creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

[UCI]I804:24011-200000266246

2017年 2月

博士學位論文

會社法上의 企業犯罪에 관한 硏究

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

梁 東 熙

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

會社法上의 企業犯罪에 관한 硏究

A Study on the Corporate Crimes
in Korean Corporation Law

2017年 2月 24日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

梁 東 熙

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

會社法上의 企業犯罪에 관한 硏究

指導敎授 金 在 亨

이 論文을 法學 博士學位申請 論文으로 提出함

2016年 10月

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

梁 東 熙

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

梁東熙의 博士學位 論文을 認准함

委員長 목포 大學校 名譽敎授 文 基 好 (印)

委 員 우석 大學校 敎 授 최 윤 필 (印)

委 員 조선 大學校 敎 授 권 상 로 (印)

委 員 조선 大學校 敎 授 이 원 상 (印)

委 員 조선 大學校 敎 授 김 재 형 (印)

2016年 12月

朝鮮大學校 大學院

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

【目　次】

ABSTRACT

제1장 서 론 ····· 1
제1절 연구의 목적 ····· 1
제2절 연구의 범위와 방법 ····· 4

제2장 기업범죄와 법인의 범죄능력 ····· 7
제1절 기업범죄 ····· 7
1. 개 관 ····· 7
2. 회사법상 양벌규정 ····· 11
3. 법인의 형사처벌에 대한 이론과 판례 ····· 14
제2절 법인의 범죄능력 ····· 17
1. 법인의 본질과 범죄능력 ····· 17
2. 외국의 입법례 ····· 20
3. 법인의 독립적 형사책임제도 ····· 25
제3절 법인의 형사처벌과 경영판단원칙 ····· 27
1. 경영판단원칙의 배경 ····· 27
2. 경영판단원칙에 관한 판례의 태도 ····· 30
3. 경영판단원칙과 배임죄 ····· 34
제4절 소 결 ····· 38
1. 법인의 범죄 및 형벌의 종류 ····· 38
2. 경영판단원칙의 법제화 ····· 40

제3장 회사 등의 재산보호에 관한 죄 ····· 43
제1절 특별배임의 죄 ····· 44

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

1. 개 관 ····· 44
2. 발기인, 이사 기타의 임원 등의 특별배임죄(제622조) ····· 47
3. 사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄(제623조) ····· 62
제2절 회사의 재산에 관한 죄 ····· 67
1. 주요주주 등 이해관계자와의 거래위반의 죄(제624조의2) ····· 68
2. 회사재산을 위태롭게 하는 죄(제625조) ····· 72
3. 주식의 취득제한 등에 위반한 죄(제625조의2) ····· 79
4. 납입책임면탈의 죄(제634조) ····· 84
제3절 소 결 ····· 88
1. 특별배임의 죄 ····· 88
2. 회사의 재산에 관한 죄 ····· 90

제4장 독직행위와 회사의 신용 등에 관한 죄 ····· 94
제1절 독직 및 증·수뢰의 죄 ····· 94
1. 발기인, 이사 기타 임원의 독직죄(제630조) ····· 95
2. 권리행사 방해 등에 관한 증·수뢰죄(제631조) ····· 113
3. 주주의 권리행사에 관한 이익공여의 죄(제634조의2) ····· 117
제2절 회사의 신용을 해하는 죄 ····· 121
1. 부실보고죄(제626조) ····· 121
2. 부실문서행사죄(제627조) ····· 125
3. 납입가장죄 등(제628조) ····· 131
4. 초과발행의 죄(제629조) ····· 139
제3절 소 결 ····· 143
1. 독직 및 증·수뢰의 죄 ····· 143
2. 회사의 신용을 해하는 죄 ····· 148

제5장 결 론 ····· 152

참고문헌 ····· 156

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

【ABSTRACT】

A Study on the Corporate Crimes in Korean Corporation Law

Yang, Dong-Hee
Advisor : Prof. Kim, Jae-Hyeong, Ph. D.
Department of Law,
Graduate School of Chosun University

This thesis is on the corporate crimes in Korean Corporation Law. Corporate crime means that corporate members commit to the illegal practices for the profits of himself or corporation. The corporate members are shareholders, directors, officers and other workers prescribed by section 622 etc. of Korean Commercial Law. Recently, corporate crimes are increasing and repeating. The damages of the corporate crimes are very large and great. If we leave alone the situation, It will threaten national economy seriously. Nonetheless, the sections 622 - 634 on corporate crimes in Korean Commercial Law have been disregarded by scholars and the judicial world. I expect this thesis will contribute to prevent the occurrence of corporate crimes and to activate the studying of this fields.

This thesis is composed of 5 chapters.

The first chapter is introduction.

The second chapter is on the criminal capacities of corporation. In this chapter, I consider that the criminal capacities of corporation and business

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

judgement rule must be legislated in criminal law and commercial law.

The third chapter is on the crime of doing harm to corporation assets. This chapter includes the special breach of trust on commercial law(sec. 622, 623), the crime of dealing with the person interested as principal stockholders(sec. 624-2) the crime of endangering to corporation assets(sec. 625), the crime of purchase stocks prohibited by law(sec. 625-2), the crime of evasion of payment for stocks(sec. 634).

The forth chapter is on the corrupt practices and the corporation reputation. This chapter includes the grapt and corruption crime of promoters, directors, executive officers, auditors etc.(sec. 630), the crime of rights disturbance by bribery(sec. 631), the crime of giving illegal benefits to shareholders(sec, 634-2).

The fifth chapter is conclusion.

Through this study, criminal regulations of commercial law are very complicated and unsystematic, and the punishments of commercial law are very impractical to compare with damages scale of corporate crimes. So that I proposed some opinions to revise criminal regulations of commercial law and I expect this study will contribute to the development of criminal regulations of commercial law.

▶ Keyword : the corporate crimes, the criminal capacities of corporation, business judgement rule, the crime of doing harm to corporation assets, the special breach of trust, the crime of dealing with the person interested as principal stockholders, the crime of endangering to corporation assets, the crime of purchase stocks prohibited by law, the crime of evasion of payment for stocks, the corrupt practices, the corporation reputation, the crime of rights disturbance by bribery, the crime of giving illegal benefits

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제1장 서 론

제1절 연구의 목적

상법을 비롯한 기업관련 법은 기업의 발전을 도모함은 물론 기업을 통하여 인류의 공동번영과 행복, 즉 물질의 풍요와 삶의 질을 향상시키는 큰 틀의 이상을 실현하는데 기여할 수 있어야 한다. 그동안 우리의 기업관련 법제도는 단기간 내에 장족의 발전을 거듭해 왔고, 기업도 세계적 수준에 이르게 되었다. 그 결과 우리 사회의 생산력은 증대되었고 물질생활도 현저히 풍요로워졌다.

그러나 자본주의를 실현하는 기업이 순탄하게 발전해 온 것은 결코 아니었으며, 현대에 이르러 기업의 긍정적인 면과 순기능적인 면만을 믿고 그대로 방치해 둘 수도 없는 제도로 변질되어 있다. 왜냐하면 중산층의 붕괴와 빈부의 격차, 대량실업, 대량 공적자금의 투여, 노동자의 인권과 복지문제, 자연환경의 파괴 등이 기업에 의해서 조장되고 있고, 기업인의 탐욕과 비윤리적 행위는 지속적으로 반복되고 있기 때문이다. 최근 2-3년 내에 우리나라에 나타난 기업관련 사건사고, 즉 한진해운의 법정관리, 롯데 일가의 비윤리적 행위, 대우해양조선, 옥시, 세월호 침몰, 폭스바겐 자동차 배출가스 서류조작 등등은 정치, 행정, 법률 등의 권력과 야합하여 국민을 더욱 좌절하게 만들고 있다. 이러한 사건사고는 단순히 법률적인 문제가 아니고 기업인과 실질적 소유자 일가의 윤리문제이며, 권력의 부패와 관련된 것으로 자본주의와 신자유주의의 한계일 것이다.

기업관련 법들이 기업현장에서 준수되지 않는다면 기업에는 이해관계자들이 많기 때문에 그 피해범위는 너무 넓고 크며, 국민경제에 악영향을 미치게 된다. 그래서 기업관련 법률들은 법의 준수를 담보하고 행정목적을 달성하기 위하여 그 법률의 위반자와 위반기업에 대하여 매우 엄격한 민·형사상의 책임과 처벌을 인정하는 명문규정을 두고 있다.

그럼에도 불구하고 기업현장에서는 기업가와 기업 구성원의 탐욕에 의하여 법률을 위반하는 사례가 종종 나타나고 있다. 기업범죄는 경영전문가에 의해서 이루어지는 것이고 그 배후에는 정치, 경제, 행정, 법률 등의 권력과도 연계되어 있는 화이트칼라 범죄이다. 그래서인지 그 책임자도 명백히 가려내기가 쉽지 않다. 반면 피해범위가 광대하여 그 피해자와 피해액도 엄청나지만, 배상과 처벌은 미미한 실정이어서 기업범죄는 반복되고 있

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

고 유사한 기업범죄는 꼬리를 물고 나타나고 있다. 당연히 국민의 분노와 좌절은 클 수 밖에 없고 법에 대한 불신도 증가하고 있는 실정이다.

최근의 상법학은 글로벌 스탠다드에 입각한 기업의 지배구조를 개선하고 새로운 제도의 도입 및 기업 활동상의 위법행위에 대한 민사책임을 중심으로 하는 연구가 대부분이었다. 그래서 기업관련 법률에 규정되어 있는 형사책임에 관해서는 상법학계나 형법학계에서 큰 관심을 가지지 못하였고 이에 관한 연구도 소홀히 하였다. 아마도 형사법학의 입장에서 기업관련 법률을 연구하기가 쉽지 않았을 것이고, 상법학의 입장에서도 형사법적 시각으로 연구하기가 쉽지 않았을 것이다.

법조실무에서도 기업관련 법률에 규정된 벌칙조항의 적용보다는 형법상의 책임을 묻는 사례가 많았다. 예를 들면 회사임원의 배임행위에 대하여 상법 제622조의 특별배임죄를 적용하지 않고 형법상의 배임죄나 업무상배임죄로 처벌하였었다. 이는 형법이론이 보다 정교하게 발달되어 있고 법정형마저 동일하기 때문에 형법의 적용이 쉽고 편리했을 것으로 생각된다. 그러나 기업관련 사건들에 대해서는 형법이 일반법이고 기업관련 법률들이 특별법이므로, 당연히 특별법인 기업관련 법률들이 규정하는 벌칙조항을 적용하여 형사책임을 묻는 것이 타당 할 것이다.

상법과 기업관련 법률의 이상은 기업의 발전은 물론 국민경제에 이바지하고 인류의 공동번영을 실현하는데 있다. 그러므로 기업관련 법률은 반드시 기업가와 기업에 의하여 준수되지 않으면 안 된다. 그러기 위해서 종래의 민사책임을 중심으로 하는 연구뿐만 아니라 각 법률에 명문으로 규정되어 있는 벌칙조항(특별형법조항)에 관한 연구를 소홀히 해서는 안 될 것이다. 또한 기업가의 탐욕을 억제하고 공정한 경쟁과 윤리적 경영을 강조하지 않으면 안 될 것이다.[1)]

상법과 그 특별법, 경제관련 법률들이 벌칙조항(특별형법조항)을 두고 있지만, 법조실무에서 쉽게 적용하지 못하는 또 다른 이유 중의 하나는 대부분의 법률조항이 너무 복잡하여 기업법 전문가가 아니면 이해하기가 쉽지 않은 구조로 되어있다는 것이다. 예컨대, 상법 제622조에서 규정하는 범죄행위의 주체는 기업의 모든 구성원과 관련자들을 포함하고 있고, 구성요건에 해당하는 범죄행위는 동일한 조문 내에서도 여러 개의 행위를 나열하고 있기 때문에 이해하기가 너무 어렵게 되어 있다. 그 이유는 복잡한 기업의 활동을 몇 개의 조문으로 축소하여 규정하고자 하는 기업법의 특성 때문일 것이라고 생각한다. 그러나 이러한 규정을 단순화하고 명백히 하지 못한다면 학문적 발전뿐만 아니라 법

1) 양동석, “기업윤리와 법제”, 『상사법의 중요쟁점에 대한 새로운 접근』, 한국기업법학회 · 한국상사판례학회 2016년 하계공동학술대회 자료집, 2016, 4면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

조실무에서도 잘 활용되어질 것이라는 기대를 할 수 없을 것이다.

그리고 기업범죄는 기업가나 기업 구성원의 개인적 이익을 목적으로 하는 범죄행위도 있지만, 기업의 이익을 목적으로 하는 범죄도 있다. 전자의 경우에는 행위자 개인을 처벌하면 될 것이지만, 후자의 경우에는 행위자인 기업의 구성원 개인책임뿐만 아니라 범죄행위로 인한 불법이익의 귀속주체인 기업에게도 책임을 물어야 할 것이다. 또 기업이 자체의 시스템을 작동하여 충분히 예방할 수 있는 범죄도 있을 것이다. 그러므로 기업의 과실로 범죄행위를 예방하지 못하여 사회적 피해를 야기하였다면 해당 기업에게도 마땅히 그 책임을 물어야 할 것이다. 그러나 우리 형사법 체계에서는 법인 또는 영업주를 처벌할 수 있는 제도가 충분히 마련되어 있지 못하고 연구도 미흡한 실정이다.

즉 법인을 처벌할 수 있는 양벌규정이 상법에 규정되어 있으나(상법 제634조의3), 아직도 형법학계의 다수의견은 법인의 범죄능력을 부정하고 있으며 양벌규정을 인정한다고 하더라도 법인에게는 벌금 외의 형벌을 과할 수 있는 방법이 없기 때문이다. 그러므로 형법에 법인의 범죄능력을 인정하는 일반규정을 둘 필요가 있고, 법인을 처벌할 수 있는 다양한 형벌을 개발하여 법인처벌의 실효성을 높일 수 있도록 하여야 할 것이다. 그렇지 않으면 날로 증가하는 기업범죄와 기업가의 비윤리적 범죄행위를 예방할 수 없을 것이며, 국민의 신뢰도 얻지 못할 것이다.

기업범죄는 수많은 기업의 내부에서 전문가에 의하여 은밀하게 진행되는 것이므로 외부의 수사기관이나 감독기관이 일일이 기업의 내부를 들여다 볼 수도 없고, 기업의 위법행위를 수사기관이나 감독기관이 쉽게 인지할 수 있는 것도 아니다. 그렇다고 하여 수사기관이나 감독기관에서 의욕을 가지고 기업을 간섭하거나 내부 구성원의 불화로 인한 고발을 전제로 하여 기업의 경영에 관여하게 된다면 오히려 더 심각한 문제를 낳을 수도 있다. 즉 기업의 자유로운 영업활동이나 경영판단을 해치게 되고 기업의 활동을 위축시켜 오히려 국민경제 발전에 역행하게 될 것이기 때문이다. 따라서 이러한 제도는 유연하면서도 탄력적으로 운용될 수 있도록 노력하지 않으면 안 된다. 기업의 이윤을 극대화할 수 있도록 활동의 자유를 보장하면서도 위법행위를 억지할 수 있도록 하는 법률문화의 정착이 가장 최선일 것이다.

이에 비하여 우리 상법에 많은 영향을 미치고 있는 미국 회사법에서는 회사의 경영과정에서 발생하는 위법행위에 대해서는 증권관련범죄로서 규율하고, 각 주의 회사법상 강행규정을 위반하는 행위에 대해서는 해당법률과 연방형법에 의해서 엄격하게 규율하고 있다. 그리고 경영자가 위법행위에 관여하거나 위법행위를 직접 한 경우 및 위법행위를 한 직원을 지배하는 경우에도 해당 형사책임을 인정하고 있다. 일본 회사법에서는 대체

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

적으로 우리 상법의 경우와 유사한 벌칙조항을 가지고 있다. 다만 일본 신회사법 제정 때 납입책임을 면탈할 목적으로 타인명의로 주식을 받는 경우의 주식납입책임 면탈죄를 폐지하였다. 미국과 일본의 회사법은 우리 상법상의 벌칙조항을 운영하는데 타산지석으로 삼아야 할 것이다.

본 연구의 목적은 기업관련 법률들의 일반법인 상법의 벌칙조항(제622조부터 제634조의3)을 체계적으로 연구하여, 형법과 상법 사이의 사각지대에 방치되어 있는 부분을 재조명하고자 한다. 그리고 기업범죄에 관하여 법인의 과실이 인정될 경우 법인을 처벌할 수 있는 이론적 근거를 고찰하고 다양한 형벌의 개발 가능성을 고찰한다. 또한 복잡하게 얽혀있는 상법상의 벌칙조항을 체계적으로 정리하여 명확하고 단순하게 하고자 한다.

이와 같은 연구를 통하여 상법상 벌칙조항의 정비와 이에 관한 학문적 발전에 기여하고, 법조실무에서도 발전된 이론을 쉽게 활용하는데 기여하고자 한다. 나아가 기업도 법의 준엄함을 쉽게 이해할 수 있도록 하여 상법과 기업관련 법률들이 기업현장에서 반드시 준수될 수 있도록 하기 위한 기틀을 마련하고자 한다.

본 연구가 시발점이 되어 종래와 같이 민사책임만을 중심으로 하는 기업관련 법률들이 아니고, 기업범죄에 대하여 형법상의 벌칙이 아닌 상법 자체의 준엄한 형사책임을 적용할 수 있게 한다면 증가일로에 있는 기업범죄를 줄이고 예방하는데 큰 기여를 할 수 있을 것으로 기대한다.

제2절 연구의 범위와 방법

경제적 여건이 어렵고 경영환경의 변화가 심각한 현 상황 아래서 기업의 비리와 범죄행위가 나타난다면 국민경제에 미치는 직접 또는 간접적인 폐해는 너무 중차대하게 될 것이다. 국가는 기업들이 이 난관을 극복해 나갈 수 있도록 기업을 제약하는 요소들을 제거하는 등 다양한 노력을 해야 하고 또 지원해야 할 것이지만, 인위적이고 고의적인 사건사고에 대해서는 엄정하게 대처하기 위하여 최선을 다 하여야 할 것이다.

그러한 방안으로서 기업범죄의 예방과 사후처리를 위하여 기업의 윤리정신함양과 기업관련 법률들에 나타난 제도개선, 민사책임과 형사책임의 강화 등을 고려해 볼 수 있으나 본 논문에서 이 모두를 포함하여 연구한다는 것은 그 범위가 너무 방대하여 사실상 불가능하다. 그래서 본 연구에서는 그 범위를 축소하여 우선 상법상의 벌칙조항(제622조부터 제634조의2까지)만으로 한정하고자 한다. 그리고 벌칙조항의 구성요건에 해당하는 행위를

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한 자연인의 처벌 외에도 법인의 처벌이 필요한 경우나 양벌규정(제634조의3)의 적용을 위하여 법인(기업)의 범죄능력에 대한 일반적인 논의를 심도 있게 고찰하고자 한다.

앞에서 언급한 바와 같이 본 논문의 주제에 관한 기존의 연구가 너무 희소하여 직접 참고할 수 없는 어려움이 있다. 그러나 상법의 해설서가 충분하고 그 분야의 민사책임 내지는 제도도입의 취지가 충분하게 연구된 논문이 많아서 이들 문헌을 중심으로 회사법 제도도입의 취지를 살려서 형법적 시각으로 연구를 진행한다. 그리고 형법 해설서와 유사한 범죄연구에 대한 연구논문을 참조하여 형법적 문헌연구를 진행하며, 이와 관련한 대법원의 형사판례를 참조한다. 또한 우리 회사법 발전에 큰 영향을 미치고 있는 미국과 일본의 회사법 제도를 참고하면서 우리 회사법의 발전방향을 모색해 본다. 따라서 필요한 부분에서는 미국 회사법과 그 연구문헌, 일본 회사법과 그 연구문헌을 번역하여 참고한다.

본 연구는 5장으로 구성한다. 각 장에서는 상법 구성의 체계를 중심으로 하고, 상법상 제도의 도입취지를 살리면서도 형법이론에 배치되지 않도록 상법상의 벌칙조항을 정리해 나가도록 한다.

제1장은 서론으로서 연구의 목적(필요성)과 연구의 범위 및 방법, 기대효과 등을 서술한다. 기업관련 법률들이 실현해야 할 이상과 반복되는 기업범죄를 억지하지 않으면 안 되는 필요성을 설명한다. 그러나 여러 가지의 제약 때문에 모든 기업관련 법률들에 규정된 벌칙조항을 연구하지 못하고 상법상의 벌칙 조항만을 연구대상으로 한다.

제2장은 기업범죄에 관한 일반이론이다. 본 장에서는 기업범죄의 의의와 특징에 관한 일반적 고찰을 진행한다. 기업범죄는 기업이나 그 구성원이 자기 또는 기업의 이익을 위하여 기업관련 법률에 금지된 행위를 함으로써 성립하는 범죄이고, 이러한 범죄는 형법상의 범죄와 비교할 때 매우 다른 특징이 있으므로 이에 관하여 심도 있게 고찰한다.

그리고 법인의 범죄능력을 인정하는 논거와 이를 부정하는 논거를 비교하며, 회사법상 법인의 형사처벌을 인정하는 양벌규정과 이에 관련한 판례를 검토한다. 또한 법인의 범죄능력에 관한 외국의 입법례를 살펴보며, 법인의 처벌에 관한 실효성을 제고하기 위한 방안 및 법인처벌에 적합한 형벌의 종류 등을 어떻게 구성하는 것이 타당한지 그 방안을 모색한다. 본장의 마지막은 미국 판례법에서 발달한 경영판단원칙을 우리의 연구에 수용할 수 있는지를 중심으로 고찰한다.

제3장은 회사의 재산을 보호하기 위한 범죄에 대한 연구이다. 상법상의 벌칙조항을 효과적으로 고찰하기 위하여 임의적으로 몇 개의 부류로 나누어 제3장과 제4장에 배치하였다. 본장의 제1절은 상법상의 특별배임죄로서 발기인, 이사 기타의 임원 등의 특별배임죄

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(제622조)와 사채권자집회의 대표자등의 특별배임죄(제623조)로 구성하여 각 범죄의 의의, 보호법익, 행위주체 및 직무범위, 구성요건 행위, 주관적 구성요건, 처벌 등의 순서로 고찰한다. 특히 회사 관련자의 대부분을 행위주체로 하고 있기 때문에 이들의 직무에 관한 연구가 필요하다. 제2절은 회사재산에 관한 죄로서 주요주주 등 이해관계자와의 거래위반죄(제624조의2), 회사재산을 위태롭게 하는 죄(제625조), 주식의 취득제한 등에 위반한 죄(제625조의2), 납입책임면탈의 죄(제634조)로 구성한다. 각 범죄의 의의, 보호법익, 행위주체 및 직무범위, 구성요건 행위, 주관적 구성요건, 처벌 등의 순서로 고찰한다.

제4장은 독직행위와 회사의 신용 등에 관한 범죄에 대한 연구이다. 본장의 제1절은 독직 및 증·수뢰죄로서 발기인, 이사 기타 임원의 독직죄(제630조), 권리행사방해 등에 관한 증·수뢰죄(제631조), 주주의 권리행사에 관한 이익공여의 죄(제634조의2)에 관하여 고찰한다. 특히 본 절에서는 형법상의 공무원 증·수뢰죄 및 권리행사방해죄와 비교하며 고찰한다. 제2절은 회사의 신용을 해하는 죄로서 부실보고죄(제626조), 부실문서행사죄(제627조), 납입가장죄 등(제628조), 초과발행의 죄(제629조)에 관하여 고찰한다.

제5장은 결론으로서 앞에서 고찰한 연구의 중요내용과 상법상 제도의 도입목적과 특성 및 행정목적을 달성하기 위하여 개정이 필요한 부분에 관한 제언을 포함한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제2장 기업범죄와 법인의 범죄능력

제1절 기업범죄

1. 개 관

우리나라에서만 유일하게 가습기 살균제라는 형태의 제품이 허가되어 출시되었다고 한다. 그런데 이러한 가습기 살균제 판매업체인 RB코리아(구 옥시)는 2003년 초반기에 독일 전문가로부터 살균제 원료성분의 흡입을 경고 받았는데도 이를 무시하고 오히려 서울대학교와 호서대학교 연구팀에 의뢰하여 가습기 살균제에 대한 연구결과를 조작하여 무해하다고 발표하도록 하였을 뿐만 아니라, “아이에게도 안전하다”는 허위 광고를 하며 10여 년 동안 생산·판매하였다. 이러한 기업의 사술에 현혹된 소비자들(특히 산모와 신생아)은 아무런 의심도 없이 유해한 가습기 살균제를 사용하였다. 가습기 살균제의 피해를 접수한 환경보건시민센터에 따르면 사망자가 239명, 폐질환 등 관련증상으로 고통 받고 있는 환자의 숫자가 1,528명에 이른다고 한다.

또한 대우해양조선은 2013년부터 2014년까지의 재무제표를 확인한 결과 1조 5,000억 원에 이르는 분식회계 및 2012년 5월부터 2014년까지 수주한 해양플랜트 계약 건 중 12건이 수주심의위원회의 사전심의도 거치지 않고 수주되어 1조 3,000억 원의 손실을 발생시켰다. 또한 이사회 보고나 의결 절차 없는 사업진행으로 3,200억 원에 달하는 손실을 입은 사실이 감사원에 의하여 밝혀졌다. 그리고 비품 구매 등을 담당한 직원 한 명이 2008년부터 2015년까지 무려 2,730건의 허위 서류를 작성하여 180억 원을 횡령한 사실도 드러났다.

한진해운의 전 회장 일가는 한진해운이 채권단 자율협약을 신청하겠다는 발표를 하기 직전인 2016년 4월 6일부터 같은 달 20일까지 약 15일 동안에 미공개정보를 이용하여 회장 일가가 가지고 있던 한진해운의 주식 전량을 매각하여 10억 원 가량의 손실을 피하였다는 보도가 있었다. 이에 대하여 검찰은 회장일가가 주채권은행인 산업은행과 외부감사기관인 삼일회계법인으로부터 미공개정보를 받아 97만주의 주식을 30여 억 원에 매각하여 손실을 피하였다는 혐의점을 포착하여 조사하고 있다. 그런데 한진해운

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

측에서는 이러한 사실을 전면 부인하고 있다. 그리고 법원도 검찰이 신청한 최은영 회장에 대한 구속영장을 기각하는 등 검찰 수사가 난항 중에 있다.

그리고 2014년 4월 16일 청해진해운의 여객선 세월호가 진도 앞바다에서 침몰하였던 사건이 우리 기억에 생생하다. 이 사건으로 승선자 중 304명이 사망·실종한 참사였는데 그 희생자의 대부분이 수학여행을 떠난 고등학생들이어서 온 국민들의 슬픔과 분노를 자아내었다. 그런데 세월호 사건의 형사책임은 선장과 기관장 및 승무원 등에게만 집중되어 그나마 중형이 선고되었지만, 세월호의 소유자로서 모든 운항관리와 사고대책이 미진하여 그 책임이 컸던 청해진해운에게는 해양환경관리법 제130조 양벌규정을 적용하여 세월호 침몰로 인한 기름유출에 대한 과실 책임을 물어 1,000만 원의 벌금을 선고하였을 뿐이다. 사실상 청해진해운이 도산하였던 이유는 위 세월호가 진도 앞바다에서 침몰하여 기름을 유출시켰다는 이유로 해양수산부에서 여객선 운송면허를 취소하는 행정제재를 당하였기 때문이다.

기업범죄는 국내에서만 문제되는 것이 아니다. 외국의 유명 자동차회사가 경유자동차의 배출가스 저감장치를 임의 설정하는 방법으로 조작된 자동차를 판매하여 1급 발암물질인 질소산화물을 기준허용치 보다 높게 배출되게 한 결과 오존과 초미세먼지를 발생시켰다. 이와 같은 기업의 범죄행위는 후대에게 물려줄 환경을 서서히 오염시켜 결국은 소비자들을 소리 없이 암살하는 범죄행위를 하였던 것이다. 이러한 기업범죄는 그 분야가 다양하고 사회에 미치는 해악은 상상을 초월할 정도로 그 범위가 넓고 크다.

이렇듯 기업의 이윤추구과정에서 위법행위의 조장이나 창출 및 대형 안전사고 등 기업의 범죄행위가 방치되면 수많은 사상자가 발생할 수 있고 거대한 자본이 형성되어 또다시 기업으로 흘러들어가거나 비자금으로 조성되어 불법행위에 재사용되는 등 기업의 범죄행위가 반복될 우려가 크다. 이러한 범죄행위는 결국 기업과 사회를 병들게 하고 국민의 생활과 경제를 좀 먹게 할 것이며 종국적으로 인류의 큰 재앙이 될 것이다. 그러나 기업범죄는 그 특성상 기업내부에서 고도의 전문지식과 기술을 이용하여 이익을 목적으로 기획되고 행하여지며, 달콤하고 아름답게 포장되어 소비자들을 유혹하기 때문에 소비자들로서는 무엇이 문제인지조차도 모르는 경우가 허다할 것이다. 결국 기업범죄는 암수범죄가 많고 또 설령 기업범죄의 정황을 포착하였다고 하더라도 이를 수사하여 처벌하기까지는 상당한 어려움이 예견된다. 이와 같은 사실을 잘 아는 기업들도 범죄행위가 발각되면 무조건 범죄사실을 은폐하고 부인하는 등 죄의식이나 이에 대한 책임의식이 매우 희박하다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한편 기업은 그 법적 성격에 따라 법인, 법인격 없는 사단, 조합, 개인 등 다양한 형태로 분류되어 있을 뿐만 아니라 다양한 인적조직과 자본을 가지고 영리를 목적으로 국민생활 전반에 걸쳐 활동한다. 물론 법인격 없는 단체 등은 사법에서와 달리 형법상 범죄의 주체가 될 수 없으므로 행위자 개인책임의 원칙과 공범론에 의하여 행위자 각자의 형사책임을 정한다.[2] 그러나 이러한 다양한 형태의 기업들이 오직 영리 목적으로 위법하고 유책한 행위로서의 범죄를 한다면 이들에 대한 비난가능성도 높을 것이므로 이러한 기업범죄 행위는 상법, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라 함), 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 '자본시장법'이라 함), 소비자기본법 등 많은 기업관련 법령에서 기업과 관련 행위자의 행위를 규제하고 있다.

그러나 모든 기업범죄를 관련 법률로 명문화하여 처벌한다는 것은 불가능할 것이므로 기업 스스로가 기업윤리에 기초하여 도덕적, 윤리적 경영활동을 하여야 하는 등 기업 스스로 정화노력을 하여야 할 것이다. 또한 기업의 불법행위는 그 파급효과가 크고 피해가 광범위하기 때문에 엄중한 민사책임을 물어야 할 뿐만 아니라 기업의 범죄행위에 대한 형사책임을 강화하여야 할 것이다. 그러나 아직까지 법인의 범죄능력 부정설의 입장에 서있는 우리나라는 형법전에서 명확한 기업의 처벌규정을 찾아보기 힘들뿐만 아니라 기업범죄에 대한 명확한 개념정의 조차도 모호하므로 기업범죄의 유래 및 개념을 정의해 볼 필요성이 있다.

기업범죄에 대한 개념정의를 시도한 미국의 범죄학자 겸 사회학자인 에드윈 서덜랜드(Edwin Sutherland)는 1939년 기업의 범죄행위를 비난하면서 최초로 "화이트칼라 범죄(White Collar Crime)"라는 용어를 사용하였다. 서덜랜드는 자신의 저서에서 "존경받는 높은 사회적 신용과 지위에 있는 자가 자신의 직무과정에서 범한 범죄"로 정의하였다.[3] 또한 일본은 1970년대에 이르러 공해범죄에 기인한 기업의 형사책임이 커다란 사회문제로 부각되자 藤木英雄 교수가 넓은 의미에서 기업범죄를 "기업 활동에 의한 가해행위"로 정의하였다.[4]

우리나라에서도 기업범죄라는 말이 자주 사용되고 있으나, 학자에 따라 "화이트칼라 범죄의 일부로서 정상적인 기업 활동에 수반하여 이루어지는 위법행위",[5] "기업이 주체가 된 범죄",[6] "기업의 인적구성원인 자연인이 기업 활동의 일환으로 범한 범죄를

2) 이재상・장동민・강동범, 「형법총론(제8판)」, 박영사, 2015, 96면 ; 임 웅, 「형법총론(제6정판)」, 법문사, 2014, 85면.
3) E. H. Sutherland, 「White Collar Crime」, The Uncut Version, 1985. P.7.
4) 藤木英雄, 「公害犯罪と企業責任」, 弘文堂, 1975, 19面.
5) 정영석・신양균, 「형사정책(개정판)」, 법문사, 1997, 198면.
6) 송광섭, 「범죄학과 형사정책」, 유스티니아누스, 1998, 611면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

모두 포함한 것",[7] "기업과 일정한 관계있는 자가 그 기업을 위하여 행하는 범죄",[8] "사회적 존재로서의 법인이 그 활동과정에서 야기하는 위법행위 및 그 구성원이 법인을 위해서 혹은 법인의 활동과 더불어 행하는 위법행위"[9]로 정의하는 등 활발하게 논의되고 있으나 학자마다 다양한 정의[10]을 내리고 있어 사실상 그 개념을 명확하게 정의하고 이해하는 것은 쉬운 일이 아니다.

최근 들어 기업범죄 억지의 관점에서 기업범죄는 "합법적으로 조직된 기업 또는 그 구성원이 기업체의 목적을 추구하는 과정에서 기업을 위하여 작위 또는 부작위에 의해 고용인, 소비자, 고객, 일반대중, 기업 그 자체, 그리고 타 기업에 대해 인적·물적 손해를 가하는 각종 위법행위로서 국가에 의하여 형사제재가 부과되는 행위"로 정의되기도 한다.[11] 이와 같은 다양한 정의를 종합하여 보면 결국 기업범죄는 "기업 또는 기업의 구성원으로서 주주, 경영진, 종업원 등이 기업이나 행위자 자신의 이익을 위하여 기업의 활동을 이용한 위법하고 유책한 행위"를 일컫는 것이라고 할 것이다.[12] 물론 기업범죄도 형법과 같이 "법률 없으면 범죄 없다"는 죄형법정주의원칙에 기반을 두어야 한다. 그러므로 구성요건 해당성, 위법성 그리고 책임성을 범죄성립요건으로 하고 있음은 당연하다. 또한 구성요건으로서 행위와 결과 및 그 사이 인과관계라는 객관적 구성요건과 고의나 과실 및 목적범에서 목적 등 주관적 구성요건을 갖추어야 한다는 점도 형법의 이론과 다르지 않을 것이다.

전술한 바와 같이 기업범죄는 매우 다양하여 이를 정의하는 것조차도 쉽지 않으며, 경제범죄의 특성으로서 신분성, 계속반복성, 영리성, 상호 연쇄적 모방성, 고도의 전문성, 미약한 피해의식 등 다양한 특성[13]과 나날이 발전하는 사회구조의 변화, 기업적 생활관계 및 다양한 기업구조 등으로 인하여 날로 증가해 가고 있다. 그러나 기업범죄에 대응하는 법률이나 정책마련에는 현실성이 없고 그 적용과 운영에 있어서도 적절하지 못하다는 비판을 받고 있음이 현실이다.

이러한 기업범죄 중 보다 세분하여 논의되고 있는 회사범죄의 정의에 관한 학설을 살펴보면 "회사의 조직 및 활동과 관련하여 형벌법규의 적용을 받는 행위"라는 견해[14]

---

7) 박기석, "판례와 사례분석을 통한 기업범죄 처벌의 개선방안", 『형사정책』 제20권 제2호, 한국형사정책학회, 2008, 72면.
8) 정용기, "기업범죄의 문제점과 개선방안", 『산업경영논총』 제14집, 용인대학교 산업경영연구소, 2007, 77면.
9) 김성규, "양벌규정의 문제점과 법인처벌의 개선방안", 『정책연구용역보고서』, 국회입법조사처, 2010, 2면.
10) 한석훈, 「기업범죄의 쟁점연구」, 법문사, 2013, 1-2면.
11) 김재윤, 「기업의 형사책임」, 마인드탭, 2015, 14-15면.
12) 양동석·김현식, 「기업범죄연구」, 법영사, 2014, 3면.
13) 한석훈, 상게서, 7면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

와 “회사나 회사의 구성원이 회사의 업무에 관하여 행하는 모든 범죄”로 보는 견해[15] 및 “회사가 범죄의 주체, 즉 피의자가 되는 행위 또는 회사가 범죄의 수단이 되는 행위 그리고 회사의 임직원이 범죄의 주체인 행위 이밖에 회사에 관한 사건에서 장부기재와 거래내용이 수사의 중심이 된 행위”로 보는 견해[16] 등 그 견해가 다양하고 학설도 분분하여 회사범죄 역시도 아직까지는 미확정된 개념이다. 그럼에도 회사범죄는 “회사라는 법인이 범죄주체가 되는 법인범죄(offence committed by corporate body)”라는 점에는 어느 정도 견해가 일치되어 가고 변함도 없어 보인다.[17]

이와 같이 기업범죄는 사회적 비난가능성이 높고 지능적이며 기교적이므로 그 범위가 포괄적이고 정의하기가 쉽지 않다. 그러므로 기업범죄를 보다 세분화하여 회사의 목적 달성 수단인 영업활동의 측면에서 회사의 이사, 감사 등 경영진에 의한 범죄행위 및 이들이 개인적 이익을 위한 범죄행위, 유한회사 설립과 운영이 쉬워지면서 범죄자가 유한회사를 범죄의 도구로 사용하는 유한회사 범죄[18] 또는 회사의 재산의 침해나 구성원의 범죄행위, 회사채권자 등의 권리를 침해하는 범죄행위 등을 모두 형법 전에서 규율하기가 어렵다. 따라서 형법에 대한 특별법으로 상법 제622조부터 제634조의3까지 17개 조문에서 13개의 벌칙조항을 규정하고 있다. 그리고 상법 제634조의3 양벌규정은 회사 곧 법인을 처벌할 수 있는 근거규정이다.

2. 회사법상 양벌규정

상법 제634조의3 양벌규정에 의하면 “회사의 대표자나 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 회사의 업무에 관하여 제624조의2 주요주주 등 이해관계자와의 거래위반죄의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 회사에도 해당조문의 벌금형을 과한다. 다만, 회사가 상법 제542조의13 준법통제기준 및 준법지원인에 따른 의무를 성실히 이행한 경우 등 회사가 그 위반행위를 방지하기 위해서 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하여 우리 상법은 양벌규정을 두어 자연인(위반행위자)뿐만 아니라 그 업무의 주체인 법인도 처벌할 수 있도록 하였다.

14) 정성근, “기업범죄와 형사책임”,『경희법학』제18권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 1983, 103면.
15) 室伏哲郎,「企業犯罪」, 日本評論社, 1978, 1面.
16) 小林 朴,「會社犯罪の搜査」, 學陽書房, 1969, 3面.
17) 송호신, “상법상의 회사관련범죄에 대한 연구”, 한양대학교 박사학위논문, 2002, 12면.
18) 문준우, “유한회사 제도의 남용에 관한 검토”,『상사법연구』제35권 제2호, 한국상사법학회, 2016, 216면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

양벌규정은 실제 행위자의 범죄 구성요건을 정하고 그 행위자를 벌하는 외에 그 위반행위에 대한 이익의 귀속주체인 법인(영업주)을 처벌하거나 면책할 수 있는 내용을 포함하여 규정하는 행정형법 성격이 강한 벌칙규정이다. 이러한 양벌규정의 입법취지는 벌칙규정의 실효성을 확보하는데 있다는 것이 판례의 태도이다.[19] 현대사회에서 법인이 차지하는 독자적 역할과 그 영향력이 매우 크기 때문에 법인의 범죄행위로부터 다수의 피해자와 사회를 보호하기 위해서는 법인의 범죄능력을 인정하여야 할 것이다. 또 이와 부합하게 기업관련 여러 법규에서는 실제행위자와 법인을 처벌하는 양벌규정을 두고 있는 것을 볼 수 있다. 이에 더하여 실제행위자와 법인은 물론 그 법인의 대표자나 임원 등을 처벌하는 삼벌규정의 필요성도 있어 보이나 아직 우리 법제에서는 삼벌규정은 존재하지 않는다.[20]

현재 우리나라는 법인의 범죄능력을 부정하는 입장으로 법인의 모든 행위는 결국 자연인의 행위로 환원될 수 있으므로 굳이 법인의 범죄능력을 인정할 필요성이 없다는 견해가 다수설이고,[21] 판례의 입장도 법인의 범죄능력을 부인하는 입장을 취하고 있다.[22] 그러나 최근 구성원의 범죄행위로 법인이나 법인의 실질적 소유자의 이익이 극대화 된다면 구성원을 범죄의 도구로 사용할 여지가 있으므로 법인자체를 처벌하는 것만이 법인에 의한 범죄를 억지할 수 있을 것이라는 의견이 유력하므로 형법총칙 편에 법인의 범죄능력을 인정하는 일반적 원칙을 두어야 할 필요성이 있다.[23] 또한 법인 대표자나 구성원에 의하여 전문적, 조직적으로 이루어지는 범죄는 은밀하고 상당히 복잡하여 그 전모를 밝혀 최고책임자를 처벌하는 것이 불가능하다 할 것이므로 사용인 등의 업무관련 범죄행위를 예방하기 위한 주의와 감독을 소홀히 한 책임을 대표자에게도 물을 수 있도록 개선할 필요성이 있다.

상법 제634조의3 양벌규정에서의 법인, 대표자, 대리인, 사용인 기타 종업원의 의의와 업무관련성을 검토하고 그 위반행위 등 문헌적 해석 및 대표자의 지위를 살펴보면, 먼저, '법인(영업주)'은 각 위반행위의 업무상 손익이 귀속되는 주체로서 형식상 명의자가 아니고 자기의 계산으로 사업을 경영하는 실질적 경영귀속주체를 말한다. 판례에

---

19) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009도7017 판결.
20) 양동석・김현식, 전게서, 29면.
21) 안성조, "법인의 범죄능력에 관한 연구", 『한양법학』 제29집, 한양법학회, 2010, 73면.
22) 임석원, "법인의 범죄능력을 위한 새로운 해석의 필요성-기업의 생명침해에 대한 대응을 중심으로-", 『형사정책연구』 제18권 제3호, 한국형사정책연구회, 2007, 80면.
23) 이재방, "법인의 범죄능력 인정과 법인 처벌방안", 『홍익법학』 제11권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2010, 299면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의하면 지방자치단체는 고유사무에 대하여 업무주체인 법인으로서 양벌규정의 대상이 되지만, 국가 위임사무의 범위에서는 지방자치단체는 국가기관의 일부이므로 법인에 포함될 수 없다고 한다. 지방자치단체의 장이 처리하는 사무가 자치사무인지 또는 기관위임사무인지 여부를 판단할 때는 법령의 규정, 경비부담주체, 책임귀속주체 등을 고려하여야 한다.[24] 이는 국가에게는 형벌을 부과할 수 없다는 전제이다.

'대표자'란 법인의 의사결정, 업무집행의 권한 및 회사의 대표권을 가진 자로서 대표자로 등기된 자를 말한다. 그러나 대표자가 내부절차에 따라 적법하게 선임되지 않았거나 이미 퇴임한 자가 실질적으로 회사를 경영하고 있는 경우에도 대표자라고 보아야 할 것이다.[25] 이들은 법인 등의 영업주의 영업활동에 종사하는 자이며, 영업주는 그들의 선임・감독상의 책임을 지므로 종속관계에 있어야 한다. 그러나 반드시 영업주와 고용관계에 있을 것을 요구하지 않는다.[26]

'대리인'은 영업주를 위하여 자신의 명의로 대외적 법률행위를 하고 그 효과를 영업주에게 귀속시키는 관계에 있는 자이다. 지배인, 부분적 포괄대리권을 가진 사용인, 물건판매점포의 사용인 등 상업사용인은 대리인에 속한다. 그리고 '사용인 및 종업원'은 영업주의 업무를 보조하는 자로서 영업주의 감독・통제아래 있는 자이다. '법인의 사용인'에는 법인과 정식 고용계약이 체결되어 근무하는 자뿐만 아니라 그 법인의 업무를 직접 또는 간접으로 수행하면서 법인의 통제・감독 아래 있는 자도 포함된다.[27]

법인(기업)범죄는 행위자의 구성요건에 해당하는 위반행위가 영업주의 영업에 관한 행위일 것을 요구한다. 그러므로 사업주의 처벌은 법인(영업주), 대표자, 대리인, 사용인 기타의 종업원의 범위에 속한 자가 행한 모든 위반행위가 아니라 사업주의 업무(영업)와 관련된 행위로 제한한다는 것이다.[28] 여기서 상법 제634조의3에 명시한 "영업에 관하여"란 위반행위자의 행위가 객관적 외형으로 영업주의 영업에 관한 행위를 하여야 한다는 것을 의미한다. 객관적 외형으로 영업주의 영업에 관한 것이면 법인 내부의 결제유무나 영업주의 이익유무 및 정관상 목적범위 내외 등은 문제되지 않는다고 할 것이다.[29]

영업주의 책임은 위반행위를 방지하기 위하여 필요한 주의의무를 태만한 과실 책임

24) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008도6530 판결; 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004도2657 판결.
25) 대법원 1997. 6. 13. 선고 96도1703 판결.
26) 대법원 1993. 5. 14. 선고 93도344 판결.
27) 대법원 2003. 6. 10. 선고 2001도2573 판결; 대법원 1993. 5. 14. 선고 93도344 판결.
28) 김재윤, 전게서, 121면.
29) 양동석・김현식, 전게서, 32면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이므로, 실제 행위자의 위반행위가 범죄 구성요건이나 위법성을 갖추지 못하면 감독책임을 물을 필요가 없을 것이다. 그러나 실제 행위자가 범죄 구성요건 및 위법성을 충족하였다면 책임조각사유가 있더라도 영업주에게 감독책임을 물을 수 있을 것이다. 또한 상법 제634조의3에 명시한 "그 행위자를 벌하는 외에"라는 문언의 해석과 관련하여 보건대, 직접적 행위자가 특정되지만 범죄성립요건이 결여되거나 처벌조각사유가 있어 행위위반자가 처벌 되지 않을 경우에 사업주의 처벌을 긍정(또는 부정)할 수 있을 것인가라는 의문이 생긴다. 그러나 이에 대하여 대법원은 "양벌규정에 의한 영업주의 처벌은 금지위반행위자인 종업원의 처벌에 종속하는 것이 아니라 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임 감독상의 과실로 인하여 처벌되는 것이므로 종업원의 범죄성립이나 처벌이 영업주 처벌의 전제조건이 될 필요는 없다."고 판시하여 이를 명확히 하고 있다.[30]

형사소송법 제27조 제1항은 "법인의 임직원이 범죄행위를 하고, 당해 법인도 양벌규정에 의하여 수사대상이 된 경우에 피의자는 법인의 대표자이다."고 규정하고, 동조 제2항에서 "수인의 공동대표가 있는 법인의 경우에는 소송행위에 있어 각자가 대표한다."고 규정하고 있다. 또한 형사소송법 제28조 제1항은 피고인(피의자)을 대표하거나 대리할 자가 없는 경우 법원은 직권이나 검사 또는 이해관계인의 청구에 의하여 특별대리인을 선임하여야 한다고 규정하고 있다. 여기서 기업(법인)의 대표자라 함은 형사소송법 제27조와 제28조의 규정에서 보는 바와 같이 '외관을 갖춘 형식상 대표자를 일컫는 것으로 법인의 의사결정, 업무집행의 권한을 가진 자로서 대표자로 등기된 자'를 일컫는 것으로 보는 것이 타당하다. 그러나 대표자가 내부절차에 따라 적법하게 선임되지 않았거나 이미 퇴임한 자가 실질적으로 회사를 경영하고 있는 경우 이들을 대표자라고 보아야 할 것이다.[31]

3. 법인의 형사처벌에 대한 이론과 판례

양벌규정은 형법총칙적 기능(대부분의 행정법규에 규정되어 있는 양벌규정이 형법총칙 규정과 같은 기능)과 법인의 형사처벌 긍정기능(양벌규정에 의하여 법인에 대한 형사처벌이 가능하게 되는 기능) 및 수범자 확대 기능(행정형법이 의무주체를 신분자로 한정한다거나 업무주 등 일정한 신분자의 행위를 처벌 할 수 있도록 규정한 경우에 신분자 아닌 행위자를

30) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005도7673 판결.
31) 대법원 1997. 6. 13. 선고 1996도170 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

처벌할 수 있다는 기능)을 가진다. 그리고 양벌규정은 입법 정책적 측면에서 볼 때 행정형법상 벌칙규정이다. 형법 제8조는 "본법 총칙은 타 법령에 정한 죄에 적용된다. 단, 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다."고 규정하고 있다. 우리나라 형법과 같이 법인의 범죄능력을 부정하는 입장에서는 형법총칙의 예외로 특별한 규정을 둘 수 있다는 형법 제8조 단서를 근거로 하여 수범자 확대기능 및 형법총칙적 기능으로 설명할 수 있는 입법례로 설명한다. 그러나 형법이나 행정형법에 실재 행위자를 처벌하는 규정이 없다는 점에 비추어 양벌규정의 수범자 확대기능은 정당화될 수 없다는 견해가 있다.[32]

법인의 범죄능력을 긍정하는 입장에서는 범죄능력이 있는 법인의 행위에 대하여 법인 스스로가 책임을 지도록 하기 위한 형사 정책적 배경에서 행위자와 법인을 같이 처벌하기 위한 범죄구성요건을 창설하는 규정으로 본다.[33] 법인의 대표자나 법인 또는 영업주의 대리인, 사용인 및 기타의 종업원이 위반행위를 하였을 때에 그 행위자를 처벌하는 것은 물론 그 업무의 주체인 법인 또는 개인도 함께 처벌하고자 제도화한 규정이다. 법인의 책임을 묻기 위하여 법인의 고의, 과실이 요구되는지에 대하여 법인의 범죄능력을 부정하는 부정설의 논리적 결과인 무과실책임설과 법인의 범죄능력을 긍정하는 긍정설의 논리적 결과인 과실책임설이 대립하고 있다. 또한 과실책임설에 의하더라도 그 고의와 과실에 대한 증명 책임이 누구에게 있느냐에 따라 과실추정설과 순과실설로 양분되어 있다.

법인의 범죄능력 부정설에 입각한 무과실책임설은 법인의 처벌규정을 범죄주체(범죄능력)와 형벌주체(형벌능력)의 일치를 요구하는 "책임주의에 대한 예외"라고 보아 행정단속과 행정목적을 이루기 위한 정책적 고려에서 법인의 "무과실책임"을 인정한 것이므로 이는 "책임 없으면 형벌 없다"는 범죄론의 기본원칙에 반하는 것이다.[34] 양벌규정에 있어서 위반행위 방지를 위한 주의, 감독상 과실에 대한 면책조항을 두고 있으므로 무과실책임설을 계속 주장하기는 어려울 것이다. 반면 과실책임설은 법인의 책임을 법인의 대리인, 사용인, 종업원 등의 위반행위를 방지하기 위하여 필요한 선임·감독 등에 있어서 주의의무를 태만히 한 과실에 의한 책임이라고 본다.[35] 그러므로 법인에게 대리인, 사용인, 종업원 등의 선임 ·감독 소홀에 대한 고의가 있거나 위반행위에 가담하는 경우에는 당연히 그로 인한 책임을 부담하여야 하며, 법인에게 과실이 있다는 것은 곧 법인의 대표자에게 과실이 있다는 견해이다. 결국 법인 대표자의 위반행위에 대한 법인의 책임은 그 선임

32) 이재상 외 2인, 전게서, 98면.
33) 한석훈, 전게서, 29면.
34) 임 웅, 전게 형법총론, 91면.
35) 이재상 외 2인, 상게서, 101면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

·감독상의 과실 책임이 아니라, 대표자의 행위가 곧 법인 자신의 행위이므로 자기책임을 진다는 것이다.[36]

과실책임설은 법인의 고의나 과실을 누가 증명해야 하는가에 따라 과실추정설과 순과실설로 나뉜다. 과실추정설의 입장에 따르면 법인의 대리인, 사용인, 종업원 등의 위반행위가 있으면 법인에게 이를 방지하기 위하여 필요한 주의의무를 소홀히 하였다고 보아 과실이 추정된다. 그러므로 법인은 스스로 자신에게 고의나 과실이 없음을 증명하여야만 책임을 면할 수 있다. 그러나 순과실설의 입장에 따르면 법인범죄의 성립을 위하여 필요한 구성요건, 위법성, 책임성은 형법의 일반원칙인 무죄추정의 원칙에 따라 모든 입증책임은 검사에게 있으므로 법인의 대리인, 사용인, 종업원 등의 선임, 감독상의 과실 등은 검사가 증명하여야 할 것이지 결코 추정해서는 안 된다는 견해이다.

이에 대하여 우리나라 대법원은 과실책임설[37]과 과실추정설[38]을 혼용하여 판결하는 것으로 보인다.[39] 법인의 과실책임 판단 기준과 관련하여서는 "형벌의 자기책임원칙에 비추어 보면 위반행위가 발생한 그 업무와 관련하여 법인이 상당한 주의 또는 관리감독을 게을리 한 때에 한하여 양벌규정이 적용된다고 봄이 상당하며(이와 관련하여 2011. 4. 14. 상법 제634조의3 단서조항 개정을 통하여 입법적 해결), 구체적인 사안에서 법인이 상당한 주의의무 또는 관리감독 의무를 게을리 하였는지 여부는 당해 위반행위와 관련된 모든 사정으로 당해법률의 입법취지, 처벌조항 위반으로 예상되는 법익 침해의 정도, 그 위반행위에 관하여 양벌규정 조항을 마련한 취지 등은 물론 위반행위의 구체적인 모습과 그로 인하여 실제로 야기된 폐해 또는 결과의 정도, 법인의 영업규모 및 행위자에 대한 감독 가능성 또는 구체적인 지휘 감독관계, 법인이 위반행위 방지를 위하여 실제 행한 조치 등을 전체적으로 종합하여 판단하여야 한다."고 판시하였다.[40]

한편 헌법재판소는 양벌규정을 무과실책임설로 이해하는 것은 형법상 책임원칙에 반하는 것이라고 비판하면서 양벌규정에 대한 법적 성격은 무엇보다 개인사업주의 경우 종업원에 대한 선임 감독을 내용으로 하는 과실 책임에 있음을 명시적으로 밝히어 개인사업주뿐만 아니라 법인사업주에 대하여서도 과실 책임이 요구된다는 태도를 유지하고 있다(2005헌가10결정).[41]

---

36) 양동석·김현식, 전게서, 31면.
37) 대법원 1992. 8. 18. 선고 92도1395 판결.
38) 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도5824 판결; 한석훈, 상게서, 38면; 일본의 통설임.
39) 배종대, 「형법총론(제12판)」, 홍문사, 2016, 203-204면.
40) 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도5824 판결.
41) 헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌가10 결정; 헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌가16 결정; 헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2010헌가88 결정; 헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2010헌가94 결정; 김재윤, 전게서, 115면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

현재 우리나라 상법 제634조의3(양벌규정)을 비롯하여 행정형법, 경제형법, 환경형법, 조세형법 등 특별형법 형식의 입법을 통하여 범죄능력의 인정 여부와 관계없이 392개에 달하는 양벌규정 조항을 두어 "법인이나 법인의 대표자, 개인의 대리인, 사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 해당 법률의 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 법인 또는 개인에 대해서도 처벌한다."는 규정을 두고 있다.[42]

제2절 법인의 범죄능력

1. 법인의 본질과 범죄능력

형법은 "인간의 행위만이 형법심사의 대상이 될 수 있다"는 명제 아래 권리와 의무의 주체로서의 사람(자연인)만을 범죄주체로 보는 것을 원칙으로 한다.[43] 그러나 자연인 개인으로서는 그 능력에 한계가 있으므로 사람은 사회생활을 하면서 일정한 공동목적을 위해 단체를 결성하는데, 이러한 단체의 권리와 의무의 주체를 누구로 할 것인가 하는 문제가 발생함에 따라 구성원과는 독립된 주체로서 단체를 인정하고 그 단체에 권리와 의무의 주체로서 지위를 부여하는 제도가 곧 법인제도이다.[44] 이는 법률의 규정에 의하여 법인격이 부여된 사단과 재단 등의 법인을 자연인과 동등한 권리능력의 주체로 인정하는 것이다.[45]

기업 활동에서 발생하는 권리·의무의 귀속주체는 법인(회사)이 되고, 이러한 법인의 행위는 회사의 기관을 구성하는 자연인에 의하여 이루어지므로 결국 책임의 대상은 자연인이 되는 것이다. 그러므로 권리·의무의 귀속주체가 되는 법인을 형사 처벌하기 위해서는 법인의 범죄능력에 대하여 논의할 필요가 있을 것이다. 특히 현대사회의 기업범죄는 기업의 사회적 역할이 증대되고 이윤추구를 목적으로 경제활동에 치중하다보니 기업시스템 자체의 결함과 분업적 활동에 의하여 발생하는 경우가 많고 조직적이고 계속적이며 영리추구 목적으로 지능적이고 전문화된 범죄양상이 뚜렷하다.

그리고 기업범죄는 주로 기업경영에 참여하는 고위경영진에 의한 신분 계층적 특성

42) 김재윤, 상게서, 107면.
43) 배종대, 전게서, 201면 ; 이재상 외 2인, 전게서, 91면.
44) 김준호, 「민법강의(제22판)」, 법문사, 2016, 123면.
45) 김재윤, 상게서, 67면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

을 가지며, 그 피해 정도는 일반(개인) 범죄에 비하여 피해의 규모와 심각성이 매우 크다. 그럼에도 기업범죄의 피해자는 직접적이고 구체적인 피해의식을 느끼기 어려워 피해의식이 미약하기 때문에 모방성이 높은 범죄이고 암수범죄가 많으므로 범죄행위자의 처벌은 물론 그 행위자와 함께 법인에 대한 처벌의 필요성이 증대되는 등 법인의 범죄능력을 재고하게 한다.[46]

이러한 법인의 범죄능력 인정여부는 법인의 본질을 어떻게 볼 것인가에 따라 다양한 의견으로 대립하고 있다. 첫째, 법인의제설의 입장에서는 법인은 권리의무의 주체가 아니고 그 설립목적의 범위 내에서 법인격이 의제되는 것이므로 당연히 범죄능력이 없다고 보는 견해이다. 둘째, 법인실재설의 입장은 법인을 권리주체로 인정하므로 당연히 범죄능력도 있다고 보는 견해이다. 이러한 법인실재설이 대륙법계의 통설이 되어 일반적으로 법인의 범죄능력을 인정할 수 있는 이론적 기반을 마련하였으나 각 나라에서는 여전히 이를 긍정하는 입법과 부정하는 입법이 나뉘어 공존하고 있다. 반면 영미법계 국가에서는 법인의제설 입장에서 법인의 범죄능력이 부정되어 왔으나 최근 입법이나 판례 등을 통하여 법인의 형사책임을 폭넓게 인정하고 있다. 셋째, 법인부인설의 입장에서는 법인의 실체는 곧 법인을 구성하는 개인 또는 재산이라고 보아 법인의 이익을 종국적으로 향수하는 개인이나 일정한 목적으로 출연된 재산이라고 정의함에 따라 법인의 권리능력을 부인하는 견해이나, 현재는 이를 지지하는 학자가 없어 보인다.[47]

형법에서는 행위주체를 "~행위를 한 자"로 규정하여 자연인의 범죄능력만을 전제로 하고 있기 때문에 법인의 범죄능력을 부인한다. 그러므로 법인은 처벌대상이 되는 범죄의 주체가 될 수 없다는 것이다. 바꾸어 말하면 회사의 임직원이 회사를 위하여 범죄를 행하더라도 회사라는 법인이 범죄행위를 하였다고 평가되지 않고 그 행위를 실행한 임직원 개인이 곧 행위주체가 되어 형사책임을 진다는 것이다.

그러나 기업범죄의 정의를 종합하여 보면 "합법적으로 조직된 기업 또는 그 구성원이 기업체의 목적을 추구하는 과정에서 기업을 위하여 작위 또는 부작위에 의해 고용인, 소비자, 고객, 일반대중, 기업 그 자체 그리고 타 기업에 대해 인적·물적 손해를 가하는 각종 위법행위로서 국가에 의하여 형사제재가 부과되는 행위"라고 할 것이므로[48] 법인도 형사책임을 져야한다. 이와 부합하게 현실적으로 많은 행정형법 분야에서는 법인의 구성원을 처벌하는 외에 법인도 함께 벌금형으로 처벌한다. 또한 형사벌을

46) 양동석·김현식, 전게서, 27면 ; 김재윤, 상게서, 23-24면.
47) 김재윤, 상게서, 68면.
48) 김재윤, 상게서, 65면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

정한 특별법 중에는 법인의 업무와 관련하여 법인의 임직원이 범죄행위를 한 경우에는 그 사업주인 법인도 함께 처벌하는 양벌규정을 두고 있다는 점으로 볼 때, 법인도 형사책임의 주체가 된다고 보아야 할 것이다. 다만 법인에게는 징역형이나 금고형 등의 자유형을 과할 수 없기 때문에 벌금형만을 과하고 있다.

헌법재판소는 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제6조에 대하여, 종업원의 위반행위에 대하여 영업주 개인을 종업원과 동일한 법정형으로 처벌하도록 규정한 것은 형사법상의 책임원칙에 반한다는 위헌 결정을 하였고,[49] 의료법 제91조 제1항에 관하여 동일한 취지의 결정을 하였다.[50] 이와 같이 원칙적으로 법인의 범죄능력을 부인하더라도 범죄의 종류에 따라서는 법인에 대한 사회 윤리적 비난이 가능하고, 기관의 의사나 행위를 법인의 의사나 행위로 보아 법인자체를 범죄의 행위주체로 보아야 할 예외적인 경우가 있다.[51] 법인 구성원 개개인의 행위는 법인의 물적·인적 요소가 조직적으로 반영된 결과이므로 구성원의 행위를 법인과 완전히 분리하여 오로지 구성원 개인의 행위로만 볼 수는 없을 것이다.[52] 따라서 범인의 범죄능력을 인정하고 이에 상응하는 형벌을 부과하는 것이 바람직하다 할 것이므로 각 법률에서 양벌규정으로 법인의 형사처벌규정을 두기보다는 형법총칙 편에서 법인의 범죄능력을 인정하여 통일된 방향으로의 법인범죄 규정이 입법되어야 할 필요성이 있다고 생각된다.

한편 법인과 유사한 형태나 설립 중 회사, 법인격 없는 사단·조합 등은 원칙적으로 권리능력이 없으나 예외적으로 부분적인 권리능력이 인정되는 경우로 민사소송에서 당사자능력이나 예금능력, 부동산을 소유할 수 있는 능력 등이 인정되는 경우도 있다. 그러나 이들에 대한 법인의 형사처벌에 있어서는 대부분 법인격이 없는 단체는 제외된다고 보는 것이 죄형법정주의원칙상 당연한 결론이다. 그러나 예외적으로 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제70조(양벌규정)와 자본시장법 제448조(양벌규정) 같이 법인격 없는 단체를 포함하고 있는 경우 형벌법규가 명문으로 설립 중 회사, 법인격 없는 사단, 조합 등의 법인격 없는 단체를 처벌대상으로 정하고 있는 경우에는 법인격 없는 단체라고 할지라도 이론 없이 범죄의 주체로 본다.

우리 대법원은 “법인격 없는 사단과 같은 단체는 법인과 마찬가지로 사법상의 권리의무의 주체가 될 수 있음은 별론으로 하더라도 법률에 명문의 규정이 없는 한 그 범

49) 헌법재판소 2007. 11. 29. 선고 2005헌가10 결정.
50) 헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌가16 결정.
51) 한석훈, 전게서, 24-25면.
52) 이재방, 전게논문, 289면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

죄능력은 없고 그 단체의 업무는 단체를 대표하는 자연인인 대표기관의 의사결정에 따른 대표행위에 의하여 실현될 수밖에 없는바, 구 건축법(1991. 1. 5. 법률 제4919호로 개정되기 전의 것) 제26조 제1항 규정에 의하여 건축물의 유지·관리의무를 지는 '소유자 또는 관리자'가 법인격 없는 사단인 경우에는 자연인인 대표기관이 그 업무를 수행하는 것이므로, 같은 법 제79조 제4호에서 같은 법 제26조 제1항의 규정에 위반한 자라 함은 법인격 없는 사단의 대표기관인 자연인을 의미한다."고 판시하였다.[53] 그러므로 법인격 없는 단체에 의하여 행하여진 범죄는 그 행위자 개인책임의 원칙과 공범론에 따라 구성원 각자의 형사책임을 정하게 된다.[54]

결국 법인과 같이 설립 중 회사, 법인격 없는 사단·조합 등 법인격 없는 단체는 원칙적으로 범죄능력이 없다고 보아야 할 것이지만, 예외적으로 입법을 통하여 처벌대상으로 규정하고 있는 경우에는 범죄능력이 인정된다고 할 것이다. 이와 관련하여 대법원은 "민법상 조합인 건축조합의 대표자로서 조합의 업무와 관련하여 실제 위반행위를 한 자는 위 양벌규정에 의한 죄책을 면할 수 없다"고 판시하여 범죄행위자나 대표자, 구성원 등을 행위주체로 보며 그 이익의 귀속주체인 조합도 처벌대상이 된다고 한다.[55]

2. 외국의 입법례

가. 영 국

영국에서는 19세기 중반까지 기업 등 법인의 범죄에 대하여 형사책임을 인정하지 않았으나, 산업혁명 이후 사회와 경제 및 기술의 변화로 인하여 기업의 폐해가 증가함에 따라 나날이 성장하는 기업 등의 법인에 대한 형사제재의 필요성이 제기되었다. 영국에서 기업의 형사책임을 처음으로 인정한 것은 1842년 Birmingham and Gloucester 철도회사 사건인데 위 철도회사가 건설한 철도에 의해 서로 떨어진 지역을 연결하는 육교를 건설하는 제정법상의 의무를 게을리 했다는 이유로 기소된 사건에 대하여 영국법원은 부작위범에 대해 형사책임을 인정한다는 종래의 기준이 기업법인에게도 인정된다고 판결하였다.[56] 이렇게 부작위의 영역에서 법인의 형사책임을 한정하였던 이론은

53) 대법원 1997. 1. 24. 선고 1996도524 판결.
54) 임 웅, 전게 형법총론, 85면.
55) 대법원 2005. 12. 22. 선고 2003도3984 판결.
56) Queen v. Birmingham and Gloucester Railway Co. [1842] 3 QB 223.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

1846년 Great North of England 철도회사 사건에서는 그 범위를 부작위범뿐만 아니라 작위범에 대해서도 법인의 형사책임을 확대하였다.[57] 당시 영국에서는 산업화, 도시화가 급속히 진전됨에 따라 사회가 복잡해지고 사회생활을 효율적으로 영위하기 위하여 일정한 행동기준을 법률에 규정할 필요성이 생기게 되었던 것이며 이를 위반할 경우 범죄로서 형벌을 부과하기 시작하였다. 이러한 범죄유형을 '공공복지범"이라고 하여 엄격책임의 법리(주관적 불법성립요소로서의 범행의 의도, mens rea)를 채용하여 효과적인 법집행을 보장하였다.[58]

20세기에 들어서면서부터 법인의 형사책임은 엄격책임으로부터 대위책임으로 발전하였다.[59] 대위책임은 '해당 법률의 조문과 제정 목적을 살피어 법률로 금지한 행위가 종업원의 직무범위 내에서 실행되었을 때 이러한 준범죄 행위에 대한 책임을 고용주에게 부담시키는 것을 입법자가 의도하고 있었는지를 판단'하여 법인자신의 주관적 불법성립요소를 문제 삼지 않고 형사책임을 법인에게 물을 수 있다는 법리이다. 그러나 1944년 Kent and Sussex Contractors사 판례 등[60]을 통하여 법인의 형사책임은 대위책임으로부터 동일성 원리에 따른 법인 자신의 고유책임으로 발전하였다.

동일성의 원리는 일정한 구성원의 범죄행위를 곧 법인의 범죄행위로 간주하여 법인의 형사책임을 인정하는 원리[61]을 말하는 것으로 현대에 이르러서는 해당 법률의 문언이나 목적을 고려하여 실질적인 관점으로부터 귀속여부를 검토하는 등 동일성 원리의 적용범위를 확대하고 있으며[62] 또 새롭게 객관적인 주의의무 위반만을 요건으로 하여 법인의 형사책임을 묻는 방안을 제안하는 등[63] 오늘날에 이르러서는 원칙적으로 모든 범죄에 대하여 법인의 형사책임을 긍정하고 있다.[64]

---

57) Queen v. Great North of England Railway Co. [1846] 9 QB 315. Great North of England 철도회사는 위법하게 공공도로의 일부를 횡단하는 형태로 철도를 건설하여 부작위의무를 위반하였고, 또 철도 건설 장소에 육교를 건설하였지만 이는 법률에 정해진 기준을 충족시키지 못하는 작위의무를 위반하였다는 이유로 기소된 사건에 대하여 법원은 작위와 부작위를 항상 구분할 수 있는 것이 아니며, 가사 구분이 가능하다 할지라도 어느 행위는 일정한 범죄에 해당하여 법인이 유책으로 간주되고 그 밖의 경우는 유책으로 간주되지 않는다는 이론적 근거가 없다는 이유로 유죄를 선고하였던 것이다. 이 판결을 계기로 영국에서는 부작위범뿐만 아니라 작위범에 대해서도 법인의 형사책임이 부과되었다.

58) 김재윤, 전게서, 145면.

59) Mousell Brothers Limited v. London and Northwestern Railway Co. [1917] 2 KB 836.

60) D.P.P v. Kent and Sussex Contrctors Ltd. [1944] 1KB 146. Rex v. I.C.R. Haulage Ltd. [1944] 1 KB 551. Moor v. Bresler Ltd [1944] 2 AII ER 515.

61) 김재윤, 상게서, 153면.

62) Meridian Global Funds Management Asia Ltd v. Securities Commission, 1995, 3 WLR 412 : 3 AII ER 918.

63) Stephanie Trotter, "Safety and Profit", 1999. ; 회사법의 개정을 통하여 안전관리에 관하여 결정권을 가지는 안전관리이사의 설치를 의무화하거나 안정성에 관한 라이센스제도를 도입할 것을 제안하였다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

나. 미 국

미국의 법인에 대한 형사처벌의 발전과정도 영국과 같이 현실에 맞는 대응을 모색하는 등 여러 면에서 공통점을 가지고 있다. 즉 미국도 부작위범에서 작위범으로 또 엄격책임으로부터 대위책임으로 발전하였다가 동일성 원리에 따른 법인 자신의 고유책임으로 발전하였다. 그러나 1940년대 후반에 이르러 미국연방법원 차원에서 주관적 불법구성요소를 성립요건으로 하는 범죄유형에 대하여 대위책임의 법리를 채택[65]하여 적극적으로 법인의 형사책임을 묻는다는 점에서 동일성의 원리를 채용하여 처벌범위의 한정을 도모한 영국과 구별된다.

미국의 경우는 자연인 행위자의 특정은 필요하지 않고 법인 내의 누군가가 위법행위를 실행하였다는 사실이 분명하면 법인의 형사책임을 인정한다는 것으로 법인의 범죄활동 실태에 입각하여 법인에게 형사책임을 물을 필요성을 보다 중시하였다.[66] 그러나 이러한 범죄의 실행행위자를 특정하지 않고 기업의 형사책임을 인정하는 접근방식에 대해 많은 비판이 제기됨에 따라 법인의 형사책임 귀책원리로서 법인 고유의 성질, 특히 조직체로서의 성질을 고려하는 시도로서 새롭고 다양한 귀책모델 이론이 등장하였다.[67]

그러나 1960년대에 등장한 법인의 형사책임 무용론은 종래의 다수설과 같이 법인의 범죄능력을 부정하지는 않지만 법인에게 형사책임을 부과한다고 하더라도 법인범죄의 억지효과를 기대 할 수 없고 또 오늘날과 같이 비형사적 제재가 다양하게 존재하고 있으므로 법인에게 형사책임을 부과하는데 반해 얻어지는 의미가 미약하여 법인에게 형사책임을 묻는 것은 무의미하다고 한다. 이러한 법인의 형사책임 무용론은 기업범죄에의 법적인 대응을 검토함에 있어 형법상 한계를 지적하여 보다 효과적인 법인처벌 시스템을 구축할 것을 요구하는 경종으로서의 기능을 한다.[68]

미국 연방판례법상으로도 법인은 개별적 규정에서 특별히 처벌대상이 되는가에 대한 언급이 없더라도 성문법상의 범죄행위에 대해 형사책임을 진다. 다수의 연방성문법에

---

64) 김재윤, 상게서, 141면.
65) 1962년 미국 법률협회(America Law Institute)에 의해 제정된 모범형법전(Model Penal Code)에서 동일성 원리를 채택하였다.
66) L. H. Leigh, “The Criminal Liability of Corporations and Other Groups : A Comparative View”, 80 Mich. L. Rev. p.1508, 1518. 1982.
67) 김재윤, 상게서, 200-210면.
68) 김재윤, 상게서, 211-212면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

서는 오직 “Person”만이 형벌을 부과 받을 수 있다고 규정하고 있다. 그런데 미국 연방형법 제1조는 “Person”을 자연인뿐만 아니라 Corporations, Companies, Association, Firms, Partnership, Societies, Joint Stock Companies도 포함하고 있다.[69]

다. 독 일

대륙법계 국가인 독일에서는 “단체는 죄를 범하지 못한다”는 로마법 법언의 영향을 받아 자연인만이 범죄능력이 있다고 보아 법인의 형사책임을 부인한다.[70] 우리나라 형법전도 대륙법계를 따르고 있기 때문에 법인의 범죄능력을 부인하는 독일의 통설적 입장의 영향을 받았다. 독일에서는 원칙적으로 법인의 범죄능력은 부인되고 있으나 제2차 세계대전 이후 법인에 대한 형사책임을 인정하여야 한다는 논의가 시작되었다. 독일연방법원은 1953년 철강사업자 소송의 판결에서 한정적이지만 법인의 형사책임을 인정하여 벌금형을 선고하였다.[71] 그러나 위 판결은 당시 시행되고 있던 점령법의 구속령을 승인하여 법인의 처벌을 인정하였던 것인데 당시 독일연방법원이 법인의 형벌 부과는 독일형법과 상호 일치하지 않으며, 독일법에서 발전한 사회 윤리적 책임개념 및 형벌개념에 적합하지 않는다는 취지의 판단을 내렸다.[72]

여전히 독일은 기업 등 법인범죄를 부인하는 부정설이 통설이나, 점차 법인의 형사책임을 긍정하는 학설이 활성화 되고 있다. 특히 기업 처벌을 완고하게 부정하였던 Freier도 기업범죄에 대한 형사법상 대책의 필요성을 인정하고서 감독책임 요건을 완화하고 적극적으로 관리자 등의 처벌을 지지하였다. 이는 기업의 범죄능력 및 기업에 대한 형사처벌을 필연적으로 인정하지 않을 수 없는 사회의 구조 변화를 간과 할 수 없었기 때문이었다. 현재는 법인의 형사처벌을 긍정하는 학설이 활성화되고 있는 것으로 보인다.[73]

1968년 제정된 질서위반법 제26조에서 법인 등 단체에 대한 처벌규정을 두었다. 그러나 이는 자연인이 위법행위에 대하여 법인에게 질서위반금의 부과를 인정한 것이지만 그렇다고 하여 법인 고유 행위로 파악하여 자연인과 같이 본다는 것은 아니었던 것

---

69) Comments, “sanctions for Corporate illegality”, The Journal of Criminal Law & Criminology, vol. 69, 1978, p.47. ; 김재윤, 상게서, 71면. 재인용.
70) 한석훈, 전게서, 15면.
71) BGHSt 5, 25(Urt. v. 27. 10. 1953).
72) BGHSt 5, 28(32).
73) 김재윤, 상게서, 246면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

으로 여전히 법인의 범죄능력을 부인하였다. 이후 유럽은 EU통합의 움직임 속에서 경제 질서의 통일을 목표로 하여 EU에서의 경제활동을 규제하는 조약 및 법규가 제정되어 갔는데 이중에는 기업에게 과태료를 부과하는 규정도 있었다. 이러한 영향으로 1990년대부터 법률을 위반하여 범죄행위를 한 법인에게도 범죄능력을 인정하여 형사책임을 부과하여야 한다는 주장이 있었다.

라. 일 본

일본은 우리나라 형법에서 보는 바와 같이 원칙적으로는 법인의 범죄능력을 부인하고 있으나,[74] 1900년에 제정된 '법인의 조세 및 연초전매사범에 관한 법률(明治 33년 법률 제52호)'로서 "법인의 대표자 또는 고용인 기타 종업원이 법인의 업무에 관하여 조세 및 연초전매에 관한 법률을 위반한 경우"에 각 법률에 규정된 벌금을 법인에게 적용하는 대벌규정을 채용하여 법인의 범죄능력을 인정하고 있다. 일본의 법인처벌에 관한 판례의 동향을 살펴보면, 日大判 明治 36년 7월 3일 대심원 판례에서는 원칙적으로 법인의 범죄능력을 부인하였으나 실제로 존재하는 법인의 처벌에 대하여 일본 대심원은 대벌규정으로 보고 사업주처벌의 형사책임의 성질을 무과실 전가책임으로 파악하였다.[75]

이후 일본은 昭和시대를 맞이하여 금융공황과 제2차 세계대전으로 인하여 법인처벌의 필요가 급속도로 요구됨에 따라 1932년 資本逃避防止法(昭和 7년 법률 제17호, 이후 개정을 통하여 '外換管理法'이 되었다) 등에서 법인의 업무와 관련하여 대표자나 종업원이 위반행위를 하였을 경우에 그 행위자와 함께 법인인 사업주도 처벌한다는 양벌규정이 다수 법정화 되어 현재는 500개가 훨씬 넘는 양벌규정이 존재하고 있다. 결국 법인처벌 규정은 양벌규정이 급증하면서 법인에게 무과실 전가책임을 부과하는 것이므로 책임주의 원칙의 예외로서 평가한데 대한 많은 반론이 일기 시작하였다. 昭和 10년대 중반부터서 사업주 자신의 선임·감독상의 주의의무 위반에 대한 과실책임이라는 견해가 많은 지지를 받았다.

---

74) 日大判 明治 36年 7月 3日(刑錄 9卷, 1202面) 법인의 대표자가 법인 명의로 무고 문서를 제출한 사안에 대해 법인에게 무고죄의 적용을 부정한 이래 일관되게 법인의 범죄능력을 부정해 왔다.

75) 日大判 大正 12年 2月 27日 거래소법 제32조의6에 따른 대벌규정에 대해 사업주의 의사 유무를 불문하고 업무에 관한 종업원의 위반행위에 대해 당연히 사업주에게 죄책을 부과하는 취지라고 판시하였고, 이후 日大判 昭和 13年 3月 4日 판결 등은 무과실전가책임을 따르는 취지의 판결을 하였다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한편 일본은 1970년대 후반에 들어 양벌규정의 문제점을 극복하기 위하여 입법적으로 삼벌규정으로 일원화하자는 견해가 제안되었다. 삼벌규정이라 함은 법인의 업무에 관련하여 위반행위가 발생한 경우 자연인인 행위자나 해당법인의 사업주는 물론 법인의 대표자까지 처벌하는 규정이다.[76] 이러한 영향으로 일본의 노동기준법 제121조, 선원법 제153조, 직업안정법 제67조, 선박직원 안정법 제69조에서는 삼벌규정을 두고 있다.[77] 그러나 법인의 기관인 대표자 기타 임원의 고의적 부작위에 가벌성을 인정하는 입장이라 할 수 있지만, 과실행위를 제외하고 있고 고의의 입증이 어렵기 때문에 실무상 거의 활용되지 않는다고 한다.[78]

우리나라에서도 양벌규정으로 직접행위자와 법인만을 처벌할 것이 아니라 삼벌규정을 도입하여 간접행위자인 법인의 대표자나 관리, 감독자도 처벌할 필요가 있다는 견해도 있으나,[79] 아직 우리나라에는 일본과 같은 삼벌규정은 찾아 볼 수 없다. 그러나 회사법상의 기업범죄의 경우 대부분은 법인의 대표자나 관리감독자의 적극적인 방지조치가 필요한 범죄가 다수라는 점에 비추어 본다면 입법적으로 삼벌규정을 검토해 볼 필요성이 있다고 할 것이다.[80]

3. 법인의 독립적 형사책임제도

현대사회에서는 기업의 사회적 역할증대, 조직적이고 전문화된 기업범죄의 증가에 따라 행위자 처벌과 함께 법인에 대한 과형의 필요성 증대 등은 법인의 범죄능력을 재고하게 한다.[81] 양벌규정은 자연인 처벌에 부수하여 법인을 처벌하는 전근대적 입법의 형태라고 할 것이므로 기업을 주체로 하는 범죄를 규정할 필요성이 있다.[82] 그러므로 형법 제41조에 규정된 형벌의 종류를 근거로 법인에게 형벌을 과할 수 없다거나 법인의 처벌을 무작정 배제하기보다는 인식을 전환하여 법인 처벌에 부합하는 형벌에 대한 적극적인 연구를 통하여 근거규정을 마련할 필요성이 크다.

---

76) 西原春夫 外 2,「刑法學Ⅰ(總論の重要問題Ⅰ)」, 有斐閣, 1978, 153面 ; 山中硏一 3,「現代刑法講座 第1卷, 刑法の基礎理論」, 成文堂, 1980, 280面.
77) 김재윤, 상게서, 276-277면.
78) 神山敏雄 外編,「新經濟刑法入門」, 成文堂, 2008, 30面.
79) 한석훈, 전게서, 53면.
80) 한석훈, 상게서, 53면.
81) 양동석・김현식, 전게서, 27면.
82) 박기석, 전게논문, 89면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

사실상 양벌규정은 범죄구성요건을 창설하는 규정이라 할 것이므로 법인의 대표자나 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 업무를 행함에 있어 법률규정에 위반하는 행위를 하는 것과 위반행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리 한 사실이 있어야 할 것이므로 무엇보다 법인의 범죄능력을 인정할 수 있는 명확한 근거규정이 필요하다 할 것이다.

앞서 살펴본 각국의 입법례에서 보는바와 같이 영국과 미국에서는 법인의 범죄능력을 인정하고 있으며, 대륙법계에 속하는 독일에서도 통설적 입장으로 법인의 범죄능력을 완고히 부인하였으나 현대에 이르러 법인의 형사처벌을 긍정하는 학설이 활성화되고 있다. 그리고 일본에서는 형사책임의 성질을 무과실 전가책임으로 파악하고 있으며 무려 500개에 이르는 양벌규정을 두고 있다. 우리나라도 약 400개에 달하는 양벌규정을 두어 위반행위를 한 자연인뿐만 아니라 법인도 처벌대상으로 삼고 있다. 그러나 이러한 양벌규정만으로 법인범죄를 효과적으로 대응하거나 적절한 처벌을 할 수 있는지는 의문이다. 그러므로 법인의 독자적 범죄능력을 인정하는 것을 전제로 법인에 대하여 보다 적극적이고 적절한 과형의 필요성이 논의되어야 할 것이다.

또한 법인범죄에 대한 다양한 처벌 규정뿐만 아니라 복잡하고 은밀하게 행하여지는 법인범죄가 더 이상 암수범죄가 될 수 없도록 감사의 역할 강화와 외부감사인제도의 적극적 활용 및 법인범죄에 대한 신고자 보호나 포상제도 등 부수적 제도가 고안되어야 한다. 그리고 법인범죄에 대하여 공정하고 엄격한 법적용과 적극적인 처벌이 이루어진다면 기업은 스스로 자정의 노력을 하는 등 예방적 효과를 얻을 수 있을 것이다. 기업은 소비자인 국민의 신뢰를 얻어야 할 것이며, 이러한 신뢰가 기반이 되어 있는 기업은 보다 투명한 경제활동을 할 것이며 스스로 관리감독의무를 다하는 등 책임경영을 할 수 있을 것이다. 이러한 노력을 통한 기업만이 산업발전과 국민 경제에 중요한 역할을 담당하고 더불어 국가경쟁력의 근간이 되어 기업의 활동범위와 행위능력을 더욱 확대하는 등으로 발전할 수 있을 것이므로 기업 스스로가 책임경영을 할 수 있도록 사회적 풍토와 기반의 형성이 매우 중요하다고 할 것이다.

이제 기업범죄를 단순한 경제범죄로 치부하기보다는 국민 전체의 신체의 안전과 생명, 재산, 미래에 대한 모든 영역에서 기업은 잠재적 위험군이라는 사실을 망각해서는 안 될 것이다. 현대의 기업범죄는 자연인의 범죄로는 상상할 수 없는 파괴력과 잠재력을 내재하고 있어 집단적 이익과 사회전체의 적정한 기능보호를 외면할 수 없다. 그러므로 개인의 도덕과 윤리 및 법적 양심에 근거하여 기업에 대한 형사책임을 부정하는 입장에서 기업 범죄를 바라본다면 당연히 기업에게 책임을 묻는 것은 어렵다고 할 것

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이다. 그러나 기업이나 법인 등 단체도 인적 결사에 대한 의식과 양심 및 도덕과 윤리 등 시대의 흐름에 맞추어 사고를 전환하여 기업과 법인에 대한 형사책임의 근거를 세워나간다면 기업과 법인에 대한 형사책임의 도입과정은 형법의 현대적 체질개선과 사회적응의 과정이 될 수 있을 것으로 기대한다.[83]

제3절 법인의 형사처벌과 경영판단의 원칙

1. 경영판단원칙의 배경

19세기 초부터 미국의 판례법[84]을 통하여 발전된 이론으로써 경영판단의 원칙(Business Judgment Rule)은 "정직한 실수(honest mistake)에 대하여 사후적 안목에서 비난하지 않는다는 원칙으로 이사들이 자신의 이익을 취함이 없이 신중하게 내린 결정은 사후에 회사에 대하여 개인적인 책임을 지지 않는다"[85]는 것이다. 당시 미국에서는 자유방임주의 사상이 팽배하여 개인의 기업적 성취와 활동의 자유를 방임하고 국가가 간섭하지 않는 것이 경제사회와 정치적 이념의 기초가 되었다. 법원도 자유방임주의 영향으로 사법자제의 원칙에 입각하여 개인의 기업가 정신과 모험심은 자유롭고 경쟁력 있는 경제사회 발전의 원동력이라고 판단하여 이사 등의 자기거래가 없는 한 광범위한 재량권을 부여하는 등 이사, 경영자 등의 행동을 견제하는 데는 신중하여야 된다는 입장에 있었다.

경영판단의 원칙은 법원이 회사 경영에 있어 이사 등 경영진의 임무해태 행위를 어떻게 판단할 것인가에 대한 논의에서 비롯된 것이다. 이사 등 경영진이 회사를 경영함에 있어 자율성과 적극성 및 성실성과 합리성을 최대한 허용하면서도 회사가 투명하고 적절하며 합리적으로 운영되어야 한다는 전제에서 책임경영을 확보할 수 있는 법적 장치를 마련하고자 하였던 논의가 경영판단원칙의 핵심이었다.[86] 즉 이사 등 경영진의 경영판단으로 회사에 손해

83) 김성룡 · 권창국, "기업·법인의 형사책임법제 도입가능성과 필요성", 『형사법의 신동향』 통권 제46호, 대검찰청, 2015, 128면.

84) Louisiana First Judicial District Court. Percy v. Millaudom, 1829. Alabama Supreme Court, Godbold v. Branch Bank, 1847.

85) Clark, Furlow W, "Good Faith, Fiduciary Dutise, and the Business Judgment Rule in Delaware,' Utah Law Review Vol.15, No.3, 2009, p.1083. ; 최경규/이영대, "대법원판례에 나타난 비금융회사의 자본구조 경영판단과 배임죄에 관한 연구", 『기업법연구』 제29호 제4호, 한국기업법학회, 2015, 285면.

86) 문화경, "우리나라 판례에 나타난 경영판단의 원칙과 상법상 경영판단의 원칙 도입의 필요성", 『동아법학』 제61호, 동아대학교법학연구소, 2013, 279면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

를 끼쳤다고 하더라도 그 판단에 정당성을 부여 할 수 있고, 성실성과 합리성이 충족된 경우라면 법원이 사후적으로 개입하여 그 이사 등 경영진의 경영판단과 행위에 대하여 간섭하지 않는다는 원칙에서 형사 책임을 물을 수 없다는 법리이다.[87]

경영판단의 원칙은 기업의 이사 등 경영진의 경영행위로 인하여 회사나 주주에 대하여 손해가 발생한 경우 배임죄의 성립 여부와 관련하여 생성되고 발전한 이론으로서 그 배경은 사회적, 경제적, 시대적 발전에서 비롯된 것이다.[88] 경영판단의 원칙이란 회사의 이사 등 경영진이 일련의 확보된 정보를 통하여 선의로 결정한 사항들에 대해서는 법적 책임으로부터 면책된다는 법원칙을 말한다.[89] 미국 연방대법원은 1887년 Witter v. Sowles 사건에서 최초로 경영판단의 원칙을 적용하였고,[90] 이후 1891년 Brrigs v. Spaulding 사건[91]을 통하여 판례로 처음 인정하여 미국의 판례법으로 발전되어 왔다.[92]

그러나 미국에서도 경영판단의 원칙은 법원에 따라 그 표현이나 적용방법이 상이하였기 때문에 정확한 정의나 기능 및 주의의무에 관한 의견이 일치되지 않았다. 그럼에도 "기본적으로 경영에 관한 결정에는 위험이 수반된다는 사실을 전제로 하고, 이사에게 사법적인 사후심사에 대한 우려 없이 역동적이고 효과적인 경영정책의 수립에 필요한 재량권을 부여하기 위하여 인정되는 것"이라고 이해하였다.[93] 이에 미국법률협회(Amerrican Law Institute ; ALI)는 1992년 5월 연차총회에서 제안되었던 "회사지배구조의 원칙 : 분석과 권고(Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations) 제4.01조 제a항, 제c항 "주의의무와 경영판단의 원칙"의 정의규정을 채택하여 그 내용과 적용기준을 명확히 하려고 시도하였던 것이다.[94]

당시 미국법률협회는 회사에 대한 위험의 인수나 기술혁신 및 그 밖의 창조적 기업

87) 양동석, "경영판단원칙의 수용 가능성", 『기업법연구』 제7집, 한국기업법학회, 2001, 90-91면.
88) 近藤光男, 「經營判斷取締役責任-經營判斷の法則適用檢討」, 中央經濟社, 1994, 19-20面.
89) "A rule of law that provides corporate immunity to directors of corporations protecting them from liability for the consequences of informed decisions made in good faith", 「Merriam Webster's Dictionary of Law」, Merriam-Webster, 1996, p.61.
90) Witter v. Sowles [31 Fed. 1 (C.C.D.Vt. 1887)].
91) Brrigs v. Spaulding [141 U.S 132, 149(1891)].
92) 곽병선, "경영판단의 원칙과 업무상배임죄", 『법학연구』 제56권, 한국법학회, 2014, 20-21면.
93) 김익태, "미국회사법상 경영판단의 원칙에 관한 연구", 한국외국어대학교 박사학위논문 2009, 108면.
94) 제4.01조(a) 이사 또는 임원은 회사에 대하여 성실하게, 회사의 최선의 이익에 합치한다고 합리적으로 믿는 방법으로, 그리고 통상의 신중한 자가 같은 지위의 유사한 상황에서 진력할 것이 합리적으로 기대되는 주의로써 직무를 수행할 의무를 진다. 제4.01조(c) ① 경영판단의 대상에 이해관계를 갖지 않을 것 ② 경영판단의 대상에 관하여 그 상황에 적절하다고 합리적으로 믿을 정도로 알고 있을 것 ③ 경영판단이 회사의 최선의 이익에 합치한다고 상당하게 믿었을 것 등의 요건을 충족해야 한다. ; 박성민, "배임죄에 있어 경영판단원칙의 도입여부에 대한 검토", 『비교형사법연구』 제16권 제1호, 한국비교형사법학회, 2014, 3면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

가로서의 활동을 하기 위해서 충분한 정보를 수집하고 분석하여 판단한 경영행위는 광범위하게 보호할 필요성이 있다는 전제에서 기업의 궁극적 목적인 영리를 추구하고 또 진취적이고 독창적인 사업의 개척을 위하여 과감하고 공격적인 의사결정 및 사업의 추진을 필수적 요소로 보았다. 그렇기 때문에 기업의 경영판단으로서의 의사결정에는 필연적으로 위험부담이 잠재할 수밖에 없다고 보아 이사 등 경영진의 경영상 의사결정에 대하여 내재되어 있는 위험부담에 대한 책임을 완화하여 보다 적극적인 기업 활동을 보장하므로 기업의 혁신과 발전에 기틀을 마련하고자 하는데서 비롯되었다.

또한 1999년 미국의 모범회사법(Model Business Corporation Act ; MBCA)에서는 단순한 주의의무보다 더 폭넓은 의무로 이사가 회사와 주주에 대한 신임의무로서 선관주의의무(duty of care)와 충실의무(duty of loyalty)및 선의의무(duty of good faith)의 준수를 전제로 MBCA 8. 30. (a) "이사는 (1) 선의로 (2) 그와 같은 지위에 있는 통상의 신중한 사람이 그와 유사한 상황 속에서 기울여야 할 주의를 다하고 (3) 회사에 최선의 이익이 된다고 합리적으로 믿은 경우에는 이사회의 구성원으로서 갖는 의무를 포함하여 이사로서의 의무를 다한 것이 된다."고 규정하였다.[95]

이러한 경영판단원칙은 1985년 우리나라에 처음으로 소개되었고[96] 1997년 참여연대가 제일은행의 임직원들을 상대로 한보철강에 대한 부실대출의 책임을 묻는 주주대표소송[97]을 제기한 이래 다수의 주주대표소송[98]이 제기됨에 따라 회사 이사들의 방어논리로 미국에서 발달된 경영판단원칙을 우리나라에도 도입하여야 한다는 주장이 있었다.[99] 이후 2000년대에 이르러 경영판단원칙에 대한 입법의 필요성이 꾸준히 제기되고 있다. 이러한 경영판단원칙을 인정하여야 한다는 일반적인 논거를 보면 첫째, 경영에 관한 결정에는 기본적으로 위험이 수반된다는 사실을 전제로 하고 이사에게 사법적인 사후심사에 대한 우려 없이 역동적이고 효과적인 경영정책수립에 필요한 재량권을 부여하기 위한 것이

95) 이상돈, 「경영판단의 원칙과 형법」, 박영사, 2015, 15-16면.
96) 노일석, "미국회사법상 대표소송의 종결과 경영판단의 법칙", 『사회과학』 제12집, 경남대학교 출판부, 1985, 313-351면.
97) 서울지방법원 1998. 7. 24. 선고 1997가합39907 판결 ; 1997년 초 한보철강 주식회사의 도산으로 이사회에 거액의 대출을 하였던 제일은행이 도산에 직면하자 1997년 6월 52명의 주주들이 한보철강의 재정상태에 대한 조사 없이 거액의 여신을 제공한 행장 등 4인의 이사에게 책임을 묻는 대표소송을 제기하여 각 이사에게 400억 원의 손해배상판결을 얻어낸 판결이다.
98) 이철송, "이사의 책임에 대한 몇 가지 이론", 『BFL』 제4호, 서울대학교금융법센터, 2004, 83면 ; 강동욱, "배임죄성립범위에 관한 연구-소위 경영판단원칙의 도입반대와 대안 중심으로", 『법무부연구용역보고서』, 법무부, 2015, 6면.
99) 전우성, "삼성전자 판례에 나타난 법원의 경영판단의 원칙에 대한 태도와 이사의 책임제한", 『고려법학』 제57호, 고려대학교 법학연구원, 2010, 317면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

고[100] 둘째, 법원이 경영상의 판단에 관한 전문적인 경험이나 지식이 부족하여 이사의 경영판단을 사후적인 심사로 대체할 수 없기 때문이며[101] 셋째, 주주들이 이사회의 결정에 대하여 사법심사를 요구할 수 있게 되면 회사의 경영의사 결정권한을 주주들이 갖게 되는 부당한 결과를 초래할 수 있기 때문이라고 한다.[102]

결국 경영판단원칙은 이사 등의 경영판단의 결과로서 회사에 손해가 발생했다고 하더라도 이사가 주의의무를 다하였다면 책임이 발생하지 않는다는 것만을 의미하는 것이 아니다. 이사 및 임원 등이 경영에 있어서 광범위한 재량행위로의 결정을 최대한 인정하여 주의의무를 경감하고, 법원이 이사 등의 행동을 평가할 때 심사기준을 마련하여 경영판단에 따른 이사 또는 임원의 개인적 책임으로부터 그들을 보호하며 경영판단원칙의 추정적 효과에 의하여 입증책임을 원고에게 전환시키는 기능 등을 통하여 보다 적극적인 기업 활동을 보장하고자 하는 것이다.[103]

한편 우리 대법원은 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률위반(배임), 보험업법위반 사건("보증보험회사의 경영자가 경영상의 판단에 따라 보증보험회사의 영업으로 행한 보증보험계약의 인수가 임무위배행위에 해당한다거나 배임의 고의가 있었다고 단정하기 어렵다."고 판시) 등 다수의 판례를 통하여 경영판단원칙을 수용하였다.[104] 또한 2013년 3월 25일 발의된 상법 개정안[105]에서 경영판단의 원칙을 명문화 하고자 상법 제382조 제2항 단서 "다만, 이사가 충분한 정보를 바탕으로 어떠한 이해관계를 갖지 않고, 상당한 주의를 다하여 회사에 최선의 이익이 된다고 선의로 믿고 경영상의 결정을 내렸을 경우에는 비록 회사에 손해를 끼쳤다고 하더라도 의무의 위반으로 보지 않는다."는 개정안으로 법제화를 추진하였으나, 우리나라에 경영판단 원칙을 도입하는 것은 여러 측면에서 볼 때 시기상조라는 이유로 결국 개정되지 못하였다.

2. 경영판단원칙에 관한 판례의 태도

100) 이영봉, "경영판단원칙의 수용에 관한 검토", 『상사법연구』 제19권 제1호, 한국상사법학회, 2000, 44면 ; 권재열, "경영판단의 원칙", 『비교사법』 제6권 제1호, 한국비교사법학회, 1999, 22면 ; 양동석, 전게논문, 93-94면.
101) 권재열, 상게논문, 21-22면 ; 吉原和之, "取締役の経營判斷と株主代表訴訟", 『株主代表訴訟大系』, 弘文堂, 1996, 59-60面.
102) 이영봉, 상게논문, 45면.
103) 양동석, 상게논문, 95면-99면.
104) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결 ; 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008도4910 판결 ; 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도6075 판결 ; 대법원 2007. 9. 7. 선고 2007도3373 판결 ; 대법원 2007. 3. 15. 선고 2004도5742 판결.
105) 2013. 3. 25. 이명수 의원 외 10인 발의의 상법 일부 개정 법률안.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

경영판단원칙은 이사 등 경영진의 합리적 경영행위를 존중함으로써 보다 적극적인 경제활동을 보장하고자 생성·발전된 이론이다. 즉 이사 등 경영진의 경영행위까지 사법심사의 대상으로 확대한다면 유능한 경영인에 의한 적극적 경영활동을 위축시키는 결과를 초래할 것이다. 기업은 혁신과 이를 통한 경제발전에 저해되는 것 등을 보완하여 경제발전에 기여하고자 한다면, 만약 경영진의 경영행위로 인하여 다소 기업(회사)에 손해가 발생하였더라도 사법심사 대상에서 제외하자는 것이다.[106] 이와 같은 경영판단원칙을 인정하기 위한 근거는 기업 경영진의 경영상 판단은 그 속성상 법관에 의한 사법심사의 대상으로 보기에는 부적절하다는 데서 비롯된 이론이다. 결국 경영판단의 원칙은 수사권의 남용, 형사처벌의 남용으로부터 경영진을 보호하기 위한 것이다.

그러므로 경영판단원칙은 법체계 내부에서 일반적으로 승인된 원칙이 아니라 경영과 법이라는 두 사회체계 사이에 합리성의 괴리를 메우고 두 체계를 균형과 조화의 소통적 관계에 놓이게 하는 "체계간 원칙(Intersystemic Principle)"이라는 점에서 법체계는 다른 사회체계를 규율하는 매체이면서 그것들과 조화로운 통합을 이루어야 하는 사회체계의 하나로 연구되어야 한다는 필요성을 주장하는 학자도 있다.[107]

경영판단원칙을 적용하기 위하여서는 적극적 요건과 소극적 요건을 갖추어야 한다.[108] 적극적 요건으로는 첫째, 경영상의 결정이 존재하여야 하고 둘째, 경영에 대한 결정은 개인적 이해관계의 부존재와 독립성을 갖추어야 하며 셋째, 경영상 결정을 내리는 경우 충분한 정보를 가질 정도로 적정한 주의의무를 다하여야 하고, 넷째, 회사에 최상의 이익이 된다는 믿음으로 선의의 요건도 갖추어야 한다. 이에 더하여 재량권의 남용 또는 회사자산의 낭비에 해당하지 않을 것까지를 적극적 요건에 포함하자는 견해도 있다.[109] 또한 소극적 요건으로는 첫째, 재량권의 남용이 없어야 하고 둘째, 사기나 불법행위 또는 회사자산의 낭비에 해당하지 않아야 만이 적용 가능할 것이다.[110] 이와 같은 요건을 갖추어 경영판단원칙이 적용된다면 회사가 손해를 입었다고 하더라도 이사 등 경영진에게 배상책임을 지울 수 없고 또 이와 같은 경영판단은 충분한 정보 등을 토대로 이사 등 경영진이 선의로 한 경영행위에 해당하므로 이는 곧 회사의 이익에 합치된 의사결정에 따른 정당하고 적절한 경영행위로 추정되기 때문에 형사처벌을 할 수 없다는 것이다.[111]

---

106) 한석훈, "형사책임에 대한 경영판단원칙의 적용", 『성균관법학』 제22권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2010, 350면.
107) 이상돈, 전게서, 1면.
108) 권상로, "미국·독일법상의 경영판단의 원칙 도입여부에 관한 연구", 『법학연구』 제33집, 한국법학회, 2009, 243면 ; 곽병선, 전게논문, 21면.
109) 권상로, 상게논문, 247면.
110) 조기영, "배임죄의 제한해석과 경영판단 원칙", 『형사법연구』 제19권 제1호, 한국형사법학회, 2007, 92면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

상법상 경영판단의 원칙은 민법 제681조 수임인의 선관의무에 대한 해석론에서 비롯된 이론으로 보아야 할 것이다. 즉 회사로부터 위임받은 수임업무를 수행함에 있어 의사결정권자가 내린 의사결정에 합리적 근거가 있고 그 의사결정에 회사의 이익을 위한다는 신념에서 벗어난 다른 영향을 받지 않고 독립적인 판단을 하였다면 이는 경영판단원칙의 요건을 충족하였다고 볼 것이므로 당연히 수임인이 선량한 관리자로서 주의의무를 다한 것으로 평가되어야 한다. 이렇게 선관주의의무를 다하였음에도 불구하고 회사에 손실이 발생하였을 경우에는 불가항력에 따른 결과라고 보아 상법 제399조 제1항이 규정하는 임무해태에 해당하지 않는다는 것이고 판례는 이를 "허용된 재량범위"로 보아 경영판단의 원칙을 수용하였다.

우리나라 대법원의 판례를 살펴보면 "기업의 경영에는 원칙적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 아무런 개인적 이익을 취할 의도 없는 선의에 따라 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다고 하더라도 그 예측이 빗나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있을 수 있다. 그러나 이러한 경우에까지 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상배임죄의 형사책임을 묻고자 한다면 이는 죄형법정주의 원칙에 위배되는 것임은 물론이고 정책적인 차원에서 볼 때에도 영업이익의 원천인 기업가 정신을 위축시키는 결과를 낳게 되어 당해 기업뿐만 아니라 사회적으로도 큰 손실이 될 것이다.

따라서 현행 형법상 배임죄가 위태범이라는 법리를 부인할 수 없다 할지라도, 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업의 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반사정에 비추어, 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 회사에게 손해를 가한다는 인식하에서의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없는데 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수 없다."고 판시하였다.[112]

또한 금융기관의 임원의 경우 "대출과 관련된 경영판단을 하면서 통상의 합리적인 금융기관 임원으로서 그 상황에서 합당한 정보를 가지고 적법한 절차에 따라 회사의 최대이익을 위하여 신의성실에 따라 대출심사를 한 것이라면 의사결정과정에 현저한 불합리가 없는 한 임원의 경영판단은 허용되는 재량의 범위 내의 것으로서 회사에 대

111) 조국, "기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계-업무상 배임죄 배제론에 대한 응답-", 『형사법연구』 제19권 제3호, 한국형사법학회, 2007, 167면 ; 조기영, 상게논문, 92면.
112) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한 선량한 관리자의 주의의무 내지 충실의무를 다한 것으로 볼 수 있고, 금융기관의 임원이 이와 같은 선량한 관리자의 주의의무에 위반하여 자신의 임무를 해태하였는지는 대출결정에 통상의 대출담당임원으로서 간과해서는 안 될 잘못이 있는지를 대출조건과 내용, 규모, 변제계획, 담보의 유무와 내용, 채무자의 재산 및 경영상황, 성장가능성 등 여러 가지 상황에 비추어 종합적으로 판정해야 한다."고 판시[113]하였다는 점으로 볼 때 우리 대법원은 이미 경영판단원칙을 수용하였다고 보아야 할 것이다.

이와 같이 우리나라 대법원은 경영판단원칙을 이미 받아들여 이를 활용하는 다수의 판결[114]을 하였는데 적용요건으로서 허용되는 경영행위가 재량범위 내로 인정되기 위해서는 "해당 이사 등 경영진이 ① 당해 사안과 관련하여 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거쳐야하고 ② 또 이를 근거로 회사의 최대이익에 부합하도록 합리적 신뢰에 근거하여 신의성실에 따라 경영상의 판단을 하여야 하며 ③ 경영상 판단의 내용이 현저히 불합리하지 아니하여 이사 등 경영진이 통상 선택할 수 있는 범위 내에 있어야 한다. ④ 더불어 해당 경영상 판단 행위는 법령에 위반되지 않는 등의 요건을 충족"하여야 한다고 하였다.[115]

결국, 우리나라의 경영판단원칙을 적용하기 위한 요건은 미국의 경영판단원칙을 참고로 구성된 이론이라 할 것이므로 회사법 분야의 발전과 세계적인 흐름에 발맞추어 국제기준에 부합하도록 우리 상법에도 경영판단의 원칙을 도입하여 명문화할 필요성이 요청된다. 나아가 이러한 명문 규정은 우리 사법부가 경영판단의 원칙을 적용하는데 있어서 보다 명확한 근거가 될 수 있다. 또한 기업도 신뢰를 바탕으로 보다 건강하고 적극적이며, 소신과 책임 있는 경영으로서 경제 활성화에 이바지 할 것을 기대할 수 있을 것이다.

경영판단원칙이 미국에서 태동하였던 것은 근본적으로 기업의 이사 등의 경영행위를 존중하고 이에 대한 사법적 판단을 자제하여 기업의 적극적 활동을 보장하려는 입장에서 태동한 것으로 사법소극주의 정신을 그 바탕에 두고 형성된 이론이다. 그러므로 이사 등의 업무결정으로 인하여 비록 회사가 손해를 입었다고 하더라도 업무결정 당시 손해의 예측이 곤란하였다고 한다면 그 결정에 대하여 임무해태가 있다고 단정할 수

113) 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5214 판결 ; 대법원 2011. 4. 14. 선고 2008다14633 판결 ; 대법원 2010. 1. 14. 선고 2007다35787 판결.

114) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008도4910 판결 ; 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도6075 판결 ; 대법원 2007. 9. 7. 선고 2007도3373 판결 ; 대법원 2007. 3. 15. 선고 2004도5742 판결 ; 대법원 2011. 4. 14. 선고 2008다14633 판결 ; 대법원 2010. 1. 14. 선고 2007다35787 판결.

115) 문화경, 전게논문, 305면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

없으며, 결정 당시 이사 등 업무집행자가 어느 정도 필요한 주의의무를 다하였다면 사후적 결과로서 발생한 회사의 손해에 대하여서 그 책임을 묻지 않겠다는 원칙이다. 이에 대하여 미국은 판례법 국가이고 사법소극주의 전통이 확립되어 있어 경제적, 사회적, 법적 환경이 우리나라와 다르고 또 주주대표소송제도가 전면적으로 활성화 되지 않은 우리나라의 경우 이사의 책임 추궁이 활발하지 못하다는 등을 이유로 경영판단원칙의 도입을 반대하는 견해도 있다.[116]

그러나 최근 우리나라도 주주들을 중심으로 부실한 경영의 책임을 추궁하고 있을 뿐만 아니라 경영자의 책임을 묻는 주주대표소송이 더욱 활발하여 질 것으로 기대된다. 또한 경영실패에 따른 경영자의 책임에 대한 합리적인 한계를 설정하고 명문화하여 경영자가 일정한 요건 하에서 경영능력을 최대한 발휘할 수 있도록 경영판단의 원칙을 도입하는데 찬성하는 견해[117]가 유력하게 주장되고 있다. 생각건대 무한경쟁 사회에서 자유롭고 경쟁력 있는 경제사회의 발전을 도모하기 위해서는 경영판단의 원칙을 도입하여 명문화할 필요성이 크다고 본다.

끝으로, 경영판단의 원칙은 필요에 따라서는 형법상 배임죄나 업무상 배임죄 또는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률에 따른 배임죄 부분에서도 도입할 필요성이 크다고 보이나 이러한 영역의 연구는 형법 학자들의 몫이므로 본 논문의 고찰대상에서 제외한다.

3. 경영판단원칙과 배임죄

우리 대법원은 이미 경영판단원칙을 수용하는 다수의 판결을 하였고 또 학설로도 이를 명문화 하여야 한다는 견해가 유력하다. 그러나 우리나라의 경우는 미국 등의 선진국과 경영환경이 다르고 또 지배주주에 의한 경영권 남용의 우려가 내재된 경영구조를 갖는 기업들이 존재하고 있다는 것을 감안하면 경영판단원칙 도입에 따른 폐해 등에 대한 우려를 불식 시킬 수는 없을 것이다. 그렇다고 하여 기업의 이사 등 임원이 회사이익의 극대화를 위하여 적극적이고 공격적인 경영활동으로서 한 재량행위를 법률의 잣대로 사후적으로 평가하거나 판단한다면 기업의 이사 등 임원의 경영상 재량행위에 대한 배임죄의 적용범위를 부당하게 확장시킬 우려가 있다. 또 영리를 목적으로 하는

116) 권재열, 전게논문, 30-31면.
117) 권상로, 전게논문, 258면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

법인의 활동을 위축시키는 결과가 나타날 우려가 있으며 이는 경제발전이나 사법자제의 원칙이라는 시대적 요구를 외면하는 결과를 불러일으킬 우려도 크다. 즉 배임죄를 회사경영과 관련된 사업 활동에 적용할 경우 경제활동 전반에 사법기관의 규율이 확대되어 경제활동 자체를 위축시킬 우려가 있기 때문이다.[118] 또 기업의 법률관계에 대하여 이해관계자들의 고소, 고발이 있음을 이유로 중간에 수사기관이 개입하거나, 수사기관의 인지활동으로 개별기업의 경영활동의 적정성을 따지게 된다면 국민경제에 대한 부정적 영향력도 매우 클 것이다.[119] 그러므로 경영판단원칙을 도입하여 회사의 임원 등 경영진에 대한 배임죄의 적용을 신중하게 적용하여야 한다는 주장이 타당하다고 본다.

경영판단원칙의 배임죄 적용에 관한 대법원의 판결을 살펴보면, 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 자신이 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 재산상 이익을 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는 범죄이다. 어떤 법인이 법인격을 달리하는 다른 법인에 자금을 대여하거나 다른 법인의 채무를 지급 보증한 경우, 그 자금을 대여하는 법인 임원 등의 행위가 배임죄에 해당하는지를 판단하기 위해서는 그 임원의 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률규정, 계약 내용이나 신의칙상 마땅히 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 행함으로써 당해 법인과 임원 사이의 신임관계를 저버리는 행위를 하였는지 여부와 그러한 행위를 통해 당해 법인에게 재산상 손해 발생의 위험을 초래하였는지를 기준으로 판단하여야 한다.[120]

또한 당해 법인의 임원이 회계처리를 적정하게 하지 아니함으로써 다른 법인에게 자금을 대여하거나 지급 보증한 사실 자체를 은폐한 경우, 그러한 부적정한 회계처리는 자금대여 등과 관련된 배임행위의 고의를 뒷받침하는 유력한 요소로 평가할 수 있다. 이와 같이 부적정한 회계처리에도 불구하고 배임죄의 성립을 부정하려면 당해 법인과 다른 법인의 관계, 자금대여나 지급보증의 경위와 목적, 자금대여나 지급보증의 방법 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 보다 신중하게 판단할 필요가 있다.[121]

회사의 이사 등 경영진이 타인에게 회사자금을 대여하거나 타인의 채무를 회사가 지급 보증함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그를 위하여 자금을 대여하거나 지급보증을 할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 점을 충분히 알면서도 상당한

118) 최준선, “상법상 특별배임죄의 개정방향”, 『경제법연구』 제11권 제2호, 한국경제법학회, 2012, 114면.
119) 이종상, “이사의 책임과 배임죄에 대한 비판적 고찰”, 「BFL」 제19호, 서울대학교금융법센터, 2006, 46면 ; 이상돈, 전게논문, 61면.
120) 대법원 2006. 11. 10. 선고 2004도5167 판결.
121) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2009도1149 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

담보를 제공받지 않는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금대여나 지급보증은 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위라고 볼 수 있다 할 것으로 회사에 대한 배임행위가 인정될 개연성이 높다 할 것이며, 이는 그 타인이 자금지원 회사의 계열회사라 하더라도 결론은 달라지지 않는다.[122]

한편 경영상의 판단을 이유로 배임죄의 고의를 인정할 수 있을 것인가에 대한 판단은 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 경영판단 대상 사업의 내용, 기업의 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 행위자 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식 및 의도적 행위가 인정되는지 등에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.[123]

결국 업무상배임죄가 성립하려면 주관적 요건으로서 임무위배의 인식과 그로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하고 본인에게 손해를 가한다는 인식이 있어야 한다. 즉 배임의 고의가 있어야 하고, 이러한 인식은 미필적 고의(인식)만으로도 충족된다는 것이다. 그러므로 이익을 취득하는 제3자가 같은 계열회사이고, 그 계열그룹 전체의 회생을 위한다는 목적에서 이루어진 행위로서 그 행위의 결과로써 일부분에 대하여 본인을 위한 측면이 있었다고 하더라도 본인의 이익을 위한다는 의사는 부수적일 뿐이고 궁극적으로 이득 또는 가해의 의사가 주된 것임이 판명되면 배임죄의 고의를 부정할 수 없다.[124]

또한 회사의 설립경위와 그 각 채무액의 증대 원인, 그룹측에서 위 계열회사들의 지급보증을 떠맡게 된 경위와 과정, 경영권을 행사하면서 지속적으로 연결자금이나 지급보증을 제공하게 된 사정, 채권회수를 위한 담보 등을 확보하지 아니한 채 상당한 기간 동안 거액의 연결자금이나 지급보증을 제공하였고, 자금지원과 관련한 제반 정보를 수집하여 검토한 후 각 이사회에서 지원 여부를 실질적으로 심의·의결하는 않는 등 절차상 하자가 있었는지 여부, 범죄사실을 은폐하려는 정황(자금을 지원한 사실을 숨긴 사실), 지급보증채무의 인수가 일부 불가피한 선택이라는 측면이 있었다고 하더라도, 이후 적법한 방법에 따라 부실을 정리하지 않아 피해 규모가 대폭 증가하게 된 경위, 기업집단을 구성하는 개별 계열회사도 별도의 독립된 법인격을 가지고 있는 주체로서 그 각자의 채권자나 주주 등 다수의 이해관계인이 관여되어 있는지 여부, 다른 배임행위 성립 여부와 부당한 내부거래 등 변칙적인 방법이 있었는지 등을 종합적으로

122) 대법원 2007. 9. 7. 선고 2007도3373 판결 ; 대법원 2012. 6. 14. 선고 2012도1283 판결.
123) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결 ; 대법원 2010. 10. 28. 선고 2009도1149 판결.
124) 대법원 2009. 7. 23. 선고 2007도541 판결 ; 대법원 2012. 7. 12. 선고 2009도7435 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

고려하여 합리적인 경영판단이라고 할 수 있는지를 판단하여야 한다.[125]

다만 상법 제623조 규정에 따른 처벌을 적용함에 있어서 경영판단원칙에서 살펴본바와 같이 19세기 초부터 미국의 판례법을 통하여 발전되었고 또 미국법률협회(ALI)에서 채택하여 그 내용과 적용기준을 명문화하였던 경영판단원칙을 도입하여 발기인, 이사 기타 임원 등 경영진에게 재량권을 확보하여 주고 또 스스로의 책임 있는 판단에 따라 회사의 이익을 위하여 보다 적극적인 경영활동과 업무활동을 넓게 해석하여야 할 필요성이 크다는 점을 고려하여야 할 것이므로 이들에게 민사적 책임을 지우는 외에 별도로 형사책임까지 강요하는 것은 너무 가혹하다는 비판을 받을 수도 있다.

그러므로 발기인, 이사 기타 임원 등 특별배임죄에서 단서 조항(다만, 경영판단원칙이 인정되는 경우에는 벌하지 아니한다)을 신설하여 경영판단원칙을 적극적으로 수용·검토하여 그 죄책을 판단하여야 할 것이다. 다만 불법경영행위에 대한 형평성 없는 형사책임 등은 기업범죄의 억제효과를 달성하지 못할 뿐만 아니라 소비자로서 일반 국민들에게 상대적 박탈감을 주는 등 법적용의 형평성에 대한 비판을 극복하지 못할 우려가 있음이 현실이므로 특별배임행위에 대한 적용과 양형의 기준을 마련하여 형평성이 담보되어야 할 것이며 이렇게 마련된 기준에 따른 엄격한 법적용이 요구된다.

한편 형법 제355조는 횡령과 배임의 죄를 같은 조문에 규정하여 횡령죄와 배임죄를 형제관계의 구성요건으로 보고 있는데도 배임죄와 관련한 경영판단의 원칙은 논의되고 있으나, 횡령죄에는 그 적용이나 연구가 없는데 그 이유는 아래와 같다.

배임죄의 행위주체는 “타인의 사무를 처리하는 자”이고, 횡령죄의 경우는 “타인의 재물을 보관하는 자”로서 그 행위주체가 다르다. 또한 행위에 있어서도 배임죄의 경우는 “그 임무에 위배하는 행위”이고, 횡령죄는 “그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부하는 때”이다. 즉 배임죄의 경우 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배한다고 하여 즉시로 타인의 재산권을 침해한다고 볼 수 없을 정도로 실행행위와 결과 사이 구조적 간극이 있으나, 횡령죄는 불법영득의사로 곧바로 소유권을 침해하여 기수에 이르는 영득죄로서 실행행위와 그 결과 사이 구조적 간극이 없다. 이러한 측면에서 보면 경영판단원칙은 경영에 대한 결정으로서 임무위배 행위와 이에 따른 결과가 시공간적 간격 속에서 작동하기 때문에 경영판단원칙이 횡령죄에 적용될 여지가 없다고 할 것이다.[126]

또한 횡령죄에서 “타인의 재물을 보관하는 자”의 개념은 배임죄에서 “타인의 사무를 처리하는 자” 개념보다 더 명확하다 할 것이므로 행위의 정형성에서도 차이가 있다. 즉

125) 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5214 판결.
126) 이상돈, 전게서, 111면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

횡령죄는 배임죄에 비하여 행위의 정형성이 높다 할 것이므로 경영판단원칙을 적용할 필요성을 현저히 줄이는 요인이라고 볼 수 있다. 그러나 우리 형법은 배임죄와 횡령죄를 동질의 불법유형으로 보아 같은 조문에서 규정하고 있고, 또 신임관계의 위배를 불법의 내용으로 한다는 점으로 볼 때 횡령죄에서도 경영판단원칙의 적용 가능성을 검토할 필요성이 있다는 견해도 있다. 물론 이와 같은 견해를 주장하는 학자도 횡령죄에 대한 경영판단원칙의 적용은 예외적으로 가능하다고 한다.[127]

제4절 소 결

1. 법인의 범죄 및 형벌의 종류

우리 형법 제2조 내지 제6조에서 보는 바와 같이 형법은 오로지 자연인에게만 적용하는 형벌이다. 그러므로 법인에 대한 처벌은 상법 제634조의3과 같이 각 법률에서 양벌규정을 두고 있는 경우에만 적용가능하고 그 처벌도 법인에게 과할 수 있는 형벌로서 벌금형에 불과하다.[128] 이러한 양벌규정은 현대사회에서 기업을 통하지 않고서는 경제활동에 참여하기도 쉽지 않는 구조가 형성되어 있는 현실과[129] 법인의 범죄능력을 부인하는 현행 형법의 통설과 판례의 흐름 때문으로[130] 원칙적으로 행위자로서 자연인을 처벌하고 부수적으로 법인을 처벌하기 위한 전근대적인 입법형태라고 할 것이다.[131] 그러므로 법인범죄를 인정하고 이를 처벌하기 위하여서는 해당 법인의 성격과 구조 등 다양한 이해관계를 파악하여 그에 합당하고 효과적인 형벌을 마련할 필요성이 크다는 사실에 대하여 대부분의 학자들이 공감하고 있다.

그리고 영국과 미국에서는 이미 법인의 범죄능력을 인정하고 있으며 대륙법계에 속하여 법인범죄를 완고하게 부인하였던 독일마저도 현대에 이르러서는 법인의 형사처벌을 인정하는 학설이 활성화되고 있다. 또한 일본은 무려 500개에 이르는 양벌규정은 물론 3벌규정까지도 인정하는 입법을 하고 있다. 또한 우리나라도 약 400개에 달하는 양벌규정

127) 이상돈, 상게서, 113-115면.
128) 박기석, 전게논문, 95면.
129) 양천수, “법인의 범죄능력-법 이론과 형법정책의 측면에서”,『형사정책연구』제18권 제2호, 한국형사정책연구원, 2007, 163면.
130) 임석원, 전게논문, 80면.
131) 박기석, 전게논문, 89면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

을 두어 행위자뿐만 아니라 법인까지도 처벌할 수 있도록 하고 있다. 그러나 이러한 양벌규정만으로는 법인범죄를 효과적으로 대응하거나 적절한 처벌이 이루어지고 있는지 나아가 법인범죄의 억제적 효과를 거두고 있는지 의문이다. 그러므로 독자적으로 법인범죄를 인정하는 것이 타당하다고 생각된다. 따라서 형법총칙 편에 법인능력을 인정하여 개별적이고 통일된 방향으로의 법인범죄 규정이 입법되어야 할 것이다.

즉, 미국의 연방성문법에서 "Person"은 자연인뿐만 아니라 Corporations, Companies, Association, Firms, Partnership, Societies, Joint Stock Companies도 포함하고 있으며, 또 연방판례법상으로도 법인은 개별적 규정에서 특별히 처벌대상이 되는가에 대한 언급이 없더라도 성문법상의 범죄행위에 대해 형사책임을 진다고 한다는 점[132]에 비추어 우리 형법 총칙 편(형법 제2조 내지 제6조)에 법인을 처벌할 수 있는 규정을 신설하는 것이 타당하다고 생각된다.

이와 같이 법인의 범죄능력을 인정한다면 당연히 형법 제41조 형의 종류에서도 법인범죄에 적합하도록 형벌의 종류를 확대할 필요성이 있다. 예를 들어 형법상 내란죄, 내란목적 살인죄, 외환유치죄, 여적죄, 모병여적죄, 시설파괴이적죄, 간첩죄, 폭발물사용죄, 살인죄, 위계 등에 의한 살인죄, 강도살인·치사죄 등 강력범죄에 대하여서는 사형을 과할 수 있도록 규정하고 있으므로 법인의 범죄도 범죄 유형과 구조 및 피해정도 등을 면밀히 살피고 또 법인이 범죄를 방조하고 은닉하여 발생한 중범죄나 적극적인 범죄행위로 인하여 사상자를 발생시킨 기업에 대하여서는 "법인의 강제해산" 또는 "법인의 영업정지"의 형도 생각해 볼 수 있을 것이다.

또한 형법상 공무원의 직무에 관한 범죄, 허위진단서 등의 작성죄, 공인 등의 위조 부정사용죄, 살인죄, 위계 등에 의한 살인죄, 상해죄, 중상해죄, 특수상해죄, 의사 등의 낙태·부동의 낙태죄, 절도와 강도의 죄 등에서는 "자격정지"형을 규정하는 바와 같이 기업범죄의 행위자에게 "자격정지"형을 부과한다면 단순히 기업에 벌금형을 적용하는 것보다는 범죄예방 및 억제의 효과가 클 것으로 기대된다. 또한 법인에 대한 벌금형도 사실상 범죄행위로 얻은 이익 상당의 벌금을 부과하도록 하여야 할 것이다.

더불어 기업범죄의 행위자에게도 사회봉사명령이나 수강명령 및 보호관찰 또는 해당기관에 일정 기간 동안 업무 등을 보고 하도록 하거나 일정 기간 동안 행정기관에서 해당기업의 경영과 생산 공정 등을 적극적으로 관리할 수 있도록 제도적 장치를 마련한다면 범죄억제 효과가 상당할 것이다. 그리고 일정기간 단전이나 단수(사실상 영업정지) 또

132) 김재윤, 전게서, 71면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

는 상당한 기간 동안 입찰을 금지하거나 사회봉사명령, 관리감독기관의 보호관찰을 받도록 입법할 필요성이 있다. 또 형법상 과료나 몰수 형이 부과되는 범죄가 있는 것과 같이 기업범죄로 얻은 이익이 회사에 귀속되었다고 한다면 필요적 몰수의 형을 부과할 수 있도록 입법하는 등 기업범죄에 대하여 적극적으로 대응하여야 할 것이다.

이와 같이 기업범죄에 대한 다양한 형벌을 연구 개발하여 엄격히 적용한다면 기업범죄의 예방효과가 상당할 것이고 기업 스스로도 범죄예방 등 자정의 노력을 다할 것이다. 물론 범죄에 대한 입증책임은 검사에게 있다고 할 것이나 기업도 관리감독에 있어서 상당한 주의와 감독의무를 다하였다는 사실 등을 스스로 입증할 경우에는 형을 감경하거나 면제하는 규정을 두어 기업이 더욱 성실한 경영을 할 수 있도록 배려함도 마땅하다.

한편 1988년 유럽평의회 각료회의(Committee of Ministers of the Council of Europe)에서는 형사범죄를 범한 회사에 대한 가능한 제재로서 ① 경고, 질책, 서약받기, ② 책임을 선언하는 결정을 하지만 제재를 하지 않을 것, ③ 벌금 혹은 기타 금전적 제제, ④ 범죄수행에 사용된 재산의 몰수 혹은 불법한 활동으로 유래된 소득을 표현하는 재산의 몰수, ⑤ 특정 활동의 금지, 특히 공적인 권위를 가진 사업수행의 금지, ⑥ 국가재정이나 보조금 대상에서 제외, ⑦ 상품과 서비스의 선전에 대한 금지, ⑧ 면허의 취소, ⑨ 경영진의 해고, ⑩ 사법당국(법원)에 의한 임시관리진의 임명, ⑪ 기업의 폐쇄, ⑫ 기업의 해산, ⑬ 피해자에 대한 배상 또는 원상회복, ⑭ 이전상태의 복구, ⑮ 제재 혹은 처분을 부과하는 결정(판결)의 출판을 제시함에 따라 영국은 법원으로 하여금 장래의 침해를 방지하기 위해 고안된 구제명령과 출판·보도명령을 허용하였다는 점에 비추어 보면,[133] 우리 법제에서도 위와 같은 다양한 제재나 형벌을 긍정적으로 검토해 볼 만한 필요성이 충분하다.

2. 경영판단원칙의 법제화

법인의 범죄능력을 인정할 경우 자칫 기업은 사법당국과 행정기관 등으로부터의 상당한 간섭을 받을 우려가 커서 경영활동에 큰 제한이 될 수도 있다. 그러므로 이에 대한 방어방법의 하나으로서 경영판단의 원칙을 인정하여야 할 필요가 있다. 미국에서 발전한 경영판단의 원칙은 회사의 목적범위에 부합하고 이사의 권한 내의 사항에 관하여 이사 등이 내린 의사결정에 합리적인 근거가 있으며, 회사의 이익을 위한 것이라는 믿음 하에 어떤 다른 고려(개인적 이익 등)에 의한 영향을 받지 아니한 채 독립적인

133) 김성룡·권창국, 전게논문, 144면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

판단을 통해 성실히 이루어진 결정이라면 법원은 이에 개입하여 그 판단에 따른 거래를 무효로 하거나 그로 인한 회사의 손해를 이사의 책임으로 묻지 아니한다는 원칙에서 비롯된 것이다.[134]

이러한 경영판단의 원칙은 1985년경 우리나라에 처음으로 소개 되었는데 IMF 금융위기가 발생하여 경영이 위축되자 이를 도입하자는 의견이 상당한 지지를 얻기도 하였다. 그리고 2000년대에 이르러서 우리 대법원은 사실상 경영판단 원칙을 인정하는 다수의 판례를 내어 놓자 우리 학계는 경영판단의 원칙에 대한 연구를 더욱 활발히 하여 2013년 상법 개정안[135]에서 경영판단의 원칙을 명문화하는 규정을 발의하기도 하였으나 여러 이유로 현재까지 경영판단 원칙에 대한 정의규정이 명문화 되지 못하였다.

비록 대법원에서 경영판단의 원칙을 인정하는 다수의 판례를 내어 놓았지만 정의 규정을 마련하지 못하여 학계는 물론 실무에서도 연구와 적용에 있어 상당한 견해의 차이로 많은 어려움을 겪고 있을 뿐만 아니라 비판도 받고 있는 실정이다. 그러나 날로 발전하고 변화하는 경제 환경 등으로 기업범죄, 특히 배임죄를 판단함에 있어서는 경영판단의 원칙에 대한 적용과 검토의 필요성이 대두되고 있어 경영판단의 원칙에 대한 명문화의 필요성이 크다.

그러므로 2013년 발의된 상법 개정안대로 상법 제382조 제2항 단서로서 “다만, 이사가 충분한 정보를 바탕으로 어떠한 이해관계를 갖지 않고, 상당한 주의를 다하여 회사에 최선의 이익이 된다고 선의로 믿고 경영상의 결정을 내렸을 경우에는 비록 회사에 손해를 끼쳤다고 하더라도 의무의 위반으로 보지 않는다.”는 규정을 그대로 법정화 한다면 기업의 임직원이 의사를 결정하는데 있어 적법성과 합리성을 담보할 수 있을 것으로 판단된다.

그리고 기업성과의 양과 질을 향상시킬 수 있음은 물론 실무에서 그 내용과 적용기준을 명확히 할 수 있을 것이다. 다만, 이러한 경영판단의 원칙을 사회윤리나 기업 경영에의 도덕성 등으로 변질시켜서는 아니 될 것이다.[136] 또한 경영판단은 그 결정을 위한 조사준비단계에서의 절차적 측면과 이에 기초한 평가 및 판단이라는 내용적 측면으로 구분될 수 있는데 절차적 측면에 대한 사법심사는 허용하지만 내용적 측면에 대해서는 사법심사를 허용하지 않는다고 보아야 할 것이다.[137]

---

134) 이철송, 「회사법강의(제23판)」, 박영사, 2015, 760면.
135) 이명수 의원 외 10인 발의, 상법 일부 개정 법률안(전게 주 104 참조).
136) 이상돈, 전게서, 16면.
137) 이경열, “경영판단의 과오와 업무상배임죄의 성부”, 『법조』 제55권 제12호, 법조협회, 2006, 128면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

경영판단원칙의 입법에 대한 의견으로서 '이사의 회사에 대한 책임 감면'을 규정한 상법 제400조에 이어서 상법 제400조의2를 신설하여 경영판단원칙을 규정하거나 아니면 '회사에 대한 책임'을 규정한 상법 제399조에 이어서 제399조의2를 신설하여 경영판단의 원칙에 관한 예외규정을 신설하자는 주장[138] 및 상법 제382조의3에 규정한 이사의 충실의무 규정에 경영판단원칙을 함께 규정하자는 견해[139] 등도 있으나, 2013년 상법 개정안이 보다 타당하다고 생각된다.

138) 최완진, "회사법상 경영판단의 원칙 도입",『기업지배구조 리뷰』제75권, 한국기업지배구조원, 2014, 16-17면.

139) 김병기, "상법 제622조 임원 등의 특별배임죄에 관한 연구",『상사판례연구』제28권 제2호, 한국상사판례학회, 2015. 73면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제3장 회사 등의 재산보호에 관한 죄

상법 제7장 벌칙은 회사법상 기업범죄의 개별적 유형과 해당범죄에 대한 형벌을 규정하고 있으나 본 논문 제2장에서 살펴본 바와 같이 자연인에게만 범죄능력을 인정하는 현재의 형법이론만으로는 회사제도를 남용하는 기업범죄를 억제하기가 어려운 실정이다. 그러므로 상법은 물론 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 자본시장 및 금융투자업에 관한 법률, 소비자기본법, 약관의 규제에 관한 법률, 할부거래에 관한 법률, 방문판매 등에 관한 법률, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 등 여러 법률에서 행위자를 처벌하는 외에 법인 또는 영업주를 처벌하고 있다.

현대사회에서 기업의 활동 범위와 영향력은 날로 확대되고 있으며 경제 분야에 있어서도 훨씬 더 큰 비중을 차지하고 있기 때문에 기업이 위법행위를 하지 않도록 통제하고 관리하는 데는 종래의 제도만으로써는 역부족이다. 또한 이미 제정된 상법상 벌칙조항(상법 제622조 내지 제634조의3)이나 기업관련 법률들은 너무 추상적이고 구성요건의 명확성 등이 애매하여 그 해석과 운용에 있어서 많은 어려움이 있다. 그러므로 사법당국의 법적용에 있어서도 특별법인 상법의 적용보다는 일반법인 형법을 우선하여 적용하고 있는 실정이어서 법적용 원칙에 반하게 된다.[140]

그러므로 이제는 기업이 보다 투명하고 건강한 경제발전에 그 몫을 다할 수 있도록 사회와 기업의 변화 등 시대적 요구에 걸맞은 입법의 필요성이 요청되고 있다. 이러한 측면에서 법인의 범죄능력과 경영판단원칙을 명문화 한다면 사법당국의 법적용과 판단에 있어서 일관성이 없다는 비판과 더불어 기업에 대한 특혜의혹 등 국민적 불신을 종식시킬 수 있을 것으로 기대한다. 그리고 기업의 경영활동에 있어서도 고도의 전문성과 기업의 특수성 등을 충분히 고려할 수 있을 것이므로 기업경영을 위축시킬 우려가 크다는 비판 등에서도 벗어날 수 있을 것이다. 나아가 기업으로서 회사는 기관에 의하여 의사가 결정된다고는 하나 종국적으로 회사의 의사를 결정하는 기관은 역시 자연인으로 구성된다는 사실에 적극적으로 대응할 수 있을 것이다.

본 논문은 상법 제7장 벌칙 규정을 크게 “회사 등의 재산보호에 관한 죄”와 “독직행위와 회사의 신용 등에 관한 죄”의 유형으로 분류하였다. 또한 “회사 등의 재산보호에 관한 죄”를 제1절 특별배임의 죄(제622조 발기인, 이사 기타의 임원 등의 특별배임죄,

140) 송호신, 전게논문, 8면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제623조 사채권자 집회의 대표자 등의 특별배임죄)와 제2절 회사의 재산에 관한 죄(제624조의2 주요주주 등 이해관계자와의 거래위반의 죄, 제625조 회사재산을 위태롭게 하는 죄, 제625조의2 주식의 취득제한 등에 위반한 죄, 제634조 납입책임면탈의 죄)로, "독직행위와 회사의 신용 등에 관한 죄"는 제1절 독직 및 증·수뢰의 죄(제630조 발기인, 이사 기타임원의 독직죄, 제631조 권리행사 방해 등에 관한 증·수뢰죄, 제634조의2 주주의 권리행사에 관한 이익공여의 죄)와 제2절 회사의 신용을 해하는 죄(제626조 부실보고죄, 제627조 부실문서행사죄, 제628조 납입가장죄, 제629조 초과발행죄)로 각 분류하였다. 이에 제3장에서는 "회사 등의 재산보호에 관한 죄"를 고찰하고 다음 제4장에서는 "독직행위와 회사의 신용 등에 관한 죄"를 고찰하고자 한다.

제1절 특별배임의 죄

1. 개 관

자본주의 사회에서는 기업제도를 통하지 않고 경제 활동에 참여 할 수 있는 경우가 거의 없다 할 것인데 이러한 기업은 이윤 추구를 목표로 하여 영리활동을 한다. 이러한 기업의 영리활동은 개인 간에 있어서도 물론이지만 회사와 그 회사의 구성원(발기인, 이사 종업원 등 업무관련자)들에 대하여서는 더욱 특별한 신뢰가 바탕이 되어야 한다. 일반적으로 개인이 이러한 신뢰에 위반한 행위를 할 경우는 형법상 배임죄 및 업무상배임죄(형법 제356조)로 처벌할 것이나 회사의 구성원인 발기인, 이사, 기타 임원 등 업무집행관련자와 회사의 자금조달을 위하여 인정하는 사채발행제도에 의한 사채권자 집회의 대표자 및 사채권자 집회결의집행자가 신뢰행위를 위반한 경우는 상법 제622조와 제623조로 처벌한다.

상법상 특별배임죄의 행위주체는 상법 제622조 제1항에서 규정하는 "회사의 발기인, 업무집행사원, 이사, 집행임원, 감사위원회 위원, 감사 또는 상법 제386조 제2항, 제407조 제1항, 제415조 또는 567조의 직무대행자, 지배인 기타 회사영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인"이고, 같은 조 제2항에서 규정하는 "회사의 청산인 또는 제542조 제2항의 직무대행자, 제175조의 설립위원"이다. 상법 제623조는 "사채권자 집회의 대표자 또는 그 결의를 집행하는 자"를 행위주체로 한다. 또한 구성요건적 행위

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

는 상법 제622조 제1항과 같은 법 제623조에서 보는 바와 같이 “그 임무에 위배한 행위로써 재산상의 이익을 취하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 회사 또는 사채권자에 손해를 가한 때”이다. 상법 제622조의 위반에 대한 처벌은 “10년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금”에 처한다. 본죄의 미수범은 처벌한다(상법 제624조). 그리고 상법 제623조의 위반에 대한 처벌은 “7년 이하의 징역 또는 2,000만 원 이하”의 벌금이다.

형법상 배임죄의 행위주체는 형법 제355조 제2항에서 “타인의 사무를 처리하는 자”라고 규정하고, 동법 제356조에서는 업무상 배임죄의 행위주체로 “업무상의 임무에 위배하여 제355조의 죄를 범한 자”로 규정하고 있다. 또한 형법상 구성요건 행위는 “임무에 위배한 행위로써 자기가 재산상의 이익을 취득하거나 또는 제3자에게 재산상의 이익을 취득하게 하여 본인에게 재산상의 손해를 가하는 경우에 본죄가 성립한다. 형법상 배임죄의 처벌규정은 “5년 이하의 징역과 1,500만 원 이하의 벌금을, 업무상배임죄의 처벌은 10년 이하의 징역과 3,000만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 또한 형법 제358조와 형법 제359조에서는 형법 제355조 내지 제357조의 범죄에 대하여 자격정지의 병과 및 미수범 처벌규정을 두고 있다.

위와 같이 상법상 특별배임죄(상법 제622조 내지 제624조) 규정과 형법상 배임죄, 업무상배임죄(형법 제355조 제2항, 제356조)에 관한 각 규정은 서로 유사하다 할 것이다. 곧 상법과 형법에서 규정하고 있는 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위를 함으로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가하는 것을 내용으로 하는 범죄로서 본인과의 신임관계를 위배하여 타인의 재산을 침해하는 범죄이다. 결국 배임죄는 타인의 재산권을 보호법익으로 한 순수한 이득죄이고, 본인에 대한 신뢰관계를 위반하여 재산권을 침해한다는 특징을 가지고 있다.

한편 형법상 배임죄는 본인과 행위자 사이에 신임관계가 있음에도 불구하고 이에 위배하여 자기 또는 제3자에게 재산상의 이익을 취득하게 하여 타인에게 손해를 가함으로써 성립하는 범죄로 횡령죄(제355조 제1항, 제356조)와 그 성질을 같이 한다. 우리형법에서는 횡령죄와 배임죄를 형법 제355조에서 같이 규정하며 법정형도 동일하다. 또한 형법상 배임죄의 행위주체는 “타인의 사무를 처리하는 자”이며, 구성요건 행위는 “임무에 위배하는 행위”라는 불명확한 개념을 사용한 추상적 규정이라 할 것이다. 그리고 배임죄의 미수범 처벌을 규정하고 있는 등 범죄의 성립여부가 법원의 자의적 판단을 초래하기 쉽다는 종래 형법학계의 비판도 받아왔다.[141)]

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

우리 대법원은 회사법상 특별배임죄의 판결에 있어서 이사 등의 경영판단행위에 대하여 형법상 업무상배임죄의 적용을 확대하여 '특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률'을 적용함으로써 배임죄 과잉적용에 대한 우려를 초래하였었다.[142] 이에 비하여 미국의 경우 경영판단원칙이 기업경영자들의 중요한 방패가 되고 있다는 현실과 비교하면, 비록 기업의 배임행위에 따른 폐해가 크고 광범위 하다고 할지라도 과도한 형벌 적용은 오히려 기업 활동을 위축시킬 수 있다. 이것이 국가와 국민경제에 미치는 영향 등을 고려한다면 형벌과잉이 되지 않도록 형법의 엄격한 해석이 요구된다 할 것이다. 이로 인하여 학계에서는 배임죄의 폐지와 더불어 경영판단원칙을 명문화 하여 도입하자는 주장이 설득력을 얻어 가고 있는 실정이다.[143]

특히 합병형 차입매수(Leveraged Buyout ; LBO)는 기업의 인수 합병의 한 방법으로 1980년대부터 미국에서 활발히 이용된 M&A기법이다. 인수대상회사의 기업가치로 대상회사의 자산 또는 장래의 현금 흐름을 담보로 제공하고 외부로부터의 차입금으로 인수자금의 대부분을 조달하는 형태로서 차입매수라고도 한다.[144] LBO에는 인수주체에 따라 대상회사경영진에 의한 MBO(Management Buyout), 대상회사 종업원에 의한 EBO (Employee Buyout), LBO회사에 의한 LBO, 사모펀드에 의한 LBO 등이 있다.[145] 이러한 LBO에 의한 기업인수 · 합병이 배임죄에 해당하는지는 근본적으로 비정상적 신용보강으로 피인수 · 합병회사의 실질적 자산이 유출되는가가 판단의 핵심이 될 수밖에 없다. 합병형 LBO의 배임죄 판단기준의 핵심은 LBO의 유형에 관계없이 피인수회사의 약탈, 실질적 자산의 유출이 가장 기본이 되어야 한다는 것이다. 그러므로 인수회사의 출자 정도와 내용, 서류상 회사(SPC)의 부채규모 및 부채비율의 증가 정도, 외부차입금의 상환가능성 등 적극적 요소와 장래의 시너지효과와 경영효율성 증대 및 절세효과, 레버리지효과 등의 요소에 대해서 재무적 · 경영학적 분석이 기초가 되어야 한다. 따라서 배임의 고의를 포함한 구성요건해당성은 기업경영상 경영판단의 원칙으로서의 특성을 고려하여 엄격이 판단[146]되어야 하므로 상법상 특별배임죄를 적용할 수 있을 것이다.

---

141) 강동욱, "형사상 배임죄의 입법례와 주체에 관한 고찰(이하 "형사상배임죄"라고 함)", 『법학논총』 제37권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2013, 151면.
142) 대법원 1983. 10. 25. 선고 83도2099 판결 ; 대법원 2000. 5. 25. 선고 99도2781 판결.
143) 강동욱, 상게논문, 152면.
144) 김재윤, "차입매수(LBO)DP 대한 형사책임", 『법학연구』 제53집, 한국법학회, 2014. 196면 ; 원창연, "차입매수(LBO)와 배임죄의 성부", 『YGBL』 제5권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2013, 88면 ; 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도6634 판결.
145) 문준우· 안영규, "주요국의 차입매수(Leveraged Buyout)의 역사, 기본구조, 기존 및 최근 판례의 평가", 『금융법연구』 제10권 제1호, 한국금융법학회, 2013, 571-573면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그럼에도 불구하고 형법상의 업무상배임죄가 상법상 특별배임죄의 구성요건을 포괄하고 있고, 또 특정범죄가중처벌에 관한 법률 제3조에서 형법의 배임죄나 업무상배임죄에 대하여 재산상 이익의 가액에 따라 상법의 특별배임죄보다 훨씬 가중처벌하고 있다는 이유로 실무에서는 상법의 특별배임죄보다는 형법의 배임죄나 업무상배임죄를 적용하여 처벌하고 있다.[147] 따라서 본장에서는 상법상 특별배임죄와 형법상 배임죄(업무상배임죄)에 대한 논의를 통하여 상법상 특별배임죄의 효과적 활용과 형법상 배임죄의 과잉적용 우려에 대한 불식 및 기업주는 물론 발기인, 이사 기타 임원 등의 소신있고 적극적인 경영참여와 판단 등 활동을 보장하여 건전한 경영문화 및 국민경제 발전에 기여할 수 있는 방안을 검토하고자 한다.

2. 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄(제622조)

가. 의 의

발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄란 상법 제622조에서 열거하는 자, 곧 설립중 회사의 업무를 집행하는 발기인, 성립 후 회사의 업무를 집행하는 이사, 집행임원, 업무집행사원과 업무집행을 감독하는 감사, 감사위원 및 청산 회사의 업무집행을 담당하는 청산인 등이 자기의 임무에 위배하는 행위를 함으로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 재산상 이익을 취득하게 하여 결국 회사에 손해를 생기게 하는 범죄이다. 회사와 상법 제622조에서 열거하는 자의 관계는 위임계약에 따른 법률관계이므로 당연히 선량한 관리자의 주의의무로써 각자의 위임업무를 처리하여야 하며, 그 지위를 이용하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모하여 회사에 손해를 끼쳐서는 안된다는 것이다.[148]

상법상 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄는 제정당시 1937년 독일 주식법 제294조와 1938년 일본 (구)상법 제486조, 제487조를 계수한 것으로 결국 형법의 업무상배임죄(형법 제356조)에 대한 특별규정으로서 이사, 기타 임원 및 사채권자집회의 대표자 등의 회사에 대한 배임행위는 회사뿐만 아니라 사회전반에 미치는 해악이 중대하고

146) 이증준, "합병형 차입매수(LBO)의 배임죄 성부 판단", 『형사정책연구』 제24권, 제1호, 형사정책연구원, 2013. 109-110면.
147) 강동욱, 상게논문, 230면.
148) 양동석・김현식, 전게서, 39면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

광범위하다는 점을 고려하여 특별히 가중 처벌하고자 규정되었다.[149] 이는 1995년 상법개정을 통하여 상법 제622조 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄에 대한 처벌이 현재와 같이 10년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금으로 높아지면서 형법의 업무상 배임죄와 법정형이 동일하게 되었고, 상법 제623조 사채권자집회의 특별배임죄에 대해서는 7년 이하의 징역 또는 2,000만 원 이하의 벌금으로 처벌하도록 규정하여 형법의 업무상배임죄보다 그 법정형을 가볍게 개정하였다.

형법 제356조 업무상배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 업무상의 임무에 위배하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 함으로써 본인에게 손해를 가한 때 성립하는 범죄로 형법 제355조 제2항에 대한 가중처벌 규정이다. 그러나 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄는 범죄의 주체와 피해자가 "회사"에 한정된다는 점 외에는 형법상의 업무상배임죄, 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률상의 배임죄와 법적성질 및 구조 등이 거의 동일함으로 양자의 관계를 법조경합관계로서 일반법과 특별법 관계에 있다고 해석하고 있다.[150]

그러므로 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄와 형법상의 업무상 배임죄는 특별법과 일반법의 지위에 있으므로 특별법우선의 원칙에 따라 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄로 처벌함이 마땅하다. 그러나 실무에서는 형법상 업무상배임죄가 상법상 특별배임죄의 구성요건을 포함하고 있고 또 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률 제3조에서 재산상의 이익의 가액에 따라 상법상 특별배임죄 보다 가중처벌하고 있다는 이유로 상법상 특별배임죄보다는 형법상 배임죄나 업무상배임죄를 적용하여 처벌하고 있다. 이와 같은 실무상 행태는 배임죄를 과잉처벌 한다는 논란을 불러일으키고 있으므로 상법상 특별배임죄가 실무에서 적극적으로 활용될 수 있는 방안을 마련하여야 할 것이다.[151]

예를 들어 본죄의 행위객체를 보다 구체적으로, 또 구성요건적 행위를 보다 명확히 한다면 배임죄의 과잉처벌이라는 논란을 종식시킬 수 있을 것이다. 또한 기업범죄 전담부(팀)를 두어 전문지식을 갖춘 수사관에 의하여 수사를 전담하게 하고, 법원도 전담재판부를 두어 전담판사가 재판을 하도록 한다면 실무에서도 본죄가 적극적으로 적용될 수 있을 것이다. 그리고 본조의 적용에 있어서도 형을 양분하여 일정 금액 이상의

149) 강동욱, 상게논문, 234면.
150) 김상봉, "상법상의 특별배임죄", 「검찰」 제101호, 대검찰청, 1990, 76면.
151) 강동욱, 상게논문, 151면 ; 강동욱, "이사 등의 경영행위에 대한 배임죄 적용의 문제점(이하 "배임죄 적용의 문제점"이라 함)", 『법학연구』 제23권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2012, 223-225면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이득을 취할 경우에는 가중 처벌할 수 있도록 개정하거나 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조에 본조를 삽입하여 이득액에 따라 가중 처벌할 수 있도록 근거규정을 마련한다면 본죄의 적용이 활성화 될 수 있을 것이다.

나. 배임죄의 본질과 보호법익

형법 제355조 제2항은 "타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위"라는 추상적 배임죄의 성립요건을 규정한 것과 같이 상법 제622조도 발기인, 이사, 기타 임원 등이 위임계약에 따른 두터운 신임관계를 이용하여 배신행위를 함으로써 회사에 재산상 손해를 끼친다고 규정하고 있다는 점으로 볼 때 형법 제355조 제2항 배임죄와 상법 제622조 특별배임죄의 본질은 다르지 않을 것이다. 그러므로 형법에서 논의되고 있는 배임죄 본질에 대한 학설은 상법상 발기인, 이사 기타 임원 등 특별배임죄의 본질을 규명하는 연구와 공통된다고 할 수 있을 것이다.[152]

배신설은 배임죄의 본질을 신의성실의 의무에 위반하거나 신임관계를 침해하는 재산범죄로 파악하는 견해로서 현재 다수설[153]과 판례[154]의 입장이다. 즉 배신설은 타인의 신뢰관계를 위반하는 배신이 있다고 보는 견해이다.[155] 그리고 배임죄에서 배임행위는 법률행위에 한하지 않고 사실상의 신임관계를 파괴하는 사실행위, 부작위에 의한 침해 등 신임관계를 파괴하는 일체의 행위를 말한다.[156] 또한 형법상 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 행위주체가 "그 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이득을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여"라고 규정하는 바와 같이 법령이나 사법상의 계약 등을 제대로 이행하지 않는 등 본인에 대한 배신행위를 하기만 하면 임무위배행위에 해당한다고 본다.[157]

상법상 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄의 행위주체에 대하여 상법 제622조에서 구체적으로 열거하고 있으나, 형법상 배임죄의 행위주체는 "타인의 사무를 처리하는

---

152) 대법원 1998. 2. 10. 선고 96도2287 판결.

153) 주강원, "상법상 특별배임죄에 대한 연구", 『법학연구』 제18권 제3호, 연세대학교 법학연구소, 2008, 363면 ; 강동욱, "배임죄의 본질과 주체에 관한 고찰", 『법과정책연구』 제10집 제1호, 한국법정책학회, 2010, 230면.

154) 대법원 1976. 5. 11. 선고 75도2245판결 ; "배임행위는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 말아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과의 사이에 신임관계를 저버리는 행위를 말한다."

155) 배종대, 「형법각론(전정9판)」, 홍문사, 2015, 554-555면.

156) 박상기, 「형법각론」, 박영사, 2005, 398면 ; 이재상, 「형법각론(제9판)」, 박영사, 2014, 417면.

157) 허일태, "배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념", 『비교형사법연구』 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2005, 138면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

자"이다. 그러나 상법 제622조와 형법 제355조 제2항은 동일하게 "그 임무에 위배한 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여"라고 행위태양을 규정하고 있다. 그러므로 본죄는 형법상 배임죄와 동일한 행위로 배임행위에 의하여 재산상의 이익을 취득하여 본인(회사)에게 손해를 가하는 행위를 전제하고 있으므로 결국 본죄와 형법상 배임죄의 행위객체는 동일하게 "재산상의 이익"이라고 할 것이다.

다만 배신설에 따르면 거의 모든 계약위반행위가 배임죄에 해당한다고 할 것이므로 단순한 채무불이행도 신의성실의무 위반으로 배임죄가 확대될 우려가 있는 등 명확성의 원칙에 반한다는 비판을 받는다.[158] 그러므로 형법상 배임죄의 구성요건 행위를 보다 엄격하게 해석하여야 할 것인데 이는 상법상 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄의 적용에서도 다르지 않다고 보아야 할 것으로 배신설이 타당하다고 생각한다.

권한남용설은 배임죄의 본질을 법률상의 처분권한 내지 법적 대리권의 남용행위로써 재산적 이득을 얻는 재산침해 범죄로 파악하는 견해이다. 즉 대외관계에서 대리권을 가진 자가 그 대외적 권한을 행사함에 있어서 대내적 의무를 위배한 경우에 성립한다는 것이다.[159] 권한남용설에 따른 배임행위는 대리권을 전제로 하는 법률행위에 국한된다. 그러므로 대리권이 없는 법률행위나 순수한 사실행위는 포함되지 않는다고 할 것이므로 배신설과 달리 권한남용설에서는 배임죄의 성립범위가 확대될 우려는 없다. 결국 배임은 법률행위에 의해 성립되고 사실행위의 경우는 횡령죄가 성립한다고 볼 것이므로 횡령과 배임의 관계를 명백히 구분할 수 있는 장점이 있다.

그러나 배임죄의 성립범위를 지나치게 협소하게 봄으로써 사실상 신임관계를 위배한 행위에 대하여 처벌하지 못하는 형사정책상의 문제점이 단점이다.[160] 권한남용설의 입장에서 보면 배임죄는 민법상 대리권 남용에 의한 재산적 가해행위라는 것인데 이는 상법상 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄에서 보는 바와 같이 일정한 지위에 있는 자가 그 임무에 위배하는 행위를 하였을 경우에 특별배임죄의 주체가 될 수 있도록 규정하고 있다는 점에서 본다면 권한남용에 중점을 두고 있는 것으로 보인다.[161]

사무처리의무위반설은 권한남용설의 문제점을 극복하기 위하여 형성된 학설로서 배임죄의 본질을 민법상 사무처리 의무가 있는 자가 그 임무를 위반하여 본인에게 재산상의 손해를 끼쳤다는 점에 있다고 본다. 결국 타인의 사무를 처리하는 자의 "사무처리위반"

158) 이재상, 상게서, 420면.
159) 독일 구형법 제266조 제1항 2호의 규정에 따른 학설로서 우리나라에서는 권리남용설을 취하는 학자는 없는 것으로 보인다.
160) 이재상, 상게서, 419면.
161) 주강원, 상게논문, 365면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

에서 배임죄의 본질을 찾아야 하다는 견해이다.[162] 따라서 배임죄의 주체를 법령이나 계약 또는 신의칙상 당연히 이행하여야 할 기대행위에 대한 불이행자의 배신행위로 파악되므로 그 임무에 위배되는 행위를 법률상 의무에 한정하지 않고 신임관계에서 현실적으로 맡은 임무도 포함한다고 본다.

그러므로 사무처리의 범위를 법률 또는 계약에 의한 재산관리의무로 한정할 이유가 없고, 사무의 종류도 법률적 또는 재산적 사무로 한정할 이유가 없으므로 결국 배임죄의 대상을 민법상 사무처리의무를 기준으로 해석한다. 그러나 사무처리의무위반설은 권한남용설과 동일하게 법률행위에 국한된다는 문제점이 있으므로 그 근거가 불명확하여 적용범위가 확대된다는 모순점이 있다.[163]

상법 제622조에 의한 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄는 이들이 회사와의 신임관계를 위배하여 직접 재산상의 이익을 취하거나 제3자로 하여금 재산상 이득을 취득하게 함으로써 결국 "회사의 재산을 침해하는 범죄행위"를 일컫는 것이다. 그러므로 본죄는 회사의 재산권을 보호하고자 하는 것이지 회사와 업무당당자의 신임관계 자체를 보호하고자 하는 것은 아니다. 이는 형법 제355조 제2항 배임죄 및 형법 제356조 업무상배임죄와 그 이론적 배경을 같이 하고 있다고 할 것이다.

대법원도 "개인이 어떤 회사의 주식을 매수하여 동 회사의 주주가 된 경우에는 회사에 대하여 주주권을 행사할 뿐이고 직접 회사재산에 대하여 소유권을 행사할 수 없음은 사단법인이 그 구성원과는 독립한 인격자로서 독립하여 재산권을 소유하고 모든 법률행위를 할 수 있음은 법률상 다론을 불요한다."고 판시하였다.[164] 즉 회사는 그 구성원과 독립한 인격체이므로 재산권의 주체가 될 수 있음을 명백히 하고 있다. 그러므로 상법 제622조 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄의 보호법익은 주주나 회사의 경영주 등의 이익이 아니라 독립한 인격체로서 회사가 향유하는 "회사의 재산권"으로 보고 있다.[165]

다. 행위주체 및 직무범위

형법상 배임죄의 주체는 "타인의 사무를 처리하는 자"이다. 즉 타인의 사무 처리를 업

162) 김종덕, "배임죄에 있어서 법인 및 대표기관의 형사책임", 『법학연구』 제22집, 한국법학회, 2006, 262면 ; 문형섭, "배임죄에 관한 연구", 호남대학교 박사학위논문, 2001, 33면 ; 허일태, 전게논문, 142면.
163) 강동욱, 전게 배임죄 적용의 문제점, 233면.
164) 대법원 1959. 5. 7. 선고 4290민상496 판결 [기계소유권 확인].
165) 주강원, 상게논문, 366면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

무로 하는 자라면 누구든지 본죄의 주체가 될 수 있다. 사무 처리의 근거는 법령, 계약, 관습의 어느 것에 의하건 묻지 않고 사실상의 것이라도 신의성실의 원칙에 따라 신임관계가 인정되면 이에 포함한다.[166]

또한 "사무를 처리하는 자"란 타인과의 관계에서 사무를 처리할 신임관계가 있는 것을 의미하므로 반드시 대외적으로 사무에 관한 권한이 있을 것을 요하지 않는다. 그러므로 독립권한이 있는 자의 지휘나 감독을 받고 사무 처리에 임하는 자도 본죄의 주체가 될 수 있다.[167] 그러나 보조자 중 재량권이 없거나 본인의 지시에 따라 단순하고 기계적 사무에 종사하는 자의 경우는 본죄의 주체가 될 수 없다.[168]

형법상 배임죄는 "타인의 사무"라고만 규정하고 있으나, 형법학계 다수의 의견으로 볼 때 사무라 함은 "재산적 사무"에 국한된다고 한다.[169] 이는 배임죄가 본인의 재산보호를 내용으로 하는 재산범죄이기 때문에 본인의 재산상 손해발생을 요건으로 한다. 그러므로 사무는 재산과 관련된 사무로 한정하는 것이며 우리 대법원도 동일한 입장이다.[170] 그러나 형법상 배임죄는 추상적 규정이므로 배임죄의 성립범위가 확대될 염려가 있다는 비판 등을 고려한다면 형법상 배임죄에 관한 규정을 개정하여 사무처리 권한과 기준 등을 명확히 할 필요성이 있다.[171]

발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄는 상법 제622조 제1항과 제2항에 각 열거하고 있는 자를 행위주체로 하는 진정신분범죄이다. 그러므로 회사의 업무와 관련하여 특별배임죄의 구성요건에 해당하는 행위를 하였다고 하더라도 상법 제622조 제1항과 제2항에서 열거하는 자가 아니라면 형법상의 배임죄 또는 업무상배임죄가 성립할 수 있을지라도 결코 발기인, 이사, 기타 임원 등의 특별배임죄로 의률 할 수 없음은 죄형법정주의 원칙상 당연한 결론이다. 또한 상법 제622조에 열거된 자들은 상법 제382조 제2항에 규정하는 바와 같이 회사에 대하여 민법상 위임에 관한 규정을 준용하여 선량한 관리자의 주의의무와 충실의무를 기본으로 위임의 본지에 따라 법령을 준수하고 회사의 최선의 이익을 위하여 사무를 집행하여야 하며, 그 지위를 이용하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 회사의 이익을 해쳐서는 안 되는 상법상의 의무[172]을 진다고 할 것이므로 이들의 상법상 지위를 살펴보면 아래와 같다.

---

166) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도758 판결.
167) 이재상, 전게서, 423면 ; 대법원 2007. 6. 1. 선고 2006도1813 판결.
168) 강동욱, 상게 배임죄 적용의 문제점, 168면 ; 배종대, 전게 형법각론, 566-567면.
169) 박상기, 전게서, 401면 ; 배종대, 전게서, 562면 ; 이재상, 상게서, 421면.
170) 대법원 2008. 4. 24. 선고 2008도1408 판결 ; 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도763 판결.
171) 강동욱, 전게 형사상 배임죄, 172면.
172) 양동석, 「한・중・일 비교회사법」, 법영사, 2012, 325-326면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

"발기인"은 상법 제297조, 제311조, 제315조, 제321조, 제322조 내지 제324조 등에서 규정하는 자로서 회사의 설립을 기획하고 설립사무에 종사하는 자이다. 그러나 법률상 의무와 책임을 지는 자는 정관에 발기인으로서 기명날인 또는 서명한 형식적 의미의 발기인이다. 그러므로 본조의 특별배임죄의 행위주체로서 발기인은 법률상 발기인으로서 형식적 의미의 발기인을 의미한다. 한편 법인이 다른 회사의 발기인이 될 수 있는가에 관하여 상법학자들은 부정설과 긍정설로 양분되고 있지만, 긍정설에 의하더라도 본죄의 행위주체는 법인이 아니라 법인에 의하여 선임되어 회사의 설립사무를 집행하는 자연인이라고 보는 것이 타당할 것이다.[173]

"업무집행사원"이란 합명회사, 합자회사, 유한책임회사에서 업무집행을 담당하는 사원을 일컫는다. 합명회사의 경우에는 상법 제200조에 의한 각 사원, 제201조에 의한 1인 또는 수인의 업무집행사원, 제202조에 의한 공동업무집행사원은 본죄의 행위주체가 된다. 그리고 합자회사의 경우에는 정관에 다른 규정이 없으면 무한책임사원 각자가 회사의 업무를 집행하며 회사를 대표한다고 규정(제273조)하고 있으므로 합명회사의 경우와 같이 업무집행사원에 관한 정함을 정관으로 둘 수 있다. 그러므로 업무집행을 담당하는 자만이 본죄의 주체가 될 수 있고 유한책임사원은 업무집행권이나 회사의 대표권이 없으므로 본죄의 행위주체가 될 수 없다고 할 것이다.[174]

또한 상법 제287조의12 제1항은 유한책임회사의 경우 사원 또는 사원이 아닌 자를 업무집행자로 정할 수 있다고 규정하고, 동조 제2항과 제3항에서는 수인의 업무집행자를 둘 경우에도 각자가 회사의 업무를 집행하지만 정관으로 그들을 공동업무집행자로 정한 경우에는 그 전원의 동의가 없으면 업무집행 행위를 할 수 없다고 규정한다. 그러므로 업무집행자로 정해진 자가 본죄의 행위주체가 된다. 그리고 상법 제287조의15는 유한책임회사의 경우 법인도 업무집행자가 될 수 있으며, 그 법인은 해당 업무집행자의 직무를 행할 자를 선임하여야 한다고 규정하고 있으므로 법인이 업무집행자인 경우에도 사실상 업무집행을 위하여 법인이 선임한 직무수행자가 본죄의 행위주체가 될 것이므로 결국 발기인에서 보는 바와 같이 법인은 본죄의 주체가 될 수 없다.

그러나 합명회사, 합자회사, 유한책임회사의 업무집행사원을 특별배임죄의 주체로 한 것은 소규모회사의 인적결합을 중시하는 특성과 자율적 회사 경영이라는 특성을 무시하고 엄벌주의적 입법태도를 취하는 것이라는 비판을 피할 수 없을 것이다.[175]

---

173) 대법원 1985. 10. 8. 선고 83도1375 판결.
174) 양동석・김현식, 전게서, 41면.
175) 박길준, 「기업관련법중 처벌규정의 개선에 관한 연구」, 대한상공회의소, 1989, 21면; 주강원, 전게논문, 368면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

"이사"는 주식회사와 유한회사에서 업무집행을 담당하는 자로서 이사와 회사의 관계는 민법의 위임에 관한 규정이 준용한다고 규정한다(상법 제382조 제2항). 그러므로 이사는 회사에 대하여 민법 제681조에 따라 선량한 관리자의 주의로써 위임사무를 처리함은 물론 상법 제382조의3에서 규정하는 충실의무도 진다. 이사가 선관주의의무와 충실의무를 위반하여 회사에 손해를 끼치면 당연히 이사는 회사에 대하여 채무불이행책임을 부담함은 물론 그 임무를 위배하여 자기 또는 제3자의 이익을 취하고 회사에 손해를 발생시킨 경우 본죄가 성립하게 된다.

그러나 주식회사와 유한회사 및 소규모 주식회사(자본금액이 10억 원 미만)의 이사 임무는 회사에 따라 각각 다를 뿐만 아니라 대표이사, 업무담당이사, 사외이사 등의 임무도 각자 다르다 할 것이며, 그 임무에 대한 위배의 정도도 역시 차이가 있을 것이므로 민사적 책임정도는 당연히 다를 수 있을 것이나,[176] 본죄가 성립하여 형사상의 책임이 발생한다면 그 처벌에는 차이가 없다고 본다.[177]

"집행임원"이란 대표이사에 갈음하여 회사의 업무집행과 대표를 담당하는 자이다.[178] 집행임원은 이사회의 감독기능과 업무집행기능을 분리하기 위하여 2011년 개정 상법에서 미국법상의 임원제도를 도입한 것으로서, 회사는 대표이사제도를 둘 것인지 집행임원제도를 둘 것인지 임의로 결정한다. 또한 상법 제408조의2 제2항은 회사와 집행임원의 관계는 민법의 위임에 관한 규정을 준용한다고 규정하므로, 회사가 집행임원을 두기로 하였다면 회사에 대하여 상법 제382조 제2항에 규정하는 선관주의의무와 상법 제382조의3에서 규정하는 충실의무를 진다. 그러므로 집행임원도 이사와 동일하게 본죄의 행위주체가 된다는 데는 의문의 여지가 없다할 것이다.[179]

"감사"는 회사가 건전하고 적정하게 운영될 수 있도록 업무와 회계를 감독하는 필요·상설기관이며, 회사의 선택에 따라 감사를 대체할 수 있는 기관으로서 이사회 내에 감사위원회를 둘 수 있게 하였다.[180] 상법 제622조는 본죄의 행위주체로서 "감사와 감사위원회 위원"만을 명문으로 규정하고 있다. 그러므로 회사의 설립절차와 업무 및 재산 상태를 조사하기 위한 "검사인"과 주식회사 외부감사에 관한 법률에 의한 "회계감사인" 및 "준법지원인" 등도 회사에 대하여 선관주의의무가 있는 자들이지만 상법 제

176) 양동석, 전게서, 352면.
177) 양동석·김현식, 전게서, 43면.
178) 양동석, 상게서, 378면.
179) 양동석·김현식, 상게서, 42면.
180) 양동석, 상게서, 386면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

622조 규정에 포함하지 않고 있으므로 본죄의 행위주체가 될 수 없을 것이다. 따라서 이들의 임무위배는 형법상 배임죄 또는 업무상 배임죄의 주체가 될 수 있을 뿐이고, 상법 제622조에 의한 특별배임죄의 주체는 될 수 없다.

상법 제386조 제1항과 제415조는 주식회사에 있어서 이사 또는 감사가 법률 또는 정관에서 정한 원수를 결한 경우에는 임기의 만료 또는 사임으로 인하여 퇴임한 이사, 감사는 새로 선임된 이사, 감사가 취임할 때까지 이사 또는 감사의 권리와 의무가 있다고 규정하고 있다. 또한 상법 제386조 제2항과 제415조는 필요하다고 인정될 경우 법원은 이사, 감사 기타 이해관계인의 청구에 의하여 일시이사나 감사의 직무를 행할 임시이사(가이사)를 선임할 수 있다고 규정하고 있다. 또 상법 제407조 제1항과 제415조는 이사나 감사의 선임결의의 무효나 취소 또는 해임의 소가 제기된 경우 법원은 당사자의 신청에 의하여 가처분으로써 직무집행을 정지할 수 있고, 직무대행자를 선임할 수 있다고 규정하고 있다. 나아가 상법 제567조는 유한회사도 이사에 관한 제386조와 제417조를 준용한다고 규정하고 있는 바와 같이 정당한 절차에 의하여 선임된 임시이사 또는 가이사, 이사직무대행자 등은 본죄의 행위주체가 될 수 있다.[181]

"지배인"이란 상법 제11조 제1항 규정에서 보는바와 같이 영업주에 갈음하여 그 영업에 관한 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 수 있는 포괄적 대리권을 가진 상업사용인을 말하며, 상법 제13조는 지배인의 선임과 종임을 등기하여야 한다고 규정하고 있다. 그러므로 형식적 지위를 갖춘 지배인은 영업주를 대리하여 각종의 영업활동을 하기 때문에 영업비밀 및 고객관계에 정통하게 되므로 이를 이용하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모하고 영업주의 신뢰를 위배하여 영업주의 이익을 해칠 수 있다. 그러므로 지배인 기타 회사영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 상업사용인은 본죄의 행위주최가 될 수 있다. 그러나 상업사용인은 사실상 이사의 명령을 거부할 수 있는 지위에 있지 않는다는 점을 근거로 사업상 특별배임죄의 주체에서 제외하는 것이 타당하다는 견해도 있다.[182]

또한 상법 제15조는 부분적 포괄대리권을 가진 상업사용인을, 상법 제16조는 물건판매점포의 사용인을 기타 회사영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인에 포함된다고 규정하고 있으므로 이들은 본죄의 행위주체가 될 수 있을 것이다.[183] 그러나 상법 제14조의 표현지배인은 외관을 신뢰한 선의의 제3자를 보호하기

181) 양동석, 상게서, 269면 ; 양동석 · 김현식, 상게서, 43면.
182) 송호신, 전게논문, 89-91면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

위하여 회사(영업주)에게 민사책임을 지우기 위한 정책적 규정이라 할 것이므로 죄형법정주의 원칙상 특별배임죄의 주체가 될 수 없다고 봄이 타당할 것이다.[184]

나아가 경영자의 지배하에 있는 부장, 과장 등과 같은 사용인은 대부분 회사의 경영자 등의 명령과 지시에 따라 행동하는 사자에 불과하다 할 것으로 이들을 상법상 특별배임죄로 처벌하는 것은 입법취지에 부합하지 않다고 보아야 할 것이므로 본죄의 행위주체가 될 수는 없다고 본다.[185] 그러므로 이들과 같은 사자의 배임행위에 대하여서는 형법상 배임죄를 적용하여 처벌하는 것이 타당하다.

"청산인"은 법정청산절차에 있어서 청산사무를 집행하고 청산중의 회사를 대표하는 자이다. 청산인과 상법 제542조 제2항에 따른 청산인의 직무대행자는 본죄의 행위주체가 될 수 있다. 그리고 회사의 합병으로 인하여 신설회사를 설립하는 신설합병의 경우에는 각 회사에서 선임한 "설립위원"도 본죄의 행위주체이다.

상법 제401조의2 제1항 각호에 해당하는 자는 상법 제399조, 제401조 및 제403조 적용에 있어서 이를 이사로 본다고 규정하고 있다. 즉 제401조의2 제1항 제1호의 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자, 동항 제2호 이사의 이름으로 직접 업무집행을 한 자, 동항 제3호 이사가 아니면서 명예회장, 회장, 사장, 부사장, 전무, 상무, 이사, 기타 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자를 이사와 같이 본다고 규정하고 있으나, 이 규정은 민사책임을 묻기 위한 규정일 뿐이므로 상법 제622조에서 명문으로 규정하지 않는 한 이들을 본죄의 행위주체로 볼 수는 없다. 다만 이들이 본죄의 주체가 될 수 있는 이사 등과 공모하여 재산상의 이익을 취득하고 회사에 손해를 끼친 때는 형법 제33조에 의하여 공범으로 처벌할 수는 있을 것이다.[186]

그러나 이들은 실질적으로 회사를 경영하고 위법행위를 할 수 있기 때문에 "신의칙에 따른 신임관계" 또는 "실질상의 기관"을 인정하여 형법상 배임죄를 적용하고 있는 실정이다.[187] 업무집행지시자 등을 상법상의 특별배임죄로 처벌하는 것은 죄형법정주의의 명확성원칙에 반하며, 구성요건의 지나친 확대, 민사책임의 형사화 등의 문제점을 초래하게 된다는 반대 견해가 있다.[188] 이에 더하여 살펴 보건데 업무집행지시자 등은

183) 양동석・김현식, 상게서, 44면.
184) 주강원, 전게논문, 370면.
185) 최준선, 전게논문, 101면.
186) 주강원, 상게논문, 368면.
187) 대법원 1986. 8. 19. 선고 85도144 판결 ; 대법원 2004. 7. 9. 선고 2004도10 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

정해진 업무도 없으므로 구성요건으로 불법과 합법의 영역을 명확하게 확정할 수 없고 예측가능성을 심각하게 훼손시킬 우려가 있다는 점을 더하여 볼 때, 본죄의 행위주체가 될 수 없다.[189] 그러나 입법론으로서 이들의 배임행위는 곧 회사의 손해 발생으로 귀결될 것이므로 이들을 상법 제622조에 포함시켜서 형사책임의 근거 규정을 마련하여 두는 것이 바람직할 것이다.

라. 구성요건 행위

상법 제622조는 본죄의 행위주체가 그 임무에 위배하여 자기 또는 제3자로 하여금 재산적 이득을 취득하여 회사에 손해를 가함을 범죄의 성립요건으로 규정하고 있다. 그러므로 첫째 임무위배행위, 둘째 재산상 이익의 취득, 셋째 회사의 재산상 손해, 끝으로 우리나라 판례의 입장으로 나누어서 구체적으로 고찰한다.

첫째, 임무위배행위가 있었는지에 대한 판단은 상법 제622조에서 열거한 자의 임무에 대한 성격이나 내용 및 법률의 규정이나 계약의 내용 등 통상의 업무집행 범위를 벗어났는지의 여부에 따라 판단하여야 한다. 그러므로 임무에 위배한 행위가 있었는가 하는 것은 선임의 본지에 따라 법령을 준수하고 회사에 대한 최선의 이익을 위하여 업무를 수행하여야 할 의무에 위반하였는지의 여부를 판단해야 할 것이다. 결국 임무의 본질과 내용은 그의 직책과 담당업무에 따라 구체적으로 판단하여야 한다. 그러므로 이들의 임무위배의 판단 기준은 법령, 정관, 내규, 주주총회 또는 이사회의 결의는 물론 회사의 규모, 업종, 종업원 수 등에 따라 상이하다 할 것이므로 대표이사, 업무집행이사, 사외이사 등의 임무위배 행위를 동등하게 일괄적으로 평가하여 판단할 수는 없다.

임무위배행위는 권한남용, 법률상 의무위반 등을 불문하며, 사실행위나 법률행위 또는 작위, 부작위 등 모든 경우에 나타날 수 있다. 예컨대 금융기관 이사가 자격미달의 보증인을 세우고, 상당하고 합리적인 채권회수조치 없이 자기 또는 제3자의 이익을 위한 대출행위, 회사의 대표가 지급능력 없는 자기의 친인척이 발행한 약속어음에 회사의 명의로 배서하거나 권한남용으로 어음이나 수표를 발행하는 행위, 대표이사가 회사가 지급할 의무가 없는 돈을 지급하는 행위, 기업의 영업 비밀을 경쟁업체에 유출하는 행위, 위법하게 임원에게 상여금의 지급이나 정치자금 및 뇌물의 공여 행위, 무용한 비

188) 안경옥, “사실상의 신임관계”, 『형사판례연구(9)』, 한국형사판례연구회(박영사), 2001, 298면 ; 박미숙, “경영판단과 배임죄의 성부”, 『형사판례연구(15)』, 한국형사판례연구회(박영사), 2001, 298면 ; 허일태, 전게논문, 152면.
189) 이상돈, “경영실패와 경영진의 형사책임”, 『법조』 제560호, 법조협회, 2003, 49면 ; 최준선, 전게논문, 101면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

용의 지급행위, 비자금의 조성행위, 자기거래금지 위반 및 전환사채의 저가발행 행위, 경업행위 금지에 위반하는 행위 등이 본죄의 임무위배행위에 해당한다.

그러나 위와 같은 임무위배 행위가 이사회의 승인을 받았다고 한다면 본조의 구성요건 해당성을 조각한다고 보아야 한다. 이에 대하여 대법원의 판례는 이사의 배임행위의 성립여부에 대하여 명확한 기준을 제시하지 않고 유사한 상황 아래서 다른 판결을 함으로써 죄형법정주의에 반한다는 비판이 있다.[190] 그러므로 법원이 이사의 임무위배에 해당하는가 여부를 판단함에 있어 형식적으로 법령이나 직무집행을 위하여 정해진 준칙의 위반여부에 의하여 판단할 것이 아니라 실질적으로 회사의 불이익 여부에 의하여 판단되어야 한다는 것이다.[191]

둘째, 재산상 이익의 취득과 관련하여 상법 제622조에서 열거한 자가 배임행위로 인하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하고, 이로 인하여 회사에 손해를 발생시켜야 한다. 배임죄의 본질에 관하여 앞서 살펴본 바와 같이 상법 제622조에서 열거한 자가 임무위배행위를 통하여 직접 재산상 이익을 취하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 회사에 손해를 가하는 것을 구성요건으로 하므로 "재산상 이익취득과 손해발생"이라는 두 가지 요건을 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄의 본질로 한다.[192]

그러므로 배임행위를 하여 회사에 손해를 가하였더라도 "행위자나 제3자"가 재산상의 이익을 취하지 않았거나[193] 행위자와 제3자가 재산상 이익을 취득하였더라도 "회사"에 손해가 발생한 사실이 없다면 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄는 성립하지 않는다.[194] 결국 행위자나 제3자가 취한 재산상의 이익이란 회사가 입은 재산상

190) 대법원 2000. 5. 26. 선고 99도2781 판결 ; 대법원 1989. 10. 13. 선고 89도1012 판결.

191) 곽관훈, "기업범죄 예방과 상법의 역할", 『한국상사법학회 춘계학술대회자료집』, 한국상사법학회, 2011, 84면 ; 김상봉, 전게논문, 84면.

192) 주강원, 전게논문, 370면.

193) 대법원 1982. 2. 23. 선고 81도2601 판결 ; "피고인이 임의로 법정폐차 시한 전에 폐차케 하였다고 하더라도 다른 사정이 인정되지 않은 한 위 폐차조치만으로는 장차 얻을 수 있었을 수익금 상실의 손해는 발생하였을지언정 위 상실수익금 중 위 피해자 몫에 해당한 이익을 피고인이 취득하였다고 볼 여지가 없으니, 결국 배임죄의 구성요건이 이득을 결여한 것이라고 아니할 수 없다."

194) 대법원 1983. 7. 26. 선고 83도819 판결 ; "배임죄가 성립하려면 타인의 사무를 처리하는 자가 자기 또는 제3자를 위한 재산상 이득의 의사를 가지고, 그 임무에 위배한 행위로서 본인에게 손해를 가하게 됨을 요한다고 할 것인바, 원심이 유지한 제1심 판결이 적법하게 확정한 바에 의하면, 경상북도 교육위원회 교육감이 시달한 사학기관 예산 편성의 세부지침과 이 사건 각 학교의 예산편성에는 학교직원의 연금 및 의료보험부담금은 학교법인으로부터 전입된 재산수입금으로 충당지출하게 되어 있고, 학교 교비 및 육성회비에서의 전용지출은 금지되어 있으나 학교법인인 경심학원은 그 수익사업운영이 매우 어려워 그 산하 학교들은 수 년 간에 걸쳐 학교법인으로부터 전혀 수입금을 전입 받지 못하여 위 각 부담금을 납부할 재원이 없어 피고인들은 부득이 육성회비 등의 학교 교비에서 위 부담금

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의 손해의 경우와 같은 개념이다. 여기서 "제3자"란 행위자와 회사를 제외한 모든 자를 의미하며, 주주도 제3자에 해당하고 또 공범이 있는 경우에는 특별배임죄의 공범자도 제3자가 될 수 있다. 또한 재산상 이익은 모든 재산적 가치의 증가를 의미하므로 적극적 이익이든지 소극적 이익이든지 불문한다고 할 것이다. 이와 관련하여 일본의 통설과 판례[195]는 재산상의 이익에 한정하지 않고 "인격적 내지 신분적 이익"도 포함한다고 해석하고 있는데 이는 타당하다고 생각한다.

셋째, 회사의 재산상 손해는 상법 제622조에서 열거한 자의 배임행위로써 회사에 손해를 가한 때 성립한다. 배임행위와 회사의 재산상의 손해 사이에는 인과관계가 있어야 한다. 또한 재산상의 손해라 함은 경제적 관점에서 회사의 재산가치의 감소를 의미하며, 기존재산에 관한 것이건 장래 취득할 이익의 상실이건 불문한다.[196] 예컨대 불량대출을 하였을 경우 특별한 사정이 없는 한 대출원금은 기존재산의 감소에 해당하고 이자액은 장래에 취득할 이익의 상실에 해당한다.[197] 그리고 현실적으로 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산가치의 감소라고 볼 수 있는 재산상 손해의 위험이 발생한 경우도 포함되는 것이며, 일단 회사에 대하여 재산상 손해의 위험을 발생시킨 이상 사후에 피해가 회복되었다 하더라도 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄는 성립한다.[198]

우리나라 대법원 판례에 의하면 "배임죄는 현실적인 재산상 손해액이 확정될 필요까지는 없고 단지 재산상 권리의 실행을 불가능하게 할 염려가 있는 상태 또는 손해발생의 위험이 있는 경우에 바로 성립하는 위태범"이라고 판시[199]하였고, 또 "배임죄의 공소사실 중에 피해자의 재산상 손해가 추상적으로 적시되어 있을 뿐이므로 공소 기각되어야 한다는 주장은 받아들여 질수 없다."고 판시[200]하여 배임죄를 위태범으로 분류하고 있다. 따라서 위태범에 중한 결과가 결합되는 경우라면 결과적 가중범으로 가중 처벌하여야 할 것이다.[201] 또한 대법원은 "재산상 손해의 유무에 대한 판단은 본인의 전

을 지출하였다는 것으로 피고인들의 그와 같은 처사가 자기 또는 제3자를 위한 재산상 이득의 의사에서 나온 것이라고는 볼 수 없고 또 그로 인하여 현실적으로 위 각 학교에서 어떠한 손해를 입혔다고도 할 수 없을 것이므로 원심과 같은 취지에서 위 업무상 배임죄 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심 판결을 유지한 조치는 정당하다."

195) 上柳克郎 外編,「新版 注釋會社法(13)」, 有斐閣, 2002, 564面.
196) 이재상, 전게서, 428-431면.
197) 上柳克郎 外編, 上揭書, 562面.
198) 대법원 1998. 2. 24. 선고 97도183 판결.
199) 대법원 2000. 4. 11. 선고 99도334 판결.
200) 대법원 1983. 12. 27. 선고 83도2602 판결.
201) 배종대, 전게 형법총론, 182면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

재산 상태와의 관계에서 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하여야 한다."고 판시[202]하여 경제적 재산개념설을 취하고 있다. 나아가 임무위배행위는 법률상 유효한 것을 요하지 않고 법률상 당연히 무효인 행위라고 하더라도 경제적 관념에서 회사에 재산상 손해를 가한 때에 해당할 수 있다.[203] 한편 회사에 재산상 손해를 가함과 동시에 반대급부로 손해에 상응하는 재산상 이익을 얻게 한 경우라면 회사에 손해를 가하였다고 볼 수 없다.[204]

종래 대법원은 "회사의 1인 주주 겸 대표이사가 정당한 절차를 거치지 아니하고 회사의 재산을 처분하거나 회사의 공금을 임의로 유용한 경우 결국 회사의 손해는 1인 주주의 손해라고 할 것이어서 배임죄가 성립하지 않는다."는 취지의 판결을 유지하여 왔다.[205] 그러나 대법원 전원합의체 판결(1983. 12. 13. 선고 83도2330호)로 "배임죄의 주체는 타인을 위하여 사무를 처리하는 자이며, 그의 임무위반 행위로써 그 타인인 본인에게 재산상의 손해를 발생케 하였을 때 이죄가 성립하는 것인 즉 소위 1인 회사에 있어서도 행위의 주체와 그 본인은 분명히 별개의 인격이며, 그 본인인 주식회사에 재산상 손해가 발생하였을 때 배임죄는 기수가 되는 것이므로 궁극적으로 그 손해가 주주의 손해가 된다고 하더라도 이미 성립한 죄에는 아무 소장이 없다고 할 것이며 한편, 우리 형법은 배임죄에 있어 자기 또는 제3자의 이익을 도모하고 또 본인에게 손해를 가하려는 목적을 그 구성요건으로 규정하고 있지 않으므로 배임죄의 범의는 자기의 행위가 그 임무에 위배한다는 인식으로 족하고 본인에게 손해를 가하려는 의사는 이를 필요로 하지 않는다고 풀이할 것이다. 이와 그 견해를 달리하는 당원의 1974. 4. 23. 선고 73도2611 판결 ; 1976. 5. 11. 선고 75도823 판결 등의 판례는 이를 폐기하는 바이다."라고 판시하였다.

마. 주관적 구성요건

형법상의 배임죄가 "고의범"인 것과 같이 상법 제622조의 특별배임죄의 경우도 객관적 구성요건에 관한 주관적 구성요건인 내심의 의사 곧 "고의"가 있어야 한다. 따라서 행위자는 임무를 위배하는 행위를 하여 회사에 손해를 가하고, 자기 또는 제3자가 이익을 취득한다는 인식과 불법이득의 의사가 있어야 하는데[206] 이는 미필적 고의만으로

202) 대법원 1992. 5. 26. 선고 91도2963 판결.
203) 대법원 1992. 5. 26. 선고 2963 판결.
204) 임 웅, 「형법각론(제6정판)」, 법문사, 2015, 451면 ; 이재상, 상게서, 429면.
205) 대법원 1974. 4. 23. 선고 73도2611 판결 ; 대법원 1976. 5. 11. 선고 75고823 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

도 충분하다. 그러나 행위자가 자기의 행위가 본연의 임무에 따르는 행위라고 오인하여 한 행위의 경우에는 객관적으로 임무위배행위가 되더라도 행위자에게 고의가 있다고 할 수 없을 것이다. 또한 본인(회사)과 제3자에게 동시에 이익을 취득하게 할 의사가 결합되어 있는 경우도 불법이득의 의사가 있다고 볼 수 없다. 그러나 주관적 구성요건으로서 자신 또는 제3자가 이익을 얻은 후에 회사에 손해를 가할 목적이 있을 것은 요하지 않는다.[207]

일본 회사법 제960조 제1항(회사법상 특별배임죄)은 "자기 또는 제3자의 이익을 도모하거나, 회사에 손해를 가할 목적으로 그 임무에 위배하여 행위를 하거나 당해 회사에 손해를 가한 때에는 10년 이하의 징역 또는 일천만 엔 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과 할 수 있다."고 규정한다. 우리나라의 경우와 같이 임무위배에 대해서만 특별배임죄를 인정하고 있지만, 자기 또는 제3자의 이익도모 또는 회사에 손해를 가할 목적이 있어야 한다는 점에서 우리 상법 제622조 발기인, 이사 기타임원 등의 특별배임죄와는 다르다고 본다. 즉 우리 상법에서 규정하는 발기인, 이사 기타임원 등의 특별배임죄는 자기 또는 제3자의 이익을 도모하고 회사에 손해를 가한다는 목적까지 요구하지 않는다.[208]

형법상의 배임죄는 횡령죄와 같은 조문에 규정된 "이득죄"이므로 그 성격상 불법이득의 의사가 있어야 한다. 따라서 형법상 배임죄와 본질을 같이 하는 상법 제622조 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄도 이득죄로 보는 것이 타당하다. 그러므로 본죄가 성립하기 위해서는 고의 이외에 불법이득의 의사가 있어야 한다.[209] 결국 행위주체인 발기인, 이사 기타 임원 등이 오직 회사의 이익을 위해서 사무를 처리하였다면 불법이득의 의사가 없어 본죄가 성립하지 않는다.[210] 다만 행위자의 의사가 자기의 이익을 취득할 의사 또는 제3자로 하여금 이익을 취득하게 할 의사에 더하여 회사의 이익을 위한다는 의사가 혼합되어 있는 경우에는 주된 의사가 무엇이었는가에 따라 판단하여야 한다는 견해가 있는데[211] 이는 곧 주관적 의사로써 회사의 이익을 위한다는 경영판단에서 비롯된 행위로 말미암아 행위자 또는 제3자가 부수적으로 이익을 향유하였다고 한다면 본죄가 성립하지 않는다고 보아야 한다는 견해로 보인다.

---

206) 임 웅, 상게서, 452면 ; 이재상, 상게서, 431면.
207) 이재상, 상게서, 432면 ; 대법원 1983. 12. 13. 선고 83도2330 판결.
208) 강동욱, 전게 형사상 배임죄, 159면 ; 주강원, 전게논문, 370면.
209) 이재상, 상게서, 431면 ; 임 웅, 상게서, 452면 ; 주강원, 상게논문, 394면.
210) 대법원 1983. 7. 26. 선고 83도819 판결 ; 이재상, 상게서, 431면.
211) 이재상, 상게서, 431면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

바. 처벌규정

형법 제355조 제2항 배임죄는 5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금에 처하고 있으나, 발기인, 이사 기타 임원 등의 배임행위는 회사뿐만 아니라 일반사회에 미치는 해악이 광범위하고 심각하다는 점을 고려하여 특별히 가중처벌 하고자 형법 제356조 업무상배임죄와 동일한 법정형[212]인 "10년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금"으로 처벌한다. 또한 상법 제624조는 미수범의 처벌을 규정하고 있으며 상법 제632조는 징역과 벌금을 병과 할 수 있도록 규정하고 있다.

상법상 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄에 대하여 형법상의 사기죄, 공갈죄, 횡령과 배임죄, 업무상횡령과 배임죄 등의 경우에 적용되는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률의 적용이 불가능 하다고 할 것이므로 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄에도 이득액에 따라 처벌을 가중할 수 있는 근거규정을 마련할 필요성이 있다.[213] 또한 형법 제358조는 동법 제355조 횡령·배임의 죄, 동법 제356조 업무상횡령·배임의 죄, 동법 제357조 배임수증재죄에 대하여 자격정지의 병과 규정을 두고 있으나, 본 범죄가 신분범죄인데도 상법 규정에는 자격정지의 병과규정이 없다는 점으로 볼 때 이는 입법의 미비라 할 것이므로 자격정지의 병과규정을 신설할 필요성이 있다고 보인다.

3. 사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄(제623조)

가. 본질과 보호법익

사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄는 "사채권자집회의 대표자 또는 그 결의를 집행하는 자가 그 임무에 위배한 행위로써 재산상의 이익을 취하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 사채권자에게 손해를 가한 때에는 7년 이하의 징역 또는 2,000만 원 이하의 벌금에 처한다."는 상법 제623조 규정에 해당하는 경우 성립하는 범죄이다. 즉 사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄는 사채권자집회의 대표자 및 사채권자 집회의 결의의 집행자가 그 임무에 위배하여 재산상의 이익을 취하거나 제3자로 하여금

212) 상법 제정당시에는 상법상 특별배임죄가 형법의 업무상 배임죄보다 높았으나, 1995년 상법개정을 통하여 "10년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금"으로 개정하였다.
213) 주강원, 상게 논문, 394면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이를 취득하게 하여 사채권자에게 손해를 가함으로써 성립하는 범죄로서 형법상 배임죄 및 업무상배임죄와 행위주체만 달리할 뿐 그 본질을 같이 한다.

우리 상법에는 사채의 정의에 관한 규정은 없으나, 사채는 "주식회사가 일반 공중으로부터 비교적 장기간의 자금을 집단적·대량적으로 조달하기 위하여 채권을 발행하여 부담하는 채무"를 일컫는다. 사채를 발행할 수 있는 회사는 주식회사에 한하고, 유한회사는 상법 제600조 제2항, 제604조 제1항 단서 규정으로 보아 사채를 발행할 수 없다고 보는 것이 통설이다. 유한책임회사도 상법 제287조의44, 제604조 제1항 단서 규정에 따라 사채를 발행할 수 없다고 본다. 그리고 인적회사의 경우 사채발행을 금지하는 규정은 찾아 볼 수 없으므로 사채 발행이 가능하다는 견해도 있다.[214] 그러나 사실상 인적회사가 사채를 발행한 예는 없었으므로 의미가 없다.[215] 주식회사는 이사회의 결의에 의하여 사채를 모집한다. 다만 자본금 10억 원 미만으로서 1인 또는 2인의 이사를 둔 소규모 주식회사의 경우에는 이사회가 없으므로 이사회의 권한을 주주총회가 행사한다. 또한 상법 제469조 제4항은 정관으로 정한 경우 이사회는 대표이사에게 사채의 금액 및 종류를 정하여 1년을 초과하지 않은 기간 내에 사채를 발행할 것을 위임할 수 있다고 규정하고 있다. 사채의 종류는 일반(보통)사채와 특수사채, 기명사채와 무기명사채, 담보사채와 무담보사채, 등록사채와 현물사채로 구분할 수 있다. 사채권은 사채를 표창하는 유가증권으로서 사채총액에 대한 분할채무증서이다.

그리고 사채권자는 공동의 이해관계에 있으므로 단체성을 갖는다고 보아 공동의 이익을 위하여 사채관리회사나 사채권자집회를 인정하는데 이는 모두 사채권자를 보호하기 위하여 인정된 제도이다.[216] 사채관리회사는 기채회사와 위임관계에 의하여 선임되고(상법 제480조의2), 사채권자와의 관계에서는 법정대리인으로서 지위를 갖는다고 볼 수 있다.[217] 사채권자집회는 상법 제500조 제1항에 의하여 "해당종류의 사채총액(상환받은 금액은 제외)의 500분의 1 이상을 가진 사채권자 중에서 1명 또는 여러 명의 대표자를 선임하여 그 결의할 사항의 결정을 위임할 수 있다." 그리고 동조 제2항은 "대표자가 수인인 때에는 전항의 결정은 그 과반수로 한다."고 규정한다.

또한 상법 제439조 제3항, 제481조, 제482조, 제483조 제1항, 제484조 제4항, 제494조, 제501조 단서, 제504조에서 사채권자집회를 각 규정하고 있고 그 외에도 상법 제490조

214) 손주찬, 「상법(상)제15보정판」, 박영사, 2004, 960면.
215) 정찬형, 「상법강의(상)제19판」, 박영사, 2016, 1191-1192면.
216) 김두환, "사채발행제도에 대한 소고", 『안암법학』 제22권, 안암법학회, 2006, 232면.
217) 정찬형, 상게서, 1210면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

는 “사채권자집회는 이 법에서 규정하고 있는 사항 및 이해관계가 있는 사항에 관하여 결의를 할 수 있다.”고 규정하며, 제501조는 “사채권자집회의 결의는 사채관리회사가 집행하고, 사채관리회사가 없는 때에는 제500조의 대표자가 집행한다고 규정한다. 다만 사채권자 집회의 결의로써 따로 집행자를 정한 때에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다. 그리고 제502조에서는 “대표자나 집행자가 수인인 때에는 상법 제485조 제1항을 준용하여 그 권한에 속하는 행위를 공동으로 하여야 한다.”고 규정하고 있는 등 사채권자집회에 대한 여러 규정을 두고 있다.

결국 상법 제623조 사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄는 형법 제356조 업무상배임죄의 특별규정으로서 앞서 살펴본 바와 같이 회사뿐만 아니라 사회에 미치는 해악이 중대하고 광범위하다는 점을 고려하여 특별히 가중하여 처벌하고자 마련된 규정이다. 이러한 상법규정은 1995년 상법개정을 통하여 제623조 사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄는 7년 이하의 징역 또는 2,000만 원 이하의 벌금으로 처벌하도록 개정하면서 형법상 업무상배임죄의 법정형인 10년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금보다 가볍게 하였다. 사채권자집회의 대표자 등 특별배임죄는 형법상 업무에 해당한다는 이유로 형법상의 업무상배임죄와 그 가중처벌규정인 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률을 적용할 것이 아니라 특별법인 상법 제623조에 따라 사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄로 의율 함이 마땅하다.[218]

사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄는 상법 제623조에서 열거한 자, 곧 사채권자집회의 대표자 및 그 결의의 집행자가 임무에 위배한 행위로 자기 또는 제3자로 하여금 재산상 이익을 취득하여 사채권자에게 손해를 가한 때 성립하는 범죄로서 사채권자의 재산을 침해하는 범죄행위를 일컫는다. 따라서 상법 제623조 사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄의 보호법익은 “사채권자의 재산권”이지 사채권자와 사채권자집회의 대표자나 그 결의 집행자와의 신임관계 자체를 보호법익으로 할 수는 없다. 결국 사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄와 상법상 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄는 형법상 배임죄나 업무상배임죄와 그 이론적 배경을 같이 한다.

나. 행위주체 및 직무범위

사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄의 주체는 “상법 제623조에서 열거하는 사채

218) 강동욱, 전게 배임죄 적용의 문제점, 223면-225면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

권자집회의 대표자 및 그 결의의 집행자"이다. 이들에 대한 선임과 직무범위는 상법 제500조에서 "사채권자집회의 대표자는 해당종류의 사채총액(상환 받은 금액은 제외)의 500분의 1 이상을 가진 사채권자 중에서 1명 또는 여러 명의 대표자를 선임하여 그 결의할 사항의 결정을 위임할 수 있다."고 규정하고 있다. 또한 상법 제501조는 "사채권자집회의 결의는 사채관리회사가 집행하며, 사채관리회사가 없는 때에는 제500조의 대표자가 집행한다. 다만 사채권자집회의 결의로써 따로 집행자를 정한 때에는 그러하지 아니하다."고 규정하고 있다.

형법상 배임죄는 "타인의 사무를 처리하는 자"로, 업무상배임죄는 "업무상 임무에 있는 자"로 하는 추상적 행위주체 규정인데 비해 본죄는 위와 같이 보다 구체적인 행위주체를 규정한 "진정신분범죄"임을 표명하고 있다. 사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄의 행위주체는 해당종류의 사채총액의 500분의 1 이상을 가진 채권자 중에서 대표자로 선임된 자, 사채관리회사, 사채권자집회에서 정한 집행자로서 "진정신분범"에 의해 성립되는 범죄이다. 또한 사채권자와 신임관계를 갖는 자연인에 한하여야 할 것이므로 회사, 즉 법인이 대표자 또는 집행자가 되는 경우에도 그 회사의 선임에 의하여 대표 또는 집행의 사무를 직접 처리하는 자연인만이 행위주체가 될 수 있다.

따라서 상법 제623조에서 열거하는 자 외의 기타 관련자의 배임행위는 형법상의 배임죄 또는 업무상 배임죄가 적용되어야 할 것이지 상법 제623조가 규정하고 있는 사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄는 성립하지 않는다고 보아야 할 것이다.[219]

다. 구성요건 행위

사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄는 상법 제623조에서 규정하는 바와 같이 사채권자집회의 대표자 또는 그 결의의 집행자가 "임무에 위배한 행위"를 함으로써 "행위자가 직접 재산상의 이익을 취하거나 제3자로 하여금 재산상 이익을 취득"하게 하여 "사채권자에게 손해를 가한 때" 성립하는 범죄이다. 그리고 사채권자집회의 대표자의 임무는 모든 사채권자를 위하여 위임받은 사항을 결정하고, 사채관리회사가 없는 경우에는 그 결정사항을 집행하는 것이다. 결의의 집행자는 사채권자집회가 결정한 사항을 집행하기 위하여 따로 선임된 자이다. 한편, 사채권자집회는 언제든지 대표자나 집행자를 해임하거나 위임 사항을 변경할 수 있다(상법 제504조). 이들은 당연히 모든 사채권

219) 양동석・박승남, "회사법상 특별배임죄",『기업법연구』제28권 제1호, 한국기업법학회, 2014, 200면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

자를 위한 위임관계에 있는 자로서 선량한 관리자의 주의의무로써 법정사항을 결정하고 그 결정사항을 집행하여야 한다.

사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄는 상법 제623조에서 열거한 자가 배임행위로 인하여 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여야 함으로 결국 배임행위를 하여 회사에 손해를 가하였더라도 "행위자나 제3자"가 재산상의 이익을 취하지 않았다면 민사상 손해배상 책임이 따를 뿐 상법 제623조에 따라 형사적 책임을 지는 것은 아니다. 물론 행위자나 제3자가 이익을 취득하였더라도 사채권자에 손해를 가하지 않았다면 본죄가 성립하지 않음은 당연하다. 따라서 배임행위와 사채권자의 재산상의 손해 사이에는 인과관계가 있어야 한다. 또한 행위자나 제3자가 취한 재산상의 이익이란 사채권자가 입은 재산상의 손해의 경우와 같은 개념이지만 그렇다고 하여 배임행위로 얻은 이익과 같은 손해가 발생할 것까지는 요구하지 않는다. 여기서 제3자란 행위자와 사채권자를 제외한 모든 자를 의미한다. 또한 사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄에서 말하는 재산상 이익은 전술한 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄에서 보는 바와 같이 모든 재산적 가치의 증가로 적극적·소극적 이익을 불문하며, 일본의 통설과 판례[220]에서 보는바와 같이 "인격적 내지 신분적 이익"도 포함함이 마땅하다고 할 것이다.

라. 주관적 구성요건

상법 제623조 사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄의 경우도 객관적 구성요건에 대한 주관적 구성요건인 내심의 의사로써 "고의"가 있어야 한다. 따라서 행위자는 임무를 위배하는 행위를 하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득한다는 인식과 불법이득의 의사가 있어야 한다. 그러므로 행위자 자신과 제3자가 동시에 이익을 취득할 의사가 결합되어 있는 경우도 같다. 다만 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄의 경우와 같이 사채권자의 이익과 행위자 또는 제3자의 이익이 결합되어 있는 경우에는 주된 의사에 따라 본죄의 성립을 논하여야 한다는 견해가 있다.[221] 즉, 주관적 의사로써 사채권자의 이익을 위한다는 판단에서 비롯된 행위로 말미암아 행위자 또는 제3자가 이익을 얻은 경우라면 본죄가 성립하지 않는다고 보아야 한다는 견해이다. 한편, 주관적 구성요건으로서 사채권자에게 손해를 가할 목적까지는 필요로 하지 않는다고 본다.

---

220) 上柳克郎 外編, 前揭書, 564面.
221) 양동석·김현식, 전게서, 50면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

마. 처벌규정

상법 제623조는 사채권자 등의 특별배임죄에 대하여 "7년 이하의 징역 또는 2,000만 원 이하의 벌금"형을 법정하고 있다. 이는 사채권자 등의 특별배임행위가 회사뿐만 아니라 일반사회에 미치는 해악이 광범위하며 국민 경제에 미치는 파급효과가 상당하다는 점 등을 고려하여 형법상 배임죄의 법정형인 "5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금"보다 가중처벌 하는 것으로 보인다.

그러나 상법상 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄나 형법상의 업무상배임죄의 경우보다는 가벼운 처벌규정이다. 또한 상법 제624조는 본죄의 미수범 처벌을 명문화 하고 있으며, 상법 제632조는 징역과 벌금의 병과규정을 두고 있다.

상법 제623조 사채권자 등의 특별배임죄는 상법상 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄에서 살펴본 바와 같이 이득액에 따라 처벌을 가중할 필요성이 크다 할 것이므로 근거규정을 마련하여야 할 것이다. 또한 형법 제355조 내지 제357조에서 정하는 각 배임죄에 대하여 형법 제358조 규정에 따라 10년 이하의 자격정지 병과규정을 두고 있는 것과 같이 본죄에서도 행위자에 대한 자격정지 병과규정을 신설할 필요가 있음은 상법 제622조 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄에서 보는 바와 같다할 것이다. 그렇다면 상법 제622조에서 규정하는 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄와 본죄가 구분되어 있어야 할 이유가 없다 할 것이므로 본죄를 폐지하고 이를 제622조에 포함시켜서 그 처벌을 강화하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

제2절 회사의 재산에 관한 죄

기업범죄에 대한 형사책임 규범은 일반 형법이나 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 또는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 등 형사법에 의하여 규율하고 있는데 이로써도 규율하지 못하는 특별한 위법행위는 상법이나 상사특별법에 벌칙규정을 두어 제재하는 특색이 있다. 또한 상법상 벌칙조항은 행정적 제재와 민사적 책임이 혼재하고 있다고 할 것이다.[222] 상법 벌칙조항에서 회사재산을 보호하기 위하여 마련된 조항은 상법 제624조의2에서 규정하고 있는 주요주주 등 이해관계자와의 거래위반 죄, 제625조에서 규정하는 회사

222) 박성수, "상사법상 주식회사 관련 형사책임 연구", 고려대학교 박사학위논문, 2010, 11면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

재산을 위태롭게 하는 죄, 제625조의2에서 규정하는 주식취득제한 등에 위반한 죄, 제634조에서 규정하고 있는 납입책임면탈의 죄가 있다. 이에 위 각 조문을 회사의 재산에 대한 침해를 방지하기 위한 범죄유형으로 구분하여 고찰하고자 한다.

1. 주요주주 등 이해관계자와의 거래위반의 죄(제624조의2)

가. 본질과 보호법익

주요주주 등 이해관계자와의 거래위반의 죄는 2009년도에 상법 제624조의2로 신설된 조문으로서 주요주주 등 이해관계자와의 거래에 있어서 상장회사는 주요주주 및 그의 특수관계인, 이사, 상법 제401조의2 제1항 각호에 해당하는 자 및 집행임원에게 신용공여 행위를 한 경우(제542조의9)에 성립하는 범죄로 규정하고 있다.

상법 제542조의9는 자기거래의 일반 규정인 제398조에 대한 특별규정으로서 주요주주 등 이해관계자와의 자기거래를 금지하는 규정이다. 여기서 “자기거래”라 함은 주요주주 등 이해관계자와의 거래는 이사 등이 자기 또는 제3자의 계산으로 회사를 상대방으로 하는 거래를 일컫는 것이고, 상법 제398조 각호는 자기거래의 주체가 될 수 있는 범위를 “이사 또는 주요주주, 그들의 배우자 및 직계존비속, 배우자의 직계존비속, 이상의 자가 단독 또는 공동으로 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 50 이상을 가진 회사 및 자회사, 이상의 자들이 합하여 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 50 이상을 가진 회사”로 규정하고 있다.

이와 같이 자기거래를 금지하는 이유는 자기거래의 주체가 될 수 있는 이사, 주요주주 등은 회사의 업무집행에 관하여 그 내용을 잘 아는 자이다. 결국 자기 또는 제3자의 이익을 도모하고 회사나 주주에게 불측의 손해를 입힐 우려가 크다고 보아 이를 방지하고자 명문화한 규정이다.[223] 그러므로 이사는 대표이사일 것을 필요로 하지 않고 회사의 경영과 업무에 관여한 이사라면 모두 자기거래를 금지한다고 보아야 할 것이다. 다만 사전에 이사회에 해당거래에 관한 중요 사실을 밝히고 승인을 받을 경우나 자본금액 10억 원 이하의 소규모 회사에서 주주총회의 승인을 받은 경우는 예외로 자기거래를 허용할 수 있도록 한다. 또한 이사와 주요주주가 회사의 재산을 빼돌려 사익을 추구하는 것을 방지하여 회사경영의 투명성을 강화하고자 이사뿐만 아니라 주요주

223) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다4284 판결 ; 대법원 2013. 5. 9. 선고 2011도15854 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

주 및 이들의 가족들도 회사와 거래하는 것도 금지하고 있다. 물론 이들도 이사회의 이사 3분의 2 이상의 동의로 사전승인을 얻고 또 그 거래의 내용과 절차가 공정하다면 자기거래가 허용된다는 면책 규정을 두고 있다.

반면 상법 제542조의9 제1항은 상장회사 특례규정으로 주요주주 및 그의 특수 관계인, 이사 및 집행임원, 감사와 회사의 자기거래를 제한하고 있을 뿐만 아니라 "신용공여"에 대해서는 이사회 승인여부와 관계없이 금지하는 것으로 상법 제398조 보다 그 내용을 강화하고 그 위반에 대하여 본죄의 성립을 규정하고 있다.[224] 또한 "신용공여" 행위에 대하여 상법 제542조의9 제1항에서 구체적으로 "금전 등 경제적 가치가 있는 재산의 대여, 채무이행의 보증, 자금 지원적 성격의 증권매입, 그 밖에 거래상의 신용위험이 따르는 직·간접적 거래로서 대통령령으로 정하는 거래"를 명시함으로써 담보를 제공하는 거래, 무담보배서를 제외하고 어음을 배서하는 거래, 출자의 이행을 약정하는 거래 등을 금지하고 있다.[225]

주요주주 등 이해관계자와의 거래위반의 죄는 상법 제542조의9 제1항을 위반하여 신용을 공여하는 자, 즉 상장회사가 주요주주 및 그의 특수 관계인, 이사 및 집행임원, 감사를 상대방으로 하거나 그를 위하여 신용공여를 함으로써 성립하는 범죄로서 궁극적으로 상장회사의 재산을 위태롭게 하는 범죄이다. 그러므로 주요주주 등 이해관계자와의 거래위반의 죄에 관한 보호법익은 "상장회사의 재산권"이지 신용공여나 거래의 안정성을 보호법익으로 하는 범죄는 아니다.

나. 행위주체 및 직무범위

상법 제624조의2 주요주주 등 이해관계자와의 거래위반죄는 상법 제542조의9 제1항에서 보는바와 같이 상장회사가 "주요주주 및 그의 특수 관계인, 이사, 상법 제401조의2 제1항에서 열거하는 자 및 집행임원, 감사"에게 신용공여를 함으로써 성립한다. 또한 상장회사의 업무를 집행하는 대표이사 및 업무담당이사와 대표집행임원 및 집행임원과 그들의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원 등을 행위주체로 하는 범죄이다.

상법 제542조의9 제1항에 열거된 신용공여 행위의 대상자들을 살펴보면, "주요주주 및 그의 특수 관계인"으로 상법 제542조의8 제2항 제6호에서 규정하는 자로서 누구의 명의

224) 양동석·박승남, 전게논문, 334면.
225) 양동석·김현식, 전게서, 56면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

로 하든지 자기의 계산으로 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식 총수의 100분의 10 이상의 주식을 소유하거나 이사 · 집행임원 · 감사의 선임과 해임 등 상장회사의 주요 경영사항에 대하여 사실상의 영향력을 행사하는 주주 및 그의 배우자와 직계존속 및 직계비속을 의미한다.

"이사"는 주주총회에서 선임한 이사회의 구성원이다. 이사회는 상근이사는 물론 비상근이사와 사외이사를 포함한 회의체 기관[226]으로서 경영의사를 결정하고 업무집행을 감독하는 기능을 담당한다. 또한 상법 제401조의2 제1항 각호에 해당하는 자, 즉 ① 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시하는 업무집행 지시자, ② 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 무권대행자, ③이사가 아니면서 명예회장 · 회장 · 사장 · 부사장 · 전무 · 상무 · 이사 기타 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자는 이사에 포함되어 본죄의 주체가 된다(제542조의9 제1항 제2호).

"집행임원"은 발기인 이사 등의 특별배임죄에서 보는 바와 같이 대표이사에 갈음하여 회사의 업무집행과 대표를 담당하는 자로서 이사회의 감독기능과 업무집행기능을 분리하기 위하여 도입되었다. 회사는 대표이사제도를 둘 것인지 집행임원제도를 둘 것인지 임의로 결정한다. 상법 제408조의2 제2항은 회사와 집행임원 사이 위임에 관한 규정을 준용한다. "감사"는 회사가 건전하고 적정하게 운영될 수 있도록 업무와 회계를 감독하는 필요적 상설기관이다. 다만 회사의 선택에 따라 감사를 대체할 수 있는 기관으로서 이사회 내에 감사위원회를 둘 수 있다.

그러나 상법 제542조의9에서는 "감사"만을 규정하고 있으나 당연히 "감사위원회의 위원"도 포함된다고 보아야 할 것이다. 나아가 상법 제624조의2 주요주주 등 이해관계자와의 거래위반죄는 회사의 자본충실과 재무건전성을 확보하기 위하여 제정된 것으로 볼 때, 당연히 임시기관인 "검사인, 회계감사인, 준법감시인"도 신용공여의 대상에 포함된다고 보는 것이 타당할 것이나 이를 누락하고 있음은 입법의 불비라 할 것이다.

다. 구성요건 행위

상법 제542조의9 제1항 각호에서 열거한 주요주주 등에게 회사가 신용을 공여하는 행위를 함으로써 성립한다. "신용의 공여"는 상법 제542조의9 제1항에서 열거하는 행

226) 양동석 · 김현식, 상게서, 57면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

위로서 다른 거래에 비하여 회사의 자본충실을 해하고 재무의 건전성을 해할 위험이 크므로 이를 금지한다.[227] 그러므로 상법 제542조의9 제2항 규정에 의하여 허용되는 신용공여 행위는 위법성조각사유에 해당한다. 형법 제24조는 "처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 법익을 훼손한 행위는 법률에 특별한 규정이 없는 한 처벌하지 않는다."고 규정하고 있는 바와 같이 피해자의 승낙으로 인한 침해나 법률에 규정하여 허용되는 경우는 모두 위법성이 조각된다고 할 것이다.

복리후생을 위한 이사·집행임원 또는 감사에 대한 금전 대여 등으로서 대통령령으로 정하는 신용공여와 다른 법령에서 허용하는 신용공여 및 그 밖에 상장회사의 경영 건전성을 해칠 우려가 없는 금전대여 등으로서 대통령령으로 정하는 신용공여 등도 위법성이 조각된다고 할 것이다. 그러므로 순수하게 복리후생을 위하여 학자금, 주택자금, 의료비 등을 회사가 정하는 바에 따라 3억 원 범위 안에서 금전을 대여하는 행위 등은 회사의 건전한 재정 상태를 위태롭게 하거나 투자자들의 이익을 해할 위험이 있는 자기거래로 판단할 여지가 없다할 것이므로 마땅히 위법성이 조각된다고 보아야 할 것이다.

라. 주관적 구성요건

주요주주 등 이해관계자와의 거래위반죄에 있어서 상장회사의 업무를 집행하는 대표이사, 업무담당이사 또는 집행임원은 객관적 구성요건에 대한 주관적 구성요건인 내심의 의사로서 신용공여에 대한 "고의"가 있어야 한다. 바꾸어 말하면 이들은 주요주주 및 그의 특수 관계인, 이사(제401조의2 제1항 각호에 해당하는 자를 포함) 및 집행임원, 감사에게 신용을 공여하려는 행위자 자신의 주관적 내심의 의사로서 고의가 필요하다는 것이다. 그러나 신용을 공여하여 회사에 손해를 가하려는 의사까지는 필요로 하지 않을 것이며, 또 이들의 신용공여행위로 말미암아 회사의 손해발생을 필요적 요건으로 하지 않음은 상법상 특별배임죄에서 보는바와 같다.

마. 처벌규정

상법 제624조의2는 상법 제542조의9 제1항을 위반하여 신용을 공여(금전 등 경제적 가치가 있는 재산의 대여, 채무이행의 보증, 자금 지원적 성격의 증권 매입, 그 밖에

227) 이철송, 전게서, 753면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

거래상의 신용위험이 따르는 직·간접적 거래로서 대통령령으로 정하는 거래)한 자는 "5년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금"에 처한다고 규정하고 있다. 회사의 업무 집행에 관하여 그 내용을 잘 아는 자들이 자신의 신분과 지위 등을 이용하여 자기 거래를 함으로써 자기 또는 제3자의 이익을 도모하고 회사나 주주, 채권자 등에게 예견할 수 없는 손해를 끼치는 것을 방지하고자 하는 범죄이다.

또한 상법 제634조의3(양벌규정)은 "회사의 대표자나 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 회사의 업무에 관하여 제624조의2의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 회사에도 해당 조문의 벌금형을 과한다. 다만 회사가 제542조의13(준법통제기준 및 준법지원인)에 따른 의무를 성실히 이행한 경우 등 회사가 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에는 그러하지 아니 한다."고 규정하고 있다. 상법 제632조는 본죄를 범한 자는 징역과 벌금은 병과 할 수 있도록 규정하고 있다.

이에 더하여 회사 대표자의 묵인 또는 공모에 의하여 주요주주 등의 이해관계자가 회사의 계산으로 자기거래를 하였다고 한다면, 자기거래 행위에 계산된 회사의 자금은 곧 범죄에 공여된 자금이고 신용공여로 얻게 된 이익은 범죄행위로 얻은 과실이라 할 것이므로 형법 제48조 제1항 제1호에서 규정하는 바와 같이 "범죄행위에 제공하거나 제공하려고 한 물건"으로 볼 수 있을 것이므로 이를 몰수 또는 추징하여야 할 것이다. 한편 자기거래로 인하여 취득한 재물이 다시 제3자에게 처분되어 없다면 그 가액 상당을 추징할 수 있도록 법률을 정비할 필요성이 있다고 생각된다.

2. 회사재산을 위태롭게 하는 죄(상법 제625조)

가. 본질과 보호법익

상법 제625조의 회사재산을 위태롭게 하는 죄는 회사와 위임관계에 따라 선량한 관리자의 주의로써 회사의 업무를 집행하여야 할 자, 즉 회사의 발기인, 업무집행사원, 이사, 집행임원, 감사위원회 위원, 감사 또는 제386조(결원의 경우) 제2항, 제407조(직무집행정지, 직무대행자 선임) 제1항, 제415조(준용규정) 또는 제567조(준용규정)의 직무대행자, 지배인 기타 회사영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인 및 검사인, 공증인, 감정인 등 상법 제625조 각호에서 규정하는 자들이 회사의

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

재산을 위태롭게 하는 행위를 함으로써 성립되는 범죄로서 위태범이다. 본죄의 입법취지는 회사의 설립이나 증자시 회사의 순자산에 영향을 끼칠 수 있는 사항과 관련하여 고의를 가지고 법원, 총회, 발기인에게 부실보고를 하거나 의도적으로 사실을 은폐할 경우 형사 처벌함으로써 회사의 자본금 확정과 자본금 충실을 확보하려는데 있다.[228]

물론 행위주체가 회사에 손해를 끼치면 당연히 채무불이행을 원인으로 회사에 대하여 손해배상책임(채무불이행책임)을 지며, 제3자에게 손해를 입힌 경우에도 손해배상책임(법정특별책임)을 지게 된다. 그럼에도 불구하고 회사재산을 보호하기 위하여 본죄를 규정하고 상법 제625조 각호의 행위를 한 자에게 형사책임을 인정하고 있다. 또한 행위주체가 허위의 보고를 하거나, 자기주식취득제한 위반, 위법한 배당, 정상적 영업이 아닌 투기행위를 하기 위하여 회사재산을 처분하는 행위를 하면 회사재산을 위태롭게 하기 때문에 본죄를 인정하는 것이다.

형법에서는 보호법익의 침해 정도에 따라 침해범과 위태범으로 나누는데 구성요건이 법익의 현실적 침해를 요하는 범죄를 침해범이라고 하고, 위태범은 구성요건이 전제로 하는 보호법익에 대한 위험의 야기로 족한 범죄이다. 본죄의 위반행위는 보호법익에 대한 현실적 침해나 그 침해 위험의 발생을 요건으로 규정하지 않는 추상적 위험범죄이다. 우리 대법원도 자기주식 등 취득죄를 판단하는데 있어서 추상적 위험범이라는 전제에서 판시하였다.[229]

그렇다면 상법상 회사재산을 위태롭게 하는 죄는 회사와 위임관계에 따라 선량한 관리자의 주의로써 회사의 업무를 집행하여야 할 자들이 회사의 재산을 위태롭게 하는 행위를 함으로써 성립하는 위태범이고, 또 유기자로부터 피유기자인 “회사의 재산권”을 보호하기 위한 것이지 회사와 업무집행자들의 위임관계나 신임관계 자체를 보호법익으로 하는 것은 아니라고 보아야 할 것이므로 이는 상법상 특별배임죄의 보호법익에서 보는 바와 같다고 할 것이다.

상법 제622조 제1항에 규정된 행위주체가 “법령 또는 정관에 위반하여 이익배당을 한 경우”에도 성립한다고 규정한다. 또한 상법 제462조는 이익배당에 있어 회사는 대차대조표의 순자산액으로부터 자본금의 액, 그 결산기까지 적립된 자본준비금과 이익준비금의 합계액, 그 결산기에 적립해야 할 이익준비금의 액, 대통령령으로 정하는 미실현 이익의 금액을 공제한 잔액의 한도 내에서 이익배당을 할 수 있도록 하여 회사의 자본금액 충실과 재정의 건전성을 보호법익으로 하는 것이다. 그리고 본죄는 회사재산

228) 落合誠一 外編, 「會社法コメンタル(21) 雜則[3]·罰則」, 商事法務, 2011, 101面; 上柳克郎 外編, 前揭書, 575面.
229) 대법원 1993. 2. 23. 선고 92도616 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의 건전한 운영과 투자자 및 채권자 보호를 목적으로 행위자의 정당한 배당업무에 대한 "경영건전성" 침해를 보호하려는데 있다고 할 것이다.

결국 상법 제625조는 각 호마다 위반행위에 대한 내용이 다르지만 결국은 회사재산을 위태롭게 하는 행위를 방지하려는데 목적이 있다할 것이다. 그리고 보호법익도 동조 제1호 내지 제3호는 "회사의 자본금 충실"에 있고, 동조 제4호는 "회사의 경영건전성 및 재산권"에 있다고 본다.[230]

나. 행위주체 및 직무범위

회사재산을 위태롭게 하는 죄는 상법 제622조 제1항에 규정하는 회사의 발기인, 업무집행사원, 이사, 집행임원, 감사위원회 위원, 감사 또는 제386조 제2항, 제407조 제1항, 제415조 또는 567조의 직무대행자, 지배인 기타 회사영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인 및 검사인, 공증인, 감정인을 행위주체로 하는 신분범죄이다. 상법 제625조 회사재산을 위태롭게 하는 죄와 상법 제622조 제1항 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄는 진정신분범죄로서 행위주체가 대부분 일치하므로 이들에 대한 직무범위는 앞서 살펴본바와 같다. 다만 검사인, 공증인, 감정인도 본죄의 행위주체로 보고 있으므로 이들의 직무범위에 대하여만 살펴본다.

"검사인"은 회사의 설립절차나 업무 및 재산상태의 조사 등을 임무로 하는 임시적 기관이다. 또한 검사인의 임무는 그 선임목적에 따라 다르며, 선임도 상법 제299조의2와 같은 현물출자 등의 증명을 위한 경우는 회사가 선임하고, 제290조 변태설립에 대한 조사, 제299조 검사인의 조사 보고가 필요한 경우에는 법원에 검사인의 선임을 청구하며 법원이 이를 선임한다. 검사인과 회사와의 관계에서 회사가 선임하는 경우에는 위임관계이고, 법원이 선임하는 경우에는 위임에 관한 규정이 유추적용 될 수 있을 것이다.[231]

"공증인"이란 상법 제298조(이사 · 감사의 조사 · 보고와 검사인의 선임청구) 제3항, 제299조의2(현물출자 등의 증명), 제310조(변태설립의 경우의 조사) 제3항 또는 제313조(이사, 감사의 조사, 보고) 제2항에서 보는 바와 같이 설립절차를 조사 · 보고하거나, 변태설립사항이 있는 경우에 발기인이 받을 특별이익이나 설립비용 등에 관하여 검사인에 갈음하여 조사· 보고할 자를 의미하며, 공증인은 선량한 관리자의 주의의무로써 위임사무를 처리하여야 한다.

---

230) 한석훈, 전게서, 299-300면.
231) 양동석, 전게서, 409면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

"감정인"이란 상법 제299조의2(현물출자 등의 증명), 제310조(변태설립의 경우의 조사) 제3항 또는 제422조(현물출자의 검사) 제1항에 의거하여 변태설립사항으로서 현물출자 및 재산의 인수에 관하여 또는 신주발행 시에 현물출자가 있으면 검사인에 갈음하여 조사·보고할 자이다. 감정인도 공증인과 같이 선량한 관리자의 주의로써 위임사무를 처리하여야 한다.

검사인과 공증인 및 감정인은 설립절차나 업무 및 재산상태 등을 조사하여 보고하는 사무를 위임 받는 자들로서 만약, 이들이 위임받은 사무에 대하여 사실을 은폐하거나 허위의 사실을 보고한다면 회사는 물론 투자자나 채권자들이 회사의 건전성이나 재무상태 등에 대한 실체를 파악하기가 어렵게 될 것이고 회사재산을 위태롭게 할 것이다. 이렇게 허위로 작성된 보고서를 신뢰한 회사나 투자자 및 채권자는 결국 자기의 이익을 적절하게 보호할 수 없게 될 것이므로 검사인, 공증인, 감정인을 본죄의 행위주체로 하고 있다.

다. 구성요건 행위

회사재산을 위태롭게 하는 죄는 상법 제625조에서 열거하는 자가 동조 제1호 내지 제4호에 해당하는 행위를 한 경우에 성립한다. 상법 제625조 제1호는 "주식 또는 출자의 인수나 납입, 현물출자의 이행, 제290조 변태설립사항, 제416조(발행사항의 결정) 제4호 현물출자의 목적인 재산의 종류, 수량, 가액과 이에 대하여 부여할 주식의 종류와 수 또는 제544조(유한회사의 변태설립)의 규정된 사항, 유한회사의 변태설립사항에 관하여 법원·총회 또는 발기인에게 부실한 보고를 하거나 사실을 은폐한 때" 본죄가 성립한다. 그러므로 본죄는 상법 제626조 부실보고죄와 성격을 같이 한다고 할 것이다.

여기서 "부실한 보고"란 회사의 재산상황 등의 보고 목적에 비추어 중요한 사항에 있어서 적극적으로 사실과 다른 보고를 하는 것이다.[232] 그리고 "사실의 은폐"는 보고의 목적에 있어서 밝혀야 할 중요사항에 대하여 소극적으로 그 전부나 일부를 밝히지 않는 경우를 말하여 사전에 위험을 예방하거나 손실의 규모를 줄일 수 있는 기회를 상실하게 하는 것이고 또 회사로 하여금 적절한 조치를 할 수 없게 하는 행위이다.[233]

상법 제625조 제2호는 "누구의 명의로 하거나를 불문하고 회사의 계산으로 부정하게 그 주식 또는 지분을 취득하거나 질권의 목적으로 이를 받은 때"도 본죄가 성립한다. 이는 상법상 자기주식취득의 제한과 방법을 위반한 경우에 성립하는 범죄이다. 상법이

232) 上柳克郎 外編, 前揭書, 576面.
233) 落合誠一 外編, 前揭書, 103-104面.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이를 제한하거나 자기주식취득방법을 한정하고 있는 이유는 회사재산의 적정한 운영에 목적이 있다. 지배구조의 왜곡을 초래하거나 주가조작 등으로 남용될 수 있으므로 이를 위반한 경우 민사상 책임도 지게 되지만 행정목적을 달성하기 위하여 형사책임을 규정한 것이다. 결국 본죄는 상법 제625조의2 주식의 취득제한 등에 위반한 죄와 성격을 같이한다고 볼 수 있다.

그러나 상법 제341조(자기주식의 취득)에서 보는 바와 같이 회사는 거래소에서 시세가 있는 주식의 경우에는 거래소에서 취득하는 방법이나 상법 제345조(주식의 상환에 관한 종류주식) 제1항의 주식의 상환에 관한 종류주식의 경우 외에 각 주주가 가진 주식 수에 따라 균등한 조건으로 취득하는 것으로서 대통령령으로 정하는 방법으로 회사가 배당가능 이익으로써 자기주식을 취득할 수 있도록 규정하고 있으므로 이와 같은 방법으로 자기주식을 취득할 경우는 위법성이 조각된다. 다만 그 취득가액의 총액은 직전 결산기의 대차대조표상의 순자산액에서 제462조(이익배당) 제1항에 따라 자본금의 액, 그 결산기까지 적립된 자본준비금과 이익준비금의 합계액, 그 결산기에 적립된 자본준비금의 액, 대통령령으로 정하는 미실현의 액을 각 공제한 금원을 초과하여 자기주식을 취득하지 못한다고 규정하고 있으므로 이를 초과하여 자기주식을 취득한 경우는 위법성이 조각되지 않는다고 보아야 할 것이다.

또한 상법 제341조(자기주식의 취득)에도 불구하고 회사의 합병 또는 다른 회사의 영업전부의 양수로 인한 경우와 회사의 권리를 실행함에 있어 그 목적달성을 위하여 필요한 경우 및 단주처리를 위하여 필요한 경우, 주주가 주식매수청구권을 행사한 경우(제341의2 특정목적에 의한 자기주식의 취득)에도 위법성이 조각된다고 보아야 할 것이다. 회사는 발행주식 총수의 20분의 1을 초과하여 자기의 주식을 질권의 목적으로 받지 못하도록 하고 있다. 다만 회사의 합병 또는 다른 회사의 영업전부의 양수로 인한 경우와 회사의 권리를 실행함에 있어 그 목적달성을 위하여 필요한 경우에는 그 한도를 초과하여 질권의 목적으로 할 수 있기 때문에(제341조의3 자기주식의 질취) 위법성이 조각된다고 본다.

상법 제625조 제3호는 상법 제622조 제1항에 규정된 행위주체가 “법령 또는 정관에 위반하여 이익배당을 한 경우”에도 본죄가 성립한다(제625조 제3호)고 규정하고 있다. 상법 제462조(이익배당)가 이익배당에 있어 회사는 대차대조표의 순자산액으로부터 자본금의 액, 그 결산기까지 적립된 자본준비금과 이익준비금의 합계액, 그 결산기에 적립해야 할 이익준비금의 액, 대통령령으로 정하는 미실현 이익의 금액을 공제한 금원의 한도로 이익배당을 할 수 있도록 규정한 것은 회사재산의 건전한 운영과 투자자 및 채권자 보호를 위하여 위법배당을 금지하는 것이다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그러므로 상법 제622조 제1항에 열거된 자 중 발기인은 회사설립 전에 존재하는 자로서 회사 설립 후에는 업무에 관여 할 수 없는 자이다. 그러므로 발기인은 회사 성립 이후에 이익발생으로 행하는 배당에 관여 할 수 없다는 것이다. 또한 검사인, 공증인, 감정인은 회사의 출자재산의 평가 등의 업무를 하는 자들이지 회사의 배당과 관련된 업무를 수행하는 자들은 아니다.[234] 그리고 상업사용인은 사실상 이사의 명령을 거부할 수 있는 지위에 있지 않는다는 점을 근거로 상법상 특별배임죄의 주체에서 제외하는 것이 타당하다는 견해와 같이 본죄의 주체에서도 제외하는 것이 타당하다고 본다.[235]

한편 상법상 특별배임죄에서 살펴본 바와 같이 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자나 이사의 이름으로 직접 업무집행을 한 자, 이사가 아니면서 명예회장, 회장, 사장, 부사장, 전무, 상무, 이사 기타 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자를 이사와 같이 본다고 규정하고 있는데 이는 민사책임을 묻기 위한 규정으로 보고 죄형법정주의 원칙상 본죄의 행위주체로 볼 수는 없는 것은 당연하나, 이들은 그 누구보다 회사의 배당에 있어서 큰 영향력을 행사할 수 있는 자에 해당한다고 보아 이들을 본 범죄의 행위 주체로 포함시켜야 한다는 견해도 있다.[236]

상법 제625조 제4호에서는 “회사의 영업범위 외에서 투기행위를 하기 위하여 회사재산을 처분한 행위”도 본죄가 성립한다고 규정하고 있다. 회사의 영업목적은 정관의 절대적 기재사항이며 필요적 등기사항이다. 그러나 회사의 목적에 관한 해석은 정관이나 등기된 사항의 문리적 해석에 그치지 않고 목적달성을 위하여 필요하고 유익한 행위까지 확대하여 회사의 목적으로 해석하는 것이 판례[237]와 통설의 입장이다. 그렇다고 하여 회사의 자산을 이용하여 위험한 투기행위를 회사의 목적에 부합한 영리행위로 확대해석해서는 안 될 것이다. 그러나 “영업범위 외의 투기행위”는 해석이 애매하고 기업의 자율성을 해칠 수 있으므로 배임에 해당하는 경우에는 상법 제622조를 적용할 수 있도록 하고 여기에서는 삭제하는 것이 타당할 것이다.

---

234) 송호신, 전게논문, 118면.
235) 송호신, 상게논문, 89-91면.
236) 송호신, 상게논문, 118면.
237) 대법원 1987. 12. 8. 선고 86다카1230호 판결 ; 회사의 권리능력은 회사의 설립근거가 된 법률과 회사의 정관상의 목적에 의하여 제한되나 그 목적범위내의 행위라 함은 정관에 명시된 목적자체에 국한되는 것이 아니라 그 목적을 수행하는데 있어 직접 또는 간접으로 필요한 행위는 모두 포함되고 목적수행에 필요한지의 여부도 행위의 객관적 성질에 따라 추상적으로 판단할 것이지 행위자의 주관적, 구체적 의사에 따라 판단할 것이 아니다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

라. 주관적 구성요건

상법 제625조에서 열거하는 행위자는 객관적 구성요건에 관한 "고의 또는 인식"이 있어야 한다. 따라서 부실한 보고나 사실의 은폐의 의사, 위법한 자기주식의 취득의사, 위법한 이익배당, 영업범위 외에서 투기행위를 하기 위하여 회사재산을 처분할 의사로써 해당행위를 하여야 한다. 다만 배당가능이익의 범위 내에서 배당이 이루어졌다고 하더라도 주주총회의 결의나 기타 절차와 시기 및 방법에 하자가 있었거나 주식평등의 원칙에 반한 경우는 위법배당이 된다고 할 것이다.

그러나 위와 같은 행위로 인하여 회사의 손해나 위험 및 위법 배당에 대한 인식까지 요구되는 것은 아니며, 자기 또는 제3자의 이익을 위한 인식이나 고의를 요구하는 것은 아니다.[238] 따라서 상법 제625조 제1호 내지 제4호의 행위를 할 때 본죄가 성립하며 그 결과가 현실적으로 나타날 필요까지는 요하지 않는다.

그러므로 범죄 성립시기와 관련하여 고찰하여 보면, 상법 제625조 제1호의 경우 부실한 보고나 사실을 은폐할 목적으로 보고서 등을 작성한 때 실행의 착수가 되고, 이를 보고함으로써 기수에 이른다. 제2호의 경우 회사의 계산으로 주식 또는 지분을 취득하기 위하여 청약할 때 실행의 착수가 되고, 회사가 배정하거나 상대방이 승낙하면 기수에 이른다. 제3호의 경우 위법배당행위가 주주총회의 결의 없이 행하여지는 경우 배당금 지급의 통지와 같이 배당금 지급의 의사표시가 있음으로써 위법배당의 실행의 착수가 되고, 그 의사표시에 따라 배당금이 지급됨으로써 기수가 성립하게 된다.[239] 제4호의 경우 투기목적으로 회사재산을 처분하기 위하여 매매계약을 체결하면 실행의 착수에 이른 것이고 회사의 재산이 부동산일 경우는 소유권이전등기의 경료 시점으로 등기부에 등재된 때를 기수시점으로 보아야 한다. 그리고 동산의 경우는 점유가 사실상 이전된 시점에 기수에 이른다고 할 것이다. 다만 간접점유의 경우는 간접점유에 대한 의사의 합치 시점에 기수에 이르렀다고 보아야 한다.

마. 처벌규정

회사의 재산을 위태롭게 한 자가 회사나 제3자에게 민사책임을 지는 것은 별론으로

238) 양동석 · 김현식, 전게서, 62면.
239) 永野義,「企業犯罪と捜査」, 警察時報社, 1992, 81面 ; 송호신, 상게논문, 127면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하고, 본죄가 성립하면 “5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금”으로 처벌한다. 상법 제632조에서는 본죄를 범한 자에 대하여 징역과 벌금을 병과 할 수 있도록 규정하고 있는데 이는 타당한 입법이라 할 것이다. 다만 본죄가 신분범죄라는 점으로 볼 때 자격정지를 부과할 수 있는 규정을 신설할 필요성이 있다고 본다.

3. 주식의 취득제한 등에 위반한 죄(제625조의2)

가. 본질과 보호법익

상법 제625조의2 주식의 취득제한 등에 위반한 죄는 2015년 개정되었다. 본죄는 개정전 “제342조의2(자회사에 의한 모회사주식의 취득) 제1항 또는 제2항을 위반하는 자”를 행위주체로 하였다. 그러나 개정을 통하여 상법 제360조의3(주식교환계약서의 작성과 주주총회의 승인 및 주식교환대가가 모회사 주식인 경우의 특칙) 제7항, 제523조의2(흡수합병의 합병계약서) 제2항, 제530조의6(분할합병계약서의 기재사항 및 분할합병대가가 모회사주식인 경우의 특칙) 제5항을 각 위반한 자를 본죄의 행위주체로 확대하였다.

상법 제342조의2는 “다른 회사의 발행주식의 총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 소유하는 회사를 모회사라고 하며, 이러한 모회사의 주식을 자회사가 취득할 수 없다.”는 규정이다. 다만 주식의 포괄적 교환, 주식의 포괄적 이전, 회사의 합병 또는 다른 회사의 영업의 전부의 양수로 인한 때와 회사의 권리를 실행함에 있어 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 때는 예외적으로 자회사는 모회사의 주식을 취득할 수 있다. 그리고 동조 제2항은 자회사가 제1항 각호 규정에 따라 예외적으로서 모회사의 주식을 취득한 경우라도 그 주식을 취득한 날로부터 6월 이내에 모회사의 주식을 처분하도록 하였다.

상법 제360조의3 제7항은 삼각주식교환의 경우 자회사가 상법 제342조의2 제1항에도 불구하고 그의 모회사 주식을 취득할 수 있다는 규정이다. 그러나 자회사가 이렇게 취득한 모회사의 주식은 주식교환 후에도 계속 보유하게 되면 주식교환의 효력이 발생한 날로부터 6개월 이내에 그 주식을 처분하도록 하고 있다.[240]

상법 제523조의2 제2항은 동법 제523조 제4호와 함께 대상회사를 직접 흡수합병하지 않고 자회사를 통하여 대상회사를 흡수합병 하는 형태의 삼각합병을 인정하는 규정이다. 삼각합병은 대상회사의 채무가 모회사에 승계되는 것을 차단시키고자 하거나 외국

240) 정찬형, 전게 상법강의(상), 806면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

회사의 기업결합 등에서 이용된다.[241] 이와 같이 존속회사가 삼각합병을 위하여 취득한 모회사의 주식을 합병 후에도 계속보유하고 있는 경우에는 합병의 효력이 발생한 날로부터 6개월 이내에 그 주식을 처분하여야 한다(제523조의2 제2항). 이는 상법 제360조의3 제7항에서 규정하는 삼각주식교환 및 제530조의6 제5항에서 규정하는 삼각분할합병의 경우도 같다.

상법 제530조의6 제5항은 분할승계회사가 동조 제4항에 따라 취득한 모회사의 주식을 분할합병 후에도 계속보유하고 있는 경우 분할합병의 효력이 발생하는 날부터 6개월 이내에 주식을 처분하여야 한다는 규정이다. 이는 상법 제523조의2 제2항에서 본바와 같이 상법 제342조의2 제2항과 같이 예외적으로 자회사가 취득한 모회사의 주식의 처분의무와 균형을 이루기 위하여 2015년에 신설된 규정이다.[242]

결국 이는 자회사가 모회사의 주식을 취득함에 따라 회사지배구조의 왜곡이나 자기주식취득의 경우와 같이 자본의 공동화를 초래할 우려가 있고, 또 법인주주가 주축이 되어 회사의 사단성을 파괴하는 등 폐해를 초래할 수 있기 때문에 이를 금지하고자 마련된 규정으로서 이는 세계 각국의 입법례에서도 쉽게 찾아 볼 수 있다.[243] 한편 본죄의 행위주체가 회사인데도 상법 제637조 법인에 대한 벌칙의 적용에서 누락된 것은 입법의 불비로 보인다.[244]

본죄는 모회사와 자회사가 상호 주식을 취득하여 보유하게 된다면 사실상 출자 환급의 효과를 가져 올 것이므로 결국 책임재산이 감소되어 자본금 충실을 해할 것이다.[245] 또한 모자회사 관계가 형성될 것으로 모회사와 자회사 사이 상호 순환출자로 인하여 다른 출자주주들의 의결권 행사를 제한하는 의결권의 왜곡현상이 발생할 것이다. 그러므로 본죄의 보호법익은 1차적으로 “회사의 자본금 충실”에 있고, 2차적으로 “출자 주주들의 의결권”을 보호하는데 있다고 할 것이다. 그리고 본죄는 보호법익에 대한 현실적인 침해의 결과나 구체적 침해의 위험 발생을 범죄구성요건으로 하지 않는 추상적 위험범이다.[246]

나. 행위주체

241) 윤영신, “삼각합병제도의 도입과 활용상의 법률문제”,『상사법연구』제32권 제2호, 한국상사법학회, 2013, 14-16면.
242) 정찬형, 상게서, 516면.
243) 정찬형,「상법강의요론(제11판)」, 박영사, 2012, 391면.
244) 한석훈, 전게서, 324면.
245) 이철송, 전게서, 402면 ; 한석훈, 상게서, 324면.
246) 한석훈, 상게서, 325면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2015년 개정 전에는 주식의 취득제한 등에 위반한 죄는 자회사가 모회사의 주식을 취득함으로써 성립하는 범죄로 규정하였던 것으로 행위주체는 오로지 "자회사"뿐이었다. 즉 상법 제342조의2 제3항은 "다른 회사의 발행주식의 총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 모회사 및 자회사 또는 자회사가 가지고 있는 경우 그 다른 회사는 이 법의 적용에 있어 그 모회사의 자회사로 본다."고 하여 직접 모자관계에 있는 "자회사"만을 행위주체로 규정하는 것이다. 그러나 법률규정의 사법적 해석상 증조모회사와 증손회사도 모자관계의 회사로 보는 견해가 다수설이고, 부정하는 견해가 소수설이다.[247]

이는 죄형법정주의 원칙 및 확대해석 금지의 원칙상 상법 제342조의2 제3항에 따른 자회사는 본죄로 처벌할 수 없다고 할 것이다. 실무상 모자관계를 넘어 손회사, 증손회사까지 파악하는 것이 사실상 불가능하기 때문에 동조 제3항의 자회사를 제외시킨 것으로 보인다. 그러나 상법 제342조의2가 주식의 상호보유를 규제하기 위한 조항이라는 점으로 볼 때, 동조 3항의 경우도 해석상 모자관계가 성립된다는 것이다. 그러므로 상법 제625조의2 규정을 개정하여 상법 제342조의2 제3항을 포함시키는 것이 타당하다.

상법 제360조의2는 주식의 포괄적 교환에 의한 완전모회사의 설립에 관한 규정으로 회사는 주식의 포괄적 교환에 의하여 다른 회사의 발행주식의 총수를 소유하는 완전모회사가 될 수 있다. 이 경우 그 다른 회사를 완전자회사라고 하며, 주식의 포괄적 교환에 의하여 완전자회사가 되는 회사의 주식은 주식을 교환하는 날에 주식교환에 의하여 완전모회사가 되는 회사에 이전하여야 한다. 그리고 완전자회사가 되는 회사의 주주는 그 완전모회사가 되는 회사가 주식교환을 위하여 발행하는 신주의 배정을 받거나 그 회사의 주식을 이전받음으로써 그 회사의 주주가 된다고 명문화하여 모회사의 주식 취득을 인정하는 상법 제342조의2 제2항의 규정을 두고 있다.

또한 2015년 본조 개정을 통하여 삼각주식교환에 따라 취득한 모회사의 주식을 주식교환의 효력이 발생한 날로부터 6개월 이내에 그 주식을 처분하지 않는 자(제360조의3 제7항), 존속회사가 삼각합병을 위하여 취득한 모회사의 주식을 합병 후 합병의 효력이 발생한 날로부터 6개월 이내에 그 주식을 처분하지 않는 자(제523조의2 제2항), 분할승계회사가 취득한 모회사의 주식을 분할합병 후에도 계속보유하고 있는 경우 분할합병의 효력이 발생하는 날부터 6개월 이내에 주식을 처분하지 않은 자(제530조의6 제5항)도 본죄의 행위주체이다. 상법 제360조의3 제7항, 제523조의2 제2항, 제530조의6 제5항에 따라 자회사가 모회사의 주식을 예외적으로 취득한 경우에 자회사는 취득한 모회사의 주식을 취득한 날로부터 6월 이내에 처분하지 않은 부작위범이다.

247) 양동석, 전게서, 146-147면 ; 정찬형, 상게 상법요론, 392면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다. 구성요건 행위

본죄는 자회사가 상법 제342조의2 제1항 제1호부터 제2호에 해당하지 않음에도 불구하고 모회사의 주식을 취득할 때 성립하는 범죄이다(작위행위). 그리고 제1호, 제2호에 해당되어 예외적으로 취득한 모회사의 주식을 6월 이내에 처분하지 않음으로써 성립하는 범죄이다(부작위행위). 주식취득에 대해서는 전술한바와 같다.

그리고 상법 제342조의2의 규정에 따라 자회사에 의한 모회사의 주식을 취득한 작위행위를 한 자(회사)가 법률에 규정된 기간 내(동조 제2항)에 모회사의 주식을 매각하지 않은 부작위 행위, 상법 제360조의3 제7항은 삼각주식교환의 경우 자회사가 상법 제342조의2 제1항에도 불구하고 그의 모회사 주식을 취득할 수 있는데 이렇게 취득한 모회사의 주식을 주식교환 후에도 계속 보유하게 되면 주식교환의 효력이 발생한 날로부터 6개월 이내에 그 주식을 처분하여야 함에도 이를 처분하지 않은 부작위 행위, 상법 제523조의2 제2항은 존속회사가 삼각합병을 위하여 취득한 모회사의 주식을 합병 후에도 계속보유하고 있는 경우에는 합병의 효력이 발생한 날로부터 6개월 이내에 그 주식을 처분하지 않은 부작위 행위를 각 처벌하기 위한 범죄이다. 본죄의 행위자는 회사이다.

라. 주관적 구성요건

본죄의 행위주체인 자회사는 객관적 구성요건으로서 모회사의 주식을 취득한다는 “고의 또는 인식”이 있어야 한다. 자회사는 상법이 인정하는 예외적인 경우를 제외하고 모회사의 주식을 취득하려는 의사로서 고의 또는 인식을 가지고 모회사의 주식을 취득하여야 한다. 다만 예외적으로 모회사의 주식을 취득한 자회사가 6월 이내에 처분하지 않는다는 부작위에 대한 고의 또는 인식이 있어야 한다. 위법한 취득행위나 6월 이내에 처분하지 않음으로 인하여 결과적으로 회사의 손해나 지배구조의 왜곡 등의 결과에 대한 인식까지 요구하는 것은 아니다.

그러므로 상법 제342조의2 제1항에도 불구하고 자회사가 모회사의 주식을 취득한다는 인식을 하고 취득행위를 하였다면 당연히 주관적 구성요건으로서 고의나 인식이 있었다고 볼 것이고, 예외적(제342조의2 제2항, 제360조의3 제7항, 제523조의2 제2항, 제530조의6 제5항)으로 주식을 취득한 자회사가 이를 6개월 이내에 매각하지 않았다고 한다면 부작위범으로서 고의나 인식이 있었다고 볼 것이다. 또한 자회사가 모회사의

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

주식 인수에 대하여 제한규정을 알지 못하는 등 법률의 부지에서 비롯된 거래라고 하더라도 범죄성립에 영향을 미치지는 않는다고 보는 것이 타당하다.

상법 제342조의2 제1항을 위반하여 모회사의 주식을 취득한 때 비로소 기수가 되며 여기서 말하는 "주식을 취득할 때"란 주식양도의 효력발생요건인 주권의 교부 또는 전자등록 된 주식의 전자등록이 있는 때를 말하는 것이다. 그러므로 단순한 주식취득의 채권계약만 체결하였다거나 모회사의 주식을 인수하고자 신주인수권증서나 신주인수증권을 취득한 것만으로는 본죄의 기수에 이르렀다고 볼 수는 없을 것이다. 또한 모회사의 설립의 경우는 회사의 설립등기가 경료 됨으로 기수에 이르며, 유상증자를 위하여 신주를 취득할 경우는 신주납입 다음 날부터 신주발행의 효력이 발생하므로 이때에 비로소 기수가 된다. 또한 예외적으로 주식취득을 인정하는 상법 제342조의2 제2항, 제360조의3 제7항, 제523조의2 제2항, 제530조의6 제5항의 경우는 의무기간 이내에 취득한 주식을 처분하지 않으면 6월의 경과로 본죄의 기수가 된다.[248]

마. 처벌규정

상법 제625조의2는 제342조의2 제1항 또는 제2항, 제360조의3 제7항, 제523조의2 제2항, 제530조의6 제5항을 각 위반한 자는 "2,000만 원 이하의 벌금"을 법정하고 있다. 이는 주식의 취득제한 등에 위반한 죄의 범죄행위주체가 회사(법인)에 의한 범죄로 보고 법인에게 부과할 수 있는 형벌로써 벌금형으로만 처벌하는 것으로 보인다. 그러므로 대표이사 등 회사의 업무집행자가 회사에 대하여 민사책임을 지거나 해임 등의 사유가 될 수 있고 또 이들이 회사의 재산을 위태롭게 하는 등으로 형사책임 문제가 발생할 수는 있는 여지는 있지만 상법 제625조의2는 회사에 대한 처벌규정이므로 실질적 행위자나 의사결정자인 자연인(대표이사 등 회사의 업무집행자)은 본죄를 적용하여 처벌할 수는 없다.[249]

그러나 실질적으로 상법 제625조의2에 대한 범죄행위를 결정하고 실행한 법인의 대표이사 등 회사의 업무집행자들을 처벌할 수 있도록 법률을 개정할 필요성이 있다할 것이므로 본죄를 상법 제637조 법인에 대한 벌칙의 적용 조항에 포함시켜야 할 것이다. 다만 법인의 대표이사 등 회사의 업무집행자 등이 선량한 관리자로서 주의의무를 다하였다는 사실을 입증한다면 형을 면책 또는 감면할 수 있도록 규정하여야 한다.

248) 한석훈, 전게서, 327면.
249) 양동석・김현식, 전게서, 64면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

4. 납입책임면탈의 죄(제634조)

가. 본질과 보호법익

상법 제634조 납입책임면탈의 죄는 납입의 책임을 면하기 위하여 타인 또는 가설인의 명의로 주식 또는 출자를 인수함으로 성립하는 범죄로서 납입가장죄와 함께 회사의 설립이나 증자시 출자의 이행과 자산을 확보하기 위한 규정이라 할 것이다. 또한 납입책임면탈의 죄는 납입책임을 면탈하려는 목적으로 주식 또는 출자를 타인 또는 가설인의 명의로 인수함으로써 성립되는 목적범이다.

상법 제634조 납입책임면탈의 죄와 같은 면탈행위 유형의 범죄로는 형법 제327조 강제집행면탈죄가 있다. 형법상 강제집행면탈죄도 강제집행을 면할 목적으로 재산을 "은닉, 손괴, 허위양도 또는 허무채무를 부담"함으로써 채권자를 침해하는 내용의 범죄로서 강제집행을 받아야 하는 객관적 상황에 처한 채무자가 강제집행을 면할 목적으로 행하는 목적범이다.[250] 그러나 상법상 납입책임면탈의 죄는 회사설립을 방해할 숨은 목적을 가지고 처음부터 납입의 책임을 면하고자 타인 또는 가설인의 명의로 주식 또는 출자를 인수함으로써 성립하는 범죄이다.

상법 제305조(주식에 대한 납입)는 회사 설립시에 발행하는 주식의 총수가 인수된 때에는 발기인은 지체 없이 주식 인수인에 대하여 각 주식에 대한 인수가액의 전액을 납입시켜야 하며, 납입은 주식청약서에 기재한 납입장소에서 하여야 한다. 그리고 현물출자를 하는 발기인은 납입기일에 지체 없이 출자의 목적인 재산을 인도하고 등기, 등록 기타 권리의 설정 또는 이전을 요할 경우에는 이에 관한 서류를 완비하여 교부하여야 한다. 또한 상법 제421조(주식에 대한 납입)는 이사가 신주의 인수인으로 하여금 그 배정한 주수(株數)에 따라 납입기일에 그 인수한 주식에 대한 인수가액의 전액을 납입시켜야 하고, 신주의 인수인은 회사의 동의 없이 납입채무와 주식회사에 대한 채권을 상계할 수 없다고 규정하여 주식이나 출자를 인수한 자는 인수가액의 전액을 납입하여야 한다는 전액납입주의를 택하고 있다.

또한 납입시기에 대하여 회사 설립의 경우에는 회사성립 전에, 신주발행의 경우에는 신주의 효력발생 전에 각 납입하여야 한다. 보통의 경우 회사는 납입기일을 정하고 있기 때문에 그 이전에 지정 은행 기타 금융기관에 납입하여야 한다. 그러나 회사 성립

250) 배종대, 전게 형법각론, 616면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

후 주식 인수인이 아직 납입하지 않은 경우나 이사와 통모하여 현저하게 불공정한 발행가액으로 인수한 자는 극히 예외적으로 주주의 자격에서 출자의무 또는 추가출자를 하여야 한다.[251] 주주의 출자의무의 이행으로서 출자의 목적은 재산출자에 한정되고 재산출자는 금전출자가 원칙이나 예외적으로 현물출자도 인정된다.

그리고 금전출자의 이행은 현실적으로 납입하여야 하며[252] 자본금 충실을 해하지 않고 회사의 동의가 있으면 납입채무와 회사에 대한 채권을 상계할 수 있다. 이에 부합하게 대법원은 "주금납입에 있어 현금 수수의 수고를 생략하는 의미의 대물변제나 상계는 회사 측에서 이를 합의한 이상 이를 절대로 무효로 할 이유는 없다."고 하였다.[253] 그러므로 회사에 대한 대출채권을 출자로 전환하는 것도 가능하다고 할 것이다. 또한 상법 제332조(가설인, 타인명의에 대한 인수책임)는 가설인 명의나 타인의 승낙을 얻지 않고 타인명의로 주식을 인수한 경우에는 실제로 명의를 차용한 청약자가 주식인수인의 납입책임을 진다고 한다. 결국 타인의 승낙을 얻어 타인명의로 주식을 청약하고 그 이후 그 타인에게 주식이 배정된 경우에는 누가 주식인수인인가에 대해서는 학설의 대립이 있으나, 통설은 명의차용자가 인수인이라고 보며 판례도 이를 따르고 있다.[254]

상법상 납입책임면탈의 죄는 주식회사의 주식이나 유한회사의 출자를 인수한 자가 납입의 책임을 면할 목적으로 타인 또는 가설인의 명의로 주식이나 출자를 인수하여 회사를 성립시키거나 신주발행을 가능하게 하는데 있다 할 것이므로 "회사의 자본금충실"을 보호법익으로 한다. 보호의 정도도 회사의 자본금에 대한 현실적 침해나 구체적인 침해위험의 발생까지 요구하지 않는다 할 것이므로 추상적 위험범이다.[255]

나. 행위주체

납입책임면탈의 죄는 납입책임을 면할 목적만 있으면 누구든지 행위주체가 될 수 있다. 주식회사의 경우에는 타인 또는 가설인의 명의로 주식을 인수한 자이고, 유한회사의 경우에는 타인 또는 가설인의 명의로 출자를 인수한 자이다. 또한 주식회사의 주식인수는 인수하고자 하는 자의 청약과 발기인의 배정에 의하여 성립하고, 유한회사는

---

251) 정찬형, 전게 상법요론, 366면.
252) 대법원 1977. 4. 12.선고 76다943 판결 : "주금납입 의무는 현실적 이행이 있어야 하므로 당좌수표로써 납입한 때에는 그 수표가 현실적으로 결제된 때에 납입이 있었다고 할 수 있다."
253) 대법원 1960. 11. 24. 선고 4292민상874 · 875 판결.
254) 양동석, 전게서, 69면 ; 대법원 1998. 4. 10. 선고 97다50619 판결 ; 대법원 2004. 3. 26. 선고 2002다29138 판결.
255) 한석훈, 전게서, 357면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

상법 제586조에 따라 자본금증가를 위하여서는 사원총회의 특별결의를 거쳐야 하며 출자의 인수권을 부여할 자의 성명과 그 목적인 재산의 종류, 수량, 가격과 이에 대하여 부여할 출자좌수를 결의하여야 한다. 만약 이를 정하지 않은 경우에는 상법 제588조(사원의 출자인수권)에 따라 각 사원이 그 지분에 따라 출자를 인수할 권리를 갖게 되며, 출자의 인수는 주식청약서와 같은 요식의 문서를 요하지 않지만 상법 제589조(출자인수의 방법) 제1항은 인수를 증명하는 서면에 출자의 좌수와 주소를 기재하고 기명날인 또는 서명하도록 하고 있다. 또한 타인의 승낙을 얻어 타인 명의로 주식을 인수한 자의 경우에는 타인과 연대하여 납입할 의무가 있다.

다. 구성요건 행위

상법상 납입책임면탈의 죄는 인수인이 납입의 책임을 면하기 위하여 타인 또는 가설인의 명의로 주식회사의 주식 또는 유한회사의 출자를 인수함으로써 성립하는 범죄, 곧 납입책임 면탈을 목적으로 하는 범죄이다. 따라서 납입책임을 면탈할 목적 없이 타인 또는 가설인의 명의로 인수한 자라면 명의 차용자로서 납입책임과 민사상 손해배상의 책임주체가 될 뿐이지 본죄의 형사책임까지 지울 수는 없다 할 것이다.

상법 제634조 납입책임면탈의 죄는 "납입"의 책임을 면하기 위한 목적을 가진 범죄이다. 상법상 나타난 납입책임은 유한책임회사의 현물출자 납입(제287조의4 제3항), 사원의 가입(제287조의23 제2항)과 주식회사의 발기설립과 현물출자의 이행(제295조), 주식에 대한 납입(제305조), 신주인수권증서의 발행(제421조 제1항) 및 유한회사의 출자의 납입(제548조 제1항), 출자인수인의 지위(제590조)에서만 사용하고 있으므로 이에 대한 위반행위의 처벌규정이다.

그러므로 본죄는 가장납입죄와 마찬가지로 물적 회사로서 주식회사와 유한회사 및 유한책임회사에 한하여 적용된다. 다만 유한회사와 유한책임회사의 경우에는 출자를 인수한 개인의 개성이 주식회사보다 명백하게 나타날 것이므로 본죄의 적용 가능성이 희박할 것이다. 여기서 말하는 "타인의 명의"라 함은 자기 이외의 다른 사람의 명의를 사용하는 것이며, 타인의 승낙을 받아 주식을 인수한 경우라면 타인과 연대하여 납입할 책임이 있다[256]고 할 것이므로 본죄의 성립에는 타인의 승낙여부를 불문한다. 또한 "가설인의 명의"라 함은 존재하지 않는 허무인의 명의를 사용하는 것을 의미하는 것이므로 본죄의 성립에는 영향이 없다.

256) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다22552 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

우리나라에서는 주식인수청약시 청약증거금을 미리 납부하게 하는 것이 경제계의 관행으로 되어 있어서 본죄는 사실상 사문화된 규정이다. 일본도 2005년 회사법을 제정하면서 일본 상법 제497조에서 규정하고 있던 주식회사의 납입책임면탈에 관한 규정을 삭제하였다.

라. 주관적 구성요건

납입책임면탈의 죄는 타인 또는 가설인의 명의를 이용한다는 인식과 납입책임 면탈의 목적을 실현하려는 의사로써 고의가 있어야 한다. 그러므로 주식의 인수인에게 납입책임을 면탈하려는 목적이 없으면 비록 타인이나 가설인의 명의를 이용하였더라도 납입책임면탈의 죄로 처벌할 수 없다. 그러나 목적범의 일반 원리에 따라서 목적달성 여부가 범죄의 성립에 영향을 미치지 않는다고 보아야 할 것이며[257] 납입책임면탈의 의욕이 행위자의 주관적 인식가운데 자리 잡고 있으면 족하다고 할 것이다. 그러므로 납입책임을 면할 목적으로 타인 또는 가설인 명의로 주식 또는 출자를 인수한다는 사실에 대한 인식도 있어야 할 것이다.[258]

대법원은 "채권이 존재하는 경우에도 채무자에게 상당한 재산이 있어 채권자의 집행을 확보하기에 충분하다면 채권자를 해하거나 해할 우려가 없다고 보아야 할 것이므로 형법상 강제집행면탈죄가 성립한다고 볼 여지가 없다."고 판시한 바와 같이[259] 주식이나 출자를 타인 또는 가설인의 명의로 인수한 자가 회사에 상당한 담보를 제공하였고 또 그 담보가치가 현존하고 상당하다고 한다면 상법상 납입책임면탈죄도 성립할 여지가 없다고 보아야 할 것이다. 결국 주관적 요건으로서 납입책임면탈 목적이 있었는가 여부는 검사의 증명에 의할 수밖에 없을 것이다.

마. 처벌규정

형법 제327조 강제집행면탈죄의 법정형이 "3년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금"이고, 형법 제347조 사기죄의 법정형이 "10년 이하의 징역 또는 2,000만 원 이하의 벌금"인 반면, 상법 제634조 납입책임면탈의 죄는 "1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금"을 규정하여 본죄의 법정형이 상당히 경하다. 그러나 본죄는 상법 제332조 규

257) 배종대, 전게 형법각론, 629면.
258) 한석훈, 전게서, 358면.
259) 대법원 2011. 9. 8. 선고 2011도5165 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

정에 따라 가설인이나 타인명의에 의한 인수인의 책임이 명확하고, 상례상 문제되는 경우가 거의 없이[260] 실질주주로서 주식인수인의 책임을 부담한다는 것이 판례와 다수설의 입장이다.[261] 사실상 실질주주로서 주식인수인의 책임을 진다면 민사상 책임으로 자본금충실의 목적은 충분히 달성할 수 있을 것이고, 또 상법상 특별배임죄를 적용할 수 있다는 논거를 들어 본죄에 대한 입법론적 검토의 필요성을 주장하는 견해도 있다.[262]

제3절 소 결

1. 특별배임의 죄

상법 제622조 내지 제624조에서 규정하고 있는 특별배임죄는 형법 제355조 제2항 배임죄, 형법 제356조 업무상배임죄와 비교하여 볼 때 행위주체와 임무위배의 성격에서만 차이가 있을 뿐 유사한 범죄이다. 상법과 형법에서 각 규정하고 있는 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위를 함으로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가하는 것을 내용으로 하는 범죄로서 본인과의 신임관계를 위배하여 타인의 재산을 침해하는 범죄이다.

가. 발기인, 이사, 기타 임원 등의 특별배임죄

상법 제622조의 발기인, 이사, 기타 임원 등의 특별배임죄는 형법상 배임죄에 대한 특별법이다. 그럼에도 상법 제622조 특별배임죄의 행위주체가 너무 광범위하고 포괄적으로 규정되어 있어 그 적정성에 대한 문제가 제기되고 있다. 상법 제622조 특별배임죄의 입법취지는 발기인, 이사, 기타 임원 등 업무집행자들이 회사의 경영자적 지위에서의 권한남용 행위를 효과적으로 규제하기 위한 것으로 선관중의의무와 충실의무에 기초하고 있다고 할 것이다. 그러므로 상법 제622조 특별배임죄의 행위주체를 발기인, 설립위원, 이사, 집행임원 및 그 직무수행자, 청산인 및 직무대행자로 축소하여야 할 것이다.[263] 이외의 감사, 감사위원, 상업사용인 등 업무집행관여자들에 대하여서는 상

260) 정동윤, 「상법(상)제6판」, 법문사, 2012, 1025면 ; 이기수・최병규, 「회사법제9판」, 박영사, 2011, 127면.
261) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다22552 판결.
262) 송호신, 전게논문, 143-144면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

법 제622조 특별배임죄의 행위주체에서 제외하여 단순화하고 이들에 대하여서는 형법상 배임죄 또는 업무상배임죄로 처벌할 수 있도록 하는 것이 타당할 것이다.

다만 제401조의2는 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자, 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자, 이사가 아니면서 명예회장, 회장, 사장, 부사장, 전무, 상무, 이사, 기타 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자를 이사와 같이 본다고 규정하고 있음으로 볼 때 이들을 상법 제622조 특별배임죄의 행위주체에 포함하는 것이 타당하다고 생각된다. 그러나 제401조의2 각호 규정은 민사책임을 묻기 위한 규정일 뿐이므로 이들을 본죄의 행위주체로 볼 수는 없다. 다만 이들이 본죄의 주체가 될 수 있는 이사 등과 공모하여 재산상의 이익을 취득하고 회사에 손해를 끼친 경우에는 형법 제33조에 의하여 공범으로 처벌할 수는 있을 것이라는 견해도 있다.[264] 입법론으로 상법 제622조에 포함시키는 것이 타당하다고 본다.

또한 제622조의 발기인, 이사, 기타 임원 등의 특별배임죄의 처벌규정이 징역형과 벌금형으로 한정되어 있고 또 진정신분범죄인데도 자격정지의 부과규정이 없다는 것은 법률의 미비라 할 것이다. 그리고 배임행위로 얻은 이익도 그 차이가 상당히 있을 것인데도 처벌규정은 하나이다. 그러므로 본죄에 대하여 자격정지 부과규정 및 몰수와 추징이 가능하도록 하여야 할 것이고. 일정 기간 동안 자격정지형을 부과하여 위임을 금지하거나 동일한 직무를 수행할 수 없도록 하여야 한다. 또한 일정 금액 이상의 배임행위를 한 경우에는 처벌규정을 양분하여 가중처벌 할 수 있도록 법률을 개정하거나 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제3조에 본죄를 포함시키는 방법으로 행위자를 가중처벌 할 수 있는 근거규정을 마련하는 것이 바람직 할 것이다.

나. 사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄

상법 제623조 사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄도 형법 제356조 업무상 배임죄의 특별규정으로서 회사뿐만 아니라 사회에 미치는 해악이 중대하고 광범위하다는 점을 고려하여 특별히 가중하여 처벌하고자 마련된 규정이다. 본죄는 사채권자집회의 대표자 및 그 결의의 집행자가 임무에 위배한 행위로 자기 또는 제3자로 하여금 재산

263) 송호신, 상게논문, 88면.
264) 주강원, 전게논문, 368면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

상 이익을 취득하여 사채권자에게 손해를 가한 때 성립하는 범죄로서 사채권자의 재산을 침해하는 범죄행위이다. 본죄의 보호법익은 “사채권자의 재산권”이다.

사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄(상법 제623조)와 상법상 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄(상법 제622조)는 형법상 배임죄(형법 제355조 제2항)나 업무상배임죄(형법 제356조)와 그 이론적 배경을 같이 한다. 결국 본죄는 상법 제622조 상법상 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄와 다를 바가 없다. 그러므로 상법 제623조 사채권자 집회의 대표자 등의 특별배임죄를 폐지하고, 이를 제622조 발기인, 이사, 기타 임원 등의 특별배임죄의 행위주체로 포함시켜 보다 무겁게 처벌하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

2. 회사의 재산에 관한 죄

상법 벌칙조항에서 회사재산을 보호하기 위하여 마련된 조항은 상법 제624조의2에서 규정하고 있는 주요주주 등 이해관계자와의 거래위반 죄, 제625조에서 규정하는 회사재산을 위태롭게 하는 죄, 제625조의2에서 규정하는 주식취득제한 등에 위반한 죄, 제634조에서 규정하고 있는 납입책임면탈의 죄가 있다.

가. 주요주주 등 이해관계자와의 거래위반의 죄

상법 제624조의2에 규정된 주요주주 등 이해관계자와의 거래위반의 죄는 2009년도에 상법 제624조의2로 신설된 조문으로서 상법 제542조의9 제1항을 위반하여 신용을 공여하는 자, 즉 상장회사가 주요주주 및 그의 특수 관계인, 이사 및 집행임원, 감사를 상대방으로 하거나 그를 위하여 신용공여를 함으로써 성립한다. 즉 회사의 업무집행에 관하여 그 내용을 잘 아는 자들이 자신의 신분과 지위 등을 이용하여 자기 거래를 함으로써 자기 또는 제3자의 이익을 도모하고 회사나 주주, 채권자 등에게 예견할 수 없는 손해를 끼치는 것을 방지하고자 하는 범죄이다. 결국 상장회사의 재산을 위태롭게 하는 범죄로서 주요주주 등 이해관계자와의 거래위반에 관한 범죄이며 보호법익은 “상장회사의 재산권”이다.

상법 제634조의3(양벌규정)은 “회사의 대표자나 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 회사의 업무에 관하여 제624조의2의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 회사에도 해당 조문의 벌금형을 과한다. 다만 회사가 제542조의13(준법통제기준 및 준법지원인)에 따른 의무를 성실히 이행한 경우 등 회사가 그 위반행위를 방지하기 위하여 해

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에는 그러하지 아니한다."고 규정하고 있다.

상법 제632조는 본죄를 범한 자는 징역과 벌금은 병과 할 수 있도록 규정하고 있다. 이에 더하여 회사 대표자의 묵인 또는 공모에 의하여 주요주주 등의 이해관계자가 회사의 계산으로 자기거래를 하였다고 한다면, 자기거래 행위에 계산된 회사의 자금은 곧 범죄에 공여된 자금이고 신용공여로 얻게 된 이익은 범죄행위로 얻은 과실이라 할 것이므로 형법 제48조 제1항 제1호에서 규정하는 바와 같이 "범죄행위에 제공하거나 제공하려고 한 물건"으로 볼 수 있을 것이므로 이를 몰수 또는 추징하여야 할 것이다. 한편 자기거래로 인하여 취득한 재물이 다시 제3자에게 처분되어 없다면 그 가액 상당을 추징할 수 있도록 법률을 정비할 필요성이 있다고 생각된다.

나. 회사재산을 위태롭게 하는 죄

상법 제625조의 회사재산을 위태롭게 하는 죄는 회사와 위임관계에 따라 선량한 관리자의 주의로써 회사의 업무를 집행하여야 할 자, 즉 회사의 발기인, 업무집행사원, 이사, 집행임원, 감사위원회 위원, 감사 또는 제386조(결원의 경우) 제2항, 제407조(직무집행정지, 직무대행자 선임) 제1항, 제415조(준용규정) 또는 제567조(준용규정)의 직무대행자, 지배인 기타 회사영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인 및 검사인, 공증인, 감정인 등 상법 제625조 각호에서 규정하는 자들이 회사의 재산을 위태롭게 하는 행위를 함으로써 성립되는 범죄로서 위태범이다. 본죄의 입법취지는 회사의 설립이나 증자시 회사의 순자산에 영향을 끼칠 수 있는 사항과 관련하여 고의를 가지고 법원, 총회, 발기인에게 부실보고를 하거나 의도적으로 사실을 은폐할 경우 형사 처벌함으로써 회사의 자본금 확정과 자본금 충실을 확보하려는데 있다.

상법 제625조는 각 호마다 위반행위에 대한 내용이 다르지만 궁극적으로는 회사재산을 위태롭게 하는 행위를 방지하려는데 목적이 있다할 것이다. 또한 보호법익도 동조 제1호 내지 제3호는 "회사의 자본금 충실"에 있고, 동조 제4호는 "회사의 경영건전성 및 재산권"에 있다.[265]

상법 제625조 제4호에 따라 회사의 자산을 이용하여 위험한 투기행위를 회사의 목적에 부합한 영리행위로 확대해석해서는 안 될 것이나 "영업범위 외의 투기행위"는 해석

265) 한석훈, 전게서, 299-300면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이 애매하고 기업의 자율성을 해칠 수 있으므로 배임에 해당하는 경우에는 상법 제622조 특별배임죄를 적용할 수 있도록 하고 본죄에서는 삭제하는 것이 타당할 것이다.

다. 주식의 취득제한 등에 위반한 죄

상법 제625조의2 주식의 취득제한 등에 위반한 죄는 2015년 개정되었는데 개정 전 "제342조의2(자회사에 의한 모회사주식의 취득) 제1항 또는 제2항을 위반하는 자"로서 직접모자관계에 있는 "자회사"만을 행위주체로 하고 있었으나 2015년 개정을 통하여 상법 제360조의3(주식교환계약서의 작성과 주주총회의 승인 및 주식교환대가가 모회사주식인 경우의 특칙) 제7항, 제523조의2(흡수합병의 합병계약서) 제2항, 제530조의6(분할합병계약서의 기재사항 및 분할합병대가가 모회사주식인 경우의 특칙) 제5항을 각 위반한 자를 본죄의 행위주체로 확대하여 예외적으로 자회사가 취득한 모회사의 주식 처분의무와 균형을 이루었다.[266]

본죄는 회사가 행위주체이다. 본죄의 보호법익은 1차적으로 "회사의 자본금 충실"에 있고, 2차적으로 "출자 주주들의 의결권"을 보호하는데 있다고 할 것이다. 보호법익에 대한 현실적인 침해의 결과나 구체적 침해의 위험발생을 범죄구성요건으로 하지 않는 추상적 위험범이다.[267] 그러나 상법 제342조의2가 주식의 상호보유를 규제하기 위한 조항이라는 점으로 볼 때, 동조 3항의 경우도 해석상 모자관계가 성립된다는 것이므로 상법 제625조의2 규정을 개정하여 상법 제342조의2 제3항을 포함시키는 것이 타당하다. 본죄는 자회사가 상법 제342조의2 제1항 제1호부터 제2호에 해당하지 않음에도 불구하고 모회사의 주식을 취득할 때 성립하는 작위범죄이고 동항 제1호, 제2호에 해당되어 예외적으로 취득한 모회사의 주식을 6월 이내에 처분하지 않음으로써 성립하는 부작위 범죄이다.

그러나 실질적으로 상법 제625조의2에 대한 범죄행위를 결정하고 실행한 법인의 대표이사 등 회사의 업무집행자들을 처벌할 수 있도록 법률을 개정할 필요성이 있다. 다만, 법인의 대표이사 등 회사의 업무집행자 등이 선량한 관리자로서 주의의무를 다하였다는 사실을 입증한다면 형을 면책 또는 감면할 수 있도록 규정하여야 한다.

라. 납입책임면탈의 죄

266) 정찬형, 전게 상법강의(상), 516면.
267) 한석훈, 상게서, 325면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

상법 제634조 납입책임면탈의 죄는 납입의 책임을 면하기 위하여 타인 또는 가설인의 명의로 주식 또는 출자를 인수함으로 성립하는 범죄로서 납입가장죄와 함께 회사의 설립이나 증자시 출자의 이행과 자산을 확보하기 위한 규정이다. 또한 납입책임면탈의 죄는 납입책임을 면탈하려는 목적으로 주식 또는 출자를 타인 또는 가설인의 명의로 인수함으로써 성립되는 목적범이다. 그리고 납입책임을 면할 목적만 있으면 누구든지 행위주체가 될 수 있다.

본죄와 같은 면탈행위 유형의 범죄로는 형법 제327조 강제집행면탈죄가 있는데 이는 강제집행을 받아야 하는 객관적 상황에 처한 채무자가 강제집행을 면할 목적으로 행하는 목적범이다.[268] 그러나 상법상 납입책임면탈의 죄는 회사설립을 방해할 숨은 목적을 가지고 처음부터 납입의 책임을 면하고자 타인 또는 가설인의 명의로 주식 또는 출자를 인수함으로써 성립하는 범죄로서 목적에 있어서 차이가 있다. 본죄의 보호법익은 "회사의 자본금충실"에 있고 회사의 자본금에 대한 현실적 침해나 구체적인 침해위험의 발생까지 요구하지는 않는다.

현재 우리나라에서는 주식인수청약시 청약증거금을 미리 납부하게 하는 것이 경제계의 관행으로 되어 있어서 사실상 본죄는 사문화되었다. 일본도 2005년 회사법을 제정하면서 일본 상법 제497조에서 규정하고 있던 주식회사의 납입책임면탈에 관한 규정을 삭제하였다. 결국 본죄는 상법 제332조 규정에 따라 가설인이나 타인명의에 의한 인수인의 책임이 명확하고, 상례상 문제되는 경우가 거의 없이 실질주주로서 주식인수인의 책임을 부담한다는 것이 판례와 다수설의 입장이다.[269] 또한 사실상 실질주주로서 주식인수인의 책임을 진다면 민사상 책임으로 자본금충실의 목적은 충분히 달성할 수 있을 것이므로 본죄를 폐지하는 입법론적 검토가 필요하다.

268) 배종대, 전게 형법각론, 616면.
269) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다22552 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제4장 독직행위와 회사의 신용 등에 관한 죄

제1절 독직 및 증·수뢰의 죄

공무원의 뇌물죄는 수뢰자인 공무원이 범죄행위라는 것을 알면서도 관행적으로 또는 부정한 목적을 위해서 자행되고 있고, 증뢰자인 일반인도 범죄행위라는 것을 알면서도 반사적 이익을 위하여 지속적으로 행해지고 있다. 이에 정부에서는 공무원의 비위행위를 근절하기 위하여 감찰제도, 비위신고제도 등 다양한 방안 마련과 뇌물로 제공된 금원을 몰수하고, 공무원신분 및 피선거권을 박탈하는 등 강력하게 대처하고 있지만 뇌물죄는 좀처럼 줄어들지 않고 있다. 이와 같은 뇌물범죄는 선거직 공무원은 물론이고, 고위직 공무원부터 하위직 공무원에 이르기까지 폭 넓게 행하여지고 있다. 또한 그 수법도 권한을 남용하거나 부정한 청탁을 받고 대가를 받는 등 매우 다양하여 한마디로 설명할 수 없을 정도이다. 공무원이 청렴하고 정의로울 때 사회의 모범이 될 수 있고 사회 기강이 바로 서며 국민의 생활은 깨끗해지고 정의로운 사회가 조성될 수 있을 것이라고 생각한다.

현대사회는 기업의 활동범위가 매우 광범위하고 기업의 영향력이 미치지 않은 곳이 없다 할 것이므로 회사 임직원들의 경우도 공무원과 다를 바가 없다. 특히 회사 내외에서 막강한 권한을 행사하는 발기인, 이사, 집행임원, 감사, 감사위원, 지배인, 검사인, 청산인, 사채권자집회의 대표자 등이 청렴하여야 기업이 바른 경제활동을 할 수 있을 것이며 이는 곧 국민경제발전에 기여하여 깨끗한 사회, 정의로운 사회를 구현해 갈 수 있을 것이다. 따라서 상법 제630조 발기인, 이사 기타 임원의 독직죄, 제631조 권리행사방해등에 관한 증·수뢰죄, 제634조의2 주주의 권리행사에 관한 이익공여죄의 각 규정을 통하여 회사의 임원 등 업무담당자들에게 무거운 법적책임을 지우고 이를 위반할 경우에는 이들에게 민사책임을 부담시키는 외에도 행정목적의 실효성 제고를 위하여 엄중한 형사처분을 인정하고 있다. 그럼에도 실무에서는 상법의 위 각 조항의 적용보다는 여전히 형법을 적용하는 예가 많으므로 형법과 비교 고찰하고자 한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

1. 발기인, 이사 기타 임원의 독직죄(제630조)

가. 본질과 보호법익

상법 제630조 제1항은 제622조와 제623조에 규정된 자, 검사인, 제298조 제3항, 제299조의2, 제310조 제3항 또는 제313조 제2항의 공증인이나 제299조의2, 제310조의 제3항 또는 제422조 제1항의 감정인이 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재산상의 이익을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천 500만 원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다. 그리고 동조 제2항에서는 제1항의 이익을 약속, 공여 또는 공여의 의사를 표시한 자도 제1항과 같다고 규정하고 있다. 상법상의 발기인, 이사 기타 임원의 독직죄에 관한 제630조 제1항의 규정은 형법 제129조 공무원 수뢰죄와 그 본질을 같이 하며, 동조 제2항은 형법 제133조 뇌물공여죄와 그 본질을 같이 한다.[270]

상법 제630조에서 규정하는 발기인, 이사 기타임원의 독직죄의 행위주체인 발기인, 이사, 집행임원, 감사, 감사위원, 지배인, 검사인, 청산인, 사채권자집회의 대표자, 검사인, 공증인, 감정인 등이 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재산상의 이익을 수수하는 등의 범죄행위는 매우 빈번하고 다양하게 나타날 수 있을 것이다. 공무원의 뇌물죄가 감소하지 않는 사회적 분위기나, 최근 다양한 도급계약, 납품계약, 프랜차이즈 계약, 각종의 담합행위 등에서 노골화된 갑의 횡포 등으로 미루어 볼 때, 발기인, 이사 기타 임원의 독직죄는 공무원 뇌물죄에 못지않게 빈번하리라고 생각된다.

그러나 상법 제630조가 적용되어 발기인, 이사 기타 임원의 독직죄가 인정된 사례는 찾아보기 힘들다. 회사의 이사 등 임원이 청렴하고 국민의 경제활동이 정의롭다고 믿을 수 없는 혼탁한 양상이 너무 많은데도 불구하고 독직죄의 사례를 찾아 볼 수 없다는 것은 중대한 문제가 아닐 수 없다. 그러므로 그 동안 학계와 실무계의 관심 밖에 있던 상법 제630조 발기인, 이사 기타 임원의 독직죄의 실효성 제고를 위한 연구를 통해 법제를 정비하여 본 범죄가 발생할 경우 그 적용을 가능하게 하고, 본 범죄를 예방하여 깨끗하고 투명한 사회, 정의로운 경제 질서 확립은 물론, 이사 등 임원의 직무집행의 공정성과 이에 대한 사회의 신뢰를 보호하여야 할 것이다.

---

270) 대법원 1977. 6. 7. 선고 77도842 판결 : "직무행위에 관하여라 함은 그 권한에 속하는 직무행위의 경우는 물론이고, 직무행위에 속하지 않더라도 그 직무행위와 밀접한 관계에 있는 경우도 이에 포함될 것이라고 할 것이다."

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

발기인, 이사 기타 임원의 독직죄의 보호법익과 관련하여 형법상 공무원의 수뢰죄와 동일하게 행위주체인 회사의 이사 등 임원의 직무행위의 공정성과 그에 대한 사회의 신뢰라고 설명하는 견해가 판례의 태도이다.[271] 반면 기업의 사회적 영향력이 아무리 크다고 할지라도 국민 전체에 대한 봉사자로서 지위에 있는 공무원과는 달리 단순한 기업의 영리를 목적으로 직무를 수행하는 자에게 공무원과 같은 정도의 직무 청렴성을 요구할 수 없다는 반대 견해도 있다.[272] 그러나 직무관련자의 직무집행의 청렴성과 이에 대한 사회적 신뢰도가 공무원이나 중재인보다 경하게 평가하여야 할 이유나 근거는 없다고 본다.

발기인, 이사 기타 임원의 독직죄에서 회사의 업무는 회사의 이익을 추구하는 개인적 법익보호의 성격도 있으나, 국가의 민주적 기본질서의 보호와 경제 질서의 보호 등 사회의 이익을 해치거나 법질서를 교란할 수 없기 때문에 그 공공성이 더욱 중시되고 있는 실정을 고려한다면 회사의 업무집행 관련자에게 고도의 청렴성을 요구한다고 할 것이다. 또한 본죄는 회사의 재산상 손해를 요구하지 않으며 회사재산에 관한 직무에 한정하지 않는다는 점 등으로 볼 때 업무집행 관련자들의 직무 충실성과 공정성에 대한 침해범이다.[273]

형법상 뇌물죄의 궁극적 보호법익은 국가기능의 공정성에 두고 있으나, 뇌물죄의 본질에 관하여 로마법 사상에 따를 경우 공무원 직무의 보편적 순수성으로 '공무원의 직무행위의 불가매수성'을 강조하므로 직무행위의 위반은 불문하며, 게르만법 사상에 따를 경우 공무원의 직무의무위반으로서 '직무행위의 불가침성과 순수성'을 강조하므로 직무의무위반 행위가 있는 경우에 뇌물죄를 인정한다.[274]

우리 형법의 태도는 로마법사상을 기본으로 게르만법 사상을 가미하여 뇌물을 '요구, 약속, 수수'하면 직무의무 위반을 불문하고 수뢰죄를 인정하고, 부정행위가 있는 경우 형을 가중하고 있다는 점으로 볼 때 수뢰죄의 성립요건으로 직무의무 위반을 요구하지 않는 '직무행위의 불가매수성'을 보호법익으로 보는 학설과 판례의 입장도 있었으나,[275] 다수의 학자들은 직무행위의 불가매수성과 직무행위의 공정성에 대한 사회일반의 신뢰보호를 보호법익으로 하는 "신뢰보호설"을 주장하고, 이를 따르는 판례도 있다.[276]

---

271) 양동석・김현식, 전게서, 75면.
272) 서태경, "상법상 업무집행관여자의 민·형사책임에 관한 연구", 한양대학교 박사학위논문, 2007, 297면.
273) 침해범은 구성요건이 행위대상에 대한 구체적 침해로 현실적 가치훼손을 요구하는 범죄로서 살인죄의 살인(형법 제250조), 상해죄의 상해(동법 제257조), 폭행죄의 폭행(동법 제260조)이 여기에 속한다; 배종대, 전게 형법총론, 193면; 한석훈, 전게서, 365면.
274) 배종대, 상게서, 846면; 이재상, 전게서, 719-720면.
275) 배종대, 상게서, 846면; 대법원 1996. 1. 23. 선고 94도3022 판결.
276) 이재상, 상게서, 634면; 대법원 2000. 1. 21. 선고 99도4940 판결; "뇌물죄가 직무집행의 공정과 이에

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 회사의 업무도 회사의 이익을 추구하는 것이지만, 국가와 사회의 이익을 해치거나 법질서를 교란하여서는 안되기 때문에 그 공공성이 더욱 중시되고 있는 실정을 고려한다면 회사의 업무집행 관련자의 거래의 청렴성도 중요한 요소라고 할 것이므로 이를 종합적으로 고찰하여 공무원의 수뢰죄와 동일하게 직무행위의 공정성과 사회의 신뢰를 보호하는 것이라고 보아야 할 것이다.[277] 결국 상법상 발기인, 이사 기타 임원의 독직죄는 형법상 뇌물죄의 국가기능의 공정성 보호[278] 및 사회가 향유하는 경제 질서, 거래의 안전과 신뢰보호 등 사회적 법익보호 성격이 보다 강하다. 그러므로 본죄의 보호법익은 "직무집행의 공정성 및 이에 대한 신뢰의 보호"에 있다는 견해가 타당하다고 본다.

나. 행위주체와 직무범위

상법 제630조 제1항은 독직수재죄를 처벌하기 위한 규정으로 그 행위주체에 대하여 상법 제622조에서 열거하는 회사의 발기인, 업무집행사원, 이사, 집행임원, 감사위원회 위원, 감사 또는 제386조 제2항, 제407조 제1항, 제415조 또는 567조의 직무대행자, 지배인 기타 회사영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인, 청산인과 그 직무대행자와 설립위원, 제623조 특별배임죄의 행위주체, 검사인, 공증인, 감정인 등 진정신분범죄로 규정하고 있다.[279]

상법 제630조 제1항은 독직수재죄의 행위주체는 상술한 상법 제622조 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄에서 살펴본 바와 같으므로 이를 참고한다.

상법 제630조 제2항은 독직증재죄의 처벌규정으로 그 행위주체에 대하여 '이익을 약속, 공여 또는 공여의 의사를 표시한 자'는 제1항과 같다고 규정하여 행위주체에 특별한 제한을 두지 않고 있다. 그러므로 부정한 이익을 공여하는 자는 회사의 구성원일 수도 있고, 회사 외부인일 수도 있다는 것으로 누구든지 행위주체가 될 수 있다.[280]

대한 사회의 신뢰 및 직무집행의 불가매수성을 그 보호법익으로 하고 있음에 비추어 볼 때, 공무원이 그 이익을 수수하는 것으로 인하여 사회일반으로부터 직무집행의 공정성을 의심받게 되는지도 뇌물죄의 성부를 판단함에 있어서 판단기준이 된다."

277) 대법원 2011. 9. 29. 선고 2011도4397 판결; "판결업무집행 관련자가 직무의 처리함에 있어 공정한 업무처리를 하여야 함으로 마땅히 거래의 청렴성 등도 종합적으로 판단하여야 할 것이다"(대법원 1996. 10. 11. 선고 95도2090 판결), 또한 배임죄에서도 '부정한 청탁'을 판단할 때에는 청탁의 내용 및 이에 관련한 대가의 액수, 형식, 보호법익인 거래의 청렴성 등을 종합적으로 고찰하여야 한다(대법원 2011. 8. 18. 선고 2010도10290 판결).

278) 배종대, 상게서, 846면; 이재상, 상게서, 719면.

279) 박성수, 전게논문, 95면; 양동석・김현식, 상게서, 75면; 한석훈, 상게서, 366면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다. 구성요건 행위

발기인, 이사 기타 임원의 독직죄의 본질적인 구성요건은 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재산상의 이익을 수수, 요구, 약속하거나(제630조 제1항), 부정한 이익을 약속, 공여 또는 공여의 의사를 표시(동조 제2항)하는데 있다. 여기서 "직무에 관하여"는 본죄의 행위주체가 회사 내에서 자신의 지위범위 내에서 담당하는 권한사무를 일컫는 것이다. 이는 일반적 직무권한으로 직무의 범위가 정하여 지는 경우도 있으며, 또 법령이나 정관, 사내규칙과 주주총회 등의 위임에 따라 결정되는 경우도 있을 것이다.[281]

"부정한 청탁을 받고"는 법령이나 회사의 사무규칙 등을 위반하거나 사회상규나 신의성실의 원칙에 반하는 직무에 관하여 작위 또는 부작위를 부탁받는 것이다.[282] 또한 이사나 집행임원은 회사의 업무를 집행함에 있어 법령상 선량한 관리자로서의 주의의무와 충실의무가 있으며, 행위자의 청렴성 등도 요구된다 할 것이므로 의무위반 여부를 판단함에 있어서는 이들 권한과 의무를 종합적으로 고찰하여야 할 것이다.[283]

"재산상의 이익"은 금전적 가치가 있는 이익을 일컫는 것이다. 재산상의 이익은 채무면제, 지급유예, 담보의 제공, 서비스의 무상제공, 향응의 제공 등을 포함한다. 또한 지위의 제공, 정욕의 만족 그 자체는 재산상의 이익이 아니므로 형법상 뇌물죄에서의 뇌물의 개념보다 좁게 보는 견해도 있다.[284] 그러나 재산상의 이익은 부정한 청탁과 대가관계에 있으면 족하다 할 것이므로 형법상 뇌물죄에서의 뇌물과 같이 보는 것이 타당하다. 상법상 발기인, 이사 기타 임원의 독직죄는 법문상 재산상의 이익에 한정되는 듯이 규정하고 있는데 이는 입법적 불비라고 생각된다.

발기인, 이사 기타 임원의 독직수재죄의 행위태양은 "수수, 요구 또는 약속"이다. 여기서 '수수'란 부정한 이익을 영득의 의사로써 취득하는 것이다. 따라서 영득의 의사가 있었으면 후에 반환하더라도 범죄 성립에 영향이 없으며, 용도 등도 불문한다. 또한 직접 수수하는 경우이므로 제3자에게 재산적 이익을 제공하는 경우는 수수가 아니다. 다만 자신의 처나, 자녀 등에게 공여하도록 하는 것은 실질적으로 자신이 수수하는 경우와 같다고 할 것이다. '요구'란 불법영득의 의사로 상대방에게 그 교부를 청구하는

---

280) 양동석・김현식, 상게서, 75면 ; 한석훈, 상게서, 366면.
281) 송호신, 전게논문, 148면 ; 한석훈, 상게서, 366면.
282) 한석훈, 상게서, 367면 ; 대법원 2011. 8. 18. 선고 2010도10290 판결 ; 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006도5586 판결.
283) 송호신, 상게논문, 150면 ; 한석훈, 상게서, 368면.
284) 한석훈, 상게서, 369면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

것이므로 상대방이 이에 응하였는지 여부는 불문한다. 그러므로 상대방이 인식할 수 있는 상태에 있으면 된다. '약속'이란 부정한 이익의 수수를 합의하는 것이므로 이익을 현실적으로 수수하였는지는 불문하며, 약속의 이행기가 확정되어 있을 필요도 없다.

또한 먼저 부정한 직무행위가 이루어지고 그에 대한 대가로 재산상의 이익을 수수·요구·약속하는 행위는 본죄가 성립할 여지가 없다. 그러나 이와 같은 행위에 대하여 형법 제131조 제2항 부정처사후수재죄로 처벌되므로, 상법상 발기인, 이사 기타 임원의 독직죄에서도 형법과 같은 취지의 부정처사후 독직수재죄를 신설할 필요가 있다고 생각된다.

상법 제630조 제2항 독직증재죄의 행위태양은 "약속, 공여 또는 공여의 의사표시"를 하는 것이다. '약속'이란 제1항의 행위주체의 요구를 승낙하는 경우와 자진하여 공여할 것을 약속하는 경우가 있을 것이다. 재산상 이익을 수수하기로 약속하는 경우는 쌍방적 공범관계(대향범)에 있다. '공여'란 부정한 이익을 취득하게 하는 것이고, 현실적 취득이 없더라도 상대방이 이를 취득할 수 있는 상태에 두면 족하다. 독직수재죄와 독직증재죄는 필요적 공범관계(대향범)에 있다. '공여의 의사표시'는 상대방에게 뇌물을 공여하려는 명시 또는 묵시의 의사를 표시하는 것이다. 또한 의사표시의 상대방은 제1항의 행위주체에 한하지 않으며, 그의 처자에게도 할 수 있다 할 것이므로 이는 일방적 의사표시로도 가능하다.

상법상 발기인, 이사 기타 임원의 독직죄는 고의범으로 직무에 관하여 "부정한 이익을 수수, 요구 또는 약속"한다는 점과 직무에 관한 '부정한 청탁'이라는 점 및 목적물이 '부정한 이익'이라는 점에 대한 인식이 필요하다.[285] 그러나 부정한 이익의 대가로 직무집행을 할 의사까지 요구하지는 않는다. 또한 독직수재죄에서 '수수'행위의 주관적 구성요건요소로 영득의사가 필요하다는 견해가 있다.[286]

그러나 본죄가 업무집행 관련자들의 직무의 충실성과 공정성에 대한 침해범이고[287] 또 형법상 뇌물죄에서 국가기능의 공정성 보호[288]와 같은 취지로 사회가 향유하는 경제 질서, 거래의 안전과 신뢰보호 등 사회적 법익보호 성격이 강하다는 점으로 미루어 볼 때 본죄의 보호법익은 "직무집행의 공정성 및 이에 대한 신뢰의 보호"에 있다할 것으로 '수수' 행위에 대한 고의 외에 별도의 영득의사까지 요구할 필요성은 없다는 견해가 타당하다.[289]

---

285) 한석훈, 상게서, 371면.
286) 송호신, 상게논문, 152면.
287) 한석훈, 상게서, 365면.
288) 배종대, 전게 형법각론, 846면.
289) 한석훈, 상게서, 372면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

라. 상법상 독직죄와 형법상 뇌물죄의 비교

형법 제129조 제1항 뇌물죄는 공무원 또는 중재인[290]이 직무에 관하여 "뇌물을 수수, 요구 또는 약속"함으로써 성립한다. 즉, 공무원 또는 중재인이 직무행위에 대한 대가로 법이 인정하지 않는 이익을 취득함을 금지하는 것을 내용으로 하는 범죄이다.[291] 뇌물은 직무에 관한 불법한 보수 또는 부당한 이익으로 해석한다.[292] 또한 뇌물죄는 직접적인 피해자가 없는 범죄의 일종이나 결국 사회질서 유지와 국민경제 발전을 저해하는 것이므로 그 피해자는 국가와 모든 국민이고, 암수가 많아 좀처럼 드러나지 않지만 그 폐해가 아주 클 것으로 생각된다.[293]

상법상 발기인, 이사 기타 임원의 독직죄와 형법상 뇌물죄는 행위주체를 달리하지만 같은 구조와 형식으로 그 성격이 같은 범죄이다. 발기인, 이사 기타 임원의 독직죄는 이사 등 임원이 그 직무와 관련하여 부정한 청탁을 받고 재산상의 이익을 수수, 요구, 약속하는 등 수재행위 및 이익을 약속, 공여 또는 공여의 의사를 표시하는 증재행위를 금지하고 있다는 점으로 볼 때, 발기인, 이사 기타 임원의 독직죄와 형법상 뇌물죄는 모두 직무에 대한 '부당한 대가로서 사익을 취득함을 금지하는 내용의 범죄'이다.

형법상 뇌물죄에 대한 특별형법으로서 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제2조에서는 뇌물죄 등 형법 제129조, 제130조 또는 제132조에 규정된 죄를 범한 사람이 그 수수, 요구 또는 약속한 뇌물의 가액이 3,000만 원 이상인 경우 가중 처벌하고(동조 제1항), 수뢰액의 2배 이상 5배 이하의 벌금을 병과(동조 제2항)한다고 규정하고 있다. 또한 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조와 제6조는 금융회사 등의 임직원의 수재와 증재 등의 죄를 규정하고 있다. 한편, 공무원범죄에 관한 몰수특례법 제2조에서는 몰수의 대상이 되는 불법재산을 수뢰행위로 인하여 얻은 불법수익에 한하지 않고 불법수익에서 유래한 재산에까지 확대한다.

또한 공무원범죄에 관한 몰수특례법의 시행에 따라 부동산에 대하여 동법에 의한 몰수전보명령 및 추징보전명령 등이 발하여진 경우 등기사무처리의 기준과 기재의 예를 정하기 위하여 "공무원범죄에 관한 몰수특례법 시행령에 따른 등기사무처리지침"이 제

---

290) 배종대, 상게서, 845면 ; 중재인은 법령에 의해 중재직무를 담당하는 자로서 노동조합 및 노동관계조정법 제6조에 의한 중재위원과 중재법 제12조(중재법은 2016년 5월 29일 일부 개정되어 2016년 11월 30일 시행된다)에 의한 중재인만이 뇌물죄(형법 제129조 제1항)의 주체가 된다.
291) 이재상, 전게서, 732면 ; 배종대, 상게서, 845면.
292) 이재상, 상게서, 722면.
293) 표성수, "뇌물범죄의 입증과 공여자 진술의 신빙성", 『법조』 제58호 제2호, 법조협회, 2009, 180면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

정되었다. 이에 따른 등기는 몰수등기, 몰수보전등기, 부대보전등기, 추징보전등기로 나뉘며 이러한 등기는 검사가 촉탁하게 하는 방법으로 몰수와 추징의 대상이 되는 부동산을 보다 신속하게 확보할 수 있도록 하고 그 권한은 검사에게 부여하고 있다.[294] 이와 같이 형법상의 뇌물죄에 대하여는 그 적용 및 처리에 대하여 명확한 방법과 절차를 규정하고 있으나, 상법상 이사 등 임원의 독직죄에 대해서는 그러하지 못한 실정이다.

형법상 뇌물죄는 수뢰행위와 증뢰행위로 구분하고 있으나, 뇌물을 주는 측과 받는 측의 양자를 범죄 성립에 있어서 필요적 공범으로 하는 대향범의 범죄 군에 속한다.[295] 수뢰행위와 증뢰행위는 결국 동일한 범죄의 양면에 불과하여 범인의 신분에 따라 형이 가중된다는 "필요적 공범설"이 판례의 태도이다.[296] 이에 대하여 수뢰죄는 공무원의 직무범죄이나, 증뢰죄는 공무집행을 방해하는 범죄로서 대부분 수뢰죄보다 가볍게 처벌하거나 처벌하지 않는 입법례도 있다는 점 등을 들어 수뢰죄와 증뢰죄가 그 성질을 달리하는 별개의 범죄라는 "독립범죄설"이 있다.[297] 그러나 다수설은 뇌물의 수수, 공여, 약속의 경우 수뢰죄와 증뢰죄는 필요적 공범이나, 뇌물의 요구나, 공여의 의사표시는 어느 일방의 행위로도 성립되는 독립범죄라는 "병합설(이원설)"도 있다.[298]

이에 대하여 상법 제630조 제1항은 업무집행 관련자가 부정한 청탁을 받고 재산상의 이익을 수수, 요구, 약속한 경우로 독직수재죄를, 동조 제2항은 누구나 제1항의 이익을 약속, 공여 또는 공여의 의사를 표시한 경우로 독직증재죄를 각 규정하여 해석상 형법상의 뇌물죄와 같다고 할 수 있다. 그러므로 재산상의 이익을 수수, 공여, 약속의 경우 수재자와 증재자의 양방향 의사로 성립되는 범죄로 필요적 공범관계로 보아야 한다. 그러나 이익의 요구, 공여의 의사표시와 같이 어느 일방의 행위로 성립되는 독립범죄는 필요적 공범이라고 할 수 없다. 따라서 상법상 독직수재자와 독직증재자 역시 형법상 뇌물죄의 수뢰자와 증뢰자와 같이 병합설(이원설)이 타당하다고 본다.

수뢰와 증뢰가 필요적 공범관계에 있으면 공무원은 수뢰죄로, 증뢰자는 증뢰죄로 각 처벌된다. 그러나 외부 관여자는 공범규정이 적용되므로 가공형태에 따라 공동정범, 교사범, 종범이 된다. 또한 독립범죄인 뇌물 요구죄에 공무원 아닌 자가 가담하면 형법 제33조 본문이 적용되어 가공형태에 따라 공동정범, 교사범, 종범이 되지만, 제3자가

294) 임종헌 외, 「부동산등기실무(Ⅲ권)」, 법원행정처, 2007, 405면.
295) 표성수, 상게논문, 184면.
296) 대법원 1971. 3. 9. 선고 70도2536 판결 : 뇌물수수죄는 필요적 공범으로 형법총칙의 공범이 아니다 ; 대법원 1987. 12. 22. 선고 87도1699호 판결 ; 이정원, 「형법각론」, 법지사, 2000, 757면.
297) 정영석, 「형법각론」, 법문사, 1987, 46면.
298) 배종대, 상게서, 847-848면 ; 이재상, 상게서, 721면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

증뢰의 의사표시에 가담한 경우에는 형법 제33조는 적용되지 않고 가공형태에 따라 뇌물공여죄(형법 제133조)의 공동정범, 교사범, 종범이 된다.[299] 그러므로 독직죄에 가담한 공범의 경우도 형법 제30조 내지 제34조 규정에 따라야 할 것이다.

형법상 뇌물죄의 행위주체는 "공무원 또는 중재인"이다. 여기서 공무원은 법령에 의하여 국가 또는 지방자치단체의 사무에 종사하는 자를 말하는 것으로 단순노무종사자로서 고용직 공무원은 제외되며, 현재 공무원으로서 신분을 가지고 있을 것을 요한다. 또한 중재인은 노동조합 및 노동관계조정법 등에 의한 중재인과 같이 법령에 의해 중재직무를 담당하는 자를 일컫는 것으로 사적인 조정자는 본죄의 중재인이라 할 수 없으며, 현재 중재인의 지위에 있는 자를 말한다.[300] 또한 정부관리 기업체 간부직원(특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제4조)과 지방공사와 지방공단의 임직원(지방공기업법 제83조)도 공무원으로 의제하여 그 범위를 확대한다.[301]

형법상 증뢰죄는 공무원 또는 중재인에게 직무와 관련하여 뇌물을 공여하거나 공여의 의사표시를 하거나 또는 공여하기로 약속함으로써 성립한다(형법 제133조 제1항). 또한 수뢰행위와 공범관계에 있는 증뢰행위를 별도로 처벌하는 규정으로 행위주체는 공무원이나 중재인과 같은 신분범에 의하여 성립할 수도 있고 또 공무원이나 중재인 이외의 일반인에 의해 이루어질 수 있는 범죄이므로 그 행위 주체는 비신분범이다.

이에 대하여 상법 제630조 제1항은 형법상 뇌물죄에서 보는 바와 같이 '재산상의 이익을 수수하는 범죄'로 행위주체는 회사에서 일정한 신분을 가진 업무집행자 및 이와 관련된 업무집행 관련자에 대하여 상법에서 열거하고 있는 진정신분범죄이다. 또한 동조 제2항의 부정한 이익을 공여하는 범죄의 행위주체에는 제한을 두지 않으므로 회사의 구성원이나 회사 외부인, 회사와 관련 없는 자도 행위 주체가 될 수 있다는 점에서 볼 때, 형법 제133조 제1항 증뢰죄와 같이 본죄의 행위주체에는 제한이 없는 비신분범이다.[302]

형법상 뇌물죄는 가장 중요한 요소로 뇌물을 들고 있다. 뇌물은 "직무에 관한 부당한 이익"이며, 뇌물과 직무사이 인과관계가 필수 요건이다. 뇌물죄가 성립하기 위한 행위는 직무에 관한 부당한 이익으로서 '뇌물'을 수수, 요구, 약속하는 행위로 정의한다.[303] 여기서 '수수'는 뇌물을 취득하는 행위로 유형의 재물은 점유 취득하는 것이며,

---

299) 배종대, 상게서, 848면 ; 이재상, 상게서, 722면.
300) 배종대, 상게서, 854면 ; 이재상, 상게서, 727면.
301) 박봉진, "공무원뇌물범죄와 대응방안", 『법학연구』 제51집, 한국법학회, 2013, 384면 ; 이재상, 상게서, 727면.
302) 이재상, 상게서, 738면 ; 배종대, 상게서, 863면.
303) 신지윤, "판결문에 나타난 공무원 뇌물죄 판단의 변화 과정", 서울대학교 석사학위논문, 2014, 16면(뇌물죄를 규정하는 형법 어디에도 뇌물에 대한 규정이 존재하지 않는다. 그러므로 뇌물은 구체적 사안에 따

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

무형이익은 현실적으로 이익을 향수하는 행위이다. 따라서 영득의사 없이 반환 목적으로 잠시 받아두는 경우는 수수라고 할 수 없다. 반면 영득의 의사로 받았으나, 이후 심경의 변화로 반환하더라도 본죄의 성립에 영향이 없다. 또한 수수의 방법에는 제한이 없으므로 제3자에 의한 수수, 정치나 선거 자금, 축의금, 떡값 및 사교적 의례 형식으로 제공한 음식과 향응을 받는 것도 수수에 해당한다.[304] '요구'는 뇌물취득의 의사로 상대방에게 뇌물의 공여를 청구하는 행위이다. 그러나 현실적인 공여와 공여자의 공여의사는 문제되지 않는다.[305] '약속'이란 뇌물을 주고받을 당사자가 뇌물의 수수를 합의하는 행위로서 약속의 이행여부와는 상관없다. 형법상 증뢰죄(제133조)는 뇌물을 약속, 공여의 의사표시, 공여를 약속함으로써 성립하는 범죄이다.

이에 대하여 상법 제630조 제1항 독직수재죄는 행위주체가 부정한 청탁을 받고 재산상의 이익을 수수, 요구, 또는 약속하는 행위로 부정한 이익을 수수하는 행위이고, 동조 제2항 독직증재죄는 그 이익을 약속, 공여 또는 공여의 의사 표시로서 부정한 이익을 공여하는 행위태양을 규정한다. 형법상 뇌물죄에 있어서 증·수뢰자의 행위와 같다고 본다. "직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재산상의 이익"을 얻는 범죄행위를 태양으로 하고 있으므로 이에 대한 인식·의욕이 있어야 하며, 제2항은 부정한 이익을 약속, 공여 또는 공여의 의사를 표시하면 족하다.

직무관련성을 살펴보건대 업무집행 관련자들이 그 직책에 따라 담당하는 일체의 직무행위 및 그 직무행위와 밀접한 관련 업무를 의미한다. 직무관련성에 관해서는 공무원마다 그 직무와 권한이 다를 것이므로 구체적 사건에서 이를 판단해야 한다. 또한 직무행위와 밀접한 관계가 있다는 것이란 직무상의 지위를 이용하거나 그 직무에 관한 힘을 이용하여 업무의 공정성을 저해하거나 상당한 영향을 미치는 행위이다.[306] 그러므로 업무집행 관련자가 그 직책에 따라 담당하는 일체의 직무행위 및 그 직무행위와 밀접한 관계가 있는 업무를 의미한다.

직무행위와 밀접한 관계가 있다는 것이란 직무상의 지위를 이용하거나 그 직무에 관한 힘을 이용하여 업무의 공정성에 영향을 미치는 행위이다. 결국 직무에 따른 권한에 의하여 직무 범위가 정하여지며, 직무행위는 업무집행 관련자가 그 직위에 따른 권한사항으로서의 모든 업무행위를 일컫는 것으로서 구체적인 업무범위는 법령, 정관, 사규

라 법원에서 선물과 후원금, 기부금, 음식물 접대 등이 뇌물이 될 것인지 판단되어야 할 것이며, 이는 상법상 독직죄의 부정한 이익의 구분도 같다고 생각된다); 배종대, 상게서, 855면; 이재상, 상게서, 727면.

304) 대법원 1967. 10. 31. 선고 67도1123 판결; 배종대, 상게서, 855면.

305) 대법원 2001. 9. 18. 선고 2000도5438 판결.

306) 이재상, 상게서, 723면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

및 위임, 주주총회나 사원총회의 결의 등에 의하여 결정되며,[307] 이러한 직무행위의 대가로 재산상 이익이 제공되어야 한다.[308] 상법상 독직죄의 행위주체의 직무가 각각 다르므로 구체적 사건에서 직무관련성 여부를 검토해야 할 것이다.

한편 형법상 뇌물죄의 직무범위에 대한 판례는 법령상 관장하는 직무행위뿐만 아니라 그 직무와 관련하여 사실상 처리하고 있는 행위 및 결정권자를 보좌하거나 영향을 줄 수 있는 직무행위도 포함한다는 점[309]에 비추어 보면, 상법상 독직죄에도 적용 가능하다고 할 것이므로 직무는 업무집행 관련자가 직접 결제를 하는 권한 있는 업무는 물론 상사의 직무행위보조행위, 본연의 업무와 밀접한 관계에 있는 범위 내의 직무도 포함될 수 있다. 다만 다른 사람의 직무에 포함되는 직무에 관하여 알선하는 알선수뢰 행위, 업무집행 관련자가 될 자가 사전에 부정한 청탁을 받고 재산적 이익을 얻는 행위, 제3자에게 재산적 이익을 공여하게 하거나 요구, 약속하는 행위, 업무집행 관련자의 부정행위 후 재산적 이익을 얻는 사후수뢰 행위 등은 독직죄보다 경하거나 용인할 수 있는 행위가 아님에도 불구하고 이를 처벌할 수 있는 규정이 없으므로 결국 이는 입법의 불비라 할 것이다.

형법상 뇌물죄에서 '청탁'이라 함은 일정한 행위를 작위 또는 부작위 하도록 부탁 의뢰하는 행위로 어느 정도 구체성을 가져야 하며, 직무관련성과 대가성을 요구한다.[310] 그러나 상법상 독직죄에서 '부정한 청탁'이라 함은 내용이나 절차가 법령에 위반하는 청탁은 물론이고 사회상규와 신의성실의 원칙, 충실의 원칙에 반하는 내용의 청탁을 말한다.[311] 또한 형법상 뇌물죄의 '청탁'은 반드시 명시적일 필요는 없고 묵시적 승낙도 가능하다.[312] 그러나 상법상 독직죄에서의 '부정한 청탁'이라 함은 직무에 관한 부정한 청탁이어야 하나, 부정행위가 실현될 것까지를 요구하지는 않는다고 할 것이다. 그러므로 형법상 뇌물죄에서의 청탁과 상법상 독직죄에서의 청탁에 관한 해석에 있어 다소 차이가 있어 보인다.

상법상 발기인, 이사 기타 임원의 독직죄에서는 청탁의 내용이 부정한 직무행위일 것을 요구함으로 영업담당이사가 경리업무나 인사업무에 관한 청탁의 대가로 금품을

---

307) 송호신, 전게논문, 148면.
308) 김대홍, "전통 형법상 뇌물죄 구성요건의 시사점", 『법조』 제62권 제3호, 법조협회, 2013, 1면.
309) 대법원 2002. 5. 10. 선고 2000도22511 판결 ; 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003도1060 판결 ; 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010도17797 판결.
310) 서태경, 전게논문, 298면.
311) 대법원 2005. 11. 4. 선고 2004도6646 판결.
312) 대법원 1998. 6. 9. 선고 96도837 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

받은 경우 독직죄로 처벌할 수 없다.[313] 그러나 이와 같은 경우는 대규모회사와 같이 그 직무 분담이 잘되어 있는 경우는 당연한 결론일 수 있으나, 사실 소규모 회사의 경우는 형식상 직무를 분담하고 있을 뿐이고, 실질적으로는 업무를 혼용하여 담당하는 경우가 대부분이라 할 것이므로 회사의 규모 및 업무형태 등 구체적 사례에 따라 판단하여야 할 것이다.

또한 '청탁을 받고'란 청탁에 대하여 명시적, 묵시적 승낙을 말한다. 그러므로 청탁의 내용 역시 어느 정도 구체적이고 특정한 직무행위에 관한 것임을 요한다고 할 것이다. 우리 대법원은 막연히 편의와 선처를 바란다는 부탁 정도는 본죄에서 말하는 부정한 청탁에 해당하지 않는다고 본다.[314]

상법상 독직죄의 수재자와 증재자는 평소 업무와 관련하여 상당한 신뢰와 유대관계가 있고 그 직무와 관련하여 이익의 정도를 가늠할 수 있는 자들로서 단순한 편의와 선처만으로도 상당한 이권에 참여하거나, 이익을 향유할 수 있는 가능성이 얼마든지 있다. 또한 각자의 업무에 있어 그 특성을 잘 알 수 있는 자들이고, 지속적 거래관계에 있었던 자들로서 서로 묵언으로 청탁하거나 의사를 교감할 수도 있을 것이며 이를 구체적으로 표현하여 현실적인 결과로 나타나도록 할 필요나 이유도 없는 경우가 많다. 따라서 이와 같이 외형으로는 단순한 편의와 선처로 보일 수 있으나 그 이면에는 상당한 경제적 이익이 오고갈 수 있을 것이므로 보다 엄격하고 구체적으로 판단하여야 한다.

'재산상의 이익'이란 부정한 청탁을 받고 부당한 이익 내지 불법한 보수를 얻는 것으로 대가 관계가 있어야 한다고 본다. 또한 '이익'이란 수령자의 경제적, 법률적, 인격적 지위를 유리하게 하는 것으로서, 재산적 이익뿐만 아니라 일체의 유형·무형의 이익을 포함한다 할 것이다. 그러나 뇌물죄에 있어서의 뇌물보다 좁은 개념[315]으로 경제상의 가치가 있는 이익을 금전가치로 환산할 수 있는 이익이면 유·무형을 불문한다.

형법상 뇌물죄에서와 같이 차용금, 물건과 같은 금품제공, 주식을 액면가로 매수하여 얻게 된 투기사업에 참여할 기회, 향후 개발이 예정되어 가격이 상승할 토지를 매수하는 등의 무형의 이익, 프리미엄, 금융소비대차계약에 의한 금융이익, 향응제공 또는 이

313) 양동석·김현식, 전게서, 75면.

314) 대법원 1980. 4. 8. 선고 79도3108 판결; "금품을 받을 당시 한국산업은행 본점 기획부 제2과장의 직에 있었는데 동 제2과에 분장된 사무는 본건 산업시설자금 및 기계국산화자금의 융자승인 및 공사기성고에 따른 대출 등과 같은 업무와는 아무런 관련성이 없고 위 융자승인 및 대출과 관련하여 특단의 임무수행을 지위 받은 책임도 있지 아니한 사실을 인정할 수 있다고 인정함으로써 금품을 받는 것이 직무와 관련이 있다고 할 수 없다."

315) 서태경, 전게논문, 299면; 단적으로 말하면 금전가치로 환산할 수 있는 이익을 말한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

성간의 정교, 성교행위 등 원래 유상으로 해야 할 것을 무상으로 또는 적은 가격으로 제공받았다면 재산상의 이익을 취한 것으로 본다.[316] 다만 재산상의 이익은 부정한 청탁과 관련된 것이야 한다.[317]

그러므로 단순한 지위를 제공하였으나 그것이 재산상의 이익이 따르는 것이 아니라고 한다면 재산상의 이익에 포함되지 않을 수도 있다. 그러나 재산적 이익을 받는 대가로 직무집행을 할 의사가 있을 필요는 없고 또 회사에 손해를 가하거나, 재산상 피해가 발생할 것까지 요구하지는 않는다. '공여'는 현실적 취득이 없더라도 상대방이 이를 취득할 수 있는 상태에 두면 족하며 또 '공여의 의사표시'는 상대방에게 뇌물을 공여하려는 명시 또는 묵시의 의사를 표시하는 것이다.[318] 의사표시의 상대방은 제1항의 행위주체에 한하지 않는다고 볼 때, 이해관계인이나 가족 및 회사 관계인에게도 할 수 있다. 약속만으로 이루어진 경우에는 요구, 약속만으로 기수에 이르고, 수수의 경우에는 현실적으로 취득할 때, 곧 부동산의 소유권이전등기를 경료한 때, 회원권의 명의를 변경한 때 기수에 이른다.[319]

마. 주관적 구성요건

행위자의 내심에 속하는 상황, 행위자의 관념에 속하는 심리적·정신적 구성요건 상황으로 고의범의 구성요건적 고의, 과실범의 주의의무위반, 목적범의 목적, 거동범의 거동, 경향범의 경향, 재산범죄의 불법영득의사 등이 주관적 구성요건요소이다.[320] 형법상 뇌물죄는 고의범으로 직무에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한다는 사실에 대한 인식과 의욕이 있어야 한다.[321] 목적물이 뇌물이라는 인식과 그것이 직무의 대가라는 인식이 필요하다. 그렇다고 하여 뇌물을 받는 대가로 직무집행을 할 의사까지 필요로 하지 않는다.[322]

상법 제630조 발기인, 이사 기타 임원의 독직죄도 형법상 뇌물죄와 같이 고의범이다. 그러므로 부정한 청탁을 받고 재산상의 이익을 수수, 요구 또는 약속한다는 사실 및

316) 배종대, 전게 형법각론, 850면.
317) 한석훈, 전게서, 369면.
318) 송호신, 전게논문, 156면 ; 양동석 · 김현식, 상게서, 76면.
319) 대법원 1999. 1. 29. 선고 98도4182 판결.
320) 배종대, 상게서, 230면 ; 이재상 외 2, 전게서, 109면.
321) 배종대, 상게서, 848-850면 ; 대법원 2001. 10. 12. 선고 2001도3579 판결.
322) 배종대, 상게서, 841면 ; 이재상 전게서, 729면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

부정한 이익을 약속, 공여 또는 공여하겠다는 의사표시에 대한 고의로서 인식과 의욕이 필요하다.[323] 형법상 뇌물죄에서 부정한 이익을 공여한다는 의사표시만으로도 족하고 상대방이 이에 응하였는가는 범죄성립에 영향이 없으며, 그 의사표시가 상대방에게 도달하지 않은 경우는 뇌물공여죄가 성립하지 않는다고 보는 것과 같이[324] 본죄도 동일하게 해석할 수 있을 것이다.

또한 뇌물공여의 의사표시는 수뢰자의 가족에게 표시된 경우도 범죄성립에는 영향이 없다. 또한 수뢰자가 수령한 재산상의 이익이 뇌물의 성질을 갖는다는 사실의 인식여부는 증뢰죄의 성부에 관계가 없다고 보아야 한다.[325] 그리고 이익의 대가로 수뢰자에게 직무집행을 할 의사가 있을 필요까지는 없다. 그러므로 형법의 뇌물죄와 상법의 독직죄를 처벌하기 위하여서는 부정한 청탁과 그 대가로써 재산상의 이익을 받는다는 사실에 대한 범의가 필요하다고 할 것이다. 그러나 회사의 손해 발생까지를 요구하지는 않는다 할 것이다.[326]

형법 제129조 제1항 수뢰죄는 상법 제630조 제1항 독직수재죄와 형법 제133조 제1항 증뢰죄는 상법 제630조 제2항 독직증재죄와 그 구조 및 성격이 서로 같다고 보아야 할 것이다. 그러므로 뇌물죄에서 영득의 의사로 뇌물을 수령한 이상 그 액수가 예상한 것보다 많은 액수여서 후에 이를 반환하였더라도 뇌물죄의 성립에는 영향이 없다는 판례[327]와 동일하게 해석할 수 있을 것이다.

바. 판례의 동향

상법 제630조에서 발기인, 이사 기타 임원의 독직죄에 관한 처벌을 정하고 있지만 그 내용이 너무 복잡하여 형법 등의 다른 법률에 비하여 실효성이 떨어지고 있는 것이 사실이다. 상법학계에서도 이사 등 임원의 민사책임에 관한 연구는 상당히 활발하게 연구를 진행하여 왔으나, 독직죄의 형사책임을 물어서 행정목적을 달성하려는 측면의 연구는 소홀하였다. 이에 따라 법원도 독직죄의 복잡성으로 인하여 그 적용을 외면하고 연구가 활발한 형법상의 배임수재죄(제357조 제1항)나 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(제4조)을 적용하여 이 문제를 해결하고자 하였다.

---

323) 양동석・김현식, 상게서, 76면 ; 한석훈, 상게서, 371면.
324) 배종대, 상게서, 857면.
325) 배종대, 상게서, 863면 ; 대법원 1968. 10. 8. 선고 68도1066 판결.
326) 노태철, “금융기관의 부실에 대한 임원의 법적책임에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2012, 100면.
327) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006도9182 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

주식회사의 영업담당 상무이사가 상법 제630조 제1항 소정의 주식회사 이사의 독직죄의 구성요건에 해당하는 범죄를 저질렀는데도 검사가 위 영업담당 상무이사를 형법 제357조 제1항 소정의 타인의 사무를 처리하는 자로 보고 형법상 배임수재사실로 공소를 제기하였음이 기록상 분명하므로 형법 제357조의 제1항의 구성요건에 해당한다고 단정 처단한 원심의 조처는 정당하고 거기에 의율착오나 법리의 오해의 위법이 있다고 인정할 수 없다는 판례[328]가 있다. 또 농업협동조합중앙회는 국민경제 및 산업에 중대한 영향을 미치고 있고 업무의 공공성이 현저하여 국가가 법령이 정하는 바에 따른 지도·감독을 통하여 그 운영 전반에 관하여 실질적인 지배력을 행사하고 있는 기업체로서 소정의 정부관리기업체에 해당한다고 보기에 충분하다. 따라서 농업협동조합중앙회를 '정부관리기업체'의 하나로 규정한 것이 위임입법의 한계를 벗어난 것으로서 위헌·위법이라고 할 수 없다고 한 판례[329]도 있다.

사. 법정형의 비교

형법 제129조 제1항 수뢰죄는 "5년 이하의 징역 10년 이하의 자격정지"에 처하며, 동법 제133조 제1항 증뢰죄는 "5년 이하의 징역 또는 2,000만 원 이하의 벌금"에 처한다고 규정하여 수뢰죄를 증뢰죄보다 중하게 처벌하고 있다. 반면, 상법 제630조 발기인, 이사 기타 임원의 독직죄는 "5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금"에 처한다고 규정하여 수재범죄나 증재범죄를 동일하게 처벌한다. 그러나 발기인, 이사 기타 임원의 독직죄에서 이사 등 임원이 자신의 업무처리와 관련하여 부정한 재산적 이익을 수수할 목적으로 행하는 진정신분범(신분관계로 인하여 비로소 범죄가 성립하는 범죄유형)과 단순히 부정한 이익을 약속, 공여 또는 공여의 의사표시만을 한 비신분자를 동일하게 처벌하는 규정에는 의문이 있다.[330]

따라서 독직수재죄와 독직증재죄의 처벌규정을 형법상 뇌물죄와 같이 차등을 두어야 할 것이다. 그리고 독직증재죄에 있어서도 신분 있는 자 곧 신분관계로 인하여 형의

---

328) 대법원 1975. 6. 24. 선고 70도2660 판결.
329) 대법원 2007. 11. 30. 선고 2007도6556 판결.
330) 송호신, 전게논문 157면 ; 상법 제630조 규정이 모델로 삼은 일본의 경우 처음 상법 제493조에서는 우리 사업의 경우처럼 독직수재죄와 독직증재죄의 법정형을 동일하게 규정하였으나, 이 규정을 이어받은 일본 회사법 제967조에서는 독직수재죄는 5년 이하의 징역 또는 500만 엔 이하의 벌금에 처하고 있으며, 독직증재죄는 3년 이하의 징역 또는 300만 엔 이하의 벌금에 처하고 있다. 우리 상법의 벌칙 규정(제630조)의 경우도 독직증재죄와 독직수재죄의 각 법정형에 차등을 두어야 한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

경중이 있는 범죄유형인[331] 부진정신분범은 가중 처벌하는 것이 타당하다고 본다.

이사 등 임원이 자신의 업무와 관련하여 부정한 재산적 이익을 수수하는 경우와 직무 관련성이 전혀 없는 자가 단순히 공여의 의사표시만 한 경우를 같은 형량으로 처벌하는 것은 이사 등 임원들을 열거하여 법정하는 이유를 설명하기에 부족하다. 또한 이사 등 임원은 회사의 이익을 위하여 최선의 노력을 하여야 할 선량한 관리자로서의 주의의무가 있는 자이고, 공정한 업무수행과 보다 청렴하여야 할 주의의무가 일반인보다 더 높다 할 것이므로 마땅히 증뢰자보다 수뢰자를 더 중하게 처벌하는 것이 타당하다고 본다.

또한 형법상 뇌물죄의 행위 주체인 공무원과 중재인은 국민과 국가에 봉사자적 지위에 있으며, 상법상 독직죄의 행위주체인 업무집행 관련자들은 회사의 이익과 공정한 경쟁 등을 근간으로 국민경제와 경제발전에 밀접한 영향이 있는 자들로서 1,500만 원의 벌금으로 과연 범죄억제의 효과가 있을지도 의문이다. 그러므로 최소한 형법상의 뇌물죄와 동등하게 하거나, 상법상 독직죄를 중하게 처벌하는 방향으로 법률을 개정할 필요성이 있다고 생각된다.

한편 상법 제632조는 형법상 뇌물죄와 같이 상법 제630조 발기인, 이사 기타 임원의 독직죄에 대하여 징역과 벌금의 병과를, 상법 제633조는 범인이 수수한 이익은 몰수하고[332] 그 전부 또는 일부의 몰수가 불능한 때에는 그 가액을 추징한다고 각 규정하고 있다. 이는 이사 등 임원이 자신의 직무와 관련하여 부정하게 얻은 이익을 사용·수익하거나 보유하지 못하도록 하고자 하는데 그 취지가 있다고 할 것이므로 추징의 실효성 확보 및 강화하는 방향으로 법률을 보완하여야 할 필요성이 있다.

회사 임원의 업무집행은 경우에 따라서는 은밀하고 광범위하면서도 특정한 이익집단 내부(회사)에서 자행되기 때문에 일반인이나 수사기관이 파악할 수도 없고 또 외부에 알려지는 경우도 거의 없을 뿐만 아니라 수사기관이 이를 첩보하였다고 하더라도 수사기관이 회사의 업무 및 경영권에 대한 수사를 하는 것이 매우 어려운 실정이다.[333] 따라서 고소·고발을 적극적으로 장려하고 또 고소·고발인의 신변보호제도 등을 강화하는 등 부수적 제도의 보완이 필요하다.

현행 상법상 독직죄에 관한 규정은 행위주체나 구성요건, 처벌 등에 관하여 해석이

---

331) 신동운, 「형법총론(제8판)」, 법문사, 2015, 106면.

332) 대법원 2006. 11. 23.선고 2006도5586 판결 : 형법 제48조 제1항의 '범인'에는 공범자도 포함되므로 피고인의 소유물은 물론 공범자의 소유물도 그 공범자의 소추여부를 불문하고 몰수할 수 있고, 여기에서 공범자에는 공동정범, 교사범, 방조범에 해당하는 자는 물론 필요적 공범관계에 있는 자도 포함된다.); 서울중앙지방법원 2006. 7. 19. 선고 2005노3756 판결.

333) 서울중앙지방법원 2006. 7. 19. 선고 2005노3756 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

복잡하거나 애매한 내용이 많고 중요부분이 입법적으로 누락되어 있거나, 그 실효성 제고를 위한 제도적 보완이 없어서 현실성이 떨어진다. 따라서 법조계나 학계에서는 상법상의 독직죄에 관한 규정의 적용을 회피하고 쉽고 간편한 다른 법률을 통하여 문제를 해결하고자 할 것이다.[334] 그러므로 상법의 내용을 개정하여 법제를 정비함으로서 이에 관련된 범죄행위를 예방하거나 상법 제630조의 적용을 용이하게 하여야 한다.

먼저 행위주체에 관하여 현행 규정 외에도 상법 제401조의2 업무집행지시자 등의 책임에 의한 사실상의 이사를 추가하여야 한다. 법률상의 이사는 아니지만 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사로서의 기능을 수행하는 자로서 업무집행지시자, 이사가 아니면서 이사의 이름으로 직접 업무를 집행하는 자, 이사가 아니면서 명예회장, 회장, 사장, 부사장, 전무, 상무 기타 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행하는 자는 본죄의 주체가 되어야 할 것이다. 지배주주에 의하여 회사경영이 왜곡되고 범죄행위가 자행되는 우리나라의 특수성을 반영하여야 할 필요성이 있기 때문이다.[335]

또한 상법 제630조는 다수인이 함께 모의, 교사, 묵인 등의 행위가 있고 공동으로 실현할 수 있는 복잡한 양상의 범죄이다. 따라서 당연히 상법에 이러한 범죄유형이나 공범이론을 구체화, 명확화 할 필요가 있다. 특히 교사의 경우는 상사의 부당한 압력이 작용할 수 있으므로 명문으로 그 처벌을 엄중히 하는 규정을 둘 필요가 있다. 그 외에도 제3자에게 이익을 제공하는 경우, 부정처사후독직수재행위의 경우, 알선수재, 사전·사후의 수재 등까지 법제를 정비할 필요성이 있다.

나아가 본죄의 행위주체는 신분 있는 자연인이지만 이들의 범죄행위로 얻은 수익의 전부나 일부가 회사의 이익을 도모하거나 기타 회사의 이익과 관련하여 독직죄가 행하여졌다고 한다면 행위자의 처벌은 물론 회사의 형사책임도 인정할 수 있도록 상법 제634조의3 양벌규정에 본죄의 경우를 포함시켜야 할 것으로 생각한다. 다만 회사가 그 범죄행위를 방지하기 위해서 해당업무에 관한 상당한 주의와 감독을 한 경우에는 그러하지 아니할 것이다. 이러한 양벌규정의 입법취지는 벌칙규정의 실효성을 확보하기 위한 것이다.[336]

---

334) 송호신, 상게논문, 2면.
335) 양동석, 전게서, 358면.
336) 대법원 2010. 4. 29.선고 2009도 7017 판결 : 상호저축은행법(2007. 7. 19. 법률 제8522호로 개정되어 2008. 1. 20.부터 시행된 것) 제39조의2에 정한 양벌규정은, 당해 업무를 실제로 집행하는 자가 있는 때에 벌칙규정의 실효성을 확보하기 위하여 그 적용대상자를 당해 업무를 실제로 집행하는 자에게까지 확장함으로써 그러한 자가 당해 업무집행과 관련하여 위 벌칙규정의 위반행위를 한 경우 위

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

상법상 독직죄의 행위주체는 회사에게 선량한 관리자의 주의의무 및 충실의무를 부담하고 있음에도 회사의 이익에 반한 독직행위를 하여서 상당한 금전적 대가를 목적으로 하는 범죄이므로 그만큼 회사에 물질적 피해를 부담시키는 범죄이다. 즉, 부당한 이득을 제공하는 자는 자신이 제공한 부정한 대가의 회수나 이에 상응하는 이익을 추구함은 물론 부당한 이익을 수수한 자도 역시나 이에 상응하는 편의나 특혜를 보장해 주어야 할 것이므로 결국 불공정 거래는 부실한 공사나 불량제품을 양산하는 원인이 될 것이므로 이는 곧 회사의 재산적 손해 원인이 될 것이다. 그러므로 벌금을 대폭 인상하여야 할 필요성이 있다.

상법상 독직죄를 범한 자에 대하여서 자격상실 또는 자격정지를 병과 할 수 있도록 법률을 정비하여 향후 동일한 업무를 담당하지 못하도록 엄격히 제한하여 공정한 거래와 경제 질서 유지의 기반을 다져야 할 것이다. 또한 이 범죄행위는 회사 내부의 업무집행 관련자, 특히 업무결정권자들에 의하여 자행되는 경우가 상당하기 때문에 암수범죄가 많다. 그리고 본죄는 대향범으로 받는 자와 제공하는 자가 있기 마련으로 이들에 대하여 자수나 자백을 하는 경우에는 형을 감경 또는 유예하는 규정을 신설한다면 상호 견제, 억제 기능을 보강하여 암수범죄를 줄일 수 있을 것이다.

그리고 회사법상 이사 등 임원의 직무범위 등은 매우 광범위하여 파악하기 어렵기 때문에 실효성을 제공하기 위해서는 고소고발자의 신변을 보호하고 또 익명으로 신고할 수 있는 제도, 기관 및 전담수사기관을 설치하여 건전하고 공정한 경제 질서 위에서 회사가 자율 경쟁하며 공정·청렴한 기업윤리 의식을 고취할 수 있도록 제도적 보장을 하여야 할 필요가 있다.

몰수와 추징을 위한 실효성 있는 방안을 학제적으로 연구하여 상법상 독직죄에 적극 활용하여야 한다. 몰수와 추징은 범죄행위와 관련된 재산권을 보상 없이 국고에 귀속시키는 형사제재이지만, 그 동안 형사법계에서도 실효성이 없다는 비판을 받았다.[337]

양벌규정에 의하여 처벌할 수 있도록 한 행위자의 처벌규정임과 동시에 그 위반행위의 이익귀속주체인 상호저축은행에 대한 처벌규정이라 할 것이다. 따라서 2007. 7. 19. 법률 제8522호로 개정된 위 법 제39조 제3항 제4의2호에서 같은 법 제12조 제1항을 위반한 경우 그 벌칙을 규정함에 있어 그 문언이 '법 제12조 제1항을 위반한 자'에서 '법 제12조 제1항을 위반한 상호저축은행'으로 바뀌었다 하더라도 위 양벌규정의 해석을 달리할 것은 아니다. 위와 같은 법리에 비추어 볼 때, 위 법 개정 이후에도 위 양벌규정에 의하여 같은 법 제12조 제1항을 위반한 행위자 개인에 대한 처벌이 가능한 이상 결국 위 법 제39조 제3항 제4의2호의 개정은 형법 제1조 제2항에서 규정한 '범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 된 경우'에 해당한다고 볼 수 없다.

337) 정웅석, "기업범죄의 범죄수익에 관한 몰수 및 추징의 실효성방안", 『비교형사법연구』 제15권 제2호, 비교형사법연구, 2013, 351-356면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

일반적으로 형사법 분야에서 연구하는 분야이지만, 상법의 각 벌칙조항도 몰수, 추징 등을 규정하고 있기 때문에 기업과 이사 등 임원에 적합한 몰수나 추징에 관한 제도를 연구할 필요성이 있다.

나아가 공무원범죄에 관한 몰수특례법 제2조에서는 몰수의 대상이 되는 불법재산을 수뢰행위로 인하여 얻은 불법수익에 한하지 않고 불법 수익에서 유래한 재산에까지 확대한 것과 같이 상법상 독직죄에서도 이를 준용하거나 법률을 보완하여야 할 것이다.[338] 또한 "공무원범죄에 관한 몰수특례법 시행령에 따른 등기 사무처리지침"에 상법상 독직죄도 준용할 수 있도록 관련 규정을 개정하는 등 실효성 확보를 위하여 법률을 정비할 필요성이 있다.

독직죄의 예방을 위해서는 회사 자체적으로나 관계기관의 윤리교육, 법률교육, 재량권 남용방지 등을 위한 교육이 제도적으로 지속되어야 한다. 그리고 사안의 중대성이나 다발성, 비공개성 등을 감안하여 독립된 수사기관설치, 지속적인 감독, 고발의무부과, 고발자의 신변보호,[339] 돈세탁 행위의 처벌 등의 제도를 지속적으로 운영하여야 한다.[340] 특히 내부범죄 행위에 대한 고발을 활성화하고 또 고발자의 신변과 신분을 보호하는 제도의 운영은 독직죄 예방을 위하여 매우 실효성이 클 것으로 기대된다. 이에 부응하고자 '부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률'과 '공익신고자 보호법'이 제정, 공포되어 부패의 발생을 예방하고 부패행위를 효율적으로 규제함으로써 기본적 권익을 보호하고 행정의 적정성을 확보하며 청렴한 공직 및 건전하고 바른 사회풍토 조성에 이바지함을 목적으로 하고 비밀보장, 신분보장, 신변보호, 신고자 보상과 포상 제도를 두고 있다.[341]

그러나 지금까지는 이와 같은 부수적 제도가 충분히 발달하지 못했기 때문에 반사적 이익을 기대하는 "을"의 입장에서는 감히 부정부패를 고소·고발을 한다는 용기를 낼 수 없었으며 수사당국도 이러한 기대도 없었을 것이다. 가사 이와 같은 범죄행위가 신고 된다고 하더라도 수사 당국에서는 기업 내부에서 발생한 행위에 대한 수사의 어려움과 한계로 인하여 결국 행위자를 처벌하기까지는 상당한 어려움을 겪었던 것도 사실이다.

---

338) 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006도5586 판결.
339) 김선일, "공직자 부정부패 방지를 위한 법적 통제방안", 건양대학교 박사학위논문, 2014, 66면.
340) 박봉진, 전게논문, 396-401면.
341) 김기현, "내부공익신고자 보호제도 개선에 관한 연구" 고려대학교 석사학위논문, 2011, 42면 이하 ; 공공기관이나 공무원뿐만 아니라 민간기업의 부정부패에 대한 사회적 관심과 윤리적 경영에 대한 압력이 증대되면서 제도적 보완에 대한 요구도 증가하게 된다. 더불어 내부신고 또는 제보자가 조직의 배신자로 취급당하는 한국의 상황에서 신고의 활성화를 제고하기 위하여 학계와 관련기관의 연구도 활발해진다. 이에 따라서 정부는 2011. 3. 29. 공직신고자 보호법을 제정 공포하였다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2. 권리행사방해 등에 관한 증·수뢰죄(상법 제631조)

가. 본질과 보호법익

상법 제631조에서 규정하는 권리행사방해 등에 관한 증·수뢰죄는 총회꾼 등에 의한 주주총회의 혼란, 주주나 사채권자의 부정한 권리행사를 방지하고자 주식인수인, 주주 또는 사원, 사채권자 등이 회의에서 발언 또는 의결권을 행사하거나 소의 제기, 소수주주권을 행사함에 있어서 공정하게 권리행사를 할 수 있도록 하고 또 권리행사와 관련하여 부당한 이익 내지 불법한 보수취득을 금지한다.

그리고 누구든지 주식인수인과 주주나 사원 및 사채권자 등의 권리행사와 관련하여 부당한 이익 내지 불법한 보수의 공여도 금지한다. 그러므로 이들이 권리행사와 관련하여 부당한 이익 내지 불법한 보수를 취득하게 되면 수뢰죄로 처벌하고 또 누구든지 이들에게 부당한 이익 내지 불법한 보수를 공여하게 되면 증뢰죄로 처벌한다. 상법 제631조 제1항 권리행사방해 등에 관한 수뢰죄로, 동조 제2항을 권리행사방해 등에 관한 증뢰죄에 대한 규정으로 우리 상법 제정 당시 일본 상법 제494조를 모델로 하여 규정한 것이다.

본죄는 형법 제323조 권리행사방해죄와 제129조 내지 제133조에서 각 규정하는 뇌물범죄를 혼합한 유형의 범죄라고 볼 수 있을 것이다. 그러나 형법 제323조 권리행사방해죄는 그 성격상 순수한 권리의 행사를 방해하는 경우를 처벌하는 범죄이나, 상법 제631조는 “부정한 청탁을 받고 재산상 이익을 수수, 요구 또는 약속 한 자”를 처벌한다는 것으로 결국 권리행사자의 권리행사를 매전 매수하는 경우를 처벌하기 위한 규정으로 상법에만 있는 독특한 규정이다. 그러나 “부정한 청탁”에 대한 판단과 입증이 곤란하고 또한 뇌물을 “재산적 이익”으로 한정하여 적용범위를 제한하고 있어서 총회꾼의 단속 등에 기대하는 효과를 거두지 못하였기 때문에 이에 대한 문제를 해결하고자 상법 제634조의2 주주의 권리행사에 관한 이익공여의 죄를 별도로 규정하고 있다. 그러므로 본죄의 존재 이유가 있는지 의문이 들 수도 있으나 최근 들어 소수주주들이 적극적으로 경영에 참여하는 등 회사의 지배구조에 새로운 변화가 나타나고 있으므로 본죄의 존재가치는 여전하다고 할 것이다.[342]

상법 제631조는 주식인수인, 주주(사원), 사채권자 등이 회의에서 발언 또는 의결권을 행사하거나 소의 제기, 소수주주권을 행사함에 있어서 공정하게 권리행사를 할 수 있

342) 송호신, 전게논문, 159면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

도록 하고 또 권리행사와 관련하여 부당한 이익 내지 불법한 보수취득을 금지하려는 규정이다. 그러므로 본죄의 보호법익은 "주주권, 사채권자의 권리 등 회사의 건전한 운영을 위한 권리행사의 적정"에 있다. 그러나 권리행사가 현실적으로 방해 받거나 그 방해가 구체적 위험의 발생까지를 요구하지는 않으므로 추상적 위험범이다.[343]

나. 행위주체

상법 제631조 제1항은 권리행사방해 등에 관한 수뢰죄를 규정하고 있다. 본죄의 행위주체에 대하여 특별히 명시하고 있지는 않으나, 동항 제1호는 창립총회, 사원총회, 주주총회, 사채권자집회에서 발언 또는 의결권을 행사하는 자로서 창립총회에서의 주식인수인, 사원총회에서의 사원, 주주총회에서의 주주, 사채권자 집회에서의 사채권자이다. 동항 제2호는 회사법상의 각종의 소송을 제기할 수 있는 제소권자와 발행주식 총수의 100분의 1 또는 100분의 3 이상의 주식을 가진 주주로서 주식회사의 소수주주 및 사채총액의 100분의 10 이상의 사채권자로서 소수사채권자, 자본금 100분의 3 이상에 해당하는 출자좌수를 가진 사원으로서 유한회사의 소수사원이다. 동항 제3호는 상법 제402조에 따라 회사의 손해를 예방하기 위하여 이사의 위법행위 유지청구권자로서 감사 또는 발행주식 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 소수주주와 상법 제424조에 따라 위법한 신주발행으로 불이익을 받을 염려가 있는 단독주주로서 유지청구권을 행사하는 주주라고 할 것이다. 전자는 소수주주가 회사의 경영에 참여하여 이사의 위법행위를 사전에 유지시키려는 공익권이며, 후자는 신주발행으로 손해를 입게 되는 주주가 자신의 이익을 위하여 행사하는 자익권이다. 특히 소수주주나 단독주주가 소송을 제기하게 되면 회사의 경영진은 화해나 소의 취하를 목적으로 원고에 거액의 불법한 이익을 회사의 계산으로 교부할 수 있을 것이다. 이것은 주주 등의 건전한 권리행사를 방해하는데 그치지 않고 다른 권리자들의 이익을 해치고 회사 경영의 건전성을 해칠 가능성이 매우 높은 범죄이다.

상법 제631조 제2항은 권리행사방해 등에 관한 증뢰죄에 대한 규정이며, 행위주체는 상법 제631조 제1항에 해당하는 자들에게 부정한 청탁을 하고 재산상의 이익을 약속, 공여 또는 공여의 의사를 표시한 자이다. 본죄의 행위주체는 회사 내외에 있는 자이거나 상법 제631조 제1항에 열거한 자인지 여부를 불분하고 오로지 권리행사방해 등에 관한 증뢰 행위자를 행위주체로 볼 것이므로 신분상 제한은 없다.

---

343) 한석훈, 전게서, 376-377면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다. 구성요건 행위

본죄의 행위주체가 부정한 청탁을 받고 첫째, 창립총회, 사원총회, 주주총회, 사채권자집회에서 각 발언 또는 각 의결권의 행사 둘째, 회사법상의 소의 제기, 발행주식 총수의 100분의 1 또는 100분의 3 이상에 해당하는 주주, 사채총액의 10분의 1 이상에 해당하는 사채권자 또는 자본의 100분의 3 이상에 해당하는 출자좌수를 가진 사원의 권리의 행사 셋째, 이사의 위법행위 유지청구권 또는 신주발행유지청구권의 행사를 함에 있어서 재산상의 이익을 수수, 요구 또는 약속함으로써 성립한다.

여기서 "창립총회"는 주식회사의 모집설립의 경우에 주식인수인이 모두 참석하여 이사와 감사를 선임하고 설립경과를 보고받고 설립을 확정하는 총회이다. 또한 "사원총회"는 주식회사 이외의 합명회사, 합자회사, 유한책임회사, 유한회사의 사원이 회사의 의사를 결정하는 총회이며, 주식회사의 "주주총회"는 상법 또는 정관에 정하는 사항을 의결하는 정기총회와 임시총회를 포함한다.

그리고 상법 제3편에서 정하는 각종 소의 제기, 회사법상 인정되는 주주의 모든 권리행사와 이사의 위법행위에 대한 유지청구권 등의 행위도 포함한다. 그러므로 제소권자, 주식회사의 소수주주 및 소수사채권자, 유한회사의 소수사원은 단독주주권으로 행사하든지 소수주주권으로 행사하든지 회사법상 인정되는 주주의 모든 권리행사와 대표소송에 있어서 본죄가 적용된다는 것이다. 또한 상법 제402조에서 규정한 이사의 위법행위 유지청구권 또는 제424조에서 규정한 주주의 신주발행 유지청구권 등에도 적용된다.

상법 제631조 권리행사방해 등에 관한 증·수뢰죄의 행위태양은 상법 제630조 발기인, 이사 기타의 임원의 독직죄에서 이미 살펴본바와 같으므로 이를 참고한다.

상법 제630조 발기인, 이사 기타의 임원의 독직죄와 상법 제631조 제1항 권리행사방해 등에 관한 수뢰죄와의 관계에서 양죄는 모두 부정한 청탁을 받고 재산상의 이익을 수수하거나 요구 또는 약속하는 행위태양이라는 점에서 동일하다고 할 것이다. 여기서 말하는 "부정한 청탁"은 창립총회, 사원총회, 주주총회, 또는 사채권자 집회에서의 발언 또는 의결권의 행사, 상법 제3편에서 정하는 소의제기, 발행주식 총수의 100분의 1 또는 100분의 3에 해당하는 주주, 사채총액의 100분의 10 이상에 해당하는 사채권자 또는 자본금의 100분의 3 이상에 해당하는 출자좌수를 가진 사원의 권리의 행사, 상법 제402조 또는 제424조에 정하는 권리의 행사와 관련한 청탁을 일컫는 것이다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그리고 동조 제2항의 행위는 행위주체가 이익을 약속, 공여 또는 공여의 의사를 표시를 하는 것이다. 여기서 "공여"란 부정한 이익을 취득하게 제공하는 것이고, 현실적 취득이 없더라도 상대방이 이를 취득할 수 있는 상태에 두면 족하다. 공여의 의사표시는 상대방에게 뇌물을 공여하려는 명시 또는 묵시적으로 의사를 표시하는 것이다. 의사표시의 상대방은 동조 제1항의 행위주체에 한하지 않으며, 그의 처자에게도 할 수 있다. 그리고 "약속"은 동조 제1항의 행위주체의 요구를 승낙하는 경우와 자진하여 공여할 것을 약속하는 경우가 있을 것이다.

라. 주관적 구성요건

상법 제631조 제1항 제1호 내지 3호의 행위를 하는 자가 "부정한 청탁을 받고 재산상의 이익을 수수, 요구 또는 약속하는 행위" 및 위 행위자에게 "부정한 청탁과 관련하여 이익을 약속, 공여 또는 공여의 의사 표시"에 대한 고의 또는 인식이 있어야 하는 고의범이다. 또한 수뢰자와 증뢰자 쌍방이 뇌물성과 부정한 청탁의 인식도 필요로 한다.

그러므로 단순히 주주총회의 의안에 대한 찬성이나 반대의 발언 또는 의결권 행사를 부탁 한다던가 주주총회의 원활한 의사진행을 부탁하는 행위 등은 부정한 청탁이라고 볼 수 없을 것이다. 그리고 적법행위에 대한 부탁이나 권리남용행위를 하지 말아 달라고 부탁하는 것도 부정한 부탁에 해당하지 않을 것이다.

마. 처벌규정

상법 제631조 권리행사방해 등에 관한 증·수뢰죄는 "1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금"으로 처벌하는 규정인 반면, 본죄와 범죄유형이 유사한 상법 제630조 발기인, 이사 기타의 임원의 독직죄는 "5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금"을 법정하고 있다. 발기인, 이사 기타의 임원은 회사의 경영책임자로서 주주나 사원보다 훨씬 높은 청렴의무가 요구된다고 할지라도 이들의 독직죄에 비추어 보면 본죄의 법정형이 상당히 경하다.

또한 형법 제323조 권리행사방해죄 "5년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금"으로 하고 있고, 제129조 수뢰죄는 "5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지", 사전수뢰죄는 "3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지", 제130조 제3자뇌물제공죄는 "5년 이

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지", 제131조 수뢰후부정처사죄는 "1년 이상의 유기징역", 사후수뢰죄는 "5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지", 제132조 알선수뢰죄는 "3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지", 그리고 제133조 뇌물공여등죄는 "5년 이하의 징역 또는 2,000만 원 이하의 벌금"을 규정하고 있다. 이와 같이 형법상의 법정형과 비교하여 보더라도 본죄의 법정형이 경하므로 본조의 처벌형을 상향 개정할 필요성이 있다고 생각된다.

한편 형법상 뇌물관련 범죄에는 징역과 벌금의 병과 규정이 없으나, 본죄는 상법 제630조와 같이 상법 제632조 징역과 벌금의 병과규정을 두고 있어 타당한 입법이라 할 것이다. 그리고 본죄도 형법 제134조와 같이 몰수, 추징(제633조)할 수 있도록 규정하는 것은 바람직 한 입법이다. 다만 상법 제633조에서 제631조 제1항 권리행사방해 등에 관한 수뢰죄의 경우 범인이 수수한 이익을 몰수하거나 전부 또는 일부를 몰수하기 불능한 때에는 그 가액을 추징한다고 규정하여 몰수의 대상이 되는 것은 범인이 수수한 이익이기 때문에 약속 또는 공여의 의사표시만 있는 것이거나 수수하였다가 반환한 이익에 대해서는 몰수할 수 없다고 해석함이 타당하다.

형법상 뇌물범죄로서 형법 제129조 수뢰죄 및 사전수뢰죄, 제130조 제3자 뇌물제공죄, 제131조 수뢰후부정처사죄 및 사후수뢰죄, 제132조 알선수뢰죄는 자격정지의 병과규정을 두고 있으나, 본죄에서는 자격정지의 병과규정이 없다는 점은 법률미비라 할 것이므로 자격정지의 병과규정을 신설하여야 할 것이다.

3. 주주의 권리행사에 관한 이익공여의 죄(제634조의2)

가. 본질과 보호법익

상법 제634조의2 주주의 권리행사에 관한 이익공여의 죄는 종래 총회꾼들에게 금품기타 재산상의 이익을 공여하는 부조리를 제거하여 회사의 이익을 보호하고 올바른 주주권 행사를 확보하여 주주총회의 운영을 정상화 시키려는 의도[344]로 회사가 주주의 권리행사와 관련하여 재산상 이익의 공여 행위를 처벌하기 위하여 마련된 규정이다. 1984년 상법 개정 당시 총회꾼에 의하여 주주총회가 제 기능을 다하지 못하는 경우를 방지하기 위하여 제정된 권리행사 등에 관한 증·수재가 범죄구성요건인 "부정한 청

344) 양동석, 전게서, 236면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

탁"을 증명하기가 쉽지 않고 증·수뢰형 범죄로 규정되어 있어 실효성을 거둘 수 없다는 점에서 "부정한 청탁"을 범죄구성요건으로 하지 않고 또 증·수뢰형 범죄도 아닌 형식으로 상법 제634조의2 주주의 권리행사에 관한 이익공여죄를 신설한 것이다.[345]

제634조의2 제1항은 주식회사의 이사, 집행임원, 감사위원회 위원, 감사, 제386조 제2항, 제407조 제1항 또는 제415조의 직무대행자, 지배인, 그 밖의 사용인이 주주의 권리행사와 관련하여 회사의 계산으로 재산상의 이익을 공여(供與)한 경우를 처벌하는 "주주의 권리행사에 관한 이익공여죄" 규정이다. 동조 제2항은 제1항의 이익을 수수할 경우를 처벌하는 "주주의 권리행사에 관한 이익수수죄"와 제3자에게 이를 공여하게 한 자를 처벌하는 "주주의 권리행사에 관한 제3자 이익공여죄" 규정이다.

상법 제634조의2 주주의 권리행사에 관한 이익공여의 죄는 주주권의 행사와 관련이 없거나 회사의 계산으로 재산상의 이익을 공여하지 않고 이사나 집행임원 등이 자기 개인의 계산으로 이익을 공여한다면 본죄로 처벌할 수 없다. 또한 본죄의 이익공여의 상대방은 주주이거나 그 주주가 지정한 자도 포함되며, 주주의 권리라 함은 자익권과 공익권을 포함된다 할 것이다. 그리고 본죄의 권리행사는 작위에 의한 권리행사뿐만 아니라 부작위 곧 권리의 불행사도 포함된다고 보는 것이 타당하다.

본죄의 보호법익을 "회사운영의 건전성 확보"에 있다는 회사재산보호설[346]과 "주주 권리행사의 적정"으로 보는 주주권 적정행사설,[347] 및 회사재산 낭비방지에 의한 "회사운영의 건전성 확보"와 "주주 권리행사의 적정"을 보호법익으로 보는 병합적 견해로 나뉜다. 또한 병합설은 다시 "회사운영의 건전성 확보"와 "주주 권리행사의 적정"을 선택적(병렬적) 관계로 볼 것인지 또는 중첩적 관계로 볼 것인지로 나누는데, 일본의 경우는 중첩적관계로 보는 것이 유력설이다.[348]

상법 제634조의2 주주의 권리행사에 관한 이익공여죄는 상법 제467조의2 제1항 "회사는 누구에게든지 주주의 권리행사와 관련하여 재산상의 이익을 공여할 수 없다."는 강행규정을 두어 이를 위반한 자는 본죄로 처벌함으로써 제467조의 실효성을 높이고 있다. 본죄는 주식회사의 임직원이 주주의 권리행사와 관련하여 회사의 계산으로 재산상 이익을 공여하는 등의 경우에 성립하는 범죄로서 회사재산 낭비를 통한 주주 권리행사의 왜곡을 방지하고 이를 위반하는 경우 처벌하기 위한 규정이다.

---

345) 한석훈, 전게서, 381면.
346) 권재열, "상법상 이익공여죄에 관한 소고", 『법학연구』 제18권 제3호, 연세대학교 법학연구소, 2008, 133-134면 ; 송호신, 전게논문, 161면 ; 일본의 다수설.
347) 芝原邦爾, 「經濟刑法硏究(上)」, 有斐閣 2005, 156面.
348) 落合誠一 外編, 前揭書, 143-144面.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그러므로 본죄의 보호법익은 궁극적으로 회사재산 낭비방지에 의한 회사운영의 건전성 확보 및 주주 권리행사의 적정을 중첩적으로 보호하려는데 있다는 중첩적보호설이 타당하다고 생각된다. 또한 본죄의 범죄구성 요건상 위 보호법익에 대한 현실적 침해나 구체적 위험 발생을 요건으로 규정하지 않는다는 점에 비추어 볼 때 본죄의 보호정도는 추상적 위험범이다.[349]

나. 행위주체

상법 제634조의2 제1항(주주의 권리행사에 관한 이익공여죄)은 주식회사의 이사, 집행임원, 감사위원회 위원, 감사, 제386조 제2항 · 제407조 제1항 또는 제415조의 직무대행자, 지배인 그 밖의 사용인 등 회사의 업무집행을 실질적으로 담당하는 자만을 행위주체로 규정하고 있는 진정신분범죄로써 이들의 직무 및 그 범위에 관하여서는 앞선 상법 제622조 발기인, 이사 기타의 임원 등의 특별배임죄와 제630조 발기인, 이사 기타의 임원의 독직죄에서 살펴본 바와 동일하다.

상법 제634조의2 제2항(주주의 권리행사에 관한 이익수수죄와 제3자 이익공여죄)은 제1항의 행위주체로부터 특별이익을 수수한 주주 및 제3자에게 이를 공여하게 한 자를 행위주체로 하고 있지만, 주주권 행사와 관련하여서는 이익을 수수하거나 제3자에게 이익을 공여하게 한 주주를 일컫는 것이다.[350]

다. 구성요건 행위

주주의 권리행사와 관련하여 회사의 계산으로 재산상의 이익을 공여하는 행위와 회사의 계산으로 이익을 수수하거나 이를 공여하게 한 행위를 한 경우 처벌한다는 것이므로 주주의 권리행사와 관련이 없으면 처벌할 수 없다. 그러므로 본죄에서 말하는 주주의 권리는 자익권이나 공익권을 불문한다고 볼 것이다. 그리고 회사의 계산으로 재산상의 이익을 공여하였다면 공여자 명의가 누구든지 상관없다고 보는 것이 타당하다.

한편 사용인이 이사나 임원 등의 지시로 본죄의 범죄행위를 하였다고 하여 본죄의 행위주체성을 부인할 수 없다고 할 것이므로 이러한 경우 사용인과 지시자(주주, 임원

349) 한석훈, 상게서, 383-384면.
350) 양동석 · 김현식, 전게서, 83면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

등)는 공동정범이 된다고 보는 견해가 있다.[351] 다만 강요에 의한 행위일 경우에는 형법 제12조를 적용하여 책임성이 조각될 수 있다고 한다. 그리고 법인도 본죄의 행위주체가 될 수 있으므로 상법 제637조를 적용하여야 할 것이나 이에 대한 규정이 없음은 입법의 불비라고 보아야 할 것이다.

여기서 "주주의 권리행사와 관련하여"라 함은 재산상의 이익공여가 주주의 권리행사와 관련하여 이루어질 것을 요구한다. 그러나 주주권의 행사는 작위나 부작위를 불문하고 주주권의 행사의 내용이 위법할 것을 요구하지도 않는다.[352] 또한 "회사의 계산으로"란 재산상 이익의 공여가 결국 회사의 부담이 된다는 것이며, "재산상 이익의 공여"는 경제적 가치로 환산할 수 있는 이익을 의미하는 것으로 독직죄에서 살펴본 "재산상의 이익"의 의미와 같다고 할 것이다.

라. 주관적 구성요건

주주의 권리행사와 관련하여 회사의 계산으로 재산상의 이익을 공여한다는 고의 또는 인식이 행위자에게 있어야 하는 고의범이다. 그러므로 이익을 공여할 당시 공여자 또는 제3자의 재산으로 공여하더라도 이후 그 대가나 공여한 금원 상당을 회사의 계산으로 충당하였다면 회사의 계산으로 재산상의 이익이 공여된 것으로 보아야 할 것이다. 다만 주주권의 행사와 관련이 없거나 회사의 계산으로 재산상의 이익을 공여하지 않고 이사나 집행임원 등이 자기 개인의 계산으로 이익을 공여한다면 본죄로 처벌 할 수 없음은 당연한 결론이다.

마. 처벌규정

형법 제129조(수뢰, 사전수뢰죄) 및 제130조(제3자 뇌물공여죄)의 법정형은 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지인데 비해 본죄의 법정형은 1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금으로 규정하고 있어 전술한 상법 제631조의 권리행사방해 등에 관한 증・수뢰죄에서 고찰한 바와 같이 본죄의 법정형이 비교적 경하다. 그러므로 형법 제129조와 제130조에 맞추어 본죄의 법정형을 상향할 필요성이 있다.

---

351) 한석훈, 상게서, 384면.
352) 한석훈, 상게서, 385면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

또한 본죄는 징역과 벌금의 병과규정 및 추징, 몰수에 관한 준용규정이 없으나, 본죄가 권리행사와 관련하여 회사의 계산으로 재산상의 이익의 공여, 이익의 수수 및 제3자에게 이를 공여하게 하는 등 재산범죄로서의 성격도 강하므로 범죄에 제공되거나 약속된 금원 상당을 추징, 몰수할 수 있는 규정을 신설할 필요가 있다고 본다.

다만, 추징과 몰수는 회사의 재산을 해칠 우려가 크므로 극히 제한적으로 적용하여야 할 것이다. 그리고 형법상 뇌물죄와 같이 신분범죄이므로 행위주체의 신분에 대한 자격정지의 병과규정을 신설하여 범죄 예방적 효과 및 법인의 선관주의무와 충실의무를 기반으로 건전한 기업운영의 기틀을 만들어 나아갈 것으로 기대한다.

제2절 회사의 신용을 해하는 죄

1. 부실보고죄(제626조)

가. 본질과 보호법익

상법 제626조 부실보고죄는 사실이 왜곡되어 외부에 표출됨에 따라 이를 신뢰한 자 등의 손해와 거래의 안정성 등에 대한 폐해를 방지하기 위하여 조직변경에 관한 부실보고를 처벌하고자 입법된 범죄이다. 회사의 업무집행을 담당하는 대표이사, 이사, 집행임원과 감사, 감사위원회 위원 또는 그들의 직무대행자 등이 상법 제604조 제2항에 의거하여 주식회사를 유한회사로 조직변경 하거나, 상법 제607조 제2항에 의거하여 유한회사를 주식회사로 조직변경 하는 경우에 각 회사는 자본금을 충실히 하기 위하여 현존하는 순재산액보다 많은 금액을 자본금 총액으로 하지 못하게 하거나, 발행하는 주식의 발행가액 총액은 회사에 현존하는 순재산액을 초과하지 못하게 하는 규정이다. 이를 위반하여 “법원 또는 총회에 부실한 보고를 하거나 사실을 은폐”한 경우에 성립하는 범죄이다.

조직변경은 기업의 유지 이념에 따라 허용되는데 조직을 변경하고자 하는 회사는 법인격의 동일성을 유지하면서 다른 종류의 회사로 변경하는 것을 일컫는다. 이는 주식회사나 유한회사가 조직을 변경함으로 인하여 자본금액이 부실한 회사가 출현하는 것을 미연에 방지하려는 것이다. 조직변경 제도를 악용하여 자본금액이 부실한 회사가 출현한다면 회사를 이용한 다른 범죄의 가능성과 사회적 폐해를 초래할 수 있기 때문

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

에 이를 금지한다. 2011년 상법 개정을 통하여 신설된 유한책임회사와 주식회사 상호간에도 조직변경이 가능하며 이 경우 유한회사와 주식회사 상호간의 조직변경에 관한 규정을 유추적용 할 가능성이 있다고 생각한다.

이와 같이 부실한 보고(허위신고)와 사실은폐 행위를 처벌하는 형법규정을 살펴보면, 형법 제228조 공정증서원본부실기재죄에서 "허위신고", 제233조 허위진단서등의 작성죄에서 진단서, 검안서, 생사에 관한 증명서의 "허위작성", 제307조 명예훼손죄, 제308조 사자명예훼손죄, 제309조 출판물 등에 의한 명예훼손죄에서 "허위의 사실", 제313조 신용훼손죄, 제314조 업무방해죄에서 "허위의 사실"을 유포하는 행위에 관한 규정을 찾아 볼 수 있다. 형법상 위 각 범죄와 상법상 부실보고죄가 그 본질을 같이 한다고는 할 수 없으나 진실의 왜곡을 방지하여 다른 범죄와 사회적 폐해를 금지하고자 행위자의 "허위신고나 사실의 은폐"로 발생하는 폐해를 방지하기 위한다는 점 등으로 볼 때 양자 간의 범죄유형은 대동소이하다고 할 것이다.

형법 제228조 공정증서원본등부실기재죄는 공정증서 원본, 컴퓨터데이터, 면허증, 허가증, 등록증, 여권 등에 기재되는 내용의 진실성을, 제233조 허위진단서등의 작성죄는 진단서, 검안서, 생사에 관한 증명서에 기재되는 내용의 진실성을, 제307조 명예훼손죄, 제308조 사자명예훼손죄, 제309조 출판물 등에 의한 명예훼손죄는 외적 명예로서 인격적 가치와 도덕적·사회적 평가로서 사실에 기초한 진실성을, 제313조 신용훼손죄는 사람의 신용과 제314조 업무방해죄는 사람의 업무에 대한 진실성을 훼손함으로 성립하는 범죄로 이에 대한 진실성을 보호법익으로 한다.

상법상 부실보고죄도 행위주체가 법원 또는 회사(총회)에 부실한 보고를 하거나 사실을 은폐하여 회사에 대한 회사의 자본금과 순재산액 사이의 진실성이 침해되는 범죄이다. 보호법익은 "조직변경한 회사의 자본금의 충실"이며[353] 보호정도는 회사 자본금에 대한 사실적 침해나 구체적 위험발생까지를 요구하는 것은 아니므로 추상적 위험범이다.

나. 행위주체와 직무범위

상법 제626조 부실보고죄는 주식회사에서 유한회사로 조직을 변경하는 경우와 유한회사에서 주식회사로 조직을 변경하는 경우에 있어서 상법 제626조에서 열거한 자들이 법원이나 회사(총회)에 부실한 보고를 함으로써 성립하는 범죄로서 행위주체에 의하여

353) 한석훈, 전게서, 329면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

만 성립하는 신분범죄이고, 간접정범에 의하여서는 성립되지 않은 자수범이다.

주식회사를 유한회사로 조직변경 하고자 하는 경우 필요적으로 총주주의 일치에 의한 주주총회의 결의를 요하며, 이렇게 출현된 유한회사는 변경 전 주식회사의 현존하는 순재산액보다 많은 금액을 자본금 총액으로 할 수 없다. 그러나 상법 제605조 제1항은 이를 위반하더라도 조직변경의 효력에는 영향이 없고 결의당시의 주주와 이사는 자본금액과 순자산액 사이의 차액에 대하여 전보책임이 발생한다고 규정한다. 그리고 상법 제605조 규정의 실효성 확보를 위하여 상법은 조직변경에 있어서 순재산액을 법원이나 주주총회, 사원총회에 보고하는 자들이나 보고서류를 감사하는 자들에 대한 처벌규정을 둔 것이다.

본죄의 행위주체는 상법 제626조에서 열거하는 회사의 이사, 집행임원, 감사위원회 위원, 감사 또는 상법 제386조 제2항에 따라 법원에 의하여 선임된 일시이사의 직무를 대행하는 자, 제407조의 제1항에 따라 법원에 의하여 선임된 직무대행자이다. 제415조의 직무대행자에 대하여서는 특별배임죄 등에서 그 직무범위를 살펴본바와 같다. 그리고 상법 제604조에 따라 조직변경의 경위 및 동조 제2항의 순재산에 관하여 법원 또는 총회에 부실한 보고를 하거나 사실을 은폐한 자도 본죄의 행위주체이다.

또한 유한회사를 주식회사로 조직변경 할 경우에는 자본유지의 원칙에 의하여 조직변경시 발행하는 주식의 발행가액의 총액은 회사에 현존하는 순재산액을 초과하지 못함으로 이를 위반하더라도 조직변경의 효력에는 영향이 없고 결의당시의 이사와 감사 및 사원의 전보책임이 발생한다. 그리고 총사원의 일치에 의한 동의가 필요하며, 주식회사의 엄격한 설립절차를 회피하여 조직변경이 이용되는 것을 막기 위하여 법원의 인가를 받도록 하고 있다. 이를 확보하기 위하여 이사 및 이사의 직무대행자, 임시이사 등을 본죄의 행위주체로 규정하고 있다. 제567조의 직무대행자에 대하여서는 특별배임죄 등에서 그 직무범위를 살펴본 바와 같다. 제607조 제2항의 순재산에 관하여 법원 또는 총회에 부실한 보고를 하거나 사실을 은폐한 경우에 본죄가 성립한다.

다. 구성요건 행위

행위주체가 회사의 조직변경을 하고자 할 경우 당시 현존하는 순재산액에 관하여 “법원 또는 총회에 부실한 보고를 하거나 사실을 은폐한 경우”나 감사가 “이사의 부실한 보고나 사실을 은폐”가 가능하게 한 경우에 성립하는 범죄이다. 여기서 “부실한 보고”란

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

사실의 누락, 허위사실의 기재 등 사실과 다른 내용을 보고한 것이고, “은폐”란 중요사실을 은닉하는 것을 의미한다. 일반적으로 업무를 집행하는 자(이사, 집행임원 등)가 보고서류를 작성하고 적극적으로 부실한 보고를 실행하겠지만 감사(감사위원)는 총회 등에 보고할 서류를 감사하는 지위에 있는 자이므로 부실한 보고를 방조하는 등 그 행위태양이 이사 등과는 다르다고 할 것이다.[354]

회사의 조직변경은 총주주(총사원)의 동의로써만 가능하고, 만약 순재산액 보다 많은 금액의 주식이 발행되거나 자본금액으로 하는 회사로 조직변경 된다면 결의당시의 주주(사원), 이사, 감사 등이 그 차액 및 회사의 손해에 대한 민사상 전보책임을 진다. 그러나 순재산과 자본액 사이의 차액이 있는 경우에는 회사의 손해라는 결과를 요하지 않고 오직 허위보고 및 사실의 은폐만으로써 본죄가 성립한다.

라. 주관적 구성요건

행위자는 객관적 구성요건에 관한 고의 또는 인식이 있어야 한다. 즉 조직변경을 함에 있어서 순재산액에 관하여 법원 또는 총회에 보고할 때 사실과 다른 부실보고를 하거나 사실을 은폐하려는 의사 또는 인식만 있어도 족하다. 그러므로 이로 인한 회사의 손해나 투자자 또는 채권자의 손해 등에 관한 고의나 인식까지 필요로 하지는 않는다. 감사나 감사위원의 경우에는 행위태양이 이사와 다를 것이며, 업무를 담당하지 않은 이사나 사외이사 등의 경우도 직접 보고서를 작성하거나 보고를 하는 자가 아니므로 업무집행 이사나 대표이사 등의 직무범위에 따라 행위태양이 다소 차이가 있을 수 있다.

본죄는 미수범 처벌규정이 없으므로 기수에 이르지 않으면 처벌할 수 없다. 기수 시기는 회사의 순재산액에 대하여 총회나 법원에 부실한 보고를 하거나 사실을 은폐한 보고를 할 때를 기수시점으로 보는 것이 타당하므로 회사의 조직변경으로 인한 효력발생여부는 범죄 성립에 영향을 미치지는 않는다고 본다.[355]

마. 처벌규정

본죄에 대해서는 “5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금”형을 규정하고 있다.

354) 양동석・김현식, 전게서, 66면.
355) 한석훈, 전게서, 331면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

본죄와 범죄유형이 비슷한 형법상 규정으로 앞서 살펴본 제228조(공정증서원본 등의 부실기재) 제2항은 3년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금형을, 제233조(허위진단서등의 작성)는 3년 이하의 징역이나 금고, 7년 이하의 자격정지 또는 3,000만 원 이하의 벌금을, 제307조(명예훼손) 제2항은 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1,000만 원 이하의 벌금을, 제308조(사자의 명예훼손)는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만 원 이하의 벌금을, 제309조(출판물 등에 의한 명예훼손)는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 700만 원 이하의 벌금을, 제313조(신용훼손)는 5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금을, 제314조(업무방해) 제1항은 5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금으로 처벌하고 있다는 점으로 비추어 보면 본죄의 법정형은 적정하다고 할 것이다.

또한 상법 제632조는 본죄에 대하여 징역과 벌금형을 병과 할 수 있도록 하는 규정이다. 그러나 본죄가 신분범죄인데도 자격정지의 병과규정이 없음은 법률의 미비라 할 것이므로 자격정지에 대한 병과규정을 신설하여 본죄의 행위 주체를 엄격하게 관리하고, 일정한 기간 동안 회사의 중요 업무를 담당하지 못하도록 제한할 필요성이 있다고 본다.

2. 부실문서행사죄(제627조)

가. 본질과 보호법익

상법 제627조 부실문서행사죄는 주식 또는 사채를 모집하거나 매출할 경우에 투자자는 제공되는 정보를 신뢰하고 거래할 수밖에 없을 것이므로 진실한 정보를 제공함으로써 공익성을 확보하고 투자자를 보호하기 위한 규정이다.[356] 동조 제1항은 주식 또는 사채의 모집에 있어 부실문서행사죄를, 동조 제2항은 주식 또는 사채의 매출에 있어 부실문서행사죄를 구분하고 있다.

본죄는 주식 또는 사채를 모집하거나 매출하기 위하여 투자자의 투자판단에 제공되는 문서인 주식청약서, 사채청약서, 사업계획서, 주식 또는 사채의 모집에 관한 광고 기타의 문서 등에 중요한 사항을 부실 기재하고 주식 또는 사채 모집에 위 문서들을 행사한 때 성립하는 범죄이다. 이는 허위사실을 기재하거나 중요사항을 은폐·왜곡한 정보가 투자자에게 제공되어 그 정을 모르는 투자자는 제공된 정보를 그대로 신뢰하고 투자판단을 함으로써 예상할 수 없는 재산상의 손해는 물론 손해의 범위도 상당할 것

356) 송호신, 전게논문, 168면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이므로 이를 예방하고자 마련된 규정이다.

형법 제347조 사기죄가 성립하기 위해서는 첫째, 기망행위가 있고 둘째, 피기망자의 착오로 인하여 재물의 교부라는 처분행위가 있어야 하며 셋째, 피기망자의 재산상의 손해의 발생(기망자의 재산적 이익의 취득)이라는 객관적 구성요건을 충족하여야 성립하는 범죄라는 점으로 볼 때, 본죄는 형법상 사기죄와 본질을 같이 한다고 할 것이다.[357]

또한 본죄의 행위객체는 부실한 기재가 있는 문서이고, 이를 행사함으로써 성립하는 범죄라는 점으로 본다면 형법 제228조 공정증서원본 등의 부실기재죄 및 형법 제234조 위조사문서 등의 행사에 관한 죄의 각 행위객체[358]와 유사한 범죄이다. 그러나 주식청약서, 사채청약서, 사업계획서, 주식 또는 사채의 모집에 관한 광고 기타의 문서 등 투자자에게 제공되는 정보에 허위사실을 기재하거나 중요사실을 은폐 · 왜곡하여 투자자로부터 투자를 받는 행위를 처벌하는 규정이라는 점으로 본다면 형법 제347조 사기죄와 본질을 같이 한다고 보는 것이 타당하다.

본죄에서 말하는 "중요한 사항"은 투자자의 투자판단에 있어 중요한 자료로 제공되는 사항을 일컫는 것이다.[359] 이에 대하여 우리 대법원은 "한국증권업협회(현, 한국금융투자협회) 등록 및 신주모집 과정에서 신주의 인수조건, 시장조성 여부, 발행회사의 자금사정에 관하여 부실기재한 유가증권신고서 및 그 첨부서류 등을 제출·행사한 행위가 본죄에 해당한다."고 판시하였다.[360]

또한 상법 제420조(주식청약서)는 회사가 신주를 발행할 경우 회사는 반드시 주식청약서를 작성하도록 하여야 한다. 그리고 주식청약서의 필요적 기재사항은 상법 제289조 제1항 제2호 내지 제4호에서 열거한 상호, 회사가 발행할 주식의 총수, 액면주식을 발행하는 경우 1주의 금액과 상법 제302조(주식인수의 청약, 주식청약서의 기재사항) 제2항 제7호, 제9호, 제10호에서 열거한 바와 같이 주주에게 배당할 이익으로 주식을 소각할 것을 정한 때에는 그 규정, 납입을 맡을 은행 기타 금융기관과 납입장소, 명의개서 대리인을 둔 때에는 그 성명 · 주소 및 영업소 및 상법 제416조(발행사항의 결정) 제1호 내지 제4호에서 규정한 신주의 종류와 수, 신주의 발행가액과 납입기일, 무액면주식의 경우에는 신주의 발행가액 중 자본금으로 계상하는 금액, 신주의 인수방법, 현물출자를 하는 자의 성명과 그 목적인 재산의 종류, 수량, 가액과 이에 대하여 부여할 주식의 종류와 수 그리

357) 양동석 · 김현식, 전게서, 67면.
358) 이재상, 전게서, 581면, 601면.
359) 한석훈, 상게서, 335면.
360) 대법원 2003. 3. 25. 선고 2000도8712 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

고 상법 제417조(액면미달의 발행)에 따른 주식을 발행하는 경우에는 그 발행조건과 미상각액 및 주주에 대한 신주인수권의 제한에 관한 사항 또는 특정한 제3자에게 이를 부여할 것을 정한 때에는 그 사항과 주식발행의 결의 연월일 등이다.

그리고 상법 제474조(공모발행, 사채청약서) 제2항은 사채청약서는 이사가 작성하고 회사의 상호, 자본금과 준비금의 총액, 최종의 대차대조표에 의하여 회사에 현존하는 순재산액, 사채의 총액, 각 사채의 금액, 사채발행의 가액 또는 그 최저가액, 사채의 이율, 사채의 상환과 이자지급의 방법과 기한, 사채를 수회에 분납할 것을 정한 때에는 그 분납금액과 시기, 채권을 기명식 또는 무기명식에 한할 때에는 그 뜻, 채권을 발행하는 대신 전자등록기관의 전자등록부에 사채권자의 권리를 등록하는 때에는 그 뜻, 전에 모집한 사채가 있는 때에는 그 상환하지 아니한 금액, 사채모집의 위탁을 받은 회사가 있는 때에는 그 상호와 주소, 사채관리회사가 있는 때에는 그 상호와 주소, 사채관리회사가 사채권자 집회결의에 의하지 아니하고 제484조(사채관리회사의 권한) 제4항 제2호의 행위를 할 수 있도록 정한 때에는 그 뜻, 사채모집의 위탁을 받은 회사가 그 모집 액이 총액에 달하지 못한 경우에 그 잔액을 인수할 것을 약정한 때에는 그 뜻, 명의개서 대리인을 둔 때에는 그 성명, 주소 및 영업소 등을 기재하도록 하고 있다.

본죄에서 말하는 "부실한 기재"는 적극적으로 진실과 다른 내용을 기재하거나, 마땅히 기재하여야 할 중요한 내용을 누락하는 경우도 포함된다.[361] 이는 형법상 사기죄에서 기망행위는 명시적 기망행위 뿐만 아니라 묵시적 기망행위, 부작위에 의한 기망행위를 포함하고 있음과 같다. 또한 본죄는 단순한 정도의 과대표시를 부실한 기재로 보지는 않는다고 해석하는 것이 타당할 것인데 이는 백화점의 변칙세일의 방법으로 이루어진 가격의 허위표시 및 과대광고가 형법상 사기죄의 구성요건으로서의 기망행위에 해당하지 않는다고 보는 것과 같이 해석할 수 있을 것이다.[362]

우리 대법원은 "상법 제627조 제1항의 부실문서행사죄는 같은 법 제622조 제1항에 정하여진 회사의 발기인, 업무집행사원, 감사 등 및 외국회사의 대표자, 주식 또는 사채의 모집의 위탁을 받은 자가 주식 또는 사채를 모집함에 있어서 중요한 사항에 관하여 불실한 기재가 있는 주식청약서, 사채청약서, 사업계획서, 주식 또는 사채의 모집에 관한 광고 기타의 문서를 행사한 경우 이를 처벌하는 규정으로 이는 주식 또는 사채의 모집에 있어 일반 투자자에게 중요한 투자판단의 자료로 제공되는 사항에 대하여 정확을 기하고, 오류를 방지하여 회사의 주식과 사채 등의 모집에 공정성과 투명성을 보장

361) 한석훈, 상게서, 335면.
362) 대법원 2003. 3. 25. 선고 2000도5712 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하기 위한 것이다"[363]고 판시한바와 같이 본죄의 보호법익은 문서로 표상된 "회사의 신용 및 출자의 안전"이라 할 것이므로 거래자의 재산권을 보호법익으로 볼 것은 아니다. 그러므로 이론 없이 재산권을 보호법익으로 하는 형법상 사기죄와는 다르다고 할 것이다.[364] 한편 주식 또는 사채의 모집이나 매출에 관한 문서에 대한 일반 공중의 신용을 보호할 필요가 있다고 보아 본죄의 보호법익을 주식 또는 사채의 모집이나 매출에 관한 정보가 담겨있는 문서를 "일반투자자의 신용"으로 보는 견해도 있다.[365]

나. 행위주체와 직무범위

상법 제627조 제1항은 주식 또는 사채 모집의 경우와 동조 제2항은 주식 또는 사채 매출의 경우로 구분하여 규정하고 있다. 먼저 상법 제627조 제1항 주식 또는 사채 모집의 경우 상법 제622조 제1항에 열거한 자, 외국회사의 대표자, 주식 또는 사채의 모집의 위탁을 받은 자로 제한하고 있으므로 결국 상법 제627조 제1항의 행위주체는 신분범이다. 본죄의 행위주체로서 상법 제622조 제1항에 열거한 자와 주식 또는 사채의 모집의 위탁을 받은 자 및 이들의 직무범위에 관하여서는 상법 제622조 발기인, 이사 기타임원 등의 특별배임죄에서 이미 살펴본 바와 같으므로 상법 제622조에서 열거하는 자에 대하여서는 설명을 생략하고 외국회사의 대표자, 주식 또는 사채의 모집의 위탁을 받은 자에 대하여만 살펴보고자 한다.

"외국회사의 대표자"는 외국의 법률에 의하여 설립된 회사의 대표자를 일컫는 것인데 상법 제614조는 이러한 외국회사가 대한민국에서 영업을 하려면 대한민국에서의 대표자를 정하고 대한민국 내에 영업소를 설치하거나 대표자 중 1명 이상이 대한민국에 주소를 두도록 규정한다. 그러므로 본죄의 행위주체는 상법 제614조의 요건을 갖춘 외국회사의 대표자를 말한다. 또한 상법 제618조 제1항은 대한민국에서 외국회사의 주권 또는 채권의 발행과 그 주식의 이전이나 입질 또는 사채의 이전에 관해서는 상법 제335조, 제335조의2부터 제335조의7까지, 제336조 내지 제338조, 제340조 제1항, 제335조 내지 제356조, 제356조의2, 제478조 제1항, 제479조 및 제480조를 준용한다고 규정한다.

"주식 또는 사채의 모집의 위탁을 받은 자"는 위임관계에 따라 본죄의 행위주체가 된다. 그러나 본죄가 성립하기 위하여서는 주식 또는 사채의 모집의 위탁을 받은 자가 사실상 모집행위를 하여야 본죄가 성립한다. 또한 주식 또는 사채의 모집 위탁을 받을 수 있는 자는

363) 대법원 2003. 3. 25. 선고 2000도5712 판결.
364) 이재상, 전게서, 326면.
365) 한석훈, 상게서 333면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

상법 부칙 제6조 "은행·신탁회사 또는 증권회사가 아니면 사채의 모집의 위임을 받거나 상법 제483조의 사무승계자가 되지 못한다."고 규정하고 또 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제8조는 동법 제6조 제1항에서 정하는 "이익을 얻을 목적으로 계속적이거나 반복적인 방법으로 행하는 행위로서 투자매매업, 투자중개업, 집합투자업, 투자자문업, 투자일임업, 신탁업"을 하기 위하여서는 금융위원회의 인가를 받거나 금융위원회에 등록하여 이를 영위하도록 제한하고 있으므로 이를 위반하여 그 위탁을 받은 자도 본죄의 행위주체가 될 수 있다.[366]

상법 제627조 제1항은 매우 광범위한 행위주체를 열거하고 있으나, 사실상 주식이나 사채의 모집 또는 매출에 관한 업무와 밀접한 관계된 자로 범위를 축소할 필요성이 있다. 예를 들면 발행인이라고 보기 어려운 감사와 감사의 직무대행자, 지배인 기타 영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인이 주식이나 사채 모집 또는 매출 행위를 수행하였을 경우 이들의 행위가 곧 회사의 행위가 되는 것은 아니라 회사기관의 의사지배에 따른 단순한 업무행위로 보아야 할 것이므로 역시 행위주체에서 제외되어야 할 것이고 또 감사위원회의 위원은 행위주체가 될 수도 있겠지만 이들은 감사위원회의 위원의 자격에 앞서 이사라는 신분에 따라 본죄의 행위주체가 될 것이므로 굳이 본죄의 행위주체로 이중 열거할 필요는 없다고 할 것이므로 제외되어도 무방하다고 본다.[367] 그러나 사실상의 이사는 본죄의 행위주체에서 누락되어 있는데 이는 법률의 불비라 할 것이므로 사실상의 이사를 포함하여야 할 것이다.

상법 제627조 제2항 주식이나 사채의 매출의 경우에 대한 부실문서행사죄는 상법 제622조 제1항에 열거한 자, 외국회사의 대표자, 주식 또는 사채를 매출하는 자가 주식 또는 사채를 매출함에 있어서 중요한 사항에 관하여 부실한 기재가 있는 주식청약서, 사채청약서, 사업계획서, 주식 또는 사채의 모집에 관한 광고 기타의 문서를 행사한 때 성립한다.

다. 구성요건 행위

상법 제622조 제1항은 본죄의 행위주체가 주식이나 사채의 모집 또는 매출에 관한 문서로서 중요한 사항에 관하여 부실한 기재가 있는 주식청약서, 사채청약서, 사업계획서, 주식이나 사채의 모집에 관한 광고 기타의 문서를 행사한 때 그리고 동조 제2항은 주식 또는 사채를 매출하는 자가 그 매출에 관한 증서로서 중요한 사항에 관하여 부실

366) 한석훈, 상게서, 334면.
367) 송호신, 전게논문, 170면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한 기재가 있는 것을 행사한 때에 본죄가 성립한다. 일반적으로 투자자는 주식청약서, 사채청약서, 사업계획서, 모집광고 등을 참작하여 매출에 응할 것인지를 판단하기 때문에 중요한 사항을 부실하게 기재하여 투자자가 투자판단을 하는데 이용하게 해서는 안된다. 일반적으로 주식청약서, 사채청약서 등의 필요적 법정기재사항 대부분이 여기에서 말하는 중요한 사항일 것으로 본다.

그러므로 주식청약서, 사채청약서, 사업계획서, 모집광고 등이 사실대로 작성되지 않고, 허위기재 또는 사실이 은폐된 것이라면 투자자는 투자여부에 대하여 오판을 하게 될 것이고 이러한 부실한 기재가 있는 주식청약서, 사채청약서, 사업계획서, 모집광고 등을 주식 또는 사채를 모집하거나 매출하기 위하여 이용한 때 성립한다. 주식청약서, 사채청약서, 사업계획서, 모집광고 등은 예시적인 것이고 그 외에도 모집을 위하여 부실한 기재가 있는 것을 이용한 때에는 상법상 부실문서행사죄가 성립할 것이다. 반대로 모집 외의 목적을 위하여 부실하게 기재된 위 문서들을 행사하는 경우라면 본죄가 성립하지는 않을 것이다.

라. 주관적 구성요건

상법상 부실문서행사죄의 행위요건은 주식이나 사채의 모집 또는 매출에 있어서 중요한 사항에 관한 부실한 기재로서 허위사실을 기재하거나 사실을 은폐한 주식청약서, 사채청약서, 사업계획서, 모집광고 등을 작성하고, 주식 또는 사채를 모집하거나 매출하기 위하여 이를 행사함으로써 성립하는 범죄이다. 그러므로 이에 대한 고의가 필요한 고의범이다. 고의의 판단은 행위주체가 행사의 의사만 있으면 충분하고, 또 사실상 투자자가 부실기재 된 문서를 신뢰하고 투자결정을 하였는지 여부는 범죄성립에 영향이 없다. 또한 이로 인하여 회사가 손해를 보았거나 투자자가 손해를 보았는지 여부는 본죄성립에 영향이 없다. 이에 따른 손해의 발생은 민사적 책임이 뒤따를 뿐이며, 부실기재 된 주식청약서, 사채청약서, 사업계획서, 모집광고 등의 문서를 주식 또는 사채모집이나 매출을 위하여 행사한다는 인식과 적어도 용인(용인설)이 있었다면 본죄가 성립한다.[368]

상법 제627조 부실문서행사죄의 행위요건인 주식과 사채의 모집에 있어서 주식의 모집에는 특정한 개별투자자를 모집하는 사모(Private Placement)와 불특정한 투자자를 공개적으로 모집하는 공모(Public Offering)가 있다. 또한 사채의 모집과 매출에는 총액인

368) 한석훈, 상게서, 336면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

수와 공모 및 채권매출이 있는데 총액인수는 특정인이 회사와의 계약에 의하여 사채총액을 인수하는 방법으로 상법 제475조 전단에서는 계약에 의하여 사채의 총액을 인수하는 경우에는 사채청약서의 작성을 적용하지 않는다고 규정한다. 또한 공모는 사채를 일반 투자자로부터 모집하는 방법인데 이 경우는 상법 제474조에 따라 사채청약서의 작성을 필요로 하며, 채권매출은 일정기간을 정하여 미리 작성된 채권을 매출하는 방법으로 사채청약서의 작성을 요하지 않는다. 보통의 경우 모집이라 함은 신규로 발행하는 주식이나 사채를 의미하고, 매출이라 함은 이미 발행된 주식이나 사채를 그 대상으로 한다.

본죄의 기수 시기는 주식 또는 사채의 모집이나 매출에 필요한 문서의 중요한 사항을 부실기재하여 이를 행사할 때이다. 여기서 "행사"라 함은 교부하거나 비치, 우편발송 공시 등 어떠한 형태로이든지 투자자가 그 문서를 인식할 수 있는 상태에 두는 것을 말한다. 이는 형법 제234조 위조·변조·작성사문서 행사죄의 행사와 같다고 볼 수 있을 것으로 행사의 방법에는 제한이 없이 상대방이 인식할 수 있는 상태에 두면 족하다 할 것이다.[369]

마. 처벌규정

본죄는 5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금으로 처벌한다. 또한 본죄는 상법 제632조 규정에 따라 징역과 벌금을 병과 할 수 있다. 그리고 본죄와 행위객체가 유사한 형법 제228조 제1항 공정증서원본 등의 부실기재죄와 제234조 위조사문서 등의 행사죄는 동일하게 5년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금을 각 규정하고 있다. 또한 본죄와 본질이 유사한 형법상 사기죄는 10년 이하의 징역 또는 2,000만 원 이하의 벌금을 규정하고 있다. 그리고 형법 제352조는 미수범 처벌규정을, 형법 제353조는 자격정지의 병과 규정을 두고 있다. 그러므로 본죄의 법정형을 형법상 사기죄의 법정형 정도로 상향 조정하고, 또 미수범 처벌규정과 자격정지 병과 규정을 신설할 필요성이 있고 생각된다.

3. 납입가장죄 등(제628조)

가. 본질과 보호법익

369) 이재상, 전게서, 605면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

회사의 자본은 주식의 모집과 인수 및 납입을 통하여 조달되므로 주금의 납입 및 현물출자는 실재하여야 하는데 이를 가장하여 마치 납입이 있는 것처럼 관련 서류를 작성하여 등기하고 회사를 설립하는 경우에는 자본확정 및 자본충실원칙을 해하여 회사의 재산적 기초를 위태롭게 하거나 주주나 채권자를 해할 염려가 크다. 그래서 이를 위반하여 납입이나 현물출자를 가장하는 행위 또는 이에 응하는 행위 및 이를 중개하는 행위를 금지하고 이를 위반하는 자를 처벌하고자 마련된 규정이 상법 제628조 납입가장죄 등이다. 본죄는 주금납입과 현물출자의 외형을 가장하는 행위를 금지하는데 납입가장의 행위태양은 첫째, 은행과 결탁하는 공모가장납입이고 둘째, 일시적으로 타인으로부터 자금을 차용하여 납입하고 회사성립 후 즉시 인출하여 변제하는 차입가장납입이며 셋째, 양자를 절충한 형태의 가장납입이 있다.

본죄는 상법 제622조에서 열거하는 회사의 발기인, 업무집행사원, 이사, 집행임원, 감사위원회 위원, 감사 또는 제386조(결원의 경우) 제2항, 제407조(직무집행정지, 직무대행자 선임) 제1항, 제415조(준용규정) 또는 제567조(준용규정)의 직무대행자, 지배인 기타 회사영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인, 청산인과 그 직무대행자가 납입가장행위를 하거나 또는 현물출자의 이행을 가장하는 행위를 하였을 때 성립한다. 그리고 이와 같은 행위에 응하거나 중개한 자도 본죄로 처벌한다. 결국 본죄는 처음부터 납입 사실이 없이 형식상 주금이 납입된 것 같은 외형을 갖추어 사실과 다른 부실한 보관증명을 교부받아 설립등기 하는 것을 예방하고자 마련된 규정이다.

형법 제228조 공정증서원본 등의 부실기재죄는 공무원에 대하여 허위신고를 하여 행위객체로서 공정증서원본 또는 이와 유사한 전자기록 등 특수매체에 부실한 사실 또는 기록을 하게 함으로서 성립하는 범죄이다. 형법상 공정증서원본 등의 부실기재죄에서 말하는 공정증서원본은 상업등기부, 부동산등기부, 가족관계증명서, 토지대장, 건축물대장 등을 일컫는 것이다. 그러므로 본죄가 가장행위(가장납입)에 따라 부실하게 작성된 보관증을 등기공무원에게 제출하여 부실한 사실을 기재 또는 기록하게 하여 법인설립 또는 변경등기를 함으로써 성립한다는 점으로 볼 때 행위객체가 유사하다.

상법 제628조 납입가장죄 등에 규정된 “현물출자”란 금전 이외의 재산을 출자의 목적으로 하는 것으로서 출자된 재산은 금전으로 평가되어 주식이 발행되고 자본금으로 구성되기 때문에 부동산, 동산, 지적재산권, 유가증권 등도 현물출자의 대상이 될 수 있다. 그러므로 무가치한 재산이 출자되거나 과대평가되어 결국 회사의 자본충실을 해한다고 하면 본죄가 성립한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

본죄는 상법 제622조에서 열거하는 자가 납입가장행위를 하거나 현물출자의 이행을 가장하는 행위를 할 경우 또는 이와 같은 행위에 응하거나 이를 중개한 자를 납입가장죄로 처벌하여 회사의 자본충실을 기하려는 법의 취지를 유린하는 행위를 방지하려는데 그 목적이 있다.[370] 그러므로 본죄의 보호법익은 "회사의 자본충실"에 있다. 그리고 보호의 정도는 회사의 자본금 충실의 현실적 침해나 침해로 인하여 위험발생까지를 요구하지 않은 추상적 위험범으로 본다.[371]

나. 행위주체 및 직무범위

상법 제628조 제1항 납입가장죄의 행위주체는 제622조 발기인, 이사 기타의 임원등의 특별배임죄에서 열거하는 자이고, 같은 조 제2항의 경우에는 같은 조 제1항의 납입 또는 현물출자 이행을 가장하는 행위에 응하거나 이를 중개한 자를 행위주체로 하는 범죄이다. 결국 납입가장죄는 발기인, 이사 기타 임원 등의 특별배임죄의 행위주체에서 보는 바와 같으며 그 직무범위도 동일하다 할 것이다. 그러므로 상법 제628조 제2항에서 말하는 납입가장 중개죄의 행위주체로 납입 또는 현물출자 이행을 가장하는 행위에 응하거나 이를 중개한 자들만을 여기에서 고찰하고자 한다.

보통의 경우 납입가장행위에 응한 자는 은행의 임직원 등이 될 것이고 이를 중개한 자는 설립사무에 관여한 변호사, 법무사, 회계사 등이거나 제622조에 열거되지 않은 회사의 업무관련자 등이 본죄의 행위주체가 될 수 있다. 그러나 사실상 주식 납입업무에 대한 책임 있는 자는 발기인과 이사의 주요업무이므로 발기인과 이사 이외의 자들은 납입가장죄의 행위주체에서 제외되어야 한다는 주장도 있다.[372]

다. 구성요건 행위

상법 제628조 제1항은 상법 제622조에서 열거하는 자가 실제로 납입이 없음에도 불구하고 납입이 있는 것처럼 가장하여 등기를 하거나 현물출자 이행행위를 가장하여 등기하는 행위를, 동조 제2항은 동조 제1항의 행위에 응하거나 중개하는 행위에 대하여 형사책임을 부과한다고 각 규정한다. 따라서 본죄의 행위태양은 납입은행과 결탁하는

370) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2007도5206 판결 ; 대법원 2001. 8. 21. 선고 2000도5418 판결.
371) 한석훈, 전게서, 340면.
372) 송호신, 전게논문, 137면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

공모납입가장과 일시적으로 타인으로부터 자금을 차용하여 납입하고 회사성립 후 즉시 인출하여 변제하는 차입납입가장 및 양자를 필요에 따라 절충하는 형태로써 절충형 납입가장으로 분류할 수 있고 또 현물출자의 납입가장 행태가 있다.

먼저 동조 제1항에 따른 행위 태양 중 납입은행과 결탁하는 공모납입가장이라 함은 상법 제622조에서 열거하는 발기인 등이 납입금 보관은행 등과 공모하여 주금납입 없이 해당은행으로부터 납입보관증명을 발급받아 이를 가지고 발기인 등이 설립등기를 하는 것이다. 그러나 상법 제318조 제2항은 은행이 발행한 보관증명에 대해서는 납입의 부실 또는 그 금액의 반환에 제한이 있음을 이유로 하여 회사에 대항하지 못한다고 규정하여 불법행위에 가담한 은행의 부담이 크기 때문에 납입금 보관은행과 결탁한 공모납입가장에 의한 범죄는 잘 이용되지 않는다.[373]

또한 보통의 경우 빈번히 발생하는 납입가장의 형태로 차입가장납입은 상법 제622조에서 열거하는 발기인 등이 타인으로부터 금전을 차입하여 납입하고 납입금 보관증명을 받아 설립등기를 마친 후 납입금 보관은행으로부터 이를 인출하여 채권자에게 변제하는 방법이다. 차입금 등을 빌려준 채권자가 설립회사의 통장과 그 통장의 인감도장을 보관하였다가 해당은행으로부터 납입금 보관증명을 발급 받은 이후 채권자가 소지하고 있던 통장과 인감도장을 이용하여 대여금을 회수하는 방법도 이용되고 있다.

절충형 납입가장의 경우는 차입납입가장만으로 납입금을 충당할 수 없을 경우 은행이 그 부족한 금원에 한하여 납입금 보관증명을 발급하거나, 해당은행에 납입금 보관증명 상당 금원에 대한 보증인 또는 담보를 지급하고 회사설립에 필요한 납입금 상당 금원의 차용 또는 납입금 보관증명을 발급받아 설립등기를 하는 것으로 공모납입가장과 차입납입가장의 절충형태이다.

끝으로 현물출자의 가장이란 무가치한 재산이 출자되거나 출자된 재산의 과대평가되는 것과 출자이행이 없이 출자된 것처럼 가장하는 행위를 일컫는 것이다. 이에 대하여 상법 제295조 제2항은 현물출자 이행의 출자자가 납입기일에 지체 없이 출자목적재산을 인도하고, 등기·등록 기타 권리설정 또는 이전을 필요로 하는 경우에는 이에 관한 서류를 완비하여 교부하여야 한다고 규정한다. 한편 본죄의 성립요건은 자본금을 구성하는 주금납입이나 현물출자를 가장하는 행위를 전제하고 있으므로 사채 등의 납입을 가장하는 것이나 전환사채의 인수과정에서 대금 납입을 하는 경우나 주주의 구성을 가장하는 행위에 대하여서는 본죄로 처벌 할 수 없다.[374]

---

373) 이철송, 전게서, 251면.
374) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2007도5206 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

상법 제628조 제1항에서 규정하는 바와 같이 상법 제622조 제1항에서 열거하는 행위주체(신분범)가 아니면 본죄의 구성요건은 성립하지 않는다. 우리 대법원은 상법 제622조 제1항에서 열거하는 신분 있는 자의 범죄행위에 가공한 경우에 공범으로 처벌할 수 있을 것이다. 다만 이 경우에도 공동 가공의 의사와 그 의사의 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행이라는 주관적·객관적인 요건이 충족되어야 공동정범이 될 수 있다. 그러나 신분 없는 자가 회사의 임원 등(상법 제622조에서 열거한 자)이 납입가장행위를 하고자 하는 사실을 알고서 이들에게 자금을 대여하였다고 하더라도 이 경우에도 공동정범으로 책임을 물을 수 없다고 판단하였다. 이에 대한 논거로 대법원은 자금을 대여한 자에게는 신분이 없고 또 회사의 임원 등은 납입가장을 마음먹고 단순히 대금을 빌려는 것에 불과하다면 납입가장의 범의를 유발하였다고 볼 수 없다할 것이므로 공동정범의 죄책을 물을 수 없다고 판단하였다.[375]

상법 제628조 제2항에서 동법 제1항의 행위에 응한 은행의 임직원이나 이를 중개한 법무사, 변호사 등도 본죄의 행위주체가 된다. 다만 실무에서는 납입가장행위를 하려는 대표이사와 공모한 사채업자 등 납입자금을 대여한 자도 본죄로 기소하여 처벌하고 있다.[376] 이러한 관점으로 본다면 사채업자를 소개하거나 알선한 자에 대하여서도 납입가장중개죄로 처벌할 수 있을 것이다.

라. 주관적 구성요건

납입가장죄 등은 납입가장 또는 현물출자의 이행을 가장하는 행위 또는 이러한 행위에 응하거나 이를 중개한 자들이 납입이나 현물출자 이행을 가장한다는 인식 또는 이에 대한 고의가 있어야 한다. 납입가장행위와 현물출자 이행가장행위 및 이에 응하거나 중개하는 자가 납입 또는 현물출자를 가장한다는 고의나 이에 대한 인식만으로 족하고, 민사책임이나 회사성립에 대한 인식까지를 요구하는 것은 아니다.

가장행위의 수단에는 어떠한 제한도 없다. 그러므로 출자이행에서 상계나 회사의 대위변제, 어음에 의한 납입, 면제 등 가장납입의 범위에는 부실등기를 하거나 투자자를 속이는 기망에 따른 다양한 출자이행의 행위가 포함될 수 있다. 또한 주금납입이 가장행위인지 여부에 대한 판단은 회사자본의 충실과 유지라는 실질에 의하여 판단되어야

375) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011도3180 판결.
376) 서울중앙지법 2003. 2. 18. 선고 2002고합1197, 2003고합12(병합), 2003고합13(병합), 2003고합59(병합).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

할 것으로 회사자금으로 운용되어진 사실의 유무[377]와 차입금의 변제가 회사의 자본충실에 미치는 영향의 유무가 중요하다고 할 것이다.

가장납입의 경우도 외형상으로는 정상의 납입형식을 갖추고 있기 때문에 가장납입행위 여부는 그 행위자의 주관적 의사로서 판단하여야 한다. 그러므로 이러한 행위자의 주관적 의사를 판단하기 위해서는 회사설립과 증자 절차, 납입금 인출의 시간적 간격, 인출된 자금의 사용처, 회사를 위하여 사용되었는지 등이 행위자의 주관적 의사의 판단 기준이 된다.[378]

마. 판례의 검토

우리 대법원은 상법 제628조에서 규정하는 납입가장죄 등은 주식회사의 자본충실을 기하려는데 그 목적을 두고 있으므로 설립등기 된 다음날 납입주금 전액을 인출하였다 하더라도 회사를 위하여 인출된 금원이 사용된 경우나 비록 주식납입금을 회사의 설립 후 바로 인출하였다고 하더라도 그 인출된 금원이 주식납입 상당 자산의 양수대금으로 사용된 경우 등에 대하여서는 납입가장죄 등이 성립하지 않는다고 판시하였다.[379]

그러므로 가장납입이라고 하기 위하여서는 납입된 금원이 회사를 위하여 사용되지 않고 즉시로 대주에게 반환되는 경우로 보고 있다. 즉 주금으로 납입할 의사 없이 주식인수인들이 외형상으로만 주금으로 납입한 것처럼 가장하여 은행에 예치하고서 주금납입보관증을 받아 설립등기를 완료한 후에 예치한 금원을 인출하였다면 이는 회사를 위하여 사용하였다고 볼 수 없다고 판시하고 납입가장죄의 성립을 긍정하였다.[380] 그럼에도 우리 대법원은 일시 차입한 금원으로 납입하고 회사설립이나 증자절차 후 곧바로 그 납입금을 인출하여 차입금을 변제한 경우라도 주금납입으로는 유효하다고 판시하여 가장납입죄의 성립여부와는 별도로 위장납입에 따른 주식납입은 유효하다고 보았다.[381]

또한 대법원은 타인으로부터 금원을 차용하여 주금을 납입하고 설립등기나 증자등기 후 바로 인출하여 차용금변제에 사용하는 경우에는 상법상 납입가장죄의 성립 외에 형법상 공정증서원본 등의 부실기재죄 및 동행사죄의 성립을 인정하고 있다. 다만, 이와

377) 대법원 1997. 2. 14. 선고 1996도2904 판결 ; 대법원 1989. 9. 12. 선고 89누916 판결.
378) 대법원 1993. 8. 24. 선고 93도1200 판결.
379) 대법원 1977. 11. 8. 선고 77도2439 판결 ; 대법원 2001. 8. 21. 선고 2000도5418 판결 ; 대법원 1979. 12. 11. 선고 79도1489 판결.
380) 대법원 1986. 9. 9. 선고 85도2297 판결.
381) 대법원 1983. 5. 24. 선고 82누522 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

같은 행위는 실질적으로 회사의 자본을 증가시킨 것이 아니고 등기를 위하여 납입을 가장하는 편법에 불과하여 주금의 납입 및 인출의 전 과정에서 회사의 자본금에는 실제 아무런 변동이 없다고 보아야 할 것이므로 그들에게 회사의 자금을 임의로 유용한다는 불법영득의 의사가 있다고 보기 어렵다고 할 것이다. 그러므로 상법상 납입가장죄가 성립한다고 본 이상 회사의 자본이 실질적으로 증가됨을 전제로 한 업무상 횡령죄가 성립한다고 할 수 없다고 하였다.[382]

이에 대하여 소수의견은 견금(차입가장납입) 방식의 가장납입의 경우도 납입으로서의 효력을 인정할 수 있으므로 이를 원인으로 등기신청을 하였다고 하더라도 이를 두고 허위신고를 하여 부실의 사실을 기재하게 한 경우에 해당한다고 할 수 없어 공정증서원본 등의 부실기재죄 및 동행사죄가 성립할 여지가 없다. 그러나 이와 같이 타인으로부터 금원을 차용하여 주금을 납입하고 설립등기나 증자등기 후 바로 인출하여 차용금변제에 사용하는 경우라고 하더라도 주금납입과 동시에 그 납입금은 회사의 자본금이 되는 것이기 때문에 회사의 기관이 이를 인출하여 개인채무변제에 사용하는 것은 회사의 손해를 가하는 것이 될 뿐만 아니라 불법영득의사의 발현으로서 업무상횡령죄가 성립한다는 견해도 있다.

그리고 신주발행은 주식회사의 자본조달을 목적으로 하는 것으로서 신주발행과 관련한 대표이사의 업무는 회사의 사무일 뿐이므로 신주발행에 있어서 대표이사가 납입된 주금을 회사를 위하여 사용하도록 관리·보관하는 업무 역시 회사에 대한 선관주의의무 내지 충실의무에 기한 것으로서 회사의 사무에 속하는 것이고, 신주발행에 있어서 대표이사가 일반 주주들에 대하여 그들의 신주인수권과 기존 주식의 가치를 보존하는 임무를 대행한다거나 주주의 재산보전 행위에 협력하는 자로서 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고는 볼 수 없을 뿐만 아니라, 납입을 가장하는 방법에 의하여 주금이 납입된 경우 회사의 재산에 대한 지분가치로서의 기존 주식의 가치가 감소하게 될 수는 있으나, 이는 가장납입에 의하여 회사의 실질적 자본의 감소가 초래됨에 따른 것으로서 업무상배임죄에서의 재산상 손해에 해당된다고 보기도 어려우므로, 신주발행에 있어서 대표이사가 납입의 이행을 가장한 경우에는 상법 제628조 제1항에 의한 가장납입죄가 성립하는 이외에 따로 기존 주주에 대한 업무상배임죄(형법 제356조)를 구성한다고 할 수 없다.[383]고 판시하였다.

---

382) 대법원 2004. 6. 17. 선고 2003도7645 판결.
383) 대법원 2004. 5. 13. 선고 2002도7340 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그러나 전환사채는 발행 당시에는 사채이지만 사채권자가 전환권을 행사한 때에 비로소 주식으로 전환되는 것이다. 그러므로 전환사채의 발행업무를 담당하는 사람과 전환사채 인수인이 사전 공모하여 제3자에게서 전환사채 인수대금에 해당하는 금액을 차용하여 전환사채 인수대금을 납입하고 전환사채 발행절차를 마친 직후 인출하여 차용금채무의 변제에 사용하는 등 실질적으로 전환사채 인수대금이 납입되지 않았음에도 전환사채를 발행한 경우라면 전환사채의 발행이 주식 발행의 목적을 달성하기 위한 수단으로 이루어졌고 실제로 목적대로 곧 전환권이 행사되어 주식이 발행됨에 따라 실질적으로 신주인수대금의 납입을 가장하는 편법에 불과하다고 평가될 수 있는 등의 특별한 사정이 없어야 한다.

이러한 경우 전환사채의 발행업무를 담당하는 사람은 회사에 대하여 전환사채 인수대금이 모두 납입되어 실질적으로 회사에 귀속되도록 조치할 업무상의 임무를 위반하여 전환사채 인수인이 인수대금을 납입하지 않고서도 전환사채를 취득하게 하여 인수대금 상당의 이득을 얻게 하고, 회사가 사채상환의무를 부담하면서도 그에 상응하여 취득하여야 할 인수대금 상당의 금전을 취득하지 못하게 하여 같은 금액 상당의 손해를 입게 하였으므로 형법상 업무상배임죄의 죄책을 진다. 그리고 그 후 전환사채의 인수인이 전환사채를 처분하여 대금 중 일부를 회사에 입금하였거나 또는 사채로 보유하는 이익과 주식으로 전환할 경우의 이익을 비교하여 전환권을 행사함으로써 전환사채를 주식으로 전환하였더라도, 이러한 사후적인 사정은 이미 성립된 형법상 업무상배임죄에 영향을 주지 못한다고 판시한 대법원 판례가 있다.[384]

바. 처벌규정

상법 제622조에서 열거하는 자와 이에 응한 자 및 중개한 자가 납입가장행위를 하였다면 5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금으로 처벌하고 상법 제632조에 따라 징역과 벌금은 병과 할 수 있다. 우리 대법원[385]은 타인으로부터 금원을 차용하여 주금을 납입하고 설립등기나 증자등기 후 바로 인출하여 차용금변제에 사용하는 경우에는 상법상 납입가장죄의 성립 외에 형법 제228조 공정증서원본 등의 부실기재죄 및 동 행사죄의 성립도 긍정(실체적 경합관계)하고 있다. 형법상 공정증서원본 등의 부실기재

384) 대법원 2015. 12. 10. 선고 2012도235 판결.
385) 대법원 2004. 6. 17. 선고 2003도7645 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

죄 및 동행사죄의 법정형은 5년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금으로 처벌한다고 규정하고 있어 본죄의 법정형과 대동소이하다.

한편 본죄는 회사의 설립의 경우 설립등기 또는 신주발행의 경우 변경등기가 경료됨으로 성립하는 범죄이다. 따라서 절차에 따른 등기신청만으로 기수에 이르렀다고 볼 수 없다. 즉 사실상 등기신청을 하였으나 하자 등의 발견으로 등기가 완료되지 못하였다고 하더라도 본죄에 대한 인식이나 고의를 가지고 등기를 신청한 경우라면 미수범으로 처벌함이 마땅할 것으로 미수범처벌 규정을 신설할 필요성이 있다.

4. 초과발행죄(제629조)

가. 본질과 보호법익

상법 제629조 초과발행죄는 회사의 발기인, 이사, 집행임원 또는 제386조 제2항, 제407조 제1항의 직무대행자가 회사가 발행할 주식의 총수를 초과하여 주식을 발행하는 행위에 대한 처벌규정으로서 수권자본제도의 도입에 따라 신주발행의 권한이 이사회에 있으므로 그 권한의 남용을 금지하기 위한 벌칙규정이다.[386] 상법 제288조는 주식회사를 설립할 경우 발기인은 정관을 필요적으로 작성하여야 하며 정관에는 상법 제289조 제1항 제1호 내지 제8호까지의 절대적 기재사항을 법정하고 있다.

주식발행과 관련하여 정관의 절대적 기재사항으로는 동조 제1항 제3호 회사가 발행할 주식의 총수와 제5호 회사의 설립시에 발행할 주식의 총수를 적고 발기인이 기명날인 또는 서명하도록 하여 회사의 자본금과 관계되는 사항을 규정하고 있다. 그러므로 본죄에서 말하는 “발행할 주식의 총수”란 회사가 설립된 후 정관 변경 없이 발행할 수 있는 주식의 총수를 일컫는 것이다. 즉 이미 성립한 회사가 신규자금이 필요하여 주식을 발행할 경우 등기된 발행예정 주식의 총수 범위 내에서 이사회의의 결의만으로 언제든지 주식을 발행할 수 있으나 발행예정주식 총수를 초과하여 신주를 발행하고자 할 때는 주주총회의 특별결의를 통하여 정관상의 발행예정주식 총수를 변경하여야 한다는 것이다.

결국 회사가 발행할 주식의 총수는 회사의 자본규모를 의미하는 것으로서 회사의 설립 시에 정관에 확정되어 공시되는 것을 믿고 회사와 거래하는 자들에게 회사의 사업과 신용규모에 대한 예측가능성을 부여 하는 것이다. 이러한 예측가능성에 대한 신뢰

386) 송호신, 전게논문, 186면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

를 파괴하는 것[387]과 정관의 변경 없이 발기인 전원의 결정으로 주식을 초과발행하거나, 이사 및 집행임원이 범위를 초과하여 주식을 발행하는 경우 등 권한남용을 방지하는데 목적이 있다할 것이다.

본죄는 형법 제355조 제2항 배임죄에서와 같이 신임관계를 위배한 행위로써 이사 등이 정관에 기재된 발행예정주식 총수를 초과하여 신주를 발행한 경우에 성립하는 범죄이다. 이는 회사의 자본금과 주식의 규모를 정함에 있어서 주주가 이사회를 통제하기 위한 수단이라고 할 것이다. 결국 본죄는 발기인, 이사, 집행임원 등이 주식 초과발행 행위를 함으로써 주주의 재산권을 침해하는 행위로 본다. 이와 같은 주식의 초과발행 행위는 주주 등이 회사의 사업과 신용규모에 대한 판단을 함에 있어서 회사의 건전한 운영과 자본상태에 대한 예측가능성에 대한 침해행위를 예방하기 위한 것이다. 그러므로 신임관계나 사회적 신뢰관계의 침해는 본죄의 행위태양이나 수단에 불과한 것이지 독립한 보호법익은 될 수 없다. 따라서 본죄의 보호법익은 자본금 등 회사규모 결정에 관한 "주주의 공익권"로 보아야 할 것이다.[388]

나. 행위주체와 직무범위

상법 제629조는 발기인, 이사, 집행임원, 상법 제386조 제2항에 따라 법률 또는 정관에 정한 이사의 결원으로 필요하다고 인정하여 이사, 감사 기타 이해관계인이 법원에 청구하여 일시이사의 직무를 수행할 자를 선임하여 본점 소재지에 등기를 필한 일시이사, 제407조 제1항에 따라 법원으로부터 선임된 직무대행자를 본죄의 행위주체로 하는 진정신분범이다. 한편 법인도 발기인이 될 수 있고(통설) 또 이사가 될 수 있다는 긍정설의 입장에서 보더라도 본죄의 행위주체가 될 수 있는 자는 법인에 의하여 선임되어 발기인 또는 이사의 임무를 수행하는 자연인이다.

본죄에서 열거하는 행위주체와 그들의 직무범위는 상법 제622조 내지 628조 등에서 살펴본 바와 같다. 다만 본죄에서 말하는 발기인은 회사 성립과정에서 주식을 발행하는 경우에 행위주체가 될 수 있고, 이사와 집행임원 등은 이미 성립한 회사가 신주를 발행하는 과정의 경우에 행위주체가 된다는 것이다. 또한 신주의 발행은 발행예정주식 총수 범위 내에서 이사회 결의만으로 발행할 수 있으므로 신주발행 업무를 위하여 선

387) 송호신, 상게논문, 186면.
388) 한석훈, 전게서, 360면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

임된 일시이사나 직무대행자도 본 범죄의 행위주체가 될 수 있다.

그리고 주식발행사항을 결정하고 집행함에 있어서 사실상의 이사나 대표이사, 사장, 회장 등으로 지칭되는 자들도 본 범죄의 주체로 보아야 할 것이나, 상법 제629조에서는 이들을 행위주체로 규정하지 않고 있으므로 이들의 초과발행 가담행위는 교사범이나 방조범으로 처벌할 수밖에 없다.[389] 그러나 주식발행사항을 결정하고 집행함에 있어서는 사실상의 이사나 대표이사, 사장, 회장 등으로 지칭되는 자들의 영향력이 매우 크다고 할 것이고 사실상 이들의 지배 하에서 주식이 발행되는 회사가 상당하다 할 것이다. 그러므로 사실상의 이사나 대표이사, 사장, 회장 등을 처벌할 수 있도록 상법 제629조를 개정하여 상법 제401조의2를 본죄의 행위주체에 포함하여야 할 것이다.

자본금이나 발행주식의 규모를 주주가 직접 결정하고 이사나 집행임원 등의 자의적 행동에 맡기지 않는다. 그러므로 이사나 집행임원이 주식발행에 있어 자의적으로 발행예정주식 총수를 초과 발행하는 행위를 할 경우 이를 처벌한다는 것이다. 다만 회사에 자금이 필요할 경우 신속하게 대처하기 위하여 발행예정주식의 한도 내에서 필요한 자금을 자유롭게 조달할 수 있도록 이사, 집행임원 등에게 재량행위를 인정한다. 그러므로 사채 등에 대한 초과발행의 경우에는 민사상 책임을 지울 뿐이고 이를 상법 제629죄에 규정된 발행예정주식의 초과발행죄로는 처벌할 수는 없음은 죄형법정주의 원칙상 당연하다.

다. 구성요건 행위

본죄의 객관적 구성요건 행위는 상법 제629조에서 열거하는 행위주체가 정관 변경 없이 회사가 발행할 주식의 총수를 초과하여 주식을 발행하는 행위이다. 상법에서 정한 대로 주식발행 절차에 따라 주식을 발행하여 주주의 지위를 취득하게 한다는 것을 의미한다고 볼 것이다. 그러므로 상법 제629조에서 열거하는 자들이 상법상 발행절차를 무시하고 주권만 발행하였다고 한다면 주식발행의 권한 유무에 따라 형법 제216조 허위유가증권작성죄나 형법 제214조 유가증권위조죄에 해당할 것이다. 또한 이에 대하여 기망행위가 있었다고 한다면 형법 제347조 사기죄를 구성할 것이다. 그리고 주식의 발행이라 함은 유상의 신주발행과 준비금의 자본금 전입에 의한 무상신주발행(상법 제461조)도 포함된다고 본다.[390]

389) 송호신, 상게논문, 186면.
390) 한석훈, 상게서, 362면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

라. 주관적 구성요건

상법 제629조에서 열거하는 행위주체가 정관에서 정하고 있는 발행예정주식을 초과하여 주식을 발행한다는 고의 또는 인식이 있어야 하는 고의범이다. 따라서 회사의 발행예정주식을 초과하여 주식을 발행하는 사실에 대한 인식이 필요하다. 그러나 이와 같이 초과 발행한 주식으로 인하여 회사나 주주 또는 투자자 등의 손해에 대한 인식까지를 요구한다고는 보지 않는다. 본죄는 단순한 발행예정주식의 초과발행행위를 처벌하는 죄로서 회사재산에 대한 기망적인 영득을 목적으로 하지 않는다. 또한 본죄를 위반하여 초과발행 한 주식에 대하여 사후적으로 정관을 변경하여 발행할 주식의 총수를 늘려 절차상의 하자를 치유한다고 하더라도 이는 민사적 책임과의 문제일 뿐이고, 본죄의 성립에는 영향을 미치지 못할 것이다. 결국 본죄는 발행예정 주식을 초과하여 주식을 발행함으로써 성립한다 할 것이므로 주식발행 이후의 절차로서 주권의 발행여부, 주주명부의 등재여부, 신주발행무효 판결의 확정여부(상법 제431조 규정에 따라 장래적 효력만 인정)는 본죄의 성립에 영향을 미치지 못한다.[391]

반면 회사에서는 주권의 훼손이나 분실을 대비하여 예비 주권용지를 준비하여 두고 있는 경우가 있는데 회사가 이러한 예비주권을 이용하여 신주발행처럼 위장하여 주권을 발행하는 이중발행은 새로운 주권으로서 권리가 발생하지 않는다. 그러나 이중발행된 주권은 주식의 인수나 납입 없이 허구로 주권의 형식을 빌려 발행되는 무가치한 종이에 불과하나, 회사가 발행한 주권과 동일한 예비주권 용지에 발행하는 것으로서 정식 발행된 주권과 구별할 방법이 없거나 어렵고 또 동일한 주권의 형식을 갖추어 발행하기 때문에 이를 유통시킨다면 상당한 피해발생의 가능성이 높은 무효의 증권이다.

그러나 이러한 이중발행은 상법 제629조 초과발행죄에서 말하는 주식의 발행에 해당할 수 없을 것이다. 그러므로 주권의 이중발행 행위는 형법 제214조 유가증권 위조죄 또는 형법 제216조 유가증권허위기재죄로 처벌하여야 할 것이다. 즉 주식발행 권한이 있는 대표이사가 이중으로 주권을 발행하였다면 유가증권허위기재죄가, 발행권한 없는 자가 이중 발행한다면 유가증권위조죄가 각 성립한다. 또한 이렇게 이중 발행된 주권을 타인에게 매각한 경우는 사기죄가 성립할 것이다.[392]

---

391) 임홍근, 「회사법(개정판)」, 법문사, 2001, 965면.
392) 송호신, 상게논문, 187-188면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

마. 처벌규정

본죄는 상법 제629조에서 열거한 자들이 발행예정주식을 초과하여 주식을 발행한 경우 5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금에 처한다. 또한 상법 제632조 규정에 따라 징역과 벌금은 병과 할 수 있다. 그리고 앞서 살펴본 바와 같이 주권의 이중발행의 경우는 본죄로 처벌할 수 없을 것으로 결국 형법 제214조 유가증권 위조죄(10년 이하의 징역)나 형법 제216조 유가증권위조기재죄(7년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금)로 각 처벌하고 있다. 또한 본죄가 신분범죄인데도 자격정지의 병과규정이 없음은 법률의 미비라 할 것이므로 본죄를 개정하여 신임관계 위배를 처벌하는 형법상 배임죄와 같이 10년 이하의 자격정지를 병과 할 수 있는 규정을 신설할 필요성이 있다고 본다.

제3절 소 결

1. 독직 및 증·수뢰의 죄

현대사회는 기업의 활동범위가 매우 광범위하고 기업의 영향력이 미치지 않은 곳이 없을 정도이고, 특히 회사 내외에서 막강한 권한을 행사하는 발기인, 이사, 집행임원, 감사, 감사위원, 지배인, 검사인, 청산인, 사채권자집회의 대표자 등이 청렴하여야 기업이 바른 경제활동을 할 수 있을 것이며 이는 국민경제발전에 기여하여 깨끗한 사회, 정의로운 사회를 구현해 갈 수 있을 것이다. 따라서 상법 제630조 발기인, 이사 기타 임원의 독직죄, 제631조 권리행사방해등에 관한 증·수뢰죄, 제634조의2 주주의 권리행사에 관한 이익공여죄의 각 규정을 통하여 회사의 임원 등 업무담당자들에게 무거운 법적책임을 지우고 이를 위반할 경우에는 이들에게 민사책임을 부담시키는 외에도 행정목적의 실효성 제고를 위하여 엄중한 형사처분을 하여야 한다.

가. 발기인, 이사 기타 임원 등의 독직죄

상법 제630조 발기인, 이사 기타 임원 등의 독직죄 제1항은 형법 제129조 공무원 수뢰죄와 그 본질이 같고, 동조 제2항은 형법 제133조 뇌물공여죄와 그 본질을 같이 한

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다.[393] 본죄에서 말하는 회사의 업무는 회사의 이익을 추구하는 개인적 법익보호의 성격도 있으나, 국가의 민주적 기본질서의 보호와 경제 질서의 보호 등 사회의 이익을 해치거나 법질서를 교란할 수 없기 때문에 그 공공성이 더욱 중시되고 있는 실정을 고려한다면 회사의 업무집행 관련자에게 고도의 청렴성을 요구한다고 할 것이다.

본죄는 회사의 재산상 손해를 요구하지 않으며 회사재산에 관한 직무에 한정하지 않는다는 점 등으로 볼 때 업무집행 관련자들의 직무 충실성과 공정성에 대한 침해범이이다.[394] 본죄의 보호법익은 "직무집행의 공정성 및 이에 대한 신뢰의 보호"에 있다. 그리고 본죄와 형법상 뇌물죄는 모두 직무에 대한 '부당한 대가로서 사익을 취득함을 금지하는 내용의 범죄'이며 고의범이다.

형법상 뇌물죄가 부정한 이익을 공여한다는 의사표시만으로도 족하고 상대방이 이에 응하였는가는 범죄성립에 영향이 없으며, 그 의사표시가 상대방에게 도달하지 않은 경우는 뇌물공여죄가 성립하지 않는다고 보는 것과 같이[395] 본죄도 동일하게 해석할 수 있을 것이다. 그리고 본죄의 행위주체에 관하여 현행 규정 외에도 상법 제401조의2 업무집행지시자 등의 책임에 의한 사실상의 이사를 추가하여야 한다. 이는 지배주주에 의하여 회사경영이 왜곡되고 범죄행위가 자행되는 우리나라의 특수성 때문이다. 또한 교사의 경우는 상사의 부당한 압력이 작용할 수 있으므로 명문으로 그 처벌을 엄중히 하는 규정을 둘 필요가 있다.

한편 형법상 뇌물죄의 직무범위에 대한 판례는 법령상 관장하는 직무행위뿐만 아니라 그 직무와 관련하여 사실상 처리하고 있는 행위 및 결정권자를 보좌하거나 영향을 줄 수 있는 직무행위도 포함하는 것과 같이 본죄의 직무는 업무집행 관련자가 직접 결제를 하는 권한 있는 업무는 물론 상사의 직무행위보조행위, 본연의 업무와 밀접한 관계에 있는 범위 내의 직무도 포함될 수 있다. 다만 다른 사람의 직무에 포함되는 직무에 관하여 알선하는 알선수뢰 행위, 업무집행 관련자가 될 자가 사전에 부정한 청탁을 받고 재산적 이익을 얻는 행위, 제3자에게 재산적 이익을 공여하게 하거나 요구, 약속하는 행위, 업무집행 관련자의 부정행위 후 재산적 이익을 얻는 사후수뢰 행위 등은 독직죄보다 경하거나 용인할 수 있는 행위가 아님에도 불구하고 이를 처벌할 수 있는 규정이 없으므로 결국 이는 입법의 불비라 할 것이므로 제3자에게 이익을 제공하는 경우, 부정처사후독직수재행위의 경우, 알선수재, 사전 · 사후의 수재 등까지 법제를 정비할 필요성이 있다.

---

393) 대법원 1977. 6. 7. 선고 77도842 판결.
394) 배종대, 전게 형법총론, 193면; 한석훈, 전게서, 365면.
395) 배종대, 전게 형법각론, 857면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

범죄행위로 얻은 수익의 전부나 일부가 회사의 이익을 도모하거나 기타 회사의 이익과 관련하여 독직죄가 행하여졌다고 한다면 행위자의 처벌은 물론 회사의 형사책임도 인정할 수 있도록 상법 제634조의3 양벌규정에 본죄의 경우를 포함시켜야 할 것이다. 물론 양벌규정의 입법취지는 벌칙규정의 실효성을 확보하기 위한 차원에서 회사가 그 범죄행위를 방지하기 위해서 해당업무에 관한 상당한 주의와 감독을 한 경우에는 처벌의 예외 규정을 두어야 할 것이다. 또한 벌금을 대폭 인상하여야 하고 또 일정액 이상의 금원을 수수할 경우는 가중처벌 할 수 있는 근거 규정을 두어야 할 필요성이 있다. 또한 본죄는 대향범으로 받는 자와 제공하는 자가 있기 마련으로 이들에 대하여 자수나 자백을 하는 경우에는 형을 감경 또는 유예하는 규정을 신설한다면 상호 견제, 억제 기능을 보강하여 암수범죄를 줄일 수 있을 것이다.

본죄의 행위주체의 직무범위 등은 매우 광범위하여 파악하기 어렵기 때문에 실효성을 제공하기 위해서는 고소·고발자의 신변을 보호하고 또 익명으로 신고할 수 있는 제도 및 전담수사기관을 설치하여 건전하고 공정한 경제 질서 위에서 회사가 자율 경쟁하며 공정·청렴한 기업윤리 의식을 고취할 수 있도록 제도적 보장을 마련하여야 하고 적합한 몰수나 추징 규정을 신설하여야 할 것이다. 예를 들면 공무원범죄에 관한 몰수특례법 제2조에서는 몰수의 대상이 되는 불법재산을 수뢰행위로 인하여 얻은 불법수익에 한하지 않고 불법 수익에서 유래한 재산에까지 확대함과 같이 상법상 독직죄에서도 이를 준용할 수 있도록 할 수 있을 것이다. 또한 “공무원범죄에 관한 몰수특례법 시행령에 따른 등기 사무처리지침”에 상법상 독직죄도 준용할 수 있도록 개정할 필요성이 있다.

나. 권리행사방해 등에 관한 증·수뢰죄

상법 제631조에서 규정하는 권리행사방해 등에 관한 증·수뢰죄는 총회꾼 등에 의한 주주총회의 혼란을 방지하고, 주주나 사채권자의 정당한 권리행사를 보호하기 위하여주식인수인, 주주 또는 사원, 사채권자 등이 회의에서 발언 또는 의결권을 행사하거나 소의 제기, 소수주주권을 행사함에 있어서 부당한 이익 내지 불법한 보수취득을 금지한다. 또 누구든지 주식인수인과 주주나 사원 및 사채권자 등의 권리행사와 관련하여 부당한 이익 내지 불법한 보수의 공여도 금지한다.

그러므로 이들이 권리행사와 관련하여 부당한 이익 내지 불법한 보수를 취득하게 되면 수뢰죄로 처벌하고 또 누구든지 이들에게 부당한 이익 내지 불법한 보수를 공여하게

dCollection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

되면 증뢰죄로 처벌한다. 상법 제631조 제1항은 권리행사방해 등에 관한 수뢰죄로, 동조 제2항은 권리행사방해 등에 관한 증뢰죄에 대한 규정으로 우리 상법 제정 당시 일본 상법 제494조를 모델로 하여 규정한 것이다.

본죄는 형법 제323조 권리행사방해죄와 제129조 내지 제133조에서 각 규정하는 뇌물범죄를 혼합한 유형의 범죄라고 볼 수 있을 것이다. 그러나 형법 제323조 권리행사방해죄는 그 성격상 순수한 권리의 행사를 방해하는 경우를 처벌하는 범죄이나, 상법 제631조는 "부정한 청탁을 받고 재산상 이익을 수수, 요구 또는 약속 한 자"를 처벌한다는 것으로 결국 권리행사자의 권리행사를 매전 매수하는 경우를 처벌하기 위한 규정으로 상법에만 있는 독특한 규정이다.

그러나 "부정한 청탁"에 대한 판단과 입증이 곤란하고 또한 뇌물을 "재산적 이익"으로 한정하여 적용범위를 제한하고 있어서 총회꾼의 단속 등에 기대하는 효과를 거두지 못하여 총회꾼에 대한 문제를 해결하고자 다시 상법 제634조의2 주주의 권리행사에 관한 이익공여의 죄를 별도로 규정하고 있다. 그러므로 본죄의 존재 이유가 있는지 의문이 들 수도 있으나 최근 들어 소수주주들이 적극적으로 경영에 참여하는 등 회사의 지배구조에 새로운 변화가 나타나고 있다는 점은 본죄의 존재가치는 여전하다고 할 것이다.[396]

상법 제631조는 주식인수인, 주주(사원), 사채권자 등이 회의에서 발언 또는 의결권을 행사하거나 소의 제기, 소수주주권을 행사함에 있어서 공정하게 권리행사를 할 수 있도록 하고 또 권리행사와 관련하여 부당한 이익 내지 불법한 보수취득을 금지하려는 규정이다. 그러므로 본죄의 보호법익은 "주주권, 사채권자의 권리 등 회사의 건전한 운영을 위한 권리행사의 적정"에 있다. 그러나 권리행사가 현실적으로 방해 받거나 그 방해가 구체적 위험의 발생까지를 요구하지는 않으므로 추상적 위험범이다.[397]

상법 제631조 제1항은 권리행사방해 등에 관한 수뢰죄를 규정한 것이고 동조 제2항은 권리행사방해 등에 관한 증뢰죄에 대한 규정이다. 본죄의 행위주체는 회사 내외에 있는 자이거나 상법 제631조 제1항에 열거한 자인지 여부를 불분하고 오로지 권리행사방해 등에 관한 증뢰 행위자를 행위주체로 볼 것이므로 신분상 제한은 없다고 할 것이다.

본죄의 행위주체가 부정한 청탁을 받고 첫째, 창립총회, 사원총회, 주주총회, 사채권자집회에서 각 발언 또는 각 의결권의 행사 둘째, 회사법상의 소의 제기, 발행주식 총수의 100분의 1 또는 100분의 3 이상에 해당하는 주주, 사채총액의 10분의 1 이상에 해당하는

396) 송호신, 전게논문, 159면.
397) 한석훈, 전게서, 376-377면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

사채권자 또는 자본의 100분의 3 이상에 해당하는 출자좌수를 가진 사원의 권리의 행사 셋째, 이사의 위법행위 유지청구권 또는 신주발행유지청구권의 행사를 함에 있어서 재산상의 이익을 수수, 요구 또는 약속함으로써 성립한다.

상법 제630조 발기인, 이사 기타의 임원의 독직죄와 상법 제631조 제1항 권리행사방해 등에 관한 수뢰죄와의 관계에서 양죄 모두 부정한 청탁을 받고 재산상의 이익을 수수하거나 요구 또는 약속하는 행위태양이라는 점에서 동일하다고 할 것이다. 상법 제631조 권리행사방해 등에 관한 증·수뢰죄는 "1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금"으로 처벌하는 규정인 반면, 본죄와 범죄유형이 유사한 상법 제630조 발기인, 이사 기타의 임원의 독직죄는 "5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금"을 법정하고 있다는 점에 비추어 보면 본죄의 법정형이 상당히 경하다 할 것이다.

그러므로 본조를 개정하여 법정형을 상향하고 또 자격정지의 병과규정을 신설한다면 범죄억제효과를 기대할 수 있을 것으로 생각된다.

다. 주주의 권리행사에 관한 이익공여의 죄

상법 제634조의2 주주의 권리행사에 관한 이익공여의 죄는 1984년 상법 개정 당시 총회꾼에 의하여 주주총회가 제 기능을 다하지 못하는 경우를 방지하기 위하여 제정된 권리행사 등에 관한 증·수뢰죄가 범죄구성요건인 "부정한 청탁"을 증명하기가 쉽지 않고 증·수뢰형 범죄로 규정되어 있어 실효성을 거둘 수 없다는 점에서 "부정한 청탁"을 범죄구성요건으로 하지 않고 또 증·수뢰형 범죄도 아닌 형식으로 상법 제634조의2 주주의 권리행사에 관한 이익공여죄를 신설한 것이다.[398] 본죄는 상법 제467조의2 제1항 "회사는 누구에게든지 주주의 권리행사와 관련하여 재산상의 이익을 공여할 수 없다."는 강행규정을 두어 이를 위반한 자는 본죄로 처벌함으로써 제467조의 실효성을 높이기 위한 규정이다. 그리고 회사재산 낭비방지에 의한 회사운영의 건전성 확보 및 주주 권리행사의 적정을 중첩적으로 보호하려는데 있는 추상적 위험범이다.[399]

또한 법인도 본죄의 행위주체가 될 수 있으므로 상법 제637조를 적용하여야 할 것이나 이에 대한 규정이 없음은 입법의 불비이다. 형법 제129조(수뢰, 사전수뢰죄) 및 제130조(제3자 뇌물공여죄)의 법정형은 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지인데

398) 한석훈, 상게서, 381면.
399) 한석훈, 상게서, 383-384면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

비해 본죄의 법정형은 1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금으로 처벌하는 것은 비교적 경하다. 주주가 자기의 권리범위 내의 행위를 하는 것이지만 본죄의 법정형을 상향할 필요성이 있다. 그리고 본죄가 권리행사와 관련하여 회사의 계산으로 재산상의 이익의 공여, 이익의 수수 및 제3자에게 이를 공여하게 하는 등 재산범죄로서의 성격도 강하므로 범죄에 제공되거나 약속된 금원 상당을 추징, 몰수할 수 있는 규정을 신설할 필요가 있다고 본다. 다만, 추징과 몰수는 회사의 재산을 해칠 우려가 크므로 극히 제한적으로 적용하여야 할 것이다.

2. 회사의 신용을 해하는 죄

회사의 신용을 해하는 죄는 법원 또는 총회에 부실한 보고를 하거나 사실을 은폐하는 행위나 투자자의 투자판단에 제공되는 문서 등에 부실한 기재를 하고 이를 행사하는 행위, 주금의 납입과 현물출자를 가장하는 행위, 회사가 발행할 주식의 총수를 초과하여 주식을 발행하는 행위 등을 엄격히 규정하여 회사의 건전한 운영과 신용을 해하는 경우를 처벌하기 위한 범죄규정이다.

가. 부실보고죄

상법 제626조 부실보고죄는 사실이 왜곡되어 외부에 표출됨에 따라 이를 신뢰한자 등의 손해와 사회적 거래 안정성 등에 대한 폐해를 방지하기 위하여 조직변경에 관한 부실보고를 처벌하고자 입법된 범죄로서 법원 또는 총회에 부실한 보고를 하거나 사실을 은폐한 경우에 성립하는 범죄이다. 그러므로 행위주체가 법원 또는 회사(총회)에 부실한 보고를 하거나 사실을 은폐하여 회사에 대한 회사의 자본금과 순재산액 사이의 진실성이 침해되는 범죄로써 보호법익은 “조직변경한 회사의 자본금의 충실”이라 할 것이며 추상적 위험범이고, 신분범죄이며 간접정범에 의하여서는 성립되지 않은 자수범이다. 본죄가 신분범죄인데도 자격정지의 병과규정이 없음은 법률의 미비라 할 것이므로 자격정지에 대한 병과규정을 신설하여 본죄의 행위 주체를 엄격하게 관리하고, 일정한 기간 동안 회사의 중요 업무를 담당하지 못하도록 제한할 필요성이 있다고 본다.

나. 부실문서행사죄

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

상법 제627조 부실문서행사죄는 주식 또는 사채를 모집하거나 매출할 경우에 투자자는 제공되는 정보를 신뢰하고 거래할 수밖에 없을 것이므로 진실한 정보를 제공함으로써 공익성을 확보하고 투자자를 보호하기 위하여 주식 또는 사채의 모집에 있어 부실문서행사죄(동조 제1항)와 주식 또는 사채의 매출에 있어 부실문서행사죄(동조 제2항)를 구분하여 규정하고 있다. 결국 허위사실을 기재하거나 중요사항을 은폐·왜곡한 정보가 투자자에게 제공되어 그 정을 모르는 투자자는 제공된 정보를 그대로 신뢰하고 투자판단을 함으로써 예상할 수 없는 재산상의 손해는 물론 손해의 범위도 상당할 것이므로 이를 예방하고자 마련된 규정이다.

본죄의 보호법익은 문서로 표상된 "회사의 신용 및 출자의 안전"이라 할 것이다. 그러나 본죄가 주식 또는 사채의 모집이나 매출에 관한 문서에 대한 일반 공중의 신용을 보호할 필요가 있다는 점에 비추어 본죄의 보호법익을 주식 또는 사채의 모집이나 매출에 관한 정보가 담겨있는 문서를 "일반투자자의 신용"으로 보는 견해도 있다.[400]

상법 제627조 제1항은 매우 광범위한 행위주체를 열거하고 있으나, 사실상 주식이나 사채의 모집 또는 매출에 관한 업무와 밀접한 관계가 있는 자로 범위를 축소할 필요성이 있다. 즉 발행인이라고 보기 어려운 감사와 감사의 직무대행자, 지배인 기타 영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인이 주식이나 사채 모집 또는 매출 행위를 수행하였을 경우 이들의 행위가 곧 회사의 행위가 되는 것이 아니라 회사기관의 의사지배에 따른 단순한 업무행위로 보아야 할 것이므로 역시 행위주체에서 제외되어야 할 것이다. 그리고 감사위원회의 위원은 행위주체가 될 수도 있겠지만 이들은 감사위원회의 위원의 자격에 앞서 이사라는 신분에 따라 본죄의 행위주체가 될 것이므로 굳이 본죄의 행위주체로 이중 열거할 필요는 없다고 할 것이므로 제외되어도 무방하다. 그러나 사실상의 이사는 본죄의 행위주체에서 누락되어 있는데 이는 법률의 불비라 할 것이므로 사실상의 이사를 포함하여야 한다. 또한 본죄의 법정형을 형법상 사기죄의 법정형 정도로 상향 조정하고, 또 미수범 처벌규정과 자격정지 병과 규정을 신설할 필요성이 있고 생각된다.

다. 납입가장죄 등

상법 제628조 납입가장죄 등은 회사의 자본은 주식의 모집과 인수 및 납입을 통하여

400) 한석훈, 전게서, 333면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

조달되므로 주금의 납입 및 현물출자는 실재하여야 한다. 이를 가장하여 마치 납입이 있는 것처럼 관련 서류를 작성하여 등기하고 회사를 설립하는 경우에는 자본 확정 및 자본충실원칙을 해하여 회사의 재산적 기초를 위태롭게 하거나 주주나 채권자를 해할 염려가 크다. 본죄는 처음부터 납입 사실이 없이 형식상 주금이 납입된 것 같은 외형을 갖추어 사실과 다른 부실한 보관증명을 교부받아 설립등기 하는 것을 예방하고자 마련된 것이다. 현물출자의 경우에도 사실상 무가치한 재산이 출자되거나 재산의 과대평가로 회사의 자본충실을 해한다고 하면 성립되며 "회사의 자본충실"을 보호법익으로 하는 추상적 위험범이다.[401]

본죄는 회사의 설립의 경우 설립등기 또는 신주발행의 경우 변경등기가 경료 됨으로 성립하는 범죄이다. 그러므로 절차에 따른 등기신청만으로 기수에 이르렀다고 볼 수 없다. 사실상 등기신청을 하였으나 하자 등의 발견으로 등기가 완료되지 못하였다고 하더라도 본죄에 대한 인식이나 고의를 가지고 등기를 신청한 경우라면 미수범으로 처벌함이 마땅할 것으로 미수범처벌 규정을 신설할 필요성이 있다.

라. 초과발행죄

상법 제629조 초과발행죄는 회사의 발기인, 이사, 집행임원 또는 제386조 제2항, 제407조 제1항의 직무대행자가 회사가 발행할 주식의 총수를 초과하여 주식을 발행하는 행위에 대한 처벌규정이다. 수권자본제도의 도입에 따라 신주발행의 권한이 이사회에 있으므로 그 권한의 남용을 금지하기 위한 벌칙규정으로서 자본금 등 회사규모 결정에 관한 "주주의 공익권"을 보호법익으로 한다.[402]

본죄의 행위주체와 관련하여 주식발행사항을 결정하고 집행함에 있어서 사실상의 이사나 대표이사, 사장, 회장 등으로 지칭되는 자들도 본 범죄의 주체로 보아야 할 것이나, 상법 제629조에서는 이들을 행위주체로 규정하지 않고 있으나 주식발행사항을 결정하고 집행함에 있어서 이들의 영향력이 매우 크다고 할 것이고 사실상 이들의 지배하에서 주식이 발행되는 회사가 상당하다 할 것이므로 사실상의 이사나 대표이사, 사장, 회장 등을 처벌할 수 있도록 상법 제629조를 개정하여 상법 제401조의2를 본죄의 행위주체에 포함시켜야 할 것이다.

401) 한석훈, 상게서, 340면.
402) 한석훈, 상게서, 360면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

본죄의 처벌형은 “5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금”이다. 그런데 주권의 이중발행의 경우는 본죄로 처벌할 수 없을 것으로 형법 제214조 유가증권 위조죄(10년 이하의 징역)나 형법 제216조 유가증권위조기재죄(7년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금)로 처벌하고 있다. 그리고 본죄의 행위주체가 신분범죄인데도 자격정지의 병과규정이 없음은 법률의 미비라 할 것이므로 본죄를 개정하여 신임관계 위배를 처벌하는 형법상 배임죄와 같이 10년 이하의 자격정지를 병과 할 수 있는 규정을 신설할 필요성이 있다고 본다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제5장 결 론

앞에서 고찰한 바와 같이 법인의 범죄가 날로 증가하고 있고, 이를 억지하기 위하여 법인에 대한 형사처벌의 필요성이 절실히 요구되는 실정이다. 그러나 우리나라는 기업범죄의 주체가 되는 자연인인 행위자, 즉 기업의 대표자나 구성원의 처벌을 원칙으로 하며 법인의 처벌은 양벌규정이 있는 경우에 한하여 벌금형만으로 처벌하고 있다. 다만, 법인이 행위자의 위반행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에는 그러하지 아니한다. 이와 같은 양벌규정의 입법취지는 벌칙규정의 실효성을 확보하기 위한 것이다.

이에 비하여 형사법학계의 일반적인 입장과 판례의 입장은 법인의 범죄능력을 부인한다. 그러나 구성원의 범죄행위로 법인이나 법인의 실질적 소유자의 이익이 극대화 된다면 구성원을 범죄의 도구로 사용할 여지가 다분하다 할 것이므로 법인자체를 처벌하는 것만이 법인의 범죄를 억지할 수 있을 것이다. 법인의 처벌을 가능하게 하려면 형법총칙에 법인의 범죄능력을 인정하는 일반적 규정을 두어야 한다. 세계 각국도 일반적으로 법인의 범죄능력을 인정하고 있으며, 일본의 경우에는 회사범죄에 행위자인 자연인뿐만 아니라 법인과 법인의 대표자 또는 감독의 지위에 있는 자를 처벌하는 3벌 규정을 두는 경우도 있음을 고려해야 한다.

그러나 기업의 영리활동은 신의성실과 충실의무에 입각한 재량권을 확보하여, 활발하고 자유롭게 회사의 최대의 이익을 위하여 이루어져야 한다. 그러므로 기업범죄의 억지를 위하여 법인 및 행위자의 처벌을 강화하면서도, 미국에서 발달한 경영판단원칙을 제도적으로 도입하여 기업 활동의 자유와 과감한 경영활동을 보장할 필요성이 있다. 사법당국이 범죄예방이나 당사자들의 고소고발에 따라 기업을 일일이 내사하거나 적극적으로 경영에 관여하는 것은 경영판단을 해칠 수 있고, 이것은 결국 국민경제를 저해할 수 있기 때문이다. 특히 상법상의 특별배임죄의 경우와 같이 사법당국에 의하여 배임죄의 적용범위를 부당하게 확장하는 등 법인의 활동을 위축시킬 수 있는 경우에는 경영판단의 원칙을 제도적으로 도입하여야 할 필요성이 크다고 생각한다.

상법상의 벌칙조항들은 전체적으로 보아 법체계의 통일성이나 체계성이 미흡하며, 일부의 조항들은 형해화 되어 있어서 형사적 제재수단으로 이용하기에는 미흡하기 때문에 벌칙조항을 설치하여 행정목적을 달성하려는 입법취지를 살리지 못하고 있는 실정이다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그러므로 상법이나 그 특별법상의 벌칙조항을 위한 통칙규정을 마련할 필요가 있다. 또한 행위의 주체가 회사관련자 거의 전부를 규정하고 있어서 너무 광범위하고, 구성요건이 지나치게 복잡하고 추상적이어서 적용의 혼란을 초래할 수 있다. 향후 형법 및 기업관련 법률 등과 중복여부를 검토하여 보완작업을 계속해 나가야 하고, 그 실효성을 제고하기 위하여 지속적인 노력을 경주하여야 할 것이다.

또 법정형이 징역형과 벌금형으로만 한정되어 있어서 처벌을 위한 선택의 폭이 좁기 때문에 다양한 형벌을 도입할 필요가 있다. 특히 몰수와 추징 등을 광범위하게 적용할 근거를 마련해 나가야 할 것이다. 예컨대 원상회복, 구제명령, 사회봉사명령, 일정직업 종사금지 또는 제한 명령, 법인해산명령 등 새로운 유형의 제재수단을 도입하는 것이다. 그리고 벌칙규정의 실효성 제고를 위하여 징역형을 미국의 경우와 같이 대폭 강화할 필요가 있을 것이다. 또 벌금형의 경우도 현재의 경제여건 및 범죄로 향유하는 이익 등을 비교형량 하여 상당한 정도로 상향조정이 필요할 것으로 보인다.

양벌규정에 의하여 법인에게 부과하는 벌금은 행위자인 자연인과 달리 현실성 있게 상향하여 규정하는 것이 타당할 것이다. 그러나 법인에게 부과하는 벌금이나 몰수 또는 추징은 회사의 재산적 기초를 위태롭게 하여 채권자나 투자자를 해칠 수 있고, 현금지급능력이 없거나 취약한 회사의 경우에는 재정 상태를 악화시킬 수 있는 염려도 있을 것이다. 기업유지의 이념이 살아나고 채권자 및 일반투자자들이 보호받을 수 있도록 하기 위해서 사법권이 선택할 수 있는 다양한 제도를 구비할 필요가 있을 것이다. 또 피해자 보호와 소송경제의 필요성을 감안하여 수 개의 소송이 있을 경우 병합심리하거나 형사재판에서 배상명령신청과 같은 제도를 마련하여 민·형사소송을 동시에 진행하는 것도 고려할 필요가 있을 것이다.

상법상 벌칙조항(제622조 내지 632조의2)에 대한 개정의견을 구체적으로 살펴보면, 제622조의 발기인, 이사, 기타 임원 등의 특별배임죄의 주체는 자기의 권한으로 경영의사를 결정할 수 없는 자를 포함하고 있으므로 행위주체를 단순화 하고, 나머지는 형법에 맡기는 것이 타당할 것이다. 다만 상법 제402조의2 업무집행관여자는 본죄의 주체에 포함시키는 것이 타당하다 할 것이다. 또한 본죄로 얻은 이익의 액에 따라 가중 처벌할 수 있도록 하여야 할 것이며, 자격정지를 병과 할 수 있는 근거규정을 마련할 필요성이 있다. 그리고 상법 제623조 사채권자 집회의 대표자 등의 특별배임죄를 폐지하고 이를 제622조 발기인, 이사, 기타 임원 등의 특별배임죄에 포함시켜 보다 무겁게 처벌하는 것이 타당할 것이다.

제624조의2 주요주주 등 이해관계자와의 거래위반의 죄의 행위주체에 감사를 포함하고 있으나 감사위원회의 위원, 검사인, 회계감사인, 준법감시인이 누락되되 있으므로 이

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

들을 포함하는 입법이 필요하다. 또한 형법 제48조 제1항 제1호의 규정과 같이 범죄행위에 제공하거나 제공하려고 한 물건에 대해서는 몰수 또는 추징할 수 있어야 할 것이고 또 본죄로 취득한 재물이 제3자에게 처분되어 없다고 한다면 그 가액을 추징할 수 있도록 입법하여야 한다.

제625조 회사재산을 위태롭게 하는 죄에는 성격이 상이한 여러 행위들이 한 조문에 묶여 있으므로 행위의 태양에 따라 조문을 정리할 필요가 있다. 동조 제1호 부실보고는 상법 제626조 부실보고죄와 성격을 같이 하므로 하나로 묶어 독립된 조문으로 할 필요가 있다. 동조 제2호 자기주식취득은 상법 제625조의2 주식의 취득제한 등에 위반한 죄와 성격을 같이하므로 함께 묶어 독립된 조문으로 하는 것이 옳다고 본다. 그리고 동조 제4호 영업범위 외의 투기행위는 해석이 애매하고 기업의 자율성을 해칠 수 있으므로 배임에 해당하는 경우에는 상법 제622조를 적용할 수 있도록 하고 여기에서는 삭제하는 것이 타당할 것이다. 한편 본죄의 규정을 그대로 유지하더라도, 배당에 있어서 실질적으로 영향력을 행사 할 수 있는 자를 열거한 상법 제401조의2에 포함하여 입법하여야 할 것이며, 또 본죄가 신분범죄이므로 자격정지의 병과규정을 입법할 필요가 있다.

상법 제625조의2 주식의 취득제한 등에 위반한 죄는 2,000만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있는데 이는 현실성이 너무 없고 법인범죄의 억지효과를 기대할 수도 없다 할 것이므로 대폭 상향조정할 필요가 있다. 또한 본죄의 행위주체는 “자회사” 곧 법인이다. 그러므로 상법 제637조 법인에 대한 벌칙의 적용 조항에 포함하여 입법하여야 한다.

상법 제634조 납입책임면탈죄의 경우는 주식발행의 경우에 청약증거금을 청약시에 미리 납입하게 하므로 본죄가 성립할 여지가 없다 할 것이므로 사문화된 규정이다. 일본의 경우도 2005년 회사법을 제정하면서 본죄(일본 상법 제497조)를 삭제한 바와 같이 본죄 규정을 삭제하는 것이 타당하다.

상법 제630조 발기인, 이사 기타 임원의 독직죄의 행위 주체에 상법 제401조의2 업무집행지시자도 본죄의 행위주체가 될 수 있도록 입법하여야 한다. 그리고 상법 제634조의3 양벌규정에도 포함하도록 입법하여야 한다. 또한 벌금도 범죄억제 효과를 기대할 수 있을 정도로 대폭 상향하고 또 자격정지를 병과 할 수 있도록 입법하여야 한다.

상법 제631조 권리행사방해 등에 관한 증·수뢰죄, 동법 제634조의2 주주의 권리행사에 관한 이익공여의 죄에서는 그 처벌을 1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금으로 하고 있으므로 처벌이 너무 약해서 현실성이 없다. 따라서 법정형 특히 벌금을 현실성 있게 대폭 상향할 필요가 있다. 그리고 몰수와 추징에 관한 규정(제633조)을 제634조의2 주주의 권리행사에 관한 이익공여의 죄에 적용할 수 있도록 입법하여야 한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

상법 제626조 부실보고죄와 제627조 부실문서행사죄는 모두가 신분범이라는 점으로 볼 때 이들에 대하여 자격정지의 병과 규정 및 미수범 처벌규정을 입법하여야 한다.

상법 제628조 납입가장죄는 미수범 처벌규정을 신설하여야 한다. 그리고 상법 제629조 초과발행죄의 행위주체로 상법 제401조의2를 포함하여야 하며, 미수범 처벌 규정을 신설하고 벌금을 상향하여 입법하여야 한다.

전술한 바와 같이 재벌이나 대기업의 실질적 소유자 및 대자본가들이 사회를 선도하는 막중한 지위에 있고 사회적 권한을 가지고 있으나 이들의 탐욕으로 기업범죄가 반복되고 비윤리적 행태가 지속되고 있는 것이 현 실정이다. 종래와 같이 하부조직의 누군가를 단순히 처벌하고 얼마간의 벌금을 내게 하는 것이나, 총수의 처벌이 집행유예, 사면 등으로 이어지게 되면 기업범죄는 억지할 수 없을 뿐만 아니라 국민의 불신도 해소할 수 있는 방법이 없다. 그러므로 기업윤리의 제고방안, 민·형사책임을 강화하는 방안을 병행하여 지속적으로 기업범죄에 관하여 연구해 나가야 할 것이다. 향후 이 분야의 학문적 관심이 높아지길 기대한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 국내문헌

1. 단행본

김재윤, 「기업의 형사책임」, 마인드탭, 2015.
김준호, 「민법강의(제22판)」, 홍문사, 2016.
박길준, 「기업관련법중 처벌규정의 개선에 관한 연구」, 대한상공회의소, 1989.
박미숙, “경영판단과 배임죄의 성부”, 『형사판례연구』, 한국형사판례연구회(박영사), 2001.
박상기, 「형법각론」, 박영사, 2008.
배종대, 「형법총론(제12판)」, 홍문사, 2016.
_____, 「형법각론(전정9판)」, 홍문사, 2015.
손주찬, 「상법(상)제15보정판」, 박영사, 2004.
신동운, 「형법총론(제8판)」, 법문사, 2015.
송광섭, 「범죄학과 형사정책」, 유스티니아누스, 1998.
양동석·김현식, 「기업범죄」, 법영사, 2014.
양동석, 「한·중·일비교회사법」, 법영사, 2012.
이기수, 최병규, 「회사법(제9판)」, 박영사, 2011.
이상돈, 「경영판단의 원칙과 형법」, 박영사, 2015.
이재상 · 장영민 · 강동범, 「형법총론(제8판)」, 박영사, 2015.
이재상, 「형법각론(제9판)」, 박영사, 2014.
이정원, 「형법각론」, 법지사, 2012.
이철송, 「회사법강의(제23판)」, 박영사, 2015.
임 웅, 「형법총론(제7정판)」, 법문사, 2015.
_____, 「형법각론(제6정판)」, 법문사, 2015.
임종헌 외, 「부동산등기실무(Ⅲ)」, 법원행정처, 2007.
임홍근, 「회사법(개정판)」, 법문사. 2001.
정동윤, 「상법(상)제6판」, 법문사, 2012.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

정영석 · 신양균, 「형사정책(개정판)」, 법문사, 1997.
정영석, 「형법각론」, 법문사, 1993.
정찬형, 「상법강의(상)제19판」, 박영사, 2016.
_____, 「상법강의요론(제11판)」, 박영사. 2012.
한석훈, 「기업범죄의 쟁점연구」, 법문사, 2013.

2. 연구논문

Ⅰ. 국내문헌

강동욱, "배임죄성립범위에 관한 연구-소위 경영판단원칙의 도입반대와 대안 중심으로", 『법무부연구용역보고서』, 법무무, 2015.
_____, "형사상 배임죄의 입법례와 주체에 관한 고찰", 『법학논총』 제37권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2013.
_____, "이사 등의 경영행위에 대한 배임죄 적용의 문제점", 『법학연구』 제23권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2012.
_____, "배임죄의 본질과 주체에 관한 고찰", 『법과 정책연구』 제10집 제1호, 한국법정책학회, 2010.
곽관훈, "기업범죄 예방과 상법의 역할", 『한국상사법학회 춘계학술대회자료집』, 한국상사법학회, 2011.
곽병선, "경영판단의 원칙과 업무상배임죄", 『법학연구』 제56권, 한국법학회, 2014.
권상로, "미국 · 독일법상의 경영판단의 원칙 도입여부에 관한 연구", 『법학연구』 제33집, 한국법학회, 2009.
권재열, "경영판단의 원칙", 『비교사법』 제6권 제1호, 한국비교사법학회, 1999.
_____, "상법상 이익공여죄에 관한 소고", 『법학연구』 제18권 제3호, 연세대학교법학연구소, 2008.
김기현, "내부공익신고자 보호제도 개선에 관한 연구", 고려대학교 석사학위논문, 2012.
김대홍, "전통 형법상 뇌물죄 구성요건의 시사점", 『법조』 제62권 제3호, 법조협회, 2013.
김두환, "사채발행제도에 대한 소고", 『안암법학』 제22권, 안암법학회, 2006.
김병기, "상법 제622조 임원 등의 특별배임죄에 관한 연구", 『상사판례연구』 제28권 제2호, 한국상사판례학회, 2015.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

김상봉, “상법상의 특별배임죄”,『검찰』101호, 대검찰청, 1990.

김선일, “공직자 부정부패 방지를 위한 법적 통제방안”, 건양대학교 박사학위논문, 2014.

김성규, “양벌규정의 문제점과 법인처벌의 개선방안”,『입법과 정책』제22권, 국회입법조사처, 2010.

김성룡·권창국, “기업·법인의 형사책임법제 도입가능성과 필요성”『형사법의 신동향』통권 제46호, 대검찰청, 2015.

김익태, “미국회사법상 경영판단의 원칙에 관한 연구” 한국외국어대학교 박사학위논문, 2009.

김재윤, “차입매수(LBO)DP 대한 형사책임”,『법학연구』제53집, 한국법학회, 2014.

김종덕, “배임죄에 있어서 법인 및 대표기관의 형사책임”,『법학연구』제22집, 한국법학회, 2006.

노일석, “미국회사법상 대표소송의 종결과 경영판단의 원칙”,『사회과학』제12집, 경남대학교 출판부, 1985.

노태철, “금융기관의 부실에 대한 임원의 법적 책임에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2012.

문준우, “유한회사 제도의 남용에 관한 검토”,『상사법연구』제35권 제2호, 한국상사법학회, 2016.

문준우·안영규, “주요국의 차입매수(Leveraged Buyout)의 역사, 기본구조, 기존 및 최근 판례의 평가”,『금융법연구』제10권 제1호, 한국금융법학회, 2013.

문화경, “우리나라 판례에 나타난 경영판단의 원칙과 상법상 경영판단의 원칙 도입의 필요성”,『동아법학』제61호, 동아대학교 법학연구소, 2013.

문형섭, “배임죄에 관한 연구” 호남대학교 박사학위논문, 2001.

박기석, “판례와 사례분석을 통한 기업범죄 처벌의 개선방향”,『형사정책』제20권 제2호, 한국형사정책연구원, 2008.

박봉진, “공무원 뇌물범죄와 대응방안”,『법학연구』제51집, 한국법학회, 2013.

박성수, “상사법상 주식회사 관련 형사책임 연구”, 고려대학교 박사학위논문, 2010.

박성민, “배임죄에 있어 경영판단원칙의 도입여부에 대한 검토”,『비교형사법연구』제16권, 제1호, 한국비교형사법학회, 2014.

송호신, “상법상의 회사관련범죄에 대한 연구”, 한양대학교 박사 학위논문, 2002.

서태경, “상법상 업무집행관련자의 민·형사책임에 관한연구”, 한양대학교 박사학위논문, 2007.

신지윤, “판결문에 나타난 공무원 뇌물죄 판단의 변화 과정 - 직무관련성을 중심으로-”, 서울대학교 행정학석사 학위논문, 2014.

안경옥, “사실상의 신임관계”,『형사판례연구(9)』, 한국형사판례연구회(박영사), 2001.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

안성조, “법인의 범죄능력에 관한 연구”,『한양법학』제29권, 한양법학회, 2010.

양동석, “경영판단원칙의 수용 가능성”,『기업법연구』제7집, 한국기업법학회, 2001.

_____, “기업윤리와 법제”,『상사법의 중요쟁점에 대한 새로운 접근』, 한국기업법학회 · 한국상사판례학회, 2016년 하계공동학술대회 자료집, 2016.

양동석 · 박승남, “회사법상의 특별배임죄”,『기업법연구』제28권 제1호, 한국기업법학회, 2014.

양동희 · 김림호, “상법상 이사 등의 독직죄(상법 제630조)에 관한 연구”,『가천법학』제8권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2015.

양천수, “법인의 범죄능력-법 이론과 형법정책의 측면에서-”,『형사정책』제18권 제2호, 한국형사정책연구원, 2007.

옥선기, “황금전환사채 발행사건 연구-업무상배임죄 성립 여부 및 자본시장법상 규제체계 개선 검토-”,『법조』제63권 제7호, 법조협회, 2014.

원창연, “차입매수(LBO)와 배임죄의 성부”,『YGBL』제5권 제1호, 연세글로벌비즈니스, 2013.

윤영신, “삼각합병제도의 도입과 활용상의 법률문제”,『상사법연구』제32권 제2호, 한국상사법학회, 2013.

이경열, “경영판단의 과오와 업무상배임죄의 성부”,『법조』제55권 제12호, 법조협회, 2006.

이상돈, “경영실패와 경영진의 형사책임”,『법조』제52권, 제5호, 법조협회, 2003.

이증준, “합병형 차입매수(LBO)의 배임죄 성부 판단”,『형사정책연구』제24권, 제1호, 형사정책연구원, 2013.

이영봉, “경영판단원칙의 수용에 관한 검토”,『상사법연구』제19권 제1호, 한국상사법학회, 2000.

이윤제, “특정범죄가중처벌에 관한 법률 중 뇌물죄의 가중처벌에 관한 연구”,『법조』제57권 제17호, 법조협회, 2008.

이재방, “법인의 범죄능력 인정과 법인 처벌방안”,『홍익법학 』제11권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2010.

이종상, “이사의 책임과 배임죄에 대한 비판적 고찰”,『BFL』제19호, 서울대학교 금융법센터, 2006.

이철송, “이사의 책임에 대한 몇 가지 이론”,『BFL』제4호, 서울대학교 금융법센터, 2004.

임석원, “법인의 범죄능력을 위한 새로운 해석의 필요성-기업의 생명침해에 대한 대응을 중심으로-”,『형사정책』제18권 제3호, 한국형사정책연구원, 2007.

전우성, “삼성전자 판례에 나타난 법원의 경영판단의 원칙에 대한 태도와 이사의 책임제한”,『고려법학』제57호, 고려대학교 법학연구원, 2010.

정성근, “기업범죄와 형사책임”,『경희법학』제18권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 1983.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

정용기, “기업범죄의 문제점과 개선방안”,『산업경영논총』제14집, 용인대학교 산업경영 연구소, 2007.

정웅석, “기업범죄의 범죄수익에 관한 몰수 및 추징의 실효성 확보방안”,『비교형사법연구』 제15권 제2호, 한국비교형사학회, 2013.

조 국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계 -업무상 배임죄 배제론에 대한 응답-”, 『형사법연구』제19권 제3호, 한국형사법학회, 2007.

조기영, “배임죄의 제한해석과 경영판단 원칙”,『형사법연구』제19권 제1호, 한국형사법학회, 2007.

주강원, “상법상 특별배임죄에 대한 연구”,『법학연구』제18권 제3호, 연세대학교 법학연구소, 2008.

최경규·이영대, “대법원판례에 나타난 비금융회사의 자본구조 경영판단과 배임죄에 관한 연구”, 『기업법연구』제29권 제4호, 한국기업법학회, 2015.

최준선, “상법상 특별배임죄의 개선방향”,『경제법연구』제11권 제2호, 한국경제법학회, 2007.

최완진, “회사법상 경영판단의 원칙 도입”,『기업지배구조 리뷰』제75권, 한국기업지배구조원, 2014.

표성수, “뇌물범죄의 입증과 공여자 진술의 신빙성”,『법조』제58권 제12호, 법조협회, 2009.

한석훈, “형사책임에 대한 경영판단원칙의 적용”,『성균관 법학』제22권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2010.

허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”,『비교형사법연구』제6권 제2호, 한국비교 형사법학회, 2004.

Ⅱ. 외국문헌

Clark, Furlow W, “Good Faith, Fiduciary Dutise, and the Business Judgment Rule in Delaware,” Utah Law Review Vol.15 No3, 2009.

Comments, “sanctions for Corporate illegality”, The Journal of Criminal Law & Criminology, 1978.

E. H. Sutherland,「White Collar Crime : The Uncut Version」, Yale Unir. Press, 1985.

L. H. Leigh, “The Criminal Liability of Corporations and Other Groups : A Comparative View”, MICH. L. REW. Vol.80, 1982.

Merriam Webster's Dictionary of Law, Merriam-Webster, 1996.

Stephanie Trotter, “Safety and Profit”, 1999.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

吉原和之,“取締役の経營判斷と株主代表訴訟”,「株主代表訴訟大系」, 弘文堂, 1996.
近藤光男,「經營判斷取締役責任-經營判斷の法則適用檢討」, 中央經濟社, 1994.
落合誠一 外編,「會社法コメンタル(21) 雜則[3]·罰則」, 商事法務, 2011.
室杖哲郎,「企業犯罪」, 日本評論社, 1978.
小林 朴,「會社犯罪の搜査」, 學陽書房, 1969.
西原春夫 外2,「刑法學Ⅰ」(總論の重要問題Ⅰ), 有斐閣, 1978.
山中研一 外3,「刑法の基礎理論 第1卷」, 成文堂, 1980.
神山敏雄 外編,「新經濟刑法入門」, 成文堂, 2008.
上柳克郎 外編,「新版 注釋會社法」(13), 有斐閣, 2002.
永野義,「企業犯罪と搜査」, 警察時報社, 1992.
芝原邦爾,「經濟刑法研究(上)」, 有斐閣, 2005.
藤木英雄,「公害犯罪と企業責任」, 弘文堂, 1975.

Ⅲ. 인터넷 사이트 문헌검색

국회전자도서관 : http://dl.nanet.go.kr
대법원종합법률정보 : http://mglaw.scourt.go.kr
로앤비 : http://www.lawnb.com
한국학술정보 : http://search.koreanstudies.net

Collection @ chosun