

형법의 착오이론과 행위자의 인식

이 정 원*

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 사실의 착오와 법률의 착오의 대상
- III. 법률의 착오
- IV. 사실의 착오
- V. 결론

I. 서론

형법에서 착오는 행위자의 인식과 구체적 실재의 불일치를 의미하며, 형법의 착오이론에서는 행위자의 인식이 결여된 구체적 실재에 대한 법률적 판단문제를 그 대상으로 한다. 이러한 착오이론의 중심에는 사실의 착오와 법률의 착오가 있다. 사실의 착오와 법률의 착오는 기본적으로 불법을 정하는 법률을 전제로 한다. 즉 사실의 착오는 ‘불법을 정하는 법률’의 ‘전제사실에 대한 착오’를 의미하며, 법률의 착오는 ‘불법을 정하는 법률’의 ‘내용과 범위에 관한 착오’를 의미한다.

불법을 정하는 법률은 직접적으로 불법구성요건을 정하는 법률과 허용구성요건, 즉 위법성조각사유를 정하는 간접적 법률로 구별된다. 따라서 일반적인 학설¹⁾의 입장에서는 법률의 착오를 직접 불법구성요건을 정하는 법률의 착오인

* 영남대학교 법학전문대학원 교수

1) 김성돈, 「형법총론」, 성균관대학교 출판부, 2014, 381면 이하; 박상기, 「형법총론」, 박영사, 2012, 257면 이하; 성낙현, 「형법총론」, 동방문화사, 2011, 355면 이하; 손동권·김재윤, 「형법총론」, 율곡출판사, 2011, 319면 이하; 신동운, 「형법총론」, 법문사, 2015, 417면 이하; 오

‘직접적 법률의 착오’와 허용구성요건(위법성조각사유)에 관한 착오인 ‘간접적 법률의 착오’로 구별하고 있다. 이러한 구별은 합리적이고 타당한 것으로 보여진다. 그러나 학설에서 간접적 법률의 착오를 다시 간접적 법률인 위법성조각사유의 내용과 범위에 관한 착오와 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오로 구별한 것은 적절하다고 할 수 없다. 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오를 간접적 ‘법률의 착오’ 안에 포함시킬 수는 없기 때문이다.

직접적 ‘법률의 착오’는 ‘직접 불법구성요건을 정한 법률의 내용과 범위에 관한 착오’를 의미하며, 이러한 불법구성요건이 적용되기 위한 전제사실을 인식하지 못한 경우는 고의가 조각되는 사실의 착오에 해당한다. 이러한 사실의 착오를 보다 정확하게 표현하면 ‘불법구성요건의 전제사실에 관한 착오’라고 할 수 있다. 따라서 사실의 착오는 직접적 법률의 착오에 포괄되는 개념이 아니며, ‘위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오’도 간접적 ‘법률의 착오’에 포함되는 개념이라고 할 수 없다. 본고에서는 이러한 법률의 착오와 사실의 착오의 구조를 논증하고자 한다.

II. 사실의 착오와 법률의 착오의 대상

사실의 착오와 법률의 착오의 대상은 기본적으로 불법을 정하는 법률이다. 불법을 정하는 법률이 적용되는 전제사실에 대하여 행위자의 인식이 결여된 경우, 행위자는 인식하지 못한 사실의 행위를 행한 것이므로, 그가 행한 사실에 대하여 고의의 불법을 인정할 수 없게 된다. 즉 불법의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 경우 고의의 불법은 성립할 수 없게 된다. 물론 과실불법의 성립여부는 별개의 문제이다. 예컨대 입구에 놓아 둔 우산을 보관하는 통에서 자신의 우산으로 오인하여 타인의 우산을 가져간 경우가 그러하다. 여기서 행위자는 절도죄의 불법구성요건이 적용되는 ‘타인의 재물’이라는 전제사실에 대한 인식이 결여되어 행위자가 인식하지 못한 타인의 재물을 가져간 것이므로, 행위자가 행한 타인재물 취거에 대한 고의의 불법을 인정할 수 없게 된다. 이에 반

영근, 「형법총론」, 박영사, 2014, 292면 이하; 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2011, 329면 이하; 임용, 「형법총론」, 법문사, 2012, 309면 이하.

하여 불법을 정하는 법률의 내용이나 범위에 관하여 행위자의 인식이 결여된 경우, 행위자는 불법을 정한 법률의 내용이나 범위에 포함되지 아니한 적법한 행위를 하는 것으로 인식하면서(예컨대 복사문서는 문서위조죄의 대상이 아니라고 인식하면서) 실제로는 불법을 정한 법률의 내용이나 범위에 포함된 불법한 행위(위조복사문서를 제조하는 행위)를 행하게 된다. 이와 같은 법률의 착오는 위법성의 인식에 관한 문제로서 책임의 내용이 되며, 형법은 그 오인에 정당한 이유가 있는 경우에 한하여 책임을 면제한다.

위와 같은 구조는 직접적으로 불법구성요건을 정하는 법률 뿐 아니라 간접적인 허용구성요건, 즉 위법성조각사유를 정하는 법률에서도 동일하다. 따라서 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오에서는 고의의 불법 내지 고의의 행위반가치를 인정할 수 없게 된다. 예컨대 오상방위의 경우 오상방위자는 허용규범의 성립요건이 충족된 것으로 오인함으로써, ‘불법의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 경우’에 해당하기 때문이다. 또한 위법성조각사유의 내용과 범위에 관한 착오에서는 법률의 착오로서 그 착오의 정당한 이유의 여부에 따라 책임이 면제될 수 있다.

불법을 정하는 법률 이외에 양형이나 처벌조건을 정하는 법률에 대해서는 그 전제사실에 관한 착오이든 또는 그 내용이나 범위에 관한 착오이든 착오 여부 자체가 법률적 평가에서 전혀 영향을 주지 않는다. 책임조각사유를 정하는 법률에서도 그 내용과 범위에 관한 착오 여부는 형법 이론적으로 특별히 문제되지 않는다. 다만 책임조각사유를 정하는 법률의 전제사실에 관한 착오에서는 그 착오가 회피불가능한 경우 책임을 조각하는 것이 다수설²⁾의 입장이다.

Ⅲ. 법률의 착오

법률의 착오에 관하여 학설에서는 거의 일치된 입장을 보이고 있다. 학설³⁾에

-
- 2) 법률의 착오규정을 유추적용하여 착오에 정당한 이유가 있는 경우 책임을 조각하는 견해로는 김성돈, 앞의 책, 414면; 배중대, 「형법총론」, 홍문사, 2013, 487면; 성낙현, 앞의 책, 360면; 손동권·김재윤, 앞의 책, 335면; 임웅, 앞의 책, 339면; 정성근·박광민, 「형법총론」, 성균관대학교 출판부, 2011, 369면; 同趣旨, 김일수·서보학, 「새로 쓴 형법총론」, 박영사, 2014, 306면; 이영란, 「형법총론」, 형설출판사, 2011, 383면; 이재상, 앞의 책, 351면; 진계호·이준걸, 「형법총론」, 대왕사, 2007, 462면.
- 3) 김성돈, 앞의 책, 381면 이하; 김성천·김형준, 「형법총론」, 도서출판 소진, 2014, 288면 이하; 김일수·서보학, 앞의 책, 281면 이하; 박상기, 앞의 책, 257면 이하; 배중대, 앞의 책, 457면 이하; 성낙현, 앞의 책, 355면 이하; 손동권·김재윤, 앞의 책, 319면 이하; 신동운,

서는 법률의 착오를 법률의 직접적 착오와 간접적 착오로 구별한다. 법률의 직접적 착오는 ‘행위자가 그의 행위에 대하여 직접 적용되는 금지규범이나 명령규범을 인식하지 못하여 그 행위가 허용되는 것으로 오인’하는 경우이고, 법률의 간접적 착오는 ‘행위자가 금지 내지 명령된 것을 인식하였으나 구체적인 경우에 위법성을 조각하는 허용규정(반대규정)이 존재하는 것으로 오인’하는 경우라고 한다. 결국 법률의 직접적 착오는 불법구성요건을 정하는 법률의 착오를 의미하고, 법률의 간접적 착오는 위법성조각사유를 정하는 법률의 착오를 의미한다. 따라서 법률의 착오는 불법(구성요건해당성+위법성)을 정하는 법률에 대한 착오가 된다.

법률의 직접적 착오 형태는 ‘법률의 부지’와 ‘효력의 착오’ 및 ‘포섭의 착오’로 설명되고 있다.⁴⁾ 법률의 부지는 행위자가 금지규범을 인식하지 못한 경우이며, 효력의 착오는 행위자가 일반적으로 구속력을 가지는 법규정을 잘못 판단하여 그 규정이 무효라고 오인하는 경우이며, 포섭의 착오는 구체적 법규정에 대한 잘못된 해석으로 자신의 행위가 해당 법규정에 포섭되지 않는 것으로 오인하는 경우이다. 이와 같은 ‘법률의 부지’, ‘효력의 착오’, ‘포섭의 착오’는 형법 제16조의 ‘자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인’한 경우에 해당한다. 이에 반하여 대법원⁵⁾은 “법률을 ‘모르는 것’과 자기의 행위가 법령에 의하여 ‘죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 경우’는 다르다”는 관점에서 법률의 부지는 제16조의 법률의 착오가 아니라고 한다. 그러나 법률의 착오가 형법이론의 구성에서 문제되는 것은 ‘법규정의 내용이나 범위에 대한 인식의 결여’라

앞의 책, 417면 이하; 오영근, 앞의 책, 292면 이하; 이상돈, 「형법강의」, 법문사, 2010, 430면 이하; 이영란, 앞의 책, 2011, 353면 이하; 이재상, 앞의 책, 329면 이하; 이형국, 「형법총론」, 법문사, 2007, 200면; 임웅, 앞의 책, 309면 이하; 정성근·박광민, 앞의 책, 343면 이하; 정영일, 「형법총론」, 도서출판 학림, 2015, 208면 이하; 진계호·이존길, 앞의 책, 440면 이하.

4) 김성돈, 앞의 책, 381면; 김일수·서보학, 앞의 책, 281면; 성낙현, 앞의 책, 355면 이하; 손동권·김재운, 앞의 책, 319면 이하; 오영근, 앞의 책, 293면 이하; 이재상, 앞의 책, 329면 이하; 임웅, 앞의 책, 309면.

5) 대법원 1979.6.26. 선고 79도1308 판결; 대법원 1980.2.12. 선고 79도285 판결; 대법원 1984.2.28. 선고 83도2985 판결; 대법원 1985.4.9. 선고 85도25 판결; 대법원 1990.1.23. 선고 89도1476 판결; 대법원 2005.6.10. 선고 2005도835 판결; 대법원 2006.1.13. 선고 2005도8873 판결; 대법원 2006.3.10. 선고 2005도6316 판결; 대법원 2006.3.24. 선고 2005도3717 판결; 대법원 2006.4.27. 선고 2005도8074 판결; 대법원 2006.4.28. 선고 2003도4128 판결; 대법원 2006.5.11. 선고 2006도631 판결; 대법원 2007.5.11. 선고 2006도1993 판결; 대법원 2010.4.29. 선고 2009도13868 판결.

는 부분이다. 법률의 부지가 ‘법규정의 내용이나 범위에 대한 인식의 결여’라는 점에서는 효력이나 포섭의 착오보다도 오히려 더 원천적이라고 할 수 있다. 따라서 법률의 부지가 제16조의 법률의 착오에서 배제될 이유는 없다.

법률의 간접적 착오는 위법성조각사유의 착오로 이해하고 있으며, 여기에 위법성조각사유의 범위와 한계에 대한 착오와 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오, 즉 허용구성요건의 착오를 포함하여 이해하고 있다.⁶⁾ 이 중에서 위법성조각사유의 범위와 한계에 대한 착오는 간접적 금지의 착오로 법률의 착오의 일반원리에 의해서 처리되어야 한다는 점에 대해서는 이론이 없다. 이는 타당하다. 구성요건을 규정하든 또는 위법성조각사유를 규정하든 ‘불법을 정하는 법률’이라는 점에서는 공통적이며, ‘불법을 정하는 법률’의 내용이나 범위에 대한 착오로 자신의 행위를 적법한 것으로 오인한 경우라면 모두 형법 제16조의 법률의 착오에 해당한다.

본래 불법에 대한 인식이 결여된 경우에는 적법행위에 대한 기대가 불가능하게 된다. 따라서 적법행위에 대한 기대가능성이라는 관점만 가지고서는 행위자의 불법행위에 대하여 책임비난을 할 수 없게 된다. 다만 법률이 제정되면 일정기간의 공고를 거쳐 시행하게 되며, 시행일 이후에는 준법의무를 부과하게 된다. 정당한 이유 없이 이러한 법률의 준법의무를 위반하여 법률을 착오한 행위자에 대해서는 정당한 이유 없는 준법의무 위반을 근거로 행위자의 불법행위에 대한 비난⁷⁾이 가능하게 된다.⁸⁾ 이에 반하여 정당한 이유 있는 법률의 착오에서는 불법행위에 대한 비난가능성이 부정된다.⁹⁾ 결국 구성요건을 규정하거나 위법성조각사유를 규정하는 법률의 내용이나 범위에 대한 인식의 결여는 불법

6) 김성돈, 앞의 책, 381면 이하; 김성천·김형준, 앞의 책, 290면; 박상기, 앞의 책, 258면; 배종대, 앞의 책, 457면 이하; 성낙현, 앞의 책, 357면; 손동권·김재운, 앞의 책, 322면; 신동운, 앞의 책, 418면 이하; 오영근, 앞의 책, 293면 이하; 이영란, 앞의 책, 356면; 이재상, 앞의 책, 331면; 이형국, 앞의 책, 2007, 200면; 임웅, 앞의 책, 310면; 정성근·박광민, 앞의 책, 346면; 정영일, 앞의 책, 209면; 진계호·이준걸, 앞의 책, 443면.

7) 여기서는 행위자의 고의 불법행위에 대하여 고의 책임비난이 가능하게 된다.

8) 독일형법은 회피불가능한 금지착오에 대해서는 책임을 면제하며, 회피가능한 금지착오에 대해서는 형의 임의적 감경을 인정하고 있다. 독일형법 제17조: *Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.*

9) 불법에 대한 인식결여로 ‘적법행위에 대한 기대불가능’ 뿐 아니라, 준법의무 불이행에 대한 ‘정당한 이유’가 인정되므로 어느 관점에서든 행위자의 불법행위에 대한 비난가능성이 인정되지 않는다.

인식의 결여를 의미한다. 이러한 불법인식의 결여가 바로 금지착오인 법률의 착오에 해당한다.

‘불법을 정하는 법률’ 이외의 법률은 행위자의 인식 여부와 관계없이 적용되므로, ‘불법을 정하는 법률’ 이외의 법률의 불인식은 형법 이론적으로 아무런 의미가 없다. 예컨대 ‘책임조각사유를 규정한 법률 또는 처벌조건이나 양형조건 등을 규정한 법률’을 행위자가 인식하지 못했어도 법적용에 있어서는 아무런 문제가 발생하지 않는다.

Ⅵ. 사실의 착오

일반적으로 사실의 착오는 직접 고의에 영향을 주는 구성요건적 사실에 대한 착오를 의미하는 것으로 이해되고 있다. 그러나 형법 이론적으로 의미가 있는 사실의 착오는 구성요건적 사실의 착오에 한정되지 않는다. 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오 뿐 아니라 책임조각사유의 전제사실에 대한 착오도 형법 이론적으로 특별한 의미를 갖는다.

1. 사실의 착오

사실의 착오는 구성요건적 사실에 대한 착오, 즉 불법구성요건의 전제사실에 대한 착오를 의미한다. 사실의 착오로 불법구성요건의 전제사실(객관적 구성요건요소)에 대한 인식의 결여되면 해당 범죄구성요건의 고의가 탈락하게 되어 고의의 행위반가치(고의불법)는 인정될 수 없게 된다. 물론 과실범이 처벌되는 경우 주의의무위반 여부에 따라 과실의 행위반가치(과실불법)는 긍정될 수 있다.

1) 구성요건적 결과의 인식과 사실의 착오

구성요건적 결과는 불법구성요건이 요구하는 전제사실(객관적 구성요건요소)에 포함되므로 행위자에게 구성요건적 결과에 대한 인식이 결여되면 사실의 착오로서 고의가 탈락된다. 다만 고의의 인식대상인 구성요건적 결과는 ‘현실적으로 발생된 결과’가 아니라 행위자가 자신의 행위를 통하여 ‘발생시키려고 의도

하였던 결과'이다.¹⁰⁾ 고의의 시점인 행위시에는 '현실적으로 발생된 결과'가 대부분 발생되지도 않으며, 현실적인 결과가 발생하지 않는 미수범에 있어서도 고의의 인정에 전혀 문제가 되지 않는다. 이는 고의의 인식대상인 구성요건적 결과란 현실적으로 발생된 결과가 아니라, 행위자가 자신의 행위를 통하여 '발생시키려고 의도하였던 결과'이기 때문이다. 예컨대 흉기로 피해자의 가슴을 찔러 살해하려는 행위자의 고의는 행위자의 표상에 따라 행위를 개시하는 시점(흉기를 들고 피해자를 향해서 돌진하는 시점)에서 인식한 사실을 대상(가슴을 찔러 사망하게 함)으로 확정되며, 그 이후 전개되는 현실적인 결과 및 인과관계와 객관적 귀속의 기준에 따라(피해자가 사망하든, 사망하지 않든, 어떻게 사망하든) 기수죄와 미수죄로 구별될 뿐이다.

다만 고의의 인식대상인 행위자가 자신의 행위를 통하여 '발생시키려고 의도하였던 결과'는 '구성요건적 불법한 결과'이어야 한다. 구성요건적 불법한 결과는 구성요건적 행위에 의해서 야기되고 객관적으로 귀속이 가능한 결과이어야 한다.¹¹⁾ 따라서 행위자가 '인과관계가 부정되는 결과'를 발생시키려고 의도하거나 또는 '객관적귀속이 부정되는 결과, 예컨대 위험감소의 경우나 인과사건의 인간에 의한 지배가 불가능한 결과'를 야기하려고 의도한 경우에는 해당 범죄 고의가 탈락하여 미수범의 성립도 불가능하게 된다.¹²⁾ 이 경우 행위자에게는 '불법한 구성요건적 결과로 볼 수 없는 결과'를 발생시키려는 의도만 있었을 뿐, '불법한 구성요건적 결과'를 발생시키려는 의도는 없었기 때문이다.

2) 인과관계의 인식과 사실의 착오

통설¹³⁾은 "인과관계도 고의의 인식대상이지만 대체적으로 그 본질적인 점만

10) 同旨, 김일수·서보학, 앞의 책, 142면; 이에 관하여는 이정원, "구성요건적 결과와 결과에 대한 인식", 「법학논총」 제16집 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2009.03, 282면 이하 참조.

11) 따라서 인과관계와 객관적 귀속은 해당 결과가 불법한 구성요건적 결과인지 아닌지를 판단하는 기준이라고 해야 한다.

12) 이에 관하여는 이정원, "구성요건적 고의의 인식대상에 관한 소고", 「형사법연구」 제13호, 한국형사법학회, 2000.6, 97면 참조.

13) 김성돈, 앞의 책, 226면; 김성천·김형준, 앞의 책, 118면 이하; 배종대, 앞의 책, 284면 이하; 손동권·김재운, 앞의 책, 152면; 성낙현, 앞의 책, 198면; 손해목, 「형법총론」, 법문사, 1996, 351면 이하; 신동운, 앞의 책, 224면 이하; 오영근, 앞의 책, 120면; 이영란, 앞의 책, 199면; 이재상, 앞의 책, 161면 이하, 180면 이하; 이형국, 앞의 책, 123면; 임웅, 앞의 책, 173면 이하; 정성근·박광민, 앞의 책, 203면 이하; 정영일, 앞의 책, 109·113면.

인식하면 족하다”고 한다. 다만 통설의 입장에서도 인과관계에 관하여 본질적인 점에 대한 인식이 없는 경우 고의가 조각된다는 견해¹⁴⁾와 미수범이 성립할 뿐이라는 견해¹⁵⁾가 대립한다. 그러나 인과관계의 본질적인 점에 대한 인식이 없는 경우 고의를 조각하는 견해는 타당하다고 할 수 없다. 행위자의 구성요건적 행위와 구체적으로 발생된 결과 사이의 인과관계가 부정되는 경우에도 범죄 고의는 부정되지 않으므로 미수범의 성립은 인정된다. 그렇다면 구체적으로 발생된 결과에 대해서 인과관계가 부정되어 미수범이 성립하는 경우에 행위자가 어떻게 인과관계에 관하여 본질적인 점을 인식한 것인지 논리적으로 설명이 되지 아니한다. 또한 인과관계를 고의의 인식대상으로 파악하면서, 인과관계에 관하여 대체적으로 본질적인 점을 인식하지 않았음에도 고의를 인정함으로써 미수범의 성립을 인정하는 견해는 비논리적이다. 인과관계에 관하여 본질적인 점을 인식하면 고의가 인정되고, 본질적인 점을 인식하지 못해도 고의가 인정된다면, 결국 인과관계는 고의의 인식대상이 아니라는 결론이 되기 때문이다.

인과관계와 인과과정을 구별하여, 인과관계는 고의의 인식대상이지만, 인과과정은 고의의 인식대상이 아니라는 견해¹⁶⁾가 있다. 인과관계는 결과범의 구성요건에서 빼놓을 수 없는 중요한 구성요건표지이므로 고의의 인식대상¹⁷⁾이 되지만, 행위의 결과에로의 진행과정과 결과의 구체적인 형성과정은 고의의 인식대상이 아니라는 것이다.¹⁸⁾ 즉 인과과정은 인과관계의 확정에 필요한 인과적 연쇄의 각 구성부분이며, 인과적 연쇄의 각 구성부분에 대한 인식은 불필요하는 것이다. 따라서 인과과정에 관한 착오의 사례는 객관적 귀속에 의하여 해결하면 충분하다고 한다.¹⁹⁾ 그러나 “인과과정은 인과관계의 확정에 필요한 인과적 연쇄의 각 구성부분이므로, 각 구성부분에 대한 인식이 필요하지 않다”는 관

14) 손동권·김재윤, 앞의 책, 152면; 성낙현, 앞의 책, 198면; 신동운, 앞의 책, 225면; 오영근, 앞의 책, 120면; 이영란, 앞의 책, 199면; 이재상, 앞의 책, 180면; 이형국, 앞의 책, 123면; 정영일, 앞의 책, 109면.

15) 김성돈, 앞의 책, 226면; 배종대, 앞의 책, 286면 이하; 손해목, 앞의 책, 352면; 임웅, 앞의 책, 173면; 정성근·박광민, 앞의 책, 203면.

16) 김일수, 「한국형법 I」, 박영사, 1996, 410면 이하·438면 이하; 김일수·서보학, 앞의 책, 142면 이하·157면; 박상기, 앞의 책, 136면 이하, 147면; 진계호·이준걸, 앞의 책, 227면·245면 이하; 한정환, 「형법총론」, 한국학술정보, 2010, 225면; 同趣旨, 권오걸, 「스마트 형법총론」, 형설출판사, 2011, 127면·148면 이하.

17) 김일수, 앞의 책, 411면; 김일수·서보학, 앞의 책, 142면 이하.

18) 김일수, 앞의 책, 413면·439면; 김일수·서보학, 앞의 책, 143면.

19) 김일수, 앞의 책, 410면 이하·438면 이하; 김일수·서보학, 앞의 책, 157면; 박상기, 앞의 책, 147면; 진계호·이준걸, 앞의 책, 245면; 한정환, 앞의 책, 225면.

점²⁰⁾은 “인과관계도 고의의 인식대상이지만 대체적으로 그 본질적인 점만 인식하면 족하다”는 통설의 견해와 실질적인 차이가 없는 것으로 판단된다. “인과관계에 관하여 대체적으로 그 본질적인 점만 인식하면 족하다”는 통설의 견해 역시 “인과관계에 관하여 본질적인 점 이외에 각 세부적인 내용(즉 인과과정의 세부적인 내용)²¹⁾을 인식할 필요가 없다”는 의미로 파악되기 때문이다. 더욱이 인과관계와 인과과정을 구별하는 입장에서는 “인과관계는 고의의 인식대상이지만, 인과관계의 확정을 위한 인과과정과 인과과정의 규범적 평가에 해당하는 객관적 귀속은 고의의 인식대상이 아니라”²²⁾고 한다. 그러나 이 견해는 인과관계가 전혀 필요하지 아니한 미수범의 경우에 어떤 인과관계의 인식을 토대로 범죄고의를 인정하려는 것인지 의문이 제기된다. 반면에 “인과관계만 고의의 인식대상이이고, 인과과정과 객관적 귀속은 고의의 인식대상이 아니다”고 한다면, 인간의 행위에 의한 인과사건의 지배가 불가능한 경우나 위험감소의 경우 등에서도 같이 ‘고의의 인식대상이 아닌 객관적 귀속’이 부정되는 결과를 발생시키려고 의도한 행위자에 대해서 어떻게 범죄고의를 부정할 수 있는 것인지 의문이 제기된다.

일반적으로 인과관계와 객관적 귀속이론은 “현실적으로 발생된 결과와 행위자가 행위당시 발생시키려고 의도했던 결과²³⁾ 사이에 어느 정도 편차가 있는 경우, 현실적으로 발생된 그 결과를 행위자에게 객관적으로 귀속시킬 수 있는 구성요건적 결과로 평가할 수 있는가”라는 문제를 해결하기 위한 기준이다. 따라서 행위자의 구성요건적 행위와 현실적으로 발생된 결과 사이의 인과관계나 객관적 귀속은 고의의 인식대상이 될 수 없다. 행위자의 구성요건적 행위와 현실적으로 발생된 결과 사이의 인과의 진행과정(인과관계)에 대하여 일반인의 관점에서 객관적 예견가능성 및 회피가능성이 존재하면 해당 결과는 객관적 귀속이 인정되는 구성요건적 결과로 평가된다. 따라서 현실적으로 발생된 결과에 대한 인과관계는 인식의 대상이 아니라 객관적 귀속의 판단을 위한 예측의 대상이 될 뿐이다.²⁴⁾

20) 김일수, 앞의 책, 410면 이하, 438면 이하; 김일수·서보학, 앞의 책, 157면; 박상기, 앞의 책, 147면.

21) 인과관계와 인과과정을 구별하는 견해는 이를 인과과정으로 파악하고 있다.

22) 김일수, 앞의 책, 413면; 김일수·서보학, 앞의 책, 142면 이하.

23) 上記 ‘IV, 1, (1) 구성요건적 결과의 인식과 사실의 착오’ 참조.

24) 同趣旨, 권오걸, 앞의 책, 127면; 박상기, 앞의 책, 136면; 이에 관하여는 이정원, 앞의 “구

3) 의미의 인식과 사실의 착오

“고의의 인식대상에는 객관적인 행위상황 뿐 아니라 그 의미의 인식도 포함된다”는 것이 일반적인 학설의 입장이다. 순수한 사실의 인식만으로는 그 행위의 사회적 의미를 파악하고 불법유형적 성격을 이해하였다고 할 수 없기 때문에, 구성요건요소에 포섭되어 있는 본질적 의미내용도 고의의 인식대상이 되어야 한다는 것이다.²⁵⁾ 여기서 의미의 인식이란 법률적으로 명확하게 평가된 의미의 인식을 말하는 것은 아니며, 단지 문외한으로서 소박한 가치평가에 의하여 판단된 사회적·법적 의미내용의 인식이면 고의의 인정에 충분하다고 한다.²⁶⁾ 따라서 기술적 구성요건요소에 대한 인식은 자연적인 의미내용을 있는 그대로 파악하면 고의의 지적 요소가 충족되며, 또한 규범적 구성요건요소에 대한 인식도 그 개념을 충족시키는 사실을 단순하게 인식하면 족하고, 그 행위상황의 법률적·사회적 의미내용은 보통사람으로서 올바르게 파악하면 족하다고 한다.²⁷⁾ 그러나 행위자가 객관적인 행위상황을 올바르게 인식했지만, 자기의 행위가 구성요건의 객관적 행위상황에 해당하느냐에 관하여 착오를 일으킨 경우, 예컨대 자동차 타이어의 공기를 빼는 행위는 물체 그 자체의 훼손이 없기 때문에 제366조의 손괴행위에 해당하지 않는다고 생각한 경우에는 ‘포섭의 착오’로서 고의의 인정에는 영향이 없고 단지 법률의 착오에 불과하다고 한다.²⁸⁾

그러나 구성요건요소에 포섭되어 있는 본질적 의미내용은 해석을 통하여 구

성요건적 결과와 결과에 대한 인식”, 288면 이하; 이정원, 앞의 “구성요건적 고의의 인식 대상에 관한 소고”, 98면 이하 참조.

25) 김성돈, 앞의 책, 212면; 김일수·서보학, 앞의 책, 127면; 박상기, 앞의 책, 132면; 배종대, 앞의 책, 249면; 성낙현, 앞의 책, 186면 이하; 손동권·김재윤, 앞의 책, 141면 이하; 오영근, 앞의 책, 119면; 이상돈, 앞의 책, 132면; 이영란, 앞의 책, 155면; 이재상, 앞의 책, 162면; 이형국, 앞의 책, 109면; 임웅, 앞의 책, 158면; 정성근·박광민, 앞의 책, 181면 이하; 진계호·이존걸, 앞의 책, 228면; 한정환, 앞의 책, 218면 이하.

26) Cramer/Sternberg-Lieben, S-S StGB, 27. Aufl., 2006, § 15 Rn. 43a; Puppe, Nomos Kommentar, 3 Aufl., 2010, § 15 Rn. 45; Roxin, Lehrbuch AT-I, 4. Aufl., C.H.Beck 2006, § 12 Rn. 101; Baumann/Weber/Mitsch, Lehrbuch AT, 11. Aufl., 2003, § 21 Rn 5 ff.; Jescheck/weigend, Lehrbuch AT, 5. Aufl., Duncker & Humblot, 1996, S. 295; Maurach/Zipf, Lehrbuch AT-I, 8 Aufl., Heidelberg, 1992, § 22 Rn. 49; Arthur Kaufmann, Die Parallelwertung in der Leiensphäre, Wiss, 1982, S. 36 ff.

27) Cramer/Sternberg-Lieben, S-S StGB, § 15 Rn. 43a

28) 김일수, 앞의 책, 415면 이하; 배종대, 앞의 책, 249면; 손동권·김재윤, 앞의 책, 141면 이하; 이재상, 앞의 책, 162면; 정성근·박광민, 앞의 책, 181면 이하; 진계호·이존걸, 앞의 책, 228면; 한정환, 앞의 책, 218면 이하.

체화 될 수 있는 것이므로 개인의 지식이나 능력에 따라 법규정의 범위와 내용을 인식(이해 또는 해석)하는 정도가 다를 수밖에 없다. 이 때 당연히 법규정에 포섭되는 행동을 자신의 지식이나 능력에 따른 개인적 인식(이해 또는 해석, 일반적인 경우 문의한으로서 소박한 가치평가)에 의하여 법규정에 포섭되지 아니하는 행위로 오인한 경우라면, 이는 전형적인 법률해석의 오류인 포섭의 착오에 해당한다. 행위자는 구성요건적 사실을 오인한 것이 아니라, 법규정의 범위와 내용을 오인한 것이다. 예컨대 판매자 갑이 판매계약이행을 거부했음에도 불구하고 구매자인 을이 완전히 유효하고 구속력 있는 계약의 체결에 의하여 자기가 그 물건에 대한 소유권자가 되었다고 생각하여 물건을 취거해 간 경우, 을은 “판매자 갑이 아직 인도하지 아니한 물건을 취거한다”는 객관적 사실을 분명히 인식하고 있었으며, 이러한 사실의 인식은 절도죄의 고의를 인정하는데 부족함이 없다.²⁹⁾ 을은 “동산인 물건의 소유권은 인도에 의하여 이전된다”는 민사법 규범을 인식하지 못한 것이며, “판매자가 아직 인도하지 아니한 물건(타인의 재물)을 취거하는 것이 위법하다”는 위법성의 인식이 결여된 것이다.³⁰⁾

2. 위법조각사유의 전제사실에 대한 착오

학설³¹⁾³²⁾에서는 일반적으로 위법조각사유의 전제사실에 대한 착오를 사실의 착오와 법률의 착오 중간 영역에 위치한 착오로 이해하고 있다. 위법조각사유의 전제사실에 대한 착오가 구조적으로는 사실의 착오와 유사하지만, 구성요건적 사실의 인식에 대한 착오가 아니라 ‘금지규범이 예외적으로 허용규범에 의하여 후퇴하는 것으로 오인한 것’이라는 점에서 법률의 착오와 접근한다는 것이다.³³⁾ 이에 반하여 모든 위법성조각사유와 관련된 착오를 법률의 착오로 이해하는 건

29) 물론 이 경우 불법영득의사가 부정될 수 있음은 별론으로 한다.

30) 이에 관하여는 이정원, 앞의 “구성요건적 고의의 인식대상에 관한 소고”, 108면 이하 참조.

31) 김성돈, 앞의 책, 392면 이하; 김일수·서보학, 앞의 책, 190면; 박상기, 앞의 책, 265면 이하; 배중대, 앞의 책, 459면; 성낙현, 앞의 책, 355면 이하; 오영근, 앞의 책, 294면; 이영란, 앞의 책, 359면; 이재상, 앞의 책, 332면; 임웅, 앞의 책, 324면 이하; 정성근·박광민, 앞의 책, 353면; 진계호·이존걸, 앞의 책, 246면.

32) Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 37. Aufl., C.F.Müller, 2007, Rn. 471; Jescheck/Weigend, Lehrbuch AT, Duncker & Humblot, S. 462; Kühl, Strafrecht AT, 6. Aufl., Vahlen, 2008, § 13 Rn. 70.

33) 김성돈, 앞의 책, 392면 이하; 이재상, 앞의 책, 332면; 임웅, 앞의 책, 324면 이하; 정성근·박광민, 앞의 책, 353면; 진계호·이존걸, 앞의 책, 246면.

해가 있다. 위법성의 인식에 관하여 엄격책임설³⁴⁾을 지지하는 입장이 그것이다. 엄격책임설의 입장에서는 위법성조각사유의 내용이나 범위에 관한 착오 뿐 아니라 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오도 법률의 착오로 이해한다.

1) 엄격책임설

위법성조각사유의 내용이나 범위에 관한 착오 뿐 아니라 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오도 법률의 착오로 이해하는 엄격책임설에 의하면 정당한 이유가 있는 오상방위의 경우도 불법한 행위가 된다. 즉 법률은 “혹시 강도가 공격하는 것이라 오인하였고, 그 오인에 정당한 이유가 있는 경우라도 정당방위를 해서는 안 된다”고 법적으로 금지하는 것이 된다. 그러나 법률은 절대로 이러한 요구를 할 수가 없다. 법률은 법률에 따르는 것이 누구에게든 가능한 것(Jemandmögliche)만을 법률에 따르도록 요구할 수 있을 뿐이다.³⁵⁾ 따라서 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오는 구조적으로 불법을 형성할 수 없다. 특히 엄격책임설을 주장하는 입장에서는 예외 없이 주관적 정당화요소가 결여되었을 경우 위법성조각사유의 객관적인 상황의 존재에 의하여 결과반가치의 상쇄를 인정하고 이에 따라 불능미수죄의 성립을 인정하고 있다.³⁶⁾ 이에 반하여 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오의 경우에 주관적 적당화요소의 존재에 의한 행위반가치의 상쇄를 인정하지 못하고 고의불법을 인정함으로써 논리적 모순을 범하고 있다.

2) 제한적 책임설

제한적 책임설에서는 위법조각사유의 전제사실에 대한 착오를 사실의 착오와 법률의 착오 중간 영역에 위치한 착오로 이해한다. 위법성조각사유의 내용이나 범위에 관한 착오는 법률의 간접적 착오로써 위법성의 인식이 결여된 경우이지만, 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오는 구성요건적 사실의 착오와 구조

34) 권오걸, 앞의 책, 334면 이하; 김성돈, 앞의 책, 399면; 오영근, 앞의 책, 300면 이하; 정성근·박광민, 앞의 책, 359면.

35) 이에 관하여는 이정원, 앞의 “구성요건적 고의의 인식대상에 관한 소고”, 108면 이하 참조.

36) 권오걸, 앞의 책, 163면; 김성돈, 앞의 책, 264면; 오영근, 앞의 책, 188면; 정성근·박광민, 앞의 책, 221면.

적으로 동일성 내지 유사성이 인정되므로 구성요건적 사실의 착오와 같은 법률효과를 인정하려는 입장이다. 다만 제한적 책임설 내에서도 “위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오에서 고의를 조각하는 것과 어떻게 동일한 결과를 인정할 수 있는지”에 대해서는 견해의 대립이 있다.

제한적 책임설 중 다수의 견해³⁷⁾는 법효과제한적 책임설을 지지한다. 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오는 구성요건적 사실의 착오가 아니기 때문에 고의를 조각할 수 없고, 다만 고의를 조각하는 것과 동일한 법률효과를 유지하기 위하여 고의책임만을 배제하는 입장이다. 이러한 법효과제한적 책임설도 엄격책임설과 동일하게 ‘정당한 이유가 있는 오상방위의 경우’를 불법한 행위로 평가하므로, 엄격책임설에 대한 비판은 법효과제한적 책임설에 대해서도 유효하게 적용된다.

제한적 책임설 중 소수설³⁸⁾은 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오의 경우에 구성요건적 사실의 착오 규정을 유추적용한다. 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오는 구성요건적 사실의 착오와 구조적으로 동일성 내지 유사성이 인정되므로 구성요건적 사실의 착오에 관한 규정을 유추적용³⁹⁾하는 것이 합리적이며 타당하다. 또한 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오는 법이론적으로 법률이 불법이라고 평가해서는 안 되기 때문에, 이에 대한 공범의 성립도 인정해서는 안 된다. 다만 결론에서 타당한 유추적용설도 위법조각사유의 전제사실에 대한 착오를 사실의 착오와 법률의 착오 중간 영역에 위치한 착오로 이해⁴⁰⁾하는 것은 타당하다고 할 수 없다.

3) 소결

위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오는 ‘불법을 정하는 법률’의 착오가 아니다. 행위자는 ‘불법을 정하는 법률’의 내용과 범위에 관하여 정확하게 인식하

37) 김성천·김형준, 앞의 책, 220면; 박상기, 앞의 책, 268면 이하; 배종대, 앞의 책, 462면; 신동운, 앞의 책, 437면; 이영란, 앞의 책, 361면; 이재상, 앞의 책, 334면; 이형국, 앞의 책, 198면; 임웅, 앞의 책, 329면 이하; 정영일, 앞의 책, 260면 이하; 진계호·이존길, 앞의 책, 249면.

38) 김일수, 앞의 책, 524면 이하; 김일수·서보학, 앞의 책, 194면 이하; 성낙현, 앞의 책, 355면 이하; 손동권, 앞의 책, 203면.

39) 행위자에게 유리한 유추적용은 얼마든지 허용된다.

40) 김일수, 앞의 책, 521면 이하; 김일수·서보학, 앞의 책, 190면.

고 있기 때문이다. 예컨대 강도가 공격하는 것으로 오인하여 정당방위의사로 피해자에게 상처를 입힌 오상방위의 경우 오상방위 행위자는 ‘불법을 정한 법률’인 ‘상해죄 및 정당방위를 규정한 법률’의 내용과 범위에 관하여 정확하게 인식하고 있으므로 법률의 착오는 존재하지 않는다. 이 경우 행위자는 ‘불법을 정하는 법률’이 적용되기 위한 전제사실을 인식하지 못하고 있는 것이다. ‘불법을 정하는 법률’이 적용되기 위한 전제사실에 대하여 인식이 결여된 경우라면, 행위자는 자신이 정확하게 인식한 ‘불법을 정하는 법률’의 내용과 범위에 속하지 아니하는 행위를 하는 것으로 인식하게 된다. 즉 행위자는 적법한 사실의 행위를 하는 것으로 이해함으로써 ‘불법한 범죄가 되는 사실’의 인식이 없는 경우에 해당한다.⁴¹⁾ 따라서 이 한도에서는 고의의 행위불법 내지 고의의 행위반가치가 부정된다.⁴²⁾ 물론 이 경우 과실의 행위반가치가 인정될 수 있음은 별개의 문제이다.

3. 책임조각사유의 전제사실에 대한 착오

‘불법을 정하는 법률’ 이외의 법률, 예컨대 ‘책임조각사유를 규정한 법률 또는 처벌조건이나 양형조건 등을 규정한 법률’의 불인식은 형법 이론적으로 아무런 의미가 없는데 반하여, ‘책임조각사유를 규정한 법률의 전제사실에 관한 착오’의 경우에는 형법 이론적으로 특별한 의미가 있다. ‘적법행위의 기대불가능성’을 근거로 인정되는 책임조각사유에서 적법행위의 기대가 불가능한 상황으로 오인한 행위자에게는 실제로 적법행위의 기대가 불가능했을 뿐 아니라, 그 오인 역시 회피가 불가능했다면 행위자의 불법행위에 대하여 비난이 전혀 불가능하기 때문이다.⁴³⁾ 따라서 통설⁴⁴⁾은 회피불가능한 책임조각사유의 전제사실에 관한 착오의 경우 행위자의 책임을 면제한다.⁴⁵⁾ 다만 회피가 가능한 책임조각

41) 同旨, 한정환, 앞의 책, 258면.

42) 전제구성요건이론을 지지하는 관점에서는 이 경우 소위 불법고의(Unrechtsvorsatz)를 부정하게 된다: Vgl. Roxin, Lehrbuch AT-I, 4. Aufl., C.H.Beck, 2006, § 14 Rn. 52 ff., 70 ff.

43) 비난가능성이 존재하지 않는 행위나 행위자에 대한 책임비난은 불가능하다.

44) 법률의 착오규정을 유추적용하는 견해로는 김성돈, 앞의 책, 414면; 배종대, 앞의 책, 487면; 성낙현, 앞의 책, 360면; 손동권·김재윤, 앞의 책, 335면; 임웅, 앞의 책, 339면; 정성근·박광민, 앞의 책, 369면; 同趣旨, 김일수/서보학, 앞의 책, 306면; 이영란, 앞의 책, 383면; 이재상, 앞의 책, 351면; 진계호·이준걸, 앞의 책, 462면.

사유의 전제사실에 관한 착오의 경우에는 “회피가 가능한 착오를 회피하지 못했다”는 점에서 행위자의 고의 불법행위에 대한 고의의 책임비난이 가능하게 된다.⁴⁵⁾ 이는 기대불가능성을 기초로 인정되는 책임조각사유의 특성⁴⁷⁾으로부터 나타나는 결과이다.

V. 결론

형법의 착오이론의 중심에는 사실의 착오와 법률의 착오가 있으며, 사실의 착오와 법률의 착오는 기본적으로 불법을 정하는 법률을 전제로 한다. 사실의 착오는 ‘불법을 정하는 법률’의 ‘전제사실에 대한 착오’를 의미하며, 법률의 착오는 ‘불법을 정하는 법률’의 ‘내용과 범위에 관한 착오’를 의미한다.

불법을 정하는 법률의 내용과 범위에 대한 인식이 결여되어 자신의 불법한 행위가 불법하지 않은 것으로 오인한 행위자에게는 적법행위에 대한 기대가 불가능하게 되며, 그 오인에 정당한 이유가 있는 경우에는 행위자의 불법행위에 대하여 책임비난이 불가능하다. 이와 같은 법률의 착오는 직접 불법구성요건을 정한 법률 뿐 아니라 간접적인 허용구성요건, 즉 위법성조각사유를 정한 법률에 대해서도 적용된다. 그 밖의 법률, 예컨대 책임조각사유를 정한 법률이나 양형 또는 처벌조건을 정한 법률은 그 내용이나 범위에 대한 행위자의 인식 여부와 관계없이 적용된다.

사실의 착오의 대상도 기본적으로는 ‘불법을 정하는 법률’이므로 직접적인 불법구성요건을 정하는 법률이 적용되기 위한 전제사실 뿐 아니라, 간접적인 허용구성요건(위법성조각사유)을 정하는 법률의 전제사실의 착오도 사실의 착오에 해당한다. 이들 불법을 정한 법률의 전제사실, 즉 불법의 성립요소인 사실에 대

45) 이에 관한 명문의 규정이 없으므로 양형에서 고려할 수 있을 뿐이라는 견해로는 권오걸, 앞의 책, 347면; 오영근, 앞의 책, 279면.

46) 독일형법은 면책적 긴급피난의 상황에 대한 착오의 경우 회피가능한 착오에 한하여 형을 감경하여 처벌한다. 독일형법 제35조 제2항: Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände an, welche ihn nach Absatz 1 entschuldigen würden, so wird er nur dann bestraft, wenn er den Irrtum vermeiden konnte. Die Strafe ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern.

47) 책임조각사유의 전제사실에 관한 착오를 고유한 종류의 착오라는 견해로는 이영란, 앞의 책, 383면; 이재상, 앞의 책, 351면; 진계호·이준걸, 앞의 책, 462면.

한 인식이 결여되면 고의의 불법은 성립할 수 없게 된다. 물론 과실불법의 성립 여부는 별개의 문제이다.

고의불법이 부정되는 사실의 착오에는 구성요건적 사실의 착오와 위법성조각사유의 전제사실의 착오가 있다. 구성요건적 사실의 착오에서는 직접 고의를 조각하지만, 위법성조각사유의 전제사실의 착오에서는 구성요건적 고의를 부정할 수는 없다. 그러나 위법성조각사유의 전제사실의 착오에서도 고의불법 내지 고의의 행위반가치는 탈락된 상태이다. 고의불법이 탈락된 상황에 대해서 구성요건적 사실의 착오규정을 유추적용하는 것은 타당하며 합리적이다. 이는 위법성조각사유에서 주관적 정당화요소가 결여된 경우 결과불법 내지 결과반가치의 탈락된 상황을 인정하여 불능미수규정을 유추적용하는 것과 동일하다고 해야 한다.

불법을 정하는 법률 이외에 ‘책임조각사유를 규정한 법률의 전제사실에 관한 착오’의 경우에는 형법 이론적으로 특별한 의미가 있다. ‘적법행위의 기대불가능성’을 근거로 인정되는 책임조각사유에서 적법행위의 기대가 불가능한 상황으로 오인한 행위자에게는 실제로 적법행위의 기대가 불가능했을 뿐 아니라, 그 오인 역시 회피가 불가능했다면 행위자의 불법행위에 대하여 비난이 전혀 불가능하기 때문이다. 다만 이는 기대불가능성을 기초로 인정되는 책임조각사유의 특성으로부터 나타나는 결과이다.

투고일 : 2015.10.26. / 심사완료일 : 2015.12.2. / 게재확정일 : 2015.12.20.

[참고문헌]

- 권오걸, 「스마트 형법총론」, 형설출판사, 2011.
- 김성돈, 「형법총론」, 성균관대학교 출판부, 2014.
- 김성천 · 김형준, 「형법총론」, 도서출판 소진, 2014.
- 김일수, 「한국형법 I」, 박영사, 1996.
- 김일수 · 서보학, 「새로쓴 형법총론」, 박영사, 2014.
- 박상기, 「형법총론」, 박영사, 2012.
- 배종대, 「형법총론」, 홍문사, 2013.
- 성낙현, 「형법총론」, 동방문화사, 2011.
- 손동권 · 김재운, 「새로운 형법총론」, 율곡출판사, 2011.
- 신동운, 「형법총론」, 법문사, 2015.
- 오영근, 「형법총론」, 박영사, 2014.
- 이영란, 「형법총론」, 형설출판사, 2011.
- 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2011.
- 이정원, “구성요건적 결과와 결과에 대한 인식”, 「법학논총」 제16집 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2009.3.
- , “구성요건적 고의의 인식대상에 관한 소고”, 「형사법연구」 제13호, 한국형사법학회, 2000.6.
- 이형국, 「형법총론」, 법문사, 2007.
- 임 응, 「형법총론」, 법문사, 2012.
- 정성근 · 박광민, 「형법총론」, 성균관대학교 출판부, 2011.
- 정영일, 「형법총론」, 도서출판 학림, 2015.
- 진계호 · 이준걸, 「형법총론」, 대왕사, 2007.
- 한정환, 「형법총론」, 한국학술정보, 2010.
- Arthur Kaufmann, Parallelwertung in der Leiensphäre, 1982.
- Baumann/Weber/Mitsch, Lehrbuch AT, 11. Aufl., 2003.
- Jescheck/weigend, Lehrbuch AT, 5. Aufl., Duncker & Humblot, 1996.
- Kühl, Strafrecht AT, 6. Aufl., Vahlen, 2008.
- Maurach/Zipf, Lehrbuch AT-I, 8 Aufl., Heidelberg, 1992.
- Nomos Kommentar, 3 Aufl., 2010.
- Roxin, Lehrbuch AT-I, 4. Aufl., C.H.Beck, 2006.

Schönke/Schröder Kommentar StGB, 27. Aufl., C.H.Beck, 2006.

Systematische Kommentar StGB, 6. Aufl., 1999.

Tröndle/Fischer, StGB, 52. Aufl., C.H.Beck, 2004.

Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 37. Aufl., C.F.Müller, 2007.

[국문초록]

형법의 착오이론과 행위자의 인식

이 정 원*

형법의 착오이론의 중심에는 사실의 착오와 법률의 착오가 있으며, 사실의 착오와 법률의 착오는 기본적으로 불법을 정하는 법률을 전제로 한다. 사실의 착오는 ‘불법을 정하는 법률’의 ‘전제사실에 대한 착오’를 의미하며, 법률의 착오는 ‘불법을 정하는 법률’의 ‘내용과 범위에 관한 착오’를 의미한다.

불법을 정하는 법률의 내용과 범위에 대한 인식이 결여되어 자신의 불법한 행위가 불법하지 않은 것으로 오인한 행위자에게는 적법행위에 대한 기대가 불가능하게 되며, 그 오인에 정당한 이유가 있는 경우에는 행위자의 불법행위에 대하여 책임비난이 불가능하다. 이와 같은 법률의 착오는 직접 불법구성요건을 정한 법률 뿐 아니라 간접적인 허용구성요건, 즉 위법성조각사유를 정한 법률에 대해서도 적용된다. 그 밖의 법률, 예컨대 책임조각사유를 정한 법률이나 양형 또는 처벌조건을 정한 법률은 그 내용이나 범위에 대한 행위자의 인식 여부와 관계없이 적용된다.

사실의 착오의 대상도 기본적으로는 ‘불법을 정하는 법률’이므로 직접적인 불법구성요건을 정하는 법률이 적용되기 위한 전제사실 뿐 아니라, 간접적인 허용구성요건(위법성조각사유)을 정하는 법률의 전제사실의 착오도 사실의 착오에 해당한다. 이들 불법을 정한 법률의 전제사실, 즉 불법의 성립요소인 사실에 대한 인식이 결여되면 고의의 불법은 성립할 수 없게 된다.

불법을 정하는 법률 이외에 ‘책임조각사유를 규정한 법률의 전제사실에 관한 착오’의 경우에는 형법 이론적으로 특별한 의미가 있다. ‘적법행위의 기대불가능성’을 근거로 인정되는 책임조각사유에서 적법행위의 기대가 불가능한 상황으로 오인한 행위자에게는 실제로 적법행위의 기대가 불가능했을 뿐 아니라, 그 오인 역시 회피가 불가능했다면 행위자의 불법행위에 대하여 비난이 전혀 불가능하기 때문이다. 다만 이는 기대불가능성을 기초로 인정되는 책임조각사

* 영남대학교 법학전문대학원 교수

유의 특성으로부터 나타나는 결과이다.

주제어 : 사실의 착오, 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오, 책임조각사유의 전제사실에 관한 착오, 법률의 착오(금지착오), 위법성조각사유의 착오, 위법성의 인식

[Abstract]

The Discrepancy theory and Perception of doer in the criminal law

Lee, Jeong-Weon*

There are ‘The Discrepancy of fact’ and ‘The Discrepancy of law’ in the criminal law. Both ‘the Discrepancy of fact’ and ‘The Discrepancy of law’ are based on the law which regulates illegality. that is, ‘The Discrepancy of fact’ means the discrepancy about precondition fact of the law which regulates illegality, on the other hand, ‘The Discrepancy of law’ means the discrepancy about contents and extent of the law which regulates illegality. As a doer lacks the perception about contents and extent of the law which regulates illegality, a doer that misunderstands illegal behaviors as legal behaviors can not be expected to do legal behaviors, therefore, we can not blame illegal behaviors of a doer in case that the misconception has good causes. Such ‘The Discrepancy of law’ as this, is applied to not only the law which directly regulates illegality structural requirement but also indirect allowed structural requirement(the law which regulates grounds that can cleave illegality). in the other laws, for instance, the law which regulates grounds that can cleave responsibility, assessment of a case, punishment condition is applied regardless of perception of a doer about the contents and extent.

As the object on ‘The Discrepancy of fact’ is the law which regulates illegality basically, the object on ‘The Discrepancy of fact’ is precondition fact for the law which directly regulates illegality structural requirement to be applied. besides, a discrepancy about precondition fact of the law which determines indirect allowed structural requirement(grounds that can cleave illegality) corresponds to ‘the Discrepancy of fact’. precondition fact of the law which determines illegality, that is, if a doer lacks perception about the fact that is elements for formation, intentional illegality will not be formed.

* Professor, Yeungnam University LawSchool.

however negligence illegality is another thing.

Key words : Discrepancy of fact, Discrepancy about precondition fact of grounds that can cleave illegality, Discrepancy about precondition fact of grounds that can cleave responsibility, Discrepancy of law, Discrepancy of grounds that can cleave illegality, Perception of illegality