

기업 내 이사회 결정의 형법적 책임: 불법적 결정시 공동정범의 성립가능성에 대한 독일에서의 논의를 중심으로

김 동 루*

국 | 문 | 요 | 약

오늘날 고도로 조직화된 대기업에 있어 많은 불법적 결정은 기업주 1인이나 현장의 감독자보다는 이사회라는 공식적인 기구를 통해 체계적으로 이루어지고 있지만 이사회 임원 개개인은 다수의 일원으로서 직접적인 책임을 피해가는 경우가 많다. 이에 최근 독일에서는 기업범죄에 있어 공동결정의 참가자 전원에게 공동정범의 죄책을 인정하기 위한 가능성에 대한 논의가 활발하다. 이사회의 결정은 작위/부작위, 고의/과실범의 다양한 형태로 이루어지기 때문에 일반적인 공동정범론의 적용가능성보다는 유형별로 세분화된 고찰이 요구된다.

① 이사회 임원들이 결과발생에 대한 고의를 가지고 사전협의를 거쳐 불법적 결과를 초래할 공동결정을 내린 경우에 이에 참가한 개개인은 타인과 공동으로 결정에 영향을 미친다는 점을 인식하고 이를 의도하였으므로 공동정범의 성립이 가능하다. 사전협약이 없는 공동결정의 경우에도 참가자는 결정될 사항을 수용할 준비가 되어 있을 뿐 아니라 이로 인해 초래될 결과에 대해서도 모두가 공동으로 책임을 진다는 점에 대한 충분한 인식이 있었으므로 참가자 전원에게 공동정범의 죄책을 인정하는데 무리가 없다.

② 결과발생에 대한 고의를 가지고 결과발생의 방지를 위해 요구되는 조치를 하지 않기로 결정하는, 즉 부작위에 대한 다수결 결정의 경우는 부작위의 공동정범이 가능한가라는 문제가 있다. 이 경우에도 연방대법원은 부작위범에서는 공동의 범행결의만으로 공동정범이 인정된다고 보고 있으며, 의무범설도 부작위범은 보증인의 특별한 의무를 전제로 하므로 이러한 의무를 지닌 자들이 공동으로 부작위하였다면 공동정범의 성립에 문제가 없다고 본다. 전체 범행계획에 비추어 각자가 필수불가결한 역할을 수행한다는 기능적 행위지배의 개념으로도 최종 결정에 기여한 개별 참가자의 부작위에 근거하여 공동정범의 성립을 설명할 수 있다.

③ 결과발생을 의도하지 않았으나 그 가능성을 간과하여 문제되는 공동결정을 내린 경우에는 과실범의 공동정범이 성립할 수 있는지가 문제된다. 다수의 견해는 공동의 범행계획의 결여를 이유로 과실범의 공동정범을 부정하고 있으나 법문은 공동정범의 성립에 단지 ‘행위의 공동성’만을 요구할 뿐이므로 ‘주의의무에 위반된 결정과정의 공동수행’이라는 측면에서는 과실범의 공동정범이 성립할 여지가 있다. 최근에는 형사정책적 필요에 따라 이를 긍정하는 견해와 판례도 증가하고 있다.

* 주프랑크푸르트총영사관 영사, 법학박사

④ 결과발생의 방지를 위해 요구되는 조치에 대해 임원들이 공동결정의 절차를 거치지 않고 단지 이를 외면하는 형태로 부작위가 이루어진 경우에는 기업 내부의 사정을 고려하여 이사회 이전에도 이미 사안에 대한 보고와 검토 및 상호 논의가 이루어졌다면 임원들 간의 실질적인 협조관계에 근거하여 공동정범을 인정할 수 있다. 공동결정의 절차도, 사안에 대한 일체의 사전 의사연락이 없었던 예외적인 경우에 있어서도 보증인으로서 기업의 임원들이 지니는 특수한 공동의 결과방지의무에 근거하여 공동정범의 성립을 인정할 수 있다.

❖ 주제어 : 공동체 결정, 기업범죄, 과실범의 공동정범, 부작위범의 공동정범, 피헥스프레이 판결

I. 서론

오늘날 기업범죄에 대한 형법적 대응에 있어서는 범죄현장에 가장 가까이 있는 (최하층에 위치한) 직접 행위자를 우선 처벌하고 다음으로 그 상관에 대해 감독의무 위반 등을 이유로 과실범 혹은 부작위범으로 처벌해 오던 ‘아래에서 위로(bottom up)’의 처벌방식에서 기업의 경영자들에게 1차적 책임을 지우고 부하 종업원은 예외적인 경우에 한하여 책임을 인정한다는 ‘위에서 아래로(top down)’방식으로서의 패러다임 전환¹⁾이 이루어지고 있다. 기본적으로 기업의 최상층부에 위치한 자에 대한 처벌방안은 세 가지 방향으로 생각해 볼 수 있다. 먼저 경영진을 불법조직의 수뇌부와 같이 취급하여 ‘정범 배후의 정범(Täter hinter dem Täter)’으로 보아 간접정범의 죄책을 인정하는 것²⁾이다. 다음으로는 책임없는 자를 이용한 경우에만 간접정범의 성립을 인정하는 우리 형법의 규정상 정범 배후의 정범이론의 적용이 어렵다고 보아 공모공동정범론을 통한 해결하려는 시도³⁾이다. 마지막으로 경영진에 대한 부작위범의 근거가 되는 보증인 지위(Garantenstellung)의 인정범위를 확대하는 방법⁴⁾

1) Peron(조병선 역), 1990년 7월 6일 독일연방최고법원의 형법적 제조물책임에 대한 피헥스호분무기 판결, 청구법학 제8권, 1994, 230면.

2) 이른 바 조직지배설에 의한 간접정범 인정론이다. 조직지배설에 대한 자세한 설명은 김동률, 불법체제의 수뇌부 처벌근거로서 조직지배론, 형사정책 제25권 제3호 132면 이하; 이주희, 조직지배에 의한 간접정범의 성립요건과 한계, 청구법학 제32권 제2호, 55면 이하 참조.

3) 대판 2007.4.26 선고, 2007도235; 2007.11.15 선고, 2007도6075; 2007.10.26 선고, 2007도4702; 2009.1.30 선고, 2008도6950.

이 있다. 그런데 문제는 불법행위에 대한 수뇌부의 결정 또한 단독정범의 형태로만 이루어지지 않는다는 데 있다. 조직지배설이나 보증인 지위에 근거한 부작위범의 처벌논리는 기본적으로 최상층의 수뇌부 1인 혹은 분야별 책임자를 겨냥하고 있는데 오늘날 고도로 조직화된 대기업에 있어 많은 경우 그 불법적 결정이 이사회와 같은 공식적인 기구를 통해 체계적으로 이루어지고 있는 것이다. 따라서 기업의 결정기구의 형사책임 문제를 진지하게 검토해 보아야 할 시기라고 생각된다.

기업내 결정기구의 형사책임이라는 테마는 인과관계와 개별 구성원에 대한 객관적 귀속, 정범과 공범의 구분, 범죄 가담형태와 고의과실범의 성립 문제 등 많은 논점을 포함하고 있다. 본 논문에서는 하지만 ‘기업 내 의사결정기구 구성원의 공동책임의 인정근거’라는 주제에 집중하기로 한다. 기업 내의 결정기구로서 이사회(Vorstandsrat)를 상정하여 논의를 진행한다. 그리고 일반적으로 이사회의 결정은 다수결의 원리에 의해 이루어진다고 가정한다. 논의의 표본으로는 환경문제와 관련하여 독일의 형법계에 큰 파장을 가져온 바 있는 피헉스프레이 사건을 선정하였다⁵⁾. 기업 이사회 구성원에게 형법적인 공동책임을 물을 수 있는 형법 이론적 도구로서는 이사회 구성원 간의 수평적 관계를 전제한 가운데 공동정범론을 중심으로 검토한다. 그리고 기업 내 이사회의 결정 또한 (불법적인 조치를 통한) 적극적인 작위의 형태로도 가능하지만 (불법적인 상태에 대한 방치로서의) 부작위의 형태로도 가능하다는 점을 고려하여 이 두 가지 경우를 구분하여 이사회 구성원들에 대한 공동정범의 성립가능성을 검토해 볼 것이다. 아울러 기업으로서는 일상적인 이사회의 결정에 의한 불법적 결과의 야기는 확정적 혹은 미필적 고의에 의해 이루어지기도 하지만 (인식 있는 혹은 인식 없는) 과실을 동반하는 사례가 더욱 많다는 점에서 과실범에 있어 공동정범의 성립가능성도 비중있게 검토할 것이다. 다만 많은 논점과 한정된 지면을 고려하여 개개의 법이론에 대한 일반론(공동정범론, 인식 있는 혹은 인식 없는 과실범, 부작위범 등)은 필요한 범위 내에서만 논하기로 한다.

4) 기업범죄 영역에서 경영진에 대한 보증인 지위의 적용근거에 대해서는 김동률, 형법상 제조물 책임에 있어 기업 경영진에 대한 보증인 지위의 인정근거, 한양법학 제25권 제1호, 2014, 171면 이하; 관라 감독의무에 근거한 부진정부작위범의 공범과 정범의 성립가능성에 대한 다양한 유형별 분석과 비판으로 김유근, 선임감독자의 '일반적인' 범죄방지(선임감독)의무 위반행위의 범죄유형, 형사법연구 제22권 제2호, 2010, 187면 이하 참조.

5) 아래 주12 참조.

II. 이사회 구성원의 고의적 행동에 근거한 공동정범

불법적인 공동결정에 있어 참가자들에게 고의가 인정되는 경우는 적극적인 작위에 대한 결정과 부작용에 대한 결정으로 나누어 볼 수 있다. 예를 들어 형법상 제조물 책임분야에 있어 유해한 제조물을 지속 판매하기로 결의하는 상황은 적극적 작위에 대한 공동결정이다. 반면 이미 시중에 있는 물품을 회수하지 않기로 결의하는 것은 부작용에 대한 공동결정이라고 볼 수 있다. 아래에서는 두 가지 상황을 구분하여 이사회 결정 참가자에 대한 공동정범의 성립가능성을 살펴본다.

1. 공동결정을 적극적인 작위로 볼 수 있는 경우

가. 사전합의에 의한 공동결정인 경우

고의적인 이사회 결정의 대표적인 경우는 표결에 앞서 기업주의 지시 기타의 요인으로 인해 투표방향을 미리 정해놓고 표결에 들어가는 것이다. 이 경우 다수의 범행 참가자가 공동의 범행계획을 세운 후 구성요건 실현을 위한 행위를 분담하고 자신에게 할당된 필수불가결한 행위를 직접 수행한다는, 공동정범이 전제하는 전형적인 상황이 존재한다. 그리고 다수결에 참가하고 의도한 결정을 이루어냄으로써 최소한 공모공동정범의 성립요건을 부족함 없이 충족시키게 된다. 따라서 이러한 경우 표결에 참가한 이사회 구성원 모두에게 해당 결정으로 인해 발생한 환경이나 소비자의 건강침해 등의 결과에 대해 공동정범의 죄책을 인정하는 것이 가능하다. 독일의 다수설도 사전에 합의된 공동결정의 경우에는 그 공동의 범행결의만으로도 공동정범의 성립에 문제가 없고⁶⁾ 실제로 이루어진 개별 구성원의 투표방향과 - 특정 조치에 대한 찬성인가 반대인가에 상관없이 - 발생한 결과 사이의 인과관계에 대한 입증도 요하지 않다고 한다⁷⁾.

6) Puppe, Anmerkung zu BGHSt 37, 106, JR 1992, 30면 이하; Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar(제17판), § 47 Rn. 3; Weißer, Kausalität- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidung, 1996, 155면.

7) BGHSt 37, 106; Beulke/Bachmann, Die “Leterspray-Entscheidung” - BGHSt 37, 106, JuS 1992, 737면 이하; Deutscher/Körner, Die strafrechtliche Produktverantwortung von Mitgliedern

나. 사전합의가 없는 다수결 결정

사전합의 없이 구성된 개개인이 자신의 의사에 따라 투표하고 투표결과에 따라 불법적인 결정이 내려지는 경우에는 공동의 범행결의를 인정하는데 다소 어려움이 있다. 일부 견해는 이 경우 참가자들을 하나의 범행그룹으로 간주할 수 있는 구체적인 공동의 범행계획이 결여되어 있다는 이유로 공동정범의 성립을 부정하고 있다. 범행계획이란 사전에 존재해야 하고 개개인의 의사가 다수결의 형태로 사후적으로 우연히 결합된 것으로는 충분하지 않다는 것이다⁸⁾. 다른 한 편으로 인과관계 입증상의 난이점을 이유로 형사책임 자체의 성립을 부정하는 견해도 있다. 개별 구성원의 행위와 공동결정 내지는 공동결정으로 인한 결과발생 간의 인과관계가 확정되지 않는 한 공동정범 뿐 아니라 다른 가담형태도 불가하다는 주장이다⁹⁾.

하지만 다수의 견해는 이 경우에도 공동정범의 성립을 인정할 수 있다고 본다. 그 논거는 크게 세 방향으로 정리가 가능하다. ① 먼저 일련의 견해는 기업 내의 공동결정은 선거에 있어서와 같은 공식적 투표과정과는 다르다는 점을 지적한다. 많은 경우에 이사회 결정은 거수나 구두투표의 형식으로 이루어진다. 한 구성원이 거수나 구두를 통한 의사표시를 하면 다른 이들의 반응이 있게 되고 구성원 상호 간에 영향을 주고 받는 과정에서 최종결정까지 언제나 의견의 변경이 가능하다. 이런 과정을 거친 후 도달한 결정에 대해서는 공동의 범행결의를 인정할 수 있다. 이는 공동의 범행결의가 반드시 사전에 존재할 필요는 없고 범행종료 이전이면 언제든지 성

kollegiar Geschäftsleitungsorgane, wistra 1996, 327면 이하; Eidam, Straftäter Unternehmen, 1997, 14면; Hilgendorf, Fragen der Kausalität bei Gremiumsentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils, NStZ 1994, 561면 이하; Kuhlen, Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte, NStZ 1990, 566면 이하; Schumann, Rezension von Schimdt-Salzer, Produkthaftung, Band 1, StV 1994, 106면 이하.

- 8) Nappert, Strafrechtliche Haftung von Bürgermeistern und Gemeinderäten im Umweltstrafrecht, 1997, 51면 이하; Scholl, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Gemeindef-, Kreisräten und Mitgliedern der Zweckverbandsversammlung im Umweltstrafrecht, 1996, 166면 이하; Rotsch, Individuelle Haftung in Großunternehmen, 1998, 121면 이하 참조.
- 9) Puppe, Anmerkung zu BGHSt 37, 106, JR 1992, 30면 이하; Sofos, Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen, 1999, 157면; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, § 1 Rn. 18; Hoyer, Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen, GA 1996, 160면 이하; Weißer, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 155면.

립할 수 있다는 다수설의 입장과도 일치한다¹⁰⁾. ②승계적 공동정범론(sukzessive Mittäterschaft)으로 이를 설명하는 견해도 있다. 다수결은 한 구성원이 자신의 입장을 표명한 이후에는 다른 구성원들이 그들의 의견으로 이를 보충하는 형태로 완성된다는 것이다. 이에 의하면 소수의견을 표명한 참가자들은 결론적으로 최종결정과 다른 입장표명에도 불구하고 다수결의 마무리는 타인에게 위임한 상태로 계속 결정에 참여하고 있었으므로 승계적 공동정범과 유사한 구조가 인정될 수 있다. ③ 일부 학자들은 공동정범의 본질로 설명을 시도한다. 다수결에 참가하고 특정한 의견을 표명하고 어떤 방향으로든 결론에 이르기 위해 노력한 자는 이미 공동의사주체의 일원이 된 것이며 이로써 더 이상 자신이 의도한 결론이 아니라는 항변이 불가하다는 것이다¹¹⁾.

다. 독일 연방대법원의 입장

학계의 주된 입장은 피핵스프레이 판결¹²⁾에서의 연방대법원의 입장과 큰 차이가

-
- 10) Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 29 Rn. 83; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, § 63 II, 1 이하; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, § 25 Rn. 10; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 20 Rn. 104; Roxin in LK-Kommentar, § 25 Rn. 173.
- 11) Beulke/Bachmann, 위의 글; Eidam, 위의 책, 13면; Hilgendorf, 위의 글; Kuhlen, 위의 글, 566면 이하; Ransiek, Unternehmensstrafrecht, 1996, 61면; Schumann, 위의 글, 106면 이하.
- 12) 동 사건의 사안과 판결개요는 다음과 같다. W와 M 주식회사는 주로 구두나 의류 등 피혁제품에 바르는 스프레이를 생산하는 회사로 E, R, 그리고 S라는 자회사를 통해 이 제품을 판매하고 있었다. 1980년 늦가을부터 소비자들이 스프레이를 사용 한 후 폐수종을 포함한 다양한 건강이상 증세를 호소하였고 피해접수 이후 회사는 자체 조사를 거쳐 스프레이의 성분을 변경하였다. 그럼에도 1981.2.14경 다시금 피해사례(F)가 접수된 이후 추가로 4건의 피해가 발생하였다. 이에 회사의 지휘부는 1981.5.12 대책회의를 개최하였는데 당시 참석자는 W, M, S 회사의 대표와 회사그룹의 중앙연구센터의 소장인 화학자 B 박사 등이었다. 참석자들은 사안을 충분히 인지하였음에도 기존 제품을 지속 판매를 통해 소진하는 한편 용기에 기재된 경고문구를 개선하기로 합의하고 판매중지 또는 제품회수는 결정치 않았다. 그러나 대책회의 이후 추가적으로 38건의 피해가 발생하였고 1983.9.20 결국 보건당국의 개입에 따라 해당 회사들은 제품판매 중지 및 회수조치에 나섰다. 연방대법원은 대책회의 이전인 1981.2.14 피해사례 F와 이어 발생한 4건에 대해서는 과실책임만을 인정하였다. 이유는 사례 F가 발생할 당시 이후 4건의 피해를 유발한 제품이 이미 시중에 있었으므로 문제된 제품을 회수하지 아니한 책임을 물을 수 없다는 것이다. 피고인들은 부작위에 의한 과실치상(독일 형법 제230조 및 제13조)으로 처벌되었다. 하지만 대법원은 대책회의 이후 발생한 38건에 대해서는 고의책임을 인정하였는데 그 죄책을 다시 다음과 같이 구분하였다. 즉 연방대법원은 회의 당시 피해를 유발한 38개의 제품 중 28개는 이미 시중에 있었고 10개는 회의 이후 추가로

없다. 동 법원은 제품사용 후 발생한 다수의 건강침해 사례로 인한 대책회의에서 제품의 미회수 및 지속 판매가 결정된 후 발생한 피해와 관련하여 당시 회의에 참가한 경영자 전원에게 적극적인 작위에 의한 상해죄의 공동정범을 인정하였다. 결정과정에서는 결의의 방향에 대한 사전협의를 있었는지는 확인되지 않았지만 연방대법원은 회의 당시 참가자들은 문제된 제품의 위험성을 충분히 인식하고도 이를 감수하고 지속판매를 공동으로 결정하였으므로 미필적 고의가 인정되고¹³⁾ 고의범의 공동정범이 인정되는 한 이로써 개별 참가자와 결과발생 간의 인과관계에 대한 입증은 필요하지 않다는 입장을 밝혔다. 나아가 연방대법원은 대책회의에 참가하지 아니한 두 경영진에게도 “회의의 결정사항을 충분히 통보받고 이를 용인하였으며 자신의 책임범위 안으로 수용하였다”¹⁴⁾고 보고 이에 근거하여 회의에 참석한 경영자들과 함께 공동정범이 성립한다고 판시하였다.

2. 공동결정을 부작위로 보는 경우 공동정범의 인정

가. 단독으로 결과발생의 방지가 가능한 상황에 있는 보증인

결과발생을 방지할 의무가 있는 여러 명의 보증인들이 각각 독자적으로 결과발생을 방지할 능력을 가지고 있는 경우에는 공동정범의 성립여부는 크게 중요치 않다. 이같은 상황에서 보증인들이 공동하여 아무런 조치를 하지 않기로 결의한 데 대해 공동정범의 성립을 인정한다고 하더라도 이는 선언적 의미 밖에 없다. 어느 보증인이든 자신의 의무를 다함으로써 결과의 발생을 방지할 수 있었으므로 부작위로 인한 결과에 단독정범으로서의 책임이 이미 인정되기 때문이다¹⁵⁾. 하지만 개별 책임

제조되어 판매되었다는 점에 주목하여 전자의 28건의 피해에 대해서는 부작위에 의한 상해죄(제 223조a 및 제13조)를 인정하였으나 후자의 10건에 대해서는 적극적인 작위에 의한 상해죄(제223조a)에 해당한다고 보았다¹⁾. BGHSt 37, 106, 129 이하.

13) BGHSt 37, 106, 114.

14) BGHSt 37, 106, 130.

15) Dencker, Kausalität und Gesamttat, 1996, 168면; Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 10 Rn. 94; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7/84, Jescheck/Weigend, 위의 책, § 63 IV 2; Roxin, 앞의 Kommentar, § 25 Rn. 214; Sch/Sch/Cramer, Vor § 25 Rn. 110; Schwab, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, 1996, 52면; Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil I,

을 별론으로 하더라도 보증인들이 공동결의를 통해 이견의 여지를 줄이고 결과발생의 위험을 높임으로써 단독정범에서보다 불법의 정도가 중하다는 점에서 보증인 모두에게 공동정범을 인정하는 것은 기본적으로 가능하다¹⁶⁾. 다만 이 경우 한 보증인의 부작위가 다른 보증인 혹은 적극적인 작위를 행한 다른 구성원에 종속되어 있는 상황이라면 공동정범 대신 방조범이 성립할 가능성은 있다.¹⁷⁾

나. 타 보증인과의 협력을 통해서만 결과발생을 방지할 수 있는 경우

위와 같이 단독으로 결과발생의 방지가 가능한 경우에는 공동의 범행결의만으로도 공동정범이 인정될 수 있다. 결과의 발생이 분업적 실행을 통해서 발생한 것이 아니거나 분업적 실행 없이도 발생이 가능하기 때문이다. 하지만 다른 보증인과의 협력을 통해서만 결과발생을 방지할 수 있는 경우에는 필요한 조치를 행하지 않은 보증인 간에 공동의 범행계획을 분업적으로 실행하였다는 점이 인정되어야 한다. 여기서 ‘공동정범의 형태로 부작위범을 행하는 것이 가능한가’라는 근본적인 문제가 발생하는데 이에 대해서는 견해가 나뉘고 있다.

1) 부작위의 공동정범 부정론

카우프만(A. Kaufmann)은 부작위범에 있어 공동정범의 성립을 부정한다. 분업적 실행이란 애당초 적극적 작위를 통해 수행되는 거동범의 공동정범에 적용되는 개념인데 부작위범에서는 이와 같은 거동적 요소가 없다. 작위범의 분업적 실행에 상응하는 형태를 부작위에 대한 이사회회의 결정에서 찾아본다면 요구되는 특정 조치를 하지 않기로 하는 사전협의를 생각해 볼 수 있지만 역시 분업적 ‘실행’과는 다르다

Rn. 1068; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil II, § 31 Rn. 173. 예를 들어 5명으로 구성된 이사회에서 임원인 A는, 불법적 결과를 야기할 결정에 대해 B와 C는 찬성, D와 E는 반대할 계획을 알았다. 이런 상황에서 A가 찬성표를 던졌다면 A는 단독으로 부작위범이 될 수도 있지만 B, C와 함께 공동정범이 성립할 수도 있다. 이 경우 A가 B 또는 C와 어느 정도 교감을 가지고 있었는가가 공동정범 성립에 관건이 될 것이다.

16) Jescheck/Weigend, 위의 책; Roxin, 앞의 Kommentar; Stratenwerth, 위의 책.

17) 예컨대 위 주15의 상황에서 A가 B 또는 C의 결정에 따를 수 밖에 없는 관계에 있었던 정황이 인정된다면 단독정범의 책임을 묻기는 어려울 것이다. 하지만 구성원 전체가 동등한 자격을 보유한 통상의 기업 이사회를 상정한다면 방조범이 성립하는 것은 예외적인 경우라고 생각된다.

는 것이다.¹⁸⁾ 공동정범 상호간의 행위귀속이 불가함을 이유로 부작위에서의 공동정범을 부정하는 견해도 있다. 공동정범은 다른 공동정범의 행위가 곧 자신의 행위로 간주되는 것을 기본원리로 하고 있는데 부작위범의 경우에는 타인의 부작위를 자신의 부작위로 보기가 어렵다는 것이다.¹⁹⁾ 예쾡/바이젠트(Jescheck/Weigend)는 다른 보증인들에 대한 영향력이 없는 보증인의 경우에는 단독으로 정범이 될 수도 없다고 한다.²⁰⁾ 이처럼 부정론은 기본적으로 작위범에 있어 공동정범이 행위자들간의 긴밀한 상호작용을 통해 구성요건을 실현하는 데 반해 부작위범에 있어 다수의 참가자 간에는 서로간의 연결점이 없고 공동의 수행이라는 것이 없는 경우가 대부분이라는 점에 근거하고 있다. 부정론에 의하면 각기 다수결에서 한 표만을 행사하는 개별 이사회 임원들이 상호 의사연락 없이 요구되는 조치의 해태를 결의한 경우 단독정범이든 공동정범이든 형사책임 자체가 부정되는 결과에 이르게 된다.

2) 부작위의 공동정범 긍정론

반면 다수의 견해는 공동정범의 형태로 부작위범을 범하는 것이 가능하다고 보고 있다²¹⁾. 먼저 연방대법원은 피헉스프레이 사건에서 대책회의 당시 이미 시중에 있었던 제품에 대해 미회수 결정을 내린 경영자(보증인)들에게 부작위범의 공동정범을 인정하였다. 동 사건에서 개별 경영자들은 단독으로 결과발생의 방지가 가능한 상황이 아니었다. 그럼에도 연방대법원은 분업적 실행이라는 객관적 측면보다 보증인들이 그들 모두에게 요구되는 의무를 하지 않기로 공동으로 결정(공동의 범행결의)하였다는 점에 근거하여 참가자 전원에게 상해죄의 공동정범을 인정하였다²²⁾.

18) 이러한 관점에서 부작위범의 공동정범을 부인하는 견해로 Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 제2판(1988), 189면 이하.

19) Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 20 Rn 100; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, § 25 Rn 9.

20) Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, § 63 IV 2. 비슷한 견해로 Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 10 Rn 93.

21) 국내의 판례와 학설도 공동의 의무를 가진 보증인들이 공동으로 부작위하였다는 점에 주목하여 이를 긍정하는 입장이다. 대판 2008.3.27 선고, 2008도89 및 김일수/서보학, 형법총론, 615면; 박상기, 형법총론, 323면; 신동운, 형법총론, 565면; 이재상, 형법총론, 134면 참조. 다수의 보증인 상호간의 공동정범의 성립가능성에 대한 유형별 검토로는 이용식, 부작위 상호간에 있어 정범과 공범의 구별 및 공동정범의 성립가능성, 서울대학교 법학, 제52권 제1호 (2011), 168면 이하 참조.

동 판결에서 어떤 근거로 부작위범에 있어서는 공동의 범행계획만으로 공동정범이 성립할 수 있는지에 대해서는 언급되지 않았다. 하지만 각 참가자가 단지 자신에게 요구되는 행위를 부작위하는데 머물지 않고, 부작위를 위한 공동결정과정에 지속적으로 참가하여 표를 행사함으로써 해당 결정이 내려지는데 필요한 역할을 하였다는 점에서 분업적 실행도 인정할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

부작위범의 본질과 관련하여 독일 내 다수설의 지위에 있는 의무범(Pflichtdelikt)인 부작위범에 있어서 공동정범의 성립은 적극적인 작위범에서와는 다른 방법으로 특정된다고 본다. 부작위범은 특정 의무를 지닌 자만이 범할 수 있는 의무범으로 자수범(eigenhändiges Delikt) 내지는 신분범(Sonderdelikt)과 같은 성격을 가지며 가담자가 지니는 의무 자체가 정범과 공범의 구분기준이자 정범성을 정의하는 요소가 된다는 것이다²³⁾. 이에 따르면 특정 조치에 대한 의무를 지고 있는 보증인이 해당 조치를 하지 않는 경우 단독정범이 되는 것처럼 공동의 의무를 가진 다수의 보증인이 결의하여 요구되는 조치를 하지 않는 경우에는 공동정범이 성립한다는 결론에 이르게 된다. 이런 의미에서 Dencker는 “공동정범에 해당하는 전체적 부작위(mittäterschaftliche Gesamtunterlassung)”라는 표현으로 부작위범에 있어서 공동정범의 성립근거를 설명하고 있다²⁴⁾.

정범과 공범의 구분에 관한 지배적 이론인 행위지배설에 의할 경우에도 같은 결론에 이른다. 공동정범은 각자가 전체 범죄의 실현과정 중 자신에게 분담된 필수불가결한 역할을 실행하는 ‘기능적 행위지배(funktionale Tatherrschaft)’를 통해 성립한다²⁵⁾. 이러한 행위지배의 개념은 이사회적 부작위 결정에 참여한 보증인들에게도 적용이 가능하다. 개별 참가자가 공동의 불법적 계획에 부합하게 부작위에 머무르는 것은 전체적으로 보면 결과발생의 방지를 위해 필요한 조치가 이루어지지 않기

22) BGHSt 37, 106, 129.

23) Gropp, 위의 책, § 10 Rn. 93; Jescheck/Weigend, 위의 책, § 63 IV 2; Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Strafrechtslehre, § 21 Rn. 12; 같은 이, Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft, Jura 1987, 246면 이하.; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 355면 이하; 같은 이, 앞의 Kommentar, § 25 Rn. 201 이하; Rudolphi, SK-Kommentar, Vor § 13 Rn. 37 이하; Sch/Sch/Cramer, Vor § 25 Rn. 77 이하.

24) Dencker, Kausalität und Gesamttat, 1996, 172면 이하.

25) Roxin, 위의 책, 246면.

위한 필수불가결한 요소가 되기 때문이다. 다시 말해 자신의 부작위로 공동의 부작위에 기여한 자는 다수결 결정에 있어 여타의 참가자들과 동일한 수준으로 결과에 대한 공동지배를 가지고, 이로써 전체적인 부작위에 대한 기능적 행위지배를 완성한다고 볼 수 있다²⁶⁾.

3. 평 가: 고의범 영역에서 공동정범의 성립가능성

이상을 정리하면 다음과 같다. 먼저 기업 이사회가 공동결정을 내리는 데 있어 참가자 개개인에게 이루어질 결정이 가져올 결과에 대한 고의, 즉 인식과 의사가 존재하는 경우에는 전원에 대해 무난하게 공동정범이 성립할 수 있다. 독일의 다수설과 판례도 전반적으로 일치된 견해를 보이고 있다. 여기에 개별 참가자가 내려진 결정과 다른 방향으로 의견을 냈는가의 여부는 고려되지 않는다. 결정 이전에 사전합의가 있었던 경우에는 공동의 범행계획과 실행이 모두 인정되고 사전합의가 없는 경우에도 공동의 의사형성과정에 지속적으로 참가하면서 승계적 공동정범의 형태로 다수결의 완성을 이뤄냈다는 점에서 공동정범의 성립을 인정하는데 법이론적으로 큰 무리가 없기 때문이다. 결과발생의 방지를 위해 요구되는 조치를 하지 않는 방향으로 공동결정이 이루어진 경우에는 공동정범의 형태로 부작위를 범하는 것이 가능한가라는 문제가 대두된다. 하지만 이 경우에도 공동의 의무를 협력하여 해태하는 형태로 작위범과의 행위정형의 동가치성을 만들어 내는 부작위범의 특성을 고려하면 공동정범의 성립이 가능하다. 결론적으로 어떤 형태로 이사회 결정에 참가하든지 본인 자신이 불법적 결과에 대한 고의를 가지고 있는 한 다른 참가자의 행위도 자신의 행위로 귀속되는 것이다.

26) Beulke/Bachmann, 위의 글, JuS 1992, 737면 이하; Jescheck/Weigend, 위의 책, § 64 IV 5, § 63 IV 2; Jescheck, LK-Kommentar, § 13 Rn. 58; Lackner/Kühl, 위의 책, § 27 Rn. 5; Maurach/Gössel/Zipf, 위의 책, § 47 Rn. 108 이하.

III. 이사회 구성원의 과실에 근거한 공동정범

공동결정이 가져올 결과에 대해 참가자들이 이를 인식하고 의지하는 경우도 있지만 일상적인 업무로서 요구되는 충분한 주의를 기울이지 아니하여 사안이 가져올 위험성에 대해 인식하지 못하거나(인식없는 과실) 혹은 인식은 하였지만 위험성을 간과(인식있는 과실)하여 결과가 발생하는 경우도 있을 수 있다. 과실범의 형태에 있어서도 역시 적극적인 작위에 대한 결정과 부작위에 대한 결정으로 나누어 고려할 수 있다.

1. 논의의 전제: 과실범의 공동정범의 성립가능성

고의를 동반한 이사회 참가자의 공동결정에 있어 공동정범의 인정에 큰 무리가 없는데 반해 불법적인 결정에 대한 고의가 없는 경우에는 논란이 있다. 여기에는 부작위범의 공동정범에서 보다 더욱 견해가 대립하고 있는 ‘공동정범의 형태로 과실범을 범하는 것이 애당초 가능한가’라는 문제가 포함되어 있기 때문이다.

가. 과실범의 공동정범 부정론

먼저 독일의 다수설은 과실범에 있어 공동정범의 성립을 부정하고 있다²⁷⁾. 가장 주된 논거는 공동정범의 주관적 성립요건인 공동의 범행계획이란 결과범에 있어서 특정한 구성요건적 결과의 발생을 의도하는 것이어야 한다고 본다²⁸⁾. 부정론의 또

27) Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 22 Rn. 74, § 29 Rn. 90; Bockelmann/Volk, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 204면; Bottke, Mittäterschaft bei gemeinsam fahrlässiger oder leichtfertiger Erfolgserwirkung, GA 2001, 470면 이하; Freund, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 10 Rn. 170; Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 10 Rn. 82a; Puppe, Wider die fahrlässige Mittäterschaft, GA 2004, 133면 이하; Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 573면, 655면; Kindhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 38 Rn. 55.

28) Bottke, 위의 글, 471면 이하.; Baumann/Weber/Mitsch, 위의 책, § 21 Rn. 74; § 29 Rn. 90; Günther, Strafrecht: Wer war der Täter?, JuS 1988, 368면; Jescheck/Weigend, 위의 책, § 63 I 3; Lackner/Kühl, 위의 책, § 25 Rn. 13; Maurach/Gössel/Zipf, 위의 책, § 49 Rn. 107; Roxin, 앞의 Kommentar, § 25 Rn. 217; Sch/Sch/Cramer, Vor § 25 Rn. 115 이하; Weißer, Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?, JZ 1998, 231면 이하.

다른 논거는 공동정범의 법문의 해석이다. 독일 형법 제25조 제2항은 ‘수인이 공동으로(gemeinschaftlich) 범죄한 경우’를 공동정범으로 정의하고 있는데 여기서 공동의 의미는 역시 ‘범행고의의 공동(die Gemeinschaftlichkeit des Deliktvorsatzes)’을 의미한다는 것이다²⁹⁾. 이러한 견해들에 따르면 공동정범은 기본적으로 결과발생에 대한 고의를 가진 가담자 상호 간에만 성립할 수 있고 따라서 이러한 고의가 결여된 과실범 간의 공동정범을 부정하게 된다. 다른 한편으로는 과실범에 있어 공동정범의 필요성에 대한 의문도 제기되고 있다. 헤르츠베르크(Herzberg)는 과실범에 있어서는 주의의무에 위반한 개별 참가자에 이미 단독정범이 성립하므로 공동정범을 인정할 실익이 없다고 한다³⁰⁾. 국내의 논의에서도 과실범의 공동정범을 인정할 수 없다는 견해가 다수설의 지위를 유지하고 있는 것으로 보인다³¹⁾.

나. 과실범의 공동정범 긍정론

부정론에 대해서는 하지만 만만찮은 반론이 제기되고 있다. 먼저 공동정범의 주관적 요건이 반드시 결과발생의 의도하는 고의범에만 해당되는 것이라고 보기 어렵다는 주장이다. 독일 형법 제25조 제2항은 공동정범은 ‘수인이 공동으로 범죄한 경우’라고만 규정하고 있을 뿐 고의범을 암시하는 어떤 문구도 포함하고 있지 않다³²⁾. 기본적으로 여기에 과실범이 제외될 이유가 없는 것이다³³⁾. 그렇다면 단지 고의범

29) Sch/Sch/Cramer/Heine, Vorbem. § § 25 ff. Rn. 116; Bottke, 앞의 글, 473면; Kindhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 38 Rn. 55.

30) Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 73면 이하; Roxin도 비슷한 견해를 밝히고 있다. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil Band II, § 25 Rn. 240.

31) 국내의 부정설은 주로 기능적 행위지배설의 입장에서 과실행위자 상호 간에는 실행행위의 기능적 역할분담이 인정되지 않으므로 과실범의 공동정범을 인정할 수 없다는 점에 주목하고 있다. 배종대, 형법총론, 572면 이하; 신동운, 형법총론 582면 이하; 박상기, 형법총론, 395면 이하; 임웅 형법총론, 408면 이하 참조. 과실의 공동정범에 대한 국내의 논의와 관련해서는 정승환, 인식있는 과실과 과실의 공동정범, 비교형사법연구 제11권 제1호, 2009, 397면 이하 참조.

32) 이는 고의범을 전제하지 않고 ‘2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때’라고만 규정하고 있는 우리 형법(제30조)의 태도와도 일치한다.

33) Bottke, Mittäterschaft bei gemeinsam fahrlässiger oder leichtfertiger Erfolgserwirkung, GA 2001, 473면; Küpper, Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, GA 1986, 443면; Sch/Sch/Cramer, Vorbem. §§ 25 ff. Rn. 116. 우리의 판례도 1962년까지는 공동의 범행계획의 결여를 이유로 과실범의 공동정범을 인정하지

에 있어 공동정범의 주관적 요건일 뿐인 공동의 범행계획이 없다는 이유로 과실범의 공동정범을 부정하는 것도 불가능하다. 과실범의 본질은 고의범과는 달리 결과를 의도하지 않았지만 주의의무위반적 행위가 결과발생에 부정적 영향을 미쳤다는 데 있기 때문이다³⁴⁾. 게다가 오늘날 기업을 비롯하여 분업적 조직을 기반으로 이루어지는 광범위한 형태의 과실범과 관련하여 그 형사정책적 필요성에서 과실범의 공동정범을 인정해야 한다는 견해가 늘어나고 있다³⁵⁾. 국내에서도 과실범의 공동정범을 인정하는 판례가 꾸준히 누적되고 있다. 대법원은 청구우암상가아파트 붕괴(1994)³⁶⁾, 열차전복(1994)³⁷⁾, 삼풍백화점 붕괴(1996)³⁸⁾, 공연장 참사(2006)³⁹⁾, 선박교통 방해(2009)⁴⁰⁾ 등 일련의 사건에 있어 관리감독의무를 지고 있던 자들에 대

하였으나 이후 입장을 변경하여 이른바 행위공동성에 근거하여 과실범의 공동정범을 인정하고 있다. 우리 대법원의 일련의 입장과 관련하여 허일태, 과실범의 공동정범에 대한 대법원판례의 변천, 동아법학 제25호(1999); 김유근, 선임감독자의 ‘일반적인’ 범죄방지(선임감독)의무 위반행위의 범죄유형, 형사법연구 제22권 제2호 (2010), 212면 이하 참조.

- 34) Brammsen, 위의 글, Jura 1991, 537면; Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, 100면 이하; Otto, Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht - OLG Hamm, NJW 1973, 1422, JuS 1974, 704면; 같은 이, Mittäterschaft bei Fahrlässigkeitsdelikten, Jura 1990, 48면; 같은 이, Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, Festschrift für Spandel, 1992, 281면 이하; Renzinkowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, 284면; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, § 25 Rn. 242; Schumann, 위의 글, 110면 이하; Weißer, 위의 글, 231면 이하.
- 35) Bloy, Die fahrlässige Mittäterschaft, GA 2000, 395면; Hoyer, Die Differenzierung zwischen Erfolgs-, Handlungs- und Unrechtszurechnung, GA 2006, 301면; Lesch, Gemeinsamer Tatentschluss als Voraussetzung der Mittäterschaft?, JA 2000, 78면; Brammsen, 위의 글, 533면 이하; Beulke/Bachmann, 위의 글, JuS 1992, 737면 이하; Dencker, 위의 글, 165면; Hilgendorf, 위의 글, 561면 이하; Lampe, Systemunrecht und Unrechtssystem, ZStW 106 (1994), 683면 이하; Otto, Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, Festschrift für Spandel, 1992, 271면 이하; 같은 이, Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, Festschrift für Maurach, 1972, 91면 이하; 같은 이, Mittäterschaft bei Fahrlässigkeitsdelikten, Jura 1990, 47면; Ransiek, 위의 글, 67면 이하; Schumann, 위의 글, 106면 이하; Weißer, 위의 글, 142면 이하. 국내에서 이를 긍정하는 견해로 김일수/서보학, 형법총론, 609면; 이재상, 형법총론, 467면; 정성근/박광민, 형법총론, 555면 참조.
- 36) 대판 1994.3.22 선고 94도35.
- 37) 대판 1994.5.24 선고 94도660.
- 38) 대판 1996.8.23 선고 96도1231.
- 39) 대판 2006.10.26 선고 2006도5388.
- 40) 대판 2009.6.11 선고 2008도11784.

해 과실범의 공동정범의 성립을 인정하고 있다⁴¹⁾.

다. 평 가

전통적으로 다수설이었던 과실범의 공동정범에 대한 부정론은 기본적으로 다수의 참가자가 필수불가결한 행위를 나누어 분업적으로 실행하는 고의범에서의 행위태양, 즉 고의와 고의의 결합을 전제하고 있다. 하지만 위험이 일반화된 오늘날 정작 보다 광범위하고 심각한 결과를 야기하는 범죄들은 많은 경우 과실끼리 결합하고, 과실과 고의가 섞이며 작위와 부작위가 혼합되는 다양한 형태로 이루어진다. 여기에 과실범의 공동정범을 인정해야 할 이유가 있다. 개별 과실범들은 어차피 단독으로 정범이 가능하다는 것으로 공동정범의 필요성을 부인할 수도 없다. 단독정범이란 어떤 경우에도 공동정범보다 엄격한 성립기준을 요구하므로 책임의 인정범위는 제한되기 때문이다⁴²⁾. 또한 형법상 공동정범 규정이 공동으로 죄를 범할 것만을 요구하고 있는 한, 날로 그 중요성을 더해 가고 있는 과실범이 여기에서 제외되어야 할 이유는 없다고 본다. 아래에서는 과실범의 공동정범을 긍정하는 전제에서 결과발생에 대한 고의 없이 (인식 있는 혹은 인식 없는) 과실의 형태로 이루어지는 이사회 결정에 있어 공동정범의 성립가능성을 검토해 본다. 과실범의 경우에도 역시 적극적 작위와 부작위범의 형태로 이루어질 수 있다는 점에서 각각 구분하여 논의를 지속한다.

2. 적극적 조치에 대한 이사회 의 공동결정의 취급

예를 들어 이사회 구성원들이 위험성이 있는 제품을 지속 판매하기로 공동결정하는데 있어 위험한 결과를 초래할 고의는 없었으나 업무상 요구되는 주의의무의 위반이 있는 경우, 이들 상호 간에 과실범의 공동정범이 인정될 수 있는 가능성은 다음과 같다. 과실범의 공동정범에 있어서는 공동의 범행계획을 요하지 않고 행위의

41) 자세한 사건내용에 대해서는 김유근, 선임감독자의 '일반적인' 범죄방지(선임감독)의무 위반행위의 범죄유형, 형사법연구 제22권 제2호 (2010), 212면 이하 참조.

42) 예를 들어 공동으로 주의의무를 위반한 5인에게 공동정범의 죄책이 인정되는 경우에도 공동정범 부정론에 의하면 주의의무의 위반의 정도가 특히 명백한 1-2인만이 당사자의 과실 범위 내에서 책임을 지는 결과를 가져오게 된다.

공동성으로 족하다는 견해에 따르더라도 여기에는 최소한 공동결정에 이르는 과정 전반에 대한 인식과 (독일 또는 우리) 형법이 규정하고 있는 ‘행위의 공동성’이 필요하다. 먼저 다수결 결정에 참여하는 자는 자신의 표는 다른 참가자들과의 공동을 통해서만 특정 결정에 이를 수 있으며 이로써 자신은 전체과정에서 필요한 기여를 하고 있음을 인식하고 있다. 이러한 의식적인 공동결정이 과실범으로 분류되는 이유는 단지 그가 특정 범죄의 실현을 목적하지 아니하였다는 점이다. 다수결의 참가자는 자신이 원하지 않는 방향으로 결정이 내려질 가능성이나 그 결정이 실행될 것임을 충분히 인식하고 있다. 이러한 상태에서 표결에 동참함으로써 개인적 영향력의 행사보다 타 구성원과 공동하여 행동하는 쪽을 택했다면 이로써 행위의 공동성은 이미 인정되는 것이다. 사실 일상생활에서조차 다수결에 의한다는 것은 단독결정이 아니라 다수 참가자의 협력을 통한 결정을 의미한다는 점을 고려하면 당연한 귀결이라고 할 수 있다.

행위의 공동성이 인정된다면 이제 표결 참가자 전원은 하나의 범죄공동체를 형성하고 이로써 내려진 결정이 초래할 결과에 대해 공동으로 책임을 지게 된다. 하지만 결정 당시 침해적 결과를 의도한 것이 아니었다면 결정과정에 공동의 주의의무위반이 있는지를 검토하여야 한다. 주의의무위반의 판단을 위해서는 결정한 사항이 구체적으로 무엇인지, 결정에 앞서 사안과 관련된 어떠한 정보가 제공되었는지, 전문가의 의견을 참고하였는지 등 관련된 제반 사항이 사후적으로 조사되어야 할 것이다. 기업의 이사회 결정은 주의의무위반이 인정될 수 있는 기본조건을 갖추고 있는데 이는 통상적으로 표결에 앞서 문제된 상황에 대한 브리핑과 전문가의 조언이 주어지고 참가자들 간의 의견교환이 이루어지기 때문이다⁴³⁾.

이런 의미에서 이사회 결정을 통한 과실범은 고의와 과실이 결합된 형태의 공동정범을 나타낸다. 공동결정에 대한 의식과 의사는 고의범의 특징을 보이는 반면, 내려진 결정을 통한 결과발생에 있어서는 과실범적인 측면을 가지고 있는 것이다. 결국 다수설이 고의범의 공동정범에 있어서 요구하고 있는 ‘공동의 범행계획’이라는

43) 기업 구조에 따라 이사의 구성원인 사실상 오너가 정보를 독점하고 이를 공유하지 않거나 혹은 의식적으로 침묵한 상태에서 표결이 진행될 수 있다. 이 경우에는 이사회 구성원 간에 공동정범이 전제하는 수평적 협력관계가 인정되기 어렵다고 보여진다. 오히려 여기에는 우월적 지식에 의한 의사지배에 근거한 간접정범의 성립이 문제될 수 있다.

주관적 요소가 이사회 결정에 있어서는 ‘공동결정에의 인식과 의사’라는 요소로 대체되었을 뿐 공동결정에의 적극적 참가를 통해 실행행위의 분담은 여전히 인정되고 있다. 이는 공동정범의 성립이 가능한 상황에서 다만 주의의무에 위반한 판단으로 인해 결과발생에 대해 과실범의 책임을 지는 구조로 이해될 수 있다. 결론적으로 공동정범의 성립에 필요한 요소는 빠짐없이 갖추고 있는 것이다.

3. 부작위에 대한 이사회 공동결정의 취급

이 경우는 부작위범과 공동정범과 과실범이 혼합된 매우 복잡한 형태⁴⁴⁾이다. 생각해 볼 수 있는 상황은 두 가지가 있다. 먼저 이사회 구성원들이 문제된 제품 혹은 상태와 관련하여 이를 야기한 기업의 결정권자(보증인)으로서 필요한 조치를 하지 않기로 공동결정하는 경우가 있을 수 있다. 다음으로 결과발생의 방지를 위해 요구되는 공동결정 자체에 참여하지 않는 방법으로 부작위가 행해지는 경우이다. 과실범으로서 두 가지 상황 모두에 있어 공동의 주의의무의 위반이 인정되어야 하는 것은 물론이다. 아래에서 구분하여 검토해 본다.

가. 공동결정에 근거한 부작위의 경우

우선 부작위에 대한 이사회 결정은 적극적 작위에 대한 결정의 경우와 같이 참가자들 간에 공동정범이 성립하는 전형적인 과정을 나타낸다. 이사회 임원들은 요구되는 조치를 하지 않고 문제된 상태를 유지하기로 결정함으로써 공동의 범행계획에 합의하였다. 또한 개별 임원들은 그 자신의 부작위와 함께 합의과정에서 타 임원들의 부작위에도 영향을 미쳤다. 이사회 임원들이 침해적 결과방지에 필요한 조치를 하지 않는 방향으로 공동결정한 이상 - 그 결정사항이 작위에 관한 것이냐 부작위에 관한 것이냐의 여부와 상관없이 - 작위범에서와 같은 논리로 인정된다고 볼 수 있다. 이러한 전제 위에 부작위로의 공동결정이 과실범의 공동정범을 구성하기 위해서는 두 가지의 추가적 요건이 필요하다. 먼저 문제가 된 결정의

44) ‘과실범에 있어 부작위의 공동정범’이라는 주제에 대한 독일에서의 논의에 대해서는 김성룡, 다수인의 공동의 의사결정에서의 형법해석학적 문제점, 비교형사법연구 제4권 제1호(2002) 참조.

대상이다. 부작위에 대한 결정이 주의의무에 위반된 공동행위로 평가될 수 있으면 해태하는 조치가 결과발생의 방지를 위해 필수불가결한 조치였다는 점이 인정되어야 한다⁴⁵⁾.

다음으로 참가자들에게 결과발생에 대한 고의가 없는 대신 인식 상의 과실이 필요하다. 즉 참가자가 결정 당시 주의의무에 위반하여 그 결정이 가져올 결과를 예상하지 못하거나(인식 없는 과실) 최소한 결과가 발생하지 않을 것으로 신뢰(인식있는 과실)하였다는 점이 인정되어야 한다. 그 가능성을 인식하였으나 이를 감수(in Kauf nehmen)하기로 하였다면 미필적 고의에 의한 고의범을 구성하게 되기 때문이다. 충분한 주의를 기울이지 못하여 결과발생의 방지를 위해 필요한 조치를 취하지 않기로 공동결정하게 된 경우에 있어 참가자 전원은 과실범의 공동정범의 죄책을 지게 된다는데 다수의 견해⁴⁶⁾도 동의하고 있다.

나. 공동결정에 근거하지 않은 부작위에 있어 과실범의 공동정범

기업 차원의 부작위는 언제나 공식(형식)적인 결정 절차를 통해 이루어지는 것은 아니다. 예를 들어 어떤 회사가 생산·유통시킨 제품과 관련된 일련의 건강이나 환경 피해 사례가 보고되었다. 이에 대해 회사 내 실무자가 제품에 포함된 문제제되는 성분이나 지속 유통시 추가적 피해발생 가능성을 구체적으로 분석한 보고서를 작성하여 이사회에 제출하였으나 이를 읽어본 참석자들 가운데 누구도 이를 진지하게 고려하여 안건으로 상정하거나 문제삼지 않아 묵살됨으로써 피해가 확산된 경우를 생각해 볼 수 있다. 여기에는 공식적인 공동의 결의가 없기 때문에 이사회 임원들 간에 행위의 공동성을 인정하는데 어려움이 있다. 과연 이러한 경우에도 과실범의 공동정범이 성립할 수 있는지 여부는 다시 두 가지 상황으로 구분하여 검토할 필요가 있다.

45) Dencker, 위의 책, 172면 이하; Struensee, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987, 53면 이하.

46) Beulke/Bachmann, 위의 글, 737면 이하; Brammsen, 위의 글, 533면 이하; Dencker, 위의 책, 172면 이하; Hilgendorf, 위의 글, 561면 이하; Otto, Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, Festschrift für Spengel, 1992, 271면 이하; 같은 이, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, § 21 Rn. 119 이하; Ransiek, 위의 글, 67면 이하; Renzikowski, 위의 책, 282면 이하; Schumann, 위의 글, 106면 이하; Weißer, 위의 글, 230면 이하.

1) 이사회 구성원 간의 실질적인 연관성이 인정되는 경우

공식적인 이사회 의 공동결정을 통해 부작위가 이루어지지 않은 경우에도 기업 내에 존재하는 경영진 간의 일반적이고 실질적인 연관성에 대한 검토를 통해 공동정범이 인정되는 것이 가능할 수 있다. 만약 문제된 사항이 이사회에 최초로 보고되고 그 이전에 참석자 상호간에 의사연락이 전혀 없는 경우라면 행위의 공동성을 인정하기는 어렵다. 하지만 이러한 경우는 오히려 예외적인 경우에 속한다고 보아야 한다. 기업의 이익과 관련된 중요한 문제가 발생하면 지체없이 경영진에게 보고되고 내부 회의를 통해 검토되며 필요한 경우 전문가에게 조사가 의뢰되는 것이 보통이다. 문제해결을 위해 요구되는 필요한 조치에 대한 최종결정만이 공식적인 이사회를 통해 이루어질 뿐인데 비록 외견상 이사회에서 참가자들이 문제에 대한 아무런 조치를 언급하지 않았다고 하더라도 사실상 참가자들 상호간에는 긴밀한 협조관계가 존재하고 있는 것이다. 이처럼 일상업무에 근거한 실질적인 협력관계가 인정된다면 행위의 공동성이 인정될 수 있다. 그리고 이사회 시점에 문제된 사항과 관련하여 적절한 조치를 결의할 만큼 명확한 정보가 수집되지 않은 상황이라면 - 예컨대 제조물과 관련하여 - 문제된 제품의 잠정적 판매중지와 같은 최소한의 예방조치는 취해져야 하는데 그 위험성을 간과하여 누구도 이를 요구하지 않았다면 여기에 과실, 즉 주의의무위반이 인정되고 참가자 상호간에는 과실범의 공동정범이 인정될 여지가 있다. 경우에 따라서는 이사회에 앞서 참가자 상호간에 문제된 사안을 논하지 않기로 하는 명확한 합의가 존재할 수도 있다. 여기에는 앞에서 살펴보았던 「사전합의가 존재하는 공동결정에 있어 고의범의 공동정범」⁴⁷⁾에서와 같은 원리로 공동정범이 성립한다.

2) 이사회 구성원 간에 사전 의사연락이 인정되지 않는 경우

요구되는 조치에 대한 공식적인 이사회에서의 공동결정도 존재하지 않고 사전에 긴밀한 업무적인 협의나 의사연락도 인정되지 않는 경우에 공동정범의 성립근거는 기업 내에서 이사회가 가지는 본질적인 성격에서 찾아질 수 밖에 없다. 피헉스프레

47) 위 II-1-가 참조.

이 판결과 관련하여 오토(Otto)는 경영진 개개인에 부작위에 대한 과실범의 공동정범의 성립근거를 공동의 법적인 책임에서 찾고 있다. 이사회 임원으로서 일반적으로 공유하는 협력적이고 동등한 수준의 책임이 부작위범에서 가지는 의미는 작위범의 공동정범에 있어 공동의 범행계획과 동일하다는 것이다. 따라서 이사회 결정에서와 같이 오직 여러 보증인의 누적적인 협력을 통해서만 결과발생의 방지를 위한 조치가 가능한 상황에서 해당 조치가 해태되었을 경우에는 구성원 간의 상호 연락이 없는 상태에서도 전체 보증인에 대해 공동정범의 성립이 가능하다고 한다⁴⁸⁾. 피혁스프레이 판결에서 연방대법원은 문제된 제품의 회수를 앓는 결정에 참가한 전원에게 부작위의 공동정범이 성립하는 이유는 결과의 발생을 방지하는 것이 단독으로는 불가하고 전 구성원의 협력을 통해서만 가능하기 때문이라고 판시한 것도 비슷한 취지에서라고 할 수 있다⁴⁹⁾. 하지만 행위 자체의 공동을 요구하고 있는 (독일 또는 우리) 형법의 규정상 구체적인 행위의 공동 없이 일반적인 공동책임에서 공동정범의 인정근거를 찾는 이러한 태도는 받아들이기 어렵다. 공동정범은 최소한 공동의 범행계획을 요하고 있고⁵⁰⁾ 사전의 의사연락이 없이 이루어진 우연적인 의사의 일치만으로는 공동정범은 성립할 수 없기 때문이다⁵¹⁾.

반면 부작위범의 본질에 주목하여 이사회 임원들이 보증인으로서 공유하는 특수한 의무에서 공동정범의 성립근거를 찾는 견해는 보다 설득력이 있다. 위에서 살펴본 바와 같이 일부의 견해⁵²⁾는 부작위범의 의무법적 특성을 강조하면서 - 행위 자체가 없는 - 부작위범의 정범성은 작위범과는 달리 그 특수한 의무의 보유 여부에 의해 결정된다고 본다. 이에 따르면 특수한 의무를 지닌 다수의 보증인에 의해 범해지는 부작위범에 있어서는 결과방지를 위한 조치를 해야 할 보증인들의 공동의 의무가 곧바로 그들 상호 간의 공동정범의 성립근거가 된다고 볼 수 있다. 이러한 입장은 부작위범에 있어 보증인의 공동책임의 근거를 잘 설명할 수 있을

48) Otto, Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden, 10면 이하; 같은 이, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, § 9 Rn. 83 이하, § 21 Rn. 115 이하.

49) BGHSt 37, 106, 130 이하.

50) Ransiek, 위의 책, 70면 이하; Rotsch, Individuelle Haftung in Großunternehmen, 1998, 182면.

51) Hilgendorf, 위의 글, 561면 이하; Scholl, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Gemeinde-, Kreisräten und Mitgliedern der Zweckverbandsversammlungen im Umweltstrafrecht, 1996, 223면.

52) 위 II-2-나-2) 참조.

뿐만 아니라 그 책임의 범위를 제한하는 적절한 기준도 제공한다. 공동의 의무를 지는 개별 보증인은 공동결정의 범위 내에서 공동책임을 질 뿐 비록 자신 스스로 - 예컨대 관청에 신고를 하거나 언론에 알리는 등의 방법으로 - 결과방지를 위한 적절한 조치를 할 수 있었다고 하더라도 이에 대한 부작위 책임은 지지 않는다⁵³⁾. 이러한 공동책임의 발생과 제한은 모두 공동의 결과방지 의무 자체가 개별 구성원의 자발적이고 의식적인 이사회의 참여와 자신이 참여한 이사회 결정을 전적으로 수용하는 데서 발생하기 때문에 가능한 것이다. 이러한 기업 이사회의 특성상 구성원 간의 사전 의사연락이 없었다는 사실은 공동책임의 인정에 영향을 미치지 않는다⁵⁴⁾.

4. 소결 및 사건: 과실에 의한 불법적 공동결정에 대한 공동정범 인정

이사회 임원 개개인의 주의의무위반의 결합의 형태로 이루어지는 공동결정에 대해 공동의 책임을 인정하기 위해서는 아직도 많은 판례의 누적과 학계의 지지가 필요한 듯 한다. 이를 긍정하는 여러 견해와 증가하는 판례에도 불구하고 부정설은 기존의 다수설의 지위를 유지하고 있기 때문이다. 그럼에도 필자는 최소한 기업 이사회의 공동결정에 관한 한 과실범의 공동정범이 가능하고 또 인정해야만 한다고 본다.

기업 이사회의 잘못된 결정은 임원 상호 간 의사에 의해서 이루어지기도 하지만 많은 경우 부정확한 정보와 부족한 주의에서 비롯된다. 이사회 임원이 기업

53) BGHSt 37, 106, 125.

54) 이는 참가자 간의 사전 의사연락이나 공동의 범행계획이 큰 의미를 가지지 못하는 이사회의 특성을 고려한 결론이므로 각기 다른 보증인들의 의무가 우연히 결합된 것에 불과한 경우에는 공동책임을 인정할 수 없다. 예를 들어 Otto는 자신이 만든 소위 극장 케이스에서 발생한 화재가 진화되지 못한 이유에 있어 ①극장 관리인이 작동되지 않는 소화기를 비치하였고 ②소방관이 술에 취하여 근무불능 상태에 있었던 두 보증인의 의무위반이 경합한 경우 두 사람 간에는 의사연락이 없지만 극장의 안전에 관한 공동의 법적 책임을 가지기 때문에 공동정범이 성립한다고 보았다. 하지만 이사회가 갖는 특수한 공동의 의무에서 공동정범의 성립근거를 찾는 견해에 따르면 이 경우에는 공동정범이 인정되지 않는다. 각기 다른 보증인 의무가 우연히 결합된 경우에 불과하고 하나의 책임그룹으로 인정할 수 없기 때문이다. 극장 케이스에 대해서는 Otto, Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, Festschrift für Spandel, 1992, 271면 이하 참조.

내에서 가지는 책임과 의무, 그리고 영향력을 고려한다면 그들에게 판단에 있어 특별한 주의의무가 요구되는 것은 당연하다. 따라서 기업의 이사회란 기본적으로 언제든지 과실범이 성립할 수 있는 이상적 조건을 갖추고 있다. 나아가 추가로 고려되어야 할 요소가 있는데 그것은 기업의 이사회란 그 본연적인 임무가 상시적인 공동결정이라는 점이다. 이것은 전형적인 공동정범이 전제하는 바로 그 의사적·행위적 공동체를 의미한다. 비록 이사회가 범죄를 목적으로 조직된 공동체는 아니지만 범죄로 나아갈 경우 범죄조직과는 앞뒤가 바뀌었을 뿐 본질적으로 양자는 동일하다. 여기에 구성원이 고의를 동반하고 공동결정에 가담하면 공동책임을 지고, 과실이 인정될 경우에는 개별책임을 묻는다는 것은 불합리하다.

필자는 오히려 이사회 임원들에게 요구되는 주의의 정도는 개인적인 차원에서 이루어진 과실에서 요구되는 그것보다 훨씬 강도 높은 것이어야 한다고 생각한다. 즉 이사회 임원이 과실범으로서 책임을 면하고자 한다면 자기 자신 주의의무를 다한 것으로 부족하고 - 최소한 공동결정 과정에 있어서는 - 다른 구성원의 주의의무 위반을 바로잡기 위해 노력해야 한다. 피엑스프레이 사건을 예를 들어 한 임원이 주의의무를 다하여 건강침해를 야기할 제품의 회수에 표를 던졌다고 가정하자. 그러나 그가 다수결에 의해 이루어질 결정은 어느 방향이 되든 수용하려는 마음가짐에서, 부주의로 제품의 미회수를 결정하는 다른 임원들의 행동을 방관하였다면 그는 과실범의 공동정범의 죄책을 면할 수 없다. 이것은 여러 가담자가 있는 경우 중지미수가 인정되기 위해서는 자신의 행위중단 만으로 부족하고 다른 공범자의 행위까지 저지해야 하는 것과 같은 원리이다. 공동으로 행위에 착수하고 범행이 진행되는 상황에서 타인의 범죄수행을 단지 방관한 자는 공범자의 행위로부터 자유로울 수 없다.

IV. 결 론

이상에서 기업 이사회 의사결정에 근거하여 이루어지는 범죄와 관련하여 참가자 전원에게 공동책임이 인정될 수 있는 다양한 가능성을 고려가능한 여러 상황에 따라 검토해 보았다. 오늘날 위험사회에서 환경침해나 위험한 제조물 등 주로 기업에 의해 자행되는 일련의 범죄는 체르노빌이나 후쿠시마의 참사와 같은 인류의 재앙과도 밀접한 관련을 가진다. 자본주의를 움직이는 것은 기업이고 기업은 그 의사결정기구가 결정하는 방향으로 행동한다. 그리고 기업의 존재목적인 이윤을 위해 의사결정기구는 기본적으로 기업 외적인 이해관계를 차치할 준비가 되어 있기 때문에 불법적 결정에 대한 형법적 책임을 논하는 것은 매우 중요하다. 이사회 의사결정은 작게는 하나의 기업에, 나아가 대기업이 미치는 국가경제의 차원에도 큰 영향을 미친다. 2009년 우리 대법원은 온 국민의 관심이 주목되었던 삼성 에버랜드 전환사채 발행사건에서 이사회를 통해 이를 주도하였던 임원 2명에게 무죄판결을 선고하였다⁵⁵⁾. 동 사건과 관련하여 배임죄의 성립요건을 둘러싸고 학계에 많은 논의가 있었지만, 정작 재벌 2세에게 전환사채 인수를 통한 경영권 세습을 가능하게 하였던 기업 이사회 의사결정이나 이에 적극 가담하였던 이사진에 대한 공동책임에 대해서는 논해지지 않았다. 아쉬움이 남는 부분이다. 필자가 보기에 반기업적 지시를 내렸던 오너보다 그것을 가능하게 했던 시스템이 더욱 문제였기 때문이다.

본 논문에서는 특히 공동정범론이 기업 이사회에 의해 이루어지는 다양한 형태의

55) 동 사건은 2000. 6월 법학교수 43명이 이견회 회상 등을 업무상 배임 혐의로 고발하면서 시작되어 2003.12월 검찰이 이사회를 통해 전환사채 발행을 주도한 에버랜드 대표이사와 자금담당 상무 두 사람만을 불구속 기소하였고 2009.5.29 대법원은 피고인들에 대해 무죄를 선고하였다. 성민섭, 전환사채의 저가발행에 대한 이사의 형사책임, 국민대학교 법학논총, 제23권 제2호, 2011, 411면 이하; 장덕조, 전환사채의 저가발행과 회사의 손해, 법조, 제55권 제10호, 2006, 54면 이하; 박지현, 삼성에버랜드 이사회 의사결정에 대한 전환사채발행의 형사책임, 민주법학 제20호 제1권, 2001, 15면 이하 참조. 대법원 판결에 앞서 2심 판결에서 배임죄의 성립을 인정하였던 민병훈 판사는 언론에서 검찰이 에버랜드 전환사채 인수를 포기한 삼성 계열사 경영진을 배임으로 기소하고, 그룹 회장과 비서실 간부들을 배임죄의 공동정범으로 기소했어야 한다는 견해를 밝힌 바 있다. 김정우 기자, “민병훈, 에버랜드, 애초 기소가 잘못됐다”, 인터넷 한국일보(<http://news.hankooki.com>), 2008.7.18 자; 고재만/방정환 기자, “삼성 기소방식 잘못”, 인터넷 매일경제(<http://new.mk.co.kr>), 2008.7.18자 참조.

의사결정에 적용될 수 있는지 그 가능성을 보여주는데 주안점을 두었다. 그리하여 기업의 이사회 임원들에게 최소한의 형법적 의무를 부과하고 다수의 의견에 따랐을 뿐이라는 이유로 면책될 수 없음을 밝히고자 하였다. 앞으로도 이 분야의 사회적 중요성에 걸맞도록 범죄주체로서 기업 의사결정기구에 형법적 책임과 의무를 부과할 수 있는 형법적 도구에 대한 더욱 발전된 논의가 이어지기를 기대한다.

참고문헌

- 김일수/서보학, 형법총론(제11판), 박영사, 2006
- 박상기, 형법총론(제8판), 박영사, 2009
- 배종대, 형법총론(제9판), 형법총론, 홍문사, 2008
- 신동운, 형법총론(제5판), 법문사, 2010
- 이재상, 형법총론(제6판), 박영사, 2009
- 임 용, 형법총론, 법문사, 2005
- 정성근/박광민, 형법총론, 삼지원, 2008
- 김동률, 불법체제의 수뇌부 처벌근거로서 조직지배론, 형사정책 제25권 제3호, 2013
——, 형법상 제조물 책임에 있어 기업 경영진에 대한 보증인 지위의 인정근거, 한양
법학 제45집, 2104
- 김성룡, 다수인의 공동의 의사결정에서의 형법해석학적 문제점, 비교형사법연구 제4권
제1호, 2002
- 김유근, 선임감독자의 '일반적인' 범죄방지(선임감독)의무 위반행위의 범죄유형, 형사
법연구 제22권 제2호, 2010
- 박지현, 삼성에버랜드 이사회의 이재용에 대한 전환사채발행의 형사책임, 민주법학,
제20호 제1권, 2001
- 성민섭, 전환사채의 저가발행에 대한 이사의 형사책임, 국민대학교 법학논총, 제23권
제2호, 2011
- 이용식, 부작위 상호간에 있어 정범과 공범의 구별 및 공동정범의 성립가능성, 서울대
학교 법학, 제52권 제1호, 2011
- 이주희, 조직지배에 의한 간접정범의 성립요건과 한계, 청구법학 제32권 제2호, 2010
- 장덕조, 전환사채의 저가발행과 회사의 손해, 법조, 제55권 제10호, 2006
- 정승환, 인식있는 과실과 과실의 공동정범, 비교형사법연구 제11권 제1호, 2009
- Peron(조병선 역), 1990년 7월 6일 독일연방최고법원의 형법적 제조물책임에 대한 피
해보호분무기 판결, 청구법학 제8권, 1994

- 허일태, 과실범의 공동정범에 대한 대법원판례의 변천, 동아법학 제25호, 1999
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, Strafrecht, Allgemeiner Teil (제11판), 2003
- Beulke, Werner/Bachmann, Gregor, Die “Lederspray-Entscheidung” - BGHSt 37, 106, JuS 1992
- Bloy, René, Die fahrlässige Mittäterschaft, GA 2000
- Bockelmann, Paul/Volk, Klaus, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 제4판(1987)
- Bottke, Wilfried, Mittäterschaft bei gemeinsam fahrlässiger oder leichtfertiger Erfolgserwirkung, GA 2001
- Brammsen, Joerg, Erfolgszurechnung bei unterlassener Gefahrverminderung durch einen Garanten, MDR 1989
- , Kausalität- und Täterschaftsfragen bei Produktfehlern, Jura 1991
- Deutscher, Jörg/Körner, Peter, Die strafrechtliche Produktverantwortung von Mitgliedern kollegial Geschäftsleitungsorgane, wistra 1996
- Dencker, Friedrich, Kausalität und Gesamttat, 1996
- Eidam, Gerd, Straftäter Unternehmen, 1997
- Freund, Georg, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre, 1998
- Gropp, Walter, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 제3판, 2005
- Günther, Hans-Ludwig, Strafrecht: Wer war der Täter?, JuS 1988
- Hilgendorf, Eric, Fragen der Kausalität bei Gremiumsentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils, NStZ 1994
- Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977
- Hoyer, Andreas, Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung, GA 1996
- , Zur Differenzierung zwischen Erfolgs-, Handlungs- und Unrechtszurechnung, GA 2006
- Jakobs, Günther, Strafrecht, Allgemeiner Teil (제2판), 1991
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts (제5판), 1996

- Kamm, Simone, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999
- Kaufmann, Armin, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 제2판, 1988
- Kindhäuser, Urs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2005
- Kuhlen, Lothar, Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte, NStZ 1990
- Küpper, Georg, Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, GA 1986
- Kühl, Kristian, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 제5판, 2005
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen (제25판), 2004
- Lampe, Ernst-Joachim, Systemunrecht und Unrechtssystem, ZStW 106 (1994)
- Lesch, Heiko H, Gemeinsamer Tatentschluss als Voraussetzung der Mittäterschaft?, JA 2000
- Maurach, Reinhart/Gössel, Heinz/Zipf, Heinz, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2 (제7판), 1989
- Nappert, Thomas, Die strafrechtliche Haftung von Bürgermeistern und Gemeinderäten im Umweltstrafrecht, 1997
- Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre (제7판), 2004
- , Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, Festschrift für Maurach, 1972
- , Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht — OLG Hamm, NJW 1973, 1422, JuS 1974,
- , Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft, Jura 1987
- , Mittäterschaft bei Fahrlässigkeitsdelikten, Jura 1990
- , Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, Festschrift für Spendel 1992
- , Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden, 1993
- Puppe, Ingeborg, Anmerkung zu BGHSt 37, 106, JR 1992
- , Wider die fahrlässige Mittäterschaft, GA 2004

- Ransiek, Andreas, Unternehmensstrafrecht, 1996
- Renzinkowski, Joachim, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997
- Rotsch, Thomas, Individuelle Haftung in Großunternehmen, 1998
- Roxin, Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 제4판 (2006)
- , Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II (2003)
- , Täterschaft und Tatherrschaft, 제6판 (2000)
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar (제17판), 1974
- Schwab, Hans-Jörg, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, 1996
- Scholl, Ferdinand, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Gemeinde-, Kreisräten und Mitgliedern der Zweckverbandsversammlungen im Umweltstrafrecht, 1996
- Schumann, Heibert, Rezentation von Schmidt- Salzer, Produkthaftung, Band I, StV 1994
- Sofos, Themistoklis, Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen, 1999
- Stratenwerth, Günther/Kulhen, Lothar, Strafrecht, Allgemeiner Teil I (제5판), 2004
- Struensee, Eberhard, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987
- Weißer, Bettina, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 1996
- , Gib es eine fahrlässige Mittäterschaft? JZ 1998, 230

Legal Responsibility for Decisions by the Board of Directors of a Corporation

Kim, Dong Lyoul*

At the present time, in the case of a highly organized enterprise, a large number of illegal decisions are made systematically by a formal mechanism such as an official board of directors, rather than by the business owner or by the on-site supervisor. A member of the board of directors, as an individual of the large group, may avoid being directly responsible for the decisions. In Germany, there have recently been lively discussions about the possibility of considering the guilt of the participants in a joint decision involving corporate crimes. Because boards of directors make various types of decisions, such as active participation/intentional negligence, and deliberate offenses/unintentional offenses, it is advisable to have segmented investigations according to each type rather than to apply the general theory of co-offense.

① In the case where board members intentionally make joint decisions that produce illegal results through prior consultations in order to produce certain results, the individuals who participated in the decision-making process are liable as accomplices due to the acknowledgment that they affect the resulting decisions together with other members. Even when there was no prior consultation, it is reasonable that all of the individuals admit their culpability as accomplices, because they were aware that they were not only ready to accept the decisions, but also jointly responsible for the results caused by the decisions. ② In the case of intentional negligence in a majority-vote decision where members deliberately decide not to perform required acts that can prevent unlawful results, it is debatable whether intentional negligence should be regarded as a co-offense. Even in this case, the Supreme Court regards intentional

* Dr. jur., Konsul beim koreanischen Generalkonsulat in Frankfurt am Main

negligence as a co-offense because of its intention. Based on the theory of obligation offense, intentional negligence is preconditioned by the guarantor's particular obligation, and thus if those with the particular obligation intentionally neglect to fulfill their obligations in collusion, it is reasonable to consider them as accomplices in a co-offense. According to the theory of functional act domination, in which each individual member plays their mandatory role in consideration of the overall scheme of the offense, the fact that the negligence brought by these individual members affects the final decision can explain the establishment of co-offense. ③ In the case where individuals contribute to the problematic joint decision without the intention to do so while overlooking that possibility, it is debatable whether negligence should be established as a co-offense. Many do not regard negligence as a co-offense for the reason that joint planning of the offense is lacking. But, the law only requires "unity of action" to establish co-offense, and thus from the standpoint of "collective conduct of decision-making in violation of duty of care," it is possible to regard negligence as a co-offense. ④ In the case where members, without prior consultation, merely refuse to perform required acts that can prevent unlawful results, if they previously had reviews, discussions or reports regarding the issue, in consideration of the internal circumstances of the company, co-offense can be established on the basis of their actual working relationship. Even in cases where there were no prior discussions in any manner regarding group-decision making, it is possible to establish co-offense on the basis that the board members, as guarantors, have duties to prevent certain group decisions.

❖ Key words: Gremiumsentscheidung, Unternehmenskriminalität, fahrlässige Mittäterschaft, Mittäterschaft bei Unterlassungsdelikten, Lederspray-Urteil