

정당방위 상황의 착오에 관한 형사법적 고찰*

유 용 봉**

차 례

- I. 일반론
- II. 문제제기
- III. 학설의 입장과 지적사항
 - 1. 통설 또는 다수설의 입장에 대한 일반적 지적사항
 - 2. 형법상 행위와 범죄성립 정형성과 관련한 지적사항
 - 3. 용어에 대한 통설 또는 다수설 입장에 대한 지적사항
 - 4. 한·독간 상이한 형법규정과 관련한 지적사항
- IV. 결론 및 입법론적 제안
 - 1. 결론
 - 2. 입법론적 제안

* 이 논문은 2011년도 한세대학교 교내학술연구비 지원에 의하여 연구되었음.

** 한세대학교 경찰행정학과 교수, 법학박사

접수일자 : 2012. 10. 29 / 심사일자 : 2012. 11. 22 / 게재확정일자 : 2012. 11. 30

I. 일반론

정당방위 상황의 부존재와 관련한 착오란 행위주체가 정당방위의 객관적 상황이 전제되지 않았음에도 불구하고 이를 오인하여 방위행위를 행하는 것을 말한다. 이를 통상 오상방위(Putativnotwehr)라고도 말한다.

예를 들어 야밤에 달빛을 등진 채 동네 공원을 산책하던 甲이 마주오던 동네 사람 乙과 乙의 부인 丙에게 반가움에 악수하려고 乙에게 손을 내미는 것을 본 乙은 甲이 흥기로 자신을 찌르는 것으로 착오하여 자신의 지팡이로 甲을 강타하여 전치 2주의 상해를 가한 행위를 말한다.¹⁾

우리 형법상 오상방위(Putativnotwehr)는 위법성조각사유와 관련하여 넓은 의미에서 볼 때 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오 또는 허용구성요건적 착오(Erlaubnistatbestandsirrtum)라고도 한다.²⁾ 여기에서 위법성조각사유에 해당하는 정당방위의 경우란 “자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 별하지 아니한다”는 우리 형법 제21조 제1항상 정당방위라는 개념에 합당하는 행위에 대한 위법성이 조각되어 범죄가 성립하지 않는 경우를 의미한다.

위의 사례에서 甲의 위법한 공격행위가 없었음에도 불구하고 행위주체인 乙의 입장에서는 그러한 법익침해가 있었다고 착오를 하였다. 구체적으로 乙의 입장에서는 자신이 형법 제257조 제1항에 해당하는 상해행위를 甲에게 행해도 된다는 생각을 하였다. 결국 乙은 자신에게 우리 형법 제21조 제1항상 정당방위행위가 허용된다고 착오하여 甲에게 상해행위라는 구성요건적 행위를 했다는 점에서 문제가 제기된다. 제시된 사례에서 행위객체인 甲에 대한 乙의 상해행위는 제257조 제1항상 상해죄의 구성요건에 해당하는 행위이다. 따라서 乙의 행위는 구성요건적 관점에서 볼 때

1) 여기에 제시된 사례는 허용구성요건적 착오의 경우 독일의 대학 강의에 기본적인 사례로 제시되는 예이며, 본 연구에서 편제나 해석론은 동 사례를 중심으로 진행함을 미리 밝힌다.

2) 허용구성요건적 착오와 허용착오(Erlaubnisirrtum)와는 구별이 어려울 때에는 통상 전자로 보는 것이 타당하며, 이에 Johannes Wessels, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C.F. Mueller Juristischer Verlag, 1988, § 11 III. 1. S. 129.

행위반가치나 결과반가치가 전제되어 인과관계나 객관적으로 귀속시킬 수 있다. 그러나 乙의 행위는 위법성조각사유에 해당하는 위법성단계에서 형법 제21조 제1항상 요구하는 정당방위의 객관적 전제사실이 존재하지 않음에도 불구하고 행위주체인 乙이 그러한 사실이 존재하는 것으로 오인하여 동조 제1항상 방위행위를 행하여 甲에게 상해의 결과를 야기하였다는 점에서 위법성조각사유 자체의 문제로 삼을 수 있다. 또한 다수설이나 통설이 따르고 있는 책임단계에서 불법인식과 관련한 문제³⁾로 삼을 수 있기 때문에 본 연구는 이 부분에 중점을 두어 핵심적으로 연구를 진행한다.

II. 문제제기

3단계식 범죄체계에서는 행위주체의 행위부분과 행위자의 책임부분을 구분하여 범죄성립 가능성을 검토한다. 전자는 행위주체의 행위가 우리 형법상 금지 또는 요구하는 규정에 명시된 구성요건에 해당하거나 위법한 경우에 성립한다. 이 때에 구성요건에 해당한 행위의 경우도 객관적 관점과 행위주체의 주관적 관점으로 구분하여 검토한다. 고의는 행위론적으로 행위주체의 주관적 구성요건에 해당하는 지위를 갖는다. 후자에 해당하는 고의에 관하여는 우리 형법 제13조에 “범의”라는 제목 아래 “죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다”라고 명문으로 규정하고 있다.

한편 책임은 행위라는 규범과 반대로 행위자의 개인적 부분을 중심으로 검토하여야 하는 특징이 있다. 형법상 범죄성립의 최종 징표로서 책임은 형법상 금지하고 있는 범죄행위를 행할 당시에 행위자의 책임능력 유·무를 먼저 검토한다. 나아가 자신의 행위가 위법하다는 것을 행위자가

3) 배종대, 『형법총론』, 홍문사, 2008, 454, 455쪽; 오영근, “법률의 착오”, 고시계, 1994, 11, 85쪽; 강동범, “위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오”, 고시계, 1997.3, 83쪽; 신동운, 『형법총론』, 법문사, 2001, 409-410쪽; 박상기, 『형법총론』, 박영사, 2004, 252쪽; 손해목, 『형법총론』, 법문사, 1996, 560쪽; 이재상, 『형법총론』, 박영사, 2003, 25/14; 임웅, 『형법총론』, 법문사, 2002, 315쪽; 이형국, 『형법총론』 I, 법문사, 1984, 154쪽

인식하였는가, 불법행위를 기대할 수 있었는가를 검토한다.

앞서 언급한 바와 같이 오상방위는 3단계식 범죄체계상 위법성조각사유와 관련을 갖기 때문에 행위론적 관점에서 검토하여야 할 사항인가, 아니면 행위자의 책임과 관련하여 검토하여야 할 사항인가가 본 연구의 핵심과제이다. 위법성조각사유는 우리 형법상 명문으로 허용하고 있는 행위규범이며, 이에 해당하는 규범으로는 형법 제20조상 정당행위, 제21조상 정당방위, 제22조상 긴급피난, 제23조상 자구행위, 제24조상 피해자의 승낙 등을 들 수 있다.

오상방위의 경우도 우리 형법 제21조상 정당방위라는 허용규범에서 유래한다. 정당방위라는 규범을 허용하는 경우에도 객관적으로 정당방위의 상황이 전제되었을 경우 행위주체가 주관적으로 방위의사를 갖고 방위행위를 한 경우에 성립한다.⁴⁾ 구체적으로 형법 제21조 제1항상 정당방위가 성립하기위한 요건 중 객관적 정당방위상황의 전제라는 요건은 첫째로 인간의 행위에 의한 방위행위주체에 대한 법익침해를 야기하는 공격행위가 존재하여야 하고, 둘째로 동 공격행위가 행위시부터 결과발생시까지 현재성이 있어야 하며, 셋째로 동 공격행위는 위법 또는 부당하여야 한다.

예외적으로 동법 제21조 제2항상 “방위행위가 그 정도를 초과한 때에는 정황에 의하여 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다” 라는 과잉방위규정을 두고, 동조 제3항에 “전항의 경우에 그 행위가 야간 기타 불안스러운 상태하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때에는 벌하지 아니한다” 라고 하여 과잉방위의 불처벌규정을 명문으로 규정하고 있다.

그러나 허용구성요건적 착오는 우리 형법상 명문규정이 없어서 해석론에 의존하게 된다. 앞서 언급한 바와 같이 행위주체에게 객관적 정당방위상황의 전제라는 요건 즉, 첫째로 甲의 행위에 의한 방위행위주체인 乙에 대한 법익침해를 야기하는 공격행위가 존재하여야 하나, 위의 사례에서 그러한 법익침해에 해당하는 甲의 위법한 공격행위가 전제되지 않았다.

4) 정당방위에서 방위의사가 필요로 한다는 점은 학설과 판례의 일치된 의견이며, 이에
는 김성천·김형준, 『형법총론』, 동헌출판사, 1998, 272쪽; 김일수·서보학, 『형법총론』,
2006, 292쪽; 박상기, 앞의 책, 175쪽; 배종대, 앞의 책, 296쪽; 이재상, 앞의 책, 220쪽;
이정원, 『형법총론』, 문영사, 1997, 160쪽; 이형국, 앞의 책, 159쪽; 대판 1983.2.8 선고,
82도2098 판결 등이 있다.

그럼에도 불구하고 방위행위주체인 乙은 그러한 법익침해에 해당하는 甲의 공격행위가 전제된 것으로 착오를 하였다.

우리 형법상 착오는 총칙부분의 제15조 제1항에 “사실의 착오”라는 제목 아래 “특별히 중한 죄가 되는 사실을 인식하지 못한 행위는 중한 죄로 벌하지 아니한다” 라고 규정하여 객관적 구성요건과 관련한 착오를 규정하고 있다. 이에 반하여 금지착오는 제16조상 “법률의 착오”라는 제목으로 “자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다” 라고 하여 행위자에게 처벌을 면해주는 규정을 두고 있다. 통상 전자를 구성요건적 착오라고 하는 반면, 후자를 책임과 관련한 금지착오라고 말한다. 앞의 양 규범은 우리 형법상 3단계식 범죄체계에서 전자는 구성요건과 관련한 착오의 경우에, 후자는 책임과 관련한 착오의 경우에 해결할 수 있는 기준을 제시한다. 더욱이 우리 학계의 다수설이나 통설의 입장에 따르면 앞의 양 규정은 동 착오에 대한 문제를 해결하는 근거조항으로 활용하는 의미도 있다.

그러나 위의 착오는 앞의 양 조문을 적용할 수 있는 구성요건단계도 아니고 더 나아가 책임과 관련한 단계도 아닌 양 단계의 중간에 해당하는 위법성 즉 적법성을 가정하는 위법성조각사유와 관련한 단계에서 발생한 착오이다. 따라서 앞서 제시된 사례에서 乙의 상해행위에 대한 적법성을 앞의 양 단계 중 어디에 소속하여 문제를 해결해야 할 것인가 문제가 제기된다. 이 문제는 구체적으로 위의 사례에서 乙의 행위의 경우 궁극적으로 사실의 착오규정인 제15조를 적용할 것인가 아니면 금지착오규정인 제16조를 적용할 것인가 그도 아니면 새로운 법조문을 신설하여야 하는가의 문제 제기를 의미한다. 이는 결국 위의 사례에서 乙의 행위처럼 위법성과 관련한 착오의 경우 우리 형법 총칙에 적용해야 할 규정이 없기 때문에 근본적인 문제가 발생하게 된다.

허용구성요건적 착오의 형법적 성격에 관하여 우리나라의 대다수의 형법학자들은 법효과제한적 책임설의 입장에서 허용구성요건적 착오를 구성요건적 착오나 금지착오와 다른 독자적인 착오⁵⁾라고 하기 때문에 독자

적인 해결방안이 제시되어야 한다고 생각한다.

나아가 동 착오의 경우 전통적인 학설상 다수 입장도 3단계식 범죄체계론적 관점에서 해결하려는 입장이 대부분이며 극소수는 2단계식 범죄체계에 근거하여 해결하려는 시도하는 입장도 있다.⁶⁾ 위의 사례에서 乙의 행위에 관하여 3단계식 범죄체계를 따르는 입장에서는 고의의 문제 즉 구성요건상 고의, 불법고의, 책임고의로 해결하는 경로인 반면, 2단계식 범죄체계는 고의와 불법행위와 관련한 고의의 문제로 해결을 시도하고 있다. 전자의 입장과 관련된 학설의 경우 고의설과 책임설의 대립관계이고, 후자의 경우는 총체적불법구성요건요소이론 또는 소극적 구성요건요소이론 등이 구체적인 해결방안을 제시한다. 세부적으로 오상방위와 관련한 사례의 경우 한·독의 학설에 따르면, 대체로 제15조를 적용할 것인가 아니면 제16조를 적용할 것인가, 그도 아니면 제15조를 유추적용할 것인가 아니면 제16조의 규범을 법효과면에서 제한적으로 해석하여 적용할 것인가의 근본적인 문제가 제기된다. 이 입장은 물론 행위주체의 행위에 가담하는 임의의 공범의 경우에 고의범과 과실범에 종속하는 문제에 이르기까지 형법총칙상 착오와 관련 명료한 해결방안을 해석론적으로 제시되지 못한 성격이 있어 다수의 학자들은 동 문제를 복잡한 착오문제 또는 모든 착오문제 중 가장 해결하기 어려운 문제라고 지칭하기도 한다.

앞서 언급한 바와 같이 허용구성요건적 착오에 대한 해결방안에 관한 해석론은 전통적으로 독일의 경우도 3단계식 범죄체계와 관련하여 고의설과 책임설의 입장으로 나누어져 있다.⁷⁾ 반면 2단계식 범죄체계의 입장

5) 한국에서 이에 동의하는 학자로는 앞의 논문, 84쪽; 김성천·김형준, 앞의 책, 420쪽; 김일수·서보학, 앞의 책, 243-244쪽; 박상기, 앞의 책, 252쪽; 배종대, 앞의 책, 469쪽; 신동운, 앞의 책, 420쪽; 신양균, “정당화 사유의 전제사실에 대한 착오”, 법학연구, 제12집, 1985, 109쪽; 이형국, 앞의 책, 181쪽; 정영일, 『형법총론』, 박영사, 2005, 250쪽; 이재상, 앞의 책, 332쪽; 임웅, 『형법총론』, 법문사, 2002, 314쪽 이하; 장영민, “위법성조각사유의 착오와 책임설”, 고시계, 1992.7, 155쪽 이하; 정진연, “위법성조각사유의 객관적 전제사실에 관한 착오”, 김종원교수화갑기념논문집, 1991, 292쪽; 천진호, “위법성조각사유의 객관적 전제사실의 착오”, 법학논고, 제7호, 1991. 12, 193쪽 등이 있다.

6) 2단계식 범죄체계는 고의설, 소극적구성요건요소이론에 따른 해석론이며, 원래 독일에서 발전된 이론이며, 이에 관하여 자세히는 Erich Samson, *Strafrecht I*, Alfred Metzner Verlag Frankfurt am Main, 1983, S. 122 ff. 참고.

에서는 총체적 불법구성요건요소이론 또는 소극적구성요건요소이론 등으로 구분되어 현재까지 이르고 있으며, 우리의 형법학계도 또한 독일의 그러한 입장에 따라 해결방안을 제시한다. 본 연구에서도 허용구성요건적 착오의 사례에 대한 해결방안에 관한 해석을 기본적으로 독일의 학계 또는 우리 학계의 입장에서 검토하고 문제를 지적하여 최상의 해석기준을 제시함과 동시에 경우에 따라 입법론적 제안도 시도한다.

Ⅲ. 학설의 입장과 지적사항

1. 통설 또는 다수설의 입장에 대한 일반적 지적사항

(1) 고의설의 입장과 지적사항

과거 독일에서 고의설(Vorsatztheorie)⁸⁾에 따른 범죄성립요소로서 고의의 경우 행위주체가 객관적 구성요건에 해당한다는 사실을 인식하여야 함은 물론 행위자가 자신의 행위에 대한 불법성까지 인식하여야 한다는 점에서 책임요소로서 성격도 갖고 있다고 보았다.⁹⁾ 이 설에 따를 경우 본 연구상 제시된 사례에서 乙의 상해행위에 대한 착오는 현재의 사실의 착오 또는 법률의 착오에서 요구하는 징표인 고의나 불법인식을 모두 요구하기 때문에 문제해결에 난점이 있다. 3단계식 범죄체계에 입각한 현재의 통설에 따른다면, 고의는 주관적 구성요건요소의 규범으로 소속하고 지위를 갖고 있기 때문에 통설은 현재의 3단계식 범죄체계라는 정형성을 무시하고 있는 입장이라 할 수 있다.

7) Hans-Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., DUNKER & HUMBLOT / BERLIN 1978, § 41 III. 1., S. 372 ff.

8) 고의설은 우리나라의 학자들에 의해 창설 또는 발전된 이론이 아니며, 1950년대 독일의 학자들에 의해 창설 또는 발전된 이론이며 현재 우리 학계나 교과서 등에 소개되고 있는 실정이다.

9) Schroeder, MDR 1950, 646; ders., ZStW 1953, 178 ff.; Schoenke/Schroeder, *StGB*, 17. Aufl., § 59 Rn. 76 ff.; 이 설에 관한 자세한 설명은 성낙현, 「형법총론」, 동방문화사 2011, 350쪽 이하 참조.

(2) 2단계식 범죄체계에 따른 입장과 지적사항

1) 2단계식 범죄체계에 따른 입장

2단계식 범죄체계란 현재의 3단계식 범죄체제로 확정되기 이전 과거의 고전적 범죄체계로서 독일에서는 총체적 불법구성요건요소이론(Gesamt-Unrechtstatbestandstheorie)이라고 말하기도 하고 소극적구성요건요소(Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen)이론¹⁰⁾이라고도 말한다. 양 입장은 공통적으로 현재의 3단계식 범죄체계상 행위부분인 구성요건과 위법성을 하나의 불법행위 단계로 보고 행위자와 관련한 책임단계를 하나의 단계로 구분하는 인과적 행위론에 근거한 이론이다.

그 중 소극적 구성요건요소이론¹¹⁾의 경우 행위론적으로 구성요건단계를 적극적 구성요건요소와 소극적 구성요건요소로 구분한다. 적극적 구성요건 단계에서는 결과불법단계와 행위불법단계로 구분하며, 결과불법단계에서는 형법상 객관적 구성요건에 해당하는 요소가 적극적으로 존재하는가 즉 행위주체의 행위가 결과야기에 기여하였는가를 검토한다.¹²⁾ 반면 결과불법단계에서 소극적 행위불법단계에서는 형법상 위법성을 조각하는 정당화사유의 객관적 상황의 결여 여부를 검토한다.¹³⁾

한편 행위불법단계에서는 행위의 적극적 상황과 소극적 상황으로 구분하여 전자는 객관적 구성요건의 적극적 존재 즉 결과야기와 관련한 행위주체의 주관적 구성요건에 해당하는 고의의 존재 여부를 적극적으로 검토하고, 후자는 위법성조각사유 즉 정당화사유상 객관적 상황과 관련한 행위주체의 주관적 요소인 방위의사가 존재했는가의 여부를 검토한다.¹⁴⁾

따라서 소극적 구성요건표지이론은 현재의 3단계식 범죄체계와 달리

10) 소극적 구성요건요소이론은 우리나라의 형법학계에 소극적 구성요건표지이론, 또는 소극적 구성요건표지이론이라고 소개되어 동일한 이론이며, 동 이론에 관한 기본 구조는 Samson, a.a.O., S. 122 ff.에 설명되어 있다.

11) 이 이론도 우리나라의 학자들에 의해 창설 또는 발전된 이론이 아니며, 1950년대 독일의 학자들에 의해 창설 또는 발전된 이론이며 현재 우리 학계나 교과서 등에 소개되고 있는 실정이다.

12) Samson, a.a.O., S. 122 ff.

13) Wessels, a.a.O., § 11 III. 1. S. 130.

14) Samson, a.a.O., S. 122 ff.

구성요건에 해당하는 요소와 위법에 해당하는 요소를 함께 묶어 결과불법단계와 행위불법단계로 크게 구분하는 차이가 있다. 전자의 경우 구성요건과 위법성조각사유상 객관적 요소에 해당하는 요소의 이행여부를 결과불법단계에서 검토하고, 행위불법단계에서는 행위의 주관적 구성요건에 해당하는 고의와 위법성조각사유 즉 정당화사유상 객관적 상황과 관련한 주관적 요소인 방위의사의 존재 여부를 검토하는 이론이다.

이설에 따른다면 3단계식 범죄체계상 주관적 구성요건에 해당하는 고의는 불법구성요건에 해당하는 고의로서 성격을 갖고 있어서 본 사례와 같이 오상방위와 관련한 착오의 경우 불법구성요건에 해당하는 고의의 탈락 여부를 검토¹⁵⁾해야 하기 때문에 사실의 착오 또는 구성요건적 착오로 해결하는 경로를 제시하는 이론이다. 따라서 이 이론에 따르면 형법상 착오를 사실의 착오 또는 구성요건적 착오와 책임과 관련한 법률의 착오 또는 금지착오로 양분하여 문제해결의 기준을 제시하는 특성이 있다.

이 이론은 3단계식 범죄체계로 발전되기 이전의 독일의 지배적인 범죄성립단계를 대변하는 이론으로 허용구성요건적 착오를 해결하는 데 간단 명료한 해석론을 제시한다. 이 점에서 복잡하고 이해하기 어려운 기교과정¹⁶⁾ 즉 유추적용이나 법효과에서만 제한을 가하여 문제를 해결하려는 제한적 책임설이나 법효과제한적 책임설과는 차별성이 있는 이론이기는 하나 현재의 3단계식 범죄체계의 정형성을 무시한다는 단점이 있다.

2) 소극적 구성요건요소이론에 대한 지적사항

단지 소극적 구성요건표지이론은 현재 확고한 지위를 확보하고 있는 범죄체계론상 다른 약점이 있다는 문제가 있다. 앞서 말한 바와 같이 2단계식 범죄체계에서는 적법성 여부를 결정하는 기준으로 위법성조각사유를 총체적 불법구성요건에 포함시킴으로써 구성요건과 위법성이란 단계에서 양 기능상의 차이를 구별하지 않고 있다는 점이다. 위법성조각사유의 독자적 성격이란 현행 형법의 3단계식 범죄체계에서 구성요건에 해당

15) Wessels, a.a.O., § 11 III. 1. S. 130; Arthur Kaufmann, JZ 54, 653; 56, 353, 393; aehnlich Hruschka, StGB(AT), S. 192; Samson, a.a.O., S. 115 ff.

16) 성낙현, 앞의 책, 122쪽.

하는 행위의 적법성 여부를 다시 한번 형법이 명문규정으로 위법성 여부를 허용하고 있는 규범에 해당하는가를 결정하는 단계에 해당하기 때문이다. 더욱이 현재의 3단계식 범죄체계에서 볼 때 2단계식 범죄체계에 따를 경우 우리 형법상 구성요건에 해당하는 행위와 해당하지 않는 행위간의 해석론상 평가를 할 수 없는 문제가 제기되고¹⁷⁾, 현재의 3단계식 범죄체계의 정형성을 무시한다는 지적도 제기된다. 이 입장은 앞서 언급한 바와 같이 과거 독일에서 3단계식 범죄체계가 완성되기 전에 범죄체계론상 상당한 기여를 했다는 의미만을 부여할 수 있다.

(3) 책임설의 입장과 지적사항

1) 책임설의 입장

허용구성요건적 착오의 경우 책임설(Schuldtheorie)은 고의설의 입장과 달리 행위자의 책임범위에 해당하는 금지착오(Verbotsirrtum) 또는 법률의 착오로 보아 자신들의 해석기준을 제시한다.¹⁸⁾ 이 때에도 동 착오에서 행위자의 행위는 엄격하게 책임범위에 해당하기 때문에 금지착오로 해결해야 한다는 입장이다. 구체적으로 이설은 행위자가 자신의 행위를 행하는 과정에서 금지규범을 알지 못한 위법 또는 불법인식의 흠결의 문제로 본다는 점에서 2단계식 범죄체계론에서 기준으로 제시하는 고의나 불법고의를 배제하는 장점은 있다.

반면 제한적 책임설(eingeschraenkte Schuldtheorie) 또는 유추적용설(analoge Anwendungstheorie)은 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오를 구성요건적 착오 그 자체로 보지 않고, 허용구성요건적 착오의 경우 고의불법(Vorsatzunrecht)에 해당하는 행위반가치(Handlungsunwert)를 부정하여 구성요건착오에 관한 규정을 행위주체에게 유리하게 유추적용할 수 있다는 입장이다.¹⁹⁾

17) 성낙현, 위의 책, 222쪽.

18) Jecheck, a.a.O., § 41 III. 2., S. 373 f.; Eduard Dreher / Herbert Troendle, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 16 Anm. 27, 41. Aul., C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Muenchen 1983; Karl Lackner, *Strafgesetzbuch mit Erlaeuterung*, § 17 Anm. 5b. 13. Aul., C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Muenchen 1980.

19) 독일에서는 이 입장이 상대적으로 다수설의 입장이며, 이에는 Schoenke/ Schroeder-Cramer,

한편 법효과제한적 책임설(rechtsfolgenbeschränkende Schuldtheorie)은 허용구성요건적 착오의 경우 고의의 이중적 지위를 인정함에 따른 해석론이며, 구성요건상 고의와 책임상 책임고의를 인정하여 해석론 상 기준을 제시한다. 이 설은 고의불법은 인정하지만 고의책임에 해당하는 법배반적 심정반가치가 없는, 즉 고의책임만이 탈락되어 결과적으로 과실범에 해당하는 법효과가 귀속되어야 한다는 입장이다.²⁰⁾

2) 엄격책임설의 입장과 지적사항

엄격책임설은 허용구성요건적 착오를 금지착오 또는 법률의 착오의 일종으로 보아, 위법성과 조금이라도 관련있는 착오는 모두 법률의 착오와 같이 취급하여 고의범의 성립을 원칙적으로 인정함으로써 엄격한 책임을 묻는다는 입장이다. 이 입장은 허용구성요건적 착오의 상황에서 행위를 행한 자는 형법각칙상 구성요건에 해당한다는 사실을 행위자 자신이 인식하기 때문에 결국 형법각칙상 금지된 행위를 실행하고 있다는 논리를 편다.

일반적으로 형법각칙상 규정되어 있는 각개 범죄의 구성요건과 관련한 고의의 경고기능은 동법에서 금지하고 있는 행위 즉 법익의 침해나 침해의 위험성 여부를 결정하는데 중요한 역할을 담당하므로 행위자가 자신의 행위 중 이를 해태하였다면 그의 행위의 불법은 보통의 구성요건착오자 보다 더 무겁게 된다는 이론을 편다.²¹⁾

나아가 이 설은 허용구성요건착오의 경우에도 구성요건적 고의와 고의

StGB, § 16 R n. 18; Claus Roxin, *StGB(AT)*, § 14 Rdnr. 62, 68; Straenwerth, *StGB(AT) I*, Rdnr. 499, 504; AK-Zielinski, *StGB*, Rn. 55 zu §§ 15, 16 등이 있다.

20) 이 설은 우리나라에서 거의 다수설에 해당하는 견해이며 이를 따르는 입장으로는 배종대, 앞의 책, 454, 455쪽; 오영근, “법률의 착오”, *고시계*, 1994. 11, 85쪽; 강동범, 앞의 논문, 83쪽; 신동운, 앞의 책, 409-410쪽; 박상기, 앞의 책, 252쪽; 손해목, 「형법총론」, 법문사 1996, 560쪽; 이재상, 앞의 책, 25/14; 임웅, 앞의 책, 315쪽; 이형국, 앞의 책, 154쪽 등을 들 수 있다.

21) 이 설은 주로 목적적 행위론자에 의해서 주장되는 입장이며, 이에 Hirsch, *Die Lehre von den negativen Tatbestandmerkmalen*, S. 220 ff.; ders., *ZStW* 1982, 257 ff.; Armin Kaufmann, *JZ* 1955, 37; Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 9. Aufl., Berlin·New York: Walter de Gruyter & Co, 1969, S. 164 ff. 등이 있으며, 이와 관련하여 성낙현, 앞의 책, 352쪽.

불법을 인정하고 책임에서도 고의범의 범위 내에서 고의가 조각 또는 감경되기 때문에 이 착오자에 가공한 공범과 미수범을 처벌할 수 있게 된다는 장점을 들고 있다. 더 나아가 이설은 엄격책임설에서는 과실범의 처벌규정이 없기 때문에 발생할 수 있는 처벌의 공백상태에 대한 문제가 근본적으로 해결될 수 있다는 장점도 제시한다.²²⁾

통상 법률의 착오란 법문상 또는 학설상 위법성평가의 전제되는 행위 상황에 대해서는 아무런 착오없이 위법성을 행위자가 인식했는가란 형법적 평가 그 자체만을 착오한 경우를 의미한다. 다시 말하여 형법상 위법성의 인식(Unrechtsbewusstsein) 여부에 대한 평가는 우리 형법 각칙상 금지되어 있는 범죄를 형법조문의 형식으로 명문으로 규정하여 두었기 때문에 이러한 금지조항은 보통의 일반인들이 쉽게 알 수 있는 정도이다. 반면 허용구성요건적 착오는 행위자가 위법성을 인식하기 이전에 행위단계에서 이미 착오한 경우라 할 수 있다. 동 착오는 구체적으로 행위주체가 구성요건상 허용되어 있는 사실에 대하여 자신의 행위로 인하여 착오를 한 것이라 할 수 있다.

그러므로 행위주체의 행위에 따른 허용구성요건적 착오와 행위자가 책임단계에서 위법성을 인식하지 못한 금지착오와는 분명하게 구별되어야 한다. 따라서 행위론적 착오와 행위자와 관련한 착오를 동일하게 해석하는 엄격책임설의 입장은 문제가 있다. 이 입장에 따른다면 위의 사례에서 甲에 대한 乙의 행위는 상해행위에 대한 위법성을 乙이 인식한 것으로 보아 상해죄가 성립한다. 다음으로 국내에서는 이 경우 개별적으로 정당성 여부를 판단기준로 제시하는 반면, 독일은 회피가능했는가 아니면 불가능했는가란 기준을 제시 한다. 이 입장은 또한 야밤이란 상황에 상대방을 불법적인 공격대상이란 개인에 대한 불법판별능력은 무시하고 위법성 관련 착오를 모두 금지착오로 간주하는 한편, 아직도 무엇이 구체적으로 정당성 또는 회피가능성 문제인지 불확정적인데도 이를 기준으로 금지규범에 관한 착오를 해결하는 문제가 있다.²³⁾ 더욱이 위법성조각사유가

22) 앞의 각주와 동일.

23) Wessel, a.a.O., § 11 I. 3, S. 127.

존재 여부, 동 사유의 종류나 방법에도 문제 삼지 않고 금지착오로 인정하는 문제도 제기된다.²⁴⁾ 근본적으로 이 입장은 제시된 사례에서 행위주체의 방위행위는 위법성조각사유에 해당하는 단계임에도 책임단계에서 해결하는 문제를 제기한다.

3) 제한적 책임설의 입장과 지적사항

제한적 책임설(eingeschraenkende Schuldtheorie)은 엄격책임설이 주장하는 입장에 대해 제한을 가하는 입장으로 독일에서 상대적 다수설의 지위를 확보하고 있다.²⁵⁾ 동설은 행위론적으로 고의불법을 부정하여 유추해석의 입장에 따르는 유추적용설과 법효과만을 수정하는 법효과 제한적 책임설로 구분되어 있다.

이 입장은 독일에서 허용구성요건적 착오를 사실의 착오와 금지착오와 전혀 다른 착오라고 보아 제한적 책임설의 입장에 따라 독일 형법 제20조 규정을 입법론적으로 해결하려고 했으나 독일의 연방의회가 동 규정을 채택하지 않은 연혁이 있다.²⁶⁾

허용구성요건적 착오 즉 위법성조각사유의 객관적 전제사실에 관한 착오가 행위주체에 의할 경우 전설은 고의불법에 해당하는 행위반가치가 부정되므로 구성요건착오에 관한 규정을 행위주체에게 유리하게 유추적용할 수 있다고 해석한다.²⁷⁾

4) 법효과제한적 책임설의 입장과 지적사항

법효과제한적 책임설(rechtsfolgenbeschraenkende Schuldtheorie)은 허용구성요건적 착오 즉 오상방위의 경우에 있어서 행위는 고의설이나 2단계식

24) 위의 각주와 동일.

25) Wessel, a.a.O., § 11 III. 1. S. 131; Schoenke-Schroeder-Cramer, *StGB*, § 16 Rdnr. 18; Roxin, *StGB(AT)*, § 14 Rdnr. 62, 68; Straenwerth, a.a.O., Rdnr. 499, 504.

26) Wessel, a.a.O., § 11 I. 3. b) bb), S. 128.

27) 독일에서는 이 입장이 다수설의 입장에 있으며 이에 Wessel, a.a.O., § 11 III. 1. S. 131; Vgl. SK-Rudolphi, *StGB*, § 16 Rdnr. 12; Schoenke-Schroeder-Lenckner, a.a.O., Rdnr. 18 und 121 vor § 13; Schoenke-Schroeder-Cramer, *StGB*, Rdnr. 14; Straenwerth, a.a.O., Rdnr. 499, 504.

범죄체계에 따른 고의불법은 인정하는 입장이다. 이 설에 따르면 고의불법은 존재하나 책임단계에서 고의책임(Vorsatzschuld)이 탈락하여 고의범은 성립되지 않고 형법 각칙상 과실범 처벌규정이 있는 경우에 한하여 과실범에 해당하는 법효과가 귀속되어야 한다는 입장²⁸⁾이다. 이 입장은 범죄성립 여부를 결정하는 단계에서 발생한 문제를 법률효과 차원에서 해결한다는 문제가 있다.

이 입장이 국내의 다수설의 입장에 있으며²⁹⁾ 불법단계에서 고의를 인정하고 책임단계에서도 고의책임을 인정하여 고의의 이중적 지위를 인정하는 입장이다.

나아가 이 입장은 책임단계에 이르러 행위의 고의책임을 부정하기 때문에 앞서 언급한 엄격책임설과 같이 오상방위자의 행위에 악의적으로 관여한 교사범이나 방조범을 제한적 종속형식에 따른 공범 처벌성에 집착한 이론이다.³⁰⁾

허용구성요건적 착오와 관련하여 이 입장이 제시하는 핵심적 규범은 행위자의 책임고의이다. 이 규범은 구체적으로 구성요건실현상황을 인식하고서 이에 대한 실현의사로서 행위한 경우 이미 구성요건단계에서 인정되는 고의의 존재를 인정한 후에 별도로 책임단계에서 법질서의 요구에 반하여 잘못된 의사형성을 행위자가 행하였다는 심정반가치(Gesinnungsunwert)가 있었다는 점이다. 앞서 제시된 사례에서 행위주체는 위법성을 조각하는 단계에서 정당방위 행위를 방위의사에 근거하여 행했음에도, 위법성 인식과 관련한 행위자 입장에서 접근하여 혼동을 한다는 문제도 제기된다.

우리 학설의 경우 법효과제한적 책임설의 경우 구성요건적 고의는 인정하되 고의책임에 따른 형벌만 배제하여 법효과면에서 고의범을 부정하고 과실범 처벌규정이 있는 경우 제16조 제1항 전단의 규정을 유추적용

28) BGHSt 31, 286 f.

29) 배종대, 앞의 책, 454쪽; 오영근, “법률의 착오”, 고시계, 1994. 11, 85쪽; 강동범, 앞의 논문, 83쪽; 신동운, 앞의 책, 409-410쪽; 박상기, 앞의 책, 252쪽; 손해목, 앞의 책, 560쪽; 이재상, 앞의 책, 25/14; 임웅, 앞의 책, 315쪽; 이형국, 앞의 책, 154쪽.

30) 성낙현, 앞의 책, 248쪽.

한다는 조정적 해결방식에 따른다.³¹⁾

독일의 연방최고법원도 허용구성요건적 착오의 경우 고의행위의 비난 가능성이 조각된다는 점을 명백하였다.³²⁾ 또한 동 법원은 허용구성요건적 착오의 경우 독일 형법 제16조 제1항 전단의 의미의 착오인 사실의 착오로 평가하여 오직 고의범에 의한 처벌만을 조각하고 있다.³³⁾ 그 밖의 연방최고법원은 허용구성요건적 착오의 경우 구성요건상 고의는 그대로 존속하되, 책임고의만 조각된다고 판결을 하고 있다.³⁴⁾

동 착오와 관련하여 이 설의 특징은 법효과 차원에서 과실범 취급을 한다는 면에서 소극적 구성요건표지이론이나 제한적 책임설과 결론은 같지만 불법단계까지 고의를 인정하는 점이 서로 다른 점이다. 더욱이 동설은 허용구성요건적 착오를 행하는 행위주체의 행위에 참가하는 악의의 공범의 성립 가능성을 장점으로 말하지만 이는 별도의 문제이며, 의미가 없다.

그 밖에 법효과제한적 책임설과 유사한 법효과독립적 책임설 등이 있으나 제한적 책임설에 약간의 변형을 한 입장이라 이하 생략하기로 한다.

2. 형법상 행위와 범죄성립 정형성과 관련한 지적사항

앞서 말한 바와 같이 허용구성요건적 착오는 3단계식 범죄체계에서 구성요건적 행위가 이행된 후 우리 법이 허용하고 있는 위법성을 조각하는 행위라는 행위론적 단계에서 발생한 착오이기 때문에 행위주체의 행위와 관련하여 해석론적 기준이 제시되어야 한다. 특히 위법성이 조각된 행위는 법적 정당성이 인정되어 행위론적으로 법률효과인 처벌성은 배제되거나 구성요건에 해당하는 행위는 그대로 존속한다.

앞서 제시된 사례에서 야밤에 달빛을 등진 채 동네 공원을 산책하던 甲이 마주오던 동네 사람 乙과 乙의 부인 丙에게 반가움에 악수하려고 乙에게 손을 내미는 것을 본 乙은 甲이 흥기로 자신을 찌르는 것으로 착오하여 자신의 지팡이로 甲을 강타하여 전치 2주의 상해를 가한 행위에

31) 앞의 각주와 동일.

32) BGH MDR 79, 985 bei Holz.

33) BGHSt 31, 264, 286.

34) Wessel, a.a.O., § 11 III. 1., c), S. 132.

서 행위주체인 乙은 상해죄의 구성요건을 이행하였다. 乙의 행위에는 상해의 구성요건에 해당하는 결과가 발생하리라는 인식과 의사가 있었고 인과관계나 객관적 귀속의 단계에 있어서도 별 문제가 없으므로 우리 형법 제257조가 요구하는 결과 즉 법익의 침해는 발생하였다.³⁵⁾ 더욱이 피해자인 甲의 상해결과라는 법익침해에 대한 행위주체인 乙의 행위에는 자신의 행위에 대한 행위반가치나 결과반가치는 분명하게 전제되었다. 따라서 乙의 행위에는 상해죄가 요구하는 구성요건을 이행하였다.

제시된 사례에서 상해죄의 구성요건에 해당하는 행위를 행한 乙의 입장에서 甲이라는 상대방이 자신의 신체에 대한 공격이 있는 경우에는 우리 형법 제21조 제1항상 정당방위를 할 수 있다고 확신하였다. 그러나 乙의 행위시에 甲의 부당한 공격이 전제되지 않았음에도 불구하고 乙은 이를 오인하였으므로 우리 형법 제21조 제1항이 요구하는 정당방위의 객관적 범위 내 즉 객관적 상황(Umstaende)에서 자신의 상해행위를 행했다는 허용구성요건적 착오가 문제된다. 구체적으로 행위주체가 상해죄의 객관적 구성요건을 이행할 당시에 전제되지도 않는 사람의 공격을 야밤이란 주변 상황을 잘못 인식한 착오로 인하여 상해결과를 야기하는 행위의 외부에 표출하여 상해죄의 결과가 발생하였다.

행위주체인 乙이 이러한 주변 상황을 잘못 인식한 착오의 경우 통상 상황의 착오(Irrtum ueber die Tatumstaende)라고 말할 수 있다. 정당방위와 관련한 이러한 상황의 착오는 행위시 주의상황이 일반통상인의 관점에서 쉽게 인식할 수 있는 방위의사의 범위 내에 해당하는가 아니면 쉽게 인식할 수 없는 방위의사의 범위 밖에 해당하는가란 정당방위의 방위의사에 의존한다고 할 수 있다. 전자 즉 행위주체가 정당방위의 객관적 상황을 쉽게 인식할 수 있는 방위의사의 범위 내에서는 정당방위가 요구하는 방위의사의 정당성에 해당할 수 없지만 반대로 후자 즉 행위주체가 정당방위의 객관적 상황을 쉽게 인식할 수 없는 방위의사의 범위 내에서는 방위의사의 정당성을 인정할 수 있다. 따라서 전자의 경우에는 정당방위에 대한 방위의사는 탈락하기 때문에 정당방위가 성립하지 않고, 후자의

35) Wessel, a.a.O., § 11 III., S. 129.

경우에도 동 방위의사가 탈락하여 정당방위가 성립하여 행위주체의 구성요건적 행위에 대한 위법성 단계에서 불법성 책임을 물을 수 없다는 결론에 도달할 수 있다. 이 때 후자 즉 행위주체가 쉽게 정당방위 객관적 상황을 인식할 수 없는 방위의사의 범위 내에 해당하는 방위의사의 인식 범위를 심사할 경우의 기준은 우리 형법상 금지규범에 대한 법익침해를 행하는 행위주체가 자신의 행위와 관련한 정당성 또는 회피가능성이 형법상 정당행위의 객관적으로 허용하고 있는 상황과 정확하게 숙고할 수 있는 강한 동기나 주의를 기울여 확인해야 할 의무가 부과된다는 점이다.³⁶⁾ 이 점은 물론 고의범 성립이 부정되고 과실범 성립이 긍정되어야 하는 단계는 아니며 위법성조각여부와 관련을 갖는다.

한·독간 학설은 위법성을 조각하는 요소로서 객관적 정당화요소와 주관적 정당화요소의 필요성에 대해 목적적 행위론과 인적 불법론(*personale Unrechtslehre*)의 입장에서 대체로 긍정하고 있다.³⁷⁾ 후자의 입장에 따르면 불법은 행위반가치와 결과반가치로 이루어지고 어떤 행위가 적법하기 위해서는 행위반가치와 결과반가치가 조각되어야 한다³⁸⁾고 하나 여기에서 말하는 용어는 불법행위반가치와 불법결과반가치라는 용어가 타당하다고 할 수 있다. 그 이유는 행위반가치와 결과반가치는 구성요건단계에서 검토하는 규범의 성격이 있기 때문이다.

나아가 위법성을 조각하는 사유에서 결과반가치는 객관적 정당화요소와 상관성을 갖고, 행위반가치는 객관적 정당화사유를 인식하는 주관적 정당화요소와 상당성을 갖고 있으며, 이 전자를 굳이 비교하자면, 구성요건상 고의와 대비되는 개념³⁹⁾이며, 위법성의 인식은 책임단계에서 행위자의 주관적 요소와 관련을 갖는 개념이라 할 수 있다.

더욱이 앞서 언급한 바와 같이 3단계식 범죄체계(행위론적) 아래에서

36) 성낙현, 앞의 책, 223쪽.

37) 박상기, 앞의 책, 150쪽; 배종대, 앞의 책, [57]8; 신동운, 「판례백선 형법총론」, 경세원, 1997, 225쪽; 안동준, 「형법총론」, 학현사, 1998, 101쪽; 이재상, 앞의 책, § 16-24; 이형국, 앞의 책, 159쪽; 임웅, 앞의 책, 193쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 202쪽; 김일수/서보학, 앞의 책, 280쪽; 성낙현, 앞의 책, 211쪽.

38) 성낙현, 앞의 책, 211쪽.

39) 성낙현, 앞의 책, 211쪽.

위법성조각사유가 존재 여부, 동 사유의 종류나 방법에도 문제 삼지 않고 금지착오로 인정하는 문제⁴⁰⁾도 현재의 범죄성립의 정형성을 무시하는 해석론이라 생각한다.

결론적으로 위법성 단계에서 행한 행위주체의 상해행위는 우리 형법 제21조 제1항이 요구하는 상황이 전제될 경우 동 행위는 처음부터 법적으로 허용을 하는 규범이기 때문에 구성요건상 행위에 대한 반가치나 결과반가치라는 규범을 인용하여 구성요건상 고의의 탈락 가능성이 있다. 그러나 이때에도 행위주체의 행위는 허용구성요건적 행위이기 때문에 구성요건단계에 해당하는 착오의 문제로 취급하여야 하며 책임론 단계에서 해결점을 찾는 다수설이나 통설의 입장은 지적사항이라 할 수 있다.

끝으로 다수설 또는 통설상 제한적책임설이나 유추적용을 허용하는 제한적 책임설 나아가 법효과제한적 책임설 모두가 위법성단계에서 발생한 착오를 구성요건단계 또는 책임단계에서 해결하려는 정형성에 반하는 문제가 제기된다.

독일의 경우도 허용구성요건적 착오는 현재의 3단계식 범죄체계에서 구성요건과 관련한 사실의 착오나 법률의 착오와는 전혀 다른 착오라고 하는 점은 이의가 없다.⁴¹⁾ 동 착오의 경우 독일 형법상 적용할 명문의 규정이 없어서 사실의 착오 규정을 적용할 것인가 금지착오 규정을 적용할 것인가에 혼신의 해석이 아직까지 결론에 이르지 못하고 있는 점은 우리 형법학계도 동일하다. 독일의 상대적 다수설상 제한적책임설이나 유추적용을 허용하는 제한적 책임설 나아가 법효과제한적 책임설 모두가 위법성단계에서 발생한 착오를 구성요건단계 또는 책임단계에서 해결하려는 의지가 허용구성요건적 착오를 해결하는데 장애요인으로 작용하였다고 생각한다.

3. 용어에 대한 통설 또는 다수설 입장에 대한 지적사항

이러한 오상방위와 관련한 착오의 경우 우리 형법학계는 상당히 다른

40) 성낙현, 위의 책, 223쪽.

41) Wessel, a.a.O., § 11 1., S. 129.

입장을 보이고 있다. 그 첫 번째 문제가 오상방위행위가 불법한 행위인가? 라는 의문⁴²⁾과 불법성의 본질을 파악하여 이원적·인적 불법론에 기초하여⁴³⁾ 방위행위자의 형사책임을 귀속시키는 점이다. 이 때에도 형법상 불법은 행위반가치와 결과반가치라는 규범이 결합하여 법익침해시 성립한다고 본다는 점이다.⁴⁴⁾ 다수설이 행위론적 관점에서 동 착오를 검토한 것은 맞다.

그러나 불법이란 개념은 적법에 반하는 용어이며 동 용어는 구성요건상 행위가 이행된 후에 허용구성요건적 행위를 허용하는 경우와 관련하여 위법성조각사유를 이행하거나 하지 못했을 때 사용하는 용어의 성격을 갖는다. 엄격하게 말해서 위법성조각사유 단계에서 행위반가치 또는 결과반가치라는 용어의 사용은 부정확하다고 할 수 있다. 위법성 단계에서 행위반가치 또는 결과반가치라는 용어에 해당하는 말은 허용구성요건에 해당하는 행위의 반가치나 결과의 반가치라고 표현을 해야 타당하다. 굳이 동 용어를 사용할 경우도 불법행위반가치나 불법결과반가치라는 표현이 타당하다고 생각하는 이유는 불법은 구성요건과 위법성을 합한 개념으로 통용되고 있기 때문이다. 이와 관련하여 통설이 구성요건상 고의와 책임고의를 구별한 것과 같은 맥락에서 본 후자는 더욱 그렇다.

독일이나 한국의 학설은 공통적으로 불법고의를 인정하는 고의설과 소극적구성요건요소이론, 책임단계에 해당하는 위법성인식이란 기준을 제시하여 법률의 착오로 해결하는 엄격책임설의 입장, 구성요건상고의가 아닌 별도의 책임고의를 인정하여 문제를 해결하는 법효과제한적 책임설 등에서 허용구성요건적 착오의 해결기준으로 제시한다. 그러나 불법고의나 책임고의라는 개념 역시 우리 형법전에 명문으로 규정되어 있지 않는 용어라는 점은 우리 형법 제13조상 고의와는 다르다. 불법고의나 책임고의라

42) 김경락, “오상방위의 형사책임”, 비교형사법연구, 제8권 제1호, 2006.07, 96쪽.

43) 김경락, 위의 논문, 97쪽; 통설적 입장은 김성천·김형준, 앞의 책, 281-282쪽; 김일수·서보학, 앞의 책, 243-244쪽; 박상기, 앞의 책, 74-76쪽; 배종대, 앞의 책, 201-202쪽; 손동권, 앞의 책, 160쪽; 이재상, 앞의 책, 114쪽; 임웅, 앞의 책, 180-182쪽; 오영근, 앞의 책, 151-152쪽; 정성근·박광민, 앞의 책, 137-138쪽; 진계호, 「형법총론」, 대왕사, 2003, 275-276쪽 등이다.

44) 위의 각주와 동일.

는 개념은 과거 2단계식 범죄체계상 사용했던 고전적 용어일 뿐이며, 위법성조각여부를 구분하는 기준용어로는 타당하지 않다고 생각한다.

4. 한·독간 상이한 형법규정과 관련한 지적사항

독일 형법 제16조 제1항은 구성요건적 착오에 관하여 “행위시 법적 구성요건에 해당하는 상황을 인식하지 못한 자는 고의로 행위한 것이 아니다. 과실범으로 인한 처벌성에 대하여 영향을 미치지 아니한다.”라고 규정하고 있고, 동조 제2항에 “행위시 법률의 구성요건을 실현하는 상황으로 착오한 자는 경한 법률에 의해서만 고의범으로 처벌될 수 있다.”⁴⁵⁾고 규정을 하고 있다. 동조는 고의범죄의 성립과 관련한 규정이지 법률효과인 형벌을 규정한 조항은 아니다.

반면 금지착오에 관하여는 독일 형법제17조에 “행위시 행위자에게 불법을 행한다는 인식이 결여된 경우, 이러한 착오를 회피할 수 없었던 경우에는 행위자는 책임없이 행위한 것이다. 행위자가 착오를 회피할 수 있었던 경우에는 제49조 제1항에 따라 그 형이 감경될 수 있다.”⁴⁶⁾고 규정하여 전단에 책임을 조각하는 사유로 후단은 형벌을 임의적으로 감경할 수 있다고 규정되어 있다.

한편 우리 형법에서 사실의 착오는 제15조 제1항에 “특별히 중한 죄가 되는 사실을 인식하지 못한 행위는 중한 죄로 벌하지 아니한다.” 라고 규정하여 법률효과규정을 두고, 동조 제2항에 “결과로 인하여 형이 중한 죄에 있어서 그 결과의 발생을 예견할 수 없었을 때에는 중한 죄로 벌하지 아니한다.” 라고 규정하여 법률효과를 규정하고 있다. 동 규정은 독일 형

45) 원문은 § 16 **Irrtum ueber Tatumstaende** (1) Wer bei Begehung der Tat die Einsicht nicht erkennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehoert, handelt nicht vorsaeztlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlaessiger Begehung bleibt unberuehrt. (2) Wer bei Begehung der Tat irrig Umstaende annimmt, welche den Tatbestand eines milderen Gesetzes verwirklichen wuerden, kann wegen vorsaeztlicher Begehung nur nach dem milderen Gesetz bestraft werden 이다.

46) 원문은 § 17 **Verbotsirrtum** (1) Fehrt der Taeter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Taeter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden 이다.

법 제16조상 구성요건적 착오와 전혀 다른 내용을 함축하고 있어 구성요건상 사실과는 상관없는 착오를 규정하고 있다. 동조는 방법의 착오의 경우 적용되지 않고,⁴⁷⁾ 기본적 구성요건과 가중적 구성요건상의 착오에만 적용되는 규정이라는 점이 다수의 입장이다.⁴⁸⁾ 이렇게 양국간 서로 다른 명문 규정에도 불구하고 허용구성요건적 착오의 경우 독일 형법규정과 동일하게 구성요건적 착오의 형식으로 독일의 상대적 다수설의 입장에 따라 해결해야 한다는 점도 문제가 있다고 생각한다.

더욱이 독일 형법 제17조상 금지착오의 경우 행위자는 책임없이 행위한 것이라고 책임조각사유로 규정하고 있고, 우리 형법 제16조는 별하지 않는다고 법률효과를 명시하고 있는데도 불구하고 독일의 제한적 책임설의 입장에서 구성요건적 착오와 동일하게 취급하는 문제도 제기된다. 특히 양 규정에서 정당성 여부나 회피가능성의 여부라는 개념이 동일한 의미인지도 불분명하고 그에 따라 고의범이나 과실범으로 처벌하여야 함⁴⁹⁾도 문제가 제기된다고 생각한다.

IV. 결론 및 입법론적 제안

1. 결론

허용구성요건적 착오의 경우 한·독형법 규정상 과잉방위의 규정이 있기 때문에 이에 유사하게 위법상조각사유와 관련한 해결방식이 타당하다고 생각한다. 세부적으로 양국 모두 형법상 정당방위규정이 있기 때문에 제시된 사례에서 乙의 행위는 우리 형법 제21조 제1항상 정당방위는 성립하지 않는다. 다음으로 乙의 행위는 정당방위의 객관적 상황에 대한 착오이므로 방위의사의 존부와 상관성이 있다. 허용구성요건적 착오의 경우

47) 박상기, 앞의 책, 123쪽.

48) 김일수, 앞의 책, 214쪽; 손동권, 앞의 책, 121쪽; 손해목, 앞의 책, 350쪽; 신동운, 앞의 책, 175쪽; 이재상, 앞의 책, 168쪽; 박상기, 앞의 책, 123쪽.

49) 김일수, 위의 책, 279쪽, 이형국(I), 앞의 책, 241쪽; 장영민, 앞의 논문, 153쪽; 하태훈, “오상방위”, 고시계, 1994/11, 96쪽; 박상기, 위의 책, 348쪽.

행위주체의 방위행위에 대한 방위의사를 인정할 수 없다. 따라서 정당방위는 성립하지 않고, 다만 과잉 방위성 여부를 문제로 삼아 그러한 상황을 회피할 수 있었음에도 행위를 행했다면 과잉방위행위와 유사하게 위법성이 조각되지 않아 고의범이 성립을 인정하고, 반대로 그러한 상황을 회피불가능한 상황 아래서 행위를 행했다면 과잉방위행위와 유사하게 고의범이 성립하지는 않지만, 정황에 따라 임의적 형의 감경을 허용하고, 이 때에도 우리 형법 제21조 제3항에 따라 “야간 기타 불안스러운 상태 하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때에 처벌하지 않는다.”는 규정을 준용·적용하는 것이 훨씬 단순하고 타당하다고 생각한다.

더욱이 심시기준인 회피가능성이란 규범은 방위행위 즉 위법성을 조각하는 부분에 소속하므로 행위론적으로 검토해야하며, 행위자 중심인 위법성 인식에 초점을 맞추어 엄격 책임설이 금지착오로 본다는 문제도, 제한적 책임설이 유추적용하는 문제도, 법효과제한적 책임설이 법정형의 한도 내에서 법적 효과를 인정하지 않는다는 역지를 불식시킬 수 있는 장점도 있다.

나아가 현재의 3단계식 범죄체계상 형식적 또는 실질적으로 존재하지도 않는 불법고의(Unrechtsvorsatz)라는 개념을 인정하여 허용구성요건적 착오에 적용하여 문제해결의 기준으로 제시하는 것도 죄형법정주의 원칙에 위반한다고 할 수 있다. 더불어 3단계식 범죄체계에서 위법성단계에서 발생한 오상방위행위를 위법성의 인식이란 행위자의 책임단계에서 다루는 것도 우리 헌법이나 형법이 요구하는 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수 있다. 또한 위법성단계에서 발생한 오상방위행위를 행위자에게 책임단계에서나 검토대상이 되는 제한적 책임을 인정하여 금지착오의 일종으로 유추해석하는 입장도 명확성의 원칙에 위배될 소지가 있다. 나아가 구성요건단계에서 법익침해결과가 발생한 명백한 고의범을 행위반가치나 결과반가치를 다시 논의하는 것도 3단계식 범죄체계의 정형성을 무시하는 문제라 할 수 있다.

더욱이 구성요건적 고의와 책임고의를 구분하여 후자의 책임고의가 존재하여 금지착오라는 이론 구성도 과거 2단계식 범죄체계의 고전적 범죄

에 입각하여 해결한다는 점에서 고의설이나 소극적구성요건요소이론에서 비판한 내용과 동일한 문제가 제시된다.

2. 입법론적 제안

독일에서 과거 1962년 형법을 개정할 당시에 허용구성요건적 착오를 사실의 착오와 금지착오와 전혀 다른 착오라고 보아 제한적 책임설의 입장에 따라 독일 형법 제20조 규정을 입법론적으로 해결하려고 했으나 독일의 연방의회가 동 규정을 채택하지 않은 연혁이 있다.⁵⁰⁾ 당시 제20조는 “범죄 실행시에 동 범죄의 위법성을 조각하는 사정을 착오로 오인한 자는 고의범으로 처벌되지 아니한다. 다만 동 착오행위가 비난가능성이 있거나 형법에 과실범 처벌규정이 있는 경우에 한하여 과실범으로 처벌된다” 라는 내용을 담고 있었으나⁵¹⁾ 문제가 있다.

이와 유사하게 우리 형법상 개정조항은 “범죄 실행시에 동 범죄의 위법성을 조각하는 사정을 착오로 오인한 자는 위법성이 조각되지 아니한다. 다만 동 착오행위가 야간 기타 불안스러운 상태 하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인하여 회피가능성이 없는 경우에는 위법성이 조각될 수 있다.” 라는 내용을 담은 입법론적 제안도 해 본다. 허용구성요건적 착오의 경우 고의범과 과실범을 구별함에 앞서 회피가능성(비난가능성)이란 기준 유·무에 따라 판단하여야 하며, 행위주체가 동 상황에서 회피할 수 있었을 때에는 고의범의 성립과 가벌성 심사과정을, 반대로 회피 불가능했을 경우는 과실범의 법정형 범위 내에서 감경해야 한다는 Jacobs의 입장⁵²⁾도 부분적으로 타당하기 때문이다.

여기에서 허용구성요건적 착오의 경우 위법성의 조각여부를 개정조항에 명문으로 규정해야 하는 이유는 앞서 언급한 바와 같이 고의범의 성

50) Wessel, a.a.O., § 11 I. 3. b) bb), S. 128.

51) 원문은 “Wer bei Begehung der Tat irrig Umstaende annimmt, welche die Tat rechtfertigen wueden, wird nicht wegen vorsaesatzlicher Begehung bestarft. Er wird jedoch wegen fahrlaessiger Begehung bestarft, wenn ihm der Irrtum vorzuwerfen ist und das Gesetz auch fahelaessiges Handeln mit Strafe bedroht.” 이다. 이에 관하여 Wessel, a.a.O., § 11 I. 3. b) bb), S. 128에서 재인용.

52) Jacobs, *Strafrecht(AT)*, 11/43-11/58.

립이나 과실범의 성립을 논하기 이전에 범죄의 성립요건상 위법성을 조각하는 단계에 해당하기도 하지만, 정당방위 행위를 행한 행위주체도 자신이 행위시 위법성을 조각하는 규범 즉 허용규범인 정당방위라는 행위를 행했다고 인식하고 신뢰하고 있었기 때문이다. 다음 단계에서 비로소 독일이나 한국의 다수설의 입장에서 고의범이 성립하는가, 과실범이 성립하는가를 구별하여야 하고 최종적으로 면책이 된다거나 감경이 된다거나 등 형벌이 부과되는 과정을 거쳐야 하기 때문이다. 이는 오상방위 행위를 행한 행위주체의 입장에서 법의 신뢰성을 인정하는 결과이기도 하지만, 나아가서 법적 전문성을 객관적인 관점에서 구체적인 사례에서 인정받을 수 있는 문제이기도 하다.

다음으로 위법성을 조각하는 사유에 해당하는 기준인 회피가능성 여부를 심사할 경우도 원칙적으로 객관적 정당방위상황의 전제성이 일반인의 관점에서 인정할 수 있는가를 평가하여야 한다. 세부적으로 당시의 상황에서 행위주체가 자신의 방위행위에 대한 개인적으로 위법성을 조각하는 객관적 상황을 판별할 수 있었는가 등이 중요한 기준이며, 다음 단계인 책임단계에서 세부적으로 불법에 대한 인식능력의 여부와 법적 윤리적 가치(관념)를 행위자의 불법판별능력과 관련하여 불법행위가 기대가능했었는가를 고려해야 할 것이다.⁵³⁾

53) Wessel, a.a.O., § 11 I. 3, S. 127.

참 고 문 헌

〈서 적〉

김성천·김형준, 「형법총론」, 동현출판사, 1998.

김일수·서보학, 「형법총론」, 박영사, 2006.

박상기, 「형법총론」, 박영사 2004.

배종대, 「형법총론」, 홍문사 2008.

신동운, 「형법총론」, 법문사 2001.

신동운, 판례백선 「형법총론」, 경세원, 1997.

이형국, 「형법총론」, 법문사 1996.

정영일, 「형법총론」, 박영사, 2005.

손동권, 「형법총론」, 율곡출판사, 2006.

손해목, 「형법총론」, 법문사 1996.

안동준, 「형법총론」, 학현사, 1998.

이재상, 「형법총론」, 박영사 2003.

임 응, 「형법총론」, 법문사 2002.

오영근, 「형법총론」, 박영사, 2006.

정성근·박광민, 「형법총론」, 삼지원, 2006.

진계호, 「형법총론」, 대왕사, 2003.

Adolf Schönke/Horst Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24. Aufl.
C.H.Beck München 1995 (zit. StGB).

Eduard Dreher / Herbert Troendle, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 41.
Aul., C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Muenchen 1983 (zit.
StGB).

Erich Samson : *Strafrecht- I*, 7. Aufl., Frankfurt am Main: Alfred Metzger
Verlag, 1988.

Guenter Jacobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1991.

Guenter Straenwerth, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., 2001.

Hans-Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 3. Aufl.,
DUNKER & HUMBLOT / BERLIN 1978.

Hans Welzel, *Das deutschen Strafrecht*, 9. Aufl., Berlin·New York: Walter de Gruyter&Co, 1969.

Hermann Blei, *Strafrecht II, Allgemeiner Teil*, 18. Aufl., Muenchen 1983.

Johannes Wessels : *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Straftat und Ihr Aufbau*, 27. Aufl, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1998.

Karl Lackner, *Strafgesetzbuch mit Erlaeuterung*. 13. Aul., C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Muenchen 1980 (zit. StGB).

Hans-Joachim, Rudolphi/Eckhard, Horn/ Erlich Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch: Bosonderer Teil*, Bd. II(§§ 80-358), 4. Aufl., (29. Lfg.), Neuwied 1991, Hrsg. von (zit. StGB).

〈논 문〉

강동범, “위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오”, 고시계, 1997.3.

김경락, “오상방위의 형사책임”, 비교형사법연구, 8권1호, 한국비교 형사법학회 2006.

장영민, “위법성조각사유의 착오와 책임설”, 고시계, 1992.7.

정진연, “위법성조각사유의 객관적 전제사실에 관한 착오”, 김종원교수화갑 기념논문집, 1991.

신양균, “정당화 사유의 전제사실에 대한 착오”, 법학연구, 제12집, 1985.

오영근, “법률의 착오”, 고시계, 1994. 11.

천진호, “위법성조각사유의 객관적 전제사실의 착오”, 법학논고, 제7호, 1991. 12.

하태훈, “오상방위”, 고시계, 1994/11.

<국문초록>

정당방위의 상황의 착오란 행위주체가 정당방위의 객관적 상황이 전제되지 않았음에도 불구하고 이를 오인하여 방위행위를 행하는 것을 말하며, 이를 허용구성요건적 착오라고도 말한다. 동 착오는 3단계식 범죄체계에서 구성요건적 행위가 이행된 후 우리 법이 위법성조각을 허용하고 있는 위법성단계에서 발생한 착오의 일종이다. 따라서 동 착오의 경우 행위론적 단계에서 발생한 착오이기 때문에 행위와 관련하여 해석론적 기준이 제시되어야 한다. 그럼에도 불구하고 한·독의 다수설이나 통설은 제한적책임설 또는 법효과제한적 책임설의 입장에서 구성요건상 고의의 탈락 또는 유추 여부나 금지착오로 보아 정당성 여부 또는 회피가능 여부에 따라 해석기준을 제시한다. 그러면서 양 입장은 동 착오의 성격을 사실의 착오도 법률의 착오도 아닌 독자적인 착오라고 말한다.

동 착오의 경우 3단계식 범죄체계상 위법성조각사유와 관련을 갖는 규범이기 때문에 본 연구에서는 행위론적 관점에서 검토하여야 할 사항인가 아니면 행위자의 책임과 관련하여 검토하여야 할 사항인가를 먼저 지적한다. 다음으로 형법상 행위론과 범죄성립의 정형성의 관점에서 동 착오의 입지를 해석론적으로 접근하여 결론에 도달한다.

더욱이 양국간의 사실의 착오나 금지착오에 대한 형법 규정이 서로 상이함에도 불구하고 우리 학계에서 독일의 제한적 책임설 또는 법효과제한적 책임설의 입장에서 구성요건적 착오와 동일하게 취급하는 문제도 지적하였다. 특히 양 규정에서 정당성 여부나 회피가능성의 여부라는 개념이 동일한 의미인지도 불분명하고, 그에 따라 고의범이나 과실범으로 처벌하여야 함도 문제가 제기됨을 밝혔다. 끝으로 동 착오와 관련한 입법론적 초안을 제시하여 그 동안의 논쟁에 관한 종식 대안을 제시함으로써 끝을 맺는다.

주제어 : 허용구성요건적 착오, 고의설, 책임설, 소극적 구성요건요소이론, 오상방위

Strafrechtliche Ueberlegungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum beim Notwehr

Yoo, Yong-Bong*

Die Arbeit beschaeftigt sich im Sinne einer an sogenannten strafrechtliche Ueberlegungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum beim Notwehr gem. § 21 KStGB. Dabei geht es um die strafrechtliche Auslegungsmethode zum Erlaubnistatbestandsirrtum beim Notwehr gem. § 21 KStGB nach den verschiedenen Theorien iVm Vorsatz-, Schuldtheorie und Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Einzelne Untersuchung zum Problem existieren derzeit immer noch viel. In ihr werden zunaechst die relevanten Fall(umstrittene Meinungen) als Problemstellung dargestellt, um sodann die bestimmte Loesungs- und Gesetzgebungsmoeglichkeit einer strafrechtlichen Auslegung zuzufuehren. Ein Schwerpunkt der Untersuchung liegt darin, wie bei dem genannten Erlaubnistatbestandsirrtum beim Notwehr gem. § 21 KStGB nach den umstritten verschiedenen Theorien iVm Vorsatz-, Schuldtheorie und Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen Falgestaltung in Betracht kommt.

Zu fordern ist hier besondere Elemente der "Merkmale" beim Erlaubnistatbestandsirrtum als Gebiet von Rechtsfertigungsgruende.

Ein weitere Schwerpunkt der Untersuchung ist die Frage, wie bei der Probleme des Verneinens nach der herrschenden Meinung als Verbotsirrtum i.S.d § 16 KStGB in Betracht kommt.

Schliesslich erfolgt im letzten Kapital eine besondere Loesung des Verhaeltnisses des Erlaubnistatbestandsirrtums beim Notwehr gem. § 21 KStGB nach der grundlegenden Stufe von Rechtsfertigungsgebiet und einen neuen Rechtsgebungsentwurf.

<p>Key Words : Erlaubnistatbestandsirrtum, Vorsatztheorie, Schuldtheorie, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, Putativnotwehr</p>

* Prof. Dr. jur., Department of Police Administration, Hansei University