유사물의 제조 등 죄의 타당성문제

송 승 현*

차 례

I. 머리말

II. 유사물의 제조 등 죄의 의의
1. 유사물의 제조 등 죄에서 유사물의 개념
2. 유사물의 제조 등 죄의 보호법익

III. 유사물의 제조 등 죄의 범죄성립요건의 타당성여부 [=가벌성여부]
1. 구성요건해당성
2. 위법성
3. 책임
4. 검토

IV. 유사물의 제조 등 죄와 법치주의 및 죄형법정원칙과의 관계

V. 맺음말

* 성균관대학교 법학연구소 선임연구원 / 법학박사
접수일자 : 2016. 4. 26. / 심사일자 : 2016. 5. 26. / 게재확정일자 : 2016. 5. 30.

I. 머리말

시대가 변하면서 과학기술도 많은 변화가 일어났다. 그러나 안타까운 것은 이러한 과학기술의 발달이 범죄의 발달로도 이어졌다는 것이다. 그 중 하나가 각종 물품이나 화폐 및 우표・인지 등에 대한 위조・변조 및 가짜상품의 남발이다. 그리고 이러한 위조・변조 및 가짜상품은 점점 더 정교해져서 얼핏 보면 정품으로 보이기도 한다. 이와 관련하여 생각해볼 필요가 있는 것이 형법이 규정하고 있는 '유사물 제조 등 죄'이다. 형법은 유사물 제조 등 죄에 대해 통화와 우표・인지에 대해 규정하고 있다. 여기서 문제는 통화와 우표・인지에 대한 위조・변조행위와 유사물 제조 등의 행위 간에 차이가 있는가, 유사물 제조 등의 행위를 처벌하는 것이 타당한 것인가 하는 것이다. 현재까지 '유사물 제조 등 죄'는 논의가 이루어지지 않았고, 여러 문헌에서도 이러한 범죄에 대한 규정이 있다는 정도로 언급되어 있으며, 이와 관련된 판례역시 존재하지 않는다. 그렇다면 이 규정은 사문화된 규정에 지나지 않는 존재로 남아 있는 것이라고 할 수 있다. 물론 이 규정이 형법이 제정된 시기[1953.09.18.]에 규정된 것이므로 당시에는 화폐와 우표・인지와 관련하여 위조・변조와 유사물의 구별에 대한 사람들의 인식・인지능력이 현재보다 부족하고, 이들 양자[화폐와 우표・인지에 대한 위조・변조죄의 객체와 유사물제조죄의 유사물]를 구별할 수 있는 과학기술도 발전하지 않은 시기였고, 이로 인해 이것들을 실제로 실생활에 이용하여 공공의 신용불능 또는 신용훼손과 거래의 안전불능 또는 안전훼손의 결과를 발생시킬 수 있는 시기였기 때문에 화폐와 우표・인지에 대한 위조・변조 외에 화폐와 우표・인지에 대한 유사물제조죄를 규정할 필요가 있었을 것이고, 앞으로도 이 규정은 필요하다고 주장할 수 있다. 그러나 현 시대의 사람들은 이들 양자[화폐와 우표・인지에 대한 위조・변조죄의 객체와 유사물제조죄의 유사물]에 대한 인식・인지능력도 과거보다 향상되었고, 이들 양자[화폐와 우표・인지에 대한 위조・변조죄의 객체와 유사물제조죄의 유사물]를 구별할 수 있는 정도의 과학기술도 발전하였으며, 이로 인해 유사물은 공공의 신용불능 또는 신용훼손과 거래의 안전불능 또는 안전훼손의 결과를 발생시킬 여지도 없어졌다고 할 수 있기 때문에 -혹시 모를 상황을 대비해서라도 규정할

필요가 있다고 주장할 수 있지만, 유사물제조죄의 행위는 범죄성립요건을 충족한다고 할 수 없으므로- 유사물제조죄의 규정이 더 이상 필요한 규정인지는 의문이다. 이와 관련하여 현재 가짜상품에 대해 관련된 법령으로 처벌하고 있다. 이에 유사물 제조 등 죄의 객체와 가짜상품과의 차이점은 무엇인가 하는 것도 문제가 된다. 따라서 이하에서는 이러한 점을 바탕으로 통화와 우표・인지에 대한 유사물 제조 등 죄를 범죄로서 처벌하는 것이 타당한 것인가를 살펴볼 것이다.

II. 유사물의 제조 등 죄의 의의

1. 유사물의 제조 등 죄에서 유사물의 개념

현행 형법은 유사물의 제조 등 죄(이하 유사물제조죄)에 대해 제211조 제1항에 “판매할 목적으로 내국 또는 외국에서 통용하거나 유통하는 화폐, 지폐 또는 은행권에 유사한 물건을 제조, 수입 또는 수출한 자는 3년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정하고 있고,[1] 제222조 제1항에 “판매할 목적으로 대한민국 또는 외국의 공채증서, 인지, 우표 기타 우편요금을 표시하는 증표와 유사한 물건을 제조, 수입 또는 수출한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정하고 있으며, 두 조문 모두 각각 제2항에 “전항의 물건을 판매한 자도 전항의 형과 같다.”라고 규정하고 있다.

이와 같이 유사물제조죄는 통화와 우표・인지에 대해 진정목적범으로 규정되어 있다. 즉, 유사물제조죄가 성립하기 위해서는 해당 유사물을 판매할 목적으로 제조・수입・수출하거나 이를 판매하여야 한다. 여기서 중요한 사항은 행위의 객체는 ‘유사물’이라는 것이다. 여기서 유사물이라는 용어의 국어적인 의미는 “일정한 형체를 갖춘 서로 비슷한 물질적 대상으로서 이미 있는 것을 그대로 따라 하거나 본떠서 만든 물건”을 말한다고 할 수 있다. 다시 말하면 형법에서

1) 화폐와 관련해서는 관세법 제234조 제3호에도 수출하거나 수입할 수 없는 물품으로 규정하고 있다(제234조(수출입의 금지) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 물품은 수출하거나 수입할 수 없다. 3. 화폐・채권이나 그 밖의 유가증권의 위조품・변조품 또는 모조품).

규정하고 있는 유사물제조죄의 유사물이란 통화의 위조・변조와 우표・인지의 위조・변조와의 관계에 비추어 일반인으로 하여금 진정한 것으로 오인할 정도의 외관을 지니지 않아서 그것이 위조 또는 변조된 것이라고 볼 수 없는 수준의 모조품을 말한다고 할 수 있다. 이에 반하여 가짜상품[=일명 짝퉁상품]에서 가짜라는 용어의 국어적인 의미는 "거짓을 참인 것처럼 꾸민 것"을 말하는 것으로서 가짜상품은 사실과 어긋난 또는 사실이 아닌 것을 조금도 어긋남이 없이 사실인 것처럼 꾸민 상품을 말한다고 할 수 있다. 다시 말하면 형법에서 규정하고 있는 유사물제조죄의 객체에 비유하면 그 정도가 정품의 위조・변조된 상품이라고 할 수 없는 정도로 정교하여 일반인으로 하여금 진정한 것으로 오인할 정도의 외관을 지니고 있어 그것을 정품이라고 할 수 있는 정도의 수준을 갖춘 것을 말한다고 할 수 있다. 그렇다면 이러한 진위여부의 의심이 없는 모조품을 판매할 목적으로 제조・수입・수출하거나 이를 판매하였다고 하여 처벌하고 있는 유사물제조죄가 범죄로서 과연 성립할 수 있는 것인가에 대해 살펴볼 필요가 있다.

2. 유사물의 제조 등 죄의 보호법익

유사물의 제조 등 죄는 두 가지인 '통화에 관한 죄'와 '우표・인지에 관한 죄'로 구분하여 살펴볼 수 있기 때문에 보호법익 역시 두 가지로 구분하여 살펴보아야 한다.

유사물 제조 등 죄에서 '우표・인지에 관한 죄'는 보호법익에 있어 견해의 대립이 없다. 즉, 우표・인지에 관한 죄는 그 보호법익을 우표・인지에 대한 공공의 신용 및 거래의 안전으로 볼 수 있는 것이다. 이유는 우표・인지에 대한 보호법익에 대해 직접적인 언급이 되어 있지는 않지만, 형법조문체계상 우표・인지에 관한 죄는 제19장에서 유가증권과 같이 묶여서 '유가증권, 우표・인지에 관한 죄'로 규정되어 있고, 이로 인해 제19장에서 유가증권에 관한 죄의 보호법익이 유가증권에 대한 공공의 신용 및 거래의 안전이기 때문에 우표・인지에 관한 죄 역시 그 보호법익은 유가증권에 관한 죄와 마찬가지로 공공의 신용 및 거래의 안전으로 볼 수 있는 것이다. 그러나 문제는 통화에 관한 죄이다. 이 죄의 경우에는 그 보호법익이 무엇인가에 대해 견해의 대립이

존재하기 때문인데, i) 통화에 대한 공공의 신용과 거래의 안전이라는 사회적 법익으로 파악하는 견해,[2] ii) 국가의 통화발행권이라는 국가적 법익과 통화의 진정에 대한 공공의 신용이라는 사회적 법익을 포함하는 것으로 파악하는 견해,[3] iii) 국가의 통화발행권과 통화에 대한 공공의 신용이외에 불특정인의 재산상태의 위험도 보호하는 것이라는 견해[4] 등의 대립이 그것이다.

생각건대 통화에 관한 죄는 우표·인지에 관한 죄와 마찬가지로 사회생활에 있어 인간의 공존·공영을 위한 기본적 법익을 보호하고자 하는 형벌법규로서 공공적 법익에 속하는 것이고, 여기서도 우표·인지에 관한 죄는 유가증권에 관한 죄와 마찬가지로 그 보호법익이 우표·인지에 대한 공공의 신용 및 거래의 안전이므로 유가증권 및 우표·인지와 유사한 기능을 갖고 있는 통화역시 이에 대한 공공의 신용 및 거래의 안전으로 볼 수 있으므로 통화에 관한 죄의 보호법익은 통화에 대한 공공의 신용과 거래의 안전이라고 할 수 있다.

III. 유사물의 제조 등 죄의 범죄성립요건의 타당성여부[=가벌성여부]

형법이 유사물제조죄에 대해 범죄로 규정하고 있는 만큼 이 죄가 성립하려면 범죄성립요건인 구성요건해당성과 위법성 및 책임이 인정되어야 한다. 그러나 이러한 범죄성립요건이 인정되는지는 의문이라고 할 수 있다.

---

2) 김성돈, 「형법각론」[제2판], 2009, 548쪽; 김성천, 「형법」, 2009, 1139쪽; 김일수/서보학, 「(새로쓴) 형법각론」[제7판(중판발행)], 2009, 678쪽; 박상기, 「형법각론」[제7판], 2008, 495쪽; 배종대, 「형법각론」[제7판(제7전정판)], 2010, 667쪽; 백형구, 「형법각론」, 1999, 486쪽; 손동권, 「형법각론」[제3개정판], 2010, 593쪽; 오영근, 「형법각론」[제2판], 2009, 688-689쪽; 이재상, 「형법각론」[제7판], 2010, 545쪽; 이정원, 「형법각론」, 1999, 519쪽; 임웅, 「형법각론」[제5정판], 2013, 639쪽; 정성근/박광민, 「형법각론」[제3판], 2008, 673-674쪽; 정영일, 「형법각론」[개정판], 2008, 542쪽; 진계호/이존걸, 「형법각론」[제6판], 2008, 632-633쪽.

3) 서일교, 「형법각론」, 1982, 231쪽.

4) 황산덕, 「형법각론」[제6정판], 1985, 122쪽.

1. 구성요건해당성

구성요건이란 학문상의 용어로서 형벌법규에 과형의 근거로 추상적으로 규정되어 있는 위법행위의 유형을 의미한다. 즉, 당해범죄의 불법내용을 근거지우는 요소의 총체를 의미하는 불법구성요건을 의미한다고 할 수 있다. 그렇다면 해당 모조품을 판매할 목적으로 제조・수입・수출하거나 이를 판매한 자가 유사물제조죄에서 말하는 범죄행위라고 할 수 있는가 하는 것이 문제가 된다고 할 수 있다.

먼저, 구성요건에 해당하려면 그 표지로서 객관적 요소와 주관적 요소가 성립하여야 한다. 여기서 객관적 요소의 측면에서는 모조품을 판매할 목적으로 제조・수입・수출하거나 판매를 실행한 자는 결과적으로 구성요건의 객관적 요소가 성립한다고 할 수 있다. 그리고 이러한 행위를 함에 있어 행위자가 모조품을 제조・수입・수출하거나 판매를 실행하였다면 객관적 사정에 대한 지적 측면과 그 행위와 결과발생을 지향하는 의지적 측면이 인정되므로 행위자의 내심적 요소인 구성요건의 주관적 요소가 성립한다고 할 수 있다.[5] 그러나 문제는 다음으로 살펴볼 인과관계와 객관적 귀속이라고 할 수 있다.

다음으로, 구성요건에 해당하려면 인과관계가 인정되어야 한다. 형법 제17조는 인과관계라는 표제 하에 “어떤 행위라도 죄의 요소 되는 위험발생에 연결되지 아니한 때에는 그 결과로 인하여 벌하지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 이 규정은 행위와 위험발생 사이에 연결이 있어야 함을 선언했을 뿐이지 그 구체적인 내용과 척도는 학설과 판례에 맡겨져 있고,[6] 행위와 결과발생 사이에 연결이 없으면 기수범으로 처벌할 수 없음을 말하고 있는 것이다. 즉, 인과관계에서의 문제는 제17조를 해석함에 있어 ‘위험발생’이라는 용어를 어떻게 해석할 것인가이다. 결과범에서의 범죄실현은 행위에서 위험발생을 거쳐 결과[행위→위험발생→결과]라는 단계로 진척된다고 할 수 있다. 즉, 위험발생의 단계는 결과범에 있어 미수의 단계 정도에 해당된다.[7] 이에 위험발생이라는 요소는 결과범에

5) 이 경우 고의가 부정되면 과실이 성립하게 되는데, 과실은 과실범은 법률에 특별히 규정되어 있는 경우에 한하여 처벌할 수 있는 것이고, 유사물제조죄를 과실로 범할 가능성은 희박하다고 할 수 있으므로 과실범을 논할 여지는 없다고 본다.

6) 임웅, 「형법총론」[제5정판], 2013, 144쪽.

7) 임웅, 위의 책, 145쪽.

있어 기술되지 않은 범죄의 단계적 요소라고 할 수 있다. 그리고 객관적 귀속론 즉, 이러한 범죄적 단계에서 특히 위험발생으로부터 결과가 발생한 것인가로 해석할 수 있는가하는 것이 문제인데, 결국 제17조를 해석하면, 동조의 행위와 결과는 인과관계론에서 그대로 행위와 결과로 이해될 수 있고, 이 인과관계는 합법칙적 조건설에 의해 인정될 수 있다. 그리고 '위험발생'이라는 용어는 위험창출과 위험실현으로 해석될 수 있을 뿐만 아니라 객관적 귀속론에서의 그 밖의 척도로부터도 즉, 위험창출과 위험실현 및 객관적 예견가능성과 기배가능성 그리고 규범의 보호목적 등이 함축된 의미로 확장하여 해석될 수도 있다고 본다.[8)]

그러나 여전히 의문점으로 남는 것은 '위험'이라는 용어이다. 인과관계에서도 그렇고, 객관적 귀속론에서도 그렇고 공통적인 것은 '위험'이라는 용어가 사용되기 때문이다. 즉, 구성요건에 해당하는 행위에 대한 '위험'이라는 것이 어떠한 의미인지, 어느 정도인지를 살펴봐야 한다. 위험이라는 용어는 국어적인 표현으로 "해로움이나 손실이 생길 우려 또는 그런 상태"를 의미한다. 이로 보면 위험이라는 용어는 추상적인 성격을 지닌 또는 추상적으로 해석될 수밖에 없는 용어라고 할 수 있다. 그러나 여기서 한 가지 명심할 것은 여기서 사용되는 '위험'이라는 용어는 성문법체계에서 범죄의 단계적 요소로서 사용되는 것이므로 이는 해당 범죄에 대한 보호법익과 보호의 정도에 비추어 고려되어야 한다는 것이다. 그리고 유사물제조죄의 보호의 정도는 추상적 위험범으로 보호되고 있는데, 여기서 추상적 위험범은 구체적 위험범과는 다르게 법익침해의 위험이 일반적으로 존재하기만 하면 범죄의 성립을 인정하고, 해석상 도출되는 추상적 위험은 구성요건요소로 명시되어 있지 않아서 일정한 행위가 있으면 당연히 법익에 대한 추상적 위험이 발생한 것으로 간주된다고 할 수 있다. 그러나 이로 보더라도 추상적 위험범에서의 '위험'은 역시 명확하지 않은 추상적이고, 개개인에 따라 해석의 다의성이 존재하는 극히 주관적이며, 일정한 행위가 있으면 당연히 법익에 대한 추상적 위험이 발생한 것으로 간주하므로 성급한 일반화의 오류를 범하고 있다. 물론 같은 '통화에 관한 죄'와 '유가증권과 우표·인지에 관한 죄'에 속해있는 다른 범죄들도 그 보호의 정도가 추상적 위험범의

8) 이와 같은 견해로는 김일수, 「(새로쓴) 형법총론」[제6판], 박영사, 1998, 175쪽; 임웅, 앞의 책, 145쪽.

성격을 갖고 있지만, 유사물제조죄와 비교했을 때 그 '위험'을 판단하는 데는 그 정도가 명확하고, 확연히 드러난다고 할 수 있다. 즉, 같은 추상적 위험범의 성격을 갖고 있더라도 유사물제조죄보다 이와 같은 장에 함께 속해있는 다른 범죄들이 그 추상적 위험의 여부를 판단하는데 있어 객관적이고, 명확하게 판단할 수 있다는 것이다.

또한 유사물제조죄는 -개개의 범죄에 대해 미수범도 처벌하고 있으므로- 이를 판단하는 데는 공공의 신용과 거래의 안전이라는 주된 보호법익이 위험범으로서 보호되고 있고, 유사물제조죄에서의 유사물은 일반인으로 하여금 진정한 것으로 오인할 정도의 외관을 지니지 않아서 그것이 위조 또는 변조된 것이라고 볼 수 없는 수준의 모조품이므로 이를 판매할 목적으로 제조·수입·수출하거나 판매하였다고 하더라도 이러한 행위가 보호법익을 위태롭게 하였는지 여부 또는 결과적으로 공공의 신용불능 또는 신용훼손과 거래의 안전불능 또는 안전훼손이라는 결과가 발생하였는지 여부로 판단하여야 한다. 이에 유사물제조죄는 위조·변조와는 다르게 일반인으로 하여금 진정한 것으로 오인할 정도의 외관을 지니지 않아서 모조품인지 정품인지의 혼란을 발생시킬 여지가 없으므로 공공의 신용과 거래의 안전을 위태롭게 할 여지도 없다고 할 수 있다. 또한 현재 가짜상품은 상표법과 저작권법 및 특허법 그리고 관세법 등으로 처벌하고 있다. 여기서 가짜는 모조품과 같은 말이지만, 현재 가장 많이 처벌되고 있는 가짜상품은 우리 생활에 직접적으로 사용가능하거나 활용가능 한 식료품이나 생필품 및 가방이나 시계 그리고 건강보조식품 등으로써 이러한 가짜상품들은 모두 일반인으로 하여금 정품으로 오인할 정도의 외관을 가진 것이라고 할 수 있고, 이러한 가짜상품이 유사물제조죄에서 규정하고 있는 모조품들과 마찬가지로 같은 모조품이지만, 가짜상품은 유사물제조죄의 모조품과는 달리 그 정도가 정품의 위조·변조된 상품과 같다고 본다. 즉, 일반적으로 '가짜'이라는 용어와 '모조'라는 용어를 동의어로 인식하고 있어 가짜상품과 모조품을 같은 것으로 보고 있는데, 가짜상품과 유사물제조죄의 모조품은 같은 모조품의 범위에 속하지만, 앞서 언급하였듯이 가짜상품은 그 정도가 정품의 위조·변조된 상품이라고 할 수 없는 정도로 정교하여 정품이라고 할 수 있는 정도이기 때문에 유사물제조죄의 모조품과는 차원이 다른 전혀 별개의 대상이므로 마찬

가지로 유사물제조죄의 모조품은 가짜상품과는 달리 공공의 신용불능 또는 신용훼손과 거래의 안전불능 또는 안전훼손이라는 결과가 발생하지 않는다는 것이다. 한 가지 더 언급하자면 유사물제조죄의 모조품이 게임(부루마불 등)이나 관광상품 및 각종 기념화폐·기념주화·기념우표의 발행[9] 등 현재에도 많이 존재하고 있다는 점이다. 이것들은 누가 봐도 모조품이지만 예전과는 다르게 너무 정교해져서 얼핏 보면 정품 같다는 생각을 들게 한다. 그러나 이것들은 누가 보더라도 모조품이므로 공공의 신용불능 또는 신용훼손과 거래의 안전불능 또는 안전훼손이라는 결과가 발생하지 않으므로 유사물제조죄를 범죄로 규정하면 그 대상범위가 넓어져서 가늠할 수 없게 되어 구성요건의 존재이유가 유명무실해지고, 처벌의 실익이 있을지도 의문이 든다고 본다.

따라서 유사물제조죄는 구성요건해당성과의 관련성에서 볼 때 그 불법내용을 충족하는 행위는 현행 형법상 구성요건으로 규정되어 있기 때문에 그 구성요건의 불법행위는 해당성이 성립하기는 하지만, 실질적으로 유사물제조죄의 구성요건상의 행위를 형법으로 금지 또는 요구되는 불법행위로서 근거 지워 형사제재를 과할 정도의 행위라고 할 수는 없다고 볼 수 있으므로 유사물제조죄를 구성요건으로 규정한다는 것은 타당하지 않고, 죄형법정원칙의 적정성의 원칙에도 반하는 것이라고 본다.

2. 위법성

범죄가 성립하는가의 여부를 논하는 단계는 구성요건해당성→위법성→책임의 단계로 논하고 있다. 즉, 첫 번째로 구성요건에 해당하여야 하고, 첫 번째 단계가 성립한다는 전제하에 다음 단계인 위법성을 논하며, 두 번째 단계가 성립한다는 전제하에 마지막인 책임을 논하는 것이다. 이에 필자는 앞서 유사물제조죄는 구성요건해당성이 성립하는 데 있어 그 세부사항들을 충족하지 않을

9) 기념화폐와 기념주화는 한국은행법 제53조의3의 규정에 의해 발행되고 있고, 기념우표는 우편법 제21조의 규정에 의해 발행되고 있다. 그러나 차이점은 기념화폐와 기념주화의 발행과 관련해서는 한국은행법 제53조의3이 명시하고 있음에 반하여 기념우표의 발행과 관련해서는 우편법에 명시적인 언급이 없다는 점이다. 그러나 기념우표의 발행은 우편법 제21조의 규정에 의해 일반우표의 발행뿐만 아니라 기념우표의 발행도 포함되는 것으로 보고 있다.

뿐만 아니라, 구성요건으로 규정한다는 것 자체가 타당하지 않다고 하였으므로 즉, 구성요건으로 규정한 것에 부정적인 입장을 취하고 있으므로 위법성을 논할 필요가 없다고 할 수 있다. 그러나 구성요건해당성이 성립하는 데 있어 그 세부사항들을 충족하는 데는 문제가 없다는 견해가 있을 수 있으므로 구성요건해당성이 인정된다는 전제하에 위법성의 성립여부를 살펴보고자 한다.

위법성은 불법과는 달리 행위와 전체 법질서 사이의 관계계념이면서 성질판단이고, 이러한 판단은 전체 법질서에 비추어 항상 단일하게 내려진다. 이러한 위법성의 성립여부를 판단하는데 있어 중요한 점은 전체 법질서에 배치된다고 하는 반가치판단은 과연 무엇을 대상으로 어떻게 내려지는 것인가 하는 실질인 위법성의 실질에 관한 점이다. 이유는 과거와는 달리 오늘날에는 실절적 위법성론에 입각하여 행위가 비록 실정화된 구성요건을 실현하였다고 하더라도 실질적으로 위법하지 않을 수 있음을 인정하고 있기 때문이다. 이에 이러한 위법성의 실질이 무엇인가에 대한 논의는 이에 대해 전개되고 있는 양대(兩大)의 반가치론 "행위반가치론과 결과반가치론"으로 해결하여야 한다.

위법성의 실질에 있어 행위반가치는 행위태양과 주관적 불법요소 및 객관적 행위자요소로 그 판단이 내려지게 되는데, 유사물에 대한 행위자의 판매목적의 제조・수입・수출하거나 판매행위는 행위반가치의 판단요소를 충족하므로 행위반가치는 성립한다고 할 수 있다. 그러나 결과반가치는 그 중점이 가치적・정신적 관점에 놓여지는데, 이는 침해와 위태화로 나누어진다. 여기서 유사물제조죄는 추상적 위험범으로서 위태화의 문제로서 이는 생활경험상 위험한 행위를 일반적으로 금지할 필요가 있은 사항을 입법자가 반가치판단을 내린 경우이므로 유사물제조죄의 객체는 해당 대상물의 모조품이어서 해당 대상물의 위조・변조와 현재 처벌대상이 되고 있는 모조품과 같은 범위에 속해있는 각종 가짜상품과는 차원이 다른 전혀 별재의 대상이므로 위험한 행위에 해당된다고 할 수 없다고 볼 수 있으므로 결과반가치는 성립하지 않는다고 할 수 있다. 또한 위법성의 실질은 형사입법의 근거임과 동시에 형사입법에 대한 제약원리가 되므로 국가는 실질적으로 위법한 행위만을 구성요건화하여 처벌할 수 있고, 그렇지 않은 즉, 실질적으로 위법하지 않은 행위를 구성요건화하여 처벌하는 것은 형벌권의 남용이다. 그리고 이러한 위법성의 실질을 판단하는 데는

‘경미성의 원칙’과 ‘현저성의 원칙’ 및 ‘사회적 상당성’이라는 해석원리를 근본지침으로 삼아야 한다. 여기서 중요한 점은 ‘현저성의 원칙’과 ‘사회적 상당성’이라는 해석원리는 우리 형법의 제20조에 규정되어 있는 “사회상규에 위배되지 아니하는 행위”로 평가하여 해소할 수 있다는 것이다. 이에 이러한 사항들을 고려하여 위법성의 실질을 판단하면 위법성이 인정되기 위해서는 행위반가치와 결과반가치의 양자가 충족되어야 하므로 유사물제조죄에 대해서는 구성요건해당성의 인정된다고 하더라도 위법성이 조각된다고 할 수 있다.

여기서 위법성과 관련하여 한 가지 생각해볼 점은 위법성의 평가에 대한 것이다. 이는 위법성의 판단표준을 ‘행위자 개인’에게 둘 것인가 ‘사회일반인’에게 둘 것인가에 대한 논의로서 주관적 위법성론과 객관적 위법성론이 대립하고 있지만, 행위의 위법여부에 대한 법규범의 객관적 평가가 행위자의 개인적인 사정에 좌우되어서는 아니되므로 객관적 위법성론이 타당하다. 그렇다면 객관적 위법성론에 따라 위법성의 평가를 객관적으로 한다는 결론과 관련하여 ‘위법성의 평가대상(판단대상)’의 객관성과 ‘평가방법(판단표준)’의 객관성을 명확히 구분하여야 한다.[10] 이에 일반적으로 결과반가치론이 충족되고, 행위반가치론이 충족되면 인적 불법론이 충족되므로 이에 대한 평가방법으로서 사회일반인의 관점에서도 위법성이 인정된다고 보고 있고, 또 그렇게 볼 수 있다. 즉, 형법전에 규정된 범죄태양을 주관적 불법요소(고의・과실・목적・불법영득의 의사 등)를 갖고 실행한 자는 행위반가치가 성립함과 동시에 이러한 자의 행위는 사회일반인을 표준으로 판단하여도 위법성이 인정된다는 행위반가치판단 즉, 최종적인 위법성평가를 내리게 된다. 그렇다면 유사물제조죄의 경우에는 유사물에 대한 행위자의 판매목적의 제조・수입・수출하거나 판매행위가 위법성의 평가대상으로서 -앞서 필자는 결과반가치가 성립하지 않는다고 하였지만, 결과반가치가 성립한다는 전제하에- 행위반가치가 인정된다고 하더라도 평가방법으로서 사회일반인의 관점에서 위법성이 인정된다고 평가할 수 있는가하는 점은 의문이다. 사회일반인의 관점이라는 것이 사람들은 정확히 말하기 힘들 때 ‘일반적으로・평균적으로・보통으로’라는 표현을 사용하는 것과 같은 개념이므로 주관적이면서 편파적이고,[11] 위법성의 평가는 객관적

10) 임웅, 앞의 책, 199쪽.
11) 이와 같은 견해로는 송승현, “강간죄의 객체에 성전환여성의 인정여부”, 「법과 정책」 제19

위법성론에 따라야 하므로 그 의미에 따라 사회일반인을 판단표준으로 해서 내려져야 한다고 하더라도 사회일반인이 자신들의 입장에서 유사물제조죄의 행위가 그 행위의 객체가 모조품임을 고려한다면 과연 위법한 행위라고 평가할 것인지 또는 사회일반인이 자신들의 입장에서 위법한 행위라고 평가할 것이라고 보는지는 의문이다. 짐작건대 대다수의 사회일반인들은 유사물제조죄의 객체는 해당 대상물의 모조품이어서 해당 대상물의 위조·변조와 현재 처벌대상이 되고 있는 모조품과 같은 범위에 속해있는 각종 가짜상품과는 차원이 다른 전혀 별개의 대상이라는 것을 고려하면 유사물제조죄의 행위가 위법한 행위라고 볼 수 없다고 평가할 것이라고 본다.

따라서 유사물제조죄는 위법성과의 관련성에서도 볼 때 유사물제조죄가 구성요건해당성과의 관련성에서 문제가 없다고 하더라도 위법성의 실질에 있어 위법성의 평가대상으로서 행위반가치가 성립하더라도 결과반가치가 성립하지 않는다고 할 수 있고, 양대(兩大)의 반가치론이 성립한다고 하더라도 위법성의 평가로서 객관적 위법성론의 입장에서도 위법한 행위라고 평가할 수 없다고 할 수 있으므로 위법성이 조각(阻却)된다고 본다.

3. 책임

지금까지 범죄성립요건의 첫 번째 요건과 두 번째 요건인 구성요건해당성과 위법성에 대해 살펴보았다. 이에 대해 필자는 두 가지 요건의 세부사항들이 모두 충족되지 않는다고 하였다. 즉, 유사물제조죄는 구성요건해당성이 성립하는 데 있어 그 세부사항들을 충족하지 않을 뿐만 아니라, 구성요건으로 규정한다는 것 자체가 타당하지 않고, 구성요건해당성이 성립하는 데 있어 그 세부사항들을 충족하는 데는 문제가 없다고 하더라도 위법성의 세부사항들을 충족하지 않아 위법성이 조각된다고 하였다. 그렇다면 범죄성립요건의 마지막 단계인 책임여부를 논할 필요가 없다고 할 수 있다. 그러나 구성요건해당성 및 위법성과

집 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2013, 244쪽; 동, "과실범에 있어 과실판단과 인과관계 판단", 「형사정책연구」 제25권 제3호, 한국형사정책연구원, 2014, 70쪽; 동, "체포제도의 문제점과 개선방안", 동국대학교 석사학위논문, 2010, 57-59쪽; 동, "현행범인체포에 있어서 준현행범인의 인정여부", 「홍익법학」 제14권 제1호, 2013, 342-343쪽; 안경환/한인섭, 「배심제와 시민의 사법참여」, 아산재단 연구총서 제186집, 2005, 84-91쪽 참조.

의 관련성이 인정된다는 데는 문제가 없다는 견해가 있을 수 있으므로 이 두 가지 요건이 인정된다는 전제하에 책임의 인정여부를 살펴보고자 한다. 즉, 본 논문에서 필자의 견해는 유사물제조죄는 구성요건해당성이 인정되지 않고, 구성요건해당성이 인정된다고 하더라도 위법성이 조각된다는 견해이므로 책임의 인정여부를 살펴볼 필요가 없으나, 구성요건해당성과 위법성이 인정된다는 데 문제가 없다는 반론의 견해가 있을 수 있으므로 이를 고려하여 책임의 인정여부를 살펴보고자 하는 것이다.[12)]

책임이란 범죄성립요건의 세 번째 요건으로서 위법행위를 한 행위자 개인에 대한 비난가능성을 의미한다. 즉, 책임은 행위자가 적법한 행위로 나아갈 의사를 결정하고 행동할 수 있었음에도 불구하고 법에 적대적인 태도 또는 법에 무관심한 태도를 보일 때 행위자에 대한 비난이 가능하다는 것으로써 행위자 자신의 개인적인 기능에 문제를 제기하는 것이다. 이에 책임의 판단대상은 위법행위로써 고의·과실의 이중적 지위에 의해 이러한 위법행위가 행위자로부터 심정반가치가 발현되었다는 점에서 문제를 제기하게 된다.

책임여부를 판단하기 위해 중요한 것은 위법성의 인식이 있는가하는 것과 위법성의 인식이 없었다면 즉, 위법성의 인식이 결여되었었다면 그러한 이유가 무엇 때문이었는지를 어떻게 판단하는가하는 것이다. 위법성의 인식이란 자신의 행위가 법질서에 위반하여 허용되지 않는다는 행위자의 인식을 의미한다. 위법성의 인식의 대상은 위반하게 될 구체적인 형벌규정이나 구성요건 자체는 아니다.[13)] 그리고 형법규범위반인지 혹은 행정법규범이나 민법규범의 위반인

12) 이에 대해 유사물의 제조 등 죄에 대해 불법의 실질이 없다는 논거를 제시했음에도 불구하고 책임부분에서 "구성요건해당성과 위법성이 성립한다는 전제하에 책임이 인정된다고 볼 수 있다."고 언급하여 상호 모순된 태도를 취하는 것 아니냐는 의문을 제기할 수 있으나, 필자는 유사물제조죄에 대해 구성요건해당성과 위법성이 성립한다는 견해를 취하고 있고, 그럼에도 불구하고 책임부분을 언급하는 이유는 필자의 이러한 견해에 대해 반론의 견해가 있을 수 있으므로 이를 고려하여 언급하는 것이므로 상호 모순된 태도를 취하는 것 아니냐는 의문은 타당하지 않다고 할 수 있다.

13) 대법원 1987. 03. 24. 선고 86도2673 판결 : "범죄의 성립에 있어서 위법의 인식은 그 범죄사실이 사회정의와 조리에 어긋난다는 것을 인식하는 것으로서 족하고 구체적인 해당 법조문까지 인식할 것을 요하는 것은 아니므로 설사 피고인이 소론과 같이 위의 판시 소위가 형법상의 허위공문서작성죄에 해당되는 줄 몰랐다고 가정하더라도 그와 같은 사유만으로서는 피고인에게 위법성의 인식이 없었다고 할 수 없으므로 원심이 피고인의 판시 소위를 허위공문서작성죄로 다스린 조치는 정당하다."

지를 알 필요도 없고, 단지 자신의 행위가 공동체의 법질서에 위배된다는 것 즉, 실질적으로 위법하다는 것 또는 법적으로 금지된다고 하는 인식을 가짐으로써 충분하다.[14] 다시 말하면 위법성의 인식은 행위자가 행위를 하게 된 상황의 정황을 인식한 후에 평가 또는 양심의 차원에서 제기되는 인간의 규범의식이다. 그러나 위법성의 인식은 법류전문가로서의 불법통찰이 요구되는 것은 아니고, 문외한으로서의 소박한 인식으로써 족하지만,[15] 사회공동체의 윤리에 반한다는 단순한 도덕적 죄의식만으로는 부족하다. 이에 행위자의 유사물제조죄의 행위는 행위자의 입장에서 자신의 행위가 공동체의 법질서에 위배된다는 것 자체를 인식하고 있지 못할 가능성이 농후하다. 즉, 행위자는 유사물제조죄의 행위객체에 대한 행위태양의 실행행위가 위법한 행위라는 것에 대한 위법성의 확정적 인식과 미필적 인식 및 현실적 인식과 잠재적 인식이 없을 가능성이 농후하다는 것이다. 일반적으로 법을 공부하거나 전공하지 않은 사람이나 법을 전공하였더라도 특히 형법을 전공하지 않은 사람은 기본적으로 어떠한 대상물(통화, 유가증권, 문서, 인지, 우표 등)에 대한 위조・변조행위와 가짜상품을 거래하는 행위가 위법행위라는 것은 알고 있어도 유사물제조죄의 행위객체에 대한 행위태양의 실행행위가 위법행위라는 것은 알지 못하기 때문이다. 또한 어떠한 대상물에 대한 위조・변조와 모조품에 대한 제조행위는 엄연히 다른 것으로써 후자의 행위는 범죄가 될 수 없다고 인식하는 것이 또는 후자의 행위가 범죄가 될 수 있겠는가하는 의문이 일반적인 사고(思考)라는 것도 또 하나의 이유이다. 이에 이러한 위법성의 착오는 법이 금지하고 있는 금지규범 그 자체를 모르는 법의부지에서 발생하거나,[16] 금지규범의 존재 자체는 알고

14) 임웅, 앞의 책, 309쪽.

15) 권오걸, 「형법총론」[제3판], 2009, 338쪽; 김성돈, 「형법총론」[제2판], 2009, 366쪽; 김성천, 앞의 책, 277쪽; 김신규, 「형법총론」, 2009, 382쪽; 김일수/서보학, 「(새로쓴) 형법총론」[제11판], 2007, 393쪽; 박상기, 「형법총론」[제8판], 2009, 236쪽; 배종대, 「형법총론」[제9개정판], 2008, 447쪽; 손동권, 「형법총론」[제2개정판], 2005, 287쪽; 오영근, 「형법총론」[제2판], 2009, 445쪽; 임웅, 앞의 책, 309쪽; 정성근/박광민, 「형법총론」[제4판], 2008, 328쪽.

16) 대법원 2006. 03. 24. 선고 2005도3717 판결; 대법원 2006. 03. 10. 선고 2005도6316 판결; 대법원 2005. 05. 27. 선고 2004도62 판결; 대법원 2004. 02. 12. 선고 2003도6282 판결; 대법원 2004. 01. 15. 선고 2001도1429 판결; 대법원 2003. 04. 11. 선고 2003도451 판결; 대법원 2002. 05. 17. 선고 2001도4077 판결; 대법원 2002. 01. 25. 선고 2000도1696 판결; 대법원 2001. 06. 29. 선고 99도5026 판결; 대법원 2000. 09. 29. 선고 2000도3051 판결

있지만 즉, 행위자가 일반적 구속력을 가지는 법규정을 잘못 판단하여 그 규범이 무효라고 오인하는 경우 또는 그 규범을 잘못 해석하여 적용범위를 잘못 판단한 경우인 법의오인에서 발생한다고 할 수 있다.[17]

: "형법 제16조에서 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 단순히 법률의 부지를 말하는 것이 아니고, 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 않는다는 취지이다."

17) 대법원 1985. 04. 09. 선고 85도25 판결 : "형법 제16조에 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는바, 이는 단순한 법률의 무지의 경우를 말하는 것이 아니고, 일반적으로는 범죄가 되는 행위이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 있어서 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지로 풀이할 것이다. 이 사건에 있어서 위에서 본바와 같이 피고인은 유흥접객업소 내에 출입시키거나 주류를 판매하여서는 아니되는 대상을 18세 미만자 또는 고등학생에 한정되고, 20세 미만의 미성년자 전부가 이에 해당된다는 미성년자보호법의 규정을 알지 못하였다는 것이므로 이는 단순한 법률의 부지에 해당한다 할 것이고 피고인의 소위가 특히 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 적극적으로 그릇 인정한 경우는 아니므로 범죄의 성립에 아무런 지장이 될바 아니고 또 미성년자보호법 제4조 제1, 2항에 위반되는 이상 경찰당국이 당시 미성년자의 유흥접객업소 출입단속대상에서 고등학생이 아닌 18세 이상의 미성년자를 제외하였다 하여 그로 인하여 그 범죄의 성립에 어떠한 영향을 미친다고는 할 수 없을 것이므로 피고인이 이를 믿었다고 하여 법령에 저촉되지 않는 것으로 오인함에 정당한 사유가 있는 경우에 해당한다고도 할 수 없을 것이다."

대법원 2004. 02. 12. 선고 2003도6282 판결 : "형법 제16조에 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 단순한 법률의 부지를 말하는 것이 아니고, 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고, 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 않는다는 취지인바, 피고인은 상고이유에서, 주로 음식류를 조리·판매하는 레스토랑으로 허가받았으면 청소년을 고용해도 괜찮을 줄로 알고 있었다거나, 구미시내 다른 레스토랑이나 한식당에서도 청소년을 고용하는 업소가 많고 구미시청 위생과 등에 문의해도 레스토랑은 청소년을 고용해도 괜찮다는 대답이 있어 자신의 행위가 법률에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 인식하였고 그와 같이 인식하는 데 정당한 이유가 있다고 주장하나, 이는 일반음식점을 영위하는 자가 주로 음식류를 조리·판매하는 영업을 하면서 19세 미만의 청소년을 고용하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 청소년보호법의 규정에 저촉되지 않는다는 것을 피고인이 자기 나름대로 확대해석하거나 달리 해석했을 뿐이라고 보여 지므로, 피고인이 자신의 행위가 법률에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 인식하는 데에 정당한 이유가 있다고 할 수도 없다."

대법원 2002. 05. 17. 선고 2001도4077 판결 : "가사 18세 이상 19세 미만의 사람을 비디오감상실에 출입시킨 업주는 법에 의한 형사처벌의 대상이 된다고 하더라도, 위 음반 등 법과 그 시행령 규정의 반대해석을 통하여 18세 이상 청소년에 대하여는 출입금지 의무가

그러나 여기서 중요한 것은 책임이 인정되려면 이러한 위법성의 착오를 일으킨 것만으로는 부족하고, 이러한 착오를 일으키게 된 것에 대한 정당한 이유가 있어야 한다. 이러한 정당한 이유는 위법성의 착오의 회피가능성으로 좌우되는데, 회피가능성은 비난가능성의 문제로써 회피가능성의 판단은 위법성의 착오를 회피하여야 할 당위의 관점에서 내려질 규범판단의 문제이다. 그리고 이러한 판단을 위해 행위자에게는 자신의 행위에 대해 관계된 금지규범을 알아보아야 할 문의의무 내지 조사의무가 주어지므로 이러한 의무를 충실히 이행하였는가를 판단의 척도로 삼게 된다. 이에 법률전문가가 아닌 사람은 자신의 행위에 의문이 들면 자신의 판단에 의지해서는 안 되고, 법률전문가나 전문기구 및 관할관청 그리고 변호사에게 문의하여 필요한 정보를 얻도록

없는 것으로 오인될 가능성이 충분하고, 법시행령 제19조가 이러한 오인 가능성을 더욱 부추겨 마치 법에 의하여 부과된 "18세 이상 19세 미만의 청소년에 대한 출입금지 의무"가 다시 법시행령 제19조와 위 음반 등 법 및 그 시행령의 연관해석을 통해 면제될 수 있을 것 같은 외관을 제시함에 따라, 실제로 개정된 법이 시행된 후에도 이 사건 비디오물감상실의 관할부서(대구 중구청 문화관광과)는 업주들을 상대로 실시한 교육과정을 통하여 종전과 마찬가지로 음반 등 법 및 그 시행령에서 규정한 '만 18세 미만의 연소자' 출입금지표시를 업소출입구에 부착하라고 행정지도를 하였을 뿐 법에서 금지하고 있는 '만 18세 이상 19세 미만'의 청소년 출입문제에 관하여는 특별한 언급을 하지 않았고, 이로 인하여 피고인을 비롯한 비디오물감상실 업주들은 여전히 출입금지대상이 음반 등 법 및 그 시행령에서 규정하고 있는 '18세 미만의 연소자'에 한정되는 것으로 인식하였던 것으로 보여 지는바, 사정이 위와 같다면, 피고인이 자신의 비디오물감상실에 18세 이상 19세 미만의 청소년을 출입시킨 행위가 관련 법률에 의하여 허용된다고 믿었고, 그렇게 믿었던 것에 대하여 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 할 것이고, 달리 피고인이 법에 위반된다는 점을 알면서도 18세의 청소년들인 김보민 등을 출입시켰다고 볼 만한 자료가 없으므로, 이 사건 공소사실은 죄가 되지 아니하는 경우에 해당한다고 판단하였다."

대법원 2005. 05. 27. 선고 2004도62 판결 : "형법 제16조에서 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 단순한 법률의 부지의 경우를 말하는 것이 아니고, 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지인 바, 피고인이 이 사건 아파트 분양권의 매매를 중개할 당시 '일반주택'이 아닌 '일반주택을 제외한 중개대상물'을 중개하는 것이어서 교부 받은 수수료가 법에서 허용되는 범위 내의 것으로 믿고 이 사건 위반행위에 이르게 되었다고 하더라도 그러한 사정만으로는 자신의 행위가 법령에 저촉되지 않는 것으로 오인함에 정당한 사유가 있는 경우에 해당한다거나 피고인에게 범의가 없었다고 볼 수는 없다할 것이므로, 같은 취지에서 피고인이 법정한도를 초과하여 수수료를 받은 행위를 유죄로 판단한 원심의 조치는 정당하고, 거기에 범의에 관한 판단을 그르쳤거나 법률의 착오 등에 관한 법리를 오해한 위법이 없다."

하여야 한다. 그리고 의사나 약사 및 건축사 등과 같은 전문직 직종에 종사하는 자는 기본적으로 자신의 직종과 관련된 의료법 등이나 약사법 등 및 건축법 등의 법령들을 의무적으로 파악하고 있어야 한다. 이로 보면 유사물제조죄의 행위와 관련해서는 행위자는 당해 업종의 종사자로서 유사물제조죄의 행위객체에 대한 행위태양의 실행행위에 나아가기 전에 그러한 물품의 제조가 법률에 위반되는 것은 아닌가에 대해 관련법령을 파악하고 있어야 할 의무가 있다고 할 수 있고, 이러한 의무가 없더라도 법률전문가가 아닌 이상 문의의무를 충실히 이행하여야 할 의무가 있다고 할 수 있으므로 유사물제조죄의 행위는 법률에 범죄로서 규정되어 있는 이상 책임이 조각되지 않는다고 본다.

따라서 유사물제조죄는 책임과의 관련성에서 볼 때 행위자는 유사물제조죄의 행위객체에 대한 행위태양의 실행행위가 위법하다는 것에 대해 직접적 착오에 의해 위법성의 인식이 결여되어 있지만, 이러한 착오는 회피가 불가능한 것이어야 하므로 실행행위 전에 문의의무 내지 조사의무를 충실히 이행하지 않은 과오가 있어 행위자의 행위가 구성요건해당성과 위법성이 인정된다는 전제하에 책임이 인정된다고 볼 수 있다. 그러나 앞서 구성요건해당성과 위법성이 인정되지 않는다고 하였으므로 책임을 논할 여지는 없다고 할 수 있다.

4. 검토

지금까지 유사물의 제조 등 죄에 대한 가벌성여부로서 범죄성립요건의 타당성여부에 대해 살펴보았다. 앞서 살펴본 바와 같이 유사물제조죄는 범죄성립요건의 세부사항을 충족하지 못하기 때문에 범죄로서 성립할 여지가 없다고 할 수 있고, 형법상 형사제재를 과할 필요가 있는 불법행위로서의 범죄로 규정하는 것 자체가 타당하지 않다고 할 수 있다.

이와 관련하여 유사물제조죄를 비범죄화 해야 한다는 이러한 주장에 대해 통화위조죄와 우표·인지위조죄가 성립하지 않는 경우 보충적으로 처벌의 필요성이 있기 때문에 존재의 필요성이 있지 않느냐 또는 행사할 목적으로 오인가능성이 없는 지폐와 우표·인지를 복사하여 사용했을 경우 처벌의 필요성이 없는 것이냐 등의 의문을 제기할 수 있다. 이러한 의문제기는 대법원이 "행사할 목적으로 한국은행 일만원권 지폐의 앞뒷면을 흑백 전자복사기로

복사하고 비슷한 크기로 잘랐으나 오인 가능성이 없어 통화위조죄가 성립하지 않는다.”라고 판결한[18] 것을 근거로 들 것이다. 그러나 통화위조행위와 우표・인지위조죄 또는 행사할 목적으로 오인가능성이 없는 지폐와 우표・인지를 복사하여 사용하였더라도 이러한 행위는 범죄성립요건의 세부사항을 충족하지 못한다면 처벌할 필요성(당벌성(當罰性) 및 필벌성(必罰性))이 없다고 할 수 있다. 형법상 범죄로서 처벌하려면 범죄성립요건을 충족하여야 하기 때문이다. 그리고 범죄성립요건을 충족하지 않는 행위를 불법한 행위라고 하여 형법전에 명시되어 있는 성문의 규정으로는 처벌할 수 없기 때문에 보충적으로 처벌의 필요성을 이유로 이러한 행위를 처벌할 수도 없는 것이다. 이러한 태도는 국가의 형벌권의 남용이고, 유사물제조죄의 존재의 필요성 주장은 범죄가 될 수 없는 행위를 형법전에 명시된 성문의 규정으로는 처벌할 수 없기 때문에 이와 같은 성격을 지닌 규정을 명시하여 처벌하려고 하는 억지 같은 태도라고 할 수 있으며, 죄형법정원칙에도 부합하지 않는다. 또한 행사할 목적으로 오인가능성이 없는 지폐와 우표・인지를 복사하여 사용했을 경우에는 형법전에 명시되어 있는 ‘통화에 관한 죄’와 ‘우표・인지에 관한 죄’로는 의율할 수 없지만, 이러한 유사물을 사용한 행위는 타인으로 하여금 기망한 행위이고, 이러한 행위를 했다는 것은 재물을 교부받거나 재산상의 이익을 취득하기 위한 수단으로 행해졌을 것이거나 행해질 것이므로 이 경우 사기죄로 의율 할 수 있으므로 이에 의하면 된다.

---

18) 대법원 2012. 03. 29. 선고 2011도7704 판결; 대법원 2002. 01. 11. 선고 2000도3950 판결; 대법원 2004. 03. 26. 선고 2003도5640 판결; 대법원 1986. 03. 25. 선고 86도255 판결; 대법원 1985. 04. 23. 선고 85도570 판결 : “위조통화행사죄의 객체인 위조통화는 객관적으로 보아 일반인으로 하여금 진정통화로 오신케 할 정도에 이른 것이면 족하고 그 위조의 정도가 반드시 진물에 흡사하여야 한다거나 누구든지 쉽게 그 진부를 식별하기가 불가능한 정도의 것일 필요는 없음은 소론과 같으나 원심이 확정한 바에 의하면 이 사건 위조지폐는 한국은행 10,000원권을 전자복사기로 복사한 것으로서 그 크기와 모양 및 앞뒤로 복사되어 있는 점은 진정한 한국은행권과 유사하나 그 복사된 정도가 조잡하여 정밀하지 못하고 진정한 한국은행권의 색채를 갖추지 못하고 흑백으로만 되어 있어 객관적으로 이를 진정한 것으로 오인할 염려가 전혀 없는 정도의 것이라고 함에 있고 기록에 의하여 살펴보면 원심의 위 사실인정은 정당한 것으로 승인되는 바이므로 원심이 위조통화행사죄의 객체가 될 수 없다고 판단한 조치는 옳고 거기에 소론의 채증법칙 위배의 위법이나 위조통화의 법리오해의 위법이 있다고는 할 수 없다.”

IV. 유사물의 제조 등 죄와 법치주의 및 죄형법정원칙과의 관계

법치주의와 죄형법정원칙에 비추어 유사물제조죄를 살펴보면 i) 앞서 언급한 바와 같이 유사물과 가짜상품은 차원을 달리한다고 할 수 있고, ii) 현재 통화와 우표・인지는 그 유사물이 관광상품이나 게임 등으로 많이 제작되고 있으며, iii) 이는 한국의 통용화폐수단을 알리거나 나타내기 위한 표현의 한 방법이 되고 있기도 하고, iv) 이에 대한 제한은 유사물제조죄가 속해 있는 '통화에 관한 죄'와 '유가증권・우표와 인지에 관한 죄'의 목적은 각각의 객체에 대한 위조・변조된 객체에 의한 거래의 안전과 공공의 신용을 보호하기위한 것이므로 유사물제조죄에서 유사물이란 통화의 위조・변조와 우표・인지의 위조・변조와의 관계에 비추어 일반인으로 하여금 진정한 것으로 오인할 정도의 외관을 지니지 않아서 그것이 위조 또는 변조된 것이라고도 볼 수 없는 수준의 모조품을 말하는 것이라고 할 수 있기 때문에 유사물제조죄의 규정은 그 목적을 달성하기 위한 방안으로서의 조치라고 할 수 없으므로 헌법상의 비례성의 원칙이 결여되어 있다고 본다. 즉, 헌법의 기본원리이면서 근본인 법치주의 정신은 헌법에 규정되어 있는 기본권이 주관적 공권이라고 하더라도 무제한적으로 허용될 수 있는 것이 아닌 일반적 법률유보원칙에 의해 제한될 수 있다는 것이다. 그러나 여기서 일반적 법률유보원칙에 의해 제한하려면 헌법 제37조 제2항에 의해 국가안전보장・질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있고, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없으므로 과잉금지의 원칙 내지 비례성의 원칙을 고려하여야 한다. 이 중에서 유사물제조죄의 행위와 관련해서는 질서유지와 공공복리가 문제가 되므로 이에 해당되는지가 문제가 되는데, '통화에 관한 죄'와 '유가증권・우표와 인지에 관한 죄'의 위조・변조행위는 공중도덕, 사회윤리, 질서유지, 공공복리 등의 공익을 침해한다고 할 수 있고, 이에 대한 제재는 본질적인 내용의 침해라고 할 수도 없지만, 유사물제조죄의 행위는 거래의 안전과 공공의 신용을 위태롭게 할 여지가 없으므로 공중도덕, 사회윤리, 질서유지, 공공복리 등의 공익을 침해한다고 할 수 없기 때문에 이에 대한 제재는 법치주의 정신에

반하는 것이므로 위헌이라고 본다. 즉, 유사물제조죄에서의 유사물은 일반인으로 하여금 진정한 것으로 오인할 정도의 외관을 지니지 않아서 그것이 위조 또는 변조된 것이라고 볼 수 없는 수준의 모조품으로서 정품인지의 혼란을 발생시킬 여지가 -애초부터 또는 아예- 없어 공공의 신용과 거래의 안전을 위태롭게 할 여지도 없다고 할 수 있으므로 이러한 행위에 대한 형벌로서의 제재는 적정성의 원칙 및 과잉금지원칙에 반하는 것이라고 본다. 다시 말하면, 유사물제조죄는 통화와 우표・인지에 대한 공공의 신용 및 거래의 안전을 위한 조치라는 점에서는 목적의 정당성이라는 기준은 인정될 수 있지만, 앞서 유사물제조죄의 가벌성 여부에서 살펴본 바와 같은 내용 및 위에서 언급한 i)~iv)의 사항에 의해 방법의 적절성과 피해의 최소성 및 법익의 균형성의 기준에는 반한다고 할 수 있다.

이와 관련하여 유사물제조죄의 행위에 대한 법률의 제한이 직업선택의 자유를 침해하지는 않는지 살펴볼 필요가 있다. 유사물을 제조하여 생계를 유지하고 있는 제조업자들은 이를 직업으로 여기고 살아가고 있는데, 유사물제조죄의 처벌규정 때문에 이러한 일을 업으로 더 이상 할 수 없게 되어 생계에 악영향을 끼칠 수 있다고 주장할 수 있기 때문이다. 직업선택의 자유는 모든 국민이 자유로이 직업을 선택하고 종사함으로써 개인적으로는 인격의 자유로운 발전과 행복을 추구할 수 있게 하고, 공동체적으로는 자유주의적인 경제・사회질서의 구성요소로 기능하는 기본권인 주관적 공권으로서 헌법 제15조에 명시되어 있는 직업선택의 자유에서 직업이란 사람이 지녀야 할 최소한의 기본적 생활수요의 충족을 위하여 행하는 계속적・총체적・경제적 성격의 소득활동으로서 공동체적으로 허용되는 한 그 종류나 성질을 불문한다.[19][20] 즉, 그 사회의

19) 강경근, 「헌법」, 2002, 529-530쪽; 동, 「일반헌법학」, 2014, 427-428쪽; 성낙인, 「헌법학」[제15판], 2015, 1259-1260쪽.

20) 헌법재판소 1993. 05. 13. 선고 92헌마80 결정 : "헌법 제15조는 직업선택의 자유를 규정하고 있는데, 여기서 직업이란 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 계속적인 소득활동을 의미하며 그러한 내용의 활동인 한 그 종류나 성질을 불문하는데 헌법재판소는 직업선택의 자유를 비교적 폭넓게 인정하고 있으며 그에 관련하여 여러 개의 판례를 남기고 있는 것이다. 직업선택의 자유에는 직업결정의 자유, 직업종사(직업수행)의 자유, 전직의 자유 등이 포함되지만 직업결정의 자유나 전직의 자유에 비하여 직업종사(직업수행)의 자유에 대하여서는 상대적으로 더욱 넓은 법률상의 규제가 가능하다고 할 것이고 따라서 다른 기본권의 경우와 마찬가지로 국가안전보장・질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한

시대적인 상황・사회구성원들의 의식 등 사회의 변화에 따라 적응할 수 있는 신축적인 개념이다.[21] 그리고 직업선택의 자유는 직업결정의 자유와 직업행사・수행의 자유 등을 포함하는 기본권으로써[22] 직업수행의 자유는 영업의 자유와 기업의 자유를 포함하는 개념이므로 헌법 제119조 제1항에서 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다고 하여 시장경제의 원리에 입각한 경제제제임을 천명한 것은 기업의 생성・발전・소멸은 어디까지나 기업의 자율에 맡긴다는 기업자유의 표현이다.[23] 그러나 이러한 직업선택의 자유도 일반적 법률유보원칙에 의해 제한될 수 있다. 유사물제조죄의 행위와 관련하여 일반적 법률유보원칙은 질서유지가 문제가 되므로 이에 해당되는지가 문제가 되는데, 통화 등의 위조・변조행위의 금지는 질서유지를 위해 제한될 수 있다고 한다.[24] 이는 당연하다고 본다. 위조・변조된 통화는 유사물과 비교했을 때 같은 모조품의 유형에 속하지만, 위조・변조된 통화는 가짜상품으로서 유사물제조죄의 객체인 유사물과는 다르게 그 정도가 정품의 위조・변조된 상품이라고 할 수 없는 정도로 정교하여 일반인으로 하여금 진정한 것으로 오인할 정도의 외관을 지니고 있어 그것을 정품이라고 할 수 있는 정도의 수준을 갖추어서 공공의 신용불능 또는 신용훼손과 거래의 안전불능 또는 안전훼손이라는 결과가 발생할 가능성이 있기 때문이다. 그러나 유사물제조죄의 행위는 이러한 정도의 외관을 갖추고 있지 않기 때문에 공공의 신용불능 또는 신용훼손과 거래의 안전불능 또는 안전훼손이라는 결과가 -애초부터

경우에는 제한이 가하여질 수 있는 것은 물론이지만 그 제한의 방법은 법률로써만 가능하고 제한의 정도도 필요한 최소한도에 그쳐야 하는 것 또한 의문의 여지가 없이 자명한 것이다."

21) 송승현, "성매매처벌법 제21조 제1항의 위헌성 여부", 서울대학교 법학 제56권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2015, 107쪽.

22) 대법원 1994. 03. 08. 선고 92누1728 판결 : "헌법 제15조(구 헌법 제14조도 같다)는 국민의 기본적 인권의 하나로서 직업선택의 자유를 보장하고 있는데, 이 규정에 의하여 보장되는 자유 가운데에는 본래의 의미에서의 직업선택의 자유뿐만 아니라 선택한 직업에 종사하면서 그 활동의 내용 태양 등에 관하여도 원칙적으로 자유로이 결정할 수 있는 직업활동의 자유도 포함된다고 할 것이고, 자연인뿐만 아니라 법인도 직업의 자유의 주체가 될 수 있다고 하겠다."

23) 헌법재판소 1993. 07. 29. 선고 89헌마31 결정 : "사기업인 은행의 자율에 맡기지 않고 공권력이 가부장적·적극적으로 개입함은 기업 스스로의 문제해결능력 즉 자생력만 마비시키는 것이며, 시장경제원리에의 적응력을 위축시킬 뿐인 것이므로 기업의 경제상의 자유와 창의의 존중을 기본으로 하는 헌법 제119조 제1항의 규정과는 합치될 수 없는 것이다."

24) 강경근, 「헌법」, 534쪽.

또는 아예- 발생할 가능성이 없으므로 질서유지라는 제한목적을 달성하기 위해 제한해야 할 대상에 속하지 않는다고 할 수 있다. 그리고 -사물에 대한 판단능력을 갖고 있으면서 뇌의 병변으로 인해 앞쪽뇌 및 뒤쪽뇌를 포함한 다른 뇌 영역 사이의 협력활동이 원활하지 않아 인지능력이 결여되어 있지 않는 한- 사람들의 인식·인지능력과 현 시대의 과학기술 및 유사물제조죄의 유사물은 통화의 위조·변조와 우표·인지의 위조·변조와의 관계에 비추어 일반인으로 하여금 진정한 것으로 오인할 정도의 외관을 지니지 않아서 그것이 위조 또는 변조된 것이라고도 볼 수 없는 수준의 모조품임을 고려하면 어느 누가 보더라도 진품[진정한 통화·인지·우표] 또는 위조·변조된 것과도 명확히 구분되므로 공공의 신용불능 또는 신용훼손과 거래의 안전불능 또는 안전훼손의 결과가 발생할 여지가 없기 때문에 유사물제조죄의 행위를 직업으로 인정하더라도 무리가 없다고 보여 진다. 이에 유사물제조죄의 행위는 법률로 제한할 필요가 없는 행위이므로 이에 대한 제재는 직업선택의 자유 역시 그 내용을 본질적으로 침해하는 것으로써 위헌이라고 본다.

이에 대해 유사물제조죄는 입법자에 의해 행위의 당벌성 및 필벌성이 인정되어 처벌의 필요성이 인정되므로 이러한 점을 근거로 하여 유사물제조죄를 형법상 법률로 규정한 것이므로 형법 및 헌법에 반하는 것이 아니고, 법률로 규정되어 있는 이상 지켜져야 한다고 주장할 수 있다. 그러나 현대에는 실질적 법치주의로 지향하는 변모를 보이고 있으므로 과잉금지원칙을 따져보아 실질적으로 적정성이 인정되어야 하고, 유사물제조죄가 규정된 시기는 형법이 처음으로 제정된 시기인 1953년으로서 법률이 규정된 시기에는 화폐와 우표·인지와 관련하여 유사물제조죄의 행위객체 뿐만 아니라 이들 양자[화폐와 우표·인지]의 위조·변조에 대한 처벌규정도 같이 규정되었는데, 당시에는 이들 양자[화폐와 우표·인지에 대한 위조·변조죄의 객체와 유사물제조죄의 유사물]의 구별에 대한 사람들의 인식·인지능력이 현재보다 부족하고, 이들 양자[화폐와 우표·인지에 대한 위조·변조죄의 객체와 유사물제조죄의 유사물]를 구별할 수 있는 과학기술도 발전하지 않은 시기였기 때문에 유사물제조죄의 행위객체를 위조·변조로 봐야하는지 유사물로 봐야하는지 명확히 구분할 수 없는 한계를 지닌 시기였다고 볼 수 있다. 그리고 엄밀히 살펴보면 앞서 언급한

바와 같이 유사물제조죄는 당벌성과 필성이 인정되지 않기 때문에 처벌의 필요성이 인정되지 않는다고 할 수 있다. 이에 형벌규정에 대한 타당성이 인정되었을 수 있지만, 현대에는 유사물제조죄의 객체는 위조·변조죄의 객체와는 차원이 다른 전혀 별개의 대상이고, 현 시대의 사람들은 이들 양자[화폐와 우표·인지에 대한 위조·변조죄의 객체와 유사물제조죄의 유사물]에 대한 인식·인지능력도 과거보다 향상되었을 뿐만 아니라 이들 양자[화폐와 우표·인지에 대한 위조·변조죄의 객체와 유사물제조죄의 유사물]를 구별할 수 있는 정도의 과학기술도 발전하였으며, 이로 인해 유사물제조죄의 객체인 유사물은 공공의 신용불능 또는 신용훼손과 거래의 안전불능 또는 안전훼손의 결과를 발생시킬 여지도 없어졌다고 할 수 있으므로 유사물제조죄의 행위에 대한 처벌규정은 적정성의 원칙 및 과잉금지원칙에 반하는 것이라고 본다.[25)]

이와 관련하여 외국의 입법례를 살펴보더라도 주요국가들 가운데 프랑스의 경우에만 제442-6조에 "제442-1조에 규정된 통화와 외관이 유사함으로 인하여 통화에 갈음하여 수령될 가능성이 있는 물품, 인쇄물 또는 서식을 제조, 판매 또는 반포하는 행위는 1년의 구금형 및 15,000유로의 벌금에 처한다(Sont punis

25) 헌법재판소 2007. 11. 29. 선고 2006헌가13 결정; 헌법재판소 2001. 11. 29. 선고 2001헌가16 결정; 헌법재판소 1999. 05. 27. 선고 98헌바26 결정; 헌법재판소 1999. 05. 27. 선고 96헌바16 결정; 헌법재판소 1995. 10. 26. 선고 92헌바45 결정; 헌법재판소 1995. 04. 20. 선고 91헌바11 결정; 헌법재판소 1992. 04. 28. 선고 90헌바24 결정 : "어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 죄질의 경중과 이에 대한 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 전체 형벌체계상 현저히 균형을 잃게 되고 이로 인하여 다른 범죄자와의 관계에 있어서 헌법상 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 단순한 입법정책 당부의 문제에 불과하고 헌법위반의 문제는 아니라 할 것이다. 즉, 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상의 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니 된다."

d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende la fabrication, la vente, la distribution de tous objets, imprimés ou formules qui présentent avec les signes monétaires visés à l'article 442-1 une ressemblance de nature à faciliter l'acceptation desdits objets, imprimés ou formules au lieu et place des valeurs imitées.).”라고 규정하고 있고, 우표・인지에 대한 이와 같은 규정은 마련되어 있지 않다. 그러나 프랑스의 통화에 관한 유사물제조죄의 규정을 보면 우리와는 차이점이 있다. 즉, 우리 형법은 통화에 대한 유사물제조죄의 객체를 “내국 또는 외국에서 통용하거나 유통하는 화폐, 지폐 또는 은행권”이라고 규정하고 있는 반면, 프랑스는 통화에 대한 유사물제조죄의 객체를 “제442-1조에 규정된 통화”라고 규정하고 있어 제442-1조는 프랑스에서 법정통용력을 가지거나 또는 권한 있는 외국기관이나 국제기관이 발행하는 화폐 또는 은행권을 위조하거나 변조하는 자[26]를 처벌하고 있으므로 제442-6조는 그 객체가 위조 또는 변조된 화폐 또는 은행권이라는 점이다.

따라서 유사물제조죄는 삭제되어야 한다고 본다.

V. 맺음말

현행 형법은 제211조 제1항과 제222조 제1항에 ‘통화유사물제조 등 죄’와 ‘우표・인지 유사물제조 등 죄’를 규정하고 있다. 그러나 유사물제조죄를 형벌로서 규정하는 것이 적정한 것인지는 의문이다. 유사물제조죄가 규정하고 있는 객체인 ‘유사물’은 각각의 죄의 객체에 대한 위조・변조죄의 객체와는 차원이 다른 위조・변조된 것이라고 볼 수 없는 즉, 위조・변조된 통화와 우표・인지라고 볼 수 없는 모조품을 말하는 것이기 때문이다. 그리고 현재 가짜상품을 생산하거나 이를 판매한 자는 상표법과 저작권법 및 특허법 그리고 관세법

26) Code pénal Article 222-22 ① La contrefaçon ou la falsification des pièces de monnaie ou des billets de banque ayant cours légal en France ou émis par les institutions étrangères ou internationales habilitées à cette fin est punie de trente ans de réclusion criminelle et de 450 000 euros d'amende. ② Est punie des mêmes peines la fabrication des pièces de monnaie et des billets de banque mentionnés à l'alinéa précédent réalisée à l'aide d'installations ou de matériels autorisés destinés à cette fin, lorsqu'elle est effectuée en violation des conditions fixées par les institutions habilitées à émettre ces signes monétaires et sans l'accord de ces institutions.

등으로 처벌되고 있는데, 가짜상품은 유사물제조죄의 모조품은 같은 모조품의 범위에 속하지만, 그 정도가 정품의 위조·변조된 상품이라고 할 수 없는 정도로 정교하여 정품이라고 할 수 있는 정도이기 때문에 유사물제조죄의 모조품과는 차원이 다른 전혀 별개의 대상이므로 유사물제조죄의 모조품은 가짜상품과는 달리 유사물제조죄의 보호법익인 공공의 신용과 거래의 안전이 위태롭게 되지도 않고, 공공의 신용불능 또는 신용훼손과 거래의 안전불능 또는 안전훼손이라는 결과가 발생하지도 않는다고 본다. 또한 우리나라는 법치주의국가로서 형벌을 부과하기 전에 성문의 법률을 필요로 하고, 이러한 법치주의는 과거와는 다르게 현대로 오면서 실질적으로 적정성이 갖추어져야 하며, 형벌규정은 죄형법정원칙을 갖추어야 하므로 유사물제조죄는 위조·변조된 물품과 가짜상품과는 차이가 있는 모조품임을 고려하면 이 규정은 헌법상의 과잉금지원칙 내지 비례성원칙 및 죄형법정주의의 적정성의 원칙에 반하는 것이라고 본다. 따라서 유사물제조죄 그 입법례를 찾아볼 수 없을 뿐만 아니라 헌법 및 형법상의 원칙에도 반하는 것이므로 삭제되어야 한다고 본다.

참 고 문 헌

강경근, 「일반헌법학」, 법문사, 2014.

_____, 「헌법」, 법문사, 2002.

권오걸, 「형법총론」[제3판], 형설출판사, 2009.

김성돈, 「형법각론」[제2판], 성균관대학교 출판부, 2009.

_____, 「형법총론」[제2판], 성균관대학교 출판부, 2009.

김성천, 「형법」, 소진, 2009.

김신규, 「형법총론」, 청목, 2009.

김일수, 「(새로쓴) 형법총론」[제6판], 박영사, 1998.

김일수/서보학, 「(새로쓴) 형법각론」[제7판(중판발행)], 박영사, 2009.

_____, 「(새로쓴) 형법총론」[제11판], 박영사, 2007.

박상기, 「형법각론」[제7판], 박영사, 2008.

_____, 「형법총론」[제8판], 박영사, 2009.

배종대, 「형법각론」[제7판(제7전정판)], 홍문사, 2010.

_____, 「형법총론」[제9개정판], 홍문사, 2008.

백형구, 「형법각론」, 청림출판, 1999.

서일교, 「형법각론」, 박영사, 1982.

성낙인, 「헌법학」[제15판], 법문사, 2015.

손동권, 「형법각론」[제3개정판], 율곡출판사, 2010.

_____, 「형법총론」[제2개정판], 율곡출판사, 2005.

송승현, “강간죄의 객체에 성전환여성의 인정여부”, 「법과 정책」 제19집 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2013.

_____, “과실범에 있어 과실판단과 인과관계판단”, 「형사정책연구」 제25권 제3호, 한국형사정책연구원, 2014.

_____, “성매매처벌법 제21조 제1항의 위헌성 여부”, 「서울대학교 법학」 제56권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2015.

_____, “체포제도의 문제점과 개선방안”, 동국대학교 석사학위논문, 2010.

_____, “현행범인체포에 있어서 준현행범인의 인정여부”, 「홍익법학」 제14권 제1호, 2013.

안경환/한인섭, 『배심제와 시민의 사법참여』, 아산재단 연구총서 제186집, 집문당, 2005.

오영근, 「형법각론」[제2판], 박영사, 2009.
_____, 「형법총론」[제2판], 박영사, 2009.
이재상, 「형법각론」[제7판], 박영사, 2010.
이정원, 「형법각론」, 법지사, 1999.
임 웅, 「형법각론」[제5정판], 법문사, 2013.
_____, 「형법총론」[제5정판], 법문사, 2013.
정성근/박광민, 「형법각론」[제3판], 삼지원, 2008.
_____, 「형법총론」[제4판], 삼지원, 2008.
정영일, 「형법각론」[개정판], 박영사, 2008.
진계호/이존걸, 「형법각론」[제6판], 대왕사, 2008.
황산덕, 「형법각론」[제6정판], 방문사, 1985.

<국문초록>

시대가 변하면서 기술이 발전함에 따라 정품을 모방한 가짜상품도 그 형태가 더욱더 교묘해지고 있다. 즉, 자세히 보지 않으면 정품인지 가짜인지 구분을 할 수 없는 정도가 되었다. 여기서 문제는 이러한 현상이 상품뿐만 아니라 통화와 우표・인지에서도 나타나고 있다는 것이다. 현행 형법은 '유사물의 제조 등 죄'를 규정하여 통화와 우표・인지에 대한 유사물을 제조, 수입 또는 수출한 자를 처벌하고 있다. 그러나 이 죄가 처벌의 실익이 있는지는 의문이다. 유사물의 제조 등 죄에서 말하는 행위의 객체는 '유사물'이기 때문이다. 그리고 유사물은 가짜와 비슷한 용어이지만, 여기서 말하는 유사물은 모조품을 말하는 것이므로 가짜와는 차이가 있기 때문이기도 하다.

어떠한 행위를 범죄로 처벌하려면 그 죄가 추구하고 있는 보호법익과 보호의 정도를 고려하여야 한다. 그러나 유사물의 제조 등 죄는 이 죄가 추구하고 있는 이러한 보호법익과 보호의 정도에 영향을 미치지 않는다고 본다. 그렇다면 유사물의 제조 등의 행위를 처벌할 타당성이 없음에도 불구하고 이러한 행위를 범죄로 규정하고 있으므로 삭제되어야 한다고 본다. 어떠한 행위를 범죄로서 처벌하려면 당벌성과 필벌성이 존재해야 하기 때문이다.

주제어 : 통화, 우표・인지, 유사물, 모조품, 정품, 가짜상품

Das Gültigkeitsproblem des Verbrechens die Produktion usw. des Analogons

Song, Seung-Hyun*

Indem der Zeitalter ander wird, folgt der Technik entwickelt, was auch die falsche Sache die wahre Sache ahmt nach, die die Form immer geschicklicher geworden ist。 D.h. Wenn jene Sache nicht näher sieht an, ist der Grad gewesen, was jene Sache nicht unterscheiden kann, ob die wahre Sache ist。 Hier ist das Problem, daß diese gegenwärtigen Lagen erscheint, ist diese gegenwärtigen Lagen nicht nur die Sache, sondern auch das Geld sowie die Briefwarke und die Stempelmarke。 Das geltende Strafrecht hat, ‚das Verbrechen die Produktion usw. des Analogons' reguliert, was das Analogon über das Geld sowie die Briefwarke und die Stempelmarke den Produkter, den Einkünfter oder den Ausführer straft。 Aber diese Verbrechen ist, ob das Nützliche der Strafe ist, was die Frage ist。 Im Verbrechen die Produktion usw. des Analogons redet das Objekt der Tat, das wegen ‚des Analogons' ist。 Und wenngleich das Analogon mit der falschen Sache das ähnliche Wort ist, redet hier das Analogon, da das die Imitation redet, weil auch mit der falschen Sache der Unterschied gewesen ist。

Wenn etwas die Tat durchs Verbrechen straft, hat dieses Verbrechen Verfolgt, was rücksichtlich des gesetzlichen Nützlichen des Schutzes und des Grads des Schutzes nehmen soll。 Aber das Verbrechen die Produktion usw. des Analogons ist, dieses Verbrechen verfolgt, wie dies beim gesetzlichen Nützlichen des Schutzes und dem Grad des Schutzes nicht übt aus, was die halten。 So ist die Tat die Produktion usw. des Analogons, obwohl keine Gültigkeit straft, da wie dies die Tat beim Verbrechen reguliert hat, soll solches Verbrechen ausstreichen。 Wenn etwas die Tat durchs Verbrechen straft, was die Strafwürdigkeit und die Strafbedürftigkeit ist, weil die sein soll。

* Dr. jur. / Der Seniorforscher, Das juristische Forschungsinstitut der Universität SungKyunKwan

Stichwörter : das Geld, die Briefwarke und die Stempelmarke,
das Analogon, die Imitation, die wahre Sache,
die falsche Sache