

군항공기 조종자의 형사상 과실책임의 제한

Strafrechtliche Fahrlässigkeit und Risiko
bei den Piloten des Militärflugzeug

송 성 룡(Song, Seongryong)

공군사관학교 법정학과 조교수

Assistant Professor, Air Force Academy

I. 서 론

II. 군항공기 조종자의 형사상 과실책임에 관한 이론적 검토

III. 맺 음

I. 서론

형법에서 과실범은 행위자가 구성요건의 실현가능성을 예견하거나 예견할 수 있었음에도 구체적인 상황에서 구성요건적 결과의 발생을 회피하기 위한 사회생활상 요구되는 주의의무를 위반하여 범익침해를 야기하는 범죄유형으로서 구성요건실현의 인식가능성, 예견가능성과 회피가능성을 전제한, 행위의 주의의무위반성을 그 본질적인 내용으로 한다. 우리 형법 제14조는 “정상의 주의를 태만히 함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다.”라고 과실범을 규정하고 있다. 과실범은 불법과 책임의 정도가 고의범의 경우보다 현저히 낮기 때문에 법률에 특별한 규정이 있는 경우에만 처벌되며 그 형량도 동일한 범익침해에 대한 고의범에 비해 매우 낮게 규정되어 있다. 한편 과실범은 결과범이므로 비록 주의의무위반이라는 행위불법이 존재한다고 해도 구체적인 범익침해의 결과가 발생하지 않은 경우, 즉 과실범의 미수범은 형법에서 처벌대상으로 하지 않는다.

군인 혹은 준군인의 신분을 가진 항공기 조종자가 임무수행 중 그의 과실, 즉 주의의무위반에 따른 결과로 인명 혹은 재산(군용물)에 대한 피해를 초래한 경우, 형법상 업무상 과실치사상죄(형법 제268조)¹⁾ 및 군형법상 과실군용물손괴죄(군형법 제73조)²⁾로 처벌될 수 있다.³⁾

그러나 사실상 실무에서 군항공기 조종사에게 그의 과실로 인한, 인명 및 재산의 피해에 대해 형사책임을 지우는 것은 극히 예외적인 경우이며, 대부분 군인사법상의 징계처분이나 기타 인사상의 불이익을 주는데 그치고 있다. 아마도 여기에는 일정한 정책적 고려가 반영되어 있는듯한데, 문제는 이러한 책임면제가 별다른 법적 근거 없

1) 형법 제268조(업무상과실·중과실치사상): 업무상과실 또는 중대한 과실로 인하여 사람을 사상에 이르게 한 자는 5년 이하의 금고 또는 2천만원이하의 벌금에 처한다.

2) 제71조 (함선, 항공기의 복몰손괴) ① 취역중에 있는 함선을 충돌 또는 좌초시키거나 위험한 곳을 항행하게 하여 함선을 복몰 또는 파괴한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다. ② 취역 중에 있는 항공기를 추락시키거나 복몰 또는 손괴한 자도 전항의 형과 같다. ③ 전2항의 죄를 범하여 사람을 사상에 이르게 한 자는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

제73조 (과실범) ① 과실로 인하여 제66조 내지 제71조의 죄를 범한 자는 5년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 94.1.5>

② 업무상 과실 또는 중대한 과실로 인하여 전항의 죄를 범한 자는 7년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 94.1.5>

3) 이규찬 외, 「군사법개설(수정판)」, 330면.

이 다만 관행적으로 이루어지고 있다고 하는 점이다.⁴⁾ 이 논문에서는 이러한 면책의 근거를 지금까지 이루어진 다양한 연구성과들을 원용하여 법이론적으로 분석함으로써 조종자의 과실에 대한 형사사법적 대응방법에 있어 합리적인 규율방향을 모색해 보고자 한다.⁵⁾

II. 군항공기 조종자의 형사상 과실책임에 관한 이론적 검토

1. 과실범과 위험

과실범은 일정한 형태로 존재하는 사회적 위험 특히 형법적으로 중요한 구성요건적 결과의 발생에 대한 위험성과 관련시켜 이해할 경우, 과실범은 법적으로 허용되지 않는 수준으로 결과발생의 위험성을 위험을 증대시키는 행위이다. 즉 과실범에서 객관적 불법의 핵심이 되는 요소는 법적으로 허용되지 않은 객관적인 위험의 인위적 증가라고 할 수 있다. 이러한 위험은 작위 또는 부작위에 의해 행위자가 의도적으로 증가시킬 수도 있고 일정한 주의의무위반으로 야기될 수도 있다.⁶⁾

-
- 4) 논의의 범위를 군항공기 조종자에 국한한 이유는 일반 민간항공기의 경우 오늘날 진보된 항공기술에 의해 다른 교통수단에 비해 비교적 높은 정도의 안전성이 확보되어 있으며, 또한 안전하고 편리한 운송을 업무의 최대의 관심사로 하고 있음에 반해, 군항공기는 기동성 등 전투능력증대를 위해 안전성을 어느 정도 희생하고 있으며, 군항공기 조종자는 전쟁 및 기상악화 등 상당한 수준을 초과하는 위험한 상황 하에서도 군사적으로 필요한 경우 비행을 감행해야만 한다고 하는 특수성이 존재하고 있기 때문이다.
 - 5) 참고로 본 논문은 본인의 기발표 논문 ‘송성룡, “특수한 위험업무종사자에 있어서의 형법상 과실과 위험”, 공사논문집, 2003.’ 을 기초로 상당 부분을 수정 보완하였다.
 - 6) 통설적 이론과 비교할 때 전자는 인식있는 과실, 후자는 인식없는 과실과 유사하나 반드시 일치하지는 않는다. 본인은 과실범을 결과에 대한 위험의 증가를 고의로 야기한 경우와, 과실로 야기한 경우를 구분하여 이해하는 것이 보다 더 형사정책적인 실익이 있다고 본다(이에 관해서는 줄고, 과실범의 공동정범, 공사논문집, 2002 참고). 또한 여기서 발견할 수 있는 한 가지 문제는 특히 인식 없는 과실 혹은 위험의 증가를 부주의하게 야기한 경우의 과실범에 있어서 나타나는데, 인간의식의 이러한 메커니즘은 항상 인간의 일상적 위험통제 양상이 허용된 위험의 범위에 머무르고 있지는 않으며 그것이 오히려 정상적인 인간의식의 메커니즘이라는 것이다. 숙련된 운전자도 늘 운전 집중하고 있지만은 않다. 집중도는 오히려 초보운전자에게 있어 더 높게 나타난다고도 볼 수 있다. 그리고 이러한 긴장도의 순간적 이완현상은 모든 일반인에게 보편적으로 나타나는 현상이다. 이러한 관점에서 본다면 사실상 누구나 과실범이 될 잠재적 가능성을 내포하고 있는 셈이다. 이

한편 인간의식의 메커니즘은 항상 동일한 정도의 주의를 기울이도록 작동되지 않고 시간의 흐름에 따라 저절로 혹은 주어진 상황에 따라 긴장 또는 이완을 반복한다. 그 주의의 정도에 따라 법익침해 위험의 증가 혹은 감소가 반복되는 것이다. 이러한 통상적 긴장-이완의 반복이 허용된 위험의 수준 이내에 있을 때에는 비록 결과가 발생하더라도 과실범의 성립은 부정된다. 그러나 허용된 위험의 수준을 넘어서는 이완의 순간에 일정한 우연적 혹은 필연적 상황과 조우함으로써 법익침해 결과가 발생했을 때 과실범의 성립이 문제된다. 즉 과실범은 객관적으로 존재하는 위험에 대한 통제력을 행위자가 그의 책임 있는 사유로 인해 전부 혹은 일부 상실하게 됨으로써 법익침해결과발생의 가능성을 높이거나, 법익침해결과를 발생시킬 의도는 전혀 없었으나, 다른 목적 때문에 그 발생가능성의 정도를 의도적으로 증가시키는 방법으로 성립된다.)

따라서 과실범에서 주의의무의 본질은 가능한 법익침해의 위험을 법적으로 허용된 수준 아래에 머무르도록 하는 것으로 이해될 수 있다.

2. 업무와 위험통제

가. 과실범과 업무

현행법상 과실범에서 업무는 형벌기중요인이 된다. 즉 업무상과실의 경우 일반과실보다 형을 가중하고 있다.⁸⁾ 업무상 과실에 대한 형을 가중하는 형법의 취지는 업무수행자에게는 보다 높은 주의의무가 요구되고 있다고 하는 점이다. 판례는 업무의 범위를 매우 넓게 이해하고 있는데 예컨대 직업적 운전자가 아닌 일반인의 경우도 도로주행중의 과실을 업무상 과실로 판단하고 있다.

한편 업무는 형법상 위법성조각사유인 정당행위의 성립요건이 되기도 한다(형법

러한 사실은 기존의 책임에 관한 이론을 반성적으로 재검토해 보게 하는 것으로서 필자는 이러한 경우 과실범의 처벌이 순수한 책임원칙에 기초하고 있다기보다는 형사정책적 관점, 특히 일반예방적 관점이 고려되어 있다고 본다.

- 7) 예컨대, 정원 혹은 적재중량을 초과한 항공기나 선박을 수익성 때문에 운항을 시도하거나, 고의적으로 속도를 위반하여 자동차를 운행함으로써 인명의 손실을 초래한 경우.
- 8) 일반과실치사의 경우 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처하며(형법 제266조), 일반과실치사의 경우 2년 이하의 금고 또는 700만원 이하의 벌금에 처하고 있는데 반해(형법 제267조), 업무상과실치사의 경우 5년 이하의 금고 또는 2천만원이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(형법 제268조).

제20조.9) 따라서 업무자로서의 지위는 공익적 관점에서 구성요건적 행위를 정당화시켜 주는 요소로서는 업무로 인해 발생하는 일정한 위험의 확장을 허용하는 규정임과 동시에 주어진 허용범위 내에서 최대한의 주의를 기울여 위험을 통제하도록 의무지우는 규정이라 할 수 있다.

나. 업무의 종류에 따른 위험통제의 양상

1) 위험물 관리자의 경우

통상적으로 위험물 관리자, 예컨대 원자력 발전소나, 화학공장 등의 관리자, 인원의 수송을 담당하는 항공기 조종자 등에게는 위험통제에 관해 통상의 경우보다 높은 주의의무가 요구된다. 이유는 그 부주의로 야기된 결과가 통상의 경우보다 매우 심각하게 나타나기 때문이다. 이러한 직업군에 대해서는 결과발생을 전제로 하는 형법상의 과실범규정뿐만 아니라, 별도로 특별법에 의해 추상적 위험범의 규정이 도입되어 있는 경우가 많다.10) 예컨대 항공법 제156조 이하에서는 다양한 유형의 항공안전위해행위에 대한 처벌규정을 두어 항공승무원의 주의의무를 일반적으로 강화하고 있다. 참고로 항공법상의 처벌규정은 대부분 위험범의 형식으로 규정하고 있으므로 구체적인 법익침해의 결과를 요하지 않으며, 위험결과의 발생을 요하지 않는 추상적 위험범의 규정도 다수 존재한다.

2) 의료행위의 경우

의료행위의 경우 주어진 증상에 대한 의사의 치료방법 선택은 하나의 위험요인이 될 수 있다. 즉 환자의 건강을 회복시키는데 있어 덜 효과적이거나 효과가 미지수이지만 안전한 치료방법과 매우 효과적인 것이 예상되지만 때때로 부작용 등이 나타날 수 있는 치료방법 중 어떤 치료방법을 택할 것인가 하는 것이 의사의 위험통제영역과 관련하여 매우 중요한 문제로 취급된다. 의료행위에 있어 가능한 위험의 수용은 의학의 발전과도 깊이 관계가 있다.11) 따라서 의료행위의 경우 위험의 적극적인 수용이

9) 형법 제20조(정당행위): 법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다.

10) 이러한 위험영역의 특별한 규율의 필요성에 관해서는 김일수, “전환기의 법학 및 형법학의 과제”, 법인간인권(제3판), 527면.

의사의 업무영역에서는 오히려 환자의 이익을 위해 요구되는 경우도 있다고 하는 것이 의료행위가 여타의 과실범에서의 위험통제양상과는 구별되는 점이다.

여기에 관해서는 이른바 허용된 위험의 법리에 따라 의사의 적극적 위험수용을 허용된 위험의 영역에 속하는 것으로 이해하는 것이 통설적 견해이다. 그러나 의사의 적극적인 위험의 수용을 어느 정도까지 허용되는 것으로 볼 것인가 하는 점은 환자의 의사결정과 분리시켜서는 이해할 수 없다. 따라서 여기에는 포괄적인 허용된 위험이론이 아니라, 결과가 불확실한 영역에 대한 위험배분의 문제로 이해하는 것이 타당하다고 본다. 즉 피해자(환자)가 의사의 진지한 설명에 근거하여 그러한 위험을 승낙하고 스스로 수용함에 근거하여 의사의 위험수용에 대해 면책의 길을 열어 둘 수 있다고 본다.¹²⁾

의료행위와 관련하여 또 하나의 문제되는 영역은 미숙련의사의 의료행위가 있다. 수술경험과 관련지식이 부족한 의사가 위험한 수술을 스스로 감행하는 경우가 전형적인 예라 할 수 있다. 이 경우에 대해 제기되는 이론적 문제점은 미숙련의사라도 가능한 모든 주의는 기울이고 있다고 하는 점에서 주의의무위반이라고 하는 과실범의 일반이론으로는 잘 해결이 되지 않는다고 하는 점에 있다. 여기에는 필요한 위험의 정도를 제도적으로 어느 수준까지 허용하느냐 하는 문제와도 관련이 있으나, 법규상의 기준에 따른 일정한 자격을 취득하였다 할지라도 수술에 필요한 적정수준의 수련 과정을 거치지 않고 무모한 수술을 감행하였다면, 허용되지 않는 위험의 창출로 보아 과실책임을 물을 수 있다고 본다.

3) 도로교통운전자의 경우

운전자는 운전 중에 가능한 위험결과의 발생을 예상하고 그에 대비하여 안전한 방법으로 도로를 주행할 의무가 있으며, 운전 중의 과실로 인해 인명의 피해를 야기하였을 경우 형법은 업무상 과실치사상죄의 규정을 두어 처벌하고 있다. 업무상과실치사상죄는 일반 과실치사상죄의 형별기중유형으로서 관례는 비직업적 운전자의 경우도 업무상과실치사상의 규정을 적용하고 있다. 하지만 아이러니컬하게도 우리법체계

11) 최근에 의사의 방어적 진료 경향이 문제되고 있는데, 위험한 수술을 회피하거나, 응급진료의 기피현상은 매우 큰 사회적 문제로 대두되고 있다. 이상돈, “진료거부와 응급의료거부 : 이론, 정책, 도그마틱”, 고려대학교 법학연구소 법학논집 33, 1997, 467면 이하.

12) 이경환, “의료과실소송에 있어서의 과실과 관련된 쟁점”, 저스티스 77호(2004. 2.), 127면 이하.

는 다른 한편에서 운전자에게 폭넓은 면책의 길을 열어두고 있는데, 교통사고처리특례법이 바로 그것이다. 이 법은 과실로 상해를 야기한 운전자가 피해자와 손해배상에 합의를 하였거나 종합보험에 가입했을 경우 10개의 예외적 처벌조항에 해당되지 않는 한 형사책임을 면제하도록 하고 있다. 사실상 교통사고처리특례법은 급격히 증가하는 교통사고범죄의 규율을 사법경제적인 관점에서 해결하고자하는 의도가 엿보인다.¹³⁾ 하지만 인식없는 과실의 유형과 같이 통상적으로 행위자에 대한 비난 정도가 낮은 범죄유형에 대해서는 유용할지 몰라도, 위험을 의도적으로 야기한 경우나 중과실의 경우에 까지 면책의 길을 열어둔 것은 일반적인 과실치상의 규율과 형평에 맞지 않는다고 본다.

다. 군항공기 조종자에 있어서의 특수성의 검토

군항공기 조종자의 경우 일반적인 위험물 관리자의 경우와 구분되는 뚜렷한 특징이 존재하는데, 군항공기의 운항은 군사적 필요에 따라 명령·복종관계에 의해 이루어지며, 조종자가 위험창출상황을 중단시키거나 감소시킬 재량이 상대적으로 매우 제한적이라고 하는 점이다. 즉 위험의 통제가 자신의 개인적인 능력밖에 있는 경우가 많다. 예컨대 일반적으로 비행이 곤란한 기상상태나 적의 대공화기에 노출될 위험이 매우 큰 경우라 할지라도 비행을 감행해야 하는 특수한 상황에 처할 수 있으며, 전쟁과 같이 위급한 상황에서는 숙련이 덜 된 조종자가 작전에 투입되거나 기동성과 작전효율을 위해 안전성이 확보가 되지 않은 항공기를 운항해야할 경우도 있다. 그리고 다른 한편 군용기 조종자는 항공기에 대한 위험의 증대가 자신의 생명에 대한 위험의 증대로 곧바로 연결되기 때문에 그 자신이 위험의 결과에 대한 1차적 피해자가 될 수 있다.

군항공기 조종자에 해당하는 이러한 특수한 사항들은 위에서 언급한 세 가지 유형의 업무군, 즉 위험물 관리자, 의료행위, 도로교통운전자의 경우에 나타나는 특수한 양상들을 상당부분 포함하고 있다. 따라서 아래에서는 이러한 고위험직업군의 과실범과 관련한 기존의 몇 가지 이론적 성과들을 군항공기 조종자의 경우에 적용시켜 의미 있는 결론을 이끌어 보고자 한다.

3. 군항공기 조종자의 형사상 과실책임 감면에 관한 이론적 검토

13) 배종대, 형법총론, 1999. 560면 이하.

가. 허용된 위험이론에 따른 접근

위험을 수반하는 행위로 인한 법익침해의 위험성보다도 그 행위가 가지는 사회적 필요성이 현저하게 큰 경우 그러한 위험은 허용되는 것으로 할 필요가 있다.

신속성을 요하는 교통수단이나 발전소 및 화학공장 등 위험한 시설은 그자체가 위험요소를 안고 있지만 사회생활상 필수불가결한 것들이기 때문에 위험을 감수하고서라도 유지시킬 필요가 있는 것들이다.¹⁴⁾

허용된 위험을 좁은 의미로 이해하여 사회적으로 상당하고 경미한 위험 혹은 정상적이고도 역사적으로 형성된 사회질서의 범위 내에서 일반적으로 허용된 위험으로 이해한다면¹⁵⁾ 허용된 위험은 통상 사회적으로 상당한 범위에 미치므로 허용된 위험의 범위에 속하는 행위는 사회적으로 상당한 행위로서 구성요건에 해당하지 않는 행위가 된다. 이때 허용된 위험은 그 기준을 구체적인 법규로 제정되기도 한다. 예컨대 건축물, 항공기, 자동차등의 안전기준은 관련 법령에 규정되어 있다. 또한 자동차운전자나 항공기조종자의 면허기준도 운전자 및 조종자의 숙련도에 따른 인적 위험의 허용 정도가 법령에 의해 제도화된 것이라 할 수 있다.

허용된 위험을 넓은 의미로 이해하면 위법성조각사유가 되는 다양한 행위상황에 대해서도 허용된 위험의 법리를 적용할 수 있다. 이때 허용된 위험의 범위는 개별적인 행위상황 및 업무의 종류에 따라 다양한 기준이 존재할 수 있다.¹⁶⁾

사실상 허용된 위험을 창출하는 행위 자체는 법적으로 허용된 행위이므로 형법적 제재로부터 자유로우나, 그 허용된 위험을 허용된 일정한 수준으로 유지시켜야한다는 점은 명백히 행위자에게 부과된 의무로서 형법적 관심영역으로부터 자유로울 수 없다.

군항공기의 운영자체도 이러한 허용된 위험의 범주에 들어가는 것들이라 볼 수 있다. 하지만 허용된 위험범위에 속하는 것은 위험을 수반하는 군항공기의 정상적인 운영자체이며, 그 운영자가 자의적으로 위험을 증대시켰다면 허용된 위험의 범위를 초과한 것으로 봐야 할 것이다. 그러나 대부분의 경우 이러한 초과된 위험의 창출은 군

14) 예컨대 위험도를 낮추기 위해 법정제한속도를 40km/h 이내로 제한하지 않고 70km/h의 범위까지 허용한 것은 사회생활의 편리를 추구하기 위해 일정한 위험을 감수하고 안전성을 양보한 경우라 할 수 있다.

15) 김일수, 「형법총론」, 2000, 338면.

16) 이러한 입장은 허용된 위험을 매우 폭넓게 이해하여, 행위와 결합된 압도적인 사회적 유용성으로 인한 허용된 위험, 위험한 구조행위에 있어서의 허용된 위험, 정당방위상황에서의 허용된 위험, 양해있는 타인위태화에 있어서의 허용된 위험 등으로 구분하기도 한다. 양화식, “형법상의 허용된 위험론”, 성시탁교수 화갑기념논문집, 1993, 198면 이하.

항공기 조종사의 경우 자신의 의사결정에 따라서가 아니라 지시 및 복종관계에서 발생하므로 일반적인 과실범의 허용된 위험의 법리라는 포괄적인 법리가 아니라 형법상 정당행위 혹은 긴급피난의 법리에 의해 해결해야 할 경우가 많을 것이다.¹⁷⁾ 또한 다른 한편 항공기 조종자 자신보다는 비행을 지시한 주체의 과실책임이 문제될 수도 있다.

나. 타인의 법익에 대한 양해있는 위태화의 법리의 원용

이 이론은 구성요건에 대한 객관적 귀속의 기준인 규범의 보호목적사상에 의거하여 문제의 해결을 시도하는 것이다. 즉 규범보호목적사상에 따라 결과귀속을 부정하는 이론으로서 행위자가 허용된 위험의 정도를 초과하는 위험을 창출하고 실현하였으나 그 인과과정의 진행을 방지하도록 하는 것이 당해 범죄구성요건이 목적하는 바가 아닌 경우에는 결과의 귀속이 이루어질 수 없다는 것이다. 이러한 견해에 따르면 다음과 같은 조건 즉 ① 피해자가 가해자와 동일한 정도로 자신의 위험을 간과하였고, ② 위험결과는 앞서 진행된 위험창출행위의 결과일 뿐 다른 위험요인이 부가되지 않았으며, ③ 피해자가 위험실현에 대해 가해자와 똑같은 정도의 책임이 있을 때에는 이를 피해자의 양해 하에 실현된 위험으로 보아 행위자의 고의, 과실에 의한 자손행위와 동일하게 평가하여 과실책임을 부인하여야 한다고 한다.¹⁸⁾ 이러한 법리는 주로 도로를 주행하는 운전자와 동승자간의 관계를 염두에 둔 이론이라 할 수 있다.

이러한 법리는 군형법상 과실군용물손괴죄의 경우에도 매우 유익하게 원용될 수 있는데, 군항공기 소유자인 국가와 그 항공기를 조종하는 조종자간에도 위와 같은 피해자-가해자의 관계가 존재할 수 있기 때문이다. 이 법리에 따르면 항공기 운영에 명령권자 뿐만 아니라 조종자의 재량이 상당부분 개입되어 있는 경우에도 형사책임을 감면하도록 할 수 있다.

다. 자기위험이 동시에 수반된 위험통제 상황과 관련하여

17) 또한 미숙련조종사의 비행의 경우도 일반적 과실이론은 여기에 적용되지 않으며, 미숙련자의 경우에 있어 훈련비행은 정당행위(업무로인한행위)로, 불가피한 경우의 작전비행은 긴급피난의 법리에 의해 해결하는 것이 옳다.

18) Roxin, *Allgemeiner Teil 2. Aufl.*, 1994, S. 903.

형법은 행위자가 자신의 부주의로 인해 타인의 법익을 침해하는 일이 없도록 행위자로 하여금 위험요인증가의 억제를 위해 지속적으로 주의를 기울일 것을 요구하고 있다. 한편 군항공기 조종자는 항공기에 대한 위험이 자신의 생명에 대한 위험과 곧바로 연결되기 때문에 그 자신이 위험의 결과에 대한 제1차적 피해자가 될 수 있다. 통상 사고발생 후 행위자가 결과와 관련하여 어느 정도의 주의를 기울였나를 평가 할 때에 자살의 징후를 가진 조종자와 같은 아주 예외적인 경우를 제외하고는 당해 조종자는 적어도 자기의 법익에 대한 주의에 맞는 주의를 기울였음을 추정할 수 있다.

과실범 특히 인식 없는 과실과 같이 비난의 정도가 매우 약한 과실범의 경우 형사적 제재는 단지 일반 예방적 목적을 위해 부과된다고 밖에 볼 수 없다. 즉 위험을 관리하는 모든 사람이 타인의 법익을 보호하기 위해 일정한 수준의 주의를 항시 기울여 유사한 법익침해행위가 다시 발생하지 않도록 억제하는 취지를 가지고 있다고 할 수 있다. 이러한 일반 예방적 관점에서 볼 때 군항공기 조종사의 처벌은 사실상 무의미한 것이 될 수 있다. 즉 과실에 의한 사고 자체로서 일반 예방적 목적이 충분히 달성되며, 더 이상 형벌에 의한 예방이 필요하지 않다.

라. 책임능력의 감소

조종사는 조종 중 겪는 신체의 변화는 매우 다양하게 나타나는데, 예컨대 수평감각 및 방향감각의 상실, 기내의 급격한 중력 변화에 따른 체내 혈액의 이동으로 인해 발생하는 의식의 혼미, 흥분상태, 현기증, 소화기 이상 등은 매우 잘 알려진 증상들이다. 이는 정상적인 판단력의 저하를 가져오는 환경요소들로 작용하며 때때로 매우 극단적인 경우에 이르기기도 한다.

공중근무환경에서 일어나는 다양한 생리적 변화들은 지속적으로 항공의학적 관심의 대상이 되고 있으며, 그러한 연구결과들은 형사상 책임의 감경에 대해 사실적 근거를 제시할 수 있다.

마. 군사정책적 고려

끝으로 법이론적 관점과 직접 관련은 없으나, 한가지 짚고 넘어가야 할 점은 사실상 생명에 대한 위험을 감수하고 임무에 종사하는 군항공기 조종자를 통상의 과실범에서와 동일한 기준을 적용하여 처벌할 경우 군전투력의 유지에 부정적인 영향을 줄 수 있다고 하는 사실이다. 획일적인 처벌기준의 적용은 조종사로 하여금 때때로 과감

히 부딪혀야 할 필요가 있는 위협에 대해서도 소극적으로 대응하는 경향을 보이게 할 우려가 있다. 또한 조종요원의 양성에 막대한 비용이 소모되고 있음을 고려할 때에 우수한 기량을 갖춘 조종사를 공중근무에서 퇴출시키는 계기를 제공함으로써 국가가 투자한 막대한 비용을 일시에 소진시키는 불합리한 결과를 초래할 수도 있다. 또한 장기적으로는 국가방위를 위해 필수적으로 유지해야 할 조종요원의 수급에도 영향을 미칠 수가 있다.

사실상 실무에서 군항공기 조종사에게 그의 과실로 인한, 인명 및 재산의 피해에 대해 형사책임을 지우는 것이 극히 예외적인 경우로 매우 신중하게 다루어지는 것은 이러한 정책적 고려 때문이라 할 수 있다. 그러나 이러한 정책적 필요성이 반드시 책임을 물어야 할 중대한 과실에 대해서까지 형법적 규율을 양보해야 한다는 것을 의미하지는 않는다고 보아야 할 것이다.

III. 맺 음

과실범을 법적으로 허용되지 않는 수준으로 결과발생의 위험성을 증대시킴으로써 법익침해를 야기하는 행위로 이해할 때에 과실범의 성립에 요구되는 행위자의 주의 의무의 본질은 가능한 법익침해의 위험을 법적으로 허용된 수준 아래에 머무르도록 행위자에게 요구하는 것으로 이해될 수 있다.

군항공기 조종자의 경우 그 업무의 특성 상 위험의 통제가 자신의 개인적인 재량을 벗어나는 경우가 다수 발생하며, 기술적, 환경적 측면에서 정상적인 위험수준을 초과하는 고도의 위험을 수반하더라도 필요한 군사적 목적을 우선시키고 행동해야 할 의무를 부담하고 있다고 하는 점에서 형법상의 과실범의 규율과 관련하여 일반적인 위험통제기준을 획일적으로 적용할 수 없는 특수한 경우에 해당한다고 할 수 있다.

또한 항공기에 대한 위협의 증대가 자신의 생명에 대한 위협의 증대로 곧바로 연결되기 때문에 그 자신이 위협의 결과에 대한 1차적 피해자가 될 수 있다고 하는 점에서 과실범에 대한 형사정책적 규율을 재검토하게 할 만한 특별한 필요성을 제기하고 있다.

또한 필요한 일정수준의 군조종사 양성과 유지라는 군사정책적 관점도 현실적으로 고려될 수 있다.

참 고 문 헌

- 김일수, “과학기술의 발달과 형법”, 한일법학연구 제13집, 1994.
- 김일수, “과실이론의 새로운 지평”, 고시연구 창간 20주년 기념논총, 1994.
- 김일수, “전환기의 법학 및 형법학의 과제”, 법·인간·인권(제3판), 1996.
- 김일수, 「한국형법 I [총론 상]」, 박영사, 1993.
- 김일수, 「형법총론」, 박영사, 2000.
- 박상기, “형법상의 허용된 위험론”, 고시연구 창간 20주년 기념논총, 1994.
- 박상기, 「형법총론」, 박영사, 1999.
- 배종대, 「형법총론」, 홍문사, 1999.
- 서보학, “과실범에 있어서 주의의무위반의 체계적 지위와 판단기준”, 형사법연구 제15호, 2001.
- 신동운, 「형법총론」, 법문사, 2001.
- 신동운, 「판례백선 형법총론」, 경세원, 1997.
- 양화식, “과실범에 있어서 피해자의 승낙과 위험인수”, 박정근교수화갑기념논문집, 1990.
- 양화식, “형법상의 허용된 위험론”, 성시탁교수화갑기념논문집, 1993.
- 이경환, “의료과실소송에 있어서의 과실과 관련된 쟁점”, 저스티스 77호. 2004. 2.
- 이규찬, 「군사법개설(수정판)」, 연경문화사, 2003.
- 이상돈, “진료거부와 응급의료거부: 이론, 정책, 도그마틱”, 고려대학교법학연구소 법학논집 33, 1997.
- 이상돈, 의사의 과실과 객관적 귀속, 고려대학교법학연구소 판례연구 8, 1996.
- 이재상, 「형법총론」, 박영사, 1999.
- 이정원, 「형법총론」, 법지사, 1999.
- 이형국, 「형법총론」, 1999.
- Baumann/Weber, *Strafrecht AT*, 9.Aufl., 1985.
- Haft, *Strafrecht AT*, 4.Aufl., 1990.
- Hassemer, Winfried, *Einführung in das Strafrecht*, 2.Aufl., 1990.
- Maurach/Zipf, *Strafrecht AT/I*, 7.Aufl., 1987.
- Roxin, Claus, *Strafrecht AT/I*, 2.Aufl., 1992.
- Jakobs, Günter, *Strafrecht AT*, 2.Aufl., 1991.

- Jescheck, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts*, 4.Aufl., 1988.
Schmidhäuser, Eberhard, *Strafrecht AT*, 2.Aufl., 1975.
Stratenwerth, Günter, *Strafrecht AT*, 3.Aufl., 1981.
Wessels, Johannes, *Strafrecht AT*, 20.Aufl., 1990.
Wolfgang Frisch, *Vorsatz und Risiko*, 1983.

초 록

형법상 과실범을 객관적으로 존재하는 구성요건적 결과발생가능성에 대한 위협의 정도와 그러한 위협의 통제와 관련하여 규범적으로 행위자에게 요구되는 주의의무와 연관시켜 볼 때에 일정한 고위험군의 직업영역 종사자에게는 경우에 따라 기존의 과실범에 대한 일반이론을 획일적으로 적용할 수 없는 특수성이 존재하게 된다.

군항공기 조종자의 경우 그 업무의 특성 상 위협의 통제가 자신의 개인적인 재량을 벗어나는 경우가 다수 발생하는데, 예컨대 개인적인 기량 미숙, 항공기의 감항성의 기준미달, 부적합한 기상 상태 등 정상적인 위험수준을 초과하는 고도의 위협을 수반 하더라도 군사적 목적에서 불가피한 경우 그러한 목적을 우선시키고 행동해야 할 의무를 부담하고 있다고 하는 점에서 형법상의 과실범의 규율과 관련하여 일반적인 위험통제기준을 획일적으로 적용할 수 없는 특수한 경우에 해당한다고 할 수 있다.

또한 항공기에 대한 위협의 중대가 자신의 생명에 대한 위협의 중대로 곧바로 연결 되기 때문에 그 자신이 위협의 결과에 대한 피해자가 될 수 있다고 하는 점에서 과실범 처벌의 형사정책적 근거인 일반예방적 관점이 무의하다고 볼 수 있다.

또한 필요한 일정수준의 군조종사 양성과 유지라는 군사정책적 관점도 현실적으로 고려될 수 있다.

Zusammenfassung

Wenn man das fahrlässige Begehungsdelikt in Bezug auf ein Niveau eines Risiko der objektiv vorhandenen tatbestandlichen Erfolgsmöglichkeit und auf die nötige Sorgfaltspflicht, die die Täter nimmt, um das solches Risiko abzuhalten, berücksichtigt, ergibt sich der spezielle Fall selten bei der Person, mit dem hoch-gefährlichen Berufszweig beschäftigt ist, auf den die bestehende Allgemeine-Theorie über das gafahrlässige Begehungsdelikt gleichmässig unanwendbar ist.

Bezüglich des Piloten des Militärflugzeug ergibt sich oftmals ein bestimmter Fall, die die Kontrolle des Risiko geschäftlich über sein eigenes persönliches Ermessen geht, und er nimmt die Pflicht, die notwendige militärische Zielsetzung zuerst vor allem zu berücksichtigen, wenn auch technisch, klimatisch und umständehalber ein normales Niveau von Risiko übersteigt wird und zugleich ein bedenkliches hohes Risiko mit sich gebracht wird. Aus diesem Anlaß kann man folgern, daß der Pilot des Militärflugzeug ein besonderer Fall ist, auf den die Kriterien in Bezug auf das Gebiet der Regel über das fahrlässige Begehungsdelikt gleichmässig unanwendbar sind.

Und weil die Vermehrung der Gefahr des Flugzeug sofort an die Vermehrung der Gefahr seines eigenen Leben angeschlossen wird und daher es eine Möglichkeit gibt, daß der Pilot dem Resultat eines Gefahr zum ersten Opfer fällt, ist die Regelung in der Punkt der Generalprävention gegen das fahrlässige Begehungsdelikt sinnlos.

Und auch muß die militärpolitische Punkt, die Piloten des Militärflugzeug gemäß dem notwendigen Ausmaß auszubilden und das Ausmaß zu behalten, aktuell berücksichtigt werden.

주제어 : 군항공기 조종자, 형사상 과실책임, 과실범, 위험통제, 허용된 위험이론