

## 정당한 이유가 있는 법률착오 - 약사법규정에 대한 착오와 관련하여 -

임 광 주\*

<p>I. 머리말</p> <p>II. 새로운 법률착오의 개념</p> <p>III. 법률의 착오와 고의와의 관계</p> <p>IV. 정당한 이유가 있는 법률착오와 과실과의 관계</p>	<p>V. 정당한 이유있는 법률착오의 경우에 있어서 '불처벌'의 근거</p> <p>VI. 약사법규정에 대한 착오와 정당한 이유</p> <p>VII. 맺음말</p>
---	--

### I. 머리말

현행 형법 제16조는 법률착오에 정당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다고 규정하고 있다. 그러나, 이 '불처벌'이 범죄성립요소인 이른바 구성요건해당성, 위법성, 책임 중 어느 것의 결여로 인한 것인지에 대해서는 명시하지 않고 있다. '약사법규정에 대한 착오'와 관련하여 무죄를 인정하는 판례도<sup>1)</sup> 어느 범죄성립요소의 결여에 기인하는 것인지에 대해 언급하지 않고 있다. 이와 관련, 통설은 구성요건해당성과 위법성은 성립하나 책임이 조각된다는 입장을 취하고 있다.<sup>2)</sup> 이 글에서는, 과연 통설처럼 정당한 이유가 있는 법률착오의 경우에 "책임"이 성립하지 않는 것인지에 대해 근본적인 재검토를 하기로 한다. 왜냐하면, 통설은 착오의 핵심적 내용을 "위법성"으로 보는 종래의미의 "법률착오"의 개념에 입각하

\* 한양대학교 법과대학 교수

1) 대판 95도717.

2) 오영근, 위법성의 인식과 법률의 착오, 이한교교수정년기념논문집, 2000, 15쪽; 손동권, 형법총칙론, 2001, 253쪽; 김신규, 형법 제16조의 '정당한 이유'의 의미와 판례검토, 형사법연구 제15호, 한국형사법학회, 2001, 102쪽; 김일수/서보화, 형법총론 제9판, 2002, 435쪽; 이재상, 형법총론 제5판, 2003, 332-333쪽; 박상기, 형법총론 제5판, 2002, 251쪽; 이형국, 형법총론, 1999, 238쪽 등.

고 있는데, 만일, 착오의 핵심적 내용을 “위법성”으로 보지 않는 새로운 의미의 ‘법률착오’의 개념에<sup>3)</sup> 입각한다면 위의 통설과는 다른 결론이 나올 수 있기 때문이다. 또한, 통설이 별다른 문제의식 없이 수용하고 있는 법률착오의 개념은 벨첼(Welzel)이 “금지착오”라는 이름아래 정의한 것이나, 그 개념의 정의에 대한 명백하고 충분한 논거가 제시되어 있지 않으므로, 이에 의거하는 경우에는 법률착오의 효과를 정확히 밝혀낼 수 없기 때문이다.

그리고, 법률착오가 있는 경우 고의가 성립하지 않는지에 대해서도 형법 제16조는 명시하지 않고 있다. 이와 관련, 이른바 “고의설”과 “책임설”이 그 성부를 문제삼는 고의개념은 서로 다른 것이다. 즉, 고의설이 취하는 고의는 책임요소로서의 고의이고, 위법성인식을 그의 구성요소로 포함한다. 반면, 책임설이 취하는 고의는 구성요건요소로서의 고의이고, 위법성인식을 그의 구성요소로 포함하지 않는다. 책임설은 법률착오가 있는 경우 이 구성요건고의는 조각되지 않는다는 입장이다. 과연 이 책임설처럼 법률착오가 존재하는 경우에 구성요건고의가 성립하는가의 물음이 제기된다. 왜냐하면, 법률착오의 대상이 구성요건고의의 관련대상인 구성요건규정의 내용인 경우에는 구성요건고의가 탈락될 수도 있기 때문이다. 따라서, 위의 물음에 답할 수 있기 위해서는 ‘법률착오’와 ‘고의’와의 관계를 밝혀야 한다.

그리고, 형법 제16조는 “정당한 이유”를 규정하고 있으나, 그 내용 내지 기준을 적시하지 않고 있다. 이와 관련, 일부 판례의<sup>4)</sup> 경우 오인에 과실이 없으면 “정당한 이유”가 있는 것으로 봄으로써 과실을 그 기준으로 삼고 있다. 과연 이 판례처럼 과실이 정당한 이유유무의 판단기준인지, 아니면 역으로 정당한 이유가 과실유무의 판단기준인지가 문제된다. 왜냐하면, 고의와 과실이 동시에 성립하지 않는 경우에는 처벌되지 않으므로, 제16조의 불처벌이 ‘정당한 이유의 존재’로 ‘과실’ 까지도 성립하지 않는 데에서 기인하는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 따라서, 위의 지적인 문제

3) 새로이 정의된 법률착오의 개념에 대해서는, 아래 II 참조.

4) 대판 81도2763; 대판 92도2309.

를 풀 수 있기 위해서는 ‘정당한 이유가 있는 법률착오’와 ‘과실’과의 관계를 선행적으로 밝혀야 한다. 이 양자의 관계가 명백히 밝혀질 때 비로소 정당한 이유의 내용 내지 기준도 파악될 수 있다. 이와 같이, 법률착오와 고의와의 관계뿐만 아니라 정당한 이유가 있는 법률착오와 과실과의 관계가 구명될 때, 비로소 제16조의 규정성격을 제대로 파악할 수 있고 올바른 해석론을 제시할 수 있다.

이를 위해, 이 글에서는 전통적인 종래의미의 개념이 아니라 명확한 논거에 의해 새로이 정립된 ‘고의- 및 과실개념 그리고 법률착오의 개념’에<sup>5)</sup> 의거하여 이들 관계를 밝혀 보고, 더 나아가 정당한 이유가 있는 법률착오의 경우에 그 효과는 어떠한지를 밝혀보기로 한다. 그리고, 이를 바탕으로 약사법규정에 대한 착오와 관련하여 정당한 이유를 들어 무죄를 인정하는 판례를 검토해 보기로 한다.

## II. 새로운 법률착오의 개념

여기에서는 종래의 법률착오의 개념과 구별하기 위해 그리고 이글의 주제를 다루는 데에 필요한 한도 내에서 새로운 법률착오의 개념을 간략히 제시하기로 한다. 따라서, 이글에서 의미하는 법률의 착오는 “금지착오” 또는 “위법성착오”라고도 불리는 종래의미의 “법률의 착오”와는 다른 개념이다. 즉, 그것은 형법적 의미의 법률착오로서,<sup>6)</sup> 행위자가 이미 알고 있는 기정사실(既定事實)인 형법상의 법률규정에 관하여 그와 다르게 잘못 알아차리는 마음을 말한다.<sup>7)</sup> 이 개념에서 보듯이, 형법상의 법률규정을 이미 알고 있어야만 법률의 착오가 될 수 있다. 따라서, 착오유무가 문제되는 시점에 법률규정을 아예 알지 못하고 있는 마음은 법률의 착오

5) 임광주, 형법적 의미의 고의개념, 저스티스, 한국법학원, 2001, 129쪽 이하; 형법에 있어서 과실의 개념, 형사법연구 제16호, 한국형사법학회, 2001, 55쪽 이하; 형법에 있어서 법률착오의 개념과 유형, 저스티스, 한국법학원, 2003, 130쪽 이하.

6) 이하에서 언급되는 법률착오는 특별히 달리 말하지 않는 한, 여기에서 정의된 법률착오를 의미한다.

7) 자세한 것은, 임광주, 형법에 있어서 법률착오의 개념과 유형, 저스티스 통권 제74호, 한국법학원, 2003, 131-136쪽 참조.

가 되지 않고, 다만 단순한 법률부지가 될 뿐이다.<sup>8)</sup> 법률규정은 ‘기정(既定)의 사실’로서 일정한 유형적 표지들을 통해 비로소 수범자가 그의 내용, 효력 및 존재를 파지(把知)할 수 있는 무형적 대상이다. 따라서, 그것은 ‘앎(知)’의 대상이지, 유형적 대상의 존재를 대상으로 삼는 ‘인식(認識)’의 대상이 아니다. 그렇기 때문에, 법률규정을 착오로 잘못 아는 마음은 오지(誤知)이고, 착오적인 인식, 즉 오인(誤認)이 아니다. 이러한 견지에서 볼 때, 형법 제16조가 “...오인한...”이라고 명시하고 있는 것은 부정확한 것으로 ‘오지(誤知)’로 보정(補正)을 요하는 것이다.

이와 같은 형법적 의미의 법률착오 외에도 이에 대응되는 형법적 의미의 착오가 있다. 즉, 그것은 ‘요소존재의 착오’로서 형법규정의 내용에 속하는 요소들의 현실적 존재에 대한 착오를 말한다.<sup>9)</sup> 예컨대, 유형적인 행위객체와 같은 구성요건요소의 현존에 대해 착오로 잘못 인식하는 경우, 즉 ‘착오적인 인식’이 있는 경우에는 오인(誤認)이 된다. 이에 대해, 유형적 요소의 현존에 대한 인식이 아예 처음부터 없어 그 현존여부에 대해 판단하는 ‘생각’도 없게 되는 경우에는 ‘불인식’이기는 하지만 착오는 성립하지 않으므로 착오없는 불인식(不認識), 즉 ‘단순한 불인식’이 될 뿐이다.<sup>10)</sup> 형법 제13조와 제15조는 “...사실을 인식하지 못한...”이라고 규정하고 있는데, 여기에서의 “사실”은 ‘인식’의 대상으로 되어 있기 때문에 유형적 대상에 속하는 것이다. 그리고, 여기에서의 “인식하지 못한”, 즉 ‘불인식(不認識)’은 착오에 기인한 것이든 착오에 기인하지 않은 것이든 상관없이 없으므로 ‘오인(誤認)’뿐만 아니라 ‘단순한 불인식’도 포함한다. 왜냐하면, 제13조와 제15조는 ‘착오있는 불인식’과 ‘착오없는 불인식’ 중의 어느 하나로 특정하고 있지 않기 때문이다.

형법적 의미의 법률착오를 그 대상이 되는 ‘규정’의 유형에 따라 나누면, 의무위반성구성요건규범에<sup>11)</sup> 대한 착오, 합허용성구성요건규범에<sup>12)</sup> 대

8) 자세한 것은, 임광주, 앞의 글, 저스티스 통권 제74호, 한국법학원, 2003, 132쪽 참조.

9) 자세한 것은, 임광주, 앞의 글, 저스티스 통권 제74호, 한국법학원, 2003, 135쪽 참조.

10) 왜냐하면, 착오는 판단대상에 대한 ‘생각’이 존재함을 그 개념의 한 요소로 하기 때문이다. 자세한 것은, 임광주, 앞의 글, 저스티스 통권 제74호, 한국법학원, 2003, 133쪽 참조.

11) 예컨대, 제250조 1항, 제329조 등과 같은 종래의미의 구성요건규정.

12) 예컨대, 제20조, 제21조 1항 등과 같은 종래의미하는 “위법성조각사유”에 관한 규정.

한 착오, 책임성구성요건규범에<sup>13)</sup> 대한 착오로 나뉜다. 형법의 의무위반성 구성요건규범에는 금지의무 내지 요구의무를 전제로 한 '(금지- 내지 요구)의무위반성' 이, 합허용성구성요건규범에는 허용을 전제로 한 '합허용성' 이, 책임성구성요건규범에는 개인적인 준수능력과 개인사정상의 준수가능성을 전제로 한 '책임성' 이 각각 법효과로 상정되어 있다.<sup>14)</sup> 따라서, 형법상의 '금지(의무) 내지 요구의무에 대한 착오' 는 '의무위반성에 대한 착오' 를 야기하고, 결국에는 이 의무위반성을 상정하고 있는 형법의 '의무위반성구성요건규범에 대한 착오' 를 가져온다. 마찬가지로, 형법상의 '허용에 대한 착오' 는 '합허용성에 대한 착오' 를 야기하고, 결국에는 이 합허용성을 상정하고 있는 형법의 '합허용성구성요건규범에 대한 착오' 를 가져온다. 또한, 형법상의 '준수능력과 준수가능성에 대한 착오' 는 '책임성에 대한 착오' 를 야기하고, 결국에는 이 책임성을 상정하고 있는 형법의 '책임성구성요건규범에 대한 착오' 를 가져온다. 이들 착오는 '형법규정에 대한 착오' 이므로 모두 법률착오에 속한다. 그리고, 형법상의 '의무위반성' 과 '합허용성의 결여' 를(즉, 불허용성을) 형법상의 '위법성' 으로 파악하는 입장을 취하면<sup>15)</sup> '위법성에 대한 착오' 는 '의무위반성과 합허용성 모두에 대한 착오' 를 의미한다. 이처럼, '금지(의무)에 대한 착오' 뿐만 아니라 '허용에 대한 착오' 각각을 서로 독자적인 법률착오의 한 유형으로 보고 있는 점이 종래의미의 "법률의 착오"와는 크게 다른 점이다. 왜냐하면, 종래의 통설은 금지 또는 허용에 대한 착오로 위법성이 결여되는 경우 전체를 "법률의 착오"("금지착오" 또는 "위법성착오")라고 하고, 각개를 대상으로 하는 별도의 독립된 금지착오, 허용착오 또는 위법성착오를 인정하지 않기 때문이다. 그리고, '금지(의무) 내지 의무위반성에 대한 착오' 는 형벌범죄의<sup>16)</sup> 첫 번째 성립요건, '허용 내지 합

13) 예컨대, 제9조, 제12조 등.

14) 그 논거에 대해 자세한 것은, 임광주, 앞의 글, 저스티스 통권 제74호, 2003, 139-144쪽 참조.

15) 임광주, 현행 형법의 규범구조, 법학논총 제16집, 한양대학교 법학연구소, 1999, 289쪽 참조. 이하에서 언급하는 '위법성'은 특별히 달리 말하지 않는 한, 여기에서의 위법성을 의미한다.

16) 여기에서의 '형벌범죄'는 보안처분이 가해지는 범죄에 대응하는 개념으로서 그 성립요

허용성에 대한 착오'는 두 번째 성립요건, '위법성에 대한 착오'는 이 두 성립요건 모두, 그리고 '준수능력/준수가능성 내지 책임성에 대한 착오'는 세 번째 성립요건에 관한 것이라는 점이 종래의미의 "법률의 착오"와 또한 다른 점이다. 종래의미의 "법률의 착오"("금지착오" 또는 "위법성착오")는 고의설과 책임설 어느 입장에 의하든 그 효과는 최종적으로 "책임"에 관한 것이므로 (형벌)범죄의 세 번째 성립요건에 관한 것이기 때문이다.

### Ⅲ. 법률의 착오와 고의와의 관계

1. 이른바 고의설은 "위법성인식"을 고의의 한 구성요소로 보는 데에 대해, 책임설은 고의와 병존하는 별도의 책임요소로 본다. 그러나, 고의설이 취하는 고의는 책임요소로서의 고의이고, 객관적 구성요건요소 외에 위법성까지도 인식의 대상으로 한다. 이에 대해, 책임설이 취하는 고의는 구성요건요소로서의 고의(즉, 구성요건고의)이고, 객관적 구성요건요소만을 인식의 대상으로 한다. 이러한 기본적인 차이 때문에, 위법성인식의 결여를 초래하는 법률의 착오가 있는 경우에 양 학설이 고의의 성립여부에 대해 서로 다른 입장을 취하는 것은 당연하다. 그러므로, 양 학설의 타당성을 밝히기 위해서는 법률의 착오와 관련한 고의의 '성부' 그 자체보다도 그에 앞서 '어떠한 고의들'의 성립여부가 문제되는지를 논의의 초점으로 삼아야 한다. 그런데, 양 학설은 '고의'의 범죄체계상의 지위와 관련, 구성요건요소("엄격책임설"을 취하는 입장) 또는 책임요소("고의설"을 취하는 입장) 중의 1지위만을 인정하는 입장과 양자의 2중 지위를 인정하는 입장("제한책임설"의 입장)으로 각기 나뉜다. 이처럼, 종래의 입장 어느 것도 곧 아래에서 설명하게 될 '3종의 고의개념'을 파악하지 못하고 있으므로 법률의 착오로 인해 3종의 고의 중 '어떠한 고의들'의

건은 '의무위반성', '불허용성(즉, 합허용성의 결여) 및 '책임성'이다. 이들은 범죄체계의 형식상 종래의 범죄성립요건인 "구성요건해당성", "위법성" 및 "책임"에 각각 상응하는 것으로 볼 수 있다. 자세한 것은, 임광주, 앞의 글, 법학논총 제16집, 한양대학교 법학연구소, 1999, 283-285쪽 참조.

성립여부가 문제되는지를 정확히 판단할 수 없다. 왜냐하면, 위에서 이미 설명한 것처럼 법률착오의 대상은 3종의 제재규범(즉, 의무위반성구성요건규범, (합/)불허용성구성요건규범, 책임성구성요건규범)이고, 이것은 또한 고의의 관련대상이므로 3종의 제재규범 중 어느 것을 착오의 대상으로 하느냐에 따라 '어떠한 제재규범들의 고의'가 성립하는지의 여부가 결정되기 때문이다. 이제부터, 근본적인 한계점을 지니고 있는 종래의 고의개념이 아니라 새로이 정의된 3종류의 형법적 의미의 고의개념에<sup>17)</sup> 의거해서 법률의 착오와 고의와의 관계를 정확히 밝혀 보기로 한다.

2. 형법적 의미의 고의는 그를 규정하고 있는 제재규범의 유형에 따라 의무위반성구성요건규범의 고의, 불허용성구성요건규범의 고의, 책임성구성요건규범의 고의로 나뉜다.<sup>18)</sup>

우선, 의무위반성구성요건규범에 대한 착오적 부지가 법률의 착오가 되는지, 그리고 의무위반성구성요건규범고의의 성립여부와 어떠한 관계에 있는지를 밝혀보기로 한다. 형법에서 의미하는 의무위반성구성요건규범의 고의란, 의무위반성구성요건규범의 규정내용(즉, 의지에 의해 조종되는 행동으로 의무위반성의 성립요소를 발생시키면 행동의 의무위반성이 성립한다는 규정내용)에 대한 '앎', 의지로 조종될 행동에 의해 의무위반성의 성립요소가 실제로 발생하게 되리라는 것에 대한 '예견', 그리고 행동을 실제로 조종하는 '의지'라는 각개 마음의 총체를 말한다.<sup>19)</sup> 이 고의개념에서 알 수 있듯이, 그것은 크게 보아 일정한 내용의 '앎, 예견(豫見) 및 의지(意志)<sup>20)</sup>'로 구성된 복합개념이다. 따라서, 이 '의지, 앎 및 예견' 중 어느 하나라도 결여되면, 의무위반성구성요건규범의 고의가 성립하지

17) 3단계 범죄체계에 상응하는 3종의 고의개념이 현행형법에 내재하고 있음을 밝히는 실질형법의 이론적 근거에 대해서는, 임광주, 형법적 의미의 고의개념, 저스티스 제34권 제2호, 한국법학원, 2001, 129쪽 이하 참조.

18) 자세한 것은, 임광주, 앞의 글, 저스티스 제34권 제2호, 2001, 133-141쪽 참조.

19) 자세한 논거에 대해서는, 임광주, 앞의 글, 저스티스 제34권 제2호, 2001, 134-136쪽 참조.

20) 여기에서의 '의지'는 '일반심리학적 의미의 행동을 현실로 조종하는 마음'을 뜻한다. 따라서, 이 '의지'는 '하려는 마음', '하고자 하는 마음', 또는 '하기 위한 마음'처럼 현실적으로 행동을 조종하지 않고 단지 '마음을 먹고 (품고) 있는' 그 자체에만 머무르는 마음새들, 예컨대 일상적 의미의 의지, 의도, 목적과 구별되는 개념이다.

않게 되는 것은 당연한 논리적 귀결이다. 즉, 이들은 의무위반성구성요건  
 규범고의의 필수적인 개념요소이다. 위에서 알 수 있듯이, 고의의 개념요  
 소 중 하나인 '앓'의 대상은, '의지에 의해 조종되는 행동으로 의무위반  
 성의 성립요소를 발생시키면 행동의 의무위반성이 성립한다'는 규정내용  
 이다. 이는 바로 (객관적) 의무위반성구성요건규범에 규정되어 있는 구성  
 요건의 내용과 법효과의 내용이다.<sup>21)</sup> 따라서, 이들에 대한 착오는 의무위  
 반성구성요건규범이라는 법률규정의 내용에 대한 착오가 되므로, 결국 법  
 른의 착오에 속한다. 이와 같은 (객관적) 의무위반성구성요건규범의 내용  
 에 대한 착오적 부지, 즉 오지(誤知)는 법률의 착오로서 (의무위반성구성  
 요건규범)고의의 개념요소 중 하나인 '앓'의 결여를 초래하므로 (의무위  
 반성구성요건규범)고의불성립의 한 요인이 된다. 그리고, 앓의 대상이 되  
 는 내용을 규정하고 있는 의무위반성구성요건규범은 이미 존재하고 유효  
 한 것으로서의 그것을 말한다. 따라서, (객관적) 의무위반성구성요건규범  
 의 '존재 또는 효력'에 대한 오지(誤知) 역시 법률착오의 하나로서 결국  
 에는 의무위반성구성요건규범의 '내용'에 대한 '앓'의 결여를 초래하므  
 로 의무위반성구성요건규범고의의 불성립을 가져오는 요인이 된다. 물론,  
 (의무위반성구성요건규범)고의의 또 다른 개념요소인 '예견'의 결여를  
 초래하는 '(의무위반성)구성요건요소의 존재에 대한 착오', 예견대 행위  
 객체의 존재에 대한 오인도 (의무위반성구성요건규범)고의불성립의 한  
 요인이 될 수 있다. 하지만, 이 착오는 법률의 착오가 아니라 요소존재의  
 착오이므로 이 글의 주제상 더 이상 논의하지 않기로 한다.

다음으로, (합/)불허용성구성요건규범에 대한 착오적 부지가 법률의 착  
 오가 되는지, 그리고 (합/)불허용성구성요건규범고의의 성립여부와 어떠  
 한 관계에 있는지를 밝혀보기로 한다. 형법에서 의미하는 (합/)불허용성  
 구성요건규범의 고의라 함은, (합/)불허용성구성요건규범의 규정내용(즉,

21) 여기에서의 '구성요건'과 '법효과'의 개념은 종래의 개념과는 다른 것으로 다음과 같  
 다. 법적 의미의 구성요건이란, 일정한 법적 결과를 이끌어내는 데에 필요한 요소들의  
 총합을 말한다. 그리고, 법적 의미의 법효과란, 일정한 법적 요소들이 존재할 때 뒤따르  
 게 되는 법적 결과를 말한다. 자세한 것은, 임광주, 현행 형법의 규범구조, 법학논총 제  
 16집, 한양대학교 법학연구소, 1999, 286-287쪽 참조. 이하에서 언급하는 구성요건과 법효  
 과는 특별히 달리 말하지 않는 한(예컨대, 이른바 "구성요건", "법효과"라는 식의 표현  
 은 종래의 의미의 개념을 말하는 것임), 여기에서 정의된 것을 의미한다.



의지에 의해 조종되는 행동으로 (합/)불허용성의 성립요소를 발생시키면 행동의 (합/)불허용성이 성립한다는 규정내용)에 대한 '앞', 의지로 조종될 행동에 의해 (합/)불허용성의 성립요소가 실제로 발생하게 되리라는 것에 대한 '예견', 그리고 행동을 실제로 조종하는 '의지'라는 각개 마음의 총체를 말한다.<sup>22)</sup> 이 고의개념에서 알 수 있듯이, 그를 구성하는 '의지, 앞 및 예견' 중 어느 하나라도 결여되면, (합/)불허용성구성요건규범의 고의가 성립하지 않게 된다. 그리고, 위의 고의의 개념요소 중 하나인 '앞'은, '의지에 의해 조종되는 행동으로 (합/)불허용성의 성립요소를 발생시키면 행동의 (합/)불허용성이 성립한다'는 규정내용을 그 대상으로 한다. 이는, 다른 아닌 (객관적) (합/)불허용성구성요건규범에 규정되어 있는 구성요건의 내용과 법효과의 내용 바로 그것이다. 따라서, 이들에 대한 착오는 (합/)불허용성구성요건규범이라는 법률규정의 내용에 대한 착오가 되므로, 결국 법률의 착오에 속한다. 이와 같은 (객관적) (합/)불허용성구성요건규범의 내용에 대한 착오적 부지, 즉 오지는 법률의 착오로서 ((합/)불허용성구성요건규범)고의의 개념요소 중 하나인 '앞'의 결여를 초래하므로 ((합/)불허용성구성요건규범)고의불성립의 한 요인이 된다. 그리고, 앞의 대상이 되는 내용을 규정하고 있는 (합/)불허용성구성요건규범은 이미 존재하고 유효한 것으로서의 그것을 의미한다. 따라서, (객관적) (합/)불허용성구성요건규범의 '존재 또는 효력'에 대한 오지 역시 법률의 착오의 하나로서 결국에는 (합/)불허용성구성요건규범의 '내용'에 대한 '앞'의 결여를 초래하므로 (합/)불허용성구성요건규범고의의 불성립을 가져오는 요인이 된다. (합/)불허용성구성요건규범고의의 또 다른 개념요소인 '예견'을 결여시키는 '(합/)불허용성구성요건요소의 존재에 대한 착오' 역시 (합/)불허용성구성요건규범고의의 불성립을 가져오는 한 요인이 될 수 있음은 물론이다. 하지만, 이 착오는 법률착오가 아니라 요소존재의 착오에 속하므로 이 글의 주제상 더 이상 상론하지 않기로 한다.

이제 마지막으로, 책임성구성요건규범에 대한 착오적 부지가 법률의 착

22) 자세한 논거에 대해서는, 임광주, 형법적 의미의 고의 개념, 저스티스 제34권 제2호, 한국법학원, 2001, 136-139쪽 참조.

오가 되는지 그리고 책임성구성요건규범고의의 성립여부와 어떠한 관계에 있는지를 밝혀보기로 한다. 형법에서 의미하는 책임성구성요건규범의 고의란, 책임성구성요건규범의 규정내용(즉, 의지에 의해 조종되는 행동으로 책임성의 성립요소를 발생시키면 행동의 책임성이 성립한다는 규정내용)에 대한 '앓', 의지로 조종될 행동에 의해 책임성의 성립요소가 실제로 발생하게 되리라는 것에 대한 '예견', 그리고 행동을 실제로 조종하는 '의지'라는 각개 마음의 총체를 말한다.<sup>23)</sup> 이 고의개념에서 알 수 있듯이, 그를 구성하는 '의지, 앓 및 예견' 중 어느 하나라도 결여되면, 책임성구성요건규범의 고의가 성립하지 않게 된다. 그리고, 위의 고의의 개념요소 중 하나인 '앓'의 대상은, '의지에 의해 조종되는 행동으로 책임성의 성립요소를 발생시키면 행동의 책임성이 성립한다'는 규정내용이다. 이는, 다른 아닌 (객관적) 책임성구성요건규범에 규정되어 있는 구성요건의 내용과 법효과의 내용 바로 그것이다. 따라서, 이들에 대한 착오는 책임성구성요건규범이라는 법률규정의 내용에 대한 착오가 되므로, 결국 법률의 착오에 속한다. 이와 같은 (객관적) 책임성구성요건규범의 내용에 대한 착오적 부지, 즉 오지는 법률의 착오로서 (책임성구성요건규범)고의의 개념요소 중 하나인 '앓'의 결여를 초래하므로 (책임성구성요건규범)고의불성립의 한 요인이 된다. 그리고, 앓의 대상이 되는 내용을 규정하고 있는 책임성구성요건규범은 이미 존재하고 유효한 것으로서의 그것을 의미한다. 따라서, (객관적) 책임성구성요건규범의 '존재 또는 효력'에 대한 오지 역시 법률의 착오의 하나로서 결국에는 책임성구성요건규범의 '내용'에 대한 '앓'의 결여를 초래하므로 (책임성구성요건규범)고의의 불성립을 초래하는 한 요인이 된다. 책임성구성요건규범고의의 또 다른 개념요소인 '예견'이 결여되게끔 하는 '책임성구성요건요소의 존재에 대한 착오'도 책임성구성요건규범고의의 불성립을 가져오는 한 요인이 될 수 있음은 물론이다. 하지만, 이 착오는 법률착오가 아니라 요소존재의 착오에 속하므로 이 글의 주제상 더 이상의 상론은 피하기로 한다.

### 3. 지금까지 설명한 것처럼, 각 제재규범들의 규정에 대한 '착오'는 법

23) 자세한 논거에 대해서는, 임광주, 앞의 글, 저스티스 제34권 제2호, 한국법학원, 2001, 139-141쪽 참조.

률의 착오로서 고의의 한 개념요소인 '앓'의 결여를 초래하기 때문에 고의불성립의 한 요인이다. 이 법률착오 이외에도 이들 규정에 대한 '단순한 부지', 즉 법률부지 역시 '앓'의 결여를 초래하므로 고의불성립의 한 요인이 됨은 물론이다. 이처럼 '앓'이 결여되는 경우 이외에, 고의의 또 다른 개념요소인 '의지'나 '예견'이 결여되는 경우에도 고의가 성립하지 않게 됨은 물론이다. 그렇지만, 이들 경우는 법률착오에 기인하는 것이 아니므로 이 글의 주제 상 다루지 않기로 한다.

위에서 설명한 것처럼 '법률착오'는 고의의 불성립을 초래하는 요인이다. 따라서, '법률착오'가 의무위반성구성요건규범, (합/)불허용성구성요건규범, 책임성구성요건규범 중의 어느 것을 그 대상으로 하여 존재하는냐에 따라, '의무위반성구성요건규범의 고의', '(합/)불허용성구성요건규범의 고의' 또는 '책임성구성요건규범의 고의' 중의 어느 것이 성립하지 않을 수도 있다. 물론, 일부 규범에 대한 '법률착오'가 있으나 일부 다른 규범에 대한 '법률착오'가 없는 경우가 동시에 있을 수 있고, 이 경우에는 일부 규범의 고의는 성립하지 않으나 일부 규범의 고의는 성립하게 된다. 예컨대, 행위시에 의무위반성구성요건규범)에 대한 착오, 즉 '법률착오'가 있으나 (합/)불허용성구성요건규범과 책임성구성요건규범에 대한 착오, 즉 '법률착오'가 없는 경우에는 '의무위반성구성요건규범의 고의'는 성립하지 않지만 '(합/)불허용성구성요건규범의 고의'와 '책임성구성요건규범의 고의'는 성립한다. 그러므로, 이른바 "법률착오"가 있는 경우에 항상 '의무위반성구성요건규범의 고의' 즉, 종래 의미하는 '구성요건의 고의'가 성립한다고 하는 것은 잘못이다. 그럼에도 불구하고, 통설은 이른바 "책임설"을 취하여 "법률착오"로 인해 이른바 "위법성인식"이 없는 경우이더라도 항상 (종래의미의 구성요건)고의가 성립한다는 입장이다. 이는, 통설이 종래의미의 구성요건고의를 조각시키는 착오를 이른바 "구성요건착오"만으로 알고 있을 뿐, 종래의미의 구성요건고의를 조각시키는 또 다른 착오인 '새로운 법률착오'의 개념을 모르는 데에서 비롯된 잘못이다. 왜냐하면, '객관적 구성요건요소의 현존에 대한 착오'(즉, 요소존재의 착오)에 속하는 종래의미의 "구성요건착오"뿐만 아니라, 법률착오에 속하는 '객관적 구성요건요소를 기술하고 있는 규정 자체에 대한

착오' 역시 종래의미의 구성요건고의를 조각시키는 착오가 되기 때문이다. 그뿐만 아니라, 통설이 종래의미의 구성요건고의개념 또는 2중적 지위의 고의개념만을 알 뿐, 위에서 설명한 범죄체계에 상응하여 존재하는 3종의 고의개념을 파악하지 못하고 있는 데에서 비롯된 잘못이기도 하다. 마찬가지로, 이 3종의 고의개념을 파악하지 못한 채 종래의미의 “법률착오”로 인해 이른바 “위법성인식”이 없는 경우에는 항상 (책임요소로서의) 고의가 성립하지 않는다는 입장을 취하는 이른바 “고의설”은, ‘책임성구성요건규범의 고의’가 성립하지 않으면서 동시에 ‘(합/)불허용성구성요건규범고의’의 불성립과 ‘의무위반성구성요건규범고의’의 성립이 가능한 점을 간과하는 잘못을 안고 있다. 왜냐하면, 위에서 언급한 것처럼 행위시에 의무위반성구성요건규범에 대한 법률착오는 없고 (합/)불허용성구성요건규범과 책임성구성요건규범에 대한 법률착오만 있는 경우에는 ‘의무위반성구성요건규범의 고의’는 성립하지만 ‘(합/)불허용성구성요건규범의 고의’와 ‘책임성구성요건규범의 고의’는 성립하지 않기 때문이다. 판례는 고의설<sup>24)</sup> 또는 책임설<sup>25)</sup> 취하는 입장을 보이고 있는데, 앞에서 지적한 고의설 또는 책임설 각각이 지니고 있는 잘못을 피할 수 없다.

#### IV. 정당한 이유가 있는 법률착오와 과실과의 관계

1. 하나의 동일한 범죄행위에 대해 고의와 과실이 동시에 성립할 수 없기 때문에 과실이 성립할 수 있기 위해서는 우선 고의가 성립하지 않아야 한다. 그러나, 이러한 전제가 갖추어진 경우라도 과실이 곧바로 성립하는 것은 아니다. 따라서, 고의가 성립하지 않은 경우에는 과실의 또 다른 개념요소와 관련 그 성립여부를 최종적으로 판단해야 한다.<sup>26)</sup> 법률의 착오뿐만 아니라 법률의 부지, 그리고 요소존재의 착오도 고의의 불성립을 초래하는 요인이다. 그러나, 여기에서는 이 글의 주제상 법률의 착오에 의한 고의의 불성립을 전제로 하여 그 성립이 문제되는 과실의 유형

24) 대판 70도1206; 대판 74도2676; 대판 77도 3332 등.

25) 대판 87도160; 대판 87도492.

26) 위의 III. 2.

들만을 논의하기로 한다. 그리고, 여기에서의 법률의 착오는 이미 위에서 다룬 것처럼 각 제재규범의 고의를 배제시키는 법률의 착오, 즉 의무위반성구성요건규범, (합/)불허용성구성요건규범, 책임성구성요건규범에 대한 착오에 한정하기로 한다. 이미 위에서 설명했듯이, 이러한 법률의 착오는 각 제재규범의 고의를 배제시키므로 동일한 각 제재규범의 과실성부에 대한 판단이 별개의 문제로 남게 된다. 이 판단을 위해서는 그 기준이 되는 형법적 의미의 과실이 제시되어야 한다. 그런데, 종래의 전통적 견해는 고의의 경우와 마찬가지로 범죄체계상 1개의 지위 또는 2중의 지위를 갖는 과실개념만을 알고 있을 뿐, 곧 아래에서 설명하게 될 3종의 과실개념을 파악하지 못하고 있다. 이러한 입장에 있는 고의설과 책임설이 어떠한 한계점을 지니고 있는지, 그리고 '정당한 이유가 있거나 없는 법률착오'와 '과실'과의 관계는 어떠한지, 이제부터 새로이 정의된 3가지 종류의 형법적 의미의 과실개념에<sup>27)</sup> 의거하여 논의하기로 한다.

형법적 의미의 고의와 마찬가지로, 형법적 의미의 과실도 그를 규정하고 있는 제재규범의 유형에 따라 의무위반성구성요건규범의 과실, (합/)불허용성구성요건규범의 과실, 책임성구성요건규범의 과실로 나뉜다.<sup>28)</sup> 우선, '의무위반성구성요건규범의 과실'이라 함은, 행위자에게 존재하는 다음의 마음들, 즉 행동관련의 의무위반성구성요건규범이 규정하는 내용(즉, '의지에 의해 조종되는 행동으로 의무위반성의 성립요소를 발생시키면 행동의 의무위반성이 성립한다'는 규정내용)에 대해 의무위반성구성요건규범의 추상적·일반적인 평균적 수범자가 알 수 있음에도 그에 대한 '부지'와 의지에 의해 조종될 행동으로 의무위반성의 성립요소가 실제로 발생하게 되리라는 것에 대해 추상적·일반적인 평균적 수범자가 예견할 수 있음에도 그에 대한 '불예견(不豫見)' 중 최소한 하나, 그리고 행동을 실제로 조종하는 '의지'라는 각개 마음의 총체를 말한다.<sup>29)</sup> 이 과

27) 실정형법에 내재하는 3종의 형법적 의미의 과실개념에 대한 실질형법의 이론적인 근거에 대해서는, 임광주, 형법에 있어서 과실의 개념, 형사법연구 제16호, 한국형사법학회, 2001, 55쪽 이하 참조.

28) 자세한 것은, 임광주, 앞의 글, 형사법연구 제16호, 한국형사법학회, 2001, 65-76쪽 참조.

29) 자세한 논거에 대해서는, 임광주, 앞의 글, 형사법연구 제16호, 한국형사법학회, 2001, 65-69쪽 참조.

실개념에서 알 수 있듯이, 그것은 '추상적·일반적인 평균적 앎의 가능성을 전제로 한 일정한 내용의 부지(不知), 그리고 추상적·일반적인 평균적인 예견가능성을 전제로 한 일정한 내용의 불예견 중의 최소한 하나'와 '일정한 내용의 의지'로 구성된 복합개념이다. 여기에서 알 수 있듯이, '의지'는 의무위반성구성요건규범과실의 '필수적인' 개념요소임에 반하여 '부지'와 '불예견'은 양자택일의 '임의적인' 개념요소이다. 그러므로, 의무위반성구성요건규범의 과실이 성립하려면 '의지'는 항상 존재해야 하지만, '부지'와 '불예견'은 서로 동시에 없는 경우가 아닌 한, 그 중 어느 하나가 없어도 과실이 성립한다. 그리고, 여기에서의 '부지'는 착오적 부지는 물론 단순 부지도 포함한다.

이미 살펴보았듯이, 법률의 착오에 의해 의무위반성구성요건규범의 고의가 성립하지 않는 경우는 의무위반성구성요건규범에 대한 오지로 인해 그에 대한 앎이 결여되는 경우이다. 따라서, 이러한 의무위반성구성요건규범고의의 불성립을 전제로 하여 그 성립이 문제되는 의무위반성구성요건규범과실의 유형은, 일정한 내용의 '부지, 불예견 및 의지'로 구성되는 과실과 일정한 내용의 '부지, 예견 및 의지'로 구성되는 과실이다. 의무위반성구성요건규범의 과실은 이러한 개념요소 외에 '부지'의 경우에는 '추상적·일반적인 평균적 앎의 가능성'을 또한 개념요소로 하기 때문에, 법률의 착오에 의해 의무위반성구성요건규범의 고의가 성립하지 않은 경우라 하더라도 이 '앎의 가능성'이 없으면 의무위반성구성요건규범의 과실이 성립하지 않는다. 그 결과, 과실범을 처벌하는 범죄의 경우라도 과실범으로 처벌되지 않게 된다. 만일, 이 경우에 '앎의 가능성'이 있으면 의무위반성구성요건규범의 과실이 성립함은 물론이고, 과실범을 처벌하는 범죄의 경우에는 과실범으로 처벌된다. 마찬가지로, 법률의 착오가 아닌 '법률부지'에 의해 의무위반성구성요건규범의 고의가 성립하지 않은 경우에도 '앎의 가능성'의 유무에 따라 위와 똑같은 결론에 이르게 됨은 물론이다.

지금까지 의무위반성구성요건규범의 과실과 관련하여 논의한 내용은, (합/)불허용성구성요건규범의 과실과 책임성구성요건규범의 과실과 관련하여서도 기본적으로 같으므로, (합/)불허용성구성요건규범의 과실과 책

임성구성요건규범의 과실에 대한 상론은 생략하기로 한다. 다만 부분적인 차이점을 언급하면 다음과 같다. 우선, 착오로 인한 부지의 대상이 (합/)불허용성구성요건규범과실의 경우에는 (합/)불허용성구성요건규범(예컨대, 제20조)이고, 책임성구성요건규범과실의 경우에는 책임성구성요건규범(예컨대, 제12조)이라는 점에 차이가 있다. 그리고, 의무위반성구성요건규범의 과실과 (합/)불허용성구성요건규범의 과실은 모두 추상적·일반적인 평균적 수범자를 '알 가능성의 표준적 주체'로 하는 것과는 달리, 책임성구성요건규범의 과실은 구체적·개별적인 수범자를 '알 가능성의 표준적 주체'로 하는 점이 또한 다르다.

2. 이제, 위에서 설명한 '과실'과 형법 제16조의 '정당한 이유가 있는 법률착오'와의 관계를 알아보고, 그로부터 '정당한 이유있음'의 구체적인 내용을 밝혀보기로 한다. 동일한 범죄에 대해 고의가 성립하지 않으면 과실이 성립하는지의 문제가 남게 되고, 만일 과실까지도 성립하지 않으면 처벌되지 않음은 물론이다. 위에서 밝혔듯이, 법률착오가 있는 경우에는 '관련규정에 대한 부지'로 고의가 성립하지 않는다. 이 경우, '부지'를 개념요소의 하나로 하는 과실의 성립여부가 문제된다. 이미 위에서 설명한 것처럼, '부지를 개념요소로 하는 과실'의 경우에는 '부지' 외에도 '알 가능성'을 그 개념요소로 한다. 따라서, 법률착오로 인한 '관련규정에 대한 부지'로 고의가 성립하지 않는 경우이더라도, 즉 '부지'가 존재하여도 관련규정에 대한 '알 가능성'이 없는 경우에는 '부지를 개념요소로 하는 과실'이 성립하지 않는다. 이처럼, 법률착오로 '관련규정에 대한 부지'가 초래되어 고의가 성립하지 않고, 더 나아가 '관련규정에 대한 알 가능성'까지도 없어 과실마저 성립하지 않는 경우에는 결국 처벌되지 않게 된다. 즉, 법률착오로 '부지'가 존재하지만 '알 가능성'이 없는 때에는 고의뿐만 아니라 과실도 성립하지 않으므로 처벌되지 않는다. 형법 제16조는 바로 이 경우를 "정당한 이유가 있는 법률착오가 있는 경우에 벌하지 않는다"라고 규정하고 있는 것이다. 따라서, 제16조에서의 '법률착오에 정당한 이유가 있음'은 과실의 개념요소와 관련하여 보면, '법률의 착오로 부지이지만 알 가능성이 없음'을 의미한다. 여기에서, '정당한

이유 있음'의 구체적 내용으로서 '앞의 가능성없음'이 도출된다. 그런데, 다수설은<sup>30)</sup> 제16조에서의 '정당한 이유있음'을 '착오의 회피가능성없음'으로 해석하고 있다. 그러나, 이는 다음과 같은 이유에서 정확한 해석론으로 볼 수 없다. 존재하는 부지가 '단순 부지'인 경우와는 달리 '착오적 부지'인 경우에는, '착오의 회피가능성이 없음'을 '정당한 이유가 있음'의 구체적 내용으로 볼 수도 있다. 왜냐하면, 착오로 알지 못한 경우에는 '착오의 회피가능성'이 있으면 대체적으로 '앞의 가능성'이 있을 수 있기 때문이다. 그러나, '최종적으로 과실이 성립하지 않아' 처벌되지 않는 경우가 되기 위해서는 과실의 한 개념요소인 '앞의 가능성'이 없어야 하므로, 무과실, 즉 불처벌을 초래하는 '정당한 이유가 있는 법률착오'가 되려면 '정당한 이유있음'의 구체적 내용은 '앞의 가능성없음'이 되어야 한다. 그러므로, '착오의 회피가능성없음'이 '정당한 이유있음'에 해당되는 경우는 어디까지나 그로 인해 최종적으로 '앞의 가능성이 없는 경우'이다. 결국, '정당한 이유있음'의 구체적이고 최종적인 내용은 '앞의 가능성없음'이다.<sup>31)</sup> 독일의 실정형법은(§17) '앞의 가능성이 없음'이 아니라, 이보다 포괄적인 표현인 '착오의 회피가능성이 없음'으로 규정하고 있다. 이는, 독일의 형법이론이 '회피불가능한 (내지 정당한 이유있는) 법률착오'와 '과실'과의 관계를 아직 제대로 구명하지 못하고 있는 상태의 수준에서 이루어진 입법이라고 볼 수 있다. 우리의 실정형법은(제16조) 이보다도 더 포괄적인 표현인 '정당한 이유가 있음'으로 규정하고 있는데, 이 역시 같은 맥락의 입법이라고 하겠다. 이와같이, 포괄적인 개념인 '정당한 이유' 그 자체를 기준으로 삼고 있는 소수설과<sup>32)</sup> 판례는<sup>33)</sup> '앞의 가능성'이라는 구체적 기준에 의거하지 않고 있기 때문에 '정당한

30) 정현미, 법률의 착오에서 정당한 이유의 판단기준, 형사판례연구(8), 형사판례연구회편, 2000, 15쪽; 김신규, 앞의 글, 형사법연구 제15호, 한국형사법학회, 2001, 103-104쪽; 김일수/서보학, 앞의 책 제9판, 2002, 435쪽; 손동권, 앞의 책, 2001, 258쪽; 배종대, 형법총론 제6판, 2001, 391쪽 등.

31) '앞의 가능성' 유무를 판단하는 기준에 대해서는 다음 기회에 다루기로 한다.

32) 오영근, 형법총론 초판, 2002, 500쪽.

33) 대판 91도1523; 대판 91도2525; 대판 92도1560; 대판 94도1814; 대판 96도2191; 대판 99도5563 등.



이유' 유무의 판단에 있어 정확성을 피하기 어려운 문제점을 안고 있다. '정당한 이유유무'의 판단에 과실을 관련시키고 있는 판례가<sup>34)</sup> 있기는 하지만, 과실의 개념요소와 관련시켜, 즉 '앓의 가능성'의 시각에서 '정당한 이유유무'를 판단하지 않고 있기 때문에 이 또한 정확성을 담보하기 어렵다. 더욱이, 앓의 가능성여부, 즉 정당한 이유여부에 의해서 과실여부가 결정되는 것이지, 과실여부에 의해서 앓의 가능성여부 내지 정당한 이유여부가 결정되는 것이 아니므로 판례는 잘못이 아닐 수 없다.

이상의 논의에서, '정당한 이유있는 법률착오와 과실과의 관계' 및 '정당한 이유있음의 구체적 내용'을 최종적으로 정리하면 다음과 같다. '정당한 이유있는 법률착오'는, '지(知)의 가능성이 없는 규범내용에 대한 착오적 부지(不知)'로서 과실의 성립을 배제시키는, 즉 무과실의 한 요인이다.

## V. 정당한 이유있는 법률착오의 경우에 있어서 '불처벌'의 근거

1. 현행형법은 법률착오에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 않고 있다. 그렇다면, 처벌하지 않는 실질적인 (형)법이론적 근거는 과연 무엇인가. 이에 대한 해답의 실마리는 다음에서 찾을 수 있다. 위에서 밝혀졌듯이, 법률착오에 정당한 이유가 있는 경우에는 고의뿐만 아니라 과실도 성립하지 않는다. 이를 과실의 개념요소의 시각에서 보면, 법률착오로 인하여 (법규정에 대한) 부지가 있지만 정당한 이유가 있는 경우, 즉 (법규정에 대한) '앓'의 가능성이 없는 경우에는 무과실이 된다. 그런데, 고의가 성립하지 않은 경우에 '실정형법상' 과실범으로 처벌될 수 있기 위해서는 과실범의 처벌규정이 있는 경우 과실이 성립해야 한다. 그러므로, 위와 같은 정당한 이유있는 법률착오의 경우 처벌되지 않는 '형식적 형법'(즉, '실정형법')상의 근거는 해당 과실범에 있어서 '과실이 성립하지 않음'에 있다. 그런데, '실정형법'이 과실처벌규정을 두기에 앞서 과실을

34) 대판 81도2763; 대판 92도2309.

처벌할 실질적인 법리적 근거는 무엇인지, 그리고 ‘처벌하는 과실’과 ‘처벌하지 않는 무과실’과의 실질적인 법리적 한계는 무엇인지 등에 관한 문제는 ‘실질형법’(Materielles Strafrecht)에 속하는 것이다. 따라서, 무과실을 초래하는 ‘정당한 이유있는 법률착오의 경우’를 처벌하지 않는 ‘실질형법’상의 이론적 근거는, 결국 ‘무과실’을 처벌하지 않는 ‘실질형법’상의 이론적 근거에 귀착된다. 그렇다면, 과실과 무과실의 제재여부를 한계지우는 실질형법적인 근거는 무엇인가? (법)규범이 수범자에게 ‘알 가능성’이 없는 내용에 대해서까지 ‘알’을 요구하고, 이에 대한 ‘부지’를 처벌하는 것은 규범논리상은 물론 비례성원칙상으로도 과잉적인 요구 및 제재로서 위헌을 면할 수 없다. 그렇기 때문에, 합헌적인 제재가 되려면, ‘알 가능성’이 있는 내용에 대한 ‘부지’를 처벌하는 것이어야 한다. 이러한 까닭으로, ‘부지’와 더불어 ‘알 가능성’의 존재를 그 개념요소의 하나로 하는 과실은 형벌제재가(즉, 처벌이) 가능한 반면, ‘알 가능성’조차 없는 ‘부지’ 때문에 과실이 되지 않는 무과실은 처벌이 불가능한 것이다. 이처럼, ‘알 가능성’의 유무는 과실과 무과실을 구분짓는 요소이며, 제재여부를 한계짓는 요소이기도 하다. 따라서, ‘정당한 이유있는 법률착오’는 ‘알 가능성’의 결여에 의한 무과실을 초래하기 때문에, 결국에는 불처벌에 이르게 한다. 바로 여기에, ‘정당한 이유있는 법률착오가 있는 경우’에 실정형법이 처벌하지 않는 실질형법적인 근거가 있는 것이다.

2. 위에서 설명한 것처럼, 정당한 이유가 있는 법률착오의 경우 처벌되지 않는 실정형법적인 근거는, 고의 및 과실의 시각에서 보면 ‘무고의’ 및 ‘무과실’에 있다. 이제는, 또 다른 시각에서 본 실정형법적인 근거를 살펴보기로 한다. 고의와 과실의 범죄체계상의 지위와 관련한 종래의 입장과는 달리, 이 글에서는 3단계 범죄체계에 상응하여 존재하는 상호 독자적인 3종의 고의 및 과실개념을 취하는 입장이다. 이 고의 및 과실이 ‘구성요건’의 요소인지를 아래에서 살펴보기로 하겠지만, 여기에서 의미하는 ‘구성요건’은 종래 의미하는 구성요건의 개념이 아니라 이미 앞에서 설명한 것처럼 새로이 정의된 개념임은 물론이다. 이제, 3종의 고의 및 과실이 과연 어떠한 ‘구성요건요소’인지를 밝히기 위해 선행적으로

각 제재규범의 구조를 살펴보기로 한다.

형벌범죄의 성립요건을 규정하는 의무위반성구성요건규범은 의무위반성을 성립시키는 데에 필요한 요건(즉, 의무위반성구성요건)과 의무위반성이라는 법효과로 구성되어 있다.<sup>35)</sup> 마찬가지로, (합/)불허용성구성요건규범도 (합/)불허용성을 성립시키는 데에 필요한 요건(즉, (합/)불허용성구성요건)과 (합/)불허용성이라는 법효과로 구성되어 있다. 책임성구성요건규범 역시 책임성을 성립시키는 데에 필요한 요건(즉, 책임성구성요건)과 책임성이라는 법효과로 구성되어 있다. 따라서, 각각의 구성요건이 충족되면 각각의 법효과가 성립하게 되는데, 이 때 법효과가 부여되는 대상이 일반심리학상의 존재적 실체인 '행동과 마음' 중 어느 것이냐에 따라 법효과를 '행동관련의(즉, 객관적)'<sup>36)</sup> 법효과와 '마음관련의(즉, 주관적)'<sup>37)</sup> 법효과로 구분할 수 있다. 즉, '행동'에 부여되는 법효과인 의무위반성, (합/)불허용성, 책임성은 각각 '객관적' 의무위반성, (합/)불허용성, 책임성이 되고, '마음'에 부여되는 법효과인 의무위반성, (합/)불허용성, 책임성은 각각 '주관적' 의무위반성, (합/)불허용성, 책임성이 된다. 이에 상응하여, 각 구성요건도 행동관련의(즉, 객관적) 법효과를 성립시키는 데에 필요한 요건, 즉 '객관적' 구성요건과 마음관련의(즉, 주관적) 법효과를 성립시키는 데에 필요한 요건, 즉 '주관적' 구성요건으로 구분할 수 있다. 즉, '객관적' 의무위반성, (합/)불허용성, 책임성을 성립시키는 데에 필요한 요건은 각각 '객관적' 의무위반성구성요건, (합/)불허용성구성요건, 책임성구성요건이 되고, '주관적' 의무위반성, (합/)불허용성, 책임성을 성립시키는 데에 필요한 요건은 각각 '주관적' 의무위반성구성요건, (합/)불허용성구성요건, 책임성구성요건이 된다. 이미 위에서 설명한 3종의 고의는 모두 여러 가지의 마음새들로 이루어진 복합개념으로서 '마음'을 그의 존재적 실체적 개념요소로 한다. 이러한 고의의 개념요소들이 모두 존재하여 고의가 성립하면 '마음'에 대해 부여되는 법효과, 즉 주관

35) 이러한 구성요건과 법효과가 해당 규범에 상정되어 있다는 논거에 대해서는, 임광주, 형법에 있어서 법률착오의 개념과 유형, 저스티스 통권 제74호, 2003, 한국법학원, 139-144쪽.

36) 이하에서 '객관적'이라 함은, 특별히 달리 말하지 않는 한 '행동관련의'를 의미한다.

37) 이하에서 '주관적'이라 함은, 특별히 달리 말하지 않는 한 '마음관련의'를 의미한다.

적 법효과가 성립하게 된다. 따라서, 의무위반성구성요건규범의 고의, (합/ )불허용성구성요건규범의 고의, 책임성구성요건규범의 고의 모두 각 해당규범의 주관적 구성요건요소가 된다. 각 구성요건규범의 과실에 있어서도 위와 똑같은 논리가 그대로 적용된다. 즉, 의무위반성구성요건규범의 과실은 이 구성요건규범의 주관적 구성요건요소이고, (합/ )불허용성구성요건규범의 과실은 이 구성요건규범의 주관적 구성요건요소이며, 책임성구성요건규범의 과실은 이 구성요건규범의 주관적 구성요건요소이다.<sup>38)</sup>

그런데, 하나의 동일한 구성요건규범의 고의와 과실, 예컨대 의무위반성구성요건규범의 고의와 과실은 이 구성요건규범의 선택적인 주관적 구성요건요소이므로 둘 중 어느 하나는 성립해야 (동일한 구성요건규범의) 주관적 구성요건해당성이 성립하게 된다. 그러므로, 동일한 구성요건규범의 주관적 구성요건요소에 속하는 '고의와 과실' 모두가 동시에 없으면 주관적 구성요건해당성이 결여되어 처벌되지 않게 된다. 이미 언급했듯이, 정당한 이유있는 법률착오의 경우 '고의와 과실'이 동시에 성립하지 않는다. 그러므로, 무고의 및 무과실을 초래하는 '정당한 이유있는 법률착오'는 주관적 구성요건해당성의 결여를 가져오고, 결국에는 불처벌을 가져오게 한다. 이와같이, (고의와 과실의 동시 불성립에 의한) '주관적 구성요건해당성의 결여'는 '정당한 이유있는 법률착오가 있는 경우'에 처벌하지 않는 실정형법적인 근거가 된다. 지금까지 2가지 시각에서 파악한 '불처벌'의 실정형법적인 근거를 토대로, 제16조 상의 "... 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다"를 해석하면 다음과 같다: '... 그 오지한 것에 대한 앎의 가능성이 없는 때에는, 과실의 불성립으로 인한 주관적 구성요건해당성의 결여로 벌하지 아니한다'.

그렇다면, 이렇게 해석되는 제16조가 '단순 법률부지'의 경우에도 적용되는가. 이미 언급했듯이, 착오가 아닌 '단순 법률부지'도 고의의 불성립을 초래하는 한 요인이다. 단순 법률부지가 존재하고, 또한 부지한 법규정에 대한 '앎의 가능성'이 없는 때에는 과실마저도 성립하지 않게 됨은 이미 설명하였다.<sup>39)</sup> 이 경우, 고의 및 과실의 불성립에 의한 주관적 구

38) 자세한 내용은, 임광주, 앞의 글, 형사법연구 제16호, 한국형사법학회, 2001, 76-77쪽 참조.

39) 위의 IV. 1.

성요건해당성의 결여로 결국 처벌되지 않는다. 이 ‘불처벌’은 어디까지나 (‘앞의 가능성’이 없는) 법률의 부지로 인한 해당 고의범과 과실범의 불성립에서 귀결되는 법효과이지, 제16조의 적용에 의해 성립하는 법효과가 아니다. 왜냐하면, 제16조는 ‘착오’에 의해서 부지가 존재하고, 또한 부지한 법규정에 대한 ‘앞의 가능성’이 없는 경우만을 규정하고 있기 때문이다. 이와 같이, 단순 법률부지는 착오가 아니므로 제16조가 적용될 수는 없지만, 위에서 설명한 것처럼 고의범 및 과실범의 불성립을 초래하는 별개의 독자적인 요인이므로, ‘앞의 가능성이 없는 법률부지’가 존재하는 경우 ‘정당한 이유있는 법률착오’가 존재하는 경우와 똑같이 처벌되지 않을 수 있다. 그러므로, “법률부지”는 제16조가 적용되는 법률착오가 아니라는 이유만으로 고의 및 과실의 성립여부 나아가 범죄의 성립여부에 영향을 주지 않는 것으로 보는 것은<sup>40)</sup> 잘못이다.

3. 그런데, 여기에서 불처벌을 가져오는 주관적 구성요건해당성의 결여는 형벌범죄의 성립요건 - 즉, 종래의 통설에 따르면 범죄의 성립요건 - 중 어느 것과 관련되는가 하는 점이다. 종래의 통설적 견해는 이른바 “책임설”을 취하여 ‘정당한 이유있는 법률착오’가 있는 경우에는 종래의미의 구성요건해당성과 위법성은 인정되고 ‘책임’이 조각된다고 할 뿐, ‘어떠한 주관적 구성요건해당성’이 결여되는지와 관련해서는 언급이 없다. 이처럼, “책임설”에 의거하고 있는 종래의 통설이 과연 타당한지를 이제부터 살펴보기로 한다. 형벌범죄의 성립요건을 규정하는 제재규범 중 의무위반성구성요건규범은 의무위반성을, 불허용성구성요건규범은 불허용성을, 책임성구성요건규범은 책임성을 각각 규정한다. 이미 앞에서 언급했듯이, 이들 각 규범의 구성요건은 객관적 구성요건과 주관적 구성요건으로 이루어져 있다. 따라서, 의무위반성구성요건규범에 대한 ‘정당한 이유있는 법률착오’가 있는 경우에는, 의무위반성구성요건규범의 고의와 과실이 모두 성립하지 않아 의무위반성구성요건규범의 (객관적 구성요건해

40) 이러한 입장에 서있는 판례로는, 대판 95도1351; 대판 2000도 3051 “... 단순한 법률의 부지에 해당하는 경우라고 할 것이므로, 범죄의 성립에 아무런 지장이 없다고 할 것이다”; 대판 2000도 2943 “... 범의가 없었다고 볼 수는 없다” 등.

당성이 성립하더라도) 주관적 구성요건해당성이 성립하지 않게 된다. 그 결과, 형벌범죄의 첫 번째 성립요건인 의무위반성이 결여되어 처벌되지 않게 된다. '정당한 이유있는 법률착오'가 불허용성구성요건규범에 관련하여 있는 경우에는, 불허용성구성요건규범의 고의와 과실이 모두 성립하지 않아 불허용성구성요건규범의 (객관적 구성요건해당성이 성립하더라도) 주관적 구성요건해당성이 성립하지 않게 된다. 그로 인해, 형벌범죄의 두 번째 성립요건인 불허용성이 결여되어 처벌되지 않게 된다. '정당한 이유있는 법률착오'의 대상이 책임성구성요건규범인 경우에는, 책임성구성요건규범의 고의와 과실이 모두 성립하지 않아 책임성구성요건규범의 (객관적 구성요건해당성이 성립하더라도) 주관적 구성요건해당성이 성립하지 않게 된다. 그로 인해, 형벌범죄의 세 번째 성립요건인 책임성이 결여되어 처벌되지 않게 된다. 이와 같이, '정당한 이유있는 법률착오'의 관련대상에 따라 형벌범죄의 성립요건 중 어느 것이 결여되는지가 달라진다. 따라서, '정당한 이유있는 법률착오'가 있는 경우에 항상 '책임'이 성립하지 않는다고 하는 것은 잘못이다. 결국, '정당한 이유있는 법률착오'가 형벌범죄의 성립요건 중 어느 것을 규정하고 있는 제재규범을 그 대상으로 하는가에 따라, '의무위반성'<sup>41)</sup>이 성립하지 않을 수도, '불허용성'<sup>42)</sup>이 성립하지 않을 수도 또는 '책임성'이 성립하지 않을 수도 있다. 예컨대, 행위시에 의무위반성구성요건규범, (합/)불허용성구성요건규범 및 책임성구성요건규범에 대한 '정당한 이유있는 법률착오'가 동시에 있는 경우에는 '책임성'의 불성립에 앞서 '의무위반성'과 '불허용성'이 성립하지 않으므로 처음부터 (형벌)범죄가 성립하지 않게 된다. 그러므로, 통설이 '정당한 이유있는 법률착오'의 경우에 종래의미의 구성요건해당성과 위법성은 항상 인정되는 것으로 보면서, '정당한 이유있는 법률착오'의 경우에 처벌되지 않는 이유를 책임조각에서 찾는 것은 잘못이다. 마찬가지로, 고의설도 '정당한 이유있는 법률착오'가 있는 경우에 책임조각으로(즉, 고의책임과 과실책임의 동시 결여로) 인해 처벌되지 않는 것으로만 보고 있을 뿐, '의무위반성'과 '불허용성'의 불성립으로 처벌되지

41) 이것을 종래의 범죄성립요건의 시각에서 보면, 이른바 "구성요건해당성"이 된다.

42) 종래의 범죄성립요건의 시각에서 표현하면, 이른바 "위법성"이다.

않을 수도 있다는 점을 간과하고 있으므로 똑같은 잘못을 안고 있다.

## Ⅵ. 약사법규정에 대한 착오와 정당한 이유

지금까지 위에서, 정당한 이유가 있는 법률착오와 고의 및 과실과의 관계를 밝혔다. 그리고, 정당한 이유가 있는 법률착오로 어느 규범의 고의와 과실이 동시에 성립하지 않느냐에 따라 의무위반성, 불허용성 그리고 책임성 중 어느 것이 성립하지 않는지에 대해서도 밝혔다. 이제, 이를 토대로 약사법규정에 대한 착오에 정당한 이유가 있다고 하여 무죄를 인정한 판례를<sup>43)</sup> 검토해 보기로 한다.

이 판례의 요지는 다음과 같다: 피고인이 인삼, 영지, 황기, 산약 등 30가지의 한약재를 공급받아 각 약재를 개별적으로 분리 구분하여 일정량을 소포장한 후, 이를 가감삼십전대보초라는 상표가 붙은 상자에 담아서 상세한 복용방법이 기재된 설명서를 그 상자에 첨부하였고, 또한 위 가감삼십전대보초의 설명서 또는 광고지 등에 '동의보감이 전하는 생약 성분 및 식효'라고 기재되어 있는 제목 아래에 각 한약재의 사진을 실고, 그 효능을 설명하면서 가감삼십전대보초가 전통 한방의약에서 음양, 기혈 등 몸을 이루고 있는 기본요소 중 어느 한 가지가 부족하게 되어 나타나는 부조화 현상인 '허증'을 근본적으로 보할 수 있는 한방제재라고 선전, 판매한 것이라면, 그 가감삼십전대보초는 의약품으로서 약사법의 규제대상이 된다. 이 가감삼십전대보초와 한약 가지 수에만 차이가 있는 십전대보초를 제조하고 그 효능에 관하여 광고를 한 사실에 대하여 이전에 검찰의 혐의없음 결정을 받은 적이 있다면, 피고인이 비록 한의사, 약사, 한약업사 면허나 의약품판매업허가가 없이 의약품인 가감삼십전대보초를 판매하였다고 하더라도 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 않는 것으로 믿을 수밖에 없었고, 또 그렇게 오인함에 있어서 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다.

여기에서 알 수 있듯이, 판례는 피고인이 "자기의 행위가 법령에 의하

43) 대판 95도717.

여 죄가 되지 않는 것으로 믿을 수 밖에 없었다”고 인정한다. 그러나, “위법성”에 대한 인식의 결여에 대해서는 전혀 판단을 하지 않고 있다. 이것은, 판례가 “위법성”에 대한 인식의 결여를 법률착오의 핵심적 내용으로 삼고 있는 종래의미의 법률착오(즉, 위법성착오 또는 금지착오)의 개념에 입각하고 있지 않음을 보여 준다. 오히려, 판례는 ‘법령’에 대한 오인을 법률착오로 보고 있으므로, 이 글에서 제시한 새로운 법률착오의 개념에 입각하고 있는 것으로 볼 수 있다. 즉, 해당 약사법규정의 내용에 대한 오지는 법률규정에 대한 착오이므로 새로운 의미의 법률착오에 속한다. 그리고, 이 착오는 약사법 제74조 제1항 제2호를 그 대상으로 하고 있는데, 이 규정은 동법 제35조 제2항의 위반 시에 ‘형벌’을 법효과로 규정하고 있으므로 형법규정에 속한다. 따라서, 이 규정에 대한 착오는 형법적 의미의 법률착오에 속한다.

그리고, 위 판례는 “오인함에 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 보아야 할 것이므로 피고인을 약사법위반으로 처벌할 수 없다”고 할 뿐, 고의의 성부 또는 과실의 성부에 대해서 전혀 판단하지 않고 있다. 이처럼, 판례는 고의설이나 책임설 어느 입장도 취하지 않고 있다. 만일, 고의설에 따른다면 (책임)고의뿐만 아니라 과실도 성립하지 않는다. 반면, 책임설에 의하면 구성요건고의는 성립한다. 이 글에서 밝혀진 ‘정당한 이유가 있는 법률착오와 고의 및 과실과의 관계’에 의거하여 고의 및 과실의 성부를 판단하면 다음과 같다. 약사법 제74조 제1항 제2호는 제35조 제2항에서 금지하고 있는 ‘무허가 의약품판매’를 한 경우에는 ‘금지의무위반’으로 처벌한다고 규정하고 있는 의무위반성구성요건규범이다. 따라서, 이 규정내용에 대해 잘못 안 경우에는 법률착오가 되며, 이는 의무위반성구성요건규범의 고의의 불성립을 가져온다. 이때, 의무위반성구성요건규범의 과실성부의 문제가 남게 되는데, 규정내용을 ‘알 가능성’이 없으면, 즉 ‘정당한 이유’가 있으면 이 과실마저도 성립하지 않게 된다. 여기에서, 판례는 정당한 이유의 구체적인 기준 내지 내용을 언급하지 않고 있다. 통설처럼 “착오의 회피가능성”이나, 이 글에서 제시한 ‘알 가능성’에 의거하지 않고, 이들을 판단하는 데에 기초가 되는 사실을 직접 정당한 이유유무의 판단자료로 삼고 있다. 즉, 판례는 피고인이 믿은 사실, 즉 이



사건 전에 본사건의 가감삼십전대보초와 거의 유사한 십전대보초를 제조하고 의약품으로 오인될 과대광고를 하였다는 피의사실과 관련하여 검찰로부터 받은 혐의없음의 결정사실을 정당한 이유가 존재함을 인정하는 근거로 본다. 이 잘못된 검찰청의 결정은 '가감삼십전대보초는 의약품이 아니므로 이의 판매행위는 당연히 행위객체가 되지 않는다'는 것을 나타내 준다. 따라서, 이를 신뢰한 것은 의약품인 가감삼십전대보초의 무허가 판매행위는 약사법 제35조 제2항에 의해 금지되므로 이의 위반은 처벌된다는 약사법 제74조 제1항 제2호의 규정내용에 대한 착오가 된다. 이 법률착오의 경우에 잘못된 검찰의 결정은 올바른 규정내용에 대한 '알 가능성'의 유무판단에 결정적인 자료가 되는 것이고, 이 '알 가능성'이 부인되면 과실도 성립하지 않게 되어 처벌될 수 없다. 이미 언급했듯이, 의무위반성구성요건규범의 과실은 추상적·일반적인 평균적 수범자를 '알 가능성의 표준적 주체'로 한다. 그러므로, 피고인 개인을 기준으로 하는 것이 아니라 추상적·일반적인 평균인을 기준으로 하여 '알 가능성'의 여부를 판단해야 한다. 일반적으로, 변호사, 법관, 검사와 같은 법률전문가는 법률문제를 판단함에 있어 그들의 직업적 전문지식에 의거하여 그에 관련되는 기존의 판례나 결정 등 모든 것을 참조하며 또한 서로 상반되어 경합하는 경우에는 상위의 효력을 갖는 것이 어느 것인지까지도 고려한다. 그러므로, 법률전문가가 규정내용의 의미나 범위를 올바로 '알 가능성'은 비법률전문가인 일반적 평균인보다 높다. 이와 반대로, 규정내용의 의미나 범위를 잘못 '알 가능성'은 비법률전문가인 일반적 평균인이 법률전문가보다 높다. 이러한 잘못을 피하기 위해 비법률전문가인 일반인이 법률전문가의 법률적 판단을 신뢰하게 되는 것이다. 따라서, 법률전문가의 수준에서 규정내용의 의미나 범위를 잘못 안 것을 올바로 안다는 것은 일반적 평균인의 수준에서는 당연히 불가능하다. 위 사례의 경우도 검사처럼 혐의없음의 잘못된 결정에 이르게 한 오지에 빠지지 않고 해당 규정내용의 의미와 범위를 올바로 '알 가능성'은 일반적 평균인에게 존재하지 않는다. 그러므로, 검사가 오지한 약사법 제2조 제4항의 의약품의 의미와 범위, 그리고 이를 전제로 한 제74조 제1항 제2호의 처벌을 올바로 '알 가능성'이 일반적 평균인의 수준에서 볼 때 없다. 결국, 이

‘알 가능성’의 결여로 무과실이 되어 처벌되지 않는다.

또한, 위 판례는 “약사법위반으로 처벌할 수 없다”고 판단할 뿐, 범죄의 성립요소 중 어느 것의 불성립으로 범죄가 되지 않는지에 대해서는 판단하지 않고 있다. 고의설이든 책임설이든 모두 위의 경우에 책임이 조각된다는 입장이다. 그러나, 이 판례는 이러한 고의설과 책임설 어느 것에도 입각하고 있지 않다. 이 글에서 밝혀진 ‘정당한 이유있는 법률착오의 효과’에 의거하여 과연 범죄의 성립요소 중 어느 것의 불성립으로 범죄가 되지 않는지에 대해 판단해 보기로 한다. 바로 위에서 언급했듯이, 위 사례의 경우 의무위반성구성요건규범의 고의가 성립하지 않음은 물론 동시에 의무위반성구성요건규범의 과실도 성립하지 않는다. 그런데, 이 의무위반성구성요건규범의 고의와 의무위반성구성요건규범의 과실은 모두 주관적 의무위반성구성요건요소이므로 양자의 동시 불성립은 주관적 의무위반성구성요건해당성의 결여를 초래한다. 이는 바로 범죄의 첫 번째 성립요소의 결여로서, 결국에는 범죄가 성립하지 않게 된다. 종래 의미하는 위법성 및 책임의 단계가 아닌 구성요건해당성의 단계에서 범죄의 불성립이 결정되는 것이다. 이것은 종래의 전통적인 입장이 전혀 생각하지 못한 점이다. 이처럼, 이 대법원 판례는 위 사례를 주관적 구성요건해당성의 성부에 관한 문제인 정당한 이유있는 법률착오의 문제로 다루는 반면, 원심판결은<sup>44)</sup> 객관적 구성요건해당성의 문제로, 즉 판매한 가감삼십전대보초가 행위객체인 의약품에 해당하지 않으므로 이의 제조 및 판매행위는 구성요건에 해당하는 행위가 되지 않고, 따라서 죄가 되지 않는다는 입장이다.

## VII. 맺음말

위에서 논의한 것의 결론적인 내용을 간추리면 다음과 같다. 법률착오가 있게 되면, 고의의 개념요소 중 하나인 ‘알’이 결여되어, 즉 ‘부지’로 고의가 성립하지 않게 된다. 이때, (‘부지’를 그 개념의 한 요소로 하는)

44) 서울지법 94노3615.

과실의 성립여부가 별도의 문제로 남게 된다. '얕'의 가능성이 없는 때에는, 즉 정당한 이유가 있는 때에는 과실도 성립하지 않게 된다. 결국, '정당한 이유가 있는 법률착오'가 있는 경우에는 무고의 및 무과실이 되어 주관적 구성요건해당성의 결여로 처벌되지 않는다. 이는, 새로운 고의- 및 과실개념 그리고 법률착오의 개념에 비추어 볼 때 당연한 귀결이다. 이러한 점에서 볼 때, 제16조는 ('정당한 이유가 있는 법률착오'에 의해) 고의 및 과실의 동시 불성립으로 인한 주관적 구성요건해당성의 결여 때문에 처벌되지 않는 당연한 경우를 규정하고 있는 것에 불과하다. 따라서, 주관적 구성요건해당성의 결여로 인한 처벌여부의 직접적 기준이 되는 고의- 및 과실개념을 적극적으로 규정하는 것이 올바르고 충분한 입법방식이지, 고의 및 과실의 불성립을 동시에 초래하는 요인들 중의 하나인 '정당한 이유가 있는 법률착오'나 '정당한 이유가 있는 법률부지' 등을 일일이 규정하는 것은 고의- 및 과실개념을 소극적으로 규정하는 것으로서 올바르고 충분한 입법방식이 아니다. 그럼에도 불구하고, 실정형법이 후자의 소극적인 입법방식인 제16조의 규정을 두게 된 요인은 종래의 고의개념을 실정형법화 할 경우에 현실적인 형사사례에의 적용 상 문제가 없을 만큼, 그것이 이론적으로 충분히 정의되어 있지 못하다는 데에 있다. 이처럼, 입법수준은 일반적으로 이론수준에서 그의 한계를 맞게 된다. 그러므로, 입법자가 필요한 고의개념을 실정형법화 할 수 있도록 형법학자가 그 개념을 제대로 정의하여 제공해야 하는 것이 그의 기본적인 의무 중의 하나이다. 그러나, 우리 형법학은 유감스럽게도 독일에서 정립한 '고의 및 과실의 개념'은 물론 '법률착오의 개념'을 아무런 비판없이 그대로 답습하고 있고, 더 나아가 '(정당한 이유가 있거나 없는) 법률착오의 효과'에 관한 독일의 고의설과 책임설에 대해 근본적인 문제의식을 갖지 않고 일단 수용하여 그 틀 안에서 취사선택의 입장을 취하는 것이 전통적인 주류이다. 이러한 모방과 안주의 굴레에서 벗어나 우리 스스로 독창적인 형법이론을 연구해낼 때만이 다른 나라보다 앞선 선진적인 우리의 형법을 갖게 될 수 있을 것이다.