

한국형사정책연구원 2009년 추계학술회의

한국과 독일의 형사입법 및 형사정책의 동향

일 시 : 2009. 10. 7.(수) 10:00~17:30

장 소 : 엘타워 EL TOWER 8층 엘하우스(서울특별시 서초구 양재동)

주 최 : 한국형사정책연구원

개 회 사

한국형사정책연구원은 그동안 형사정책적 현안과 관심사에 대하여 국내외 학계 및 실무계 전문가들이 함께 의견을 나누는 학술회의를 정기적으로 마련해 왔습니다.

특히 금년 추계 학술회의는 한국과 독일의 형사입법과 형사정책의 최근 동향에 대한 논의를 위하여, 올해 4월 한국형사정책연구원과 학술교류협정을 체결한 독일 괴팅엔 대학교 형사법교수님들을 모셨습니다. 발표를 위해 한국을 찾아주신 Joerg-Martin Jehle, Gunnar Duttge, Uwe Murmann 세 분 교수님들께 감사의 말씀을 드립니다.

독일과 한국 두 나라는 반세기에 걸쳐 현대형사법의 여러 학문적·실무적 쟁점에 대해 활발하고 긴밀한 교류를 지속해 왔습니다. 특히 형사법 개정, 경제범죄, 인터넷범죄, 재범통계 문제는 양국에서 많은 관심을 가지고 논의하고 있는 현안입니다.

Duttge 교수님은 형사소송법 개정에서 효율성의 증진을 추구하면서도 피의자 권리 보장을 약화시켜서는 안 된다는 점을 강조하고 있습니다. Jehle 교수님은 형사사법제도의 주요목적의 하나인 재범방지 실현을 확인할 수 있는 정보로서 재범통계에 대하여, Murmann 교수님은 경제형법에서 영업거래상 위험한 행위의 배임죄처벌 가능성에 대하여 연구해 오셨습니다.

또한 전지연 교수님은 인터넷피싱의 형사처벌가능성에 대하여, 한국형사정책연구원의 이천현 박사는 행정법규상 벌칙규정의 체계적 법정형 정비 방안에 대하여 연구성과를 발표해 주시겠습니다. 모쪼록 오늘 학술회의가 양국 형사입법과 형사정책의 합리적인 발전방향을 모색하는 자리가 될 수 있기를 바랍니다.

끝으로 추계학술회의를 위해 사회를 맡아주신 장영민, 오영근 교수님, 토론자로 참여해 주신 서보학, 류전철, 원혜욱, 유용봉, 신동일 교수님들과, 준비와 진행을 위해 애써준 한국형사정책연구원 관계자 여러분들께도 감사드립니다.

2009년 10월 7일
한국형사정책연구원장
박 상 기

축 사

친애하는 원장님, 그리고 내외 귀빈 여러분,

괴팅엔대학교 형법사법연구소에서 온 독일 교수진을 대표하여 여러분께 환영의 말씀을 전하게 되어 매우 영광입니다. 연구소는 괴팅엔대학 법학부 소속으로, 범죄학 및 형벌학, 의료형사법 및 생명윤리학, 경제형법, 그리고 외국법 및 국제법의 네 개 학과로 구성되어 있습니다. Kai Ambos 교수는 유감스럽게도 참석을 못했지만, 오늘 참석한 교수진은 각 학과의 학과장들입니다.

지난 4월, 박상기 원장님께서 괴팅엔대학교를 방문하셨을 때, 괴팅엔대학교 연구소는 국제적으로 저명한 한국형사정책연구원과 양해각서를 체결하게 되어, 참으로 기쁘고 자랑스럽게 생각하고 있습니다. 물론 저희 법학부와 한국의 여러 대학, 연구기관, 학자들 간의 교류와 협력은 오래 전부터 계속되어왔습니다. 대표적인 예로, 박상기 원장님께서 괴팅엔대학교에서 수학하시고, 석좌교수이신 Fritz Loos의 지도로 박사학위를 취득하셨습니다. 또한, 대학 차원에서도 많은 교류 활동들이 진행되고 있습니다. 최근에 괴팅엔대학교는 괴팅엔국제학부를 설립하였고, 독일 대학들 간의 우수한 경쟁에서 괴팅엔대학교가 성공을 거두어 받은 자금으로 서울에 연구실을 설립하였습니다.

더욱 기쁜 일은 양 기관이 비록 반 년 전에 양해각서를 체결하였음에도 우리가 이와 같은 훌륭한 학술회의에 기여할 수 있는 영광스러운 자리에 초대 받았다는 것입니다. 우리의 연구를 발표할 수 있어 진심으로 감사하는 마음입니다. 오늘의 기여가 이곳에 계신 관련 학자와 연구자 분들께 흥미롭기를 바랍니다. 여러분의 활발한 의견 제시를 바라며, 금번 학술회의가 미래의 연구와 유익한 의견교환의 시발점이 될 것이라 확신합니다.

2009년도 추계학술회의가 성공적인 성과를 거두기를 희망합니다. 학술회의 동안 좋은 의견교환과 양방의 많은 토론이 있길 바라며, 발제 할 수 있게 되어 기쁘게 생각합니다. 이 학술회의를 주관해 주신 박상기 원장님께 감사드리고, 경청해 주신 귀빈 여러분께도 감사를 드리는 바입니다. 감사합니다.

독일 괴팅엔대학교 교수
외르그-마틴 옐레
Prof. Dr. Joerg-Martin Jehle

학술회의 일정

10:00 ~ 10:30 등 록

10:30 ~ 10:40 개회사 : 한국형사정책연구원 박상기 원장

축 사 : Joerg-Martin Jehle 교수(독일 괴팅엔대)

제1부 사 회 : 오영근 교수(한양대)

10:40 ~ 11:30 제1주제 : 보호적 형식의 해체와 효율적 형법? 9
(Effizientes Strafrecht durch Abbau schützender Formen?)

발 표 : Gunnar Duttge 교수(독일 괴팅엔대)

토 론 : 서보학 교수(경희대)

통 역 : 김성은 부연구위원(한국형사정책연구원)

11:30 ~ 12:20 제2주제 : 배임죄(독일형법 제266조)와 모험거래 25
(Untreue(§ 266 StGB) und Risikogeschäfte)

발 표 : Uwe Murmann 교수(독일 괴팅엔대)

토 론 : 류전철 교수(전남대)

통 역 : 이원상 전문연구원(한국형사정책연구원)

12:20 ~ 14:00 점 심

제2부 사 회 : 장영민 교수(이화여대)

- 14:00 ~ 14:50 제3주제 : 독일 재범 통계의 구조 및 효과 67
(Structure and Results of the German Reconviction Statistics)
발 표 : Joerg-Martin Jehle 교수(독일 괴팅엔대)
토 론 : 원혜욱 교수(인하대)
통 역 : 강우예 부연구위원(한국형사정책연구원)
- 14:50 ~ 15:40 제4주제 : 인터넷피싱의 형사법적 책임 97
발 표 : 전지연 교수(연세대)
토 론 : 유용봉 교수(한세대)
- 15:40 ~ 16:30 제5주제 : 행정법규상 벌칙규정의 법정형 121
발 표 : 이천현 연구위원(한국형사정책연구원)
토 론 : 신동일 교수(한경대)
- 16:30 ~ 16:40 휴 식
- 16:40 ~ 17:30 종합토론(질의 및 응답)

제 1 부

사 회 : 오영근 교수(한양대)

[제1주제]

10:40 ~ 11:30

보호적 형식의 해체와 효율적 형법?

(Effizientes Strafrecht durch Abbau schützender Formen?)

발 표 : Gunnar Duttge 교수(독일 괴팅엔대)

토 론 : 서보학 교수(경희대)

통 역 : 김성은 부연구위원(한국형사정책연구원)

보호적 형식의 해체와 효율적 형법?

(Effizientes Strafrecht durch Abbau schützender Formen?)

군나 두트케 교수(Prof. Dr. Gunnar Duttge)

독일 괴팅엔대학교(Universität Göttingen)

I. Quo vadis? 어디로 가는가, 독일 형사소송법이어? 이러한 걱정스러운 외침은 그 사이 독일의 최근 논의의 지배적인 분위기를 나타내고 있다. 형사소송법을 독일 헌법 현실의 변화에 대한 “지진계”로 파악하는 사람들은 모두 최근의 발전경향을 몹시 불안하게 바라보고 있다. 이들이 보고 느끼는 것은 - 법치국가적 형사절차에 대한 ‘전통적’ 이해와 관련해서 - 거의 진도 7의 연속지진과 다름없다. 왜냐하면 독일의 입법자와 그리고 그 사이 독일 최고법원의 판결도 “창조적 범발견”을 통해 절차신속화를 통한 효율성증진이라는 목표를 표방하고, 점점 더 피의자권리의 해체를 추진하고 있기 때문이다.

예컨대 기본적 중요성을 갖는 진술거부권과 관련해서 의미 있는 현상으로서, 피의자와 그 가족의 주변에서 은밀히 탐문수사를 벌일 수 있는 권한이 현저히 확대되었고, 또 최근에는 새로 도입된 공범증인규정으로 협조준비가 되어 있는 피의자에 대해 유인책도 마련되었다. 증거신청권과 상소권도 최근 판례에서는 단지 축소된 상태로 나타난다. 그리고 지난 7월 30일에 효력을 발한 절차종료적 협상제도에 대한 “결백증서”로 이미 이전부터 널리 퍼져있던 형사절차의 비정형성과 무규칙성에 대하여 사법기관에 따라서는 이제 정상성의 외양을 부여하기도 한다. 이로써 마치 “간결한 소송절차”가 이미 언제나 형사절차의 고유하고, 궁극적인 목표였던 것처럼 되어 버린다.

절차형식규정들과 피의자의 참여권, 특히 법치국가적 보장책, 예컨대 무죄추정과 그로부터 연원하는 ‘의심스러울 때는 피고인에게 유리하게’라는 원칙, 그리고 기본권적 자유 및 예측가능한 형사사법에 대한 신뢰보호 등은 사실은 효율적인 형사소추에 이르는 과정에서 달갑지 않은 장애물에 지나지 않는 것인가? 또 이것은 최근에는 이미 처음부터 확실히 밝혀져 있는 “피해자”를 만족시키는 데도 장애물이 될 것인가? 엄격

한 법규정에 따른 균형 잡힌 공정한 형사소송의 표현으로서 절차적 형식의 가치를 강조하는 것이 전면적 동의를 얻을 수 있었던 시대는 분명 지나갔다. 예전에는 절차의 사법정형성과 그 고유수단인 절차형식은 여전히 형사소추기관의 제어되지 않은 자의적 권력행사를 저지하기 위한 가장 중요한 보장책으로 간주되었다. 1945년 이후 독일에서 법치국가적 형사사법을 재건하던 시대에 형사소송법의 수장이었던 Eberhard Schmidt는 자신의 유명한 “주석서”에서 다음과 같이 말하기도 하였다. “사법정형성은 신속성을 비로소 가능하게 한다. 그러나 이것은 동시에 주의와 신중을 당연히 요구한다.”

II. 현재의 상황을 이와 같이 암울한 색채로 표현하고, 평소와 같은 안정을 취할 수 없는 사람은 그 이유를 충분히 제시해야 할 것이다. 그런데 이러한 이유는 너무나 많아서 여기서는 부득이하게 엄격히 선별하지 않을 수 없다. 이하에서 나는 가장 중요하면서도, 또 가장 의문스러운 세 가지 현상에 대해 집중적으로 살펴보겠다. 첫째는 증거신청권 영역에서의 축소현상이다. 둘째는 이와 관련해서, 또 상소권과 관련해서도 마주치게 되는 “진실의제” 현상으로, 이는 법원의 석명 의무에 대한 종래의 이해에서 벗어나 있다. 셋째는 - 어쩔 수 없이 다루게 될 - “절차종료적 협상”이라는 현상이다.

1. 주지하다시피 증거신청권(독일 형사소송법 제244조 3항-6항, 제245조)은 소송진행에서 현저한 중요성을 가지는데, 한편으로는 피고인의 주체지위의 강화라는 의미에서, 그리고 다른 한편으로는 “진실”의 규명을 위해서 그러하다. 이것으로 승인되는 “선이해의 경합”이 형사법원에서의 (그리고 재판장에게서의) 독점과는 달리 실무에서 얼마나 중요할 수 있는지를 일련의 최근사례들이 잘 보여주고 있다. 이 사례들에서는 법원 측에서 사안의 토대를 일방적으로 조기에 확정하고, “방해가 되는” 증거청구를 기각함으로써 절차종료에 이르는 길을 단축하고자 시도하였다.

그 중에는 증거상황이 불명확함에도 불구하고 사실심법원이 피고인에게 유리할 수 있는 외국거주 증인의 진술을 화상-음향전송(독일 형사소송법 제247a조)을 통해 적극 확보하려 하지 않았고, 그에 대한 변호인의 증거청구를 “말도 안 되는 증거주장”이라고 기각한 사례도 있다. 그러나 연방대법원은 적절하게도 이러한 입장을 비난하였다. 왜냐하면 증인이 실제로 의견을 진술하기 전에는 보통 신청인은 증인의 진술을 사전에 알지 못하는 것이 당연하기 때문이라는 것이다. 실제로 바로 이러한 인식문제는 또한 앞당겨진 증거평가를 석명 의무가 왜 ‘원칙적으로’ 금지하는지에 대한 이유이기도

하다. 왜냐하면 공판시점에서 행하는 모든 증거예측은 언제나 인식결함이라는 결과와 또 동시에 그 고착화라는 위험을 내포하고 있기 때문이다. 법원 측의 그러한 “인식의 고정화”를 타파하고, 필요한 경우에는 법원으로 하여금 지금까지 수집된 모든 것의 의미를 다시 한 번 묻게 하는 새로운 사실들을 위해 마지막까지 진실발견의 절차를 열어두도록 강제해야 한다. 이를 위해서는 또한 결국 최종적 증거평가에서 유지되기 어려울지 모르는 그러한 증거수집도 인정하는 것이 불가피하다.

이러한 이유로, 점증하는 - 법관법적 - “증거신청권의 붕괴”에 대해 현재 매우 강한 염려가 표명되고 있다. 특히 연방대법원이 그 사이 “권리남용” 또는 “소송지연의도”로 제기되는 증거신청을 방지하기 위해 확립한 소위 제권기간(Präklusionsfristen) 모델은 법률이 극히 의문스럽게 다루어지고 있으며, 주어진 절차구조의 의미에 대한 이해도 확실히 사라져버렸음을 보여주고 있다. 이에 따르면, 사실심법원은 “심각한 권리남용”과 같은 “극단적 상태의 사례들”에서는 “소송당사자에게 증거신청의 수용기간을 정하고, ... 기간경과 후에 제기된 신청에 대한 일괄적(!) 기각을 ... 사전에 (!) 결정할 수 있는” 절차방식을 선택할 수 있다고 한다. “기각위협을 두는 기간지정”이라는 이러한 도구는 현행 독일 형사소송법 규정(제244조 6항, 제246조 1항)에 명백히 위배되며, “권리남용”이라는 확정되지 않은 변수를 가지고 - 이제는 법관의 - 권리남용을 유도하고 있으며, 결국 일체의 선언을 저버린 채 석명 의무 역시 제거해버린다. 이러한 사실은 절박한 경고에도 불구하고 연방대법원이 걷고 있는 새로운 행로를 지금까지 막지 못하였다.

정반대로, 최근 판례의 입장에 따르면 그러한 절차방식에 있어서 소송지연을 이유로 증거신청을 사전에 (반복적으로) 기각할 필요가 전혀 없고, 오히려 거꾸로 이러한 기각사유가 더 폭넓게 적용되고, 정해진 기간이 경과하면 이것이 이미 발생한 것으로 본다는 것이다. 기간경과의 인정은 대체로 마치 소송절차 단축을 지시하는 것처럼 보인다. “증거수집 종료 후 재판장은 ... 기간을 정하여 증거신청제기를 요구할 수 있고, 만약 신청이 정해진 기간 내에 제기되지 않고, 법원의 확신에 따를 때 기간을 넘긴 신청제기에 대해 납득할 만한 사유가 없다면, ... 원칙적으로 그 신청은 단지 절차의 지연만을 의도한 것이라고 볼 수 있다.” “압축적 공판실행”이라는 새로운 패러다임을 개척하기 위해 얼마나 단호하게 기존의 형사절차의 토대들이 과거의 유물로 전락되었는지 정말로 숨이 찰 지경이다. 이를 주도한 판결은 법률에 대한 자신의 봉사 의무에는

더 이상 관심이 없고, 이미 오래 전에 독자적으로 자신을 “법질서의 진정한 주인”으로 추대하였다. 법률규정에 따르면 - 정당한 이유로 - 변호인이 법원에 의해 적절한 것으로 간주되는 시점에 증거신청을 제기할 의무가 있는 것이 아니라, 오히려 법원이 판결 선고 전까지 증거신청을 받아들여야 할 의무가 있다. 이것이 더 이상 인정되지 않는다면, 모순된 절차는 점차적으로 독재적 절차로 전환될 위험이 있다!

2. 지난 수년 간 상소권영역에서는 우선 예외사례에 대해서 인정되는 연방대법원의 “서면심리를 통한” 양형판단의 권한이 과도하고 부당하게 사용되고 있다는 사실이 주목을 끈다. (그러한 부당한 권한사용은 사실심의 양형행위에 오류가 확인되었음에도 불구하고 확정력 있는 절차종료라는 결과를 가져왔다: 독일 형사소송법 제354조 Ia) 그 후 연방헌법재판소는 법원의 이러한 과도한 활동에 대해 빗장을 질렀다. 그 사이 연방대법원은 상소권자에게 그 예측가능한 성공을 의문스럽게 만드는 다른 방법을 발견하였다: 허용된 상고에서 사후적으로 문서정정을 이유로 그 기초가 완전히 박탈될 수는 없다고 하는 점은 100년 이상 상소법의 승고한 원칙으로 간주되었다. 그 속에 놓여 있는 상고권자에 대한 불공평은 차치하고, 입법자의 의사에 따르면 문서의 높은 증거능력(독일 형사소송법 제274조)에 의해 어떠한 공격에도 흔들리지 않는 확실한 증거토대가 마련되어야 한다. 그러나 2007년 연방대법원 형사 전원합의부는 그러한 “상소제한 금지”의 정당성에 대한 확신을 포기하고, 그 근거를 제시하기 위해 분명하게 “신속성요청과 피해자보호의 관점”을 끌어들었다.

이와 유사한 경우도 발견된다: 이미 법률상 제한된 조사권한에도 불구하고 상고법원에는 그에 필요한 기본조건이 그다지 가망성이 크지 않다고는 하나 다시금 “진실”해명을 위한 독자적인 심급의 기능이 귀속된다: 그러나 그 절차는 또 다시 서면절차일 뿐이고, 게다가 제대로 구성되어 있지 않으며, 그리고 특히 상고권자에 대해 “무기평등”을 보증해주는 절차도 아니다. 입법자가 공판에서 절차결함의 입증을 위해 매우 엄격한 형식을 요구하였음에도 불구하고, 신속성 및 효율성사과의 지배 아래 놓여 있는 그러한 “진실추구”에 의해 상고권자의 법적 지위는 단지 “허위 문서”라는 일괄적 혐의의 의해 축소된다. 그 밖에도 이것으로 함축적으로 주장되는 변호인의 진실의무도 더 이상 단지 심리된 사안만이 아니라 1심에서의 절차진행과 관련해서 법적으로 어떻게 정당화될 수 있는지도 마찬가지로 도저히 이해되지 않는다는 점이다.

3. 마지막으로 형사절차에서의 합의를 규율하기 위한 새로운 법률을 한 번 살펴보고자 한다. 그 규정은 불필요한 감정문제를 피하고자 명시적으로 석명의무의 유지는 “건드리지 않고” 그대로 남겨두었다. 이것은 마치 동화처럼 아름답고 비현실적으로 들린다. 왜냐하면 절차종료적 협상의 진정한 법실무적 의미와 커다란 매력은 다른 아닌 그러한 협상과 분리될 수 없이 연결된 효과, 즉 합의된 절차결과를 가지고 그 이상의 증거조사를 하려는 시도를 그냥 종료된 것으로 선언함으로써 증거조사를 단축시키는 효과로부터 생겨난다. 그러나 더 빠른 방법으로 절차를 종료시키기 위해 그 이상의 - 아직 존재할 지도 모르는 - 증거에 대해 일찍 눈을 감아버린다면, 실제적 진실의 가능한 최상의 규명에 대해서는 더 이상 말할 수 없다. 이것은 이전의 형사소송법의 정신과는 더 이상 공유하는 것이 없다. 이러한 정신에는 항상 “아래로부터 위로” 절차가 진행된다는 결정, 말하자면 포섭 자체를 행하기 이전에 먼저 포섭의 사실적 토대를 납득할 만하게 수집한다는 결정이 방법적으로 내재되어 있다. 그에 반해 협상에 따른 판결은 “위에서 아래로” 이루어진다. 다시 말해 적용되는 법규정에 맞추어 그에 적절한 사실을 찾아내는 그런 식으로 이루어진다.

이러한 방법의 자의성은 사전조건으로 끊임없이 요구되어 온 피고인의 자백을 통해서도, 합의사고를 통해서도 완화되지 않는다: 진실규명의무에 대해 정말로 중대하게 여긴다면, 법원은 자백의 신뢰성을 항상 다시 한 번 검토해야 하고, 이로써 판결협상으로 피하고자 하는 바로 그 증거조사를 시작해야 할 것이다. 그리고 합의사고에 관해서는 핫세머 교수의 말을 빌어 대답하고자 한다: 법적 평화는 “객관적인 기준으로부터 - 공평한 절차와 공정한 판결로부터 - 나온다. 이 경우 합의적 요소들이 내재되어 있다는 사실이 형사정의란 법률과 법으로부터 성립하는 것이지 협상과 합의로부터 성립하는 것은 아니라는 사실을 속여서는 안된다.” 게다가 지금 실행되는 협상절차는 명백하게 무죄추정원칙을 위반한다. 왜냐하면 법률은 협상의 성립에 대한 주도권을 명시적으로 법원에 귀속시키기 때문이다(독일 형사소송법 제257c조 3항 1문, 2문). 그러나 “유죄의 법률적 증명”(유럽인권협약 제6조 2항)이 아직 전혀 진행되지 않았음에도 불구하고, 법원의 최초의 제안은 사유필연적으로 단지 유죄추정의 토대 위에서만 행해질 수 있다. 협상절차의 핵심은 법원에 의한 조기 유죄확정이며, 이에 대해 피고인은 더 이상 자신을 방어할 수 없다. 이것이 공정한가?

III. 이제 최종적으로 마무리를 하고자 한다. 법치국가는 그 규범의 수용으로 생명을 유지한다. 이러한 규범은 형사절차의 맥락에서는 그 목적에 지향된 법률성을 보장해야 한다. 그러므로 “목적”도 “수단”도 시야에서 놓쳐서는 안된다. 지름길로 가고자 하는 사람은 쉽게 길을 잃을 수 있다. 그 목표를 완전히 망각한 사람은 더 이상 올바른 길을 전혀 알지 못하며, 방향을 잃고 세상을 헤맬 뿐이다. 형사사법의 부담을 경감시키기 위한 새로운 개혁이 이루어지고 수년이 지난 후, 그 사이 이러한 발전경향은 점점 더 수단(절차신속화)이 고유한 목적으로 제시되기에 이르렀다. 그러나 이 점에서 강조되어야 할 것은 처벌이라는 것은 순환논법적으로 힘이라는 사실로서 자기 자신을 통해 정당화될 수 없고, 또한 오로지 그 어떤 절차만을 통해서도 정당화될 수 없으며, 오히려 그 속에 내재된 필연성과 설득력을 통해서 비로소 정당화된다는 것이다.

궁극적으로 타당한 진실인식에 대한 능력 없이는 유책한 사람을 제대로 처벌하는 동시에, 죄 없는 사람을 과도하거나 부정당한 요청으로부터 효과적으로 보호하는 것이 매우 어렵다는 인식 속에서 형사소송법은 상호제한적 힘의 안정된 균형의 창출과 유지를 지향하는 구조를 지닌다. 그에 반해 비정형화는 역할의 불균형에 내재된 에너지를 분출시키고, 그것이 마치 진화론적 방식으로 다시 자유롭게 진행되는 것을 허용한다. 이러한 메카니즘에 직면해서, 이미 오래전부터 진행된 “신경생물학의 전진”이 법치국가를 나침반과 분명한 방향성 없이는 스스로 길을 잃을 수 있는 그러한 도전에 처하게 할 것이다. 그리하여 형사소송법에서는 예컨대 형식으로부터의 도피가 아니라, 오히려 사법정형성이라는 의미에서 형식의 기능적 투입이 해결책을 가져다 준다 - 더구나 형법적 기소라는 조명 속에서도 결코 “적”으로 전락되어서는 안되고, 언제나 흔들림 없이 “시민”과 “인격”으로 머무르는 가장 약자로서의 피의자의 보호를 위해 이러한 노력이 필요하다.

Effizientes Strafrecht durch Abbau schützender Formen?

Prof. Dr. Gunnar Duttge
Universität Göttingen

I. Quo vadis, deutsches Strafprozessrecht? Dieser besorgte Ruf prägt inzwischen den Grundton der aktuellen Debatte in Deutschland derart, dass alle, die das Strafprozessrecht als „Seismographen“ für Veränderungen unserer Verfassungswirklichkeit begreifen, in größter Unruhe auf die neueren Entwicklungen blicken. Was sie sehen und spüren, ist – bezogen auf das tradierte Verständnis von einem rechtsstaatlichen Strafverfahren – nichts weniger als ein fortdauerndes Beben mindestens der Stärke 7 auf der Richterskala: Denn in zunehmendem Maße betreiben der deutsche Gesetzgeber und mittlerweile auch die höchstrichterliche Rechtsprechung mittels „schöpferischer Rechtsfindung“ einen Abbau von Beschuldigtenrechten mit dem erklärten Ziel der Effizienzsteigerung durch Beschleunigung der Verfahren.

Da werden etwa, relevant für das fundamental bedeutsame Schweigerecht, die Befugnisse zu heimlichem Ausspähen im Nahbereich des Beschuldigten und seiner Angehörigen massiv ausgebaut und neuerdings wieder Lockmittel für kooperationsbereite Verdächtige mit der aufs neue eingeführten Kronzeugenregelung geschaffen. Das Beweisantrags- und das Rechtsmittelrecht finden sich im Lichte der jüngsten Rechtsprechung nur noch in verkürztem Zustand wieder; der zuletzt (am 30.7.) in Kraft getretene „Persilschein“ für verfahrensbeendende Absprachen verschafft der schon zuvor weit verbreiteten Informalität und Regellosigkeit des Verfahrens je nach Gusto der Justizorgane jetzt den Mantel der Normalität, als sei der „kurze Prozess“ schon immer das eigentliche und letzte Ziel eines Strafverfahrens gewesen.

Sind Formvorschriften und Partizipationsrechte des Beschuldigten, sind insbesondere auch rechtsstaatliche Garantien wie die Unschuldsvermutung und der daraus entspringende

Zweifelssatz, grundrechtliche Freiheiten und Vertrauensschutz gegenüber einer berechenbaren Strafjustiz tatsächlich nicht mehr als unerfreuliche Hindernisse auf dem Weg zur effektiven Strafverfolgung? – in neuerer Zeit gerne auch zur Befriedigung von Genugtuungsinteressen der als solche offenbar schon von Beginn an feststehenden „Opfer“? – Vorbei ist offenbar die Zeit, in der noch mit allseitiger Zustimmung auf den Wert der prozessualen Form als Ausdruck eines regelgeleiteten, ausbalancierten, fairen Strafprozesses hingewiesen werden konnte. Einst galt die Justizförmigkeit des Verfahrens und das ihr eigene Mittel der prozessualen Form noch als die wichtigste Garantie, um einer ungebremsten, willkürlichen Machtausübung des Strafverfolgungsapparates entgegenwirken. Eberhard Schmidt, der Doyen des Strafprozessrechts in der Zeit des Wiederaufbaus einer rechtsstaatlichen Strafjustiz in Deutschland nach 1945, sprach in seinem berühmten „Lehrkommentar“ sogar davon, dass Justizförmigkeit Schnelligkeit erst ermögliche – aber zugleich natürlich Vorsicht und Behutsamkeit erzwingen.

II. Wer die aktuelle Lage in derart düsteren Farben zeichnet und die üblichen Beschwichtigungen nicht akzeptieren mag, ist in erheblichem Maße begründungspflichtig. Die Belege sind freilich so zahlreich, dass im vorliegenden Rahmen notwendig eine strenge Auswahl getroffen werden muss. Ich möchte mich im weiteren Verlauf auf drei der bedeutsamsten und fragwürdigsten Erscheinungen konzentrieren: (1) den Verkürzungen im Bereich des Beweisantragsrechts, (2) den in diesem Zusammenhang wie auch im Kontext des Rechtsmittelrechts begegnenden „Wahrheitsfiktionen“ in Abkehr vom herkömmlichen Verständnis der Amtsaufklärungspflicht, und (3) – wohl unvermeidlich – dem Phänomen der „verfahrensbeendenden Absprachen“.

1. Dem Beweisantragsrecht (§§ 244 III-VI, 245 StPO) kommt bekanntlich eine erhebliche Bedeutung im Prozessgeschehen zu, einmal im Sinne einer Bekräftigung der Subjektstellung des Angeklagten, zum andern aber auch für die Ermittlung „der Wahrheit“. Wie relevant die damit anerkannte „Konkurrenz der Vorverständnisse“ im Gegensatz zu einer Monopolisierung beim Strafgericht (bzw. seinem Vorsitzenden) in der Praxis sein kann, zeigen eine Reihe aktueller Fälle, in denen durch einseitige, vorzeitige Festlegung der Sachverhaltsgrundlage und Zurückweisung „störender“ Beweisbegehren gerichtsseitig nach Abkürzungen auf dem Weg zum Verfahrensende gesucht wurde.

In einem dieser Fälle wollte sich das Tatgericht trotz unklarer Beweislage nicht mehr um die Aussage einer im Ausland lebenden potentiellen Entlastungszeugin mittels Bild-Ton-Übertragung (§ 247a StPO) bemühen und hat das dahingehende Beweisbegehren des Verteidigers als „Beweisbehauptung ins Blaue hinein“ zurückgewiesen. Der BGH wies diesen Einwand jedoch zutreffend in seine Grenzen: Denn es liege gleichsam in der Natur der Sache, „dass ein Antragsteller die Aussagen einer Zeugin im vorhinein regelmäßig nicht kennt“, bevor diese sich tatsächlich äußert. In der Tat: Und genau dieses Erkenntnisproblem ist auch der Grund, warum die Amtsaufklärungspflicht eine vorweggenommene Beweiswürdigung grundsätzlich verbietet. Denn allen im Verhandlungszeitpunkt getroffenen Beweisprognosen haftet stets das Risiko an, Resultat und zugleich Perpetuierung einer defizitären Erkenntnis zu sein. Um solche „Wahrnehmungsfixierungen“ auf Seiten des Gerichts aufzubrechen und es notfalls zu zwingen, den Prozess der Wahrheitsfindung bis zum Schluss für neue Tatsachen offen zu halten, die möglicherweise alles bisher Zusammengetragene in seiner Bedeutung noch einmal in Frage stellen, ist es unumgänglich, auch solche Beweiserhebungen zu akzeptieren, die sich am Ende im Rahmen der abschließenden Beweiswürdigung vielleicht doch nicht als weiterführend erweisen.

Vor diesem Hintergrund erklären sich die gegenwärtig verstärkt bekundeten Sorgen vor einer zunehmenden – richterrechtlichen – „Erosion des Beweisantragsrechts“. Insbesondere das vom BGH zur Abwehr „rechtsmissbräuchlich“ oder in „Verschleppungsabsicht“ gestellter Beweisanträge inzwischen etablierte Modell der Präklusionsfristen offenbart einen höchst fragwürdigen Umgang mit dem Gesetz und offenbar abhanden gekommenes Verständnis für den Sinn der vorgegebenen Verfahrensstruktur. Hiernach dürfe das Tatgericht „in extrem gelagerten Fällen“ eines „massiven Missbrauchs“ eine Verfahrensweise wählen, bei der „den Verfahrensbeteiligten eine Frist zur Entgegennahme von Beweisanträgen gesetzt und ... die pauschale (!) Ablehnung nach Fristablauf gestellter Anträge ... vorab (!) beschlossen“ werden dürfe. Dass ein solches Instrument der „Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung“ der geltenden Fassung der Strafprozessordnung (vgl. §§ 244 VI, 246 I StPO) eklatant widerspricht, mit der undefinierten Ausgangsgröße des „Rechtsmissbrauchs“ ihrerseits zu – jetzt aber: richterlichen – Rechtsmissbrauch einlädt und letztlich

allen Beteuerungen zuwider auch die Amtsaufklärungspflicht untergräbt, hat den BGH trotz eindringlicher Ermahnungen bisher nicht von seinem neuen Weg abgebracht.

Ganz im Gegenteil: Nach Ansicht der jüngsten Rechtsprechung bedarf es für eine solche Verfahrensweise noch nicht einmal der vorherigen (wiederholten) Ablehnung der Beweisanträge wegen Verschleppungsabsicht, vielmehr soll umgekehrt dieser Ablehnungsgrund großzügiger gehandhabt werden und sich bereits indiziell aus dem Verstreichenlassen der gesetzten Frist ergeben. Der gebilligte Ablauf liest sich im Ganzen beinahe wie eine Anleitung zum kurzen Prozess: „Nach Abschluss der vom Gericht ... für geboten gehaltenen Beweiserhebungen kann der Vorsitzende ... unter Fristsetzung auffordern, etwaige Beweisanträge zu stellen; ... werden Anträge nicht innerhalb der gesetzten Frist gestellt und besteht nach Überzeugung des Gerichts kein nachvollziehbarer Anlass für die verfristete Antragstellung, so kann es ... grundsätzlich davon ausgehen, dass der Antrag nichts anderes als die Verzögerung des Verfahrens bezweckt“. – Es macht schier atemlos, mit welcher Entschlossenheit bisherige Fundamente des Strafverfahrens forsch zu Relikten der Vergangenheit gemacht werden, um den Weg zu bahnen für das neue Paradigma einer „straffen Durchführung der Hauptverhandlung“ – und dies durch eine Rechtsprechung, die nichts mehr von ihrer dem Gesetz geschuldeten Dienerschaft wissen will und sich längst eigenmächtig zum eigentlichen „Herren der Rechtsordnung“ inthronisiert hat. Nach den Vorgaben des Gesetzes ist – aus gutem Grunde – nicht der Verteidiger verpflichtet, einen Beweisantrag zu dem vom Gericht für angemessen gehaltenen Zeitpunkt zu stellen, sondern das Gericht ist verpflichtet, Beweisanträge bis zum Beginn der Urteilsverkündung entgegenzunehmen. Wenn dies nicht mehr anerkannt wird, droht der kontradiktorische Prozess sich sukzessive in einen diktatorischen Prozess verwandeln!

2. Im Bereich des Rechtsmittelrechts hat in den letzten Jahren zunächst der ausufernde, anmaßende Gebrauch der für Ausnahmefälle gedachten Befugnis des BGH zum Fällen einer eigenen Strafzumessungsentscheidung „nach Aktenlage“ (mit der Folge des rechtskräftigen Verfahrensabschlusses trotz Feststellung eines Fehlers beim tatgerichtlichen Strafzumessungsakt, § 354 Ia StPO) für Aufsehen gesorgt, ehe das BVerfG dem wilden

Treiben einen Riegel vorgeschoben hat. Inzwischen hat der BGH einen anderen Weg entdeckt, einem Revisionsführer den eigentlich absehbaren Erfolg seines Rechtsmittels streitig zu machen: Über mehr als ein Jahrhundert hinweg galt es als hehrer Grundsatz des Revisionsrechts, dass einer zulässig erhobenen Revisionsrüge nicht nachträglich infolge einer Protokollberichtigung die Grundlage entzogen werden kann. Abgesehen von der darin liegenden Unfairness gegenüber dem Revisionsführer sollte mit der hohen Beweiskraft des Protokolls (§ 274 StPO) nach dem Willen des Gesetzgebers eine sichere, gegen Anfechtungen gefeite Beweisgrundlage geschaffen werden. Die Überzeugung von der Richtigkeit eines solchen „Verbots der Rügeverkümmern“ hat der Große Strafsenat des BGH jedoch im Jahre 2007 aufgegeben und zur Begründung nachdrücklich auf das „Beschleunigungsgebot und den Gesichtspunkt des Opferschutzes“ verwiesen.

Die Parallele ist auffällig: Wiederum wird den Revisionsgerichten trotz ihrer schon von Gesetzes wegen beschränkten Ermittlungskompetenz die Funktion einer eigenständigen Instanz zur Aufklärung der „Wahrheit“ zugeschrieben, obgleich die hierfür erforderlichen Rahmenbedingungen doch wenig aussichtsreich sind: Das Verfahren ist erneut ein nur schriftliches, dazu kaum strukturiert und insbesondere keines, das gegenüber dem Revisionsführer „Waffengleichheit“ verbürgt. Mit solcher, unter dem Diktat des Beschleunigungs- und Effizienzdenkens stehenden „Wahrheitssuche“ wird seine Rechtsposition allein wegen des pauschalen Verdachts einer „erlogenen Protokollrüge“ verkürzt, obgleich sich der Gesetzgeber doch zum Nachweis von Verfahrensmängeln in der Hauptverhandlung für eine besondere Formenstrenge entschieden hat. Wie sich außerdem die damit implizit behauptete Wahrheitspflicht des Verteidigers, nun nicht mehr nur auf den verhandelten Sachverhalt, sondern auf das Verfahrensgeschehen in erster Instanz bezogen, de jure überhaupt begründen lassen soll, versteht sich ebenfalls nicht von selbst.

3. Zum Abschluss sei noch ein Blick auf das neue Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren geworfen: Es enthält zur Beruhigung der Gemüter ausdrücklich die Regelung, dass die Wahrung der Amtsaufklärungspflicht „unberührt“ bleibe. Das klingt schön und lebensfern wie im Märchen: Denn der genuine rechtspraktische Sinn und die hohe Attraktivität einer verfahrensbeendenden Absprache

resultiert doch gerade aus dem mit ihr untrennbar verbundenen Effekt, die Beweisaufnahme abzukürzen, indem mit dem vereinbarten Verfahrensergebnis die Bemühungen um eine weitere Beweisaufnahme einfach für beendet erklärt werden. Wenn aber die Augen vor weiteren – evtl. noch vorhandenen – Beweismitteln vorzeitig geschlossen werden, um auf schnellerem Wege das Verfahren abzuschließen, kann von einer bestmöglichen Aufklärung der materiellen Wahrheit nicht mehr gesprochen werden. Mit dem Geist der alten Strafprozessordnung hat dies nichts mehr gemein: Diesem war methodisch die Entscheidung immanent, dass immer „von unten nach oben“ gearbeitet werde, d.h. erst die tatsächliche Basis der Subsumtion nachvollziehbar zusammengetragen wird, ehe die Subsumtion selbst erfolgt; ein Urteil nach Absprache kommt dagegen „top down“ zustande, nämlich so, dass zu den angewandten Rechtsvorschriften die passenden Tatsachen gesucht werden.

Die Willkürlichkeit des Vorgehens wird weder durch das als Vorleistung stets verlangte Geständnis des Angeklagten noch durch den Konsensgedanken gemildert: Wollte man mit der Wahrheitsermittlungspflicht wirklich ernst machen, müsste das Gericht die Zuverlässigkeit des Geständnisses stets nochmals überprüfen und damit eben jene Beweisaufnahme beginnen, die mit einer Urteilsabsprache gerade vermieden werden soll. Und was den Konsensgedanken anbelangt, möchte ich mit Hassemer antworten: Der Rechtsfriede „folgt aus objektiven Kriterien – aus einem fairen Prozess und einem gerechten Urteil; dass dabei konsensuale Elemente eingewoben sind, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Strafgerechtigkeit aus Gesetz und Recht entsteht, nicht aus Handel und Konsens“. Im übrigen verletzt das jetzt implementierte Abspracheverfahren augenfällig das Prinzip der Unschuldsvermutung: Denn das Gesetz weist die Initiative für das Zustandekommen einer Absprache ausdrücklich dem Gericht zu (§ 257c III S. 1, 2 StPO); der erste gerichtliche Vorschlag kann aber denotwendig nur auf der Basis einer Schuldvermutung erfolgen, obgleich der „gesetzliche Beweis der Schuld“ (Art. 6 II EMRK) noch gar nicht geführt wurde. Kern des Abspracheverfahrens ist die vorzeitige gerichtliche Festlegung auf eine Verurteilung, gegen die sich der Angeklagte nicht mehr verteidigen kann. Ist das fair?

III. Ich komme nun definitiv zum Abschluss: Der Rechtsstaat lebt von der Akzeptanz seiner Normen, die im Kontext des Strafprozesses eine auf dessen Zweck gerichtete Gesetzlichkeit zu garantieren haben. Aus den Augen verloren werden dürfen daher weder „Ziel“ noch „Weg“: Wer Abkürzungen nehmen will, kann sich leicht verlaufen; wer gar das Ziel vergessen hat, kennt gar keinen richtigen Weg mehr und irrt nur noch orientierungslos durch die Welt. Nach Jahren der immer neuen Reformen zur Entlastung des Strafjustiz hat die Entwicklung mittlerweile einen Punkt erreicht, an dem zunehmend der Weg (= die Verfahrensbeschleunigung) als das eigentliche Ziel ausgegeben wird. An diesem Punkt muss nachdrücklich betont werden, dass die Sache des Strafens sich aber nicht zirkelschlüssig durch sich selbst als Faktum der Macht rechtfertigt und auch nicht allein durch irgendein Verfahren, sondern erst durch die ihm innewohnende Notwendigkeit und Überzeugungskraft.

Im Bewusstsein der besonderen Schwierigkeit, ohne Befähigung zur letztgültigen Erkenntnis der Wahrheit den Schuldigen gleichwohl seiner Bestrafung zuzuführen und zugleich den Unschuldigen effektiv vor ungerechtfertigter oder maßloser Inanspruchnahme zu schützen, enthält die Strafprozessordnung eine Struktur, die auf Herstellung und Erhaltung einer stabilen Balance wechselseitig sich begrenzender Macht gerichtet ist. Informalisierungen haben demgegenüber den Effekt, die den Asymmetrien der Rollen innewohnenden Energien zu entfesseln und ihnen gleichsam in darwinistischer Manier wieder freien Lauf zu gewähren. Angesichts dieser Mechanismen wird der schon längst im Gange befindliche „Vormarsch der Neurobiologie“ den Rechtsstaat vor Herausforderungen stellen, in denen er sich ohne Kompass und klare Orientierung selbst verlieren kann. Im Strafverfahrensrecht führt somit nicht etwa die Flucht aus der Form zur Lösung, sondern vielmehr ihr funktionaler Einsatz im Sinne der Justizförmigkeit – nicht zuletzt zum Schutze des Beschuldigten als dem Schwächsten, der auch im Scheinwerferlicht der strafrechtlichen Anklage niemals zum „Feind“ werden darf, sondern unverlierbar „Bürger“ und „Person“ bleibt.

[제2주제]

11:30 ~ 12:20

**배임죄(독일형법 제266조)와 모험거래
(Untreue(§ 266 StGB) und Risikogeschäfte)**

발 표 : Uwe Murmann 교수(독일 괴팅엔대)

토 론 : 류전철 교수(전남대)

통 역 : 이원상 전문연구원(한국형사정책연구원)

배임죄(독일형법 제266조)와 모험거래

(Untreue(§ 266 StGB) und Risikogeschäfte)

우베 무어만 교수(Prof. Dr. Uwe Murmann)
독일 괴팅엔대학교(Universität Göttingen)

I. 최근 논의의 배경에 대해서

독일에서는 모험적인 거래에 있어서 형법 제266조에 따른 배임죄 문제가 경제형법 영역에 있어서 집중적으로 논의되어 왔다. 그에 대한 이유는 다양하다.

이를 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 벌금 형에 처한다.”

이 규정은 - 이에 대응하는 한국에서의 규정은 한국 형법전의 제355조 제2항일 것임 - 독일의 핵심형법에 있어서 가장 어려운 문제에 속한다. 이 규정에서는 두 종류의 위반형태가 있을 수 있는데, 즉 소위 권한남용의 구성요건과 신임위반의 구성요건이다. 전자에서는 가해자가 법률적으로 유효한 의무이행이나 권한을 통해서 재산소유자에 대한 자신의 의무를 위반함으로써 재산에 손해를 입히는 것에 반하여,¹⁾ 신임위반의 구성요건의 경우에는 법률적으로 유효한 행위를 하지 않은 것이다. 또한 순전히 사실상 손해를 입히는 행위였는지가 고려되어야 하는데, 가령 단순히 돈을 훔치는 행위가 그것이다. 판례나 몇몇 유력한 문헌의 견해에 따르면 권한남용의 구성요건은 신임위반의 구성요건과의 관계에 있어서 특별한 경우로서 설명되기도 한다. 따라서 재산보호의무

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

는 신임위반의 구성요건 충족을 위해서 뿐만 아니라, 권한남용의 구성요건 충족을 위해서도 전제된다는 것이 가정된다.²⁾ 형법 제266조의 보호법익은 “대내관계의(von innen heraus)”³⁾ 침해로부터 보호되어야 하는 타인의 재산⁴⁾이다.

이와 함께 기업의 결정권자의 형사적 책임에 대한 형법 제266조의 의미에 핵심적인 근거들이 미리 언급될 필요가 있다: 거의 모든 현대의 대기업들의 법적인 구조는 그 기관을 통해서 행위를 하는 법인이 재산권자로서의 역할을 하는 것으로 특징지어진다. 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 확정되어 있다. 하지만 형법 제266조에서 행위반가치를 형성하고 있는 재산보호의무의 침해는 허용된 지위의 권한남용을 전제로 하고 있다. 보호되는 재산에 대해 손해의 위험이 존재하게 되는 재산과 관련되는 모든 것이 기본적으로 권한남용적인 행위로 고려된다. 따라서 언뜻보면 모든 위험과 연관된 결정, 즉 사실상 모든 기업의 결정이 재산보호의무 침해의 중요한 전제조건으로 지적된다.

이와 함께 기업의 결정과 관련해서 형법 제266조에서 종종 언급되는 또 다른 이유가 언급될 수 있다⁶⁾: 형법 제266조는 매우 불명확한 윤곽을 가지고 있어서 어떤 행위가 그 구성요건에 해당하는지를 거의 판단할 수 없다는 것이 지적되곤 한다.⁷⁾ 이런 견해는 종종 모든 부정직하거나 옳지 않은 것으로 여겨지는 행위가 형법 제266조에 포섭될 수 있다라는 주장과 관련되어 진다;⁸⁾ 따라서 배임죄는 “거래에 있어서 잘못된

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

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

6) Saliger, HRRS 2006, 15면.

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

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

사무처리에 대한 일반포착구성요건(Auffangtatbestand)”이 된다고 한다.⁹⁾ 이 규정은 간과될 수 없는 형벌위험을 창출하게 되므로, 적어도 기업의 행위에 대해서 수사절차가 개입하도록 하는 짚은 이유를 제공하게 된다고 한다. 이런 비판은 일반적으로 규정을 엄격하게 해석해야 한다는 요청과 결합하게 된다. 또한 형법 제266조가 독일기본법 제103조 제2항으로부터 나오는 명확성원칙(Bestimmtheitsgebot)에 일치하고 있는지에 대한 문제도 논의되고 있다.¹⁰⁾

법률적 상황에 있어서 기업에 부담을 주는 경영능력에 대해서 범죄적인 행위로 강하게 인식하게 되는 것은 독일사회에 있어서의 심각한 관계 변화를 나타내는 것이다: 경영능력에 따른 행위는 공식적인 비판에 처해있다. 이는 인적범위에서의 성과가 특히 1990년대 이후 폭발적으로 증가된 보수를 정당화시켜주지 못했다는 인상을 불러일으킨다.¹¹⁾ 이런 오해가 노동자들의 정제된 임금의 관점에서는 사회적으로 용인될 수 없는 것으로 느껴지고 있으며, 경제위기의 발생으로 인해서 더욱 심각해지고 있다.¹²⁾ 따라서 결과적으로 상당한 경제적 손해를 일으키는, 즉 경제위기와 관련되어 있기도 하며 경제위기를 촉발시킨 잘못된 결정이 알려지게 되었으며, 공개적으로 논의되고 있다. 적어도 확실한 것은 그런 논의에 있어서 시민들은 오랫동안 경제적인 이해관계나 과정들을 통찰할 수 있는 기회를 갖지 못했다는 것이다.¹³⁾ 이처럼 현존하는 중요한 관계에 대해서 통찰하지 못하게 되는 것은 전문적으로 시장상황에 참여하게 되는 담당자에 대한 신뢰를 통해서만 보상될 수 있다. 하지만 이와 같이 유능한 경영자들이 공공의 안녕과 함께 자기 자신들의 이윤추구를 위해 봉사한다는 것을 감안할 때, 시장의 자기규제적인 능력에 대한 신뢰는 사라지게 된다. 현대의 경영은 개인의 독자적인 위험만을 초래하지 않는 것으로 특징지어진다. 따라서 결정권자에 대한 국가적 통제의 목소리가 보다 커지고 있다. 전체적으로 사람들은 금전욕에 따라서 자기 스스로를 위해서 봉사하고 있는 경영자의 모상을 목도하고 있는데, 그는 회사가 망해가는 과정에서도 부유한 남자라는 것이(보다 드물게는 부유한 여자라는 것) 부각된다.

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 않다는 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 있었다.

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

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 내게되어 명성을 더욱 더 실추시키게 된다.

그와 함께 경영자가 운명적인 결과에 대해서 사회적으로 복수심에 불타는 사람들에 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 여부가¹⁶⁾ 궁극적으로 판단될 수는 없다. 그러나 가령 만네스만 사건(Mannesmann-Fall)¹⁷⁾에 대한 사실관계의 확정을 읽어본다면, 이전 대표가 적절한 사실적 이유없이 수백만 달러의 액수를 요구하고 또한 감사기관에 의해서 정당화되는 것이 얼마나 통제되지 않았는지를 틀림없이 알게 될 것이다. 그리고 더 나아가 참여한 최고경영자들이 자기 자신에게 특별 수당을 지급하는 것에 대해서 스스로 투표권을 행사할 수 있다는 것을 단지 순식간에 신임할 수 있었다는 것을 읽게 된다면, 어쨌든 이 경우에는 브레이크가 제거된 자기봉사적인 사고방식이 존재하고 있다는 것에 대한 의구심은 거의 없을 것이다.

법학적인 논의에 있어서 경영자의 형법적 책임은 언뜻 보기에 놀라운 기분이 들게 한다. 바로 형법비판적인 목소리의 경향은 만족과 함께 새로운 준비를 하고 있는데, 이는 이전에는 사법부가 종종 사회 하층민에 대해서 매우 집중하고 있다는 비난이 제기되고 나서부터, 권한자들의 범죄성을 이론적으로나 실제적으로 강화시키려는 관점을 가지고 있다고 생각할 수 있는 것이다.¹⁸⁾ 오히려 바로 지도층에 대한 학문적인 로비가 생겨나는 것 같은데, 이런 경우는 특히 형사변호인들의 출간물 속의 근거들에 있어서 특히 자명하게 두각을 나타내고 있다.¹⁹⁾²⁰⁾ 검찰이 경영자가 자신의 결정영역을 넘지 않는지에 대한 감독을 한다면, 경제적 행위가 부자연스럽게 된다는 우려가 문제의 중심에 있다.²¹⁾ 더 나아가 이런 우려가 정당인지에 대한 문제도 뒤따르게 된다. 하지

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.

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.

만 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

(잠재적으로 배임과 관련된) 모험거래를 어떻게 정의할 수 있을지에 대해서는 명확하지 않다.²²⁾ 특히 이에 대한 광의의 견해에 따르면 일반적으로 경제적인 위험과 연관된 거래로서 이해될 수 있다. 하지만 그와 함께 계약당사자가 사전급부를 해야하는 모든 경제적 행위가 포함된다. 협의의 견해에 따르면 재산을 위한 행위의 결과에 대한 불확실성에 대해서 높여진 기준이 부분적으로 전제되고 있다.²³⁾ 광의의 견해가 의미있을 수 있는데,²⁴⁾ 거래에 있어서 허용되지 않은 위험성에 대한 문제는 발생하는 위험의 크기에 따라서 결정되는 것이 아니기 때문이다. 이는 재산소유자가 재산보호의무가 있는 자에게 이미 그런 행위를 금지시킨 곳에서 특히 명료하게 된다. - 그리고 그와 함께 비례적으로 적은 위험이 있는 적용영역에 대해서 권한남용의 가능성을 열어둔 경우에도 그러하다.

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

판례는 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 신용

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

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.

위임이 위험성과 관련되어 있다는 관점으로부터 연방대법원은 신용대출 승인을 신용업무의 기회와 위험 사이에서 필요한 이익형량이 세심하게 이루어지지 않은 경우에만 의무위반으로서 간주하고 있다. “통상적인 은행의 정보수집의무와 검증의무에 대한 중대한 위반”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)”을 언급하고 있다.²⁷⁾

- 정보수집의무가 소홀하였고
- 결정권자가 요구되는 권한없이 행위하였으며
- 신용공여와 관련해서 연대책임자에 대해서나 권한자의 감독에 있어서 옳지 않거나 불완전한 지시가 있었고
- 제시된 목적들이 준수되지 않았으며
- 신용의 최고한도가 초과되었고
- 결정권자가 사리사욕에 의해서 행위를 했다.²⁸⁾

이와 같은 근거들과의 관련성을 통해서 연방대법원은 형법 제266조에 대한 내용적인 문제에 있어서의 부담을 덜었으며, 신용결정을 함에 있어서 규정적합성을 판단해야 한다는 것로부터 절차를 준수해야 한다는 것으로 그 중심을 옮겼다.²⁹⁾ 따라서 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 판단된다. 그런 점에서 이처럼 상당한 불확실성이 있는 지출의 경제적인 사용이 부담되는 것은 명확하다. 마찬가지로 그로부터 가령, 예를 들어 스폰서의 금지가 도출되지 않는다는 것도 명확하다. 그런 점에서 연방대법원은 결정권자의 넓은 재량범위를 인정

27) BGHSt 46, 30, 34.

28) (비) 사리사욕 가능성의 관점은 문제가 없다고 보이지는 않는데, 구성요건에서는 그것이 중요하지 않기 때문이다. Ransiek, ZStW 116 (2004), 640면. 형법 제266조가 독일에서는 이득죄(Bereicherungsdelikt)가 아니다.

29) Ransiek, ZStW 116 (2004), 675면; 회사법절차는 사무관리나 재산권자의 이익을 조정하는 것을 고려하지 않고 있으며, 그 때문에 반드시 내용적인 정당함에 대해서 약속하는 것은 아니라는 고려와 함께 비판적으로는 Kubiciel, NStZ 2005, 356면.

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

해 주고 있다. 스포츠클럽에 기부하는 것을 허용한 기본적인 결정에 있어서 연방대법원은 형법 제266조에 따른 가벌성을 “중대한 의무위반(*gravierende Pflichtverletzung*)”의 존재에 따라서 결정하였는데, 이 중대한 의무위반의 존재는 “특히 회사법적인 기준에서의 전체적인 관점(*Gesamtschau*)”에 의해서 판단되어야 한다고 한다. 이런 전체적인 관점의 범주에는 다음과 같은 상황에서 의미를 가질 수 있다고 한다:³¹⁾

- 기업의 재물을 기부함에 있어서 친밀성이 떨어짐
- 기업의 이익이나 소득상태에서 볼 때 기부가 적합하지 않음³²⁾
- 기부와 그 전용에 대한 결정에 대한 기업내부적 투명성이 부족할 것임
- 사물의 이치에 어긋나는 동기가 존재하는데, 특히 개인적 특혜를 추구할 것임

여기에 있어서 연방대법원은 실제적 기준을 부분적으로나마 중요하게 여기고 있다 (예를 들어 기부의 부적합성). 하지만 규정에 맞는 절차를 준수했는지 혹은 준수하지 않았는지도 역시 의미를 가지고 있다. 그러나 그 기준과 특히 요구되는 전체적인 관점은 언제나 - 연방재판소에 의해서도 역시 강조되었지만 - 넓은 기업의 결정영역을 존중해주려는 경향을 명확하게 해주고 있다.

모종의 가치판단에 따른 장래의 투자와 유사한 것이 경영자에 대한 격려금(*Anreizzahlung*)으로 설명된다. 연방대법원은 유명한 만네스만 소송에서 추후에 보장이 승인된 특별수당에 대해서 결정을 내려야만 했다. 대표이사의 보수 결정을 위해서 주식회사에서는 주식회사법 제87조에 따라서 단지 “적절한(*angemessen*)” 보수를 승인해야 하는 감사이사회가 주업무를 담당하고 있다. 하지만 연방대법원은 “적절성(*Angemessenheit*)”에 비추어서 특별수당의 수준을 결정하는 것을 이 경우에는 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⁾

31) BGHSt 47, 187.

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

33) BGHSt 51, 331, 337, 340 이하.

또한 현재의 경제위기가 위험한 거래에 대한 배임죄의 가벌성을 고려하도록 해주는 이유를 제공해 줄 수도 있다: 많은 은행 대표들은 거래되고 있는 최근에 가치가 하락한 유가증권의 가치를 예측할 수 없었지만, 그럼에도 불구하고 시장의 압력에 대해서 다음과 같이 “견디고 있다”고 그동안 설명해 왔다. 관리되는 재산에 대해서 간과할 수 없는 위험을 수용하는 것은 형법 제266조에 포섭되는 모험거래를 나타낸다고 할 수 있을 것이다.³⁴⁾

III. 의무위반의 판단에 대한 기준들

1. 형법 제266조의 민법예외의 종속성(Zivilrechtsakzessorietät)

기업의 결정이 형법 제266조에서 의무위반인지 여부에 대한 문제의 해답에 대한 출발점은 이 금지가 근거지워지는 것이 아니라 연결지워지게 되는 형법의 2차적 규정으로서의 특징을 살펴보는 것에 있다.³⁵⁾ 그러므로 한 행위가 언제나 우선규정(Primärordnung)에 의해서, 특히 민법이나 회사법의 규정에 따라서 허용될 때에만 언제나 형법 제266조에 해당하지 않게 된다는 결론에 이르게 된다.³⁶⁾

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 확정된 것으로부터 특정되는 것이다. 따라서 재산소유자가 미리 비교적 위험이 적게 거래하도록 엄금했다면, 허용되지 않은 모험거래는 이미 이런 지시에 대한 위반행위가 된다. 반대로 재산소유자가 심지어 높은 위험 속에서 거래하는 것, 가령 투기성이 높은 유가증권을 획득하는 것에 동의했다면, 이에 상응하는 행위를 하는 것은 의무에 위반되지 않는다.

34) Bernsmann, GA 2009, 298면; Fischer, StraFo 2008, 272면(각주 35면); Gallandi, wistra 2009, 44면; 반대하는 견해로 Brühnig/Samson, ZIP 2009, 1092면. 평가기관의 긍정적 평가에 대한 결정책임이 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, HRRS 2006, 14면.

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

위임된 재산의 관계에 대한 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 대한 재산소유자의 의지가 명확하게 나타나지 않은 경우에는 재산소유자의 추정적 의사(mutmaßlicher Wille)가 탐색되어야 하기 때문이다.³⁸⁾ 가령 현존하는 추정적 동의는 위법성조각사유(Rechtfertigungsgrund)가 아니라 구성요건에 해당하는 행위의 윤곽을 미리 그려주는 것이다.³⁹⁾ 하지만 추정적 의지에 대한 방법은 무엇보다도 방법론적 관점에서 고려되어야 한다: 재산소유자의 구체적인 의지에 대한 근거가 미흡할 경우, 최근에는 이를 탐색하기 위해서 일반적인 잣대가 드리워진다. 왜냐하면 재산소유자가 재산보호의무자에게 대해서 반대되는 근거를 결하고 있는 경우, 올바르게 양심적인 사무관리(Geschäftsführung)에 상응하는 것을 기대한다는 것이 가정되기 때문이다. 그 뒤에는 이런 기준을 지킬 경우에는 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 제266조에서의 주식회사에 대한 의무위반이 된다는 입장에서 서 있다.⁴⁰⁾ 하지만 이것은 옳지 않다: 형법 제266조는 오직 주식회사의 소유자, 즉 회사의 처분을 위해서 존재하는 재산의 보호에만 적용된다. 즉, 회사의 자본금의 유지나 회사의 존치에 대한 이익은 형법 제266조에 의해서가 아니라, 신뢰를 보호해주는 구성요건들, 가령 파산형법(형법 제283조 이하)이 적용된다.⁴¹⁾

위임된 재산과 관련된 다양한 문제들에 대한 일반적인 규정들을 확인하는 것은 배임죄구성요건의 중심적인 문제이다. 특히 이것은 모험거래 행위의 경우에도 유효하다.

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 전달하는 것으로는 역시 같은 곳 Rn. 21c.

우선적으로 적용되는 규범들, 즉 - 규정되었거나 규정되지 않은 - 민법이나 회사법 규범들이 기준을 형성해 준다.

우선규정으로부터 명확한 규정, 가령 특정된 형태의 투자대상(Geldanlage)에 투자해야 할 의무가 생겨난다면,⁴²⁾ 재산소유자의 손해에 대해서 이 규정의 위반은 일반적으로(추가적으로 특별한 형법적 제재를 유보하고 있는; 이에 대해서는 아래의 2.) 형법 제266조에 따른 재산보호의무의 침해를 근거짓는다.

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 대립할 수도 있다라는 것에서 엄격한 해석에 대한 노력이 부분적으로나마 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 - 착오이론이 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” 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 있어서 근거지워지지 못하는 형법 제266조에 대한 특별한 도그마틱이 요청된다. 모든 과실치상의 경우 법원은

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; Rönnau, ZStW 119 (2007), 913면 이하, Rönnau, NStZ 2006, 218, 220.

45) 하지만 바로 구성요건착오와 금지착오의 경계를 규범적인 구성요건표지로 끌어들이는 잘못된 이해의 경우가 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.

행위규범의 윤곽을 그려내는 것, 즉 특정행위가 육체적 안정성의 보호법익의 관점에서 위협한 것일 뿐 아니라 허용되지 않은 위험인지 여부를 언급하고 있다는 것을 지적하고 있다. 이런 문제에 대한 해답은 바로 위험이 기업의 차원에서 발생할 때, 가령 교통안전의무의 문제일 때, 비정상적으로 어렵고 또한 의견이 분분할 수 있다. 이 때, 규정된 우선적인 규범들은 종종 존재하지 않고 있다. 따라서 형벌을 판결하는 것은 “매우 불합리” 할 수 있는데, 의무위반의 각하를 인정할 수 있기 때문이다(그리고 그 외에 주목해야 할 것이 있다: 재력이 있는 피의자는 거의 항상 스스로 주목할 만한 결과들을 낼 수 있으며, 그와 함께 또한 “인정하도록” 만들 수 있는 전문적인 감정인을 찾는다). 시민이 자신의 사안의 결정을 담당하고 있는 법원의 잘못된 법률해석을 따르게 된다면, 착오의 문제가 존재하게 되며, 기대하지 않은 형벌기준의 관점을 가지고 객관적 구성요건에 있어서 일반적인 원칙들에 역행하는 잘못(Verlagerung)을 보급하게 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 근거지을 수 없다는 것이다. 이 규정은 오히려 중대한 의무위반을 전제하고 있다고 한다.

그렇지 않으면 연방대법원 형사1부⁵⁰⁾에 의해서 발전된 특별한 형법적인 책임전제조건을 위해서 무엇보다도 기업 결정의 편의(Entscheidungsfreude)와 위험의 발생에 대한 준비가 형사적 책임에 대한 두려움으로 인해서 장애가 될 수도 있다는 것이 인용될 수 있다. 그에 반해서 연방대법원의 형사3부는 중대한 의무위반의 요청을 인용하고 있다:⁵¹⁾ 기업의 재량범위는 이미 우선규정의 범주에 있어서, 즉 민법 및 회사법의 차원에서 충분히 고려된다고 한다. 거기에 동의할 수 있다:⁵²⁾ 왜냐하면 신용공여에 있어서 허용되지 않은 위험에 대한 검증의무를 소홀히 한 모든 것이 이미 우선규정에 따

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) BHGS 50, 331, 343 이하.

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

라서 그렇게 되는 것은 아니기 때문이다. 만네스만 판결에서 연방대법원은 주식법적인 “적절성(Angemessenheit)”의 요청에 있어서 대표이사의 보수는(주식회사법 제87조) 기업의 넓은 운신의 폭이 고려된다라는 입장에 서 있었다. 바로 주식회사법 역시 일반적 규정들을 통해서(주식회사법 제93조 제1항 제2문)⁵³⁾ 기업의 결정영역을 보장해 주고 있다. 그 이후에 형법의 영역에서 또 다른 책임한계에 대한 근거는 존재하지 않고 있다.

IV. 재산상 손해에 대한 요청 : “손해와 다름없는 재산상 위험”

가해자가 자신의 재산보호의무를 위협한 거래를 함으로써 어기게 되었다면, 우선 창출된 위험이 실현되었는지 또는 다시금 “모든 것이 잘되어 가고 있는지”의 여부가 여전히 정해지지 않은 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: 재산의 구체적인 위험이 이미 그 경제적 가치를 감소시켰으며, 그 때문에 이미 손해가 발생한 것이라고 한다. 즉, 그 의무를 위반한 위협한 행위는 재산상 손해에 해당하는 것이다.⁵⁵⁾ 이런 소위 “손해와 다름없는 재산상 위험(schadensgleiche Vermögensgefährdung)”의 배경은 경제적 재산관념이 그 중심에 서게 되는데, 그에 따르면, 결합적인 것들을 제외한 자연인이나 법인의 금전적 가치의 재화의 총체가 재산에 속하게 된다.⁵⁶⁾ 이런 재산은 이미 위험에 의해서 부담지워질 수 있으며, 감소될 수 있다.

하지만 “손해와 다름없는 재산상 위험”과 판례를 지으려는 판례에 대해서는 상당히 비판적이다. 그래서 최근 Beulke는 다음과 같이 쓰고 있다:⁵⁷⁾ “판례의 손해와 다름없

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, Strafgesezbuch, 제55판, 2008, § 263 Rn. 54 이하.

는 재산상 위험에 대한 법해석상 구조(Rechtsfigur)의 인플레이션적인 재수용은 최근 십여년 경제형법의 영역에 있어서 아마도 가장 유감스러운 잘못된 발전이다.” 이는 형법 제266조의 확대에 직면하여 “상당한 불확실성”을 유발한다고 한다. 또한: “침해범으로서 개념지워진 배임죄가 그로 인해서 법문에 반하여 구체적 위험범으로 전환된다. 이로 인해서 배임죄의 미수를 - 사기죄에서와는 달리 - 처벌하지 않으려는 입법자의 결단이 무력하게 된다.

보호되는 재산의 윤곽을 알아갈 위험이 있다는 것이 이런 비판에 있어서 정당하게 된다.⁵⁷⁾ 판례에서 있어서 “손해와 다름없는 재산상 위험” 형태의 매력은 손해의 정확한 집계에 대한 요청을 감소시키는 것을 초래했다.⁵⁸⁾ 구체적인 윤곽없이 확장되는 위험은 이미 “손해와 다름없는 재산상 위험”의 개념 가운데 들어있는데, 이는 명확성의 원칙(독일기본법 103조 제2항)과의 충돌을 내포하게 된다.⁶⁰⁾ 형법 제266조는 재산상 손해가 발생할 것을 요구하고 있다. 이에 따르면 “손해와 동치성”으로는 전혀 (구성요건이) 충족될 수 없게 된다.⁶¹⁾ 다른 한편으로는 재산에 대한 위험이 경제적 거래에 있어서 그 가치를 이미 감소시켰다는 것에 대한 의구심은 전혀 존재하지 않고 있다.⁶²⁾ 바로 현대의 경제적 거래 관계가 복잡하다는 관점을 가지고 위험에 대한 재산의 무기력함(Anfälligkeit)을 외면하거나 형법 제266조의 보호영역을 매우 현실적인 손해에만 국한시킨다고 하는 것은 이치에 맞지 않을 것 같다. 간단히 말해서: 단순한 “손해와 다름없는 재산상 위험”의 개념은 포기되어야 할 것이다. 하지만 위험한 상황이 재산상의 손해를 미리 근거지울 수는 있을 것이다. 위험이 실현될 경우의 손해가지도 확대될 수 있는 것은 단지 양적인 차이만을 만들어 내는 것이다. 최근 연방대법원 형사1부에 의한 2008년 3월 20일자 판결⁶³⁾이나 2009년 2월 18일자 판결⁶⁴⁾은 이런 입장에서 서 있다:⁶⁵⁾ 손해와 다름없는 재산상 위험에 대한 논의는 어떤 인식론적인 이득도 약속해

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.

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.

주지 않는다고 하는데, 이는 경제적인 고려방법의 경우 손해의 위험도 역시 재산상의 손해로 나타나지 않을 수 없기 때문이라고 한다. 따라서 이런 손해도 역시 산정되어야 한다고 한다.⁶⁶⁾ “손해와 다름없는 재산상 위험”의 형태를 포기하는 것으로 “단순히 추상적 위험을 도입함”으로 구성요건이 확장되는 위험이 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 거를 하는 것이 구성요건에 해당하는 행위가 된다면, 결과적으로 허용되지 않은 위험한 행위와 그로 인한 경제적 중대성 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 존재하게 된다. 가해자가 단지 허용되지 않은 위험한 행위나 재산상의 피해의 가능성을 목적으로 하고 있다면, 의지적인 고의요소로서 그가 이 상황에 승인하며 감수하고 있다는 것이 충족된다.⁶⁹⁾ 즉, 가해자가 그에 의해서 창출되고, 재산에 부담을 지우는 위험을 감수한다면 충분하게 되는 것이다.⁷⁰⁾ 하지만 고의는 이런 위험의 실현과는 관련이 없어야 한다.

최근에 연방대법원 형사2부가 의무를 위반한 위험한 행위에 대해 인용하는 것은 이런 원칙들과 달리하고 있다.⁷¹⁾

정치적인 정당의 간부로서 정당의 재산적 가치를 외국의 계좌로 이체했으며, 정당의

66) 하지만 이런 산정을 철차적으로 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) 판례에 따르면 미필적 고의(dolus eventualis)에 대한 일반적인 공식이 그러하다. 유력한 설은 실제로 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.

결산보고서에 공표하지 않음으로 해서 독일에서 공개적으로 논란이 된 “Kanter 사례”에 대해서 판결이 내려졌다. 여기에 존재하는 의무위반성은 백만달러에 달하는 국가의 연방기금의 반환청구를 하도록 독일의회 의장에게서 부여되었다는 것에 있었다. 베일에 가려져 있던 정당의 재산이 알려지지 않으면 안 되었기 때문에, 배임죄에 대한 비난은 반환청구에 의해 창출된 위험을 밝히지 않은 관점 하에서만 언급될 수 있었다.

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

배임죄의 가별성에 대한 주관적 구성요건에 있어서의 이와 같은 제한의 배경으로는 형법 제266조를 엄격하게 해석하려는 노력에서 비롯한다. 모험거래의 경우 구성요건이 단순한 위험범으로까지 확장된다고 한다.⁷³⁾ “구체적인 재산의 위험”을 손해로서 인정함으로서 - 처벌되지 않는 - 미수와의 경계가 문제시 된다고 한다.⁷⁴⁾ 결론적으로 부당이익의 의사를 가지고 가별성을 제안하는 것과 같은 사기죄(형법 제263조)와 같이 주관적 영역에서 가별성을 제한하는 것이 미흡하다고 한다. 그러므로 형사부가 객관적 구성요건에서는 충족요건으로서 지적하지 않았지만, 주관적 구성요건의 충족을 위해서 요청하는 것은 정당한 것으로서 간주하고 있다.

이런 견해를 따른다면, 배임죄의 적용영역은 명백히 제한될 수 있을 것이라고 한다.⁷⁵⁾ 하지만 해결책은, Beulke가 제대로 확인한 것처럼, “도그마틱적 관점에서 설득력이 떨어진다.”⁷⁶⁾ (위의 IV에서 서술한 것처럼) 위험의 손해는 단지 양적인 것이며, 양적인 관점에서 최종적으로 실현된 손해와 구분되지 않는다는 형사1부와 같은 견해에 있다면, 해결책에서의 근간은 사라지게 된다. 결론적으로 그 때문에 연방대법원 형사1부는 경우에 따라서는 최종 손해에 대한 동의에 달려 있다는 것을 확인하고 있다.⁷⁷⁾

72) BGHSt 51, 100, 121.

73) BGHSt 51, 100, 121.

74) BGHSt 51, 100, 123.

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 관점에서의 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.

V. 형사절차에 대한 추가적인 견해

경제적인 위협에 대한 판결들에서 지금까지 보여준 형법적 위협에 대한 표상은 형사절차적 관점의 고려 없이는 아직 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 편의주의(Opportunität)의 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 따른 금전부과로 인한 절차중지는 상당한 역할을 하게 된다. 따라서 결국 만네스만-사례에서는 백만달러에 이르는 금전부과로 인해서 다른 절차가 중지되었다.⁷⁸⁾ 이 사례에서는 무죄추정의 가치가 지켜지는 판결이 내려지지 않았다.

소송절차가 중지되지 않는다면, 이는 법원이 사안을 여전히 불가피하게 자신들의 도그마틱적 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 범위 내에서(형사소송법 제257c조)⁷⁹⁾ 특정된 형벌범주를 동시에 확정하는 경우, 2009년 8월 4일부터 법률적으로 근거를 갖게 되는 자백에 대한 고려의 가능성은 바로 법률적 또는 사실적으로 어려운 사안에 있어서 법원의 부담을 벗어버리기 위한 유용한 수단이다.

78) 개별적으로 피고인들에게 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 곧이어 나올 Murmann, ZIS 2009.

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. 편의주의적인 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 행위 사실이나 법기반 위에서 해결된다는 것을 의미한다. 이런 측면에서 보면 바로 경제범죄의 사안이야말로 형사사법에 대한 거대한 위험이 될 우려가 되고 있다.

이런 위험이 형사사법에 대한 오래된 선입견들을 되살리는 것에 적합할 때, 더욱 심각하게 될 수 있다. 편의주의적인 절차의 중지와 협상에 의한 판결은 공공연하게 부유한 가해자에게 특권을 주는 듯한 인상을 불러일으킨다. 따라서 문제가 되는 회사의 긴장관계의 발생은 형사사법을 통해서 해소되는 것이 아니라, 오히려 역으로 보다 강화될 우려가 있다.

Untreue (§ 266 StGB) und Risikogeschäfte

Prof. Dr. Uwe Murmann
Universität Göttingen

I. Zu den Hintergründen der aktuellen Diskussion

Das Problem der Untreue nach § 266 StGB bei riskanten Geschäften gehört zu den am intensivsten diskutierten des Wirtschaftsstrafrechts in Deutschland. Die Gründe dafür sind vielfältig.

Um sie zu verstehen, muss man sich zunächst die Struktur und den Schutzzweck des Straftatbestandes deutlich machen. § 266 Abs. 1 StGB hat folgenden Wortlaut:

„Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Die Vorschrift, deren koreanisches Gegenstück Artikel 355 Abs. 2 des koreanischen Strafgesetzbuchs sein dürfte, gehört zu den schwierigsten des deutschen Kernstrafrechts. Sie vertypt zwei Begehungsformen, nämlich den sogenannten Missbrauchstatbestand und den Treubruchstatbestand. Während ersterer sich dadurch auszeichnet, dass der Täter unter Verletzung seiner Pflichten gegenüber dem Vermögensinhaber das Vermögen durch eine rechtlich wirksame Verpflichtung oder Verfügung schädigt¹⁾, fehlt es beim Treubruchstatbestand an einem rechtlich wirksamen Verhalten. In Betracht kommen auch

1) Gegen das Erfordernis der rechtlichen Wirksamkeit aber *Schünemann*, NStZ 2006, 202 f.

rein tatsächlich schädigende Handlungen, etwa schlicht der Griff in die Kasse. Nach Auffassung der Rechtsprechung und des überwiegenden Teils der Literatur stellt der Missbrauchstatbestand im Verhältnis zum Treubruchstatbestand einen Spezialfall dar. Damit einher geht die Annahme, die Vermögensbetreuungspflicht sei nicht nur für die Erfüllung des Treubruchstatbestands, sondern auch für die Erfüllung des Missbrauchstatbestands vorausgesetzt²⁾. Rechtsgut des § 266 StGB ist das fremde Vermögen³⁾, das gegen Angriffe „von innen heraus“⁴⁾ geschützt werden soll.

Damit sind bereits zentrale Gründe für die Bedeutung von § 266 StGB für die strafrechtliche Haftung von Entscheidungsträgern im Unternehmen angesprochen: Die rechtlichen Strukturen fast aller modernen Großunternehmen zeichnen sich dadurch aus, dass als Vermögensträger eine juristische Person fungiert, die durch ihre Organe handelt. Es ist gerade dieses Auseinanderfallen von Vermögensträger einerseits und für diesen Vermögensträger handelnde Personen andererseits, das bei § 266 StGB vorausgesetzt ist⁵⁾. Mit der Einsicht in diese Strukturen ist zunächst nur festgehalten, dass in den Unternehmen, die sich der Rechtsform der juristischen Person bedienen, vermögensbetreuungspflichtige Organvertreter die Gelegenheit zum Zugriff auf das Vermögen der Gesellschaft haben. Die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht, die den Handlungsunwert des § 266 StGB ausmacht, setzt freilich einen Missbrauch der eingeräumten Stellung voraus. Als missbräuchliches Verhalten kommt grundsätzlich jeder Umgang mit dem Vermögen in Betracht, bei dem die Gefahr eines Nachteils für das betreute Vermögen besteht. Jede risikobehaftete Entscheidung, also praktisch jede unternehmerische Entscheidung, weist damit auf den ersten Blick eine wesentliche Voraussetzung der Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht auf.

Damit ist ein weiterer, häufig genannter Grund für die Relevanz von § 266 StGB in

2) Für die hier erörterte Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Risikoentscheidungen ist der Streit um die Relevanz der Vermögensbetreuungspflicht im Rahmen des Missbrauchstatbestands ohne Bedeutung: Die maßgeblichen Entscheidungsträger sind aufgrund ihrer Stellung im Unternehmen regelmäßig auch vermögensbetreuungspflichtig; vgl. *Brammsen*, wistra 2009, 86; *Saliger*, HRRS 2006, 12.

3) So die h.M., vgl. *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2007, § 266 Rn. 1.

4) *Schünemann*, in: Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2005, § 266 Rn. 1.

5) *Perron*, GA 2009, 222; *Schünemann*, in: Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2005, § 266 Rn. 1.

Zusammenhang mit unternehmerischen Entscheidungen angesprochen⁶⁾: Es wird gesagt, § 266 StGB weise so unklare Konturen auf, dass kaum beurteilt werden könne, welches Verhalten dem Tatbestand unterfalle⁷⁾. Dieser Befund wird häufig mit der Behauptung verbunden, jedes als unredlich oder inkorrekt empfundene Verhalten könne unter § 266 StGB subsumiert werden⁸⁾; die Untreue sei zu einem „Auffangtatbestand für geschäftliches Missmanagement“ geworden⁹⁾. Die Vorschrift schaffe unübersehbare Strafbarkeitsrisiken, so dass unternehmerisches Verhalten häufig Anlass zumindest zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens biete. Diese Kritik wird regelmäßig verbunden mit der Forderung nach restriktiver Interpretation der Vorschrift. Diskutiert wird auch die Frage, ob § 266 StGB noch mit dem Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar ist¹⁰⁾.

Rechtstatsächlich weist die verstärkte Wahrnehmung kriminellen Verhaltens von Führungskräften zu Lasten des Unternehmens auf weitreichende Veränderungen der Verhältnisse in der deutschen Gesellschaft hin: Das Verhalten von Führungskräften ist in die öffentliche Kritik geraten. Es ist der Eindruck entstanden, die Leistungen dieses Personenkreises rechtfertigten nicht die insbesondere seit den 90er Jahren explosionsartig gestiegenen Gehälter¹¹⁾. Dieses Missverhältnis wird mit Blick auf stagnierende Gehälter der Arbeitnehmer als sozial unerträglich empfunden, was durch die hereinbrechende Wirtschaftskrise weiter verstärkt worden ist¹²⁾. Und schließlich sind Fehlentscheidungen

6) *Saliger*, HRRS 2006, 15.

7) *Beulke*, in: FS für Eisenberg, 2009, S. 246 f.; *Perron*, GA 2007, 223 ff.; siehe schon RGSt 69, 58, 62 mit einer zeitgenössischen Interpretation des in nationalsozialistischer Zeit reformierten (Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26.5.1933; RGBL. I 295), im Kern bis heute unveränderten § 266 StGB: Der Gesetzgeber habe „darauf verzichtet wollen, die Rechtsprechung an starre Rechtsbegriffe zu binden“. Abweichend *Schünemann*, NSZ 2005, 474.

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

9) *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, 15/2.

10) Vgl. *Bernsmann*, GA 2009, 296 f.; *Gribbohm*, JuS 1965, 391; eingehend *Labsch*, Untreue (§ 266 StGB). Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Deutung, 1983, S. 177 ff. Dagegen zu Recht *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 641 ff. Zentral muss die Einsicht sein, dass die Vermögensbetreuungspflicht nichts anderes als eine Garantienstellung für das betreute Vermögen darstellt; vgl. *Schünemann*, in: Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2005, § 266 Rn. 31.

11) Zur Höhe von Vorstandsvergütungen vgl. *Adams*, in: FS für Carl Christian von Weizsäcker, 2003, S. 300 ff.

12) Umgekehrt haben Manager sich auf den Standpunkt gestellt, die Kritik an ihren Gehältern sei Ausfluss von „Sozialneid“.

mit erheblichen wirtschaftlichen Schäden, gerade auch im Zusammenhang und als Auslöser der Wirtschaftskrise, bekannt und öffentlich diskutiert worden. Spätestens in solchen Diskussionen wird dann auch deutlich, dass die Bürger längst keine Chance mehr haben, die wirtschaftlichen Verhältnisse und Vorgänge zu durchschauen¹³⁾. Diese Undurchsichtigkeit existentiell bedeutsamer Zusammenhängen kann nur durch Vertrauen in die professionell am Marktgeschehen beteiligten Akteure kompensiert werden. Aber gerade dieses Vertrauen in die selbstregulierenden Kräfte des Marktes, in dem tüchtige Geschäftsleute durch ihr eigenes Gewinnstreben zugleich dem Gemeinwohl dienen, ist geschwunden. Das moderne Management zeichnet sich dadurch aus, dass es nicht die persönlichen Risiken des Selbständigen trägt. Damit ist der Ruf nach staatlicher Kontrolle von Entscheidungsträgern lauter geworden. Insgesamt steht der Öffentlichkeit das Bild des geldgierig sich selbst bedienenden Managers vor Augen, der aus dem Untergang des zugrunde gerichteten Unternehmens als reicher Mann (seltener: als reiche Frau) hervorgeht.

Es steht mit diesem eklatanten Ansehensverlust der wirtschaftlichen Eliten in unserem Lande in engem Zusammenhang, dass Staatsanwaltschaften und Polizei die Scheu verloren haben, gegen Führungskräfte zu ermitteln¹⁴⁾, was dann wieder zu entsprechender Resonanz in den Medien und zu weiterem Ansehensverlust führt.

Ob die Manager damit die modernen Opfer gesellschaftlicher Rachsucht für schicksalhafte Ereignisse, also nur Sündenböcke, sind¹⁵⁾, oder ob sich in neuerer Zeit der Blick für kriminelles Managerhandeln geschärft hat und solches Fehlverhalten vielleicht auch tatsächlich häufiger vorkommt als früher¹⁶⁾, lässt sich nicht abschließend beurteilen. Liest man aber etwa die Sachverhaltsfeststellungen zum Fall Mannesmann¹⁷⁾, so muss man zur Kenntnis nehmen, wie hemmungslos ein früherer Vorstandsvorsitzender ohne tragfähigen sachlichen Grund Millionenbeträge verlangt und auch vom Aufsichtsrat bewilligt bekommen

13) Dazu und zu den Folgen *Hassemer*, *wistra* 2009, 169 f.

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

15) In diesem Sinne etwa *Beulke*, in: FS für Eisenberg, 2009, S. 266.

16) Zur statistischen Entwicklung anhand der Polizeilichen Kriminalstatistik *Rönnau*, *ZStW* 119 (2007), 889.

17) BGH, *JZ* 2006, 560, 565; insoweit nicht abgedruckt in BGHSt 50, 331.

hat. Liest man dann weiter, dass die beteiligten Spitzenmanager auch nur eine Sekunde lang glauben konnten, der Betreffende könne über die Auszahlung einer Prämie an sich selbst ein Stimmrecht ausüben, dann kann an einer enthemmten Selbstbedienungsmentalität jedenfalls in diesem Fall kaum Zweifel bestehen.

In der rechtswissenschaftlichen Diskussion fällt eine auf den ersten Blick überraschende Aufgeregtheit über die strafrechtliche Haftung von Managern auf. Eigentlich sollte man meinen, dass gerade die tendenziell strafrechtskritischen Stimmen mit Befriedigung die neue Bereitschaft registrieren, Kriminalität der Mächtigen theoretisch und praktisch verstärkt in den Blick zu nehmen, nachdem früher häufig der Vorwurf laut geworden war, die Justiz konzentriere sich zu sehr auf die unteren Gesellschaftsschichten¹⁸⁾. Nunmehr scheint sich geradezu ein wissenschaftlicher Lobbyismus zugunsten der Führungsetagen herauszubilden, wobei sich freilich vor allem publizierende Strafverteidiger aus naheliegenden Gründen besonders hervortun^{19),20)}. Es geht die Sorge um, wirtschaftliches Handeln werde gelähmt, wenn Staatsanwaltschaften darüber wachen, dass Manager ihre Entscheidungsspielräume nicht überschreiten²¹⁾. Der Frage, ob diese Sorge berechtigt ist, soll im Weiteren nachgegangen werden. Dazu ist es aber zunächst erforderlich, den Begriff der Risikogeschäfte zu klären und anhand von Fällen zu illustrieren (II.), sowie die im Zusammenhang mit diesen Fällen erörterten dogmatischen Probleme zu verdeutlichen (III.-V.). Ein vollständiges Bild verlangt weiterhin die Einbeziehung strafprozessualer Besonderheiten (VI.). Abschließend soll ein kurzes Fazit gezogen werden (VII.).

II. Beispiele aus der Rechtsprechung

Es herrscht keine Klarheit darüber, wie (potentiell untreuerelevante) Risikogeschäfte zu definieren sind²²⁾. Ein besonders weites Verständnis will hierunter allgemein mit wirtschaftlichen Risiken behaftete Geschäfte verstehen. Damit ist freilich schon jedes

18) Vgl. *Fischer*, StraFo 2008, 270.

19) Vgl. die Aufzählung bei *Saliger*, HRRS 2006, 11.

20) *Schünemann*, NStZ 2005, 474.

21) Vgl. z.B. *Beulke*, in: FS für Eisenberg, 2009, S. 247 f., 268; *Fischer*, StraFo 2008, 272.

22) Überblick über Definitionsversuche und Fallgruppen bei *Hellmann*, ZIS 2007, 433 f.; eingehend *Waßmer*, Untreue bei Risikogeschäften, 1997, S. 5 ff.

wirtschaftliche Handeln erfasst, bei dem eine Vertragspartei in Vorleistung tritt. Nach engerem Verständnis wird teilweise ein gesteigertes Maß an Ungewissheit über die Auswirkungen des Handelns für das Vermögen vorausgesetzt²³⁾. Sinnvoll dürfte die weite Interpretation sein²⁴⁾, da die Frage nach der unerlaubten Riskantheit eines Geschäfts sich nicht allein an der Größe des eingegangenen Risikos entscheidet. Das ist besonders deutlich dort, wo der Vermögensinhaber dem Vermögensbetreuungspflichtigen schon solche Handlungen untersagt – und damit den Anwendungsbereich der Mißbrauchsalternative eröffnet – die verhältnismäßig wenig riskant sind.

Geht man also von der weiten Definition des Risikogeschäfts aus, so ist schon jede vertraglich vereinbarte Vorausleistung ein Risikogeschäft, weil die Erbringung der Gegenleistung mit Unsicherheiten behaftet ist. Risikobehaftet ist z.B. jede Warenlieferung auf Rechnung (Warenkredit).

Die Rechtsprechung wurde mit Risikogeschäften insbesondere im Zusammenhang mit der Vergabe von Krediten durch Banken oder Sparkassen befasst. So hatte sich jeweils der 1. Strafsenat des BGH in Urteilen vom 6. April 2000²⁵⁾ und 15. November 2001²⁶⁾ mit Konstellationen zu beschäftigen, bei denen Vorstandsmitglieder von Sparkassen Kredite an Personen bzw. Unternehmen bewilligt hatten, deren Bonität zweifelhaft war. Ausgehend von der Einsicht, dass jede Kreditvergabe risikobehaftet ist, hält der BGH die Bewilligung eines Kredits erst dann für pflichtwidrig, wenn die erforderliche Abwägung zwischen Chancen und Risiken eines Kreditgeschäfts nicht sorgfältig erfolgt ist. Erst „gravierende Verstöße gegen die bankübliche Informations- und Prüfungspflicht“ sollen die Pflichtverletzung im Sinne von § 266 StGB begründen. Der BGH hat folgende „tatsächliche Anhaltspunkte“ genannt, die dafür sprechen können, dass eine Risikoprüfung nicht ordnungsgemäß erfolgt ist²⁷⁾:

23) *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 27. Aufl. 2006, § 266 Rn. 20.

24) Siehe *Waßmer*, Untreue bei Risikogeschäften, 1997, S. 10.

25) BGHSt 46, 30.

26) BGHSt 47, 148.

27) BGHSt 46, 30, 34.

- Informationspflichten werden vernachlässigt
- Der Entscheidungsträger handelt ohne die erforderliche Befugnis
- Im Zusammenhang mit der Kreditgewährung werden unrichtige oder unvollständige Angaben gegenüber Mitverantwortlichen oder zur Aufsicht befugten Personen gemacht
- Vorgegebene Zwecke werden nicht eingehalten
- Höchstkreditgrenzen werden überschritten
- der Entscheidungsträger handelt eigennützig²⁸⁾

Durch die Bezugnahme auf diese Anhaltspunkte entlastet der BGH § 266 StGB von inhaltlichen Fragen und verlagert die Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit einer Kreditentscheidung auf die Einhaltung eines Verfahrens²⁹⁾. So werden den Entscheidungsträgern Bewertungsspielräume eingeräumt, die freilich dort an Grenzen stoßen, wo das Ergebnis evident unvertretbar ist³⁰⁾.

Unter dem Aspekt der Risikoentscheidung sind auch Ausgaben von Unternehmen für Zwecke der Werbung oder der Imagepflege zu beurteilen. Auch insoweit ist klar, dass der wirtschaftliche Nutzen solcher Ausgaben mit erheblichen Unsicherheiten belastet ist. Ebenso klar ist, dass daraus nicht etwa ein Verbot z.B. des Sponsoring folgt. Auch insoweit erkennt der BGH einen weiten Ermessensspielraum des Entscheidungsträgers an. In seiner grundlegenden Entscheidung zur Zulässigkeit von Spenden an einen Sportverein hat der BGH eine Strafbarkeit nach § 266 StGB vom Vorliegen einer „gravierenden Pflichtverletzung“ abhängig gemacht, deren Vorliegen sich nach „einer Gesamtschau insbesondere der gesellschaftsrechtlichen Kriterien“ beurteilen soll. Im Rahmen dieser Gesamtschau soll folgenden Umständen Bedeutung zukommen³¹⁾:

28) Der Gesichtspunkt der (Un-) Eigennützigkeit erscheint nicht unproblematisch, da es auf ihn nach dem Tatbestand gerade nicht ankommt; *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 640. § 266 StGB ist in Deutschland kein Bereicherungsdelikt.

29) *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 675; kritisch *Kubiciel*, NStZ 2005, 356, mit der Erwägung, das gesellschaftsrechtliche Verfahren nicht per se darauf hinauslaufen, die Interessen von Geschäftsführung und Eigentümern zum Ausgleich zu bringen, und deshalb nicht unbedingt inhaltliche Richtigkeit versprechen.

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

31) BGHSt 47, 187.

- Fehlende Nähe der Zuwendung zum Gegenstand des Unternehmens
- Unangemessenheit der Zuwendung im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage des Unternehmens³²⁾
- fehlende innerbetriebliche Transparenz der Entscheidung für eine Zuwendung und deren Umsetzung
- das Vorliegen sachwidriger Motive, insbesondere die Verfolgung rein persönlicher Präferenzen

Ersichtlich hält der BGH hier teils materielle Kriterien für maßgeblich (wie z.B. die Unangemessenheit der Zuwendung), misst aber auch der Einhaltung bzw. Nichteinhaltung eines ordnungsgemäßen Verfahrens Bedeutung zu. Die Kriterien und insbesondere auch die erforderliche Gesamtschau machen aber jedenfalls das – vom BGH auch betonte – Bestreben deutlich, den weiten unternehmerischen Entscheidungsspielraum zu respektieren.

Ähnliche Investitionen in die Zukunft von ungewisser Werthaltigkeit stellen Anreizzahlungen für Leitungspersonen dar. Der BGH hatte im berühmten Mannesmann-Verfahren über nachträglich gewährte Anerkennungsprämien zu entscheiden. Zuständig für die Entscheidung über Vorstandsbezüge ist bei der Aktiengesellschaft der Aufsichtsrat, der nach § 87 AktG nur „angemessene“ Bezüge bewilligen darf. Eine Beurteilung der Höhe der Prämien im Lichte der „Angemessenheit“ musste der BGH in diesem Fall allerdings gar nicht mehr anstellen. Da aufgrund der feindlichen Übernahme durch Vodafone klar war, dass die begünstigten Vorstandsmitglieder nicht mehr weiter für das Unternehmen tätig sein würden, war eine Anreizwirkung für die Zukunft von vornherein ausgeschlossen. Die Leistungen konnten damit nicht im Unternehmensinteresse liegen. Der BGH führt deshalb aus, die Leistungen seien „ohne jeden Nutzen“, also „Verschwendung des anvertrauten Gesellschaftsvermögens“ gewesen³³⁾.

Auch die gegenwärtige Wirtschaftskrise könnte Anlass bieten, über eine Untreuestrafbarkeit aufgrund von riskanten Geschäften nachzudenken: Viele Bankenvertreter haben mittlerweile

32) Dazu kritisch *Brammsen*, wistra 2009, 88; *Saliger*, HRRS 2006, 19 f. mwN.

33) BGHSt 51, 331, 337, 340 f.

erklärt, man habe die Qualität der gehandelten, letztlich notleidend gewordenen Papiere nicht einschätzen können, aber dem Druck des Marktes folgend dennoch „mitgemacht“. Die Eingehung unabsehbarer Risiken zu Lasten des verwalteten Vermögens könnte ein von § 266 StGB erfasstes Risikogeschäft darstellen³⁴⁾.

III. Kriterien für die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit

1. Die Zivilrechtsakzessorietät des § 266 StGB

Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage, ob eine unternehmerische Entscheidung pflichtwidrig im Sinne des § 266 StGB ist, muss die Einsicht in den Charakter des Strafrechts als einer Sekundärordnung sein, die Verbote nicht begründet, sondern an sie anknüpft³⁵⁾. Daraus folgt, dass ein Verhalten jedenfalls dann nicht § 266 StGB unterfallen kann, wenn es nach der jeweiligen Primärordnung, insbesondere nach den Regeln des Zivil- oder Gesellschaftsrechts erlaubt ist³⁶⁾.

Die Erlaubtheit wiederum hängt grundsätzlich von den im Innenverhältnis zwischen dem Inhaber des Vermögens und dem Vermögensbetreuungspflichtigen getroffenen Absprachen ab³⁷⁾. Das folgt daraus, dass Rechtsgut des § 266 StGB das Vermögen ist, welches grundsätzlich der Disposition seines Inhabers unterliegt. Relativ unproblematisch lässt sich der Pflichtenkreis des Vermögensbetreuungspflichtigen also dort bestimmen, wo ihn der Vermögensinhaber explizit festgelegt hat. Hat der Vermögensinhaber also schon vergleichsweise wenig riskante Geschäfte untersagt, so liegt in der Zuwiderhandlung gegen diese Vorgabe bereits ein unerlaubtes Risikogeschäft. Ist der Vermögensinhaber umgekehrt sogar mit hochriskanten Geschäften einverstanden, etwa mit dem Erwerb

34) *Bernsmann*, GA 2009, 298; *Fischer*, StraFo 2008, 272 in Fn. 35; *Gallandi*, wistra 2009, 44; ablehnend *Brüning/Samson*, ZIP 2009, 1092, soweit sich die Entscheidungsverantwortlichen auf positive Bewertungen von Rating-Agenturen stützen konnten; dort S. 1092 ff. auch zu weiteren möglichen Anknüpfungspunkten für eine Strafbarkeit nach § 266 StGB.

35) Der vielfach betonte akzessorische Charakter von § 266 StGB (*Ransiek*, ZStW 116 [2004], 644 f.; *Rönnau*, ZStW 119 [2007], 887, 903 ff.), ist so gesehen keine Besonderheit.

36) Z.B. *Saliger*, HRRS 2006, 14.

37) Vgl. BGHSt 50, 331, 342 f.; *Hellmann*, ZIS 2007, 434 ff.; eingehend *Waßmer*, Untreue bei Risikogeschäften, 1997, S. 32 ff.

hochspekulativer Papiere, so ist die Vornahme entsprechender Handlungen nicht pflichtwidrig.

Fehlen konkrete Vorgaben zum Umgang mit dem anvertrauten Vermögen, so wäre es vorschnell, sogleich auf allgemeine Maßstäbe, wie den des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers abzustellen. Da es auch dort, wo der Wille des Vermögensinhabers nicht explizit gemacht wurde, für die Pflichten des Vermögensbetreuungspflichtigen immer noch auf die Übereinstimmung mit dem Willen des Vermögensinhabers ankommt, ist in solchen Fällen dessen mutmaßlicher Wille zu erforschen³⁸⁾. Ein etwa bestehendes mutmaßliches Einverständnis ist nicht Rechtfertigungsgrund, sondern konturiert bereits das tatbestandsmäßige Verhalten³⁹⁾. Der Weg über den mutmaßlichen Willen trägt freilich vor allem einer methodischen Einsicht Rechnung: Fehlen Anhaltspunkte für den konkreten Willen des Vermögensinhabers, so ist zu dessen Ermittlung letztlich doch auf allgemeine Maßstäbe zurückzugreifen. Denn es ist anzunehmen, dass der Vermögensinhaber bei Fehlen gegenteiliger Anhaltspunkte vom Vermögensbetreuungspflichtigen das erwartet, was einer ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführung entspricht. Dahinter steht die Annahme, dass bei Einhaltung dieses Maßstabs die unterschiedlichen Interessen in angemessener Weise zum Ausgleich gebracht werden.

Nach h.M. soll allerdings der – ausdrückliche oder mutmaßliche – Wille der wirtschaftlich Berechtigten bei juristischen Personen irrelevant sein, wenn diese in existentieller Weise von einer Entscheidung betroffen ist. Praktisch bedeutsam ist dies vor allem für die GmbH: Der BGH steht auf dem Standpunkt, dass ein Verhalten des Geschäftsführers trotz Zustimmung der Gesellschafter (als der wirtschaftlichen Eigentümer) der GmbH pflichtwidrig im Sinne von § 266 StGB ist, wenn das Stammkapital entgegen § 30 GmbHG angegriffen oder die Existenz oder Liquidität der Gesellschaft gefährdet wird⁴⁰⁾. Richtig ist das nicht: § 266 StGB dient allein dem Schutz des Vermögens, welches zur Disposition der Eigentümer der GmbH, also der Gesellschafter steht. Die Interessen am Erhalt des Gesellschaftskapitals und an der Existenz der Gesellschaft werden also nicht durch § 266

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

39) *Hellmann*, ZIS 2007, 437.

40) BGHSt 49, 147, 158.

StGB, sondern durch gläubigerschützende Tatbestände, etwa des Insolvenzstrafrechts (§ 283 ff. StGB) erfasst⁴¹⁾.

Die Feststellung der allgemeinen Vorgaben für einen sorgfaltsgemäßen Umgang mit dem anvertrauten Vermögen stellt das Zentralproblem des Untreuetatbestandes dar. Das gilt insbesondere bei der Vornahme von Risikogeschäften. Maßstabbildend sind die Normen der Primärordnung, also des – geschriebenen oder ungeschriebenen – Zivil- und Gesellschaftsrechts.

Ergeben sich aus der Primärordnung eindeutige Vorgaben, etwa die Pflicht zu einer bestimmten Form der Geldanlage⁴²⁾, so begründet eine Abweichung von diesen Vorgaben zum Nachteil des Vermögensinhabers regelmäßig (vorbehaltlich zusätzlicher spezifisch strafrechtlicher Restriktionen; dazu unten 2.), eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht nach § 266 StGB.

Schwierigkeiten macht hingegen die Beurteilung solcher Verhaltensweisen, die sich nach den Normen der Primärordnung nicht ohne weiteres als erlaubt oder unerlaubt qualifizieren lassen. Hier wird teilweise aus dem Bestreben nach restriktiver Auslegung abgeleitet, solche Unsicherheiten stünden der Annahme einer Pflichtverletzung entgegen⁴³⁾. Überzeugend ist das nicht: Der Grundsatz „in dubio pro reo“ findet für die Beantwortung von Rechtsfragen keine Anwendung. Es liegt also in der Verantwortung der Strafgerichte, auch zivilrechtliche Streitigkeiten in der Sache zu entscheiden (vgl. § 262 StPO)⁴⁴⁾. Orientiert sich der Täter an einer für ihn günstigeren (falschen) Rechtsauffassung, so sind – wie sonst auch – Irrtumsregeln anzuwenden (§§ 16, 17 StGB)⁴⁵⁾.

41) Zutreffend Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 77. Aufl. 2006, § 266 Rn. 21b; dort Rn. 21c auch zur Übertragung der Überlegungen auf die Aktiengesellschaft.

42) Vgl. § 551 Abs. 3 BGB bzgl. der Pflicht zur verzinslichen Anlage von Mietkautionen bei der Wohnraummiete. Der BGH hält den Vermieter gegenüber dem Mieter für vermögensbetreuungspflichtig; BGHSt 41, 224, 227 ff.

43) Beulke, in: FS für Eisenberg, 2009, S. 251 f.

44) BGHSt 50, 331, 338; *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 913 ff., *ders.*, NStZ 2006, 218, 220.

45) Freilich ist gerade bei Fehlvorstellungen bezogen auf normative Tatbestandsmerkmale die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum außerordentlich problematisch; vgl. dazu BGH, JZ 2006, 560, 567 f. (Mannesmann-Urteil; insoweit nicht abgedruckt in BGHSt 50, 331).

Verfehlt dagegen Beulke, nach dessen Auffassung es „geradezu absurd“ sei, „den Bürger für ein Verhalten, das von Zivilgerichten und/oder Zivilrechtslehrern als erlaubt eingestuft wird, strafrechtlich zu belangen. Ist eine zivil- oder öffentlich-rechtliche Primärnorm derart unbestimmt oder vieldeutig, dass unklar ist, ob bestimmte Verhaltensweisen als pflichtwidrig einzustufen sind, kann es dem Bürger strafrechtlich nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn er sich für eine dieser Verhaltensalternativen entscheidet“⁴⁶⁾. Damit wird eine in der Sache nicht begründbare Sonderdogmatik für § 266 StGB gefordert. Bei jeder fahrlässigen Körperverletzung sind die Gerichte darauf angewiesen, Verhaltensnormen zu konturieren, d.h. anzugeben, ob ein bestimmtes Verhalten in Richtung auf das Rechtsgut der körperlichen Integrität nicht nur gefährlich, sondern unerlaubt gefährlich ist. Die Antwort auf diese Frage kann, gerade wenn die Gefahr aus der Sphäre eines Unternehmens kommt, es etwa um Verkehrssicherungspflichten geht, außerordentlich schwierig und auch umstritten sein. Geschriebene Primärnormen werden hier vielfach nicht existieren. Es wäre aber „geradezu absurd“ eine Strafbarkeit deshalb auszuschließen, weil die Ablehnung einer Pflichtverletzung vertretbar ist. (Und ganz nebenbei bemerkt: Kapitalkräftige Beschuldigte werden fast immer einen fachkundigen Gutachter finden, der selbst merkwürdigste Ergebnisse vertritt und damit eben auch „vertretbar“ macht.) Orientiert sich der Bürger an einer von dem für die Entscheidung seines Falles zuständigen Gerichts abweichenden Rechtsauffassung, so liegt ein Irrtumsproblem vor und es ist dogmatisch nicht überzeugend, mit Blick auf unerwünschte Strafbarkeitsrisiken eine allgemeinen Grundsätzen zuwiderlaufende Verlagerung in den objektiven Tatbestand zu propagieren⁴⁷⁾.

2. Das Erfordernis einer „gravierenden Pflichtverletzung“

Verschiedentlich ist in Rechtsprechung⁴⁸⁾ und Literatur⁴⁹⁾ die Auffassung vertreten worden, allein die Rechtswidrigkeit unter zivil- oder gesellschaftsrechtlichen Aspekten begründe noch keine Pflichtverletzung im Sinne von § 266 StGB. Diese Vorschrift setze

46) *Beulke*, in: FS für Eisenberg, 2009, S. 251 f.

47) So aber *Beulke*, in: FS für Eisenberg, 2009, S. 252.

48) BGHSt 47, 148, 149 f., 152 f.; 47, 187, 197.

49) Z.B. *Dierlamm*, StraFo 2005, 402 ff.; *Lüderssen*, in: FS für Lampe, 2003, S. 729.

vielmehr eine gravierende Pflichtverletzung voraus.

Für diese vom 1. Strafsenat des BGH⁵⁰⁾ entwickelte spezifisch strafrechtliche Haftungsvoraussetzung lässt sich vor allem anführen, dass andernfalls die unternehmerische Entscheidungsfreude und die Bereitschaft zur Eingehung von Risiken durch die Angst vor strafrechtlicher Haftung gelähmt würden. Der 3. Strafsenat des BGH hat das Erfordernis der gravierenden Pflichtverletzung dagegen zurückgewiesen⁵¹⁾: Der unternehmerische Ermessensspielraum werde bereits im Rahmen der Primärordnung, also auf der Ebene des Zivil- bzw. Gesellschaftsrechts, hinreichend berücksichtigt. Dem ist zuzustimmen⁵²⁾: So führt schon nach der Primärordnung nicht jede Vernachlässigung von Prüfpflichten zur unerlaubten Riskantheit einer Kreditvergabe. Und im Mannesmann-Urteil hat sich der BGH auf den Standpunkt gestellt, schon im aktienrechtlichen Erfordernis der „Angemessenheit“ der Vorstandsvergütung (§ 87 AktG) sei ein weiter unternehmerischer Spielraum berücksichtigt. Gerade das Recht der Aktiengesellschaft schützt den unternehmerischen Entscheidungsspielraum auch durch allgemeine Vorschriften (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG⁵³⁾). Es gibt demnach keinen Anlass für eine nochmalige Haftungsbegrenzung im Bereich des Strafrechts.

IV. Anforderungen an den Vermögensnachteil : die „schadensgleiche Vermögensgefährdung“

Verletzt der Täter seine Vermögensbetreuungspflicht durch die Vornahme eines riskanten Geschäfts, so liegt es in der Natur dieser Fälle, dass zunächst noch offen ist, ob sich das geschaffene Risiko auch realisiert oder noch einmal „alles gut geht“. Man könnte sich nun auf den Standpunkt stellen, der für die Erfüllung von § 266 StGB vorausgesetzte „Vermögensnachteil“ sei erst dann eingetreten, wenn sich das Risiko für das betreute

50) BGHSt 47, 148, 149 f., 152 f.; 47, 187, 197.

51) BGHSt 50, 331, 343 f.

52) Vgl. auch *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 909 ff.; *Schünemann*, NStZ 2005, 476; *ders.*, NStZ 2006, 197.

53) Diese sogenannte business judgement rule lautet: „Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“.

Vermögen realisiert hat⁵⁴⁾. Ist dies nicht der Fall, so läge nur ein, bei § 266 StGB nicht strafbarer, Versuch vor.

Die h.M. ist freilich anderer Auffassung: Schon die konkrete Gefährdung des Vermögens mindere dessen wirtschaftlichen Wert und stelle deshalb bereits einen Schaden dar. Die pflichtwidrig riskante Handlung fällt also mit dem Vermögensnachteil zusammen⁵⁵⁾. Hintergrund dieser sogenannten „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ ist ein im Kern wirtschaftlicher Vermögensbegriff, wonach zum Vermögen die Gesamtheit der geldwerten Güter einer natürlichen oder juristischen Person, abzüglich der Verbindlichkeiten, gehört⁵⁶⁾. Dieses Vermögen kann bereits durch Risiken belastet und damit vermindert werden.

Der Umgang der Rechtsprechung mit der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ hat allerdings erhebliche Kritik gefunden. So schreibt jüngst Beulke⁵⁷⁾: „Der inflationäre Rückgriff der Rechtsprechung auf die Rechtsfigur der schadensgleichen Vermögensgefährdung ist die wohl bedauernswerteste Fehlentwicklung der Rechtsprechung in den letzten Jahrzehnten im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts“. Diese führe angesichts der Weite des § 266 StGB zu „unerträglichen Unsicherheiten“. Und: „Die als Verletzungsdelikt konzipierte Untreue wird dadurch contra legem in ein konkretes Gefährdungsdelikt umgewandelt; die Entscheidung des Gesetzgebers, den Versuch der Untreue – anders als beim Betrug – nicht unter Strafe zu stellen, wird unterlaufen.“

Berechtigt an dieser Kritik ist die Gefahr, das geschützte Vermögen seiner Konturen zu berauben⁵⁸⁾. Die Attraktivität der Figur der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ für die Rechtsprechung resultiert aus einer Reduzierung der Anforderungen an die genaue Bezifferung des Schadens⁵⁹⁾. Die Gefahr konturloser Ausdehnung ist bereits im Begriff

54) So ansatzweise *Bernsmann*, GA 2007, 230; *Naucke*, StV 1985, 187.

55) *Saliger*, HRRS 2006, 14 spricht von einer „Verschleifung“ von Handlung und Taterfolg; *Schünemann*, NStZ 2005, 475, meint, bei der Bankenuntreue seien Pflichtwidrigkeit und Schaden „im Grunde genommen nur zwei Seiten derselben Medaille“.

56) *Fischer*, Strafgesetzbuch, 55. Aufl. 2008, § 263 Rn. 54 f.

57) *Beulke*, in: FS für Eisenberg, 2009, S. 262; vgl. auch *Perron*, GA 2009, 227 ff.

58) Beispiele bei *Saliger*, HRRS 2006, 12 f.

der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ angelegt, der einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) impliziert⁶⁰): § 266 StGB verlangt den Eintritt eines Vermögensnachteils. Eine „Schadensgleichheit“ kann danach keinesfalls ausreichen⁶¹). Andererseits kann aber auch kaum ein Zweifel daran bestehen, dass bereits eine Gefahr für das Vermögen dessen Wert im Wirtschaftsverkehr mindern kann⁶²). Gerade mit Blick auf die Komplexität der Verhältnisse des modernen Wirtschaftsverkehrs wäre es nicht sachgerecht, die Anfälligkeit des Vermögens gegen Gefährdungen zu ignorieren und den Schutzbereich des § 266 StGB auf abschließend realisierte Schäden zu verengen. Kurz: Lediglich auf den Begriff der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ ist zu verzichten. Eine Gefahrenlage kann aber durchaus bereits einen Vermögensschaden begründen. Dass sich dieser Schaden bei Realisierung der Gefahr noch ausweiten kann, macht dann lediglich einen quantitativen Unterschied.

Auf diesen Standpunkt hat sich neuerdings in seinen Entscheidungen vom 20.3.2008⁶³) und vom 18.2.2009⁶⁴) dezidiert der 1. Strafsenat des BGH gestellt⁶⁵): Die Diskussion um die schadensgleiche Vermögensgefährdung verspreche keinen Erkenntnisgewinn, weil bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auch der drohende Schaden einen Vermögensnachteil darstellen müsse. Dieser Schaden lasse sich auch berechnen⁶⁶). Mit dem Verzicht auf die Figur der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ werde der Gefahr einer Überdehnung des Tatbestandes „durch Einbeziehung nur abstrakter Risiken“ entgegengewirkt⁶⁷).

59) *Bosch*, JA 2009, 549 f.; *ders.*, wistra 2001, 257 ff.

60) Vgl. BGH, NJW 2009, 2390, 2391; *Bernsmann*, GA 2007, 229; *Brammsen*, wistra 2009, 89; *Fischer*, Strafgesetzbuch, 55. Aufl. 2008, § 263 Rn. 94; *Naucke*, StV 1985, 187.

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

62) So wie umgekehrt Expektanzen den Wert des Vermögens erhöhen können; *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 77. Aufl. 2006, § 263 Rn. 87 ff.

63) BGH, NJW 2008, 2451, 2452.

64) BGH, NJW 2009, 2390. Die Entscheidung betraf allerdings einen Betrugsfall.

65) Im gleichen Sinne etwa auch *Brammsen*, wistra 2009, 89; *Nack*, StraFo 2008, 278 ff.

66) Die prozessuale Umsetzung dieser Berechnung kann freilich Probleme bereiten; dazu der BGH, NJW 2009, 2390, 2391: „Wenn eine genaue Feststellung zur Schadenshöhe zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung nicht möglich ist, wird der Tatrichter im Hinblick auf die Besonderheiten des Strafrechts Mindestfeststellungen zu treffen haben. ... Dies kann durch Schätzung im Rahmen des dabei eingeräumten Beurteilungsspielraums geschehen“. Kritisch insoweit *Bosch*, JA 2009, 549 f.

67) BGH, NJW 2009, 2390, 2391.

V. Anforderungen an den subjektiven Tatbestand

Es entspricht allgemeinen dogmatischen Grundsätzen, dass sich der Vorsatz auf alle Umstände beziehen muss, deren Vorliegen für die Erfüllung des objektiven Tatbestands vorausgesetzt ist. Liegt das tatbestandsmäßige Verhalten in der Eingehung eines riskanten Geschäfts, welches das Vermögen mit Verlustrisiken belastet und damit bereits einen Nachteil für das betreute Vermögen begründet, so muss sich der Vorsatz folglich auf die unerlaubt riskante Handlung und deren wirtschaftliche Relevanz beziehen⁶⁸). Weiß der Täter um diese Umstände, so liegt direkter Vorsatz vor, auch wenn dem Täter die nachteiligen Auswirkungen seines Verhaltens nicht recht sein mögen. Geht er lediglich von der Möglichkeit unerlaubt riskanten Verhaltens bzw. eines Vermögensnachteils aus, so genügt als voluntatives Vorsatzelement, dass er diese Umstände billigend in Kauf nimmt⁶⁹). Ausreichend ist also, wenn sich der Täter mit dem von ihm geschaffenen, das Vermögen belastenden Risiko abfindet⁷⁰). Der Vorsatz muss sich nicht auf die Realisierung dieses Risikos beziehen.

Von diesen Grundsätzen ist jüngst der 2. Strafsenat des BGH gerade bezogen auf pflichtwidrig riskantes Verhalten abgewichen⁷¹).

Das Urteil betrifft den in der deutschen Öffentlichkeit intensiv diskutierten „Fall Kanther“, der als Funktionär einer politischen Partei deren Vermögenswerte auf ausländische Konten transferierte und nicht im Rechenschaftsbericht der Partei offenlegte. Die darin liegende Pflichtwidrigkeit veranlasste den Präsidenten des Deutschen Bundestags zur Rückforderung staatlicher Förderbeträge in Millionenhöhe. Da das verschleierte Parteivermögen dieser nicht vorenthalten werden sollte, war der Vorwurf der Untreue nur unter dem Aspekt des durch die Verschleierung geschaffenen Risikos von

68) Vgl. *Weber*, in: FS für Eisenberg, 2009, S. 372.

69) So die übliche Formel zum *dolus eventualis* nach der Rechtsprechung. Die herrschende Lehre meint sachlich das gleiche mit dem Erfordernis der „Ernstnahme“ des Erfolgseintritts. Zusammenfassend zu den unterschiedlichen Auffassungen zum Eventualvorsatz etwa *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 38. Aufl. 2008, Rn. 214 ff.

70) BGHSt 47, 148, 157.

71) BGHSt 51, 100; ebenso BGH, NStZ 2007, 704.

Rückforderungen zu erörtern.

Erforderlich sei nicht nur die Billigung der Gefährdung, sondern „darüber hinaus eine Billigung der Realisierung dieser Gefahr, sei es auch nur in der Form, dass der Täter sich mit dem Eintritt des ihm unerwünschten Erfolges abfindet“⁷²⁾.

Hintergrund dieser Einschränkung der Untreuestrafbarkeit im subjektiven Tatbestand ist das Bemühen um ein restriktives Verständnis von § 266 StGB. Bei Risikogeschäften werde der Tatbestand „in Richtung auf ein bloßes Gefährdungsdelikt“ ausgeweitet⁷³⁾. Mit der Anerkennung einer „konkreten Vermögensgefährdung“ als Schaden werde die Abgrenzung zum – nicht strafbaren – Versuch problematisch⁷⁴⁾. Schließlich fehle eine Strafbarkeitseinschränkung im subjektiven Bereich, wie sie beim Betrug (§ 263 StGB) mit der Bereicherungsabsicht gegeben sei. Deshalb hält es der Senat für gerechtfertigt, an die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes Anforderungen zu stellen, die im objektiven Tatbestand kein Pendant aufweisen.

Folgt man dieser Auffassung, so dürfte der Anwendungsbereich der Untreue deutlich eingeschränkt sein⁷⁵⁾. Die Lösung ist aber, wie Beulke zu Recht festhält, „in dogmatischer Hinsicht alles andere als überzeugend“⁷⁶⁾. Ihr wird die Grundlage entzogen, wenn man (wie oben IV. dargestellt) mit dem 1. Strafsenat der Auffassung ist, dass sich der Gefährdungsschaden lediglich in quantitativer, nicht aber in qualitativer Hinsicht vom endgültig realisierten Schaden unterscheidet. Konsequenz hält der 1. Strafsenat des BGH deshalb daran fest, dass es auf die Billigung eines eventuellen Endschadens nicht ankomme⁷⁷⁾.

72) BGHSt 51, 100, 121.

73) BGHSt 51, 100, 121.

74) BGHSt 51, 100, 123.

75) *Bernsmann*, GA 2007, 230; *Beulke*, in: FS für Eisenberg, 2009, 264.

76) *Beulke*, in FS für Eisenberg, 2009, S. 264; in diesem Sinne auch *Bernsmann*, GA 2007, 230; *Weber*, in: FS für Eisenberg, 2009, S. 375. Bedenken in Hinblick auf die Handhabung in der Praxis bei *Perron*, GA 2009, 230 f.

77) BGH, NJW 2009, 2390, 2391; in diesem Sinne auch *Nack*, StraFo 2008, 280 f. Im Übrigen wird dann deutlich, dass es sich regelmäßig um Fälle der Risikokenntnis, also des direkten Vorsatzes handelt; vgl. *Kühne*, StV 2002, 199.

VI. Ergänzende Bemerkungen zum Strafprozess

Das bisher gezeichnete Bild von den strafrechtlichen Risiken bei wirtschaftlich riskanten Entscheidungen wäre ohne einen Blick auf das Strafverfahren noch nicht vollständig. Die vielfältigen Bemühungen darum, dem Untreuetatbestand klarere Konturen zu geben, werden nämlich strafprozessual auf unterschiedliche Weise unterlaufen:

Zunächst entfällt der Bedarf nach präziser Subsumtion eines Sachverhalts unter § 266 StGB in den praktisch häufigen Fällen, in denen das Verfahren aus Gründen der Opportunität eingestellt wird. In Betracht kommen solche Einstellungen insbesondere bei Geringfügigkeit (§ 153 StPO) und in Fällen, in denen das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung durch eine Auflage oder Weisung beseitigt werden kann (§ 153a StPO). In Wirtschaftsstrafverfahren spielt insbesondere die Einstellung nach § 153a StPO gegen eine Geldauflage eine erhebliche Rolle. So wurden im Mannesmann-Fall die verschiedenen Verfahren schließlich gegen Geldauflagen in Millionenhöhe eingestellt⁷⁸). In diesen Fällen ergeht kein Urteil, die Unschuldsvermutung behält ihre Geltung.

Wird das Verfahren nicht eingestellt, bedeutet das noch nicht notwendig, dass das Gericht den Fall in seinen dogmatischen Feinheiten durchdringen muss. Dies ist, jedenfalls faktisch, eine Folge der gerade in Wirtschaftsstrafverfahren um sich greifenden Praxis der Absprachen. Die seit 4.8.2009 gesetzlich verankerte Möglichkeit der Verständigung über ein Geständnis bei gleichzeitiger Zusicherung eines bestimmten Strafrahmens, innerhalb dessen die konkrete Strafe zu verhängen ist (§ 257c StPO)⁷⁹), ist gerade bei rechtlich und tatsächlich schwierigen Fällen ein probates Mittel zur Entlastung der Gerichte.

78) Im Einzelnen wurden den Angeklagten folgende Zahlungsauflagen gemacht: Prof. Dr. Funk: 1 Mio. EUR; Zwickel: 60.000 EUR; Ladberg: 12.500 EUR; Dr. Esser: 1,5 Mio. EUR; Dr. Ackermann: 3,2 Mio EUR.

79) Dazu eingehend demnächst *Murmann*, ZIS 2009.

VII. Fazit

Riskantes Verhalten im Geschäftsverkehr kann als Untreue strafbar sein. Es gibt keinen Anlass, ein spezifisch strafrechtliches „Managerprivileg“ zu etablieren. Die weiten unternehmerischen Entscheidungsspielräume, die auch in strafrechtlicher Hinsicht zu respektieren sind, schützen hinreichend vor Überkriminalisierungen. Freilich ist in der Praxis sehr sorgfältig zu prüfen, ob diese Entscheidungsspielräume überschritten sind und ob aus einer Risikoentscheidung bereits ein Vermögensnachteil (nicht nur eine abstrakte Gefährdung) resultiert.

Die vielfach geäußerte Sorge über die Konturlosigkeit wird praktisch – in freilich wenig überzeugender Weise – entschärft durch den prozessualen Umgang mit komplexen wirtschaftsstrafrechtlichen Sachverhalten: Opportunitätseinstellungen und Absprachen vermindern nicht nur Strafbarkeitsrisiken. Es wird durch diese Instrumente vielmehr zunehmend vereitelt, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung überhaupt noch Gelegenheit hat, die Auslegung durch die Untergerichte zu beeinflussen. Praktisch bedeutet das, dass rechtlich und tatsächlich komplexe Sachverhalte auf mehr oder minder ungeklärter Tatsachen- und Rechtsgrundlage in weitgehend formloser Weise erledigt werden. Von dieser Seite droht die größte Gefahr für die Strafrechtspflege, und zwar gerade in Wirtschaftsstrafsachen.

Diese Gefahr ist umso ernster zu nehmen, als sie geeignet ist, alte Vorurteile gegen die Strafjustiz wieder zu beleben: Opportunitätseinstellungen und abgesprochene Urteile erwecken in der Öffentlichkeit den Eindruck einer Privilegierung von wohlhabenden Tätern. Die Eingangs angesprochenen gesellschaftlichen Spannungen werden damit durch die Strafjustiz nicht entschärft, sondern drohen sogar umgekehrt geradezu verstärkt zu werden.

제 2 부

사 회 : 장영민 교수(이화여대)

[제3주제]

14:00 ~ 14:50

독일 재범 통계의 구조 및 효과

(Structure and Results of the German Reconviction Statistics)

발 표 : Joerg-Martin Jehle 교수(독일 괴팅엔대)

토 론 : 원혜욱 교수(인하대)

통 역 : 강우예 부연구위원(한국형사정책연구원)

독일 재범 통계의 구조 및 효과

(Structure and Results of the German Reconviction Statistics)

외르그-마틴 엘레 교수 (Prof. Dr. Joerg-Martin Jehle)

독일 괴팅겐대학교 (Universität Göttingen)

서론

오랫동안 제가 수행해왔던 연구과제에 대해서 발표할 기회를 가지게 되어 감사드립니다. 이에 대해 박상기 원장님께 깊은 감사의 말씀을 드립니다. 구체적인 결론을 제시하기에 앞서 몇 가지 이론적이고 추상적인 내용들을 제시하고자 합니다. 이 때문에 여러분을 지루하게 할 수도 있다는 점 양해를 구하고자 합니다.

1. 왜 재범관련 데이터가 필요한가?

정의를 실현하는 것이 형사사법제도의 주요 목적이라는 점은 형법 학자들과 실무자들 사이에서는 상식이다. 하지만 형법에는 다른 목적들 또한 존재한다. 법문화에 따라, 형사정책과 형사사법에 있어 지배적인 목적이 달라진다. 다른 목적들은: 범죄를 개별적이거나 일반적으로 통제하고 예방하는 것이다. 중요한 것은 형벌의 목적이다: 예방, 재사회화 혹은 격리. 독일 형법의 역사와 함께 한 학자들은 이러한 관점과 관련하여 란쯔 본 리스트가 제시한 개념에서 기원을 찾고 있다([그림 1] 참조). 재범 방지는 형법에 있어서 가장 중요한 쟁점들 중의 하나이다. 그러므로 범죄자에게 양형을 한 후에 어느 정도까지 이 목적이 실현되었는지를 보여 줄 정보가 필요하다.

[그림 1] 형사사법제도의 주요 목적과 관련한 여러 가지 효과

정의의 실현	범죄예방 • 개별적 • 일반적
범죄통제	
개별범죄의 예방, 재사회화, 격리	

2. 재범 대 재유죄선고

우리가 측정하려고 하는 것은 무엇인가? 만일 형사적 제재가 장래의 범죄행위를 억제하는 목적을 실현했는지 여부에 대하여 평가하고자 한다면, 수사기관이나 사법기관에서 포착했거나 혹은 압수로 남아있는 형태의 범죄를 발견하도록 노력해야 한다. 하지만 압수와 관련하여 발생하는 모든 어려움은 차치하고, 유죄확정된 자에 대한 양형의 효과를 평가할 시 수사되었고 유죄확정된 범죄만을 사용하는 것이 논리적인 것으로 보인다. 그러므로 우리의 접근법은 재범의 형태로 유죄확정된 적이 있는 자가 형사사법제도에 다시 나타났는지 여부를 찾는 것이다. 이에 대한 적절한 데이터는 국가전과기록부이다([그림 2] 참조).

[그림 2] 재범의 정의

재범	데이터 출처
반복 범죄(압수 포함)	자기 보고
경찰에 대해 신고되는/경찰이 기록하는 반복 범죄	경찰 데이터베이스/통계
반복 유죄선고(PPS의 사건 종료 결정)	국가전과기록부
동종 반복 범죄(동종 범죄/ 범죄군)	국가전과기록부
수감자 관련 : 반복 수감 양형(재수감)	국가전과기록부

3. 독일 재범 통계 모델

연방법무부를 대표하여, 볼프강 하인츠(콘스탄츠)와 외르그-마틴 엘레로 구성된 연구팀은 1999년에 전국적인 재범 연구를 수행하기 위하여 결성되었다. 그 연구는 국가전과기록부의 데이터에 바탕을 둔 것이다. 특정한 해에 기록되었으며 형사제재를 받거나 출감된 모든 사람은 재범여부에 대하여 알기 위하여 이후 4년 동안 관찰대상이 된다. 그 결과들은 범죄행위와 제재, 전과, 나이, 성별 그리고 국적에 따라 분류되었으며 국가재범통계로 출판되었다. 당시, 이 접근법에 결함이 발생했다. 다음 기간을 연장하고 연방기록부에 입력의 하자를 극복하기 위하여, 프라이부르크의 한스-외르크 알브레히트와 괴팅겐의 외르그-마틴 엘레로 구성된 연구팀이 새로운 설계를 개발했다. 현재, 각 3개년으로 적어도 3차까지 계획되었다. 이 설계의 주된 문제는 어떻게 다른 차수에 관련된 자를 인지할 수 있으며 어떻게 데이터 보호관련 규칙을 준수할 수 있는지 여부이다. 이 설계의 강점과 기대되는 효과가 논의될 것이다.

3.1. 데이터의 출처 : 연방전과기록부

전통적인 형사사법상의 통계와는 달리, 중앙연방기록부의 독특한 데이터를 통해서만 일단 형사사법제도의 주목을 받은 자에 대한 계속된 관찰이 가능하다. 그러므로 전국적인 재범 연구는 연방범죄기록부에서 활용 가능한 데이터에 기초하고 있다(중앙기록부 그리고 소년법원법에 따른 교육처분기록부).

연방전과기록부에는 독일법원이 내린 모든 유죄선고과 독일인 혹은 독일에 거주하는 자들에 대한 외국법원의 판결이 포함되어 있다. 나아가 체포영장과 다른 관련 정보들이 연방기록부에 기재될 수 있다. 만일 어떤 자가 재차 범죄행위를 하지 않으면, 이 정보들은 적어도 10년 징역의 경우 통상 5년 동안 보관된다. 기록부의 두 번째 부분은 소년법원법에 따른 교육처분과 관련 있다. 중앙기록부에 따르면 유죄결정뿐만 아니라 조건(교육처분)부 혹은 조건 없는 기소유예 또한 기록된다. 이 정보는 범죄자가 24살이 될 때까지 유지된다; 만일 중앙기록부에 기록이 없다면, 그 이후에 그 정보는 삭제된다.

2007년 여름, 연방전과기록부에는 약 1,530만 건의 전과자와 함께 약 630만 명의 사람들이 기재되어 있다. 매일 약 10,000건의 새로운 기록이 통고된다. 연방전과기록부의 주요 목적은 범죄행위자에 관한 정보를 법원, 검사, 경찰 그리고 여타 행정부에 제공하는 것이다. 이 데이터들은 연구목적으로 사용될 수 있다. 소위 비밀허가서([그림 3] 참조) 사인 혹은 사기업에는 제한된 정보가 제공된다.

[그림 3] 연방전과기록부

2007: 1,530만 건과 630만 명의 기록

중앙기록부	교육처분 기록부
모든 유죄선고	소년법원법에 따른 교육처분
체포영장 등	조건부 혹은 조건 없는 기유예
적어도 5년 동안 보관	범죄행위자가 24세가 될 때까지 보관
재범이 없는 경우 삭제	중앙기록부에 기록이 없는 경우 삭제

전국적인 재범관련 연구의 목적으로, 기준연도 2004년에 형사제재를 받았거나 출감한 모든 이의 전과기록에 대한 암호화된 서류가 작성되었다. 이 데이터베이스에는 약 1,000,000명의 사람들이 포함되어 있다. 2004년을 기준년으로 하고 2007년까지 3개년을 활용하여 작년에 데이터 수집관련 또 다른 작업이 수행되었다. 나아가, 정기적으로 이러한 데이터 수집을 반복하며 이 새로운 차수의 작업은 보다 장기적인 연구와 연관될 수 있도록 기획되었다.

데이터에는 1994년에 형사제재 혹은 여타 처분(소년법원법에 따른 교육처분, 벌금 그리고 징역형의 집행유예)을 받는 자들 혹은 출감(소년법의 징역 혹은 징역형)한 자들이 포함된다. 무죄방면된 자와 검사가 기소유예한 성인사건들은 기록되지 않았다.

- 모든 사건들에 대하여 정보가 제공된다.
 - 판결법원
 - 사람(성, 나이, 국적)
 - 범죄행위에 대한 법적 기술
 - 제재/처분(제재의 종류, 출감된 경우 수감기간 그리고 집행유예의 경우 감독)에 관한 정보

이것에 기초하여, 우리는 다음 그룹들 혹은 카테고리들에 따라 데이터 수집을 기획한다([그림 4] 참조).

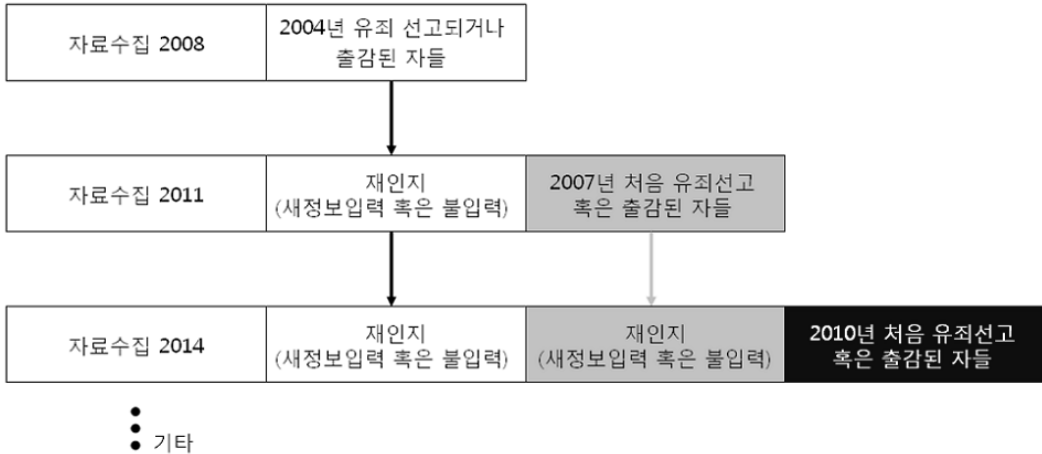
[그림 4] 재범 통계를 위한 데이터 수집

수집 특징	주요 분류/ 범주
기본 결정 - 비감금적 -	벌금 청소년 구금 소년법하의 다른 사법적 처분 소년형법에 따른 판결
기본 결정 - 감금적 -	자유형 그리고 소년자유형 선고 • 집행유예/집행유예 없음 • 가석방 위원 존재/부존재 • 기간 분류
기본 결정 - 범죄들 -	중대한 범죄(추상적 형벌) 두번째로 가장 중대한 범죄 세번째로 가장 중대한 범죄 네번째로 가장 중대한 범죄 다섯번째로 가장 중대한 범죄
사전 결정	숫자 가장 중대한 과거 결정 범죄 유형
사후 결정	숫자 가장 중대한 이후 결정 범죄 유형
개인별 세부사항	성별 국적 연령(마지막 범행시)

3.2. 독일 재범 통계에 대한 새로운 모델

여전히 기본적인 유죄선고가 삭제되지 않은 채로 존재한다는 것을 보장하기 위하여 과거의 모델에서는 4년의 관찰기간을 설정했다. 하지만 중대 범죄행위에 있어 그 기간은 물론 너무 짧다. 그러므로 우리는 정기적인 포괄적 데이터 수집과 단위별 장기 설계를 연결할 새로운 설계를 도입해야 한다. 이 설계에서는 3년, 6년, 9년 등등 단계별로 관찰 기간의 연장이 가능하다. 동시에, 원기입된 내용이 등록부에 의하여 삭제되었음에도 불구하고 공식적으로 우리는 유죄선고된 모든 이가 데이터베이스에 여전히 기재될 수 있다는 것을 확신해야 한다. 데이터 보호소와 힘겨운 씨름 끝에, 연구자들은 익명화된 데이터를 다음 차수 데이터 수집 작업 속에서 사람의 신원확인이 가능한 암호화된 파일의 형태로 보관할 수 있었다. 첫번째 차수에 대하여 평가는 다음과 같이 구조화 되었다([그림 5] 참조).

[그림 5] 독일 재범 통계의 새로운 모델



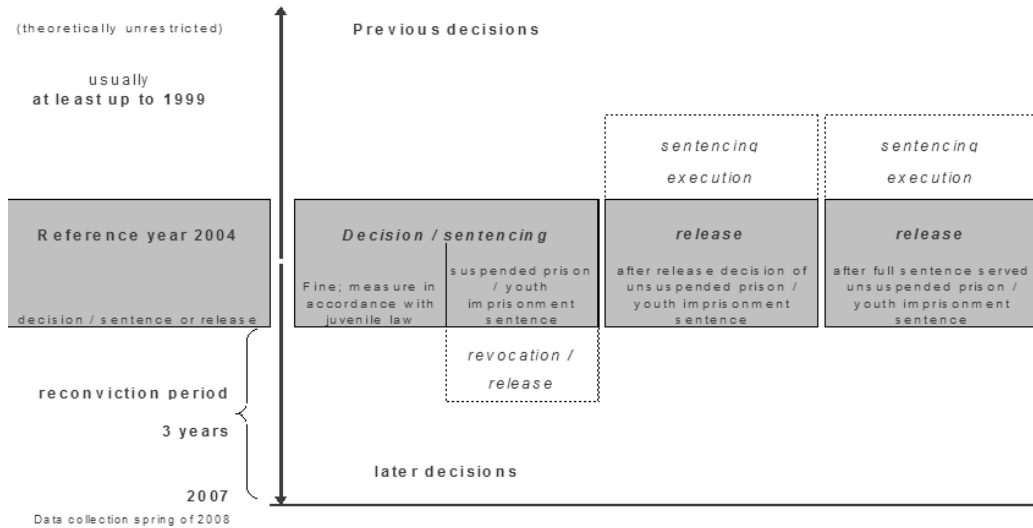
3.3. 평가 구조

중앙연방기록부 데이터를 기반으로 하면, 제재, 범죄행위, 과거와 미래의 유죄결정, 제재를 받은 자의 연령, 성별 그리고 국적과 관련하여 재범률에 대한 정보를 제공하는 것이 가능하다.

[그림 6]은 재범연구의 구조를 보여준다. 그것은 2004년에 특정한 판결에 있어 연방 중앙기록부에 기록된 모든 사람을 포함한다. 비감금적 제재인 벌금, 집행유예의 취소없는 징역형의 집행유예, 소년법에 따른 비감금적 제재와 관련하여, 유죄결정의 날짜는 기준일로 사용된다. 감금적 제재와 처분에 있어서는 발표 일시가 사용된다.

재범기록이 추가되면 2007년 말까지 각 3개년의 기간 내에 1,000,000의 사람들이 조사된다. 2번째 그리고 3번째 기간에 우리는 그들을 각각6년에서 9년의 기간을 두고 관찰할 수 있다.

[그림 6] 독일 재범 연구 설계



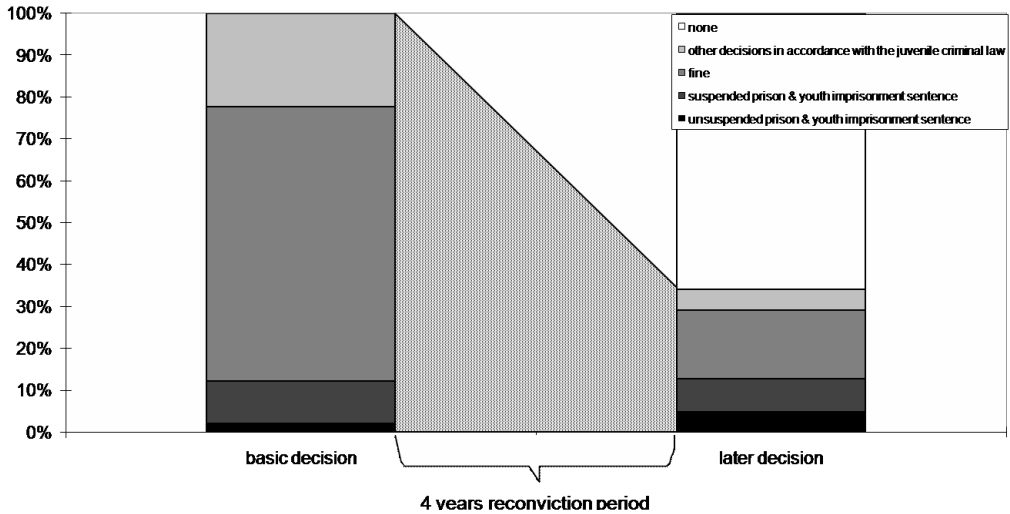
4. 예시적 결과

방법론에 관한 언급을 길게 함으로써 여러분을 지루하게 한 점 양해하여 주시기 바랍니다. 지금은 보다 구체적인 결과를 제시하고자 한다. 하지만 불행하게도 최신의 데이터로 이 작업을 할 수 없다. 그 데이터들은 아직 유효성이 없으며 연방 법무부장관이 검토하고 승인한 후 공개된다. 그러므로 과거 4년간의 데이터 수집 관련 결과에 대하여 언급할 수밖에 없다(see Jehle/Heinz, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen, 2003).

4.1. 전반적인 그림

[그림 7]은 전반적인 그림을 제공한다: 소년형법 하에서 형벌이나 다른 처분에 처해졌거나 혹은 - 징역형 선고를 받은 자들의 경우에 - 1994년에 출감된 유죄선고된 대부분의 사람들은 전체 4년의 재범 기간 동안 다시 범죄행위를 하지 않았다. 단지 약 3분의 1 가량의 자들만이 다시 기록되었다. 고려되는 기본적인 결정들 간에, 소년형법상의 벌금형과 비감금적 처분들이 분명히 압도적으로 많다. 구속형과 소년자유형, 특히 집행유예 되지 않은 자들은 단지 작은 부분만을 차지하고 있을 뿐이다. 이러한 비율은 재범 기간 동안 다음 결정과 관련하여 차이가 난다: 소년법상의 벌금형과 비감금적 처분이 다수의 재범을 형성함에도 불구하고, 자유형과 소년자유형 선고의 중요성이 증가한다.

[그림 7] 기본적 결정 유형 그리고 재범 유형

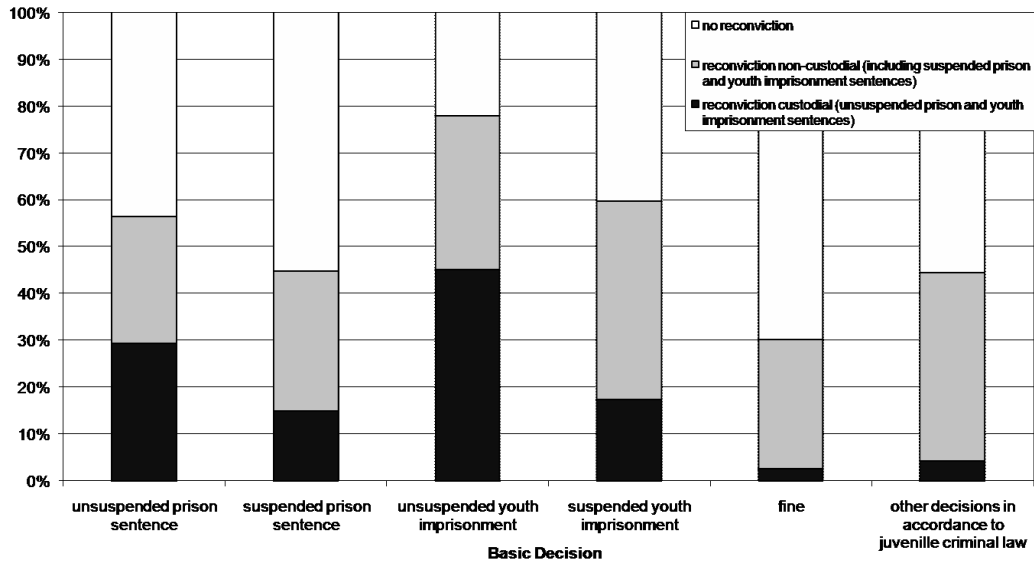


4.2. 형벌 재범 비율

만일 아래 결정의 유형과 관련된 제재에 따른 차별점이 있다면, 두 가지 주요 집단이 포착될 수 있다: 집행유예 없는 자유형 혹은 소년자유형 선고를 포함하지 않는 모든 처분은 다음 결정들에 따라 비감금적인 특징을 지닌다, 다른 것들은 판결에 따라 감금적이다.

이 결과들은 다음과 같은 경향을 보여준다([그림 8] 참조): 기본적인 결정이 중대하면 할수록, 재범이 일어날 확률은 더 높다. 78%의 가장 높은 재범률은 집행유예 없는 소년자유형과 관련되어 나타나며 30%의 가장 낮은 재범률은 벌금형과 관련하여 나타난다. 보다 중대한 기본적 결정이 감금형의 재범과 관련하여 보다 높은 비율로 귀결된다는 것이 예상된다면: 소년자유형 혹은 자유형 복무를 한 후에 출감하는 사람들 중, 각각 45% 혹은 29%가 다시 수감된다. 이 데이터는 집행유예나 가석방 처분을 받은 자들이 수감된 자들보다 나은 결과와 관련되어 있다는 것을 명백히 보여준다.

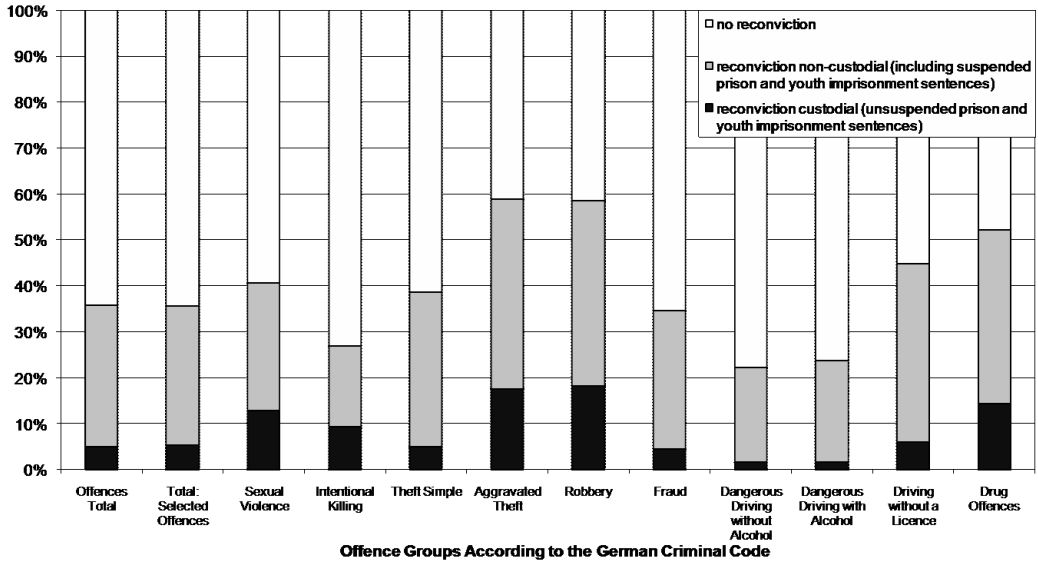
[그림 8] 기본적인 결정 유형별 재범 유형



4.3. 범죄별, 특히 폭력범죄별 재범률

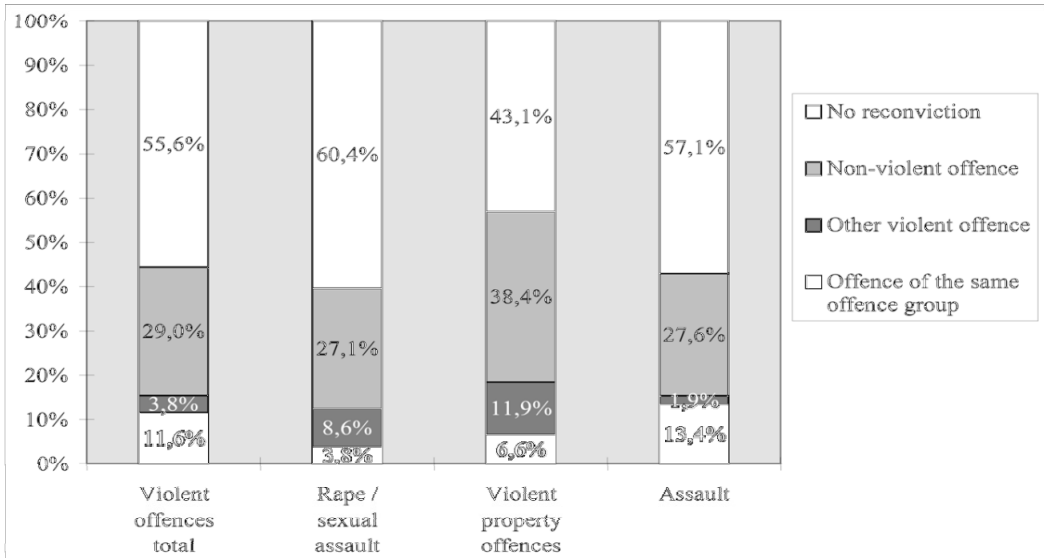
추출된 범죄군은 전체 사건의 3분의 2 가량을 포함한다([그림 9] 참조). 하지만 평균재범률은 일반재범률과 다르지 않다. 하지만, 특정범죄군을 관찰하면 큰 차이가 있다는 것을 알 수 있다: 교통범죄의 양 범죄군(하나는 주취되지 않는 상태, 다른 하나는 주취된 상태)들은 평균 이하의 재범률(각각 24%와 22%)을 보여주고 있다. 교통범죄자들은 대부분 일회성 범죄자들이라는 것을 의미한다. 다른 한편으로, 보다 높은 재범률(45%)의 무면허 운전이 존재한다. 절도와 강도의 가중된 형태가 재범 위험성이 가장 높다. 재범 비율은 약 60%이다. 마약범죄와 강간범죄 관련 재범비율은 평균보다 약간 이하이거나 약간 웃돈다.

[그림 9] 기본적인 범죄유형별 재범 유형



그러나, 범죄유형과는 관련 없이 모든 재범이 고려되었다는 것을 염두에 두어야 한다; 재범의 특정한 위험은 확실히 보다 낮다. 우리는 폭력범죄 관련 특정재범비율을 하나의 예로써 관찰한다면 이것을 분명히 인식할 수 있다. [그림 10]은 40%의 강간범은 다시 유죄선고 된다는 것을 보여준다. 하지만 반복된 강간을 이유로 해서는 단지 약 4%만이 그러하고 다른 폭력범죄를 이유로 해서는 9%만이 그러하다. 다른 27%는 비폭력적인 범죄와 관련되어 있다. 협박범죄 관련 그림은 다소간 다르다: 13%가 반복된 협박을 이유로 협박이 다시 유죄선고 되지만 일반적으로 재범률은 거의 동일하다. 물론, 만일 우리가 보다 긴 시간에 걸쳐서 유죄선고된 자를 추적하면, 특점범죄 관련 재범률은 약간 상승할 것이다.

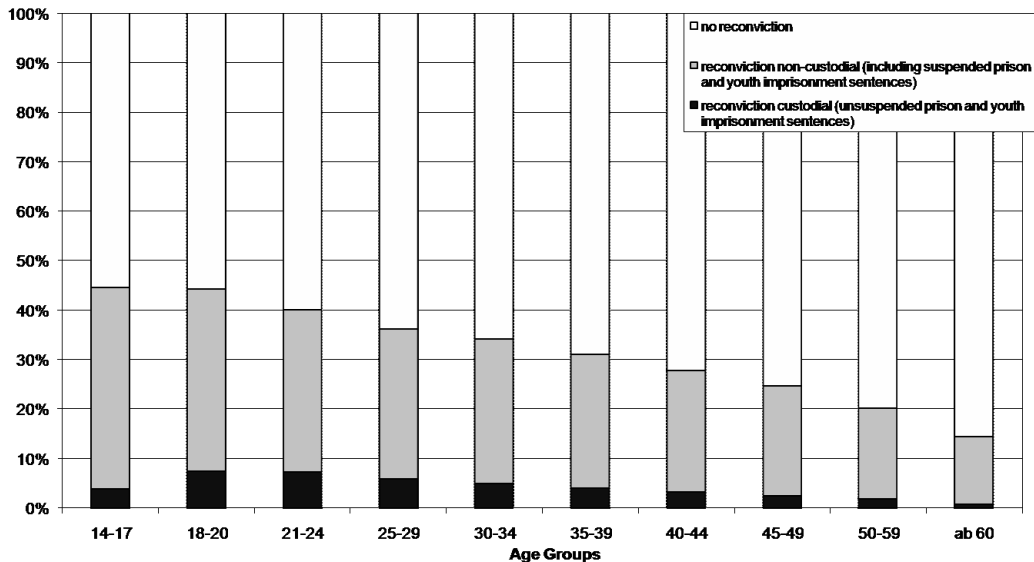
[그림 10] 추출된 범죄군별 재범률



4.4. 연령군별 재범률

[그림 11]은 명백한 경향을 보여준다: 어떤 사람들이 젊으면 젊을수록, 재범률이 높아진다.

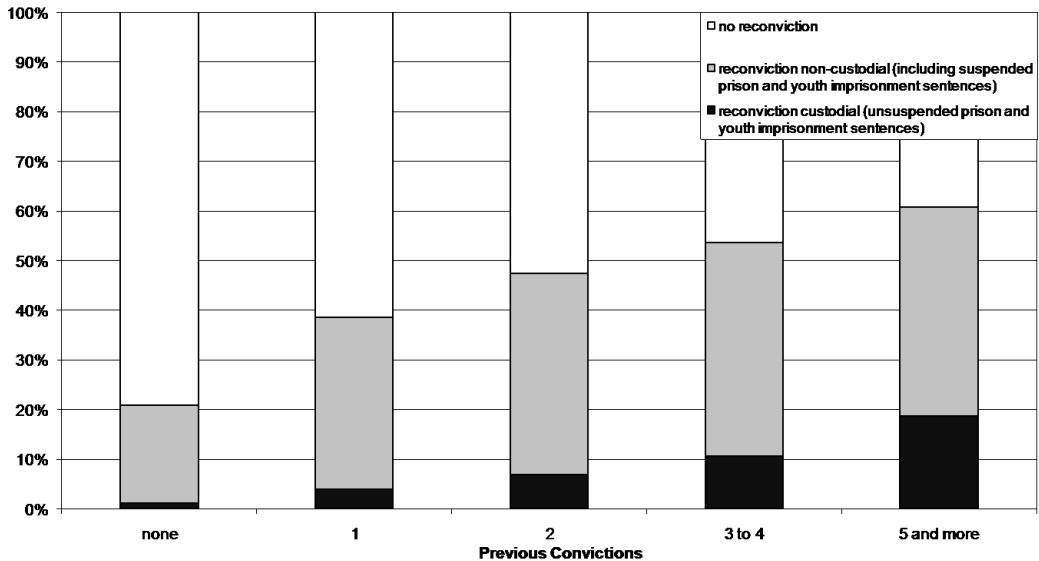
[그림 11] 연령군별 재범 유형



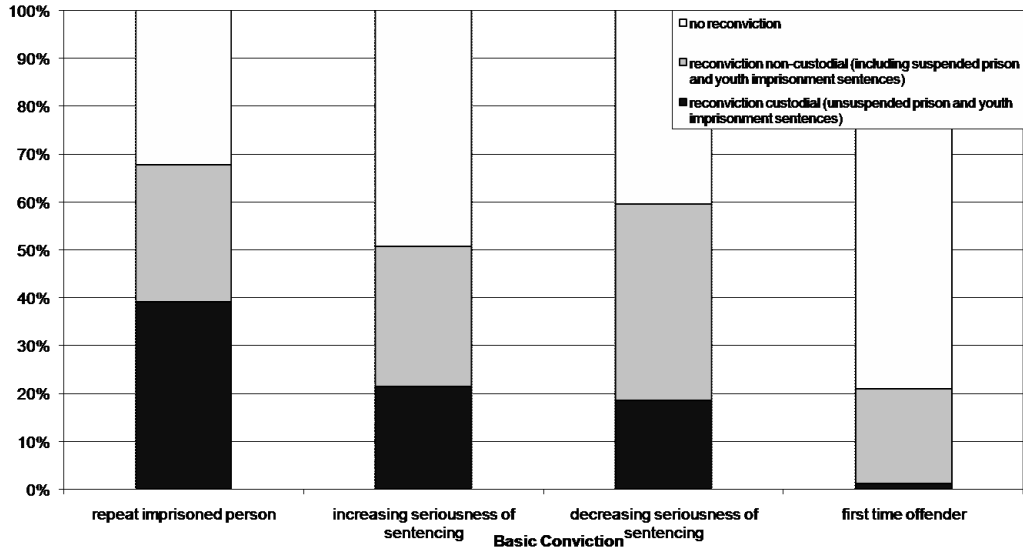
4.5. 과거의 유죄선고별 재범률

[그림 12]는 과거의 판결의 수와 재범률 간의 관계를 보여준다. 초범인 경우, 재범률은 아주 낮다; 거의 80%가 일회 범죄자로 남게 된다. 과거 유죄선고 횟수가 많으면 많을수록, 재범률이 높아진다. 동시에 수감된 사람들의 비율은 상승한다. 만일 우리가 단지 양적 측면뿐만 아니라 과거와 미래의 유죄선고의 질적 부분을 관찰한다면 데이터 분석을 통하여 한발 더 앞으로 나아갈 수 있다.

[그림 12] 재범의 유형과 과거 유죄선고 숫자(성인)



[그림 13]은 반복해서 수감되는 자들은 가장 높은 재범률을 가지는 반면에 초범인 범죄행위자는 매우 낮은 재범률을 보여주고 있다 - 이는 우리가 앞에서 살펴본 바이다. 비감금형 후 감금형을 부과하는 것과 같이 중대성이 증가한 형과 감금형 후 비감금형을 부과하는 것과 같이 중대성이 감소한 형이라고 우리가 부르는 두 가지 군이 존재한다. 일반재범률과 감금형양형율과 관련하여 결과는 약간 다르다.



5. 국제적 비교

독일 재범연구에서 얻은 경험을 바탕으로 나는 국가재범연구의 효과와 국제적 비교 결과와 관련된 몇 가지 언급으로 마무리를 하고자 한다.

- 1) 전국적인 재범연구/통계는 형의 종류, 범죄행위와 범죄행위자 군과 관련한 재범률에 대한 데이터를 제시한다.
- 2) 그들은 특별 재범 연구 결과를 평가할 수 있는 기저율을 제공한다.
- 3) 형의 종류에 따라 재범률이 달라진다는 것을 보여준다. 하지만, 만일 이것이 형의 다른 효과로 야기되었거나 법원의 선택적 양형의 결과라면, 공개되어야 한다.
- 4) 이것은 설계와 국가재범통계방법을 국제적으로 비교하기에 유익한 접근법이다.
- 5) 다른 종류의 데이터베이스와 범죄의 정의와 유죄선고 때문에, 만일 국가유죄선고율을 비교한다면 이것은 오도될 수 있다.
- 6) 재범률의 국제적 비교는 국가들의 범죄, 유죄선고 그리고 양형과 같은 기본적인 개념과 관련하여 깊은 연구가 요구된다.

Structure and Results of the German Reconviction Statistics

Prof. Dr. Joerg-Martin Jehle
Universität Göttingen

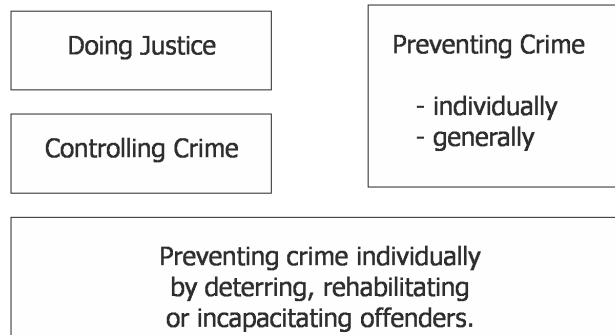
Introductory remark

I very much appreciate the opportunity to present a research project I have worked for over a long period of time. Thank you very much for this, dear Professor Park. Before I come to the concrete results I am sorry for boring you with some theoretical and abstract considerations first.

1. Why do we need data on reconviction?

It is common sense among criminal law scholars and practitioners that doing justice is the main goal of the Criminal Justice System. But at the same time there are other objectives of criminal law. Depending on the legal culture they are more or less dominant in criminal policy and jurisdiction. Further objectives are: controlling crime and preventing crime individually or generally. A focal point is the objective: preventing crime by deterring, rehabilitating or incapacitating offenders. For scholars who are at home with the German criminal law history this perspective goes back to the concept of Franz von Liszt (see [graph 1]). In all modern jurisdictions preventing recidivism is one of the most important issues in criminal law. Therefore there is a need for representative information to what extent this goal can be reached after sentencing offenders.

[Graph 1] Effects of Criminal Justice Systems in relation to their main goals



2. Recidivism versus reconviction

What do we like to measure? If you want to evaluate whether the criminal sanctions reach their goal of preventing further offending, then we should try to find out about any further offence regardless if it is detected by police and justice or remains in the dark. But besides all the difficulties to learn about the dark numbers (for example via self reports) it seems logical to use only the detected and convicted crimes when evaluating the effect of sentencing of convicted persons. Our approach is therefore to find out if convicted persons appear once again in the Criminal Justice System in form of reconvictions. The appropriate data base for this is the national Register of Criminal Records (BZR) (see [graph 2]).

[Graph 2] Definitions of Recidivism

RECIDIVISM =	DATA SOURCES
Repeat offence (including dark member)	Self report
Repeat offence reported to / recorded by police	Police database/statistics
Repeat conviction (also case ending decisions of PPS)	National Register of Criminal Records
Repeat offence of the same kind (same offence / offence group)	National Register of Criminal Records
Concerning prisoners: repeat prison sentence (Return to prison)	National Register of Criminal Records

3. The German Model of Reconviction Statistics

On behalf of the Federal Ministry of Justice the research teams of Wolfgang Heinz (Konstanz) and Joerg-Martin Jehle (Goettingen) were commissioned to conduct the nationwide reconviction study in 1999, which was based on the data available in Federal Register of Criminal Records. (see Jehle/Heinz/Sutterer: *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen*, Berlin 2003)

All persons recorded in a certain year and subject to a criminal sanction or released from prison were observed for a 4 years follow-up period in order to see whether they re-offended. The results could be differentiated by type of offences and sanctions, previous criminal history, age, gender and nationality and were published in national reconviction statistics. At the same time deficiencies of the approach occurred. In order to extend the follow-up period and to overcome the deficiencies, namely the deletion of entries in the Federal Register, a new design has been developed by research teams of Hans-Joerg Albrecht, Freiburg, and Joerg-Martin Jehle, Goettingen. Now at least three waves of a three years follow-up period are planned. The central problem of this design is how to identify the persons involved in the different waves and how to meet data protection rules. The advantages of this design and the expected results are discussed.

3.1. Source of the data : Federal Register on Criminal Records

In contrast to conventional criminal justice statistics the Central Federal Register's unique data enable further observation of a person who has come to the attention of the criminal justice system. Therefore the nationwide reconviction study is based on the data available in the Federal Register of Criminal Records (Central Register and Register of Educative Measures according to the Act on Juvenile Courts).

This register includes all convictions by German courts and judgments of foreign courts against Germans or people who live in Germany. Furthermore warrants of apprehension and other relevant information can be recorded in the Federal Register. This information is usually kept for 5 years, in the case of prison sentences for 10 years at least, if the person is not re-offending. A second part of the register concerns the educative measures according to the Act of Juvenile Courts. In contrast to the central register not only

conviction are recorded, but also disposals of the public prosecution with or without the imposition of a condition (educative measure). This information is held up to the offender's age of 24; than it will be deleted unless there is a record in the central register.

In summer 2007 the register contained about 6.3 million people with circa 15.3 million records. Every day approximately 10.000 new records are notified. Main purpose of the Federal Register of Criminal Records is to give information about offenders to the courts, public prosecutors, police and other administrative agencies. These data can also be used for research purposes. Restricted information is also given to private persons or companies, i.e. clearance certificate (see [graph 3]).

[Graph 3] Federal Register of Criminal Records

2007: 6.3 million persons with 15.3 million records.

Central Register

- All convictions
- Warrants of apprehension etc.
- Kept for 5 years at least
- Deletion if no reconviction

Register of Educative Measures

- Educative measures according to the Act of Juvenile Courts
- Also disposals of the public prosecution with/without the imposition of a condition
- Kept up to the offender's age of 24
- Deletion unless record in the central register

For the purpose of the nationwide reconviction study an encrypted copy of all records of persons subject to a criminal reaction or released from prison in the reference year 2004 has been made. This data basis includes about 1.000.000 persons. Last year another wave of data collection was conducted, using 2004 as reference year and a follow-up period of 3 years, until the end of 2007. Furthermore it is planned to repeat this data-collection periodically and to connect the new waves in such a form that longer follow-up periods can be observed (cohort design).

The data source contains all persons subject to a criminal sanction or reaction (educative measures according to the Act of Juvenile Court, fines and suspended prison sentences) or those released from prison (unsuspended youth imprisonment or unsuspended prison sentences) in the reference year (1994). Persons who were acquitted and adult cases

disposed of by the public prosecutor are not recorded.

For every case information is given about
 the deciding court
 the person (sex, age, nationality)
 the legal description of all offences committed,
 information about the sanction / reaction (kind of sanction, length in the case of prison
 above the release from prison and in case of suspended prison sentences the
 supervision).

Based upon this we organize our data collection according the following groups or
 categories (see [graph 4]).

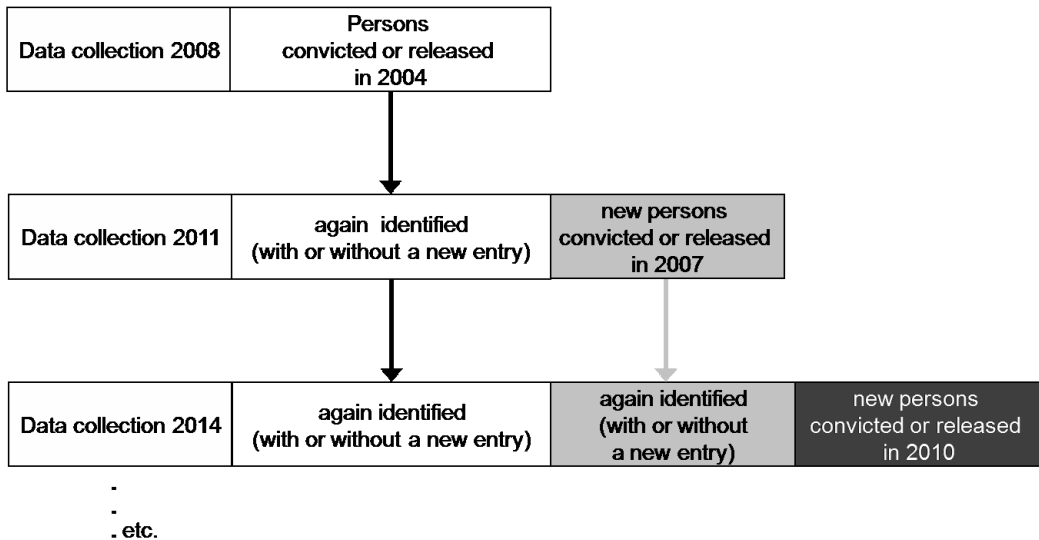
[Graph 4] Data collection for Reconviction Statistics

Collection characteristics	Main grouping / categories
Basic decision - "non custodial" -	Fines (Short) juvenile detention Other judicial measures under juvenile law Decisions in accordance with the Juvenile Criminal Code
Basic decision - "custodial" -	Prison and youth imprisonment sentences <ul style="list-style-type: none"> • suspended / unsuspended • with / without probation officer • length groupings
Basic decision - offences -	Most serious offence (abstract punishment) Second most serious offence Third most serious offence Fourth most serious offence Fifth most serious offence
Previous decisions	Number Most serious previous decision Offence type
Later decisions	Number Most serious later decision Offence type
Personal details	Sex Nationality Age (at the time of the last offence)

3.2. The New Model of the German Reconviction Statistics

The former model just covered an observation period of 4 years in order to be sure that the basic conviction is still there and has not been deleted. But of course for serious offences this period is too short. Therefore we had to introduce a new design connecting periodical cross-sectional data collection with a cohort design. This design allows the prolongation of the observation period step by step from 3 to 6 to 9 years and so on. At the same time we have to make sure that everybody who was originally convicted is still to be found in the data base, even if its original entry has been deleted officially by the register. After a hard struggle with the data protection offices the researchers have been allowed to keep pseudonymized data in a cryptic file form which allow the identification of persons in the next data collection wave. For the first wave being the evaluation has been structured as follows (see [graph 5])

[Graph 5] The New Model of the German Reconviction Statistics



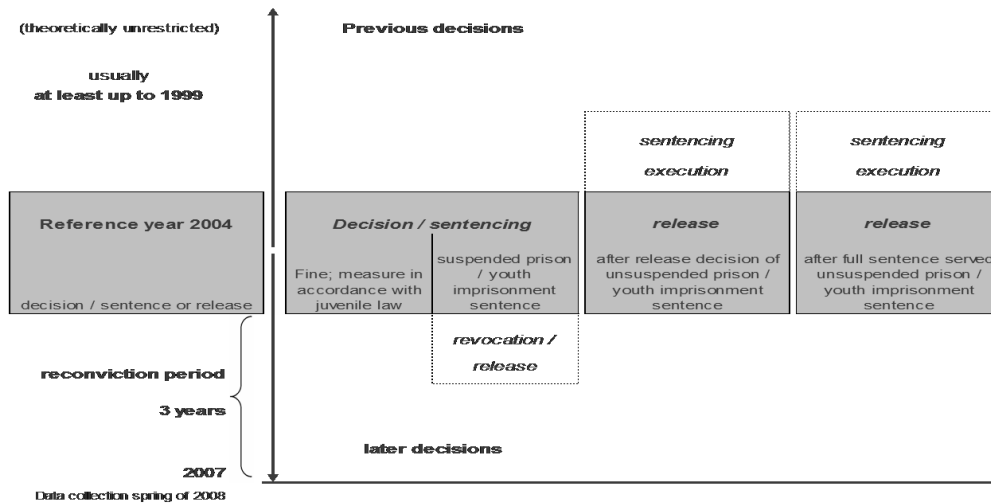
3.3. Structure of evaluation

On the basis of the Central Federal Register's data it is possible to inform about reconviction rates in relation to sanction, offence, previous and following convictions, age, sex and nationality of the sanctioned person.

[Graph 6] shows the structure of the reconviction study. It covers all persons registered in the Federal Central Register with a certain decision in 2004. Regarding non-custodial sanctions, e.g. fines, suspended prison sentences without revocation of suspension, non-custodial sanctions according to juvenile law, the date of the conviction is used as the reference date. For custodial sanctions and measures, the release date is used instead.

Those 1.000.000 persons are examined within an individual follow-up period of 3 years until the end of 2007 if they had another reconviction registered. And in the second and third wave following we can observe them for 6 respectively 9 years.

[Graph 6] Design of the German Reconviction Study



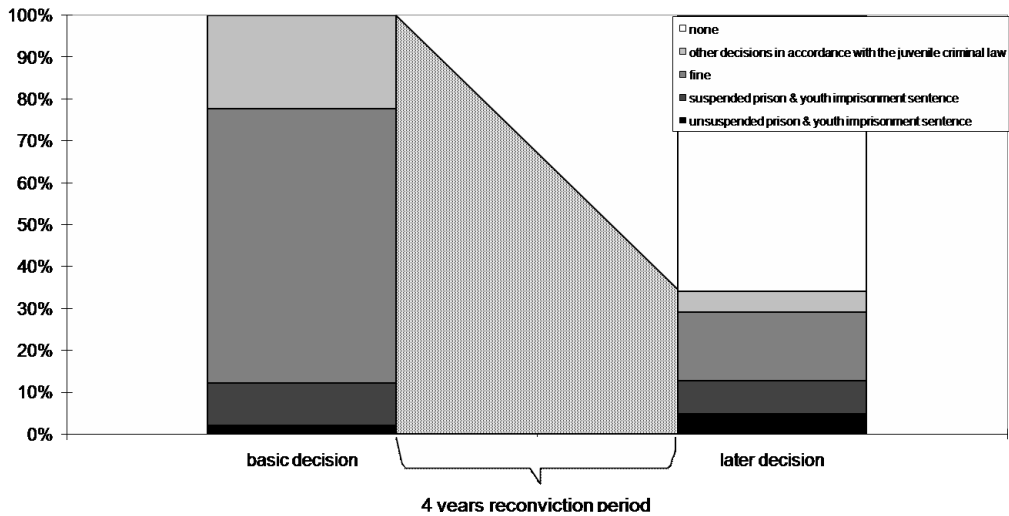
4. Exemplary results

I am sorry for having bored you with long methodological considerations. Now I would like to present some concrete results. But unfortunately I cannot do this with the latest data. They are not validated yet and can only be released when the Federal Ministry of Justice has seen and acknowledged them. Therefore I have to refer to the results of the former data collection which cover the period of 4 years (see Jehle/Heinz, *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen*, 2003).

4.1. Overall picture

[Graph 7] gives an overall picture: The majority of persons convicted, subject to a sentence or other reactions under juvenile criminal law or –in the case of those sentenced to imprisonment – released from prison in the reference year 1994 do not re-offend within the entire 4 year reconviction period. Only one about one third (approx. 35 %) are registered again. Among the basic decisions considered, fines and non-custodial measures under juvenile criminal law dominate clearly. Custodial sentences and juvenile imprisonment, particularly those which are not suspended only play a small role. This proportion is different in relation to the following decision during the reconviction period: even though fines and non-custodial reactions according to juvenile criminal law make up the majority of rethe importance of prison and youth imprisonment sentences grows.

[Graph 7] Basic Decision Type and Reconviction Type

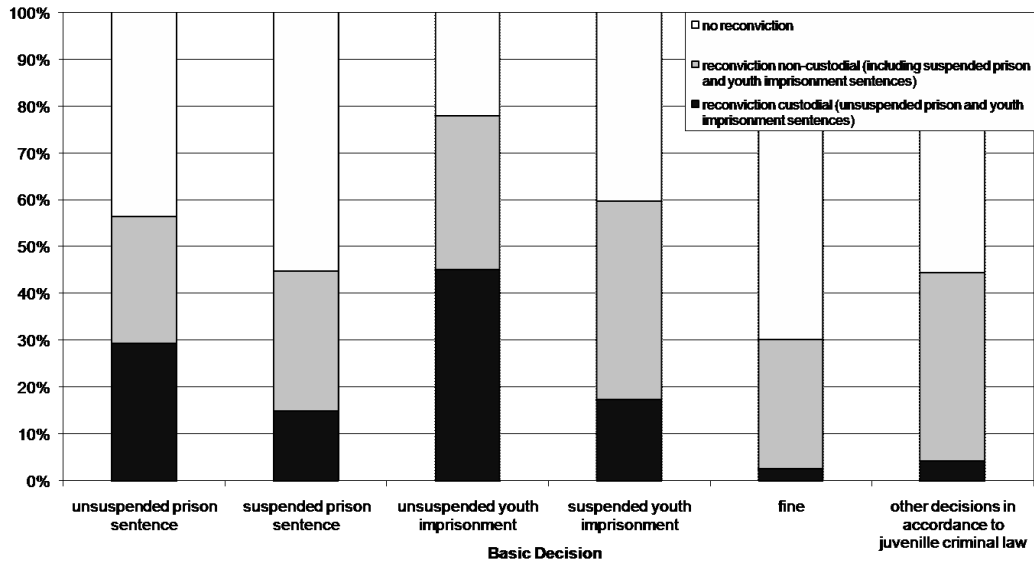


4.2. Reconviction Rates by Sentences

If one differentiates further according to the following decision's type of sanction, two major groups can be identified: all reactions which do not include unsuspended prison or youth imprisonment sentences are labelled as "non-custodial" following decisions, the others are "custodial" following decisions.

Tendentiously the results show (see [graph 8]): the more severe the basic decision is, the more likely a reconviction: the highest reconviction rate of 78 % can be seen in relation to unsuspended youth imprisonment, the lowest of 30 % with the fine. As one would expect the more severe basic decisions lead to higher proportion of custodial reconvictions: Of persons who are released from prison after serving youth imprisonment or a prison sentence, 45 % or 29 % respectively return to prison. The data clearly show that persons with suspended prison sentences and persons under probation do better than prisoners.

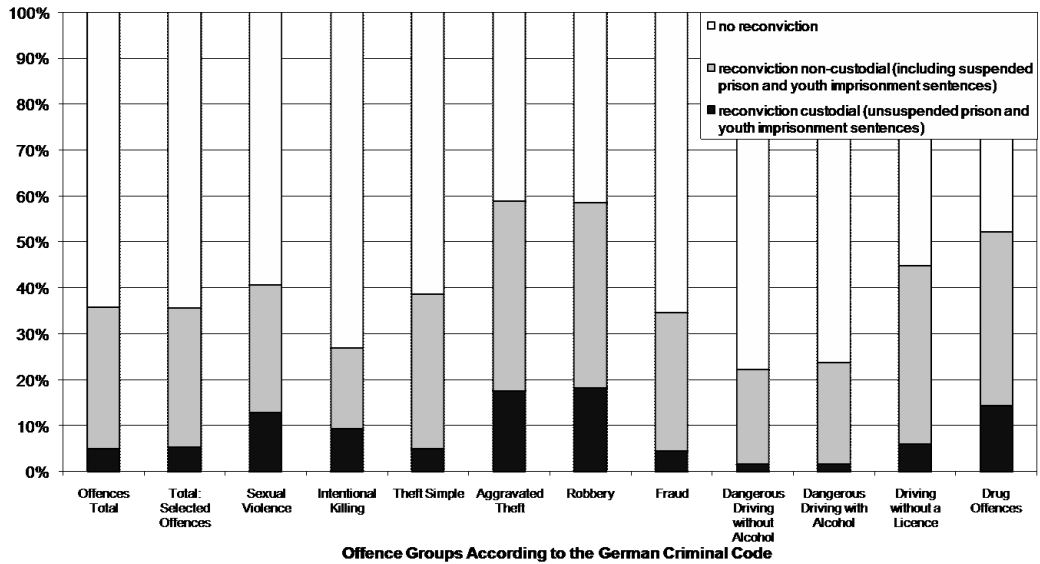
[Graph 8] Reconviction Type by Basic Decision Type



4.3. Reconviction Rates by Offences, especially Violent Crimes

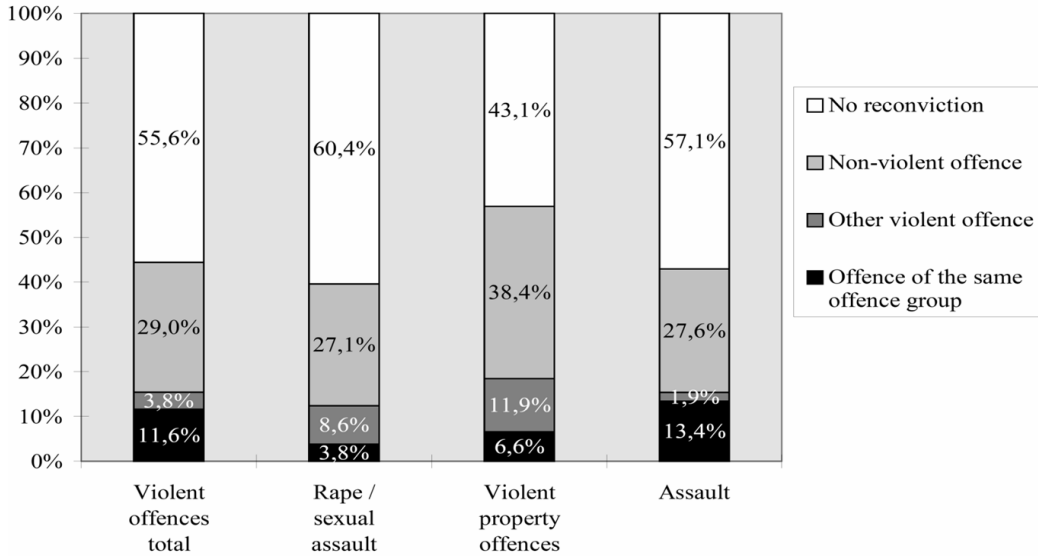
The offence groups selected comprehend about 2/3 of all cases (see [graph 9]). But their average reconviction rate doesn't differ from the general reconviction rate. Big differences can be seen however by observing the specific offence groups: Both groups of traffic offences (one without, the other under the influence of alcohol) show reconviction rates (24% and 22% respectively) under average. That means the traffic offenders are often one time offenders. On the other hand there is a higher reconviction rate (45%) of driving without licence. The highest risk of re-offending occurs in relation to aggravated forms of theft and robbery. The reconviction rate is about 60%. Slightly less, but non the less above the average are the reconviction rates drug offences and rape.

[Graph 9] Reconviction Type by Basic Offence Type



One has to bear on mind, however, that here every reconviction regardless of the offence type is counted; the specific risk of re-offending is certainly lower. This can clearly be seen when we observe the specific reconviction rates for violent offences as an example. [Graph 10] shows that 40 % of the rapists are reconvicted, but only about 4 % because of a repeat rape and 9% because of another violent offence. The other 27 % refer to non-violent offences. A little bit different is the picture of assault: Assaults are reconvicted because of a repeat assault in 13 %, but in general the reconviction rate is almost the same. Of course, if we follow the convicted persons over a longer period of time the specific offence related reconviction rate will go up a little bit more.

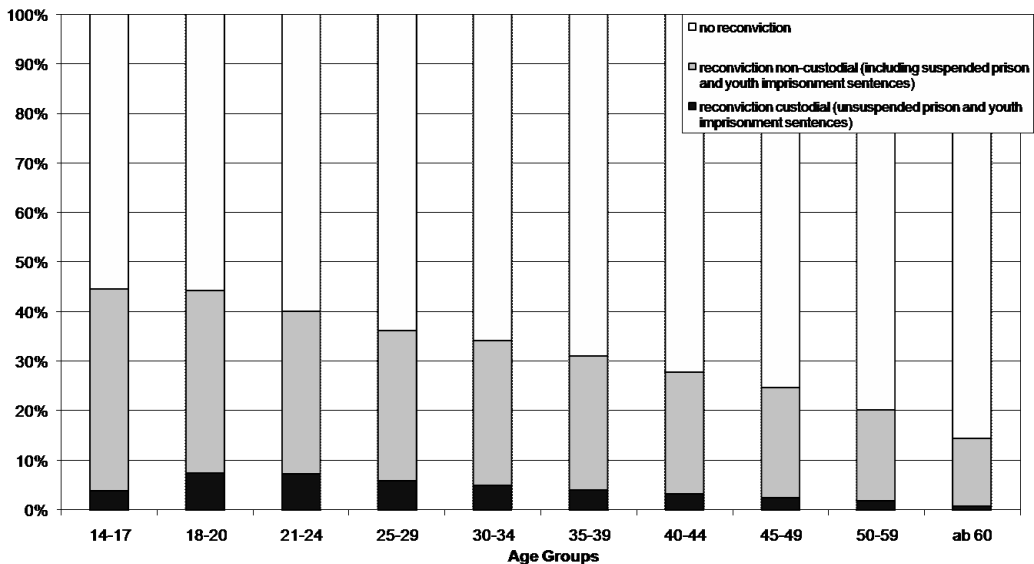
[Graph 10] Reconviction rates for selected offence groups



4.4. Reconviction Rates by Age Groups

[Graph 11] shows a clear tendency: The younger the persons are, the higher the reconviction rate will be.

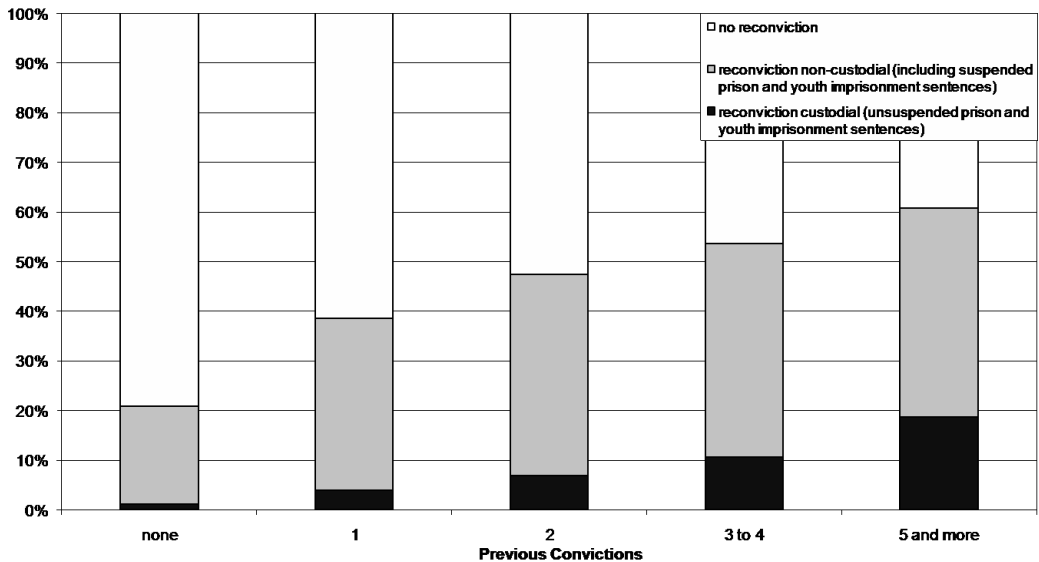
[Graph 11] Reconviction Type by Age Groups



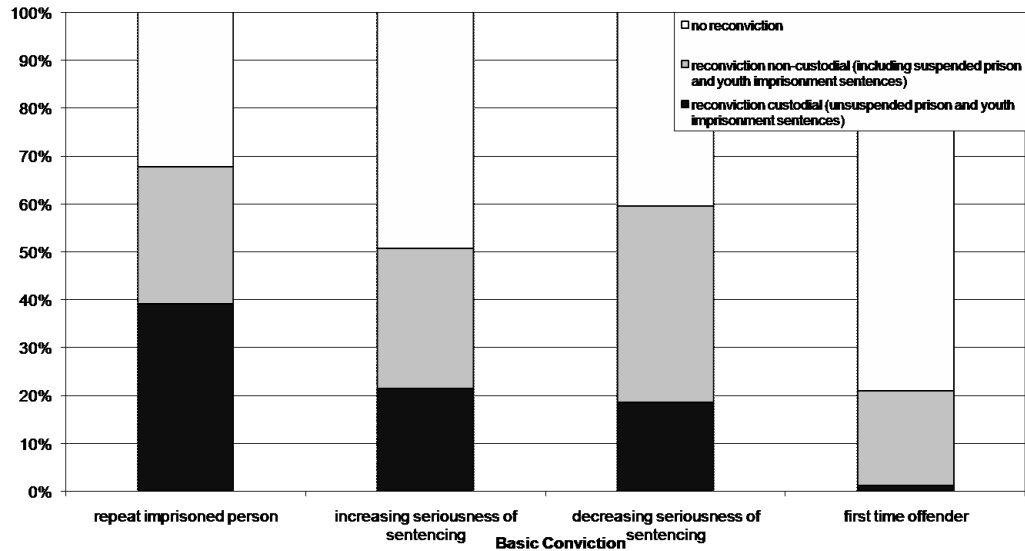
4.5. Reconviction Rates by Previous Convictions

[Graph 12] demonstrates the relation between the number of previous decisions and the rate of reconviction. In the case of first time offenders the reconviction rate is very low; almost 80% will remain one time offenders. The higher the number of previous convictions, the more the reconviction rate goes up. At the same time the rate of persons sent to prison rises. Analyzing the data we can go one step further if we not only observe the quantity, but the quality of former and further convictions.

[Graph 12] Type of Reconviction and Number of Previous Convictions (Adults)



[Graph 13] demonstrates that persons who have been repeatedly imprisoned have the highest reconviction rate whereas the first time offenders show a very low reconviction rate – as we have seen before. In between there are two groups which we called increasing seriousness of sentences, i.e. a non custodial sentence is followed by a custodial sentence, and decreasing seriousness, i.e. a custodial sentence is followed by a non-custodial sentence. As one can see the results differ a little bit regarding the general reconviction rate and the rate of further custodial sentences.



5. International Comparisons

Based upon the experience gained from the work with the German reconviction study I would like to end with a few theses about the impact of national reconviction studies and the consequences for an international comparison:

1. Nationwide reconviction studies/statistics provide descriptive data on reconviction rates by kind of sentences, offences and groups of offenders.
2. They provide base rates which allow to evaluate the results of special reconviction studies.
3. They show that by different sentences the reconviction rate is different. But it has to be left open if this is caused by different effects of the sentence or if this is a result of the selective sentencing of the courts.
4. It is a fruitful approach to internationally compare designs and methods of national reconviction statistics.
5. Because of different data bases and definitions of offences and convictions it would be misleading, if one simply compares national conviction rates.
6. An international comparison of reconviction rates requires an in-depth study relating to basic concepts of offences, convictions and sentences in the countries studied.

[제4주제]

14:50 ~ 15:40

인터넷피싱의 형사법적 책임

발 표 : 전지연 교수(연세대)

토 론 : 유용봉 교수(한세대)

인터넷피싱의 형사법적 책임

(Die Strafrechtliche Verantwortung der 'Internet-phishing')

전 지 연(JUN, Ji-Yun)*

I. 서

인터넷을 통하여 수많은 다양한 행위들이 가능하게 되었다. 필요한 자료나 정보를 검색하여 이용하고, 은행에 가는 대신에 인터넷이 연결된 어디에서든지 인터넷뱅킹 등을 통하여 금융기관의 업무를 보고, 시간적 그리고 장소적 제약을 넘나드는 세계여행을 하고, 심지어 인터넷을 이용하여 강의하고 시험을 치르는 등 거의 모든 일에 인터넷은 편리함이라는 매우 긍정적인 효과를 보여주었다. 그러나 이러한 인터넷의 편리함에도 불구하고 인터넷은 급속한 보급과 확대에 의하여 부정적인 측면이 나타나기 시작하였다. 개인적인 성격을 지닌 비밀이나 정보의 무차별적인 공개로 인한 명예나 비밀의 침해가능성, 저장매체의 광범위성으로 인한 해당 정보 유출시 피해범위의 막대함, 인터넷상에서 새로운 경제적 가치를 지니는 전자기록들(사이버머니, 아바타, 게임아이템 등)에 대한 침해, 새로운 업무방해형태로서 바이러스유포나 DDos공격에 의한 사이버테러형 업무방해 등 ‘인터넷범죄’라는 부정적 모습도 출현하였다.

피싱은 이와 같은 인터넷의 부정적 모습의 하나이다. 다른 인터넷범죄와 피싱의 차이는 많은 범죄는 인터넷에 의하여 비로소 가능하게 된 범죄이지만, 피싱은 사기의 한 형태로서 인터넷이라는 수단을 이용하여 사기를 한다는 점에서 기존의 일반사기의 변형된 형태에 해당한다.

피싱이라는 용어는 보통 ‘신원절도’(identity theft; Identitätsdiebstahl)의 변형된 형태를 의미하며, 비밀번호(password)와 낚시(fishing)가 결합된 용어라고 한다.¹⁾ 여기서 피싱을 하는 피서는 개인적인 정보들 가운데 특히 인터넷뱅킹에 필요한 주민등록번호,

*연세대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사(Prof. Dr. iur. Yonsei Law School).

1) Marberth-Kubicki, Computer- und Internetstrafrecht, 2005, 80면; Stuckenberg, Zur Strafbarkeit von Phishing, ZStW 2006, 877-878면; 박희영, 인터넷 금융사기(Phishing) 관련자의 형사책임에 관한 연구, 인터넷법률, 2006.10(통권 제36호), 88면. 개인정보(private data)와 낚시(fishing)의 합성어로 보는 견해는 유용봉, 피싱범죄에 관한 형법적 고찰, 한국경찰연구, 제6권 제3호(2007 겨울), 278면 참조.

ID, 비밀번호, 계좌번호, 인증서의 인증번호 등 금융관련 정보들을 알아낸 다음 이를 이용하여 피해자의 계좌에서 자금을 이체하는 행위를 한다.

특히 우리나라의 경우 금융거래에 있어 인터넷뱅킹의 비율이 매우 높은 것으로 나타나 피싱의 위험성이 더욱 크다고 보인다. 2009년 6월말 현재 19개 금융기관(17개 국내은행, 홍콩상하이은행 및 우체국)에 등록된 인터넷뱅킹 등록고객수(동일한 고객이 2개 이상의 금융기관에 등록되어 있는 경우 중복 합산)는 5,557만명으로서 전해 2008년 6월말의 4,872만명보다 14%나 늘어난 숫자이다. 또한 2009년 6월말 현재 금융결제원의 인터넷뱅킹용 공인인증서 발급수(1인당 1개만 발급)는 1,463만개이며, 2009년 2/4분기중 인터넷뱅킹 이용 건수 및 금액(일평균 기준)은 2,690만건, 28조 3,482억원에 달한다. 2009년 6월중 금융서비스 전달채널별 업무처리비중(건수기준)을 보면 입출금거래시 비대면거래 비중은 85.9%를 차지(CD/ATM 이용 비중이 39.0%로 가장 높았으며 이어 인터넷뱅킹이 34.6%)하였으며, 조회서비스의 비대면거래 비중은 78.9%를 기록(이중 인터넷뱅킹을 통한 조회 비중(59.9%)이 가장 높은 수준)하였다.²⁾

이하에서는 이와 같은 피싱의 현재상황에 대하여 통계를 중심으로 설명하고(II), 피싱이 행하여지는 유형을 몇 가지로 나누어 살펴본다. 여기에서는 최근의 새로운 피싱 유형까지 언급될 것이다(III). 그리고 가장 많이 발생하는 피싱의 유형을 피싱이 행하여지는 단계별로 나누어 각각의 단계별 행위에 대한 형사법적 처벌가능성을 세부적으로 검토하여 본다. 여기의 형사법적 처벌에는 형법 뿐만 아니라 형사특별법 특히 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률(이하에서는 ‘정보통신망법’이라 칭한다)의 위반 여부도 살펴본 후(IV), 이제까지의 논의를 요약하여 결론을 맺고자 한다(V).

II. 인터넷피싱의 현황

1. 국제 동향

국제피싱대응 협의체인 APWG(Anti-Phishing Working Group)의 보고서에 따르면, APWG에 신고된 피싱사이트건수는 2006년 월평균 28,103건, 2007년 월평균 30,305건으로 증가추세가 이어져, 2008년 4월에 55,643건으로 가장 높은 수치를 기록한 이후, 매달 지속적으로 하락하여 2008년도 전체로는 월평균 23,200건을 나타내서 다소 감소하였다.³⁾

2) 한국은행, “2009년 2/4분기 국내 인터넷뱅킹서비스 이용현황”(2009.7.28. 보도자료).

3) APWG, Phishing Activity Trends Report, 2nd Half 2008, July-December 2008, 4면 참조.

APWG의 2008년도 12월의 통계를 기준으로 분석하여 보면, 피싱호스트가 속한 국가별 순위에서는 전체 신고건수의 호스트비중에서 미국(55.75%), 중국(12.32%), 스웨덴(9.30%) 등이 상위에 올랐고, 한국은 3.33%(2008년 11월에는 3.09%)로 독일, 캐나다에 이어 6위에 해당되는 것으로 나타났다. 또한 입력되는 키값을 유출하는 키로거나 트로이목마, 웹서버해킹을 위한 각종 공격도구나 스크립트 등 피싱사고와 관련해 크라임웨어(crimeware)의 이용이 증가추세라고 밝혔으며, 사칭대상 기관의 유형별로는 은행, 카드사, 전자지불업체 등 금융관련 기관이 약 84%를 차지하고, 경매업체 11%, 기타 업체가 5%를 차지한 것으로 분석되었다. 주목할 만한 것은 2008년도 3분기에 전자지불업체를 사칭한 것이 24%에 달하였으나 2008년도 4분기에는 38%로 급속히 증가하여, 사칭기관의 중점이 변화하는 것이 아닌가이다.⁴⁾

또한 국제적 보안업체인 시만텍(Symantec)에서 '08년 11월 발표한 언더그라운드 시장의 실태 분석보고서에서도 피싱이나 DB해킹 등의 수법으로 훔친 개인의 신용정보나 해킹툴 등을 매매하는 언더그라운드 시장의 광고정보를 1년('07년 7월~'08년 6월)간 분석해 본 결과 신용카드정보가 전체의 31%, 은행의 계좌정보가 20%를 차지하였다는 분석결과를 내놓았다.

2. 국내 동향

한국정보보호진흥원의 보고서에 의하면 2008년 한해 동안 인터넷침해사고대응지원센터(KrCERT/CC)로 접수된 '피싱경유지 사고건수'⁵⁾는 총 1,163건으로 집계되었다. 이는 2007년(1,095건)에 비하면 68건(6.2%)이 증가, 2006년도(1,266건)에 비해서는 103건(8.1%)이 감소된 것으로, 최근 3년 동안 증감의 변화는 크지 않았으며, 비슷한 수준의 통계치를 보여주고 있다.⁶⁾

피싱경유지로 악용되는 피해를 입은 국내기관을 유형별로 분류해 보면, 중소기업 및 호스팅 업체 등이 포함되는 기업(44.8%)이 가장 큰 비중을 차지하였고, 종교단체나 비영리단체가 포함되는 비영리(9.4%), 개인홈페이지 등이 포함되는 기타/개인(8.0%), 사

4) APWG, Phishing Activity Trends Report, 2nd Half 2008, July-December 2008, 7면.

5) 피싱경유지 사고건수는 KISA(한국정보보호진흥원)가 국외의 침해사고대응기관이나 위장사이트의 대상이 된 기관 또는 업체, 일반사용자로부터 신고 받아 처리한 건수로써 실제 피싱으로 인한 피해사고건수가 아니라 보안이 취약한 국내시스템이 피싱사이트 경유지로서 악용되어 신고된 건수를 말한다.

6) 한국정보보호진흥원, 인터넷침해사고 동향 및 분석월보, 2008.12, 33면. 또한 2009년 1월부터 6월까지 피싱경유지 사고건수는 462건을 나타내고 있어, 전체적으로는 다소 감소할 것으로 전망된다(한국정보보호진흥원, 인터넷침해사고 동향 및 분석월보, 2009.06, 7면 참조).

립대학교가 포함되는 교육(7.7%) 순으로 나타났으며, IP의 실제 사용기관을 확인할 수 없는 경우 등이 포함된 ISP서비스이용자군(30.2%)순으로 집계되었다.

2008년도 전체 사고건수를 사칭기관별로 분석해 보면, 총 24개국 124개 기관으로 '07년도(137개) 대비 13개 기관이 감소하였고, 상위 10개 기관의 사고건수가 전체사고 건수의 61.4%를 차지해 사칭대상기관이 집중된 것으로 볼 수 있다.

유형별로는 은행, 전자지불업체 등 금융기관이 81.9%, 전자상거래업체가 11.1%, 그 밖에 정부기관이나 포털, 검색사이트, 미확인 등이 포함되는 기타 유형이 7.1%로 나타나, 여전히 금융기관을 사칭한 사고가 대부분을 차지하고 있음을 알 수 있다.

신고건수가 많은 상위 10개 기관에는 역시 미국, 영국, 캐나다 등 영어권국가들이, 비영어권국가로는 이탈리아, 스페인 등 유럽국가들이 해당되었다. 사칭대상기관의 소속 국가별 사고건수 비중을 살펴보면, 미국이 전체건수의 61.4%로 절반 이상을 차지했고, 영국, 이탈리아, 스페인, 캐나다 등의 순으로 나타났다. 기타 국가로는 남아프리카공화국, 말레이시아, 스위스, 터키, 쿠웨이트, 자메이카 등의 다양한 국가가 포함되었다.⁷⁾

피싱경유지 사이트 개설에 이용된 포트는 TCP/80포트가 91.8%로 대부분을 차지하였으나, TCP/84, TCP/82, TCP/8080, TCP/443 등을 포함해 총 26개의 다양한 포트가 이용되었다.

III. 인터넷피싱의 유형

인터넷상에서 아이디와 비밀번호, 계좌번호, 주민번호, 신용카드번호 등 개인정보를 빼내가는 신종 수법을 가리키는 피싱은 이와 같은 개인정보를 획득하는 방법으로 다양한 방식을 사용하고 있다.⁸⁾ 여기에서는 피싱의 방법으로 가장 많이 사용되는 방법은 하나는 메일을 통한 피싱과 다른 하나는 악성코드유포를 통한 피싱의 두가지 방법이 있다.⁹⁾

1. 메일형 피싱

메일형 피싱은 은행이나 카드사에서 보낸 것처럼 착각하게 만드는 메일을 이용하여 정보를 취득하는 피싱이다. 그리고 이러한 피싱에 많이 사용하는 사이트는 PayPal,

7) 한국정보보호진흥원, 인터넷침해사고 동향 및 분석월보, 2008.12, 34면.

8) 피싱의 진행과정에 대한 보다 상세한 설명은 Stuckenberg, Zur Strafbarkeit von Phishing, ZStW 2006, 878-880면 참조.

9) 피싱방식에 대한 상세한 설명은 유용봉, 전개논문, 279면 이하 참조.

eBay, MSN, Yahoo, Bestbuy, America Online 등이 있다고 한다.¹⁰⁾ 인터넷피싱의 전통적인 수법은 금융기관의 관리자를 사칭하는 것이다. 예를 들면 “안녕하십니까. ○○은행 웹사이트 관리자입니다”라고 시작되는 이메일을 은행고객들에게 보낸 후, 메일 안에서 ‘회원정보 수정’ 등의 내용을 변경하는 것처럼 유도하여 해당란을 클릭하면 마치 진정한 해당 ○○은행의 홈페이지인 것으로 위장한 사이트로 이동하여, 여기서 고객의 개인정보를 입력하게 하여 이 개인정보를 빼내는 방식이다.¹¹⁾

최근에는 좀 더 지능적으로 ‘이벤트경품당첨’ 등의 메일을 발송해 해당 부분을 클릭하면 팝업창으로 인터넷이용자의 개인적인 정보를 묻는 것처럼 유인하여 여기에 입력하는 개인정보를 빼내는 피싱도 등장했다. 또 유명 포털 사이트 게시판에 ‘인터넷대출’ 등을 미끼로 내세워 개인정보 획득을 시도하기도 한다.

2. 악성코드유포형 피싱

이메일을 통해 위장사이트로 유인하여 개인정보를 획득하는 것이 주종이었던 피싱 유형이 최근에는 악성코드유포 등을 수반하는 다소 복잡하고 지능화된 유형으로 변하고 있다.¹²⁾ 미국의 세계적인 취업사이트 ‘Monster.com’을 대상으로 가해진 피싱·해킹 복합공격은 이를 잘 보여준다. 이 사건을 조사한 보안업체 시만텍사에 따르면, 범인은 신종 트로이목마를 사용해 Monster.com에 보관된 구직자들의 이력서에서 이메일주소와 기타 개인정보를 수집했고, 그런 다음 그 구직자들에게 Monster.com 명의의 피싱메일을 발송해 구직자들의 컴퓨터를 감염시켰다. 그 피싱메일은 구직자들의 PC에 ‘Banker.c’ 파일을 설치했다.¹³⁾ ‘Banker.c’는 평범한 정보절취용 트로이목마로, 이 트로이목마는 감염된 PC를 통해 PC사용자가 인터넷뱅킹에 로그인하는가를 감시한다. 로그인 과정이 진행되는 것을 포착하면 ‘Banker.c’는 사용자명과 비밀번호를 기록해 해커에게 전송한다.

10) Chantler/Broadhurst, Social Engineering and Crime Prevention in Cyberspace, 한국형사정책연구원 2008년 추계학술회의 발표문, 2008.11.1., 81면.

11) Walden, Computer Crimes and Digital Investigations, Oxford Uni. Press, 2007, 115-116면. 이와 거의 동일하게 진행된 미국의 AOL 피싱사건에 대하여는 Chantler/Broadhurst, 전계논문, 81-82면 참조.

12) 박희영, 전계논문, 89면.

13) 이 사건에서 일부 구직자들의 PC에는 ‘Gpcoder.e’라는 파일을 설치하게 하였다. 이 파일은 이른바 랜섬웨어(ransomware)로 인터넷사용자의 컴퓨터에 잠입해 내부문서나 스프레드시트 그림파일 등을 암호화해 열지 못하도록 만든 후 돈을 보내주면 해독용 열쇠프로그램을 전송해 주겠다고 금품을 요구하는 등의 방법으로 사용하였다고 한다.

IV. 인터넷피싱의 형사법적 처벌가능성

전술한 피싱의 유형 가운데 가장 전형적이고 자주 발생하는 피싱인 메일형 피싱을 중심으로 살펴본다. 메일형 피싱은 기본적으로 다음과 같은 단계를 거치며 진행된다: 첫째, 피서는 피싱에 이용할 금융기관 명의의 전자메일을 작성하고, 위장 웹사이트를 제작하고 이를 설치하며, 보통의 경우 이러한 행위와 함께 발신할 메일주소를 수집한다. 둘째, 수집된 메일주소로 클릭하면 설치된 위장 웹사이트로 링크하도록 하는 내용을 포함한 전자메일을 발송한다. 셋째, 전자메일을 수신한 예상 피해자가 해당 위장 웹사이트 주소를 클릭하여 피해자 자신은 진정한 웹사이트의 소유자인줄 알고 해당 사이트에 개인의 금융관련정보(계좌정보, 비밀번호, 신용카드번호, 주민등록번호 등)를 입력하고, 피서는 이를 획득한다. 넷째, 피서는 획득한 개인금융정보를 이용하여 피해자의 계좌나 신용카드로 자금을 이체하는 등의 행위를 하여 재산상의 이득을 취득한다. 이하에서는 이와 같은 피싱에서의 해당 단계별 행위에 대하여 각각의 형사처벌 가능성을 검토하여 본다.

1. 전자메일작성과 위장웹사이트의 제작·설치 그리고 발신 메일주소의 수집

1) 사문서위조·변조죄(형법 제231조)

피서는 피싱에 이용할 전자메일과 여기에 첨부할 위장 웹사이트를 제작·설치함에 있어 보통 금융기관명의로 메일을 작성하고 해당 기관의 사이트를 위장한다. 문제는 여기서 전자메일을 작성하고 위장된 웹사이트를 제작한 다음 자신의 하드디스크나 특정한 서버에 저장시켜 놓는 행위가 문서에 관한 죄를 구성하는가이다. 전자메일이나 위장 웹사이트가 컴퓨터언어로 작성된 전자기록에 해당함에는 의문이 없으나, 이를 문서로써 인정할 수 있는가에 대하여는 의문이다.

문서는 사상이나 관념의 표시가 그 본질이므로 전자기록이 이러한 요소를 포함하고 있는 한에는 문서개념에 포섭될 수 있는 기본적 요건은 충족된다. 그러나 문서로 인정되기 위해서는 여기에서 더 나아가 그 표시가 가시적·가독적 부호에 의하여 표현되어야 하며, 시각적으로 볼 수 있는 것이어야 한다. 전자적으로 저장장치에 저장된 기억장치 내부의 데이터나 외부기억장치에 저장된 자료는 시각적으로 인식될 수 있는 것이 아니므로 그 자체로는 가시성이 없고, 단지 데이터의 보존기능을 가지는데 불과하다. 따라서 전자기록은 표시된 내용을 시각적 방법에 의하여 인식할 수 있는 기재의 영속성이 결여되기 때문에 문서의 개념에 포함될 수 없다.¹⁴⁾ 그러므로 전자메일의 작

성이나 웹사이트를 제작하여 설치하는 행위를 문서에 관한 죄로 처벌하는 것은 가능하지 않다.

2) 사전자기록위작·변작죄(형법 제232조의2)

피서가 제작하는 전자메일과 위장 웹사이트는 저장매체에 기록되는 전자기록에 해당하기 때문에 전자메일의 작성과 위장사이트를 제작하는 것이 사전자기록위작·변작에 해당하는가가 문제된다.

사전자기록위작·변작죄는 모든 전자기록의 위작·변작을 처벌하는 것이 아니라 사무처리를 그르치게 할 목적으로 “권리·의무 또는 사실증명에 관한 타인의 전자기록 등 특수매체기록”을 위작·변작하는 경우에 성립한다. 여기서 ‘권리·의무에 관한 전자기록’이란 권리·의무 또는 법률관계의 발생·존속·변경·소멸 등과 관련한 의사표시를 내용으로 하는 전자기록을 말하며, 사실증명에 관한 전자기록이란 ‘법률상 또는 사회생활상 중요한 사실이 표시되어 있는 전자기록’¹⁴⁾을 말한다.

전자메일의 경우에는 금융기관의 명의를 도용하여 금융기관시스템의 관리자인 것처럼 작성한다. 그리고 그 내용은 일반적으로 고객의 계좌번호와 비밀번호 등을 변경하여야만 한다거나, 금융정보시스템이 변경되어 다시 고객의 개인정보를 재등록하여야만 인터넷뱅킹을 이용할 수 있으며, 일정시간 동안 이를 하지 않는 경우에는 이용에 있어 불편함이 있을 수 있다는 등의 내용을 포함한다. 이와 같은 메일의 내용은 결국 고객과 금융기관간의 거래에 있어 중요한 사항에 대한 변경이나 확인을 요청하는 것이기 때문에 사전자기록에 해당하고,¹⁵⁾ 이를 기망하여 작성한 메일은 사전자기록위작에 해당한다.

그러나 첨부한 위장 웹사이트 역시 ‘권리·의무 또는 사실증명에 관한’ 전자기록인가에 대하여는 의문이다. 여기서 일부의 견해는 피싱을 위하여 위장 홈페이지를 만든 경우에 사전자기록위작죄(형법 제232조의2)의 성립을 인정한다.¹⁶⁾ 그러나 이러한 해석에는 다소 문제가 있다. 위장웹사이트는 금융기관의 홈페이지 화면인 것처럼 가장하고

14) Schönke/Schröder/Cramer/Heine, StGB, 27. Aufl., 2006, §267 Rn.4; Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl., 2004 § 267 Rn.7; 오영근, 형법각론, 제2판(2009), 723면.

15) 이것은 문서에 관한 죄에서 문서는 ‘표시된 내용이 적어도 법률상 또는 사회생활상 중요한 사항에 관한 의사 표시’이어야 한다는 판례의 입장(대판 1989.10.24, 88도1296)에 상응하는 것이다.

16) Stuckenberg, Zur Strafbarkeit von Phishing, ZStW 2006, 885면.

17) Stuckenberg, Zur Strafbarkeit von Phishing, ZStW 2006, 889면; 강동범, 사이버범죄 처벌규정의 문제점과 대책, 형사정책, 제19권 제2호(2007), 44면; 박희영, 전개논문, 92면.

있으나 이는 권리·의무나 법률관계의 변동을 가져오는 내용은 아니다. 또한 해당 사이트 내에 중요한 사실이 표시되어 있지는 않다. 오히려 피서에 기망당한 피해자가 해당 위장사이트나 부수된 팝업창에 자신의 개인적인 정보를 기입함으로써 사회생활상 중요한 사실이 표시되어진다. 오프라인의 경우로 말하면 공란으로 되어있는 서식에 피해자가 개인적인 내용(성명, 주민등록번호, 주소 등)을 기입함으로써 비로소 문서로 될 수 있다. 따라서 위장웹사이트를 제작하여 설치하는 행위를 사전자기록위작·변작죄로 처벌하기는 어렵다.

3) 전자우편주소의 무단 수집행위금지

메일피싱의 경우에는 피서가 위장 사이트를 보낸 사람들의 메일주소를 알아야 한다. 여기서 피서가 다른 사람들의 메일주소를 수집하여야 한다. 메일을 수집하는 방법은 다양하나, 메일수집행위 자체가 대부분 불법한 방식이다. 즉 누구든지 인터넷 홈페이지 운영자 또는 관리자의 사전 동의 없이 인터넷 홈페이지에서 자동으로 전자우편주소를 수집하는 프로그램 그 밖의 기술적 장치를 이용하여 전자우편주소를 수집하여서는 안된다. 또한 정보통신망법의 규정에 위반하여 수집된 전자우편주소를 판매·유통하여서도 안된다. 더 나아가 누구든지 수집·판매 및 유통이 금지된 전자우편주소임을 알고 이를 정보전송에 이용하여서도 안된다(정보통신망법 제50조의2). 이를 위반하여 전자우편주소를 수집·판매·유통 또는 정보전송에 이용한 자는 정보통신망법상에 의하여 처벌된다(제74조 제1항 제5호).¹⁸⁾ 따라서 피서가 메일을 수집하는 과정에서 이와 같은 방법으로 수집한 경우에는 정보통신망법의 본 규정에 의하여 처벌되며, 더 나아가 메일주소를 얻는 과정에 악성코드를 사용하여 메일주소를 수집하는 경우에는 정보통신망법상의 악성프로그램유포죄(정보통신망법 제48조 제2항, 제71조)에도 해당한다.

4) 저작권법위반

위장 웹사이트는 전자기록에 해당하고 이는 컴퓨터프로그램이다. 위장웹사이트는 기존의 금융기관의 사이트를 복사하여 위장사이트를 제작하므로 기존의 웹사이트에 대한 저작권의 침해가 발생할 수 있다. 진정한 금융기관 사이트는 컴퓨터 언어로 작성된 일련의 지시와 명령의 표현물이다. 따라서 저작권법 제2조 제16호의 정의규정에 따라

18) 이 행위를 처벌하는 규정은 2002년 12월 정보통신망법의 개정당시에 신설된 조문으로 기본적으로는 스팸메일을 규제하기 위해 스팸메일의 발송의 전단계인 메일주소의 수집·판매·유통하는 행위를 처벌하려는 취지로 만든 규정이었다.

금융기관의 진정한 웹사이트는 ‘컴퓨터프로그램저작물’¹⁹⁾에 해당하며, 이와 같은 컴퓨터프로그램저작물은 저작권법의 저작물로 인정된다(저작권법 제4조 제9호).²⁰⁾ 따라서 이와 같은 금융기관의 홈페이지를 위장하기 위하여 동 사이트를 복제하는 행위는 저작권법 제136조 제1항의 규정²¹⁾에 따른 저작권침해로 처벌가능하다.

2. 위장웹사이트로 링크하도록 하는 메일의 발송

전자메일의 경우에는 전술한 바와 같이 사전자기기록위작죄에 해당하므로, 이와 같이 위작된 사전자기기록을 고객에게 발송하는 경우 위조사전자기록행사죄(형법 제234조)에 해당할 수 있다. 여기서 전자메일의 경우 피서가 메일을 발송하면 수신자가 가입한 인터넷서비스제공자의 서버컴퓨터 메일계정에 자동으로 입력이 된다. 따라서 수신자는 발송된 전자메일을 읽을 수 있는 상태에 있게 되므로 위작사전자기기록행사죄는 성립한다.²²⁾ 이에 반하여 위장 웹사이트는 증명기능을 갖추었다고 볼 수 없기 때문에 사전자기기록성이 인정되지 않으므로 별개의 범죄가 성립하지 아니한다.

3. 개인정보의 획득

1) 절도죄(형법 제329조)

개인정보를 획득한 피서는 타인의 재물을 절취한 절도에 해당하는가이다. 절도죄가 성립하기 위해서는 첫째, 타인이 점유하는 타인의 재물을, 둘째, 점유자의 의사에 반하여 기존의 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 절취행위를 하여야 하고, 셋째, 주관적으로 타인의 재물을 절취한다는 점에 대한 인식(고의) 뿐만 아니라 불법영득의사를 가지고 있어야 한다.

피싱을 통하여 피서가 취득한 개인의 신용정보나 금융관련정보는 본래 피서의 것이

19) 저작권법 제2조 제16호: “컴퓨터프로그램저작물”은 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치(이하 “컴퓨터”라 한다) 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물을 말한다.

20) 이전까지는 전자기록과 같은 컴퓨터저작물들은 ‘컴퓨터프로그램보호법’에 의하여 법적 보호가 행하여졌으나(이에 대하여는 홍승희, 정보통신범죄의 전망, 형사정책, 제19권 제1호(2007), 24-25면 참조), 2009년 4월부터는 컴퓨터프로그램보호법을 폐지하고 저작권법에서 이를 보호하도록 개정하였다.

21) 저작재산권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 재산적 권리(제93조의 규정에 따른 권리를 제외한다)를 복제·공연·공중송신·전시·배포·대여·2차적 저작물 작성의 방법으로 침해한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.

22) 박희영, 전계논문, 94면.

아니라 피해자의 것이었으므로 타인의 것이었다. 문제는 이와 같은 개인적인 금융정보 등이 타인의 ‘재물’인가이다. 만일 이와 같은 전자적 정보들을 저장매체에 담겨져 있는 형태로 해당 저장매체를 취득하여 해당 내용들을 알았다면 저장매체에 기록된 전자정보에 대한 절도가 아니라 해당 저장매체 자체에 절도가 성립하는데에는 문제가 없다. 그러나 여기에서는 전자적 기록들의 형태로 되어 있는 정보를 전자적 기록 형태로 취득하였다는 점에서 차이가 있다.

절도죄에서 ‘재물’의 개념에 대하여는 유체성설과 관리가능성설이 대립되고 있다. 여기서 유체성설에 의하면 외부세계에 공간을 차지하고 형태를 띄고 있는 유체물만이 재물에 해당하며, 형법 제346조를 예외규정으로 보아 관리가능성 있는 동력을 예외적으로 재물개념에 포함되는 것으로 이해한다.²³⁾ 이것에 반해서 관리가능성설에 따르면 관리가 가능한 것이라면 유체물뿐만 아니라 무체물도 재물에 해당하는 것으로 이해하며, 형법 제346조의 규정을 주의규정으로 파악하고 있다.²⁴⁾

개인적인 금융관련 정보 등은 유체성이 결여되어 있으므로 유체물은 아니다. 물론 개인정보가 관리가능하다는 점에서는 관리가능설에 의하면 재물로 간주될 가능성이 있다. 그러나 재물에서의 관리가능은 ‘사무적 관리가능성’을 의미하는 것이 아니라 ‘물리적 관리가능성’을 의미하며, 그 대상도 관리가능한 ‘동력’을 의미하기 때문에 개인의 금융정보들을 사무적으로는 관리할 수 있지만 그것을 ‘동력’이라고 보기는 어렵다.

또한 일부의 견해에서는 재물의 개념을 목적론적 확장해석을 통해 탄력적으로 해석하여 ‘컴퓨터에 저장된 데이터’나 전자적 자료들을 형법상 재물로 보고자 하는 시도도 있다.²⁵⁾ 그러나 이와 같은 해석은 형법의 보장적 기능을 나타내는 기본원리인 죄형법정주의, 특히 유추해석금지원칙에 반할 우려가 높은 것으로 생각되며,²⁶⁾ 판례 역시 전자기록의 재물성을 부정하고 있다.²⁷⁾

23) 김일수/서보학, 형법각론, 2007, 274면; 박상기, 형법각론, 243면.

24) 오영근, 형법각론, 294면; 임웅, 형법각론, 263면.

25) 하태영, 비교형사법연구, 제5권 제2호(2003), 298면 참조.

26) 상세한 논증은 전지연, 사이버범죄의 과거, 현재 그리고 미래, 형사법연구, 제19권 제3호(2007 가을), 10면 이하 참조.

27) 대법원은 “..... 절도죄의 객체는 관리가능한 동력을 포함한 재물에 한한다고 할 것이고, 또 절도죄가 성립하기 위하여는 그 재물의 소유자 기타 점유자의 점유 내지 이용가능성을 배제하고, 이를 자신의 점유 하에 배타적으로 이전하는 행위가 있어야만 할 것인 바, 컴퓨터에 저장되어 있는 정보 그 자체는 유체물이라 볼 수 없고 물질성을 가진 동력도 아니므로 재물이 될 수 없다고 할 것이다....”라고 하며 전자기록의 재물성을 부정하고 있다(대판 2002.7.12, 2002도745). 또한 동일한 취지로 수수료를 받고 음란한 영상화면을 수록한 컴퓨터 프로그램파일 73개를 컴퓨터통신망을 통하여 전송하는 방법으로 판매한 사건에서 컴퓨터 프로그램파일은 형법 제243조의 음란한 ‘물건’(기타 물건)으로 볼 수 없다고 판시하였다. 즉 전자기록으로 존재하는 화상이

따라서 피서가 취득한 개인 신용정보들은 절도죄의 객체인 ‘재물’에 해당하지 아니하므로, 이를 전자적 형태로 전송받은 경우에도 절도죄로 처벌할 수는 없다.

2) 사기죄(형법 제347조)

피서가 취득한 개인정보는 재물에는 해당하지 않으나, 위장된 사이트의 이용이라는 기망의 방법에 의하여 취득한 것이므로 취득한 개인의 신용정보가 ‘재산상 이익’에 해당하는 경우에는 사기죄가 성립할 수 있다.

사기죄에서 ‘재산상 이익’은 일반적으로 재물 이외에 재산적 가치가 있는 모든 이익을 의미한다.²⁸⁾ 구체적으로 재산상 이익의 대상범위가 어디까지인지를 파악하려면 형법상 재산개념을 어떻게 파악하느냐에 따라 재산상 이익의 내용이 달라지기 때문에 재산개념에 관한 학설대립을 검토해 보아야 한다.

형법상 재산개념에 대하여는 기본적으로 법률적 재산설, 경제적 재산설, 법률적·경제적 재산설의 세 가지 학설이 대립하고 있다. ① 법률적 재산설은 경제적 가치를 고려하지 않고 순전히 법률적으로만 재산을 파악하는 견해로서, 이에 의하면 민법상 개인이 갖는 모든 재산상의 권리와 의무가 곧 재산이다. 반면 법률적으로 승인되지 않은 불법재산이나 권리가 아닌 사실상의 이익이나 노동력은 재산에 포함되지 않는다. ② 경제적 재산설은 재산의 법률적 측면을 전혀 고려하지 않고 경제적 교환가치만을 재산의 판단기준으로 삼자는 견해이다.²⁹⁾ 이에 따르면 경제적 교환가치 없는 개인의 사법상의 권리는 재산이 아닌 반면, 경제적 가치 있는 사실상의 이익과 노동력을 비롯하여 불법한 이익이라도 경제적 교환가치만 있으면 얼마든지 재산에 해당한다. 따라서 불법원인급여물에 대해서도 사기죄, 공갈죄 등이 성립하게 된다. 예컨대 매춘부의 불법한 성적 서비스도 형법상 재산상의 이익에 속하기 때문에 매춘부를 기망하여 화대를 편취한 경우에는 사기죄가 성립한다. 이 견해는 재산범죄의 재산개념을 가장 넓게 볼 수 있는 관점이며, 판례³⁰⁾의 입장이기도 하다. ③ 법률적·경제적 재산설은 경제적

나 동영상들은 컴퓨터 프로그램파일형식으로 되어 있으며, 이러한 컴퓨터 프로그램파일은 음화반포죄에서 규정하고 있는 문서·도화·필름 기타 ‘물건’에 해당한다고 할 수 없다고 판단하였다(대판 1999.2.24. 98도 3140).

28) 박상기, 형법각론, 305면; 오영근, 형법각론, 400-401면.

29) 이재상, 형법각론, 285면; 오영근, 형법각론, 401면; 임용, 형법각론, 249면.

30) 대법원은 사기죄의 객체가 되는 재산상 이익이 반드시 사법상 보호되는 경제적 이익만을 의미하지 아니하고, 부녀가 금품을 받을 것을 전제로 성행위를 하는 경우 그 행위의 대가는 사기죄의 객체인 경제적 이익에 해당하므로, 부녀를 기망하여 성행위 대가의 지급을 면하는 경우 사기죄의 성립을 인정하고 있다(대판 2001.10.23. 2001도299). 또한 동일한 취지의 판례는 대판 1999.6.22. 99도1095; 대판 1987.2.10. 86도2472 참조.

교환가치 있는 재화 가운데서 범질서에 의해 승인된 것만이 재산이라고 보는 관점이다. 범질서의 통일성이라는 측면에서 다른 법률이 보호해 주지 않는 재산은 형법상의 재산으로 인정할 수 없다는 취지이다. 절충설이라고는 하지만 형법상 재산의 범위를 가장 좁게 인정하는 태도이다.

피서가 취득한 피해자의 개인적인 금융정보는 거래계에서 유통이 금지되는 것이므로 이를 거래하는 것은 불법한 거래에 해당한다. 따라서 법률적 재산설이나 법률적·경제적 재산설에 의하면 개인의 금융관련정보는 재산상 이익으로 볼 수 없다. 또한 경제적 재산설에 의하는 경우에도 해당 정보는 영업비밀과 같이 그 자체가 재산적 가치를 가지고 있다고 볼 수 없다. 개인적인 금융정보는 오히려 재산적 거래를 가능하게 해주는 열쇠의 역할을 하는 것이지 그 자체가 재산적 가치를 가지고 있다고 볼 수는 없다. 따라서 피서가 취득한 개인정보를 재산상 이익으로 보아 사기죄로 처벌하는 것도 가능하지 않다.³¹⁾

3) 형법상 비밀침해죄(형법 제316조 제2항)

형법은 비밀침해와 관련하여 “봉합 기타 비밀장치한 사람의 편지·문서·도화 또는 전자기록 등 특수매체기록”을 기술적 수단을 이용하여 그 내용을 알아낸 경우를 처벌하도록 규정하고 있다(제316조 제2항). 따라서 형법상의 비밀침해죄가 성립하려면 첫째 봉합 기타 비밀장치 한 전자기록 등 특수매체기록을, 둘째 기술적 수단을 이용하여, 셋째 그 내용을 알아내야 한다는³²⁾ 세 가지 요건이 충족되어야 한다.

피해자가 위장웹사이트에 자신의 개인정보를 기입하여 발송함으로써 피서가 피해자의 개인정보를 취득하는 경우 해당 개인정보는 비밀에 해당한다. 또한 웹사이트를 위장하여 개인적인 정보들을 알아냈다는 점에서 전자기록의 내용인 비밀을 취득한 것이다.

그러나 형법상의 비밀침해죄가 성립하려면 비밀을 알아낸 대상이 ‘비밀장치한’ 전자기록 등의 비밀을 알아내야 한다. 일반적으로 정보처리시스템은 타인의 침입을 방지하

31) 같은 결론은 Marberth-Kubicki, Computer- und Internetstrafrecht, 2005, 81면.

32) 여기서 ‘내용을 알아낸’ 것과 관련하여 형법 제316조의 제1항에 규정되어 있는 일반비밀침해의 경우 비밀보호를 위한 추상적 위험범으로서 비밀장치한 편지나 문서 등의 개봉행위가 구성요건적 행위로 되어 있지만, 제2항의 경우에는 비밀을 알아내야 한다는 의미에서 침해범의 형태로 구성요건적 행위를 규정하고 있다. 따라서 편지 등을 개봉한 이상 그 내용을 알지 못한 경우에도 본죄는 기수에 이르나(통설: 박상기, 형법각론, 207면; 오영근, 형법각론, 260면; 이재상, 형법각론, 203면), 전자기록 등을 취득하였으나 아직 그 내용을 알아내지 못한 경우에는 제2항의 기수로 볼 수 없다. 다만 일부에서는 내용을 ‘알아냄’을 제1항의 ‘개봉’과 같은 의미로 해석하여 추상적 위험범으로서의 성격을 가지는 것으로 이해해야 한다는 주장(오영근, 형법각론, 261면)도 있다.

기 위하여 각종 보안장치를 가동하고 패스워드 등을 입력하도록 하여 권한이 있는 사람이 아니면 시스템에 접근할 수 없도록 하고 있다. 따라서 이러한 보안장치가 여기에 서 말하는 ‘비밀장치’에 해당한다. 피싱의 경우에는 해당 비밀이 전자기록 등의 매체에 저장되어 있는 것이 아니라 피해자 자신이 직접 전자기록으로 작성하여 송부하고, 그에 대하여 다시 패스워드 등의 조치를 취하지 아니하였으므로 ‘비밀장치한’ 전자기록에 해당하지 아니한다.

또한 피서가 개인정보를 취득한 방법 역시 ‘기술적 수단을 이용하여’ 비밀을 알아냈다고 보기도 어렵다.³³⁾ ‘기술적 수단을 이용하여 그 내용을 알아낸다’는 의미는 비밀장치한 전자기록의 내용을 알아내기 위하여 특별한 해킹프로그램을 침투시키거나, 프로그램자체의 오류를 이용하거나, 수많은 경우의 수를 자동으로 대입하여 주는 별도의 프로그램 등을 이용하여 비밀장치를 해제한 후 그 내용을 알아내는 경우를 말한다.³⁴⁾ 피서의 기망에 의하여 피해자 자신이 위장사이트에 개인적인 비밀내용을 기입함으로써 피서가 비밀을 알게 된 것을 기술적 수단을 이용하였다고 볼 수는 없기 때문에 이를 형법상의 비밀침해죄로 처벌하기는 불가능하다.

4) 정보통신망법상 비밀침해죄

정보통신망법에 의하면 누구든지 정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 타인의 정보를 훼손하거나 타인의 비밀을 침해·도용 또는 누설하여서는 안되며(정보통신망법 제49조), 이를 위반하여 타인의 정보를 훼손하거나 타인의 비밀을 침해·도용 또는 누설한 경우에는 정보훼손죄나 비밀침해죄로 처벌하도록 규정하고 있다(동법 제71조 제11호). 앞의 형법상 비밀침해죄에서의 행위객체는 전자기록 등 특수매체기록에 저장되어 있는 비밀로 제한되기 때문에 정보통신망을 통하여 전송 중이거나 현재 처리 중인 정보를 객체로 포섭할 수 없었으나, 정보통신망법상의 비밀침해죄의 규정은 이와 같은 정보통신망을 통한 비밀침해를 처벌할 수 있도록 규정하였다.³⁵⁾ 그리고 여기서 타인의 ‘비밀’이란 일반적으로 알려져 있지 않은 사실로서 이를 다른 사람에게

33) Marberth-Kubicki, Computer- und Internetstrafrecht, 2005, 81면.

34) 따라서 정보시스템 관리자를 기망하여 패스워드를 알아내거나, 우연한 기회에 다른 경로를 통하여 들어서 알게 된 비밀번호 등을 이용하여 정보시스템에 침입하여 내용을 알아낸 경우에는 형법상의 비밀침해죄에서 말하는 ‘기술적인 수단을 이용’한 것이라고 보기는 곤란하다.

35) 더 나아가 내용을 알아내지 않고 정보를 훼손하거나 침해하는 행위는 형법의 비밀침해죄에 해당하지 않는데 정보통신망법은 비밀을 침해하는 경우뿐만 아니라 정보 자체를 훼손하는 경우도 이를 범죄로 규정하였다(오영근, 인터넷범죄에 관한 연구, 형사정책연구, 제14권 제2호(2003 여름호), 308-309면; 홍승희, 정보통신범죄의 전망, 형사정책, 제19권 제1호(2007), 21면).

알리지 않는 것이 본인에게 이익이 있는 것을 의미한다.³⁶⁾

피서는 위장웹사이트를 통하여 피해자가 기입한 개인정보를 습득하였다는 점에서는 정보통신망을 통하여 비밀을 취득하였다. 그러나 이러한 비밀은 정보통신망을 통하여 처리 또는 전송되는 비밀을 취득한 것이 아니라 정보통신망을 통하여 이미 처리되었거나 전송된 피해자의 비밀을 취득한 것이다.³⁷⁾ 따라서 피서가 피해자의 개인정보를 취득한 것은 비록 위장웹사이트를 통해 정보통신망에 의한 비밀이기는 정보통신망법상의 비밀침해죄에 해당하지 아니한다.

5) 속이는 행위에 의한 개인정보수집 위반죄(정보통신망법)

입법자는 2008년 6월에 정보통신망법을 개정하여 누구든지 정보통신망을 통하여 속이는 행위로 다른 사람의 정보를 수집하거나, 정보를 제공하도록 유인하는 것을 금지하였으며(동법 제49조의2), 이를 위반하여 개인정보를 수집한 경우에는 처벌하도록 규정하였다(동법 제72조 제1항 제2호).³⁸⁾ 이와 같은 속이는 행위에 의한 개인정보수집의 금지규정은 여기서 문제되는 메일피싱과 같은 방법으로 개인정보를 알아내는 것을 처벌하기 위하여 마련한 규정이다. 피서는 사이트를 위장하여 피해자를 속임으로써 피해자의 개인적인 정보를 취득하였다는 점에서 인터넷피싱의 피서는 정보통신망법의 본 규정으로 처벌할 수 있다.

4. 획득한 개인정보를 이용한 재산상 이익의 취득

피서는 전술한 방법으로 취득한 비밀번호와 같은 개인의 금융관련정보를 이용하여 금융기관의 시스템에 접속하여 피해자의 계좌상황을 열람하고, 해당 피해자의 은행계좌에서 자신이나 제3자의 계좌로 자금을 이체하는 등의 행위를 하여 재산상의 이익을 취득한다. 여기서 비밀번호를 입력하여 은행의 시스템에 접속하여 피해자의 계좌를 열람하는 것은 형법상의 비밀침해죄, 정보통신망법상의 무단침입죄와 비밀침해죄의 가능

36) 동일한 취지로 대판 2006.3.24, 2005도7309; 2007.6.28, 2006도6389.

37) Stuckenberg, Zur Strafbarkeit von Phishing, ZStW 2006, 883면.

38) 더 나아가 2009.4.22의 개정을 통하여 정보통신서비스 제공자는 속이는 행위에 의하여 개인정보를 수집하는 등의 사실을 발견하면 즉시 방송통신위원회나 한국인터넷진흥원에 신고하여야 하며(동법 제49조의 제2항), 방송통신위원회나 한국인터넷진흥원은 이러한 신고를 받거나 속이는 행위에 의하여 개인정보를 수집하는 사실을 알게 되는 경우에는 위반 사실에 관한 정보의 수집·전파, 유사 피해에 대한 예보·경보, 정보통신서비스 제공자에 대한 접속경로의 차단요청 등 피해 확산을 방지하기 위한 긴급조치와 같은 필요한 조치를 취하도록 규정하고 있다(동법 제49조의 제2항).

성이 있으며, 피해자의 계좌에서 자금을 이체하는 행위는 컴퓨터사용사기죄의 가능성이 있다.

1) 정보통신망법상의 무단침입죄

보통 ‘단순해킹’³⁹⁾으로 불리는 정보통신망에의 무단침입을 처벌할 필요가 있는가에 대하여는 논란이 있다.⁴⁰⁾ 이에 대하여 입법자는 “누구든지 정당한 접근권한 없이 또는 허용된 접근권한을 초과하여 정보통신망에 침입”하는 경우를 처벌하도록 규정하였으며(제72조 제1항 제1호), 더 나아가 그에 대한 미수범도 처벌하도록 하였다(제72조 제2항).

따라서 문제는 피서가 피해자로부터 기망하여 얻은 비밀번호와 계좌번호 등과 같은 개인금융정보를 이용하여 금융기관의 시스템에 접속한 경우 이를 “정당한 접근권한 없이 또는 허용된 접근권한을 초과하여” 정보통신망에 침입하였는가이다.

정보통신망법상의 무단침입은 해당 정보통신망이나 시스템에 보호조치가 있는 것을 전제로 하지 아니하고,⁴¹⁾ 해당 통신망에 접근할 권한이 있는지의 여부에 의하여 무단 침입의 여부가 결정된다. 여기서 정당한 접근권한의 존재여부를 누구를 기준으로 판단할 것인가에 대하여 해당 정보통신망을 이용하는 이용자를 기준으로 할 것인가, 아니면 정보통신망 서비스제공자(또는 관리자)를 기준으로 할 것인가에 대하여 논란이 될 수 있다.

정보통신망법상 무단침입죄를 규정하여 이를 처벌하고 있는 한에는 그 입법취지가 권한 없이 정보통신망에 침입하는 것을 막아 정보통신망 자체의 안정성과 그 정보의 신뢰성을 확보하는 것이고, 이는 이용자에 의하여 결정될 것이 아니라 정보통신망의 관리자(서비스제공자)에 의하여 결정되어야 할 것이다. 따라서 서비스제공자가 접근권

39) 해킹의 개념에 대한 유형별 설명은 이정훈, 사이버범죄에 관한 입법동향과 전망, 사이버커뮤니케이션학보, 제20호(2006), 249-252면 참조.

40) 이에 대하여는 류석준, 해킹에 대한 규제법규에 관한 연구, 비교형사법연구, 제6권 제2호(2004), 187면 이하; 류인모, 정보형법의 과제와 전망, 형사정책, 제12권 제1호(2000), 71-73면; 이상돈, 해킹의 형법적 규율방안, 법조, 2002/3(통권 546권), 112면 이하; 전지연, 사이버범죄의 과거, 현재 그리고 미래, 형사법연구, 제19권 제3호(2007 가을), 18-20면 참조.

41) 구 정보통신망법에서는 정보통신망의 보호조치를 침해하거나 훼손하는 경우를 처벌하는 규정(제29조, 정보통신망보호조치침해죄)을 두었으나, 2001년 7월 1일부터 시행된 정보통신망법에서는 이러한 보호조치 침해 규정 대신 정보통신망 침입행위 자체를 금지하는 규정을 두었다. 이것은 기술적으로 보호조치를 침해하지 아니하고 보호조치를 우회하여 정보통신망에 침입하는 경우를 포섭하기 위하여 마련한 규정으로 이해하고 있다(동일한 취지로 류석준, 전개논문, 191면; 최호진, 새로운 해킹기법과 관련된 형법적응의 흠결과 해결방안, 형사정책연구, 제18권 제4호(2007 겨울), 216면).

한을 부여하거나 허용되는 범위를 설정하고, 서비스제공자로부터 이와 같은 권한을 부여받은 이용자가 아닌 제3자가 정보통신망에 접속한 경우 그에게 접근권한이 있는지 여부는 서비스제공자가 부여한 접근권한을 기준으로 판단하여야 할 것이다.⁴²⁾

이와 같은 취지에서 대법원도 “이용자가 자신의 아이디와 비밀번호를 알려주며 사용을 승낙하여 제3자로 하여금 정보통신망을 사용하도록 한 경우라고 하더라도, 그 제3자의 사용이 이용자의 사자 내지 사실행위를 대행하는 자에 불과할 뿐 이용자의 의도에 따라 이용자의 이익을 위하여 사용되는 경우와 같이 사회통념상 이용자가 직접 사용하는 것에 불과하거나, 서비스제공자가 이용자에게 제3자로 하여금 사용할 수 있도록 승낙하는 권한을 부여하였다고 볼 수 있거나 또는 서비스제공자에게 제3자로 하여금 사용하도록 한 사정을 고지하였다면 서비스제공자도 동의하였으리라고 추인되는 경우 등을 제외하고는, 원칙적으로 그 제3자에게는 정당한 접근권한이 없다고 봄이 상당하다”⁴³⁾라고 하였다.

그러나 이와 같이 정당한 접근권한의 존부를 일방적으로 서비스제공자를 기준으로 판단하는 경우에는 이용자나 일반인에게 무단침입죄의 성립범위가 너무 확대될 위험성이 있다. 예를 들면 비밀번호의 입력과 같은 별다른 보호조치가 되어있지 않은 상태에서 단순히 “일반인은 접속하지 마십시오” 또는 “이용자는 더 이상의 내용에 대해서는 접근하지 마십시오”라는 지시가 있음에도 불구하고 접근하게 되면 권한 없는 접근에 해당한다. 또한 아이디와 비밀번호를 입력하는 등의 보호조치가 되어있는 정보통신망의 경우에도 이용자의 동의하에 그의 아이디와 비밀번호로 해당 통신망에 접속하는 경우도 원칙적으로 무단침입에 해당한다. 왜냐하면 대부분의 정보통신서비스제공업체는 이용자와 맺고 있는 회원계약의 약관⁴⁴⁾에 회원의 아이디와 비밀번호를 타인이 이용하지 못하도록 규정하고 있기 때문이다.⁴⁵⁾

어쨌든 피서의 경우에는 정당한 이용권자로부터 비밀번호와 같은 금융정보를 받기는 하였으나 이는 기망에 의하여 취득한 것이므로 이용자의 기준에서 정당한 접근권

42) 동일한 결론은 최호진, 전제논문, 222면.

43) 대판 2005.11.25, 2005도870.

44) 예컨대 Daum 서비스약관 제10조 제1항에는 “Daum”이 관계법령, “개인정보보호정책”에 의해서 그 책임을 지는 경우를 제외하고, 자신의 ID와 비밀번호에 관한 관리책임은 각 이용자에게 있음을 규정하고, 제2항에 이용자는 자신의 ID 및 비밀번호를 제3자에게 이용하게 해서는 안된다고 규정하고 있다.

45) 더 나아가 미수범의 경우도 처벌하므로 접속을 시도하거나 접속하기 위하여 아이디나 비밀번호를 입력해보는 행위 역시 처벌의 대상이 된다. 따라서 무단침입의 경우 미수범의 처벌규정은 삭제되어야 하고, 무단침입의 경우는 보호조치의 여부라는 제한이나 특정 범죄를 범할 목적이라는 주관적 요소에 의한 제한이나 어떤 방식으로든지 제한이 필요하다.

한 있는 자로 볼 수 없다. 또한 정보통신서비스제공자의 입장에서도 피셔에게 정보통신망에 접근할 수 있는 권한을 부여하였다고 보기도 어렵다. 따라서 피셔의 경우에는 ‘정당한 접근권한’의 판단기준에 대하여 어떠한 기준에 의할지라도 정당한 접근권한이었다고 볼 수 없기 때문에 정보통신망에 무단침입한 것으로 판단할 수 있기 때문에 정보통신망법상의 무단침입죄로 처벌할 수 있다.

2) 형법상의 비밀침해죄

피셔가 피해자를 기망하여 취득한 비밀번호를 입력하여 피해자 개인의 계좌를 열람하는 것은 비밀번호라는 것으로 ‘비밀장치한 전자기록’의 내용을 알아내는 것이다. 문제는 이와 같은 전자기록의 비밀을 ‘기술적 수단’을 이용하여 알아내는 것인가이다.

형법상 비밀침해죄에서 ‘기술적 수단을 이용하여’ 그 내용을 알아낸다는 의미는 비밀장치한 전자기록의 내용을 알아내기 위하여 특별한 해킹프로그램을 침투시키거나, 프로그램자체의 오류를 이용하거나, 수많은 경우의 수를 자동으로 대입하여 주는 별도의 프로그램 등을 이용하여 비밀장치를 해제한 후 그 내용을 알아내는 경우를 말한다. 정보시스템 관리자를 기망하여 패스워드를 알아내거나, 우연한 기회에 다른 경로를 통하여 알게 된 비밀번호 등을 이용하여 정보시스템에 침입하여 내용을 알아낸 경우에는 형법상의 비밀침해죄에서 말하는 ‘기술적인 수단을 이용’한 것이라고 보기는 곤란하다.

따라서 피해자 자신이 위장사이트에 개인적인 비밀번호 등을 기입하여 송부함으로써 피셔가 비밀번호를 알게 되고, 이러한 비밀번호를 진정한 금융기관의 사이트에 입력하여 피해자 개인의 계좌상태를 알아낸 경우에는 이와 같은 ‘기술적 수단을 이용’하였다고 볼 수 없으므로, 이를 형법상의 비밀침해죄로 처벌할 수는 없다.

3) 정보통신망법상 비밀침해죄

정보통신망법상 비밀침해죄는 정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 타인의 정보를 훼손하거나 타인의 비밀을 침해·도용 또는 누설하는 경우에 성립한다(정보통신망법 제49조, 제71조 제11호). 피셔는 취득한 피해자의 비밀번호나 계좌번호 등을 금융기관의 사이트에 입력함으로써 ‘타인의 비밀을 도용’한 것에 해당한다.

더 나아가 피셔가 비밀을 ‘침해’한 것인가에 대하여 검토하면 다음과 같다. 먼저 법문에서 사용된 ‘침해’라는 용어는 매우 불확실하고 모호한 개념이다. 형법상의 비밀침해죄에서의 ‘침해’라는 용어의 개념을 차용하면 기본적으로는 비밀을 알아내는 것을 침해라고 이해할 수 있다. 침해의 개념을 이와 같이 이해하면 피셔는 이미 피해자의

착오로 인하여 비밀번호 등을 알았으므로, 이후에 해당 비밀번호를 입력하는 것을 ‘비밀의 침해’로 보기는 어렵다. 따라서 금융기관사이트에 피해자의 비밀번호를 입력하는 것은 정보통신망법상의 비밀의 ‘침해’에 해당하지는 아니한다.

비밀번호의 입력은 비밀의 침해가 아니지만 비밀번호의 입력을 통하여 시스템에 접속하여 피해자 개인의 계좌상태를 열람할 수 있었기 때문에, 이와 같은 금융계좌의 열람이 타인의 비밀을 침해한 것이 아닌가이다. 여기서도 전술한 바와 같이 ‘침해’를 ‘내용을 알아내는 것’이라는 의미로 이해하면, 이 경우에는 피서는 정보통신망에 의하여 처리되는 타인의 비밀인 피해자의 계좌상태를 알아냈으므로 정보통신망법상의 비밀 침해에 해당한다.⁴⁶⁾

따라서 이 단계에서 피서는 비밀번호의 입력으로써 타인의 비밀을 도용하고, 피해자의 계좌를 열람함으로써 비밀을 침해하는 정보통신망법상의 두 개의 비밀침해죄를 범한 것으로 평가할 수 있다.

4) 컴퓨터사용사기죄(형법 제347조의2)

피서가 편취한 비밀번호를 입력하여 금융기관의 시스템에 접속하여 피해자의 예금계좌에서 자기 또는 제3자의 계좌로 자금을 이체시키는 경우 어떤 범죄가 성립가능한가가 문제된다.

자금의 계좌이체는 ‘재물’의 취득이 없다는 점에서 절도죄의 성립이 부정되고,⁴⁷⁾ 사람에 대한 기망과 그에 따른 처분행위가 없다는 점에서 사기죄의 성립도 부정되며,⁴⁸⁾ 피서가 금융기관과의 관계에서 신뢰관계가 없다는 점에서 배임죄의 성립을 인정하기도 불가능하다.⁴⁹⁾

우리 형법은 이러한 인터넷뱅킹 등을 통해 부당하게 재산상 이득을 취득하는 것을 처벌하기 위해 ‘컴퓨터사용사기죄’의 규정을 두었다. 즉 “컴퓨터 등 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 권한 없이 정보를 입력·변경하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한”(형법 제347조의2)⁵⁰⁾ 경우를 처벌하고 있다.

46) 동일한 결론은 박희영, 전제논문, 102면.

47) 이를 절도죄로 인정하는 것은 재물의 개념을 확대하는 것으로 허용되지 않으며 결과적으로 이익절도를 인정하는 것이 되어 타당하지 않다.

48) Stuckenberg, Zur Strafbarkeit von Phishing, ZStW 2006, 905면

49) 홍승희, 정보통신범죄의 전망, 형사정책, 제19권 제1호(2007), 18면.

50) 컴퓨터사용사기죄의 입법과정에 대해서는 오병두, 컴퓨터사용사기죄의 입법경과와 입법자의 의사, 형사법

여기서 허위의 정보를 입력은 ‘입력조작’을 의미하며, 객관적 진실에 반하는 내용의 정보를 입력하는 것을 말한다.⁵¹⁾ 그리고 부정한 명령을 입력한다는 것은 소위 ‘프로그램조작’을 의미하며, 당해 시스템의 사무처리 목적에 비추어 주어서는 안되는 명령을 입력하는 것을 말하고,⁵²⁾ 권한 없이 정보를 입력·변경한다는 것은 권한 없이 시스템에 접속하여 부정하게 프로그램이나 데이터를 변경·조작하는 것을 말한다.

피서가 피해자의 비밀번호를 입력하거나 자금을 이체하도록 입력하는 행위는 ‘허위의 정보’나 ‘부정한 명령’을 입력하는 것이라고 보기는 어렵다.⁵³⁾ 그러나 피서는 편취한 비밀번호를 입력하였으며, 또한 진정한 예금의 소유권자가 아님에도 불구하고 해당 계좌의 자금을 다른 계좌로 이체시키는 행위를 함으로써 ‘권한 없이 정보를 입력’한 것에 해당한다.⁵⁴⁾ 또한 이를 통하여 재산상의 이익을 취득하였으므로 피서의 행위는 컴퓨터사용사기죄에 해당한다.⁵⁵⁾

V. 결어

인터넷의 부정적 모습의 하나인 피싱은 사기의 한 형태로서 인터넷이라는 수단을 이용하여 사기를 한다는 점에서 기존의 일반사기의 변형된 형태에 해당한다. 특히 우리나라의 경우 금융거래에 있어 인터넷뱅킹의 비율이 매우 높다는 점에서 인터넷피싱의 위험성은 더욱 크다고 생각된다.

매우 다양한 피싱의 유형 가운데 본고에서는 가장 전형적이고 자주 발생하는 피싱인 메일형 피싱의 형사법적 처벌가능성을 검토하였다. 특히 이와 같은 형사법적 처벌가능성은 메일형 피싱이 행하여지는 단계에 따라 검토하여 본 결과 다음과 같은 결론에 이르렀다.

첫째, 피서가 피싱에 이용할 전자메일을 작성하고 여기에 첨부할 위장사이트를 제작·

연구, 제19권 제1호(2007 봄), 109-126면 참조.

51) 형법개정법률안 제안이유서에 의하면 허위의 정보입력을 “예컨대 허위의 입금데이터를 입력하여 예금원장 파일의 잔고를 증액시킨 경우와 같이 사실관계와 일치하지 않는 자료를 입력하는 경우”(법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1992, 182면)라고 설명하고 있다.

52) 예를 들면 “프로그램을 조작하여 예금을 인출해도 잔액이 감소되지 않게 하는 것”(법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1992, 182면)이 여기에 해당한다.

53) 판례는 권한 없는 자에 의한 명령입력행위를 ‘명령을 부정하게 입력하는 행위’ 또는 ‘부정한 명령을 입력하는 행위’에 포함된다고 해석하고 있다(대판 2003.1.10, 2002도2363). 이에 대한 적절한 비판은 유용봉, 전계는 문, 286-287면.

54) Tröndle/Fischer, 54.Aufl., 2007, § 263a Rn.11.

55) Marberth-Kubicki, Computer- und Internetstrafrecht, 2005, 80면.

설치하며, 발신할 메일주소를 수집한다. 여기서 전자메일의 작성과 금융기관을 위장하는 사이트의 제작·설치는 해당 전자기록의 문서성(가시성과 가독성)을 인정할 수 없으므로 사문서위조·변조죄로 처벌하기는 곤란하다. 또한 해당 위장사이트가 전자기록에 해당하지만 이는 문서에 상응하는 증명적 기능을 수행하여야 한다. 그러나 사이트 자체는 이와 같은 증명기능을 수행한다고 보기 어렵기 때문에 사전전자기록위작·변작죄에 해당하지 않는다. 그러나 전자메일의 경우에는 고객과 금융기관간의 법적 거래에 중요한 의미를 지니는 내용이 포함된 전자기록이므로 사전전자기록위작죄에 해당한다. 그리고 위장웹사이트는 기존의 금융기관의 사이트를 복사하여 위장사이트를 제작하므로 복제하는 행위는 저작권법 제136조 제1항의 규정에 따른 저작권침해로 처벌가능하다. 그리고 피서가 메일을 수집하는 과정에서 홈페이지 운영자 또는 관리자의 사전 동의 없이 인터넷 홈페이지에서 자동으로 전자우편주소를 수집한 경우에는 정보통신망법의 전자우편주소의 무단수집죄로 처벌되며, 더 나아가 메일주소를 얻는 과정에 악성코드를 사용하여 메일주소를 수집하는 경우에는 정보통신망법상의 악성프로그램유포죄에도 해당한다.

둘째, 위장 웹사이트로 링크하도록 하는 내용을 포함한 전자메일을 발송하는 행위는 위작사전전자기록행사죄에 해당하고, 첨부한 위장 웹사이트의 발송에 대하여는 별도로 범죄가 성립한다고 볼 수는 없다.

셋째, 피해자가 위장 웹사이트를 클릭한 후 개인의 금융정보를 입력하고 피서는 이를 획득한다. 여기서 피서가 취득하는 개인금융정보는 재물에 해당하지 않기 때문에 절도죄의 성립은 부정된다. 또한 개인금융정보가 거래계에서 경제적 교환가치를 가지고 있다고 볼 수 없고, 그 자체의 거래가 불법한 것이므로 개인금융정보는 재산상 이익으로 볼 수도 없기 때문에 기망으로 이를 취득한 것은 사기죄에도 해당하지 아니한다. 피서의 기망에 의하여 피해자 자신이 위장사이트에 개인적인 비밀내용을 기입함으로써 피서가 비밀을 알게 된 것을 형법상의 비밀침해죄에서 말하는 ‘기술적 수단을 이용’하였다고 이해하기도 곤란하다. 또한 정보통신망에 의하여 처리 또는 보관되는 비밀을 취득한 것이 아니라 정보통신망을 통하여 이미 처리되었거나 전송된 피해자의 비밀을 취득한 것이므로 정보통신망법상의 비밀침해죄에도 해당하지 아니한다. 다만 이 행위는 정보통신망법에 새로이 규정된 ‘속이는 행위에 의한 개인정보수집 위반죄’에 해당할 것이다.

넷째, 피서는 비밀번호와 같은 개인금융정보를 이용하여 피해자의 계좌에서 자금을 이체하는 등의 행위를 하여 재산상 이익을 취득한다. 여기서 피해자의 비밀번호를 입

력하여 금융기관의 시스템에 접속하는 행위는 정당한 권한 없이 정보통신망에 침입한 것으로 정보통신망법상의 무단침입죄에 해당한다. 그리고 금융기관의 시스템에 접속하여 피해자의 계좌를 열람하는 것은 ‘기술적 수단을 이용’하였다고 볼 수 없으므로 형법상의 비밀침해죄에는 해당하지 않는다. 그러나 비밀번호의 입력으로써 정보통신망법상의 타인의 비밀을 도용하고, 피해자의 계좌를 열람함으로써 비밀을 침해하는 정보통신망법의 비밀침해죄에 해당한다. 피해자의 계좌에서 자기나 제3자의 계좌로 자금을 이체하는 행위는 기존의 재산범죄로 포섭하기는 불가능하고, ‘권한 없이 정보를 입력’하여 재산상의 이익을 취득하였으므로 컴퓨터사용사기죄에 해당한다.

[제5주제]

15:40 ~ 16:30

행정법규상 벌칙규정의 법정형

발 표 : 이천현 연구위원(한국형사정책연구원)

토 론 : 신동일 교수(한경대)

행정법규상 벌칙규정의 법정형

이 천 현(Lee, Cheon-Hyun)

한국형사정책연구원 연구위원 법학박사

I. 서론

현재 우리나라에서 시행되고 있는 법령은 약 1,900여개에 이르고 이 가운데 시행령, 규칙 등을 제외한 ‘법률’은 약 870여개에 달한다(현암사 간행 ‘대법전’(2009년) 기준). 이 870여개의 법률 가운데 가장 많은 수의 법률은 행정관련법 즉 행정법규이다. 그리고 이 행정법규의 대부분에서는 당해 법령에서의 의무의 이행, 즉 행정의 실효성을 담보하기 위한 목적으로 “벌칙”을 두어 형벌을 부과할 수 있도록 하고 있다. 이러한 규정들은 실무에서도 실제 많이 적용되고 있다. 검찰의 2007년도 범죄자 처리현황을 보면, 총 2,612,622명이 접수처리되었는데, 그 가운데 형법범은 1,067,344명으로 전체의 42.9%에 불과하고 1,545,278명 즉 전체처리인원의 57.1%가 특별법범이었다. 그리고 특별법범 가운데 형사특별법범 190,267명(7.2%)을 제외한 행정법규상의 벌칙규정 위반자(행정법범)는 1,355,011명으로 전체의 49.9%로 형법범(42.9%)보다 더 많은 비율을 차지하고 있다(<표 1>).

<표 1> 검찰의 처리인원

(단위: 명, %)

2007년	총계	형법범계	특별법범계		
			합계	형사특별법범계	행정법범계
접수인원	2,612,622	1,067,344	1,545,278	190,267	1,355,011
비율(%)	100.0	42.9	57.1	7.2	49.9

※ 1. 형사특별법범계 : 성폭력특별법, 특가법, 특경가법, 폭처법
2. 자료 : 대검찰청, 검찰연감, 2008.

한편, 이처럼 수많은 법률에 규정되어 있는 벌칙규정의 법정형은 중요한 의미를 갖는다. 재판을 받는 범죄자 입장에서는 법관의 입을 통해 선고되는 선고형이 - 자신이

현실적으로 감내하여야 하는 형벌이기 때문에 - 가장 중요한 관심사이지만, 이 선고형도 법정형의 범위 내에서 이루어지는 것이기 때문에 적정한 형의 선고(양형)를 위해서는 적정한 법정형이 전제되어야 한다. 즉 균등하고 적정한 형벌을 선고할 수 있는 합리적 양형을 위해서는 우선 법정형이 범죄행위의 불법과 책임에 상응하는 적절한 범위로 규정되어야 한다. 법관의 입장에서 볼 때에는, 법정형의 범위가 지나치게 넓거나 반대로 지나치게 좁은 경우에는 양형에 대한 법관의 부담과 어려움이 커질 뿐만 아니라 양형의 불균형이 발생할 가능성이 커지고, 범죄와 행위자의 특성에 상응하는 양형을 할 수 없게 만든다. 이는 법관의 형사실무에 대한 비판점이 되기도 한다. 그리고 당해 법률을 집행하는 행정관청의 입장에서 볼 때에는, 예를 들어 과도한 법정형이 규정되어 있는 경우에는 실제 위반행위가 발생한 경우에도, 당해 행정기관은 단속인력의 한계, 절차의 번잡성, 과도한 처벌의 예상 등으로 인해 형사절차를 거쳐 형벌을 부과할 수 있도록 하는 절차를 꺼리게 되는 현상을 초래하게 되어 현실적으로 형벌이 부과되는 사례가 그리 많지 않은 결과를 낳기도 한다.¹⁾ 이상에서와 같이 적성성과 타당성을 갖지 못하는 법정형은 형벌 집행자에게는 부담으로 작용하고 피집행자에게는 저항으로 나타나고, 일반국민에게는 형사사법에 대한 불신의 요인이 될 수 있다. 이는 당해 법률의 실효성을 떨어뜨리게 되고 결국 형벌이 추구하는 목적인 일반예방과 특별예방의 효과를 달성할 수 없는 상황에 이르게 한다.

이처럼 형법전에 규정되어 있는 범죄보다는 행정법규상의 벌칙규정 적용비율이 훨씬 높은 우리의 형사실무의 현실과 벌칙규정의 법정형의 중요성 측면에서 볼 때, 행정법규상 벌칙규정의 법정형에 대한 검토는 매우 중요한 작업 중의 하나라고 생각된다. 즉 적용빈도가 높은 행정법규상 벌칙규정이 책임과 형벌이 균형을 이룰 수 있고 형의 선고에서 불합리한 결과가 발생하지 않도록 하기 위해서는, 법정형에 대한 체계적이고 전반적인 검토가 필요하다.

이 글에서는 현행 행정법규상에 규정되어 있는 벌칙규정에 있는 형벌의 법정형에 대한 검토를 자유형과 벌금형의 균형성을 중심으로 전개하기로 한다.

1) 박상기, “형법상 범의유형과 법정형에 관한 소고”, 형사법연구 제19권 제3호(2007), 799쪽; 허일태, “자유형의 합리적 재정립에 관한 제언”, 동아법학 제37호(2005), 67-68쪽; 박기석, “법정형의 문제점과 정비방안”, 형사정책연구 제18권 제3호(2007·가을호), 378쪽; 오영근/최석운, 양형의 합리화에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993, 79쪽; 한국형사정책연구원, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개성방안 [V], 2004, 273쪽 등 참조.

II. 행정법규상 벌칙규정

1. 벌칙규정

행정법규상 벌칙규정은 당해 법률상의 의무위반자에 대하여 일정한 형벌 또는 과태료에 처하는 규정을 말한다. 형벌 등을 예고함으로써 심리적인 압박을 가하여 당해 법률상의 의무위반을 예방함과 동시에 의무위반이 있는 경우에는 예정된 형벌 또는 과태료를 부과하는 근거가 되는 규정이다.

우리나라의 대부분의 행정법규는 당해 법의 실효성을 담보하기 위하여 의무위반에 대한 제재로서 벌칙규정을 규정하고 있다.

‘벌칙’의 규정순서를 보면, 법률이 장·절로 구분되어 있는 경우에는 원칙적으로 법률의 마지막 부분에 벌칙 장이,²⁾ 법률이 장·절로 구분되어 있지 않은 경우에는 실제규정과 보칙규정이 전부 배열된 다음에 벌칙규정이 배치되어 있다.³⁾ 벌칙규정 상호간에는 법정형이 무거운 것부터 순차적으로 배열되고, 같은 벌칙조항에서 둘 이상의 실제규정을 인용하는 경우 조문이 빠른 것부터 배열된다. 그리고 “형벌” 규정, “양벌규정”, “과태료” 규정 순으로 규정되어 있다.

‘벌칙’의 규정방식을 보면, ① 범죄구성요건과 법정형을 같은 조문에서 규정하는 방식과, ② 의무규정을 두고 그에 상응하는 벌칙규정을 별도로 규정하는 방식으로 구별할 수 있는데, 행정법규의 벌칙규정은 주로 - 행정종속성이라는 특성 때문에 - 후자의 방식에 의해 규정되어 있다.

2. 법정형 규정

법정형이란 범죄구성요건에 대응하여 벌칙규정에 정해진 형을 말한다. 즉 일정한 범죄에 대하여 법률에 정해진 형사제재가 법정형이다.

법정형 규정방식은 ‘절대적 법정형’과 ‘상대적 법정형’ 규정방식으로 나누어 볼 수 있다. 형법 제93조(여적)와 군형법 제18조(불법전투개시) 및 제23조(술대도피)⁴⁾가 “...

2) [예시] 5-18민주유공자예우에 관한 법률

제1장 총칙 → 제2장 교육지원 → 제3장 취업지원 → 제4장 의료지원 → 제5장 대부 → 제6장 기타 지원 → 제7장 보칙 → 제8장 벌칙 → 부칙

3) [예시] 결혼중개업의 관리에 관한 법률

제1조(목적) → 제2조(정의) → 제3조(국내결혼중개업의 신고) → 제4조 - 제25조(생략) → 제26조(벌칙) → 제27조(양벌규정) → 제28조(과태료) → 부칙

4) 헌법재판소는 군형법 제53조 제1항(상관을 살해한 자는 사형에 처한다)에 대해 위헌이라고 결정한 바 있다.

는 사형에 처한다”고 절대적 법정형을 규정하고 있다. 행정법규의 벌칙규정에는 절대적 법정형은 찾아 볼 수 없고, 예를 들어 “...는 7년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다”라고 상대적 법정형을 규정하고 있다.

징역형을 규정하는 경우에는 형법전에서와 동일한 방식을 취하고 있으며 금고는 원칙적으로 과실범의 경우에 규정하고 있다. 벌금형을 규정할 경우에는 - 형법전에서와 동일하게 - “○원 이하의 벌금에 처한다”와 같이 그 최고액만 규정하는 것이 일반적이지만, 최고액을 정하고 범죄행위의 정도 및 태양에 따라 그 금액을 증감하는 방법(주로 경제범죄 관련 벌칙규정)⁵⁾이나 위반행위의 대상이 되는 물건가격 또는 금전채무의 금액을 기준으로 정하는 방법도⁶⁾ 있다. 몰수추징규정은 - 형법전에서는 임의적 규정이기 때문에 - 형법상의 원칙에 대한 특칙을 정할 필요가 있는 경우에 한하여 벌칙으로서 ‘필요적’ 몰수·추징 규정을 규정하고 있다. 기타 구류·과료, 자격상실·자격정지, 형의 병과를 규정하는 경우는 형법전에서와 동일한 방식을 취하고 있다.

행정법규 벌칙규정의 법정형은 대부분 자유형과 재산형의 선택형으로 되어 있다. 즉 “○년 이하의 징역 또는 ○원 이하의 벌금”과 같은 형식이다.

동 법률 규정이 “범죄의 중대성 정도에 비하여 심각하게 불균형적인 과중한 형벌을 규정함으로써 죄질에 따른 행위자의 책임 사이에 비례관계가 준수되지 않아 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하려는 실질적인 법치 국가의 이념에 어긋나고, 형벌체계상 정당성을 상실한 것이다”라고 그 결정 이유를 밝히고 있다(헌법재판소 2007.11.29. 2006헌가13).

5) [예시] 자본시장과 금융투자업에 관한 법률

제443조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 10년 이하의 징역 또는 5억원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 5억원을 초과하는 경우에는 그 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다.

1. ~ 9. (생략)

②③ (생략)

6) [예시] 농지법

제57조 (벌칙) ① 농업진흥지역의 농지를 제34조제1항에 따른 농지전용허가를 받지 아니하고 전용하거나 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 농지전용허가를 받은 자는 5년 이하의 징역 또는 해당 토지의 개별공시지가에 따른 토지가액(토지가액)에 해당하는 금액 이하의 벌금에 처한다.

② 농업진흥지역 밖의 농지를 제34조제1항에 따른 농지전용허가를 받지 아니하고 전용하거나 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 농지전용허가를 받은 자는 3년 이하의 징역 또는 해당 토지가액의 100분의 50에 해당하는 금액 이하의 벌금에 처한다.

③ (생략)

Ⅲ. 행정법규상 벌칙규정의 법정형의 문제점

1. 법정형의 문제점 : 직무집행방해 행위의 분석(433개 조문)

행정법규상에 규정되어 있는 모든 벌칙규정(형벌규정)의 법정형의 타당성 여부를 심사·판단하는 것은 현실적으로 불가능하다. 벌칙규정을 담고 있는 행정법규가 800여개 넘고 이 800여개의 각 법률에는 수개의 벌칙조항이 존재하기 때문에 이를 모두 분석하는 것에는 현실적인 어려움이 있을 뿐만 아니라, 현행법에서 모든 벌칙규정에 대한 법정형 정립에 있어서 공통적으로 적용되는 기준이 존재하는 것은 아니기 때문에 이론적으로도 어려움이 있다.

이에 이 글에서는 행위의 유사성을 기준으로 - 형법상의 규정과도 비교가 가능한 - 공무원 등의 직무집행행위(조사, 검사, 출입 등)에 대한 거부, 방해, 기피행위 등에 대하여 벌칙을 규정하고 있는 총 433개 규정(형벌을 규정하고 있는 146개 규정과 과태료를 규정하고 있는 287개)을 분석의 대상으로 삼아 현행 행정법규상 벌칙규정의 법정형의 문제점을 살펴본다.

가. 직무집행 방해행위와 법정형

행정법규상에서는 일정한 의무를 지고 있는 자가 관계 공무원 등의 검사나 조사 등의 행위에 대하여 <표 2>에 나타난 바와 같이 - 형법상의 공무원집행방해와는 달리 폭행, 협박, 위계 등을 수단으로 하지 않는 - 단순한 거부, 방해, 기피하는 행위 등에 대한 형벌규정이 광범위하게 규정되어 있다. 즉 현행법상 총 146개의 규정이 이를 규정하고 있다.

<표 2> 행정법규상 직무집행방해행위와 처벌 [예시]

법률	조문	구성요건	법정형
문화재보호법	제111조 제1항 제4호	제91조 제1항에 따른 문화재 지표조사를 정당한 사유 없이 거부, 방해 또는 기피한 자	5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금
건강기능식품에 관한 법률	제45조 제5호	제20조 제1항의 규정에 의한 출입·검사·수거를 거부·방해·기피한 자	3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금
관광진흥법	제83조 제11호	제78조 제3항에 따른 관계 공무원의 출입·검사를 거부·방해하거나 기피한 자	2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금

그런데 이 146개의 처벌규정의 법정형을 살펴보면, 동일한 유형의 범죄에 대한 법정형이 무려 32개 유형(A~Z, AA~FF)이나 된다. 즉 “5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금”에서부터 시작하여 “50만원 이하의 벌금(또는 과료)”에 이르기 까지 무려 32개의 매우 다양한 법정형이 규정되어 있다(<표 3> 참조).

예를 들어, 문화재보호법 제91조 제1항에 따르면, 대통령령으로 정하는 건설공사의 시행자는 그 건설공사의 사업계획 수립 시 해당 공사 지역에 대한 유적의 매장과 분포 여부를 확인하기 위하여 문화재 지표조사를 실시하도록 하고 있고, 이에 따른(제91조 제1항) 문화재 지표조사를 정당한 사유 없이 거부, 방해 또는 기피한 자에 대하여는 ‘5년 이하의 징역이나 5천만원 이하의 벌금’에 처하도록 규정하고 있다(문화재보호법 제111조 제1항 제4호). 한편, 수도권신공항건설촉진법 제9조 제1항에 따르면, 사업시행자는 실시계획의 작성을 위한 조사·측량 또는 신공항건설사업의 시행을 위하여 필요한 경우에는 타인의 토지에 출입하거나 타인의 토지를 재료적치장·통로 또는 임시도로로서 일시 사용할 수 있으며, 특히 필요한 경우에는 죽목·토석 기타의 장애물을 변경하거나 제거할 수 있다고 규정하고 있고, 이러한 사업시행자의 행위(제9조 제1항)에를 거부 또는 방해하는 자에 대하여는 ‘300만원 이하의 벌금’에 처하도록 규정하고 있다(수도권신공항건설촉진법 제19조 제1호)

<표 3> 행정법규상 직무집행방해행위의 법정형 분포/유형

법정형		해당조문수			유형 (표기)	
자유형	벌금형					
5년 이하의 징역 또는	5천만원 이하의 벌금	2	1	문화재보호법(제111조 제1항 제4호)	A	
	2천만원 이하의 벌금		1	화학·생물무기의 금지 및 특정화학물질·생물작용제 등의 제조·수출입 규제 등에 관한 법률(제27조 제4호)	B	
3년 이하의 징역 또는	1억원 이하의 벌금	19	2	석유 및 석유대체연료 사업법(제45조 제4호) 등	C	
	3천만원 이하의 벌금		6	식품위생법(제97조 제2호) 등	D	
	1천만원 이하의 벌금		8	국가인권위원회법(제57조) 등	E	
	700만원 이하의 벌금		1	총포·도검·화약류 등 단속법(제72조 제7호) 등	F	
	500만원 이하의 벌금		1	새마을금고법(제85조 제1항 제9호)	G	
	300만원 이하의 벌금		1	엽연초생산협동조합법(제41조 제1호)	H	
2년 이하의 징역 또는	5천만원 이하의 벌금	18	1	석유 및 석유대체연료 사업법(제46조 제9호)	I	
	3천만원 이하의 벌금		1	축산물가공처리법(제45조 제3항 제2호)	J	
	2천만원 이하의 벌금		10	관광진흥법(제83조 제11호) 등	K	
	1천만원 이하의 벌금		4	신용협동조합법(제99조 제2항 제8호) 등	L	
	700만원 이하의 벌금		1	어촌·어항법(제60조 제2항 제6호)	M	
	300만원 이하의 벌금		1	공공기록물에 관리에 관한 법률(제52조 제1호)	N	
1년 이하의 징역 또는	3천만원 이하의 벌금	58	1	전자어음의 발행 및 유통에 관한 법률(제22조 제3항)	O	
	2천만원 이하의 벌금		1	축산물가공처리법(제45조 제4항 제2호)	P	
	1천5백만원 이하의 벌금		1	새만금 사업 촉진을 위한 특별법(제35조 제2항 제3호)	Q	
	1천만원 이하의 벌금		22	전기·전자제품 및 자동차의 자원순환에 관한 법률(제43조) 등	R	
	500만원 이하의 벌금		23	건설기술관리법(제42조의2 제2호) 등	S	
	300만원 이하의 벌금		7	건설기계관리법(제41조 제8호) 등	T	
	200만원 이하의 벌금		3	농어업재해대책법(제11조 제1호) 등	U	
6월 이하의 징역 또는	1천만원 이하의 벌금	5	2	물가안정에 관한 법률(제27조) 등	V	
	300만원 이하의 벌금		1	유선 및 도선 사업법(제40조 제2호)	W	
	200만원 이하의 벌금		1	도로교통법(제153조 제2호)	X	
	100만원 이하의 벌금		1	비상대비자원관리법(제31조 제1호)	Y	
	2천만원 이하의 벌금	44	1	자유무역지역의 지정 및 운영에 관한 법률(제60조 제8호)	Z	
	1천만원 이하의 벌금		8	국민건강보험법(제95조) 등	AA	
	500만원 이하의 벌금		8	궤도·운송법(제32조 제5호) 등	BB	
	300만원 이하의 벌금		10	가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률(제51조 제9호) 등	CC	
	200만원 이하의 벌금		7	다중이용시설 등의 실내공기질 관리법(제14조 제2항) 등	DD	
	100만원 이하의 벌금		8	낙시어선업법(제22조 제10호) 등	EE	
	50만원 이하의 벌금		2	국민연금법(제129조 제2호) 등	FF	
합 계			146			32유형

나. 형법규정과 의 법정형 불균형 : 중형규정, 중복규정

(1) 형법상의 공무방해죄

공무집행방해죄(제136조 제1항)는 공무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박함으로써 성립하는 죄이다. 본죄의 보호법익은 - 본죄의 객체가 공무원이지만 이는 공무원을 보호하기 위한 것이 아니라 - 국가기능으로서의 공무를 보호하기 위한 것이다(다수설).⁷⁾ 본죄에서 폭행·협박은 공무집행을 방해할 수 있을 정도의 유형력의 행사나 해악의 고지여야 한다. 따라서 적극적인 행위이어야 하고 소극적인 불복종 등은 본죄의 폭행·협박에 해당하지 않는다고 보는 것이 통설이다.⁸⁾ 본죄는 추상적 위험범으로서 그 기수시기는 폭행·협박을 한 때이고, 공무집행이 현실적으로 방해될 것을 요하지 않는다.

위계에 의한 공무집행방해죄(제137조)는 위계로써 공무원의 공무집행을 방해하는 죄이다. 본죄의 보호법익은 공무집행방해죄에서와 같고, 보호의 정도에 대하여 통설은 추상적 위험범이라 한다. 여기에서 ‘위계’란 행위자의 행위목적은 이루기 위하여 상대방에 오인, 착각, 부지를 일으키게 하여 그 오인, 착각, 부지를 이용하는 것을 말한다.

요컨대, 형법상 공무집행방해로서 처벌되는 경우는 직무를 집행하는 공무원에 대하여 “폭행 또는 협박”을 행사하는 경우(형법 제136조)나 “위계”로써 공무원의 직무집행을 방해한 경우(형법 제137조)이다. 그리고 위의 경우 “단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대”한 경우에는 가중처벌한다(제144조).⁹⁾

7) 박상기, 형법각론, 2009, 659쪽; 오영근, 형법각론, 2009, 939쪽 등.

8) 박상기, 형법각론, 2009, 662쪽; 오영근, 형법각론, 2009, 949쪽 등.

9) 그리고 공무가 아닌 일반 업무방해로 처벌되는 경우는 허위사실을 유포하거나 기타 위계로써 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 경우이다(형법 제314조).

<표 4> 형법상 공무방해행위와 처벌

	행위수단	법정형	해당조문
공무집행방해	폭행 또는 협박	5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금	제136조 제1항
위계에 의한 공무집행방해	위계	5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금	제137조
특수공무방해	단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 공무집행방해	(5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금)의 2분의 1 가중	제144조 제1항
	위의 죄를 범하여 공무원을 상해 또는 사망에 이르게 한 때	상해 : 3년 이상의 유기징역 사망 : 무기 또는 5년 이상의 징역	제144조 제2항

이처럼 우리 형법이 업무방해죄 이외에 공무집행방해죄를 규정하여 그 행위태양을 ‘폭행’, ‘협박’ 또는 ‘위계’ 등으로 제한하고 있는 취지는 국가기관은 개인에 비해 방어력이 높기 때문이다.¹⁰⁾ 그리고 폭행, 협박 또는 위계라는 수단을 사용하여야 비로소 성립하는 공무집행방해죄(형법 제136조 및 제137조)의 법정형은 “5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금”으로 규정되어 있다.

(2) 행정법규 벌칙상의 직무집행방해

한편 행정벌칙상의 직무집행 방해죄는 - 상술한 바와 같이 - 폭행, 협박 또는 위계 등을 수단으로 하지 않고 단순히 공무원 등의 직무행위에 대하여 거부, 방해, 기피함으로써 성립된다. 이러한 행정벌칙상의 직무집행 방해행위에 대한 처벌규정은 국가형벌권을 통해 행정법규에 규정되어 있는 행정 공무원의 업무수행의 편의를 도모하기 위한 것이다.

직무행위에 대하여 거부, 방해 또는 기피하는 행위는 소극적인 방해 등의 행위만을 의미하는 것이고, 공무원 등에 대한 폭행·협박 등의 적극적 행위에 의한 방해행위는 - 상술한 - 형법상의 공무집행방해죄(형법 제136조)로 처벌된다. 형법상의 공무집행방해죄의 행위 주체는 제한이 없으나, 동죄에 있어서의 ‘거부’행위는 그 개념의 성질상 직무집행의 대상이 되는 자로 한정되어야 할 것이다. 즉, ‘거부’란 언어 또는 동작으로써 직무집행을 승낙하지 않는 의사를 표명하는 경우를 말하므로 이 경우 행위의 주체는

10) 오영근, 형법각론, 240쪽; 이재상, 형법각론, 210쪽.

직무집행을 수인하여야 할 지위에 있는 자이어야 하고 제3자는 그 주체가 될 수 없다. 반면, ‘기피’와 ‘방해’행위는 - 서로 유사한 개념으로서 - 예를 들어 허위진술에 의하여 관계공무원 등이 착오에 빠지도록 하는 행위로서 제3자도 범죄의 주체가 될 수 있을 것이다.

이와 같이, 공무원 등의 직무행위에 대하여 거부, 방해 또는 기피하는 소극적 행위를 함으로써 성립하는 행정벌칙상의 직무집행 방해행위는, 공무원에 대한 폭행·협박 등의 적극적 행위에 의하여 성립하는 형법상의 공무집행방해죄와 비교해 볼 때, 불법의 정도가 경하다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 공무원 등의 직무행위에 대한 소극적인 거부, 방해, 기피하는 행위에 대한 법정형이 폭행, 협박, 위계 등을 수단으로 하는 형법상의 공무집행방해죄(형법 제136조, 제137조)의 법정형인 “5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금” 보다 더 중하게 규정되어 있는 규정이 2개나 있다(문화재보호법 제111조 제1항 제4호, 화학·생물무기의 금지 및 특정화학물질·생물작용제 등의 제조·수출입규제 등에 관한 법률 제27조 제4호).

<표 5> 직무집행 방해행위와 법정형

법률	구성요건	법정형
문화재보호법 제111조 제1항 제4호	제91조 제1항에 따른 문화재 지표조사를 정당한 사유 없이 거부, 방해 또는 기피한 자	5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금
화학·생물무기의 금지 및 특정 화학물질·생물작용제 등의 제조· 수출입규제 등에 관한 법률 제27조 제4호	제18조 제2항(행정감독)의 규정에 의한 행정감독상 필요한 조치를 거부·방해 또는 기피한 자	5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금

한편, 이 가운데에도 “위계 또는 위력”을 행사하여 관계 공무원의 출입 또는 조사를 거부하거나 방해한 자에 대한 처벌규정도 2개 조문이 있다(<표 6> 참조). 그런데 이 2개 조문은 상호 완전히 동일할 뿐만 아니라 형법상의 공무집행방해죄(제137조)로도 충분히 의율 가능한 내용임에도 불구하고, 형법상 위계에 의한 공무집행방해죄(제137조)와 법정형이 다르고 더 나아가 각각의 법정형이 “3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금”(노인복지법 제55조의4 제2호)과 “2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금”(실종아동등의 보호 및 지원에 관한 법률 제18조 제1호)으로서 서로 다르게 규정되어 있다.

<표 6> 위계 또는 위력에 의한 직무집행의 방해

법률	구성요건	법정형
노인복지법 제55조의4 제2호	위계 또는 위력을 행사하여 제39조의11 제2항에 따른 관계 공무원의 출입 또는 조사를 거부하거나 방해한 자	3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금
실종아동 등의 보호 및 지원에 관한 법률 제18조 제1호	위계 또는 위력을 행사하여 제10조 제1항의 규정에 따른 관계공무원의 출입 또는 조사를 거부하거나 방해한 자	2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금
형법 제137조	위계로써 공무원의 직무집행을 방해한 자	5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금

다. 법정형의 불균형성

(1) 법령간의 불균형성

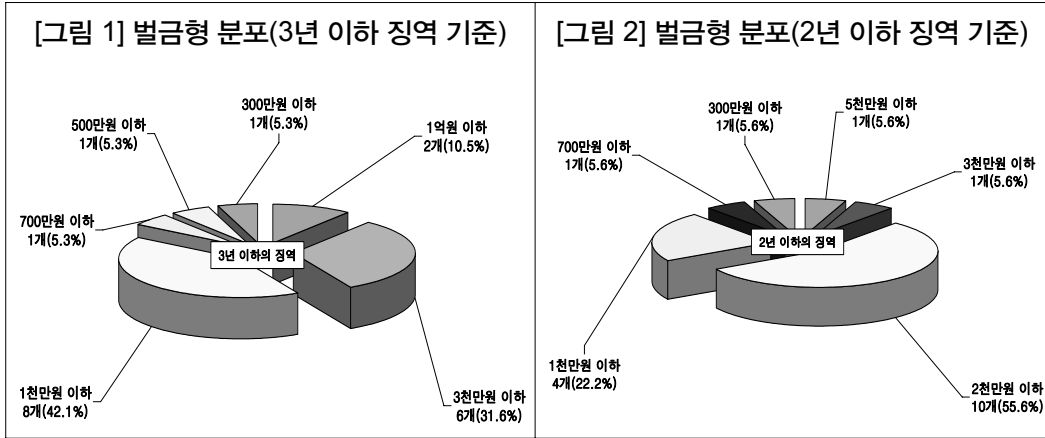
상술한 바와 같이(<표 3> 참조) 일정한 의무를 지고 있는 자가 관계 공무원 등의 검사나 조사 등의 행위에 대하여 단순한 거부, 방해, 기피하는 행위 등에 대한 처벌규정은, 동일한 또는 거의 유사한 구성요건임에도 불구하고, 매우 다양한 형태로 법정형이 규정되어 있다. 146개의 처벌규정을 분류해보면 총 32개의 유형(A~Z, AA~FF)이나 된다.

자유형만을 기준으로 보았을 때, “1년 이하의 징역”이 규정된 것이 58개(39.7%)로 가장 많았고 다음으로는 단순히 벌금형만을 규정한 것이 44개(30.1%)였다.

전체적으로 보았을 때, 가장 많은 비율을 차지하고 있는 법정형의 형태는 “1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금”(23개 규정, 15.8%)과 “1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금”(22개 규정, 15.1%)이다. 그 밖에 “5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금”에서부터 “50만원 이하의 벌금”까지 다양하다.

(2) 자유형과 벌금형간의 불균형성

자유형과 선택형으로 규정되어 벌금형간에도 상당한 불균형을 이루고 있다. “5년 이하의 징역”에 선택형으로 “5천만원 이하의 벌금”이 규정된 것 1개 조문과 “2천만원 이하의 벌금”이 규정된 것 1개 조문이 있다.



그리고 “3년 이하의 징역”에 선택형으로 규정된 벌금형의 유형은 “1억원 이하의 벌금”에서부터 “300만원 이하의 벌금”에 이르기까지 6종류에 이르고 있다.¹¹⁾ 그 가운데 “1천만원 이하의 벌금”이 총 8개(42.1%)로 가장 많은 비율을 차지하고 있지만, “1억원 이하의 벌금”이 2개 조문(10.5%)이 있고 “3천만원 이하의 벌금”이 6개 조문(31.6%)이 나 된다.

이러한 상황은 “2년 이하의 징역”, “1년 이하의 징역”, “6월 이하의 징역” 등에 선택형으로 규정된 벌금형의 유형에서도 유사하게 나타나고 있다(<표 3> 참조).

라. 과잉범죄화

이러한 불합리는 관계 공무원 등의 조사 등의 거부, 방해, 기피하는 행위 등에 대하여 과태료를 부과하고 있는 규정과 비교하면 극명하게 드러난다.

11) <표 7> 3년 이하의 징역에 대한 선택형으로서의 벌금형 규정 [예시]

법률	구성요건	법정형
석유 및 석유대체연료사업법	제45조 제4호	3년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금
	제45조 제6호	
영업초생산협동조합법	제41조 제1호	3년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금

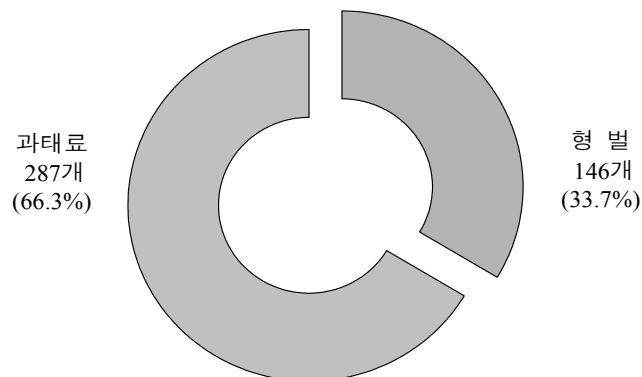
<표 8> 행정법규상 직무집행방해행위와 과태료 부과 [예시]

법률	조문	구성요건	법정형
독점규제 및 공정거래에 관한 법률	제69조의2 제1항 제7호	제50조 제2항(위반행위의 조사등)의 규정에 의한 조사를 거부·방해 또는 기피한 자	5천만원 이하의 과태료
소비자기본법	제86조 제1항 제4호	제77조 제1항 또는 제2항의 규정에 따른 검사·출입을 거부·방해·기피한 자	3천만원 이하의 과태료
부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률	제20조 제1항	제7조 제1항(부정경쟁행위의조사등)에 따른 관계 공무원의 조사나 수거를 거부·방해 또는 기피한 자	2천만원 이하의 과태료

즉 관계 공무원 등의 조사 등의 거부, 방해, 기피하는 행위 등에 대하여는, 행위의 태양이나 보호의 내용이 완전히 동일함에도 불구하고 - 상술한 내용과는 달리 - 형벌이 아닌 과태료를 부과하고 있는 규정이 현행법상 무려 총 287개에 이르고 있다.

다시 말해서 동일한 또는 유사한 행위인 관계 공무원 등의 조사 등의 거부, 방해, 기피하는 행위를 전체(100%)로 볼 때, 이에 대하여 형벌을 규정하고 있는 규정은 - 상술한 - 총 146개 (33.7%)이고, 과태료를 규정하고 있는 규정은 총 287개(66.3%)에 달한다([그림 3] 참조).

[그림 3] 직무집행방해행위에 대한 형벌과 과태료 규정



2. 불합리한 법정형 규정 원인

이상에서 살펴 본, 공무원 등의 직무집행행위(조사, 검사, 출입 등)에 대하여 거부, 방해, 기피하는 행위 등에 대한 벌칙규정과 관련한 문제점은 다른 유사한 형태, 예를 들어 ① 업무상 지득한 비밀의 누설행위 등(약 270개 조문), ② 거짓이나 기타 부정한 방법에 의한 인·허가의 취득 등의 행위(약 290개 조문), ③ 사기 기타 부정한 방법에 의한 이득 등의 취득행위(약 60개 조문), ④ 유사명칭 사용행위(약 200개 조문), ⑤ 허위·과대 표시·광고행위(약 30개 조문), ⑥ 배임수증행위(약 120개 조문) 등에도 동일하게 적용되는 공통적인 문제이다.

<표 9> 행정법규상 벌칙규정 문제사례 [예시]

유형	법률	조문	구성요건	법정형
①	은행법	제66조 제6호	금융기관의 임·직원 또는 임·직원이었던 자로서 업무상 알게 된 정보를 누설하거나 업무목적 외로 이용한 자	5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금
②	공공기관 지방이전에 따른 혁신도시 건설 및 지원에 관한 특별법	제58조 제2호	거짓 그 밖의 부정한 방법으로 제9조(행위 등의 제한)제1항의 규정에 따른 허가를 받은 자	3년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금
③	국민기초생활 보장법	제49조	사위 기타 부정한 방법에 의하여 급여를 받거나 또는 타인으로 하여금 급여를 받게 한 자	1년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료
④	신용보증기금법	제49조 제2항	제9조(유사명칭의 사용금지)를 위반한 자	500만원 이하의 벌금
⑤	건강기능식품에 관한 법률	제44조 제4호	제18조 제1항의 규정에 위반하여 허위·과대의 표시·광고를 한 자	5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금
⑥	경륜·경정법	제29조 제2항	선수나 심판이 제1항의 죄를 범하여 부정한 행위를 한 경우	7년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금

이처럼 행정법규상 벌칙규정의 법정형과 관련한 문제점을 보면, 과잉범죄화, 중형주의, 형법규정과 중복, 법정형의 불균형성 등을 보이고 있다. 이러한 원인은 다음과 같은 점에서 찾을 수 있을 것이다.

첫째, 속칭 ‘사무관입법’이 이루어지고 있다는 점이다. 법률, 대통령령, 총리령, 부령 등 관련 행정부처에서 만들어지고 있는 각종의 법령들을 ‘주사입법’ 또는 ‘사무관입법’ 등으로도 불리우고 있다. 각 부처의 주사나 사무관이 실무탐장이 되어 만든 법안이 큰 변경없이 거의 그대로 법령으로 확정되고 있기 때문이다.¹²⁾ 소관법령을 달리하는 각 정부부처에서는 필요에 따라 또는 행정적 편의에 따라 기초 원리나 철학을 갖지 않은 법령들을 만들어 내고, 그 산출부처가 다르다 보니 동일한 또는 유사한 내용의 불법행위에 대한 법정형이 서로 상이하게 나타나는 경우가 많다. 그런데 국회에서는 선거법, 정치자금법과 같이 정치적으로 민감한 법안이 아닌 경우에는 정부원안이 커다란 변화 없이 - 그것도 국회폐회 마지막 시간에 무더기로 - 통과되는 것이 보통이다.

둘째, 행정법규의 제·개정 작업에는 의견수렴의 한계가 있다는 점이다. 행정법규는 전문성과 기술성 등으로 인하여 관련 부처에서 입안되는 정부입법이 대부분이다. 이로 인해 행정부처의 업무편의 등 편면적인 의견이 반영될 소지가 많은 반면, 그 입법과정에서 국민의 의사나 기타 전문가 등 다양한 관점에서의 의견이 반영되기 어려운 측면이 있다.

셋째, 행정목적 달성을 위하여 벌칙규정이 과도하게 활용되고 있다는 점이다. 우리나라에서는 강제집행의 수단으로서 대집행만 주로 활용할 뿐, 집행벌과 직접강제는 제대로 활용하지 않는다. 대집행으로 감당하는 대체적 작위의무의 경우는 그것으로 이행을 확보하기가 용이하나, 비대체적 작위의무 등의 경우에는 집행벌이나 직접강제의 수단은 별로 활용하고 있지 않기 때문에 행정벌로써 이행을 확보하고자 하며, 행정벌 중에서도 위하력과 심리적 압박이 강한 행정형벌을 사용하는 것이 행정질서벌을 사용하는 것보다 행정지도 등에 용이하기 때문에 행정형벌을 의무이행확보수단으로 널리 규정하고 있는 것이다. 이처럼 형벌의 기능적 측면이 강조되어 그 벌칙이 점차 강화되고 균형성을 상실하는 경향을 나타내는 것이다.

넷째, 헌법재판소가 광범위한 입법재량을 인정하고 있다는 점이다. 우리 헌법재판소는 형벌법규에 대한 입법권의 범위와 한계에 관하여 “어떤 행위를 범죄로 규정하고, 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황과 국민일반의 가치관 내지 법감정, 범죄의 실태와

12) 최대권, “<포럼> 입법고문제 도입하자”, 문화일보 1997-06-17 참조.

죄질 및 보호법의 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정해야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 죄질과 이에 대한 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 전체 형벌체계 상 현저히 균형을 잃게 되고 이로 인하여 다른 범죄자와의 관계에 있어서 헌법 상 평등의 원리에 반하게 된다거나, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈함으로써 헌법 제37조 제2항으로부터 파생되는 비례의 원칙 혹은 과잉금지의 원칙에 반하는 것으로 평가되는 등 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 경우가 아닌 한, 법정형의 높고 낮음은 입법정책의 당부의 문제이지 헌법위반의 문제는 아니다”고 일관되게 판시하고 있다.¹³⁾ 이러한 태도는 입법작업에서 신중함을 완화시키는 하나의 요인으로 작용될 수 있다.

다섯째, 행정법규상에 규정되어 있는 벌칙에 대한 연구의 부진 또는 관심의 결여도 그 한 원인이라 할 수 있다. 종래 - 행정법과 형사법을 구별하는 이론에 입각하여 - 행정법에 대하여 부과되는 형벌, 즉 ‘행정형벌’은 일종의 행정법의 영역으로 이해되어 왔고 이에 따라 형법에 대한 연구와 비교하여 이에 대한 깊은 고민과 연구가 이루어지지 못한 것이 사실이다. 이런 현상은 지금에도 여전히 유지되고 있다.

IV. 정비방안

1. 중복규정 및 중형규정의 정비

행정법규상의 많은 벌칙규정들은 - 형법전의 규정에 의한 처벌가능성이 있음에도 불구하고 - 형법전과 중복되는 또는 유사한 처벌규정을 함으로써 법해석이나 적용에 혼란을 초래하고 있다. 이는 형법전의 적용가능성에 대한 심사를 유보하고, 행정법규의 입법이나 적용 편의성을 위해 행정의무 위반행위에 대한 내용을 모두 벌칙규정에 담은 입법 현실(또는 관행)에 기인한다. 이러한 점은 벌칙규정 법정형이 - 특히 기본법인 형법전과의 비교하여 - 행위의 불법이나 책임에 비해 지나치게 무겁게 규정되는 원인으로 작용한다.

따라서 - 위에서 소개(Ⅲ.)한 것을 예를 들면 - 형법상의 규정과 중복되는 또는 유

13) 헌법재판소 2007. 11. 29 2006헌가13; 헌법재판소 1992. 4. 28. 90헌바24; 헌법재판소 1995. 4. 20. 91헌바11; 헌법재판소 1995. 10. 26. 92헌바45; 헌법재판소 1999. 5. 27. 96헌바16; 헌법재판소 1999. 5. 27. 98헌바26 등 참조.

사한 처벌규정인 노인복지법 제55조의4 제2호 및 실종아동등의 보호 및 지원에 관한 법률 제18조 제1호 등은 삭제하는 것이 타당하다. 그리고 문화재보호법 제111조 제1항 제4호 및 화학·생물무기의 금지 및 특정화학물질·생물작용제 등의 제조·수출입규제 등에 관한 법률 제27조 제4호와 같이 합리적인 근거없이 형법상의 범죄행위보다 중한 법정형은 하향조정될 필요가 있다.

2. 법정형의 불균형 조정

가. 법정형의 통일

동일한 또는 거의 유사한 구성요건임에도 불구하고, 그것이 위치하는 법규에 따라 그에 대한 정한 법정형이 서로 다르게 규정되어 있는 것은, 그 법정형에 대한 정당성을 인정하기 어렵다. 동일 또는 유사한 보호법익을 침해한 행위에 대한 법정형은 일치하도록 규정되어야 할 것이다. 다만, 유사한 보호법익을 침해한 행위라 할지라도 입법배경 등 정책적 필요성 등에 따라 일정한 범위 내에서 법정형의 차이를 인정할 수는 있겠지만, 이 경우에도 법정형의 차이가 그 정당성이 인정되는 합리적 범주 내에서 이루어져야 한다.¹⁴⁾

상술한(III.) 관계 공무원 등의 조사 등의 거부, 방해, 기피하는 행위 등에 대한 가장 적절한 법정형 기준은 - 이 행위에 대하여 형벌부과를 전제할 경우 - 가장 규정빈도가 많은 경우로서 징역형은 1년 이하, 벌금형은 500만원~1천만원 이하가 가장 적합한 수준으로 생각된다.

나. 자유형과 벌금형간의 균형

행정법규 벌칙규정의 법정형은 대부분 자유형과 재산형의 선택형으로 규정되어 있다. 이 경우 벌금형은 자유형의 대안으로 규정된 것이기 때문에 자유형과의 균형성 또는 상당성을 요구하게 된다. 자유형과 재산형은 그 법적 성질이나 입법취지로 볼 때 단순비교 할 수 있는 성질의 제재는 아니지만, 동일한 징역형기를 정한 범죄들 간에 선택형으로 정해진 벌금형의 가액이 현저히 차이가 나거나 또는 서로 상이할 때에는 균형성에 의문을 가질 수 밖에 없다. 벌금형을 정함에 있어서는 자유형의 형기와 벌금

14) 임종훈 외, “법칙규정중 형벌규정의 심사기준에 관한 연구”, 2002년도 입법연구논문집(국회사무처), 2002, 440쪽 참조.

의 액수가 서로 상응하도록, 즉 자유형과 벌금형 상호간에 형평성이 인정될 수 있도록 정비가 필요하다.

상술한 <표 3>을 기준으로 행정법규 벌칙규정상 자유형과 이에 상응하는 벌금형의 범위는 다음과 같이 추출할 수 있다.

<표 10> 징역형과 이에 상응하는 벌금형

징역	벌금
1년 이하	500만원~1천만원 이하
2년 이하	1천만원~2천만원 이하
3년 이하	2천만원~3천만원 이하
5년 이하	3천만원~5천만원 이하

※ 범죄의 종류 및 죄질에 따라 가감(특히, 재산범죄나 경제범죄의 경우 가중)

국회사무처의 「법률안의 표준화 기준」(2008. 5. 13. 국회사무처예규 제23호)에 따르면, 벌금형을 자유형과 선택형으로 규정하는 경우에는 벌금액을 자유형의 기간에 상응하도록 규정하도록 하고 있다. 즉 1년 이하의 징역에는 500만원 이하의 벌금, 2년 이하의 징역에는 1천만원 이하의 벌금, 3년 이하의 징역에는 2천만원 이하의 벌금, 5년 이하의 징역에는 3천만원 이하의 벌금으로 하고, 이 경우 범죄의 종류 및 죄질에 따라 이를 가감하도록 하고 있다. 그리고 벌금액을 정할 때 경제적 이득을 목적으로 하는 범죄와 일반 범죄는 차이를 두도록 하며, 재산형으로서 벌금형은 시간의 경과와 화폐 가치의 변동으로 범죄의 일반예방 및 재범의 방지라는 형벌기능이 반감될 수 있으므로 그 실효성을 유지하기 위하여 벌금액 부과 당시의 경제 규모 및 소득 수준을 감안하여 적절한 시기에 반영하도록 하고 있다.

3. 비범죄화 : 과태료 전환

형벌부과의 필요성이 인정되지 않은 규정, 즉 행정의무 또는 행정상 협력의무를 보호하기 위한 규정은 “행정익”을 보호하는 것으로 이는 형벌이 아닌 다른 행정상의 제재, 예를 들어 과태료 등과 같은 제재를 활용하는 것이 타당하다.

행정적 이익을 보호하기 위한 형벌권 발동은 타당하지 않기 때문이다. 이와 같은 취지는 헌법재판소의 결정에서도 잘 나타나고 있다. 즉, 헌법재판소는 노동위원회의

행정명령인 구제명령위반죄(노동조합법 제46조)에 대한 형벌규정의 위헌성 판단에서, “원래 행정형벌제도는 원칙적으로 행정명령에 대한 의무확보수단으로서 최후적·보충적인 것이어야 한다. 즉 행정명령불이행에 대하여 형벌을 과함은 불가피한 경우에 한 하여야 한다. … 행정상의 의무이행확보라면 행정목적실현을 위한 것이므로 그 제재수단도 가능하다면 형벌이 아닌 행정질서벌 등의 수단이어야 할 것이다.”라고 하고 있다.¹⁵⁾

따라서 - 상술한(III.) - 관계 공무원 등의 조사 등의 거부, 방해, 기피하는 행위 등에 대하여는 형벌을 불과할 것이 아니라 과태료 부과대상으로 전환하여야 할 것이다. 동 행위에 대하여 현재 과태료를 규정하고 있는 조문은 총 297개 인데, 이들 상당 부분이 1990년대 후반부터 형벌이 과태료로 전환된 것이다.

<표 11> 과태료 전환 현황 [예시]

	개정이전	개정	개정이후
유해화학물질 관리법	6월 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금 (제47조 제2호)	2004.12.31, 전부개정 (법률 제7292호)	200만원 이하의 과태료 (제63조 제1항 제11호)
집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률	20만원 이하의 벌금 (제65조 제3항)	2009.5.8, 일부개정 (법률 제9647호)	200만원 이하의 과태료 (제66조 제1항)

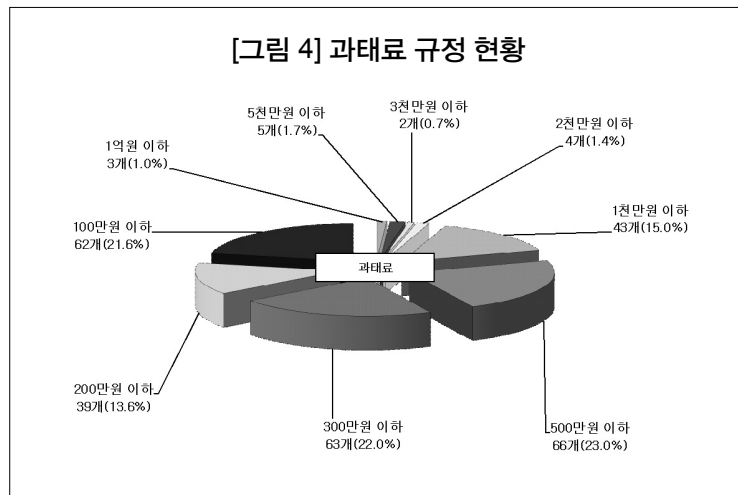
국회법제실의 자료¹⁶⁾에 따르면, 과태료 처분의 대상이 되는 위반행위의 예로, ① 신고의무 위반(휴업·폐업 또는 재개업 / 신고·허가 또는 등록사항변경 / 사업 등의 양도·양수·승계 / 종업원 임면(법정고용의무가 있는 경우) / 기타 신고 또는 정정), ② 장부(서류)의 작성·비치·보존의무 위반, ③ 허가증·등록증·면허증 등의 교부 또는 반납 불이행, ④ 허가증·요금표 등 표지물의 게시의무 위반, ⑤ 보고, 자료·물건제출, 출석답변 등의 거부 또는 거짓 이행, ⑥ 검사·조사 또는 출입검사 등의 거부·방해 또는 기피, ⑦ 유사명칭 사용금지 위반, ⑧ 공공기관, 그 밖의 특수법인 등의 등기 또는 공고의 불이행, 규정·명령·지시 위반, ⑨ 겸업, 겸영 또는 겸직 금지의무 위반, ⑩ 조사·측량 등을 위한 토지 등의 출입·사용의 거부·방해, ⑪ 본의무 이행 후 그 부수의무의 불이행(변호사·공인회계사 등의 미등록업무 수행 등), ⑫ 사용료·수수료 등의 요금면탈과 승인된 요금 외의 요금 수수, ⑬ 기타 경미하거나 수시로 과해지는 행정질

15) 헌법재판소 1995. 3. 23. 선고, 92헌가14 결정. 또한 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고, 2000헌마642·2001헌바12(병합) 결정의 반대이견(재판관 윤영철, 김영일, 김경일, 주선화) 참조.

16) 국회법제실, 입법이론과 법제실무, 2008, 1121-1122쪽; 식품의약품안전청, 법제업무편람, 2008, 237-238쪽

서유지를 위한 의무 또는 명령의 위반 등을 들고 있다. 그리고 이러한 유형에 속하지
 만 ① 단순한 행정질서위반이라도 이와 관련성이 깊은 범죄예방을 위하여 필요한 사
 항, ② 행정질서위반이 결과적으로 위생 및 안전확보를 크게 저해시키는 사항, ③ 정
 부역점시책에 관련되는 사항, ④ 제도의 목적자체를 침해하는 사항(신고영업의 경우
 영업신고 등), ⑤ 기타 제도의 목적달성을 위하여 반드시 형벌로 처벌하여야 할 사항
 등에 대해서는 형사벌로 처벌하도록 하고 있다.

한편, 행정법규상 직무집행방해 행위를 모두 과태료로 전환하는 경우에도 과태료 부
 과기준을 마련할 필요가 있다. 행정법규상 직무집행방해에 대한 과태료 부과규정 297
 개의 법정금액을 보면, “1억원 이하의 과태료”에서 “100만원 이하의 과태료”에 이르
 기까지 9개 유형이나 된다.



V. 결론

지금까지 행정법규 벌칙규정상 직무집행방해행위에 대한 법정형을 중심으로 그 문제점과 정비방안을 제시하여 보았다.¹⁷⁾

최근에는 국회(법제사법위원회)에서 법률개정안에 대한 심사시에 법정형의 균형성·적정성 등을 검토하여 조정하는 사례와 정부에서의 법정형 등의 합리화 작업 사례를 찾아볼 수 있다. 법제사법위원회 제2차 법안심사 제2소위원회(2009. 4. 30)에서는 「청소년의 성보호에 관한 법률 일부개정법률안」(위원회안) 제17조의 법정형 “1년 이상의 유기징역 또는 2천만원 이하의 벌금”을 동 법상의 다른 조항과 「형법」상 강요죄와의 균형관계를 고려하여 “7년 이하의 유기징역”으로 수정하였다. 즉, 폭행이나 협박으로 성폭력범죄 피해자 또는 보호자를 상대로 합의를 강요한 자를 “1년 이상 유기징역 또는 2,000만원 이하 벌금”에 처하도록 한 것은 하나의 법에서 징역형과 벌금형 간에 균형관계가 과도하게 차이가 발생하는 것으로서, “5년 이하의 징역”으로 규정하고 있는 형법상의 강요죄 규정과의 균형을 고려하여 그 법정형을 “7년 이하의 징역”으로 하고 선택형인 벌금형은 없애는 것으로 하였다.¹⁸⁾

「소음·진동규제법 일부개정법률안」에 있어서도, 법제사법위원회는 형벌에 있어 징역 1년 이하에 벌금 1천만원 이하, 징역 6개월 이하에 벌금 500만원 이하로 정하는 것이 일반적인 입법례라는 점을 들어, 개정안 제57조와 제58조는 징역형과 벌금형 간의 법정형 균형이 맞지 않는다고 하여 - <표 12>에 나타난 바와 같이 - 벌금형의 법정형을 징역형에 맞추어 상향조정하였다(제282회 국회(임시회) 제8차 법사위의결(2009.4.30)).¹⁹⁾

17) 일반적인 논의에 대하여는 이기호·박기석, “행정형법상에 있어서 법정형의 문제점과 그 입법기준에 관한 연구”, 경찰대 논문집 제19집(1999), 1쪽 이하; 박기석, “우리 나라 행정형법의 문제점과 정비방안”, 인권과 정의 제341호(2005/1), 163쪽 이하; 박봉국, “입법기술적 측면에서 본 행정벌칙의 현황과 그 정립기준에 관한 고찰”, 국회보 제198호(1983/4), 65쪽 이하 등 참조. 그 밖에 김혜경, 법정형체계의 정비방안, 한국형사정책연구원, 2006 참조.

18) 국회사무처, 제282회 국회(임시회) 법제사법위원회회의록(법안심사 제2소위원회) - 제2호, 14-15쪽 참조.

19) 국회법제사법위원회, 법률안 체계·자구 심사사례 선집 - 제282회 국회(임시회), 2009, 188-189쪽.

<표 12> 소음·진동규제법 일부개정법률안

개정안	법사위수정안
제57조 (벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 <u>500만원 이하의 벌금</u> 에 처한다. 1.~6. (생략)	제57조 (벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 <u>1천만원 이하의 벌금</u> 에 처한다. 1.~6. (생략)
제58조 (벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 6개월 이하의 징역 또는 <u>200만원 이하의 벌금</u> 에 처한다. 1.~6. (생략)	제58조 (벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 6개월 이하의 징역 또는 <u>500만원 이하의 벌금</u> 에 처한다. 1.~6. (생략)

한편, 국가경쟁력강화위원회는 총 845건의 질서위반행위를 5개 분야(① 신고, ② 보고, ③ 유사명칭 사용, ④ 표시, ⑤ 공고·게시)로 대분류하고, 이를 각각 2~4개로 세분류하여 행위별로 편차가 큰 과태료 금액을 합리적으로 조정할 계획을 발표한 바 있다.²⁰⁾

그러나 이와 같은 사례는 원칙이 아닌 예외에 가까운 것이 사실이다. 행정법규는 전문성과 기술성 등의 특성에 따라 소관부처가 각각 다르고, 이 점이 각 행정법규 별칙규정의 법정형의 균형성과 적정성을 저해하는 가장 주요한 요인 중의 하나이다. 따라서 가장 중요한 것은 각 행정법규 주무부처는 별칙규정 입안시에 단지 행정의 편의성만을 추구할 것이 아니라 형법전과의 관계나 다른 행정법규의 별칙규정들과의 관계 등에 대한 충분한 검토를 하여야 한다는 점이다. 각 부처의 개정 법률안(또는 제정안)을 마련하는 작업과정을 살펴보면, 행정법학자 등만이 그러한 작업에 참여하고 형사법학자들은 - 별칙규정은 그리 중요한 것이 아니라는 판단에 따른 것으로 생각되지만 - 참여가 인정되지 않는 것이 현실이다. 예를 들어, 통합도산법²¹⁾ 제정(2005. 3. 31. 제정(법률 제7428호))이나 “자본시장과 금융투자업에 관한 법률”²²⁾ 제정(2007. 8. 3. 법률 제8635호)을 위해서 각각 개정위원회가 구성되었지만, 그 위원회에 참여한 형사법학자들은 단 한명도 없었다.

개정안(또는 제정안) 마련시부터 많은 논의를 거친 안이 제안되어야 하고, 이에 대한 심사과정에서의 입법관련기관의 적극적 검토노력이 필요하고, 그리고 입법에 대한 사후 비판적 연구가 보다 필요하다.

20) 국가경쟁력강화위원회 보도자료(2009-8-26), 국가경쟁력강화위원회 제16차 회의 개최

21) 즉 “채무자 회생 및 파산에 관한 법률”을 말하는 것으로 “회사정리법”, “화의법”, “파산법” 및 “개인채무자회생법”을 통합하여 제정된 법률을 말한다.

22) 이 법률은 “증권거래법”, “선물거래법”, “간접투자자산 운용업법”, “신탁업법”, “종합금융회사에 관한 법률”, “한국증권선물거래소법”을 하나의 법률로 통합한 것이다.

한국형사정책연구원 2009년 추계학술회의

**한국과 독일의 형사입법
및 형사정책의 동향**

발 행 일 2009년 10월 일
발 행 인 박 상 기
발 행 처 한국형사정책연구원
서울시 서초구 태봉로 114
전화 : (02) 575-5284
팩스 : (02) 3462-4671
등 록 1990. 3. 20. 제 21-143호
인 쇄 화신문화(주) (02) 2277-0624

※ 본서 내용의 무단복제를 금함

[비매품]