형사정책연구 Korean Criminological Review
제23권 제2호(통권 제90호, 2012 · 여름호)

전환사채의 저가발행을 통한 경영권 승계의 배임성

이 상 돈*

국 | 문 | 요 | 약

대법원은 주주들이 실권한 전환사채를 제3자(그룹회장의 자식)에게 액면가보다는 높지만 시가보다 현저히 낮은 가격으로 발행하는 행위가 배임죄에 해당하지 않는다고 판결하였다. 이는 일단 주주들에게 전환사채를 배정하였다면 실권한 전환사채를 같은 조건으로 제3자에게 배정할 수 있다는 상법해석을 전제로 한다. 그러나 배임죄의 성립여부는 상법해석에 종속되어 결정되지 않는다. 형법은 사회적 통합에 중요한 행위규범들을 독자적인 원리에 의해 형성하고 관리한다. 전환사채의 제3자 저가발행은 재벌그룹오너의 경영권을 그 자식에게 변칙적으로 승계시키는 중대한 도덕적 결함을 갖고 있다. 배임죄의 전통적인 해석론은 이런 결함을 메우는 기능을 수행할 수 있다. 즉, 이사들이 실권한 전환사채를 시가로 제3자에게 발행하여 회사에 들어오는 자금의 규모를 크게 만들어야 할 의무(적극적인 재산관리의무)가 있다는 점은 형법상 배임죄 규정의 해석을 통하여 인정될 수 있다. 이 의무를 위배할 경우에 회사는 재산상 손해를 입게 된다. 따라서 실권한 전환사채를 제3자에게 저가로 발행하는 행위는 배임죄에 해당한다. 다만 그러한 사실을 알았지만 법에 저촉되지 않는다는 법률자문을 토대로 그런 행위를 묵인한 그룹회장은 법률의 착오를 주장할 수 있다.

❖ 주제어 : 전환사채, 업무상 배임죄, 경영판단원칙, 주주배정, 재산관리의무

* 고려대 법학전문대학원 교수

I. 경영권 변칙승계와 업무상 배임죄의 역할

국민경제에 큰 비중을 차지하는 대기업일수록 그 경영권의 승계문제는 한 기업의 문제가 아니라 범국민적 관심사이다. 변칙적 경영권 승계의 형사처벌 여부는 그런 관심의 초미가 된다.

1. 경영권 승계의 3가지 방법

오늘날 재벌그룹의 오너(회장)가 경영권을 자식에게 승계시키는 것은 그리 쉽지 않다. 현재까지 경영현장에서 경영권을 승계시키는 방법으로는 다음 세 가지의 방법이 사용되어 왔다.

- **전환사채의 제3자 배정** 해당 회사의 전환사채를 주주가 아니라 제3자인 그룹오너의 자식에게 시가보다 저가로, 그리고 전환권을 행사하면 대주주가 될 정도의 양을 발행하는 것이다.
- **계열사의 부당지원** 그룹오너의 자식이 최대주주로 있는 작은 (비상장)계열사에 그룹의 회사들이 집중적으로 부당지원을 함으로써 그 회사가 급성장하게 하고, 경영권을 승계하는데 필요한 자식의 자산을 키우는 방법이다.
- **증여(상속)의 방법** 그룹을 지배하는 오너의 핵심적인 (지주회사나 실질적인 지주회사의) 지분(주식)을 세금을 내고 자식에게 증여(또는 상속)하는 것이다.

가. 변칙적 승계의 선호경향

이 세 가지 방법 가운데 합법적일 뿐만 아니라 정당한 법적 승계의 유일한 방법은 증여(상속)의 방법뿐이다. 하지만 이 방법은 과중한 조세부담을 가져오고, 다른 현금자산이 충분하지 않는 한, 회장(일가)의 그룹지배력을 약화시킨다. 그래서 선호되지 않으며, 현실적으로 선택할 수 있는 그룹도 그리 많지가 않다. 그러므로 심지어 국내최대의 그룹인 S 그룹도 일찍이 전환사채의 제3자 발행의 방법을 택했고, H 그룹은 계열사 부당지원의 방법을 취했다. 단지 자금력이 있는 Sh 그룹만 – 이 두 방법에 대한 사회적인 비난이 커지고, 법적인 제재의 위험이 증대한 이후

－증여의 방법을 택했을 뿐이다. 향후에도 대개의 재벌그룹들은 법적 위험(손해배상책임이나 과징금)이 있음에도 불구하고 여전히 전환사채의 제3자 발행이나 계열사 부당지원의 방법을 선호할 것으로 예상된다.

나. 합법과 불법의 경계영역과 변칙성

기업들은 법적 위험을 최대한 줄이려고 한다. 그러기 위해 기업들은 위의 방법들을 활용함에 있어 매우 수준 높은 법률전문가들의 고도로 계산된 자문을 받는다. 이 자문의 목표점은 합법과 불법을 가리기가 애매한 지점을 찾는 것이다. 이를테면 지배권을 실질적으로 이전시키는 전환사채의 발행이 상법적으로 합법인지 불법인지 또는 계열사의 집중지원이 공정거래법상 합법인지 불법("현저하게 유리한 조건의 거래"에 해당함)인지가 애매하거나 견해대립이 심각하게 펼쳐지는 지점을 선택하는 것이다. 그렇기에 경영권 승계는 언제나 합법과 불법, 생(生)과 사(死)의 영역을 경계 짓는 담장 위를 걸어가는 것에 비유할 수 있다. 물론 이와 같은 담장의 위치는 입법과 판례의 변화에 따라 지속적으로 조금씩 변해가며, 기업들도 새롭게 변한 법제상황에 경영권 승계의 행보를 다시 맞추어 나아간다. 경영권 승계행위가 합법 아니면 불법이라는 양자택일적 판단 밖에 내릴 줄 모르는 '이원적 코드'의 법체계에서 어떻게 판단되든 간에, 시민사회는 정당한 대가(증여·상속세)를 지불하지 않은 경영권 승계는 '변칙적인 것'이라는 가치판단[1])을 내린다. 여기서 변칙적이란 개념은 실정법상 합법적인 행위로 판정된다고 할지라도 시민사회에서 여전히 정당하지 않은 행위로 받아들여진다는 것을 뜻한다.

2. 대법원의 형법적 면죄부

가. 변칙적 전환사채발행의 무죄

그러나 대법원은 2009년 전환사채의 제3자 발행에 의한 경영권의 변칙적 승계에

1) 이 가치판단은 약하게는 '변칙증여'나 '변칙상속'의 개념으로 표현되고, 강하게는 "헐값배임발행" 또는 "배임특권"(이들 개념을 사용하는 곽노현, "배임특권의 법과 정치", 민주법학 제35호, 2007, 311, 313면)의 개념으로 표현되는데, 어떤 개념에서도 이 가치판단은 담길 수 있다.

대하여 면죄부를 주는 판결을 내놓았다. 십 수 년이 넘게 사회적 비난의 대상이었고, 법적 논란의 핫이슈였던 S 그룹의 사실상 지주회사 위치를 점하고 있는 E 주식회사 사건에서 업무상 배임죄의 성립을 부인한 것이다. 이 사건의 개요를 정리하면 다음과 같다.

> 비상장회사인 E 주식회사(대표이사 甲)는 1996.10.30. 이사회를 열어 총 17명의 이사 중 8명(회의록에는 9명)이 참석한 상태에서 시설자금 확보를 위해 총 100억 원의 무기명식 이권부 무보증전환사채를 낮은 이율(표면이율 연 1%, 만기보장수익률 연 5%)로 발행, 주주(1996.11.14. 16:00시 기준)에게 우선 배정하고, 실권 시 이사회 결의로 제3자에게 배정하기로 하고 전환가액은 1주당 7,700원(당시 주식가치는 14,825원)으로 정하였다. E(주)의 주주들은 E(주)가 계열사로 있는 S 그룹의 다른 계열사이거나 계열사이었다가 계열 분리된 8개 회사와 1개의 재단법인과 S 그룹의 회장인 乙, S 그룹 계열사의 전 · 현직 임원들인 17명이었다. E(주)는 이후의 전환사채 발행절차를 적법하게 지켰다. 그러나 주주들 중 Ch(주)만 전환사채 청약만기일까지 그 지분비율(2.94%)에 따른 전환사채의 인수청약을 하였고, 나머지 주주들은 해당 전환사채(97.06%)의 인수청약을 하지 아니하였다. E(주)는 청약기일이 도과하자 이사회를 개최하여 – 긴급하고 돌발적인 자금수요가 있는 상황도 아니고, 전환사채발행 이사회 결의가 무효인 상황에서 새롭게 제3자 배정방식의 발행을 결의하거나 주주총회의 동의를 받지 아니한 채 – 주주들이 실권한 전환사채를 乙의 장남인 丙 등 4인에게 배정하기로 의결하였고 그에 따라 丙 등은 인수청약 및 인수대금 납입을 하였으며 그 후 전환권을 행사하여 E(주)의 제1의 대주주가 되었다.

나. 합법화의 근거

대법원의 무죄판결(대판 2009.5.29, 2007도4949)의 이유를 요약해보면 다음과 같다. ① 주주배정의 경우 액면가를 하회하지 않는 이상 시가보다 낮게 발행해도 임무위배가 되지 않는 반면, 제3자 배정의 경우에는 시가보다 현저하게 낮은 가액으로 발행하면 배임행위가 된다. 이처럼 현저하게 불공정한 가액의 발행인지 여부

는 회사의 재무구조, 영업전망과 그에 대한 시장의 평가, 주식의 실질가액, 금융시장의 상황, 신주의 인수가능성 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단한다. ② 신주 등 발행이 주주 배정방식인지 제3자 배정방식인지를 구별하는 기준은 회사가 주주들에게 신주 등을 우선적으로 인수할 기회를 부여하였는지 여부에 따라 객관적으로 결정된다. 따라서 주주들이 스스로의 선택으로 실권하여 제3자 배정된 경우도 회사는 주주배정의 방식으로 발행한 것이 된다. ③ 상법상 전환사채를 주주 배정방식에 의하여 발행하는 경우에도 주주가 그 인수권을 잃은 때에는 회사는 이사회의 결의에 의하여 그 인수가 없는 부분에 대하여 자유로이 이를 제3자에게 처분할 수 있는 것인데, 단일한 기회에 발행되는 전환사채의 발행조건은 동일하여야 하므로, 주주배정으로 전환사채를 발행하는 경우에 주주가 인수하지 아니하여 실권된 부분에 관하여 이를 주주가 인수한 부분과 별도로 취급하여 전환가액 등 발행조건을 변경하여 발행할 여지가 없다. ④ 전환사채 발행을 위한 이사회 결의에 하자가 있었다 하더라도 실권된 전환사채를 제3자에게 배정하기로 의결한 이사회 결의에는 하자가 없는 경우, 전환사채의 발행절차를 진행한 것이 재산보호의무 위반으로서의 임무위배에 해당하지 않는다. ⑤ 이사가 주식회사의 지배권을 기존 주주의 의사에 반하여 제3자에게 이전하는 것은 기존 주주의 이익을 침해하는 행위일 뿐 지배권의 객체인 주식회사의 이익을 침해하는 것으로 볼 수는 없는데, 주식회사의 이사는 주식회사의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 할 수 있지만 주식회사와 별개인 주주들에 대한 관계에서 직접 그들의 사무를 처리하는 자의 지위에 있는 것은 아니고, 더욱이 경영권의 이전은 지배주식을 확보하는 데 따르는 부수적인 효과에 불과한 것이어서, 회사 지분비율의 변화가 기존 주주 자신의 선택에 기인한 것이라면 지배권 이전과 관련하여 이사에게 임무위배가 있다고 할 수 없다.

3. 정당성 문제의 집열판으로서 업무상 배임죄

대법원의 판결처럼 전환사채의 발행과 전환권 행사를 통한 경영권의 승계를 형법상 합법적인 행위로 인정하는 것은 전환사채를 통한 경영권의 승계를 변칙승계라고 받아들이는 시민사회의 공론을 지나치게 외면하는 것이다. 시민사회의 공론

에 기반을 두고 있는 정의의 요청은 일반적으로 세 가지 하위의 요청, 즉 도덕적 정당성, 정치(정책)적 합리성, 경제적 효율성으로 세분화될 수 있다. 법은 이 세 요청을 최대한 그리고 조화롭게 실현해야 정의로울 수 있다.

가. 기술적 장치에 갇힌 법률해석과 성찰적 법해석

이러한 법의 정의실현임무는 법률해석학(Rechtsdogmatik)의 다양한 기술적 장치로써 어떤 행위의 합법과 불법을 판단해주는－루만의 개념을 빌어 표현하면 '복잡성을 축소'시키는－기능적 차원을 넘어선다. 그러나 대법원은 E(주)의 변칙적 전환사채 발행사건에서 그런 차원을 넘어서지 못하고, 다음과 같은 법률해석학의 '법기술적 장치'를 사용하여 합법의 판단을 내리고 있는 것이다.

- 주주배정과 제3자 배정을 구별하는 지나치게 형식적(또는 객관적)인 기준(예: 주주에게 인수기회의 제공여부)
- 단일한 기회에 발행되는 전환사채의 논리: 이로써 주주배정 발행과 실권 후 제3자 배정 발행을 동일한 조건에 할 수 있게 함[2)]
- '주주(특히 계열사)들의 임무위배적 실권[3)]에 따른 부수적인 효과'라는 논리: 이로써 그룹오너의 배후영향력 아래에서 이루어진 경영권 이전의 임무위배성을 부정하게 됨

법의 실질적 정당성은 대법원의 이런 법기술적 논리 또는 장치들 속에 갇히고 만다. 물론 법률해석은 널리 이와 같은 기술적 장치들을 사용할 수 있다. 그래야만 합법과 불법의 판단에 대한 시민들의 예측가능성이 보장되고 법치국가도 실현될 수 있기 때문이다. 하지만 다른 한편 법률해석이 올바르기 위해서는 그런 기술적 장치들의 사용이 도덕적 정당성, 정치적 합리성, 경제적 효율성을 최대한 그리고

2) 이러한 저가발행에 대해 가령 상속세나 증여세 법령이 그 저가발행으로 인수한 제3자가 얻는 이익을 그 발행회사의 지배주주 등 특수관계에 있는 자로부터 증여받은 것으로 간주한다는 증여의제규정을 둔다는 점을 그 근거로 보는 견해(위 판결의 별개의견)도 있다. 그러나 그런 규정들은 "전환사채를 저가로 인수하여 이익을 얻은 자에게 증여세를 부과하기 위한 필요에서 나온 법기술적인 의제일 뿐이다."(소수견해).

3) 예를 들어 실권했던 J모직의 이사들은 최근 업무상 배임을 이유로 상법 제399조에 따른 배상책임을 져야한다는 유죄하급심 판결이 나온 바 있다. 대구지법 김천지원 2011.2.18.선고, 2007가합425판결 참조.

조화롭게 실현하는 데 얼마나 기여하는지, 또는 거꾸로 방해하는지에 관해서도 지속적으로 성찰해야 한다.

나. 남겨진 정의의 요청들

위의 판례처럼 상법상 전환사채 관련규정과 형법상 업무상 배임죄규정을 해석하게 되면, 시민사회로부터 나오는 정의의 요청은 충분히 충족되지 못한다. 무엇보다 우리사회에서 재벌그룹 오너의 자식에게 경영권이 승계되는 것은 다양한 차원의 사회적 정의에 어긋날 수 있다. 이를테면 소유와 경영이 분리되지 않고, 경영권이 직계혈족에게 계속 승계되어간다면, 경영권은 일종의 '신분적' 성격을 띠게 되고, 이는 민주사회의 이상에 어두운 그림자를 드리운다. 교조주의적 정치세력이 열린 자유사회의 적이라면, 교조주의적 경제세력은 민주사회의 적이 될 수 있다. 또한 국민경제의 상당한 부분이 지나치게 소수의 신분적 집단에 의해 장악된다는 점에서 '실질적인 경제정의'가 실현되기도 어렵게 된다. 이를테면 경영권 이양을 안착시키기 위해서는 다양한 법적 규제를 피할 수 있게 만드는 일에만 매진하는 회사 내의 충성파가 생길 수 있다. 이 충성파들과 다른 회사구성원들 사이에는 '공정한 경쟁'이 보장되기 어렵다. 이런 경쟁의 불공정성은－투자자들에게는 기업의 안정적 유지와 중·단기적인 투자수익을 위해 감수할만한 것으로 받아들여지기도 하지만－장기적으로는 그 기업의 효율성을 약화시킬 수 있고, 산업의 발전에 역행할 수도 있다.

II. 대법원의 업무상 배임죄해석의 특징

E(주)의 전환사채발행 사건에 업무상 배임죄의 성립을 부정한 대법원의 해석은 배임죄의 구성요건을 유연화 시켜온 대법원의 종래 해석과는 매우 다르다.

1. 배임죄 해석의 부정합성

가. 배임죄의 유연화

형법상 배임죄(형법 제355조 제2항, 제356조)는 ① 타인의 사무를 처리하는 자가 ② 그 임무에 위배하는 행위를 하여 ③ 재산상의 이익을 취득하고, 그 타인(본인)에게 재산상 손해를 발생시키고, ④ 고의(불법이득의사)가 인정될 때 성립한다. 대법원은 이러한 배임죄 구성요건을 일종의 포괄구성요건(Auffangtatbestand)[4]이라고 할 정도로 유연화 시켜왔다.[5] 이 유연화의 핵심적인 해석장치를 요약해보면 다음과 같다.

- 첫째, 타인사무처리자의 개념은 '적극적인 재산관리의무자'로부터' 신의칙에 의한 신임관계' 또는 '사실상의 신임관계'가 있는 자로 확장된다.
- 둘째, 임무위배행위라는 개념은 위임된 '권한의 초월이나 남용'으로부터 '비윤리적 경영'으로 판단되는 일체의 행위로 재해석된다. 또한 비윤리적 경영은 배임죄의 불법유형으로 언급되어 온 '신임의 파괴' 개념보다 더욱 그 외연을 확장시키는 개념이다. 어떤 경영행위에서 모종의 '모럴헤저드'를 캐낼 수 있다면, 임무위배행위가 인정된다.
- 셋째, 손해는 재산상 실손해에서 실해발생의 '위험'을 초래한 것으로 확장된다. 즉, "총체적으로 보아 본인의 재산 상태에 손해를 가하는 경우"[6]를 말한

4) 독일에서 이 개념을 사용하는 A. Dierlamm, "Untreue ein Auffangtatbestand?" NStZ 1997, 534면 아래 참조.

5) 이 유연화의 내용에 대한 설명(II.1.(1)단락)의 대부분은 이상돈, 경영과 형법, 법문사, 2011, 343~345쪽에서 가져온 것임.

6) 대판 2003.10.10, 2003도3516; 2005.4.15, 2004도7053; 2008.5.15, 2005도7911 등 참조.

다. 따라서 적극적 손해뿐만 아니라 소극적 손해, 즉 법률적 판단이 아니라 경제적 관점에서 실질적으로 판단하여 "객관적으로 보아 취득할 것이 충분히 기대되는데도 임무위배행위로 말미암아 이익을 얻지 못한 경우"도 손해, 즉 소극적 손해가 인정된다. 이처럼 배임죄의 손해에 소극적 손해를 포함시키는 것은 학계가 염려하는[7] 법률주의에 위반하는 것도 아니라고 본다. 왜냐하면 소극적 손해는 적어도 손해발생의 위험으로 개념화할 수 있고, 그런 위험은 독일학계와 판례에서 손해로 취급되는 '손해발행과 동등한 재산위태화'(schadensgleiche Vermögens- gefährdung)[8]의 한 예로 볼 수 있기 때문이다.

– 넷째, 고의는 행위자가 자신의 행위가 비윤리적 행위임을 인식할 의무의 위반으로 변질된다.[9]

나. 부정합적 해석

이처럼 대법원이 많은 판례들을 통해 배임죄요건을 유연화 시켜서 형성해온 배임죄규범에 의하면 E(주)의 전환사채발행 사건에서도 배임죄의 성립은 마땅히 긍정되어야 한다. 그렇기 때문에 E(주) 사건에 대한 무죄판결은 "이사가 주식전환으로 인한 시세차익을 얻을 의도로 전환사채를 저가발행한 경우 주식 시가와 전환가액의 차액 상당의 재산상의 이익을 취득하고 회사에게 손해를 가한 행위로서 배임죄가 성립할 수 있다"는 과거의 판례(대판2001.9.28, 2001도3191; 2005.5.27, 2003도5309)를 이와 배치되는 범위에서 사실상 변경하는 결과를 가져온다.[10]

1) LBO사건과의 비교

그러나 이런 판례변경에도 불구하고 대법원의 판결은 여전히 그간의 배임죄해석

7) 예컨대 안경옥, "배임죄에 있어서 실해발생의 위험", 비교형사법연구 제2호, 2001, 211~232면.

8) 이런 입장은 독일 학계의 지배설이며(이에 관해 Ransiek, "Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue", ZStW 116, 2004, 658면 아래 참조) 판례(BGHSt 20, 304; BGH wistra 2003, 457면 등 참조)이다.

9) 이에 대해 자세히는 이상돈, 윤리경영과 형법, 신영사, 2005, [1]단락 참조.

10) 이와 같은 평가를 하는 위 판결의 별개의견(양승태 대법관) 참조.

과 정합성을 유지하기 어렵다. 이 점을 이해하기 위해 대표적으로 LBO를 배임으로 보는 판례, 즉 정리절차에 들어간 회사를 인수함에 있어 자신의 자산을 투자하지 않고, 피인수회사의 자산을 담보로 은행에서 차입한 자금으로 그 회사를 인수하고, 합리적 경영으로 회사를 소생시킨 사건(LBO)에서 업무상 배임죄를 긍정한 판례와 비교해볼 필요가 있다. 판례[11]는 ① 차입매수의 MOU를 체결함으로써 차입매수자에게 피인수회사의 업무를 처리하는 자의 지위를 인정하였고,[12] ② 법적 절차적 하자가 없음에도 불구하고 단지 법률적 의미의 반대급부를 제공하지 않고 회사를 인수했다는 윤리적 결함에 터 잡아 임무위배행위를 인정하였다. ③ 또한 정리절차에 들어간, 바꿔 말해 대량의 손해발행 위험에 이미 빠져 있었던 회사를 소생시키는 프로젝트였음에도 불구하고 업무상 배임죄의 손해요건이 충족되었다고 보았으며, ④ 차입매수자가 피인수회사의 기사회생과 자신의 경영권장악을 모두 좇는 윈-윈(win-win)의 의사를 가졌음에도 반대급부의 결여라는 비윤리성을 인식하고 있는 한 배임고의와 불법이득의사를 인정할 수 있다고 보았다.

이와 같이 나름의 합리성이 있는 기업소생전략으로서 차입매수(LBO)를 두고 대법원이 지나치게 유연화 시키는 해석을 통해 업무상 배임죄에 해당한다고 본다면, E(주)의 전환사채발행 사건에서도 다음과 같은 논거에 의해 업무상 배임죄를 긍정해야만 한다. ① 첫째, E(주) 사건에서 대표이사뿐만 아니라 그룹회장도 – 그 회사의 등기이사이었건 아니었건 간에 – 전환사채발행행위의 주체로 설정될 수 있다. ② 둘째, 전환사채발행에 의한 변칙적 경영권 승계는 조세회피적 성격을 띠며, 실질적 경제정의를 외면하는 윤리적 결함이 큰 행위라는 점에서 임무위배행위가 된다. ③ 셋째, E(주) 사건처럼 전환사채를 제3자에게 발행하면서 시가(공정가)보다 저가로 발행하게 되면 시가발행을 통해 증가시킬 수 있었던 자본액만큼은 회사에 손해를 발생시킨 것이 된다. ④ 넷째, 변칙적인 경영권 승계의 의사는 기업회생 프로젝트로 추진된 차입매수의 경우보다 훨씬 더 큰 비윤리성에 대한 인식을 포함한다고 볼 수 있으므로, 배임고의와 불법이득의사가 인정될 수 있다.

---

11) 대판 2004도7027; 2007도5987.

12) 독일연방법원(BGHSt 3, 32; 6, 314; 21, 101; 31, 118 등 참조)이 사용하는 “사실상의 기관”(faktisches Organ) 개념도 우리나라 판례의 입장과 유사하다. 이에 관한 자세한 논의는 Bruns, “Grundprobleme der strafrechtlichen Organ-und Vertreterhaftung”, GA 1982, 21면 아래 참조.

2) 정합성을 외면하는 법기술적 조작

이런 비교를 통해 E(주) 사건의 대법원 판결은 법원이 형성해 온 구체적 법규범, 즉, 배임죄의 구체적 행위규범들의 정합성(coherence)을 해친다는 것을 알 수 있다. 물론 이런 해석을 두고 배임죄를 포괄구성요건으로 유연화 시켜온 대법원의 해석정책이 법치국가적 전통에 충실한 방향으로 선회할 것이라고 전망할 수는 없다. 아마도 E(주) 사건과 같은 '특정' 사건에서만 다른 해석정책을 취한 것으로 추측해 볼 수 있다. 왜냐하면 배임죄의 유연화를 중단하고 법치국가적 전통에 충실한 해석을 한다고 해도 E(주) 사건은 배임죄의 불법유형을 충분히 갖추고 있는 사건이었기 때문이다. 이처럼 과도한 유연화에 대조되는 과도한 축소해석은 이성적인 법(해석)정책의 발걸음으로는 너무 보폭이 크다.

여기서 두 가지 성찰의 과제가 등장한다. 첫째는 대법원이 정합성을 위태롭게 하는 해석전통으로부터 이탈하면서까지 변칙적 경영권 승계행위에 면죄부를 주는 것에 어떤 타당한 이유가 있는 것인지를 살피는 일이다. 이를테면 그런 이탈은 '특정' 사건에 고유한 정의, 즉 개별사안정의의 요청에 근거한 것일 수도 있고, 그렇지 않는 것일 수도 있다. 둘째, 그러한 이탈을 가능케 하는 법기술적 해석장치들을 파헤치고, 그 장치들을 현대적으로 '재해석'된 법치국가적 전통 속에서 해체시키는 일이다.

2. 업무상 배임죄해석의 상법종속성

가. 배임죄해석의 핵심쟁점으로서 상법해석의 타당성경쟁

E(주)의 전환사채발행이 배임행위에 해당하는지를 결정짓는 것은 전환사채발행에 관련한 상법규정의 해석방법이었다. 대법원의 다수의견과 소수의견은 다음과 같은 의견의 차이를 보여주고 있다.

견해대립 쟁점들	다수의견	소수의견
주주배정과 제3자 배정의 구별기준	ⓐ 주주에게 인수기회를 부여했으면 주주배정의 전환사채발행이 된다. (=형식적 기준)	ⓓ 주주배정 방식을 취해도 당초부터 실권주의 제3자 배정이 가지는 실질은 제3자 배정 방식의 발행과 같다. (=실질적 기준)
전환사채 발행조건	ⓑ 단일한 기회에 발행되는 전환사채이므로 주주들의 실권 후 제3자 배정 발행의 조건은 주주들의 경우와 똑같이 유지된다. (동일조건의 발행)	ⓔ 선관의무에 따라 새로운 이사회 결의에 의한 실권주의 제3자 배정은 처음부터 제3자 배정하는 경우와 같이 시가발행을 조건으로 한다. (시가발행으로 변경 또는 발행절차 중단)
경영권 이전의 변칙성	ⓒ 주주(계열사)들의 선택(실권)에 따른 부수적인 효과일 뿐이다.	ⓕ 지배권의 이전은 실권된 전환사채를 저가로 제3자에게 발행한 이사의 임무위배행위에 따른 효과이다.

이처럼 대립하는 견해들은 각각 합리적 근거가 있으며, 그런 만큼 각기 나름의 타당성을 보여준다.

1) 주주배정과 제3자 배정의 구별기준

가령 다수견해는 ⓐ E(주)의 전환사채발행을 주주배정으로 보는 이유로 "전환사채를 주주배정방식에 의하여 발행하는 경우에도 주주가 그 인수권을 잃은 때에는 회사는 이사회의 결의에 의하여 그 인수가 없는 부분에 대하여 자유로이 이를 제3자에게 처분할 수 있"게 하는 상법 제513조의3, 제419조 제4항, 제469조를 드는 반면, 소수견해는 ⓓ 발행의 '형식'과 '실질'을 구분하는 논리를 전개한다. 형식은 주주배정이지만 실질은 제3자 배정이라는 것이다. 이렇게 보는 근거는 이사의 회사에 대한 선관주의의무(상법 제382조 제2항)에 있다. 이사는 발행주식의 수뿐만 아니라 1주의 발행가액도 적정하게 결정할 의무를 지는데, 실권된 전환사채를 제3자에게 시가로 발행하지 않으면 회사에 소극적 손해(적정발행가액 - 저가발행액)가 발생하며, 이를 방지하는 것은 이사의 의무가 된다는 것이다.

2) 발행조건의 동일성여부

또한 다수견해는 ⓑ 동일조건으로 전환사채를 발행할 수 있는 근거로, 전환사채

의 사채적 성격(제514조 제1항, 제514조의2 제1항, 제476조)과 사채금액의 균일성 요청(제472조 제2항)을 든다. 즉 전환사채도 사채청약서, 채권과 사채원부에 기재하며(제514조 제1항), 전환사채의 등기시점도 사채납입(제476조)이 완료된 날로부터 2주간 내로 정한 점(제514조의2 제1항)에 비추어 사채와 같이 – 사채의 유통성, 공중성, 집단성 등에 따른 – 사채금액의 균일성 요청, 즉 "동일 종류의 사채에서 각 사채의 금액은 균일하거나 최저액으로 정제할 수 있는 것이어야 한다"는 규정(상법 제472조 제2항)에 따라 같은 기회에 발행하는 전환사채의 발행조건 등은 동일해야 한다는 것이다. 이에 반해 소수견해는 ⓔ 실권된 부분의 제3자 배정에 관하여는 다시 이사회 결의를 거쳐야 한다는 점, 그리고 실권된 전환사채의 제3자 발행도 – 대량의 실권이 발생한 경우일지라도 – 주주총회의 특별결의(제513조 제3항, 제516조의2 제4항)를 거쳐야 한다는 점을 근거로 삼는다.

3) 지배권 이전의 목적성여부

셋째, 다수견해가 ⓒ 지배권의 이전을 기존 주주 스스로의 선택 – 및 그에 따른 제3자의 지배주식의 확보(대판 2004.2.13, 2001다36580) – 에 따른 부수적인 효과라고 본 것은 전환사채 제3자 배정에 따른 지배권의 이전이 이사의 임무위배에 기인한 것이라고 말할 수 없다는 데서 비롯된다. 이 결론은 지배권의 이전은 단지 주주의 이익을 침해할 뿐, 지배권의 객체인 주식회사의 이익을 침해하는 것은 아니며, 이사는 주주의 사무처리자가 아니라 단지 회사의 사무처리자일 뿐이라는 점(대판 2004.6.17, 2003도7645 전원합의체)을 근거로 한다. 이에 반해 소수견해는 ⓕ 지배권의 이전은 저가의 전환사채 발행이 궁극적으로 지향한 목적이었다고 본다. 그러므로 실권된 전환사채를 저가로 제3자에게 발행한 이사의 행위는 배임행위가 되고, 지배권의 이전은 배임행위의 직접적 효과가 된다.

나. 배임죄해석의 상법종속성

이와 같은 상법해석의 대립에서 〈ⓐ 주주배정 → ⓑ 동일한 기회의 사채발행 → ⓒ 주주 선택에 따른 지배권의 이전〉의 논거를 취하면 전환사채를 제3자에게

저가로 발행한 이사에게는 업무상 배임죄가 불성립하고, 〈ⓓ 제3자 배정 → ⓔ 별개의 전환사채발행 → ⓕ 지배권 이전이 목적인 저가의 전환사채 제3자 배정〉의 논거를 취하면 업무상 배임죄가 성립한다. 이를 두고 형법의 상법종속성, 형법해석의 상법해석종속성이라고 부를 수 있다.

여기서 배임죄의 성립여부는 어떤 상법해석(견해)을 취하느냐에 따라 좌우된다. 이를테면 상법 제513조의3(전환사채의 인수권을 가진 주주에 대한 최고), 제419조 제4항(신주인수청약권자의 미청약에 따른 실권), 제469조(이사회 결의에 의한 사채의 모집)를 강조하느냐 아니면 제382조 제2항(이사의 선관주의의무)을 강조하느냐, 또는 전환사채의 사채적 성격(제514조 제1항, 제514조의2 제1항, 제476조)과 사채금액의 균일성요청(제472조 제2항)을 강조하느냐 아니면 별개의 이사회 결의 필요성과 제3자 발행 시 주주총회의 특별결의(제513조 제3항, 제516조의2 제4항) 필요성을 강조하느냐에 따라 좌우된다.

여기서 중요한 점은 어떤 상법해석이든 각자의 해석에 따라 곧바로 형법상 업무상 배임죄의 성립여부를 결정짓는 태도를 취하고 있다는 것이다. 즉, 다수견해나 소수견해나 상법의 해석과 배임죄의 성립여부 사이에 어떤 조정이나 변환의 공간을 인정하지 않는다. 다시 말해 상법해석으로는 다수 견해를 따르더라도 형법적으로는 배임죄를 인정하거나 그 반대의 경우를 인정하지 않는다.

다. 상법종속의 불확실성과 형법의 불명확성

그러나 이처럼 형법의 적용을 좌우하는 상법해석들이 제시하는 근거의 타당성 차이가 형법상 배임죄의 성립여부를 좌우할 만큼 중차대한 것인지는 매우 의문스럽다. 가령 다수견해는 전환사채의 사채적 성격을 강조했지만, 실권 후 제3자 배정이 같은 기회에 발행되는 것에 대한 논증은 사실상 생략하는 결함을 보이는 반면, 소수견해는 실질적인 제3자 배정으로 보아 이사가 부담하는 공정가액 발행의무로부터 실권 후 제3자 배정을 다른 기회에 발행하는 것(예: 별개의 이사회 결정)으로 보는 바와 같이 당위(규범)로부터 존재(사실)를 추론하는 오류를 보인다.

이런 사정은 형법의 법치국가적 이념으로서 명확성을 약화시킬 수 있다는 우려를 갖게 한다. 어떤 상법해석이 타당한 것인지를 통찰력 있는 인간이 – 여기서는

꼭 일반인이 아니더라도 법률가(법학자)의 평균적인 지식과 능력을 갖춘 평균적 전문인이 – 예측할 수 있을 정도로 어느 편의 상법해석이 제시하는 논거가 다른 편의 논거보다 압도적으로 우월하지 않을 수 있다. 바로 그런 경우에 상법해석에 좌우되는 형법은 법치국가가 갖추어야 할 명확성을 갖추고 있다고 보기 어렵다. 상법해석의 불확실성은 무엇이 상법인가에 관해 일반인이 들여다 볼 수 없는 지점에 서있는 것이다. 이와 같은 '알 수 없음'은 형법에서는 용납하기 어렵다. 형사불법의 성립여부에 대한 통찰이 실천이성에 의해 가능하지 않다면, 형법은 정당성을 유지하기 어렵다.

III. 상법과 수평적 관계를 맺는 형법의 도덕형성기능

1. 형법해석의 독자성

여기서 형법해석을 상법해석에 일관되게 종속시키지 않고, 독자적으로 펼칠 필요가 인정된다. 이러한 독자성은 배임죄해석의 상법해석종속성은 환경형법의 행정종속성과 같이 그 규율영역의 고유한 특성에서 비롯되는 논리필연적인 현상이 아님에 주목할 때 더욱 더 절실해진다. 환경형법이 그 규율대상인 환경위태화행위를 규제하는 기준은 불가피하게 기술적 차원을 갖고 있다. 환경형법이 설정하는 행위규범도 '기술적 행위규범'이 된다. 그리고 이 기술적 행위규범은 전문적인 지식과 능력을 갖춘 행정당국과 전문가들에 의해 관리될 수밖에 없다. 이에 비해 전환사채 발행은 전문적인 행위영역이긴 하지만, 시민들은 회사에 여전히 (소극적) 손해를 끼치는 전환사채의 제3자 배정이라는 일탈행위가 갖는 도덕적 의미를 통찰할 수 있다. 이 점은 환경형법과 근본적으로 다른 점이다.[13] 또한 그런 일탈행위의 사회경제적 효과에 대해 모든 시민들이 이해관계를 맺고 있기도 하다. 이런 점에서 전

13) 이런 행위영역을 나는 기능적 체계영역(예: 증권투자행위의 영역), 일상행위영역(예: 친구, 가족간의 관계영역)과 구별하여 과학기술화된 일상영역이라고 부른바 있다. 의료나 교통의 영역이 이에 속한다. 3가지 행위영역의 구분에 관해서 자세히는 이상돈, 기초법학, 법문사, 2010, 534면 아래 참조.

환사채발행행위를 규율하는 형법, 좀 더 일반화시켜 표현한다면 회사형법의 상법 해석종속성은 본래 불필요한 것이라 할 수 있다.

> 예컨대 주주배정인지 제3자 배정인지를 구분하는 것은 배임죄의 적용에서 중요하지 않고 "대주주의 이익과 관련되어 이루어지는 것인지, 아니면 이와 구별되는 일종의 경영행위 과정에서 벌어지는 것인지가 더 중요한 구별점이" [14] 될 수 있다. 또한 제3자 발행시에 시가에 근접한 적정가격으로 발행하는 것이 상법해석상으로는 자본충실원칙에 포함되지 않는다[15]는 상법해석도 형법상 전환사채를 제3자에게 저가로 발행하는 경영진에 대해 임무위배행위를 인정하는데 방해가 될 수 없다. 또한 제1차 이사회 결의에 정족수 미달의 하자가 있어서 제3자 배정을 하는 제2차 이사회의 결의가 상법상 무효인지[16] 여부도 이사의 임무위배여부에 대한 판단을 좌우하는 것도 아니다.

물론 이런 형법의 상법종속성 해체, 형법해석의 독자성 확립은 배임죄해석에서 회사법의 규범과 이론들을 무시하고 펼쳐질 수 있다는 것을 의미하지 않는다. 오히려 회사법의 다양한 이론과 규범들 속으로 들어가 형법의 고유한 목표와 원칙의 관점에서 적합한 이론과 규범을 선택하여 형법규범을 형성해 나아가야 한다. 이와 같은 형법의 독자성은 형법의 본래적 성격, 즉 생활세계의 근본질서를 형성하는 규범이라는 성격에서 비롯된다.

2. 도덕의 결핍을 메우는 형법

형법규범은 모든 개인들이 상호이해가 가능하고, 하나의 법공동체로 통합시키는 도덕적 행위규범의 가장 중요한 부분이 된다. 그러므로 형법은 사회적 통합에 필요

---

14) 이종상, 회사와 관련된 배임죄 적용상 문제점에 대한 연구, 서울대 박사학위, 2010, 91면.

15) 그렇게 때문에 배임죄가 성립하지 않는다는 이철송, "자본거래와 임원의 형사책임", 인권과 정의 제359호, 2006, 112면.

16) 제1차 결의의 하자로 제2차 이사회의 의결은 무효이며, 제3자 배정은 처리권한의 범위와 한계를 넘은 무효라고 보고 그 점에서 이사의 임무위배행위를 인정할 수 있다는 견해로 성민섭, "전환사채의 저가발행에 대한 이사의 형사책임", 국민대 법학논총 제23권 제2호, 2011, 430면 참조.

한 형법 이외의 규범이 부족한 경우에는 그것을 메우는 역할도 수행해야 한다. 다시 말해 형법은 도덕에 힘입어 그 정당성을 창출하면서도 거꾸로, 특히 현대사회의 복잡성으로 인해 도덕이 그의 규율능력을 잃어버린 행위영역에서 도덕의 결핍을 메우는 기능을 수행해야 한다.[17] 이런 한에서 형법의 도덕형성력을 인정할 수 있다. 여기서 말하는 도덕형성력은 흔히 형법학자들이 말해온 형법의 도덕형성력, 즉 형법이 사회윤리를 유지하고 고양시키는 힘을 뜻하지 않는다. 여기서 말하는 도덕은 개인들이 함께 하나의 법공동체를 구성하는 통합의 전제로서 맺는 다양한 사회적 합의를 구체화하는 제도화된 규범의 성격을 띠는 도덕을 가리킨다.

가. 경영권 승계의 도덕적 요청

이를테면 민주적으로 입법된 조세법에 의해 부과되는 상속세나 증여세가 고율인 것은 경영권의 승계도 그런 고율의 세금을 내고도 넘겨줄 수 있는 자산의 범위에서 허용될 때에만 도덕적인 것임을 말해준다. E(주)의 전환사채발행 사건을 두고 시민사회가 '변칙적'인 경영권 승계라고 부르는 것은 그런 도덕규범을 위반한 것으로 보기 때문이다.

1) 전환사채의 제3자 저가배정의 조세회피적 성격

여기서 시민사회가 그 사건에 대해 부가시키는 '변칙'이라는 개념은 '조세회피'(租稅回避)라는 조세법이론의 개념으로 옮겨볼 수 있다. 조세의 회피란 조세탈루나 조세포탈처럼 국가의 구체적인 조세채권을 침해하거나 현행법상 납세의무를 위반하는 것은 아니다. 따라서 현행 법체계에서 위법은 아니다. 그러나 조세회피는 절세(節稅)와는 달리 조세법의 흠결을 틈타 국가의 일반적인 과세권을 위태화 시키는 행위라는 점에서 실질적으로는 정의롭지 못한 행위로 평가된다.[18] 그러니까

17) 이런 점에서 Habermas도 생활세계와 체계가 분리되면서 발생한 도덕의 규율능력 결핍을 법이 메워주는 역할을 한다고 본다. Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Band II , Suhrkamp, 1981, 222면 아래 참조.

18) 이러한 개념 사용에 대해서 이상돈, 조세형법론, 법문사, 2009, 4면; 경영과 형법, 법문사, 2011, 485~485면.

경영권의 승계에 관련하여 보면 자식에게 경영권을 승계시키는 행위는 적어도 고율의 증여(상속)세율의 부담을 짊어질 때에만 허용되어야 한다는 것이 현행 법제에 침전된 사회적 합의의 내용이라고 볼 수 있다. 그런 부담을 짊어지지 않는 경영권 승계는 그 승계자에게 돌아갈 몫이 아니며, 이는 그런 경영권 승계가 '각자에게 각자의 몫을 주라'(suum cuique)라는 정의의 요청에 반하는 것임을 말해준다.

2) 증여의제가 채우지 못하는 도덕의 결핍을 메우는 형법전

물론 이 사건 발생 이후에 개정[19]된 상속세 및 증여세법은 지배주주의 특수관계자가 전환사채를 저가로 인수하여 얻은 이익에 대해 증여재산가액으로 보고 과세한다.(동법 제40조) 따라서 이 사건과 같은 행위가 현행 법제 아래서 일어난다면, 저가의 전환사채 발행을 통한 경영권의 변칙적 승계는 어느 정도 통제할 수 있게 된다. 이런 법제개혁을 통해 조세법적 결함은 얼핏 메워진 것처럼 보인다. 그러나 전환사채의 제3자 저가발행에 대한 시민사회의 도덕적 비난요구가 모두 충족되는 것은 아니다. 상속세 및 증여세법 제40조가 바라보는 증여는 실권한 주주들이 전환사채를 인수한 제3자에 대해 직접 한 것이 아니므로, 본래적인 의미의 증여가 아니다. 하지만 어느 누구(기존의 주주)의 실질적인 자산가치가 다른 누구(인수한 제3자)에게로 이전되었기 때문에 법은 증여세를 징수하는 것이다.

이런 조세징수는 조세법의 목적을 달성할 수 있을 것이다. 그러나 이 제도는 전환사채의 제3자 저가발행을 통해 회사에게 소극적 손해를 발생시키는 그 회사 경영진의 부도덕한 행위를 통제하는 기능을 수행할 수 없다. 그렇기 때문에 상속세 및 증여세법은 경영진들이 회사의 (미래의) 재산을 제3자에게 이전시키는 행위의 증여적 측면은 여전히 규제하지 못하고 있다고 할 수 있다. 그 한에서는 여전히 조세법적 결함을 말할 수 있다. 이 결함은 조세법의 차원을 넘어선다. 실권된 전환사채를 저가로 제3자에게 배정하는 행위는 실질적으로 회사의 미래적 자산을 빼내어

19) 1997. 11. 10. 개정된 구 상속세 및 증여세법(이하 '상증세법'이라 한다) 시행령 제31조의3에서 이와 같은 전환사채의 저가인수로 인한 이익취득을 증여로 의제하였고, 2000. 12. 29. 개정된 상증세법은 제40조를 개정하여 이 시행령 제31조의3과 같은 취지의 증여의제 규정을 법률로 정하였다. 이 규정은 다시 2003. 12. 30. 개정되었고, 현행 상증세법 제40조는 위 행위의 실질을 증여로 의제하는 것이 아니라 바로 증여로서 인정한다.

제3자(그룹오너의 자식)에게 넘겨주는 반도덕적인 행위이다. 이런 행위에 대한 통제는 조세법으로는 불충분하다. 조세법이 채워주지 못하는 도덕의 결핍에 대해 판덱텐시스템의 형법전, 즉 배임죄규정은 의미있는 도덕형성력을 발휘할 수 있다. 형법을 통해 경영권의 변칙적인 승계행위를 사회적으로 승인하지 않는 것이 필요하다.[20)]

3. 형법의 도덕형성과 법치국가적 제한

이와 같은 형법의 도덕형성적 기능은 적극적인 기능이다. 이런 기능이 형법의 법치국가적 제한을 넘어서는 것인지가 검토되어야 한다. 왜냐하면 형법의 도덕형성력은 자칫 형법의 문제해결능력에 대한 과도한 믿음을 낳기 쉽고, 형법의 무분별한 투입을 가져올 수 있기 때문이다.

가. 보충성원칙의 위배여부

먼저 그와 같은 적극적인 기능은 형법의 보충성원칙(Subsidiaritätsprinzip)에 의해 허용되지 않는다는 비판을 받을 수 있다. 그러나 보충성원칙은 재해석될 필요가 있다. 흔히 형법의 보충성은 형법 외적 통제(예: 손해배상책임, 행정법적 제재)가 실효적으로 기능하는 한 형법은 개입해서는 안 된다는 의미로 이해된다. 예컨대 단순한 계약위반행위를 손해배상책임의 부과와 집행을 통해 충분히 통제할 수 있다면 형법은 나서서는 안 된다는 것이다. 그래서 형법은 최후의 통제수단(ultima ratio)이라고 부른다. 이런 의미는 형법의 단편적 성격처럼 보충성원칙의 '소극적인' 의미이다. 이에 비해 처음부터 고의적으로 계약위반을 의도한 경우에 계약위반은 손해배상으로는 부족하고, 형벌에 의해서야 비로소 상쇄시킬 수 있는 도덕위반이 된다. 사기죄는 이런 도덕위반을 불법유형으로 포착하고 있다. 이처럼 아무리 사법적 통제가 실효적일지라도 – 특히 집단소송과 같은 강력한 통제수단까지 가능한 경우일지라도 – 실효적인 사법적 통제가 달성하지 못하는 (도덕적) 행위규범

20) 저가발행을 한 이사와 통모한 인수인이 인수로 얻은 이익은 모두 '부당이득'으로 회사에 반환해야 한다는 주장으로 곽노현, "배임특권의 법과 정치", 민주법학 제35호, 2007, 325면.

의 구축과 유지 필요성이 남아 있을 경우에, 형법의 투입은 근대형법에서도 정당한 것이 된다. 이를 두고 보충성원칙의 '적극적' 의미라고 이해할 수 있다. 그러므로 보충성원칙은 형법이 형법외적 통제의 실효성과 상관없이 도덕의 결핍을 메우는 기능을 처음부터 배제하는 것은 아니다. E(주)의 경영권 변칙승계사건에서 그 회사의 이사들에 대한 손해배상책임이나 임무에 위배하여 실권을 한 법인주주인 계열사의 이사들에 대한 손해배상책임이 추궁될 수 있다 할지라도 그것만으로는 모두 고갈되지 않는 시민사회의 도덕적 요청이 남아 있다면,[21] 형법은 배임죄의 책임을 추궁할 수 있는 것이다.

나. 자유우선원칙과의 충돌여부

다음으로 형법의 도덕형성적 기능이 비례성원칙, 특히 그로부터 파생되는 '의심스러울 때에는 시민자유의 이익으로(in dubio pro libertate)'원칙에 위배되는 것인지도 문제이다. 이 자유우선원칙은 형사입법에서 뿐만 아니라 형법해석에서도 기능할 수 있다. 특히 어떤 행위가 형법상 불법구성요건에 해당하는지에 대한 판단이 민·상법의 해석이론들에 따라 좌우된다면, 시민의 자유를 좀 더 넓게 인정하는 방향으로, 즉 구성요건 해당성을 부인하는 방향으로 해석이론이 선택되어야 한다는 것이다.

> 예를 들어 저가 전환사채의 제3자 발행 사건에서 전환사채관련 상법규정들의 해석으로서 〈ⓐ 주주배정 → ⓑ 동일한 기회의 사채발행 → ⓒ 주주 선택에 따른 지배권의 이전 → 배임죄 불성립〉 의 논증을 따르는 견해와 〈ⓓ 제3자 배정 → ⓔ 별개의 전환사채발행 → ⓕ 지배권 이전이 목적인 저가의 전환사채 제3자 배정 → 배임죄 성립〉 의 논증을 따르는 견해가 대립한다고 할 때, 상법적 타당성과는 별개로 동일한 행위를 하는 모든 시민의 자유이익에 유리하도록, 앞의 해석을 채택하여 배임죄를 인정하지 않아야 한다는 것이다.

21) 이와는 대조적으로 손해배상책임이나 집단소송, 조세범처벌법 등에 의해 형법적 통제의 필요성(또는 형벌필요성)이 사라질 수 있다는 관점으로 이상현, "업무상 배임죄의 분석: 경영권 변칙승계로의 투입의 적정성", 기업소송연구회 발표문(2011.4.25.), 18면 참조.

그러나 자유우선원칙은 그와 같은 상황에서 일단 비범죄화실험(Entkriminalisierungsexperment)을 하는 방향으로 구성요건을 해석·적용해야 한다는 것일 뿐이다. 그런 실험을 통해 형법적 통제의 필요성이 입증된 이후이거나 그런 실험에 앞서 이미 형법적 통제의 필요성이 분명하게 인정되는 경우에까지 범죄화하는 방향의 구성요건 해석·적용을 금지하는 것은 아니다.

4. 상법과 수평적인 형법해석

물론 상법학설들이 대립할 때 범죄화하는 방향으로 학설을 선택하는 것은 두 가지 전제조건 아래서만 허용되어야 한다.

- 첫째, 형법해석학이 형성하는 배임죄의 전승된 의미를 넘어서지 않아야 한다(아래 가.).
- 둘째, 상법학설들이 서로에 대해 압도적으로 우월한 타당성을 갖지 않는 경우이어야 한다(아래 나.).

가. 형법해석에 의한 보충적 상법형성

우선 E(주) 사건에서 〈ⓓ 제3자 배정 → ⓔ 별개의 전환사채발행 → ⓕ 지배권 이전이 목적인 저가의 전환사채 제3자 배정 → 배임죄 성립〉 이라는 논증이 배임죄의 해석학적 전통에서 벗어나지 않는 것이어야 한다. 물론 비판적 형법해석학에서 바라보면 왜 형법해석의 전통에 충실해야 하는지에 대해 회의를 품을 수 있다. 그런 전통에 충실해야 하는 이유는 무엇보다도 이 사건에서 배임죄를 인정하는 형법해석은 – 실권한 전환사채의 제3자 배정에서 주주총회의 특별결의에 관한 – 명문규정의 흠결을 보충한다는 점 때문이다. 즉 실권한 전환사채를 제3자에 배정할 때 제513조 제3항에 이를 테면 “주주들이 대량으로 전환사채를 인수하지 않은 경우에도 제3항을 준용한다”와 같은 조항을 (제3항의2 또는 제5항) 추가하는 바와 같은 상법개정의 기능을 수행한다.[22] ‘주총의 특별결의를 받지 않은 채 실권한 전환

22) 대량의 실권주를 배정할 경우에는 경영상의 목적이 존재하는 지를 검토해야 하며, 이를 하지 않은 것은 회사에 대해 선량한 관리자의 의무를 다하지 않은 것으로서 배임죄가 인정된다고 보는 견해

사채를 제3자에게 배정하는 것'은 "타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위"(형법 제355조 제2항, 제356조)에 해당한다는 구체적 형법규범은 상법의 흠결을 보충한다. 여기서 배임죄해석을 통해 형법규범이 상법규범으로 이식됨을 알 수 있다.

나. 상법해석의 예외적인 형법형성

물론 이와 같이 형법해석에 의한 상법의 보충적 법형성은 흠결된 상법이 개정을 통해 명문으로 정립되기 이전까지만 유효하다. 그렇지 않다면 상법이 형법에 일방적으로 하위에 놓이게 되기 때문이다. 상법이 형법에 대해 하위의 법이 되지 않으려면 여기서 더 나아가 상법해석에 의한 배임죄의 해석, 구체적인 배임죄규범의 형성이 좌우될 가능성도 남아 있어야 한다. 이런 가능성은 흠결된 상법규범의 보충적 형성이 입법에 의해 이루어지기 전이라도 상법해석에서 '압도적으로' 우월한 타당성을 보이는 견해가 있을 때 인정할 수 있다. 그럴 경우에 형법해석은 그와 같은 압도적으로 타당한 견해를 수용한 채 이루어져야 한다. 왜냐하면 그렇지 않을 경우에 형법과 상법 사이의 차이와 간극이 법치국가의 위엄으로서 정합성(coherence)을 지나치게 해칠 만큼 커질 수 있기 때문이다. 물론 E(주) 사건은 이런 경우에 해당하지 않는다. 또한 상법해석에서 대립하는 견해들이 그렇게 압도적인 타당성의 우열을 보이는 경우는 흔하지 않으므로 상법해석에 의한 형법형성은 예외적인 현상일 것으로 보인다. 이와 같이 형법해석이 상법을 보충하고, 상법해석이 형법해석을 결정짓는 관계 속에서 형법과 상법은 수평적인 상호작용의 관계 속에 들어가게 된다.

(이훈상, "전환사채의 저가발행과 배임죄에 관한 판례평석", 한양법학 제21권 제1집, 2010, 451~452면)도 이와 같은 상법규범의 보충적 형성을 한 것이라고 볼 수 있다.

IV. 업무상 배임죄 적용의 방향

이상의 논의를 통해 주주들이 실권한 전환사채를 저가로 제3자인 그룹오너의 자식에게 발행하는 행위에 대해 업무상 배임죄를 적용함에 있어 걸림돌이 될 수 있는 법적 장치들은 대부분 제거되었다. 남은 과제는 그런 행위에 업무상 배임죄를 적용하는 것이 법이론적인 개념구분으로서 '타당성'(Richtigkeit)이 있고 '적절성'(Angemessenheit)을 갖느냐 하는 문제이다.[23] 여기서 타당성(Richtigkeit)이란 실권된 전환사채를 제3자에게 저가로 발행하는 행위라는 '일반적인 행위유형'[24]이 배임죄의 불법유형에 해당한다는 판단이 올바르다는 속성을 말한다. 이에 비해 적절성(Angemessenheit)이란 배임죄를 적용하는 것이 그 사안의 고유하거나 특수한 점들로부터 나오는 정의의 요청에(도) 적합하다는 속성을 말한다.

1. 배임죄 적용의 타당성

업무상 배임죄의 성립요건 가운데 특히 쟁점이 되는 임무위배행위여부와 손해의 인정여부를 중심으로 검토한다.

가. 임무위배여부와 경영판단원칙의 적용범위

첫째, 주주들이 실권한 전환사채를 제3자에게 발행하는 행위는 이사들의 권한을 넘어선 것이거나 권한을 남용한 것일 때[25]에 배임죄의 "업무상의 임무에 위배하는 행위"(제356조, 제355조 제2항)에 해당한다. E(주) 사건에서 전환사채의 발행은 이사(회)의 권한 범위 안에 있지만, 상법이 정한 발행의 절차를 위배하는 것은 권한의

22) 타당성과 적절성의 구분은 법철학과 법이론에 정통하지 않은 형법학자에게는 낯설을 수 있을 것이다. 그러나 이런 법이론적 분석장치들은 형법학에도 매우 유용하다.

24) 이를 방법론적으로는 '포섭사안서술'(Subsumtionsbeschreibung)이라고 부른다. 자세히는 이상돈, 법이론, 박영사, 1996, 39면.

25) 이는 현행 배임죄규정을 독일의 배임죄처럼 권한남용적 배임죄와 신뢰위배적 배임죄를 모두 포괄하는 것으로 해석함을 전제한다. 이런 입장을 자세한 비교법적 연구로 논증하는 임정호, "배임죄의 본질에 관한 연구", 연세대 법학연구 제18권 2호, 2008, 202면.

남용이라고 볼 수 있다. 전환사채의 제3자 저가발행에서 권한남용의 판단은 경영판단원칙(business judgement rule)의 적용에 따라 좌우된다.[26] 판례는 "회사에 어느 정도 규모의 자금이 필요한지, 어떠한 방법으로 이를 형성할 것인지는 원칙적으로 이사의 경영판단에 속하는 사항"이라고 보아 임무위배행위를 인정하지 않았다.

1) 자금의 규모 판단

이를테면 조달하려는 자금규모와 발행가액의 결정은 물론이고 회사에 필요한 '자금의 규모'는 경영전략의 방향에 따라 달라지므로 경영판단에 속하는 사항이다. 예컨대 M&A를 통해 사업을 공격적으로 확장하는 전략을 선택하면 자금의 규모는 커지고, 경제위기에 대한 전망 아래 안정적 경영전략을 선택하면 자금의 규모는 작아진다. 어떤 길을 가는지는 경영판단의 사항이다.

2) 적정 발행가액의 결정

또한 제3자 '발행가액'을 시가로 할지 그 보다 낮게 할지, 얼마나 낮게 할 것인지에 대한 결정은 그 가격에 전환사채를 인수할 제3자가 시장에 있을 것인지에 대한 예측에 의해 좌우된다는 점에서 원칙적으로 경영판단에 속하는 사항이다. 물론 이와 같은 경영판단에서 이사는 신의성실의무를 다해야 한다. 따라서 전환사채를 인수할 제3자를 시장에서 찾기 어렵다는 막연한 판단 아래, 시가보다 현저하게 저렴한 가액으로 발행하는 행위는 경영판단원칙에 의해 보호되지 않는다. 바꿔 말해 경영진은 전환사채를 발행할 때 가능한 더 높은 가액으로 인수하려는 제3자를 찾아야 할 의무가 있다. 이런 의무를 위배하게 되면 배임행위가 인정되며, 그 배임행위에 의해 제3자가 "재산상의 이익을 취득"할 수 있게 된다. 저가발행은 오로지 그렇게 저가발행을 해야 할 만큼 "긴급한 자금조달의 필요"[27]가 명백하게 있을 때에만

26) 배임판단에서 경영판단원칙을 고려하는 것은 형법의 상법종속성에 해당하지 않음에 주의를 요한다. 왜냐하면 경영판단원칙은 상법영역에서 생성된 것이지만, 오늘날에는 이미 형법에서도 통용되거나 통용되기 시작하는 원칙이 되었다고 평가할 수 있기 때문이다.

27) 이런 경우에만 배임행위가 부인될 수 있다고 보는 박지현, "삼성에버랜드 이사회의 이재용에 대한 전환사채발행의 형사책임", 민주법학 제20호, 2001, 24면.

경영판단으로 인정될 수 있다.

3) 발행절차

그러나 이처럼 자금규모나 적정발행가액이 원칙적으로 경영판단사항인데 반해, 법정발행절차의 준수여부는 경영판단사항이 아니다. 즉, 전환사채를 주주가 아닌 제3자에게 발행하는 경우에 주주총회의 특별결의(상법 제513조 제3항, 제516조의2 제4항)를 구하는 절차를 밟는 것은 경영판단사항이 아니라 법률상 의무사항이다. 이런 법률상 의무의 준수는 준법경영, 윤리경영의 시대에는 이사의 선관주의의 한 부분을 이루며, 그 의무의 위반은 경영판단원칙의 적용을 배제시킨다.

> 이런 점은 E(주) 사건 당시의 상법처럼 현행 상법 제418조 제2항(2001.7.24.신설)의 규정이 없어 주주가 실권한 경우에 제3자 발행을 할 수 있는 것인지, 아니면 그냥 주주발행으로 보고 절차를 진행해도 무방한 것인지에 대한 법적 불확실성이 있었던 경우에도 달라지지 않는다. 무엇보다 ① 실권한 전환사채의 제3자 배정을 통해 지배권이 이전되는 경우에는 주주들에게는 단지 경제적 손해만을 가져다주는 것이 아니라 경영을 통제할 지위의 근본적 변화가 일어난다는 점에서, ② 지배권을 이양 받는 제3자가 특히 그 경영진들에 대한 지배력을 행사할 수 있는 그룹오너의 자식이어서, 그런 제3자 발행은 회사나 주주가 아니라 그룹오너에 대해서 충성을 다하는 의미가 있고, 이를 경영진들도 잘 알고 있다. 따라서 경영진들은 그와 같은 법적 불확실성 상황에도 불구하고 주주총회의 특별결의(제516조의2 제4항)를 받거나, 적어도 그 정족수만큼의 주주들로부터 동의를 받아내야 한다는 점을 실천이성에 의해 인식할 수 있었다고 보아야 한다.

따라서 실권한 전환사채를 주주총회의 특별결의를 거치지 않고 제3자에게 (저가로) 발행한 것은 그 자체로서 임무위배행위가 된다. 이런 특별결의의 필요성은 실권한 전환사채를 경영진들이 임의로 특정한 제3자에게 집중시켜 발행함으로써 지배권을 이전시키는 행위가 상법상 위법함을 넘어서 형법상 배임행위가 된다는 관

점[28]에 의해서도 뒷받침된다. 따라서 특별결의절차로 3분의 2가 넘는 주주들이 동의할 때에만 지배권을 제3자에게 이전시키는 것의 배임성이 제거될 수 있다.

나. 손해여부

판례는 배임죄의 손해는 주주의 손해가 아니라 회사의 손해이어야 한다는 전제[29]에서 회사에 대한 관계에서 "이사에게 신주를 시가에 의하여 발행하여야 할 의무가 있다고 할 수는 없고, 회사에 필요한 자금의 규모에 상응하는 수량의 주식이 발행되어 그 필요 자금이 조달되었다면 회사에 대해 이사는 그 임무를 다하는 것이며, 그로 인해 주주에게 불이익이나 손해가 발생하더라도 회사에 대한 임무위배가 없는 한 이사를 배임죄로 처벌할 수는 없다."고 한다.[30] 즉, 시가보다는 현저히 낮지만 발행가액이 액면가액보다는 높게 전환사채를 제3자에게 발행한 경우라면 (주주배정의 경우로 보는 한) 회사에는 손해가 없다는 것이다. 또한 전환권의 행사도 차입금을 자본금으로 전환시키는 것이므로 회사에는 손해가 아니라 오히려 재무를 건실하게 만드는 것이라고 본다.[31]

1) 손해개념의 이론적 차이

28) 박지현, "삼성에버랜드 이사회의 이재용에 대한 전환사채발행의 형사책임", 민주법학 제20호, 2001, 26면.

29) 이는 전환사채의 저가발행으로 손해를 입는 것은 구주주이지 회사가 아니라는 견해로서 대표적으로 이철송, "자본거래와 임원의 형사책임", *인권과 정의* (제359호, 2006), 107면; 이와 같은 회사와 주주의 법인격이 별개라는 점이 회사의 재산에 대한 회사와 주주가 동일한 이해관계를 갖는다는 점을 호도해서는 안 되며, 그 점을 배임죄의 해석에서도 고려해야 한다고 보는 최문희, "주식회사의 법인격의 별개성 재론", 한양법학 제20권 제4집, 2009., 36~37면 참조.

30) 판례(2007도4949)가 주식회사의 손해와 주주의 손해를 구별하지 않고 있고, 심지어 법인격을 형해화하여 마치 법인격부인론과 같은 입장이라는 비판(윤동호, "에버랜드 전환사채 헐가발행 사건 대법원 판결(2007도4949)의 중대한 오류", 형사법연구 제22권 제1호, 2010, 376면 아래 참조)은 정확하지 않다. 판례가 "주주에게 불이익이나 손해", 또는 "주주 전체의 이익...(중략)...등을 감안하여 경영판단에 따라 자유로이 그 발행조건을 정할 수 있다"고 논증할 때 주주의 이익이나 손해는 이사의 임무위배여부를 판단하는 과정에서만 고려되는 것이지 배임죄의 손해요건을 주주를 기준으로 정한다는 뜻은 아니기 때문이다. 이런 고려는 이른바 '대리인비용'(agency cost)의 문제가 말하듯 이사들이 주주의 이익을 외면하고 회사의 경영권을 자신들의 이익을 위해 남용하는 현상을 염두에 두고 이사의 임무위배를 판단하는 것이다.

31) 이종상, "이사의 책임과 배임죄에 대한 비판적 고찰", 서울대 금융법센터 BFL 제19호, 2006, 58면.

우선 판례의 태도는 배임죄의 손해 개념을 이미 오래전에 극복된 학설인 법률적 손해개념을 따른 것이라고 볼 수 있다. 전환사채를 시가로 발행할 경우에 납입이 '기대'되는 금전에 대해서 회사는 청구권이나 처분권을 갖고 있지 않기 때문에 손해가 없다고 보는 것이다. 이런 이해는 배임죄를 사실상 횡령죄와 구별할 수 없게 만든다. 그러나 배임죄는 권리나 처분의 자유를 보호하는데 중점이 있지 않고, 재산상태(Vermögenslage)의 보호, 바꿔 말해 전체재산으로서 경제적 가치의 총량의 감소를 막는 데 중점이 있다. 따라서 독일의 판례[32]와 통설인 경제적 손해개념설처럼 배임죄의 손해는 재산상태가 배임행위 전후를 비교할 때 악화되었는지,[33] 바꿔 말해 전체재산으로서 경제적 가치의 총량이 감소되었는지, 또는 감소되었지만 다른 지위의 증가에 의해 전보되었는지에 따라 판단되어야 한다.[34]

가) 주당순자산가치의 감소에 따른 손해발행

여기서 기업의 '전체재산으로서 경제적 가치의 총량'을 재는 과학적인 기준으로 주당순자산가치(bps. book-value per share)[35]를 생각해 볼 수 있다. 주당순자산가치가 하락하면 향후 주가가 하락하거나, M&A 시장에서 그 회사의 상품가치(여기서 말하는 재산적 지위)가 떨어지기 쉽다.[36] 바로 그런 점에서 주당순자산가치는 기업의 자산가치를 파악하는 대표적인 평가척도로 삼을 만하다. 이 기준에 의하면, 전환사채의 발행과 전환권의 행사에 따라 주식총수가 증가하더라도 주당순자산가치(bps. book-value per share)[37]가 발행전과 비교할 때 (상당한 정도로) 감소하는

32) 대표적으로 BGHSt 15, 342; BGH NJW 75, 1234 등을 참조.

33) Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 3.Auflage Aschendorff, 2000, §31(Wolfgang Schmid), Rdnr. 124~138 참조.

34) 이 밖에 독일에는 개별적·객관적 손해개념설(Individuell-objektiver Schadensbegriff)도 있는데 이 설에 의하더라도 여기의 논의에서는 경제적 손해개념설과 차이가 없으므로 이에 대한 소개는 생략한다. 이 학설의 상세한 내용은 이 학설을 주장하는 김일수, "1인회사의 주주겸 대표이사의 업무상 배임", 고려대 판례연구 제4집, 1987, 63~65면 참조.

35) 주당순자산가치(book-value per share)는 《 자기자본 (=총자산－총부채) － 무형고정자산(상표권, 영업권) － 사외유출분(배당금, 임원상여금 등) 》 ÷ 발행주식수를 말한다. 이는 청산가치가 되기도 하며, 기업의 자산충실도를 보여준다.

36) 이렇게 볼 때 시가로 발행할 경우와 비교할 때 1주당 순자산가치가 떨어지는 것 자체를 판례(대판 2009.5.29, 2007도4949)처럼 단지 "그 주식을 통해 행사되는 기존 주주의 회사에 대한 지배력이 약화될 뿐 회사 자체의 자산가치가 감소되는 것은 아니다"라고 보는 것은 옳지 않다.

지가 손해발생의 유무를 결정하게 된다.

나) 영업이익율 등의 증가에 따른 전보

그러나 회사의 전체재산으로서 경제적 가치의 총량은 단지 1주당 순자산가치를 단위로만 판단되는 것이 아니다. 영업이익율이나 현금흐름할인법(dcf. discount cash flow)[38]에 의한 회사의 현금(유동성)창출능력 등도 중요한 판단척도가 될 수 있다. 따라서 전환사채의 저가발행으로 주당순자산가치가 감소하였더라도 주당 순이익이 증가하게 되는 등의 이익이 발생하는 경우에는 회사에 대한 손해를 인정하지 않을 수 있다. 왜냐하면 재산상 지위의 감소가 다른 지위의 증가에 의해 전보되었기 때문이다. 그러나 단지 경영권을 이전시키는 전환사채의 제3자 발행이 이를테면 그 제3자의 경영능력에 대한 시장의 신뢰가 영업이익의 급증으로 이어지는 경우가 아니라면 그런 상쇄이익의 발생은 통상적으로 기대하기 어렵다.

2) 손해발행의 배임성 제거

그러나 주주총회의 특별결의를 받은 경우에는 액면가보다 높지만 시가보다 낮은 가액으로 전환사채를 제3자에게 발행하여도 배임죄의 손해발생 표지와 임무위배행위의 표지를 동시에 충족하지 않게 된다고 볼 수 있다. 왜냐하면 그런 경우에 경영진들은 배임죄의 불법유형이 보호하려는 회사 내부의 신뢰관계를 파괴한 것이 아니기 때문이다. 유한회사(GmbH)가 주된 회사형태인 독일에서 사원총회의 결의에 의해 업무집행사원의 배임행위가 배제될 수 있다고 보는 것[39]도 이와 같은 취지이다. 하지만 발행가액이 시가보다 '현저히' 낮은 경우라면 아무리 총주주의 3분의

37) 주당순자산가치(book-value per share)는 《 자기자본 (=총자산－총부채) － 무형고정자산(상표권, 영업권) － 사외유출분(배당금, 임원상여금 등) 》 ÷ 발행주식수를 말한다. 이는 청산가치가 되기도 하며, 기업의 자산충실도를 보여준다.

38) 현금흐름할인법은 일정기간 기업이 창출할 수 있는 현금(유동성)의 총합을 연간할인율(이자율의 반대)을 적용하여 산출해내는 기업가치(PV)를 말한다. 이에 대해 예시적인 소개로 이상돈, 경영과 형법, 법문사, 2011, 350면 참조.

39) Arloth, "Zur Abgrenzung von Untreue und Bankrott bei der GmbH", NStZ (1990), 590쪽 아래; Reiß, "Verdeckte Gewinnausschüttung und verdeckte Entnahmen als strafbare Untreue des Geschäftsführers?", wistra 1996, 81면 아래 참조; LK-Schünemann, §266 Rdnr. 125 bb 참조.

2가 동의하였다고 하더라도 최대 3분의 1에 달하는 주주들이 회사구성적인 주체의 지위를 잃어버린다는 점은 결코 간과할 수 없다. 따라서 '현저한' 저가발행의 경우에는 회사 손익의 실질적 귀속주체인 주주들 전원(100%)이 동의할 경우[40]에만 그 배임성이 제거될 수 있다고 보아야 한다.

2. 배임죄 적용의 적절성

이상의 논의에서 E(주)의 전환사채 제3자 저가발행 사건은 '일반적으로는' 배임죄의 불법구성요건을 충족한다고 볼 수 있다. 다음으로 E(주) 사건의 특수성을 고려할 때에 배임죄를 적용하는 것이 적절한(angemessen)[41] 것인지를 살펴본다.

가. 착오

법이론적 개념인 사안에 대한 법률적용의 적절성은 E(주) 사건에서는 착오론의 적용을 통해 실현할 수 있다. 첫째, 가령 E(주) 사건에서 경영진들이 실권된 전환사채를 그룹오너의 자식에게 배정하면서 그런 행위가 배임죄구성요건에 해당하는지에 대하여 법률전문가에게 자문을 구하고, 그 결과로서 배임죄의 불성립에 대해 신뢰를 하였다면 법률의 착오(제16조), 특히 포섭의 착오로서 다루어질 수 있다. 하지만 그런 신뢰가 있었어도 그 신뢰의 기초인 법률자문이 처음부터 그룹오너의 자식에게 제3자 배정을 하는 기획에 맞추어 진행된 것이라면, 그 신뢰는 보호가치 있는 것이 못되고, 따라서 그런 법률의 착오에 대해서는 정당한 이유를 인정할 수 없다. 이 경우 경영진에게 배임죄를 적용하는 것이 법이론적으로도 '적절성'이 인정된다. 다만 양형에서 형을 낮추는 효과는 고려할 수 있다.

---

40) 이와 같은 취지의 최문희, "경영자의 배임죄와 회사법상 이사의 의무", 저스티스 통권 제112호, 2009, 47~48면.

41) 이러한 적절성 개념에 대한 깊은 연구로 K. Günther, Der Sinn für Angemessenheit Suhrkamp, 1987 참조; 귄터의 이 이론에 대해서는 이상돈, 법이론, 박영사, 1996, 330면 아래 참조.

나. 불법이득의사

둘째, 적절성의 또 다른 범죄론적 위치로서 불법이득의사의 귀속문제를 들 수 있다. 배임죄가 성립하려면 주관적으로 고의와 불법이득의사가 있어야 한다. 학설상 다소 논란이 있지만, 배임죄의 행위자에게 (자기 또는 제3자를 위한) 불법이득의사가 귀속될 수 없는데도 배임죄를 적용하는 것은 법이론적인 '적절성'이 없다고 보아야 한다. 불법이득의사를 귀속할 수 없는 경우로는 다음 두 가지가 있다.

1) 이득의 불법성을 제거하는 사정

첫째, 불법이득의사는 이득을 합법적일 수 있게 만드는 사정, 예컨대 제3자가 실권한 전환사채를 발행받을 권리를 사전에 회사에 대해 갖고 있었던 사정이 있으면 불성립한다. 그러나 E(주) 사건에서 그룹오너의 자식에게 그런 권리가 있지는 않았다.

2) 이득의 불법성을 구성하는 사실들의 불인식

둘째, 또한 그런 사정은 없었어도 제3자가 취득하는 '이득의 불법성을 구성하는 사실들'을 인식하지 못했다면 제13조를 적용하여 불법이득의사의 불성립을 인정할 여지가 있다. 왜냐하면 이득의 불법성을 구성하는 사실의 '소극적 불인식'은 구성요건에 해당하는 사실을 인식하지 못한 경우와 유사하며 '사실의 착오' 규정인 제13조를 유추적용할 수 있기 때문이다.[42] 이를 불법이득의사의 착오라고 부를 수 있다. E(주) 사건에서 찾을 수 있는 불인식을 추론케 하는 간접사실로는 제3자에게 발행한 가액이 시가보다 저가이지만 액면가보다는 고가라는 사실, 이사회의 결의를 통해 저가발행을 한다는 사실, 주주들이 대부분 실권했다는 사실 등이 있다. 그러나 이런 간접사실들이 이사들이 인식하지 못했다고 주장할 수 있는 '불법이득을 구성하는 사실들', 이를테면 주총의 특별결의 절차를 생략하였으며, 제3자를 그룹오너의 자식에 편중시킨 사실과 특히 발행가액이 현저히 저가라는 사실에 대한 '불인식'(착오)을 엄격하게 증명할 수는 없을 것이다.[43] 간접사실들의 선별과 중요성

42) 이런 견해로 김일수, "一人會社의 株主겸 代表理事의 業務上 背任", 고려대 판례연구 제4집, 1987, 73~74면 참조.

평가는 물론 법관의 몫이지만, 판결에 등장한 간접사실들로만 추론해본다면, E(주) 사건에서 이사들에게 (제3자를 위한) 불법이득의사가 없었다고 보기는 힘들다.

다. 법감정과 법의 질감미

다음으로 법이론적 개념인 적절성은 법감정(Rechtsgefühl)으로 옮길 수 있다. 만일 전환사채의 제3자 저가 발행이 그룹오너의 기획이나 상호연락 아래 이루어졌다면, 그 그룹오너는 E(주)의 사실상 경영자 지위에 기초하여 그리고 조직적 범행지배이론의 뒷받침을 받아서 업무상 배임죄의 공동정범이 되거나 특수교사범(형법 제34조 제2항)[44]이 될 수 있다. 여기서 논의하려는 것은 공범론의 문제가 아니라 그룹오너에게 업무상 배임죄를 적용한다고 할 때 그 적절성의 문제이다. 이를테면 그 그룹오너가 기업의 성장을 주도하여 국민경제에 기여한 바가 적지 않다든가, 또는 거대규모의 사회공헌사업을 수행해왔다든가, 그 그룹오너의 교도소행이 시장의 불안과 그 기업운영의 어려움을 가져온다든가 하는 점 등은 그 사건에서 그룹오너를 업무상 배임죄로 교도소에 집어넣는 제재의 적절성을 흔들어 놓는다. 그래서 법감정은 업무상 배임죄는 공식적으로 인정하되 집행유예와 같은 제재의 유보를 지지하는 방향으로 형성될 수 있다. 이때의 법감정은 특정한 개별사안의 질감(texture)에 대한 시민들의 미추체험 속에서 형성된 것이다. 포스트모던 사회에서 아름다움이 법적 정의의 일부분을 차지한다고 할 때,[45] 사안의 질감에 대한 미추체험에서 형성되는 법감정의 향방은 형법적용의 적절성을 결정지을 수 있다.

---

43) 주의할 점은 이득의 불법성을 근거짓는 사실들과 탈락시키는 사실들 가운데 어느 것을 더 중요한 것으로 보는지에 대한 법원의 판단과 이사들의 판단 사이의 차이는 불법이득의사의 착오 문제가 아니라 앞서 다룬 포섭착오의 문제라는 점이다.

44) E(주)이 속한 그룹의 회장이 업무상 배임죄의 특수교사범이 됨을 주장하는 곽노현, “배임특권의 법과 정치”, 민주법학 제35호, 2007, 317, 323면.

45) 아름다움이 법적 정의가 되고, 기하하적 조형미와 더불어 질감미가 법감정을 통해 법적 정의를 형성하는 법미학적 논의에 대하여 자세히는 이상돈, 법미학, 법문사, 2008, 126~135면.

V. 결론

대법원은 주주들이 실권한 전환사채를 제3자(그룹회장의 자녀)에게 액면가보다는 높지만 시가보다 현저히 낮은 가격으로 발행하는 행위가 업무상 배임죄에 해당하지 않는다고 판결하였다. 이는 일단 주주들에게 전환사채를 배정하였다면 실권한 전환사채를 같은 조건으로 제3자에게 배정할 수 있다는 상법해석을 전제로 한다. 이처럼 상법해석이 배임죄의 성립여부를 좌우하는 것은 환경형법의 행정종속성에 비유될 수 있다. 그러나 배임죄의 성립여부는 상법해석에 종속되어 결정되어서는 안 되며, 그럴 필요도 없다. 형법은 사회적 통합에 중요한 행위규범들을 독자적인 원리에 의해 형성하고 관리해야 하기 때문이다. 그러므로 실권한 전환사채의 제3자 발행여부나 그 조건에 관한 상법해석의 향방과는 무관하게 배임죄는 독자적으로 해석될 수 있다. 여기서 중요한 점은 전환사채의 제3자 저가발행이 재벌그룹 오너의 경영권을 그 자식에게 변칙적으로 승계시키는 방편으로 이루어졌다면, 그 도덕적 결함은 형법적 통제의 울타리를 벗어날 수 없다는 것이다. 배임죄의 전통적인 해석론은 그런 도덕적 결함을 메우는 기능을 수행할 수 있다. 즉, 형법상 배임죄 규정은 이사들에게 실권한 전환사채를 시가로 제3자에게 발행하여 회사에 들어오는 자금의 규모를 되도록 크게 만들 의무(적극적인 재산관리의무)를 인정하는 방향으로 해석될 수 있다. 이 의무를 위배할 경우에 회사는 재산상 손해를 입게 된다. 따라서 실권한 전환사채를 제3자에게 저가로 발행하는 행위는 업무상 배임죄에 해당한다. 다만 그러한 사실을 알았지만 법에 저촉되지 않는다는 법률자문을 토대로 그런 행위를 묵인한 그룹회장은 법률의 착오를 주장할 수 있다. 또한 그룹회장의 국민경제에 대한 기여도나 사회공헌도 등을 고려하여 집행유예의 제재를 부과하는 등의 양형상 고려도 허용될 수 있다.

참고문헌

곽노현, “배임특권의 법과 정치”, *민주법학* (제35호, 2007), 309~337면.

김일수, “1인회사의 주주겸 대표이사의 업무상 배임”, *고려대 판례연구* (제4집, 1987), 41~81면.

박지현, “삼성에버랜드 이사회의 이재용에 대한 전환사채발행의 형사책임”, *민주법학* (제20호, 2001), 15~34면.

성민섭, “전환사채의 저가발행에 대한 이사의 형사책임”, *국민대 법학논총* (제23권 제2호, 2011).

안경옥, “배임죄에 있어서 실해발생의 위험”, *비교형사법연구* (제2호, 2001), 211~232면.

윤동호, “에버랜드 전환사채 헐가발행 사건 대법원 판결(2007도4949)의 중대한 오류”, *형사법연구* (제22권 제1호, 2010), 365~382면.

이상돈, *기초법학* (법문사, 2010).

이상돈, *경영과 형법* (법문사, 2011).

이상돈, *조세형법론* (법문사, 2009).

이종상, 회사와 관련된 배임죄 적용상 문제점에 대한 연구 (서울대 박사학위, 2010).

이종상, “이사의 책임과 배임죄에 대한 비판적 고찰”, *서울대 금융법센터 BFL* (제19호, 2006).

이훈종, “전환사채의 저가발행과 배임죄에 관한 판례평석”, *한양법학* (제21권 제1집, 2010) 435~458면

임정호, “배임죄의 본질에 관한 연구”, *연세대 법학연구* (제18권 2호, 2008), 173~207면

최문희, “주식회사의 법인격의 별개성 재론”, *한양법학* (제20권 제4집, 2009), 13~46면.

최문희, “경영자의 배임죄와 회사법상 이사의 의무”, *저스티스* (통권 제112호, 2009), 37~79면.

F. Arloth, “Zur Abgrenzung von Untreue und Bankrott bei der GmbH”, *NStZ* (1990), 590면 아래.

H.J. Bruns, “Grundprobleme der strafrechtlichen Organ-und Vertreterhaftung”, GA (1982).

A. Dierlamm, "Untreue ein Auffangtatbestand?" NStZ 1997, 534면 아래.

K. Günther, Der Sinn für Angemessenheit (Suhrkamp, 1987).

Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Band 2*, 2.Auflage (Nomos, 2005).

Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 3.Auflage (Aschendorff, 2000).

A. Ransiek, “Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue”, *ZStW* (116, 2004), 634면 아래.

Reiß, “Verdeckte Gewinnausschüttung und verdeckte Entnahmen als strafbare Untreue des Geschäftsführers?”, *wistra* (1996), 81면 아래.

Issuing Convertible Bond And Breach Of Trust

Prof. Dr. Sang-Don Yi*

The Supreme Court upheld that issuing convertible bond at a price noticeably lower than the market value but higher than par value to a third party - the company owner's child - is not a breach of trust. It is based on the premise of interpreting commercial law that company may assign forfeited convertible bond to a third party under the same condition, if already having assigned convertible bond to stockholders. However, the judgement on whether one will be charged with breach of trust or not does not depend on interpretation of commercial law. Criminal law should form and maintain important norms of behavior for social integration on its own principle.

There is serious moral defect in issuing convertible bond at low price to a third party, in that it facilitates owner of the company to bequeath his child the management rights by an anomalous method. Traditional interpretation on breach of trust may function here to make up for such defect. In other words, according to the interpretation of clauses on breach of trust in criminal code, it may be acknowledged that directors have the duty to make a larger scale of funds available by issuing forfeited convertible bond to a third party at market value - the active property management duty. Therefore, the act of issuing forfeited convertible bond at low price to a third party is applicable to breach of trust crime. Owner of the company may plead for the ignorance of law, only if he knew the fact but chose to condone it because of a legal advise claiming it does violate the law. It could be a reasonable application of breach of trust to impose probation, consid-

* Korea University, School of Law

ering the owner's contribution to the society or the national economic developments.

❖ Key words : issuing convertible bond, breach of trust, business judgement, active property management duty

투고일 : 5월 9일 / 심사(수정)일 : 6월 28일 / 게재확정일 : 6월 28일