어로장의 법률상의 지위에 관한 연구

임 석 원†
(부경대학교)

A Study on the legal status about chief of fishing boats

Seok-Won LIM†
(Pukyong National University)

Abstract

On the general fishing boat in the same person of the fishing Chief and the Captain, the fishing chief positions are not separately. In this case, in Civil, Criminal and Administrative law, does not cause any problems. Just he take only responsibility for the legal effect of each, this is a natural solution for the effects of laws. But, if make one work unit, the fishing chief take fishing work from the position of the dominant of the captain, and moreover throughout the voyage work commands the captain. Such fishing chief center structure have roots institutive.

In the case, according to legal liability by presenting solutions to the problem are as follows : firstly, The legal division Of the Sailing courses and operation course are necessary. Secondly, In the adminstrative ship official law, obligatory acquisition of the fishing Chief marine engineer qualification is necessary.

Key words : Fishing boat, Fishing Chief, Sailing course, Operation course, Marine enginer qualification

Ⅰ. 서 론

최근의 부산지방해양안전심판원은 어선 제57금양호 전복사건[1]과 어선 대현호 전복사건[2] 및 어선 제101신성호 · 어선 제288혜승호 충돌사건[3]에 대하여 재결하면서 해양사고가 발생한 경우에 어로장에 대해서 해기사가 아니라는 이유로 시정이나 개선의 권고만으로 징계를 마치는 태도를 보여주고 있다. 가장 최근 사건인 어선 57금양호 사건의 재결서내용을 예로 든다면 사고당시의 발생원인과 관련재결내용은 다음과 같다.

「기상악화로 선체동요가 심한 상태에서 양망작업 중 기중기를 우현 쪽으로 돌려 무거운 어망을 올리자 선체가 약 5도 정도 우현경사하면서 기중기의 좌현 쪽 방향조절줄(Guy Wire)에 과도한 장력이 미쳐 절단되었고, 이로써 기중기의 붐(Boom, 약 3톤)이 우현 정횡방향으로 돌아가면서 선체의 우현경사가 커져 복원력을 상실하여 발생한 것이나, 선박조종지식이 부족한 어로장이 선단장이 되어 선장을 지휘하는 등 선망어로작업 선단에서 선박운용지휘체제가 불합리한 관행도

1) 부해심 제2010-07호 (2010.3.4 재결).
2) 부해심 제2005-25호 (2005.5.10 재결).
3) 부해심 제2008-036호 (2008.7.15 재결).

† Corresponding author : 051-629-5896, winterprey@pknu.ac.kr

일인이 된다.」

이처럼 어로장은 어로작업에서 거의 전권을 행사하면서도 해양사고발생시에 선박직원법상의 해기사가 아니라는 이유로 징계나 처벌을 전혀 받고 있지 아니하다. 따라서 본고에서는 이러한 문제를 토대로 하여 어로장이 선장의 영역에 속하는 업무까지 실제로는 영향력을 미치고 있는 것이 현실인데도 불구하고 항해에 관한 전문적인 지식이 없는 경우가 많아서 위험한 상황을 초래할 가능성이 있다는 점, 실질적인 커다란 권한에 비하여 해양안전심판원의 재결상의 책임은 없다는 점 등을 기초로 하여 어로장의 법률상의 지위와 책임에 관하여 논의해 보고자 한다.[4)]

이하에서는 이러한 목적에 입각하여 우선 어로장의 법률상의 지위와 관련한 선행적 논의로서 어로장의 구체적인 개념과 관련된 법률상의 충돌을 설명하고 난 후 (Ⅱ), 어로장의 법률상의 지위의 구체적인 내용(Ⅲ)을 검토하고 나서, 해양사고발생시에 어로장에게 부과되는 구체적인 법률상의 책임 내용을 확인한 이후(Ⅳ)에, 글을 마치고자 한다.

Ⅱ. 어로장의 법률상의 지위와 관련한 선행 논의

대부분의 어선에서는 어로장이라는 직책을 따로 두지 않고, 항해에 관한 지휘권과 어로작업에 대한 지휘권을 선장에게 모두 부여하는 선장중심체계로 운영되고 있다. 따라서 해양사고가 발생하였을 경우에 별다른 법률상의 지위와 관련된 문제점은 발생할 여지가 없다. 그러나, 대형기선저인망어업은 2척, 대형선망어선은 4-6척의 어선이 협동으로 조업을 하여야 하기 때문에 이런 복수의 어선을 통하여 지휘하는 어로장이라는 직책을 두고 있다. 이는 복수의 어선을 일사분란하게 지휘하여야 하는 조업의 특성상 불가피한 점이 있다.

이러한 어로장은 일반상식인 어로작업전반에 관한 지휘 및 통제권만을 가질 것이라고 생각하는데 이와는 달리 의외로 선박의 항해업무를 포함한 어선의 어로 및 항해 전반에 관한 권한을 행사하는 어로장중심체제가 관행적으로 정착되고 있다.

대형선망어선의 어로작업에 있어서는 선단장인 어로장의 지휘 및 감독하에서 이루어지고, 각 선박의 선장은 선원법상의 근로계약에 의거하여 어로장의 지시를 받아 해당 선박을 지휘 및 감독한다. 그러나 선장은 선박직원법상 유효한 해기면허를 소지하고 있고, 선원법에 의거하여 어로장을 포함한 선원들이 직무상 명령에 따르지 아니할 경우 징계를 할 수 있는 등 선원과 선박의 안전을 확보할 책임과 권한이 있다.

특히 어로장은 선원법상의 직원에는 해당하지만 선박직원법상 해기사에 해당하지 아니하여 유효한 해기사면허를 소지하고 있지 아니하므로 선박조종지식이 부족하다. 이러한 어선의 조업의 특수성과 맞물려 있는 구조는 어로장의 개념을 먼저 정의해보고, 신분과 관련한 법률상의 논리적 충돌을 우선 살펴보고 난 후, 어로장과 선장과의 관계를 살펴봄으로서 법률상의 지위를 도출해 낼 필요가 있다.

1. 개념

어로장은 “선망선단에서 조업구역의 선정, 투망시기결정, 선원배치등을 맡은 가장 핵심적인 자리로서, 따로 자격이 있는 것은 아니고 10년이상 배를 탄 선장이나 통신장 출신중에서 뽑고 드물게 기관장출신도 있다. 어로장은 수산업계에서 고액의 연봉직으로 유명하다”라고 신문기사에서 크게 발표한 적이 있고[5)], “어로를 전문적으로 담

4) 해기사 자격 없이 선박을 운항하는 사례는 해군과 해양경찰 등에서도 발생할 수 있으므로 이러한 경우에도 마찬가지의 문제점이 발생할 수 있다. 그러나 지면관계상 본고에서는 어로장에 한해서 밀착하여 논증해 보기로 한다.

5) 부산일보 2010.9.24 일자 참조.

당하기 위하여 고용된 기능자로서 선주로부터 어로에 관한 모든 책임과 권한을 위임받아 어부를 지휘 및 감독하여 어로작업을 수행한다" 라고 개념정의를 하고 있다.[6]

일단 어로장이 개념상 문제되는 것은 어로장과 선장이 동일한 일반어선이나 혹은 어로장이 어로작업을 하는 기선에는 승선하지 않고 어군탐지선에 승선하여 어로업무만을 지휘하는 기선권현망어업과 해기사인 주선선장이 종선선장에 대한 지휘권을 행사하는 쌍끌이기선저인망어업의 경우에는 어로장의 개념과 관련한 법률상의 책임이 문제될 여지가 없다. 어로장의 개념과 관련하여 문제되는 경우는 기선선망어업으로서 해기사의 자격이 없는 어로장이 한척의 기선과 두척의 등선 및 3~4척의 부속선이 조업단위를 이루어 어로작업에 나가고 어로장은 기선에 탑승하여 어로작업 및 항해전반에 걸쳐서 선장을 지휘 및 감독하는 경우이다.[7]

2. 법률의 논리적 충돌 가능성

가. 충돌의 내용

일단 어로장은 민법상의 근로계약 등에 의하여 어로작업에 있어서 어선의 선장을 지휘할 수 있는 권한이 있다. 그리고 선장은 선원법에 의하여 어로장을 지휘 및 감독할 수 있는 권한이 부여되어 있다. 따라서 민법상의 계약자유의 원칙에 의한 근로계약과 선원법이 충돌하게 된다. 이러한 충돌을 실질적인 측면에서 조정하여야 할 필요가 있다.

선박직원법과 선원법은 행정형법의 성질을 가진다. 그리고 이러한 규정에 위반되는 행위를 하게 되면 형법상의 형벌에 해당되는 벌칙이 부과된다. 이는 선박직원법이 선박에 승무할 자의 자격을 정함으로써 선박항행의 안전을 도모함을 목적으로 하고, 선원법이 선원의 직무, 복무, 근로조건의 기준, 직업안정 및 교육·훈련에 관한 사항을 정함으로써 선내질서를 유지하고, 선원의 기본적 생활을 보장·향상시키며 선원의 자질향상을 도모함을 목적으로 하고 이에 위반행위를 하면 벌칙을 부과하는 데에서 알 수 있다.

그리고 근로계약등에 따라서 어로장은 선박의 소유자와 체결한 계약에서 어로작업 전반에 걸쳐서 선장을 직접 지휘 및 감독한다.

나. 검토

이러한 양 법률의 충돌의 경우에 일단 계약자유의 원칙에 의거하여 어로작업에 있어서만큼은 자유롭게 어로장이 선장을 지휘 및 감독할 수 있다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 근로계약의 내용도 선박이 급박한 위험에 처한 경우나 충돌사고가 발생한 경우에는 선원법에 의거하여 선장의 지휘 및 감독권이 어로장의 지휘 및 감독권에 우선하여 적용된다고 보아야 한다.[8]

이는 일반적인 법률관계에서는 민사법이 적용되어 채무불이행이나 불법행위에 의한 약정책임과 법정책임을 지게 되지만, 중대한 법익의 침해가 발생하면 형사법이 동원되어 형벌부과라는 효과를 가져오게 되는 것과 마찬가지의 법리를 적용하면 될 것이다.

Ⅲ. 어로장의 법률상 지위의 구체적 내용

한편 위의 검토를 토대로 어로장의 법률상 지위의 구체적 내용을 도출해 낸다면 다음과 같다.

1. 민사법상의 지위

어로장이 선장을 지휘 및 감독할 수 있는 민사법상 그 근거를 밝히기 위해서는 일단 어로장과

6) 최종화/김진건/이병기, 기선선망어선의 지휘권과 어로장의 법적지위, 법학연구 제3호, 한국해사법학회, 1991.10, 86면 참조.

7) 최종화외 2인, 앞의 논문, 84면 참조.

8) 이는 선박직원법이나 선원법의 벌칙규정은 행정형법으로서 강행규정의 성격을 띠고 있기 때문이기도 하다.

사용자인 선주가 맺은 계약의 성질을 파악할 필요가 있다. 이러한 계약의 성질은 근로계약과 도급계약 그리고 위임계약이다. 이러한 양자의 계약이 민법상 어떠한 성질의 계약에 해당하는 가가 먼저 밝혀져야 할 필요가 있다. 다만 어느 계약의 형태에 의하든 상법상 선장은 선박소유자 또는 선박임차인이 선임할 수 있고[9], 해기사 자격이 없는 무자격자인 어로장을 선장의 성격으로 간주하고 선박소유자와 어로장사이에 맺은 계약이라도 민사법상의 법률효과는 부정되지 않는다.[10]

가. 근로계약

어로장은 보통 본인이 이끄는 선단과 사용자인 선주[11]와 근로계약을 맺는다. 이 경우에 계약의 당사자는 노무자인 어로장의 노무의 공급과 사용자인 선주가 이러한 노무에 대하여 보수를 지급하는 것으로 근로계약이 성립한다.[12] 다만 선원법 제28조 이하에서 선원의 근로계약에 관한 구체적 내용을 명시하고 있으므로 이는 민법의 특별법으로서 민법에 우선하여 적용하게 된다고 보아야 할 것이다. 어선원의 임금은 월고정급 및 생산수당으로 하거나 비율급으로 할 수 있다.[13] 이에 따른다면 어로장은 월급이나 생산수당 및 비율급의 어느 형태로든 그가 제공하는 근로의 성과에 따라서 임금을 지급받게 될 것이다.

이러한 법률상의 지위를 선박소유자 즉 선주와 어로장과의 근로계약으로 보는 경우에 선장이하 선원이 어로장의 지시 및 명령에 관하여 항해 및 어로작업전반에 걸쳐서 복종해야 하는 법률적인 근거를 제시할 필요가 있다. 이러한 근거는 선장이하 선원이 선주와 근로계약을 체결하면서 회사마다 내부적인 취업규칙[14]을 제정해 놓고 있는데, 이러한 취업규칙은 계약자유의 원칙에 따라서 임의로 제정할 수 있다. 이러한 규칙의 내용에 따라서 선장을 포함한 선원은 어로장의 지시 및 명령에 복종해야 한다.[15]

나. 도급계약

한편 민법상 도급계약으로 보는 시각도 가능할 수 있다. 도급계약으로 본다면 당사자인 수급인인 어로장이 어로작업에 관한 일정한 어획량을 달성할 것을 약정하고 상대방인 도급인 즉 선주가 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로서 그 효력이 생기게 된다.[16]

이러한 도급계약으로 보게 되는 근거는 크게 세 가지로 그 근거를 나누어 볼 수 있다. 첫 번째 근거는, 근로계약에 있어서와는 달리 어로장은 고급의 노무를 제공하는 경우가 많다는 것이다. 이는 어로작업이 시시각각으로 변하는 해양의 환경에 맞추어야 하기 때문에, 근로계약에 따른 단순한 노무의 제공만으로는 계약을 충실히 이행하였다고 볼 수도 있다. 따라서 어로장과의 계약은 고급노무를 급부하는 계약으로 해석이 가능하다.[17] 그리고 선박소유자가 어로작업을 직접 지휘·감독할 수는 없기 때문에 어로장이 전권을 행사할 수 있다. 이러한 면에서는 어로장과 선주의 계약형태를 도급계약으로 볼 수도 있다.

두 번째는, 소득세법에서 어로장을 근로자가 아닌 자유직업인으로 분류하고 있다는 사실이다. 그리하여 어로장은 어업을 함으로서 얻는 그의

9) 상법 제745조 및 제850조 제1항.
10) 이기수/최병규/김인현, 보험·해상법 (제8판, 상법강의Ⅳ), 박영사, 2008, 433면
11) 이 경우의 선주는 자기소유의 선박을 이용하여 상행위 기타 영업활동을 하는 자를 말한다. 즉 자기소유의 선박을 영리목적으로 해상영업의 항해에 이용하는 자이다. 해상법상의 선박소유자라 함은 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 단순한 선박소유자 또는 선박을 임대한 소유자는 포함하지 않기 때문이다 (이기수/최병규/김인현, 앞의 책, 424면).
12) 민법 제655조
13) 선원법 제52조 제1항.
14) 이러한 취업규칙의 법률적 성격은 계약자유의 원칙에 따른 양 당사자간의 의사의 내용이라고 보아야 할 것이다. 다만 근로기준법은 상시 10명이상의 근로자를 사용하는 사용자는 일정한 내용의 취업규칙을 작성하여 노동부장관에게 신고하여야 한다 (근로기준법 제96조). 또한 노동부장관은 근로기준법등의 상위법률 또는 단체협약에 저촉되는 취업규칙에 대하여는 그 변경을 명할 수 있다.
15) 최종화외 2인, 앞의 논문, 85 ~ 86면 참조.
16) 민법 제664조.
17) 곽윤직, 채권각론(제6판), 박영사, 2003, 239면 참조.

소득에 대해서 근로소득세가 아닌 사업소득세를 과세당하고 있다.[18] 이는 그가 독립된 하나의 사업체로서 조업실적의 달성을 위하여 노무자가 아닌 수급인으로서의 지위를 가지고 있다는 것을 의미한다.

세 번째는, 어로장은 특별히 사전에 선주와의 특약에 의하여 스스로 직접 어로작업에 의한 어획고를 달성하는 데에 있어서 스스로 제공하여야 하는 경우가 아니면, 제3자를 사용해서 일을 완성하여도 상관없다. 물론 이 경우에 제3자를 사용하는 경우에는 어로장이 스스로 일의 수행을 지휘하고, 제3자인 선원을 다만 보조자로서 사용하는 경우와 제3자인 선원으로 하여금 독립해서 일의 전부나 일부를 완성케하는 경우가 있을 수 있다. 이를 하도급이라고 부를 수 있는데, 전자는 제3자인 선원등이 이행보조자가 될 것이고, 후자는 이행대행자가 된다. 이들에 대한 지위 및 통솔권이 어로장에게 주어지는 동시에 고의 및 과실에 의한 손해배상에 대해서 어로장이 책임을 져야 함은 물론이다.[19]

이러한 점은 어로장과 선주와의 계약의 형태를 도급계약으로 볼 수 있다는 중요한 근거가 될 수 있다.

다. 위임계약

어로장과 선주의 계약을 민법상 위임계약으로 볼 수도 있다. 위임계약으로 본다면 어로장과 선주와의 계약은 위임인인 선주가 상대방인 어로장에 대하여 사무의 처리인 어로작업을 위탁하고, 상대방인 어로장은 수임인으로서 이를 승낙함으로서 성립하는 계약이 된다.[20] 이렇게 볼 수도 있는 근거로서는 다음과 같다.

우선 첫 번째로, 어로장은 선주와 계약을 함으로써 선주를 대리하여 어로작업을 지휘·통제할 수 있다. 이는 위임이 있으면 당연히 대리권이 주어져 있는 것으로 생각하는 것이 위임계약의 관행으로 볼 수 있기 때문이다.[21]

두 번째로, 수임인인 어로장이 급부하는 노무는 어로작업에 의한 어획고의 달성이라는 목적 아래에 통일되고, 또한 이에 따라서 수임인인 어로장은 어느 정도의 재량의 권한을 가진다. 따라서 어로장은 이러한 재량권에 의거하여 선장 및 선원을 지휘하고 통솔할 수 있다. 이러한 특징은 어로장과 선주의 계약형태를 위임계약으로 볼 수 있는 근거가 된다.

2. 형사법상의 지위

해양에서의 형사법익이 침해된 결과가 발생한 경우는 형법이 적용되어 처벌을 받을 수 있다. 어로장의 경우는 형법상의 업무상과실선박매몰죄[22]와 업무상과실치사상죄[23], 해양오염방지법위반[24]의 죄가 성립할 수 있다.[25]

다만 강행규정인 선원법 제3조 제2호와 선박직원법 제11조에 따라서 선박의 운항에 관한 관리책임은 선장에게 있기 때문에 선박의 항해중에 사고가 발생하였다면, 어로장에게 형사책임을 확정시키거나 귀속시키는 것이 매우 어렵다. 따라서 어로장은 민사상의 지위와는 별도로 형사책임에 관해서는 별도의 논의를 진행할 필요가 있다. 어로장에게 형사책임을 인정하기 위한 형법상의 이론적 논의는 다음과 같은 이론을 전개할 수 있다.

가. 추상적 위험범의 인정가능성

어로장은 형법상의 추상적 위험범을 인정함으로서 형사책임을 부과하는 것이 가능하다. 추상적 위험범은 법익침해의 일반적 위험이 있으면

18) 소득세법 제19조 제1항 제1호 참조.
19) 곽윤직, 앞의 책(각론), 254면 참조.
20) 민법 제680조.
21) 곽윤직, 앞의 책(각론), 273면 참조.
22) 형법 제189조 제2항.
23) 형법 제268조.
24) 해양오염방지법 제71조 제2항 참조.
25) 김동인, 선박운항관리에 대한 선장의 책임에 관한 연구 - 쌍끌이 대형기선저인망 종선의 전복사건(부해심 제2003-74호)을 중심으로-, 한국해법학회지 제27권 제2호, 2005. 11, 86면 참조.

구성요건이 충족되는 범죄를 의미한다.[26] 따라서 선장은 직접적인 지휘 및 통솔권자로서 선박의 침몰로 인한 형사상의 책임을 지지만, 어로장은 이러한 위험에 대한 결과발생의 가능성만으로도 형사처벌할 수 있는 가능성을 열어 둘 수 있다. 이는 법익침해의 분산으로 인하여 선장과 어로장 중 누구에게 형사법익침해에 대한 주체를 확정하는 것이 어렵기 때문에 더욱 그 적용의 필요성은 높다고 볼 수도 있다.[27]

나. 부진정부작위범의 인정가능성

한편 형법에 의한 부진정부작위범[28]에 의하여 어로장에게 형사책임을 인정할 수도 있다. 이러한 형사책임의 전제로서 어로장의 보증인적 지위가 인정되어야 한다. 즉 일종의 감독책임을 어로장에게 부과한다는 것인데, 이는 충분히 가능하다고 본다.

어로장은 선장의 안전한 선박항해에 협조하여 해양에서의 범죄가 발생하지 않도록 하는 의무를 다해야 한다. 따라서 이러한 의무를 다하지 않아서 범죄결과를 발생케 한 경우에는 여기에 대한 형사책임을 져야 한다. 이에 의하면 어로작업은 수직적 분업을 전제로 하고 있고, 이러한 수직적 분업형태에서는 상위구성원에게 하위구성원의 범죄행위를 방지하고 범죄결과가 발생하지 않도록 적극적으로 협력해야 하는 보증인적 지위가 인정된다고 보아야 한다.[29]

다. 공동정범의 인정가능성

또 다른 측면에서의 접근방식은 어로장과 선장을 과실범에 의한 공동정범으로서 처벌할 수 있는가의 가능성이다. 국내의 형법학자들이 과실범의 공동정범을 인정하느냐의 여부에 대해서는 긍정설[30]과 부정설[31] 로 나누어져 있다. 판례는 과실범의 공동정범을 인정한다.[32]

증거가 육상에서의 범죄만큼 확보되지 않은 해양사고에서는 특히 과실범의 공동정범을 인정해야 할 필요성이 크다고 할 수 있다. 만약 과실범의 공동정범을 부정하게 된다면 어로장은 어로작업 및 선박의 항해과정 모두에 있어서 본인에게 지휘 및 통솔권이 있는 것이라고 주의의무를 위반하고, 선장도 어로장에게 지휘 및 통솔권이 있으니 항해에 있어서도 어로장에게 지휘 및 통솔권이 있을 것이라는 안일한 생각하에서 선박이 침몰하고 선원에 대한 상해 및 사망의 결과가 발생하였다면 이러한 사상의 결과에 대한 인과관계가 밝혀지지 않은 경우에는 동시범으로 취급되어 미수범으로 처벌된다.[33] 그러나 과실범의 미수는 처벌할 수 없으므로 결국 불가벌의 결과를 가져오게 되는데 이는 법감정에 비추어 보았을 때에 정당하다고 볼 수 없다. 그 근거는 어로장과 선장은 모두 선박을 안전하게 운항하여야 하는 공

---

26) 이재상, 형법총론(제7판), 박영사, 2011, §5/19.

27) 다만 이러한 추상적 위험범의 형태를 어로장에게 인정한다면 해양범죄로 인한 결과발생의 가능성만 있어도 처벌할 수 있기 때문에 형사책임의 범위가 부당하게 확대되어 형법상의 책임원칙에 반할 위험성이 있음은 간과해서는 안될 사실이다.

28) 형법 제18조는 "위험을 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다" 라고 규정되어 부진정부작위범을 처벌할 수 있는 근거를 마련해 놓고 있다.

29) 원혜욱, 기업대표이사의 형사책임귀속을 위한 형법이론연구, 형사법연구 제19권 제3호(통권 제32호), 2007 가을, 207면 참조.

30) 심재우, 과실범의 공동정범, 고시계 1980.4, 38면; 유기천, 개정형법학(총론강의), 일조각, 1980, 288면; 이건호, 형법학개론, 고대출판부, 1964, 182면; 이재상, 앞의 책(총론), §33/31; 정성근/박광민, 형법총론(제5판), 삼영사, 2011, 559면.

31) 박상기, 형법총론(제8판), 박영사, 2009, 396면; 배종대, 형법총론(제9개정판), 홍문사, 2008, 573면; 신동운, 형법총론(제5판), 법문사, 2010, 584면; 이정원, 과실범에서의 정범과 공범, 형사법연구 제16권, 2001.12, 99면; 임웅, 형법총론(제3정판), 법문사, 2010, 423면; 허일태, 과실범의 공동정범이 가능한가, 고시계 1994.3, 47면; Hans Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage., 1996, S 613.

32) 판례가 인정하고 있는 대표적인 과실범의 공동정범으로는 성수대교붕괴사고에서의 시공자와 감독공무원들의 과실범의 공동정범인정 (대판 1997. 11. 28, 97도 1740)과 삼풍백화점붕괴사고에서의 과실범의 공동정범인정 (대판 1996. 8. 23, 96도 1231)가 있다.

33) 이는 형법 제19조 독립행위의 경합의 사례에 해당하게 되기 때문이다.

동의 의무가 있고, 이러한 행위의 공동이 있다고 본다면 주의의무를 공동으로 위반하였고, 행위를 공동으로 행하였다는 과실공동 및 행위공동[34]에 입각하여 공동정범으로 처벌이 가능하다고 할 것이다.

라. 간접정범의 인정가능성

한편 어로장을 간접정범으로 처벌할 가능성이 있는가에 대해서 검토해 볼 필요도 있다. 형법상의 간접정범은 “어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교수 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생케 한 자”를 의미하며 교사범이나 방조범의 예에 의하여 처벌한다.[35]

어로장에게 이러한 간접정범이 성립하기 위해서는 우선 선장이 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자에 해당하는가가 문제될 수 있다. 이러한 해석이 가능하기 위해서는 일단 선장은 민사상의 지위에 의하여 행위자판단 단계에서 책임이 조각되는 자라는 사실을 입증하는 것이 전제조건으로 부각되어야 한다고 본다. 이를 위해서는 행위당시의 구체적 사정에 비추어 보아 선장에게 위법행위대신에 적법행위로 나아갈 것을 기대할 수 없었어야 한다. 가령 어로장이 선장에게 근로계약의 내용을 전제로 하여 저항할 수 없는 폭력이나 자기 또는 친족의 생명, 신체에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박에 의하여 강요된 행위[36]가 있었다거나 관례에 의하여 선장은 어로장의 명령을 절대적 구속력 있는 직무명령에 의하여 부작위로 나아간 경우[37]에는 해양사고에 대하여 간접정범의 죄책을 질 수 있다. 그 외에도 선장은 적극적으로 배를 돌려야 하는 항해상의 작위의무와 어로장의 지시 및 명령에 복종해야 하는 작위의무와의 의무의 충돌상황에 직면할 가능성이 있고, 이러한 경우에는 역시 긴급피난으로 해석이 가능하게 되어 위법성이 조각되므로 어로장은 간접정범으로 처벌이 가능하게 된다.

2. 행정법상의 지위

어로장의 행정법상 지위는 행정형법인 선원법과 선박직원법에서 그 근거를 명시하고 있다. 일단 선장은 선원법 제3조 제2호는 “선장이라 함은 해원을 지휘·감독하며 선박의 운항관리에 관하여 책임을 지는 선원을 말한다” 고 규정하고 있으므로 행정상의 지위에서 선장은 모든 해원을 지휘 및 감독할 수 있는 권한이 있다.

결국 어로장이 해원에 포함되느냐가 관건이 된다. 선원법 제3조 제4호는 “직원이라 함은 항해사·기관장·기관사·통신장·통신사·운항장·운항사 그 밖에 대통령령이 정하는 해원을 말한다” 고 규정되어 있다. 그러므로 이러한 선원법 규정에 따랐을 때 어로장을 직원으로 명시하고 있지는 않다. 그러나 선원법 시행령은 선원법 제3조 제4호에서 "대통령령이 정하는 해원" 에 어로장을 포함하고 있다.[38]

그러므로 행정상의 지위에 따른다면 분명히 선장은 어로장을 해원으로서 지휘 및 감독할 수 있는 권한이 있고, 어로장은 안전운항을 위한 선박의 운항관리에 관하여 선장의 명령에 복종해야만 한다.

다만 어로장의 해기사면허소지여부가 행정상의

34) 이재상, 앞의 책(총론), §33/32; 정성근/박광민, 앞의 책(총론), 559면.
35) 형법 제34조 제1항.
36) 형법 제12조.
37) 이 경우에는 어로장은 대체로 절대적인 지휘 및 감독을 하는 자로 간주된다면 형법 제34조 제2항의 특수교사죄로 가중처벌되게 될 것이다.
38) 선원법 시행령 제3조 : (기타 직원의 범위) 「선원법」(이하 "법"이라 한다) 제3조제4호에서 "대통령령이 정하는 해원"이라 함은 다음 각호의 자를 말한다. <개정 1998.9.17, 2008.2.29, 2009.6.9>
1. 어로장
2. 사무장
3. 의 사
4. 제1호 내지 제3호의 자와 동등이상의 대우를 받는 해원으로서 국토해양부령이 정하는 자

지위와 관련하여 검토할 문제가 있다. 선박직원법 제2조 제3호는 "선박직원이라 함은 해기사로서 선박에서 선장·항해사·기관장·기관사·통신장·통신사·운항장 및 운항사의 직무를 행하는 자를 말한다" 라고 규정하고 있다. 따라서 이러한 규정에 의한다면 어로장의 행정상의 지위는 선원법상으로는 안전항해를 위하여 선장의 지휘·명령 및 통솔을 받는 해원으로서 선박의 직원으로서의 지위를 가진다. 그러나 선박직원법에 의하면 해기사가 아니므로 선박직원으로 볼 수 없다. 즉 어로장은 선원법에 따른다면 직원으로서 지위와 해원으로서의 지위를 가진다. 만약 항해과정에서 선장의 직무상 명령에 따르지 아니한 때에는 선장은 어로장을 징계할 수 있는 권한을 가진다.[39] 더구나 어로장은 해원으로서 직무수행중 선장에 대하여 폭행 및 협박을 한 때에는 벌칙규정에 의거하여 처벌을 받으며[40], 선박이 위험에 처하거나 충돌한 경우등에 선장의 직무상 명령에 따르지 아니한 때에도 처벌을 받는다.[41]

그러나 선박직원법상 직원이 아니므로 선박직원이 되고자 하는 자가 받아야 하는 해기사면허를 받을 필요는 없다.[42] 결국 이러한 행정상의 모순이 발생하는 지위를 가지는 어로장의 지위를 행정상 어떻게 규율해야 하는가가 문제가 되지 않을 수 없다. 이러한 모순은 해난심판법상의 재결결과로 귀속된다. 즉 해기사나 도선사가 아니면 해양사고에 대한 재결로서 징계가 불가능하다. 이에 따른다면 어로장에 대해서는 단순한 개선이나 권고만이 가능할 뿐이다.[43]

Ⅳ. 해양사고발생시의 구체적인 법률상 책임의 내용

그렇다면 이하에서는 이러한 위에서 검토한 내용을 중심으로 하여 어로장이 부담할 수 있는 구체적인 법률상의 책임을 살펴보기로 한다.

1. 민사책임

어로장이 부담해야 하는 민사책임은 약정책임과 법정책임으로 분류할 수 있다.

가. 약정책임

어로장과 선주가 맺은 계약의 성질이 근로계약의 형태이든 도급계약의 형태이든, 혹은 위임계약의 형태이든 관계없이 어로장의 과실로 사고가 발생했다면 어로장은 선량한 관리자의 주의의무로서 계약서의 내용대로 본인의 채무를 이행하지 않았다는 것이 증명되기만 하면 채무불이행의 책임에서 벗어날 수 없을 것이다.

선장의 민사책임중 약정책임은 근로계약의 경우에는 민법 제391조의 이행보조자의 책임에 의하여 어로장의 채무불이행 책임으로 전환된다.[44] 도급계약으로 본다면 역시 이행보조자책임으로 볼 수도 있고, 어로장이 단독으로 선주와 도급계약을 체결하고, 선장과 다시 하도급계약을 체결한 것으로 본다고 하더라도 선장이 어로장의 지휘나 통솔에 따르지 않은 사실이 없는 이상은 특별한 약정책임을 부담하지는 않을 것으로 생각된

39) 선원법 제24조 제1항 제1호.

40) 선원법 제136조 제1항 "해원이 직무수행중 상사에 대하여 폭행 또는 협박을 가한 때에는 3년이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처한다.

41) 선원법 제137조 "제11조(선박위험시의 조치) · 제12조(선박충돌시의 조치) · 제13조(조난선박의 구조)의 규정에 의하여 선장이 인명·선박 또는 화물의 구조에 필요한 조치를 하는 경우에 상사의 직무상 명령에 따르지 아니한 때에는 1년 이하의 징역에 처한다" 라고 규정되어 있다.

42) 선박직원법 제4조 제1항 참조.

43) 해양사고의 조사 및 심판에 관한 법률 제5조 참조 ; (재결) ① 심판원은 해양사고의 원인을 밝히고 재결(裁決)로써 그 결과를 명백하게 하여야 한다.
② 심판원은 해양사고가 해기사나 도선사의 직무상 고의 또는 과실로 발생한 것으로 인정할 때에는 재결로써 해당자를 징계하여야 한다.
③ 심판원은 필요하면 제2항에 규정된 사람 외에 해양사고의 원인과 관계있는 자에게 시정 또는 개선을 권고하거나 명하는 재결을 할 수 있다. 다만, 행정기관에 대하여는 시정 또는 개선을 명하는 재결을 할 수 없다.

44) 민법 제391조 (이행보조자의 고의, 과실) : 채무자의 법정대리인이 채무자를 위하여 이행하거나 채무자가 타인을 사용하여 이행하는 경우에는 법정대리인 또는 피용자의 고의나 과실은 채무자의 고의나 과실로 본다.

다. 위임계약으로 보는 경우에 어로장이 선장에게 대리권을 준 경우에도 선장에게 대리권을 부여하여 선주에게 손해를 준 경우에는 수임인인 어로장은 선임 또는 감독을 잘못한 경우에 해당하게 된다. 따라서 어로장은 선주에게 손해배상의 책임이 있다.[45]

나. 법정책임

한편 법정책임으로서 어로장은 어선전복사건에 대하여 실종선원의 유족과 선박소유자에 대하여 불법행위에 의한 손해배상책임(민법 제750조)을 져야 할 필요가 있다. 어로장의 이러한 책임은 선박소유자인 선주의 사용자배상책임(민법 제756조)과 부진정연대관계에 있다고 보아야 한다. 이 경우에 어로장은 선박소유자가 손해를 배상한 경우에 구상권행사에 대한 책임을 져야 한다. 그리고 이 사건에서 실종선원의 유족들은 어선원 및 어선재해보상보험법상의 유족급여(동법 제27조), 행방불명급여(동법 제29조), 소지품유실급여(동법 제30조)등의 재해급여를 수협중앙회에 청구할 수 있고, 이러한 보상규정이 어로장과 선주에 대한 손해배상의 책임을 조각시키지는 않는다.[46]

다만 불법행위의 주체와 관련하여 선장에게도 피해자에 대한 손해배상책임이 있는가가 문제될 수 있다. 최근 불법행위에 의한 손해배상청구권의 보호법익이 확장되고 있는 경향이 있긴 하지만[47], 가해행위와 발생하는 손해사이의 인과관계를 판단하였을 때 선장에게 어로장과 같은 손해배상책임을 묻지는 못할 것이라는 생각이 든다.[48]

2. 형사책임

전복사고가 발생하고 실종자의 사상의 결과가 발생한 위의 사건의 경우에 항해의 모든 책임을 지는 선장에게 형사책임을 묻는 것이 원칙일 것이다. 어로장에게 형사책임을 인정할 수 있는 근거는 위에서 검토한 대로 추상적 위험범의 적용, 부진정부작위범의 인정, 공동정범의 인정, 간접정범의 인정을 통하여 형사책임을 묻는 것이 가능하다고 본다.

3. 행정책임

가. 해양안전심판원의 징계재결

행정책임의 주된 핵심은 해양안전심판원에 의한 징계재결[49]이다. 그러나 해양안전심판원은 상기의 전복사고가 해기사의 직무상 고의 또는 과실로 인하여 발생한 것으로 인정할 때에는 재결로서 면허취소나 업무의 정지(1월 이상 1년 이내)또는 견책의 징계를 하도록 규정하고 있다.[50]

위의 어선전복사고의 사례에서는 해기사인 선장에게 1개월의 업무정지의 징계재결을 결정하였다. 문제는 어로장에게 해난심판법에 의한 행정벌을 부과할 수 있는냐인데 현행법상으로는 이는 불가능하다고 본다. 해난심판법에 의한 징계재결의 대상은 해기사로 규정되어 있기 때문에 해기사면허를 소지하지 아니한 어로장에게는 행정벌의 부과가 불가능하다고 해석하여야 한다.

다음으로 국토해양부장관이 해기사가 선박직원

45) 민법 제682조 및 제21조 참조.
46) 김동인, 앞의 논문, 87면.
47) 김성룡, 불법행위의 요건으로서 위법성의 역할, 민사법학 제30호, 2005, 39면 이하 참조.
48) 김동인, 앞의 논문, 94면.
49) 해양안전심판은 그 성질은 행정심판의 성질을 띠고 있지만 재판의 구조는 형사소송과 비슷하다고 보여진다. 이는 조사관의 심판청구에 따라서 심판을 시작하는 측면(해양사고의조사및심판에관한법률 제40조)이라든가, 심판관을 재결기관으로 하고, 변론기관으로서 심판변론인제도를 두고 있는 점에 비추어 보았을 때에 그러한 측면이 강하지 않나 생각된다. 일반적인 행정심판의 구조는 청구인적격이 있는 자가 심판을 청구함으로서 개시괴도, 청구인과 피청구인 사이의 대심구조로 편성하고 구술심리의 기회를 보장하고 있다는 점이 특징이다 (김동희, 행정법 I, 박영사, 2008, 616면 참조). 이러한 행정심판은 민사소송구조에 근접하고 있다는 느낌을 받는다; 개인적인 의견으로는 해양안전심판은 지방해심 → 중앙해심 → 행정법원 → 대법원의 4심제를 채택하는 것이 헌법 제27조 제1항의 국민의 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 재판을 받을 권리에 부합하지 않나 생각된다.
50) 해양사고의조사및심판에관한법률 제5조 제2항.

으로 직무를 수행함에 있어서 비행이 있거나 인명 또는 재산에 위험을 초래하거나 해양환경보전에 장해를 미치는 행위를 한 때에는 면허를 취소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 업무의 정지를 명하거나 혹은 견책을 할 수 있도록 하고 있다.[51] 그러나 이 역시 어로장에게는 해당되지 않는다. 왜냐하면 해기사면허가 없을 뿐만 아니라 당해 사유와 관련된 해양사고에 대하여 해양안전심판원이 심판을 개시한 때에는 행정처분을 할 수 없기 때문이다.

나. 선원법상의 벌칙규정의 적용

결국 어로장이 행정책임을 질 수 있는 경우는 선원법의 해원에 해당하기 때문에 받을 수 있는 벌칙인 행정벌규정만이 유일하다고 본다. 선원법상 선장은 어로장이 항해과정에서 안정항해의 목적에 반박하여 직무상 명령과 지휘 및 통솔권에 따르지 아니한 때에는 어로장을 징계할 수 있으며, 만약 선장에 대하여 폭행 및 협박을 가한 경우와 선박이 위험에 처하거나 충돌한 경우에 직무상 명령에 따르지 아니한 경우에 처벌할 수 있다.

Ⅴ. 결 론

이상에서 어로장의 법률상의 지위에 관하여 살펴보았다. 어로장과 선장이 동일인인 일반어선에서는 어로장의 직책을 별도로 두지 않는다. 이러한 경우에는 민사상 · 형사상 · 행정상 별다른 문제가 발생하지 않는다. 각각의 법률상 효과에 따른 책임만을 지면 되고, 이는 법률의 효과에 따른 자연스러운 해결방법이다. 그러나 기선선망어업의 경우와 같이 하나의 어구를 다수의 어선이 조작하여 하나의 조업단위를 이루는 경우에는 어로장이 선장의 상위의 위치에서 어로업무뿐만 아니라 항해업무전반에 걸쳐서 선장을 지휘 및 통솔하는 어로장중심체제가 관행적으로 정착되어 있다.[52] 이는 필연적으로 조업실적의 달성과 선박의 안전이라는 경합의 문제점을 발생시키게 되고, 이에 따라서 책임의 한계설정과 해결이 필요하다. 이러한 경우의 법률상의 책임에 따르는 문제점해결방안을 제시하면 다음과 같다.

1. 항해과정과 조업과정의 법률상 구분 필요성

어선은 특별한 경우를 제외하고는 조업을 위해서 출항한다. 어장까지는 순수하게 항해만 하고, 어장에 도착하면 어탐을 하기 위한 항해를 한다. 조업이 결정되면 어로작업이 시작된다. 이 때 어로장의 민사책임과 형사책임 및 행정책임을 논함에 있어서 반드시 구분하여야 할 것이 선박의 항해업무와 조업업무의 구분필요성[53]이다. 일단 조업업무에 있어서는 선주와의 계약의 당사자인 어로장이 주체로서 민사책임의 주체가 된다. 민사책임과 관련하여서는 다만 항해과정에서 선장이 본인의 책무를 성실히 이행하지 못하였을 경우에는 선주와 피해자에게 손해를 배상한 어로장이 선장에게 구상권을 청구할 수도 있고, 불법행위에 의한 손해배상청구권의 보호법익이 확장이라

51) 선박직원법 제9조 제1항 제3호.

52) 어로장과 선장의 관계와 관련하여 대형선박을 항구에 안전하게 접안시키는 역할을 하는 도선사와 선장과의 관계에서도 유사한 문제점이 발생할 수 있다. 그러나 어로장과의 차이는 도선사는 해기사의 자격을 소지하고 있다는 점에서 어로장과는 차이가 있기 때문에 민·형사상 문제점은 논외로 하더라도 행정상 문제점은 발생할 가능성이 거의 없다.

53) 이는 선박안전 조업규칙에서도 그 취지를 알 수 있다. 동 규칙은 제19조에서 제목을 "어로 또는 항해의 금지" 라고 하여 어로활동과 항해활동을 구분하여 규칙을 제정하고 있다; 이는 선원법에 의하여 선장에게 부여된 선원의 안전 및 선박의 안전을 위한 선박에서의 직무상의 지휘명령 및 감독에 관한 권한과 책임은 항해과정에서의 선장에게 배타적 권한을 부여하고, 어로장과 선주가 체결한 계약은 계약자유원칙에 따라서 조업과정에 한하여 어로장에게 조업목적달성을 위하여 어로작업전반을 지휘 및 통제할 수 있는 선주의 임의대리권의 수여에 의한 권한의 행사라고 본다면, 사인간의 계약이 현행법을 초월해도 된다는 것으로 오해되는 경우는 발생하지 아니하며, 선장과 어로장과의 법률상의 관계도 어느 정도 정리가 가능할 것이라 판단된다.

든가, 이행보조자로서의 책임의 범위설정등의 면에서 실익이 있다.

형사책임과 관련하여서도 이러한 조업과 항해의 구분은 중요하다. 항해와 관련하여 선박의 운항 및 관리책임을 가진 선장의 항해업무에 어로장이 어느 정도의 영향을 미쳤느냐에 따라서 범죄형태와 처벌의 범위가 결정되기 때문이다.

행정책임과 관련하여서는, 항해업무에 관하여 선장에게 지휘 및 감독권이 있으므로, 역시 조업과정과 항해과정을 잘 구분하여 어로장을 처벌할 수 있는 기반이 마련되어야 할 것이다.

2. 선박직원법상 어로장의 해기사자격취득의무 규정의 신설

선박직원법상 어로장의 해기사자격취득의무 규정의 신설이 반드시 필요하다. 선원법상 선내질서를 유지하기 위하여 선장의 안전운항에 관한 지휘 및 감독을 받는 해원이며, 직원인 어로장이 항해의 안전을 도모함을 목적으로 하는 선박직원법상으로는 해기사의 자격을 가질 필요가 없다는 것은 모순된다.

결국 선박직원법 제2조 제3호의 선박직원법 규정에 어로장을 포함하도록 법률을 개정하고 보완할 필요가 있다.

참고 문헌

곽윤직(2003). 채권각론6, 박영사, 239.

고관서(1984), 수산사전, 형설출판사, 151.

김동인(2005). 선박운항관리에 대한 선장의 책임에 관한 연구 -쌍끌이 대형기선저인망종선의 전복사건(부해심 제2003-74호)을 중심으로-, 한국해법학회지 27(2), 86.

김동희(2008). 행정법 Ⅰ, 박영사, 616.

김성룡(2005). 불법행위의 요건으로서 위법성의 역할, 민사법학 30, 39.

박상기(2009). 형법총론8, 박영사, 396.

배종대(2008). 형법총론9, 홍문사, 573.

부산일보 2010.9.24 일자

신동운(2010). 형법총론5, 법문사, 584.

심재우(1980), 고시계4. 과실범의 공동정범, 38.

원혜욱(2007). 기업대표이사의 형사책임귀속을 위한 형법이론연구, 형사법연구32, 207.

유기천(1980). 개정형법학(총론강의), 일조각, 288.

이건호(1964). 형법학개론, 고대출판부, 182.

이기수/최병규/김인현(2008). 보험·해상법8-상법강의Ⅳ, 박영사, 433.

이재상(2011). 형법총론7, 박영사, §5/19.

이정원(2001). 과실범에서의 정범과 공범, 형사법연구 16, 99.

이종근/임동철(1993), 어선선원의 근로조건 개선방안에 관한 연구, 수산해양교육연구 5(1), 28.

임웅(2010). 형법총론3, 법문사, 423.

정성근/박광민(2011). 형법총론5, 삼영사, 559.

최종화/김진건/이병기(1991). 기선선망어선의 지휘권과 어로장의 법적지위, 법학연구3, 한국해사법학회, 86.

_____. 실정법상 어선의 지위에 관한 고찰, 수산해양교육연구 3(1), 40.

허일태(고시계 1994.3) 과실범의 공동정범이 가능한가, 47.

Hans Heinrich Jescheck/ Thomas Weigend (1996). Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage., 613.

• 논문접수일 : 2011년 10월 17일
• 심사완료일 : 1차 - 2011년 11월 04일
2차 - 2011년 11월 15일
• 게재확정일 : 2011년 11월 30일