

〈判例研究〉

醉中行爲에 대한 刑事責任

金 箕 斗*

判 決

本籍 黃海道延白郡延安面美山四百八十四番地

住居 서울市麻浦區大興洞二百九十四番地

無職 明 鎭 煌 (26歲)

上記者에 對한 殺人被告事件에 關하여 서울地方法院에서 4282年 5月 6日에 宣告한 第一審判決에 對하여 被告人으로부터 上告하였으므로 本院은 檢察官 玉塔珍 關與로 辯論을 經하여 下와 如히 判決함.

主 文

原判決을 破毀함

本件을 서울地方法院에 差戻함

理 由

辯護人 明順謙의 上告趣意는 原審判決은 重大한 事實의 誤認及 法令違反이 있음. 卽 原審判決은 그 理由에 있어 本件被告人이 犯行直前인 4282年 1月 1日 午前 10時부터 同 午後 3時까지 繼續하여 四, 五個所에서 無慮 20餘名을 相對로 5時間餘 暴飲한 事實과 本件被告人의 酒量은 平素 藥酒 半升程度이라는 點等을 證據로서 認定하여 本件犯行當時 被告人이 酩酊되어 있었던 事實을 判示하면서 本件被告人을 完全한 心神狀態에서 本件犯行을 故意로 犯行한 것과 如히 擬律함은 重大한 事實의 誤認及 法令違背가 있다 아니할 수 없음. 大體로 사람이 飲酒酩酊되어 自己意識을 完全히 가지고 行動한다는 것은 思料할 수 없는 바이며, 特히 本件被告人이 本件犯行 前日까지 警官으로서 年末非常警戒에 全神經을 尖銳化하여 緊張裡에 있었다는 事實과 本件犯行日이 新年이며 그 祝賀를 爲하여 飲酒酩酊된 나머지 一時 解弛하였던 神經이 突發的인 被害者와의 接觸으로 衝動的으로 勃發하여 無意識中에 本件과 如한 狂舞的인 犯行을 演出하였던 것이다. 何等 精神作用에 異狀이 없이 單純한 故意로써 殺人을 敢行하였다 함은 너무나 事理를 無視한 皮相的 態度이며 同時에 刑法第 39條의 立法精神을 沒却한 判決이라고 하지 않을 수 없는 바이며 原審判決은 右酩酊事實에 對하여 다만 心神喪失의 事實을 首肯할만한 證據가 無하다 하였으니 以上 事實로 미루어 볼 때 이는 過度한 飲酒後의 反應을 無視하는 重大한 事實의 誤認이라 하지 않을 수 없고

* 서울大學校 法科大學 教授

設使 本件被告人이 心神喪失에는 至하지 않았다 하더라도 적어도 心神耗弱狀態에 處하였던 事實은 此를 容易히 認定할 수 있음에도 不拘하고 此를 飲酒醱酩되지 않은 正常的 精神狀態에서 所謂 自由로운 意思로 違法行爲를 自意로 選擇敢行한 一般犯과 同樣處斷함은 法令違背가 있다 하지 아니할 수 없음이라云다.

按컨대 原判決은 被告人이 犯行前 5時間에 數회에 亙하여 藥酒 및 白酒(배간)를 混飲하여 犯行當時에는 「天下唯一我也」의 氣勢와 語調이었다는 事實 即 精神上 狂氣를 呈하였다는 事實을 認定한 바로서 이는 即 經驗法則上 醱酩으로 因한 心神耗弱狀態로 判斷된 者임이 自明커늘 同一한 趣旨에 係한 被告人의 主張에 對하여 反對結論에 出한 原判決은 法令을 適用치 아니한 違法있음으로 本件上告는 그 理由있다.

다시 職權으로서 調査컨대 原判決은 被告人의 犯行 即 殺人的 動機如何도 犯意存否를 認定함이 없고 다만 短刀로써 人的 胸部를 찌르면 死에 이를줄 認識하면서 被害者를 찌러 殺害하였다 認定하였으나 記錄을 查閱하매 被告人이 短刀로써 被害者를 찌름에 當하여 그 結果로서의 被害者의 死를 認識한 與否에 關하여 明確한 審理를 行한 바 없으며 또 이를 肯定한 根據 全然 없음으로 判決은 法令을 違背한 者로서 破綻함이 可하다.

茲에 刑事訴訟法 第447條 第448條 2에 依하여 主文과 如히 判決함.

檀紀 4282年 8月 8日

大法院刑事部

裁判長	大法官	金	炳	魯
	大法官	金	瓚	泳
	大法官	梁	大	卿
	大法官	崔	丙	柱

研 究

먼저 判例研究의 對象으로서 本判例를 擇한 것은 그 形式과 內容에 있어서 解放直後의 우리 大法院의 初期判例의 典型的인 性格을 띠우고 있기 때문이다. 그리하여 原判決全文을 그 대로 여기에 收錄하여 그 形式과 內容 全般에 걸쳐서 仔細한 檢討를 하고자 한 것이다. 특히 本判決은 新刑法, 新刑事訴訟法制定 以前の 것이기 때문에 그 適用法條는 舊刑法과 舊刑事訴訟法에 依據하고 있음을 明記하여 둔다.

먼저 本判例의 判決文의 用語에 對한 考察을 하면 辯護人의 上告趣意나 判決要旨를 一貫하여 그 文章이 難解하고 어색한 點이 特徵이다. 즉 具體的 例를 들면 「本件과 如한 狂舞的인 犯行」「無하다」「同樣處斷함은」「同一한 趣旨에 係한 被告人의 主張」「天下唯一我也의 氣勢」「狂氣를 呈하였다」等等의 어색한 文句들은 日本語의 투를 벗어나지 못한 遺物이라 하겠다.

이와같이 이러한 判決文의 形式이 오늘의 우리 判例의 傳統이 되어 있었기 때문에서인지 오늘의 우리 判例에 아직도 이러한 日本語의 殘滓가 많이 남아 있음은 再考의 餘地있는 問題라 하겠다.

그 形式에 있어서 이와같이 舊態依然하니 그 內容에 있어서도 亦是 大同小異한 것임은 看過할 수 없다. 특히 本判例의 核心은 醉中行爲에 대한 刑事責任에 關한 法律의 判斷인데, 이

델리케이트하고 複雜한 問題를 다루는데 있어서 辯護人의 上告趣意나 法院의 判決要旨나 다 같이 아무런 科學的인 根據도 내세우려 하지도 않고 至極히 素朴하고 또 保守的인 어느 意味에서는 封建的인 落後된 社會常識을 規準으로 하고 있음을 엿볼 수 있다. 즉 辯護人의 上告趣意에서 被告人의 犯罪行爲에 대한 刑事責任이 制限된다는 根據로서 「本件被告人이 本件犯行 前日까지 警官으로서 年末非常警戒에 全神經을 尖銳化하여 緊張裡에 있었다는 事實과 本件犯行日이 新年이며 그 祝賀를 爲하여 飲酒醱酩한 나머지 云云」하고 있음은 醉中行爲의 刑事責任을 論하는데 어떠한 意味를 갖는 것인지 理解하기 困難할 뿐만 아니라 暗暗裡에 官憲이라는 被告人의 身分에 대한 特權意識을 認定하는 듯한 封建的인 惡臭을 풍기고 있다. 뿐만 아니라 判決要旨에 있어서도 原判決을 破毀하는 理由로서 「被告人이 犯行前 5 時間에 數회에 攄하여 藥酒 및 白酒(배갈)를 混飲하여 犯行當時에는 天下唯一我也의 氣勢와 語調이었다는 事實 卽 精神上 狂氣를 모하였다는 事實을 認定한 바로서 이는 卽 經驗法則上 醱酩으로 因한 心神耗弱狀態로 判斷된 者임이 自明하다」라고 서슴치 않고 그 醉中行爲의 刑事責任의 減輕을 간단히 認定하려 들고 있다.

생각컨대 醉中行爲에 대한 이러한 素朴한 寬大한 判斷은 本判例에 있어서 뿐만 아니라 醉中行爲에 대한 科學的인 心理生理的 研究가 되어 있지 않는 오늘에 있어서 다만 傳統的인 素朴한 社會的 認識을 規準으로 하여 오늘에 있어서도 우리 司法府一般에 흐르고 있는 見解가 아닌가 생각된다.

특히 英美法과 같이 仔細한 具體的인 判例法的 體系가 아니고, 다만 이 醉中行爲에 대한 刑事責任의 問題가 刑法 第 10 條에 「① 心神障蔽로 因하여 事物을 辨別할 能力이 없거나 意思를 決定할 能力이 없는 者의 行爲는 罰하지 아니한다. ② 心神障蔽로 因하여 前項의 能力이 微弱한 者의 行爲는 刑을 減輕한다. ③ 危險의 發生을 豫見하고 自意로 心神障蔽를 惹起한 者의 行爲에는 前 2 項의 規定을 適用하지 아니한다」라고 抽象的인 規定으로만 規定되어 있는 우리 大陸法系의 法體制下에서는 델리케이트한 具體的인 判斷은 特別한 立法的 機能이 없는 限 司法府의 司法的 判斷에 의하여서만 決定될 수 있는 것이니 이 醉中行爲의 刑事責任問題는 좀 더 具體的인 케이스를 中心으로 한 科學的인 研究가 이루어져야 할 것이다.

이 點을 綜合的으로 考慮하여 本判例研究에 있어서 醉中行爲의 刑事責任에 관한 研究를 하여 보기로 한다.

앞에서 本判例의 態도와 같이 醉中行爲에 대한 寬大한 素朴한 立場은 飲酒行爲에 대한 傳統的인 社會感情에 뒷받침되고 있다. 즉 이것은 특히 韓國과 日本에서 그 特色을 엿볼 수 있고, 外國에서는 이 땅에서와 같이 醉中行爲가 社會的으로 寬大히 取扱되고 있지 않다. 더구나 最近에 와서는 社會의 複雜化에 따라서 醉中行爲의 反社會性이 露出되어 傳統的인 醉

中行爲에 대한 寬大한 立場에 대한 非難의 소리가 높아져 가고 있을 뿐만 아니라 이에 대하여 嚴罰主義를 主張하고 있는 人士들이 적지 않다. 이러한 現實에 있어서 우리의 日本의 獨持한 傳統의인 立場, 즉 本判例의 立場이 果然 어떠한 合理的 根據가 있는 것인가 檢討하여 보아야 할 것이다. 생각컨대 여기에는 하나의 根據를 찾아볼 수 있다. 즉 술이란 榮養과 直結되지 않는 奢侈스러운 飲食이라 하겠다. 따라서 元來 우리같이 窮乏한 社會에서는 飲酒란 生活에 餘裕 있는 富裕 特權層만이 즐길 수 있는 享樂이었던 것이다. 따라서 過去의 階級 社會를 바탕으로 생각하면 飲酒는 特權層 兩班層의 獨占의인 것이었다. 따라서 飲酒後의 醉中行爲도 特權層에서 흔히 볼 수 있는 行爲라 하겠다. 勿論 貧困 下層階級에도 볼 수 있는 것이나 그 百分率로 보면 大部分 飲酒와 醉中行爲는 兩班特權層의 餘裕에서 나온 行爲였다고 볼 수 있다. 그러므로 이러한 兩班들이 하는 醉中行爲는 若干 不道德한 行爲라도 比較的 寬大하게 取扱되었던 것이 아닌가? 다시 말하면 이러한 傳統은 過去 封建社會 또는 貴族 社會의 遺物 以外の 아무 것도 아니라 하겠다. 이렇게 생각하면 醉中行爲에 대한 從來의 寬大한 立場은 非民主的인 落後된 生活態度에 根據하는 時代錯誤的인 觀念이라 하겠다.

또 이 問題를 歷史的으로 考察하면 古代結果主義下에 있는 原始刑法의 觀念에 의하면 醉中行爲는 조금도 다른 一般行爲에 대한 責任과 區別될 수 없었음은 勿論이다. 그러던 것이 近代刑法의 責任主義의 흐름下에서 비로소 醉中行爲의 責任問題가 一般行爲의 그것과 區別되게 되었던 것이다.⁽¹⁾ 즉 責任主義下에서는 行爲時의 行爲者의 精神狀態를 基準으로 하여 責任을 否定 또는 減輕하게 되는 것이 鐵則이므로 醉中行爲가 行爲時에 分別없이 한 것이라면 論理的인 必然으로 行爲者의 責任은 否定 또는 減輕되어야 할 것이다. 따라서 오늘의 刑法 第10條도 이를 究명한 것이므로 當然히 醉中行爲는 그 性質에 따라서 마땅히 一般行爲와 그 責任이 區別되는 것이다. 그리하여 學說이나 司法實務에 있어서도 明白히 醉中行爲에 대한 特別한 責任考慮를 하고 있음은 當然한 일이다.⁽²⁾

그러나 같이 責任能力의 排除나 輕減을 하는 경우에도 醉中行爲에 대하여서는 社會一般感情이 同情的인 아니다. 즉 같은 精神障礙라 할지라도 精神病에 의한 것이라면 簡單히 責任의 阻却에 同意하나 醉中行爲라면 쉽사리 同意하려 들지 않는다. 이것은 이러한 社會感情이 不合理한 것이 아니고 相當한 理由가 있다. 즉 醉中行爲는 그 精神障礙가 一時的 瞬間的이기 때문에 그 確實性이 疑心된다는點, 또 하나는 醉中行爲의 精神障礙는 있다 할지라도 그것은 自己의 享樂的인 意思에 의하여 招來된 것이라는點에서 非難可能性이 增大되는 것이다. 所謂 原因에 있어서 自由로운 行爲(actio libera in causa)가 有責行爲로서 우리 刑法 10條 3項에 立法的으

(1) Mommsen, Th., Römisches Strafrecht, 1809, S. 1043.

(2) Garraud, R., Traité théorique et pratique du droit pénal français, 3 ed., 1913, 1, p. 664.

로 解決되고 있는 것도 이러한 理論에 立脚하고 있는 것이다.

그러나 이렇게 自己責任下에서 精神障礙者가 된 경우를 全部 責任이 있다고 科學的으로 말할 수 있으나 因果關係를 이렇게 따진다면 慢性酒精中毒에 의한 精神障礙者 또는 腦梅毒에 의한 精神障礙者의 行爲가 全部 有責行爲가 되나, 이것은 論理的이고 法은 論理만이 아니고 社會的的感情이 一部를 造成하고 있으니 精神障礙는 그 行爲直前に 自意로 招來한 急性酒精中毒인 경우에만 責任을 지우고 있다.

따라서 醉中行爲의 刑事責任에 관하여서는 어디까지나 行爲時의 精神狀態가 責任評價의 規準이 되어야 하므로 醉中의 違法行爲에 대하여 偏頗된 反感을 가지고 空然히 責任能力의 排除나 輕減을 反對하여서도 안됨은 勿論이거니와 漠然한 同情으로 責任을 排除하는 寬大한 態度도 있어서는 안될 일이다. 그러나 行爲者가 自己의 自由로운 意思決定에 의하여 飲酒하고 그것이 明白한 直前의 原因이 되어 精神障礙를 招來하였을 때 그 原因이 自己原因임으로써 例外的으로 完全한 責任을 認定하는 것이 社會一般感情의 正當한 反映이다. 따라서 무엇보다도 飲酒가 自己意思에 의하여 行하여졌다는데 歸責의 根據가 있다. 이러한 意味에서 비록 心神喪失中의 行爲라 할지라도 飲酒가 自己原因性下에서 이루어졌을 때에는 歸責의 合理的根據가 있는 것이다.

따라서 醉中行爲는 그 原因性까지 廣範하게 考察하여 行爲時의 精神狀態도 判例에 있어서와 같이 「天上天下唯我也의 氣勢와 語調」程度를 根據로 하여 責任能力이 없다는 素朴한 判斷을 할 것이 아니고, 더 慎重한 科學的인 鑑定을 前提로 하여서 有責如何를 決定하여야 할 것이다. 더구나 오늘날 우리의 現實에 있어서와 같이 모든 暴行, 傷害, 殺人 등의 對人的인 犯罪가 飲酒와 關聯되어 있는 우리의 刑事學의 背景下에서는 이 酒配行爲에 대한 刑事責任問題는 陳腐한 理論上의 問題의 範圍를 벗어나 가장 緊迫한 新鮮한 研究課題로 登場되어 있으니, 이 問題는 다만 刑法解釋論을 넘어서 立法論的인 檢討까지 있어야 할 것이다.

그 點을 考慮하여 外國의 現況을 살펴 보기로 한다.

1. 獨逸의 경우를 보면, 獨逸刑法 第 330 條 a는 다음과 같이 規定하고 있다. 즉 ① 酒精飲料의 飲用に 의하여 또는 其他의 麻醉藥에 의하여 故意 또는 過失에 의하여 責任能力(第 51 條 第 1 項)을 排除할 酒配狀態에 自己를 빠뜨리게 한 者는 그 狀態에 있어서 刑을 科하게 될 行爲를 한 경우 輕懲役 또는 罰金으로써 이를 處罰한다.

② 그러나 그 刑은 그 種類와 量으로 보아서 行爲가 故意로 遂行된 경우에 科하는 刑보다도 重하여서는 안된다.

③ 行爲가 告訴에 의하여서만 訴追되는 것인 경우에는 訴追는 告訴에 의하여서만 行한다.

또한 同刑法 第 42 條 c는 다음과 같이 規定하고 있다. 慣習的으로 酒精飲料 또는 其他 麻醉藥을 過度로 服用하는 者가 醉中狀態에 있어서 한 重罪 또는 輕罪를 理由로 또는 이러한

慣習에 대하여 原因結果의 關係에 선 重罪 또는 輕罪를 理由로 또는 泥醉(第 330 條 a)의 理由로 刑의 言渡를 받고 그 者를 合法的이고 規律있는 生活에 익숙하게 하기 위하여서는 飲酒者療養施設 또는 禁絶施設에 收容함이 必要할 때에는 法院은 刑에 附加하여 收容을 命命한다.

獨逸刑法의 傳統은 酒酩行爲에 대하여 結果刑法의 思想에 의하여 刑罰阻却이나 減輕의 特典을 認定하지 않았다.⁽³⁾ 그것은 獨逸中世의 法諺「마시고 犯하면 깨어서 罰받고, 마시고 呑치면 깨어서 絞首刑을 받는다(trunken gesündigt, nüchtern gebüßt; trunken gestohlen, nüchtern gehenkt)는 것으로 짐작할 수 있다.⁽⁴⁾ 그러던 것이 責任主義의 近代刑法理論의 當然한 歸結로서 점차 立法傾向이 醉中行爲에 대한 刑罰阻却乃至 刑罰減輕을 認定하는 方向으로 기울어 갔으나 또 最近에 와서는 거꾸로 刑事政策的 視點에서 責任主義에 一種의 制限을 加하여 醉中行爲도 一定한 條件下에 處罰되는 規定이 立法되었다.

2. 프랑스에 있어서는 酒精의 害毒에 대하여서는 일찌기 샤-레반大帝 때부터 罰치를 免았기 때문에 이 酒酩行爲에 대하여서는 時代的으로 寬嚴의 差異는 있었으나 1940年 8月 23日의 法律은 酒酩者에 대한 一切의 減輕의 措置를 禁한 일까지 있었을 程度로 嚴格하였다.⁽⁵⁾ 그러나 第2次大戰後에는 自由主義의 口號下에서 相當히 緩和되었으나 1955年 2月 8日 公然酒酩(ivresse publique)의 規定이 立法되어 「누구든지 街路, 카페, 카바레 또는 其他 公共場所에서 顯著한 醉中狀態로 發見된 者는 200 프랑 以上 1200 프랑 以下의 罰金에 處한다. 이에 違反한 者가 1年以內에 위의 犯罪에 관한 有罪의 判決을 받은 경우 이를 再犯으로 한다. 初回의 再犯의 경우에는 最高 3日間의 禁錮刑에 處한다」고 할 程度로 嚴格하여졌다. 醉中行爲에 대한 刑事責任에 관한 프랑스 學者들의 見解도 가로오와 같이 酒酩狀態下의 行爲者에는 精神的 要素가 없으므로 責任을 물을 수 없다는 一部學者도 있으나, 그와 反對로 大部分의 學者는 強硬하다. 즉 酒酩行爲自體를 實行의 着手로 보는 見解는 勿論 未必의 故意論을 適用하여 醉中行爲의 刑事責任을 認定하려 드는 學者들이 많다. 이 點 酒酩行爲의 刑事責任研究에는 프랑스 學者들의 見解가 많은 參考가 된다.

3. 英美刑法에 있어서의 酒酩行爲의 刑事責任

酒酩(intoxication)은 犯罪에 관하여 抗辯이 되지 않는다는 것이 英美法の 原則이었다. 이것은 飲酒者에 대한 冷酷한 傳統의 態度를 意味하는 것이라 하겠다. 그러나 漸漸 酒酩을 抗辯이 된다고 部分的으로 認定되어 왔다. 즉 일찌기 Francis Bacon(1561~1626)은 「精神障礙와 酒酩을 比較하여 狂人이 重罪를 犯하여도 그 罪에 따라서 死刑이 될 수 없다. 그 者의 缺陷은

(3) Gramsch, Der Tatbestand des Rauschmittel missbrauchs nach § 330 a StGB 1938, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 395, S. 7.

(4) Gramsch a.a.O.S. 8.

(5) Cf. Vidal et Magnal, op. cit., p. 323.

神의 行爲에 의한 것이기 때문이다. 그러나 酒酩者가 重罪를 犯할 때에는 이를 抗辯으로 할 수 없다. 그 者의 缺陷은 그 自身の 失策에 의한 것이기 때문이다.」⁽⁶⁾라고 말하고 있을 뿐만 아니라 醉中行爲에 대하여는 오히려 刑을 加重하여야 한다는 理論까지 나왔었다. 그 後 有名한 Sir William Blackstone (1723~80)은 「酒酩은 사람으로부터 理性을 빼앗고 一時的으로 錯亂 狀態에 빠뜨리게 하는 것이나, 이 人工의인 任意의 狂亂에 관하여서는 英美法은 이를 犯罪의 加重原因이 된다고 생각하고 있고, 犯罪에 관하여 아무런 抗辯을 提供한다고 보지 않는다. 英國法은 이 酒酩의 抗辯이 얼마나 容易하게 거짓말할 수 있는 것인가 또 眞實이라 하더라도 얼마나 根據가 없는 것인가를 考慮하여 하나의 犯罪을 다른 犯罪의 抗辯으로 許容하지 않는다」⁽⁷⁾라고 말하고 있다. 즉 自己의 意思로서 惹起된 酒酩, 任意酒酩(voluntary intoxication)은 抗辯이 될 수 없다는 原則을 固守하고 있다.

이에 대하여 Sir Mathew Hall(1608~76)은 「英國의 法은 그가 스스로 招來한 狂亂에 대하여서는 아무런 特權을 許容할 것이 아니고 그가 正常的인 때와 같이 處罰되어야 하게 되어 있다. 그러나 이에 관하여 두 가지 輕減하여야 할 경우가 있다고 생각한다. (1) 醫師의 失手 또는 敵의 策略에 의하여 一時的 또는 永續의으로 精神錯亂을 일으킬 物을 飲食한 경우에 犯罪와의 關係로 다른 精神錯亂과 같은 條件에 놓여 있기 때문에 抗辯을 提出할 수 있다. (2) 飲酒에 의하여 直接 惹起된 單純한 精神錯亂은 抗辯이 되지 않는다. 그러나 1回 또는 數回 되풀이함으로써 習慣의인 또는 固定的인 精神錯亂이 惹起되었을 때에는 이가 그 사람 自身の 惡癖 또는 意思에 基因한 것이라 할지라도 犯罪와의 關係에 있어서는 自己意思에 의하지 않은 것과 同一하게 取扱된다.」⁽⁸⁾고 說明하여 英美法上 減輕되는 경우에 관하여 처음으로 主張하고 있다.

美國에 있어서도 任意酒酩은 抗辯이 되지 않는다는 原則은 1828年의 United States v. Drew 事件에서 Story 氏가 「犯罪을 免하기 위하여 犯人自身の 不品行을 抗辯으로 하는 것은 法이 許容하지 않는다.」고 말하고 있고 多大數의 州判例도 同一한 立場을 取하고 있으며⁽⁹⁾ 同一한 趣旨의 制定法上의 規定도 있다.⁽¹⁰⁾ 그러나 非任意酒酩이 아닌 경우는 즉 當事者가 他人의 策略(stratagem) 또는 欺罔(fraud)에 의해서 酒酩된 경우에는 責任이 없다고 主張하고 있다 (Pearson 事件).⁽¹¹⁾

그러나 具體的 경우에 있어 이 非任意酒酩의 경우는 頗 좁게 適用되고 있다. 즉 具體的

(6) quoted in People v. Rogers 18 Newyork 9. Beale's Cases on Criminal Law (1928), p. 628.

(7) 4 Commentaries 26. 19世紀後에 이에 따르는 學說로서는 Chitty, Criminal Law, Vol. iii, p. 725 (1816 ed.). Russel, Crime and Misdemeanors, Vol. i, p. 11 (1819 ed.)

(8) Hall, Pleas of Crown, p. 32.

(9) Weihofen, Mental Disorder as a Criminal Defence (1945), p. 124.

(10) 例를 들면 뉴욕州刑法典 1220條

(11) 2 Lew. C.C. 144. 168 Eng. Rep. 1108 (N.P. 1835)

예를 들면 酒精飲料를 마셔본 일이 없는 18歲未滿의 學生이 甲의 自動車에 便乘하고 있었는데 甲이 술에 醉하여 이 學生에게 술을 勸하여 만일 拒絶하면 아마조나砂漠에 버려버린다고 하였기 때문에 이 學生은 참으로 버릴까 두려워서 麥酒와 위스키를 混飲한 結果 醉申에 甲을 殺害한 事件이 있었는데, 그에 대하여 法院은 그 程度는 任意酒劑이고 非任意酒劑이라 하면 暴行監禁狀態에서 마시게 된 경우에 限한다고 主張하고 있다.⁽¹²⁾

이와 같이 任意酒劑은 犯罪에 관하여 抗辯이 되지 않는다는 原則을 維持하면서 18世紀에 이르러서는 判例는 酒劑에 관하여서 어떻게 해석든지 刑事責任에 影響을 주는 경우를 認定하려는 傾向을 갖고 있다. 그 하나의 方向은 酒劑이 犯罪의 意圖(intent)의 形成이 있었는가 없었는가에 관하여 考慮되는 것이 아닌가라고 말하였다. 1819年 Rex v. Grindley 事件에서 Holroyd는 謀殺의 起訴에 관하여 行爲가 豫謀(premeditation)에 基因한 것인가 또는 單純한 激情(sudden heat and impulse)에 의한 것인가 問題가 되었을 때에는 被告人이 醉申이었다는 事實은 考慮되어야 할 事情이라고 생각되었다. 그 後 醉申行爲의 刑事責任에 관하여 大幅의 讓步를 表示하여 美國判例에 重大한 影響을 준 것으로는 Regina v. Dorthey 事件⁽¹³⁾에서 Stephen 氏의 主張이다.

즉 그는 「犯意에 관한 一般의 原則은 사람이 行爲의 自然的結果를 意圖하였다는 것이다. 나이프의 使用은 찌른다는 關係로, 피스틀의 使用은 發射와의 關係로 重大한 身體傷害의 意圖(intent to grievous bodily harm)를 表示한다. 그러나 이는 必然의 推論이 아니다. 結論을 내는 데는 그 사람이 醉해 있었는가 그렇지 않았는가는 考慮할 問題이다. 酒劑은 아무런 犯罪의 抗辯은 되지 않는다 하더라도 그 犯罪가 犯人의 意圖를 構成要素의 하나로 생각하는 경우 사람이 醉申이었다는 事實은 犯罪를 犯함에 必要한 意圖의 形成이 있었는가 如何에 관하여 考慮되어야 할 일이다. 만일 醉하지도 않은 자가 피스틀 또는 칼을 가지고 이를 다른 사람에게 대하여 發射하였거나 찔렀을 때 그 사람은 重大한 身體傷害의 目的을 가지고 發射하는 것을 意圖한 것으로 推斷된다. 그러나 만일 꼭 같은 方法으로 行動한 사람이 醉申이었다 하면 酒劑의 意圖에의 影響을 考慮하지 않으면 안된다. 醉申에도 사람은 他人을 殺害하거나 또는 重大한 傷害를 加할 것을 意圖할지도 모르고 안할지도 모른다. 만일에 그 意圖가 形成되어 있다면 그가 비록 醉申이라 할지라도 普通사람의 경우와 같이 有罪로 되어야 할 것이다.」

그러나 19世紀에 들어와서 刑事責任과 道德上의 非難의 區別이 強調되자 精神障礙에 관한 原則에 나타나기 始作한 緩和의 傾向에 따르는 刑事責任原則의 整備에 따라서 酒劑의 抗辯에 관한 古來의 嚴格한 法則의 緩和가 期待되게 되었다.

이리하여 飲酒를 原因으로 한 一時的 精神障礙에 관한 抗辯을 認定한 것은 1881年의

(12) Barrow v. State 38 ariz 99116, 297 pac. 1029, 1036 (1931)

(13) 16 Cox. C.C. 306.

Regina v. Davis⁽¹⁴⁾ 事件이다.

이 事件에서 被告人은 그 義妹를 謀殺할 意圖를 가지고 傷害를 입혔다는 事實로 起訴되었으나 醫師의 診斷의 結果 被告人은 多年間의 飲酒로 인하여 震顫性譫妄症에 걸리어 犯行當時 그 發作에 의하여 一時的으로 是非善惡의 判斷力을 喪失하였다는 것이 判明되었다. Stephen 氏는 「酒酩과 飲酒에 의하여 惹起된 病은 別것이다. 飲酒에 의하여 惹起된 病은 비록 一時的이라 하더라도 狂氣의 程度로 되어 다른 原因에 의하여 惹起된 것이면 刑事責任을 免할 수 없다고 생각되는 경우면 이 경우에도 免責되어야 한다. 本人의 意見으로는 이와같은 경우 사람은 狂人이고 비록 狂氣가 一時的인 것이라 할지라도 그렇게 取扱되지 않으면 안된다. 酒酩은 抗辯이 되지 않는다. 그러나 震顫性譫妄症은 抗辯이 될 수 있다.」이리하여 被告人은 結局 無罪가 되었다.

또 Hall 氏는 「任意酒酩의 理論에 대하여서도 飲酒에 이르는 動機와 酒酩程度와 質도 個人差가 甚하여 正常인가 病的素因이 있는가에 따라 달라진다. 自己의 酒酩狀態에 대한 豫見도 사람에 따라 다르니 이를 一括하여 任意酒酩으로 刑事責任을 묻는다는 것은 妥當치 않다고 主張하고 있다. 따라서 같이 酒酩하는 사람이라도 그 酒酩이 처음이고 醉한 結果에 대한 經驗이 없는 사람에게는 責任의 減輕이 認定될 수 있으나 一回以上 飲酒의 經驗이 있는 사람인 경우에는 自己의 醉中行爲에 대한 豫測이 可能함에도 不拘하고 飲酒하였으니 責任의 減輕은 認定하여서는 안된다」고 主張하고 있다.⁽¹⁵⁾

以上 醉中行爲에 대한 歷史的인 또는 比較法的인 概觀을 하면서 立法論 解釋論 全般에 걸쳐서 考察하여 보았으나 結局 우리의 醉中行爲에 대한 從來의 寬大한 處遇는 우리 社會의 特殊事情에 의한 것이니 外國에서는 嚴格한 責任을 追窮하고 있어, 우리의 反省의 資料가 된다. 特別 이에 대한 英美法의 判例와 理論은 많은 參考로 삼아야 하리라고 생각된다.

그럼으로써 비로소 우리 刑法 第10條의 抽象的인 規定을 具體的으로 適用하는데 妥當性을 찾아 낼 수 있을 것이다. 앞에 말한 바와 같이 醉中行爲의 刑事責任問題는 이미 理論의 問題를 떠나, 實際的 問題가 되었다. 法의 精神과 社會的 感情間의 間隙을 메꿀 뿐만 아니라 落後된 社會的 感情을 리이드하여야 할 現位置에 있는 重大한 問題라 하겠다.

(14) 14 Cox. C.C. 563.

(15) Hall, *ibid.*, p. 466ff.