

의약품 관련 금지착오 판례 평석

이진필*

[사건의 개요]	3. 범죄론 체계상의 위치
[사건의 내용]	IV. 금지착오
I. 서설	1. 의의
II. 규범적 구성요건요소의 착오	2. 금지착오의 대상과 종류
1. 기술적 구성요건요소와 규범적 구성요건소의 구별	3. 각 견해에 따른 금지착오의 효과
2. 각 구성요건착오의 해결방법	V. 회피가능성의 척도와 정도
3. 소결	1. 학설
III. 위법성의 인식	2. 구체적 사례
1. 의의	VI. 대상판결 검토
2. 위법성인식의 요건	1. 의약품이라는 점
	2. 허가권자의 허가에 관한 점

【대상판결 : 대법원 2004.1.15. 판결. 사건번호 2001도1429.】

[사건의 개요]

피고인이 경영하는 삼원농산은 남원시로부터 식품위생법 제22조 제1항, 동법 시행규칙 제22조의 규정에 의하여 즉석판매제조가공 영업을 허가받고 오리, 하명, 누에, 동충하초, 녹용 등 여러가지 재료를 혼합하여 제조·가공한 사건 ‘녹동달오리골드’를 제조하였다. 그러나 ‘녹동달오리골드’가 약사법 제2조 제4항 규정의 의약품에 해당하는지에 관한 별다른 확인 조치 없이, 약사법 제26조 제1항의 의약품 제조허가를 받지 아니하고 이를 제조하였다.

[판결 내용]

형법 제16조에서 「자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니

*한양대학교 대학원 형사법 전공

한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 별하지 아니한다」라고 규정하고 있는 것은 단순한 법률의 부지를 말하는 것이 아니라, 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 잘못 인식하고 그와 같이 잘못 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 별하지 않는다는 취지이다. 삼원농산은 남원시로부터 식품위생법 제22조 제1항, 동법시행규칙 제22조의 규정에 의하여 즉석판매제조가공 영업을 허가받고 이 사건 '녹동달오리골드'를 제조하였다는 것인바, 그와 같은 사유만으로 피고인의 이 사건 무면허 의약품 제조행위로 인한 보건범죄단속에관한특별조치법위반죄의 범행이 형법 제16조에서 말하는 「그 오인에 정당한 이유가 있는 때」에 해당한다고 할 수 없다.

I. 서 설

우리나라는 약 반세기에 걸친 괄목할 만한 산업발전을 토대로 물질적 풍요를 이루게 되었다. 더불어 소비자 개인의 건강에 대한 관심이 늘어나면서 의약품이나 건강보조식품을 비롯한 여러 종류의 제품시장이 대규모로 성장하였고 그에 따른 의약품 및 건강보조식품 사고도 증가하게 되었다. 이러한 사고를 사전에 방지하고 사고를 일으킨 자를 처벌하기 위해 약사법이나 보건범죄단속에관한특별조치법(이하 보건법) 등의 법률들이 제정되기에 이르렀고 이 배경을 바탕으로 의약품 사고사례를 다루는 형사판례들이 축적되고 있으므로 이에 대한 본격적인 연구가 필요한 실정이다.

사실관계에 기초한 상고심 법원의 입장을 검토하면, 피고인은 '녹동달오리골드' (이하 사건 제품)라는 제품을 제조하였는바 이는 약사법상 규제대상이므로 약사법 제26조 제1항의 의약품 제조허가를 받지 아니하고 이를 제조한 행위에 대하여 보건법위반죄로 의을 처단함은 정당하고, 피고인 경영의 삼원농산이 남원시로부터 즉석판매제조가공 영업을 허가받고 이 사건 제품을 제조하였다는 사유만으로는 피고인의 이 사건 무면허 의약품 제조행위로 인한 보건법위반죄의 범행이 형법 제16조에서 말하는

「그 오인에 정당한 이유가 있는 때」에 해당한다고 할 수 없다는 것이다. 대상판결에서 문제될 수 있는 쟁점 중 본 연구는 의약품 및 의약품 제조 허가와 관련한 의약품 제조자의 착오를 논의의 주제로 삼겠다. 대략 정리하면 아래와 같다.

- i. 규범적 구성요건요소인 의약품에 대한 착오의 종류와 해결방법
 - ii. 금지착오(의약품에 대한 불인식과 행정청의 처분에 대한 신뢰)에 관한 형법 제16조의 해석과 적용
- 이하 위 두 가지점에 대하여 상술한다.

II. 규범적 구성요건요소의 착오

피고인에게서 ‘녹동달오리골드’를 제조한다는 고의가 있었을 뿐 그것이 의약품인지는 몰랐으므로” 의약품을 제조하려는 고의가 있었는가에 대해 의문이 있을 수 있다. 여기서의 보건법상 (부정) 의약품이라는 개념은 규범적 구성요건요소(normative Tatbestandsmerkmale)로서 그에 대한 착오가 구성요건착오인가 금지착오인가가 문제된다.

1. 기술적 구성요건요소와 규범적 구성요건요소의 구별

객관적 구성요건요소는 기술적 구성요건요소와 규범적 구성요건요소로 나눌 수 있다. 구성요건의 기술적 요소란 구성요건상의 문언이 단순히 기술적·사물적이어서 ‘사실판단’ 만으로도 그 의미와 내용을 확정할 수 있는 요소를 말하는 데 반하여, 규범적 요소란 구성요건상의 문언 자체만으로는 그 의미와 내용을 쉽게 이해할 수 없고 법관의 규범적 ‘가치판단’을 통해서 비로소 확정될 수 있는 요소를 말한다. 그런데 양자의 구별이 반드시 분명한 것은 아니므로 상대적 구별에 불과한 것이라고 보아야 한다.”

-
- 1) 피고인은 재판과정에서 원심의 의약품에 대한 범리오해를 상고이유 중 하나로 하였음.
 - 2) 임웅, 형법총론, 법문사, 2003, 107면. 참고로 모든 구성요건요소는 「잠정적인 규범적 요소」라는 견해로는 한정환, “구성요건착오와 금지착오의 구별”, 형사법연구 제7권, 1994, 36면. 이 견해에 의하면 반대로 전형적인 규범적 구성요건요소도 기술적 요소로 보아야 할 때가 있다고 한다. 예컨대 헌 신문지들 틈에 있던 타인소유의 문서를 보지

한편 기술적 구성요건요소와 달리 규범적 구성요건요소에 대해서 고의가 인정되기 위해서는 행위자의 의미인식이 필요하다고 보아 양자의 구별이 고의의 내용을 확정하는 데에 중요하다는 견해가 있다.³⁾ 이에 대해 이러한 의미인식이 비단 규범적 요소의 경우에만 국한되는 것은 아니며 기술적 요소의 경우에도 해당될 수 있으므로 양자의 구별실익이 큰 것은 아니라는 반론⁴⁾이 제기되지만, 이를테면 살인죄에 있어 '사람'이라는 구성요건요소가 때에 따라 기술적일 수 있고 규범적⁵⁾일 수 있다고 해서 각 상황에 따른 의미에 대한 기본적인 인식을 기술적인 경우에도 요구하는 것은 납득할 수 없다. 구성요건요소를 A라 한다면 어느 상황이든 같은 용어로서 A라고 칭할지라도 A라는 대상에 관한 인식을 단순히 A와는 상관 없는 B로 알았다고 하는 경우와 A라는 것에 대한 의미파악을 그려쳐 A로 알았다는 것은 엄연히 다른 사례이므로 이는 달리 볼 것이고 결국 의미인식 내지 개념파악을 요구하는 요소는 규범적 구성요건요소로 확인된 경우에 국한된다고 할 것이다.⁶⁾

2. 각 구성요건요소 착오의 해결방법

착오란 주관적 인식과 객관적 현실간의 불일치, 즉 관념과 사실의 불일치를 의미한다. 착오는 크게 구성요건착오와 금지착오로 나눌 수 있는데,

못하고 헌 신문지와 함께 소각한 사람은 형법 제366조의 기술적 구성요건요소인 문서를 착각한 것이라고 한다. 다만 제366조의 범죄대상이 「타인의 재물, 문서…」이므로 문서개념이 부정되면 보충적으로 재물에 해당될 것이기에 이 사례에서의 논의는 그다지 실익이 있는 것은 아니다.

- 3) 김일수/서보학, 형법총론, 박영사, 2003, 130면. 이에 따르면 기술적 구성요건표지(Deskriptive Tatbestandsmerkmale)에 관한 착오는 언제나 구성요건착오가 되지만 규범적 구성요건표지(Normative Tatbestandsmerkmale)에 관한 착오는 경우에 따라 구성요건착오가 될 경우도 있고 금지착오에 해당할 경우도 있다고 하며 양자의 구별은 언제나 명확한 것은 아니라고 한다.
- 4) 박상기, 형법총론, 박영사, 2004, 78면.
- 5) 사람의 시기와 중기에 관한 학설대립을 생각해 보라.
- 6) 이러한 논의가 이루어지는 주된 이유는 기술적 구성요건요소와 규범적 구성요건요소를 이분법적으로 고착화시킨 데 있는 듯하다. 앞서 서술한대로 구성요건요소의 기술적·규범적 요소인지의 여부는 상황에 따라 달리 파악되어야 하므로, '사람'이라는 것을 언제나 기술적이라고 파악하여 의미인식이 항상 필요없고 '재물의 타인성'을 언제나 규범적 요소라고 파악하여 의미인식이 항상 필요하다고 하는 태도는 옳지 않다.

구성요건착오는 행위자가 자신의 행위를 구성요건에 해당하지 않는다고 생각한 경우에 인정되고 이는 행위자가 하나 혹은 수개의 구성요건요소에 관해 착각하는 데에 기인한다. 반면에 금지착오는 행위자가 자신의 행위가 구성요건에 해당한다는 것을 알고 있지만, 어떤 이유에서건 위법하지 않다고 생각하는 경우를 통칭한다. 이러한 연유로 통상적으로 기술적 구성요건요소에 대해서는 구성요건착오, 규범적 구성요건요소에 대해서는 금지착오가 문제된다.”

3. 소 결

사건에서 문제된 의약품이라는 개념은 단순한 사실판단만으로 의미와 내용이 확정될 수 있는 것은 아니므로 법관의 규범적 가치판단을 필요로 하는 규범적 구성요건요소이다. 그러나 기술한 바와 같이 일견 규범적인 구성요건요소라 할지라도 상황에 따라 달리 파악되는 경우도 있다. 그러면 그에 대한 기준을 제시할 근거를 찾아야 할 것이다. 생각건대 의약품이라는 것에 대한 착오는 대상의 착오와 개념에 대한 착오로 나누어 볼 수 있겠다. 대상과 개념은 비록 언어분석철학의 관점에서 볼때 매우 밀접한 관련이 있으므로 양자의 구분이 다소 모호하다고 할 수 있으나 구성요건착오의 경우는 하자있는 인식이 언어영역 밖에 있는 ‘대상’에 관련되는 것인 반면, 금지착오의 경우에는 언어영역 안에 있는 ‘개념’에 관련된 것이라는 점에서 구분할 수 있다.⁸⁾ 의약품이 대상의 성격을 가지는 것

7) 만일 규범적 구성요건요소에서 잘못된 법적 의미인식의 결과 자신의 행위의 의미를 오인 하였다면 이러한 착오는 책임이 아니라 고의를 조각하는데, 예를 들어 절도죄에서 재물의 타인성은 재물의 소유관계에 대한 법적 개념인식을 전제로 하므로 그 결과 공동소유인 물건의 타인성은 그 법적인 의미를 알고 있어야만 타인의 재물절취라는 구성요건에 해당하는 행위상황을 제대로 파악할 수 있다는 견해로 박상기, 전거서, 122면. 그러나 절도죄에 있어 재물의 타인성이라는 개념도 기술적으로 파악되는 경우에만 고의를 조각한다고 보아야 한다. 물건에 대한 법률관계는 민·상사적인 개념이 기초를 이루므로, 절도행위자와 피해자 사이의 관계를 먼저 검토하여 행위자의 행위시에 양자간 아무런 법률관계가 없었다면 여기에서의 재물의 타인성은 기술적인 것이고, 행위 이전에 양자간 공동소유나 불법행위와 같은 법률관계가 성립한 후 이에 대한 해석의 과오로 절도행위가 야기되었다면 여기서의 재물의 타인성은 규범적인 것이므로 각각 개별적인 파악이 요구된다.

8) 더 자세한 설명은 김재봉, “규범적 구성요건표지와 착오”, 서울대학교 석사학위논문, 1993.2, 31-32면 참조. 위의 구분기준론은 Frijot Haft로부터 전개된 것으로서, 구성요건

이 될 때 그에 대한 착오는 구성요건착오로 해결될 것이다. 대상의 성격을 가지는 경우는 일반적으로 의약품으로 범죄를 저지를 수 있는 것, 예를 들면 요리를 위해 필요한 양념을 찾다보니 병에 담겨있는 분말이 눈에 띄어 그것을 첨가했는데 알고 보니 설사약이었던 경우 상해에 대한 고의가 조각되어 과실이 문제될 수 있다. 이에 반해 의약품이라는 개념 자체에 대한 해석(혹은 포섭)을 그르친 경우에는 그대로 금지착오의 문제가 될 것이다. 여기에는 한방에서 다루는 오미자를 일반 식품으로 알고 대량 생산하여 가공·판매한 경우를 들 수 있다. 사안에 제시된 사실관계를 보건대 피고인은 의약품이라는 대상 자체에 대한 착오를 야기했다기 보다는 의약품 개념에 대한 해석을 그르친 것으로 파악함이 상당하고 이에 대한 착오를 구성요건착오로 볼 만한 특별한 사정이 없으므로 결국 금지착오의 문제로 귀착된다.

Ⅲ. 위법성의 인식

본 사건 피고인이 동 제품을 식품이라고 인식한 것과 의약품 허가와의 관계 없는 행정청의 처분에 대한 신뢰에 관한 것은 이른바 금지착오로서 형법 제16조의 해석과 적용에 관계된다. 현행 형법 제16조는 '법률의 착오'⁹⁾라는 표제 하에 「자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다」라고 규정하고 있다. 이 규정에 따르면 금지착오란 죄가 되

고의를 조각하는 대상관련적(gegenstandsbezogen) 착오와 단지 '포섭의 착오'에만 문제되는 개념관련적(begriffsbezogen) 착오로 설명한다. Haft는 개념관련적 착오를 유독 포섭의 착오에만 국한시켰는데, 구성요건요소 중에 규범적인 당해 요소에 관해 순수히 규범적 의미를 그르쳤다는 면에 의미를 둔다면 그 요소의 '개념'을 잘못 파악한 것임이 분명하고 따라서 행위의 주체, 객체 등을 포함한 구성요건 사실을 어떠한 법률적 의미나 개념으로 해석하였느냐가 개념관련적 착오의 문제이므로, 존재규범의 존재를 인식하지 못하거나 금지규범이 무효라고 생각하는 것 또는 정당화요소의 존재 및 한계를 잘못 인식한 것과는 구별된다. 위의 개념관련적 금지착오로서 규범적 구성요건요소의 착오에 법률의 부지나 허용착오 등 여타의 금지착오상황을 상정하기는 어려우므로 Haft의 설명은 타당하다.

9) 법률의 착오는 역사적으로 볼 때 법규정에 관한 착오가 아니라 실질적인 불법, 즉 금지에 관한 인식이 없는 것을 의미하므로 정확한 표현이 아닌바 이 글에서는 금지착오라는 용어로 통일하도록 한다.

는 행위를 한 자가 행위 당시 자신의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 않는다고 오인한 경우를 말한다고 새길 수 있다. 본조에서 말하는 행위는 구성요건에 해당하는 위법한 행위라는 것이 전제되어 있다. 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한다는 것은 객관적으로 당해 행위가 구성요건에 해당하는 위법한 것임에도 불구하고 행위자는 자신의 행위가 위법하다는 것을 알지 못하는 것을 의미하므로, 행위자가 그 행위는 위법하다는 인식 없이 위법한 행위를 하는 경우라고 할 수 있다. 따라서 형법 제16조를 해석하기 위해서는 위법성인식이 무엇을 의미하는가를 구명할 필요가 있다. 이러한 위법성인식의 범위는 금지착오의 범위와 밀접한 관련을 가지므로 우선 위법성의 인식에 관하여 논하도록 한다.

1. 의 의

구성요건상의 행위를 실현한 행위자에게 책임이 인정되기 위해서는 그에게 자신의 행위의 위법성에 대한 인식 내지 인식가능성이 있어야 한다. 위법성의 인식(*das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit*)이란 행위자가 자신의 행위가 법질서의 전체적인 관점에 반하여 법적으로 금지되어 있다는 점을 인식하는 것을 말한다. 반대로 자신의 행위가 위법하다는 것을 인식하지 못하고 그 행위를 한 자에 대해서는, 위법성을 인식하고서 행위한 자에 비해 비난을 적게 가하거나 경우에 따라서는 비난할 수 없는 때도 있게 된다. 이러한 의미에서 위법성의 인식은 행위자에 대한 비난가능성에 해당하는 책임의 한 요소이다.

2. 위법성인식의 요건

학설과 판례는 위법성의 인식을 자신의 행위가 법률상 허용되지 않거나 금지된다는 인식을 말한다고 한다. 그리고 구체적인 금지규정까지 인식하는 것을 요하지 않고, 비전문가의 소박한 판단으로 족하다는 것, 위법성의 인식은 구체적 구성요건에 관계되어 있어야}하므로 수죄의 경우에는 각 죄에 대해 위법성의 인식이 있어야 한다는 것, 현실적 인식뿐만

아니라 잠재적 혹은 미필적 인식으로 족하다는 점 등에는 거의 견해가 일치되어 있다.¹⁰⁾ 그러나 그 구체적 의미에 있어서는 견해가 나뉜다.

(1) 학설

위법성인식을 가장 좁게 인정하는 견해는 형법적 평가에 반한다는 인식, 즉 ‘형법위반의 인식’이 있어야 위법성의 인식이 인정된다”고 한다. 다수설은 단순한 윤리규범에 위반된다는 인식으로는 충분하지 않지만 형법 위반의 인식까지는 필요하지 않다고 한다. 즉 그 행위가 현행 법질서에 어긋난다는 인식이면 족하므로 민법이나 행정법 등에 위반된다는 인식이 있어도 위법성의 인식이 인정된다는 견해이다.¹²⁾

(2) 판례

판례는 위법성의 인식을 가장 넓게 파악하여 “범죄의 성립에 있어서 위법의 인식은 그 범죄사실이 사회정의와 조리에 어긋난다는 것을 인식하는 것으로서 족하다”¹³⁾고 한다.

(3) 검토

형벌을 위반한다는 인식을 요한다는 소수설의 태도는 가벌성의 범위를 좁히는 긍정적인 측면이 있으나 위법성인식의 범위를 너무 좁히는 결함이 있다. 법률전문가를 제외한 대부분의 사람들은 자신의 행위가 법령에 위반되는지를 정확하게 인식하지 못하는 경우가 많으므로 소수설에 의하면 일반인들의 범죄행위 대부분이 금지착오의 문제로 될 것이다. 한편 판례의 태도는 위법성의 인식이라는 문리적 개념과 너무 동떨어지고 위법성의 인식과 비윤리, 반도덕성의 인식을 동일하게 취급하여 지나치게 가벌성의 범위를 넓힐 우려가 있다. 특히 판례는 ‘법률의 부지’가 위법성의

10) 김일수, 전게서, 424면 ; 이형국, 형법총론, 법문사, 1999, 229-230면 ; 오영근, 형법총론, 대명출판사, 2004, 485면.

11) 차용석, “위법성의 인식, 위법성의 착오”, 고시연구 창간 20주년 기념 논문집, 1994, 847면.

12) 김일수, 전게서, 422면 ; 박상기, 전게서, 214면 ; 이재상, 형법총론, 박영사, 2004, 319면 ; 임웅, 전게서, 292면.

13) 대법원 1987.3.24, 86도2673.

인식이 있는 경우로서 금지착오에 해당하지 않는다고 하여 금지착오의 범위를 지나치게 좁히고 있다.

생각전대 위법성을 법질서 전체적인 관점에서의 평가라고 한다면 위법성인식도 전체 법질서의 틀에서 바라보는 것이 타당하다. 어떠한 법령에 관해서건 그 법질서에 위반한다는 인식이 있는 이상 위법성의 인식을 인정해야 한다. 그리고 구성요건의 경고적 기능을 감안한다면 반드시 형벌법규에 위반한다는 인식까지 필요한 것은 아니고 법질서에 위반한다는 인식이 있으면 위법성인식이 있다고 해야 한다.¹⁴⁾ 따라서 다수설의 태도가 타당하다.

3. 범죄론 체계상의 위치

오늘날 형법학에서는 위법성의 인식이 범죄의 성립에 필요한 것으로 봄이 일반적이다. 이에 관해 크게 고의설과 책임설의 두 가지가 대립하고 있고 더불어 소극적 구성요건요소 이론이 있는데 이는 책임의 구조를 어떻게 이해하는가, 그리고 책임요소 중 하나인 위법성인식이 어디에 위치하는가에 대한 이해의 차이에서 발생하였다.

(1) 고의설

고의설(Vorsatztheorie)은 고의를 구성요건실현의 인식 내지 의사와 위법성의 인식을 포함하는 책임요소라고 본다. 인과적 행위론의 입장인 이 견해에 의하면 고의는 책임요소이고 위법성의 인식은 고의의 구성요소가 되므로, 행위자에게 위법성의 인식이 없으면 고의책임이 조각되는 것이며, 다만 위법성의 인식 없는 상태를 회피할 수 있었을 때에는 과실범으로 처벌될 수 있을 뿐이다. 우리 판례의 기본적 입장이라고 할 수 있다.¹⁵⁾ 위법성의 인식이 결국 책임의 요소로 된다는 점에서는 책임설과 마찬가지로 할 수 있지만, 고의설은 구성요건적 고의를 따로 인정하지 않고

14) 오영근, 전거서, 486면.

15) 대법원 1989. 2. 14, 87도1860 ; 대법원 1983.9.13, 83도1927. 더 나아가 판례의 입장을 제한고의설로 보는 견해로 오영근, 전거서, 488면 각주 2.

주관적 요소 전체를 책임에 위치시키는 입장이라는 점에 양설의 차이가 있다. 고의설은 고의의 성립에 있어서 위법성인식이 현실적인 인식이어야 하는가 혹은 인식의 가능성만으로 족한가에 따라 엄격고의설과 제한고의설로 나누어진다.

(2) 책임설

책임설(Schuldtheorie)은 고의를 주관적 구성요건요소로 파악하여, 위법성의 인식을 고의의 요소가 아니라 독자적인 책임요소로 이해한다. 위법성의 인식은 행위자가 구체적으로 자신의 행위가 위법함을 인식할 가능성이 있었는가에 대한 문제이므로 그것은 비난가능성의 구성요소에 해당하는 것으로서 고의와는 분리된 책임요소가 된다고 본다. 이에 의하면 i. 위법성의 현실적 인식이 있는 경우에는 당연히 책임이 인정되고 ii. 과실로 인해 위법성을 인식하지 못한 때에는 책임이 감경되며 iii. 위법성의 인식가능성조차 없는 경우에는 책임이 조각된다. 그러므로 행위자에게 위법성의 인식이 없는 때에는 고의가 아닌 책임을 조각 내지 감경할 수 있을 뿐인바, 그 금지착오의 법적 효과는 그 착오의 회피가능성에 의하여 좌우된다. 즉 금지착오는 고의의 성립에는 영향을 미치지 못하고 그 착오가 회피불가능할 때에는 행위자의 책임을 조각하지만 회피가능할 때에는 경우에 따라 책임을 감경할 수 있을 뿐이라고 한다. 책임설은 고의, 과실의 이중적 기능의 인정여부 등을 놓고 엄격책임설과 제한책임설로 나뉜다.

(3) 소극적 구성요건요소이론

이 이론은 위법성을 구성요건해당성의 소극적 측면으로 파악하여 위법성이 있어야 불법구성요건(Unrechts-Tatbestand)에 해당한다고 한다.¹⁶⁾ 여기서 범죄성립을 불법과 책임의 2단계로 파악하는데, 이에 따르면 고의는 적극적 구성요건해당성의 한 요소이고 위법성의 인식은 소극적 구성요건해당성의 한 요소가 된다. 그리고 이러한 구성요건의 적극적 측면과 소극적 측면을 모두 인식함으로써 성립하는 불법고의 개념을 인정한다. 또한

16) Arthur Kaufmann, "소극적 구성요건요소 이론", 안경옥 譯, 이재상/장영민 編譯, 형법상의 착오, 박영사, 1999, 324-331면.

구성요건의 적극적 측면에 대한 착오인 사실의 착오와 구성요건의 소극적 측면에 대한 착오인 금지착오는 그 효과에 차이 없이 고의를 조각한다.¹⁷⁾

소극적 구성요건요소 이론에 의하면 허용구성요건착오를 논리적으로 간명하게 설명할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 금지착오 일반에 대해 엄격고의설에 대한 비판이 이 이론에도 그대로 타당하다. 따라서 과실범 처벌규정이 없거나 과실범의 형벌이 고의범에 비해 현저히 가벼울 경우 처벌의 공백이 생긴다.

(4) 견해의 검토

이상으로 살펴본 바와 같이 학설마다 장단점이 있기는 하나 오늘날 고의가 구성요건요소라는 데에 이의를 제기하는 학자는 거의 없고 소극적 구성요건요소 이론을 취하는 학자도 극소수에 불과하므로 고의설과 소극적 구성요건요소 이론의 존재 의의는 거의 상실되었다고 볼 수 있다.¹⁸⁾ 따라서 책임설의 입장을 바탕으로 허용구성요건착오의 경우에는 어느 견해가 현행 형법의 체계와 해석상 더 적절한가가 문제될 뿐이다.

생각건대 엄격책임설은 태생적으로 고의·과실 1원론의 입장인데다가 허용구성요건착오에 있어서 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오와 그 외의 그 범위와 한계에 대한 착오를 구별하지 않고 일률적으로 금지착오로 해결하려는 태도이므로 허용구성요건착오의 특수성을 배려하지 못한 견해이다. 따라서 고의·과실 2원론의 입장을 유지하는 한편, 위법성조각사유의 전제사실과 그 범위·한계를 구분하여 허용구성요건착오의 특성에 부합하도록 해결하는 제한책임설의 입장이 타당하다.

IV. 금지착오

1. 의 의

금지착오(Verbotsirrtum)란 행위자가 행위시 착오로 자기의 행위가 금

17) 오영근, 전계서, 490면.

18) 오영근, 전계서, 491면.

지규범이나 명령규범에 위반하여 위법함을 인식하지 못한 경우로서, 행위자가 구성요건적 사실에 대한 인식은 있었으나 착오로 그 사실의 위법성을 인식하지 못하여 책임비난에 필요한 위법성인식이 결여된 경우를 말한다. 고의의 작위범의 경우에 행위자는 자신의 행위의 실질적 위법성에 관한 인식 혹은 적어도 미필적 인식이 결여된 때에 금지착오에 빠진다고 할 수 있다.

종래의 고전적 및 신고전적 범죄체계에서는 로마법 이래의 전통에 따라 「사실의 착오(error facti)」와 「법률의 착오(error juris)」라는 용어를 사용하였고 이것이 오랫동안 독일제국재판소 판례의 입장으로 자리잡았었다. 그리하여 초창기에는 사실의 착오는 불가피하게 고의를 배제시키는 한편 법률의 착오는 「법률의 부지는 용서받지 못한다(nemo censetur ignorare legem)」는 법언에 따라서 고의를 존속하게 한다고 하였다가 나중에 법률의 착오를 다시 형법적 법률의 착오와 형법외적 법률의 착오로 나누어, 전자는 법적으로 중요하지 않으므로 고의가 성립하지만 후자는 법적으로 중요하다는 입장에 이르렀던 것이다(이른바 위법성인식 불요설).¹⁹⁾

우리 형법 제16조도 이러한 전통을 그대로 답습하여 금지착오 규정에 법률의 착오라는 표제를 사용하고 있다. 그러나 사실의 착오는 일반사실이 아닌 구성요건적 사실의 인식에 한정되고, 법률의 착오는 법규정에 관한 착오가 아니라 실질적인 불법인 금지에 관한 인식이 없는 것을 의미한다.

2. 금지착오의 대상과 종류

(1) 직접적 금지착오

행위자가 그의 행위에 대하여 직접 적용되는 금지규범을 인식하지 못하

19) 바로 이러한 입장의 곤궁을 피하기 위해 자연범·법정범 구별설 등이 그 후 잠시 논의되었지만 오늘날 확립된 금지착오이론에 의하면 실질적인 위법성으로서의 금지 내지 불법을 인식하지 못한 경우를 가리켜 금지착오라고 하므로 여기에는 당연히 법률의 부지도 포함된다.

여 그 행위가 허용된다고 오인한 경우를 직접적 착오(directer Verbotsintum)라고 한다. 이러한 착오는 행위자가 금지규범을 인식하지 못하였거나 금지규범을 인식하였으나 그 규범의 효력이 없다고 오인하였거나 또는 규범을 잘못 해석하여 그 행위에 대하여는 적용되지 않는다고 오인한 경우에 발생한다.

1) 법률의 부지(금지규범의 존재에 관한 착오)

행위자가 금지규범의 존재를 전혀 알지 못한 경우이다. 이 경우를 추상적 금지착오라 한다. 대법원 판례는 “제16조의 법률의 착오(금지착오)는 일반적으로 범죄가 되는 행위이지만 특수한 법령에 의하여 허락된 행위로서 죄가 되지 않는다고 그릇 인정하고 그와 같이 그릇 인정함에 있어 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 것이고, 단순한 법률의 부지를 일컫는 것이 아니다”라고 하여 금지규범의 존재에 관한 착오를 금지착오의 범위에서 제외한다.²⁰⁾ 그러나 위법성의 인식이 형법규정에 대한 인식까지 요구하는 것이 아님은 당연하다고 할지라도 금지규범을 인식하지 못한 경우와 그것이 허용된다고 오인한 경우에 차이가 있는 것은 아니며²¹⁾ 금지착오는 보통 위법성의 인식이 없는 경우를 말하는 것이지 일반적으로 범죄가 되는 행위이지만 자기의 특수한 경우에는 허용된다고 오인한 경우에만 금지착오라고 해석할 수는 없다. 따라서 금지규범을 인식하지 못한 때에도 당연히 법률의 착오에 해당한다고 해야 할 것이다.²²⁾

2) 효력의 착오

효력의 착오(Gültigkeitsintum)란 행위자가 일반적 구속력을 가지는 법규정을 잘못 해석하여 그 금지규범의 효력이 없다고 생각한 경우를 말한다. 순수한 의미에서의 금지착오라고 할 수 있다.²³⁾

20) 대법원 2004.2.12. 2003도6282 ; 대법원 2003.4.11. 2003도451. 같은 견해로는 손해목, 형법총론, 법문사, 1996, 635면. 그 근거로서 법률의 부지는 착오로 금지규범을 허용하는 것으로 믿은 경우에 비로소 법률의 착오(금지착오)가 문제된다고 한다.

21) Hans Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl. 1996, S. 456.

22) 김일수/서보학, 전게서, 427면 ; 박상기, 전게서, 240면 ; 배종대, 형법총론, 홍문사, 2001, 370면 ; 이형국, 전게서, 235면 ; 정성근/박광민, 형법총론, 삼지원, 2001, 337면 ; 허일태, “법률의 부지의 효력”, 형사판례연구1, 48면.

23) 이재상, 전게서, 329면.

3) 포섭의 착오(금지규범의 효력범위에 관한 착오)

구성요건적 사실이 어떤 법률적 의미를 가지느냐에 대하여 착오를 일으킨 경우를 포섭의 착오(Subsumtionsirrtum)라 한다. 즉, 착오로 자기의 행태를 금지규범에 포섭시키지 않은 경우이다. 그러나 포섭의 착오가 법률의 착오가 되기 위해서는 행위자가 포섭의 착오로 인하여 그의 행위가 허용된다고 인식하였는가, 다시 말해 위법성의 인식을 결하였는가가 기준이 되어야 한다.

(2) 간접적 금지착오

간접적 착오(indirecter Verbotsirrtum)란 행위자가 당해 행위가 금지된 것은 인식하였으나 구체적인 경우에 위법성조각사유의 법적 한계를 오해하였거나 위법성조각사유가 존재한 것으로 오인하여 위법성을 조각하는 반대규범이 존재하는 것으로 착오한 때를 말한다. 그 이유로 정당화사유의 착오(Irrtum über Rechtsfertigungsgründe),²⁴⁾ 위법성조각사유의 착오²⁵⁾라고도 불린다.

3. 각 견해에 따른 금지착오의 효과

(1) 정당한 이유가 있는 금지착오

자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 것에 정당한 이유가 있는 금지착오는 벌하지 아니한다(형법 제16조). 금지착오는 구성요건해당성이나 위법성을 배제하는 것이 아니라 책임만을 배제 또는 감경시킨다. 위법성인식이 없어 책임의 핵심부분 성립에 영향을 주지 때문이다.

24) 신양균, “금지착오”, 고시계, 1985.12, 57면.

25) 김일수, 전제서, 428면. 또한 금지착오의 분류에 있어서 허용구성요건착오(Erlaubnistatbestandsirrtum)는 특유한 유형의 착오(Irrtum eigener Art, Jescheck/Weigend, AT, S. 462)이니만큼 그 특수성을 고려하여 간접적 금지착오에는 위법성조각사유의 전제되는 사실에 관한 착오인 허용구성요건착오까지 포함하는 것은 아니라고 함이 타당하므로, 간접금지착오란 위법성조각사유의 존재와 한계에 관한 착오인 허용착오(Erlaubnisirrtum)를 가리키는 것으로 새겨야 할 것이다. 따라서 허용착오와 허용구성요건착오를 일률적으로 간접적 금지착오에 기술하는 것은 틀린 것이다(제한책임설의 입장).

(2) 정당한 이유 없는 금지착오

정당한 이유가 없는 금지착오에서는 언제나 행위자에게 금지착오에 이르게 된 데 대한 과실이 인정된다. 여기서 과실 외에 고의가 과연 인정될 수 있는 것인지, 그리고 그 처벌형식은 어떠한지에 대한 이견이 존재한다.

① 엄격고의설은 정당한 이유가 없는 법률의 착오에서도 행위자에게 위법성의 현실적 인식은 없으므로 고의가 인정되지 않고 행위자는 과실범의 죄책을 진다고 한다. 제한고의설에 따르면 과실로 금지착오에 이르게 된 것은 위법성의 인식가능성이 있으므로 고의책임을 인정한다. ② 책임설은 고의책임을 인정하되 형벌을 감경할 수 있을 뿐이라고 한다. ③ 소극적 구성요건요소 이론은 정당한 이유가 없는 금지착오는 과실로 위법성의 인식이 없는 경우이므로 행위자는 고의범이 아닌 과실범의 죄책을 진다고 한다.

(3) 현행 형법의 입장

우리 형법은 고의설과 책임설 중 어느 입장을 취하고 있는지 밝히고 있지 않지만 법적 무관심을 보인 행위자를 법과실(제한적 고의설)로가 아니라 직접 고의범으로 처벌할 수 있는 형사정책적 기능을 가진 책임설의 입장에 따라 제16조를 해석하는 것이 옳다.²⁶⁾ 따라서 금지착오가 회피 불가능했을 때에는 책임이 배제되고 회피가능했을 때에는 사정에 따라 형이 감경될 수 있다. 그런데 현행 형법상 금지착오의 규율은 감경의 기준에 관해 아무런 언급이 없다. 회피가능한 금지착오로 형을 감경할 때에는 행위자의 책임정도에 상응하도록 원칙적으로 법률상 감경(형법 제55조)을 하고 부가적으로 작량감경(동법 제53조)을 함께 고려해야 한다는 견해²⁷⁾가 있으나, 법문상 형법 제16조에는 「오인에 정당한 이유가 있는 때

26) 원래 우리 형법초안(§16)에는 「자기의 행위가 법령에 의하여 죄 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있을 때에 한하여 형을 감경 또는 면제할 수 있다」고 규정하였는데(법전편찬위원회, 형법초안(I), 법정, 1950. 4. 36면) 법제사법위원회에서 「형을 감경 또는 면제할 수 있다」를 「특별한 이유없이 별하지 아니한다」로 수정하였다고 한다(서일교, 신형법, 1953, 107면. 김일수/서보학, 전계서, 430면에서 재인용). 이것을 볼 때 우리 형법상 금지착오 규정의 기저에는 책임설의 입장이 깔려 있었던 것이 아닌가라고 추측할 수 있다.

27) 김일수, 전계서, 430면.

에 한하여 별하지 아니한다」라고 되어있을 뿐 형의 감경에 대해서는 언급이 없으므로 결국 작량감경의 여부는 별론으로 하더라도 법률상 감경은 인정할 수 없다.²⁸⁾ 문제는 개개의 사례에서 금지착오의 회피가능성을 어떤 척도에 따라 판단할 것인가 하는 점이다.

(4) 회피가능성 개념의 필요성

금지착오에서 회피가능성은 행위자가 행위의 구체적 위법성을 인식할 수 있었다는 점을 전제한다. 회피가능한 금지착오로 행위한 자는 행위의 위법성을 인식할 수 있는 능력을 사용하지 않고 또한 인식한 범의무에 따라 자신의 행위를 결정할 가능성을 배제한 데 대한 책임을 져야 한다.²⁹⁾ 그러나 회피가능성 자체가 범의무의 침해를 의미하는 것으로 확대되어서는 안된다.

금지착오에 관한 해결을 책임설에 의한다면 「오인에 정당한 이유」가 있는지는 그 착오의 회피가 가능했는가에 따라 논해진다. 논리적으로 금지착오에 대해 책임설을 지지한 이상 정당한 이유의 기준인 회피가능성을 검토할 필요가 있다.

V. 회피가능성의 척도와 정도

1. 학 설

그동안 논의된 책임설에 따른 '양심의 긴장과 조회의무' 나 '심리적 계기개념' 과 같은 입장들은 회피가능 여부의 기준에 대한 다양한 문제점과 여기에서 필요로 하는 형사정책적 고려로 인해 책임설만으로는 한계가

28) 서독 형법 제17조 후단에는 회피가능한 금지착오의 경우 법률상 감경(동법 제49조 제1항)에 따라 형을 감경할 수 있도록 하고 있다. 이에 근거한 독일 학설을 무비판적으로 수용한 것이 법률상 감경을 주장하는 배경인 듯 하다.

29) 금지착오에 있어서 회피가능성은 다음 세 가지를 전제로 한다.

1. 행위자에게 자기 행위의 위법성을 현실적으로 인식할 수 있는 가능성이 있어야 한다.
2. 행위자가 자기 행위의 법적 성질을 생각할 수 있는 구체적인 계기를 가지고 있어야 한다.
3. 행위자에게 행위의 위법성을 인식할 수 있었다는 객관적 기대가 가능해야 한다.

있음을 보여주고 있다. 일반예방이론은 소위 실정화된 범영역 내에서의 회피가능성이 적절한 주의를 준수하였느냐에 따라 결정되어야 함에도 불구하고 어느 정도의 주의가 필요한지 그리고 행위자는 언제 그 주의를 기울여야 하는지에 관하여는 적절한 기준을 제시하지 못하였다. 일반예방적 견해를 따를 때 행위자는 무한한 주의를 기울이지 않으면 안된다는 결론에 이르게 되므로 행위자에 대한 이와 같은 요구는 너무 과도하고 비현실적이다. 결국 책임설의 입장과 일반예방이론의 입장을 적절하게 절충하는 입장이 필요한데 여기서 제시할 수 있는 견해가 바로 예방적 책임설이다.

예방적 책임설은 책임설과 일반예방 및 특별예방사상을 결합시켜서 책임설에 기초한 회피가능성 판단에 예방사상을 끌어들이며 책임설에서 인정하는 회피가능성을 예방적 관점에서 더 좁혀 행위자의 면책가능성을 확대해 보려고 하는 입장이다.

정상적인 범충실을 견지하였음에도 불구하고 불법통찰에 이르지 못한 사람은 다른 사람에게 나쁜 선례로서 작용하지는 않으므로 일반예방적 관점에서 처벌해야 할 필요가 없을 뿐 아니라 특별예방적 관점에서도 정상적 주의를 다하였기 때문에 개선의 필요성이 없다고 한다. 즉 이 경우에는 불법을 통찰하지 못한데 대한 행위자의 책임이 너무 작아서 일반예방 및 특별예방적 관점에서 보아 형벌을 과할 만한 정도가 아니라는 것이다. 따라서 행위자가 자기 행위의 위법성 검토에 관한 계기를 전제하고 있는 정상적 범충실(normale Rechtstreue)을 준수했다면 벌책성(Verantwortlichkeit)³⁰⁾의 관점에서 그에게 회피가능성을 따질 만한 근거가 없어진다.

위에서 본 규범적 계기개념(normativer Anlassbegriff) 즉 어떤 형태로든 계획된 행위의 위법성을 암시해 주어 책임의식 있는 사람에게 자기 행위의 법적 성질을 충분히 설명해 줄 수 있는 사정의 인식을 회피가능성의 계기로 보았던 관점은 예방적 책임설에서도 유지되고 있다. 이 입장에서도 규

30) 벌책성이란 형벌의 근거인 책임과 예방의 합일가능성에서 출발하여 기존의 책임(Schuld) 대신 책임과 예방을 아우르는 범주를 말한다. 즉 종래의 책임범주에 형벌목적론의 관점을 끌어들이며 책임과 예방적 처벌의 필요성이라는 두 가지 요소를 결합한 것으로서 Roxin 교수가 창안한 개념이다. 김일수/서보학, 전거서, 396면 참조.

법적 계기개념이 형사정책적 (내지 예방적) 필요성의 관점에서³¹⁾ 취한 책임설의 확장을 당연시하고 있기 때문이다.³²⁾

2. 구체적 사례

행위자가 행위의 위법성을 쉽게 판단할 수 있는 형편에 있었거나 평범한 사람도 행위의 법적 성질을 쉽게 알 수 있는 형편이었다면 위법성인식의 계기로 인정할 수 있다. 따라서 행위자의 금지착오는 회피가능한 착오이다.

(1) 신뢰할 만한 자료를 통한 행위자 스스로의 판단

행위자가 법률, 판결, 검사의 결정 또는 전문가의 신뢰할 만한 정보를 미리 알고 있거나 자신이 자기 행위의 올바른 법적 판단에 필요한 전문지식과 객관성을 지니고 있어 다른 전문가나 관계 기관에 문의하는 것이 기대될 수 없는 때에는 스스로 심사숙고를 거쳐 자신의 위법성 여부를 판단할 수 있다.³³⁾ 판례는 그 내용이 높은 정당성을 지니고 있고 질서의 임무를 충족시킬 수 있기 때문에 일반인이 신뢰할 만하다. 따라서 판례의 내용이 법률과 일치하느냐까지 행위자가 심사할 것을 기대할 수는 없다.³⁴⁾ 정보는 전문가 혹은 적절한 법정보를 제공할 수 있는 사람이 사건 및 법적 문제에 관해 설득력이 있다고 간주할 수 있을 정도의 정보를 제공한 경우에 한해 신뢰할 만한 것으로 평가된다. 그러므로 행위자가 저명

31) 이를테면 행위자의 법적대성, 법적 무관심 여부 등을 고려할 때.

32) 김일수, "금지착오와 회피가능성<하>", 법률신문 제1653호, 법률신문사, 12면.

33) 허가 없이 십전대보초를 제조, 판매하다가 검거되어 검사로부터 혐의없음의 불기소처분을 받은 경험이 있는 자가 다시 전과 동일한 방법으로 첨가되는 약초의 종류 수만 차이가 있는 가감삼십전대보초를 허가 없이 제조, 판매한 경우 행위자의 착오에 정당한 이유가 있다고 판시한 대법원 1995. 8. 25, 95도717 판결 참조.

34) 김종원, 주석 형법(I)[총칙(1)], 한국사법행정학회, 2001, 366면. 서로 다른 판결이 존재하는 경우 다음과 같은 두 가지 사례를 나누어 볼 수 있다.

1. 다수의 상이한 판결이 동급법원에서 내려진 경우
다수의 법원에서 비슷한 사안에 대해 각각 다른 판결이 내려진 경우에는 행위자가 자기에 유리한 어떤 판결을 신뢰했다라도 그 신뢰가치를 인정받을 수 없다.
2. 다수의 상이한 판결이 다른 심급법원에서 내려진 경우
이 때에는 상위 심급법원의 판결에 더 높은 신뢰가치와 질서가치를 부여할 수 있다.

한 법률 전문가에 의해 주장되고 대법원에서도 반대의견의 여지가 없었던 정보를 신뢰한 경우에는 회피불가능한 금지착오가 되어 책임이 없다.

(2) 신뢰할 만한 제3자에게 문의하거나 확인한 경우

행위자가 관할 행정청의 잘못된 법해석이나 답변, 회신, 또는 고시, 지침 등을 신뢰한 경우는 정당한 이유가 있는 때에 해당한다. 그리고 행위자가 상급기관의 지시나 명령에 의해서 자신의 행위의 위법성을 인식하지 못한 경우에도 행위자의 착오는 회피불가능하다. 또한 행위자가 그 행위의 위법성 여부에 대해 변호사, 변리사나 전문적인 법적 지식을 가진 법률학자 등에게 문의하고 이들 법률전문가들이 조언을 구하는 자의 문의내용이 구체적이고 정확한 사실관계에 기초하고 있다는 전제에서, 진지하고 명확한 논리와 판단 하에 답변을 제공해 준 경우에는 이들의 답변, 조언을 믿은 경우도 정당한 이유가 있다고 보아야 할 것이다.³⁵⁾ 그러나 당국으로부터 일정한 부분에 대해 허가를 받았다고 하더라도 그 허가범위를 넘어선 행위에 대해서는 정당한 이유가 없다.³⁶⁾

VI. 대상판결 검토

사안에 나타난 피고인의 착오는 두 가지로 첫째, 사건 제품이 의약품인

35) 이인규, 판례형법[총론], 탁월, 2003, 242면.

36) 이에 관한 대표적인 판례를 살펴보면 다음과 같다.

1. 관할 환경청장으로부터 임차차량에 대하여 특정 폐기물 수집·운반차량증을 발급받은 자라 하더라도 무허가업자에게 폐기물 운반차량을 운전사와 함께 임차하는 형식으로 폐기물 처리를 위탁하는 것은 위법하므로 이를 죄가 되지 않는다고 믿은 것은 정당한 이유가 없다(대법원 1998. 6. 23. 97도1189).
2. 활법(정부공인체육종목)의 지도자 자격을 부여하는 것이 무면허 의료행위까지 할 수 있도록 허용하는 취지는 아니므로 활법의 사회체육지도자 자격증을 취득한 자가 당국의 인가를 받아 활법원을 설립, 운영하면서 활법원을 찾아오는 사람들에게 진찰과 시술을 하는 행위는 무면허 의료행위에 해당하지 않는다고 믿은 경우 그와 같이 믿는 데에 정당한 사유가 없다(대법원 1995. 4. 7. 94도1325).
3. 탐정업이 정부기관에 의하여 하나의 업종으로 취급되고 있다거나 세무서에서 사업자등록을 받아 주었다고 하여 탐정업으로 세무서에 사업자등록을 하고서 신용조사업법에 위반되는 특정인의 소재 탐지나 사생활 조사를 한 경우 그것을 적법이라 믿은 데 정당한 이유가 있다고 할 수 없다(대법원 1994. 8. 26. 94도780).

줄 몰랐다는 것과 둘째, 설령 의약품이라 하더라도 피고 소유의 삼원농산이 남원시로부터 식품위생법 규정에 의하여 즉석판매제조가공 영업을 허가받고 제조하였으므로 그 착오에 정당한 이유가 있다는 것이다. 첫째 부분에 관하여 판례는 분명한 판단을 내리고 있지 않다.

1. 의약품이라는 점

피고인은 사건 제품이 의약품에 해당하지 않는다고 생각하였다.³⁷⁾ 이것은 앞서 밝힌바와 같이 대상의 착오가 아닌 의미인식에 해당하는 개념의 이해를 그르친 것이므로 규범적 구성요건요소에 대한 착오이며 금지착오의 문제가 발생한다. 금지착오 중에서도 포섭의 착오에 해당한다. 다시 말해 피고인은 사건 제품이 약사법 등에서 규율하는 의약품이 아닌 단순한 식품이라고 착오를 일으킨 것이다.

이에 대한 검토를 하면 먼저 위법성의 인식, 즉 사건 제품이 의료법 및 보건법에서 규율하는 의약품이었는지를 알았는가에 대해 책임설을 따를 경우 책임설의 일반적인 방식대로 회피가능성을 따져서 오인에 정당한 이유가 있었는가를 검토하게 된다. 사안을 보건대 일반인이 보기에 의약품으로 판단할 수 있는 오리, 하명, 누에, 동충하초, 녹용 등 여러가지 재료를 혼합하여 가공한 본 사건 제품을 아무런 조회나 문의 없이 만연히 제조·판매하였다면, 이와 같은 불법행위의 회피가 가능했음에도 불구하고 그에 대응하는 적절한 조치를 취하지 않은 것으로 받아들여지므로 보건법위반에 관한 고의가 인정되고 결국 이 사안의 피고인은 보건법위반죄의 죄책을 진다. 단 정상을 참작하여 책임을 감경할 수는 있을 것이나 (형법 제53조) 사안에 표면적으로 나타난 바로는 그러한 사유가 없다고 판단된다.

37) 참고로 유사판례로서 “본건에 있어 피고인이 암모니아수가 극물인 점을 몰랐다는 것은 단순한 법률의 부지에 해당한다 할 것이고 그 밖에 피고인이 자기 회사는 법령에 의하여 등록 없이 제조 판매할 수 있다고 그릇 인정하였거나 그와 같이 그릇 인정함에 있어 정당한 이유가 있었다고 볼 만한 자료가 없는 이상 이 점에 대한 논지는 이유 없다”고 한 대법원 1980. 2. 12, 79도285(보건범죄에관한특별조치법위반, 독물및극물에 관한법률위반) 참조.

2. 허가권자의 허가에 관한 점

피고인은 본인 경영의 삼원농산을 통해 남원시로부터 식품위생법 및 동시행령의 규정에 의하여 즉석판매제조가공 영업을 허가받고 이 사건 제품을 제조하였다는 것인데, 이 사안이 금지착오 중 어느 착오에 해당하는지 검토하기 전 기존 판례와 대상판결의 태도를 비교·분석하고자 한다. 위 대법원에서 2004년 1월 15일에 선고한 2001도1429 판결은 피고인의 행위에 대해 금지착오에 관한 형법 제16조를 적용하여 판단하였는가, 아니면 기존의 태도에 따라 단순한 법률의 부지로 파악하여 제16조를 적용하지 아니하고 판단하였는가에 대한 입장을 명확하게 밝히지 않고 있다.

(1) 사례분석

1) 법률의 부지로 파악하여 제16조를 적용하지 않은 사례

종래의 판결례를 살펴보면 “피고인이 자신의 행위가 특히 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 않는다고 그릇 인식한 경우라고 할 수 없고, 단순한 법률의 부지에 해당하는 경우라고 할 것이므로, 범죄의 성립에 아무런 지장이 없다고 할 것이다”³⁸⁾ 혹은 “단순한 법률의 부지에 불과하고 특히 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 않는다고 적극적으로 그릇 인식한 경우가 아니어서 이를 법률의 착오에 기인한 행위라고 할 수도 없다”,³⁹⁾ “피고인이 이와 같은 판시 소위가 위 특별조치법에 위반되는 것인지를 몰랐다고 하더라도 이는 단순한 법률의 부지에 불과하며 이것이 형법 제16조에 해당하는 경우라고 볼 수 없을 것이다”⁴⁰⁾와 같은 표현을 사용한 경우가 있다. 이들은 사건 자체를 볼 때 법률의 부지에 해당하므로 제16조의 적용 자체를 거부한 예이다.

2) 법률의 부지와 정당한 사유를 이종으로 검토한 사례

대표적으로 “이는 피고인의 행위가 죄가 되지 않는다고 믿는 데에 정

38) 대법원 2000. 9. 29, 2000도3051(직업안정법위반).

39) 대법원 1992. 4. 24, 92도245(국토이용관리법위반) ; 대법원 1991. 10. 11, 91도1566(건축법위반).

40) 대법원 1990. 10. 30, 90도1126(부동산소유권이전등기등에관한특별조치법위반).

당한 이유가 없거나 단순한 법률의 부지에 해당한다 할 것이고 피고인의 소위가 특히 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 않는다고 그릇 인식한 경우는 아니므로 범죄의 성립에 아무런 지장이 없다고 할 것이다”⁴¹⁾라고 한 판결례가 있다. 전체 사례를 놓고 보건대 위 판결은 사례를 일단 법률의 부지로 파악하였으나 당사자들의 주장에 대한 법원의 입장을 밝혀 이론의 여지를 없애기 위해 금지착오상 정당한 이유부분도 함께 판단한 것이 아닌가라고 생각된다.

3) 대상판결과 유사한 사례

대상판결과 비교해 볼 때 유사한 사실관계에 있는 판결로서 “피고인이 이 사건 범행이 식품위생법상의 허가대상인 줄을 몰랐다는 사정은 단순한 법률의 부지에 불과하고 특히 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 않는다고 적극적으로 그릇 인정한 경우는 아니므로 비록 허가권자인 충청남도에서는 1986.10.에 보건사회부의 질의회신에 따라 알게 되었다 한들 이를 법률의 착오에 기인한 행위라고 할 수는 없다”⁴²⁾라고 한 판결례가 있다.

(2) 대상판결에 나타난 사실관계상 금지착오의 대체적 유형

기존 판례의 입장은 법률의 부지와 그 외의 (법원이 판단하는) 금지착오를 2분하여, 법률부지의 경우에는 형법 제16조 적용을 거부하고 그 외 금지착오는 정당한 이유를 검토한다. 미루어 보건대 앞서 살펴본 유사판결에서는 허가요부에 관한 것을 몰랐다는 사정은 법률의 부지라고 판단함에 반해, 대상판결 사례의 경우 비록 설시사항에 법률의 부지개념을 약술한 부분이 있기는 하나 가령 “피고인이 주장하는바 금지의 착오는 단순히 법률의 부지에 해당한다”는 표현 혹은 전체 설시의 취지상 법률의 부지로 파악되는 등의 징표는 없으니, 기존 법원의 태도와는 달리 당해 법원은 본 사례를 일견 법률의 부지가 아닌 금지착오로 파악한 것으로 생각되며 따라서 “삼원농산은 남원시로부터 식품위생법 제22조 제1항, 동법시행규칙 제22조의 규정에 의하여 즉석판매제조가공 영업을 허가받

41) 대법원 1995. 12. 22, 94도2148(교육법위반·건축법위반).

42) 대법원 1990. 1. 23, 89도1476(보건범죄단속에관한특별조치법위반, 횡령).

고 이 사건 '녹동달오리골드'를 제조하였다는 것인바, 그와 같은 사유만으로 피고인의 (중략) 범행이 형법 제16조에서 말하는 「그 오인에 정당한 이유가 있는 때」에 해당한다고 할 수 없다”고 하여 피고인의 주장에 대한 판단을 내린 것으로 보인다.

(3) 사건

사례에서 나타난 피고인의 착오를 파악하기에는 사실관계가 뚜렷하지 않아 확신할 수는 없으나 판결 이유부분에 나타난 피고인의 주장과 사건 기록 내용을 미루어 보면, 피고인은 사건 제품이 애당초 의약품이 아니라고 생각한 나머지, 약사법에 의거 허가권자인 식약청장의 의약품에 대한 제조업허가를 받고 품목별로 품목허가를 받거나 품목신고를 하여야 함에도, 남원시로부터 즉석판매제조가공 영업을 허가받고 이 사건 제품을 제조한 이상 무면허 의약품 제조행위는 되지 않는다고 생각한 것으로 분석된다. 단 사건 제품의 의약품 여부에 대한 착오와 의약품 제조 허가에 대한 착오가 병발적으로 발생한 부분에서, 피고인의 첫 번째 착오가 그의 현저한 부주의에 의해 자초된 것이라는 점을 감안할 때, 식품의 제조에 허가가 필요하다는 것을 알았다면 만약 사건 제품이 의약품에 해당할 경우 그에 상응하는 허가가 필요할 것이라는 점, 그 허가 없이 사건 제품을 제조한다면 제재조치가 가해질 것이라는 점에는 충분히 인식이 가능했을 것으로 본다. 또한 위법성의 인식을 '형벌법규의 인식'이 아닌 '현행 법질서에 어긋난다는 인식'으로 새긴다면 이 사건의 착오는 법률의 부지보다 포섭의 착오에 기한 금지착오로 분류하는 것이 더 합당할 것이다. 이에 대한 정당한 이유를 검토하면 다음과 같다.

(4) 오인에 정당한 이유가 있는지의 여부

오인에 정당한 이유가 있는가에 대한 판단은 책임설의 입장에 따라 회피가능성으로 귀착된다. 회피가능성의 전제조건으로서 행위자는 당해 행위의 법적 의미에 관하여 스스로 생각하거나 제3자에게 조회할 수 있는 구체적인 계기를 가지고 있어야 하고, 행위의 위법성 여부에 대해 약간의 의심을 품었을 경우는 물론 자신의 행위에 대해 자신이 알지 못하는 법

규정이 존재할지도 모른다는 생각이 존재해야 하며, 그 위법성을 인식하는 데 이용할 수 있는 객관적 수단에 접근하는 것이 행위자에게 기대할 수 있어야 한다. 회피가능성의 계기를, 어떤 형태로든 계획한 행위의 위법성을 암시해 주어 책임의식 있는 사람에게 자기 행위의 법적 성질을 충분히 설명해 줄 수 있는 사정의 인식이라고 파악한다면, 피고인은 회피가능성의 계기를 충분히 가졌다고 볼 수 있다.

대상판결의 피고인은 객관적으로 판단할 때 의약품이라고 할 수 있는 제품을 제조하였으므로 국민의 건강에 영향을 미치는 의약품을 허가권자의 허가 없이 만들어 판매할 수 있다고 신뢰할 수 있었을 것이라고는 생각하기 어려울 것인바 위법성에 대한 인식은 있었다고 보여진다. 여기서 피고인의 착오가 형벌을 과할 필요성의 정도에 미달하는 특별한 사례라고 볼 수는 없기 때문에 피고인의 책임이 배제된다고도 할 수 없다(예방적 책임설의 입장).

회피가능성의 척도에서 보듯이 허가당국으로부터 일정한 부분에 대해 허가를 받았다 하더라도 그 허가범위를 넘어선 행위에 대해서는 정당한 이유가 없다고 한 사례들⁴³⁾을 고려하면 이 또한 사건 피고인이 금지착오에 대한 회피가능성이 있음을 시사하는 것이라 할 것이므로, 남원시로부터 식품위생법 등의 규정에 의하여 즉석판매제조가공 영업을 허가받고 이 사건 제품을 제조하였다는 것만으로는 피고인의 범행이 형법 제16조에서 말하는 「그 오인에 정당한 이유가 있는 때」에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 대법원의 판단은 결과적으로 정당하다. 의약품 개념에 대한 착오와 마찬가지로 이에 대한 착오도 책임설을 따를 때 논리가 회피불가능으로 흐르지 않고 회피가능으로 파악되었으므로 보건법위반죄가 성립한다.

43) 대법원 1998. 6. 23. 97도1189 ; 대법원 1995. 4. 7. 94도1325 ; 대법원 1994. 8. 26. 94도 780 등.

[참고 문헌]

- 단행본

- 김일수/서보학 형법총론, 박영사, 2003.
김종원 주석 형법(I)[총칙(1)], 한국사법행정학회, 2001.
박상기 형법총론, 박영사, 2004.
배종대 형법총론, 홍문사, 2001.
손해목 형법총론, 법문사, 1996.
오영근 형법총론, 대명출판사, 2004.
이인규 판례형법[총론], 탁월, 2003.
이재상 형법총론, 박영사, 2004.
이재상/장영민 編譯 형법상의 착오, 박영사, 1999.
이형국 형법총론연구 I, 법문사, 1999.
임 응 형법총론, 법문사, 2003.
정성근/박광민 형법총론, 삼지원, 2001.

- 논 문

- 김일수 “금지착오와 회피가능성<하>”, 법률신문 제1653호, 법률신문사.
김재봉, “규범적 구성요건표지와 착오”, 서울대학교 석사학위논문, 1993.2.
신양균 “금지착오”, 고시계, 1985.12.
차용석 “위법성의 인식, 위법성의 착오”, 고시연구 창간 20주년 기념 논문집, 1994.
한정환 “구성요건착오와 금지착오의 구별”, 형사법연구 제7권, 1994.
허일태 “법률의 부지의 효력”, 형사판례연구[1], 박영사, 1993.

- 외국 문헌

- Hans Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl, 1996.