 위독할 정도로 치명상을 입고 혼수상태로 중환자실에서 치료를 받다가 6개월 후에 사망한 경우 총을 쏜 시점에서 생명에 대한 손해 발생의 위험(구체적·현실적 위험)이 초래되었다고 하여 甲에게 살인죄의 기수를 인정해야 한다는 주장과 다르다고 본다. 실제 검사로서는 甲에 대해 A가 사망하기 이전 단계에서는 살인죄 미수범으로 공소제기를 하고 제1심 혹은 항소심 재판 도중 A가 사망하였다면 그 시점에서 공소장을 살인죄로 변경하면 족하다. 마찬가지로 침해결과인 손해 발생을 하나의 독자적인 객관적 구성요건요소로 인정하고 있는 배임죄에 있어서도 재산상 손해 발생의 위험이 초래된 시점에서 검사는 배임죄 미수범으로 공소제기를 하고 제1심 혹은 항소심 재판 도중 본인(피해자)에게 현실적 손해가 발생하면 배임죄로 공소장을 변경하는 것이 해석론상으로 타당하고 피고인에게도 유리한다. 결국 재산상 손해 발생의 위험이라는 관념은 배임죄 미수범 인정을 위해서도 필요한 것으로 볼 수 있다는 반론이 가능하다.

마지막으로, 손해의 증명과 관련하여 형법상 배임죄를 위험범으로 이해하면 검사와 법원은 특정법상 특별배임죄에 있어 구성요건요소인 이득액을 엄격증명해야 하는 것과 달리 손해액과 이득액을 구체적으로 산정하지 않고 위험액수를 단지 추정하여 배임죄를 인정할 수 있다. 즉 손해 발생의 위험을 손해라고 해석해 온 법원의 관행은 검사로 하여금 손해액의 정확한 산정에 대해 엄격한 증명을 할 필요성을 없게 하는 편리함을 가져다주고, 이로 인해 죄형법정주의는 훼손된다.⁷⁰⁾

3.2 입법론적 개정방향

배임죄의 경우 형법은 본인에게 ‘손해 발생’을 명문으로 요구하는데 판례가 현실적인 손해가 발생하지 않았음에도 불구하고 손해 발생의 위험을 손해 발생의 요건에 포함시켜

69) 이진수, “대표권 남용에 의하여 약속어음을 발행한 사례에 대한 형사법적 고찰 -대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결에 대한 평석-”, 형사정책 제33권 제4호, 한국형사정책학회, 2022, 313쪽.

70) 이정민, “계열사 부당지원과 업무상 배임죄”, 2014 경영판례연구회 판례평석, 경영판례연구회, 2014, 39쪽; 허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 155쪽.

배임죄의 기수를 인정하여 처벌하는 것은 형법에서 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로 (in dubio pro reo)’라는 원칙에 어긋난다는 비판에서 자유로울 수 없다. 실해 발생의 위험은 그것이 아무리 구체적·현실적인 위험일지라도 여전히 위험에 그칠 뿐 실제로 손해가 발생될지 의심스러운 것이므로,⁷¹⁾ 의심스러울 때는 피고인의 이익으로 해석하여야 하다. 또한 ‘손해 발생’ 요건에 대해 ‘실해 발생의 위험’까지 포함하는 것으로 해석하는 것은 입법자가 예상하지 않은 행위를 처벌하는 것이 되어 죄형법정주의 원칙에도 반한다.⁷²⁾

따라서 형법상 배임죄의 경우는 다른 재산범죄의 경우와 달리 ‘본인에게 손해를 가’할 것을 명시하고 있음에도 불구하고 판례와 같이 구체적 위험범으로 해석하는 문제를 해결하기 위해서는 ‘본인에게 현실적인 손해를 가한 때’로 명기하여 침해범으로 해석되게 할 필요가 있다.⁷³⁾ 물론 배임죄의 일반적 속성상 예컨대 절취행위와 달리 임무위배행위로 인하여 즉시 재산상 현실적인 손해가 발생하는 경우는 많지 않다. 손해의 발생이라는 침해결과가 현실화되기까지는 여러 단계를 거쳐 상당한 시간이 소요되기 때문이다. 이에 배임행위를 했음에도 손해가 현실적으로 확정되지 않았다는 이유로 처벌하지 못하는 것이 부당하다는 비판이 제기될 수 있으나, 이러한 경우 여전히 배임죄의 미수범으로 처벌할 수 있다고 본다.⁷⁴⁾ 그리고 이러한 개정안은 대법원이 “배임죄의 성립을 인정하려면 재산상 손해의 발생이 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 하므로, 배임행위로 인한 재산상 손해의 발생 여부가 충분히 증명되지 않았음에도 가볍게 액수 미상의 손해가 발생하였다고 인정함으로써 배임죄의 성립을 인정하는 것은 허용될 수 없다.”⁷⁵⁾ (밑줄은 인용자 강조)라고 판시하여 재산상 손해의 발생 여부에 대해 엄격한 증명을 요구하는 취지에도 부합한다.

나아가 이러한 개정안은 형법상 배임죄와 업무상 배임죄를 전제로 하면서 단지 이득액을 기준으로 가중처벌하는 특정법 제3조의 배임죄가 추상적 위험범이거나 구체적 위험범이 아닌 침해범으로 보는 해석론과 통일성을 기할 수 있다. 왜냐하면 종전의 배임죄 해석론은 형법상 (업무상)배임죄를 구체적 위험범으로 보면서도 이를 전제로 하는 특정법상 배임죄는 침해범으로 해석하여 상호 모순을 보였기 때문이다.

같은 취지에서 제19대 국회에서 정갑윤의원 대표발의 형법 일부개정법률안(이하 ‘정

71) 조천수, “실질적 법치국가와 형법”, 형사법연구 제12호, 한국형사법학회, 1999, 231쪽.

72) 이정민, 앞의 논문, 37쪽.

73) 같은 취지로 강동욱, 앞의 토론문, 36쪽.

74) 같은 취지로 김신, 앞의 논문, 366-367쪽.

75) 대법원 2018. 2. 13. 선고 2017도17627 판결.

갑윤 대표발의안')에서 배임죄 규정에 대해 “그 임무에 위배하는 행위를 하여 본인에게 현실적 손해를 가한 때”로 제안한 바 있다.⁷⁶⁾

4. 주관적 구성요건으로 ‘고의’와 ‘불법이득의 의사’

4.1 문제점

배임죄가 성립하기 위한 주관적 구성요건으로 행위자는 타인의 사무를 처리하는 자로서 임무에 위배하는 행위를 하여 행위자 자신 또는 제3자가 재산상의 이익을 취득하고, 본인에게 손해를 가한다는 인식과 의사가 있어야 한다. 이때 인식의 정도는 고의의 일반론에 따라 미필적 인식으로 충분하다.⁷⁷⁾ 그런데 판례 중에는 배임죄의 주관적 구성요건인 고의와 관련하여 “배임행위의 결과 본인에게 재산상의 손해가 발생하거나 발생할 염려가 있다는 인식과 자기 또는 제3자가 재산상의 이득을 얻는다는 인식이 있으면 족하고 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사나 자기 또는 제3자에게 재산상의 이득을 얻게 하려는 목적은 요하지 아니한다.”⁷⁸⁾(밑줄은 인용자 강조)라고 판시하여 손해 발생(위험)의 ‘인식’만으로 족하다는 이론적으로 잘못된 것도 다수 있다. 그러나 고의는 의사적 요소를 본질로 요구하고 있으며, 특히 불법이득의사는 고의를 초과하는 주관적 구성요건요소이다. 이때 불법이득의사는 손해 발생의 ‘위험’에 대한 의사가 아니라 현실적 손해(이를 통한 현실적 이득의 취득)에 대한 의사로서 해석되어야 한다.⁷⁹⁾

그리고 배임죄도 재산범죄이기 때문에 고의 이외에 이를 초과하는 불법이득의사가 행위자에게 있어야 성립한다. 이때 불법이득의사란 “본인의 재산권을 배제하고(소극적 요건), 행위자 자신 또는 제3자의 재산상의 이익을 꾀할 목적으로(적극적 요건) 임무위배 행위를 하는 의사를 말한다.”⁸⁰⁾ 이에 본인의 이익을 위하여 사무를 처리한 때에는 불법이득의사를 인정할 수 없어서 배임죄가 성립하지 않는다. 그로부터 간접적·우회적으로 행위자 자신 또는 제3자의 이익에 귀속되는 부분이 있다고 하더라도 이 점은 마찬가지이다. 그리고 고의에 포함되는 이득취득의 인식과 의사에 비하여 이를 초과하는 불법이득

76) 정갑윤의원 대표발의안(의안번호: 16632, 발의연월일: 2015. 8. 28.)

77) 대법원 2004. 7. 9. 선고 2004도810 판결.

78) 대법원 1982. 2. 23. 선고 81도3146 판결; 대법원 2000. 5. 26. 선고 99도2781 판결 등.

79) 손동권, 앞의 논문, 3쪽.

80) 대법원 2021. 10. 14. 선고 2016도2982 판결.

의사는 이익취득의 불법성에 대한 인식과 소유자 지위 배제의 지속성에 대한 의사가 있어야 한다.

4.2 입법론적 개정방향

배임죄의 과잉범죄화를 막기 위해서 우선 배임죄의 주관적 구성요건인 배임고의를 배제하거나 불법이득의사의 성립을 부정하는 방식이 있을 수 있다. 하지만 실제로 배임죄 성립 여부가 문제되는 사안에서 피고인이나 피고인의 변호인측에서 재판부에 내심의 의사인 주관적 구성요건을 부정할 수 있는 여러 간접사실들과 관련된 증거자료를 제출하여 배임 혐의를 벗어나려는 예는 많지 않다. 왜냐하면 “업무상 배임죄가 성립하려면 주관적 요건으로서 임무위배의 인식과 그로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하고 본인에게 손해를 가한다는 인식, 즉 배임의 고의가 있어야 하고, 이러한 인식은 미필적 인식으로도 족한바, 이익을 취득하는 제3자가 같은 계열회사이고, 계열그룹 전체의 회생을 위한다는 목적에서 이루어진 행위로서 그 행위의 결과가 일부 본인을 위한 측면이 있다 하더라도 본인의 이익을 위한다는 의사는 부수적일 뿐이고 이득 또는 가해의 의사가 주된 것임이 판명되면 배임죄의 고의를 부정할 수 없다.”⁸¹⁾(밑줄은 인용자 강조)라고 판시한 판례가 있어 이를 관철가능성이 낮은 방법으로 생각하기 때문이다.⁸²⁾

다음으로 배임의 고의와 관련하여 상법상 논의되고 있는 경영판단원칙(business judgement rule)⁸³⁾을 적극 수용하여 배임죄 성립의 제한 원리로 인정하자는 견해가 있다. 이 견해에 따르면 “의도적인 배임행위에 대해서만 배임죄가 성립될 뿐이며, 피고인이 경영판단원칙을 주장하며 배임의 고의를 부인하면 검사에게 판사로 하여금 합리적 의심이 없을 정도의 확신을 갖도록 할 입증책임이 부여되게 함으로써 회사에 대한 배임죄의 성부에 있어서 경영진에게 과중한 형사책임을 부담지우는 것을 막는 제한 원리로 작동되게 할 필요가 있다.”라고 한다.⁸⁴⁾ 경영판단의 특성에 비추어 최종적인 결과로서 재산상

81) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2004도520 판결.

82) 홍영기, “배임에서 결과 평가의 엄격성 -손해 및 위험에 대한 독일 해석론과 대조하여-”, 형사법연구 제31권 제1호, 한국형사법학회, 2019, 139쪽.

83) 19세기 미국 판례법을 통하여 확립된 경영판단원칙(business judgement rule)이란 “이사가 권한 내의 경영판단 대상에 관하여 적절하다고 합리적으로 믿을 정도로 충분한 정보를 바탕으로 자신 또는 제3자와의 이해관계 없이, 그리고 충실하게 회사에 최선의 이익이라고 생각되는 방법으로 판단하고 수행한 행위는 결과적으로 회사에 경제적 손해를 입히더라도 불법행위, 사기, 이익충돌이 없는 한 법원은 그 이사의 경영판단과 행위에 간섭하지 않는다.”라는 것을 의미한다(조국, 앞의 논문, 167쪽; 조기영, 앞의 논문, 91쪽).

의 손해가 발생하더라도 그 손해가 고위경영진의 배임고의에 기한 것이 아니라 제반 경영사정을 참작할 때 행위 당시로서는 합리적이고 최선의 의사결정이었으나 여타의 추가적 사정에 의해 발생한 것이라면 그 고위경영진에게 배임죄를 적용하여 형사책임을 물어서는 안 된다는 항변으로서 경영판단원칙을 이해하는 견해⁸⁵⁾도 같은 입장이라고 본다. 대법원은 “기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 개인적인 이익을 취할 의도 없이 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익을 위한다는 생각으로 신중하게 결정을 내렸더라도 예측이 빗나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있으므로, 이러한 경우에까지 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상 배임죄의 형사책임을 물을 수 없다. 여기서 경영상의 판단을 이유로 배임죄의 고의를 인정할 수 있는지는 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 인식하의 의도적 행위임이 인정되는 경우인지에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.”⁸⁶⁾ (밑줄은 인용자 강조)라고 판시하여 경영판단을 배임죄의 고의유무를 판단함에 고려할 수 있고 그 구체적 판단기준을 나뉘어 제시하고 있다.⁸⁷⁾

생각건대 주관적 구성요건 단계에서 배임죄 성립의 제한원리로 경영판단원칙을 수용하지는 견해에 대해서는 다음과 같은 이유에서 지지할 수 없다. 첫째, 경영판단원칙은 미국 판례상 이사 등의 형사책임을 아닌 민사상 과실책임을 면책 여부를 판단하기 위해 고안된 법리로, 이를 수용하여 형사상 고의범인 배임죄의 고의유무를 판단하려는 것은 법체계상 타당하지 않다.⁸⁸⁾ 둘째, 이사 등의 경영판단이 명목상 회사의 이익추구를 내세우면서도 실제로 자신이나 대주주의 이익을 위해 이루어지거나 관련 법규나 회사 내부규정과 절차를 위반하여 행하여진 경우에 이미 민법이나 상법상 이사의 주의의무위반 혹은 충실의무위반이 되고, 적어도 배임의 미필적 고의를 인정할 수 있어 경영판단원칙

84) 이경렬, “경영판단의 과오와 업무상배임죄의 성부”, 법조 제603호, 법조협회, 2006, 156쪽; 이규훈, “업무상 배임죄와 경영판단”, 형사판례연구 제13권, 한국형사판례연구회, 2005, 339쪽.

85) 법률신문, 최승재, “경영판단의 항변과 기업경영진의 배임죄의 성부”, 2004. 10. 21, <<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=104727>>, 검색일: 2023. 3. 23.

86) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015도12633 판결.

87) 판례가 배임죄의 고의유무를 판단함에 있어 ‘경영상의 판단’이라는 용어를 자주 사용하지만 ‘경영판단원칙’이라는 용어는 사용하지 않고 있다는 지적으로는 최준선, “경영판단에 대한 배임죄 규정의 적용제한”, 기업법연구 제31권 제1호, 한국기업법학회, 2017, 397쪽.

88) 강동욱, “경영판단원칙과 배임죄”, 선진상사법률연구 제62조, 법무부, 2013, 64쪽.

과 무관하게 임무위배행위로서 업무상 배임죄가 성립할 수 있다.⁸⁹⁾ 셋째, 경영판단원칙을 배임죄 고의유무 판단기준으로 수용하지는 견해는 경영판단원칙의 내용을 본질적으로 잘못 이해하거나 오도하기 위한 것이 아닌가 한다. 왜냐하면 비록 실패한 경영행위라 할지라도 경영판단원칙이 적용되기 위한 요건, 즉 이사가 경영판단의 대상과 이해관계를 가지지 않고 독립적인 입장에서 적정하고 성실한 주의의무를 다하여 선의로 경영상 결정을 하였으며(적극적 요건), 이때 재량권 남용이 없고 이러한 결정이 횡령, 사기, 조세포탈, 정치자금법위반 등과 같은 불법행위 또는 회사자산의 낭비에 해당하지 않는 경우(소극적 요건)에는 이미 합리적인 경영판단의 재량 범위 내에서 행하여진 것으로 임무위배행위에 해당하지 않을뿐더러 배임의 고의도 부정되어 배임죄가 처음부터 적용될 여지가 없기 때문이다.⁹⁰⁾ 대법원도 배임의 고의유무를 판단함에 있어 경영판단원칙을 고려하고 있는 것처럼 보이지만 ‘경영판단원칙’이 아닌 ‘경영상 판단’이라는 용어를 사용하면서 “단순히 그것이 경영상의 판단이라는 이유만으로 배임죄의 죄책을 면할 수는 없다.”⁹¹⁾라고 판시하면서 이를 배임죄의 고의유무 판단을 위한 하나의 기준으로 인용하는데 그치는 것도 이러한 이유에서라고 보인다.

마지막으로 배임죄의 성립여부를 제한하기 위하여 배임죄 규정을 일본형법 제247조⁹²⁾의 배임죄와 같이 목적범으로 구성할 필요가 있다는 견해가 제시되고 있다.⁹³⁾ 일본형법에서는 고의 외에 법문에서 ‘자기 또는 제3자의 이익을 도모하거나(図利목적) 본인에게 손해를 가할 목적으로(加害목적)’라고 규정함으로써 図利・加害 목적을 배임죄의 초과주관적 구성요건으로 명시하고 있음을 입법례로 제시하면서 우리나라에서도 모험투자 등을 내용으로 하는 경영판단행위에 대한 배임죄 적용의 무한정한 확대를 막기 위해 고의 외에 초과주관적 구성요건으로 ‘회사에 손해를 가할 목적이나 자기 또는 제3

89) 강동욱, 위의 논문, 64쪽.

90) 조기영, 앞의 논문, 97쪽.

91) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결; 대법원 2009. 7. 23. 선고 2007도541 판결; 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015도12633 판결 등.

92) 일본형법 제247조 타인을 위하여 그 사무를 처리하는 자가 자기 또는 제3자의 이익을 도모하거나 본인에게 손해를 가할 목적으로 그 임무에 위배되는 행위를 하여 본인에게 재산상의 손해를 가한 때에는 5년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다.

93) 강동욱, “경영판단원칙과 배임죄”, 2013, 70쪽; 최준선, “경영 판단의 원칙과 배임죄에 대한 고찰”, 상장협연구 제69호, 상장회사협의회, 2014, 172쪽. 손동권 교수는 판례가 손해발생에 대한 인식 또는 의사는 요건이 아니라고 잘못된 태도를 유지한다면 입법자가 목적범으로 규율하여 통제할 필요성이 있다는 입장이다(손동권, “배임죄 법률규정과 해석상의 제문제 및 개선방안 - 토론문”, 오락가락 배임죄 적용, 이대로 괜찮은가, 정갑윤 국회의원실, 2015, 27쪽).

자에게 이익을 도모할 목적' 등을 법문에 명확히 규정할 필요가 있다고 한다.⁹⁴⁾ 실제로 정갑윤 대표발의안은 이러한 견해를 수용하여 배임죄에 대해 '자기 혹은 제3자의 이익을 도모하거나 또는 본인에게 손해를 가할 명백한 목적으로 그 임무에 위배하는 행위를 한 때'로 목적범으로 개정안을 제시한 바 있다(안 제355조 제2항).

생각건대 배임죄의 초과주관적 구성요건으로 목적을 신설하여 목적범으로 전화하자는 견해에 대해서는 다음과 같은 이유에서 동의하기 어렵다. 즉 배임죄의 경우에만 목적범으로 전환할 경우 다른 재산범죄와 달리 고의와 초과주관적 구성요건으로 불법영득의사 이외에 추가로 목적을 별도로 요구하는 것은 체계상 불균형을 초래할 우려가 있다는 점, 일본의 판례도 '가해목적'을 '결과에 대한 미필적 인식 및 이에 대한 인용이나 의욕'으로 족하다고 하고 있고, 우리나라 판례도 목적범인 무고죄에서 "형사처분을 받게 할 목적은 허위신고를 하면서 다른 사람이 그로 인하여 형사처분을 받게 될 것이라는 인식이 있으면 충분하고 그 결과의 발생을 희망할 필요까지는 없다."⁹⁵⁾라고 판시하고 있어 목적범으로 전환하더라도 배임죄의 축소 적용에 크게 기여할 수 없다는 점,⁹⁶⁾ 배임죄의 불법이득의사를 고의를 초과하는(현실적 손해 발생까지 이르는 의사) 주관적 구성요건 요소로 보고 있으므로 결과적으로 다수설⁹⁷⁾과 판례⁹⁸⁾는 이미 배임죄를 목적범과 같이 해석·운용하고 있어 배임죄를 일본형법과 같이 목적범으로 개정하더라도 크게 달라지지 않을 것이라는 점⁹⁹⁾ 등을 고려할 때 설득력 있는 제안으로 보기 어렵기 때문이다. 그렇다면 배임죄에 대해서만 다른 재산범죄와 체계를 무시하면서까지 배임죄 적용을 축소하자는 목적 달성을 위해 목적범으로 전환하기 보다는 앞서 언급한 바와 같이 현실적인 손해 발생을 명시하여 배임죄 적용을 축소하는 것으로 충분하다고 본다.

94) 강동욱, "경영판단원칙과 배임죄", 2013, 70쪽.

95) 대법원 2022. 6. 30. 선고 2022도3413 판결.

96) 윤원기, "배임죄 법률규정과 해석상의 제문제 및 개선방안 - 토론편", 오락가락 배임죄 적용, 이대로 괜찮은가, 정갑윤 국회의원실, 2015, 55-56쪽.

97) 대표적으로 손동권/김재윤, 앞의 책, 466쪽. 이와 달리 불법이득의사는 초과주관적 구성요건요소가 아니라 고의의 내용일 뿐이라는 견해는 김성돈, 앞의 책, 495쪽; 정성근/박광민, 형법각론 전정판, 성균관대학교출판부, 2013, 476쪽.

98) 대표적으로 대법원 2008. 1. 17. 선고 2007도6987 판결 등.

99) 최준선, 앞의 보고서, 155-156쪽.

IV. 맺는 말

독일의 저명한 형법학자였던 헬무트 마이어(Hellmuth Mayer)는 1954년 한 논문에서 “배임에 대한 전형적 선례가 있지 않으면 어떤 법원도 소추기관도 이 사례가 제266조(배임죄)에 해당하는지 알지 못한다(*Sofern nicht einer der klassischen Fälle der Untreue vorliegt, weiß kein Gericht und keine Anklagebehörde, ob § 266 vorliegt oder nicht.*)”¹⁰⁰⁾라면서 배임죄 규정의 모호성을 지적했다. 이러한 문제점은 69년이 지난 현재 우리나라 형법상 배임죄 규정에도 그대로 나타나고 있다. 최근 대법원은 동산 이중매매,¹⁰¹⁾ 부동산 이중저당¹⁰²⁾ 등 종래 배임죄를 적용하던 전형적 선례들에 대해 잇따라 무죄를 선고함으로써 이러한 선례조차 소추기관인 검찰, 법원 그리고 학계에서 배임죄 적용과 그 해석을 둘러싸고 찬반논쟁이 가열되고 있다. 이러한 논쟁은 크게 민사의 형사화를 막기 위해 배임죄를 폐지하자는 폐지론과 배임죄 구성요건의 엄격한 재해석을 통해 극히 제한적으로 운용하자는 존치론(재해석론)으로 대별할 수 있다. 그러나 폐지론은 50년 이상 유지한 배임죄를 일순간 폐지할 경우 처벌의 공백과 횡령죄와의 불균형이 발생하며, 재해석론은 현재에도 백가쟁명식으로 제안되는 복잡한 해석론에 또 다른 해석론을 추가하는 것으로 문제의 본질을 해결할 수 없다. 따라서 이제는 배임죄 폐지론 내지 존치론(재해석론)이 아니라 형사불법이 인정되는 최소한의 범위 내에서 배임죄를 적용함으로써 자본주의 시장경제 질서를 유지할 수 있는 최후수단으로 작동할 수 있는 새로운 배임죄 구성요건으로 재탄생할 수 있도록 배임죄에 대한 입법론적 개정안의 제시가 필요하다고 본다.

본 논문에서는 이러한 형법상 배임죄 개정안으로 “법물이나 계약, 위임 등 법률행위로 인해 타인의 재산을 보호하거나 관리해야 하는 사람이 그 임무에 위배하는 행위”로 개정함으로써 사무처리의 근거를 명확히 하여 배임죄의 주체를 제한하고 어떠한 임무위배행위가 형사범의 개입이 정당화될 정도의 배신행위인지 보다 명확하게 인식할 수 있도록 하였다. 또한 종래 판례가 배임죄를 구체적 위험범으로 해석하여 기수범의 범위를 확장하던 문제를 해결하기 위해 “본인에게 현실적인 손해를 가한 때”를 명시함으로써 침해범으로 해석되게 하였다. 나아가 일부 견해는 배임죄를 목적범으로 전환하자는 견

100) H. Mayer, “Die Untreue”, in: *Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Materialien zur Strafrechtsreform*, Bd. 1: Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, 333 (337).

101) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결.

102) 대법원 2020. 6. 18. 선고 2019도14340 전원합의체 판결.

해가 있으나, 이는 다른 재산범죄와 체계상 불균형을 초래할 우려가 있으며 현재 다수설과 판례가 이미 배임죄를 목적범과 같이 해석·운용하고 있어 배임죄를 일본형법과 같이 목적범으로 개정하더라도 크게 달라지지 않을 것이므로 지지하기 어렵다.

지금까지의 논의를 바탕으로, 형법상 배임죄 규정의 입법론적 개정안을 구체적으로 제시하면 다음과 같다.

현행	개정안
형법 제355조(횡령, 배임) ② 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에도 전항의 형과 같다.	형법 제355조(횡령, 배임) ② <u>법물이나 계약, 위임 등 법률행위로 인해 타인의 재산을 보호하거나 관리해야 하는 사람이 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 현실적인 손해를 가한 때에도 전항의 형과 같다.</u>

이러한 배임죄 개정안은 법률행위로 인해 타인의 재산을 보호·관리하는 사람이 배신행위로 인한 불법이득취득과 그에 따라 본인에게 현실적 손해를 가한 것이 명백하여 형사불법에 해당하는 사안에서는 여전히 형사처벌을 긍정함으로써 배임죄 폐지에 따른 처벌의 공백과 횡령죄와의 불균형의 문제를 해결할 수 있다. 또한 제한한 개정안은 사무처리의 근거를 명확히 하고 현실적 손해 발생을 요구함으로써 그 동안 배임죄 규정이 헌법상 명확성원칙과 충돌한다는 우려도 해소할 수 있다고 본다. 다만 종전 배임죄로 형사처벌이 가능했던 부분이 무죄로 되어 발생하는 처벌의 공백은 민사상 불법행위로 인한 손해배상 청구권(민법 제750조), 이사에 대한 유지청구권(상법 제402조), 주주 대표소송제(상법 제403조) 또는 회사 재산에 대한 규제제도,¹⁰³⁾ 에스크로 제도(ESCROW, 결제대금예치제도)나 공증인제도 도입, 중도금 해제조항의 도입,¹⁰⁴⁾ 당사자 간 계약을 통한 자율적 규제, 동산담보권 제도의 활성화¹⁰⁵⁾ 등을 통해 보완함으로써 민사의 형사화 문제를 일정 부분 해소할 수 있다고 본다. 향후 배임죄의 해석론에 대한 논의도 중요하지만 개정론에 대한 논의가 보다 활발히 진행되고 입법부의 전향적인 태도 변화가 있길 기대한다.

103) 예컨대 기업 경영진의 금융자료 공개, 상법 제399조의 이사의 손해배상 책임제도 및 상법 제625조의 특별배임죄의 활용을 주장하는 견해로는 이상현, “LBO에 대한 정당한 규제-대법원 2004도7027 판결 비판적 검토”, 규제연구 제18권 제1호, 한국경제연구원, 2009, 130-134쪽 참조.

104) 이상윤, “부동산 이중매매에 있어서 배임죄의 성립 여부에 관한 고찰”, 서울법학 제30권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2022, 180쪽 각주 81) 참조.

105) 오은채/이정주, “채무자의 동산 양도담보 목적물 처분행위의 형사법적 규율에 관한 소고 -대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 전원합의체 판결을 중심으로-”, 법학평론 제11권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2021, 497-498쪽 참조.

참고문헌

1. 단행본

- 김대휘/김신 편집대표, 주석 형법 [각칙6], 한국사법행정학회, 2017.
- 김성돈, 형법각론 제8판, 성균관대학교출판부, 2022.
- 김일수/서보학, 새로쓴 형법각론 제9판, 박영사, 2018.
- 김혜정/박미숙/안경옥/원혜옥/이인영, 형법각론 제3판, 정독, 2023.
- 박상기, 형법각론 제8판, 박영사, 2011.
- 박학모 외 11인, 통일시대의 형사정책과 형사사법통합 연구(III), 한국형사정책연구원, 2017.
- 손동권/김재운, 새로운 형법각론 제2판, 을곡출판사, 2022.
- 신동운/허일태, 효당 엄상섭 형법논집, 서울대학교출판부, 2003.
- 오영근, 형법각론 제7판, 박영사, 2022.
- 이상돈, 형법강론 제2판, 박영사, 2017.
- 이재상/장영민/강동범, 형법각론 제12판, 박영사, 2021.
- 이정원, 형법각론, 신론사, 2012.
- 이주원, 특별형법 제8판, 홍문사, 2022.
- 임 우, 형법각론 제11정판, 법문사, 2020.
- 정성근/박광민, 형법각론 전정판, 성균관대학교출판부, 2013.

2. 학술지

- 강동욱, “형사상 배임죄의 입법례와 주체에 관한 고찰”, 법학논총 제37권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2013, 151-179쪽.
- _____, “경영판단원칙과 배임죄”, 선진상사법률연구 제62호, 법무부, 2013, 57-79쪽.
- 김 신, “배임죄에 대한 몇 가지 오해”, 비교형사법연구 제21권 제4호, 한국비교형사법학회, 2020, 347-372쪽.
- 김용수, “배임죄 재해석의 필요성”, 형사법연구 제27권 제2호, 한국형사법학회, 2015, 125-147쪽.
- 김재운, “차입매수(LBO)에 대한 형사책임”, 법학연구 제53집, 한국법학회, 2014, 195-216쪽.
- 김종구, “부동산이중매매의 형사책임에 관한 최근 대법원 판례의 고찰”, 일감부동산법학

- 제18호, 건국대학교 법학연구소, 2019, 67-104쪽.
- 김종덕, “배임죄 주체의 해석상 몇 가지 문제”, 저스티스 제112호, 한국법학원, 2009, 6-36쪽.
- 김현우, “배임죄의 행위주체의 해석상 문제와 개정방향”, 한양법학 제34집, 한양법학회, 2011, 213-237쪽.
- 김혜정, “부동산 이중매매에서 배임죄의 성립여부에 대한 판단 -대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결-”, 법조 제67권 제6호, 법조협회, 2018, 809-850쪽.
- 류부곤, “횡령죄와 배임죄에 대한 최근 대법원 판결의 검토 -민사상 계약관계에 위배되는 처분행위를 중심으로-”, 형사법연구 제34권 제1호, 한국형사법학회, 2022, 29-61쪽.
- 류전철, “배임죄에서 재산상의 손해발생의 위험”, 법학논총 제30집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2010, 107-130쪽.
- 안정빈, “배임죄 처벌과 관련한 형법이론적 논의 -부동산 이중매매 쟁점을 중심으로-”, 법학논총 제38집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2021, 143-172쪽.
- 원형식, “배임죄에서 ‘재산상 손해’의 개념”, 법학논총 제32권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2020, 405-445쪽.
- 원혜옥, “배임죄의 개정방안 -배임죄의 본질에 대한 논쟁을 중심으로-”, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004, 808-817쪽.
- 오은채/이정주, “채무자의 동산 양도담보 목적물 처분행위의 형사법적 규율에 관한 소고 -대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 전원합의체 판결을 중심으로-”, 법학평론 제11권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2021, 465-506쪽.
- 이경렬, “경영판단의 과오와 업무상배임죄의 성부”, 법조 제603호, 법조협회, 2006, 122-159쪽.
- _____, “퇴사시의 영업비밀 반출과 업무상배임죄의 성부”, 형사판례연구 26권, 한국형사판례연구회, 2018, 253-297쪽.
- 이규훈, “업무상 배임죄와 경영판단”, 형사판례연구 제13권, 한국형사판례연구회, 2005, 304-353쪽.
- 이상현, “LBO에 대한 정당한 규제-대법원 2004도7027 판결 비판적 검토-”, 규제연구 제18권 제1호, 한국경제연구원, 2009, 107-141쪽.
- 이용식, “대물변제예약 부동산의 이중매매와 배임죄의 형사불법적 구조”, 형사판례연구

- 제23권, 한국형사판례연구회, 2015, 223-259쪽.
- 이정민, “계열사 부당지원과 업무상 배임죄”, 2014 경영판례연구회 판례평석집, 경영판례연구회, 2014, 9-54쪽.
- 이정원, “배임죄의 구조와 문제점”, 법학연구 제34집, 전북대학교 법학연구소, 2011, 123-144쪽.
- 이종상 “이사의 책임과 배임죄에 대한 비판적 고찰”, BFL 제19호, 서울대학교 금융법센터, 2006, 44-64쪽.
- 이진수, “대표권 남용에 의하여 약속어음을 발행한 사례에 대한 형사법적 고찰 -대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결에 대한 평석-”, 형사정책 제33권 제4호, 한국형사정책학회, 2022, 293-325쪽.
- 조 국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계 -업무상 배임죄 배제론에 대한 응답-”, 형사법연구 제19권 제3호, 한국형사법학회, 2007, 163-194쪽.
- 조기영, “배임죄의 제한해석과 경영판단의 원칙: 경영판단의 원칙 도입론 비판”, 형사법연구 제19권 제1호, 한국형사법학회, 2007, 87-108쪽.
- 조지은, “증여 목적물에 대한 근저당권설정 행위와 배임죄”, 법조 제69권 제2호, 법조협회, 2020, 598-626쪽.
- 조천수, “실질적 법치국가와 형법”, 형사법연구 제12호, 한국형사법학회, 1999, 215-234쪽.
- 천종철, “배임죄에 있어서의 임무위배행위”, 연세법학연구 제3집 제1호, 연세법학회, 1995, 721-748쪽.
- 최준선, “경영 판단의 원칙과 배임죄에 대한 고찰”, 상장협연구 제69호, 한국상장회사협의회, 2014, 154-176쪽.
- _____, “경영판단에 대한 배임죄 규정의 적용제한”, 기업법연구 제31권 제1호, 한국기업법학회, 2017, 367-413쪽.
- 한상훈, “부동산의 이중매매와 배임죄의 성립에 관한 검토”, 저스티스 제192호, 한국법학원, 2022, 198-241쪽.
- 허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004, 137-158쪽.
- _____, “배임죄 해석의 나아갈 방향”, 형사법연구 제27권 제1호, 한국형사법학회, 2015, 3-36쪽.
- 홍승희, “대표권남용의 약속어음발행에 있어서 배임죄의 보호정도와 미수·기수성립범

- 위”, 법조 제67권 제2호, 법조협회, 2018, 630-666쪽.
- 홍영기, “배임에서 결과 평가의 엄격성 -손해 및 위험에 대한 독일 해석론과 대조하여-”, 형사법연구 제31권 제1호, 한국형사법학회, 2019, 133-168쪽.
- H. Mayer, “Die Untreue”, in: *Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Materialien zur Strafrechtsreform*, Bd. 1: Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, S. 333 ff.
- W. Perron, 안동준 옮김, “배임죄구성요건의 문제점과 전망”, 법학논총 제30집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2010, 39-54쪽.
- A. Ransiek, “Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue”, *ZStW Vol. 116 Iss. 3*, Walter de Gruyter, 2004, S. 634-679.
- B. Schüneman, “Die „gravierende Pflichtverletzung“ bei der Untreue: dogmatischer Zauberhut oder taube Nuss?”, *NSZ 2005*, C.H.BECK, 2005, S. 473-528.

3. 학위논문

문형섭, “배임죄에 관한 연구”, 호남대학교 대학원 박사학위논문, 2001.

4. 자료집

- 강동욱, “배임죄 법률규정과 해석상의 제문제 및 개선방안 - 토론편”, 오락가락 배임죄 적용, 이대로 괜찮은가, 정갑윤 국회의원실, 2015, 31-38쪽.
- 손동권, “배임죄 법률규정과 해석상의 제문제 및 개선방안 - 토론편”, 오락가락 배임죄 적용, 이대로 괜찮은가, 정갑윤 국회의원실, 2015, 25-28쪽.
- _____, “기업 경영자에게 적용되는 형법상 배임죄 규정의 개정논의”, 경제활성화를 위한 배임죄 개선방안, 한국경제연구원 대외세미나 자료집, 2016, 2-7쪽.
- 윤원기, “배임죄 법률규정과 해석상의 제문제 및 개선방안 - 토론편”, 오락가락 배임죄 적용, 이대로 괜찮은가, 정갑윤 국회의원실, 2015, 55-57쪽.

5. 신문기사

- 법률신문, 최승재, “경영판단의 항변과 기업경영진의 배임죄의 성부”, 2004. 10. 21, <<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=104727>>, 검색일: 2023. 3. 23.

6. 기타자료

법무부, 미국모범형법·형사소송규칙, 법무자료 제50집, 1983.

정갑윤의원 대표발의 형법 일부개정법률안(의안번호: 16632, 발의연월일: 2015. 08. 28.)

최준선, 배임죄 성립범위에 관한 연구(Ⅰ) -소위 경영판단 원칙의 도입 찬성과 대안 중심으로, 한국기업법학회, 2015.

[Abstract]

A Study on the Legislative Revision for the Provision of the Crime of Breach of Trust in Criminal Code

Kim, Jae Yoon*

Due to the vagueness of the provision of the crime of breach of trust in the Korea Criminal Code art. 355 (2), various views are presented in its interpretation. Compared to the crime of theft, the crime of breach of trust seems to be more detailed and clearly defined in terms of formality. Nevertheless, whether or not an act constitutes a breach of trust is ambiguous and unclear to the extent that neither the prosecution nor the court can easily determine guilt or innocence. For this reason, criticism is being raised that the scope of punishment for breach of trust is wide and the boundary of criminal punishment is very ambiguous.

It is difficult to find simple breach of trust in most advanced capitalist countries, such as the United Kingdom and the United States, except for Korea, Germany, Austria, Switzerland, France, Belgium, Spain and Japan. Criminal punishment for simple breach of trust is highly likely to violate the principle of individual private autonomy, a core principle of modern civil society.

In the meantime, the theory of abolition of the crime of breach of trust and the theory of existence (the theory of reinterpretation) have been proposed in order to suppress the so-called 'criminalization of civil cases' due to the expanded application of the crime of breach of trust.

However, the theory of abolition creates a vacuum in punishment if the crime of breach of trust, which has been maintained for more than 50 years in Korea, is abolished instantly. Also, reinterpretation theory cannot solve the essence of the problem by adding another interpretation to the current complicated interpretation theory. Therefore, it is now necessary to propose a legislative amendment to the crime of breach of trust, rather than the theory

* Professor, Law School of Konkuk University, Ph.D. in Law

of abolishment or existence (reinterpretation) of the crime of breach of trust.

In this paper, the elements of the crime of breach of trust under Korea Criminal Code were reviewed, and based on this, specific legislative Revision is proposed. It is hoped that there will be more active discussions on the revision for the regulation of on breach of trust in the future and that there will be a forward-looking change in the legislature's attitude.

[Key Words] the crime of breach of trust, double selling of real estate, private autonomy, criminalization of civil cases, business judgement rule