

刑法 第 16條에서 “法律의 錯誤”의 內容範圍*

成 樂 賢**

대상판결: 대판 1994.4.15. 제3부 판결 94도365 건축법 위반

I. 사건의 개요 및 판결

본사건 피고인은 건축주로서 전문가인 건축회사에 건물의 신축공사를 맡겼는데 공사 과정에서 구 건축법 제7조의 2의 규정에 의거하여 중간검사를 받았어야 함에도 불구하고 이러한 규정이 있음을 알지 못한 이유로 중간검사를 필하지 않은 사실에 대하여 원심인 서울형사지방법원은 형법 제 16조가 “자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다”고 규정하고 있는 것은 단순한 法律의 不知인 경우가 해당되는 것은 아니고 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에 한하여 벌하지 아니한다는 취지로 해석했다. 이에 대해 피고는 제 16조의 규정에는 단순한 法律의 不知도 포함

* 1995. 3. 14. 제16회 판례연구발표회에서 발표한 내용임.

** 嶺南大學校. 法科大學 教授, 法學博士

되어야 한다는 논지로 상고하였으나 대법원은 원심판결에 일치되는 결론을 내려 상고를 기각했다.

II. 본 판결의 意義

책임의 핵심이 되는 것은 違法性에 대한 認識으로서 이 認識이 결여되면 따라서 책임이 결여된다. 형법 제 16조의 法律의 錯誤(혹은 禁止錯誤) 규정은 법률에 관한 한 그릇된 인식을 가지고 행위를 한 자는 자신의 행위가 위법하다는 사실에 대한 인식이 없었던 것이므로 책임을 물을 수 없다는 규정이다. 이 판례에서 문제시 되는 것은 “法律에 관한 그릇된 認識”의 내용범위이다. 본 판결은 이전 판례의 관행대로 본조에는 ‘범인이 자신의 행동에 대해 구성요건해당성은 인식했으나 특별한 사유에 의해 정당화된다고 잘못 판단한 경우만이 해당되고 단순한 法律에 대한 不知는 이 범위에서 제외된다’는 입장을 재확인하고 있으나 이에 대한 합리성 여부에 대해서는 이론적 고찰이 요구된다.

III. 錯誤理論의 發展과 現況

錯誤란 認識과 現實이 일치하지 않는 경우를 말하는 것으로서, 오늘날 錯誤의 종류로는 일반적으로 크게 事實의 錯誤(構成要件錯誤)와 法律의 錯誤(禁止錯誤)로 나누어 진다. 그러나 오늘날의 錯誤論의 구성에 이르기까지에는 역사적 변천과정이 있었다. 우선 독일제국재판소(Reichsgericht)는 事實의 錯誤(error facti)와 法律의 錯誤(error iuris)라는 두 종류의 착오를 구별하고¹⁾ 사실의 착오에서는 행위상황에 대한 知的要素와 아울러

1) Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts AT, 4. Aufl., S. 275.

불가피하게 행위에 대한 意的要素가 결여되어 이 경우는 결국 고의를 배제하는 것으로 인정하는 반면 법률의 착오의 경우는 법적으로 고려할 만한 가치가 없는 착오로서 고의를 인정하여 처벌가능성에 아무런 영향이 없는 것으로 판단했다.²⁾ 그 당시 제국재판소는 책임의 핵심부분이 되는 違法性에 대한 認識의 의미를 깨닫지 못했으므로 사람이면 누구나 법에 의한 금지규정과 명령규정에 대한 지식을 가져야 한다고 전제하고 이러한 지식(불법인식)의 결여상태에서 범한 법익침해행위는 용서받지 못한다는 기본적인 입장을 취했었다.³⁾

사람에게 법적 행위규범에 대한 완전한 지식을 요구하는 이러한 입장에 대해 반성이 일면서 제국재판소는 착오개념에 스스로 수정을 가했다. 즉 종전의 법률의 착오에 대해 처벌가능성 판정에 무조건 법적 영향이 없다고 단정하던 입장을 바꾸어 이를 刑法外的인 법률의 착오와 형법적 법률의 착오로 나누어 前者의 경우에는 後者和 달리 처벌가능성이 배제될 수 있다고 인정하기에 이르렀다. 이는 이전보다 한 단계 진보한 생각이기는 하였지만 두 가지 점에서 비판을 면치 못했다. 첫째, 刑法的 착오와 刑法外的 착오 사이에 구별기준이 명확하지 못하다는 점과 둘째, 형법의 범위 내에서도 모든 형법적 규범에 대한 완전한 지식을 요구하기는 역시 무리라는 점이다.

독일연방최고법원(BGH)은 비로소 오늘날 일반적으로 인정되는 착오의 체계를 세웠다. 이에 따르면 사실의 착오와 법률의 착오라는 용어 대신 構成要件錯誤(이에 해당하는 우리 형법 제 15조는 事實의 錯誤로 표기)와 禁止錯誤(우리 형법 제 16조: 法律의 錯誤)라는 용어를 사용하여 모든 構成要件標識(記述的 標識, 規範的 標識)에⁴⁾ 해당할 수 있는 대상에 대한

2) RGSt. 2, 269: 12, 275: 37, 142: 57, 205: 58, 11: 59, 225: 61, 208: 63, 218.

3) error juris nocet; nemo censetur ignorare legem.

4) 規範的 構成要件標識에 관한 錯誤는 包攝의 錯誤로서 法律의 錯誤에 포함시킬 수도 있으며 記述的 構成要件標識과 規範的 構成要件標識의 구분 자체에 의문을 제기하는 견해도 나타난다.

착오는 구성요건착오로서 이 경우에는 구성요건 실현을 위해 요구되는 고의, 즉 주관적 구성요건이 결여되어 이미 구성요건 해당성이 부정된다.⁵⁾ 이 경우는 행위자 스스로가 자신의 행위가 구성요건에 해당한다는 사실을 모르는 경우이다.

이에 비해 금지착오는 행위상황에 대한 인식은 있으나 책임의 핵심이라 할 수 있는 위법성의 인식이 결여된 경우이다. 다시 말해 자신의 행위를 금지하는 법질서에 대한 평가가 이루어지지 않은 때이다. 본 판례에서의 착오는 일반적으로 평가할 때 이 금지착오에 해당한다고 할 수 있겠으나 여기서는 作為와 결부된 착오가 아니라 不作爲였다는 특수성에 관련하여 고려의 여지가 남는다. 본건은 真正不作爲犯이므로 자신의 不作爲에 대한 의미, 즉 자신이 무엇을 행하지 않고 있는지에 대한 인식조차(행위상황에 대한 이해)도 결여될 수 있다.

1. 故意說(Vorsatztheorie)

故意說은 故意責任의 전제로 惡意(dolus malus)를 요구하고 이 惡意는 行爲故意와 不法意識을 포함한 개념으로 이해한다. 이 고의설에 의하면 고의책임은 행위자가 의식적으로 법에 위배되는 행위를 했을 때, 즉 위법성에 대한 인식을 가지고 행위를 했을 때에만 인정되므로 여기서의 惡意(dolus malus)는 행위상황에 대한 인식이 없거나 위법성에 대한 인식이 없는 경우에는 배제된다. 이 이론은 사실의 착오나 법률의 착오의 경우 동일하게 故意責任을 부정하고 따라서 이러한 착오에 의한 행위가 과실범에 의해서 처벌되지 않는 한 불가벌의 결과를 가져온다. 이 두 가지 착오의 경우 결과에서 동일하므로, 고의설 중에서 특히 적극적 사고에 의해서 자신의 행위에 대한 위법성의 인식을 요구하는 엄격고의설의 경우에는 양자

5) 구성요건착오의 특수한 경우로 방법의 착오, 객체의 착오, 인과관계의 착오, 감경구성요건에 관한 착오가 포함된다.

의 구별에 대한 실익이 없다.

고의책임을 인정하기 위해 적극적 불법인식이 아닌 잠재적 불법인식으로도 족하다고 보는 制限故意說에서는 사실의 착오와 법률의 착오를 구별할 필요성이 요구된다. 만일 불법인식의 결여가 법과 불법에 대한 정상적이고 일반적 견해와 합치될 수 없는 범인의 잘못된 관점 때문에 비롯된 것이라면 이런 경우를 法敵對的(rechtsfeindlich)이라고 보아 범인은 불법인식이 있었던 것으로 간주한다. 제한 고의설에 의하면 법률의 착오에서의 法敵對性은 고의별로 처벌하는데 비해 사실의 착오에서의 法敵對性은 과실범 처벌규정이 있는 경우에 한해서 과실범으로 처벌될 가능성만이 있기 때문에 양자간의 구별이 필요하지만 (엄격고의설과는 달리) 이 학설은 그 자체의 추상성과 法敵對性이라는 개념의 불확실성 때문에 절대적 지배설에 의해 배척된다.⁶⁾

본 사례에 고의설을 적용하면 어떠한 종류의 착오라도 있었다고 인정되므로 고의가 阻却된다는 결론에 쉽게 이르게 된다.

2. 責任說(Schuldtheorie)

책임설에서는 사실의 착오와 법률의 착오 사이의 정확한 구별이 강요된다. 책임설은 嚴格責任說(Strenge Schuldtheorie)과 制限責任說(Eingeschränkte Schuldtheorie)로 나뉘어 지는데 이 두 학설간의 다름은 違法性阻却事由의 客觀的 前提事實에 대한 錯誤(許容構成要件의 錯誤)의 경우 고의를 배제할 것인가 아니면 이것도 순수한 법률의 착오로 보아 고의성립을 전제로 하되 그 착오의 회피가능성이 없었을 때에만 책임이 조각되고 그렇지 않은 경우는 재량에 따라 감경된 고의벌을 인정할 것인가에 국한된다. 다시 말하면 엄격책임설은 위법성조각사유는 구성요건요소가 아니므로 구성요건착오로 취급할 수 없으며 이를 포함한 모든 위법성에 관한

6) 1952년의 독일 BGHSt 2, 194부터 판례도 책임설을 취한다.

모든 착오의 경우에 일률적으로 법률의 착오를 인정하는데 비해 다수설이라고 할 수 있는 제한 책임설은 위법성에 관한 착오 중 예외적으로 위법성 조각사유의 객관적 전제사실에 관한 착오만은 착오의 대상이 객관적 구성요건요소와 유사하므로 구성요건착오에 관한 규율을 유추적용하여 고의를 배제하고, 그 밖의 일반적인 위법성의 착오 즉, 법이 인정하지 않는 정당화규범이 존재한다고 잘못 믿은 경우 혹은 법이 인정하는 정당화 규범의 내용이나 한계에 대한 착오가 있었을 경우 등은 법률의 착오로 본다.⁷⁾ 독일 판례의 경우도 1952년⁸⁾ 이래로 제한책임설을 채택하고 있다. 그리고 법효과제한적 책임설(Rechtsfolgeeneinschränkende Schuldtheorie)은 허용구성요건의 착오는 법적 효과면에서만 구성요건의 착오와 동일한 것으로 본다. 즉 구성요건고의(Tatbestandsvorsatz)는 인정하되 고의책임(Vorsatzschuld)을 인정하지 않음으로써 법효과면에서 과실범과 동일하게 다룬다. 법효과제한적 책임설은 고의를 인정함에 따라 착오에 빠진 자를 이용하는 교사범과 방조범 등의 공범자를 공범종속성설에 따라 처벌할 수 있는 가능성이 있으므로 논리일관성이 없다는 비판⁹⁾에도 불구하고 이를 추종하는 학자가 많다.¹⁰⁾

IV. 法律의 錯誤의 發生

학설의 일반적 견해에 의하면 다음과 같은 상황에서 법률의 착오가 발생한다고 본다.

7) Baumann/Weber, StrafR AT, S. 418.

8) BHGSt 3, 105.

9) 김일수, 한국형법 I, 1992, 600면.

10) Armin Kaufmann, JZ 1955, 35; Maurach-Gössel-Zipf, Strafrecht AT Teil 2, § 44 Rdnr. 61; Welzel, Strafrecht, § 22 III 1 f; Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 311면 이하. 국내에서는 이형국, 형법총론, 1993, 154면; 이재상, 형법총론, 1994, 338면 이하.

첫째, 단순히 위법성의 인식이 결여된 경우로서 행위자가 금지규범의 존재에 대하여 착오를 일으킨 경우가 이에 해당한다. 행위자가 한 범죄의 완전한 객관적, 주관적 불법구성요건을 실현시켰음에도 불구하고 위와 같은 이유로 위법성인식을 갖지 못하는 경우는 상당히 드문 일이지는 하지만 이런 경우 결과적으로는 책임을 물을 수 없다.¹¹⁾ 형법의 주요부분이 아닌 부수형법의 부분이나 특히 범문화를 달리하는 외국인에게서 이런 종류의 착오가 발생할 수 있다. 그 밖에 금지규범의 존재에 대한 인식은 있으나 그 효력범위에 대한 착오를 일으킨 경우(효력착오)와 금지규범의 해석에 착오(포섭착오)가 있는 경우도 있는데 이 모두를 直接的 禁止錯誤라 칭한다.¹²⁾

둘째, 間接的 禁止錯誤는 직접적 금지착오의 경우보다는 더 빈번히 발생하는 경우인데 이것은 행위자가 자신의 행위가 금지되었다는 사실은 알았으나 특수한 행위상황으로 인해 예외적으로 자신의 행위를 정당화 시켜주는 반대규범이 있다고 잘못 판단한 경우이다. 간접적 금지착오는 두 종류로 나눌 수 있는데, 범인이 범질서가 인정하지 않는 정당화사유를 실제 존재하는 것으로 誤信한 경우(존재착오)와 범질서가 인정하는 정당화사유의 적용범위에 대해 착오를 일으킨 경우(한계착오)이다. 이 밖에 존재하지 않는 정당화 상황을 존재하는 것으로 잘못 믿은 경우(許容構成要件錯誤)는 이 간접적 금지착오에 속하지 않는 특수한 부류의 착오라고 보는 견해도 있으나¹³⁾ 약간의 논란은 있다.

11) Haft, StrafR AT, 3. Aufl. S. 260; 김일수, 한국형법 II, 88면; 배종대, 형법총론, 364면.

12) Schönke-Schröder-Cramer, § 17 Rdnr. 10; Jescheck, StrafR AT, 4. Aufl. S. 410; LK-Schröder, § 17 Rdnr. 9. SK-Rudolphi, § 17 Rdnr. 21 이하. 이와는 달리 Maurach-Zipf, StrafR I, § 38 II B는 “abstrakter” Irrtum과 “konkreter” Irrtum으로 나누어 칭한다.

13) Jescheck, a.a.O. S. 15; 김일수, 앞의 책, 106면 각주 1) 참조. Haft, a.a.O. S. 260과 배종대, 앞의 책, 365면은 다른 견해.

V. 大法院의 見解

이 일반적 학설의 견해에 따르면 본 사례의 착오는 직접적 금지착오로서 책임배제되어 행위자의 행위는 불가벌에 이른다는 결론에 무리없이 일치할 수 있다. 그러나 대법원은 본 사례와 같이 단순한 법률의不知는 법률의 착오에서 제외되며 자신의 행위에 대한 “적극적” 평가를 통해서 이 행위가 법령에 의해 허용된 행위라는 그릇된 인식을 가졌을 경우만 해당한다는 입장을 밝힌다. 이와 유사한 참조판례를 몇가지 살펴보면 다음과 같다.

대판 85도25 미성년자보호법위반: 만 18세 이상의 고등학생이 아닌 미성년자는 경찰당국의 단속에서 제외되는 사실을 알고 있는 유흥접객업소의 업주가 이러한 대상자를 자신의 업소에 출입시키고 주류를 판매한 사실에 대해 만 20세 미만의 미성년자 전부가 미성년자보호법상의 보호대상이 되므로 피고의 행위를 구성요건해당행위로 인정하고 피고인의 착오는 제 16조의 범위에 해당되지 않는 단순한 법률의不知로 보아 범죄성립에 아무런 지장이 없다고 판시한 사례.

대판 89도1476 보건범죄단속에관한특별조치법위반: 피고인이 자신의 행위가 식품위생법상의 허가대상인 줄 모르고 행한 사정은 단순한 법률의 부지에 불과하고 특히 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 않는다고 적극적으로 그릇 인정한 경우는 아니므로 이를 법률의 착오에 기인한 행위라고 볼 수 없다고 판시한 사례.

대판 91도1566 건축법위반: 피고인이 市長 또는 郡守의 허가없이 근린생활시설인 건축물을 교회로 용도변경하여 사용한 행위에 대해서 이 행위가 건축법상의 허가대상인줄 몰랐다는 사정은 단순한 법률의 부지이므로 법률의 착오에 기인한 행위라 볼 수 없다고 판시한 사례.

대법원의 이러한 일관된 견해에 대한 합리성 평가를 위해서 우리 형법 16조에 해당하는 독일 형법 17조를 지탱해온 근본 이념을 살펴볼 필요가 있다. 현행 독일 형법 17조가 성립되기까지 여러번의 발전 과정을 거쳤는데 그 중 하나가 1960년도의 개정초안 21조이다. 이 조문에 의하면 금지착오에 해당되는 사람을 “행위수행시 불법을 행하지 않는다고 잘못 믿는 자”¹⁴⁾로 표기한다. 이 문장을 얼핏 읽을 때 불법인식이 결여된 경우는 모두 포함한다는 내용에 대한 무딘 표현이라고 받아들이기 쉬우나 실상은 초안 작성자가 금지착오에 해당하는 사람을 한정하기 위한 의도가 들어있는 것이다.¹⁵⁾ 단순한 위법성 인식의 결여는 이 초안의 의미의 금지착오에 해당하지 않고 ‘적극적’ 사고에 의해 불법을 행하지 않는다는 그릇된 인식이 있는 경우만이 해당하는 것이다. 따라서 자신의 행동에 대한 위법성을 숙고한 끝에 위법이 아니라는 결론에 이른 사람만이 그 착오 자체에 비난가능성이 있을 경우에 재량에 따른 처벌감경을 누리고 비난가능성이 없을 때에는 불가벌로 처리된다.

그러나 그 당시의 초안의 다른 규정이나 현행 독일형법은 책임능력이란 행위의 불법성에 대하여 인식할 수 있는 知的 要素를 전제로 하는 것으로 인정한다. 즉 정신적 결함에 의해 행위의 불법성에 대한 통찰이 불가능한 사람에게는 책임능력이 없고 이 경우 행위에 대한 책임을 물을 수 없는 것이다.¹⁶⁾ 행위의 불법성에 대한 통찰의 불능성은 불법에 대한 통찰의 결여를 전제로 한다.

예를 들어 범인이 구체적 행위에 대해서 불법하지 않다는 적극적 믿음이 없이, 즉 단순히 그 행위의 불법성에 대해 인식하는 바 없이 행했을 때, 만일 이 행위가 범인의 정신적 결함에 의한 것이었을 때에는 개정초안 24조에 의해 행위의 불법성을 인식할 수 없는 상황이었기 때문에 불가벌

14) “wer bei der Begehung der Tat irrig annimmt, kein Unrecht zu tun”

15) Dreher, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 2. Bd., S. 27; Begründung S. 127.

16) 1960년도 독일형법개정초안 제 24, 25조 참조.

을 인정한다. 동일한 경우를 동 21조에 적용하면 적극적 사고에 의한 위법성에 대한 그릇된 인식이 없었으므로 금지착오에서 제외되어 책임을 인정하게 되는 모순에 이른다.¹⁷⁾ 그러나 초안 작성자는 이러한 규정을 두는데 특별한 취지가 있었다. 그것은 생각없이 법(행위의 불법성)에 무관심한 사람을 불법성에 대해 사려깊게 숙고한 사람과 같이 이익을 주어서는 안된다는 것이다.¹⁸⁾ 그렇지만 생각없이 법에 무관심한 사람에게 이익을 주는 결과를 방지하기 위해 특별규정을 둔다거나 금지착오의 개념을 축소하여 단순한 불법의식의 결여를 여기에서 제외할 필요가 없다. 왜냐하면 법에 대한 무관심으로 인해 자신의 행동의 법적 의미를 깨닫지 못하는 사람도 행동의 불법성에 대한 인식을 현실화할 수 있는 상태가 아니기 때문이다. 이런 경우의 범인을 처벌한다는 것은 책임없는 자에 대한 처벌이 될 수 밖에 없다. 따라서 이런 경우의 처벌은 피해야 한다. 혹은 그렇지 않으면 행위자에게 불법성을 인식할 능력이 있는 상태이다. 이런 경우는 착오의 회피가능성의 정도에 따라 재량에 의한 처벌가능성 및 형량이 정해질 수 있다. 이를 통해 법에 무관심한 사람에 대한 일률적인 우대는 회피될 수 있다.¹⁹⁾

책임설에 있어서 금지착오의 의미는 그 착오 자체에 있는 것이 아니라 그 착오가 불가피한 경우 행위자에게는 합법적 행동에 대한 동기부여의 능력이 제거된다는 점이다. 이러한 점에서 금지착오의 형태, 즉 위법성인식 결여의 이유나 질은 중요하지 않다. 합법적 행위에 대한 동기부여는 각 개인의 능력과 주어진 상황에 의해 결정되는 것이며 그릇된 인식의 형태 혹은 올바른 인식이 결여된 이유 등에 의해 결정되는 것은 아니다. 보통의 경우 현실적인 불법인식의 존재와 함께 합법적 행동에 대한 동기부여의 가능성이 함께 주어 진다고 볼 수 있기 때문에 이러한 상태하에서의 범인에게 완전한 책임을 물을 수 있는 것이다. 책임은 평균인의 합법적 행동에

17) Armin Kaufmann, FS-Eb. Schmidt, S. 325 f.

18) Dreher, a.a.O.

19) Armin Kaufmann, a.a.O.

대한 동기부여의 능력에 상응한다.²⁰⁾ 이러한 관점에서 볼 때 위법성 인식의 결여가 단순한 법률에 대한 無知에서 비롯되었든 혹은 위법성 판단을 위한 숙고 끝에 이어진 그릇된 인식이든 구별할 필요성이 없는 것이고 단지 착오의 回避可能性 여부만이 중요한 것이다.

1960년도 독일형법초안자의 근본취지는 학계와 판례에 의해 일방적으로 비판을 받았으며 현행 독일 형법 17조는 “행위수행에 있어서 불법을 행한다는 통찰(Einsicht)이 결여된 경우”²¹⁾라는 문언을 사용하고 있다.

우리 형법 16조의 근본적 입법취지를 독일 형법 17조에서 찾아야 한다면 우리 대법원이 일관되게 취해오는 입장은 이에 대한 특별한 이유나 근거를 제시하지 않는 한 받아들이기 어렵다. 대법원의 입장은 독일제국재판소 시절에 착오의 종류를 事實의 錯誤와 法律의 錯誤로만 나누고 “法律의 不知는 용서받지 못한다”라는 견해에 얽매어 법률의 착오에 대한 법적 평가가치마저 부정한 낡은 사고방식을 탈피하지 못한 입장이며²²⁾ 최초의 잘못된 판결에 대한 비판 없이 이를 답습하는 결과라 하겠다.

VI. 正當한 理由

형법 16조는 “...誤認에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다”라는 규정으로 誤認에 정당한 이유가 있을 것을 요구한다. 이것은 행위자의 착오가 회피가능했었는가의 여부를 묻는 것이다. 回避可能性의 판단척도로 독일연방최고법원(BGH)은 양심의 긴장(Gewissensanspannung)을 들고 있으나 형법규범이 일반적 의미의 도덕률과 항상 일치하지 않으므로 양심의 긴장을 형법적 의미의 위법성 판단의 기준으로 삼는다는 무리가

20) Armin Kaufmann, 앞의 논문 328면.

21) “Fehlt dem Täter bei der Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld. ...”

22) 김일수, 앞의 책, 107면.

있다고 해야 하며 오히려 개인의 知的認識能力이 판단기준으로 적합하다. 단, 법규범이 도덕률과 일치할 때에는 일반인이라면 이에 대한 착오는 회피가능했을 것이라고 판단할 수 있고 그렇지 않은 경우 행위자는 법규범에 대해 문의하고 照會할 의무가 있다고 인정해야 한다.²³⁾

본 사건에서 행위자는 도덕률과는 거리가 있는 건축법의 의무규정을 어겼으므로 후자의 경우에 속한다. 따라서 본건 피고인은 건축업을 직업으로 하는 사람이 아니라고 하더라도 건축주로서 건축시공에서 요구되는 모든 의무규정에 대해 照會해야하는 의무가 있는 것이다. 자신이 직접 시공하지 않고 건축업자에게 이를 맡기는 경우에도 시공업자에게 모든 의무규정을 파악하여 준수하게 할 의무가 있고 그렇지 않은 경우 자신이 책임을 부담해야 한다.

VII. 結論

본 사건 피고의 중간검사 의무규정을 어긴 不作爲가 可罰的이라는 결론과는 동일하지만 가벌성의 근거는 단순한 法律의 不知가 금지착오에서 제외된다는데 존재하는 것이 아니라 착오의 회피가능성에 존재한다고 판단하는 것이 합리적이다.

23) SK-Rudolphi, § 17 Rdnr. 30은 3 단계의 평가기준을 제시한다.