

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)

[대법원 2008. 2. 28. 2007도5987]



【판시사항】

- [1] 인수자가 기업인수자금을 대출받아 기업을 인수한 후 나중에 피인수기업의 자산을 그 대출금의 담보로 제공하는 행위, 이른바 LBO(Leveraged Buyout) 방식의 기업인수가 업무상배임죄를 구성하는지 여부(원칙적 적극)
- [2] 이른바 LBO(Leveraged Buyout) 방식의 기업인수 과정에서, 인수자가 제3자가 주채무자인 대출금 채무에 대하여 아무런 대가 없이 피인수회사의 재산을 담보로 제공하였다면, 설사 주채무자인 제3자가 대출원리금 상당의 정리채권 등을 담보로 제공하고 있었다고 하더라도, 피인수회사로서는 이로 인하여 그 담보가치 상당의 재산상 손해를 입었다고 할 것이므로 배임죄가 성립한다고 한 사례

【판결요지】

- [1] 기업인수에 필요한 자금을 마련하기 위하여 인수자가 금융기관으로부터 대출을 받고 나중에 피인수회사의 자산을 담보로 제공하는 방식, 이른바 LBO(Leveraged Buyout) 방식을 사용하는 경우, 피인수회사로서는 주채무가 변제되지 아니할 경우에는 담보로 제공되는 자산을 잃게 되는 위험을 부담하게 되는 것이므로, 인수자가 피인수회사의 위와 같은 담보제공으로 인한 위험부담에 상응하는 대가를 지급하는 등의 반대급부를 제공하는 경우에 한하여 허용될 수 있다 할 것이다. 만일 인수자가 피인수회사에 아무런 반대급부를 제공하지 않고 임의로 피인수회사의 재산을 담보로 제공하게 하였다면, 인수자 또는 제3자에게 담보가치에 상응한 재산상 이익을 취득하게 하고 피인수회사에게 그 재산상 손해를 가하였다고 봄이 상당하다. 이는 인수자가 자신이 인수한 주식, 채권 등이 임의로 처분되지 못하도록 피인수회사 또는 금융기관에 담보로 제공함으로써 피담보채무에 대한 별도의 담보를 제공한 경우라고 하더라도 마찬가지이다.
- [2] 이른바 LBO(Leveraged Buyout) 방식의 기업인수 과정에서, 인수자가 제3자가 주채무자인 대출금 채무에 대하여 아무런 대가 없이 피인수회사의 재산을 담보로 제공하였다면, 설사 주채무자인 제3자가 대출원리금 상당의 정리채권 등을 담보로 제공하고 있었다고 하더라도, 피인수회사로서는 이로 인하여 그 담보가치 상당의 재산상 손해를 입었다고 할 것이므로 배임죄가 성립한다고 한 사례.

【참조조문】

- [1] 형법 제355조 제2항, 제356조
- [2] 형법 제355조 제2항, 제356조

【참조판례】

- [1] 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004도7027 판결(공2006하, 2115)

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】 피고인 및 검사

【변 호 인】 변호사 손지열외 3인

【환송판결】 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004도7027 판결

【주문】

】

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원으로 환송한다.

【이유】

】상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서 겸 답변서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 본다.

1. 피고인의 상고이유에 대하여

가. 상고이유 제1, 2점

(1) 기업인수에 필요한 자금을 마련하기 위하여 그 인수자가 금융기관으로부터 대출을 받고 나중에 피인수회사의 자산을 담보로 제공하는 방식{이른바 LBO(Leveraged Buyout) 방식}을 사용하는 경우, 피인수회사로서는 주채무가 변제되지 아니할 경우에는 담보로 제공되는 자산을 잃게 되는 위험을 부담하게 되는 것이므로, 인수자가 피인수회사의 위와 같은 담보제공으로 인한 위험부담에 상응하는 대가를 지급하는 등 반대급부를 제공하는 경우에 한하여만 허용될 수 있다 할 것이다.

따라서 만일 인수자가 피인수회사에 아무런 반대급부를 제공하지 않고 임의로 피인수회사의 재산을 담보로 제공하게 하였다면, 인수자 또는 제3자에게 담보가치에 상응한 재산상 이익을 취득하게 하고 피인수회사에게 그 재산상 손해를 가하였다고 봄이 상당하고(대법원 2006. 11. 9. 선고 2004도7027 판결 참조), 이는 인수자가 자신이 인수한 주식, 채권 등이 임의로 처분되지 못하도록 피인수회사 또는 금융기관에 담보로 제공됨으로써 피담보채무에 대한 별도의 담보를 제공한 경우라고 하더라도 마찬가지라고 할 것이다.

(2) 그런데 원심은 위와 같은 경우 대출금이 상환될 때까지 인수자가 인수한 주식, 채권 등이 임의로 처분되지 못하도록 피인수회사 또는 금융기관에 담보로 제공된 경우에도 LBO 방식의 기업인수가 허용될 수 있다는 전제하에서, 피고인은 서류상 회사인 공소외 2 주식회사를 설립하여 2001. 6. 7. 위 회사를 통하여 공소외 1 주식회사의 지분 66.2%를 인수한 후 공소외 1 주식회사의 대표이사로 취임한 다음, 2001. 7. 3.부터 같은 달 9.경까지 사이에 별다른 대가 없이 공소외 2 주식회사가 (상호 생략)종합금융 주식회사(이하 '공소외 3 종금'이라고 한다)에 대하여 부담하는 350억 원 상당의 채무에 대한 담보 명목으로 공소외 1 주식회사 소유의 원심판결 별지 담보부동산 목록 기재 9개 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라고 한다)에 관하여 채권최고액 350억 원 상당의 근저당권을 설정하여 준 행위는 그 판시와 같은 이유로 공소외 2 주식회사가 담보제공자인 공소외 1 주식회사에게 이 사건 부동산을 담보로 제공함에 따른 위험부담에 상응하는 반대급부를 제공하거나 최소한 위 대출금이 상환될 때까지 공소외 2 주식회사가 인수한 주식 등이 임의로 처분되지 못하도록 공소외 3 종금에 제공된 경우라고 볼 수 없어 업무상 배임행위에 해당한다는 취지로 판단하였다.

(3) 따라서 원심이 인수자가 피인수회사에게 위험부담에 상응하는 반대급부를 제공한 경우뿐 아니라 그 피담보채무인 대출금이 상환될 때까지 인수한 주식, 채권 등이 임의로 처분되지 못하도록 피인수회사 또는 금융기관에 담보로 제공된 경우까지도 업무상 배임이 성립하지 아니한다고 판시한 것은 그 전제에서 잘못되었다고 할 것이기는 하나, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 비추어 보면, 피고인의 위 근저당권 설정행위는 이 사건 담보부동산을 담보로 제공함에 따른 위험부담에 상응한 반대급부가 공소외 1 주식회사에게 제공된 경우가 아님이 명백하므로 업무상 배임행위에 해당한다고 한 원심의 결론 부분은 정당하고, 거기에 채증법칙을 위배한 위법을 발견할 수 없으니, 결국 원심의 앞서 본 잘못은 판결의 결과에 영향을 미치지 아니한다고 할 것이다.

(4) 피고인의 이 부분에 대한 나머지 상고이유들은 모두 LBO 방식의 기업인수 과정에서 인수자가 피인수회사 재산을 담보로 제공하는 것은 인수자가 그 피담보채무인 대출금이 상환될 때까지 인수한 주식, 채권 등이 임의로 처분되지 못하도록 피인수회사 또는 금융기관에 담보로 제공된 경우에도 허용된다는 전제하에, 인수자가 인수한 주식, 채권 등이 임의로 처분되지 못하도록 피인수회사 또는 금융기관에 담보로 제공되었는지 여부나 피담보채무에 대하여 다른 담보가 제공되어 있었는지 여부에 대한 채증법칙 위배 또는 법리오해 주장으로서, 앞서 본 바와 같은 이유로 위 전제가 받아들여질 수 없어 판결 결과에 영향을 미칠 수 없는 것이므로 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

나. 상고이유 제3, 4점

(1) 파기환송을 받은 법원은 환송판결이 파기이유로 삼은 사실상 및 법률상의 판단에 기속되는 것이고, 그에 따라 판단한 판결에 대하여 다시 상고를 한 경우에 그 상고사건을 재판하는 상고법원도 앞서의 파기이유로 한 판단에 기속되므로 이를 변경하지 못하는 것이다(대법원 1987. 4. 28. 선고 87도294 판결, 대법원 2006. 1. 26. 선고 2004도517 판결 등 참조).

그런데 원심판결의 이유에 의하면, 원심판결은 환송판결에서 인정한 그 판시와 같은 사정과 동일한 사정에 기초하여 피고인에게 업무상 배임의 고의가 있었다고 판단하고 있는바, 위와 같은 판단은 환송판결의 파기이유에 따른 조치로서 정당하고, 이에 대해서는 그 상고사건을 다시 재판하는 당원으로서도 위 파기이유와 다른 판단을 할 수 없으므로, 결국 피고인에게 업무상 배임의 고의가 없었다는 이 부분 상고이유는 이유 없다.

(2) 한편, 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 있으므로, 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서는 기업 경영에 있어 경영상 판단의 특성이 고려되어야 할 것이나(대법원 2004. 10. 28. 선고 2002도3131 판결, 대법원 2007. 1. 26. 선고 2004도1632 판결 등 참조), 피고인의 위 근저당권설정 행위는 자신이 공소외 2 주식회사를 설립하여 공소외 1 주식회사를 인수하는 과정에서 필요한 자금을 마련하기 위한 것으로서 개인적인 이익을 취할 목적으로 이루어진 것에 지나지 아니하므로, 피고인의 이러한 행위를 두고 경영상 판단에 의한 것으로서 배임의 고의가 없는 경우에 해당한다고 할 수도 없다.

다.

상고이유 제5점

형법 제16조에서 "자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다"고 규정하고 있는 것은 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이고, 이러한 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이며, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3717 판결, 대법원 2006. 9. 28. 선고 2006도4666 판결 등 참조).

원심은, 피고인이 이 사건 기업인수 과정에서 변호사들에게 자문을 구한 내용은 'LBO방식'에 관련된 효력 유무 등 민사상 문제에 관한 일반적이고 추상적인 질의가 대부분이고, 형사상 배임죄의 성립 여부와 관련해서는 변호사에게 구체적으로 자문을 구하거나 검토받은 것이 아닌 점과 그 밖에 피고인의 경력이나 학력 등을 종합하여 이 사건 담보제공 당시 피고인에게 법률의 착오가 있었다고 볼 수 없다고 판단하였는바, 원심이 인정한 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 법률의 착오에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 검사의 상고이유에 대하여

원심은, 앞서 본 LBO 방식의 기업인수 과정에서 담보제공에 관한 배임죄 성립 여부에 대한 원심의 전제에 기초하여, 공소외 1 주식회사의 대표이사인 피고인이 2001. 6. 12. 공소외 2 주식회사가 한미은행에 대하여 부담하는 320억 원 상당의 채무원리금에 대한 담보 명목으로 공소외 1 주식회사 소유의 320억 원 상당의 정기예금채권에 대하여 근질권을 설정해주었다고 하더라도, 당시 공소외 2 주식회사도 한미은행에 대한 위 채무를 담보하기 위하여 위 대출원리금 상당의 가치가 있는 정리채권 등에 근질권을 설정해 두고 있었으므로, 위 정기예금채권에 대한 근질권 설정행위로 인하여 공소외 1 주식회사에게 어떠한 재산상 손해 발생의 위험이 초래되었다고 볼 수 없고, 피고인에게 배임의 범의가 있었다고 볼 수도 없다는 이유로 피고인의 위 행위는 배임죄가 성립하지 아니한다고 판단하였다.

그러나 LBO 방식의 기업인수 과정에서 인수자금을 마련하기 위한 대출에 대한 담보로 피인수회사의 재산을 제공하는 행위는 비록 그 대출금이 상환될 때까지 인수자가 인수한 주식, 채권 등이 임의로 처분되지 못하도록 피인수회사 또는 금융기관에 담보로 제공되었다고 하더라도 허용될 수 없음은 앞서 본 바와 같고, 한편 배임죄에서 '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 손해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되며, 일단 손해의 위험을 발생시킨 이상 나중에 피해가 회복되었다고 하여도 배임죄의 성립에 영향을 주는 것은 아니고, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 본인의 전 재산 상태를 고려하여 경제적 관점에 따라 판단되어야 하므로(대법원 2000. 11. 24. 선고 99도822 판결, 대법원 2004. 5. 14. 선고 2001도4857 판결 등 참조), 비록 위 대출금 채무에 대하여 주채무자인 공소외 2 주식회사가 정리채권 등을 담보로 제공하고 있었다고 하더라도, 원심판결 이유와 같이 피고인이 그가 대표이사로 있는 공소외 1 주식회사로 하여금 아무런 대가 없이 공소외 1 주식회사의 재산을 제3자인 공소외 2 주식회사의 대출금 채무에 대한 담보로 제공하도록 하였다면, 공소외 1 주식회사로서는 그와 같은 담보제공으로 인하여 그 담보가치 상당의 재산상 손해를 입었다고 보지 않을 수 없고, 그러한 행위에 대하여 피고인

에게 배임의 고의가 없었다고 할 수도 없다.

따라서 이에 어긋나는 원심의 앞서 본 판단은 배임죄에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이므로, 원심판결 중 근질권 설정에 의한 업무상 배임 부분은 검사의 나머지 상고이유에 대하여 나아가 살펴볼 필요 없이 파기를 면할 수 없다고 할 것이다.

3. 파기의 범위

위에서 본 바와 같이 원심판결 중 유죄 부분에 대한 피고인의 상고는 그 이유가 없고, 반면 무죄 부분은 파기 사유가 있어 더 이상 유지될 수 없게 되었다고 할 것인바, 위 유죄 부분과 무죄 부분은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 그 전체에 대하여 하나의 형이 선고되어야 하므로, 결국 원심판결은 그 전부를 파기할 수밖에 없게 되었다고 할 것이다.

4. 결 론

따라서 원심판결을 모두 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원으로 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 전수안(재판장) 고현철 양승태(주심) 김지형