

# 완전명정죄 처벌규정의 입법론\*

성낙현\*

## 차 례

- I. 머리말
- II. 완전명정죄 처벌규정의 입법연혁과 타입법례와 비교
  - 1. 입법연혁
  - 2. 입법비교
- III. 완전명정죄 구성요건의 의미내용 일반
  - 1. 규범의 목적과 포괄적 구성요건으로서의 성격
  - 2. 완전명정죄 처벌규정의 현실적 존재근거
  - 3. 보호법익
- IV. 완전명정죄의 범죄성격
  - 1. 추상적 위험범으로의 해석
  - 2. 구체적 위험범으로의 해석
  - 3. 학설대립에 대한 정리
- V. 책임원칙과의 충돌과 조화
  - 1. 책임원칙의 의미와 명정범죄
  - 2. 특수 위험귀책규정 혹은 결과귀책규정으로서의 완전명정죄
  - 3. 결과적 가중범 혹은 과실귀책규정으로의 해석
  - 4. 예외적 책임인정규정으로서의 해석
- V. 맺음말

\* 이 논문은 영남대학교 2018학년도 연구년 결과물로 제출됨.

\*\* 영남대학교 법학전문대학원 교수

접수일자 : 2018 10. 29. / 심사일자 : 2018. 11. 26. / 게재확정일자 : 2018. 11. 29.

## I. 머리말

책임원칙에 따르면 행위 당시 책임능력이 있는 경우에 한해서 그 행위에 대한 형사처벌이 가능하다(행위·책임능력 동시존재의 원칙: Koinzidenzprinzip). 따라서 행위 당시 예컨대 음주 등으로 인한 명정으로 책임능력이 배제된 경우라면 “원인에 있어서 자유로운 행위”의 요건이 갖추어지지 않은 이상 그 행위는 처벌되지 않는 것이 원칙이다. 이러한 원칙을 충실히 따른다면 특정한 범행을 염두에 두지 않은 채 술을 마셔 명정상태에 이른 행위자는 그 상태에서 어떠한 불법을 저질러도 책임조각에 의해 처벌이 되지 않거나 최소한 책임감경에 의해 양형에서 유리한 처분을 받을 수 있다.<sup>1)</sup> 그런데 만취자가 자신을 구조하기 위해 출동한 구급대원에게 폭행을 가하여 결국 숨지게 하거나, 병원에서 의료인에게 특별한 이유 없이 폭행·상해를 가하는 등 근래 마스크를 통해 보도되는 주취관련 사례들을<sup>2)</sup> 구체적으로 언급하지 않더라도 주취에 의한 사건·사고의 심각성은 더 이상 묵과할 수 없는 수준에 이르렀음을 부인할 수 없다. 또한 행위 당시에 범인이 주취상태였다는 사정이 양형에서 범인에게 유리하게 작용되는 부분에 대해서도 일반의 보편적 동의를 기대하기가 쉽지 않음을 볼 수 있다.<sup>3)</sup> 실제로 한 사례에<sup>4)</sup> 관련해서는 청와대 홈페이지의 국민 청원 게시판에 “주취감형”의 법원판단이 부당하므로 개선되어야 한다는 청원이 잇따라 청와대가 직접 답변해야 하는 상황에 이르기도 했다.<sup>5)</sup>

주취범죄의 해악과 반사회성으로 인해 일반의 우려와 비난의 목소리가

---

1) 손동권, “명정범죄에 대한 책임비난”, 형사정책연구 제8권 제1호(1997·봄), 6쪽 등 이에 대해 특별한 이견은 없다.

2) 한 예로 2018.08.12의 연합뉴스TV 현장 IN 보도 참조:

<http://www.yonhapnewstv.co.kr/MYH20180811006700038/?did=1825m>

3) 김형준, “독일형법상 비자초명정죄”, 죽헌 박양빈교수 화갑기념논문집, 1996, 122쪽.

4) 대법원 2009.09.24. 선고, 2009도7948; 서울고법 2009.07.24. 선고, 2009노794; 수원지법 안산지원 2009고합6. 이 사건에 대한 자세한 설명으로 한상훈, 「명정상태 범죄자의 형사책임과 개선방안」, 한국형사정책연구원, 2009, 19쪽 이하.

5) 2017.12.06의 동아닷컴 보도기사 원문보기:

<http://news.donga.com/3/all/20171206/87601372/2#csidx3fed4a850dbc1fc9581d1d3f8790671>

높다고 하더라도 이를 법적·이론적 근거 없이, 그리고 책임원칙마저 무시하고 처벌할 수는 없는 노릇이다. 다른 한편으로 책임원칙에 입각할 때 명정범죄는 사실상 책임조각 혹은 감경이 되어야 함에도 불구하고 우리 법원이 특별한 근거 없이 책임감면에 대해 소극적 태도를 취하는 것<sup>6)</sup> 또한 만연히 용인만 하고 있을 수 있는 현상이 아니다. 이와 같은 진퇴양난의 문제에 대한 절충적 대응책으로 독일형법은 완전명정죄(Vollrausch) 처벌규정을 두고 있다.<sup>7)</sup> 독일형법 제323a조 제1항에 따르면 알코올 음료 혹은 다른 마취약물을 통해 자신을 고의 혹은 과실로 명정상태에 빠뜨린 자는 처벌된다. 다만 처벌을 위해서는 명정상태에 이르렀다는 사실만으로는 부족하고 명정자가 그 상태에서 위법한 행위를 했으나 명정상태로 인하여 책임능력이 없거나 그러한 상태임을 배제할 수 없는 이유로 그 행위 자체에 대한 처벌이 불가능한 상황이어야 한다. 이러한 경우 명정상태에서의 불법행위에 대한 처벌이 아닌 이와는 별개의 완전명정죄라는 구성요건에 의한 처벌이 이루어진다.

독일의 이 형법규정은 특히 책임원칙의 관점에서 볼 때 법리적 이성의 기초에 서있다고 보기 어렵다. 명정상태에서의 범죄는 객관적으로 책임능력이 없는 상태에서 범해진 것이므로 이에 대한 처벌은 책임원칙에 위배되는 것은 자명하기 때문이다. 완전명정죄 규정이 독일형법 제20, 21조나 우리형법 제10조 제1, 2항의 예외규정이라고 주장하더라도 ‘책임 없이 형벌 없다’는 원칙에 위배되는 데에는 변함이 없다. 독일의 통설도 헌법적 책임원칙과 책임론적 기본구조에 거스르는 이 규정<sup>8)</sup> 전체 형법범위에

6) 주취가 책임능력에 부정적 영향을 준 것으로 인정한 대법원판례는 대법원 1977.9.28. 선고, 77도2450 등 극소수에 불과하다. 이에 관련하여서는 김형준, 앞의 논문, 137쪽; 손동권, 앞의 논문 14쪽 참조.

7) 독일형법 제323a조 완전명정(Vollrausch) :

(1) 알코올 음료 혹은 다른 마취약물을 통해 자신을 고의 혹은 과실로 명정상태에 빠뜨린 자가 그 상태에서 위법한 행위를 했으나 명정상태로 인하여 책임능력이 없거나 그러한 상태임을 배제할 수 없는 이유로 그 행위에 대한 처벌이 이루어질 수 없는 경우 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

(2) 형은 명정상태에서 범해진 범죄에 주어지는 형을 초과할 수 없다.

(3) 명정상태의 범죄가 고소, 수권, 처벌요구 등과 같은 소추요건을 요하는 경우 본죄도 같은 요건에 의해서만 소추된다.

8) 이와 관련하여 Maurach는 1948년에 발표된 한 논문에서 “(가벌성 심사에서) 음주 자

서 가장 난해한 논란에 싸인 규정으로서 심지어 입법적 오류라는 데 다수가 공감한다.<sup>9)</sup> 그럼에도 불구하고 명정상태에서 불법을 행한 자에 대한 처벌을 포기할 수 없으므로 형사정책적으로 본 규정의 존립은 피할 수 없는 현실이라고 본다.<sup>10)</sup> 그 이유는 다음과 같이 설명할 수 있다.

형사처벌을 위해 행위자의 책임능력을 전제하는 것은 책임능력을 활용하여 범죄에서 벗어날 수 있었음에도 불구하고 그러하지 않았음을 비난하기 위한 것이다. 이는 바꿔 말하면 주취로 자신의 행위에 대한 규범적 평가능력이나 통제능력이 약화된 자는 범죄로 나아갈 가능성이 상대적으로 높다는 의미이다. 술에 취하면 과격한 일탈적 행위를 하는 습성 혹은 최소한 그 가능성이 있는 자가 술을 마셔 명정에 빠진 상태라면 이 단계에서 이미 형식적 위험범으로서의 핵심적 요건이 갖추어졌다고 할 수 있다. 명정자가 이 단계를 지나 충분히 예견이 가능했던 바대로 폭행이나 재물손괴를 범했다면 이로써 당해 범죄의 객관적 구성요건은 충족되고 형법이 보호해야 할 법익은 침해된 것이다. 이 두 단계는 포괄적으로 형법적으로 세심히 통제되어야 할 사회해악적 상황이다. 이를 통제할 형법규정을 두지 않은 입법체계에서 이러한 상황은 매우 우려스러운 처벌의 공백영역이 된다.

국내에서 지금까지 완전명정죄의 입법론은<sup>11)</sup> 간헐적으로 제기되어 왔으나 최근의 주취관련사건에 대한 일련의 보도를 통해 주취범죄에 대한

---

체는 기초 없는 지붕이며, 명정범죄는 반대로 지붕 없는 기초”로 표현한다; Duttge, Der Vollrauschtatbestand de lege lata und de lege ferenda, FS-Geppert, 2011, S. 69.

9) Geppert, Die Volltrunkenheit, Jura 2009, 40; Lackner, Vollrausch und Schuldprinzip, JuS 1968, 216; LK-Spendel, 11. Aufl., 1996, § 323a Rn.1; Otto, Der Vollrauschtatbestand (§ 323a StGB), Jura 1986, 478.

10) Arthur Kaufmann, Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit, JZ 1963, 425, 433.

11) 김성천/김형준, 「형법총론」, 제6판, 소진, 2014, 271쪽; 김일수/서보학, 「형법총론」, 제12판, 박영사, 2014, 275쪽; 성낙현, 형법총론, 제2판, 동방문화사, 2011, 346쪽 이하; 손동권/김재윤, 「형법총론」, 율곡출판사, 2011, [17] 41; 손동권, 앞의 논문, 38쪽; 오영근, “원인에 있어서 자유로운 행위와 그 유형”, 형사정책연구(1999·여름), 91쪽 이하; 이상돈, 「형법강의」, 법문사, 2010, § 20-109; 한상훈, 앞의 논문, 132쪽 이하, 136쪽. 명정범죄에 대한 법적 대응은 필요하되 완전명정죄 규정의 책임원칙에 대한 충돌을 고려하여 형법이 아닌 보안처분으로의 해결가능성을 제시하는 절충적 견해로서 김형준, 「명정범죄의 형사책임에 관한 연구」, 1992, 중앙대학교 박사학위논문, 198쪽 이하.

형법적 대응이 절실하다는 일반의 인식이 확산되는 것으로 볼 수 있다. 본 연구에서는 완전명정죄의 입법이 필요하다는 방향에서 책임원칙과 관련한 형벌법규의 정당성을 위한 독일에서의 해석론적 논의내용을 살펴보고 이를 토대로 우리에게 적합한 하나의 법조문을 제안하고자 한다.

## II. 완전명정죄 처벌규정의 입법연혁과 타입법례와 비교

### 1. 입법연혁

독일에서 완전명정죄 구성요건은 1927년의 독일일반형법 시안을 거쳐 1933년의 상습범규제법률<sup>12)</sup>을 통해 형법에 도입되었다.<sup>13)</sup> 당시의 입법자는 본 구성요건이 모든 형사처벌은 책임이 전제가 되며 또한 행위 당시 책임능력이 동시에 존재해야 한다는 책임원칙에 위배된다는 사실을 인지했으나 본 구성요건을 형사정책적으로 포기할 수 없다는 판단에 따라 하나의 독립적 구성요건으로 제정하기에 이르렀다. 즉 책임능력 동시존재원칙에 대한 예외규정을 총칙이 아닌 각칙부분에 두어 명정의 위해에 대한 대책을 꾀하고자 했다.<sup>14)</sup>

본 구성요건이 법률로 명문화되기 이전의 여러 논의에서 이를 과실범으로 이해하려 했던 흔적이 보인다. 1802년 클라인슈로트(Kleinschrod)는 “자의로 음주하여 만취된 상태에서 예견하지 못한 범행을 저지른 경우 고의범은 아니더라도 과실범으로 처벌되며 형은 과실의 정도에 따라 정해진다”<sup>15)</sup>라는 형법시안을 제시했다. 1881년의 형법시안 제2조 제4항은, 독일제국형법 제51조(현 독일형법 제20조)의 예외로서, 자기책임이 조각

12) “Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung” vom 24. November 1933.

13) 완전명정죄 구성요건이 나찌정권의 고유한 목적달성을 위해 제정된 암울한 규정이라는 비판이 없었던 것은 아니나 이러한 비판은 사실에 부합하지 않으며 본 구성요건은 오히려 바이마르 시대의 개혁 움직임의 결과로 보는 것이 옳다; Geppert, Jura 2009, 40, 각주 6).

14) Geppert, Jura 2009, 40.

15) Hettinger, Die “actio libera in causa”: Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit? 1988, S. 100 ff.

되지 않는 방법에 의한 명정상태에 이른 자가 그 상태에서 위법한 행위를 범했다면 고의범은 인정할 수 없으나 과실범에 의한 처벌이 배제되는 것은 아니라는 내용을 담고 있다.<sup>16)</sup> 1909년의 형법시안도 자기책임이 있는 음주에 기인한 명정상태에서 과실범으로도 처벌되는 범죄를 범한 자는 그 과실범죄에 주어지는 형으로 처벌한다고 규정했었다.<sup>17)</sup> 이러한 입법연혁적 근거에서 본 구성요건을 과실범 혹은 결과적 가중범의 한 유형으로 이해하려는 시도를 완전히 배제할 수는 없으나 현재로서는 이러한 시각은 극복된 것으로 보인다. 보편적 이해에 따를 때 결과적 가중범을 하나의 단일한 고의에 의한 기본범죄와 과실에 의한 중한 결과의 결합형식으로 성립되는 범죄형태라고 한다면 명정범죄는 범죄체계에서 근본적으로 이와는 다르기 때문이다. 즉 결과적 가중범은 고의의 기본범죄를 전제로 하는데 고의로 술을 마셨다고 하더라도 음주 자체가 어떠한 구성요건에도 해당하지 않으므로 기본범죄라 할 수 없고 고의 및 행위의 단일성도 여기서는 성립하지 않는 것이다.

형량에 있어서 현행 독일형법이 본 죄에 대해 5년 이하의 자유형을 인정하는 데 비해 초기의 입법자는 2년 이하의 자유형을 규정했으나 이마저도 형량이 지나치게 높다는 반론이 있었으며<sup>18)</sup> 이후 1962년의 형법개정시안에서는 명정상태에서의 행위를 예견하지 않았거나 예견할 수 없었을 경우에 6월 이하의 자유형 혹은 180일수 이하의 벌금형이 제시되기도 했다.

## 2. 입법비교

오스트리아 형법 제287조는 ‘비록 과실에 의한 것일지라도 알코올 음료 혹은 다른 마취약물을 통해 자신을 책임능력을 배제하는 명정상태에 빠뜨린 자가 그 상태에서, 그러한 상태가 아니었다면 중죄 또는 경죄의 책

---

16) Hettinger, Die “actio libera in causa”: Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit?, S. 262 ff.

17) 이에 대한 포괄적 설명으로 Renzikowski, Die Verschärfung des § 323a StGB - Preisgabe des Schuldprinzips?, ZStW 112(2000), 497.

18) Renzikowski, ZStW 112(2000), 513 각주 174) 참조.

임을 저야 할 행위를 한 때에는 3년 이하의 자유형 또는 360일수 이하의 벌금형에 처하며 형벌의 종류와 범위는 명정상태에서 범해진 범죄에 주어지는 것보다 중해서는 안 된다'고 규정함으로써 독일의 완전명정죄에 준하는 입법형태를 취하고 있다. 스위스 형법 제263조도 이와 크게 다르지 않아 이들의 해석론에서도 독일에서와 유사한 문제점을 안고 있다. 다만 형량에서 스위스에서는 독일보다는 오스트리아에 가깝게 명정범죄가 경죄인 경우 6월 이하의 자유형을, 중죄인 경우 3년을 인정하고 있다는 점에서 다르다.<sup>19)</sup>

한편 과거의 구 동독 형법 제15조 제3항은 명정이 유책한 경우 명정상태에서 범한 범죄에 정한 형량을 따를 것을 허용함으로써<sup>20)</sup> 명정범죄를 비교적 엄하게 처벌한다는 원칙을 두었다. 오늘날에도 폴란드 등 동유럽 국가에서는 이러한 입법형태가 보편적인 것으로 보인다.<sup>21)</sup>

### Ⅲ. 완전명정죄 구성요건의 의미내용 일반

#### 1. 규범의 목적과 포괄적 구성요건으로서의 성격

음주 후 만취된 상태에서 범죄를 저지른 경우 전체 행위에 대해서 처벌이 이루어져야 하거나 최소한 처벌될 수 있다고 보는 것이 일반의 보편적 생각이라 할 수 있다.<sup>22)</sup> 술 뿐 아니라 기타 마취약물에 의해 명정상태에 빠진 자는 통찰력이나 판단능력 그리고 이성애 따른 감정억제력과 신체적 반응능력이 평균인에게 기대되는 정도에 비해 떨어지게 되어 우발적 위험행위로 나아가기 쉽고 이는 형법적 보호법익의 침해로 연결될 가능성이 크다. 즉 규범인식능력과 준수능력이 저하된 명정상태는 임의의 보호법익에 대한 잠재적 위험을 안고 있는 것이며<sup>23)</sup> 완전명정죄 구성요

19) NK-Paeffgen, 2. Aufl., 2005, § 323a Rn. 110 f.

20) NK-Paeffgen, § 323a Rn. 109.

21) Renzikowski, ZStW 112(2000), 475 각주 3) 참조.

22) Wolter, Vollrausch mit Januskopf, NSTZ 1982, 56.

23) Ranft, Grundprobleme des Vollrauschtatbestandes, JA 1983, 194;

Sch/Sch/Sternberg-Lieben/Hecker, StGB, 29. Aufl., 2014, § 323a Rn. 1. 같은 취지로

건은 이러한 잠재적 위험의 발현을 억제함으로써 법익을 침해로부터 보호하기 위한 목적을 갖는다.<sup>24)</sup> 만일 주취상태에서의 범죄행위에 대해 아무런 공적 제재가 이루어지지 않는다면 음주 이후의 자신의 행위의 위험성을 인지하고 있는 자라고 하더라도 자신의 음주행위에 대한 법적·사회적 문제의식을 느끼지 못할 수 있다. 따라서 이들에 의한 명정범죄행위는 일상적으로 반복될 위험성이 크므로 형법의 개입을 통해서 음주 혹은 명정에 대한 경각심을 높일 필요가 있다.

자기 책임으로 자신의 책임능력을 배제시키는 명정상태에 이른 후 가벌적 행위를 한 자에 대해서는 아리스토텔레스(Aristoteles) 역시 처벌의 필요성을 인정했다. 심지어 해악적 결과에 대한 원인이 음주 여부를 자유의사로 결정할 수 있는 본인에게 있는 만큼 두 배의 형벌이 부과되어야 한다고 했다.<sup>25)</sup> 이러한 사고에서 크게 벗어나지 않는 일반의 통념에 형사정책적 고려를 더한다면 명정범죄에 대한 처벌필요성은 충분히 성립하는 것으로 볼 수 있다. 다만 이러한 명정범죄에 대한 형법의 개입에 있어서도 책임원칙과 형벌의 기능에 대한 고려가 결여되어서는 안 된다는 것은 당연하다. 즉 개별적 행위에 대한 처벌은 행위 당시를 기준으로 한 책임능력이 기초가 되어야 하며 그 책임의 크기에 상응하는 정도의 처벌이 이루어질 때에만 일반인의 법적 충실에 대한 교육이라는 의미의 일반예방과 당해 범인의 금지규범에 대한 준수를 유도하는 특별예방의 성과를 얻을 수 있다는 것이다.<sup>26)</sup>

본 구성요건은 애초에 현실의 형사정책적 필요성에 의해 가벌성의 공백을 메우기 위한 기능, 곧 포괄적 구성요건(Auffangtatbestand)의 기능을 염두에 두고 제정되었음을 부인할 수 없다.<sup>27)</sup> 이는 완전명정죄의 양형을

---

김형준, 「명정범죄의 형사책임에 관한 연구」, 23쪽 이하. 반면 주취상태가 범죄성립에 영향이 없다는 견해로 이원정, 「주취폭력의 처벌에 대한 연구」, 동국대학교 박사논문, 2015, 210쪽.

24) Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT II, 7. Aufl., 1991, § 96 Rn. 3.

25) Renzikowski, ZStW 112(2000), 475.

26) Wolter, NStZ 1982, 56.

27) Duttge, FS-Geppert, S. 65; MüKo-Streng, StGB, 3. Aufl., 2017 § 20 Rn. 151; Otto, Jura 1986, 479; BGH NJW 1983, 2889.

명정상태에서의 범죄에 부분적으로 결부시키고 있는 독일형법의 현행 법문에서도 엿볼 수 있다. 그렇다고 하더라도 어떠한 구성요건도 책임원칙의 구속에서 예외가 될 수 없음을 전제로 한다면 완전명정죄 처벌법규와 책임원칙 사이에는 논리로 극복될 수 없는 긴장관계가 형성된 것이 사실이다.<sup>28)</sup> 따라서 지금까지 독일의 판례와 학설에서 독일형법 제323a조를 책임원칙과 비례성의 원칙 혹은 특별·일반예방의 요구에 조화를 이루려는 다양한 시도가 부단히 이루어졌으나 현재 우리가 보편적으로 이해하고 있는 책임원칙, 양형론 그리고 헌법원리 등에 진지하게 입각한다면 이러한 수많은 시도 중 어느 하나도 만족스럽지 못하다는 것이 지배적 견해이다.<sup>29)</sup>

## 2. 완전명정죄 처벌규정의 현실적 존재근거

현실의 형사정책적 관점에서 고찰할 때 완전명정죄 구성요건의 존재의 근거로 “원인에 있어서 자유로운 행위(actus libera in causa)”라는 법형상이 적용되지 않는 영역에서의 가벌성의 공백을 메워야 한다는 점을 들 수 있다. 행위자가 처음부터 특정범죄를 염두에 두고 자신을 형사책임무능력자로 만들겠다는 의도로 술을 마셔 명정에 빠진 경우라면 행위 당시 책임능력이 배제되었더라도 “원인에 있어서 자유로운 행위”의 도움으로 책임을 인정하여 처벌을 할 수 있겠으나, 그렇지 않은 경우라면 완전명정 이후의 폭행, 살인, 방화 등 어떠한 행위도 책임조각으로 인해 처벌이 배제되는 것이 원칙이다. 그뿐만 아니라 “원인에 있어서 자유로운 행위”의 경우라도 구성요건행위 자체가 과실에 의한 경우라면 이 상태에서 절도, 재물손괴, 체포·감금죄를 범했을 때에는 이들에 대한 과실범처벌 규정이 없으므로 역시 처벌되지 않는 것이 당연하다. 다만 이들 행위는 고의에 의한 것이었다라도 명정상태가 과실로 야기된 경우에는 이를 과실범으로 취급해야 한다는 견해와 고의범성립을 인정하되 처벌만은 책임비난의 정도에 따라 과실범에 상응하는 형량에 의해야 한다는 견해가 대립된다.<sup>30)</sup>

28) Duttge, FS-Geppert, S. 66; Geppert, Jura 2009, 40.

29) Wolter, NStZ 1982, 56.

어떠한 견해를 취하든 결론에서는 동일하게 처벌가능성은 크게 제한된다. 이러한 심각한 가벌성의 공백에 대한 합리적 대응을 위해 별도의 새로운 구성요건의 필요성이 구체화된다.<sup>31)</sup>

다른 한편으로 무절제한 음주나 마취약물의 오남용을 규제하는 것이 완전명정죄 구성요건의 존재근거의 하나가 되어야 할 것이라는 데에<sup>32)</sup> 대해서는 신중한 접근이 요구된다. 현재 보편적 상식이 지배하는 사회에 서라면 주취의 폐단과 위험성이 잘 알려져 있음에도 불구하고 음주를 형법으로 금지하지는 않는다. 대부분의 음주행위에는 해악적 결과가 따르지 않으며 비교적 과도한 음주행태에 예견가능한 특정 위험이 내포되어 있더라도 그 자체가 사회상당한 위험으로 인정되기 때문이다. 실제로 해악적 결과로 연결되지 않은 명정은 독일형법 제323a조의 적용범위에서도 벗어난다 할 것이므로 본 구성요건이 무절제한 음주행위 자체를 통제하려는 목적을 가진 것은 아니라는 점에는 의문을 둘 필요가 없다. 그러나 이러한 사실을 조금 다른 시각에서 고찰할 때 본질적 문제가 발생한다. 즉 앞의 내용을 달리 표현하자면 애초의 음주행위는 금지되지 않지만 추후 범죄행위로 연결된 음주행위는 소급적으로 금지된다는 의미가 된다는 데 문제가 있다. 소급적 명정금지는 법리적으로 허용될 수 없는 모순이다.<sup>33)</sup> 가벌성 판단에 있어 금지된 것이라는 평가대상은 이미 행해진 과거의 행위에 국한 되는 것이지 미래의 행위가 여기에 결부될 수 없다. 특정 행위에 대한 위법성 평가를 그 행위가 종료된 이후의 외부상황에 종속시킨다면 이는 금지규범의 명확성의 원칙에도 위배된다.

이러한 결함을 보완하기 위해 명정상태의 범죄행위가 음주의 추상적

30) 이에 대한 상세는 이상돈, 앞의 책, § 20-97 이하.

31) 양형기준 개선을 통해 주취범죄에 관련된 가벌성의 공백문제를 해결하기 위해, 고의 명정은 원인에 있어서 자유로운 행위로 보되 일반가중인자로 인정하고, 과실명정은 일반 고의범으로 보아 완전책임을 부과하고, 원인행위와 실행행위의 연관성이 확정되지 않는 우연명정을 일반감경사유로 인정하자는 견해로 정숙희, “주취상태의 양형 맥락과 양형기준 개선방안”, 인권과 정의, (2017. 02), 132쪽 이하, 134쪽. 또는 형법 제10조 제3항을 확장하여 자의에 의한 심신장애 야기에 완전명정을 포함시킴으로써 해결하고자 하는 방안으로 이원정, 앞의 논문, 208쪽 이하.

32) Renzikowski, ZStW 112(2000), 506 참조.

33) Duttge, FS-Geppert, S. 73.

위험에 대한 간접증거로서의 기능을 해야 한다는 견해가 있을 수 있으나 이러한 간접증거에 의하더라도 음주행위를 사전적(ex ante)으로 평가할 때 위험한 음주와 그렇지 않은 음주를 구별할 수 없고 반대로 사후평가(ex post)에 의하더라도 음주 이후 범죄로 연결되지 않았다고 해서 이를 소급해서 금지되지 않은 음주로 결론지을 것도 아니다.<sup>34)</sup> 음주를 통한 자기명정은 그 자체로서 금지되지 않은 것이고 완전명정의 대부분의 사례는 불법행위로 연결되지 않고 무사히 지나간다. 그럼에도 불구하고 완전명정 금지규범이 존재한다면 그 근거는 명정상태에 빠진 당사자의 조중능력 상실에서 기인하는 위험성에 있다.<sup>35)</sup> 이러한 의미에서 완전명정죄는 하나의 위험범이다.<sup>36)</sup>

요컨대 완전명정죄 구성요건은 음주행위 그 자체가 아니라 음주 이후 명정상태에서의 위법행위에 초점을 두고 있다. 즉 이러한 행위의 책임관련성을 중심으로 한 가벌성 혹은 당벌성 여부에 본 구성요건의 의미의 본질이 있는 것이며, 본 구성요건을 통한 무절제한 음주문화의 개선은 부수적으로 따를 수 있는 효과에 지나지 않는다.

### 3. 보호범익

완전명정죄 규정은 자신을 스스로 유책하게 명정상태에 빠뜨린 범인의 잠재적 위험으로부터 범익을 보호한다는 목적을 갖는다. 독일형법 제323a 조는 처벌요건으로서 명정상태에서의 불법행위를 요구한다. 여기서의 불법행위란 넓은 의미의 형법이 정하는 구성요건 해당성을 전제로 하는 것이라고 한다면 본조의 보호범익은 결국 형법의 기타 구성요건에서 보호되는 전체적 범익이 된다고 할 수 있다. 본조의 성격에 대한 해석방향이 어떠하더라도 결론은 이와 크게 달라지지 않는다. 다만 위험범 중에서도 추상적 위험범으로 보는 입장에서는 본조를 모든 형법적으로 중요한 범익을 명정상태 혹은 그와 결부된 증세로부터 보호하는 기능을 하는 것으

34) Renzikowski, ZStW 112(2000), 508 f.

35) Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT II, § 96 Rn. 3.

36) Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT II, § 96 Rn. 4; Renzikowski, ZStW 112(2000), 509.

로 규정하고<sup>37)</sup> 구체적 위험범으로 보는 입장에서는 동일한 법익을 명정의 구체적 위험에서 보호하는 것이라고<sup>38)</sup> 하는 차이만 있을 뿐이다.

이와는 달리 본조를 명정상태의 불법행위와 결부 짓지 않고 독자적 법익보호기능을 갖는 것으로 보는 시각에서는 보호법익 전체<sup>39)</sup> 혹은 법익체계 자체를<sup>40)</sup> 보호객체로 보게 된다. 이러한 이해의 토대에서는 완전명정죄는 형법에 대한 범죄라는<sup>41)</sup> 해석으로 연결될 수 있다.<sup>42)</sup> 그러나 이러한 지나치게 추상적 견해는 찬성할 수 없다. 완전명정죄도 형법각칙에 속하는 하나의 구성요건이라면 이 규범이 보호하는 법익은 비록 다소 포괄적이라 하더라도 명확한 한계가 지어져야 하고 그래야만 형법규범으로서의 기능을 기대할 수 있기 때문이다.

#### IV. 완전명정죄의 범죄성격

##### 1. 추상적 위험범으로의 해석

독일의 판례와 학설의 일부는 과도한 주취나 명정상태의 효과에는 미리 속단하거나 배제하기 어려운 위험성이 내포되어 있으므로 자신을 명정상태에 빠뜨리는 행위를 형사처벌 함으로써 예견하기 어려운 명정적 반응 혹은 명정자의 제3자에 대한 공격으로부터 일반을 전면적으로 보호해야 할 필요성이 있다고 본다.<sup>43)</sup> 이러한 입장에서는 완전명정죄 구성요건을 추상적 위험범으로 규정하게 된다.<sup>44)</sup>

이 범위에서는 당벌적 불법은 오로지 유책적 명정(음주)행위 그 자체에

37) MüKo-Geisler, StGB, 2. Aufl. 2014, § 323a Rn. 3.

38) MüKo-Geisler, StGB, § 323a Rn. 9.

39) BGHSt 1, 277.

40) Montenbruck, Zum Tatbestand des Vollrausches, GA 1978, 238 참조.

41) Schroeder, Die Straftaten gegen Strafrecht, 1985, S. 15 ff.

42) Otto, Jura 1986, 481.

43) Duttge, FS-Geppert, S. 72.

44) 추세에 변화가 있기는 하나 현재 독일의 판례와 다수설의 입장이다. BGHSt 16, 124; 20, 284; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., 2010, § 323a Rn. 1. 그밖에 Ranft, JA 1983, 194 참조.

서만 발생한다. 그러나 음주행위 자체를 처벌하는 형법규정이 없고 명정상태에서의 범죄행위는 책임조각으로 가벌성의 범주를 벗어난다는 데서 완전명정죄의 존재당위성이 문제된다. 이에 대해 학설은 명정자의 처벌은 그가 명정상태에서 실제로 처벌대상이 되는 행위를 했지만 명정으로 인해 책임능력이 없거나 그러한 상태를 배제할 수 없어 그 행위로 인한 처벌이 불가능할 때에 한해서만 완전명정으로의 처벌이 가능한 것으로 제한함으로써 본 구성요건이 정당해지는 것으로 설명한다. 이에 따르면 명정상태에서 행해진 범죄행위는 불법구성요건의 일부도 아니고 책임관련성이나 주관적 구성요소와도 무관한 단순한 처벌의 객관적 요건에 지나지 않는다.<sup>45)</sup> 나아가 고의 혹은 과실은 오로지 음주행위 그 자체에만 관련되는 것이지 명정상태에서의 법익침해에도 함께 관련되는 것은 아니라고 한다.<sup>46)</sup>

그러나 명정상태에서의 범죄를 단순한 처벌의 객관적 요건으로 두고 음주행위 자체를 구성요건적 불법으로 보는 이 견해는 근본적으로 음주행위 자체는 법적으로 금지된 것도 아니고 처벌될 일도 아닌 것으로 본다는 일반의 보편적 평가를 간과한다는 점에서도 비판을 받는다.<sup>47)</sup> 요컨대 스스로 술을 마셔 자기통제능력을 상실하는 행위가 그 자체로 위법하지 않다면, 그리고 일반 생활경험칙이든 범죄관련 전문학술적 관점에서 보든 명정상태가 (음주운전을 예외로 한다면) 어느 정도 이상의 개연성이나 전형성을 가지고 임의의 법익침해로 연결되는 것이 아니라면 고의 혹은 과실에 의한 자기명정<sup>48)</sup>에는 음주행위의 당벌적 불법에 대한 형식적 정당화의 근거로 삼는 ‘일반에게 위협한’ 성격은 존재하지 않는다는 것이다.

여기에 추후 범죄행위로 연결된 음주행위만 처벌한다는 제한도 특별한 실리적 의미가 없다. 완전명정죄를 추상적 위험범으로 보아 특정 음주행위를 다른 음주행위와 구별하여 처벌한다고 할 때 추상적 위험범에서의

45) Sch/Sch/Sternberg-Lieben/Hecker, StGB, § 323a Rn. 1; 손동권, 앞의 논문, 38쪽; 한상훈, 앞의 논문, 133쪽.

46) Geppert, Jura 2009, 40 f.

47) Otto, Jura 1986, 479.

48) 추상적 위험범설의 입장에서는 이것으로서 이미 완전명정죄의 구성요건은 형식적으로 완성되는 것으로 이해한다.

위험이란 구성요건적 행위 시점에 범인을 포함하여 이미 객관적으로 확정 가능성이 가능해야 하는 것이지, 명정상태 이후의 범죄 행위에서 비로소 사후적(ex post)으로 음주의 위험성을 확정하는 것은 아니기 때문이다.<sup>49)</sup> 이는 성문의 법규범에 사후포섭이 아닌 사전포섭이 가능한 행위만이 범죄가 될 수 있다는 죄형법정주의에서 명확성의 원칙과도 직결되는 문제이기도 하다.<sup>50)</sup> 결국 추상적 위험범으로 해석되는 완전명정죄 규정은 “혹시라도 위험할 수 있으니 술 취하지 말라”라는 한계가 모호한 명령일 뿐 그 이상의 것이 아니다.

## 2. 구체적 위험범으로의 해석

추상적 위험범설보다는 상대적으로 책임원칙을 중시하여 명정상태에서의 행위에 대해서도 어느 정도의 책임관련성이나마 확보하기 위해 완전명정죄 구성요건을 독자적<sup>51)</sup> 혹은 특수한 형태의 구체적 위험범으로 보는 소수견해가 있다. 이러한 구체적 위험범설은 본 구성요건을 행위자의 인적 관련성이 있는 위험, 즉 명정상태에서 일탈의 경향이 있는 행위자에 대해서만 적용되는 것으로 제한해석을 한다.<sup>52)</sup>

이 견해는 책임원칙을 포기하지 않는다면 명정상태에서의 행위에 대한 예견가능성과 실제로 행해진 행위와의 상호관련성은 범죄성립을 위한 불가결의 요소가 된다 할 것이므로 범인은 자신의 특수한 명정상태의 객관적인 공공의 위험성을 인식했거나 최소한 자신에게 주어진 주의의무의 위반으로, 곧 과실에 의해 인식하지 못했어야 한다는 것이다. 여기서의 행위자의 예견가능성은 구체적인 명정상태에서의 행위 그 자체보다는 침

---

49) Duttge, FS-Geppert, S. 72.

50) 따라서 본 죄를 추상적 위험범으로 보는 견해는 명확성의 원칙에 합치되기 어렵다는 입장으로 Duttge, FS-Geppert, S. 73; Ranft, JA 1983, 196. 이를 보완하기 위해 Puppe, Neue Entwicklungen in der Dogmatik des Vollrauschtatbestandes, Jura 1982, 285에서는 형벌로 금지되어야 하는 자기명정의 정도를 사회적 적응무능력의 정도에 따를 것을 요구한다. 여기서 사회적 적응무능력이란 범죄가 발생할 수 있는 사회영역, 전체적 공동체 구성원들과의 생활관계에 관련되는 일반적 관계무능력을 의미한다.

51) LK-Spendel, § 323a Rn. 66.

52) Ranft, JA 1983, 194.

해된 법익의 종류와 행위불법과의 관련성에 결부지어지게 된다.

본조를 구체적 위험범으로 해석하는 학자들은 법률은 단순한 음주가 아닌 오직 위험한 완전명정의 야기만을 금지한다고 주장한다. 다시 말해 구체적 위험범설은 구성요건적 행위가 단순한 ‘형식적 규범준수의무의 위배’(추상적 위험범)로 이미 완성되는 것이 아니라 관련된 범죄행위에는 각각의 생활환경에서 하나의 전형적인 (즉 단순히 생각 가능한 수준 그 이상의) 그리고 일반적 생활경험에 상응하는 위험인자가 내재되어 있어야 할 것(구체적 위험범)을 요구하는 것으로 보인다. 따라서 본 구성요건과 관련한 음주에서는 어떠한 형태이든 하나의 범죄발생가능성, 곧 특정의 위험이 존재하는 상태인지 여부가 문제된다는 것이다.<sup>53)</sup> 이러한 주장은 이론상 충분히 가능하나 실제에서 범인의 특정 행위에 공공의 위험이 내재되었음을 어떻게 확인할 것인가가 문제된다.

우선 만취는 일반적으로 범죄를 야기한다는 객관적 경험칙은 존재하지 않으며, 술에 취하면 범죄를 저지르는 경향이 없는 수범자는 금주해야 한다는 동기에도 이르지 않는다. 반면 이전의 알코올중독의 결과에 따라서 개별적 사례에서는 만취상태에서 법을 준수하기 어려운 사람들이 있다는 사실을 알 수 있다. 어느 정도 취하게 되면 일탈적 행위로 나아가게 된다는 사실을 경험으로 아는 수범자에게는 그에게 허용될 수 있는 음주의 양이 중요한 의미를 띠게 된다. 즉 어떠한 음주가 위험한 것인지는 인적·개별적 상황에 따라 판단되어야 한다. 예컨대 만취자가 인화물질과 화기를 함부로 다루거나 화물차를 인구밀집지역에서 과속운행하는 경우와 같은 전형적으로 위험한 사례를 제외하면 범인의 개인적 성향이나 능력에 따른 범죄실행가능성 판단이나 환경적응능력의 결여에 대한 추상적 예단은 현실적으로 거의 불가능하다. 이러한 공공의 위험에 대한 현실적 확정이 어렵다는 이유로 경계와 내용실체가 모호한 예건가능성만으로 범죄 성립이 충분한 것으로 확장하려 든다면 이는 이미 구체적 위험범설이 아니라<sup>54)</sup> 그러한 가면에 가려진 추상적 위험범설이다.

53) Renzikowski, ZStW 112(2000), 510.

54) Otto, Jura 1986, 479.

### 3. 학설대립에 대한 정리

명정(음주)행위와 명정상태에서의 범행 사이의 법익관련성 및 인적 관련성을 고려한 구체적 위험설에 대해서는 이것 역시 완전치 못한 여러 해결방안 중 하나에 불과하지만 그럼에도 독일형법 제323a조를 가벌성의 공백을 메우는 그의 기능을 살리면서 형법적 귀속의 한계로서의 헌법적 책임원칙에 가장 적절히 부합시킨다는 긍정적 평가도 있다.<sup>55)</sup> 반면에 구체적 위험범설은 한편으로는 추상적 위험범설과 마찬가지로 주관적 비난 가능성관련성의 필요성을 간과했다는 점과 다른 한편으로는 ‘공공위험성’이라는 객관적 구성요건에 대한 구체화가 이루어지지 않았다는 점에 대해 지적을 받는다.<sup>56)</sup> 전자의 비판은 두 학설에 공통적인 것이므로 후자에 주목할 필요가 있다.

구성요건해당성에 대해 다분히 개방적으로 이해하는 추상적 위험범설에 비해 구체적 위험범설을 이를 다소나마 제한하고 축소하려는 입장에서 “위험할 수 있으니 술 취하지 말라” 대신에 “범죄를 저지를 수 있을 정도로 술에 취하지 말라”라는 규정으로 제한해석한다. 그러나 이러한 정도의 제한은 결국 ‘아무도 해치지 말라(neminem laede)’라는 일반적 복종명령과 실질에서 아무런 차이가 없다. 더구나 이 견해에서도 이전의 생활이 사회적으로 특이점이 없었던 범인에게도 “초범”의 가능성이 존재함을 염두에 두어야 할 것이라면 구체적 위험범설의 입지는 더욱 좁아진다.<sup>57)</sup>

이상 검토한 바와 같이 추상적 그리고 구체적 위험범설 모두 각각의 장단점을 지니고 있고 추상적 위험범설에 주어지는 비판내용에도 상당한 이유가 있는 것으로 판단된다. 다만 과도한 명정상태가 추상적으로 내포하고 있는 위험성으로부터 일반을 전면적으로 보호한다는 것이 본 구성요건의 근본적 취지라고 이해한다면 완전명정죄는 추상적 위험범임을 전제로 하되 개별 사례에서 구체적 특수요소들의 가치를 감안한 법관에게 본 규정의 적용여부에 대한 최종 판단을 위임하는 것이 합당하리라고 본다.

55) Sch/Sch/Sternberg-Lieben/Hecker, StGB, § 323a Rn. 1.

56) Vgl. Duttge, FS-Geppert, 74.

57) 유사한 입장으로 손동권, 앞의 논문, 23쪽. Renzikowski, ZStW 112(2000), 511 참조.

## V. 책임원칙과의 충돌과 조화

### 1. 책임원칙의 의미와 명정범죄

헌법이 이해하는 인간상에 따르면 개인 각자에게는 인간존엄성의 근거인 고유의 자유와 자기책임이 부여되어 있다. 이는 사회공동체가 정하는 법규범과 윤리규범에 대한 준수의 전제가 된다. 따라서 이러한 전제에도 불구하고 사회윤리에 어긋날 뿐 아니라 위법성이 인정되는 행위를 한 경우에 형벌을 통한 공적 비난이 이루어진다. 다만 이러한 형법적 반응은 개별적 행위에 대한 비난가능성이 확정된 이후에만 가능하다. 이것이 헌법이 전제하는 책임원칙의 개요이다.<sup>58)</sup>

이러한 책임원칙에 따르면 가벌성 심사의 대상이 되는 행위 시점에 행위자에게 법질서가 요구하는 행동지침에 대한 인지능력과 이에 따른 조종능력이 존재해야만 책임비난이 가능하다(행위·책임능력 동시존재원칙). 언제 이러한 능력이 배제된다고 할지에 대해서는 명료하고 확실적인 기준을 제시하기 어려우나 폭음에 따른 명정상태에서는 충분한 배제가능성이 있다는 데 특별한 이견은 없다. 법률은 이때 책임능력 상실의 원인이나 지속성 여하를 묻지 않고 당장의 행위에 대한 불법인식을 통해 그 행위를 포기하고 타행위를 선택할 가능성이 있었는지의 여부만을 묻는다. 다만 명정의 원인이 명정 이후의 범행을 의도한 범인의 책임에 의할 경우에 있어서만은 범행당시의 책임무능력은 “원인에 있어서 자유로운 행위”의 개념을 통해 면책사유에서 제외된다. 이런 상황에서 면책을 주장하는 것은 법오용에 지나지 않기 때문이다.<sup>59)</sup> 이때의 타행위 가능성은 명정 이후의 범죄가 아닌 음주 자체에 초점이 맞춰진다.

따라서 범인이 추후의 범죄에 대한 고려 없이 단순히 술을 마셔 취한 상태에서 행한 구성요건행위에는 원인에 있어서 자유로운 행위의 법리가 적용되지 않으므로 전체적 책임원칙에 따른다면 이는 책임 조각으로 처벌될 수 없는 것이 원칙이다. 그럼에도 독일형법 제323a조가 이를 처벌하고

58) Renzikowski, ZStW 112(2000) 488; BVerfGE 95, 96, 140.

59) Renzikowski, ZStW 112(2000), 491.

자 한다면 이 규범에 대해서는 책임원칙의 관점에서 어떤 방식으로든 이론적 정당화가 이루어지지 않으면 안 된다. 그렇지 않으면 헌법에 위배되어 법률로서 무효이기 때문이다. 책임원칙에 대립적인 본 규정에 대한 이론적 정당화는 결코 녹록지 않은 작업이지만 본 규정을 포기할 수 없는 한 이에 대한 정당화 논거의 탐구 또한 손에서 놓을 수 없는 과제이다. 아래에서는 이러한 문제점을 둘러싼 독일에서의 다양한 방향에서의 해결 방안들을 살펴본다.

## 2. 특수 위험귀책규정 혹은 결과귀책규정으로서의 완전명정죄

행위자가 원하지 않았고 예견하지 않았던 우연한 결과에 대해 형사책임을 물을 수 있을 것인가 하는 문제에 대해 “*versari in re illicita* 귀책원칙”은<sup>60)</sup> 이를 긍정한다. 즉 허용되지 않은 행위에 따른 결과라면 회피가능성이나 유책성 여부와 상관없이 행위자가 전부 책임을 져야 한다는 것이다. 이는 현재로서는 이미 극복된 사고라 할 수 있겠으나 이와 유사한 입장에서 출발한 이전의 많은 독일 판례를 볼 수 있다. 예컨대 연방대법원의 한 판례는 유책하게 위험잠재적 상황을 형성한 자, 곧 불특정의 화가 들이닥칠 수 있는 문을 연 자에 대해서는 화가 실제로 들이닥친 경우에는 양형의 범위에서 책임원칙을 침해함이 없이 그 결과에 대해 형사책임을 물을 수 있다고 밝힌다.<sup>61)</sup> 칸트(Kant)도 도덕형이상학(道德形而上學 : *Metaphysik der Sitten*)에서 정직이 의무라는 전제에서는 비록 선의에 의한 거짓말이라도 이에 따른 해악적 결과에 대해서는 행위자가 책임을 져

60) “*versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto* : 금지된 영역에 들어간 자에게는 그 허용되지 않은 행위에서 비롯된 모든 결과가 귀속된다”, 교회법에서 유래한 라틴어 문구는 Jescheck/Weigend, *Strafrecht AT*, 5. Aufl., 1996, S. 261. 12-13세기 교회법 이론에서 형성된 이 범형상은 형법영역에서와는 달리 독일의 사법영역에서는 아직도 실제에 살아서 적용되는 개념으로 인식되는 것으로 보여 진다.

61) BGHSt 10, 264. 이 판결에서 법원은 처벌근거책임과 양형책임의 분리가 가능하다는 입장에서 출발했으나 이는 책임은 처벌근거임과 동시에 양형의 기초가 된다는 일반원칙을 벗어난 것으로서(독일형법 제46조 제1항 참조) 학설에서는 이를 ‘*versari in re illicita*’의 특수 변형에 지나지 않는 것으로 보아 이에 대한 지지자가 없는 것으로 판단된다.

야 한다고 했다.<sup>62)</sup>

이러한 관념을 완전명정죄에 적용한다면 술에 취하지 않을 수 있는 범인이 술을 마셨다면 그는 그 후속결과에 대한 형사책임을 져야 하는 것으로 귀결된다. 즉 형법은 우연적 결과에 대한 통제를 통해 법익을 보호해야 하며<sup>63)</sup> 그러한 의미에서 학설의 일부는 완전명정죄 구성요건은 특정 위험행위에 대한 결과귀책을 인정하는 것이라고 본다.<sup>64)</sup> 이에 따르면 명정상태에서의 범행은 행위자가 자신의 무절제에 따른 책임을 져야 하는 결과이다.<sup>65)</sup> 법률이 어떤 하나의 가능한 결과 때문에 특정 행위를 처벌한다면 책임은 그 특정 행위 뿐 아니라 결과에 까지도 미치며 이때 주관적 구성요건이나 책임과 관련하여 결과가 행위자의 특수상황에 따라 예견가능했는지 여부는 상관없다는 논리이다.<sup>66)</sup> 이러한 논지는 “*versari in re illicita*” 사고의 연장선에서 가능하다.

잠재적 위험이 구체적 법익침해로 발전되는 것을 방지하기 위해 음주자에게 형사책임을 물을 필요가 있다는 이러한 사고의 범주에서 위험 혹은 결과귀책은 고의와 과실에 이은 제3의 책임형태라는 주장이 제기된다.<sup>67)</sup> 즉 형법적 책임이란 고의나 과실의 심리적 요소에 내재하는 것이 아니라 이러한 내면적 과정에 대한 비난가능성의 평가라고 한다면 고의도 과실도 관련되지 않은 결과에 대해서도 비난가능성의 평가는 가능하다는 것이다.

그러나 현행법이<sup>68)</sup> 처벌대상이 되는 범죄형태로 고의범과 과실범만을 인정하는 현실에 비추어 볼 때 이러한 제3의 책임형태는 받아들이기 어려운 점이 있다.<sup>69)</sup> 우리가 보편적으로 이해하는 책임원칙에 의할 때 책임

62) Kant, *Metaphysik der Sitten*, Hrsg. von Weischedel, Bd. IV, 1956, 639, 335의 내용으로 Renzikowski, ZStW 112(2000), 492에서 인용.

63) Otto, *Jura* 1986, 480.

64) 김일수, 「한국형법 II」, 박영사, 1992, 72쪽 각주 1).

65) 이러한 견해들에 대한 정리로 Renzikowski, ZStW 112(2000), 494 참조.

66) Hardwig, *Der Vollrauschtatbestand*, GA 1964, 143.

67) BGHSt 2, 18; Otto, *Grundkurs Strafrecht BT*, 7. Aufl., 2005, § 81 Rn. 1 참조.

68) 독일형법 제15조는 ‘법률이 과실행위에 대한 처벌을 명시적으로 정하지 않는 한 고의행위만이 처벌된다’고 규정한다. 우리형법 제13조와 제14조의 결합도 같은 의미로 해석할 수 있다.

비난이란 법규범을 따를 수 있는 이성적 존재로서의 행위자가 적법행위를 취할 것이라는 법질서의 기대를 저버리고 불법행위를 택한 데 대한 비난이다. 그렇다면 책임비난은 행위자가 자신의 행위에 대한 위법성을 인식했거나 최소한 인식할 수 있었을 것을 전제로 한다. 이러한 원리는 완전명정죄에도 그대로 적용되어야 한다. 음주 후 만취된 상태에서 우연한 시비로 인한 폭행이 살인으로 이어진 경우 형법적 고찰의 대상이 되는 것은 음주행위가 아니라 폭행 및 살인 결과이다. 이를 처벌하려면 최종 결과에 대한 행위자의 예견가능성에 따른 회피가능성이 전제되어야 한다.<sup>70)</sup> 그래야지만 형법의 적극적 일반예방기능의 근거도 확립될 수 있다. 요컨대 범죄로 인해 동요된 일반에게 범죄자에 대한 형벌을 통해 법질서의 확고한 존재가치를 입증해야 한다면 형벌은 행위의 위법성 인식에 따른 타행위 가능성이 인정되는 경우에만 주어져야 하는 것이며 결과에 대한 예견가능성이 없던 경우는 이 범주에 해당하지 않는다. 이러한 의미에서 음주행위와 형량에서 중한 명정범죄 사이의 책임연결고리를 무시하고 그 결과를 처벌한다는 것은 헌법적 가치를 지니는 책임원칙에 대한 위배라 할 수 있다.<sup>71)</sup>

### 3. 결과적 가중범 혹은 과실귀책규정으로의 해석

완전명정죄의 범죄형태가 제1행위와 구별되는 제2행위를 통해서 의도하지 않았던 중한 결과가 발생되었다는 점에서 외형상 결과적 가중범과 유사한 면이 있기는 하나 이를 결과적 가중범의 한 유형으로 분류하는 것은 옳지 않다. 이미 언급한 바와 같이<sup>72)</sup> 결과적 가중범과는 이미 범죄체계에서 다른 완전명정죄는 결과적 가중범의 본질적 요건을 채우지 못하기 때문이다.

입법연혁적으로 완전명정죄 구성요건을 과실범 처벌규정으로 제정하려는 시도가 여러 번 있었고, 해석론적으로도 과실범으로 이해한다면 책임

69) Sch/Sch/Cramer, StGB, § 15 Rn. 5.

70) Arthur Kaufmann, JZ 1963, 425 f.

71) Renzikowski, ZStW 112(2000), 496.

72) 앞의 II. 1. 참조.

원칙을 설명하기에 유리한 점이 있는 것은 사실이다. 다만 본 구성요건을 과실귀책규정으로 인정한다고 하더라도 과실범으로서의 처벌요건인 명정 이후의 범죄에 대한 예견가능성이 충족되어야 하는 것은 당연하다. 이러한 전제가 확정된다면 다음으로는 그 예견가능성은 얼마나 구체적이어야 하는지의 문제가 남는다. 이 문제와 관련하여 범인이 음주 당시 막연히 어떠한 임의의 범죄를 저지를 가능성을 염두에 둔 것만으로는 부족하다고 해야 할 것이다.<sup>73)</sup> 막연한 범죄에 대한 예견가능성으로 족하다고 보는 견해는 음주행위의 추상적 위험성에서 이미 명정범죄의 특수한 불법에 대한 책임관련성이 도출된다는 이해에서 기인하는 것이라 할 수 있는데 이러한 견해는 “*versari in re illicita* 귀책원칙”에 근거한 허용되지 않은 가설적 책임을 인정하는 것과 크게 다르지 않기 때문에 따르기 어렵다. 그렇다면 주관적 귀속의 핵심요소인 고의와 마찬가지로 그 상대적 개념인 과실도 항상 객관적으로 예견가능한 구체적 인과관계에 관련되어야 한다는 결론이 필연적이다.

진정한 문제는 바로 여기서 발생한다. 처음부터 명정 이후의 살인에 대한 확정적 고의가 존재했음이 확인된다면 “원인에 있어서 자유로운 행위”로서 책임이 그대로 인정되어 고의살인죄로 처벌되므로 본 구성요건의 적용을 고려할 필요가 없어진다. 살인고의가 부정되는 경우 과실범처벌규정으로서 완전명정죄를 적용하려 한다면 결과에 대한 예견가능성이 요구되며 이를 입증하지 못하는 경우에는 *in dubio pro reo* 원칙에 따라 무죄가 선고되어야 한다. 반대로 예견가능성이 인정된다면 이는 기존의 과실에 의한 “원인에 있어서 자유로운 행위”라는 범형상으로 해결되어야 할 것이다. 그렇다면 완전명정죄 구성요건의 입지와 독립적 의미는 사라진다. 이 부분이 본 구성요건에 대한 과실범으로의 해석론이 안고 있는 난점이다.

73) LK-Spendel, StGB, § 323a Rn. 67.

#### 4. 예외적 책임인정규정으로서의 해석

완전명정죄 구성요건을 독일형법 제20, 21조나 우리형법 제10조 제1, 2항이 제시하는 책임원칙에 대한 예외규정으로서, 그리고 동시에 이를 보완하는 책임귀속규정으로의 해석이 가능하다. 말하자면 금지규정이 없는 음주는 자체로 불법이 아니며 음주 이후의 불법행위는 책임능력이 배제되어 이 또한 독립적으로는 처벌되지 않는 것이 원칙이나, 양자의 결합에 의한 법익침해결과에 대해서는 이 전체적 상황에 독자적으로 인정되는 고유의 책임에 의해 처벌함으로써 가벌성의 공백이 메워져야 하며 완전명정죄 구성요건은 이를 위해 필요하다는 것이다.<sup>74)</sup> 이를 주장하는 입장에서는 총칙상의 책임규정이 책임원칙의 기초를 구상하여 제시하기는 하되 책임의 정의와 책임인정을 위한 필요·충분조건을 단언적으로 제시하지 않는 이상 이에 대한 예외규정이나 보완규정은 얼마든지 가능하고 다만 그 예외규정 자체가 책임원칙에 부합하면 된다고 본다.<sup>75)</sup>

책임원칙의 내용을 고의 또는 인식 있는 과실에 근거를 둔 범인의 반가치적 의향에 대한 비난가능성으로 본다면 명정범죄에는 책임이 인정되지 않으므로 완전명정죄는 행위책임과는 무관한 단순한 위험귀책 혹은 결과귀책규정이 된다. 그러나 책임원칙을 넓게 보아, 책임의 핵심을 범인에게 회피가 가능했지만 회피하지 않은 불법행위에 대한 비난가능성, 즉 합법적 행위가 가능했음에도 불구하고 불법을 선택함으로써 범의무를 다하지 못했다는 비난가능성에 둔다면 본 구성요건을 우연한 결과에 대한 처벌규정이 아닌 책임원칙에 부합하는 규정으로의 설명이 가능하다. 요컨대 완전명정죄의 주관적 구성요건으로서 명정상태의 위험성에 대한 행위자의 인식을 범행실현을 위한 요건으로 본다면 이 총칙상의 책임원칙에 대한 예외규정은 성립이 가능하다는 것이다.<sup>76)</sup> 법은 전형적으로 위험한 행동방식 자체를 금지하지 않지만 그러한 행동방식이 구체적 법익침해로 연결된 경우 범인이 자신의 행위의 위험성을 충분히 인식할 수 있었다면

74) Streng, Unterlassene Hilfeleistung als Rauschat?, JZ 1984, 118 f.

75) Otto, Jura 1986, 480.

76) LK-Spendel, StGB, § 323a Rn. 68; Otto, Jura 1986, 481.

구체적 법익침해에 대한 불인식을 책임조각의 근거로 거론하는 것을 불허한다. 그렇게 본다면 명정상태에서의 범행은 전형적으로 위험한 행동방식에서 연유한 결과이며 이에 대해 충분히 예견이 가능한 범인에게는 이를 회피할 사회적 책무가 있다할 것이다. 이러한 상황에서 형법이 위험한 행위 자체를 금지하지 않고 범인이 인지한 구체적 위험을 실현한 행위에만 제한적으로 개입한다면 이는 책임원칙에 부합하는 것이며<sup>77)</sup> 이러한 방식으로 위험을 단속하고 법익침해를 예방하는 것은 입법자의 의무라 할 수 있다. 즉 책임능력 없는 상태에서의 범행이 아니라 책임능력 있는 상태에서 원인이 설정되고 명정범죄를 통해 증명된 법익에 대한 위해를 처벌하는 것은 책임원칙의 완화가 아니며 오히려 법익보호와 최소한 형식적 규범준수에 대한 책무강화라는 설명이 가능하다.<sup>78)</sup>

## V. 맺음말

사실상 책임원칙을 포기하지 않고서는 명정상태에서 행한 범죄의 처벌은 자유로울 수 없다. 다른 한편으로 (“원인에 있어서 자유로운 행위”를 벗어나는) 명정상태에서의 범죄에 의해 침해되는 법익의 보호와 명정수단의 무절제한 오용방지 또한 쉽게 포기할 수 있는 것이 아니다. 책임원칙이라는 가치가 위협받는 상황에서 독일, 오스트리아, 스위스 등 유럽의 다수의 국가는 현실의 형사정책적 이유에 의해 완전명정죄 구성요건을 선택했다. 우리나라에서도 이제 명정범죄에 대한 만연한 태도에서 벗어나 실효적 법적 대응에 나서야 할 것으로 판단된다.

그러자면 다른 나라와 마찬가지로 책임원칙의 관점에서 형벌규범의 정당화논거를 찾아야 하는 과제를 안게 된다. 현실의 형사정책적 목적상 완전명정범죄의 처벌규정이 매우 절실히 필요한 반면 완전명정범죄의 처벌은 책임원칙에 저촉됨이 명백하다.<sup>79)</sup> 그렇다고 법률이 책임원칙에 맞춰져

77) Hardwig, Studien zum Vollrauschtatbestand, FS-Eb. Schmidt, 1961, S. 459 ff.

78) LK-Spendel, StGB, § 323a Rn. 70; Otto, Jura 1986, 481.

79) 김형준, 「명정범죄의 형사책임에 관한 연구」, 76쪽; 손동권, 앞의 논문, 38쪽.

야 하는 것이 아니라 책임원칙이 법률에 맞춰야 한다는 주장은 피해야 한다.<sup>80)</sup> 책임원칙은 법치국가에서 끝내 포기되어서는 안 되는 최상의 가치이므로 이를 제압하기보다는 양자 간의 조화를 피하려는 노력이 필요하다. 이러한 관점에서 볼 때 책임원칙을 존중하되 이에 부분적 양해를 구하여 완전명정죄 처벌규정을 예외적 책임인정규정으로서 해석하는 방법이 그나마 합리적이다.

요컨대 책임의 핵심을 위험에 대한 인식을 통해 불법의 회피가 가능했음에도 불구하고 불법을 선택함으로써 법의무를 다 하지 못했다는 비난 가능성에 둔다면, 명정 이후의 행위에 대한 예견이 가능했던 범인이 명정 상태에서 임의의 불법을 행한 경우 구체적 범익침해에 대한 불인식을 이유로 책임조각을 주장하는 것은 허용되지 않는다. 그러한 결과는 전형적으로 위험한 행동방식에서 연유한 것이며 당사자에게는 이를 회피할 사회적 책무가 있기 때문이다. 이때 음주행위 자체를 금지하는 것이 아니라 범인이 예견했던 개별적 위험을 실현한 행위에만 제한적으로 개입하여 위험을 단속하고 법익을 보호하는 것은 입법자의 의무일 뿐 아니라 그러한 규정은 책임원칙의 완화가 아니며 오히려 법익보호와 최소한 형식적 규범준수에 대한 책무강화로 이해할 수 있다.<sup>81)</sup>

다음으로 형량을 정하는 문제가 남는다. 독일형법 제323a조는 형량을 5년 이하의 자유형 또는 벌금형으로 정하고 있는데 이는 동법 제222조 과실치사죄의 형량과 정확히 일치한다. 사실상의 책임조각 혹은 감경상태에서 범한 행위의 불법이 아무리 높아도 과실치사죄의 불법을 초과하지 못한다고 본 것으로 추정된다. 그러나 다른 한편으로 과실범에는 결여된 고의가 명정범죄자에게는 인정된다는 점과 행위 당시 책임능력이 없었다고 하더라도 명정상태 이후의 위험성에 대해 예견이 가능했던 행위자가 자기 책임 하에 책임능력을 배제시켰음을 감안한다면 명정범죄의 불법은 과실치사죄의 불법을 오히려 초과할 수도 있다고 보아야 한다. 이 점이 형량획정의 기초에 반영되어야 할 것이다.<sup>82)</sup>

80) Arthur Kaufmann, JZ 1963, 430 참조.

81) Hardwig, FS-Eb. Schmidt, S. 459 ff; LK-Spendel, StGB, § 323a Rn. 70; Otto, Jura 1986, 481.

완전명정죄는 명정행위 혹은 명정상태 자체가 아닌 명정상태에서의 범죄가 처벌의 본질적 근거가 된다. 따라서 명정범죄의 범위에서 일정한 소추요건을 통해 행위자에 대한 가벌성을 제한한다면 그러한 행위자 보호요건은 본죄에도 동일하게 적용되는 것이 합당하다.

완전명정죄를 개인적 법익에 관한 범죄가 아닌 공공에 대한 위험범으로 이해해야 한다면 형법 제13장에서 제17장 사이에 하나의 새로운 장 혹은 조를 신설하여 다음을 규정한다.

형법 제000조 [완전명정죄] ① 고의 혹은 과실로 알코올 음료나 기타 명정물질을 통해 명정상태에 빠진 자가 이 상태에서 죄를 범했으나 명정으로 인해 책임능력 없었기 때문에 그 행위를 처벌될 수 없는 경우에는 3년 이하의 징역 또는 벌금형에 처한다.

② 전항의 형은 명정상태에서 범한 죄에 정한 형을 초과할 수 없다.

③ 명정상태에서 범한 죄에 공소제기를 위한 요건과 관련하여 특별한 규정이 있는 경우에는 제1항의 죄도 그 죄의 예에 의한다.

---

82) 한상훈, 앞의 논문, 136쪽 이하에서는 자초명정죄의 죄명으로 형량을 폭행죄에 맞춰 2년 이하의 징역 또는 벌금, 과료로 정하되 상해 또는 사망의 중한 결과가 발생한 경우 별도의 결과적 가중범 처벌규정을 두어 해결할 것을 제안한다. 한편 김형준, “독일형법상 비자초명정죄”, 121면에서는 독일형법에서의 완전명정죄에 해당하는 사례를 비자초명정범죄, 원인에서 자유로운 행위에 해당하는 범죄를 자초명정범죄로 구분하여 지칭한다.

## 참고문헌

### I. 국내문헌

- 김성천/김형준, 「형법총론」, 제6판, 소진, 2014.
- 김일수, 「한국형법 II」, 박영사, 1992.
- 김일수/서보학, 「형법총론」, 제12판, 박영사, 2014.
- 김형준, 「명정범죄의 형사책임에 관한 연구」, 중앙대학교  
박사학위논문, 1992.
- 김형준, “독일형법상 비자초명정죄”, 죽헌 박양빈교수 화갑기념논문집,  
1996.
- 성낙현, 형법총론, 제2판, 동방문화사, 2011.
- 손동권, “명정범죄에 대한 책임비난”, 형사정책연구,  
한국형사정책연구원, 제8권 제1호(1997·봄).
- 손동권/김재윤, 「형법총론」, 율곡출판사, 2011.
- 이상돈, 「형법강의」, 법문사, 2010.
- 오영근, “원인에 있어서 자유로운 행위와 그 유형”, 형사정책연구,  
한국형사정책연구원, 제10권 제2호(1999·여름).
- 이원정, 「주취폭력의 처벌에 대한 연구」, 동국대학교 박사학위논문,  
2015.
- 정숙희, “주취상태의 양형맥락과 양형기준 개선방안”, 인권과 정의,  
대한변호사협회, (2017. 02).
- 한상훈, 「명정상태 범죄자의 형사책임과 개선방안」,  
한국형사정책연구원, 2009.

### II. 외국문헌

- Duttge, Gunnar: Der Vollrauschtatbestand de lege lata und de lege ferenda,  
FS-Geppert, 2011.
- Geppert, Klaus: Die Volltrunkenheit, Jura 2009.

- Hardwig, Werner: Studien zum Vollrauschtatbestand, FS-Eb. Schmidt, 1961.
- Hardwig, Werner: Der Vollrauschtatbestand, GA 1964.
- Hettinger, Michael: Die “actio libera in causa”: Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit? 1988.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996.
- Kaufmann, Arthur: Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit, JZ 1963.
- Lackner, Karl: Vollrausch und Schuldprinzip, JuS 1968.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian: StGB, 27. Aufl., 2010.
- Leipziger Kommentar, (LK), StGB, 11. Aufl., 1996.
- Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred: Strafrecht BT II, 7. Aufl., 1991.
- Montenbruck, Axel: Zum Tatbestand des Vollrausches, GA 1978.
- Münchener Kommentar (MüKo), StGB, 2. Aufl. 2014; 3. Aufl., 2017.
- Nomos Kommentar (NK), StGB, 2. Aufl., 2005.
- Otto, Harro: Der Vollrauschtatbestand (§323a StGB), Jura 1986.
- Otto, Harro: Grundkurs Strafrecht BT, 7. Aufl., 2005.
- Puppe, Ingeborg: Neue Entwicklungen in der Dogmatik des Vollrauschtatbestandes, Jura 1982.
- Ranft, Otfried: Grundprobleme des Vollrauschtatbestandes, JA 1983.
- Renzikowski, Joachim: Die Verschärfung des § 323a StGB - Preisgabe des Schuldprinzip?, ZStW 112(2000).
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst: StGB Kommentar (Sch/Sch), 29. Aufl., 2014.
- Schroeder, Friedrich-Christian: Die Straftaten gegen Strafrecht, 1985.
- Streng, Franz: Unterlassene Hilfeleistung als Rauschtat?, JZ 1984.
- Wolter, Jürgen: Vollrausch mit Januskopf, NStZ 1982.

## <국문초록>

음주 후 만취된 상태에서는 불법을 행하더라도 “원인에 있어서 자유로운 행위”의 법리가 적용되지 않는 한 책임조각으로 처벌되지 않는 것이 원칙이다. 그러나 통상적으로 발생될 수 있고 또한 발생되고 있는 주취상태에서의 범죄행위의 위험성과 폐해는 단순히 묵과할 수 없는 현실임을 부정할 수 없다. 다만 주취범죄에 대한 일반의 우려와 반감이 크더라도 이를 법적·이론적 근거 없이, 그리고 책임원칙마저 무시하고 처벌할 수는 없는 노릇이다. 그렇다고 해서 책임원칙에 입각할 때 사실상 책임조각 혹은 감경이 되어야 하는 명정범죄에 대해 우리 법원이 특별한 근거 없이 책임감면에 대해 소극적 태도를 취하는 것도 문제가 전혀 없다고 할 수도 없다. 이와 같은 진퇴양난의 문제에 대한 절충적 대응책으로 독일형법은 제323a조에 완전명정죄(Vollrausch) 처벌규정을 두고 있다.

독일의 이 형법규정은 책임원칙에 충돌함으로써 가장 난해한 논란에 싸인 규정이라는 데 다수가 공감한다. 그럼에도 불구하고 명정상태에서 불법을 행한 자에 대한 처벌을 포기할 수 없으므로 형사정책적으로 본 규정의 존립은 피할 수 없는 현실이라고 본다. 우리나라에서도 명정범죄에 대해 책임원칙과의 충돌에도 불구하고 실효적 법적 대응에 나서야 할 것으로 판단된다.

그러자면 완전명정죄 처벌규정을 두고 있는 독일 등 다른 나라와 마찬가지로 책임원칙의 관점에서 처벌규범의 정당화논거를 찾아야 하는 과제를 안게 된다. 이에 관련해서는 책임원칙을 존중하되 이에 양해를 구하여 완전명정죄 처벌규정을 예외적 책임인정규정으로서 해석하는 방법이 그나마 합리적이다. 요컨대 책임의 핵심을 위험에 대한 인식을 통해 불법의 회피가 가능했음에도 불구하고 불법을 선택함으로써 법의무를 다 하지 못했다는 비난가능성에 둔다면, 명정 이후의 행위에 대한 예견이 가능했던 범인이 명정상태에서 임의의 불법을 행한 경우 구체적 법익침해에 대한 불인식을 이유로 책임조각을 주장하는 것은 허용되지 않는다. 그러한 결과는 전형적으로 위험한 행동방식에서 연유한 것이며 당사자에게는 이

를 회피할 사회적 책무가 있기 때문이다. 이때 음주행위 자체를 금지하는 것이 아니라 범인이 예견했던 개별적 위험을 실현한 행위에만 제한적으로 개입하여 위험을 단속하고 법익을 보호하는 것은 입법자의 의무일 뿐 아니라 그러한 규정은 책임원칙에 전적으로 충돌하는 것은 아니라는 논리로 해결하는 것이 바람직하다.

이러한 사고결과를 토대로 다음 조항의 신설을 제안한다.

형법 제000조 [완전명정죄] ① 고의 혹은 과실로 알코올 음료나 기타 명정물질을 통해 명정상태에 빠진 자가 이 상태에서 죄를 범했으나 명정으로 인해 책임능력 없었기 때문에 그 행위를 처벌될 수 없는 경우에는 3년 이하의 징역 또는 벌금형에 처한다.

② 전항의 형은 명정상태에서 범한 죄에 정한 형을 초과할 수 없다.

③ 명정상태에서 범한 죄에 공소제기를 위한 요건과 관련하여 특별한 규정이 있는 경우에는 제1항의 죄도 그 죄의 예에 의한다.

**주제어** : 완전명정, 완전명정죄, 책임원칙, 원인에 있어서 자유로운 행위, 책임인정규정

## Der Vollrauschtatbestand de lege ferenda

Seong, Nak-Hyon\*

Wenn nach dem starken Trinken etwas strafbares passiert, so ist das Gesamtverhalten als strafwürdig und strafbar anzuerkennen. Aber nach dem Schuldprinzip handelt ohne Schuld, wer bei Begehung der Tat unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln (Koinzidenzprinzip). Die Rechtsfigur der “*actio libera in causa*” dient dazu, diese in häufigen Fällen als kriminalpolitisch unerwünscht empfundene Lücke zu umgehen. Dabei kommt auch dem Vollrauschtatbestand in der Praxis erhöhte Bedeutung zu. Der deutsche Gesetzgeber war sich bei der Aufnahme des Vollrauschtatbestandes in das Gesetz durchaus bewußt, daß die Vorschrift eine Ausnahme zur Schuldzurechnungsregelung darstellte. Er wählte jedoch die Form eines selbständigen Tatbestandes, um die Durchbrechung des reinen Schuldprinzips erträglich zu machen.

Der Vollrauschtatbestand ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt -demnach die im Rausch verwirklichte rechtswidrige Tat nur objektive Bedingung der Strafbarkeit ist -, das sachlich eine Schuldzurechnungsregelung enthält, und zwar eine Ausnahme gegenüber die Regelungen über Schuldzurechnung. Dieser Vollrauschtatbestand ist dennoch als legitime Ergänzung der in Schuldzurechnungsregelungen beschriebenen Schuldzurechnungsgrundsätze anzusehen. Er steht nämlich in Einklang mit dem Schuldgrundsatz, wenn als subjektives Tatbestandsmerkmal des Vollrausches die Kenntnis der Gefährlichkeit des Rauschzustandes für die Begehung von Delikten vorausgesetzt wird.

**Key Words** : Volltrunkenheit, Vollrauschtatbestand, Schuldprinzip, “*actio libera in causa*”, Schuldzurechnungsregelung

---

\* Prof. Dr. jur., Law School, Yeungnam University.