

해상선박사고에서 선장과 선원의 형사책임

- 세월호 대법원 판결을 중심으로 -

정 재 환*

目 次

- | | |
|----------------------|-------------------------|
| I. 들어가며 | 2. 간부선원 을과 병의 부작위에 |
| II. 부작위에 의한 살인죄와 그 | 의한 살인죄 |
| 공동정범 | III. 특정범죄가중법 제5조의12 위반죄 |
| 1. 선장 갑의 부작위에 의한 살인죄 | IV. 나가며 |

[대상판결] 대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결

[사실관계] 2014. 4. 16. 08:52 경 항해 중이던 세월호가 좌현으로 기울어져 멈춘 후 침몰하고 있는 상황에서, 세월호의 선장 甲, 1등 항해사 乙, 2등 항해사 丙은, 피해자인 승객과 사무부 승무원 등이 안내방송 등을 믿고 대피하지 않은 채 세월호의 선내에 대기하고 있음에도, 이들에 대한 어떠한 구조조치도 취하지 않고, 09:46 경 세월호에서 퇴선하였다. 세월호에 남아있던 304명의 피해자들은 그 무렵 바다에 빠져 익사하였고, 152명의 피해자들은 해경 등에 의하여 구조되었다. 재판과정에서 甲, 乙, 丙의 형사책임으로 살인 및 살인미수죄, 유기치사상죄, 수난구조법 제18조 제1항 단서 위반죄, 특정범죄가중처벌법 제5조의12 위반죄 등의 성립여부가 문제되었다.

이와 관련하여 제1심법원은 甲, 乙, 丙에게 유기치사상죄의 성립을 인정한 반면,¹⁾ 항

■ 투고일자 : 2022년 11월 25일, 심사일자 : 2022년 12월 8일, 게재확정일자 : 2022년 12월 19일.

* 부산대학교 법학연구소 전임연구원, 법학박사

소심법원은 甲에게 살인 및 살인미수죄, 수난구호법 제18조 제1항 단서 위반죄, (실종자 1인에 대한) 특정범죄가중처벌법 제5조의12 위반죄, 乙에게 특정범죄가중처벌법 제5조의12 위반죄, 丙에게 수난구호법 제18조 제1항 단서 위반죄의 성립을 인정하였다.²⁾

[판결요지]

[1] 범죄는 보통 적극적인 행위에 의하여 실행되지만 때로는 결과의 발생을 방지하지 아니한 부작위에 의하여도 실현될 수 있다. 형법 제18조는 “위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다.”라고 하여 부작위범의 성립 요건을 별도로 규정하고 있다.

자연적 의미에서의 부작위는 거동성이 있는 작위와 본질적으로 구별되는 무(무)에 지나지 아니하지만, 위 규정에서 말하는 부작위는 법적 기대라는 규범적 가치판단 요소에 의하여 사회적 중요성을 가지는 사람의 행태가 되어 법적 의미에서 작위와 함께 행위의 기본 형태를 이루게 되므로, 특정한 행위를 하지 아니하는 부작위가 형법적으로 부작위로서의 의미를 가지기 위해서는, 보호법익의 주체에게 해당 구성요건적 결과발생의 위험이 있는 상황에서 행위자가 구성요건의 실현을 회피하기 위하여 요구되는 행위를 현실적·물리적으로 행할 수 있었음에도 하지 아니하였다고 평가될 수 있어야 한다.

나아가 살인죄와 같이 일반적으로 작위를 내용으로 하는 범죄를 부작위에 의하여 범하는 이른바 부진정 부작위범의 경우에는 보호법익의 주체가 법익에 대한 침해위험에 대처할 보호능력이 없고, 부작위행위자에게 침해위험으로부터 법익을 보호해 주어야 할 법적 작위의무가 있을 뿐 아니라, 부작위행위자가 그러한 보호적 지위에서 법익침해를 일으키는 사태를 지배하고 있어 작위의무의 이행으로 결과발생을 쉽게 방지할 수 있어야 부작위로 인한 법익침해가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것으로서 범죄의 실행행위로 평가될 수 있다. 다만 여기서의 작위의무는 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론, 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정된다.

또한 부진정 부작위범의 고의는 반드시 구성요건적 결과발생에 대한 목적이나 계획적인 범행 의도가 있어야 하는 것은 아니고 법익침해의 결과발생을 방지할 법적 작위의

1) 광주지방법원 2014. 11. 11. 선고 2014고합180 판결.

2) 광주고등법원 2015. 4. 28. 선고 2014노490 판결.

무를 가지고 있는 사람이 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음을 예견하고도 결과발생을 용인하고 이를 방관한 채 의무를 이행하지 아니한다는 인식을 하면 족하며, 이러한 작위의무자의 예견 또는 인식 등은 확정적인 경우는 물론 불확정적인 경우이더라도 미필적 고의로 인정될 수 있다. 이때 작위의무자에게 이러한 고의가 있었는지는 작위의무자의 진술에만 의존할 것이 아니라, 작위의무의 발생근거, 법익침해의 태양과 위험성, 작위의무자의 법익침해에 대한 사태지배의 정도, 요구되는 작위의무의 내용과 이행의 용이성, 부작용에 이르게 된 동기와 경위, 부작용의 형태와 결과발생 사이의 상관관계 등을 종합적으로 고려하여 작위의무자의 심리상태를 추인하여야 한다.

[2] 선장의 권한이나 의무, 해원의 상명하복체계 등에 관한 해사안전법 제45조, 구 선원법(2015. 1. 6. 법률 제13000호로 개정되기 전의 것) 제6조, 제10조, 제11조, 제22조, 제23조 제2항, 제3항은 모두 선박의 안전과 선원 관리에 관한 포괄적이고 절대적인 권한을 가진 선장을 수장으로 하는 효율적인 지휘명령체계를 갖추어 항해 중인 선박의 위험을 신속하고 안전하게 극복할 수 있도록 하기 위한 것이므로, 선장은 승객 등 선박공동체의 안전에 대한 총책임자로서 선박공동체가 위험에 직면할 경우 그 사실을 당국에 신고하거나 구조세력의 도움을 요청하는 등의 기본적인 조치뿐만 아니라 위기상황의 태양, 구조세력의 지원 가능성과 규모, 시기 등을 종합적으로 고려하여 실현가능한 구체적인 구조계획을 신속히 수립하고 선장의 포괄적이고 절대적인 권한을 적절히 행사하여 선박공동체 전원의 안전이 종국적으로 확보될 때까지 적극적·지속적으로 구조조치를 취할 법률상 의무가 있다.

또한 선장이나 승무원은 수난구호법 제18조 제1항 단서에 의하여 조난된 사람에 대한 구조조치의무를 부담하고, 선박의 해상여객운송사업자와 승객 사이의 여객운송계약에 따라 승객의 안전에 대하여 계약상 보호의무를 부담하므로, 모든 승무원은 선박 위험 시 서로 협력하여 조난된 승객이나 다른 승무원을 적극적으로 구조할 의무가 있다.

따라서 선박침몰 등과 같은 조난사고로 승객이나 다른 승무원들이 스스로 생명에 대한 위협에 대처할 수 없는 급박한 상황이 발생한 경우에는 선박의 운항을 지배하고 있는 선장이나 갑판 또는 선내에서 구체적인 구조행위를 지배하고 있는 선원들은 적극적인 구호활동을 통해 보호능력이 없는 승객이나 다른 승무원의 사망 결과를 방지하여야 할 작위의무가 있으므로, 법익침해의 태양과 정도 등에 따라 요구되는 개별적·구체적

인 구호의무를 이행함으로써 사망의 결과를 쉽게 방지할 수 있음에도 그에 이르는 사태의 핵심적 경과를 그대로 방관하여 사망의 결과를 초래하였다면, 부작위는 작위에 의한 살인행위와 동등한 형법적 가치를 가지고, 작위의무를 이행하였다면 결과가 발생하지 않았을 것이라는 관계가 인정될 경우에는 작위를 하지 않은 부작위와 사망의 결과 사이에 인과관계가 있다.

[3] [다수의견] 항해 중이던 선박의 선장 피고인 갑, 1등 항해사 피고인 을, 2등 항해사 피고인 병이 배가 좌현으로 기울어져 멈춘 후 침몰하고 있는 상황에서 피해자인 승객 등이 안내방송 등을 믿고 대피하지 않은 채 선내에 대기하고 있음에도 아무런 구조조치를 취하지 않고 퇴선함으로써, 배에 남아있던 피해자들을 익사하게 하고, 나머지 피해자들의 사망을 용인하였으나 해경 등에 의해 구조되었다고 하여 살인 및 살인미수로 기소된 사안에서, 피고인 을, 병은 간부 선원이기는 하나 나머지 선원들과 마찬가지로 선박침몰과 같은 비상상황 발생 시 각자 비상임무를 수행할 현장에 투입되어 선장의 퇴선명령이나 퇴선을 위한 유보갑판으로의 대피명령 등에 대비하다가 선장의 실행지휘에 따라 승객들의 이동과 탈출을 도와주는 임무를 수행하는 사람들로서, 임무의 내용이나 중요도가 선장의 지휘 내용이나 구체적인 현장상황에 따라 수시로 변동될 수 있을 뿐 아니라 퇴선유도 등과 같이 경우에 따라서는 승객이나 다른 승무원에 의해서도 비교적 쉽게 대체 가능하고, 따라서 승객 등의 퇴선을 위한 선장의 아무런 지휘·명령이 없는 상태에서 피고인 을, 병이 단순히 비상임무 현장에 미리 가서 추가 지시에 대비하지 아니한 채 선장과 함께 조타실에 있었다거나 혹은 기관부 선원들과 함께 3층 선실 복도에서 대기하였다는 사정만으로, 선장과 마찬가지로 선내 대기 중인 승객 등의 사망 결과나 그에 이르는 사태의 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 저지·촉진하는 등 사태를 지배하는 지위에 있었다고 보기 어려운 점 등 제반 사정을 고려하면, 피고인 을, 병이 간부 선원들로서 선장을 보좌하여 승객 등을 구조하여야 할 지위에 있음에도 별다른 구조조치를 취하지 아니한 채 사태를 방관하여 결과적으로 선내 대기 중이던 승객 등이 탈출에 실패하여 사망에 이르게 한 잘못은 있으나, 그러한 부작위를 작위에 의한 살인의 실행행위와 동일하게 평가하기 어렵고, 또한 살인의 미필적 고의로 피고인 갑의 부작위에 의한 살인행위에 공모 가담하였다고 단정하기도 어려우므로, 피고인 을, 병에 대해 부작위에 의한 살인의 고의를 인정하기 어렵다고 한 원심의 조치는 정당하다고 한 사례.

[피고인 을, 병의 살인·살인미수 무죄판단 부분에 대한 대법관 박보영, 대법관 김소영, 대법관 박상옥의 반대의견] 위 사안에서, 피고인 을, 병은 선박이 조난사고를 당한 비상상황에서 선장을 보좌하여 선원들을 지휘하고 유사시 선장의 직무를 대행할 책임을 지고 있어 조난을 당한 승객 등의 생명·신체의 안전을 보호할 법적 지위와 작위의 무에서 선장에 준하는 것으로 평가되는 점, 사고 당시 긴박한 상황 전개와 피고인 갑의 모든 대응을 직접 목격함으로써 피고인 갑이 승객의 인명구조와 관련된 선장의 역할을 전면적으로 포기·방기하는 비정상적 상황임을 인식한 점, 피고인 을, 병에게는 비상상황에서 선장을 보좌하여 현장을 지휘할 의무 외에도 선장의 직무 포기라는 비정상적 상황이 지속됨으로 인하여 선장을 대행하여 구조조치를 지휘할 의무가 현실적으로 발생한 점, 피고인 을, 병은 당시 상황에 부합하는 자신들의 의무를 이행함으로써 승객 등의 사망이라는 결과발생을 직접적으로 용이하게 저지할 수 있을 정도로 사태를 지배하고 있었음에도 어떠한 의무도 이행하지 않고 방관한 점, 구조정이 도착한 이후에 승객 등에게 퇴선하라는 아무런 명령·조치도 없이 선내에 그대로 방치한 채 선장 및 다른 갑판부 선원들과 함께 먼저 퇴선함으로써, 그 후 승객 등이 사망할 가능성이 크지만 사망해도 어쩔 수 없다는 의사, 즉 결과발생을 인식·용인하였고, 이러한 피고인 을, 병의 부작위는 작위에 의한 살인의 실행행위와 동일하게 평가할 수 있는 점, 피고인 갑의 부작위에 의한 살인행위에 암묵적, 순차적으로 공모 가담한 공동정범이라고 보아야 하는 점 등을 종합할 때, 피고인 을, 병은 부작위에 의한 살인 및 살인미수죄의 공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없다고 한 사례.

[4] [다수의견] 수난구호법 제1조, 제2조 제3호, 제4호, 제7호, 제18조 제1항 의 체계, 내용 및 취지와 더불어, 수난구호법 제18조 제1항은 구조대상을 '조난된 선박'이 아니라 '조난된 사람'으로 명시하고 있는데, 같은 법 제2조 제4호 에서 조난사고가 다른 선박과의 충돌 등 외부적 원인 외에 화재, 기관고장 등과 같이 선박 자체의 내부적 원인으로 도 발생할 수 있음을 전제로 하고 있으므로, 조난된 선박의 선장 및 승무원이라 하더라도 구조활동이 불가능한 상황이 아니라면 구조조치의무를 부담하게 하는 것이 조난된 사람의 신속한 구조를 목적으로 하는 수난구호법의 입법 취지에 부합하는 점을 고려하면, 수난구호법 제18조 제1항 단서의 '조난사고의 원인을 제공한 선박의 선장 및 승무원'에는 조난사고의 원인을 스스로 제공하여 '조난된 선박의 선장 및 승무원'도 포함된다.

[대법관 이상훈, 대법관 김용덕, 대법관 김신, 대법관 조희대, 대법관 이기택의 반대 의견] '조난된 선박의 선장 및 승무원'은 수난구호법 제18조 제1항 본문의 구조대상이 되는 '조난된 사람'에 해당한다. 선박 조난사고에서 위 본문의 '조난현장의 부근에 있는 선박, 항공기, 수상레저기구 등의 선장·기장 등'은 조난된 선박의 조난된 사람에게서 직접·간접적으로 구조요청을 받는 사람이므로, 그 자신은 '조난된 선박의 선장 및 승무원'이 될 수 없다. 따라서 위 본문의 요건 충족을 전제로 하는 단서의 '조난사고의 원인을 제공한 선박의 선장 및 승무원'에 '조난된 선박의 선장 및 승무원'은 포함될 수 없다.

요컨대, 수난구호법 제18조 제1항 은 기본적으로 조난된 선박의 구조요청에 따라 발생하는 인근 선박 선장 등의 조난된 선박 이외의 조난된 사람에 대한 구조지원 내지 구조조치의무를 규정하고 있는 것이지, 조난된 사람이라는 지위에 차이가 없어 모두 구조대상이 된다는 점에서 다르지 않은 조난된 선박 내부 사람들 상호 간의 구조지원 내지 구조조치의무를 규정한 것으로 볼 수는 없다.

[5] 수난구호법 제18조 제1항 단서에서 정한 '조난된 사람을 신속히 구조하는 데 필요한 조치'에는 아무런 제한이 없으므로, 조난된 사람의 생명·신체에 대한 급박한 위해를 실질적으로 제거하기 위하여 필요하고도 가능한 조치를 다하여야 하고, 그러한 조치의무를 이행하였는지는 조난사고의 발생장소나 시각, 사고현장의 기상 등 자연조건, 조난사고의 태양과 위험 정도, 구조인원 및 장비의 이용 가능성, 응급처치의 내용과 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

[6] 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 '특정범죄가중법'이라 한다) 제1조, 제5조의12 제1호, 제2호, 해사안전법 제2조 제2호, 수난구호법 제18조 제1항 단서의 체계, 내용 및 취지 등을 고려하면, 특정범죄가중법 제5조의12 위반죄는 형법 제268조의 업무상 과실치사상죄 및 중과실치사상죄를 기본범죄로 하여 수난구호법 제18조 제1항 단서 위반행위 및 도주행위를 결합하여 가중 처벌하는 일종의 결합법으로서 선박의 교통으로 형법 제268조 의 죄를 범한 선박의 선장 또는 승무원이 수난구호법 제18조 제1항 단서에 규정된 의무를 이행하기 이전에 사고현장을 이탈한 때에 성립하고, '선박 간의 충돌사고'나 '조타상의 과실'로 형법 제268조 의 죄를 범한 경우에 한하여 성립하는 것으로 볼 수 없다.

한편 수난구호법 제18조 제1항 단서에 따라 사고를 낸 선장 또는 승무원이 취하여야 할 조치는 사고의 내용과 피해의 정도 등 구체적 상황에 따라 건전한 양식에 비추어 통

상 요구되는 정도로 적절히 강구되어야 하고, 그러한 조치를 취하기 전에 도주의 범의로써 사고현장을 이탈한 것인지를 판정할 때에는 사고의 경위와 내용, 피해자의 생명·신체에 대한 위험의 양상과 정도, 선장 또는 승무원의 과실 정도, 사고 후의 정황 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

[대상판결의 검토]

I. 들어가며

대상판결에서는 선장 갑에게 대법관 전원이 일치하여 부작위에 의한 살인죄를 인정하였다. 하지만 1등 항해사 을과 2등 항해사 병의 죄책에 대해서는 다수의견과 소수의견으로 나뉘었는데, 을과 병이 갑의 부작위에 의한 살인죄의 공동정범이 되는지가 쟁점이 되었다. 그리고 갑과 을의 수난구호법 제18조 제1항 단서 위반을 구성요건요소로 하는 특정범죄가중법 제5조의12 위반 여부가 다투어졌으며, 여기에서는 “조난사고의 원인을 제공한 선박”에 조난된 선박이 포함되는지가 문제가 되었다.

이하에서는 대법원 판결을 중심으로 각각의 쟁점들을 살펴보기로 한다.

II. 부작위에 의한 살인죄와 그 공동정범

1. 선장 갑의 부작위에 의한 살인죄

(1) 부진정부작위범의 정범성

기존 대법원의 판례에 따르면 부진정부작위범이 성립하기 위해서는 다음의 요건을 충족해야 한다고 하였다: “형법이 금지하고 있는 법익침해의 결과발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가, 그 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음에도 불구하고 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한 경우에, 그 부작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면, 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있다고 할 것이다”.³⁾ 하지만 대상판결의 다수의견은 기존 판결에서

나타나지 않았던 “보호법익의 주체가 법익에 대한 침해위험에 대처할 보호능력이 없고”, “부작위행위자가 그러한 보호적 지위에서 법익침해를 일으키는 사태를 지배”하고 있어야 한다는 새로운 기준을 제시하였다.

(2) 검토

부진정부작위범은 부작위에 의해 작위범의 구성요건을 실현하는 것이므로, 그 부작위가 작위범과 동일하게 평가되기 위해서는 ‘보증인지위’와 ‘실행행위의 동가치성’이 요구된다.⁴⁾ 보증인지위와 관련하여서는 그 지위를 발생시키는 보증의무가 존재하여야 하고, 그 보증의무는 작위의무로서 “법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론, 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정된다”.⁵⁾ 선장 갑에게는 해사안전법 제45조, 선원법 제6조, 제10조, 제11조, 제22조 등 관계 법령을 통해 선박공동체의 안전을 책임질 법률상의 의무가 부여되어 있으며, 수난구조법 제18조 제1항 단서에 의하여 조난된 사람들의 구조조치의무 역시 부여된다. 이에 따라 부작위에 의한 살인죄 판단을 위한 선장 갑의 보증인지위를 인정할 수 있다. 그럼에도 불구하고 선장 갑은 퇴선조치나 구조조치를 지시하지 않았고 그 부작위에 살인죄에 대한 미필적 고의를 인정할 수 있다. 즉 “작위의무자에게 이러한 고의가 있었는지는 [...] 작위의무의 발생근거, 법익침해의 태양과 위험성, 작위의무자의 법익침해에 대한 사태지배의 정도, 요구되는 작위의무의 내용과 이행의 용이성, 부작위에 이르게 된 동기와 경위, 부작위의 형태와 결과발생 사이의 상관관계 등을 종합적으로 고려하여 작위의무자의 심리상태를 추인하여야” 하고, “법익침해의 결과발생을 방지할 법적 작위의무를 가지고 있는 사람이 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음을 예견하고도 결과발생을 용인하고 이를 방관한 채 의무를 이행하지 아니한다는 인식을 하면 족하며, 이러한 작위의무자의 예견 또는 인식 등은 확정적인 경우는 물론 불확정적인 경우이더라도 미필적 고의로 인정될 수 있다”.⁶⁾

3) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009도12109,2009감도38 판결; 대법원 1992. 2. 11. 선고 91도2951 판결.

4) 최호진, “세월호 선장과 간부선원의 형사책임에 대한 대법원 판결 법리분석과 비판”, 아주법학 제9권 제4호, 2016, 111면.

5) 대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결.

6) 대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결.

2. 간부선원 을과 병의 부작위에 의한 살인죄

(1) 부진정부작위범의 공동정범

부진정부작위범의 공동정범을 판단하기에 앞서, 부진정부작위범에서 정범과 공범이 구별될 수 있는지와 그렇다면 그 기준은 무엇인가가 고려되어야 한다. 이는 부진정부작위범을 작위범과 동일한 지배범으로 이해하여 범행지배이론을 적용할 수 있는지, 그렇지 않으면 부진정부작위범을 의무범으로 보아 단일정범으로 취급해야 하는지에 달려 있다.⁷⁾ 후자의 입장을 취하는 경우 부진정부작위범에서 정범과 공범은 감독보증인과 보호보증인에 따라 다르게 취급하여야 한다는 견해⁸⁾, 상응성을 기준으로 구별하여야 한다는 견해⁹⁾, 작위의무자의 상하위 관계에 따라 구분된다는 견해¹⁰⁾ 등에 따라 각기 상이하게 판단된다. 대법원은 작위 정범에 부작위로 가담한 경우 작위범의 범행지배를 인정하고 부진정부작위범은 방조범이 되는 것으로 판단하고 있다.¹¹⁾

여기에서 더 나아간 문제인 부진정부작위범의 공동정범은 의무범으로서 단일정범을 취할 경우 그 성립이 불가능하지만,¹²⁾ 부진정부작위범을 지배범으로 보게 되면 범행지배를 인정하여 공동정범의 성립을 긍정할 수 있게 된다. 대법원 역시 이러한 입장에 따라 부작위에 의한 사기죄의 공동정범을 인정한다.¹³⁾ 그에 따라 부작위범의 공동정범을 위한 요건으로 “다수의 부작위범에게 공통된 의무가 부여되어 있고 그 의무를 공통으로 이행할 수 있을 때에만 성립한다”라고 판시한 바 있다.¹⁴⁾

대사판결의 다수의견은 “사태의 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 저지·촉진하

7) 후자의 입장을 취하는 견해로는 김성룡, “부진정부작위범의 한국적 해석으로서의 단일정범개념”, 비교형사법연구 제5권 제1호, 2003, 102면 이하; 전지연, “부작위범에서의 정범과 공범의 구별”, 형사판례연구 제13권, 2005, 21면 이하.

8) 원형식, “의무범에 있어서 정범과 공범의 구분”, 형사법연구 제19호, 2003, 227면; 류부곤, “부작위범의 불법구조”, 비교형사법연구 제15권 제1호, 2013, 355면.

9) 이용식, “부작위에 의한 정범과 공범의 구별”, 서울대학교 법학 제40권 제2호, 1999, 281면 이하.

10) 이창섭, “해양사고와 선원의 형사책임에 관한 몇 가지 검토”, 비교형사법연구 제18권 제1호, 2016, 143면 이하.

11) 대법원 1996. 9. 6. 선고 95도2551 판결; 대법원 1997. 3. 14. 선고 96도1639 판결.

12) 김성룡, “의무범과 정범표지, 부작위범의 공동정범 표지로서 기능적 행위지배?”, 형사법의 신동향 제52호, 2016, 254면 이하.

13) 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005도8645판결.

14) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2008도89 판결. 이 판결은 진정부작위범의 공동정범의 요건을 판시한 것으로 볼 수 있다.

는 등 사태를 지배하는 지위”에 있어야 한다는 점을 명시하며 부진정부작위범의 지배범으로서의 성격을 인정하여 피고인 간부선원 을과 병에게 선장 갑에게 적용된 부작위에 의한 살인죄의 공동정범을 부인하였다. 반면에 소수의견은 피고인 을과 병을 사태를 지배하고 있었다는 전제 하에 “피고인 갑의 부작위에 의한 살인행위에 암묵적, 순차적으로 공모 가담한 공동정범”이라고 보았다.¹⁵⁾

(2) 검토

다수의견이든 소수의견이든 대법원의 기본입장은 부진정부작위범을 지배범으로 이해하면서 범행지배이론의 적용을 통해 공동정범의 성립을 가능하다고 보는 것으로 이해된다. 그래서 기존의 판례에 따라 다수의 부작위범에게 공통의 의무가 존재하고 그 의무를 공통으로 이행할 수 있을 때 공동정범의 성립을 인정하게 된다.¹⁶⁾

간부선원 을과 병은 선장 갑과 마찬가지로 해상안전법, 구 선원법, 수난구호법 등에 의한 법률상의 작위의무를 지고 있으며 이러한 의무를 위반하였다. 이러한 작위의무위반에는 작위범과 동등한 평가를 내릴 수 있으며 그에 따라 부작위에 의한 살인죄의 요건을 충족한다고 할 수 있다. 아울러 선장 갑과의 공동정범의 성립을 보자면, 대법원의 논리로 선장 갑이나 간부선원 을과 병이나 마찬가지로 선박 내의 상황에 대한 사태를 지배했다고 볼 수 있고 그것은 공동정범의 성립에 하등의 문제가 되지 않는다.¹⁷⁾

물론 선장과 간부선원들의 부작위에 의한 살인죄의 공동정범을 인정할 수 있는 전제는 부진정부작위범이 지배범이라는 관점에서 출발한다. 하지만 부진정부작위범을 의무범으로 보게 된다면 피고인 갑, 을, 병은 각각 부작위에 의한 살인죄의 단일정범으로 파악될 수 있다.

Ⅲ. 특정범죄가중법 제5조의12 위반죄

2012. 2. 22. 법률 제11368호로 개정된 수난구호법 제18조 제1항에서는 “조난현장의

15) 대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결.

16) 김성룡, 앞의 글(각주 12), 242면.

17) 공동정범의 성립을 긍정하는 입장에 대한 설명은 박경규, “세월호 판결의 논증상의 문제점: 미필적 고의와 범죄참가형태를 중심으로”, 경북대학교 법학논고 제53집, 2016, 177면 이하; 최호진, 앞의 글(각주 4), 121면 이하.

부근에 있는 선박 등의 선장·기장 등은 조난된 선박 등이나 구조본부의 장 또는 소방관서의 장으로부터 구조요청을 받은 때에는 가능한 한 조난된 사람을 신속히 구조할 수 있도록 최대한 지원을 제공하여야 한다. 다만, 조난사고의 원인을 제공한 선박의 선장 및 승무원은 요청이 없더라도 조난된 사람을 신속히 구조하는 데 필요한 조치를 하여야 한다.”고 규정하였다. 대상판결과 관련하여 문제가 되는 것은 이 조항 단서 ‘조난사고의 원인을 제공한 선박의 선장 및 승무원’에 조난사고의 원인을 스스로 제공하여 ‘조난된 선박의 선장 및 승무원’이 포함되는가이다. 이는 특정범죄가중법 제5조의12 위반죄를 판단하기 위한 선결문제이기도 하다.

대법원 다수의견은 선박 자체의 내부적 원인에 의해서도 조난사고가 발생할 수 있다는 점을 근거로 “조난된 선박의 선장 및 승무원이라 하더라도 구조활동이 불가능한 상황이 아니라면 구조조치의무를 부담하게 하는 것이 조난된 사람의 신속한 구조를 목적으로 하는 수난구호법의 입법 취지에 부합하는 점을 고려하면, 수난구호법 제18조 제1항 단서의 ‘조난사고의 원인을 제공한 선박의 선장 및 승무원’에는 조난사고의 원인을 스스로 제공하여 ‘조난된 선박의 선장 및 승무원’도 포함된다”고 판시하였다. 이와 달리 소수의견은 이 조항 본문의 구조대상은 ‘조난된 사람’이며 피고인 갑, 을, 병 역시 조난된 자이기 때문에 “단서의 ‘조난사고의 원인을 제공한 선박의 선장 및 승무원’에 ‘조난된 선박의 선장 및 승무원’은 포함될 수 없다”고 보았다.

대법원은 다수의견의 판단에 이어서 “특정범죄가중법 제5조의12 위반죄는 형법 제268조 의 업무상과실치사상죄 및 중과실치사상죄를 기본범죄로 하여 수난구호법 제18조 제1항 단서 위반행위 및 도주행위를 결합하여 가중 처벌하는 일종의 결합범으로서 선박의 교통으로 형법 제268조 의 죄를 범한 선박의 선장 또는 승무원이 수난구호법 제18조 제1항 단서에 규정된 의무를 이행하기 이전에 사고현장을 이탈한 때에 성립하고, ‘선박 간의 충돌사고’나 ‘조타상의 과실’로 형법 제268조 의 죄를 범한 경우에 한하여 성립하는 것으로 볼 수 없다”고 판시하였다.¹⁸⁾

심정적으로 선장 갑 및 1등 항해사 을의 행위는 지탄을 받아 마땅하지만, 개정 전 행위 당시의 수난구호법 제18조 제1항 단서에 따르면 ‘조난의 원인을 제공한 선박의 선장 및 승무원’을 규정하고 있고 이는 보통 선박사고를 예방하여 사고발생 시에 도주를 예방하고자 한 것임을 쉽게 판단할 수 있다. 그에 따라 다수의견이 밝힌 것처럼 이 조항

18) 대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결.

단서의 해석에 '조난된 선박의 선장 및 승무원'을 포함시킨 것은 자의적인 해석이라고 할 수 있다. 이에 따라 특정범죄가중법 제5조의12를 적용한 것은 적절하지 않은 것으로 보인다.

IV. 나가며

세월호 사건의 대법원 판례에 따르면 피고인 선장 갑에게는 부작위에 의한 살인죄와 특정범죄가중법 위반죄를, 피고인 1등 항해사 을에게는 미필적 고의를 인정하지 않고 업무상과실범으로 인정한 후 특정범죄가중법 위반죄를 적용하였다. 하지만 이는 이론적으로 다툼의 여지를 많이 남겨 둔 판단이라고 할 수 있다. 특히 이 판결에서 상세히 다루어지지 않은 부진정부작위범의 공동정범과 같은 논제는 추후에 상세히 다루어져야 할 분야이기도 하다.

참 고 문 헌

- 김성룡, “의무범과 정범표지, 부작위범의 공동정범 표지로서 기능적 행위지배?”, 형사법의 신동향 제52호, 2016.
- 김성룡, “부진정부작위범의 한국적 해석으로서의 단일정범개념”, 비교형사법연구 제5권 제1호, 2003.
- 박경규, “세월호 판결의 논증상의 문제점: 미필적 고의와 범죄참가형태를 중심으로”, 경북대학교 법학논고 제53집, 2016.
- 원형식, “의무범에 있어서 정범과 공범의 구분”, 형사법연구 제19호, 2003.
- 류부곤, “부작위범의 불법구조”, 비교형사법연구 제15권 제1호, 2013.
- 이용식, “부작위에 의한 정범과 공범의 구별”, 서울대학교 법학 제40권 제2호, 1999.
- 이창섭, “해양사고와 선원의 형사책임에 관한 몇 가지 검토”, 비교형사법연구 제18권 제1호, 2016.
- 전지연, “부작위범에서의 정범과 공범의 구별”, 형사판례연구 제13권, 2005.
- 최호진, “세월호 선장과 간부선원의 형사책임에 대한 대법원 판결 법리분석과 비판”, 아주법학 제9권 제4호, 2016.

<국문초록>

세월호 사건 대법원판결에서 선장이 부작위에 의한 살인죄를 범했다는 점에 대해서는 의견이 일치했지만, 1등 행해사와 2등 항해사의 부작위에 의한 살인죄의 공동정범 성립여부 및 선장과 1등 항해사의 수난구호법 제18조 제1항 단서 위반을 요소로 하는 특정범죄가중처벌법 제5조의12 위반죄 성립 여부에 대하여는 이를 긍정하는 다수의견과 그에 대한 반대의견이 대립한다.

1등 항해사와 2등 항해사는 판례의 논리에 따를 경우 부작위에 의한 살인죄의 공동정범이 되어야 하지만, 판례의 논거는 빈약할 뿐만 아니라 공동정범의 성립을 부정하였다. 기본적으로 부진정부작위범은 의무범으로서 단일정범으로 취급하여야 하며, 이에 따라 선장과 1등 항해사 및 2등 항해사는 각각 부작위에 의한 살인죄의 정범으로 다루어져야 한다. 그리고 특정범죄가중법 제5조의12 위반죄의 적용은 그 전제가 된 수난구호법 제18조 제1항 단서를 자의적으로 해석하여 적용한 오류가 보인다.

주제어 : 세월호 사건, 부진정부작위, 부진정부작위범의 공동정범, 특정범죄가중처벌법, 수난구호법

<Abstract>

The criminal liability of the captain and the crew in the Sewol ferry case

Jeong, Jae Hwan^{*}

In the Supreme Court decision in the Sewol ferry case, they agreed on the fact that the captain committed the crime of murder by omission. Regarding of the conviction of the complicity by omission of the helmsman and the third mate and Regarding of the violation of Article 5-12 of the Act on the Aggravated Punishment of Specific Crimes, which takes the violation of the proviso of Article 18 (1) of the Act on the Search and Rescue in the Waters as an element, there is a majority opinion affirming this and an opposing opinion.

Keywords : the Sewol ferry case, crime of omission, complicity by omission, the Act on the Aggravated Punishment of Specific Crimes, the Act on the Search and Rescue in the Waters

^{*} Researcher of Institute of Law Studies, Pusan National University.

