

# 사법상 무효가 되는 대표권 남용행위의 배임성

## Transcendence of Authority by Executives and Breach of Trust

홍 가 해\*  
Hong, Ga-hae

### 목 차

- I. 대표권 남용행위와 업무상 배임죄의 역할
- II. 대법원의 배임죄의 과소범죄화
- III. 대표이사의 자기 또는 제3자의 이익을 위한 회사재산 위태화에 대한 형법적 통제의 필요성과 정당성
- IV. 사법상 무효가 되는 대표권 남용행위에 대한 배임죄 적용의 검토
- V. 근거지움 없는 목적론적 축소의 금지

### 국문초록

대법원은 배임죄의 “‘재산상의 손해를 가한 때’라고 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함된다”고 보아 배임죄를 위험범으로 해석해 왔다. 하지만 배임기수가 성립하기 위하여 실제손해의 발생이 필요하다고 볼 것인지 그 위험만으로 충분한 것인지 견해가 대립되고 있어, ‘재산상 손해’는 배임죄 구성요건요소 가운데 특히 쟁점이 되고 있다. 그런데 ‘대표권 남용행위’가 사법상 무효가 되는 경우 배임죄

논문접수일 : 2016. 06. 29.

심사완료일 : 2016. 07. 25.

게재확정일 : 2016. 07. 25.

\* 법학박사 · 고려대학교 법학연구원 전임연구원

의 손해인정여부가 더욱 문제 되고 있다. 대표권 남용행위는 무효소송에 의해 사법상 그 효력이 부인 될 수도 있다는 점에서 회사에 실제손해가 발생하지 않을 수 있는데, 그렇다고 하더라도 일단 유효한 대표권 남용행위에 의한 회사의 채무부담 등에 의해 재산상 손해의 위험이 이미 발생했다고 본다면 이때의 '손해의 위험'을 어떻게 이해할 것인가 '사법상 무효가 되는 대표권 남용행위'의 배임죄 성립여부의 핵심이라 할 수 있기 때문이다. 우리 대법원은 대표권 남용행위의 효력에 관한 사법해석을 전제로 사법상 무효가 되는 대표권 남용행위에 대하여 손해의 위험이 '가능성' 또는 '개연성' 수준인 경우 -재산상 실해발생의 위험만으로 배임기수가 성립한다고 보아 온 종래의 많은 판례들과 달리- 손해의 위험도 없다고 보아 무죄판결을 내놓고 있어, 배임죄해석·적용에 정합성(coherence)을 유지하고 있는지 매우 의문이다. 여기서 주의해야 할 점은 피고인에게 유리한 축소해석이라 하여 언제나 법치국가적 전통에 충실한 해석으로 볼 수는 없다는 것이다. 피고인에게 유리하다고 하여 어떤 축소해석이든지 유추금지에 위반되지 않는다고 하는 것은 형벌권의 정당한 행사를 위축시키며 입법권을 찬탈하는 결과를 가져오기 때문이다. 대표권 남용행위의 효력에 관한 사법해석과는 무관하게 배임죄는 독자적으로 해석될 수 있다. 대표이사의 회사명의로 채무부담행위가 자기 또는 제 3자의 채무변제를 위한 것이었다면, 그런 도덕적 결함의 형법적 통제는 필요성이 있고 정당성을 갖기 때문이다. 사법상 무효가 되는 대표권남용행위의 경우, 대표이사가 자기 또는 제 3자의 이익을 위해 회사재산을 위태롭게 하는 행위는 대표이사에 허용된 권한의 범위를 넘어선 것으로 임무위배행위가 되고, 이러한 임무위배행위에 의해 회사에 재산상 손해의 구체적 위험이 발생한다. 왜냐하면 회사가 채무를 이행해야 된다는 점에서 재산상 손해 발생의 구체적 위험은 공정증서 작성에 의해 이미 발생하였다고 보아야하기 때문이다. 대표이사의 행위가 사법상 무효가 된다 하더라도 이는 손해의 구체적 위험이 발생한 후의 사정에 불과하며, 회사가 거래 상대방의 악의 (또는 견해에 따라 과실이나 중과실) 즉, 대표이사의 행위가 회사의 재산을 이용하여 개인의 이익을 도모하는 것이었음을 알았거나, 알 수 있었음을 입증하지 못하는 경우라면 대표이사의 행위는 사법상 무효가 될 수 없고, 회사는 거래이행책임에서 벗어날 수 없다.

대표이사의 대표권남용행위는 일반적으로는 구성요건 실현을 완수할 수도 있지만 ‘우연히’ 등장한 ‘개별적’ 장애요인에 의해 완수하지 못한 경우로 장애미수로 처벌되어야 할 것이다.

주제어 : 대표권 남용행위, 대표권 초월행위, 배임죄, 장애미수, 미수, 손해의 위험

## 1. 대표권 남용행위와 업무상 배임죄의 역할

기업이 국민경제에 큰 비중을 차지하는 오늘날, 경영자의 반도덕적 행위는 한 기업의 문제가 아니라 범국민적 관심사가 된다. 회사의 대표이사가 개인의 이익을 위해 회사재산을 이용하는 행위의 배임죄성립 여부는 그런 관심의 초미가 되어 왔다.

### 1. 사법상 무효가 되는 대표권 남용행위

현행 형법상 배임죄는 “타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때”(형법 제355조 2항, 356조) 성립한다. 대법원은 배임죄의 “재산상의 손해를 가한 때”라고 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함된다”고 보아 배임죄를 위험범으로 해석해 왔다.<sup>1)</sup> 하지만 배임기수가 성립하기 위하여 실제손해의 발생이 필요하다고 볼 것인지 그 위험만으로 충분한 것인지 견해가 대립되고 있어, ‘재산상 손해’는 배임죄 구성요건요소 가운데 특히 쟁점이 되고 있다.

그런데 ‘대표권 남용행위’가 사법상 무효가 되는 경우 배임죄의 손해인정여부가 더욱 문제 되고 있다. 대표권 남용행위는 무효소송에 의해 사법상 그 효

1) 대법원 1995. 12. 22. 선고 94도3013 판결; 대법원 2015. 9. 10. 선고 2014도12619 판결 등.

력이 부인 될 수도 있다는 점에서 회사에 실제손해가 발생하지 않을 수 있는데, 그렇다고 하더라도 일단 유효한 대표권 남용행위에 의한 회사의 채무부담 등에 의해 재산상 손해의 위험이 이미 발생했다고 본다면 이때의 '손해의 위험'을 어떻게 이해할 것인지가 '사법상 무효가 되는 대표권 남용행위'의 배임죄 성립여부의 핵심이라 할 수 있기 때문이다.

우리 대법원은 사법상 무효가 되는 대표권 남용행위에 대하여 손해의 위험이 '가능성' 또는 '개연성'<sup>2)</sup> 수준인 경우 -재산상 실해발생의 위험만으로 배임기수가 성립한다고 보아 온 종래의 많은 판례들과 달리- 손해의 위험도 없다고 보아 무죄판결을 내놓고 있어, 배임죄해석·적용에 정합성(coherence)을 유지하고 있는지 매우 의문이다.<sup>3)</sup> 여기서 주의해야 할 점은 피고인에게 유리한 축소해석이라 하여 언제나 법치국가적 전통에 충실한 해석으로 볼 수는 없다는 것이다. 피고인에게 유리하다고 하여 어떤 축소해석이든지 유추금지에 위반되지 않는다고 하는 것은 형벌권의 정당한 행사를 위축시키며 입법권을 찬탈하는 결과를 가져오기 때문이다. 그렇기에 회사의 대표이사가 자기 또는 제3자의 이익을 위하여, 회사의 재산을 위태롭게 하는 행위라는 '일반적 행위유형'<sup>4)</sup>이 배임죄의 불법유형에 해당하는지, 그리고 우리 대법원의 축소해석이 정당한 목적을 쫓기 위하여 필요불가결한 것인지 배임죄 구성요건요소 가운데 특히 쟁점이 되는 '손해'를 중심으로 논의해 보고자 한다.

## 2. 사법상 무효가 되는 대표권 남용행위와 배임죄의 불성립

대법원은 대표권 남용행위에 의한 회사의 채무부담이 사법상 무효가 되어

2) 홍가혜, “회사대표의 개인 대출금채무에 대한 해외법인의 연대보증에서의 손해의 인정여부 - 서울고등법원 2015. 12. 15. 선고 2015노2486판결-”, 「성신법학」, 제15호, 성신여자대학교 법학연구소, 2015, 72쪽.

3) 대법원의 통일되지 않은 태도를 비판하는 권오성, “대표권 남용과 배임죄 - 대법원 2012. 5. 24. 선고 2012도2142 판결-”, 「법학논총」, 제30집 4호, 한양대학교 법학연구소, 2013, 199쪽; 이훈중, “대표권을 남용하여 약속어음을 발행한 경우 배임죄에 관한 연구-대법원 2013. 2. 14. 선고 2011도10302 판결을 중심으로-” 「법과 정책연구」, 제15권 제1호, 한국법정책학회, 2015, 8쪽.

4) 이상돈, 「법이론」, 박영사, 1996, 39쪽.

실제 회사의 채무이행이 없었던 경우<sup>5)</sup> 손해의 위험도 없다고 보아 배임기수, 미수의 성립을 인정하지 않고 있다.

#### 가. 대표이사의 개인채무변제를 위한 회사명의 채무부담

대법원은 대표이사가 개인채무변제를 위하여 자기의 채권자들에게 회사명의 금전소비대차공정증서와 약속어음공정증서를 작성·교부하는 행위가 사법상 무효가 되는 경우라면 재산상 손해의 위험도 없다고 보아 업무상 배임죄가 성립하지 않는다고 판결하였다. 이 사건의 개요를 정리하면 다음과 같다(대법원 2012. 5. 24. 선고 2012도2142 판결)<sup>6)</sup>.

2009. 7. 15. 부터 C회사의 대표이사로 재직하고 있는 甲은 2008. A에게 약 2억 원의 채무를 부담하게 되었는데, A는 乙에게 이 채권을 양도하였다. 乙은 수회에 걸쳐 甲에 위 채무의 변제를 독촉하였고, 甲은 '2009. 12. 24. 채무자 C회사는 채권자인 乙로부터 2억 원을 차용하였고, 2010. 3. 16. 까지 이를 변제한다'는 내용의 금전소비대차계약 공정증서를 작성하여 乙에게 교부하였다. 이후 乙의 채권승계인 丙은 2010. 7. 29. 서울북부지방법원에 금전소비대차계약 공정증서를 근거로 C 회사명의 W은행 예금채권에 대하여 채권압류 및 추심명령을 신청하였고, 2010. 8. 9. 법원으로부터 채권압류 및 추심명령을 받았다. 또한 甲은 2003. 1. 16. 丁으로부터 차용금 명목으로 액면금 3억 원의 자기앞수표 1장을 교부받아 사용하였으나 丁의 수회에 걸친 변제독촉에도 불구하고 이를 변제하지 못하게 되자 2009. 10. 21. 서울서부지방법원에 사기죄로 불구속기소 되었다. 이에 甲은 위 3억 원에 대한 개인채무 변제를 위하여 이사회 결의 없이 '액면금 3억 원, 발행일 2010. 1. 22., 지급기일 2010. 4. 30., 발행인 C 회사, 甲, B'인 약속어음을 작성·공증하여 丁에게 교부하였다. 이후 丁은

5) 이를 채무의 이행은 없고 채무의 부담만 있는 "채무부담 배임"으로 유형화 한 이주원, "특정 경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)죄에서 이득액 개념의 합리적 재해석 - 과연 손해발생의 위험액이 곧 이득액인가?-", 「인권과 정의」, 436호, 대한변호사협회, 2013, 49쪽.

6) 대법원은 구체적 사안에서 배임죄 성립여부 판단에 같은 논거를 사용하고 있다(대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도1490 판결; 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010도6490 판결; 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011도3180 판결 등).

2010. 5. 3. 서울북부지방법원에 위 약속어음 공정증서를 근거로 C 회사명의 W은행 예금채권 등에 대하여 채권압류 및 추심명령을 신청한 결과, 2010. 5. 6. 법원으로부터 채권압류 및 추심명령을 받았다. 甲은 2010. 4. C 회사의 전(前) 대주주였던 B로부터, B의 개인 채권자 戊에게 발행, 교부해 준 10억 원 상당의 당좌수표를 회수하기 위하여 C 회사명의로 그에 상응하는 약속어음을 발행, 공증해줄 것을 부탁받았다. 이에 甲은 2010. 4. 19. 이사회 결의 없이 B의 채무변제를 위하여 '액면금 10억 5,000만 원, 발행일 2010. 4. 19., 지급기일 2010. 7. 30., 발행인 C 회사'인 약속어음을 작성·공증하여 戊에게 교부하였다. 한편 戊는 2010. 10. 13. 서울북부지방법원에 약속어음 공정증서를 근거로 C 회사명의의 우리은행 예금 등에 대하여 채권압류 및 추심명령을 신청한 결과, 2010. 10. 29. 위 법원으로부터 채권압류 및 추심명령을 받았다.

#### 나. 배임죄 불성립의 근거

대법원은 대표이사 甲이 乙과 丁에게 각각 회사명의 금전소비대차 공정증서와 약속어음 공정증서를, 戊에게 회사명의의 약속어음 공정증서를 작성해준 행위가 사법상 무효가 되는 행위이므로 재산상 손해의 위험도 없다고 보았다. 업무상 배임죄의 (기수, 미수) 성립을 부인한 것이다. 대법원 무죄판결의 이유를 요약해보면 다음과 같다.

① 배임죄는 배임행위로서 본인에게 재산상 손해를 가하였을 것을 요구하는데, '손해를 가한 때'란 실제로 손해가 발생한 경우뿐만 아니라 손해의 위험까지도 포함한다. 손해의 위험도 없는 경우라면 배임죄는 성립하지 않는다. ② 대표이사가 회사의 영리목적과 관계없이 자기 또는 제 3자의 개인채무변제를 위하여 회사명의의 금전소비대차계약공정증서나 약속어음공정증서를 작성해주는 것은 대표권남용이 된다. ③ 대표권을 남용하였다하더라도 그 행위는 일단 회사의 행위로서 유효하다. ④ 그러나 거래의 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었다면 그 행위는 회사에 대하여 무효가 된다. ⑤ 乙 등에 대한 채무는 甲이 C 회사의 대표이사로 취임하기 이전에 발생한 것이고 乙 등이 C 회사와 아무런 거래관계가 없었다는 점에서 乙 등은 甲이 C 회사명의

로 금전소비대차계약과 약속어음 공정증서를 작성해 준 행위가 대표권남용임을 알았거나 알 수 있었다고 할 것으로, 그 공정증서 작성·교부행위는 회사에 대하여 사법상 무효가 된다. ⑥ 사법상 무효인 행위는 재산상 손해의 위험도 없으므로 대표이사 甲에 배임죄(기수·미수)가 성립할 수 없다.

## II. 대법원의 배임죄의 과소범죄화

사법상 무효가 되는 대표권 남용행위의 경우 손해의 위험도 없다고 보아 배임죄 기수 또는 미수 성립을 인정하지 않은 대법원의 해석은 대법원의 종래 배임죄 해석과는 매우 다르다.

### 1. ‘재산상 손해’ 해석의 부정합성

형법상 배임죄(형법 제355조 제2항, 356조)는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위를 하여 그 타인(본인)에게 재산상 손해를 발생시키고, 재산상의 이익을 취득하고, 고의(불법이득의사)가 인정될 때 성립한다. 대법원은 이러한 배임죄 구성요건을 일종의 “포괄구성요건”<sup>7)</sup>이라 할 정도로 유연화 시켜 배임죄기수 성립을 지나치게 인정해 왔고<sup>8)</sup>, 그러한 점에서 배임죄는 -특히 경영의 영역에서- 과잉범죄화 되어 왔다고 할 수 있다.<sup>9)</sup>

이에 반해 대법원이 회사의 대표이사가 자기 또는 제 3자의 이익을 위하여 회사재산을 위태롭게 하는 행위를 사법상 무효를 이유로 배임죄에 해당하지 않는다고 판결한 것은, 회사에 실제손해가 발생하지 않았다고 하여, 법적인 의

7) 이상돈, “차입에 의한 기업인수(LBO)와 배임죄”, 『경제법연구』, 제7권 제1호, 한국경제법학회, 2008, 181-182쪽에 의하면 ‘포괄구성요건’이란 “전통적인 법치국가적 형법의 범죄구성요건이 갖추어야 할 명확성의 수준보다는 상당히 낮아진 구성요건”을 말한다.

8) 대법원의 차입매수 배임범죄화를 통해 배임죄의 포괄구성요건화를 설명하는 이상돈, “차입에 의한 기업인수(LBO)와 배임죄”, 『경제법연구』, 제7권 제1호, 한국경제법학회, 2008, 181-182쪽.

9) 경영실패와 경영진의 형사책임에 대하여 이상돈, 『경영형법』, 법문사, 2011, 3-39쪽.

미에서 재산상 손해의 위험이 발생하지 않은 것은 아니라는 점에서 종래의 과잉범죄화에 대조되는 배임죄의 '과소범죄화'라 할 것이다. 여기서 과소범죄화란 개념은 배임죄의 불법유형을 충분히 갖추고 있는 사건에 대하여 대법원이 지나친 무죄판결을 내리고 있다는 것을 뜻한다.

'사법상 무효가 되는 대표권 남용행위'를 무죄로 본 대법원 판결들을 통하여 배임죄의 구성요건요소인 '손해'가 종래의 대법원 해석과 다르게 과도하게 축소해석 되었음을 살펴보기 위해서는 먼저, 배임죄의 손해를 재산상 실해에서 실해발생의 위험을 초래한 것으로 확장한 대법원 판결<sup>10)</sup>을 검토해 보아야 한다. 대법원 판결은 배임죄의 구성요건요소로서 손해개념에 일관되게 "재산상 실해 발생의 위험"을 포함하여 손해개념의 외연을 확장하여 왔다.<sup>11)</sup> 회사의 대표이사가 개인 부동산 매입자금을 은행으로부터 대출 받으며 해외법인을 대출금채무에 연대보증하게 한 사건에서 상고심의 파기환송판결<sup>12)</sup>은 해외법인에 손해가 발생하지 않았으나 "부담하게 된 위험"이 있다고 하여 형법상 배임죄기수의 성립을 인정하였다. 연대보증에 의하여 보증채무라는 법적인 의미의 구체적 위험이 발생하였으나, 이로써 실제 손해 또는 손해와 동등하다고 판단되는 위험이 발생한 것이 아님에도 손해를 인정하여 배임기수가 성립한다고 본 것이다.

그러나 독일형법과<sup>13)</sup> 달리 배임미수죄 처벌규정을 두고 있는 현행 형법에서 손해의 구체적 위험이 인정되는 경우에는 배임죄의 기수가 아니라 미수가 된다고 해석하는 것이 타당하다 할 것이다. 그렇기에 판례의 태도와 일부 학

10) 대법원 2005. 9. 29. 선고 2003도4890 판결 등.

11) 배임죄의 구성요건요소인 '본인의 재산상 손해'에 대하여 실제손해의 발생이 필요하다고 보는 침해법설과 손해의 위험으로 충분하다는 위험법설이 있다. 손해개념의 이론적 차이에 대하여는 홍가혜 "배임죄 해석에서 경영합리성의 고려 - 차입에 의한 기업 인수·합병(Leveraged Buyout)의 배임성 논의를 중심으로-", 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 2014, 87-92쪽.

12) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2014도12619 판결.

13) 류전철, "배임죄에서 재산상 손해발생의 위험", 「법학논총」, 제30집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2010, 119쪽에 의하면 독일형법은 "범죄를 중죄와 경죄로 나누어 중죄(법정형의 하한이 1년 이상의 자유형으로 규정되어 있는 위법행위)에 대해서만 독일형법 제23조에서 처벌근거를 두고 있다. 따라서 형벌이 5년 이하의 자유형 또는 벌금형인 배임죄는 미수범을 처벌하지 않는다"고 한다.



설과 같이 손해의 위험만으로 배임죄의 손해를 인정하는 것은 배임죄의 기수와 미수의 불법을 차등하여 처벌하는 입법자의 의도에 반하는 해석이며, 법문언에 반하는 법형성으로 죄형법정주의가 금지하는 유추해석이라 할 수 있다.<sup>14)</sup> 대표이사가 개인채무를 보증하기 위하여 회사명의의 약속어음을 발행한 경우, “대표이사가 대표권을 남용하여 회사 명의의 약속어음을 발행하였다면, 비록 상대방이 그 사실을 알고 있었거나 중대한 과실로 알지 못하여 회사가 상대방에 대하여는 채무를 부담하지 아니한다 하더라도 약속어음이 제3자에게 유통될 경우 회사가 소지인에 대하여 어음금 채무를 부담할 위험은 이미 발생하였다 할 것이므로, 그 약속어음이 제3자에게 유통되지 아니한다는 특별한 사정이 없는 한 경제적 관점에서는 회사에 대하여 배임죄에서의 재산상 손해 발생의 위험이 초래되었다고 봄이 상당하다”고 본 것도 실제손해가 발생하지 않고 그 위험만으로 형법상 배임죄기수가 성립하는 것을 전제하는 관시사항이다. 그런데 여기서 주목해야 할 점은 여러 판결들을 통하여 ‘사법상 무효가 되는 대표권 남용행위’에 대하여 사법상 무효를 이유로 곧바로 배임기수·미수의 성립을 부인해 온 대법원이, -대표권 남용행위가 사법상 무효가 되었으나 실제손해가 발생한 사건을 제외하고- 이 사건에서만 ‘어음 유통의 가능성’이라는 손해의 위험을 이유로 배임기수의 성립을 인정하였다는 것이다.<sup>15)</sup> 결국 사법상 무효가 되는 대표권 남용행위에 대한 손해인정의 어떤 기준도 정립되어 있지 않다는 것을 알 수 있다. 그렇기에 회사의 대표이사가 자기 또는 제 3자의 이익을 위하여, 회사의 재산을 위태롭게 하는 행위라는 ‘일반적 행위유형’이 배임죄의 불법유형에 해당하는지에 대한 검토가 필요한 것이라 하겠다.

14) “손해를 가한다는 표현은 일상언어에 비추어 보았을 때 손해의 발생을 의미하지 손해발생의 위험을 뜻한다고 보기는 어렵다. 즉 문언해석에 따르면 배임죄가 성립하기 위해서는 재산상 손해라는 결과의 발생이 필요하다”는 최준혁, “배임죄에서의 재산상 손해”, 『형사법의 쟁점과 판례(우리형사판례연구회 부산지방검찰청 편)』, 법문사, 2009, 390쪽.

15) 그러나 “유통가능성만으로는 그 손해의 위험이 개연적이고, 급박하고, 계측가능한 크기라고 볼 수 없다는 점에서” 배임미수죄가 성립한다고 봄이 타당하다는 이상돈, 『형법강론』, 박영사, 2015, 1159쪽.

## 2. 배임죄의 과소범죄화

이처럼 많은 판례들을 통하여 손해개념의 외연을 확장해 온 대법원의 배임죄규범에 의하면, 사법상 무효가 되어 실제손해가 발생하지 않았으나 채무부담이라는 법적 손해의 위험을 발생시킨 대표권 남용행위에 대해서도 마땅히 '손해'가 인정되어야 할 것이다. 그러나 앞서 본 바와 같이 대법원은 사법상 무효를 이유로 곧바로 배임죄 성립을 부인함으로써 배임죄를 과소범죄화하고 있다.<sup>16)</sup>

### 가. 법익보호원칙의 위배

형법의 임무는 법익을 보호하는 데 있다. 현행 형법은 배임죄미수범 처벌규정을 두어 배임죄의 보호법익인 본인의 재산권<sup>17)</sup>을 강력하게 보호하고 있다. 따라서 실제손해가 발생하지 않고 그 위험만으로 배임미수의 성립이 가능한데, 배임죄를 과소범죄화한 판결처럼 대표권남용에 관련된 사법규정과 연결하여 형법상 업무상 배임죄규정을 해석하게 되면 대표이사가 회사재산을 위태롭게 하는 행위를 형법이 통제하는 것이 어려워진다. 즉, 대표이사의 개인채무변제를 위한 회사명의 금전소비대차공정증서와 약속어음공정증서 작성·교부 등의 행위는 채무의 부담이라는 재산상 손해의 위험을 발생시키는 행위로 배임죄의 미수가 인정되어야 함에도 지나친 무죄판결로 회사재산 보호에 공백이 생긴다는 것이다. 이를 배임죄의 과소범죄화라 할 수 있다. 이런 과소범죄화는 헌법상 과소보호금지원칙(헌법 제10조 2문)에서 비롯되는 형법의 법익보호원칙에 위배된다.

### 나. 책임원칙의 위배

16) 나아가 대법원은 “무효인 약속어음 채권을 채무명의로 하여 회사 소유 재산에 압류를 하거나 회사가 이를 이유로 발행주식의 수를 줄였다고 하여 달리 볼 것이 아니”라고 하여 배임죄의 성립을 인정한 바 있다(대법원 2011. 9. 29. 선고 2011도8110 판결).

17) 이재상·장영민·강동범, 「형법각론」, 박영사, 2016, 418쪽.

또한 배임죄의 불법유형을 충분히 갖추고 있는 행위에 대해 배임죄의 책임을 인정하지 않는 것은 책임원칙의 적극적 측면을 외면한 판결이라 할 수 있다. 주로 ‘책임이 없이는 형벌도 없다’로 이해되는 책임원칙은 형벌을 제한하는 기능을 하는데, 동시에 형법상 책임은 형법이 금지하는 법익침해(또는 법익위태화)를 발생시켰다면 그 책임을 형벌에 의해 상쇄시킬 것을 요구한다. 이러한 형벌요구기능을 책임원칙의 적극적 측면이라 이해할 수 있다.<sup>18)</sup> 그러므로 형법은 고의(불법이득의사)를 가지고 임무에 위배하여 회사재산을 위태롭게 하고, 자기 또는 제 3자의 이익을 얻은 대표이사에게 배임죄의 책임을 물을 수 있는 것이다.

이와 같은 종래의 과잉범죄화에 대조되는 과소범죄화는 법원이 형성해 온 구체적 법규범 즉, 배임죄의 구체적 행위규범들과 정합성(coherence)을 유지하기 어렵다. 그러한 부정합성은 형법규범을 행위규범으로 내면화하여야 할 행위자가 형사불법의 성립여부에 대해 통찰하는 것을 어렵게 하여 형법의 법치국가적 이념으로서 형법적 사회통제의 명확성을 해치는 결과를 가져온다. 그런데 배임죄를 과소범죄화한 이 사건 대법원의 배임죄해석을 두고, 배임죄를 포괄구성요건이라 할 정도로 유연화 시켜온 대법원의 해석정책이 법치국가적 전통에 충실한 방향으로 선회한 것이라고 할 수도 없다. 앞서 본 바와 같이 회사의 대표이사가 회사와의 신임관계를 파괴하여 개인채무를 변제하고 회사에 재산상 손해의 위험을 발생시키는 것은 반도덕적 행위로서 배임죄의 불법유형을 충분히 갖추고 있기 때문이다.

### 3. 적정형벌의 실현

사법상 무효가 되는 대표권 남용행위에 대해 대법원이 배임죄를 해석·적용함에 있어 미수범규정이 활용되지 못하고, 지나친 무죄판결에 의해 법익보호원칙과 책임원칙에 위배되고 있음을 살펴보았다. 따라서 법익보호원칙을 실현하는

18) ‘책임은 그에 상응하는 형벌을 (적극적으로) 요구한다’는 책임원칙의 양면성을 인정하는 카우프만의 견해에 대한 분석으로 이상돈, “형법상 책임법주의 탈형이상학화, 합리화”, 석사학위논문, 고려대학교 대학원, 1995, 16-22쪽.

적정형벌이 부과되기 위해서는 배임죄의 미수범규정이 섬세하게 적용될 필요가 있다. 물론 경영자의 반도덕적 행위에 대한 형벌권 관철은 형사불법의 성격을 잃지 않는, 매우 엄격하게 해석된 배임죄규정에 의해야 할 것이며 또한 기수와 미수의 차이를 반영하는 해석을 기초로 이루어져야 한다.<sup>19)</sup> 그러나 사법상 무효가 되는 대표권남용행위에 대한 기존의 논의는 배임죄의 손해개념을 재확인하여 기수성립 여부를 검토하는데 그치거나, 배임죄의 미수성립의 필요성을 말하면서도 그 근거나 미수의 형태에 대한 더 구체적 논의는 찾아보기 어렵다.

여기서 세 가지 과제가 등장한다. 첫 째는 대법원이 형법의 범치국가적 요소인 정합성을 해치면서까지 대표이사가 자기 또는 제 3자의 이익을 위하여 회사 재산을 위태롭게 하는 행위를 형법상 합법적 행위로 인정한 것에는 어떤 타당한 이유가 있는가를 살피는 일이다. 그리고 대표권 남용행위의 도덕적 의미를 검토하고, 이로부터 형법적 통제의 필요성과 정당성이 확인 되어야 한다. 또한 대표권 남용행위가 사법상 무효가 되어 실제손해가 발생하지 않았다고 하여 배임죄의 기수성립이 인정되지 않는다면, 미수의 성립여부를 검토하고 미수성립이 인정된다면 어떤 형태의 미수가 되는 것인지 확인하여야 한다.

### Ⅲ. 대표이사의 자기 또는 제3자의 이익을 위한 회사재산 위태화에 대한 형법적 통제의 필요성과 정당성

#### 1. 대표이사의 개인채무변제를 위한 회사명의 채무부담의 반도덕적 성격과 형사불법

##### 가. 대표권행사의 도덕적 요청

대표이사가 회사를 대표하여 행위 할 수 있는 것은 대표이사에 “회사의 영업에” 관한 모든 권한이 있기 때문이다(상법 제209조 1항). 그러므로 대표이

19) 미수범 성립의 필요성을 말하는 안경옥, “회사 대표이사의 대표권 남용행위 중 법률상 무효행위에 대한 형법적 평가”, 『경희법학』, 제48권 제4호, 경희법학연구소, 2013, 170쪽.

사의 행위는 회사의 행위가 되고, 회사재산의 유지·증가는 대표이사의 성실성에 의존할 수밖에 없다.<sup>20)</sup> 그러한 대표이사의 대표행위는 회사의 최선의 이익이 되는 것이어야 한다(상법 제382조의 제2항(민법 제681조), 상법 제382조의 3). 그러니까 대표이사가 회사명의로 금전소비대차계약 공정증서와 약속어음 공정증서를 작성·교부하는 행위 등도 회사의 최선의 이익을 위한 것일 때에만 허용되어야 도덕적인 것이 될 수 있다. 최근 대기업 회장이 개인 부동산 매입자금을 은행으로부터 대출 받으며 해외법인을 대출금채무에 연대보증하게 한 사건에서 환송 후 항소심<sup>21)</sup>이 양형이유에서 “개인적인 소비나 개인재산 증식을 위해 저지른 것이라는 점에 비추어 비난 가능성이 큰 점”을 강조한 것은 그런 도덕규범을 위반한 것으로 보기 때문이다.

#### 나. 배임죄해석의 사법종속성과 형법의 불명확성

그런데 대표이사가 자기 또는 제 3자의 이익을 위하여 회사재산을 위대롭게 하는 반도덕적 행위가 배임행위에 해당하는지를 결정지은 것은 그 행위의 사법상 효력에 관련한 사법의 해석에 의해서였다.<sup>22)</sup> 즉, 대법원은 사법의 해석에 따라 형법상 배임인지 여부를 판단한다는 것이다.

하지만 대표권 남용행위의 사법상 효력에 대한 명문규정이 없기 때문에 이를 어떻게 볼 것인가에 대해, 거래의 상대방이 대표권 남용행위임을 알았다면 회사가 이를 입증하여 이행의 책임을 면할 수 있고 즉, 대표권 남용행위는 사법상 무효가 된다는 데에는 견해가 일치하나, 상대방이 대표권남용행위임을 알 수 있었던 경우에는 ‘권리남용설’<sup>23)</sup>과 ‘비진의표시설’<sup>24)</sup> 등이 차이를 보이고 있

20) 배임죄의 본인과 타인사무처리자의 관계를 “자기 재산을 타인의 손에 맡겨 그 보전을 수탁자의 성실성에 의존할 수밖에 없는 특별한 관계”로 설명하는 발터 페론(안동준 역), “배임죄의 구성요건의 문제점과 전망”, 『법학논총』, 제30집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2010, 43쪽.

21) 서울고등법원 2015. 12. 15. 선고 2015노2486 판결.

22) 대표권 남용행위에 대한 배임죄 성부를 판단하기 위해서는 그 행위의 사법상 효력에 대한 검토가 필요하다고 하는 권오성, “대표권 남용과 배임죄 -대법원 2012. 5. 24. 선고 2012도 2142 판결-”, 『법학논총』, 제30권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2013, 194쪽.

23) 이영철 “대표권남용과 어음행위”, 『상사법연구』, 제19권 제3호, 한국상사법학회, 2001, 159쪽에 의하면 권리남용설은 “대표이사가 그 권한을 남용하여 자기 또는 제3자의 이익을 도

다. 대법원 판례도 대표권 남용행위의 사법상 효력에 대해 거래의 상대방이 대표권 남용행위임을 알았던 경우 회사가 이를 입증하여 이행의 책임을 면할 수 있는 것으로 사법상 무효가 된다고 하면서, 상대방이 대표권 남용행위임을 알 수 있었던 경우에 대해서는 대표권남용행위의 효력에 관한 첫 판례에서는 권리남용설을 따른 것으로 보이거나<sup>25)</sup> 이후 전원합의체를 거치지 않고 비진의표시설을 취한 것으로 보여 일관된 입장을 보이고 있다고 하기 어렵다.<sup>26)</sup>

그런데 여기서 문제가 되는 것은 대표권 남용행위의 사법상 효력에 대한 대법원 해석의 대립에서 거래의 상대방이 대표권남용행위임을 알 수 있었던 경우, 비진의표시설의 논거를 취하면 대표권 남용행위의 사법상 효력은 무효가 되어 곧바로 업무상 배임죄가 불성립하고, 권리남용설의 논거를 취하면 대표권 남용행위는 사법상 유효하여 곧바로 업무상 배임죄가 성립하게 된다는 것이다. 즉, 비진의표시설이든, 권리남용설이든 어떤 해석에 의해 대표권 남용행

---

모하기 위하여 어음행위를 하였다 하더라도, 그 행위는 객관적으로 대리권의 범위 내의 행위이므로 상대방의 선의·악의를 불문하고 유효하게 성립하나, 다만 권한남용의 사실을 알고 있는 상대방이 회사에 대하여 권리를 행사하는 것은 권리남용 내지 신의칙 위반으로 허용되지 않는다는 견해이다”

- 24) 비진의표시설은 “대표권의 남용행위를 일종의 비진의표시로 보아 대표권을 남용하고자 하는 대표이사의 진의를 상대방이 알았거나 알 수 있었을 때에는 민법 제107조 제1항 단서를 유추적용하여 거래를 무효로 보는” 견해로 대표권 남용행위의 사법상 효력에 대한 학설의 대립에 대하여 자세히는 이철승, 「회사법강의(제21판)」, 박영사, 2013, 690~693쪽.
- 25) 대법원 1987. 10. 13. 선고 86다카1522 판결은 A회사의 대표이사 B는 C가 D로부터 금원을 차용하고 발행한 어음에 지급을 담보하기 위하여 배서하였으나, 실제로 이는 B 개인의 자금조달을 위한 것으로 대표권을 남용한 사안에 대하여 “주식회사의 대표이사가 그 대표권의 범위 내에서 한 행위는 설사 대표이사가 회사의 영리목적과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이라 할지라도 일응 회사의 행위로서 유효하고, 다만 그 행위의 상대방이 그와 같은 정을 알았던 경우에는 그로 인하여 취득한 권리를 회사에 대하여 주장하는 것이 신의칙에 반하므로 회사는 상대방의 악의를 입증하여 그 행위의 효과를 부인할 수 있을 뿐이라고 함이 상당하다. ... 원심의 위와 같은 판단 중 대표이사가 그 권한을 남용하여 한 행위임을 거래의 상대방이 중대한 과실로 알지 못하였을 때에도 회사가 상대방에 대하여 그 행위의 효력을 부인할 수 있는 것처럼 실시한 부분은 잘못”이라고 하여 거래 상대방이 과실로 대표권 남용을 알지 못한 경우까지도 사법상 효력을 부인하지 않고 있다.
- 26) 대법원 1988. 8. 9. 선고 86다카1858 판결 등은 대표권남용이 회사에 대하여 무효가 되는 이유로 거래의 상대방이 그 권한남용을 ‘알거나 알 수 있었다’는 점을 들고 있다. 이렇게 보는 근거는 비진의표시설이 말한 바와 같이, 민법 제107조 제1항 단서(“상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다”)에서 찾을 수 있을 것이다.

위가 무효가 되거나, 유효가 되느냐에 따라 형법상 업무상 배임죄의 성립여부가 곧바로 결정지어진다. 대표권 남용행위가 사법상 무효가 된다하더라도 형법적으로는 배임죄를 인정하거나 그 반대의 경우를 인정하지 않는 것이다.<sup>27)</sup> 이를 ‘형법해석의 사법해석종속성’이라 부를 수 있다.

그런데 이와 같은 사법해석들이 제시하는 근거의 타당성 차이가 형법상 배임죄의 성립여부를 결정할 만큼 중대한 것인지는 매우 의문스럽다.<sup>28)</sup> 비진의 표시설에 대하여 민법 107조는 법률행위의 효과의사에 관하여 표시와 진의가 불일치하는 경우를 규정한 것으로, 민법 107조 단서를 유추적용하여 표시와 진의가 다르지 않은 대표권 남용행위의 효력을 판단할 수는 없다는 비판이 있다.<sup>29)</sup> 대표권남용의 경우 그 동기가 자기 또는 제3자의 이익에 있다뿐이지, 대표이사는 그 행위의 효력을 본인(회사)에 귀속시키고자하는 의사가 있었던 것이므로 표시와 진의가 다르지 않다는 것이다. 그리고 권리남용설에 대하여도 권리를 인정하면서도 권리남용 또는 신의칙 위반이라 하여 그 행사를 허용하지 않는 것은 모순이라는 비판이 있다.<sup>30)</sup> 이런 사정은 형법의 법치국가적 이념으로서 명확성을 약화시킬 수 있다는 우려를 갖게 한다. 다음의 통찰은 이를 더 분명하게 해명해준다.

“어떤 상법해석이 타당한 것인지를 통찰력 있는 인간이 - 여기서는 꼭 일반인이 아니더라도 법률가(법학자)의 평균적인 지식과 능력을 갖춘 평균적 전문인이 - 예측할 수 있을 정도로 어느 편의 상법해석이 제시하는 논거가 다른 편의 논거

27) 이에 대하여 “행위자의 어느 법률행위가 법률상의 효력이 없으면 원칙적으로 손해가 발생할 위험이 없고, 그래서 배임죄가 성립될 수 없다고 읽혀지기 때문이”라고 하며, 배임죄에 관하여 법률적 재산설을 취하는 전형적 사례라고 하는 허일태, “배임죄 해석의 나아갈 방향”, 『형사법연구』, 제27권 제1호, 한국형사법학회, 2015, 15~16쪽.

28) 반면 “대표권 남용행위 상대방의 선의에 일정한 과실이 인정되는 경우라 하더라도 그 행위의 효력을 무효로 볼 것이 아니라 유효로 취급함으로써 회사의 책임을 인정하는 것이 법이념상 타당하다고 생각되며, 그로 인해 명백히 대표권을 남용한 위법행위 당사자인 대표이사에게 배임죄 책임범위를 현재보다 좀 더 폭넓게 인정할 수 있”어야 한다는 문상일, “대표이사의 대표권 남용과 배임죄 - 판례에 대한 비판적 소고-”, 『연세법학』, 제20호, 연세법학회, 2012, 187쪽.

29) 이영철 “대표권남용과 어음행위”, 『상사법연구』, 제19권 제3호, 한국상사법학회, 2001, 162쪽.

30) 이영철 “대표권남용과 어음행위”, 『상사법연구』, 제19권 제3호, 한국상사법학회, 2001, 162쪽.

보다 압도적으로 우월하지 않을 수 있다. 바로 그런 경우에 상법해석에 좌우되는 형법은 법치국가가 갖추어야 할 명확성을 갖추고 있다고 보기 어렵다. 상법해석의 불확실성은 무엇이 상법인가에 관해 일반인이 들여다 볼 수 없는 지점에서 서 있는 것이다. 이와 같은 ‘알 수 없음’은 형법에서는 용납하기 어렵다. 형사불법의 성립여부에 대한 통찰이 실천이성에 의해 가능하지 않다면, 형법은 정당성을 유지하기 어렵다”<sup>31)</sup>

여기서 형법상 배임죄해석을 사법해석에 종속시키지 않고, 독자적으로 펼칠 필요가 인정된다고 할 것이다.

## 2. 형법적 통제의 필요성과 정당성

대법원과 같이 사법상 대표권남용 관련규정과 형법상 업무상배임죄규정을 해석하여, 거래의 상대방이 회사대표의 권한남용을 알았거나 알 수 있었던 경우라면 회사에 대하여 사법상 무효인 행위가 되므로 재산상 손해 발생의 위험도 없다고 보아 형법상 배임죄의 (기수, 미수) 성립을 인정하지 않게 되면 회사대표의 일탈행위의 도덕적 의미를 통찰할 수 없게 된다.

회사재산을 개인재산처럼 이용하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모하는 회사대표의 행위가 소송상 무효인지 유효인지, 어떻게 판단되든 간에 그러한 행위는 정당하지 않은 행위로 받아들여진다. 또한 회사재산을 개인재산처럼 이용할 수 있는 대표이사의 지위는 우리사회에 불공정한 경쟁을 야기하게 된다. 결국 업무상 배임죄의 성립을 부정한 대법원 판결은 일단 회사의 재산을 가져다 쓰고 보자는 반도덕적 경영자를 부추기는 셈이 된다. 그럼에도 사법상 무효를 이유로 배임기수·미수의 성립을 인정하지 않는다면, 시민사회로부터 나오는 정의의 요청은 충분히 충족되지 못하게 된다. 물론 대내적 책임으로 해임<sup>32)</sup>이나 손해배상책임<sup>33)</sup>을 물을 수 있고, 이로써 대표권남용행위에 대하

31) 불확실한 상법해석을 전제로 하여 전환사채의 저가발행을 통한 경영권승계에 업무상 배임죄의 성립을 인정하지 않은 대법원 판결에 대하여, 배임죄의 성립여부는 상법해석에 종속되어 결정되지 않는다는 이상돈, “전환사채의 저가발행을 통한 경영권 승계의 배임성”, 「형사정책연구」, 제23권 제2호, 한국형사정책연구원, 2012, 17~19쪽.



여 어느 정도 통제가 가능하다. 그러나 이를 통해 시민사회의 도덕적 비난요구가 모두 충족되는 것은 아니다. 손해가 전보된다고 하여 권한 밖의 행위로써 회사에 재산상 손해발생의 위협을 야기한 회사대표의 부도덕한 행위를 통제하는 기능이 수행될 수 없고, 회사의 재산권 보호도 충분하지 않다. 대표이사에 허용된 권한을 넘어선 행위를 형법상 합법적 행위로 인정하는 대법원의 대표권 남용에 관련한 사법규정과 형법상 업무상 배임죄의 해석은 회사의 재산권이 사법만으로 충분히 보호될 수 있다는 허구적 전제가 되어 있다고 할 수 있다. 무효소송 또한 사법의 목적을 달성할 수 있을 것이나, 회사에 손해를 발생시키는 경영자의 부도덕한 행위를 통제하는 기능을 수행할 수 없다. 이처럼 사법이 채워주지 못하는 도덕의 결핍에 있어 배임죄 미수범규정은 의미 있는 도덕형성력을 발휘할 수 있다. 따라서 형법을 통해 대표권남용행위를 승인하지 않는 것이 필요하다. 요컨대 대표권남용행위가 사법상 무효가 된다는 점은 형법상 업무상 배임죄를 인정하는데 방해가 될 수 없다.

#### Ⅳ. 사법상 무효가 되는 대표권 남용행위에 대한 배임죄 적용의 검토

이상의 논의를 통해 회사재산을 위태롭게 하는 대표이사의 행위가 자기 또는 제 3자의 이익을 위한 것이었다면 그런 도덕적 결함의 형법적 통제는 필요성이 있고 정당성을 갖는다는 것을 살펴보았다. 이제 남은 과제는 그와 같은

32) 상법 385조 (해임) ① 이사는 언제든지 제434조의 규정에 의한 주주총회의 결의로 이를 해임할 수 있다. 그러나 이사의 임기를 정한 경우에 정당한 이유없이 그 임기만료전에 이를 해임한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 해임으로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있다. ② 이사가 그 직무에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있음에도 불구하고 주주총회에서 그 해임을 부결한 때에는 발행주식의 총수의 100분의 3이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 총회의 결의가 있는 날부터 1월내에 그 이사의 해임을 법원에 청구할 수 있다.

33) 상법 제399조 (회사에 대한 책임) ① 이사가 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리한 경우에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다.

행위에 배임기수가 성립하는지, 만일 기수에 이르지 못하였다면 미수가 성립될 수 있는지 그리고 현행 형법이 규정하고 있는 미수범 가운데 어느 형태의 미수가 되는지 검토하는 것이다.

## 1. 배임죄의 기수성립여부

배임죄의 구성요건 가운데 특히 쟁점이 되는 임무위배행위와 손해를 중심으로 검토하고자 한다.

### 가. 임무위배여부

배임죄는 “임무에 위배하는 행위”가 있어야 한다. 임무위배는 법률 또는 계약에 의해 허용된 권한의 남용이라는 특수한 형태로 실행되거나, 신의과파라는 일반적 형태로 실행된다.<sup>34)</sup> 대법원은 대표이사가 회사 이익에 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 회사명의로 한 채무부담을 “대표권을 남용한 행위”라고 하여, 임무위배행위를 권한의 남용에 의한 것으로 보고 있다. 대법원의 이러한 해석은 “외관상으로는 대표이사의 권한 내의 적법한 행위이지만, 주관적으로는 자기 또는 제3자의 이익을 도모하는 행위로서 회사에 손실을 끼치는 행위”로 대표이사의 해임 또는 손해배상책임이 추궁될 수 있거나 사법상 효력이 부인될 수 있는 ‘상법상 대표권 남용행위’와 ‘형법상 권한의 남용에 의한 임무위배’를 구별하지 않은 것이라 할 수 있다.

그러나 거래 상대방의 보호 또는 거래안정성 실현과, 회사의 재산권 보호가 균형을 이루어야 하는 사법의 질서에서 대표이사가 자기 또는 제3자의 채무변제를 위해 회사의 이익에 반하는 회사명의로 채무부담을 포괄적인 대표권의 ‘남용’이라 하는 것과, 권한의 남용여부를 검토하여 형법상 배임죄의 임무위배를 판단하는 것을 등식화 할 수 없다. 형법상 권한의 남용이란 법률 또는 계

34) 자세히는 홍가혜, “배임죄 해석에서 경영합리성의 고려 - 차입에 의한 기업 인수·합병 (Leveraged Buyout)의 배임성 논의를 중심으로-”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 2014, 22-23쪽.

약상 하도록 허용된 구체적 권한의 남용이 되어야 한다. 그런데 대표이사는 상법 제209조 1항(대표사원의 권한)에 의해 회사의 영업에 관하여 재판상·재판외의 모든 행위를 할 권한이 있으나, 이 권한은 상법 제382조 제2항(민법 제681조(선관의무))와 상법 제382조의3(이사의 충실의무)에 의해 회사의 최선의 이익을 추구할 것을 내용으로 하는 것으로 대표이사가 회사의 이익에 반하는 행위를 하는 것은 하도록 허용된 권한으로 볼 수 없다. 따라서 자기 또는 제 3자의 이익을 위한 대표이사의 회사명의 채무부담은 '법률이나 계약상 권한'의 남용이 아니라, 권한의 내용이 될 수 없는 행위를 한 것으로 '권한의 초월'이 되어야 한다. 그리고 상법 제382조 제2항과 상법 제382조의3에 의해 대표권의 내용적 제한이 없었다하더라도, 자기 또는 제 3자의 이익을 위한 회사명의 채무부담이라는 대표이사의 임무위배행위는 권한의 남용이 아니라 '신의파괴'의 임무위배가 된다. 상법상 대표이사의 권한은 포괄적으로 규정되어 있을 뿐, 그 남용여부를 판단할 수 있을 정도로 구체적으로 규정되어 있지 않기 때문이다. 다시 말해 자기 또는 제 3자의 이익을 위한 대표이사의 회사명의 채무부담은 권한의 초월로, 권한의 남용과 신의파괴를 특수와 일반의 관계로 보면, 신의파괴의 임무위배가 된다 할 것이다. 이처럼 임무위배의 판단에서 법률 또는 계약상 권한의 구체적 내용을 확인하고 그 남용여부를 판단하여 배임의 내용을 가능한 구체적으로 명확하게 하고, 권한의 남용이 불가능한 경우에만 신의파괴의 판단을 할 때 명확성원칙이 지켜질 수 있다고 할 것이다.

#### 나. 손해여부

기수는 구성요건을 완전히 실현한 경우를 말하는 것으로, 손해발생 여부는 배임죄의 기수성립을 좌우한다. 앞서 본 바와 같이 '본인의 재산상 손해'에 대하여 판례는 "'재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함된다"라고 하여, 법문언이 "본인에게 손해를 가한 때"로 되어 있는 배임죄를 (판례마다 다소 차이가 있지만) 구체적 위험범으로 운용해 왔다. 회사명의의 금전소비대차 공정증서와 약속어음 공정증서 작성·교부 등에 의해 회사가 부담하게 된 위험이

결과적으로 사법상 무효가 되어 현실화되지 않았다면 회사에 재산상 손해의 위험도 없다고 보아 배임죄의 성립을 부인한 대법원 판결도 그러한 해석을 전제로 한다. 그러나 실제 손해가 발생하지 않았다고 하여 손해의 위험이 발생하지 않은 것은 아니다. 왜냐하면 회사는 반환시기가 도래하면 금전을 반환하여야 할 의무를 부담한다는 점에서 재산상 손해의 구체적 위험은 회사명의의 금전소비대차 공정증서와 약속어음 공정증서 작성·교부에 의해 '이미' 있다고 보아야 하고, 무효소송에 의해 대표권 초월행위가 무효가 된다고 하더라도 이는 법적인 손해의 위험이 발생한 후의 사정에 불과한 것이다. 따라서 손해의 위험이 인정되는 한 배임죄의 기수를 인정해 온 종래의 판례에 의한다면 배임죄의 기수가 성립되었어야 한다.

그러나 독일형법과 달리 배임미수죄 처벌규정을 두고 있는 현행 형법에서 - 판례가 배임죄의 성립에 필요하다고 보는- 손해의 구체적 위험이 인정되는 경우에는 배임죄기수가 아니라, 미수가 된다고 해석하는 것이 타당하다. 따라서 회사명의 금전소비대차공정증서와 약속어음공정증서 작성·교부에 의해 재산상 손해의 위험이 발생하였고, 이로써 실제손해 또는 손해와 동등하다고 판단되는 위험<sup>35)</sup>이 발생한 것은 아니기 때문에 배임죄의 기수가 될 수 없다고 할 것이다.<sup>36)</sup> 한편 행위반가치에 속한다고 하는 고의의 개념에도 행위자가 실현을 지향하는 결과의 요소가 내재되어 있다는 점에서<sup>37)</sup> '(형법)규범적 의미의 손해'가 인정된다고 할 수 있다. 계약체결사기의 경우 판례는 재산적 처분행위가 사기

35) 손해발생의 위험을 '가능성', '개연성', '확실성'으로 단계화 하여, 손해가 아직 발생하지 않았으나 손해가 발생할 확률이 확실성에 가깝다면 이는 "손해와 동등하다고 평가될 수 있는" 손해의 위험으로 배임기수가 성립해야 한다는 홍가혜, "회사대표의 개인 대출금채무에 대한 해외법인의 연대보증에서의 손해의 인정여부 - 서울고등법원 2015. 12. 15. 선고 2015노2486판결-", 「성신법학」, 제15호, 성신여자대학교 법학연구소, 2015, 72쪽.

36) 같은 견해로 안경옥, "회사 대표이사의 대표권 남용행위 중 법률상 무효행위에 대한 형법적 평가", 「경희법학」, 제48권 제4호, 경희법학연구소, 2013, 171쪽; 이에 반해 약속어음 공정증서 발행·교부가 사법상 무효가 된다고 하더라도 그 약속어음이 선의의 제 3자에게 유통될 경우라면 회사는 그 어음금채무를 이행하여야 할 것으로 이때의 위험을 '손해발생과 동등한 위험'이라고 하면서도, 배임미수의 성립을 말하는 권오성, "대표권 남용과 배임죄 - 대법원 2012. 5. 24. 선고 2012도2142 판결-", 「법학논총」, 제30집 4호, 한양대학교 법학연구소, 2013, 199쪽.

37) 이상돈, 「형법강론」, 박영사, 2015, 99쪽.

를 이유로 민법에 따라 취소 될 수 있다하더라도 사기죄 성립에 영향을 미치지 않는다고 본다.<sup>38)</sup> 따라서 계약한 직후 매매계약을 취소하였다면 상계 이전에는 사기미수범이 되고, 상계를 한 경우에는 사기죄가 성립한다고 한다.

## 2. 배임죄의 미수성립여부: 실행의 착수여부

배임죄의 미수성립여부를 검토하기 위해서는 모든 미수범의 최소 공통요건인 ‘실행의 착수’가 판단되어야 한다. 미수와 예비·음모 모두 범죄의사가 처벌 가치 있을 정도로 외부화 되었으나 범죄의 완성에 이르지 못한 경우를 말하는 것으로 법률에 특별한 규정이 있는 때에만 예외적으로 처벌되는데, 현행 형법은 배임죄의 미수범처벌규정만을 두고 있고 배임죄의 예비·음모를 처벌하는 규정은 없기 때문에, 배임죄의 미수성립여부를 검토하기 위해서는 예비·음모와 미수를 가르는 실행의 착수 이후의 논증이 필요한 것이다. 즉, 미수는 실행의 착수가 있는 후라는 점에서 먼저 실행에 착수한 행위가 있었어야 한다. 미수는 범죄의 실행에 착수에서 예비음모와 구별되고, 범죄를 완성하지 못한 점에서 기수와 구별된다.<sup>39)</sup>

실행의 착수를 판단하는 기준에는 4개의 학설(객관설·실질적 객관설·주관설·주관적 객관설)이 대립된다.<sup>40)</sup> 그런데 대표이사가 배임의사를 가지고 금전소비대차계약공정증서와 약속어음공정증서를 작성·교부하였으므로 어느 학설에 의하더라도 배임죄의 실행의 착수는 인정된다. ① 어떤 행위이든 범죄의사를 외부화 하는 행위가 있을 때에 실행의 착수를 인정하는 주관설에 의하면 개인채무변제를 위하여 회사의 재산이용을 논의한 때에 배임죄의 실행의 착수가 있었다고 할 수 있다. 그리고 ② 행위자의 개별적 행위계획에 비추어 구성요건실현을 직접적으로 개시한 때에 실행의 착수를 인정하는 주관적 객관설에 의하면 회사명의를 채무부담을 위한 구체적 검토를 한 때에 실행의 착수가 있었다고

38) 대법원 2012. 4. 13. 선고 2012도1101 판결.

39) 배종대, 「형법총론 제9개정판」, 홍문사, 2009, 488쪽.

40) 실행의 착수시기에 관한 학설의 대립에 대하여 자세히는 임웅, 「형법총론 제4정판」, 법문사, 2012, 348-351쪽.

할 수 있다. ③ 구성요건적 행위의 직접적 전단계행위를 실행할 때 또는 법의 침해에 밀접한 행위가 있을 때에 실행의 착수를 인정”하는 실질적 객관설에 의하면 회사명의 금전소비대차공정증서와 약속어음공정증서 작성에 필요한 직인 등을 준비한 때에 배임죄의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 있다. ④ 구성요건에 해당하는 행위 또는 그런 행위의 일부분을 한 때에 실행의 착수를 인정하는 객관설에 의하면 회사명의 금전소비대차공정증서와 약속어음공정증서를 작성한 때에 배임죄의 실행의 착수가 인정된다. 실행의 착수시기를 가장 늦추는 객관설에 의해서도 실행의 착수는 인정되는 것으로, 따라서 어떤 학설에 의해서도 실행의 착수를 인정하여 업무상 배임죄의 미수범을 인정할 수 있다.

### 3. 미수의 형태

현행 형법은 미수범을 장애미수(제25조), 중지미수(제26조), 불능미수(제27조)로 구분한다. 중지미수는 실행에 착수하여 자율적인 의사결정으로 범행을 그만두고, 이로써 결과가 발생하지 않은 경우로 대표이사가 회사명의의 채무 부담을 스스로 회복시키지 않았다면 중지미수가 성립될 여지가 없다. 그러므로 장애미수와 불능미수의 성립여부만이 검토되어야 한다.<sup>41)</sup> 불능미수는 실행의 수단이나 착오로 인해 필연적으로 범죄가 완성되지 못한 반면, 장애미수는 결과가 발생 가능하지만 우연적 요소로 그 사안에서 범죄가 완성되지 못한다는 차이가 있다.<sup>42)</sup>

그런데 앞서 본 바와 같이 대법원은 개인채무변제를 위한 대표이사의 채무 부담이 사법상 무효가 되는 경우라면 재산상 손해발생의 위험도 없다고 보아 업무상 배임죄가 성립하지 않는다고 판결하였다. 이는 대표이사의 행위를 범죄구성요건을 충족할 가능성이 없는 행위로 원칙적으로 위험성이 없는 행위로 보아 불가별인 불능범을 인정하는 셈이 된다.<sup>43)</sup> 그러나 사법상 무효인 행

41) 그러나 장애미수와 불능미수의 구별이 필요하지 않다고 보는 하태훈, “불능미수”, 「형사법 연구」, 제4호, 한국형사법학회, 1991, 59-86쪽.

42) “장애미수는 결과가 현실적으로 발생하지 않았으나 수단 또는 대상의 착오가 없었기 때문에 결과발생의 가능성이 ‘있음’ 경우 이다. 따라서 착오로 인한 결과발생 불가능성은 불능미수와 장애미수의 구별표지가 된다”는 임웅, 「형법총론 제4정판」, 법문사, 2012, 383-384쪽.

위라 하더라도 임무위배행위의 실행의 착수가 인정되며, 공정증서작성·교부로 인해 이미 법적인 손해의 위험이 발생하였고, 단지 법원의 판결에 의해 범죄 구성요건실현을 완성하지 못한 경우라면 불능범이 될 수 없다.

그렇다면 불능미수의 성립을 검토해 볼 수 있다. 불능미수란 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하지만 위험성이 있는 경우를 말한다. 즉, 불능미수가 인정되기 위해서는 결과의 발생이 일반적으로 불가능한 것이어야 한다. 하지만 사법상 무효가 되는 대표권 남용행위에 대해 재산상 손해라는 범죄완성의 불능상태를 필연적인 것으로 볼 수 없다. 대표권 남용행위의 사법상 효력은 법원의 판결에 의해 결정되는 것으로, 거래의 상대방이 회사의 재산을 이용하여 개인의 이익을 도모하는 것이었음을 알았거나, 알 수 있었음을 입증하지 못하는 경우라면 대표권 남용행위는 사법상 무효가 될 수 없고 회사는 거래이행책임에서 벗어날 수 없으며, 또는 판례가 변경된다면 언제든지 결과의 발생이 가능하다. 즉, 결과발생이 일반적으로 불가능한 불능미수가 아니라, 일반적으로는 구성요건실현을 완수할 수도 있지만 그 사안에서 우연히 등장한 개별적인 장애요소로 완수하지 못한 장애미수가 인정되어야 한다. 그런데 여기서 주의해야 할 점은 만일, 거래의 상대방이 회사명의 채무부담이나 어음발행이 대표이사의 권한초월행위임을 알았다는 충분한 사정이 있어서 사법상 무효가 되는 경우라면 경제적 의미에서는 사실상 손해가 없다고 볼 수 있어, 이는 형법 제51조 제3호의 “범행의 결과”에 해당하는 사실로 양형의 조건이 되어야 할 것이다. 다시 말해 회사명의 금전소비대차공정증서와 약속어음공정증서 작성·교부에 의해 이미 재산상 손해의 법적인 의미에서의 구체적 위험이 발생하였으나, 손해가 현실화 되지 않아 법적인 의미의 손해가 발생하지 않았다는 사실은 배임죄의 성립요건이 되는 것이고, 실제 손

43) 이러한 해석으로 이상돈, 「형법강론」, 박영사, 2015, 1156쪽; 반면 “손해발생의 위험조차 초래되지 아니한 경우에는 배임죄가 성립하지 아니한다”라는 대법원 판결은 배임기수가 성립하지 않는다는 의미로 이해되어야 할 것이며, 만약 대법원이 배임미수조차 성립하지 않는다는 의미였다면 “손해발생의 위험조차 인식 또는 인용하지 못한 경우”라고 하여 배임죄의 고의를 부정하거나, 아니면 ‘손해발행이 불가능하고 그 위험성이 없어’라고 판시하여 가벌성 없는 불능범이라고 판단하였어야” 한다는 권오성, “대표권 남용과 배임죄 - 대법원 2012. 5. 24. 선고 2012도2142 판결-”, 「법학논총」, 제30집 4호, 한양대학교 법학연구소, 2013, 193-194쪽.

해의 가능성이 매우 낮아서 경제적 의미의 손해가 사실상 없었던 사실은 양형의 조건으로 배임죄 성립요건과 구별되어야 한다는 것이다.

## V. 근거지움 없는 목적론적 축소의 금지

### 1. 목적론적 축소로서 대법원 판례

사법상 무효가 되는 대표권 남용행위의 배임죄 무죄판결은 행위자에게 유리한 유추해석으로 검토될 수 있다. 형법의 핵심원리인 죄형법정주의는 법관의 유추적용을 금지하고 있다. 다만 유추금지원칙의 통설의 이해에 의하면 피고인에게 유리한 유추까지 금지하지는 않는 것으로 대표이사의 대표권 남용행위는 사법상 무효가 되는 행위로 손해 발생의 위험 즉, 배임죄의 객관적 구성요건요소인 손해 또는 손해 발생의 위험도 없다고 보아 배임죄 성립을 인정하지 않는 대법원 판결은 행위자에게 유리한 유추해석으로 허용된다고 할 수 있다.

그런데 대법원의 그러한 해석은 누구나 적용을 의심치 않는 대상<sup>44)</sup>에 대해 형법을 적용하지 않는 피고인에게 유리한 유추해석으로 '목적론적 축소'라 할 것이다.<sup>45)</sup> 먼저 실손해가 발생하지 않았다고 하여, 법적인 의미에서 손해의 위험이 발생하지 않은 것은 아니다. 왜냐하면 회사가 채무를 이행해야 된다는 점에서 재산상 손해 발생의 구체적 위험은 공정증서 작성에 의해 이미 발생하였다고 보아야하기 때문이다. 대표이사의 행위가 사법상 무효가 된다 하더라도 이는 손해의 구체적 위험이 발생한 후의 사정에 불과하며, 회사가 거래 상대방의 악의 (또는 견해에 따라 과실이나 중과실) 즉, 대표이사의 행위가 회사의 재산을 이용하여 개인의 이익을 도모하는 것이었음을 알았거나, 알 수 있었음을 입증하지 못하는 경우라면 대표이사의 행위는 사법상 무효가 될 수 없고, 회사는 거래이행책임에서 벗어날 수 없다. 대표이사의 대표권남용행위는

44) 이를 '개념의 핵'으로 설명하는 이상돈, 「형법강의(제1판)」, 법문사, 2010, 37-38쪽.

45) 판례는(대법원 1997. 3. 20. 선고 96도1167 전원합의체 판결)는 행위자에게 불리한 목적론적 축소해석을 제한적 유추라고 부르고 단순한 목적론적 축소해석과 구분한다.



일반적으로는 구성요건 실현을 완수할 수도 있지만 ‘우연히’ 등장한 ‘개별적’ 장애요인에 의해 완수하지 못한 경우로 장애미수로 처벌되어야 할 것이다. 따라서 배임죄 미수범(형법 제 25조) 성립이 마땅히 긍정되어야 함에도 대법원은 피고인에게 유리한 축소해석으로 이 사건에 대해 무죄판결을 내놓은 셈이다.

## 2. 축소의 정당성

피고인에게 유리하다고 하여 어떤 축소해석이든 유추금지원칙에 위반되지 않는다고 보는 것은 형벌권의 정당한 행사를 위축시키며, 입법권을 찬탈하는 결과를 가져오는 것으로, 피고인에게 유리한 유추도 합리적 논거에 의한 근거지움이 뒷받침되어야 한다. 특히 축소해석이 좇는 목적이 정당해야 하고, 그 목적 달성에 필요불가결한 수단이 되어야 한다. 따라서 사법상 무효가 되는 대표권 남용행위에 대한 대법원의 목적론적 축소가 유추금지원칙에 위반되지 않기 위해서는 정당한 목적을 좇기 위해 필요불가결한 것이어야 한다. 자기 또는 제 3자의 이익을 위하여 회사재산을 위태롭게 하는 대표이사의 행위를 범죄구성요건을 충족할 가능성이 없는 행위로서 원칙적으로 위험성이 없는 행위로 보는 것은 적절치 않다. 회사의 대표가 자기 또는 제 3자의 이익을 위하여 회사재산에 위험을 발생시키는 것을 배제하려는 목적은 이미 위험이 발생한 후에 사법상 무효라는 장애요인에 의해 구성요건 실현을 완수하지 못한 행위까지 통제하지 않는다면 달성될 수 없다. 그러므로 대법원의 축소해석은 정당한 목적을 실현하기 위한 필요불가결한 방편이라 할 수 없다. 따라서 이러한 해석은 법익보호원칙 뿐 아니라 유추금지원칙에도 위배되는 해석이라고 보아야 한다.

## 참고문헌

- 단행본
- 배종대, 「형법총론」, 홍문사, 2009
- 이상돈, 「법이론」, 박영사, 1996

- 이상돈, 「형법강의」, 법문사, 2010  
이상돈, 「경영형법」, 법문사, 2011  
이상돈, 「형법강론」, 박영사, 2015  
임웅, 「형법총론」, 법문사, 2012  
이재상·장영민·강동범, 「형법각론」, 박영사, 2016

- 논문

- 권오성, “대표권 남용과 배임죄 - 대법원 2012. 5. 24. 선고 2012도2142 판결-”, 「법학논총」, 제30집 4호, 한양대학교 법학연구소, 2013  
류전철, “배임죄에서 재산상 손해발생의 위험”, 「법학논총」, 제30집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2010  
문상일, “대표이사의 대표권 남용과 배임죄 - 판례에 대한 비판적 소고-”, 「연세법학」, 제20호, 연세법학회, 2012  
발터 페튼(안동준 역), “배임죄의 구성요건의 문제점과 전망”, 「법학논총」, 제30집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2010  
안경옥, “회사 대표이사의 대표권 남용행위 중 법률상 무효행위에 대한 형법적 평가”, 「경희법학」, 제48권 제4호, 경희법학연구소, 2013  
이상돈, “차입에 의한 기업인수(LBO)와 배임죄”, 「경제법연구」, 제7권 제1호, 한국경제법학회, 2008  
이상돈, “전환사채의 저가발행을 통한 경영권 승계의 배임성”, 「형사정책연구」, 제23권 제2호, 한국형사정책연구원, 2012  
이영철 “대표권남용과 어음행위”, 「상사법연구」, 제19권 제3호, 한국상사법학회, 2001  
이주원, “특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)죄에서 이득액 개념의 합리적 재해석 - 과연 손해발생의 위험액이 곧 이득액인가?-, 「인권과 정의」, 436호, 대한변호사협회, 2013  
이철송, 「회사법강의(제21판)」, 박영사, 2013  
이훈중, “대표권을 남용하여 약속어음을 발행한 경우 배임죄에 관한 연구-대법원 2013. 2. 14. 선고 2011도10302 판결을 중심으로-” 「법과 정책연구」,

- 제15권 제1호, 한국법정책학회, 2015
- 최준혁, “배임죄에서의 재산상 손해”, 『형사법의 쟁점과 판례(우리형사판례연구회 부산지방검찰청 편)』, 법문사, 2009
- 허일태, “배임죄 해석의 나아갈 방향”, 『형사법연구』, 제27권 제1호, 한국형사법학회, 2015
- 하태훈, “불능미수”, 『형사법연구』, 제4호, 한국형사법학회, 1991
- 홍가혜, “회사대표의 개인 대출금채무에 대한 해외법인의 연대보증에서의 손해의 인정여부 - 서울고등법원 2015. 12. 15. 선고 2015노2486판결-”, 『성신법학』, 제15호, 성신여자대학교 법학연구소, 2015

- 학위논문

- 이상돈, “형법상 책임범주의 탈형이상학화, 합리화”, 석사학위논문, 고려대학교 대학원, 1995
- 홍가혜, “배임죄 해석에서 경영합리성의 고려 - 차입에 의한 기업 인수·합병 (Leveraged Buyout)의 배임성 논의를 중심으로-”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 2014

[Abstract]

## Transcendence of Authority by Executives and Breach of Trust

Hong, Ga-hae

*Ph.D·Legal Research Institute of Korea University Senior Researcher*

The Supreme Court's ruling in transcendence of authority by executive case considers that representative is not criminally responsible for breach of

trust when the contracting party knows or can know. This decision is based on commercial law. However, the judgement on whether one will be charged with breach of trust or not does not depend on interpretation of commercial law. Criminal law should form and maintain important norms of behavior for social integration on its own principle. However, in order to chase personal gains, 'the issue of contract agreement and promissory note against company's profit' can provide grounds for determining criminally liable for the breach of trust. This is because, the issue caused risk of company's property. So even if transcendence of authority by executive does not caused damage for company, representative is applicable to breach of trust crime ceased by obstacle

**Key words** : abuse of authority by executives, transcendence of authority, the breach of trust, crime ceased by obstacle, attempted crime, risk of damage