

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2018도9828 가. 담배사업법위반
나. 관세법위반
다. 조세범처벌법위반

피 고 인 피고인 1 외 1인

상 고 인 피고인들

변 호 인 변호사 김정섭 외 2인

원 심 판 결 서울북부지방법원 2018. 6. 1. 선고 2018노26 판결

판 결 선 고 2018. 9. 28.

주 문

상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 피고인 1의 상고이유에 관하여

가. 피고인 1이 만든 '니코틴이 포함된 용액'이 담배사업법 제2조의 '담배'에 해당하는지 여부

1) 구 담배사업법 제2조(2014. 1. 21. 법률 제12269호 개정되기 전의 것)는 "담배"를 '연초(煙草)의 잎을 원료의 전부 또는 일부로 하여 피우거나, 빨거나, 씹거나 또는 냄새 맡기에 적합한 상태로 제조한 것'으로 정의하고 있었다. 그런데 2014. 1. 21. 법률개정으로 "담배"를 '연초(煙草)의 잎을 원료의 전부 또는 일부로 하여 피우거나, 빨거나, 증기로 흡입하거나, 씹거나 또는 냄새 맡기에 적합한 상태로 제조한 것'이라고 함으로써 담배의 정의에 '증기로 흡입하기에 적합하게 제조한 것'도 추가하였다. 위와 같은 법 개정의 이유는 담배의 정의에 전자담배가 포함되도록 하여 전자담배의 허위광고, 품질 관리 소홀 등을 규제하고, 전자담배에 대한 부정확한 광고로 인한 소비자의 혼란을 방지하고자 하는 데 있다.

2) 이러한 개정 법률의 문언 및 개정 이유에 비추어 보면, 전자장치를 이용하여 호흡기를 통하여 체내에 흡입함으로써 흡연과 같은 효과를 낼 수 있도록 만든 니코틴이 포함된 용액은 연초의 잎에서 추출한 니코틴을 그 원료로 하는 한 증기로 흡입하기에 적합하게 제조한 것이어서 그 자체로 담배사업법 제2조의 담배에 해당한다고 해석되고, 이러한 흡입을 가능하게 하는 전자장치는 위 규정이 정하는 담배의 구성요소가 아닌 흡입을 위한 도구에 불과하다고 보아야 한다.

3) 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어, 피고인 1이 공소사실 기재와 같이 만들어진 니코틴이 포함된 용액(이하 '이 사건 니코틴 용액'이라고 한다)이 담배사업법 제2조의 '담배'에 해당한다고 판단하였다. 이 부분에 관한 원심의 판단은 위와 같은 해석에 따른 것으로 정당하고, 거기에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하거나 죄형법정주의의 유추해석금지원칙에 위반한 위법이 없다.

나. 피고인 1이 이 사건 니코틴 용액을 만든 것이 담배의 '제조'에 해당하는지 여부

1) 담배사업법 제11조는 담배제조업을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 기획재정부장관의 허가를 받도록 하고, 기획재정부장관은 대통령령으로 자본금, 시설, 기술인력 등 담배제조업 허가기준을 정하도록 규정하고 있다. 이에 따라 마련된 담배사업법 시행령 제4조는 자본금 300억 원 이상, 연간 50억 개비 이상의 담배를 제조할 수 있는 시설로서 원료가공부터 껴련제조 및 제품포장에 이르는 일관공정을 갖춘 제조 시설을 갖추는 것을 그 허가기준으로 정하고 있다. 이와 같이 담배제조업을 허가제로 운영하고 이에 대한 허가 기준을 둔 것은, 국민건강에 나쁜 영향을 미치는 담배산업의 특성을 고려하여, 산업의 경쟁체제는 유지하면서도 군소생산업체가 다수 설립되는 것을 막아, 담배의 품질과 공급량 등을 효율적으로 관리·감독하고 담배 소비 증가를 억제하려는 것이다(헌법재판소 2018. 2. 22. 선고 2017헌마438 결정 참조).

2) 담배사업법 제11조에 규정된 '담배의 제조'는 일정한 작업으로 담배사업법 제2조의 '담배'에 해당하는 것을 만들어 내는 것으로, 위와 같은 담배제조업 허가제와 허가 기준을 둔 취지에 비추어 보면, 연초의 잎 또는 연초의 잎에서 추출한 니코틴 등의 원료를 단순히 분리·포장하는 것은 제조에 해당한다고 볼 수 없지만, 이러한 원료를 가공하거나 변형하는 것뿐만 아니라 원료를 다른 물질 또는 액체와 일정한 비율로 조합하거나 희석하는 등으로, 화학적 변화를 가져오지는 않더라도 담배사업법 제2조의 '담배'에 해당하는 것을 만들어 낸 것이라면 제조에 해당한다고 보아야 한다.

3) 원심판결 이유를 위와 같은 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유로, 피고인 1이 고농도 니코틴 용액에 프로필렌글리콜(Propylene Glycol)과 식물성 글리세린(Vegetable Glycerin)과 같은 희석액, 소비자의 기호에 맞는 향료를 일정한 비

을로 첨가하여 전자장치를 이용해 흡입할 수 있는 이 사건 니코틴 용액을 만든 것을 담배의 제조행위라고 본 것은 정당하다. 거기에 상고이유 주장과 같이 법률유보 및 죄형법정주의의 유추해석금지원칙에 위반한 위법이 없다.

다. 위법성 인식에 관한 법리오해 여부

1) 형법 제16조는, 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있다. 이는 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. 이러한 정당한 이유가 있는지 여부는, 행위자에게 자기 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어, 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도, 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이다. 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3717 판결 등 참조).

2) 원심은 다음과 같은 이유 등을 들어, 피고인 1에게 위법성의 인식이 없었거나, 위법성을 인식하지 못한 데 정당한 사유가 있다고 보기 어렵다고 판단하였다.

가) 피고인 1은 담배 담당 주무부인 기획재정부에 2014. 1. 21. 이 사건 니코틴 용액 제조의 경우에도 담배사업법 개정 이후 담배제조업 허가를 받아야 하는지 문의한 적이 있는데, 기획재정부의 일관된 입장은 니코틴 용액을 수입한 후 국내에서 혼합, 희석하

는 행위는 담배의 제조행위에 해당하며, 담배제조업을 하려는 자는 담배제조업의 허가를 받아야 한다는 것이었다.

나) 피고인 1은 이 사건 니코틴 용액을 제조, 판매함으로써 수십억 원의 매출을 올린 반면, 자신의 행위에 대한 위법성 여부를 확인하기 위하여 충분한 조치를 다하지 않았다.

다) 피고인 1이 제조한 것과 같은 니코틴 용액을 제조한 공소의 주식회사에 대한 무허가 담배제조로 인한 담배사업법 위반죄에 관하여 검사의 불기소결정이 있었으나 이는 위 담배사업법 개정 이전에 이루어진 것이고, 피고인 1에 대한 것도 아니므로, 이를 들어 피고인에게 위법성을 인식하지 못한 데 정당한 사유가 있었다고 볼 수 없다.

3) 앞서 본 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 보면, 이러한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 위법성 인식에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

라. 죄형법정주의 위반 또는 기대가능성에 관한 법리오해 여부

1) 담배제조업을 허가제로 운영하고 이에 대한 허가 기준을 둔 것이, 국민건강에 나쁜 영향을 미치는 담배산업의 특성을 고려하여, 산업의 경쟁체제는 유지하면서도 군소 생산업체가 다수 설립되는 것을 막아, 담배의 품질과 공급량 등을 효율적으로 관리·감독하고 담배 소비 증가를 억제하려는 것을 입법 목적으로 함은 앞서 본 바와 같다.

2) 이러한 담배제조업 허가제 및 허가 기준을 둔 취지에 비추어 보면, 담배사업법의 위임을 받은 기획재정부가 전자담배제조업에 관한 허가기준을 마련하지 않고 있으나, 정부는 전자담배제조업의 허가와 관련하여 자본금, 시설, 기술인력, 담배 제조 기술의 연구·개발 및 국민 건강보호를 위한 품질관리 등에 관한 적정한 기준을 마련함에 있

어 법률이 위임한 정책적 판단 재량이 존재하고, 궤련담배제조업에 관한 허가기준은 이미 마련되어 있다. 이러한 상황에서 담배제조업 관련 법령의 허가 기준을 준수하거나 허가 기준이 새롭게 마련될 때까지 법 준수를 요구하는 것이, 피고인 1이 아닌 사회적 평균인의 입장에서든 불가능하거나 현저히 곤란한 것을 요구하여 죄형법정주의 원칙에 위반된다거나 기대가능성이 없는 행위를 처벌하는 것이어서 위법하다고 보기는 어렵다.

3) 따라서 원심이 제1심의 판시를 원용하여, 피고인 1을 처벌하는 것이 죄형법정주의에 위반되지 않는다고 판단한 것은 정당하므로, 피고인 1의 이 부분 상고이유 주장은 받아들일 수 없다.

마. 양형부당 주장에 관한 판단

형사소송법 제383조 제4호에 의하면, 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서만 양형부당을 사유로 한 상고가 허용되므로, 피고인 1에 대하여 그보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에서, 형이 너무 무거워 부당하다는 취지의 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

2. 피고인 2의 상고이유에 관하여

피고인 1과 관련하여 앞서 본 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어, 이 사건 공소사실 중 담배사업법 위반의 점이 유죄로 인정된다고 판단한 것은 정당하다. 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하거나 공동정범, 위법성의 인식, 담배사업법 제27조 제1항의 해석에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

3. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 노정희 _____

 대법관 김소영 _____

주 심 대법관 박상옥 _____

 대법관 조재연 _____