

영미형법상 엄격책임의 이해

박 강 우*

국문요약

영미형법의 가장 큰 특징은 형법에서 고의나 과실 등의 주관적 책임요소의 존재 및 입증을 요구하지 않는 엄격책임의 법리이다. 결과 책임을 혐의를 면하기 어려운 엄격책임과 타인의 행위에 대해서 무과실 책임을 지우는 대위책임은 영미형법에서 예외적인 원리이기는 하지만 책임없는 자의 처벌을 인정하는 법리로서 현대형법의 책임주의 및 개인책임원칙의 관점에서 많은 비판이 제기되고 있다. 그러나 현실적으로는 각종 행정단속법규의 영역에서 범인 및 자연인을 포함한 사업주처벌을 기초지우는 데 커다란 역할을 하고 있는 것도 사실이다.

이 논문에서는 영미형법에서 엄격책임이론의 발전과정을 살펴보고 영미의 제정법에서 엄격책임으로 분류기준과 책임원칙과의 모순을 해결하기 위한 해석론적·입법론적 접근방법을 고찰하였다. 그 결과 영미형법에서 엄격책임이 절대책임으로부터 과실책임으로 변화하고 있음을 알 수 있었다. 결론적으로 현대 영미형법에서 엄격책임은 반드시 책임주의원칙 또는 멘스 레아의 원리부터 크게 이탈한 것은 아니다. 또한 무과실 혹은 착오에 의한 항변의 도입과 입증책임의 전환 같은 논의는 우리나라에서 양벌규정의 해석을 둘러싼 논의에 대해서도 많은 시사점을 줄 수 있다고 생각된다.

** 충북대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 머리말

영미형법의 가장 큰 특징은 민사상의 불법행위법의 분야에서 뿐만 아니라 형법에서도 엄격책임(strict liability) 및 대위책임(vicarious liability)이 인정된다는 점이다. 결과책임의 혐의를 면하기 어려운 엄격책임과 타인의 행위에 대해서 무과실책임을 지우는 대위책임은 영미형법에서 예외적인 원리이기는 하지만, 책임없는 자의 처벌을 인정하는 법리로서 현대의 책임주의 및 개인책임의 원칙의 관점에서 비판이 강력히 제기되고 있다. 그러나 현실적으로는 영미의 각종 행정단속법규의 영역에서 법인 및 자연인을 포함한 사업주처벌을 기초 지우는데 이들 법리가 커다란 역할을 하고 있다는 점도 부인할 수 없다.

그동안 우리나라에서는 책임주의와의 관련하에 영미형법상의 엄격책임과 대위책임이론이 소개되었고, 우리형법과 관련해서는 법인의 형사책임의 문제, 양벌규정의 문제가 주로 논의되었다.¹⁾ 엄격책임의 법리와 책임원칙과의 모순을 어떻게 해결할 것인가, 특히 각종 행정단속법규에 존재하는 양벌규정의 해석에서 과실추정설 내지 과실의제설의 문제 등이 주요한 문제목록이었다.²⁾ 이점에서 영미형법에서 엄격책임을 둘러싼 연구동향은 과실책임을 중심으로 전개되어 단지 비교법적 관점에서 뿐만 아니라 해석론적으로도 참고해야 할 중요한 관점이 포함되어 있다고 생각되어 이하에서 소개하기로 한다. 이러한 영미형법상 엄격책임의 소개를 통하여 대륙계 형법에 비하여 일천한 영미형법의 이해를 심화시키고³⁾ 정해창 박사님의 고회를 축하하고자 한다.

1) 이에 대해서는 이기현/박기석, 법인의 형사책임에 관한 비교법적 연구, 1996, 한국형사정책연구원 참조.

2) 이에 대해서는 줄고, “양벌규정과 업무주 및 행위자의 책임”, 형사판례연구 8, 2000, 133면 이하 참조.

3) 우리나라에서 영미법에 관한 일반적 개론서를 제외하면 영미형법에 대한 소개는 매우 미흡하다. 몇 안되는 논문으로는 이기현, “미국 형법상의 책임원칙”, 명지대 사회과학논총 제13집 제2호, 1997, 335면 이하; 이경재, “영미형법상 피해자없는 범죄의 유형”, 피해자학연구 제5호, 1997, 187면 이하 참조.

II. 영미형법에서 엄격책임이론의 발전

영미형법에서 엄격책임의 범죄란 범죄행위의 객관적 요소(actus reus)의 일부 또는 전부에 대해서 이에 대응하는 고의 또는 의도(intent)⁴⁾, 인식(knowledge) 혹은 적어도 무모함(recklessness)⁵⁾이라는 주관적 요소인 멘스 레아(mens rea), 특히 과실(negligence)이 범죄성립요건으로 요구되지 않는 범죄를 말한다.⁶⁾ 따라서 엄격책임의 범죄를 소추하는 경우에는 소추자는 주관적 요건을 입증할 필요가 없다.

원래 영미형법에서는 보통법상의 범죄에 대해서는 멘스 레아의 존재를 필수요건으로 한다. 따라서 원칙적으로 엄격책임은 부정되지만, 예외적으로 공적 불법방해(public nuisance), 문서비방죄(criminal libel), 법정모독죄(contempt of court)에 대해서는 멘스 레아가 범죄성립요건으로 요구되지 않는다.⁷⁾

영미형법에서 엄격책임의 법리가 본격적으로 발전한 것은 19세기 중엽부터이다. 당시 영국에서 엄격책임의 발전한 것은 당시 각양각색의 시민과 기업의 활동을 광범위하게 규제하기 위해 의회가 다수의 규제입법을 제정하면서부터이다. 이들 법률은 주로 식품 및 약품에 관한 법률과 공중위생에 관한 법률 등으로 이들 법률에 의하여 공공의 복지에 관한 범죄(public welfare offense)가 창설되기에 이른다. 이들 범죄는 규제목적의 효율적 달성을 위하여 멘스 레아를 범문에서 요구하지 않는다는 이유로 법원에 의하여 엄격책임의 범죄라고 해석되었다. 하지만 원래 공공의 복지에 관한 범죄도 그 이전에는 주관적 요건의 입증이 범죄성립의 조건으

4) 영미법에서 고의는 자신의 행위가 어떠한 결과를 야기하기를 의욕(desire)하거나 자신의 행위로 인하여 어떠한 결과가 발생할 것이 대체로 확실하다는 것을 알고 있는 두 가지 경우가 모두 포함된다. 이기현, 앞의 논문, 341면 참조.

5) 미국 모범형법전에 의하면 무모함이란 범죄의 실체적 요소가 존재한다거나 자신의 행위로부터 초래될 실질적이고 위법한 위험을 의식적으로 무시하는 (consciously disregards) 것이라고 정의된다. 이기현, 앞의 논문, 340면.

6) L. H. Leigh, *Strict and Vicarious Liability; A Study in Administrative Criminal Law*, 1982; J. C. Smith & B. Hogan, *Criminal Law*, 7th ed., 1992, p. 99.

7) 이밖에 독신죄(blasphemy), 공중도덕문란죄(outraging public decency)도 여기에 해당된다고 한다. Card Cross & Jones, *Introduction to Criminal Law*, 13th ed. 1995, pp. 113-114. Smith & Hogan, *supra* note, at 100-101.

로 요구되었다. 그러나 19세기 중엽 여러 판례를 계기로 멘스 레아의 입증곤란과 제정법의 실효성확보를 목적으로 이들 범죄를 엄격책임범죄로 보자는 안이 제시되었다.⁸⁾ 이렇게 제정법에 엄격책임이 도입된 이유는 공공의 복지에 관한 범죄가 원래 보통법상 공적 불법행위의 범주에 속하고 민사적 불법행위의 성격을 가지고 있다는 점에서도 찾을 수 있다. 따라서 불법행위법상의 법리가 비교적 용이하게 형법상 엄격책임의 법리로 도입되었던 것이라 생각된다.

미국에서도 거의 동시기에 비슷한 법리 발전이 보여진다. 즉 미국에서도 그 이전에는 규제범위반사건에 있어서 일반적 범죄성립요건으로 멘스 레아의 존재를 요구하였다. 그러나 19세기 중엽부터 특히 주류판매를 규제하는 법규를 중심으로 일정한 규제범위반사건에 대해서 멘스 레아의 증명을 요구하지 않는 판례가 형성되기 시작한다. 세이어(Sayer)에 의하면 이러한 발전의 배경에는 첫째, 19세기부터 20세기에 걸쳐 형사사법에서 개인적 이익의 보호로부터 공공 및 사회적 이익의 보호로 그 중점이 옮겨갔다는 것, 둘째, 고전적 법률에서 진정범죄에 대해서 뿐만 아니라 하등도덕적 비행과 관련이 없는 새로운 유형의 규제를 강제하기 위해서 형법의 동원이 필요하였다는 사정이 있다.⁹⁾

이렇게 19세기부터 발전된 엄격책임의 법리는 주로 법원에 의한 제정법의 해석을 통하여 형성되었다. 이 중에서 영국의 초기판례로서 가장 중요한 것은 R. v. Prince 사건(1875, LR2CCR154, [1974-80] All ER Rep. 881)이다. 이 사건에서는 실제로 14세에 달하지 않았지만 외견상으로는 16세 이상으로 보이고 본인도 18세로 칭한 소녀를 데려간 피고인이 16세 미만의 여자를 그 부모의 감독으로부터 불법적으로 취거한 경우를 경죄로 처벌하는 인신법(the person Act 1861) 제55조 위반으로 문의되어 소추되었다. 이 사건에 대하여 법원은 소녀가 16세 미만이라는 사실의 인식은 범죄성립에 필요하지 않다고 하여 유죄를 유지하였다. 이렇게 범죄성립에 있어서 중요한 부분의 인식을 요하지 않는다는 해석은 당해 제정법에 멘

8) L. H. Leigh, *supra* note, at 15-18. 역시 1846년 R. v. Woodrow 사건을 계기로 연속한 판례의 전개에 대해서는 Sayer, Public Welfare Offense, 33 Colum. L. Rev., 1933, 58을 참조할 것.

9) *Id.* at 67-70.

스 레아를 표하는 문언이 없다는 것을 근거로 이루어졌다. 예컨대, *Cundy v. Le cocq*(1884, 13 Q. B. D. 207) 사건에서는 술에 취한 손님에게 그 손님이 명정상태에 있음을 알지 못하고 술을 판매한 피고인이 명정자에게 술의 판매를 금지한 면허법(the Licensing Act 1872) 제13조 위반으로 문의되었다. 이 판결에서 법원은 손님이 술에 취한 것을 알았는가 알지 못했는가 여부는 범죄성립에 지장이 없다고 하였고 그 근거로는 동법의 다른 조문에는 「인식하여(knowingly)」라는 문언이 사용되었지만 이 조문에는 그러한 문언이 없었음이 제시되었다.

이에 대하여 같은 면허법 위반사건인 *Sherras v. De Rutzen* 사건(1895, 1 Q. D. 918)에서는 다른 판결이 선고되어 주의할 필요가 있다. 이 사건에서는 근무중인 경찰관에게 술을 제공한 것이 동법 제16조 제2항 위반으로서 문의되어 주점의 주인이 소추되었다. 이 때 피고인은 합리적 이유에 근거하여 근무시간외라고 생각되어 술을 제공하였다고 항변하였다. 이 경우에도 제16조 제1항에는 ‘인식하여’라는 문언이 사용되었지만 동조 2항에서는 이러한 문언이 사용되지 않았다. 하지만, 법원(Divisional Court)은 위의 규정이 ‘인식하여’라는 문언을 사용하지 않았어도 피고인이 경찰관의 근무중이라는 사실을 몰랐다면 피고인을 유죄로 볼 수 없다고 하여 원심의 유죄판결을 파기하였다.

그 후에 *R. v. Lassonneur* 사건¹⁰⁾(1933, 149LT542)을 포함하여 발전된 영국에서의 엄격책임이론은 1969년 *Warner v. Metropolitan Police Commissioner* 사건(1969, 2 A. C. 256, HL)에서 귀족원(House of Lords)에 의하여 공인되었다. 이 사건은 금지약물소지죄 위반으로 다투어진 사건인데 귀족원은 이 약물법(*Drugs Act 1964*) 제1조 위반의 죄가 멘스 레아의 입증을 요하지 않는 엄격책임의 범죄임을 인정하였다. 그러나 이 판결에 대해서는 소지하고 있는 약물의 성질, 즉 소지한 상자의 내용에 대한 인식의 요부 및 인식의 정도에 관하여 법관들의 의견이 나뉘어졌다.¹¹⁾

10) 이 사건의 개요는 다음과 같다. 부업으로 향수를 판매한 피고인은 2개의 상자를 소지하고 있었는데 하나에는 향수가 들어 있었지만 다른 하나의 상자에는 법률에서 규제하는 약물(각성제인 유산암페타민)이 들어있었던 사안이었다. 피고인은 문제의 약물도 향수라고 생각했다고 주장했지만 배심은 상자의 내용물에 대한 인식의 결여는 형의 감경 사유에 지나지 않는다고 설시하여 피고인의 유죄를 인정하였다. 항소심도 피고인의 항소를 기각하였다.

다음해 같은 귀족원의 판결 Sweet v. Parsley 사건(1969, 1 All ER 347)에서는 제정법이 멘스 레아를 징표하는 문언을 사용하지 않은 경우에도 멘스 레아가 범죄성립요건이 된다는 추정이 작용한다고 판시하였다. 이 사건에서는 어떤 가옥의 전대차인(sub-tenant)인 피고인이 이 가옥의 방 하나를 타인에게 임대하였고 때때로 방문하여 임료를 수령하였다. 그런데 어느 날 그 가옥에서 마약의 꺾연이 행하여졌다는 증거를 경찰관이 발견하였다. 치안판사(magistrates)는 피고인이 문제의 가옥이 마약꺾연에 사용되었다는 사실을 몰랐다는 것을 인정하면서도 마약꺾연을 위해 사용된 가옥의 관리에 관한 죄(s. 5(b) of the Dangerous Drugs Act 1965)의 유죄를 인정하여 피고인의 항소를 원심에서 기각하였다. 이에 대한 상고심에서 귀족원은 피고인의 상고를 이유있는 것으로 인정하였다. 이 판결에서 귀족원이 엄격책임의 범죄와 멘스 레아의 원칙의 조화를 지향하였는가는 불확실하다. 사실 1980년대에 들어 R. V. Sheppard 사건(1980, 3 All ER 899, at 906, HL)에서도 법원은 십수년사이에 엄격책임의 법리를 인정하는 것에 대하여 소극적으로 되었다는 의견들이 제시되고 있다.

이렇게 엄격책임 내지 절대책임에 대하여 소극적인 판례들이 나타나는 한편으로 귀족원은 Sweet v. Parsley 판결 뒤의 Alphacell Ltd. v. Woodward 사건¹²⁾(1972, 2 All ER 475, HL)에서, 그리고 위 R. v. Sheppard 판결 뒤의 Wings Ltd. v. Ellis 사건¹³⁾(1984, 3 All ER 577, HL)에서 모두 제정법상의 범죄가 엄격책임을 과하는 것으로 해석하여 피

11) Smith & Hogan, *supra* note, at 110-111.

12) 피고인(회사)는 자신이 설치관리한 침전탱크로부터 오염물질이 넘쳐서 하천오염방지법(the Rivers Prevention of Pollution act 1951)상 규제하는 오염물질을 하천에 유입시킨 혐의로 유죄판결을 받았다. 이때 피고회사측의 오염의 발생에 대한 인식 또는 그에 대한 과실은 증명되지 않았다.

13) 피고여행회사는 잘못된 기사를 실은 소잡지를 만들었다. 물론 뒤에 이를 알아차리고 정정을 했지만 정정전의 소잡지에 의하여 여행을 한 손님이 소송을 제기하였다. 제1심에서 피고회사는 허위로 알려진 기사를 작성한 것이 상품표시법(the Trade Description Act 1968) 제14조(a)에, 또 사진에 의하여 무모하게 허위의 기사를 작성한 것은 제14조(b)에 위반되기 때문에 유죄가 인정되었다. 이에 대하여 제2심은 양조에 대해서 무죄를 선고하였기 때문에 소추측은 제14조(a)에 대해서만 상소를 제기하였다. 귀족원은 상소인의 주장을 이유있다고 받아들여 유죄를 인정했지만 이 때 피고인이 주장하지 않았던 법률상의 항변규정이 적용가능하다고 판시함으로써 제14조(a)를 엄격책임으로 해석하였다.

고인의 유죄를 인정하였다. 특히 최근에는 *Pharmaceutical Society of Great Britain v. Storkwain Ltd.* 사건(1986, 2 All ER 635, HL)에서 귀족원은 위조된 처방전에 근거하여 약을 제공한 피고인의 행위에 대하여 피고인의 과실없이도 유죄를 인정한 원심의 판단을 정당하다고 하였다. 이때 의사의 적절한 처방전에 따른 경우를 제외하고 특정의 약품을 처방전 없이 제공하는 것을 범죄로 처벌하는 규정(s. 58(2) (a) of the Medicines Act 1968)에 대해서 이 법률의 다른 조항에서 멘스 레아가 명문으로 요구되고 있음에 대하여 당해조항이 이를 나타내는 용어를 사용하지 않았다고 하여 위조된 처방전을 진정한 것으로 오인하였음에도 불구하고 유죄를 유지하였다. 이상으로부터 영미형법에서 현재 엄격책임의 법리는 확립된 것으로 판례가 인정하는 것이 사실이고 실무에서의 그 중요성은 결코 작은 것으로 볼 수 없다고 할 수 있다.

III. 엄격책임의 기준

지금까지 매우 개략적이었지만 영미형법에서 엄격책임이론의 전개를 판례를 따라서 개관하여 보았다. 이로부터 오늘날 영미형법상의 엄격책임의 대부분이 법원의 제정법해석을 통하여 생성된 법리라는 것을 알 수 있었다. 그렇다면 제정법이 의도 또는 인식이라는 전형적인 멘스 레아를 표하는 문언을 사용하고 있지 않은 경우 판례는 어떠한 기준 또는 근거를 가지고 당해규정을 엄격책임을 과하는 규정이라고 해석하는가가 문제된다.

이에 대해서는 상술한 *Sherras v. De Rutzen* 사건의 판례에서 다루고 있다. 이 판례에 따르면 나쁜 의도나 행위의 불법성의 인식인 멘스 레아는 모든 범죄의 본질적 요소라고 추정된다. 그러나 이 추정도 범죄를 창설하는 제정법의 문언 또는 제정법의 규제대상(subject matter)에 따라서 바뀔 수 있고 이 경우 제정법의 문언과 규제대상 모두가 고려되지 않으면 안된다. 일반적으로 규제대상으로서 멘스 레아가 요건으로 되어 있지 않은 예외적인 범죄유형은 다음의 세 가지로 분류된다.

- a. 본래의 의미에서 범죄는 아니지만 공익을 위해 형벌에 의해 금지되는 행위
- b. 공적 불법방해 (public nuisance)
- c. 형식상으로는 형사질차이지만 실제로는 시민적 권리 (civil rights)를 강제하는 약식양식에 지나지 않는 경우

학설도 이상의 범죄유형의 분류중에서 ①제정법의 문언의 해석 및 ②규제대상의 상관관계를 기준으로 제정법 범죄의 엄격책임성 여부를 설명하려고 한다.¹⁴⁾ 우선 ①의 기준에 대해서는 멘스 레아를 표하는 용어가 규정되어 있지 않는 경우에도 제정법상 금지된 행위를 표하는 동사가 심리적 요소를 포함하는 것일 경우 멘스 레아가 범죄성립요건으로 추정된다. 예컨대 타인에게 무엇을 행하는 것을 「허가한다(permit)」라고 할 경우 ‘허가한다’라는 용어는 허가하는 내용에 대하여 인식할 것을 전제로 하기 때문에 이 경우 멘스 레아의 존재가 추정된다는 것이다. 또한 행위에 관하여 「인식하여(knowingly)」와 같이 멘스 레아의 존재를 표하는 부사가 부가된 경우도 마찬가지라는 것이다. 이에 대하여 몇몇 규제입법에서 종종 사용되는 「하도록 한다·야기한다(cause)」라는 용어는 오염물질을 하천으로 배출시키는 범죄와 같이 엄격책임을 징표하는 용어가 된다. 또한 이미 엄격책임에 관한 판례를 개관할 때에 지적하였듯이 당해 제정법이 어떤 규정에서는 멘스 레아를 징표하거나 추정시키는 문언을 사용하고 있음에 비하여 다른 규정이 그러한 문언을 사용하고 있지 않은 경우 후자는 엄격책임의 범죄라고 해석된다.¹⁵⁾

다음 ②의 규제대상에 대하여 살펴보면 결국 이 범주의 범죄유형이 본질적으로 도덕적 비난의 요소를 포함하지 않는 유사범죄(quasi-crime) 내지 단순한 규제위반(regulatory offense)에 지나지 않고 전통적인 보통법상의 진정범죄가 아니기 때문에 멘스 레아의 원리가 작동하지 않는 것으로 볼 수 있다.¹⁶⁾ 이렇게 규제대상이 가진 성격으로부터 보통법상 진정범

14) 이 밖에도 다양한 분류가 가능하다. 예컨대 「순수한 절대책임이론」과 「멘스 레아의 원리를 말로만 앞세우는 절대책임이론」으로 구별하는 것으로서 井上祐司, 『行爲無價値と過失犯論』, 1973, 344면 이하.

15) C. Cross & Jones, *supra* note, at 117-120; Smith & Hogan, *supra* note, at 104-106.

죄(real crime) 인가 아니면 민사법적인 유사범죄에 그치는가 여부를 판단하기 위해 사용되는 구체적·실질적 판단기준으로는 일반적 금지인가 아니면 특정의 금지인가, 또는 사태개선의 가능성(possibility of amendment)의 고저 등이 열거된다. 특히 중요한 판단요소로서 제정법위반행위가 갖는 사회적 위험성이 있다. 즉 규제대상의 사회에 대한 위험성이 큰 만큼 엄격책임이 부과되는 경향이 높고 마약 등 금지약물의 사회에 대한 위험성¹⁷⁾과 인플레이의 위험성,¹⁸⁾ 특히 환경오염의 위험성¹⁹⁾ 등이 엄격책임을 요하는 높은 위험성이 있는 범죄로 인정된 바 있다. 또한 이들 범죄 자체의 성격과는 별도로 엄격책임의 부과여부를 결정하는 중요한 요소로서 처벌의 엄격성이 있다. 즉 위반행위에 대하여 가하여지는 형벌이 중한 경우, 특히 자유형이 과하는 경우에는 엄격책임이 허용되지 않는다는 것이다,²⁰⁾

이상과 같이 영미형법에서 해당조문의 엄격책임 부과여부는 조문의 해석과 판단대상의 성질이라는 2개의 측면으로부터 결정되는 것으로 보인다. 이러한 관점에서는 어떤 규정의 엄격책임성 여부를 구별하는 것은 비교적 용이한 작업으로 생각된다. 그러나 실체는 조금 다르다. 예컨대 일반적으로 물건을 소지한 경우 물건의 소지를 인식하는 것과 물건의 속성을 인식할 것이 요구된다. 그런데 전술한 Warner사건에서는 결과적으로 후자의 인식은 범죄성립요소에서 배제되었다. 그러나 이 점, 즉 단순히 무언가를 소지하고 있다는 인식으로 족한 것인가, 아니면 금지된 약품인 것까지는 아니어도 멘스 레아로서 내용물이 약품이라는 것 정도의 인식은 필요하다는 2가지 견해로 재판관의 견해가 나뉘었다. 또 자동차의 사용허가에 관한 범죄에서는 법관이 결합있는 자동차의 사용을 허가한다는 위반행위에 대해서는 거의 완전한 멘스 레아를 요구하는 한편, 무보험차의 사용을 허가하는 죄 또는 무면허자에 대한 자동차사용을 허가하는 죄에 대해서는 무보험 또는 무면허의 인식은 필요하지 않다고 하여 해석이 일관되지 않고 있다,²¹⁾ 특히 조문 상호간에 멘스 레아를 표하는 문언의 유무

16) Leigh, *supra* note, at 103.

17) Yeandel v. Fisher (1966) 1 Q. B. 440. Warner v. Metropolitan Police Commissioner, *supra* note.

18) R. v. Margaret's Trust Ltd. [1958] 2 All ER 289.

19) Alphacell Ltd. v. Woodward, *supra* note.

20) Sweet v. Parsley, *supra* note.

에 의하여 엄격책임여부를 결정하는 경우 마찬가지로 법률위반임에도 불구하고 Cundy v. Le Cocq 사건과 Sherras v. De Rutzen 사건에서는 전혀 다른 해석을 보이고 있다.

또한 위에서 언급했듯이 법원은 근래 최고형이 자유형을 포함하는 중대한 범죄에 대해서도 엄격책임을 부과하는 경향이 있다.²²⁾ 그러나 단순히 규제법위반이기 때문에 전통적인 보통법상의 범죄와 견주어 도덕적 비난성이 낮거나 경미하다고 일률적으로 말할 수 없다는 점도 지적된다.²³⁾

지금까지의 고찰에 의하면 당해 제정법상의 규정이 엄격책임인가 아닌가를 규정자체로부터 파악하는 것은 용이하지 않고 제정법조문과 규제대상이라는 형식적인 2개의 기준이 실제로 반드시 유효하게 기능하는 것은 아님을 알 수 있다. 결국 이 문제에 대해서는 보다 실질적인 기준, 즉 엄격책임의 처벌근거가 크게 관계됨을 알 수 있다.

엄격책임을 과하는 근거에 대해서는 그동안 다양한 견해가 제시되었다. 대표적인 것으로서 규제입법에 의하여 일정한 행위를 금지하는 경우에 그 위반에 의하여 발생한 결과는 주관적 요소의 종류 또는 그 존부에 관계없이 마찬가지로, 또 개개의 위반행위의 유책성을 재판에서 다룰 인적·시간적 여유가 없다는 것, 그리고 엄격책임을 과하지 않을 경우 유죄로 될 많은 자를 면책시켜 버리는 점 등이 열거된다.²⁴⁾ 그러나 법원이 의거하는 근본적인 이유는 다수의 규제입법위반행위가 공공에 대하여 커다란 유해성을 갖지만 다른 한편 이러한 범죄행위에 있어서 피고인의 행위 전체에 걸친 멘스 레아를 입증하는 것이 매우 곤란하기 때문에 엄격책임에 의하지 않으면 법률목적이 달성될 수 없다는 점에 있다.²⁵⁾ 이것은 사회적 위험성을 수반하는 행위를 규제하는 다양한 제정법에 의한 강제(enforcement), 다시 말하면 법의 실효성을 확보하기 위하여 엄격책임이 필요하다는 것으로 요약된다. 따라서 엄격책임을 과함으로써 제정법이 요

21) Leigh, *supra* note, at 36-37.

22) Warner v. Metropolitan Police Commissioner 사건에서 약물의 불법소지는 최고 2년의 자유형을 과할 수 있고 기타 총포류소지죄에 관해서도 엄격책임으로서 자유형을 부과할 수 있다.

23) Leigh, *supra* note, at 102-105.

24) Smith & Hogan, *supra* note, at 115-117.

25) Alphacell Ltd. v. Woodward, *supra* note, at 483, 491.

구하는 의무 또는 기준의 준수가 촉진되는가 여부가 판단되어야 한다.

IV. 문제의 해결

위에서 열거한 다양한 엄격책임의 정당화근거에 대해서는 예컨대, 법원의 부담경감을 위해서만 멘스 레아의 원리를 방기하는 것은 타당하지 않다는 등 여러 가지 비판이 제기된다.²⁶⁾ 그러나 엄격책임의 근본적 문제성은 피고인에게 과실이 없는 경우에도 유죄가 되는 부당한 결과에 있다. 따라서 엄격책임에 대해서는 현재 전통적인 멘스 레아 원리와의 조화를 어떻게 실현할 것인가가 앞으로의 중요한 해결과제로 남아 있다. 엄격책임의 법리를 만들어낸 영국 판례에서는 최근 전술의 Sweet v. Parsley 사건과 R. v. Sheppard 사건에서 보여지듯이 멘스 레아의 추정을 인정하고 있다.

1. 해석론적 접근

이러한 해결방법은 해석론적으로는 엄격책임에서도 멘스 레아를 범죄성립요건으로 한다는 추정을 전제로 하여 일반적인 착오 내지 무과실의 항변을 도입하는 형태로 나타난다. 이것은 의도, 인식 등의 멘스 레아를 피고인이 결여한 점에 상당한 이유가 있다는 것, 또는 그 점에 피고인의 과실이 없다는 것을 피고인 측에서 증명한 경우에 피고인이 면책된다는 것을 의미한다. 스미스와 호간(Smith & Hogan)에 의하면 이러한 면책규정의 형식은 3가지의 형태로 나뉜다.²⁷⁾ 즉 소추측은 멘스 레아를 입증하지 않아도 피고인을 유죄로 할 수 있지만, ① 개연성을 고려하였지만 멘스 레아를 결하였다는 것, 즉 실제로 존재하였더라면 행위가 죄로 되지 않을 것이라는 사정을 성실하게 증명하였을 경우 또는 ②개연성을 고려하였지만 멘스 레아를 결함에 과실이 없었다는 것, 즉 ①의 사정을 성실히

26) C. Cross & Jones, *supra* note, at 124-125. G. Williams, *Criminal Law, The General Part*, 2nd. ed., 1961, at 258-261.

27) Smith & Hogan, *supra* note, at 119.

상당한 이유를 가지고 확신한 것을 증명한 경우 ③피고인이 ①에 열거한 사정을 성실히 상당한 이유를 가지고 확신하였다는 믿을만한(신용성있는) 증거를 제출한 경우(합리적 의심의 여지가 없는 반증을 행할 책임은 소추자측에 있다) 피고인은 면책된다는 것이다. 이들은 해석에 의해 제정법에 멘스 레아의 추정을 인정한 뒤 규정상 이를 표하는 용어가 없는 경우에도 항변의 형식으로 면책을 인정하는 것이다. 특히 ②또는 ③의 형식은 절충적 해결방법(halfway house)으로서 오스트랄리아 판례에 의해 전개되었다. 이것은 Sweet v. Parsley 사건에서 주장된 「과실부존재」의 항변을 일반화한 것으로 칭하여진다.²⁸⁾

이러한 면책의 항변은 호주와 같이 캐나다에서도 일반적 항변으로서 판례에 의하여 확립되어 있다. R. v. Sault Ste. Marie 사건²⁹⁾에서 캐나다 최고법원은 범죄를 전통적인 분류가 아닌 멘스 레아의 관점에서 3가지 종류로 분류하였다.

① 의도, 인식 또는 무모함(recklessness)이라는 정신적인 심리상태에 의하여 구성된 멘스 레아를 행하여진 범죄행위의 성질로부터 추론하든지 또는 추가증거에 의하여 소추자가 증명하지 않으면 안되는 범죄

② 소추자가 멘스레아를 입증할 필요가 없는 범죄. 즉 금지된 행위의 실행은 일응 범죄를 구성하는 것으로 추정된다. 그러나 피고인은 자신이 상당한 주의를 기울였다는 것을 증명함으로써 면책될 수 있다. 이 경우 합리적인 인간이라면 어떤 행위를 하였을 것인가가 고려된다. 피고인이 그 행위 또는 부작위를 무죄로 하였을 일련의 잘못된 사실을 신뢰한 경우 또는 특정의 결과발생을 회피하기 위해 모든 상당한 수단을 강구한 경우에 이 항변이 이용된다. 이러한 범죄는 엄격책임의 범죄로 부르기에 적당하지 않다.

③ 주관적 귀책요소(fault)가 없다는 증명에 의해 피고인이 면책될 여지가 없는 절대책임의 범죄(Offences of absolute liability)

28) C. Howard, Strict Responsibility in the High Court of Australia, 76 L. Q. R. (1960) 547. P. Brett, Strict Responsibility: Possible Solutions, 37 Modern L. Rev. (1974) 417 참조.

29) (1978) 40 C. C. C. (2d) 353.

이상의 분류에서 본래 의미의 범죄는 ①의 범주에 들어가고 공공의 복지에 관한 여러 범죄(public welfare offenses)는 일응 ②의 유형에 해당하지만 「고의로」라는 문언이 사용되었을 경우에는 ①의 범주에 들어갈 것이라고 한다.³⁰⁾

여기에서 명확해지듯이 캐나다와 호주에서는 엄격책임의 범죄를 멘스레아를 요구하는 전통적 범죄와 오로지 엄격책임의 범죄 사이의 중간적인 범죄유형으로 보면서 상당한 주의의 항변이라는 형태로 거증책임의 전환을 허용하고 있다.

한편 영국에서는 R. v. Sheppard 사건과 Wings Ltd. v. Ellis 사건의 대비에서 볼 수 있듯이 이러한 해결책이 판례에 의하여 호의적으로 받아들여지고 있지만 아직 정착단계에 있다고 말할 수는 없다. 이것은 뒤에 설명하듯이 영국법 자체가 무과실에 대해서 일반적 항변의 필요성을 그만큼 느끼지 못한다는 실무적 사정들이 작용하는 것으로 보인다. 그 배경의 하나로서 개별적인 제정법상의 항변의 존재가 고려된다.

다시 말해서 영미에서 제정법 가운데 엄격책임의 범죄를 포함한다고 해석되는 것 가운데는 실제로 넓은 의미에서 무과실의 항변을 규정하고 있는 것, 즉 위반행위 또는 위법한 결과의 발생이 자기의 책임이 아니라는 증명을 면책항변으로 인정하는 것이 적지 않다. 이것은 착오 등에 의하여 범죄행위에 관한 사실의 인식하지 못하였거나 위반행위를 방지하기 위하여 상당한 주의(due diligence)를 하였다는 것, 혹은 상당한 예방책을 강구하였다는 것, 특히 결과발생이 자기의 통제를 넘는 예측하지 못한 사고 또는 제3자의 행위에 의한 것이라는 것을 법률상 항변으로 인정한다.³¹⁾ 반대로 피고인 측에서 주장하는 이들 항변이 존재하기 때문에 당해 범죄가 엄격책임의 범죄로 해석되는 경우도 있다.³²⁾

이밖에 기타 보통법상의 항변의 가능성도 고려된다. 확실히 지금까지 설명하였듯이 엄격책임에서 일부요소를 제외하고 영국 판례에서 일반적인 무과실(no-negligence)의 항변은 인정되지 않는다. 그러나 기타 항변에 대

30) Id., at 373-374.

31) 예컨대 s. 28(3)(b) of the Misuse of Drugs Act 1971, s. 24(1) of the Trade Discription Act 1968 등이 열거된다. C. Cross & Jones, *supra* note, at 125-126.

32) Wings Ltd. v. Ellis, *supra* note.

해서는 이를 배제하는 판례가 없기 때문에 학설상으로는 강박(duress), 책임무능력(insanity), 무의식적 동작(automatism) 등의 항변이 주장될 수 있다.³³⁾ 따라서 판례에서 종종 엄격책임은 「절대적 금지(absolute prohibition)」라는 용어로 표현된다. 그러나 모든 항변이 부정되는 것은 아니라는 의미에서 이 표현은 오해를 초래할 소지가 있다.³⁴⁾

덧붙여 말한다면, 영국에서도 법의 부지는 면책사유가 아니다. 따라서 법률의 착오도 항변으로서 인정되지 않는 것이 원칙이다. 그러나 오늘날과 같이 법률이 복잡다단하게 제정 변경되는 시대에 법의 부지를 법률의 착오로 포함하지 않는 것은 문제이므로 법률의 착오를 항변사유로 인정해야 한다는 주장도 제기된다.³⁵⁾

이밖에 미국에서 활용되는 엄격책임의 대안으로 「사전경고제(prior warning of method)」가 있다. 사전경고제란 당국이 위반사실을 적발하면 일차로 경고를 하고, 차후 동일인의 동일유형 위반행위를 엄격책임에 따라 기소하는 것이다. 이 방법은 현재 미국의 여러 법집행기관이 실제로 사용하고 있다. 하지만 여기에서 대해서는 ‘첫 번만 빠주기(one-bite)’가 향후 범죄억제에 미치는 영향이 분명하지 않다는 비판이 제기된다. 또 이 제도가 억제할 수 있었던 범죄피해자의 희생을 대가로 행위자의 처벌을 면하게 해줄 뿐이라는 비판도 있다.³⁶⁾

2. 입법론적 접근

영국에서 엄격책임의 불합리를 시정하기 위한 조치로는 해석론 이외에도 반드시 체계적이지 못한 개개 제정법상의 항변규정에 의한 것만 아니라 근본적인 해결을 위한 입법상의 제안도 있다. 1989년 영국 형법초안 제20조는 특별한 규정이 없으면 모든 범죄는 주관적 귀책요소(fault element) 제외하고 각 범죄 요소에 덧붙여 주관적 요소로서 무모함을 요

33) G. Williams, *supra* note, at 215. L. H. Leigh, *supra* note, at 5.

34) Smith & Hogan, *supra* note, at 99, 114-115.

35) Leigh, *supra* note, at 107-108. Ashwarse, *Excusable Mistake of Law*, 1974, *Crim. L. R.* 652.

36) 이기현, 앞의 논문, 357면.

건으로 한다(제항). 전항의 규정은 제6조에서 정의되어 있는 본법 시행전의 범죄에는 적용되지 않는다(제2항)고 규정하고 있다. 본래 입법단계에서 주관적 귀책요소 또는 엄격책임임을 명문으로 규정해야 했지만, 이 규정은 주관적 요소가 범죄성립요건으로 되었는지 여부, 또는 어느 정도의 것이 요구되는지가 명확하지 않은 경우에 규정의 일반적 해석기준을 제공하는 것이다.³⁷⁾ 그래서 미국에서도 모범형법전에 영국과 거의 마찬가지로 범죄성립시에 적어도 무모함의 요건이 필요한 것으로 규정하였다. 역시 영국의 경우와 같이 명문규정이 없는 경우에 주관적 귀책요소의 추정에서 굳이 과실까지는 아니더라도 무모함 정도는 요구된다는 점이 주목된다. 이것은 법률위원회가 형사책임을 지움에 있어 추정되는 최저한도의 요건이 주관적 의미에서의 무모함이라고 생각하였기 때문이다.

이상과 같이 엄격책임의 모순에 대해서 영미형법에서는 판례, 학설 특히 입법적 제안과 같이 다양한 방면에서 개선책이 제안되고 있다. 이러한 경향은 초안과 같이 무모함의 추정이라는 적극적 형식이라든가 또는 일부의 판례 및 개별적인 제정법과 같이 항변이라는 소극적 형식의 차이는 있지만 기본적으로 무언가 주관적 귀책요소의 추정이라는 방향에서 수렴하고 있는 것으로 보인다. 그러나 그 요소라고 일컬어지는 과실의 정도에서는 역시 격차가 존재한다.

V. 영미형법에서 엄격책임의 유형

지금까지 영미형법에서 엄격책임을 둘러싼 법리의 흐름을 살펴보았다. 영미형법에서 엄격책임의 법리는 그동안의 많은 판례와 입법 때문에 그 윤곽을 기술하는 것도 용이하지 않다. 특히 판례에 의한 제정법해석의 산물이라고 말하여지면서 상호 모순되는 판례로부터 어떤 규정이 엄격책임인가 아닌가를 판단하는 것은 매우 어려운 문제이다. 그러나 캐나다 판례가 단적으로 보여주듯이 범죄의 주관적 요소를 기준으로 분류할 경우 대개 다음과 같은 분류가 가능할 것이다. 첫째, 소추자가 주관적 요소 특히 멘스 레

37) Cl. 20 of A Criminal Code For England and Wales(Law Com. No. 177)1989. Vol. 1.

아를 입증해야 하는 경우이고 둘째의 유형으로서 소추자측이 주관적 요소를 입증할 필요는 없지만, 피고인측의 상당한 주의의 항변(무과실의 항변)에 의해 면책이 인정되는 경우 셋째, 소추자가 객관적 요소를 입증하는 것으로 족하고 피고인의 항변이 인정되지 않는 경우(절대책임)가 있다.

현대 영미형법에서 엄격책임은 특히 두 번째 유형의 분류에 속한다. 따라서 책임주의 또는 멘스 레아의 관점으로부터 문제되는 제3의 범주가 있지만 이러한 입법은 매우 제한되어 있고 그 취지의 명시가 필요하다는 점에 대해서 견해가 일치한다.

이상의 관점으로부터 본다면 영미형법에서도 주관적 귀책요소를 요건으로 하지 않는 범죄의 창설, 또한 책임없는 자의 처벌을 회피할 수 있는 방도가 고려되고 있다. 다만 영미형법에서는 과실이 멘스 레아의 일종인가 여부에 대해서는 반드시 견해가 일치하지 않는다는 점이 주목될 필요가 있다. 영국에서 유력한 학설은 과실을 법적 책임이라고 인정하여도 반드시 심리상태라고 말할 수 없는 것으로서 멘스 레아의 범주로부터 제외되는 것이 있다.³⁸⁾ 즉 영미법에서 과실을 포함한 멘스 레아의 개념에는 심리적이지 않는 것들까지도 포함되어 있다.³⁹⁾ 영국 형법초안이 이 입장이라는 것은 이미 기술하였다. 그렇다면 과실책임주의는 지금까지 형사책임의 예외적 형태이고 엄격책임을 과함으로써 높은 주의의무의 이행을 요구하는 공공복지에 관한 범죄의 경우에는 과실을 요구하는 규정을 둘 필요가 있다. 이에 대하여 형사책임 가운데 과실책임을 포함시켜 이해하는 입장에서는 멘스 레아가 과실을 포함하는 책임형식으로 멘스 레아와 과실을 합쳐 주관적 귀책요소라고 하여 종래 몇몇 판례에서 보듯이 명문의 규정 없이도 해석에 의해 과실의 추정을 인정한다.

마지막으로 주관적 귀책원리로서 영국에서 L. H. Leigh의 견해를 소개하고 싶다. 그에 의하면 영국의 범실무는 법을 강제할 경우에 과실을 고려하는데 이것은 보통법상의 항변, 제정법상의 항변, 소추재량이라는 세 가지 방법을 통하여 이루어진다.⁴⁰⁾ 그래서 보통법상의 무과실항변은 확실

38) G. Williams, *supra* note, at 31. 이 논의의 외관에 대해서는 Smith & Hogan, *supra* note, at 96-98.

39) 이기현, 앞의 논문, 337-8면 참조.

40) L. H. Leigh, *supra* note, at 54.

히 일반적으로는 인정되지 않지만 부분적으로는 자동차관련범죄에서 인정되고 있음을 지적하고, 상세한 제정법상의 항변에 관한 판례를 검토한 뒤, 특히 법의 강제를 실현하기 위해 소추 전에 이루어진 행정기관의 다양한 권고와 검사조치에 대해서 고찰한다. 그는 영국에서 주관적 귀책은 소추 여부를 결정할 때에만 고려되는 것이 아니고 광범한 제정법의 항변가운데 구체화되어 있고 영국법의 많은 부분에서 적어도 주관적으로 귀책할 수 없는 위반행위자를 유책화한다는 의미에서 책임이 엄격한 것은 아니라고 서술하고 있다.⁴¹⁾ 물론 이상의 조치로부터 엄격책임의 본질적 문제가 실무상의 운용의 성공에 의해 무마되는 것은 아니다. 그러나 규제입법의 실효성의 확보의 문제, 그리고 이를 위해 어느 정도의 의무를 과할 것인가에 대해서는 이러한 다각적 시각으로부터 검토할 필요가 있음은 두말할 필요가 없다.

VI. 결론에 대신하여

이상으로부터 영미형법에서 엄격책임이 절대책임으로부터 과실책임으로 변화하고 있음이 분명해졌다. 따라서 현대 영미형법에서 엄격책임은 반드시 책임주의원칙 또는 멘스 레아의 원리부터 크게 이탈한 것은 아니다. 또한 무과실 혹은 착오에 의한 항변의 도입과 입증책임의 전환 같은 논의는 우리나라에서 양벌규정의 해석을 둘러싼 논의에 대해서도 많은 시사점을 줄 수 있다고 생각된다. 이와 관련하여 주의할 점은 영미형법에서는 과실을 형사책임 가운데 어떻게 위치지우는가 또 과실의 내용 또는 규정형식을 어떻게 구성할 것인가에 대해서 견해가 일치하지 않는다는 점이다. 그럼에도 불구하고 영미형법에서 엄격책임은 대위책임의 법리와 함께 행정형법범이라고 할 수 있는 공공복지에 관한 범죄에서 업무주처벌 혹은 법인처벌을 위한 이론으로서 중요한 기능을 수행하고 있다. 앞으로 영미행정형법상의 문제를 고찰함에 있어서는 우리 형법와의 이동을 고려하고 특히 대위책임이론도 함께 검토하는 것이 향후의 과제가 될 것이다.

41) Id., at 102-103.

Strict Liability in the English-American Criminal Law

Park, Kang-Woo*

The most important characteristics of the English-American criminal law is the strict liability which admit criminal liability for who did not have mens rea (intent, knowledge, recklessness or negligence) for his or her illegal acts. The strict liability has been criticized for result liability from the viewpoint of doctrine of culpability in modern criminal law. But strict liability in modern English-American criminal law has been contributing for effective enforcement and punishment of the public nuisance offences, public administrative violations.

This paper aims to review the development of the strict liability in English criminal law since nineteen century. Many cases and theories are examined which allow exemption from responsibility for who prove his or her diligence or no-negligence about his or her acts. This constructions of English criminal court can give many helpful insights to solve the similar problems which arise in the interpretation and application of many Korean Administrative Enforcement Codes.

주제어 : 엄격책임, 영미형법, 멘스 레아, 무과실

Keywords : espionage, espionage aiding, national secret, military secret

* professor of Law, Chungbuk National University, Ph.D. in Law