

## 형법상의 제조물책임 (부작위범, 인과관계, 객관적 귀속)

00대학교 법학전문대학원 교수

000

### 〈설 문〉

주식회사 건강은 2000년대 초반부터 ‘가시오가피’라고 하는 ‘건강기능식품’을 등록·제조·판매하고 있었다. 적법한 절차를 통해 본 제품을 판매하기 시작한 후 몇 개월이 지난 2001. 11.1부터 주식회사 건강의 소비자신고센터에는 이 제품을 사용한 후, 구토·발진과 호흡곤란 증상이 나타난다는 신고가 적지 않게 접수되었다. 신고고객의 일부는 생명에 위협을 주는 정도는 아니었지만, 호흡곤란의 증세가 심각하여 응급실에서 치료를 받아야 했었다는 신고도 접수되었다. 그럼에도 불구하고 경영진들은 피해신고율이 그리 높지 않은 점에 비추어 볼 때, ‘가시오가피’의 음용으로 인한 결과로 보기 어렵다는 생각으로 문제의 음료를 지속적으로 판매하였다. 그러나 신고사례는 점점 증가하였고, 마침내 2002.2.15. 경영진회의가 소집되었다. 이 회의에는 제품개발을 담당하고 있는 甲, 제조책임자인 乙, 판매를 책임지고 있는 丙, 그리고 약품전문인인 의학박사 丁이 참석하였고, 피해원인에 대한 심도 있는 논의가 진행되었다. 丁은 자신의 분석결과 지금까지 자연과학적인 인식상황으로는 ‘가시오가피’가 고객들의 구토나 발진 또는 호흡곤란 등의 증상의 인과적인 원인이 되었다는 것을 확신할 수 없으며, 따라서 제품의 회수조치는 불필요하다는 견해를 피력했다. 이에 따라 甲, 乙 그리고 丙은 만장일치로 동 제품을 지속적으로 판매하기로 결정하였고, 단지 제품의 라벨에 ‘과량복용하는 경우에는 부작용이 발생할 수 있음’이라는 경고문을 부착하였을 뿐이었다. 물론 이미 이전에 유통되어 경고문이 붙지 않은 제품도 지속적으로 판매되었다. 그 결과 시간이 지나면서 동 제품을 사용한 고객들 중에서 위와 같은 증상의 피해가 발생한다는 내용의 신고가 계속적으로 접수되었고, 주식회사 건강 또한 지속적인 검토를 했지만 ‘가시오가피’의 어떠한 성분이 그러한 건강상해를 야기하는 것인지도 여전히 확인할 수 없었다.

결국 이러한 피해사례를 일간신문에서 보도하기에 이르렀고, 식약청의 조치에 따라 2003.11.15. 현재 시중에 유통된 제품을 포함한 모든 제품이 회수·폐기처분되었다. 甲, 乙, 丙 그리고 丁의 형법상 죄책은? (특별법심사는 제외할 것)

## I. 쟁점의 정리

甲, 乙 그리고 丙의 죄책과 관련하여 우선 경영진회의 이전의 고객들의 상해결과에 대해 업무상과실치상죄가 성립하는지 검토하여야 하고, 다음으로 경영진회의 이후의 지속적인 제품판매를 통한 다수의 고객들의 상해에 대해서는 작위에 의한 상해죄가 성립하는지, 이미 유통된 제품을 회수하지 않은 부작용에 의한 고객들에 대한 상해죄가 성립하는지 검토하여야 한다.

## II. 2001.11.1. - 2002.2.15.까지의 甲 · 乙 · 丙의 가별성

### 1. 丙의 상해죄의 죄책(형법 제257조 제1항)<sup>1)</sup>

#### (1) 구성요건해당성

##### 1) 객관적 구성요건요소

##### ① 구성요건적 결과(상해)

‘가시오가피’를 복용한 소비자들에게서 발생된 구토·발진 및 호흡곤란증세가 상해의 결과가 될 수 있는가와 관련하여, 상해의 범위를 가장 좁게 파악하고 있는 생리적 기능훼손설에 따라 때에도, 상해란 단순한 상처 혹은 수면장애, 식욕감퇴만으로도 인정될 수 있다고 보므로, 구토와 발진 및 심한 호흡곤란의 증세는 상해로 볼 수 있다.<sup>2)</sup>

##### ② 구성요건해당행위(작위와 부작용)

상해의 결과가 판매책임자인 丙의 작위에 의한 것인지 부작용에 의한 것인지가 문제된다. 즉 제품의 판매행위라는 작위와 상해를 일으킬 수 있는지에 대한 주의의무를 다하지 않았다는 부작용이 공존하고 있는 것으로 보일 수 있기 때문이다. 이러한 작위와 부작용의 구별과 관련해서는 (i) 법적 비난의 중요성, (ii) 신체에너지의 투입(인과관계)여부, (iii) 결과발생에 가장 밀접한 원인 또는 의심스러운 때는 작위를 우선하여 심사하여야 한다는 견해가 대립되고 있으나, 과실범의 경우에는 법적 비난의 중점은 작위에 있으며, 부작용은 행위수행의 한 내용을 이룰 뿐이며, 부작용은 작위에 대해 보충관계에 있다는 점에서 아래에서는 丙의 작위를 심사하기로 한다.

##### ③ 인과성

丁의 행위는 상해에 인과적이어야 한다. 본 사안에서 인과성의 확정이 문제되는 이유는, 우선 ‘가시오가피’의 어떠한 성분이 소비자에게 상해의 결과를 야기한 것인지를 확정하는 것이 불가능하였다는 점 때문이다. 그러나 손해발생을 신고한 모든 고객들은 동일한 증상, 즉 구토·발진 및 호흡곤란이라는 증상을 호소하였고, 이러한 증상은 ‘가시오가피’를 음용한 후

1) 만약 과실범의 공동정범을 인정하는 입장을 취할 때는, 甲, 乙 그리고 丙의 죄책을 모두 묶어 공동정범성립요소에 따라 심사하는 것도 가능하다. 본 죄의 심사대상이 되는 사실은 피해신고보고 후에 지속적으로 판매한 행위에 대한 부분이다.

2) 중상해죄를 먼저 심사하고, 설문에 따라 경우 생명에 (구체적인) 위협발생은 없었다는 서술을 근거로 중상해의 결과를 부정하고, 단순상해죄의 심사로 넘어가는 것도 가능하다.

에 일어난 증상이라는 점을 고려하면, 결국 합법칙적 조건설이나 상당인과관계설에 따를 때에 ‘가시오가피’의 판매와 상해의 결과발생사이의 합법칙성 내지 상당성은 긍정될 수 있겠다.

#### ④ 객관적 귀속가능성

조건설 내지 합법칙적 조건설에 의한 인과성의 확정이 너무나 폭넓다는 점을 수정하기 위해, 판례와 학설의 일부는 상당성을, 학설의 다수 견해는 객관적 귀속척도를 사용하여 이를 제한하고자 한다. 특히 객관적 귀속의 척도를 설문에 적용할 경우, 丙의 행위가 상해죄의 구성요건이라는 의미에서 법적으로 허용되지 아니한 위험을 창출하였는지, 그 위험이 구성요건적 결과(상해)에서 실현되었는지를 확정하여야 한다. 설문에서 제품의 판매이후 소비자안전 고센터에 구토와 발진 등의 증세가 보고되고, 일부는 응급실에서의 치료를 필요로 하는 심한 호흡곤란증세까지 보고된 이상, 지속적인 판매행위는 이미 허용된 위험을 넘어서는 것으로 볼 수 있다. 따라서 본 제품의 판매행위는 허용된 위험을 넘어서는 위험을 창출한 것이며, 그 위험은 상해의 결과에서 실현된 것으로 보여진다.<sup>3)</sup>

### 2) 주관적 구성요건요소

#### ① 문제점

피해사례가 접수된 이후, 경영진회의의 소집이전까지 제품을 지속적으로 판매한 丙에게 상해의 고의가 인정될 수 있는가가 문제된다. 상해죄에서 요구되는 최소한의 미필적 고의가 인정될 수 있는가 하는 것이다.

#### ② 고의의 인정여부

고의의 인정여부에 인식과 의사를 어떠한 방식으로 요구하는가에 대해 다양한 견해가 제시되어 있지만, 丙은 피해사례의 신고율이 높지 않다는 점과, 과연 ‘가시오가피’로 인해 상해의 결과가 발생한 것인지에 대해서도 의심하고 있었다는 점에서 추가적인 상해결과발생의 가능성을 인식하고 이를 용인 내지 감수(인용설 내지 감수설)하였다고 보기는 어려울 것이며, 개연성(개연성설)도 인식하였다고 보기는 어려울 것이다. 나아가 단순한 가능성에 대한 인식은 가능하였다고 볼 수 있겠지만, 이러한 견해를 취할 경우 인식 있는 과실의 유형을 고의에 포함시키게 되고, 고의의 의지적인 요소를 무시하게 된다는 점에 비추어, 고의를 부정하는 것이 타당한 것으로 보여진다.

### (2) 소결

丙의 고의의 상해죄의 성립은 불가능하다.

3) 규범의 보호목적이 객관적 귀속척도의 한 유형으로 다루어진다고 해서, 모든 사안에서 그 문제를 다룰 필요는 없다. 사안풀이는 꼭 필요한 이론을 사용하여 가장 경제적으로 사안의 결론을 도출하는 것이다.

## 2. 丙의 업무상과실치상상의 죄책(형법 제268조)

### (1) 구성요건해당성

#### 1) 업무자

회사의 판매책임자인 丙이 업무상과실치상죄의 주체인 업무자라는 신분을 가지고 있는가가 문제되나, 丙의 위 건강기능(음용)식품의 판매행위는 사람의 생명·신체에 대한 침해를 초래할 수 있는, 사회생활상의 지위에 기하여 계속적으로 행하는 사무라는 요소를 가지고 있다고 보아야 할 것이다.<sup>4)</sup>

#### 2) 객관적 주의의무위반

丙에게 과실, 즉 주의의무위반<sup>5)</sup> 없었가가 문제된다(이러한 기능성식품과 관련한 판매자의 주의의무판단규범이 존재하지 않는다고 하더라도).<sup>6)</sup> 설문에서 결과발생의 예견가능성과 회피가능성이 있었는가를 판단하면, 우선 적지 않은 수의 고객이 같은 유형의 신체상해를 호소하고 추가적으로도 그러한 상해가 발생할 위험이 존재한다면 보다 엄격한 주의가 요구된다고 보아야 하고, 결국 상해의 결과발생이 예견가능하였다고 볼 수 있을 것이다. 나아가 그러한 상해의 결과를 방지하기 위해서는 판매를 중지하거나, 판매된 제품도 회수하는 절차가 요구되며, 또한 이러한 행위를 기대할 수 없는 특별한 사정이 보이지 않으므로, 회피가능성은 인정된다고 볼 수 있을 것이다.

결국 丙은 그러한 손해발생사례를 알았으면서도 지속적으로 판매함으로써 결국 아무런 회피조치를 취하지 않았다는 점에서 과실이 인정된다.

### (2) 위법성조각사유 및 책임을 배제할 사유는 보이지 않는다.

### (3) 소결

丙은 업무상과실치상죄의 죄책을 진다.

4) 건강기능식품에관한법률 제5조에서는 건강기능식품의 판매를 위해서는 동 영업의 허가를 전제하고 있으며, 음용하는 식음음료라는 점에서 사람의 생명·신체에 대한 침해를 초래할 수 있는 업무라고 볼 수 있을 것이다.

5) 주의의무위반의 체계적 지위나 그 내용에 대해서는 학설의 대립이 있으나, 이는 종국적으로 체계론의 문제로 답안작성자가 선택한 체계에 따라 심사함으로써 족하다고 할 수 있으며, 위와 같은 사안의 풀이에 굳이 그 체계론에 대한 논쟁을 재현할 필요는 없다.

6) 주의의무위반을 판단하는 기준이 될 수 있는 규범으로서는 건강기능식품에관한법률 제23조 제2호의 “유독·유해물질이 들어 있거나 묻어 있는 것 또는 그 염려가 있는”식품은 ‘판매하거나 판매할 목적’으로 ‘제조·수입·사용·저장 또는 운반하거나 진열하지 못’한다는 규정이 있다. 설령 이러한 규범을 알지 못한다고 하더라도, 또는 예외적인 사례에 있어서는 도로교통규범을 준수하는 것이 오히려 주의의무위반이 될 수 있는 사례를 생각할 때, 구체적인 사안에 따른 일반적인 주의의무위반의 판단만으로도 충분히 만족스런 답안을 작성할 수 있다.

### 3. 甲·乙의 업무상 과실치상죄의 죄책(형법 제268조)<sup>7)</sup>

#### (1) 구성요건해당성

##### 1) 업무자

甲은 제품의 개발을 담당하는 자이다. 甲이 '가시오가피'로 인한 상해의 결과발생에 대해 업무자의 지위를 가지는가는, 甲이 乙 및 丙과 함께 경영하는 동 제품의 개발, 제조 및 생산 중 개발을 담당하며, 중국적으로 시중에 판매하는 사업을 공동으로 영위하는 자라는 점에서 어렵지 않게 인정될 수 있다. 나아가 乙의 경우에도 제품의 생산을 책임지는 자로서 위와 같은 근거로 업무자의 지위를 가진다고 볼 수 있다.

##### 2) 구성요건행위와 결과 및 그 인과성

甲 또는 乙이 직접적인 판매책임자가 아니라는 점에서 결과발생에 대한 인과적인 행위를 하였는가가 문제될 수 있다. 설문에서 甲은 시중에 유통된 '가시오가피'의 개발담당자이며, 중국적으로 그러한 제품의 판매를 가능하게 한 자라는 점에서 상해발생에 원인이 된 행위를 한 자이며, 그의 개발행위는 결국 상해의 결과발생이라는 위험을 창출하고 그 위험이 상해의 결과에서 실현된 것으로 볼 수 있다.

제품을 생산한 乙의 행위도 중국적인 결과발생에 대해 인과적이라고 볼 수 있다. 즉 인과성확정에 관한 어떠한 견해를 취하더라도, 제품의 개발, 생산 및 판매는 상해의 결과발생에 대해 상호 불가분의 관련성을 가진 인과적인 원인이라고 해야 할 것이다.

##### 3) 객관적 주의의무위반

甲과 乙의 경우에도 위에서 살펴본 丙의 경우와 같이 고의는 부정함이 타당한 것으로 보여진다. 甲 또는 乙의 주의의무위반과 관련하여서는 우선 그들이 그러한 피해신고사례를 접했을 때, 추가적인 손해발생을 인식할 수 있었고, 중국적으로 제품의 판매증지 및 회수조치 등을 취하여 결과를 방지할 수 있었다면 그러한 조치를 취하지 않은 점에서 위의 丙과 같은 주의의무위반이 인정될 것이다.

---

7) 과실의 공동정범으로 다룰 것인지, 개별적인 과실범집사를 할 것인지를 선택할 수 있다. 과실의 공동정범으로 접근할 경우, 공동의 행위(범행)결심 및 이에 따른 (가능적)역할분담이라는 내용의 확정으로 甲과 乙의 가별성 심사는 종결될 것이며(인과성 심사는 이미 범의 죄책에서 논했음) 수월한 판단작성이 될 것이다. 개별적으로 甲과 乙의 죄책을 심사할 경우 적지 않은 문제들과 부딪히게 된다. 각자의 주의의무위반의 행위가 결과발생에 대해 어떻게 인과적인지를 검토해야 할 것이며, 개발 및 제조책임자도 판매된 제품의 손해발생에 책임을 지는 자가 될 수 있는 것인지도 검토되어야 할 것이며, 甲과 乙이 단독으로 제품의 판매증단 등의 결과발생을 회피할 수 있는 가능성이 있었는지 등을 심사해야 할 것이다. 여기서는 확설의 다수가 취하는 과실범에 있어서는 공동정범이 불가능하다는 입장에 따라 사안을 풀이하기로 하지만, 과연 아래의 사안풀이처럼 甲과 乙의 행위와 결과발생사이의 인과성을 그렇게 확정할 수 있는 것인지, 다수인이 관여한 경우에 내부의 의사결정방식 등의 특수성을 고려함이 없이 동등한 자격의 책임자라는 이유만으로 결과회피가능성을 인정할 수 있을 것인지 등은 의심스럽다는 조건을 달아둔다. 즉 세부적인 논의의 어려움을 피하기 위해 간략하게 가별성을 근거지우는 쪽으로 작성된 답변임을 유의해주길 바란다. 甲과 乙의 가별성을 별도로 심사하는 것이 원칙이겠으나 편의상 함께 다룬다.

본 사안에서는 추가적인 손해발생의 가능성인식은 丙의 심사에서와 동일한 이유로 긍정될 수 있고, 甲과 乙 또한 丙과 동등한 자격의 사업경영자들로서 제품의 판매증지 등의 조치를 통해 결과발생을 방지할 수 있는 권한 및 가능성이 있다고 보는 것이 현실적이며, 결국 지속적인 판매로 인한 결과발생에 대해서 주의의무위반이 인정된다고 보아야 할 것이다.

(2) 위법성 및 책임을 조각할 사유는 보이지 않는다.

(3) 소결

甲과 乙은 각각 업무상 과실치상죄의 죄책을 진다.

### Ⅲ. 2002.2.15. 이후의 甲·乙·丙·丁의 행위의 가벌성

#### 1. 경영진 회의 이후에 유통된 제품과 관련한 甲, 乙 그리고 丙의 상해죄의 죄책(형법 제257조 제1항 및 제30조)

(1) 구성요건해당성

1) 주관적 구성요건(공동의 범행결심 및 고의)

① 문제점

甲, 乙 그리고 丙은 경영진 회의에서 추가적인 제품의 제조·판매를 만장일치로 결정하였다. 즉 공동의 범행결심이 이루어진 것으로 볼 수 있다.<sup>8)</sup> 나아가 상해죄에 있어서의 주관적 구성요건요소로서의 고의는 미필적 고의로 족하며, 미필적 고의가 존재하기 위해서는 다수설과 판례에 따른 경우에는 행위자가 결과발생은 용인하여야 한다거나 혹은 적극적인 타협 내지는 감수가 요구된다.

② 사안의 검토

경영자회의에서 전문가의 의견을 청취하고, 피해원인이 무엇인가에 대해 심도있는 분석을 하였다든 점에서, 이미 추가적인 손해발생의 가능성을 모든 참가자들은 이미 고려에 넣었다는 것을 전제하는 것이며, 이는 일단 상해결과발생의 가능성은 인식하였다는 점을 의미하는 것이다. 또한 손해발생사실이 이미 충분히 알려졌음에도, 그 구체적인 원인이 무엇인지 확정되지 않는다는 것만으로, 단순히 사용상의 부작용이 있다는 내용만을 용기에 부착한 채, 추가적인 제조·판매를 계속하였다는 점에서 추가적인 상해의 결과를 용인 내지는 감수하였다고 보아야 할 것이다. 따라서 甲, 乙 그리고 丙은 미필적 고의를 가졌다고 할 것이다.

8) 공동의 범행결심과 고의의 관계에 대한 불명확성은 언급을 피하고 여기서는 甲, 乙 그리고 丙이 공동의 의사일치를 보았는가와 甲, 乙 그리고 丙은 결과발생에 대한 최소한의 미필적 고의를 가졌는가를 심사한다.

2) 객관적 구성요건(기능적 역할분담 및 인과성)

甲, 乙 그리고 丙은 공동의 사업경영자로 지속적인 제품판매와 관련하여 자신의 책임영역에 따라 기능적인 역할분담을 하였고, 인과성의 문제는 이미 위에서 살펴본 바와 같이, 어떠한 견해를 취하더라도 부정될 수 없다.<sup>9)</sup>

(2) 정당화사정 또는 면책사유들은 존재하지 않는다.

(3) 소결

甲, 乙 그리고 丙은 상해죄의 공동정범으로 각자 상해죄의 죄책을 진다.

**2. 경영자회의이전에 이미 유통단계에 들어선 제품에 관한 경영자회의이후의 甲, 乙, 그리고 丙의 부작위에 의한 상해죄(형법 제18조, 제30조 및 제257조제1항)**

(1) 구성요건해당성

1) 주관적 구성요건(공동의 범행결심 및 고의)

甲, 乙 그리고 丙은 이미 유통된 '가시오가피'라는 제품의 회수조치를 상호간의 인식적이고 의욕적인 공동작용을 통해, 즉 만장일치를 통해 부작위하였다고 할 것이다. 즉 공동의 부작위의 범행결심을 통해 부작위한 것이다.

2) 객관적 구성요건

① 인과성, 행위의 구체적 가능성

甲, 乙 그리고 丙의 제품회수조치의 부작위가 상해의 결과발생에 대해 인과적인가 하는 점이 문제된다. 만약 이들이 경영자회의 이후 바로 모든 제품의 회수조치를 취하였다고 하면, 추가적인 상해사례는 확실성에 가까운 개연성으로 피할 수 있었다거나(가설적 인과관계와 확실성에 가까운 개연성설), 혹은 합법칙적으로 피할 수 있었다는 것은 어렵지 않게 알 수 있다. 나아가 이러한 제품회수조치는 확실하고도 가장 빠른 결과발생방지의 방법이 될 수 있었으며, 이들에게는 특별한 어려움 없이 기대될 수 있는 것이었다고 할 것이다.<sup>10)</sup>

② 보증인적 지위

의문이 제기될 수 있는 것은 이러한 경영자들이 법적으로 결과발생을 방지할 지위 내지 의무가 있는 자들인가 하는 점이다(형법 제18조). 보증인적 지위 및 의무의 발생근거로서 형식설과 실질설이 대립하고 있으나, 어떠한 학설을 취하건 간에 甲, 乙 그리고 丙에게는 다음과 같은 보증인적 지위·의무가 인정될 수 있을 것이다.

9) 특히 공동정범의 주관적 요소가 충족된 경우, 인과성의 문제는 공동정범의 전체행위가 인과적인 원인이 되었다는 확정으로 족하다.

10) 기업이 재정적인 타격을 받을 수 있다고 하는 사정은 이러한 작위가능성을 부인할 만한 것이 될 수 없을 것이다.

(가) 선행행위로 인한 안전의무의 존재여부

제품의 판매라는 행위를 통해 상해의 결과가 발생한 점에서, 우선 위험한 사전행위에 의한 작위의무의 발생이라는 보증인 지위의 발생근거를 들 수 있다. 이러한 보증인지위의 발생근거와 관련해서는 선행행위를 일정한 기준을 통해 제한하지 않은 경우에는 결국 누구도 해쳐서는 안된다(neminem laede)고 하는 고전적인 법원칙으로 확대될 수 있다는 우려에서 다음과 같은 척도가 검토되어야 한다.

㉔ 직접적이고 상당한 위험

사소성의 원칙이라고도 표현되며 일반적으로 아주 근소한 내지는 사소한 위험의 야기는 선행행위에 의한 작위의무를 근거지우지 못한다는 것이다. 사안에서는 고객의 구토, 피부발진 및 심한 경우 호흡곤란이라고 하는 부분적으로는 중대한 위험이 문제되고 있으며, 따라서 보증인적 지위를 부정할 사유가 되지 못한다.

㉕ 객관적 의무위반 내지 위법한 행위

사전행위는 특히 객관적으로 의무위반행위이거나 위법한 것이어야 한다는 다수의 견해에 따를 때, 위에서 다룬 바와 같이 이미 경영자회의이전부터 과실 내지 주의의무위반이 인정된다고 한다면, 이미 甲, 乙 그리고 丙의 사전행위는 객관적으로 의무위반적이며 나아가 위법한 행위라고 할 것이다.

㉖ 결과발생의 위험의 근접성<sup>11)</sup>

결과발생의 위험이 아주 멀리 떨어진 가능성에 거처서는 안된다는 것으로 설문의 경우에는 제품이 유통되면 바로 고객들에 의해 구매되어 사용되게 된다는 점에서 상당히 근접한 위험이라고 할 것이다. 따라서 甲, 乙 그리고 丙에게는 선행행위로 인한 보증인적 지위가 인정된다고 하겠다.

(나) 위험원의 감시 내지 감독의무

또 다른 보증인 지위의 발생근거로 위험원의 감시의무도 고려될 수 있다. 주식회사 건강의 사업경영자들은 그들에 의해 제작·판매된 제품의 품질과 안전성에 대해서 책임을 져야 한다는 것은 당연하다고 볼 수 있다.

(다) 부작위의 동가치성

부작위가 작위에 의한 구성요건의 실현과 같은 가치를 갖는 것으로 평가되어야 한다는 것으로, 이러한 요구는 다수의 견해에 따를 때 특히 행태의존적 범죄에서 문제되는 것으로 단 순결과범인 상해죄에 있어서는 특별히 문제되지 않는다. 모든 범죄에 있어서 동가치성이 요구된다는 견해를 취한다고 하더라도, 본 설문과 같은 경우에는 작위와의 상응성을 부인할 수 없을 것이다.

11) 이러한 표지들에 대해서는 확실적으로 깊이 다루어지고 있지도 않으며, 그 내용도 일치하지 않고 있다. 이제 상 교수의 경우, '선행행위는 결과발생에 대한 직접적이고 상당한 위험을 야기할 수 있는 것이어야 한다...객관적으로 의무에 위반했거나 위법한 것임을 요한다...의무위반은 그 법익을 보호하기 위한 규범을 침해한 것이어야 한다.' 라고 하며, 김일수 교수의 경우, '근접하고 상당한 위험의 창출과 '객관적으로 의무에 위반한 위법한 선행행위'라야 한다는 조건을 제시하고 있다.



(2) 특별한 정당화사정이나 면책사유는 보이지 않는다.

(3) 소결

甲, 乙 그리고 丙은 부작위에 의한 상해죄의 공동정범의 죄책을 저야 한다.

### 3. 丁의 죄책

(1) 상해죄(공동)정범의 죄책(형법 제257조 제1항 및 제30조)

1) 구성요건(공동의 범행결심 및 공동가공의 사실)

丁은 甲, 乙 그리고 丙과 함께 상해죄의 공동정범으로 처벌될 가능성이 있다. 형법 제30조의 의미에서의 공동정범이란 자신 이외의 타 공동정범자들과 인식적이고 의욕적인 공동작업을 한 자, 즉 공동의 범행의사와 객관적인 공동의 실행행위가 있어야 한다(기능적 범행지배). 범행지배설에 따르면 공동정범은 객관적 구성요건사태의 적어도 일부분을 자신이 장악하여야 하며, 판례의 입장인 행위공동설에 따를 경우에는 자연적 의미의 행위의 공동으로 족한 것이 된다.

하지만 어떠한 견해를 취하건, 결국 丁은 경영진의 의사결정과정에서, 어떠한 고유한 권한을 가진 자가 아니었으며, 생산·판매 및 회수라고 하는 작위·부작위에 전혀 참가한 것으로 볼 수도 없으며, 따라서 주관적·객관적인 공동정범적 요소를 확정할 수 없는 것이다. 丁은 경영자회의에서 약물관련 전문가로서 참가하여, 전문적인 지식을 기초로 한 조언을 한 것에 불과한 것이다. 따라서 경영자들의 상해죄의 공동정범이 될 수 없다.

(2) 상해죄의 교사범의 죄책(형법 제257조 제1항 및 형법 제31조 제1항)

1) 객관적 구성요건

공동정범으로서의 책임은 불가능하다고 할지라도, 조연과 관련하여 교사죄의 책임이 문제될 수 있다. 즉 설문에서 丁은 경영자들에게 제품의 회수조치는 필수적인 내지 요구되는 것이 아니라고 조언하였다. 이러한 감정적인 조언을 근거로 甲, 乙 그리고 丙은 이미 유통되어진 '가시오가피'를 회수하지 않고 나아가 동 제품을 계속적으로 생산 판매하기로 만장일치로 결의하였다고 볼 수 있는 것이다. 甲, 乙 그리고 丙에게 이미 범행결심이 존재하였다고(omnimodo facturi: 이미 범행을 결심한 자를 교사할 수 없다) 볼 수 있는 사정은 사안에서 보이지 않는다. 따라서 丁은 교사의 객관적 구성요건을 충족시켰다고 할 것이다.

2) 주관적 구성요건(이중의 고의)

문제되는 것은 丁이 교사범에서 요구되는 이중의 고의를 가지고 행위하였는가 하는 점이다. 교사자의 고의는 교사행위 그 자체에 대한 고의뿐만 아니라, 피교사자의 범죄행위의 기수에 대한 고의를 요구한다.

丁은 원인이 불명확하다는 것만으로 회수조치가 불필요하다는 결론을 내리는 것은 감정의 범위를 넘어선 것으로 보아야 한다. 丁은 피해상황과 관련하여 모든 사정을 알았고, 당시

그 자신의 전문성에 기초한 조언은 경영진의 의사결정에 본질적으로 영향을 미친다는 것을 이미 알고 있었다고 보아야 할 것이다. 따라서 丁이 추가적인 손해발생의 가능성을 생각하지 못했다는 것은 상정하기 어려울 것이다. 따라서 丁에게는 교사범의 이중의 고의, 즉 자신의 교사행위에 대한 고의 및 적어도 미필적 고의의 형태로서 이로부터 발생될 추가적인 손해의 결과와 관련한 고의를 가지고 있었다고 보아야 할 것이다.

(3) 정당화 및 책임배제사유는 보이지 않는다.

(4) 소결

丁은 甲, 乙 그리고 丙의 작위의 상해죄 및 부작위의 상해죄의 교사범으로서 책임을 져야 한다.

#### IV. 설문의 해결(경합론)

甲, 乙 그리고 丙의 경영진회의이전의 고객들의 상해결과에 대한 업무상과실치상의 죄는 개발·제조·판매행위를 하나의 행위로 보아, 하나의 행위를 통해 다수의 피해자를 발생시킨 상상적 경합으로 보아야 하고, 경영진회의이후의 지속적인 제품판매를 통한 다수의 고객들의 상해에 대해서는 작위에 의한 상해죄의 상상적 경합, 이미 유통된 제품을 회수하지 않은 부작위에 의한 고객들에 대한 상해죄도 상상적 경합으로 보아야 한다. 따라서 양 죄는 상상적 경합관계로 볼 수 있으며, 나아가 업무상과실치상죄와 작위·부작위의 상해죄는 실제적 경합관계에 해당한다.

丁은 하나의 교사행위를 통해 甲, 乙 그리고 丙의 다수의 작위의 상해와 부작위의 상해를 동시에 교사한 상상적 경합의 죄책을 져야 한다.