

법률의 착오에 있어서 정당한 이유의 판단기준

이재삼*

국문요약

현대 형법학의 법률의 착오에서 핵심은 위법성인식의 체계적 지위가 아니라 형법 제16조의 “정당한 이유”의 판단기준의 문제이다. 는 착오의 회피불가능성과 같은 의미를 가지고 있다. 정당한 이유의 개념을 책임설과의 관계에서 이해하면 착오의 회피불가능성과 같은 의미에 불과하다. 여기서 착오의 회피가능성(즉 위법성인식의 가능성)을 인정하기 위해서는 ① 행위자에게 자신의 행위의 위법성에 대하여 심사할 계기(Anlaß)의 존재여부, ② 심사의 계기가 존재하는 경우에 위법성을 인식하기 위한 확인과 조회의 노력을 다하였는지의 여부, ③ 행위자가 충분한 노력을 다한 경우에는 위법성을 인식할 수 있었는지의 여부 등 세 가지 요건이 검토되어야 한다. 회피가능성은 착오에 이르게 된 심리적 요소가 언제 면책될 수 있는가를 판단하기 위한 심리적 문제가 아닌 규범적 문제에 해당한다. 따라서 위법성인식의 계기를 규범적으로 파악하는 것이 옳으며, 위법성심사의 계기는 심리적 요소를 규범적 기준에 의하여 수정할 것을 요한다.

* 이화여자대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 시작하는 글

형법 제16조는 법률의 착오라는 제목 아래 “자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다”고 규정하고 있다. 여기서 법률의 착오라 함은 행위자에게 위법성의 인식이 없는 경우를 말하며, 형법 제16조가 비록 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위라고 규정하고 있다고 할지라도 여기에는 위법성조각사유의 착오뿐만 아니라 직접적 착오, 즉 효력의 착오와 포섭의 착오는 물론 행위자가 금지규범을 인식하지 못하는 법률의 부지의 경우도 포함된다고 해석하지 않을 수 없다. 이 경우의 위법성의 인식의 체계적 지위 내지 법률의 착오의 효과에 관하여는 형법 제16조가 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 않는다고 규정하고 있지만 이를 책임설에 따라 해결해야 한다는 점에는 학자들 사이에 견해가 일치하고 있다.¹⁾ 즉 위법성의 인식은 고의와 분리된 독립된 책임요소이므로 위법성의 인식이 없을 때에는 고의의 성립에는 영향을 미치지 아니하고, 위법성의 불인식에 상당한 이유가 있는 때에는 고의범의 책임이 조각되지만 상당한 이유가 없는 때에는 고의범으로 처벌받아야 한다는 것이다. 이 경우에 법률의 착오에 의하여 위법성을 인식하지 못하고 행위한 자의 책임은 자기행위의 위법성을 인식할 가능성에 있다고 할 수 있다. 위법성인식의 가능성이 없을 때에는 행위자는 규범명령에 따를 수도 없기 때문이다. 따라서 행위자에게 위법성을 인식할 수 있는 능력이 있었음에도 불구하고 이를 인식하여 인식한 범의무에 따라 행위하지 않은 경우에 법률의 착오에 빠진 자에게 형사책임을 인정할 수 있게 되는 것이다. 이러한 의미에서 위법성의 인식은 책임의 전제조건이지만, 책임의 전제가 되는 위법성의 인식을 현실적 인식이 아니라 위법성인식의 가능성이라고 할 수 있다.

법률의 착오의 효과를 책임설에 따라 해결하는 경우에는 법률의 착오

1) 김일수/서보학 형법총론 430면; 박상기 형법총론 241면; 배종대 형법총론 383면; 손해목 형법총론 641면; 신동운 형법총론 385면; 안동준 형법총론 163면; 오영근 형법총론 506면; 이재상 형법총론 326면; 이형국 형법총론 233면; 임웅 형법총론 304면; 정성근/박광민 형법총론 335면; 조준현 형법총론 240면.

에 있어서 가장 중요한 문제는 정당한 이유의 판단문제가 되지 않을 수 없다. 착오에 정당한 이유가 있는가의 여부에 따라 고의범의 책임이 인정될 것인가가 결정되기 때문이다. 이러한 의미에서 현대 형법학에 있어서 법률의 착오의 핵심문제는 위법성의 인식의 체계적 지위가 아니라 정당한 이유의 판단기준의 문제라고 할 수 있다. 이 글에서는 법률의 착오에 있어서 먼저 정당한 이유의 의의를 정당한 이유와 회피가능성, 정당한 이유와 과실과의 관계를 중심으로 검토하고, 그 판단기준을 위법성인식의 계기와 위법성인식의 수단으로서의 숙고와 조회의무의 내용과 범위를 구체화하고 명확히 하고자 한다. 법률의 착오에 정당한 이유가 있는가에 관하여는 판례에서도 문제되는 경우가 적지 않다. 그러나 판례는 아직까지 정당한 이유의 판단에 관하여 명백한 기준을 제시하지 못하고 있으며, 유사한 사례에 대하여 서로 모순되는 결론을 내린 경우도 적지 않다. 숙고와 조회의무의 범위를 검토함에 있어서는 판례의 태도에 대한 분석이 불가결하다고 생각된다.

II. 정당한 이유와 회피가능성 및 과실

법률의 착오가 책임을 조각하기 위하여는 착오에 정당한 이유가 있어야 한다. 이에 반하여 독일형법 제17조는 “행위시에 행위자에게 불법을 행한다는 인식이 결한 때에는 그가 이 착오를 회피할 수 없었던 경우에는 책임이 없다. 행위자가 착오를 회피할 수 있었던 때에는 형을 감경할 수 있다”고 규정하여, 회피가능성을 기준으로 책임의 유무를 판단하는 것과 구별된다. 여기서 형법의 정당한 이유는 회피가능성과 동의어인가, 또 정당한 이유가 회피가능성을 의미한다고 하는 때에는 회피가능성의 정도는 과실과 어떻게 다른가가 문제된다.

1. 정당한 이유와 회피가능성

형법의 정당한 이유가 회피가능성과 같은 의미인가에 관하여 우리나라

의 다수설은 정당한 이유는 독일형법의 회피가능성(Vermeidbarkeit)과 같은 의미를 가진다고 해석하고 있다.²⁾ 정당한 이유와 회피불가능성은 용어에 따라 의미가 달라지는 것이 아니며,³⁾ 독일의 학설과 판례가 제시하고 있는 회피가능성 판단에 대한 논거는 정당한 이유의 기준과 그 구체적 유형화를 제시하는데 도움이 되기 때문에⁴⁾ 착오에 대한 정당한 이유는 결국 그 착오를 회피할 수 없었는가의 문제에 귀착된다는 것이다. 이에 반하여 회피할 수 없는 때라는 명문의 규정을 두고 있는 독일형법과는 달리 형법은 “정당한 이유가 있는 때”라고 규정하고 있으므로 정당한 이유는 회피가능성보다는 넓게 해석해야 한다는 견해도 있다.⁵⁾ 착오가 회피가능한 경우에도 다른 동업자들에 의하여 이미 널리 행하여지고 있기 때문에 무심코 행위한 자의 경우에는 착오에 정당한 이유가 있다고 해석해야 한다는 것이다.

형법의 정당한 이유가 독일형법의 회피가능성과는 다른 용어인 것은 물론이다. 그러나 법률의 착오에 있어서 정당한 이유의 개념은 책임설과의 관계에서 이해해야 한다. 즉 법률의 착오는 책임에 영향을 미칠 뿐이며, 법률의 착오에 의하여 행위한 자에 대한 책임은 자신의 행위의 위법성을 인식할 구체적 가능성에 기초를 두고 있다. 그렇다면 착오에 대한 비난가능성(Vorwerflichkeit)은 회피가능성과 동의어에 지나지 않는다.⁶⁾ 다시 말하면 착오를 회피할 수 있다는 것은 행위자가 착오에 책임이 있고, 따라서 착오가 비난가능하다는 의미에 지나지 않는다.⁷⁾ 따라서 형법의 정당한 이유도 회피가능성과 같은 뜻으로 이해해야 한다는 것은 당연하다. 이를 정당한 이유라는 용어가 회피가능성과 다르다고 하여 관례상 행하여지는 경우에 정당한 이유를 인정해야 한다고 할 때에는 정당한 이유는 위법성조각사유로서의 상당한 이유와 같은 의미로 오해될 위험이 있다 할 것이다.

2) 김일수/서보학 386면; 박상기 253면; 배종대 391면; 손동권 258면; 이재상 333면; 임웅 304면.

3) 정현미, 법률의 착오에 있어서 정당한 이유의 판단기준, 형사판례의 연구, 523면.

4) 김신규, 형법 제16조의 정당한 이유의 의미와 판례검토, 형사법연구 15(2001), 103면; 천진호, 금지착오와 회피가능성, 한국형법학의 새로운 지평(김일수교수 화갑기념논문집), 133면.

5) 오영근 453면.

6) Sch/Sch/Cramer/Sternberg-Lieben, StGB, 26 Aufl. Rn. 13

7) Krey, Deutsches Strafrecht, AT Rn. 692.

2. 회피가능성과 과실

법률의 착오에 있어서 정당한 이유가 회피불가능성을 의미한다고 하더라도, 회피가능성의 본질은 위법성인식의 가능성에 있는 이상 위법성의 불인식을 회피할 수 있었다는 것은 과실범에 있어서 과실과 유사한 구조를 가진다. 판례 가운데는 관련 관청으로부터 허가를 필요로 하지 않는다는 회시를 받고 허가 없이 식품을 제조한 경우에 오인에 과실이 없다는 이유로 정당한 이유를 인정한 판결이 있는바,⁸⁾ 이는 정당한 이유의 판단기준이 과실과 같다는 의미라고 볼 수 있다. 여기서 회피가능성과 과실, 즉 주의의무위반에 같은 기준이 적용될 것인가가 문제된다. 이에 대하여는 회피가능성과 과실의 판단기준이 같다고 해석하는 견해⁹⁾와 회피가능성의 판단에는 과실보다 엄격한 기준이 요구된다는 견해¹⁰⁾ 및 회피가능성에 있어서는 과실과는 다른 독자적인 판단기준이 필요하다는 견해¹¹⁾의 세 가지 견해가 대립되고 있다.

회피가능성의 판단에는 과실범에 있어서의 주의의무보다 엄격한 기준이 요구된다는 견해는 구성요건해당성은 위법성을 징표하고 구성요건에 해당하는 행위가 위법하다는 것은 일반적으로 알려져 있으므로, 구성요건적 고의는 행위자에게 그 행위의 법적 성질을 숙고하게 할 충격이 되기 때문에 행위자는 행위의 적법성을 특별히 심사해야 한다는 것을 근거로 한다. 종래 독일 연방법원 판례가 취하였던 입장이다.¹²⁾ 그러나 구성요건해당성이 위법성을 징표하기 때문에 구성요건적 고의를 가진 자는 당연히 위법성을 인식하고 있다는 전제는 법률의 착오 중 직접적 착오, 즉 행위자가 구성요건 자체를 인식하지 못한 경우에는 적용될 여지가 없다.¹³⁾ 구성요건적 고의가 있는 경우라 할지라도 핵심형범에 있어서는 행위상황의 인식은 위법성인식의 계기가 되기 때문에 과실의 경우보다 엄격한 기준을 요구해야 할 필요가 없다.¹⁴⁾ 부수형범에 있어서는 구성요건적 고의만으로

8) 대법원 1983. 2. 22. 81 도 2763(공보 1983, 613).

9) 배종대 393면; 이재상 334면; 신동운 판례백선형법총론 300면.

10) 김일수/서보학 형법총론 386면; 천진호, 앞의 글, 135면.

11) 김신규, 앞의 글, 104면; 정현미 앞의 글 526면.

12) BGHSt. 4, 243; 21, 20.

13) Neumann AK §17, Rn. 58; Joecks, MK §17, Rn. 37.

위법성의 인식이 인정된다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 특히 위법성이 구성요건화 되어 있는 경우에는 회피가능성의 정도는 문제되지 않는다. 따라서 회피가능성의 판단에 과실의 경우보다 엄격한 기준을 요구해야 할 필요는 없다. 한편 회피가능성의 판단에 독자적인 기준이 필요하다는 견해는 행위과실이 구성요건의 단계에서 문제되는 것임에 반하여 범률의 착오의 회피가능성은 책임판단의 문제이므로 그 판단대상을 달리한다는 것을 근거로 한다. 행위과실이 행위와 범익과 관련된 것임에 반하여 회피가능성은 행위자와 범규범과의 관계에 대한 판단으로서 고의책임을 근거지워야 하는 것이므로 과실에 비하여 엄격하거나 완화된 기준이 아니라 고유한 형태의 기준이 적용되어야 한다는 것이다.¹⁵⁾ 과실범에 있어서 주의 의무위반은 구성요건요소이면서도 책임요소가 됨에 반하여, 착오에 있어서의 회피가능성은 고의책임을 근거가 되는 것은 사실이다. 따라서 위법성인식의 회피가능성은 행위자 개인의 능력을 기준으로 판단해야 한다. 그러나 책임판단의 대상이 주관에 있다고 하여 판단방법까지 주관적일 것을 요구하는 것은 아니다. 회피가능성의 판단에 있어서도 일정한 직업 또는 생활영역에 있어서는 판단의 기준을 객관화 일반화할 필요가 있는 것은 물론이다.¹⁶⁾ 회피가능성과 과실의 판단기준이 같다는 것은 그 대상이 동일하다는 의미가 아니라 판단방법이 유사하다는 의미에 불과하다. 과실도 예견가능성과 회피가능성을 내용으로 하고, 예견가능성의 판단에 있어서 규범적 계기개념을 적용할 때에는 예견가능성의 판단에 있어서 과실보다 엄격한 기준이나 과실과는 다른 독자적인 기준이 필요한 것은 아니라고 해야 한다.

3. 회피가능성의 전제조건

범률의 착오에 정당한 이유가 있는가는 착오의 회피가능성에 의하여 결정된다. 착오의 회피가능성, 즉 위법성인식의 가능성을 인정하기 위한 요건으로는 통상 다음의 세 가지가 문제되고 있다. 그것은 첫째 행위자에

14) Roxin, AT 4. Aufl. §21, Rn. 44; Rudolph SK §17, Rn. 30a; Schröder LK §17 Rn. 27.

15) Zaczyk, Der verschuldete Verbotsirrtum, JuS 1990, 893.

16) Neumann, AK Rn. 56; Schröder LK Rn. 30.

게 자신의 행위의 위법성에 대하여 심사할 계기(Anlaß)가 있었는가, 둘째 계기가 존재하는 경우에 위법성을 인식하기 위한 확인과 조회의 노력을 다하였는가, 셋째 행위자가 충분한 노력을 다한 경우에는 위법성을 인식할 수 있었는가가 그것이다. 충분한 노력을 하였다면 위법성을 인식할 수 있었는가는 충분한 노력을 다한 경우에도 위법성을 인식할 수 없었을 때에는 착오를 회피할 수 없었다고 해야 한다는 의미이다.¹⁷⁾ 확인 및 조회와 위법성인식 사이의 인과관계(Kausalität)의 문제이다.

여기서는 위법성인식의 계기(III)와 위법성인식의 수단(IV)을 중심으로 검토하기로 한다.

III. 위법성인식의 계기

1. 위법성인식의 계기가 필요한가

법률의 착오에 관하여 책임설의 입장을 명백히 한 1952. 3. 18. 독일연방법원 대형사부 판결은 “누구든지 그가 행하려고 하는 행위가 법적 당위의 명제(Sätzen des rechtlichen Sollens)와 일치하는가를 인식하여야 한다”고 판시함으로써 회피가능성판단을 법 준수 의무의 침해에 결부시켰다.¹⁸⁾ 행위자에게 행위와 당위와의 일치여부, 즉 위법성을 인식할 의무를 인정할 때에는 회피가능성의 판단에 있어서 위법성인식의 계기를 요구할 여지가 없다. 이는 모든 행위가 금지될 수 있다는 것을 전제로 한다. 그러나 그것은 자유사회의 법질서와 일치되지 않으며 누구나 행위할 때에 법 위반을 생각해야 한다면 사회생활은 마비되지 않을 수 없다. 뿐만 아니라 행위시에 행위자에게 그 행위의 위법성을 숙고해야 할 계기가 없을 때에는 그는 자기 행위의 법적 성질을 알아야 할 이유가 없으며, 위법성의 인식을 위하여 노력해야 할 동기가 없어지게 된다. 따라서 독일의 통설은 위법성인식이 회피가능하다고 하기 위하여는 위법성인식의 계기가 존재해

17) Roxin, AT §21, Rn. 68; Rudolphi SK Rn. 42; Sch/Sch/Cramer/Sternberg-Lieben Rn. 22; Schröder LK Rn. 45; Krey Rn. 696.

18) BGHSt. 2, 201

야 한다고 해석하고 있다.¹⁹⁾ 행위자에게 범 상태를 조사해야 할 계기가 없는 때에는 금지의 착오는 회피불가능하다고 해야 한다.

2. 심리적 계기개념과 규범적 계기개념

위법성인식의 계기를 언제 인정할 수 있는가에 대하여는 심리적 방법과 규범적 방법이 대립되고 있다. 위법성인식의 계기를 형사정책적 관점, 특히 일반예방의 측면에서 판단해야 한다는 견해도 있다.

가. 심리적 계기개념

착오의 회피가능성은 심리적 기준에 의하여만 판단되어야 한다는 견해이다. 이에 의하면 자신의 행위가 그 행위를 규율하는 규범에 의하여 금지된 것일 수 있다는 현실적 인식이 있거나 또는 적어도 행위의 적법성에 대하여 의심을 가졌을 때에는 위법성인식의 계기가 인정된다고 한다.²⁰⁾ 그러나 불법에 대한 의심이 있는 경우에는 대부분 미필적인 위법성의 인식이 인정되어 법률의 착오에 해당하지 않을 수 있다는 의문이 제기되는 이외에도, 첫째 회피가능성은 행위자의 심리적 정신적인 상태의 문제가 아니라 행위자를 비난할 수 있는가라는 규범적으로 판단해야 할 책임문제임에도 불구하고²¹⁾ 위법성인식의 계기를 심리적 측면에서만 파악하는 것은 타당하다고 할 수 없다. 불법인식 또는 적법성에 대한 막연한 의심과 법준수의 가능성 사이에는 심리적인 면에서는 필연적인 관련이 없고 그 결합은 규범적인 측면에서만 존재할 수 있기 때문이다.²²⁾ 둘째, 이 견해에

19) Joecks MK Rn. 46; Roxin, §21, Rn. 52; Rudolphi SK Rn. 30; Sch/Sch/Cramer/Sternberg-Lieben Rn. 16; Schröder LK Rn. 29; Lesch, Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, JA 1996, 610; Neumann, Der Verbotsirrtum, JuS 1993, 798; Zaczyk, JuS 1990, 893.

20) Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, 1969, S. 105; Zaczyk, JuS 1990, 893.

21) Jescheck/Weigend Lehrbuch des Strafrechts, AT 5. Aufl. S. 458; Neumann AK Rn. 53; Sch/Sch/Cramer/Sternberg-Lieben Rn. 13; Schröder LK Rn. 27; Lesch, JuS 1996, 607.

22) Timpe, Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums, GA 1984, 57.

의할 때에는 법배반적·법중립적 상태에서 행위한 행위자들은 위법성에 대한 의심조차 하지 않기 때문에 착오에 정당한 이유가 있다는 부당한 결과를 초래하지 않을 수 없다.²³⁾

나. 규범적 계기개념

위법성인식의 계기를 객관화하여 개별적인 행위자에 대하여 능력에 대한 최소한의 기준을 규범적으로 전제하는 견해이다. 이에 의하면 행위자는 책임의식 있는 인간에게 행위의 법적 성질을 설명함에 충분한 계기가 되는 상황을 인식하면 족하다.²⁴⁾ 따라서 금지착오의 회피가능성은 인식의 실재적 가능성과 규범적 기대가능성(normative Zumutbarkeit)의 산물이며,²⁵⁾ 위법성인식의 계기는 정신적 인식능력과 도덕적 가치관념을 종합하여 판단해야 한다고 한다. Jescheck에 의하면 불법을 징표하는 행위상황의 인식이 행위자에게 행위와 범질서의 관계를 심사할 계기가 된다는 고려에서 출발하여, 구성요건적 고의에서 출발한 위법성심사에 대한 호소(Anregung)의 강도는 범죄의 종류에 따라 상이하다고 한다.²⁶⁾ 따라서 그는 행위가 범익침해와 함께 도덕질서에 대한 심각한 침해가 될 때에는 법적 평가가 직접 범감정에서 유래하기 때문에 양심의 긴장에 의하여 인식할 수 있으므로 착오는 일반적으로 회피가능함에 반하여, 도덕질서와 긴밀한 관계가 없는 행위에 있어서는 예컨대 행위자의 직업생활과 같이 문제된 상황에 경험상 법적 규정이 존재한다고 인정되는 경우에는 구성요건적 고의로부터 심사의 의무가 발생한다고 하였다.²⁷⁾ Rudolphi도 위법성인식의 계기는 어떤 형태로든 그의 행위의 위법성을 암시하고 책임의식 있는 인간에게 행위의 법적 성질을 설명함에 충분한 근거가 되는 상황에 대한 인식을 전제로 하므로, 행위자가 그의 행위를 반도덕적 반사회적이라고 인식한 경우에는 일반적으로 행위의 법적 성질을 심사할 계기가 되지

23) Neumann AK Rn. 53; Lesch, JA 1996, 611.

24) Rudolphi SK Rn. 31.

25) Neumann AK Rn. 53; Schröder LK Rn. 27; Sch/Sch/Cramer/Sternberg-Lieben Rn. 16.

26) Jescheck/Weigend S. 458.

27) Jescheck/Weigend S. 458-459. Schröder LK Rn. 29도 같은 태도이다.

만 부수형법에 있어서의 구성요건적 고의는 핵심형법의 경우와 구별된다고 하였다.²⁸⁾

금지착오의 회피가능성의 판단에 있어서 범무관심과 법적대성의 경우를 고려하면 규범화는 불가피하다.²⁹⁾ 그러나 규범적 계기개념에 관하여는 객관적 척도로 형성된 규범적 계기개념은 행위자의 개인적 능력을 고려하지 않고 회피가능성에 대한 계기가 존재한다는 볼 수 있는 유형을 열거할 수밖에 없어 판단기준이 세분화 되고, 구성요건적 고의에서 위법성을 인식할 것을 요구하는 준거점을 찾는 것도 곤란하다는 비판을 받고 있다.³⁰⁾

다. 형사정책적 고려에 의한 위법성인식의 계기

금지착오의 회피가능성의 판단은 예방이라는 형사정책적 필요성에 의하여만 정당화될 수 있다는 견해이며, 금지착오의 회피가능성도 귀속의 사회적 필요성(soziale Notwendigkeit von Zurechnung)에 따라 해결해야 한다는 기능적 책임론의 입장에서 주장되는 이론이다. Jakobs와 Roxin의 이론이 여기에 속한다고 할 수 있다.³¹⁾

Jakobs는 책임개념을 적극적 일반예방이라는 형벌목적에 따라 기능적으로 형성해야 한다는 기능적 책임론을 주장하였다.³²⁾ 이에 의하면 착오가 행위자에게 책무에 속할 때 그 착오는 회피가능하며, 착오에 대한 행위자의 책무(Zuständigkeit)는 행위로부터 실정법에 대한 충분한 승인이 밝혀지는가에 따라 결정되어야 하고, 여기서 충분한가(hinreichen)의 여부는 규정범위에 따라 결정되어야 한다.³³⁾ 그는 회피가능하다고 하기 위하

28) Rudolphi SK Rn. 31.

29) Timpe GA 1984, 61.

30) 정현미, 앞의 글 530면; 천진호, 앞의 글 142면.

31) 우리나라에서는 기능적 책임론에 의한 회피가능성의 판단기준을 다시 기능적 책임개념과 예방적 책임개념(천진호, 앞의 글, 143면), 기능적 책임개념과 담책성의 개념에 회피가능성의 판단(김신규, 형법 제16조의 정당한 이유의 의미와 판례검토, 형사법연구, 110면), 일반예방적 관점과 예방적 책임론의 관점(정현미, 앞의 글, 529면)을 구별하여 별도로 검토하고 있다. 그러나 양자는 책임이 형사정책적 목적에 따라 결정된다는 점에 결론을 같이하며, 다만 이를 책임 그 자체에 포함시킬 것인가 또는 책임 이외의 담책성(Verantwortlichkeit)의 단계에서 검토할 것인가에 차이가 있을 뿐이다.

32) Jakobs, AT 17, 22.

여는 법상태를 숙고할 계기가 있어야 하며, 계기를 해석함에 있어서는 귀속의 목적에 따라야 하므로, 행위자의 행위가 실정법의 적용과 조화되지 않고 착오가 우연이 아니고, 다른 체계에 귀속시킬 수 없는 때에는 항상 계기가 존재한다고 한다.³⁴⁾ 여기서 Jakobs는 적용규정을 형법의 핵심영역(Kernbereich des Strafrechts)과 처분가능한 범위(verfügbare Bereich)를 구별하고, 전자에 대한 착오를 근본착오(Grundlagenirrtum), 후자를 처분가능한 범위에 대한 착오라고 했다.³⁵⁾ 그리고 핵심규범에 대한 근본착오는 원칙적으로 회피가능하며 외국인에 대하여만 회피불능을 인정할 수 있을 뿐임에 반하여, 처분가능한 범위에 대한 착오에 있어서는 행위자가 변경가능한 법의 집행을 현저히 위태롭게 한 경우에 한하여 착오에 대하여 책무가 있다고 보았다. Roxin은 타행위 가능성을 전제로 한 책임과 형사정책적 관점에 의하여 결정되는 담책성(Verantwortlichkeit)을 구별하여 금지착오에 있어서는 회피불가능하여 책임은 존재하는 경우에도 형법의 예방적 과제를 포기하는 것이 상당할 때에는 담책성을 배제해야 하고, 따라서 회피불가능한 금지의 착오는 면책사유가 아니라 담책성을 배제하는 사유가 된다고 한다.³⁶⁾ 금지착오에 있어서 회피가능성의 유무는 추상적인 가능성으로 결정할 것이 아니라 합리적인 형사정책의 요청에 의하여 결정되어야 하는 것이기 때문이다. 여기서 Roxin은 본질적으로 세 가지 경우에 법상태를 심사할 계기를 인정하였다. 그것은 첫째 행위자에게 스스로 자발적으로 또는 제3자의 지적, 즉 자신의 숙고나 전문가에 의하여 의문이 발생하였을 때, 둘째 행위자가 의문을 갖지는 않았지만 법적으로 특별규정이 적용되는 영역에서 활동한다는 것을 알고 있었을 때이며, 셋째로는 그의 행위가 개인 또는 일반에게 손해를 가한다는 것이 행위자에게 알려진 경우이다.³⁷⁾

33) Jakobs, Rn. 38.

34) Jakobs, Rn. 40.

35) Jakobs, Rn. 7, 11. Lesch, JA 1996, 612; Roos, Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums nach §17 StGB im Spiegel der BGH-Rechtssprechung, 2000, S. 308; Timpe, GA 1984, S. 52도 같은 입장이다. 다만 Timpe는 후자를 실정화된 법에 대한 착오(Irrtum über positiviertes Recht)라고 한다.

36) Roxin AT, §21, Rn. 37, 43; 정현미, 앞의 글, 530면; 천진호, 앞의 글, 151면도 같은 입장을 지지하고 있다.

37) Roxin, §21, Rn. 54.

그러나 형사정책적 관점에서 회피가능성을 판단하는 입장에 대하여도, 첫째 책임이 예방의 목적에 의하여 결정된다고 할 때에는 책임에 의하여 형벌을 제한하려는 책임주의의 기능이 무의미하게 될 위험이 있고 책임 이외에 대책성의 단계에서 회피가능성을 판단하는 것도 책임요소를 책임 이외의 단계에서 검토하는 것이 옳은가에 대하여 의문이 제기될 수 있다. 둘째 형사정책 내지 예방의 관점에서 위법성심사의 계기를 판단하는 것도 반드시 명백한 기준을 제시하는 것이 아니다. 즉 형법의 핵심영역과 실정화된 영역의 한계가 반드시 명확한 것은 아니며,³⁸⁾ 개인 또는 일반의 법익을 해하는 범죄의 범위도 명백하지 않다는 비판을 받을 수 있다.

3. 위법성심사의 계기

회피가능성은 착오에 이르게 된 심리적 요소가 언제 면책될 수 있는가를 판단하기 위한 심리적 문제가 아닌 규범적 문제에 해당한다.³⁹⁾ 이러한 의미에서 위법성인식의 계기를 규범적으로 파악하는 것은 옳다고 해야 한다. 따라서 위법성심사의 계기는 심리적 요소를 규범적 기준에 의하여 수정할 것을 요한다고 해야 한다.⁴⁰⁾ 회피가능성의 판단에 있어서 형사정책적 고려가 반드시 명백한 기준을 제시하는 것은 아니므로 규범적 책임론의 토대에서 회피가능성의 유무를 판단하는 것이 옳다고 생각된다. 그렇다면 회피가능성의 판단에 있어서는 다음과 같은 세 가지 계기를 전제한다고 할 수 있다.

첫째, 행위자가 행위의 적법성에 대하여 의문을 가진 때에는 그 적법성을 확인해야 할 계기가 된다. 이 경우에는 미필적 위법성의 인식으로 법률의 착오를 부인해야 할 경우가 아닌 한 착오에 정당한 이유가 없는 때에 해당한다. 행위자가 그의 행위의 적법성에 대하여 확신을 가진 때라고 할지라도 반대되는 법원의 판결이나 행정관청의 고시가 있다는 것을 알았거나, 그 행위에 적용되는 법규정이 있다는 것을 안 경우에도 적법성을 의심할 계기가 된다.⁴¹⁾

38) 김신규, 앞의 글 111면; 천진호, 앞의 글, 147면.

39) Jakobs, Rn. 35; Timpe, GA 1984, 57.

40) Neumann AK Rn. 53; Lesch JA 1996, 611.

둘째, 핵심형법에 있어서는 행위상황에 대한 고의는 침해의 고의를 포함하므로 이에 대한 법률착오는 일반적으로 정당한 이유가 없는 경우에 해당한다. 다만 핵심형법의 범위를 어떻게 설명하는가에 관하여 학설이 나누어진다. 규범의 핵심범위(Kernbereich)⁴²⁾ 또는 형법의 핵심범위에 속한 금지규범⁴³⁾이나 기본적인 사회규범(elementare soziale Normen)⁴⁴⁾이라고 하는 견해, 범침해가 동시에 도덕질서(Sittenordnung)에 위반하는 경우⁴⁵⁾ 또는 일반적으로 시인된 사회윤리규범(Normen der Sozialethik)을 침해한 경우⁴⁶⁾라는 견해, 반도덕성(Sittenwidrigkeit)과 반사회성(Sozialwidrigkeit)을 인식한 경우라는 견해,⁴⁷⁾ 개인과 일반을 침해한 경우라는 견해⁴⁸⁾가 그것이다. 생각건대 도덕질서에 위반한 경우에는 일반적으로 착오가 회피가능하다고 할 수 있지만 법과 도덕이 구별되는 이상 반도덕성만으로 위법성인식의 계기가 된다고 할 수는 없다. 또한 개인과 일반을 침해하는 경우라는 표현도 범익침해 없는 범죄는 있을 수 없고 일반의 범익을 침해하는 범죄의 범위가 명확하지 않다는 점에서 적절한 표현이라고 할 수 없다. 개인의 인격적 재산적 범익에 대한 죄, 문서와 통화에 관한 죄, 환경범죄 뿐만 아니라 내란과 외환의 죄, 세금포탈 등의 죄도 여기에 포함된다고 해야 한다.⁴⁹⁾ 따라서 이는 형법의 핵심범위 내지 기본적인 사회규범이라고 표현하는 것이 옳다고 생각된다. 판례가 ① 가족계획이라는 국가시책에 순응하는 것으로 알고 낙태행위를 한 경우,⁵⁰⁾ ② 마약을 판매 보관하거나⁵¹⁾ 제약회사에 쓰는 마약은 구해 주어도 죄가 되지 않는 것으로 믿고 생아편을 구해 준 경우,⁵²⁾ ③ 당국에 신고하지 않고 시체를 매장한 경우,⁵³⁾ ④

41) Neumann AK Rn. 61; Rudolphi SK Rn. 31; Stratenwerth/Kuhlen, AT 5 Aufl. 10/85.

42) Jakobs Rn. 7; Timpe, GA 1984, 52.

43) Sch/Sch/Cramer/Sternberg-Lieben, Rn. 16.

44) Stratenwerth Rn. 86.

45) Jescheck/Weigend, S. 458.

46) Neumann AK Rn. 65.

47) Joecks MK Rn. 40; Rudolphi SK Rn. 31.

48) Roxin, §21, Rn. 57.

49) Lesch JA 1996, 608; Timpe GA 1984, 53.

50) 대법원 1965. 11. 23. 67 도 867

51) 대법원 1961. 2. 24. 4293 형상 937

52) 대법원 1983. 9. 13. 83 도 1927(공보 1983, 1551).

53) 대법원 1979. 8. 28. 79 도 1671.

소를 끌고 가서 미안하다는 편지를 써두고 소를 절취한 경우,⁵⁴⁾ ⑤ 관례에 따라 공무원에게 뇌물을 공여한 경우,⁵⁵⁾에는 법률의 착오가 정당한 이유 있는 경우에 해당하지 아니하고, ⑥ 가치분결정으로 직무집행 정지 중에 있는 종단 대표자가 종단소유의 보관금을 횡령한 경우,⁵⁶⁾ ⑦ 압류물을 집달관의 승인 없이 관할 구역 밖으로 옮긴 경우⁵⁷⁾에는 변호사의 자문이나 조언이 있는 때에도 정당한 이유가 있다고 할 수 없다고 판시한 것은 이러한 의미에서 이해할 수 있다.

셋째, 부수형법에 있어서도 행위자가 그 활동영역에 특수한 법규범이 적용된다는 것을 알았을 때에는 이를 심사할 계기가 된다. 예컨대 자동차운전자, 숙박업자, 유흥업자, 은행원, 생필품의 제조판매업자 등에게는 그 직업에 적용되는 법규범을 조사할 계기가 인정된다. 따라서 운전자가 변경된 교통법규를 모르고 있었다고 하여 그 착오에 정당한 이유가 있었다고 할 수 없다. 판례가 ① 학원의 설립 운영에 관한 법률에 의하여 등록하지 않고 무도학원을 인수하여 처벌받자 풍속영업신고의 신고자 명의만을 변경하여 영업한 경우,⁵⁸⁾ ② 도의원선거에 출마하려는 농협조합장이 의례적인 행위로 합법이라고 판단하고 조합자금으로 노인대학을 운영하면서 관광을 제공하고 그 행사를 주관한 경우에 법률의 착오가 정당한 이유 있는 때에 해당하지 않는다고 판시한 것을 이해할 수 있다.⁵⁹⁾

IV. 회피가능성의 판단기준 - 위법성 인식의 수단

위법성인식의 본래적인 방법은 양심의 긴장(Gewissenanspannung)이 아니라 지적 인식능력(intellektuelle Erkenntniskräfte)이다. 양심은 도덕적 판단의 근거가 될 수 있을 뿐이며, 위법성의 인식을 위한 기초가 될

54) 대법원 1970. 7. 24. 70 도 1149.

55) 대법원 1995. 6. 30. 94 도 1017(공보 1995, 2681).

56) 대법원 1990. 10. 16. 90 도 1604(공보 1990, 2351).

57) 대법원 1992. 5. 26. 91 도 894(공보 1992, 2061).

58) 대법원 1994. 9. 9. 94 도 1134(공보 1994, 2684).

59) 대법원 1996. 5. 10. 96 도 620(공보 1996, 1649).

수 없기 때문이다. 행위자가 지적 인식능력을 다하여 위법성을 인식하는 수단은 숙고(Nachdenken)와 조회(Erkundigung)이다. 즉 위법성인식의 계기가 존재하는 경우에, 행위자는 숙고와 조회에 의하여 위법성을 인식해야 하며, 이에 의하여도 위법성을 인식하지 못한 때에 비로소 법률의 착오는 정당한 이유가 있다고 할 수 있다.

1. 숙고에 의한 판단(심사숙고)

자신의 숙고(Nachdenken)에 의한 법률의 착오의 회피가능성은 입법적 결단의 전제가 된 가치판단과 합목적성을 긍정하고 법률을 정확하게 해석하고 침해된 법규범의 타당성을 타당하게 판단하는 행위자의 능력을 전제로 한다.⁶⁰⁾ 숙고에 의한 착오의 회피가능성은 스스로의 법률해석에 의한 경우와 법원의 판례를 신뢰한 경우로 나누어 볼 수 있다.

가. 법률해석에 의한 법률의 착오

자신의 독자적인 법률해석에 의하여 허용된다고 오인한 경우에도 정당한 이유를 인정할 수 있는 경우가 있다. 다만, 법률에 여러 가지의 해석가능성이 있어 행위자의 행위자 허용되는가 금지되는가에 의문이 있는 경우에는 법률의 착오는 원칙적으로 회피가능하다고 해야 한다.⁶¹⁾ 판례는 ① 초등학교 교장이 도교육위원회의 지시에 따라 교과내용으로 되어 있는 꽃양귀비를 교과식물로 비치하기 위하여 양귀비 종자를 사서 교무실 앞 화단에 심은 경우,⁶²⁾ ② 이복동생의 이름으로 해병대에 지원입대한 자가 휴가 시 위 동생이 군에 복무중임을 알고 다른 사람의 이름을 군 생활을 할 필요가 없다고 생각하여 귀대하지 않은 경우,⁶³⁾ ③ 교통부장관의 허가를 얻어 설립된 사단법인 한국교통사고 상담센터의 하부 직원이 목적사업인 교통사고 피해자의 위임을 받아 사고 회사와의 사이에 화해의 증재나 알

60) Joecks MK Rn. 42; Rudolphi SK Rn. 33.

61) Rudolphi SK Rn. 35.

62) 대법원 1972. 3. 31. 72 도 64.

63) 대법원 1974. 7. 23. 74 도 1399.

선을 하고 피해자로부터 교통부장관이 승인한 조정수수료를 받은 경우⁶⁴⁾에 법률의 착오에 대하여 정당한 이유가 인정된다고 판시한 바 있다.

나. 법원 판결의 신뢰

판례는 위법성인식의 직접적 대상은 아니지만 위법성의 인식가능성에 있어서는 중요한 의미를 갖는다.⁶⁵⁾ 행위자의 행위가 행위시의 일관된 판례에 의하여 위법하지 않다고 판시된 때에는 이를 신뢰한 행위자의 행위는 법률의 착오에 정당한 이유가 있는 때에 해당한다. 국민이 판례의 실질적 정당성까지 심사할 수는 없기 때문이다. 일관된 판례가 없더라도 문제된 행위가 적법하다는 판결만 있는 때에도 착오는 회피할 수 없다고 해야 한다. 대법원의 판결이 없는 경우에는 하급심의 판결을 신뢰한 경우도 같다. 행위자가 자신의 행위를 적법하다고 판시한 일관된 판례를 모른 경우에도 착오에는 정당한 이유가 있다고 해야 한다.⁶⁶⁾ 조회를 한 경우에도 회피할 수 없는 착오에 해당하기 때문이다. 검사의 혐의 없음 불기소처분을 받고 행위한 경우에도 법원의 판결을 신뢰한 경우와 같이 평가해야 한다. 판례도 검찰의 불기소처분을 받은 적이 있다면 법률의 착오에 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 판시하였다.⁶⁷⁾

서로 모순되는 판결이 있는 경우에 상급심의 판결을 신뢰하여 허용된다고 오인한 때에는 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다. 문제는 같은 심급의 판결에 모순이 있는 경우와 사안을 달리하는 사건에 대한 판결을 근거로 허용된다고 오인한 경우에 정당한 이유를 인정할 수 있는가에 있다. 먼저 행위자가 같은 심급의 서로 모순된 판결을 안 경우에 자신의 행위가 적법하다는 판결을 믿고 행위하였다면 정당한 이유를 인정할 수 있

64) 대법원 1975. 3. 25. 74도 2882.

65) Schröder LK Rn. 32.

66) Rudolphi SK Rn. 37; Sch/Sch/Cramer/Sternberg-Lieben, Rn. 18; Schröder LK Rn. 37.

67) 대법원 1995. 8. 25. 95도 717(공보 1995, 3310), “가감삼심전대보초와 한약 가지수에만 차이가 있는 십전대보초를 제조하고 그 효능에 관하여 광고를 한 사실에 대하여 이전에 검찰의 혐의없음 결정을 받은 적이 있다면, 피고인이 비록 한의사 약사 한약업사 면허나 의약품판매업 허가가 없이 의약품인 가감삼심전대보초를 ‘나’항과 같이 판매하였다고 하더라도 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 않는 것으로 믿을 수밖에 없었고, 또 그렇게 오인함에 있어서 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다.”

는가에 관하여 법률의 착오가 회피가능한 경우에 해당한다는 견해⁶⁸⁾와 판결의 불일치가 행위자의 불이익이 되어서는 안 된다는 이유로 회피불가능한 착오에 해당한다고 해석하는 견해⁶⁹⁾가 대립되고 있다. 생각건대 같은 심급의 판결이 모순된 때에는 법률상태가 불명확하다고 해야 하고, 자신의 숙고에 의한 위법성의 인식은 법률의 해석능력을 전제로 하므로 이 경우에는 전문가에게 조회하여 허용되는가의 여부를 확인하지 않는 한 정당한 이유가 있다고 할 수 없다고 하겠다.⁷⁰⁾ 다른 사안에 해당하는 판결을 신뢰하고 허용된다고 오인한 경우에도 같은 이유로 회피불가능한 착오에 해당한다고 해야 한다. 관례도 피고인이 대법원의 관례에 비추어 자신의 행위가 무허가 의약품의 제조·판매행위에 해당하지 아니하는 것으로 오인하였다고 하더라도, 이는 사안을 달리하는 사건에 관한 대법원의 관례의 취지를 오해하였던 것에 불과하여 그와 같은 사정만으로는 그 오인에 정당한 사유가 있다고 볼 수 없다고 판시한 바 있다.⁷¹⁾

2. 법률정보의 상담과 조회

자신의 숙고에 의하여 행위의 위법성을 판단할 수 없거나 이에 대한 의문이 제기되는 때에는 법률전문가나 관할관청에 조회(Erkundigung)하여 정보를 얻은 결과 행위의 적법성을 확인한 때에만 정당한 이유가 인정될 수 있다. 정보조회 대상은 변호사 등의 법률전문가와 관할관청이다.

가. 법률전문가에 대한 상담과 조회

법률의 문의한인 행위자가 자신의 법률의 착오가 회피할 수 없다고 하기 위하여는 법률전문가에게 조회하여 처벌받지 않는다는 법률정보(Rechtsauskunft)를 얻지 않으면 안 된다. 변호사, 변리사, 법학교수, 법관 등이 법률정보를 제공할 수 있는 법률전문가에 해당하며, 이 경우 법률전

68) Rudolphi SK Rn. 38; Schröder LK Rn. 38.

69) Neumann AK Rn. 68.

70) 김신규, 앞의 글, 117면.

71) 대법원 1995. 7. 28. 95 도 1081(공보 1995, 3035)

문가는 믿을 수 있는 사람이어야 한다. 여기서 믿을 수 있다는 것은 정보를 제공함에 있어서 자기의 이익을 추구하지 않고 객관적이고 주의 깊고 책임의식 있는 정보를 제공할 수 있는 전문적이고 공정한 사람을 말하며, 따라서 정보제공자의 전문성(Sachkunde)과 공정성(Unvoreingenommenheit) 및 신중성(Seriosität)을 요구한다고 한다.⁷²⁾ 변호사 등이 실제로 타당한 법률정보를 제공할 수 있을 것은 요하지는 않으며, 행위자가 전문지식이 있고 객관적이라고 믿을 수 있으면 족하다. 문외한으로서는 변호사의 전문지식을 판단할 수 없기 때문이다. 판례가 경제의 성장과 안정에 관한 긴급명령 공포당시 변호사에게 문의하여 채권이 이미 소멸되었다는 자문을 받고 신고하지 않은 경우에 벌할 수 없다고 판시한 것은 이러한 의미에서 이해할 수 있다.⁷³⁾ 그러나 변리사의 감정을 받아 특허권을 침해한 경우에 정당한 이유를 인정할 수 있는가는 문제이다. 대법원은 변리사로부터 타인의 등록상표가 효력이 없다는 자문과 감정을 받고 유사한 상표를 사용한 경우,⁷⁴⁾ 나아가 변리사의 자문 이외에 특허청에서도 상표등록을 받아 주었고 검사의 무혐의 불기소처분이 있었던 경우에도 예는 정당한 이유를 인정하지 않았다.⁷⁵⁾ 변리사가 특허사건에 관한 한 신뢰할 수 있는 법률전문가에 해당한다는 점에는 의문이 없다. 그렇다면 변리사로부터 허용된다는 감정을 받아서 이를 근거로 한 행위에 대하여는 정당한 이유가 있다고 해석하는 것이 타당하다고 해야 한다.⁷⁶⁾

법률전문가는 편파적이어서는 안 되므로 기업이나 관공서에 고용된 사내변호사(Hausjuristen)의 의견을 조회하여 허용된다는 의견에 따라 행위한 경우에도 정당한 이유가 있다고 할 수 있는가가 문제된다. 그러나 사

72) Krey Rn. 694; Sch/Sch/Cramer/Sternberg-Lieben, Rn. 18.

73) 대법원 1976. 1. 13. 74 도 3680(공보 1976, 9011).

74) 대법원 1995. 7. 28. 95 도 702(공보 1995, 3030), “피고인이 변리사로부터 타인의 등록상표가 상품의 품질이나 원재료를 보통으로 표시하는 방법으로 사용하는 상표로서 효력이 없다는 자문과 감정을 받아 자신이 제작한 물품의 의장등록을 하고 그 등록상표와 유사한 상표를 사용한 경우, 설사 피고인이 위와 같은 경위로 자기의 행위가 죄가 되지 아니한다고 믿었다 하더라도 이러한 경우에는 누구에게도 그 위법의 인식을 기대할 수 없다고 단정할 수 없으므로 피고인은 상표법 위반의 죄책을 면할 수 없다.”

75) 대법원 1998. 10. 13. 97 도 3337(공보 1998, 2720). 한편 대법원 1982. 1. 19. 81 도 646 판결은 이 경우에 정당한 이유를 인정하였다.

76) 같은 취지: 정현미, 앞의 글, 533면; 천진호, 금지착오사례의 논증과 정당한 이유의 구체적 판단, 비교형사법연구, 2-2, 305면.

내변호사의 의견은 일반적으로 신뢰할 수 없다고 볼 근거는 없다고 해야 한다.⁷⁷⁾ 다만 법률전문가가 당시의 관례, 다수설 또는 담당관청의 의견이 반대라는 사실을 알려 주었거나, 행위자가 이를 알고 있었던 경우에는 정당한 이유가 있다고 할 수 없다.⁷⁸⁾

나. 관할관청 또는 담당 공무원에의 조회

관할관청 또는 담당공무원에게 조회하여 허용된다는 의견을 받아 행위한 경우에도 법률의 착오가 정당한 이유 있는 때에 해당한다고 해야 한다. 특히 행정청의 허가가 있어야 함에도 불구하고 담당공무원에게 문의하여 허가를 요하지 않는다는 말을 듣고 허가를 받지 않은 경우는 정당한 이유를 인정할 대표적인 경우라고 할 수 있다. 판례는 ① 서울특별시의 식품제조허가지침과 도봉구청의 질의회시를 믿고 사람들이 물에 씻어 오거나 볶아온 쌀 등을 빵아서 미숫가루를 제조하는 행위에는 별도의 허가를 얻을 필요가 없다고 믿고서 미숫가루 제조행위를 한 경우,⁷⁹⁾ ② 관광휴양지역 내에서는 산림법의 규정이 배제된다는 제주시장의 말을 믿고 허가를 받지 아니하고 산림훼손 등의 행위를 한 경우,⁸⁰⁾ ③ 건축허가사무 담당 공무원의 설명을 듣고 건축허가를 받아 국유지상에 건축물을 신축한 경우에,⁸¹⁾ ④ 산업기술 연수자로 입국하는 외국인의 입국절차를 대행하는 사업의 하가에 관하여 담당공무원이 절차가 정비되지 않아 허가를 받지 않아도 된다고 알려 주어 허가를 받지 않은 경우에⁸²⁾ 허가를 담당하는 공무원이 허가를 요하지 않는 것으로 잘못 알려 주어 이를 믿었기 때문에 허가를 받지 아니한 것이라면 허가를 받지 않더라도 죄가 되지 않는 것으로 착오를 일으킨 데 대하여 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 판시하였다. 당연한 판결이라고 할 수 있다. 이에 반하여 대법원은 ① 유흥점

77) Joecks MK Rn. 57; Rudolphi SK Rn. 40; Neumann AK Rn. 72; Schröder LK Rn. 44.

78) Roxin, §21, Rn. 62.

79) 대법원 1983. 2. 22. 81 도 2763(공보 1983, 613).

80) 대법원 1992. 5. 22. 91 도 2525(공보 1992, 2055). 대법원 1993. 9. 14. 92 도 1560(공보 1993, 2838) 판결도 같은 취지이다.

81) 대법원 1993. 10. 12. 93 도 1888(공보 1993, 3130).

82) 대법원 1995. 7. 11. 94 도 1814(공보 1995, 2842).

객업소의 업주가 경찰의 단속대상에서 제외되었다는 말을 듣고 만 18세 이상의 고등학생이 아닌 미성년자를 출입시킨 경우에는 법률의 착오에 해당하지 않으며,⁸³⁾ ② 보건사회부 고시 등에 의하여 미승인 오락기구를 당국에 등록하고 그 사용기간을 일정 기간 받은 경우에는 공중위생법상의 벌칙규정에 의한 처벌에서 제외된다는 보건사회부장관의 회시는 법원의 판단을 기속하는 것이 아니며,⁸⁴⁾ ③ 유선비디오 방송업자들의 질의에 대하여 체신부장관이 유선비디오 방송은 자가통신설비로 볼 수 없어 허가대상이 되지 않는다는 견해를 밝힌 바 있다 하더라도 그 견해가 법령의 해석에 관한 법원의 판단을 기속하는 것은 아니므로 그것만으로 피고인에게 범의가 없었다고 할 수 없다고 판시하였다.⁸⁵⁾ 먼저 경찰의 단속대상에서 제외되어 있다는 말을 듣고 18세 이상의 고등학생을 유흥접객업소에 출입시킨 경우는 판례가 단순한 법률의 부지는 법률의 착오가 아니라는 일관된 태도에 따른 것이다. 그러나 법률의 부지도 이로 인하여 위법성의 인식이 없는 때에는 법률의 착오에 해당한다고 할 때에는 경찰의 단속대상이 아니라는 설명이 처벌되지 않는다는 의미인지 또는 처벌대상에는 포함되어 있지만 단속하지는 않는다는 의미인지가 불명확하다. 전자의 경우에는 법률의 착오에 해당하지만 후자의 경우에는 법률의 착오라고도 할 수 없다고 해야 한다. 대법원이 보사부장관 또는 체신부장관의 견해가 법원의 판단을 기속하지 않는다는 판결은 의문이다. 처벌의 대상이 되는가에 대한 고지나 회시가 법원의 판단을 구속하지 못한다는 것은 당연하다. 그러나 행위자가 이러한 회시를 믿고 미승인 오락기구를 사용하였거나 허가 없이 유선비디오 방송을 하였다면 법률의 착오가 정당한 이유에 해당한다고 보아야 한다.

조회와 상담에 의한 행위에 정당한 이유가 있다고 하기 위하여는 조회의 대상이 관할관청이나 담당 공무원이어야 한다. 따라서 부동산중개업자가 부동산중개업협회의 자문을 통하여 인원수의 제한 없이 중개보조원을 채용하는 것이 허용되는 것으로 믿고서 제한인원을 초과하여 중개보조원을 채용함으로써 부동산중개업법 위반행위에 이르게 된 경우에는 그러한 사정만으로 법률의 착오가 정당한 이유 있는 경우에 해당한다고 할 수 없

83) 대법원 1985. 4. 9. 85 도 25(1985, 764).

84) 대법원 1991. 8. 27. 91 도 1523(공보 1991, 2466).

85) 대법원 1989. 2. 14. 87 도 1860(공보 1989, 441).

다.⁸⁶⁾ 경우에 따라서는 권한 없는 관청이나 공무원에 의한 법률정보도 행위자가 구체적인 상황에서 믿을 수 있다고 생각하지 않을 수 없는 때에는 회피할 수 없는 법률의 착오가 될 수 있다.⁸⁷⁾

V. 맺는 글

형법 제16조가 법률의 착오에 정당한 이유가 있는 때에는 벌하지 않는다고 규정하고 있지만 이를 책임설에 따라 해결해야 한다. 즉 위법성의 불인식에 정당한 이유가 있는 때에는 책임이 조각되지만 정당한 이유가 없는 때에는 고의범으로 처벌받아야 한다. 여기서 정당한 이유는 착오의 회피불가능성과 같은 의미에 불과하다. 정당한 이유의 개념을 책임설과의 관계에서 이해할 때 법률의 착오는 책임에 영향을 미칠 뿐이며, 법률의 착오에 의하여 행위한 자에 대한 책임은 자신의 행위의 위법성을 인식할 구체적 가능성에 기초를 두고 있기 때문이다. 그리고 이 경우에 착오의 회피가능성은 과실범에 있어서 주의의무의 판단과 차이가 없다.

위법성인식의 가능성을 인정하기 위한 요건으로는 첫째 행위자에게 자신의 행위의 위법성에 대하여 심사할 계기(Anlaß)가 있는가, 둘째 심사의 계기가 존재하는 경우에 위법성을 인식하기 위한 확인과 조회의 노력을 다하였는가, 셋째 행위자가 충분한 노력을 다한 경우에는 위법성을 인식할 수 있었는가 라는 세 가지 요건이 검토되어야 한다. 회피가능성은 착오에 이르게 된 심리적 요소가 언제 면책될 수 있는가를 판단하기 위한 심리적 문제가 아닌 규범적 문제에 해당한다. 따라서 위법성인식의 계기를 규범적으로 파악하는 것이 옳으며, 위법성심사의 계기는 심리적 요소를 규범적 기준에 의하여 수정할 것을 요한다. 여기서 회피가능성의 판단에 있어서는 다음과 같은 세 가지 계기를 전제로 한다. 첫째, 행위자가 행위의 적법성에 대하여 의문을 가진 때에는 그 적법성을 확인해야 할 계기가 된다. 둘째, 핵심형법에 있어서는 행위상황에 대한 고의는 침해의 고의

86) 대법원 2000. 8. 18. 2000 도 2943(공보 2000, 2041).

87) Joecks, MK Rn. 55.

를 포함하므로 이에 대한 법률의 착오는 일반적으로 정당한 이유가 없는 경우에 해당한다. 셋째, 부수형법에 있어서도 행위자가 그 활동영역에 특수한 범규범이 적용된다는 것을 알았을 때에는 이를 심사할 계기가 된다.

행위자가 지적 인식능력을 다하여 위법성을 인식하는 수단은 숙고와 조회이다. 즉 위법성인식의 계기가 존재하는 경우에, 행위자는 숙고와 조회에 의하여 위법성을 인식해야 하며, 이에 의하여도 위법성을 인식하지 못한 때에 비로소 법률의 착오는 정당한 이유가 있다고 할 수 있다. 자신의 숙고에 의한 법률의 착오의 회피가능성은 입법적 결단의 전제가 된 가치판단과 합목적성을 긍정하고 법률을 정확하게 해석하고 침해된 범규범의 타당성을 타당하게 판단하는 행위자의 능력을 전제로 한다. 판례는 행위자가 위법성을 판단할 중요한 자료가 된다. 따라서 행위자의 행위가 행위시의 일관된 판례에 의하여 위법하지 않다고 판시된 때에는 이를 신뢰한 행위자의 행위는 법률의 착오에 정당한 이유가 있는 때에 해당한다. 자신의 숙고에 의하여 행위의 위법성을 판단할 수 없거나 이에 대한 의문이 제기되는 때에는 법률전문가나 관할관청에 조회하여 정보를 얻은 결과 행위의 적법성을 확인한 때에만 정당한 이유가 인정될 수 있다. 정보조회의 대상은 변호사, 변리사, 법학교수, 법관 등의 법률전문가와 관할관청이며, 이 경우의 법률전문가는 믿을 수 있는 사람이어야 한다. 관할관청 또는 담당공무원에게 조회하여 허용된다는 의견을 받아 행위한 경우에도 법률의 착오가 정당한 이유 있는 때에 해당한다. 특히 행정청의 허가가 있어야 함에도 불구하고 담당공무원에게 문의하여 허가를 요하지 않는다는 말을 듣고 허가를 받지 않은 경우는 정당한 이유를 인정할 대표적인 경우가 된다.

참고문헌

I. 국내문헌

김신규, 형법 제16조의 정당한 이유의 의미와 판례검토, 형사법연구 15호, 2001, 95-124.

- 김일수/서보학, 형법총론(제9판), 박영사 2002
- 박상기, 형법총론(제5판), 박영사 2002
- 배종대, 형법총론(제6판), 홍문사 2002
- 손해목, 형법총론, 법문사 1996
- 신동운 판례백선 형법총론(개정판), 경세원 1997
- 신동운, 형법총론, 법문사 2001
- 안동준, 형법총론, 학현사 1998
- 오영근, 형법총론, 대명출판사 2002
- 이재상, 형법총론(제5판, 보정판), 박영사 2005
- 이형국, 형법총론, 법문사 1990
- 임용, 형법총론(개정판), 법문사 2002
- 정성근/박광민, 형법총론, 상지원 2001
- 정현미, 법률의 착오에 있어서 정당한 이유의 판단기준, 형사판례의 연구
지송 이재상교수 화갑기념논문집 I, 2004, 512-533.
- 조준현, 형법총론, 법원사 1998
- 천진호, 금지착오사례의 논증과 정당한 이유의 구체적 판단, 비교형사법연
구, 제2권 제2호, 2000, 277-306.
- 천진호, 금지착오와 회피가능성 -독일의 회피가능성이론을 중심으로-, 한
국형법학의 새로운 지평, 심은 김일수교수화갑기념논문집, 2006,
132-152.

II. 독일문헌

- AK(Kommentar zum Strafgesetzbuch (Reihe Alternativkommentare),
Bd. I, §§ 1-21, Hrsg. von R. Wassermann, bearbeitet von W.
Haseimer u.a., 1990.
- Jakobs, Günther : Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die
Zurechnungslehre, 2. Aufl., 1991.

- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas : Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996.
- Krey, Volker : Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2001.
- Lesch, Heiko H. : Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, JA 1996, 607-616.
- LK(Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch), begr. von Ludwig Ebermayer u.a., 11. Aufl., 1992 ff..
- MK(Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch): Bearbeiter, MK, 2003.
- Neumann, Ulfrid : Der Verbotsirrtum(§ 17 StGB), JuS 1993, 793-799.
- Roos, Christoph : Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums nach § 17 StGB im Spiegel der BGH-Rechtsprechung : zugleich ein Beitrag zur Analyse latenter richterlicher Wertungen in Entscheidungsgründen, 2000.
- Roxin, Claus : Strafrecht Allgemeiner Teil Bb. 1, 4. Aufl., 2006.
- Rudolphi, Hans-Joachim : Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, Göttingen, 1969.
- Schänke/Schröder : Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., 2001.
- SK(Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, von Hans-Joachim Rudolphi u.a., Bd. 1: Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 1993 ff.
- Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar : Strafrecht - Allgemeiner Teil I. Die Straftat, 2004.
- Timpe, Gerhard : Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums, GA 1984, 889-895.
- Zaczyk, Rainer : Der verschuldete Verbotsirrtum - BayObLG, NJW 1989, 1744, JuS, 1990, 889-895.

Die richtigen Gründe im Verbotsirrtum

Lee, Jae Sang*

Nach §16 StGB macht sich der Täter dann nicht strafbar, soweit sein Verbotirrtum auf den richtigen Gründen beruht. Nach geltendem Recht stellt sich die entscheidende Frage dahin, nach welchen Maßstäben die richtigen Gründe als Voraussetzung des Verbotsirrtums beurteilt werden sollen. Doch sind die richtigen Gründe im koreanischen StGB und die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums im §17 deutschen StGB synonym, weil die richtigen Gründe im Verbotsirrtum die Unverwehlichkeit des Irrtums bedeutet, die sich von der Vermeidbarkeit des Irrtums abhängt. Kein Grund ist ersichtlich, die Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums noch strenger als die Fahrlässigkeit auszulegen.

Generell betrachtet ist die Voraussetzung der Vermeidbarkeit beim Verbotsirrtum setzt generell ein Dreifaches voraus. Der Täter muß zunächst einen konkreten Anlaß gehabt haben, über eine mögliche Rechtswidrigkeit eines Verhaltens nachzudenken. Beim Bestehen eines Anlasses muß es dem Täter zumutbar sein, die ihm gegebene Möglichkeit zur Erkenntnis der Rechtswidrigkeit zu ergreifen. Ein Verbotsirrtum ist gleichwohl nur dann vermeidbar, wenn ausreichende Bemühungen ihn zum Erkenntnis des Unrechts gebracht hätten. Einen Anlaß zum Nachdenken hat ein Täter, wenn ihm zumindest Zweifel über die Rechtmässigkeit seines Verhaltens gekommen sind. Im Rahmen des Kernstrafrechts ist ein unvermeidbarer Verbotsirrtum selten, weil die Kenntnis von Tatumsstände ohne weiteres den Schädigungsvorsatz gegen elementare Sozialnormen oder Sittenordnung umfasst. Dagegen ist der Umfang des Tatbestandsvorsatzes im Nebenstrafrecht anders als

* Professor an der juristischen Fakultät der Ewha Frauenuniversität, Dr. iur.

im Bereich des Hauptstrafrechts. Jedoch ist das Wissen des Täters, daß für ein bestimmtes Verhalten ihm unbekannte rechtliche Regelungen existieren, stets ein Anlaß, sich über die rechtliche Bewertung seines Verhaltens zu informieren.

Nachdenken und Erkundigung sind die Mittel zur Kenntnis der Rechtswidrigkeit. Die Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums durch eigenes Nachdenken setzt die Fähigkeit des Täters voraus, die der legislatorischen Entscheidung vorausgehenden Wert- und Zweckmäßigkeitentscheidungen nachzuvollziehen und das Gesetz richtig zu interpretieren. Ein Weg, sich über die Rechtsmäßigkeit des Handelns zu unterrichten, ist die Prüfung, inwiefern Rechtsprechung zu der entsprechenden Rechtsfrage ergangen ist. Die Rechtsprechung hat zwar erhebliche Bedeutung für die Erkenntbarkeit der Rechtswidrigkeit. Auskünfte einer Person, die der Täter für vertrauenswürdig halten dürfte, führen zur Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums. Ein Auskunft ist vertrauenswürdig, wenn sie von einer sachkundigen und objektiven Personen auf Grund einer pflichtmäßigen Prüfung erteilt worden ist. Sachkundige Personen in diesem Sinne sind insbesondere Rechtsanwälte, Rechtswissenschaftler, Richter, Notare oder zuständige Behörde

주제어 : 법률의 착오, 위법성인식, 정당한 이유, 회피가능성

Keywords : Verbotsirrtum, Unrechtsbewusstsein, die richtigen Gründe, Vermeidbarkeit