

에이즈 전염행위의 가벌성

成樂賢*

I. 서론

자신이 인간면역결핍바이러스(Human Immunodeficiency Virus: HIV)에 감염되었다는 사실을 아는 자가 상대방에게 이를 설명하지 않고 예방조치 없이 성적 접촉을 갖는 행위는 예전에는 없었던 새로운 형법적 문제를 제기한다. 행위자가 자신의 상대방에게 경우에 따라서는 먼 장래에 발생할 수 있는 후속결과의 가능성에 대해 형법적 책임을 져야 할 것인가 하는 문제에 대해 우리나라에서는 아직 판례가 어떠한 입장을 표시한 바가 없으나 독일에서는 이미 1980년대부터 판례와 학설에서 많은 논의가 이루어져 왔다. 이 문제를 형법적으로 논의함에 있어서는 우선 형법이 후천성면역결핍증(Acquired Immune Deficiency Syndrome: AIDS)의 확산을 방지하는데 기여가 될 수 있을 것인가, 기여가 된다면 그 방식과 범위는 어떻게 정해져야 할 것인가 하는 점을 염두에 두지 않을 수 없다. 에이즈의 확산을 방지하기 위한 목적으로 형법을 개입시킨다는 점에 있어서는 부작용과 위험이 따를 수 있기 때문이다. 즉 법률효과로서의 형벌과 소송법적 강제성을 가질 수 있는 형법적 제도를 특정한 질병의 전염행위에 성급하고 무분별하게 도입함으로써 잠재적 행위자의 책임의식과 태도의 긍정적 변화를 가져오고자 하는 여타의 노력에 순응하지 않는 결과를 가져 올 위험성이 있을 수 있다는 것이다. 그러나 한편으로는 에이즈의 감염행위를 수단과 목적의 관련성을 떠나 순수하게 형법이론적 관점에서 고찰할 때 가벌성이 의심된다면 어떤 조건 하에서 가벌성을 인정할 수 있을 것인가에 대해서 고찰하여야 한다. 이에 관

* 영남대학교 법과대학 교수

한 독일의 여러 판례는 일치된 결론에 이르지 않는데 그 근본적인 이유는 고의의 본질에 대한 이해의 차이에서 기인한다고 할 수 있다.

II. 해당가능한 구성요건들

1. 상해 (형법 제257조 1항)

HIV감염자가 감염사실을 알면서도 자신의 파트너에게는 밝히지 않고 예방조치 없이 성행위를 한다면 형법적 구성요건에 해당한다는 판례가 독일의 경우 점차 증가하고 있다. 그러나 거의 모든 사례에서는 구성요건해당성을 인정하되 가능한 한 경미한 형법규정을 적용하고자 한다.

HIV감염자의 예방조치 없는 성행위는 비록 확률은 낮지만 이 비루스의 전염가능성을 내포한다. 비루스가 체내에 침투하면 신체의 면역체계가 침해되어 면역능력이 약화된다. 당사자가 이 사실을 인식하지 못한다고 하더라도 비루스가 혈관에 존재하는 것으로 확인된다면 신체기능의 정상적 상태는 불리한 방향으로 변환되었다고 할 수 있으므로 이것은 곧 건강침해라고 하는 상해의 구성요건적 결과에 해당한다는 점은 어렵지 않게 인정된다.¹⁾²⁾ 그렇다고 하더라도 기수범으로서의 처벌가능성은 희박하다. 왜냐 하면 고의기수의 상해를 인정하기 위해서는 행위와 결과 사이의 인과관계의 확정이 전제되어야 하는데 반드시 피고인이 비루스를 상대방에게 전염시켰을 것이라는 점은 거의 설명이 불가능하기 때문이다. 피고인과의 성접촉 이후에 HIV양성반응이 나타난다고 하더라도 그 원인이 어디에 있는지, 언제 어디서 감염되었는지는 현재 확정적으로 밝힐 수는 없는 것이다.

동일한 상대와의 여러 번에 걸친 성행위의 경우, 행위 시점과 장소가 구체화되어야 하는 문제는 연속범의 개념 혹은 사안확정의 문제로³⁾ 해결이 가능하다고 하더라도

1) Eberbach, JR 1986, 231; Geppert, Jura 1987, 669.

2) 에이즈에 관한 자세한 의학적 정보는 임웅, 에이즈(AIDS)감염행위의 형사책임, 형사법연구 제8호, 1995, 98면 이하 참조.

3) Sch-Sch-Eser, StGB 25. Aufl., § 1 Rdnr. 61은 사실택일관계(Tatsachenalternativität)의 개념으로 설명한다.

상대방이 여러 명인 경우에는 “in dubio pro reo”의 원칙이 적용되어야 한다. 피감염자가 잠복기 동안에 다른 상대와 성접촉을 가졌다는 사실을 확실성을 가지고 배제할 수 없기 때문에 이 부분에서의 상해기수는 생각할 수 없다.⁴⁾

2. 중상해 (미수) (형법 제 258조 1항, 2항)

원인행위의 입증곤란의 문제와 피해자의 체내에 항체가 형성되었다는 사실을 확정하기 어려운 이유로 상해기수의 판정이 불가능하다면 상해미수 혹은 중상해미수의 가능성은 있는지의 검토가 필요하다.⁵⁾ 수년간의 잠복기를 거쳐서 발병될 수 있는 HIV의 감염은 258조 2항의 불치나 난치의 개념에 해당할 수 있다. 불치 혹은 난치에 해당하는 질병적 상해는 신체의 전체조직을 침해하여 그 고유한 기능을 현저히 위태롭게 하는 상태의 야기를 필요로 하며⁶⁾ 그 치료가 전혀 불가능하거나 현재로서는 치료가능성을 확인할 수 없는 경우를 말한다. 단 한번의 예방조치 없는 성접촉으로 에이즈에 감염될 위험은 매우 낮다고 하더라도⁷⁾ 일단 감염이 된다면 발병율이 높고 발병된 이후에는 면역체계의 파괴로 인하여 각종의 박테리아, 바이러스, 기회감염, 악성 종양 등에 대항하는 능력이 현저히 감소하게 되고 결국은 회피가능성이 없이 사망에 이르게 되는데 이에 대한 뚜렷한 의학적 대처방안이 제시되지 못하고 있는 실정이라면 불치 혹은 난치의 요건을 충족시킨다고 하겠다.

상대방에게 감염은 이루어졌지만 아직 발병이 되지 않은 상태라면 생명에 대한 위험이나 불치의 질병은 구체화된 것은 아니기 때문에 단순상해죄의 기수만이 성립된다고 할 수 있다.⁸⁾ 그러나 행위와 기본구성요건적 결과사이의 인과관계 확정이 어렵다면 단순상해의 기수범도 완성되었다고 할 수 없다. 따라서 중상해 미수의 처벌규정을

4) Bottke, Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung, in: Die Rechtsprobleme von AIDS (Hrsg., Schünemann/Pfeiffer): Alroth, NSTZ 1987, 408.

5) 독일실정법의 경우 보통상해미수는 가벌성이 없으므로 가중구성요건으로서의 위험한 상해의 미수만이 논의의 대상이 되는 반면 우리 형법에서는 중상해의 미수범처벌 규정이 없으므로 중한 결과가 발생되지 않았거나 인과관계의 확정이 어려운 경우는 단순상해죄의 미수만이 고려의 대상이 된다.

6) 김일수, 한국형법 III, 1994, 173면.

7) LG München, MedR 1987, 288은 그 가능성을 1:1000으로 추정하고 DER SPIEGEL, Nr. 8, 1988, S. 127은 1:60에서 1:600으로 본다.

8) 임웅, 에이즈 감염행위의 형사책임, 형사법연구 제8호, 1995, 105면.

두고 있지 않는 우리 형법에 의하면 단순상해미수만이 인정되고 모든 것은 양형의 문제로 돌려지게 된다. 다만 피감염자가 행위자 이외의 다른 사람과는 성접촉이 없었다는 사실이 확인가능하고 HIV감염이 발병으로 연결된 상황이 존재하는 경우라면 이미 감염된 행위자가 자신의 상대방에게 감염의 결과로서 발병이 될 수 있을 것이라는 점과 관련하여 미필적 고의로 행위했다는 점이 확정될 수 있어야 중상해 기수가 인정될 수 있다.⁹⁾

중상해미수의 가벌성은 행위 당시 구성요건상황에 관련한 고의가 있어야 한다. 고의는 상해의 구성요건적 결과와 생명에 위대한 행위라는 가중적 표지 그리고 행위와 결과 사이의 인과관계와 관련하여 존재해야 한다. 그리고 전체 구성요건표지에 대해서 미필적 고의로 충분하다. 어떤 구성요건의 경우이든 제1급 직접고의는 완전히 배제될 수 없는 것으로 보이지만 행위자가 실제로 중한 결과의 발생에 대한 높은 정도의 의적 요소를 가지고 행위하는 경우가 매우 드물고 피고인이 자신의 내면적 태도를 진솔하게 자백하지 않는 한 이를 입증하는 것도 현실적으로 어려우므로 제1급 직접고의는 실무적으로 큰 의미가 없다고 할 것이다. 또한 매우 낮은 감염가능성과 관련하여 어떤 행위자도 성접촉을 통해 전염될 것이라는 확신을 갖거나 이를 인식했다고 확정할 수 없기 때문에 제2급 직접고의도 마찬가지이다. 실증적으로 보고되는 가장 빈번한 사례는 실질적 성교접이 이루어지기 위해서 행위자는 자신의 감염사실을 숨긴 채 예방조치 없이 성행위를 하면서 이런 행위를 통해서 비루스 감염이 이루어질 수도 있다고 생각을 하고 이런 사실이 긍정적이지는 않으나 감염의 확률은 낮은 것이므로 큰 불행은 일어나지 않을 것이라는 생각으로 양심을 진정시키게 되는 경우이다. 이러한 상황을 인식 있는 과실로 인정할 것인지 미필적 고의를 인정할 것인지가 문제가 된다. 이에 대해서는 아래 III. 이하에서 논의한다.

3. 살인미수

HIV를 감염시키는 행위자에게 상대방의 발병에 대한 주관적·객관적 귀속이 이루어진다는 것을 전제로 한다면 발병에 따른 회피할 수 없는 후속적 결과로서의 사망에 대해서도 책임이 인정될 것이다. 설혹 에이즈 감염자의 사망률이 그리 높지 않다고

9) 중상해는 부진정결과적 가중범으로서 중한 결과에 대해서는 과실이 있었던 경우 뿐 아니라 고의가 있었던 경우도 구성요건은 성립한다.

하더라도 살인고의가 자동적으로 배제되는 것은 아니고 인식설의 견해를 따른다면 예방조치를 취하지 않았을 때의 감염가능성에 대해서 인식한 정도만으로 살인의 미필적 고의는 인정될 것이다.¹⁰⁾

4. 상해치사

상해치사죄는 진정결과적 가중범이므로 기본구성요건에 고의가 있었음을 전제로 하여 중한 결과에 대해서는 단지 과실이 인정되어야만 한다. 중한 결과에 고의가 있었던 경우라면 상해치사죄는 적용되지 않고 곧바로 살인죄 적용여부만이 논의의 대상이 된다. 따라서 고의의 개념을 어떻게 이해하느냐에 따라 본 구성요건의 해당가능성이 크게 좌우된다.

III. 고의와 과실의 구분이론들

1. 意思說과 認識說의 대립

고의이론에 있어서는 대체로 의사설과 인식설이 대립된다. 의사설의 주장은 독자적 의적 요소만이 지적 요소만으로는 불가능한 미필적 고의와 인식있는 과실의 객관적 구분을 보장한다고 한다. Cramer¹¹⁾에 따르면 미필적 고의에 의한 행위자는 타인의 법익침해에 대한 위험보다 자신의 이익을 우선시하는 자로서 결과를 무관심하게 감수하고(Inkaufnehmen) 자신이 금지된 결과를 야기한다는 표상으로부터 영향을 받지 않으려고 한다. Jescheck에¹²⁾ 의하면 고의범은 보호법익에 대한 특별히 비난받을만한 내적 태도를 보인다. 이러한 견해에 따르면 의적 요소(Wollen)의 대상도 구성요전적

10) 같은 결론으로는 LG München I, MedR 1987, 288 ff; Geppert, Jura 1987, 672; Bottke, Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung, in (Hrsg., Schünemann/Pfeiffer), S. 202 f. 다른 견해로는 LG München I, NStZ 1987, 228; Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 8/23.

11) Sch-Sch-Cramer, StGB 25. Aufl., 1997, § 15 Rn. 84.

12) Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., S. 300.

상황 그 자체가 아니라 위법하다고 인식된 그 상황의 실현이라고 본다. 의사설의 대표적 이론이라고 할 수 있는 용인설(Billigungstheorie 혹은 Einwilligungstheorie)은 미필적 고의를 위해서 결과에 대한 예견 뿐 아니라 범인이 그것을 내적으로 용인하거나 승낙했을 것을 요구한다.¹³⁾ 실상 용인이라는 판단기준을 글자에서 취한다면 범인이 결과를 긍정적으로 생각하고 결과에 대해 흡족하게 생각할 것을 요구해야 한다. 용인설을 이렇게 엄격한 형태로서 해석해야 한다면 이 이론 자체의 논리성에 의문이 간다. 범인이 결과발생을 용인한다면 여기에는 이미 어느 정도의 의도(Absicht)가 존재하는 것이고 그렇다면 굳이 미필적 고의를 논할 필요가 없다. 그리고 무엇보다도 고의 구성요건의 과제가 의식적으로 계산된 법익침해를 범인이 어떤 감정적 입장을 가지고 행하든 관계 없이 방지하고자 하는 데 있다는 점을 전혀 고려하지 않은 이론이다. 예상되는 결과를 용인하든 무관심하게 대하든 혹은 심지어 애석하게 생각하든 그것은 양형에서 중요한 사항일 뿐 고의에는 영향을 주지 않는다.¹⁴⁾

2. 판례에 적용된 용인설

용인이라는 개념에 대한 개념 자체가 불분명한 용인설에 의존하던 독일연방최고법원은 가죽끈 사건에서¹⁵⁾ 미필적 고의인정이라는 마땅한 결론에 이르기 위해 다음과 같은 논거를 필요로 했다.

“-미필적 고의와 인식 있는 과실의 결정적 구분표지로서 결과에 대한 용인은 결과가 범인의 願望에 상응해야 한다는 뜻은 아니다. 범인이 그 결과를 원하지 않은 경우에도 미필적 고의는 존재할 수 있다. 범인이 - 다른 방법으로는 자신의 목적을 이룰 수 없는 경우 - 자신이 추구하는 목적 때문에, 자신의 행위가 그 자체로는 원치 않는 결과를 야기시킨다는 점을 감수하고 결과가 발생될 경우 그 결과를 원한다면 법적 의미에서의 결과에 대한 용인은 긍정된다.”

문헌에서는 이 판례가 사실은 미필적 고의와 인식 있는 과실 사이의 偽裝된 知的 區分을 내포한다고 옳게 지적한다.¹⁶⁾ 왜냐 하면 이 판례는 결과에 대한 용인의 요소

13) RGSt 33, 4, 6.

14) Roxin, Strafrecht AT 2. Aufl., 1994, § 12 Rdnr. 34.

15) BGHSt 7, 363.

16) Frisch, Vorsatz und Risiko, S. 310, 318 f; Köhler, JZ 1981, 35 f; Schmidhäuser, JuS 1980, 245 f.

는 명백하게 미필적 고의의 독립적 요건으로 표현된다고 하더라도 판정에 있어서는 고의에는 결과의 발생가능성에 대한 인식 외에 다른 어떤 독립적 의미가 추가되지 않는다고 정의한다. 왜냐 하면 범인이 결과를 원하지 않는다는 점이 용인을 방해하지 않기 때문이다. 오히려 범인이 자신의 추구하는 다른 목적 때문에 자신의 행위가 구성요건적 결과를 야기할 수 있다는 것을 감수할 때 그 원하지 않는 구성요건적 결과도 “법적 의미에서(im Rechtssinne)”용인한다고 할 수 있다. 결과에 대한 위험을 인식했음에도 불구하고 행위를 하는 범인이 그 결과에 대해 취하는 태도는 “감수(sich abfinden)”일 수 밖에 없고 따라서 “법적 의미”에서의 용인일 수 있기 때문에 이것은 사실상 이른바 고의의 의적 요소의 포기를 담고 있는 것이다. 결과를 원하지 않았기 때문에 그 결과에 동의하지 않는 자만이 결과의 불발생을 단지 염두에 두지 않는 것이 아니라 그것을 신뢰한다고 이야기는 할 수 있다. 그러나 미필적 고의를 위해서 원하지 않는 결과에 대한 감수으로써 충분하다고 한다면 “신뢰”에 포함되어 있는 결과에 대한 심적 거부라는 의적 요소는 미필적 고의와 인식 있는 과실의 구분표지가 될 수 없다. 구분표지는 오히려 지적 표지에 존재해야 한다. 위험에 대한 인식이 있음에도 불구하고 결과불발생에 대한 신뢰가 있다면 그것은 이미 단순한 희망이나 願望이 아니라 행위자가 자신의 표상에 존재하는 신뢰를 바탕으로 결과의 불발생을 예후판정한다는 의미이다.¹⁷⁾ 그렇다면 가죽끈 사건의 판결도 형식은 용인설을 취하지만 내용적으로는 미필적 고의와 인식 있는 과실을 결과가능성에 대한 인식의 종류에 의해서만 구분하는 것으로 읽어야 한다.¹⁸⁾

3. 실무입장에서의 입증곤란의 문제

통설의 전해처럼 고의인정을 위해 의적 요소를 모순 없이 인정한다면 범인이 긍정적 결과를 전혀 신뢰하지 않았거나 그저 막연하게 신뢰했을 뿐 진지하게 신뢰하지

17) Schumann, JZ 1989, 428.

18) 가죽끈 사건(BGHSt 7, 363 = NJW 1955, 1688)과 택시강도사건(BGH StrVert 1984, 187)을 비교할 수 있다. 후자의 경우 범인은 운전자의 목을 조른 후 그녀가 가지고 있는 핸드백에 들어 있으리라 예상한 금전을 강취하고자 시도했다. 두 가지 사례에서 각각의 범인들의 심적 태도는 대체로 비슷했다. 즉 피해자의 사망을 방지하고자 했고 따라서 의식을 잃을 때까지 목을 조르고자 했다. 그러나 판결은 서로 달랐다. 가죽끈 사건에서는 미필적 살인고의, 택시강도 사건에서는 211, 22조에 의한 판결의 기각으로 나타났다.

않았는지의 여부가 입증되어야 하는데 그러한 사실은 전혀 입증할 수 없다. 즉 “동의적 감수” 인정을 위해서는 피고인이 결과를 무관심하게 대처했다든가, 내심 받아들였다든가, 그것을 감수했다든가 하는 증거가 요구되는데, 의적 요소에 관한 한 심리적 사안에 관련한 사안이므로 재판에서는 간접증거에 의존할 수 밖에 없다. 피고인만이 행위 당시 자신의 생각이 어떠했는지 알 수 있다. 그러나 범인 스스로도 자신의 생각이 어떠했는지 정확하게 판단을 내리기 어렵다. 범행중에 잠정적 결과에 대한 자신의 내면의 태도를 숙고한다는 것은 흔히 있을 수 있는 일은 아니다. 그런 숙고를 설명 했다고 하더라도 자신의 이익을 위해 법정에서 명백히 설명하지 않을 것이다. 그런 숙고를 하지 않는 경우라면 막연한 신뢰와 진지한 신뢰 사이의 섬세한 차이를 가려내기에는 Prittwitz가 제시하는 간접증거의¹⁹⁾ 실용적 가치는 보잘 것 없는 것이 된다.

형법은 필요에 따라서 범인에게 의적 태도(volitive Einstellung)를 부과하는 교과서범죄의 인위적 생산물을 위해서 만들어진 것은 아니다. 어떤 標識가 실현되었다는 것을 입증하기 어렵다면 그것은 표지가 될 수 없다. 그러한 표지를 담고 있는 규범은 일반예방, 특별예방의 기능을 제대로 수행할 수 없다.²⁰⁾ 따라서 Prittwitz는 거의 모든 학설에서의 이론은 실질적 사례에서 구체적 표지가 실현되었는지, 즉 고의를 인정할만한 간접증거가 객관적으로 존재하는지의 여부에 대해 실질적 도움을 줄 수 있는 범위 안에서 그 성과가 있다고 보고 그 간접증거의 객관화에 노력을 기울였다. 이에 따르면 위험실현의 개연성과 결과에 대한 願望은 미필적 고의인정을 가능하게 하는 간접증거가 된다고 하고 보호법익의 높은 등급과 결과방지의사의 실행, 사건진행의 조종가능성, 위협의 실제적 차단은 고의인정의 간접증거와는 상대적인 인식있는 과실을 인정하게 하는 기능을 갖는 것으로 분류한다.²¹⁾ 그런데 이러한 노력도 실무에서 큰 도움이 되지 못했다. 예컨대 피고인이 총에서 실탄을 제거하기 위해 총신을 절개하여 흔들어 털긴 했으나 실탄이 제대로 제거되었는지 확인하지 않고 격발하여 피해자가 거의 사망에 이를 정도로 다치게 한 사례에서²²⁾ 한편으로는 결과에 대한 非願望性, 법익의 중요성, 성의는 그다지 높지는 않았지만 그래도 결과 방지 노력이 있었다는 점이 고의를 부정하는 측면으로 작용하고 다른 한편으로는 행

19) Prittwitz, JA 1988, 497 ff.

20) Schlehofer, NJW 1989, 2019.

21) Prittwitz, JA 1988, 498 ff.

22) BGH NSTZ 1987, 362 mit Anm. Puppe.

위의 높은 위험성과 차단되지 않았다는 위험의 성격이 고의인정측면으로 작용한다. LG는 고의간접증거의 손을 들어 중상해의 판결을 내렸고²³⁾ BGH는 이를 부정했다.²⁴⁾

고속도로에서 출로를 놓친 운전자가 그곳으로 되돌아가기 위해 역방향으로 운전을 하다가 마주 오는 차와 충돌하여 상대방을 사망에 이르게 한 경우와 가죽끈 사건을 비교할 수 있다. 가죽끈 사건에서는 어떠한 이론에 의하든 일반적으로 살인고의를 인정하면서 역방향 운행의 경우는 과실치사로 충분하다고 본다. 다수설이 운전자에게 그의 진정한 심적 태도를 고려하지 않고 긍정적 결과에 대한 진지한 신뢰가 있었다고 인정해 주는데 비해 Herzberg는 결정적으로 위험의 차단이라는 개념으로 설명한다.²⁵⁾ 역방향 운전자 뿐 아니라 상대방 운전자도 충돌을 회피할 준비를 갖추고 있기 때문에 사고위험은 차단된다. 물론 Herzberg는 위험의 차단성이 인정되기 위해서는 차단요소가 거의 백퍼센트의 효과를 가지는 보호벽을 형성하는 것이어야 한다는 전제를 하는데 비해 역방향 운전자가 사망할 확률은 7%에 이른다는 실증보고가 존재한다.²⁶⁾ Herzberg는 5%의 결과발생가능성이 이미 중대한 의미를 가진다고 보기 때문에²⁷⁾ 역방향 운전자의 경우 결과발생의 객관적 가능성은 고의인정에 충분하다고 한다. 그러나 이 경우에서 위험의 차단성이 인정되는 이유는 잔여위험의 경미성 때문이 아니라 위험차단의 질과 진지한 결과방지노력 때문이다.

진지한 결과방지노력이라는 공식도 객관성을 갖기 위해서는 좀더 체계적인 정밀성이 요구되기는 하나 이것은 여타의 이론보다는 많은 장점을 제공한다. 왜냐 하면 비합리적 “결과불발생에 대한 신뢰”라는 요소는 고의와 과실의 구분문제에서는 제 기능을 다하지 못하기 때문이다. 법관은 객관적 위험의 정도와 범인의 위험에 대한 표상의 확정에 따라 양자를 구분할 수 있을 것이다. 범행이전의 상황과 범행실행 상황의 확실한 간접증거를 통해서 범인의 위험에 대한 표상 등을 행위자의 의지나 비합리적 감각에 비해 훨씬 쉽게 입증할 수 있다.²⁸⁾

23) LG Essen은 중상해를 인정하여 10월의 자유형을 선고했다.

24) BGH NStZ 1987, 362.

25) Herzberg, JuS 1986, 249 ff; JZ 1989, 114.

26) Dvorak, DAR 1979, 32 ff.

27) Herzberg, JuS 1986, 256.

28) Schlehofer, NJW 1989, 2020.

4. 의적 요소의 이론적 불필요성

형법적 관점에서 범인의 내적 태도에 대한 문의는 범인이 구성요건실현을 금지된 것으로 즉 위법성에 대한 인식을 가진 것으로 가정했을 때 의미가 있다.²⁹⁾ 범인이 정당화사유가 존재하는 객관적 상황을 올바르게 이해했거나 혹은 잘못해서 정당화 상황이 존재하는 것으로 보았다든지 혹은 허용규범의 존재와 범위에 대한 착오를 가졌든지 규범을 몰랐기 때문에 이런 위법성 인식이 결여된 경우에도 해당 구성요건적 결과에 대해서 부정하거나 동의하거나 승낙하거나 그 밖에 다양한 내면적 태도를 가질 수는 있다. 그러나 위법성인식이 결여된 경우에는 상대방에 대한 침해를 원했든지 혹은 무관심하게 생각했든지 혹은 행위자가 정당방위 상황에 관련한 입증의 문제를 두려워했기 때문에 상대방의 침해를 내적으로 거부했든지 그것은 형법적으로 문제되지 않는다.

미필적 고의의 의적 요소는 행위자가 결과가능성을 진지하게 받아들인다는 데 있는 것도 아니고 구성요건적 불법을 실현하는 행위를 하고자 하는 결정의 가치관점에 있는 것도 역시 아니다. 왜냐 하면 이 진지 혹은 결정과 같은 요소들도 구성요건 해당 행위의 위법성에 대한 인식을 전제로 하기 때문이다. 그런데 의사설이 고의인정을 위해 의적 요소를 요구함으로써 위법성인식을 미필적 고의의 전제조건으로 끌어올린다면 이것은 일반적으로 인정되는 책임설과도 합치되지 않는다.³⁰⁾

의적 요소를 미필적 고의의 독립적 요소로 이해하는 것은 고의의 통일성을 침해할 뿐 아니라 그 논거도 전혀 받아들일 수 없는 것으로 보여지기 때문에 적합하지 않다. 법문에 별도의 특수주관적 구성요소가 아닌 고의만 언급된 경우에는 지적 요소로 충분하다. 미필적 고의에서 의적 요소의 확정이라는 실무적 불가피성을 제거하는 것이 이론적으로도 허용될 뿐 아니라 요구되는 사항이다.

인식설을 적용할 경우라도 미필적 고의와 인식 있는 과실의 구분을 위해 필요한 고의의 제한은 고의의 지적 요소가 인식 있는 과실로 행위하는 자에게도 존재할 수 있는 가능성의 표상만으로 고의가 인정되는 것이 아니라 범인이 결과를 개연성이 있는 것으로 생각했든지³¹⁾ 개연성이 없지 않다고 생각했든지 혹은 이미 상당한 위험 이상의 경지에 돌입했어야 한다는³²⁾ 추가요건이 충족되어야 할 때 비로소 가능하다.

29) Armin Kaufmann, ZStW 70, 66 ff.

30) Schumann, JZ 1989, 431.

31) Hellmuth Mayer, Strafrecht AT(1953), S. 250 f.

IV. 에이즈에 관련된 판례의 검토

1. 중상해미수를 인정한 사례

에이즈의 전염에 관련한 유사한 사례들에 대해 판례의 태도는 일치하지 않는다. 자신이 HIV에 감염되었다는 사실을 아는 자가 자신의 동성애 파트너에게 이 사실을 알리지 않고 두 차례의 성행위를 가졌는데 두 번 모두 우선은 콘돔 없이 행위를 하다가 중단하고 성행위 종료시까지 콘돔을 착용했던 사례에서³³⁾ BGH는 전심판결의 견해를 이어받아 중상해미수를 확정했다. 행위자는 적어도 두 번째 성행위시에는 자신의 질병이 상대방에게 감염될 수 있고 이에 따라 생명에 대한 위험이 발생될 수도 있다는 사실을 인식했으나 그 결과에 대해서는 감수한다는 태도를 보인 것으로 법원은 확정했다. 상대방의 전염사실은 확인되지 않았으므로 중상해미수의 가벌성이 인정되고 허용된 위험의 개념이라든가 혹은 피해자의 자기책임의 원칙 등은 가벌성 인정에 방해가 되지 않는다고 한다.³⁴⁾

이에 대해 위험에 대한 인식을 토대로 한 법익침해에로의 결정으로 고의가 성립된다고 보는 Roxin은 에이즈 감염자의 예방조치 없는 성행위가 위험하다고 하는 막연한 간접증거에 의존한 판결은 만족스럽지 못하다고 비판한다. 감염위험성이 매우 경미하다고 생각한 행위자의 주관적 상태와 특히 성행위 후반부에 콘돔을 사용함으로써 결과방지의사가 실행되었다는 점에 대한 고려가 이루어지지 않았다고 한다. 위험에 대한 인식이 있었다고 하더라도 긍정적 결과에 대한 신뢰가 있었던 경우라면 법익침해에로의 결정은 존재할 수 없고 따라서 고의성립은 부정되어야 한다는 주장이다.³⁵⁾

2. 위험한 상해 (독일형법 223a조)

AG München은³⁶⁾ 자신의 에이즈 감염사실을 알고 또한 타인에의 전염가능성을

32) Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, S. 115 f.

33) BGHSt 36, 1.

34) BGHSt 36, 16.

35) Roxin, Strafrecht AT, § 12 Rn. 72.

36) AG München NSTZ 1987, 407 f. 1985년부터 HIV양성반응이 확인된 매춘부 Sonja S.는 보건당국으로부터 매춘행위를 금할 것과 私的 성행위시에는 반드시 콘돔을

인식한 여자가 이를 상대방에게 알리지 않고 예방조치 없이 성행위를 했다면 생명에 위대한 행위로서의 위험한 상해 미수의 객관적 구성요건은 충족되며 적어도 미필적 고의는 배제될 수 없다고 인정한다. 본 판례는 意思說의 바탕 위에서 미필적 고의에는 지적 요소 뿐 아니라 행위자의 의적 혹은 감정적 태도가 전제가 된다고 밝히고, 행위자가 자신에게 인식된 결과발생 가능성에 대해 긍정적 태도를 보여야 할 것을 요구한다. 이 요소가 결여되면 침해된 법익에 대해서는 단순한 인식 있는 과실만이 인정될 것이다.

여기서의 내면적 태도를 어떻게 정의할 것인지에 대해서 학설과 판례의 견해는 다르다. 본 판례는 고의를 위해서 행위자가 결과를 용인할 것,³⁷⁾ 혹은 이를 감수하거나 최소한 발생될 결과에 대해서는 무관하게 행위를 수행하겠다는 태도를³⁸⁾ 요구하는 견해에 의한다면, 본건의 피고인은 자신이 통제할 수 없는 결과의 발생가능성을 인식했음에도 불구하고 영리목적의 성행위를 포기하지 않았으므로 그 결과에 대해 감수했다고 할 수 있다는 결론에 이르게 된다고 한다.³⁹⁾ 그러나 굳이 의사설이 아니라고 하더라도 특정한 객관적 위험성에 대한 인식이 있음에도 불구하고 행위수행을 통해 反價値를 실현함에 고의를 인정하는 새로운 학설에 따라 쉽게 동일한 결론에 이를 수 있다.

본 판례는 가벌성의 범위를 위험한 상해의 미수에 한정하고 중상해미수와 관련하여 피고인이 중한 결과에 대해 개연성 정도라도 인식했다고 확정할 수 없다는 이유로 미필적 고의를 부정했다.⁴⁰⁾ 그러나 HIV 감염에 따른 에이즈의 발병은 감염 그 자체보다는 훨씬 높은 개연성이 있다는 점이 객관적으로 입증된 사실이라고 하면⁴¹⁾ 이러한 판례의 태도는 불만스럽다. 행위자가 감염에 관련하여 고의로 행위했다면 그의 고의는 중한 결과의 야기에까지도 미친다고 보아야 한다. 에이즈 바이러스 감염이 생명에 위대한 행위라는 점에는 고의가 미쳤다고 인정하면서도 이 생명에 대한 위험이 폐질의 가능성으로 실현된다는 점에는 미치지 못했다고 하는 판례의 논리는 이해하기 어

사용해야 한다는 내용의 통지를 받았음에도 불구하고 이를 무시한 채 매춘행위를 했을 뿐 아니라 단 한번도 콘돔을 사용하지 않았고 상대방에게 자신의 건강상태에 대한 설명을 하지 않았다. 이 피고인의 상대방 중 에이즈 감염이 확인된 자는 없었으나 AG München은 위험한 상해 미수를 인정하여 2년의 자유형을 선고했다.

37) RGSt 33, 6; 72, 43 f; 76, 116; BGHSt 7, 369.

38) BGHSt 14, 256 f.

39) AG München NSTz 1987, 408.

40) NSTz 1987, 408.

41) Laufs/Laufs, NJW 1987, 2259; Meier, GA 1989, 210, Fn. 17.

럽다.

認識說에 의한다면 행위자가 위험을 야기시키는 행위를 할 당시에 자신의 상대방이 불치 혹은 난치의 질병(폐질)에 빠질 것이라는 인식을 했을 경우 고의가 인정된다. 행위와 발병 사이에 장기간의 잠복기가 있다는 점을 감안하더라도 행위자는 감염에 대한 생각은 배제할 수 없었다고 해야 하고 비루스가 감염이 되었을 경우 에이즈 발병의 확률이 아주 높다는 사실도 함께 인식했다고 할 수 있다. 예컨대 발병을 억제할 수 있는 의약품이 이미 존재하는 것으로 잘못 안 경우처럼 구체적인 경우 발병을 배제할 수 있는 특별한 사유를 표상했던 경우에 한해서 감염과 발병은 구분될 수 있다고 생각할 수 있다. 그런 치료제가 잠복기간 중에 발명될 것이라고 생각했다면 중한 결과에 대한 고의는 배제될 수 있다. 그러나 그렇지 않은 경우라면 순수하게 가능성에 대한 인식으로 정의되는 고의는 배제되지 않는다.⁴²⁾

범인이 자신에게 예견되는 결과에 대해 어떤 내면적 태도를 가졌는가를 묻는 용인설에 의한다고 하더라도 결론은 크게 다르지 않다. 발병가능성의 배제는 그것이 고의의 지적 요소를 배제하지는 않는다고 하더라도 고의의 의적 요소의 인정에는 제동을 걸 수 있다. 결과실현에 대한 행위자의 용인은 사실적으로가 아니라 규범적으로 확정되어야 한다. 만일 행위자가 성행위라는 목적을 달성하기 위해 자신이 감염자라는 사실을 숨겨야 했고 예방조치를 취하지 않은 상태에서 감염과 발병의 실현을 운명에 맡기고자 했다면 피해자의 이익보다는 자신의 목표를 우선시 했고 이로써 피해자의 감염이나 발병에 대해서는 “법적인 의미의 용인”이 있었다고 할 수 있다. 따라서 용인설에 의한다고 하더라도 행위자가 내심 결과의 발생을 거부했다고 하더라도 이것이 반드시 고의의 부정에 이르는 것은 아니다.

그밖에 이러한 사안에 있어서는 귀속가능성과 관련하여 질병의 진행상태에 따라 가법성여부가 재검토되어야 한다는 견해도 제시된다. 이 견해에 따르면 질병이 정지상태에 이를 수 있는 경우 일반적인 저항력의 감퇴나 기력의 쇠약에서 기인하는 후속결과는 행위자에게 귀속될 수 없겠지만 지속적으로 사망의 연걸로 발전되었을 때에는 그 사망은 행위자에게 귀속된다.⁴³⁾ 이 견해는 시발적 침해가 최후의 후속적 결과에 이를 때까지의 시간적 범위에 관계없이 귀속가능성을 인정한다는 점에서 합리적이다. 예컨대 서서히 작용하여 장시간이 지난 후에 사망에 이르게 되는 독약을 사용한 경우나 현장에서 즉사하도록 총을 사용하는 경우나 동일하게 사망의 결과에 대해서는 행

42) Meier, GA 1989, 224.

43) Roxin, FS-Gallas, S. 254.

위자에게 귀속이 이루어져야 하는 것은 당연하다. 그렇게 본다면 에이즈 바이러스의 감염은 법익침해의 관점에서 보면 지속적으로 발전하는 신체손상이다. 발병과 감염 사이에는 어느 정도의 시간적 간격이 있다고 하더라도 감염으로 인해 이미 신체조직에는 에이즈에 특징적인 증후군들이 나타나는 변화가 있게되고 그 발병은 중상해 구성요건에 해당하는 위험이라고 할 수 있다. 따라서 HIV 감염에 따른 발병의 야기는 중상해 구성요건(258조 1항, 2항)의 범위에 포함된다.

3. 살인미수를 인정한 사례

앞의 BGHSt 36, 1의 사례에서 판례는 상해고의는 인정하되 미필적 살인고의는 부정했다. 살인고의 앞에는 상해고의보다는 훨씬 높은 넘어야 할 억제선이 있고 본 사례의 피고인이 다른 대다수의 HIV감염자와 마찬가지로 잠복기간 동안 에이즈치료가 개발될 것이라는 희망을 가졌을 수 있을 것이라는 논거를 제시한다. 이에 대해 Roxin은 상해고의를 인정하면서 살인고의를 부정하는 판례의 태도는 논리일관성이 없다고 비판한다. 그의 견해에 의하면 HIV에 감염되면 거의 사망에 이르게 되므로 여기서는 상해고의와 살인고의는 합일적이기 때문에 살인고의에는 더 높은 억제선이 있다는 논거는 제시될 수 있는 것이 아니다. 또한 BGH가 제시하는 바의 AIDS치료가 개발될 것에 대한 피고인의 기대는 긍정적 결과에 대한 신뢰가 아니라 고의의 배제에 이르지 못하는 막연한 희망에 지나지 않는다. 이 사례에서처럼 피고인 스스로가 그러한 희망에 대해 언급하지 않는 상황에서 이 희망을 피고인에게 유리하게 적용한다는 것은 불가능하다.⁴⁴⁾

이에 대해 Herzberg는 양자 합의에 따른 성행위는 충족욕구에 기인한 자연스런 생활의 표현이므로 사회상당성의 범위에 있다고 본다. 그러나 HIV감염자의 예방조치 없는 성행위는 차단되지 않은 위험에 해당하므로 중상해의 고의는 인정하나 이에 따른 중한 결과에 대해서는 법감각에⁴⁵⁾ 따라 살인(모살 혹은 고살)의 고의를 부정했다⁴⁶⁾ 나중에는 이를 수정하여 고의인정에 이르렀다.⁴⁷⁾

LG München I 형사 제6부의 판결은 범인에게 미필적 살인고의를 인정했다.⁴⁸⁾

44) Roxin, a.a.O., Rn. 73.

45) Herzberg, NJW 1987, 1466.

46) Herzberg, JuS 1987, 783.

47) Herzberg, JZ 1989, 479.

여기서 범인은 피해자에게 HIV를 감염시켜서 사망에 이르게 할 가능성에 대한 인식을 가지고 강간했다. 판결은 “감염과 질병의 상관관계는 명백하다. 최근의 연구에 의하면 모든 감염자는 발병하게 된다고 보고한다. 그리고 모든 발병자는 사망한다. 이것 역시 현재 확실하게 알려진 사항이다. AIDS를 전염시키는 자는 감염자는 사망한다는 점을 예상해야만 한다. 피고인에게 이점은 확실히 인식된 바이다. 이런 사안에서 감염고의만을 인정한다는 것은 논리적으로 불가능하다. 즉 생명에 위협한 행위를 통한 위험한 상해만을 인정한다는 것은 의학적으로도 합당하지 않고 피고인의 인식이나 의사내용에도 상응하지 않는다.”라는 논거를 통해⁴⁸⁾ 살인미수를 인정했으나 독일 형법 20조의 책임조각사유와 관련하여 “in dubio pro reo” 원칙이 적용되어 행위자에게 가벌성은 배제되었다.

다른 판례에서 BGH⁵⁰⁾는 지배설의 견해에 따라 고의인정을 위해 지적 요소와 더불어 범인은 결과를 동의하여 받아들이고(billigend in Kauf nehmen) 그것을 감수해야 한다는 의적 요소가 요구됨을 밝힌다. LG Nürnberg-Fürth⁵¹⁾는 범인에게서 이러한 요소를 부정하고 따라서 범인에게 유리하게 그가 피해자의 구조를 희망했다는 결론을 내렸다. LG München I의 형사 6부도 피고인이 상대방 여자의 감염과 질병에 의한 사망을 원했거나 감수하거나 동의해 받아들였다는 명백한 진술이 없었고 상대방 여자나 감염인은 범인이 행위당시 무엇을 원했는지 명백히 밝힐 수 없었다면 고의를 부정해야 한다. 그럼에도 불구하고 본 형사부는 “인식과 의적인 태도는 여기서 내용적으로 중복되며 심리학적 의미에서 분리될 수 없으며, 이러한 관계로 피고인이 긍정적 결과를 신뢰했다고 주장하는 바는 고려될 수 있는 바가 아니라”고⁵²⁾ 하여 고의를 인정했다. 이러한 견해는 사실상 고의의 의적 요소로부터의 결별을 뜻한다.

이에 따르면 고의는 단지 범인이 살인죄 구성요건을 충족시키는 상황을 표상했었는가에 달려있다. 이것은 당연히 허용된 위험의 초과를 전제로 한다.⁵³⁾ LG München I과는 달리 BGH는 이를 확정하지 않는다. BGH는 허용된 위험이 어느 부분에서(구성요건 혹은 위법성 부분)가벌성을 한정짓는지 확정하지 않는다. 그밖에 객관적 위험상황 혹은 범인의 위험인식에 좌우되는지도 확정하지 않는다. 다만 LG

48) LG München I MedR. 1987, 288 ff.

49) MedR 1987, 290.

50) BGH NJW 1989, 781. 같은 결론으로 LG Nürnberg-Fürth, NJW 1988, 2311 ff.

51) NJW 1988, 2312.

52) MedR 1987, 290.

53) Schlehofer, NJW 1989, 2020 Fn. 32.

München I의 판사들은 구성요건표지로서 허용되지 않은 위험만 범인의 표상에 들어있어야 할 것과 그것의 객관적 실현을 요구했다. 그러나 객관적 위험과 범인의 위험인식은 서로 일치하는 것이기 때문에 결국 결정적인 것은 법원이 허용된 위험의 실체가 무엇이라고 보는가이다. 핵심적으로는 동일하다고 할 수 있다. 뮌헨의 판사들은 “그러한 위험한 감염의 가능성이 1000분의 1이라도 그러한 위험은 허용될 수 없다”고 보았으며 BGH도 “여기에는 사회상당성이 결여되었다. 왜냐 하면 HIV 감염은 일생 동안 작용하는 그리고 생명을 침해할 수 있는 가능성이 매우 높은 감염이기 때문이며, 또한 에이즈의 가장 중요한 감염경로인 성행위에 있어서 콘돔을 사용한다고 하더라도 감염위험이 완전히 제거되지는 않는다고 하더라도 이를 사용함으로써 적어도 이 위험을 차단하고 현저히 감소시킬 수 있기 때문이다. 반면 감염의 개연성의 정도는 중요하지 않다”라고 설명한다.⁵⁴⁾

그러나 BGH는 법감각이라는 관점에서 살인미수의 인정은 행위를 지나치게 중하게 취급한다는 불안감을 조성한다고 생각했을지도 모른다. LG München I의 판사들도 이점은 느꼈을 것이다. 그러나 구성요건에 따라서는 가벌성을 근거 짓는 중요한 요소의 하나가 수단과 목적의 관계라는 점이 간과되어서는 안 된다. 범인은 인간의 생명을 자신의 욕구해소보다도 덜 중요하게 평가했다. 피해자가 자신의 강간에 의해 죽기 전에 이런 욕구를 해소하고자 하는 자도 위와 같다.⁵⁵⁾ 이러한 수단과 목적의 극단적 불균형성은 일반적 법감각에 대응하고도 남음이 있다.

V. 결어

앞에서 검토한 바와 마찬가지로 고의에서 의적인 요소가 독립적 요소로서의 성격은 갖지 않는다는 이론에 의한다면 자신이 HIV감염자라는 사실을 알면서도 이를 상대방에게 알리지 않고 성행위를 하는 자에게는 살인미수가 성립된다. 이와 동시에 성립되는 중상해 미수는 법조경합의 보충관계에 해당한다.

에이즈 감염자의 경우 처벌되지 않는 범위내에서 성행위를 하기 위해서는 두 가지

54) NJW 1989, 781.

55) Schlehofer, NJW 1989, 2021 f.

의 가능성이 존재한다. 첫째는 콘돔을 사용하는 것이다. 전문가들의 평가에 따르면 콘돔을 사용할 경우 감염의 위험이 99% 이상 감소되므로 형법적으로 고려의 대상이 되는 위험은 존재하지 않는다고 할 수 있다. 콘돔을 사용함에도 존재하는 잔여위험은 사회상당성의 범위에 속한다고 할 것이다. 두 번째의 가능성은 상대방에게 자신이 감염자임을 설명하는 것이다. 상대방의 설명에 따른 상황의 이해에도 불구하고 성행위에 동의하는 자는 자기 책임하에 자신의 법익에 대한 위험을 스스로 승낙하게 되는 것이므로 이 행위에 따른 결과는 감염자에게 객관적으로 귀속될 수 없다. 그러나 충분히 설명을 했다고 해서 가벌성에서 벗어나는 것이 아니라 상대방이 이에 동의하지 않았다면 위법성이 조각되지 못하는 법익위해에 해당된다. 책임의식에 대한 경고기능이 침해되는 경우와 비감염자의 법익보호에 최후수단으로서 형법이 투입될 것이 기대되는 경우에 한해 살인미수의 가벌성이 인정되어야 할 것이다.