

<論文>

## 항공형법에서의 과실 책임에 관한 연구

황 호 원\*

### A Study on negligent liability in Aviation Criminal Law

Ho-Won Hwang

#### Abstract

In aviation criminal law is negligence different from in civil law and in general criminal law. The Interpretation of aviation criminal negligence must be elucidated in characteristic own way. The thesis considers the principle of trust, permissible risk and the accomplice offender.

**Keywords:** Aviation Criminal Law(항공형법), criminal negligence(과실범), Liability(책임), Principle of trust (신뢰의 원칙), the accomplice offender(과실범의 공동정범)

#### I. 서 론

##### 1. 문제제기

급속한 과학과 기술의 발전으로 현대 사회는 편리함과 각종혜택 등 여러 장점을 제공받았지만 이와 반대로 위험의 가능성 역시 증가하고 있다. 우선 교통 분야만 하더라도 자동차, 고속철, 항공기 등의 수송수단의 신속함은 안전사고의 대가를 치뤄야만 했고, 또한 이런 첨단 분야의 업무를 수행함에는 높은 수준의 주의의무를 요하게 되었다. 이런 사고를 필요악이라고 할 때 법적으로 어떤 특별한 조치 내지 해석을 하여야만 할 상황에 이르렀다. 즉 인간으로서의 과실을 전혀 고려하지 않을 수도 없기에 이런 경우의 해결에 있어서 적절한 기준을 찾는 노력이 강구되어야 하겠다. 더욱이 인과관계와 과실의 증명이 점점 어려워지는 첨단 분야에서는 단순히 사고 발생내지 결과만으로 판단하여 행위자를 형사처벌 한다면 이는 관련 업무의 위축을 야기하고, 나아가 불합리한 법적용을 초래하게 된다. 그러기에 보다 타당한 법적 해결논리를 찾아야 하며 특히 항공운항 분야는 다양한 구성원이 공동으로 참여하는 특수한 형태로서 이 경우 발생하는 과실을 어떻게 해결하느냐는 초미의 관심사가 아닐 수 없다. 즉, 한 예로 기장에게 운항관련자에 대한 지휘, 감독은 물론 안전운항을 위해서 일반적인 책임을 지나치게 폭 넓게 인정하고 있다. 그러나 실제 기장은 항공분야의 특성상 비행관리 컴퓨터(FMS)의 잘못된 입력이나 상황에 부적절한 조인, 기재 취급, 부적당한 화물의 적재 등 안전사고에 있어서 치명적인 결과를 야기시킬 수 있는 요소가 산재 되어있다. 그러나 실제로 이런 사항에 대한 통제내지 확인할 수 있는 환경은 아닌 채 사고 시 그 책임만을 묻는 비상식적인 업무 편의주의적인 관행이 만연되어있음을 부인할 수 없다.

\* 한국항공대학교 항공우주법학과 교수

연락처자 E-mail: [howonhwang@hau.ac.kr](mailto:howonhwang@hau.ac.kr)

그러나 이제는 이런 구태의연한 해결방법에서 발전된 보다 합리적 해결방안을 찾을 노력이 경주되어야 할 여건이 조성되었다. 즉, 운항관리사의 브리핑이나, 지상조업자의 Loading Sheet, 부기자의 Call Out된 지시지, 관제사의 지시 등을 신뢰하여야 운항이 원활하게 이루어지고 또 각 분야 업무자에게는 자격 면허 및 직무교육이 이루어지므로 협동 업무자로서의 신뢰의 원칙을 적용할 수 있는 요건이 갖춰져 있게 되었다. 그러나 항간에는 이런 사고의 경우 항공운항의 효율성을 강조한 나머지 정확한 법적 판단은 미루고 편의성 측면에서 일방적인 법적 판단을 함으로써 정의에 반하는 경우가 종종 발생되고 있다. 이에 여기서는 첫째, 사회적으로 유용하고 불가피하지만 위험이 수반되는 특수행위를 수행하는 과정에서 발생하는 과실의 문제를 해결하는 방법으로 허용된 위험이란 법 이론을 중심으로 나아가 신뢰의 원칙을 살펴보기로 하겠다. 둘째, 과실의 경우 민사상과는 달리 형사상에는 그 의미가 크므로, 즉 민사상은 고의와 과실의 차이가 그리 크지 않으나 형사상은 원칙적으로 고의만을 처벌하기에 그 차이는 지대하다고 하겠다. 그러므로 과실의 판단에 있어서 개개인의 주관적인 특성을 인정하여야 하는지 아니면 일반적인 평균적 수준에 맞춰야 하는가가 중요한 의미를 갖고 있는 바 이를 살펴보기로 한다. 실재상 이런 객관적 주의의무를 어떤 기준으로 하여 정하느냐가 중요한 논의의 핵심이다. 즉 일반인의 주의능력을 표준으로 하여 주의의무위반의 유무를 판단해야 한다는 견해가 객관설로 이는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의정도를 표준으로 하자는 주장이다. 이에 비하여 행위자 본인의 주의 능력을 표준으로 하여 주의의무 위반의 유무를 정하자는 견해가 주관설로서 이는 행위자 표준설이라고도 한다. 이에 대하여 절충설로 주의정도는 일반인의 주의능력을 표준으로 하여 객관적으로 판단하고 주의능력은 행위자 본인의 주의능력을 기준으로 판단하자는 견해이다. 여기서는 이 객관적 주의의무의 판단기준에 관하여 항공분야의 특수성을 고려할 때 어떤 판단이 보다 타당한가를 다뤄보기로 하겠다. 나아가 마지막으로 과실이 단독이 아닌 여러 관여자가 있는 경우에 그 원인관계가 뚜렷하지 않은 사건에 있어서 어떻게 해결하느냐 즉 과실범의 공동정범의 문제를 다뤄보기로 하겠다. 특히 여기서는 우리가 극단적인 첨단성과 재량권이 폭 넓게 인정되는 항공분야를 다루는 만큼 일반적인 법 이론과는 다른 특수성이 인정되어야 하므로, 이런 측면에서 앞선 분야인 의료분야를 살펴보는 방법을 채택함이 보다 효과적이었음을 밝힌다.

이런 연구 배경하에 우선 신뢰의 원칙을 간단히 살펴보자면 오늘날 사회생활이 여러 사람들의 다양한 분업활동에 의하여 이루어지고 있는데, 그 관여자 각자가 자신의 분야에만 주의를 기울여야 할 뿐만 아니라 다른 관여자의 분야에도 전부 감독할 것을 요구한다면 원활한 사회생활이 불가능하기에 이를 근거로 처음에는 교통사고에 있어서 교통법규를 위반한 자에 의하여 발생한 교통사고에 대하여 과실책임을 묻지 않는다는 원칙이 성립되었다. 그러나 최근에는 교통사고뿐만 아니라 각종 기업 활동을 비롯하여 특히 의료 활동 그 중에서도 외과수술과 같이 다수인의 공동에 의하여 진행되는 모든 형태의 과실범에 대하여 그 적용범위가 확대되고 있다. 즉, 2인 이상이 일정한 목적을 실현하기 위하여 조직적으로 서로 협력하여 각자의 분담 부분을 수행하는 것에 의하여 위험한 작업을 행하는 분야에 확대 적용되고 있다. 따라서 신뢰의 원칙은 공동 작업을 전제로 하는 업무를 수행함에 있어서 그 관여자가 업무를 분담하고 상호간에 위험을 분배하면서 각자의 적정한 결과방지조치의 신뢰를 전제로 하여 이루어지는 경우에 그 적용이 가능한 원리라 하겠다. 즉 대표적으로 의료분야가 그 모델이 되는 바, 예를 들어 종합병원에서 공동으로 외과수술을 행하는 의사는 다른 의사가 주의의무를 다하였다는 것을 신뢰하면 충분하고 다른 간호사이 제공하는 수술도구가 정당하게 소독되었다고 신뢰하여도 좋다고 한다. 이는 오늘날 종합병원 등에서 모든 의료 활동을 의사가 직접 수행하거나 감독하는 것은 현실적으로 불가능함에도 간호사 등 보조자의 과실에 대하여 의사의 형사책임을 묻는다면 이는 민사상의 사용자의 책임과 같이 무한정하게 확대할 수도 없기에 신뢰의 원칙이 적용되어 합리적인 범위 내에서 의사의 과실 책임을 제한하는 것이 바람직하다 할 것이다. 그런데 바로 우리의 항공분야에 있어서도 의료분야와 마찬가지로 이론이 성립될 수 있기에 이를 알아보려고 한다. 즉 의사와 간호

사와의 관계를 항공분야에서는 기장과 부기장 내지 기장과 승무원 혹은 기장과 관제사 등 여러 차원에서 응용이 가능하리라 여겨지는 것이다. 이는 신뢰의 원칙이 공동작업 분담 시스템이라는 시각에서 각자의 업무분담이 확립되어 있고 나아가 공동작업의 능률화를 위하여 그것에 대한 신뢰를 보장해야 할 필요성이 존재한다는 점 나아가 업무분담자간에 지휘, 명령 내지 감독관계가 존재하여, 서로의 책임의 분량이 첨예하게 대립한다는 점 등이 항공분야에 있어서도 의료분야에서 성공리에 활용했던 신뢰의 원칙을 적용할 수 있으리라 믿는다.

## 2. 항공형법의 특수성

항공형법이란 정상적인 항공운항을 방해하는 항공범죄의 성립 및 그 처벌에 관한 내용을 규정하는 법규범으로서 이는 나아가 항공에 관련된 특수한 상황을 고려한 범죄이론의 구성 및 각종 보안에 관한 분야를 포함한 범죄 및 형벌을 다룬 규범의 체계를 뜻한다. 여기서 항공범죄란 구체적으로 항공운송활동의 안전성, 보안성, 정규성에 장애를 주는 의도적인 불법행위와 실제 항공안전에 침해를 발생하지는 않았다 하더라도 단지 불법적으로 폭발물이나 무기 등을 항공기에 탑재시키거나 범죄 실행을 위해 이를 위장, 분해 등의 방법으로 기내에 반입하는 행위 및 협박 등에 의해 안전을 유발할 가능성이 있는 행위 등을 포함한다. 이에 대한 유형을 ICAO에 따르면 점거, 점거기도, 기내난동, 하이재킹, 파괴, 시설공격, 안전방해 등으로 나눌 수 있다. 그러나 사실 학문상 항공형법이란 이런 특수한 분야에 국한 시키지 않고 항공범죄의 특성상 형법과의 연관이 깊은 관계로 그 해석상 형법적인 이론을 활용해야 할 필요성이 절실히 요구된다 하겠다. 이는 물론 직접 형법을 적용하는 경우도 있겠고, 특히 기본 이론, 예를 들어 죄형법정주의, 구성요건해당성, 위법성조각, 책임형법의 적용, 미수, 공범 등을 활용함은 물론 항공분야라는 특수성으로 말미암아 독특하게 해석할 영역들이 분명 존재하는 것이다. 이미 의료분야는 의료형법이라는 고유한 성격을 특성화하여 활발한 연구가 진행되고 있다. 항공형법에서는 형사책임이 기존의 민사책임과는 확연하게 다름으로 말미암아 나타나는 현상을 심도 있게 다룰 필요가 다름 필요가 있으며 나아가 업무의 특성상 허용된 위험이라든지 업무상의 과실의 범위 및 그 입증책임의 문제, 나아가 기장과 승무원, 관제사 등 신분제에 따른 권한과 책임 등 그 특수성에 비춰볼 때 고유하게 해석할 요구가 크다 하겠다. 이에 우선 그 중 가장 이슈가 되고 있는 형사 처벌상 항공중사자와의 이해관계와 직접 관계있는 과실이론을 다뤄보고자 한다.

## 3. 형법상의 고의/과실이론

객관적 구성요건에 대한 인식과 이를 실현할 의사를 고의라고 한다. 민사법에서의 무과실책임주의와는 대조적으로 형사법에서는 원칙적으로 고의범만을 처벌하고 과실범은 예외적으로 특별한 규정이 있는 경우에만 처벌하고 있다 형법 제 13조 참조. 과실은 정상의 주의를 태만히 함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위를 말하고 있다 형법 제 14조 참조. 즉 사회 생활상 요구되는 주의 의무를 위반 또는 태만함으로써 구성요건적 결과발생을 예견하지 못하거나 회피하지 못한 경우를 말한다. 과실범은 의사에 의하여가 아닌 부주의에 의하여 법질서 명령을 위반하는 것이므로 그 불법과 책임이 고의범보다 가볍다. 일반적으로 과실은 주의의무 위반, 즉 구성요건적 결과발생을 예견하고 그에 따라서 결과발생을 회피할 수 있었는데 그렇게 하지 않았다는 법적 평가에 그 본질이 있다. 여기서 주의의무란 범죄의 구성요건이 실현되지 않도록 주의해야 할 의무를 말한다. 과실은 행위자가 주의의무 위반으로 인하여 구성요건의 실현가능성을 인식하지 못한 경우(예: 권총에 실탄이 장전된 것을 모르고 방아쇠를 당겨 피해자를 사망케 한 경우)의 인식 없는 과실과 행위자가 구성요건의 실현가능성은 인식하였으나 주의의무 위반으로 인하여 구성요건이 실현되지 않을 것으로 신뢰하고 결과발생을 회피하지 아니한 경우(예: 권총에 실탄이 장전된 것을 알았으나 빗나갈 것으로 믿고 방아쇠를 당겨 피해자를 사망케 한 경우) 즉, 인식있는 과실로 나뉘볼 수 있다. 또한 일반적인 과실과 비교하여

그 행위자가 일정한 업무에 종사하는 자가 당해 업무 수행상 요구되는 주의의무를 태만히 한 경우인 업무상 과실도 형법상 중요한 의미가 있다. 나아가 아주 근소한 주의만 기울였다면 결과발생을 방지할 수 있었던 과실의 경우, 즉 예를 들어 성냥불로 담배를 붙인 다음 그 성냥불이 꺼진 것을 확인하지 아니한 채 휴지가 들어있는 휴지통에 던진 것과 같이 중대한 과실이 있는 경우를중과실이라 하여 가중처벌하고 있다.

여기서 고의/과실의 단계를 미국형사법과 비교하여 표로 나타내면 다음과 같다.

	한 국		미 국
고 의	구성요건의 객관적 요소에 해당하는 사실을 인식하고 구성요건의 실현을 의욕내지 인용하는 것	의 도 (purpose)	범죄의 결과를 야기하거나 범죄로 되는 행동에 종사하고자 하는 의식적인 목적을 가지고 행동하는 것
미필적 고의	구성요건의 실현이 불확실하지만 행위자는 이를 가능한 것으로 인식하고, 구성요건실현을 인용한 경우	인 지 (knowingly)	자신의 행동으로 인하여 범죄의 결과나 범죄로 인한 상황이 발생할 것을 "사실상 확신"하면서 행동하는 것
인식 있는 과실	행위자가 구성요건해당 사실을 인식함으로써 자신의 행위가 구성요건적 결과를 발생시킬 위험성을 감지했으나 결과의 발생가능성을 부정하면서 결과발생을 회피하기 위하여 필요한 주의 의무를 다하지 않은 경우	무분별 (recklessly)	행위의 결과로 인하여 중대하고 정당화될 수 없는 위험이 발생될 것을 예견하면서도 이를 무시하고 행동하는 것
인식 없는 과실	사회생활상 요구되는 주의의무에 위반하여 구성요건의 객관적 요소에 해당하는 사실을 인식(예견)하지 못하거나 구성요건적 결과의 발생을 회피하지 못한 경우	과 실 (negligently)	과실이라 함은 일정한 상황에서 합리적 인간에게 요구되는 주의의무를 이행하지 아니하는 것. 구체적으로 행위의 결과로 인하여 중대하고 정당화될 수 없는 위험이 발생될 것을 예견할 수 있었음에도 불구하고 이를 예견하지 못하고 행동하는 것.

일반적으로 과실범이 성립하려면 우선 객관적으로 주의의무를 위반했어야 한다. 이는 행위자가 사전에 주의력을 집중하여 법익침해에 대한 위험성을 인식해야 할 의무인 결과예견의무와 위험성을 인식했을 때 구성요건적 결과발생을 방지하는 데 필요한 적절한 외적 방어조치를 취할 의무 즉 결과회피의무로 이뤄져 있다. 그런데 실제상 중요한 점은 이런 객관적 주의의무를 어떤 기준으로 하여 정하느냐인데, 이는 다음 III 장에서 자세하게 다루기로 한다. 또한 과실범이 성립하려면 결과가 발생했어야 하고 나아가 행위자의 과실과 구성요건적 결과발생 사이에는 인과관계가 있어야 한다.

## II. 항공분야에 있어서 신뢰의 원칙의 적용

### 1. 의의

본래 신뢰의 원칙은 교통규칙을 준수하는 운전자는 다른 관여자들도 교통규칙을 준수할 것을 신뢰해도 좋고, 다른 관여자들이 교통규칙을 위반하는 경우까지 예상하여 이에 대한 방어조치를 취할 의무는 없다는 원칙을 말한다. 피해자의 적절한 행위를 신뢰하는 것이 타당한 때에는 법익침해가 발생한 경우에도 이를 허용하는 원칙으로서 허용된 위험의 특별한 경우에 해당한다. 이렇게 교통 분야에서 시작된 신뢰의 원칙이 점차 그 영역을 확대하여 최근에는 분업적 공동 작업이 필요한 모든 경우에 그 공동작업의 능률을 위해서 적용되기 시작하였다. 특히 예를 들어 외과수술 등의 의료분야에서 유용하게 응용되고 있다. 물론 이런 신뢰의 원칙을 확대적용하기 위해서는 신뢰를 기초지울 수 있는

분업관계가 확립되어 있어야 한다[1]. 의료 분야에서의 판례를 살펴보면, 우선 수평적 분업과 수직적 분업으로 나눌 수 있다. 전자의 경우는 공동으로 수술을 행한 의사들 상호간이나 한 병원의 독립된 각각의 분야 사이<sup>1)</sup>, 의사와 약사 사이처럼 지휘, 감독관계가 없는 경우이다.[2] 후자의 경우는 의사와 간호사 등 보조자 사이, 전문의와 일반의 혹은 수련의 사이, 주치의와 야간 당직의사 사이 주치의사에게 요구되는 이러한 일련의 조치를 취하지 아니한 과실이 있다면, 치료과정에서 야간 당직의사의 과실이 일부 개입하였다고 하더라도 그의 주치의사 및 환자와의 관계에 비추어 볼 때 환자의 주치의사는 업무상과실치사의 책임을 면할 수는 없다.(대판 1994.12.9, 93도 2524).처럼 지휘, 감독관계가 있는 경우에는 신뢰의 원칙이 적용되지 않는다<sup>2)</sup>. 그러나 수술중의 의사는 수술 자체에 전념하여야 하므로 자연스럽게 보조자에 대한 신뢰의 범위가 확대되는 경향이 있다는 점을 유의할 필요가 있다. 그러나 이런 신뢰의 원칙도 적용에 한계가 있다. 즉 이미 상대방의 규칙위반을 인식하고 있는 경우에는 신뢰관계를 기대할 수 없으므로 신뢰의 원칙이 적용되지 않는다. 즉, 필요한 방어조치를 강구해야 할 의무가 있는 것이다<sup>3)</sup>. 또 상대방의 규칙 준수를 신뢰할 수 없는 경우 즉, 상대방이 규칙을 알지 못하거나 규칙을 준수할 가능성이 없는 경우와 교통규칙의 위반이 빈번히 일어나는 장소라든지 운전자가 이를 예상할 수 있는 특수한 사정이 존재할 경우에도 신뢰의 원칙이 배제 된다<sup>4)</sup>. 마지막으로 운전자 스스로가 교통규칙을 위반한 경우로서 스스로 야기한 위험에 대한 책임을 타인에게 전가할 수 없으므로 신뢰의 원칙이 적용되지 않는다. 항공분야에 있어서도 역시 기장, 부기장, 승무원, 관제사, 정비사 등의 여러 직종의 업무자가 안전한 항공운항을 위해 협력관계 내지 지휘 감독 관계로 관련되어 있는바 신뢰의 원칙이 원용될 필요성이 있다 하겠다.

## 2. 의료판례 분석 및 응용

간호사의 과실에 대한 의사의 형사책임을 묻는 대법원 판례를 중심으로 최근 신뢰의 원칙상의 제기되는 문제를 알아보고 아울러 항공분야에의 적용 가능성 여부를 살펴보기로 하겠다. 사안은 피고인인 수련의는 혈액을 수혈하는 과정에서 간호사에게 단독으로 수혈하도록 내버려둠으로써, 간호사가 확인을 제대로 하지 않고 다른 사람에게 수혈할 혈액을 잘못 수혈함으로 말미암아 사망에 이르게 된 것이다. 이 경우 원심은 피고인이 환자에 대한 수혈은 원칙적으로 의사가 직접 시술하여야 하고, 피고인이 마땅히 피해자의 수혈에 대한 시술의 책임이 있다 하나, 실제상 업무의 과다로 인하여 직접 시술할 수 없는 관행을 충분히 인정하고 특히 첫째 혈액봉지의 수혈은 의사가 직접 실시하였으므로 그 책임이 경감되고 무엇보다도 관행의 시정을 요구할 만한 지위에 있지 아니하고 더구나 지시, 감독이 없는 상태에서 간호사가 임의로 혈액봉지를 교체한 행위에 대하여 피고인이 교육, 감독의무를 해태하였다고 피고인에게 책임을 묻는 것은 피고인이 가지고 있지 않은 권한을 행사하지 않은 책임을 묻는 것이라 하여 무죄를 선고하였다. 더구나 간호사는 피고인이 아닌 주치의에게 상황을 알리고 그

1) A 의사가 수술지원 요청에 의하여 수술(결석을 제거하고 난 뇨관의 협착부위를 절단하여 방광측부에 이식하는)을 한 후에 다른 의사들이 한 이형수혈의 부작용으로 인하여 환자가 사망한 경우에는 A의사에게는 손해배상책임이 없다(대판 1970.1.27, 6 다 2829),

2) 의사는 당해 의료행위가 환자에게 위해가 미칠 위험이 있는 이상 간호사가 과오를 범하지 않도록 충분히 지도, 감독을 하여 사고의 발생을 미연에 방지하여야 할 주의의무가 있고, 이를 소홀히 한 채 만연히 간호사를 신뢰하여 간호사에게 당해 의료행위를 일임함으로써 간호사의 과오로 환자에게 위해가 발생하였다면 의사는 그에 대한 과실 책임을 면할 수 없다(대판 1998.12.9, 93 도 2812)

3) 고속도로상을 운행하는 자동차 운전자는 통상의 보행인이 그 도로의 중앙방면으로 갑자기 뛰어드는 일이 없으리라는 신뢰 하에서 운행하는 것이지만, 위 도로를 횡단하려는 피해자를 그 차의 제동거리 밖에서 발견하였다면 피해자가 반대차선의 차량 때문에 도로를 완전히 횡단하지 못하고 그 진행차선 쪽에서 멈추거나 다시 되돌아 나가는 경우를 예견해야 하는 것이다. (대판 1981.3.24, 80도3305)

4) 버스 운전자가 40미터 전방 우측노면에 어린아이가 같은 방향으로 걸어가고 있음을 목격한 경우에 운전자는 그 아이가 진행하는 버스 앞으로 느닷없이 뛰어나올 수 있음을 예견하고 이에 대비할 주의의무가 있다 (대판. 1970.8.18, 70도1336)

지시를 받아 수혈하는 등 수혈과정에 있어서 피고인은 전혀 개입할 여지가 없었다.

그러나 대법원에서는 비록 관행이 직접 의사가 수혈까지 간여하는 것을 요구하지 않았다 하더라도 의사는 수혈 시 수혈용 혈액의 완전성을 확인하고 수혈에 직접 입회하여 환자의 반응을 관찰하면서 만일의 부작용에 대비할 주의의무가 있음을 더 강조하였다. 즉 그런 관행이 있다고 하더라도 수혈을 간호사에게 시술케 하는 것은 허락하지 않는다는 것을 천명하였고 나아가 감독의무를 소홀히 한 점을 엄히 묻는 유죄 판결을 하기에 이르렀다.

이 사안에서 우리가 생각해볼 만한 사항은 주의의무 규정에 직접 의사가 주사하거나 입회함으로써 만약의 부작용에 대하여 신속한 대응조치를 하여야 한다는 주의의무 규정의 준수를 엄격히 요구하고 있다. 물론 현실적으로 볼 때 의사가 수혈의 전 과정을 반드시 입회하여야 할 주의의무가 있다고 보기는 어렵지만 수개의 혈액 봉지를 계속하여 수혈하여야 할 경우 혈액봉지를 교체할 때마다 의사가 직접 이를 확인하여야 할 주의의무가 있다는 것은 그 작업의 단순성에 비추어 무리인데 이를 요구하는 판례의 태도는 의심스럽다. 또한 간호사의 과실에 대하여 의사가 형사책임까지도 져야 하는가? 의 문제가 남는다. 물론 민사상으로는 사용자 책임 내지 채무불이행 책임을 지는 결과 의사가 그 책임을 면하기 어렵다. 즉 의사가 사용하는 간호사의 행위가 개입되어 환자가 사망한 데 대하여 의사의 불법 행위에 의한 민사상 책임을 인정하는 바 이는 간호사에게 환자의 상태에 따른 적절한 지시를 하지 아니한 의사 자신의 과실책임을 인정하고 있는 것이다<sup>5)</sup> .. 그러나 이 사건인 경우 간호사가 수혈하기 전에 환자의 혈액봉지가 맞는지 여부를 확인하여야 할 주의의무를 소홀히 하였음을 부정할 수 없다. 그런데 바로 이런 경우 그 담당의사의 과실로 이를 인정하여 처벌을 받을 수 있느냐가 문제된다. 의료법에 따르면 간호사는 진료에 관한 한 보조행위 밖에 할 수 없으므로 의사의 지시, 감독 하에 진료 행위에 관여할 수밖에 없다. 일본의 학설에 따르면 일반적으로 의사는 자신의 감독 하에 있는 간호사 등에 대하여 항상 사고를 방지하기 위하여 적절한 지도, 조안을 할 의무가 있고, 자기가 감독하는 간호사 등이 구체적 지도, 조안을 할 의무가 있고, 자기가 감독 하에 있는 간호사의 구체적 과오에 대하여 적절한 지도, 감독에 의하여 시정하는 것이 가능한 이상 이를 태만히 한 데 대하여 주의의무 위반의 책임을 면하기 어렵다고 보고 있다. 일본의 판례의 경우는 간호사가 흡인용 파이프를 채혈기구에 접속하여 흡인하여야 함에도 잘못하여 분사용 파이프를 접속하여 분사 시켰음에도 이를 간과하고서 피해자의 정맥에 채혈침을 찔러 혈관에 다량의 공기를 주입시킴으로써 사망에 이르게 한 사안에서 "의사는 사람의 신뢰를 받아서 그의 생명, 건강을 관리하는 것을 업무로 하는 자이기 때문에 그의 업무의 성격상 사람에게 위해가 미치는 것을 방지하기 위하여 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무가 있고, 반면에 간호사는 의사의 지시에 의하여 의료에 관여하는 경우에도 의사의 보조자이고 의료행위는 항상 의사의 책임으로 행해지는 것이기 때문에 의사는 간호사를 신뢰하지 못하여 그것이 사람에게 위해를 미칠 위험이 있는 이상 아무리 단순한 작업이라 하여도 간호사를 신뢰하여 맡겨서는 안되고, 오히려 간호사가 과오를 범하지 않도록 충분히 주의, 감독을 하여 사고의 발생을 미연에 방지하여야 하고, 이를 태만한 경우 발생한 사고에 관하여 의사의 책임을 묻는 방향으로 판시하고 있다. 즉, 간호사인 경우 즉 수직적 분업이므로 그 책임을 의사가 대부분 지고 있다.

원심은 피고인에게 수혈에 대한 책임을 인정하면서도 피고인의 평원에서는 둘째 혈액봉지부터는 인턴 대신 간호사가 교체하는 관행이 있고, 그 관행을 피고인이 시정하는 것을 기대할 수 없다는 이유로 피고인의 과실을 부정하였다. 그러나 대법원에서는 만일 피고인이 관행에 따르므로 면책이 되려면 예를 들어 수혈환자별로 혈액 봉지가 구분되어 놓여 있어서 서로 혈액의 봉지가 바뀌지 않을 여건이 있다든지, 즉 이와 같은 안전성을 담보할 수 있는 의료체계가 갖춰지는 등의 환경이 갖춰져 있다면 몰라도 그렇지 않은 경우는 관행에 따랐다는 이유로만은 피고인이 면책되지는 않을 것이라고

5) 대법원 1957.10.30 선고 4289 민상 599 판결; 대법원 1972. 5.9 선고 71다2731, 2732 판결; 대법원 1974.12.10. 선고 73 다 1405 판결; 대법원 1981.6.23. 선고 81다413판결

판시하여 피고인에게 책임을 묻고 있다.

이 사건은 의사가 병원의 관행에 따라 간호사로 하여금 수혈을 하도록 하다가 간호사의 과실에 의하여 피해자가 사망한 경우에 의사의 형사책임을 부정한 원심을 파기한 것으로 대법원은 의사와 간호사 사이에 신뢰의 원칙이 적용되지 아니하는 사례로 판단한 것이다. 이를 우리 항공종사자 사이에 적용한다면 즉 기장과 기타 부기장 내지 승무원 나아가 관제사 등과의 신뢰의 원칙 적용여부를 따져 보는데 중요한 기준이 되리라 여겨진다.

### 3. 허용된 위험

현대 산업사회에서 위험을 수반하는 여러 행태의 경우에 행위자가 결과를 회피하기 위한 조치를 충분히 하였다면 이에 의하여 법익 침해적 결과가 발생했는지라도 행위자에게 형사 책임을 지울 수 없다는 이론이다. 이는 19세기 산업혁명에 의한 급속한 과학, 기술의 발달로부터 생겨난 철도나 직물, 광산업 등과 같은 산업이 성질상 필연을 유지하고 산업을 발전시키기 위하여 발생하는 일정한 위험은 허용된 위험의 이론을 최초로 언급한 학자는 폰 바아(von Bar)로서 처음에는 기업과 산업보호 중심의 개념에서 출발하였다<sup>6)</sup>. 그러나 점차 현대 사회에서는 자동차, 고속철도, 선박 및 항공기 등의 교통기관뿐만 아니라 의사의 수술, 원자력 발전소, 컴퓨터 시설, 유전공학 등과 같은 생활에서의 필수적인 수단들에 대한 의존도가 커짐에 따라 이에 발생하는 과실의 양과 질이 엄청나게 극대화하는 과정에서 그 의의가 크다 하겠다. 그러므로 허용된 위험은 특별하게 법적으로 보호해주시지 않으면 안되는 분야에 적용하여 그런 특수한 경우를 예외적으로 취급하겠다는 취지에서 고려된다. 즉, 허용적으로 법익 침해의 위험성을 내포하고 있으나 그 사회적 효용이 허용된 위험은 사람들이 사회생활을 함에 있어서 서로 감내할 것으로 양해된 최소한의 법익침해의 위험성으로서 허용된 위험업무의 사회적 유용성과 필요성을 그 근거로 한다(예: 교통수단, 공장시설의 운용, 건설공사, 과학적 실험근거, 광산의 채굴행위 등).

## III. 주의의무 판단기준

### 1. 주의의무의 판단의 일반화 및 개별화

우리 형법은 과실범을 형법 제 14조에 의하면 "정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위"라고 규정하고 있다. 즉, 행위자가 구성요건적 결과 발생을 예견할 수 있었음에도 불구하고 구체적인 상황에서 결과의 발생을 회피하기 위하여 사회생활상 요구되는 주의의무를 위반한 것을 뜻한다. 그런데 여기서 주의의무를 사회생활을 함에 있어 누구에게나 요구되는, 사회 일반 평균인의 수준에서 요구되는 주의의무인 객관적 주의의무와 행위자의 개인적 능력과 특성에 비추어 행위자에게 준수 가능한 수준의 주의 의무인 주관적 주의의무로 나눌 수 있다.

#### 1) 객관설

기존의 다수설과 판례인 객관설은 사회생활상 일반적으로 요구되는 주의의무의 척도는 객관적, 일반적인 것이 된다. 객관설에 의할 때 과실의 이중적 지위를 인정하여 객관적 주의의무 위반인 객관적 과실은 불법요소로서 구성요건에서, 주관적 의무 위반인 주관적 과실은 책임요소로 보고 있다. 객관설이 이렇게 주의 의무의 기준을 객관적, 일반적인 것을 설정하는 이유는 법규범은 누구에게나 구속

6) 폰 바아는 "개인의 경우에 법익침해의 발전을 완전히 방지할 수 있는 적당한 예방시책을 요구한다면, 모든 기업활동의 가능성은 배제될 것이다. 따라서 유익한 기업의 수지균형에 맞지 않는 비용을 요구하는 예방 시책은 태만히 하여도 과실이 아니다"라고 주장하였다

력을 갖는 일반적 원칙이어야 하며 개인적인 규범이어서는 안된다는 데 있다[3].

## 2) 주관설

그러나 최근 객관적 주의의무 위반은 과실의 구성요건요소가 아니라 단지 객관적 귀속의 하나의 척도로서 과실범의 객관적 구성요소가 되고, 그 대신 주관적 주의 의무위반이 과실의 본질적 요소로서 과실범의 본질적 요소가 된다는 견해가 주장되고 있다[4]. 이를 주관설이라 하며 이는 행위자가 자신의 주의 능력에 따라 가능한 주의의무를 다하지 아니함으로 성립하는 주관적 과실만이 과실범의 불법을 이룬다고 하며 이는 행위자 개인의 주관적 주의 능력을 표준으로 주의의무를 결정하자는 것이다. 주관설이 주의의무 위반의 척도를 주관화, 개별화하는 근거는 법규범은 개인에게 불가능한 것을 요구할 수 없고 행위자 개인의 고유한 주의 능력에 비추어 가능한 주의의무를 부과해야 한다는 것이다. *ultra posse nemo obligatur* 원칙: 이는 "가능하지 않는 것을 의무지우지 못한다"는 내용의 원칙이다. 이는 과실범에 있어서 불법구성요건을 형성하는 주의의무는 개별적 행위 가능성을 판단 척도로 하는 주관적 주의의무가 될 수밖에 없다는 결론을 뒷받침해주는 원칙이다.

## 2. 해결방안

### 1) 객관적 주의의무의 설정의 어려움

객관설에서는 객관적 주의 의무를 설정하기 위해 "주의 싶은, 신중한, 성실한 평균인"이라는 추상적 개념을 사용한다. 그러나 이러한 기준은 충분하고 정확한 객관적 기준을 산출하기가 너무 힘들다[5]. 특히 자연과학의 연구 분야라든지 항공 등 특수한 전문적인 분야에서는 아직 일정한 양식이 형성되지 않아 더 더욱 그 한계를 설정하기에 어려움이 있다. 그리하여 행위자에게 추상적인 주의의무를 부과하기 어렵다는 점이 그 비판의 핵심을 차지하고 있다. 즉 개인적 요소를 고려하지 않고서는 객관적 주의의무의 기준을 마련하기 어렵다는 점이 지적되고 있다.

그러나 꼭 이렇게 비판적으로만 볼 것이 아니라, 그러한 평균인은 법질서가 각 사회생활영역에서 그 구성원에게 기대하는 전형적 역할과 관련하여 사회적 지위로 형상화될 수 있기 때문이다. 이 경우 범공동체가 일정한 생활영역의 행위자에게 '어떤 주의 있는 행위기대'를 하고 있는지가 기준이 되며 그러한 기대는 일반 또는 업무상의 생활권에서 사려 깊은 일반인, 또는 업무자에게 객관적으로 요구되는 주의규범(형법규범, 의술의 일반원칙, 일반적으로 인정된 기술, 과학상의 규정 또는 경험칙 등)의 형태로 형성될 수 있는 것이다.

### 2) 행위의무의 상대화 문제

주관설은 과실 불법의 판단에 있어 행위자 개인의 능력을 판단척도로 삼음으로써 법규범의 추상적, 일반적 성격을 무시하고 그 결과 과실범규정은 더 이상 일반적 행위규범으로 기능하지 못하며 결국 모든 규범 수범자에게 일반적으로 유효해야 할 행위의무를 주관화, 상대화 시킨다는 비판을 받는다[6]. 이러한 비판에 대해 주관설은 법규범은 규범수범자의 의사에 상관없이 준수되어야 한다는 점에서는 객관적, 일반적 성격을 가지지만, 구체적인 행위상황에서 행위자가 자신의 역량에 상관없이 반드시 어떠한 행위선택을 하도록 요구하는 것은 아니라고 한다. 또한 법규범이 행위자에게 일정한 행위의무를 부과한다고 할지라도 행위자는 자신이 처한 구체적인 행위 상황을 고려하여 자신의 개인적 역량에 따라서만 행위 할 수밖에 없기 때문에 모든 사람에게 동일한 행위규범이란 존재할 수 없고, 결국 법규범은 각 행위자에게 주어진 상황에서 최선과 양심을 다해 자신이 행위 능력을 발휘하여 규범의 명령을 따르도록 하는 것 이상은 요구할 수 없다는 반론을 편다[7]. 생각컨대 주관설의 입장을 따를 경우 그들의 교묘한 반론에도 불구하고 주의의무 규정이 상대화되는 결과를 초래하는 것은 피할 수 없다. 주관설은 법규범의 준수여부는 행위자 개인의 의사에 달려있지 않기 때문에 여전히 객관



적이라고는 하나, 어떤 행위자의 주의의무규정 위반여부가 행위자 자신의 주관적 능력에 따라 결정된다면 결국 과실범의 규정은 사전에 정해진 기준에 따라 모든 규범 수범자에게 일반적으로 구속력을 갖는 객관적, 일반적 규범이 아니라 개개 행위자의 주관적 능력에 따라 그 유효여부가 결정되는 주관적, 개별적 규범이 될 수밖에 없기 때문이다. 이렇게 되면 과실범 규정은 더 이상 모든 사람에게 타당한 일반적 행위규범이 될 수 없어 그 지도 형상 기능을 상실하게 된다. 또한 다른 행위자의 행위결과에 대한 법적 평가도 상호간의 객관적 판단 기준을 상실하여 전혀 예측 불허의 상태에 빠지게 된다[8]. 예컨대 도로교통에 적용되는 주의의무 규정이 모든 도로 교통참여자에게 유효한 일반 규정이 아니라 개개 참여자의 주관적 운전 능력, 주의 능력에 따라 그 유효성이 결정될 경우 도로 교통법규는 만인에 대한 하나의 법이 아니라 만인에 대한 만인의 법이 되어버릴 것이기 때문이다[9]. 이러한 상황에서 오늘날 교통, 의료, 기타 분업적 직업 영역 등에서 일반적으로 인정되고 있는 신뢰의 원칙이 유지될 수 없음은 물론 행위 의무의 상대화로 법익보호의 약화와 법생활의 불안정을 초래하게 될 것이다. 결국 법규범이 일반적, 객관적 행위규범으로서의 기능을 유지하기 위해서는 불법구성요건 단계에서 과실의 판단 척도가 객관적인 것이 되지 않을 수 없다[10].

### 3. 주관적/객관적 주의의무 위반

과실의 본질을 객관적 주의의무 위반으로 보며 이는 과실범의 객관적 구성요건요소로서 불법판단의 기초가 되며, 주관적 주의위반은 책임요소로서 자리 매김을 하게 되어 양자는 구별된다. 이는 오늘날 과실범죄의 대부분이 점점 업무상 과실 범죄인 경향이 짙다. 즉 교통, 의료, 산업, 건설 등 과실사고가 대량으로 발생하는 직업생활 영역에서 행위자가 업무를 행함에 있어서 준수해야 할 주의의무가 이미 정형화, 표준화되어 적용되며 이 과정에 있어서 개인적 주관적인 능력은 과실 판단에 있어서 그리 커다란 의미가 없다 [11].

행위자가 남보다 뛰어난 능력을 갖고 있는 경우에는 주관설 입장에서 보면 행위자의 특수한 능력은 당연히 고려의 대상이 된다. 이는 특별한 능력을 가졌음에도 불구하고 타인의 법익에 무관심하여 최선의 주의를 다하지 않고 자신의 능력을 자신만을 위해서 사용하는 자를 범질서는 배려해서는 안 된다는 것이다. 반면에 객관설의 입장에서는 이런 행위자의 특수한 능력은 아무런 고려 대상이 되지 않는다. 만약 행위자가 평균인 보다 주의 능력이 뛰어나기 때문에 타인의 부주의한 행동에 대해서까지 대비할 능력이 있으므로 신뢰의 원칙이 적용되지 않고, 또 일상생활에서 항상 남다른 주의를 기울이면서 살아가야 한다고 요구 한다면, 이는 지나친 부담을 주는 것이므로 옳지 않다고 한다. 그러나 물론 아무리 객관설이라 하더라도 특수 지식, 즉 특별히 알고 있는 지식이나 경험은 객관적 주의의무 위반의 판단에 고려되어야 한다.

그러므로 이런 이유로 과실범의 구성요건 판단에 있어서 객관적, 주관적 척도를 다 고려하여 주의의무위반 여부를 결정하자는 견해도 있다. 이는 주의의무위반을 판단함에 있어서 하한은 객관설과 같이 일반화를 유지하고 상한은 주관설과 같이 개별화시키는 방법이다. 이에 따르면 행위자의 특수 능력은 구성요건에 해당하는 의무의 판단범위에 포함되고, 반대로 행위자 평균 이하의 능력을 가진 경우에는 평균인을 기준으로 한 일반적 기준에 따라 주의의무위반이 결정된다. 결국 상한에서는 행위자가 특수능력을 다하지 않은 경우에는 불법성이 인정되고(주관설), 하한에 있어서는 평균 이하의 능력 소지자라도 객관적으로 요구되는 주의의무위반이 존재하면 불법성이 인정된다(객관설). 이러한 이론은 과실범규정의 일반규범으로서의 성격을 유지하면서도 특별한 능력을 고려하지 않음으로써 특수능력 보유자를 우대하게 되는 불합리성을 회피할 수 있는 장점을 가지고 있다.

## IV. 과실범의 공동정범<sup>7)</sup>

공동정범이란 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것을 의미하는데<sup>8)</sup>, 이 경우 과실범인 경우라면 어떻게 해야 할 것인가? 즉, 2인 이상이 과실범을 범한 경우에도 과실범의 공동정범이 성립하는가의 문제이다. 그런데 과실범에 있어서는 공동의 행위결의 다시 말하여 과실이기에 공동의 의사가 인정되지 않으므로 지금까지 과실범의 공동정범은 부정되어 왔다. 그러나 현대 사회의 발달에 따라 다수인의 공동행위에 의하여 과실범의 구성요건이 실현되거나 다수의 공동결의에 의하여 과실로 법익 침해의 결과가 발생하는 경우가 점차 증가 하게 되었다.

예를 들어 일전의 삼풍백화점 붕괴사건과 성수대교 붕괴사건의 판결에서 대법원의 판결은 시설의 설계자와 제작자, 감독자 및 유지관리 책임자 사이에도 과실범의 공동정범을 인정하였던 바 있다. 우리나라의 경우는 과실범의 공동정범을 그 동안 인정해오는 태도를 견지해왔다. 즉 이는 판례가 공동정범의 본질에 관한 행위공동설에 기초를 두고 있기에 가능한 상황이다. 그러나 이는 지나치게 공동정범의 성립범위가 확대되는 위험을 초래하므로 이 경우 과실범의 공동정범을 인정 할 필요가 있다면 어떤 요건 아래서 이를 인정할 것 인가를 살펴보아야 하겠다.

실제로 그 동안 독일에서 기존의 과실범의 공동정범을 부정하는 견해에서 점차 이를 여러 명의 행위 가운데 원인관계가 밝혀지지 않은 때에는 고려해봐야 한다는 견해가 대두되고 있다[12].

### 1. 과실범의 공동정범 인정의 실익이 있는가?

과실범에 대하여는 단일 정범개념에 의하여 결과발생에 조건을 제공한 자는 모두정범이 되기 때문에 각자를 과실범의 동시범으로 처벌하면 충분하고 이를 따로 과실범의 공동정범으로 인정할 실익이 없고 오히려 이를 인정하는 것은 부당한 처벌의 확대를 초래한다며 이를 부정하는 학설이 있다[13].

#### 1) 수인의 과실행위가 관여하였으나 원인이 불명한 경우

그러나 실제로는 다음의 예에서 보듯이 이런 과실범의 공동정범을 인정해야만 하는 경우가 있다. 즉 예를 들어 갑과 을이 절도의 고의로 화학공장에 침입하였으나 전등을 켤 수 없게 되자 성냥불을 켜고 앞을 밝히기로 하였다. 성냥불이 다 타면 버리고 다른 성냥을 켜던 중, 불을 끄지 않은 채 던진 성냥불이 인화물질에 인화되어 공장은 전소하고 말았다. 갑과 을 중 누가 버린 성냥에 의하여 인화되었는지 밝혀지지 않은 경우에 있어서 과실범의 공동정범을 인정하지 않는다면 갑과 을은 과실범의 동시범으로서 형법 제 19조에 의하여<sup>9)</sup> 원인행위가 판명되지 않은 이상 미수범으로 처벌 받는데 불과하다. 그러나 문제는 과실범에 대하여는 미수를 처벌하지 않는 결과 갑과 을에 대하여는 모두 무죄판결을 하지 않을 수 없는 경우가 발생한다. 고의를 입증하면 당연히 유죄판결을 받아야 할 경우에 과실임을 이유로 동일한 결과가 발생되었음에도 불구하고 무죄판결을 내릴 수밖에 없는 이런 유형의 사례에서 절대적으로 과실범의 공동정범의 개념이 필요하게 되는 것이다. 즉 과실범의 공동정범은 이렇듯 원인관계가 판명되지 아니하여 인과관계가 인정될 수 없는 경우에 그 실익이 명백하다고 하겠다.

7) 2인 이상이 고의가 아닌 과실로 즉, 상호간에 아무런 사전 모의는 없었으나 같은 범위의 업무를 하고 있다는 점은 인식한 상태로 일정한 범죄를 저지르는 경우를 말함

8) 형법 제 30조 " 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다."

9) 형법 제 19조: 동시 또는 이시의 독립행위가 경합한 경우에 그 결과발생의 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 각 행위를 미수범으로 처벌한다.

**2) 각자의 행위가 결과발생에 조건이 된 다수인의 공동행위에 의하여 결과가 발생한 경우**

피혁분무기 제조회사의 중역들이 제품사용으로 인하여 호흡곤란, 구토, 고열이 일어나고 심한 경우에는 폐부종으로 생명이 위험하다는 신고를 받았음에도 불구하고 그 부작용이 제품의 잘못으로 인한 것임이 증명되지 않았다는 보고를 받고 중역회의에서 분무기를 회수하지 않기로 결의하여 제품을 사용한 소비자들의 건강이 훼손된 경우에 있어서 한 사람의 행위에 의하여서가 아니라 다른 사람과 함께 행위한 결과를 발생하게 하였다면 공동으로 행한 전체 행위와 결과사이의 인과관계를 따지는 것은 당연하며 이는 과실범의 공동정범을 인정할 때에만 가능하다고 할 수 있다. 이런 의미에서 과실범의 공동정범을 인정함은 과실범의 처벌을 부당하게 확대하는 것이 아니라 보다 정확하고 타당한 결론을 도출하려는 노력이라 하겠다.

**2. 판례의 태도와 그 이론적 근거**

**1) 과실범의 공동정범을 인정하는 판례**

① 대법원 1982. 6. 8. 82 도 781 (공보 686, 660)

철도 건널목에서 정지 신호를 확인하지 않고 퇴행하던 열차가 자동차와 충돌한 사건에서 정 기관사의 지휘감독을 받는 부기관사에 대하여도 과실범의 공동정범이 성립하는가에 대하여 대법원은 "공동정범은 고의범이나 과실범을 불문하고 의사의 연락이 있는 경우는 모두 이에 해당한다. 피고인이 정기관사의 지휘 감독을 받는 부기관사이기는 하나 위 열차의 퇴행에 관하여 장론 동의한 이상 이에 과실이 있다면 과실책임을 면할 수 없다"고 판시 하였다.

② 대법원 1994. 5.24. 94 도 660 (공보 49,1868)

터널 굴착공사를 도급받은 건설회사의 현장소장이 경부선 철도 밑을 굴착하면서 발파하다가 사고간 난 경우에 조건의 이행여부와 공사 진행 정도를 감독할 의무가 있는 공사를 발주한 한국전력공사의 지소장에게도 업무상과실치사상죄가 성립한다고 하면서, "공동정범은 고의범이나 과실범을 불문하고 의사의 연락이 있는 경우면 성립하는 것으로서 2인 이상이 서로의 의사연락 아래 과실행위를 하여 범죄되는 결과를 발생하게 하면 과실범의 공동정범이 성립하는 것이다."

③ 대법원 1996. 8.23. 96 도 1231, (공보 96, 2937)

삼풍백화점 붕괴사고로 인한 업무상과실치사상 피고사건에 대한 판결에서 대법원은 "건물붕괴의 원인이 건축계획의 수립, 건축 설계, 건물 완공 후의 유지관리 등에 있어서의 과실이 복합적으로 작용한 데에 있는 때에는 각 단계별 관련자들을 업무상 과실치사상죄의 공동정범이 성립 한다"고 판시하였다.

④ 대법원 1997. 11. 28. 97 도 1740 (공보 98, 184)

성수대교 붕괴사건에 관한 판결에서 대법원은 "성수대교와 같은 교량이 그 수명을 유지하기 위하여 건설업자의 완벽한 시공, 감독공무원의 철저한 제작 시공상의 감독 및 유지, 관리를 담당하고 있는 공무원의 철저한 유지, 관리라는 조건이 합치되어야 하는 것이므로, 위 각 단계에 관여한 자는 전혀 과실이 없다거나 과실이 있다고 하여도 교량붕괴의 원인이 되지 않았다는 등의 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 붕괴에 대한 공동책임을 면할 수 없다"고 판시하였다.

**2) 행위공동설의 주장**

이렇듯 과실범의 공동정범을 인정한 대법원 판결은 모두 공동정범은 고의범과 과실범을 구별하지 않고 서로 의사를 연락하여 행위를 공동으로 한 경우에 성립한다고 판시함으로써 과실범의 공동정범

을 인정하는 근거로 행위공동설을 취하고 있음을 알 수 있다. 이론상 이를 근거하기 위하여 공동정범에 관련된 학설을 살펴보면, 우선 범죄공동설은 특정한 범죄를 공동으로 하는 것이므로 고의를 같이 하는 범죄에 대하여만 공동정범이 있을 수 있기에, 과실범과 과실범의 공동정범은 있을 수 없다는 결론이 도달하게 되어 이 경우는 원천적으로 논의의 성립조차 되지 않는 결과를 갖고 오게 된다. 반면에 행위공동설에 의한 경우에는 공동정범은 특정한 범죄를 공동으로 하는 것이 아니라 행위의 공동성이 있으면 족하고 공동의 의사도 행위를 공동으로 할 의사를 의미한다고 해석하므로 고의를 달리하는 범죄의 공동정범은 물론 고의범과 과실범, 나아가 여기서 다루고자 하는 과실범과 과실범의 공동정범도 가능하다는 것이다.

### 3. 과실범의 공동정범을 부인하는 통설의 입장

과실범의 공동정범을 부정하는 통설의 논거는 과실범에 있어서는 첫째, 공동정범이 성립하기 위한 공동의 행위결의가 있을 수 없고, 둘째, 공동정범의 본질인 기능적 행위 지배를 인정할 수 없으며, 셋째, 공동정범에 관한 형법 제 30조는 고의범을 전제로 한 것이므로 과실범의 공동정범을 인정할 법적 근거가 없을 뿐 만 아니라 넷째, 과실범의 공동정범을 인정해야 할 실익도 없다는 것이다.

#### 1) 공동의 행위 의사가 필요한가?

과실범에 있어서는 공동정범이 성립하기 위한 필수적 요건이 공동의사 내지 공동의 행위결의가 없기 때문에 공동정범이 있을 수 없다는 것이 통설의 가장 중요한 논거이다. 공동정범은 주관적 요건으로 공동의 의사 내지 공동의 행위결의를 요하며, 공동 가공의 의사는 기능적 행위 지배의 기초가 되기 때문에 이를 통하여 개별적인 행위가 전체로 결합되어 분업적으로 행하여진 전체 행위에 대한 책임을 인정할 수 있게 되는 것이므로 공동의 행위결의가 없는 과실범의 공동정범은 생각할 수 없다는 것이다. 그러나 행위공동설이 말하는 행위란 전 법률적 자연적 의미의 행위를 의미하므로 이를 공동으로 할 의사는 형법상 의미가 있다고 할 수 없다. 과실로 결과를 발생케 한 경우에 공동의 행위결의가 존재한다고 할 수는 없다. 즉, 과실범에 있어서는 고의범에 있어서와 같이 공동의 행위결의에 기초한 인식하고 의욕한 공동작용은 개념상 불가능하다고 해야 한다. 그러나 과실범의 공동정범을 행위결의 내지 행위계획과 결부시키는 것은 타당하다고 볼 수 없다. 고의범과 과실범은 구별된다. 고의범은 결과를 인식, 의욕 하면서 실현하는 범죄임에 반하여, 과실범은 주의의무에 위반하여 결과를 야기하는 범죄인 것이다. 따라서 범죄의 참가 형태와 관계에서도 고의범과 과실범의 공동정범의 요건은 구별하지 않으면 안된다. 즉 과실범에 있어서는 정범인 경우조차도 행위결의는 필요하지 않는데도 불구하고 공동정범에 대하여 공동의 행위 결의를 요구하는 것은 모순이다. 따라서 과실범에 있어서 공동의 행위결의 또는 공동의사가 인정되지 않는다는 것은 과실범의 공동정범을 부인하는 것이 아니라 과실범의 공동정범을 인정하는 기준은 기존의 고의범과는 다른 그 무엇이어야 한다는 것이다[14].

#### 2) 과실범에도 기능적 행위지배가 인정되는가?

공동정범의 본질을 기능적 행위지배에서 찾고 있는 통설은 기능적 행위지배는 공동의 결의에 기초한 역할분담을 의미하므로 과실범에 있어서는 기능적 행위지배가 인정될 수 없기 때문에 공동정범이 성립할 여지가 없다고 주장한다[15]. 그러나 과실범에 있어서 기능적 행위지배가 인정되지 않는다는 것은 과실범의 공동정범을 인정할 수 없다는 근거가 되는 것은 아니라 고의범과는 다른 기준에 의하여 과실범의 공동정범이 검토되어야 한다는 것을 의미 한다[16]는 주장이 있다. 이는 과실범의 단독정범에서도 행위지배가 인정되지 않는데 공동정범에 있어서만 그것을 요구하는 것은 타당하다고 할 수 없기 때문이다.

### 3) 형법 제 30조의 모순성 여부

부정설을 취하는 학자 가운데는 형법 제 30조는 고의범의 공동정범에 관한 규정이므로 과실범의 공동정범을 인정할 법적 근거가 없다는 것을 이유로 제시하는 경우가 있다. 즉 형법 제 30조는 고의범인가 과실범인가를 명백히 규정하고 있지 않다고 할지라도 형법규정의 해석은 엄격하게 하여야 하므로 "공동하여 죄를 범한 때"란 공동의 범의 실현을 공동정범의 내재적 조건으로 요구하는 것이라며 이를 과실범에 대하여도 적용하는 것은 죄형법정주의와 in dubio pro reo의 원칙에 반한다는 주장을 한다. 그러나 이 역시 공동하여 범할 죄가 고의범인가 과실범인가에 관하여 아무런 규정이 없는데 이를 근거로 과실범은 인정할 수 없다는 주장은 아무런 설득력이 없다 하겠다.

## 4. 과실범의 공동정범의 성립요건

### 1) 공동의 주의의무 위반

과실범의 공동정범이 성립되기 위해서는 행위자에게 공동의 주의의무가 있어야 한다. 이런 경우에만 공동정범에 의한 상호적인 귀속이 가능하기 때문이다. 공동의 주의의무라 함은 각자에게 요구되는 주의의무의 내용이 동일하고 그것이 각자에게 동일한 방법으로 동일한 범위에서 적용되는 것임을 요한다고 한다. 만일 결과발생에 다수인이 관여하였다 하더라도 그들 사이에 공동의 주의의무가 인정되지 않는 경우라면 과실범의 동시범은 될 수 있을지언정, 과실범의 공동정범은 될 수가 없다. 그러면 구체적으로 어떤 경우가 공동의 주의의무가 있는지를 살펴보면, 다수인 사이의 관계가 주종관계인가 즉 지휘 감독관계인가 아니면 서로 상호협력관계인가에 따라 그 내용이 달라 지지 않을까 생각한다. 즉 둘의 관계가 상하의 관계라면 하급자인 경우에는 공동의 주의의무가 없다고 하여야 하는가의 문제이다. 즉 동일한 대상에 관련된 동일한 범의보호를 목적으로 하는 주의의무는 그 구체적 내용을 달리하는 경우에도 공동의 주의의무라고 할 수 있는가의 문제이다. 2인 이상이 공동 목적을 위하여 기능적으로 협업해야만 목적을 달성할 수 있는 관계에서는 공동의 주의의무가 인정된다고 보는 것이 타당하지 않을까 한다. 즉 이는 성수대교의 붕괴사건이나 삼풍백화점의 사건에서 보다시피 설계자, 시공자, 감리자 및 유지 관리자 등은 동일한 대상에 대한 동일한 목적을 가지고 함께 주의의무가 인정되는 경우로 볼 수 있다. 더 나아가 독일의 Roxin 교수와 같은 입장에서는 주의의무의 내용이 설사 구체적으로 일치하지 않는 경우에도 예를 들어 갑은 비행기를 조립하고, 을은 이를 감독한다든지 아니면 병은 환자를 수술하고 정은 이를 감독하는 경우에도 이들 사이에는 공동의 주의의무가 인정된다고 보고 있다[17]. 그러나 이에 대하여는 같은 내용의 주의의무를 위반한 것이 아니고 단순히 과실이 경합하여 결과가 발생했다는 것만으로는 공동의 주의의무를 위반했다고는 할 수 없다는 비판이 있다[18]. 이 견해에 따르면 위의 사례 가운데 성수대교 붕괴 등에 있어서 설계자와 설계대로 시공하지 않은 자 및 유지 관리를 제대로 하지 않은 자들 사이에 과실의 공동정범을 인정함은 타당하지 않게 된다. 생각컨대 결과발생의 가능성을 인식하면 족하고 그 이상의 어떤 다른 사항도 실제로 필요하지 않다고 생각한다. 즉 공동의 주의의무에 대한 인식은 요구되지 않고 단지 공동으로 행위 한다는 점에 대한 인식만 있으면 족하다고 하겠다.

### 2) 구성요건 실현행위의 공동

과실범의 공동정범이 성립하기 위한 또 다른 요건으로서 주관적으로 공동의 의사가 필요한 외에 객관적으로 공동 가공의 사실이 인정되어야 함은 말한 나위도 없다. 즉, 과실범의 공동정범이 되기 위하여 공동의 주의의무위반과 공동행위의 인식이 필요한 이외에 객관적 요건으로 공동가공의 사실이 인정되어야 한다. 이는 과실범에 있어서는 주의의무에 위반하여 결과를 발생시키는 행위 즉 구성요건 실현행위의 공동을 요한다. 여기서 구성요건 실현행위라 함은 행위공동설에서의 전 법률적 자연적 의미의 행위까지는 요구되지 않고 단지 법률적 구성요건적 행위이기만 하면 족하다. 과실범에 있

어서는 범죄의사는 없다고 할지라도 결과를 발생시키는 행위를 공동으로 하는 것은 가능하며 이는 결과를 발생시키는 행위를 공동으로 한다는 인식만 있으면 충분하다고 한다.

## 5. 소결

형법 제 30조가 "2인 이상 공동 하여 죄를 범한 때"라고 규정하는 이상 이는 고의범은 물론 과실범의 공동정범까지 인정할 수 있다고 해석해보았다. 나아가 과실범의 공동정범이 필요한 영역은 다수인의 공동행위로 과실범의 결과가 발생한 경우 그 원인관계가 불분명한 경우뿐 만 아니라 동일한 주의 의무를 위반한 수인의 공동행위에 의하여 과실범의 결과가 발생한 경우에 정당한 결과 귀속을 인정하여 다수인의 결합에 의하여 처벌되지 않던지 아니면 불명확하게 되는 경우에 확실한 책임을 논하기에 요긴한 이론이라 하겠다. 성립요건으로는 공동의 의사와 공동가공사실이 객관적으로 인정되어야 한다.

## V. 결 론

이상에서 항공형법상의 과실에 관련한 여러 이론을 살펴보았다. 사실 아직까지 국내에서 항공형법이란 개념 자체가 확정되지 않은 상태에서 다루는 것이 조심스럽기는 하나 실제로 그 필요성이 엄연히 존재하고 있기에, 다시 말하여 기존의 다른 항공법과는 분명 다른 특수한 영역이고 나아가 일반형법과도 다른 독특한 해석의 방법과 기준이 요구하기에 이를 용기있게 다루기에 이르렀다. 우선 처음의 연구로 과실의 분야를 살펴보았는데 특히 최근 첨단 과학 기술의 발달로 말미암아 형법계에도 영향을 받지 않을 수 없는 바 허용된 위험의 이론에서 신뢰의 원칙까지를 다루고 이를 설명 하는 데는 의료분야의 여러 판례가 커다란 도움을 주었다. 실제로 항공분야에서는 특히 항공 형법에 관련된 판례는 아직까지 그리 풍부하지 않아 이를 토대로 연구하기에는 시기적으로 이른 감이 있고 마침 의료분야와 항공분야는 많은 유사점이 있기에 즉 첨단의 과학기술활용뿐만 아니라 공동의 참여자 구성문제도 유사하고 무엇보다도 행위자에게 재량권이 많이 주어지는 점 역시 함께 연구가 교류 되기에 적합한 성격이기도 했다. 이에 의료판례를 기초로 장차 항공분야의 문제 해결을 위하여 이론을 차분히 준비하는 과정으로 이 논문은 조그만 의미가 있지 않나 싶다. 특히 고의/과실 분야는 형법에서도 아주 첨예한 의견의 대립이 있는 중요한 이론인 바 항공분야에서는 더욱이 극도의 첨단기술이기에 그 기준의 논함이 까다롭고 형법상에서는 고의, 과실이나에 따른 처벌의 등급이 심각한 바 그 판단은 중요하다. 이에서는 각 개인의 주관적인 특성을 인정하느냐 마느냐가 종래부터 문제의 초점이었기에 이를 다시 한번 확인하는 차원에서 다뤘고, 특히 과실범의 공동정범은 바로 이런 항공분야 등을 위하여 생성된 이론이라 할 정도로 우리의 경우에 적합한 연구 대상이기에 이를 심층적으로 분석하였다. 첫술에 배부르지 않을 것이어서 만족스럽지는 않으나 이렇듯 앞으로 기회가 허락 되는대로 항공형법의 영역을 넓혀나가는 연구에 전념할 것을 새롭게 결심하면서 본 논문을 마무리 하려 한다.

## 후 기

이 논문은 2004년도 한국항공대학교 교비지원 연구비에 의하여 지원된 연구의 결과임

## 참 고 문 헌

- [1] 이재상, 형법총론, 박영사, 2005, 188면; 임웅, 형법총론, 법문사, 2005, 446면.
- [2] 정영일, “분업적 의료행위에 있어서 형법상 과실책임”, 형사판례연구[6], 56면.
- [3] 정영일, 과실범에 있어서 인적 불법론에 관한 연구, 서울대 박사논문, 1992, 89면, 93면.
- [4] 김일수, 형법총론, 2005, 김성돈, 과실개념에서 주의의무위반성과 예견 가능성, 형사정책연구 제6권 제4호, 1996년.
- [5] 김성돈, 과실개념에서 주의의무위반성과 예견가능성, 형사정책연구, 제 6권 제 4호(통권 제24호 1995년 겨울), 173면.
- [6] Lampe, Taeterschaft bei fahrlaessiger Straftat, ZStW 71, S. 607
- [7] Stratenwerth, FS-Jescheck, S. 296.
- [8] Hirsch, ZStW 92, S. 270..
- [9] 서보학, 과실범에 있어서 주의 의무 위반의 체계적 지위와 판단, 형사법연구 제 15호,30면.
- [10] 이용식, 과실범에 있어서 주의의무의 객관적 척도와 개인적 척도, 서울대 법학, 제 39권 3호, 40-41면.
- [11] 서보학, 과실범에 있어서 주의 의무 위반의 체계적 지위와 판단, 형사법연구 제 15호, 36면.
- [12] Kuehl, Strafrecht 20/10.
- [13] 배종대, 형법총론, 510면, 손해목, 형법총론, 1028면..
- [14] 이재상, 과실범의 공동정범, 형사법연구, 제 14호, 222면.
- [15] 김일수, 형법총론, 487면, 배종대, 형법총론, 481면, 임웅, 형법총론, 366면, 이경열, 과실범의 공동정범에 관한 일고, 공범론과 형사법의 제 문제, 138면.
- [16] Otto, Spindel FS S. 282: Weisser, JZ 98, 232.
- [17] Roxin, Taeterschaft und Tatherrschaft, 1. Aufl.S. 536.
- [18] 이재상, 과실범의 공동정범, 형사법연구, 제 14호, 229면.