



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](#)

2023년 2월  
박사학위논문

# 배임죄의 비범죄화에 관한 연구

- 경영판단의 원칙을 중심으로 -

조선대학교 대학원

법학과

유 창 훈

# 배임죄의 비범죄화에 관한 연구

- 경영판단의 원칙을 중심으로 -

A Study on Decriminalization of Breach of Duty

- Focusing on Business Judgment Rule -

2023년 2월 24일

조선대학교 대학원

법학과

유 창 훈

# 배임죄의 비범죄화에 관한 연구

- 경영판단의 원칙을 중심으로 -

지도교수 권 상 로

이 논문을 법학 박사학위신청 논문으로 제출함

2022년 10월

조선대학교 대학원

법학과

유 창 훈

## 유창훈의 박사학위논문을 인준함

위원장 조선대학교 교수 김재형 (인)

위원 조선대학교 교수 김종구 (인)

위원 조선대학교 교수 서성호 (인)

위원 광주여자대학교 교수 박종렬 (인)

위원 조선대학교 교수 권상로 (인)

2023년 1월

조선대학교 대학원

# 목 차

ABSTRACT .....	iv
<b>제1장 서론</b> .....	1
제1절 연구의 목적 .....	1
제2절 연구의 범위와 방법 .....	4
<b>제2장 배임죄 및 경영판단의 원칙의 일반론</b> .....	5
제1절 배임죄에 관한 규정 .....	5
제2절 배임죄 적용의 제한 수단으로서의 경영판단의 원칙 .....	7
1. 경영판단의 원칙 의의 .....	7
2. 경영판단의 원칙 요건 .....	8
3. 한국에서의 경영판단의 원칙에 관한 판례의 입장 .....	13
4. 배임죄 판단에서 적용상의 한계점 .....	20
제3절 배임죄의 법적 성격 .....	22
1. 보호법익 .....	22
2. 본질 .....	23
3. 법인의 배임죄 주체성 인정 여부 .....	27
4. 객관적 구성요건 .....	28
5. 주관적 구성요건 .....	33
제4절 배임죄 적용의 문제점 .....	35
1. 손해발생 위험의 처벌 문제 .....	35
2. 신임관계 위배행위 처벌의 문제 .....	43

<b>제3장 배임죄의 비범죄화에 관한 이론적 논의</b> .....	48
제1절 범죄화 및 형벌에 관한 이론 .....	48
1. 범죄화의 개념 .....	48
2. 범죄의 개념 .....	49
3. 범죄화이론 .....	51
4. 형벌에 관한 논의 .....	55
5. 국가형벌권의 바람직한 행사 .....	61
제2절 비범죄화에 관한 이론적 논의 .....	63
1. 현대 형사정책의 기본원리 .....	63
2. 비범죄화의 전개 양상 및 이론적 논의 .....	65
3. 비범죄화의 전개 방향 및 한계 .....	73
제3절 기존 형법개정 과정에서의 비범죄화 논의 및 결과 .....	77
1. 1988년 제2차 형법개정 .....	77
2. 1995년 제3차 형법개정 .....	82
제4절 헌법재판소 위헌 선언에 따른 비범죄화 결과 .....	85
1. 2009년 혼인빙자간음죄 위헌 결정 .....	85
2. 2015년 간통죄 위헌 결정 .....	94
3. 2019년 자기낙태죄 헌법불합치 결정 .....	100
제5절 국내에서의 기존 비범죄화의 논의와 동향 .....	112
1. 풍속범죄 .....	112
2. 행정법규위반 .....	113
3. 교통범죄 .....	116
4. 마약범죄 .....	118

제6절 배임죄 등 경제범죄 영역에서의 비범죄화 동향 ..... 120

1. 반기업정서가 비범죄화 논의에 미치는 영향 ..... 120

2. 사법부의 실무 관행이 비범죄화 논의에 미치는 영향 ..... 122

**제4장 경영판단의 원칙을 고려한 배임죄의 비범죄화 방안 .... 124**

제1절 배임죄의 비범죄화의 필요성 ..... 124

1. 헌법적 측면 ..... 124

2. 기업 의욕의 저하 ..... 129

3. 산업구조의 변화 ..... 131

제2절 배임죄의 비범죄화를 위한 경영판단의 원칙의 활용 ..... 138

1. 해외의 배임죄 입법 사례 ..... 138

2. 배임죄 규정의 폐지론과 개정론 ..... 144

3. 경영판단의 원칙 형사사건에의 적용 ..... 147

제3절 배임죄의 비범죄화를 위한 입법적 대안 ..... 159

1. 경영판단의 원칙 도입 ..... 159

2. 배임죄 개정안의 제안 ..... 163

**제5장 결 론 ..... 169**

참고문헌 ..... 171



# ABSTRACT

## A Study on Decriminalization of Breach of Duty - Focusing on Business Judgment Rule -

Yu, Chang Hoon

Advisor: Prof. Kwon, Sang-ro Ph.D.

Department of Law

Graduate school, Chosun University

The criminal behavior subject to punishment changes according to the perception of the prisoners and the values of the times. The crime of breach has been recognized as a net function of making corporate management transparent by criminally punishing corporate management's violation of duties, and has been applied without much resistance socially. However, criticism has been raised in that the application of the crime of breach of trust can be expanded afterwards on the grounds that damage has occurred to the company as the constituent requirements of the crime of breach of trust are comprehensively stipulated. In particular, considering the fact that investment in new industries increases and decision-making cycles accelerate with the advent of the Fourth Industrial Revolution society, it seems difficult to overlook the claim that applying the existing breach of trust could seriously shrink corporate activities. In light of this, the principle of management judgment, which declared the limitations of the application of breach of trust, should be significantly considered not only as a means of guaranteeing corporate freedom under the constitution but also as a means of preventing excessive punishment of breach of trust. In Korea, the Constitutional Court has already decriminalized punishment, with each unconstitutional decision on adultery in 2009, adultery in 2015, and abortion in 2019. Currently, the decriminalization of punishment in Korea is mainly in the area of crime related to social customs, but there is no

progress in discussing economic crimes, and in the case of breach of trust, which accounts for a large number of economic crimes, decriminalization is not actually done. Considering this, in light of the legislative trend of breach of trust abroad, the purpose of criminalization of punishment should be expanded to the economic sector by applying the principle of management judgment in Korea to fully decriminalize breach of trust or restrict the application of breach of trust.

# 제1장 서론

## 제1절 연구의 목적

한국사회에서는 다른 국가와는 달리 기업경영 과정에서 기업 임직원의 임무위배 행위를 배임죄로 엄격하게 처벌해야 한다는 주장이 예전부터 설득력 있게 받아들여져 왔고, 형사사법 실무에서도 검찰이 기업 임직원을 배임죄로 엄격하게 처벌하는 것을 일종의 기업경영을 투명하게 하는 순기능으로 인식하는 경향이 있다.<sup>1)</sup> 이는 배임죄로 주로 의율되는 기업 경영자들이 한국사회의 기득권층이라는 인식과 더불어 1987년 현행 헌법에 추가된 소위 경제민주화 조항, 즉 헌법 제119조 제2항에 따른 국민 인식의 변화에서도 비롯된 것으로 보인다.<sup>2)</sup> 또한, 1997년 외환위기를 통하여 기존의 관치금융, 족벌경영으로 대변되는 대기업 경영진의 독단적인 회사 운영에 따라 국민경제가 붕괴하는 한편 다수 근로자와 주주의 희생으로 대기업을 희생시켰던 역사적 경험도 큰 영향을 미치는 것으로 보인다. 특히 민사소송에서의 징벌적 손해배상 제도가 도입되지 않은 현실에서 배임죄는 기업 경영진을 통제할 수 있는 유일한 수단으로 인식되기도 한다.

그럼에도 불구하고 배임죄의 적용에 따른 실무상 문제점을 간과할 수 없다. 현행 형법 제355조 제2항에서 규정하는 배임죄는 구성요건<sup>3)</sup>을 포괄적으로 규정하고 있는데, 이 때문에 구성요건에 관한 해석은 개별 사안에서 법관이 내리는 사후적 평가에 의존하게 되고, 아울러 그 자체로도 죄형법정주의나 형벌의 보충성 원칙에 반할 위험이 있다. 선관주의(善管注意) 의무를 다한 경영자의 행위가 법관의 사후적 판단에 따라 기업에 손해가 발생하였다는 이유로 처벌 대상이 될 수 있다. 선관주의 의무를 다한 경영자를 보호하기 위하여 미국 판례법에서 유래된 경영판단의 원칙은 대법원 판례에 의해서 제한적으로나마 수용되고 있으나, 개별 사안에서 경영자의 의사 판단을 효율적으로 심사하기는 어려운 한계가 있다.

1) 김수연, “특경법상 배임죄 형량강화의 문제점”, 『KERI 브리프』, 제12-13호, 한국경제연구원, pp.1-2.

2) 대한민국 헌법 제119조 ② 국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용(濫用)을 방지하며, 경제주체 간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.

3) 특히 ‘임무에 위배하는 행위’ 부분이 가장 논란의 여지가 많은 상황이다.

이러한 배임죄 적용에 관한 실무 현황은 헌법상 형벌범규 명확성 원칙에 정면으로 반하는 문제가 발생한다. 형법 이론에 비추어 보더라도, 형벌은 형법상 범죄행위로 규정된 행위를 범한 자에 대하여 국가권력이 가하는 제재를 의미하므로, 형법전에 범죄행위에 대한 구성요건을 정하거나 형벌의 종류, 내용을 규정하는 과정에서는, 범죄행위가 무엇인지, 형벌을 어느 정도로 부과해야 하는지 국가가 판단하는 과정은 필연적이다. 만일 형벌에 관한 국가의 판단이 수범자인 일반 국민으로부터 정당성을 얻지 못하거나, 형벌 제재를 집행하면서 현실적인 난관으로 집행절차가 제대로 이루어지지 못하는 문제가 생긴다면 해당 형벌이 당초 예정했던 법적 작용이 발생하지 못하게 될 뿐만 아니라, 이러한 상황이 계속될 경우 전체 형사사법체계의 정당성을 의심받게 되는 위기가 초래된다.<sup>4)</sup>

형벌이 가지는 이러한 내재적 특성 때문에 국내에서도 시대변화에 따른 형벌의 비범죄화 논의가 진행되었고, 일부 범죄에 관해서는 실제 비범죄화가 이루어졌다. 예를 들어, 1953년 현행 형법이 최초로 제정된 이후 1988년의 제2차 형법개정에서 국가모독죄 조항이 폐지되었다. 아울러 현행 헌법 제111조 제1항 제1호 및 제5호<sup>5)</sup>에 따라 법률에 관한 위헌심사권을 보유한 헌법재판소가 1988년 창설된 이래로 2009년 혼인빙자간음죄, 2015년 간통죄에 대한 각 위헌결정을 내리는 한편, 2019년 낙태죄에 관한 위헌결정을 함으로써 형벌의 비범죄화가 꾸준히 진행되어왔다.<sup>6)</sup>

기존에 이루어진 형벌의 비범죄화는 국가체제 관련 범죄나, 성(性) 풍속에 관한 범죄에 한정되었다는 점에서 그 한계가 분명히 존재한다. 배임죄 등 경제 범죄에 관한 비범죄화는 1988년과 1995년 형법개정 과정에서 심도 있게 논의된 적이 없었다. 또한, 배임죄 자체가 헌법재판소의 판단대상이 된 적은 없고, 다만, 2015년 헌법재판소 결정에 따라 특별형법상의 배임죄 가중처벌 규정에 관하여 합헌 결정이 있었을 뿐이다. 형벌의 대상이 되는 범죄행위는 수범자들의 인식과 시대적 가치관에 따라 변화한다. 그러나 현재 국내에서 이루어지는 형벌의 비범죄화는 주로 사회 풍속에 관한 범죄 영역에서 이루어지고 있을 뿐 경제 범죄에 관하여는 논의의 진전이 없을 뿐만 아니라, 경제 범죄의 상당수를 차지하는 배임죄의 경우에는 비범죄화가 실제 이루어지지 않고 있다. 형벌의 범위가 시대적 가치관의 변화에 따라

4) 박찬걸, “비범죄화의 유형에 관한 연구”, 『저스티스』, 제117호, 한국법학원, 2010, pp.99-133.

5) 대한민국 헌법 제111조 ① 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다. 1. 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판. 5. 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판.

6) 주재웅, “비범죄화 이론에 관한 연구”, 호서대학교 석사학위논문, 2011, pp.30-35.

바뀔 수밖에 없는 내재적 특징을 고려할 때, 수범자인 일반 국민에게 상당한 영향을 미치는 경제 범죄 분야에서 형벌의 비범죄화가 이루어지지 않았다는 것은 그 자체로도 문제의 소지가 있다.

특히 4차 산업혁명 사회가 도래함에 따라 발생하는 경제 상황의 변화, 즉 대기업의 투자 규모가 국민경제에서 차지하는 비중이 날로 높아져 가고 있고, 1인 기업이나 스타트업 등 소규모 인원에 의하여 의사결정이 이루어지는 신생기업의 창업이 증가하며, 인공지능(AI)이나 생명공학과 같은 신(新)산업 분야에서 점점 빠른 속도의 의사결정이 요구되는 현실 등을 고려할 때, 기존과 같은 배임죄의 적용을 그대로 유지할 것인지는 여전히 회의적이다.

이러한 점에 비추어 볼 때 배임죄 적용의 한계를 선언한 경영판단의 원칙은 헌법상 기업의 자유를 보장하는 수단일 뿐만 아니라 배임죄의 과잉 형벌화를 방지하는 수단으로서 유의미하게 고려되어야 한다. 아울러 해외에서 이루어진 배임죄의 입법 형태에 비추어 볼 때, 국내에서도 경영판단의 원칙을 적용하여 배임죄를 전면적으로 비범죄화하거나 배임죄의 적용을 제한하는 방향으로 관련 법의 개정을 추진함으로써, 1953년 제정 이래 이어지고 있는 형벌의 비범죄화의 취지를 경제분야에도 확대하여야 한다.

그동안 선행연구들은 대부분 배임죄의 비범죄화의 필요성 측면에만 치중되어왔을 뿐, 관련 논의를 전반적으로 분석한 선행연구는 찾아보기 어렵다. 따라서 본 연구에서는 우선 국내에서 이루어진 형벌의 비범죄화 동향과 그 한계를 검토하고, 기업범죄의 다수를 차지하는 배임죄의 전반적인 개관과 적용상의 문제점을 살펴본 다음, 배임죄 적용을 제한하는 논거로서의 경영판단의 원칙과 이를 통한 배임죄 비범죄화 방안에 관하여 검토하고자 한다.

## 제2절 연구의 범위와 방법

본 논문에서는 배임죄의 비범죄화 방안을 모색하고자 하는 연구목적을 달성하기 위하여 다음과 같이 연구 체계를 세우고, 연구의 범위를 설정하였다.

이 연구의 범위는 형법 제355조 제2항의 배임죄를 검토하면서 배임죄의 적용 제한을 위한 기본 법리인 경영판단의 원칙을 분석하는 것으로 시작한다. 이러한 분석을 기반으로 배임죄의 비범죄화가 다른 형벌 범규의 비범죄화에 비추어 볼 때 어떠한 특성이 있는지 파악하고자 한다. 또한, 현재 배임죄의 적용 실무를 다각적으로 살펴봄으로써 배임죄가 형사사법 체계와 경영 환경에 미치는 문제들을 검토하고, 아울러 위와 같은 문제를 해결할 수단으로서의 배임죄의 비범죄화 방안을 제시하고자 한다.

우선, 제1장에서는 본 논문 연구의 배경과 목적, 연구범위와 연구방법에 관하여 기술하였다. 제2장에서는 배임죄 및 경영판단의 원칙의 일반론에 관하여 기존 형법과 특별법의 문헌과 관련 판례를 분석하였다. 제3장에서는 배임죄의 비범죄화 동향에 관하여 기존에 이루어진 형벌의 비범죄화 동향과 그 한계를 문헌 연구를 기반으로 이론적 정리를 하였다. 제4장에서는 경영판단의 원칙을 고려한 배임죄의 비범죄화 방안에 관하여 기존에 이루어진 학술적 논의를 종합하여 제시하는 한편 비교법적 검토를 통하여 다양한 입법 대안을 제시하였다. 제5장에서는 앞서 정리한 연구 내용과 그로 인하여 도출되는 결과를 모두 종합하여, 정책적 시사점과 본 연구의 이의를 제기하였다. 연구의 방법은 문헌 연구와 판례 분석을 기본적으로 하되, 주로 국내 단행본 및 논문, 국내와 해외의 사례, 법원과 수사기관 자료를 참조하였다. 아울러 배임죄의 비범죄화 방안을 제시하기 위하여 비교법적인 연구를 병행하였고, 기존 연구의 한계점을 고찰하면서, 향후 경영판단의 원칙을 고려한 배임죄의 비범죄화 입법 대안을 제시하고자 한다.

## 제2장 배임죄 및 경영판단의 원칙의 일반론

### 제1절 배임죄에 관한 규정

경제범죄의 형태로 가장 빈번하게 발생하며 관련 쟁점이 많은 범죄는 단연코 배임죄이다. 형법상 업무상배임죄가 성립하기 위한 객관적 구성요건으로 타인의 사무처리자가 그 업무상 임무에 위배되는 행위로 재산상 이익을 취득하거나, 제3자가 재산상 이익을 취득하도록 하여, 사무를 맡긴 본인에게 재산상 손해를 가해야 한다.

주관적 구성요건으로서는 행위자가 자신의 행위가 임무에 위배된다는 인식과 이로 인해 제3자 또는 자기가 이익을 취득하면서도 본인에게는 손해를 주는 것이라는 인식이 필요하다.

배임에 관한 죄는 기본적 구성요건으로 형법상 배임죄(형법 제355조 5년 이하의 징역이나 1,500만원 이하의 벌금, 10년 이하의 자격정지 병과)가 있고,<sup>7)</sup> 신분적 가중처벌 유형으로 업무상배임죄(형법 제356조 10년 이하의 징역 또는 3,000만원 이하의 벌금, 10년 이하의 자격정지 병과)를 규정하고 있다.<sup>8)</sup> 그리고 범죄수익의 가액에 따른 가중적 처벌 유형으로 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률에 이득액이 5억원 이상 50억원 미만이면 3년 이상의 유기징역, 50억원 이상인 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역을 법정형으로 정하고 이득액에 상응하는 벌금을 병과(併科)할 수 있다.<sup>9)</sup>

7) 형법 제355조(횡령, 배임) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금에 처한다.

② 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에도 전항의 형과 같다.

8) 형법 제356조(업무상의 횡령과 배임) 업무상의 임무에 위배하여 제355조의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

9) 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조(특정재산범죄의 가중처벌) ① 「형법」 제347조(사기), 제350조(공갈), 제351조(제347조 및 제350조의 상습범만 해당한다), 제355조(횡령·배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 죄를 범한 사람은 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액(이하 이 조에서 "이득액"이라 한다)이 5억원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 이득액이 50억원 이상일 때: 무기 또는 5년 이상의 징역  
 2. 이득액이 5억원 이상 50억원 미만일 때: 3년 이상의 유기징역

상법에 형법상 배임죄와 업무상배임죄의 특별구성요건으로서 회사 발기인, 이사 기타의 임원 등의 특별배임죄(상법 제622조 10년 이하의 징역 또는 3,000만원 이하의 벌금<sup>10)</sup> 징역과 벌금 병과(상법 제632조), 주식회사 사채권자집회(社債權者集會)의 대표자등의 특별배임죄(상법 제623조)<sup>11)</sup> 징역과 벌금 병과(상법 제632조),<sup>12)</sup> 선주(船主)상호보험조합법상 임원 등의 배임죄(선주상호보험조합법 제56조 1년 이상 10년 이하의 징역 또는 5,000만원 이하의 벌금),<sup>13)</sup> 신탁법상 신탁사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄(신탁법 제140조)<sup>14)</sup>가 있다. 특별법상 배임에 관한 죄는 행위 주체와 객체를 별도로 규정하고 법정형에 차등을 두고 있을 뿐이며, 배임죄의 구성 요건과 동일하다.

② 제1항의 경우 이득액 이하에 상당하는 벌금을 병과(併科)할 수 있다.

- 10) 상법 제622조(발기인, 이사 기타의 임원등의 특별배임죄) ① 회사의 발기인, 업무집행사원, 이사, 집행임원, 감사위원회 위원, 감사 또는 제386조 제2항(임시이사), 제407조 제1항(직무대행자), 제415조 또는 제567조의 직무대행자, 지배인 기타 회사영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인이 그 임무에 위배한 행위로써 재산상의 이익을 취하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 회사에 손해를 가한 때에는 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.  
 ② 회사의 청산인 또는 제542조 제2항의 직무대행자, 제175조의 설립위원이 제1항의 행위를 한 때에도 제1항과 같다.
- 11) 상법 제623조(사채권자집회의 대표자등의 특별배임죄) 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 2천만원 이하의 벌금에 처한다.
- 12) 상법 제632조(징역과 벌금의 병과) 제622조 내지 전조의 징역과 벌금은 이를 병과할 수 있다
- 13) 제56조(임원 등의 배임) ① 조합의 발기인, 이사, 감사, 제43조제2항·제3항에서 준용하는 「상법」 제386조제2항 및 제407조제1항의 직무대행자, 제43조제5항에서 준용하는 「상법」 제10조부터 제14조까지의 지배인(이하 “지배인”이라 한다) 또는 그 밖에 사업에 관한 어떠한 종류나 특정한 사항의 위임을 받은 사용인이 그 임무에 위배되는 행위로써 재산상의 이익을 얻거나 제3자로 하여금 이익을 얻게 하여 조합에 재산상의 손해를 입혔을 때에는 1년 이상 10년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.  
 ② 조합의 청산인 또는 제49조제2항에서 준용하는 「상법」 제386조제2항 및 제407조제1항의 직무대행자가 제1항에 따른 행위를 하였을 때에도 또한 제1항과 같다.
- 14) 제140조(신탁사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄) 신탁사채권자집회의 대표자 또는 그 결의를 집행하는 사람이 그 임무에 위배한 행위로써 재산상의 이익을 취하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 신탁사채권자에게 손해를 가한 경우에는 7년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.



## 제2절 배임죄 적용의 제한 수단으로서의 경영판단의 원칙

### 1. 경영판단의 원칙 의의

경영판단의 원칙(business judgment rule)은 회사의 이사나 임원이 경영을 고려하여 판단을 내려 업무를 수행한다면, 사후적으로 경영판단에 오류가 있다고 판명되고, 그 오류로 인하여 회사에 손해가 발생하는 결과가 초래되더라도, 이사가 그러한 판단에 이르게 된 것에 합리성과 성실성, 적법성이 있는 경우라면, 법원이 경영적 판단의 당부에 대해 사후적(事後的)으로 개입하여 이사의 성실의무 위반에 대한 책임 문제를 따지지 않는다는 법리이다.<sup>15)</sup>

이러한 관점에서 볼 때, 경영판단의 원칙은 경영판단에 대해서는 법원이 간섭하지 않고 이를 존중한다는 취지의 원칙으로서, 주주가 이사를 상대로 경영행위에 대한 취소나 유지(留止)를 구하거나, 손해배상을 청구하는 경우에, 이사의 책임을 법원 차원에서 제한하기 위한 수단으로 활용된다.

이 원칙을 인정하는 근거는 첫째, 기업의 활동을 적극적으로 장려하고, 그 과정에서 경영 측면에서 내린 결정에 수반될 수 있는 각종 법적 위험으로부터 이사를 보호하여, 결국 혁신적인 기업 문화를 장려하기 위한 것이다. 둘째, 법원은 법률 분야의 전문가일 뿐 개별 산업 분야에서 발휘되는 고도의 경영상의 판단을 전문적으로 판단할 경험이나 지식을 갖지 못하기 때문에 경영상 판단에 관하여 선부르게 그 타당성을 판단하는 것을 방지하기 위한 것이다. 셋째, 경영상 판단에 대한 법원의 심사를 자제하게 함으로써 기업활동이 소수 이사에 의하여 효율적으로 관리, 통제될 수 있도록 배려하기 위한 것이다. 이러한 경영판단의 원칙이 적용되면 우선 이사가 내린 경영상 판단은 정직한 신뢰를 바탕으로 그 행위가 회사에 가장 좋은 이익을 가져올 수 있다는 인식에서 선의로 행동했다는 추정력을 부여한다. 또한, 회사에 손해가 일부 발생하더라도 그에 관하여 이사가 부당하게 손해배상책임을 부담하지 않도록 해주고, 사법적 판단으로 기업의 경영을 위축시키지 못하도록 하는 효과도 있다.<sup>16)</sup>

15) 조국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계-업무상배임죄 배제론에 대한 응답”, 『형사법연구』, 제19권 제3호, 2007, p.167.

16) 강동욱, “이사의 경영판단행위와 배임죄의 성부”, 『한양법학』, 제21권 제4편, 2010, pp.107-108.

이론적으로는 기업을 영역주권으로 설명하면서 경영판단의 원칙은 영역주권이론으로부터 나온다는 설명이 있다. 영역주권이론은 자신의 영역에서 독립적이고 자치적인 권위들이 다원적으로 존재한다는 이론이다. 영역주권이라는 용어는 네덜란드에서 19세기 중반에 처음으로 사용된 것으로서, 교회와 국가의 독립적인 관할권을 설명하기 위해 도입되었다. 영역주권의 내용은, 신(神)이 만물을 그 종류대로 창조했는데, 이러한 창조론적 개념을 생물학적 영역을 넘어서 모든 세상의 창조 영역으로 확장하여, 종교권력이 생활의 각종 영역에도 골고루 미친다는 것이다. 사기업도 하나의 주권영역이며, 그 의미는 자기지배적, 즉 자율적이어야 한다는 것이다. 자율적이란 자기구속적, 독립적, 자기지배적임을 뜻한다. 독립이란 정부와 법원으로부터의 독립을 뜻한다.

물론 사기업의 자치권 또는 주권적 영역은 정의를 위반할 수 없으며, 이를 위반하는 것은 교회권력에 반하는 것이고, 기업체의 적정한 영역의 권위를 초과하는 것이다. 그러한 위반이 발생할 때 기업체는 사실상 그 영역으로부터 국가의 영역 즉, 권리의무의 영역을 침해하는 것이며, 이때는 국가는 정의의 규범을 집행할 의무를 가진다.

한편 경영판단의 원칙은 미국 판례법상의 원칙임에도 그 기원은 확실하지 않다. 통설에 따르면 경영판단의 원칙은 미국 루이지애나 대법원에서 1829년에 심리한 퍼시 대 밀로돈(Percy v. Millaudon) 사건에서 최초로 등장했고, 그 이후 판례법에 해당하는 형평법(common law)의 발전을 통하여 축적되었다고 본다. 그 이후 미국 캘리포니아주(州) 회사법은 성문법을 통하여 경영판단의 원칙을 천명하고 있으나, 그 이외 상당 수의 주는 여전히 성문법에 기재하지 않고 판례법을 통하여 적용하고 있다.

## 2. 경영판단의 원칙 요건

### 가. 기본 요건

미국에서 판례를 통해 생성된 경영판단의 원칙 구성요건은 적극적 요건과 소극적 요건으로 나눌 수 있다. 적극적 요건으로서는 ① 이사나 임원이 경영판단의 대상에 관하여 이해관계가 없어야 하고, ② 경영상의 결정이 있어야 하고, ③ 경영상

결정에는 근거가 되는 충분한 정보를 확보하면서 그에 상응하는 정도의 주의의무를 기울여야 하며, ④ 경영상 결정이 회사에도 가장 좋은 이익을 가져다주는 결과여야 한다. 소극적 요건은 ① 회사의 목적 범위를 벗어나는 행위에 관하여 경영상 판단이 이루어지면 안 되고, ② 불법행위, 사기 또는 권한남용이나 회사의 자산을 낭비하는 행위경정권 판단에 있어 재량권의 남용이 없어야 한다.

이에 바탕을 둔 미국 개정모범사업회사법(Revised Model Business Corporation Act)은 이사가 (1) 성실하게, (2) 통상의 주의 깊은 사람이 비슷한 상황에서도 발휘하는 수준의 주의의무로써, (3) 회사에 최선의 이익을 가져다 준다는 상당한 근거에 입각하여 내린 판단에 대하여는 책임을 면하게 한다고 규정하고 있다.

경영판단 행위가 이 요건을 충족할 경우 회사에 대한 손해배상책임이 면책된다는 의미이다. 법적효과에 대해서는 이견이 있는데 다수견해인 책임기준 입장은 경영판단의 원칙을 이사의 경영판단에 의해 발생한 손해에 대해 이사에게 책임을 묻기 위한 기준으로 파악한다. 즉 이사에게 손해에 대한 책임을 묻기 위해서는 법원이 이사의 의사책임의 실질적 내용에 관한 심사를 한다는 것을 의미한다. 소수견해인 사법자제(司法自制) 입장에 의하면 이사의 경영상 결정이 경영판단의 원칙을 충족하면 사법심사에서 제외되어야 한다고 주장한다.

## 나. 미국 성문법상의 내용

### (1) 미국 델라웨어주 회사법 중 경영판단의 법칙 관련

미국은 주(州) 정부와 연방정부의 이중적인 통치구조를 형성하고 있는데, 연방정부의 회사법 규제는 최소한으로 그치고, 회사법의 주요 내용은 대부분 각 주정부에 위임되어 있다. 또한, 미국은 다른 나라와는 달리 회사가 자신의 본사 소재지가 아닌 다른 지역을 설립근거지로 삼아 준거법을 선택할 수 있는데, 1900년 이후로 미국에서는 델라웨어주(州)가 가장 기업친화적인 회사법을 구축해온 것으로 정평이 났기 때문에, 많은 회사들이 델라웨어주 회사법을 준거법으로 채택하고 있다.

델라웨어주 회사법은 회사의 이사가 회사 밖의 전문가들로부터 받은 정보를 합리적으로 신뢰하여 결정을 내리고, 이사의 경영상의 책임에 선의가 인정된다면, 이사로서의 주의의무를 준수한 것으로 보고, 이러한 이사의 결정에 대하여 법적 책임을 상당 수준으로 제한하고 있다. 이사의 경영판단에 대한 법적 책임이 문제되어

법적 분쟁으로 비화되는 경우는 델라웨어주에서 매우 드문 일인데, 실제 문제가 된 소수의 사례에서도, 델라웨어주 대법원은 회사의 경영자로서 이사회에의 역할은 궁극적으로 보호되어야 함을 전제로, 만일 회사의 이사가 합리적으로 정보를 취득하여 회사에 대한 선으로 회사에 최선의 이익을 추구하겠다는 의지에 따라 내린 경영판단에는 적법성이 일응 추정된다고 보고 있다.<sup>17)</sup>

이사의 행위가 정당했다는 점에 대한 추정을 깨뜨리려면, 해당 이사가 의사결정 과정에서 독립성이 없었다는 점이나, 해당 이사에게 악의가 있었다는 점이나, 해당 이사가 회사에 대한 충실의무나 신임의무를 위배했다는 점 등을 입증해야 한다.

### (2) 미국 모델회사법 중 경영판단의 법칙 관련

미국변호사협회의 산하 회사법 위원회가 제정한 미국 모델회사법(Model Business Corporation Act)은 애리조나, 플로리다, 일리노이 등 24개 주가 따르고 있는 미국 회사법의 기본에 해당하는 준거법이다.

모델회사법에서는 이사 등은 이사회에의 구성원으로서 특정 의사결정과 관련된 제반 정보를 제공받아 합리적으로 경영판단을 내릴 경우 주의의무를 다한 것으로 인정되고, 선의와 회사의 최선의 이익을 추구한다는 합리적인 신뢰가 있으면 면책된다. 또한, 이사는 다른 사람으로부터 받은 정보가 신뢰하지 못한다는 점에 관하여 선의일 경우, 자신에게 해당 정보를 제공한 다른 직원이나 임원을 신뢰할 정당한 권한이 있다.<sup>18)</sup>

### (3) 회사의 지배구조에 관한 원칙상 경영판단의 법칙

미국 개별 주마다 경영판단의 원칙을 적용하는 요건을 다소 다르게 정하고 있는데, 이 때문에 경영판단의 원칙을 적용할 기준을 명확하게 통일할 필요가 있었고, 경영판단의 법칙의 적용요건과 관련하여 미국에서는 주별로 법원마다 다소 차이점이 있었기 때문에, 명확한 내용과 적용기준을 통일할 필요가 있었고, 이에 미국변호사협회에서 경영판단의 원칙과 회사법상에서 규정하는 이사의 주의의무에 관한

17) 손창일, “미국법상 경영판단의 원칙에 관한 비판적 소고 - 주주와 회사 이익 보호의 관점에서”, 『상사판례연구』, 제22권 제4호, 2009, pp.3-39.

18) 김광록, “미국의 최근 판례를 통해 본 경영판단의 원칙”, 『법학연구』, 제32권, 2008, pp.243-267.

명문의 규정을 마련하고 그 적용기준과 개념을 수립했다.<sup>19)</sup>

회사 지배구조에 관한 위와 같은 원칙을 보면, 이사는 기본적으로 통상의 주의의무를 기울여서 자신과 동일한 지위에 있는 이사가 유사한 상황에서 할 것이라고 예상되는 합리적인 의무를 수행해야 한다. 이 경우 이사가 자신의 경영판단에 관하여 개인적인 이해관계가 없고, 그 상황에서 수행해야 하는 합리적인 선택을 인지한 상태에서, 회사에 최선의 이익을 보장하는 방안을 선택했다면, 이사 스스로도 주의의무를 다한 것으로 보는 것이다. 이 때문에 이사의 의무위반을 주장하는 측에서 이사의 주의의무 위반 사실과 이로 인한 회사 손실의 발생에 관하여 입증해야 할 책임을 부담한다.

경영판단의 법칙을 적용하기 이전에 통상적으로는 이사와 회사 사이의 이해관계가 없다는 점을 전제로 하여 가장 기본적인 수준인 주의의무 기준이 적용되나, 경영판단의 법칙이 적용되는 상황이라면, 이사가 회사에게 최선의 이익을 가져다줄 수 있는 것에 관한 합리적 경영판단을 했는지 판단하는 상당성 기준을 적용하게 된다. 상당성 기준은 주의의무 기준을 보다 완화한 것으로 새겨야 한다. 반면, 이사가 회사와 특별한 이해관계가 있는 경우에는 보다 강화된 심사기준인 공정거래의무(충실의무) 기준이 적용되어, 더 이상 경영판단의 법칙이 작동하지 않고, 이사의 경영판단과 회사의 거래에 관하여 본질적인 공정성 심사를 진행하게 된다.

## 다. 경영판단의 과정

미국 판례에 의하면 이사가 성실하게 그 직무를 행하지 않는 경우 이사의 책임을 추궁하는 자가 이사의 업무집행상 사기, 위법, 이익충돌, 정보부족이 있다는 사실을 입증하면, 당해 이사가 주의의무위반 또는 충실의무위반이 없다는 것을 입증하여야 한다. 델라웨어 대법원의 판결은 이사의 주의의무 위반여부의 판단과 관련하여 종전에는 업무집행의 내용을 문제 삼았지만 현재는 ‘의사결정과정에서의 신중’이라는 요건으로 이행하고 있다.<sup>20)</sup>

이로써 법원이 이사의 경영판단의 실질적 내용을 심사하는 것은 자제하고, 경영판단에 이르는 절차적 공정성에 무게를 두고 있다. 이는 법원이 실제 경영상 판단

19) 문상일, “미국 금융규제개혁법과 기업지배구조의 변화”, 『연세 글로벌 비즈니스 법학연구』, 제2권 제1호, 2010, pp.9-34.

20) 권재열, “미국 델라웨어 주회사법의 최근 개정동향”, 『상사법연구』, 제31권 제1호, 2012, pp. 189-220.

내용이 적합하였는가를 심사하는 것이 아니다. 즉 경영판단에 이르기까지 충분한 조사와 이사회 결의 등 적법하고 타당한 조치를 거쳤는가를 중점으로 파악하여 객관성을 높인 것으로 평가할 수 있다. 1989년 텔라웨어주 형평법원은, 이사의 판단이 적절한 주의를 갖추어 선의로 이해관계가 없는 상황에서 이루어진 경우에는, 그러한 결정이 이성적인 것인지, 합리적인지 것인지, 공정한 것인지 심사할 권한을 법원에게 부여하는 것은 법원을 일종의 초이사(超理事, super-director)로 만드는 것으로 보아, 경영판단의 타당성에 대하여 사법적 고려를 하는 것에 관하여 부정적으로 보았다.<sup>21)</sup> 같은 취지에서 원고가 이사에게 의사결정 과정에서 중과실이 있었다는 점을 입증하지 못하면, 경영판단의 내용의 당부에 대한 심사는 하지 않고, 이사가 면책된다는 견해도 있다. 즉, 경영판단의 원칙을 입증책임의 분배에 관한 문제로 해석한 것이다.

한편, 현재 한국의 다수설과 판례는 경영행위에 대한 이사의 주의의무위반으로 인한 책임여부를 판단함에 있어서 객관적인 기준만을 적용하여 판단하고 있다. 예를 들어 판례는 대출과 관련된 경영판단 과정에서 통상적으로 금융기관 임원으로서 통상적으로 그 상황에서 합당한 정보에 기초하여 적합한 절차에 따라 회사의 이익을 최대한 마련하기 위하여 신의성실에 입각하여 대출심사를 진행했다면 그 의사결정과정에서 현저하게 불합리하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 임원의 경영판단은 재량권 범위 내에 있는 것이고, 회사에 대한 충실의무나 선량한 관리자의 주의의무를 다한 것으로 볼 것이다. 그리고, 금융기관 임원이 위와 같은 주의의무에 위반하여 자신의 임무를 게을리하였는지는 통상적인 대출담당임원으로서 대출심사 과정에서 간과해서는 안 될 사항이 있는지를 대출의 경위, 조건, 내용, 담보 여부, 액수, 변제계획, 채무자의 재산 여부, 전체적인 경영상황, 채무자 회사의 장래 성장가능성 등에 비추어 종합적으로 판단해야 한다”는 방식이다.<sup>22)</sup> 이와 같은 판결에 대하여 이사의 ‘경영판단의 과정’과 ‘경영판단의 내용’을 분리하여, 전자에 대해서는 이사가 필요한 자료나 정보를 충분히 수집하여 검토했는지에 대한 객관적 판단을 하고, 후자에 대해서는 통상의 능력과 식견을 갖는 자의 입장에서 그 판단이 충분했는지에 대해서 주관적 요소를 포함하여 판단하는 것이 타당하고 볼 수도 있다. 그러나 이러한 견해는 법원에게 업무담당 이사보다 우월적 지위에서 모든 것을 평가할 수 있는 전지(全知)의 초월자 역할을 할 것을 기대하는 것으로서 타당하지

21) 김광록, 앞의 논문.

22) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다52407 판결.

않다고 본다.

또한, 대법원은 경영상의 판단에 대하여는 배임죄를 인정하지 아니한다고 하면서도 경영판단인지의 여부에 관해서는, 경영상의 판단에도 불구하고 이사에게 배임죄를 인정해야 하는지는 판단대상인 사업의 내용, 해당 경영상의 판단에 이르게 된 동기와 경위, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성, 기업이 처한 경제적 상황 등 제반사정에 비추어 자기나 제3자가 재산상 이익을 얻게 된다는 점이나 이로 인하여 본인에게 손해가 생긴다는 점 등을 인식했는지, 그러한 인식 아래 의도적으로 행위가 이루어진 것인지에 따라 개별적으로 판단하여야 한다고 본다. 이것은 법원이 경영판단의 과정이 아닌 내용까지도 판단한다는 의미이다.<sup>23)</sup>

### 3. 한국에서의 경영판단의 원칙에 관한 판례의 입장

#### 가. 개요

대법원은 경영판단으로 인한 민사책임의 면제와 관련하여 단 한 건도 민사책임을 면한 판결을 하지 아니하였다. 대법원은 경영판단을 언급만 하고 있을 뿐, 실제로는 모든 사건에서 경영판단에 의한 임원의 민사책임의 면책을 인정할 적이 없다. 그러므로 경영판단의 원칙을 도입한다고 하여, 사실상 경영판단이라고 하여 형사책임을 면하는 판결을 한국 법원이 과연 할 수 있을 것인가는 상당히 의문이다. 형사판결에서 경영판단이라는 이유로 피고인이 형사책임을 면한 사례는 실무상 찾아보기 어렵다. 법원은 이사가 처한 상황에서 합리적인 정보를 가지고 회사의 최대이익을 위하여 적합한 절차에 따라 신의성실의무를 준수하여 대출심사를 한 것이라면 그 의사결정이 현저하게 불합리한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 해당 임원의 경영판단은 허용되는 것으로서 재량권 일탈이나 남용으로 볼 수 없고 회사에 대한 충실의무나 선량한 관리자의 주의의무를 모두 준수한 것으로 보고 있다. 이러한 내용은 이사의 선관의무 위반이 없음을 설명한 것이라고도 할 수 있다. 법원은 이사의 경영행위로 인한 손해발생에 대하여는 엄격한 요건을 설정하여 민사상 민사손해배상책임을 면제하고자 한다.

한국 법원이 2002년도부터 “경영판단” 내지 “경영판단의 원칙”이라는 용어를 가

23) 대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도9148 판결.

끄씩 사용하여 왔기 때문에 한국에도 이미 경영판단의 원칙이 도입된 것으로 착각될 수 있다. 그러나 판례가 경영판단이라는 용어를 사용하지만 이것이 미국법상의 ‘경영판단’을 의미하는 것인지, 아니면 이사의 선관주의의무를 충족하는 하나의 해석기준을 제시한 것인지 분명하지는 않다. 이러한 점에 비추어 볼 때 한국의 경우 법원이 경영판단의 원칙을 전면적으로 도입한 것이 아니라, 이사의 선관주의 이행 여부를 판단하는 과정에서 영미법에서 다루지는 경영판단의 원칙을 이용하여, 판결문에 개별적으로 경영판단의 원칙이 간혹 언급되는 정도이다.

어떠한 법원은 경영판단이 적용되기 위해서, (1) 이사가 이용 가능한 합리적인 범위 내에서 경영에 필요한 정보를 조사하고 충분하게 검토하는 절차를 거쳐야 하고, (2) 위와 같은 절차에 따라 최선의 이익에 부합한다고 생각되는 내용으로 합리적으로 신의성실에 따라 합리적으로 경영상의 판단을 내려야 하며, (3) 경영판단의 내용이 현저하게 불합리하다는 등의 특별한 사정이 없는 것으로서 통상적인 이사가 보더라도 합리적으로 선택할 수 있는 범위에 있어야 한다고 보았다.

경영판단 원칙의 적용범위는 이사의 주의의무 위반행위 중에서 성질상 임무해태에 의한 경우에 국한된다. 이사의 법령위반 행위로 회사에 손해가 발생한 경우에는 경영판단의 원칙을 적용할 수 없다. 또한, 이사가 상법에서 요구되는 이사회 결의를 통하여 자금의 지원을 결정하지 않고, 회사가 경영상 부담을 겪고 있음에도 계열사의 부도를 방지하는 것이 회사의 영업에 이익이 되고 회사의 신뢰를 유지하는 것이라고 추상적이고 일반적인 기대에 따라 일방적으로 계열사에 자금을 지원하여 회사에 손해가 발생한 경우에도 경영판단의 원칙을 적용할 수 없다고 본다. 또한, 배임죄에 해당하는 행위에는 경영상의 판단을 이유로 면책되지도 않는다. 미국 판례도 사기, 불법이나 권한남용행위, 회사재산의 낭비 등에는 경영판단의 원칙이 적용되지 않는다.

## 나. 구체적인 판례사안의 분석

(1) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2013다62278 판결

이 사안은 비상장법인의 이사가 다른 비상장법인과 합병에 동의한 것이 선량한 관리자의 주의의무를 위반한 것인지 쟁점이 된 사안이다. 비상장법인 사이의 흡수 합병이 이루어질 때, 소멸회사의 주주인 회사의 이사는 각 회사의 재산 상태와



그에 따른 실제 주식의 가치를 고려하여 합병비율이 공정하게 산정되었는지 판단함으로써 회사가 합병에 동의할 것인지 결정할 수 있도록 해야 한다. 위 판례에서는, 만일 이사가 합당한 정보를 바탕으로 합병비율의 적정성을 판단하고 객관적으로 적정한 합병비율을 도출함으로써 합병에 동의할 것인지를 결정했다면, 해당 이사는 선량한 관리자의 주의의무를 다한 것으로 보았다.

(2) 대법원 2011. 10. 13. 2009다80521(경영판단의 원칙 적용부정)

이 사안은 프로젝트 파이낸스(PF)에서 대출요건을 검토하는 이사의 행위에 경영판단의 원칙을 적용할 수 있는지 문제가 되었던 사안이다. PF 대출은 부동산 개발 사업에서 특정 프로젝트의 사업성을 평가하고, 해당 사업에서 발생할 장래의 현금흐름을 바탕으로 대출원리금을 변제하는 형식의 금융거래이다. 따라서 PF 대출이 이루어질 때 채무자의 변제능력에 관한 판단은 프로젝트의 사업성 평가 결과에 따라 결정된다. PF 대출 과정에서 금융기관의 이사는 프로젝트의 사업성을 심사하면서 필요한 정보를 사려 깊게 조사하고 수집하여 검토한 이후에, 신의성실의 원칙에 따라 회사의 최대이익에 부합한다고 합리적으로 기대되는 방향으로 경영상의 판단을 도출했고, 그 판단이 현저하게 불합리하다고 볼 수 없어 이사로서 통상적으로 선택할 수 있는 내용이라면, 비록 그 이후에 회사에 손해가 발생하게 되더라도, 이사에 대한 손해배상책임은 면책된다고 보아야 한다. 그러나 금융기간의 이사가 단순히 회사에 이익이 될 것이라고 막연하고 추상적이며 지극히 일반적인 기대를 가지고 일방적으로 업무를 진행하여 회사에 손해가 발생했다면, 그 경우에는 이사가 충분히 정보를 수집하고 회사의 최대 이익을 고려하여 신중하게 검토한 것으로 보기는 어렵고, 신의성실의 원칙에 따라 합리적이고 신뢰성 있는 경영상의 판단을 내렸다고 보기도 어렵다. 따라서 이와 같은 이사의 불성실한 판단은 판례가 허용하는 경영판단의 재량범위 내에 있다고 볼 수 없다는 것이다.

(3) 대법원 2011. 4. 14. 2008다14633(경영판단의 원칙 적용부정)

이 사안에서 판례는 회사의 이사가 업무를 진행하면서 법령에 위배되는 행위를 선택한 경우, 해당 행위는 그 자체로서 회사에 대한 채무불이행을 구성한다는 것을 전제로 하여, 그러한 법령위반 행위를 통하여 회사에 손해가 발생했다면, 당해 이

사는 회사에 대해서 손해배상책임을 부담한다고 보고 있다. 따라서 위 판례의 논리에 따르면, 법령위반 행위는 선량한 관리자의 주의의무와는 전혀 양립할 수 없는 것이기 때문에, 이 경우에는 선량한 관리자의 주의의무를 전제로 하는 경영판단의 원칙이 적용될 수는 없게 되는 것이다.

위 판례의 원심에서는 고려석유화학과 그 후신(後身)인 고합의 이사와 감사가 기업회계기준을 위반하여 허위로 재무제표를 작성하고 공시하는 한편, 그러한 허위의 재무제표가 작성되도록 방치하여 업무상배임죄로 기소되었는데, 이러한 행위는 구 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제20조 제2항에서 금지하는 행위이므로, 경영판단의 원칙이 적용될 수 없다고 보았고, 대법원 역시 이러한 원심의 판단이 옳다고 본 것이다.

(4) 대법원 2010. 1. 14. 2007다35787(경영판단의 원칙 적용부정)

이 사안은 회사의 이사가 법령위반 없이 관계회사의 유상증자에 참여하여 신주(新株)를 인수하거나 관계회사에게 자금을 대여한 것이 문제가 되었던 사안이다. 이 경우 해당 이사는 관계회사에 대한 지원이 회사의 재정에 미치는 부담, 관계회사의 회생에 필요한 지원 액수의 적정성, 회사 영업에 대한 관계회사의 기여도, 관계회사에 대한 지원 여부에 따라 관계회사가 회생할 수 있는지 아니면 도산의 가능성이 있는지, 관계회사에 대한 지원으로 인하여 회사가 받는 이익이나 불이익에 관하여 필요한 정보를 합리적으로 이용할 수 있는 범위 내에서 수집하고, 검토하여 그 결과를 바탕으로 회사의 최대이익에 부합하는 방향에 따라 신의성실의 원칙에 기초하여 경영상의 판단을 내려야 한다. 만일 그 내용이 통상의 이사를 기준으로 할 때 합리적으로 선택할 수 있는 것으로서 현저히 불합리한 내용이 아니라면, 설령 그 이후에 회사 측에 불측의 손해가 가해지는 상황이 발생하더라도, 해당 이사의 행위는 경영판단의 원칙에 따라 재량권 범위 내에 있는 것으로서, 해당 이사는 회사에 대하여 손해배상책임을 진다. 그러나 회사의 이사가 상법에서 요구되는 이사회 결의 등 적법할 절차를 거쳐 관계회사에 대한 자금지원을 결의한 것이 아니라, 회사의 경영상의 부담은 도외시한 채, 막연하게 관계회사의 부도를 방지하는 것이 회사의 신인도를 유지하고 회사의 영업에 이득이 될 것이라고 기대하여 타당한 근거 없이 일방적으로 관계회사에 자금을 지원하게 하여 회사에 손해가 발생한 것이라면, 이는 경영판단의 재량권 내에 있는 것으로 볼 수는 없다.

(5) 대법원 2008. 4. 10. 2004다68519(경영판단의 원칙 적용부정)

상법 제399조에 따라 회사의 이사는 법령에 위반한 행위를 한 경우 회사에 대하여 손해배상책임을 부담한다. 이 사안에서 판례는 이사의 법령위반 행위는 그 자체로 회사에 대한 채무불이행을 구성하므로, 그러한 법령위반 행위로 회사에 손해가 발생했다면 이사는 손해배상책임을 부담한다고 보았고, 이러한 법령위반 행위에는 경영판단의 원칙이 적용될 수 없다고 보았다.

위 판례의 원심에서는 대생상호신용금고의 대표이사가 위 금융기관의 파산 이전의 총 발행주식 중 10%를 취득한 출자자인 기원관광에 4억 9천만 원을 대출한 행위에 관하여 구 상호신용금고법 제37조 제1호에 위반한 것으로 전제하고, 이러한 대출은 그 자체가 법령위반 행위이므로, 경영판단의 원칙이 적용되지 않는다고 보았고, 이러한 사정은 기존 대출액 회수액이 신규대출 액수보다 많다고 하여 달라지지 않는다고 보았다. 대법원 역시 위와 같은 원심판단이 옳다고 보았다.

(6) 대법원 2007. 11. 16. 2005다58830(경영판단의 원칙 적용부정)

이 사건은 주식회사의 감사의 업무집행에 관하여 경영판단의 원칙이 적용될 수 있는지 문제가 되었던 사안이다. 상법 제412조 제1항, 제391조의2, 제402조에 따라 주식회사의 감사는 이사의 직무집행을 감사(監査)하고, 이사가 법령이나 정관에 위배되는 행위를 하거나 그러할 염려가 있을 때에는 이를 이사회에 보고해야 한다. 만일 이사가 법령이나 정관에 위배되는 행위를 하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 발생할 염려가 있다면, 그 행위에 대한 유지(留止)를 청구할 의무도 있다. 아울러 상법 제414조 제1항, 제415조, 제382조 제2항에 따라 감사는 위와 같이 상법에서 정한 의무와 그 밖의 법령이나 정관에서 정한 의무를 선량한 관리자의 주의의무로서 이행해야 하고, 고의나 과실로 선량한 관리자의 주의의무에 위반하여 그 임무를 게을리하면, 그로 인하여 회사가 입은 손해를 배상해야 한다. 따라서 실령 감사가 이사의 임의적인 업무처리로 인하여 감사사항을 알지 못하거나 회사에 결재절차가 마련되어 있지 않아 이사의 행위를 인지하지 못했다고 하더라도, 이사가 법령위반 행위를 한 경우 그 자체가 회사에 대한 채무불이행에 해당하므로, 감사는 경영판단의 재량권을 이유로 감사의무에서 벗어날 수 없고, 회사의 감사직무규정에서 감사에게 최종결재자의 결재에 앞서 내용을 검토하고 의견을 첨부하도록 되어

있다면, 감사로서는 얼마든지 사전감사를 할 수 있기 때문에, 감사가 이러한 내용의 의무이행을 게을리했다면 경영판단을 이유로 책임을 면할 수 없다고 본 것이다.

(7) 대법원 2007. 10. 11. 2006다33333(경영판단의 원칙 적용부정)

이 사안은 계열사에 대한 금전대여나 유상증자에 관하여 경영판단의 원칙을 적용할 것인지 판단할 기준을 제시한 판례이다. 위 판례에 따르면, 회사의 이사가 계열사에 경영자금을 대여하거나 계열사의 유상증자에 참여하여 신주를 인수하려면, 회사 영업에 대한 계열사의 기여도, 계열사의 회사에 필요한 자금지원의 규모, 계열사에 대한 지원이 회사에 미치는 재정적 부담, 계열사를 지원하지 않을 경우에 계열사가 도산할 것인지, 그 경우 회사에 어떠한 영향을 미치는지를 이용 가능한 정보를 모두 동원하여 합리적으로 검토하고, 회사의 이익을 최대로 할 수 있는 방안을 선택하여 신의성실에 따라 경영상의 판단을 내려야 한다. 만일 이사가 이러한 경영상의 판단을 거쳐 자금대여나 유상증자에 나아갔는데, 그로 인하여 회사에 손해가 발생하더라도, 이사의 위와 같은 행위는 경영판단의 재량범위 내에 있는 것으로서 이사는 회사에 대해서 손해배상책임을 부담한다고 볼 수 없다. 그러나 회사의 이사가 위와 같은 심사숙고의 과정을 거친 것이 아니라, 상법상 요구되는 이사회 결의도 제대로 거치지 않은 채, 단순히 계열사의 부도를 방지하는 것이 회사에게도 이익이 되고 신인도를 유지하는데 도움이 될 것이라 추상적이고 일반적인 기대에 근거하여 회사의 경영에 대한 부담도 생각하지 않고 일방적으로 계열사에 자금을 지원하여 회사에 손해를 발생시켰다면, 이는 경영판단의 재량범위를 일탈한 것으로서 업무상배임죄의 죄책을 진다.

(8) 대법원 2006. 11. 9. 2004다41651(경영판단의 원칙 적용부정)

이 사안 역시 금융기관 임원의 대출심사가 경영판단의 원칙의 대상이 될 수 있는지 문제가 되었던 사안이다. 금융기관의 임원은 금융기관에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 충실하게 준수해야 임원의 임무를 다한 것으로 본다. 금융기관의 임원이 대출에 관한 임무를 게을리했다는 이유로 금융기관이 임원을 상대로 손해배상책임을 묻는 사안에서, 임원이 행한 대출이 결과적으로 회수가 곤란하거나 불가능하게 되었다고 하여 그것만으로는 해당 임원이 충실의무나 선량한 관리자의

주의의무를 위반했다고 곧바로 결론을 내릴 수는 없다. 그러나 금융기관의 임원이 통상의 합리적인 관점에서 대출에 관한 정확한 정보를 바탕으로 적법한 절차에 따르지 않았다거나, 회사의 최대이익을 고려하지 않았다거나, 해당 임원의 대출심사업무가 신의성실의 원칙에 반하는 사정이 있거나, 해당 업무를 전체적으로 볼 때 의사결정의 내용부터 과정까지 현저하게 불합리한 사정이 있다면, 해당 임원의 경영판단은 허용되는 재량권을 일탈한 것으로서, 회사에 대한 충실의무나 선량한 관리자의 주의의무를 다한 것으로 보기는 어려울 것이다. 위 판례에 따르면, 금융기관의 임원이 수행한 대출심사가 경영판단의 관점에서 허용된 재량범위 내에 있기 위해서는, 선량한 관리자의 주의의무에 위반하여 자신의 임무를 게을리하는 것이 아니어야 하고, 해당 대출심사에 통상적인 대출담당 임직원으로서 간과한 사항이 있는지, 문제가 되는 대출의 조건, 내용, 액수, 담보 여부, 변제계획, 채무자의 경영상황, 무자력 여부, 성장가능성 등 여러 사항을 종합적으로 검토해야 한다.

(9) 대법원 2002. 6. 14. 2001다52407(경영판단의 원칙 적용부정)

대출업무를 담당하는 금융회사 임직원은 회사의 최대이익을 위하여 법령이나 정관에 마련된 적합한 절차에 따라 신의성실의 원칙을 준수하여 대출심사를 진행해야 하는데, 그러한 과정을 거쳐 이루어진 대출에 현저하게 불합리한 사정이 개입되지 않았다면, 해당 임직원의 경영판단은 허용되는 재량의 범위 내에서 이루어진 것으로서 회사에 대한 선량한 관리자의 주의의무를 준수한 것으로 본다. 금융기관의 임직원이 위와 같은 선량한 관리자의 주의의무에 따라 대출을 결정하려면, 대출의 규모, 내용, 조건, 변제계획, 담보권의 설정 여부, 장래의 경영상황, 채무자의 재산, 성장 가능 여부 등 여러 사정을 신중하게 고려해야 한다. 따라서 금융기관의 임직원이 소속 금융기관에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 준수했다면 해당 임직원의 행위는 면책될 수 있는데, 만일 해당 임원이 금융기관에 대하여 충실의무나 선량한 관리자의 주의의무를 준수하여 직무를 수행했다면, 해당 임원이 내린 대출에 관하여 회수불능이나 회수곤란의 결과가 초래되더라도 그 자체로 해당 임원에게 임무해태를 내세워 손해배상책임을 묻는 것은 허용되지 않는다.

## 다. 소결

대법원은 회사의 임직원이 선량한 관리자의 주의의무나 충실의무를 다했다면, 그 행위는 경영판단에 의하여 허용되는 재량행위로 보고 있다. 해당 임직원의 행위가 허용되는 재량범위 내에 있는지는, 경영판단의 내용이 현저히 불합리한지, 경영판단 행위가 법령에 위반되는지, 필요한 정보를 충분히 검토하고 조사했는지, 해당 임직원의 행위가 회사의 최대 이익에 부합하는 행위인지를 종합적으로 고려하고 있다.<sup>24)</sup>

위와 같은 경영판단의 원칙을 우리 대법원이 수용하고 있다고 보기는 어렵다. 대법원은 어디까지나 이사의 주의의무위반 여부를 판단할 때 경영판단의 특수성을 참작하는 정도에 그치고 있으며, 이사의 주의의무 이행이 적법했다고 추정하지는 않는다. 이러한 점에 비추어 볼 때 한국에서는 경영판단의 원칙이 도입되었다고 말할 수는 없다. 현재까지 한국 법원에서 ‘경영판단’ 또는 ‘경영판단의 원칙’이라는 주제를 사용하여 판시한 판결은 20여 건에 이름에도 불구하고, 경영판단의 원칙으로 이사가 민사책임을 면한다고 판시한 사건은 단 한 건도 없었다. 따라서 경영판단의 원칙에 따라 이사 등이 민사책임을 면책사례도 찾아볼 수 없다. 경영판단의 원칙을 명문으로 도입하여 경영판단의 경우 이사의 민사책임을 면제할 수 있도록 해 주어야 하고, 경영판단으로 민사책임을 면하는 경우 형사책임도 면한다는 취지를 규정하는 것이 타당하다.

## 4. 배임죄 판단에서 적용상의 한계점

미국에서 경영판단의 원칙에는 (1) 이사회 의 적법한 결의, (2) 이사가 주어진 상황에서 기대되는 합리적인 의사결정절차의 이행, (3) 선의로 적법하게 이루어진 결의, (4) 이해충돌의 부존재라는 명확한 구성요건이 존재하고, 추정적 효과가 있어, 경영판단의 원칙이 적용되는지 여부가 명확하다.<sup>25)</sup> 즉 미국은 이사가 경영상의 결정을 하는 과정에서 선의로, 충분한 정보에 기초하여, 선의로, 회사의 최대이익에

24) 문화경, “우리나라 판례에 나타난 경영판단 원칙과 상법상 경영판단 원칙 도입의 필요성, 『동아법학』, Vol. No.6, 2013, 동아대학교 법학연구소, p.299.

25) 서석호, “주주대표소송과 이사의 책임에 관한 경영판단원칙”, 『기업소송연구』, 기업소송연구회, 2003, p.63.

부합하는 것이라는 신뢰 위에서 이루어진 것으로 법률상 추정력을 부여하고 있다.<sup>26)</sup> 이러한 추정을 번복하려면 이사에게 책임이 있다고 주장하는 측이 그 입증 책임을 부담해야 하는데, 법원에서도 경영판단의 실질적이고 구체적인 내용에 대해서는 심사하지 않는다. 결국 이사의 상대방으로서는 위와 같은 법률상 추정을 깨뜨리는 것이 쉽지 않기 때문에, 이사는 경영판단의 원칙의 우산 아래 보호받을 수 있게 된다. 그러나 한국에서는 배임죄 성립 여부를 판단할 때 경영판단의 원칙을 고려할 수 있다고 보면서도, 이사가 경영상 판단에 이르게 된 모든 과정을 종합적으로 고려하기 때문에, 개별 사안에 다르게 적용될 수 있다. 만일 배임죄의 주관적 구성요건인 고의 여부를 판단하는데 경영판단의 원칙을 적용한다면, 사실상 이사의 내심의 의사를 밝히려는 것이어서 객관성을 담보하기가 어렵다.

미국은 형법에 배임죄가 규정되지 않았고, 오로지 회사의 이사가 민사상 손해배상 책임을 부담하는지 판단할 때 경영판단의 원칙을 고려하고 있으므로, 구체적 타당성을 고려하여 그 적용요건을 느슨하게 규정하고 있다. 배임죄가 없는 미국과 달리 한국에서는 배임죄라는 형벌을 부과하는 과정에서 경영판단의 원칙을 고려하고 있기 때문에, 미국보다는 그 구체적인 적용 요건을 마련하는 것이 타당하다. 특히 배임죄가 징역형을 규정하고 있어 신체의 자유를 구속할 수 있는 형벌조항에 해당함에도 대법원은 배임죄의 구성요건을 자의적으로 확장해왔고, 경영자로서는 경영상의 판단 과정에서 배임죄를 의식할 수밖에 없으며, 이는 경영진의 소극적인 의사 결정으로 귀결될 수밖에 없다.

한국의 법원 실무에서는 일반적으로는 회사에 실해 발생의 위험을 발생시키는 것만으로도 배임의 고의가 쉽게 인정되고 있는 반면, 사기업 임원의 배임죄가 문제되는 사안에서 경영판단의 원칙을 적용하여 임원을 면책한 사례는 거의 없다. 경영상 판단에는 항상 위험이 따른다는 것을 인정하면서도, 회사에 손해가 생긴다는 미필적 인식만으로 배임의 고의를 추단하고 있어 실질적으로는 경영판단의 원칙을 고려하지 않고 있다.

특히 계열사 간 지원은 그룹 전체의 시각에서 볼 때 그룹 전체의 연쇄도산을 방지하고 재무구조가 취약한 계열사를 회생시킴으로써 사회적 효용이 크므로, 굳이 국가형벌권을 과도하게 발동할 이유도 존재하지 않는다. 실제 33개 기업 경영자를 대상으로 한 설문조사에서, 응답자의 60%가 배임죄로 인해 경영판단에 애로를 느

---

26) 구희근, 앞의 논문, p.68.

긴 경우가 있다고 답하였고<sup>27)</sup> 전문가 52명을 대상으로 한 설문조사에서는 69.2% (35명)가 배임죄 처벌 강화로 기업이 정신이 위축되는 부작용이 발생한다고 응답했다.<sup>28)</sup>

## 제3절 배임죄의 법적 성격

### 1. 보호범의

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로 재산상 이익을 취득하거나 제3자에게 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가하는 범죄이다. 보호범의는 피해자의 전체로서의 재산이라고 보는 것이 판례와 통설적 견해이다.

보호의 정도는 위험범설과 침해범설이 대립되는데, 판례는 배임죄나 업무상배임죄에서 ‘재산상의 손해를 가한 때’란 현실적인 손해만을 의미하는 것이 아니라 재산상 실해(實害) 발생의 위험을 초래하는 경우도 포함하는 것으로 본다. 이 때 재산상 손해가 있는지는 법률적 관점이 아니라 엄연히 경제적 관점에서 파악해야 하는데, 재산상의 손해를 유발한다는 재산상태를 총체적으로 볼 때 본인의 재산상태에 손해를 가져오는 경우로서, 본인이 보유한 재산가치 감소를 유발하는 것이어야 한다. 따라서 만일 재산상의 손실을 일으킨 임무위배행위가 그와 동시에 손실을 보상할 수 있는 재산상의 이익을 발생시켰다면, 배임으로 발생한 급부와 반대급부가 서로 동일하고, 그 밖의 현실적인 손해나 실해 발생의 위험 등 다른 형태의 재산상 손해가 없는 발생하지 않는다고 보아, 재산상 손해, 즉 총체적인 재산가치의 감소가 있다고 판단하지는 않는 것이다. 이러한 점을 보면 판례의 입장은 위험범설의 입장을 따르는 것으로 보인다.<sup>29)</sup>

침해범설은, 배임죄 문언을 고려해 볼 때, 배임죄의 형사처벌을 제한할 필요가 있다는 점과, 배임죄의 구성요건으로 재산상 이익을 얻고 본인에게는 같은 규모의 손해를 줄 것을 포함하고 있다는 점, 미수범 처벌규정이 있음을 감안하는 것이 입

27) 김병일, “재계 이어 법원도 포퓰리즘 우려”, 한국경제신문, 2012. 10. 21.자 기사.

28) 박지현, “법률전문가 82.7% 배임죄, 범죄성립 판단기준 모호”, 이코노믹리뷰, 2013. 2. 5.자 기사.

29) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도14268 판결.



법취지에 부합하는 해석이라는 견해이다.

구성요건에도 불구하고 판례는, 배임죄의 보호법익이 피해자의 전체 재산권이라고 볼 때 현실적 손해발생이 없더라도 재산권이 위태로운 상태에 놓여 실해 발생의 위험이 발생하였다면 배임죄가 성립된다고 보고 있다.

판례의 입장에 따른다면, 침해법설의 경우 배임행위로 인하여 손해 발생 위험을 야기하였더라도 경제사정의 변화 등 우연한 사정으로 손해가 발생하지 않게 될 때에도 미수범으로 처벌하게 되므로 이러한 해석은 결국 결과책임을 인정하는 셈이 되어 부당하다고 본다.<sup>30)</sup>

## 2. 본질

### 가. 통설적 견해

배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리하는 자의 배임행위의 본질이 무엇인가에 대해 배신설과 권한남용설이 있다.

통설적 견해인 배신설에 따르면, 타인의 재산을 보호할 의무 있는 자가 타인의 신뢰를 위배하여 본인에게 손해를 가하는 행위이다. 권한남용설은 타인의 재산을 처분할 법적 권한, 즉 대리권을 가진 자가 그 권한을 남용하여 본인에게 손해를 가하는 것이 배임죄의 본질이라고 본다. 이에 따르면 배임행위의 범위가 대리권에 기한 법률행위에 한정되므로 적용범위가 협소해진다.

판례는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’는 배임죄의 주체로서, 다른 사람과의 대내적인 관계에서 사무를 처리할 때 신의성실의 원칙에 따라야 하는 등 단독한 신임관계가 존재하는 사람으로 보고 있다. 따라서, 만일 제3자에 대한 대외적인 관계에서는 해당 사무에 관한 대리권이 존재하는지는 중요하지 않고, 신임이 주어진 업무는 법령, 계약, 관습 어느 것이든 형식에 구애받지 않으며, 사실상의 업무도 포함된다고 보고 있다. 따라서, 이러한 점을 보면 판례의 입장은 업무 위임자의 신뢰를 고려하여 배신설의 입장을 취하는 것으로 보인다.<sup>31)</sup>

30) 한석훈, 『기업범죄의 쟁점 연구』, 법문사, 2013, p.61.

31) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001도3534 판결.

이처럼 배임죄는 신임관계의 침해나 신의성실의 의무에 대한 위배에 있다고 하는 보는 배신설이 그 본질이다. 이와 같은 통설의 입장은 일견 타당한 것처럼 보이기에는 한다. 왜냐하면 배임죄가 별개의 조문에 규정되어 있지 않고 형법 제355조 제1항 횡령죄와 동일한 조문의 제2항에 규정되어 있는데, 횡령죄는 신뢰위배를 본질로 하기 때문에 조문의 편제상 배임죄도 신뢰위배로 볼 수 있는 여지가 있는 점, 배임죄의 구성요건이 권한남용으로 한정되지 않고 포괄적인 개념인 임무위배로 규정되어 있는 점을 근거로 하고 있기 때문이다.

## 나. 통설에 대한 비판적 견해

다만, 한국의 형법이 통설의 주장처럼 배신설을 입법화한 것으로 단언할 수 없다는 견해가 있다. 이 견해에 따르면, 첫째, 배임죄와 횡령죄가 동일한 조문에 규정되어 있다는 것을 두고 배임죄의 본질을 배신설로 입법화한 것이라고 보는 것은 지나치게 성급한 결론이고, 배임죄를 횡령죄와 동일한 조문에 규정한 것은 어디까지나 우연적인 사정으로 인한 결과일 뿐이라는 것이다. 현행 형법 규정은 1940년 일본의 개정형법가안(改正刑法假案)을 본받은 것인데, 개정형법가안에서 배임죄와 횡령죄를 동일한 조문에 배열한 것에 대하여 일본에서도 많은 비판이 있었고, 일본의 경우 배임죄는 제37장(공갈 및 사기의 죄)에, 횡령죄는 제38장에 규정하고 있다.

둘째, 배임죄와 횡령죄의 법제사적(法制史的) 배경도 전혀 다르다는 것이다. 횡령죄는 절도죄와 같은 종류의 개념으로 논의되어 온 범죄이지만, 배임죄는 독일에서 사기죄와 같은 종류의 개념으로 발전되어 온 비교적 최근의 범죄라는 것이다. 횡령죄와는 달리 배임죄는 독일법을 계수(繼受)한 일부 국가에서만 규정되어 있고, 형법 체계를 보더라도 독일과 일본 형법은 배임죄를 사기죄와 같은 장에 규정하면서 횡령죄는 독일의 경우 절도의 장(章)이나 일본의 경우 횡령의 장으로 규정하는 등 서로 다른 차원에서 규정되어 있는 것이 그 증거라고 한다.

셋째, 임무위배는 일종의 배임인데, 이것은 신임위배, 즉 배신과는 다른 개념임에도 불구하고 배신설은 임무위배를 신임위배와 동일시하는 오류를 범하고 있다는 것이다.

넷째, 임무위배라는 구성요건이 지나치게 포괄적이어서 가벌성이 확장된다는 주장도 타당하지 않다고 한다. 배임죄는 모든 채무자의 임무위배가 아니라 타인의 사무를 처리하는 자의 임무위배이며, 그 타인의 사무란 매우 한정적인 개념이기 때문

에 임무위배라는 구성요건의 범위가 넓다는 주장은 타당하지 않은 것이다. 그럼에도 학계가 임무위배의 개념이 포괄적이어서 범위가 넓다고 하는 것은 구성요건에서 언급하는 ‘타인의 사무’에, ‘타인을 위한 사무’를 포함하여 폭넓게 해석했기 때문이라 한다. 그리고 이러한 해석은 ‘법문의 가능한 범위를 벗어나는 것이므로 유추해석금지의 원칙에 반한다는 것이다.

전통적 배신설의 약점은 배임죄와 단순한 채무불이행과의 구별을 어렵게 하여 단순한 채무불이행을 배임죄라고 할 우려가 있다는 점이다. 구성요건을 엄격하게 해석하지 않으면 단순한 채무불이행도 배임죄라고 여기게 되어 가벌성을 무한정 확장 시킬 수 있다. 그러나 배임죄에서 규정하는 신뢰관계의 범위에 제한을 가하여야 한다는 점에 관해서는 모든 학설이 동의하고 있음에도, 단순한 채무불이행과 타인의 사무의 한계에 관한 이론적 기준이 어디에서도 논의되지 않는 것이 문제라고 한다. 배신설의 적용범위를 극단적으로 확대하여 가벌성의 무한정 확장될 수 있는 위험은 이미 확립된 해석론을 통하여 제한할 수 있다는 주장도 있지만, 그 해석론이라는 것이 무엇을 말하는지 알 수 없다. 오히려 단순한 채무이행의 의무는 자기의 사무에 속할 뿐 타인의 사무가 아니라고 해석함으로써 배신설의 적용을 배제하는 것이 나올 수도 있다.

설령 배신설을 선택하더라도 배임죄의 범위를 한계 짓는 논리가 있어야 하고, 그러한 논리가 없는 배신설은 합리적인 이론이라고 할 수 없다. 이 때문에 독일이나 일본에서는 배신설의 적용범위를 제한하려는 노력을 기울이고 있다. 그러므로 한국의 학계는 전통적 배신설에 안주하여 단순한 채무불이행도 배임죄에 포섭될 수 있는 근본적인 문제를 외면하고 있는 실태는 다소 무책임한 것으로 볼 수 있다. 한국 형법의 문언에 비추어 볼 때 배신설을 입법화하였다고 단언할 근거는 없다. 반면, 배임죄의 주체가 타인의 사무를 처리하게 되는 근거는 타인으로부터 일정한 처리 권한을 부여받았기 때문이라는 사실을 고려하거나 임무에 위배한다는 것은 사무처리의 권한을 위임한 취지에 위배한다는 의미로 해석할 수 있는데, 이러한 점을 고려하면 한국의 형법은 오히려 권한남용설을 입법화하였다고 해석할 여지도 있다.

배임죄의 본질이 ‘배신’이라는 것에 대한 극명한 모순은 부동산의 이중매도의 경우에 잘 나타난다. ① 배임죄는 신뢰위배를 그 본질로 하고, ② 부동산의 이중매도는 중도금이 수수됨으로써 형성된 당사자 사이의 신뢰관계를 위배하는 행위이므로 배임죄를 구성한다. 이 때문에 매도인이 중도금까지 받은 상태에서 이중 매도하면 배임죄의 처벌을 받는다. 그러나 동산의 이중양도에 관한 대법원 판결에서는 종래

와는 달리 동산의 이중매도가 배임죄를 구성하지 않는다고 판단하였다.<sup>32)</sup> 아직도 부동산의 이중매도가 배임죄에 해당하지 않는다는 판례는 나오지 않고 있다.

여기서 반드시 짚고 넘어가야 할 것은, 부동산의 이중매도에 있어 매도인이 제1차 매수인에게 등기를 해 준 경우, 제2차 매수인에 대하여는 배임죄가 성립하지 않는다는 것이 판례의 태도이다. 이 판결에서 법원은, 부동산을 매도한 후에 매수인 명의로 소유권이전등기가 완료되기 이전에 해당 부동산을 제3의 매수인에게 처분한, 매도인은 각 매수인에게 그 소유권을 이전해 줄 의무가 있고, 심지어 그 의무에는 따로 우열 관계가 있는 것을 보지는 않는다. 따라서 매도인이 두 번째 매수인에게 소유권이전등기절차를 이행하여 그 매수인 명의로 등기가 완료하면 특별한 사정이 없는 한 첫 번째 매수인에 대하여 부담하는 소유권이전의무는 이행불능이 되고, 매도인은 첫 번째 매수인에 대해서는 채무불이행의 민사상 책임을 지게 된다. 이러한 점은 부동산매매계약에 따라 매도인이 부담하는 채무의 성질을 고려할 때 당연한 일이다. 그러나 부동산 매도인에게는 매수인을 위한 임무로서 매수인에게 소유권이전등기절차에 협력할 의무를 성실히 이행해야 하고, 동시에 그 임무에 위배해서 해당 부동산을 다른 매수인에게 매도하고 소유권이전등기를 마친다면, 이는 사적자치의 영역을 초과한 것으로서 금지되어야 하는 행위로 본다. 부동산을 이중으로 매도한 경우에 매도인이 제1차 매수인에게 소유권이전등기 의무를 이행했다고 하여 그를 제2차 매수인에 대한 임무위배로는 보기 어렵다. 즉, 판례의 입장에 따르면, 제1차 매수인에게는 신뢰관계 위반이라고 보면서도 제2차 매수인에 대하여는 신뢰관계 위반이 아니다. 제1차 매수인에게 의무를 다한 이상 그것이 제2차 매수인에 대한 임무위배가 아니라는 논리인데, 이는 제1차 매수인의 처지에서 그렇다는 것이지, 제2차 매수인 입장에서는 당연히 신뢰위반이 될 수밖에 없다. 제2차 매수인에 대한 배임죄의 성립 여부를 논함에 있어 그와 매도인 사이의 신뢰관계를 고려하여야 마땅할 것이나, 이에 대한 고려는 없이 그와는 무관한 제1차 매수인과의 신뢰 위배 여부를 따져야 할 이유가 없는데도, 대법원은 제1차 매수인과의 신뢰관계를 위반하지 않은 이상 제2차 매수인과의 신뢰관계 위반이 없다는 논리를 전개하고 있다. 이러한 점에서 볼 때 위 대법원의 견해는 타당하지 않은 것으로 보인다.<sup>33)</sup>

32) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 판결; 대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 판결.

33) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결 [특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임), 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(중재등)] [공2018하,1203].

### 3. 법인의 배임죄 주체성 인정 여부

법인에게 배임죄를 물을 수 있는지는, 법인의 기관이 기관으로서 자격 범위 내에서 법인의 거래상대방 등에 대해 배임행위를 하였을 때 법인을 배임죄의 주체로 인정할 수 있느냐가 논의의 대상이 된다.<sup>34)</sup> 배임에 관한 죄에 있어서 기업체의 구성원이 그 임무에 위배하여 기업에 손해를 발생하게 한 경우에는 구성원인 자연인의 범죄이므로 법인의 범죄능력은 문제되지 않는다.

법인의 범죄능력을 인정할 경우에는 범문상 양벌규정(兩罰規定)과 같은 명문규정이 없더라도 범죄의 성격상 불가능한 경우를 제외하고는 법인은 모든 범죄의 주체가 될 수 있다. 법인의 범죄능력을 부정하는 대법원은 종래 기업의 대표이사에 의한 이중양도에 대해 “甲 회사의 대표이사인 A가 회사 소유부동산을 회사 명의로 乙에게 양도하였는데, 그 후 위 회사의 대표이사가 된 피고인이 위 사실을 알면서 다시 제3자에게 회사 명의로 양도하고 그 소유권이전등기를 경료하였다고 하여도 乙에게 소유권이전등기를 하여 줄 의무는 위 회사가 부담하는 것이고, 피고인이 乙에 대하여 그 사무를 처리하는 지위, 즉 피고인과 乙 사이에 타인과 본인의 관계가 없다고 할 것이니 피고인에게 배임죄가 성립될 리 없다”라고 판시하였다.<sup>35)</sup>

그러나 대법원은 이후에 태도를 바꾸었는데, 판례에 의하면 배임죄에서 타인의 사무를 처리할 주체가 법인이다라도 법인은 어디까지나 사법상(私法上)의 권리와 의무의 주체가 될 뿐 범죄능력은 없는 것으로 본다. 그리고 타인의 사무는 법인의 대표기관의 의사결정에 따라 실현될 수밖에 없는데, 이러한 대표기관은 자연인이므로, 해당 대표기관은 당연히 법인이 제3자에 대하여 부담하고 있는 의무의 내용대로 자신의 판단에 따라 사무를 처리할 임무가 있다. 그러므로 대법원 논리에 따르면, 법인이 처리할 의무를 지는 타인의 사무에 관하여는 법인이 배임죄의 주체가 될 수 없고 그 법인을 대표하여 사무를 처리하는 자연인인 대표기관이 바로 타인의 사무를 처리하는 자 즉 배임죄의 주체가 되는 것이다.<sup>36)</sup>

그러나 이 판례의 태도는 법인에게 사법상(私法上) 주체를 인정하면서도, ‘타인의 사무를 처리하는 자’라고 하여 배임죄의 주체로서의 자격을 가지지 못하는 대표기

34) 권상로, 주식회사의 이사에 대한 배임죄 적용에 관한 연구, 『동북아법연구』, 통권 제31호, 전북대학교 동북아법연구소, 2018, p.353.

35) 대법원 1982.2.9 선고 80도1796.

36) 대법원 1997.1.24 선고 96도524.

관에게 법인의 행위에 대한 형사책임을 묻는 것으로서 논리적으로 문제가 있다. 법인의 대표기관의 의무는 자기가 소속된 법인의 사무를 처리해야 하는 것에 지나지 않기 때문에 법인의 기관으로서 하는 행위는 직접 타인에 대하여 부담하는 것으로 보기 어렵다. 법인은 독자적인 사회적 실체이고, 그 구성원의 행위는 ‘법인의 자격’으로 활동할 뿐만 아니라 ‘법인 업무를 위한’ 의사로서 행동하기 때문에 법인의 고유한 행위로 인정된다고 보아야 한다.<sup>37)</sup>

기업의 구성원이 기업의 업무와 관련성이 있어 기업활동의 일환으로 행한 행위라면 법인의 행위로 보고, 그 법인에게 직접 책임을 묻는 것이 타당하다. 배임죄가 사적 거래를 전제로 하는 재산죄이므로 자신의 명의로 재산사무를 행하고 있는 법인도 배임죄의 주체가 되는 것으로 보아야 한다. 그렇다고 하더라도 법인이 모든 구성원의 행위에 대해 형사책임을 지는 것은 아니고 그 구성원의 행위가 법인을 위해 행하여지고, 외견상 법인의 대표기관의 권한 범위 내에서 이루어진 때에 한하여 형사책임을 부담하도록 해야 한다.<sup>38)</sup>

다만 이에 대하여는, 행위자가 특정되지 않더라도 기업이 처벌되는 것은 현행 형벌규정과 일치하지 않으며, 모든 경우에 이러한 이론이 적용되면 법인의 처벌 또는 책임이 부당하게 확대될 위험이 있고, 위험성만 있으면 과실책임을 묻게 되어 결과 책임으로 흐르게 된다는 비판이 있다.<sup>39)</sup>

#### 4. 객관적 구성요건

배임죄는 재산상의 이득만을 대상으로 하는 순수한 이득죄, 침해범, 진정신분범이다. 배임죄에 관한 논란이 발생하는 것은, 이 구성요건에 관한 해석 과정에서 다음과 같은 불분명한 측면이 있기 때문이다. (1) 범죄의 주체는 타인의 사무처리자이다. 그럼에도 관례는 자기의 채무를 타인을 위하여 이행하는 자의 의무위반에 대해서도 배임죄를 적용했다. (2) 배임죄의 객관적 구성요건에는 임무위배행위가 명시되어 있고, 이는 신임관계에 반하는 모든 행위를 포괄하는데, 이러한 정의(定義)가 지나치게 자의적일 수 있기 때문에 가벌성이 무한정 확대되는 문제가 있다.

37) 김종덕, “배임죄 주체의 해석상 몇가지 문제”, 『저스티스』, 통권 제112호, 한국법학원, 2009, pp.30- 31.

38) 강동욱, “기업범죄에 있어서 법인의 책임과 배임죄의 성부”, 『한양법학』, 제21권 제2편, 한양법학회, 2010, p.336.

39) 강동범, “우리나라의 경제범죄에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1995, p.343.

(3) 배임죄의 구성요건을 살펴보면, 손해의 발생을 요구하는 것으로 해석되고, 따라서 미수범의 처벌까지도 규정하고 있음에도 아무런 근거도 없이 위험범으로 해석하고, 단순히 손해발생의 위험이 초래되었을 뿐인데도 배임죄의 기수를 인정하는 사례도 있다. (4) 법인의 대표자가 손해발생의 위험성을 예견하였지만 법인을 위하여 모험적인 결정을 한다는 이른바 경영상의 판단을 하여 그 위험을 무릅쓴 것이라고 주장함에도 결과적으로 회사의 재산상의 손해가 발생하였다는 사실을 근거로 배임죄의 고의 있다고 인정하여 처벌하는 경우도 있다. 이러한 점들 모두가 배임죄의 객관적 구성요건에 관한 논란을 야기하고 있는 것이다.

### 가. 타인의 사무를 처리하는 자

타인의 사무 문제는 배임죄의 주체 문제이다. 배임죄는 타인의 사무처리자가 임무를 위배하는 행위가 전제되어야 하므로, 타인의 사무처리자와 단순히 타인을 위해서 자기 사무를 처리하는 자를 명확하게 구별하여야 한다. 그런데, 종래 한국 판례는 양자를 혼동하는 모습을 자주 보여 왔다.

단순배임죄는 구성적 신분인 타인의 사무를 처리하는 자를 행위주체로 하는 진정신분범이다. 여기서 ‘타인의 사무처리자’는 위임인과 수임인 사이의 신임관계에 기초하여 타인의 재산관리 사무를 대행하거나 타인 재산에 관하여 보전행위(保全行爲)에 협력하는 자를 의미한다. 타인의 사무를 처리하는 자이어야 하므로 단순한 민사 채무자는 배임죄의 주체가 될 수 없다. 당연한 이야기이지만, 채무자의 채무 이행은 타인의 사무가 아니라 자기의 사무에 불과하기 때문이다. 이러한 점에서도 타인의 사무처리자와 타인을 위해서 자기 사무를 처리하는 자는 분명하게 구별되어야 한다.

업무상배임죄의 경우에도 그 행위주체는 단순배임죄의 행위주체에 업무자의 신분이 추가된 것이다. 업무상배임죄는 “타인의 사무를 처리하는 자”가 그 “업무상의 임무에 위배하여” 재산상 이익을 취득하거나 제3자가 이를 취득하게 함으로써 본인에게 손해를 가한 때에 성립한다. 업무상배임죄는 이중적 신분범으로서, 구성적 신분인 사무처리자와 가별적 신분인 업무자로서의 자격을 갖추어야 한다. 법인에서 대표이사의 지위를 가진 자가 여기에 해당한다. 업무상배임죄에 대하여는 형벌이 가중되고, 아울러 특별법에서도 배임액수에 따라 형을 가중하도록 하고 있다.

상법상의 특별배임죄는 신분범으로 형을 가중하고 있다. 상법상 특별배임죄는 회

사의 이사 등이 임무에 위배하여 회사에 재산상 손해를 발생시킬 경우에 일반 배임죄보다 훨씬 중하게 처벌하기 위한 특별법상의 규정이다. 회사 임원이 받을 수 있는 형벌 중 가장 무거운 범죄가 특별배임죄라고 보아도 과언이 아니다.

형법 제355조 제2항에서 법률 문언상 “타인의 사무를 처리하는 자”라고 규정하고 있음에도 불구하고 실무에서는 일반 부동산의 이중매매처럼 ‘타인을 위하여’ 자기 사무를 수행하는 임무위배에 대하여도 폭넓게 배임죄를 적용해 왔다. 이것은 배임죄에 명시된 법문을 확장해석하는 것으로서, 죄형법정주의 원칙에서 파생되는 유추해석금지의 원칙에 반한다.

## 나. 임무위배행위

### (1) 신임관계를 저버리는 일체의 행위

현행 법률에서 규정하고 있는 배임죄의 성립에 있어서 판단하는 공통적 기준은 임무위배행위가 전부인 셈이므로, 배임죄는 그 정의에 대한 해석이 까다롭고, 형사범죄 중에서는 가장 모호한 규정이라는 지적이 제기된다. 법관의 성향이나 그 당시의 사회 여론에 따라 인정 기준이 달라지기 때문이다.

배임행위는 임무위배행위로서 피해자가 재산 관리나 보호를 위임했음에도 그 기대와 신뢰에 반하는 것을 의미한다. 특별배임죄의 배임행위는 작위(作爲)든 부작위(不作爲)든 구별하지 않고, 구체적 타당성을 고려하여 신의성실 원칙에 따른 통상의 업무집행범위를 벗어난 행위를 말한다. 대법원 판례는 어떤 경우에 이사의 임무위배행위가 인정되는지 명확한 기준을 제시하지는 못하고 있다. 사실 비슷한 사안임에도 재판에 따라 인정한 경우도 있고 부정한 경우도 있다. 판례가 정의하는 임무위배행위란 사무의 내용이나 성질 등과 같이 구체적인 상황에 비추어 볼 때, 법률의 규정, 계약의 내용, 그 밖의 신의칙에 비추어 타인의 사무처리자가 하지 않을 것이라고 당연히 기대되는 행위를 하거나, 할 것이라고 당연히 기대되는 행위를 하지 않으면서, 수탁자와의 신임관계를 저버리는 행위 일체를 말한다. 따라서 이러한 판례의 주장에 비추어 보면, 임무위배행위에 해당하는지는 사무의 내용, 성질, 업무담당자의 구체적 지위와 역할 임무위배행위 당시의 개별적인 상황에 따라 임무위배행위가 통상의 업무집행의 범위를 벗어났는지, 신의성실의 원칙에 반하는지에 따라 판단해야 하는 것이다.



다만, 일부 학설에 따르면, 임무위배행위인지에 관한 판단은 실질적으로 회사의 불이익이 있는지에 따라 판단되어야 하지 법령이나 직무집행을 위하여 정해진 규칙을 위반했는지 형식적으로 결정해서는 안 된다고 보는 견해도 있고, 회사 정관이나 법률에서 규정한 형식적인 절차를 위배했는지 여부에 따라 판단할 것이 아니라 회사의 사정을 전체적으로 보아 회사를 위하여 충실하게 직무를 집행해야 하는 이사 등이 최소한도로 회사의 이익을 하여 정당한 조치를 단행한 것인지에 따라 판단해야 한다고 보는 견해도 있다.

## (2) 본인의 승낙

이사 등 경영자가 법령이나 회사의 정관 또는 내부지침에 위배하여 반드시 거처야 하게 되어 있는 이사회 결의 또는 주주총회 결의를 거치지 않고 전단적(專斷的) 행위를 한 경우에는 배임행위를 저지른 것으로 인정될 가능성이 높다.

그러나 판례는 경영자가 배임행위를 할 때 이사회나 주주총회 결의 등 적법하게 내부 절차를 준수했는지는 근거로 보지 않으므로, 이사회나 주주총회를 개최했다고 하여 배임죄를 면한다고 볼 수는 없다.<sup>40)</sup> 이러한 입장에 따르면, 사실상 주인이나 대주주의 양해를 얻어 임무위배행위에 나아갔다고 하여, 배임의 고의가 없었다거나 회사에 손해가 발생하지 않았다고 추단할 수는 없고, 회사의 이사는 경영의 책임자로서 설령 이사회의 결의가 있더라도, 해당 결의를 수동적으로 따르면 안 되고, 그 내용이 회사 채권자나 주주의 이익을 해치는지, 아니면 불법적인 목적이 결부된 것인지 파악한 다음에, 회사를 위하여 직무수행을 성실하게 할 의무가 있다. 따라서 이사가 회사 채권자나 주주에게 손해가 될 임무위배행위를 하였다면, 단순히 회사 이사회의 결의가 있었다라도 임무위배행위가 정당화될 수는 없는 것이다.

또한, 1인 주주가 지배하는 1인 회사에서도 배임죄가 성립할 수 있다고 보는데, 이 경우 주주 전원의 승낙이 있어도 배임행위는 성립할 수 있게 된다.

## 다. 손해발생

배임죄에 의하여 보호되는 법익은 피해자의 재산이다. 보호법익은 보호받는 정도

40) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도4915 판결.

에 따라 침해범설과 위험범설로 대립한다. 침해범은 보호범익에 현실적인 침해가 있어야 하나, 위험범은 현실적인 보호범익의 침해가 없더라도 침해의 위험이 있다면 성립된다. 판례는 스스로 배임죄를 는 스스로가 배임죄를 ‘위태범(危殆犯)’이라고 실시하였다.<sup>41)</sup> 이 때문에 위험범설에 따른다면 배임죄에서 재산상 손해를 가한 때는 현실적인 손해가 가해진 경우만이 아니라 재산상 실해 발생의 위험이 생겨나는 경우도 모두 포함하게 되고, 손해발생의 위험성만 인정된다면 재산상의 손해가 없더라도 이미 배임죄가 성립한다. 따라서 배임죄는 위험이 발생한 때에 기수에 이른다. 그런데 판례에 따르면 회사 대표이사가 회사 명의의 약속어음을 개인채무를 담보하기 위하여 발행하는 전단적 대표행위를 저지른 경우, 상대방이 그 사실을 알았거나 중과실로 알지 못하여 상대방에 대해서 회사가 채무를 부담하지 않더라도 해당 약속어음이 제3자에게 유통될 경우 소지인에 대하여 회사가 부담할 위험이 이미 발생했다고 보기 때문에, 배임미수죄가 성립한다고 본다. 이 경우 약속어음을 발행한 이후 회사가 아직 부도가 난 것도 아닌데, 법률적으로는 이미 회사에 손해를 발생시킨 것으로 일응 판단하게 되는 것이다.

또한, 일단 손해의 위험이 발생했다면 그 이후에 피해가 일부 또는 전부 회복되더라도 배임죄를 면하는 것은 아니다. 판례는, 배서금지어음과 같이 유통될 가능성이 아예 없는 경우는 달리 해석할 수 있지만 유통 가능성이 존재하는 한 배서, 교부 자체로써 이미 위험해졌다고 본다.<sup>42)</sup> 즉, 단순히 경제적 의미의 총재산이 악화될 가능성 있는 행위를 하더라도 이미 배임죄의 기수에 이른다는 것이다. 물론 대부분의 판결의 경우 손해가 발생한 경우 배임죄를 인정한다. 그러나, 손해확정이 곤란할 때 위태범처럼 판시하는 것으로 보이는데, 위험이 손해발생의 가능성일 뿐이라는 점을 고려할 때, 이러한 판례의 입장은 가벌성을 확대시키는 해석으로서 우려스럽다.<sup>43)</sup>

한편, 배임죄에서의 손해의 개념에는 재산을 처분하는 것과 같은 직접적 재산 감소, 담보제공이나 보증 등 채무를 부담하면서 생기는 재산의 감소와 같은 적극적 손해를 야기한 경우는 당연히 포함된다. 다만, 객관적인 관점에서 회사가 취득할 것으로 얼마든지 기대되는데도 임무위배행위로 이익을 받지 못한 경우, 소위 이야기되는 소극적 손해를 일으킨 경우도 포함된다. 소극적 손해는 회사의 재산증가가

41) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결.  
 42) 대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결.  
 43) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2013도5386 판결.

객관적으로 기대되는데도 이사의 임무위배행위로 재산이 증가되지 않는 경우이므로, 이사의 임무위배행위가 없었을 경우를 가정하여 실현되었을 재산 상태와, 이사의 임무위배행위로 인하여 현실적으로 실현되는 재산 상태를 비교하여, 소극적 손해의 범위와 내용을 산정하여 확정해야 한다.

## 라. 재산상 이익

이익은 재산상의 이익에 한정된다. 그 때문에 재산상 이익에 상응하는 향응은 재산상의 이익으로 인정되나, 단순한 사회적 지위나 직책상의 이익은 재산상 이익으로 간주되지 않는다. 대표이사가 계약을 불이행하여 회사의 계약 상대방에게 손해배상책임을 부담한 경우에는 단순히 민법상의 채무불이행으로 다루어질 뿐이지, 그 계약 상대방에게 재산상 이익을 취득하게 한 것으로 보지는 않는다. 다만, 손해액이 확인되지 않거나 재산상 이익의 가액이 불확정적인 것으로서 확정되기 어려운 것이라 하더라도 특별배임죄는 성립될 수 있다.

관례의 입장을 고려하면, 배임죄에서 다루어지는 이득액은 단순일죄이든 포괄일죄이든 불문하고 어느 경우에는 실제 취득되는 이득액의 합계를 의미한다. 이 때문에 회사의 이사 등이 합리적이고 상당한 수준으로 채권을 회수하기 위한 수단을 마련하지 않은 채 자력(資力)이 없어진 계열사를 위하여 돈을 빌려주거나 지급보증을 제공한다면 배임죄가 성립한다. 그 경우 금전 대여나 지급보증행위 그 자체로서 회사에 손해의 위험성을 발생시킨 배임행위가 되므로, 대여금 전액이나 지급보증금액 전액이 배임죄에의 손해와 이득액이 된다. 그러나 이렇게 금전을 대여해서 회사에 손해의 위험성을 발생시켰다면 이는 미수범 규정을 적용하면 되는 것인데, 실제 손해의 범위를 제대로 파악하지도 않은 채 대여금 전액이나 지급보증금액 전액을 이득액으로 추단하는 것은 형법상의 책임주의 원칙에 위배된다.

## 5. 주관적 구성요건

배임죄는 그 특성상 과실범이라는 개념이 존재하기 어려우므로, 배임죄가 성립하려면 주관적 요건으로서의 배임의 고의가 필요한데, 적어도 객관적 구성요건에 대한 인식과 의사가 있어야 한하고, 배임의 고의는 미필적(未必的) 고의로도 충분하다. 객관적 구성요건 요소와 관련하여서는 침해범설에 의하면 배임죄의 고의 자체

는 현실적 손해발생에 대한 인식과 의사이어야 할 것이고, 한국 판례가 취하는 위험범설에 의하면 손해발생의 위험에 대한 인식과 의사이다. 또한 자기 또는 제3자의 이득취득에 대한 인식과 의사도 주관적 구성요건 요소로서 요구된다. 문제는 “불법영득의사”도 주관적 구성요건 요소로서 요구되는가이다. 불법영득의사란 자기나 제3자가 재산상 이익을 취득하려는 의사를 의미하는데, 일단 불법영득사를 주관적 구성요건으로 요구하는 점에서는 판례와 학설이 동일하다. 다만, 불법영득의 의사를 “고의 초과적 주관적 구성요건 요소로서”로서 설정하려는 견해와 자기 또는 제3자의 재산상 이익취득이 형법상 객관적 구성요건 요소로서 명시되었기 때문에 그에 대한 인식과 의사는 “고의의 내용”일 뿐이고 불법영득의 의사를 고의 초과요소로서 요구할 필요가 없다는 견해의 대립이 있을 뿐이다.

판례에 따르면, 업무상배임죄를 인정하려면 주관적 요건으로 임무에 위배된다는 점에 대한 인식과, 자기나 제3자의 이익을 위하여 본인에게 재산상 손해가 발생한다는 점에 대한 인식을 요구하고, 이에 관한 미필적 인식으로도 충분하다고 본다.<sup>44)</sup> 판례는 이에 더하여 형법의 배임죄가 자기나 제3자의 이익을 도모하면서도 본인에게 손해를 끼치려는 점에 관하여 목적범으로서 구성요건을 규정하지 않으므로, 배임죄의 고의는 자신의 행위가 임무위배행위에 해당한다는 것을 아는 것으로 충분하고, 본인에게 손해를 적극적으로 가하려는 인식은 불필요한 것으로 본다.<sup>45)</sup>

그런데 이론적으로 고의는 객관적 구성요건 요소에 대한 인식만으로는 족하지 않고 반드시 미필적이라도 ‘의사’가 요구되고, 이러한 의사는 고의의 본질에 해당하므로, 위와 같은 판례의 결론은 이론적으로 타당하지는 않다. 즉, 판례는 배임행위의 결과로 본인에게 재산상 손해가 발생했거나 장래 발생할 염려가 있다는 취지의 주관적인 인식이 있고, 이에 더하여 자기나 제3자가 재산상의 이득을 취득한다는 것을 아는 것으로도 충분한 것으로 본다. 특히 배임죄는 목적범 처벌규정이 아니므로 주관적 요건으로 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사나 자기 또는 제3자에게 재산상의 이득을 얻게 하려는 목적은 필요하지 않기 때문에, 행위자의 의욕은 전혀 요구되지 않고, 최소한의 미필적인 인식 정도만 필요할 뿐이다. 또한, 배임죄의 객관적 구성요건과 관련해서는 위험범으로 보면서 주관적 구성요건조차도 실해(實害) 발생의 위험에 대한 인식만으로 충분하고 ‘불법영득의사’에 대한 언급은 전혀 없이 손해발생에 대한 의사적 요소는 요건이 아닌 것으로 판시한 사례도 있

44) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015도10373 판결.

45) 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004도7027 판결.

다.<sup>46)</sup>

그러나 불법영득의사는 학계의 다수 의견에 따르면 ‘초과주관적 구성요건’으로 보기 때문에, 자기나 제3자가 재산상 이익을 취득하려는 불법영득의사가 필요하다고 본 일부 판례에 따르면, 배임죄는 목적범으로 인식될 수 있다. 목적범에 관한 인식의 혼란 때문에 법원에서는 배임죄의 유무죄를 엇갈려 판단해왔고, 검찰 역시 잘못된 인식 아래 무리한 기소를 이어왔던 것이다.

## 제4절 배임죄 적용의 문제점

### 1. 손해발생 위험의 처벌 문제

#### 가. 배임죄 적용의 실무 관행

배임죄는 형법상 재산범죄와는 달리, 법문에 ‘본인에게 손해를 가한 때’ 기수가 됨을 명시하고, 이러한 점은 배임죄가 다른 재산범죄와 가장 큰 차이를 보이는 지점이다. 강도죄,<sup>47)</sup> 사기죄,<sup>48)</sup> 공갈죄<sup>49)</sup> 등의 재산범죄는 법문상 ‘재산상 손해’를 구성요건으로 하지 않는다. 재산상의 손해 발생 여부와 무관하게 법문상 구성요건만 충족되면 바로 기수로 처벌하고 있다. 이러한 법률규정상 차이는 배임죄의 성립을 최소한의 수준으로 제한하고자 하는 입법목적이 투영된 것이다. 재산상의 손해가 발생했는지는 배임죄가 기수에 이르렀는지 미수에 그쳤는지를 결정하는 중요한 구성요건이며 문언의 명확한 의미를 넘는 방향의 해석은 유추해석금지원칙에 위배된다.<sup>50)</sup>

그런데 판례에 따르면, 배임죄에서 본인에게 손해를 가한 때의 의미를 재산상태

46) 대법원 2000. 5. 26. 선고 99도2781 판결.

47) 형법 제333조(강도) 폭행 또는 협박으로 타인의 재물을 강취하거나 기타 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

48) 형법 제347조(사기) ① 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

49) 형법 제350조(공갈) ① 사람을 공갈하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

50) 류건철, “배임죄에서 재산상 손해발생의 위험”, 『법학논총』, 제30권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2010, p.115.

를 총체적으로 고려할 때 손해가 생긴 경우는 물론이고, 손해발생의 위험을 초래하는 경우도 포함하므로, 비록 손해액이 명확하고 구체적으로 산정되지 않았어도 배임죄는 그대로 성립한다고 본다. 이러한 판례의 해석은 배임죄의 실제 법률 규정의 문언과는 다르게 다르게, 법문에도 없는 손해발생의 '위험'이 발생한 경우에도 배임죄로 의율하고 있다. 즉, 판례는 형법전의 기재 범위보다 배임죄의 적용 대상을 확대하는 방향으로 문언 해석을 하고 있는 것이다.<sup>51)</sup> 이러한 문언 해석 결과 실무상으로는 재산상 손해가 발생할 위험이 있는 경우에도 손해가 발생했다고 보고 있는데, 이처럼 재산상 손해발생의 위험만 있어도 배임죄의 기수로 처벌하는 것은 기업범죄를 엄단하고자 하는 국가의 정책적 목적이 투영된 것으로 보아야 한다.

그러나 이러한 실무 관행이 죄형법정주의에 반하는 것은 물론이고, 민사상 손해 배상으로 해결할 수 있는 문제를 형사처벌 함으로써, 형벌의 비범죄화 추세에 역행하면서 오히려 과잉형벌화를 부추기고 있는 요소가 된다. 무엇보다도 형벌권은 신중하고 엄격하게 적용되어야 하는데, 단순히 위험이라는 요소를 실제 손해와 동일한 정도로 판단하면서도 그에 관한 판단기준을 구체적으로 언급하지도 못하고 있을 뿐만 아니라, 민법이나 상법과 같은 사법상(私法上) 개념과 다른 손해 개념을 만들어냄으로써 사법판단에 대한 국민의 예측 가능성을 해치고 있다.

한편, 판례가 배임죄를 위험범으로 간주하면서, 실제 손해의 발생과 손해발생의 위험을 동일하게 보아 기수범 처벌의 범위가 확장되었는데, 이로 인하여 배임죄의 가벌성만 확대된 것은 아니다. 이처럼 재산상 손해발생의 위험만 있는 경우에도 배임죄의 기수로 볼 경우 재판부로서는 구체적인 손해액을 산정하지 않고도 유죄판결을 내리는 것이 가능하게 되어, 배임행위로 발생한 이익이나 손해를 구체적이고 개별적으로 산정할 필요 없이, 위험의 액수를 포괄적으로 추정할 수 있게 된 것이다. 따라서 법원 입장에서는 굳이 배임행위로 인하여 발생한 재산상 이익이나 손해를 구체적으로 계산하지 않더라도 재산상 손해발생의 위험이 있다는 이유로 배임죄의 기수를 인정할 수 있기 때문에, 위험이라는 요소는 손해의 정확한 산정을 불필요하게 하는 개념적인 도구로서 유용하게 작용한다. 이처럼 배임죄의 구성요건인 재산상 손해발생의 위험은 이미 죄형법정주의의 한계를 초월하여 가벌성을 무한정 확장하고 있을 뿐만 아니라, 위험이 있는 대부분의 경우에 배임기수를 쉽게 인정하는 이상 배임미수죄에 관한 규정은 전혀 무의미하게 작용하게 될 수 있다.<sup>52)</sup>

51) 대법원 1999. 4. 13. 선고 98도4022 판결.

52) 류전철, 앞의 논문, p.108.

## 나. 배임죄를 위험범으로 해석하는 경우의 문제점

이와 같이 배임죄를 위험범으로 해석하는 것은 다음과 같은 문제가 있다. 첫째, 무엇보다 법률의 명시적 규정에 반한다. 형법상 배임죄가 성립되려면 ‘이익을 취득하여’ ‘손해를 가한 때’라고 명시되어 있을 뿐만 아니라, 배임죄의 미수범도 처벌하도록 하고 있다(형법 제359조). 배임죄를 위험범으로 파악할 경우 미수범으로 처벌할 경우가 거의 없어지는 문제가 있다. 예를 들어 매도인이 제1차 매수인인 피해자로부터 계약금과 중도금을 받고 난 다음에 제2차 매수인에게 부동산을 매도하기로 하고, 제2차 매수인으로부터 계약금을 받은 이후에, 계약에 관한 추가적인 이행이 이루어지지 않았다면, 매도인이 제2차 매수인으로부터 계약금을 지급받았을 뿐 중도금을 받지 않았다면 배임죄의 실행착수가 인정되지 않는다. 그러나 계약금만 지급받았어도 이미 이중양도의 위험에 노출되었다고 해석할 수도 있고 이중양도의 미수에 그쳤다고 볼 수도 있다.

둘째, 배임죄의 본질을 배신설의 입장에서 찾고 있는 판례는 그 성립을 매우 완화하고 있는 데다가 재산상 손해의 개념을 손해의 발생위험초래까지 포함하는 것으로 이해하여 의도적으로 성립범위를 확대하게 된다. 즉, 이렇게 되면 재산의 악화 가능성을 현실적 손해와 동일시할 가능성이 있으므로 경제적 가치의 이익 개념은 지나치게 확장될 위험에 빠질 수 있다.

셋째, 판례에 따르면 배임죄에서 재산상의 이익은 인정되나, 가액이 구체적으로 산정되지 않는다면, 가중처벌 조항인 특정경제범죄범위반(배임)죄로 처단할 수 없다는 입장을 보여왔는데, 이를 전면적으로 부인할 수 있게 된다. 왜냐하면 특정법상 배임죄가 침해범의 성격을 띤다고 하면서, 오직 이득액의 다과에 따라 형법상 배임죄가 되느냐 아니면 특정법상 배임죄가 되느냐로 판가름 되므로 법상 배임죄를 위험범으로 치부한다는 것은 논리법칙에 어긋난다. 예컨대 회사의 대표이사가 개인채무의 담보를 위하여 약속어음을 발행하거나 배서한 단계에 그친 경우에는 업무상배임죄를 위험범으로 해석하여야 기수 및 특정법 적용이 가능할 것이고, 그에 반하여 침해범으로 해석하면 그 단계에서는 미수에 불과하므로 특정법을 적용할 수 없다는 문제가 있어, 특정법의 적용과 관련하여서는 딜레마에 빠지게 된다. 즉, 미수를 인정한다면 특정법 규정은 이득액을 구성요건으로 하므로 특정법 적용이 어렵다. 이 경우 외상거래대금 전액이 이익의 가액에 해당한다고 하나 여러모로 수긍하기 어렵다.

넷째, 손해의 증명과 관련이 있다. 검사는 큰 고민 없이 사실관계만 적당히 제시함으로써 손해에 관한 입증을 마치게 된다. 배임죄를 위험범으로 간주하게 되면, 법관도 이득액이나 손해액을 명확하게 계산하지 않은 상태에서 위험으로 인한 액수의 존재만으로도 배임죄의 기수가 성립하기 때문이다. 즉, 손해발생의 위험을 손해라고 해석해 온 판례 덕분에 수사기관으로서는 손해를 정확하게 산정하지 않아도 되는 편리함이 있다. 이러한 편리함으로 인해 죄형법정주의는 훼손되고 있다. 이와 관련한 사안에서 판례는, 검사에게 재산상 실해의 위험성 뿐만 아니라 그 위험성이 재산상 손해가 현실화된 정도에 이른다는 점을 증명해야 하고, 사후에 현실화 되지 않은 위험성의 결과가 임무위배행위 당시의 행위자로서는 전혀 알 수 없었다는 우연한 사정에 기인한 것인지까지 밝힐 것을 요구하고 있는데, 이러한 점은 배임죄의 위험범으로 볼 때의 문제점을 정확하게 짚은 것으로 볼 수 있다.

한편, 법문의 해석에 충실해서 “재산상 손해발생”을 침해범으로 해석하는 학설도 있다. 독일에는 배임미수죄에 관한 규정이 없어 한국에서 배임미수죄에 해당하는 범죄도 무죄판결을 내려야 하기 때문에 손해발생 위험을 손해와 동일하게 간주하고 있다. 그러나 한국 형법 제359조에는 미수규정을 두고 있다. 미수는 범죄의 실행의 착수가 있고, 이러한 범죄가 미완성되었을 경우를 규율한다. 또한, 배임행위와 손해발생 사이에 인과관계가 없는 경우에도 미수가 된다. 배임죄는 법률조항 문언에서는 침해범으로서 배임행위의 결과로 재산상 손해가 발생할 것을 요구하나, 판례에서는 타당한 이유 없이 구체적 위험범으로 보고 있을 뿐이다. 그러므로 배임죄가 위험범이라는 전제에서 재산상 손해발생의 위험이 발생한 경우에도 기수가 된다는 해석론은 형법의 규정해석이라기 보다는 다분히 형사정책적 발상에 근거하여 처벌의 수위를 높이는 것이라고 할 수 있다. 따라서 손해발생의 위험만 있는 경우에 배임죄 미수범으로 처벌하고 특경법을 적용하여서는 안 된다. 범죄의 기수시기 역시 현실적 손해발생시기로 해석하고 있다.

한국 판례는 이와 같이 미수범에 관한 규정이 없는 독일법과의 차이를 간과한 채 독일의 해석학을 오해하여 ‘손해발생의 위험’을 ‘손해 그 자체’로 보고 있다. 또한, 한국에는 배임죄에 미수범 규정이 있으므로 침해범으로 볼 여지가 없는 것은 아니나, 미수에는 결과가 발생하지 않은 경우 뿐만 아니라 실행에 착수하였으나 행위를 종료하지 않은 착수미수도 있기 때문에, 미수범 처벌규정이 존재한다고 해서 반드시 침해범으로 해석하여야 하는 것은 아니다.<sup>53)</sup>

이와 같이 ‘손해발생’과 ‘손해발생의 위험’은 명확히 구별되어야 함에도 판례와



다수설은 경제적 재산개념설, 즉 전체재산설에 따르면서 ‘손해발생의 위험’이 ‘손해’에 포함된다고 한다. 이러한 견해는 ‘손해발생의 위험’과 ‘손해’라는 두 개념을 사실상 동일시하는 것이다. 이러한 해석은, 손해발생의 위험이 있었던 전체 금액을 손해액으로 파악하기 때문에 거래의 실제와 부합하지 않고, 배임죄의 성립범위를 부당하게 확장한다. 다만, 일부 판례는 배임죄에서 재산상 이익이나 손해에 대한 판단기준을 전체재산설이 아닌 실질가치설을 취하는데, 실질가치설은 실제로 입은 손해액 또는 회수불가능 금액만을 손해로 파악하는 것이다. 현실적 손해발생과 손해발생의 위험초과는 결코 동일시할 수는 없다. 다만 손해발생의 위험이 현실적 손해발생과 동등한 정도의 위험을 초래하였을 경우에 한하여 손해발생으로 파악해도 무방할 것이다.

그런데 한국 판례 중에는 배임죄를 침해범으로 해석한 판례도 있다.<sup>54)</sup> 부동산 이종매매의 경우, 판례는 제2차 매수인으로부터 계약금만 받은 단계에서는 단순한 채무불이행의 민사문제에 불과하고, 중도금을 받은 단계에서 단순 배임죄 실행착수와 미수가 긍정될 수 있을 것이고, 기수는 제2차 매수인에게 소유권이전등기를 완전히 마친 단계에서 비로소 인정될 수 있다고 판시한다.<sup>55)</sup> 이러한 판례에 의하면 단순배임죄를 침해범에 해당하는 것으로 판시한 것이 아닌가 한다.

위험범은 일반적·추상적 위험으로도 성립하는 추상적 위험범과 구체적·현실적 위험이 존재해야 성립하는 구체적 위험범으로 구별된다. 추상적 위험범의 사례로는 현주건조물방화죄가 있고, 구체적 위험범의 사례로는 일반물건방화죄가 있다. 양자의 차이는, 일반물건방화죄의 경우 위험을 인식하고 구체적 위험이 발생하였는지가 입증되어야 일반물건방화죄가 성립하지만, 현주건조물방화죄는 이러한 위험의 인식 없이 현주건조물에 방화한 것만으로도 현주건조물에 방화하여 위험의 발생 여부에 관계 없이 범죄가 성립한다. 추상적 위험범의 경우 그만큼 위험하기 때문에 입법자가 결과에 상관없이 또 위험에 대한 인식 없이도 범죄가 성립된다고 정한 것인데, 이러한 추상적 위험범이 늘어나면 일반 대중의 자유는 그만큼 제한되기 때문에 추상적 위험범으로 처벌하는 과정은 매우 신중해야 한다.

53) 대법원 2011. 12. 13. 선고 2011도10525 판결 등 참조.

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

55) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결.

## 다. 구체적 사례 연구

### (1) 현대자동차 유상증자 참여 사건

이 사건에서 검찰은 현대자동차그룹 정몽구 회장이 현대우주항공의 대주주 자격으로 연대보증을 제공한 이후, 보증채무를 처리하기 위하여 자사(自社) 계열사를 현대강관, 현대우주항공의 유상증자 과정에 참여시킴으로써 관련 계열사가 거액의 손실을 보도록 유도했다는 이유로 특정경제범죄법위반(배임)으로 기소했다. 이에 대하여 변호인은 정몽구 회장의 부채를 처리하기 위하여 위와 같은 유상증자가 이루어진 것이 아니라, 외환은행과 체결된 재무구조개선약정에 따라 이루어진 것이라고 주장했다.<sup>56)</sup>

참고로 살펴보면, 현대자동차그룹은 1997년 금융위기가 발생하자 경영권을 방어하기 위하여 현대자동차, 정몽구 회장, 산하 계열사가 공동하여 해외펀드를 통하여 현대강관의 유상증자 과정에 참여했고, 주식 3,648만 주를 주당 5,000원에 매입했는데, 당시 주가가 주당 4,700원이어서 배임죄의 의혹이 불거졌던 것이다.

이에 관해서 1심은 위와 같은 유상증자가 업무상배임죄에 해당한다고 보았는데, 그 구체적인 논거로 위험범설을 선택한 대법원 판례의 논리에 따라, 업무상배임죄에서 재산상의 손해는 현실적으로 발생한 손해만을 의미하는 것이 아니라, 재산상 손해가 발생할 위험을 유발한 경우도 포함하는 것으로 보았고, 재산상 손해가 있는지는 경제적 관점에서 판단해야 할 뿐 법률적 판단에 의존해서는 안 된다고 보았다. 따라서 정몽구 회장 등이 위 유상증자에 참여면서 해외펀드에 대한 출자액 전액이 손실될 위험이 생겼다고 보아, 이를 업무상 배임행위로 본 것이다. 정몽구 회장 등의 항소로 진행된 2심 역시 유상증자가 이루어짐으로써 재산상의 위험이 발생했다고 보아야 하므로, 그 즉시 업무상배임죄에서 의미하는 손해가 발생했다고 보고 있다.

즉 1심과 2심 모두 현대자동차 계열사가 현대강관, 현대우주항공의 유상증자에 참여한 것 자체로 실제 손해가 발생한 것으로 보지는 않았으나, 출자금을 회수할 가능성이 확실하지도 않은 상황에서 계열사가 유상증자에 만연히 참여한 것은 손해가 발생할 위험성이 내포되고 있다고 보았기 때문에 업무상배임죄의 성립을 공

56) 서울중앙지방법원 2007. 2. 5. 선고 2006고합474 판결; 서울고등법원 2007. 9. 6. 선고 2007노586 판결.

정한 것이다.

(2) SK-JP모건 이면계약 사건

SK증권은 1997년경 외환위기 직전에 일부 국내 금융기관과 공동으로 JP모건이 주도했던 역외(域外)펀드에 참여했다. 그런데 그 이후 동남아에 외환위기가 발생하면서 태국 바트화(貨)가 폭락했고, 이 때문에 SK증권은 대략 5-6억 달러에 달하는 손실이 발생했다. JP모건은 SK증권을 상대로 투자손실금을 반환할 것을 요구했는데, 이에 SK증권은 JP모건이 위험을 제대로 고지하지 않았음을 이유로 하여 손실금을 줄 수 없다고 거부했다. 그러나 이후 JP모건과 펀드의 지급보증을 제공했던 복수의 국내은행이 SK증권의 유상증자에 참여하되, 그 대신에 SK증권이 JP모건에 투자손실금 명목으로 2억 달러를 지급하는 것으로 양 회사 사이의 합의가 이루어졌다. 다만, 그 과정에서 JP모건과 SK글로벌의 해외법인 사이에 이면계약이 체결되었는데, 그 내용은 향후 SK글로벌 해외법인이 만기 전의 가격으로 주식을 살 수 있는 콜옵션을 설정하는 한편, JP모건이 SK글로벌 해외법인에 주식 인수 당시보다 더 비싸게 주식을 다시 팔 수 있는 풋옵션을 설정하기로 한 것이다.<sup>57)</sup>

이와 관련하여 조금 더 구체적으로 보면, SK증권은 1999년 당시 구조조정으로 시장에서 퇴출될 위기에 처해 있었는데, 퇴출될 위기를 극복하기 위해서 SK그룹은 JP모건과 유상증자에 참여하면 그 주식을 다시 환매하는 내용의 이면계약을 체결했다. 위 이면계약에 따라서 SK증권은 JP모건에 2,400만 주를 주당 4,920원에 매각했고, 2002년에는 SK글로벌을 통해서 위 주식을 주당 6,070원에 되샀는데, 이 당시 주가가 1,535원이어서 배임 의혹이 불거졌던 것이다.

이에 관한 1심 판결에서는, 배임죄가 기수에 이르기 위해서는 계약이행에 따라 주식대금을 지급하여 구체적인 손해가 발생해야 하는데, 위 사건에서 옵션계약을 체결한 이후에 그 계약에 따른 대금지급이 이루어졌다는 점에 주목하여 배임죄가 기수에 이르렀다고 보았다. 뒤이은 제2심에서도 옵션계약이 체결되어 본인에 해당하는 SK글로벌 해외법인이 임의로 계약의 효력에서 벗어날 수 없었기 때문에 실패 발생의 위험을 부담하게 되었으므로, 배임죄가 기수에 이르렀다고 보았다.

즉, 재산상 손해의 해석에 관해서는 위 1심과 2심 판단이 일부 차이가 있기는 했

57) 서울중앙지방법원 2007. 2. 5. 선고 2006고합474 판결; 서울고등법원 2005. 6. 10. 선고 2003노1555 판결; 대법원 2008. 5. 29. 선고 2005도4640 판결.

으나, SK증권이 자사 주식에 관하여 SK글로벌 해외법인 2곳과 JP모건 사이에 풋 옵션 계약을 체결하도록 한 것이 배임죄에 해당한다는 결론에는 변함이 없었다.

### (3) 한화그룹 계열사 지급보증 사건

이 사건에서 검찰은 한화그룹의 김승연 회장이 차명으로 소유한 계열사에 계열사 자금을 부당하게 지원하여 지급보증을 하였고, 유상증자를 단행하여 계열사의 채무를 탕감하여 결국 한화그룹에 회사에 손해를 끼쳤다는 혐의로 기소했다. 이에 대하여 변호인은 위와 같은 유상증자와 지급보증이 외환위기로 인하여 한화그룹 계열사가 연쇄적으로 도산하는 것을 방지하기 위하여 이루어진 경영판단이라는 취지로 주장했다.<sup>58)</sup>

당시 한화그룹은 우량 계열사의 자산을 동원해서 계열사의 주식을 특수관계인에게 낮은 가격으로 매도했고, 이를 통하여 자사의 부실한 계열사를 구제하고자 했다.

이에 관해서 1심은 배임죄의 경우에는 재산상 손해가 발생할 것을 구성요건으로 정하고 있어서, 배임죄의 처벌 범위를 제한하고, 기수와 미수를 구별할 법적 기준을 제시한 것으로 보았다. 이는 다른 재산범죄인 횡령죄, 공갈죄, 사기죄가 구성요건으로서 재물의 취득이나 재산상 이익의 취득을 나열하고 있을 뿐, 재산상 손해의 발생을 요구하지 않는다는 점과도 대비된다. 이 때문에 1심은 대법원이 배임죄의 구성요건으로 현실적인 손해가 발생할 것을 요구하는 것을 넘어서, 재산상 실해가 발생할 위험이 있으면 바로 배임죄를 긍정하여 해석상 손해발생의 외연을 확장하고 있고, 이 때문에 위와 같은 위험범설에 입각한 대법원 판례를 제한적으로 해석하지 않을 경우 민사의 형사화를 초래하는 한편, 죄형법정주의에 위배되는 결과가 초래된다고 비판하였다. 1심의 경우 위 한화그룹 등 피해 회사들이 재산상 손해를 입었다고 볼 수 없다고 보았고, 더 나아가 그와 같은 정도의 범익침해에 해당하는 재산상 실해가 발생할 위험이 있었다고 볼 수도 없다고 보아, 배임죄가 성립되지 않는다고 보았다.<sup>59)</sup>

그러나 2심에서는 이러한 1심 판결을 뒤집으면서, 배임죄에서 말하는 재산상의

58) 서울서부지방법원 2012. 8. 16. 선고 2011고합25 판결; 서울고등법원 2013. 4. 15. 선고 2012노2794 판결; 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5214 판결.

59) 서울중앙지방법원 2007. 2. 5. 선고 2006고합474 판결.

손해를 가한 경우는 현실적인 손해 뿐만 아니라 재산상 손해가 발생할 위험을 초래한 경우도 포함된다고 보고, 손해의 위험이 일단 발생했다면 추후에 피해가 일부 또는 전부 회복되더라도 배임죄가 여전히 성립한다고 판시하여, 유죄판결을 선고했다.

위 한화그룹 사건에서 1심은 피해회사에 손해발생이 없었다고 판단하면서 손해가 발생할 위험이 있다는 이유로 배임죄를 적용하는 실무 관행을 비판했으나, 2심에서는 기존의 판례에서 축적된 내용을 근거로 배임죄가 성립한다고 보았다.

## 2. 신임관계 위배행위 처벌의 문제

### 가. 개념의 모호성

배임죄의 구성요건인 임무위배행위에 관하여 판례는 사무의 내용과 성질과 같이 구체적인 정황을 고려할 때, 계약, 법률 규정, 신의성실의 원칙에 따라 기대되는 행위를 하지 않거나, 반대로 특정 행위를 하지 않을 것이라고 기대했는데, 그 행위를 함으로써, 본인과 사무처리자 사이의 신임관계가 해치게 되는 행위 일체로 보고 있다. 또한, 타인의 사무처리자에 관해서는 자신의 고유 권한에 근거하여 사무를 처리하는 것에 국한하지 않고, 사무처리자의 보조기관의 지위에서 직간접적으로 사무처리를 담당하는 경우도 모두 포함하고 있다.<sup>60)</sup>

이러한 관점에서 판례를 해석하면, 임무위배행위는 사무처리자와 본인 사이의 신임관계에 위배되는 행위 일체가 되는데, 임무위배가 발생했는지는 개별적으로 각각의 사안에 따라 다르게 판단하고 있다. 이 때문에 임무위배에 해당하는지에 대한 기준이 모호하고 지극히 추상적일 뿐만 아니라, 개별 사안에서 재판부의 직관이나 서로 다른 법률해석에 따라 결정될 수 있으므로, 모든 형태의 배신적 행위가 배임죄에서의 임무위배로 포섭될 수 있어 배임죄의 가벌성이 무한정 확대될 뿐만 아니라 명확성 원칙에도 반하는 문제가 발생하게 된다.

이러한 결과가 발생하는 원인은 배임죄의 본질에 관하여 판례가 이를 배신으로 여기기 때문이다. 배신이라는 개념은 법률 용어로 일의적(一義的)으로 정의되는 것이 아니라, 매우 추상적인 개념이기 때문에, 개별 법관에 따라 다르게 판단될 수

60) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2004도520 판결.

있고, 이 경우 형사범규의 구성요건이 명확하지 않게 되어 결국 가벌성의 확장으로 귀결될 수 있다. 이 경우 민사상의 사소한 배신행위조차 배임죄에 해당한다고 볼 수 있기 때문에, 이에 대해서도 형사제재가 개입되어 형벌의 비범죄화 경향에도 위배되고, 형벌의 최후수단성의 원칙, 즉 다른 제재의 수단이 효용을 상실한 경우에 한정하여 최후의 수단으로 형벌이 동원되어야 한다는 원칙도 훼손되는 것이다. 이에 따라 배임죄에 관해서는 민법상 사적자치의 원칙이 제대로 가동하지 않는 것이 아니냐는 우려도 제기되는 현실이다.<sup>61)</sup>

한편, 상법의 원칙을 고려할 때, 회사의 이사는 회사의 재산을 선량한 관리자의 주의로 보호할 의무를 부담할 뿐이지, 위와 같은 주의의무를 주주에 대해서 부담하는 것이 아님에도, 회사의 이사가 개입된 임무위배의 사안에서는 판례조차 명확한 기준이 정립되지 않은 상태이다. 판례는 소위 삼성 에버랜드 전환사채 발행 사건에서, 회사가 주주배정의 방식을 채택하지 않고, 제3자에게 신주(新株) 인수권을 부여하는 제3자 배정의 경우, 제3자는 신주를 하면서 회사의 지분을 취득하는데, 회사와 제3자의 관계를 회사와 주주와의 관계와 같이 볼 수는 없다고 보고 있다. 따라서 회사가 제3자에게 적절한 시가(時價)보다 현저하게 낮은 가액으로 신주를 발행한다면, 실제 주식의 가액을 고려하여 산정된 적정가격으로 발행되거나 시가 자체를 적절하게 반영하여 발행조건을 정하는 경우와 비교하여, 그 차액만큼 회사의 자산을 늘릴 수 없는 경우가 발생한다면, 실제 발행가액과 공정한 발행가액의 차액에 발행주식의 수를 곱하여 계산된 금액을 회사의 손해액으로 보아야 한다. 이 때문에 이사가 제3자 배정방식으로 현저하게 불공정한 가액으로 신주를 발행한다면 이는 이사의 임무에 위배되는 행위로 평가된다. 만일 회사가 실제 발행가액과 공정한 발행가액 사이의 차액에 해당하는 금액을 취득하지 못하게 되면, 그 손해에 관하여 회사는 이사에게 배임죄를 물을 수 있는 것이다.<sup>62)</sup> 여기에서 주목할 것은 전환사채를 발행하는 목적이 정당한지는, 형법상 배임죄가 성립하는지와는 아무런 관련이 없음에도, 배임행위의 판단기준으로 목적의 정당성을 고려하고 있는 한편, 주주의 경우에는 이사의 임무위배가 이루어질 수 있는 대상이 아님에도, 판례는 특별한 근거 없이 주주의 손해를 곧 회사의 손해로 보아 배임죄를 인정하고 있다.

그러나 제3자 배정을 이용하여 전환사채를 발행하는 경우 공정하게 발행가액이

61) 강동욱, “형사상 배임죄의 입법례와 주체에 관한 고찰”, 『법학논총』, 제37집 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2013, pp.151-179.

62) 대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결.

산정되어야 하는 것은, 만일 발행가액이 공정하지 않을 경우에는 회사의 기존 주주에게 보유 주식 수에 비례하는 이익을 보장하기 어렵기 때문인데, 제3자에 대한 저가 발행이 회사의 손해라고 보는 대법원 판례는 상법의 논리로는 쉽게 이해되기는 어려운 측면이 있고, 이러한 대법원 판례의 경직된 태도 때문에 상법에서의 이론적 논의도 왜곡되는 문제가 발생하고 있다. 판례의 논리를 따른다면, 전환사채를 저가로 발행하는 것은 회사의 손해로 연결되기 때문에, 제3자가 아닌 주주에게 이를 발행하더라도 저가로 발행한 이상 회사의 손해로 귀결되고 배임죄로 처단해야 한다는 결론에 이르는 것이다. 그러나 아무리 전환사채를 저가로 발행하더라도, 저가인지 고가인지는 회사 외부에서 주주들 사이에 이루어지는 거래가격을 서로 비교하여 평가한 것에 불과하고, 신주나 전환사채를 발행하는 것은 순수하게 회사의 재산이 증가되는 결과가 발생할 뿐이므로, 결국 전환사채를 저가로 발행하여 회사 재산에 손해가 생긴다는 것은 기존의 상법의 시각으로는 도저히 수용되기 어려운 측면이 있다.<sup>63)</sup>

기업을 경영하는 것은 본질적으로 일정 수준의 위험이 발생할 수밖에 없다. 그러나 법적으로 허용되는 모험거래(冒險去來)의 범위와 내용이 구체적이고 명확하게 제시되지 않는다면, 회사의 경영에 큰 애로사항으로 작용할 수 있다. 경영계에서는 모험거래에 관하여 통상적으로 본인의 이익을 위하여 한 행위로 받아들이고는 있으나, 통상의 업무라는 것이 어느 범위까지 포함해야 하는지에 관해서 판례는 아무런 해법을 제시하지 않고 있다. 또한, 본인의 이익을 위한 의도가 어떤 것인지는 이를 해석하는 사람에 따라 얼마든지 자의적(恣意的)으로 판단할 수 있기 때문에, 임무위배행위를 배신이라는 개념으로 받아들인다면, 배임죄의 성립범위가 지나치게 확장되는 결과가 초래된다. 이에 따른 가벌성의 확대가 현실화된다면, 경제활동의 자유를 위축시키고 장기적으로는 경제 전반에도 악영향을 초래할 수 있다.

## 나. 구체적 사례 연구

### (1) 동아그룹 계열사 지원 사건

이 사건에서 동아그룹 회장은 재무구조가 부실한 계열사가 발행하는 신주에 관

63) 이철송, “자본거래와 임원의 형사책임”, 『인권과 정의』, 2006, pp.103,-107.

하여 다른 계열사의 자금으로 이를 액면가격에 인수했고, 검찰은 위와 같은 행위가 업무상배임죄에 해당한다고 보아 기소했다.<sup>64)</sup>

이에 관하여 1심과 2심은, 부실한 계열사의 채무에 지급보증을 제공하려면 담보를 제공받는 방법 등으로 다른 계열사에 손해가 발생하지 않도록 할 업무상 임무가 있다고 보아 유죄판결을 내렸다.

그러나 위 판결에 관하여 대법원은 회사가 단순히 채무초과 상태에 있었다고 하여 연대보증이나 지급보증이 곧 회사에 대한 배임행위가 될 수는 없다고 보았다. 따라서 지급보증이거나 연대보증을 받은 계열사가 채무를 제대로 이행하고 있고, 영업도 정상적으로 진행했는데, 단지 채권자가 계열사라는 이유를 들어 다른 계열사를 공익채무의 연대보증인으로 추가한 것에 불과하다면, 이러한 행위를 업무상배임죄로 볼 수는 없다고 본 것이다.

즉, 위 사건에서 하급심과 대법원은 동일한 형태의 연대보증이나 지급보증을 두고도 임무위배 여부에 관하여는 서로 다르게 판단한 것이다.

## (2) 에버랜드 전환사채 발행 사건

이 사건에서 검찰은 에버랜드의 이사들이 저가에 전환사채를 저발행하고, 주주들이 인수하지 않은 전환사채를 이재용 상무에게 배정한 것을 배임으로 보아 경영권 편법 승계 행위를 주도한 이사들을 기소했다.

이에 관해서 1심과 2심은 회사가 전환사채를 발행하는 경우 이사는 정관, 관계법령, 선량한 관리자의 주의의무에 따라 업무를 집행해야 하는데, 이들이 현저한 저가로 전환사채를 발행하여 본인이나 제3자가 인수한 경우에는 회사에 대하여 업무상배임죄가 성립하고, 그 손해는 주식의 적정가액과 전환사채 발행가격의 차액으로 보았다.

대법원은 주주배정으로 신주를 발행하려면 원칙적으로 액면가 미만으로 발행하면 안 된다는 제약 외에는 자유롭게 경영판단에 따라 발행조건을 정할 수 있다고 보았고 이 때문에 시가보다 낮은 가액으로 신주를 발행하여 최대한의 자금을 주주들로부터 유치하지 못하더라도 배임죄에서의 임무위배가 있었다고 볼 수는 없다고 보았다. 한편, 이사가 현저하게 낮은 가액으로 제3자에게 신주를 배정하여 발행하

64) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2004도520 판결.



는 것은 엄연히 임무위배에 해당하나, 회사가 기존 주주에게 지분에 비례하여 신주를 인수하도록 기회를 제공했는데도 주주들이 이를 포기하여 발생한 실권주(失權株)를 제3자에게 배정하여 발생한 불이익은 기존 주주들 자신의 선택으로 보았다. 따라서, 이 경우에는 이사와 회사 사이에서 임무위배가 있었다고 볼 수는 없다고 본 것이다.

즉 하급심은 전환사채의 저가발행 그 자체로서 이사의 임무위배가 있다고 보았으나, 대법원은 주주배정의 신주발행에서 저가발행은 임무위배가 아니고, 제3자 배정의 경우에만 저가발행이 임무위배가 된다고 보았다.<sup>65)</sup>

---

65) 대법원 2009. 5. 29. 선고 2008도9436 판결 참조.

## 제3장 배임죄의 비범죄화에 관한 이론적 논의

### 제1절 범죄화 및 형벌에 관한 이론

#### 1. 범죄화의 개념

비범죄화의 논의에 앞서 국가권력이 어떠한 행위를 금지하거나 허용하는 법률적 근거를 마련하고, 해당 법규를 위반할 경우 여러 종류의 제재를 가하는 이유를 살펴볼 필요가 있다. 비범죄화는 현대 국가권력에 의하여 발생한 ‘과잉범죄화’에 대한 반성적 고려에서 시작된 것으로서, 범죄화와는 일종의 동전의 양면 관계에 있다고 볼 수 있다. 이러한 점을 고려하면 비범죄화는 범죄화와 연결 지어 고려할 수밖에 없는데, 범죄화에 관한 기준과 근거, 형법의 보충성 원칙, 형벌 제정 과정에서 의도한 목적 및 효과를 종합적으로 고려하여, 현대 행정국가에서 적용되는 범죄화 과정에서 부당하거나 효율적이지 못한 부분을 과감하게 비범죄화를 통하여 그 문제를 해결하고자 비범죄화 논의가 도입된 것이다.

형법은 전통적으로 국가가 권력을 행사하는데 필수불가결한 법률이다. 기존 국가 권력의 유지를 위하여 핵심적으로 필요한 것은 인력의 통제와 세금징수였다. 이러한 국가권력을 유지하고 집행을 효율적으로 하기 위해서는 엄격하게 적용되는 형벌이 중요한 요소였다. 이처럼 형벌은 전통적으로 국가권력과 사회질서를 유지하고, 종교나 관습에서 내려온 각종 윤리적 가치를 보호하는 역할을 해왔다. 그러나 전통사회에서 가혹한 형벌이 주는 위하력은 시간이 갈수록 수범자들에게 익숙하게 받아들여지기 때문에 그 효과는 어디까지나 제한적일 수밖에 없었다. 아울러 18-19세기 유럽에서는 개인의 천부인권적 존엄성과 자율성에 근거한 자유주의 사상의 영향으로 국가의 권력행사를 합리적인 수준에서 제한해야 한다는 인식변환이 요구되었다. 같은 논의 선상에서 국가의 권력행사 과정에서 가장 중요한 수단으로 동원되었던 형벌에 대해서도 제한적인 행사가 요구되었고, 당시의 사회적 요구에 따라 ‘죄형법정주의’(罪刑法定主義) 개념이 확립되었다. 죄형법정주의는 범죄화에 따른 국가형벌권의 행사에 대한 법률적 제한인 동시에 그 의미를 확대시킬 경우 국가형벌권에 대한 국가의 독점적 행사와 사적 제재의 폐지로도 받아들여진다.

이러한 자유주의 사상의 영향으로 국가형벌권에 관한 법적 근거와 한계가 구체적이고 명확하게 제시되었는데, 책임주의, 비례성, 형법의 보충성 및 최후수단성 등 근대형법의 각종 원칙을 그 사례로 들 수 있다. 다만, 최근에는 이러한 자유주의 사상이 예정하는 바와는 다르게, 국가의 역할이 확대되고 있는데, 이는 현대사회가 복잡 다양화 되고 그에 따라 각종 다양한 종류의 위험이 증가하면서, 복지국가로의 전환이 요구되기 때문이다. 이러한 사회적 변화에 따라 현재는 오히려 국가의 적극적인 형벌권 행사를 통하여 각종 범죄 예방을 도모하고자 하는 측면이 강조되고 있다.

한편 형법은 사회구성원들에 대하여 금지행위를 규정하고, 해당 규정을 위반할 경우에 대한 형벌의 유형과 정도를 규정한 법률이다. 따라서 형법에서 어떠한 행위를 범죄로 규정했다면, 수범자가 이를 위반할 경우 그 위반행위의 대가로서 형법에서 규정한 유형과 정도의 형벌을 받게 되는 것이다. 이러한 형벌의 집행에는 실질적으로 국가의 강제력이 필수적이라는 점에서, 형법은 사회를 통제하는 가장 강력한 수단이다. 아울러 형법은 국민의 행위에 대한 통제 수단일 뿐만 아니라, 형벌의 종류에 따라 국민의 생명, 자유, 재산상의 제약이나 박탈 등을 예정하므로, 형벌권의 행사는 다른 행정권의 발동에 비하여 훨씬 더 엄격하면서도 일관된 절차가 필요하다. 이러한 형벌권을 최대한 절제된 형태로 행사하기 위하여 마련된 것이 바로 형사소송법이다.

이와 같이 형법은 사회질서를 유지하고 사회구성원을 통제하는데 가장 효과적이고 최고의 수단이라고 볼 수도 있지만, 형법에서 예정하는 각종 형벌이 국민의 기본권을 크게 제약한다는 점에서, 보충적인 수단으로서 소극적이면서도 최후의 수단으로 행사되어야 한다. 그러나 앞서도 언급한 현대국가의 복지국가화 경향에 따라 효율적인 사회통제를 위하여 형벌의 사용은 국가에 의하여 여전히 손쉽게 선호되고 있다.

## 2. 범죄의 개념

범죄에 관한 규정은 사회적 과정에서 만들어지는 것일 수도 있고 행위의 내재적 속성에서 비롯된 것일 수도 있다. 이 때문에 어떠한 행위를 범죄로 규정할 것인지, 범죄행위를 규정하는 기준이 무엇인지, 그러한 기준이 범죄행위의 고유한 속성에서 비롯된 것인지 아니면 사회적으로 만들어지는 것인지 등 범죄 규정의 성격에 관한

각종 의문에 답하기는 쉽지 않다.

범죄행위의 성격은 크게 ‘절대적 범죄론’과 ‘상대적 범죄론’으로 구분된다. 절대적 범죄론은 인간 행위에 내재된 특성에 기반하여 범죄행위를 파악하고 규정하는 이론이다. 허쉬(Hirschi)는 범죄행위를 사회적 측면에서 분석하기 보다는 범죄행위가 가지는 고유적 속성과 본래적 특징에서 고려하고자 한다. 이러한 관점에서 범죄행위는 “자신의 이익을 추구하기 위하여 이루어진 완력(腕力)이나 협작(協作)에 의한 행위”로 정의하고 있다. 이는 행위의 독특한 특성에 의하여 범죄행위를 규정하고자 하는 입장이다.<sup>66)</sup>

이와는 대조적으로 상대적 범죄론은 범죄행위를 사회적인 관점에서 해석하는데, 사회가 일정한 행위를 금지행위로 규정하고 그에 위반할 경우 형벌을 부과하기 때문에, 그러한 금지행위가 범죄로 규정된다고 본다. 상대적 범죄론을 실시한 뒤르켐(Durkheim)에 따르면, 범죄행위는 사회구성원의 명시적·묵시적 합의에 따른 집합의식(集合意識)에 반하는 행위, 다시 말하여 사회적 규범을 위반한 행위이다. 이러한 뒤르켐의 입장은 범죄행위를 사회현상의 하부 개념으로 다루는 것으로서, 범죄행위의 전제 요소로 사회규범이나 법률을 예시함으로써, 해당 행위를 금지하도록 규정하는 법규가 존재해야 ‘형벌이 부과되는 행위’로서의 범죄가 성립할 수 있다는 견해라고 볼 수 있다. 즉, 뒤르켐의 견해를 따른다면, 처벌당할 수 있는 행위여야 범죄가 되는 것이므로, 법규 등 각종 사회규범이 존재하지 않는 곳이라면 범죄도 존재하지 않고, 개별 구성원의 일탈행위도 존재할 수 없게 되는 것이다. 따라서 법규가 사회적 개념에 해당하는 만큼 범죄도 그에 따라 파생되는 사회적 개념인 것이다.<sup>67)</sup>

이처럼 현대사회에서 범죄는 사회규범이나 형법을 통하여 금지된 행위로 인식되어 사회적으로 발생한 개념으로 받아들여진다. 사회규범은 그 사회에서 일상적으로나 관습적으로 지켜야 하는 것으로서 승인된 규칙인데, 이러한 사회규범을 위반할 경우 이는 사회적 ‘일탈’(逸脫, deviance)이 된다. 다만, 사회적 일탈에 대해서는 구성원 사이에서 사회적인 차원에서의 제재가 가해질 뿐이지, 강제력이 있는 제재가 부과되지는 않는다. 이 때문에 국가로서는 사회질서를 유지하고 각종 개인 간 이해관계를 조정하기 위하여 법규를 마련하고 금지행위를 규정하면서, 이러한 법규 위

66) 신동준, “사회자본과 범죄학이론”, 『한국사회학』, 제44집 4호, 2010, pp.95-125.

67) 김도현, “일반 논단: 사회적 불승인으로서의 형벌 - 에밀 뒤르켐의 적극적 일반 예방론”, 『법과사회』, 제47권, 2014, pp.153-187.

반에 대해서는 각종 강제성을 수반한 제재를 부과하는데, 이러한 행위를 범위반행위(法違反行爲, offence)라 한다. 만일 이러한 단계를 넘어서, 사회구성원이 사회질서 유지에 본질적으로 중요할 정도로 반드시 지켜야 할 규범을 위반할 경우에는 국가가 보다 강력한 제재를 가해야 하는데, 이러한 제재가 형벌이 되는 경우, 해당 위반행위는 비로소 ‘범죄’(犯罪, crime)가 되는 것이다. 다시 말하여 범죄는 국가에 의하여 금지된 행위로서, 형법에 의하여 형벌이 부과되는 행위로 볼 수 있다.

### 3. 범죄화이론

이러한 범죄의 개념에 관한 논의 다음에는 범죄행위의 근거와 기준에 대한 논의가 이어져야 한다. 국가는 무엇을 근거로 특정한 행위를 일률적으로 금지시킬 수 있고, 위반행위에 대한 강제적 형벌은 어떻게 정당화 되는지에 관한 이론이 바로 범죄화 이론이다. 범죄화이론은 특정한 행위가 국가권력이나 사회구성원 사이에서 범죄로 인식되고, 위반행위에 대한 형벌이 부과되는 과정을 설명하는 이론이다. 국가가 범죄화를 도입하게 된 것은 사회질서의 유지와 국가체제의 존속에 심각하게 악영향을 미치는 행위를 억제함으로써 궁극적으로는 사회정의를 실현하고자 하는 동기에서 비롯된 것이다. 이러한 범죄화의 기준은 사회적 윤리와 도덕관념, 개인에게 부여된 천부인권, 금지행위의 사회적 위험성 등을 고려하여 전개되었다.<sup>68)</sup>

중세 유럽에서의 정치체제에서는 범죄화의 기준을 주로 종교적 가치와 윤리적 가치에 기반하고 있었다. 이러한 가치는 당시 권력자와 기득권 세력의 이해에도 부합했었는데, 이 때문에 전통적 사회에서 부과되던 형벌은 주로 사회적 윤리와 도덕관념, 종교적 율법(주로 천주교에서 로마 교황청에 의하여 제정된 교회법)을 위반한 것에 대한 반응으로 파악되었고, 형법은 이러한 사회적 가치를 보호하는 역할을 하는 것으로 인식되었다.

그러나 기존의 종교적 가치와 윤리적 가치가 근대 이후 급격한 사회변화에 둔감할 정도로 사회적 수용가능성이 떨어진 상황에서도, 이러한 가치를 수호하기 위해서 국가의 형벌권 행사가 자의적으로 남용되면서, 현대사회에서는 개인의 권리를 보호하기 위하여 역으로 국가형벌권의 행사를 법률적으로 제한해왔다. 보다 구체적으로 보면, 국가의 형벌권은 각국의 헌법으로 보장된 개인의 권리(생명권, 신체의

68) 이상돈, “법익보호원칙: 근대형법의 신화인가 이성인가?”, 『형사정책연구』, 제17권, 1994, pp.173-213.

자유, 재산권 등)가 침해되거나 사회적으로 유해한 행위에 한정하여 제한적으로 행사하게 된 것이다. 이러한 종류의 개인적 권리는 법적으로 보장된 이익이라는 측면에서 ‘법익’(法益)이라는 개념으로 설명되기도 한다. 이러한 개념은 현대사회로 전환되면서 전통적인 국가체제에서의 자의적인 형벌권 남용을 제한하는 한편, 사회적 윤리와 가치의 유지보다는 개인의 법익과 주관적 권리를 보장하기 위한 수단으로서의 범죄화의 근거로 활용되고 있다.

한편, 현대적인 복지국가가 수립되면서 범죄화의 기준은 ‘사회적 위험성’의 개념을 기준으로 마련되고 있다. 이러한 범죄화의 근거는 앞서 본 개인의 주관적 권리의 수호에 사회적 위험성을 방지하기 위한 이론적 근거가 추가된 것이다. 그러다 보니 초기의 주관적 권리 개념에 근거를 둔 범죄화이론은 국가형벌권의 자의적 행사에 대한 반성적 고려와 비판에서 제안되었지만, 최근의 사회적 위험 개념에 근거를 둔 범죄화 이론은 결과적으로 국가형벌권의 확대에 귀결되는 다소 모순적 양상을 보이고 있다. 특히 범죄화이론이 주관적 권리에 근거를 둘 경우에는 국가의 형벌은 개인의 권리가 침해된 결과에 대해서만 부과되었으나, 사회적 위험에 근거를 두는 경우에는 예방적 형벌권의 행사를 인정하므로 위험의 가능성만 있어도 국가의 형벌이 부과되는 형벌권 남용의 결과가 초래될 여지가 크다.<sup>69)</sup>

이처럼 범죄화의 근거는 기존의 사회질서를 유지하고 보호하기 위한 소극적인 측면과 사회를 발전시키기 위하여 사회적 행위를 규율하려는 적극적인 목적을 지니고 있다. 따라서 범죄화의 기준은 다양한 이론적 근거에 바탕을 두고는 있으나, 궁극적으로는 사회질서 유지를 위하여 금지행위를 규정하기 위하여 도입된 것으로 이해되어야 한다.

## 가. 사회윤리보호설

전통사회에서 범죄는 사회구성원에 의하여 승인된 윤리적 가치와 규칙을 위반한 행위로 인식되었고, 특히 중세 유럽의 국가는 이렇게 사회적 비난 가능성이 있는 행위에 대하여 형벌을 부과하였다. 물론 현대사회에서도 사회윤리적 가치체계는 범죄화의 중요한 근거가 되는데, 예를 들어 해당 행위가 사회적 윤리규범에 위반된다는 전제 아래, 풍속범죄에 해당하는 성매매, 근친상간뿐만 아니라 피해자가 존재하

69) 장규원, “회복적 사법과 범죄이론”, 『피해자학연구』, 제24권 제1호, 한국피해자학회, 2016, pp.289- 309.

지도 않는 마약남용 행위조차도 범죄로 규정하고 형사처벌을 부과하는 경향이 있다.

사회윤리가 주로 지배계층이나 기득권 세력에 의하여 형성된 개념이기 때문에, 이들의 이해관계에 따라 변화될 가능성이 있기는 하나, 국가의 형벌권 행사가 이러한 사회윤리에 의하여 영향을 받는다는 점은 현대사회에서도 지속적인 논쟁의 주제가 되고 있다. 만일 사회가 하나의 단일하고 통합된 가치 아래 운영되고 있다면, 사회윤리에 근거한 범죄화 이론은 그 타당성을 인정받을 수 있을지도 모른다. 그러나 현대사회는 여러 가치와 집단이 서로 투쟁하고 갈등하는 다원화된 양상을 보이고 있는데, 이러한 사회에서 여전히 지배계층이나 기득권 세력이 사회윤리를 결정하고 법규를 마련한다면, 사회윤리에 근거한 범죄화는 지배계급의 통제수단에 불과하다는 비판을 받을 수밖에 없는 것이다.<sup>70)</sup>

## 나. 주관적 권리설

사회윤리에 기반한 범죄화이론은 범죄를 기본적으로 사회윤리 위반에 대한 제재로 파악하고, 그에 대하여 형벌을 부과하여 사회윤리와 질서를 수호하는 것을 형법의 기능으로 이해하고 있다. 이와는 대조적으로 범죄화의 근거를 개인의 주관적 권리침해에서 모색하자는 입장이 있는데, 이러한 입장에 따르면 특정 행위가 단순히 그 자체로 부도덕하거나 사회윤리를 위반했다는 것만으로는 범죄로 볼 수는 없고, 사회구성원의 공존과 공영(共榮)을 보장하기 위해서 법률적으로 보호해야 할 개인의 주관적 권리를 침해하거나 위태롭게 하는 행위에 한하여 범죄가 성립된다.

이러한 입장은 성매매, 근친상간 등 성적 일탈행위나 약물남용 등 피해자 없는 일탈행위, 또는 피해자의 승낙이 있는 행위에 대해서는 사회윤리에 위반되는지 여부와는 무관하게 형벌이 적용되어서는 안 된다고 본다. 즉, 기존에 사회윤리에 근거하여 형벌법규의 가벌성(可罰性)을 무한히 확장했던 소위 ‘형벌만능주의’에 대한 반성적 고려라고 볼 수 있다. 아울러 개인의 주관적 권리를 침해한 경우에도 그러한 침해에 대하여 충분한 보상이 이루어지거나 피해자가 가해자의 처벌을 원하지 않는다는 의사표시를 하는 경우 형사처벌에 대한 이론적 근거를 보완하기 위하여 ‘사회적 유해성’의 개념이 추가되었다.

70) 조준현, “교정학, 범죄학 그리고 형사정책의 관계”, 『교정연구』, 제28권, 한국교정학회, 2005, pp.35- 74.

이러한 주관적 권리설은 인격적 존엄성, 주체성, 자율성에 근거하기 때문에 국가 권력의 형벌권 행사를 통제하기 위하여, 죄형법정주의, 책임주의, 비례성의 원칙, 그리고 형법의 보충성과 형벌의 최후수단성 등 근대형법에서 도입된 여러 원칙을 강조하고 있고, 국가는 개인의 주관적 권리가 실제로 침해되었을 경우에만 형벌권을 행사하여야 한다고 본다. 따라서 사회윤리를 위반하는 행위를 일률적으로 범죄화하는 것이 아니라 개인의 주관적 권리를 실제로 침해하고, 아울러 그러한 행위가 사회적으로 유해할 경우에만 국가는 엄격하게 형벌권을 행사해야 한다. 아울러 여기에서 그치지 않고 그러한 정도의 제한적인 방법으로 형벌권을 행사하는 경우에도 형법의 보충성과 형벌의 최후수단성을 고려하여 더욱 더 제한적으로 행사하여야 한다.

현재 대부분의 국가의 형법에서 범죄로 처벌하는 살인, 강도 등 전형적인 범죄를 처벌하는 근거가 바로 이러한 개인의 주관적 권리의 침해와 사회적 유해성인데, 이를 통하여 미루어 볼 때 현대사회에서의 범죄화에 관한 주된 기준이 되고 있다고 볼 수 있다.<sup>71)</sup>

#### **다. 사회적 위험성설**

사회적 위험성설은 국가는 사회질서를 유지하는데 필요하거나 개인의 권리가 침해될 가능성이 있는 경우에 형벌권을 행사할 수 있다고 보는 견해이다. 이러한 입장은 사회구조가 다원화되는 현대사회에서 사회구성원에게 광범위하고 심각하게 노출된 위험이 있는 경우, 국가가 적극적으로 개입할 것을 요구하는 것으로서, 이러한 국가의 개입을 통하여 복지국가의 틀을 유지하고자 하는 것이다. 즉, 국가가 형벌권 남용을 자제함으로써 개인의 주관적 권리를 소극적으로 보장하는 것이 아니라, 국가가 복지국가의 입장에서 사회현상에 적극적으로 개입하여 개인의 주관적 권리를 확보하고 강화할 수 있다는 것이다.

이러한 입장에 따를 경우 국가의 형벌권 행사는 사회적 위험을 예방하거나 위험 가능성이 있는 행위를 방지하기 위한 사전적 예방조치까지 확대된다. 단순히 사회적 위험 가능성이 있다는 이유만으로도 형사제재의 대상에 포함될 수 있는 것이다. 이러한 사전적 예방조치는 죄형법정주의에 따른 명확성의 원칙을 위배할 가능성도

---

71) 안수길, “행태범죄론의 도전과 범익론의 응전”, 『한국법철학회』, 제21권 제2호, 2018, pp.195-216.



있는데, 범죄의 예방에는 획기적으로 기여할 수도 있으나, 개인의 주관적 권리와 사회의 자율성을 침해할 여지가 많다는 점에서 비판이 제기될 수 있다. 현대 복지 국가에서 사회적 위험성을 방지하기 위하여 부과되는 대표적인 사례는 환경, 교통, 보건 분야에서의 각종 행정형벌을 들 수 있다.<sup>72)</sup>

앞서 본 바와 같이 현대사회에서 논의되는 범죄화의 기준은 사회윤리, 주관적 권리(여기에 더하여 사회적 유해성), 사회적 위험성을 중요한 논거로 삼고 있다. 다만, 유럽이나 미국 등 선진사회에서는, 각종 세계대전과 인종갈등을 거치면서 위와 같은 범죄화이론에 대한 분석과 반성이 가능했으나, 한국의 경우 식민통치와 한국 전쟁으로 인하여 전통적 사회질서와 단절되었고, 외국 법제(法制)의 타율적인 수용으로 인하여, 충분한 논의가 이루어지지 못한 것이 엄연한 현실이다. 또한, 아직까지도 개인의 인격적 주체성이나 사회의 자율성이 충분히 확보되었다고 보기에 어렵고, 오랜 독재체제를 경험하면서 국가권력의 정당성에 대한 신뢰도 미약한 상황이다. 그러한 관점에서 볼 때, 서구 복지국가 모델에서 등장한 사회적 위험성설이 범죄화 논의에서 주된 기준으로 제시되는 것은 다소 적절하지 못한 상황으로서, 특히 한국에서는 경제성장 과정에서 행정의 효율화와 행정기관의 업무 편의를 위하여 행정형벌을 통한 형벌권 행사가 아직도 계속 증가하는 경향이 있다.

#### 4. 형벌에 관한 논의

국가가 형벌을 어떤 이유에서 부과하고 이러한 형벌 작용을 어떻게 정당화하는지는 국가형벌권의 모순과 형벌권의 독점에 대한 문제와 연관된다. 국가가 사회구성원에게 형벌권을 행사하는 것은 사회구성원에게 기본적으로 해악을 부과하는 것인데, 국가가 법으로 금지하는 것을 국가 스스로는 수행하고 있다는 점에서 다분히 모순적인 측면을 지니고 있다. 특히 과거에는 개인의 생명, 재산에 대한 침해는 개인적인 차원에서 사적제재(私的制裁)의 형태로 보복이 이루어졌으나, 현대사회에서 국가는 이러한 사적 제재를 폐지하고 독점적으로 형벌권을 행사한다. 만일 국가가 사적 제재를 인정한다면, 사회 전체에 만인 대 만인의 투쟁이 일어나 결과적으로는 더 큰 손실을 초래하기 때문이다.

자유주의적 관점에서 본다면 국가가 행사하는 형벌권 등 실제적 권력과 법적인

72) 박승배, “도덕적 행위, 포괄적응도, 진화범죄학”, 『동서철학연구』, 제67권, 2013, pp.159-173.

권리는 구별되어야 하므로, 이로써 권력의 무제한적인 행사를 제한하고 법에 의해 제한된 형태의 국가권력만이 행사되어야 하는데, 결국에는 국가형벌권 행사가 정당화될 수 있는지는 자유주의적 관점에서의 논쟁의 결과로 볼 수 있다. 근대 이전에는 권력행사의 정당성은 전혀 문제되지 않았고, 국가가 권력을 소유하고 있다는 점만으로도 형벌권을 행사할 수 있는 정당성이 부여되었다. 이러한 관점에서 볼 때 국가형벌권의 행사와 형벌에 대한 논의는 절대적 형벌이론과 상대적 형벌이론으로 구분하여 살펴볼 수 있는데,<sup>73)</sup> 절대적 형벌이론이 국가의 형벌권 행사를 정당화하는 반면, 상대적 형벌이론은 형벌의 목적과 기능에 관하여 규정하는 이론이다.

### 가. 절대적 형벌이론

절대적 형벌이론은 인간의 자유의지, 사회의 자율성, 법치국가적 관점에 근거하여 국가의 형벌권을 정당화하는 이론이다. 근대 이전 사회에서 형벌권의 행사는 정치적으로나 사적인 측면에서의 보복에 해당하는 경우가 많았고, 이러한 보복 작용을 통하여 사회윤리를 회복할 수 있다는 전제 아래 이루어졌다. 그러나 현대사회의 사회계약 사상과 개인의 주관적 권리에 관한 인식 전환은 국가의 역할과 형벌권 행사에 대한 새로운 정당화 근거를 요구하게 되었다. 국가는 더 이상 절대적인 존재가 아니고 개인과 개인 간의 조정을 하는 역할을 담당하게 되었기 때문에, 그러한 절대성을 잃어버린 상태에서 국가의 형벌권 행사에 대한 다른 종류의 근거가 요구된 것이다. 그러한 시대적 인식 전환의 분위기에서 나온 것이 응보이론, 속죄이론, 정의이론이다. 응보이론은 국가가 사적 제재를 금지시키고, 피해자 대신에 가해자에 대하여 적절한 보복, 즉 형벌을 부과하는 것을 의미한다. 속죄이론은 가해자의 범죄행위에 죄의식을 국가가 대신하여 속죄시키는 것이다. 정의이론은 국가는 사람들이 모여 사는 사회의 정의를 실현하기 위하여 정의를 침해한 사람에게 형벌을 부과하는 것이다.

73) 김일수·배중대, “국가형벌권의 정당화문제”, 『법치국가와 형법』, 서울: 세창출판사, 1998.; 최석윤, “국가형벌권의 정당성에 관한 새로운 시도”, 『형사정책연구』, 제30권, 1997, pp.279-311.

(1) 응보이론

응보이론에서의 형벌은 도덕적으로 자신의 비행(非行)에 대하여 합당한 대가를 치러야 할 범죄자에 대해 가해지는 것으로 파악된다. 즉, 잘못된 것으로 평가받는 행위로서 도덕이나 사회윤리에 어긋나는 행위에 대한 처벌이다. 이러한 관점에서 형벌의 정도는 해당 행위가 가지는 해악에 비례해야 하는데, 여기서 범은 일종의 절대적인 선(善)을 반영한 것으로 해석된다. 이러한 견해는 중세 유럽에서 이루어진 형벌에 대한 정당화이론이라고도 할 수 있는데, 그 경우 국가는 개인을 대신하여 윤리적인 절대선을 대행한다.

응보이론을 옹호하는 학자들은 칸트(Kant)의 견해를 주로 인용하는데, 칸트는 형벌이 예정하는 목적을 단순히 사회적인 영역이 아니라 사회를 초월한 영역에 설정하였다. 칸트의 견해에 따르면, 형벌은 일종의 초월적인 가치에 있는 것으로서, 모든 사람이 자신의 죄에 대한 대가를 치러야 한다는 윤리적인 개념과는 무관하고, 사회구성원이 형벌을 통하여 얻고자 하는 목적과도 무관한 것이다. 그러나 칸트는 “신의 도덕원칙이 지배하는 세계에서 형벌은 절대적 필연성을 갖지만, 인간 세상에서 형벌은 상대적 필연성일 뿐이다”라고 주장했는데, 순수도덕성을 주장하였지만, 어느 정도는 인간의 불완전성을 인식했던 것으로 본다. 이러한 점에 비추어 볼 때, 기본적으로 응보이론은 중세 유럽의 절대국가론이나 유신론(有神論)과 맥락을 같이 하고 있다. 근대사회로 오면서 국가의 절대성이 더 이상 인정되지 않는 만큼, 국가도 불법행위를 저지를 가능성은 언제나 존재하는 것으로 인식되고, 국가는 더 이상 절대선의 대행자로 인정되지도 않는다. 응보이론은 개인의 과거행위에 대한 합당한 책임을 부과하는 것인 만큼 기본적으로 법체계와 개인의 완전성을 전제하고 있으나, 근대 이후로는 절대선이나 가치가 인정되지 않는 이상 이러한 응보이론을 무분별하게 수용되지는 않는다.<sup>74)</sup>

현대사회에서의 응보이론은 형벌을 범죄자에 대한 증오심에 의한 보복이 아니라 사회의 정의를 위한 대응수단으로 이해하고 있고, 불법행위에 대한 배분적 정의에 기반한 제재로 파악하고 있다. 이 때문에 형벌의 종류와 정도도 범의 침해의 정도에 따라서 결정되어야 한다고 본다.

74) 남기호, “칸트의 형벌이론에서의 사형제 폐지가능성”, 『사회와 철학』, 제22호, 한국사회와철학연구회, 2011, pp121-160.

## (2) 속죄이론

속죄이론에서의 형벌은 가해자가 범죄행위에 대하여 느끼는 죄의식을 국가가 가해자를 대신하여 속죄시키는 것이다. 이러한 견해에 따르면 가해자는 범죄를 저지르면서 그에 대한 처벌을 받을 의식을 가지고 있는데, 그러한 죄의식을 실현하기 위하여 국가가 가해자 대신에 형벌을 부과하는 것이다. 즉, 형벌은 자신이 저지를 범죄에 대한 속죄이고, 국가는 가해자가 해야 할 속죄를 수행한다. 이러한 속죄이론은 최근 들어 가해자가 자기 자신, 피해자, 사회와 화해를 하는 것으로도 인식된다. 이러한 관점에서 볼 때 속죄이론에서의 형벌은 올바른 사회질서를 회복하려고 존재하는 것이 아니라, 가해자는 자신의 범죄에 대한 형벌을 받음으로써 그의 행위에 대한 속죄를 하는 것이고, 그러한 속죄를 통하여 사회로의 복귀를 할 수 있는 것이다.

그러나 범죄자가 별다른 죄의식을 느끼지 못하거나, 또는 죄의식을 느끼더라도 자신에게 부과될 형벌의 적정성이나 방법에 대하여 동의하지 못하는 경우에는 속죄이론의 설득력이 떨어진다. 또한, 비록 범죄자가 형벌을 통하여 속죄를 하더라도 그러한 속죄가 사회구성원으로부터 승인받지 못한다면, 범죄자의 사회 복귀도 어려워지는 문제가 생긴다.<sup>75)</sup>

## (3) 정의이론

정의이론에서의 형벌은 범죄자와 일반인 사이의 관계를 조정하는 매개체가 된다. 정의이론은 모든 사람이 평등하다는 사상에 근거하여, 범죄자와 나머지 일반인이 동등하게 살아간다면 일반인에게는 불평등한 결과를 초래하므로, 국가가 형벌을 통하여 범죄자에게 불이익을 줌으로써 결과적인 평등을 실현하는 조정자의 역할을 수행해야 한다고 본다. 이 때문에 국가가 범죄자를 처벌하지 않으면, 규범을 위반하지 않은 일반인에게는 부정의가 되므로, 국가는 범죄자를 적절하게 처벌해야 할 의무가 있다.<sup>76)</sup>

75) 양천수, “헤겔 법철학과 형법학 — 형벌이론을 예로 하여”, 『법철학연구』, 제24권 제1호, 한국법철학회, 2021, pp.117-148.

76) 변중필, “형벌이란 무엇이며, 무엇을 지향해야 하는가”, 『강원법학』, 제46권, 강원대학교 비교법학연구소, 2015, pp.1-44.

## 나. 상대적 형벌이론

상대적 형벌이론은 형벌이 범죄자와 일반인에게 미치는 범죄억제 효과를 근거로 형벌의 정당화를 주장하는 이론으로서, 구체적으로는 범죄자 개인의 관점에서 보는 특별예방이론과 일반인의 관점에서 보는 일반예방이론이 있다.

이러한 예방이론은 과거의 범죄행위에 대한 응보나 속죄가 아니라, 어디까지나 공리주의적(功利主義的) 입장에서 미래를 위한 범죄억제 효과를 강조하고 있다. 다만, 이러한 예방이론에 대해서는, 국가가 형벌권을 행사하는 것이 소위 도구적 합리성에 따라 국가행위의 목적 달성이라는 측면에서 쉽게 정당화될 수 있다는 비판이 제기된다.

### (1) 특별예방이론

특별예방은 범죄자의 자발성이나 외부적 요인을 통하여 범죄자가 다시 범죄를 저지르지 못하도록 조치하는 것을 의미한다. 리스트(Liszt)의 견해에 따르면, 우발적인 범죄자에게는 벌금형과 집행유예제도를 통하여 비교적 약한 정도의 제재를 가하고, 개선이 필요하거나 개선이 가능한 범죄자에게는 재사회화 조치를 가하되, 개선이 불가능한 범죄자에게는 위협을 가하고, 개선능력이 전혀 없는 범죄자는 무력화시킴으로써 강한 정도의 제재를 가해야 하는 것이다. 이러한 리스트의 견해는 일종의 사회방위(社會防衛)라는 개념에 근거하고 있는데, 그는 칸트와 헤겔의 절대적 형벌이론이 사회적 측면에서는 공허하다고 비판하면서, 형법은 어디까지나 특별예방을 통하여 범죄자의 재사회화와 사회안전을 달성해야 한다고 주장했다. 따라서 형벌은 범죄자를 도와주는 것이 아니라 사회를 보호하기 위한 것이므로, 형벌은 일종의 억압을 통한 예방조치로 해석된다.

다만, 주의해야 할 것은, 형벌이론에서의 특별예방 또는 일반예방과 범죄학 억제이론에서의 특별억제 또는 일반억제는 서로 구별되어야 한다는 것이다. 이러한 이론들은 고전학파인 베카리아와 벤담에 근거를 두고 있다는 공통점이 있지만, 전자(前者)는 독일에서 형벌이론으로 전개되었고, 후자(後者)는 미국에서 범죄학이론으로 전개되었다. 대표적인 차이점을 들자면, 전자의 특별이론의 경우 위협 이외의 재사회화의 개념까지 포함하지만, 후자의 특별억제의 경우에는 위협에 근거한 범죄억제 효과만을 다루고 있다는 것이다.<sup>77)</sup>

이러한 특별예방이론은 사회심리적인 연구에도 근거를 두고 있다. 범죄를 억제하는 방법으로 제시되는 무력화와 위협은 개인의 범죄를 억제시킨다는 점에서 소극적 특별예방에 해당하는데, 이와 달리 재사회화는 단순히 범죄를 억제하는 차원을 넘어서 범죄자가 사회적 가치를 받아들이고 자발적으로 준법행위에 이른다는 점에서 적극적 특별예방에 속하게 된다. 그러나 이러한 범죄예방을 위하여 행사되는 국가의 형벌권이 과연 실제로 범죄를 억제시킬 수 있는지, 어느 정도로 범죄를 예방하는지는 계속 논쟁이 되고 있다.

## (2) 일반예방이론

특별예방과 마찬가지로 일반예방도 소극적 일반예방과 적극적 일반예방으로 구분되는데, 소극적 일반예방은 일반인에 대한 형벌의 위하력에 집중하는 반면, 적극적 일반예방은 형벌을 통한 사회 안정화에 초점을 맞춘다. 소극적 일반예방은 일반인이나 잠재적 범죄자에 대한 위협을 의미하는데, 이러한 위협을 통하여 범죄자에게는 두려움을 심어주고 사회일반에 대해서는 범규위반 행위에 대한 최소 저지선을 확보한다. 적극적 일반예방은 사회질서의 유지와 국가의 형벌권에 대한 일반인의 신뢰를 의미하는데, 이를 통하여 일반인은 형법에 구현된 사회규범을 인식하고, 그러한 가치를 적극적으로 준수하는 신뢰의 기반을 제공하게 된다.

소극적 일반예방은 포이어바흐(Feuerbach)가 주장한 심리강제설에 근거한다. 이러한 관점에 따르면 범죄를 예방하기 위해서는 형벌의 집행 그 자체보다는 형벌에 관한 홍보를 통하여 일반인의 범죄심리를 근원적으로 억제시켜야 하는데, 특별예방의 경우 행위 그 자체만을 고려하므로, 범죄예방의 효과가 작다고 본다.

이러한 일반예방의 목적은 형벌규정을 통하여 구성원들에게 윤리적 평가의 기준을 제시하고, 위반행위에 대하여 부과되는 형벌의 효과를 인식시킴으로써 개인을 준법행위로 유도하는 것이다. 사회구성원이 법규를 준수하도록 하는 일반예방의 방법에는 크게 소극적 방법과 적극적 방법이 있는데, 소극적 방법은 위반행위에 형벌의 두려움을 각인시킴으로써 위반행위를 금지하는 것이고, 적극적인 방법으로는 사회구성원 스스로가 법규범의 가치를 받아들이고 그에 따라 준법행위를 자발적으로 하는 것이다.

77) 김동률, “위험형벌론으로서 일반예방론에 대한 고찰 - 지난 20년간 독일에서의 논의를 중심으로”, 『형사법연구』, 한국형사법학회, 제25권 제3호, 2013, pp.339-363.

국가형벌권의 행사는 형벌규정의 적절성과 실효성, 절차적 공정성과 적시성, 처벌의 확실성과 엄격성이 보장되어야만 일반예방효과가 예정한 바를 달성할 수 있다. 형벌규정의 적절성의 경우, 위반행위에 대한 처벌 가능성이 지나치게 확대되거나, 금지규정이 지나치게 많아지게 되면, 형벌의 실효성을 약화시키고, 위반행위가 사회구성원의 생활의 일부가 되는 ‘형벌의 만성화(慢性化)’로 인하여 일반예방효과가 약화된다. 즉, 너무 많은 행위를 금지하게 되면 결과적으로 그 어떤 행위도 금지시키지 못하게 되는 예상 밖에 부조화가 생기는 것이다. 절차적 공정성과 적시성은 형벌규정은 규정대로 누구에게나 평등하게 집행되어야 하고, 아울러 지연된 정의는 정의가 아니므로 형벌규정의 집행도 적절한 시기에 신속하게 이루어져야 한다는 것이다. 처벌의 확실성의 경우, 형벌규정이 있다라고 실제로 집행되지 않으면 그 누구도 그러한 규정을 지키지 않게 되므로, 형벌의 효과는 위법성의 정도에 상응하는 최종적인 집행결과에 따라 결정될 수 있다.

이러한 관점에서 일반예방이론은 소위 엄벌주의(嚴罰主義)의 효과에 관하여 상당히 회의적인 입장이다. 앞서 언급한 국가형벌권 행사의 조건이 이루어지지 않은 상태에서 중한 처벌만으로 일관하게 되면 법집행에 대한 불신이 가중되고, 사법부와 법집행기관에 대한 신뢰도도 떨어지면서, 사회구성원들이 법질서에 승복하게끔 하는 동기를 약화시킨다고 보는 것이다.<sup>78)</sup>

## 5. 국가형벌권의 바람직한 행사

지금까지 국가형벌권을 행사하는 근거, 범죄화와 형벌화의 기준 등을 살펴보았고, 여기에서는 국가형벌권의 행사와 관련하여 고려해야 할 핵심적인 요소를 정리하고자 한다. 첫째로 다양한 사람들이 구성원으로 참여하는 현대사회에서는 사회질서를 유지하기 위하여 국가형벌권이 행사되어야 한다는 점에 관해서는 대부분 인정하고 있다는 것이다. 국가형벌권의 근거가 사회정의인지 응보적 차원인지는 어떻게 보면 부차적인 문제이다. 범죄를 저지른 사람이 그에 합당한 처벌을 받아야 한다는 점을 부인하는 입장은 찾아보기 어렵고, 그러한 형벌의 부과는 사적 제재가 아닌 국가의 강제력에 의하여 이루어져야 한다는 데에는 어느 정도 사회적 합의가

78) 홍영기, “형벌을 통한 규범신뢰의 강화 - 미완의 구상, 하세머의 적극적 일반예방”, 『고려법학』, 제77호, 고려대학교 법학연구원, 2015, pp.301-356.

이루어진 것으로 보인다. 물론 국가형벌권의 행사는 어디까지나 근대국가의 대원칙인 법치국가적 원리와 죄형법정주의에 근거하여야 한다.

둘째로 국가형벌권의 행사는 정당하다고 인정되더라도, 범죄행위와 그에 따른 처벌 수준을 결정할 기준에 관해서는 여전히 혼란스럽다. 이는 현대국가가 다양한 민족, 종교, 사회집단으로 구성되기 때문에 발생하는 것으로서, 사회가치의 변화나 상대화에 따라 국가형벌권 행사의 범위가 달라지는 것이다. 특히 간통죄의 폐지 과정에서 논의되었던 바와 같이, 전통사회에서 규제하던 윤리가치의 위반행위를 현재에도 범죄로 규정하고 처벌하는 것이 타당한 것인지는 의문의 여지가 있을 수 있다.

이러한 점을 고려할 때, 범죄화와 형벌화의 기준으로서 사회적 윤리는 더 이상 정당한 것으로 수용되지 않을 가능성이 크다. 그리고 현대사회의 주된 범죄화의 기준인 주관적 권리침해와 사회적 유해성의 해석이나, 후기-현대사회의 범죄화의 기준인 사회적 위험성에 대해서도 논란의 여지가 많다. 따라서 국가형벌권의 행사에 정당성을 부여하기 위해서는 범죄화의 기준을 정할 때 사회적 합의에 근거해야 할 것이다.

셋째로 국가형벌권의 행사는 어디까지나 책임주의 원칙에 입각하여야 한다. 어느 누구도 책임능력을 전제로 자신이 저지른 범죄행위에 대해서만 처벌받아야 하지, 가족이나 다른 사람의 범죄행위에 대해서 처벌받아서 안 된다. 그리고 처벌 수준 역시 행위의 고의나 과실의 여부와 정도에 따라 적절하게 결정되어야 한다.

넷째로 국가형벌권의 행사에는 비례원칙이 적용되어야 한다. 즉 범죄행위로 인하여 침해된 사회적 법익의 정도와 형벌로 인하여 침해된 사익의 정도가 균형을 이루어야 하지, 범죄행위가 침해한 사회적 법익보다 지나치게 가혹한 형벌이 부과되어서는 안 된다. 지나치게 가혹한 형벌은 사회구성원의 반감을 초래하여 자발적 불복종의 결과를 초래할 수 있으므로, 국가는 범죄행위로 인한 피해자의 권리 침해뿐만 아니라 사회적 유해성과 위험성을 종합적으로 고려하여, 범죄행위의 해악에 상응하는 형벌을 부과해야 한다.

다섯째로 국가형벌권의 행사에는 형법의 보충성과 형벌의 최후수단원칙이 적용되어야 한다. 비록 형벌이 국가권력의 목적을 달성하는 효과적인 수단이다라도, 국민의 기본권을 침해할 수는 없다. 무엇보다도 형벌은 그 자체로도 가혹할 뿐만 아니라 한번 부과되면 다시 원상회복되기 어려우므로(특히 사형의 경우에는 생명이 박탈되는 결과를 초래한다), 형벌의 최후수단원칙이 지켜지지 않는다면, 결코 바람



직한 형벌권의 행사로 볼 수 없다. 국가는 형벌 이외의 다른 행정제재 수단을 먼저 적용하고, 그래도 당초의 목적을 달성하기 어려운 예외적인 경우에 한하여 국가형벌권을 행사해야 한다.

여섯째로 형벌의 주된 목적은 범죄예방이므로, 형벌의 효과성과 효율성을 아울러 고려하여야 한다. 형벌은 범죄자 자신이 장래에 다시 범죄를 저지르지 못하도록 하는 효과와 사회구성원 일반의 범죄를 억제하는 효과를 모두 가지고 있다. 따라서 국가형벌권을 행사하려면 형벌을 통하여 얻고자 하는 사회적인 목적을 망각해서는 안 된다.

국가형벌권을 행사하는 과정에서 위와 같은 원칙들이 제대로 고려된다면 사회구성원도 국가형벌권을 바람직한 방향으로 수용할 수 있고, 이를 통하여 국가권력의 통지 정당성을 확보하는 한편, 사회구성원의 자발적 준법의식도 향상될 수 있다. 만일 위와 같은 원칙을 지키지 않는 형벌규정과 그에 따른 법집행 관행이 있다면, 형벌이 의도하는 당초의 목적을 달성하기 어려우므로, 그러한 법률과 관행은 폐지되거나 개정되는 방향으로 비범죄화가 이루어져야 한다.

## 제2절 비범죄화에 관한 이론적 논의

### 1. 현대 형사정책의 기본원리

현대 형사정책은 책임형법으로부터 예방형법으로의 전환, 자유주의적 형사정책의 확대, 형벌의 최후수단성과 형법의 보충성 원리의 강화, 피해자 보호 필요성의 인식 등 근대와는 전혀 다른 양상으로 발전되고 있다.<sup>79)</sup> 이러한 현대 형사정책의 경향에 따라 전통사회에서의 자유형 위주의 획일적 엄벌주의에서 벗어나 점차 벌금형과 같은 다른 형태의 형벌이 생겨나는 한편, 범죄자의 사회 내 처우를 고려하는 방향으로의 정책 전환이 모색되고 있다. 이하에서는 현대 형사정책의 특징에 대하여 서술하고자 한다.

첫째로 국가형벌권의 행사는 범죄가 발생했다는 사실 그 자체 때문에 범죄자에게 형벌을 부과하여야 한다는 측면과, 형벌을 통하여 재범의 위험성을 저지해야 한

79) 김성돈, 『자유형제도의 개선방안』, 한국형사정책연구원, 1995. pp.11-175.

다는 측면에서 정당화되었다. 전자(前者)는 형벌의 목적과 기능을 과거에 이미 발생한 범죄사실에 대해 범죄자에게 그에 합당한 책임을 부과하게 해야 한다는 일종의 응보사상(應報思想)에서 출발한 것이다. 이러한 관점을 절대적 형벌이론이라고 하고, 현대 형법에서 책임형벌의 이론적 근거를 제공한다. 그러나 최근의 국가형벌권에 관한 논의에서는 후자(後者)의 관점, 즉 범죄 예방의 측면이 중시되어 기존 책임형법에서 예방형법으로의 전환이 이루어지고 있다. 이러한 전환에는 국가형벌권의 행사가 범죄예방 목적을 달성하기 위한 효과적이고 효율적인 측면이 고려되어야 한다는 관점이 투영되어 있는데, 형벌규정을 제정하는 입법 작용뿐만 아니라 법의 해석이나 적용, 양형 등 재판 작용에도 적용되고 있다.

이 때문에 형벌의 목표는 범죄행위로부터 미연에 사회를 보호하고 공동체를 유지하는 것으로 전환되어, 범죄자에 대한 처벌 측면보다는 범죄예방 측면에 더 초점이 맞추어지게 되었다. 물론 최근의 형사정책에서 형벌이 범죄행위에 대한 책임부과라는 점 자체가 부정되는 것은 아니나, 형벌의 부과가 범죄예방을 위하여 필요불가결한 경우에 한정되어야 한다는 점이 추가로 고려되고 있고, 사회질서를 위협하게 할 가능성을 형벌권 행사의 중요한 요건으로 파악하고 있다.

둘째로 형사정책의 기본적 방향은 예방형법으로의 전환 기조에도 불구하고 인도주의적, 자유주의적 원칙을 그대로 유지하고 있다. 비록 범죄에 관하여 국가형벌권이 적극적으로 개입해야 한다는 예방형법의 성격상 인도주의적, 자유주의적 원칙이 일부 후퇴하는 경향이 없었던 것은 아니나, 형사정책의 방향은 유럽의 계몽주의가 태동한 이래로 인권의 중요성에 눈을 뜨게 되면서, 국가의 강제력 형사의 제한에 초점을 맞추고 있다. 이러한 관점에서 신체와 생명에 대해 직접적으로 가해지는 잔혹한 형벌이 폐지되고, 자유형, 벌금형과 같은 비교적 인도적인 형벌만이 채택되고 있으며, 범죄자의 재사회화를 위한 노력이 적극적으로 시도되고 있다. 특히 자유형은 현대로 와서 각종 유예제도와 결합하여, 한층 더 완화되고 있고, 벌금형이 적극적으로 적용되면서, 주된 형벌 수단이 징역형이 아닌 벌금형이 되고 있는 상황이기도 하다.

셋째로 형사정책은 그 특성상 종속적이고 단편적일 수밖에 없는 사회통제수단이라는 인식이 확대되었다. 형법은 특정한 법익을 보호하려는 수단이므로, 능동적으로 보호하려는 법익을 형성할 수는 없다. 형법을 도구로 삼아 기능적으로 보호하려고 하는 법익은 어디까지나 현존하는 질서에서 창출된 것이지, 과거나 미래 사회에서 유래될 수는 없으므로, 형법이 보호하려는 가치는 단편적일 수밖에 없다. 그러

나 그렇다고 해서 형법을 단순히 다른 사회적 규범과 함께 사회질서를 유지하는 하나의 하위개념으로만 이해하는 것도 타당하지는 않다. 형법은 다른 사회적 규범과는 다르게 가장 강력한 물리적 강제력을 동원하는 근거가 되므로, 가장 가혹하고 무서운 수단이므로, 사회통제를 위한 여러 수단 가운데 최후의 수단으로만 활용되어야 한다. 만일 형벌보다 가벼운 제재수단으로 사회통제의 목적을 달성할 수 있다면, 형벌은 적용되지 않아야 한다.

넷째로 형사정책에서 범죄피해자에 관한 관심이 증대되었다. 국가형벌권의 행사는 지금까지 국가만이 범죄에 대한 응징의 독점권을 가지게 되었다는 점과, 그 자체만으로도 피해자의 이익을 대변할 수 있다는 점만이 고려되었다. 그러나 최근에는 성범죄를 중심으로 피해자 보호의 측면이 범죄학의 발전과 함께 논의의 중심에 위치하고 있다.

## 2. 비범죄화의 전개 양상 및 이론적 논의

### 가. 비범죄화의 전개

비범죄화는 1970년대 서구사회에서의 형사법개정논의 과정에서 자유주의적, 인도주의적 목적을 달성하기 위한 개혁과제로 부각되었다. 이러한 형사정책의 개혁은 지금까지 엄벌주의에 근거한 형벌의 폐해를 인식하는 한편, 자유형 중심의 형사제재를 비형사제재적 사회통제로 전환하여 범죄자의 재사회화를 달성하는 것을 목적으로 한다. 이러한 형사정책적 개혁은 17-18세기 유럽의 계몽주의적 형사사상과도 같은 맥락으로 연결되기 때문에 ‘신계몽주의’라고도 불린다. 계몽주의 형사사상은, 종교적, 윤리적, 정치적 탄압과 그에 따른 잔혹한 처벌에 대항하여, 국가가 사회적으로 유해한 행위에 대해서만 법적 기준과 절차에 의하여 처벌할 것을 주장했다. 비범죄화 논의 역시 국가형벌권의 행사가 범죄억제와 재사회화에 효과적이지 않았음을 비판하면서, 오히려 국가의 비개입으로 사회의 자율적 통제가 강화될 수 있음을 주장하는바, 위와 같은 계몽주의 형사사상과 문제의식을 같이 한다. 다른 한편으로는 복지국가로의 전환으로 국가의 책임과 역할이 늘어나면서, 국가의 형사사법기관을 효율적으로 운영해야 한다는 문제의식도 고려되었다. 현대의 형사정책이 중세시대의 사적이고 자의적인 형태의 가혹한 형벌을 배제하고, 개인의 주관적 권리

보장을 확보하기 위한 것이라면, 이에 더하여 비범죄화는 현대 복지국가의 역할 증대로 발생할 수 있는 과잉범죄화를 제한하려는 것이다. 계몽주의 형사사상과 비범죄화 논의는 서로 다른 시대적 상황에서 대두되었지만, 모두 개인과 사회의 자율성을 강화하기 위한 문제의식에서 비롯된 것이다.

이처럼 서구사회에서 기존 형법의 문제점과 국가형벌권 행사의 자제에 대한 논의가 이루어지면서 자연스럽게 비범죄화의 문제로도 논의가 확산되었고, 세계 각국에서는 각자의 사정에 맞추어 비범죄화를 위한 조치를 하고 있다. 독일의 경우에는 과잉범죄화가 복지국가에 미치는 업무부담 등 각종 역기능 때문에 실무상의 효율성과 필요성이 떨어지는 교통범죄, 성범죄에 대한 비범죄화가 진행되었고, 이후 비범죄화의 범위는 집회 및 시위, 마약사용, 임신중절, 경미범죄, 청소년범죄 영역 등으로도 서서히 확장되었다.<sup>80)</sup> 미국에서는 1962년 미국법률협회의 모범형법전(Model Penal Code)에서 동성애, 매음, 간통죄의 폐지가 포함된 이후에 많은 주(州)에서 음란문서에 관한 범죄, 낙태, 도박, 마약사용, 간통, 부랑죄 등 소위 ‘피해자 없는 범죄’에 대한 비범죄화를 시도하였거나 추진 중이고, 이후 미국 전역에서 형사법개정작업이 진행되어 사회변화에 따른 비범죄화가 추진되고 있다.<sup>81)</sup>

우리 사회의 경우 1985년 형사법개정특별심의회위원회에서 형법개정의 기본방향의 하나로 사회의 가치관 및 윤리관의 변화에 따른 비범죄화를 제안한 바 있는데, 논의의 대상이 된 것은 공연음란물, 도박죄, 혼인빙자간음죄, 간통죄, 혼인목적약취유인죄 등과 경미한 범죄 등이다.

## 나. 비범죄화의 개념 및 유형

국가는 사회질서를 유지하기 위하여 범죄행위를 금지하는 규정을 제정하고 위반행위에 대해서는 국가형벌권을 동원하여 처벌한다. 이를 범죄화라고 하는데, 현대사회에서는 죄형법정주의 원칙에 따라 범죄화에 관한 모든 근거 성문(成文) 법률에 규정되어야 하므로, 특정 행위를 범죄로 규정하는 형법화(刑法化)가 곧 범죄화라고도 볼 수 있다.

특히 국왕에 의하여 자의적으로 범집행이 이루어졌던 중세를 지나 근대국가가

80) 임웅, 『비범죄화의 이론』, 범문사, 1999, pp.224-226.

81) 임웅, “경미범죄의 비범죄화”, 『법과 사회』, 제5호, 1992, pp.176-195.

형성되면서 법치주의 원칙이 세워졌는데, 이로써 법의 지배를 통한 사회조직의 통제
   
 제가 이루어지게 되었다. 이러한 경향에 따라 개인 생활의 모든 영역이 법적 규제
   
 의 대상이 되었고, 국가는 다른 기관보다 가장 강력한 권력을 보유하면서, 허용되
   
 는 행위와 금지되는 행위를 규정하고, 위반행위에 대해서는 강력한 물리력을 동원
   
 하여 국가형벌권을 행사하였다.

이러한 경향은 특히 국가의 역할이 증대되고 있는 복지행정국가에서 더 두드러
   
 지게 나타나는데, 그 결과 국가형벌권의 행사가 사회 전반에 확대되어 개인과 사회
   
 의 자율성을 약화시키는 과잉범죄화 현상이 초래되었다. 과잉범죄화가 발생하는 원
   
 인은, 국가가 수행하는 행정행위의 합리성을 증가시키기 위하여 국가의 사회개입을
   
 확대하는 과정에서, 가장 손쉽고도 강력한 방법인 형사제재를 동원하는 데 있다.
   
 비범죄화 논의는 복지행정국가에서의 과잉범죄화에 대한 반작용이라고 할 수 있는
   
 데, 과잉범죄화의 역기능에 초점을 맞추면서, 개인과 사회의 주체성, 자율성에 대한
   
 신뢰를 바탕으로 국가의 사회개입을 축소하는 것을 목표로 한다. 구체적으로 비범죄
   
 화는 형사제재 법규의 입법과정에서 기존의 범죄 구성요건을 폐지하거나 완화하
   
 는 방식으로 나타날 수도 있고, 법집행 과정에서의 운용의 묘(妙)를 살리는 방식으
   
 로 나타난다. 이러한 비범죄화 논의는 개인의 행동영역과 사회적 논의가 필요한 영
   
 역에 대해서는 국가형벌권의 행사가 되도록 자제되어야 한다는 기본 인식을 공유
   
 하고 있다.

1980년 유럽평의회 보고서에 따르면, 비범죄화는 “일정한 행위를 제재할 수 있는
   
 형사제도의 권한을 그 행위와 관련하여 철회하는 절차”로 정의되는데, 크게 법률상
   
 의 비범죄화와 사실상의 비범죄화로 구분될 수 있다. 법률상의 비범죄화는 ‘범죄구
   
 성요건이나 범죄에 대한 형사제재를 규정한 법률 규정 자체가 폐지 또는 실효(失
   
 效)되는 경우’를 의미한다. 이는 입법기관에 의하여 공식적인 절차에 따라 형법에서
   
 의 처벌규정이 축소되기 때문에 협의(狹義)의 비범죄화라고 불리워진다. 이러한 비
   
 범죄화가 단행되는 가장 큰 원인은 사회적 가치관의 변화이다. 기존에는 범죄로 인
   
 정되었던 행위가 사회적 변화로 인하여 더 이상 사회구성원들로부터 범죄행위로
   
 인식되지 않고, 범죄로 처벌할 필요성에 관한 공감대가 형성되지 않기 때문이다.
   
 그리고 형사사법기관의 효율성이라는 관점에서조차 비범죄화가 시도되는데, 이러한
   
 경우에는 보안처분과 같이 다른 대체수단이 제공되어야 한다.

사실상의 비범죄화는 “형사제재규정은 그대로 존재하지만, 일정한 행위에 대한
   
 국가형벌권의 행사를 자제함으로써 사실상 형법의 객관적 적용 범위가 축소되는

경우”이다. 이러한 유형을 광의(廣義)의 비범죄화라고 불린다. 이러한 사실상의 비범죄화가 이루어지는 가장 큰 원인은 특정 행위에 대하여 피해자로부터 범죄신고가 접수되지 않아, 실질적으로 수사와 기소가 어려워지게 되기 때문이다. 또한, 수사기관과 법원 역시 사회적 가치관의 변화에 영향을 받으므로, 범죄신고가 접수되더라도 경찰과 검찰이 적극적으로 수사하거나 기소하지 않고, 법원 역시 기소된 사건을 적극적으로 처벌하려고 하지 않게 되기도 한다. 수사기관과 법원에 의하여 이러한 방식으로 이루어지는 비범죄화는 엄밀한 의미에서의 비범죄화는 아니지만 국가형벌권에 대하여 함묵적으로 견제 기능을 발휘할 수 있다는 점에서, 하나의 유용한 비범죄화의 수단으로 고려될 수 있다. 다만, 이러한 사실상의 비범죄화는 처벌대상으로 선별하는 기준이나 과정이 공정하지 못할 경우 평등원칙이 훼손되고 사회구성원의 신뢰를 잃게 될 위험이 존재한다. 따라서 이러한 종류의 선별은 가능하면 범죄자가 아니라 범죄행위를 기준으로 이루어져야 할 것이다.

나우케(Naucke)는 비범죄화를 ‘지금까지 처벌되었던 행위가 앞으로는 처벌되지 않게 되는 과정’으로 정의하고, 비범죄화의 유형을 ‘선언적 비범죄화’, ‘외견상 비범죄화’, ‘현실적 비범죄화’로 구분하였다.<sup>82)</sup> 선언적 비범죄화는 특정 행위에 대한 처벌규정이 대체 조항 없이 완전히 폐지되는 것으로서, 범죄 구성요건과 형벌의 내용이 완전히 없어지는 경우이다. 외견상 비범죄화는 비록 사회적으로는 특정 행위가 계속 범죄로 인식되지만, 형벌 대신에 보안처분, 범칙금, 조건부 기소중지 등 다른 제재가 가해지는 경우이다. 현실적 비범죄화는 특정 행위를 일탈행동으로는 파악하나, 국가가 그에 대한 형벌권 행사를 포기하고 사회에 문제 해결을 전적으로 위임하는 경우이다.

임웅은 비범죄화를 ‘법정책상의 변화로 인하여 국가형벌권의 행사범위를 축소하려고 일정한 형사제재규정의 폐지 또는 적용하지 않거나 형사제재보다 가볍게 하려는 일련의 시도’들로 규정하였다. 이러한 규정은 비형벌화, 다이버전[diversion, 특정 형사사건에 대하여 사회 복귀와 재범 방지를 위하여 처벌 대신 선도를 조건으로 훈방하는 회복적 사법조치, ‘전환’으로 번역할 수 있으나, 아직 학계에서의 용어 정리가 되어 있지 않으므로, 이하에서는 ‘다이버전’으로 서술한다], 비시설화 등의 개념을 포괄한다. 비형벌화는 ‘일정한 형벌체계내에서 처벌등급의 저하’를 의미하고, 다이버전은 “형사제재수단이 존재하기는 하지만 형사정책적 목적상 형법규범

82) 김도현, “개인의 자기 결정권과 비범죄화에 관한 연구”, 조선대학교 박사학위논문, 2019. pp.18-25.

위반자에 대한 형사절차를 보류하거나 중단하는 일련의 조치”를 의미한다. 이러한 다이버전은 형사사법제도권 밖의 비공식적인 사회통제수단으로 형벌을 대체하는 시도를 포함한다.<sup>83)</sup>

김창균은 유럽평의회와 나우케의 입장을 종합하여, 비범죄화를 “처벌 대상 행위를 감소시킬 목적으로 일정한 행위의 불법성을 정책적으로 다르게 평가하여 해당 행위를 더 이상 제재하지 않거나 보다 가볍게 제재하는 절차”로 규정하고, 입법단계의 비범죄화와 법률적용단계의 비범죄화로 구분하였다. 그리고 입법단계의 비범죄화를 선언적 비범죄화와 외견상 비범죄화로 세분하고, 법률적용단계의 비범죄화를 형사소추에서의 비범죄화, 법률의 해석적용에서의 비범죄화로 구분하였다.<sup>84)</sup>

이와 같이 비범죄화 개념은 다양하게 정의되고 있으나, 해당 논의가 지칭하는 비범죄화는 대체적으로 ‘처벌 대상 행위에 대한 국가형벌권의 폐지나 그에 준하는 경감 조치’로 일컬어질 수 있다. 이러한 비범죄화의 구체적인 유형으로는 대체적으로 비법규화, 비형벌화, 다이버전 등이 제시되고 있다. 비법규화는 기존에 형사제재로 처단했던 범죄행위에 대하여 국가형벌권을 완전히 폐지하는 일체의 조치를 의미하고, 비형벌화는 범죄행위에 적용되는 형사제재의 종류나 정도를 완화하는 조치이며, 다이버전은 형사제재를 보호관찰, 사회봉사 등 비형벌적 제재로 전환하는 조치를 의미한다. 이러한 비범죄화는 대체적으로 입법과정에서 이루어지나, 법 적용 측면에서의 변화를 통해서도 이루어진다. 다만, 입법과정을 통하지 않은 비범죄화는 사회적 상황에 따라 변화될 가능성이 농후하므로, 국가형벌권이 공정하고 엄정하게 집행되지 않는다면, 오히려 형법의 권위가 약화될 위험성이 있다. 이러한 점을 고려할 때 비범죄화는 입법을 통하여 마련되는 것이 가장 바람직하고, 법 적용이나 해석상의 비범죄화는 입법이 이루어지기 이전에 임시적으로 단행될 수 있는 조치로 파악되는 것이 타당하다.

## 다. 비범죄화의 이론적 논의

앞서도 언급한 바와 같이 비범죄화는 과잉범죄화의 역기능과 부작용에 대한 반성적 고려에서 비롯된 개념이다. 유럽에서 계몽주의 형사사상이 대두되면서, 기존에 국왕과 종교권력에 의하여 자의적이고 잔혹하게 진행되었던 박해에 대항하여,

83) 임웅, “경미범죄의 비범죄화”, 『형사정책연구』, 제2권, 한국형사정책연구원, 1990, pp.187-215.

84) 김창균, “비범죄화의 현실방안”, 『형사정책』, 제8권, 한국형사정책학회, 1996, pp.5-38.

사회공동체에 유해한 행위에 대해서만 법적 기준과 절차에 따라 처벌해야 한다는 인식이 생겨나게 되었다. 특히 중세까지만 하더라도 국가의 행정작용이 세밀하게 작용되지 않았기 때문에, 범죄행위를 사적 제재를 통하여 처단해온 사례도 많았는데, 이로 인한 무고한 피해자들도 많았던 상황이었다. 따라서 모든 사적 제재를 금지하고 국가에 독점적인 형벌권을 부여하는 대신에, 국가형벌권의 행사는 어디까지나 최후의 수단으로 절제되어 행사되어야 하고, 이를 통하여 개인의 기본권이 보장되어야 한다는 인식이 생겨나게 되었다.

다만, 현대사회에서 행정복지국가로의 전환이 빠르게 이루어지면서, 국가의 역할이 증대되었고, 범죄에 대응하는 국가기관의 작용도 훨씬 적극적으로 바뀌면서 필연적으로 과잉범죄화의 문제가 생겨났다. 과잉범죄화는 구체적으로 형벌법규의 증가, 형량의 강화라는 형태로 나타났는데, 범죄의 형태와 수준을 가리지 않고 처벌이 이루어지면서, 국가의 행정작용이 불필요한 영역까지도 확대되었고, 그로 인하여 사회경제적 효율성도 크게 악화되었다. 특히 국가가 입법부를 통하여 형벌 법규를 제정하는 방식만으로도 과잉범죄화가 일어나는 상황에서, 사회적 문제에 관해서는 시민사회가 고소, 고발 등을 통하여 국가의 형벌권행사의 단초를 제공하면서 형사사건의 숫자가 증가해왔는데, 이 경우 국가가 정말 중요하게 처리해야 하는 사건에 역량을 집중하지 못하게 되면서, 형사사법체계의 효율성의 저하, 더 나아가 국가기능의 약화라는 위기가 초래되었다. 너무도 당연한 이야기이지만, 국가가 개입해야 되는 사건이 증가하면, 이를 처리해야 하는 국가기관, 즉 경찰, 검찰, 법원, 교도소 등의 형사사법기관의 업무가 증가할 수밖에 없다. 이러한 과잉범죄화는 형사사법기관의 부담 증가뿐만 아니라 범죄자가 양산되어 전과자에 대한 사회적 인식이 저하되는 부작용이 있는데, 그 경우 범죄자의 재사회화에도 악영향을 미쳐 결과적으로 재범률이 증가하는 모순된 상황이 발생하게 된다.

이와 같이 과잉 범죄화로 인한 여러 부작용은, 국가형벌권의 행사가 적절하고 제한적인 범위에서 이루어져야 함을 증명하고 있다. 이하에서는 비범죄화에 관한 여러 쟁점을 살펴보고자 한다.

### (1) 형법의 자유화

죄형법정주의는 근대 계몽주의의 산물로서, 개인의 주관적 권리를 보장하기 위한 제도적 안전장치이다. 그러나 국가권력은 태생적으로 사회질서 유지라는 측면에서



개인의 자유를 제약하는 역할을 담당할 수밖에 없다. 특히 형법의 자유화라는 측면에서 국가의 안전과 헌법질서에 대한 범죄, 양심의 자유 등 각종 기본권에 관한 사상범이나 정치범에 대한 비범죄화의 논의가 활발하게 다루어지고 있다. 한국 사회의 경우 1945년 이후 남북분단으로 인하여 정치범죄에 대해서는 강력한 통제를 하였는데, 1987년 민주화 이후 정치적 범죄에 대해서는 이러한 범죄에 대한 비범죄화가 진행되는 추세이다.

## (2) 형법의 보충성 및 형벌의 최후수단성

국가는 형법의 보충성과 형벌의 최후수단성 원칙에 따라 다른 형태의 제재가 효과를 보기 어려울 경우에 한하여 형사제재를 가하여야 하나, 현실적으로 국가는 형사제재를 가장 쉽고 효과적인 수단으로 우선 고려한다. 그러나 한번 형사제재가 가해지면 이로 인하여 훼손되는 개인의 주관적 권리와 사회적 자율성은 거의 회복하기 어려워진다. 그런 측면에서 국가형벌권의 행사는 반드시 적절한 수준으로 제한되어야 하는데, 이러한 점에 관해서는 사회적으로도 큰 이견이 존재하지는 않으나, 구체적인 영역에서 형법의 보충성과 형벌의 최후수단성을 어떻게 판단해야 하는지는 여전히 많은 논쟁의 씨앗이 되고 있다.

형법의 보충성 이념은 헌법상 비례원칙이나 과잉금지원칙에서 파생되는 개념이다. 비례원칙은 일정한 목적과 그 실현을 위해 동원하는 수단은 비례관계에 있어야 한다는 것인데, 이를 위해서는 세 가지 세부원칙이 준수되어야 하는데, 첫째는 사용하는 수단이 목적에 부합한 것이어야 한다는 ‘적합성의 원칙’, 둘째는 목적을 달성하는 여러 수단 가운데 개인의 자유를 가장 적게 침해하는 수단을 선택하여야 한다는 ‘필요성의 원칙’, 그리고 목적달성을 위하여 도입된 수단으로 침해되는 침해와 그로써 실현되는 공익 사이에 불균형이 있어서는 안된다는 ‘균형성의 원칙’이 그것이다.

이러한 비례원칙으로부터 국가는 가장 경미한 수단을 먼저 동원해야 한다는 점을 알 수 있는데, 비례원칙은 형법 체계 내부뿐만 아니라 사회통제에 필요한 다른 수단에도 적용될 수 있는 원칙이다. 형사제재가 특별예방 또는 일반예방 측면에서의 효과가 있는지는 즉각적으로 파악될 수는 없는데, 형사제재가 가해지면 개인에게는 회복하기 어려운 손해가 발생한다는 점과 형사제재 수단 상호간에는 교환가능성이 있다는 점을 고려하면, 비교적 경제적 소모성이 적은 경미한 제재수단을 선

택하는 것이 보다 합리적이다. 즉 형벌의 최후수단성은 사회 일반의 경험적 측면에서도 이해될 수 있는 것으로서, 사회구성원은 이러한 경험의 축적을 통하여도 국가가 형벌의 최후수단성 원칙을 일관되게 실현하도록 촉구할 수 있다.

이와 같이 국가는 침해되는 법익의 정도를 고려하면서, 개인의 행위가 사회규범에 위반되고, 다른 개인의 권리를 침해할 경우, 적극적으로 개입하여 국가형벌권을 행사하여 해당 행위를 처벌할 수 있다. 다만, 비록 형벌을 부과할 필요성이 있더라도 국가는 형벌에 의한 개입을 자제해야 하므로, 국가는 먼저 사회구성원 사이의 자율적 문제해결을 지원하거나, 손해배상 등 민사적 분쟁해결 수단을 먼저 선택하도록 해야 하고, 그 다음에는 행정법규에 따른 비형법적 형사제재를 모색한 다음에, 이러한 조치에도 별다른 효과가 없는 경우에 한하여 형사제재를 가하는 것이 바람직하다.

### (3) 형벌의 범죄예방효과

형사제재의 중요한 목적과 기능 중 하나는 당연히 범죄예방이다. 형사제재가 범죄예방에 효과적이라는 점은 경험적으로 확인되었고, 구체적으로는 특별예방이나 일반예방의 측면이 있는 것으로 알려져 있다. 범죄행위를 처벌함으로써 범죄자 개인에게는 위협, 무력화, 재사회화를 통하여 다시 범행을 저지르지 않도록 각인하고, 일반인들에게는 처벌에 대한 위협, 규범확인으로 준범의식을 높인다는 것이다.

과잉범죄화는 처벌법규의 개수와 강도를 증가시키는 방향으로 이루어지므로, 범죄자 개인에 대한 위협을 통하여 특별예방효과를 거둘 수는 있으나 근원적 반발심을 동반하므로 재사회화에 어려움이 초래된다. 지나치게 가혹한 처벌은 일반인으로 하여금 범죄에 대한 경각심보다는 처벌에 대한 비판의식을 갖게 하므로, 사회적 정당성을 확보하기도 어렵게 된다. 그리고 국가가 개입하는 범죄사건이 증가하면, 국가기관의 형사사법기관의 업무가 증가하는데, 국가기관은 수많은 사건의 경중을 제대로 구별하기 어려워지고, 중요 사건이나 경미 사건에 유사한 수준의 대응을 함으로써, 개별 범죄에 대한 구체적이고 효과적인 처리보다는 피상적이고 형식적인 처리로 일관하게 된다. 이는 전체적으로 국가기관의 범죄대응 역량을 저하시킴으로써 처벌의 확실성을 약화시켜 오히려 범죄화에도 불구하고 범죄억제 목적을 달성하지 못하는 결과가 초래된다.

#### (4) 형사사법기관의 효율성

형사사법기관에는 다른 국가기관과 마찬가지로 국가의 막대한 자원이 투입되므로, 경제적 효율성을 고려하여 운영되어야 한다. 경제적 효율성은 경제학에서 다루어지는 비용-효용분석, 즉 형사사법기관이 투입한 비용과 그로 인하여 얻는 이익에 대한 관계를 바탕으로 한다. 이러한 효율성에 관하여는 국가의 형사사법활동은 기업활동과 같이 이윤을 위한 행위가 아니므로 경제적 효율성을 고려하는 것이 적절하지 않다는 견해도 있다. 국가는 사회질서를 유지하기 위해서 경제적 효율성이 떨어지더라도 높은 비용을 들여서 수행해야 하는 필수적인 공익 활동이 있기 때문이다. 위와 같은 비용-효용분석에서, 비용항목은 각종 범죄행위로 인하여 발생하는 사회적 비용도 있고, 그러한 범죄행위를 처리하기 위하여 국가나 민간 영역이 지출해야 하는 비용이 있다. 효용항목의 직접적 요인으로는 미제사건(未濟事件) 비율, 사건해결기간, 검거율, 범죄수치 등이고, 간접적 요인으로는 수사기관과 수사활동에 대한 사회구성원의 인식, 신고건수, 범죄에 대한 안도감 등이 포함된다.

이처럼 형사사법기관의 운영이 효율적인지를 분석하고 판단하는 데는 많은 어려움이 있으므로, 현실에서 운영되는 구체적인 제도나 프로그램, 활동을 상징한 이후에 그에 대한 비용-효용분석을 수행해야 한다. 국가는 여러 종류의 범죄대책을 쏟아내고 있는데 그 중 어느 것이 범죄 예방이라는 구체적인 목표를 달성할 수 있는 것인지, 어느 것이 가장 효율적인 방안인지 분석할 필요가 있고, 그러한 분석 과정에서 범죄화와 비범죄화, 형법과 대체수단, 대체수단 상호 간의 비교 평가를 통하여 형사정책에 관한 심도 있는 의사결정이 가능하다. 만일 특정 범죄행위를 범죄화하는 것보다 비범죄화하는 것이 경제적으로 효율적이라면, 국가로서는 비범죄화를 추진할 하나의 동인(動因)을 얻을 수 있을 것이다.

### 3. 비범죄화의 전개방향 및 한계

현대사회에서는 중세 유럽과는 달리 사회구성원의 사적 제재가 금지되고 국가만이 범죄행위를 규정하고 형벌권을 행사할 독점권을 가지게 되었다. 이 때문에 국가형벌권 행사 과정에서 사회구성원으로부터 정당성을 얻지 못하거나, 국가형벌권 행사에 관하여 충분한 법적 근거를 가지면서도 집행상의 어려움으로 국가형벌권을

제대로 행사하지 못한다면, 당초 형벌이 예정한 효과를 전혀 볼 수 없게 되고, 형사사법체계의 정당성 측면에서 위기가 발생할 수 있다. 따라서 국가형벌권의 목적은 사회정의 추구하고 사회질서 유지가 되어야 하고, 그 과정에서 국민의 기본권이 부당하게 침해되지 않도록 각별히 주의해야 한다. 이하에서는 과잉범죄화에 대한 반성적 고려에서 제기된 비범죄화에 대한 방향과 한계를 살펴보기로 한다.

## 가. 비범죄화의 방향

비범죄화의 근거와 비범죄화의 대상이 될 범죄행위를 살펴보기 위해서는 역으로 특정 행위의 범죄화를 진행하기 위하여 고려될 요인을 살펴보아야 한다. 비범죄화와 범죄화는 동전의 양면 같은 요소로서, 역사적으로나 논리적 정합성 측면에서 볼 때 항상 비범죄화 논의는 범죄화의 진행과 그에 대한 반성적 고려를 전제로 한 것이기 때문이다.

첫째로 특정 행위가 과연 형벌을 부과할 만한 행동인가에 대한 부분이다. 현대사회에서 확대되었던 범죄화, 즉 국가형벌권 행사의 주된 기준은 개인의 주관적 권리 침해, 사회적 가치위반, 사회적 위험성이고, 부수적으로는 권력유지나 그 밖의 요인이 개입되기도 한다. 따라서 국가형벌권 행사를 통하여 처벌해야 하는 범죄행위가 무엇인지는 사회적 합의를 통하여 결정해야 한다. 현재 형사제재가 이루어지는 범죄행위에 대하여 사회구성원도 과연 범죄행위로 인식하고 있는지, 이에 대한 형사처벌을 정당한 것으로 받아들이는지 면밀하게 검토해야 하고, 만일 사회구성원이 이를 정당한 처벌로 인식하지 않는다면 해당 행위에 대해서는 비범죄화를 고려하는 것이 타당하다.

한편 처벌 대상이 되는 범죄행위를 사회적 가치에 위반되는 행위로 본다면, 사회적 가치관의 변화를 항상 고려해야 한다. 성범죄와 가정범죄의 비범죄화 논의에서 흔히 관찰되지만, 사회적 가치관이 변화했음에도 기존의 사회적 가치를 근거로 형사처벌을 단행한다면 개인의 자유를 침해하는 것일 뿐만 아니라 그 자체로도 모순적인 것으로서 형사제재의 정당성에 의문이 생길 여지가 크다. 또한, 특정 행위가 개인의 주관적 권리를 침해하였으나 피해자가 처벌을 원하지 않을 때 국가형벌권이 행사되어야 하는지의 문제이다. 피해자가 해당 행위를 피해로 인식하지 않거나 이를 용인하겠다는 의사를 표시했음에도 행위자를 처벌하는 것이 일반적 도덕관념에 부합하는지도 의문이다. 다음으로는 사회적으로 일상화된 행위나 형사사법기관

조차 심각한 범죄로 인식하지 않는 등의 사회적 위험성이 약한 범죄행위는 비범죄화가 적극적으로 고려되어야 한다. 피해자나 목격자의 적극적인 고소나 고발도 없고, 형사사법기관도 처벌하려는 의사가 없는 행위를 굳이 형법전에 범죄행위로 규정할 이유는 전혀 없는 것이다. 이러한 행위는 사회적 가치관의 변화에 따라 사회구성원의 합의를 통하여 입법상의 비범죄화를 단행하는 것이 가장 바람직하다.

둘째로 형벌의 보충성에 관한 부분이다. 형벌의 보충성의 원칙에 따라 국가는 형벌이 아닌 다른 제재수단을 동원해야 하고, 그러한 경우에도 목적달성이 어려운 경우에 한해서만 형벌을 최종적인 수단으로 사용해야 한다. 단지 형벌을 동원하는 것이 간편하고 효과적이라고 판단하여 형벌을 우선 적용한다면, 범죄자를 양산하는 결과가 초래된다. 형벌의 보충성을 구체적으로 실현하는 방안은, 형사제재보다는 행정제재를 우선 적용하고, 징역형 위주의 무거운 형사제재보다는 과태료, 범칙금, 사회봉사 등 가벼운 형사제재부터 부과해야 한다.

셋째로 범죄행위의 주관적 구성요건, 위법성조각사유, 책임능력 부분이다. 소년범죄나 정신장애자와 같은 책임무능력자의 범죄는 처벌이 면제되므로 이들의 범죄는 자연스럽게 비범죄화 대상이 된다. 특히 소년범은 장래를 고려하여 보안처분 등의 대체수단을 채택하는 경우가 많고, 정신장애자는 처벌보다는 치료에 집중하게 된다. 한편, 과실범은 고의범보다 행위의 불법성과 사회적 비난 가능성이 낮으므로 이들의 범죄 역시 비범죄화의 대상으로 고려될 수 있다. 특히 무의식적 부주의에 의한 과실범의 경우 형벌이 가해진다고 하여 예방 효과가 적기 때문에, 보안처분이나 다이버전을 통하여 비범죄화를 추진할 수 있다.

넷째로 형벌의 범죄예방 효과이다. 형벌의 보충성 원칙에 따라 가능하다면 효과가 높으면서도 가벼운 형벌을 적용해야 하는데, 형벌에 의한 범죄예방 효과를 기대할 수 없거나 형벌의 효과에 대한 확신이 없을 경우에는 과감하게 비범죄화를 지향해야 한다. 국가는 형사정책을 수립하고 형벌의 효과를 분석하는 과정에서 적절한 형벌의 유형과 정도를 결정할 수 있는데, 그 과정에서는 앞서도 살펴본 특별예방효과와 일반예방효과 모두를 면밀하고 공정하게 고려해야 한다. 이러한 목적을 달성하려면 형벌에 관한 경험적 연구를 축적해야 하고, 장기간에 걸친 실증자료를 바탕으로 형벌의 효과를 분석해야 범죄화나 비범죄화 과정에서의 오류를 최소화할 수 있다.

다섯째로 비범죄화의 주된 대상이 경미범죄라는 점이다. 비범죄화 논의가 중한 범죄를 중심으로 진행된다면, 첨예한 의견대립이 야기되어 전체 논의가 순조롭게 이

루어지지 않으나, 경미범죄의 비범죄화는 사회구성원 다수의 동의를 얻을 수 있다는 점에서 진전된 논의를 이어갈 수 있다. 교통질서위반, 기초질서위반 등의 경미범죄는 입법을 통하여 이를 범죄행위가 아닌 단순한 행정상의 불법으로 전환하여 과태료 부과와 같은 행정절차로 처리할 수 있다. 절도와 같은 범죄행위라 하더라도 피해액수가 극히 미미한 범죄에 대해서는 ‘원상회복제도’와 같은 방법으로 비범죄화를 추진할 수 있다. 법적용과정에서도 기소편의주의를 활용하여, 조건부 기소유예를 통한 실질적 비범죄화도 가능하다. 다만, 한국의 경우 모든 범죄에 기소편의주의가 적용되기 때문에, 조건부 기소유예의 범위를 경미범죄로 한정하는 내용의 기본 입법은 필요할 것으로 보인다.

## 나. 비범죄화의 한계 및 문제점

비범죄화에 관하여 현대 사회국가는 큰 딜레마에 빠져있다. 국가는 비범죄화를 통하여 개인의 주관적 권리가 과도하게 침해되는 것을 방지하는 것이 바람직하나, 그렇다고 해서 국가가 사회질서 유지를 위하여 국가형벌권을 행사하는 것 자체가 금기시되어서는 안 된다는 점이다. 특히 현대의 행정복지국가에서 사회구성원들은 자신의 모든 문제를 국가가 앞장서서 해결해주기를 바라면서도, 국가권력이 개인의 주관적 권리를 침해하려고 하는 데에는 큰 반감을 가지고 있다. 사회구성원도 어디까지나 불완전한 개인이므로, 국가형벌권 행사에 관하여 당연히 모순적인 시각을 가질 수 있고, 다만, 국가가 이러한 모순을 어떻게 해결할 것인지 신중히 고려해야 할 뿐이다.

비록 국가의 과잉범죄화가 현재 많은 종류의 형사사법적 문제를 일으키고 있더라도, 국가형벌권의 포기는 더 큰 문제를 초래한다. 국가가 독점적인 형벌권을 포기한다면, 그에 대한 민간 영역에서의 비용지출이 증가하게 되고, 사적 제재가 횡행하게 되는 부작용을 낳을 수 있다. 특히 사회안전 측면에서 비용을 부담할 여력이 되는 사람들 위주로 그 혜택을 본다면, 사회적 약자에 대한 보호는 상대적으로 소홀하게 될 수밖에 없다. 따라서 국가는 개인의 주관적 권리를 보장하고 사회질서를 유지하기 위하여 적절한 수준에서 국가형벌권을 절제하여 행사해야 하고, 형벌의 정도는 공정하고 엄격한 기준에서 결정되어야 한다.

이처럼 비범죄화는 모든 범죄 영역에서 적용될 수는 없고 극히 제한적 영역에서만 실현될 수밖에 없다. 그러나 비범죄화의 논의를 형사사법기관의 효율성이라는

측면에서만 진행된다면, 그 역시 큰 문제가 될 수 있다. 비범죄화의 논의는 형사정책 전반적인 측면에서 고려되어야 하는데, 단순히 형사사법기관의 편의만을 고려한다면, 지금까지 경험하지 못했던 기형적 제도가 탄생할 위험도 존재하는 것이다.

한편, 사회 일각에서는 강력범죄가 발생할 때마다 엄중한 처벌을 요구하는 여론도 엄연히 존재한다. 입법부는 그러한 여론의 압력으로 형법 이외에 가중처벌을 규정하는 특별법을 양산해왔다. 이 때문에 비범죄화를 형사사법기관의 효율성 측면에서만 접근한다면 이러한 여론 앞에 쉽게 무력화 될 수 있다. 국가형벌권의 행사는 어디까지나 정당하고 적절한 형벌의 부과라는 형사정책의 대원칙에 입각하여 다루어져야 한다. 사회변화와 범죄 양상에 따라서 새롭게 범죄화를 해야 할 대상도 있고 비범죄화를 해야 할 대상이 있는 만큼, 비범죄화 논의에 획일화된 잣대를 적용해서도 안 될 것이다.

만일 과잉범죄화에 대한 반감에서 비범죄화를 진행한다면, 그러한 형태의 비범죄화는 사회규범의 약화와 법의 권위의 손상이라는 형태로 또 다른 역기능을 유발할 수 있다. 따라서 비범죄화 논의는 항상 종합적인 관점에서 진행해야 하고, 형사정책의 대원칙에 혼란을 줄 수 있는 논의에 대해서는 당분간 ‘판단중지’의 입장을 고수해야 한다. 비범죄화 논의에서 고도로 민감한 쟁점은 소수의 입법자나 학자의 직관으로 결정하는 것이 아니라, 장기간의 사회과학적 실증연구와 사회구성원의 논의를 통하여 도출되어야 하기 때문이다.

### 제3절 기존 형법개정 과정에서의 비범죄화 논의 및 결과

#### 1. 1988년 제2차 형법개정

##### 가. 개정 내용

1988년의 제2차 형법개정에서는 구 형법(소위 유신헌법이 시행된 이후인 1975년 3월 25일 법률 제2745호로 일부개정된 것) 제104조의2에 규정된 국가모독죄<sup>85)</sup>를 폐

85) 구 형법(1975년 3월 25일 법률 제2745호로 개정된 것) 제104조의2(국가모독등) ① 내국인이 국외에서 대한민국 또는 헌법에 의하여 설치된 국가기관을 모욕 또는 비방하거나 그에 관한 사실을 왜곡 또는 허위사실을 유포하거나 기타

지했다. 국가모독죄는 국민이 국가기관을 모욕, 비방, 허위사실 유포 등의 방법으로 대한민국의 위신 등을 해하거나 해할 우려가 있는 경우를 처벌하기 위하여 규정된 것이다. 위 국가모독죄 규정은 그 자체로도 구성요건이 모호할 뿐만 아니라, 군사정권이 1972년 소위 유신헌법 제정 이후 언론·결사의 자유 등의 국민 기본권을 광범위하게 제한하는 조치의 일환으로 이루어졌다는 점에서 형법개정 역사 중 가장 문제가 있는 조항으로도 볼 수 있다.<sup>86)</sup>

1973년의 제1차 형법개정이 국가모독죄를 신설한 소위 원포인트 개정이라는 점에서 1988년의 제2차 형법개정에서 국가모독죄 규정만을 특정하여 폐지한 것은 1987년 6월항쟁으로 생취한 민주화의 당연한 결과로 보인다.<sup>87)</sup>

## 나. 후속 위헌결정의 내용

아울러 위 조항에 관해서는 헌법재판소 2015. 10. 21.자 2013헌가20 결정에 따라 위헌임이 확인되었다. 해당 결정은 위헌제청에 따라 이루어진 것으로서, 위 조항이 이미 1988년 형법개정으로 폐지된 점에 비추어 볼 때 사후적인 위헌확인의 성격을 지닌다. 구체적인 내용은 아래와 같다.

### (1) 제한되는 기본권

심판대상 조항의 문언을 보면, 대한민국의 안전, 이익, 위신을 해치거나, 해칠 우려가 있는 모욕, 비방, 사실 왜곡, 허위사실 유포 등의 행위를 처벌하는 것으로 규정되어 있었다. 따라서 헌법재판소에 심판대상 조항이 국민의 표현행위를 국가가 법률로써 제한하는 것으로 보았다. 또한, 이 경우에는 개인이 표현하는 내용 자체를 규제하는 것이므로 사실상 국가가 개인의 표현의 자유를 본질적으로 제한하는 것인데, 이 때문에 헌법재판소에서는 중대한 공익을 실현하기 위하여 불가피한 사

---

방법으로 대한민국의 안전·이익 또는 위신을 해하거나, 해할 우려가 있게 한 때에는 7년 이하의 징역이나 금고에 처한다. ② 내국인이 외국인이거나 외국단체 등을 이용하여 국내에서 전향의 행위를 한 때에도 전향의 형과 같다. ③ 제2항의 경우에는 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다.

86) 제1차 형법개정의 이유로는 ‘국가모독과 같은 사대주의적 행위를 차단하여 사회 일부의 고질적인 사대주의 풍조를 근절하고 자주국가의 국민으로서의 긍지와 자각을 드높이는 한편 사회도덕과 국민윤리를 높이는 동시에 국가안보와 위신을 보전하고자 함’을 들고 있는데, 현재의 기준으로 볼 때는 범치주의에 반하는 내용임은 잘 알려진 바와 같고, 다만, 당시에 군사정권의 폐해를 해외 언론에 알리는 것을 금지하기 위한 입법으로 새겨야 할 것이다.

87) 제2차 형법개정의 이유로는 ‘국가모독죄 조항은 국가발전에 필요한 국민이 건전하게 비판할 자유를 억제할 우려가 있어 이를 폐지하려는 것임’을 들고 있다.



유가 있는 경우에 한하여 엄격한 요건을 적용하여 심사하더라도 기본권의 침해에 해당하지 않는 경우여야, 심판대상 조항이 허용된다고 보았다.

### (2) 입법목적의 정당성과 수단의 적합성

심판대상 조항이 제안될 당시 정부는 입법 이유를 설명하면서 ‘대한민국과 대통령(당시 원문에는 헌법상의 국가기관이 언급되었으나, 실질적으로는 대통령을 의미한다)에 대해서 비방, 모욕, 사실왜곡, 허위사실 유포 등의 행위를 하는 자를 엄중하게 처벌함으로써, 국가안보, 국익, 국가위신의 보전’을 목적으로 하는 것임을 명확하게 하고 있었다. 그러나 1975년 당시는 소위 유신헌법이 전면적으로 시행되고 내외의 언론보도가 엄격한 통제를 받던 상황이었으므로, 심판대상 조항이 소위 유신헌법에 반대하는 반정부 인사를 탄압하고 일반 대중의 국가에 대한 최소한의 비판마저 봉쇄하는 수단으로 악용될 수 있었다. 그 결과 1987년 6.29 선언에 따라 민주화가 진전되면서, 국회에서는 1988년 개정헌법을 통하여 심판대상 조항을 삭제하였는데, 이러한 사정에 비추어 볼 때, 1975년 당시 정부의 입법 이유가 해당 입법 목적을 진정하게 실현하려는 것이었는지는 의문이 들 수밖에 없다. 만일 민주화 이후의 관점에서 볼 때 심판대상 조항이 원래 정부가 천명했던 의도를 실현하기 위한 것이라면 굳이 심판대상 조항을 삭제할 이유가 전혀 없었을 것이다. 만일 1975년 당시의 입법목적이 진정한 것으로 최대한 선해 하더라도 단지 국민의 표현행위를 일률적으로 형사처벌로써 규율하는 것이 국가안보, 국익, 국가의 위신 등을 높일 수 있다고 보기는 어려우므로, 당시 헌법재판소에서는 심판대상 조항의 입법목적의 정당성 자체를 인정하지 않았다. 또한, 헌법재판소에서는 심판대상 조항이 해외 여러 국가에 알려지면서 대한민국이 실질적인 표현의 자유가 전혀 보장되지 않는 독재국가라는 평가가 오히려 대한민국의 국익을 해칠 수 있으므로 수단의 적합성도 인정되지 않는다고 보았다.

### (3) 침해의 최소성

심판대상 조항이 처벌 대상으로 규율하는 행위는 ‘대한민국 또는 헌법에 의해 설치된 국가기관(앞서도 본 바와 같이 사실상 대통령을 의미한다)을 모욕 또는 비방하거나 그에 관한 사실을 왜곡 또는 허위사실을 유포하거나 기타 방법으로 대한민

국의 안전·이익 또는 위신을 해하거나 해할 우려가 있는 행위'이다. 그런데 심판대상 조항은 '기타 방법'이라는 포괄적 표현을 사용하여 규제대상이 되는 행위를 언급하는 한편, 그 앞에 '비망, 모욕, 사실 왜곡, 허위사실 유포'라는 행위를 예시적으로 나열하고 있는데, 언급된 행위들 사시에는 공통되는 행위 징표나 특징을 발견할 수 없기 때문에, 심판대상 조항에서 규정하는 '기타 방법'이 어떤 것인지를 판단하기 어렵다. 이 경우 법관이 불분명하고 편향적인 입법목적에 따라 피고인의 행위가 국가의 이익, 안전, 위신을 해칠 우려가 있다고 인정되면, 더 정확히는 대통령의 위신을 해할 우려가 있다고 인정되면, 피고인의 행위가 '기타 방법'에 포섭되는 것으로 자의적으로 해석할 염려가 있고, 그 경우 심판대상 조항의 가별성은 지나치게 확대된다.

또한, 형벌 조항은 명확성의 원칙을 견지해야 하는데, 국가의 '이익'이나 '위신'은 형벌의 구성요건으로 되기에는 추상적이고 불명확한 개념으로서 구체적인 표지가 결여된 조항으로 볼 수 있다. 아울러 심판대상 조항은 국가의 이익이나 위신을 실제로 해친 경우뿐만 아니라, 해칠 우려가 있는 경우에도 행위자를 처벌하기 때문에, 학술적인 토론이나 정치적 의견을 교환하는 과정에서 사용된 일부 현실을 풍자한 해학적 표현, 사회에 대한 비판적 표현에 대해서도 형사처벌이 이루어질 우려가 있다. 이처럼 심판대상 조항은 다른 형벌 조항에 비하여 적용범위가 지나치게 넓고, 내용이 불명확하며, 국가에 대한 최소한의 토론과 비판을 규제하고, 표현의 자유 역시 광범위하게 제한하는 내용으로 구성되어 있다.

조금 다른 측면에서 본다면, 심판대상 조항은 형법 등 다른 형벌 조항과도 유기적 연관성이 부족하다. 형법에서는 국가안보를 보위하기 위하여, 외환유치죄(제92조), 여적죄(제93조), 모병이적죄(제94조), 시설제공이적죄(제95조), 시설파괴이적죄(제96조), 물건제공이적죄(제97조), 간첩죄(제98조), 일반이적죄(제99조) 등의 규정을 통하여, 실질적으로 국가안보에 위해를 가한 자들에 대하여 중한 처벌을 예정하고 있고, 국가보안법이나 군사기밀보호법을 통해서도 이러한 국가안보상의 목적을 달성하고 있으므로, 굳이 심판대상 조항을 통하여 국가안보를 도모할 이유는 전혀 없게 된다. 특히 심판대상 조항이 국가안보를 달성하기 위한 수단으로 국민의 표현의 자유를 제한하는 것도 위 형법, 국가보안법, 군사기밀보호법에서의 규제 내용과는 상당히 이질적인 부분이다.

대한민국의 이익이라는 것은 지극히 불명확하고 추상적인 개념이므로, 민주사회에서의 토론과 타협이라는 절차적 정당성을 통하여 상대적이고 가변적으로 이해되

는 것이지 심판대상 조항과 같이 확정적이고 일의적으로 규정될 수 있는 것이 아니다. 진정으로 대한민국의 이익을 보전하는 것은 국민에게 형사처벌을 동원하여 겁박한 다음 확일적인 가치관을 강요하는 것이 아니라, 민주사회에서의 다양한 논의와 토론을 통하여 달성되는 것이므로, 대한민국의 이익을 형사처벌로 달성하는 것은 국민의 기본권을 지나치게 제한하는 것이다.

그리고 국가는 국민들을 대표하는 사회적 조직이라는 점을 고려하면, 그 구성원인 국민들은 자유롭게 국가를 비판할 수 있다고 이해되는데, 결국 국가에 대한 국민의 평가는 사회공동체에 대한 사회공동체 구성원 스스로의 평가로 볼 수 있다. 심판대상 조항을 입법한 군사정부는 국가를 국민과 아예 분리하여 국민들이 추앙해야 하는 존재로 스스로를 신격화(神格化)시킨 다음에, 국가에 대한 국민의 부정적 판단이나 비판에 대해서는 국가의 위신을 해친다는 이유로 형사처벌하고 있는데, 이는 국가에 대한 자유로운 참여와 비판을 전제로 하는 민주주의 정신에도 반할 뿐만 아니라, 헌법상 보장된 표현의 자유를 지나치게 제한하고 있다.

물론 국가가 일정한 업무나 정책을 수립하고 집행하거나, 외교관계를 형성할 때는 일정 부분 국가의 안전, 이익, 위신을 보전할 필요가 있고, 이를 해치거나 해칠 우려가 있는 행위, 즉 심판대상 조항에서 예정하는 비방, 허위사실 유포, 사실왜곡 등의 행위를 방치하지 않고 이를 규제하면서 적극적으로 대응할 필요도 인정할 수는 있다.

그러나 일반 사인(私人)들과는 달리 국가기관은 자신들이 보유하는 방대하고 다양한 정보를 활용하여, 얼마든지 국정을 홍보하거나 여러 사실관계의 진상을 밝힐 수 있고, 비방, 허위사실 유포, 사실왜곡 행위에 대해서도 적극적으로 대응할 수 있으므로, 오히려 이러한 방법이 국가의 안전, 이익, 위신을 효과적으로 보전할 수 있는 방법이고, 이로써 심판대상 조항의 입법목적도 효율적으로 달성될 수 있다.

이러한 사실을 종합하여 헌법재판소는 심판대상 조항을 헌법상 표현의 자유를 지나치게 제한하는 법률로 보았고, 입법목적의 달성을 위하여 기본권을 덜 제한하는 방법을 채택하지 않고, 기본권 제한의 정도가 가장 심한 형사처벌을 수단으로 삼고 있으므로, 침해의 최소성 원칙에 반하는 것으로 보았다.

#### (4) 법익의 균형성

결국 심판대상 조항은 국가의 안전, 이익, 위신을 보전하기 위하여 국가의 안전,

이익, 위신을 해치거나 해칠 우려가 있는 행위를 처벌하기 위하여 제정된 것이다. 그러나 이러한 입법목적은 형사처벌로 달성하는 것이 국가의 안전, 이익, 위신이라는 공익을 달성할 수 있는지는 불확실한 반면, 표현의 자유가 민주사회에서 차지하는 중요성, 심판대상 조항으로 인하여 국민의 표현행위가 규제되는 정도를 고려하면, 기본권 제한의 정도가 매우 중대하므로, 헌법재판소에서는 심판대상 조항이 법익의 균형성 요건도 결여한 것으로 판단하였다.

## 2. 1995년 제3차 형법개정

### 가. 1992년 형법개정법률안의 내용

#### (1) 기본방향

1992년의 형법개정법률안은 ① 헌법정신을 반영하고, ② 형법이론에 비추어 범죄론 규정을 재검토하며, ③ 가치관과 윤리관의 변화에 따른 비범죄화를 검토하고, ④ 사회정세의 변화에 따른 범죄화를 고려하며, ⑤ 형사정책적 요청에 따라 형벌제도를 개선하고, ⑥ 형법과 특별법의 관계를 재조정하고, ⑦ 형법체계와 용어를 개선하고 정비하는 것 등을 형법개정의 기본방향으로 정하였다. 이 중 ② 범죄론 규정의 재검토는 각칙보다는 주로 총칙에 관한 것이고, ⑤는 총칙상의 형벌제도 개선과 함께 각칙상의 형벌제도 개선도 포함하는 것이고 나머지는 모두 총칙보다는 각칙에 관련되어 있는 기본방향이라고 할 수 있다.<sup>88)</sup>

#### (2) 형법개정의 경과

위 형법개정법률안에 관해서는 1985. 6. 법무차관을 위원장으로 하고, 학계, 법조계의 30명의 위원으로 구성되는 형사법개정특별심의위원회가 발족되었고, 이어서 소위원회가 구성되어 형법의 기본방향을 논의하였다. 이후 소위원회는 앞서 본 형법개정의 기본방향에 따라 요강작성단계로 들어갔고, 소위원회가 제76차 회의 끝에

88) 이진국, “형사법제의 쟁점과 전망”, 『법제연구』, 제34호, 한국법제연구원, 2008, pp.89-90.

심의를 완료한 개정요강은 1988. 11. 14.자 전체회의에서 최종적으로 확정되었다.

이어서 소위원회는 3개 분과 위원회로 나누어 조문화 작업을 하여 1988. 11. 6. 개정시안이 작성되었고 다시 위 시안과 법무부 전문위원의 검토안을 조정하여 1991. 11. 법무부의 형법개정시안이 이루어졌고 여기에 학회, 대법원 대한변호사협회 등의 의견조회, 공청회, 행정부처의 의견조회결과 등을 종합하여 내용을 조정한 후 1992. 5. 27. 전체회의에서 전문 제405조의 형법개정안이 확정되기에 이르렀다. 이처럼 마련된 개정안은 그 후 입법예고를 통하여 각계의 의견을 수렴하는 절차를 거쳐 정부안으로서 확정되어 1992. 7. 6. 국회에 제출되었고 1992. 10. 2. 법제사법위원회에 회부되었다. 법제사법위원회는 1992. 11. 3. 형법안심사소위원회를 구성하여, 8회에 걸쳐 축조심의를 행하고, 2회의 공청회(총칙편에 대한 공청회와 낙태죄 및 간통죄에 대한 공청회)를 여는 등 형법개정법률안 심의에 임하였으나 1995. 12. 에 이르기까지 각계의 의견이 일치되지 않은 규정이 있어 별로 진전을 이루지는 못하였다. 위 소위원회는 당시 국회의원의 임기만료가 임박한 상황에서, 해당 법률안이 자동으로 폐기될 위험이 있었기 때문에, 가장 시급하게 개정할 부분을 따로 정리하여 형법개정법률안을 제안하기로 합의하였다. 국회 법제사법위원회는 1995. 12. 1. 소위원회의 심사 보고를 받은 후 정부가 제출한 형법개정법률안은 본회의에 부의하지 않기로 하고 소위원회에서 제출한 형법중개정법률안(대안)을 법제사법위원회안으로 채택하기로 하여 이를 원안의결하였다.

위 대안의 제안 이유는 ① 정부의 형법개정안은 전부개정으로 각계 각층의 의견이 대립하는 부분이 많아 오랜 시간에 걸쳐 충분히 의견을 수렴하고 토론에 부쳐야 할 필요가 있고, ② 1980년대 이후 경제성장으로 신종범죄가 폭증하는 상황에서, 국회의원 임기 만료로 형법개정안이 자동 폐기된다면 처벌의 공백이 생길 우려가 있어, 특별히 제기되는 이견(異見)이 없는 부분을 최소한으로 반영한 부분개정 방식의 형법중개정법률안을 제안한다는 것이었다. 위 대안은 1995. 12. 2. 국회를 통과하여 현재 적용되는 새 형법으로 확정되었다.<sup>89)</sup>

### (3) 규정순서의 정비

현행 형법은 국가적 법익, 사회적 법익, 개인적 법익에 관한 죄의 순으로 규정되

89) 이형국, “개정형법의 총칙분야에 관한 고찰”, 『고시계』, 제41권 제2호, 1996, p.21.

어 있으나, 개인적, 사회적, 국가적 법익에 관한 죄의 순으로 변경하였다. 이는 인간의 존엄성과 가치에 최고의 가치를 인정하는 헌법질서에서는 개인의 존엄을 침해하는 개인적 법익에 대한 죄가 가장 중요하다고 해야 하며, 범죄의 발생과 처벌의 빈도에 있어 개인적 법익에 대한 죄가 대부분을 차지하고 있고, 국가적 사회적 법익에 대한 죄에는 개인적 법익에 대한 죄인 폭행, 협박, 손괴, 체포 또는 감금 등을 수단으로 하는 경우가 적지 않으므로, 개인적 법익에 대한 죄를 먼저 규정하는 것이 편리하다는 것을 이유로 하였다.<sup>90)</sup>

#### (4) 신설된 구성요건

위 개정법률안에서 신설한 구성요건 중에는 새로운 범죄를 규정한 것이 있고, 특별법에 규정되어 있는 것을 옮겨 놓은 것이 있다. 전자에는 인질강요죄, 인질강요상해·치상죄, 인질강요살해·치사죄, 대화비밀침해죄, 자동차등불법사용죄, 컴퓨터등사용사기죄, 편의시설부정이용죄, 가스·전기등방류죄, 음식물오염죄, 환경오염죄, 환경오염치사상죄, 과실환경오염죄, 공전자기록위작·변작죄, 사진자기기록위작·변작죄, 부동산강제집행효용침해죄 등이 있다. 후자에는 사고차량등 운전자도주죄, 선박·항공기납치죄, 선박·항공기운항방해죄, 특수상해죄, 특수강요죄, 특수강간죄, 특수공갈죄 등이 있다.<sup>91)</sup>

이들 중 인질강요죄, 인질강요상해·치상죄, 인질강요살해·치사죄, 자동차등불법사용죄, 컴퓨터등사용사기죄, 편의시설부정이용죄, 가스·전기등방류죄, 공전자기록위작·변작죄, 사진자기기록위작·변작죄, 부동산강제집행효용침해죄는 1995년의 개정형법에 반영되었다.

#### (5) 폐지된 구성요건

위 개정법률안은 전시군수계약불이행죄, 전시공수계약불이행죄, 병역·납세목적단체조직죄, 전시폭발물사용죄, 전시폭발물제조죄, 공용건조물방화죄, 공용건조물일수죄, 아편에 관한 죄, 복표 발매등의 죄, 영아유기죄, 아동혹사죄, 혼인빙자간음죄, 해상강도죄 등을 삭제하였다. 또한 개인적 법익에 관한 죄 중 상습범 가중조항 및

90) 이재상, “형법각칙의 개정방향과 전망”, 『형사법연구』, 제3호, 1990, p.109.

91) 법무부, 『형법개정법률안 제안이유서』, 1992, p.15.

자격정지 병과조항을 삭제하였다.<sup>92)</sup>

그러나 위와 같은 비범죄화의 취지는 제3차 형법개정에 반영되지는 못하였고, 오히려 새로운 시대에 대응하는 신종 범죄에 관한 처벌 규정을 신설하는 방향으로 개정되었다.

## 제4절 헌법재판소 위헌 선언에 따른 비범죄화 결과

### 1. 2009년 혼인빙자간음죄 위헌 결정

#### 가. 혼인빙자간음죄의 내용

구 형법(법률 제293호로 제정되어 제5057호로 개정된 것) 제304조의 혼인빙자간음죄는, 혼인을 빙자하거나 기타 위계(爲計)로써 음행(淫行)의 상습 없는 부녀를 기망하여 간음하는 자를 처벌하기 위한 규정이다.<sup>93)</sup> 혼인빙자간음죄는 음행의 상습이 없는 여성의 성적(性的) 자기결정권을 보호법익으로 하는데, 위 조항에서 언급하는 혼인의 빙자는 그 행위 태양이 확정적으로 규정된 것이 아니라 위계의 한 예시로 해석되고, ‘음행의 상습없는 부녀’란 형법 제302조(미성년자 등에 대한 간음), 제305조(13세 미만 부녀에 대한 간음, 추행)와 관련지어 볼 때 기본적으로는 20세 이상인 성년의 여성을 의미하되, 정조관념(貞操觀念)이 약하여 특정인이 아닌 불특정 다수를 상대로 성생활을 하는 자는 보호대상에서 제외하는 것으로 해석된다.

외국의 입법례에 의하면, 미국의 경우에는 대부분의 주(州)에서 혼인빙자간음죄를 처벌 대상으로 하는 경우는 없고, 일부 주에서만 처벌 규정을 두고 있기는 하나 대부분 사문화(死文化)된 조항으로 여겨지고 있어 실제 기소되는 경우는 없는 것으로 보인다.<sup>94)</sup> 일본의 경우에는 현행 형법이나 구 형법 모두 처벌규정을 두고 있지 않다.<sup>95)</sup> 프랑스의 경우에는 처벌규정이 없고,<sup>96)</sup> 독일의 경우 구 형법에 처벌규정이

92) 법무부, 위의 책, pp.15-16.

93) 구 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정되고, 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제304조(혼인빙자 등에 의한 간음) 혼인을 빙자하거나 기타 위계로써 음행의 상습없는 부녀를 기망하여 간음한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

94) 조국, “혼인빙자간음죄 위헌론 소고”, 『형사법연구』, 제21권 제3호, 2009, pp.253-266.

있었으나 형법 개정으로 이를 폐지하였다.<sup>97)</sup> 다만, 쿠바, 루마니아 등 예전에 공산권인 국가나 터키 등 이슬람주의가 보편화된 국가 등 극히 소수의 국가만이 혼인빙자간음죄를 처벌하는 형법 규정을 두고 있다.<sup>98)</sup>

한국은 1953년 고유의 형법이 제정되기 이전에는 일본의 형법을 의용(依用)하였으나, 정작 의용 형법에는 혼인빙자간음죄에 대한 처벌조항이 없었다. 혼인빙자간음죄는 일본 형법 가안(假案)의 영향을 받은 것인데, 이러한 점을 보더라도 혼인빙자간음죄에 대한 고유의 관습이나 사회적 합의가 있었다고 보기는 어렵다. 1992년의 형법 개정법률안에서 혼인빙자간음죄를 폐지하기로 논의된 바는 있었으나, 여성계의 반발에 직면하면서 1995년의 제3차 형법개정에는 반영되지 않았다.

## 나. 헌법재판소의 선례

헌법재판소는 혼인빙자간음죄에 대하여 다수의 합헌결정을 내린 바 있다(헌법재판소 2002. 10. 31.자 99헌바40 결정 등 참조). 선행(先行) 합헌결정의 요지를 보면, 혼인을 빙자하여 이루어진 간음행위는 기본권행사의 내재적 한계를 명백히 벗어난 행위로서 피해 여성의 성적자기결정권을 침해한 것으로 보고 있다. 이 때문에 이러한 간음행위는 여성의 성적자기결정권을 지키기 위한 최소한의 제한으로서, 사회의 질서유지를 위해서도 제한이 불가피하므로, 헌법상 행복추구권이나 사생활의 비밀과 자유가 침해된 것으로 볼 수 없고, 과잉금지 원칙에도 위반되지 않는다는 것이다. 특히 1990년대 후반까지만 해도 한국 사회에서의 실질적 양성평등이 이루어졌다고 보기 어려웠고, 특히 남녀 사이의 성행위에 대한 평가와 인식이 현실적으로 달랐으므로, 당시 헌법재판소에서는 혼인빙자간음죄가 사회적 약자인 여성의 성적자기결정권을 보호하는 것으로서 그 입법목적이 정당하다고 보았다. 아울러 차별의 정도도 평등원칙에 위반될 정도라고 보지도 않았다. 다만, 혼인빙자간음죄의 폐지 여부에 관해서는 입법자의 진지한 접근을 요구하였다.

그러나 선행 결정에는 헌법재판관의 반대의견이 있었다. 즉 혼인빙자간음죄 중에서 ‘혼인을 빙자하거나’ 부분은 헌법 제10조가 보장하는 인간의 자존과 행복추구권

95) 양현아, 김용화, 『혼인, 섹슈얼리티와 법』, 2011, p.15-20.

96) 손병현, “프랑스 형사법상 비형벌화의 의미”, 『형사법의 신동향』, 2013, p.1-47.

97) 최은하, “성적 자기결정권과 최협의의 폭행·협박개념의 위헌성 -성적 강요죄(독일형법 제177조)의 관점에서”, 『피해자학연구』, 제23권 제3호, 2015, pp.121-144.

98) 헌법재판소 2002. 10. 31.자 99헌바40 결정 등 참조.



을 침해한 것으로서, 혼인빙자행위를 다른 위계행위와 같은 것으로 평가하여 처벌하는 것은 과잉금지 원칙을 위반했다고 본 것이다.

아울러 혼인빙자간음죄가 독자적인 인격체로서 자기 책임으로 성적 자기결정권을 얼마든지 행사할 수 있는 여성의 능력을 부정하면서, 여성의 인격권을 침해하면서 여성의 존엄과 가치를 위배하고 있고, 불순한 동기로 이루어진 성행위는 윤리와 도덕의 문제에 불과할 뿐 사회적으로 유해한 행위에도 해당되지 않으며, 형법에 따라 보호해야 할 법익이 없음에도 개인의 내밀한 성적 영역을 처벌함으로써, 여성의 성적자기결정권을 침해한 것이라는 반대의견도 있었다.

## 다. 후속 위헌결정의 내용 - 헌법재판소 2009. 11. 26.자 2008헌바 58 결정

### (1) 제한되는 기본권

헌법 제10조는 개인의 행복추구권과 인격권을 보장하고 있는데, 구체적으로는 ‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.’라고 규정되어 있다. 이러한 개인의 인격권과 행복추구권에는 논리적으로 볼 때 개인의 자기운명결정권이 전제되어야 하는데, 자기운명결정권에는 성적(性的) 자기결정권, 즉 성행위를 할 것인지와 누구와 성행위를 할 것인지를 결정할 권리가 불가분적(不可分的)으로 포함되는 것이다. 심판대상 조항은 혼인을 빙자한 간음행위를 처벌함으로써 남성의 성적자기결정권을 제한하고, 내밀한 사적 영역에서 이루어지는 남성의 성생활을 제한하므로, 헌법 제17조가 보장하는 사생활의 비밀과 자유도 제한한다.

### (2) 목적의 정당성

앞서 본 바와 같이 헌법 제10조는 ‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 지니며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.’라고 규정하고 있다. 또한, 인간이 관습과

도덕이 허용하는 범위에서 국가의 간섭을 받지 않고 자신의 의지에 따라 이성(異性)과 애정을 나누는 것은 헌법이 보장하는 행복추구권과 존엄성의 본질적 내용에 해당하므로, 이성 사이의 애정의 자유도 당연히 기본권의 보호 영역에 해당한다. 물론 애정의 자유도 국가안전보장이나 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우라면 법률로써 제한될 수는 있으나, 남녀 간의 내밀한 성적인 자유는 그 인간 본연의 본능과도 연결되는 것으로서, 그 특성상 법률에 의한 제한과는 어울리지 않는 성격을 가지고 있고, 이러한 측면은 위헌성 심사에서도 중요하게 고려되어야 한다.

이성 간에 성행위 과정에서 여성을 흥정이나 매매의 대상으로 삼거나, 미성년자나 심신미약의 여성을 상대로 하거나, 협박이나 폭행 등을 동원하거나, 보건위생 측면에서 위험한 질병이 상대방에게 전염되게 하거나, 성행위 장면을 불특정 다수에게 노출하는 등의 심각한 문제가 동반되지 않는다면, 남녀 사이의 내밀한 관계에 대한 법률이 개입하는 것은 성적자기결정권에 대한 무리한 간섭에 해당한다. 따라서 남성이 앞서 언급한 바와 같은 사회적 해악을 동반하지 않는 방법으로 여성과 성행위를 하는 것은 국가가 개입할 사안이 아니다. 특히 남성이 여성에게 구애하는 과정에는 그 특성을 고려할 때 과장(誇張)이 수반되고, 이러한 측면 역시 남성의 내밀한 성적자기결정권의 영역에 속하므로, 형법에서 혼전(婚前) 성관계를 처벌하지 않는 이상, 혼전 성관계의 과정에서 이루어지는 통상적 유도행위도 처벌되어서는 아니 된다.

또한, 여성이 혼전 성관계를 요구하는 남자와 성행위 여부를 스스로 결정한 이후에 성행위에 동의했다면, 그 자체로도 자기의 진정한 의사에 기한 성행위로 보아야 하는데, 그 이후에 자신의 결정이 착오에 의한 것이라고 주장하면서 해당 남성을 처벌해달라고 주장하는 것은 여성 자신의 성적자기결정권을 부인하는 행위이기도 하다. 남녀 사이의 성행위 과정에서 남성이 결혼을 약속했다고 하여, 그 말을 믿은 여성의 신뢰를 일방적으로 보호하는 것은 그 자체로도 여성을 남성과는 다르게 자기 책임 아래 성적자기결정권을 자발적으로 행사할 수 없는 존재로 보는 것이고, 더 나아가 자신의 운명과 인생을 주체적으로 결정할 수 없는 존재로 보는 것이나 다름없다. 그러므로 심판대상 조항은, 여성을 보호한다는 명분 아래 여성을 유아시(幼兒視)하여 국가가 사실상 여성의 성적자기결정권을 부인하는 셈이 되므로, 헌법 제36조 제1항에 따라 남녀평등의 사회를 지향하고 실현해야 할 국가의 헌법적 의무에도 반하는 것이다. 아울러 성숙한 민주시민이란 자기 스스로 선택한 가치관을

바탕으로 사회공동체 안에서 자신의 책임 아래 각자의 생활에 관한 모든 사항을 스스로 결정하는 사람을 예정하고 있는데, 심판대상 조항은 여성이 자신의 착오로 남성과 성관계를 할 경우 남성에 대한 형사처벌을 통하여 그 신뢰를 무제한적으로 보호해야 한다고 보기 때문에, 결과적으로는 여성의 존엄과 가치에도 역행하는 것이다. 특히 위 헌법재판소 심판 과정에서 중앙행정기관의 장(長)인 여성부장관이 출석하여 심판대상 조항에 관하여 위헌의견을 제시하면서, 여성을 성적 의사결정의 자유도 제대로 행사할 수 없는 존재로 보고 있다고 진술하였는데, 이러한 점 역시 심판대상 조항의 위헌성을 강하게 시사한다고 볼 수 있다.

심판대상 조항에서 규정하는 ‘음행의 상습없는 부녀’란 기본적으로 기혼 또는 미혼의 여성으로 보면서도, ‘불특정인을 상대로 성생활을 하는 습벽’이 없는 자를 제외하고 있는데, 보다 구체적으로는 성매매여성 뿐만 아니라 경제적 대가를 예정하지 않고 다수의 남성과 성관계를 맺는 여성도 보호대상에서 제외되는 것이다. 그러나 ‘음행의 상습 있는 부녀’의 경우라 하더라도 ‘음행의 상습없는 부녀’와 비교할 때 그들의 혼인에 대한 신뢰의 정도가 상대적으로 낮다는 취지를 고려하더라도, 경제적 대가나 자유 분방한 성적 취향 등 다양한 성행위 결정요소가 개입될 수 있기 때문에, 이들을 보호대상 자체에서 제외해야 할 아무런 법적인 근거가 없다. 오히려 심판대상 조항이 보호대상을 ‘음행의 상습없는 부녀’로 한정하면서, 다수의 남성과 성관계를 맺는 여성을 모두 ‘음행의 상습 있는 부녀’로 사회적 낙인을 찍어 보호대상에서 제외하고 있는 것은 전근대적 사회의 가부장적 성관념과 여성에 대한 일방적 정조관념 강요하는 것이 되어 부당한 결과가 초래된다. 결국 심판대상 조항이 보호하려고 하는 것은 정숙하고 경건한 혼인생활이라는 남성우월적 관념에 입각한 고전적인 정조관념에 해당하는 것일 뿐, 여성을 기본권의 주체로서 성적 자기결정권을 보호하기 위한 것으로 볼 수는 없으므로, 헌법재판소에서는 심판대상 조항의 입법목적의 정당성이 인정되지 않는다고 보았다.

### (3) 수단의 적절성 및 피해최소성

특정 행위를 범죄로 규정할 것인지와 어떠한 형벌을 부과할 것인지는 원칙적으로 광범위한 입법형성권이 인정된다. 그러나 해당 법률이 개인의 내밀한 사생활의 영역을 규율하는 경우에는 입법형성권이 상대적으로 제한될 수밖에 없다. 개인의 성행위는 지극히 내밀한 사생활의 영역이므로, 그에 관해서는 개인의 자기결정권에

맡겨야 하는 것이지 국가의 규제와 간섭은 최대한으로 자제되어야 한다. 따라서 다른 영역과는 달리 성적 사생활 영역은 형법적 보호의 필요성, 즉 형벌 부과 필요성을 판단할 때 보다 엄격한 기준을 적용해야 하고, 이러한 행위에 대해서는 중대한 법익에 대한 위험이 명백한 경우에 한정하여, 최소한의 범위에서 최후수단으로 국가형벌권을 행사해야 한다.

설령 백번 양보하여 심판대상 조항에 여성을 사회적 약자로 보아 성적자기결정권을 보호하고자 하는 취지의 입법목적은 정당한 것으로 본다고 해도, 그 목적을 달성하기 위하여 혼인빙자간음행위를 처벌하는 것은 아래와 같은 이유에서 수단의 적절성과 피해최소성에 반한 것으로 보아야 한다.

### ① 국민 일반의 법감정의 변화

사회공동체의 일원인 인간의 개별 행위에 관하여, 그 허용 여부를 단순히 도덕률에 맡길 것인지, 아니면 국가가 형벌권을 행사하여 이를 규제할 것인지는 인간 사이의 또는 인간과 사회 사이의 상호관계, 시대적인 상황·사회구성원들의 의식 등에 따라 서로 다르게 결정되어야 한다.

한국사회는 다른 나라와 비교할 때 급속한 경제성장으로 개인주의, 성개방의 사고가 확산되고 있고, 선진국과 마찬가지로 성적 영역은 어디까지나 사적인 문제로서 형벌로써 통제할 사항이 아니라는 인식이 생기고 있다. 즉, 성개방의 풍조는 선진국과 마찬가지로 사회현상의 대세가 되었고, 이러한 현상을 거부할 명분은 어디에도 없으며, 전통적 성도덕의 유지라는 사회적 법익보다는 성적자기결정권의 행사라는 개인적 법익이 더 중요하게 받아들여지고 있다.

심판대상 조항은 단순히 남자가 성행위 과정에서 결혼을 약속하여 혼전 성관계를 맺은 여성의 착오를 국가형벌권에 의하여 보호되는 법익에 포함되어야 한다는 점을 전제로 한다. 그러나 한국사회에서 아직까지 1회의 혼전 성관계만으로도 곧 결혼을 예정하는 성적 풍습이 존재한다고 볼 수는 없고, 1회의 경솔한 혼전 성관계를 한 여성에게 정상적인 결혼이나 사회생활을 허용하지 않는다는 내용의 사회적 인식이나 제도가 존재한다고 볼 수도 없다. 이미 한국 사회에는 성과 결혼에 관한 국민의 의식이 많은 부분 바뀌었기 때문에, 여성의 착오로 이루어진 혼전 성관계라고 하여 특별히 다른 성관계와 다르게 국가형벌권까지 동원하여 보호해야 할 필요성 자체가 사라졌다.

그리고, 일원적 가치관만이 강요되던 근대사회와는 다르게, 다양한 가치관이 서

로 공존하는 현대의 다원적 사회에서, 혼인, 직위, 재산 등 혼전 성관계에 개입되는 여러 동기 중에서 특별히 혼인을 빙자한 간음만이 특별하게 사회적 비난의 대상으로 보아야 한다는 논거도 찾기는 어렵다. 따라서 혼인빙자에 의한 간음으로부터 여성을 보호하는 것은 그 의미를 찾기가 어려웠는데, 특히 남성이라 하여 혼인이라는 무기로 여성의 순결한 성을 유린하는 주체로 볼 수도 없고, 여성이라 하여 성의 순결성을 지고지순하게 믿는 존재로 상정할 수도 없어졌다.

## ② 형사처벌의 적정성

법률은 도덕의 최소한이다. 즉, 도덕규범에 맡겨두어야 할 영역까지 도덕의 하위 규범에 해당하는 법률에 함부로 맡겨두어서는 안 되고, 우리의 생활 영역에서 어느 것을 도덕규범에 맡겨야 할지 어느 것을 법률이 직접 규율할 지에 관해서도 신중하게 결정해야 한다. 만일 법률이 도덕의 영역까지 무제한으로 침범하게 되면 그 사회는 법률만능주의에 빠져서 품격있는 도덕관의 형성과 사회발전을 기대하기 어렵게 된다. 특히 성인 남녀가 어떤 형태의 성행위를 하는지 그것은 내밀한 개인의 사적 영역에 속하므로 이를 법률로 규제한다는 것은 바람직하지 않고, 다만 그러한 행위가 외부에 표출되어 사회에 해악을 끼친다는 점이 명백할 때만 법률로 규제해도 충분하다.

혼인을 빙자하여 여성을 간음한 남성은 사회, 직장, 가정 등 여러 방면에서 도덕적인 비난과 각종 제재를 받게 되므로, 굳이 내밀한 사생활 영역에 속하는 혼인빙자간음행위에 대해서 형법으로 처단할 필요가 전혀 없다. 더 심각한 문제로 볼 수 있는 것은, 만일 혼인빙자간음행위를 한 남성이 장래의 결혼생활이 불행할 것으로 예상되는 경우에도, 형사처벌이 두려워서 어쩔 수 없이 혼인한다면, 이는 형법이 개인에게 파탄날 것이 명백한 혼인을 사실상 강요하는 것과 다름이 없으므로, 이는 국가가 개인에게 혼인의 파탄을 떠넘기는 것이나 다름없는 행위로서 지극히 부당한 것이다.

그리고, 성인 여성의 성행위는 형법이 개입할 분야가 아니라 여성 자신의 책임에 맡겨야 하는 영역이고, 다만, 여성의 성적 의사결정에 협박, 폭행, 위력의 강압적 요인이 개입할 경우에 한정하여 사회적 해악 방지하기 위한 한도에서 가해자를 강간죄, 업무상 위력 등에 의한 간음죄 등으로 처단하면 충분하다.

현대 선진사회의 형법이 도덕률에 반하는 개인의 행위라 하더라도, 해당 행위가 개인의 내밀한 사생활에 속하는 것으로서 사회적 해악이 없거나, 법익에 대한 명백

한 침해가 없는 경우에는 국가형벌권이 개입하지 않는 소위 ‘비범죄화’의 경향이 뚜렷해지고 있다. 대부분의 국가는 1970년대 이전에 혼인빙자간음죄를 폐지했는데, 이에 따라 프랑스, 독일, 일본 등은 혼인빙자간음죄에 대한 처벌규정이 아예 없고, 미국의 경우에는 일부 주에서 간통죄와 마찬가지로 혼인빙자간음죄에 대한 처벌규정을 두고 있으나 사실상 사문화되어 기소되는 경우는 존재하지 않는다.

### ③ 형사처벌의 실효성

헌법재판소는 아울러 혼인빙자간음죄의 실효성이 없다는 점도 지적하였다. 실제로 2004년에서 2008년 사이 혼인빙자간음행위 중 고소되는 사건은 1년에 500건에서 700건에 불과했고, 그 중에서도 기소되는 사건은 1년에 평균 30건 미만에 불과했다. 고소 이후에도 수사나 재판 과정에서 피해자의 고소취하로 공소권 없음의 불기소처분이나 공소기각 판결로 종결되는 경우가 대부분이어서, 이미 형벌로서의 위하력은 현저히 약화된 상황이었다.

특히 남성이 여성에게 혼인을 약속하는 것은 대부분 말로 이루어지므로, 여성으로서도 추후에 혼인의 약속 사실을 입증하기 매우 어렵다. 설령 혼인을 약속한 사실이 인정되더라도 남성은 성행위 이후에 부모의 반대, 성격차이, 심경의 변화 등 여러 가지 사정변경을 주장하기 때문에, 고의를 입증하는 것이 결코 쉽지 않다.

사정이 이렇다 보니, 국가가 모든 혼인빙자행위를 일률적으로 처벌하는 것이 역부족이었고, 결국 자의적이고 선별적인 처벌이 이루어지다 보니, 처벌받는 남성으로서도 진지한 반성보다는 ‘재수 없이 걸렸다’는 인식을 갖게 되어, 사법행정의 신뢰가 손상되는 문제가 발생했다.

한편 여성단체 일각에서는 혼인빙자간음죄를 폐지할 경우 혼인빙자간음으로 인한 여성의 좌절, 방황, 결혼의 포기, 심지어 자살 등의 문제가 더욱 빈번해지고, 사회 전체의 성도덕이 문란해질 것이라고 우려하던 견해도 있었다. 그러나, 이미 혼인빙자간음죄를 폐지한 여러 나라에서 성도덕의 문란, 여성의 좌절과 같은 사회적 문제가 증가했다는 아무런 통계적 근거는 발견되지 않아 근거 없는 우려에 지나지 않았다. 또한, 국내나 해외에서 과거의 범집행 실태를 실증적으로 분석하여 혼인빙자간음죄의 일반예방적 효과를 입증하는 연구도 찾아보기 어려우므로, 국가형벌권 행사의 근거 자체가 존립하기 어렵다고 보아야 한다.

한편 혼인빙자간음죄가 과거 한국 사회에서는 남성이 혼인을 빙자하여 여성을 상대로 성행위를 하지 못하게 하도록 억제함으로써, 사회적, 경제적 약자에 속했던

여성의 정조를 어느 정도 보호하는 역할을 담당했고, 여성이 고소취하의 조건으로 남성으로부터 위자료를 받을 수 있어, 여성들에 대한 경제적인 보호 기능도 수행했다.

그러나 현대사회에서는 여성의 사회진출이 활발해지면서, 여성만이 사회적, 경제적 약자라는 전제가 유효하게 적용되지 않게 되었고, 여성도 혼인 여부와 무관하게 성적자기결정을 자유롭게 하는 분위기가 확산되면서, 혼인빙자간음죄는 그 존재이유를 상당 부분 상실했다. 여성의 관점에서 보더라도, 여성이 진정하게 결혼을 전제로 한 남성과 성행위를 할 생각이라면 굳이 혼인빙자간음죄가 없더라도 자율적이고 주체적으로 혼인 시점까지 성행위를 하지 않을 수 있고, 혼인에 관한 남성의 진정성을 확인한 이후에야 성행위를하기로 선택할 수도 있으므로, 국가형벌권까지 동원하여 성행위의 상대방인 남성만을 처벌할 이유도 전혀 없다. 즉 성행위의 상대방 남성만을 혼인빙자의 이유로 처벌하는 것 자체가 오히려 여성을 주체적인 성적 자기결정권을 행사하지 못하는 사회적 약자로 보는 것에 불과한 것이다.

#### ④ 형사처벌로 인한 부작용

형법상 친고죄인 혼인빙자간음죄는 피해자의 고소취하 여부에 따라 공소의 공소제기나 법원의 공소기각 여부가 결정되므로, 가해자의 처벌 여부는 전적으로 상대 여성의 의사에 달려 있다. 이러한 특성 때문에 과거에는 일부 여성들이 혼인빙자간음죄로 고소하겠다고 남성을 협박하여 위자료를 받아내는 수단으로 악용되기도 했는데, 이 경우 여성의 성적자기결정권 보호라는 당초의 입법목적은 전혀 구현할 수 없게 된다. 여성이 남성과의 성행위를 선택하면서 자신의 책임 아래 성행위 여부에 관하여 스스로 결정을 내렸음에도, 위자료를 받을 목적에서나 자신을 버린 남성에게 보복할 목적으로 국가형벌권을 악용한다면, 이는 그 자체로도 국가형벌권이 정당하고 공정하게 행사되고 있다고는 볼 수 없게 되는 것이다.

#### (4) 법익균형성

결국 심판대상 조항은 성생활이라는 개인의 내밀한 사생활 영역을 형사처벌의 대상으로 하여 남성의 사생활의 비밀과 자유, 성적 자기결정권을 과도하게 제한한다. 반면, 심판대상 조항으로 달성되는 공익은 보호의 필요성이 현격히 상실된 ‘음행의 상습없는 부녀’의 성행위 과정에서 발생한 동기의 착오를 보호하는 것인데,

그러한 공익이 침해되는 기본권보다 중대하다고는 볼 수 없으므로, 헌법재판소는 심판대상 조항이 법익균형성을 상실한 것으로 보았다.

## 2. 2015년 간통죄 위헌 결정

### 가. 간통죄의 내용

법률 제293조로 제정되어 법률 제5057로 개정된 구 형법 제241조 간통죄는 다른 사람과 간음한 배우자와 상간자를 처벌하기 위한 규정으로서 혼인제도를 지탱하는 성도덕을 그 보호법익으로 한다.<sup>99)</sup>

간통죄에 관해서는 이미 세계적으로도 형벌을 부과하는 것이 지배적인 입법 추세였다. 구체적으로 보면, 일본은 1947년, 덴마크는 1930년, 프랑스는 1975년, 스웨덴은 1937년, 스페인은 1978년, 독일은 1969년, 스위스는 1990년, 오스트리아는 1996년, 아르헨티나는 1995년에 간통죄를 폐지하였다.<sup>100)</sup>

법무부가 1992년 입법예고한 형법개정법률안을 보면, 간통죄의 폐지가 세계적인 추세인 점, 간통죄 고소가 위자료를 받기 위한 협박의 수단으로 악용되는 점, 성적 문제라는 개인의 내밀한 사생활 영역에 국가형벌권이 개입하는 것이 부당하다는 점, 수사나 재판 과정에서 대부분 고소 취소되어 형벌의 기능이 약화된 점, 형벌의 위하력이나 재사회화의 효과도 거의 없고, 여성의 성적 자기결정권이나 가정의 평온을 보호하기 위한 것인지도 의문이라는 점 등을 이유로 간통죄를 삭제하였다. 그러나 당시만 해도 여성단체가 간통죄 폐지를 반대하고 있었던 분위기였으므로, 법무부는 이러한 의견을 반영하여 새로운 형법개정안에서는 간통죄를 존치시키는 대신에, 법정형을 1년 이하의 징역형으로 낮추고 500만원 이하의 벌금형을 선택적으로 추가하였으나, 해당 법안도 결국 입법으로 완성되지 못했다.

99) 구 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정되고, 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제241조(간통)

① 배우자있는 자가 간통한 때에는 2년이하의 징역에 처한다. 그와 상간한 자도 같다.

② 전항의 죄는 배우자의 고소가 있어야 논한다. 단 배우자가 간통을 중용 또는 유서한 때에는 고소할 수 없다.

100) 최은순, “혼인방자간음과 간통”, 『가정의벗』, 제34권 제11호, 2001, p.20.



## 나. 헌법재판소의 선례

헌법재판소는 과거에 간통죄 규정에 관하여 여러 번 합헌결정을 내렸으나, 일부 반대 의견은 꾸준히 제기되어 왔다. 1990. 9. 10.자 89헌마82 결정에서는 재판관 2인의 헌법불합치 의견과 재판관 1인의 위헌의견이 있었고, 2001. 10. 25. 2000헌바60 결정에서는 재판관 1인의 위헌의견이 있었으나, 법정 의견은 위 89헌마82 결정의 판시를 그대로 유지하면서도 간통죄 폐지 여부에 관하여는 진지하게 입법적 논의가 필요하다는 점을 제시했다. 2008. 10. 30. 2007헌가17등 결정에서는 재판관 4인의 위헌의견, 재판관 1인의 위헌의견이 있었으나, 위헌정족수 6인에 이르지 못하여, 선행 합헌결정이 그대로 유지되었다.

## 다. 후속 위헌결정의 내용 - 헌법재판소 2015. 2. 26.자 2009헌바17 결정

### (1) 제한되는 기본권

헌법 제10조가 보장하는 행복추구권과 인격권은 자기운명결정권을 전제로 하는데, 자기운명결정권에는 성행위 여부와 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권이 포함되어 있으므로, 앞서 살펴본 혼인빙자간음죄 사안과 마찬가지로, 심판대상 조항은 개인의 성적 자기결정권을 제한한다. 헌법재판소에서는 이에 더하여 심판대상 조항은 성생활이라는 개인의 내밀한 사적 영역을 규제하므로 헌법 제17조에 따라 보장되는 사생활의 비밀과 자유도 제한한다.

### (2) 입법목적의 정당성

헌법재판소는 심판대상 조항이 선량한 성풍속(性風俗), 부부 사이의 정조의무, 일부일처제(一夫一妻制)에 기초한 건전한 혼인제도를 보호하는 것으로서 입법목적의 정당성은 인정했다. 심판대상 조항과 앞서 본 혼인빙자간음죄 사안 모두 제한되는 기본권을 사실상 동일한 것으로 판단하면서도, 입법목적의 정당성 부분에 관한 판단은 전혀 다르게 이루어진 것을 알 수 있다.

### (3) 수단의 적절성 및 침해최소성

그러나 헌법재판소에서는 위와 같은 입법목적의 정당성이 인정된다고 보면서도 아래와 같은 사정을 고려할 때 간통행위를 처벌하는 심판대상 조항은 수단의 적절성과 침해최소성이 결여된 것으로 판단했다.

#### ① 간통행위에 대한 국민의 인식 변화

전통적으로 한국 사회는 부부간의 정조의무, 일부일처제의 유지를 중요한 사회적 도덕률로 설정되어 있었고, 그에 따라 혼인한 남녀의 정조 유지도 전통윤리로서 인식되고 있었다. 그러나 급격한 경제성장에 따른 개인주의, 성개방 의식의 확대에 따라, 성과 결혼에 대한 인식이 바뀌고 있고, 가족 구성원의 전통적인 지위나 역할에 대한 인식도 크게 변화하고 있다. 설령 부부간의 정조의무를 위반한 행위가 지극히 도덕관념에 어긋난다고 하더라도, 성과 사랑은 개인에게 맡겨야 하는 문제로써 형벌로 통제할 사항이 아니라는 점을 고려할 때, 국가형벌권의 행사로서 처단할 사항은 아니라는 인식이 생겨난 것이다. 이와 더불어 전통적인 성도덕의 관념, 즉 부부간의 정조의무를 보호하는 측면 못지않게, 개별 사회구성원의 성적 자기결정권을 존중하는 것이 인격권과 행복추구권의 보장 측면에서 더 중요하게 고려되기도 한다.

이러한 사회현상의 양상, 즉 개별 사회구성원의 성적 자기결정권을 중요하게 여기는 사회적 분위기, 전체적인 사회적, 경제적 구조의 변화, 사회구성원의 성과 결혼에 관한 인식의 변화에 따라 배우자 있는 사람이 배우자 아닌 사람과 성관계를 하였다고 하여 국가형벌권을 발동하여 처단하는 것이 과연 적절한지에 대해서 이제 사회구성원의 인식이 일치하지도 않는 상황에 이른 것이다.

#### ② 형사 처벌의 적정성 여부

어떠한 행위를 단순히 도덕의 영역에 맡길 것인지, 아니면 이를 범죄로 규정하여 국가형벌권으로 처단할 것인지는 해당 사회구성원의 의식, 시대적 상황 등에 따라 결정되어야 하는 문제이다. 사회적 생활 영역 모두를 법률이 직접 규율할 수는 없고, 도덕에 맡겨두어야 할 영역도 존재하므로, 해당 행위가 도덕적으로 비난받는 것이라고 하여 이들 모두를 형벌의 대상으로 처단하는 것은 불가능하다.

국가형벌권을 행사하는 것은 사회적 법익에 중대한 위험이 명백한 경우에만 필

요 최소한의 범위에서 최후의 수단으로 활용되어야 한다. 성행위와 같은 개인의 내밀한 사생활의 영역에 속하는 부분은 그 권리와 자유의 성질에 비추어 볼 때, 개인의 자기결정권에 맡겨야 할 것이지, 국가는 간섭과 규제를 발동할 사안으로 보기는 어렵다. 어디까지나 성인 남녀가 자발적으로 서로 만나 성행위를 하는 것은 자유롭고 내밀한 사생활 영역에 속한다. 물론 그러한 성행위에 관한 내용이 외부에 표출되고 사회일반의 건전한 공서양속(公序良俗)을 해치는 경우에는 법률로써 규제할 필요가 있겠으나, 얼마든지 성도덕에 맡겨 질서를 잡을 수 있는 내밀한 성생활의 영역에도 국가가 일일이 개입하여 형벌로 차단한다면, 이는 사생활의 비밀과 자유, 개인의 성적 자기결정권을 본질적으로 침해하는 것이다.

비록 도덕적이지 않은 행위도 구체적 법익에 대한 명백한 침해가 없거나 사회적 해악이 크지 않다면, 이는 개인의 내밀한 사생활로서 국가권력이 함부로 개입할 수 없다는 것이 현대 형법의 비범죄화 정신이므로, 이에 따라 세계적으로도 간통죄는 이미 폐지되고 있었던 상황이다.

### ③ 형벌의 실효성 여부

심판대상 조항은 일부일처제에 기초한 혼인제도를 보호법익으로 하고 있었으나, 일단 간통행위가 발생한 이후에는 혼인생활을 유지하는데 전혀 도움을 주지 못하고 있었다. 그 이유는 간통죄는 친고죄인데, 피해자가 고소권을 행사하려면 이혼소송을 제기하거나 혼인이 해소된 이후라야 가능했기 때문이다. 따라서 피해자가 고소권을 행사한다면 가정은 당연히 파탄에 이르게 되고, 설령 피해자가 나중에 고소를 취소하더라도 부부 사이에 극도로 악화된 감정이 원래의 상태로 회복될 수는 없으므로, 간통죄는 가정질서와 혼인제도를 보호하는데 전혀 기여할 수 없다. 상식적으로 고려해보아도 간통죄로 이미 처벌받은 사람은 고소한 배우자와 재결합할 가능성은 거의 없으므로 형사처벌 과정에서 오히려 부부갈등이 심화되면서 가정질서를 원만하게 보호할 수도 없게 된다.

결국, 간통행위를 처벌한다는 것은, 간통을 한 배우자가 형사처벌의 위협 때문에 간통행위에 나아가지 못하게 하여 혼인관계가 유지되게 한다는 것인데, 이러한 심리적 사전억제수단에 실효성을 부여할 수 있는지는 의문이다.

간통의 동기는 애정에서 비롯되는 경우와 그렇지 않은 경우를 상정할 수 있는데, 만일 간통이 애정에서 비롯된 경우라면, 부부간에 신뢰와 애정에 기초한 혼인관계는 이미 파탄에 이르렀으므로, 굳이 파괴된 혼인관계를 유지하기 위하여 형벌에 대

한 두려움을 동원할 필요가 있는지 의문이다. 상식적인 사고에 비추어 보더라도, 만일 상대방 배우자에 대한 애정이 있는 경우에는 간통죄 처벌을 감수하고서라도 간통행위를 할 것이므로, 간통행위를 억제할 실질적인 방법으로 보기 어려운 것이다. 만일 간통이 애정에서 비롯된 경우가 아니라고 본다면, 다양한 형태로 이루어지는 성매매의 행태와 인식에서 확인할 수 있듯이 굳이 심판대상 조항이 효율적으로 적용되기는 어려운 것이다. 또한, 국내외의 사례를 보더라도 간통에 대한 처벌을 통하여 형벌의 일반예방적 효과를 거두었음을 보여줄 수 있는 법집행 실태에 관한 실증자료도 존재하지 않는다.

또한, 간통행위가 처벌되는 비율은 1990년대 이래도 계속 낮아지던 상황이었는 데, 간통죄로 구속기소되는 사건은 전체 고소 건수의 10%에도 미치지 못했고, 수사나 재판 과정에서 고소가 취하되어 공소권없음의 불기소처분이나 공소기각 판결로 마무리되는 경우가 상당수여서 형벌로서의 위하력도 사실상 없어졌다.<sup>101)102)</sup>

물론 앞서의 혼인빙자간음죄와 마찬가지로 간통죄를 폐지할 경우 사회의 성도덕이 문란해지고, 간통으로 인한 이혼이 증가할 것이라는 견해가 존재하기는 했다. 그러나 이미 여러 국가에서 간통죄를 폐지한 이후 그 이전보다 성도덕이 특별하게 문란하게 되었다거나, 그로 인하여 이혼이 늘어났다는 통계는 전혀 존재하지 않는다. 오히려 성적 자기결정권을 중시하는 사회적 분위기, 사회구성원의 성관념 변화로 인하여, 간통죄 처벌에도 불구하고 간통행위에 대한 비난 가능성은 상당한 수준으로 낮아졌기 때문에, 형사정책 측면에서의 특별예방이나 일반예방의 효과를 상실하는 한편, 사회구성원 일반의 행위규제 규범으로서의 기능도 상실했다.

한편, 민법 제840조 제1호에 따라 배우자의 간통행위는 재판상 이혼사유가 되고, 민법 제843조, 제806조에 따라 간통행위를 한 사람은 배우자에게 재산상 및 정신적 손해를 배상할 의무를 지며, 법원이 자(子)의 양육이나 면접교섭권에 관한 사항을 결정할 때, 간통행위를 한 배우자에게 상당한 불이익을 줄 수도 있다.

정조의무를 위반한 배우자에 대해서 이러한 민사적 책임 이외에 추가로 형사처벌을 부과하여 부부간 정조의무를 특별히 두텁게 보호할 수 있는지는 의문이다. 왜냐하면 정조의무는 배우자의 신의와 애정, 자율적으로 형성되는 사회 일반과 개별

101) 헌법재판소 2015. 2. 26.선고 2009헌바17,205,2010헌바194,2011헌바4,2012헌바57,255,411,2013헌바139,161,267,276,342,365,2014헌바53,464,2011헌가31,2014헌가4(병합) 전원재판부 [형법제241조위헌소원등] [헌집27-1, 20].

102) 양현아, “포스트 간통죄 폐지: 드러난 성적 자유주의 담론과 묻혀진 피해 배우자의 손해”, 『서울대학교 법학』, 제56권 제3호, 2015, pp.31-38.

구성원의 윤리의식으로 준수되는 것이지, 국가형벌권의 행사로서 강요할 수 있는 성격의 것이 아니기 때문이다.

물론 현실적으로 과거에 사회적, 경제적 약자였던 여성을 보호하는 수단으로 간통죄가 유용했다는 점은 어느 부분 인정된다. 전근대 사회에서의 고질적인 축첩(畜妾) 관행을 언급하지 않더라도, 주로 남성이 간통행위나 불륜의 주체였기 때문에, 간통죄의 존재는 남성들이 간통행위에 이르지 않도록 심리적으로 억제하는 작용을 했다. 또한, 부가적으로 여성이 간통죄 고소를 취하하는 조건으로 남성으로부터 재산분할이나 위자료를 받아냄으로써 여성에 대한 경제적 보호의 역할을 담당하기도 했다.

그러나 급속한 경제성장과 사회변화에 따라 여성의 사회적, 경제적 활동이 활발하게 이루어지면서, 여성의 경제적 능력과 생활능력이 이전과는 비교할 수 없을 정도로 향상되었기 때문에, 여성이라고 하여 언제나 사회적, 경제적인 약자라고 전제하기 어렵게 되었다. 특히 1990년 민법의 개정으로 인하여, 자녀에 대한 친권도 남녀의 차별을 두지 않고 평등하게 보장되었고, 이혼에 따른 재산분할청구권이 부여되는 한편, 특히 주부의 가사노동도 재산형성에 대한 기여로 인정되면서, 여성이 이혼 이후에도 생활토대를 마련할 수 있게 되었다. 아울러 자녀를 양육하는 이혼 여성이 남성에게 양육비를 청구하여 자녀를 양육할 수 있고, 부정행위에 대한 위자료를 받을 수 있게 되면서, 간통죄가 보호하고자 하는 여성의 권리가 두텁게 보호되면서 간통죄의 존재 이유가 상당부분 없어지게 된 것이다.

또한, 간통죄로 고소하려면 이혼이 전제되어야 하므로 만일 여성 배우자가 경제적 능력이 부족하다면 오히려 고소를 꺼릴 수도 있기 때문에, 간통죄가 존재한다고 하여 여성을 반드시 보호한다고 보기도 어렵다. 즉 간통죄가 여성을 보호하는 기능은 사실상 상실되었고, 설령 여성의 사회적, 경제적 지위가 아직 남성에 비하여 열악하다고 하더라도 이러한 점은 달라지지 않는다.

결국, 간통죄는 간통행위를 저지른 사람 중에서 극히 일부에 대해서만 차별적, 선별적으로 처벌해오게 되었고, 잠재적 범죄자를 양산하는 결과만 초래할 뿐, 부부 사이의 정조의무나 사회적인 혼인제도를 보호하는 측면은 그 의미를 잃게 된 것이다. 이러한 점을 종합하면, 가정과 혼인제도를 유지하는 것은 당사자의 자유로운 애정과 의지에 맡길 사안으로서, 국가형벌권의 행사로서 강제될 수 없는 것이므로, 헌법재판소에서는 심판대상 조항을 가정질서와 일부일처제의 혼인제도를 보호하는데 적절하고 실효성 있는 수단이 될 수 없다고 판단했다.

④ 형벌로 인한 부작용

간통죄는 친고죄로서, 고소취하 여부에 따라 검사의 기소 여부나 법원의 공소기각 여부가 결정되는 특성이 있는데, 이 때문에 간통죄가 부부간 정조의무와 건전한 혼인제도의 보호와는 전혀 무관하게 잘못 활용되는 사례도 있다. 간통행위자와 상간자에 대한 고소와 고소취하는 간통행위자의 배우자만이 할 수 있으므로 간통행위자와 상간자의 법적 운명을 결정하는 간통행위자의 배우자로서는 막대한 위자료의 지급을 요구하기도 하는데, 이러한 상황은 유책 정도가 훨씬 큰 배우자의 이혼수단으로 악용되기도 한다. 과거 언론에서는 사회적 명망가나 일시적으로 탈선한 가정주부를 공갈하거나, 상간자로부터 재산을 뜯어내는 수단으로 악용된 사례가 빈번하게 보도되었다.

(4) 법익의 균형성

이처럼 심판대상 조항으로 달성하려는 부부간 정조의무 보호, 일부일처제에 기초한 혼인제도의 보호라는 공익이 존재하지 않거나 그 정도가 미미한 것에 반하여, 국민의 성적 자기결정권과 사생활의 비밀과 자유라는 기본권이 지나치게 제한되므로, 헌법재판소에서는 심판대상 조항이 법익의 균형성을 상실한 것으로 보았다.

### 3. 2019년 자기낙태죄 헌법불합치 결정

#### 가. 자기낙태죄의 내용

구 형법(법률 제293호로 제정되고 법률 제5057호로 개정된 것) 제269조 제1항의 자기낙태죄는 부녀가 약물 기타 방법으로 태아를 사망하게 한 경우를 처벌하기 위한 규정으로서 태아의 생명을 보호법익으로 한다.<sup>103)</sup>

형법 제269조 제2항은 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 자를 제1항과 동일한 형으로 처벌하고, 제3항은 제2항의 죄를 범하여 부녀를 치상하거나 치사한 경우를 가중 처벌하였다. 형법 제270조 제1항은 의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는

103) 구 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정되고, 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제269조 (낙태) ①부녀가 약물 기타 방법으로 낙태한 때에는 1년이하의 징역 또는 200만원이하의 벌금에 처한다.

약종상이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하는 업무상 동의 낙태죄를 규정하고 있고, 제2항은 제2항은 부녀의 촉탁 또는 승낙 없이 낙태하게 한 자를 처벌하고 있으며, 제3항은 제1항 또는 제2항의 죄를 범하여 부녀를 치상하거나 치사한 경우를 가중 처벌했는데, 위 규정 모두 처벌의 예외사유를 전혀 규정하지 않았다.

일정한 요건을 갖춘 낙태를 비범죄화한 대륙법계 국가 상당수는 ‘기간 방식’과 ‘적용사유 방식’을 병행하고 있는데, 그 중 기간 방식은 마지막 월경 기간의 첫날부터 14주 이내의 낙태 중 일정한 요건을 갖춘 것을 비범죄화하고 있다. 미국은 주(州)별로 규제가 다른데, 로 대 웨이드(Roe v. Wade) 판결의 취지에 따라 태아가 독자적 생존능력을 갖추기 전의 일정한 시기에 일정한 요건을 갖춘 낙태를 형사처벌 대상에서 제외하고 있다. 영국은 마지막 월경 기간의 첫날부터 24주 이내의 일정한 요건을 갖춘 낙태를 처벌하지 않고 있다.<sup>104)</sup>

국제연합(UN)이 선진국으로 분류하는 유럽, 북미, 일본, 호주, 뉴질랜드에서 2013년을 기준으로 각 낙태 사유에 따라 낙태 허용 국가의 비율을 조사한 결과, ‘임신 여성의 생명 보호’는 96%, ‘임신 여성의 건강 보호’는 88%, ‘임신 여성의 정신적 건강’, ‘태아의 장애’ 및 ‘근친상간 또는 강간’은 각 86%, ‘사회적, 경제적 사유’는 82%, ‘임신 여성의 요청’은 71%로 나타났다. 1996년과 비교할 때, 임신 여성의 건강 보호’에서는 그 비율이 동일하게 나타났으나, 나머지 6개 사유에서 낙태 허용국가의 비율이 상승했다. 국제연합이 개발도상국 권역으로 분류한 국가들에서도 ‘임신 여성의 생명 보호’만 그 비율이 소폭 감소했을 뿐이고, 나머지 6개 사유에서는 낙태 허용국가의 비율이 상승했다.<sup>105)</sup>

## 나. 헌법재판소의 선례

헌법재판소는 2012. 8. 23. 2010헌바402 결정에서는 자기낙태죄 조항이 임신한 여성의 자기결정권을 침해하지 않았다고 보았고, 조산사 등이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역에 처하도록 규정한 형법 제270조 제1항 중 ‘조산사’에 관한 부분이 책임과 형벌 간의 비례원칙이나 평등원칙에 위배되지 않는다는 취지의 합헌결정을 내렸다.

104) 이기원, “낙태죄의 허용사유에 관한 비교법적 고찰”, 『법학논총』, 제19권 제3호, 2012, pp.401-426.

105) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정 [형법 제269조 제1항 등 위헌소원] [헌집 31-1, 404]

다만, 위와 같은 법정의견에 대해서는, 자기낙태죄 조항이 임신 초기의 낙태까지 일률적이고 전면적으로 금지한다는 점에서 임신 여성의 자기결정권을 침해하여 위헌이고, 이에 따라 형법 제270조 제1항 중 ‘조산사’에 관한 부분 역시 위 범위 내에서 위헌이라는 취지로 재판관 4인의 반대의견이 있었다. 또한, 임신한 여성이 낙태 여부를 충분히 고민한 뒤에 결정할 수 있도록 하고, 의학적으로도 안전하게 시술이 이루어질 수 있도록 조치하는 것을 조건으로 하여, 임신 초기의 낙태를 허용해야 한다는 취지로 재판관 1인의 반대의견에 대한 보충의견이 있었다.

## **다. 후속 위헌결정의 내용 - 헌법재판소 2019. 4. 11.자 2017헌바127 결정**

### (1) 제한되는 기본권

헌법 제10조 제1항은 인간의 존엄성과 행복추구권을 규정하고 있는데, 인간의 존엄성으로부터 개인의 일반적 인격권이 보장되고, 일반적 인격권은 인간의 존엄성과 밀접한 자유로운 인격발현권을 포괄적으로 보호하므로, 개인의 자기결정권은 이러한 일반적 인격권에서 파생된다고 보아야 한다.

자기결정권은 인간이 자기 고유의 생활 영역에서 삶의 방식과 인격의 발현에 관하여 자율적으로 근본적 결정을 내릴 수 있는 권리로서, 인간의 존엄성을 실현하기 위한 수단이다. 인간은 그 자체로서 궁극적 목적이자 최고의 가치로서 대우받아야 하기 때문에, 자기결정권의 목적이자 동시에 근거인 인간의 존엄성은 국가에게 인간의 존엄성을 보호하고 존중할 의무를 부과하고, 어떤 경우에도 인간이 목적, 법의 등을 위한 수단으로 가볍게 취급될 수는 없다.

이러한 국민의 자기결정권은 남녀의 구별 없이 당연히 여성에게도 동등하게 적용되어야 하는데, 특히 여성은 남성과는 달리 임신, 출산을 할 수 있으므로, 이에 관한 결정은 여성의 생애에도 상당히 중대한 영향을 미칠 수 있다.

따라서 여성의 자기결정권에는 임신한 여성이 자기의 신체를 임신상태로 유지할 것인지와 출산할 것인지를 스스로 결정할 수 있는 권리를 포함하여, 존엄한 인격권을 바탕으로 하여 자율적으로 자신의 생활 영역을 형성해 나갈 권리를 모두 포함한다.



자기낙태죄 조항은 태아의 독자적 생존능력이나 발달단계와는 무관하게 임신기간 전체를 통틀어 모든 형태의 낙태를 일률적이고 전면적으로 금지하고 있고, 다만 모자보건법이 정한 일정한 예외에 해당하는 경우에만 낙태행위를 처벌하지 않고 있다. 만일 자기낙태죄를 위반할 경우 예외 없이 형벌을 부과하도록 규정함으로써, 형벌의 위하력(威嚇力)으로 임신 여성에게 임신의 유지와 출산을 강제하고 있으므로, 심판대상 조항은 임신 여성의 자기결정권을 제한하고 있다.

### (2) 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

헌법재판소는 자기낙태죄 조항이 태아의 생명을 보호하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하다고 보는 한편, 낙태를 방지하기 위하여 임신 여성의 자기 낙태를 처벌하는 것을 이러한 입법 목적을 달성하는 데 적합한 수단으로 보았다.

### (3) 침해의 최소성 및 법익의 균형성

태아의 발달단계, 임신 여성의 자기결정권, 자기결정권의 행사를 고려한 법적 보호 수단과 정도, 임신한 여성과 태아의 특별한 관계, 임신중결 결정의 특성, 형벌과 형사제재의 위하력이 예정하는 문제점, 사회적, 경제적 환경의 중대한 변화, 자기낙태죄 조항의 실효성 등을 종합할 때, 자기낙태죄 조항이 모자보건법에서 정한 사유에 해당하지 않는다면 광범위하고 다양한 사회적, 경제적 사유로 낙태갈등 상황을 겪는 경우에도 자기낙태 행위에 대하여 예외 없이 일률적이고 전면적인 형사처벌을 부과하는 것은 임신 여성에게 임신 유지와 출산을 강제하는 것이다. 따라서 형법에 자기낙태죄를 두는 것은 입법 목적을 달성하는데 필요한 최소한의 정도를 넘어 임신 여성의 자기결정권을 제한하는 것이므로, 입법 목적을 달성하기 위한 최소한의 불가피한 수단으로 볼 수 없다.

자기낙태죄 조항이 달성하려는 태아의 생명 보호라는 공익이 중요하다고 하더라도, 결정가능 기간에 발생할 수 있는 광범위하고 다양한 사회적, 경제적 사유를 이유로 낙태갈등 상황을 겪고 있는 경우까지도 낙태를 금지하고 이를 처벌하는 것이 태아의 생명 보호에 기여하는 행위로 보기는 어렵다. 반면, 자기낙태죄 조항에 따른 형사처벌로써 임신 여성의 자기결정권이 제한되는 정도는 매우 크다.

따라서, 자기낙태죄 조항을 제정한 입법자가 임신 여성의 자기결정권과 태아의

생명 보호 사이에서 실제적인 규범 조화와 균형을 이루려는 노력을 충분히 하지 않은 채, 일방적으로 태아의 생명 보호라는 공익에 대해서만 절대적인 우위를 부여한 것은, 위헌성 심사에서 고려되어야 하는 사익과 공익 간의 적절한 균형관계를 달성하지 못한 것으로 보아야 한다.

① 임신기간 전체의 모든 낙태에 대한 전면적·일률적 금지

생명은 인간 존재의 존엄한 근원으로서 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 가치이므로, 인간으로서 형성되는 태아의 생명을 보호하고자 하는 공익은 중대하다. 이 때문에 국가도 자기낙태죄 조항을 태아의 생명 보호를 위한 수단으로 선택하고 있다.

자기낙태죄 조항은 태아의 독자적 생존능력이나 발달단계와는 무관하게 임신기간 전체의 모든 낙태를 일률적이고 전면적으로 금지함으로써 임신한 여성에게 임신의 유지와 출산을 강제하며, 이를 위반한 낙태행위를 모두 처벌하고 있다. 낙태행위가 처벌되지 않는 예외는 모자보건법이 정한 일정한 요건에 해당되는 경우에 불과한데, 국가는 형사제재의 위하력을 통하여 위와 같은 모자보건법의 예외에 해당하지 않는 한 임신의 유지에 따른 신체적, 정신적 부담과 출산 과정에서의 신체, 생명에 대한 위험을 모두 받아들이도록 임신 여성에서 강제하고 있고, 이로써 출산의 결과로 형성되는 모자관계(母子關係)도 사실상 강제하는 셈이다.

② 임신한 여성의 자기결정권에 기한 임신종결 여부 결정의 특성

여성은 임신 이후 약 10개월의 기간 동안 급격한 신체적, 심리적 변화를 겪게 되고, 출산 과정에서는 사망의 위험을 감수한 극도의 고통을 경험하게 된다. 여성은 임신을 유지하는 과정에서 오로지 여성 자신의 신체로써 출산 과정의 고통, 신체적 부담, 심리적 불안감, 사망의 위험까지도 부담해야 한다. 모자관계는 출산이라는 확실하고 객관적인 자연적 발생 사실로 입증되므로, 자연스럽게 여성의 출산은 모자관계의 형성으로 연결되며, 아이를 출산한 여성은 생모로서 아이에 대한 양육을 책임지게 된다.

한편, 여성은 출산 이후에도 무려 20년 가까운 기간 동안 끊임없이 신체적, 정신적, 정서적 노력을 기울여 자녀를 양육해야 한다. 그 과정에서 여성이 처해 있는 광범위하고 다양한 사회적, 경제적 상황에 따라 사회생활에서의 어려움, 학업 계속의 곤란, 경력의 단절, 경제적 부담의 가중이라는 다양한 문제를 초래할 수 있다.

여성이 겪는 이러한 부담과 어려움은 성차별적 관습, 가부장적 문화, 보육여건의 열악성 등의 여러 사회적 문제가 결합될 경우 더욱 가중된다. 여성들은 여전히 임신, 출산으로 사회적, 경제적 생활에서 많은 불이익을 겪고 있는데, 여성들이 일과 육아를 병행하는 데 큰 어려움을 겪는 경우를 흔히 볼 수 있고, 육아 과정에서 남성보다 훨씬 더 큰 부담을 지는 경우가 많다. 통계청 2018년 기준으로 보아도, 기혼여성 취업자 중 결혼, 임신, 출산, 육아, 자녀교육, 가족 부양 등의 이유로 퇴직한 경험이 있는 ‘경력단절 경험자’의 비율은 15-29세의 경우 2.9%로 적은데 반하여, 30-39세의 경우 26.5%, 40-49세의 경우 46.7%로 급증하고 있고 50-54세의 경우에도 23.9%에 이른 것으로 나온다. 이러한 현실은 임신, 출산, 육아로 인한 여성의 퇴직으로 이어져 사회적, 경제적 삶의 단절까지도 초래된다.<sup>106)</sup>

이처럼 임신, 출산, 육아는 여성에게 결정적이고 근본적인 영향을 미칠 수 있으므로, 임신 여성이 일정한 범위 내에서 자기의 신체를 임신상태로 유지하여 출산할 것인지를 결정하는 것은 인간의 존엄성과 자율성에 기초하여 자기의 생활영역을 자율적으로 형성해 나가는 것이다. 이러한 결정은 임신한 여성에게 신체적, 심리적, 사회적, 경제적 결과를 가져오므로 이를 초래하는 상황은 임신한 여성이 처한 여러 상황에 따라 다양하고 복잡한 양상을 보인다. 이러한 점을 고려할 때, 여성이 자신의 임신상태를 유지할 것인지 종결할 것인지 결정하는 것은, 스스로의 인생관, 사회관을 바탕으로 고뇌를 거쳐 결정을 내리는 일종의 전인적(全人的) 결정으로 보아야 한다.

### ③ 생명 발달단계와 자기결정권 행사를 고려한 법적 보호 수단 및 정도

국가에게 태아의 생명권을 보호할 의무가 있더라도, 생명이라는 공통요소만을 이유로 삼아, 생명의 연속적 발전과정에 대하여 언제나 동일하게 법적 효과를 부여해야 하는 것은 아니다. 동일한 생명이라도 범질서가 생명의 발전과정을 일정한 단계들로 구분하고 각 단계에 서로 다른 법적 효과를 부여하는 것은 얼마든지 가능하다. 예를 들어 형법은 태아를 통상적인 낙태죄의 객체로 취급하는데, 진통이 시작된 시점부터는 태아를 사람으로 취급하여 살인죄의 객체가 되기 때문에, 생명의 단계에 따라 생명침해행위에 대한 처벌의 정도도 달라진다. 또한, 태아는 수정란이 자궁에 착상(着床)한 때로부터 낙태죄의 객체로 되는데, 이러한 착상이 수정 이후

106) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정 [형법 제269조 제1항 등 위헌소원] [헌집 31-1, 404]

통상 7일경에 이루어짐에 비추어 볼 때, 그 이전의 생명에 대해서는 형법상 어떠한 보호도 취하지 않음을 알 수 있다. 이와 같이 생명의 전체적 과정에 대해 법질서가 언제나 동일하게 법적인 효과를 부여하고 있는 것은 아니다. 따라서 국가가 생명을 보호하는 입법적 조치를 마련할 때 생명의 발달단계에 맞추어 보호정도나 보호수단을 다르게 정할 수도 있는 것이다.

태아는 일정한 시기가 지나면 모체(母體)를 떠난 상태에서 독자적인 생존이 가능한데, 산부인과 학계에서는 최신의 의료기술과 인력이 뒷받침될 경우 임신 22주 내외부터 독자적인 생존이 가능한 것으로 보고 있고, 세계보건기구(WHO)는 그 시기를 임신 22주로 보고 있다. 물론 의학기술의 발전에 따라 이 시기는 가변적일 수 있으나, 과학적으로는 어느 정도 공감대가 형성되어 있는 것이다. 이와 같이 태아가 모체를 떠난 상태에서 독자적인 생존이 가능하다면 독자적인 생존이 불가능한 경우와 비교할 때 훨씬 인간에 가까운 상태에 도달한 것이다.

한편 임신 여성의 자기결정권이 실질적으로 보장되려면, 임신 여성이 출산 여부나 임신 유지 여부에 관한 결정을 하는데 충분한 시간이 확보되어야 하고, 심사숙고에 따라 전인적 결정을 할 수 있어야 한다. 보다 구체적으로 보면, 여성이 임신 사실을 최초로 인지했다면, 자신이 출산을 감당할 수 있는 것인지 주변의 사회적, 경제적 상황에 비추어 고려한 이후, 국가나 지방자치단체가 제공하는 임신, 출산, 육아 정책에 관한 정보를 참고하고, 주변 지인들로부터 여러 조언을 얻어 신중하게 고려하여, 만일 임신을 원하지 않는다고 한다면, 낙태 수술을 안전하게 시행할 수 있는 전문 의료기관을 찾아 산전(産前) 검사를 받은 다음 실제로 낙태수술을 받기까지 충분한 기간이 보장되어야 타당하다.

이러한 사정을 종합적으로 고려하면, 태아가 모체를 떠나 독자적으로 생존할 수 있는 시점으로 인정되는 임신 22주 내외에 도달하기 이전과, 그와 동시에 착상 시부터 위 시기까지의 결정가능기간, 즉 여성이 임신 유지와 출산 여부에 관한 자기결정권을 행사하기에 충분한 시간이 보장되는 시기까지 낙태에 관해서는 국가가 생명보호의 수단과 정도를 다르게 정할 수도 있다.

#### ④ 임신한 여성과 태아의 특별한 관계를 고려할 때의 생명보호수단

국가가 전면적으로 낙태를 금지하면, 임신한 여성의 자기결정권은 박탈되는 반면에 태아의 생명권은 절대적으로 보호된다. 이와 반대로 국가가 전면적으로 낙태를 허용한다면, 태아의 생명권은 절대적으로 박탈되는 반면에 임신한 여성의 자기결정

권은 보호된다. 이러한 점에 비추어 볼 때, 국가의 입법을 통할 경우 임신 여성의 자기결정권과 태아의 생명권은 완전하게 대립하며 양립 불가능한 것으로 보인다.

그런데, 태아와 임신 여성 사이의 특별한 관계를 고려하면 양자의 관계가 단순히 양립 불가능하다고 단정하기는 어려울 수 있다. 태아는 당연히 모체와는 전혀 다른 생명체이지만, 모체와 밀접하게 결합된 상태에서 생명의 유지와 자신의 성장을 모체에 완전히 의존하면서, 모체와 특별한 유대관계를 맺고 있기 때문이다. 태아와 임신 여성은 서로 의존적이면서도 엄연히 독립적인 형태의 매우 특이한 관계를 형성하고 있다. 임신한 여성에게는 자녀가 출생하면 자녀를 입양 보내지 않는 한 어머니로서 출생한 자녀를 양육할 책임이 생긴다. 즉, 아주 예외적인 사정이 발생하지 않는다면, 임신 여성의 안위(安危)가 곧 태아의 안위이고, 양자의 이해관계는 양립 불가능한 것이 아니라, 서로 그 방향을 같이한다.

이러한 태아와 모체의 이해관계 일치는, 심지어 여성이 낙태로 갈등하는 상황에서도 발생할 수 있다. 임신 여성 중에는 자신의 특별한 사정이나 사회적, 경제적 상황 때문에, 도저히 임신, 출산, 육아를 감당할 능력이 전혀 없을 수도 있다. 낙태를 결심하고 실제로 이를 행하는 여성은 자녀가 출생하더라도 본인뿐만 아니라 태어날 자신의 자녀도 불행할 것이라고 확신하기 때문에 낙태를 결행하는 것이다. 이러한 여성의 판단에 관하여 옳고 그름을 따지기는 어렵다. 다만, 낙태에 관하여 여성에게 이러한 갈등이 전개된다는 상황 자체가 단순히 ‘가해자 대 피해자’의 관계로 태아와 임신 여성의 관계를 확정적으로 판단하기는 어렵고, 실질적인 생명보호를 위해서는 보다 규범 조화적인 해법이 필요하다는 것이다. 이러한 특성 때문에, 단순히 기계적인 형량(刑量)에 따라 태아의 생명권을 위하여 임신 여성의 자기결정권을 희생할 것이 아니라, 규범 조화의 원칙을 고려하여 2개의 기본권을 모두 존중할 수 있는 최적화된 해법을 모색하여야 하고, 특히 국가는 그러한 의무를 부담하는 것이다. 실현을 최적화할 수 있는 해법을 모색하고 마련할 것을 국가에 요청하고 있다.

국가는 낙태에 관하여 형사제재와 이에 따른 위하력으로써 임신 여성만을 처벌하고 있으면서도, 태아의 생명보호를 위한 제도적 개선을 하는 등의 사회적 노력은 적극적이고도 충분하게 하지 못하고 있다.

태아의 안위와 임신 여성의 안위가 서로 깊이 연관되어 있고, 임신 여성의 협력 없이 태아의 생명보호가 불가능하다는 점을 고려하면, 임신 여성의 사회적, 신체적 보호를 보장하지 않고서는 태아의 생명보호를 실질적으로 보장하기 어려운 점을

인식해야 한다. 여성이 원하지 않은 임신을 회피하고 결과적으로 낙태라는 행위를 줄일 수 있는 제도적 여건을 마련하기 위한 사전적, 사후적 조치를 모두 동원하는 것이야말로 태아의 생명을 보호하기 위한 효과적인 수단이다. 아울러 임신 여성이 결정가능기간 중에 낙태를 고민하면서 갈등 상황에 빠졌을 때, 의료진으로부터 충분한 정보를 제공받고 심리적인 상담을 받으면서 낙태 여부와 임신 유지 여부를 심사숙고하게 하는 한편, 여성의 출산, 육아를 가로막는 사회적·경제적 조건(예를 들면 경력 단절의 문제)을 적극적으로 개선하는 노력을 기울이는 것이 낙태로의 유인(誘因)을 줄임으로써, 태아의 생명을 실질적으로 보호할 수 있다.

#### ⑤ 자기낙태죄 조항의 실효성

헌법재판소에 주목한 것 중 하나는 앞서 서술한 혼인빙자간음죄의 경우와 같이, 자기낙태죄의 경우에도 본 것은 자기낙태죄 조항이 형벌로써의 실효성을 사실상 상실했고, 이 때문에 태아의 생명을 보호하고자 낙태를 감소시키고자 하는 입법목적은 적절하고 실효성 있게 달성하지 못하는 것으로 보고 있다.

넓은 의미로 살펴보면, 임신 여성이 낙태 여부를 고민하고, 낙태를 결정할 때 형사제재와 그 위하력 때문에 낙태하지 않은 경우는 거의 없고, 이 때문에 여성에게 출산과 임신 유지 강제하는 효과는 매우 제한적이다. 사회에 존재하는 다양한 윤리적 관점에도 불구하고, 수많은 사회와 시대에서 여성들은 형벌의 위협을 무릅쓰고 자신의 생명과 건강의 위협을 감수하면서도 자기낙태를 통해서 원하지 않는 임신을 피해왔다. 임신 여성이 심사숙고 끝에 낙태 결정을 내리는 상황에서는, 임신 여성은 양육에 관한 사회적, 경제적 상황과 자신의 부담, 태어날 자녀의 미래의 인생, 태아의 생명을 박탈하는 것에 대한 윤리적 고뇌를 거쳐 낙태 결정을 내렸기 때문에, 자기낙태죄 조항이 임신의 유지, 낙태의 방지, 출산의 강제라는 목적을 달성하는데 그 효과가 극히 제한적이다.

한국형사정책연구원은 2011년에 만 16세 이상의 여성 1,000명을 대상으로 낙태갈등 상황에서 낙태를 선택하지 않은 요인과, 출산을 선택한 요인에 관하여 실태조사를 하였다. 낙태를 선택하지 않은 요인으로는 ‘자신의 신체적 부담’이나 ‘태아에 대한 도덕적 부담’을 들었으나, 이러한 요인들만으로는 실제 낙태를 방지하지는 못한 것으로 드러났다. 출산을 선택한 요인으로는, ‘낙태 이후에 불임(不妊)이 될까봐’, ‘상대 남자가 아이를 원해서’, ‘아이를 낳아 키우는 것이 더 낫기 때문’ 등의 실용적 이유를 들었다. 여성들이 낙태 여부를 고민하거나 출산을 고민하는 요인에 낙태가

불법적인 것으로서 형사처벌될 위험이 있다는 점은 전혀 고려되지 않은 것이다.<sup>107)</sup>

한편 2006년부터 2013년까지의 대검찰청 자료에 따르면, 낙태 범죄로 기소된 건수는 1년에 10건 이하에 불과했는데, 2011년 당시 보건복지부 자료로 확인되는 사실, 즉 2010년 기준으로 약 17만 건의 낙태가 이루어졌다는 사실에 비추어 볼 때, 자기낙태죄 조항은 사실상 사문화(死文化)되어 현실에서 거의 적용되지 않은 상황이었다.<sup>108)</sup>

의료계의 연구결과에 의하면, 과거와는 달리 남아선호사상이 약화되고, 다양한 형태의 피임이 늘어났으며, 국민소득이 증가하고 여성의 경제적 지위가 향상되면서, 낙태율이나 낙태건수는 계속 감소하는 것으로 보인다. 다만, 이러한 낙태율이나 낙태건수의 감소에 자기낙태죄 조항이 기여했다고 볼 근거는 없다.

이처럼 낙태갈등 상황에서 형벌의 위하가 임신한 여성의 임신종결 여부 결정에 미치는 영향이 제한적이라는 사정과 실제로 형사처벌되는 사례도 매우 드물다는 현실을 보면, 자기낙태죄 조항이 낙태갈등 상황에서 태아의 생명 보호를 실효적으로 하지 못하고 있다고 볼 수 있다.

#### ⑥ 형사제재 및 그 위하력의 한계와 문제점

자기낙태죄 조항은 모든 낙태를 일률적, 전면적으로 범죄로 규정하고 있고, 모자보건법이 정한 아주 좁은 예외에서만 낙태를 범죄로 보지 않고 있다. 따라서 국가는 언제든지 마음만 먹으면 낙태행위를 전면적으로 단속하여 낙태 여성을 수사하여 처벌할 수 있다. 그러나 국가가 언제나 낙태를 불법한 것으로 취급한 것은 아니다. 과거 1980년대 초반까지 인구 억제정책을 전면적으로 시행할 때에는 오히려 국가가 임신중절수술을 장려하거나 알선하는 한편 여성의 낙태를 묵인하기도 했다. 그러면서 2000년대 이후 저출산 문제가 심화되면서 보건복지부는 ‘임신중절수술을 불법적으로 시행하거나 광고하는 의료기관’을 신고하라는 공익광고를 내보냈는데, 이처럼 국가는 인구정책의 변동에 따라 자기낙태죄 조항을 적극적으로 적용하기도 하고 소극적으로 방치하기도 하는 것으로서, 해당 형벌조항의 신뢰도를 완전히 떨어뜨리고 있다.

오히려 여성이 낙태갈등 상황에 처할 경우 형사제재의 위하력 때문에 낙태 여부

107) 박형민, 『낙태의 실태와 대책에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 2011, pp187-201.

108) 이정원, “낙태죄의 구조와 문제점 - 독일형법에서의 낙태죄 규제와의 비교를 중심으로”, 『법제연구』, 한국법제연구원, 2018, pp.193-216.

와 관련하여 사회적인 소통과 논의에 참여하지 못하고 있고, 의료진으로부터 충분한 제공을 받거나 주변으로부터 정신적 지지를 받지도 못한 채 불법적이고 음성적인 방법으로 낙태를 시행하고 있다. 낙태에 관한 모자보건법에 다른 좁은 예외에 해당되지 않는다면, 그 낙태는 일률적, 전면적으로 불법적인 범죄행위로 규정되므로, 낙태에 관한 적절한 상담이나 교육이 불가능하고, 임신 여성에게 낙태에 관한 정확한 정보가 제공될 수 없다. 이 때문에 임신 여성은 비싼 수술비에 불법적이고 음성적인 낙태 수술을 받아야 하고, 심지어는 낙태죄가 비범죄화된 국가에 원정을 나가 수술을 받아야 하는데, 수술과정에서 후유증이나 사고가 발생해도 구제를 받기가 어렵고, 수술 전후로도 의료진의 상담, 간병 등의 서비스를 받기도 불가능하다. 비싼 수술비를 감당하지 못하는 여성들, 특히 경제적으로 취약한 미성년자나 저소득층 여성들은 적절한 시기에 안전한 수술을 받지 못한 채 불법 낙태 수술에 의존하게 되고, 만일 수술 시기를 놓쳐 미쳐 낙태하지 못하고 출산하는 경우 영아유기나 영아살해의 범죄를 저지르기도 한다.

또한, 자기낙태죄 조항은 가사, 민사 분쟁의 압박수단 등으로 악용되거나, 헤어진 상대 남성을 상대로 한 보복이나 괴롭힘의 수단으로 악용되어, 태아의 생명보호를 위한다는 본래의 목적과 무관하게 작용하기도 하는데, 보다 구체적으로 보면, 배우자가 이혼소송 과정 도중에 위자료나 재산분할청구에 대한 적극적인 방어수단으로 낙태행위를 고소하겠다고 협박하거나, 자신으로 인해 아이를 임신한 여성이 낙태수술을 받은 후 자신을 만나지 않으려 한다는 이유로 상대 남성이 자기낙태죄로 고소하겠다는 협박하는 경우를 들 수 있다.

### ⑦ 사회적, 경제적 사유로 인한 낙태갈등 상황의 중대성

자기낙태죄의 위법성을 조각하는 사유는 모자보건법에서 정한 예외에 해당하는데, 본인이나 배우자의 우생학적·유전학적 정신장애나 신체질환, 본인이나 배우자의 전염성 질환, 강간이나 준강간에 의한 임신, 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 사이의 임신, 모체의 건강에 대한 위해 우려 등 너무나도 좁은 예외라 실질적으로 여성의 복리와 안전을 보장하기는 불충분하다.

물론 위의 모자보건법에서의 사유를 들어 형법 제20조의 정당행위나 제22조의 긴급피난으로서 위법성 조각이 가능하기는 하고, 임신의 유지와 출산에 대한 기대가능성이 없음을 이유로 책임조각이 가능하다고 보는 시각도 있으나, 실제 수사나 재판 실무에서는 매우 한정적이고 제한적인 사유들이다. 위 사유에는 ‘임신 유지



및 출산을 힘들게 하는 광범위하고 다양한 사회적, 경제적 사유' 즉, 낙태갈등 사유가 전혀 포함되지 않아, 임신 여성의 자기결정권을 보장하기에는 너무나도 부족하다.

보다 구체적으로 살펴보면, 소득이 불안정하거나 충분하지 않은 경우, 직장생활이나 학업 등 사회활동에 지장이 있는 경우, 부모 모두 맞벌이라서 어느 일방이 육아휴직을 하기 어려운 경우, 자녀가 이미 있어서 더 이상의 자녀를 감당하지 못하는 경우, 상대 남성과 결혼 계획이 없거나 교제를 지속할 생각이 없는 경우, 임신에 책임이 있는 상대 남성이 낙태를 종용하거나 출산에 반대하거나 명시적으로 육아에 대한 책임을 거부하는 경우, 다른 여성과 결혼하여 살고 있는 남자와 성관계하여 임신한 경우, 미성년자가 원치 않은 임신을 한 경우, 아이를 임신했는데 그 이후 상대 남성과 헤어진 경우, 혼인이 사실상 파탄에 이른 상태에서 아이를 임신한 경우 등과 같이 광범위하고 다양한 사회적, 경제적 사유가 존재할 수 있다. 그럼에도 자기낙태죄 조항은 이러한 사유를 전혀 고려하지 않은 채 낙태갈등 상황에서도 예외를 인정하지 않고 임신의 유지와 출산을 강제하고 있으며, 낙태에 관해서는 일률적인 형사처벌을 부과하고 있다.

이처럼 자기낙태죄 조항은 출산과정에 수반되는 신체적 고통, 위험과 임신 유지로 인한 신체적, 심리적 부담을 여성에게 강제할 뿐, 임신 여성이 처해 있는 광범위하고 다양한 사회적, 경제적 사유를 형사제재의 예외로 인정하지 않고 있어서, 현대 한국 사회에서는 임신, 출산, 육아 과정에서의 금전적 부담, 학업 계속과 직장근무 등 사회생활의 단절 등을 포함한 각종 고통까지 겪을 것을 여성에게 강제하고 있다.

## 제5절 국내에서의 기존 비범죄화의 논의와 동향

### 1. 풍속범죄

형벌은 여러 기능에도 불구하고 사회 구성원에게는 범죄억제력의 측면이 가장 중요한 기능으로 여겨진다. 국가가 보는 측면에서도 사회질서를 유지하기 위하여 범죄억제력을 확보할 필요가 있고, 범죄행위에 대하여 국가가 내리는 처벌은 신속하고 공정하게 이루어져야 한다. 다만, 어떠한 행위가 범죄행위인지를 규정하는 것은 시대변화와 그에 따른 사회적 가치관의 변화에 따를 수밖에 없는데, 만일 국가 권력이 시대적 가치관에 부합하지 않는 처벌을 강제한다면 사회 구성원이 형벌에 대하여 조직적으로 저항할 위험성이 있다.<sup>109)</sup>

이러한 의미에서 형벌이 모든 범죄를 단죄할 수 없다는 인식 아래 형벌의 실질적 일반예방효과를 확보하고 형벌의 보충성 원칙에 충실하기 위한 수단으로 비범죄화에 관한 논의가 시작된 것이다. 즉, 모든 범죄를 소탕한다는 명분 아래 국가의 형사사법기관이 모든 사회작용에 전부 개입하는 것은, 사회 구성원의 저항을 불러올 뿐만 아니라, 보다 근본적으로는 형사사법기관에 과부하를 초래함으로써 중대한 범죄에 대처할 수 있는 자원과 기회를 낭비할 수 있고, 범죄자가 양산되어 거꾸로 형사사법기관의 부담이 증가하여 결과적으로 형벌의 범죄예방효과가 약화될 수 있다는 것이다.<sup>110)</sup>

앞서 본 바와 같이 헌법재판소의 위헌결정에 따라 비범죄화된 범죄는 혼인빙자 간음죄, 간통죄, 낙태죄인데, 이러한 범죄는 소위 풍속범죄에 해당하는 것으로서 공공질서 범죄와 관련해서 많이 논의된다. 이러한 풍속범죄의 경우 지역사회, 가족 등과 같은 비공식적인 통제 방법으로 효율적으로 관리될 수 있기 때문에, 국가나 사회체계를 통제하는데 중요한 요소로 볼 수 없을 뿐 아니라, 이러한 범죄유형의 경우 국가가 도덕적 훈계의 영역까지 담당해야 한다는 점에서 수범자들의 반감을 불러일으킬 뿐이고, 만일 국가가 이러한 범죄유형에 대해 개입하게 되면 국가가 개인의 사생활에 관한 ‘후견인’ 역할까지 도맡게 되어 오히려 국가의 부담만을 증가시킬 뿐이다. 아울러 이러한 풍속범죄가 증가하는 것은 당대 사회적 여건에도 큰

109) 박찬걸, 앞의 논문, pp.99-133.

110) 김일중, 정기상, “과잉범죄화의 극복을 위한 비범죄화에 관한 연구 - 다각적인 접근방안의 모색”, 『저스티스』, 제140호, 한국법학원, 2014, pp.311-333.

영향을 받기 때문에, 이러한 풍속범죄를 단순히 범죄로 여기는 것보다는 현대사회가 낳은 부정적인 부산물로 보아 대응하는 것이 효과적일 수도 있다.<sup>111)</sup>

## 2. 행정법규위반

### 가. 행정법규위반의 범죄화 배경

현대사회로 들어오면서 세계적으로 관찰되는 추세는 행정복지국가로의 전환이다. 과거에는 많은 영역이 사적(私的) 부문에 맡겨졌는데, 이제는 국가가 행정적으로 깊숙이 관여하게 되면서 많은 종류의 행정법규가 제정되었고, 그 행정법규에 따라 국민에게 의무이행을 강제하기 위하여 행정지도, 과태료, 범칙금, 이행강제금, 행정대집행 등 여러 강제수단이 마련되었다.

그러나 이러한 강제수단에도 불구하고 행정법규의 위반이나 의무불이행에 대하여 가장 손쉽고 효율적인 수단으로 여전히 형벌이 개입되고 있는데, 이로 인하여 행정법규위반에 대한 가벌성이 확대되었고 아울러 과잉범죄화 문제가 제기되었다.

행정법규위반 행위에 대하여 형벌이 적용된 원인에 관해서는 대체로 세 가지 이유가 제시되고 있다.<sup>112)</sup> 첫째, 해방 이래 군사정권 과정에서 일반화되었던 원칙 없는 입법이다. 일제시대의 전시법제(戰時法制)는 처벌대상의 범위를 극단적으로 확대하였고, 그 과정에서 형벌은 국가적 목표달성을 위하여 가장 간편한 수단으로 활용되었다. 이러한 경향은, 전쟁을 수행하는 마당에 개인의 주관적 권리에 관한 문제가 중요하게 다루어질 수 없다는 지극히 권위적인 인식에서 비롯된 것이었다. 이러한 인식은 새로운 법체계가 정비되지 못한 해방 이후에도 계속 이어져 정부수립 당시의 혼란을 극복하고 국가체제를 정비하는 동시에 경제발전을 달성하고자 노력하는 과정에서 입법자는 국민들이 행정의무를 이행하도록 강제할 강력한 수단으로서 형벌을 적극적으로 활용하였다.

둘째, 형벌의 범죄억지력에 대한 높은 신뢰 역시 형벌법규를 남용하는 원인이 되었다. 형벌 대신 과태료나 범칙금으로도 충분히 행정목적은 달성할 수 있음에도,

111) 다만, 도박죄나 아편죄 등의 폐지 문제는 엄밀히는 형법이 아닌 특별형법으로 의율하기 위한 목적이기 때문에 순수한 비범죄화 논의로 보기는 어려울 것이다.

112) 김용세, “행정의무위반의 비범죄화 방안에 관한 연구”, 한국비교형사법학회, 『비교형사법연구』, 제5권 제2-1호, 2003, pp.1-30.

금전적 불이익만으로는 전과(前科) 기록이 남지 않아 일반 국민에게 충분히 위하력을 줄 수 없다는 근거 없는 선입견 때문에 국가는 형벌을 활용해왔다. 그러나 형벌의 보충성 원칙에 따라 가장 가벼운 제재를 가하는 것이 현재의 추세이기도 하고, 특히 반도덕적 성격이 열은 행정의무위반의 경우에는 더욱 그러하다.

셋째, 행정의무위반에 형벌권을 행사하는 것에는 행정청의 편의주의적 사무처리 관행에도 원인이 있다. 과태료, 과징금 등 행정질서벌을 부과하고 징수하는 것 역시 행정청의 직무에 속하는데, 행정제재 부과대상이 늘어날수록 행정청의 업무량도 증가할 수밖에 없다. 만일 위반자가 자발적으로 과태료 등을 납부하지 않는다면 행정청은 민사집행을 통하여 징수할 수밖에 없으므로, 그 업무량은 더욱 증가할 수밖에 없다. 반면 행정의무불이행을 국가형벌권 행사의 대상으로 추가시킨다면 행정청은 사법기관에 행정의무불이행 사실을 고발하기만 해도 자신의 의무를 다한 것이므로, 이러한 행정청의 편의주의적 성향 때문에 행정의무위반 행위에 대해서 형벌을 적용해 왔다.

## 나. 행정법규위반에 대한 비범죄화의 필요성

만일 행정청의 편의대로 행정법규위반 행위를 처벌대상 목록에 추가할 경우 사회 구성원의 상당수가 전과자로 전락할 위험이 발생할 수도 있다. 행정법규위반 행위에 대하여는 벌금형을 구형, 선고하는 것이 일반적이라는 점에서도, 과태료나 과징금으로 해결할 수 있는 문제를 형벌로 해결하는 것이 타당한지는 의문이다. 법원의 사건 처리 현황을 살펴보더라도 2007년 기준으로 제1심 형사사건 회부 인원은 1,813,030명인데, 그 중 약식명령이 1,056,908명, 즉결심판이 49,967명으로 전체 사건의 61%를 차지하고, 있다. 이러한 점을 고려할 때 1년에 대략 110만 명이 넘는 벌금형 전과자가 새로 양산되는 상황이다.<sup>113)</sup>

행정법규위반에 대한 과잉범죄화는 형사사법기관에게 무거운 업무부담을 지우는 것으로서, 자연스럽게 사건 심리가 부실하게 이루어지는 문제가 생긴다. 반면 사회적 비난 가능성이 상대적으로 경미한 단순 행정법규위반 행위에 대해서까지 형벌을 부과할 경우 얻을 수 있는 형사사법적 이익은 크지 않다. 대부분의 행정법규위반 행위가 벌금형으로 처리되는 현실에 비추어 볼 때, 벌금형은 부과된 행정의무의

113) 고현환, “행정형벌의 행정질서벌로의 전환에 관한 고찰”, 『토지공법연구』, 제76권, 2016, pp.238-260.

이행을 강제하는데 있어 그다지 큰 효과를 기대할 수 없고, 오히려 이행강제금이나 고액과태료를 부과하는 것으로도 충분히 범죄행위에 대한 교정(矯正) 효과를 볼 수 있다.

마지막으로 행정법규를 근거로 부과된 의무이행 강제수단으로서 행정제재를 부과하는 것이 더 효율적이다. 행정제재는 행정청이 단독으로 부과할 수 있어 상당한 시간이 필요한 형사제재보다 효율적이고, 과징금을 이용하여 불법영득한 수익을 박탈할 수 있다. 또한, 행정제재는 심리적 압박을 통한 간접 강제수단뿐만 아니라 다양한 형태의 직접적인 강제수단을 활용할 수 있다.

따라서 이러한 행정의무위반 행위에 관한 형벌부과 관행을 근절하고 과감히 비범죄화함으로써 형벌 본래의 모습을 회복하고 형사사법기관의 업무부담을 경감하여 중대 범죄수사 및 재판을 충실히 수행할 수 있는 여건을 조성해줄 필요가 있다.

## 다. 비범죄화의 실현 방안

위와 같은 이유로 행정법규위반 행위를 범죄목록에서 삭제할 경우 행정법규에 의하여 부과된 의무이행을 확보하기 위한 수단을 강구하여야 한다. 그러나 형벌의 자리를 직접적인 행정처분으로 대체하는 것은 피처분자에게 가혹한 경우가 많다. 예를 들어 허가조건위반을 이유로 허가 자체를 취소한다든지, 미신고 건축물에 대하여 행정대집행에 의한 철거처분을 하는 것은 행정목적 달성을 초과하여 당사자에게 부수적인 피해를 일으키고, 국가경제 전체적인 견지에서도 그리 바람직한 수단은 아니다.

그리하여 행정법규위반 행위에 대한 형사제재를 철회하였을 때 이를 대체할 수 있는 행정적 제재로서 가장 주목받고 있는 것이 바로 금전적 제재이다. 금전적 제재는 형벌 중 벌금과 가장 유사한 기능을 수행하면서 부차적인 손해를 발생시키지 않는다는 점에서 다른 직접적인 강제제재와 차별화된다.

금전적 행정제재로서 현행법에서 예정하고 있는 것으로는 과태료, 과징금, 범칙금, 부과금, 가산금 등이 있다. 과태료는 행정상의 질서위반에 대한 제재로서 “행정의무위반의 정도가 비교적 가볍고 간접적으로 행정질서를 교란한 위험이 있는 행위에 대하여 부과되는 금전벌”이다. 과징금은 “행정의무위반을 통하여 경제적 이익을 획득한 자에게서 그 이익을 박탈하는 금전적 제재”라고 정의되나 실질에 있어서는 과태료와 명확하게 구별되지 아니한다.

범칙금은 행정청이 법규를 위반한 자에게 일정한 수준의 범칙금을 납부하도록 통고하고, 위반자가 그 통고를 받고 정해진 기간에 범칙금을 납부하면 위반행위에 대한 공소제기를 면하지만, 납부하지 않으면 형사절차가 진행되는 제도이다. 이는 일단 그 부과권한이 행정청에 귀속되기는 하나 형벌이 예정되어 있는 법규위반 행위에 대하여 부과되는 점에서 다른 행정제재와 구별된다.

부과금이란 일정한 공적 사업 수행에 필요한 경비를 다수의 관계자로부터 징수, 조달하기 위하여 부과되는 금전적 부담을 말하는 것으로 오염원배출 부과금이 그 예에 해당한다. 또 가산금이란 신고의무 불이행 등 법규위반 행위에 대하여 경제적 불이익을 예고함으로써 그 의무이행을 확보하려는 제도로서 과징금과 유사한 기능을 수행한다.

이러한 여러 가지 금전적 행정제재 수단을 그 성질에 맞게 적극 활용하여 행정법규상 부과된 의무의 이행을 확보하고 그 외의 부수적인 불이익을 해소하여 줌으로써 행정목적을 원활히 달성할 수 있다.

### 3. 교통범죄

#### 가. 교통범죄에 대한 비범죄화의 필요성

교통범죄에 대하여도 행정법규위반 행위의 비범죄화 필요성에서 논의된 근거가 그대로 적용될 수 있다. 특히 자동차가 현대생활의 필수품으로 자리잡고 있는 상황에서 교통법규위반 행위는 사회적 도덕이나 윤리가치 등을 위반하는 행위가 아니라 우리의 생활에서 빈번하게 발생하는 일상화된 범죄이며, 단순한 질서위반행위 또는 부주의에 의한 과실 행위라는 특성 때문에 비범죄화를 추진해야 할 필요가 있다는 것이다.<sup>114)</sup>

교통법규위반의 경우 비범죄화를 통하여 많은 국민이 전과자가 되는 것을 막아 국민의 생활편의를 도모할 수 있고, 형사사법기관의 업무경감으로 형사사법기관이 중요한 업무에 역량을 집중함으로써 형사사법서비스의 질을 높일 수 있다. 법경제학적인 관점에서 지출은 줄어들고 과태료 수입 등의 수입을 증대시킬 수 있기 때문에 국가재정에도 도움이 될 수 있으며 특히 그러한 과태료 수입을 교통사고를

114) 기광도, 『교통관련범죄의 비범죄화에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 2000, pp.72-73.

막기 위한 시설투자나 운전자 교육 등에 사용할 경우 교통사고를 줄여 인명과 재산피해를 막을 수 있을 것이다.<sup>115)</sup>

## 나. 비범죄화 실현 방안

교통범죄의 비범죄화 실현 방안을 논의하기 위하여는 교통범죄를 일정한 기준에 따라 구분하여 살펴볼 필요가 있다. 교통범죄란 “육상, 해상, 항공의 각종 교통수단의 안전과 원활한 소통을 목적으로 하는 각종 법규를 위반하는 범죄와 그와 같은 교통수단의 운행에 있어서 과실로 인하여 인적, 물적 피해를 야기하는 모든 교통관련 범죄”라고 정의되므로 이 개념에는 단순한 교통질서위반 행위와 교통사고 관련 범죄가 모두 포함되고, 위의 두 가지 범주에 대하여는 각기 다른 논의가 진행되어야 하기 때문이다.

교통질서위반 행위도 아주 경미한 사항으로부터 상당히 중한 질서규범에 이르기까지 그 규정 내용이 매우 다양하다. 첫째, 교통질서법규가 아주 경미한 사항을 규율하고 있는 경우 이에 대한 국가의 개입을 포기하고 단속 보다는 홍보나 계도 활동을 통해 사회적 제재대상으로 삼는 것이 바람직하다는 견해가 있다. 운전자 자신의 신체를 보호하기 위한 안전띠나 안전모 미착용 등이 이에 해당한다. 그러나 원칙적으로 비범죄화에는 동의하지만 이러한 경우에도 국민의 생명이나 신체의 안전을 보호하고 차후 더 큰 위험발생을 예방하기 위하여 과태료와 같은 행정제재를 부과하는 것이 타당하다고 보는 견해가 더 설득력이 있다.<sup>116)</sup>

둘째, 다소 중하기는 하나 교통사고처리특례법상의 10개 예외 조항에는 포함되지 않는 교통질서위반 행위에 대하여는 행정제재로 규율하는 것이 타당하다는 견해가 일반적이다. 이러한 견해는 위와 같은 행위에 대하여 현행 도로교통법에서 범칙금을 부과하는 것으로 되어 있는데 위와 같은 범칙금은 일단 위 행위들을 범죄로 보고 그 집행절차를 간소화하는 것에 지나지 않는다고 파악한다. 따라서 위와 같은 범칙금 규정을 과태료 규정으로 전환하여 순수한 행정제재를 가하는 것이 타당하다고 주장한다. 운전면허증 소지의무나 운전면허 취소, 정지 시 반환의무 위반 행위는 직접적으로 교통질서를 해하거나 위험을 야기하는 행위가 아니라 행정업무의 편의를 위한 것으로 파악되고, 도로교통 연락체계의 정보화로 신분확인이 가능한

115) 대통령자문 국가경쟁력강화위원회, “국가경쟁력 강화를 위한 법질서 확립 방안”, 2008, p.79.

116) 정신교, “교통범죄의 비범죄화”, 『법학연구』, 제31집, 한국법학회, 2008, p.419.

다른 자료의 제시로 대체가능한 의무사항이므로 이를 완전히 폐지하거나 그러한 위반행위에 대하여 규정되어 있는 범칙금을 과태료로 전환하여 완화하는 것이 바람직하다는 견해도 위 견해와 일맥상통한다.

셋째, 교통사고처리특례법상의 10개 예외 조항과 같이 중대한 교통질서위반행위에 대하여는 원칙적으로 형사제재를 부과하지만 자유형 보다는 벌금형을 부과하는 것으로 완화함이 상당하다고 한다. 특히, 교통질서위반 행위는 타인에게 직접적인 피해를 주는 것이 아니고, 반복적으로 발생하는 경향이 있어 그 교육적인 측면을 강화할 필요가 있으므로 입법을 통하여 사회내처우, 즉 사회봉사명령이나 수강명령을 형벌에 대한 부가형이 아닌 독립된 형벌로 도입하여 부과하는 것이 바람직하다는 주장도 있다.

## 4. 마약범죄

### 가. 마약범죄의 비범죄화 주장

마약범죄의 비범죄화를 주장하는 내용을 보면, 마약범죄를 자기신체상해와 같다고 보거나 마약을 사용할 권리도 헌법에서 보장하는 국민의 기본권에 속한다고 보거나 적어도 대마는 다른 마약류와는 달리 비범죄화되어야 한다고 인식을 바탕으로 한다.

첫째, 마약사용 행위는 자기 신체를 상해하는 행위이고, 형법은 자신의 신체를 상해하거나 자살하는 경우 처벌을 하지 않고 있으므로 마약사용 행위는 처벌해서는 안 된다는 것이다. 즉, 마약류 사용행위는 자신의 건강을 해칠 뿐 다른 사람의 법익을 침해하지 않으므로 이를 처벌하는 것은 형벌의 법익보호를 위한 최후수단성 원칙에 위배된다 것이다.<sup>117)</sup>

둘째, 마약류 사용에 대한 처벌은 개인의 행동의 자유, 사생활의 자유 또는 행복추구권을 침해한다는 주장이다. 즉, 타인에게 아무런 해악을 가한 것이 아닌데도 그 행위가 행위자를 해칠 수 있다는 이유로 처벌하는 것은 헌법상 보장된 자유권의 침해이며 타인에게 위해를 가하지 않는 한도에서 자신의 행복을 최대한으로 추

117) 이건호, “마약문제의 해결을 위한 각국의 전략 비교분석, 『한림법학 포럼』, 제15권, 한림법학, 2004, p.17.



구할 수 있는 개인의 행복추구권을 침해한다는 것이다. 이러한 견해에서는 마약류 사용 행위 금지의 주요 논거가 되는 마약류의 사용이 범죄원인이 된다는 주장에 대하여 마약류 사용 후 범죄를 저지르는 경우가 극히 적어 처벌의 근거가 되지 못하며, 마약류 사용자가 구체적인 범죄를 저질렀다고 하더라도 그 범죄에 대하여 형벌권을 행사함으로써 문제해결이 가능하다고 주장한다.<sup>118)</sup>

셋째, 대마의 단순 사용이나 소지 행위는 비범죄화해야 한다는 주장도 있다. 대마의 유해성에 대해서는 아직 의학적 증거가 없고, 마약류 중 대마가 위험성이 가장 적으므로 대마 사용자를 다른 마약류 사용자와는 달리 취급하여야 하며, 형사정책적으로도 위험성이 적은 대마의 단순 사용이나 소지 행위를 비범죄화하여 단속 부담을 줄이고 그 인적, 물적 자원을 마약류 제조나 공급사범의 단속에 투입하는 것이 효율적이라는 것이다.<sup>119)</sup>

## 나. 비범죄화 주장에 대한 비판

이에 대하여 비범죄화를 반대하는 입장에서는 위와 같은 비범죄화 주장이 비현실적이라고 비판한다.

첫째, 마약사용 행위는 자상 행위와 구별되어야 한다. 자상 행위는 자신의 신체를 해하는데 그치지만, 마약사용 행위는 자신의 신체를 훼손함은 물론 사회 전체의 건강을 해치게 된다는 것이다. 즉, 마약사용 행위는 근로의식을 감퇴시키고, 결국 남용으로 인한 만성중독에 빠져 개인의 정신적, 신체적 건강을 해칠 뿐만 아니라 그 사용 상태에 따라 스스로 범죄를 범할 위험성이 크고, 마약류 취득과 관련된 각종 범죄를 유발하므로 사회공공에 위해를 미칠 우려가 크기 때문이다.

둘째, 마약류 사용자를 처벌하게 되면 중독자들은 처벌이 두려워 치료는 받지 않고 은밀한 곳에서 마약류를 계속 남용하게 되고 이로 인하여 범죄활동이 쉬워진다고 하나, 마약류사용 행위를 허용할 경우 은밀히 마약류를 사용하던 자들이 공개적으로 마약류를 사용하게 되고 마약류 사용에 대해 호기심을 가지고 있던 잠재 수요자들도 마약을 사용하게 됨으로써 사용자가 크게 증가할 우려가 있다는 것이

118) 조은석·김광준, 『마약류 확산실태와 21세기 마약류 통제정책의 방향』, 한국형사정책연구원, 2001, p.251.

119) 이은모, “대마의 성질과 그에 관한 현행법상의 규제”, 한국형사정책학회, 『형사정책』, 제7호, 1995, p.327.

다.<sup>120)</sup>

셋째, 대마 허용 주장에 대하여도 그 근거가 미약하다는 비판이 있다. 대마사용의 허용 문제는 의사, 약사, 심리학자, 사회학자, 법조인 등 관련 전문가들의 의견이 충분히 수렴되고 국민의 합의가 전제되어야 하나, 대부분의 과학자, 의학자들은 대마의 유해성에 대하여 법으로 금지하기에 충분하다고 주장하고 있으므로 이를 허용하자는 견해는 성급한 판단에 불과할 수 있다는 것이다.<sup>121)</sup>

## 제6절 배임죄 등 경제범죄 영역에서의 비범죄화 동향

### 1. 반기업정서가 비범죄화 논의에 미치는 영향

앞서 살펴본 바와 같은 광범위한 비범죄화 논의에도 불구하고, 배임죄 등 경제범죄 영역에서만은 비범죄화에 관한 지지여론이 제대로 형성되지 못하고 있다. 오히려 그와는 반대로 기업경영 과정에서의 배임죄에 관해서는 그 적용을 확대해야 한다는 논의가 활발하게 제기되고 있다. 이는 1997년 외환위기 이후 기존의 관치금융, 족벌경영으로 대변되는 대기업 경영진의 독단적인 회사 운영의 폐해가 드러나고, 그에 따라 임무위배행위를 저지른 회사의 대표이사나 임원 등에 대하여 회사업무와 관련한 범죄로 처벌해야 한다는 여론이 높아진 데 따른 것으로 보인다.

한국에서의 반기업정서가 형성되는 주된 원인은, 첫째, 기업이 정부의 특혜나 정경유착에 의한 적폐(積弊)로 인하여 자랐다는 일반 대중의 인식이다. 이로 인해 우리나라에서는 객관적인 분배의 결과보다는 일반 대중이 느끼는 불평등의 감정이 중요하게 다루어져 왔다. 과거 경제개발시대에 정부의 주도 아래 대기업을 중심으로 산업을 지원했던 경제체제가 사회의 기득권과 소외 계층을 구분 짓는데 결정적인 역할을 해왔다. 대기업 등 소수 위주의 경제발전계획은 지원할 산업, 업종에서 기업에 이르기까지 정부가 일률적으로 규율함으로써 ‘일부 국민’에게만 높은 이익을 보장받게 했다. 대다수 국민의 경우 높은 경제적 이윤을 축적할 기회에서 소외

120) 손기호, “마약류 남용사범의 치료와 형사처벌”, 대검찰청, 『강력검사연구논문집 - 강력, 조직폭력, 마약, 방·실화사건수사』, 1993, pp.412-413.

121) 전보경, “마약류 관련법에 대한 형사법적·사회제도적 연구”, 숙명대학교 대학원, 박사학위논문, 2009, p.120.

됴므로써 오늘날 성공한 기업가에 대한 반감을 품게 된 것이다. 이 때문에 한국사회의 일반 대중은, ‘가난한 것은 내 잘못이 아니다.’, ‘일을 열심히 하는 것보다 정치를 잘하는 사람이 성공한다.’, ‘부자는 존경의 대상이 아니라 정당한 내 몫을 뺏은 자이다’라는 생각이 만연하게 되었다. 이런 박탈감은 국민 간의 갈등을 일으키면서, 일종의 반기업정서가 형성되는 계기를 마련하게 되었고, 경제범죄에 대한 엄벌주의 정서가 확산되었다. 오늘날에는 과거의 정부가 주도한 경제성장 과정과 비교할 수는 없지만, 민간경제에 대한 정부의 영향력이 큰 것은 사실이다. 따라서 경제범죄의 비범죄화를 이룩하기 위한 국민 여론의 변화는, 우선 정부가 가진 자원 배분의 강제력을 없앴으로써 정경유착에 따른 부정부패의 근원을 제거하는 것에서부터 시작되어야 할 것이다. 정부의 경제개입이 없다면 시장에는 경쟁만이 남아 모든 기업이 오직 원가절감과 좋은 제품을 공급해 소비자의 선호를 받기 위한 경쟁만 하게 된다. 이렇게 기업이 오직 경쟁력 증진과 소비자 이익 증대에만 노력하면 정경유착의 여지가 없는 깨끗한 기업환경이 조성되면서, 자연스럽게 기업과 기업인에 대한 국민의 감정도 호전될 수 있다.

둘째, 일반 대중이 경제와 기업의 원리에 대해 배울 기회가 절대적으로 부족하고, 또한 오인되는 것에 기인할 것이다. 우선 교육과정에서 중등학교는 물론 대학교양과정에서도 경제학 강좌는 점점 소외되고 있고, 국가시험과 기타 사회 각처에서도 의도적으로 경제학 분야의 출제를 회피하려는 경향을 보인다. 경제 중에서도 기업 행위에 관련된 지식은 자본주의 시장경제를 살아가는 국민에게 실존적으로 필요한 지식인데, 기업에 대한 올바른 지식 부족은 시장경제에서 성공한 자에 대해 막연한 반감을 조성할 뿐만 아니라, 경제범죄의 비범죄화 논의를 저해하는 장애 요소가 되고 있다. 반기업정서에 따라 경제범죄에서의 비범죄화 논의가 저해되는 현상은, 일반 국민을 대상으로 기업과 기업인에 대한 교육을 확충함으로써 완화될 수 있을 것으로 보인다.

셋째, 지금까지의 재벌 기업주들의 잘못된 행태에도 원인이 있다. 한국인들의 반기업정서는 기업 일반이 아니라 재벌과 재벌총수에 대한 부정적 인식 때문에 발생하고 있다. 기업 일반에 대해 일반국민은 ‘호감을 느낀다’는 비율이 37.8%임에 반하여 ‘반감을 느낀다’의 비율은 30.7%이다. 그런데 같은 질문을 재벌에 대해서 제시할 경우 그 비율은 각각 24.6%와 50.6%로 조사되었다. 국민들이 재벌에 반감을 느끼는 이유로는 ‘분식회계(粉飾會計)와 편법상속 등 도덕적이지 않은 경영’이 가장 높게 꼽혔다.<sup>122)</sup>

우리나라에서 재벌이나 기업인에 대한 반감이 유독 큰 이유로는, 먼저 재벌이나 기업인들의 잘못된 행태가 분명히 많았음을 들 수 있다. 이들의 편법상속이나 분식회계와 같은 추태는 상대적 박탈감이 심한 사회 일반 대중에게는 중범죄로 인식될 수 있다. 기업가는 자본주의 시대의 과거 왕과 귀족의 지위를 누린다고 해도 과언이 아닌데, 노블리스 오블리제(noblesse oblige)로 일컬어지는 도덕적 책무를 다하고, 일반 국민보다 훨씬 깨끗하며 모범적인 태도를 가질 때에 이들에 대한 인식이 달라짐과 함께 비로소 경제범죄 분야에서의 비범죄화 논의도 본격화될 수 있다.

## 2. 사법부의 실무 관행이 비범죄화 논의에 미치는 영향

압축적인 경제성장 과정에서 대표이사 등 이사에겐 상법상 광범위한 권한이 부여되어 있다. 그러나 대기업 임원이 업무상배임죄로 처벌받는 사례가 증가하여 관련된 판례가 상당히 축적되어 있는 사정에 비추어 볼 때, 이들의 업무처리 관행에 대한 감독이나 감시가 너무나도 부족한 것은 아닌지 반성적 고려가 필요하다.<sup>123)</sup> 특히 민사소송에서의 징벌적 손해배상 제도가 도입되지 않은 현실에서 배임죄는 기업 경영진을 통제할 수 있는 유일한 수단으로 인식되기도 한다.

이처럼 배임죄의 비범죄화에 관해서는 경영계를 제외하고는 사회적 합의가 충분히 형성되지 못한 배경에는 배임죄 등 경제범죄가 소위 ‘가진 자’의 범죄라는 인식도 큰 영향을 미치고 있고, 특히 재벌의 경우 관대한 처벌을 받는다는 것도 국민 인식에 악영향을 미친 요인이다. 실제로 재벌 피고인은 비(非)재벌 피고인에 비해 법원으로부터 관대한 판결을 받을 가능성이 크고 이러한 경향은 재벌의 규모가 클수록 강해진다는 점이 확인되는 연구결과도 발표되었다. 위 연구는 2000년부터 2007년 사이 법원에서 유죄 판결을 받은 기업인 252명 중에서 기업의 중요 임원이나 지배주주가 자행한 경제범죄 중 피해액이 5억원을 넘는 사기, 횡령, 배임 사건 등을 조사했다. 그 결과 연구대상 기업인 중에서 25%만 실형을 받았고, 나머지 75%는 모두 집행유예로 자유인이 되었는데, 특히 그 중에서도 특히 재벌 회장의 가족이나 중요 임원이 포함된 사건에서는 1심이나 2심 모두 집행유예를 받을 확률이 일반적인 경제범죄 사범들보다 10% 정도나 높았다. 위와 같이 재벌에 대한 관

122) 김재윤, “고위경영자의 횡령·배임죄에 대한 형사책임 강화를 위한 형벌과 양형기준 개혁방안”, 『형사정책』, 제25권 제1호, 한국형사정책학회, 2013, pp.61-88.

123) 구회근, “업무상배임죄와 경영판단원칙-대법원 판례를 중심으로”, 『법조』, 제590호, 2005, pp.55-105.

대한 판결은 강건해서 사건과 범죄자의 특성, 검찰의 기소 편향과 변호사의 능력의 요인들을 통제 한 뒤에도 유지되는 경향이 있다.<sup>124)</sup>

뒤에서도 살펴보겠지만, 현행법에서도 재산 이득액이 50억원 이상이 되는 배임 범죄에 대해서는 최저 5년 이상의 징역에 처하도록 가중처벌하고 있고, 대법원 양형위원회는 배임에 따른 재산 이득액을 다섯 가지 유형으로 구분, 기본 형량을 기준으로 감경 및 가중의 기준을 제시해 최대 11년의 징역에 처하도록 하고 있으나, ‘2015년 대검찰청 정책연구보고서’에 따르면 기업의 최고위 임원이나 총수의 가족이 횡령죄나 배임죄를 저지를 경우 집행유예가 나올 확률이 72.6%인데, 현재 적용되는 횡령죄의 양형기준을 적용하면 그 확률이 28.6%로 떨어졌다.<sup>125)</sup>

다만, 이러한 연구결과를 두고 배임죄에서의 비범죄화가 불필요한 것으로 볼 수는 없다. 왜냐하면 위 연구결과는 어디까지나 재벌기업, 특히 그 임직원 중에서도 최고위직을 대상으로 한 것이고, 재벌기업의 경우 국민경제에 기여하는 바가 크므로 일반 범죄자들과는 다른 수준의 양형 조건을 가지고 있기 때문이다. 따라서 이러한 단편적인 연구결과만으로는 기업인 전체를 대상으로 배임죄 의율이 관대하게 이루어진다고 보기는 어렵고, 이를 배임죄 처벌을 강화해야 한다는 논거로 활용할 수는 더더욱 없는 것이다.

---

124) 최한수, “법원은 여전히 재벌(범죄)에 관대한가?”, 『법경제학연구』, 제16권, 제1호, 2019, pp.89- 110.

125) 김재윤, 앞의 논문, pp.61-88.

## 제4장 경영판단의 원칙을 고려한 배임죄의 비범죄화 방안

### 제1절 배임죄의 비범죄화의 필요성

#### 1. 헌법적 측면

##### 가. 헌법재판소의 선례 - 헌법재판소 2019. 12. 27. 선고 2017헌가 18 결정

###### (1) 제한되는 기본권

이 사안은 영업상 주요 자산에 해당하는 정보를 유출하는 행위에 대하여 배임죄를 적용하는 것이 위헌인지를 심리한 것이다. 헌법 제15조는 원하는 직업을 자유롭게 선택하는 좁은 의미의 직업선택의 자유뿐만 아니라 그가 선택한 직업을 자기가 원하는 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 모두 포괄하여 인정하고 있다.

영업상 주요자산에 해당하는 정보를 유출하는 행위도 직업의 자유에서 보호되는 직업에 해당하는지 문제될 수 있는데, 여기서 말하는 ‘직업’이란 사회적 유해성 여부와는 무관하게 기본적인 생활상의 수요를 충족하기 위하여 이루어지는 계속적 소득활동을 의미한다. 따라서 만약 근로자가 회사의 영업상 주요자산에 해당하는 정보를 유출한 행위가 사회적으로 유해하다고 보더라도, 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 계속적 소득활동의 일환으로 이루어진 이상 직업의 자유의 보호영역에서 제외되지는 않는다.

한편, 제청법원은 심판대상조항으로 인해 직업선택의 자유 및 영업의 자유가 제한된다고 주장한다. 그런데 피고인은 심판대상조항으로 인해 영업상 주요자산에 해당하는 정보를 유출하는 것이 금지되고 이는 이미 선택한 직업을 영위하는 방식과 조건을 규율하는 것이므로, 심판대상조항은 직업의 자유 중에서도 피고인과 같은

근로자의 직업수행의 자유를 제한한다.

직업결정의 자유에 비하여 직업수행의 자유는 상대적으로 그 제한의 정도가 작으므로, 이에 대하여는 공공복리 등 공익상의 이유로 폭넓게 법률상의 규제를 적용할 수 있으나, 이 경우에도 제37조 제2항에 따른 비례원칙이 준수되어야 한다.

### (2) 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

헌법재판소는 심판대상 조항이 업무상 타인의 사무처리자가 계약, 법률 규정, 신의성실의 원칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아 할 것으로 기대되는 행위를 하고, 이에 따라 자신이 재산상의 이익을 취득하거나 제3자가 이를 취득하도록 하여 본인에게 손해를 가한 경우 형사처벌 함으로써 업무상 신임관계의 배반 및 그로 인한 재산상 손해 방지를 위한 것으로서 그러한 입법목적은 정당하다고 보았다. 아울러 업무상 신임관계를 침해한 경우 이를 형사처벌 하는 것은 위와 같은 입법목적 달성에 기여할 수 있으므로, 수단의 적합성도 인정된다고 보았다.

### (3) 침해의 최소성

근로자가 회사의 영업비밀을 유출한 경우에는 부정경쟁방지법을 근거로 처벌할 수 있으나, 구 부정경쟁방지법 제2조 제2호의 영업비밀은 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서 공개되지 않고, 상당한 노력을 통하여 비밀로 유지된 생산방법, 판매방법 등 영업활동에 필요한 경영상, 기술상 정보를 한정적으로 의미한다고 본다. 판례는 영업비밀에 관하여, 상당한 노력을 통하여 비밀로 유지된다는 것은, 그 정보가 비밀로서 고지하고 비밀로서 인식되는 표지를 하고, 해당 정보에 접근이 가능한 대상자를 한정하거나 접근방법을 제한하는 등 해당 정보가 객관적으로 비밀로써 유지되고 있다는 점을 알 수 있어야 한다고 본다.<sup>126)</sup> 즉, 부정경쟁방지법은 판례법리를 통하여 영업비밀의 범위를 실제 법문(法文)보다 더 엄격하게 제한하고 있으므로, 이러한 영업비밀에 해당하는 정보를 유출한 경우에만 업무상배임죄로 처벌할 수 있다고 한다면, 기업의 재산과 기술을 충실히 보호하기로 하는 입법목적은 달성

126) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도3435 판결.

하기에 부족하다.

한편 영업비밀에는 해당하지 아니하나 영업상 주요자산인 정보를 유출한 경우에는 업무상배임죄로 처벌할 수 있다는 것이 확립된 대법원 판례인 것으로 보인다,<sup>127)</sup> 대법원은 기업의 자료를 유출하였다는 사정만으로 업무상배임죄의 성립을 인정하는 것이 아니라, 불특정 다수에게 공개되지 않은 것으로서, 사용자가 상당한 시간과 비용, 노력을 들인 설계도면, 또는 이를 수록한 컴퓨터 파일 등에 대해서만 영업상 주요한 자산에 해당한다고 보고 그 경우에만 업무상배임죄를 구성한다고 하여 영업상 주요자산의 범위를 한정하고 있다.

그렇다면 영업상 주요자산에 해당하는 정보를 유출한 행위를 업무상배임죄로 처벌할 수 있다는 사정만으로 근로자에 대한 형사처벌의 범위가 지나치게 확대되어 근로자의 직업수행의 자유를 과도하게 제한한다고 보기는 어려우므로, 심판대상조항은 침해의 최소성원칙에 위배되지 아니한다.

#### (4) 법익의 균형성

영업상 주요자산에 해당하는 정보를 유출한 행위를 업무상배임죄로 처벌할 경우 근로자들이 기업의 정보를 마음대로 이용할 수 없다는 점에서 직업수행의 자유가 제한되는 것이지만, 그러한 기본권제한은 근로자의 신의칙상 의무 위반 또는 신임관계 침해가 인정되는 경우에만 발생하므로, 그로 인한 기본권제한의 정도가 중대하다고 보기는 어렵다. 반면 우리 기업의 기술수준이 향상되면서 기술력이 가진 가치와 중요성이 높아지고 기업의 기술·정보 유출로 인한 피해 사례 또한 증가하는 상황에서 그러한 정보유출 등 업무상 신임관계의 배반 및 그에 따른 기업의 재산상 손해를 방지하고자 하는 공익은 매우 중대하다. 따라서 심판대상조항은 법익의 균형성원칙에 위배되지 아니한다.

127) 대법원 2005. 7. 14 선고 2004도7962 판결.



## 나. 배임죄에 관한 위헌론

### (1) 죄형법정주의 원칙

헌법 제12조와 제13조에 규정된 죄형법정주의 원칙에 따라 범죄와 형벌이 법률로 규정되어야 한다. 명확성 원칙은 죄형법정주의 원칙에서 파생되는데, 법률이 처벌하는 행위가 무엇인지, 그에 대한 형벌이 무엇인지 누구나 예견할 수 있어야 하고, 그에 따라 자신이 어떤 행위를 할 것인지 결정할 수 있도록, 형벌의 구성요건은 명확하게 규정되어야 한다. 물론 형벌의 모든 구성요건을 서술적 개념으로 단순히 나열할 수는 없고, 일부 광범위하게 규정하여 법관의 보충적 해석이 필요한 규정이라도, 통상적인 해석방법으로 건전한 법감정과 상식을 가진 사람이 형벌 규정의 내용과 처벌의 정도를 알 수 있게 규정했다면 헌법이 요구하는 명확성 원칙에 위배되는 것이 아니다. 특정 규정이 명확한지는 해당 규정이 국민들에게 의미내용을 정확하게 전달하여 예측가능성을 부여하고 있는지, 수사기관에 그 의미를 충분히 전달하여 자의적인 법집행을 배제하고 있는지에 따라 판단할 수 있다. 그런데, 법률 규정의 내용은 그 명시적인 문언뿐만 아니라 입법의 목적, 취지, 연혁과 법률 규정의 체계적인 구조를 종합적으로 고려하여 구체화되기 때문에, 법률 규정이 명확성 원칙에 위배되는지는 이러한 해석방법으로 합리적으로 고려될 수 있는 해석기준이 존재하는지에 따라 결정된다.<sup>128)</sup>

이러한 관점에 비추어 볼 때, 대법원이 정하고 있는 배임죄의 구성요건, 즉 임무위배, 손해 발생의 위험은 추상적이고 불명확한 요건에 해당하고, 개별 법관의 자의적 판단에 따라 달라질 수 있는 내용이기 때문에, 이러한 요건을 적용하여 행위자를 처벌하는 것은 죄형법정주의 원칙이나 명확성 원칙을 위반한 것이나 다름없다. 적어도 배임죄의 구성요건은 예측이 가능하도록 개정될 필요가 있는 것이다. 특히 한국의 경우 대륙법을 계수(繼受)한 성문법(成文法) 국가로서, 법률 그 자체로 행위규범이 도출되어야 하고 관례에 따른 법률의 해석은 보충적인 것이어야 함에도, 배임죄의 경우에는 구성요건의 모호성 때문에, 개별 법관의 판단에 전적으로 의존하는 상황이다.

128) 대법원 2006. 5. 11. 선고 2006도920 판결.

## (2) 배임죄 규정의 모호성

앞서 본 바와 같이 형벌규정은 명확성 원칙이 담보되어야 하므로, 배임죄에 관한 판례의 입장, 즉 “당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 하면 배임죄가 성립된다”는 것은 배임죄의 규정에 명시적으로 규정되지 않은 사항에 관하여 개별 법관의 자의(恣意)가 개입된 국가형벌권의 행사가 가능하여 국민의 기본권이 침해될 수 있다.

물론 일부 견해에 따르면 현대사회의 법률조항은 어느 정도 탄력성과 불명확성이 있어야 빠르고 복잡하게 변해가는 사회에 신속하게 대응할 수 있고, 그렇지 않을 경우 형법이 형평성을 상실하거나 입법적 흠결을 보일 수 있어서, 형법의 명확성을 지나치게 강조하면 탄력성이 희생되는 결과가 발생한다고 보고 있다. 그러나 이러한 견해는 형벌 조항을 지나치게 기능적으로만 해석하는 것이다. 형벌 조항은 사회규범의 최후 보루이고 최소침해적인 수단이어야 하며 그 특성상 보수적으로 규정되어야 함을 고려하면, 국민의 기본권을 탄력성이라는 모호한 기준을 위하여 희생될 수 있다고 보는 것은 헌법의 기본원리를 간과한 견해로 보아야 한다.

## (3) 죄형법정주의 원칙을 바탕으로 한 업무상배임죄 해석

법원의 배임죄에 관한 해석은 죄형법정주의에 전혀 부합하지 않는다. 가장 심각한 문제는 배임죄의 해석이 형법의 문언과 전혀 무관한 방향으로 해석되어 유죄판결이 남발되고 있다는 것이다. 배임죄 규정에는 분명하게 ‘손해를 가한 경우’라고 기재되어 있어서, 그 문언상 해석에 따르면 배임죄가 성립하려면 손해발생이 이미 발생했어야 한다. 그럼에도 판례에서는 꾸준히 ‘실해 발생의 위험’만 있어도 배임죄의 성립을 긍정하고 있고, 특히 현실적인 재산상 손해액이 확정될 필요도 없이 재산상 권리의 실행을 불가능하게 할 염려만 있어도 배임죄의 기수에 이르렀다고 본다.

실해 발생의 위험을 재산손해로 보는 것은 한국의 현실과 해외의 법규정을 제대로 고려하지 않은 것으로도 볼 수 있다. 독일에는 배임죄의 미수범 처벌규정이 없어 배임미수 행위를 무죄로 판단해야 하기 때문에, 실해 발생의 위험만으로도 손해가 발생한 것으로 간주할 수밖에 없는 것이다.<sup>129)</sup> 대법원 판례가 불합리한 것은, 형법에 배임미수의 처벌규정이 있음에도 굳이 실해 발생의 위험만으로도 손해발생을

긍정하여, 결국 배임죄의 가벌성을 확대하고 있기 때문이다.

이를 고려하면 배임죄 판례는 문언에 충실하게 해석하는 원칙에 따라, 법익의 침해 여부를 따져야 하고, 검사에게 입증책임의 원칙을 엄격하게 요구해야 한다. 배임죄 사안에서 검사는 특별한 어려움 없이 사실관계만 정리해놓으면 법관이 이를 보아 배임죄의 유죄판결을 내리고 있다. 이는 배임죄를 위험범으로 보기 때문에 이득액이나 손해액을 제대로 산정하지 않더라도, 실해 발생의 위험에 따른 액수를 손해액으로 추정하여, 배임죄를 인정하기 때문이다. 즉 법원의 실무 관행에 따라 손해를 정확하게 계산하지 않아도 실해 발생의 위험 자체가 손해라고 편리하게 해석해왔기 때문에, 죄형법정주의는 훼손되고, 국가형벌권은 계속 남용되어 왔던 것이다.

## 2. 기업 의욕의 저하

형법이 민사문제에 깊이 관여하면 불법행위자나 악질적인 채무자를 국가형벌권을 동원하여 처단할 수 있기 때문에 민사적 방법이 통하지 않더라도 채권회수 등의 권리행사가 가능해지고, 이 때문에 일정한 범위에서는 긍정적인 효과가 있는 것처럼 보인다. 그러나 민사영역에 국가형벌권을 발동하는 것이 과연 정당한 것인지에 관해서는 법률가들 사이에 의견일치가 이루어지지 않고 있고, 오히려 이러한 국가형벌권의 발동이 국가경제를 위축시킨다는 점에서 문제가 될 수 있다. 과거에는 강력한 검찰이 한국 경제의 투명성을 제고하여 경제성장에 도움이 되는 시대도 있었으나, 지금은 배임죄의 가벌성 확대를 비롯하여 기업 혁신에 두려움을 주는 존재가 되고 있다. 사적 자치는 자본주의의 근본이고, 당사자 사이의 배신에 관한 문제는 사적 자치가 적용되는 민사문제이기 때문에, 선진 자본주의 사회에서 한국처럼 배임죄를 규정하는 국가는 드물다. 기업가가 경영에 실패하면 가장 먼저 제기되는 문제가 배임죄인데, 이미 한국에서는 기업 문제에 배임죄를 포함한 형사법의 개입이 확대되면서, 과잉처벌의 문제가 발생하는 한편, 이에 부담을 느낀 경영자들이 소극적인 의사결정을 반복하면서 자유롭고 창의적인 경제활동에 치명적 장애 요소가 되고 있다.

한국 형법에는 1953년 제정 당시부터 배임죄가 규정되었으나 오랫동안 적용된

---

129) 홍영기, “기업 내 배임죄에서 의무위배 요건에 대한 독일판례 분석 - 특히 브레머불칸 사례를 중심으로” 『안암법학』, 2017, 제52호, pp.65-115.

사례는 거의 없었다. 그러다가 1997년 금융위기와 그 이후의 구조개혁이 본격화 되어 기업의 투명성이 강조된 2000년대 중반 이후 배임죄의 적용이 확대된 것이다. 그런데 2013년을 기준으로 일반 범죄의 무죄율이 1.7%에 불과한 데 비해서 배임죄의 무죄율은 5.4%에 달하는 상황을 보면, 무분별하게 이루어지는 배임죄의 기소와 처벌에는 문제가 있는 것으로 볼 수 있다.<sup>130)</sup>

이처럼 배임죄의 무죄율이 높은 이유는 검찰의 잘못된 기소에도 원인이 있지만, 대법원의 판례가 독일과 일본의 해석론을 아무런 고려 없이 그대로 답습하여 계승했던 것에도 원인이 있다. 독일의 경우에는 배임죄의 미수범을 인정하지 않아 배임죄를 위험범으로 보고 있고, 일본은 배임죄를 위험범으로 보면서도 손해의 개념은 전체재산설을 취하고 있다. 그러나 한국은 배임죄의 미수범 처벌 규정이 있음에도, 실제 손해의 발생이 없더라도 실해 발생의 위험이 있다는 이유로 배임죄의 기수를 인정하기 때문에, 대법원 판례를 고려하는 수사기관으로서는 배임죄의 가벌성을 이들 국가보다 훨씬 더 광범위하게 확장해야 하는 것이다. 이처럼 대법원은 배임죄의 가벌성을 확장해야 한다는 잘못된 신호를 보내고 있고, 검찰은 대법원의 이와 같은 신호를 신뢰하여 단순한 민사사안에서도 배임죄를 적용하여 무리하게 기소하는 것이다.

특히 배임죄의 경우 하급심에서의 유죄판결이 상고심에서 파기되어 무죄가 되고, 하급심에서 이루어진 무죄판결된 것이 상급심에서 파기되어 유죄가 되는 경우도 흔하게 발생하여, 배임죄 사건은 끝까지 가 봐야 아는 것으로도 인식되고 있다. 법원이 이와 같이 불분명하고 모호한 태도를 보이는 것은, 배임죄의 성립 여부에 관하여 분명하게 판단할 수 있는 일응의 존재하지 않기 때문이다. 그 결과 기업인은 대법원의 판단만으로는 자신이 면책될 수 있을지 예측하기 어렵기 때문에, 배임죄의 위험 때문에라도 창의적이고 적극적인 의사결정을 내리지 못하고 있다. 대법원의 판례를 보면 기업인 어느 누구도 배임죄로부터 자유롭고 완전하게 경영할 수 있는 사람은 없고, 사업에 실패할 경우 배임죄로 처벌받을 위험은 건잡을 수 없이 커진다. 궁극적으로는 법원이 배임죄의 구성요건에 관한 기준을 확실하게 제시해야 하는데, 검찰 역시 대법원의 합리적인 기준에 따라 배임죄 기소율을 독일이나 일본처럼 낮추어야 한다.<sup>131)</sup>

130) 박찬걸, “배임죄의 양형기준과 구체적 사례에 있어서 형량의 문제점”, 『법과 정책연구』, 제13권 제2호, 2013, pp.535-569.

131) 이주희, “특정경제범죄가중처벌등에관한법률”상 횡령·배임죄의 양형 관련 문제점 및 개선방안에 관한

### 3. 산업구조의 변화

소위 4차 산업혁명 사회가 도래함에 따라 발생하는 경제상황의 변화를 하나로 정의하기는 어려우나, 가장 두드러지는 현상은 첨단산업 분야에서 경영상 중대 문제에 관한 신속한 의사결정을 들 수 있다. 아래에서 볼 바와 같이 기업가는 막대한 금액의 투자 여부를 신속하게 결정해야 하고, 의사결정의 신속성을 위하여 인공지능기술의 도입이 고려되고 있는 현실에서, 기업가들에게 매번 그 개념조차도 모호한 업무상 배임에 해당하는지를 일일이 숙고하라고 요구하는 것은 앞으로의 경제 현실에 비추어 볼 때 현실적이지 않은 것으로 보인다.

#### 가. 투자규모의 증가

##### (1) ‘반도체 전쟁’에서의 사례

최근 미국과 중국 사이의 무역전쟁에 따라 파생된 ‘반도체 전쟁’에서 한국의 삼성전자와 대만의 TSMC는 반도체 점유율을 두고 치열한 선두 경쟁을 벌이고 있는데, 2위자의 추격을 저지하기 위하여 선두 업체가 막대한 투자를 통하여 기술력을 선점함으로써 일종의 ‘투자 진입장벽’을 쌓는 현상이 두드러지고 있다. 대만 TSMC는 2021년 미화 250억 달러에서 280억 달러(한화로는 27조원에서 31조원) 규모의 설비투자를 진행할 것으로 밝혔는데, 이러한 투자액은 이 회사가 1년 전인 2020년에 투자한 금액인 미화 172억 달러(한화 19조원) 최대 62.4%나 증가한 수치치고, 2020년 세계 5대 파운드리 업체의 총 설비투자액인 미화 244억 달러(한화 27조원)도 넘어서는 ‘역대급’ 규모이다. 이에 대항하는 삼성전자 역시 비메모리(시스템반도체) 관련 투자를 2020년 6조원에서 2021년 12조원으로 늘릴 예정인바, 경영진이 하여야 할 경영판단이 위험성은 점점 높아지는 반면, 경영판단에 필요한 속도는 첨예한 기술경쟁의 여파로 훨씬 빨라져야 할 것으로 보인다.<sup>132)</sup>

삼성은 IT 산업에서도 주도권을 확보해 나간다는 계획 아래, 삼성은 2021년부터 향후 3년간 투자 규모를 총 240조원으로 확대하면서 차세대 통신기술과 인공지능

연구“, 『한국법정책학회』, 제16권 제1호, 2016, pp.339-364.

132) 김현수, “TSMC 사상 최대 설비투자 발표... 삼성전자도 역대급 투자로 추격 예상, 동아일보, 2021. 1. 18.자 기사.

(AI), 로봇 등 신사업에 대규모 투자를 계획하고 있다. 또한, 핵심 IT 산업에서 주도권을 확보하기 위해 절대우위 기술 역량을 주도하면서, 세계 최초로 5G 상용화를 달성한 기술력을 바탕으로 차세대 통신 기술 선행연구와 가상화 네트워크·개방형 기지국 등 차세대 통신망을 위한 적용 연구, 소프트웨어 역량 강화 등에 집중적으로 투자하고 있다. 특히 인공지능(AI), 로봇 등 미래 신기술과 신사업 연구개발 역량을 강화해 4차 산업혁명 주도권을 선도하면서 차세대 네트워크사업 리더로 성장하기 위한 신사업 영역 및 제품 포트폴리오 확장도 추진할 계획이다. AI 분야에서는 글로벌 AI 센터를 설립해 선행 기술을 확보하는 한편, 전세계 거점 지역에 포진한 ‘글로벌 AI센터’를 통해 선행기술을 확보하는 동시에 미래기술육성재단을 통한 연구 지원과 소프트웨어 교육 프로그램을 통해 AI 산업의 저변을 확대하고 고성능 AI 알고리즘을 적용한 지능형 기기를 확대하는 등 연구와 일선 사업에서 모두 절대우위 경쟁력을 확보하기로 했다.

최근 로봇 산업도 신사업으로 육성하기 위해 로봇사업화 테스트포스를 신설해 자체 개발한 첨단로봇 기술을 다양한 분야에서 적용하고 있는데, 첨단산업 분야의 설계와 개발을 위한 슈퍼컴퓨터 활용도 확대하면서 미래 유망 사업의 하나로 각광받는 로봇 분야에서는 핵심 기술 확보와 품팩터 다양화를 통해 ‘로봇의 일상화’를 추진할 계획이다. 디스플레이 분야에서는 노트북, 모니터, TV 등 그동안 LCD가 주도하던 영역으로 차세대 디스플레이 적용범위를 확대하고 있고, 배터리는 소재, 플랫폼 개발 등을 통해 차세대 기술을 선도하며 경쟁력을 높여가고 있다. 이 밖에 첨단 산업 분야의 설계와 개발 등에서 활용도가 높아지고 있는 슈퍼컴퓨터를 통해 미래혁신 기반 인프라를 강화하려는 노력도 이어가고 있다.

이러한 전자산업 분야에서의 동향에 비추어 볼 때, 세계시장에서의 투자규모는 점차 증가하고 있고, 경쟁도 보다 격화되고 있다. 이에 따라 최고경영자의 의사결정의 위험성이 증가하는 만큼 배임죄의 칼날에서 벗어나는 안전한 결정을 신속하게 내리는 것이 점점 어려워질 것으로 보인다.

## (2) 물류시장에서의 사례

최근 급격하게 몸집을 불리고 있는 물류시장에서도 경제 규모는 계속 커지고 있다. 2020년의 경우 아마존의 매출액은 미화 860억 달러(한화 438조원)로서 웬만한 개별 국민국가의 1년 예산을 훨씬 초월하는 규모이다. 이에 대항하는 쿠팡 역시

2020년 매출액은 13조원으로서, 현재 한국에서 압도적 시장 점유율을 확보하기 위하여 전국 30개 이상 도시에 100개의 물류센터를 구축하고 한국인 70%가 물류센터 반경 11km에 위치하게 할 정도로 공격적인 시설투자를 진행하고 있다.<sup>133)</sup>

쿠팡은 미국 상장 이전에 발표한 증권신고서를 통해 8억7000만 달러(약 1조원)을 투자해 서울 및 수도권 외 지역에 일곱 개의 풀필먼트센터를 세우겠다는 계획을 밝힌 바 있고, 이를 위하여 지난해 기술 투자를 포함해 설비 투자 비용을 5000억원 넘게 들였으며, 미국 증시 상장으로 약 5조원의 실탄을 마련한 만큼 물류 투자를 더욱 확대할 예정이다. 또한, 인공지능(AI)을 적극적으로 활용해 로켓배송을 구현하고 있는데, 쿠팡의 AI는 상품별 입·출고 시점을 예측하고, 물류노동자들에게 개인용 단말기(PDA)를 통해 입고된 상품을 어떻게 진열할지 알려줌으로써, 작업자들의 동선을 효율적으로 줄이는데 기여한다.

마켓컬리도 최근 김포 물류센터를 개소했는데 총 8만 2,500m<sup>2</sup>(약 2만 5,000평) 규모로 신선식품 물류센터로는 국내 최대 규모로서, 일부 자동화 시스템을 도입했다. 위 물류센터에서는 작업을 단순화해 분류 담당자 자리로 상품이 바로 이동해올 수 있도록 컨베이어를 설치하는 등 기존 물류센터보다 자동화율을 높였는데, 기존에는 200건의 주문이 모여야만 물량을 처리할 수 있었던 것에 비하여, 위 물류센터는 1개의 주문도 실시간으로 처리하여 기존 주문량의 2배인 하루 18만 건까지 처리할 수 있게 되었다.

코로나19가 대유행하며 유통의 온라인화가 빨라지면서, 물류체계를 강화해서 소비자에게 최종적으로 물품이 전달되는 마지막 단계인 라스트 마일을 확보하려는 경쟁이 갈수록 치열해지고 있는데, 일명 ‘반(反)쿠팡 연대’로 묶이는 네이버와 신세계는 이 자동화 물류센터와 약 7,300개의 오프라인 거점을 이용해 당일, 익일 배송은 물론이고 주문 후 2, 3시간 내 배송까지 현실화하겠다는 계획을 세우고 있다. 특히 신세계의 경우 자체 온라인몰인 SSG닷컴에서 자동화 물류센터 ‘네오’를 보유하고 있는데, 네오 물류 작업의 80%는 자동으로 이루어질 정도이다.<sup>134)</sup>

해외에서도 아마존에서는 로봇 ‘키바’를 활용하여 첨단 물류를 강화하고 있는데, 2012년 7억7500만 달러로 로봇 제조업체인 키바시스템스를 인수한 뒤 미국 전역 물류센터에 약 5만 대의 로봇을 배치했고, 중국 전자상거래 1위 업체 알리바바도

133) 설진훈, “쿠팡 vs. 아마존”, 매일경제신문, 2021. 3. 16.자 기사.

134) 한상훈, 김시래, “온라인 쇼핑몰의 물류시스템 도입사례 연구”, 『전자무역연구』, 제15권 제2호, 2017, pp.73-92.

로봇팔, 배송로봇 등을 물류센터에 적용하고 있다.

드론 배송 실험도 활발하게 진행되는데, 인구 밀집도가 낮은 해안가나 섬 지역에 2.3kg 이하의 물품을 배송하는 것에는 드론이 적합하다는 평가를 받는데, 아마존은 2020년 8월 미국 연방항공청(AAA)에서 드론 배송 서비스인 ‘프라임 에어’의 운항 허가를 받았고, 구글의 드론 자회사 ‘윙 에이비에이션’은 2019년 미국 버지니아주에서 드론 택배 허가를 받기도 했다. 국내에서도 도미노피자가 2020년 12월 드론과 자율주행 로봇을 이용한 배달서비스 테스트했고, 국토교통부는 2021년 드론 제조업체 해양드론기술에 부두, 선박 등을 오가며 물품을 배송할 수 있는 ‘화물배송용 드론’ 사업등록증을 발급하기도 하는 등, 국내에서도 드론 배송이 일반화되는 경향을 보이고 있다.<sup>135)</sup>

이처럼 물류시장의 경우 단순히 경제규모가 확장되는 것에서 그치는 것이 아니라 다른 산업 분야와의 활발한 기술교류와 인수합병이 이루어지고 있는데, 기업이 지금까지 해오지 않은 새로운 분야에 신속하게 진출하는 데에는 필연적으로 모험적인 의사결정이 나오게 된다. 현재의 배임죄 판례에 비추어 볼 때 과연 이러한 정도의 모험적 의사결정에 관해서도 경영판단의 원칙을 근거로 이사를 면책할 것인지의 의문이다.

### (3) 생명공학 분야에서의 사례

제약바이오기업의 경우에도 새로운 먹거리 발굴을 위해 적극적인 투자활동을 펼치면서, 주요 상장제약바이오기업 중 대원제약, 동구바이오제약, 셀트리온 등은 자사(自社)뿐만 아니라 다른 법인에 신규 투자를 진행했다.

최근 몇 년간 바이오벤처 투자로 ‘대박’을 터뜨리며 시장의 긍정적 평가를 받은 동구바이오제약은 미국 바이오벤처 벨티드시퀀스에 28억원을 투자해 지분 5.9%를 취득함으로써 파킨슨, 알츠하이머, 뇌질환 분야 진단을 위한 사업 확장을 진행하고 있다. 동구바이오제약이 지난해 투자한 지놈앤컴퍼니와 뷰노가 최근 잇따라 상장하면서 보유주식의 가치가 크게 상승한 동구바이오제약의 성공적인 투자활동은 올해도 이어질 것으로 기대된다. 동구바이오제약이 투자조합을 통해 30억원을 투자한 바이오노트는 동물 및 인체용 진단시약 대표업체로 현재 1조 7,000억원 수준의 기

135) 최영서, 박영진, 여기태, “SNA 분석을 이용한 물류산업의 드론 연구동향 분석에 관한 연구”, 『해운물류연구』, 제114권, 2022, pp.205-228.



업가치가 예상되고 있다. 이외에도 동구바이오제약은 직접 투자에 대한 리스크를 축소하고 오픈콜라보레이션을 구축해 투자성과에 따른 자본수익에 더하여 미래 성장 산업 발굴의 일환으로 잠재력이 풍부하고 성공 가능성이 높은 바이오벤처에 투자함으로써 공동 연구개발, 제품개발, 사업제휴 등 다양한 가능성을 열어놓고 미래 먹거리를 준비하고 있다.

대원제약은 건기식 전문 제조 업체로, 현재 4건의 건기식 제조 특허를 보유하고 있는 건강기능식품 업체 극동메디팜을 인수했다. 극동메디팜이 식품의약품안전처로부터 우수건강기능식품제조기준 적용 업체로 지정되는 등 기술력을 인정받은 만큼 위와 같은 지분 취득을 통해서 사업 포트폴리오를 다변화하고 신성장동력 발굴에 과감한 투자를 통해 글로벌 헬스케어 기업으로 발돋움해 나갈 계획이다.

셀트리온은 바이오시밀러 및 케미컬의약품 외 제품에서 수익 및 가치 창출이 가능한 사업모델을 찾고 있었는데, 이 가운데 항체 기반으로 자체적인 고부가 가치 창출이 가능하고, 셀트리온의 기존 항체 치료제와도 시너지를 낼 수 있는 항체약물 접합체(ADC)에 특화된 영국의 ‘익수다 테라퓨틱스’가 가장 적합한 업체라고 판단해서 위 회사에 90억원을 투자해 지분 19.4%를 사들여 ADC 신약 파이프라인 확보에 나섰다. ADC 기술은 강력한 세포 독성 효과를 이용하면서 전신 독성은 줄일 수 있고, 항체의 암 항원 인식능력을 활용해 암 조직에 선택적으로 약물을 전달해 항암 효과를 나타내는 장점이 있어 최소의 투여량으로도 최대의 효과를 나타낼 수 있으며, 희귀의약품의 등록 또는 혁신 신약지정, 패스트트랙 등으로 대부분 지정돼 상대적으로 빠른 개발이 가능하다는 장점이 있다.

이처럼 생명공학 분야에서는 자사에 대한 투자보다도 핵심 기술력을 보유한 다른 회사를 인수하는 것이 추세가 되고 있는데, 만일 인수합병 과정이 다소 간의 실패로 귀결되어 다수 주주가 손해를 입는다면, 배임죄가 적용될 여지는 없는지 우려되는 부분이 존재한다.

## 나. 신속한 의사결정을 위한 인공지능 기술의 도입

### (1) 기업의 정보환경 구조

4차 산업혁명 이전의 기업 환경은 주어진 시장 경계 안에 존재하는 고객, 경쟁자, 공급자 중심의 의사결정 구조를 가졌으나 현 시대에선 그것으로 충분하지 않

다. 금융, 제조, 통신, 자동차, 유통 등 산업 간의 경계는 점차 무너지가고 있으며 급격히 발전하고 있는 IT 혁신이 각 산업계의 비즈니스를 융합하여 새로운 비즈니스를 출현을 촉진 시키고 있다.

한 사례로 세계에서 가장 많이 활용되는 미디어인 페이스북은 콘텐츠를 생산하지 않고, 세계에서 가장 큰 택시 기업인 우버는 소유하고 있는 자동차가 없으며, 세계에서 가장 가치 있는 소매업체인 알리바바는 물품목록이 없고, 세계에서 가장 큰 숙박 제공업체인 에어비엔비는 소유한 부동산이 없는 것이 현실이다. 이와 같이 4차 산업혁명에 기반을 둔 새로운 사업모델의 파급력은 수십 년 된 기업의 가치를 순식간에 휴지조각으로 만들 수 있을 만큼 위력적이다.

4차 산업혁명의 중심엔 데이터가 있다. 가히 폭발적으로 증가하고 있는 데이터와 이를 무한 접근할 수 있는 초고속 인터넷, 그리고 고도로 발전된 분석 기술 등으로 정치, 문화, 사회, 산업 전반은 물론이며 국가 간의 경계조차 데이터가 흔들고 있다고 해도 과언이 아니다. 따라서 기업들은 데이터가 가져올 4차 산업혁명의 미래 모습을 새로이 인식하고 준비하고 있다.

많은 기업에서 의사결정을 위한 보고서 작성업무가 경감되고 있고, 많은 정보는 의사결정을 위하여 체계적으로 공유되고 있다. 기업들이 내부 데이터의 수집과 가공 뿐만 아니라 4차 산업혁명에서 기업의 생존을 좌우할 수 있는 외부 데이터를 활용하거나, 정기적인 컨설팅이나 리서치를 통하여 자료를 처리하고 있다. 이러한 업무 체계 덕분에 과거에 비하여 기업 의사결정의 속도는 빨라지고 있고, 그 반면에 의사결정 직전에 최후의 숙고(熟考)를 할 수 있는 여유는 점차 없어지고 있다.

## (2) 데이터 기반의 신속한 의사결정 체계

기업이 과거와는 달리 효율적이고 신속한 의사결정 체계를 갖추게 된 것은 다음과 같다. 첫째, 자사의 데이터를 효율적으로 관리하기 때문이다. 기업은 영위하는 사업에 따라 다양한 정보 자원을 운영한다. 기업을 운영하는데 필수적인 회계 관리 시스템을 비롯하여 영업, 마케팅 등 수없이 다양한 시스템을 운영하고 있다. 과거에는 각각의 시스템에서 생산된 데이터가 해당 시스템 내에서만 고립되어 활용되거나, 매우 낮은 데이터 품질로 인해 충분히 활용되지 못했었는데, 최근에는 데이터를 기업의 전략적 자산으로 인지하면서 과감한 투자를 통하여 데이터 관리 시스템을 구축하고 있는 것이다.

기업 내에서 만들어진 데이터는 그 기업의 활동 결과를 나타내고 있어서, 내부 데이터를 처음 생산하는 시점부터 수집, 분석, 가공을 잘한다면 유의미한 결과를 얻을 수 있으며 이를 기반으로 더 정확한 의사결정을 행할 수 있다.

이 때문에 기업은 데이터의 생성, 수집과 동시에 가공, 처리 시스템으로 연계하여 분석이 용이한 형태로 준비해야 하며, 준비한 데이터는 분석 시스템에서 실시간에 가깝게 다양한 관점에서 분석할 수 있도록 준비하고 있고, 이로써 고객과 구성원들이 남겨준 내부 데이터를 충분히 필요한 만큼 활용할 수 있는 체계를 만들고 있다. 또한, 기업은 경영진뿐만 아니라 전사(全社) 차원에서 분석한 결과를 활용하고 공유할 수 있어야 하고, 그 결과를 기초로 실행한 의사결정은 내용을 불문하고 원인을 찾을 수 있도록 관리해야 한다. 아울러 분석 결과 규명된 오류 원인에 대해서도 시행착오가 다시 발생하지 않도록 최고위 경영진부터 말단 사원까지 모두가 신속하게 대응할 수 있는 공유 시스템 체계를 갖추어야 한다.

두 번째, 직원들의 개인 컴퓨터에 보관 중인 문서의 데이터를 회사의 공유 자원으로 이전하여 활용할 수 있게 된 것이다. 고급 정보를 개인 컴퓨터에만 보관하면 공유할 수도 없고, 유실될 가능성도 매우 높으므로, 기업 대부분의 고급 정보를 직원들의 개인 컴퓨터에 보관하는 것은 바람직하지 않다. 최근에 검색 엔진 등 문서 파일의 정보를 해석하여 텍스트로 변환할 수 있는 기술이 매우 높은 발전을 보이고 있는 만큼, 이를 데이터로 만들어 활용 가치를 제고하고, 특정 공유 서버에 직원들의 분석 자료를 등록할 수 있도록 유도할 필요가 있다.

세 번째, 외부에 공개된 다량의 데이터를 적극적으로 활용하면서 새로운 데이터를 발굴하기 때문이다. 한국에서는 ‘공공데이터의 제공 및 이용 활성화에 관한 법률’에 따라 약 2만 종의 데이터를 2천 개 이상의 공개자료를 통해 실시간으로 받아 볼 수 있을 정도로 대부분의 공공기관에서 생산하는 통계 지표를 공공데이터 포털을 통해 제공되고 있고, 그밖에도 통계청 나라 통계 포털, 서울시 열린 데이터 광장, 네이버 데이터 랩 등 다수의 사이트에서 무료로 데이터를 제공하고 있다.

해외에서도 미국의 경우 연방정부 차원에서 데이터 포털사이트를 통해 제공하는 농업, 금융, 의료, 교통, 에너지 등 다양한 통계 지표를 데이터와 함께 받아 볼 수 있고, 호주의 경우에도 정부가 운영하는 개방 데이터 포털을 통해 약 23만 종의 데이터를 열람하는 한편, 실시간 공개정보도 약 3만 6천 종을 활용할 수 있으며, 캐나다도 정부 포털을 통해 약 15만 종의 데이터를 열람할 수 있다.<sup>136)</sup>

아울러 소셜 네트워크 서비스(SNS) 데이터의 분석은 의사결정을 위한 데이터 분

석에 혁명적인 변화를 일으켰다. 페이스북, 트위터 등 대표적인 SNS 사이트는 소셜 분석을 위한 공개정보를 제공하고 있는데, 소비자의 숨겨진 마음을 대변하고 있는 SNS에는 제품과 연관 지어 긍정과 부정적 요인들을 찾아낼 수 있고, 이를 토대로 기업의 활동을 반추하여 필요한 전략을 신속하게 도출할 수 있게 되었으며, 필요한 경우 이러한 작업을 대행해주는 업체도 많이 등장했다.

네 번째, 내부 데이터와 외부 데이터를 접목하여 다양한 관점에서 활용하고 분석할 수 있는 시각화(視覺化) 체계가 갖추어졌기 때문이다. 단순히 외부 데이터를 수집하여 단편적인 추이만 본다면 데이터가 주는 의미를 정확하게 파악할 수 없으므로, 내부 데이터를 통계 수치의 지표로 산출하고, 외부 데이터를 연계하여 보다 직관적인 자료로 활용할 수 있게 된다.

다섯 번째, 기업의 데이터 거버넌스 관리 체계가 수립되었기 때문이다. 정보기술 외에도 보안 문제, 변화 관리, 분석한 데이터의 신뢰성 평가 등 다양한 이슈를 지속적으로 해결하기 위하여, 대한 기업의 내부 데이터와 외부 데이터를 수집하여 활용하고, 업의 목표를 달성하기 위해 필요한 조직, 지침, 절차, 책임 및 의사결정 구조를 체계화하는 것이다.

## 제2절 배임죄의 비범죄화를 위한 경영판단의 원칙의 활용

### 1. 해외의 배임죄 입법 사례

#### 가. 독일

##### (1) 1998년 개정형법

독일에서 배임죄에 관한 본질적인 내용은 1933년의 형법에서 만들어진 골격을 그대로 유지하고 있으나, 1998년의 제6차 형법개정으로 배임죄의 구성요건은 일부 변경되었다.

---

136) 김구, “공공데이터 개방정책에 관한 평가적 고찰: 공공데이터포털을 중심으로”, 『국가정책연구』, 제31권 제2호, 2017, pp.57-82.

위 개정법률은 배임죄의 구성요건을 ‘법률, 행정기관의 위임이나 계약을 통해 인정된 타인에게 의무를 부과하거나 타인의 재산을 처분할 권한을 남용하는 자로서, 법률, 행정기관의 위임, 계약 또는 신의성실의 원칙에 따라 인정되는 타인의 재산상 이익을 보호할 의무를 위반하고, 그로 인하여 재산상 이익을 보호해야 할 자에게 손해를 가한 자’로 규정함으로써, 배임죄의 본질론과 관련하여 권한남용 구성요건과 배신 구성요건이 융합되었다. 또한 배임죄의 가중처벌과 관련해서는 사기죄 관련 규정을 그대로 준용하도록 하고 있다.<sup>137)</sup>

주목할 것은 한국 형법에서는 타인에 대한 손해를 가하는 것을 넘어서 자기나 제3자가 재산상 이익을 취득해야 비로소 배임죄가 성립하는 것으로 해석한다. 그러나 독일 형법에서는 타인에게 손해를 가하기만 하면 자기나 제3자가 재산상 이익을 취득하지 않더라도 배임죄가 성립하기 때문에, 문언에만 비추어 본다면 배임죄의 구성요건은 독일이 한국보다 완화된 것으로 보인다.<sup>138)</sup>

그러나 독일에서 실제로 배임죄가 인정되는 사례는 많지 않다. 독일의 경우는 성립요건이 매우 느슨한데도 배임죄가 흔히 적용되지 않는 데 반하여, 한국의 경우 배임죄의 성립요건이 문언상 까다롭게 되어 있음에도, 그 적용이 지나치게 빈번하다는 것은, 한국에서 정책적인 목적을 위하여 배임죄를 지나치게 남용한다는 것으로도 새겨진다.

독일이 배임죄를 형법전에 규정한 최초의 국가라는 점을 고려할 때, 독일에서 배임죄의 적용이 드물다는 것은 이례적이다. 독일 판례에 따르면 은행이 대출을 허용할 것인지 판단하는 것 자체가 실패의 가능성을 포함한 고도의 경영판단 행위이고, 이러한 대출심사는 충분한 정보에 기초하여 성공기회와 위험을 비교하여 형량(衡量)하는 것으로 본다. 따라서 이러한 비교형량을 적절하게 수행했다며, 설령 은행의 이사가 은행법 규정을 위반하여 대출을 허가하고 그 이후 금융기관에 손해가 발생하더라도 이사의 재산관리 의무 위반에는 해당하지 않는다고 본다.

그런데 심지어 배임죄의 적용을 극도로 자제하고 있는 독일에서도 구성요건이 지나치게 넓은 이유를 들어 배임죄에 대한 시선은 비판적이다. 그리고 독일 주식

137) 제266조 【배임】 ① 법률, 관청의 위임이나 법률행위를 통해 인정된 타인의 재산을 처분하거나 타인에게 의무를 부과할 권한을 남용하거나 법률, 관청의 위임, 법률행위 또는 신뢰관계에 의하여 부과되는 타인의 재산상 이익을 보호해야 할 의무에 위반하고, 그로 인하여 재산상 이익을 보호하여야 할 자에게 손해를 가한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

② 제243조 제2항 및 제247조, 제248조 및 제263조 제3항은 이를 준용한다.

138) 홍영기, “기업집단에서 배임죄의 주체 및 임무에 대한 독일의 논의”, 『저스티스』, 통권 제158-1호, 2017, pp.204-239.

법에도 한국 상법에서의 특별배임죄 규정이 존재했으나 1965년 주식법 개정으로 폐지되었다.

## (2) 결합기업 간의 거래

독일 주식법 제291조 이하에는 결합기업에 관하여 규정하고 있다. 동법 제311조는 지배회사의 종속회사에 대한 영향력 행사의 제한을 규정하고 있는데, 이 규정의 적용과 관련하여 독일연방대법원의 2008년 판례는 독일 사회 내에서도 큰 반향을 일으켰다. 위 판례의 원심 사실관계를 보면, 종속회사가 지배회사에 단기상환이 가능한 무담보대출을 하였으나, 결국 지배회사가 파산하여 대출금을 회수하는 것이 불가능해지고 그 이후 종속회사도 파산했는데, 종속회사의 파산관재인이 종속회사의 이사 2명을 상대로 손해배상을 청구한 것이다. 독일 연방대법원은 대출 당시 대출금에 대한 상환청구권의 행사가 가능한 상황이었다면, 대출행위 그 자체는 금융기관에 손해를 가져오는 법률행위가 아니라고 판단하였다. 물론 종속회사의 이사는 이사의 주의의무를 다하여야 하며, 신용위험의 변동을 예의주시하여야 한다. 그리고 대출 후에 지급능력이 현저하게 하락할 경우 기한이익의 상실이나 담보를 요구하는 등의 조치를 단행해야 한다. 그러한 조치를 단행하지 않은 이사는 회사를 상대로 손해배상책임을 부담하는 것이 원칙이고, 다만 지배회사가 갑자기 도산하여 이사의 의무위반을 입증하기 어려웠던 위 원심의 사안에서는 이사의 책임을 인정할 수 없다고 판단했다.

## 나. 프랑스와 벨기에

프랑스에서는 회사 재산을 남용하는 행위에 대하여는 프랑스 형법에 배임죄에 관한 규정을 적용하여, 타인의 사무를 합법적으로 위임받은 자가 악의로 위임자의 신뢰에 반하는 행위를 하여 손해를 끼친 경우 배임죄로 처벌한다고 규정하고 있다. 이 규정은 위임을 받은 자가 신뢰를 위반하는 행위를 할 경우에 적용되므로 외형상으로는 독일의 배임죄와 크게 차이는 없다.

그런데 1935년에 ‘회사재산남용죄’ 규정이 특별법으로 제정되고, 1966년에 상사회사법에 별칙으로 수용되었는데, 이 규정에서는 회사재산남용죄의 구성요건을, ‘사장, 이사 또는 집행임원이 회사의 이익에 반하는 사정을 알면서도 고의로 회사의

재산과 신용을 개인적인 목적으로 또는 직간접적으로 이해관계가 있는 다른 회사를 위하여 사용하는 행위'로 규정하고 있다.

위 규정에서 확인되는 바와 같이 회사재산남용죄는 구성요건의 적용범위가 매우 좁다. 우선 적용대상이 사장, 이사, 집행임원으로 한정되고, 재산의 유용에 관한 고의가 있어야 하며, 회사의 이익에 반하는 사정에 관한 인식이 있어야 한다. 또한 회사재산남용죄는 목적범에 해당하기 때문에 회사 재산을 유용하는 것에 개인적인 목적이 있거나 다른 회사를 위한 목적이 있어야 하고, 그 행위도 회사의 재산과 신용을 사용하는 행위에 한정된다.<sup>139)</sup>

그러나 프랑스 사회 내에서 경제적 자유주의가 확산되고, 회사 이익이라는 개념이 모호하다는 점 때문에, 프랑스에서도 기업인에 대한 회사재산남용죄와 배임죄에 대한 비판이 제기되었다. 이 때문에 프랑스 대법원에서는 회사재산남용죄와 배임죄에 관한 정당화 사유를 마련하여 기업그룹의 내부거래를 면책하기 위한 방법을 모색한 것이다.<sup>140)</sup> 프랑스 대법원은, 기업집단의 존재는 법률적 정당성을 가지고, 기업집단에서 발생하는 자회사나 계열사 간의 내부거래도 법률적으로 정당한 권리로서 인정되어야 한다고 보았다. 즉, 모회사가 계열사나 자회사에 대해서 행하는 행사가 계열사나 자회사의 발전과 존속에 유용하다는 점을 인정했다. 다만, 이와 같이 기업집단에 대하여 면책이 이루어지려면 다음과 같은 전제 즉, (1) 해당 기업집단이 확고한 조직구조가 있고, 해당 조직구조가 상호 손실 보전의 원칙에 기초해야 한다는 점, (2) 해당 기업집단이 확고한 그룹 전략이 있어야 하고, 그 전략 아래 자회사와 계열사가 지속적이고 확고하게 편입되어 있어야 하는 점, (3) 자회사나 계열사에서 발생하는 손해를 모기업이나 기업집단이 보상해줄 것이라는 신뢰가 있어야 한다는 점을 충족해야 한다.<sup>141)</sup>

## 다. 오스트리아

독일법이 계수(繼受)된 오스트리아 형법에도 독일 형법과 유사하게 배임죄 규정을 두고 있는데, 배임행위로 발생한 손해액의 크기에 따라 차이를 두고 처벌이 이

139) 김주연, “기업집단의 이익과 업무상배임죄 - 프랑스 로젠블룸 원칙을 중심으로”, 『비교형사법연구』, 제 21권 제3호, 2019, pp.29-58.

140) 정진세, “집단소속회사 이사에 대한 회사재산남용죄(특별배임죄)의 제한 대상판결: 프랑스 파기원 형사부 1985.2.4. 판결”, 『선진상사법률연구』, 제69호, 2015, pp.135-167.

141) 김주연, 앞의 논문.

루어지는 점, 고의적인 권한 남용으로서 즉 미필적 고의 이상의 직접적 고의를 요건으로 하는 점이 독일 형법의 규정과 다르다.<sup>142)</sup>

## 라. 스위스

스위스 형법 제158조도 배임죄에 관한 규정을 두고 있는데, 법률, 공무상 명령, 계약 등에 따라 위임받은 사람이 타인의 재산에 관한 사무를 처리하거나 그에 관한 관리나 감독을 수행하는 과정에서 임무에 위배하여 경제적 손실을 가한 경우에는 배임죄로 처벌하도록 되어 있고, 이러한 내용은 독일 형법과 매우 유사하게 되어 있다.<sup>143)</sup>

## 마. 미국

미국연방법률인 ‘우편 및 전신사기죄’란 미국 연방법상 대표적인 사기 조항으로서, 본래는 기망을 수단으로 하여 우편이나 전신을 이용하여 불특정 다수를 기망하여 금전을 편취하는 범죄를 염두에 두고 있다. 다만, 최근에는 우편이나 전신에 관한 요건은 점차 형해화(形骸化)되어 연방법원을 관할로 지정하기 위한 필요에서 유지되고 있다. 미국 연방대법원은 우편사기를 통하여 과거나 현재의 사실에 관한 기망 이외에도 미래에 대한 허위 약속도 처벌이 가능하다고 보았다.<sup>144)</sup> 1980년대 이후부터는 한국 형법에서 뇌물공여, 뇌물수수, 배임중재, 배임수재, 사기 배임 등에 대해서도 미국에서는 모두 우편 및 전신사기죄로 처벌되고 있다. 미국의 재판 실무에서는 위 규정을 부정한 방법으로 사리를 취한 임원 등을 처벌하거나 부패한 공무원을 처벌하는 것을 비롯하여 공적이거나 사적인 모든 영역에 두루 적용하고 있고, 실제 손해 발생에 관한 입증이 없이도 금전을 사취(詐取)할 계획이나 의도만 있어도 처벌이 가능하다고 본다.

그런데 우편 및 전신사기죄를 통해 금지되는 행위의 유형은 2가지인데, 사취하려는 책략, 허위나 부정한 주장 표시 약속이라는 수단을 통하여 현금이나 재산을 취

142) 지광운, “한국과 오스트리아의 경영판단의 원칙에 대한 비교법적 검토”, 『상사판례연구』, 제32권 제3호, 2019, pp.203-236.

143) 김재운, “법인의 형사처벌에 관한 유럽 국가의 입법동향”, 『법제연구』, 제36권, 2009, pp.271-308.

144) 지유미, “미국의 우편 및 전신사기죄 - 우리 형법전상(업무상)배임죄와의 비교를 중심으로”, 『법학연구』, 제21권 제2호, 경상국립대학교 법학연구소, pp.471-498.



득하려는 책략이다. 사취할 책략과 관련해서는 신임의무 위반을 불법의 실질로 보아서, 한국 형법의 배임죄에서의 임무위배 행위와 그 형태가 매우 유사하다.

다만, 우편 및 전신사기죄는 기망행위를 그 본질로 하는데, 한국 형법의 배임죄에서는 기망을 요건으로 하지 않고, 우편 및 전신사기죄에는 손해발생과 이익취득을 요구하지 않는다는 점에서 한국의 배임죄와는 근본적으로 다른 범죄로 새겨야 한다. 특히 미국 연방대법원이 2010년 스킬링(Skilling) 사건에서 우편 및 전신사기죄의 구성요건으로서의 신임의무 위반을 ‘뇌물이나 리베이트의 수령’으로만 한정된다고 명확하게 판단하면서, 미국의 우편 및 전신사기죄는 배임죄가 아닌 배임수재죄에 더 가까운 것으로 되었다. 미국 연방대법원의 판결로 인하여, 한국의 배임죄 사안에 해당하는 것에도 우편 및 전신사기죄는 적용되기 어렵게 되었고, 실질적으로 처벌 규정이 없는 것으로 새겨야 한다.<sup>145)</sup>

## 바. 일본

### (1) 현행 일본 형법

현행 일본 형법 제247조가 규정한 배임죄의 구성요건은, ① 타인의 사무를 처리하는 자가, ② 자기나 제3자의 이익을 도모하고 본인에게는 손해를 가할 목적으로, ③ 그 임무에 위배하는 행위를 하여, ④ 본인에게 재산상의 손해를 가하는 것이다. 그 밖에 주식회사의 임직원이 배임죄를 저지른 경우에는 일본 회사법 제960조의 특별배임죄로 가중처벌을 받는데, 이는 이것은 한국 상법 제622조와도 유사한 규정이다.<sup>146)</sup>

### (2) 한국 형법상 배임죄와의 차이

일본 형법의 배임죄와 한국 형법의 배임죄는 아래의 점에서 구별된다. 첫째, 일본의 배임죄는 명문으로 “자기나 제3자의 이익을 도모하고 본인에게는 손해를 가

145) 박찬길, “미국의 사기죄에 대한 양형기준과 시사점”, 『법학논총』, 제36권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2019, pp.135-160.

146) 도중진, “일본의 기업활동과 배임죄에 관한 최근 판례의 동향”, 『법학논총』, 제36권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2016, pp.957-976.

할 목적”이라는 표현을 사용하여 배임죄를 목적범으로 보고 있다. 다만, 일본의 판례는 배임죄의 성립에 위 목적을 요구하기는 하나, 행위자의 의욕까지 요구하지는 않기 때문에, 위 목적이 없는 경우에는 가해에 대한 적극적인 동기나 확정적 인식을 요구하는 반면, 위 목적이 인정되는 경우에는 가해에 대한 미필적인 인식이나 예견으로도 충분하다고 본다.<sup>147)</sup>

그런데 일본의 배임죄에서 재산상의 이익 취득 그 자체는 배임죄의 객관적 구성요건요소가 아니다. 독일 배임죄의 구성요건도 자기나 제3자의 재산상 이익의 취득을 요건으로 하지 않고, 타인에 대한 손해만 있으면 배임죄를 긍정한다. 다만, 이처럼 일본 형법은 배임죄를 목적범으로 규정하기 때문에 그 자체로도 배임죄의 성립을 엄격하게 인정할 수 있다.<sup>148)</sup>

둘째, 일본에서는 배임죄를 “임무에 위배하는 행위를 하여 본인에게 재산상의 손해를 가한 때”에 적용하는데, 재산상의 손해가 아닌 비재산적 이익도 포함하는 것으로 해석된다. 한국의 판례는 본인에게 손해를 가하였다고 할지라도 재산상 이익을 행위자 또는 제3자가 취득한 사실이 없다면 배임죄가 성립하지 않는 것으로 보기 때문에, 비재산적 이익에 대해서는 원칙적으로 배임죄가 성립할 수 없다.

셋째, 일본 형법에는 한국 형법 제356조에 해당하는 업무상배임죄가 없고, 이득액에 따라 가중처벌하는 조항인 특정경제범죄법도 존재하지 않는다.

## 2. 배임죄 규정의 폐지론과 개정론

### 가. 배임죄 자체의 폐지론

앞에서 배임죄의 수많은 문제점을 살펴보았다. 배임죄는 독일 및 독법계 국가인 스위스, 오스트리아 및 프랑스, 벨기에, 일본, 한국에서만 인정되는 범죄인 점, 그리고 구성요건이 개방되어 범죄와 비범죄의 경계가 모호한 점에서 많은 비판을 받고 있다. 배임죄의 본질은 신뢰관계의 훼손이나 신의성실의 원칙에 대한 위배에 있다고 하는 배신설이 통설이고 판례인데, 사적인 영역인 신의성실의무의 위반을 범죄

147) 박정국, “경영판단의 원칙에 관한 일본 판례의 검토”, 『홍익법학』, 제14권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2013, pp.539-568.

148) 오선주, “회사의 이사에 대한 손해배상청구 - 한국·미국·독일·일본의 경영판단원칙 비교 검토를 중심으로”, 『연세 글로벌 비즈니스 법학연구』, 제12권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2020, pp.99-130.

로 다스리는 것이 과연 타당한지 의문이며, 윤리문제인 배신을 형사별로 처벌하는 것은 바람직하지 않다. 또한, 배임죄에서 논의되는 재산상의 손해를 그 명시적인 의미를 초과하여 실해 발생의 위험만을 일으킨 경우도 포괄하여 해석하는 것은 배임죄의 가벌성을 부당하게 확대하는 결과나 다름없다. 모든 사법상의 계약 등의 위반행위자가 배임죄의 행위주체가 될 수 있고, 그 위반행위는 배임행위가 되어 배임죄를 구성하는 결과를 야기하여 결국 민사의 형사화를 촉진하게 된다. 특히 이사 등의 경우, 회사법상 손해배상책임, 사업기회유용금지, 자기거래금지, 경업금지 등에 의한 민사책임이 강력하게 규정되어 있다. 그리고, 그에 따른 구제수단으로서 대표소송 등이 규정되어 있어서 민사법적 구제수단이 가볍다고 할 수 없다. 그러므로 형법상 배임죄 자체를 폐지하여야 한다는 주장도 있다

그러나 한국에서 50년 이상 존속되어 온 배임죄를 폐지하기에는 더욱 많은 논의가 있어야 하는 만큼 단시일 내에 가시적인 성과가 나오기는 어렵다고 본다. 배임죄가 이미 한국에 어느 정도 정착되어, 사기죄나 횡령죄를 대체하는 기능을 하기 때문이다. 즉, 형사정책적으로 배임죄가 존재하여 사기죄나 절도죄 및 횡령죄 등으로 처벌받는 사례가 줄어들고 배임죄로 처벌되는 사례가 늘어나는 효과는 있을 것이다. 만약 배임죄를 폐지하면 대신 횡령죄나 사기죄가 많아질 것이다. 배임죄를 폐지한다고 해서 범죄의 총량이 늘어나거나 줄어들지는 않는다. 또한 상법상 특별 배임죄를 폐지하기도 어렵다. 회사의 이익을 보호하기 위해서 특별배임죄는 존속할 수밖에 없다. 차라리 일본과 같이 형법상 업무상배임죄와 특정법상의 배임죄 규정의 폐지가 더 타당해 보이고, 경영판단에 대하여는 민사적 면책과 형사적 면죄가 인정되어야 하고, 기소 자체가 자제되어야 한다.

따라서 이 연구에서는 지금까지 현행법을 유지한다는 전제하에 현실성 있는 여러 가지 방안을 제시하였다. 그 중에서도 형법에 특별히 배임죄의 미수범 처벌규정을 둔 입법자의 의사를 고려하여 업무상배임죄의 보호정도를 침해범으로 보고, 범죄의 기수시기를 현실적 손해발생시기로 해석하여야 한다고 주장하였다. 다만, 판례와 같이 위험범으로 보아 기수시기를 다소 앞당긴 시점으로 인정하더라도 초과 주관적 구성요건요소인 불법영득의 의사만큼은 엄격하게 심사하여, 지속적이고 현실적인 손해발생 및 이에 대응되는 이익취득에 대한 인식과 의사를 가지고 범행을 하였는지에 관한 충분한 증거가 이루어진 다음에 처벌하여야 하는 것이 중요하다고 본다.

특히 경영자의 경영판단에 따른 행위에 대한 처벌문제의 개선방안 마련이 시급

하다고 본다. 법인의 대표자가 손해발생의 위험성을 예견하였지만 법인을 위하여 모험적인 결정을 하는, 이른바 경영상의 판단을 하여 그 위험을 무릅쓴 것이라고 주장함에도, 결과적으로 회사의 재산상의 손해가 발생하였다는 사실을 근거로 배임죄에서 요구되는 가해의 범의가 있다고 인정하여 처벌하는 경우가 흔히 있었다. 이러한 실무 관행은 반드시 개선되어야 한다.

앞에서 충분히 살펴본 바와 같이 대법원 판례는 업무상배임죄의 보호정도를 위험범으로 보고 그 기수시기를 앞당겨 인정한 것은 물론이고, 주관적 구성요건 조차 손해발생의 위험에 대한 인식만으로 충분한 것으로 판시한다. 이는 형사정책적 내지 입법정책적 관점에서 보면 행위자인 회사 행위자를 엄격히 처벌하고 본인을 강하게 보호하고자 하는 태도로 볼 수 있다.

그러나 기업인에 대한 배임죄를 물을 경우 일반인과는 다른 고려가 필요하다. 물론 기업이 독립된 법인격체로 설립된 이상 경영자의 배임행위에 의해 재산상 손해를 입지 않도록 충실히 보호되어야 하는 것은 당연하다. 그러나 이러한 판례의 결과로 경영자의 행동범위는 크게 제약되고, 국민의 경제활동에 막대한 지장을 초래하며 기업의 창조적 모험을 말살하게 된다. 오늘날 자본주의 시장경제체제에서의 기업 경영자는 역동적으로 기업이익을 창출하여야 하고, 이를 위해 경우에 따라서는 모험거래를 감행하여야 할 경우도 있게 되며, 모험거래는 오히려 장려되기도 하므로 이와 같은 처리는 국민 경제 전체에 독이 된다. 따라서 경영자의 정상적 경영 판단행위도 보장하면서 기업 자체도 보호하는 새로운 입법 내지 해석 모델이 강구되어야 한다. 이와 같은 의미에서 배임죄 폐지론보다는 개정론이 더 타당해 보임으로 이에 대하여 검토해 본다.

## 나. 배임죄 규정 개정론

배임죄의 폐지가 불가능한 상황에서는 다음과 같은 형법 및 상법 개정안이 제시되고 있다.

### (1) 목적범으로의 전환문제

일본과는 달리 한국에서는 배임죄는 목적범이 아니다. 이 점에서 한국은 배임죄의 적용이 일본보다는 쉽게 되어 있다. 따라서 일본과 유사하게 배임죄를 목적범으

로 구성하는 방법을 고려해 볼 수 있다. 그러나 한국 형법은 그 제정 당시 입법자가 의도적으로 목적범 요건을 삭제하였다고 한다. 그렇다면 해석론으로 목적범으로 이해하는 데는 한계가 있고, 형법의 개정을 통하여 목적범으로 재구성할 필요가 있는 주장도 있지만, 앞에서 충분히 논의한 것처럼 목적범으로 규정한다고 해서 크게 달라지지는 않을 것으로 본다. 한국의 학계에서는 불법영득의사를 고의를 초과하는 것으로서 현실적인 손해를 발생시키고자 하는 의사에 이르는 정도의 주관적 구성요건으로 요구하므로, 배임죄를 일종의 위험범으로 받아들여더라도 실제로는 목적범으로 적용하는 것과 동일한 결론에 이르게 된다.

## (2) 배임죄의 추상적인 구성요건을 보다 명확히 규정함

입법적으로는 배임죄 자체가 경제활동으로 표현되는 사법(私法)의 영역에 상당히 깊숙한 정도로 관여하고 있는 만큼, 현재의 여러 논란을 해결하기 위해서는 배임죄의 구성요건을 보다 현실적으로 명확하게 다듬고, 구성요건의 한계를 보다 구체적이고 개별적으로 설정하는 것이 필요하다. 이를 위해서는 배임죄를 유형화하거나 배임죄의 주관적 구성요건으로서의 고의를 유형화하는 방안도 있으나, 수많은 유형의 배임죄를 구체적으로 유형화하는 것이 어렵기도 하고, 안 그래도 추상적으로 이해되는 배임죄의 고의가 구체적인 유형화의 대상이 될 수 있는 것인지도 의문이 드는 것도 현실이다. 또한, 고의를 유형화하더라도, 그 법적 효과를 서로 미묘하게 다르게 설정하여 부과하는 것도 입법적으로 어려운 측면이 있다.

## 3. 경영판단의 원칙 형사사건에의 적용

경영판단의 원칙이란 경영자가 회사의 최선의 이익을 위하여 성실한 방향으로 경영상의 판단을 단행했고, 그 판단 과정을 살펴볼 때 공정성을 해치지 않을 정도의 절차적인 요건이 모두 충족된다면, 경영상의 판단으로 인하여 기업에 손해가 발생하더라도, 경영자의 판단을 존중하여 경영자를 형사처벌로부터 면책하기 위한 마련된 미국 판례법상의 법리이다. 경영판단의 원칙은 미국 판례법상의 이론인데, 한국에서는 아직 도입되고 있지 않다. 이를 한국에 입법론이나 해석론으로 도입하여야 할 것인지에 관하여도 논란이 많다. 경영진의 상법상 손해배상책임 여부가 문제되는 민사사건에서 판례는 경영판단의 원칙이라는 용어를 사용하고 있는데, 이

때문에 한국 법원도 경영판단의 원칙을 전면적으로 도입한 것이라고 주장하는 견해도 있다. 반면, 형사판례를 보면, 배임죄 성립 여부를 판단에 있어서 ‘경영판단’이라는 용어는 자주 사용하지만 ‘경영판단의 원칙’이라는 용어는 사용하지 않고 있다. 판례는 경영판단이 문제되는 경우에 “기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 개인적 이익을 취하겠다는 생각 없이 선의로서 합리적인 범위 내에서 취득한 정보에 기초하여 기업의 최대이익에 부합한다는 생각을 가지고 신중한 결정을 내렸다 하더라도, 그 예측이 어긋나 기업에 손해를 끼치는 경우에까지 고의에 관한 해석을 완화하여 업무상배임죄로 처단한다면, 정책적 측면에서 기업이 정신을 위축하여 영업이익을 거두지 못하는 사회적 손실이 발생할 뿐만 아니라 헌법상 죄형법정주의 원칙에도 위배된다고 본다. 이 때문에 이사가 수행한 사업의 내용, 이사가 경영상의 판단에 이르게 된 동기와 경위, 이득발생과 손실발생의 개연성과, 해당 기업이 처해있는 경제적 상황 여러 사정에 비추어, 자기나 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 회사에게 손해를 가한다는 내용이 적어도 미필적 고의가 인정되는 경우에 한하여, 배임죄의 고의를 엄격하게 인정해야 한다고 본다. 만일 이사에게 그러한 내용의 인식이 없음에도, 단순히 회사에 손해가 발생했다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 위반했다는 이유로 책임을 묻는 것은 부당한 것이다. 대법원은 그 이후 현재까지 경영상의 판단이 쟁점이 된 사안에서 대체로 동일한 취지로 판단하고는 있으나, 미국에서 적용되는 경영판단의 원칙과는 아주 다르다. 왜냐하면 대법원 판례에 따르면 경영상 판단에 이르게 된 절차만을 보는 것이 아니라, 경영상 판단에 이르게 된 동기나 경위, 이득발생과 손실발생의 개연성과, 해당 기업이 처해있는 경제적 상황 여러 사정 등 여러 사정까지 심사하여 고의성을 판단하여 법관이 경영상 판단에 관한 실체관계까지도 판단한다는 것이기 때문이다. 미국에서는 “내용”이 아니라 “절차”를 본다. 경영판단은 절차문제임을 명확히 인식하여야 한다. 그런데, 한국 법원은 경영판단의 내용까지 합리적이어야 한다고 한다. 그야말로 판사들이 기업경영의 내용을 사후에 평가할 수 있다는 것으로, 판사가 사실상의 이사 이상의 권한을 행사하는 셈이다. 따라서 한국은 미국 판례법상의 경영판단의 원칙을 도입한 것이라고 할 수는 없다.

한편, 경영판단의 원칙을 형사법에서도 도입할 수 있는가에 관하여도 긍정설과 부정설이 있다.

## 가. 긍정설

형법학자 가운데서도 경영판단의 원칙 도입을 긍정하는 견해가 있다. 가치합리성을 추구하는 법적 판단과 목적합리성을 추구하는 경영판단은 엄연히 차이가 있고, 법적 판단이 위험의 회피를 원칙으로 한다면, 경영판단은 위험의 감수를 원칙으로 하기 때문에, 이러한 간극을 극복하기 위하여 경영판단의 원칙을 법률의 영역에 도입해야 한다는 것이다. 배임죄가 적용되지 않는 미국과 달리 한국에서는 이사의 임무위배에 대하여 시간이 오래 걸리는 민사책임보다 형사소송으로 처단하고 있는 현실에서 경영판단의 원칙이 적용될 경우 배임죄의 성립을 부정할 수도 있기 때문이다.

한국 대법원 판례를 보면 경영판단을 이유로 하여서는 배임이 부정되지 아니한다고 하면서도, 반대로 경영판단을 존중하여 배임죄의 성립을 인정함에 있어 신중하여야 한다는 이중적인 태도를 보이고 있으며, 경영판단은 기업경영활동에 대한 민상법상 책임의 제한장치에서 형사책임의 귀속여부를 판단하는 기준으로 사용되고 있는 것으로 볼 수 있다고 한다.

회사경영과 관련된 경영자의 사업활동에 배임죄를 적용할 경우, 경제활동전반에 사법기관의 규율이 확대됨으로써 사적 자치의 원칙에 반하고 민사사건의 형사화를 초래하며 경제활동을 위축시킬 우려가 있다. 따라서 이사의 경영판단행위에 대해서는 원칙적으로 배임죄의 성립을 부정해야 한다고 본다. 특히 기업현장에서는 경영실패사례도 흔히 발생하는데, 이러한 경영실패를 민사상의 불법행위로 취급하는 것을 넘어서 형사처벌로 처단하는 것은 경영실패의 결과책임을 형사상으로 묻는 것으로서, 형벌의 보충성 원칙이나 자기책임원칙에 반하는 것이다. 이사의 업무집행의 적법성에 대한 판단이 아닌 타당성에 대한 판단은 상당한 시간이 경과한 후에 가능한 경우가 대부분이며, 그 타당성 여부는 이사의 관리가 불가능인 상황에서 발생하는 경우가 많은데, 이로 인한 실패를 임무해태라고 한다면 이사에게 관리 불가능한 부분에 대한 책임까지 부담시키는 모순이 되며, 배임죄를 비윤리적 경영행위를 처벌하는 포괄구성요건으로 만드는 것이 된다. 또한, 위험을 감수해야 하는 경영자와 위험의 회피를 통하여 사회질서를 확립해야 하는 법관은 같은 사안을 바라보는 시각이 전혀 다르기 때문에 경영판단의 원칙을 도입해야 하고, 이사 등의 임무위배에 대하여 형사적 해결이 선호되고 있는 한국의 사법 현실에서, 경영판단의 원칙은 오히려 미국의 경우보다 더 중요하게 작용하여 배임죄의 성립 여부를 결정

하는 유용한 기준이 되는 것이다.

(1) 업무상배임죄 적용 자체를 배제해야 한다는 입장

경영판단의 원칙 도입을 찬성하는 입장에서 경영판단행위 자체를 업무상배임죄의 대상에서 처음부터 배제해야 한다는 설이다. 현행법상 업무상배임죄가 실패한 경영행위를 범죄화하기 위한 포괄적 구성요건으로 운영되고 있고, 경영실패에 대한 결과책임을 묻는 것으로 형법상 보충성의 원칙과 책임원칙에 반한다고 비판한다.<sup>149)</sup>

경영에 실패하여 손해가 발생하였지만 경영자에게 윤리적 또는 정책결정상의 책임만을 묻거나 민사책임만을 물어야 하는 경우에도, 경영실패로 손해를 보게 된 이해당사자들은 물론 제3자들도 경영진에게 형사책임까지 묻고 싶어 하는 경향을 보이기 때문이다. 그 때 그 때의 불확실한 시장상황에서 그 당시로서는 합리적이라고 생각되는 경영선택을 하였음에도 불구하고 기업에 손해가 발생하였다는 사후적 결과만으로 경영진에게 배임죄의 책임을 묻는 것은 형법의 보충성원칙에 맞지 않는다는 것이다.<sup>150)</sup>

이 밖에 대법원이 배신설을 취함으로써 임무위배의 범위가 지나치게 확장되고, 손해발생의 범위를 법문과 달리 재산상의 손해발생의 위험으로까지 확대하여 사적 자치의 영역에 있어야 할 배임죄를 형법의 영역으로 확대함으로써 스스로 죄형법정주의 원칙을 무너트리고 있다고 비판하는 견해가 있고,<sup>151)</sup> 경영판단의 원칙 도입에 있어서 가장 적극적인 입장에서는, 상법에 경영판단의 원칙을 명시적으로 규정하고 상법상 특별배임죄에 “경영판단의 경우에는 별하지 아니한다”라는 단서 조항을 삽입하여 형법상 배임죄 및 업무상배임죄와 특정경제범죄 처벌에 관한 법률에도 이를 원용할 수 있는 근거를 마련해야 한다고 주장하고 있다.<sup>152)</sup>

149) 이상돈, 『윤리경영과 형법: 경영과 법의 합리적 소통으로서 경영형법』, 신영사, 2005, p.70.

150) 오영근, “신용위험 공유자에 대한 대출과 배임죄”, 『형사정책연구』, 제15권 2004, p.114.

151) 허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 『비교형사법연구』, 제6권 제2호, 2004, p.155.

152) 최준선, “상법상 특별배임죄 규정의 개정방향”, 『경제법연구』, 제11권 제2호, 2012, p.25-26.



(2) 객관적 구성요건 요소인 배임행위를 배제한다는 주장

경영판단의 원칙에 의해 구성요건의 단계에서 구성요건의 객관적 요소로서의 배임행위 해당성을 제한해야 한다는 입장이다. 내부관계에 의해 일체의 모험거래가 허용되지 않는 경우를 제외하고는 통상의 거래 관행을 초월하지 않고, 본인의 추정적 승낙이 있다고 인정되면 배임행위가 성립되지 않는다.

이에 대하여 모험거래의 불법성이 사무처리자가 임무위배행위를 했는지에 따라 판단할 사안이지, 본인의 동의나 승낙의 존재여부에 따라 결정될 사안이 아니라는 점을 주장하는 반론도 존재한다. 일부 판례의 경우에도, 법인 이사의 행위가 배임죄에 해당하는지를 판단하려면, 해당 임원이 사무의 특성, 내용에 비추어 계약의 내용이나 법률의 규정 또는 신의성실의 원칙에 따라 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 했는지, 이로써 이사와 회사 사이의 신임관계에 위배되는 행위를 했는지, 그러한 행위로서 회사에 재산상 손해 발생의 위험이 초래되었는지를 살펴보아야 한다고 보았다. 즉, 배임죄 성립여부를 판단할 때 중요한 요소는 임원 행위가 법인과 임원 사이의 신임관계를 저버리는 행위(배임행위)를 하였는지를 기준으로 판단하여야 한다.<sup>153)</sup>

한편, 임무위배행위의 유형을 위험판단 오류형과 절차하자형으로 분류하고, 경영판단의 원칙을 서로 다르게 적용할 것을 제안하면서, 장래의 위험 판단을 잘못된 경우와 법적 절차나 내부규정에 반하는 임무위배행위를 분명하게 구별하여 경영판단의 원칙의 수용강도를 다르게 해야 한다고 주장하는 견해도 있다.<sup>154)</sup>

(3) 주관적 구성요건 요소인 고의를 조각한다는 주장(의도적 고의설)

경영판단의 원칙이 고의를 조각한다는 입장이다. 이러한 견해에서는 위험이 내재된 경영활동을 수행하는 이사가 당시에는 성실하게 판단했다라도 언제든지 경영사태가 악화되어 회사에 손해가 발생할 수도 있다는 인식할 수도 있기 때문에 미필적 고의로 배임죄를 인정하게 되면, 주관적 구성요건으로서의 고의의 성립요건을 통하여 배임죄의 적용을 제한하지 않겠다는 것이나 다름없다. 따라서 임무위배만으로는 민사상 손해배상 책임과 구별되지 않으므로, 형법상 배임죄에서의 임무위배는

153) 광병선, “경영판단의 원칙과 업무상배임죄”, 『법학연구』, 제56편, 2014, p.26.

154) 이상돈, “업무상배임죄에 있어서 경영상 판단 존중”, 『고려법학』, 제78호, 2015, p.46.

지극히 의도적인 행위로 이루어진 결과에 대해서만 적용되어야 하는 것이다.<sup>155)</sup>

경영활동에 위험성이 내재된 이상, 경영자에게 미필적 고의만으로 업무상배임죄를 인정하는 것은 형사책임을 무한정 확장하겠다는 것이나 다름이 없고, 따라서 이사의 경영판단에 대해서는 업무상배임죄의 적용 요건 중에서 의도적 고의에 준하는 정도의 확정적 고의를 요구해야 한다. 즉, 배임죄에서 임무위배를 주의의무위반으로 보고 있는데, 의도적 고의가 없는 주의의무위반을 기준으로 배임죄를 처벌한다면, 결국 업무상과실배임죄를 처벌하는 것이다.<sup>156)</sup>

이에 관한 판례 역시 경영상의 판단을 이유로 배임죄의 고의를 인정할 수 있는지는 이사가 수행하려는 사업의 내용, 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 동기와 경위, 이익획득과 손실발생의 개연성, 기업이 처한 경제적 상황 등 여러 사정에 비추어 자기나 제3자가 재산상 이익을 얻는 반면 회사에게는 손해가 발생한다는 점을 인식하고, 그러한 이사의 행위가 의도적인 경우에 해당하는지를 개별적이고 구체적으로 판단해야 한다고 본다. 이 때문에 업무상배임죄의 성립을 위해서는 주관적 구성요건으로서 임무위배에 관한 행위자의 인식과 그로 인하여 본인에게는 손해가 발생하는 반면 자기나 제3자에게는 이익이 발생한다는 인식, 즉 배임죄의 고의가 인정되어야 하고, 이러한 인식은 미필적 인식으로도 족하다고 하고 있는데, 일정한 경영판단의 경우 미필적 고의에 의한 배임죄의 고의를 인정하는 것이 다수의 판례와 학설의 입장이다.<sup>157)</sup>

#### (4) 위법성 조각사유로 보는 견해

경영판단으로 인한 위법성조각사유는 업무로 인한 행위, 법령에 의한 행위, 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 포함되는 정당행위로 볼 수 있다. 이사가 가격변동의 폭이 매우 큰 상품거래나 주식거래를 회사를 위해서 하는 모험거래의 경우, 이사가 양심적이고 정상적인 주의의무를 가지고 업무를 수행한 결과 회사에 손해가 크게 발생하더라도, 해당 이사가 양심적이고 정상적인 범위 내에서 정당하게 업무를 수행한 것이라면 배임죄에서의 위법성이 조각된다고 보는 것이다.

---

155) 강동욱, 앞의 논문.

156) 이상돈, 앞의 논문.

157) 광병선, 앞의 논문, p.26.

## 나. 절충적 견해

이 견해는 경영판단의 원칙을 배임죄성립의 제한원리로 인정하는 입장이다. 이 견해는 경영판단의 원칙을 수용하여 이사 등의 책임이 부정되면, 경제범죄 영역에 대한 법원의 판단이 극히 제한적인 범위에서 경직될 우려가 있으므로, 경영판단의 원칙을 경영진에게 과중한 책임을 전가하는 것을 방지하고 배임죄의 적용을 제한하는 법적 원리로서 이해해야 한다는 것이다. 만일 피고인이 경영판단의 원칙을 내세우며 배임죄의 고의를 부인하면 검사는 합리적 의심이 없을 정도로 공소사실에 관한 확신을 갖게 할 입증책임을 부담하는 것이다. 따라서 피고인이 배임죄 재판에서 경영상의 판단을 항변으로 내세운다면, 검찰은 수사의 결과로 취득한 각종 증거자료를 통하여, 피고인의 행위가 자신이나 제3자의 이득을 취득하기 위한 행위에 불과하다는 점이나, 회사에게 막대한 손해가 발생한다는 점을 인식했는지 완벽하게 입증해야 하는 것이다.

그러나 형사소송에서 공소사실 입증에 대한 책임은 검사가 부담하므로, 피고인이 경영판단의 원칙을 항변하느냐는 이러한 입증책임을 부담 원칙에 전혀 영향을 미치지 않고, 여전히 검사가 피고인의 배임행위를 입증해야 하기 때문에, 이와 같은 견해는 형사소송법상의 상식을 되풀이한 것에 불과하다고 본다.

## 다. 부정설

이와 같은 견해는 배임죄의 성립 여부에 관한 판단과 경영판단의 원칙은 서로 관련이 없다는 것이다. 이 견해는 이사가 충실의무에 따라 행동하는 한 재산상 이익을 취득한다는 의미로서의 구성요건의 표지가 충족되지 않는다고 인정될 수 있고, 그 경우 배임죄의 성립이 당연히 제한될 것이므로, 배임죄의 성부와 관련하여 경영판단의 원칙을 도입할 필요가 없다는 견해이다. 특히 경영판단의 원칙이 미국 판례에 따라 이사의 민사상 손해배상책임을 면책시키기 위해서 인정된 것이므로, 이를 한국에서 형법상의 고의범인 배임죄를 판단하는 것은 논리적으로도 부당하다고 본다. 이러한 견해에 따르면 배임죄 형사재판에서 경영판단의 원칙을 고려할 필요가 아예 없는 것이다. 따라서 이사의 회사를 위한 위험부담행위가 통상의 업무집행범위를 넘어서는 경우, 즉, 재량권의 범위를 일탈하거나 남용하는 경우에는 회사

의 구체적 사정과 사업 상황을 고려하여 이사가 임무를 위배한 것인지 판단하면 된다. 그리고, 회사의 사회적 책임과 회사의 행위를 규정하고 있는 법률에 위배되는 행위에는 경영판단의 원칙이 적용되지도 않고, 이 경우 이사가 회사의 이익을 위하여 한 것이라는 변명도 허용되지 않을 것이다. 이사가 경영판단에 관한 주장을 한다면, 우선 법원은 이사의 선량관 관리자의 주의의무 위배 여부를 우선으로 판단 하되, 위법성 조각사유인 정당행위에 해당하는지도 검토하여, 만일 해당 이사의 행위가 양심적인 경영자에게 요구되는 주의를 가지고 정상적인 업무수행의 과정에서 이루어진 것이라면, 법원은 이사 등의 거래행위를 정당한 업무수행으로 보아 형법 제20조의 정당행위를 적용하여 위법성이 조각할 수 있고, 이 경우 굳이 경영판단의 원칙을 차용하여 유무죄 여부를 판단할 필요가 없는 것이다. 따라서 이사의 경영행위가 경영상의 판단에 따른 행위로서 경영판단의 원칙의 요건을 충족한 경우라면 이미 형법상 정당행위에 해당하여 배임죄에 관해서는 무죄판단이 이루어지므로, 굳이 기업인에 대한 특별한 혜택을 줄 수도 있는 경영판단의 원칙을 차용할 필요가 없다는 것이다.

이와 같은 부정설에 따르면, 민사 영역에서도 경영판단의 원칙의 도입 여부나 그 형태에 관해서 학계의 태도가 통일되어 있지 않은 상황이라, 이를 형사상 판단에 적용하는 것은 시기상조라고 보기도 한다. 사실 경영판단행위라는 의미가 명확하지 않아서 설령 이에 관한 면책조항을 두더라도 법률적인 상징성에 불과하고, 오히려 배임죄에 관한 추상성이나 모호성이 더 확대될 뿐 이를 극복하기는 쉽지 않은 것으로 본다. 따라서 만일 배임죄의 재판에서 경영판단의 원칙을 적용하고자 하더라도 단순히 개별 사례에서 구성요건에 해당하는지를 심사하기 위한 요소 중의 하나로 고려해야 하고, 설령 판례에서 경영판단이라는 의미가 포함되더라도 이는 타인의 사무처리행위가 신의성실의 원칙에 위배되지 않는다는 정도로만 받아들여야 한다. 대법원도 이사의 민사상 손해배상책임을 면책하면서 경영판단의 원칙의 적용요건을 세부적으로 규정했고, 배임죄의 성립 여부에 관해서도 경영판단의 원칙을 수용하는 것이 아니라, 경영상의 판단이라는 이유로 배임죄의 죄책을 면할 수는 없다는 정도로 인용(引用)할 뿐이다. 나아가 이사의 형사처벌에 대한 부담을 경감하려고 형법에 경영판단의 원칙을 도입하는 것은 오히려 이사에게 아무런 법적 근거 없이 면책특권을 부여하는 것으로서 일반 대중들에게 수용될 수 있을지 의문이다. 또한, 미국의 경우 ‘징벌적손해배상’, ‘손해액3배배상제도’, ‘집단소송제도’ 등 민사적으로도 강력한 제재수단을 갖춘데 반하여, 한국에서는 이러한 제도가 미비하고, 또

한 미국 증권거래위원회는 스스로 민사소송을 제기하면서 적극적으로 증권범죄에 대응하고 있는 반면, 한국은 전혀 그렇지 않다. 형사법적으로도 미국은 기업에 대하여 의무준수프로그램을 시행할 것을 명령하고, 보호관찰관이 기업의 준수 여부를 감독하면서 회사가 적법한 활동을 할 수 있도록 하는 기업에 대한 보호관찰제도가 있어서 굳이 배임죄가 아니더라도 이것이 기업범죄 통제방안으로 활용되고 있는 반면, 한국은 그러한 제도도 없어서 미국과 한국은 환경이 매우 다르다고 주장한다. 그리고 두 나라 간의 경영풍토의 차이가 중요한데, 한국은 전문경영인에 의한 책임경영이 확립되어 있지 않아 소유와 경영이 분리되지 않았는데도, 소유와 경영의 분리를 전제로 한 ‘경영판단의 원칙’을 한국에 그대로 적용하는 것은 모순이 있다. 한국은 대주주에 의한 소유경영이 이루어지고 있어 소수 주주의 보호가 어렵고, 경영권 남용의 가능성도 미국보다 훨씬 크기 때문이다. 이와 같은 점을 고려하면 미국식 ‘경영판단의 원칙’을 민사법 영역에 직수입하는 것은 문제가 있다. 또한, 이 견해는 ‘경영판단의 원칙’은 과실에 관한 것이라면, 형법상(업무상) 배임죄는 고의에 대한 것이다. 그러므로 전자를 후자에 바로 대입하는 것은 곤란하다. 그럼에도 동 원칙을 배임죄의 해석에 도입하자는 주장은 경영판단이라면 배임의 구성요건에 해당되지 않는다는 법률상 또는 사실상의 ‘추정’을 인정하자는 제안으로 읽히고 있다. 그러나 경영판단이라고 해서 이 정도의 법률적 특혜를 주어야 할 이유는 없다. 그리고, 경영판단의 주장은 범죄론 단계별로 구분하여 개별적으로 평가해야 한다.

### (1) 법체계의 불일치로 인한 도입 불가 입장

미국의 판례법 형태로 발전해 온 경영판단의 원칙은 본래 법원에서 다투어지는 특정한 경영판단을 함에 있어서 이사가 회사에 대한 신인의무로서의 선관주의의무와 충실의무를 다하였다는 점에 대하여 법원에 의하여 인정되는 추정이다. 이러한 추정을 깨뜨리기 위해서 원고 측이 반증의 입증책임을 부담한다. 만약 원고가 입증할 수 없다면, 경영판단의 원칙에 의해 이사와 이사의 경영판단은 보호된다.

현실적으로는 선의의 요소에 있어서 이사의 경영판단을 회사를 위한 것으로 간주한다는 법원의 태도에 의해 입증책임을 전환되어 실무상 원고의 입증이 거의 불가능하게 되었고, 따라서 경영판단의 원칙이 미국회사법의 원칙이라기보다는 경영진에게 일종의 특혜를 부여한다는 비판이 있다. 미국의 회사법상 원칙이 아닌 사법

정책이라고 볼 수 있는 경영판단을 우리 성문 형법상 구성요건 해석을 위한 기준을 삼는 것은 타당하지 않다는 것이.

미국의 경우 주주대표소송, 징벌적 손해배상, 주식벌금제도, 집단소송제도 등의 제도들이 활발히 이용되고 있어 적어도 주식회사의 주주 등이 이사 등 경영진에 대하여 강력한 수준의 민사책임을 물을 수 있다. 그러나 제도나 그 활용이 현저히 다른 우리나라의 형법상 업무상배임죄 성립여부를 판단하는 기준으로 경영판단의 원칙을 적용하는 것은 부적합하다.

(2) 업무상배임죄 성립에 있어서 고의의 항변에 불과하다는 입장

이사에 대한 손해배상청구소송에서 경영판단의 항변이 제기되었을 경우에 판례는 이를 선관주의의무 판단기준의 하나로서 활용하고 있다. 관련 판례를 보면, 금융기관의 임원은 소속 금융기관에 대하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 부담하므로, 그 의무를 충실하게 이행한 경우에 임무를 다한 것이 되지만, 금융기관이 해당 임원을 상대로 대출과 관련된 임무를 게을리하여 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 물으려면 임원이 행한 대출이 결과적으로 회수가 곤란하거나 불가능하게 되었다더라도 그것만으로는 대출결정을 내린 임원에게 바로 미회수금 손해 등의 결과를 방지해야 할 책임을 물어, 해당 임원의 판단이 선량한 관리자의 주의의무나 충실의무에 위배된 것으로 단정할 수는 없다고 본다. 그리고, 대출에 관한 경영판단에는 합리적이고 통상적인 금융기관의 임원으로서, 해당 상황에서 합당한 정보에 기초하고 적법 절차를 준수하여 회사에게 최선이 되는 이익을 위하여 신의성실에 따라 대출심사를 단행하였다면, 해당 임원의 의사결정과정에 현저한 정도의 불합리한 사정이 없는 이상 해당 임원의 경영판단은 허용되는 재량의 범위 내의 것으로 보아야 한다. 아울러 판례에 따르면, 해당 임원이 선량한 관리자의 주의의무에 위반하여 자신의 임무를 게을리했는지는 대출 결정에 통상의 임직원으로서 간과해서는 안 되는 잘못이 있는지를 고려하되, 그 과정에서 대출의 조건, 내용, 성장, 가능성, 규모, 변제계획, 담보의 확보 여부, 채무자의 자력(資力)이나 그 밖의 경영상황에 비추어 종합적으로 판단해야 한다고 본다.

판례의 입장은 경영판단의 원칙은 이사의 손해배상책임 요건 사실로써 임무해태를 판단하는 잣대에 불과하다. 그리고, 법령위반이나 임무해태가 명백하여 손해배상의 요건이 이미 충족되는 경우에는 이사는 그 책임을 면할 수 없음을 선언하고

있다. 특히 우리나라의 형사판례에서 경영판단의 문제는 배임죄의 고의 일반론 차원에서 고려되고 있을 뿐이다. 경영판단의 원칙에 해당하는 이사의 행위라고 하여 무조건적으로 배임죄의 적용을 배제하는 논의는 받아들일 수 없다. 그리고, 경영판단의 원칙은 형법에서 적어도 배임죄 성립을 제한하는 원리로는 기능한다고 보아야 한다.

위의 판결도 경영판단의 원칙을 업무상배임죄의 해석에 명시적으로 도입한 것이라기보다는, 주관적 구성요건 요소 측면인 고의의 항변으로 보아 배임죄의 확대를 제한하려는 시도의 하나로 보아야 한다.

## 라. 소결

형법상 배임죄는 고의범이다. 배임죄가 성립하기 위해서는 객관적으로 ① 회사에 대한 임무위배행위가 있어야 하고, ② 회사에 손해가 발생하거나 발생할 위험이 존재해야 한다. 주관적으로는 ① 자기나 제3자가 재산상 이익을 취득하고 있다는 점과 이를 통하여 본인에게는 손해가 생긴다는 점에 관한 인식이 모두 있어야 하고, ② 초과적으로 불법이득의사가 존재해야 한다.

미국 판례법상 경영판단의 원칙은 경영자가 선의와 상당한 주의로 자신의 권한 범위 내에서 행한 거래로 발생하는 손해에 대한 경영자의 면책을 말하는 것으로 배임행위의 고의범만을 처벌하는 우리 형법의 업무상배임죄 성립여부를 판단함에 있어서 미국의 경영판단의 원칙을 적용하자는 것은 문제의 대상에 적절한 도구를 선택한 것이라 할 수 없다.

또한, 형법상 배임죄가 성립하기 위해서는 객관적으로 이사가 회사와의 관계에서 배임행위가 있어야 한다. 경영판단으로 인정하기 위한 기준은 이사가 경영판단의 대상과 이해관계가 없어야 하고, 회사에 이익이 된다는 믿음에 따른 행위여야 하고, 경영판단을 근거 지우는 충분한 정보를 가질 정도로 상당한 주의가 요구된다.

따라서 경영판단 원칙의 적극적 요건에 해당하는 경우에는 우리 형법상 배임죄 성립의 객관적 요소로서의 배임행위가 존재한다고 보기 어렵다. 경영판단의 원칙이 주장하는 바는 배임행위의 구성요건 해당성이 없는 경우 경영판단의 원칙에 의해 배임죄 성립을 배제하자는 순환론에 불과한 것이다.

판례는 이사의 경영판단의 행위로 인하여 회사에게 손해가 발생하였을 경우 이에 기한 민사상 손해배상책임여부를 결정하는 중요한 기준으로 이사에게 선관의무

와 충실의무 위반이 없어야 한다는 점을 일관되게 밝히고 있다. 만일 이사의 경영 판단에 의한 행위라 할지라도 고의에 의하여 선관의무와 충실의무를 위반하여 회사에 손해를 가한 경우에는 손해배상책임이 발생한다.

배임죄의 주체는 타인의 사무처리자이다. 업무상배임죄는 ‘업무상 임무에 위배하는 자’로서 행위의 불법성이 크기 때문에 형이 가중된다. 그런데 경영판단의 원칙을 도입하게 되면 ‘이사 등 경영자’의 경우에는 오히려 그 책임을 면하게 되어 배임죄 자체가 사실상 사문화 될 가능성이 높다.

우리 형법의 업무상배임죄나 상법의 특별배임죄는 ‘실패한 경영행위를 범죄화’하는 입법취지가 아니라 고의에 의하여 이루어진 배임행위를 한 ‘성공한 범죄행위를 처벌하자는 것이다. 대법원 판례에서 경영판단에 의한 배임죄의 고의의 성립 여부를 판단하고 있지만 이것만으로 미국의 경영판단의 원칙을 도입한 것으로 볼 수는 없고, 단지 회사의 경영자가 경영판단을 주장할 경우 배임행위에 대한 고의가 존재하는지 여부를 판단하는 기준으로 삼고 있을 뿐이다. 따라서 우리 형법에 있어서 경영판단의 원칙은 업무상배임죄 성립에 있어서 고의의 성립 여부를 판단하는 기준에 불과하다.

이사가 경영행위를 하면서 모험적인 투자를 하지 않을 수 없고, 그 경우에 주의 의무를 다하고 충실의무를 지켰다면 설령 그 행위로 인하여 회사에 손해를 끼쳤더라도 배임죄의 미필적 고의조차도 인정하기 어려울 것이다. 하지만 이사의 경영행위가 회사의 이익추구라는 미명하에 결론적으로 본인이나 주주의 이익을 위해 이루어진 경우나 긴급하다는 이유로 법령에 위반한 경우는 말할 것도 없고, 기본적인 절차규정을 위반하여 행하여진 것으로서 이로 인하여 회사에 손해를 끼쳤거나 손해발생의 위험을 초래한다면 이는 이사 스스로 자신에게 부여된 주의의무나 충실의무에 위반하고 있다는 것을 알고 있다고 보아야 할 것이므로 적어도 배임죄의 미필적 고의를 인정할 수 있을 것이다.

적어도 이사의 경영행위 중에서 모험적 성격의 행위와 그렇지 않은 경우를 구분하여, 전자의 경우에는 배임죄의 성부를 판단함에 있어서 경행위의 특수성을 감안하여 자연인의 경우보다 엄격한 기준을 설정함으로써 이사의 형사책임을 다소 완화할 필요는 있을 것이다. 이점에서 본다면 전술한 법원 판례처럼 기업의 특수성을 고려하여 이사의 경영행위에 해서는 보다 엄격한 기준 하에 배임죄를 인정하는 태도는 적합하다고 할 것이다.



## 제3절 배임죄의 비범죄화를 위한 입법적 대안

### 1. 경영판단의 원칙 도입

#### 가. 부정설의 요지

앞서 본대로 이와 같은 경영판단에 대한 형사적 면책에 대하여 형법학자들의 비판이 있다. 가장 중요한 비판은, ① 경영판단의 원칙 자체가 모호한 것인데, 이것을 확정하고 그 경우 면책시키는 판단을 한다는 것은 또 다른 죄형법정주의 위반문제가 야기된다는 것이다. ② 경영판단의 원칙이 미국판례법상 이사의 민사상 과실책임을 면제하기 위한 원칙으로 인정된 것이므로 이것을 형사법상 고의범인 배임죄의 성립을 배제하기 위한 기준으로 적용하는 것은 논리적으로 타당하지 않다는 주장이 있다. 경영판단의 원칙은 경영자의 경영판단에 과실이 있는 경우 손해가 발생하였더라도 그 책임을 면제하는 이론인데, 배임죄는 과실범이 아닌 고의범이어서 고의가 있는 경영자의 행위에 과실이 문제인 경영판단의 원칙이 적용될 수 없으니 논리적으로 맞지 않다는 것이다. 달리 말하면 경영판단의 원칙은 과실에 기한 민사책임인데 이를 고의범인 배임죄에 적용하는 것은 차원이 다르다는 것이다. “일부 학자들은 미국 법리인 ‘경영판단의 원칙’을 제대로 이해하지 못하고 여론을 호도하고 있다.”고 비난한다. ③ 경영판단의 원칙은 충실의무위반에는 적용되지 않고 주의의무위반에만 적용되는 것인데, 한국의 판례를 보면 거의 충실의무위반 사례에서 경영판단의 원칙이 배임죄에 적용될 여지가 많지 않다고 한다. ④ 또한 현행법의 테두리 내에서 판례는 이사가 경영판단을 한 경우는 이미 이사가 충실의무와 주의의무를 다 한 것으로서 고의범으로 보지 아니고 현재 처벌하지도 않으므로 문제가 없다고도 한다.

#### 나. 부정설에 대한 검토

첫째, 경영판단의 원칙이 죄형법정주의에 어긋난다는 부분에 대하여 살핀다. 배임죄의 구성요건이 개방적 구성요건이므로 임무위배 자체도 죄형법정주의에 위반된다. 경영판단의 원칙의 도입은 이와 같은 개방적 구성요건을 어떻게 제한할 것인가

가의 문제이므로 차원이 다른 논의이다. 경영판단의 원칙이라는 것이 죄형법정주의로 규율할 문제가 아니다. 경영판단이라는 것이 범죄가 아니기 때문이다. 따라서 경영판단의 원칙이 애매모호하여 죄형법정주의에 어긋난다는 것은 차원이 다른 논의이다. 또한 경영판단의 원칙은 미국 판례법상 정립된 것이고, 한국에는 미국식의 경영판단의 원칙은 도입되고 있지 않다. 이것을 도입함에도 충분한 논의가 있어야 할 것이며, 논의 결과 어느 정도 내용이 구체화된 다음에 도입되어야 할 것이다. 미국과 동일한 요건이 정착될지 아니면 한국식으로 변용될지도 지금은 알 수 없지만, 본 연구자는 판사가 경영판단의 내용을 사후에 평가하는 것은 불가능하다는 입장이며, 미국과 같이 경영판단의 절차와 과정을 중시하여야 한다고 본다. 아직 구체화 되지도 않은 것을 두고 내용이 애매모호한 것이어서 죄형법정주의에 위반한다는 주장은 납득하기 어렵다.

경영판단의 원칙 자체가 모호한 개념이라는 데 대하여는 필자도 동의한다. 본래 이 개념이 법정된 개념이 아니며, 미국의 판례법상의 원칙이므로 애매한 면이 있다. 그러나 독일 주식법 제93조는 이 원칙을 성문화하는데 성공하였다. 필자는 독일의 예를 본받아 이 개념을 한국 상법에도 명문화하자는 것이다. 일단 경영판단의 원칙을 상법에 도입하기로 결정하고 연구하면 반드시 한국 실정에 맞는 합리적인 성문규정을 만들어낼 수 있을 것으로 본다.

둘째, 고의범인 배임죄에 과실이 문제인 경영판단의 원칙 적용은 논리적으로 타당성이 없다는 주장이 있다. 그러나 이러한 주장은 현실과 맞지 않은 이론적인 주장일 뿐이라고 생각된다. 위의 비판은 고의와 과실이 명확히 구분된다는 것을 전제로 한다. 현재 고의가 명확하게 드러난 경우에만 기소하고, 법원도 과연 그렇게 명확하게 고의범만 처벌하고 있는가 의문이다. 과연 법원이 고의범의 경우에만 배임죄로 처벌하고 있고, 과실 있는 경영행위는 처벌하지 않고 있는가도 의문이다.

고의의 입증에도 문제가 있다. 고의의 입증은 피고인이 고의를 부인하는 상황에서는 사물에 내재된 성질상의 고의와 상당한 정도로 관련 있는 간접사실을 증명함으로써 입증해야 하므로, 고의의 존재조차 불명확한 경우에도 간접사실로써 고의를 인정할 수 있고, 일정한 구성요건 아래서 정형화되어 있는 사안에 해당하는 경우에는 고의를 사실상 추정하는 것도 가능하다. 특히 판례는 회수가능성과 손해방지조치라는 측면에 중점을 두어 고의의 입증책임을 완화하고 있는 경향도 보인다. 이를 고의의 입증책임 완화 경향이라고 한다. 더욱 중요한 것은 판례는 명백히 배임죄의 고의는 미필적 고의를 포함한다고 하고, 미필적 인식으로도 충분하다고 한다. 고의

는 내심의 의사이므로 증명할 수 없는 것이며 추정만 가능한 것이므로 고의는 간접사실의 증명으로 이를 인정할 수밖에 없다. 현실적으로는 고의범인지 과실범인지 구별되지 않고 처벌된다. 이와 같이 배임죄에 있어서 고의는 절대적인 구성요건지표가 될 수 없고, 간접적으로도 증명될 수 있거나, 과실과 거의 구별되지 않는 미필적 인식으로써도 대체될 수 있다. 미필적 인식이 있는 경우에 배임죄가 성립되기도 하고, 성립되지 아니하기도 한다. 예컨대 은행임원이 부실대출의 가능성이 있고 이를 인식하면서도 부실대출을 감행한다면 임무위배에 대한 미필적 고의가 있는 것이고, 배임죄에 의율될 수 있다. 동시에 부실대출의 가능성이 있음에도 여러 가지 정황을 살펴 대출을 해 주는 것은 경영판단이다. 이러한 경영판단에 대하여는 설사 나중에 회사에 손해가 발생하더라도 이사의 책임은 면제되어야 할 것이다. 이와 같이 배임죄의 구성요건으로서 고의, 과실, 미필적 고의, 미필적 인식도 포함하므로 고의와 과실이 명확히 구분된다는 것을 전제로 한 위의 비판은 타당하지 않다. 따라서 “경영판단의 원칙이 미국관례법상 이사의 민사상의 과실책임의 면책을 위한 원칙으로 인정된 것이므로, 이것을 형사법상 고의범인 배임죄의 성립을 배제하기 위한 기준으로 적용하는 것은 논리적으로 타당하지 않다.”라는 주장은 찬성하기 어렵다.

특히 미국에는 배임죄라는 것 자체가 없으므로 경영판단의 경우에 배임죄가 면책된다는 따위의 개념이 있을 수 없다. 만약에 미국에서도 배임죄가 있다면 경영판단에 대하여는 면책되었을지도 모르는 일이다. 미국의 경우에는 배임죄 규정이 없지만 증권범죄나 사기범죄로 한국의 배임죄 사안이 처벌되는 경우가 있기 때문에 미국에서는 과실의 경우는 처벌이 안 된다는 식으로 말을 할 수는 없을 것이다. 또한 경영판단의 원칙은 주로 민사적 손해배상책임의 배제이론인 것도 맞지만, 미국 법상의 경영판단의 원칙이 한국에도 반드시 동일하게 적용되어야 할 이유는 없다. 한국에서는 경영자에 대하여도 형사책임으로서 배임죄를 인정하는 나라에서는 민사적으로 면책된다면 형사적으로도 면책가능성이 높아지는 것을 부인할 수 없을 것이다. “일부 학자가 미국 법리인 ‘경영판단의 원칙’을 제대로 이해하지 못하고 여론을 호도하고 있다.”라는 주장에는 동의할 수 없다. 미국에서 널리 인정되고 있는 경영판단의 원칙을 한국에 맞도록 변용하여 그 취지를 도입하자는 것이기 때문이다.

물론 경영판단행위에 관하여 이루어지는 개별 법관의 서로 다른 판단으로 배임죄를 면책하는 것은 죄형법정주의에 어긋나므로, 배임죄 규정에 “경영판단에 대하

여는 별하지 아니한다.”라는 단서를 두는 것이 타당할 것으로 보인다. 여기서의 “경영판단”이란 상법에 경영판단의 요건을 예시적, 구체적으로 규정함으로써, 민사적으로도 손해배상책임이 면제된 사안에 대하여 형사적으로도 면책할 수 있는 길이 열리는 것이다. 이와 관련하여 현재도 법원이 민사사건의 결과를 반영하고 있으므로 특별히 성문법화할 필요가 있는가라는 주장도 있다. 그러나 성문의 규정이 있는 경우와 없는 경우가 엄연히 다르고, 미필적 고의범도 처벌하며, 위태범으로서 손해가 실현되지 않고 위험의 야기만 있더라도 처벌하며, 미수범도 처벌하도록 되어 있는 현상황에서 경영판단으로 인정되면 별하지 않게 되는 것은 기업인에게 큰 도움이 될 것으로 확신한다.

셋째, 경영판단의 원칙은 충실의무위반에는 적용되지 않고 주의의무위반에만 적용되어야 하는데, 한국의 경우 대부분 충실의무 위반이 문제되므로 경영판단의 원칙이 적용될 여지가 적다는 것이다. 필자도 이 점에 대하여는 동의한다. 그러나 경영판단의 원칙은 기업인의 과실 또는 미필적 고의에 의한 임무위배의 경우만 적용하자고 주장하는 것이며, 명백한 충실의무 위반에 대하여까지 적용하자고 주장하는 것은 아니다. 여기서 충실의무란 이사의 자기거래, 회사기회유용, 경업 등 회사와 이사 간에 이해관계가 충돌될 수 있는 행위를 하지 않을 의무를 말한다. 이와 같은 행위는 대부분 경영자가 배임행위로 인하여 개인적인 이득을 취한 경우이므로 민사상 손해배상은 물론 형사처벌까지 가하여진다고 해도 크게 부당하게 느껴지지 않는다는. 다만, 충실의무 자체도 이를 인정하는 견해도 있고(이질설), 이것은 다른 아닌 선관주의의무의 한 내용으로 보는 견해도 있다(동질설). 일본에서도 회사법상 특별배임죄에 관한 규정인 제960조에 규정된 자는 모두 선량한 관리자의 주의를 가지고 그 사무를 처리할 의무를 가지고 있는 것으로 해석되고 있고, 회사중역에 대해서는 특히 한국 상법 제382조의3과 마찬가지로 충실의무가 규정되어 있지만(일본 회사법 제355조), 판례와 다수설은 선관주의의무와 충실의무는 기본적으로 동질적인 것으로 이해하고 있다. 동질설에 의하면 이와 같은 구분은 의미가 없고, 개인적 이득을 취하였는지 여부만 판단하면 될 것이나, 개인적 이득의 유형도 워낙 복잡하므로 그 판단에는 신중을 기하여야 할 것이다. 또한 이사 등의 법령위반의 경우에는 본래 경영판단의 원칙도 적용되지 않는다.

넷째, 이미 판례가 경영판단의 경우 배임죄를 묻지 않고 있으므로 경영판단의 원칙을 명문으로 규정할 필요가 없다는 주장도 있다. 문제는 판례가 구체적 타당성을 중시하는 관점에서 사안마다 다른 기준으로 해결하고 있어서 그 판단의 결과를 전

혀 예측할 수 없다는 것이다. 심급에 따라 유무죄의 결과가 바뀌는 경우가 너무 잦다. 무죄율이 일반 형사범죄의 경우보다 상당히 높다. 범죄가 성립하는지 알 수 없고, 판결을 받아 봐야 안다. 이처럼 배임죄는 각 심급마다도 결론이 달라질 수 있고, 높은 기소율에 비하여 높은 무죄율을 나타내고 있기 때문에, 수사기관이나 법원에 어느 정도의 기준을 제시한다는 면에서도 경영판단의 원칙의 명문 도입은 무의미하지는 않을 것이다. 독일 주식법에서도 경우에도 명문으로 경영판단의 원칙을 도입한 것도 같은 취지이다.

기업의 대표이사 등 회사의 임원은 회사법상의 의무를 충실히 이행하여야 하며, 회사 영업이익의 극대화와 영업손실의 극소화라는 목표를 달성하기 위하여 노력하여야 한다. 이와 같은 기업임원의 업무수행은 수익 또는 손실의 예측이 매우 어려운 불확실한 과정 속에서 최선의 판단 하에 이루어지게 된다. 그럼에도 불구하고 임원의 업무집행결과 기업에 손실을 발생케 하였을 경우에는 민사상 또는 형사상 책임을 져야 한다. 민사상 책임으로는 회사에 손해배상책임을, 형사상 책임으로서는 형법상 배임죄 업무상배임죄, 상법상 특별배임죄 및 특경법상의 배임죄에 해당할 가능성이 크다. 기업의 임원은 이와 같은 위험을 무릅쓰고 경영을 하여야 할 처지에 있으므로 회사 차원에서 임원배상책임보험을 가입하는 등 임원의 지위에 따르는 위험을 경감하기 위한 조치가 있지만, 이것이 형사처벌까지 면제해 주지는 못한다. 이 문제를 해결하는 방법으로서 법률을 개정하기보다는 법원의 해석론의 정착을 기다리자는 주장도 있다. 이러한 주장은 일면 타당하기는 하지만, 법원의 해석론의 정착에는 수십 년의 시간에 걸쳐 수십 건의 배임죄에 관한 판례가 쌓여야 한다는 점에서 현실성이 없는 주장이다. 그러므로 입법적 해결만이 유일한 방안이라고 생각한다.

## 2. 배임죄 개정안의 제안

### 가. 개정안의 입법 취지

배임행위가 경영 과정에서 예상하기 어려운 과정으로 등장하는 경우가 많기 때문에 경영상 판단인지 업무상 배임인지는 수사기관의 재량에 따라 결정되는 경우가 많다. 사실 경영자에 대해서 임무위배라는 포괄적 사유를 들어 형사제재로 의욕

하는 것이 과연 타당한지는 여전히 의문이고, 엄격한 범집행으로 일관하는 것이 타당한지도 다시 고려해야 할 사안으로 보인다. 더구나 위법행위인지 단순한 경영상의 판단 실패인지고 구분하기가 쉽지 않아서, 경영실패가 발생할 경우 민사불법을 넘어서 배임죄라는 형사처벌이 필요한 범죄의 하나로 인정되기 쉽고, 특히 사업에 실패하면 감옥 간다는 인식이 만연해진다. 기업활동에 과도할 정도로 형사적 판단을 개입하여 경영진의 실수를 인정하지 않고 엄중한 형사처벌로 일관한다면, 기업에 보장되어야 할 창의성과 자율성은 더 이상 기대하기 어렵게 되고, 회사의 이사가 소신에 따라 경영을 하기 어려운 환경에 처해짐으로써, 기업뿐만 아니라 국가에게도 경제적으로 상당한 불이익을 가져오게 된다. 이러한 관점에서 볼 때, 이사의 경영행위에 대하여 형사책임을 인정하는 것은 매우 곤란하고, 기업경영에 있어서 배임죄의 성립여부에 대한 판단은 더욱 신중하게 이루어져야 한다.

현재까지의 판례에 의하면, 배임죄는 개별 재판부의 성향이나 사회 여론의 동향에 따라 좌우되는 경우가 많아, 헌법상 죄형법정주의 원칙에 위배되고, 형사제재의 예측가능성이 결여된다는 비판이 제기되고 있다. 합리적인 경영판단에 대해서 형사처벌로 처벌하지 않는 경영판단의 원칙을 법률에 명문화할 필요가 있다. 경영진 개인의 비도덕적 경영뿐만 아니라 고도의 경영판단의 잘못까지도 불법화되고 있다. 이와 같은 현상을 “경영형법의 위험한 흐름”이라고 한다. 형법이 개별적으로 경영진의 위법행위를 처벌하는 것을 초월하여, 경영진이 내린 판단의 당부까지 사후적으로 판단하고 통제하는 방식으로 시장경제에 깊숙하게 개입하면, 민주주의의 필수요건인 시장경제를 형법이라는 도구로 재단하는 결과가 발생하는 것이다.

민사적으로 경영판단으로 손해배상의무가 없는 것으로 판단되면 형사처벌도 면제되어야 한다. 우선 배임죄의 구성요건(해석)이 명확하지 않다. 배임죄의 불법내용은 형법의 적용대상이 아닌 배임행위와 잘 구별되지 않는다. 형법에서 정하는 구성요건은 행위자의 불법의 범위와 내용, 한계가 명확하게 설정되어야 하는데, 배임죄에서 상정하는 임무위배는 정형화된 구성요건 표지를 찾아보기 어려운 대표적인 사례이다. 이 때문에 배임죄의 구체적인 내용이 개별 법관의 가치관이나 국가의 정책적 목표에 따라 매번 다르게 나타날 수 있는 위험이 있다. 배임죄의 임무위배행위는 통상적인 임무수행과 일상적인 시각에 의해서 분명하게 구분하기가 곤란하다. 그럼에도 불구하고 배임죄는 특별법이 아닌 형법전에 규정되어 있어 그 판단이 용이한 것으로 착각하기 쉬우며, 다른 경제범죄에 대한 법률판단은 쉽게 하지 않으면서 배임죄에 대하여는 어렵지 않게 판단하게 된다. 이와 같이 범죄인 행위와 범죄

가 아닌 행위 사이의 차이가 불분명한 경우는 죄형법정주의에 위배될 가능성이 커지는 것이다.

민사상의 의무와 책임의 규정에 의하여 충분히 억지할 수 있다면, 그 이상의 제재는 불필요하다. 여기에 더하여 공적인 경찰이나 검찰의 권한을 이용하여 그 억지를 도모하는 시스템을 설계하는 것은 사회적으로 불필요한 비용을 들이는 것이 될 수도 있다. 그러나 실제로는 이사의 일정한 행위에 대해서 형사벌의 대상이 되어, 현재 그 책임 추궁이 이뤄지고 있는 것이 사실이다. 이와 같이 배임죄, 심지어 특별배임죄라는 가중 유형까지 마련해서 국가가 일정한 비용을 들여 형사상 제재를 과하는 이유는 어디에 있는 것인가. 비용편익분석의 관점에서 말하면, 민사상의 제도에 의한 억지 효과만으로는 불충분한 경우가 있고 또한 국가가 부담하는 억지를 위한 비용보다도 이사의 해당 행위가 사회에 가져오는 손해가 명백히 큰 경우, 이러한 제도는 정당화할 수 있다. 실제로도 일정 규모의 회사의 이사가 회사의 이익과는 다른 동기에서 그 권한을 행사할 경우, 회사에 관한 이해 관계자의 법익을 넓게 해치고 사회적 부를 크게 잃게 할 가능성이 높다. 주주나 예금자는 물론 사회 시스템의 운영자나 참가자 등의 법익에까지 관련되어 있어, 국가 전체(경우에 따라서는 국가를 넘어)에 영향을 미칠 수 있다. 이렇게 보면 경영자가 자신의 이익을 피하고 회사에 손해를 가할 목적 하에 이루어진 행위에 대해서 형사상 제재, 특히 가중 유형을 마련하고 대처하는 것은, 전혀 불합리하다고 볼 수는 없다.

그러나 형사적 제재의 집행에는 많은 문제가 있다. 이사의 재량적 판단에 대해서 기소가 이루어진 사안에서 최근에는 무죄판결이 다수 나오고 있다. 따라서 형사 제재의 발동을 적절히 통제할 수 있다면, 특정 개인에 과도한 비용을 부담시키지 않아도 되고 어떠한 법익의 침해와도 무관한 결과로 될 수도 있다. 형사절차를 진행하기 위한 비용도 엄청나다. 형사상 제재를 발동되어야 하는지 여부가 애매한 사안에 있어 이를 지나치게 쉽게 발동될 수 있다면, 억지의 기능이 지나쳐 경제 위축 효과가 발생할 위험도 있다.

경제행위에 대한 형사절차는 분명히 상당히 큰 저항을 받는다. 이 문제는 해당 피의자만의 문제가 아니라 경제 전반에 영향을 미친다. 무엇보다도 형법의 적용이 일정한 긍정적 효과를 가져오는 것은 사실이라 하더라도 그것이 올바른 방향인지에 대한 확신이 없다. 왜냐하면 형사적 제재를 감안하여 기업인들은 이전보다도 더욱 위축되고 위험을 감수하거나 모험적 사업에 뛰어들지 않으려 할 뿐만 아니라 결국 경제적 재생산에 있어서, 그리고 기업의 사회적 기능에 있어서 후퇴를 가져온

다는 것 또한 분명하기 때문에 바람직하지 않다. 형법에 의하여 유도된 자극반응은 경제활동을 위축시킬 뿐이고 경제적으로 승인된 법익이라는 의미 있는 규제는 가져 오지 않기 때문이다.

한편 이와 같이 법률을 개정하기보다는 법원의 해석론의 정착을 기다리자는 주장은 타당하기는 하지만, 법원의 해석론의 정착에는 수십 년의 시간에 걸쳐 수십 건의 배임죄에 관한 판례가 쌓여야 한다는 점에서 현실성이 없다. 그와 같은 의미에서 입법론이 중요하다고 생각된다. 따라서 필자는 위와 같은 입법적 대안을 제시하였다.

사건을 말한다면, 배임죄 및 업무상배임죄를 형법에서 아예 폐지하는 방법이 있으나 형법 제정 이래로 그러나 지금까지 유지된 배임죄를 갑자기 삭제하는 것은 이론적으로나 실무적으로 여러 어려움이 있다.

따라서 형법적인 시도보다는 상법적인 시도가 가능성이 있다.

첫째, 경영자의 경영판단에 대해서 배임죄의 적용을 배제하거나, 적어도 신중히 하여야 한다. 나아가서 경영판단의 원칙을 상법에 도입하여야 한다는 데에는 어느 정도 컨센서스가 이루어져 있다. 그러므로 상법에 경영판단의 원칙을 명문으로 도입하되, 상법상 특별배임죄에서 상호보완작용을 유도하여야 한다. 목적의 합리성을 추구하고 위험 감수를 원칙으로 하는 경영판단의 원칙의 도입은 특별배임죄의 보완과 입법적으로 균형을 맞추어야 한다. 먼저, 독일 주식법에서는 경영판단의 원칙을 명문으로 하고 있으므로, 상법에도 이를 참고하여 도입할 수 있다. 구체적인 방법으로는 상법 제382조 제2항에 제2문을 신설하는 것이다.

둘째, 상법상 특별배임죄에 관한 제622조 제1항에 “다만, 해당 행위가 경영판단의 일환으로 이루어진 경우에는 별하지 아니한다.”라는 단서조항을 마련하는 것이다. 이 경우 현재 경영자들이 상법상의 특별배임죄보다는 형법상의 배임죄, 업무상배임죄 또는 특경법상의 배임죄의 가중처벌을 받는 경우가 대부분이다. 그리고, 상법상 특별배임죄에 의하여 의율되는 경우가 흔치 않은데 상법에 위와 같은 단서규정을 신설하는 것이 과연 효과가 있을 것인가 하는 문제가 있다. 그러나 경영자의 배임행위를 재판함에 있어서는 상법상 특별배임죄의 규정이 당연히 검토되므로 그와 같은 우려는 할 필요가 없다. 특별배임죄에서 경영판단의 경우 면죄하는 규정을 두면, 이 규정의 논리가 형법 및 특경법에 그대로 적용된다. 즉, 형법의 업무상배임죄나 특경법상 배임죄를 논할 때에도 회사 임원의 경우 경영판단이 있으면 상법 제622조의 규정을 원용할 수 있게 되므로 문제가 없다.



형법은 모든 배임죄를 규정하고 있으므로 경영자를 위하여 형법에 이와 같은 단서를 둘 수는 없다. 경영자의 경영행위에 대하여 면책하려면 경영자라는 신분을 인정해야 하는데 일반법인 형법에 경영자만을 위한 특별규정을 두는 것은 타당하지 않기 때문이다. 또한 특경법은 가중처벌하기 위한 법률이므로 여기서 경영판단의 원칙에 대한 예외를 규정하면 상호 모순이 되므로 특경법에도 이와 같은 규정을 둘 수는 없다. 따라서 상법상 특별배임죄에 위의 단서규정을 둘 수밖에 없다.

위에서 제시한 방안은 경영판단의 원칙을 이사의 선관주의의무의 면책요건으로 도입한 다음, 이것을 배임죄의 경우에도 적용할 수 있도록 2단계 작업을 하는 것이다. 이 경우 그동안 경영판단의 원칙을 상법에 도입하여야 한다는 주장을 수용하는 한편, 민사법적 영역에서의 논의를 형사법적 영역에서도 적용시킬 수 있는 장점이 있다고 본다.

## 나. 입법안의 제시

한편 2015년 정갑윤 의원은 경영판단의 원칙을 반영하여 배임죄의 가벌성을 축소하는 내용의 형법 개정안을 발의한 적이 있다.<sup>158)</sup> 구체적으로는 형법 제355조의 배임죄의 구성요건을 “자기나 제3자의 이익을 도모하거나 본인에게 손해를 끼칠 목적으로 임무에 위배되는 행위를 하여 본인에게 현실적 손해를 가한 때”로 규정하였는데, 배임죄를 목적범으로 전환하는 동시에 현실적 손해라는 결과발생을 요구함으로써, 배임죄의 적용 대상을 대폭 축소하였다. 위 안건은 회기 만료로 폐기되었으나, 형법 제정 이래 배임죄를 개정하기 위한 최초의 입법 활동이라는 점에서 의미가 있다.

경영자가 경영판단임을 이유로 민사적으로 면책된다면 고의성이 없어 배임죄의 구성요건을 충족하지 않거나 위법성이 조각된다고 보아 무죄판단을 받는 것이 타당하다. 현재에도 법원이 경영판단임을 이유로 경영자를 면책시키는 경우가 흔하기는 하다고 해도 이는 법관의 자의에 맡겨진다는 것을 의미할 뿐이기 때문에, 필자는 경영판단의 원칙을 형법 및 상법에 명문으로 규정할 것을 주장한다. 그리고 경영판단에 대하여는 형사적으로도 면책된다는 점 역시 형법 제355조 제2항, 상법 제622조에 명확하게 규정할 것을 주장한다. 즉, (1) 경영판단의 원칙에 관하여 형법과

158) 정갑윤 의원 대표 발의, 의안번호 제16632호, 2015. 8. 28.

상법에 모두 문언상 명확하게 규정하면서, (2) 경영판단의 원칙을 적용하는 예외적인 경우에 한정하여 배임죄가 성립되지 않는 것으로 상법의 내용은 개정되어야 한다. 이는 그동안 상법 학계에서 제기된 주장, 즉 경영판단의 원칙을 상법전에 직접 도입해야 한다는 주장을 전향적으로 수용함으로써, 민사법의 논의를 형사법에도 유기적으로 연결하여 효과적으로 적용할 수 있도록 할 수 있다.

이러한 방향으로 법령이 개정되면 형법상의 배임죄, 업무상배임죄 및 특경법상의 배임횡령죄에 관하여도 같은 원리가 적용되어 배임죄의 성립이 부정될 것이다. 형법상 배임죄와 업무상배임죄 및 상법상 특별배임죄는 동일한 법원리에 따라 구성된 조문이기 때문이다. 독일의 주식법에는 경영판단의 원칙을 명확하게 도입하고 있으니, 이를 모범사례로 하여 한국의 상법전에도 현실에 맞게 수용하는 것이 좋을 것이다. 구체적인 방법으로는 형법 제355조 제2항, 상법 제382조 제2항에 각각 제2문을 신설하는 것이다. 특히 위 (2)에서 “경영판단의 원칙이 적용되는 경우에는 배임죄의 부정하는 방향”으로 입법하는 것과 관련하여서는 “경영상의 판단으로 판단되는 경우에는 별하지 아니한다.”라는 단서 규정을 두는 것이다.

위와 같은 개정은 경영판단행위 자체가 있으면 무조건 면책하자고 하는 것이 아니라, 경영판단으로 인정되어 민사적으로 면책되는 경우에 한하여 형사적으로도 면책한다는 의미이다. 형법에 배임죄 일반을 규정하고 있는 이상, 상법이나 특별법에 한하여 경영판단의 원칙에 관한 단서규정을 두는 것은 부당하다. 경영자의 경영행위에 대하여 면책하려면 경영자라는 신분을 인정해야 하는 만큼, 일반 형법에 이러한 특별규정을 두지 않을 경우, 판례에 의한 가벌성의 확장이 일어나지 않는다는 보장은 없다. 이 경우 특경법은 경영판단의 원칙이 적용되지 않는 배임행위를 가중 처벌하기 위한 법률로서 존재 의의가 있을 것이다.

일각에서는 법률을 개정하기보다는 법원의 해석론의 정착을 기다리자는 주장이 있지만, 법원의 해석론의 정착에는 수십 년의 시간에 걸쳐 수많은 배임죄 판례가 쌓여야 한다는 점에서 현실성이 없는 주장이다. 그러므로 입법적으로 해결하여야 하고, 미국식으로 절차를 존중하는 방향으로 가는 것이 타당하다.

## 제5장 결 론

배임행위는 경영상 판단에 따라 예상하지 못한 결과로 밝혀지는 경우가 많다. 따라서 경영상 판단인지 업무상 배임인지는 검찰이 자의적으로 판단할 가능성이 매우 큰 상황인데, 경영자에게 일률적으로 형사제재를 동원하여 처단하는 것이 옳은 것인지 다시 한번 생각할 여지가 높다. 현재의 경영자들에 대해서 국가가 무리할 정도로 엄격하게 법집행에 나서면서도, 경영자의 행위가 배임에 해당하는 위법행위인지 아니면 단순한 경영상 판단이 실패한 것인지는 제대로 입증하지도 못하고 있다. 기업의 정상적인 경영활동에도 형사적으로 과도하게 개입하는 것은 이사가 창의성과 자율성에 기초하여 고도의 경영활동을 이어 나가기 쉽지 않게 되고, 이러한 경우 국가 경제에도 불이익이 초래될 위험이 상당하다. 따라서 기업을 경영하는 과정에서의 경영상 판단에는 배임죄의 적용을 신중하게 고려해야 하고, 일부의 오류가 있다고 하여 일률적으로 배임죄를 적용하는 것은 곤란한 일이다. 지금까지의 판례에 따르면 이사의 행위가 배임행위인지 판단할 때 개별 법관의 성향이나 사회적 여론에 따라 일관성을 잃고 판단이 이루어지고 있는데, 이러한 경향은 기업활동의 위축뿐만 아니라 헌법상 죄형법정주의 원칙에도 정면으로 반하는 것으로서 가법계 치부될 사안으로 보기는 어렵다.

기존에 풍속범죄에 한정하여 이루어진 형벌의 비범죄화에 관한 논의를 확대하여, 합리적인 경영판단에 대하여는 형사별로 처벌하지 않는 경영판단의 원칙을 적용하는 방향의 비범죄화를 논의할 필요가 있다. 경영자 개인의 비양심적인 경영 행위 뿐만이 아니라, 경영상 고도하게 이루어지는 각종 판단에 관해서도 모두 범죄로 치부되고 있어, 이러한 현상을 더 이상은 방치할 수 없기 때문이다. 형법은 경영자의 개별적인 범죄행위를 책임주의 원칙에 따라 처벌하는 것으로 족한 것이지, 이러한 범위를 넘어 고도의 전문적인 경영상 판단의 성패까지 통제하여 경제 영역까지 통제하는 것은, 민주주의 국가가 전제하는 자유로운 시장경제의 성장을 가로막는 행위로서 부당하다. 판례가 인정하고 있는 배임죄의 본질은 결국 윤리적 문제에 속하는 배신인데, 윤리적 문제는 민사적으로 해결되는 것이 바람직하고, 국가형벌권이 일일이 개입하여 개별적으로 행사될 수 있는 영역으로 보기는 어렵다. 형사처벌이 필요한 영역과 윤리적으로 지탄받아야 할 영역을 구분하는 것도 어려운 상황에서, 과연 어떤 사안을 배임죄로 처단할지는 아무도 예상하기 어렵다. 임무위배행위로

인하여 실제 발생한 손해가 없거나 개인적인 이익을 취득하지 않더라도 실제 발생의 위험만 있으면 배임죄는 성립하는데, 이 때문에 하급심 판사 중에서는 유죄인정을 까다롭게 하는 경우가 많아 배임죄는 다른 범죄에 비하여 무죄율이 높은 편이다. 그러나 기본적으로 배임죄의 구성요건은 지나치게 포괄적이기 때문에 기본적으로는 죄형법정주의 원칙에서 파생되는 명확성 원칙에도 위배되고, 전과자를 대거 양성하는 결과가 초래되기도 한다. 법을 적용하는데 일관된 원칙이 없이 판사에 따라 결론이 달라진다면 이는 중세 유럽의 규문주의(糾問主義) 관행을 현대 한국 사회에서 다시 재현하는 것이나 다름이 없다. 기본적으로 기업이 영위하는 복잡한 경제활동에는 내재적으로 위험을 전제하지 않을 수 없는데, 기업 사이의 첨예한 경쟁과 시장환경의 변화로 인하여 대외적인 상황에 대응하기도 어려운 상황에서 기업은 배임죄라는 형사제재를 경영상의 장애 요인으로 고려하게 되는 이중고를 부담하게 된다.

기업의 자유로운 활동을 보장하고, 기업가에 대한 과잉형벌의 유혹을 방지하기 위해서는 배임죄에 관하여 경영판단의 원칙을 적극 반영하여야 한다. 한국이 형식적으로는 대륙법계이나 실질적으로는 영미법계의 법리를 이미 수용해온 이상 배임죄를 전면 폐지하는 방안도 고려해볼 필요가 있다. 다만, 형법 제정 이래 배임죄 처벌에 관한 무수한 판례가 축적되었고, 징벌적 손해배상 등 경영진의 불법행위에 대한 민사적 책임이 충분하지 않은 것으로 인식되는 이상 배임죄를 급진적으로 전면 폐지하는 것이 시기상조라는 신중론도 경청할만 하다. 이러한 신중론을 반영하여 형법과 상법에 경영판단의 원칙을 명문화하는 것을 대안으로 검토하여야 한다.

보다 구체적으로는 상법 제382조 제2항에 제2문을 신설하여, 그 동안 축적된 대법원의 판례를 바탕으로 경영판단의 원칙이 적용될 수 있는 요건을 구체적이고 예시적으로 나열하는 것이다. 현재는 재판에서 당사자가 주장하지 않으면 경영판단으로 면책되는지를 판단하지 않을 뿐 아니라, 법관의 주관적 인식에 따라 경영판단의 원칙에 따른 면책 여부를 서로 다르게 판단하고 있으므로, 일률적이고 공정한 법률 적용을 위해서는 경영판단의 원칙을 규정하는 구체적인 조문이 마련되어야 할 것이다. 그리고 형법 제355조 제2항에 단서로 위 상법상에 규정된 경영판단의 원칙에 해당하는 사안일 경우 배임죄의 적용을 배제하는 일종이 면책 규정을 마련함으로써, 형사사건에서 경영판단의 원칙을 적용할지에 관한 기준을 명확하게 제시하는 방향으로 입법론적인 고민이 필요할 것이다.

## 참고문헌

- 강동범, 우리나라의 경제범죄에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 1995, p.343이하.
- 강동욱, 기업범죄에 있어서 법인의 책임과 배임죄의 성부, 『한양법학』, 제21권 제2편, 한양법학회, 2010, p.336.
- 강동욱, “형사상 배임죄의 입법례와 주체에 관한 고찰”, 『법학논총』, 제37집 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2013, pp.151-179.
- 강동욱, “이사의 경영판단행위와 배임죄의 성부”, 『한양법학』, 제21권 제4편, 2010, pp.107-108.
- 고헌환, “행정형벌의 행정질서벌로의 전환에 관한 고찰”, 『토지공법연구』, 제76권, 2016, pp.238-260.
- 곽병선, 경영판단의 원칙과 업무상배임죄, 『법학연구』, 제56편, 2014, p.26.
- 구희근, “업무상배임죄와 경영판단원칙 -대법원 판례를 중심으로”, 『법조』, 제590호, 2005, pp.55-105.
- 권재열, “미국 델라웨어 주회사법의 최근 개정동향”, 『상사법연구』, 제31권 제1호, 2012, pp. 189-220.
- 기광도, 한국형사정책연구원, 『교통관련범죄의 비범죄화에 관한 연구』, 2000, pp.72-73.
- 김광록, “미국의 최근 판례를 통해 본 경영판단의 원칙”, 『법학연구』, 제32권, 2008, pp.243-267.
- 김구, “공공데이터 개방정책에 관한 평가적 고찰: 공공데이터포털을 중심으로”, 『국가정책연구』, 제31권 제2호, 2017, pp.57-82.
- 김도현, “일반논단: 사회적 불승인으로서의 형벌. 에밀 뒤르켐의 적극적 일반예방론”, 『법과사회』, 47권, 2014, pp.153-187.
- 김도현, “개인의 자기결정권과 비범죄화에 관한 연구”, 조선대학교박사학위논문, 2019, pp.18-25.
- 김동률, “위험형법론으로서 일반예방론에 대한 고찰 - 지난 20년간 독일에서의 논의를 중심으로”, 『형사법연구』, 한국형사법학회, 제25권 제3호, 2013, pp.339-363.

- 김성돈, 『자유형제도의 개선방안』, 한국형사정책연구원, 1995.
- 김수연, “특경법상 배임죄 형량강화의 문제점”, 『KERI 브리프』, 제12-13호, 한국경제연구원, 2012, pp.1-2.
- 김용세, “행정의무위반의 비범죄화 방안에 관한 연구”, 한국비교형사법학회, 『비교형사법연구』, 제5권 제2-1호, 2003, pp.1-30.
- 김일수·배종대, “국가형벌권의 정당화문제”, 『법치국가와 형법』, 서울:세창출판사, 1998.
- 김일중, 정기상, “과잉범죄화의 극복을 위한 비범죄화에 관한 연구 - 다각적인 접근방안의 모색”, 『저스티스』, 제140호, 한국법학원, 2014, pp.311-333.
- 김재윤, “법인의 형사처벌에 관한 유럽 국가의 입법동향”, 『법제연구』, 제36권, 2009, pp.271-308.
- 김재윤, “고위경영자의 횡령·배임죄에 대한 형사책임 강화를 위한 형벌과 양형기준 개혁방안”, 『형사정책』, 제25권 제1호, 한국형사정책학회, 2013, pp.61-88.
- 김종덕, “배임죄 주체의 해석상 몇가지 문제”, 『저스티스』, 통권 제112호, 한국법학원, 2009, pp.30-31.
- 김주연, “기업집단의 이익과 업무상배임죄 - 프랑스 로젠블룸 원칙을 중심으로”, 『비교형사법연구』, 제21권 제3호, 2019, pp.29-58.
- 남기호, “칸트의 형벌이론에서의 사형제 폐지가능성”, 『사회와 철학』, 제22호, 한국사회와철학연구회, 2011, pp.121-160.
- 대통령자문 국가경쟁력강화위원회, 『국가경쟁력 강화를 위한 법질서 확립 방안』, 2008, p.79.
- 도중진, “일본의 기업활동과 배임죄에 관한 최근 판례의 동향”, 『법학논총』, 제36권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2016, pp.957-976.
- 류전철, 배임죄에서 재산상 손해발생의 위험”, 『법학논총』, 제30권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2010, p.115.
- 문상일, “미국 금융규제개혁법과 기업지배구조의 변화”, 『연세 글로벌 비즈니스 법학연구』, 제2권 제1호, 2010, pp.9-34.
- 문화경, 우리나라 판례에 나타난 경영판단 원칙과 상법상 경영판단 원칙 도입의 필요성, 『동아법학』, Vol. No.6, 2013, 동아대학교 법학연구소 p.299.
- 박승배, “도덕적 행위, 포괄적응도, 진화범죄학”, 『동서철학연구』, 제67권, 2013, pp.159-173.

- 박정국, “경영판단의 원칙에 관한 일본 판례의 검토”, 『홍익법학』, 제14권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2013, pp.539-568.
- 박찬걸, “비범죄화의 유형에 관한 연구”, 『저스티스』, 제117호, 한국법학원, 2010, pp.99-133.
- 박찬걸, “배임죄의 양형기준과 구체적 사례에 있어서 형량의 문제점”, 『법과 정책연구』, 제13권 제2호, 2013, pp.535-569.
- 박찬걸, “미국의 사기죄에 대한 양형기준과 시사점”, 『법학논총』, 제36권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2019, pp.135-160.
- 박형민, 『낙태의 실태와 대책에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 2011, pp187-201.
- 법무부, 『형법개정법률안 제안이유서』, 1992
- 변종필, “형벌이란 무엇이며, 무엇을 지향해야 하는가”, 『강원법학』, 제46권, 강원대학교 비교법학연구소, 2015, pp.1-44.
- 서석호, “주주대표소송과 이사의 책임에 관한 경영판단원칙”, 『기업소송연구』, 기업소송연구회, 2003, p.63.
- 손기호, “마약류 남용사범의 치료와 형사처벌”, 대검찰청, 『강력검사연구논문집 - 강력, 조직폭력, 마약, 방·실화사건수사』, 1993, pp.412-413.
- 손병현, “프랑스 형사법상 비형벌화의 의미”, 『형사법의 신동향』, 2013, p.1-47.
- 손창일, “미국법상 경영판단의 원칙에 관한 비판적 소고 - 주주와 회사 이익 보호의 관점에서”, 『상사판례연구』, 제22권 제4호, 2009, pp.3-39.
- 신동준, “사회자본과 범죄학이론”, 『한국사회학』, 제44집 4호, 2010, pp.95-125.
- 안수길, “행태범죄론의 도전과 법익론의 응전”, 『한국법철학회』, 제21권 제2호, 2018, pp.195-216.
- 양천수, “헤겔 법철학과 형법학 - 형벌이론을 예로 하여”, 『법철학연구』, 제24권 제1호, 한국법철학회, 2021, pp.117-148.
- 양현아, 김용화, 『혼인, 섹슈얼리티와 법』, 2011, p.15-20.
- 양현아, “포스트 간통죄 폐지: 드러난 성적 자유주의 담론과 묻혀진 피해 배우자의 손해”, 『서울대학교 법학』, 제56권 제3호, 2015, pp.31-38.
- 오선주, “회사의 이사에 대한 손해배상청구 &#8211; 한국·미국·독일·일본의 경영판단원칙 비교 검토를 중심으로”, 『연세 글로벌 비즈니스 법학연구』, 제12권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2020, pp.99-130.
- 오영근, 신용위험 공유자에 대한 대출과 배임죄, 『형사정책연구』, 제15권 2004,

p.114.

- 이건호, “마약문제의 해결을 위한 각국의 전략 비교분석, 『한림법학 FORUM』, 제 15권, 한림법학, 2004, p.17.
- 이기원, “낙태죄의 허용사유에 관한 비교법적 고찰”, 『법학논총』, 제19권 제3호, 2012, pp.401-426.
- 이상돈, “범의보호원칙: 근대형법의 신화인가 이성인가?”, 『형사정책연구』 17, 1984, pp.173-213.
- 이상돈, 『윤리경영과 형법; 경영과 법의 합리적 소통으로서 경영형법』, 신영사, 2005, p.70.
- 이상돈, 업무상배임죄에 있어서 경영상 판단 존중, 『고려법학』, 제78호, 2015, p.46.
- 이은모, “대마의 성질과 그에 관한 현행법상의 규제”, 『형사정책』, 제7호, 한국형사정책학회, 1995, p.327.
- 이재상, “형법각칙의 개정방향과 전망”, 『형사법연구』, 제3호, 1990, p.109.
- 이정원, “낙태죄의 구조와 문제점 &#211; 독일형법에서의 낙태죄 규제와의 비교를 중심으로”, 『법제연구』, 한국법제연구원, 2018, pp.193-216.
- 이주희, “특정경제범죄가중처벌등에관한법률”상 횡령·배임죄의 양형 관련 문제점 및 개선방안에 관한 연구“, 『한국법정정책학회』, 제16권 제1호, 2016, pp.339-364.
- 이진국, “형사법제의 쟁점과 전망”, 『법제연구』, 제34호, 한국법제연구원, 2008, pp.89-90.
- 이천현·도중진·권수진·오영근·김현우, 『형법각칙 개정연구』, 형법각칙의 개정방향과 기본문제, 한국형사정책연구원, 2007, pp.47-48.
- 이철송, “자본거래와 임원의 형사책임”, 『인권과 정의』, 2006, pp.103-107.
- 이형국, “개정형법의 총칙분야에 관한 고찰”, 『고시계』, 제41권 제2호, 1996,
- 임웅, “경미범죄의 비범죄화”, 『형사정책연구』, 2, 한국형사정책연구원, 1990, pp.187-215.
- 임웅, “경미범죄의 비범죄화”, 『법과 사회』 5호, 1992, pp.176-195.
- 임웅, 『비범죄화의 이론』, 법문사, 1999. pp.224-226.
- 장규원, “회복적 사법과 범죄이론”, 『피해자학연구』, 제24권 제1호, 한국피해자학회, 2016, pp.289-309.
- 전보경, “마약류 관련법에 대한 형사법적·사회제도적 연구”, 숙명대학교 대학원, 박



- 사학위논문, 2009, p.120.
- 정신교, “교통범죄의 비범죄화”, 『법학연구』, 제31집, 한국법학회, 2008, p.419.
- 정진세, “집단소속회사 이사에 대한 회사재산남용죄(특별배임죄)의 제한 대상판결: 프랑스 파기원 형사부 1985.2.4. 판결”, 『선진상사법률연구』, 제69호, 2015, pp.135-167.
- 조국, “혼인빙자간음죄 위헌론 소고”, 『형사법연구』, 제21권 제3호, 2009, pp.253-266.
- 조국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계-업무상배임죄 배제론에 대한 응답”, 『형사법연구』, 제19권 제3호, 2007, p.167.
- 조은석·김광준, 한국형사정책연구원, 『마약류 확산실태와 21세기 마약류 통제정책
- 조준현, “교정학, 범죄학 그리고 형사정책의 관계”, 『교정연구』, 제28권, 한국교정학회, 2005, pp.35-74.
- 주재웅, 비범죄화 이론에 관한 연구, 호서대학교 석사학위논문, 2011, pp.30-35.
- 지광운, “한국과 오스트리아의 경영판단의 원칙에 대한 비교법적 검토”, 『상사판례연구』, 제32권 제3호, 2019, pp.203-236.
- 지유미, “미국의 우편 및 전신사기죄 - 우리 형법전상 (업무상)배임죄와의 비교를 중심으로”, 『법학연구』, 제21권 제2호, 경상국립대학교 법학연구소, pp.471-498.
- 최석윤, “국가형벌권의 정당성에 관한 새로운 시도”, 『형사정책연구』, 30, 1997, pp.279-311.
- 최영서, 박영진, 여기태, “SNA 분석을 이용한 물류산업의 드론 연구동향 분석에 관한 연구”, 『해운물류연구』, 제114권, 2022, pp.205-228.
- 최은순, “혼인빙자간음과 간통”, 『가정의벗』, 제34권 제11호, 2001, p.20.
- 최은하, “성적 자기결정권과 최협의의 폭행·협박개념의 위헌성- 성적 강요죄(독일 형법 제177조)의 관점에서”, 『피해자학연구』, 제23권 제3호, 2015, pp.121-144.
- 최준선, 상법상 특별배임죄 규정의 개정방향, 『경제법연구』, 제11권 제2호, 2012, pp.25-26.
- 최한수, “법원은 여전히 재벌(범죄)에 관대한가?”, 『법경제학연구』, Vol 16, No. 1, 2019, pp.89-110.
- 한상훈, 김시래, “온라인 쇼핑몰의 물류시스템 도입사례 연구”, 『전자무역연구』, 제15권 제2호, 2017, pp.73-92.

- 한석훈, 『기업범죄의 쟁점 연구』, 법문사, 2013, p.61.
- 허일태, 배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념, 『비교형사법연구』, 제6권 제2호, 2004. p.155.
- 홍영기, “형벌을 통한 규범신뢰의 강화 - 미완의 구상, 하쎄머의 적극적 일반예방”, 『고려법학』, 제77호, 고려대학교 법학연구원, 2015, pp.301-356.
- 홍영기, “기업 내 배임죄에서 의무위배 요건에 대한 독일판례 분석 - 특히 브레머 불칸 사례를 중심으로” 『안암법학』, 제52호, 2017, pp.65-115.
- 홍영기, “기업집단에서 배임죄의 주체 및 임무에 대한 독일의 논의”, 『저스티스』, 통권 제158-1호, 2017, pp.204-239.