

배임죄(§266 형법)와 모험거래(Risikogeschäft)*

우베 무어만** / 이원상(역)***

I. 최근 논의의 배경에 대해서

독일의 경제형법영역에서는 모험적인 거래에 대한 형법 제266조에 배임죄 문제가 집중적으로 논의되어 왔다. 그에 대한 이유들은 다양하다.

하지만 이것을 이해하기 위해서는 먼저 형벌구성요건의 구조와 보호목적에 대해서 명확하게 할 필요가 있다. 형법 제266조 제1항에 따르면 다음과 같다:

“법률, 관청의 위임이나 법률행위를 통해서 인정된 타인의 재산을 처분하거나 타인에게 의무를 부과할 권한을 남용하거나, 법률, 관청의 위임, 법률행위 또는 신용관계 등에 의하여 부과되는 타인의 재산상 이익을 피해야할 의무에 위반하고, 그로 인하여 재산상 이익을 보호하여야 할 자에게 손해를 가한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.”

이 규정은 - 이에 대응하는 한국법상 규정은 형법 제355조 제2항임 - 독일의 핵심형법에 있어서 가장 어려운 문제에 속한다. 이 규정에서는 두 종류의 위반형태가 나타나게 되는데, 즉 소위 권한남용 구성요건(Missbrauchstatbestand)과 신임위반 구성요건(Treubruchstatbestand)이다. 전자에서는 가해자가 법률적으로 유효한 의무이행이나 처분행위 의해서 재산소유자에 대한 자신의 의무를 위반함으로써 재산에 손해를 입히는 것에 반하여,¹⁾ 신임위반 구성요건의 경우에는 법률적으로 유효한 행위를 하지 않은

* 이 글은 한국형사정책연구원이 주최한 2009년 추계학술회의에서 발표된 내용으로 발표자가 일부 수정한 후 번역정리한 것이다.

** 독일 괴팅엔대학교 교수

*** 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

것이다. 또한 순전히 사실상 손해를 입히는 행위였는지가 고려되어야 하는데, 가령 단순히 계산대에서 돈을 훔치는 행위가 그것에 속한다. 판례나 몇몇 유력한 문헌의 견해에 의하면 권한남용 구성요건은 신임위반 구성요건과의 관계에 있어서 특별한 경우(Spezialfall)로서 설명된다. 따라서 재산보호의무(Vermögensbetreuungspflicht)는 신임위반 구성요건 충족을 위해서 뿐만 아니라, 권한남용 구성요건 충족을 위해서도 전제된다는 것이 가정된다.²⁾ 형법 제266조의 보호법익은 “대내관계의(von innen heraus)”³⁾ 침해로부터 보호되어야 하는 타인의 재산⁴⁾이다.

이와 함께 기업에 있어서 결정권자들의 형사책임에 대한 형법 제266조의 의미를 위한 핵심적인 근거들이 미리 언급될 필요가 있다. 거의 모든 현대의 대기업들의 법적인 구조가 그 기관을 통해서 행위를 하는 법인이 재산권자로서의 역할을 하는 것으로 특징지어진다는 것이다. 이것은 형법 제266조에서 전제되고 있는 한편의 재산권자와 그리고 다른 한편의 재산권자를 위해서 행위하는 자에 대한 관계를 와해시킨다.⁵⁾ 이런 구조를 들여다보면 맨 먼저 법적형태가 법인으로 취급되는 기업에 있어서 재산보호의무가 있는 대표기관이 회사의 재산에 개입할 수 있는 기회를 갖게 된다는 것만이 확인될 수 있다. 형법 제266조에서 행위반가치를 형성하고 있는 재산보호의무의 침해는 허용된 지위의 권한남용을 전제로 하고 있다. 보호되는 재산에 대해 손해의 위험이 존재하게 되는 재산과 관련된 모든 것이 기본적으로 권한남용적인 행위로 여겨지게 된다. 따라서 언뜻보면 모든 위함과 연관된 결정, 즉 사실상 모든 기업의 결정이 재산보호의무 침해의 중요한 전제조건으로서 지적된다.

이와 함께 기업의 결정과 관련하여 형법 제266조에 대해서 종종 언급되는 또 다른 이유가 거론될 수 있다⁶⁾: 형법 제266조는 매우 불명확한 윤곽을 가지고 있어서 어떤

1) 다만, 법률적인 유효성에 대해서는 Schünemann, NStZ 2006, 202 이하.

2) 여기에서 언급된 위험발생에 대한 형법적 책임문제에 있어서 권한남용 구성요건의 범위내에서의 재산보호의무와 관련된 논쟁은 아무런 의미가 없다. 왜냐하면 수많은 결정권자들이 기업에 있어서의 그들의 지위에 따라서 일반적으로 재산보호의무도 역시 갖고 있기 때문이다; Brammsen, wistra 2009, 86면; Saliger, HRRS 2006, 12. 참조.

3) Schünemann, in: Leipziger Kommentar, 제11판, 2005, §266 Rn. 1.

4) 통설적 견해에 따른 것임. Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 제26판, 2007, §266 Rn. 1.

5) Perron, GA 2009, 222면; Schünemann, in: Leipziger Kommentar, 제11판, 2005, §266 Rn. 1.

6) Saliger, HRRS 2006, 15면.

행위가 그 구성요건에 해당하는지를 거의 판단할 수 없다는 것이 지적된다는 것이다.⁷⁾ 이런 견해는 종종 모든 부정직(unredlich)하거나 옳지 않은(inkorrekt) 것으로 여겨지는 행위가 형법 제266조에 포섭될 수 있다라는 주장과 연관된다;⁸⁾ 따라서 배임죄는 “거래에 있어서 잘못된 사무처리에 대한 포괄구성요건(Auffangtatbestand)”이 된다고 한다.⁹⁾ 이 규정은 간과될 수 없는 형벌위험을 창출하게 되므로, 적어도 기업의 행위에 대해서 수사절차가 개입하도록 하는 잦은 이유를 제공하게 된다고 한다. 이런 비판은 일반적으로 규정을 엄격하게 해석해야 한다는 요청과 연관된다. 또한 형법 제266조가 독일기본법 제103조 제2항으로부터 나오는 명확성원칙(Bestimmtheitsgebot)에 일치하고 있는지에 대한 문제도 역시 논의되고 있다.¹⁰⁾

법률적 상황에 있어서 기업에 부담을 주는 경영능력에 대해서 범죄적인 행위로 강하게 인식하게 됨으로서 독일사회에 있어서의 중대한 관계 변화가 나타나고 있다. 경영능력에 따른 행위는 공개적인 비판에 처하게 되었다. 이는 인적범위에서의 성과가 특히 1990년대 이후 폭발적으로 증가된 보수(Gehälter)를 정당화시켜주지 못했다는 인상을 불러일으킨다.¹¹⁾ 이런 불균형(Missverhältnis)은 노동자들의 정제된 임금의 관점에서 보면 사회적으로 용인될 수 없는 것처럼 느껴지고 있으며, 경제위기의 발생으로 인해서 더욱더 심각해지고 있다.¹²⁾ 그로 인해서 결과적으로 상당한 경제적 손해를 일으키는, 즉 경제위기와 관련되어 있기도 하며 경제위기를 촉발시킨 잘못된 결정이 알려지게 됨

7) Beulke, in: FS für Eisenberg, 2009, 246면 이하; Perron, GA 2007, 223면 이하; 국가사회주의 시대에 개정되었지만(1933년 5월 26일자 형법규정의 개정)에 관한 법률; RGBl. I 295), 그 핵심은 오늘날까지도 변함이 없다는 형법 제266조의 동시대적인 해석과 관련된 RGSt 69, 58, 62 참조: 입법자는 “재판이 부동의 법률개념에 결속되는 것을 포기하도록 하고자 했다.” 다른 견해로는 Schünemann, NStZ 2005, 474면.

8) Beulke, in: FS für Eisenberg, 2009, 246면.

9) Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 제4판, 2008, 15/2.

10) Bernsmann, GA 2009, 296이하; Gribbohm, JuS 1965, 391면; 상세히는 Labsch, Untreue (§ 266 StGB). Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Deutung, 1983, 177면 이하. 당연히 그에 반해서는 Ransiek, ZStW 116(2004), 641면 이하. 핵심적으로는 재산보호의무가 보호되는 재산에 대한 보증인지위와 다르지 않다라는 견해임이 틀림없다; Schünemann, in: Leipziger Kommentar, 제11판, 2005, §266 Rn. 31.

11) 대표의 보수의 상황에 대해서 Adams, in: FS für Carl Christian von Weizsäcker, 2003, 300면 이하 참조.

12) 반대로 경영자들은 그들의 보수에 대한 비판이 “사회적인 시기”의 결과라는 입장에서 서 있었다.

으로써 공개적으로 논의되고 있다. 적어도 확실한 것은 그런 논의에 있어서 시민들은 오랫동안 경제적인 상황나 과정들을 통찰할 수 있는 기회를 갖지 못했다는 것이다.¹³⁾ 이처럼 현존하는 중요한 상황에 대해서 통찰하지 못하게 되는 것은 전문적으로 시장상황에 참여하게 되는 행위자에 대한 신뢰를 통해서만 보상될 수 있다. 하지만 유능한 경영자들은 공익(Gemeinwohl)과 함께 자기 자신들의 이윤추구를 위해 노력한다는 것을 감안할 때, 시장의 자기규제적인 능력에 대한 신뢰는 사라지게 된다. 현대의 경영은 개인의 독자적인 위험만을 초래하지 않는 것으로 특징지어진다. 따라서 결정권자에 대해 국가가 통제를 가해야 한다는 목소리가 보다 커지고 있다. 전체적으로 볼 때 세상 사람들(Öffentlichkeit)은 금전욕에 따라서 자기 스스로를 위해서 노력하고 있는 경영자의 표상을 목도하고 있는데, 그는 회사가 망해가는 과정에서도 부유한 남자로서(보다 드물게는 부유한 여자로서) 부각된다.

검찰이나 경찰이 경영능력에 대해 수사¹⁴⁾하는 것을 망설이지 않는 것은 우리나라에서 경제적 엘리트들의 명성을 확연하게 실추시키는 것과 밀접한 관계에 있으며, 다시금 미디어에서 상응하는 반향을 이끌어 내어 명성을 더욱 더 실추시키게 된다.

그와 함께 경영자가 운명적인 결과에 대해서 사회적으로 복수심에 불타는 사람들에게 의한 현대의 피해자, 즉 단지 속죄양(Sündenböcke)인지 여부¹⁵⁾와 새로운 시대에 있어서 범죄적인 경영행위에 대한 관점이 첨예화되거나 그런 잘못된 행동이 이전보다 사실상 더 자주 나타나는지 여부¹⁶⁾가 종국적으로 판단될 수는 없다. 그러나 가령 만네스만 사건(Mannesmann-Fall)¹⁷⁾에 대한 사실관계를 확인해 본다면, 이전 대표가 적절한 사실적 이유없이 수백만 달러의 액수를 요구하고 또한 감사기관에 의해서 승인되는 것이 얼마나 통제되지 않았는지를 틀림없이 알게 될 것이다. 그리고 더 나아가 그 참여한 최고경영자들이 자기 자신에게 특별 수당을 지급하는 것에 대해서 스스로 투표권을 행사할 수 있다는 것을 단지 일초 만에 신임할 수 있었다는 것을 보게 된다면, 어쨌든 이 경우에는 브레이크가 제거된 자기봉사적인 사고방식이 존재하고 있다는 것에 대

13) 이에 대해서와 그 결과에 대해서 Hassemer, wistra 2009, 169면 이하.

14) Beulke, in: FS für Eisenberg, 2009, 245면; Rönnau, ZStW 119 (2007), 888면.

15) 이런 의미에 있어서는 가령 Beulke, in: FS für Eisenberg, 2009, 266면.

16) 경찰의 범죄통계와 관련해서 통계적인 발전에 대해서는 Rönnau, ZStW 119 (2007), 889면.

17) BGH, JZ 2006, 560, 565; 출판되지 않은 경우에는 BGHSt 50, 331.

한 의구심은 거의 없을 것이다.

법학적인 논의에 있어서 경영자의 형법적 책임은 언뜻보기에 놀라운 느낌이 들게 한다. 주로 형법비판적인 입장에서는 새로운 준비를 하고 있는데, 이는 이전에는 사법부가 종종 사회 하층민에 대해서 매우 집중하고 있다는 비난이 제기되고 나서부터, 권력자들의 범죄성을 이론적으로나 실제적으로 강화시키려는 관점을 가지고 있다고 생각할 수 있는 것이다.¹⁸⁾ 하지만 오히려 바로 경영자층에 대한 학문적인 로비가 생겨나는 것 같은데, 이런 경우는 무엇보다도 형사변호인들의 출간물에서 이런 근거들이 두드러지게 나타나고 있다.¹⁹⁾²⁰⁾ 검찰이 경영자가 자신의 결정영역을 넘지 않는지에 대한 감독을 한다면, 경제적 행위가 부자연스럽게 된다는 우려가 그 문제의 중심에 있다.²¹⁾ 더 나아가 이런 우려가 정당한지에 대한 문제도 뒤따르게 된다. 하지만 이를 위해서 먼저 모험거래의 개념을 명확하게 하고, 사례들을 통해서 설명될 필요가 있으며(II), 또한 이런 사례들과 관련해서 언급된 도그마틱적인 문제들을 명료하게 하여야 한다(III-V). 더 나아가 형사소송적인 특별성을 고려하는 전체적인 그림이 필요하다(VI). 그리고 마지막으로 간략한 결론이 지어져야 할 것이다(VII).

II. 판례에 나타난 사례

(잠재적인 배임죄와 관련된) 모험거래를 어떻게 정의할 수 있을지에 대해서는 명확하지 않다.²²⁾ 특히 광의의 견해에 따르면 일반적으로 경제적인 위험과 연관된 거래로서 이해될 수 있다. 하지만 이에 따르면 계약당사자가 사전급부를 해야하는 모든 경제적 행위가 포함될 수 있다. 협의의 견해에 따르면 재산을 위한 행위의 결과에 대한 불확실성에 대해서 높여진 기준이 부분적으로 전제되고 있다.²³⁾ 광의의 견해가 의미있을 수

18) Fischer, StraFo 2008, 270면 참조.

19) 열거해 놓은 것으로 Saliger, HRRS 2006, 11면.

20) Schünemann, NSTZ 2005, 474면.

21) 예를 들어 Beulke, in: FS für Eisenberg, 2009, 247면 이하, 268면; Fischer, StraFo 2008, 272면.

22) 개념정의에 대한 시도와 사례집단에 대해서 개괄한 것으로 Hellmann, ZIS 2007, 433면 이하; 상세히는 Waßmer, Untreue bei Risikogeschäften, 1997, 5면 이하.

있는데,²⁴⁾ 거래에 있어서 허용되지 않은 위험성에 대한 문제는 발생하는 위험의 크기에 따라서 결정되는 것이 아니기 때문이다. 이는 재산소유자(Vermögensinhaber)가 재산보호의무자(Vermögensbetreuungspflichtige)에게 이미 그런 행위를 금지시킨 곳에서는 특히 명료하게 된다. 또한 그와 함께 비례적으로 작은 위험이 있는 적용영역에 대해서 권한남용의 가능성을 열어둔 경우에도 그러하다.

모험거래를 광의의 개념정의로부터 도출하게 된다면, 계약적으로 합의된 모든 선이행(Vorausleistung)이 모두 모험거래인 것인데, 이는 반대급부 제공의 불확실성과 관련되어 있기 때문이다. 예를 들어 이미 계산을 한 제품의 배송은 위험과 관련성이 있게 된다(물품신용(Warenkredit)).

관례는 특히 은행이나 저축은행(Sparkasse)에 의한 신용위임(Vergabe von Krediten)과 관련해서 모험거래 문제를 다루고 있다. 따라서 2000년 4월 6일자²⁵⁾ 2001년 11월 15일자 판결²⁶⁾에서 당시 연방대법원 형사1부는 저축은행의 신용대출담당 이사가 신용능력이 의심스러운 개인이나 회사에 승인해 준 사안을 다루어야 했다. 모든 신용위임이 위험성과 관련되어 있다는 관점으로부터 연방대법원은 신용대출 승인을 신용업무의 기회와 위험 사이에서 필요한 이익형량이 세심하게 이루어지지 않은 경우에만 의무위반으로서 간주하고 있다. “통상적인 은행의 정보수집의무(Informationspflicht)와 검증의무(Prüfungspflicht)에 대한 중대한 위반(gravierende Verstöße)”이 있을 때에만 비로소 형법 제266조의 의미에 있어서 의무를 위반한 것이 된다고 한다. 연방대법원은 위험에 대한 검증이 규정에 따라서 이루어지지 않은 것에 찬동할 수 있다고 하면서 다음의 “실제적인 근거들(tatsächliche Anhaltspunkte)”를 언급하고 있다:²⁷⁾

- 정보수집의무를 소홀하였고
- 결정권자가 요구되는 권한없이 행위하였으며
- 신용공여(Kreditgewährung)와 관련해서 공동책임자에 대해서나 권한자의 감독에 있어

23) Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 제27판, 2006, § 266 Rn. 20.

24) Waßmer, Untreue bei Risikogeschäften, 1997, 10면.

25) BGHSt 46, 30.

26) BGHSt 47, 148.

27) BGHSt 46, 30, 34.

서 옳지 않거나 불완전한 지시가 있었고

- 제시된 목적들이 준수되지 않았으며
- 신용의 최고한도가 초과되었고
- 결정권자가 사리사욕에 의해서 행위를 했다.²⁸⁾

이와 같은 이유들과의 연관성으로 인해서 연방대법원은 형법 제266조에 대한 내용적인 문제들에 대한 부담을 덜었으며, 신용결정을 함에 있어서 규정적합성(Ordnungsmäßigkeit)을 판단해야 한다는 것으로부터 절차를 준수(Einhaltung eines Verfahrens)해야 한다는 것으로 그 중심을 옮겼다.²⁹⁾ 그래서 그 결과가 명백히 신뢰될 수 없는 곳에서 한계에 부딪히게 되는 결정권자들에게는 평가의 여지가 주어지게 된다.³⁰⁾

광고나 이미지 관리를 목적으로 한 회사의 지출 역시 위험한 결정의 관점 아래서 판단될 수 있다. 그런 점에서 이처럼 상당히 불확실성이 있는 지출을 경제적으로 사용하는 것이 부담되는 것은 명확하다. 또한 마찬가지로 그로부터 가령 예를 들어 스폰서의 금지가 도출되지 않는다는 것도 명확하다. 그런 점에서 연방대법원은 결정권자의 넓은 재량범위를 인정해주고 있다. 스포츠클럽에 기부하는 것을 허용한 기본적인 결정에 있어서 연방대법원은 형법 제266조에 따른 가벌성을 “중대한 의무위반(gravierende Pflichtverletzung)”의 존재에 달려있다고 하였는데, 이 중대한 의무위반의 존재는 “특히 회사법적인 기준에 따라 전체적인 관점(Gesamtschau)”에서 판단되어야 한다고 한다. 이런 전체적인 관점의 범주에는 다음과 같은 상황에서 의미를 가질 수 있다고 한다.³¹⁾

- 기업의 재물을 기부함에 있어서 친밀성이 떨어짐

28) 사리사욕 유무에 대한 견해가 문제가 없는 것으로만 보이지는 않는데, 구성요건에서는 그것이 중요하지 않기 때문이다; Ransiek, ZStW 116 (2004), 640면. 독일형법 제266조는 이득죄(Bereicherungsdelikt)가 아니다.

29) Ransiek, ZStW 116 (2004), 675면; 회사법절차는 사무관리와 재산권자의 이익을 조정하는 것을 고려하지 않고 있으며, 그 때문에 반드시 내용적인 정당함에 대해서 약속해 주는 것은 아니라는 견해와 함께 비판적으로는 Kubiciel, NSTZ 2005, 356면.

30) Ransiek, ZStW 116 (2004), 674, 677면.

31) BGHSt 47, 187.

- 기업의 이익이나 수익상태에서 볼 때 기부가 적합하지 않음³²⁾
- 기부와 그 전용에 대한 결정에 있어서 기업내부적인 투명성이 부족할 것
- 사물의 이치에 어긋나는 동기가 존재하는데, 특히 개인적 특혜를 추구할 것

이에 따르면 연방대법원은 실체적 기준을 부분적으로나마 중요하게 여기고 있다(예를 들어 기부의 부적합성 같은 것). 하지만 규정에 맞는 절차를 준수했는지 혹은 준수하지 않았는지도 역시 중요하다. 그러나 그 기준이나 특별히 요구되는 전체적인 관점은 언제나 - 연방대법원에 의해서도 역시 강조되었듯이 - 기업의 넓은 결정영역을 존중해 주려는 경향을 명확히 하고 있다.

모종의 가치판단에 따른 장래의 투자와 유사한 것이 경영자에 대한 격려금(Anreizzahlung)으로 나타나기도 한다. 연방대법원은 그 유명한 만네스만 소송에서 추후에 보장이 승인된 특별수당에 대해서 결정을 내려야만 했다. 주식회사에서는 감사회가 대표이사의 보수 결정에 대한 주업무를 담당하고 있는데, 주식회사법 제87조에 따르면 단지 “적절한(angemessen)” 보수만을 승인해야 한다. 하지만 연방대법원은 이 경우에는 “적절성(Angemessenheit)”에 비추어서 특별수당의 수준을 결정하는 것을 전혀 고려하지 않고 있는 것이 틀림없다. 왜냐하면 보다폰(Vodafone)의 적대적 인수합병 때문에 보수가 낮은 이사는 더 이상 그 회사에서 일을 하지 않을 수도 있으며, 장래를 위해서 격려하는 효과는 처음부터 배제되었다는 것이 명확했기 때문이다. 따라서 그 급부는 “모든 효용성이 없는(ohne jeden Nutzen)”, 즉 “위임된 회사재산의 낭비(Verschwendung des anvertrauten Gesellschaftsvermögens)”였다는 것이었다.³³⁾

또한 현재의 경제위기가 위험한 거래에 대한 배임죄의 가벌성에 대해서 다시금 생각 하도록 하는 원인을 제공해 줄 수도 있다. 많은 은행의 대표들은 최근 가치가 하락해서 거래되고 있는 유가증권의 가치를 예측할 수는 없었지만, 그럼에도 불구하고 시장의 압력에 대해서 “견디어 내고 있다(mitgemacht)”고 그동안 설명해 왔다. 관리되고 있는 재산에 대해서 간과할 수 없는 위험을 수용하는 것은 형법 제266조에 포섭되는 모험거래를 나타낸다고 할 수 있을 것이다.³⁴⁾

32) 이에 대해서 비판적으로는 Brammsen, wistra 2009, 99면; Saliger, HRRS 2006, 19 이하.

33) BGHSt 51, 331, 337, 340 이하.

34) Bernsmann, GA 2009, 298면; Fischer, StraFo 2008, 272면(각주 35면); Gallandi, wistra 2009,

Ⅲ. 의무위반의 판단에 대한 기준들

1. 형법 제266조의 민법에서의 종속성(Zivilrechtsakzessorietät)

기업의 결정이 형법 제266조에서의 의무위반인지 여부에 대한 문제의 해답에 대한 출발점은 이런 금지가 근거지워지는 것이 아니라 연결지워지게 되는 형법의 2차적 규정으로서의 특징을 살펴보는 것에 있다.³⁵⁾ 그러므로 어떤 행위가 언제나 우선규정(Primärordnung)에 의해서, 특히 민법이나 회사법의 규정에 따라서 허용될 때에는 언제나 형법 제266조에 해당하지 않게 된다는 결론에 이르게 된다.³⁶⁾

그 허용성은 다시금 기본적으로 재산소유자와 재산보호의무자 사이의 내부적 관계속에서 맺어진 협약에 달려있다.³⁷⁾ 이는 형법 제266조의 보호법익이 기본적으로 그 소유자의 처분에 속해있는 재산이라는 것에서 기인한다. 또한 상대적으로 문제가 되지 않는 것은 재산보호의무자의 의무범위가 재산소유자가 명시적으로 확정한 것으로부터 특정된다는 것이다. 따라서 재산소유자가 비교적 위험이 적은 거래만을 하도록 미리 엄금했다면, 허용되지 않은 모험거래는 이미 이런 지시에 대한 위반행위가 된다. 반대로 재산소유자가 비록 높은 위험 가운데 거래를 하는 것, 가령 투기성이 높은 유가증권을 획득하는 것에 동의했다면, 이에 상응하는 행위를 하는 것은 의무에 위배되지 않는다.

위임된 재산의 관계에 대해서 구체적인 규정이 미흡할 때, 경영자가 얼마나 올바르게 양심적인지를 판단하는 일반적인 잣대를 곧바로 가져다 대는 것은 경솔할지도 모른다. 이는 재산보호의무자의 의무가 항상 재산소유자의 의지에 부합해야 하는지에 있어서 재산소유자의 의지가 명확하게 나타나지 않은 경우에는 재산소유자의 추정적 의사(mutmaßlicher Wille)가 탐색되어야 하기 때문이다.³⁸⁾ 가령 현존하는 추정적 동의는

44면; 반대하는 견해로 Brühnig/Samson, ZIP 2009, 1092면. 평가기관의 긍정적 평가에 대한 결정 책임이 보호될 수 있다는 점에서; 앞과 동일, 1092면 이하. 형법 제266조에 따른 가벌성의 보다 확장된 가능성의 관점에 대해서도 역시 동일함.

35) 형법 제266조에 대해서 다양하게 주장되는 종속적 특징은(Ransiek, ZStW 116[2004], 644면 이하; Rönnau, ZStW 119[2007], 887면, 903면 이하) 그다지 특별한 것은 없어 보인다.

36) 예를 들어, Saliger, HRSS 2006, 14면.

37) BGHSt 50, 331, 342면 이하; Hellmann, ZIS 2007, 434면 이하; 상세하게는 Waßmer, Untreue bei Risikogeschäften, 1997, 32면 이하 참조.

위법성조각사유(Rechtfertigungsgrund)가 아니라 구성요건에 해당하는 행위의 윤곽을 미리 그려주는 것이 된다.³⁹⁾ 하지만 추정적 의사라는 방식은 무엇보다도 방법론적 관점에서 고려되어야 한다. 재산소유자의 구체적인 의지에 대한 근거가 미흡할 경우, 최근에는 이를 탐색하기 위해서 일반적인 잣대가 드리워진다. 왜냐하면 재산소유자가 재산 보호의무자에게 대해서 반대하는 근거를 나타내고 있지 않은 경우에는, 올바르게 양심적인 사무관리(Geschäftsführung)에 상응하는 것을 기대하고 있다는 것이 가정되기 때문이다. 그 배후에는 이런 기준을 준수할 경우 다양한 이익들이 적당한 방법으로 조정될 것이라는 가정이 존재하고 있다.

하지만 유력한 견해에 따르면 이것이 현존하는 의사결정의 방식에 해당하지 않는다면 - 명시적이거나 추정적인 - 경제적 권리자의 의지가 법인의 경우에는 관련이 없다고 한다. 이는 특히 주식회사의 경우에 실제적인 의미를 갖게 된다. 연방대법원은 주식회사법 제30조에 따라서 자본금이 침해되거나 회사의 존치나 지불능력이 위협해진다면, 사무관리자의 행위는 (경제적인 소유권자로서) 회사의 결정에도 불구하고 형법 제266조에 따른 주식회사에 대한 의무위반이 된다는 입장에서 서 있다.⁴⁰⁾ 하지만 이것은 옳지 않다. 형법 제266조는 오직 주식회사의 소유자, 즉 처분을 위해서 존재하는 회사의 재산을 보호하는 것에만 적용된다. 즉 회사의 자본금 유지나 회사의 존치에 대한 이익은 형법 제266조에 의해서가 아니라, 신뢰를 보호해주는 구성요건들, 가령 과산형법(형법 제283조 이하)이 적용된다.⁴¹⁾

위임된 재산과 관련된 다양한 문제들에 대해서 일반적인 규정들을 확인하는 것은 배임죄 구성요건에 있어서 중심적인 문제이다. 특히 이것은 모험거래 행위의 경우에도 유효하다. 우선적으로 적용되는 규범들, 즉 - 규정되었거나 규정되지 않은 - 민법이나 회사법 규범들이 기준을 형성해 준다.

우선규정으로부터 명확한 규정, 가령 특정된 형태의 투자대상(Geldanlage)에 투자해

38) Feigen, in: FS für Rudolphi, 2004, 448면.

39) Hellmann, ZIS 2007, 437면.

40) BGHSt 49, 147, 158.

41) 이에 해당하는 것으로 Lenckner/Perron, in: Schröder, Strafgesetzbuch, 제27판, 2006, §266 Rn. 21b; 또한 주식회사에 대한 고려를 전용하는 것에 대해서 역시 같은 곳 Rn. 21c.

야 할 의무가 생겨난다면,⁴²⁾ 재산소유자의 손해에 있어서 이 규정의 위반은 규정에 따라,(유보적으로 추가적인 특별한 형법적인 제재; 이에 대해서는 아래의 2.) 즉 형법 제 266조에 따른 재산보호의무의 침해를 근거지운다.

이에 반해서 우선규정의 규범들에 따라서 아무런 문제없이 허용되거나 허용되지 않는 것으로서 평가될 수 없는 그런 행위유형에 대한 판단에 있어서는 어려움이 생긴다. 그런 불확실성이 의무위반을 가정하는 것에 대답할 수도 있다는 것에서 부분적으로나마 엄격한 해석에 대한 노력이 나오게 된다.⁴³⁾ 이는 설득력이 있지는 않다. 왜냐하면 “불리할 때는 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)”라는 원칙이 법률적 문제에 대한 해답에 있어서 적용되지 않고 있기 때문이다. 또한 이런 사안에 대한 민법적인 분쟁을 판결하는 것에서도 역시 형사법원의 책임이 존재하게 된다(형사소송법 제262조 참조).⁴⁴⁾ 가해자를 위해서 보다 유리한(잘못된) 법률 해석이 지향된다면, - 나머지도 마찬가지로 - 착오이론(Irrtumsregel)이 적용될 수 있게 된다(형법 §§ 16, 17).⁴⁵⁾

이에 반해서 Beulke는 오류를 범하고 있는데, 그의 견해에 따르면 “민사법원이나 민법이론에 의해서 허용되는 것으로서 분류되는 행위에 대해서 시민들을 형법적으로 고소하는 것은” “매우 불합리한(geradezu absurd)” 것이라고 한다. “민법적으로나 공법적으로 우선되는 규범이 특정된 행위 유형이 의무위반으로서 분류될지 여부가 불명확할 정도로 불특정되거나 다의적이라면, 시민이 이런 행위적 대안을 결정했다고 하더라도, 시민에게 형법적으로는 비난을 가할 수 없을 것이다.”⁴⁶⁾ 따라서 사안에 대해서 근거지울 수 없는 형법 제266조에 대한 특별한 도그마틱이 요청된다. 모든 과실치상의 경우 법원은 행위규범의 윤곽을 그려내는 것, 즉 특정행위가 육체적 완성성의 보호법익의 관점에서 위험한 것일 뿐 아니라 허용되지 않은 위험인지 여부를 언급하고 있다는 것을 지적하고 있다. 이런

42) 임차금의 경우 보증금에 대한 이자가 지급되도록 투자해야 한다는 것에 대한 의무와 관련된 민법 제551조 제3항 참조. 연방대법원은 임차인에 대해서 임대인을 재산보호의무자로 간주하고 있다; BGHSt 41, 224, 227 이하.

43) Beulke, in: FS für Eisenber, 2009, 251면 이하.

44) BGHSt 50, 331, 338; Rönna, ZStW 119 (2007), 913면 이하, Rönna, NSTZ 2006, 218, 220.

45) 하지만 바로 구성요건착오와 금지착오의 경계를 규범적인 구성요건표지로 끌어들이는 잘못된 이해의 경우에 있어서 비정상적으로 문제시 된다; 이에 대해서 BGH, JZ 2006, 560면, 567면 이하 참조(Mannesmann-판결; 출판물이 않은 경우에는 BGHSt 50, 331).

46) Beulke, in: FS für Eisenberg, 2009, 251면 이하.

문제에 대한 해답은 바로 위험이 기업의 차원에서 발생할 때, 가령 교통안전의무와 같은 문제일 때, 비정상적으로 어렵거나 또한 의견이 분분할 수 있게 된다. 이 때, 규정된 우선적인 규범들은 종종 존재하지 않게 된다. 따라서 형벌을 결정하는 것은 “매우 불합리” 할 수 있는데, 의무위반의 각하를 정당화할 수 있기 때문이다(그리고 그 외에 주목해야 할 것이 있다. 재력이 있는 피의자는 거의 항상 매우 주목할 만한 결과들을 낼 수 있으며, 그와 함께 또한 “정당화 되도록(vertretbar)” 만들 수 있는 전문적인 감정인을 찾는다). 시민이 자신의 사안의 결정을 담당하고 있는 법원의 잘못된 법률해석을 따르게 된다면, 착오의 문제가 존재하게 되며, 바람직하지 않은 형벌기준의 관점을 가지고 객관적 구성요건에 있어서 일반적인 원칙들에 역행하는 잘못(Verlagerung)을 전파하게 되는 것은 도그마틱적으로도 설득력을 잃게 된다.⁴⁷⁾

2. “중대한 의무위반(gravierende Pflichtverletzung)”의 요청

판례⁴⁸⁾와 문헌⁴⁹⁾에 있어서 그 견해가 다양하게 주장되고 있는데, 민법이나 회사법적 관점에서의 위법성만으로는 형법 제266조에서의 의무위반을 근거지울 수 없다는 것이다. 이 규정은 오히려 중대한 의무위반을 전제하고 있다고 한다.

무엇보다도 연방대법원 형사1부⁵⁰⁾에 의해서 발전된 특별한 형법적인 책임전제조건이 인용될 수 있는데, 그렇지 않다면 기업의 결정에 대한 편의(Entscheidungsfreude)와 위험의 발생에 대한 대비가 형사적 책임에 대한 두려움으로 인해서 마비될 수도 있다. 그에 반해서 연방대법원의 형사3부는 중대한 의무위반에 대한 필요성을 거부하고 있다.⁵¹⁾ 기업의 재량범위는 이미 우선규정의 범주에 있어서, 즉 민법 및 회사법의 차원에서 충분히 고려된다고 한다. 이에 대해서 동의할 수 있다.⁵²⁾ 왜냐하면 검증의무를 소홀히 한 모든 것이 우선규정에 의해서도 신용공여에 있어서 허용되지 않은 위험을 초래하게 되는 것은 아니기 때문이다. 만네스만 판결에서 연방대법원은 주식법적인 “적절성

47) 하지만 Beulke, in: FS für Eisenberg, 2009, 252면에서만 그러하다.

48) BGHSt 47, 148, 149 이하, 152 이하, 47, 187, 197.

49) 예를 들어, Dierlamm, StraFo 2005, 402면 이하; Lüderssen, in: FS für Lampe, 2003, 729면.

50) BHGS 47, 148, 149 이하, 152 이하; 47, 187, 197.

51) BHGSt 50, 331, 343 이하.

52) 또한 Rönnau, ZStW 119 (2007), 909면 이하; Schünemann, NStZ 2005, 476면; Schünemann, NStZ 2006, 197면.

(Angemessenheit)”의 요청에 있어서 대표이사의 보수는(주식회사법 제87조) 기업의 넓은 운신의 폭이 고려된다라는 입장에서 있었다. 바로 주식회사법 역시 일반적 규정들을 통해서(주식회사법 제93조 제1항 제2문)⁵³⁾ 기업의 결정영역을 보장해 주고 있다. 그에 따르면 형법영역에서 또 다른 책임한계에 대한 근거는 존재하고 있지 않다.

IV. 재산상 손해에 대한 요청: “손해나 다름없는 재산상 위험”

가해자가 위험한 거래를 함으로써 자신의 재산보호의무를 어기게 되었다면, 먼저 창출된 위험이 실현되었는지 또는 다시금 “모든 것이 잘되어 가고 있는지(alles gut geht)”의 여부가 여전히 불분명한 사례들이 당연히 존재하게 된다. 보호되는 재산에 대한 위험이 실현되었을 경우에 비로소 형법 제266조의 충족을 위한 전제조건인 “재산상 손해(Vermögensnachteil)”가 발생했다는 입장에 설 수도 있을 것이다.⁵⁴⁾ (재산상 손해가 발생한) 그런 경우가 아니라면, 형법 제266조에 따라 처벌되는 것이 아니라 미수(Versuch)만이 존재하게 된다.

하지만 유력한 견해는 다른 해석을 하고 있다: 재산에 대한 구체적인 위험이 이미 그 경제적 가치를 감소시켰으며, 그 때문에 이미 손해가 발생한 것이라고 한다. 즉, 의무를 위반한 위험한 행위는 재산상 손해에 해당한다는 것이다.⁵⁵⁾ 이런 소위 “손해나 다름없는 재산상 위험(schadensgleiche Vermögensgefährdung)”의 배후에는 경제적 재산관념이 그 중심에 서게 되는데, 그에 따르면, 채무(Verbindlichkeit)를 제외하고 자연인이나 법인의 금전적 가치의 재화의 총체가 재산에 속하게 된다.⁵⁶⁾ 이런 재산은 위험에 의해서 이미 부담이 될 수 있으며, 감소될 수 있다.

53) 이 소위 영업 판단 규칙에 따르면 다음과 같다: “대표이사가 기업의 결정에 있어서 이성적인 방법으로 회사의 번영을 위해서 적절한 정보를 근거로해서 행동하는 것을 받아들였다면, 의무위반은 존재하지 않는다.”

54) 부수적으로 Bernsmann, GA 2007, 230면; Naucke, StV 1985, 187면에서 그러함.

55) Saliger, HRRS 2006, 14면에서는 행위와 행위 결과를 “허물어 뜨리는 것(Verschleifung)”이라고 한다; Schönemann, NStZ 2005, 475면에서는 은행배임의 경우 의무위반성과 손해가 “원칙적으로 동전의 양면”과 같다고 보고 있다.

56) Fischer, Strafgesetzbuch, 제55판, 2008, § 263 Rn. 54 이하.

하지만 “손해나 다름없는 재산상 위험”과 연관 지으려는 판례에 대해서는 상당히 비판적이다. 그래서 최근 Beulke는 다음과 같이 쓰고 있다.⁵⁷⁾ “판례의 손해나 다름없는 재산상 위험에 대한 법해석 구조(Rechtsfigur)의 인플레이션적인 재수용은 최근 십 여 년 동안 경제형법의 영역에 있어서 아마도 가장 유감스러운 잘못된 발전이다.” 이는 형법 제266조의 확대에 직면하여 “상당한 불확실성(unertäglichen Unsicherheiten)”을 유발한다고 한다. 또한: “그로 인해서 침해범으로 개념지워진 배임죄가 법문에 반하여 구체적 위험범으로 전환된다. 따라서 배임죄의 미수를 - 사기죄에서와는 달리 - 처벌하지 않으려는 입법자의 결단이 무기력하게 된다.

이런 비판에 있어서 보호되는 재산의 윤곽을 알아갈 위험이 있다는 것이 정당화 된다.⁵⁸⁾ 판례에서 있어서 “손해나 다름없는 재산상 위험”이라는 구조의 매력은 손해의 정확한 집계에 대한 요청을 감소시키는 결과를 초래한다는 것이다.⁵⁹⁾ 구체적인 윤곽 없이 확장되는 위험이 이미 “손해나 다름없는 재산상 위험”의 개념 가운데 들어있는데, 이는 명확성의 원칙(독일기본법 103조 제2항)과의 충돌을 내포하고 있다.⁶⁰⁾ 형법 제 266조는 재산상 손해가 발생할 것을 요구하고 있다. 이에 따르면 “손해와의 동치성 (Schadensgleichheit)”으로는 전혀 (구성요건이) 충족될 수 없게 된다.⁶¹⁾ 다른 한편으로는 재산에 대한 위험이 경제적 거래에 있어서 그 가치를 이미 감소시킬 수 있다는 의구심은 거의 존재할 수 없다는 것이다.⁶²⁾ 바로 현대의 경제적 거래 관계가 복잡하다는 관점에서는 위험에 대한 재산의 무기력함(Anfälligkeit)을 외면하거나 형법 제266조의 보호영역을 매우 현실적인 손해에만 국한시킨다고 하는 것이 이치에 맞지 않을런지 모른다. 간단히 말해서: “손해나 다름없는 재산상 위험”의 개념은 포기되어야 한다. 그러나 위험한 상황이 재산상의 손해를 미리 근거지울 수는 있을 것이다. 위험이 실현될 경우의 손해로까지 확대될 수 있는 것은 단지 양적인 차이만을 만들어 내는 것이다.

57) Beulke, in: FS für Eisenberg, 2009, 262면; 또한 Perron, GA 2009, 227면 이하 참조.

58) Saliger, HRRS 2006, 12면 이하에서의 예시.

59) Bosch, JA 2009, 549면 이하; Bosch, wistra 2001, 257면 이하.

60) BGH, NJW 2009, 2390, 2391면; Bernsmann, GA 2007, 229; Brammsen, wistra 2009, 89면; Fischer, Strafgesetzbuch, 제55판, 2008, § 263 Rn. 94; Naucke, StV 1985, 187면.

61) Otto, in: FS für Lackner, 1987, 723면.

62) 반대되는 예상(Expektanzen)으로 재산의 가치를 높일 수 있는 것과 같은 것이 그러하다; Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 제27판, 2006, § 263 Rn. 87면 이하.

최근 연방대법원 형사1부에 의한 2008년 3월 20일자 판결⁶³⁾이나 2009년 2월 18일자 판결⁶⁴⁾은 이런 입장에 서 있다.⁶⁵⁾ 손해나 다름없는 재산상 위험에 대한 논의는 어떤 인식적인 이득(Erkenntnisgewinn)도 약속해주지 않는다고 하는데, 이는 경제적인 방식을 고려해 볼 때, 손해의 위험도 역시 재산상 손해를 나타내야 하기 때문이라고 한다. 이런 손해도 역시 산정될 수 있다고 한다.⁶⁶⁾ “추상적 위험의 고려”에 의해서 구성요건이 확장되는 위험은 “손해나 다름없는 재산상 위험”의 구조를 포기하는 것으로 저지될 수 있다고 한다.⁶⁷⁾

V. 주관적 구성요건에 대한 요청

모든 상황에 있어서 객관적 구성요건을 충족하기 위한 전제로서 고의가 있어야만 하는 것은 일반적인 도그마틱 원칙에 해당하는 것이다. 재산을 잃을 위험을 부담하고 있으며, 그와 함께 보호되는 재산상 손해의 원인이 되는 위험한 거래를 하는 것이 구성요건에 해당하는 행위가 된다면, 결과적으로 허용되지 않은 위험한 행위와 그로 인한 경제적 관련성 있어서 고의가 연관되지 않을 수 없다.⁶⁸⁾ 가해자가 이런 상황에 대해서 알고 있다면, 가해자에게 그 행위에 대해 불리한 효과를 주는 것이 옳지 않을 수 있음에도 불구하고, 직접적인 고의가 존재하는 것이 된다. 가해자가 단지 허용되지 않은 위험한 행위나 재산상 손해의 가능성을 목적으로 하고 있다면, 의지적인 고의요소로서 그가 이 상황을 승인하며 감수하고 있다는 것이 충족된다.⁶⁹⁾ 즉 가해자가 그에 의해서 창출

63) BGH, NJW 2008, 2451, 2452.

64) BGH, NJW 2009, 2390. 하지만 이 판결은 사기죄의 사안에 해당한 것이었다.

65) 동일한 의미에서 Brammsen, wistra 2009, 89면; Nack, StraFo 2008, 278면 이하.

66) 하지만 이런 산정을 절차적으로 전환하는 것에는 문제가 생길 수 있다; 이에 대해서 BGH, NJW 2009, 2390, 2391. “재산의 처분 시점에서 손해액을 정확하게 확정하는 것이 가능하지 않다면, 수명법관은 형법의 특별성을 고려하여 최소한으로 확정되어야 한다. ... 이는 이 때 허용된 판결영역의 범주 내에서 평가를 통해서 나타날 수 있다. 비판적인 입장으로 Bosch, JA 2009, 549면 이하.

67) BGH, NJW 2009, 2390, 2391.

68) Weber, in: FS für Eisenberg, 2009, 372면 참조.

69) 관례에 따르면 미필적 고의(dolus eventualis)에 대한 일반적인 공식이 그러하다. 유력한 설은 실제

되고, 재산에 부담을 지우는 위험을 감수한다면 충분하게 되는 것이다.⁷⁰⁾ 하지만 고의는 이런 위험의 실현과는 관련이 없어야 한다.

최근 연방대법원 형사2부가 의무를 위반한 위험한 행위에 대해 인용하는 것은 이런 원칙들을 벗어나고 있다.⁷¹⁾

정치적인 정당의 간부로서 정당의 재산적 가치를 외국의 계좌로 이체했지만, 정당의 결산 보고서에 공표하지 않음으로 해서 독일에서 공개적으로 논란이 된 “Kanther 사건”에 대한 판결이 내려졌다. 여기에서 존재하고 있는 의무위반성(Pflichtwidrigkeit)은 백만달러에 달하는 국가의 연방기금에 대해서 반환청구를 하도록 하는 것이 독일의회 의장에게서 부여되어 있다는 것에 있었다. 배일에 가려져 있던 정당의 재산이 알려지지 않으면 안 되었기 때문에, 배임죄에 대한 비난은 창출된 위험을 밝히지 않은 관점 하에서만 반환청구에 대해서 언급될 수 있었다.

위험에 대한 승인(Billigung)만이 요청되는 것이 아니라, “더 나아가 역시 형식적일 수는 있지만, 가해자가 그에게 원하지 않는 결과의 발생을 감수하고 있다는 위험의 실현에 대한 승인”도 요청된다고 한다.⁷²⁾

배임죄의 가벌성에 대한 주관적 구성요건에 대해서 이와 같이 제한하는 배경으로는 형법 제266조를 엄격하게 해석하려는 노력에서 비롯한다. 모험거래의 경우 구성요건이 단순한 위험범으로까지 확장된다고 한다.⁷³⁾ “구체적인 재산의 위험”을 손해로서 인정함으로써 - 처벌되지 않는 - 미수와 의 경계가 문제시 된다고 한다.⁷⁴⁾ 결론적으로 부당이득의 의사를 가지고 가벌성을 제안하는 것과 같은 사기죄(형법 제263조)와 같이 주관적 영역에서 가벌성을 제한하는 것이 미흡하다고 한다. 그러므로 형사부가 객관적 구성요건에서는 충족요건으로서 지적하고 있지는 않지만, 주관적 구성요건의 충족에 있어서

로 결과 발생에 대한 “진지한 수인(Ernstnahme)”의 결과와 동일한 것으로 보고 있다. 미필적 고의의 다양한 개념에 대해서 요약한 것으로는 가령 Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 제38판, 2008, Rn. 214면 이하.

70) BGHSt 47, 148, 157.

71) BGHSt 51, 100; 마찬가지로 BHG NStZ 2007, 704.

72) BGHSt 51, 100, 121.

73) BGHSt 51, 100, 121.

74) BGHSt 51, 100, 123.

요청되는 것은 정당한 것으로 간주된다.

이런 견해를 따른다면, 배임죄의 적용영역은 명백히 제한될 수 있을 것이라고 한다.⁷⁵⁾ 하지만 해결책은, Beulke가 제대로 확인한 것처럼, “도그마틱적 관점에서는 설득력이 떨어지게 된다.”⁷⁶⁾ (위의 IV에서 서술한 것처럼) 위험에 대한 손해는 단지 양적인 것이며, 양적인 관점에 있어서 최종적으로 실현된 손해와 구분되지 않는다는 형사1부와 같은 견해에 있다면, 해결책에 있어서의 근간(Grundlage)이 사라지게 된다. 결론적으로 그 때문에 연방대법원 형사1부는 경우에 따라서는 최종 손해에 대한 승인에 달려 있지 않다는 것을 확인하고 있다.⁷⁷⁾

VI. 형사절차에 대한 추가적인 견해

경제적인 위험에 대한 판결들에서 지금까지 보여준 형법적 위험에 대한 표상은 형사절차적 관점의 고려 없이는 미처 완전해 질 수 없을 것이다. 즉 배임죄의 구성요건에 대해서 보다 명확한 윤곽을 형성하려는 다양한 노력들이 다양한 방법들로 형사절차에 있어서 나타나게 된다.

먼저 형사절차가 실무적으로 빈번한 사례들에 있어서 기소편의(Opportunität)적인 사유들로 인해서 중지되는 사안들을 형법 제266조에 세밀하게 포섭시키는 것에 대한 요청이 나타나게 된다. 이런 절차중지는 특히 경미성에 따라서 고려되며(형사소송법 제153조), 형사소추에 있어서 공공의 이익은 의무부과(Auflage)나 지시(Weisung)에 의해서 배제될 수 있다(형사소송법 제153a조). 경제범죄의 형사절차에 있어서 특히 형사소송법 제153a조에 따라 금전부과로 인한 절차중지는 상당한 역할을 하게 된다. 따라서 결국 만네스만 사례에서는 백만달러에 이르는 금전부과로 인해서 다른 절차가 중지

75) Bernsmann, GA 2007, 230면; Beulke, FS für Eisenberg, 2009, 264.

76) Beulke, in: FS für Eisenberg, 2009, 264면; Bernsmann, GA 2007, 230면도 같은 의미; Weber, in: FS für Eisenberg, 2009, 375면. 실무적인 집행의 관점에 따른 사고로는 Perron, GA 2009, 230면 이하.

77) BGH, NJW 2009, 2390, 2391; Nack, StraFo 2008, 280면 이하에서도 같은 의미. 그 밖에는 일반적으로 위험인식, 즉 직접적 고의의 사례로 다루는 것이 명백하게 된다; Kühne, StV 2002, 199면 참조.

되었다.⁷⁸⁾ 이 사례에서는 무죄추정의 가치가 지켜지는 판결이 내려지지 않았다.

소송절차가 중지되지 않는다면, 이는 법원이 사안을 여전이 불가피하게 자신들의 도그마틱 자유안에서 관찰시켜야만 한다는 것을 의미하게 된다. 이는 경제범죄의 형사소송에 있어서 스스로를 구속하고 있는 실무적인 협상(Absprache)의 - 어쨌든 실제적인 - 결과이다. 구체적인 형벌이 내려질 수 있는 범위내에서(형사소송법 제257c조)⁷⁹⁾ 특정된 형벌범주를 동시에 확정하는 경우, 2009년 8월 4일부터 법률적으로 근거를 갖게되는 자백에 대한 고려의 가능성은 바로 법률적 또는 사실적으로 어려운 사안에 있어서 법원의 부담을 벗어버리기 위한 유용한 수단이다.

VII. 결과

영업거래에 있어서 위험한 행위는 배임죄로서 처벌될 수 있다. 특별히 형법적으로 “경영자에 대한 특권(Managerprivileg)”을 설정해 줄 이유는 없다. 형법적 관점에서도 역시 존중되어야 하는 기업의 넓은 결정영역은 과범죄화(Überkriminalisierungen)되는 것으로부터 충분히 보호되고 있다. 하지만 이런 결정영역이 도를 넘어선 것이 아닌지 그리고 위험에 대한 결정이 이미 (추상적 위험뿐만 아니라) 재산상 손해를 초래하고 있지는 않은지 여부가 실무에 있어서는 매우 조심스럽게 검토되어야 할 것이다.

이에 대한 윤곽도 그려지지 않는 것에 대해서 다양하게 언급된 우려의 목소리는 복잡한 경제형법의 사실관계들과 절차적 관계를 통해서 - 하지만 설득력이 약간 부족한 방식으로 - 사실상 해소되고 있다. 기소편의에 따른 절차의 중지와 협상이 가벌성의 위험만을 감소시켜주는 것은 아니다. 최고법원의 판례가 주로 하급법원의 해석에 영향을 미칠 기회가 여전히 있다는 것은 이런 장치들로 인해서 오히려 실패의 증가를 가져오게 된다. 실제로 이것은 법률상 또는 사실상의 복잡한 사실관계들이 다소간 명확하지 않은 사실행위나 법기반 위에서 해결된다는 것을 의미한다. 이런 측면에서 보면 바로

78) 피고인들에게 개별적으로 다음의 지급의무가 부과되었다: Prof. Dr. Funk: 백만 유로, Zwickel: 60,000 유로; Ladberg: 12,500 유로; Dr. Esser: 백오십만 유로; Dr. Ackermann: 삼백이십만 유로.

79) 이에 대해서 상세히는 끝이어나 Murmann, ZIS 2009.

경제범죄의 사안이야말로 형사사법에 대한 거대한 위험이 될 우려가 되고 있다.

이런 위험이 형사사법에 대한 오래된 선입견들을 되살리게 될 때, 더욱 심각하게 받아들여 질 수 있다: 기소편의적인 절차의 중지와 협상에 따른 판결은 공공연하게 부유한 가해자에게 특권을 주는 듯한 인상을 불러일으킨다. 따라서 이미 언급된 회사에서의 긴장관계의 발생이 형사사법을 통해서 해소되는 것이 아니라, 오히려 역으로 보다 강화될 우려가 있다.