

實定法上 漁船의 地位에 관한 考察

崔宗和 · 金鎮乾 · 李秉鎬

(釜山水產大學校)

I. 序 論

漁船은 바다를 現場으로 하여 전개되는 海上企業인 業을 영위하기 위한 수단으로서 物的 組織의 중심이며, 그것의 海上活動은 航海와 漁撈 및 補助的 活動의 混合作用에 의하여 國內的으로 수행되는 복합적인 運航行爲이다. 또 어선은 合成物¹⁾인 船體 그리고 航海 및 漁撈와 어획물의 加工·保藏·運送에 필요한 屬具²⁾로 구성되며, 어업의 法律關係는 어선의 이용과 함께 진행된다. 그러나 어선의 運航行爲는 여타 商業用船舶 (commercial vessels)과는 그 本質을 달리하고 있다.

漁船運航의 주된 목적은 營利行爲인 海上漁撈活動에 있고, 이러한 어선의 運航行爲는 國內의 많은 公·私法에 의하여 規律되는 바, 그 행위의 物的 主體인 어선의 實定法上의 地位를 규명하여 활동 단계별 適用法規를 발견하는 것은 그것의 합리적인 運航을 위하여서 뿐만 아니라 海上企業活動의 本質이 된다는 점에서도 중요하다 할 것이다.

水產業法 제2조는 漁業을 「水產動物을 捕獲·採取 또는 養殖하는 事業」으로 정의하고 있으나, 여기서는 이 法 제41조 및 同施行令 제25조, 제26조, 제27조에 규정하는 許可漁業으로서 이른바 漁船漁業에 사용되는 어선 만을 논의의 대상으로 하고자 한다.

어선의 法的 地位는 그 運航行爲의 특수성과 밀접한 관계가 있으므로, 本稿에서는 그것의 資格과 行爲에 대한 關係法規의 適用領域을 명확히 하기 위하여 먼저 어선 運航行爲를 각 단계별로 분석함으로써 그 본질적인 특성을 파악한 다음, 國內法으로서 公·私法上의 성격을 규명하고, 國際法上의 地位에 관하여 資格 및 行爲

規範으로 나누어 총론적으로 고찰하였다.

II. 漁船 運航行爲의 分析

어선에 의한 海上漁撈活動은 법률상 「바다 속에 天然狀態로 棲息하는 水產動物을 인간의 事實적 支配狀態로 옮기는 行爲」로서, 그 실체는 無主物인 水產動物을 所有의 意思로써 占有取得하는 행위이다(민법 제252조). 따라서 어선의 運航行爲는 어선 자체가 주로 海上漁撈活動을 위하여 제공된다는 점에서 일반 선박과 다른 특색, 즉 航海活動과 漁撈活動이라는 두가지 측면의 내용을 포함하고 있다. 물론 어선의 航海活動을 그 運航目的에 비추어 漁撈活動에 부가되는 것으로 해석할 수도 있겠지만, 商法은 어선의 海上營利行爲 자체를 통틀어 航海活動으로 보고 있다. 그러나 어선의 두 활동은 法的 本質을 달리하고 있으므로 여기서는 그것들을 나누어 분석하였다.

1. 漁船의 航海活動

商法上 航海란 선박에 의한 海上의 장소적 이동, 즉 海上交通을 말하며, 어선의 航海活動은 어선 자체의 運航行爲인 基本的 航海活動과 이것을 위하여 하는 행위인 補助的 航海活動으로 구분할 수 있다³⁾.

基本的 航海活動은 어선이 母港 또는 基地와 漁場 사이를 왕래하는 航海와 魚群探知를 위하여 이동하는 航海 및 漁撈操業 중에 漁具와 분리되어 하는 航海, 그리고 漁具나 漁撈用 資材, 船用品, 어획물 등을 적재한 상태로 선원이나 어부를 수용하여 운송하는 海上自家運送行爲와 어획물을 목적항에서 揚陸하는 행위를 포함한

1) 선박은 船體, 甲板, 帆樫, 主機關 등 각 부분으로 구성되는 이른바 合成物의 일종으로서 그 각 부분은 독립된 私權의 目的物이 될 수 없다(徐墩旺, 「商法講義·下」, 法文社, 1988, p. 473).
2) 선박의 屬具目録에 기재한 물건은 民法 제100조의 「從物」로 추정된다(商法 제742조).
3) 村田治美, 「航海商法·漁海商法の研究」, 成山堂, 1987, pp. 148-173.

다. 이와 같이 어선에 의한 海上에서의 장소적 移動行爲인 어선 자체의 航海行爲와 海上自家運送行爲는 推進機關의 운전과 操舵裝置의 조종에 의한 어선의 基本的 航海活動에 해당된다. 그리고 어선의 航海活動으로 행해지는 행위 중 선내에 동력을 공급하기 위한 發電機의 驅動行爲, 無線設備의 操作·點檢·整備行爲, 선원에 대한 給食行爲, 海上自家運送을 위하여 어획물을 냉동 또는 냉장하거나 그것을 魚倉에 搬入하는 행위, 船用品을 船積하거나 揚陸하는 행위 등은 基本的 航海活動을 위하여 한 행위이므로 이들은 補助的 航海活動에 해당된다.

한편 漁船法 제2조가 규정하는 바와 같이 어획물 또는 그 제품을 專用으로 운반하는 漁獲物運搬船⁴⁾이나, 수산물의 제조 설비를 갖춘 工母船은 법적으로 어선이지만 海上漁撈活動을 하지 않고 전형적인 航海活動만 하는 어선인 것이다.

이상과 같은 어선의 航海活動은 海上交通安全法을 위시한 公法에 의하여 일반 선박과 동일하게 規律된다.

2. 漁船의 漁撈活動

어선의 海上漁撈活動은 基本的 漁撈活動과 이 활동을 위하여 하는 補助的 漁撈活動으로 구분할 수 있다. 즉, 漁撈活動은 바다를 현장으로 하여 그 속의 水産動植物을 대상으로 하는 행위이며, 그 형태는 業種에 따라 각기 독자적인 특성을 갖는 바, 구체적인 예를 들어 概觀하면 다음과 같다.

주낙어선에 있어서 基本的 漁撈活動은 投繩開始부터 揚繩終了까지의 「目的魚를 낚시로 捕獲하는」 일련의 바다를 현장으로 하는 행위이며, 投繩과 揚繩은 基本的 漁撈活動을 구성하는 중요한 행위가 된다. 주낙어선은 漁撈活動 중에도 投繩이나 揚繩을 목적으로 하는 어선 자체의 運航行爲를 하는데, 어선과 漁具가 연결되어 있는 상태로 漁具를 조작하고 있으면 이것은 航海活動과는 구분되는 基本的 漁撈活動에 해당된다. 揚繩된 漁具를 정리하거나 격납하는 행위는 揚繩後의 뒷처리에 해당되므로, 次期의 漁撈行爲를 위하여 하는 補助的 漁撈活動에 속하는 것으로 볼 수 있다.

한편, 선미식 트롤어선에 있어서 基本的 漁撈活動은 投網開始-曳網-揚網終了까지의 「目的魚를 漁網으로 捕

獲하는」 일련의 바다를 현장으로 하는 행위로 구성된다. 다만, 曳網은 漁具를 曳引하며 海上移動 시키는 행위이기 때문에 그 법률적 성질을 海上自家運送行爲로서 基本的 航海活動에 속하는 것으로 해석하는 견해가 있으나⁵⁾, 어선이 漁具를 曳引하는 것은 특정 魚類를 捕獲하는 행위, 즉 일종의 자연물 採取作業이기 때문에 이것은 基本的 漁撈活動으로 해석하는 것이 옳다고 본다.

어선의 補助的 漁撈活動에는 ① 漁撈情報의 수집, 漁具나 漁撈裝備의 점검, 魚群探知 및 어장의 선정과 같은 漁撈活動을 준비하는 행위, ② 集魚와 같은 漁撈活動의 효율을 높이기 위한 행위, ③ 漁撈活動 후 漁具를 정리하는 행위 등이 포함된다. 이와 같이 補助的 漁撈活動에 속하는 행위는 매우 다양할 뿐만 아니라 여기에 해당되는 행위 중에는 위의 ①·②·③으로 명확히 구분할 수 없는 경우도 있다. 즉, 目的魚를 탐지하는 행위는 魚群의 존재와 그 양 및 행동 그리고 海底의 상황이나 海洋의 제반 조건 등을 計器에 의하여 계측하거나 경험적으로 판단하는 행위이지만, 그것이 漁撈活動을 준비한다는 의미로는 위의 ①에 속하고, 漁撈活動의 효율을 높인다는 의미에서는 ②에 속한다. 또 魚群을 集魚하는 행위는 ②의 漁撈活動의 효율을 높인다는 의미와 ①의 漁撈活動을 준비한다는 의미를 동시에 갖는다. 揚網後에 행해지는 漁網의 정리는 ③의 漁具整理行爲도 되지만 ①의 次期漁撈活動을 준비하는 행위이기도 하다⁶⁾.

이상에서 살펴 본 바와 같이 어선의 運航行爲는 복잡적으로 진행되기 때문에 이것을 엄격히 구분하는 것이 용이하지 않은 경우도 있다. 그렇지만 航海 또는 漁撈活動을 위하여 한 補助的 活動은 주로 내부적인 것이므로 어선의 대외적 資格變動의 직접적인 요인이 되지 않는다. 여기서 유의해야 할 사항은 비록 현장에서 어떠한 방법과 수단을 사용하여 漁撈行爲를 하고 있다고 하더라도, 어선이 海上活動을 하고 있는 한 海上交通法上 航行中, 碇泊中, 漁撈活動中の 어느 단계에 있기 때문에 海上交通手段으로서의 地位를 가지게 된다는 점이다. 그러나 어선이 前述한 바와 같은 漁撈活動을 전개하는 과정에서 발생할 수 있는 漁具의 運用과 관련하여 操業上의 規範이 그 특수성에 맞도록 정립되어 있다고 볼 수 없다.

4) 韓國의 漁船法은 漁獲物運搬船의 개념을 다소 포괄적으로 정의하고 있으나, 日本의 경우는 定置網 등에서 어획물을 自家運送하는 附屬運搬船 만을 「漁獲物運搬船」이라고 해석하고 있다.

5) 村田治美, 前掲書, pp. 148-173.

6) Ibid.

III. 漁船의 法的 性格

1. 公法上的 性格

어선의 성격을 법률적으로 가장 명확히 규정하고 있는 것은 漁船法과 그 關聯法規이다. 漁船法 제2조는 ① 어업에 專用되는 船舶, ② 어업에 從事하는 선박으로서 어획물의 保藏 또는 製造設備를 갖춘 船舶, ③ 漁場 및 수산물 제조 가공 장소로부터 어획물 또는 그 제품을 專用으로 運搬하는 船舶, ④ 어업에 관한 試驗, 調査, 指導, 團束 및 敎習에 從事하는 船舶이라고 어선을 정의하는 한편, 그 규모는 1톤 이상인 無動力漁船과 모든 動力漁船으로 하고 있다(어선법 시행규칙 제2조). 그러나 韓國船舶에 관한 基本法으로서 海事行政 및 國際法上⁷⁾ 중요한 위치에 있는 船舶法은 선박의 意義에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 않고, 다만 선박의 國籍과 登記·登錄, 톤수의 측정, 기타 航行에 대한 行政上의 監督事項 등에 관한 규정만 두고 있는 점이 法的 性質에 있어서 漁船法과 상이한 점이다⁸⁾.

여기서 어선의 公法上的 性格을 명확히 파악하기 위하여 漁船法의 法的 性質을 고찰해 볼 필요가 있다. 漁船法은 어선의 建造調整·登錄과 檢査·性能向上 도모를 통한 수산업 발전에의 기여를 立法目的으로 하고 있는 바, 그 내용이 방대하여 구체적이고 기술적인 분야는 關聯法規를 상당 부분 準用하고 있다. 즉, 어선의 國籍取得要件, 톤수 측정, 運航, 登記 및 登錄에 관하여는 船舶法과 船舶登記法을, 滿載吃水線과 漁船檢査에 관하여는 船舶安全法을, 無線通信設備의 설치와 검사에 관하여는 電波管理法의 규정을 각각 準用한다(어선법 제29조). 그리고 漁船法에 明文規定은 없으나 어선도 船舶法 제 2조에 의한 韓國船舶의 자격을 취득한 이상 同法 제 5조 및 제 6조가 규정하고 있는 韓國船舶으로서의 權利와 義務事項은 당연히 부과되는 것으로 보아야 할 것이다. 이와 같이 漁船法은 어선에 관한 종합적인 海事公法으로서 인근 법률과의 긴밀한 연계성을 갖는데, 그 이유는 어선이 어선으로서의 特殊性 뿐만 아니라 선박으로서의 普遍性도 동시에 지니고 있기 때문이다.

특정 어선에 대하여 物權的 請求權 즉 所有權을 행사하기 위하여는 登記⁹⁾라는 公示行爲를 요건으로 하는 바, 어선의 登記는 어선에 관한 私法的 權利狀態를 公示하는 행위로서 漁船法 제9조 2항 및 船舶法 제8조 4항에 의거 船舶登記法의 정하는 바에 따라 그 所有權, 低當權, 賃借權의 설정·보존·이전·변경·처분의 제한 또는 소멸에 관하여(선박등기법 제3조) 船舶港의 管轄登記所에서 한다(선박등기법 제4조). 또 어선 소유자는 어선의 登記를 한 다음, 그 어선의 船舶港을 관할하는 道知事 또는 市長에게 登錄을 하고(어선법 제9조 1항), 船舶國籍證書(선박법 제8조 해당) 또는 船舶證書(선박법 제26조 해당)나 登錄畢證(어선법 제9조 5항)을 교부받아야만 어선으로서 완전한 자격을 취득하여 航海 또는 漁撈活動이 가능해지는데(어선법 제 9조 2항 및 3항), 이 登錄은 航海의 안전과 操業秩序의 유지를 위한 行政的 團束·管理 및 國籍의 公示를 목적으로 하는 제도이다. 이와 같이 어선도 登記와 登錄을 통하여 公法上的 個性을 명확히 하고 있는 점에서 일반 선박과 마찬가지로 절차와 내용상 人格者類似性을 갖는다고 하겠다¹⁰⁾.

그 외에 航行 및 海上安全에 관한 公法으로서 海洋汚染防止法, 開港秩序法, 導船法, 水路業務法, 航路標識法, 水難救護法, 海難審判法 등에서는 어선에 대하여 별도의 제의 규정을 두고 있지 않다. 다만 海上交通安全法上에는 「漁撈에 從事하고 있는 船舶」을 「操縱性能을 제한하는 漁具를 사용하여 漁撈作業을 하고 있는 船舶」으로 정의하고(법 제2조 5항), 燈火 또는 形象物의 表示義務(법 제33조), 제한된 視界內에서의 音響信號 履行義務(법 제42조 3항)에 한하여 어선의 특성을 인정하고 있다. 海上交通安全法上 「漁撈에 從事하고 있는 漁船」으로서 運航上의 자격 취득 및 상실 起算點은 제II장에서 논의한 어선의 漁撈活動 중 基本的 漁撈活動의 起算點과 일치하는 것으로 해석하여야 할 것이다.

2. 私法上的 性格

水産動植物을 採捕하는 사업인 이른바 漁船漁業은 海上運送業, 海難救助業, 海上曳船業 등과 함께 선박을

7) 平和時의 各國 開港場에의 출입, 戰時에 있어서 海上捕獲 또는 中立船의 취급, 그리고 準據法의 결정에 있어서 旗國法의 발견 등.

8) 閔星奎·林東喆, 「海事法規要論」, 부산일보 출판국, 1987, p. 39.

9) 船舶登記法 제2조(適用範圍), 총톤수 20톤 이상의 動力漁船에 해당.

10) 徐敬旺, 「商法講義·下」, 法文社, 1988, pp. 474-475.

매개체로 하여 직접 해양에서 전개되는 대표적인 海上企業의 하나이고, 海上漁撈行爲는 航海 및 漁撈活動과 그 활동을 보조하는 각종 활동으로써 이루어지는 海上營利行爲이다. 그런데 어선을 포함한 모든 선박의 物權的 성격을 民法는 動產으로 분류하고 있으나 (법 제99조), 현실적으로는 不動產과 유사하게 취급되고 있다¹¹⁾. 그 이유는 선박이 일반 動產에 비하여 상당한 용적을 가지며, 경제적 가치가 크고, 그 同一性의 식별이 용이할 뿐만 아니라, 선박 자체가 본래적으로 運送 또는 漁業生産用具이지 商業法來의 客體로 되는 것이 목적이 아니기 때문이다.

어업은 그 組織과 營利活動의 전개 과정상 私法領域으로서 民法의 特別法的 地位에 있는 商法 (특히 海商編)의 많은 부분의 적용을 받게 된다¹²⁾. 여기서는 國內法으로서 유일한 海事私法이라고 할 수 있는 商法の 海商編(이하 海商法이라 칭함)을 중심으로 어선에 관한 法適用領域을 파악하여 어선의 私法上的 특성을 밝히고자 한다.

海上企業法으로서의 現行海商法은 선박을 「商行爲 기타 營利를 목적으로 航海에 사용하는 것」(법 제740조)이라고 정의함으로써 基本的 商行爲¹³⁾중 運送의 引受(법 제46조의 13호)를 목적으로 하는 商船을 주된 대상으로 하는 법이지만, 「기타 營利를 목적으로 航海에 사용하는」어선에 대하여도 적용이 있음을 간접적으로 밝히고 있다¹⁴⁾. 뿐만 아니라 船舶法은 「國公有船舶 이외의 船舶에 대하여는 商行爲를 목적으로 하지 않더라도 航行用으로 사용되는 船舶은 商法の 海商編을 準用한다」고 규정하고 있다 (법 제29조).

이러한 海商法の 내용은 法律事實의 측면에서 고찰하면 海上企業의 특수성을 감안하여 商法上的 法律事實을 변경한 부분인 船長(제3장)·運送(제4장)에 관한 규정

과, 民法上的 法律事實을 특별히 직접 海上企業에 관하여 변경한 부분인 船舶(제1장)·船舶所有者(제2장)·船舶債券(제8장) 등의 財產權的 규정과, 海上企業 특유의 수요에 의하여 발생된 기술적 부분인 共同海損(제5장)·船舶衝突(제6장)·海難救助(제7장) 등으로 구분될 수 있을 것이다¹⁵⁾.

어업은 物的 要素인 漁船과 漁具 그리고 人的 要素인 船員의 조직에 의하여 기본적인 企業行爲가 수행되며, 漁業活動은 어선의 漁場으로의 航海-漁撈活動-어획물의 運送과 販賣로 이어지는 일련의 과정과 이를 위하여 수행되는 補助的 活動을 총괄하는 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 어선의 활동 중 어획물의 직접적인 生産工程에 해당되는 漁撈工程 즉, 漁撈活動과 어획물을 船上에서 加工·處理하거나 어선 자체에 적재하여 運送하는 것까지는 통상적인 慣行上 어선 소유자와 선원간의 이른바 漁撈契約¹⁶⁾에 포함되는 일련의 과정으로서 그 法的 性質은 商法 제46조의 「基本的 商行爲」에는 속하지 않는다. 즉, 어선이 어획물을 목적항까지 海上自家運送하는 행위는 선박 소유자와 선원간의 內部關係에 해당되기 때문에 漁撈活動과 마찬가지로 별도의 對外的 法律關係는 발생하지 않는 것으로 해석하여야 할 것이다. 그러므로 漁撈船에 대하여는 海商法 제4장과 제5장의 적용이 없는 것으로 본다.

그러나 漁獲物運搬船이 漁場에서 漁撈船으로부터 어획물의 運送用役을 引受하여 運送하거나 수산물 제조 가공 장소로부터 그 제품의 運送用役을 引受하여 運送하는 행위, 그리고 基地에서 船用品의 運送을 인수하여 操業 중인 漁撈船에 인도하는 등 海上營利活動의 전개 과정에 있어서는 海商法 제4장의 企業上의 責任에 관한 제규정과 제5장의 共同海損의 적용이 商船과 동일한 것으로 판단된다.

- 11) 船舶登記法 제5조는 선박의 登記에 관하여 不動產登記法 相關규정을 準用하도록 하고 있다. 登記에는 어선의 所有權, 抵當權, 賃借權에 관한 등기가 있다(不動產登記法 제2조). 또한 強制執行과 競賣에 있어서도 대체로 不動產과 동일한 취급을 받는다(民事訴訟法 제678-688조, 競賣法 제38조). 이것을 선박의 不動產類似性이라 한다.
- 12) 日本에 있어서 海商法の 規制對象에 관한 學說로는 海上運送企業法說(小町谷), 海商企業法說(田中誠二), 商船航海企業法說(竹井), 船舶企業法說(窪田), 海上企業法說(石井) 등이 있고 어선을 適用對象에 포함시키는 學說로는 船舶企業法說과 海上企業法說이다. 그러나 判例 등을 통하여 볼 때 어선에 海商法の 적용이 있음을 알 수 있다. 또한, 獨逸에 있어서도 海上漁業을 海商法の 規制對象으로 보는 것이 일반적인 견해이다.
- 13) 商法 제46조가 규정하는 18개 항목.
- 14) 1962년 개정되기 전의 舊商法에서는 「商行爲를 目的으로 하는 船舶」만을 海商法の 適用對象으로 하였으므로 어선에 대하여는 적용이 없었다.
- 15) 徐燦珩, 前掲書, p. 460.
- 16) 現行船員法上的 「船員勤勞契約」은 어선의 航海·漁撈活動 및 어획물의 海上自家運送까지를 포함하는 諾成契約으로 해석하여야 할 것이다.

이상에서 살펴 본 바와 같이 어선의 所有權 취득과 상실 등 物權變動과 所有權移轉의 効力發生要件¹⁸⁾ 및 對抗要件¹⁹⁾ 등의 財產權에 관한 私法上的 성격은 일반 선박과 동일하다. 그러나 商法 제745조가 규정하는 「小型船舶」(총톤수 20톤 미만의 선박)에 해당되는 어선은 그러하지 않은데, 그 이유는 商法 제743조가 「船舶에 관한 權利의 移轉은 이를 登記하고 船舶國籍證書에 기재하지 아니하면 제3자에게 대항하지 못 한다」고 하였고, 船舶法 제8조의 登記와 登錄에 관한 사항은 船舶登記法 제2조(적용 범위)에서 제외되고 있기 때문이다.

그리고 企業活動 전개 과정에서 海上危險(sea perils)에 불가피하게 직접 노출되는 船舶運航의 특수성에 비추어 기업을 보호하고 그 활동을 합리화 할 목적으로 企業危險을 법률에 의하여 극복하도록 하고 있는 船舶衝突(상법 제843~848조), 海難救助(상법 제849~860조) 및 海上保險(상법 제693~718)에 관한 제규정은 어선에 공통으로 적용되며, 다만 漁獲物運搬船의 경우는 이에 더하여 物運送契約(상법 제780~812조), 船荷證券(상법 제813~820조), 共同海損(상법 제832~842조)에 관한 규정이 추가로 적용되는 점에 있어서 그 企業活動의 法的 성격은 商船과 동일하다고 볼 수 있을 것이다. 즉, 漁獲物의 성질이 물건이고, 그것의 운반이 物運送이기 때문에 이 선박의 행위는 海上物運送行爲인 것이다. 그러므로 筆者의 私見으로는 海運業法 제2조 3항의 단서조항과 漁船法 제2조 1항 3호가 규정하는 「漁場 및 水產物 製造加工場所」는 국내의 「定置網 또는 沿近海漁場 및 沿岸養殖漁場에 부속된 加工場所」로 해석하여 定置網, 旋網, 機船權現網漁業에서와 같이 그 船團에 소속되어 自家生産된 어획물을 운송하거나, 養殖漁場에 소속되어 그 제품을 自家運送하는 附屬運搬船 만을 漁船法上的 어선에 포함하여야 할 것으로 본다. 따라서 海外漁場으로부터 타인의 어획물 運送用役을 인수하여 海上物運送行爲를 하는 선박은 漁船法上的 어선에서 제외되어야 하며, 漁獲物運搬船의 法的 地位를 정립하기 위한 立法論上的 검토가 있어야 할 것으로 판단된다.

漁撈活動의 전개 과정에서 발생할 수 있는 操業上的

法律問題를 해결하기 위한 漁撈船의 行動規範에 관하여 살펴보면, 첫째로 魚群이나 漁場은 발견자에게 操業優先權이 인정된다는 점에 있어서 民法 제252조가 내포하고 있는 無主物先占優先原則의 이념과 일치하는 것으로 해석될 수 있다. 둘째로 漁具의 衝突事故는 水中에 전개되어 있는 漁具가 어선의 屬具이므로 海商法上的 船舶衝突規定을 적용할 수 있을 것인가, 그리고 他漁船에 의한 漁具의 毀損 또는 滅失은 단순한 不法行爲(민법 제750조)를 구성하는 것으로만 해석하여야 할 것인가 등은 海上操業秩序를 확립하는 차원에서 더 깊은 연구를 요하는 부분이라고 판단된다. 왜냐하면 漁撈操業 중의 漁具·漁法에 관련되는 紛爭은 當事者나 제 3자의 認知가 용이하지 않을 뿐 아니라 人爲的인 統制가 거의 불가능한 해양의 특수한 상황에서 발생하기 때문이다.

한편, 遠洋漁船의 海外漁撈活動은 涉外的 法律關係를 유발할 수도 있는 바, 그 準據規範인 涉外私法(1962. 1. 15. 법률 제 966호)의 民事 및 商事에 관한 규정의 적용에 있어서도 어선과 상선은 자격상 차이가 없다.

IV. 國際法上 漁船의 地位

國際法 중에는 선박에 관하여 규정하고 있는 것이 많은데, 특히 우리나라는 遠洋漁業의 비중이 크므로 海外漁場에서 漁撈 및 航海活動을 하는 遠洋漁船의 國際法上的 地位를 명확히 파악하는 것은 어선의 합법적 運航과 기업의 합리적 經營을 위하여 기본적인 사항이라고 할 수 있다.

여기서는 國際法上 어선의 地位를 파악하기 위하여 각종 國際條約에 나타난 어선의 定義를 고찰한 다음, 그 國籍制度和 航海 및 漁撈活動에 관련되는 國際法 분야를 概觀하기로 한다.

1. 漁船의 定義

1977년의 「漁船安全을 위한 Torremolinos 國際協約」을 위시한 IMO의 관련 자료들²⁰⁾은 어선을 「魚類 등의 海洋生物資源을 捕獲하기 위하여 營利目的으로 航海에 사용되는 船舶」이라고 정의하였고, ILO의 어선과 선원에 관한 각종 協約(협약 제 114, 125, 및 126

17) 民法 제 162, 186, 187, 245, 1005조 및 商法 제 710, 743, 757, 758, 759조 관련.

18) 民法 제 186, 188조 관련.

19) 商法 제743조 관련.

20) ① FAO/ILO/IMO, 「Code of safety for fishermen and fishing vessels, Part A and B」.

② IMO/STW 19-5, Annex, 「Document for guidance on fishermen's training and certification」, 1986.

③ IMO Resolution A. 539(13), 1983.

호)에서는 「公·私有를 불문하고 遊漁, 捕鯨, 어업의 調査 및 指導에 從事하는 船舶 이외의 船舶으로서 海上 漁業에 從事하는 모든 船舶」으로 하였다. 또한 1982년에 체결된 현행의 韓美漁業協定(조약 제811호)은 「漁撈行爲를 하거나 준비·보급·저장·냉장·운반·가공 등과 같이 漁撈行爲에 관련되는 활동을 수행함으로써 漁撈船을 지원 또는 보조할 목적으로 사용되는 모든 船舶」으로 규정하고 있는데, 이것은 美國의 漁業資源 保存管理法(P. L. 94-265호)의 시행과 관련되는 協定으로서 資源保護目的上 어선의 개념을 포괄적으로 규정하는 것이라고 볼 수 있다.

이와 같이 어선의 定義가 國際法上으로도 확고히 통일되어 있지 않고 목적에 따라서 그 대상을 달리하고 있지만, 내면적으로 포함되어 있는 共通概念은 「營利를 목적으로 海上漁撈活動을 수행하는 船舶」이라는 점이다. 그리고 일반적인 통념상으로는 「海上漁撈·어획물의 加工·自家運送目的으로 사용되는 船舶」으로 定義되고 있는 것 같다²¹⁾.

2. 漁船의 國籍制度

어선을 포함하여 선박의 國籍이라 함은 그 선박이 어느 국가에 소속하는가를 나타내는 것으로서 이에 관한 立法은 1951년 영국의 航海條例 (Navigation Act)에서 起源한다. 船舶國籍制度에 관한 國內法인 船舶法上 韓國船舶이라 함은 韓國船舶을 소유할 수 있는 자가 소유한 선박이며, 선박의 公示는 私法的 절차인 登記와 公法的 절차인 登錄으로 二元化 하고 있고, 船舶國籍證書를 선내에 비치하여야만 韓國船舶으로서의 地位를 향유하게 된다. 國際法上으로는 國旗를 게양하지 않거나 二重國籍을 가진 선박은 無國籍船으로 간주되므로 (UN 海洋法協約 제92조) 登記와 登錄을 하고 船舶國籍證書를 교부받아야 韓國船舶으로 인정된다. 船舶國籍 취득의 구체적인 요건은 각국의 國內法에 일임되어 있는 바, 그 立法例를 보면: ① 自國民所有權 및 船員主義 (소련, 중국 등), ② 自國民所有權主義 (일본, 스페인 등), ③ 所有權分有 및 船員主義 (영국, 미국, 프랑스 등), ④ 自國民所有權 分有主義 (오스트레일리아), ⑤ 登錄主義 또는 便宜置籍主義 (리베리아, 파나

마, 싱가포르 등)로 대별되고, 우리나라는 船舶法 제 2조의 해석상 위의 ④를 채택하고 있는 것으로 볼 수 있다²²⁾.

1982년의 UN 海洋法協約은 선박의 國籍에 관하여 다음과 규정하였다. 즉, 모든 국가로 하여금 自國船舶에 대한 國籍의 허용과 登錄 및 自國旗의 揭揚權에 관한 조건을 정하여야 하고, 선박은 國旗를 게양할 수 있는 국가의 國籍을 가지며, 旗國과 선박간에는 “genuine link (眞正한 連繫性)”가 존재하여야 하며 (협약 제91조 1항), 선박은 1개국 만의 國旗를 게양하고 航海할 것과 (협약 제92조), 또한 국가는 自國籍船에 대하여 行政的, 技術的, 社會的 사항에 대한 管轄權과 統制를 효과적으로 행사하여야 한다 (협약 제93조). 특히 선박과 旗國 사이의 “genuine link”의 문제는 선박의 國籍取得要件의 핵심적인 내용으로서 1958년의 公海協約에 처음으로 그 개념이 도입되었고 (협약 제5조)²³⁾, UN 海洋法協約도 그대로 답습하였다.

航海에 관한 國際法主體는 선박의 旗國이므로 선박에 대한 國籍의 부여는 公海上 법질서 유지의 기초적인 전제가 되고 있지만, “genuine link”의 公認을 위한 실질적인 조건에 대하여 海洋法協約들은 객관적인 기준을 마련하지 못하였으므로, “genuine link”가 없는 경우의 法的 効力에 대하여도 구체적으로 규정하는 바가 없고, 다만 제92조 2항에 의하면 無國籍船으로 간주될 수 있을 것으로 類推解釋이 가능할 뿐이다²⁴⁾.

이와 같이 海洋法은 선박에 대한 旗國의 國籍附與權이 主權事項이라는 法原則은 일단 확립하였으나, 法概念의 抽象性 때문에 특히 便宜置籍船 (flag of convenience) 문제가 선박의 안전과 경제성 측면에서 국제적인 논쟁의 대상이 되어 오던 중 UNCTAD(UN Conference on Trade and Development) 주관으로 1986년 UN 船舶登錄條件協約 (UN Convention on Conditions for Registration of Ships)이 채택되어 船舶國籍制度는 새로운 전기를 맞았다. 이 協約은 船舶國籍에 관한 최초의 一般協約으로서 종래의 海洋法協約들이 규정하지 못했던 “genuine link”의 요소로서 所有權要件과 船員配乘要件 중 하나를 의무적으로 선택

21) Rene de Kerchove, *International Maritime Dictionary*, D. Van Nostrand Co., London, 1961, p. 285.

22) 朴慶鉉, 「船舶法規解説」, 韓國海事問題研究所, 1985, pp. 37-39.

23) G.S. Egiyan, “The principle of genuine link and the 1986 UN Convention on the Registration of Ships”, *Marine Policy*, Vol. 12-3, 1988.

24) 金榮球, 「現代海洋法論」, 아세아社, 1988, pp. 469-471.

하도록 하는 한편, 旗國의 管轄權과 統制를 효과적으로 행사하기 위한 제반 조치를 상세히 규정함으로써 선박의 國籍制度에 상당한 영향을 미친 것으로 평가되고 있다.

그러므로 세계 有數의 遠洋漁業國이며, 1990년 현재 800여척의 國籍遠洋漁船을 보유하고 또한 800여척의 外國籍漁船을 관리하고 있는 우리나라로서는 業界가 당면하고 있는 海外漁場의 확보문제, 船員人力의 공급 문제²⁵⁾, 海外合作事業의 확대 문제 등을 해결하는 하나의 방편으로서 遠洋漁船의 國籍制度에 관한 별도의 연구가 있어야 할 것으로 판단된다.

3. 航海 및 漁撈活動上의 地位

어선의 海上活動 중 航海와 漁撈活動의 行爲規範으로서 UN 海洋法協約을 중심으로 주로 遠洋漁船의 國際法上의 法律關係를 검토해 보기로 한다.

公海(high sea)는 특정 국가의 管轄權에 종속되지 않는 바다로서 그 법적 성질 자체가 傳統國際法上 公有物(res communis)²⁶⁾ 또는 國際公域(international public domain)²⁷⁾으로서 國際秩序에 직접 귀속되어 누구나 國際法規則에 따라 이용할 수 있는 국제 사회의 共同領域이다. 따라서 기본적으로는 公海上의 평화적인 航海와 漁撈活動 즉, 公海利用의 自由는 보장되지만, 그것은 他國의 이익에 대한 「正當한 考慮」를 이행하는 바탕 위에서 보장 받을 수 있는 것이다.

다시 말하면 公海上 航海의 自由는 그 선박이 奴隸輸送, 海賊行爲, 麻藥去來, 無許可放送, 無國籍 또는 國旗僞裝 등의 不法行爲를 범하지 않고, 軍艦의 正當한 警察權이 인정되는 범위 내로 제한되며(협약 제99조-111조), 船舶衝突 등의 航行事故에 대한 刑事管轄權은 선박의 旗國에 귀속되고(협약 제97조), 民事管轄權은 1952년의 「衝突에 대한 民事管轄에 관한 規則의 統一

을 위한 國際協約」²⁸⁾에 의거하여 결정하는 것이 慣行으로 되어 가고 있다. 또한 17세기에 Grotius가 주장한 「제한할 수 없는 漁業의 自由」도 현대에 와서는 公海生物資源의 保存을 위한 각종 국제적 規制를 준수할 조건으로 어업에 종사할 권리를 갖게 되었고(협약 제116조-120조), 漁撈活動 중에 발생하는 漁具의 접촉 또는 충돌로 인한 紛爭은 當事國間의 雙務協定²⁹⁾이나 地域協定³⁰⁾에 의하여 해결하고 있는 경향이다³¹⁾.

排他的 經濟水域(EEZ) 혹은 排他的 漁業水域(EFZ)에서 모든 선박은 公海制度가 인정하는 航行의 自由를 누리되³²⁾ 沿岸國이 채택 또는 제정한 國內法令을 준수할 의무가 부가된다(협약 제58조). 이 水域은 원래 沿岸國의 經濟的 이익을 보호하기 위한 것이기 때문에 특히 漁業資源을 위시한 모든 天然資源의 開發과 保存에 관하여는 沿岸國이 主權의 權利(sovvereign right)를 가진다(협약 제56조). 따라서 이 水域內에서 漁撈活動을 하고자 하는 他國의 어선은 海洋法의 기초 위에 체결되는 沿岸國과의 漁業協定을 통하여서 만이 入漁가 가능해 지며, 어선의 漁撈活動에 관한 제반 法律關係는 그 協定에 구속받는다.

領海(territorial sea)는 國際法에 정해진 조건에 따라 沿岸國이 領土權에 준하는 警察權, 關稅權, 保健衛生權, 國家安保 등 광범위한 排他的 管轄權을 행사한다. 그러므로 領海內에서의 漁撈行爲는 沿岸國의 主權 侵害行爲로 간주된다. 그러나 모든 선박은 領海와 群島 水域에서 無害通航權(right of innocent passage)을 가지며(협약 제17조 및 52조), 國際海峽과 國際運河에서는 通過通航權(right of transit passage)을 가지지만(협약 제38조), 일반적으로 수락된 國際法과 慣行 그리고 沿岸國의 法令을 준수하여야 하며, 그 主權을 침해하는 행위를 할 수 없다(협약 제25조 및 39조). 즉, 漁撈船이 無害通航權이나 通過通航權을 향유

25) 우리나라의 船員法은 외국인의 고용에 관한 적극적인 禁止規定을 두고 있지 않다.
 26) 民法上의 共有物, 總有物, 合有物, 또는 行政法上의 公物과는 성질을 달리하는 개념으로서 그 占有의 不可能性을 전제로 한 것이다(金榮球, 前掲書, pp. 146-147).
 27) 朴椿浩·柳炳華, 「海洋法」, 民音社, 1986, p. 106.
 28) 「International Convention on Certain Rules Concerning Civil Jurisdiction in Matters of Collision, 1952」: 國際海事委員會(CMI)의 주관으로 1910년의 「Collision Convention」의 결함을 보완하여 채택한 것이나 아직 國際的으로는 發効되지 않고 있다.
 29) 「The 1973 Agreement between the USSR and USA relating to the Consideration of Claims resulting from Damage to Fishing Vessels or Gear and Measures to prevent Fishing Conflicts」.
 30) 「The 1967 Convention on Conduct of Fishing Operations in the North Atlantic」
 31) Churchill/Lowe, *The Law of the Sea*, Manchester University Press, 1985, p. 205.
 32) EEZ 내에서의 航行의 自由도 漁撈船에 대하여는 領海에서의 無害通航權에 준하는 조건을 준수할 의무가 있다는 주장을 하는 학자도 있다(William T. Burke, FAO Fisheries Technical Paper, No. 223, 1982).

하기 위하여는 ① 魚群深知를 포함한 海洋觀測行爲를 하지 아니 하며, ② 沿岸國法令 그리고 國際法에 의거한 通航規則과 海洋環境 및 海洋施設物의 保全을 위한 規則을 준수하며, ③ 通航과 직접 관련이 없는 행위나 沿岸國의 通信體制를 교란하는 행위를 하지 아니 하며, ④ 漁具를 격납한 상태로 指定 또는 通常航路를 따라 계속적으로 신속하게 通航하는 것이 기본적으로 준수하여야 할 조건이다(협약 제18조, 19조, 21조). 領海에서의 선박에 대한 民事 및 刑事管轄權은 沿岸國의 法令執行에 반하지 않는 한 그 선박의 旗國에 귀속된다(협약 제27조 및 28조).

港灣과 河川을 포함한 國內水域(internal waters)은 海洋法의 규제 대상이 아닌 領土의 일부로 간주되므로 沿岸國의 排他的 主權이 작용하며, 領海에서와 같은 無害通航權은 인정되지 않을 뿐만 아니라, 어선이 外國의 國內水域에 진입하기 위하여는 沿岸國의 허가를 받아야 하며, 그 水域에 체류하는 동안 主權과 外交的 免責特權에 관한 일반 慣習國際法의 제한을 받는 외에는 沿岸國의 領土管轄權이 旗國의 管轄權에 우선한다. 그러나 선박은 그 자체가 특수한 個體이기 때문에 外國의 國內水域에 있는 경우에도 旗國의 法體系 내에 있으며, 실제로 旗國法을 집행할 수 있는 기관(船長 또는 領事)이 있으므로 沿岸國은 自國의 國益에 관련된 경우를 제외하고는 旗國法에 일임하는 것이 통상적인 慣行으로 되어 있지만, 그 범위와 정도는 나라에 따라 차이가 있다. 다만 外國 船舶의 沿岸國 國內水域으로의 緊急避難權을 인정하고 海難救助活動을 전개하는 것 등은 국제적인 慣行으로 정착되어 있다고 볼 수 있다.

V. 結 語

어선의 運航行爲는 基本的 航海活動과 補助的 航海活動, 그리고 基本的 漁撈活動과 補助的 漁撈活動이 복합적으로 결합된 海上營利行爲이다. 漁船法은 어선의 성격에 명확히 定義하여 그 法的 地位를 부여하고 있지만, 이 법 자체가 船舶法을 위시한 인근 법률과 깊은 연계성을 갖고 있어서 특히 韓國船舶으로서 어선의 公法上的 地位는 일반 船舶과 동일하다고 본다. 그러나 유일한 海事私法인 海商法上 어선의 財産權的 性格은 일반 船舶과 동일한 반면, 어획물 專用運搬船 이외의 漁船에 대하여는 同法 제4장의 運送(運送契約 및 船荷證券)과 제5장의 共同海損에 관한 적용이 없다. 그 대신 海上操業秩序를 확립하는 차원에서 어선의 漁撈活

動 중에 발생할 수 있는 漁具運用과 관련된 操業上의 제반 紛爭을 合法的으로 해결하기 위한 방안이 해양의 특수성에 맞게 강구되어야 할 것이다. 그리고 海外漁場으로부터 타인의 어획물 運送用役을 인수하여 海上物件 運送事業을 영위하는 漁撈物運搬船에 대하여는 그 法的 地位를 정립하기 위한 立法論上의 검토가 있어야 할 것으로 판단된다.

公法上으로는 國內法 절차에 따라 어선을 登錄함으로써 韓國船舶으로서의 地位를 누리게 되지만, 國籍을 취득함에 있어서는 國際法上 “genuine link”의 문제가 핵심 요소이다. 특히 海外漁場에서 遠洋漁船의 運航行爲에 수반되는 海洋法上의 基本的인 行爲規範은 다음과 같이 요약될 수 있다.

첫째, 公海上의 航海 및 漁撈行爲는 원칙적으로 自由가 인정되지만, 他國의 正當한 利益의 保護와 資源 및 海洋環境의 保全을 목표로 하는 國際法秩序에 따라 그 자유는 제한받는다. 둘째, EEZ 또는 EFZ에서는 航海의 自由는 인정되나, 漁撈活動에 관한 것은 전적으로 沿岸國法의 지배를 받는다. 셋째, 領海는 無害通航權이 인정되지만 漁撈活動은 금지되고, 沿岸國의 國內水域은 漁撈活動 뿐만 아니라 無害通航權도 인정되지 않는 水域이다.

文 獻

- 郭潤直, 物權法, 博英社, 1989.
 金景熙, 船舶國籍制度에 관한 研究, 한국해양대학 대학원 석사학위 논문, 1990.
 金榮球, 「現代海洋法論」, 아세아社, 1988.
 _____, 公害上 旗國以外의 管轄權에 관한 약간의 考察, 國際法學會論叢 제32-2호, 大韓國際法學會, 1987.
 閔星奎·林東喆, 「海事法規要論」, 부신일보 출판국, 1987.
 朴慶鉉, 「船舶法規解說」, 韓國海事問題研究所, 1985.
 朴容燮, 「해상교통법론」, 한일당, 1988.
 朴椿浩, 柳炳華, 「海洋法」, 민음社, 1986.
 徐墩珩, 「商法講義·下卷」, 法文社, 1988.
 朴東喆, 海事法의 史的展開과 對象 및 範圍에 관하여, 法學研究 제1호, 韓國海事法學會, 1989.
 _____, 「海商法·國際運送法研究」, 眞成社, 1990.
 村田治美, 「航海商法·漁海商法의 研究」, 成山堂, 1987.
 Burdick H. Brittin, *International Law of Seagoing*

- Officers*, Naval Institute Press, Annapolis, Maryland, 1986.
- Christopher Hill, *Maritime Law*, Lloyd's of London Press Ltd., 1985.
- G.S. Egiyan, The principle of genuine link and 1986 UN Convention on the Registration of ships, *Marine Policy* Vol. 12-3, 1988.
- _____, "Flag of convenience" or "open registration" of ships, *Marine Policy* Vol. 14-2, 1990.
- Genan carroz, *Fishery Zones and Limits*, *Encyclopedia of Public International Law*, Installment 11, Elsevier Science Publishers B.V., 1989.
- Gerhard Hafner, Fishing Boats, *Encyclopedia of Public International Law*, Installment 11, Elsevier Science Publishers B.V., 1989.
- Rene de Kerchove, *International Maritime Dicionary*, D.V and Nostrand Company, London, 1961.
- R.R. Churchill and A.V. Lowe, *The Law of the Sea*, Manchester University Press, 1985.

A Study on the Legal Status of Fishing Vessels

Jong-Hwa CHOE, Jin-Kun KIM and Byoung-Gee LEE

(National Fisheries University of Pusan)

The fishing vessels operation is a kind of maritime profit-making activities, which are complicatedly integrated by the basic and supplemental fishing activities with navigation. The Fishing Vessels Act of Korea defines the character of fishing vessels and gives a legal status to them, and this Act itself is linked with the allied public laws including the Ships Act of Korea. For this reason, the legal status of fishing vessels as Korean flagged ships by the public law is analogous to the general commercial vessels.

And the specific character of ownership of the fishing vessels by the Korean Maritime Commercial Act as a private law is analogous to the general commercial vessels, nevertheless the Chapter 4(Carriage of goods) and the Chapter 5(General average) of this Act do not apply to the fishing vessels except the fish carriers. A fishing vessel possesses the legal status as a Korean flagged ship by having it registered and putting it on record under the provision of national law, however the principle of genuine link is an important factor for acquisition of nationality.

Especially, the basic rules by the Law of the Sea those are attended with the distant-water fishing vessels operation at the overseas fishing ground are summarized as follows; Firstly, the rights of navigation and fishing activities on the high seas are fundamentally recognized to all states, but the freedom is restricted according to the international legal order aiming at protection of reasonable interests of other states and conservation of the living resources and marine environment. Secondly, in the EEZ or EFZ the freedom of navigation is recognized, but fishing activities are exclusively ruled by the national law of the coastal state. Thirdly, foreign fishing activities are prohibited but the right of innocent passage is recognized in the territorial sea, while both activities are prohibited in the internal waters of the coastal state.