

해상법상 어선의 법적 지위에 관한 연구*

A Study on the Legal Status of Fishing Vessels under the Maritime Law

양 석 완**
Yang, Seok-Wan

목 차

- I. 문제의 제기
- II. 어선의 선박요건과 영리성 개념의 확장
- III. 어선의 제한적인 항해능력과 어로조업권의 보호
- IV. 맺으며

국문초록

어선은 바다를 무대로 하여 수산업에 종사하기 위한 물적 조직으로서, 어선도 해상법상 선박요건을 갖춘 것으로 볼 수 있는가 하는 것이 우선 검토되어야 한다. 그리고 사회통념상 선박으로서의 구조와 해상법상 영리성, 항해성의 요소가 어떻게 변형되어 어선에 적용되는가가 문제된다.

어선운항의 주된 목적이 영리행위인 어로활동에 있으므로 '수산동식물을 포획 또는 채취하는 행위'를 우리나라 상법상 기본적 상행위의 하나인 '광물 또는 토석의 채취에 관한 행위'(제46조 제18호)와는 달리, 상법의 상행위 유형에

논문접수일 : 2016. 06. 17.

심사완료일 : 2016. 07. 25.

게재확정일 : 2016. 07. 25.

* 이 논문은 2016학년도 제주대학교 교원성과지원사업에 의하여 연구되었음(This research was supported by the 2016 scientific promotion program funded by Jeju National University).

** 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

서 전혀 도외시한 것은 어선의 운항행위는 여타 상선과는 그 본질을 달리하고 있다는 점을 간과한 것이다.

어선의 항해활동은 그 운항목적에 비추어 어로활동에 부가된다는 점에서 어선의 입장에서는 선박의 안전항해도 중요하지만 항로 등에서의 어선의 어로작업권도 보호되어야 한다. 선박사고의 한 축인 어선의 어로조업이 '조종성능(manoeuvrability) 제한 어구의 사용'에 해당되는 것으로 판단되는 경우 '어로에 종사하고 있는 선박'으로 우선권을 갖게 되는 것도 여기에 기인한다.

그런데 좁은 수로와 통항분리수역 등에서는 오히려 어로작업에 종사하는 어선이 다른 선박의 '통항불방해의무'를 부담하게 된다. 이 경우에 안전항해를 위한 주의의무의 내용은 무엇이며, 항로지정제도에 맞춰 각각 다른 항법에 따라야 하는가도 살펴 볼 필요가 있다.

주제어 : 어선, 어로작업, 해상영리행위, 어로에 종사하는 선박, 조종성능제한 선박, 통항불방해의무, 좁은 수로, 통항분리수역

1. 문제의 제기

어선은 바다를 무대로 하여 전개되는 해상기업인 수산업에 종사하기 위한 물적 조직으로서, 그것의 운항행위는 항해와 어로활동의 복합작용에 의하여 국내외적으로 수행된다.¹⁾

어선의 개념에 비추어, 어선도 해상법상 선박요건을 갖춘 것으로 볼 수 있는가 하는 것이 우선 검토되어야 한다. 그리고 어선의 선박 개념을 논함에 있어서는 사회통념상 선박으로서의 구조와 해상법상 영리성, 항해성의 요소²⁾가 어떻게 변형되어 적용되는가가 문제된다. 이에 따라 어선의 경우 선박법이 아

1) 최중화·김진건·이병기, "실정법상 어선의 지위에 관한 고찰", 「수산해양교육연구」 제3권 제1호, 1991. 3., 35면.

2) Wilson, John F., *Carriage of Goods by Sea*, 6th ed., Harlow : Pearson/Longman, 2008, pp.86-87.

닌 어선법에 따라 등기·등록능력과 선원성을 갖추는 데 있어서 차별화되는 점도 지적되어야 한다.

어선은 특별한 경우를 제외하고는 어로작업을 위해서 출항한다. 모항 또는 기지에서 어장까지는 순수하게 항해만 하고, 어장에 도착하면 어탐을 하기 위한 항해를 한다. 어로작업이 결정되면 어선과 어구가 연결되어 있는 상태로 조업이 시작된다.³⁾ 어선운항의 주된 목적이 영리행위인 어로활동에 있으므로 상법상 상행위 유형을 논함에 있어서는 육상기업, 해상기업 등을 포괄하는 새로운 개념이 정립될 수 있느냐에 관하여도 검토할 여지가 있다.

어선의 항해활동은 그 운항목적에 비추어 어로활동에 부가된다는 점에서 해사안전법 등에 의하여 우선권이 부여될 수 있거나 특별한 의무가 부과됨으로써 일반 선박과 어떻게 달리 취급되는가에 관하여도 논의를 요한다. 이는 어로작업에 종사하고 있는 어선인가의 여부에 달려 있고, 그 판단기준은 '조종 성능(manoeuverability) 제한 어구의 사용'에 해당되는지가 관건이다.

그런데 좁은 수로와 통항분리수역 등에서는 오히려 어로작업에 종사하는 어선이 다른 선박의 '통항불방해의무'를 부담하게 된다. 이 경우에 안전항해를 위한 주의의무의 내용과 함께, 충돌 위험의 발생 전후로 나누어 항로지정제도에 맞춰 각각 다른 항법에 따라야 하는가도 살펴 볼 필요가 있다.

이에, 이 논문은 어선의 법적 지위는 그 운항행위의 특수성과 밀접한 관계가 있으므로, 먼저 어로활동과 관련된 법규의 적용영역을 살펴보고 그 본질적인 특성을 파악한 다음, 해상 항법상의 위상을 분석 검토함으로써 새로운 해석방법을 고찰하고자 한다.

II. 어선의 선박요건과 영리성 개념의 확장

1. 어선의 선박으로서의 개념요소

3) 임석원, "어로장의 법률상의 지위에 관한 연구", 『수산해양교육연구』 제23권 제4호, 2011, 732면.

가. '선박'으로서 구조물

어선⁴⁾이란 어선법상 그 용도가 수산업 또는 이에 관한 일정한 업무에 종사하는 선박 등을 일컫는다(어선법 제2조 제1호 참조). 어선의 선박 개념을 논함에 있어서는 선박법(제1조의2)에 따른 선박⁵⁾으로서의 구조와 항해성, 영리성이 중요한 요소가 된다.⁶⁾

첫째 부양성(浮揚性)으로서, 선박은 사회통념상 물체의 부양성을 이용하여 수상에 뜰 수 있는 수밀성(水密性) 구조를 가지고 있어야 한다.⁷⁾ 일반적으로 수상이나 수중에서 사람이나 물건의 이동에 제공되는 용구이면 그것이 무엇이든 선박이 된다. 수산물의 제조 설비를 갖춘 공모선(工母船) 내지 원양모선식 어선⁸⁾이나 어군탐지를 위한 잠수선과 수중익선(水中翼船)처럼 수중에 침하하는 장치를 가진 것이라도 그것이 다시 수상에 뜰 수 있는 장치를 가지는 한 이는 선박이라고 하여야 할 것이다. 그러나 수면을 부양(浮揚)하는 구조물이지만 주로 비행을 목적으로 만들어진 것이라면(예컨대, hover craft 등), 이는 항공기에 속하므로 선박으로는 취급되지 아니한다.⁹⁾ 건조 중인 선박은 항

4) 어선법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "어선"이란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 선박을 말한다.

가. 어업, 어획물운반업 또는 수산물가공업(이하 "수산업"이라 한다)에 사용하는 선박

나. 수산업에 관한 시험·조사·지도·단속 또는 교습에 종사하는 선박

다. 제8조 제1항에 따른 건조허가를 받아 건조 중이거나 건조한 선박

라. 제13조 제1항에 따라 어선의 등록을 한 선박

5) 선박법상에 선박의 개념에 대하여 정의규정을 둔 것은 1999. 4. 15. 선박법의 개정시이다. 그 이전에는 사회통념상 선박이면 선박법상 선박으로 보았다.- 임동철·정영석, 「해사법규강의」, 학현사, 2000, 16면 ; 김동인, "선원법의 적용범위에 대한 고찰 -선원법의 대인적 적용범위를 중심으로-", 「한국해법학회지」 제23권 제2호, 2001. 11., 48-49면.

6) Wilson, John F., op. cit., pp.86-87.

7) 손주찬·정동윤, 편집대표, 「주석상법(Ⅷ)[박용섭 집필]」, 한국사법행정학회, 2001, 33-34면 ; 정찬형, 「상법강의(하)」(제16판), 박영사, 2014, 803면 ; 손주찬, 「상법(하)」, 박영사, 2005, 713면 ; 최성수, "외국선박 집행의 준거법에 관한 고찰", 「고려법학」 제71호, 고려대 법학연구원, 2013. 12., 63면.

8) 원양모선식어업(distant-water mother ship fishery)이란 냉장·가공 기타 처리설비를 갖춘 모선과 이에 부속되는 어로선에 의하여 수산동물을 포획하는 어업을 말한다.- 해양수산부, 「해양수산법률용어사전」, 1999, 235면.

9) 김태기, "등기선박에 관한 약간의 고찰", 「등기에 관한 제문제(하)」, 재판자료 제44집, 법원행

해의 용도와 능력을 갖추지 못하였으므로 선박이라고 할 수 없으나,¹⁰⁾ 건조 중인 선박이라도 선박금융(선박담보)에 한하여 선박으로 인정된다(상법 제790조).¹¹⁾ 어선법은 어선건조허가를 받아 건조 중인 선박도 어선에 포함시키고 있다(어선법 제2조 제1호 다목).

둘째는 적재성(積載性)으로서, 어선은 어구나 어로용 자재, 선용품, 어획물 등을 적재한 상태로 선원이나 어부를 태울 수 있는 구조물이어야 한다. 어선과 어구가 연결되어 있는 상태로 어구를 조작하고 있으면 이것은 항해활동과는 구분되는 어선의 어로활동에 속한다. 따라서 뗏목과 같은 것은 그 뗏목을 조성하는 물체 자체를 운반하는 것에 지나지 아니하므로, 이를 인공을 가한 구조물이라 할 수 없으므로 선박으로 볼 수는 없다고 했으나¹²⁾ 부양성이 있고 항해 내지 어로용으로 사용하거나 사용할 수 있는 한, 선박법상의 배종류(船舶類)에 속한다고 하는 견해가 유력하다.¹³⁾ 즉 어획물이나 액체 등의 운반(liquid gas carriers)이나 어획물을 위하여 떠 있는 물체나 뗏목도 선박일 수 있다.¹⁴⁾

셋째는 이동성(移動性)으로서, 수상에 떠서 나를 수 있는 성질을 가져야 한다. 어선의 이동성은 어선 자체가 주로 해상어로행위를 위하여 제공된다는 점

정처, 1988, 590면 ; 이순동, “선박의 소유권”, 『해상·보험법에 관한 제문제(상)』 재판자료 제52집, 법원행정처, 1991, 29면. 그러나 국제해상선박충돌예방규칙(International Regulations for Preventing Collisions at Sea 33 U.S.C. §801)에서는 수상비행기와 이동불가능한 장치(nondisplacement craft)도 선박의 개념에 포함시키고 있다. 이와 같은 규정은 영국판례(Steedman v Scofield [1992] 2 Lloyd’s Rep. 163)의 입장과 동일하다.

10) 권창영, “선원법이 적용되는 선박의 범위”, 『법조』 통권 제579호, 2004. 12., 190-191면 ; Fredieu v. Rowan Companies, 738 F.2d 651(5th Cir. 1984) ; Williams v. Avondale Shipyards, Inc., 452 F.2d 955(5th Cir. 1971).

11) 이균성, 「신해상법대계」, 한국해양수산개발원, 2010, 92-93면 ; 이순동, 앞의 논문, 30면.

12) 정동윤, 「상법(하)」, 법문사, 2011, 748면 ; 이순동, 앞의 논문, 30면 ; 권창영, 앞의 논문, 189면 ; 조귀연, “선원법의 적용범위”, 『해양한국』 제214권, 1991, 49면. 그러나 독일법상의 뗏목은 선박이 아니다. 이에 대해서는 별도의 뗏목법(Flößereigesetz von 15.6.1895, RGBI., 341)이 있다.

13) 정해덕, “개정 상법 하에서의 선박의 의의와 선박등록·등기”, 『법조』 통권 제618호, 2008. 3., 198-199면 ; 미국판례는 뗏목도 선박으로 본다(Muntz v. A Raft of Timber, 15 Fed. 555(C.C.La. 1883) ; Seabrook v. Raft of R.R. Cross-Ties, 40 Fed. 596(D.S.C. 1889).

14) Girvin, Stephen, *Carriage of Goods by Sea*, New York : Oxford University Press, 2007, p.11.

에서 일반 선박과 다른 특색을 지니고 있다. 그 이동은 스스로의 동력에 의하는가 또는 외부로부터의 힘에 의하는가는 상관이 없다. 이동하도록 설계한 구조물로서 항해능력을 가지고 있거나 예인되어 이동할 수 있다면 선박에 해당한다. 그러므로 이동한 장소에서 작업을 하거나 물건 또는 사람의 운반 이외에 일정한 용도에 사용되는 것을 목적으로 하는 어선이나 준설선, 해저자원굴착선, 기중기선, 등대선, 선박계류용이나 저장용 등으로 사용하기 위하여 예인을 하여야만 이동할 수 있는 부선(艇船, barge) 등은 선박에 포함된다(선박법 제26조 참조).

나. 어선의 선박요건

어선의 선박으로서의 위와 같은 요소는 선박(vessel)을 '수상운송수단으로 사용되거나 사용될 수 있는 모든 배(watercraft) 기타 인공장치'로 규정하고 있는 미연방법의 규정이나¹⁵⁾ '어떠한 추진방식에 의하든지 항해에 사용되는 모든 종류의 부선 또는 선주류(船舟類)가 포함된다'고 한 영국 상선법(MSA 1921)의 규정¹⁶⁾과 합치되고 있다. 또한 "법률적 선박이란 수상 또는 수중에서 사람이나 물건을 이동하기 위하여 만들어진 항해가능한 부유체로서 일정한 내부공간(Hohlraum)이 있어야 하고 지나치게 작지 않아야 한다"고 하는 독일 판례¹⁷⁾에서도 잘 드러나고 있다.¹⁸⁾

15) 1 U.S.C. §3 "The word 'vessel' includes every description of watercraft or other artificial contrivance used, or capable of being used, as a means of transportation on water." <<http://www4.law.cornell.edu/uscode/1/3.html>>.

16) Chapter 28 §1.-(1) Notwithstanding anything in section seven hundred and forty-two of the Merchant Shipping Act, 1894 (hereinafter referred to as "the principal Act"), the principal Act shall have effect as though in the provisions of Parts I. and VIII, thereof (which relate respectively to the registry of ships and to the limitation of the liability of the owners of ships), as amended or extended by any subsequent enactment, the expression "ship" included every description of lighter, barge, or like vessel used in navigation in Great Britain, however propelled:

Provided that a lighter, barge, or like vessel used exclusively in non-tidal waters, other than harbours, shall not, for the purposes of this Act, be deemed to be used in navigation.(밀줄은 필자가 그음)

17) BGH NJW 1952, 1135; "Schiff im Rechtssinne ist jedes schwimmfähige, mit einem

이를 종합하여 어선의 선박요건을 추출해보면,¹⁹⁾ ① 우선 어선은 선원이나 어부를 태운 상태로 어구나 어로용 자재, 선용품, 어획물 등을 나를 수 있는 구조물이어야 하지만, ② 어선은 합성물²⁰⁾인 선체 및 어로와 어획물의 가공·보장(保藏)·운송에 필요한 속구²¹⁾로 구성되므로 가능한 한 선저가 움푹 들어간 형체(凹形: hollow)일 필요가 있을 것이다.²²⁾ 그러나 ③ 수상이나 수중에 서의 운송을 목적으로 하면서도 그 운항목적에 비추어 어로활동에 부가되는 것으로 해야 하며, ④ 그 규모가 해상 항해나 어로활동에 적합하지 못할 정도로 지나치게 작아서는 안 되지만,²³⁾ ⑤ 반드시 스스로 움직일 필요는 없을 것이다. 즉 자력항행능력은 요구되지 않는다.²⁴⁾ 이에 따르면, 어선도 선박요건을 갖춘 것으로 본다.

다. 어선의 등록·등기능력

어선은 하나의 독립한 합성물로서 선박등기와 어선등록을 하고 선박국적증서를 받은 후 어선의 번호판을 부착해야 항해에 사용할 수 있다(선박등기법 제2조, 어선법 제3조, 제15조, 제16조). 선박법에서는 어선에 대하여 선박의 등기 및 등록을 규정하고 있는 선박법 제8조의 적용을 배제하고 있다(동법 제26조 제6호). 다만 어선법²⁵⁾에서는 어선에 대한 등기 및 등록에 대하여는 규정

Hohlraum verschene Fahrzeug von nicht ganz unbedeutender Größe zu verstehen, dessen Zweckbestimmung es mit sich bringt, daß es auf dem Wasser bewegt sind."

- 18) Hill, Christopher, *Maritime Law*, 4th ed., Lloyd's of London Press Ltd., 1994, pp.383-384.
 19) 김정호, 「상법강의(하)」, 법문사, 2005, 580면 ; Schaps-Abrahams, *Das Seerecht in der Bundesrepublik Deutschland, vierte Auflage, Kommentar und Materialsammlung*, 1977 & 1978, Vor §476, Rdnr.1.
 20) 선박은 선체, 갑판, 범장(帆檣), 주기관 등 각 부분으로 구성되는 이른바 합성물의 일종으로서 그 각 부분은 독립된 사권의 목적물이 될 수 없다.- 서돈각, 「상법강의(하)」, 법문사, 1988, 473면 ; 정동윤, 앞의 책, 749면.
 21) 선박의 속구목록에 기재된 물건은 민법 제100조의 '중물'로 추정된다(상법 제742조).
 22) 정동윤, 앞의 책, 748면 ; 정해덕, 앞의 논문, 198-199면.
 23) 손주찬·정동윤(편집대표), 「주석 상법[해상]」, 한국사법행정학회, 2006, 41면.
 24) 김정호, 앞의 책, 580면 ; 정해덕, 앞의 논문, 199면.
 25) 어선법(제2조 제1호)상 어선의 개념은 앞의 주4) 참조.

하고 있기 때문에 어선의 경우 선박법이 아닌 어선법에 따라 등기 및 등록을 하여야 한다(동법 제13조 제3항). 한편 어선에 대한 소유권변동의 효력과 관련하여, 어선법에서는 20톤 미만의 소형어선에 대한 소유권 변동에 대하여 선박법과 같이 등록을 효력발생요건으로 규정하고 있다(동법 제13조의2). 그러나 총톤수 20톤 이상의 기선과 범선을 비롯하여 총톤수 100톤 이상의 부선에 해당하는 어선에 대하여는 어선법에서 별다른 규정이 없기 때문에 상법에 따라 당사자 간의 합의만으로 소유권변동의 효력이 발생한다(동법 제743조).

그런데, 총톤수 5톤 미만인 무동력 어선도 어선원부에 등록을 필하면 어선법상 어선이 되지만(어선법 제13조 제3항 제3호), 단정(短艇)이나 주로 노 또는 상앗대로 운전하는 어선에는 해상법의 규정을 적용하지 아니한다(상법 제741조 제2항). 이에 반하여 기관이나 돛을 이용하는 어선은 아무리 규모가 작아도 해상법이 적용된다.²⁶⁾

라. 어선의 선원법에서의 선박 개념

선박법령에 따르면 어선은 선박법상의 선박이다(선박법 제26조 제6호). 선원법에서의 선박개념은 선박법상의 선박의 개념과 같다. 선박에 해당된다고 하더라도 모든 선박에 승무하는 선원과 그 선박의 소유자에게 선원법을 적용하는 것은 아니다. 총톤수 5톤 미만의 선박, 호수·강 또는 항내만을 항해하는 선박은 제외됨과 아울러, 총톤수 20톤 미만인 어선으로서 평수구역, 연해구역, 근해구역에서 어로작업을 하는 어선에 대하여는 원칙적으로 그 적용을 배제하고 있다.

선원법이 적용되는 총톤수 20톤 이상 어선의 선원에 대하여는 선원법이 우선 적용되어 근로기준법의 적용이 배제된다. 다만, 선원법이 규정하고 있지 아니한 법률관계에 한하여 근로기준법이 보충적으로 적용될 뿐이다. 그러므로 선원법이 적용되는 어선에 승무하는 선원이 재해를 당한 경우에는, 그 선박이 본래 목적을 수행하는 사업장이나 재해가 발생한 장소와 관계없이 배타적으

26) 정동윤, 앞의 책, 748면.

로 선원법, 특히 어선원 및 어선재해보상보험법에 의한 재해보상만이 행하여지고, 산업재해보상보험법이 적용될 여지는 없다.²⁷⁾

이와는 달리, 선원법의 적용이 배제되는 총톤수 20톤 미만인 어선으로서 평수구역, 연해구역, 근해구역에서 어로작업을 하는 어선에 근무하는 어선원들의 근로조건보호는 선원법상의 규제를 받지 않도록 하는 반면, 어선원 및 어선재해보상보험법이나 근로관계에 관한 일반법인 근로기준법의 적용을 받도록 한 것이다. 예외적으로 어선원 및 어선재해보상에서 제외되는 어선의 경우에는 근로기준법이나 산업재해보상보험법이 적용되는데, 이 법들은 선원법과는 달리 '업무상 재해'²⁸⁾에 한하여 보상을 행하도록 규정하고 있다.²⁹⁾

2. 어선의 영리성 개념 확장

가. 어로활동의 상행위성 여부

상법상 선박은 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 항해에 사용하는 선박을 말한다. 어선이 상법상의 선박이 되기 위해서는 상행위 기타 영리를 목적으로 항해에 사용하는 선박이거나(제740조), 비영리선이라도 상법이 준용되는 요건을 갖추어야 한다(제741조).

여기서 말하는 상행위란 상법 제46조에서 열거한 영업적 상행위의 하나인 운송을 의미한다.³⁰⁾ 이것은 영리를 목적으로 운송을 인수하는 것이며 일정한

27) 다만 사업주는 근로복지공단의 승인을 얻어 산재보험에 가입할 수 있고(산업재해보상보험법 제7조 제2항) 선원법 내지 근로기준법보다 유리한 내용의 근로계약은 유효하므로, 그러한 약정을 한 이상 근로자의 재해발생시 사용자는 그 약정에 따른 별도의 재해보상금을 지급할 의무가 있다.- 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다2112 판결.

28) '업무상의 재해'란 업무상의 사유에 따른 근로자의 부상·질병·장해 또는 사망을 말한다(산업재해보상보험법 제5조 제1호). 종전에는 '업무상의 재해'란 근로자와 사업주 사이의 근로계약에 터 잡아 사업주의 지배·관리하에서 당해 근로업무의 수행 또는 그에 수반되는 통상적인 활동을 하는 과정에서 이러한 업무에 기인하여 발생한 재해를 말한다고 규정했었다(구법 제4조 제1호).

29) 대법원 2007.09.28. 선고 2005두12572 전원합의체 판결.

30) 대법원 2012. 4. 17.자 2010마222 결정.

계획에 따라서 같은 영업행위를 계속적으로 반복하는 것으로 기본적인 상행위의 하나이다. 상선은 운송의 인수를 영업으로 하는 수단이므로 상법 제740조의 상행위를 목적으로 항해에 사용되는 선박에 포함됨은 물론이다. 어선은 운반선이 아닌 한 상행위에 포함된다고 보기는 어렵다.³¹⁾

그러나, 어선은 바다를 현장으로 하여 전개되는 해양어업의 중추적인 물적 수단으로서 일반 선박과 다른 특색, 즉 항해활동과 어로활동을 한다는 두 가지 측면을 내포하고 있다.³²⁾ 어선의 어로활동은 법률상 바다 속에 천연상태로 서식하는 무주물인 수산동식물을 포획 또는 채취하는 행위로서, 그 실체는 무주물인 어류 및 해조류를 인간의 사실적 지배상태로 옮기는 행위이다(민법 제252조).³³⁾ 여기서 ‘수산동식물을 포획 또는 채취하는 행위’는 우리나라 상법상 기본적 상행위의 하나인 ‘광물 또는 토석의 채취에 관한 행위’(제46조 제18호)에 비견된다. 그럼에도 불구하고 수산동식물을 포획 또는 채취하는 행위를 상법의 상행위 유형에서 전혀 도외시한 것은 어선운항의 주된 목적이 영리행위인 어로활동에 있다는 점에서 어선의 운항행위는 여타 상선(commercial vessels)과는 그 본질을 달리하고 있음을 간과한 것이다. 생각건대, 상법총칙상 상행위 유형을 논함에 있어서는 육상기업만을 바탕으로 할 것이 아니라, 해상기업 등을 포괄하는 새로운 개념이 정립되어야 할 것으로 본다.

나. 어선의 보조적 상행위성

상법상 어로활동이 기본적 상행위에 포함되지 않는 어선처럼 타인의 물건에 관한 운송을 인수하고 그 이행을 위하여 운항하는 선박이 아니더라도, 보조적 상행위성은 인정될 수 있다. 어선운항의 주된 목적은 영리행위인 어로활동에 있고, 어선의 운항행위는 어선 자체가 주로 어로행위를 위하여 제공되는

31) 김인현, 「해상법」(제4판), 법문사, 2015, 100면.

32) 최종화·김진건·이병기, 앞의 논문, 35면.

33) 최종화·김진건·이병기, “기선선망어선의 지휘권과 어로장의 법적 지위”, 「법학연구」 제3호, 한국해사법학회, 1991. 10., 82면 ; 최종화·김진건·이병기, 앞의 (주1)논문, 35면 ; 村田治美, 「航海商法·漁海商法の研究」, 成山堂, 1987, 148-173頁.

것으로 어선의 항해활동은 그 운항목적에 비추어 어로활동에 부가된다는 점에서 상법 제740조의 ‘그 밖의 영리를 목적으로’ 항해에 사용되는 선박으로 볼 수 있다.³⁴⁾

우리 상법은 ‘상행위 기타 영리활동을 하는 경우’라고 확대하여 보조적 상행위(상법 제37조)도 이에 포함된다. 따라서 영업을 위한 것이라면, 상법이 상행위주의를 포기하였으므로,³⁵⁾ 상선처럼 상행위를 목적으로 하는 선박이든 어선과 같이 상행위 이외의 영리를 목적으로 하는 선박이든 무관하게 상법상 선박이라 할 수 있다.³⁶⁾ 이 경우 영리성을 요구하는 것은 상법이 상행위인 영리행위를 하는 당연상인(상법 제4조)과 상행위 이외의 영리행위를 하는 의제상인(상법 제5조)을 인정하는 입법주의와 균형을 맞춘 것이다.³⁷⁾

Ⅲ. 어선의 제한적인 항해능력과 어로조업권의 보호

1. 어선의 항해선으로서의 제한적 지위

가. 어로조업권과 안전항해권의 대립

선박은 항해³⁸⁾의 능력이 있는 것이라야 한다. 즉 어선이 상법상 책임제한의 적용을 받는 선박이 되려면 항해용으로 사용하거나 사용될 수 있는 배종류(船舶類)이어야 한다.

‘항해용으로 사용되는 구조물로서 선박(ocean-going ship)’³⁹⁾은 사람 또는

34) 김인현, 앞의 책, 41, 100면.

35) 김정호, 앞의 책, 580면.

36) 채이식, 「상법Ⅳ-보험법·해상법-」, 박영사, 2001, 229면 ; 정동윤, 앞의 책, 746면.

37) 정동윤, 앞의 책, 746면.

38) 선박법 제29조에 규정된 ‘항행용’이라는 용어가 내수항행용이라는 용어와 혼동될 우려가 있고, 상법 제740조에 규정된 ‘항해용’과 다른 내용을 규정한 것도 아니므로 개정상법에서는 이를 ‘항해용’으로 수정하여 용어를 통일하였다.

39) 권창영, 앞의 논문, 193면 ; 정해덕, 앞의 논문, 198-199면 ; Hill, Christopher, op. cit., p.384.

물건을 운반하기 위하여 이용되고 항상 이동할 목적과 능력을 갖춘 것이어야 하지만,⁴⁰⁾ 항해의 의미를 계획이나 지시에 의하여 일정한 장소에서 다른 장소로 이동하는 것으로 한정하는 것은 타당하지 않다.⁴¹⁾

어선의 항해활동은 그 운항목적에 비추어 어로활동에 부가된다는 점에서 일반 선박과 다른 특색, 즉 항해활동과 어로활동이라는 두 가지 측면을 내포하고 있다. 이에 비추어 어선은 해사안전법을 비롯한 특별법에 의하여 일반 선박과 동일하게 규율되는가 하는 점은 논의를 요한다.

어선의 경우 정도의 차이는 있으나 조종성능이 일정 부분 제한됨으로 인해 어로작업이나 항해 도중 다른 선박 또는 물체와 충돌하는 사고가 종종 발생하고 있다. 해상법상의 선박에서 내수선은 제외되지만, 내수선과 항해선 간의 선박충돌이나 내수선과 항해선 간의 해난구조의 경우에는 상법규정에 의하여 양 선박에 대하여 모두 상법이 적용된다(제876조, 제882조). 해상에서의 선박충돌로 인한 안전사고의 문제는 해상항해의 기술적 성격으로 인하여 그 충돌 원인이 매우 다양하고 복잡할 뿐만 아니라, 충돌 선박의 과실 유무나 과실비율을 평가하는 데 있어서의 위반정도와 그들 사고에 대한 기여정도를 모두 고려해야 한다.⁴²⁾ 상법 제876조에 명시된 선박충돌로 인한 손해란 직접충돌뿐만 아니라 간접충돌(allision)로 발생한 손해를 일컬으며,⁴³⁾ 1910년 국제선박충돌협약(International Convention for the Unification of Certain Rules of Law with respect to Collision between Vessels 1910) 제1조의 손해와 같은 의미로 새길 수 있다.⁴⁴⁾ 또한 선박충돌의 원인인 과실을 판정함에 있어서는 1972년

40) Hill, Christopher, op. cit., p.384.

41) 권창영, 앞의 논문, 192면 ; Wahlstrom v. Kawasaki Heavy Industries, Ltd., 4 F.3d 1994 AMC 13 (2d Cir. 1993) ; Keys Jet Ski, Inc. v. Kays, 893 F.2d 1225, 1990 AMC 609 (11th Cir. 1990).

42) 최기원, 「해상법」(제3판), 박영사, 2002, 293면 ; Gault, Simon et al., *Marsden on Collision at Sea*, 13th ed., London ; Sweet & Maxwell, 2003, p.528.

43) 김종천, “선박충돌과 보험보상의 문제”, 「한국해법학회지」 제33권 제2호, 2011, 10면 ; Schoenbaum, Thomas J., *Admiralty and Maritime Law*, 4th ed., St. Paul, Minn. : West, a Thomson Business Inc., 2004, pp.768-770 ; Tetley, William, *Marine Cargo Claims*, 4th ed., Montreal : Les Éditions Yvon Blais Inc., 2008, pp.1516-1518.

44) 박용섭, 「해상법론」, 형설출판사, 1998, 818면 ; 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다99754 판결.

국제해상선박충돌예방규칙(International Regulations for Preventing Collisions at Sea[COLREG], 1972)이 있는데, 우리나라의 경우, 이 규칙을 연안수역에서는 ‘해사안전법’에서 수용하여 그대로 따르고 있는 한편, 항내 또는 항계부근에서는 ‘선박의 입항 및 출항 등에 관한 법률’이 적용된다. 그리고 1910년 국제선박충돌협약 제6조는 선박충돌상의 과실은 충돌선이 상당한 주의의무를 위반한 것이라고 해석한다.⁴⁵⁾

항해 중인 일반 동력선과 어선의 충돌사고가 발생하는 경우에 두 선박 간 충돌원인은 어디에 있는가를 고찰할 때, 이는 단순한 항법만의 문제가 아니라 어로조업권과 안전항해권의 대립이라는 관점에서 보아야 한다.⁴⁶⁾ 어선의 입장에서선 선박의 안전항해도 중요하지만 항로 등에서의 어선의 어로작업권도 보호되어야 하기 때문이다.

나. 조종성능이 제한된 어로 중인 선박

해상사고 가운데 선박충돌이 가장 큰 비중을 차지하는데, 이러한 경우에 우선 사고 선박의 한 측인 어선의 어로조업이 ‘조종성능(manoeuvrability) 제한 어구의 사용’에 해당되는지를 검토할 필요가 있다. 그 이유는 조종성능 제한 어구를 사용하였다고 판단되는 경우 ‘어로에 종사하고 있는 선박’으로서 우선권을 갖게 되기 때문이다.

해사안전법상 ‘어로에 종사하고 있는 선박’이란 그물, 낚시줄, 트롤망, 그 밖에 조종성능을 제한하는 어구를 사용하여 어로작업을 하고 있는 선박을 말한다고 정의하면서(동법 제2조 제11호) 이러한 작업에 종사하고 있어 다른 선박의 진로를 피할 수 없는 선박을 ‘조종성능제한선(vessel restricted in her ability to manoeuvrability)’의 하나로 보고(동법 제2조 제13호), 항해 중인 동력선은 조종성능제한선의 진로를 피하여야 한다고 규정하고 있어(동법 제26조 제2항)

45) 영미 보통법에서 말하는 통상적으로 신중하고 합리적인 사람으로서 자격 있는 선원이 실행하여야 할 기술과 그에 상응하는 주의의 정도를 지키지 아니하는 것을 말한다.- Mankabady, Samir, *The Law of Collision at Sea*, New York : Elsevier Science Pub., 1991, p.270.

46) 김인현, “통항불방해의무선박 관련 대법원판결에 대한 평석(대법원 2000. 11. 28. 선고 2000추43 판결)”, 『한국항해학회지』 제25권 제1호, 2001, 62면.

조종성능제한선은 동력선에 대하여 진로우선권이 보장되어 있다.⁴⁷⁾

해사안전법의 모태가 되는 1972년 국제해상선박충돌예방규칙(COLREG '72)⁴⁸⁾에 따르면 어떤 선박이 어로 중인 선박인가, 아닌가의 여부는 그 선박이 사용하고 있는 어구에 의하여 당해 어선이 가진 조종성능에 제한을 받느냐, 아니 받느냐에 따라서 결정된다. 즉 어로에 종사하는 선박으로서의 우선권을 갖기 위해서는 우선 조종성능에 제한을 받는 어구를 사용하여 어로작업에 임하여야 한다. 이러한 어로행위는 어선이 어구를 조작하며 해상이동시키는 행위이거나, 아니면 선단으로 무리지어 조업을 하기 때문에 특히 다른 선박들이 미리 피할 수 있도록 하여야 한다.⁴⁹⁾

어로작업 중인 어선이 조종성능이 제한되는 것으로 인정되기 위한 판단기준으로서의 첫째, 복수의 어선으로 구성된 선단이 서로 잇대어 어구를 사용함으로써 주선이 종선 내지 부선인 어선뿐만 아니라 어구를 예인하는 상태에서는 다른 선박이 접근하면서 그 일련의 조업과정을 어느 정도 인식 가능한지의 여부, 둘째, 사용하고 있는 어구가 당해 선박의 크기에 비해 대규모라서 수중의 저항이 매우 크기 때문에 어구를 투입한 상태에서는 당해 선박의 침로(course)나 속력(speed) 등의 변경이 불가능하거나 시간이 아주 많이 걸리게 되는지의 여부와 셋째, 어구의 회수에 시간이 많이 걸리는지 여부가 거론되고 있다.⁵⁰⁾

그러나, 조종성능을 제한하지 아니하는 trolling line(줄에 낚시를 달고 그 줄을 끌면서 하는 어로{인승(引繩)})만으로 하는 어로 또는 기타 어구를 사용하여 어로하고 있는 어선은 어로에 종사하고 있는 선박에 포함되지 아니한다.⁵¹⁾ 물론 어로작업에 종사하지 않는 어선이라면 일반 동력선과 동등한 취급을 받

47) 대법원 2005. 9. 28. 선고 2004추65 판결.

48) 이 규칙은 1995년 11월부터 발효되었으며, 이 규칙에 관한 규정은 우리나라의 해사안전법에서 수용하여 그대로 따르고 있다.

49) 김인현, 「해상교통법」, 삼우사, 2011, 286-287면 ; 박성일, “등화(燈火) 및 형상물(形狀物)의 계양 의무(揭揚義務)와 그 법적책임(法的責任) -어선과 컨테이너선의 충돌사고 재결 평석내용을 참고로 하여-”, 「한국해법학회지」 제33권 제1호, 2011. 4., 176면.

50) 김인현, 「선박충돌과 항법」, 효성출판사, 2001, 174면 ; 日本 海上保安廳 監修, 「海上衝突豫防法解説」, 東京 : 海文堂, 1999, 13頁.

51) 박성일, 앞의 논문, 175면.

게 된다.⁵²⁾

2. 어선의 어로조업과 안전항해를 위한 주의의무

가. 어선원의 상무상 요구되는 주의의무

어선은 비록 현장에서 어떠한 방법과 수단을 사용하여 어로행위를 하고 있다고 하더라도, 제한적인 해상교통수단으로서의 지위를 가지게 된다. 어선이 해상활동을 하고 있는 한 항해 중, 정선 중, 어로활동 중의 어느 단계에 있기 때문에 해상안전법상 각 선박의 안전을 위해 철저한 경계와 항법에 따른 적절한 운항술이 필요하다. 아울러, 어선원은 근로계약의 이행과 관련하여 합리적인 선원에게 기대되는 선원의 상무(good seamanship)로서의 주의의무를 게을리 하지 않아야 할 것이다.⁵³⁾

이에 따라 선장 등은 항해상 모든 위험에 대해 선박의 운항에 필요한 상당한 주의를 기울여야할 의무를 부담하고 있고, 항해 중 선실 밖으로 나와 다른 일반 동력선의 항해를 경계(look out)하면서 어선이 다른 선박이나 물체와 충돌하지 아니하도록 선단의 다른 어선과 긴밀한 연락을 취하여 사고를 미연에 방지하여야 할 주의의무⁵⁴⁾ 및 협력의무가 있다고 해야 할 것이다.

나. 어로작업에 따른 등화·형상물 표시의무

어선은 해상에서 항해 우선권을 갖는 조종성능 제한선으로 해석되기 위해

52) 김인현, 앞의 (주50)책, 172면 ; 박성일, 위의 논문, 174면. 중앙해난심판원 1996. 4. 10. 재결 제96-4호에서는 어선 제717 선덕호가 어로 중인 선박이 아니었으므로 일반 횡단항법이 적용되었다.

53) 박성일, 앞의 논문, 183면 ; 대법원 2010. 1. 28. 선고 2008다65686,65693 판결.

54) 1972년 국제해상선박충돌예방규칙 제34조에 따르면, 시정(視程)거리 내에 있는 선박이 서로 접근하고 있을 때, 어떠한 사유로 인하여 한 선박이 다른 선박의 의도 또는 행동을 알지 못하는 경우 또는 충돌을 회피하기 위하여 다른 선박이 충분한 조치를 취하고 있는지의 여부가 의심스러운 경우는, 의심을 하는 선박은 기적으로 적어도 5회의 짧고 급속한 음향을 취명하여 그와 같은 의문을 즉시 표시하여야 한다.

서는 정상적인 항법과 규칙에 따라야 한다. 뿐만 아니라, 어선을 향하여 접근하고 있거나 어선 부근을 지나가는 선박에 대하여 어로에 종사하는 선박임을 나타내는 등화(야간의 경우) 또는 형상물(원추형)을 게시하여야 한다.⁵⁵⁾ 이는 자선(自船)을 향하여 접근하고 있거나 자선 부근을 지나가는 선박에 대하여 자선의 특성과 작업내용 등을 미리 알려 줌으로써 충돌의 위험성을 사전에 예방하는 데에 있다고 볼 수 있다. 그러나, 좁은 수로나 통항분리구역 등에서는 예외이다(해사안전법 제67조, 제68조). 따라서 단독으로 항해하는 일반 선박은 동력선이든 범선이든 간에 이 신호를 게양한 선박을 보게 되면 이들 선박을 피할 의무를 지게 된다.⁵⁶⁾ 이와 같은 약속을 지키지 않은 경우 주의의무 위반이며 항법위반이다.

물론 등화나 형상물을 표시하지 않았더라도 어로에 종사 중임을 쉽게 알 수 있는 경우는 제한적으로 어로작업선으로서의 지위를 인정해 주고 있다.⁵⁷⁾ 여기서 어로에 종사하고 있는 선박임을 쉽게 알 수 있는 경우란 '어선이 거의 정선(停船)되어 있거나 아주 저속으로 항해하면서 조업하는 경우나 그물 등 사용 중인 어구를 적절한 피항동작을 취할 수 있을 정도의 여유 있는 시기나 시정(視程)거리에서 육안으로 식별할 수 있는 경우 또는 선단을 구성하여 조업하는 경우 등 다른 선박의 항해자가 선원의 상무로서 요구되는 기본적인 주의만 다하여 경계를 한다면 어로작업 중인 선박으로 쉽게 인식할 수 있는 경우'를 뜻한다고 볼 수 있다.⁵⁸⁾

또한, 대형선이 적절한 피항동작을 취할 수 있을 정도의 여유가 있는 시기나 거리를 들 수 있는 경우라야 한다. 적절한 피항동작을 취할 수 있을 정도의 여유가 있는 시기나 거리란 선박의 크기·조종성능 등을 고려하여 상황에 따라 달리 판단하여야 하므로 단정적으로 시기나 거리 등을 정할 수는 없으나, 대형선의 경우 양 선박의 거리가 2-3마일 이상이면 충돌의 위험성이 있는 근접거리로 볼 수 있고, 최소한 근접거리까지는 접근하지 않도록 피항동작을

55) 1972년 국제해상선박충돌예방규칙 제18조, 제26조 참조.

56) 윤점동, 「1972 국제해상충돌예방규칙」, 세종출판사, 2008, 233면 ; 박성일, 앞의 논문, 179면.

57) 중해심 2000. 5. 10., 제2000-3호 ; 대법원 2000. 11. 28. 선고 2000추43 판결 참조.

58) Ibid.

취할 수 있는 여유를 가질 수 있어야 할 것이다.

예컨대, 충돌선은 어선인 피충돌선과의 관계에서 상대속력차를 판단할 때에는 육안으로 확인할 수 있는 절반 거리에서 정선할 수 있는 속력으로 항행해야 한다는 이른바 ‘Half Distant Rule’을 고려하여야 한다는 것이다.⁵⁹⁾ 아울러 충돌선이 상대선 또는 제3선박의 부적절한 항법으로 공지에 몰린 때에 잘못된 판단을 하더라도 그것은 과실이 아니므로 면책된다는 영국법상의 ‘Agony of the moment’에 해당하는지 여부도 감안함으로써 최소한 근접거리까지는 접근하지 않도록 피항동작을 취할 수 있는 시간과 거리상의 여유를 가질 수 있어야 한다고 본 것이다.⁶⁰⁾

따라서 일반 동력선이 어로에 종사하는 선박 또는 해상구조물과 충돌하였다면 동력선은 자선의 과실이 없었다는 사실 또는 불가항력적 사고였음을 입증하여야 한다.⁶¹⁾⁶²⁾

다. 통항불방해의무 내지 어업의 제한

조종성능이 제한되는 어구를 사용하여 어로작업에 종사하는 선박과 일반 동력선이 시정(視程)거리 내에서 서로 접근하게 되면 해사안전법 제76조{국제규칙 제18조}에 따라 일반동력선이 피항선이 된다. 그런데 좁은 수로와 통항분리수역(Traffic Separation Scheme : TSS)⁶³⁾ 등에서는 오히려 어로작업에

59) *Otal II*, 2007 AMC 1842 494 F.3d. 63.

60) 한낙현, “제3선박관련의 충돌책임에 대한 미국법의 분석”, 『한국해법학회지』 제32권 제1호, 2010. 4., 360면 ; Gault, Simon et al., op. cit., pp.71-72 ; Baughen Simon, *Shipping Law*, 4th ed., London : Routledge·Cavendish Publishing Ltd., 2009, pp.283-284.

61) Baughen Simon, op. cit., p.283 ; Gaskell, N. J. J., C. Debattista & R. J. Swatton, *Chorley & Giles’ Shipping Law*, 8th ed., London : Pitman Publishing Ltd., 1987, p.373 ; Gilmore, Grant & Charles Black, *The Law of Admiralty*, 2nd ed., New York : The Foundation Press Inc., 1975, pp.494-498.

62) 田中誠二, 『海商法詳論』(增補第3版), 勁草書房, 1985, 463, 514頁 ; 日本 大判 1904(明治37)年 2月 12日, 大審院判決錄 134頁 ; 日本 廣島高裁 1969(昭和44)年 12月 18日 第2部 判決, 海事百選, 有斐閣, 240頁.

63) 해상교통이 혼잡하거나 위험한 해역에서 반대방향 또는 거의 반대방향으로 진행하는 선박의 흐름을 분리하여 선박이 상호 마주치지 않게 함으로써 충돌의 위험을 감소시키고자 마

종사하는 선박이 다른 선박의 안전통항을 위한 충분한 수역이 확보되도록 조기에 피항조치를 취해야 하는 경우에는 그 다른 선박의 통항이 방해되었다고 할 수 있고,⁶⁴⁾ 어선은 이에 따른 '통항불방해의무'를 지게 된다(해사안전법 제66조 제6-7항 ; 국제규칙 제8조 제2항 (f)호).⁶⁵⁾

또한, 대형 해양사고가 발생할 우려가 있는 해역에 대하여는 선박의 항해 안전을 위하여 그 해역을 교통안전특정해역으로 정하여 어업의 제한⁶⁶⁾과 선박이 통항하는 항로 등의 사항을 지정하는 항로지정제도와 같은 조치를 취할 수 있다. 특정해역 내에서 어로에 종사하는 선박은 그와 같은 항로지정제도에 따라 항해하는 다른 선박의 통항에 지장을 주어서는 아니 된다(해사안전법 제12조 제1항).

어선의 입장에서는 선박의 안전항해도 중요하지만 항로 등에서의 어선의 어로조업권도 보호되어야 할 것이다. 그러한 점에서 좁은 수로나 교통안전특정해역 또는 통항분리수역 등에서 어로조업이 허용되고 있는 것이다. 그러나 어로조업이 무한정으로 허용되어서는 일반 동력선의 안전항해가 제한되므로 어로조업 중인 선박은 항로 내에서 일반 동력선의 안전한 통항을 방해하지 않을 것을 요구하고 있는 것이다.⁶⁷⁾ 어로작업에 종사하는 선박과 일반 동력선과의 이와 같은 항법문제는 단순한 항법만의 문제가 아니라 어로조업권과 안전항행권의 상충이라는 관점에서 살펴 볼 필요가 있다(해사안전법 제12조 제1항, 제67조, 제68조).⁶⁸⁾

통항불방해의무 위반에 따른 충돌선박의 과실정도는 첫째, 충돌선박이 상당한 주의를 다하여 신중하게 항해하였는지, 둘째, 충돌선박이 해상안전 또는 항해에 관한 법령 또는 규칙을 준수하였는지, 셋째, 항해업무상의 관행에 부합하게 행위하였는지의 여부에 의하여 판단한다.⁶⁹⁾ 따라서 충돌선박이 해사안전법

련된 법상의 제도를 말한다.

64) 김인현, 앞의 논문, 69면.

65) 윤점동, 앞의 책, 233면 ; 김인현, 앞의 논문, 68, 70면.

66) 교통안전특정해역에서는 어망 또는 그 밖에 선박의 통항에 영향을 주는 어구 등을 설치하거나 양식어업을 하여서는 아니 된다(해사안전법 제12조 제2항).

67) 김인현, 앞의 논문 62면.

68) Ibid.

을 준수하지 아니한 것도 주의의무의 일부를 지키지 아니한 것으로 풀이한다.⁷⁰⁾ 이에 비추어, 과실의 정도란 1972년 국제해상선박충돌예방규칙 등의 항법이나 기준에 대한 저촉의 정도를 의미함과 아울러 사고발생에 대한 각 행위의 기여도를 감안하는 것으로 새기고 있다.⁷¹⁾ 우리나라 대법원 판결은 “해상충돌예방법은 해상에 있어서 선박충돌사고를 예방하기 위하여 그러한 위험이 있는 해상을 운항함에 있어서 준수하여야 할 중요한 사항을 규정하였고 구체적으로 충돌을 일으킨 선박들 간에 있어서의 그 사고 책임의 소재를 가리기 위하여 제정된 법률이었다고 할 수 없다”고 판시하였다.⁷²⁾ 이는 쌍방과실 충돌에서 해사안전법 위반만을 가지고서 과실이 있다고 말하는 것이 아니라 선장은 항해에 있어서 직무상 상당한 주의를 위반한 과실을 그 원인으로 본다(는 것이다).⁷³⁾⁷⁴⁾

IV. 맺으며

이상에서 살펴 본 바와 같이, 사회통념상 선박은 부양성(浮揚性), 적재성(積載性), 이동성(移動性)이 있어야 한다. 어선의 선박 개념을 논함에 있어서는 선박으로서의 구조와 항해성, 영리성이 중요한 요소가 된다. 이를 종합하여 어선의 개념을 추출해보면, 어선도 선박요건을 갖춘 것으로 본다.

어선이 상법상의 선박이 되기 위해서는 영리성 요건을 갖춰야 한다. 어선운항의 주된 목적이 영리행위인 어로활동에 있으므로 ‘수산동식물을 포획 또는 채취하는 행위’는 우리나라 상법상 기본적 상행위의 하나인 ‘광물 또는 토석의

69) Mankabady, Samir, op. cit., p.270.

70) Baughen Simon, op. cit., p.283 ; Gaskell, N. J. J., C. Debattista & R. J. Swatton, op. cit., p.373 ; Gilmore, Grant & Charles Black, op. cit., pp.494-498.

71) J. Healy Nicholas & Joseph C Sweeney, *The Law of Marine Collision*, Pennsylvania : Schiffer Publishing, 1998, p.311.

72) 대법원 1983. 9. 13. 선고 81추2 판결.

73) 박용섭, 앞의 책, 842면 ; 한낙현, 앞의 논문, 343면.

74) 중해심 2000. 5. 10., 제2000-3호(원인규명재결부분).

채취에 관한 행위'(제46조 제18호)와는 달리, 상법의 상행위 유형에서 전혀 도외시한 것은 어선의 운항행위는 여타 상선(commercial vessels)과는 그 본질을 달리하고 있다는 점을 간과한 것이다. 생각건대, 상법총칙상 상행위 유형을 논함에 있어서는 육상기업만을 바탕으로 할 것이 아니라, 해상기업 등을 포괄하는 새로운 개념이 정립되어야 할 것으로 본다.

어선의 항해활동은 그 운항목적에 비추어 어로활동에 부가된다는 점에서 어선의 입장에서는 선박의 안전항행도 중요하지만 항로 등에서의 어선의 어로작업권도 보호되어야 한다. 선박사고의 한 축인 어선의 어로조업이 '조종성능(manoeuvrability) 제한 어구의 사용'에 해당되는 것으로 판단되는 경우 '어로에 종사하고 있는 선박'으로서 우선권을 갖게 되는 것도 여기에 기인한다.

어선은 해상에서 항행 우선권을 갖는 조종성능 제한선으로 해석되기 위해서는 정상적인 항법과 규칙에 따라야 한다. 아울러, 어선원은 근로계약의 이행과 관련하여 합리적인 선원에게 기대되는 어선원의 상무(good seamanship)로서의 주의의무를 게을리 하지 않아야 할 것이다. 또한 어로작업에 종사하고 있는 선박은 등화 또는 형상물을 표시해야 할 의무가 있다.

그런데 좁은 수로와 통항분리수역 등에서는 오히려 어로작업에 종사하는 선박이 다른 선박의 '통항불방해의무'를 부담하게 된다. 이 경우에는 충돌 위험의 발생 전후로 나누어 항로지정제도에 맞춰 안전항해를 위한 항법에 따라야 한다.

요컨대, 어선은 어로활동을 하고 있는 한 일반 동력선에 비하여 제한된 성격의 해상교통수단으로서 보호를 받는 지위에 있지만, 어로작업에 종사하지 않는 어선이라면 일반 동력선과 동등한 취급을 받게 된다는 점이다.

참고문헌

1. 국내문헌

김인현, 「해상법」(제4판), 법문사, 2015.

- _____, 「해상교통법」, 삼우사, 2011.
- 김정호, 「상법강의(하)」, 법문사, 2005.
- 박용섭, 「해상법론」, 형설출판사, 1998.
- 손주찬, 「상법(하)」, 박영사, 2005.
- 손주찬·정동윤(편집대표), 「주식 상법[해상]」, 한국사법행정학회, 2006.
- 윤점동, 「1972 국제해상충돌예방규칙」, 세종출판사, 2008.
- 이균성, 「신해상법대계」, 한국해양수산개발원, 2010.
- 임동철·정영석, 「해사법규강의」, 학현사, 2000.
- 정동윤, 「상법(하)」, 법문사, 2011.
- 정찬형, 「상법강의(하)」(제16판), 박영사, 2014.
- 최기원, 「해상법」(제3판), 박영사, 2002.
- 해양수산부, 「해양수산법률용어사전」, 1999.
- 권창영, “선원법이 적용되는 선박의 범위”, 「법조」 통권 제579호, 2004. 12.
- 김동인, “선원법의 적용범위에 대한 고찰 -선원법의 대인적 적용범위를 중심으로-”, 「한국해법학회지」 제23권 제2호, 2001. 11.
- 김인현, “통항불방해의무선박 관련 대법원판결에 대한 평석(대법원 2000. 11. 28. 선고 2000추43 판결)”, 「한국항해학회지」 제25권 제1호, 2001.
- 김태기, “등기선박에 관한 약간의 고찰”, 「등기에 관한 제문제(하)」, 재판자료 제44집, 법원행정처, 1988.
- 박성일, “등화(燈火) 및 형상물(形狀物)의 계양 의무(揭揚義務)와 그 법적책임(法的責任) -어선과 컨테이너선의 충돌사고 재결 평석내용을 참고로 하여-”, 「한국해법학회지」 제33권 제1호, 2011.
- 정해덕, “개정 상법 하에서의 선박의 의의와 선박등록·등기”, 「법조」 통권 제618호, 2008. 3.
- 조귀연, “선원법의 적용범위”, 「해양한국」 제214권, 1991.
- 최종화·김진건·이병기, “실정법상 어선의 지위에 관한 고찰”, 「수산해양교육연구」 제3권 제1호, 1991. 3.
- 한낙현, “제3선박관련의 충돌책임에 대한 미국법의 분석”, 「한국해법학회지」 제32권 제1호, 2010. 4.

2. 외국문헌

- 日本 海上保安廳 監修, 「海上衝突豫防法解説」, 東京 : 海文堂, 1999.
- 田中誠二, 「海商法詳論」(増補第3版), 東京 : 勁草書房, 1985.
- 村田治美, 「航海商法・漁海商法の研究」, 東京 : 成山堂, 1987.
- Baughen Simon, *Shipping Law*, 4th ed., London : Routledge·Cavendish Publishing Ltd., 2009.
- Gaskell, N. J. J., C. Debattista & R. J. Swatton, *Chorley & Giles' Shipping Law*, 8th ed., London : Pitman Publishing Ltd., 1987.
- Gault, Simon et al., *Marsden on Collision at Sea*, 13th ed., London : Sweet & Maxwell, 2003.
- Gilmore, Grant & Charles Black, *The Law of Admiralty*, 2nd ed., New York : The Foundation Press Inc., 1975.
- Girvin, Stephen, *Carriage of Goods by Sea*, New York : Oxford University Press, 2007.
- J. Healy Nicholas & Joseph C Sweeney, *The Law of Marine Collision*, Pennsylvania : Schiffer Publishing, 1998.
- Hill, Christopher, *Maritime Law*, 4th ed., Lloyd's of London Press Ltd., 1994.
- Mankabady, Samir, *The Law of Collision at Sea*, New York : Elsevier Science Pub., 1991.
- Schaps-Abrahams, *Das Seerecht in der Bundesrepublik Deutschland, vierte Auflage, Kommentar und Materialsammlung*, 1977 & 1978.
- Schoenbaum, Thomas J., *Admiralty and Maritime Law*, 4th ed., St. Paul, Minn. : West, a Thomson Business Inc., 2004.
- Tetley, William, *Marine Cargo Claims*, 4th ed., Montreal : Les Éditions Yvon Blais Inc., 2008.
- Wilson, John F., *Carriage of Goods by Sea*, 6th ed., Harlow : Pearson/Longman, 2008.

[Abstract]

A Study on the Legal Status of Fishing Vessels under the Maritime Law

Yang, Seok-Wan

Professor, School of Law in Jeju National Univ.

Fishing vessel personnel responsible for the navigation and operation of fishing vessels should possess sufficient knowledge of the rules and regulations or agreements affecting fishing in the fishing vessel's area of operation, particular attention should be paid to the 8(f) of International Regulations for Preventing Collisions at Sea, 1972 in 1987 revision.

A vessel engaged in fishing, whether underway or at anchor, shall exhibit only the lights and shapes prescribed in 1972 COLREG. And the term 'vessel engaged in fishing' means any vessel fishing with nets, lines, trawls or other fishing apparatus which restrict manoeuvrability, but does not include a vessel fishing with trolling lines or other fishing apparatus which do not restrict manoeuvrability.

A vessel which, by any of these rules, is required not to impede the passage or safe passage of another vessel shall, when required by the circumstances of the case, take early action to allow sufficient sea room for the safe passage of the other.

A vessel proceeding along the course of a narrow channel or traffic separation schemes shall keep as near to the outer limit or the channel or fairway of traffic separation schemes which lies on her starboard side as is safe and practicable.

Key words : fishing vessel, the fishing activities, maritime profit-making activities, vessel engaged in fishing, fishing apparatus which restrict manoeuvrability, duty not to impede the passage, narrow channel, traffic separation schemes