

許容構成要件錯誤

成 樂 賢 *

I. 序論

형법상의 착오를 크게 두가지로 구분한다면 構成要件錯誤와 禁止錯誤로 나눌 수 있다. 구성요건착오란 고의가 미쳐야 할 구성요건표지의 일부를 인식하지 못한 경우이며¹⁾ 그에 비해 금지착오는 행위의 위법성에 관한 착오이다. 즉 범인은 자신이 무엇을 행하는지 알지만 그 행위가 금지된 것이 아니라 허용된 행위라고 잘못 믿은 경우가 금지착오이다. 구성요건착오의 경우와 마찬가지로 금지착오는 자신의 행위가 허용되었다고 적극적으로 믿은 경우 뿐 아니라 행위의 법적 평가에 대한 표상 자체가 결여된 경우도 성립된다.²⁾ 금지착오는 다시 직접적 금지착오와 간접적 금지착오로 나뉜다. 직접적 금지착오는 범인이 금지규범을 알지 못했기 때문에, 혹은 알았더라도 더 이상 효력이 없는 것으로 알

* 영남대학교 법학대학 교수

1) Jescheck-Weigend, AT, 5. Aufl., § 29 V. 1. a).

2) Jescheck-Weigend, a.a.O., § 41 II 1.

았거나 해석을 잘못하여 자신의 행위에 적용되지 않는 것으로 생각하여 행위가 허용된 것으로 믿은 경우를 말하며, 반면에 간접적 금지착오는 범인이 자신의 행위가 그 자체로서는 금지되었다는 사실을 구체적으로 인식하나 법이 인정하는 정당화 사유의 법적 한계를 틀리게 알았거나 법이 인정하지 않는 정당화 사유가 존재하는 것으로 믿음으로써 자신의 행위를 정당화하는 반대규범이 작용할 것으로 믿은 경우이다.³⁾ 이것을 허용착오(Erlaubnisirrtum)라는 말로도 표현한다.⁴⁾

그밖에 구성요건착오와 간접적 금지착오의 중간적 위치에 놓이는 독자적 착오의 종류로서 우리나라에서는 일반적으로 違法性阻却事由의 客觀的 前提事實에 관한 착오로 일컬어지는 許容構成要件錯誤(Erlaubnistatbestandsirrtum)가 있다.⁵⁾ 법질서가 실제로 인정하는 정당화 사유가 행위 당시 존재하지 않으나 존재하는 것으로 오인했기 때문에 자신의 행위가 정당한 것으로 인식한 경우가 이에 해당한다. 이 착오의 경우 객관적 정당화 상황에 대한 잘못된 인식으로 인해 고의범의 불법이 이미 탈락되는지 혹은 고의범의 불법은 이미 인정되고 책임에관 관련이 있는 것인지에 대해 법률이 확정하지 않고 있으므로 이 착오의 법적 취급에 대해 이론상 매우 심한 다툼이 있다. 구성요건단계에서의 착오에만 고의를 조각하는 효과를 부여하는 嚴格責任說은 허용구성요건착오나 허용

3) LK-Schroeder, 11. Aufl., § 17 Rdnr. 9; Sch-Sch-Cramer, § 17 Rdnr. 10; Maurach-Zipf, AT I § 38 Rdnr. 14 ff.

4) 허용착오는 다시금 법으로 인정되지 않는 정당화사유가 존재하는 것으로 오인한 존재의 착오(Bestandsirrtum)와 법이 인정하는 정당화 사유의 범위에 대해서 착오를 일으킨 한계의 착오(Grenzirrtum)로 구분한다. 그러나 이러한 구분은 엄격히 따지자면 필요하다는 견해도 나타난다. 예를 들어 긴급피난이나 정당방위 상황에서 자신의 보호하고자 하는 법익을 보호하기 위해 법이 인정하는 범위를 벗어나는 침해행위를 해도 좋은 것으로 잘못 인식하는 자는 법이 인정하지 않는 정당화 사유를 표상한 것으로 평가할 수도 있기 때문이다, Geerds, Jura 1990, 424.

5) Dreher, Heinitz-Festschrift, S. 223; Krümpelmann, GA 1968, 129 ff; Jescheck-Weigend, a.a.O., § 41 IV. 1.

착오의 경우 모두 고의와는 상관없는 것으로 보아야 할 것이다. 사실 엄격책임설을 따른다면 위법성 단계에서의 착오는 책임인정 여부만이 문제가 된다. 그러나 制限的 責任說은 허용구성요건착오의 경우 이 원칙에 대해 부분적 예외를 인정한다. 반면 소수설에 해당하는 고의설의 견해는 구성요건단계의 착오와 위법성 단계의 착오를 구별하지 않고 행위의 불법에 관련한 모든 착오에 대해서 고의를 조각하는 효과를 부여한다. 消極的 構成要件標識理論도 결과에서는 이와 동일하다. 이렇듯 각 이론은 허용구성요건착오의 법적 취급에 있어서 서로 다른 결과에 이르기 때문에 각 이론에 대한 비판적 검토가 필요하다.

II. 허용구성요건착오의 犯罪體系上的 위치

구성요건착오가 구성요건의 단계에서 검토되어야 하고 직접적 금지착오가 책임의 단계에서 논의되어야 한다면 간접적 금지착오인 허용착오(예: 담배를 피우며 어른에게 불손한 행동을 하는 동네 중학생들에게 체벌을 가하며 훈육한 경우, 혹은 현장범으로 적발된 자에 대해서는 도주를 방지하기 위해서 상해를 가하여도 좋고 만약의 경우에는 살해를 해도 무방하다고 믿고 행위한 경우)와 함께 허용구성요건착오(예: 음식점에서 장난감권총으로 손님을 거짓으로 위협하는 여종업원의 행동을 상황이 심각하다고 오인한 경찰이 총기를 사용하여 저지한 경우)는 위법성의 단계에서 검토되어야 한다.

구성요건착오가 객관적 구성요건표지와 관련되는 착오라면 허용구성요건착오는 정당화사유의 결여라는 위법성의 객관적 전제에 관련한 착오이므로, 3단계법죄체계에서라면 허용구성요건착오는 위법성단계에서 논해지는 것이 당연하다. 범인이 상대방의 승낙을 통해서 자신에게 주어진 물건을 손괴한다는 오인에 의해서 물건을 손괴한다면 허용구성요건착오이고 반면에 타인의 물건을 자

신의 물건인줄 알고 손괴하는 경우는 구성요건착오라는 논리에 따르면 구성요건착오와 허용구성요건착오는 동일하게 객관적 상황에 따른 평가에 의해서 확정되어야 하며 따라서 허용구성요건착오를 책임에서 논하게 된다면 체계에 위배되고 모순될 것이다. 엄격책임설이든 제한적 책임설이든 허용구성요건착오를 책임문제로 인식하고 그 행위의 구성요건해당성과 함께 위법성까지 이미 인정한다면 이는 행위자에게 부당한 취급이 될 것이다.⁶⁾

III. 각 이론에 대한 비판적 고찰

1. 故意說

1) 嚴格故意說과 制限的 故意說

엄격고의설은⁷⁾ 어떤 행위를 고의범으로 처벌할 수 있기 위해서는 행위자의 객관적 행위상황에 대한 인식이나 결과발생의 의도 뿐 아니라 행위의 위법성에 대한 인식까지 존재할 것을 요구한다. 즉 여기서는 고의란 그 핵심과 기초로서 객관적 구성요건표지에 대한 인식이나 의도 외에 가벌성에 대한 인식 혹은 법에 거슬러서 행위를 한다는 인식을 요구하는 독립적 책임요소로 이해하는데서 출발한다. 이러한 고의는 범인에게 자신의 행위나 부작위가 일반의 안녕이나 공동체생활에 불가결한 규범에 위배된다는 인식이 있는 경우 혹은 법질서에 위배하여 불법을 행한다는 인식이 있을 때 존재한다.⁸⁾

6) Herzberg, JA 1989, 296.

7) Lang-Hinrichsen, JR 1952, 184; Schönke-Schröder, 17. Aufl., § 59 Rdnr. 76 ff; Schröder, MDR 1950, 646; ders., ZStW 1953, 178 ff.

8) Schönke-Schröder, 17. Aufl., § 59 Rdnr. 116.

엄격고의설에서는 범인의 불법인식이 현재적으로 존재할 것을 요구한다는 공통점은 있으나 그밖의 내용에 있어서는 다양성이 나타난다. 이 이론의 범위에서 Schmidhäuser는 不法認識을 법익침해적 행위를 구성하는 모든 요소에 대한 인식 뿐 아니라 責任標識로서 고의성의 구성성분으로 보는데 비해⁹⁾ 불법인식과 순수한 책임요소로서의 고의를 동등시하며 행위인식과 행위의사에 불법요소가 있는 것으로 파악하는 견해도 나타난다.¹⁰⁾ 엄격고의설의 일반적 견해에 의하면 불법인식은 우선 법사회의 기반을 침해한다는 인식(實質的 不法認識: materielles Unrechtsbewußtsein)이라기 보다는 위법성에 대한 인식(形式的 不法認識: formelles Unrechtsbewußtsein)을 뜻하는데 비해¹¹⁾ Schmidhäuser는 불법인식은 형법이나 그밖의 실정법을 침해한다는 데 대한 인식을 요구하는 것은 아니라 실체적 불법이라는 의미에서의 공동체 생활의 기본적 요구를 침해한다는 인식을 요구한다.¹²⁾ 이 이론에서의 불법인식의 척도는 범인의 법의 존재에 대한 긍정이 아니라 법사회의 불법관정이므로 確信犯이 고의범으로 처벌될 수 있을 것인가의 여부는 이 이론에서 문제가 되지 않는다. 확신범은 자신의 범행에 대한 확신을 법사회에 반항하여 성립시키기 때문에¹³⁾ 대체로 실질적일 뿐 아니라 형식적 불법인식을 가지는 것으로 인정될 수 있으므로 고의범 처벌은 당연히 가능한데 비해, 오히려 법의 요구에 대해 무관심하기 때문에 그 요구를 모르는 法無知者(Rechtsblinde)는 고의설에 의하면 고의범에 의한 가벌성이 극히 제한되는 혜택을 누리게 되는 불합리성이 나타난다. 따라서 제한 고의설에 의해 범무지자나 法敵對者는 고의범으로 처벌해야 한다는 제안이 제기된다.¹⁴⁾ 그러나 엄격책임설의 입장에서는 이런 제한은 고의설의 명제에 부

9) Schmidhäuser, AT, Studienbuch, 7/35 ff.

10) Langer, GA 1976, 208 참조.

11) Geerds, Jura 1990, 429.

12) Schmidhäuser, a.a.O., 7/74.

13) Schönke-Schröder, 17. Aufl., § 59 Rdnr. 116.

14) Mezger, Kohlrausch-Festschrift, S. 180 ff.

합하지 않으며 결론에서 범인에게 불리한 금지된 유추적용에 이르게 된다는 이유로 반대한다.¹⁵⁾

고의설은 금지규범을 규정하는 독일형법 17조의 법문에 더 이상 부합하지 않는다는 비판이 주어지는데 이에 대해 Schmidhäuser와 Langer는 독일형법 17조를 과실범에 한정적으로 적용함으로써 문제를 해결하고자 한다. 즉 17조 1문은 16조 1항 2문에 의해 과실범에 의한 가벌성은 그대로 인정될 수 있는 사례에 대해 착오의 회피가능성이 없으면 범인에게 불가벌을 규정하는 것이며, 17조 2문은 고의를 조각하는 착오에서 행위하는 자가 착오를 회피할 수 있던 경우에 적용된다는 것이다. 이와 같이 고의설의 기초위에서 17조의 법문에 일치하는 독자적인 적용범위를 제시함으로써 고의설은 16, 17조에 위배된다는 비판에 대응하고자 하는 노력을 보인다.¹⁶⁾

2) 수정된 고의설

Arthur Kaufmann¹⁷⁾의 견해를 이어 받아 Otto에¹⁸⁾ 의해 성립된 수정된 고의설이 기존의 고의설과 구분되는 특징은 고의에는 不法構成要件標識로서의 실체적 불법인식(materielles Unrechtsbewußtsein)만이 포함되는 것으로 이해하고 형식적 불법인식(formelles Unrechtsbewußtsein)은 책임요소로서 고의에서 배제하는 데 있다. 이 이론에 따르면 고의는 목적적 불법요소와 행위상황에 대한 인식, 그리고 그것의 사회적 의미내용, 심정반가치, 사회해악성에 대한 인식의 합성물이다. 따라서 고의의 구조적 구성요소라고 할 수 있는 실체적 불법인식은 목적적 불법요소를 전제로 한다. 왜냐하면 이 목적적 불법요소가 범인에게 자신의 행위의 사회해악성에 대한 인식을 갖게하는 자료를 제공하기

15) Schröder, MDR 1950, 650.

16) Geerds, a.a.O.

17) Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949.

18) Otto, ZStW 1975, 590 ff.

때문이다.¹⁹⁾ 따라서 고의는 종래 인식되어 온 害意(dolus malus)로 이해된다.

이 견해에 따르면 책임설의 行爲故意(Tatvorsatz)에 해당하는 목적적 요소가 결여되는 경우나 실체적 불법인식이 결여되는 경우는 고의가 당연히 탈락된다. 그런데 목적적 고의요소가 결여된 경우를 구성요건착오로서 독일형법 16조가 규정하고 반면 형벌에 의해 금지된 행위를 실현한다는 인식이나 위법적으로 행위한다는 인식과 같은 형식적 불법인식이 결여된 경우를 금지착오로서 17조가 규정하는 것과는 달리 실체적 불법인식이 결여된 사례를 입법자는 명시적으로 규정하지 않고 있다는 점이 이론으로 해결되어야 할 하나의 문제점이라고 할 수 있겠다. 이 문제점에 대해 수정된 고의설은 人格의 不法理論(personale Unrechtslehre)의 명제를 빌어 고의범 처벌을 위해서 행위자의 사회유해성에 대한 인식을 요구함으로써 명쾌한 해결을 볼 수 있다고 믿는다. 즉 고의범으로 처벌될 수 있기 위해서는 사회유해성에 대한 인식이 있어야 한다면 이러한 인식이 결여된 경우는 모두 고의를 조각하는 착오로 분류되어야 할 것이다. 자신의 행위가 법사회의 기반을 침해한다는 인식을 못하기 때문에 자신의 행위의 사회적 의미 내용을 알지 못한다는 점만이 착오의 성격을 구분하는 기준이 된다는 인식하에서는 행위자의 착오가 구성요건착오이든 허용구성요건착오이든 허용착오이든 모두가 동일한 의미를 갖기 때문이다. 이로써 고의를 배제하는 착오와 금지착오의 구분이 가능하고 구성요건단계의 착오와 위법성단계의 착오에 대한 통일적 취급을 가능하게 한다고 주장한다. 따라서 책임설과는 달리 수정된 고의설은 특정한 불법을 구성하는 표지가 구성요건단계에 속하든 위법성단계에 속하든 차이를 들 필요가 없다.²⁰⁾

고의설을 비판하는 입장에서 고의설은 고의범 처벌가능성이 제한된다는 견해에 대하여 수정된 고의설은 가벌성의 공백을 줄일 수 있다는 점에서 오히려 형사정책적으로도 유리하다고 주장한다. 未必의 不法認識으로 충분하다는 것을

19) Schröder, MDR 1950, 648 f.

20) Geerds, a.a.O., S. 430; Schröder, MDR 1959, 649.

전제로 한다면, 범인이 형법에 의해 보호되는 법익을 침해한 경우 보호되는 법질서의 근거는 교육과 일상생활의 살아있는 구성부분이라 할 수 있으므로 범인이 그 법사회나 동일한 문화권에 속하는 법사회에서 성장했다면 범인은 일반적으로 불법인식을 가졌던 것으로 추정되는 것으로 인정할 수 있다는 논거이다.²¹⁾ 그렇다고 하더라도 고의설의 불법인식요구는 형법의 가치중립적 질서유지작용이 근본이 되는 부수형법부분에서 어려움이 발생할 수 있다. 여기서는 불법인식을 위해서는 침해되는 규범에 대한 인식이 요구되기 때문이다. 마지막으로 고의설은 상응하는 과실범규정이 없는 경우에 불만족스러운 결론에 이른다는 비판이 가해진다. 고의설은 이에 대해 실체적 불법인식이 부정되는 경우, 과실범 처벌은 예외적 규정이므로 범인의 불가벌성에 이르게 되는 경우가 보통이라고 인정하면서 그 불만족성은 이론상의 문제가 아니라 입법에 관한 문제로 돌린다.²²⁾

2. 消極的 構成要件標識理論

소극적 구성요건표지이론은²³⁾ 정당화 사유를 總體的 不法構成要件(Gesamt-Unrechtstatbestand)의 구성부분으로서 해석하여 개개의 정당화 요건을 소극적 구성요건표지로 본다. 고의에 대한 이해에서 소극적 구성요건표지 이론은 엄격책임설과 본질적 차이를 둔다. 즉 엄격책임설이 고의를 법적 구성요건에 관련된 실행의사와 행위상황의 인식에 지나지 않는 것으로 이해하는 반면 여기서는 그 외에도 범인이 정당화 구성요건의 객관적 요건을 충족시키는 행위 또는 행위상황이 아니라는 데 대한 인식도 고의에 포함시킨다. 따라서 구

21) Otto, Grundkurs AT, § 7 V. 1.

22) Geerds, a.a.O.; Langer, GA 1976, 210 f.

23) Arthur Kaufmann, JZ 1954, 653 ff; ders., Lackner-Festschrift, S. 194 ff; Schünemann, GA 1985, 347 ff; Schroth, Arthur Kaufmann-Festschrift, S. 595.

성요건착오의 규정은 허용구성요건착오에 직접 적용되며 회피가 가능했던 착오의 경우에 한하여 과실범처벌규정이 있다면 과실범처벌만이 가능하다. 그 결과 共犯의 처벌가능성도 배제된다.

이 이론에 대해서는, 정당화표지가 소극적 구성요건에 포함된다면 고의는 정당화사유의 결여에 대한 인식을 포함해야 할 것인데 범인들은 대체로 이에 대해 정당화사유의 결여에 대해서는 의식을 전혀 갖지 않으며 따라서 고의범으로 처벌될 가능성이 극히 제한된다는 비판이 제기된다.²⁴⁾ 또한 정당화사유에 대한 인식을 통해 고의범의 행위반가치가 이미 탈락된다고도 할 수 없다. 범인이 주관적으로 자신의 행위가 합법적이라고 믿음으로써 이미 행위반가치가 탈락되는 것이 아니고 정당화사유에 대한 인식과 객관적 정당화상황이 일치할 때 비로소 탈락되기 때문이다. 여기서의 범인은 구성요건의 呼訴機能(Appellfunktion)을 인식했다는 데 의미가 있다.

이러한 소극적 구성요건표지이론에 대한 비판에 대한 반론으로서 이 이론은 소극적 행위상황의 결여에 대한 표상을 요구하는 것이 아니라 소극적 행위상황의 존재에 대한 표상의 결여를 전제로 할 뿐이라고 밝힌다. 다시말해 고의는 범인이 정당화상황을 표상하지 않음을 전제로 하되 전체적인 정당화사유의 요건이 결여되었다는 데 대한 인식을 요하는 것은 아니라는 것이다.²⁵⁾ 그밖에 고의인정을 위해서는 범인의 정당화상황의 결여에 대한 인식이 요구되나 그러한 인식은 보통 隨伴意識(Mitbewußtsein)의 형태로 존재한다는 견해도 제시된다.²⁶⁾

그러나 이 허용구성요건착오에 관한 논의 이전에 구성요건과 위법성을 구별하지 않는 소극적 구성요건표지이론에 대해 구성요건과 위법성은 구별되어야 할 실체적 의미가 있다는 체계론적 비판이 가능하다. 즉 구성요건에 해당되지 않는 행위를 한 사람과 구성요건해당행위를 하되 위법성조각사유를 가지고 행

24) 성낙현 역, 독일형법의 이론과 연습, 169면 이하.

25) 성낙현 역, 전제서 171면.

26) Roxin, MSchrKrim 1961, 213; Arthur Kaufmann, JZ 1956, 357.

한 사람은 불법을 행하지 않았다는 점에서는 동일하나 전자는 구성요건 해당행위를 하지 않았고 후자는 정당하게 구성요건해당행위를 했다는 점에서 형법적 의미는 동일하지 않다. 왜냐하면 착오의 경우 전자가 일반적 주의의무의 동기 밖에 갖지 않는데 비해 후자는 행위상황에 대한 인식을 가지고 있었으므로 자신의 행위의 정당성에 대해서 정확히 숙고할 더욱 강한 동기를 갖는다고 보아야 하므로²⁷⁾ 양자간의 법적 의미와 취급은 달라야 하는데 소극적 구성요건표지이론은 이를 염두에 두지 않는 단점이 있다.

3. 責任說

1) 嚴格責任說

목적론적 범주에서 발생한 엄격책임설은²⁸⁾ 구성요건착오만 고의를阻却하고 법적으로 인정되는 정당화 사유에 관련한 행위상황의 착오는 단순히 금지착오로 취급한다. 이 이론은 고의란 단지 객관적 구성요건표지에만 관련된 것으로 이해하므로 여기서의 고의는 법정 구성요건에 서술된 행위를 실현하겠다는 인식과 의도를 초과하지 못하므로 불법을 실현한다는 범인의 인식은 당연히 고의와는 상관이 없는 요소로 인정된다. 위법성단계에서의 착오는 그것이 상황을 잘못 판단한 데서 기인한 것이든, 자신의 행위에 대한 법적 평가가 잘못된 데서 기인한 것이든 차별없이 금지착오로 취급되어야 한다. 따라서 정당방위 상황이라고 잘못 믿었기 때문에 상대방을 살해한 범인도 고의 살인범으로 인정되며 그의 착오는 책임을 감경시키거나 착오가 회피불가능했던 경우라면 책임을阻却시키는 작용만을 하게 된다. 따라서 이 이론은 결과에서 법감각에 부합하

27) 성낙헌 역, 독일형법의 이론과 연습, 170면.

28) Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, S. 220ff; ders., ZStW 1982, 257ff; Armin Kaufmann, JZ 1955, 37; Welzel, ZStW 1955, 208ff; ders., Lehrbuch S. 164ff.

지 않는다는 비판을 받는다.²⁹⁾

자신의 행위를 정당화시켜주는 사유가 존재하는 것으로 잘못 알았기 때문에 그것을 허용된 행위로 인식하고 행하는 자는 목적설정이라는 관점에서 법규범에 합당하다. 이 경우 행위자의 合法과 不法에 대한 판단은 입법자의 판단과 일치한다. 법질서가 금지한 행위를 하고자 결심한 자만이 고의로 행한다고 할 수 있기 때문에 주의의무를 다하지 않았던 결과 금지된 행위를 합법적이라고 오인한 행위자는 주의의무위반에 대해서만 과실범의 가벌성이 인정되어야 한다.³⁰⁾ 반면에 금지착오에 빠진 행위자는 입법자의 합법과 불법에 관한 판단과는 다른 판단을 하고 있는 것이고 이 점은 고의의 성립에는 영향을 주지 않으며 고의범죄의 책임감경의 정도에만 영향을 줄 수 있는 것으로 허용구성요건착오와는 양적인 차이가 아닌 질적인 차이가 있다. 그럼에도 불구하고 엄격책임설이 허용구성요건착오도 금지착오로 취급하고자 한다면 양자간의 이러한 가치 차이를 간과하는 것이다.³¹⁾

2) 制限的 責任說

판례와 다수설은 허용구성요건착오에서 고의범처벌을 부정하고 행위에 상응하는 과실범규정이 존재하는 범위내에서 범인을 과실범으로 처벌함으로써 엄격책임설에 대한 제한을 가하려고 한다.³²⁾ 허용구성요건 착오에 있어서는 고의범 처벌이 배제된다는 결론에 대해서는 견해가 일치되지만 그 논거에 있어서는 일치하지 않는다. 다만 法效果制限責任說은 허용구성요건착오에서의 고의를 행

29) Jescheck-Weigend, AT § 41 IV 1 b) 각주 51 참조.

30) Roxin, AT I, § 14 Rdnr. 62.

31) Roxin, a.a.O., Rdnr. 63.

32) Engisch, ZStW, 1958, 583ff; Roxin, AT I § 14 Rdnr. 62; Kühl, AT § 13 Rdnr. 73; Krümpelmann, GA 1968, 129; Stratenwerth, AT Rdnr. 503; Sch-Sch-Cramer, § 16 Rdnr. 18; BGHSt 3, 106; 196; 359; BGH NSTz 1983, 500 등 참조.

위의사를 담고 있는 대상으로 인정한다는 점에서 여타의 이론들과 구별된다. 광의의 제한책임설에는 협의의 제한책임설(구성요건착오 유추적용설)과 법효과 제한책임설이 포함된다.³³⁾

(1) 法效果制限責任說

가장 보편화된 법효과제한책임설(rechtsfolgenbeschränkende Schuldtheorie)은³⁴⁾ 허용구성요건착오에 고의를 배제하는 효과를 부여하지 않는다. 다만 고의범죄에 해당하는 행위를 범인의 감경된 책임 때문에 법효과면에서만 과실범과 동일하게 취급하고자 한다. 이 이론을 주장하는 학자들은³⁵⁾ 고의가 二重의 地位를 가지고 있다는 점에서 출발한다. 즉 고의에는 행위고의로서 구성요건해당성의 요소라는 지위와 고의책임으로서 독자적 책임요소라는 지위가 동시에 존재한다는 것이다. 그런데 행위자가 허용구성요건착오에 의해 행위를 한 경우 행위불법의 중심체인 행위고의(Tatvorsatz), 즉 범행실현의사는 영향을 받지 않고 그대로 존속하나 심정반가치는 탈락되며 따라서 고의책임도 탈락된다. 여기에서 범인은 객관적으로 존재하는 법의 의미에서 합법적으로 행위하고 있다고 믿음으로써 정당화인식을 가졌고 그로부터 행위불법의 감소 혹은 부존재라는³⁶⁾ 결과가 나타난다.

이러한 착오의 경우 과실범과 동일하게 취급해야 하는 다른 이유는 책임내

33) 이 점에 대해서는 광의의 제한책임설의 개념을 염두에 두지 않고 단순히 구성요건 착오를 유추적용한다고 하는 제한책임설과 법효과제한책임설만의 대립관계로 이해할 수도 있다.

34) Jescheck-Weigend, AT, § 41 IV. 1. d). 이재상, 형법총론, 1999, § 25/14; 박상기, 형법총론, 1997, 247면; 배종대, 형법총론, 1999, 91/6 등 우리나라의 다수설이다.

35) Maurach-Zipf, AT I § 37 Rdnr. 43; Herdegen, BGH-Festschrift S. 208; Gallas, Bockelmann-Festschrift S. 169 ff; ders., ZStW 1955, 45 f; Krümpelmann, GA 1968, 142 ff; Wessels, AT Rdnr. 478 f; BGHSt 31, 286 f.

36) Nowakowski, Juristische Blätter 1972, 30.

용이 고의범의 경우와는 다르다는 점이다. 범행고의를 형성하게 된 동기는 법에 대한 그릇된 성향에서 기인하는 것이 아니라 상황에 대한 판단에서 부주의했기 때문이다. 범인이 법이 인정하는 정당화 사유가 존재하는 것으로 잘못 인식했다면 고의범에 전형적인 법사회의 가치관념으로부터의 비난이 결여된다.³⁷⁾ 이 이론의 관점에서는 허용구성요건착오에 따른 고의는 고의범죄의 성격을 부여하는 심정반가치를 담고 있는 것이라고 볼 수 없기 때문에 고의범 처벌은 정당하지 않다고 보는 것이다. 사안에 대한 착오에 의해서 행위하는 자는 오히려 스스로는 법에 충실한 자로 인정한다.³⁸⁾ 따라서 행위의 책임요소는 현저히 감소되고 이러한 이유에서 허용구성요건착오를 그 법효과면에서는 구성요건착오와 동등하게 취급하는 것이 합당하게 된다. 그리고 범인의 잘못된 인식이 부주의에서 비롯된 것이고 이에 대한 과실범처벌규정이 존재한다면 구성요건착오규정(독일형법 16조 1항 2문)을 유추적용하여 그를 과실범으로 처벌하게 된다.

구성요건단계에서의 범행고의(실행의사)와 책임단계에서의 心情反價値의 내용으로서의 지위라는 고의의 이중적 지위의 본질적 귀결은 허용구성요건착오에 빠져있는 정범의 행위에 가공한 교사범 혹은 방조범이 스스로는 이러한 착오에 빠지지 않은 한 공범으로서의 가벌성 인정이 가능하게 된다는 점에 있다.³⁹⁾ 제한책임설과는 달리 법효과제한책임설에 의하면 어떤 대상을 인식하지 못하면 구성요건착오규정에 의해 고의가 탈락되는 그 대상을 인식함으로써 고의는 충족된다. 허용구성요건착오는 이에 따르면 범인의 고의는 인정되며 따라서 공범성립이 가능한 정범의 성립과 이에 따라 착오에 빠진 정범의 행위에 대한 가벌적 공범을 가능하게 한다.

사실 법효과제한책임설은 공범관계에서 큰 의미를 인정받고 있으나 실제로 있어서의 그 의미는 크게 제한 된다. 왜냐하면 범인은 자신의 착오로 인해 타

37) Jescheck-Weigend, AT, 5. Aufl., § 41 IV d).

38) BGHSt 3, 107.

39) Dreher, Heintz-Festschrift, S. 224.

인의 도구로서 사용되기 때문에 이 방법을 통해 가능하게 된 공범성은 간접정범성에 밀리게 된다. (범행관여자가 착오를 인식하지 못했기 때문에 범행지배가 탈락된다는가, 정범성이나 구성요건의 특수성에서 요구되는 의도가 결여되었거나 혹은 구성요건이 自手犯이기 때문에) 이 간접정범이 부정되는 경우에 한해서 법효과제한책임설은 다른 책임설(구성요건착오 유추적용설)이 처음부터 그 가능성을 배제한 공범처벌가능성을 기대할 수 있게 된다. 그러나 방금 지적한 바대로 실무적인 관점에서는 법효과제한설이 제시하는 공범가별성의 효과는 그다지 크지 않으며⁴⁰⁾ 또한 입법자가 공범종속성을 완화시킬 의사가 없는 한 공범가별성을 고의적 정범에만 결부시키는 것은 어느 정도 처벌의 공백을 허용되어야 하며 이는 각오되어야 한다.

실무적 관점 뿐 아니라 이론적인 면에서의 비판도 가능하다. 즉 법효과제한책임설이 허용구성요건착오를 법효과적인 면에서 구성요건착오와 동일하게 취급해야 한다고 하면 결과적으로 행위자 이외의 자는 공범처벌규정의 의미에서 구성요건착오에 빠진 자의 범행에 가담될 수 없다는 결론에 이르러야 하며 이런 결과는 허용구성요건착오의 경우에도 동일하게 적용되어야 한다. 그런데 법효과제한책임설은 구성요건착오에서는 공범처벌을 부정하고 허용구성요건착오에서는 이를 긍정한다. 법효과제한책임설의 모순은 고의에 의한 행위 또는 유책하고 가별적인 행위에 왜 고의책임이 배제되었고 따라서 과실범으로만 처벌되어야 하는가에 대한 논거에서 나타난다. 명백하게 따지자면 존재하는 책임이 고의책임(Vorsatzschuld)이 아니라면 그 이유는 고의가 결여되었기 때문이고, 반대로 이야기하자면 하나의 범행이 상응되는 고의로써 有責하게 행해졌다면 고의범으로 처벌되어야 한다.⁴¹⁾

(2) 制限的 責任說⁴²⁾

40) Herzberg, JA 1989, 298 f; 성낙현, 정성근교수 화갑기념논문집, 464면.

41) Herzberg, JA 1989, 299.

다수의 학자와 판례가 절대적으로 따르고 있는 제한책임설에서의 다른 견해는 허용구성요건착오에 있어서 고의를 배제하는 결론에서는 동일하나 구성요건 착오규정을 직접 적용하지는 않고 유추적용을 지지한다.⁴³⁾ 허용구성요건착오의 상태에서 행위하는 행위자는 가벌적 구성요건에 관련한 범행실현의도를 가지고 행하기는 하지만 고의의 본질을 형성하는 구성요건적 불법을 실현하겠다는 범인의 결의는 존재하지 않기 때문에 고의적 행위불법은 결여된다.⁴⁴⁾ 이 착오에서의 행위자는 실현되더라도 합법적인 事案의 실현에 목적을 두고 있는 것이며 혹은 구성요건착오에서처럼 법적으로 허용되지 않은 결과반가치를 실현 시키고자 하는 의도는 없었다고 해야 한다. 정당화 상황의 요건에 대한 착오는 구성요건착오와 정확히 일치하는 것은 아니지만 본래의 구성요건착오와의 구조적 유사성에 의해 구성요건착오규정을 직접 혹은 유추적용할 수 있다. 이 이론에 의하면 고의범의 불법은 배제되므로 공범의 가능성은 탈락된다.⁴⁵⁾

4. 책임설에 대한 비판

1) 許容構成要件錯誤와 許容錯誤의 구분가능성

허용착오는 모든 학설에 의하면 정당화사유의 객관적 요건에 관한 허용구성

42) Herzberg, JA 1989, 294는 불법설(Unrechtstheorie)이라고 칭한다.

43) Engisch, ZStW 1958, 566; Grünwald, Noll-Festschrift, S. 183; Herzberg, JA 1989, 243, 294; Hruschka, GA 1980, 1; Arthur Kaufmann, JZ 1954, 653; ders., JZ 1956, 353; Roxin, MSchrKrim 1961, 211; Puppe, Sree/Wessels-Festschrift, S. 192 f; SK-Rudolphi, § 16 Rdnr. 10, 12; Sch-Sch-Cramer, § 15 Rdnr. 35. 우리나라에서는 김일수, 새로쓴 형법총론, 1996, 266면. 성낙현, 정성근교수화갑기념논문집, 463면 참조.

44) SK-Rudolphi, § 16 Rdnr. 12.

45) Jescheck-Weigend, a.a.O., § 41 IV. 1. c). 이 이론의 범위내에서는 교사, 방조범 규정에 의한 공범가능성을 부인하는 반면 Rudolphi는 공범규정의미의 고의를 엄격하게 실현의사에 한정함으로써 공범처벌가능성을 긍정한다, Rudolphi, Maurach-Festschrift, S. 67 ff. 참조.

구성요건착오와는 전혀 다른 금지착오로 인정된다.⁴⁶⁾ 제한책임설이 허용구성요건착오를 고의가 배제되는 착오로 인정하는 반면 허용착오는 금지착오로서 이와 달리 취급하는 데에는 이와 같이 이 두가지 착오는 절대적으로 구분이 가능하며 허용구성요건착오는 구성요건착오에 근접한 특수상황이라는 인식이 전제가 된다. 제한책임설의 설득력은 따라서 이 양자간의 구분가능성에 달렸다.

허용구성요건착오와 허용착오의 구분은 허용구성요건착오를 판례와 학계의 일부에서 행하듯이 자신의 행위가 법질서에 의해 인정되는 정당화 사유에 의해 보호받는다라는 인식을 갖게하는 事案錯誤에 엄격히 한정한다면 쉽게 달성할 수 있다. 사안착오(Sachverhaltsirrtum)는 정당화상황의 존재에만 관련되는 것이 아니고 이로써 성립된 권한에도 관련된다. 따라서 착오로 공격 받는다고 잘못 인식한 경우(Putativnotwehr) 뿐 아니라 공격의 強度에 대한 착오에 의해 허용된 방어의 정도를 초과하는 경우도 허용구성요건착오에 해당한다. 반면 독일 형법 17조가 적용되는 금지착오는 범인이 사실적 관점에서는 올바르게 인식한 객관적 사실을 잘못된 법적 평가에 의해서 정당방위의 의미의 위법적 공격으로 인식한 경우, 즉 객관적 사실의 인식에는 오류가 없었으나 그 법적 평가에 오류가 있었던 경우이다. 허용구성요건착오는 법적으로 인정된 정당화 사유의 객관적 요건(tatsächliche Voraussetzung)에 대한 착오만 해당한다.⁴⁷⁾

그러나 제한책임설의 대다수의 지지자들은 이와는 견해를 달리한다. 그들은 허용구성요건착오를 법적으로 인정된 정당화 사유의 구성요건적 전제(tatbestandliche Voraussetzung)에 관한 착오로 인식한다. 따라서 허용구성요건착오는 사실적 요건 뿐 아니라 정당화 사유의 규범적 개념에도 관련될 수 있다. 구성요건단계에서도 마찬가지로이지만 여기서도 정확한 포섭은 필요치 않고 非專門家層에 平行한 評價로 족하다. 따라서 객관적 사실을 올바르게 인식했으나 상대방의 공격에 대해 정당방위 의미의 공격의 위법성에 대한 착오를 일으킨 경우에도

46) Roxin, AT, 2. Aufl., § 14 Rdnr. 77 ff.

47) Geerds, Jura, 1990, 426.

허용구성요건착오에 해당한다.⁴⁸⁾ 사실에 대한 착오 뿐 아니라 평가의 착오도 이 견해에 따르면 고의의 배제에 이른다.

예) 약간 술취한 갑이 주차된 자신의 차를 ~~때~~다가 옆에 주차되어 있던 을의 차를 심하게 손상시켰다. 그는 을에게 자신의 명함을 주고 자신의 차번호를 적게 하고는 현장을 떠나려 했으나 을은 경찰이 올 때까지 기다릴 것을 요구했다. 갑은 그럴 의무는 없다고 생각하고 을을 옆으로 물러나게 할 생각으로 서서히 차를 움직였다. 을은 어쩔 수 없이 옆으로 물러설 수 밖에 없었다. 갑은 을이 자신을 기다리게 하는 것이 위법하다고 믿었으나 확실히 허용구성요건착오를 인정한다.⁴⁹⁾

물론 규범적 정당화 요건에 관한 모든 평가의 착오가 허용구성요건착오를 성립시키는 것은 아니다. 허용구성요건착오와 허용착오의 구분이 어려워지는 경우는 구성요건단계 뿐 아니라 정당화사유의 범위에도 존재하는 全體行為評價標識(gesamtatbewertende Merkmale)가 결부되는 경우이다. 일반적 견해는 구성요건의 종류에 따라 정당화 사유의 개별적 표지를 전체행위평가표지로 분류하여 그 결과 사실에 관한 착오는 허용구성요건착오에 해당되나 단순한 평가에 있어서의 오류는 금지착오에 해당되는 것으로 본다. 예를 들어 행위자가 객관적으로 합법적인 상대방의 공격을 위법한 공격이라고 오인하여 반격을 가한 경우 일률적으로 고의를 배제하는 착오인지 금지착오인지 결정하기는 어렵다. 현행범으로 적발된 자가 자신을 私人이 체포하는 것은 불법이라고 생각하여 이에 대한 정당방위가 성립된다고 인식하여 반격을 했다면 실제로 존재하지 않는 정당화 사유를 표상한 것이므로 금지착오에 해당한다. 반면에 전체적 사건의 평가에 관련되지 않고 단지 위법성 판단의 기초가 되는 사실에 관련된 공격의 위법성에 대한 착오는 다르다. 예를 들어 私人이 사람을 잘못 보고 쏜 없는 사

48) Dreher, Heintz-Festschrift, S. 226; Engisch, ZStW 1958, 584 f; Schlüchter, JuS 1985, 618.

49) OLG Karlsruhe NJW 1973, 380.

람을 체포하려고 하는데 상대방이 정당한 반격을 해오는 데 대해 정당방위행위를 했다면 이러한 공격의 위법성에 대한 착오는 고의를 배제하는 허용구성요건 착오이다. 행위자의 表象이 현실에 부합했다라면 실제로 정당성이 인정되는 상황이었기 때문이다.⁵⁰⁾ 긴급피난에 있어서 우월한 이익에 대한 착오나 수단의 적합성에 대한 착오 또는 개별적 구성요건에 있어서의 승낙의 미풍양속관련성 등은 전체행위평가표지로 분류된다.⁵¹⁾

평가의 오류에 의해서 자신의 행위가 정당하다고 믿는 행위자는 말하자면 법질서가 인정하지 않는 정당화 사유를 표상하고 있는 것이므로 모든 평가의 오류에 기인하는 정당화상황의 존재에 관한 착오는 어려움 없이 금지착오인 허용착오가 된다. 그런데 특정한 규범적 구성요건표지에 관한 착오도 허용구성요건착오로 파악하고자 하는 시도에 따라 양자간의 구분이 어려워진다. 예를 들어 살인에 대한 승낙이 법적 효력이 있다고 믿는 자의 행위에 대해서 이 경우의 행위자는 승낙자의 처분권한에 대해 착오를 일으키고 있다고 볼 수도 있는데 처분권한을 승낙의 규범적 구성요건에 해당한다고 보는 일부 견해에⁵²⁾ 의하면 범인은 승낙이라는 정당화 사유의 한계에 대해 착오를 일으키고 있거나 혹은 법질서가 인정하고 있지 않는 살인에 대한 승낙이라는 정당화 사유를 표상하고 있다고 해야 한다. 이 동일한 사안에 대해서 허용구성요건착오를 인정하는 견해와 금지착오를 인정하는 견해로 갈린다.⁵³⁾ 이와같이 허용구성요건착오와 허용착오의 구분은 항상 명확하게 이루어질 수 있는 것은 아니다.

2) 고의설의 관점에서의 책임설에 대한 고찰

고의는 단지 구성요건에 관련된 실현의사일 뿐 행위자의 자신의 행위에 대

50) Roxin, AT I, 2. Aufl., § 14 Rdnr. 79.

51) Geerds, Jura, 1990, 427.

52) SK-Samson, Rdnr. 40 Vor § 32 참조.

53) Sch-Sch-Cramer, § 16 Rdnr. 21은 허용구성요건착오로 보는데 비해 Stratenwerth, AT Rdnr. 498은 금지착오로 본다.

한 불법판정으로서 責任非難에만 관련되는 불법인식은 요하지 않는다는 책임설의 명제는 인격적 불법론(personale Unrechtslehre)의 토대 위에서는 설득력이 없다.⁵⁴⁾ 고의는 불법을 행한다는 결의로 단적으로 이해하는 인격적 불법론의⁵⁵⁾ 입장에서는 고의범의 불법은 법익침해의 結果不法이나 실현의사에 의해 성립된 행위불법만으로 충족되는 것은 아니라 여기에는 불법을 실현시킨다는 인식, 즉 법질서의 기초를 파괴한다는 인식이 추가적으로 요구되기 때문에⁵⁶⁾ 법질서에 대한 의식적 반향이 있는 경우에만 고의범 처벌이 용납된다. 이 견해의 귀결은 허용구성요건착오 뿐 아니라 행위의 불법성에 착오가 있는 경우는 모두 고의가 탈락된다는 것이다.

행위고의를 엄격하게 범죄실현의사로 한정하며 위법성 인식을 예외 없이 위법성단제로 돌리는 엄격책임설과는 달리 제한책임설이 허용구성요건착오의 경우 고의범처벌을 부정한다면 이것은 고의설의 관점에서 본다면 근본적으로 합리적 해결방향으로 한걸음 진전한 것이다. 이러한 예외를 인정하게 되는 논거로서 오히려 불법을 행한다는 인식이 일반적으로 고의의 구성요소로서 인정된다는 점을 든다면, 고의의 본질을 성립시키는 구성요건적 불법을 실현시킨다는 범인의 결정은 허용구성요건착오에 빠진 경우 뿐 아니라 법질서가 인정하지 않는 정당화 사유를 믿고 행동하는 자에게도 동일하게 결여되므로 양자간의 통일적 취급이 가능해진다. 허용구성요건착오에 빠진 자의 의도가 구성요건착오의 경우처럼 結果不法의 실현에 목적이 설정된 것이 아닌지에 대해서는, 그리고 따라서 고의를 성립시키는 행위불법이 탈락되는지의 여부에 대해서는 두가지의 설명이 가능하다. 책임설의 관점에서 고의범의 행위불법이 단지 실현의사에 의

54) Welzel, Lb, S. 62; Ebert-Kühl, Jura 1981, 231 ff; Gallas, Bockelmann-Festschrift, S. 155 ff; Lampe, Das personale Unrecht, 1967; Otto, ZStW 1975, 541 ff; Rudolphi, Maurach-Festschrift, S. 51 ff.

55) Hassemer, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, S. 309.

56) Otto, ZStW 1975, 590 ff; Lampe, Das personale Unrecht, S. 252 ff; Hardwig, GA 1956, 374.

해서만 성립되고 범인이 정당화 사유가 존재하는 것으로 잘못 알았던 경우는 이 착오가 실현의사와는 관계 없으므로 행위불법은 탈락되지 않는다고 하든지, 아니면 인격적 불법론의 관점에서 실현의사를 초과하여 일반적으로 추가적인 고의요소, 즉 불법을 실현한다는 인식이 요구된다고 할 수 있다.⁵⁷⁾

허용구성요건착오에 빠진 자의 의도는 실현된다고 하더라도 합법적인 사안의 실현에 목적이 설정된 경우라고 하거나 혹은 여기에는 고의범에 전형적인 법공동체의 가치관념으로부터의 반가치평가가 결여되어 있다는 말로 설명하는 것은 고의설에서는 설득력이 없다고 본다. 행위가 고의불법으로 평가되는 것은 일반의 가치관념으로부터의 객관적 반가치평가에 의해서 이미 이루어지는 것이 아니라 법공동체의 기반에 대한 인식있는 반항에 의해서 비로소 이루어진다고 파악하기 때문이다.

사실에 있어서 제한책임설을 주장하는 학자들은 허용구성요건착오를 특별히 취급함에 있어서 고의가 위법성 인식의 일부분, 즉 정당화사유의 객관적 요건이 되는 일부분에 미친다는 점을 인정하는데 고의설의 입장에서는 이러한 위법성 인식의 부분적 인정은 모순이라고 비판을 한다. 法效果制限的 責任說과 構成要件錯誤 類推適用說은 그들의 명제에 따르면 단지 책임에만 관련되고 입법자가 금지착오규정으로 취급하는 위법성 인식의 결여가 왜 부분적으로 고의의 배제에 이르게 되는지 확실하게 설명하지 못한다고 한다.⁵⁸⁾ 이런 해결될 수 없는 모순 때문에 특히 법효과제한책임설은 이론적 실패작이라 칭해진다.⁵⁹⁾

57) Geerds, a.a.O., S. 428.

58) Langer, GA 1976, 212.

59) Schünemann, GA 1985, 350; Herzberg, JA 1989, 294 ff; Arthur Kaufmann, Lackner-Festschrift, S. 192 ff.

IV. 결론

고의범죄에 자신의 행위에 대한 불법성의 통찰을 요구하는 고의설은 그 이론구조상 고의범 처벌가능성이 제한된다는 비판을 받게 되며 특히 부수형법부분에서 어려움이 발생할 수 있다. 또한 고의설은 상응하는 과실범규정이 없는 경우에 불만족스러운 결론에 이른다는 비판이 가해진다.

엄격책임설은 허용구성요건착오에 대해 정당화 상황이 존재한다는 인식하에 그 자체로서는 구성요건에 해당하는 행위를 하는 자는 구성요건의 경고기능에 도달해 있기 때문에 사안에 대한 주의 깊은 검토의 의무가 있고 이러한 의무의 위반은 보통의 구성요건착오에 빠져있는 자의 행위불법보다는 중하다고 한다. 이러한 견해에 따라 양자를 구별하여 허용구성요건착오에 의한 행위에 대해 고의를 인정한다면 이는 부당하다. 복무규정상 수색을 위해 남의 집에 들어가는 경찰관에게 일반 자동차 운전자보다 높은 사안에 대한 검토의무가 주어지는 것은 아니다. 객관적 상황을 충분히 주의깊게 검토하지 않았기 때문에 불법을 행한 자의 불법내용은 고의범의 불법이 아니라 항상 과실범의 불법이다.⁶⁰⁾

법효과제한책임설은 제한책임설과 결론에서 차이가 나는 것은 아니나 고의범의 행위불법은 존재하나 감경된 책임내용에 따라서 과실범으로 처벌한다는 이론적 구성이 설득력을 갖지 못한다. 이는 법적 개념에 따라 그 법적 효과가 결정되어야 한다는 원칙에 위배된다. 고의범죄란 법이 고의범처벌을 규정해 놓은 행위이다. 처벌요건으로서 요구된 고의라는 인식의 존재를 인정하고 그 법적 효과로서는 과실범 처벌을 인정한다는 것은 사리에 적합하지 않다. 그리고 정당화요건이 존재하는 것으로 오인하고 행위한 자는 고의적 행위불법을 실현하고자 했다는 명제도 적합하지 않다. 고의범의 행위불법은 법질서가 불법판정

60) Roxin, a.a.O., § 14 Rdnr. 64 ff.

을 내린 대상을 행위자가 실현하고자 목적으로 설정했을 때 존재하기 때문이다.⁶¹⁾ 법효과제한책임설은 공범처벌의 관점에서 큰 장점을 갖는 것으로 인식되나 앞에서 검토한 바와 같이⁶²⁾ 실제적 의미는 그다지 크지 않다.

법효과제한책임설에 따라 문제를 해결한다면 구성요건과 위법성이 인정되고 난 이후 고의책임을 부정하는 순서를 거치게 된다. 그러나 정당화 상황이 존재하는 것으로 오인한 자는 규범에 합치된 행위를 하고자 하는 것이며 다만 주의 의무를 다하지 않았기 때문에 상황을 오인하여 결과를 발생시키게 되었다면 그에게는 위법성 인정 이전에 과실범 비난만이 가능하며 따라서 정당화사유의 객관적 전제사실에 관한 착오에는 구성요건착오의 규정을 유추적용하는 것이 합리적이다.⁶³⁾

61) Roxin, a.a.O., Rdnr. 70.

62) III. 3. 2) (1)

63) Herzberg, JA 1989, 299 f; Roxin, a.a.O., § 14 Rdnr. 54, 62.