

경영판단원칙과 업무상 배임죄

이 정 민*

국문요약

경영판단원칙(The business judgment rule)의 수용에 대한 논의가 활발하다. 이미 민사법영역에서는 서울지법 1998. 7. 24 선고 97가합39907에서 경영판단원칙이 도입되었고, 형사법적인 영역에서도 대법원 2004. 7. 22 선고 2002도4229 판결에서 경영판단원칙을 수용해서 판단하였으나, 아직도 그 도입여부의 정당성에 대해 논란이 계속되고 있다.

경영계는 이미 경영판단을 함에 있어서 법적판단을 고려하여 법적리스크로서 받아들이고 있는 상황에서, 이제는 법적 판단도 경영판단을 수용해야 한다고 보인다. 이러한 경영판단원칙의 도입은 배임죄의 제한해석으로부터 경영진을 보호하기 위한 것이 아닌, 법체계의 발전을 위한 필수불가결한 선택인 것이다. 본문에서는 이러한 경영판단원칙이 반영된 판례와 그렇지 않은 판례를 비교해 보고, 경영판단원칙이 도입되었을 경우 그 체계적 지위와 그 인정기준에 대해 구체적으로 언급하였다. 경영판단원칙이 인정된다면 어떤 상황에서 어느 정도로 인정되어야 하는지를 유형화하였다. 즉 업무상배임죄의 불법과 합법의 경계 영역에 있는 유형을 리스크 오류형과 절차 하자형으로 구별하여 경영판단원칙의 수용강도를 제시해 보았다.

* 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

I. 들어가며

경영판단원칙(The business judgment rule)의 수용에 대한 논의가 활발하다. 이미 민사법영역에서는 서울지법 1998. 7. 24 선고 97가합39907 판결¹⁾에서 경영판단원칙이 도입되었고, 최근의 대법원 판례²⁾에서는 경영판단원칙이 법해석의 일반원칙으로 확립되어가는 단계에 있다고 할 수 있다. 형사법적인 영역에서도 대법원 2004. 7. 22 선고 2002도4229 판결에서 경영판단원칙을 수용해서 판단하였으나, 아직도 그 도입여부의 정당성에 대해 논란이 계속되고 있다.³⁾ 본고에서는 이러한 경영판단원칙의 개념을 살펴보고, 그 필요성에 대해 경영판단과 법적판단의 차이를 통해 경영판단원칙의 도입이 필수불가결한 선택임을 논증하고자 한다. 그리고 경영판단원칙이 형사법 영역에 기여할 수 있는 효과와 만일 도입된다면 그 체계적 지위와 그 인정기준에 대해 살펴보기로 한다. 경영판단원칙 적용행위의 유형들을 살펴보고, 경영판단원칙의 적용이 원활히 될 수 있는 전제조건들을 살펴보기로 한다.

-
- 1) 이 사건은 제일은행이 한보철강에 사채지급보증과 거액의 여신을 제공하였으나, 한보철강이 부도 처리됨에 따라 은행과 이사들을 상대로 주주들이 대표소송을 제기한 사안이다. 서울지법은 “회사의 이사가 정관의 소정의 목적범위 내에서 회사의 경영에 관한 판단을 할 재량권을 가지고 있고, 또한 기업의 경영은 다소의 모험과 이에 수반되는 위험성이 필수적으로 수반되는 것이므로 이사가 업무를 집행함에 있어 기업인으로서 요구되는 합리적인 선택 범위 내에서 판단하고 성실히 업무를 집행하였다면 그의 행동이 결과적으로 회사에 손해를 입게 하였더라도 이사에게 주의의무를 위반하였다고 해서 책임을 물을 수 없는 것이다.”라고 판시하였다.
 - 2) 대법원 2002. 11. 22 선고 2001다16265 판결; 대법원 2002. 3. 15 선고 2002다9086 판결; 대법원 2002. 6. 14 선고 2001다52407 판결; 대법원 2002. 10. 25 선고 2001다78942 판결.
 - 3) 이상돈, “경영실패와 경영진의 형사책임”, 법조 560 (2003.5); 이규훈, “업무상 배임죄와 경영판단”, 형사판례연구13 (2004); 최승재, “경영판단의 항변과 기업경영진의 배임죄 성부”, 법률신문 3308 (2004.10); 구회근, “업무상 배임죄와 경영판단원칙-대법원판례를 중심으로”-법조 590 (2005.11); 안경옥, “경영판단행위에 대한 배임죄처벌의 가능성”, 心溫 金日秀教授華甲紀念論文集 한국형법학의 새로운 지평 (2006); 이경렬, “경영판단의 과오와 업무상배임죄의 성부”, 법조 (2006.12); 박미숙, “경영판단과 배임죄 성부”, 형사판례연구[15], 한국형사판례연구회 편, 박영사 (2007); 조국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계”, 한국형사법학회 창립50주년 기념 학술대회 자료집 (2007.6.22); 조기영, “배임죄의 제한해석과 경영판단원칙”, 형사법연구 30 (2007.봄).

II. 경영판단원칙의 수용

1. 경영판단원칙의 개념

경영판단원칙이란 1829년 루이지애나 대법원(Louisiana Supreme Court)의 *Percy v. Millaudon* 판결에서 비롯되었으며, 그 후 알라바마의 *Godbold v. Branch Bank*(1847), 로드 아일랜드의 *Hodges v. New England Screw Co.*(1850-1853), 펜실베이니아의 *Sperling's Appeal*(1875), 뉴욕의 판례 등을 통해 발전하면서,⁴⁾ 다음의 5가지 요소를 경영판단원칙으로 확립시켰다. (1) 경영상 판단(a business decision)으로 (2) 이해관계 없이 독립적이며(disinterestedness and independence) (3) 상당한 주의의무(due care)를 가지고, 구체적 내용은 충분한 정보에 근거하여 (4) 선의로(good faith) (5) 재량의 남용(no abuse of discretion)없이 판단하면,⁵⁾ 결과적으로 회사에 손해를 초래하였다 하더라도 이러한 판단을 한 이사에 대하여 책임을 묻지 않는 원칙을 말한다. 이 원칙은 수시로 변화하는 사회, 경제현상 속에서 이루어지는 경영자의 판단에는 위험이 수반될 수밖에 없고, 그러한 위험이 현실화되었다고 하여 사후적으로 시비를 가려 책임을 물을 경우 회사 경영의 효율을 해할 수 있음을 이유로 성립한 이사의 손해배상책임 제한원리이다.⁶⁾ 이러한 경영판단원칙이 명문에 규정된 것은, 1992년 미국법률협회(American Law Institute: ALI)가 '회사지배원칙: 분석과 권고'(Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendation : ALI의 회사통치원칙)에서 그 개념과 적용기준 등을 공식화한 이래로, 이러한 원칙은 각 주에 반영되었다. 2006년 LCODR(Law of Corporate Officers and

4) D. Block, N.Barton, S.Radin, The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors, Aspen Law& Business, 9-11 (1998).

5) D. Block, N.Barton, S.Radin, The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors, Aspen Law& Business, 39 (1998).

6) 이러한 일반적으로 민사상 손해배상책임의 제한원리인 경영판단원칙이 형사적 사건에도 적용되는지 여부에 대해서는 United States District Court, D. Minnesota, Fourth Division. Arthur N. ABBEY, on behalf of himself and on behalf of all shareholders of Control Data Corporation, derivatively, Plaintiff, v. CONTROL DATA CORPORATION et al., defendant, 460 F. Supp. 1242. 을 참조할 수 있다.

Directors: Rights, Duties and Liabilities) §2:10에서도 주의의무의 한 항목으로서 다루어지고 있다.

그리고 미국에서 경영판단원칙은 판례를 통해 사기(fraud), 불법(illegality)이나 권한남용행위(ultra vires conduct), 회사재산의 낭비(waste) 등에는 적용되지 않는다⁷⁾고 판시되고 있다.⁸⁾ 그러나 U.S. v. Cleary(1977)⁹⁾ 판례에서 은행직원이 위조서류를 발견하지 못하고, 위조사실을 알았다는 증거가 없고, 또한 은행직원이 거기에 대한 뇌물을 받았다는 어떠한 증거도 없을 때, 그 대출은 허용된다고 하였다. 한편 18 U.S.C.A. §656¹⁰⁾에서 논의되는 금융기관 임직원의 부정사용(Misapplication)은 부적절한 은행 자본의 사용(improper and unjustifiable use of bank's fund)을 말하는 것으로, 잘못된 판단(bad judgment)로 인한 대출이나 거래를 금지하는 것이 아니라고 한다.¹¹⁾ 즉 U.S. v. Cleary(1977)판례와 U.S.C.A. §656에서 보듯이 미국에서 경영판단원칙은 명백한 사기(fraud) 등에는 적용되지 않으나, 업무행위시 잘못된 판단으로 인한 대출이나 거래를 판단할 때 경영판단원칙이 금지되는 것은 아니다.

2. 경영판단원칙 도입의 필요성

이와 같이 경영판단원칙은 명백한 불법이 있을 때는 적용되지 않는다. 그러나 불법과 합법의 경계가 애매할 때 판단기준으로 고려될 수 있는 것이다. 회사를 경영하다보면 경영과 관련하여 위험과 이익을 저울질 하는 수많은 결정을 하게 된다. 그 결정은 경영자 자신도 수많은 변수¹²⁾를 고

7) D. Block, N.Barton, S.Radin, The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors, Aspen Law& Business (1998) 91 참조.

8) Federal Deposit Ins. Corp. v. Stahl, 89 F.3d 1510 (11th Cir.1996); International Ins. Co. v. Johns, 874 F.2d 1447,1461(11th Cir.1989); Miller v. American Tel. & Tel Co., 507 F.2d 759(3d Cir.1974).

9) U.S. v. Cleary, C.A.2(N.Y.)1977, 565 F.2d.43.

10) 과거에는 Title 12 §592에서 논의되었다.

11) U.S. v. Mulloney, D.C.Mass.,1934, 8 F.Supp.674.

12) 대부분 경영상의 선택이 불완전한 정보를 기초로 이루어지기 때문이다. 불완전하거나 누락된 자료들, 미래에 대한 불확실성, 경쟁자들의 예측불가능한 행동, 기업이 어떤 조건에 놓여 있는지에 대한 불확실성, 그리고 기술과 시장에 대한 제한된 지식을 감안했

려하며 그때그때마다 달라진다. 만일 대표 A가 변제능력이 확실치 않은 B에게 충분한 담보 없이 자금을 대여하여준 경우, 사후에 어떤 법적 판단이 내려질 것인가? 원래 법은 예측가능성을 보장하여야 하지만 다음 판례들을 보면 법의 예측가능성에 대해 의문의 여지가 남는다.

<배임죄 부정 사례>

은행 지점장이 담보물에 대한 대출한도액을 초과하여 대출하거나 담보로 할 수 없는 물건을 담보로 하여 대출하였다 하더라도 그 대출에 따른 인적, 물적 담보를 확보하여 그렇게 대출한 것이 회수할 수 없는 채권을 회수하여 실질적으로 은행에 이익이 되고 그것이 통상적인 업무 집행범위에 속하는 것으로 용인될 수 있는 것이라면, 그 대출로 인하여 회수의 확실성이 없는 일부 채권이 발생하였다하여 이를 가지고 대출업무담당자로서 채권확보 조치를 하지 아니한 임무위반행위에 해당한다거나 그와 같은 임무위반의 인식이 있었다고 볼 수 없다.¹³⁾

<배임죄 인정 사례>

금융기관의 대출에 있어 대출을 받는 자가 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 점을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금대여는 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 된다.¹⁴⁾

이 두 사례는 모두 담보가 적절하지 않은 대출행위(모험거래 또는 위험거래)에 대해 업무상배임죄의 죄책을 물은 사안이다. 첫 번째 사례에서

을 때, 경영상의 의사결정이라는 것은 거의 모두 일종의 계산된 위험이다. 게다가 기회는 거듭 제공되지 않기 때문에 똑같은 환경에서라도 결정은 언제나 불확실성 속에서 이루어진다. 환율, 금리, 주식과 채권가격이 심하게 변화하는 속에서 경영자의 의사결정 중에 완전히 반복되는 의사결정은 없으며, 의사결정자가 다른 선택을 했을 때 더 나은 결과를 낳을 것인지에 대해서 확실히 알 수 없다. 슬러머 메이틀/이용숙 역, CEO 경제학, 기획출판 거름 (2001) 359면 참조.

13) 대법원 1987. 4. 14 선고 85도1339 판결.

14) 대법원 1997. 10. 24 선고 97도2042 판결.

행위자는 손해를 끼칠 위험을 어느 정도 예상할 수 있는 모험적 거래(혹자는 위험거래)를 한 것으로 보아 배임죄가 부정되었다. 반면 두 번째 사례는 충분한 담보를 제공받지 않은 것을 임무위배행위로 보아 배임죄를 긍정하였다. 여기에서 제기할 수 있는 문제점은 합법적인 경제활동과 위법한 경제활동을 구별하는 법적 기준이다. 행위자는 자신의 행위가 범죄화될 것이라는 확신도 없으며 자신의 행위가 회사에 대한 임무위배행위인지도 판단하기가 쉽지 않다. 또한 자신의 행위로 인해 손해가 발생할지, 이익이 발생할지 예상하기 어려운 상태가 대부분이다.¹⁵⁾

이러한 상황하에서, 법관이 합법적인 경제활동과 위법한 경제활동의 행위규범을 제시하지 않고, 경영자의 결정이 현명하지 못하거나 판단의 잘못으로 인한 것으로 밝혀진다고 해서 뒤에 밝혀진 사정들을 고려하여, 잘못된 결정들을 평가하는 것은 정당성을 얻지 못한다. 왜냐하면 기업을 경영하다 보면 종종 완벽하지 못한 정보에 근거할 수밖에 없는 신속한 결정이 요구될 때가 있고, 이러한 상황은 사후에 쉽게 재구성¹⁶⁾ 되지 않기 때문이다.

이러한 경제체계¹⁷⁾에서의 경영판단과 법체계¹⁸⁾에서의 법적판단의 차이점을 좀 더 자세히 살펴보면, 다음과 같다. 경영판단¹⁹⁾은 목적합리성을

15) 이상돈, “경영실패와 경영진의 형사책임”, 법조 560 (2003.5) 78-79면 참조.

16) 사안을 재구성 어려움에 대해서는 이상돈, 법이론, 제2장 제3절 사실인정-마당적 이해 부분에 자세히 서술되어 있다.

17) 루만은 복잡한 사회를 파악하기 위해서는 사회가 분화된 체계(system)으로 이루어졌다는 사실이 전제되어야 하며, 분화된 체계는 의사소통으로 구성된다고 하였다. 즉 사회는 법, 경제, 과학, 정치와 같은 수많은 자율적 체계들로 분화되어 있고, 이 체계들은 독자적으로 변화의 가능성을 가지고, 정보처리과정에서는 닫혀 있지만, 정보수입과정에서는 개방적이다. 이상돈/홍성수, 법사회학, 박영사 (2000) 192-200면 참조.

18) 한편 토이브너는 법체계가 사회체계를 조종하려면 법체계가 사회체계가 서로에 대해 작용적으로 열려있어야 하고, 그것은 비록 법체계가 자기생산체계라 할지라도 인지적, 정보적으로는 주변세계에 열려있다는 뜻이라고 언급하였다. G. Teubner, Recht als autopoietisches System, Suhrkamp, März (2002) 82 참조.

19) 기업의 의사결정은 3가지 기본축, 비용(cost)-가치(value)-가격(price)으로 이루어진다. 비용은 기업이 재화와 용역을 생산하고 판매하기 위해 노동자와 원료공급자에게 지불하는 것을 말한다. 가치란 재화와 용역을 구입한 사람이 그것을 구입하지 않은 것보다 생활이 어느 정도 나아졌는지에 대해 의미를 부여하는 정도이다. 가격은 구입자가 지불하는 돈을 가리킨다. 쉘러머 메이틀/이용숙 역, CEO경제학, 기획출판 거름 (2001) 24-25면.

추구한다. 그러나 경영행위가 목적합리성을 실현하는 데는 한계가 있다. 경영행위의 선택에 의미있는 정보의 양은 그 전체를 개관할 수 없을 만큼 많고, 그 정보의 의미변화는 그 미래를 예상할 수 없을 만큼 역동적이기 때문이다. 이로 인해 경영행위는 행위의 시점에서는 누가 보아도 합리적이었던 결정이 나쁜 결과로 매듭지어 질수도 있다.²⁰⁾ 그렇기 때문에 경영행위의 합리성은 적어도 행위시점에서 미래를 향해 판단되어야 한다. 즉 경영판단은 본질적으로 사전적(ex ante) 판단이다.

이에 비해 법적 판단은 가치합리성을 추구한다. 사람들이 상호주관적으로 가치를 인정할 수 있는 행위방향의 설정이나 결과를 실현할 때 법은 합리적이다. 그렇기에 법적 판단은 흔히 사후적(ex post)으로 이루어진다. 법적 판단은 실제로 발생한 가치에 반하는 결과를 놓고, 그 결과를 귀속할 거점, 즉 가치에 반하는 행위를 찾아가는 판단방법을 따르게 된다. 법적 판단의 사후적 구조는 법관이 행위자의 입장에서 그 행위의 성공가능성을 대리적으로 판단하려고 해도 벗어날 수 없다. 평균적 행위자의 판단이라는 또 다른 사후적 판단기준의 설정을 통해서만 그 대리적 판단이 가능하기 때문이다.

그러나 합리적 경영판단의 평균적 능력을 가진 경영인, 즉 평균적 경영인이란 시장의 속성과 맞지 않는다.²¹⁾ 자본주의 체제에서 시장은 경쟁에 의해 성장하고, 경쟁은 끊임없는 우열관계의 변화를 전제로 하고 있기 때문이다.²²⁾

이와 같은 법적판단과 경영판단의 차이는 위험에 대한 관계설정에서도 나타난다. 현대사회에서 위험은 법적 책임을 귀속시키는 거점이 된다. 법은 개인들에게 법이 보호하는 이익을 침해할 위험을 회피할 것을 요구한다. 위험을 창출하거나 증대시키거나 또는 위험의 전개를 방치하면 법적 책임이 귀속된다. 다시 말해 법적책임은 ‘위험회피원칙’을 좇는다고 할 수

20) 경영정보의 개관할 수 없음과 내다볼 수 없음으로 인해 주도면밀한 경영판단도 실패로 끝나고 오히려 부실한 경영판단도 성공으로 매듭지어지는 경우가 너무나 많다. 이상돈, “경영실패와 경영진의 형사책임”, 법조 560 (2003/5) 90면; 이상돈, 윤리경영과 형법, 신영사 (2005) 58면 참조.

21) 만약 어떤 기업이 성공했다면 그 기업에는 용기있는 결정을 내린 사람이 반드시 있을 것이고, 경영자들은 계산된 위험을 감수할 수밖에 없다. 슬러머 메이틀/이용숙 역, CEO경제학, 기획출판 거름 (2001) 359면 참조.

22) 이상돈, “경영실패와 경영진의 형사책임”, 법조 560 (2003/5) 89-90면.

있다. 이에 반해 경영은 성공을 위해서는 많은 경우 어떤 경영전략적 행위를 선택할 때 그에 수반되는 위험, 리스크를 감수할 것을 요구한다. 즉 ‘위험감수원칙’을 좇는다고 할 수 있다. 이를 정리해 보면 다음과 같다.

〈표 1〉 경영판단과 법적 판단의 구조적 차이

체계	판단	합리성	통시적관점	성공관점
경제체계	경영판단	목적합리성	사전판단	위험감수원칙
법체계	법적판단	가치합리성	사후판단	위험회피원칙

이러한 경영판단과 법적판단의 차이로 인한 간극을 메우기 위해 법에 경영판단의 도입이 요구되는 것이다. 이미 경영판단에서는 법적 합리성을 ‘법적 리스크’라는 형식으로 받아들이고 있다.²³⁾ 즉 기업의 목적인 이윤창출을 극대화하기 위해 법적리스크를 예측불가능성의 리스크 중 하나로 포함시키고 그 리스크를 고려하여 경영이 이루고자하는 효율성을 달성하고 있다. 이제는 법적합리성이 경영합리성을 받아들일 차례이다.

3. 경영판단원칙의 형사법적 도입

가. 경영판단원칙과 형법체계와의 조화

원래 미국에서 경영판단원칙은 민사책임 문제에 국한되었다. 그러나 배임죄가 없는 미국과 달리, 이사의 임무위배행위에 대하여 민사책임보다 형사책임에 의한 해결이 선호되고 있는 우리나라의 법현실에서 경영판단원칙은 배임죄 성부를 결정하는데 유용한 척도가 될 수 있다.²⁴⁾ 그러면 이러한 경영판단원칙이 어떻게 형사법과 연결되는지에 대해 살펴보기로 하자. 원래 미국 판례법상 경영판단원칙은 추정(presumption)적 효과로 인해, 원고에게 그 적극적 요건의 부존재에 대한 입증책임이 있으며, 그

23) 최근 재개발 영역에서 많이 활용되고 있는 경영기법인 프로젝트 파이낸싱에서는 정치적 위험과 함께 법적 위험을 반드시 검토하고 있다. 박동규, 프로젝트 파이낸싱의 개념과 실제, 명경사 (2007) 89면 참조.

24) 홍석범, “경영판단원칙의 수용과 그 한계”, 인권과정의 364 (2006.12) 34면 참조.

정도는 합리적 의심의 정도를 넘는 증거의 제출을 요구한다.²⁵⁾ 이는 우리 형법의 무죄추정원칙과 연결²⁶⁾될 수 있다. 즉 이러한 추정적 효과는 의심스러울 때 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)의 형법의 원칙을 지키면서, 검사에게 합리적인 의심을 가질 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 정도의 증명을 요구할 수 있는 것이다. 다시 말하자면 이러한 경영판단의 추정적 원칙이 ‘의심스러울 때 피고인의 이익으로’라는 형법적 원칙²⁷⁾을 뒷받침해 줄 수 있는 것이다.

형법의 보충성과 단편성²⁸⁾에 비추어 경영판단원칙을 형법에 도입하는 것에 대해서는 경영판단도입의 반대 입장(또는 시기상조론)에서도 인정하는 바이다.²⁹⁾ 그리고 배임죄의 지나친 확장에 대해서도 우려를 나타내고 있다. 특히 “손해를 가한 때”라는 배임죄의 명시적 규정에도 불구하고 판례처럼 배임죄를 ‘위태범’으로 파악하는 것은 배임죄의 미수범을 두고 있는 취지를 무시하는 것이며, 죄형법정주의에 반한다는 견해에도 의견을 같이 한다.³⁰⁾ 다만 반대 입장에서 의문시하는 점은 경영판단원칙에 의해서만 배임죄의 제한해석이 가능한 영역이 명확하게 존재하는지, 경영판단원칙이 배임죄 해석에 도입하는 것이 적절한지 여부³¹⁾인데, 후자에 대해서는 앞서 경영판단과 법적판단의 비교를 통해 도입의 타당성을 검증하였다. 전자에 대해서는 경영판단원리가 도입된 판례임에도 불구하고, 배임죄 성립이 인정된 판례를 통하여, 배임죄의 제한 해석론과 경영판단원칙의 도입이 별개의 문제임을 입증하고자 한다.

25) 이규훈, “업무상 배임죄와 경영판단”, 형사판례연구[13], 박영사 (2005) 339면 참조.

26) 이규훈, “업무상 배임죄와 경영판단”, 형사판례연구[13], 박영사 (2005) 339면 참조.

27) 이미 형법적 원칙으로 투영되어 있다는 주장으로, 조기영, “배임죄의 제한해석과 경영판단원칙”, 형사법연구 30 (2007.봄) 100면 참조.

28) 자세하게는 이상돈, 윤리경영과 형법, 신영사 (2005) 43면 참조; 형법은 사회적 병폐를 제거하는 만병통치약이 아니다. 조국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계”, 한국형사법학회 창립50주년 기념 학술대회 자료집 (2007.6.22) 191면 참조.

29) 조국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계”, 한국형사법학회 창립50주년 기념 학술대회 자료집 (2007.6.22) 190면 참조; 조기영, “배임죄의 제한해석과 경영판단원칙”, 형사법연구 30 (2007.봄) 88면.

30) 자세하게는 허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 비교형사법연구 6-2, 한국비교형사법학회 (2004) 152면 참조; 찬성견해로 조국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계”, 한국형사법학회 창립50주년 기념 학술대회 자료집 (2007.6.22) 191면 참조.

31) 조기영, “배임죄의 제한해석과 경영판단원칙”, 형사법연구 30 (2007.봄) 91면.

나. 판례

경영판단원칙 도입의 반대 입장에서는 경영판단 원칙의 도입 주장을 배임죄의 지나친 확장을 막기 위한 제한 해석론적인 시도의 하나라고 평가³²⁾하나, 다음 판례들을 보면 경영판단원칙이 적용되었음에도 불구하고, 경영진의 책임이 인정³³⁾되기도 하고 부정되기도 한다는 사실을 알게 된다. 즉 경영판단원칙의 도입과 해석에 의한 배임죄 제한은 별개의 문제라는 점을 보여준다. 경영판단원칙은 단순히 업무상 배임죄의 제한논리가 아닌, 경영합리성의 도입이며, 이러한 경영합리성의 도입을 통해 경영판단의 실질적인 내용이 고려되는 것이다.

1) 경영판단원칙 고려에도 불구하고 경영진의 책임을 인정한 판례

<대법원 1999. 6. 25 선고 99도1141 판결>

회사의 이사가 타인에게 회사자금을 대여하거나 타인의 채무를 회사 이름으로 지급보증함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그를 위하여 자금을 대여하거나 지급보증을 할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 점을 충분히 알면서 이에 나아갔다면, 그와 같은 자금대여나 지급보증은 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 되고, 회사의 이사는 단순히 그것이 경영상의 판단이라는 이유만으로 배임죄의 죄책을 면할 수는 없으며, 이러한 이치는 그 타인이 자금지원 회사의 계열회사라 하여 달라지지 않는다.³⁴⁾

2) 경영판단원칙을 고려하여 경영진의 책임을 부인한 판례

<대법원 2004.7.22 선고 2002도4229 판결>

경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상배임죄에 있어서 고

32) 조기영, “배임죄의 제한해석과 경영판단원칙”, 형사법연구 30 (2007.봄) 91면.
33) 조기영, “배임죄의 제한해석과 경영판단원칙”, 형사법연구 30 (2007.봄) 100면.
34) 같은 취지의 판례로 대법원 2000. 3. 14 선고 99도4923 판결

의의 입증 방법과 마찬가지로 법리가 적용되어야 함은 물론이지만, 기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 아무런 개인적인 이익을 취할 의도 없이 선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빗나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있을 수 있는바, 이러한 경우에까지 고의에 관한 해석 기준을 완화하여 업무상배임죄의 형사책임을 묻고자 한다면 이는 죄형법정주의의 원칙에 위배되는 것임은 물론이고 정책적인 차원에서 볼 때에도 영업이익의 원천인 기업가 정신을 위축시키는 결과를 낳게 되어 당해 기업뿐만 아니라 사회적으로도 큰 손실이 될 것이므로, 현행 형법상의 배임죄가 위태범이라는 법리를 부인할 수 없다 할지라도, 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식(미필적 인식을 포함)하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없는데 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다.

다. 체계적 지위

미국에서 들어온 경영판단원칙이 우리나라와 같은 법체계에서 적용되기 위해서는 경영판단원칙이 범죄체계론³⁵⁾에서 어디쯤에 위치하는지 파악하는 것은 매우 의미있는 일이다.

1) 구성요건해당성배제사유

배임죄는 ① 타인의 사무를 처리하는 자가, ② 임무위배행위에 의해,

35) 경영판단원칙의 체계적 지위에 관해 연구한 논문으로는 이규훈, “업무상 배임죄와 경영판단”, 형사판례연구[13], 박영사 (2005) 340-343면 참조.

③ 금융기관에 재산상 손해를 발생시키고, ④ 제3자나 본인이 이득³⁶⁾을 취득해야 하는데, 이때 이 4가지 구성요건이 충족되는 경우는 경영판단원칙이 적용될 여지가 없다. 문제는 이 4가지 요건이 불확실한 경우이다. 이 중 손해와 이익취득요건은 판례와 같이 위험범 형태로 나아가지 않는다면 굳이 경영판단원칙을 도입하지 않더라도 어느 정도 확실성이 보장될 수 있다. 판례는 손해 개념에 ‘재산상 실해 발생 위험’까지 포함³⁷⁾시키고 있는데, 이것은 배임죄의 구성요건에 있어서 “본인에게 손해를 가한 때”라고 규정한 형법 제355조 제2항의 ‘문언해석’에도 반하는 주장이다.³⁸⁾ 이 점은 많은 논문에서 지적하고 있는 바이다.³⁹⁾ 한편 우리나라의 특별한 구성요건 표지⁴⁰⁾인 ‘재산상 이익’의 경우, 부실대출의 경우 대출을 받은 제3자의 재산상 이익이 발생하였다고 볼 수 있으므로 이 경우에도 경영판단원칙이 적용될 여지는 별로 없다. 그렇다면 남아 있는 객관적 구성요건 부분인 임무위배행위와 주관적 구성요건요소인 고의 부분이 문제가 될 것이다.

구성요건해당성배제사유로서 경영판단원칙을 고의 판단시 고려하는 입장은 앞서 본 바와 같이 우리나라 대법원 판례⁴¹⁾이다. 즉 업무위반행위의 외관은 있지만 경영판단원칙에 의하여 고의가 부정된다고 판시하고 있다. 일반적으로 업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상의 이득의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합하여 성립되는 것이며, 이

36) 우리 형법은 독일형법과 달리 이득죄로서의 성격상 불법이득의사가 필요하다고 보는 학설로 박상기, 형법각론, 박영사 (2004) 408면 참조; 이재상, 형법각론, 박영사 (2004) 421면 참조; 대법원 1984. 11. 13 선고 84도2112 판결, 대법원 1990. 7. 24 선고 90도1042 판결, 대법원 1995. 2. 10 선고 94도2911 판결, 대법원 1999. 7. 9 선고 99도1864 판결.

37) 대법원 1999.6.22 선고 99도1095 판결; 대법원 2004.3.16 선고 2003도7878 판결 참조; 이러한 대법원 판례에 대한 분석으로는 안경옥, “배임죄에 있어서 실해발생의 위험”, 비교형사법연구 2, 한국비교형사법학회 (2000) 211면 이하 참조.

38) 임웅, 형법각론, 법문사 (2007) 439면 참조.

39) 허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 비교형사법연구 6-2, 한국비교형사법학회 (2004) 151-152면 참조; 이상돈, 윤리경영과 형법, 신영사 (2005) 50-51면; 조국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계”, 한국형사법학회 창립50주년 기념 학술대회 자료집 (2007.6.22) 202-203면; 박미숙, “경영판단과 배임죄의 성부”, 형사판례연구 15 (2007) 222-223면 참조.

40) 자세한 것은 오영근, 형법각론, 박영사 (2006) 489-490면 참조.

41) 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서는 기업 경영에 있어 경영상 판단의 특성이 고려되어야 한다. 대법원 2004.10.28 선고 2002도3131 판결.

와 같은 업무상배임죄의 주관적 요소로 되는 사실(고의, 동기 등의 내심적 사실)은 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실⁴²⁾을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없는데, 이 때 경영판단의 특성이 고려되고 있는 것이다.⁴³⁾ 경영판단원칙이 적용될 때에는, 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식하에 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준이 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없는데 단순히 회사에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수 없다 할 것이다.⁴⁴⁾

특히 기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하고 있어 경영자가 아무런 개인적인 이익을 취할 의도 없이, 선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도, 그 예측이 빗나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있을 수 있는 바, 이러한 경우에도 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상 배임죄의 형사책임을 묻고자 한다면 이는 죄형법정주의의 원칙에 위배되는 것임은 물론이고 정책적인 차원에서 볼 때에도 영업이익의 원천인 기업이 정신을 위축시키는 결과를 낳게 되어 당해 기업뿐만 아니라 사회적으로도 손실이 될 것이다.

구성요건해당성을 판단하는데 있어 임무위배행위의 스펙트럼은 광범위하다. 특히 임무위배행위의 근거를 신임관계로 보는 통설⁴⁵⁾에 의하면, 임무위배행위는 본인과 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 의미한다. 이러한 해석은 배임죄의 구성요건을 지나치게 확대할 위험성⁴⁶⁾을 내포한다.

42) 대법원 2004. 7. 22 선고 2002도4229 판결.

43) 대법원 2004. 10. 28 선고 2002도3131 판결.

44) 대법원 2004. 7. 22 선고 2002도4229 판결.

45) 이에 대한 자세한 언급으로 배종대, 형법각론, 홍문사 (2006) 536-537면; 원혜옥, “배임죄의 개정방안”, 형사법연구 22 (2004/겨울) 808-817면 참조; 천종철, “배임죄에 있어서의 임무위배행위”, 연세법학연구3, 연세법학회 (1995) 722면 참조.

그러므로 이러한 임무위배행위를 판단함에 있어 경영판단원칙이 작동⁴⁷⁾할 수 있는 영역은 보다 넓을 것이다. 이에 대한 자세한 검토는 III. 이하에서 하기로 한다.

2) 위법성조각사유

이사가 가격변동의 폭이 큰 증권거래나 상품거래를 회사를 위해서 하는 모험적 거래의 경우, 그것이 결과적으로 회사에 손해를 발생케 한 것이어도 이사가 정상적이고 양심적인 경영자에게서 요구되는 주의를 가지고 한 이상 이는 정당한 업무수행의 범위 내의 행위로 보아서 위법성이 조각된다고 볼 수도 있다.⁴⁸⁾ 형법 제20조 정당행위⁴⁹⁾ 중 업무로 인한 행위에는 보통 변호사나 성직자, 의사의 행위만 포함되지만, 오늘날과 같은 위험사회에서 이사의 선택은 항상 불확실성 속에서 이루어지는 것이므로 ‘허용된 위험’으로 볼 수도 있고, 이 경우 새로운 영역으로서 정당행위로도 구성해 볼 수 있다. 또한 이 경우, 회사와 행위자 사이에 ‘동의’의 존재여부도 검토대상이 된다. 이때의 동의를 구성요건을 조각하는 양해의 문제라고 보는 경우도 있으나 양해와 승낙의 구별이 쉽지 않고, 그것이 구성요건 배제사유이든 위법성 배제사유이든 형법적 비례성 원칙의 내용인 필요성에 의해 보충성원칙(필요성)⁵⁰⁾에 의해 불법성이 배제된다고 보아야 할 것이다.⁵¹⁾ 특히 모험거래의 범위에 대한 지시⁵²⁾가 존재하지 않거나 구체적으로 존재하지

46) 박미숙, “경영판단과 배임죄의 성부”, 형사판례연구15 (2007) 218면 참조.

47) 이상돈, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계-토론문”, 한국형사법학회 창립50주년 기념 학술대회 자료집 (2007.6.22) 208면 참조.

48) 일본의 경우는 부동산 거품시기에 모험적 내지 투기적 거래를 하여 회사에 손해를 가한 이사의 행위에 대해 임무 위배한 것이지만, 구체적 사정을 고려하여 이익도모 목적을 부정하여 모험적 거래로 인정한 판례가 있다. 名古屋地判昭和52・9・30判タ353号139; 経営刑事法研究会編, 企業活動と経済犯罪 -企業法務における危機管理の實際-, 民事法研究会 (1998) 220.

49) 홍석범, “경영판단원칙의 수용과 그 한계”, 인권과정의 364 (2006.12) 34면 참조.

50) 법익주체인 피해자가 자기법익에 대한 보호를 포기하면 그 법익에 대한 형법의 보호필요성은 없어진다. 법률에 특별한 규정이 없는 한(형법 제24조), 당사자 사이에 합의된 침해내용에 대해 형법이 개입해야 될 이유는 없다. 이것은 행위자에 대한 가벌성이 비례성 원칙으로 정형화된다는 사실을 보여준다. 배종대, 형법총론, 홍문사, 2006, 410면 참조.

51) 배종대, 형법총론, 홍문사 (2006) 409-413면 참조.

않는 경우에도 회사는 행위자가 통상의 재산관리인으로서의 주의를 다 할 것을 기대했던 것으로 추정되므로, 거래에 있어서의 일상적인 위험이나 이득의 개연성이 손실의 위험보다 현저히 더 높은 경우에는 그러한 모험거래에 동의한 것으로 추정될 수 있으므로 업무의 성질상 통상의 업무집행의 범위라고 보아 임무위배행위라고는 할 수 없을 것이다.

3) 책임조각사유

경영판단원칙을 기대가능성이 없기 때문에, 책임비난을 면제하여 줌으로써, 범죄가 성립하지 않는다는 책임조각사유로도 볼 여지가 있으나, 기대가능성 자체가 시민의 자유영역에 한계를 설정해 주는 일반법원리에 불과하고, 우리나라의 경우 책임조각사유의 구체적 모습이 강요된 행위, 과잉방위, 과잉피난, 과잉자구행위(형법 제21조 제3항, 제22조 제3항, 제23조 제2항) 등에 반영되어 구체적인 모습으로 나타나고 있는 이상, 경영판단원칙을 책임조각사유로 보는 것은 무리가 있을 듯하다. 한편 미국에서는 경영판단원칙의 효과로 면책적 효과⁵²⁾를 인정하고 있는데, 이는 ‘안전항’(safe harbor) 또는 ‘책임에 대한 피난처’(shield against liability)등으로 비유되고 있다.

4) 소결

사실 경영판단원칙의 바람직한 모습은 일방적인 해결책으로서의 모습이 아닌, 다양한 선택지로서 법과 경영판단이 소통할 수 있도록 하는 동기부여라고 생각되지만, ⁵⁴⁾ 영미법의 사안중심적인 법체계와 다른 우리나라와 같은 법전법체계 하에서는 위와 같은 검토가 경영판단의 자리매김을 위해 중요하다고 보여 진다.

52) 모험거래의 범위에 대한 지시가 있음에도 불구하고, 그 범위를 초과한 경우는 배임죄가 성립한다.

53) 고재중, “경영판단원칙의 도입 여부에 관한 비교법적 고찰”, 비교법학연구 2 (2003) 42면 참조.

54) G. Teubner, Recht als autopoietisches System, Suhrkamp, März (2002) 132.

구체적으로 살펴보면, 위법성조각사유에 경영판단을 위치시킬 경우 정당행위에 위치시킬 수밖에 없고, 업무로 인한 행위에 위치시키자면, 지금까지 직업군인 변호사, 성직자, 의사 등에 회사의 임직원을 포함시켜야 하는 점이 과제로 남는다. 또한 사회상규에 위배되지 않는 행위인가에 대해서도 의문이 남는다. 경영판단원칙의 적용을 회사의 양해나 승낙으로 보려면, 항상 회사의 판단이 개입되어야 하는 문제점이 있다. 그러나 이사는 선관주의의무가 존재하므로, 회사의 승낙여부를 기준으로 위법성조각을 하는 것도 문제가 있다고 보인다. 한편 책임조각사유도 구체적 모습(강요된 행위, 과잉방위, 과잉피난, 과잉자구행위)이 정해져 있으므로, 그 테두리 안에 경영판단원칙이 들어가기란 힘들어 보인다. 따라서 경영판단원칙이 위치할 자리는 ‘구성요건해당성’이라 생각된다. 판례의 입장과 같이 선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다면 고의를 조각하는 것이 타당하다고 보인다.

그러나 실제 대부분의 경영판단원칙은 구성요건해당성 단계에서 검토되는 것이 아니라, 설사 검토되더라도 부정되고, 양형단계에서 고려되고 있는 것이 현실이다. 즉 형법 제51조에 의하여 “그 정상에 참작할 만한 사유”로 경영판단을 보아, 집행유예등을 선고하고 있는 것이다.

III. 경영판단원칙 적용행위의 유형화

앞서 경영판단원칙은 구성요건해당성 단계에서 고려하는 것이 바람직하다고 잠정적으로 결론 내렸다. 특히 그 중에서도 경영판단원칙이 고려되어야 하는 영역은 임무위배행위와 고의부분이라고 보인다. 그런데 경영판단원칙은 원래 과실책임에 있어 주의의무 위반의 입증에 관한 것이므로, 형사책임에서 고의와 관계없는 것처럼 보일 수 있다.⁵⁵⁾ 한편 형사재판에서 고의의 입증, 즉 행위자가 결과발생의 개연성 혹은 가능성에 인식이 있었는지 나아가 결과발생을 용인하는 내심의 의사까지 있었는지를 입증하는

55) 장상균, “경영판단원칙-지정토론”, 인권과정의 364 (2006.12) 46면 참조.

것은 어려운 일이다. 또한 피고인이 자신의 내심의 태도에 관해 묵비하는 경우 죄의 성립요소인 사실에 대한 인식과 의욕이 있었는지 입증하는 것은 불가능할지도 모른다. 이런 경우 법원은 “행위자의 진술에 의존하지 아니하고, 외부에 나타난 행위자의 행위의 형태와 행위의 상황 등 구체적인 사정을 기초로 하여” 행위자의 심리상태를 확인해 나아간다.⁵⁶⁾ 결국 고의의 입증은 경험칙에 바탕을 둔 간접사실의 분석에 의하는⁵⁷⁾ 경우가 많다.⁵⁸⁾

한편 판례에서는 ‘임무에 위배하는 행위’를 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대하는 행위라고 판시하고 있다. 그리고 “임무에 위배하는 행위”를 “그 임무에 중대하게 위배하는 행위”로 축소해석하자는 견해가 있다.⁵⁹⁾ 그러나 “중대하게 위배하는 행위”가 무엇인지에 대해서는 언급이 없다.⁶⁰⁾ 이렇게 “중대하게” 위배하는 행위를 파악하기 위해서나 신의칙상 당연히 기대되는 행위를 판단하기 위해서는 임무위배행위의 유형을 나눌 필요가 있다고 본다. 예를 들어 판례에서 언급하는 ‘경위’는 기업내에 마련된 절차와 관련이 있다고 보여 진다. 그리고 손실발생의 개연성이나 기업이 처한 경제적 상황은 리스크와 관련이 있다고 보여 진다. 이러한 점을 고려하여, 본고에서는 이러한 임무위배행위⁶¹⁾ 유형을 절차하자형 임무위배행위와 리스크(risk) 판단 오류형 임무위배행위로 분류해 보았다.

56) 김성돈, 형법총론, 현암사 (2006) 208면 참조.

57) 대법원 2004. 7. 22 선고 2002도4229 판결.

58) 장상균, “경영판단원칙-지정토론”, 인권과정의 364 (2006.12) 46면 참조.

59) 중대한 사무처리 위반은 형법으로 규율하고 그렇지 않은 사무처리 위반은 민법 등 비형법적 방식으로 규율하는 견해이다. 이러한 해석은 입법적 해석으로 볼 수 있지만 업무상 배임죄의 남용을 막는다는 정책적 필요성이 있고, 이러한 해석은 피고인에게 유리한 축소해석이므로 허용된다고 본다. 조국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계”, 한국형사법학회 창립50주년 기념 학술대회 자료집 (2007.6.22) 191면 참조.

60) 조국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계”, 한국형사법학회 창립50주년 기념 학술대회 자료집 (2007.6.22) 191면 참조.

61) IMF 이후에는 임무위배판단에 대한 기준이나 검찰의 수사실무도 상당히 정형화되었다. 그 예를 보면, 첫 번째 기준으로 대출관련 법령, 금융감독규정, 정관, 내부 업무규정 등을 위반했는지 여부, 두 번째 기준으로 대출금의 회수를 위한 채권확보조치, 예를 들어 저당권의 설정이나 연대보증인의 확보, 지급보증 등 채권추심을 위한 조치를 실행했는지 여부를 판단하게 된다. 김광준/원범연, 한국의 신종기업범죄의 유형과 대책, 한국형사정책연구원 (2002) 82-83면 참조.

1. 절차하자형 임무위배행위

절차하자형 임무위배행위에서 말하는 절차란, 일반적으로 지켜야 될 절차(process)와 루만이 법의 정당성을 이뤄낸다고 한 절차⁶²⁾를 동시에 고려한 개념이다. 또한 하버마스가 법의 실질적 내용구성을 절차를 통해 이루고자 한 것⁶³⁾을 염두에 둔 분류이다.

절차하자형 임무위배행위란 기업내부나 경제체계내부에서 합의된 일반적인 과정이나 심사절차를 무시한 행위라고 말할 수 있다. 대출의 경우를 예를 들어 보자. 일반적으로 대출담당직원의 기본적 임무는 채권보전을 위해 거래처의 재무상황, 경영수완, 대부금 사용용도 등을 조사하고, 그 안전성을 확인하여 대부를 결정하고, 대금의 회수를 확보하도록 사후관리해야 하며, 회수불능 상태가 되지 않도록 조치를 취해야 한다.⁶⁴⁾ 그러나 대출담당자가 업체의 자격(독립채산으로 운영되는 기업, 일정한 비율의 자금부담능력)을 검토해야 함에도 불구하고 제대로 조사하지 않고 제출받은 서류만을 가지고 대출을 심사한 사안은 절차하자형으로 볼 수 있다.⁶⁵⁾ 이러한 절차위반은 임무위배와 고의를 인정하기에 충분할 것이다. 특히 신용조사 및 담보물 현황조사를 직접 실시하지 아니하였음에도 마치 신용조사와 담보물 현황조사 등을 직접 실시한 것처럼 허위의 대출관련 서류를 작성한 것은 대출규정에 따른 절차를 지키지 아니한 예이다. 또 다른 판례로는 담보도 제공받지 않은 채 고액의 신규대출을 한 상호신용금고 판례를 들 수 있다.⁶⁶⁾ 대출의 담보도 대출이 이루어진 후에 제공하고, 담보로 제공되었다는 주식 및 후순위 예금도 담보로서 가치가 없었던 경우이다.⁶⁷⁾ 이 경우 절차상 하자가 분명하고, 임무에 위배되는 행위가 있으

62) 루만의 절차적 규제에 대해 자세하게는 이상돈/홍성수, 법사회학, 박영사 (2000) 221면 참조.

63) 자세한 근거로는 하버마스의 절차적 법패러다임이론을 참고하였다. 위르겐하버마스/한상진/박영도 공역, 사실성과 타당성, 나남출판 (2000) 7장 이하 참고.

64) 上柳克郎 外, 新版 注釋 會社法 (13), 有斐閣 (2002) 568 참조.

65) 대법원 1997. 10. 24 선고, 97도2042 판결.

66) 대법원 2003. 2. 11 선고, 2002도5679 판결.

67) 참고로 계열사가 많은 재벌의 경우, 순자산 규모 또는 제공된 지급보증의 규모에 대한 정확한 파악이 어려울 수 있다. 예를 들면 기업 A가 기업 B의 자산에 출자할 때, A기업의 자산과 B기업의 자산을 단순히 합한 결과는 이 두 기업의 순자산의 합을 증가할

며, 손해가 발생하였기 때문에 업무상 배임죄, 특정경제범죄가중처벌등에 관한법률위반으로 유죄가 인정되는 것이다. 이외에도, 유상증자 참여조건으로 대출해 주면서, 재무제표 등의 확인절차를 무시하고 대출한 경우⁶⁸⁾는 대출심사절차를 무시한 절차하자형으로 보여 진다.

이렇게 절차하자형이라고 판단되기 위해서는 회사내부에 절차규정⁶⁹⁾인 내부통제제도,⁷⁰⁾ 즉 컴플라이언스 프로그램(compliance program)이 잘 갖추어져 있어야 한다. 외국의 경우는 이러한 컴플라이언스 시스템이 구비되어 있는가의 여부에 따라 법적 판단이 달라지기도 한다. 미국의 경우 1991년부터 연방 양형 가이드라인(New Federal Sentencing Guidelines)에서 회사가 컴플라이언스 프로그램(compliance program)을 통해 위법을 보고하거나 감시하고, 막는 조치를 취하도록 권고하고 있다.⁷¹⁾ 이러한 컴플라이언스 프로그램은 잠재적인 손해를 막는 한편, 잠재적인 형사적 회사범죄자를 줄이고 있다.⁷²⁾

이러한 컴플라이언스 프로그램의 운영 실태는 일본의 사례를 통해서도 알 수 있는데, 신회사법에서는 대회사에 있어서 내부통제시스템 구축을

수 있다. 또한 금융기관은 기업C가 기업D에 대하여 지급보증을 제공하는 경우, 금융기관은 C가 또 다른 기업 E에게 제공한 지급보증에 대한 충분한 정보를 갖지 못한다. 이런 식으로 재벌의 경우, 자산 규모를 확대하고, 지급보증에 대해서 정확한 정보를 제공하지 않음으로써 금융기관으로부터 보다 많은 대출금을 확보할 수 있다. 조성욱, “부실기업에 대한 금융기관의 대출 결정 요인”, 증권학회지 34-1 (2005) 71면 참조.

68) 800억 상당의 유상증자를 하지 못하면 정부가 요구한 BIS비율 8%를 맞추지 못하여 퇴출당할 위기에 놓여 있는 금융회사가, 유상증자에 참여할 업체를 물색 중, 300억을 대출해주지 않으면 유상증자에 참여하지 않겠다는 기업에 대해, 통상적인 대출의 경우 재무제표 확인하는 절차를 무시하고 대출한 사례로서 자세하게는 대법원 2003. 10. 10 선고, 2003도3516 판결.

69) 토이브너는 어떤 확고한 기준을 제시하는 것을 피하고, 각각의 콘텍스트에 따라 관련 체계 혹은 체계 안의 관련자들이 자율적으로 문제를 해결하도록 법적 테두리를 짜는 방안을 제시하였다. 양천수, “1980년대 이후 전개된 독일 법사회학의 현황”, 법과 사회, 법과사회이론학회 (2006) 127면 참조.

70) 내부통제시스템의 강화를 언급한 글로 오경식, “한국의 금융범죄의 실태와 형사법적 대책”, 비교형사법연구 8-2, 한국비교형사법학회 (2006) 596면 참조.

71) T. Schehr, “An analysis of a corporate director’s duty to ferret out wrongdoing: Have the federal sentencing guideline effectively overruled *Graham v. Allis-Chalmers*?”, Wayne Law Review, Spring (1996) 1622-1623.

72) T. Schehr, “An analysis of a corporate director’s duty to ferret out wrongdoing: Have the federal sentencing guideline effectively overruled *Graham v. Allis-Chalmers*?”, Wayne Law Review, Spring (1996) 1617.

의무화 하였으며, 이사회에서 업무의 적정성 확보를 위해 기본지침(매뉴얼)을 작성하도록 하고 있다.⁷³⁾ 이처럼 변화가 심한 경영영역에 있어서, 효과적인 자율준수 시스템은 중요한 의미를 갖는다. 즉 경제에 참여하는 주체가 스스로 규제를 만들고 참여하는 것은 민주적 참여의 확대라는 측면에서도 의미 있는 일이며, 이러한 컴플라이언스 시스템은 행위규범인 동시에 평가규범으로도 작용할 수 있다.⁷⁴⁾

예로 들었던 대출임직원의 행위를 규제하는 역할을 할 뿐만 아니라, 법원의 판단을 규제, 제한하는 기능도 가지게 되는 것이다. 이러한 접근은 경영상 결정이 법원에 의해서 간섭되는 것을 방지하는 기능을 갖게 한다.

2. 리스크(risk) 오류형 임무위배행위

여기에서 사용될 리스크(risk)⁷⁵⁾는 기업경영에서 있어서 손실이 증대되거나 이익이 감소되는 것과 같은 가능성을 말한다.⁷⁶⁾ 이해를 돕기 위해 앞의 부실대출의 예를 들어 보자. 과거의 정책금융⁷⁷⁾과 달리 최근 은행은 대출기업을 선정하기 위해 기업을 선별하는 작업을 하고 있다. 그래서 위험이 높으면 높은 리스크를 고려하여, 금리를 높게 받는 등의 조절을 하고 있다.

리스크 오류형은 이렇게 리스크를 판단하여 대출하는 경우, 대출한도액을 초과하여 대출하였거나 담보로 할 수 없는 물건을 담보로 하여 대출하였을 경우 적용될 수 있다. 그 대출로 인하여 회수의 확실성이 없는 일 부채권이 발생하였다 하여 이를 가지고 대출업무담당자로서 채권확보조치

73) 高橋裕次郎, 新會社法キーワード300, 三修社 (2005) 34-35 참조.

74) 이경렬, “경영판단의 과오와 업무상배임죄의 성부”, 법조 (2006.12) 130면 참조.

75) L. Orland, Corporate Criminal Liability: Regulation and Compliance, Aspen publisher (2004), §14.03 [2] Corporate Misconduct and Legal Malpractice 참조.

76) 조이성, “기업경영의 Risk 문제 (上)”, 産經論叢, 전주대학교 산업경영연구소 (1988) 143-144면 참조.

77) 1960년대 이후 경제개발 금융에 익숙한 한국 은행들의 관행을 보여주는 대출이다. 즉 경제인들은 정치인에게 정치자금을 제공하고, 권력에 있는 정치인은 경제인들의 사업을 위해 정치적 영향력(금융기관 감독 및 인허가 기관에 청탁 등)을 행사하여 이루어진 대출이다. 이종욱, “은행의 권력형 부실대출과 은행의 소유구조”, 금융학회지 3-1 (1998) 3-4면 참조.

를 하지 아니한 임무위반행위에 해당한다거나 그와 같은 임무위반의 인식이 있었다고는 볼 수 없는 경우⁷⁸⁾가 있는 것이다. 그런데 문제는 이러한 리스크 판단시, 고려해야 할 정보의 양이 어느 정도여야 하는 것이다. 형사판결은 아니지만 <Trans Union의 합병 사례>와 <삼성의 이천전기 인수사례>를 참조하여 경영판단의 인정기준인 합리적 수집가능 정보의 범위에 대해 살펴보기로 한다.

<Trans Union 사건>⁷⁹⁾

텔라웨어주의 Trans Union Corp.는 열차제작회사로서 1980년 Marmon Group, Inc.와 합병을 하게 되었다. 합병계약에 따라 Marmon이 Trans Union의 군소주주의 소유주식 전부를 시가보다 20불이 높은 주당 55불에 사들였다. 그럼에도 불구하고 Trans Union의 일부 주주들은 이 가격에 불만을 갖고 Trans Union의 이사를 상대로 합병과정에서 주주의무를 위반했다는 이유로 손해배상책임을 물었다. 하급심에서는 경영판단원칙을 적용하여 주주의 청구를 배척했으나, 주대법원은 이사의 책임을 인정했다. 왜냐하면 사장인 Van Gorkom 이 합병을 위한 교섭을 독단적으로 처리하고, 이사회에서는 합병안에 관한 서류 한 장도 제시받지 못했으며, 합병의 전문금융가의 자문도 없이 사장의 구두설명만 듣고 2시간 만에 결의하였으며, 합병계약서에 서명할 때에는 오페라 공연장에서 계약서를 받아 대강 훑어보고 서명하였다는 이유였다. 대법원은 가격의 공정여부가 문제되는 것이 아니라, 합병과 같은 중요한 의사결정을 하려면 사전에 사안에 관한 모든 정보를 숙지하고, 진중한 자세로 전문가의 자문도 구하는 등 충분한 연구검토를 거쳐야 하는데 이를 게을리 한 것은 중과실에 해당한다고 판시하였다.

그러나 이 판결을 두고 경영계의 비판의 목소리가 높았다.⁸⁰⁾ 왜냐하면

78) 대판 1987.4.4, 85도1339에서는 물적담보로 제공한 부동산이 군사시설 보호구역 안에 있어, 대출담보로 적절하지 못하였으나, 경제성이나 환가성이 아예 없는 것이 아니고, 연대 보증인을 세우게 하였으므로 대출 원리금 채권을 담보 할 수 있었다.

79) Smith v. Van Gorkom, 488 A. 2d 858 (Del.1985).

80) 이후에 미국 각 주에서는 일단 이사회 임원의 판단은 합리적으로 수집될 수 있는 정보에 기초하여 관련 모든 정보를 참작하여 이루어진 것이라고 추정하고 있다. Aronson

대법원은 비즈니스의 연속적, 평균적 측면을 보지 못하고 보수주의적, 형식주의적 시각에서 거래의 1회적 단면과 형식적 측면만을 본 것이라는 이유였다.⁸¹⁾

<삼성전자의 이천전기 인수사례>⁸²⁾

1997년 삼성전자는 전기사업으로의 진출을 계획하고 이사회 결의를 거쳐 이천전기라는 회사의 주식 85.3%를 매수 또는 신주인수하여 대주주가 되었다. 그 당시 투자금액은 2천억 원이었으나, 이천전기는 인수당시 자본잠식상태에 있고 재무구조가 매우 열악한 상태였다. 그런 상황에서 IMF가 위기가 닥치자, 도산에 이르러 1998년말 삼성전자는 이천전기의 전 주식을 제3자에게 95억 원에 처분하여, 이로 인해 1,904억 원의 손실을 발생하였다. 이에 주주들이 삼성전자의 임원진에게 당초 회생이 불가능한 회사의 주식을 매수하고 신주를 인수한 것은 임무해태에 해당한다고 주장하여 손해배상을 청구하였다. 이에 제1심법원은 주식매수 당시 이사회에서 “전기사업 참여방안”이라는 자료만 가지고, 1시간 동안에 토의로, 비정상적인 재무구조를 보이고 있는 이천전기의 인수를 결정한 것은 충분한 정보에 기하여 합리적인 통찰력을 다하여 적절한 판단을 하였다고 할 수 없으므로 경영판단으로서 보호될 수 없다고 판시하였다. 그러나 항소법원에서는 이천전기를 인수하기 1년 전부터 미리 실무자로 하여금 전기사업으로의 참여 필요성, 사업성에 관한 검토를 하게하고, 이천전기의 재무구조개선안 향후 손익전망, 경영방침 등에 관하여 구체적으로 보고를 하게 하였으며, 인수가격결정을 위하여 수차례 협상과정을 거쳤고, 이사회 결의에 참석한 이사들은 실무자들이 작성한 “삼성전자의 중전사업 참여방안”, “이천전기의 재무구조 개선안” 등의 자료를 검토하는 한편, 신규법인의 설립보다는 기존업체인 이천전기의 인수가 유리하며 유상

v. Lewis, 781 F. 2d 264(2d Cir.1986).

81) 이철송, 이사의 책임에 관한 몇가지 이론, BFL 4, 서울대학교 금융법센터 (2004.3) 88면; Burgman & Cox, “Corporate Directors, Corporate Realities and Deliberative Process: An Analysis of Trans Union Case”, The Journal of Corporation Law 11 (1996) 311.

82) 수원지법 2001. 12. 27, 98가합22553; 서울고법 2003. 11. 20, 2002나6595 참조.

증자 및 단기차입금의 장기저리자금으로의 전환 등을 통하여 재무구조를 개선하면 조만간 흑자 전환이 가능할 것으로 판단된다는 설명을 들은 다음 인수를 결의한 사정 등에 비추어 보면, 통상의 기업인으로서 간과할 수 없는 과오를 저질렀다거나 그 인수결정이 당시의 상황에서 경영판단의 재량권 범위를 벗어나는 것으로 보기 어렵고, 나아가 이사들이 위 결정에 관하여 개인적인 이해관계가 있었다거나 그 결정으로 인하여 회사가 손해를 입을 것을 알고 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이사의 책임을 인정할 수 없다고 하였다.

두 사례 모두 경영판단은 충분한 정보에 근거한 이사의 상황에 대한 숙지와 신중한 판단을 요구하고 있다. 특히 삼성의 항소심 판례에서는 정보의 범위를 경영판단시 그 판단이 이루어진 이사회나 당일의 사정뿐만 아니라, 그 사안이 검토되어 온 시간이나 정보량을 고려하여 파악하고 있다. 그리고 그 당시 합리적으로 수집가능한 정보인지 여부는 당해 경영판단의 중요성, 정보 수집에 사용한 시간 및 비용, 당해 사항을 조사한 자 또는 기재한 자에 대한 이사의 신뢰도, 회사의 경영상태 등 제반요소를 고려해서 판단하고 있다.

3. 소 결

통상적으로 회사내부의 절차위반은 원칙적으로 임무위배행위에 해당한다. 그러므로 그만큼 경영판단이 들어갈 자리는 좁아지게 된다. 그러나 리스크 판단을 해야 하는 경우, 회수 가능성에 대한 위험(risk)판단이 문제시 된 사안⁸³⁾에서는 대출의 조건과 내용, 규모, 변제계획, 담보의 유무와 내용, 채무자의 재산 및 경영상황, 성장가능성 등 여러 가지 사항을 고려하여 종합적으로 판정⁸⁴⁾하므로, 경영판단이 들어갈 자리는 넓어지게 된다.

다시 말해 절차하자형의 경우 경영판단원칙의 수용가능성은 약하며, 반면 리스크판단오류형의 경우는 절차하자형 보다 경영판단원칙의 수용가능성이 강하고, 이 때 리스크 판단시 합리적으로 수집가능한 정보인지 여

83) 대법원 2004. 7. 22 선고, 2002도4229 판결.

84) 대법원 2005. 1. 14 선고, 2004다8951 판결.

부는 당해 경영판단의 중요성, 정보 수집에 사용한 시간 및 비용, 당해 사항을 조사한 자 등이 고려되어야 하는 것이다.

IV. 나오며

최근 경영판단원칙의 형법적 수용에 대해 많은 논의가 이루어졌다. 시기상조라는 설과 경영판단원칙의 도입대신 업무상 배임죄의 제한해석으로 문제를 해결할 수 있으므로 경영판단원칙이 굳이 도입될 필요는 없다고 한다. 그러나 경영판단원칙은 법체계에 있어 경영합리성, 즉 경제체계원리의 도입이다. 체계는 서로 분화되어 있지만, 서로 영향을 미친다. 법이 다른 체계 즉 경제체계를 규율하기 위해서는 법 안으로 경제체계원리인 경영합리성을 들여와야 한다. 그것이 경영판단원칙의 도입이유이다. 그러므로 경영합리성의 변형된 모습인 경영판단원칙의 도입은 법이 다른 체계를 규율하기 위해서는 필수불가결한 현상인 것이다.

이러한 경영판단원칙의 형사법적 도입은 헌법에서 보장하고 있는 형법의 무죄추정원칙과 보충성원칙이 더 잘 실현될 수 있도록 도와준다. 이 경우 경영판단원칙의 체계적 지위는 구성요건해당성배제사유나 위법성조각사유, 책임조각사유 등으로 위치 지워질 수 있지만 검토 결과 구성요건해당성 배제사유, 특히 임무위배행위 부분에서 적용시키는 것이 가장 바람직하리라고 본다. 그리고 불법과 합법의 경계에 있는 임무위배행위 중 어떤 행위에 경영판단원칙이 적용되는 것인가에 관해서는 임무위배행위에 대한 유형화가 필요할 것이다. 따라서 본고에서는 그 경계에 있는 임무위배행위를 절차하자형과 리스크 오류형 임무위배행위로 나누어 보고, 경영판단원칙의 수용가능성에 대해 검토해 보았다. 절차하자형보다 리스크 오류형의 임무위배행위에 경영판단원칙의 수용가능성이 더 큰 것이고, 이러한 사안을 판단하기 위해서는 기업내부에 절차의 체계화, 즉 내부통제제도의 적극적 활용이 전제되어야 하는 것이다.

참고문헌

- 김광준/원범연, 한국의 신종기업범죄의 유형과 대책, 한국형사정책연구원 (2002).
- 김성돈, 형법총론, 현암사 (2006).
- 노명선, 회사범죄(I), 성민 (2001).
- 박상기, 형법각론, 박영사 (2004).
- 배종대, 형법각론, 홍문사 (2006).
- 배종대, 형법총론, 홍문사 (2006).
- 오영근, 형법각론, 박영사 (2006).
- 이상돈/홍성수, 법사회학, 박영사 (2000).
- 이상돈, 윤리경영과 형법, 신영사 (2005).
- 이재상, 형법각론, 박영사 (2004).
- 임 용, 형법각론, 법문사 (2007).
- 슬러머 메이트/이용숙 역, CEO경제학, 기획출판 거름 (2001).
- 위르겐하버마스/한상진/박영도 공역, 사실성과 타당성, 나남출판 (2000).
- 上柳克郎 外, 新版 注釋 會社法 (13), 有斐閣 (2002).
- 經營刑事法研究會編, 企業活動と經濟犯罪 -企業法務における危機管理の實際-, 民事法研究會 (1998).
- 高橋裕次郎, 新會社法キーワード300, 三修社 (2005).
- 中山研一外, 經濟刑法入門, 成文堂 (2004).
- D. Block, N.Barton, S.Radin, The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors, Aspen Law& Business (1998).
- L. Orland, Corporate Criminal Liability: Regulation and Compliance, Aspen publisher (2004).
- G. Teubner, Recht als autopoietisches System, Suhrkamp, März (2002).
- 고재중, “경영판단원칙의 도입 여부에 관한 비교법적 고찰”, 비교법학연구 2 (2003).
- 고재중, “회사경영상 책임과 이사의 구제제도에 관한 고찰”, 기업법연구

14 (2003).

구회근, “업무상 배임죄와 경영판단원칙-대법원판례를 중심으로”, -법조 590 (2005.11).

박미숙, “경영판단과 배임죄의 성부”, 형사판례연구15 (2007).

송중준, “경영판단원칙과 그 수용상의 과제”, 인권과정의 364 (2006.12).

안경옥, “경영판단행위에 대한 배임죄 성립의 가능성”, 경희법학 41-2 (2006).

안경옥, “경영판단행위에 대한 배임죄처벌의 가능성”, 心溫 金日秀教授華甲紀念論文集 한국형법학의 새로운 지평 (2006).

안경옥, “배임죄에 있어서 실효발생의 위험”, 비교형사법연구 2, 한국비교형사법학회 (2000).

양천수, “1980년대 이후 전개된 독일 법사회학의 현황”, 법과 사회, 법과 사회이론학회 (2006).

오경식, “한국의 금융범죄의 실태와 형사법적 대책,” 비교형사법연구 8-2, 한국비교형사법학회 (2006).

오영근, “신용위험공유자에 대한 대출과 배임죄”, 형사정책연구, 15-2 (2004).

이경렬, “경영판단의 과오와 업무상배임죄의 성부”, 법조 (2006.12).

이규훈, “업무상 배임죄와 경영판단”, 형사판례연구13 (2004).

이상돈, “경영실패와 경영진의 형사책임”, 법조 560 (2003.5).

이상돈, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계-토론문”, 한국형사법학회 창립50주년 기념 학술대회 자료집 (2007.6.22).

이종상, “이사의 책임과 배임죄에 대한 비판적 고찰”, 서울대 금융법연구센터 BFL 19 (2006.9).

이종욱, “은행의 권력형 부실대출과 은행의 소유구조”, 금융학회지 3-1 (1998).

이철송, “이사의 책임에 관한 몇가지 이론”, BFL 4, 서울대학교 금융법센터 (2004.3).

원혜옥, “배임죄의 개정방안”, 형사법연구 22 (2004/겨울).

조 국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계”, 한국형사법학회 창립50주년 기념 학술대회 자료집 (2007.6.22).

- 조기영, “배임죄의 제한해석과 경영판단원칙”, 형사법연구 30 (2007.봄).
- 조성욱, “부실기업에 대한 금융기관의 대출 결정 요인”, 증권학회지, 34-1 (2005).
- 조이성, “기업경영의 Risk 문제 (上)”, 産經論叢, 전주대학교 산업경영연구소 (1988).
- 천중철, “배임죄에 있어서의 임무위배행위”, 연세법학연구3, 연세법학회 (1995).
- 최병규, “경영판단원칙과 그의 수용 방안”, 기업법연구 19-2, 한국기업법학회 (2005.6).
- 최승재, “경영판단의 항변과 기업경영진의 배임죄 성부”, 법률신문 3308 (2004.10.21).
- 허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 비교형사법연구 6-2, 한국비교형사법학회, (2004).
- 홍석범, “경영판단원칙의 수용과 그 한계”, 인권과정의 364 (2006.12).
- G. Teubner, “Altera pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses”, LAW, SOCIETY AND ECONOMY, Richard Rawlings, ed., Oxford University Press (1997).
- T. Schehr, “An analysis of a corporate director’s duty to ferret out wrongdoing: Have the federal sentencing guideline effectively overruled *Graham v. Allis-Chalmers*?”, Wayne Law Review, Spring (1996).
- “New SEC Rule to Make CEOs More Attentive to Accounting”, Wall Street Journal, May 27, 2003.

186 형사정책연구 제18권 제4호(통권 제72호, 2007 · 겨울호)

The Business Judgment Rule and the Breach of Trust in office

Lee, Jung Min

(Associate Research Fellow,
Korean Institute Criminal Justice Policy,
Ph.D. in Law)

The adoption of the business judgment rule is being discussed actively. Already in the area of Civil Law, the business judgment rule was introduced in Decision 97 Ka Hab 39907 on July 24, 1998 by the Seoul Central District Court. Also in the area of Criminal Law, Decision 2002 Do 4229 by the Supreme Court on June 22, 2002 was judged based on the business judgment rule but the justness of its adoption is still under controversy.

In this situation, the present study examined the justness of the introduction of the business judgment rule from the viewpoint of encounter between legal rationality and managerial rationality. That is, this study proved that managerial rationality has already accommodated legal rationality as a risk factor of management and that legal rationality should receive managerial rationality. In addition, we compared precedent cases reflecting managerial rationality and those not reflecting it, and explained the systematic standing of the business judgment rule and criteria for admitting the rule where the business judgment rule was adopted. We also discussed in what situation and on what degree the business judgment rule should be admitted. That is, the types of boundary area for admitting the breach of trust in the conduct of business were divided into risk error type and procedural defect type, and the intensity of the introduction of the business

judgment rule was suggested.

주제어 : 경영판단원칙, 업무상 배임죄, 리스크, 절차하자, 내부통제제도

Keywords : The business judgment rule, risk, compliance system,
corporate criminal liability, The Breach of Trust