

〈논 문〉

## 이중착오

李用植\*

*Errare humanum est*

## I. 들어가면서

이중의 착오라는 말이 있다. 이중적 착오라는 용어도 있다. 도대체 이중착오란 무엇인가? 일반적으로 다수의 착오가 동시에 존재하는 경우를 이중착오(Doppelirrtum)라고 한다.<sup>1)</sup> 즉 이중착오는 행위자가 서로 다른 의미를 갖는 착오를 복합적으로 하는 경우를 말한다. 이는 형법체계상의 각 단계 즉 구성요건, 위법성, 책임 단계에서 발생할 수 있다. 예를 들면 한편에서는 행위자가 형법규정의 객관적 구성요건에 속하는 사실이 존재한다는 것을 인식하지 못하였는데, 다른 한편에서는 그럼에도 불구하고 행위자 자신은 형법상의 구성요건을 충족하였다고 오인한 경우이다. 이 경우 결과적으로는 인식과 현실이 다시금 일치하게 된다. 그렇다면 이를 어떻게 평가해야 할 것인가? 여기에서 그 평가의 핵심은 사태의 전체적인 결과에 따라 그대로 판단할 것인가 아니면 각각의 착오를 분리하여 고찰하고 그것들에 각 착오규정을 적용할 것인가 하는 점이 될 것이다.

이와 같은 이중착오의 문제를 어떻게 취급할 것인가에 관하여 문헌상으로는 아직까지 별로 다루어지지 않고 있다. 단지 위법성조각사유와 관련하여 오상과잉정당행위나 오상과잉방위와 같은 사례에서 위법성조각사유의 전제가 되는 사실에 관한 착오와 위법성조각사유의 존재 내지 한계에 관한 평가의 착오가 결합된 이중착오가 문제될 수 있다는 지적이 있을 뿐이다.<sup>2)</sup> 나아가 이를 금지

---

\* 서울대학교 法科大學 副教授

1) 박상기, **형법총론**, 제5판, 박영사, 2002, 256면.

2) 신동운, **형법총론**, 2001, 법문사, 410-411면; 박상기, **형법총론**, 256-257면; 김일수/서보학, **새로쓴 형법총론**, 제9판, 박영사, 2002, 314면, 447면; 오영근, **형법총론**, 대

착오로 해결해야 한다는 견해가 일부 제시되고 있다.<sup>3)</sup> 또한 이중적 금지착오가 문제되는 경우가 있음을 언급하고 있기도 하다.<sup>4)</sup> 이중착오는 여러 결합형태가 구성요건, 위법성, 책임 단계에서 발생할 수 있기 때문에 이를 종합적으로 파악하는 것이 교과서에서는 어렵기 때문이 아닌가 생각된다.

이렇듯 이중착오에는 여러 다양한 결합의 가능성이 있기 때문에, 이중착오 문제는 아주 복합적인 주제라고 할 수 있다. 그러므로 이중착오는 그것만 단독으로 다루어질 수 있는 것이 아니라, 착오의 모든 중요한 문제들이 동시에 내포되어 있다. 따라서 이중착오를 모두 포괄하여 기술하는 것은 거의 불가능하다고 여겨진다. 이러한 이중착오의 문제를 이하에서는 가장 자주 나타나는 중요한 네 가지 결합형태에 제한하여 그 사례를 들어 다루어 보기로 한다.

## II. 구성요건단계에서의 이중착오

### A. 구성요건관련 이중착오의 문제점 — 사실의 착오와 반전된 금지착오의 결합형태

(사례) 구 축산물가공처리법 제2조는 “소, 돼지, 말, 양을 위생시설이 아닌 장소에서 도축한 자는 3년 이하의 징역에 처한다”고 규정하고 있었다. 갑은 야산에서 양을 도축하였는데 그것을 흑염소인줄로 잘못 알았다. 그런데 흑염소를 위생시설이 아닌 야산에서 도축하는 자신의 행위가 또한 위법하다고 갑은 생각하였다.<sup>5)</sup>

이중착오에서 하나의 중요한 역할을 하는 것이 위법성인식의 구성요건과의 관련성(분리가능성) 문제이다. 위법성인식은 구성요건과 관련된 인식이며 해당 구성요건의 불법내용을 인식대상으로 하기 때문이다.<sup>6)</sup> 위법성인식은 행위자가 구성요건에 해당하는 법익침해를 위법하다고 인식한 경우에 인정된다.<sup>7)</sup> 따라

명출판사, 2002, 507면; 차용석, **형법총론강의**, 고시연구사, 1987, 635면.

3) 신동운, **형법총론**, 411면; 박상기, **형법총론**, 256면.

4) 손동권, **형법총칙론**, 율곡출판사, 2001, 248면.

5) 이는 유추여부와 관련된 대판 1977. 9. 28, 77도405 판례사안을 변형시킨 것이다.

6) 박상기, **형법총론**, 236면; 김일수/서보학, **형법총론**, 423면.

7) Roxin, *AT*, 3.Aufl., 1997, §21 Rn.16; *AK-Neumann*, 1990, §17 Rn.37.

서 일정한 행위유형이 규범에 위반된다는 인식을 내용으로 한다. 즉 일정한 작위나 부작위가 구속력 있는 법에 의하여 인식가능한 가치질서에 위반된다는 인식을 말한다. 행위가 반윤리성을 갖는다는 인식만으로는 이러한 위법성인식에 충분하지 않다.<sup>8)</sup> 행위가 사회적으로 유해하다는 사회적 유해성의 인식과 행위가 법질서와 일치되지 않고 따라서 금지된다는 인식이 요구된다.<sup>9)</sup> 그리하여 위법성인식은 해당 구성요건의 ‘특수한’ 불법내용을 인식할 것을 필요로 하며 따라서 구성요건과 관련을 가질 것을 요하는 것이다.<sup>10)</sup>

본 이중착오 사례에서도 행위자 갑은 자기 행위의 위법성을 인식하고 있다. 그런데 자신의 행위가 위법하다는 그러한 인식을 하게 된 근거나 이유가 두 번 잘못되어 결과적으로 행위의 위법성을 인식하고 있는 이러한 경우에도 역시 위법성인식이 존재한다고 인정할 것인가 하는 문제가 이중착오와 관련하여 제기되는 것이다.<sup>11)</sup> 즉 행위자는 자기 행위의 ‘특수한’ 불법내용을 알지는 못하였지만, 실제로 존재하지 아니하는 구성요건에 해당한다고 오인하여, 금지된 무엇인가를 행한다고 믿었던 것이다. 이를 형법적으로 어떻게 처리할 것인가에 관하여는 견해가 다투어지고 있다.

## B. 학설상의 견해대립

### 1. 전체적 고찰설(착오부정설) — 기수범설

이는 두 번째 착오가 첫 번째 착오를 본 사례에서 의미없는 것으로 만들어 버린다고 보는 견해이다.<sup>12)</sup> 전체적인 결과에서 보면 객관적 구성요건은 넓은 의미에서 위법성의 인식과 일치하기 때문이다. 두 착오를 종합적으로 고찰하

8) 이 점에 관하여는 오늘날 견해가 거의 일치하고 있다. 대표적으로 이재상, **형법총론**, 제4판, 박영사, 1999, 312면; 신동운, **형법총론**, 385면; 임웅, **형법총론**, 개정판, 법문사, 2002, 292면; 배종대, **형법총론**, 제6판, 홍문사, 2001, 384면.

9) Neumann, “Der Verbotsirrtum(§17 StGB),” *JuS* 1993, 794; Tröndle/Fischer, *StGB*, 50.Aufl., 2001, §17 Rn.3f.

10) 이재상, **형법총론**, 312면. 또한 임웅, **형법총론**, 293면.

11) Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, 10.Aufl., §21 Rn.56.

12) Jescheck/Weigend, *AT*, 5.Aufl., 1996, S.534; Puppe, “Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumptionsirrtum,” *GA* 1990, 156; *LK-Vogler*, 10.Aufl., 1988, §22 Rn.152; Kuhlen, *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum*, 1987, S.494ff., 530; Bringewat, “Der sogenannte doppelte Irrtum,” *MDR* 1970, 653; Hirsch, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, S.232.

면 행위자 같은 구 축산물가공처리법 제2조의 의미를 알았고 따라서 구성요건적 고의로 행위한 것이라고 한다. 행위자에게 유리한 사실의 착오인 제1착오는 이를 수정하는 불리한 제2착오로 인하여 비형법적 영역에 머물게 되고 따라서 중요하지 않다고 본다. 이러한 상쇄설에 의하면 행위자는 고의기수범으로 처벌된다.

이 견해는 행위자가 규범위반 내지 규범에 의해 보호되는 법익의 침해를 인식하고 있다는 점을 근거로 한다. 그리고 각각의 착오를 분리하여 고찰하면 이미 제1착오에서의 잘못된 인식으로 인하여 불가벌이 될 염려가 있다는 것이다.<sup>13)</sup>

① 이 견해에 대하여는 결과불법만을 중시하고 행위불법을 경시한다는 비판이 제기될 수 있다. 규범의 존재를 올바르게 인식하는 것뿐만 아니라 구체적인 사례에서 그 규범의 효력을 올바르게 인식하는 것이 중요하다는 것이다. 이중착오의 경우 규범이 잘못 해석 — 본 사례에서는 구 축산물가공처리법 제2조의 보호범위가 흑염소에게까지 — 되어진 것이다. ② 이러한 전체적 고찰설은 순전히 규범적이며, 통상적인 경우 행위자에게 유리하게 작용하는 잘못된 인식이 이 경우에서만은 다른 착오에 의하여 의미없는 것으로 되어버림으로써 오히려 행위자의 가벌성을 인정하므로 이론적으로도 설득력이 부족하다고 한다.

## 2. 개별적 고찰설(착오공정설)

이는 각각의 착오를 분리하여 고찰하려는 견해이다. 본 이중착오에서 행위자가 자기 행위의 불법의 실재를 올바르게 알지 못하였다는데 초점을 두어 평가해야 한다는 입장이다.<sup>14)</sup> 그리고 두 번째 착오는 첫 번째 착오를 의미없는 것으로 상쇄하거나 무효화시킬 수는 없다고 한다. 객관적 구성요건과 위법성의 인식은 단지 의견상으로만 일치할 뿐, 실제로는 그렇지 아니하다.<sup>15)</sup> 즉 행위자의 인식과 법질서가 단순히 의견상 일치한다는 것만으로는 위법성인식에 충분하다고 할 수 없다는 것이다.

착오가 심리적인 사실이라는 점을 고려한다면, 잘못된 인식이 또 다른 행위

13) Bringewat, *MDR* 1970, 652f.; Hirsch, *Die Lehre*, S.231.

14) *SK-Rudolphi*, 7.Aufl., 2000, §17 Rn.10; Roxin, *AT*, §21 Rn.18; *AK-Neumann*, §17 Rn.41; Foth, "Neuere Kontroversen um den Begriff des Wahnverbrechens," *JR* 1965, 371f.; Bindokat, "Zur Frage des doppelten Irrtums," *NJW* 1963, 747f.

15) Bindokat, *NJW* 1963, 747f.

자의 잘못된 반대방향으로의 오인으로 인하여 상쇄될 수 있고 따라서 인식의 결함들이 상호 제거된다는 것은 의심스럽다. 그렇기 때문에 추상적인 위법성 인식이라는 것은 인정되지 아니하는 것이다.<sup>16)</sup> 위법성의 인식은 추상적인 것이 아니라 형법의 구체적인 금지 또는 명령을 위반한 구체적인 인식을 의미한다.<sup>17)</sup> 하나의 행위로 다수의 구성요건을 실현한 경우에 어느 구성요건에 관하여는 위법성인식을 가질 수 있고 다른 구성요건에 관하여는 위법성인식을 갖지 아니할 수 있다는 기본원칙<sup>18)</sup>이 이중착오의 경우에도 적용되어야 한다.<sup>19)</sup> 이러한 이유에서 개별적 고찰설이 타당하며, 각 착오들이 전체적 고찰에 의하여 상호 상쇄되지 않는다고 생각된다.

### C. 개별적 고찰설에 의한 이중착오의 처리

#### 1. 흑염소를 야산도축하는 것이 위법하다는 인식하에 행위한 제2착오의 형법적 평가

##### (1) 문제의 제기

상기 사례에서 행위자 갑은 구성요건요소인 “양”을 객관적으로 실현하였다. 그렇지만 그에 관한 주관적 인식이 — 물론 위법성의 인식도 구성요건과 관련되는 것이기는 하지만 — 존재하지 아니한다. 이러한 행위자의 인식이라는 측면에서 본 사례를 검토하면 흑염소를 야산에서 도축한다고 생각하였으므로 불능미수 혹은 흑염소를 야산에서 도축하는 것이 처벌된다고 오인하였으므로 환각범에 해당하는지가 문제될 것이다.

##### (2) 불능미수와 환각범의 구별

불능미수와 환각범은 양자 모두 행위자가 자신에게 불리하게 착오하였다는 점에 기초하고 있다. 이 점에서 양자는 동일하지만, 불능미수는 가별적이고 환각범은 불가별적이다. 불능미수는 행위자가 구성요건실현의 계기가 되는 사실

16) S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, *StGB*, 26.Aufl., 2001, §17 Rn.11; Foth, *JR* 1965, 372.

17) 이재상, **형법총론**, 312면.

18) 이재상, **형법총론**, 313면; 박상기, **형법총론**, 237면; 임웅, **형법총론**, 293면; 김일수/서보학, **형법총론**, 423면; 손동권, **형법총칙론**, 248면.

19) Haft, “Der doppelte Irrtum im Strafrecht,” *JuS* 1980, 663.

관계를 실제로가 아니라 단지 주관적으로만 결과발생의 가능성이 있다고 불리하게 인식한 것이다. 그러한 사실이 실제로 존재하면 그의 행위가 구성요건을 충족하게 되는 그러한 사실을 인식하고 있는 경우이다.<sup>20)</sup> 반전된 구성요건착오라고 불리어지고 있다. 이와 달리 행위자가 형법규범에 관하여 이를 자신에게 불리하게 착오한 경우에는 환각범이 된다. 사실관계는 완전히 인식(의미의 인식도 포함)하고 있지만, 존재하지 않는 형법규범을 존재한다고 생각하거나 혹은 존재하는 규범의 효력범위를 지나치게 확대해석하여 자신에게 불리하게 처벌된다고 오인하는 경우이다.<sup>21)</sup> 반전된 금지의 착오라고도 한다. 굳이 요약하자면 잘못된 인식이 대상과 관련된 경우이면 구성요건착오 내지 불능미수가 문제되고, 개념과 관련된 경우에는 금지의 착오 내지 환각범이 된다고 말할 수 있을 것이다.<sup>22)</sup>

## 2. 상기사례의 검토 — 어떠한 착오를 인정할 것인가

(1) 구성요건착오와 불능미수(반전된 구성요건착오)의 결합형태로 보는 입장은 본 사례에서 동등한 두 가지 형태의 구성요건착오를 인정하여, 결국 행위자를 불능미수로 처벌할 수 있다는 견해이다.<sup>23)</sup> 반전된 구성요건착오(불능미수)를 인정하기 위하여 이 견해는 ① 일반적으로는 구성요건착오의 경우에 적용되는 일반인의 소박한 평가(*Parallelwertung in der Laiensphäre*)라는 원칙을 이 경우에도 원용하고, ② 형법규정은 궁극적으로 범죄의사에 대한 것이라는 점을 논거로<sup>24)</sup> 고의를 인정하려는 것이다.

이에 대하여 본래 미수는 엄격하게 고의와 결부되는 것인데 이 견해에 의하면 고의와의 관련성이 흔들리게 되는 결과를 초래하게 되며, 불가벌인 환각범을 인정하지 아니함으로써 가벌성이 지나치게 확대될 것이라는 비판이 제기된다.<sup>25)</sup>

20) Wessels/Beulke, *AT*, 21. Aufl., 2001, Rn.621.

21) Kuhl, *AT*, 4. Aufl., 2002, §15 Rn.97ff.

22) Haft, *JuS* 1980, 591.

23) Foth, *JR* 1965, 371f. Vgl. Traub, "Die umgekehrte Parallelwertung in der Laiensphäre," *JuS* 1967, 115f.

24) Foth, *JR* 1965, 370.

25) Schluchter, "Zur Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum," *JuS* 1993, 17; Herzberg, "Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH," *JuS* 1980, 471.

## (2) 구성요건착오와 환각범(반전된 금지착오)의 결합형태로 보는 입장

만약 행위자 갑은 실제로 흑염소를 야산에서 도축하였고 이를 금지되는 것으로 여겼다면, 이러한 착오는 개념과 관련된 것이다. 그러므로 본 사례는 양을 흑염소라고 오인한 구성요건착오와 흑염소의 야산도축이 구 축산물가공처리법 위반이 된다는 환각범이 결합된 형태라고 보아야 한다는 견해이다.

이 견해는 “가별성의 범위와 한계는 행위자의 인식이 아니라 법률에 의하여 정해진다”는 환각범 불치별 원칙의 기본사상을 근거로 하고 있다. 구성요건관련 이중착오의 경우 위법성의 인식은 존재하지 아니하는 규범과 관련되어 있다. 따라서 위법성인식이 단지 가공적인 불법을 근거로 인정되고 있을 뿐인 것이다. 그리고 행위자가 양이라는 사실을 부정하는 인식을 갖고 야산에서 도축하고 동시에 이것이 흑염소라는 사실을 긍정하는 인식을 갖고 있어 당연히 불가별이어야 할 환각범을 불능미수로 변화시키는 것은 인정될 수가 없다고 할 것이다. 그러므로 이러한 입장이 타당한 견해라고 보여진다.

## III. 위법성단계에서의 이중착오

(A-1: 수영장 구조원 사례) 수영장 구조원으로 일하는 갑에게 장난을 하려고 A는 수영장에서 물에 빠진 듯이 하여 살려달라고 소리쳤다. 갑이 물에 뛰어들어 황급히 도착하자 11세 된 A는 미소를 띠며 화답했다. 갑은 A가 장난한 것을 알았고 A의 따귀를 갈겼다. 갑은 수영장 구조원으로서 그러한 경우에 따귀를 때리는 것은 정당하다고 믿었고 또한 교육적 목적으로 행한 것이었다.<sup>26)</sup>

(A-2: 교사의 징계행위 사례) 초등학교 교사인 갑은 학생 B가 젖은 스폰지를 선생과 학생들의 의자에 몰래 놓아 장난치고 또한 떠드는 것을 학생 A가 그런 것으로 오인하여 A의 머리를 교구통으로 두세 차례를 때려 학생 A의 머리가 크게 부어 올랐다. 이러한 징계행위는 징계권의 한계를 넘는 것이었다. 그런데 교사 갑은 학생들이 장난을 할 경우에 교사로서 이 정도의 징계는 가할 권리가 있다고 생각하였다. 즉 폭행이나 상해의 정도가 정당한 징계권행사

26) Stoffers, “Ein Tag im Leben des Badmeisters A,” *Jura* 1993, 376.

의 범위 내라고 잘못 생각한 것이었다.<sup>27)</sup>

(B: 타인자녀에 대한 징계 사례) 갑은 다른 사람의 아이에게 징계행위를 할 수 있다고 생각하여 A를 때렸다. 갑은 A가 다칠지도 모른다고 생각하였다. 그런데 실제로 어린아이 A는 갑을 공격하던 것이었다. 갑은 자신에 대한 공격이 있는 줄은 인식하지 못하였었고, A의 공격은 그로써 방위되었다.<sup>28)</sup>

#### A. 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오와 존재 내지 허용한계에 관한 착오의 결합형태

##### 1. 위법성조각사유의 오상과잉 사례에서의 착오 — 허용구성요건착오와 허용착오의 결합형태

수영장 구조원 사례(A-1)에서는 — 위와 같은 내용의 징계권이 위법성조각사유인지<sup>29)</sup> 그리고 그러한 내용의 징계권이 수영장 구조원 갑에게 있는지 여부와 관계없이 — 우선 A가 징계의 계기가 될만한 행위를 한 바가 없기 때문에 객관적으로는 폭행죄의 위법성조각이 인정되지 아니한다. 그런데 갑은 수영장 구조원으로서 자신의 역할과 기능상 수영장고객에 대하여 그러한 내용의 징계를 행할 권한을 가지고 있다고 착오하였다. 일반적으로 이러한 내용의 징계권을 설사 위법성조각사유로 파악한다 하더라도, 그 같은 민법 제915에 규정된 보호권과 교육권은 A의 부모에게만 인정되어야 한다고 생각된다. 또 이와 같은 특수한 교육과 보호관계의 범위를 갑에게까지 원용할 다른 특별한 근거나 이유도 보이지 아니한다. 이렇게 볼 때 (A-1)은 오상과잉정당행위에 해당되는 사례이다. 교사의 징계행위 사례(A-2)도 이와 동일하다. 학생 A가 징계를 받을 만한 잘못을 저지르지 않았는데도 이를 저지른 것으로 오인하여 학생 A를 때리고 또한 그 정도는 징계권의 한계를 넘는 것이었다.

그런데 동시에 행위자 갑은 폭행이나 상해의 정도가 정당한 징계권의 범위 내에 있다고 잘못 생각하고 있다. 즉 이들 사례(A-1)(A-2)에서는 허용구성요건 착오가 존재하고, 그에 더하여 허용착오 즉 위법성조각사유의 법적 한계에 관

27) 신동운, **형법총론**, 410면; 박상기, **형법총론**, 257면; 김일수/서보학, **형법총론**, 314면.

28) Bindokat, *NJW* 1963, 745f.

29) Vgl. S/S-Eser, §223 Rn.20.

한 착오가 발생하고 있다고 볼 수 있다.<sup>30)</sup>

그렇다면 오상과잉방위의 경우에도 마찬가지로 사정이 발생할 수 있다고 볼 수 있을 것이다. 즉 오상과잉방위에서도 이중착오가 문제되는 경우가 있다는 것이다. 오상방위의 측면에서 위법성조각사유의 전제가 되는 사실에 대한 착오가 존재하는 것이며, 과잉방위의 측면에서 허용된 방위행위의 정도에 대한 평가의 착오가 있을 수 있기 때문이다.<sup>31)</sup>

그런데 허용착오는 일반적으로 간접적 금지착오로 다루어지고 있어 별다른 다툼이 없는데 반하여, 허용구성요건착오를 어떻게 취급할 것인가에 관하여는 여전히 논란이 되고 있으며 이론적으로도 많은 문제점을 야기하고 있다. 이러한 허용구성요건착오를 한 행위자는 자신으로서는 법에 충실하게 행위한 것이다. 그러나 객관적으로 위법한 그의 행위는 그가 객관적 사정을 잘못 인식하였다는 점에 기초하고 있다.

## 2. 허용구성요건착오에 관한 학설과 그에 따른 이중착오의 처리

### (1) 엄격책임설

엄격책임설은 허용구성요건착오를 허용착오와 마찬가지로 금지착오로 취급하려는 입장이다.<sup>32)</sup> 따라서 형법 제16조에 의하여 다루어진다. 그리하여 착오에 정당한 이유가 있었으면 책임이 조각되고, 정당한 이유가 없었다면 고의 기수범이 인정되고 책임감경이 인정될 수 있을 뿐이라고 한다. 즉 위법성조각사유의 전제사실도 고의가 아니라 위법성인식에 영향을 미치는 것으로 본다. 책임설을 허용착오 뿐만 아니라 허용구성요건착오의 경우에도 그대로 관찰하여, 위법성에 관한 모든 착오에 엄격하게 책임설을 적용하려고 하기 때문에 엄격책임설이라는 이름을 가지게 된 것이다.

허용구성요건착오와 허용착오의 두 착오가 동시에 존재하는 이중착오는 엄격책임설에 의하면 금지착오로 다루어지고 따라서 형법 제16조에 의하여 착오의 정당한 이유 여하에 따라 처리될 것이다.<sup>33)</sup>

30) 물론 위법성조각사유의 존재에 관한 착오로 볼 여지도 있다.

31) 김일수/서보학, **형법총론**, 447-448면.

32) 정성근/박광민, **형법총론**, 삼지원, 2001, 351면.

33) 정성근/박광민, **형법총론**, 239면 참조. 또한 오영근, **형법총론**, 507-508면은 오상과잉방위를 이중착오의 일례에 해당하는 것으로 보고 이를 오상방위로 취급하여 엄격책임설의 입장에서 고의범으로 처벌한다. 금지착오로 해결해야 한다는 취지이다. 그

## (2) 제한적 책임설

제한적 책임설도 엄격책임설과 마찬가지로 위법성인식과 고의를 분리한다. 그러나 위법성조각사유의 전제사실의 착오는 구성요건착오와 유사하게 혹은 법효과면에서만 구성요건착오로 취급하려는 견해이다.

## 1) 구성요건착오 유추적용설

위법성조각사유의 전제가 되는 사실은 구성요건에 해당하는 사실이 아니다. 그렇지만 사실이라는 측면에서 양자는 유사성이 있다. 따라서 허용구성요건착오는 구성요건착오는 아니지만 이를 유추적용하여 해결하는 것이 타당하다는 견해이다.<sup>34)</sup> 그리하여 고의범으로 처벌되지 아니하고 과실범 처벌규정이 있으면 과실범으로 취급해야 한다는 결론에 이르게 된다. 그런데 구성요건착오 유추적용설에서도 구성요건고의 자체는 인정한다.<sup>35)</sup> 다만 고의범으로 처벌되지 아니하는 근거에 관하여는 불법고의가 조각되기 때문이라는 입장과<sup>36)</sup> 행위반가치가 탈락되기 때문이라는 입장<sup>37)</sup>이 있다. 그러나 두 입장은 결국 고의불법이 조각된다는 결론은 동일하다. 구성요건착오 유추적용설은 위법성조각사유의 전제사실을 착오한 자에게 구성요건고의는 인정되지만 고의불법은 탈락된다(따라서 과실불법 정도에 해당한다)고 본다. 고의불법이 조각되므로 그에 따라 고의책임도 물론 인정되지 아니한다(불법과 책임의 상응원칙).

렇다면 이는 결국 허용구성요건착오와 허용착오의 결합형태인 이중착오는 금지착오가 된다는 의미이다.

34) Lackner/Kühl, *StGB*, 24.Aufl., 2001, §17 Rn.10; S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, §16 Rn.16.

35) 그러나 구성요건착오 유추적용 제한적 책임설이 허용구성요건착오의 경우 구성요건고의의 조각을 인정하는 견해라고 해석하는 입장도 있다. 주로 법효과제한적 책임설을 취하는 입장에서 이렇게 이해하는 경향이 많은 듯하다(대표적으로 이재상, **형법총론**, 323면; 신동운, **형법총론**, 403면, 409면; 배종대, **형법총론**, 389면 참조). 엄격책임설을 취하는 정성근/박광민, **형법총론**, 349면은 구성요건착오 유추적용 제한적 책임설이 구성요건고의는 인정하고 불법고의만 탈락시키는 견해라고 이해하고 있다.

36) 하태훈, “오상방위”, **고시계** 1994/11, 96면; 김일수/서보학, **형법총론**, 315면; 조준현, **형법총론**, 개정판, 법원사, 2000, 250면; 손동권, **형법총칙론**, 164면. Vgl. *SK-Rudolphi*, §16 Rn.13.

37) S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, §16 Rn.18; Eser/Burkhardt, *Strafrecht I*, 4.Aufl., 1992, Nr.15 A16, A23; Stratenwerth, *AT I*, 4.Aufl., 2000, 10/159; NK-Puppe, §15 Rn.1. 손동권, **형법총칙론**, 164면에서는 불법고의가 부정된다고 하면서, 165면에서는 고의불법에 해당하는 행위반가치가 없다고 한다.

## 2) 법효과제한적 책임설

허용구성요건착오를 위법성조각사유의 허용구성요건에 관한 독자적인 착오로 보는 견해이다. 이 견해에 의하면 허용구성요건착오의 경우 구성요건고의는 존재하지만 책임고의는 조각된다. 그리하여 고의불법은 인정되지만 책임단계에서 고의책임이 결여되어 고의범으로 처벌할 수 없다는 것이다. 단지 착오가 비난가능한 경우에 과실범으로 처벌할 수는 있다.<sup>38)</sup> 우리나라의 다수설이다. 구성요건고의와 고의불법이 인정되지만 책임고의와 고의책임이 조각되어, 법효과에서 구성요건착오가 있는 것과 같이 취급하므로 법효과제한적 책임설이라고 부르고 있다. 특히 공범의 성립과 관련하여 법효과제한적 책임설의 실익이 있다고 한다. 착오에 빠진 행위자를 교사·방조한 공범자를 처벌하기 위하여는 정범의 고의불법이 인정되어야 하므로 법효과제한적 책임설을 취하여야 한다는 것이다.

이 견해에 대하여는 착오자에게 불법단계에서는 고의불법을 인정하면서도 책임단계에서는 그에 상응한 고의책임이 아니라 과실책임을 인정하는 것은 이론적으로 모순된다는 비판이 제기되고 있다. 또 착오에 빠져 행위한 과실정범자를 교사·방조한 자에 대하여는 그의 우월한 인식을 근거로 간접정범으로 처벌할 수 있기 때문에 별다른 문제가 없다는 반론이 있다. 그리고 주관적 정당화요소가 결여된 경우에 제한적 책임설은 불능미수를 인정하는 것이 다수인데, 그렇다면 이와 반전된 형태인 위법성조각사유의 전제사실의 착오의 경우에는 불능미수를 반전시켜 환각범이 되고 따라서 고의불법을 부정해야 논리적이 아닌가 하는 비판이 제기되고 있다.<sup>39)</sup> 구성요건고의는 인정되나 책임고의가 조각되어 고의범으로 처벌할 수 없다는 법효과제한적 책임설에 의하면 고의불법이 인정되는데, 이는 결국 구성요건고의가 있으면 당연히 고의불법이 인정된다는 논리에 입각해 있다고 보여진다. 기본적으로 고의불법이 인정되려면 결과불법과 행위불법 양자가 모두 있어야 하는데, 법효과제한적 책임설은 행위반가치가 결여된 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오에서 결과반가치만으로 고의불법을 인정한다는 점에 문제가 있다고 생각된다.

38) Roxin, AT, §14 Rn.77; Tröndle/Fischer, §16 Rn.27.

39) Puppe, "Zur Struktur der Rechtfertigung," FS-Stree/Wessels, 1993, S.196f.; NK-Puppe, §16 Rn.152.

이러한 제한적 책임설에 따를 때 허용구성요건착오와 허용착오가 동시에 존재하는 이중착오는 형법 제13조와 제16조의 결합형태가 된다. 이를 어떻게 처리해야 할 것인가?

① 허용구성요건착오를 인정해야 한다는 견해(사실의 착오 적용설; 형법 제13조 적용설)

독일의 극소수설로서<sup>40)</sup> 이러한 결합형태는 고의범으로 처벌할 수 없고 과실범이 될 수 있을 뿐이라고 보는 입장이다. 위법성의 인식은 단지 구성요건까지만 분리가능(*teilbar*)하고 그 이상은 아니라는 점을 논거로 들고 있다. 그리고 범죄론체계에 따라 각각의 착오를 위치시켜 해결하면 된다고 한다. 불법이 책임 보다 먼저 검토되므로 이러한 경우 허용구성요건착오가 판단의 기초가 되고, 이를 토대로 허용착오가 심사되어야 한다는 것이다. 그리하여 결과적으로 고의범에 따른 처벌이 탈락되고, 과실범으로의 처벌가능성만 남게 된다.

② 허용착오를 인정해야 한다는 견해(금지착오설; 형법 제16조 적용설)

(A-1)(A-2) 사례에서 행위자 갑은 징계권의 전제사실에 관하여 착오하고 있고 또한 징계권의 범위와 한계에 관하여도 착오하고 있다. 이러한 경우에는 구성요건착오의 예에 따라 형법 제13조를 유추적용할 여지가 없고, 금지착오의 예에 따라 형법 제16조를 적용해야 한다고 보고 있다.<sup>41)</sup> 그 이유는 무엇일까? 여기에서 학생 A가 학교교칙을 위반하는 행위를 실제로 행하였다고 가정하더라도 즉 설사 정당행위상황이라고 할지라도 교사 갑에게 적법한 징계권의 범위를 넘어 그와 같이 지나친 징계행위를 할 권한은 없다. 그런데 갑은 폭행 내지 상해의 정도가 징계권의 법적 한계 내에 있다고 오신하고 있다. 따라서 금지착오에 해당된다. 이와 같이 위법성조각사유의 전제사실 즉 정당화상황이 객관적으로 실제 존재하는 경우의 허용착오자에 비하여, 이에 더해 위법성조각사유의 전제사실에 관하여서까지도 더 착오한 경우의 허용착오자가 유리하게 취급되어서는 안 되기 때문에 허용구성요건착오와 허용착오가 결합된 형태의 이중착오에는 형법 제16조가 적용되는 것이다.<sup>42)</sup> 즉 징계행위를 할 수 있

40) Haft, AT, 8.Aufl., 1998, S.255ff.; JuS 1980, 662, 664.

41) 신동운, **형법총론**, 411면; 박상기, **형법총론**, 256면. 독일에서는 이 입장이 거의 일치된 견해라고 할 수 있다.

는 실제 정당행위상황에서 그 허용한계에 관하여 착오한 허용착오도 금지착오가 된다. 이와 같이 형법 제16조는 행위자가 잘못 인식한 정당화상황이 실제로 존재했다라도 적용되므로, 구성요건착오의 경우보다 더 중한 것이다. 즉 이 경우 허용착오는 허용구성요건착오를 포괄하는 것이 된다.<sup>43)</sup>

그런데 원래 허용구성요건착오는 행위자가 오인한 정당화상황이 실제로 존재한다면 위법성조각이 인정될 경우에만 인정되는 것이라는 논거가 제시되기도 한다.<sup>44)</sup> 따라서 행위자가 인식한 사실이 실제로 존재한다고 가정하더라도 즉 설사 객관적으로 실제 정당화상황이라고 하더라도 행위자가 위법성조각사유의 법적 한계를 넘었기 때문에 위법성이 조각될 수 없는 경우에는, 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오는 애시당초 적용되지 아니하게 된다.<sup>45)</sup> 결국 제한적 책임설은 허용구성요건착오와 허용착오의 결합형태인 이중착오의 경우에는 형법 제16조 위법성의 착오의 예에 따라 처리한다. 그리하여 위법성의 인식이 결여된 데에 대하여 정당한 이유가 있는지 검토해야 할 것이다. 본 사례에서는 정당한 이유가 있다고는 볼 수 없으므로, 폭행죄나 상해죄가 성립될 것이다.<sup>46)</sup>

### 3. 餘論: 이중착오로부터 역조명해보는 오상과잉방위

#### (1) 오상과잉방위는 고의범이다

어떠한 범형상이나 이론을 고찰할 때 이면에서 착오를 시금석(Prüfstein)으로 삼아 다시 돌이켜 음미해보면 그 논리나 구조가 오히려 잘 드러나는 경우가 있다. 착오가 어떤 범형상을 음미하는 하나의 역할을 해줄 수도 있다는 것이다. 그러면 허용구성요건착오와 허용착오의 결합형태인 이중착오는 금지착오가 된다는 위에서의 결론을 가지고 거꾸로 오상과잉방위라는 범형상을 파악하여

42) Stoffers, *Jura* 1993, 377; 신동운, **형법총론**, 411면.

43) S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, §17 Rn.11.

44) S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, §17 Rn.11; Eser/Burkhardt, *Strafrecht I*, Nr.15 A31; Jakobs, *AT*, 2.Aufl., 1991, 11/38; Engisch, "Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen," *ZStW* 70(1958), 600.

45) Jescheck/Weigend, *AT*, S.467; Eser/Burkhardt, *Strafrecht I*, Nr.15 A31; S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, §17 Rn.11; Gropp, *AT*, 2.Aufl., 2001, §13 Rn.138; Matt, *AT*, 1996, §14 Rn.20.

46) 신동운, **형법총론**, 411면.

보기로 한다.

오상과잉방위 가운데에서 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오와 허용착오 즉 상당성의 초과(=과잉성)를 착오로 인식하지 못하고 과잉으로 나아간 경우의 결합형태인 이중착오는 위에서 본 바와 같이 금지착오가 되므로<sup>47)</sup> 이는 고의범이다. 과잉성을 착오로 인식하지 못한 이러한 형태의 (가장 낮은 정도의) 오상과잉방위가 고의범이라면, 과잉성의 인식이 있는 형태의 (더 높은 정도의) 오상과잉방위는 더더욱 고의범이다. 그렇다면 전체적으로 모든 오상과잉방위는 고의범이라는 결론에 이르게 된다. 이러한 고의범에서 물론 위법성의 착오가 일어나는 경우(예컨대 정계의 정도가 정당한 범위 내에 있다고 오인한 사례)가 있을 수 있다. 그때에는 당연히 금지착오가 적용된다. 그렇지 않은 통상의 오상과잉방위의 경우는 그대로 고의기수범이 될 것이다.

## (2) 오상과잉방위의 법적 성질에 관한 기존의 학설

### 1) 오상방위설

오상과잉방위는 오상방위와 같게 취급해야 한다는 입장이다. 오상과잉방위의 기초는 어디까지나 오상방위이고,<sup>48)</sup> 행위자의 심리상태는 오상방위와 동일하다는<sup>49)</sup> 근거를 들고 있다. 여기에서 제한적 책임설에 따라 과실범의 일례로 해결하려는 견해가 다수설이다. 오상과잉방위를 오상방위로 취급하면서도 엄격 책임설에 따라 고의범에서 금지의 착오로 보려는 견해도 있다.

### 2) 과잉방위설

오상과잉방위를 오상방위로 보면 이에 대해 정당방위가 불가능해져 버리므로, 오상과잉방위는 과잉방위로 해결해야 한다는 입장이다.<sup>50)</sup>

### 3) 유형적 고찰설

① 과잉성을 인식한 협의의 오상과잉방위는 과잉방위로, 착오로 그 정도를 초과한 광의의 오상과잉방위는 오상방위로 보자는 견해가 있다.<sup>51)</sup> ② 고의적

47) 신동운, **형법총론**, 411면; 박상기, **형법총론**, 256면.

48) 배종대, **형법총론**, 300면.

49) 박상기, **형법총론**, 188면.

50) 이정원, **형법총론**, 제2관, 범지사, 2001, 181면.

공격성향적 오상과잉방위는 완전한 고의기수범, 과실적 심약적 오상과잉방위는 오상방위로 취급하려는 견해도 있다. 전자와 관련하여 실제로 정당방위상황이 존재하고 그 상황에서 행하여지는 인식있는 과잉방위는 고의불법으로 평가되는데, 그보다 더 불법한 오상방위상태에서 저지른 과잉방위가 단순한 과잉방위보다 더 유리하게 평가될 수는 없기 때문이다. 그러므로 과잉방위나 오상방위 모두 원용할 수 없다. 즉 단순한 가벌적 행위로 보는 것이다. 후자의 오상과잉방위자는 정당방위상황에서의 과잉방위자와 심리상태가 비슷하고 과잉행위에 과실적인 요소가 있었으므로 오상방위와 같게 취급하자는 것이다.<sup>52)</sup> ③ 오상과잉방위에서 과잉부분을 고의로 행하였을 경우는 고의범으로 취급하고, 과잉부분을 과실로 행한 경우는 결과적 가중범이 인정되어야 한다는 견해가 있다.<sup>53)</sup>

#### 4) 고의기수범설

오상과잉방위는 오상방위와 달리 허용구성요건착오에 기한 방위행위가 그나마 상당성을 초과하기 때문에 아예 정당성을 가질 수 없다. 따라서 위법성과 책임이 모두 그대로 인정되는 단순한 가벌적 행위에 불과하다는 견해가 있다.<sup>54)</sup> 과잉방위나 오상방위 모두 인정되지 아니한다는 의미로 해석된다.

#### (3) 오상과잉방위 처리방식의 미묘한 변화

이상의 학설들을 개관해 볼 때 오상과잉방위의 취급에 관하여 종래에는 오상방위인가 과잉방위인가 하는 양자택일적 논의가 있어 왔다고 보여진다. 오상방위에 중점을 둔 해결이 주류적인 입장이 되었는데, 오상방위를 엄격책임설에서는 고의범으로 보고 다수설인 제한적 책임설에서는 과실범으로 취급한다. 그런데 오상방위 뿐만 아니라 오상과잉방위까지도 모두 과실범으로 보는 이러한 제한적 책임설의 입장은 엄격책임설로부터 처벌의 불균형이라는 비판을 받게 되었다.<sup>55)</sup> 오상과잉방위 문제는 제한적 책임설의 이론적 모순과 한

51) 차용석, **형법총론강의**, 635면.

52) 김일수/서보학, **형법총론**, 448면.

53) 손동권, **형법총칙론**, 165면.

54) 김성천/김형준, **형법총론**, 동현출판사, 1999, 275면. 그런데 오상과잉방위에 관하여 별도로 서술하지 않고 있는 신동운, **형법총론**, 411면도 이중착오의 처리를 다루는 방법에 비추어 이러한 입장에 있는 것으로 보인다.

계를 잘 보여주는 것이며 엄격책임설의 타당성이 여기에서도 증명된다는 것이다.<sup>56)</sup> 그 후에 학설은 다시 이에 대응하여 오상과잉방위를 취급함에 새로운 견해가 등장하게 되었다. 주된 방향은 제한적 책임설을 고수하면서도 오상과잉방위가 오상방위나 과잉방위로 환원되지 않는 독자적인 내용을 가진다고 보는 것이다.<sup>57)</sup> 여기에는 오상과잉방위를 유형별로 고찰하여 처벌의 불균형을 시정하려는 입장과 오상과잉방위를 단순한 가벌적 행위 즉 고의기수범으로 보는 입장이 보인다.

이러한 학설의 거시적인 흐름과 내용을 고찰해 볼 때, 오상과잉방위는 오상방위나 과잉방위나 양자택일 논의가 아니라 제3의 고유한 독립된 범형상으로 보아야 한다는 시각도 나타나 결국 오상과잉방위는 최근에 전체적으로 고의범 성부의 문제로 되어지고 있다고 보여진다. 한 가지 덧붙여 이러한 문제와 형법 제21조 제2항 형벌감면의 효과를 인정할 것인가 하는 문제는 별개로 검토되는 것이라는 점을 지적해 두고자 한다.

#### (4) 오상과잉방위의 고의범 성부 문제 — 기존학설의 재분류

##### 1) 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오를 사실의 착오로 보는 입장

① 과실범설 - 과잉성의 인식 유무를 묻지 않고, 항상 고의가 조각되어 과실범이 될 수 있을 뿐이다(다수설). 오상과잉방위는 근본적으로 오상에 터잡은 법현상 즉 오상방위라는 것을 근거로 한다. 그 의미는 무엇일까? 아무런 사실관계의 착오없이 정당방위상황에서 과잉으로 나아간 통상의 과잉방위(고의범)에 비하여, 정당방위상황이 있다는 사실관계의 착오로 “인하여” 과잉으로 나아간 오상과잉방위가 불법이 경하다고 보는 것 같다. 말하자면 이 오상과잉방위의 경우 정당방위상황에 관한 오인이 없었더라면 과잉방위도 없었을 것이므로 결국 전체적으로 오상방위의 일종이며, 행위는 전체적으로 과실범의 성격을 가지게 된다는 의미인 것으로 생각된다.

이에 대하여는 과잉성의 인식이 있는 오상과잉방위의 경우도 만약 과실범이 된다고 하면, 통상의 과잉방위가 과잉성의 인식이 있을 때 고의범이 된다는

55) 정성근/박광민, **형법총론**, 350면.

56) 오영근, **형법총론**, 508면.

57) 문채규, “오상과잉방위”, **안암법학** 2, 1994, 382면; 손동권, “(오상)과잉방위에 대한 책임비난”, **형사판례연구** [8], 2000, 39면 이하.

것과의 균형을 상실한다는 비판이 제기된다. 또한 위 오상과잉정당행위 사례(A-1)(A-2)에서 보듯이 정당화상황의 오인이 있었기 때문에 과잉으로 나아갔다는 인과적인 설명은 납득이 되지 아니한다. 정당화상황이 있다고 오인한 것과 상당성의 정도를 넘은 것은 관련이 없다. 오상과잉방위의 경우 오상방위 때문에 과잉방위로 연결된 것이므로 오상방위(과실범)를 인정해야 한다면,<sup>58)</sup> 통상의 과잉방위의 경우 정당방위 때문에 과잉방위로 나아가게 된 것이므로 정당방위(불법조작)를 인정해야 할 것이다.

② 고의범설 - 과잉성의 인식 유무를 불문하고 항상 고의범이 성립한다. 여기에는 오상과잉방위는 근본적으로 과잉방위라는 견해와 단순한 고의기수범의 가벌적 행위라는 견해가 포함될 수 있다. 전자의 견해와 관련하여 왜 오상과잉방위가 과잉방위로 취급되어야 한다는 것일까? 형의 불균형을 근거로 한다는 점은 언급하였다. 후자의 견해는 이를 바탕으로 오상과잉방위를 오상방위나 과잉방위와 달리 파악해야 한다는 입장으로 나아간 것으로 보인다. 이론적으로는 오상방위로서 고의가 조각되는 것은 방위행위가 상당성을 가지는 경우에 한하는 것이므로, 상당성을 일탈한 오상과잉방위의 경우에는 고의가 조각되지 않는다는 근거도 제시할 수 있을 것이다.

이에 대하여는 오상과잉방위 가운데 과잉성의 인식이 없는 경우에는 주관적으로 보면 행위자는 완전한 정당방위상황이라는 인식을 가지고 있기 때문에, 통상의 오상방위와 마찬가지로 고의를 조각해야 한다는 비판이 있을 수 있다. 그러나 이러한 비판은 과잉방위의 결과불법적 측면을 무시한다는 재비판이 가능할 것이다.

③ 유형별 고찰설 - 여기에는 (i) 과잉성을 인식하고 있는 경우에는 고의범이 성립하고, 과잉성을 인식하지 못한 경우에는 고의가 조각되어 과실범이 성립될 수 있다는 견해(고의범과 과실범설)와 (ii) 과잉성을 인식한 경우에는 고의범, 인식하지 못한 경우에는 결과적 가중범이 인정되어야 한다는 견해(고의범과 결과적 가중범설)가 있다. 이 견해들도 오상과잉방위를 오상방위로 볼 경우 나타나는 형의 불균형을 시정하기 위하여 오상과잉방위의 독자성을 강조하는 입장에서 나온 것으로 파악될 수 있다.

이에 대하여는 행위자가 상당성초과에 관해 인식했느냐 하는 과잉성의 인식 여부는 고의범이나 과실범의 성립에 영향을 미치지 않는다는 비판이 제기될

58) 조준현, **형법총론**, 202면.

수 있다.

2) 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오를 법률의 착오로 보는 입장(고의범설)

행위자의 과잉성 인식 유무를 묻지 않고, 고의범이 성립한다. 즉 오상과잉방위는 오상방위로서 다루어지고 엄격책임설의 입장에서 이는 법률의 착오이기 때문에 고의범이 인정된다. 따라서 형법 제16조에 따라 착오에 정당한 이유가 있을 경우에는 책임이 조각된다.

(5) 학설의 검토

이상과 같은 오상과잉방위를 둘러싼 최근 논의의 거시적 흐름만을 살펴보면 다수설은 여전히 오상과잉방위를 과실범으로 파악하고 있다. 그러나 엄격책임설 뿐만 아니라 제한적 책임설에서도 형의 불균형을 시정하기 위하여 고의범으로 파악해야 한다는 견해가 점차 유력해지고 있는 상황에 있는 것으로 보인다. 고의범으로 파악하기 위한 근거로는 과잉방위로 판단된다는 입장이 있지만 주로 오상과잉방위의 고유한 범죄유형성 내지 독자성을 내세우고 있다. 세부적으로는 오상과잉방위를 전체적으로 모두 고의범으로 보기도 하고, 일부 고의범이 되는 경우가 있으며 혹은 과실범이 되는 경우가 있다고도 하고, 고의범 또는 결과적 가중범(이 견해는 고의범과 과실범설 보다도 더욱 고의범설에 가깝다)이 된다고도 한다. 어쨌든 이러한 학설에서는 오상과잉방위에서 종래와 달리 고의범적 측면이 강하게 부각되고 있다. 특히 이러한 경향은 오상방위에 관해서는 제한적 책임설에 따라 과실범을 인정하는 입장에서 나타나고 있다. 이와 같은 추이에 대하여 오상과잉방위를 고의범으로 파악하는 엄격책임설은 제한적 책임설의 한계와 모순을 드러내는 것이라고 하면서 엄격책임설의 이론적 타당성을 주장한다.

위에서 서술한 바와 같이 이중착오의 견지에서 오상과잉방위라는 범형상을 역조명해 보면, 고의범으로 판단된다. 그렇다면 이를 과실범으로 보는 다수설은 근본적으로 문제점을 가지고 있다는 이론적 도출이 가능하다. 이는 실제로 다수설 중에서도 새로이 오상과잉방위의 고의범적 측면을 중시하는 견해가 등장하고 있다는 점에서도 확인되고 있다. 이중착오의 견지에서 오상과잉방위를 고찰해보면 이러한 흐름은 타당한 것으로 판단된다. 특히 오상방위에서 구성

요건착오 유추적용설을 취하여 고의불법을 부정하는 입장에 서있으면서도, 오상과잉방위에서는 고의불법을 인정하는 방향으로의 태도변화가 보인다는 점에 주목할 필요가 있다고 생각된다. 그렇다면 오상방위에서 고의불법을 긍정하고 고의책임만을 조각하는 법효과제한적 책임설의 입장에서는 더욱더 오상과잉방위의 고의불법을 인정하는 방향이 논리적으로 보인다. 이는 오상과잉방위를 오상방위로 취급하는 가치판단에서 벗어나 독자적인 고유한 범형상으로 파악하는 것으로 연결될 것이다.

결론적으로 이중착오의 견지에서 바라보면 오상과잉방위는 고의범이다(물론 과잉성의 인식 여부를 묻지 아니한다. 따라서 과잉성의 인식이 없더라도 오상과잉방위는 고의범이다). 이러한 고의범에서 물론 자신의 방위행위가 상당성의 범위한계 내에 있다는 착오가 발생할 수가 있는데,<sup>59)</sup> 이 경우가 바로 이중의 착오가 되는 것이고 결국 이는 금지의 착오에 따라 해결될 것이다. 그렇지 않은 통상의 오상과잉방위는 고의기수범이다.

## B. 반전된 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오와 위법성조각사유의 존재나 한계에 관한 착오의 결합형태

### 1. 우연방위와 위법성조각사유의 오인사례에서의 착오 — 반전된 허용구성요건착오와 허용착오의 결합형태

타인자녀의 징계행위사례(B)에서는 위법성조각사유가 실제로 존재한다. 갑은 타인자녀 A가 위법하게 공격하고 있으므로 행위자 갑은 객관적으로 정당방위 상황에 있는 것이다. 그런데 갑은 이러한 사실을 인식하지 못하고 있다. 그리고 행위자 갑은 A에 대하여 징계행위를 할 권한이 있다고 생각하여 실제로는 존재하지 아니하는 위법성조각사유가 자신에게 있다고 잘못 생각하고 있다. 첫 번째 착오 즉 객관적으로 존재하는 정당화상황을 인식하지 못하고 행위한 점에서 본 사례에서는 주관적 정당화요소의 결여상황(반전된 허용구성요건착

59) 이는 과잉방위의 경우에도 마찬가지이다. 정당방위에서 상당성은 객관적 기준에 의하여 결정되는 것이므로 상당성의 초과, 즉 과잉성의 인식 여부와 관계없이 과잉방위(고의범)가 성립된다. 그렇다고 이것이 과잉방위의 경우 착오가 문제되지 않는다는 의미는 아니다. 교과서에서는 과잉방위 서술부분에서 착오를 전혀 언급하지 않고 있기 때문에 이러한 오해가 있을 수 있다. 물론 고의범인 과잉방위에서도 착오로 과잉성을 인식하지 못하는 경우가 발생할 수 있다. 이러한 상당성에 관한 평가의 착오는 위법성조각사유의 착오로서 금지의 착오가 된다.

오) 문제가 제기된다.

(1) 방위의사 불요설(위법성조각설)

객관적으로 정당방위상황에 있는 사람은 정당화상황의 인식 여부와는 관계 없이 즉 그를 정당화시켜주는 상황임을 모르고 행위하였다도 위법성이 조각되며 처벌되지 아니한다는 견해가 있다.<sup>60)</sup> 그러나 이 견해에 대하여 불법이 조각되기 위하여는 정당화의 객관적 요건과 주관적 요건이 일치할 것이 요구된다는 통설의 비판이 있다. 현대 형법은 결과형법에서 책임형법으로 발전하여 왔다는 점을 근거로 한다.<sup>61)</sup> 따라서 행위자가 주관적으로 객관적 정당화요건이 존재하고 있다는 사실을 최소한 인식하고 자신의 행위가 상대방의 공격을 방위하는데 기여한다는 의식이 요구된다.<sup>62)</sup> 이때의 인식은 확실한 인식뿐만 아니라 미필적인 인식으로 족하다.<sup>63)</sup>

이러한 비판은 일반적으로 행위반가치와 결과반가치를 구별하는 인적 불법론을 근거로 하는 것이다. 위의 경우 결과반가치는 위법성조각사유의 객관적 요건이 존재함으로써 상쇄되고, 단지 행위반가치만이 남게 된다. 행위자는 A에 대해 ‘자신을 침해하는 자’로서가 아닌 ‘다른 사람’으로서 그의 법익을 침해하는 행위로 나아가기로 결정한 것이기 때문이다.<sup>64)</sup> 즉 행위반가치는 마치 정당방위상황이 존재하지 않았을 경우와 유사하게 남는 것이다.<sup>65)</sup> 주관적 요건이 충족되지 않았다면 행위는 위법한 것으로 남게 된다. 그 법적 효과에 관하여는 논란이 되고 있다. 즉 이 경우 기수범 혹은 미수범으로 처벌할 것인가에 관한 문제이다.

60) 차용석, **형법총론강의**, 596면. 독일에서는 Spandel, “Gegen den Verteidigungswillen als Notwehrerfordernis,” *FS-Bockelmann*, 1979, S.245; LK-Spendel, §32 Rn.138ff.; Rohrer, “Über die Nichtexistenz subjektiver Rechtfertigungselemente,” *JA* 1986, 363; Schmitt, “Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten?,” *JuS* 1963, 65.

61) Prittwitz, “Der Verteidigungswille als subjektives Merkmal der Notwehr,” *Jura* 1984, 79.

62) Herzberg, “Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage,” *JA* 1986, 199; Maurach/Zipf, *AT I*, 8.Aufl., 1992, §26 Rn.27; S/S-Lenckner, Vor §32 Rn.14, §32 Rn.63.

63) Pfaeffgen, “Fotografieren von Demonstranten durch die Polizei und Rechtfertigungselement,” *JZ* 1978, 744; S/S-Lenckner, Vor §32 Rn.14.

64) Kühl, *AT*, §6 Rn.11f.

65) Vgl. S/S-Lenckner, Vor §32 Rn.13.

### (2) 불능미수설

다수설은 행위자가 우연방위와 같이 객관적 정당화상황이 존재한다는 사실을 알지 못하고 행위한 경우에는 원칙적으로 위법하지만, 행위불법은 남아 있고 결과불법만 탈락하기 때문에 구조상 미수와 유사하고 특히 그 중에서도 불법의 완전한 실현이 불가능하다는 점에서 불능미수와 유사하다고 한다. 따라서 불능미수에 해당한다거나<sup>66)</sup> 혹은 불능미수 규정을 유추적용하자는 것이다.<sup>67)</sup> 우리나라와 독일의 다수설이다. 이 견해는 위법성조각사유의 객관적 요건이 존재하고 있으며 행위자의 행위는 결과적으로 법질서와 일치하고 있다는 점을 근거로 한다.

불능미수와 유사성 측면에서 고찰할 때, 직접적용설은 주관적 정당화요소 결여상황에서는 불능미수가 성립된다고 한다. 유추적용설은 이 상황이 불법내용면에서 불능미수와 유사하지만, 형식적으로는 결과가 발생하고 있으므로 미수와는 행위구조가 같지 않아 유추가 필요하다는 주장이다.

### (3) 기수범설

위법성조각사유의 객관적 요건과 주관적 요건이 모두 존재해야 위법성조각이 인정된다는 점을 근거로, 행위자가 법익침해 행위를 하여 공격자에게 구성요건에 해당하는 결과를 발생시켰기 때문에 이는 단순히 고의기수범이 된다는 견해이다.<sup>68)</sup> 우리나라의 소수설이며, 독일 판례와 소수설의 입장이기도 하다.<sup>69)</sup> 이에 따르면 행위자는 정당방위상황이 존재하지 않은 것과 동일하게 취급된다. 위법성조각사유의 주관적 요소가 결여되어 있고, (정당화상황이 존재하는 것을 비록 알지 못하였지만) 행위자는 공격자에게 법익침해를 야기하고 있다는 점을 강조하는 입장이다.

이 견해에 대하여는 행위자가 고의불법을 전부 실현한 것이 아니라, 단지 행위반가치만 인정된다는 비판이 제기된다. 이와 같이 부분적으로 남은 주관

66) Herzberg, *JA* 1986, 200.

67) S/S-Lenckner, Vor §32 Rn.15; Kuhl, *AT*, §14ff.; Lackner/Kuhl, §22 Rn.16; Maurach/Zipf, *AT I*, §25 Rn.34; Wessels/Beulke, *AT*, Rn.279.

68) 이재상, **형법총론**, 214면; 배종대, **형법총론**, 247면. 독일에서는 Tröndle/Fischer, §32 Rn.14; LK-Hirsch, Vor §32 Rn.59ff.; Foth, *JR* 1965, 369.

69) 기수범설이 독일의 다수설이라는 지적(배종대, **형법총론**, 246면 주15)은 타당하지 않다.

적인 (행위)반가치는 미수범으로 처벌함으로써 고려될 수 있는 것이다. 법익은 객관적으로 침해되는 것이 허용된 상황이었기 때문이다. 물론 미수범 처벌규정이 없을 때는 불능미수 규정을 (유추)적용하는 경우에 불가벌이 될 수 있다. 그러나 이는 불능미수설에 의하면 처벌의 공백이 야기된다고 비판할 것이 아니라, 입법자의 결정으로 받아들여야 할 것이다.

## 2. 불능미수(반전된 사실의 착오)와 금지착오의 결합

이와 같이 불능미수설에 따르면 제1착오는 불능미수가 인정될 것이다. 이에 더하여 제2착오인 허용착오가 발생하였다. 따라서 타인자녀의 징계사례(B)에서는 상해죄의 미수가 인정되고, 형법 제16조에 의해 판단될 것이다. 그리하여 정당한 이유 여부의 검토가 요구된다. 행위자 갑에게는 A에 대한 징계권이 없다. 이를 갑이 자기양심의 긴장을 통하여 숙고했다라면 인식할 수 있었다고 판단된다. 따라서 그러한 제2착오에 정당한 이유가 있다고는 볼 수 없다. 결국 행위자 갑은 상해미수로 처벌될 것이다.

## IV. 책임단계에 있어서의 이중착오

(원조교제사례) 미혼인 갑은 13세 이상의 미성년자와 금품을 주더라도 자유로운 동의하에 성관계를 가지는 것은 금지되어 있지 않다고 생각하였다. 그런데 갑은 자신의 행위가 간통죄로 처벌된다고 생각하였다.

(강제추행사례) 갑녀는 A녀를 강제추행하였는데, 여자가 주체가 된 경우에는 강제추행죄가 되지 않는다고 생각하였다. 그렇지만 동성간의 애정행위는 법적으로 금지되어 있다고 오인하였다.<sup>70)</sup>

### 1. 금지착오와 반전된 금지착오의 결합형태

실현된 구성요건의 측면에 볼 때에는 행위자 갑은 자신의 행위가 처벌되지 않는다고 생각하였다. 그런데 존재하지 아니하는 구성요건의 관점에서 보면 행위자는 자신이 처벌된다고 오인하고 있다. 그러므로 실현된 구성요건에 관

70) 손동권, **형법총칙론**, 248면.

하여는 금지착오가 인정되고, 존재하지 않는 구성요건과 관련하여서는 환각범이 성립된다. 이러한 이중착오는 어떻게 처리해야 할 것인가?

## 2. 이중적 금지착오에 관한 학설

### (1) 고의기수범설(금지착오 불고려설)

행위자 갑은 결국 자신이 처벌된다고 생각했다. 행위자의 의사형성에 영향을 미친 착오가 없으므로, 이 경우에는 금지착오가 인정되지 않는다는 견해이다.<sup>71)</sup> 비록 제1착오로 잘못된 인식이 있기는 했지만, 행위자는 이러한 첫 번째 착오에 의하여 법과 불법의 결정에 어떠한 장애나 방해를 받았다고 할 수 없다는 것이다. 고의범처벌에는 자신의 행위가 가벌적이라는 인식이나 추정으로서 충분하다고 이 견해는 보고 있다. 이와 같이 가벌적인 행위자 갑이 올바르게 평가했다면 불가벌인 사태(간통이나 동성애행위)에 관하여 또한 오인하고 있는 경우라도, 그는 가벌적이라는 것이다.

그러나 위에서 살펴본 바와 같이 이러한 플러스-마이너스 정산이론은 위법성인식의 분리가능성을 바탕으로 하는 책임원칙에 반한다는 비판이 있다. 따라서 불법과 책임의 상응을 요구하는 책임원칙에 비추어 이 견해는 받아들이기 어렵다고 생각된다.

### (2) 금지착오설

이 견해는 구체적 행위규범의 불인식을 근거로 금지착오를 인정하는 입장이다.<sup>72)</sup> 행위자는 자신의 구체적인 행위를 금지하는 규범에 관하여 이를 알지 못하였고 따라서 책임비난에 필요한 위법성인식이 결여되어 있다고 본다.<sup>73)</sup> 이는 제2착오 때문에 자기행위가 (실제 존재하지 않는 금지규범에 해당하여) 위법하다고 생각한 경우에도 여전히 타당하다고 한다. 그리하여 행위자에게는 자신의 행위를 그가 실제로 위반한 규범의 가치내용에 따라 결정할 자유가 결여되어 있으므로, 형법 제16조가 적용되게 된다. 환각범의 존재나 환각범과의

71) Tröndle/Fischer, §17 Rn.4; LK-Vogler, §22 Rn.152; Bringewat, MDR 1970, 653; Hirsch, Die Lehre, S.229f.

72) 손동권, 형법총칙론, 248면.

73) SK-Rudolphi, §17 Rn.10; Baumann/Weber/Mitsch, AT, S.422f.; Kühlen, Irrtum, S.522; Bindokat, NJW 1963, 745ff.; Neumann, JuS 1993, 796.

관련성은 이러한 금지착오에 영향을 미치지 못한다. 이 견해에 의하면 본 사례에서 갑은 형법 제16조 금지착오에 따라 판단되어야 한다. 강제추행사태에서 행위자 갑은 전체적으로 잘못된 위법성인식이 있었을 뿐이고, 실제 처벌되는 강제추행죄에 대하여는 위법성인식이 없으므로 행위자에게는 금지착오가 인정되어야 한다.<sup>74)</sup>

### (3) 보호법익기준 처리설

위에서 잠깐 언급하였듯이 어느 구성요건에 관하여는 위법성인식을 가질 수 있고 또 다른 구성요건에 관하여는 위법성을 갖지 않을 수 있다는 위법성인식의 분리가능성 원칙(*Grundsatz der Teilbarkeit des Unrechtsbewußtseins*)은 일반적으로 인정되고 있다. 이러한 위법성인식 가분의 원칙을 근거로 이 견해는 ① 두 구성요건이 상이한 법익을 보호하는 경우에는 이들을 분리하여 고찰해서 처리해야 하며, ② 만약 보호법익의 상이성 문제를 명확히 결정할 수 없을 경우에는 구별처리가 불가능하므로 전체적 결과에 따라 판단하게 된다고 한다. 그리하여 만약 행위자가 결과적으로 무언가 불법의식을 가지고 있다면, 이 경우 금지착오는 인정되지 아니하게 된다. 즉 두 착오가 융합되어 고의기수범으로 처벌된다.<sup>75)</sup> 상기사례들은 금지착오와 환각범이 결합되어 발생하고 있다. 따라서 이 견해에 의하더라도 형법 제16조 금지착오가 적용될 것이다.

## V. 나가면서

이중착오의 문제를 다루면서 눈에 띄는 점은 이중착오에 관한 논의가 우리나라에서는 없다는 사실이다. 주목을 끌지 못하거나 관심밖에 있다는 것이다. 이는 실무상 이중착오가 별다른 중요성을 얻지 못하고 있다는 점과 관련이 있다고 보여진다.<sup>76)</sup> 문헌상으로도 이중착오는 우리나라에서 거의 다루어지지 않고 있으며, 간혹 다루어지는 경우에도 아주 간략하게 서술되어 있을 뿐이거나 간단히 처리하고 있는데 그치고 있다. 그리하여 단순히 이중착오의 개별적 관점들만 언급되어 있다는 점에 어려움이 있다. 그렇기 때문에 앞으로도 이중착

74) 손동권, **형법총칙론**, 248면.

75) Haft, *JuS* 1980, 663.

76) 이는 독일에서도 마찬가지이다(Vgl. Kuhlen, *Irrtum*, S.504 Fn.95).

오에 관한 논의는 그다지 이루어지지 않을 전망이다.

이중착오를 둘러싸고 제기되는 문제들은 매우 다양하고 어려우며 그들의 처리에 관하여는 복잡한 의견들이 예상된다. 본 논문에서는 그에 관하여 논리일관된 명확한 해결이나 깊이 있는 이론이 제시된 것은 전혀 아니다. 단지 여러 가지 문제점들을 제기하여 앞으로의 논의에 어설피게나마 바탕을 만들어보려는데 그 의의가 있다고 생각된다. 그에 따라 우리가 이중착오의 확실한 이해에 더욱 가까워질 수 있으리라는 기대가 있기 때문이다. 위에서 본 바와 같이 이중착오에 관하여 그 자체를 고유한 법적 제도로 파악하려는 입장에는 찬성하기 어렵다고 생각된다. 이중착오는 오늘날 적용되는 착오규정들에 의하여 해결이 될 수 있는 문제이다. 다시 말하면 각각의 착오를 분리하여 고찰하는 입장이 타당하다는 것이다. 이렇게 분리하여 고찰한다고 하여 이중착오의 결합형태를 형법이론에서 경시해도 좋다는 의미는 아니다. 이중착오는 항상 발생할 수 있고 규명되어야 하는 사례이기 때문이다. 또한 이중착오를 통하여 이와 관련되는 많은 다른 논의들의 구조와 타당성을 재조명해 볼 수 있다는 점에서도 의미가 적지 않다고 생각된다. 본고에서 피상적이거나 잘못 이해한 많은 부분뿐만 아니라 이와 관련되는 다른 영역에서도 앞으로 많은 논의가 있기를 바라는 마음이다.

<Abstract>

## Der Doppelirrtum im Strafrecht

Yong-Sik Lee\*

Der Doppelirrtum ist dadurch gekennzeichnet, dass sich der Täter mehrfach im entgegengesetzten Sinne irrt. So ist er einerseits in Unkenntnis über das Vorliegen eines zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Tatumstandes. Andererseits stellt er sich irrig vor, den Straftatbestand dennoch erfüllt zu haben. Letztendlich decken sich Bewußtsein und Wirklichkeit wieder. Dabei ist nun problematisch, ob auf das Gesamtergebnis abzustellen ist oder die Irrtümer isoliert zu betrachten sind, so dass die Irrtumsregeln Anwendung finden.

Was den Doppelirrtum auf der Tatbestandsebene betrifft, so stellt sich die Frage, ob das Unrechtsbewußtsein auch dann vorliegt, wenn der Täter zwar im Ergebnis, aber aus falschen Gründen, um die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens weiß. Nach hier vertretener Meinung sind die Irrtümer getrennt zu betrachten. Dabei kennt der Täter das richtige Unrecht seiner Tat nicht. Der zweite Irrtum auch kann den ersten nicht neutralisieren. Beim ersten Irrtum liegt ein Tatbestandsirrtum vor und beim zweiten Wahndelikt oder untauglicher Versuch.

Beim Doppelirrtum auf der Rechtswidrigkeitsebene handelt es sich um zwei Fälle. Zum einen beginnt der Irrtum mit einem Erlaubnistatbestandsirrtum, zu dem ein Erlaubnisirrtum, also ein Irrtum über die rechtlichen Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes, tritt. Hier ergibt sich eine Kombination von Art.13 (analog) und Art.16 kStGB. Der Erlaubnisirrtum überdeckt den Erlaubnistatbestandsirrtum. Im Ergebnis kommt man zu Art.16 kStGB.

Zum anderen liegt Fall des umgekehrten Erlaubnistatbestandsirrtums und des Erlaubnisirrtums vor. Der erste Irrtum wirft das Problem der subjektiven Rechtfertigungselemente. Strukturell liegt hier ein Versuch vor. Dazu tritt der

---

\* Associate Professor of Law, Seoul National University

zweite Irrtum als ein Erlaubnisirrtum. So kommt eine Beurteilung nach Verbotsirrtum in Betracht.

Beim Doppelirrtum auf der verbotsbezogenen Ebene handelt es sich um Fall des Verbotsirrtums und des umgekehrten Verbotsirrtums. Es liegt ein Verbotsirrtum bezüglich des verwirklichten Tatbestandes und ein Wahndelikt bezüglich des nichtexistierten Tatbestandes vor. Nach hier vertretener Meinung kommt ein Verbotsirrtum in Betracht. Auch kann das Vorliegen bzw. die Verbindung mit einem Wahndelikt den Verbotsirrtum nicht neutralisieren.