

## 형법 제16조 법률의 착오의 포섭범위와 정당한 이유에 대한 소고\*

A study on the application scope and reasonable grounds  
of mistake of law of article 16 in Korean criminal law

송진경\*\*  
Song, Jin-Kyung

### 목 차

- I. 문제의 제기
- II. 현행 형법 제16조의 법률의 착오와 법률의 부지에 대한 구(舊) 형법 제38조 제3항의 차이
- III. 법률의 착오와 관련한 형법 제16조와 독일 형법 제17조 등의 비교법적 분석
- IV. 법률의 착오에서 '정당한 이유'를 인정하기 위한 판단기준에 대한 모색
- V. 결론

### 국문초록

일반시민의 시각에서 자신이 의문을 가지는 사안에 대해 집행권한 있는 관계공무원이나 관계관청 또는 법률전문가의 자문을 받았음에도 불구하고 법률 위반을 이유로 처벌을 받는다면 우리는 행정부나 사법부를 신뢰할 수 있을

논문접수일 : 2015. 06. 29.

심사완료일 : 2015. 07. 22.

게재확정일 : 2015. 08. 03.

\* 이 논문은 2014년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임  
(NRF-2014S1A5B5A07042048)

\*\* 법학박사·동아대학교 시간강사

것인가? 우리는 현재 행정형법이 난립하고 있는 시대에 살고 있기에 비록 법률가라고 할지라도 모든 법률을 안다는 것은 쉽지 않다. 그러나 한국 형법의 입법자는 1953년 형법 제정 과정에서 미리 장래의 상황을 내다보고 법률의 착오에 대한 명문의 규정을 마련하였다.

형법 제16조 법률의 착오에 대한 규정은 형사책임을 임의적으로 감경하는 것에 그치지 않고 아예 ‘벌하지 아니한다’는 법적 효과를 부여하고 있다. 아울러 우리 형법은 사실의 착오 더욱 정확히 말해서 구성요건적 착오에 대한 규정과 법률의 착오에 대한 규정을 모두 두었다는 점에서 고전적 범죄체계에 머무르지 않고 한 단계 진전된 형태로서 목적적 범죄체계에 더욱 가까이 가 있다.

대법원 판례는 법률의 부지를 법률의 착오의 영역으로부터 배제해 버림으로써 형법 제16조를 더욱 협소하게 적용하고 있다. 형법 제16조의 법률의 착오는 책임조각이라는 효과를 부여한다는 측면에서 행위자에게 유리한 규정이라는 점에서 이러한 축소해석은 죄형법정주의의 차원에서도 제고해볼 필요가 있다. 또한 입법연혁을 참고하여 볼 때에도 형법입법자의 의사는 법률의 부지를 법률의 착오로부터 배제하려는 것이 아니라 “오히려 향후 각종 형법법규가 가일층 복잡화되는 상황에서 일반시민은 범법이 되는 것인가 여부를 알기 어려운 것을 시인해야 한다”는 것이었다.

대법원은 법률의 부지를 법률의 착오의 영역에서 배제할 것이 아니라, 피고인이 자신의 행위가 불법하지 않다고 믿은 데 합리적인 근거가 있는지를 오히려 상세히 검토해야 할 것이다. 향후 법률의 착오와 관련한 판례에서는 행위자가 관계기관이나 해당 영역에 대해 집행권한 있는 공무원이나 관청으로부터의 정보를 신뢰하였는가, 법률전문가의 자문을 합리적으로 신뢰한 경우인가, 관련 법률의 내용을 신뢰하였는가 등이 구체적으로 검토되어 하나의 맥락으로 묶을 수 있는 사안에 대해 일관성 있는 결론이 도출된다면 예측가능성이 담보될 수 있을 것이다.

주제어 : 법률의 착오, 법률의 부지, 위법성의 인식, 정당한 이유, 죄형법정주의

## 1. 문제의 제기

근대 형사법의 대원칙인 죄형법정주의는 무엇이 범죄로서 금지되는지와 더불어 위반에 따른 형벌의 종류와 정도까지 행위 이전에 규정되어 있을 것을 요구한다. 특히 수범자가 무엇이 금지되고 허용되는지를 사전에 알 수 있어야 법률의 준수에 물론이고 나아가서 형법의 자유보장기능이 충실하게 실현될 수 있을 것이다. 그런데 2015년 6월 8일 법제처에서 징역과 벌금을 법적 효과로서 규정하고 있기에 실질적 의미의 형법으로 분류할 수 있는 법률의 숫자를 검색해보면 2,176건, 징역만을 법적 효과로서 규정하고 있는 경우는 2,757건, 벌금만을 규정하고 있는 경우는 3,429건, 그리고 징역이나 벌금을 규정하고 있는 경우는 4,010건이다. 여기에서 발생하는 의문은 과연 법률전문가라고 할지라도 이처럼 무수한 법률상의 형사제재에 대해 모두 알 수 있을까하는 것이다. 오늘날 이른바 행정형법의 난립은 죄형법정주의의 보장적 기능의 확보라는 측면에서 결코 유리한 상황이라고 보기 어렵다.

하지만 우리 입법자는 1953년 형법 제정 당시부터 ‘법률의 착오’에 대해 “자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다.”라는 법률의 착오에 대한 규정을 두었다. 해당 조항의 입법취지를 추정할 수 있는 자료의 하나로 형법 제정 당시 입법자 중 한 분의 글을 참조하면 ‘각종 형벌법규가 가일층 복잡화’되는 사회 추세를 감안할 때 ‘일반 민중으로서는 범법(犯法)’인지 여부를 알기 어려운 경우가 더욱 많아진다는 것을 시인(是認)한 것으로서 ‘형법민주화의 조항’ 중 하나라고 설명하고 있다.<sup>1)</sup>

그럼에도 대법원은 2011. 10. 13. 선고 2010도15260 판결을 포함한 일련의 판례<sup>2)</sup>에서 “형법 제16조에 의하여 처벌하지 아니하는 경우란 단순한 법률의

1) 엄상섭/신동운·허일태(편), “우리 형법전에 나타난 형법민주화의 조항”, 효당 엄상섭 형법논집, 서울대학교 출판부, 2003, 75-76면 참조.

2) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2010도15260 판결 【건축법위반】(미간행); 대법원 1991. 10. 11. 선고 91도1566 판결 【건축법위반】(공1991, 2761); 대법원 1985. 4. 9. 선고 85도25 판결 【미성년자보호법위반】(집33-1,형573; 공1985, 764); 대법원 1980. 2. 12. 선고 79도285 판

부지의 경우를 말하는 것이 아니고, 일반적으로 범죄가 되는 행위이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 인식함에 있어 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이므로, 피고인이 자신의 행위가 구 「건축법」상의 허가대상인 줄을 몰랐다는 사정은 단순한 법률의 부지에 불과하고 특히 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 않는다고 적극적으로 그릇 인식한 경우가 아니어서 이를 법률의 착오에 기인한 행위라고 할 수 없다.”라고 하는 등 법률의 부지는 법률의 착오에서 제외된다는 입장<sup>3)</sup>을 유지해 오고 있다.

그러므로 본 연구에서는 먼저 현행 형법의 법률의 착오에 대한 규정과 구(舊) 형법(즉 의용형법)에서 법률의 부지에 대한 규정을 검토하여 법률의 착오에 대한 기본적인 태도의 차이를 재차 확인하고자 한다. 이를 통해 과연 현행 형법 제16조의 법률의 착오에 대한 규정은 대법원의 관례에서 나타나는 것처럼 법률의 부지를 책임조각사유에서 배제하고자 하는 것이었는지 여부에 대해 검토하고자 한다.

나아가서 본 연구에서는 우리 형법상 법률의 착오를 인정하기 위한 요건으로 설정하고 있는 ‘정당한 이유’를 인정할 수 있는 기준에 대하여 모색해 보고자 한다. 각국의 법의식과 법문화의 차이 그리고 각 사안의 해결에 있어서 구체적 타당성을 도모하여야 한다는 측면에서 모든 사안에서 ‘정당한 이유’에 대한 판단이 완전히 동일할 수는 없음은 물론이다. 하지만 유사한 사안에 대해 완전히 상이한 결론을 내리는 것은 법적 안정성과 일반시민의 예측가능성의 담보라는 측면에서 또한 문제가 발생할 것이다. 그러므로 정당한 이유를 인정할 수 있는 사유를 어느 정도 유형화하는 작업도 필요할 것이라고 여겨진다.

결 【보건범죄단속에관한특별조치법위반·독물및극물에관한법률위반】 (공1980, 12636) 등  
3) 대법원 2000. 9. 29. 선고 2000도3051 판결 【직업안정법위반(인정된 죄명 : 파견근로자보호 등에관한법률위반)】 (공2000, 2271);

## II. 현행 형법 제16조의 법률의 착오와 법률의 부지에 대한 구(舊) 형법 제38조 제3항의 차이

### 1. 위법성의 인식의 의미와 형법 제16조의 법률의 착오

위법성의 인식이란 일반적으로 행위자가 행위 당시 자기의 행위가 법질서에 위반하여 허용되지 않는다는 것에 대한 행위자의 인식을 의미한다. 앞에서도 언급한 것처럼 법률위반에 대한 법적 효과로서 징역이나 벌금으로 대표되는 형사제재를 규정하고 있는 법률의 숫자가 검색조건별로 다소 수치의 차이는 있으나 무려 약 2,000건에서 4,000건에 이른다. 이는 특정 행위의 '위법성의 인식'을 곤란하게 하는 요소로서 작용할 수 있다. 무엇보다도 위법성의 인식은 행위에 대한 형사책임을 물을 수 있을 것인가를 결정함에 있어서 핵심 요소이다. 따라서 위법성에 대한 인식의 어려움은 행위에 대한 책임을 지움에 있어서도 착오와 관련한 적지 않은 문제를 발생시키고 있다.

무엇보다도 죄형법정주의는 행위자가 어떠한 행위를 함에 있어서 해당 행위가 금지되는 것인지 허용되는 것인지 혹은 어떠한 행위가 요구되는지를 알 수 있을 것을 요구한다. 그러나 이른바 행정형법의 난립은 어떠한 행위가 허용되는지 혹은 금지되는지 그리고 그러한 금지를 위반하였을 때 어떠한 종류와 정도의 제재를 받게 되는지에 대한 인식을 곤란하게 한다.

그러므로 법률의 부지는 용서받지 못한다는 이론은 역사적으로 볼 때 살인, 상해, 강도 등과 같은 자연범에서는 타당할 수 있지만, 오늘날과 같이 적지 않은 행정형법이 난립하고 있는 상황에 그대로 적용하는 것은 어려워 보인다.<sup>4)</sup>

형법 제16조는 법률의 착오라는 표제 하에 “자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 대법원 판례가 법률의 부지를 법률의 착오에서 제외하는 해석론을 취하는 데에는 조문 자체의 규정형식에 따

4) 같은 취지의 지적으로 오영근, 형법총론(제3판), 박영사, 2014, 295면.

른 한계도 분명 존재한다. 다시 말해서 형법 제16조의 법문언이 ‘오인한 행위’라고 표현하고 있기에 마치 법률의 착오는 행위자가 어떠한 특정 법률의 내용을 이미 알고 있음에도 적극적으로 자신의 행위가 예외적으로 허용되거나 혹은 해당 법률이 금지하는 범위에 포섭되지 않는다고 오인한 경우만을 의미하는 것처럼 비취질 여지가 있다.

그런데 먼저 착오의 국어사전적 의미는 ‘사람의 인식과 객관적 사실이 일치하지 않고 어긋나는 일’이다. 법률의 ‘부지’에서 부지는 법률의 존재를 ‘알지 못함’을 의미한다. 다시 말해서 부지 역시 넓은 관점에서는 객관적인 사실로서 ‘어떠한 행위를 금지하는 법률이 존재’함에도 이를 ‘행위자가 인식’하지 못하였다는 점에서 착오의 범위 내로 포섭할 수 있을 것이다. 그럼에도 법률의 착오에서 법률의 부지를 제외하는 것은 피고인에게 유리한 규정을 축소해석하는 것이기에 근대 형법의 대원칙인 죄형법정주의의 관점에서도 문제가 없지 않다고 판단된다.

## 2. 현행 형법 제16조와 구(舊) 형법(즉 의용형법) 제38조 제3항의 규율 태도의 차이

다음으로 1953년 제정 형법상 법률의 착오에 대한 조문 즉 현행 형법의 태도와 구 형법의 법률의 부지에 대한 규율 및 형법초안에서 법률의 착오의 법적 효과를 비교해 본다. 현행 형법은 법률의 착오에 대해 ‘정당한 이유’가 있는 때에는 아예 ‘벌하지 아니 한다’는 법적 효과를 부여하고 있다. 이에 반해 구 형법의 경우에는 제38조 제3항에서 “법률을 알지 못한다하여 죄를 범할 의사가 없다고 할 수 없다. 단 정상에 의하여 그 형을 감경할 수 있다.”고 하여 법률의 부지에 대해서는 용인하지 않는 태도를 기본으로 하고 단지 정상을 참작하여 형을 임의적으로 감경할 수 있도록 함에 그치고 있었다. 일본형법은 제38조의 ‘고의’와 관련한 규정의 제3항에서 법률의 부지를 다루고 있으며 “법률을 알지 못하였을지라도 죄를 범할 의사가 없었다고 할 수 없다. 단, 정상에 의하여 그 형을 감경할 수 있다.”라고 여전히 규정하여 법률의 부지는 용서받지 못한다는 태도를 고수하고 있다. 일본형법은 1907년 제정되어 1908년 시행

된 이후 현재까지 20차례 걸쳐 개정되었으나 법률의 부지에 대한 부분은 처음의 조문을 그대로 유지하고 있다. 그 당시는 ‘객관적인 것은 불법으로 주관적인 것은 책임으로’라는 말로 축약할 수 있는 인과적 행위론과 고전적 범죄체계가 논의되던 시절이었다. 따라서 일본형법의 경우에는 형법상의 착오는 근본적으로 오직 사실의 착오 더 정확히 말해서 구성요건적 착오가 있을 뿐이고, 법률의 착오는 형평성의 차원에서 예외적으로만 감안된다. 그러나 이 예외에 있어서도 법률의 부지는 제외된다는 것이다.<sup>5)</sup>

제정 형법의 입법자들은 식민지와 6·25로 인적·물적인 사회적 기반이 초토화된 상태에서 왜어(倭語)로 된 법전으로부터 급속히 탈피하기 위해 다른 나라의 입법례를 참조하는 것이 불가피했다. 1941년 일본개정형법가안은 제정 형법의 입법모델이라고 평가될 만큼 많은 영향을 미쳤으나, 현행 형법 제16조의 법률의 착오와 같은 규정은 일본개정형법가안에서는 찾아볼 수 없다. 일본개정형법가안은 제11조에서 “법률을 모른다고 하여 고의가 없다고 할 수 없다. 단 정상에 의하여 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다. 법률을 모른 경우에 자기행위가 법률상 허용된 것으로 믿는 일에 대하여 상당한 이유가 있을 때에는 그 형을 면제한다.”라고 규정함으로써 법률의 부지에 대해서는 여전히 엄격한 태도를 보이고 있다.

아울러 우리 형법은 착오에 대한 규정을 사실의 착오 즉 구성요건적 착오와 관련하여서만 둔 것이 아니라 법률의 착오에 대해 명시하고 있다. 다시 말해서, 우리 입법자는 객관적 구성요건요소에 대한 잘못된 인식과 관련된 ‘구성요건적 착오’와 처벌규범에 대한 잘못된 인식과 관련된 ‘금지착오’를 구별하고 있다. 주지하는 것처럼 형법 제13조는 범의 즉 고의의 인식대상은 ‘죄의 성립요소인 사실’이라고 표현함으로써 주관적 구성요건요소로서 고의가 성립하기 위해서는 ‘객관적 구성요건요소’에 대한 정확한 인식이 필요함을 나타내고 있다. 나아가서 고의가 성립하기 위해서는 인식뿐만 아니라 의욕이 동반되어야 함은 물론이다. 우리 형법이 사실의 착오 더 정확히 말해서 구성요건적 착오와 법률의 착오 즉 금지착오를 구별하고 있다는 것은 적어도 위

5) 허일태, “제정형법의 기본사상과 기초이론”, 형사법연구 제20호, 한국형사법학회, 2003, 77-78면 참조.

법성의 인식을 고의와 분리된 독립된 책임요소로 파악했다는 것을 의미한다. 이는 나아가서 우리 형법상의 범죄체계는 고전적 범죄체계라기 보다는 오히려 이후에 더욱 발전된 형태로서 목적적 범죄체계라고 파악될 수 있는 단서이다.<sup>6)</sup>

형법초안에서 법률의 착오의 효과는 형의 임의적 감면<sup>7)</sup>에 그치고 있었지만 법제사법위원회 형법수정안에서부터 그 효과는 더욱 강력하게 ‘별하지 아니한다’로 수정되고 있다.<sup>8)</sup> 국회속기록을 보면 법제사법위원회에서의 수정이유에 대해 ‘형을 감경 또는 면제할 수 있다’고 하는 것은 ‘다소간 확실’하지 않기 때문에 ‘별하지 않는’ 것이 형법의 ‘명확성을 유지’하는 차원에서 좋다는 판단에서였다고 설명하고 있다.<sup>9)</sup> 실제로 성안된 현행 형법은 법률의 착오에 대해 정당한 이유가 있으면 별하지 아니한다는 법적 효과를 부여하고 있다. 형법 제16조의 법률의 착오는 ‘정당(正當)한 이유’가 있을 때에는 책임을 조각하여 범죄의 성립 자체를 무산시킨다. 형의 감경은 유죄판결의 일종이고 별하지 아니한다는 것은 애초에 범죄성립을 책임단계에서 조각하게 되어 무죄판결을 내리게 된다는 점에서 양자의 법적 효과는 매우 다르다고 할 수 있다.

요컨대 착오와 관련한 신구형법의 규율태도, 일본형법상의 고의와 관련된 규정들 그리고 형법초안에서 법률의 착오의 효과와 제정 형법의 법률의 착오에 대한 효과를 비교해 봄으로써 그 차이를 파악해 본 바, 현행 형법상 법률의 착오에서 법률의 부지를 배제하려고 하는 것이 입법자의 의사는 아니었을 것으로 판단된다.

6) 허일태, 앞의 논문, 78-79면 참조.

7) 형법초안정부안에서의 형법 제16조는 “자기의 행위가 법령에 의하여 죄 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인이 정당한 이유가 있을 때에 한하여 형을 감경 또는 면제할 수 있다.”라고 규정되어 있었다. 신동운(편), 형법제정자료집, 한국형사정책연구원, 1990, 23면 참조.

8) 신동운(편), 앞의 책, 98면 참조.

9) 신동운(편), 앞의 책, 205면 참조.

### Ⅲ. 법률의 착오와 관련한 형법 제16조와 독일 형법 제17조 등의 비교법적 분석

#### 1. 형법 제16조의 요건으로서 ‘정당한 이유’와 독일형법 제17조의 ‘회피 가능성’

독일은 “법률의 부지는 용서받지 못한다.”는 원칙을 철저히 적용하여 오다가 1952년에 이르면 연방대법원의 연합부판결(BGHSt, 2, 194)에 의해 ‘회피가능성의 유무 및 정도’를 기준으로 형법적 배려를 시작하게 되었고 해당 판결은 1975년의 독일 신형법에 가서야 비로소 입법적으로 수용되기에 이른다.<sup>10)</sup>

그러나 우리 형법의 입법자는 1953년 제정 당시부터 ‘법률의 착오’에 관한 규정을 두고 해당 착오에 대해 ‘정당한 이유’가 있는 경우에는 ‘벌하지 아니한다’라는 법적 효과를 규정하였다. 따라서 우리 형법 제16조는 한국 입법자의 고유한 결단에 기초하여 마련된 조문이라고 평가할 수 있다.<sup>11)</sup>

독일형법 제17조의 금지착오에 대한 규정은 “행위 시 행위자에게 불법을 행한다는 인식이 결여된 경우, 이러한 착오를 회피할 수 없었던 경우에는 행위자는 책임 없이 행위한 것이다. 행위자가 착오를 회피할 수 있었던 경우에는 제49조 제1항에 따라 그 형이 감경될 수 있다.”고 하여 해당 착오에 대한 ‘회피가능성’을 기준으로 하고 비록 그러한 착오가 회피할 수 있었던 경우라도 할지라도 형을 감경할 수 있도록 함에 그치고 있다. 독일형법 제17조 금지착오의 판단기준으로서 ‘회피가능성’은 아리스토텔레스의 니코마코스 윤리학에서 유래한 것으로 지극히 서구적인 전통 하에서 형성되어온 개념으로 평가되고 있다.<sup>12)</sup> 하지만 법률의 착오를 원칙적으로 용서받을 수 없는 착오로 엄격

10) 독일형법 제17조 【금지착오】 행위 시 행위자에게 불법을 행한다는 인식이 결여된 경우, 이러한 착오를 회피할 수 없었던 경우에는 행위자는 책임 없이 행위한 것이다. 행위자가 착오를 회피할 수 있었던 경우에는 제49조 제1항에 따라 그 형이 감경될 수 있다.

11) 신동운, 효당 엄상섭 형법논집 해제, 앞의 책, 358-359면 참조.

12) 안성조, 법률의 착오에 관한 연구, 서울대학교 법학박사학위 논문, 2006, 58-59면 참조.

히 취급한 것은 로마법의 독자적인 착오법리이며, 법률의 착오를 어떻게 다룰 것인가에 대한 문제는 국가의 입법정책 및 이데올로기 그리고 국민 상호간의 관계와도 밀접하게 관련되어 있다.<sup>13)</sup>

우리 형법상 법률의 착오를 인정할 것인지 여부는 '정당한 이유'를 기준으로 한다는 점에서 독일형법의 '회피가능성'이라는 기준과는 표현상 차이가 있다. 그 법적 효과를 비교해 보면, 한국 형법은 정당한 이유가 있는 때에는 '벌하지 아니한다'는 하나의 법적 효과만을 규정하고 있다. 이에 비해 현행 독일형법은 법률의 착오가 회피불가능했던 경우에는 책임이 없고, 회피할 수 있었던 경우에는 형을 임의적으로 감경할 수 있다는 것을 명시하고 있다.

여기에서 제기될 수 있는 의문의 하나는 우리 형법상 법률의 착오에 대한 허용 여부를 결정하는 기준으로서 '정당한 이유'는 오직 문언의 표현에 불과한 것이기에 독일 형법상 금지착오에 대한 판단기준으로서 '회피가능성'으로 대체해도 좋은 것인가이다.<sup>14)</sup> 학계의 일각에서는 우리 형법상 '정당한 이유'는 법률의 착오를 인정할 수 있는가에 대한 판단의 '결과'를 즉 법률의 착오를 인정할 수 있기에 정당하다고 평가할 수 있다는 것을 의미하고, 그 판단기준은 '회피가능성'으로 구체화할 수 있다<sup>15)</sup>고 보기도 한다.

우리 형법에서 '정당한 이유'를 규정하고 있는 조문을 찾아보면, 각칙의 경우에 제103조(전시군수계약불이행), 제117조(전시공수계약불이행), 제121조(전시폭발물제조 등), 제122조(직무유기), 제145조(도주, 집합명령위반) 등이 있고, 총칙의 경우에는 제16조(법률의 착오)가 유일하다. 이에 비해 위법성조각 사유로서 제21조(정당방위), 제22조(긴급피난), 제23조(자구행위) 규정은 '상당한 이유' 즉 상당성을 요건으로 하고 있다. 그러므로 입법자는 어떠한 이유에서 책임조각사유 혹은 '조선법제편찬위원회기초요강'에서는 '귀책요건'<sup>16)</sup>의 하나로서 지칭되고 있는 법률의 착오에 대한 규정에서는 '정당한 이유'라는 표

13) 안성조, 앞의 논문, 26면 참조.

14) 이에 대한 지적으로 김신규, "형법 제16조의 정당한 이유의 의미와 판례검토", 형사법연구 제15권, 한국형사법학회, 2001, 102면 참조.

15) 이수현, "법률의 착오에 있어 정당한 이유의 판단과정에 대한 대법원 태도의 비판", 법학논총 제19집 2호, 조선대학교 법학연구원, 2012, 423-424면.

16) 신동운(편), 형법제정자료집, 한국형사정책연구원, 1990, 6면 참조.

현을 채택한 것인지에 대한 의문이 제기된다.

‘상당하다’의 국어사전적 의미는 ‘어느 정도에 가깝거나 알맞다’, ‘일정한 액수나 수치 따위에 알맞다’, ‘어지간히 많다’ 혹은 ‘적지 아니하다’이다. 한편 국어사전적 의미에서 ‘정당(正當)하다’는 ‘이치에 맞아 올바르게 마땅하다’는 것이고, 이치(理致)라고 하는 것은 ‘사물의 정당한 조리(條理). 또는 도리에 맞는 취지’이며, 조리(條理)는 말이나 글 또는 일이나 행동에서 앞뒤가 들어맞고 체계가 서는 갈피를 뜻한다. 다시 말해서 정당한 이유는 ‘정당성’에 대한 판단이라고 할 수 있고 정당성이란 ‘사리에 맞아 옳고 정의로운 성질’을 의미한다. 주지하는 것처럼 우리 형법은 법률의 착오를 인정하기 위한 기준으로서 ‘정당(正當)한 이유’를 설정하고 있다. 문언상의 의미를 비교하여 볼 때 정당성이라는 요건은 상당성보다 더욱 엄격하다.

위법성조각사유로서 정당방위, 긴급피난, 자구행위로 나아가기 위해서는 ‘긴급상황’이라는 객관적 전제요건이 공통적으로 요구된다. 다시 말해서 정당방위, 긴급피난, 자구행위라는 이른바 긴급행위는 법익이나 청구권을 위기로부터 보호하기 위한 행위라는 공통점을 가지고 있다. 물론 각각의 상당성 판단에 있어서 구체적인 기준에는 차이가 있다. 반면 법률의 착오의 경우에 행위자는 특정한 행위가 법률의 위반된다는 점을 인식하지 못하고 행위하였으나 실제로는 해당 행위가 법률의 위반되는 경우이다.

필자는 아쉽게도 상당한 이유와 정당한 이유를 구별한 배경에 대한 입법이유서를 아직 발견하지 못하였다. 하지만 생각건대 입법자가 상당성과 정당성을 구별하여 규정한 까닭은 위법성조각사유의 경우에는 긴급상황이라는 외부적·객관적인 조건으로 인해 방위행위, 피난행위, 보전행위로 나아갔음에 반해, 법률의 착오는 법률에 대한 행위자의 주관적인 인식과 객관적인 사실의 불일치라는 점에서 기본적으로 주관적인 잘못된 인식에서 비롯된 것이기에 해당 행위를 벌하지 않기 위해서는 더욱 엄격한 기준을 설정한 것이라고도 볼 수 있을 것이다.

한편 대법원은 법률의 착오와 관련하여 ‘정당한 이유’가 있는가를 판단함에 있어서 ‘누구에게도 위법성의 인식을 기대할 수 없다’<sup>17)</sup>고 판단될 때, 혹은 ‘오인함에 어떠한 과실이 있다고 할 수 없는 때’<sup>18)</sup>라는 등의 표현을 하고 있다.

예컨대 대법원 1972. 3. 31. 선고 72도64 판결은 초등학교 교장인 피고인 갑이 보건사회부장관의 승인 없이 꽃 양귀비 종자를 매수하여 학교 교정화단에 뿌려 재배한 사안이다. 이에 대해 대법원은 꽃 양귀비는 6학년 자연교과서의 교과 내용으로 포함되어 있고, 경남교육위원회에서 꽃 양귀비를 포함한 194종의 교재식물을 식재 또는 표본으로 비치하여 산 교재로 활용하라는 지시를 받았기에 자신의 꽃 양귀비 식재행위가 죄가 되지 아니하는 것으로 믿게 되었다는 것이다. 따라서 대법원은 해당 사안에서 피고인은 자신의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한다고 오인함에 있어서 정당한 이유가 있고, '누구에게도 위법성의 인식을 기대할 수 없다'고 하여 형법 제16조에 해당된다고 판단하였다.

또한 대법원 1993. 4. 13. 선고 92도2309 판결의 경우에는 피고인 갑은 운전면허정지처분을 받은 자인데 운전면허정지통지서를 보고 면허증을 반납하지 않은 기간 동안의 운전은 무면허운전이 되지 않는다고 믿고서 자동차운전을 하고 다녔다. 이에 대해 대법원은 피고인이 '운전 당시 자기의 행위가 무면허 운전행위에 해당하지 않는 것으로 오인한 것이 될 것'인 바 '원심으로서 피고인에게 그와 같은 오인이 있었는지, 그렇게 오인함에 어떠한 과실이 있다고 할 수 없어 정당한 이유가 있는 경우에 해당되게 될 여지가 있는지를 유의해 볼 필요도 있다는 것을 덧붙여 둔다'라고 한 바 있다.

생각건대 독일형법은 제17조에서 '회피불가능한 때'라고 하여 회피불가능성을 금지착오를 정당화할 수 있는 기준으로 명시하고 있으나, 우리 형법은 회피불가능성이라는 표현이 아니라 '정당한 이유'를 기준으로 삼고 있다는 점에서 독일형법이론이나 독일판례의 판단기준을 그대로 채용하는 것은 무리가

17) 대법원 1972. 3. 31. 선고 72도64 판결 【마약법위반】 (집20-1, 형57); 유사한 맥락에서 '법률위반에 대한 인식이 있었다고 보기 어려우므로 죄책을 물을 수 없을 것이다'라고 판시한 대법원 1989. 2. 28. 선고 88도1141 판결 【가정의례에관한법률위반】 (공1989, 562) 등 참조.

18) 대법원 1993. 4. 13. 선고 92도2309 판결 【교통사고처리특례법위반, 도로교통법위반】 (공1993, 1424); 그 외에도 "피고인은 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 않는 것으로 오인하였고 또 그렇게 오인함에 어떠한 과실이 있음을 가려낼 수 없어 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다."고 판시한 대법원 1983. 2. 22. 선고 81도2763 판결 【양곡관리법위반, 식품위생법위반】 (공1983, 613) 등 참조.

없지 않다.<sup>19)</sup> 아울러 독일의 표현대로 어떠한 경우가 불법을 행한다는 인식이 없다고 착오를 일으킴이 '회피불가능'했다고 인정할 수 있는 경우인가 혹은 우리 법문언의 표현대로 자신의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한다고 오인함에 '정당한 이유'가 있는 경우라고 인정할 수 있는 경우인가를 구체적으로 판단함에 있어서는 특히 각 나라의 법문화와 법의식의 차이에 따라서도 그 결론이 완전히 동일할 수는 없다. 나아가서 우리는 각 사안의 해결에 있어서 구체적 타당성을 확보하려고 하므로 모든 사안에서 '정당한 이유'에 대한 판단은 각기 차이가 날 수밖에 없다.

그러나 주지하는 바처럼 우리는 구체적 타당성과 더불어 법률의 착오와 관련한 사안들로 묶을 수 있는 사례들에서 법적 안정성과 일반시민의 예측가능성의 담보를 확보하고자 한다. 따라서 법률의 착오에 있어서 정당한 이유를 어느 정도 유형화하는 작업이 필요하다고 판단된다. 이를 위해 각국에서의 법률의 착오와 관련된 판례와 학설의 동향을 살펴보는 것도 하나의 참고가 될 수 있을 것이다.

#### Ⅳ. 법률의 착오에서 '정당한 이유'를 인정하기 위한 판단기준에 대한 모색

대법원은 1985. 4. 9. 선고 85도25 판결(이하 '천지창조 디스코클럽' 사건<sup>20)</sup>)에서는 경기도 경찰국장 명의로 청소년 유해업소 출입단속대상자가 18세 미만자와 고등학생이라는 내용의 공문이 의정부경찰서에 하달되고 그 시경 관찰지서와 파출소에 그러한 내용이 다시 하달되었기에 이러한 내용을 알게 된 업주가 18세 이상이면서 고등학생이 아닌 자 10명을 디스코클럽에 출입시키고 주류를 판매한 경우에 대하여 단순한 법률의 부지라고 판단하여 처벌한 바

19) 한편 회피가능성과 정당한 이유는 그 용어에 따라서 본질적 의미가 달라지는 것은 아니며 오히려 구체적으로 어떤 논거와 기준으로 판단하느냐가 중요하다는 견해로 김신규, 앞의 논문, 104면; 오영근, "구 건축법 제7조의2 위반사건", 판례월보 제289호, 1994, 39면.

20) 대법원 1985. 4. 9. 선고 85도25 판결 【미성년자보호법위반】 (집33-1,형573;공1985, 764)

있다. 하지만 대법원은 대법원 1983. 2. 22. 선고 81도2763 판결(이하 ‘미숫가루’ 사건)<sup>21)</sup>의 경우에는 미숫가루를 만들어 소비하고자 하는 사람들이 가져온 쌀, 보리, 콩 등을 가루로 빻아서 미숫가루를 만들어준 행위에 대해 도봉구가 질의회시를 통하여 천연원료인 곡물을 단순히 볶아서 판매하거나 가공위탁자로부터 제공받은 고추, 참깨, 들깨, 콩 등을 임가공할 경우 양곡관리법 및 식품위생법상 허가대상이 아니라고 통고하여 온 공문내용에 비추어 미숫가루 제조행위에는 별도의 허가를 얻을 필요가 없다고 믿고 미숫가루 제조행위를 한 경우에 대해서는 정당한 이유가 있는 법률의 착오로 무죄를 선고한 바 있다.

이처럼 ‘허가를 담당’하는 공무원이나 ‘단속권한’을 가진 공무원 등의 부정확한 판단이나 공적기관으로부터의 잘못된 정보를 신뢰하여 행위한 경우는 ‘공적기관의 견해를 신뢰하여 착오를 일으킨 경우’라는 점에서 공통된다. 그럼에도 대법원은 하나의 유형으로 묶을 수 있는 사안들에 대해 ‘정당한 이유’가 존재한다고 인정한 경우<sup>22)</sup>와 부정확한 경우<sup>23)</sup>로 판단을 달리함으로써 일관성을 결여하고 있기에 법적 안정성 혹은 일반시민의 관점에서 -유사사안에 대한 판단에 있어서- 예측가능성을 결여하고 있다.

생각건대 ‘식품위생법상 허가를 담당하는 공무원’과 ‘미성년자의 업소출입에 대한 단속권한을 가지고 있는 도경찰국장’은 각각 자신의 직무와 관련된 해당 분야의 법률을 실제 운용하는 담당자라는 점에서 차이가 없어 보인다. 그렇다면 대법원으로서의 각 담당공무원의 공문을 믿고 행위한 경우에 대하여 서로 상반된 결론을 도출하게 된 이유에 대해 합리적인 설명을 해야 할 것이다.<sup>24)</sup>

21) 대법원 1983. 2. 22. 선고 81도2763 판결 【양곡관리법위반(변경된죄명: 식품위생법위반)】 (공1983, 613)

22) 대법원 1976. 1. 13. 선고 74도3680 판결 【경제의안정과성장에관한긴급명령위반】 (집24-1, 형9; 공1976, 9011); 대법원 1983. 2. 22. 선고 81도2763 판결 【양곡관리법위반(변경된죄명: 식품위생법위반)】 (공1983, 613); 대법원 1989. 2. 28. 선고 88도1141 판결 【가정의례에관한법률위반】 (공1989, 562); 대법원 1995. 7. 11. 선고 94도1814 판결 【직업안정및고용촉진에관한법률위반】 (공1995, 2842); 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도1697 판결 【일반교통방해·산립법위반】 (미간행)

23) 대법원 1987. 4. 14. 선고 87도160 판결 【전기통신기본법위반, 예비적죄명: 공중전기통신사업법위반】 (공1987, 843); 대법원 1989.2.14. 선고 87도1860 판결 【전기통신기본법위반】 (공1989, 441)

24) 같은 취지의 지적으로 박상진, “공적 기관의 견해를 신뢰한 경우에 있어서 책임의 한계”,

물론 대법원의 판단을 선해하자면 ‘천지창조 나이트클럽’ 사건의 경우에는 민법상의 성년기에 대해 알지 못한다는 것은 변명이 되지 않는다는 취지라고 볼 수도 있다. 다시 말해서 대법원은 민법상의 성년기라고 하는 일종의 ‘법률의 내용’에 대한 ‘부지’를 배척하였다고 볼 여지도 없지 않다. 그러나 해당 사안은 단순한 법률의 부지가 아니라 비록 민법상의 성년기에 대한 규정을 행위자가 알고 있었다고 하더라도 ‘도경찰국장의 공문’을 신뢰하여 ‘18세 이상이면서 고등학생이 아닌 사람의 출입’은 예외적으로 단속대상에서 제외되었다고 오신하였다고 볼 여지도 충분한 사례라고 할 것이다.

더구나 ‘천지창조 디스코 클럽’ 사건과 그 사실관계가 매우 흡사한 대법원 2002. 5. 17. 선고 2001도4077 판결<sup>25)</sup>의 경우 대법원은 천지창조 디스코 클럽 사건과는 반대로 법률의 착오를 긍정하였다. 해당 판례의 사실관계를 보면, 피고인 갑은 자신의 비디오감상실에 ‘18세 이상 19세 미만의 청소년’을 출입시켰다. 이에 대해 대법원은 “비디오물감상실의 관할부서(대구 중구청 문화관광과)는 업주들을 상대로 실시한 교육과정을 통하여 종전과 마찬가지로 음반등 법 및 그 시행령에서 규정한 ‘만 18세 미만의 연소자’ 출입금지포시를 업소출입구에 부착하라고 행정지도를 하였을 뿐 법에서 금지하고 있는 ‘만 18세 이상 19세 미만’의 청소년 출입문제에 관하여는 특별한 언급을 하지 않았고, 이로 인하여 피고인을 비롯한 비디오물감상실 업주들은 여전히 출입금지대상이 음반 등 법 및 그 시행령에서 규정하고 있는 ‘18세 미만의 연소자’에 한정되는 것으로 인식하였던 것으로 보여[진다]”고 판단하여, 피고인이 자신의 행위가 관련 법률에 의하여 허용된다고 믿고, 그렇게 믿었던 것에 대하여 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다는 결론에 이르고 있다.

앞에서도 계속 지적한 것처럼 ‘관계 관청의 지도내용이나 행위자의 질의에 대한 담당기관의 회신을 믿고 행위한 경우’라는 하나의 유형으로 묶을 수 있는 일련의 사안에 대해 대법원이 법률의 착오에 대한 정당한 이유가 있는지에 판단을 이처럼 달리한다면 일반시민의 관점에서 납득하기란 쉽지 않을 것

증상법학 제3호, 중앙대학교 법학연구소, 2001, 176면 및 배종대, 형법총론(제11판), 홍문사, 2013, 472면.

25) 대법원 2002. 5. 17. 선고 2001도4077 판결 【청소년보호법위반】 (공2002, 1468)

이고 이는 결국 예측가능성을 담보하지 못한다는 점에서 문제가 적지 않다.

우리 대법원의 위와 같은 일관되지 못한 태도와 달리 독일의 경우에는 판례를 신뢰한 경우<sup>26)</sup>, 관청을 포함한 공적 기관의 법률견해를 따른 경우<sup>27)</sup>에 대해 해당 정보가 명확히 부당하거나 불명확한 것이 아니면 그러한 정보에 따른 행위는 금지착오로서 책임이 조각된다. 특히 독일판례의 경우에는 변호사 등 법률전문가의 견해를 신뢰한 경우<sup>28)</sup>에도 위법성의 착오가 회피불가능하다고 인정하는 방향으로 해석한다.<sup>29)</sup>

한편 미국모범형법(Model Penal Code)은 기본적으로 법률의 착오는 면책되지 않는다는 태도를 원칙으로 하고, 법률의 존재나 의미에 대해 착오가 있는 경우에도 범죄의 성립에는 영향이 없다고 보고 있다.<sup>30)</sup> 그러나 모범형법은 피고인이 (1) 법률이나 다른 법규정, (2) 사법적 판단이나 견해 또는 판결 (3) 행정명령 또는 허가 (4) 법에 의한 그 범죄를 구성하는 법의 해석과 시행 또는 집행에 책임이 있는 공공단체나 공무원의 공적 해석을 합리적으로 신뢰하고 행위 했다는 것을 입증하는 경우 피고인이 자신의 범죄혐의에 대해 항변할 수 있는 것으로 규정<sup>31)</sup>하고 있다.

26) OLG Köln MDR 1954, S. 374(Urt. v. 13. 10. 1953); OLG Celle MDR 1956, S. 436 (Beschl. v. 20. 4. 1956); OLG Bremen NJW 1960, S. 163(Urt. v. 30. 9. 1959); OLG Köln GA 1960, S. 318 (Urt. v. 22. 3. 1960); OLG Frankfurt NJW 1964, S. 508 (Urt. v. 6. 11. 1963); OLG Stuttgart JR 1973, S. 509 (Beschl. v. 28. 3. 1973)

27) BayOLG MDR 1965, S. 502 (Urt. v. 17. 12. 1964); BGH JZ 1977, s. 653 (Urt. v. 12. 8. 1976); OLG Celle NJW 1977, S. 1644 (Urt. v. 13. 12. 1976); BayOLG NJW 1980, S. 1057 (Urt. v. 20. 12. 1979)

28) BGHSt 15, 332 (Urt. v. 24. 6. 1960); BGH NJW 1962, S. 1832(Urt. v. 26. 6. 1962); KG JR 1964, S. 68 (Urt. v. 16. 10. 1963); OLG Frankfurt NJW 1964, S. 508 (Urt. v. 6. 11. 1963); BayObLG NJW 1965, S. 163(Urt. v. 5. 8. 1964); OLG Bremen NSTZ 1981, S. 265(Beschl. V. 2. 3. 1981); OLG Göttingen NJW 1983, S. 1209 (Urt. v. 18. 1. 1983). usw.

29) 박상진, “독일에 있어서의 위법성착오와 책임조각의 한계”, 법학연구 제188집, 한국법학회, 2005, 361-362면 참조.

30) Model Penal Code Section 2.02(9). “neither knowledge nor recklessness or negligence as to whether conduct constitutes an offense or as to the existence, meaning or application of the law determining the elements of an offense is an element of such offense unless the definitions of the offense or the Code so provides”

31) Model Penal Code Section 2.04(3)b. “an official statement of the law, afterwards

하지만 미연방대법원의 판례를 살펴보면 당국자가 피고인의 행위에 대해 범죄에 포함되지 않는다고 하여 잘못 안내한 경우에는 적법절차의 차원에서 그러한 행위에 대해 형법상 유죄라고 할 수 없다고 한 경우<sup>32)</sup>를 찾아볼 수 있으며, 경찰관이 시위참가자들에게 특정한 장소에서 피켓시위(Picketing)을 하는 것은 허용된다고 부정확하게 말한 경우<sup>33)</sup> 등에 대해서도 항변사유로서 받아들이고 있다.

## V. 결론

일반시민의 시각에서 자신이 의문을 가지는 사안에 대해 집행권한 있는 관계공무원이나 관계관청 또는 법률전문가의 자문을 받았음에도 불구하고 법률 위반을 이유로 처벌을 받는다면 우리는 행정부나 사법부를 신뢰할 수 있을 것인가? 우리는 현재 행정형법이 난립하고 있는 시대에 살고 있기에 비록 법률가라고 할지라도 모든 법률을 안다는 것은 쉽지 않다. 그러나 한국 형법의 입법자는 1953년 형법 제정 과정에서 미리 장래의 상황을 내다보고 법률의 착오에 대한 명문의 규정을 마련하였다.

형법 제16조 법률의 착오에 대한 규정은 형사책임을 임의적으로 감경하는 것에 그치지 않고 아예 ‘벌하지 아니한다’는 법적 효과를 부여하고 있다. 아울러 우리 형법은 사실의 착오 더욱 정확히 말해서 구성요건적 착오에 대한 규정과 법률의 착오에 대한 규정을 모두 두었다는 점에서 고전적 범죄체계에 머무르지 않고 한 단계 진전된 형태로서 목적적 범죄체계에 더욱 가까이 가 있다.

---

determined to be invalid or erroneous, contained in ( i ) a statute or other enactment ( ii ) a judicial decision, opinion or judgement (iii) an administrative order or grant of permission; or (iv) an official interpretation of the public officer or body charged by the law with responsibility for the interpretation, administration or enforcement of the law defining the offense.”

32) *Raley v. Ohio*, 360 U.S. 423(1959)

33) *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 559(1965)

대법원 판례는 법률의 부지를 법률의 착오의 영역으로부터 배제해 버림으로써 형법 제16조를 더욱 협소하게 적용하고 있다. 형법 제16조의 법률의 착오는 책임조각이라는 효과를 부여한다는 측면에서 행위자에게 유리한 규정이라는 점에서 이러한 축소해석은 죄형법정주의의 차원에서도 체고해볼 필요가 있다. 또한 입법연혁을 참고하여 볼 때에도 형법입법자의 의사는 법률의 부지를 법률의 착오로부터 배제하려는 것이 아니라 “오히려 향후 각종 형법법규가 가일층 복잡화되는 상황에서 일반시민은 범법이 되는 것인가 여부를 알기 어려운 것을 시인해야 한다”는 것이었다. 입법자는 ‘법률의 부지는 면책사유가 되지 못한다’라는 것만으로는 현실과 실정을 무시하는 것<sup>34)</sup>이라고 지적한 바 있다.

앞에서도 살펴본 것처럼 미국의 경우 미국모범형법전은 기본적으로는 법률의 존재나 의미에 대해 착오가 있는 경우에도 범죄의 성립에는 영향이 없다고 하여 법률의 착오는 면책되지 않는다는 태도를 취하고 있다. 그러나 법률의 규정, 사법부의 판결, 행정명령이나 허가, 법의 해석과 시행 또는 집행에 책임이 있는 공공단체나 공무원의 공적 해석을 합리적으로 신뢰하고 합리적으로 행위한 경우에는 법률의 착오를 인정하고 있다. 나아가서 독일판례의 경우에는 법률전문가의 견해를 신뢰한 경우에 대해서도 위법성의 착오를 일으킴에 있어서 회피불가능성을 인정하고 있다.

요컨대 대법원은 법률의 부지를 법률의 착오의 영역에서 배제할 것이 아니라, 피고인이 자신의 행위가 불법하지 않다고 믿은 데 합리적인 근거가 있는지를 오히려 상세히 검토해야 할 것이다. 향후 법률의 착오와 관련한 판례에서는 행위자가 관계기관이나 해당 영역에 대해 집행권한 있는 공무원이나 관청으로부터의 정보를 신뢰하였는가, 법률전문가의 자문을 합리적으로 신뢰한 경우인가, 관련 법률의 내용을 신뢰하였는가 등이 구체적으로 검토되어 하나의 맥락으로 묶을 수 있는 사안에 대해 일관성 있는 결론이 도출된다면 예측 가능성이 담보될 수 있을 것이다.

34) 엄상섭, “우리 형법전에 나타난 형법민주화의 조향”, 효당 엄상섭 형법논집, 서울대학교 출판부, 2003, 75-76면 참조.

## 참고문헌

### \* 단행본

- 강서용, 신형법요의, 법제신보사, 1954.  
김성돈, 형법총론(제3판), 성균관대학교 출판부, 2014.  
김용식, 신형법론 총론, 법정신문사, 1953.  
김용진, 신형법요의, 지구당, 1953.  
김일수·서보학, 새로쓴 형법총론(제11판), 박영사, 2006.  
박상기, 형법총론(제9판), 박영사, 2012.  
배종대, 형법총론(제11판), 홍문사, 2013.  
손동권·김재윤, 새로운 형법총론, 을곡출판사, 2011.  
신동운, 형법총론(제7판), 법문사, 2013.  
임 우, 형법총론(제4정판), 법문사, 2012.  
이재상, 형법총론(제7판), 박영사, 2012.  
오영근, 형법총론(제3판), 박영사, 2014.  
정성근·박광민, 형법총론, 삼영사, 2011.  
조준현, 형법총론(5정판), 법원사, 2013.  
황산덕, 형법총론강의, 위성문화사, 1956.
- 신동운·허일태(편), 효당 엄상범 형법논집, 서울대학교 출판부, 2003.  
신동운(편), 형법 제·개정 자료집, 형사정책연구원, 2009.
- Daniel E. Hall, Criminal Law and Procedure(4th), Thomson/Delmar Learning, 2004.  
George E. Dix, Criminal Law(17th ed.), Chicago, IL: Barbri Group, 2002.  
John M. Burkoff·Russell L. Weaver, inside Criminal Law(2nd ed.), Wolters Kluwer, 2011.  
LaFave·Wayne R, Criminal Law, West·Thomson Reuters, 2010.

Kristian Kühl, Strafrecht AT(6. Auf.), C.H.Beck, 2008.

C. Roxin, Strafrecht AT I (4. Auf.), C.H.Beck, 2006.

하인쯔 쩌프(著)/김영환·허일태·박상기(譯), 형사정책, 한국형사정책연구원, 1994.

大塚 仁, 大コンメンタル刑法 第2卷(第2版), 東京: 青林書院, 1999.

\* 논문

김신규, “형법 제16조의 정당한 이유의 의미와 판례검토”, 형사법연구 제15권, 한국형사법학회, 2001.

김종구, “미국 형법상 법률의 착오”, 법학연구 제52권, 한국법학회, 2013.

김혜정, “청소년보호연령과 관련된 법률착오의 문제점”, 비교형사법연구 제6권 2호, 한국비교형사법학회, 2004.

박상진, “영미에 있어 위법성의 착오에 관한 논의”, 중앙법학 창간호, 중앙대학교 법학연구소, 1999.

\_\_\_\_\_, “공적 기관의 견해를 신뢰한 경우에 있어서 책임조각의 한계”, 중앙법학 제3호, 중앙대학교 법학연구소, 2001.

\_\_\_\_\_, “독일에 있어서의 위법성착오와 책임조각의 한계”, 법학연구 제18집, 한국법학회, 2005.

박정근, “금지의 착오와 정당한 이유”, 법률신문 제1863호, 법률신문사, 1989. 7. 31.

성낙현, “형법 제16조에서 ‘법률의 착오’의 내용범위”, 영남법학 제3권 1, 2호, 영남대학교 법학연구소, 1997.

안성조, “고대 동양에서의 법률의 착오론”, 비교형사법연구 제8권 1호, 한국비교형사법학회, 2006.

오영근, “구 건축법 제7조의2 위반사건”, 판례월보 제289호, 1994.

이수현, “법률의 착오에 있어 정당한 이유의 판단과정에 대한 대법원 태도의 비판”, 법학논총 제19집 2호, 조선대학교 법학연구원, 2012.

이의영, “약사법 제2조 제4항의 규정에 의한 의약품의 정의와 법률의 착오”,

- 법조 제45권 6호, 법조협회, 1996.
- 이재상, “법률의 착오에 있어서 정당한 이유의 판단기준”, 형사정책연구 제71권, 한국형사정책연구원, 2007.
- 이종갑, “위법성의 인식과 법률의 착오”, 법학연구, 경상대학교 법학연구소, 1988.
- 이창섭, “형법상 법률의 착오의 요건과 효과”, 동아법학 제43호, 동아대학교 법학연구소, 2009.
- 조 국, “법률의 부지 및 착오 이론에 대한 재검토”, 형사정책연구 제46권, 한국형사정책연구원, 2001.
- \_\_\_\_\_, “법률 간의 부정합과 금지착오”, 법률신문 제3098호, 2002년 8월 15일자 기사.
- 최선호, “위법성의 착오에 관한 연구”, 법학연구 제2집, 한국법학회, 1999.
- 허일태, “법률의 부지의 효력”, 형사판례연구[1], 한국형사판례연구회, 1993.

\* 학위논문

- 안성조, “법률의 착오에 관한 연구”, 서울대학교 법과대학원 박사학위논문, 2006.

[Abstract]

A study on the application scope and reasonable grounds  
of mistake of law of article 16 in Korean criminal law

Song, Jin-Kyung

*Doctor of Laws · Instructor of Dong-A University*

In citizen's view, if a person punished for violating a law, although the person consulted a public office for the related office affairs or legal specialist like lawyer, can we count on the government and the department of justice?

We are living in the oversupply era of administrative criminal law. Therefore, it is impossible for not only general citizen but also legal specialists to know all of the administrative criminal laws. However, the legislators of Korean Criminal law in 1953 provided the Article 15 about 'mistake of law'.

The Article 15 about mistake of law gives stronger effects, that is 'shall not be punished', than the effect of 'the punishment may be mitigated or remitted'. Moreover, we can evaluate that Korean criminal law is closer to not 'the theory of classical criminal system' but 'the theory of purposive criminal system' because Korean criminal law has 'mistake of law' as well as 'mistake of fact'.

The Korean supreme court excludes 'ignorance about law' from the scope of 'mistake of law', so the court acknowledges 'mistake of law' narrowly. We need to rethink about this supreme court's rulings because the rulings, which expels 'ignorance of law' from 'mistake of law', are more likely to have serious problem which is the violation of 'the principle of legality' because the principle of legality prohibits 'restrictive interpretation' about favorable provisions for defendants.

In addition, based on legislative history, the legislator had no intention to exclude 'ignorance of law' from 'mistake of law' because one of the legislators mentioned that we needed to have a recognition that it will be hard for citizen to know whether an action is illegal or not due to increasing the number of laws related to punishment and becoming complex laws.

The Supreme Court should not exclude 'ignorance of law' from the scope of 'mistake of law', but the Supreme Court should examine whether a defendant had a reasonable ground that made the person believe that his/her action was not illegal. In the cases related to mistake of law, if the Supreme Court examines whether the defendant trusted the information from public office for the related office affairs or legal specialist like lawyer

reasonably, or the related laws, etc. in detail, we can classify the related cases as several similar groups: the citizen will be assured of the calculability about mistake of law.

**Key words** : Mistake of Law, Ignorance about Law, Awareness of his Act's Illegality, Reasonable Grounds, the Principle of Legality