

【특집: 군인의 죽음과 국가책임】

개정 군인사법 제54조의2 제2항 해석론*

— 실무상 쟁점을 중심으로 —

탁경국

법률사무소 디케 변호사, 공법 전공

ggangplin@gmail.com

<국문초록>

이 글은 2022. 1. 4. 신설된 군인사법 제54조의2 제2항 및 동법 시행령 제60조의23의 해석론을 제시함과 아울러, 의무복무 군인의 사망에 관하여 군인사법, 군인재해보상법, 보훈보상대상자 지원에 관한 법률이 통일적으로 규율할 필요성을 제시하는 것을 목표로 한다. 입법 과정에서 국방부와 보훈부 사이에 충분한 협의가 이루어지지 않음으로 말미암아 의무복무 군인의 범위 등에 관하여 앞으로 더 조율되어야 할 부분이 있음에도 불구하고, 강제로 징집된 병(兵)의 사망에 관한 한, 국가의 책임이 강화되어야 한다는 데는 사회적 합의가 이루어졌다고 할 수 있다. 이러한 국가 책임 강화 관점에서, 여전히 유책주의적 관점을 근간으로 개정된 것으로 보이는 현행 법령을 어떻게 해석하는 것이 올바른지에 관하여 기존 판례들 및 군사망사고진상규명위원회, 국방부 중앙전공사상심사위원회, 보훈부 보훈심사위원회에서 다루었던 실무 사례들을 토대로 제시하고자 한다. 향후 국방부와 보훈부는 군인의 사망 사례에 관한 국가기관의 평가가 달라지는 일이 없도록 서로 긴밀히 협의하여 문제를 해결해 나가야 할 것이다.

주제어: 의무복무 군인의 사망, 고의·중과실, 위법행위, 군인사법, 군인재해보상법, 보훈보상대상자 지원에 관한 법률

* 심사위원: 오병두, 윤현식, 최관호

투고일자: 2023. 10. 9. 심사개시: 2023. 10. 9. 게재확정: 2023. 10. 16.

< 차례 >

- I. 들어가며
- II. 개정 군인사법 제54조의2 제2항 및 동법 시행령 제60조의23의 취지 및 효과
- III. 군인사법 제54조의2 제2항 단서의 의미
- IV. 관련 문제: 보훈보상대상자법 시행령 제2조 [별표1]과의 관계
- V. 결론

I. 들어가며

2022. 1. 4. 군인사법 제54조의2 제2항이 법률 제18680호로 신설되어 2022. 7. 5.부터 시행되기 전까지는, 군 복무 중 사망한 군인이 군인사법상 순직자, 국가유공자 예우 및 지원에 관한 법률(이하 ‘국가유공자법’이라 한다.)상 순직군경, 보훈보상대상자 지원에 관한 법률(이하 ‘보훈보상대상자법’이라 한다.)상 재해사망군경 요건을 충족하였다는 점은 사망한 군인의 유가족이 입증하도록 제도가 설계되어 있었다.

이에 대해서는, 국방의 의무를 수행하기 위해 군에 입대하여 의무복무 중인 병사들의 사망에 ‘군 복무’라는 상황이 직간접적으로 연관이 될 수밖에 없으므로 의무복무 군인의 사망에 대한 국가의 책임을 강화해야 한다는 지적이 꾸준히 있어 왔고¹⁾, 이에 따라 2022. 1. 4. 의무복무 군인이 사망한 경우 원칙적으로 순직자로 분류한다는 취지의 군인사법 제54조의2 제2항이 신설되어 2022. 7. 5.부터 시행되었으며(법률 제18680호), 보훈부도 2022. 12. 30. 의무복무자가 자해사망한 경우 원칙적으로 보훈보상대상자로 인정하는 취지로 보훈보상대상자법 시행령 제2조 [별표1]을 개정하였다(대통령령 제33191호).

1) 조성제, “군인재해보상법에 따른 보상 범위와 국가책임 법제”, 군사망사고진상규명위원회·한국공법학회 공동학술대회: 사망군인 예우와 국가책임(2022. 5. 27.), 106~107쪽.

이렇게 개정된 군인사법과 보훈보상대상자법 시행령은 유관기관 사이의 정교한 논의를 거쳐 섬세하게 문언화되지 않음으로 말미암아 여러 해석의 가능성을 내포하고 있다. 이로 인하여 군인의 사망에 대한 국방부와 보훈부의 평가가 다르고, 국방부 내부의 군인재해보상심의위원회와 전공사상심사위원회의 평가가 다르며²⁾, 군인의 사망에 대하여 순직 해당 여부를 판단하는 국방부 전공사상심사위원회 위원들 사이에서조차도 이견이 노출되고 있는바, 지금까지 축적된 판례들에 입각하여 실무상 쟁점 중심으로 위 법령의 올바른 해석론을 제시하고자 한다.

II. 개정 군인사법 제54조의2 제2항 및 동법 시행령 제60조의23의 취지 및 효과

1. 개정된 군인사법 제54조의2 제2항 및 동법 시행령 제60조의23

2022년 개정된 군인사법 제54조의2 제2항 및 동법 시행령 제60조의23의 규정(이하 ‘군인사법령’이라 한다)은 다음과 같다.

군인사법 제54조의2(전사자등의 구분) ② 군인이 의무복무기간 중 사망한 경우 제1항 제2호에 해당하는 순직자로 분류한다. 다만, 고의 또는 중과실로 사망하거나 위법행위를 원인으로 사망한 경우 등 대통령령으로 정하는 사유에 해당하는 경우에는 일반사망자로 분류할 수 있다.
<신설 2022. 1. 4.>

군인사법시행령 제60조의23(전사자등의 구분) ② 법 제54조의2 제2항 단서에서 “고의 또는 중과실로 사망하거나 위법행위를 원인으로 사망한 경우 등 대통령령으로 정하는 사유에 해당하는 경우”란 다음 각 호

2) 군인재해보상법상 순직유족연금 지급 요건(제35조)과 사망보상금 지급 요건(제39조)이 ‘군인이 공무상 사망한 경우’라는 요건으로 같은데, 판단 기관이 각각 군인재해보상심의위원회와 전공사상심사위원회로 다르고, 이로 인하여 실무에서는 전공사상심사위원회에서 공무상 사망으로 평가한 사안에 대해 군인재해보상심의위원회에서는 공무상 사망으로 평가하지 않는 경우가 종종 있다.

의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다. <신설 2022. 6. 30.>

1. 고의 또는 중과실로 사망한 경우
2. 위법행위를 원인으로 사망한 경우
3. 군무이탈 또는 무단이탈 중 사망한 경우
4. 그 밖에 직무수행과 관련 없는 개인적 행위를 원인으로 사망한 경우

2. 군인사법령 개정의 취지 및 효과

2.1. 입증책임의 전환

법률상 문언에 따르면 군인사법상 순직Ⅲ형은 보훈보상대상자법상 재해사망군경, 순직형Ⅱ은 국가유공자법상 순직군경과 요건이 같고, 순직Ⅰ형은 국가유공자법상 전몰군경과 거의 유사한 요건인데³⁾, 그 요건의 공

3) [군인사법] 제54조의2(전사자등의 구분) ① 군인이 사망하거나 상이를 입게 되면 다음 각 호의 기준에 따라 전사자·순직자·일반사망자·전상자·공상자 및 비전공상자(이하 “전사자등”이라 한다)로 구분한다.

2. 순직자

- 가. 순직Ⅰ형: 타의 귀감이 되는 고도의 위험을 무릅쓴 직무 수행 중 사망한 사람
- 나. 순직Ⅱ형: 국가의 수호·안전보장 또는 국민의 생명·재산 보호와 직접적인 관련이 있는 직무수행이나 교육훈련 중 사망한 사람(질병 포함)
- 다. 순직Ⅲ형: 국가의 수호·안전보장 또는 국민의 생명·재산 보호와 직접적인 관련이 없는 직무수행이나 교육훈련 중 사망한 사람(질병 포함)

[국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률] 제4조(적용 대상 국가유공자) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 국가유공자···은 이 법에 따른 예우를 받는다.

3. 전몰군경(戰歿軍警): 군인이나 경찰공무원으로서 전투 또는 이에 준하는 직무수행 중 사망한 사람(군무원으로서 1959년 12월 31일 이전에 전투 또는 이에 준하는 직무수행 중 사망한 사람을 포함한다) <중략>
5. 순직군경(殉職軍警): 군인이나 경찰·소방 공무원으로서 국가의 수호·안전보장 또는 국민의 생명·재산 보호와 직접적인 관련이 있는 직무수행이나 교육훈련 중 사망한 사람(질병으로 사망한 사람을 포함한다)

[보훈보상대상자 지원에 관한 법률] 제2조(적용 대상 보훈보상대상자) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 보훈보상대상자···은 이 법에 따른 지원을 받는다.

1. 재해사망군경: 군인이나 경찰·소방 공무원으로서 국가의 수호·안전보장 또

통점은 ‘직무수행이나 교육훈련 중 사망’한 사람이라는 것이고, 대법원은 이 문언을 ‘직무수행이나 교육훈련과 사망 사이에 상당인과관계가 있는 경우’라고 해석하고 있다(대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27363 전원합의체 판결).⁴⁾

신설된 군인사법 제54조의2 제2항은 (순직군경이나 재해사망군경 요건과 동일한) 위 순직자 요건은 그대로 둔 상태에서 의무복무기간 중 사망한 군인에 대해 원칙적으로 순직자로 분류한다는 규정으로, 군 복무라는 특수한 부담(항상적 공포와 정신적 압박이 상존하고, 엄격한 군기에 의해 통제되며, 가정과 사회로부터 격리된 채, 자유가 제한되는 폐쇄적인 공간에서 생활해야 하는 군인 신분의 특수성)이 군인의 사망에 미치는 영향을 고려하여, 예외적인 경우가 아니라면 ‘직무수행이나 교육훈련과 사망 사이에 상당인과관계가 있는 사망’으로 처리하겠다는 취지로 해석된다. 따라서 제54조의2 제2항 단서의 “고의 또는 중과실로 사망하거나 위법행위를 원인으로 사망한 경우 등 대통령령으로 정하는 사유에 해당하는 경우”란 ‘직무수행이나 교육훈련과 사망 사이에 상당인과관계가 없음이 입증된 경우’를 의미한다고 보아야 한다(그러한 의미에서 시행령 제60조의 23 제1호, 제2호뿐만 아니라 제3호, 제4호도 ‘직무수행이나 교육훈련과 사망 사이에 상당인과관계가 없는 경우’를 주의적, 확인적으로 규정한 것에 불과하다고 보아야 한다⁵⁾).

는 국민의 생명·재산 보호와 직접적인 관련이 없는 직무수행이나 교육훈련 중 사망한 사람(질병으로 사망한 사람을 포함한다)

- 4) 이 판례에 대한 평석으로는 김성배, “군 사망·재해사고에 대한 보훈 및 배상에 관한 판례 분석”, 공법연구 제50집 제4호(한국공법학회, 2022. 6), 33~64쪽 등 많은 평석들이 존재하나, 이 판례가 군인사법 제54조의2 제2항 신설에 직접적인 영향을 주었다고 평가하기에는 어려움이 있어 이 판례의 의미에 대한 상세한 설명은 하지 않기로 한다.
- 5) 이는 국가유공자법 제4조 제6항 및 보훈보상대상자법 제2조 제3항에서 유공자나 보훈보상대상자 제외 사유로 규정한 ‘불가피한 사유 없이 본인의 고의 또는 중대한 과실로 인한 것이거나 관련 법령 또는 소속 상관의 명령을 현저히 위반하여 발생한 경우’, ‘공무를 이탈한 상태에서의 사고나 재해로 인한 경우’, ‘장난·씨름 등 직무수행으로 볼 수 없는 사적인 행위가 원인이 된 경우’와 같은 맥락으로 이해할 수 있는바, 위 대법원 2010두27363 전원합의체 판결 다수의견은 이러한 규정들도 ‘직무수행이나 교육훈련과 사망 사이에 상당인과관계가 없

2.2. 적용 대상

장교나 준사관, 부사관은 자신의 의사에 따라 군인이라는 직업을 선택한 것이므로 다른 공무원과 달리 취업할 이유가 없으므로, 자신의 의사와 무관하게 국가의 부름에 응하여 의무복무를 할 수밖에 없는 병(兵)에게만 입증책임 전환의 특례를 허용하자는 의견이 있었으나, 2021. 11. 24. 개최된 제391회 국회(정기회) 국방위원회 제2차 법률안심사소위원회 회의 과정에서 장교 등의 직업 군인도 의무복무의 일환으로 군인이라는 직업 선택을 한 측면이 있으므로 의무복무기간 중에는 입증책임 전환의 특례를 허용하는 것이 타당하다는 주장이 반영되어, 의무복무기간 중에 있는 모든 군인이 신설 군인사법의 적용 대상이 되었다.⁶⁾

한편, 군인사법 제54조의2 제2항과 달리 보훈보상대상자법 시행령 제2조 [별표1]에서는 장기복무 장교와 장기복무 부사관, 준사관을 의무복무자에 포함시키지 않고 있는데, 국방부와 보훈부 사이의 협의를 통해 조정될 필요가 있다고 판단된다. 이에 대해서는 후술하고자 한다.

2.3. 입증책임 전환의 효과

입증책임이 전환되면 많은 자해사망 및 병사(病死)한 군인의 상당수가 순직자로 분류될 것으로 보인다.

우선, 자해사망의 경우, 개정 전 군인사법 하에서는, 유서나 일기장 등에 염세 비판, 애인 변심에 대한 원망 등의 사유를 기재한 후 사망하면 유가족이 공무상 사망임을 입증하는 데 애를 먹었다. 그러나 개정된 군인사법 하에서는, 일견 염세 비판, 애인 변심 등의 개인적 사유가 사망의 직접적 계기로 두드러져 보이는 사례들의 경우조차도 그 근거에는 자유가 제한되고 고립감과 무망감을 느끼기 쉬운 폐쇄된 영내 생활을 감내해야 하는 군 복무의 특수한 부담이 자리잡고 있는 경우가 많아 국가가 공무상 사망이 아니라는 점을 입증하기가 쉽지 않다. 예컨대, 표면적으로

는 경우의 예시에 불과하다고 판단한 바 있다.

6) 제391회 국방위원회 제2차 법률안심사소위원회(2021. 11. 24.) 회의록, 국회 입법정보 통합검색, <<http://likms.assembly.go.kr/nsrch/search.do>>, 검색일: 2023. 9. 30.

애인 변심이 사망의 직접적 계기임이 드러난 자해사망의 경우, 만약 망인이 군대라는 폐쇄적인 공간에 강제로 고립되어 있지 않다면 애인과의 갈등을 해결하기 위해 여러 수단을 동원할 수 있지만 그럴 수 없는 처지에서 느끼게 되는 좌절감, 무력감, 피해의식 등이 자해사망의 중요한 요인으로 작용하는 것이므로 이를 공무상 사망이 아니라고 할 수 없는 것이다. 다만, 군인이 휴가 중 부모나 애인과 다툼 직후 영외에서 자해사망한 사례 등 민간 영역에서 발생한 자해사망에 대해서는 군 복무라는 특수한 부담이 자해사망에 기여하는 바가 없거나 극히 적다고 볼 여지도 있을 것이다. 현재 군인의 자살률은 동 연령대의 민간인의 자살률과 비교하면 현저하게 낮다(통계7)에 의하면 군 복무와 무관하게 자살하는 20대가 많다는 것인데, 이들이 모두 정신 이상의 사유 등으로 현역 복무 부적합 판정을 받은 사람들은 아닐 것이므로 20대의 자살 중에는 군 복무와 무관한 자살이 있다고 보여지기 때문이다.

다음으로, 병사(病死)의 경우, 자유롭게 적기 치료 및 진단을 요구할 수 있는 분위기가 형성되지 않는 등의 군복무의 특수한 부담으로 인하여 질병이 악화되는 사정을 반영하여 전공사상심사위원회에서는 병사자의 대부분을 순직 처리하고 있으며, 이는 타당한 태도로 보인다.

한편, 2019. 12. 10. 제정된 군인재해보상법 제39조⁸⁾ 및 제45조⁹⁾는 군

7) 이재승, “군인의 자살과 사회법적 사고”, 군사망사고진상규명위원회·한국공법학회 공동학술대회: 사망 군인에 대한 예우와 군인 인권증진을 위한 제도개선 방안(2023. 8. 30.), 7~8쪽.

8) 군인재해보상법 제39조(사망보상금) ① 군인이 공무상 사망한 경우에는 유족에게 전공사상심사위원회의 심사를 거쳐 사망보상금을 지급한다.

9) 군인재해보상법 제45조(사망보상금 및 장애보상금의 급여 제한) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에게는 사망보상금 및 장애보상금을 지급하지 아니한다.

1. 제42조에 따라 준용되는 「군인연금법」 제38조제1항 또는 제4항에 해당하는 사람
2. 본인의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 사망보상금이나 장애보상금의 지급 사유가 발생한 사람. 다만, 그 지급 사유가 정상적인 인식능력 등이 뚜렷하게 저하된 상태에서 한 행위로 발생한 경우로서 대통령령으로 정하는 사유에 해당하는 사람은 제외한다.
3. 「군형법」 제30조에 따른 군무(軍務) 이탈 또는 같은 법 제79조에 따른 무단 이탈 중에 질병에 걸리거나 부상을 당하거나 사망한 사람

인사법과 같은 내용을 규율하고 있다. 즉, 군인이 ‘공무상 사망’한 경우 전공사상심사위원회의 심사를 거쳐 사망보상금을 지급하는데(제39조), 사망보상금 지급 금지 사유에는 고의 중과실로 인한 사망, 위법행위 관련 사망 뿐만 아니라 무단이탈 중 사망도 포함되어 있고(제45조), ‘공무상 사망’이라는 개념 자체에 사적(私的)인 원인으로 인한 사망은 배제한다는 의미가 내재되어 있으므로 군인사법과 군인재해보상법은 결국 같은 내용을 규율하고 있는 것이다. 군인사법 제54조의2 제2항의 신설과 함께 위법률들이 개정되지 않은 점은 아쉽지만, 의무복무 기간 중에 있는 군인의 사망 관련 입증책임 전환의 취지는 위 법률들 해석에 있어서도 충분히 반영되어야 할 것이다.

Ⅲ. 군인사법 제54조의2 제2항 단서의 의미

1. ‘고의 또는 중과실’로 인한 사망의 의미

1.1. 문제의 소재

많은 개별법에서 사망자에 대한 사용자 등의 면책 사유로서 고의, 중과실 내지 그와 유사한 규정을 두고 있는데 용어들이 약간씩 다르다. 보험법이나 보험약관에서 고의로 인한 사망을 보험금 미지급 사유로 규정하는 것은 당연하고, 산업재해보상보험법 제37조 제2항에서는 ‘고의·자해 행위’라는 용어를¹⁰⁾, 자동차손해배상보장법 제3조 제2호에서는 ‘고의나 자살행위’라는 용어를¹¹⁾, 선원법 제99조 제2항에서는 ‘고의’라는 용어

10) 산업재해보상보험법 제37조(업무상의 재해의 인정 기준) ② 근로자의 고의·자해 행위나 범죄행위 또는 그것이 원인이 되어 발생한 부상·질병·장해 또는 사망은 업무상의 재해로 보지 아니한다.

11) 제3조(자동차손해배상책임) 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 경우에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그러하지 아니하다.

2. 승객이 고의나 자살행위로 사망하거나 부상한 경우

를¹²⁾(2011. 8. 4. 법률 제11024호로 개정되기 전의 선원법 제90조 제2항에서는 ‘고의 또는 중과실’이라는 용어를 사용하다가 지금은 중과실 요건이 삭제된 것임) 사용하고 있다. 그리고, 앞에서 살펴본 바와 같이 국가유공자법과 보훈보상대상자법에서는 ‘불가피한 사유 없는 고의 또는 중과실’이라는 용어를 사용하고 있다.

일단, 신설 군인사법령에서 아무런 설명 없이 ‘고의 또는 중과실’로 인한 사망을 순직 제외 사유로 적시한 것은, 적어도 문언상으로는 보면, 국가유공자법과 보훈보상대상자법보다도 후퇴한 것처럼 보인다는 지적을 피할 길이 없다. 이러한 지적에 대해서는, 자해사망 군인을 원칙적으로 순직 처리해주겠다는 입법취지를 고려할 때, ‘불가피한 사유 없는 고의 또는 중과실’이라 규정해야 할 사항을 압축적으로 표현한 것에 불과하다고 답할 수밖에 없는 것으로 보인다.

이 점을 차치하더라도, 자해사망 군인을 순직 처리해주겠다면서 여전히 고의로 인한 사망을 순직 제외 사유로 규정한 이유가 무엇인지에 대한 궁금증은 남는바, 이하에서는, 고의로 인한 사망, 중과실로 인한 사망의 개념을 먼저 정립한 후, 고의로 인한 사망이 순직 제외 사유로서 독자적인 의미를 가질 수 있는지를 검토해보기로 한다.

1.2. 개념 정립

먼저, 고의로 인한 사망에는 ① 자살¹³⁾과 ② 자살 촉탁으로 인한 사망 등을 들 수 있다. 그리고 중과실로 인한 사망이라 함은 자살까지는 아니지만 자살에 비견될 수 있을 정도의 사망으로 ① 자살의 의도 없이 자해 행위를 하였으나 과다출혈로 사망에 이르게 된 경우 ② 만취한 상태로

12) 선원법 제99조(유족보상) ② 선박소유자는 선원이 승무 중 직무 외의 원인으로 사망(제94조제2항에 따른 요양 중의 사망을 포함한다)하였을 때에는 지체 없이 대통령령으로 정하는 유족에게 승선평균임금의 1천일분에 상당하는 금액의 유족보상을 하여야 한다. 다만, 사망 원인이 선원의 고의에 의한 경우로서 선박소유자가 선원노동위원회의 인정을 받은 경우에는 그러하지 아니하다.

13) 자살은 자기의 생명을 끊는다는 것을 의식하고 그것을 목적으로 의도적으로 자기의 생명을 절단하여 사망의 결과를 발생케 한 행위를 의미한다(대법원 2015. 6. 23. 2015다5378).

운전하다가 사고로 사망하는 경우 ③ 만취한 상태로 대로변이나 철로 위에 누워서 자다가 사고로 사망하는 경우 등을 생각해 볼 수 있을 것이다.

다음으로, 자해행위로 인한 사망에는 ① 자살과 ② 자살 의도 없이 자해행위를 하였으나 과다출혈로 사망에 이르게 된 경우를 들 수 있다.

따라서 ‘고의로 인한 사망’, ‘자해행위로 인한 사망’, ‘자살행위로 인한 사망’은 유사하지만 서로 같은 개념은 아니며, ‘고의로 인한 사망’, ‘자해행위로 인한 사망’은 각각 ‘자살행위로 인한 사망’을 포함하는 개념이고, ‘자해행위로 인한 사망’은 ‘고의 또는 중과실에 의한 사망’과 사실상 같은 개념임을 알 수 있다.

1.3. ‘고의로 인한 사망’의 의미

앞에서 살펴본 바와 같이 ‘고의로 인한 사망’ 앞에는 ‘불가피한 사유 없는’이라는 수식어가 생략되어 있다고 보는 것이 입법취지에 부합한다. 그렇다면 어떤 경우가 ‘불가피한 사유가 없는 고의로 인한 사망’에 해당하여 순직 제외 사유에 해당하는가.

대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27363 전원합의체 판결의 다수의견이 (구)국가유공자법(2011. 3. 29. 법률 제10471호로 개정되기 전의 것) 제4조 제6항 제4호 ‘자해행위로 인한 경우’를 ‘공무수행과 사망 사이에 상당인과관계가 없는 자해행위로 인한 경우’로 해석했듯이, 군인사법상 ‘(불가피한 사유가 없는) 고의로 인한 사망’도 ‘공무수행과 사망 사이에 상당인과관계가 없는 고의로 사망한 경우’로 해석해야 한다. 군인재해보상법 제4조 2항¹⁴⁾도 같은 취지를 다른 용어로 표현한 것으로 봄이 상당하다.

이러한 해석 및 입증책임 전환의 취지 및 효과, 그리고 보험법에서는 우연성을 결여하여 보험사고성을 상실한 사망을 방지할 필요성이 있는 반면 군인사법에서는 그러한 필요성이 없다는 점까지 고려하면, 군인사법령상 ‘고의로 인한 사망’은 지극히 제한적으로 인정되어야 하고, 범죄행

14) 군인재해보상법 제4조(공무상 재해의 인정기준) ② 군인이 고의로 부상·질병·장해를 입거나 사망한 경우 공무상 재해로 보지 아니한다. 다만, 공무와 관련한 사유로 정상적인 인식능력 등이 뚜렷하게 저하된 상태에서 고의로 한 행위로서 대통령령으로 정하는 행위의 경우에는 공무상 재해로 본다.

위에 대한 처벌이 두려워 자해사망한 경우(군인사법 시행령 제60조의23 제2항 제2호), 군무이탈 또는 무단이탈 중 자해사망한 경우(동조 제3호), 직무수행과 관련 없는 개인적 이유를 원인으로 자해사망한 경우(동조 제4호) 외의 다른 경우를 상정하기가 쉽지 않다. 그렇다면 군인사법령상 순직 예외 사유인 ‘고의로 인한 사망’은 독자적인 의미를 가진다기보다는 중과실로 인한 사망보다 더 귀책사유가 강한 사망이라는 의미의 관성적 표현에 불과하다고 보아도 무방할 것이고, 심하게 표현하면, 자해사망 군인에 대한 처우의 변화를 반영하지 못한 입법자의 태만의 산물이라고 볼 수도 있다.

1.4. ‘중과실로 인한 사망’의 의미

이 역시 불가피한 사유 없는 중과실로 인한 사망의 압축적 표현이라 보아야 한다는 점은 고의로 인한 사망의 경우와 같고, 중과실이 현저한 주의의무 태만을 의미함은 굳이 부연설명할 필요가 없을 것이다. 현저한 주의의무 태만으로 인한 사망에 대해서는 개인의 귀책사유가 크다고 보아 순직 대상에서 제외하고자 하는 의미를 지닌다.

2. ‘위법행위를 원인으로 하는 사망’의 의미

2.1. 문제의 소재

위법행위가 사망의 직접적 원인이 되는 사고사가 ‘위법행위를 원인으로 하는 사망’에 해당함은 의문의 여지가 없지만, 위법행위 후 처벌에 대한 두려움 등으로 자해사망하는 경우 사망의 직접적 원인은 위법행위가 아니라 자해행위인데 이런 경우까지 ‘위법행위를 원인으로 하는 사망’이라고 볼 수 있는지가 문제 되고, 만약 그러하다면 어떤 경우가 위법행위를 원인으로 하는 사망에 해당하는지가 문제 되는바, 국가책임 강화라는 입법취지에 비추어 경우를 나누어 살펴보기로 한다.

2.2. 사고사의 경우

민간인 근로자의 업무상 사망 제외 사유에 관하여 규율하고 있는 산업재해보상보험법 제37조 제2항은 ‘근로자의 고의·자해행위나 범죄행위 또는 그것이 원인이 되어 발생한 사망은 업무상 재해로 보지 아니한다’고 규정함으로써 군인의 공무상 사망 제외 사유에 관한 군인사법 규정과 비슷한 구조를 취하고 있어 대법원의 산업재해보상보험법 제37조 제2항 관련 판결들을 참조할 필요가 있다.

대법원은 기본적으로, ‘근로자의 범죄행위가 원인이 되어 발생한 사망’이란 근로자의 범죄행위가 사망의 직접 원인이 되는 경우를 의미한다는 입장을 취하고 있다. 따라서 “근로자의 폭행으로 자극을 받은 제3자가 그 근로자를 공격하여 사망한 경우와 같이 근로자의 범죄행위가 간접적이거나 부수적인 원인이 되는 경우는 이에 해당되지 않는다”고 한다.¹⁵⁾

대법원은 여기서 더 나아가, 근로자의 중앙선 침범이라는 범죄행위가 사망 사고 발생의 원인이 된 사례에서, “근로자가 업무수행을 위하여 운전을 하던 중 발생한 교통사고로 인하여 사망한 경우, 해당 사고가 근로자의 업무수행을 위한 운전 과정에서 통상 수반되는 위협의 범위 내에 있는 것으로 볼 수 있다면 그 사고가 중앙선 침범으로 일어났다는 사정만으로 업무상 재해가 아니라고 선불리 단정할 수 없다”고 판시함으로써,¹⁶⁾ 산업재해보상보험법 제37조 제2항의 범죄행위에 모든 범죄행위가 포함되는 것은 아니고 업무에 내재하거나 업무수행 과정에서 통상 수반되는 위협이 현실화된 범죄행위는 포함되지 아니할 수 있다는 입장을 취하고 있다.

이러한 대법원판결의 취지를 반영한다면, ① 내무반에서 서로 싸우다가 상대방의 폭행으로 인하여 사망한 경우나 ② 부대로 출근하거나 부대

15) 대법원 2017. 4. 27. 2016두55919. 대법원은 공무원및사립학교교직원의료보험법 제42조 제1항 및 (구) 국민의료보험법 제41조 제1항에서 규정한 ‘자신의 범죄행위에 기인한 사고’에 대해서도, ‘오로지 또는 주로 자기의 범죄행위로 인하여 보험사고가 발생한 경우’라고 해석하고 있다(대법원 1990. 2. 9. 89누2295; 대법원 2004. 4. 27. 2002두13079).

16) 대법원 2022. 5. 26. 2022두30072.

에서 퇴근하는 과정에서 단순 졸음운전으로 중앙선을 침범하는 사고로 사망한 경우 등은 ‘위법행위로 인한 사망’에는 포함되지 아니한다고 보아야 할 것이다.

2.3. 자해사망의 경우

위 2.2.항에서 살펴본 바와 같이, 본인의 위법행위와 사망 사이에 타인의 위법행위가 개입된 경우는 ‘위법행위로 인한 사망’에 포함되지 아니하지만, 본인의 위법행위와 사망 사이에 타인의 위법행위가 개입되지 않고 오로지 자신의 자해행위만이 개입된 경우는 ‘위법행위로 인한 사망’에 포함된다고 보아야 할 것이다. 제391회 국방위원회 제2차 법률안심사소위원회(2021. 11. 24.) 논의 과정에서, 이 조항은 폭행, 살인 등의 범죄행위를 한 후 처벌의 두려움이나 수치심으로 인하여 자해사망한 경우를 염두에 둔 조항임이 확인되었다.¹⁷⁾

그런데 의무복무 군인의 위법행위에는 군 복무라는 특수한 환경이 영향을 미치는 경우가 많고, 민간 사회에서라면 자해사망에까지 이르지 않았을 법한 경미한 위법행위를 하고 자해사망을 하는 배경에도 역시 군 복무라는 특수한 환경이 자리잡고 있는 경우가 많기 때문에, 위법행위로 인한 자해사망 모두를 순직에서 제외하는 것은 타당하지 않고, 군인사법 제54조의2 제2항 신설 취지에도 부합하지 아니한다. 그렇다고 군인이 아니었다면 자해사망하지 않았을 사례들 모두를 순직 처리하는 것 역시 위법행위에 대한 일반예방적 측면에서 타당하다고 할 수 없다.

구체적 사례군(群)으로, ① 야간에 경계근무 중 담배를 피우다가 순찰도는 고위 간부에게 적발되는 등 범죄행위까지는 이르지 않는 위규행위

17) 회의록 제18쪽 관련 부분을 발췌하면 다음과 같다.

○ **국방부중앙전공사상심사지원단장 조진훈** … 12구는 폭행 그다음에 살인, 자해사망 이런 건들이어서 도저히 현행법으로도 순직으로 할 수 없는 범법 위주다 보니까 이렇게 보관하고 있습니다.

○ **한기호 위원** 그러면 여기서 이제 얘기하는 것은 하여튼 그런 분명한 수사 결과로 범법에 의한 것이 아니면 간부들도 전부 다 순직이다?

○ **국방부중앙전공사상심사지원단장 조진훈** 그렇습니다.”

를 한 후 자해사망한 사례군, ② 구타 금지 교육이 한창인 때 후임병을 구타하는 등 범죄행위를 한 후 자해사망한 사례군, ③ 선임병의 지속적인 횡포를 더 이상 참지 못해서 선임병을 살해하는 중대한 범죄행위를 한 후 자해사망한 사례군을 들 수 있는데, 이 중 ① 사례군의 경우는 위법행위를 한 것이 아니므로 군인사법 문언에 비추어보더라도 순직 처리하는 것이 맞고¹⁸⁾, ③ 사례군의 경우는 위법성 조각 사유, 책임 조각 내지 감면 사유 존재 등의 특별한 사정이 없는 한 순직 처리를 하지 않는 것이 맞다. 문제는 ② 사례군의 경우인데, 일률적으로 논하기 쉽지 않다. 일반 형법과 달리 군형법에는 제28조 초병 수소가탈죄, 제40조 초령위반죄, 제47조 명령위반죄, 제79조 무단이탈죄 등 비교적 형량이 낮지만 군대 질서 유지 차원에서 때로는 엄격하게 집행할 필요가 있으면서도 때로는 어느 정도 용인되기도 하는 범죄행위들이 규정되어 있기 때문이다. 따라서 어떠한 기준에 의해서 순직 처리 여부 판단을 할 것인가가 문제된다.

이 문제는 결국 ① 자해사망자의 위법행위가 ‘업무 수행에 수반되는 통상적인 위험 범위 내의 행위’라고 평가받을 수 있는지 여부, ② 자해사망자의 위법행위와 자해사망 사이의 인과관계를 중단시키는 다른 부대적 요소(처벌에 대한 두려움, 수치심 등을 필요 이상으로 자극하는 구성원들의 언동 등)의 존재가 인정되는지 여부, ③ 군대 질서 유지 차원에서 규범 침해에 대한 제재의 필요성이 강한지 여부 등의 구체적 사정을 종합하여 판단하여야 한다. 특히 갓 자대 배치받은 이병이나 관심사병의 경우, 가뜩이나 경직되고 심리적으로 위축되어 있는 상태에서 사소한 범죄행위에 대한 지적에도 처벌에 대한 두려움이나 수치심이 순간적으로 증폭되어 자살하는 사례들이 있는데, 이런 경우는 위법행위를 원인으로 하는 사망이라기보다는 군 복무의 특수한 부담으로 인한 사망으로 보는 것이 타당하다.

18) 사실, 단순 위규행위를 하였음에도 불구하고 자해사망에까지 이르게 되는 경우는 단순히 개인이 정계를 당하는 것에 대한 두려움이나 수치심에서 비롯되었다기보다 군대 특유의 연대책임 문화에서 기인하는 죄책감, 압박감에서 비롯되었다고 보는 것이 합리적이고, 이런 의미에서도 위규행위가 자해사망의 직접적인 원인이라고 할 수 없다.

2.4. 관련 문제

위 조항의 해석, 적용은 국가유공자나 보훈보상대상자 제외 사유인 ‘관련 법령 (또는 소속 상관의 명령)을 현저히 위반하여 발생한 경우’의 해석, 적용과 일치시킴으로써 국가 차원의 법해석의 통일성을 도모할 필요가 있다. 즉, 어떤 법령을 어느 정도로 위반해야 ‘현저히 위반한 경우’에 해당하며, 현저한 법령 위반과 사망 사이에 어느 정도의 인과관계가 인정되어야 하는지에 관하여도 군인사법 제54조의2 제2항과 같은 결론이 도출되는 것이 바람직하다는 것이다.

IV. 관련 문제: 보훈보상대상자법 시행령 제2조 [별표1] 과의 관계

군인사법이 제54조의2 제2항을 신설하는 방식으로 의무복무 기간 중 사망한 군인에 대한 처우에 변화를 주었다면, 보훈보상대상자법은 법률은 그대로 둔 채 동법 시행령 제2조 [별표1]을 개정하는 방식으로 의무복무 기간 중 사망한 군인에 대한 처우에 변화를 주어 왔다.

군인사법 제54조의2 제2항이 신설되기 전에도 보훈보상대상자법 시행령 제2조 [별표1]은 이미 의무복무자에 대한 특례 규정을 두고 있었다. 보훈보상대상자법 시행령 제2조 [별표1] ‘보훈보상대상자 요건의 기준 및 범위’ 제13호와 제14호¹⁹⁾는 의무복무자에 대해서는 입증책임을 전환시켜

19) 제13호. 의무복무자(비무장지대에 인접한 초소, 해안, 함정 등에서 경계근무를 하는 사람을 포함한다)로서 복무 중 사망한 사람(직무수행 또는 교육훈련과 인과관계가 명백하게 없는 이유로 사망한 사람 및 법 제2조 제3항 각 호의 어느 하나에 해당하는 이유로 사망한 사람은 제외한다)

제14호. 의무복무자로서 복무 중 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 시행령」 별표 1 제2호의 2-8 및 이 표 제11호에 해당하지 않는 질병이 발생하였거나 그러한 질병의 진단 또는 치료를 받고 복무 중이나 전역한 후 2년 이내에 해당 질병이 직접적인 원인이 되어 사망하였다고 인정된 사람. 다만, 전역한 후 2년이 지나 사망한 경우에도 그 질병의 특성 및 진행 경과 등을 고려하여 해당 질병이 직접적인 원인이 되어 사망하였다고 인정된 경우에는 보훈보상대상자로

주거나 공무수행과 사망 사이의 상당인과관계를 입증하지 못하더라도 보훈보상대상자가 될 수 있는 길을 열어주었던 것이다. 2022. 12. 30. [별표1]에 추가된 제17호²⁰⁾는 의무복무자 중 자해사망자에 대하여도 입증책임을 전환시켜줌으로써 보훈보상대상자법 시행령 제2조 [별표1]은 군인사법 제54조의2 제2항과 내용면에서 거의 일치하게 되었다(다만, 보훈보상대상자법 시행령 제2조 [별표1]에서 규율하고 있는 의무복무자의 개념은 [별표1] 제8호²¹⁾에 규정되어 있는데, 군인사법 제54조의2 제2항과 달리 장기복무 장교와 장기복무 부사관, 준사관을 포함시키지 않고 있는바, 이 문제는 국방부와 보훈부가 협의하여 시급히 통일시킬 필요가 있다).

따라서 의무복무 군인의 사망이 공무상 사망인지 여부에 관해서는 군인사법, 보훈보상대상자법 불문하고 입증책임이 전환되어 의무복무 군인의 사망에 대한 국가책임이 강화되었다. 보훈보상대상자법 시행령 제2조 [별표1]의 내용은 시행령이 아니라 법률에 규정하는 것이 더 바람직하다 할 것이다.

V. 결론

이상에서 군인사법 제54조의2 제2항 및 동법 시행령 제60조의 23의 신설로 의무복무 군인의 사망에 대한 국가책임이 강화되었다는 점을 살펴보고, 의무복무 군인에 대한 국가책임 강화라는 관점에서 군인사법 제54조의2 제2항 단서의 의미에 대해서 실무상 쟁점 중심으로 살펴보았다. 그리고 보훈보상대상자법 시행령 제2조 [별표1]의 개정으로 의무복무 군인에 대한 국가책임이 강화되었다는 점에 대해서도 살펴보았다.

인정할 수 있다.

20) 제17호. 의무복무자로서 복무 중 자해행위를 하여 사망한 사람. 다만, 복무와 상당한 인과관계가 없는 경우는 제외한다.

21) 제8호. 「군인사법」 제6조에 따른 단기복무 장교·부사관 및 「병역법」 제2조에 따른 군간부후보생·상근예비역·사회복무요원·대체복무요원, 같은 법 제16조·제20조에 따라 임명된 현역병, 같은 법 제25조에 따라 전환복무된 의무소방원·의무경찰 (이하 ‘의무복무자’라 한다) <이하 생략>

현재 의무복무 군인의 사망이 공무상 사망인지 여부에 관한 판단 기관이 군인재해보상심의회, 전공사상심사위원회, 보훈심사위원회로 나뉘어 있는데, 이러한 상황을 당장 바꿀 수 없다면, 국방부와 보훈부는 군인의 사망 사례에 관한 국가기관의 평가가 달라지는 일이 없도록 서로 긴밀히 협의하여 문제를 해결해나가야 할 것이다. 망인에 대한 각 국가기관의 평가가 달라지는 사태는 망인에 대한 국가의 예우라는 차원에서 그리고 유족에 대한 배려·위로의 차원에서 바람직하지 않다.

<참고문헌>

- 김성배, “군 사망·재해사고에 대한 보훈 및 배상에 관한 판례 분석”, 공법연구 제 50집 제4호, 한국공법학회, 2022. 6., 33~64쪽.
- 이재승, “군인의 자살과 사회법적 사고”, 군사망사고진상규명위원회·한국공법학회 공동학술대회: 사망 군인에 대한 예우와 군인 인권증진을 위한 제도개선 방안, 2023. 8. 30., 3~33쪽.
- 조성제, “군인재해보상법에 따른 보상 범위와 국가책임 법제”, 군사망사고진상규명위원회·한국공법학회 공동학술대회: 사망군인 예우와 국가책임, 2022. 5. 27., 97~125쪽.
- 제391회 국방위원회 제2차 법률안심사소위원회(2021. 11. 24.) 회의록(국회 입법정보 통합검색, <<http://likms.assembly.go.kr/nsrch/search.do>>, 검색일: 2023. 9. 30.

<Abstract>

On Interpretation of Article 54-2, Paragraph 2 of the Revised Military Personnel Act

— In the perspective of practice —

Tak, Kyeong-kuk

Lawyer, Dikelaw

The Art. 54-2 (Classification of Persons in Military Service Killed in Action), para. 2 was newly inserted on Jan. 4, 2022 in the Military Personnel Management Act(hereinafter as “MPMA”) and the Art. 60-23 of the (Presidential) Enforcement Decree for this Act on Jun. 30, 2022.

This article deals with the interpretation of these provisions. The Art. 54-2, Para. 2 provides that “Where a military personnel dies during his or her compulsory service period, he or she shall be classified as a public official who died in the line of duty[...]. Provided that where a person falls under any ground prescribed by Presidential Decree, such as death by intent or gross negligence or death caused by an unlawful act, the person may be classified as a person who died for ordinary reasons.”

Although these provisions are still based on a fault-based liability system, this revision can be understood that, when it comes to the deaths of soldiers in the compulsory service period, a social consensus has been reached that the responsibility of the state should be guaranteed through shifting the burden of proof on the cause of death to the state.

From this perspective of state responsibility, I would like to show what are better interpretations of the current controversial provisions, considering the newly developed precedents and practical examples of state organizations. My intention is to present uniform regulations about the death of soldiers, among MPMA,

Military Accident Compensation Act, Act On Support For Persons Eligible For Veteran's Compensation.

Key phrases: Death of a Military Personnel during his/her Compulsory Service Period, Death by Intent or Gross negligence, Death Caused by an Unlawful Act, Military Personnel Management Act, Military Accident Compensation Act, Act On Support For Persons Eligible For Veteran's Compensation