



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

法學博士 學位論文

導船士の 法的責任에 관한 研究

A Study on the Legal Liability of Pilots



2018年 2月

韓國海洋大學校 大學院
海洋政策學科 海事法務專攻

朴 壯 熙

本 論 文 을 朴 壯 熙 的 法 學 博 士 學 位 論 文 으 로 認 准 함



2017年 12月

韓國海洋大學校 大學院

目 次

국문초록

ABSTRACT

第1章 序 論	1
第1節 研究의 背景과 目的	1
I. 연구의 배경	1
II. 연구의 목적	2
第2節 研究의 範圍 및 方法	4
I. 연구의 범위	4
II. 연구의 방법	5
第2章 導船士 및 導船制度에 관한 沿革的 檢討	6
第1節 導船 및 導船士의 意義	6
I. 도선 및 도선사의 어원과 개념	6
II. 도선사의 역할과 성격의 변화	9
第2節 導船制度의 沿革	12
I. 고대도선제도	12
II. 중세도선제도	18
III. 근대도선제도	27
第3節 各國 導船制度에 관한 比較法的 檢討	30
I. 영미법계	30
II. 대륙법계	34
III. 법계에 따른 도선사 제도의 차이점	38

第4節 우리나라 導船制度의 生成과 變遷	39
I. 연혁	39
II. 도선법의 변천	40
III. 도선법상 주요도선제도	44
第3章 導船士의 法的地位에 따른 法律關係	53
第1節 導船士의 機能과 分類	53
I. 도선사의 기능	53
II. 도선사의 분류	54
第2節 導船士의 法的地位	60
I. 도선약관상 도선사의 지위	60
II. 법적 성격에 따른 도선사의 지위	65
第3節 導船士와 船長의 法律關係	75
I. 도선사와 선장의 법적지위 관계	75
II. 도선사와 선장간의 법적책임의 한계	77
III. 선장의 감독의무 및 직무상 주의의무	79
IV. 도선사와 선장의 협력관계	80
第4節 強制導船士의 法的地位	81
I. 강제도선제도	81
II. 강제도선행위의 법적성질	85
III. 강제도선사의 법적지위	88
第4章 導船士의 法的責任	90
第1節 導船行爲責任 一般理論	90
I. 도선법상 도선행위책임	90
II. 도선약관상 도선사의 면책	90
第2節 導船士의 民事上 責任	92
I. 과실의 개념	92

II. 도선사의 민사 책임	94
III. 도선사 책임제한제도에 관한 비교법적 검토	104
第3節 導船士의 刑事上 責任	109
I. 도선행위에서의 도선사의 주의의무와 형사책임	110
II. 과실인정기준	114
III. 도선사의 형사책임의 판단	119
IV. 도선사고에 대한 형법적용상 보완문제	122
第4節 導船士의 行政上 責任	123
I. 해양사고 심판의 재결	123
II. 해양사고심판과 재판과의 관계	125
第5節 導船士의 法的責任에 관한 私見	127
I. 도선업의 특수성과 도선사의 책임	127
II. 도선사의 법적 책임 한도	128
III. 도선사고에 있어서 과실인정의 특칙	130
IV. 도선사 법적 책임의 개선방안	131
第5章 結論	132
參攷文獻	137

A Study on the Legal Liability of Pilots

Park, Jang-Heui

*Department of Maritime Policy Science
Graduate School of
Korea Maritime & Ocean University*

국문초록

이 논문은 도선 사고의 과실에 대한 법적 책임에 관한 연구이다. 선박이 해상 운송 수단이 된 이래로 좁은 수로와 항구를 통과하는 선박의 안전한 항법은 선박소유자에게 큰 관심사였다. 그들의 걱정은 도선 시스템의 발전으로 대부분 해결되었다. 체계적 도선 시스템은 항구를 입·출항하는 선박에 도선사가 탑승하는데 드는 상업용 비용에 도선사의 서비스료도 포함하는 도선제도를 말한다.

도선제도와 항해 훈련은 역사를 통해 공동으로 발전되었다. 해양 항해가 자연력의 자비에 맡겨진 항해의 시대이든, 증기선 및 과학의 발전으로 비교적 쉽게 항해를 할 수 있었는지에 관계없이 도선에 관한 제도와 법의 규제는 항상 존재했다. 선박의 크기와 속도가 증가함에 따라 해양 위험이 증가했고 따라서 해상에서 도선사의 역할은 그 어느 때보다 두드러지고 있다.

항만도선사의 존재는 도선구 내에서 선박의 안전도선을 위해서 필수적이다. 도선사는 자신에게 요청된 도선의무를 수행하기 위해서 본선에 탑승한다.

도선제도는 임의적 도선과 강제적 도선으로 구분된다. 이러한 유형은 대한민

국을 포함한 대부분의 국가에서 법으로 규정되어 있다. 도선사고가 발생한 경우 도선사의 책임의 문제는 도선사의 과실행위인가 아니면 불가항력과 같은 사람의 통제를 넘어서는 자연 재해 혹은 제3자가 유발한 불가피한 사고로 인해 사고가 발생했는지 여부를 최우선으로 결정해야 한다.

만약 사고가 도선사의 태만행위로 인해 사고가 발생한 경우 선박소유자는 도선사의 능력을 초과하는 과도한 보상을 요구할 가능성이 있다. 이것은 도선사에게 과도한 압력을 가할 수 있으며, 도선사의 업무능력을 제한하고 안전한 통행을 방해 할 수도 있다. 궁극적으로 이것은 도선료를 증가시키게 된다. 우리나라의 도선에 관한 법률에 도선사의 과실을 방지하기 위한 민사책임·형사책임·행정상 책임 등의 조치가 포함되어 있다.

이러한 법적제재 조치에도 불구하고 민사 책임은 계속해서 선박소유자와 도선사 사이에 논쟁의 근원이 되면서 현실적으로 심각한 문제가 되고 있다. 도선사가 선박소유자의 대리인으로 역할을 한 것인지의 문제는 선박소유자와 도선사 간의 법적 분쟁으로 귀결될 수밖에 없다. 임의도선사의 경우 도선사가 선박소유자의 수탁자로 간주되기 때문에 비교적 간단할 수 있지만, 강제도선의 경우는 그 상황은 복잡해진다.

이러한 어려움은 현대 선박조종기술의 발달 이후에도 도선사·선장·선박소유자에게 쉽게 해결되지 못하고 남아 있는 문제점이다. 도선을 규제하는 법과 규정은 각국에서 일관되게 발전했지만, 민사 책임에 관한 문제는 판사의 판결에 의한 법적 해석에 영향을 크게 받게 된다.

이 연구는 도선법의 이해뿐만 아니라, 전문지식과 경험을 지닌 도선사로서 도선사의 법적책임에 관해서 검토하고 탐구한다. 도선사제도에 대한 철저한 이해와 논리적 타당성 검증을 위해서 도선제도의 오랜 역사적 배경과 연혁을 고찰해서 도선제도와 도선사의 책임의 법적 관계를 보다 자세하게 규명하고자 한다.

이 연구는 한국의 도선 및 도선사 제도의 개선에 기여하고 나아가 해상 운송 및 해운업 전반의 개선에 기여하고자 한다.

이 연구의 범위와 방법을 통해서 논문의 체계를 제1장에서는 이 연구의 목적을 설명하고 그 다음에 연구의 범위를 설명한다.

제2장은 도선과 도선사에 대한 연역과 개념을 설명하고, 한국에서의 도선사의 역사를 검토한다. 또한 도선사의 역할과 본질이 시간이 지남에 따라 어떻게 발전되어 왔는지 검토한다. 그리고 연구방법으로는 도선제도의 일반 원칙과 각국의 관련 입법, 출판서적, 고대·중세·근세의 도예, 연감, 도서 등과 이 논제와 관련된 학술지 및 현행 법규와 관행 등을 분석한다.

제3장은 도선사의 법적 지위에 따른 법률관계를 검토한다. 도선사의 성격을 어떻게 규정하느냐에 따라 도선사의 법적 지위에서 지닌 법적책임과 법적관계를 해결하는 전제조건이 되는 것이다.

그리고 각국에서의 도선사의 법적 지위에 관한 비교법적 검토를 통해서 도선사가 지닌 사실상의 지휘권과 법률상의 지휘권을 비교한다. 또한 강제도선사의 법적 지위에서 지닌 법적 성격을 각국과 비교해서 해석한다.

제4장은 도선사의 법적 지위에 따라 도선사의 법적 책임을 검토한다. 도선사의 법적 지위에 대한 검토는 이 주제와 관련된 핵심 내용이므로 도선사의 법적 책임과 밀접한 관련이 있다. 도선사는 도선 중에 선장과 상호협력으로 조선훈야하기 때문에 도선사의 법적 책임이 선박소유자, 선장 및 도선사의 법적 책임에 대한 특칙이 필요하다. 도선사는 특별한 상황 하에서 도선 전문가로서의 능력을 발휘할 수 있도록 법적 제도적 보완이 따라야 한다.

도선사의 법적 지위에 따라 도선사의 과실행위에 대한 법적 책임으로 민사책임, 형사책임, 행정책임 순으로 각각 검토하여 도선사책임제한에 따른 필자의 의견을 제시한다.

제5장은 연구 결과에 따라 도선사의 법적 책임에 대한 제도적 개선안으로 상법과 도선법의 개정안을 제안한다. 육상교통사고처리특례법처럼 해양사고시 적용할 수 있는 가칭 해상교통사고처리특례법의 도입을 제안하며 한국의 도선제도의 향후 방향에 대한 발전 방안을 제시한다.

주제어: 도선, 도선사, 도선제도, 도선구, 도선사의 책임, 도선사의 과실행위, 강제도선, 임의도선, 도선사의 법률관계, 도선사의 법적지위, 선박소유자, 선장, 도선사의 책임제한.

ABSTRACT

The purpose of this paper is the legal liability of pilots for negligence on pilotage accident. Ever since ship became a mode of maritime transport, the safe navigation of vessels through narrow waters and ports has been a matter of great concern for shipowner. Their worries were largely resolved with the advance of the pilotage system. The pilotage system is systemized form of pilotage or pilot that includes the cost of the pilot's service to the commercial cost of pilot on board the sailing vessel entering and leaving the port.

The pilotage system and the practice of sailing have developed conjointly throughout history. Whether it was the Age of Sail, when maritime navigation was left to the mercy of natural forces, or the present day, in which the development of steamships and scientific advances have made navigating relatively easier, pilotage laws and regulations have always existed. Maritime risks have increased due to the growing size and speed of ships. Thus, the marine pilot's role is becoming more prominent than ever before.

The presence of pilot is indispensable for ship in pilotage zone. pilot boards the ship to carry out his piloting duty upon request.

The pilotage system is divided into voluntary and compulsory types. These types are distinguished by law in most countries, including the Republic of Korea. When a maritime accident or damage occurs with pilot on board, it must be determined first and foremost whether the accident was caused by the pilot's negligence, natural disasters beyond human control like force majeure, or an unavoidable accident induced by the third party.

If an accident was caused by the pilot's negligence, it is possible that the shipowner will demand excessive compensation that is beyond pilot's capacity. This could result in undue pressure on pilot which can restrict his performance and hinder safe pilotage. Ultimately, this leads to an increase in

piloting fees. Our pilotage system includes various penal sanctions and administrative measures to prevent pilot's negligence.

Despite these sanctions, civil liability continues to be an issue and source of contention between shipmaster and pilot. Since the shipmaster is the agent of the shipowner, these issues naturally lead to legal disputes between the shipowner and the pilot. In the case of voluntary pilotage, negotiation is relatively simple because the pilot is considered to be the shipowner's trustee. However, things become much more complex with the involvement of compulsory pilotage.

This predicament has been troubling pilots, shipmasters, and shipowners since the development of modern piloting laws. Laws and regulations governing pilotage have consistently evolved in each country, yet matters concerning civil liability remain susceptible to the legal interpretation in the court.

This study explores not only the legal liability of pilots on the pilotage law but also the pilotage system in great depth as the basic knowledge of the pilotage law. I think that knowledge of the piloting system's historical background was deemed necessary for a thorough understanding of pilotage and the verification of its logical soundness. Consequently this study seeks to identify in more detail the legal relation of pilotage system and his liability.

This study contributes not only to improvement of Korea's pilotage and pilots system but also further to improvement of maritime transport and shipping industry in general.

Concerning the range and methods of this study, I will write the thesis system in the first chapter from the introduction to the fifth conclusion in the following way.

Chapters 1 correspond to the introduction of this study. Chapter 1 describes the purpose of this research, and then proceeds to lay out the scope of the research.

Chapter 2 explains the general theory and principles behind pilotage and pilots, and then traces the history of pilotage and its evolution in Korea. It's also examines how the pilot's role and nature have evolved over time. To break this chapter down even further, the general principles governing maritime pilotage and pilots is discussed in Section 2 and 3. This discussion is supported by the study of academic journals and current legislation. Section 3 includes the history of the pilotage system by dividing it into the three phases of antiquity, the medieval age and the modern age. The research methods include the general principles of the pilotage system, relevant legislations of each country, publications, arts of ancient, medieval and modern age, annuals, books and other related journals and current laws and practices.

Chapter 3 examines the legal relationship of pilots as the legal status of the pilot. The nature of maritime pilots and their characteristics were defined as a preliminary step before laying out their responsibilities and legal relations.

And compare the actual command of the pilot with the command of the law through a comparative legal review of the legal status of the pilot in each country. It also interprets the legal character of the compulsory pilot in relation to each country.

Chapter 4 examines the legal liability of the pilot for negligence in accordance with the legal status of the pilot. A review of the pilot's legal status which is a subject that is central to and consistent with the overall theme of this paper. This chapter is important in sorting out the legal liabilities of pilots which is a subject of discussion in a subsequent chapter. Since pilots must interact with the shipmaster during piloting, an understanding of their relationship dynamic is imperative. The legal status of the pilot requires special arrangements for the legal responsibilities of ship owners, captain and pilot, as the pilot's legal status needs to be categorized and the legal responsibility of the pilot is classified and coordinated with the master in

the course of the operation. The legal and institutional complement should be followed in order to be able to demonstrate the special situation of the pilot and his ability as a specialist.

According to the legal status of the pilot, I insist on the limited liability of pilots for civil liability, criminal liability, administrative liability as legal liability for negligence of pilots.

Chapter 5 In result, I suggest the introduction of special institution system regarding maritime traffic accidents on Pilotage law and also on Commercial law in Korea. Also suggest to introduce a Special law on the maritime traffic accidents, tentatively named “The Special law on maritime traffic accident treatment” , such as “The Special law on traffic accident treatment” on road traffic accidents. Finally propose an improvement avenue regarding the future direction on the legal liability of pilots in Korean pilotage system.

Key Words: pilotage, pilot, pilotage system, pilotage zone, the liability of pilots, the negligence of pilots, compulsory pilotage, voluntary pilotage, the legal relationship of pilots, the legal status of pilots, the owner of ship, the shipmaster, the legal liability restriction of pilots.

第1章 序 論

第1節 研究의 背景과 目的

I. 연구의 배경

해상물건운송을 위한 선박이 탄생한 이래로 선박소유자는 자신의 선박이 안전하게 항해를 마치고 항구에 입항할 때까지 불안한 입장에 처해 있었다. 이러한 선박소유자의 불안감을 해소시키고 안전한 하역을 위하여 생긴 제도가 도선 제도이다. 도선구역을 항행하는 선박에 도선사가 승선하여 그 선박을 안전하고 신속히 도선하는 것이다. 이러한 도선제도의 역사는 대양항해의 역사와 함께 시작되었다. 항해가 오로지 자연의 힘에 의존하던 과거의 범선시대는 물론이고, 기선의 발달과 고도의 과학의 발전에 의해 항해가 비교적 쉬워진 오늘날에 이르기까지 도선제도는 더욱 고도로 전문화 되었다. 선박 척수의 증가와 선박의 거대화·고속화에 의해 오히려 해상 위험은 증대하고 있으므로 도선사의 임무 또한 더욱 증대되었다.

도선사는 어떠한 선박이 도선을 요청하는 경우 그 선박에 승선하여 도선업무를 수행한다. 도선은 임의도선과 강제도선으로 나눌 수 있다. 대부분의 국가의 입법례도 임의도선과 강제도선으로 구분하고 있다.

도선서비스는 국제경쟁력의 근본이 되고 있다. 도선사는 본선팀의 일부일 뿐만 아니라, 항만당국의 일부로서 직무를 가지고 있다.

선장과 선박소유자가 어느 항만에 기항할 때 큰 관심을 가지는 것 중의 하나는 안전한 입·출항과 함께 항만서비스와 항만이용료이다. 항만에 체류하는 시간은 곧 항만료 산정의 결정적 조건이므로 양질의 항만서비스가 되기 위해서는 선박이 당해 항만에 체류하는 시간을 최소화시켜야 한다. 따라서 입항하는 선박이 부두에 접안을 완료하는 과정에서 불필요한 도선대기시간 및 도선시간 단축, 해상교통관제본부 및 부두운영주체와의 원활한 업무협조체계 등이 필수적

이다. 이것은 해당 항만의 해상교통관제체계, 수로조건, 수심, 등대, 부표 등 항로표지와 교통환경 등에 정통한 도선사가 본선 선장으로부터 선박조종업무를 위임받아 안전하고 원활하게 도선업무를 수행함으로써 달성할 수 있다.

그러나 아무리 선박조종과 해당 항만사정을 잘 알고 있는 전문가라 하더라도 도선사의 도선업무수행중 여러 형태의 사고가 발생할 수 있고, 이러한 사고가 발생한 경우 도선사의 법적 책임 문제가 제기된다. 도선사의 민사책임은 도선사의 법적지위와 관련하여 판단해야 할 문제이기 때문에 이에 관하여 선진해운국은 입법적으로 해결하고 있지만, 우리나라에서는 관련 규정이 없다. 그러므로 도선사의 법적 책임에 관한 입법론적 해결 방안이 요구되고 있다.

II. 연구의 목적

도선사의 역할은 선박의 운용에 관한 특별한 기술적인 지식과 선장이 잘 알 수 없는 한 지방의 사정을 도선사는 잘 알고 있다는 것에 기초를 두고 있다. 그러므로 도선사는 무엇보다도 자기의 도선구에 입항하는 모든 종류의 선박을 도선할 능력이 있어야 한다. 그들은 최신의 항해 장비를 숙지하고 있어야 하고, 또한 제반 관련법규와 환경적인 요구사항을 알고 있어야 한다.

가장 중요한 도선사의 역할은 그가 잘 아는 지방사정, 즉, 특별한 규칙 및 그 지방에 있는 특수한 여건에 기초를 둔 상황예측과 평가를 할 수 있다는 것이다. 도선사가 선박에 승선하여 도선 중에 해양 사고가 발생하였다면, 우선 그 해양사고가 도선사의 과실에 의한 사고인지, 불가항력적 자연 재해로 인한 사고인지, 제3자에 의한 피할 수 없는 사고인지 등에 대한 법률적 조사 및 분석이 뒤따르게 된다.

도선사의 과실에 대한 제재 조치로써 우리나라 도선법은 여러 가지 벌칙규정과 행정처벌을 규정하고 있다.¹⁾

1) 도선법 제9조(면허의 취소 등) ① 해양수산부장관은 도선사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 면허를 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 업무정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호나 제3호에 해당하는 경우에는 면허를 취소하여야 한다. 1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 도선사면허를 받은 사실이 판명된 경우, 2. 제4조제3항을 위반하여 면허의 종류별로 도선할 수 있는 선박 외의 선박을 도선한 경우, 3. 제6조 각 호에 따른 결격사유에 해당하게

사고로 인한 손해에 대해서는 민사책임의 문제가 있다²⁾. 이 경우 임의도선에 대해서는 도선사가 선박소유자의 피사용인이라는 점에서 문제의 해결방안이 간단하다. 그러나 강제도선의 경우에 도선사의 책임의 문제가 복잡할 수 있다.

도선사의 민사책임과 관련하여 선박소유자가 도선사에게 구상권을 행사할 경우, 도선사는 이러한 위험을 담보할 수 있는 보험이 필요하며, 이는 도선료의 상승으로 이어져 결국 선박소유자의 부담이 증가하는 바람직하지 못한 순환이 일어날 수 있다. 또한 도선사는 큰 부담을 느끼게 될 뿐만 아니라, 도선행위 자체도 영향을 받아 크게 위축될 가능성과 안전한 도선행위에 지장을 초래할 수도 있다. 이와 같은 문제점은 근대이후 도선제도가 발달하여 법제화 되고 현재 까지 이르는 오랜 시간동안 고민되어 왔던 문제이다. 결국 이 문제를 해결하기 위해서는 입법 규정에 의해 해결하는 방안으로 각국의 도선법규가 해결하여 왔다. 그러나 우리나라 도선법에는 이와 관련한 명문 규정이 없기 때문에 도선사고가 발생할 때마다 사례별로 사법부의 최종 판결이 진행되는 동안 도선사는 심리적 불안감과 경제적 부담감으로 엄청난 스트레스에 시달리게 되므로 원활한 도선행위에 지장을 초래하는 것이 현실이다.

이러한 문제의식을 가지고 이 논문에서는 각국의 도선법과 제도를 비교하여 도선사의 법적지위 및 도선사의 책임제한의 문제를 제기함으로써 도선사가 본연의 임무를 충실히 수행할 수 있도록 도선사의 책임에 대한 제한의 특례조항을 확장하고자 한다. 특히 도선제도의 연혁과 입법례를 통해서 도선사의 법적 지위와 도선사의 법적 책임관계를 분명히 함으로써 우리나라 도선사의 지위를

된 경우, 4. 제8조제2항에 따른 정기 신체검사를 받지 아니한 경우, 5. 제8조제3항에 따른 신체검사 합격기준에 미달하게 된 경우, 6. 제18조제2항을 위반하여 정당한 사유 없이 도선 요청을 거절한 경우, 7. 제18조의2를 위반하여 차별 도선을 한 경우, 8. 도선 중 해양사고(「해양사고의 조사 및 심판에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 해양사고를 말한다)를 낸 경우. 다만, 그 사고가 불가항력으로 발생한 경우에는 그러하지 아니하다, 9. 업무정지기간에 도선을 한 경우, 10. 「해사안전법」 제41조제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 도선한 경우 또는 같은 조 제2항을 위반하여 해양경찰청 소속 경찰공무원의 음주측정 요구에 따르지 아니한 경우, 11. 「해사안전법」 제41조의2제2호를 위반하여 약물·환각물질의 영향으로 인하여 정상적으로 도선을 하지 못할 우려가 있는 상태에서 도선을 한 경우.

2) 도선사의 법적 책임에 관한 적용은 제1차적 적용법(the primary rule)으로 도선법률에 의거해서 규율되어야 하고, 민사 법률 등은 보충성의 원칙에 따라 제2차적 법규(the secondary rule)로 적용되어야 하는 것이 법적용의 일반원칙이다. 특히 도선사의 업무가 지니고 있는 업무의 전문성과 특수성에 비추어 볼 때 도선사가 과실로 인한 행위에 대해 법적용상의 과도한 2중 처벌적 규정은 형평성에 비추어 볼 때 지나친 규정이라고 판단한다.

향상시켜 업무능률을 고취시키고 안전하고 원활히 도선할 수 있는 도선제도를 확립하여 관련 산업계의 경쟁력 증진에 기여하고자 한다.

第2節 研究의 範圍 및 方法

I. 연구의 범위

이 논문은 연구의 목적을 달성하기 위하여 총 5개의 장으로 구성되어 있으며, 이에 대한 구체적인 연구의 범위는 다음과 같다.

제1장은 서론 부분으로 연구의 배경과 목적 및 연구의 범위와 방법에 관하여 고찰한다.

제2장은 도선사 및 도선제도에 관한 연혁적 검토부분으로 제1절 도선 및 도선사의 의의에서는 도선 및 도선사의 어원과 개념, 도선사의 역할과 성격의 변화, 제2절 도선제도의 연혁에서는 고대도선제도, 중세도선제도, 근대도선제도, 제3절 각국 도선사에 관한 비교법적 검토에서는 영미법계, 대륙법계 및 법계에 따른 도선제도의 차이점, 제4절 우리나라 도선제도의 생성과 변천에서는 연혁, 도선법의 변천 및 도선법상의 주요 도선제도에 관하여 고찰한다.

제3장은 도선사의 법적지위에 따른 법률관계부분으로 제1절 도선사의 기능과 분류에 대하여, 제2절 도선사의 법적 성격에 따른 지위, 제3절 도선사와 선장의 법률관계에서는 도선사와 선장의 법적지위 관계, 법적 책임의 한계, 선장의 감독 의무와 직무상 주의의무 및 선장과 도선사의 협력관계, 제4절 강제도선사의 법적지위에서는 강제도선제도의 연혁적 배경, 강제도선행위의 법적 성질 및 강제도선사의 법적 지위에 관하여 고찰한다.

제4장은 도선사의 법적 책임부분으로 제1절 도선행위책임의 일반이론부분에서는 도선법상 도선행위책임, 도선약관상 도선사의 면책 및 책임제도의 일반이론에 따라 도선사의 과실행위에 대한 책임제한의 근거를 제시하고, 제2절 도선사의 민사상 책임에서는 과실의 개념, 도선사의 민사책임, 제3절 도선사의 형사

상 책임에서는 도선행위에 있어서의 도선사의 주의의무와 형사책임, 과실인정 기준, 도선사의 형사책임의 판단 및 도선사고에 대한 형법적용상의 보완문제, 제4절 도선사의 행정상 책임에서는 해양사고심판 재결의 기판력과 다른 재판과의 관계에 관하여 고찰한 후, 제5절에서 도선사의 법적 책임제한에 관한 개선 방안을 제시한다. 이상의 분석과 검토를 통하여 도출된 시사점과 개선방안을 제5장에 결론에 요약 정리하여 향후 우리나라의 도선사의 법적 지위에 따른 책임제한을 통해서 도선제도가 발전해 나아가야 할 방향을 제시한다.

II. 연구의 방법

이 연구의 목적을 달성하기 위하여 선행연구자료, 학술논문, 단행본 및 각국의 법률과 판례 등 연구과제와 관련된 문헌자료를 주로 분석하는 문헌조사 연구방법과 법해석학적 연구방법 및 입법론적 연구방법을 이용하였다. 도선사의 법적 지위와 책임에 관한 특성에 대해서 법률 해석의 문제와 실무를 융합한 학제간(Interdisciplinary)의 연구가 필요한 기술적 측면이 많기 때문에 이들을 함께 고려하였다.

연구의 목적과 범위 그리고 구성에 알맞은 연구를 수행하기 위하여 이 논문의 연구방법으로 필자가 현장에서 경험한 방법과 현장답사적 방법을 고려해서 실무적으로 익힌 많은 경험을 법리적으로 체계화시키고자 하였다.

도선사의 법적지위에 대해서 실무적으로 완전한 의미의 법해석학적 합의가 없고, 일반적이고 통상적인 의미로 표현해 놓고 있는 정도이기 때문에, 실무상으로 활용하기 위해서는 실무자들에게 관행적으로 사용될 수 있는 기능적 접근 방법(The functional approach)과 밀접한 연계가 되어야 한다. 따라서 이 기능적 접근방법에 가장 근접하기 위해서 경험적 측면과 보편적인 방법인 귀납적 접근 방법을 이용하였다.

第2章 導船士 및 導船制度에 관한 沿革的 檢討

第1節 導船 및 導船士의 意義

I. 도선 및 도선사의 어원과 개념

1. 도선의 어원과 개념

역사적으로 도선은 항로의 선정 또는 항해술의 지도(指導)였음은 중세 도양(渡洋)항해선에서 도선사의 역할을 보면 명확하다. 오늘날에도 영국의 심해도선증서(certificate of deep sea pilots)를 소유한 도선사³⁾, 독일의 도선구 이외의 도선사, 미국의 해양도선사(sea pilot) 등은 관련된 성질을 갖고 있으며, 일본의 내해도선사도 거의 이와 유사한 것이라고 말할 수 있다.⁴⁾

우리말의 도선⁵⁾은 한자어 “導船”을 음독한 것이다. 한자의 뜻을 풀이하면 ‘배를 이끌다’ 또는 ‘배를 향도(嚮導, conduct, guide)하다’라는 의미로 해석된다. 도선(pilotage)을 어원적으로 살펴보면, 측심연(測深鉛)을 뜻하는 네덜란드어 측연선(peil'lood)에 그 어원이 있다는 설이 다수설이다. 아래 도선사의 어원에서 검토하는 바와 같이 네덜란드어인 방향을 나타내는 화살표(pijl)와 납과 같은 무거운 물질로 수심을 잴다는 의미의 측연(lood)의 합성어인 ‘peil'lood’가 이것을 주로 다루는 수로안내인(pilot’으로 변화되었다는 것이다. ‘peil'lood’는 네덜란드인이 수심을 정확하게 측정하기 위해 똑바로 내린 납을 의미한다. 이러한 이유는 수심이 비교적 얇은 육지에 가까운 곳의 수심을 측정하기 위하여

3) Deep-sea pilots; IMO, Resolution A.480(IX) (adopted in 1975) recommends the use of qualified deep-sea pilots in the Baltic; IMO, Resolution A.620(15) (adopted 1987) recommends that ships with a draught of 13 metres or more should use the pilotage services established by Coastal States in the entrances to the Baltic Sea; IMO, Resolution A.486(XII) (adopted 1981) recommends the use of deep-sea pilots in the North Sea, English Channel and Skagerrak.

4) 藤崎道好, 「水先法の研究」(東京: 成山堂書店, 1967), 175~176面.

5) 국립국어원: 해협이나 항만을 출입·통과하는 배에 탑승하여 그 배를 안전한 수로로 안내하는 일이라고 규정되어 있다.

연안을 따라 선박을 항해하였다는 데에서 비롯된다고 한다.⁶⁾ 과거의 도선사는 수심측량기계를 취급하는 선원이었다고 한다. 어원이 독일어에서 유래되었다는 하는 학자⁷⁾도 있고, 네덜란드어에서 유래되었다는 하는 학자⁸⁾도 있으나 측심연에서 비롯된 것은 사실인 것으로 사료된다. 왜냐하면 네덜란드어의 ‘도선하다’, ‘수로로 안내하다’ 라는 동사는 ‘lood’sen’ 이라고 하며, 이 단어 또한 ‘lood’, 즉, 측연의 의미가 부여되어 있기 때문이다.

해사법(admiralty law)은 도선(pilotage)이라는 용어를 두 가지 의미로 해석하고 있다. 첫 번째는 “도선구역에서 선박을 안전하게 인도하는 행위” 라는 것과 두 번째는 “도선사에 의해 수행되는 도선서비스에 대한 보상, 즉, 도선료를 의미한다.” 는 것이다.⁹⁾ 도선의 영어 표현인 ‘pilotage’ 는 이러한 구분이 없지만 문맥상의 표현에 따라 해석을 달리하고 있다.

도선(pilotage)이란 “도선구에 존재하는 특수한 상태와 지역적 지식을 기반으로 연안 해역, 강, 항만, 호수 또는 폐쇄된 갑문시스템 등에서 해양환경을 저해하지 않고 선박을 안전하고 효율적으로 이동하게 하는 것을 최우선적 목적으로 하는 독보적인 서비스” ¹⁰⁾라고 정의할 수 있다. 즉, 일정한 수역인 도선구간을 항행하는 선박에 도선사가 승선하여 선박을 안전하고 신속하게 안내하는 것¹¹⁾을 말한다. 도선제도는 이와 같은 것을 제도화한 것이다.¹²⁾

6) 송용섭, “도선사고의 실태와 형사법적 대책에 관한 연구”, 전북대학교 대학원 법학박사학위논문(2006). 5쪽; 지상원, “일본 도선사 면허제도에 관한 연구”, 「해사법연구」 제24권 제3호, 한국해사법학회(2012. 11), 144쪽.

7) 송용섭, 위의 논문, 5쪽; 지상원, 위의 논문, 145쪽.

8) 藤崎道好, 前掲書, 54面.

9) Alex L. Parks·Edward V. Cattell, JR., *The Law of Tug, Tow, and Pilotage-Third Edition-* (United State of America: Cornell Maritime Press, 1994), p.985; Gloucester Ferry Co. v. Commonwealth of Pennsylvania, 114 U.S.196(1885); Southern Steamship Co. of New Orleans v. The Masters and Wardens of Port New Orleans, 73 U.S.(6Wall.)31(1867).

10) 국제도선사협회(International Maritime pilots'Association: IMPA)의 문헌을 종합하여 정의한 것으로써 본문과 같이 동일한 문장으로는 찾아 볼 수 없다.
(http://www.impahq.org/about_impahq.php, 검색일: 2017.10.21.)

11) 우리 도선법 제2조제1항에서는“도선이란 도선구에서 도선사가 선박에 승선하여 그 선박을 안전한 수로로 안내하는 것을 말한다.”고 정의하고 있다.

12) 오늘날 선박의 항도를 위한 조종은 좁은 수로, 내해 또는 하천의 수로에서 항해를 위한 항도 조종(sea piloting)과 항만 또는 항내에서 선박의 입항·출항을 위한 항내조종(harbour conducting)으로 대별하여 생각할 수 있으나, 우리나라 항구 부근 또는 항내에서의 선박의 조종은 주로 후자에 속한다.; 윤점동 외3인, 「한국의 도선제도와 선진해운국 도선제도의 비교 검토 및 한국도선제도의 발전방향에 관한 연구」, 한국해양대학교 산업기술연구소(1997), 19

그리고 도선에는 두 가지 의미가 있는데, 첫 번째는 도선을 요청한 선박에 도선사가 승선하여 안전하게 입항하거나 출항시키는 완성된 서비스를 말하고, 두 번째는 도선을 요청한 선박에 도선사가 승선하여 선박을 안전하게 이끄는 행위, 즉, 도선사의 도선행위 자체를 말한다.

2. 도선사의 어원과 개념

도선사라고 하는 용어는 각국에서 사용하는 언어에 따라 달리 부르고 있다.¹³⁾ 도선사라는 용어의 기원은 분명하지 않다.¹⁴⁾ 영국은 도선사의 초기 명칭을 ‘lodesman’ 이라고 칭하였으며, 이는 ‘lode’ 라는 안내(guide)와 ‘man’ 의 합성어이다. 문자 그대로 ‘안내인’ 이라는 말로 선박의 안내를 행하는 도선사가 ‘waystone’ 이라고 일컫는 ‘lodestone’¹⁵⁾을 익숙하게 사용하였기 때문이라고 한다. 그리고 “lodesman 없이 항구에 입항하는 것은 위험하다” 라고 언급된 문헌도 있다.¹⁶⁾ 그리고 별을 관측하는 전문가가 사용한 박사의 모자(dottoral beretto)인 ‘pileum’ 으로부터 유래되었다고 주장하는 문헌도 있다.¹⁷⁾

영어의 ‘pilot’ 는 네덜란드어에서 유래한 것으로 측심(測深)한다는 단어인 ‘pielon’ 과 측심연(測深鉛)이라는 말인 ‘loot’ 의 합성어로 ‘pielon loot’ 에서 ‘piloot’ 로 변형되고, 마지막으로 ‘pilot’ 으로 변화한 것이라고 한다. 그리고 ‘pilot’ 라는 말이 초기 네덜란드인이 수심을 정확하게 측정하기 위해 똑바로 내린 납을 의미하는 것이라고 한다.¹⁸⁾ 이처럼 측심연(測深鉛)은 그 후에 음향

쪽.

13) 영국에서는 ‘pilot’ 또는 ‘lodesman’, 프랑스에서는 ‘pilote’, 이탈리아에서는 ‘pilota’, 독일에서는 ‘lotse’, 덴마크에서는 ‘loods’, 네덜란드에서는 ‘piloot’로 불린다: Michel-Joseph Girard, *Le Pilotage Maritime et la loi du 28 Mars 1928*(Paris: Fontenay-le-Comte (Vendée) Imprimerie moderne, 1929), p.7; Crisafulli-Buscemi Salvatore, *Pilota Pratico, Corporazione, dei Piloti, Contratto di Pilotaggio*(Genova: Padova CEDAM, 1932), p.8.

14) 도선사라는 용어의 기원은 알려져 있지 않으며 적어도 의심스럽다고 서술하고 있다; Georges Ripert, *Droit maritime Vol. I* (Paris: Éditions Rousseau, 1950), p.729.

15) 광석의 한 종류로써 자성을 띠고 있는 광물이며, 우리말로는 자철석 혹은 자석석에 해당된다. 이것을 줄에 매달아 흔들면 남북을 가리키는 특성을 가지고 있다. 이는 원시적인 컴퍼스에 해당된다.

16) Michel-Joseph Girard, *op. cit.*, p.7; Daniel Danjon·Jean Lepargneur, *Traite de Droit Maritime Vol.2 -2nd edition-*(Paris: Recueil Sirey, 1926), p.121.

17) 藤崎道好, 前掲書, 53面.

18) Edward L. Allen, *Pilot lore from sail to steam*(New York: United New York and New

측심기(fathometer)가 발명될 때까지 수세기에 걸쳐서 도선사에 의해 사용되었다.¹⁹⁾ 이와 같이 ‘pilot’의 어원에 관해서는 다양한 설이 있는데, 네덜란드어에서 유래했다고 보는 것이 통설이다.

국제해사사전(International maritime dictionary)에 의하면 도선사란 얇은 여울·암초·조류 등에 대한 지방적인 지식을 가지고, 일반적으로 공공기관에 의해 면허되어, 하천 또는 항구를 입·출항하는 선박을 선도하기 위해 특정 장소에서 승선하는 사람으로서 관련 법령에 권리를 갖고 업무를 수행하는 사람으로 정의되고 있다.²⁰⁾ 또 다른 문헌에서는 도선사란 “항만 내에서 안전하고 효율적으로 선박운항을 책임져야 하는 운항책임자”²¹⁾라고 선박운항에 대한 책임을 강조하고 있다.

II. 도선사의 역할과 성격의 변화

아랍인은 일찍부터 도선업무에 종사하였으며, 초보적인 컴퍼스를 사용해서 대양항해를 지도했다. 13세기에 마르코 폴로(Marco Polo)²²⁾의 동양으로의 여행은 아랍 도선사를 사용해서 행해졌다고 한다. 이로부터 2세기 후 유럽에서 아프리카를 돌아가는 인도항로의 개척자로 알려져 있는 바스코 다가마(Vasco da Gama)는 희망봉(Cape of Good Hope)을 우회해서 인도에 이르는 최초의 항로에서 아랍 도선사를 사용했다. 아랍 도선사는 이처럼 근동(近東) 및 인도양으로의 항해에서 활약했다.²³⁾

15세기 말과 16세기 초에는 해상무역에서 최대의 변혁, 즉, 대양항로의 개척이 이루어졌다. 포르투갈 왕자 엔리케(D. Henrique)는 사그레스 성에 세계 각지

Jersey Sandy Hook Pilots Benevolent Associations, 1922), p.1.

19) J. Ed O'Brien, *History of Compulsory Pilotage*(Boston: John H. Low, 1931), p.1.

20) Rene De Kerchove, *International Maritime Dictionary*(New Jersey: Van Nostrand Reinhold co. Wiley), p.531.

21) 강종희 외5인, 「21세기 도선제도 개선방안 연구」, 한국해양수산개발원(2000), 1쪽; 이윤철·민영훈·임채현, “우리나라 도선제도에 관한 법제고찰”, 「해사법연구」 제19권 제1호, 한국해사법학회(2007. 3), 303쪽.

22) Marco Polo의 동방견문록(1254년~1324년). https://ko.wikipedia.org/wiki/마르코_폴로.

23) American Pilots' Association, *Responsibilities and qualification of pilots under state laws*(Washington: American Pilots' Association, 1937). p.2.

에서 우수한 조선기사, 항해기술자, 세공업자, 탐험가, 지리학자, 천문학자가 모여 식민지 개척에 필요한 항해와 지리적 지식을 서로 교환하고 연구하였다. 그 중 한 사람인 제임스(Master James)는 나침반 기술자 및 해도기술자 역할을 수행하면서, 왕자의 원양탐험에 필요한 기술을 제공했다.²⁴⁾ 15세기 전반에 걸쳐서 선박은 점차 대형화 되고 의장 방법도 해마다 개선되어 지리학·항해학 연구도 조선기술의 진보와 보조를 맞춰서 발달했다. 특히 마르틴 베하임(Martin Behaim)²⁵⁾이 천체관측의(儀)를 항해에 응용하거나 해양항해에 널리 사용했기 때문에 어느 정도 신뢰성을 가지고 대양항해를 행할 수 있게 되었다.²⁶⁾

콜럼버스(Columbus)시대²⁷⁾에 도선이라고 하는 직업은 충분히 확립되어 아메리카대륙 발견에 기여했다.²⁸⁾ 대양항로의 발견은 지리학, 과학적 지도제작법, 조선술·항해술 연구²⁹⁾에 큰 자극을 주었으므로 스페인인·포르투갈인은 새로운 항로를 비밀로 해 둘 수 없었다. 그리고 이베리아반도(Iberian Peninsula)에서는 당시 다수의 외국인이 거주했고, 인도 무역항로·아메리카 무역항로의 해원 또는 도선사 중에도 다수의 외국인이 고용되었기 때문에 엄중한 검열제도를 가져도 신항로의 정보 누설은 피할 수 없었다.

아메리카와의 무역은 종래의 해운업에 상당히 자극을 주어 오로지 선박의 소유와 운항만을 업으로 하는 자가 나타나게 되었다. 선장은 때때로 선박공유자(part owner)이기도 했고, 그것은 영국의 항해선장(sailing master)이라기보다는 오히려 보호자·관리자(patronus) 또는 관리 선박소유자(managing owner)에 가까운 것이다. 구체적인 항해지휘권은 도선사에게 위임하였고, 도선사는 자기의 지령을 선장(contra-master)이나 일등항해사를 통해서 승조원에게 철저하게 하

24) C. Ernest Fayle, *A Short History of The Worlds' Shipping Industry*(George Allen & Unwin Ltd., 1993.); 김성준 역, 어니스트 페일 저, 「서양해운사」(서울: 도서출판 해안, 2004), 51~52쪽.

25) Martin Behaim(1459년 10월~1579년 7월), 독일의 항해가·지리학자. 1492년 뉘른베르크에서 세계 최초로 지구의의를 만들었다.

26) 김성준 역, 앞의 책, 51~52쪽.

27) Christopher Columbus(1451년 8월~1506년 5월)는 이탈리아 탐험가로서 스페인의 이사벨라여왕의 후원으로 세계 최초로 신대륙을 발견하여 지구가 둥글다는 사실을 입증한 항해사이다.

28) American Pilots' Association, *op. cit.*, p.2.

29) 스페인 Sevilla항에 설치된 통상국(House of Commerce; Cosa de la contratación)은 수로부와 항해학교를 가지고 해도 및 항해용구를 제공하고 도선사의 자격인정을 하며 항해일정과 순로를 지시하며 무역에 대한 호송제도를 조직했다; 김성준 역, 앞의 책, 164쪽.

달하였다. 선장과 도선사의 기능이 동일 인격으로 통일되는 일도 있었다.

콜럼버스시대 이후에 도선사의 사용은 반드시 개인적 또는 선박의 소그룹으로 제한을 두지 않고, 큰 해전에서는 선박의 집단행동을 위해 준비되었다. 이 경우 도선사의 부재는 간혹 재난을 불러왔고, 스페인의 무적함대(Spanish Armada)의 패망은 어떤 의미에서는 도선사를 구하지 못했기 때문이라고 한다. 함대는 도선사를 덩케르크(Dunkirk)³⁰에서 승선시킬 계획이었는데, 해당 항구를 찾아 갈 수 없었던 것이 패전의 중요한 요소의 하나라는 것이다.³¹

수세기에 걸친 해양탐험의 기간에 도선사는 해양제국에서 높은 지위를 가지고 보상받아 마땅하다고 인정받았다. ‘chief pilot’, ‘pilot major’ 또는 영국의 ‘grand pilot’ 을 임명하는 관습은 신세계에 영토를 찾는 모든 국가에게 확립된 관습이었다. 예컨대, 스페인에서는 이탈리아 탐험가이자 항해자인 아메리고 베스푸치(Amerigo Vespucci)³²를 1508년 ‘chief pilot’ 로 임명하고 선원 및 항해자가 사용하는 해도와 준비를 그의 책임으로 함과 동시에 미지의 항구로 항해할 자에 대해서 섬 또는 항만 등의 발견을 ‘chief pilot’ 에게 보고할 의무를 부과했다. 그리하여 아메리카 북대서양 해안을 탐험한 세바스찬 카봇(Sebastian Cabot)은 베스푸치에게 1512년에 공적 보고서를 제출했다. 카봇은 1549년에 에드워드(Edward) 4세에 의해 ‘grand Pilot of England’ 로 임명되었다. 이 시대의 도선사에게는 “선박의 항로를 결정하는 것” 이상의 기술이 기대되었다. 바로 해도와 작성 및 신세계 항해의 데이터 편집에 대한 기술이다. ‘Ocean pilot’ 과 ‘bar and bay pilot’ 의 확실한 구별은 언제부터 있었는지 명확하지 않다. 수세기 동안 대양을 횡단하며 선박을 이끈 도선사는 미지의 항구를 제외하고는 그 선박을 항내로 이끌며 이중의 자격으로 근무했다. 후자는 관습에 의해 좁은 해협과 수도에서의 조선을 숙지한 특별한 도선사로 성장한 사례이다.

점차 이러한 지방 도선 전문가가 일반 항해에서도 숙련된 ‘travelling pilot’ 이상으로 지방적 특수사정에 정통한 자일 필요가 있음이 인정되었다. 그래서

30) 프랑스 북부 노르파드칼레(Nord-Pas-de-Calais) 주 노르(Nord) 데파르트망에 있는 도시.

31) American Pilots' Association, *op. cit.*, p.2.

32) Amerigo Vespucci(1454~1512), 이탈리아의 항해사이자 신대륙 초기 탐험자. 그의 이름 ‘아메리고’에서 ‘아메리카’라는 지명이 유래되었다.

‘bar and bay pilot’ 는 ‘travelling pilot’ 에서 분리되었다. 도선사(pilot)라는 말이 오랜 기간에 걸쳐서 ‘bar and bay pilot’ 을 의미하는 것으로 사용되게 되었다.

이상과 같이 ‘pilot’ 라는 용어는 처음에는 항해 중 항로(course)를 지시하는 선내에 있는 해원(mariner, seaman)을 가리키기 위해 사용되었으나, 그 후 특별한 지방적인 지식과 기술이 요구되는 항만에 선박을 출입시키는데 모래톱과 같은 수심이 얕은 지역 또는 그 외의 위험을 극복하고 선박을 선도하는 자를 가리키게 되었다. 그리고 ‘pilot’ 라는 용어는 ‘harbour or bay pilot’ 에 대해 사용되며 ‘master’ 또는 ‘mate’ 라는 용어는 대양을 횡단해서 선박을 도선하는 자들에 대해서 일반적으로 사용되게 되었다.³³⁾

第2節 導船制度의 沿革

도선제도의 역사는 항해의 역사와 함께 하였다. 항해가 오로지 자연의 힘에 의존하던 범선시대는 물론이고, 기선의 발달과 고도의 과학의 발전에 의해 항해가 비교적 쉬워진 오늘날에 이르기까지 선박 척수의 증가와 선박의 거대화 및 고속화에 의해 오히려 해상위험은 증대하고 있으므로 도선사의 임무는 더욱 중대하다. 과거부터 도선제도는 해상교통의 안전을 도모하기 위해 도선사에 관한 공적규제로 설치된 것이다. 여기에서는 고대부터 근대에 이르기까지 주요 해상법을 통하여 도선제도의 연혁과 변천과정을 검토한다.

I. 고대도선제도

1. 수상운송의 기원

배를 이용한 수상운송의 기원은 인류사회의 형성 초기시대까지로 거슬러 올

33) American Pilots' Association, *op. cit.*, p.3.

라간다. 티그리스 강(Tigri river)과 유프라테스 강(Euphrates River)³⁴⁾ 그리고 나일 강(Nile river) 유역 등에서 발견된 유적은 수상운송이 물질문명에 중요한 역할을 했다는 것을 증명한다. 해상운송을 언제부터 시작하였건, 해상고유의 위험에 대해 회피하려는 인간의 본능은 언제든지 존재하였을 것이다. 이에 따라 해당 지역의 바닷길을 잘 아는 사람은 화물의 안전과 선박을 안전하게 선도할 필요에 의해서 일찍부터 크게 인정받았음에 틀림없다. 왜냐하면 암초나 모래톱과 같은 수심이 얕은 지역 및 폭풍우는 고대 인류에게 커다란 공포였기 때문이다. 이 세상의 직업은 모두 필요에 의해 생겨나고 관습과 연습에 의해서 오늘날의 전문적이고 과학적인 기술까지 발전한 것이다. 도선이라고 해서 예외는 아닐 것이다.³⁵⁾ 도선은 약 3,800년 전의 아브라함(Abraham)시대까지 거슬러 올라가는 오랜 역사를 가진다. 당시 칼데아(Chaldea)³⁶⁾의 우르(Ur)³⁷⁾라고 하는 곳에는 도선사가 존재하고 있었다고 한다.³⁸⁾

아브라함과 동시대의 고대 바빌로니아 제국의 6대 왕인 함무라비(Hammurabi)³⁹⁾시대에 함무라비법전(Hammurabi Gesetz)⁴⁰⁾이 공포되었다. 이 법전 안에 해사

34) 메소포타미아 문명의 시발은 수메르이다. 메소포타미아는 수메르(Sumer, c. 2700-2334 BC),¹⁾ 아카드(Akkad, c. 2334-2154), 우르 제3왕조(Ur III, 2112- 2004 BC), 이신-라르사(Isin-Larsa, c. 2017-1794 BC) 시대를 거쳐 고대 바빌로니아(Old Babylon, c. 1894-1595 BC) 제국이 된다.; Harriet Crawford, *Sumer and the Sumerians*(Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1991), pp.13-28; Joan Oates, *Babylon, revised ed.*(New York: Thames and Hudson, 1988), pp.9-59.

35) W.Bartlett-Prince, *Pilot-Take Charge*(Gladsgow; Brown, Son & Ferguson, Ltd.1970), p.13.

36) 바빌로니아 남부의 옛 왕국.

37) 항구와 도크(dock)를 가진 우르는 아브라함제국의 큰 항구였다. 그 흔적은 수많은 세월을 거쳐서 생겨난 자연적 변화 때문에 오늘날에는 훨씬 내륙이 되어 있다.

38) 藤崎道好, 前掲書, 56面.

39) Hammurabi 재위기간 B.C. 1792년~1750년.

40) 함무라비법전은 세계최고의 성문법으로 전문 282조로 이루어진 검은 현무암의 돌기둥에 설형문자로 새겨진 것이다. 이 법전은 천년 후의 앗시리아 제국 시대까지 「함무라비 정의의 법」으로써 고대 법학자가 이를 존중하여 연구했다고 알려져 있다; 大貫良夫・渡辺和子 外 5人, 「世界の歴史 第1巻-人類の起原と古代オリエント-」(日本: 中央公論社, 2008), 359面; 고대 바빌로니아 제국(Old Babylonian Empire, c. 1894-1595 BC)은 오늘날 이라크의 남부 지역에서 발흥하여 인류 문명사에 큰 영향을 주었다. 심지어 성경의 구약과 신약의 마지막 책 요한계시록에 이르기까지 바벨론이라는 언급이 여러 가지 의미로 반복해서 나타나기도 한다. 메소포타미아는 인류 문명의 요람으로 이 문명의 법들은 함무라비법을 거쳐 그리스-로마법에 영향을 미쳤고, 후대의 게르만법을 거쳐 오늘날 대륙법의 모태가 되었다. 메소포타미아 세계는 종교가 삶의 전 영역에 영향을 미쳤던 시대이다. 고대 바빌로니아가 인류 문명사에 남긴 큰 기여가 바로 함무라비 법(Laws of Hammurabi, c. 1750 BC)이다; 한상수, 「함무라비법전-인류 법문화의 원형-」, 인제대학교출판부(2008), 13-100쪽.

에 관한 약간의 규정이 존재하며 오늘날 해사법의 기원을 이루고 있다. 이 법전은 선박상실 및 해양사고에 관한 형벌 등을 정하고 있다. 많은 학자들이 함무라비법전에 도선료에 관한 사항을 다루고 있다고 주장하였지만, 필자가 함무라비법전의 영문조문을 검토한 결과 도선사의 역할을 보여주는 문장은 존재하지 않았다.⁴¹⁾

2. 페니키아 및 그리스시대

페니키아인(Phenicians)⁴²⁾은 의심할 나위 없이 고대시대의 위대한 항해자였으며, 상인이었다. 왜냐하면 페니키아는 당시 세계무역항로의 중심지에 위치해 있었기 때문이다. 당시 일류 선박건조자이며 항해기술이 뛰어난 페니키아인은 타국의 지배자로부터 항해를 위해 고용되었다. 페니키아인은 조선공이며, 노와 돛을 사용하여 항해하는 항해자이기도 했다. 중요한 것은 그들이 항구, 육표(陸標), 별, 바람, 조석(潮汐) 및 해류 등의 항해상의 지식에 관하여 능통하였다는 것이다.⁴³⁾ 이러한 항해상의 지식은 비밀로 여겨져 타 국민에게 알려주지 않고

41) 함무라비법전에는 해상 및 선박과 관련된 10개의 조문이 있었으며, 그에 대한 내용은 다음과 같다; 제234조(If a shipbuilder build a boat of sixty gur for a man, he shall pay him a fee of two shekels in money. 제235조. If a shipbuilder build a boat for some one, and do not make it tight, if during that same year that boat is sent away and suffers injury, the shipbuilder shall take the boat apart and put it together tight at his own expense. The tight boat he shall give to the boat owner), 제236조(If a man rent his boat to a sailor, and the sailor is careless, and the boat is wrecked or goes aground, the sailor shall give the owner of the boat another boat as compensation), 제237조(If a man hire a sailor and his boat, and provide it with corn, clothing, oil and dates, and other things of the kind needed for fitting it: if the sailor is careless, the boat is wrecked, and its contents ruined, then the sailor shall compensate for the boat which was wrecked and all in it that he ruined), 제238조(If a sailor wreck any one's ship, but saves it, he shall pay the half of its value in money), 제239조(If a man hire a sailor, he shall pay him six gur of corn per year), 제240조(If a merchantman run against a ferryboat, and wreck it, the master of the ship that was wrecked shall seek justice before God; the master of the merchantman, which wrecked the ferryboat, must compensate the owner for the boat and all that he ruined), 제275조(If any one hire a ferryboat, he shall pay three gerahs in money per day), 제276조(If he hire a freight-boat, he shall pay two and one-half gerahs per day), 제277조(If any one hire a ship of sixty gur, he shall pay one-sixth of a shekel in money as its hire per day).

42) 치르, 시든, 페리타스 및 시리아 해안에 지금도 현존하는 여섯 개 도시의 주민.

43) 이들 페니키아인 및 그리스인은 컴퍼스나 해도도 없이, 천체·바람·조류·등에 관한 실제 경험에 의지하여 항해를 하고 있었다. 따라서 이 시대의 도선사는 수심을 재고 그것을 읽는데 숙련된 것은 물론이고, 해상에서 보이는 육표 및 해안의 풍경을 겨냥도(a sketch map)에

자국민들 사이에서만 대대로 전승되었다. 당시에 경험이 풍부한 선원에 의해서 세대에서 세대로 전해져온 관측 지식은 다양한 항해술의 기초를 이루고 있었다.⁴⁴⁾ 페니키아인 중에서도 시돈(Sidonian)⁴⁵⁾의 사람들은 가장 고도의 기술을 가진 것으로 알려져 있다. 시돈의 도선사는 가장 난해하고 중요한 항해를 위해 선발되었다고 한다.⁴⁶⁾

3. 로오드해법

로오드해법(Lex Rhodia, Naval laws and statutes of the Rodians)은 오늘날 기록물로 남아있는 해법 가운데 가장 오래되었으며, 중요하게 여겨지고 있다. 로오드는 기원전 4세기부터 3세기까지 해사분야에 있어서 최전성기에 있었는데, 그 지식과 경험은 이집트에서 페니키아, 키프로스, 로오드로 전파되었다.⁴⁷⁾

그리스 역시 기원전 로오드에서 제정된 일련의 법률을 로오드해법이라고 칭하고 있다. 로오드해법에서 해사관계를 규율하는 부분은 두 개의 단편적인 부분(fragmentary portions)에서 언급되고 있는데, 그 기원은 분명하지 않고 3세기 경 로마의 법학자인 파울루스(Paulus)⁴⁸⁾의 ‘서(書, Sentence) 제6권’에서 확인할 수 있는 것과 선원 및 선박소유자의 행위와 계약에 관한 로마의 제도를 포함한 법률집(The Digest of Justinian)의 제14권의 내용이다.⁴⁹⁾

모았고, 더욱이 바람에 관해서는 그 성질을 잘 알고 있었다. 바람은 방향을 실제로 보여주는 것이며, 그것이 불어오는 토지의 명칭으로 불리어지고 있었다.: Eva Germaine Rimington Taylor, *The Haven-Finding Art, The Haven-Finding Art: A History of Navigation from Odysseus to Captain Cook*(London::Hollis & Carter, 1956), p.37.

44) C. Ernest Fayle, *A Short History of The Worlds' Shipping Industry* (George Allen & Unwin Ltd., 1993.); 김성준 역, 앞의 책, 51~52쪽.

45) 고대 페니키아의 항구 도시이며, 성서에서 부(富)와 악덕의 도시로 유명하다. 현재의 Lebanon의 Saida.

46) Eva Germaine Rimington Taylor, *op. cit.*, p.43.

47) John William Willcock, *Ocean, river and shore Part 1*(London: Ulan Press 2012), pp.23~30.

48) Julius Paulus Prudentissimus (2~3세기).

49) 이들 기록은 두 개의 단편적 부분에서 확인되며, 첫 번째 단편적 부분은 21개조이며, 두 번째 단편적 부분은 51개조이다. 전자는 선박소유자 및 승조원의 임금, 여객, 선내의 의식, 역할의 선서, 임금 및 이자, 선장과 해원 또는 상인과의 관계, 선복 등에 관해 규정하고 있다. 후자는 절도·싸움·분쟁 및 스트라이크, 악천후에 선박의 경감, 난선·태만·손해·용선계약서, 선박의 용선, 용선료 체불, 정박·충돌, 화물의 오손, 해상사망 및 그 외 많은 해사사항 분야에 걸쳐서 규정하고 있다; Alexander Justice, "A General Treatise of the Dominion of the Sea: and a Compleat Body of the Sea-laws: Containing what is Most Valuable on that

로오드해법은 오늘날 단편적 부분만이 전해져 오고 있으므로 다른 부분은 역사적으로 소실되었다고 생각할 수밖에 없다. 소실된 조문에서 어쩌면 도선에 관한 많은 부분이 있었을지도 모르지만 확실한 것은 알 길이 없다. 그러나 단편적인 작은 부분의 것이라도 도선사에 관한 언급은 매우 중요한 참고사항이다. 왜냐하면, 로오드해법에 기초를 둔 후세의 입법이 대부분 도선에 관한 내용을 규정하고 있다는 점은 역사상 소실된 로오드해법의 부분들이 도선에 관한 내용을 규정하고 있었을 것으로 유추할 수 있기 때문이다.

로오드해법에서 도선에 관한 유일한 언급은 제2조이며, 그것은 도선사의 임금에 관한 것이다. 이 규정에서는 지극히 간결하게 “도선사의 임금은 한명 반의 몫이다”⁵⁰⁾라고 규정하고 있다. 이 규정에서 도선사는 통상적으로 일반선원에게 할당된 임금의 1배반을 더 받는 것을 의미한다. 이는 선장이 일반선원의 2배의 임금을 받는 것에 비교하면 비교적 높다.

로오드해법에서 사용된 ‘pilot’ 라는 용어는 연안 항해에서 선박의 조타라는 통상의 업무 이상의 것을 포함하고 있는 사람으로 인식된다. 즉, 도선사는 선박의 침로를 지시할 뿐만 아니라, 통항하는 데에 위험이 있을 경우와 통상 이상의 기량이 요구되는 곳(수심이 얕은 지역에서 선박을 안전하게 끌어내기 위한 곳)에서는 스스로 조타하는 것이 통상적이었다.⁵¹⁾ 이처럼 도선사는 해안 가까이를 항해할 경우, 대양항해에서 요구되는 것 이상의 기술이 요구되었을 것이라고 생각된다.

4. 로마시대

로마의 상선을 페니키아의 선박과 비교해보면 점차적으로 선박의 규모가 대형화되고 의장에서든 개량이 되었으나, 전후양종(前後兩縱, fore and aft sail)의 돛을 가진 선박은 그때까지 존재하지 않고 필요에 따라서는 노가 여전히 사용되고 있었다. 이처럼 선박의 조종성능은 불충분하였으며 항해기구도 아직 발달

subject in Antient and Modern Authors; and Particularly the Antient Laws of the Rhodians and Romans”, *Those of Oleron, Wisbuy, and Other Countries; with Curious Notes and Observations - 3rd edition*(London: T. Page, W. and F. Mount, 1724), p.77.

50) Alexander Justice, *op. cit.*, p.78.

51) *Ibid.*, p.79.

되지 않았다. 당시의 항해술 역시 낮 동안에는 육표와 태양에 의존하고, 야간에는 별을 목표로 항해했기 때문에 동절기의 항해를 꺼리고 또한 해안에서 멀리 떨어져서 항행하는 것을 가능한 피했다.⁵²⁾ 그러나 페니키아시대의 항해와 비교하면 로마시대에는 여러 항로의 사정이 잘 알려졌기 때문에 훨씬 용이해졌다. 그 중 하나가 “에류투라해 안내기(Periplus maris Erythraei, Periplus of the Erythrean Sea; 이하 ‘안내기’ 라고 함)” 이다.⁵³⁾ “에류투라해”는 자의적으로는 홍해를 의미하는데, 오늘날 홍해는 당시 아라비아해로 불려졌으며, 에류투라해는 인도양, 페르시아만 및 홍해를 포함한 총칭이었다.⁵⁴⁾ 당시에 남방 해역의 지배자는 관세수입과 무역상의 이익을 목적으로 특정 항구를 무역항으로 지정하고, 그 이외의 항구는 지방항구로 외국선박의 기항을 금지하고 있었다. 지정항에 관해서는 무역 집중을 위해 강제와 보호의 수단을 취하고 있었으며,⁵⁵⁾ 여기서 지방도선사의 출현을 볼 수 있다.

안내기 제43절 및 제44절은 바리가자(Barygaza)항으로 들어오는 만은 협소하여 항해가 곤란하기 때문에 만의 입구에서 원주민 어부가 트로포가(Troppoga) 또는 코팁바(Kotymba)라고 불리는 가늘면서 작고 긴 배에 타고 바리가자(Barygaza)로 안내하였다고 한다. 그 외에 제45절 및 제46절에서는 인도에는 많은 하천이 있고 또 조수 간만의 차가 크기 때문에 경험이 없는 자에 의한 입항은 위험하다고 기록되어 있으므로, 이와 같이 항해가 어려운 곳에서는 반드시 지방도선사를 채용한 것으로 생각할 수 있다. 그리고 지방도선사에 관해서 “에류투라해 안내기의 시대까지 우리는 도선수역(pilotage waters) 및 지방전문도선사(local professional pilot)에 대한 서술을 접하지 못했지만, 해외무역이 행해지는 경우, 특히 상선을 바다에서 강으로 인도할 경우에는 항상 필요했던 것이 틀림없다”고 기술하고 있다. 이는 도선의 기원이 안내기 이전으로 거슬러

52) 김성준 역, 앞의 책, 69쪽.

53) 村川堅太郎, 「エリユトウラー海案内記」(東京: 中央公論新社, 1946), 7면: 이 책은 66절로 구성된 소책자로 항해지남서 및 통상지명사전이라고도 할 수 있는 것으로 피난항·정박지·조류·주요풍향·거래시장·화물·토착주민의 성격 등에 관해서 쓰고 있다. 에류투라해 안내기의 작성연대 및 작자에 관해서는 설이 많다. 대체로 1세기경이고 저자는 동양물자의 수입항이었던 홍해 연안의 Berenike 또는 이집트의 상품 수출항이었던 알렉산드리아에 사는 이집트인으로 직접 인도양 무역에 종사했던 자였을 것으로 생각할 수 있다.

54) 上掲書, 4面.

55) 上掲書, 64~65面.

올라감을 시사하고 있다. 이에 추가하여 “아마도 선장은 외국의 도선사에게 위임하는 것이 사실이며, 오랜 해법에 의하면 만약 도선사가 자기 임무를 실패하여 선박을 위험하게 한다면 선원들은 그를 용서하지 않고 형벌을 집행할 권리를 갖고 있었다.” 고 기술하고 있다.⁵⁶⁾

인도고대(Sanskrit)의 문헌에서는 무알림(mu'allim)⁵⁷⁾, 즉, 도선사에 관해서 “그는 별을 따라서 침로를 알아내고 항상 방위를 정확히 알 수가 있다. 그는 순조롭거나 이상한 날씨의 징후를 알 수 있다. 그는 물고기, 물 색깔 및 해저의 성질에 따라서 또는 섬·산(육표) 및 그 외 지표에 의해서 대양의 구획을 구분한다” 는 내용이 있다.⁵⁸⁾

로마법에는 지방도선사 제도에 대해 “얕은 지역을 항해할 수 있는 숙련자를 고용하지 않아 선박을 좌초시키고, 침수를 불러오고, 화물에 손해를 가한 자는 피해자를 만족시킬 때까지 선고할 것이다” 는 규정이 있다. 따라서 지방도선사 제도가 이미 로마인들에게 알려져 있었던 것은 확실하다. 그리고 고대 그리스 및 고대 로마의 항구에서 도선업무가 존재했던 것은 ‘항장(Stratio)’⁵⁹⁾이라는 용어가 사용되었던 것에서도 추정할 수 있다.⁶⁰⁾

II. 중세도선제도

1. 오레론해법

오레론해법(Roll of Oleron, Roles d'Oleron)은 해상법 중에서 완전한 구성을 하고 있는 가장 오래된 해법이라는 점에서 큰 의의가 있다. 오레론⁶¹⁾ 해법은 보르도(Bordeaux)에서 피안디아(Fiandia)해안까지 그리고 브리타니코(Britannico)해 및

56) Eva Germaine Rimington Taylor, *op. cit.*, pp.61~62.

57) 무알림(mu'allim)은 이슬람어로 선생님 또는 어떤 직업이나 기술의 대가를 가리키는 말로 당시 문맥의 정황상 항해의 전문가, 즉, 도선사를 가리키고 있다.

58) Eva Germaine Rimington Taylor, *op. cit.*, p.125.

59) 입출항 및 구조의 권한을 지닌 항장의 선박.

60) Crisafulli-Buscemi Salvatore, *op. cit.*, p.10.

61) 오레론은 현재 프랑스에 있는 Bordeaux 북쪽의 Charente강 하구에 있는 작은 섬 위에 있는 도시였다. 오레론해법이 채용되었을 때 그 위치는 Province de Guyenne에 있는 것이라고 기록되어 있다.

스코비아(Scovia)를 포함하는 광범위한 프랑스 해안선에 걸쳐 대서양 및 발틱해의 해상관습을 모아서 수록한 것인데, 그 후 널리 보급되어 유럽 대부분의 지역에 걸쳐서 사용되었다.

영국의 리차드(Richard) 1세⁶²⁾는 그의 어머니 에리노어(Elinor) 여왕과 함께 오레론에 머물면서 오레론해법을 제정하고 이를 공포했다. 근동(近東)의 해상관습 및 규칙은 십자군 병사에게 꽤나 감명을 주었으므로 로오드법 및 로마법이 사용되던 무렵에, 동부 지중해의 항해제도의 가장 바람직한 특색을 도입하여 북부 유럽의 해법이 개정된 것이다.⁶³⁾

프랑스 법률가들은 에리노어 여왕이 이들 법률을 구체화하는데 기여하는 한편, 영국인들은 그녀의 아들인 리차드 1세의 법전 편집에 협력하였고, 그것은 궁극적으로 “상인, 선박소유자 및 선장과 해원 등, 모든 해사관계자의 좋은 규칙으로써 11세기 후반 무렵에 성지(Holy land)로부터의 귀소에 잉글랜드(England)의 왕 리차드 1세의 의해 제정된 오레론의 해법 요약(要錄)” 이라고 알려지게 되었다.⁶⁴⁾ 시대의 경과와 함께 “Roll of Oleron” 이라는 제목은 영국관례에서 통상 언급되고 있는 “Naval laws of Oleron” 이라는 제목으로 명명하게 되었다. 오레론해법⁶⁵⁾은 그 당시에 알려져 있던 해사법의 거의 전부를 망라하며 47개조로 구성된 상인의 행위, 선장 및 해원·신용·판결·항해·난파선·적하 및 양하, 화물의 보존, 식민지 그 외 많은 사항에 관해서 규정했다.⁶⁶⁾

전문 47개조 중 3개조만이 직접 ‘bar pilotage’ 를 언급하고 있으며, 그 규정은 지금은 상상할 수 없을 정도로 가혹하였다. 도선사의 도선 실패에 관한 형벌은 중세의 지극히 유행하는 형태를 답습하고 있는데, 역설적으로 이러한 형태의

62) Richard Coeur de Lion, 사자왕 리차드(1157년 9월 ~ 1199년 4월, 재위기간: 1198 ~ 1199년).

63) Alexander Justice, *op. cit.*, p.117.

64) An Abstract of the Naval Laws of Oleron instituted by Richard I, King of England in his Return from the Holy Land in the End of the Eleventh Century for the better Regulation of Merchants, Owners and Masters of Ships and Mariners, and all Sea-faring Persons in Maritime Affairs; Alexander Justice, *op. cit.*, p.120.

65) 오레론해법의 내용에 관해서 Crisafulli-Buscemi Salvatore는 4부로 구성되어 있으며 제1부는 25개조로 그 중에 제24조는 사법규정이며, 제25조는 형벌규정이고, 그 중에 도선사에 관한 것은 제13조, 제24조 및 제25조라고 한다; Crisafulli-Buscemi Salvatore, *op. cit.*, p.13; William Mcfee, *The law of the sea*(London: J.B. Lippincott Co., 1948), pp.285 ~ 292.

66) American Pilots' Association, *op. cit.*, p.116.

형별은 도선업무의 중요성을 보여주는 것이기도 하다.

로오드해법의 단편적 부분에서 서술 되어있는 도선사와 오레론해법의 도선사 사이에는 분명한 차이가 있다. 전자에서는 지방항만 사정에 관한 특수한 기능과 지식을 가진 도선사는 대양항해의 도선사와 거의 동일하다고 생각하고 있다. 오레론해법에서는 전형적인 ‘bar or bay pilot’에 대한 독립된 직업 기능은 확실히 없다.

오레론해법은 영국에 채용되어 해사규칙으로 취급되고, “Black Book of the Admiralty” 안에 편입되었다. 영국이 채용한 조항은 원시적 오레론해법 보다도 엄격한 것이 있는데 다음과 같다. 즉, “선내의 어느 누구도 이 항해에 관해서 알고 있음을 증명할 수 없는 장소로 화물운송을 위해 선박을 항해하려고 하는 선박의 관리소유자(manager owner)는 항해를 아는 도선사를 고용해야 하며, 그 도선사는 선박의 관리소유자가 항해하려고 하는 지방에 대해서 알고 있어야 하며, 그 지식이 분명한 것임을 그에게 보고해야 한다. 만약, 해당 도선사가 선박의 관리소유자가 항해하려고 하는 지방에 대해서 알고 있다고 보고했다면, 선박 관리소유자를 위해 약속한 것을 충분히 주의 깊게 수행해야 하며, 선박의 관리소유자는 어떤 분쟁 없이 그들 사이에서 합의한 임금을 지급해야 한다. 그리고 관리소유자는 해당 도선사가 가지고 있는 훌륭한 자격 및 가치에 따라서 약속한 것 이상의 것을 지급하여야 한다. 왜냐하면 해당 도선사는 관리소유자를 위해 모든 약속을 수행했기 때문이다. 관리소유자와 도선사 사이에 맺어진 모든 계약은 양자사이의 분쟁을 방지하기 위해 그 모든 것을 선박등록부(register book)에 정식으로 기입해야 한다.

2. 암스테르담 등의 관습법

암스테르담(Amsterdam) 및 스테이븐(Staven) 등의 관습법(usages)은 네덜란드 북부에서 채용되었던 것으로 일부분은 오레론해법, 일부분은 발틱시의 법률을 도입한 것으로 제2조 제7항, 제23조 및 제24조는 도선료에 관해서 규정하고 있다.

제2조 제7항은 “연안도선사를 선발하는 경우에는 선내에 있는 화주와 상담해야 한다. 만약, 화주가 동의하지 않는다면 선장 및 승조원의 대다수의 견해가 우

선한다. 만약, 선내에 화주가 없다면 선장은 화주를 대신하여 승조원의 대다수의 견해에 따라야 한다.” 고 규정하고 있다.

제23조에서는 “도선비용은 공평의 원칙에 따라 투하(jettison)와 마찬가지로 선박 및 적하에 의해서 분담해서 지급한다(pegate per contribuzione come in caso di getto)” 는 내용과 “만약 폭풍우에 의해 부득이하게 입항해야 할 항구 밖에서 투묘해야 한다면, 공동의 안전을 위해 도선사(pilota pratico)를 승선시킬 것이 강제된다” 는 내용을 규정하고 있다.

마지막으로 제24조는 선박소유자 및 용선선박소유자(padrone)가 도선사를 강제로 유지해야 하는 지역에 들어갈 경우, 도선사에게 해당 선박 및 화물의 가치에 따라 임금을 지급할 협정에 관하여 정하고 있다.⁶⁷⁾

3. 위스비해법

위스비해법(The Laws of Wisby)은 오래론해법의 내용을 계승하여 집대성된 것으로 전문 70개조로 구성되어 있다. 이 중에 제44조, 제59조 및 제60조가 도선에 관하여 규정하고 있다. 제44조는 “만약 하천 또는 위험한 앞바다에서 그 지역의 도선사를 승선시키는 것이 유익하다고 생각된다면, 상인이 그의 의견에 반대하여도 마스터(Master)⁶⁸⁾와 선박의 항해사(pilot) 및 선원의 대부분이 찬성한다면 그 지역의 도선사를 고용할 수 있다. 그 도선사의 보수는 선박 밖으로 투하된 화물에 대해서 계산되는 공동해손과 같이 지급된다.” 고 규정하고 있다. 제59조는 “선박이 항해사(Pilot)가 충분히 알지 못하는 항만 밖에서 정박할 경우에 선장은 자신의 선박을 그 안으로 넣기 위해서 그 지역의 도선사를 고용해야하며 해당 도선사의 보수는 선박 및 화물의 가치에 따라서 지급받는다.” 고 규정하고 있다. 제60조는 “선박이 항만 또는 하천 안에 있고 마스터가 그 연안이나 하천을 모를 경우에 그 지역의 도선사를 고용해야 한다. 해당 도선사의 보수는 상인으로부터 지급받아야 한다.” 고 규정하고 있다.⁶⁹⁾

67) Crisafulli-Buscemi.Salvatore, *op. cit.*, pp.15~16.

68) 중세시대 까지도 당시 선박에 승선하는 선원의 구성은 현대의 그것과는 다를 수 있다. 이에 따라 master라고 하는 직급이 오늘날의 선장과는 다를 수 있기 때문에 master를 음독하여 마스터라고 표기하기로 한다.

69) Crisafulli-Buscemi.Salvatore, *op. cit.*, pp.185~186.

이상의 조문에 관하여 다음과 같은 법률해석이 이루어진다. 위스비해법 제44조 및 제59조는 마스터 자신 또는 선박 승조원이 요구한다면 지방도선사를 고용할 것을 마스터에게 강제하는 내용이다. 마스터는 그 도선사에게 식품 등을 지급해야 하고 상인은 위스비해법 제60조에 따라서 보수를 지급해야 한다.

위스비해법에서는 강제도선제도의 선구적인 형태를 볼 수 있다. 제44조에서 마스터는 선박의 도선사 및 선원 대다수는 상인의 의사를 무시하고 지방도선사의 채용에 동의할 수 있다. 이에 따라 도선사의 사용이 임의적이며 법으로 강제하지 않았다고 하더라도 마스터 및 승조원이 도선사를 고용할 것을 원하는 경우에는 결과적으로 상인에게는 강제적으로 적용된다. 제59조는 마스터가 해당 지역항구에 관한 지식이 충분하지 않으므로 도선사를 고용할 것을 규정하고 있다. 이 규정은 강제에 가까운 책임을 의미하는 것으로 이 규정을 무시하고 해양사고 또는 손해가 발생한 경우에 마스터는 곤란한 입장에 처하게 된다. 제60조는 선박이 항만 안에서 항행하거나 하천을 거슬러 항해할 경우를 포함하며, 마스터가 그 지역에 대한 지식이 불충분할 때에는 사전에 항만 안에 있는 선박에 대해서도 제59조와 같은 원칙이 적용된다.

이처럼 어떤 상황에서 마스터가 지방도선사를 반드시 사용해야하며, 그것을 게을리 함에 따라 선박의 멸실 또는 훼손이 발생하면 마스터에 대한 소송으로 이어지기 때문에 결과적으로 강제의 형태가 취해진다. 이와 마찬가지로 로오드해법의 공백 부분에서 언급이 되었을지도 모른다고 생각되는 부분이 초기 로마법 안에 위에서 살펴본 바와 같이 다음과 같이 기록되어 있다. 마지스터가 구베르나토르를 고용하지 않고, 선박을 하천 안으로 넣어서 폭풍우가 발생했는데 견디지 못하고, 선박을 상실한 경우에 화주는 마지스터에 대해서 소송을 제기할 수 있다고 언급하고 있었다. 현대에 있어서 강제도선은 해상교통의 안전확보를 위해 지방항만의 상황에 따라 일정 선박에 대해 광범위하게 채용되고 있는데, 위스비해법은 필요에 따라 지방도선을 강제한 것이다. 이는 초기 해법보다도 상당히 진보적인 것인 동시에 후세의 강제도선제도에 영향을 준 것이라 할 수 있다.⁷⁰⁾

70) American Pilots' Association, *op. cit.*, p.120.

4. 콘솔라토 델 마레

오래론해법이 프랑스 북부에서 집대성되었을 무렵부터 약간 뒤늦게 스페인의 바르셀로나에서 콘솔라토 델 마레(Consolato del mare, Konsulat der See, Consolat del la mer, The Consulate of the Sea)가 집대성되었다. 이 법전의 집대성연대 및 지역에 대해서는 여러 학설이 있는데, 13세기에 바르셀로나에서 만들어졌다는 것이 가장 유력하다. 13세기 무렵 이미 지중해, 특히 이탈리아 및 스페인에 해사재판관(Console del mare)이라고 칭하는 것이 있었고, 그 관서를 해사재판소(Consolato del mare)라 칭했다. 해사재판관은 선장과 상인의 분쟁을 재판하는 사법사무와 해적의 진압, 몰수물의 결정, 중개인·선박사무장 및 해원고용계약 등의 감독을 행하는 행정사무를 하였다. 해사재판관이 그의 직무를 집행함에 있어서 해상에 관한 모든 규칙, 즉, 관습·관례·학설·의견 등을 집대성한 것이 콘솔라토 델 마레이다.

15세기 무렵 유럽의 해상도시에서 널리 채용된 해상법규인 해사재판편람(Libres de consolat, 1484년, 1494년, 1502년)은 광의의 의미로서 콘솔라토 델 마레이다. 해사재판편람은 2개의 주요 부분으로 구성되며, 제1부는 3절 334개조로 이루어지고 제1절은 발렌시아해사재판소 구성법, 제2절은 본래의 콘솔라토 델 마레, 제3절은 해상포획법(Seebouterrecht)이다. 제2부는 Aragon 제왕 및 바르셀로나시의 각종 포고로 구성된다. 따라서 본래의 콘솔라토 델 마레는 “해사재판편람” 제1부 제2절(제46조~제297조)를 의미한다.

이들 조문은 해상관습(costumes de la mer) 및 종래의 실체법(bons stablimens)을 포함하는 것이다.

콘솔라토 델 마레에서 선박관리인(senyor de nau, patron⁷¹⁾)은 동시에 선박소유자 또는 선박공유자이며 경우에 따라서는 선장의 역할도 하였다. 선박관리인이 선장과 별개인 경우에는 선박관리인이 선장보다 더 나은 권한을 가졌다. 선박관리인은 선박서기(scriva)를 선임해서 승선시킬 수 있는데, 이 경우 선박서기는 주로 선박의 상업상 관리권을 가지며 선박 운항상의 지휘권은 선장에게 있었다.

콘솔라토 델 마레 제205조는 도선사가 계약에 따라서 선박을 이끌 수 없을 경

71) 대서양에서 발생한 captain은 지중해에서는 통상 군함에 사용되며 상선의 선박지휘자는 patron이라고 불렸다. 그러나 후세에 스페인에서 양자는 같은 의미가 되었다.

우 주요 형벌에 관해서 규정하고 있다. 이 규정은 오래론해법 제25조의 내용과 경험을 바탕으로 수정을 가한 것이다. 즉, “선내에 있는 자가 모르는 장소로 항행하기 위해 용선한 용선선박소유자(padrone)는 그 장소를 알고 있는 도선사를 고용해야 한다. 만약 이 도선사가 약속한 대로 그의 업무를 훌륭하고 주의 깊게 해냈다면 용선선박소유자는 어떤 논의 없이 계약한 모든 보수를 지급해야 한다. 그리고 도선사는 용선선박소유자와 도선사 사이에 맺어진 모든 계약은 다툼이 생기지 않도록 선박장부(registro della nave)에 정식으로 기입해야 한다.

5. 기든 드 라 메르

16세기 후반에 프랑스에서 편집된 기든 드 라 메르(Guidon de la mer; Guidon pour ceux que font marchandise et que mettent a la mer)는 루앙(Rouen)에서 상인을 위해 사인이 집대성한 법례집으로 주로 해상보험계약에 관한 것인데 해사계약·해상에 관한 문제를 다루고 있으며 후에 루이스(Louis)의 해사조례 제정에서 크게 참고가 된 것이다.⁷²⁾ 내용 중 제5장은 주로 공동해손에 관하여 다루고 있으며, 그 중 제12조·제13조·제14조·제16조 및 제19조는 도선에 관해서 규정하고 있다.

우선 제12조는 “연안도선료(lamanages)·예선료(touages)·도선료(pilotages)·타르도장료(suages)는 최대한으로 적하가격의 3분의 2, 최소한으로 그 2분의 1의 범위 내에서 지급된다. 만약 그것으로 충분하지 않다면 선박 및 운임의 해손으로써 지급될 것이라고 생각해야 한다” 고 규정하고 있다.⁷³⁾ 당시의 적하의 가치는 정확히 알 수는 없으나, 그 가치의 50~70% 정도를 도선료로 지급하였다면 그 금액이 꽤 높았다는 것을 알 수 있다.

제13조에서 제16조까지는 연안도선료·예선료·도선료·타르도장료의 해석 규정이다. 도선료는 선박소유자 및 용선선박소유자(padrone)가 항구의 입출항, 연안 항해 및 곤란한 장소의 운항 시 고용하는 도선사에게 지급할 요금이다. 연안도선료는 그물, 갈고리 및 노 등의 항해용구를 사용하여 항구로 입항하는 선박을 마중하는 작은 배를 사용하여 수로안내업무를 수행하는 데 지급하는 금액

72) 藤崎道好, 前掲書, 81面.

73) Crisafulli-Buscemi Salvatore, *op. cit.*, p.18.

이다. 예선료는 하천 또는 해상에서 선박을 이끄는 행위에 대하여 지급하는 요금이다. 마지막 제19조는 “선박을 용선한 상인은 연안도선료·도선료·예선료에서 선장이 피할 수 있었던 필요 이상의 비용에 대해서는 지급을 거부할 수 있다. 이 경우 분담금은 적하의 가격을 기초로 하는 것이 아니라, 적하의 선내 위치 및 톤수에 의해 정해진다.” 고 규정하고 있다.” 74)

6. 한자시 해법

유럽에서 봉건제도의 붕괴가 계속된 12세기 및 13세기의 새로운 화폐경제 및 상인시대와 관련해서 한자동맹(Hanse), 즉, 무역연맹(league trade)이 주축을 이루는 해상상업이 번영하였다. 한자의 여러 도시가 해상상업을 지배하고 있었던 기간 동안 항해기술은 현저히 진보했다. 아랍 및 시실리의 선원들이 이들의 기술적 진보에 공헌했다. 아랍인은 초기의 컴퍼스와 같은 용구를 오랜 기간 사용했다. 시실리아인은 자침(磁針)의 원리를 기계장치에 응용해서 현대적 컴퍼스를 개발하여 항해의 정확도를 높였다. 이들은 항해상 기술적 발달 외에 조선기술도 개선되어 국제무역의 발전과 함께 해상 운송량을 증가시켰다.

한자시 해법(Laws in Hanse)이 최초로 독일어로 만들어진 것은 1597년 류베크에서 이다. 이 법은 전문 60개조로 이루어졌으며 도선에 관해서는 제16조, 제27조, 제55조 총 3개조의 규정이 있다. 제16조는 “선장은 해원 또는 도선사를 고용하기 전에 그들에게 지급해야 할 임금 및 수당에 대해서 알려주어야 하며, 이를 위반하면 25크라운(crowns)의 벌금에 처한다.” 75)고 규정하고 있다. 제27조는 “도선사 또는 해원으로써 자금을 받은 자가 기량 부족의 이유로 임무를 다할 수 없을 경우에는 그에게 약속된 모든 것을 몰수하며 그 외에 그의 과실에 따라서 처벌한다.” 76)고 규정하고 있다. 제55조는 “선장 또는 도선사는 그들의 특별한 계산에 따라 각각 12배럴(barrels)을 실을 수 있다. 그 외의 사관은 6배럴, 해원은 4배럴, 인부는 2배럴이 할당된다.” 77)고 규정하고 있다.

앞에서 기술한 제16조는 선장이 해원 및 도선사의 고용 및 임금에 대해서 선

74) Ibid. pp.8-9.

75) Alexander Justice, *op. cit.*, p.198.

76) Ibid, p.200.

77) Ibid, p.205.

박소유자에게 알릴 의무를 부과할 경우, 해원과 도선사를 같은 범주에 넣는다. 이러한 취급은 기량부족에 대해 임금의 몰수 등의 벌칙을 규정하는 제27조도 마찬가지로 해원과 도선사는 같은 범주에 넣고 있다. 이러한 선박승조원으로서의 도선사는 제55조에서 선장과 동일한 지위가 주어진다. 이 규정에서의 도선사는 항해도선사(voyage pilot)에 관한 것으로 항만도선사(harbour pilot)에 관한 것은 아니다. 왜냐하면 후자에 관해서는 이러한 규정은 필요하지 않기 때문이다.⁷⁸⁾

7. 스웨덴 해법

1618년에 제정된 스웨덴 해법(Cordici Svedici)⁷⁹⁾ 제7장 제14조는 오레론해법의 제25조 및 콘솔라토 델 마레 제205조와 유사한 내용이 있다.

1667년의 카를(Karl) 11세의 스웨덴해법의 제5부 「난파선 및 투하」의 제7장 「영업도선사, 영업도선사의 의무, 형벌」(Del piloti pratici, dei loro doveri, delle loro punizioni)⁸⁰⁾은 관습상 필요한 경우 선박소유자·용선선박소유자(padrone)에 대해 도선사(pilota pratico) 채용을 강제하고 이를 위반했을 때는 용선자 및 의장자에 대한 손해배상 외에 고소인 및 선원 사이에서 분배된 150탈레리(talleri)의 벌금을 부과할 것을 규정하고 있었다.

제7조 제1항은 선박소유자·용선선박소유자·항해사(pilota ordinario)는 고용된 도선사에 대해서 선박의 홀수를 정확히 고지할 것, 숙였을 때는 모든 책임을 지며 그들이 고지한 이상의 홀수에 관해서 1피트당 9탈레리를 지급할 것을 규정하고 있었다. 도선요금 정산의 기초가 되는 홀수의 숫자는 해당 요금을 도선사가 계산할 수 있도록 선박소유자·용선선박소유자가 표시해야 한다고 규정하고 있었다.

제2항은 도선사에 대해 선박소유자·용선선박소유자가 지정한 장소에 안전하게 투묘할 때까지 숙련된 기술을 갖고 선박을 선도해야 할 의무를 부과하며, 승선 중에 발생한 모든 재난에 관한 책임을 지게 한다. 미숙련 또는 과실의 정도에

78) American Pilots' Association, *op. cit.*, p.21.

79) 1254년의 「Lo Statuto di Birca」, Wisby의 상법 및 해법, 「Lo Städtz-Lagh」는 1667년의 법전 공포까지 스웨덴의 상업을 규제했다.

80) 이 모델은 위스비법 제39조 및 1641년 한자법례집 제3장 제18조이며, 추후 이 규정은 1683년의 Cristiano 5세의 덴마크법 제3장 제24조의 모델이 된 것이다.

따라 신체형 또는 벌금형에 처한다. 악의·사기 또는 배신(malizia, dolo, infedelta)에 의해 선박을 잃었을 경우 원고는 그를 사형할 것을 요구할 수 있다. 다만, 불가항력에 의한 경우는 제외한다고 규정하고 있다.

Ⅲ. 근대도선제도

프랑스의 1681년 해사칙령(L' Ordonnance de la marine)은 최초의 근대적 해법이다. 해사칙령은 루이(Louis) 14세에 의해 1681년 8월 2일에 제정되었다.

해사칙령은 의심할 여지없이 로오드해법, 오레론해법, 위스비해법 및 한자시해법의 내용을 수용한 것이다. 해사칙령 서문에서 루이 14세는 “지금까지 명료하지 않았던 해사계약법을 정하기 위해 해사청의 조직 및 권한과 선원의 주된 의무를 규제하기 위해서 그리고 본국의 영토 내에 있는 항만, 연안 및 항로에 보다 좋은 제도를 확립하기 위해서 제정⁸¹⁾하였다.” 는 점을 밝히고 있다.

해사칙령은 당시에 해사분야와 관련하여 가장 광범위한 법령으로 해상법 이외에 해사공법과 해사국제법 규정도 포함하고 있다. 해사칙령은 제1편 해사청의 조직과 권한, 제2편 해상에서의 인원과 선박, 제3편 해사계약, 제4편 항만·연안·장박지 및 해안의 안전, 제5편 해상어업 등 총 5편으로 구성되어 있다. 이와 같이 해사칙령은 항해에 관한 최초의 종합법전이라는 점은 의심의 여지가 없다.

도선에 관해서는 제4절 제3장 도선사(des pilotes lamaneurs ou locmans) 부분에서 총 18개 조문으로 규정하고 있으며, 대부분 오레론해법을 수용한 것이며, 주요 내용⁸²⁾은 다음과 같다.

(1) 항구나 항행 가능한 하천을 출입하기 위해 도선을 설치할 필요가 있는 항구가 있는 경우 그 필요한 도선사의 수는 관할 군청 행정관과 지방 대표의 의견을 들어 해사청 담당관이 정한다.

(2) 25세 이상이 된 자로서 해사청 담당관 외에 군청 행정관이나 지방 대표 2명, 전직 도선사 2명, 전직 선장 2명 등이 시행하는 시험에 합격하고 해사청의

81) Alexander Justice, *op. cit.*, p.253.

82) 채이식, 「프랑스 해사칙령과 나폴레옹 상법전 해상편」(서울: 고려대학교출판부, 2005), 213~219쪽.

임명을 받은 경우에만 도선사 업무를 개시할 수 있다.

(3) 도선사의 자격을 심사함에 있어서 선박의 조종과 건조는 물론, 조류, 조수, 방파제, 유속, 암초 기타 그 설치 장소의 하천, 항구 및 포구를 출입하는데 장애가 될 모든 사유에 관해 지식과 경험을 겸비함이 확인되어야 한다.

(4) 도선사는 도선에 항상 닻 및 노를 설치하고 명령을 받은 즉시 선박의 원조에 임할 준비를 갖추어야 한다. 이를 위반하면 10리브르(livres)의 벌금에 처하고, 그 당시 위험의 정도에 따라 그 형을 가중한다.

(5) 도선사로 임명받지 아니한 선원은 누구든지 항구나 하천에서 선박이 입출항을 함에 있어 그 선박을 안내할 목적으로 도선을 자청하여서는 아니 되며, 이를 위반하면 체형에 처한다.

(6) 다만 정식 도선사가 없는 경우 어선 선박소유자를 위한 도선은 선장도 할 수 있다.

(7) 선박이 도선이 필요한 위험지역을 통과하기 이전에 도선을 위해 승선한 선장과 함께 있는 어선 선박소유자 앞에 정식 도선사가 나타나면 일단 그 정식 도선사를 도선사로 받아들여야 한다. 이때에 도선사의 보수는 선박소유자의 급료에서 공제한다.

(8) 음주상태에서 도선을 한 도선사는 5리브르의 벌금에 처하고, 1개월간 업무를 정지한다.

(9) 도선사는 선박이 도착하는 순서에 따라 도선을 하여야 하며, 원거리에 있는 선박을 근거리에 있는 선박보다 우선하여 도선할 수 없다. 이를 위반한 도선사는 25리브르의 벌금에 처한다.

(10) 도선사는 정박지 이상 멀리 나가 항구나 포구에 입항하려는 선박의 전방에 나타나서는 안 되고, 선장의 의사에 반하여 선박에 승선하지 못하며, 입항시에는 닻을 내리거나 항구에 계선하기 이전까지는 임의로 하선할 수 없고, 출항시에는 선박이 대해에 이르기까지 하선할 수 없다. 이를 위반하면 그 보수를 몰수하고, 30리브르의 벌금에 처한다.

(11) 도선사가 승선하면 선장은 즉시 선박의 흡수를 고지하여야 한다. 이를 해태한 선장은 숨긴 피티당 25리브르에 해당하는 벌금을 도선사에게 지급하여야 한다.

(12) 각 항구마다 해사청 집행관은 왕실 감찰관의 승인을 받고 관할 군청 행정관과 지방 대표의 의견을 들어 도선사의 보수에 관한 규칙을 정한다. 도선사의 급료는 이를 표로 만들어 해사청 서기과와 부두에 이를 게시하여야 한다.

(13) 도선사나 기타의 선원은 규정에서 정한 도선료 이외의 금액을 청구하지 못하며 이를 위반한 사람은 체형에 처한다. 다만 도선이 특히 위험하고 어려운 상황에서 이루어진 경우에는 해사청 담당관은 관련 화주의 의견을 들어 그 노력과 위험을 고려하여 특별한 고율의 도선료를 징수하게 할 수 있다.

(14) 난파의 위험 속에서 도선사 또는 다른 선원에게 한 약속은 이를 모두 무효로 한다.

(15) 도선사는 그 설치장소에 있는 정박지를 매일 방문하고, 거기에 유기된 닻이 있으면 이를 인양하여야 하고, 이를 24시간 내에 해사청 서기과에 신고하여야 한다.

(16) 만약 도선사가 수심이나 항로에 변경이 있다든가, 입표와 부표가 잘못 설치된 것을 발견한 때에는 해사청 담당관과 항만장에게 신고하여야 한다. 이를 해태하면 10리브르의 벌금에 처한다.

(17) 내국선이든 외국선이든 동일하게 선박이 항구나 포구로 진입할 경우 선장이 임의로 원하는 도선사를 신청할 수 있다. 출항시에도 입항시 도선을 한 그 도선사를 반드시 고용할 의무는 없다.

(18) 만약 도선사가 무지로 인하여 선박을 침몰시킨 때에는 태형에 처하고 영구히 자격을 박탈한다. 만약 고의로 방파제나 암반 또는 해안에 선박을 충돌시켜 침몰시킨 경우에는 사형에 처하고, 그 시체를 난파선 근처에 세워진 돛대에 매단다.

해사칙령의 도선관련 규정은 당시에는 완전히 독립적인 것이었다.

즉, 도선관련 규정은 도선기술과 선박의 운용만이 아니라, 최저연령의 제한과 그 외의 요건도 포함하여 도선사의 자격을 정하고 도선에 관한 실제 경험은 그 업무를 집행할 해안과 수로에 관해 증명할 것을 요구하고 있다. 도선선의 주의 깊고 적절한 유지는 형벌로 강제되고 거짓으로 도선사라고 신고한 자에 대해서는 벌칙이 내려졌고 이처럼 도선직업의 보호를 꾀했다. 한편 금주를 포함하여 도선사의 행위의 적당성이 요구됨과 함께 도선사는 항구의 갑문에서 선박의 입항

을 위해 서비스할 것이 요구되고 선박의 차별적 선택을 금지했으며 항구의 입출항 시 선박을 완전히 선도할 것, 수도의 장애물 등에 관해 보고할 의무가 부과되었고, 선장에 대해서는 형사제재 아래에 선박의 홀수를 바르게 알릴 의무를 부과했다.

도선료에 관해서는 공적으로 게시하도록 요구했고 부정한 강요를 금지했다. 이 상과 같이 전체적으로 루이 14세의 해사칙령은 그 이전의 법령과 비교하면 꽤 진보적인 내용을 규정하고 있으며, 이후 제정되는 유럽의 해법들은 해사칙령에 강한 영향을 받았다고 볼 수 있다.

第3節 各國 導船制度에 관한 比較法的 檢討

I. 영미법계

1. 영국

영국에서는 도선사 시험에 합격한 자에 한하여 도선사 면허가 부여되는데 면허도선사라 하더라도 도선자격이 주어진 구역을 넘어서 도선할 경우에 무자격 도선사로 본다. 면허를 부여받은 도선사 이외의 사람이 자격이 없이 도선면허 자격을 행사하거나, 그 외의 방법으로 면허도선사임을 사칭할 경우에는 형벌에 처한다. 그러나 무면허도선사라 하더라도 면허도선사를 구할 수 없는 특별한 사유가 있는 경우에는 도선할 수 있다. 무면허도선사가 도선을 해야 하는 특별한 사유의 경우, 그 허가는 지극히 제한적이며, 면허도선사의 보충적 기능을 할 뿐이며, 면허도선사가 도선할 것을 신청한 경우에는 이를 우선시한다.

도선사면허의 종류는 각 도선구마다 지방규칙으로 정한다. 예를 들어, 리버풀(Liverpool) 도선구에서는 1급, 2급 및 3급으로 구분되어 각각의 급수에 따라서 도선 선박의 크기에 제한을 두고 있다.

영국에서는 임의도선사에 관해서 예로부터 선박소유자의 사용인이라는 생각이 확립되어 왔고, 사법상 책임의 귀속에 관한 논의는 없지만 강제도선사의 지

위에 관해서는 1913년 도선조례와 그 이전의 상선조례 사이에 큰 차이가 있다.

영국의 강제도선제도⁸³⁾는 1812년 템즈 도선조례에서 처음 설치되었는데 강제도선사의 행위에 대한 선박소유자 면책규정은 1854년 상선조례의 의해 창설되었으며, 제388조에서는 “선박소유자 또는 선장은 도선사가 적법 또는 강제적으로 채용된 지구에서 도선사의 과실로 인하여 발생한 손해에 대해서는 책임을 지지 않는다.”고 규정하였다. 이처럼 도선사의 행위에 대한 선박소유자책임제한의 근거는 강제도선의 경우에 도선사는 선박소유자의 자유의사에 의해 고용된 것이 아니고 선박소유자는 도선을 신청한 자를 채용할 것이 강제되어 도선사의 행위에 대해 통제할 수 없기 때문에 도선사는 선박소유자의 사용인이 아니다. 선박소유자로부터 어떤 대리권도 받지 않았기 때문에 선박소유자의 대리인도 아니므로 강제도선사만의 행위로 인하여 사고가 발생한 경우에는 선박소유자는 보통법의 이론에 의해 책임이 없다는 것이다.⁸⁴⁾

이와 같이 강제도선사는 선박소유자의 사용인도 대리인도 아닌 법률의 강제에 의한 선박의 운항지휘자로서의 지위를 가지는 자이므로⁸⁵⁾ 선장은 이에 관해 간섭할 수 없다. 그러나 도선사가 법률의 강제에 의해서 운항지휘를 한다 해도 선장 그 외의 승조원은 그들 자신의 의무를 적절히 다할 것이 면제되지는 않는다. 예를 들어 도선사의 지시가 선박의 침몰에 관한 명령적인 것이라 해도 선박 자체는 여전히 선장의 통제 하에 있다는 것이다.⁸⁶⁾

따라서 선박소유자가 면책되기 위해서는 도선사가 실제로 선박의 운항을 담당하고 사고가 도선사의 태만 또는 기능부족에 의해서 발생했으며 선장 그 외의 승조원에게는 어떠한 귀책사유도 없음을 선박소유자 측에서 입증해야만 하는 책임이 부여된다.

그러나 1913년 도선조례에서는 강제도선사의 지위를 완전히 변경하였는데, 도선사는 선박 운항지휘자가 아니므로 선장 및 항해사의 운항지휘권을 배제할

83) 藤崎道好, 前掲書, 418面.

84) 도선사의 과실에 의한 도선사고의 경우 선박소유자에 대한 책임은 영국 런던의 도선구에서는 Trinity House 규칙으로 100파운드로 제한하고 있다.

85) John C. Bigham, *Lees' Laws of British Shipping and of Marine Insurance*(London: George Philip, 1881), p.115.

86) *Ibid*, p.115.

수 없으며, 단지 도선의 의무를 부담하는데 지나지 않으며 이 의무는 운항지휘를 하는 것보다는 오히려 조연의 방법으로 실행되는 것이라는 입장을 취하고 있다.⁸⁷⁾ 판례에서도 “도선사는 선박의 지휘에 관해 선장을 대신하는 자가 아니라 선장의 조연자로서 행동한다.” 라고 판시하였으며, 강제도선사에 대해서 선박소유자의 사용인이라고 판시한 판례도 있다.⁸⁸⁾

2. 미국

미국에서는 도선사의 면허는 각 주(state)의 법률 및 연안경비대규정(US Coastal Guard Regulations)에 의해서 도선사시험의 합격자에게 부여된다. 이들 도선사를 면허도선사(licensed pilot) 또는 브랜치도선사(branch pilot)라고 부른다. 뉴저지 주 및 텍사스 주에서는 예비도선사(deputy pilot)제도가 있다. 예비도선사는 피도선선에서 일정기간 동안 실습생(apprentice)으로 근무한 후⁸⁹⁾에 주어지는 지위이며, 예비도선사로서 다시 일정기간 근무를 한 후에 도선사 시험에 합격하고 도선사 면허를 받는다.

도선사 면허의 급수는 다수의 주에서 하나의 급수이지만, 이를 2개 급수 이상으로 나누고, 이에 따라 도선할 수 있는 선박의 크기에 제한을 두는 주도 있다. 즉, 사우스캐롤라이나 주, 버지니아 주, 델라웨어 주, 매릴랜드 주, 펜실베이니아 주에서는 도선사 면허를 3개 급수로 두고 있으며 노스캐롤라이나 주에서는 2개 급수를 두고 있다.

미국의 판례에서는 “도선사에게 침로 및 속력, 투묘(投錨)의 시기와 장소 및 방법을 결정할 것을 포함하여 선박의 행동이 일시적으로 귀속되는 또는 도선사는 선박 운항을 담당할 때 의심 없이 선장에 우선하며, ……선장은 운항에 관한 것을 제외하고 여전히 선박의 지휘권을 가진다.” 고 하는데 선장은 도선사의 고용에 의해서 자신의 선박지휘권을 포기하지 않는다. 그리고 도선사의 운항으로 충돌이 명백한 위험을 포함하는 경우에는 선장은 도선사에 대해서 간섭하고 경고하고 또는 필요에 따라서 스스로 지휘해야 한다.

87) NJJ Gakell, C Debattista and RJ Swatton, *Chorley & Giles' Shipping law-8th ed.*(London: Pitman publishing, 1994), p.350.

88) *The Nord v. Bargrave Deane*(1916), pp.53~54.

89) 뉴저지주에서는 apprentice 4년이 필요함.

이처럼 도선사는 운항을 담당하지만, 그것은 선장의 지휘권을 배제하지 않고, 선장의 지휘권 행사를 보조하는 것이다. 캘리포니아 주는 1,000달러의 공적 보증금 제도를 두어 도선사의 책임을 제한하고 있다.

Captain A. Begelman⁹⁰⁾은 도선사의 지위에 관해 「미국 법에서는 미국의 선장은 항상 선박의 지휘권을 갖고 있다. 이 말은 전 세계 어디에서도 선장이 미국인 도선사나 외국인 도선사나 누구를 쓰더라도 적용된다. 미국법의 취지는 선박의 지휘권은 2명에 의해 대표될 수 없다는 점에 있으며 법이 ‘미국인 또는 외국인 도선사’를 강조하는 것은 ‘조언적 자격으로 선장을 보좌한다.’는 것을 나타내는데 지나지 않는다. 물론 이 법은 전 세계 모든 항구나 수역에 관계없이 적용된다. 이상과 같이 선장은 자기 선박에 관해서 항상 모든 책임을 진다. 만약 도선사가 선박에 위험을 불러오는 방법으로 업무를 집행한다면, 도선사가 선박에 위험을 주는 행위를 하지 않도록 감시하는 것이 선장의 책임이므로, 도선사로부터 선박을 돌려받아 선박에 안전한 방법을 취하는 것이 선장의 책임이다.」라고 설명하고 있다.

3. 캐나다

캐나다에서는 1934년 상선조례 제44장 제6부 제332조 제1항에서 “이 조례에 근거하여 도선료의 지급이 강제되는 도선구에서 선장 또는 선박소유자가 도선료의 지불이 강제되는 것은 그러한 도선구인지 여부를 불문하고, 면허 도선사를 고용 또는 면허 도선사에게 자신의 선박을 담당하게 할 것을 강제하는 것은 아니다. 도선업무의 수령은 임의적이다”라 규정하고 있다. 강제도선의 경우라도 도선료 지급의 강제만 있는 것으로 도선사의 고용 또는 업무 집행에는 어떤 강제도 없으며, 동조 제3항에서 「선박을 면허 도선사가 담당하거나 면허 도선사의 고의, 과실에 의해 멸실 또는 훼손이 발생했다는 이유로 선박소유자 또는 선장의 책임을 면제하지 않는다」라 규정하는 것⁹¹⁾으로 볼 때 도선사의 지위는

90) Captain Albert Begelman, “Manager of the Maritime Coast Pilots”, N.Y. Times, Battery Place(1991.11.19.), p.4.: Captain A. Begelman은 제2차 세계대전 중 카리브 연안에서 침몰된 선박의 선장으로 구명보트를 타고 9일 동안 표류 끝에 구조되었고, 그 후 미국 해상전문가협회회장(President of American Merchant Maritime Veterans Association)으로서 선장의 지위에 관해서 N. Y. Times에 인터뷰한 speech의 요지를 번역함.

조언자적인 것으로 생각할 수 있다.

II. 대륙법계

1. 독일

독일 도선법은 도선구에서 도선업무를 수행하는 도선구 도선사와 도선구 이외에서 도선업무를 수행하는 도선구 이외의 도선사 두 종류의 도선사를 규정하고 있다. 도선구 도선사는 그 자격에 대해서 면허하도록 규정하고 있다. 도선구 이외의 도선사는 영업도선사이며, 일정조건을 충족하면 영업행위를 할 수 있다.

이 점이 양자의 법률상 지위의 현저한 차이점이다. 전자의 면허가 특수한 성질을 지니는데 반해서 후자의 자격은 일정조건에 충족하면 법률상 당연히 청구권이 발생하는 인가적 성질을 지닌다.

도선구 도선사에 대해서는 항해의 안전을 위해 상설 도선제도를 정비할 필요가 있는 도선구에 배치하기 때문에 국가의 엄중한 감독이 행해지고, 도선사 조합의 구성이 강제되고 있다. 그리고 도선구 도선사 중에는 사적 도선사 이외에 공무원인 도선사도 있다. 공무원인 도선사는 도선구 도선사의 규정을 공무원성과 충돌 하지 않는 한도에서 적용된다.

독일에서는 임의도선사에 관해서는 그것이 조언자적인 것이라는 것은 과거부터 연혁적으로 인정되어 왔는데, 강제도선사에 관해서는 견해가 나뉘었다. 강제도선사에 관해서는 도선사의 선임 강제와 프랑스와 마찬가지로 도선료의 지급 강제가 있으며, 전자의 경우에는 선박지휘권이 도선사에게 옮겨가는 것으로 생각되어져 왔다.

1954년 10월 13일 도선법 제1조에서는 “이 법에서 도선사는 관청의 허가를 얻어서 지구(地區) 및 항해에 정통한 조언자로서 해양 또는 항의 항로에서 직업으로서 선박을 선도하는 자를 말한다.” 고 규정하여 도선사는 공증인과 같은 유사한 자유직업을 가진 자이며, 그 지위는 선장의 조언자임을 명문으로 규정하여 입법적으로 해결하였다.

91) Commercial Code §332①.

2. 프랑스

프랑스의 경우, 1928년 도선법 이전에는 도선사의 지위에 관하여 견해가 나누어져 있었다. 1681년 해사조례 제4부 제3장 제18조의 주석이 “승선한 연안 도선사는 선박의 장(長)이며 지휘자이다. 항로를 선도하고 모든 조선(操船)을 실행하는 것은 도선사이며 선장은 그에 관해서 지시할 수 없다” 는 것에 연유한 것이었다. 그러나 통설 및 판례는 해당 선박의 성능을 정확히 알고 있는 선장이 모든 상황에서 운항지휘권을 확보할 수 있는 최적임자이며, 도선사는 선장에 대해서 분별 있는 조언을 하는 선장의 조언자라는 견해를 취했다.⁹²⁾

이상의 통설 및 판례의 견해는 1928년 도선법에 채용되어 도선사의 지위에 관한 논쟁은 입법적으로 해결되었다. 동법 제1조는 “도선은 항구의 입구 및 출구, 항내·정박지와 하천 및 수도의 해수역에서 선박을 선도하기 위해 국가가 임명하는 자에 의해, 선장에게 주어진 원조에 의해 행해진다.” 라고 규정하고 있다. 해당조문의 의의에 관해서 M. Marcel Lachaze는 “상법전 및 해사입법은 아무리 도선사가 승선해도 선박의 조종에 관한 기술적 책임을 선장에게 부과하고 있다. 제1조는 이 원칙을 명백히 단언하는 것이다. 도선사가 승선해도 선장이 여전히 조선 및 운항의 주인공이다. 왜냐하면 선장은 자선의 특성 및 결함을 도선사 이상으로 잘 알고 있기 때문이다. 도선사는 추종해야 할 항로에 대한 선장의 조언자에 지나지 않는다.” 고 설명하고 있다.⁹³⁾

프랑스의 도선사는 1급 선장면허를 소지하고 있는 상선의 사관들로부터 선발되고, 사관으로서 적어도 72개월의 해상경력이 있어야 하며, 그 경력 중에는 48개월의 선교에서의 항해경력이 있어야 한다. 신규 채용된 도선사가 그의 도선업무를 시작하면, 4개월 동안 그는 여러 가지 종류의 선박에서 기성 도선사를 동반하여 실제적인 훈련을 쌓아야 한다. 이들 훈련은 대략 500회의 도선이 된다. 이러한 훈련을 거친 후 신규 채용된 도선사는 점진적으로 더욱 큰 선박을 도선하게 된다. 도선사가 모든 선박을 도선하는 훈련기간은 적어도 5년이 걸린다. 최후로 프랑스에서 도선사의 민사책임은 선박의 안에서 선장에 대한 조언자로서 도선계약은 서비스제공의 사적인 계약이다. 결과적으로

92) M. Marcel Lachaze, “Pilotage-Pilote”, Dalloz, 8 et 9 Cahiers, *PARIS*(1928), P. 248.

93) *Ibid*, p.248.

도선사는 선박소유자에 의하여 고용된 것이 아니고, 법적으로 도선 중 선박소유자나 제3자에게 발생시킨 손실에 대한 민사책임으로부터 벗어날 수 없다. 그럼에도 불구하고 선박소유자는 자기의 선박을 위하여 그리고 자기가 고용한 선장의 행동으로 발생한 결과 때문에 도선사의 민사책임을 제3자에게 돌리는 것이다.

그러므로 만약 도선 중에 사고가 발생하면 피해자 선박소유자 그리고 제3자는 도선사를 상대로 법정에 내세울 수 있다. 이렇게 되면 모든 도선사는 값비싼 보험에 가입하여 위험을 방지하여야 하므로 도선요율에 이러한 비용을 반영하지 않을 수 없다. 그래서 프랑스에서는 판례에서 도선사의 민사책임을 일정 금액 이하로 제한하는 경향이 있다.

3. 이탈리아

이탈리아 구(舊)해운법전 제201조는 “선박을 선도하는 도선사는 항로를 정하고 돛·앵커·앵커체인·계류작업 이외에 선박의 안전에 관계된 모든 것에 관해서 지휘를 할 권리를 가진다.”고 규정하였다. 선장이 선박의 지휘자임을 정한 상법전 제504조 제1항과의 관계에 있어서 경합되고 있었다. 즉, 지휘권의 귀속과 그에 동반하는 책임소재에 관해서 곤란한 문제를 낳았으나, 1942년 항행법전 제92조 제1항은 “도선사는 항로를 제시하고 항행에 필요한 조종을 위한 선장의 결정에 대해서 보좌한다.”고 규정하고, 제93조는 “도선사는 선박의 손해가 항로 결정을 위해 자신이 제공한 정보 및 지시의 부정확함에서 발생한 것이 증명될 경우는 도선 중인 선박이 입은 피해에 관해서 책임을 진다”고 규정했기 때문에 도선행위의 본질은 항로에 관한 정보의 제공 및 지시와 선박조정상의 조언을 통해서 선장을 보좌하는 행위라고 할 것이다.

이에 추가하여 동 법전 제298조는 강제도선에 대해서 규정하고 있는데, 강제도선의 경우에도 선장은 항구, 수로 및 하천의 입출항시 및 운항이 곤란한 경우에는 스스로 선박을 지휘·조종해야 한다는 점을 규정하여 운항지휘권은 선장에게 있음을 밝히고 있다.

도선사의 민사책임과 관련 이탈리아 Genova의 도선사조합은 보증금 20만 리라를 공탁하는 제도를 두고 있다.

4. 네덜란드

네덜란드에서 도선사의 선내에서의 지위는 선장의 안내자 및 조연자이며, 선장은 선박의 지휘에 관해 책임을 진다. 네덜란드 도선규칙 제8장 제54조는 “도선사는 선장의 안내자 및 조연자이다.”고 규정하며 도선사는 선장 또는 그 대리인에게 필요에 따라 간섭받는다라는 조건부로 선장이 원하면 선박의 운항에 관해서 직접 명령을 내릴 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 도선사는 선장의 보조자적 지위를 가지며 운항지휘권은 선장에게 있다. 다만, 실제로 편의를 위해서 선장으로부터 운항의 실무에 관하여 위임받는 경우가 있는데 법률상 지휘권자는 여전히 선장이며, 선장은 필요에 따라 도선사에 대해서 간섭 또는 스스로 지휘를 해야 한다.

5. 일본

일본에서는 도선사만이 도선의 권리를 가지며 도선사 이외의 사람은 도선업무를 수행할 수 없다. 무엇보다도 이 경우에 도선이라 함은 도선구에서의 도선을 말하며 도선구 이외에 있어서는 도선법이 적용되지 않는다.

일본의 도선법과 선원법은 각각 별개의 법체계를 가지고 있으며, 상법도 도선사의 선원성에 대한 어떤 정의도 내려져 있지 않으므로, 학설상 분쟁이 되어 왔다. 그러나 이 문제는 상법의 적용상 특히 중요한 의의를 가지므로 규명되어야 한다. 종래의 통설은 도선사는 선원이 아니라는 입장을 취하고 있다.⁹⁴⁾

도선사 선원설⁹⁵⁾은 첫째, 상법상 선원은 선박의 운용에 관해 노무를 제공하는 일체의 승조원을 의미하며 노무공급에 대해 시간적 계속성을 필요로 하지 않는다. 이런 의미에서는 도선사도 선원이다. 둘째, 상법에서 도선료와 선원의 채권을 구별하고 있는 것은 선박우선평권의 순서를 정한 것에 지나지 않으며, 입법자가 도선사는 선원이 아니라고 해석했기 때문은 아니다. 셋째, 상법 제 690조는 일방적으로 선박소유자의 무과실책임을 규정하고 채권자를 보호함과 동시에 다른 한편으로는 위부면책(委付免責)의 유한책임을 규정한 것으로 그 입법 취지에 비추어 볼 때 동조항의 선원이라는 문자는 도선사를 포함하여 해

94) 藤崎道好, “導船士團體の組織と導船の運用” 「海事研究」 第49卷, 194面.

95) 上掲論文, 194面.

석해야 한다는 이유를 들고 있다.⁹⁶⁾

이에 대해서 도선사는 선원이 아니라는 학설은⁹⁷⁾ 첫째, 도선사는 도선법에 그리고 선원은 선원법에 의해 규정되는 것은 법률상 인격을 달리하기 때문이다. 둘째, 노무의 성질상 선원은 특정 선박에서 계속적으로 노무를 제공하는 사람이지만 도선사는 불특정 선박에서 임시로 도선구에서 노무를 제공하는 사람이다. 따라서 선원과 도선사는 성질을 달리한다.

이것을 달리 표현한다면 선원은 선박에 부속되고 도선사는 항로(도선구)에 부속된다는 것이다. 셋째, 상법에서 도선료와 선원의 채권을 나누는 것은 도선사와 선원이 별개의 인격이기 때문이다. 넷째, 상법의 선원의 의의는 동법의 선원의 장(chapter)에서도 그 외의 장소에서도 같은 의의를 가져야 한다. 더구나 제 690조는 민법에 대한 특칙으로 해석해야 하므로 동조의 선원 안에 도선사를 포함할 수 없다는 것이다.⁹⁸⁾

Ⅲ. 법계에 따른 도선사 제도의 차이점

비교법적으로 검토한 결과에서 도선사의 면허도선사에 대해서만 인정할 것을 원칙으로 하나 예외적으로 일부에서는 도선증명서의 행사, 무면허도선사의 사용이 허용되고 있다. 면허도선사에 대해서도 국가에 따라 여러 종류를 두고 있다. 여기서는 영미법계 국가와 대륙법계 국가의 도선법상 무면허도선사 사용의 양상에도 차이가 있고 면허도선사의 종류에도 약간의 차이가 있다.

도선사의 지위에 관하여는 운항지휘자인가 운항조언자인가에 대하여 대립이 있어 왔으나 지금은 거의 모든 국가에서 강제도선사인 경우에도 운항조언자로 보는 규정을 두고 있거나 해석하고 있다.

96) 上掲論文, 194面.

97) 上掲論文, 194面.

98) 藤崎道好, 前掲論文, 194面~195面.

第4節 우리나라 導船制度의 生成과 變遷

I. 연혁

우리나라에서 도선이 이루어졌다는 최초의 기록은 일본의 역사 기록에 나타난다. 9세기 일본인 승려 엔닌(圓仁)이 남긴 「入唐求法巡禮行記」에는 당시 왜의 遣唐使船(630년~894년)이 한국의 남해안을 거쳐 북한 항로로 향도할 자들을 선박에 태웠다는 기록이 남아 있다. 당시는 신라의 장보고가 제해권(制海權)을 장악하여 우리나라 황해는 물론 동남아 연안에 이르기까지 위세를 떨치던 시대로 왜의 당사선(唐使船)에 승선한 향도인들은 대부분이 백제인들이었다고 한다. 삼국시대에서 조선조 초까지 활발하게 전개되어 왔던 우리나라의 해상활동은 사대주의적 사고와 쇄국정책의 영향으로 그 명맥이 근근이 유지되었을 뿐이며, 특히 구한말까지 존속했던 조운제도(漕運第度)에서 도선제도의 효시를 확인할 수 있다. 조운제도는 국가재정의 기초를 이루는 안전운송에 중점을 둔 연안수송에 관한 것이지만, 조운규정⁹⁹⁾에 “수로에 익숙한 자로 하여금” 도선하게 한 전근대적 형태의 도선에 관한 규정이 있다. 이 조운제도에 의한 도선이 우리나라 도선사 및 도선업의 효시인 것으로 보인다고 한다.¹⁰⁰⁾

1910년 일본의 강제합병으로 해운에 관한 모든 행정이 일본강점으로 이관되었으며, 1915년 조선총독부령 제5호 조선수선령(朝鮮水先令)이 제정되어 도선사의 역할과 위상, 지위 등에 관한 구체적인 내용이 규정되었다. 1915년 9월 21일 공포된 조선수선령에 의해 동년 10월 1일자로 조선수선령시행규칙(조선총독부령 제102호)에 제정 시행되었는데, 이는 당시 일본에서 시행되고 있는 水先法(1899년 제정한 법률 제63호)과 수선법(水先法) 시행세칙(通信省令 제33호)에 준

99) 漕運은 삼국시대부터 조선시대까지 존속했던 제도로 토지에 과세된 組穀을 수송하는 官第이다. 漕運規程은 ① 航海, ② 積載, ③ 漕運期, ④ 監督, ⑤ 海難, ⑥ 漕卒의 定員과 服務의 6개 항목으로 분류되며, 航海編 제6항목에서 “漕船이 다가오면, 그 항로의 연안을 관할하는 수령은 每船마다 수로에 익숙한 자 2내지 3명을 승선시켜 도선하도록 해야 한다.”라고 규정하고 있다.

100) (재)한국도선사협회, 「도선사협회 30년사」(2009), 76쪽.

거한 것이다¹⁰¹⁾.

결국 우리나라에서 근대적인 도선제도가 도입된 것은 1915년 일제강점하에서 조선총통부령으로 조선수선령을 제정·시행하면서부터이다.

II. 도선법의 변천

1. 도선법 제정이전

(1) 일제강점기

앞에서 기술한 바와 같이, 우리나라 도선법령은 1915년 9월 21일 공포되어 동년 10월 1일에 시행된 조선수선령이 시작이다. 같은 해 조선수선령시행규칙이 전문 71개 조문으로 성문화되고, 조선수선인시험규칙이 제정·시행되면서 근대적 도선법전이 완성되었다. 조선수선령에 규정된 주요 내용은 다음과 같다.

① 수선면장 소유자에게 수선의 독점권을 부여하였다. 즉, 수선사는 수선면장을 가져야 하며, 수선구에서 수선사가 아닌 자는 수선을 하여서는 아니 된다고 규정하여, 수선사의 수선독점업무임을 선언하였으며, 독점제도의 실효성 확보를 위하여 벌칙을 규정하였다. ② 수선사는 자국민으로 한정하였다. ③ 수선사에게 정년제를 설정하여 만60세 이상인 자는 수선사가 될 수 없도록 하였다. ④ 수선사조합의 설립을 강제하고 그 규약은 주무부장관의 인가를 받도록 하였다. ⑤ 수선사의 업무상 위반행위는 해원심판소의 재결로써 징계처분하기로 규정하고 그 밖의 형벌을 규정하였다. ⑥ 압록강, 대동강, 인천항, 군산항, 목포항, 부산항, 원산항, 나진항의 8개 수선구로 지정하였다.¹⁰²⁾

(2) 미군정시

1945년 8월 15일 광복 이후 1947년 미군정에서 해사법규의 정비방안으로 수선제도 및 수선인 제도가 도선제도 및 도선사 제도로 그 명칭을 바뀌어 불리게 되었으나, 이는 미군정령 제33조에 의한 개칭에 불과한 것이었으며, 미국정은 일제하의 해사법령을 그대로 답습하는데 그쳤다¹⁰³⁾.

101) 위의 책, 91쪽.

102) (재)한국도선사협회, 앞의 책, 91쪽.

2. 도선법의 제정 및 시행

(1) 도선법의 제정·개정

1961년 12월 6일자로 “도선방법과 도선사의 자격을 규정함으로써 도선구에 있어서 선박운항의 안전을 도모” 할 목적으로 법령 제812호로 도선법이 제정·공포되었다. 1961년 이전까지는 일제하에 제정된 일본의 조선수선령을 근간으로 적용하였으며, 명문의 규정이 없는 사항은 관행에 의거하여 시행한 것도 사실이다.

1961년 12월 6일 법률 제812호로 제정·공포된 도선법의 주요 내용은 도선사의 자격을 법으로 규정하고 또한 도선하는 방법과 도선구에 있어서 안전한 항도로서 선박운항의 안전을 확보하도록 하였다. 전문 5장 38개조에 부칙을 두고 경과조치로서 본법시행 이전 도선사도 본법에 의한 도선사로 인정하였으며, 도선료의 청구권리와 도선사조합(협회)을 설립하도록 하고 벌칙조항과 도선선 의장사항도 명문화 하였다¹⁰⁴⁾. 도선법은 그 후 현재까지 정책적 고려 등의 필요성에 따라 시대에 맞게 개정되어 시대적인 조류에 부응하고 시행상의 문제점을 개선하면서 보완되어 왔다.¹⁰⁵⁾

(2) 도선법 시행령의 제정 및 개정

도선법시행령은 1962년 3월 10일자(각령 제525호)로 모법인 도선법 제38조에 근거하여 제정·공포되었으며, 그 주요 내용은 도선구별 명칭과 구역(관할)이 설정되었는바, 인천항 도선구를 비롯하여 군산항, 목포항, 여수항, 마산항, 부산항, 목포항, 제주항 도선구 등 8개 도선구와 구역으로 확정되었다.

상기 도선구 모두가 강제도선구가 아니고, 도선법시행령 제16조에서는 부산항 도선구, 인천항 도선구 중 팔미도 인천항간, 목포항 도선구만을 강제도선구를 규정하였다.

개항장에 입출항하는 선박에 대하여 강제도선을 채택한 것도 개개의 선박의

103) 위의 책, 92쪽

104) (재)한국도선사협회, 「한국도선사협회 도선사법령집」(2009), 5쪽.

105) 주요 개정 내용은 법제처 홈페이지(www.moleg.go.kr) 참조.

안전운항은 2차적인 것이고, 첫째는 당해 수역을 이용하는 불특정다수의 선박의 해양사고방지를 목적으로 함에 있다. 그리고 강제도선제도는 해상교통안전적 관점에서만이 목적이 아니고 경제적·군사적 또는 정치적 고려 등 특수사정을 감안하여 공권력에 의한 강제임을 알 수 있다.

각 도선구에 대한 도선사의 최소인원배치제는 도선법 제11조 및 동법시행령 제15조에 규정되어 있는 바, 이러한 제도는 공공적 의미에서 인원을 최소로 규정하여 두고 수시로 수요에 적응토록 하기 위한 정책적 배려에서 결정된 것이다. 이러한 최소인원수제도를 채택하고 있는 국가는 미국, 프랑스, 일본 등이 있으며, 우리나라도 이 제도를 채택하였다¹⁰⁶⁾.

도선법시행령은 그 후 2015년 말까지 35차의 개정절차¹⁰⁷⁾를 거쳐 보완하여 시대적인 조류에 부응하고 시행상의 문제점을 개선하는데 노력하여 왔다.

(3) 도선법 시행규칙의 제정 및 개정

1973년 11월 6일자(교통부령 제459호)로 도선법 및 도선법시행령에 근거하여 도선법 시행규칙이 최초로 제정·공포되었는데, 그 주요 내용은 다음과 같다.

도선법 시행규칙 제1조 제1항 및 제2항에서 도선수습생으로서 도선사가 되기 위한 도선수습의 기간을 6개월로 하고 동기간 중 15회 이상 승선하여 실무수습을 받도록 하고, 5,000톤 이상의 선박에 10회 이상 승선하여 실무수습을 받은 승선실적도 포함되어야 할 것으로 하고, 제1조 제3항과 제4항에는 교통부장관은 도선수습생의 위의 기간 중 실무수습을 마치지 못한 때에는 동 수습기간을 1회에 한하여 연장해 줄 수 있도록 하고 또 실무수습기간을 마쳤더라도 그 기간은 도선사 시험기일전 2년 이내의 것이어야 유효한 것으로 하였다.

도선법 시행규칙 제2조에서는 도선사가 긴급히 필요하나 실무수습을 받은 도선사가 없는 도선구의 경우 도선사시험에 합격하고 5,000톤 이상의 선박의 선장으로서 풍부한 경험만 있으면 실무수습을 거치지 아니하여도 되지만, 다만 당해 도선구에서 일정 횟수 이상 “항해종사” 한 경력이 있어야 할 것으로 하였는데, 그 횟수를 “15회”로 규정하였다.

106) (재)한국도선사협회, 앞의 책, 53쪽.

107) 주요 개정 내용은 법제처 홈페이지(www.moleg.go.kr) 참조.

도선법 시행규칙 제3조 및 [별표1]에서 도선사가 되기 위해서는 정밀신체검사에 합격해야 하는데, 동 신체검사는 교통부장관이 지정하는 종합병원에서 지정된 기일에 받아야 하고, 도선사의 건강에 이상이 있을 때에는 정밀신체검사를 받게 조치할 수 있으며 신체검사 소요비용은 도선사가 부담하도록 하였고 신체검사의 기준은 [별표1]로서 정하였다.

도선료는 [별표2]에서 정하였는데, 그 내용은 도선구별, 선박의 운항구역별, 기관을 사용하는 선박의 경우 그 톤수의 구분별(1,000톤, 흘수 3m 기준) 범선 등에 따라 금액에 차등을 두게 하였다. 또한 공동도선료는 대형선박을 도선할 경우 선박측의 요청이 있는 경우 도선사 2인 이상이 공동으로 도선한 때의 도선료로서 [별표2]의 도선료에 5할을 가산한 금액으로 하고 야간도선료로 [별표2]의 도선료의 5할을 가산한 금액으로 하는데, “야간”이라 함은 일몰시부터 일출시까지로 하되 기준은 다음과 같이 계절에 따라 다르게 하였다.

즉, 1월부터 3월까지는 18:00-07:00, 4월부터 6월까지는 19:00-05:00, 7월부터 9월까지는 19:00-06:00, 10월부터 12월까지는 17:00-07:00으로 하였다.

위험물적재선박의 도선료는 [별표2]의 도선료의 2할을 가산한 금액으로 하였으며, 도선사가 도선을 시작하기 전에 미리 약정한 도선시간으로부터 1시간 이상 경과한 때에는 그 1시간 마다(1시간미만은 1시간으로 계산한다) [별표2]의 도선료의 2할에 상당하는 금액을 도선대기료로 청구할 수 있게 하였다. 또한 도선사가 도선을 시작하기 전 1시간 이내에 도선을 요청한 선박 측의 사정으로 도선을 취소할 경우 [별표2]의 도선료의 2할에 상당하는 금액을 도선 취소료로 청구할 수 있게 도선법 시행규칙 제9조에 명시하였다.

도선법 시행규칙 제10조 제1항에서 도선사조합(도선사조합이 없는 도선구의 경우에는 도선사)이 도선실적조서와 도선실무용 시설현황조서를 매월 말일 현재로 작성하여 익월 15일까지 교통부장관에게 보고하도록 하였고, 제10조 제2항에 매4분기에 손익계산서 또는 이에 준하는 서류를 당해분기 경과 후 1개월 이내에 교통부장관에게 제출하도록 하였다. 또한 도선법시행규칙 제11조에서 도선사는 도선법 제30조 제2항에 의하여 도선의 확인을 받아야 하며, 이 경우 도선일시, 도선구, 국적별 선박명, 톤수 및 도선료 등을 기재한 도선명세서를 앞의 보고서와는 별도로 제출하여야 한다고 하는 등 말쑥의 소지가 많은 부분

과 도선사에 관한 사항 그리고 도선료에 관한 사항을 구체적으로 규정하였으며, 도선료도 달러화로 기준을 정하고, 최저 미화 23달러-28달러, 최고 55달러까지로 하여 할증료를 가산할 수 있게 하였다. 아울러 비고란을 두어 용어가 애매하거나 해석의 차이가 있을 수 있는 것을 다시 정리하여 명시하였다.¹⁰⁸⁾

도선법 시행규칙은 그 후 오늘날까지 필요에 따른 개정절차¹⁰⁹⁾를 통하여 시대적인 조류에 부응하고 시행상의 문제점을 개선하는데 노력하여 왔다.

Ⅲ. 도선법상의 주요 도선제도

1. 도선관리제도의 유형

역사적으로 볼 때 초창기의 도선업무를 개인에 의하여 수행되어 왔다. 그 후 항만당국에 의하여 수행되었다. 특히 도선업무(Pilotage)는 항만에서 제공되는 주요한 안전서비스의 하나로 항만에서의 안전은 물론, 항만서비스의 질을 결정하는 중요한 요소 중의 하나이기 때문에 오늘날에는 거의 모든 국가에서 정도의 차이는 있겠지만 항만당국이 도선업무를 관리하고 있다. 이와 같이 오늘날 도선관리제도는 자국의 여건에 따라 다양한 형태를 보이고 있는데, 국가가 부여하는 자율성의 관점에서 자율운영제(자유계약제), 국가운영제(공영제), 혼합운영제(절충제)로 크게 구분할 수 있다.¹¹⁰⁾

(1) 자율운영제(자유계약제)

자율운영제(자유계약제)는 도선업무를 순수하게 개인의 영리사업으로 보고 자유직업인으로서 상인의 측면을 고려하여 도선업무를 도선조직의 자율에 맡겨두는 제도이다. 즉, 도선업무를 제공하는 도선사를 전문직으로 인정하고 자유직업인으로서 조합과 같은 자체적인 조직이나 기업형태에 의하여 자율적으로 운영하도록 하는 제도이다. 자율운영제(자유계약제)는 임의도선구, 도선면허 없이도 도선이 가능한 해역, 항만구역 내의 도선에 있어서 도선조직에 최대한의 자

108) (재)한국도선사협회, 앞의 책, 153~154쪽.

109) 주요 개정 내용은 법제처 홈페이지(www.moleg.go.kr).

110) 강중희외 5인, 앞의 책, 77-78쪽.

을성을 인정한다. 그러나 도선업무의 공공성과 선박운항 및 항만의 안전성, 해양오염의 방지 등의 관점에서 변형되거나 다소 제한된 형태로만 존재할 뿐, 완전한 자율운영제(자유계약제)를 채택하는 국가는 없다.

자율운영제(자유계약제)의 장점은 다음과 같다. 첫째, 자율성이 최대한 보장되기 때문에 도선사 스스로의 책임감과 사명감이 충만하여 전문직 종사자로서 도선기술의 연마와 사고방지에 노력함으로써 양질의 도선서비스 제공과 도선사고의 감소효과가 있다. 둘째, 도산사간에 경쟁체제가 유지됨으로써 경쟁력 없는 도선사는 자연적으로 도태되어 양질의 도선서비스가 제공될 수 있다. 셋째, 도선구역별 도선사의 정원통제가 거의 없어진다.

자율운영제(자유계약제)의 단점은 다음과 같다. 첫째, 도선사 또는 도선조직에 의하여 도선업무가 자의적으로 운영될 경우 공익을 저해할 우려가 있다. 둘째, 항만당국의 적절한 통제를 받지 않기 때문에 선박운항의 안전성 확보와 항만의 효율적 운영에 어려움이 수반될 수 있다. 셋째, 도선업무의 경쟁격화, 대형선사와의 예측화에 따른 도선료의 인하경쟁 및 과로로 인하여 오히려 양질의 도선서비스를 기대하기 어렵다. 넷째, 도선사는 단지 도선업무 수행자에 그치고 항만안전관리 부문에서의 역할을 기대하기 어렵다.

(2) 국가운영제(공영제)

국가운영제(공영제)는 국가가 주체가 되어 도선업무를 제공하는 제도로써 일반적으로 정부조직내 또는 별도의 공공기관을 두어 운영하는 제도이다.

즉, 국가 또는 항만당국이 주체가 되어 도선업무를 제공하는 제도이다. 국가운영제(공영제)를 채택하는 이유는 운하 등과 같은 특수도선구역에서 도선수입의 국고환수, 저렴한 요율로 자국 항만 입항선박에 대한 서비스 정책의 일환이다.

국가운영제(공영제)는 도선업무의 공익성과 해양오염방지 등을 중요한 목표의 하나로 인식하여 도선사에게 공무원 또는 공무원에 준하는 지위를 부여하는 한편, 도선사는 국가 또는 항만당국의 피고용자로서 급여를 받는 형태로 운영되는 제도이다.

국가운영제(공영제)의 장점은 다음과 같다. 도선업무를 국가에서 직접 관리하고 제공하기 때문에 공공성과 선박운항 및 항만의 안전성, 해양오염방지의 목

적에 가장 적합하다. 둘째, 도선수입이 항만기능의 제고 및 공익사업에 재투자될 수 있다. 셋째, 도선사의 진입장벽이 줄어들고, 도선사의 특권의식과 도선사에 대한 위화감이 감소한다. 넷째, 항만당국의 조직 내에서 도선사 및 항만의 안정·환경관리자를 상호 연계하여 항만운영의 효율성과 안정성을 최대한 확보할 수 있다.

국가운영제(공영제)의 단점은 다음과 같다. 첫째, 도선사를 봉급자로 보아 보수가 지나치게 낮을 경우 도선업무의 질적 저하가 우려될 수 있다. 둘째, 관료화된 도선조직의 속성상 자율성과 책임감이 부족하여 급변하는 수요자의 요구사항 및 서비스 수준에 적절히 대처하기가 곤란하다. 셋째, 도선사 수급의 경직성에 따라 예상치 못한 수요증가에 대처하기가 어렵다. 넷째, 도선사고가 발생한 경우 국가배상책임의 문제가 야기될 수 있다.

(3) 혼합운영제(절충제)

혼합운영제(절충제)는 도선제도의 목적에 부합하도록 도선업무에 대한 엄격한 관리와 감독을 시행함과 동시에 도선업무의 질적 향상과 항만효율성을 극대화하기 위하여 자율운영제와 국가운영제를 결합하여 도입한 제도이다. 혼합운영제(절충제)는 도선사가 도선사협회와 같은 조직에 의하여 도선업무를 제공하고 공공부문이 이를 관리·감독하는 형태로서 우리나라를 포함하여 전세계적으로 가장 보편적으로 운영되는 제도이다.

혼합운영제(절충제)의 장점은 다음과 같다. 첫째, 적절한 자율성과 공공부문의 관리·감독에 의하여 양질의 도선서비스 제공과 항만의 효율적인 운영이 가능하다. 둘째, 안정적인 도선수입에 의하여 도선사의 사기증대와 도선서비스의 질적 향상이 가능하다. 셋째, 공공부문의 수급계획에 의하여 도선서비스의 안정적인 공급이 가능하다.

혼합운영제(절충제)의 단점은 다음과 같다. 첫째, 공공부문의 관리소홀로 인하여 독점적 지위에 있는 도선사의 권익이 지나치게 강조될 가능성이 있다. 둘째, 도선업무 자체가 도선사의 수입과 관련이 있기 때문에 도선사의 공급확대가 경직되어 도선사의 공급체계가 불안정할 가능성이 있다. 셋째, 도선서비스의 독점성으로 인해 이용자의 요구가 무시되거나 도선서비스의 질적 저하가 우려

될 수 있다.

2. 도선사면허제도

(1) 도선사의 면허

도선사가 되려는 사람은 해양수산부장관의 면허를 받아야 하며, 이러한 도선사면허는 1종에서 4종까지로 구분하여 도선구별로 하며, 도선사면허의 기준과 종류에 따라 도선할 수 있는 선박의 종류는 다음과 같다.¹¹¹⁾

(2) 도선사의 결격사유

우선 ① 대한민국 국민이 아닌 사람, ② 피성년후견인 또는 피한정후견인, ③ 파산선고를 받은 사람으로서 복권되지 아니한 사람, ④ 도선법을 위반하여 징역 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 끝나거나(집행이 끝난 것으로 보는 경우를 포함한다) 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 2년이 지나지 아니한 사람, ⑤ 선박직원법에 따라 해기사면허가 취소된 사람 또는 선장의 직무 수행과 관련하여 두 번 이상 업무정지처분을 받고 그 정지기간이 끝난 날로부터 2년이 지나지 아니한 사람, ⑥ 도선사면허가 취소된 날로부터 2년이 지나지 아니한 사람은 도선사가 될 수 없다.

(3) 도선사면허의 취소 및 업무정지

해양수산부장관은 도선사가 ① 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 도선사면

111) 도선법 제4조(도선사면허): ① 도선사가 되려는 사람은 해양수산부장관의 면허를 받아야 한다. ② 해양수산부장관은 제1항에 따른 도선사면허를 할 때에는 다음 각 호의 등급으로 구분하여 제17조에 따른 도선구별로 한다. 1급 도선사, 2급 도선사, 3급 도선사, 4급 도선사: 동법 시행령 제1조의2(도선 대상 선박): ① 1급 도선사: 모든 선박, 2. 2급 도선사: 총톤수 7만 톤 이하인 선박. 다만, 총톤수 3만 톤 이상 7만 톤 이하인 해상안전법에 따른 위험화물운반선(이하 "위험화물운반선"이라 한다)은 제외한다. 3. 3급 도선사: 총톤수 5만 톤 이하인 선박. 다만, 총톤수 3만 톤 이상 5만 톤 이하인 위험화물운반선은 제외한다. 4. 4급 도선사: 총톤수 3만 톤 이하인 선박. 다만, 다음 각 목의 선박은 제외한다. 총톤수 3만 톤 이하인 해운법에 따른 여객선(같은 조 제2호에 따른 해상여객운송사업에 사용되는 경우 한정한다). 나. 총톤수 3만 톤인 위험화물운반선. ② 2급 이하 도선사는 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 모든 선박을 도선할 수 있다. 1. 1급 도선사와 함께 도선하는 경우.

허를 받은 사실이 판명된 경우, ② 면허의 종류별로 도선할 수 있는 선박 외의 선박을 도선한 경우, ③ 도선사면허 결격사유에 해당하게 된 경우, ④ 정기 신체검사를 받지 아니한 경우, ⑤ 신체검사 합격기준에 미달하게 된 경우, ⑥ 정당한 사유 없이 도선 요청을 거절한 경우, ⑦ 차별 도선을 한 경우, ⑧ 도선 중 해양사고(「해양사고의 조사 및 심판에 관한 법률」 제2조 제1호에 따른 해양사고를 말한다)를 낸 경우(다만, 그 사고가 불가항력으로 발생한 경우에는 그러하지 아니하다), ⑨ 업무정지기간에 도선을 한 경우, ⑩ 술에 취한 상태에서 도선한 경우 또는 같은 조 제2항을 위반하여 해양경찰청 소속 경찰공무원의 음주 측정 요구에 따르지 아니한 경우, ⑪ 약물·환각물질의 영향으로 인하여 정상적으로 도선을 하지 못할 우려가 있는 상태에서 도선을 한 경우에는 면허를 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 업무정지를 명할 수 있다. 특히 상기 ① 또는 ③에 해당하는 경우에는 면허를 취소하여야 한다.

해양수산부장관은 면허취소나 업무정지처분을 한 경우에는 그 처분의 내용을 해당 도선사에게 통지하여야 하며, 통지를 받은 도선사는 30일 이내에 해양수산부장관에게 면허증을 반납하여야 한다. 또한 해양수산부장관은 해양사고가 도선사 면허취소와 관련이 되어 「해양사고의 조사 및 심판에 관한 법률」에 따른 해양사고심판에 계류 중이면 이를 보류하여야 한다. 이 경우 해양수산부장관은 그 사고가 중대하여 업무를 계속하게 하는 것이 적당하지 아니하다고 인정할 때에는 해당 도선사에게 4개월 이내의 기간을 정하여 도선업무를 중지시킬 수 있다.

3. 도선구의 설정

(1) 도선구의 의의

도선구란 항만, 호천 및 연해구역에서 선박운항의 안전을 도모하고 경제적 또는 군사적 목적을 위하여 법령으로 정하는 일정한 수역을 의미¹¹²⁾하는데, 도선사의 승선을 의무화하는 강제도선구와 도선사의 승선을 임의로 결정할 수 있는 임의도선구로 분류할 수 있다. 현재 우리나라의 도선구는 도선법 제17조에

112) 강종희외 5인, 앞의 책, 38쪽.

서 “도선구의 명칭과 구역은 해양수산부령으로 정한다.” 라고 규정하여 명문화하고 있다.

우리나라 도선구는 1915년 8개구¹¹³⁾에서 2015년 12월 현재 13개구¹¹⁴⁾로 증가하였다. 이는 수차례에 걸친 경제개발 5개년계획사업이 성공함에 따라 1980년대의 급속한 경제성장과 수출입 화물량의 증가로 활발한 항만건설이 이루어져 입·출항 선박이 급증하였고, 선박의 안전운항과 운항능률의 증진을 위하여 도선구가 신설 및 확대된 것이다.

(2) 강제도선구

일반적으로 도선구를 지정하고 면허도선사를 도선구에 배치하는 목적은 선박항행의 안전과 운항능률의 증진을 도모함과 동시에 항내의 교통원활 및 항만기능의 보전과 원활한 운영을 도모하는 것이다. 따라서 도선제도의 본래의 목적에서 보면 도선구로 지정된 구역에서는 그곳을 출입하는 모든 선박에 대하여 전면적으로 도선사의 승무를 강제화하는 것이 바람직하다. 따라서 특히 외국적선의 출입빈도, 항만의 특수사정 등을 감안하여 특정의 도선구에 대해 특정의 조건을 설정하여 강제도선을 실시하는 것이 통상의 조치이다.¹¹⁵⁾

이런 점을 받아들여 도선법 제20조(강제도선) 제1항에서는 “① 대한민국 선박이 아닌 선박으로서 총톤수 500톤 이상인 선박, ② 국제항해에 취항하는 대한민국 선박으로서 총톤수 500톤 이상인 선박, ③ 국제항해에 취항하지 아니하는 대한민국 선박으로서 총톤수 2천 톤 이상인 선박(다만, 부산인 경우에는 예선에 결합된 부산으로 한정하되, 이 경우의 총톤수는 부산과 예선의 총톤수를 합하여 계산한다)의 선장은 해양수산부령으로 정하는 도선구에서 그 선박을 운항할 때에는 도선사를 승무하게 하여야 한다.” 고 규정하는 한편, 도선법 제39조 제3호에서는 “제20조 제1항을 위반하여 도선사가 승무하지 아니한 선박을 운항한 선장은 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.” 고 규정

113) 1915년 10월 1일 朝鮮水先令施行規則 전국 8구(압록강, 대동강, 인천항, 군산항, 목포항, 부산항, 원산항, 나진항).

114) 도선법 시행규칙 제17조(도선구) 13개구(군산항, 대산항, 동해항, 마산항, 목포항, 부산항, 여수항, 울산항, 인천항, 제주항, 통영항, 평택·당진항, 포항항).

115) 藤崎道好, 前掲書, 399面.

하여, 이른바 강제도선제도에 대하여 법정화하고 있다.

강제도선구를 지정하는 목적은 “임의도선구에서는 도선을 요청하는 선박의 안전운항을 목적으로 하는 것이지만, 강제도선구에서는 도선을 요청하는 개개의 선박의 안전운항 뿐만 아니라, 그 수역을 이용하는 불특정 다수의 선박에 대한 해양사고의 방지를 제1차적으로 고려하기 위한 것이다.” 라고 보는 견해¹¹⁶⁾가 있다. Asher 경은 “강제도선설치의 이유 내지 목적에 대해서는 각국마다 사정을 달리한다. 영국의 강제도선은 단순히 선박의 이익뿐만 아니라, 항만의 이익을 위한 것이다. 왜냐하면, 만약 선박이 항만의 입구부근에서 난파하여 침몰하게 되면, 해당 선박의 손해뿐만 아니라, 항만 및 다른 선박에 대해서도 막대한 손해를 입힐 것이며, 더 나아가 항만의 기능을 저해하는 결과를 초래한다” 고 주장¹¹⁷⁾한다. 결국 강제도선구의 지정 목적이 반드시 해상교통안전의 관점에서 뿐만 아니라, 경제적, 군사적 또는 정치적 사정¹¹⁸⁾ 등 각국의 특수 사정을 배경으로 하는 것이기 때문에 이를 일률적으로 판단하는 것은 곤란하다는 견해도 있다.¹¹⁹⁾

(3) 강제도선의 면제

일반적으로 국제관계는 신의칙의 원칙에 기초를 두어야 그러나, 강제도선에 있어서 자국선박에 대한 면제는 이러한 신의칙의 원칙에 예외라고 밖에 볼 수 없다. 자국선박에 대해 강제도선을 면제하는 것은 자국선박의 선장 등에 대해 면제의 특권을 부여한 것이며, 따라서 강제도선으로부터 얻는 수입의 대부분은 외국선박에 의한 것이다. 이러한 이유에서 강제도선제도의 목적을 경제적 측면에서 볼 때 도선사는 국가의 이익을 위해 봉사하는 것이라고 말하여도 과언은 아니다. 이와 같은 불평등 또는 불공정한 강제도선의 면제에 대해 학자 중에는 반대하는 견해도 있지만, 강제도선의 면제는 자국선 우대조치를 공공연히 인정

116) 岩田直榮, 「本邦水先第度と外國水先第度の研究」, 日本水先人協會, 24面.

117) Abbot, *A treatise of the law relative to merchant ships and seamen*, 14ed.(London, 1901), p.311.

118) 정치적 이유에 의해 강제도선이 지정된 예는 제2차 세계대전 후 일본에서 주로 미군군함의 안전을 위해 지정된 경우이다.

119) 藤崎道好, 上掲書, 399面.

하여 국제협약 뿐만 아니라, 각국의 정규제도로써 채택하고 있다.¹²⁰⁾

도선제도에 관한 국제적 기본원칙을 규정한 1923년 “해항의 국제제도에 관한 조약 및 규정(Convention and Statute on the international regime of maritime ports)” 제11조에서는 “각국은 필요한 기술적 자격을 가진 자국민에 대하여 강제도선을 면제할 수 있다.” 고 규정하고 있다. 즉, 어느 선박의 선장이 해당 강제도선구에 입항 및 출항한 충분한 경력이 있는 경우 일정한 조건을 충족하면 법령이 정하는 바에 의하여 강제도선을 면제받을 수 있다. 이러한 점을 반영하여 도선법 제20조 제2항에서는 “해당 선박을 안전하게 운항할 수 있다고 해양수산부장관이 인정하는 경우로서 ① 해양수산부령으로 정하는 대한민국 선박(대한민국 국적을 취득할 것을 조건으로 입차한 선박을 포함한다)의 선장으로서 해양수산부령으로 정하는 횡수 이상 해당 도선구에 입항·출항하는 경우(이 경우 해양수산부장관은 도선구의 특성을 고려하여 도선사를 승무시키지 아니할 수 있는 선장의 입항 및 출항 횡수와 선박의 범위를 도선구별로 따로 정하여 고시할 수 있다), ② 항해사 자격 등 해양수산부령으로 정하는 승무자격을 갖춘 자가 조선소에서 건조 및 수리한 선박을 시운전하기 위하여 해양수산부령으로 정하는 횡수 이상 해당 도선구에 입항 및 출항하는 경우에는 선장이 해당 도선구에서 도선사를 승무시키지 아니할 수 있다.” 라고 하여 강제도선의 면제를 명문화하고 있다.

4. 도선운영협의회의 설치 및 운영

해양수산부장관은 원활한 도선운영을 위하여 도선사를 대표하는 사람과 이용자를 대표하는 사람이 참여하는 도선운영협의회를 설치 및 운영하게 할 수 있다. 또한 도선운영협의회에서 협의 및 결정이 이루어지지 아니한 경우에는 해양수산부장관은 이를 조정하거나 다시 협의할 것을 요구할 수 있다. 도선운영협의회는 중앙협의회와 항만별로 설치하는 지방협의회로 구분하여 구성·운영할 수 있다.

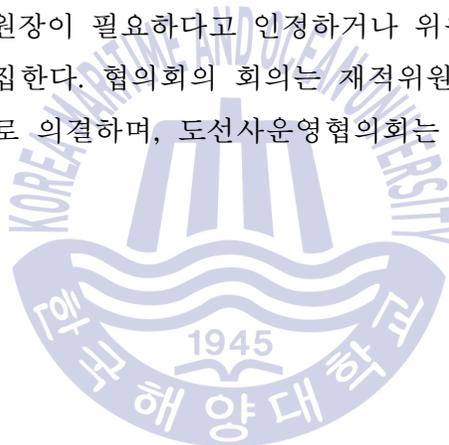
협의회의 위원장은 협의회를 대표하고, 협의회의 업무를 총괄한다. 협의회의

120) 上掲書, 405面.

부위원장은 위원장을 보좌하며, 위원장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 그 직무를 대행한다.

한편 중앙협회의 협의사항은 ① 도선사 수요의 결정에 관한 사항, ② 도선료 및 도선선료의 결정에 관한 사항, ③ 협의회 운영규정의 제정과 개정에 관한 사항, ④ 지방협회의 지도와 지원에 관한 사항, ⑤ 도선 이용자가 특정한 도선사를 선택하여 도선하게 하는 경우 그 선택 요건에 관한 사항, ⑥ 그 밖에 도선 운영에 필요한 사항이다. 지방협회의 협의사항은 ① 관할 도선구의 도선사 수요에 관한 사항, ② 관할 도선구의 도선료 및 도선선료의 산정에 관한 사항, ③ 도선사의 이용방법에 관한 사항, ④ 그 밖에 도선 운영에 필요한 사항이다.

협회의 회의는 위원장이 필요하다고 인정하거나 위원의 과반수가 요청하는 경우에는 위원장이 소집한다. 협회의 회의는 재적위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하며, 도선사운영협회는 협의회운영규정에 의하여 운영된다.



第3章 導船士의 法的地位에 따른 法律關係

第1節 導船士의 技能과 分類

I. 도선사의 기능

광의적으로 해석할 경우 도선사는 항내를 입출항하는 선박의 안전확보를 위하여 설치된 항만시설에 속하는 주요한 인적 기능조건의 하나이며, 항만안전을 위한 인적 설비라고 할 수 있다. 도선사는 항만내의 조류, 암초, 수심 등 안전에 대한 지식을 필요로 할 뿐만 아니라, 선박의 안전확보가 전제되고 있기 때문에 원근해 항행상의 많은 조선경험과 노련한 기능을 갖추고 있어야 한다.

도선사에게는 무엇보다도 고도의 기술과 함께 풍부한 경험이 중요시 되며, 변화무쌍한 기상조건에 즉각 대처할 수 있고, 선형의 다양화 추세에 적응할 수 있도록 끊임없이 자기연마는 물론, 도선안전서비스 향상과 도선사 자신의 안전을 위해서도 항상 노력이 요청된다. 결국 도선사는 해당 도선구역에 기항하는 모든 종류의 선박을 도선할 수 있는 선박조종능력이 있어야 하고, 도선과 관련된 모든 단속규정과 해양환경보전을 위한 요구사항은 물론 최신의 항해장비 등에도 익숙해야 하며, 해당 수역에만 존재하는 특수한 규정과 독특한 상태에 대한 전반적인 인식 등의 자질을 가진 사람이라고 할 수 있다.

한편 우리나라 도선법 제2조 제2항에서는 도선사를 “일정한 도선구에서 도선업무를 할 수 있는 도선사면허를 받은 사람” 이라고 정의하고 있다. 이에 따라 도선사는 주요 항구에서 법령이 정하는 바에 따라 면허를 받으며, 그 법령에 따라 권리를 갖고 의무를 수행하게 된다. 이는 대형 선박이 빈번하게 입·출항하는 주요 항구에서 안전을 확보하기 위하여 항만에 대한 전문적 지식을 가져야 할 뿐만 아니라, 선박의 조종에 있어서 전문가로서의 자격을 갖춘 사람에게 도선법을 통해 선박을 도선할 수 있는 면허를 부여함으로써 항만과 선박의 안전을 동시에 확보하자는 것이다. 따라서 도선사의 가장 중요한 기능은 항만

으로 입출항하는 선박의 안전한 접·이안을 향도하는 것이다. 즉, 도선사는 연안수역, 강, 수로 또는 항만의 입출항 수로를 따라 선박을 향도하는 도선서비스를 제공하는 사람으로서 통상적으로 부두로부터 수마일 떨어져 위치해 있는 선박에 승선하여 최소여유수심(under keel clearance)이 선박 흘수의 10% 정도인 수역을 위험한 환경하에서 통과하기도 하고, 해조류의 영향을 받으면서 준설된 항로를 안전하게 통과하면서 항만에 입·출항한다. 도선사는 선박의 안전한 입·출항을 유도하고, 항만의 안전을 지키는 파수꾼의 기능과 역할을 수행한다.

II. 도선사의 분류

도선사의 종류는 여러 관점에서 이를 분류할 수 있다. 우선 도선사의 선내지위에 의해 조연도선사와 운항도선사로 구분되며 제도상의 차이에 의해 강제도선사와 임의도선사로 구분되고, 선도하는 수역에 의해 항내도선사와 연안도선사 등으로 구분되는 것 이외에도 각국의 특수사정에 의해 다양하게 분류되어진다.

1. 선내지위에 의한 도선사의 분류

선내지위에 의한 도선사의 분류는 도선사의 지위를 선장의 단순한 조연자로 볼 것인가, 또는 선장을 대신하여 운항지휘권을 갖는 자로 볼 것인가에 의해 전자를 조연도선사, 후자를 운항도선사라고 한다. 이 경우 조연 또는 운항지휘라는 것은 법률적면의 행위를 가리키는 것으로 사실적면의 행위를 의미하는 것은 아니다. 임의도선사가 조연 도선사인 것에 대해서는 학설 및 판례 모두 이의가 없다. 강제도선사가 조연 도선사인가 또는 운항도선사인가에 대해서는 도선사의 과실에 의한 경우의 손해배상책임이 도선사에게만 있고 선박소유자에게는 없다는 입장을 취할 때는 강제도선사를 운항도선사로 보는 이론 구성으로 연결된다. 그러나 오늘날 다수의 국가가 인정하고 있듯이 강제도선사의 과실에 의한 경우에도 선박소유자에게 손해배상책임을 부과하는 입장에서는 강제도선

사의 지위를 조연도선사로 보는 것이 통상적인 이론구성이다.¹²¹⁾

도선사를 조연도선사로 인정할 것인가 운항도선사로 인정할 것인가에 대해서는 선박소유자의 책임을 결정하는데 있어 중요한 영향을 미치게 되므로 최근 각국의 실정법은 예를 들어 독일이나 이탈리아의 도선법처럼 도선사는 선장에 대한 운항상의 조언자라는 요지의 명문규정을 두고 해석상의 논란을 해소시키고 있다. 일반적으로 강제도선사라고 해도 조연도선사로서의 지위를 갖는 것을 인정하고 있는데 그럼에도 명문 규정이 없는 경우에는 해석상의 논란의 여지는 여전히 존재한다는 점은 부정할 수 없다.

2. 제도상에 의한 도선사의 분류

제도상에 의한 도선사의 분류는 선박운항자 또는 선박소유자 등이 도선사를 고용하는데 있어서 제도적으로 강제적인가 임의적인가의 구별에 의한 것으로 강제도선사와 임의도선사로 나눌 수 있다.¹²²⁾

임의도선사는 도선사의 고용 여부가 전적으로 선박운항자 또는 선박소유자의 자유의사에 의해서 결정되는 도선사를 말한다. 한편 강제도선사는 법령에 의해 도선사를 선임할 것이 강제된 경우의 도선사이며, “법령에 따라 특정 수역에서 선박을 지휘하기 위해서 승선해야 하는 도선사”이다.¹²³⁾ 각국의 법률에서는 선박운항의 안전을 위해 모든 선박 또는 일정 선박에 대해 일정한 수역 내에서는 도선사의 고용을 강제하는 강제도선제도를 채택하고 있다. 이러한 제도를 기반으로 고용되어지는 도선사가 강제도선사이다. 우리나라의 경우, 강제도선과 관련하여 강제도선 대상선박, 강제도선구역 그리고 강제도선면제에 대해서 도선법 제20조와 도선법 시행규칙 제18조에서 규정하고 있다.

강제도선사의 지위는 이를 조연도선사로 보느냐 또는 운항도선사로 보느냐에 대해서는 조연도선사로 보는 것이 각국의 추세이며, 강제도선사는 운항을 지휘하는 자가 아니라, 단순히 선장의 조언자로서의 지위를 갖는 것에 지나지 않음

121) 藤崎道好, 前掲書, 196面.

122) Thomas J. Schoenbaum, *Admiralty and Maritime Law(5th ed)*(West Group: ST. Paul Minn, 2012, p.745.

123) *Ibid*, p.160.

며, 선장은 자기 선박의 과실 운항으로 인하여 발생하는 모든 멸실 또는 훼손에 대해서 책임을 지게 되어 있다.

여기에서 문제점은 강제도선사가 운항도선사인가 조연도선사인가라는 지위를 떠나서 법률에서 규정하는 강제도선구에서 강제도선제도에 대한 부분이 문제이다. 왜냐하면, 선박운항자 또는 선박소유자 등은 자신이 원하던 원하지 않던 간에 해당 항만을 출입하기 위해서는 강제도선을 시행해야 한다는 점이다. 이 경우에 있어서 강제도선사에 의해서 손해가 발생하였을 때 책임의 주체 및 범위에 대한 문제를 해결해야 하는 문제가 남아 있다.

3. 도선구역에 의한 도선사의 분류

도선사가 활동하는 구역에 의한 구별로 도선구에 있는지 여부에 따라 도선구도선사와 도선구 이외의 도선사로 구분하며 항내인지 아닌지에 따라서 항내도선사와 연안도선사 및 해양도선사 등으로 구분한다.

도선사의 도선구역이 면허에서 허가하는 도선구로 제한된 경우를 도선구도선사라고 하는데 이는 항만·하천 등도 마찬가지이다. 선박이 항행하는 수로의 특성상 도선사를 승선시킬 필요가 있는 경우에 설정된 도선구에 대해서 도선업무에 종사하는 도선사이다.

도선구 이외의 도선사는 도선구로 규정된 수역 이외의 수역에서 도선하는 자로서 비도선구를 항행하는 도선사이다. 예를 들면, 독일의 경우에는 도선사의 자격을 정하여 면허를 허가하고 자유로운 영업으로 규제하는 제도가 있다.

도선사의 도선구역에 의한 분류는 항내도선사와 연안도선사, 해양도선사¹²⁴⁾로 이들 이외에도 천주(淺洲)도선사는 하천이나 수도 또는 항만 입구의 수심이 얇은 지역을 가로질러 선박을 선도하는 도선사이며, 하천도선사는 도선사 면허가 어느 특정 하천에서 도선하도록 제한된 도선사이다. Mud pilot은 물밑을 보는 것으로 수심을 측정하고 시각에 의해 작업하는 도선사로 영국에서 이 말은 ‘London Dock’ 과 ‘Gravesand’ 의 사이에서 선박을 도선하는 하천도선사를 나타내는데 사용된다. 해양도선사는 대양(open sea)을 항행하는 도선사이다.¹²⁵⁾

124) Sea pilot에 대해서는 Thomas J. Schoenbaum, *op. cit.*, p.639.

125) Mud pilot에 대해서는 Thomas J. Schoenbaum, *op. cit.*, p.479.

우리나라의 경우 도선구역을 법률로 지정하여 도선사의 영업구역을 한정하고 있으며, 해양도선사는 존재하지 않는다.

4. 면허에 의한 도선사의 분류

도선사는 면허의 유무에 의해 면허도선사와 무면허도선사로 나뉜다. 면허도선사는 일정 자격을 가진 자로서 도선업무를 수행할 수 있는 면허가 주어진 자이다. 현재 각국에서는 면허 제도를 채택하고 있으며 다수의 경우 도선업무를 면허도선사가 독점하고 있다.

현재 미국 남부의 모든 주에서 사용되고 있는 용어 중 ‘지방도선사(Branch pilot)’ 라는 용어가 있는데, 이는 “선박의 운항에 대해 숙지하여 그가 업무에 종사하는 특정 장소에서 선박의 입·출항 업무를 수행하는 면허를 지닌 항해사(licensed navigator)” 를 말한다.¹²⁶⁾ 이 용어의 기원은 런던의 ‘트리니티 하우스(Trinity House)’ 에서 유래된 것이다. 즉, 뉴캐슬의 트리니티 하우스(Trinity House)가 과거 특별한 수로에 관하여 도선면허를 교부한 것에 기인한다.¹²⁷⁾ 또한, 지방도선사(Branch pilot)은 “1865년 트리니티 하우스(Trinity House)에서 도선사에게 교부한 자격증명서” 라는 설명도 있다.¹²⁸⁾

무면허도선사는 면허 없이 도선업무를 행하는 사람을 말하며, 호블링 도선사(Hobbling pilot)는 지방적 수역에 대해 필요한 항해상의 지식을 가진 사람으로 면허가 없는 도선사를 말한다. 그리고 면허도선사의 역무를 공급할 수 없는 작은 항구에서 도선에 종사하는 사람을 일명 ‘호블러(hobblers)’ 라고도 부른다.¹²⁹⁾ 우리나라의 경우에는 도선사면허 없이 선박을 도선하는 경우가 두 가지가 있는데, 첫 번째는 임의도선구역에서 도선면제를 받은 해당 선박의 선장이 이에 해당되며, 두 번째는 조선소에서 선박의 상가 및 하가작업을 하는 도크마스터이다. 전자의 경우 무면허도선의 일종으로 ‘면제도선사(exempt pilot)’ 로 불리고 있으며, 선장이 도선면제증명서를 갖고 있거나 또는 선박이 일정 톤수 이하이기 때문에 도선사를 채용해야 하는 강제를 면제받은 경우, 당해 선박

126) *Ibid*, p.746.

127) 1962년 8월 31일 Lloyds List & Shipping Gazette.

128) The shorter Oxford English dictionary, 3rd. ed. (Oxford: Oxford University Press, 1973).

129) Thomas J. Schoenbaum, *op. cit*, p.751.

을 선도하기 위해 만약을 위해 채용하는 도선사이다.

5. 도크 마스터와의 구별

도크 마스터(Dock master)는 “도크의 갑문에서 선박의 출입을 감독하고 도크를 사용하는 선박의 운항을 지시하거나 관리하는 책임을 가진 항장에게 종속되는 공무원”¹³⁰⁾으로 정의되어 있다. 다수의 외국 항만에서 도크 마스터는 선박의 이동, 계류 및 정박을 조정하는 권한을 가지며, 그 명령에 의해서 선박이 이동할 경우에 선박은 강제도선사의 아래에 있는 경우와 같은 책임이 발생한다. 영국에서는 ‘Art of Parliament’에 의해 도크 마스터의 권한이 규정되고 현행 도선조례 시행 전에는 강제도선사의 운항책임 하에 있는 경우와 마찬가지로 선박소유자는 손해배상책임을 지지 않았지만, 현행 도선조례에 의해서 1918년 1월 1일 이후부터는 강제도선사의 행위에 대한 선박소유자 면책의 폐지와 때를 같이하여 선박소유자가 책임을 지게 되었다.

우리나라는 갑문으로 운영이 되는 항구는 오직 인천항뿐이다. 인천항의 갑문을 출입하기 위해서는 별도의 도크 마스터가 승선하는 것이 아니라, 인천항에 소속되어 있는 도선사에 의해서 인천항의 갑문을 입·출항하게 된다.

여러 외국의 ‘갑문’을 뜻하는 ‘도크’와는 달리, 조선소(Shipyard)의 선박을 건조하는 도크(Ship construction dock) 마스터는 거의 dock pilot¹³¹⁾에 해당하며 사기업인 조선소에 소속된 직원이고 그 직무 또한 수리선박의 입·출거, 입

130) *Ibid*, p.752; Rene De Kerchove, *International Maritime Dictionary* (New Jersey: Van Nostrand Reinhold co. Wiley), p.531.

131) 뉴욕항에서는 (sea pilot 및 coasting pilot 이외에도) docking pilot가 존재한다. Docking pilot은 통상 예선(曳船)회사에 고용되어 docking pilotage외에 예선회사에 의해 일정한 봉급을 지급받으며 docking pilot 승선 중에 사고가 발생한 경우에는 회사는 그 책임을 진다. Docking pilot은 tug boat의 deck hand 출신자로 해상 경력을 쌓은 후 코스트 가드 시험을 치르고 뉴욕지구의 tug master 면장을 취득한다. 단 dock pilot로서 별도의 등록은 하지 않으며 뉴욕주의 통제도 없다. Tug master 자격을 가진 자가 docking pilots association을 결성하고 masters & pilots' union에 참가한다. 뉴욕항은 뉴욕과 뉴저지의 양 주에 있는 New York, Newark, Elizabeth, Bayonne, Jersey City, Hoboken 등 각 항을 포괄하는데 docking pilot은 대 뉴욕항에서 작업에 종사할 수 있다. Docking pilot은 선박의 docking 또는 un-docking 작업을 수행하는 것 이외에 각 지구간의 선박의 shifting 작업도 한다. Docking pilot은 예선에 승선하여 본선에 도착하면 예선은 결색(結索)한 승조원에게 맡기고 자신은 본선에 승선하여 지휘한다. 우리나라에서 도크 마스터는 예선회사 소속이 아니라, 조선소 소속이며, 예선 또한 그 조선소가 소유한다. 또한, 도크 마스터는 도선사와는 달리 그 지방 해양수산청으로부터 도선 관련 면허를 별도로 발급받지 않고 있다.

거 중 선박의 보안 및 감시, 신조선의 진수 및 시운전 시에 이들 선박의 입·출항에 관한 업무를 수행하게 된다.

일반적으로 선박이 수리를 위해 조선소에 입거할 경우 항외 또는 항구에서 도크 마스터가 승선하고 선장은 이에 운항을 일임하는 관습이 있다. 따라서 조선소에 소속되어 있는 도크 마스터의 업무는 도선사의 도선행위와 어느 면에서는 일치한다.

선박등록업무를 마치지 않은 선박을 시운전할 때 도크 마스터에 의해서 선박이 시운전 되고 있다. 도선사의 입장에서 등록전인 선박은 불완전한 선박으로 간주될 수 있기 때문에 임의도선 의뢰를 수탁 받는다고 하더라도 아무런 조치 없이 해당 선박의 도선업무를 수행하지 못할 것이다.

관습적으로 도선구역에서 도크 마스터에 의한 선박의 운항행위가 이루어지고 있으며, 이는 엄격히 따진다면 위법한 사항으로 여겨진다. 왜냐하면, 현행 도선법 제19조 제1항에서는 “도선사가 아닌 사람은 선박을 도선하지 못한다.” 라고 규정하고 있어, 선장이 도선사 이외에 사람에게 도선행위를 하게 하는 것은 불법행위이다. 그렇다면 선장이 직접 운항하여야 하는데, 여기서 문제는 해당 선박이 강제도선구역을 항해하여야 하는 경우이다. 이 경우에는 해당 도선구의 도선사와 도크 마스터가 같이 승선하여야 한다. 그러나 실무에서는 도크 마스터가 직접 운항하고 있다. 이러한 이유로는 시운전 선박의 경우 미완성된 선박이기 때문에 선박국적증서 및 각종 보험증서 등 법정서류의 미비도 있지만 물적, 인적 및 조종성능 측면에서도 아직 완성된 상태가 아니라고 보기 때문이다.

그러한 선박을 운항하는 것은 보통 상태의 선박과 달리 특수한 운항기술을 필요로 한다. 그러나 이와 관련한 특수 기능을 지닌 도크 마스터에 대해서 자격 규정 등에 관한 법적 지위를 인정하지 않고 있는 실정이다.

일본의 경우 역시 이와 유사한 제도가 있는데, 일본 도선법도 한국 도선법과 마찬가지로 도선사 이외의 사람의 도선행위를 금지하고 있으므로 도크 마스터의 도선행위는 강제도선구 이외에서도 도선행위 자체가 법적으로는 금지되어 있으나, 종래에 관습을 존중하여 강제도선구 이외의 도선구에서 도크마스터의 도선행위는 묵시적으로 인정되어 왔다. 그러나 이러한 묵인은 법적으로 바람직하지 않다는 이유로 1957년에 선박직원법의 일부를 개정하여 법률에 명시적으

로 시운전선도 동법의 적용대상으로 하고 동법 시행규칙 제65조의3에 의하여 시운전선의 운항에 종사하는 사람은 선박직원으로서의 자격을 갖도록 하고 이에 따라서 종래의 법적 지위를 갖지 못했던 도크 마스터는 간접적으로 선박직원법상 지위를 부여받아 선박의 운항을 합법적으로 담당하게 되었다.¹³²⁾

이처럼 도크 마스터가 선박직원법상 선장으로서의 지위로 선박운항을 담당함으로써 강제도선구 이외의 도선구에서는 물론이고, 강제도선구에서도 도선법상 강제도선면제 규정의 적용에 따라 도선사에 의하지 않고 스스로 선박의 운항을 할 수 있게 되었다.

우리나라는 아직도 강제도선구에서의 시운전선박은 불편한 입장을 취하고 있으며, 일본과 같은 법적 제도도 마련되어 있지 않다. 입법론으로는 이처럼 선박직원법과 같은 간접수단에 의하지 않고 도크 마스터라는 특수한 운항기술자의 존재를 인정하고 직접 그 지위를 법률로 정하는 것이 바람직하다.¹³³⁾

第2節 導船士의 法的地位

I. 도선약관상 도선사의 지위

도선약관 제2조 제1항은 “도선사는 선박의 교통안전과 운항능률의 향상에 기여하며 선장의 조연자의 자격으로 도선업무를 성실히 수행하여야 한다.” 고 규약하고 있으며, 제2항은 “선장의 안전운항에 대한 권한과 책임은 도선사의 승선에 의하여 변경되지 아니한다.” 고 하여 도선사의 도선계약상의 법적 지위를 선장의 운항조연자로 규정하고 있다. 이처럼 도선약관에는 도선사가 운항의 조연자적 역할을 수행하게 된다는 것을 규정하고 있으며, 도선계약은 약관¹³⁴⁾에

132) 藤崎道好·丸山孝友, 「船舶職員法解説」(東京:成山堂, 1967), 136面.

133) 선박직원법 제4조(면허의 직종 및 등급)에 제2항의7을 신설하여 가칭 ‘조선소 근무 운항사’(도크마스터)를 삽입하여 그의 면허요건을 명시한다. 그리고 동법 제9조(면허의 취소, 등)에 그의 책임규정을 추가로 삽입한다. 결국, 항만 내에서 선박을 운항할 때 선박직원의 자격을 일시적으로 부여하여 그의 지위를 법으로 정하는 경우 등이다.

의한 계약¹³⁵⁾이기 때문에 선박소유자의 피용자 입장에 놓이게 된다. 즉, 민법상 사용자책임법리에 따라 도선사는 면책이 된다. 따라서 선박소유자의 필요에 의하여 도선을 요청하는 경우, 즉, 임의도선의 경우에는 사용자책임법리와 도선사는 운항조언자적 역할만을 수행하였기 때문에 책임문제에 있어서 선박의 운항 책임자인 선장의 책임이 인정되고, 결국 선장은 선박소유자의 대리인이므로 사용자에게 책임이 있는 것으로 귀결된다.

그리고 우리나라 도선약관에서는 임의도선과 강제도선을 구분하지 않고 있다. 또한 도선약관에 의한 도선사의 책임관계는 계약에 의한 책임이므로 공법상의 강제력은 없다고 할 것이다. 도선사의 주체로서의 지위에 대해서 상사주체성, 해상기업 보조자성, 국가기관유사성에 대해서 논의되고 있다.

1. 도선사의 상사주체성

우리나라 도선법에서는 도선사의 상사성을 찾아보기 힘들지만, 도선사를 선박사용인으로서 보고 그에 따른 주의의무와 책임을 부담하고, 선박소유자는 도선사에 대한 사용자책임을 부담한다고 한다.¹³⁶⁾

도선사의 면허는 지방해양수산청장이 발급하고 있으며, 사업자등록증은 도선업의 업태를 서비스업으로 하여 그 지방 해당 구역의 세무서장이 발급하고 있다. 우리나라 상법 제774조는 도선사도 발생한 손해에 대하여 선박소유자와 동일하게 책임을 제한할 수 있도록 하고 있으며, 동법 제795조에서는 운송인은 도선사에 의하여 발생한 운송물에 관한 손해를 배상할 책임을 면하도록 하고 있다. 동법 제878조~880조에서는 일방, 쌍방 및 도선사의 과실로 인한 선박충돌에 있어서 선박소유자는 손해를 배상할 책임이 있다. 이러한 것은 도선사의

134) 독일에서는 1930년대부터 약관을 “법률유사의” 또는 “법률과 동일한” 규범으로 보고 있었으나, 20세기 후반부터 약관은 계약의 구성요소로 이해되기 시작하여 현재 독일민법 제305조 제1항에는 계약의 구성요소로 명시되고 있다. 우리나라는 약관의 규제에 관한 법률이 시행되기 전에는 규범설을 취하자는 논자가 적지 않았으나, 현재 통설은 계약설이다; 김진우, “약관의 편입통제”, 「동북아법연구」 제8권 제3호, 전북대학교 동북아법연구소(2015), 325쪽.

135) 약관의 규제에 관한 법률 제2조 제1호에서는 약관을 “그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관 없이 계약의 한쪽당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용”이라고 정의하고 있으며, 약관은 계약의 내용이라고 천명하고 있다.

136) 정해덕, “도선사의 지위와 책임” *Korea Shipping Gazette* (2015.10), 2쪽.

상사주체성을 분명히 하고 있는 점이라고 본다.

2. 도선사의 해상기업 보조자성

해상기업의 인적 조직에는 육상에 선박소유자, 선박공유자, 선박임차인 및 그들의 고용관계자, 선박대리인, 선박중개인, 운송취급인 등이 있고, 해상에는 선장과 선원, 도선사, 예선업자 그 외의 많은 해상보조자(부두 선창업자, 통관취급인, 창고업자, 부선업자, 하역회사 등)가 있다.

도선사의 해상보조자로서의 성격을 검토하기 전에 민법상 이행(履行) 보조자 및 상법상 상업사용인 그 외의 사용인의 개념을 명확히 하고 양자의 관계에 대해서 검토하기로 한다.

사회생활이 복잡 광범위하게 됨에 따라서 개인의 활동은 개개인의 활동만으로 충분하지 않고, 일정한 계약에 의하여 타인을 사용함으로써 그 생활 목적을 달성할 수 있게 되었다. 이행보조자는 이러한 사회생활의 필요에 의해서 법적으로 인정된 개념이다. 채권자와 채무자로 나뉘고 채무자는 채무의 이행을 하여야 하며, 사용인과 피사용인으로 구분하기도 한다. 이 경우 ‘사용’은 사실상의 관계가 있으면 반드시 보조자가 채무자에 대해 부담하는 법률상 의무, 예를 들어 양자 간에 고용에 준하는 채권계약의 존재를 필요로 하지 않고 또 그것이 일시적인 것인지 계속적인 것인지를 묻지 않는다.

이행보조자와 채무자의 관계는 채무자가 채무의 이행을 위탁하고 손해의 발생을 방지하기 위해 필요한 간섭의 가능성이 유보되는 한, 채무자가 이행보조자가 될 수도 있어서 경제적 또는 사회적인 종속관계가 있음을 요하지 않는다. 따라서 채무자와 고용관계를 갖지 않는 독립기업자라 하더라도 이상의 요건을 충족하는 한 이행보조자가 된다.

도선사는 선박소유자 등 해상기업주체의 해상에서의 이행보조자임에 의문은 없다. 노무계약 특히 고용계약의 존재를 기본으로 한다는 입장을 취하는 것이 통설이지만, 위임 또는 도급계약으로 보면, 상기의 독립기업자로서의 지위가 인정된다.

일본 상법에는 상업사용인이라는 개념이 사용되고 있다. 상업사용인을 “계약에 의해 특정 상인에게 종속하여 그 대외적인 상업상 업무를 보조하는 자”

로 보면서 일정한 상인에게 종속할 것, 즉, 지휘복종 관계에 있으며, 고용계약이 존재하고 대외적인 상업상 업무에 대해 상인을 보조하는 자임을 요건으로 한다는 견해가 있다.

이 견해에 대해 첫째, 상업사용인에게는 고용계약의 존재가 전제가 될 것인가에 대해 설이 나누어져¹³⁷⁾ 현재에 고용계약이 있는 자를 협의의 상업사용인, 고용계약이 없는 자를 광의의 상업사용인으로 하고 상업사용인에는 광의 및 협의의 두 가지 뜻이 있다는 견해가 있다. 둘째 상업사용인을 상업대리인으로 해석하여 상업상 노무(상인 특유의 상업 기술적인 업무)에 복종할 것을 상업사용인의 요건으로 할 필요는 없다는 견해가 있다.¹³⁸⁾

일본 상법은 상업사용인을 지배인, 우두머리 종업원 그리고 지배인의 대리인 및 물품의 판매를 목적으로 하는 점포사용인의 3종으로 나누어서 규정하고 있다. ‘大隅健一郎’교수는 이들 모두 영업주에 의해 영업에 관한 대리권을 받았는가, 또는 적어도 법에 의해 대리권이 의제된 자이며, 전혀 대리권을 갖지 않는 사용인은 일본 상법상의 상업사용인에 속하지 않는다고 한다. 통설은 계약에 의해 상인에게 종속해서 상업상 노무에 임하는 자는 영업에 관한 대리권을 갖는지 여부를 묻지 않고 상업사용인이라고 한다. ‘豊田梯助’교수는 「상업사용인은 상인과 노무계약을 하고 상업적 노무를 제공하는 자」라며 종속 노동자뿐만 아니라, 교사, 의사 및 변호사 등의 독립노동에 가까운 자를 포함해서 그들이 고용, 도급, 위임 및 준위임의 계약, 즉, 노무공급계약을 하는 경우도 상업사용인에 포함시키고 있다.

이상과 같이 상업사용인의 개념에는 각 설이 있는데 상업사회의 실상을 감안하여 상업사용인은 노무 공급계약에 의해 상업상 업무에 종사하는 자이면 충분하다. 이에 따라서 도선사는 상업상의 상업사용인에 포함되는 자로 해석한다. 도선사는 동시에 광의의 의미에 있어서 이행보조자에 포함된다.

미국에서는 상업사용인제도는 없고, 그 대신에 상인의 영업을 보조하는 자로

137) 大貫良夫·渡辺和子 外 5人, 前掲書, 173面.

138) ‘Julius von Qierke’는 그 상법에 대해서 상거래·회계 또는 기장에 관계하지 않는 자는 상업사용인이 아니라고 하면서, 공업적 또는 기술적 생산보조인(운송영업의 운전수, 선박의 선원 등) 및 영업에 필요한 고등직업 준비교육을 받지 않은 자를 상사사용인에서 제외하고 있다.

대리인과 사용인이 있다. 대리인은 본인을 위해 제3자와 계약을 체결하는 권한이 주어져 있으나, 사용인은 단순히 기계적인 일을 하는 자이며, 제3자와 계약을 체결할 권한은 주어지지 않는다. 양자 모두 계약에 의해 본인과의 관계가 발생하지만, 그 주요한 차이는 본인을 위해 본인을 대신해서 행위를 할 수가 있는지 없는지 하는 점이다. 도선사는 후자인 사용인에 해당하는 자로 영국에서도 같은 견해로 보고 있다.

3. 도선사의 국가기관성

(1) 도선사의 공공사무역할

공공사무를 처리하는 자를 공무원이라 한다. 이러한 공무원은 국가 또는 지방공공단체의 사무를 맡아보는 사람으로서 사무범위에 따라 국가공무원과 지방공무원으로 나누며, 선임 및 근무 방법에 따라 일반직과 별정직으로 나눈다.

우리나라는 공무원에 대해서 국가공무원법에서 세부적으로 구분하고 있다. 국가공무원법 제2조 제1항에서 “국가공무원(이하 “공무원“이라 한다)은 경력직공무원과 특수경력직공무원으로 구분한다.” 라고 규정하고 있으며, 다시 경력직공무원은 일반직 공무원과 특정직 공무원으로 나누고 있다.

일반직 공무원은 기술 및 연구 또는 행정 일반에 대한 업무를 담당하는 공무원을 말하며, 특정직 공무원은 법관, 검사, 외무공무원, 경찰공무원, 소방공무원, 교육공무원, 군인, 군무원, 헌법재판소 헌법연구관, 국가정보원의 직원과 특수 분야의 업무를 담당하는 공무원으로서 다른 법률에서 특정직 공무원으로 지정하는 공무원을 말한다. 즉, 보편적이지 않은 특수한 분야에 독보적 기술을 보유하고 있는 공무원을 말한다. 만약, 우리나라 도선사가 네덜란드와 같이 공무원의 지위가 되어야 한다면, 특정직 공무원의 지위가 부여되어야 할 것으로 본다.

(2) 도선행위의 공공성과 국가기관유사성

우리나라 도선법은 제1조에서 “이 법은 도선사면허와 도선구에서의 도선에 관한 사항을 규정함으로써 도선구에서 선박운항의 안전을 도모하고 항만을 효

을적으로 운영하는 데에 이바지함을 목적으로 한다.” 고 규정하고 있다.

도선사의 업무는 선박항행의 안전확보, 항만기능의 원활한 운영 확보를 목적으로 하며, 그를 위해 선박의 도선행위뿐만 아니라, 항만시설의 유지확보, 선박의 항행관리 등 경찰업무를 수행하는 국가도 있는데, 그런 업무의 범위는 각 국가별로 해당 법률에서 달리 규정하고 있다. 따라서 도선사가 하는 행위는 공공적인 업무를 국가로부터 위임받은 기관으로부터 취득한 자격과 고도의 경험을 지녀야 하고 국가기관의 위임된 사무를 처리한다고 보는 입장에서는 도선사의 국가기관성을 인정할 수 있으나, 실제 국가와 도선사 간에 위임된 공무를 담당하는 특별권력관계가 형성되어 있지 못하다는 점에서 도선사의 법적 지위를 국가기관설에 의한 공무원성이라고 보기에 현실적으로 어려울 것으로 판단된다. 우리나라는 개인사업자의 형태로 모든 도선사가 사업자등록증을 가지고 있으며, 도선단체에서 이를 운영하는 형태이다.

따라서 상사주체성은 인정이 된다. 그리고 우리나라에서 도선업 자체가 자율 경쟁체제에 있지는 않는데, 이것은 우리나라의 수출입 물동량의 97% 이상을 해상운송이 담당하며, 그 선봉에서 항만의 질서를 유지하고, 안전을 확보함으로써 국가의 이익창출에 앞장서는 도선사가 자체 경쟁으로 인하여 자칫 안전을 저해하고, 항만의 질서를 어지럽히는 결과를 초래할 수 있기 때문이다.

거의 모든 국가에서도 이와 같은 이유로 도선사의 사적영역의 시장경쟁체제로 운영하지 않고, 공적 기관의 권능으로 운영되고 있음은 도선사의 법적 성격이 준공무원적 내지 국가유사사무권능의 기관으로 간주되기 때문이다.

II. 법적 성격에 따른 도선사의 지위

도선사의 법적 지위와 관련한 도선사의 분류는 도선사의 지위를 선장의 단순한 조연자로 볼 것인가, 아니면 선장을 대신하여 운항지휘권을 갖는 자로 볼 것인가에 따라 전자를 조연도선사, 후자를 운항도선사라고 한다는 것은 앞에서 검토한 바와 같다. 조연 또는 운항지휘라는 것은 법률적인 측면에서의 행위를 가리키는 것으로 사실적 측면에서의 행위를 의미하는 것은 아니다. 도선사가

승선하여 도선사의 본질의 업무인 선박을 선도하는 것, 즉, 선박의 도선행위의 본질에는 변함이 없다. 그러나 조연도선사 혹은 운항도선사 등으로 법률적 정의가 내려진다면, 승선한 도선사의 실질적 행위가 조연도선을 하였든 운항에 있어서 지휘를 하였든 둘 중 하나로 규정되어진 바에 따른 법률적 구속력이 발생할 수 있다.

도선 중인 선박의 도선사는 도선이 완료될 때까지 임시적으로 선장의 지위가 부여되는 것인가 아니면 운항을 지원하는 조력자에 불과한 것인가 도선사의 선내에서의 지위를 결정하는 문제는 해사법의 여러 가지 문제 중에서도 어려운 문제 중의 하나이다. 즉, “영업도선사는 선박의 지휘권을 선장으로부터 빼앗아 진정한 지휘를 할 수 있는가 아니면 그렇지 않은가”에 대한 문제이다. 도선사가 선박의 지휘권을 갖는 것이 본래 취지의 것인지 또는 요구에 의해 생겨난 것인지는 매우 중요한 효과를 내포하고 있으며, 이 논쟁은 각국의 국내법에서도 각기 다르게 해석된다. 경우에 따라서 이러한 규정이 없어서 외국의 수역에서 도선된 선박은 오로지 관할재판관의 판결에 일임하기도 한다.

오늘날 해사법의 통일을 사명으로 하는 학자들에 의해서 여러 법률들이 조약의 힘을 빌어서 각국의 국내법에도 계속 도입되고 있음에도 불구하고, 도선사의 지휘권 문제는 법률로써 해결된 일부 국가도 있으나, 여전히 미해결 부분으로 남아 있는 국가도 있다. 특히 미국이 그러하다.

운항지휘권 문제는 완전히 상반되는 두 의견이 상치하고 있었는데 이것은 현행제도를 해석하는데 있어서 주요한 학설 중 하나이다. 그 중 첫 번째 독일에 근간을 두고 있는 학설이며, 이에 대한 의견으로는 “도선사는 선내에서 선장 대신에 선박의 운항지휘권을 가지는 자”라는 의견이고, 두 번째 학설은 프랑스에 근간을 두고 있는 학설인데 그 의견은 “도선사는 선장에게 종속되어 조연과 원조의 기능만을 지닌 자이므로 선장의 통제와 명령에 복종하는 자”라는 생각이다.¹³⁹⁾ 다음에서는 전자를 운항지휘권자, 후자를 운항조연자로 지정하여 검토하고자 한다.

139) Crisafulli-Buscemi Salvatore, *op. cit.*, pp.408~410.

1. 운항지휘권자

운항지휘권자설은 운항지휘권이 선장에서 도선사에게 강제로 이전되었기 때문에 당연히 강제도선사의 행위에 대해서 선박소유자의 책임제한을 선언하는 국가에서 주로 주장되어 왔다. 즉, 1913년 도선조례 제15조가 시행되기 이전의 영국의 구(舊)상법전, 독일의 상법전, 포르투갈, 스웨덴 및 브라질에서 같은 견해를 취하고 있었다. 이러한 견해는 연혁적으로 강제도선을 규정한 몇몇 지방조례에 그 기초를 두고 있다.¹⁴⁰⁾ 그러나 이들 조례에 기초를 둔 운항지휘권자설은 그 이후 여러 조례에서 도선사는 선박의 지휘권을 행사하지 않고, 단순히 조언적 기능을 가지는 것으로 규정하기에 이르러 이론적으로 그 가치는 감소했다.¹⁴¹⁾ 지휘자인 도선사에 관한 독일의 견해는 선장 및 선박소유자에 대한 강제도선사의 독립된 지위를 정당화하는 것이며, 그 결과로서 선장 및 선박소유자는 도선사의 행위에 대해서 책임이 없는 것으로 귀결된다. 따라서 이러한 선박소유자의 책임제한을 금지해야한다면, 도선사의 기능을 조언적인 것으로 하든지 기업책임의 이론에 의해야만 한다.

Gray Hill은 이 지휘권의 문제에 대하여 “본질을 해명하는 열쇠” 라고 하였으며, 도선사는 지휘권에 있어서 선장을 대신할 권리를 지닌 자가 아니라, 운항에 관해서 선장에게 조언하는 것에 지나지 않는다는 것을 명문으로 규정해야 한다고 했다. Daniel Danjon은 지휘권의 양도에 관한 독일의 판례에 대해서 그 전제조건 및 결과에 오류가 있다고 하였다.¹⁴²⁾ 즉, 전제조건에 대해서 “사실 선장은 제3자에 의해 대신할 수 없는 개인적 책임을 선박소유자로부터 위임 받고

140) 이들 조례로서는 1922년 3월 14일의 ‘Pillau’항 조례 제4조, 1821년 1월 30일의 ‘Danzia’항 및 그 묘박지에 관한 조례 제5조, 1833년 8월 22일의 ‘Stettino’항 및 ‘Swinemunde’항 그리고 중간수역에 관한 경찰조례, 1842년 5월 4일의 ‘Stralsunda’항의 조례 제4조, 1853년 3월 11일 ‘Rostock’항 조례, 1901년 7월 29일 ‘Wilhelm Kanal’조례 등을 들 수 있다.

141) 이들 조례로서는 1897년 ‘Hamburg’ 조례 제5조, 1924년의 ‘Bremen’ 조례 제5조, 1927년 ‘Lubeck’ 조례 제7조, 1922년 ‘Ems’ 조례 제6조, 1920년 ‘Bassa Elba’ 조례 제15조, 1924년 ‘Kaiser-Wilhelm-Kanal’ 조례 제7조, 1922년 ‘Weser’ 수역조례 제7조 및 제11조, 1924년 ‘Wismar’ 조례 제1조, 1924년 ‘Warnemunde Rostock’ 조례 제1조, 1927년 ‘Stettino’ 및 ‘Stralsunda’ 조례 제1조, 1927년 ‘Stettino’ 조례 제50조, 1926년 ‘Konigisberg’ 수로조례 제9조, 1926년 ‘Pillou’ 및 ‘Konigisberg’ 조례 제3조 등을 들 수 있다; Crisafulli-Buscemi Salvatore, *op cit.*, pp.408-409.

142) Daniel Danjon & Jean Lepargneur, *Traite de Droit Maritime Vol.2 -2nd edition-*(Paris: Recueil Sirey, 1926), p.125.

있는 것이다. 선장은 양도 불가능한 신뢰관계에 의한 사명을 부여받고 항상 자신보다도 자격이 열등한 선원에 대해서 자신의 권한을 양도하지 못하게 되어있기 때문이다.” 고 하였다. 이러한 결과에 관해서 “선박소유자의 이익을 위해 수행한 임무에 관한 행위의 희생자를 실제로 보호할 수 없게 되기 때문이다.” 고 지적하였다.¹⁴³⁾

독일의 학설은 의제¹⁴⁴⁾적 구조를 내포하고 있다. 즉, 강제도선사는 선박 및 항해와 절대적으로 무관한 제3자로 여겨 순수 법률상 구성되는 의제에 기초한다. 그러나 도선사와 선장을 연결 짓는 도선계약이 존재하는 경우, 도선사가 선박을 도선하는 임무로 또는 선박소유자의 이익을 위해 노동할 때 도선사는 완전한 제3자일 수는 없다고 판단된다.

2. 운항조언자

도선사의 선내지위에 관해서는 이를 운항지휘자로 해석하는 입장과 선장의 운항에 관한 보조자 내지 조언자로 보는 입장은 입법상으로도 학설상으로도 대립하고 있지만, 현재는 후자의 입장이 다수설이며 통설이다.

일반적으로 도선사는 선장보다 우수한 선박운항 기술자일 뿐만 아니라, 특정 수역에서 수로의 상황, 풍조의 영향, 항행규칙 등 특수사정에 관한 경험 및 지식에 대해서는 선장이 따라올 수 없다. 그러나 개개의 선박의 조종성능에 관해서는 당해 선박의 선장이 더 우수하다.¹⁴⁵⁾ 따라서 도선사와 선장은 각각 선박의 운항에 관해 필요한 지식 및 기술에 있어서 각기 다른 분야에서 각자 뛰어난 특색을 가지고 있으므로, 선장 또는 도선사 어느 쪽에 선박의 운항권을 맡

143) 동 조문은 어떤 사유로 인하여 선장이 직무를 집행할 것이 불가능한 경우에 다른 사람을 그의 지위에 대신할 것을 강제하고 있는 것인데, 동 조문을 유추하는 방식으로는 도선사에게 적용할 수 없다. 왜냐하면 도선사의 기능은 선장 기능의 일부분에 지나지 않으므로 선장과 도선사는 유사성을 가지지 않기 때문이다.

144) 본질은 같지 않지만 법률에서 다를 때는 동일한 것으로 처리하여 동일한 효과를 주는 일. 민법에서 실종선고를 받은 사람을 사망한 것으로 보는 것과 같다.

145) 그렇지 않은 경우도 많다. 왜냐하면 선박은 용선주가 결정되면 항로가 결정됨으로 입항하는 항구에 몇 년간 계속 오는 경우가 많기 때문이다. 이러한 경우에는 선장보다 도선사가 그 선박의 조종성능을 더 숙지하고 있는 경우도 더러 많다. 또한, 선장은 조종성능이 특별하다면, 도선법상 그 조종특성을 도선사에게 고지하여야 한다(도선법 제13조제1항, 정보의 제공의무).

기는 것이 가장 적당한가에 대한 문제는 항행안전에 관한 입법론으로써 문제가 된다.

수에즈 운하규칙은 “도선사는 운항·정지·시동 등 개개의 선박의 특성 및 결합에 통달하기 어려우므로 경험 및 운하의 실제적인 지식을 선장의 처리에 맡기고 따라서 도선사는 선박의 조종에 관하여 조언만 하고 선박조종의 책임은 선장에게만 돌아간다. 조타·기관·예선에 관한 필요한 명령을 하도록 도선사로부터 공급된 지시를 고려하는 것은 선장이다. 비록 신속하게 조선하기 위해 편의상 선장이 도선사가 직접 명령을 내리는 것을 허가했다고 하더라도 그에 따라 실행된 행동에 관해서는 선장의 명령에 의해 실행된 것으로 보아 선장의 단독책임이 된다. 선장은 주야에 관계없이 자기 선박의 운항 또는 조종에 따른 모든 손해에 대해서 단독 책임을 진다.”¹⁴⁶⁾고 규정하고 운항에 관한 비중을 선장의 기능에 두고 있다. 이에 반해 도선사에게 운항지휘자로서의 지위를 인정하는 입장은 그 기능을 선장의 기능보다도 높이 평가한다.

다음으로 법률상 해석의 문제로써 도선사의 지위를 결정하는데 도선사가 승선한 경우 선장의 직접지휘의무 규정¹⁴⁶⁾을 어떻게 해석할 것인가가 문제 된다. 이 부분을 도선사가 승선시 선장과 도선사가 그 지휘권에서 서로 충돌한다고 보는 견해도 있으나, 그렇지 않다고 본다. 즉, 선원법 제9조에서 규정하고 있는 선장의 직접지휘라 함은 선박이 대양 항해를 마치고, 아직 도선점(pilot station)에 도착하기 전, 즉, 대양에서 연안에 접근하는 과정을 ‘항구를 출입할 때’로 해석할 수도 있다. 통상 ‘좁은 수로’라 함은 그 폭이 3마일 이하를 일컬음으로, 도선구역 내에서 ‘좁은 항로’는 그 폭이 불과 몇 백 미터인 경우가 대부분인 점을 감안하면, 선원법상의 ‘좁은 수로’는 도선구역 밖에서, 즉, 연안에서 항구로 접근하는 과정에서의 좁은 수로를 일컬을 수도 있다. 즉, 도선사가 승선한 경우를 굳이 선원법상의 선장의 ‘직접지휘’의무 규정에서 논하고 있지 않다고 본다. 따라서 선장의 직접지휘의무와 도선사의 도선권은 법 제정 취지에서 법적 충돌이 없다고 본다.

146) 선원법 제9조는 선장은 항구를 출입할 때, 좁은 수로를 지날 때, 충돌·침몰 등 해양사고가 빈번한 해역을 통과할 때 또는 위험 발생 우려가 있을 때 등은 직접 지휘하여야 한다고 규정하고 있다.

독일 학설은 도선사는 선박소유자의 통제와 명령에 복종하고 선내에서는 선장에 대해 종속적 지위에 있고 단지 조언과 원조 기능을 가진데 지나지 않는다고 본다. 도선사의 지위, 특히 임의도선사의 지위를 이처럼 생각하는 것은 해운국 대부분이 그러하며 영국에서도 국제조약의 영향력에 의하여 1918년 이후부터는 이런 입장을 채용하게 되었다.

운항조언자설은 프랑스의 1681년 해사칙령 제2부 제1장 제15조에서 확립되어 선장에 대해 도선사의 조언을 사용하는 것만이 강제되었다. 이러한 규정은 1860년 2월 27일 프랑스 해운대신의 ‘circulaire’ 에도 포함되어 있다. 프랑스 상법전 제227조에서도 “항만·하천 등의 입·출항의 경우, 도선사가 재선하는 상황에서도 선장은 스스로 지휘를 해야 한다.” 라고 규정하고 있으며, 해석상 같은 결과로 이어진다.

모로코 법전 제159조 제1항에서 “선장의 권한은 도선사의 재선 중이라도 완전하게 존재한다.” 라고 규정하고 있으며, 톤킨(Tonkino)의 도선을 규정한 1910년 10월 25일의 ‘decreto’ 제33조 역시 같은 취지에서 “도선사는 선장이 가진 지휘에 관한 모든 권한 및 권위를 빼앗는 것은 아니다.” 라고 규정하였다. 이에 추가하여 결정적인 규정은 프랑스의 1928년 법으로 제1조에 “도선은 항구의 입구 및 출구, 항내, 정박지와 하천 및 수도의 해·수역에서 선박을 선도하기 위해 국가가 임명하는 자에 의하여 선장에게 주어지는 원조행위에 의해서 행해진다.” 고 규정하며 도선사의 기능은 보조적 또는 조언적 원조로써 선박의 운항지휘권은 여전히 선장에게 남겨진다.¹⁴⁷⁾

도선사를 선내에서 선장에 대한 보조자 내지 조언자로 보는 입법은 1928년 프랑스법, 1942년 이탈리아법, 1954년 독일법 등에서도 채용되어 지금은 이러한 입법이 세계적인 추세라 할 수 있다. 일본은 현행 도선법 제47조에 근거하여 도선계약에 “도선사는 선장에게 조언하는 자” 임을 명문으로 규정하고 있다.

147) 도선사의 기능을 이처럼 보조적 내지 조언적인 것으로 해석하는 학설 및 판례는 많이 있다. ‘De Courcy’는 “선장의 지휘권을 폐지하는 학설은 지지하기 어렵다. 그것은 공공의 질서 및 지휘권의 존엄에 반한다. 도선사는 그 임무가 강제적인 것이든 아니든 조언자이다. 선장은 도선사에게 상담을 하고 지휘권을 계속 유지한다. 이와 같은 생각에서 프랑스 학설은 정당하다.”고 주장한다. ‘C. Demanangeat’, ‘Desjardins’, ‘Jacobs’, ‘De Valroger’, ‘Levillain’, ‘Lyon Caen & Renault’ 등의 학자들도 같은 견해를 취하고 있다.;

3. 운항지휘권자와 운항조언자의 비교

우리나라 도선법 제18조 제4항은 “선장은 도선사가 선박에 승선한 경우 정당한 사유가 없으면 그에게 도선을 하게 하여야 한다.” 고 규정하고 있다. 법률 문언상으로는 선장은 정당한 사유가 없으면 도선사에게 도선을 맡겨야 하므로 도선구역내에 승선한 도선사에 대해서는 도선사의 운항지휘권을 정당한 사유가 없는 한 인정하고 있다. 다만 ‘선장의 정당한 사유’의 범위를 따로 규정하고 있지 않음으로써 해석의 여지는 남아 있다. 그러나 운항지휘권 전체가 맡겨지는 것은 아니라고 본다.¹⁴⁸⁾ 왜냐하면, 도선법 제18조 제5항은 “도선사가 선박을 도선하고 있는 경우에도 선장은 그 선박의 안전 운항에 대한 책임을 면제받지 아니하고 그 권한을 침해받지 아니한다.” 고 명시적으로 본선의 책임자는 선장임을 규정하고 있기 때문이다. 도선하고 있는 경우로 규정하여 강제도선의 경우를 포함하는지에 대한 견해의 차이가 있을 수 있으나, 강제도선을 포함하는 것으로 보는 것이 타당하다고 판단된다. 따라서 이 규정에 따라 도선하고 있는 도선사는 조연도선사로 해석하여야 한다. 그러나 해석상의 문제를 제거하기 위하여 도선법 제18조 제5항에 “~~ 아니한다. 강제도선의 경우에도 마찬가지이다.” 라는 단서 규정을 신설할 필요가 있다.

도선사를 조연도선사로 인정할 것인가 또는 운항도선사로 인정할 것인가의 문제는 도선사와 선박소유자 사이의 손해배상책임에 결정적인 영향을 미치게 된다. 따라서 최근 각국의 실정법은, 예를 들어 독일이나 이탈리아의 도선법과 같이 도선사는 ‘선장의 운항상의 조언자’ 라는 명시적 규정을 두고 해석상의 분쟁을 해소시키고 있다. 일반적으로 강제도선사라고 해도 조연도선사로서의 지위를 갖는 것을 인정하고 있는데, 명문의 규정이 없는 경우 해석상의 분쟁이 존재할 수 있다. 따라서 이러한 분쟁을 해결하기 위하여 상기와 같이 도선법에 명시적인 규정을 둘 필요가 있는 것이다.

148) 선장의 정당한 사유에 대해서는 별도로 법리해석하지 아니하였다. 왜냐하면, 이 문장에서 주장하는 임의도선사의 조연도선사성은 선장의 정당한 사유의 범위와 관계없이 조연도선사로 밖에 볼 수 없다. 하지만 선장의 정당한 사유의 범위를 축소 해석한다면, 운항도선사로 볼 수 있는데, 그러한 해석은 제18조 제5항의 내용이 이 취지를 분명히 하고 있다.

4. 법률상의 지휘권과 사실상의 지휘권

우리나라 도선법은 도선사가 아닌 사람은 선박을 도선하지 못한다고 규정하고 있다. 특히 강제도선구 내에서의 도선은 선장이 아닌 도선사가 하도록 규정되어 있으며, 선장은 도선사가 아닌 사람에게 도선을 하게 하여서는 아니 된다고 규정되어 있다(도선법 제19조 제2항). 이 규정은 도선은 도선사가 하여야 한다는 뜻도 되지만, 선장 그 자신도 도선사가 아니기 때문에 특히 강제도선구 내에서는 도선을 할 수 없다는 뜻으로 본다. 도선사가 선박을 도선하고 있는 경우에도 선장은 그 선박의 안전운항에 대한 책임을 면제받지 아니하고 그 권한을 침해받지 아니한다(도선법 제18조 제5항). 이 규정은 도선구역 안에서 선장에게 도선권을 주었다기보다는 선장은 도선사의 도선권을 감독하여 선박의 안전을 확보하여야 된다는 규정으로 해석함이 옳다고 본다. 즉, 도선사의 도선권을 침해하는 것은 아니라고 본다. 만약 침해한다면, 같은 법에 서로 모순되는 법규정을 명문화하는 것은 법리에 모순된다고 보기 때문이다.

한편, 이러한 규정은 특별법우선의 원칙에서 보면, 즉, 도선법이 선원법보다 특별법의 지위에 있다고 해석하면, 선원법상 선장의 지휘명령권이나 또는 선장의 직접지휘권(선원법 제6조 및 제9조)보다 도선구역 내에서는 도선사의 도선권이 우선한다고 볼 수 있다. 또는 두 법이 동등의 위치에 있다고 해석할 경우, 도선사의 도선권이 선장의 직접지휘권 및 지휘명령권과 충돌하거나 대치한다고도 볼 수 있다. 한편, 이 두 법 규정이 상치한다고 보기 보다는 선박의 안전한 운항을 위하여 서로 보완적이라고 보아야 할 것이다. 왜냐하면, 어떤 해양사고가 발생 시 선장과 도선사는 공동정범의 위치에 서게 되기 때문이다.

우리나라 도선사가 도선요청에 의하여 선박에 승선한 경우, 일반적으로 다음과 같은 절차에 의하여 도선행위를 한다. 도선사가 피도선선에 승선하면 도선사와 본선 선장은 인사말과 함께 악수를 나눈다. 이 행위는 서로를, 즉, 본선을 도선하려고 승선한 본인을 ‘도선사’로 인정하고, 또한 본선에 승선한 도선사는 그의 앞에 있는 사람을 본선의 ‘선장’으로 상호 인정하는 행위로 받아들여진다. 그리고 나면 본선 선장은 본선의 흘수, 본선의 운항특성(maneuvering special character) 등을 도선사에게 제공하고, 도선사는 도선계획(pilotage plan)을 본선 선장에게 설명함으로써 당해 선박의 도선지휘가 사실상 도선사에게 위

임된다. 이 때, 도선사는 본선침로를 확인하고 좌 또는 우로 약간의 각도를 변경할 것을 조타수(helm's man)에게 명하여, 그것을 실행하게 함으로써 도선지휘가 사실상 도선사에게 있음을 확인시키기도 한다.

앞에서 검토한 바와 같이 도선행위는 선장의 운항지휘에 관한 보조적 행위 혹은 조언적 행위라는 것이 지배적인 견해이다. 그러나 현실에서는 선박의 운항을 위한 실제조종을 행하는 것이 통상의 업무형태이기 때문에 법률상의 운항지휘와 사실상의 운항지휘의 차이가 문제시 된다.

이러한 문제에 관해서는 선장과 도선사 양자가 선내에서 실질적이고, 관습적으로 어떠한 직무를 가지는가를 명확히 해야만 한다. 지휘권에 고유한 이론적 논의는 관습을 통한 검토에 의해서만 불합리 또는 잘못을 범하지 않고 해결할 수 있기 때문에 다음 두 가지의 상반된 관습에 관해 검토하기로 한다. 대표적으로 프랑스와 독일이 이에 해당된다.

독일의 관습에는 선장은 조선에 관한 지휘를 강제도선사에게 위임하는 것을 인정하지만, 선장의 모든 직무를 위임하는 것 또는 선장의 지휘권의 전면적인 마비를 초래하는 것은 부정한다. 선장은 도선사 다음과 같은 권한과 의무를 가지고 있다. 선장은 선교에 머무를 것, 선박의 용적, 흘수 및 속력 등 선박의 운항성능에 관한 필요한 요소를 도선사에게 정확하게 고지할 것, 도선사의 운항을 감독할 것, 도선사의 명령을 승조원에게 전달하고 그 명령의 완전한 실시를 확보할 것과 함께 도선사의 명령에 의한 조선을 통제할 것 등의 권한 및 의무를 가진다. 그리고 선장은 이상과 같은 권한 외에 도선사의 조선상 과실이 선박의 안전을 위협하는 경우에는 언제라도 도선사에게서 운항지휘를 빼앗아 스스로 운항지휘권을 행사하여야 한다. 이와 같은 관습은 많은 판례에 의해서 승인되었으며, 강제도선사에게 선박의 지휘를 위임하는 일을 강제하는 구독일 조례 안에도 규정되어 있었다.

선박이 절박한 위험에 처한 경우에 선장의 지휘권이 부활된다면 선장의 지휘권은 도선사의 존재에 의해 마비되는 것이 아니라, 정지상태에서 지속되는 것이라 할 수 있다. 왜냐하면 선장의 권한은 잠재적으로 살아있으며, 그것을 소생시킬 필요가 있을 때는 언제라도 즉시 다시 활동을 개시하며 현재화하는 것이기 때문이다.

다음으로 위의 관습과 반대의 입장에 있는 프랑스 관습에는 선장은 선박의 지휘권을 유지하고 선박지휘를 행하지만 이 때 도선사의 조언을 받는다. 그리고 도선사의 권위는 선장의 권위를 대신하는 것이 아니다. 그러나 선장은 도선사의 조언을 존중해야 한다. 침로의 지시는 도선사의 권한에 속하는 직무이며, 선장은 도선사의 직무집행을 방해할 수 없으므로 도선사에게 상담해야 한다. 이러한 조언에 따르지 않는 것은 통상의 경우에는 위법이 된다. 따라서 “통상의 선박운항이 도선사에 의해 승인되지 않고, 그 장소의 관습상, 도선사의 조언을 선장이 들어줘야할 의무가 있을 때에 이에 반하면 선장에게 책임이 발생한다.” 149)

Danjon은 이에 관해서 다음과 같이 서술하고 있다. “실제로 도선사는 좁은 수로에서 선장을 대신해서 조종지휘를 한다. 즉, 선박을 실제로 조종지휘를 하는 것이다. 왜냐하면 도선사는 선장에게 결여되어 있는 해당 수로에 관한 특별한 지식을 가지고 있으므로 도선사에게 맡기지 않으면 안 되기 때문이다.” 150)

이상과 같이 두 관습은 도선사에게 사실상 운항지휘를 위임하는 점은 같으나 법률상 운항지휘권의 귀속에 관해서는 중요한 차이가 있다. 이들 중 어느 쪽의 입장을 취하는가는 각국의 입법정책 및 관습의 문제이지만 많은 나라에서 선박의 전체적 지휘권은 선장에게 속하고 사실상 운항지휘만을 도선사에게 위임하고 있는 경향이다.

선장은 대양의 장기항해에 필요한 기술을 연마하며, 여객과 선박 및 화물 등을 안전하고 경제적으로 두 항구(출항항 및 목적항)를 항해하는 데에 선장으로서의 가치가 있다. 그러나 도선사는 기술적 지휘권을 행사하는 역할이다.

도선사는 선장과 다르게 항만 또는 항내의 일정한 도선구역 안에서 바람과 조류가 각기 다르고 가항항로는 좁고 통항량은 많고 또한 좁은 회두공간 등 열악한 제반 선박조종환경 속에서 안전하게 주어진 선박의 도선을 완성하여야 한다. 선장은 몇 마일을 다루지만 도선사는 몇 미터를 다룬다. 즉, 선장이 익히 알고 있듯이 도선구역 내에서 도선사에게 선박의 도선을 위임하는 것은 선장과 도선사 사이의 책임을 논하기 전에 선박의 안전을 논하여야 한다.

149) 우리나라 도선법 시행령 제20조(과태료의 부과기준)에 따른 [별표 4]항 참조.

150) Daniel Danjon, *op. cit.*, p.128.

第3節 導船士와 船長의 法律關係

I. 도선사와 선장의 법적지위 관계

도선사를 승선시키는 이유는 순수한 도선임무, 연락임무, 선박의 조종임무 및 선교지원임무 등으로 대별하여 볼 수 있다. 즉, 도선사로 인해 조류나 조석의 정확한 판단을 기대할 수 있고 육지의 근접수역 및 좁은 수로에서 그들의 경험을 이용할 수 있으며 특정수역의 교통상황정보를 얻을 수 있다. 또한, 그 지방의 VTS와 원활하게 교신할 수 있으며 육상과 교신할 수 있는 언어능력을 이용할 수 있다. 무엇보다도 도선사는 여러 선종의 많은 선박조종 경험으로 능숙하게 선박을 한정된 좁은 수역에서 다각도로 조종할 수 있다. 선장을 돕고 선장의 피로를 덜게 할 수 있다. 선박은 항해를 보조하도록 선교에 특별한 사람을 배치하는 것이 안전상 바람직하다. 도선사의 승선은 선박의 안전항해와 운항효율을 증진시키는 것은 의심의 여지가 없다. 도선사는 선박의 항해를 지시할 의무가 있고, 침로와 관련되는 한 선박을 조종할 의무가 있다. 선장과 도선사의 법률관계는 선장이 도선사에게 선박의 조종을 인계할 때 도선사는 선박을 조종할 법적인 의무와 책임이 있으며 선장은 도선사가 선박을 조종을 잘 할 수 없다는 명백한 증거가 있는 경우에 한하여 도선사의 조치에 관여할 권리가 있다¹⁵¹⁾. 승선중인 도선사의 법적 지위는 1968년 Ottawa에서 캐나다의 왕립 도선 위원회가 다음과 같이 적절하게 요약하였다. 즉, “선박을 조종하는 것과 선박의 지휘권을 갖고 있다는 것을 혼동하여서는 아니 된다. 처음의 표현은 서비스를 제공하는 과정에서 취하는 어떤 행동을 의미하고, 둘째 표현은 어떤 권리를 의미한다. 도선사가 항해를 지휘하고 있었는가 하는 의문은 사실에 관한 의문이

151) 우리나라 선박직원법 제11조 제2항은 선박직원에 대한 직무를 명시하고 있고 제1호에서는 선장은 선박의 운항관리에 대해서 책임을 지도록 하고 있으며, 단서조항에 “사망이나 질병 또는 부상 등 부득이한 사유로 선장이 직무를 수행할 수 없을 때에는 자동화선박에서는 항해를 전문으로 하는 1등 운항사가 그 직무를 대행하고, 그 밖의 선박에서는 1등 항해사가 그 직무를 대행한다.”고 규정하고 있다. 도선사는 선박직원법상 선원이 아니므로 도선사를 선박직원법상 직무대행권에 해당하는 자로 명시되어 있지는 않다.

고 법적인 의문은 아니다. 항해적인 목적으로 선박의 조종이 도선사에게 주어졌다는 사실은 도선사가 선장의 지휘권 위에 군림하였다는 것을 의미하지 않는다. 선장은 지휘권을 갖고 있으며 그것은 단절되지 않고 지속적인 것이다. 선장은 선상에서 최고의 지휘자이다. 선정은 하급자나 또는 선박의 항해를 위하여 자기가 고용한 외부의 보조자인 도선사에게 자기권한의 일부를 위임할 수 있고 또 하나는 위임하는 것이다. 권한의 위임은 권한의 포기가 아니고, 권한행사의 한 가지 방법일 뿐이다.”¹⁵²⁾고 언급하였다. 도선사의 과실로 인하여 발생하는 손해배상에 대한 선박소유자의 책임에 관하여 학설들은 두 가지 주장으로 대별할 수 있다. 첫째, 임의도선구의 도선사는 선장이 자기의 의사에 의하여 도선사를 고용하므로 선박소유자는 사용자책임에 의하여 손해배상의 책임이 있으나, 강제도선구의 도선사는 선장의 의사에 관계없이 승선하게 됨으로 선박소유자는 손해배상의 책임이 없다는 것이다. 둘째, 도선이 임의도선인가 강제도선인가에 상관없이 선박의 조종에 대한 최종적인 지휘권은 선장에게 있으므로 도선사는 선장의 보조자 역할의 지위에 있게 되고 따라서 선박소유자는 모든 경우에 손해배상의 책임이 있다는 것이다. 위와 같은 학설적인 주장이 있음에도 불구하고 세계의 모든 해운선진국에서 임의 또는 강제도선의 구별 없이 도선사의 과실에서 발생하는 손해에 대하여 선박소유자책임을 인정하고 있으며, 또한 그것은 관행적으로 이행되고 있는 것이 현실이다.

불법행위에 의하여 타인에게 손해를 끼친 자는 손해배상의 책임이 있는 것은 근대사법의 기본원칙이다. 도선사라고 하더라도 예외가 될 수 없다. 다만 입법자의 특별한 의도에 의하여 무책임으로 하는 입법이 행하여지고 있지만 그것은 특별히 다음 사항을 고려하고 있기 때문이다. 도선사는 선발되는 과정을 보더라도 도선행위는 어느 자유직업보다도 공공성이 강하고 신중하게 이루어지는 행위라고 볼 수 있으며, 약간의 판단착오(미미한 과실)에 의해서라도 거액의 손해를 발생시키는 경우가 많은 해양사고에 대하여 도선사에게 과실책임을 지운다는 것은 그에게 파산의 결과를 초래하게 하는 것이다. 따라서 도선사의 개인적인 재력을 고려하여 실제로 피해자가 도선사에게 손해배상을 청구하는 일은

152) 우병구, 「船舶操縱과 導船」, 한국해양수산연수원(2002), 22~23쪽; 박장희, “도선제도에 관한 비교법적 연구”, 한국해양대학교 대학원 법학석사 학위 논문(2011), 10쪽.

거의 없고, 대신 도선사를 고용하고 있는 또는 승선시킨 선박소유자에 대하여 기업자 책임을 묻고 있다¹⁵³⁾. 그러나 도선사로 하여금 전혀 책임을 지지 않게 하는 것은 근대법의 원칙에 반할 뿐만 아니라, 약간의 유한책임을 지게 함으로써 도선에 신중을 기하도록 하는 것이 오늘날의 현실이다. 그러한 도선사의 유한책임의 한계는 해당 선박의 도선료 또는 그 금액에 약간의 금액을 더하는 경우로 제한하고 있는 입법의례가 있다. 그 대신 도선사는 상당히 무거운 행정적 제재가 가하여지고 있는 것이 거의 모든 국가에서 행해지고 있는 관행으로 되어 있다.

II. 도선사와 선장간의 법적 책임의 한계

선장은 선박의 안전과 항해수행의 책임이 있다. 도선사는 제한된 구역에서 항해를 보조하고 항만에 접근하고 접안 및 이안하는 일을 용이하게 하는 일에 종사하는 것이다. 최종적인 책임은 선장에게 있으며 흔히 있는 일은 아니지만 도선사가 잘못하여 선박을 위협하게 할 때에는 도선사로부터 선박의 조종을 되돌려 받을 권리가 있다. 일반적으로 도선사가 업무에 임할 때에는 그는 선박을 조종하기 시작한다. 선장이 이 업무에 직접 개입하는 것은 경우에 따라서 다르다. 선장은 당연히 자기 선박을 잘 조종할 능력을 가져야 하지만, 이러한 일은 여러 번의 실습을 통하여서 만이 가능한 일이다. 해당 선박이 강제 도선구역만 출입항하고 있을 때에는 이러한 실습숙련의 기회는 오지 않는다. 도선사는 지방적 지식을 가진 운항기술자이며 자신이 숙지하고 있는 가항수로에서 선박을 인도한다. 따라서 기술적으로 도선사의 도선서비스는 주로 선장이 익숙하지 않은 구역에서 선박의 안전운항을 증진하는 수단이다. 경제적인 측면에서 보면 도선료는 선박소유자의 운항원가계산 내에 있다.¹⁵⁴⁾ 선내에 있는 도선사의 지위에 관하여 각국의 해법(海法)에서 통일된 견해는 없다.¹⁵⁵⁾ 그리고 대다수 국가에서 도선사는 선장의 단순한 조언자로 보며, 따라서 도선사의 승선 중이라도 선박 운항상의 책임은 여전히 선장에게 남겨진다는 견해

153) Thomas J. Schoenbaum, *Admiralty and Maritime Law(5th ed)*(West Group: ST. Paul Minn, 2012), p.754.

154) Gustav Adolf Theel, *Die Stellung des Lotsen an Bord Ein internationaler Vergleich* (2010), p.5.

155) *Ibid*, p.5.

가 지배적이다. 도선사의 선내에서의 지위 중 강제도선사에 관해서는 연혁적으로도 변천을 거쳐서 오늘날에 이르기까지 각국의 입법 및 해석에 차이가 있으며 도선사의 과실에 의한 책임의 귀속을 정하는데 큰 어려움이 발생되고 있다. 도선사의 지위는 운항지휘권을 가진 자인가 또는 선장의 단순한 조연자 내지 보조자에 지나지 않는가 하는 둘 중 하나인데 선박교통의 국제성을 감안해 볼 때 이를 어느 하나로 통일하는 것이 바람직하다. 그러나 이 문제는 각국의 해상교통정책에 근거를 둔 것이며, 또한 선박소유자 등의 책임과 밀접한 관계가 있으므로 국제적 통일의 실현은 용이하지 않다. 선장은 선박과 선상에 있는 모든 사람의 안전을 확보하여야 한다. 선장은 자신의 의무를 수행함에 있어서 모든 승조원들의 협력을 받을 권리가 있다. 모든 선원은 선원의 상무로 그들의 임무에 최선을 다하여 사고를 방지하는 것은 오랜 역사동안 세워진 해상의 행동지침이다. 선장은 모든 승조원들이 도선에 임하는 도선사의 일을 확실하게 지원하도록 하는 책임이 있다. 선장은 또한 자기의 권한을 당직사관이나 또는 다른 적절한 사관에게 위임할 수 있다. 도선사가 승선하여 있을 때 선장이나 사관 또는 기타 선원들은 도선사에게 선박의 특성이나 결함을 도선사에게 알리고 적절한 경계(look out)를 유지할 책임이 있다. 법원의 판례는 도선사가 있는 위치로 보아서 그 자신이 당연히 그것을 보았을 것으로 예상되는 물건을 포함하여, 도선사가 취하는 조치에 영향을 미칠 수 있는 모든 실제적인 사정과 사실을 그에게 보고하는 것은 선원의 의무라고 하였다. 선장은 자기의 판단으로 사태가 위험하게 발전하고 있다고 보는 경우는 도선사에게 그러한 위험에 대하여 주의를 환기시킬 의무가 있고, 필요하다고 판단하면, 선박조종을 인수하여야 한다. 선장은 아무것도 하지 않은 것으로 자신을 정당화할 수 없다. 선장은 선박소유자의 대리인으로서 사법상 지위를 가지는 것이외에 선박의 최고 지휘자로서 선박항행의 안전유지 및 해양환경보호를 위하여 선박소유자의 의사에 좌우됨 없이 수행해야할 권능을 부여받으며 공법상 독자적인 지위를 갖는다. 이러한 공법상 지위에서 선장은 선박의 최고지휘자의 성격 외에 운항상 지휘자의 성격도 함께 가지는 자이며, 선내의 모든 사람에 대하여 선박권력을 행사하는 것과 함께 최고 항해기술자로서 선박운항의 안전확보에 대한 많은 의무를 부담하고 있다. 선장의 직무 권한으로는 첫째, 공법상 권한으로 지휘명령권 및 징계권을 가진다. 둘째, 공법상 의무로 선박의 감항성과 관련된 검사의무, 재선의무, 항해성취의무, 해난구조의무 등이 선원법 및 선박안전법에 규정되어 있다. 사법상 의무로는 공법상 지위와 관련된 것으로 해원감독의무, 선박운항상 주의의무 등이 규정되어 있다. 우리나라 선원법은 제2조에서 선장을

“해원¹⁵⁶⁾을 지휘·감독하며 선박의 운항관리에 관하여 책임을 지는 선원을 말한다.” 고 정의하고 있으며, 제6조에서 제21조까지는 선장의 직무와 권한에 대해서 규정하고 있다.

Ⅲ. 선장의 감독의무 및 직무상 주의의무

선장은 항해의 최고책임자이기 때문에 해상항행상의 안전을 보장하기 위하여 선박소유자의 의사에 구애되지 않고 독자적 입장에서 운항업무를 수행할 수 있도록 하는 강력하고 광범위한 직무권한(선박권력)을 부여하여 있다.

이러한 지휘명령권은 우리나라 선원법에 잘 나타나 있다. 즉, 우리나라 선원법상의 선장의 직무와 권한에 보면 선장은 해원을 지휘감독하고 필요한 명령을 할 수 있는 지휘명령권(선원법 제6조)이 있으며, 여기에 “선장은 해원을 지휘 및 감독하며, 선내에 있는 사람에게 선장의 직무를 수행하기 위하여 필요한 명령을 할 수 있다” 고 규정하고 있다.¹⁵⁷⁾ 또한 선박이 항구를 출입할 때, 좁은 수로를 지날 때, 해양사고가 빈번하는 해역을 통과할 때, 기타 위험 발생 우려가 있는 때로서 해양수산부령으로 정하는 때 등의 경우에는 선장은 선박을 직접 지휘해야 한다는 직접지휘권(선원법 제9조)이 명시되어 있다.

선원법상 선장은 해원의 징계뿐만이 아니라, 선박소유자를 대신하여 선박에서

156) 선원법 제2조 “해원”이란 선박에서 근무하는 선장이 아닌 선원을 말하고 “직원”이란 「선박직원법」 제2조 제3호에 따른 항해사, 기관장, 기관사, 전자기관사, 통신장, 통신사, 운항장 및 운항사와 그 밖에 대통령령으로 정하는 해원을 말하며, “부원”(部員)이란 직원이 아닌 해원을 말한다. 예를 들면 일등항해사는 선원의 범주에서 선박직원이며 해원에 해당되나, 선장은 선박직원이지만, 해원은 아니다.

157) 이처럼 선장을 선박의 최고지휘자로 보는 것은 각국의 입법에서도 마찬가지이다. 일본에서는 선원법 제2장에서 선장의 직무권한을 규정하고 있는데 이는 선장이 선박의 최고지휘자임을 입법의 근본정신으로써 그 권능에 속하는 다양한 권한을 규정한 것이다. 오스트리아의 1912년 항해 및 해운에 관한 법률 제4조는 선장은 선박의 지휘 또는 책임을 지는 자를 말하며, 중국의 1929년 12월 30일 해상법 제42조는 선박의 지휘에 대해서는 선장만이 그 책임을 지는 자로 규정하고 있다. 덴마크의 1952년 6월 7일 선원법 제44조는 “선장은 선내에서 최고권능을 가진다.”라고 규정하고 있다. 프랑스의 1807년 6월 7일 상법 제221조는 “선박의 지휘에 임하는 선장은 직무집행 중 과실에 대해 그 경중을 묻지 않고 책임을 진다.”라고 규정하고 있으며, 독일의 1957년 7월 26일 선원법 제106조는 선장은 모든 해원 및 선내에 종사하는 그 외의 사람들의 최고책임자이며 최고 명령권을 가진다고 규정하고, 이탈리아의 1942년 3월 30일의 항해법전 제295조는 선박의 운항 및 항해지휘권은 선장에게 일임하도록 한다고 규정하고 있다.

각종 근로계약의 준수, 급여지급, 근로시간 및 휴식시간의 준수 또는 선내작업 시 위험방지와 선내위생의 유지의무가 있다.

선장은 출항전의 감항성 확인의무(선원법 제7조), 항로에 의한 항해의무(선원법 제8조), 재선의무(선원법 제10조), 선박 위험시 및 충돌 시의 조치의무 등 확정된 항해의 안전한 완성과 또한 그 선박 안에서의 인명, 선체, 화물, 등의 안전을 책임지는 의무가 있다.

도선사는 도선업을 영위하는 독립된 상인으로서 선박소유자의 대리인인 선장에 의해 임시로 고용되는 상법상의 선박사용인이라고 한다. 따라서 도선사와 선박소유자 사이의 관계는 상법상의 선박사용인의 경우와 마찬가지로 고용계약의 내용에 의해 정해지며 도선사는 해원과 마찬가지로 선박소유자의 단순한 피용자의 지위를 가지며, 도선에 관하여 선박소유자를 보조하는 행위를 하는 자로 볼 수 있으며, 따라서 선장과 다르게 선박소유자를 위한 법률행위를 대리할 권한은 없다고 본다.

도선사의 업무는 선박을 안전한 수로로 안내하는 전문적인 업무로써 선박회사가 수행하는 해상운송업무의 일부를 이루므로 도선사의 업무범위도 기본적으로 도선사와 선박소유자간의 도선계약에 의하여 정해진다. 따라서 도선사의 주의의무는 도선사의 업무범위 및 도선계약의 내용에 따라 달라질 것이므로 도선사의 주의의무 위반여부와 귀책사유의 존부도 사안에 따라 구체적이고 개별적으로 판단¹⁵⁸⁾할 수밖에 없을 것이다.

IV. 도선사와 선장의 협력관계

도선사의 직무와 선장의 직무는 선박소유자와의 관계에서는 완전히 독립적이지만, 도선사와 선장, 양자의 사이에는 많은 부분이 협력관계에 있다.

도선사와 선장과의 관계에 대해서 도선사를 “항해지휘에서 선장의 협력자”라고 본다. 도선이 임의적인 경우에는 임의의 협력자이며, 도선이 강제적인 경우에는 법률상 협력자이지만. 이러한 협력관계는 양쪽 모두 도선계약에서 발생

158) 정해덕, 앞의 논문, 2쪽.

한다.¹⁵⁹⁾

도선사와 선장의 협력관계는 상호정보를 교환하여 선박의 안전운항을 달성하는 것을 목표로 발생한다. 즉, 비록 도선사는 선장보다도 암초, 수심 및 수도의 만족의 위치를 숙지하고 있다고 하더라도, 선장은 선박의 흘수 및 속력 그 외의 운항성능을 도선사 이상으로 잘 알고 있다. 양자는 조연의 조화를 이루고 정보를 교환해야 한다. 지휘권은 여전히 선장에게 남는다.¹⁶⁰⁾

많은 국가에서 도선사의 자격을 취득하려면 선장으로서의 해상경험을 가지는 것이 조건으로 되어 있는 것은 도선사의 능력이 사실상 선장에 대립할 수 있는 것인 점, 또한 공통의 위험에 대해 선장과 도선사가 보다 친밀하게 결합할 수 있고, 밀접한 협력을 이룰 수 있음을 증명하는 것이라고 볼 수 있다.

한편 선장과 도선사의 사이에는 종속관계의 구속이 있다. 이는 지시와 지휘의 관계를 떠나서 항상 존재하는 해상위험의 가능성으로부터 항해의 안전을 보증할 필요에 의해서 요청되는 것으로 이해하여야 한다.

第4節 强制導船士の 法的地位

I. 강제도선제도

도선 중인 선박이 도선사의 과실로 인하여 해양사고가 발생한 경우에는 해상이라는 고유의 특성으로 인하여 복잡한 법률관계가 형성되므로 일반법의 법리로 해결이 어려운 경우가 많다.¹⁶¹⁾ 특히 강제도선이 그러하다. 강제도선은 법률에 의거하여 특정 구역에서 선박소유자는 도선행위를 요청하여야 하고, 도선사는 요청에 따라 도선행위를 시행하여야 한다. 이러한 경우에 해양사고가 발생

159) Crisafulli-Buscemi Salvatore, *op. cit.*, p.401.

160) Crisafulli-Buscemi Salvatore, *op. cit.*, p.401.

161) 해상법 관계는 바다라고 하는 독특한 환경을 무대로 하기 때문에 형식적 측면에서는 상법의 일부임에도 불구하고 독자성, 자족성, 국제성 및 보편성을 갖는 특성이 있다. 송상현·김현, 「해상법원론」(서울: 박영사, 2008), 5-6쪽; 정찬형, 「상법(하)」(서울: 박영사, 2013), 792~793쪽; 정동윤, 「상법(하)」(서울: 법문사, 2011), 735~736쪽.

하게 되면 그에 따른 도선사의 법적책임이 문제가 된다.

만약, 강제도선사의 과실로 인하여 도선 중인 선박에 대하여 손해를 일으킨 경우, 그 책임에 관한 사항을 역사적으로 살펴보면, 도선사의 민사책임에 관한 논쟁에는 다음의 두 가지 주장이 있다.

첫째는 임의도선구에서는 도선사가 선장, 즉, 선박소유자의 자주적 의사에 따라 업무에 임하는 피고용인의 성격이 강하므로, 도선사의 과실에 의한 제3자의 손해는 당연히 선박소유자에게 그 책임이 돌아간다는 주장이며, 둘째는 강제도선구에서의 선장이나 선박소유자는 자신의 의사와 상관없이 도선사를 승선시켜야 하기 때문에 선박소유자는 책임이 없다는 주장이다.

그러나 이러한 후자의 주장은 1913년 영국 도선법의 개정을 계기로 약화되었으며, 현재는 세계적으로 도선사에게 과중한 민사책임을 지우지 않는 추세이다.

이러한 경향의 배경으로는 도선사에 대한 민사책임의 과도한 증가는 도선업무에 대한 보험 부담을 강요하게 되고, 이는 도선료의 대폭적인 인상으로 이어져 결과적으로 볼 때 선박소유자의 부담으로 돌아가기 때문이다.

또한 항만 내에 존재하는 동일한 위험에 대해 선박소유자와 도선사가 같이 보험을 부담하는 것은 사회적인 차원에서 낭비라고 판단된다.

강제도선의 경우에는 법적구성요건이 임의도선과는 다르다. 강제도선은 법률에 의거하여 선박소유자가 원하건 원하지 않건 도선행위를 요청하여야 하고, 도선사는 요청에 따라 도선행위를 시행하여야 한다. 그렇기 때문에 해양사고가 발생하게 되면 그 책임문제에 대하여 분쟁이 발생할 수밖에 없다.

이와 관련하여 법률에 의한 강제는 행정기관의 법규명령에 따른 강제도선이기 때문에 그에 따른 책임법리와 도선법상의 강제도선과는 어떠한 구성요건이 다른지 확인해야 할 필요성이 있다. 그러나 우리나라 도선법은 ‘강제도선’에 대한 입법해석을 두고 있지 않으며, 도선법 제20조에서¹⁶²⁾ 일정 크기 이상의

162) 제20조(강제도선)

- ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 선박의 선장은 해양수산부령으로 정하는 도선구에서 그 선박을 운항할 때에는 도선사를 승무하게 하여야 한다.
1. 대한민국 선박이 아닌 선박으로서 총톤수 500톤 이상인 선박
 2. 국제항해에 취항하는 대한민국 선박으로서 총톤수 500톤 이상인 선박
 3. 국제항해에 취항하지 아니하는 대한민국 선박으로서 총톤수 2천 톤 이상인 선박
- 다만, 부선(舢舨)인 경우에는 예선에 결합된 부선으로 한정하되, 이 경우의 총톤수는

선박은 “해양수산부령으로 정하는 도선구¹⁶³⁾에서 그 선박을 운항할 때에는 도선사를 승무하게 하여야 한다.” 고 규정하여 자격을 갖춘 도선사를 의무적으로 승무하도록 함으로써 인명의 안전 및 항만의 안전과 질서 그리고 선박 및 항만의 재산의 보호를 도모하도록 국가가 정해 놓은 최소한의 안전장치가 강제도선이라 할 수 있다.

1. 강제도선제도의 연혁적 배경

강제도선제도는 군사적, 전략적 필요성 등과 같은 국가안보적(national security) 측면에 의하여 자국의 항만 사정과 각종 해양 정보를 외국선박에 노출 시키지 않기 위하여 도입되었다¹⁶⁴⁾는 연혁적 배경이 있다. 현대에는 입항 및 출항 선박의 안전 항행과 항만 효율성 증대, 해양오염방지와 군사적 목적을 주목적으로 하고 있으며, 항만 수입 증대 요인도 부가 된다고 볼 수 있다. 이러한 생성배경으로 보아 강제도선제도는 선박의 안전, 즉, 선박소유자의 재산의 보호적 측면보다는 자국항만의 군사적 목적과 더불어 자국항만의 효율성 및 항만의 보호적 측면이 더 강하다는 것을 알 수 있다.¹⁶⁵⁾

2. 강제도선계약의 법적성질

부선과 예선의 총톤수를 합하여 계산한다.

② 제1항에도 불구하고 해당 선박을 안전하게 운항할 수 있다고 해양수산부장관이 인정하는 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 선장이 해당 도선구에서 도선사를 승무시키지 아니할 수 있다.

1. 해양수산부령으로 정하는 대한민국 선박(대한민국 국적을 취득할 것을 조건으로 입차한 선박을 포함한다)의 선장으로서 해양수산부령으로 정하는 횡수 이상 해당 도선구에 입항·출항하는 경우. 이 경우 해양수산부장관은 도선구의 특성을 고려하여 도선사를 승무시키지 아니할 수 있는 선장의 입항·출항 횡수와 선박의 범위를 도선구별로 따로 정하여 고시할 수 있다.
2. 항해사 자격 등 해양수산부령으로 정하는 승무자격을 갖춘 자가 조선소에서 건조·수리한 선박을 시운전하기 위하여 해양수산부령으로 정하는 횡수 이상 해당 도선구에 입항·출항하는 경우

③ 제2항에 따른 강제도선의 면제 절차 등에 관한 사항은 해양수산부령으로 정한다.

163) 도선구에 대한 보다 자세한 사항은 ‘도선법 시행규칙 별표 4 강제도선을 받아야 하는 도선구’ 참조.

164) Christopher Hill, *Maritime law 6th ed.*(London: LLP, 2003), pp.463~464.

165) 진호현·김진권, “강제도선행위 책임의 법해석론적 고찰”, 『동북아법연구』 제11권 제2호 (2017.9), 324쪽.

우리나라의 도선계약은 선박소유자가 도선사를 고용하는 고용계약이고,¹⁶⁶⁾ 도선이라고 하는 일의 완성을 목적으로 하는 도급계약이며,¹⁶⁷⁾ 도선행위의 일부를 위임받는 위임계약이다.¹⁶⁸⁾ 이에 추가하여 도선약관이라고 하는 미리 만들어진 계약의 내용에 의하여 그 책임관계가 규율되는 부합계약이다.¹⁶⁹⁾ 그리고 법적 효과의 발생을 목적으로 하는 사람과 사람 사이의 의사에 의한 합의를 말하는 법상의 계약이기도 하다.¹⁷⁰⁾

도선행위는 임의도선이든 강제도선이든 도선약관에 의한 계약행위가 적용된다. 이와 관련하여 도선법에서는 도선사의 도선 신청 및 변경 및 취소에 관한 사항, 도선의 안전에 관한 사항, 도선사의 권리와 의무에 관한 사항, 도선료의 청구와 지급에 관한 사항, 도선 이용자의 도선사 선택에 관한 사항 등이 포함된 도선약관을 정하여야 한다고 규정하고 있다(도선법 제36조). 이러한 도선약관은 이용자의 정당한 이익을 침해할 우려가 있다고 인정되는 경우에는 해양수산부장관이 그 변경을 명할 수 있다. 그러므로 도선약관을 이용한 강제도선계약은 공법상 법률효과의 발생을 목적으로 하여 복수 당사자의 의사표시에 대한

-
- 166) 도선계약상의 노무자인 도선사는 선박의 안전한 안내라고 하는 서비스인 노무를 제공하여야 하고, 반대급부로 도선료를 지급받을 수 있다. 이때 발생하는 노무는 육체적으로 도선선과 도선대상 선박 사이를 승·하선하기 위하여 도선 사다리를 타고 오르내리는 일뿐만 아니라, 도선행위를 시행하면서 발생하는 모든 육체 노동관계가 있다. 정신적으로는 도선행위를 하면서 안전하게 선박을 접·이안시키기 위한 도선사의 사고(思考)와 같은 모든 정신적 노동행위를 말한다.
- 167) 도선계약은 도선사가 안전하게 선박을 접·이안 및 입·출항하게 하는 것을 일의 완성으로 보고, 선박소유자는 이에 대한 대가로 도선료를 지불하는 일의 완성과 보수가 양면성을 가지는 쌍무계약이다.
- 168) 도선사의 지위와 관련하여 통설인 운항보조자설을 따르면, 이를 위임계약적 성격으로 볼 수 있는가에 대하여 논란이 발생한다. 그러나 사실적인 도선행위는 단순히 선장에게 도선에 대한 조언만을 해주는 것이 아니라, 도선행위를 실시함에 있어서는 도선사가 일정부분 재량을 가지고 행한다. 따라서 도선사가 도선업무를 수행할 때에는 운항 항로의 결정에 관한 안내업무, 직접적인 조타 지시 업무 등은 선박소유자로부터 위임받은 업무라고 할 수 있을 것이다.
- 169) 우리나라 도선법 체제에서는 도선약관에 대한 사항을 규정하고 있으며, 이러한 도선약관이 이용자의 정당한 이익을 침해할 우려가 있다고 인정되는 경우에는 해양수산부장관이 그 변경을 명할 수 있도록 규정하고 있다.
- 170) 이러한 계약은 사법상의 효과 발생을 목적으로 하는 사법상의 계약, 공법상의 효과발생을 목적으로 하는 공법상의 계약, 사회법상의 효과발생을 목적으로 하는 사회법상의 계약으로 나누어 볼 수 있다. 이와 같이 법적효과를 달리하는 각각의 계약에 대해서는 사법·공법 및 사회법이 이들을 규율한다. 도선계약은 공법상의 효과와 사법사의 효과를 동시에 이행하게 하는 계약이다.

합치로 성립하는 공법상의 법률행위인 공법상의 계약이며, 행정계약이다.¹⁷¹⁾¹⁷²⁾

이와 관련하여 공법상의 계약의 문제에 있어서 행정주체에 우월한 의사력이 인정된 것은 개별적이고 구체적인 실정법규에 의한 수권의 결과에 의한 것이므로, 법률이 직·간접적으로 우월한 의사를 인정하지 않은 경우에는 계약의 관념을 배척할 합리적인 이유를 찾기 어렵다고 보아 오늘날에는 공법상 계약의 가능성을 부인하는 견해는 없다고 한다.¹⁷³⁾

결과적으로 강제도선계약은 민법상 고용·도급·부합계약이며, 공법상 사인 상호간의 계약이라는 해사법에서만 찾아볼 수 있는 특별한 행정계약(공법상의 계약)이라고 할 수 있다.¹⁷⁴⁾

II. 강제도선행위의 법적 성질

1. 강제도선행위의 주체

강제도선행위란 법률로서 강제된 도선구에서 선박이 입항이나 출항을 하기 위하여 도선사를 요청하고, 지정된 도선사는 해당선박에 승선하여 안전하게 목적지까지 안내하는 행위이다. 따라서 강제도선행위를 위해서는 법률로서 도선행위를 강제하여야 하고,¹⁷⁵⁾ 도선을 요청하는 선박이 있어야 하며, 요청에 따른 도선사가 승선하여야 비로소 강제도선행위를 할 수 있다. 이때 강제도선은 임의도선과는 달리 법률로서 강제하였다는 점에서 선박소유자는 도선의 요청을

171) 행정계약은 일반적으로 행정주체 상호간의 계약과 행정주체와 사인간의 계약이 주를 이루고 있으나, 강제도선계약은 사인 상호간의 계약이라는 특징이 있다. 우리나라의 강제도선계약은 사용자, 즉, 선박소유자 입장에서 피사용자인 도선사의 사용 유·무를 선택할 수 없는 체제에 있기 때문에 더욱 그러하다.

172) 우리나라의 도선서비스 제공방식은 2009년 8월 5일 도선법 시행령의 개정으로 선박소유자가 특정한 도선사를 선택하여 사용할 수 있도록 하였다. 이는 도선이용자의 권익을 보호하기 위한 취지이다. 그러나 실무적으로 도선사의 공급방식은 도선사협회가 '지방도선사운영위원회'에서 결정된 바에 따라 전체 도선사를 대상으로 순번제(rotation)방식으로 배정하고 있다; 국토해양부·한국도선사협회, 「도선서비스 품질개선을 위한 도선제도 개선방안 연구용역」(부산: 국토해양부, 2010).

173) 장태주, 「행정법개론」(서울: 현암사, 2008), 360~361쪽.

174) 진호현·김진권, 앞의 논문, 329쪽.

175) 강제란 권력이나 위력으로 남에게 어떤 일이나 행동 따위를 억지로 시키는 것을 뜻한다. 강제도선은 법률로서 입항이나 출항을 원하는 선박은 강제로 일정요건을 갖춘 도선사가 도선을 하게 하는 것을 뜻한다.

원하든 원하지 않던 요청을 하여야 한다. 즉, 강제도선행위의 주체는 ① 강제도선과 관련된 법률을 적용하는 관할관청과 ② 법률에 의하여 강제도선을 요청한 선박소유자 및 해당 선박을 안전하게 운항하여야 하는 선장, ③ 선박을 안전하게 안내하는 본질적인 강제도선행위를 수행하는 운항보조자인 도선사이다.¹⁷⁶⁾

2. 강제도선의 법률행위적 행정행위

도선법에 의한 강제도선행위는 국가적 공권에 의한 직접하명 행정행위이다.¹⁷⁷⁾ 즉, 하명의 수명자는 하명의 내용에 따른 공법상의 의무를 지며, 그 의무이행에 대해서는 행정상의 강제집행의 방법에 의하여 의무이행을 강제하고 의무위반에 대해서는 벌칙을 적용하여 처벌한다. 그러므로 도선법상 강제도선에 대한 수명자는 선박소유자 또는 그의 대리인 선장과 도선행위를 수행하는 도선사 모두 하명의 수명자라 할 수 있다. 선박소유자 또는 선장은 법률에 의하여 강제도선구역이나 해당 선박이 강제도선을 해야 하는 선박이라면, 강제도선을 요청할 의무가 있고, 이러한 요청에 의하여 도선사는 해당선박을 안전하게 도선하여야 할 의무가 생긴다. 이를 위반하게 되면 벌칙이 적용된다.

3. 공의무부담사인으로서 도선사의 도선행위

행정법관계¹⁷⁸⁾에 있어서 행정주체는 일반적으로 국가와 지방자치 단체이다. 예외적으로 법률의 위임이 있는 경우, 사인(私人)이 행정을 하는 경우도 있는데, 이러한 개인을 공무수탁사인이라 부른다.¹⁷⁹⁾ 공무수탁사인은 신분상으로는

176) 진호현·김진권, 앞의 논문, 332쪽.

177) 법률행위적 행정행위는 행정행위 중 효과 의사표시를 구성요소로 하고, 그 효과의사의 내용에 따라 법률적 효과를 발생하는 행위를 말한다. 법률행위적 행정행위는 그 법률효과의 내용에 따라 명령적 행위와 형성적 행위로 분류된다. 명령적 행위는 작위, 부작위, 급부 수인을 명령하는 하명행위와 허가행위, 의무를 면제하는 면제행위로 나눌 수 있다. 이 중 하명행위는 법규에 의한 직접하명(法規下命)과 행정행위에 의한 하명(下命處分)이 있다. 법률용어사전. 2017.9.25. 검색.

178) 행정의 주체인 국가와 행정의 상대방인 국민 사이의 법관계, 또는 행정의 주체인 지방자치단체와 행정의 상대방인 주민 사이의 법관계를 행정법관계(行政法關係)라 한다.

179) 공무수탁은 넓은 의미로는 공행정업무를 사인이 수행하는 모든 경우를 말하고, 좁은 의미로는 사인이 공행정수행권을 위탁받아 행정주체의 지위에서 자기의 이름으로 처리하는 경우를 말한다. 견해도 있다; 박운훈, 「최신행정법강의(상)」(서울: 박영사, 2004), 121쪽; 김기진, 「공무수탁사인에 관한 연구」 「법학연구」 제15권 제4호, 연세대학교 법학연구원(2015), 106쪽.

사인에 해당되나, 그 기능상으로는 일정한 범위 내에서 공권력을 행사할 수 있으며, 자기의 이름으로 독자적인 활동을 할 수 있으므로 그 권한이 미치는 한도 내에서는 행정주체의 지위를 갖는다.¹⁸⁰⁾ 이러한 공무수탁사인에 관한 근거로는 정부조직법¹⁸¹⁾과 지방자치법¹⁸²⁾을 들 수 있다.¹⁸³⁾

우리 도선법상 강제도선사의 행위에 대해서 공무수탁사인으로 볼 수 있는지에 대한 부분은 명확하지 않다. 공무수탁사인제도는 공권의 행사가 사인에게 이전되는 제도이므로, 법적근거를 필요로 한다.¹⁸⁴⁾ 이와 관련하여 도선법은 강제도선을 규정하고 있지만, 강제도선행위라고 하는 공무를 이행하는 것에 대하여 강제도선사에게 행정청이 공권을 부여하였는지 또는 공권력을 갖는 어떤 행정주체로 하여금 그 공권적 행위의 실행을 도선사에게 위임하였는지 명확하지 않다.

한편 공무수탁사인과 유사한 개념으로 ‘공의무부담사인’이라는 제도가 있다. 가장 큰 차이점은 행정행위에 대한 공권부여라고 할 수 있다. 즉, 강제도선의 경우에는 법률로써 도선을 강제하였으며, 이 강제도선행위 자체를 국가의 사무로 인정하고 도선사에게 도선행위를 수행함에 있어서 행정청이 공권을 부여하고 있다면 이를 이행하는 강제도선사의 행위는 행정법 관계에서의 공무수탁사인으로 볼 수 있다. 다시 말해서 법률로써 강제하여 도선하게 하는 도선행

180) 국가공무원법 등에 의하여 신분이 보장되는 고유한 의미의 공무원과는 다른 개념이지만, 넓은 의미에서 공무원으로 이해하여야 할 것이라고 한다; 정형근, “공행정을 수행하는 사인의 법적 지위”, 「경희법학」 제45권 제2호, 경희법학연구소(2010), 164~165쪽.

181) 정부조직법 제6조 제3항 “행정기관은 법령이 정하는 바에 의하여 그 소관사무 중 조사, 검사, 검정, 관리업무 등 국민의 권리의무와 직접 관련되지 않는 사무를 지방자치단체가 아닌 법인, 단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.”

182) 지방자치법 제95조 제3항 “지방자치단체의 장은 조례 또는 규칙이 정하는 바에 의하여 그 권한에 속하는 사무 중 조사, 검사, 검정, 관리업무 등 주민의 권리의무와 직접 관련되지 아니하는 사무를 법인, 단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.”

183) 해상관계에 있어서 예를 들어보면 “가족관계의 등록 등에 관한 법률 제49조에 따라 항해 중에 출생이 있는 때에는 선장은 24시간 이내에 법률에서 규정하는 사항을 항해일지에 기재하고 서명 또는 기명날인하여야 하고, 이러한 절차를 밟은 후 선박이 대한민국의 항구에 도착하였을 때에는 선장은 지체 없이 출생에 관한 항해일지의 등본을 그 곳의 시, 읍, 면의 장 또는 재외국민 가족관계등록사무소의 가족관계등록관에게 발송하여야 한다.”라고 규정하여 선장은 공행정사무처리를 할 수 있는 권한을 위임받아 자신의 이름으로 처리하는 경우에 해당하므로 이 경우 선장은 공무수탁사인이다. 이에 대해서 행정의 주체로 볼 수 없다는 의견도 있다; 이광윤·김민호, 「최신행정법강의」 (서울: 법문사, 2005), 89쪽.

184) 홍정선, 「행정법특강」 (서울: 박영사, 2011), 60~63쪽.

위 자체를 국가의 공무로 보고 도선사에게 공무이행권한을 부여하였다면 도선사는 공무수탁사인으로 볼 수 있다. 따라서 강제도선행위 자체를 국가의 사무로 볼 수 있는가에 대한 문제가 선결되어야 강제도선사는 공무수탁사인으로 귀결된다.¹⁸⁵⁾

Ⅲ. 강제도선사의 법적 지위

도선서비스는 개인 사업적인 측면과 항만 서비스의 핵심적 요소라고 하는 공공성이 혼재되어 있으므로 공익성을 중심으로 해석할지 아니면 개인 사업적 측면을 중심으로 해석할지 명확하지 않다.

강제도선행위의 주체는 선장, 도선사 및 관할관청이며, 관할관청이 행위의 주체가 되기 위해서는 강제도선행위의 목적을 공익성이 강조된 국가의 사무로 보는 경우이다. 이 경우 도선행위의 목적은 선박소유자의 재산인 선박을 보호하는 데에도 의의가 있으며, 이에 추가하여 인명의 안전, 항만시설의 보호 및 국가안보적 측면도 고려하여야 한다는 입장이다.¹⁸⁶⁾

반면에, 도선행위의 목적을 선박소유자의 영리행위의 수단으로 보는 것으로 해석한다면, 강제도선행위의 주체는 선박소유자와 도선사이며, 도선사는 운항조연자이다. 운항조연자로서 도선사는 도선 중 사고가 발생하였을 경우, 공동불법행위자의 위치에 놓이게 될 가능성이 있다. 그렇기 때문에 도선 중 선장은 그 책임에 대해서 면할 수 없으며, 도선사 역시 책임을 면할 수는 없다.

통상적으로 우리나라의 입장은 선박소유자를 위한 영리행위의 수단으로서의 도선행위와 항만의 안전 및 항만의 효율성 등 공익적 측면이라는 두 가지 측면을 모두 포함하는 것으로 포괄적 의미¹⁸⁷⁾를 내포하고 있다고 판단된다.

185) 진호현·김진권, 앞의 논문, 334~335쪽.

186) 도선법 제18조 제1항과 동법 제18조 제2항의 강제도선의 요청과 도선의무에 대하여 “도선사와 선장과의 사이에 체결되는 도선 계약은 사법상의 계약이지만 도선의무의 공익성에 비추어 도선사에게 계약의 체결 및 그 이행을 강제 하고자 하는 규정이다”라고 해석하고 있다; 임동철, 해사법규요론, (부산: 한국해양대학교 해사도서 출판부, 1992), 437쪽.

187) Thomas J. Schoenbaum, Admiralty and Maritime Law-5th ed.-(ST. Paul: West, 2012), p.796: 각국은 강제도선사의 책임을 명확하게 하기 위하여 법률로써 규정하고 있다; 영국 도선법 제22조; 프랑스 1969년 선박의장 및 매매에 관한 법률 및 시행령 제18조 및 제19조;

도선행위는 공익성을 가지고 있지만 그 행위의 주체는 선박소유자로 한정하고 있다. 즉, 해상법상 선박소유자의 대리인인 선장의 공·사법상의 지위를 결정함에 있어서 선장의 공법상 권한(선박권력)에는 선박의 안전한 항해를 위한 의무가 부여된다. 해상법상 도선행위는 선박의 안전항해를 위한 선장의 공법상의 의무이기 때문에 선박소유자의 필요에 의하여 도선사가 승선하여 안전하게 입항할 수 있도록 한다는 뜻으로 해석해야 한다고 본다. 여기에는 강제도선도 포함된다고 본다.

행정청이 관할구역의 강제도선구역을 정하고 입·출항 선박에 대하여 강제도선을 하게 하는 일은 국가의 사무로 보기 보다는 임의도선구역보다 위험한 구역이므로 도선사를 반드시 승선하게 하여 공공의 이익 및 선박소유자의 책임인 안전항해의무를 달성하기 위한 보조 수단으로 해석하여야 할 것으로 판단된다. 우리 도선법에 강제도선 신청을 하여야 하는 선박소유자가 도선신청 업무를 누락하였다고 하여 강제도선사의 권력으로 도선행위를 강제할 수 있는가에 대한 언급이 없다. 따라서 현행법 체계에 있어서 강제도선제도의 강제도선사는 공무수탁사인으로 보기보다는 공의무부담사인으로 해석된다.¹⁸⁸⁾

따라서 강제도선사의 과실로 인한 국가손해배상책임은 해당이 없는 것으로 해석된다. 이는 결국 분쟁이 있는 경우 법률상의 공백으로 법원의 판단에 의하여 해결되어야 한다. 선박의 충돌이 도선사의 과실로 인해 발생한 경우에 도선사가 그 손해를 배상할 책임이 있지만 선박충돌의 경우 상법 제880조 “선박의 충돌이 도선사의 과실로 인하여 발생한 경우에도 선박소유자는 손해를 배상할 책임이 있다.”는 규정에 따라 선박소유자는 손해를 배상할 책임이 있다. 여기서 도선사에는 강제도선사도 포함하는 것으로 보는 것이 타당하다고 판단된다.

스페인 2006년 항해에 관한 일반법 제359조.; 미국의 강제도선의 경우에는 선박소유자의 대인책임(liability in persona)에 대해서는 부정되나, 선박의 대물책임(liability in rem)에 대해서는 긍정된다고 한다.

188) 국가손해배상책임에 대한 문제는 민감한 문제이고, 현실가능성 또한 검토되어야 한다. 이는 어디까지나 현행법 체계에서의 해석이다. 만약 법률이 부재하거나 각국의 입법례 혹은 법리적 검토에 의하여 강제도선사의 지위를 결정하여야 하는 경우에는 강제도선사를 공무수탁사인으로 볼 수 있는 여지가 존재한다. 예를 들면 중국의 상해의 도선사 및 미국의 로스엔젤레스의 도선사는 공무원의 지위에 있으며, 그 책임에 대한 부분이 언급이 없고, 도선사에 대한 행정처벌만이 존재한다. 즉, 도선사의 과실로 인하여 사고가 발생한 경우에는 해당관청의 손해배상으로 연계된다.

第4章 導船士의 法的責任

第1節 導船行爲責任 一般理論

I. 도선법상 도선행위책임

도선사의 책임과 관련하여 우리나라 도선법 제18조 제5항은 “도선사가 선박을 도선하고 있는 경우에도 선장은 그 선박의 안전 운항에 대한 책임을 면제받지 아니하고 그 권한을 침해받지 아니한다.”고 규정하고 있다. 즉, 도선사의 과실로 인하여 선박에 손해가 발생한 경우 도선사의 책임관계는 언급되지 않았으므로 면책은 아니며, 선박의 안전한 운항을 책임져야 할 선장도 그 책임을 면할 수 없다. 따라서 우리나라 도선법은 선장의 책임은 면책되지 않는다고 규정하였지만 도선사가 면책이 되는 것은 아니기 때문에 민사법과의 조합을 통하여 이를 해석하게 되면 해당 선박의 선장과 도선사가 공동불법행위에 대한 책임이 있음으로 책임을 병과하고 있다고 할 수 있다.¹⁸⁹⁾ 이에 따라 도선사 역시 도선업무 중에는 상당한 주의의무를 다하여야 한다¹⁹⁰⁾는 것으로 해석된다.

그리고 도선사는 선장이 선박운항상의 책임권자임을 인정하고 그 권한을 침해할 수 없다.¹⁹¹⁾

II. 도선약관상 도선사의 면책

도선사의 면책에 관하여 도선약관 제16조는 다음과 같이 규정하고 있다.

189) 이윤철·민영훈·임채현, “우리나라 도선제도에 관한 법제고찰”, 「해사법연구」 제19권 제1호, 한국해사법학회(2007), 301-318쪽; 김인현, “도선사의 민사상해정법상 책임과 그 보호”, 「해사법연구」 제14권 제1호, 한국해사법학회(2002), 108쪽.

190) J. C. Smith, *Liability in Negligence*(London: Sweet and Maxwell, 1984), p.3.

191) 우리나라 도선법상 도선사의 지위는 조연도선사의 지위에 있음을 유추할 수 있으며, 우리나라는 학설상으로도 운항조연자설이 통설이다; 박용섭, 「해상법론」(서울: 형설출판사, 1994), 208쪽; 채이식, 「상법(하)」(서울: 박영사, 2003), 661쪽; 이기수, 「보험·해상법」(서울: 박영사, 2000), 373쪽.

제1항은 “선장 또는 선박소유자는 도선사에게 도선을 시켰을 경우에 도선사의 업무상 과실로 인하여 당해 선박, 선장, 선원 또는 제3자에게 입힌 손해에 대하여는 도선사에게 책임을 묻지 아니한다. 이 경우에 도선사는 당해 선박으로부터 지불받아야 할 도선료 및 도선선료의 전액을 선장 또는 선박소유자에게 청구할 수 없다.” 고 규약하고 있다. 따라서 도선약관상의 해석만으로는 도선사의 과실로 인한 사고는 도선사 면책이며, 사고에 대한 도의적 책임으로 선박소유자가 지불해야 할 도선료가 면제되므로 책임의 범위는 도선료로 한정하고 있다.

제2항은 “선장 또는 선박소유자는 도선사의 업무상 과실에 기인한 책임에 대하여 제3자가 직접 도선사에 대하여 제기한 소송 기타 청구의 결과 발생한 도선사의 제3자에 대한 채무 중 당해 선박에 관하여 도선사에게 지불되거나 또는 지불되어야 할 도선료의 전액을 초과하는 부분에 대하여는 도선사에게 이를 보상한다. 단, 선장 또는 선박소유자는 스스로 제3자에게 배상하여야 할 경우에 법령에 의하여 선박소유자의 제3자에 대한 배상책임을 제한할 수 있는 경우에는 그 보상금의 액을 그 제한의 범위 내(선장 또는 선박소유자가 직접 제3자에게 배상으로써 지불한 금액이 있는 경우에는 그것을 공제한 액의 범위 내)로 제한할 수 있다.” 고 규정하고 있어, 제3자의 손해배상의 경우에도 역시 선박소유자로부터 보상받도록 하고 있다.

제3항에서 “제1항 및 제2항의 규정은 도선사의 고의 또는 중대한 과실에 기인한 책임에 대하여는 적용하지 아니한다.” 고 규정하고 있어, 고의 또는 중과실은 면책이 없다. 이때, 도선사의 고의로 인한 사고는 당연하지만 중과실에 대한 해석 문제가 남게 되는데, 이러한 중과실에 대한 해석을 도선사의 도선행위의 자체로만 해석하지 않는다는 점이다. 즉, 중과실의 해석에 있어서 사고의 크기도 포함된다는 점이다.¹⁹²⁾ 중과실에 대한 해석 문제를 해결하고, 오늘날 상법상 선박소유자의 유한책임규정¹⁹³⁾ 및 유류오염손해배상법에서 사용하는 용어

192) 도선사의 중과실에 관한 과실의 구체적인 해석론에 대한 부분은 이 논문에서는 제외한다.

193) 제769조(선박소유자의 유한책임) 선박소유자는 청구원인의 여하에 불구하고 다음 각 호의 채권에 대하여 제770조에 따른 금액의 한도로 그 책임을 제한할 수 있다. 다만, 그 채권이 선박소유자 자신의 고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 손해에 관한 것인 때에는 그러하지 아니하다.

로, 도선약관 제16조 제3항을 “제1항 및 제2항의 규정은 손해가 도선사의 고의로 인하여 발생한 경우 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 행위 또는 부작위로 인하여 발생한 경우에는 적용하지 아니 한다” 로 개정할 필요가 있다.

결과적으로 도선행위시 도선사의 과실로 선박에 손해를 발생시켰고 그 손해가 경미하지 않다면 이에 대한 책임에 있어서 도선사는 면책할 수 없다는 것으로 귀결되지만, 해상법상 운항상의 과실로 인하여 제3자에 대한 손해배상문제에 대하여 도선사는 선박소유자의 면책을 원용할 수 있다. 이때 도선사는 강제도선사이든 임의도선사이든 묻지 않고 운항상의 과실행위에 대한 제3자의 책임은 선박소유자의 면책조항에 따라 면책되어야 한다.¹⁹⁴⁾

第2節 導船士의 民事上 責任

I. 과실의 개념

1. 민법상 과실의 의미

민법에서 과실은 부주의의 정도에 따라서 경과실과 중과실로 구별된다.¹⁹⁵⁾ 민사책임의 성립요건으로는 과실이 있기만 하면 되므로, 일반적으로 과실이라고 할 때에는 경과실을 의미한다. 즉, 중과실의 경우는 특별한 경우로써 별도로 다루고 있다.¹⁹⁶⁾ 우리 민법에서는 과실의 주의의무의 종류에 따라서, 추상적 과

1. 선박에서 또는 선박의 운항에 직접 관련하여 발생한 사람의 사망, 신체의 상해 또는 그 선박 외의 물건의 멸실 또는 훼손으로 인하여 생긴 손해에 관한 채권
2. 운송물, 여객 또는 수하물의 운송의 지연으로 인하여 생긴 손해에 관한 채권
3. 제1호 및 제2호 외에 선박의 운항에 직접 관련하여 발생한 계약상의 권리 외의 타인의 권리의 침해로 인하여 생긴 손해에 관한 채권
4. 제1호부터 제3호까지의 채권의 원인이 된 손해를 방지 또는 경감하기 위한 조치에 관한 채권 또는 그 조치의 결과로 인하여 생긴 손해에 관한 채권

194) 최종현, 「해상법상론」 (서울: 박영사, 2014), 116~117쪽.

195) 경과실은 다소라도 주의가 부족한 경우이고, 중과실은 현저하게 주의가 부족한 경우이다.

196) 민법 제109조(착오로 인한 의사표시) ① 의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가

실과 구체적 과실로 구분된다. 추상적 과실에 있어서의 주의는 그 사람이 속하는 사회적 지위, 종사하는 직업 등에 따라서, 보통 일반적으로 요구되는 정도의 주의이다. 바꾸어 말하면, 구체적인 사람에 의한 개인차가 인정되지 않고 일반적으로 평균인에게 요구되는 주의가 기준으로써 요구된다.

이 경우의 주의는 ‘선량한 관리자의 주의’이다. 이에 반하여 구체적 과실에 서의 주의에는 구체적인 사람에 의한 개인차가 인정된다. 민법의 대상이 되는 사람은 합리적·추상적인 법률인이므로 민법상에서는 선관주의의무가 원칙이고, 따라서 과실이라고 하면 추상적 과실을 의미한다. 그 가운데에서도 경과실은 추상적 경과실을 의미한다.¹⁹⁷⁾ 이에 따라 선박충돌에 의한 과실의 의미와 민사법에서 정의하고 있는 과실의 의미는 동일하다고 할 수 없다.

2. 해상교통법상 과실의 의미

선박충돌에 있어서 과실의 유무는 충돌사실의 인정문제으로써 사고의 구체적인 내용에 따라 결정된다. 선박충돌은 선원의 과실과 선박소유자의 과실에 의하여 발생하나, 주로 선원의 과실에 의하여 발생하고 있다. 이것은 항해 중에 선원이 선박의 조종을 잘못하여 발생하는 이른바 선원의 조종상의 과실에 의한 것이다. 이 과실문제는 선원의 자격과 선박의 조종성능을 구성요소로 하며 통상 선원이 상당한 주의의무를 위반한 경우이다.

일반적으로 선박충돌에 대해서는 민법의 불법행위에 의한 과실책임을 원칙으로 하는데, 이러한 의미에서 그 과실은 항해기술적 성격이 매우 높다. 그리고 충돌의 원인이 다양하고 복잡하기 때문에 양선박의 과실유무와 경중의 판단이 쉽지 않다.¹⁹⁸⁾ 해상교통법의 위반이 불법행위의 책임을 판단하기 위한 요건으로써 과실의 유무를 결정하는 확정적 원인을 나타내는 것은 아니다. 그러나 해

있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다; 제735조(긴급사무관리) 관리자가 타인의 생명, 신체, 명예 또는 재산에 대한 급박한 위해를 면하게 하기 위하여 그 사무를 관리한 때에는 고의나 중대한 과실이 없으면 이로 인한 손해를 배상할 책임이 없다.

197) 박윤직, 「민법총칙」(서울: 박영사, 2006), 32쪽.

198) 선원의 과실을 인정하기 위해서는 해상교통법을 위시하여 각종 해사법령, 선원의 상무에 비추어 결과회피가 가능했는지의 여부 그리고 가능하였다면 그 행위에 대하여 과실이 없었는가를 검토하여야 한다.

상교통법의 위반이 사실관계에 있어서 충돌의 원인인 과실의 유무를 판단하는 가장 중요한 증거자료인 것은 틀림없다.¹⁹⁹⁾ 이는 선박충돌의 민사문제에서 충돌선박의 과실의 유무는 선원의 상당한 주의의무의 위반, 즉, 해상에 있어서 해상교통지리상의 여러 조건과 상황, 해상교통법규 또는 선박의 성능과 선원의 자질 및 자격 등을 고려하여 필요한 상당한 주의를 결한 것을 의미한다. 그러므로 단지 충돌 시에 해상교통법의 위반 자체만으로 과실을 인정하는 이른바 영미법상의 법규위반의 과실추정의 원칙²⁰⁰⁾(rule of statutory presumption of fault from infringement of acts)만으로는 인정될 수 없다는 것이 국제해상법의 통일된 의견이다.²⁰¹⁾

어떠한 사회현상이 일어나면 이를 뒷받침하는 관련 법률들이 제정되기 마련이다. 해상분야도 이러한 구조 속에서 선박사고 예방을 위한 항해장비와 통신장비 등의 비약적인 발전이 있었다. 그리고 지금도 지속적으로 해양사고 예방을 위한 연구 및 개발이 진행되고 있다. 이렇게 개발된 설비 등은 강제적 법률에 의하여 반드시 선박이 갖추어야 할 조건이 된다. 해상에서의 사고는 대부분이 인적과실에서 비롯된다고 한다. 선원에 의한 인적과실을 해상고유의 위험 자체로 볼 것인지(negligence by sea peril) 또는 그 이상의 개념으로써 위험을 지배할 수 있는 위치에 있다고 보는 사람의 과실, 즉, 인적과실(negligence by human being's error) 자체로 볼 것인지에 대해서는 충분한 검토가 필요한 문제이다.²⁰²⁾

II. 도선사의 민사책임

행위자에게 법적 책임을 묻기 위하여서는 그 행위자에게 주의의무 위반, 즉, 과

199) 영미법에서는 해상교통법의 위반을 유력한 과실추정의 증거(prima facie evidence)로 풀이하고 있다; 박용섭, 「해상교통법론」(서울: 형설출판사, 1992), 114~115쪽.

200) J. C. Smith, *op., cit.*, p.22.

201) 박용섭, 해상교통법론, 26쪽.

202) 예컨대, 악천후 속에서 높은 파도 때문에 상대선의 진로 등을 잘못 판단하여 두 선박의 충돌이 발생하였다면, 이것을 해상고유의 위험 때문으로 봐야 하는지 또는 철저한 Radar watch를 잘못된 당직사관(OOW: Officer of the watch)의 경계 불철저로 봐서 인적과실(Human error)로 봐야 할지 의문이 생기는 경우 등으로 사료된다.

실이 있어야 한다. 민법 제750조의 불법행위에 있어서도 행위자의 고의·과실의 존재가 성립요건의 하나로 되어 있다. 그러므로 도선사의 주의의무는 민사책임의 전제로써 중요한 의미를 갖는다.²⁰³⁾ 민사책임에 대해 고려할 사항은 임의도선구에서는 도선사는 선박소유자의 피고용인이므로 그의 과실에 의하여 제3자에게 발생한 손해에 대하여 당연히 그 책임이 선박소유자에게 있다. 그러나 강제도선구에 있어서는 선박소유자는 자기의사와 관계없이 도선사를 승선시키기 때문에 선박소유자는 책임이 없다는 것이 100년 전에 주장되기도 하였으나, 1913년 영국은 도선법 제15조 제1항에서 강제도선의 경우에도 선박소유자는 자기 선박의 과실에 의하여 제3자에게 발생한 손해에 대하여 책임을 져야 한다고 명시하였다.

각국의 도선제도 연구를 통해 거의 모든 해운선진국은 도선사에게 무거운 민사책임을 지는 정책을 피하고 있음을 알 수 있다. 즉, 도선사에게 무거운 민사책임을 지우게 되면 도선사는 파산에 이르는 것을 면하기 위한 과도한 책임보험에 가입해야 하므로 당연히 도선료는 높게 책정될 수밖에 없다. 거의 모든 국가에서 도선사는 선장의 조선보조자 내지 조연자임을 법으로 명시하고 있다.

우리나라에서도 도선법 제18조 제4항에서 다음과 같이 규정하고 있다. 도선사가 선박을 도선하고 있는 경우에도 그 선박의 안전한 운항을 위한 선장의 책임은 면제되지 아니하고 그 권한을 침해받지 아니한다. 이 조항은 도선사는 어디까지나 선장의 조선보조 및 조연자로서 선박을 조종하는 것이고 이로 인하여 선장의 조선지휘권은 침해받지 아니함을 명시하는 조항이다. 즉, 도선사고가 발생하여 도선사에게 그가 감당할 수 없는 민사책임이 발생하였을 때는 당연히 선장은 선박소유자의 사용자에 대한 민사책임을 져야하는 조항이다. 이 조항은 도선사에게 대단히 중요한 의미를 갖고 있는 조항이다. 국가에 따라서는 도선사의 민사책임의 한계를 일정금액으로 확정하는 곳도 있지만 우리나라에서는 도선사의 민사책임의 한계를 도선법에서 명시한 법조문은 없고 다만 간접적으로 이것을 인정하고 있을 뿐이다.

즉, 도선약관에서 도선 중 발생한 사고에 대한 도선사의 민사책임의 한계는 당해 선박의 도선료로 제한하고 있는 규정을 두고 있다. 민사책임에 관한 한 세계의 거의 모든 국가가 유사한 방향의 정책²⁰⁴⁾을 취하고 있다.

203) 김인현, 앞의 논문, 104쪽.

204) 민법은 역사적으로 결과책임에서 과실책임으로, 과실책임에서 무과실책임으로 발전해오고

도선사와 선박소유자와의 관계에서 도선사의 과실행위에 대한 소위 대내적 책임의 문제이다. 이것은 도선계약에 의한 계약위반으로 손해배상을 부담하는 문제와 도선사의 불법행위로 인한 손해배상의 문제로 나누어진다. 이 도선계약의 법적 성질에 대하여는 위임계약, 도급계약, 고용계약 등으로 학설이 나누어지고 있다.

위임계약, 고용계약 또는 도급계약상의 의무를 위반하여 도선사가 도선 중이던 선박에 손해를 야기하면, 도선계약위반에 의한 법적 책임으로 선박소유자는 손해배상책임을 부담한다. 우리나라는 청구권경합설을 취하고 있는 국가이므로 도선사에 대한 손해배상청구는 계약위반을 청구원인으로 할 수도 있고 불법행위를 청구원인으로 할 수도 있다.²⁰⁵⁾

도선사의 도선행위 중의 사고로 인하여 제3자가 손해를 입은 경우에 대한 소위 대외적 책임을 도선사의 제3자적 책임이라 한다. 이것은 도선사뿐만 아니라 선장도 어떠한 형태로든 조선에 개입하였기 때문에 선장과 도선사는 공동불법행위의 책임 문제로 연대책임을 부담하는 것이 일반원칙이다.²⁰⁶⁾

피해자는 선박소유자나 도선사 중에서 배상능력이 더 큰 선박소유자에게 손해배상청구를 하면 선박소유자가 그 손해를 배상하고 도선사에게 그의 과실비율에 따른 구상을 요구할 수 있다. 이 경우 도선사의 책임과 관련하여 법적 지위가 중요하게 된다. 우리 민법은 피해자를 두텁게 보호하기 위하여 보상책임론 혹은 위험책임론의 입장에서 사용자의 배상책임을 정하고 있다(민법 제756조).

임의도선사는 선박소유자의 피용자에 해당하는 선박사용인이므로 임의도선사의 과실로 불법행위가 성립하면 도선사의 사용자에게 해당하는 선박소유자는 사용자책임을 부담한다.

그러나 강제도선사의 경우에는 선박소유자가 도선사의 사용자인지에 대하여 논란이 있다. 그러므로 각국은 강제도선사의 경우에 책임의 주체를 명확히 하기 위하여

있으나, 현재 과실책임의 원칙상 무과실책임을 부과할 경우에는 법률에서 이를 명시적으로 정하는 방식을 취한다. 예를 들면, 제조물책임법에 따른 제조자의 제조물에 대한 무과실책임, 환경정책기본법에 의한 사업장에서 발생한 환경오염 피해에 관한 무과실책임, 광업법에서 정하는 광물의 채굴과정에서 타인에게 손해를 주었을 때 광업권자의 무과실배상제도, 원자력손해배상법에 의한 원자로 운전 등으로 인한 손해에 대한 원자력사업자의 무과실책임, 근로기준법에 따른 산업재해에 관한 사업자의 무과실책임 등이 있다.

205) 김인현, 앞의 논문, 106쪽.

206) 위의 논문, 107쪽.

강제도선의 경우에도 선박소유자가 책임을 부담한다는 규정을 두고 있다.²⁰⁷⁾

우리나라 역시 강제도선의 경우에 책임의 주체를 명확히 규정하는 것이 필요하다고 본다. 우리 상법의 선박충돌 규정²⁰⁸⁾은 1910년 선박충돌조약의 취지를 원칙적으로 받아드리고 있으므로, 상법 제880조(도선사의 과실로 인한 충돌)에 단서 조항을 신설하여 “강제도선의 경우에도 같다” 라고 규정할 필요가 있다.

도선사의 민사책임에 있어서 책임한도액을 해당 도선료로 제한하는 것이 국제적으로 통용되는 관습이다. 민사책임과 관련해서 대다수의 국가는 도선사를 단순한 선장의 조연자로 간주하여 도선사의 도선행위에 대하여 큰 책임을 묻고 있지 않다²⁰⁹⁾. 도선사의 도선행위에 대해 민사책임을 제한하고 있는 이유는 다음과 같다.

첫째, 도선사의 과실로 해양사고 발생 시 형사책임 및 행정상 제재 이상의 조치를 취할 경우 도선사가 위축되어 안전도선에 지장을 초래함으로써 선박운항의 안전도모와 항만의 효율적 운영이라는 도선제도의 목적을 상실할 우려가 있다.

둘째, 항상 위험이 상존하고, 사고발생의 개연성이 높은 도선 환경 하에서 민사상의 모든 책임을 도선사에게 부담시킨다면, 도선사는 무리한 도선요청을 거절할 가능성이 높아지고 적기에 선박의 입·출항이나 이·접안이 이루어지기 어렵다.

셋째, 도선사에게 모든 책임을 부과하는 반면, 선박소유자는 도선사의 과실에 대해 책임지지 않을 경우 선박소유자의 보험료는 감소될지 모르지만, 도선사들은 자신의 과실에 대해 보험에 가입해야 하므로 도선료의 인상이 불가피하다. 그런데 실제로 선박소유자는 도선사의 과실 등 제3자에 의한 선박 손실 등을 보상받을 수 있는 선박소유자상호보험에 가입하는 경우가 대부분이다.

넷째, 도선사가 자신의 과실에 따른 손실을 보상하기 위해 보험에 가입할 경우 보험료 납입분을 선박소유자나 화주가 부담해야 하며 도선사가 보험에 가입하지 않고 사고를 야기시켰을 경우에는 문제가 복잡하게 된다.

이와 같은 이유로 대다수의 국가에서는 도선사의 민사책임에 한도를 설정하고 있

207) 위의 논문, 107~108쪽. 1910년 선박충돌조약 제5조, 1987년 영국 도선법 제16조, 독일 상법 제737조;

208) 상법 제880조(도선사의 과실로 인한 충돌), 제878조(일방의 과실로 인한 충돌), 제879조(쌍방의 과실로 인한 충돌) 제880조(도선사의 과실로 인한 충돌) 선박의 충돌이 도선사의 과실로 인하여 발생한 경우에도 선박소유자는 제878조 및 제879조를 준용하여 손해를 배상할 책임이 있다.

209) 강중희 외5인, 앞의 책, 20쪽.

으며 한도는 해당 도선료로 제한하는 것이 국제적으로 적용되는 관습이다. 이는 도선사의 업무상 특성을 인정하는 결과이며 도선사에게 그 책임을 지우더라도 실효성이 없다는 점을 고려한 결과라 할 수 있다.²¹⁰⁾

선박소유자가 책임이 없다고 하여 도선사에게 과도한 민사상 책임을 부과할 경우 도선사는 도선업무에 대해 보험에 가입해야 하며 이는 도선료의 인상으로 이어져 선박소유자의 부담이 증가한다는 인식이 강하며 또한 항만내의 동일위험에 대해 선박소유자와 도선사가 동시에 보험에 강제적으로 가입해야 하는 것은 국가적 및 사회적인 낭비를 초래할 수 있다.

그렇다고 하여 도선사의 과실로 인한 사고발생에 대해 도선사에게 전혀 책임을 부과하지 않고 있는 것은 아니며 일정부분 책임을 부담하게 하고 있다.²¹¹⁾

도선법 제18조 제5항에서는 도선사가 선박을 도선하고 있는 경우에도 선장의 책임은 면제되지 않는다고 규정하여 선장에게 책임을 부과하고 있으나 그렇다고 도선사의 책임이 면제되는 것은 아니다. 그리고 민법(제750조)에서는 자신의 고의 또는 과실의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있고, 도선업무 수행중 사고발생시 도선사는 손해배상 청구소송의 피고가 될 수 있으므로 상법(제769조: 선박소유자의 유한책임 및 제770조: 책임의 한도액)에 따라 책임을 제한할 수 있다.

도선약관 제16조에 따라 선장이나 선박소유자는 도선사에게 도선을 시켰을 경우, 도선사의 업무상 과실로 인하여 당해 선박·선장·선원 또는 제3자에게 입힌 손해에 대하여 도선사에게 책임을 묻지 않는다.

이 경우 도선사는 당해 선박으로부터 수령할 도선료 및 도선료의 전액을 선장 또는 선박소유자에게 청구할 수 없고 또한 업무상 과실에 의한 책임에 대해 도선사가 제3자에게 직접 배상한 경우, 당해 도선료를 감한 배상액에 대해 선박소유자가 보상하도록 규정하고 있다.

다만, 도선사의 고의 또는 중대한 과실에 기인한 책임에 대해서는 책임제한 등을 할 수 없도록 규정하고 있다(도선약관, 제16조제1항, 제2항 및 제3항). 그러나 도선

210) 위의 책, 20쪽.

211) 정찬수, “도선사의 과실로 인한 책임귀속에 관한 연구”, 한양대학교 대학원 법학석사학위논문(1999), 49쪽.

약관은 법적 구속력이 있는 것은 아니다. 도선사의 책임 범위에 대해 대부분의 국가에서는 도선사를 법적으로 선장의 조연자로 간주하여 대개 해당 도선료를 한도액으로 책임을 제한하고 있다.²¹²⁾

도선사의 면허와 자격·책임규정이 도선법에 규정되어 있기 때문에 도선사의 민사책임제한 규정은 도선법에 규정하는 것이 바람직한 것으로 본다. 책임의 한도액은 당해 도선료로 하는 것이 타당할 것으로 보지만 이는 이용자의 의견을 반영하여 당해 도선료에 몇 배 정도의 방법으로 제한하는 것이 합당하다고 본다.

1. 선박소유자의 사용자 책임문제

도선사가 그 직무집행에 관한 위법한 행위로 제3자에게 손해를 입히는 경우 선박소유자가 사용자 책임을 부담하는지 여부가 문제된다.

도선사는 상법상의 선박사용인에 해당한다는 것이 일반적 견해이므로 선박소유자도 사용자 책임에 관한 민법 규정에 따라 선박사용인의 사용자로서 선박사용인의 선임이나 직무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 해도 손해가 있을 경우를 제외하고는 제3자에 대해 손해배상책임을 지는 것으로 해석해야 한다고 본다(민법 제756조 제1항).

그러나 선박소유자가 도선사의 선임 및 감독에 상당한 주의를 했거나 상당한 주의를 했어도 손해가 있었을 것이라는 점을 증명하는 경우에는 손해배상책임을 면할 수 있을 것이다. 한편 이 경우 도선사에 대해서 손해배상이 청구된 때에는 도선사도 선박소유자와 마찬가지로 책임을 제한할 수 있다(상법 제774조 제1항 제3호).

이와 관련해, 임의도선이 아니라 선박소유자가 법에 의해 강제적으로 도선사를 선임하는 강제도선의 경우에도 사용자 책임을 부담하는지에 관해 논란이 있다. 그러나 강제도선의 경우에도 도선사는 여전히 선장의 보조자로서 선장의 지휘·감독을 받는 것으로 보아야 할 것이므로 임의도선의 경우와 마찬가지로 사용자책임을 부담하는 것으로 해석해야 할 것으로 본다.

212) 김인현, 앞의 논문, 49~50쪽.

(1) 1910년 선박충돌조약상 선박소유자의 책임

이 책임은 1885년 앤트워프, 1889년 브뤼셀, 1892년 제네바에서 열린 해법에 관한 국제회의에서 검토되었는데 1897년 앤트워프에서 국제해사위원회가 조직화된 이래 겨우 활발해지게 되어 같은 해 브뤼셀에서 1898년 앤트워프, 1899년 함부르크, 1900년 파리, 1902년 함부르크에서 개최되어 충분히 토의되었다.

이 회의에서 선박충돌에 관한 조약안이 채택되어서 제6조에서 「사용을 강제된 도선사의 과실에 의해 충돌이 발생한 경우에는 이 조약이 정한 선박에 관한 책임도 무방하다.」고 규정했다. 그러나 해상에서 충돌에 관해서, 사적 계약에 대해서 이런 원칙을 적용하는 것은 곤란했기 때문에 그것을 국내법으로써 각국에 적용시키기 위해 조약으로써 국제적 제도로 할 필요가 있어서 제1회 외교관 회의가 Bruxelles에서 열렸다²¹³⁾. 임의도선사의 과실에 의해 발생한 충돌의 경우에도 같은 규칙을 적용하게 되었으므로 제6조는 다음과 같이 규정하는 제5조로 대체되었다. 「앞의 몇 조에서 정한 책임은 도선사가 강제인 경우라도 도선사의 과실에 의해 충돌이 발생한 경우에 그 책임이 존재한다.」

이 규정은 관계 각국 정부 및 제3회기(1909. 9. 28~10. 8)의 검토를 거쳐 1910년 9월의 제4회기에서 최종적으로 승인되어 선박충돌조약 안에 전면적으로 채용되었다. 동 조약은 1913년 2월 1일 몇몇 국가에 의해서 비준되고 일본도 1914년 1월 12일에 비준하였다.

이 협약은 수면의 여하를 막론하고 항해선박 상호간 또는 항해선박과 내수항해 선박 사이에 발생한 충돌의 경우에 손해배상에 대한 일부의 실체법규칙을 통일하기 위한 국제협약이다. 선박충돌은 종종 다른 국적을 갖는 선박 사이에 충돌선박의 기국 이외의 장소 또는 공해에서 발생한다.

국가에 따라 법이 다르기 때문에 저축법(conflict of laws)의 원칙에 의하지 않고 통일법에 의해 규제하게 된 것이다.

협약은 소송에서 모든 선박이 체약국에 속하는 경우와 국법이 규정한 기타의 경우에 모든 이해관계인에게 적용된다. 단, 모든 이해관계인이 수소(受訴)재판소 소속국에 속하는 경우에는 국내법을 적용한다(제12조). 협약은 선박의 운용

213) 이 회의 제1기(1905. 2. 21~25)중에 승인된 안에는 제6조의 규정이 그대로 들어갔는데 제2기(1905. 10. 16~20)중에 확정되었다.

상의 행위 등의 결과 외 선박, 선내의 물질에 대한 손해에도 적용된다(제13조).
군함과 단지 군용에 제공되는 국유선에는 적용되지 않는다(제11조).

우연의 사유, 불가항력 또는 원인불명의 충돌에 의한 손해를 받은 자가(제2조), 일방과실에 의한 충돌의 경우는 과실선박이(제3조), 쌍방과실에 의한 경우는 과실의 비율에 의해 쌍방의 선박이 각각 손해를 부담한다. 과실의 비율을 정할 수 없는 경우 또는 과실의 비율이 평등한 경우 책임은 평등하게 된다(제4조). 선박, 적하 또는 선내의 재산에 발생한 손해에 대해서는 과실의 비율에 의하고, 연대하지 않고 과실이 있었던 선박이 부담한다(제4조 제2항). 사상에 의한 손해에 대해 과실이 있는 선박은 제3자에 대해 연대채무를 진다(제4조 제3항). 강제 수로 안내원의 과실에 의한 충돌에도 이상의 원칙이 적용된다(제5조).

손해배상청구권은 2년의 시효가 소요된다. 정지·중단사유는 법정지법에 의한다(제7조). 그 외에 협약은 충돌선박 선장의 원조의무와 통고의무에 대해 규정한다(제8조).

이 조약은 선박의 충돌에 관한 약간의 규정의 통일을 꾀하는 것을 목적으로 하는 것이기는 하나 「선박이 그 운용상의 작위 혹은 무작위 또는 규칙의 위반에 의해 다른 선박 또는 그 선박 내에 있는 물건 혹은 사람에게 입힌 손해의 배상에 관하여 충돌이 일어나지 않아도 확장 적용된다.」(제13조).

한편, 이 조약은 군함 또는 오직 공용으로 제공하는 국가의 선박에는 적용되지 않는다(제11조). 그리고 이 규정은 Bruxelles에서 체결된 국유선박면책조약의 제3조 제1항에 의하여 보완되어 공용선의 과실에 기인한 충돌에 의한 손해에 관해서 국가에 대한 손해배상청구권이 인정되게 되고 그 결과 동 조약의 비준국에서는 선박충돌조약 제11조는 묵시적으로 폐지되었다.

우리나라 상법은 선박충돌에 관하여 1910년 선박충돌조약의 취지를 받아드려 규정하고 있다. 상법 제880조(도선사의 과실로 인한 충돌)는 「선박의 충돌이 도선사의 과실로 인하여 발생한 경우에도 선박소유자는 제878조와 제879조의 규정에 의하여 손해를 배상할 책임이 있다」고 정하고 있다.

즉, 도선사의 과실로 발생한 선박충돌의 경우에도 선박소유자는 무과실의 사용자책임을 부담한다는 것이다. 독일 등의 경우와는 달리 강제도선사에도 적용된다는 명문의 규정이 없으므로 강제도선의 경우에도 임의도선과 동일하게 해

석될 수 있는지가 문제되나, 우리나라의 다수 학설은 상법 제880조에는 강제도선도 포함된다고 한다.²¹⁴⁾

이 경우에도 도선사의 책임이 면제되는 것은 아니고, 도선사는 민법 제750조의 불법행위책임을 부담하고, 선박소유자는 상법 제880조의 책임을 부담하고 양자의 책임은 부진정연대책임으로 해석된다. 이를 배당한 선박소유자는 민법 제756조 제3항에 따라 도선사에게 구상청구가 가능하다.

한편, 선박이 부두와 충돌한 경우는 상법상 선박충돌로 인정되지 않으므로, 상법 제880조의 적용이 없다.

(2) 선박소유자 책임제한조약

1924년 8월 25일 Bruxelles에서 처음 체결된 이 조약은 제1조에서 「항해 선박 소유자는 선박·운송료 및 선박의 부속물의 가격 한도에서 다음의 책임을 진다: 선장·해원·도선사 또는 선박에 사용된 것 외의 일체의 사람의 행위 혹은 과실에 의해 육상 또는 수상에서 발생한 손해에 기초하여 제3자에게 지불해야 할 배상……」 이라고 정하고 제7조에서는 손해가 사망 또는 신체적 상해를 포함한 경우에는 선박 소유자는 제1조에 정한 제한과 상관없이 선박의 적량 1톤당 8파운드의 한도까지 책임을 지게 했다.

이 조약 제13조는 군함 및 오직 공용으로 제공된 국유선박에는 적용하지 않는다고 규정하고 있는데 이 규정은 동 조약보다 나중에 만들어진 국유선박면책조약의 규정에 의해 묵시적으로 폐지되었다²¹⁵⁾.

선박소유자 책임제한 조약 제1조는 국가는 조약상 책임에 관해서뿐만 아니라 도선사의 행위에 대한 선박소유자책임에 관한 국제적 규칙으로써 매우 중요하다. 우선 첫째 항해충돌 및 이와 유사한 사건(충돌에 의하지 않은 선박 또는 선내 인원 혹은 물건에 대한 손해)에 관해서 선박소유자책임은 그 손해가 임의적인지 강제적인지를 묻지 않고, 가령 도선사의 과실에 의해 발생한 경우에는 선

214) 미국에서는 선박소유자는 대인책임을 부담하지 않고, 선박만 대물책임을 부담하나, 결과적으로 압류된 선박이 경매당하지 않기 위해서는 선박소유자가 먼저 손해를 배상하여야 하므로 선박소유자가 책임을 부담하는 것이 된다: Frank L. Maraist, *Admiralty* (West Publishing company, 1992), p.154.

215) 小町谷操三, 前掲書, 472面.

박·운송료 및 선박의 부속물의 가격의 한도에 제한되는 것을 보여주고 있다. 제1조 제1호는 「도선사 또는 선박에 사용된 그 외의 일체의 사람」이라고 규정하고 있기 때문에 이 속에 강제도선사도 포함되는 것은 명확하다.

2. 유류오염사고의 특칙

우리나라는 유조선에 의한 유류오염사고에 대한 민사책임에 관해 특별법으로서 유류오염손해배상보장법을 두고 있으며, 이 법 제5조는 도선사에 관한 특칙²¹⁶⁾을 두고 있다.

유류오염손해배상보장법은 선박소유자가 유류오염사고로 인한 손해에 대해 무과실책임을 지도록 규정하는 한편, 도선사 업무의 특수성 등을 고려해 피해자가 직접 도선사에게 손해배상을 청구하지는 못하도록 하고 선박소유자가 도선사에 대해 구상하는 경우에도 그 손해가 도선사의 고의 또는 무모한 작위·

216) 유류오염손해배상보장법 제5조(유조선의 유류오염 손해배상책임)

- ① 유조선에 의한 유류오염손해가 발생했을 때에는 사고 당시 그 유조선의 선박소유자는 그 손해를 배상할 책임이 있다. 다만, 그 유류오염손해가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 손해를 배상할 책임이 없다. 1. 전쟁·내란·폭동 또는 천재지변 등 불가항력으로 발생한 경우, 2. 유조선의 선박소유자 및 그 사용인이 아닌 제3자의 고의만으로 발생한 경우, 3. 국가 및 공공단체의 항로표지 또는 항행보조시설 관리의 하자만으로 발생한 경우.
- ② 둘 이상의 유조선이 관련된 사고로 발생한 유류오염손해가 어느 유조선으로부터 유출 또는 배출된 유류에 의한 것인지 분명하지 아니한 경우에는 각 유조선의 선박소유자는 연대해 그 손해를 배상할 책임이 있다. 다만, 그 유류오염손해가 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 유조선의 선박소유자는 손해를 배상할 책임이 없다.
- ③ 유류오염손해배상 사고가 일련의 사건으로 이루어진 경우에는 최초의 사건 당시의 유조선의 선박소유자를 사고 당시의 유조선의 선박소유자로 본다.
- ④ 대한민국 국민이 선체 용선한 외국 국적의 유조선에 의해 유류오염손해가 발생한 경우에는 그 유조선의 선박소유자와 선박 용선자가 연대해 그 손해를 배상할 책임이 있다.
- ⑤ 다음 각 호의 자에게는 제2장에 따른 유류오염손해배상을 청구하지 못한다.
 1. 유조선 선박소유자의 대리인, 사용인 또는 선원
 2. 선원이 아닌 자로서 도선사 등 그 선박에 역무를 제공하는 자
 3. 유조선의 용선자(제2조제4호가목 단서에 따른 선체 용선자는 제외한다), 관리인 또는 운항자
 4. 유조선 선박소유자의 동의를 받거나 관할 관청의 지시에 따라 구조작업을 수행한 자
 5. 방제조치를 한 자
 6. 제3호부터 제5호까지의 어느 하나에 해당하는 자의 대리인 또는 사용인
- ⑥ 유조선에 의한 유류오염손해를 배상한 선박소유자는 사고와 관련된 제3자에 대하여 구상권(求償權)을 행사할 수 있다. 다만, 제5항 각 호의 자에 대한 구상권의 행사는 그 손해가 이들의 고의로 발생한 경우 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 발생한 경우로 한정한다.

부작위로 인한 경우만 구상이 가능하도록 규정하고 있다.

호남 사파이어호 사고의 경우와 같이 도선사의 과실로 선박이 부두와 부딪혀 파손된 부분으로 기름이 흘러나와 해양오염이 발생한 경우에는 도선사의 불법행위책임이 문제가 된다. 피해자인 어민 등은 도선사에게 불법행위상의 책임을 추궁하려고 할 것이다.

유조선의 오염사고의 경우에는 상법의 특별법인 유류오염손해배상보장법이 적용되고, 유류오염손해배상보장법 책임의 주체는 등기 선박소유자로 집중되어 있다. 즉, 사용자책임 규정인 민법 제756조에 해당하는 유류오염손해배상보장법 제5조 제1항의 책임을 선박소유자가 부담하고, 도선사는 민법 제750조의 불법행위책임을 부담하여야 하나, 유류오염손해배상보장법은 이를 금지하고 있다. 즉, 유류오염손해배상보장법 제5조 제5항에 의하면 선박소유자의 대리인, 사용자, 선원 및 도선사 등에 대하여는 이 법에 의한 손해배상청구를 하지 못하도록 되어 있다. 또한 동법 제5조 제6항은 유류오염손해를 배상한 선박소유자는 사고와 관련된 제3자에 대하여 구상권을 행사할 수 있으나, 선원 및 도선사 등에 대하여는 그 손해가 선원의 고의로 인하여 발생한 경우 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 행위 또는 부작위로 인하여 발생한 경우에 한하므로 도선사가 선박소유자로부터 구상청구를 당하는 경우는 생각하기 어렵다.

Ⅲ. 도선사 책임제한제도에 관한 비교법적 검토

불법행위에 의해 타인에게 손해를 입힌 자가 손해배상책임을 지는 것은 근대 사법의 원칙이다. 도선사라 하더라도 예외일 수는 없다. 단 입법자의 특별 의도에 따라서 무책임이라는 입법이 이루어지기도 하지만, 그것은 어디까지나 예외적인 사례로 받아들여진다.

그러나 도선사에게 무한의 과실책임을 지우는 경우에는 아주 미미한 과실에 의해서 거액의 손해가 발생한 많은 해양사고를 감안할 때 도선사를 파산에 이

르게 하는 결과를 불러오게 된다. 따라서 도선사 개인적 재력을 고려해서 피해자가 도선사에게 손해배상을 청구하는 것은 실제 극히 드문 일이며, 많은 경우 도선사를 고용한 선박소유자에 대해서 사용자책임 내지 기업가책임을 추궁하는 상황에 있다.

그럼에도 불구하고 도선사에게 완전한 면책을 주는 것은 근대법의 원칙에 반하는 것이라는 점과 어느 정도의 유한책임을 부과함으로써 도선사의 업무집행을 신중하게 할 필요가 있다. 이러한 취지에서 각국은 도선사의 유한책임제도를 채택하고 있다.

1. 영국

영국에서 보증금을 공탁한 도선사에 관해서는 책임제한이 인정된다. 보증금의 공탁은 1913년 도선조례에 기초한 지방규칙(bylaws)에 의해서 처음 규정된 것으로 현재까지 지속되고 있다. 런던 도선구에서는 bylaws 또는 Trinity House 규칙을 성실히 이행할 것을 조건으로 100파운드를 공탁하게 되었다²¹⁷⁾. 공탁한 면허도선사는 그 태만 또는 기능부족에 관해서 보증금 및 당해 책임이 발생할 때의 항행에 관계된 도선료의 금액을 넘어서 책임을 지지 않는다. 보증금을 공탁한 도선사는 비록 청구권자가 다수이더라도 그 책임한도액은 위와 같이 보증금 및 당해 도선의 도선료의 금액의 합계이며 당해 과실 또는 기능부족에 대해서 다른 소송이 제기되거나 또는 제기될 가능성이 있는 경우에는 수소법원은 도선사의 책임 전액을 결정하고 여러 사람의 청구권자에게 그 금액을 비례적으로 분배한다.

2. 프랑스

프랑스에서 처음 1928년 도선법은 민법책임에 관해서는 어떤 규정도 없으므로 도선사 과실에 관해서 선박소유자책임을 인정하고 선박소유자는 도선사에게 구상권을 유보하는 판례법이 1935년까지 시행되었다. 그것은 프랑스 민법전과 일치하는 것으로 오랜 동안 좋은 효과를 가져왔으나 몇몇 도선사가 선박소유자

217) 런던 도선구 General By laws 제36조.

의 구상소송에 의해 심하게 무거운 손해배상의 지불을 명받았다.²¹⁸⁾ 이것은 비록 도선사가 개인적 과실에 관한 책임을 지는 것이 정당하다고 하더라도 연간 수입의 몇 배의 배상을 강제로 지불하는 것은 가혹하기 때문에 1935년 3월 14일 법은 도선사의 배상책임을 제한하고 이 곤란한 부분을 삭제했다.

동법은 영국의 1913년 도선조례의 보증금위부제도를 모범으로 한 것으로 본직 도선사이든 도선사 후보생이든 도선업무 중의 과실에 의한 책임을 면제받기 위해서는 위부를 가능하게 하는 보증금(cautionnement)를 각출해서 3,000프랑으로 한도를 제한하고 있다.

이 보증금은 공채·통화·은행 또는 해운대신이 이 목적을 위해 인정한 사적 금고의 보증에 의해 구성된다. 도선사는 임명 후 6개월 이내에 이 보증금을 각출해야 하며 직무정지일로부터 3개월 후에 그 반납을 청구할 수 있다.

이 보증금제도에 의해 도선사에 대해서 손해배상의 소송을 제기할 경우에는 도선사의 책임 총액이 제한되게 되어 도선사에게 좋은 효과를 가져 오게 되었다.

3. 미국

미국은 영국과 마찬가지로 피해자는 과실이 있는 도선사에 대해서 손해배상을 청구할 수 있다. 물론 선박의 책임도 발생하는데 그에 의해서 도선사의 개인적 부담은 해제되지 않는다. 미국에서도 보증금제도를 채택한 사례가 많은데 도선사의 책임은 반드시 보증금의 금액을 한도로 하는 것은 아니다. 보증금의 액수는 최고 5천 달러까지이고 필요에 따라서 갱신된다.

다음으로 각 주의 보증금에 관한 규정을 보면 Rhode Island 주에서는 도선사 위원회의 규칙을 준수 및 직무의 충실한 집행을 위한 담보로써 별금을 위해(in the personal sum) 5백 달러이내의 보증금을 적립해야 하며. New Jersey 주에서는 직무의 충실한 집행을 위해 2명의 보증인을 세우는 것 외에 보험금의 각출이 요구된다. 그러나 같은 주에서 부주의로 인해 선박을 상실한 것에 의해 유죄가 된 도선사는 면허를 취소당함과 동시에 보통법에 따라서 손해배상을 지

218) Michel-Joseph Girard, *op. cit.*, p.92.

급해야 하며, 선박을 좌초시킨 경우에는 도선료를 잃게 되며 또한 보통법에 의해 손해배상의 책임을 진다. Pennsylvania 주에서는 3백 달러에서 5백 달러까지의 금액의 보증금 공탁이 요구되며, Delaware 주에서는 직무의 충실한 집행, 밀수의 자제 및 면장 제출의무의 담보로써 보증금의 공탁이 필요하다. Virginia 주는 직무의 충실한 집행을 위해서 5백 달러의 보증금을 공탁하는데 이 보증금은 매년 행해지는 면허갱신의 영향을 받지 않고 불변한 채로 계속된다.

같은 주에서 특별보증금으로써 면허를 정지당한 도선사가 도선을 하려고 하는 경우 면허도선사에 의해 해직되는데 정지 기간 중 도선을 하지 않을 것을 담보로써 보증금 공탁이 강제되고 이에 위반한 경우에는 위원회의 명령에 기초해서 체포, 구금, 투옥 당하게 된다. North Carolina 주에서는 직무의 충실 이행을 위해 5백 달러에서 1천 달러까지의 별금으로써의(in the personal sum) 보증금 공탁이 요구되며, 이것은 도선사의 태만²¹⁹⁾ 또는 비행에 의해 손해를 입은 자의 이익을 위해 위원회에 의해 보관된다.

South Carolina 주에서도 직무의 충실이행을 위한 보증금 공탁이 요구되는데 어떤 유책행위에 의해 구면장을 반납하고 신면장을 교부받은 경우에는 새롭게 보증금의 각출이 요구된다. 이 각출명령에 따르지 않으면 면허는 취소된다.

Georgia 주 및 Alabama 주에서는 직무의 충실이행을 위해 2천 달러의 보증금을 공탁해야 하며 전자는 위원회의 재량에 의해 갱신되고 또 필요에 따라서 보증인을 세울 것이 요구된다. 도선사의 비행·부주의 또는 태만에 의해 손해를 입은 자는 이상의 보증금에 대해서 소송을 제기할 수 있다.

Luisiana 주에서는 1천 달러의 보증금 적립이 요구되며 Texas 주에서는 5천 달러의 보증금 적립과 2명의 보증인이 직무의 충실의무의 담보로써 요구된다. California 주에서는 1천 달러의 공적 보증금의 각출이 요구되며 의무 및 규칙 위반에 의해 손해를 입은 자에 대해서 그 한도 내에서 책임을 진다.

Oregon 주에서는 직무의 충실이행의 담보로써 3천 달러의 보증금 및 2명의 보증인이 요구되고 선박 및 화물이 도선사의 태만 또는 기능부족에 의해 멸실 또는 훼손된 경우에는 도선사 및 그 보증인은 이상의 보증금을 한도로써 책임

219) J. C. Smith, *Liability in Negligence*(London: Sweet and Maxwell, 1984), p.136.

을 진다.

미국에서 그 역사적 연혁에서 도선사는 집합적이 아니라 개인적인 책임을 진다. 이 원칙은 합중국 최고법원의 Guy, Steamworth, et al, v. John A. Donald 사건(203 U. S. 399)²²⁰에 의해 결정되었다. 많은 연안 주에서 보증금은 도선업무 집행 중의 태만, 기능부족 또는 불성실에 의한 손해의 지불에 해당된다. 그러나 해상 피해액이 거대한 경우에는 도저히 이에 따라서 손해의 전부를 담보하는 것은 불가능하다. 따라서 일반적으로 선박 및 적하의 보험이 이러한 손해 전보의 목적으로 첨부된다.

그러나 보증금에 관해서는 그것이 직무의 충실한 이행을 위한(for the faithful and diligent performance of his duties) 또는 벌금을 위해(in the personal sum) 공탁될 것이 규정되어 있으므로 피도선선 외의 피해자의 손해를 배상하는 것을 목적으로 하는 것이 아니라, 오히려 당국에 대한 벌금, 소멸한 등대의 개보수 및 도선사 조합의 긴급 손해에 대한 지불을 목적으로 한다.

Buscemi씨는²²¹) Political Code of California 제 2487조가 Humboldt Bay의 도선사는 그들의 특별 부주의에 의해 발생한 손해에 관해서 보증금으로 보답한다고 규정하고 있는 점, Massachusetts, Connecticut 및 Oregon 주의 각 주법이 보증금에 관해서 도선사의 직무의 신중한 집행만이 아니라, 부주의·기능부족 또는 태만에 의해 발생한 우연한 사고를 배상할 목적을 가지는 것을 명시하고 있다. 그리고 1930년 6월 2일의 항소법원의 판결에서 Texas 주에서 도선은 공무원이며, 따라서 도선사는 사적 계약 위반을 발생하지 않기 때문에 보증금으로 제3자에 대해서 책임을 지지 않는다고 기술하고 있다.

그러나 예를 들어 North Carolina 주에서처럼 보증금은 도선사의 태만 또는 비행에 의해 손해를 입은 자를 위해(for the benefit of those injured by the neglect or misconduct of the pilot) 공탁되는 것을 정하고 있기 때문에 도선사가 보증금으로 제3자에 대하여 책임을 지지 않는다는 설에는 찬성하기 어렵다.

지극히 예외적으로 Maine, Maryland, Florida의 각 주법은 보증금에 관해서는 언급이 없으나 이런 경우에는 보증금 이외의 방법에 의하여 도선사의 태만 및

220) Donald case(203 U. S. 399);Grosvenor M. Jones, *op. cit.*, p.17.

221) Crisafulli-Buscemi Salvatore, *op. cit.*, p.625.

기능부족 또는 그 외 불승인행위에 대해서 보증을 받는다.²²²⁾

4. 도선사의 책임제한에 관한 사건

도선사의 선내에서 지위는 임의도선사와 강제도선사에 따라 거의 차이는 없고 다수의 국가에서 둘 다 선장의 운항상 보조자 내지 조언자로서의 지위에 있다. 따라서 선박의 운항지휘권은 도선사가 승선 중이라도 선장에게 있으며, 선장은 이 권한 행사의 작위 또는 부작위에 관해 책임을 지는데 도선사는 그 보조의무 내지 조언의무에 관해서만 책임을 진다. 도선사에게 보조자 내지 조언자적 지위를 인정하는 경우는 선장 고유의 권한에 기초한 책임과 함께 도선사의 의무위반에 관한 책임도 생기는 것은 민법 일반의 과실책임주의에 기초한 것이며 이를 면책하기 위해서는 특별 입법이 필요하다.

본래 민법의 일반원칙에 의하면 도선사 고유의 업무상 과실에 관해서는 도선사 자신도 책임을 져야 하지만 일부 국가에서 그러한 책임을 면제하여 주는 것은 정책적인 배려를 한 점도 있다. 이것은 이론적으로 선장의 운항에 관한 지휘권을 중시하고 도선행위는 단순히 참고 의견을 알리는 정도로 보고 있기 때문이다.

도선사는 비록 그 지위가 보조자적 내지 조언자적일지라도 자주적 판단으로 자기 책임 아래에서 도선 행위를 행하는 사람이지만, 선박 측의 협력 없이는 그 의무를 충분히 다 할 수 없다. 따라서 선박 측의 협력을 얻을 수 없는 경우에는 도선사의 책임은 경감 또는 면제하는 것이 바람직하다고 본다.

第3節 導船士의 刑事上 責任

도선사가 도선 중 사고를 야기하였을 경우 1차적으로 해양경찰에서 조사를 하고, 그 조사결과의 타당성에 따라 검사가 기소하면 판사는 형법상 선박손괴죄, 교통방해죄 또는 해양환경관리법 위반죄 및 인명사상 발생 시에는 업무상 과실치사상죄도

²²²⁾ American Pilot's Association, *op. cit.*, p.18.

적용할 수도 있을 것이며, 형사책임의 내용은 벌금형으로부터 구속, 금고형에 이르기까지 일반인과 동일하게 되어 있다.

그러나 우리나라의 형법은 고의범의 경우와 과실범의 경우를 명백히 구별하고 있고, 도선영역의 경우 대부분 과실범이 주종을 이루고 있다. 도선과실은 도선을 하는 과정에 발생하는 과실을 문제 삼기 때문에 그 법적인 판단을 내리는데 있어서 처한 환경의 특수성에 따른 어려움이 많다. 일반적으로 도선과실의 전형적인 사례는 도선행위가 항해의 법칙에 합치되지 않고 결과적으로 충돌이나 파손의 사고가 일어나 도선이 실패한 경우이다. 도선과실로 인한 법적 분쟁에서는 도선사의 과실유무에 대한 판단이 문제의 중심에 놓여 있다. 이 중에서도 도선행위에 대해서는 통상적으로 업무상 과실치사상죄, 업무상선박매몰·파괴죄·교통방해죄 등의 성립여부가 문제가 되며²²³⁾, 가장 핵심적인 것은 업무자로서의 도선사의 과실이라고 할 수 있다.

I. 도선행위에서의 도선사의 주의의무와 형사책임

1. 도선행위에서의 도선사의 주의의무

도선과실에 대한 형사책임에 있어서 가장 핵심적인 것은 업무자로서의 도선사 등의 과실이며,²²⁴⁾ 법률상 요구되는 업무상의 주의의무위반에 관한 것이다. 즉, 도선과실로 인한 법적 분쟁에서는 도선사의 과실유무에 대한 판단이 중심에 놓인다. 도선행위에서의 과실판단도 형법상의 일반 과실범의 경우와 다를 바는 없다.

따라서 도선과실에 대한 형사법적 책임귀속에서도 주의의무 위반 및 인과관계의 확정, 과실의 입증 등이 문제가 된다. 과실판단의 기초는 도선사의 주의의무이며, 그것은 도선행위 당시의 일반적·항해학적 지식정도의 조선능력을 갖춘 도선사가 통상 시행하여야 할 주의의무이다.²²⁵⁾

223) 도선사는 전문가이기 때문에 통상인보다 주의의무가 크다는 지적도 있다. 도선행위에서 도선사는 일반인보다 예견가능성이 크기 때문에 주의력을 집중하여 도선행위과정에서 주의의무를 다하여 결과를 회피하기 위한 조치를 강구할 의무가 있다: 이재상, 형법각론」(서울:박영사, 2005), 534쪽; 정성근, 「형법각론」(서울: 삼지원, 2002), 78쪽.

224) 형법 제14조는 “정상의 주의를 태만히 함으로 인하여 죄가 되는 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다.”고 과실범을 규정하고 있다.

225) 서거석·송용섭·목진용, “도선사고의 형사법적 고찰”, 「해사법연구」 제17권 제2호, 한국해사법학회(2005.9), 200쪽.

도선과실은 도선을 하는 과정에 발생하는 과실을 문제 삼기 때문에 그 법적인 판단을 내리는데 있어서 처한 환경의 특수성과 어려움이 많다. 도선행위는 “선장의 동의”와 “선장이하 승무원들과의 협업적 적응”이 필요하며 “항해의 법칙”에 합치되며, “도선의 목적”으로 행해지는 한 구성요건에 해당하지 않는다고 보아야 한다. 그러나 어느 한 요건 또는 수 개의 요건이 결여되는 경우에는 형법적으로 문제가 된다. 보통 도선과실의 전형적인 사례는 도선행위가 항해의 법칙에 합치되지 않고 결과적으로 충돌이나 파손의 사고가 일어나 실패한 경우이다.

과실판단의 기초는 도선사의 주의의무, 그것은 도선행위 당시의 일반적·항해학적 지식정도의 능력을 갖춘 도선사가 통상 갖고 있어야 할 주의의무이다.

주의의무의 내용은 도선행위 시 그 결과를 예견할 주의의무와 그것을 회피할 주의의무이다. 따라서 도선사의 주의의무 위반여부의 판단에서는 먼저 도선사의 행위자체를 객관적으로 관찰하여 그것이 도선 및 항해기술수준에 적합하며 재량범위에 속하는 것인가 아닌가를 판단해야 할 것이다. 여기서 객관적 주의의무 위반은 도선기술의 수준 내지 항해상식으로 판단해서 위험이 예측될 수 있고, 위험을 회피하기 위한 기준이 되는 조치가 있는데 그것을 강구하지 않아서 결과가 발생한 경우에 성립된다고 할 것이다.²²⁶⁾

2. 결과예견의무

행위시의 범죄사실의 결과예견의무를 구성요건의 결과를 예견해야 할 의무²²⁷⁾라고 한다. 도선사는 도선행위시에 선박의 안전과 승조원의 생명·신체에 대한 손상행위가 발생할 수 있다는 것을 인식·예견할 의무가 있다.

인식·예견의 정도는 결과가 확실히 발생한다고 인식할 정도일 필요는 없고, 항해·조선(操船)학적으로 실증되고 공개된 것으로 판단하여 위험의 발생이 사정에 따라 있을 수 있다고 예견되면 충분하다. 도선사는 도선행위를 행할 때에 당해 도선행위에 따른 고유한 위험발생의 가능성이 있는지를 판단하고, 그 위험을 방지하기 위하여 항해 및 조종기술적 예견가능성과 기타 회피방법의 유무를 확인해야 한다.²²⁸⁾

226) 위의 논문, 199-200쪽.

227) J. C. Smith, *Liability in Negligence*(London: Sweet and Maxwell, 1984), p.137.

그러나 형법상의 예견가능성은 반드시 항해학적 예견가능성을 요구하는 것은 아니다. 사실상의 위험이 존재하더라도 아직 그 위험이 발견되지 않았거나 그 위험 발생의 사실이 일반인들에게 알려지지 아니한 경우에는 항해학적으로는 예견가능하다 할 수 있지만 법적으로는 예견가능성을 인정할 수 없을 것이다.

3. 결과회피의무

도선사가 도선행위시에 선박·화물·승조원의 안전과 생명에 대한 침해위험성을 예견하였다면, 이 위험을 방지하는데 필요한 행위를 하여야 할 의무를 진다. 위험상황과 그 위험상황을 방지하기 위하여 가용한 모든 조치를 취하고 확인하며 적절한 방법을 선택해야 하는 것이다.²²⁹⁾

여러 가지 결과회피수단 중에서 가장 확실도가 높은 수단을 취하는 것이 항해학적으로 바람직하지만, 법적으로 항상 그것을 요구할 수는 없을 것이다. 도선사가 결과회피의무를 다하였는가는 예상되는 위험의 개연성, 위험의 원인이 되는 행위의 목적·성질, 다른 위험방지 조치의 유효성, 상대선박 및 부두 등의 피해방지능력 등 여러 가지 사정들을 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것이다.

4. 도선사의 주관적 주의의무

도선사가 불법영역에서 객관적인 주의의무를 위반했다는 것이 인정되더라도 책임 단계에서 도선사에게 객관적 주의의무 위반에 대하여 비난을 가할 수 있는 주관적 주의의무 위반이 있어야 한다. 비록 도선사가 객관적 주의의무를 위반하여 도선사고를 야기하였다고 하더라도 당해 도선사가 그 결과를 예견할 수 있고 또 회피하기 위하여 적절한 조치를 취할 수 있을 때만 그 도선사에게 책임을 과할 수 있다.

예컨대, 도선사는 주로 해도를 중심으로 항로를 선정하므로 해도에 수중 암초가 표시되지 않은 구역에서 조선 중 그와 충돌하여 선체가 파손된 경우 당해 도선사가 해도에 표시되지 않은 수중암초를 알 수 있었던 경우가 아닌 한, 주관적 주의의무 위반이 있다고 할 수 없다. 그렇지 않다면 도선사는 해도를 불신한 채 일일이 수중

228) 중해심(1996-002), 디에스알아메리카호와 엠씨에머럴드호의 충돌사건 재결 참조.

229) 인천해심(1997-023), 뉴자이언트호와 알렉산드로스호의 충돌사건에서 도선사는 선령 21년의 노령선을 항내 조선 중이었으므로 이러한 선박에서 종종 발생하는 조타기 고장을 고려하여 보다 저속으로 항해하여야 할 주의의무를 위반하였다고 재결하였다.

암초 등 장애물을 의심하며 선박을 향도해야 하므로 선박교통량이 빈번한 도선구에서 오히려 선박 지체를 통하여 해상교통안전을 위협할 것이다.²³⁰⁾

도선 사고는 도선사의 부주의, 선박 등 기계적인 요인, 조류 등 자연적인 요인, 도선환경의 불비 등이 복합적으로 작용하여 발생하는 경우가 대부분이므로 이러한 요인들을 종합적으로 판단하여야 한다. 그러나 도선사고가 발생하면 구체적인 요인을 분석하여 정확한 과실유무를 가리는 것을 소홀히 한 채 도선사에게 책임을 지우는 후진적 관행이 아직도 존재한다.²³¹⁾

5. 주의의무 판단기준

주의의무 위반을 어떤 기준에 의하여 판단할 것인지에 대해 학설이 대립하고 있다. 먼저, 객관설은 주의의무 위반을 객관적 표준에 의하여 판단해야 한다고 주장한다. 행위자의 위치에 있는 통찰력 있는 사람의 지도 형상, 즉, 행위자가 소속한 집단 내에서의 신중하고 사려 깊은 사람이 판단기준이 된다.²³²⁾ 여기에 대하여 주관설은 주의의무 위반을 행위자의 개별적인 주의의무 위반으로 파악한다. 이를 개별적 주의의무 위반설이라고도 하는데, 주의의무 위반은 행위자의 결과 발생 가능성의 인식을 전제로 하므로, 오로지 그 개인의 능력과 지식을 기준으로 판단해야 한다는 것이다. 행위자가 평균인 이상의 능력을 가졌으면 그가 할 수

230) 백상진, “해도를 믿고 항행한 도선사의 형사상 과실”, 「비교형사법연구」 제11권 제1호, 비교형사법학회(2009), 524쪽.

231) 대법원 1995. 4. 11. 선고 94도3302 판결; “도선사는 법률에 의하여 상당히 고도의 주의의무가 부과되어, 해도에 표시된 장애물 뿐 아니라 해도에 표시되어 있지 않고 외관상 쉽게 발견되지 않는 위험물을 포함하여 지방수역에 관한 지식을 가지고 있어야 하며 이를 활용할 의무가 있고 더욱이 강제도선사는 전문지식이 있다고 판단하여 선임된 자이기 때문에 선박이 임의로 승선시킨 도선사보다 고도의 주의의무를 부담하고 있는 점을 고려하여 볼 때, 강제도선사인 피고인이 선택한 항로로 운항 중이던 유조선의 수중암초 충돌로 인한 업무상 과실치사상죄 및 해양오염방지법 위반 사건에 관하여 피고인이 해도를 믿고 항행을 하였다고 해서 면책될 수 없다.” 이에 관하여 본 판례에서 문제가 되는 것은 ① 도선사가 해도를 신뢰하고서 침로를 결정한 것에 왜 과실이 있는지, ② 도선사가 해도를 신뢰한 것이 과실이라면 해도를 불신해야 할 구체적인 근거는 무엇인지, ③ 도선사가 지방수역에 관한 지식을 가지고 이를 활용할 의무가 있다고 하나 해도에 표시되어 있지 않은 수중 암초까지 예견할 가능성이 실무상 존재할 수 있는지, ④ 강제도선사가 임의도선사보다 고도의 주의의무를 부담하고 있지만 강제도선사라는 이유만으로 해도를 불신할 근거가 될 수 있는지라는 논점이 불명확하다는 주장이 있다(백상진, 위의 논문, 509~510쪽).

232) 이 견해는 사회일반인의 주의능력을 주의의무 위반의 판단의 표준으로 하므로 일반인설이라고도 하며, 우리나라 통설의 입장이다.

있는 모든 조치를 취할 의무가 있으며, 그렇게 한다고 해서 능력 있는 사람에게 부당하게 과중한 부담을 주는 것은 아니라고 한다.

이 두 학설의 대립은 결국 범죄체계의 차이에서 비롯되는 것이다. 어느 범죄체계를 취하든 가벌성의 판단내용에 영향을 미치는 것은 아니다.²³³⁾ 즉, 객관설을 취하면 행위자의 개별적 사정에 기초한 주관적 주의의무는 책임단계에서 고려되는 것이다.

반면에, 주관설의 입장에서 본다면, 객관적 주의의무는 과실범의 객관적 구성요건 요소로서, 주관적 주의의무는 주관적 구성요건 요소로 평가된다. 그러나 주관적 요소는 책임단계에서 검토하고 구성요건 타당성 단계에서는 객관적 요소를 검토하는 범죄체계를 따르는 것이 타당하다.

주의의무 위반도 고의와 마찬가지로 구성요건 요소와 책임 요소로서의 이중기능을 가지므로 행위자의 개별적 사정을 기초로 한 주관적 주의의무는 책임단계에서 고려하고 구성요건 타당성 단계에서는 어디까지나 객관적 주의의무를 평가해야만 한다. “정상의 주의를 태만히 함으로 인하여” 라고 규정하고 있는 형법 제14조의 규정에 비추어 보아도 합법과 불법의 판단은 객관적 기준에 의해야 한다고 할 수 있고,²³⁴⁾ 따라서 주의의무 위반을 객관적으로 판단하고자 하는 객관설이 타당하다고 본다. 즉, 주의의무의 기준이 되는 자는 행위자가 놓인 구체적 상황과 동일한 사회적 역할 아래에 있는 통찰력 있고 신중한 평균인이다. 따라서 도선 행위 시에도 평균적인 통상의 사려 깊은 도선사라면 범익침해의 결과를 예견하고 회피할 수 있었느냐가 기준이 된다고 할 것이다.

II. 과실인정기준

1. 항해 및 조선의 수준

도선사는 도선당시의 항해·조선수준에 적합한 행위를 할 주의의무가 있다. 조선수준에 적합한 행위란 “일반적으로 인정되는 항해·조선의 원칙”에 따른 행위를 말한다. 도선 과실사건에서는 도선 당시의 항해·조선수준에 비추어 볼 때 당해 도선사가 결과발생을 예견하거나, 결과의 발생을 회피하는 것이 가능했는가의 여부에 따라 과실

233) 배종대, 「형법총론」(서울: 홍문사, 2001), 577쪽.

234) 이재상, 앞의 책, 172쪽.

유무가 판정된다. 그러므로 이 때 중요한 역할을 하는 것은 당해 도선행위시의 “항해·조선수준”이라고 할 수 있다. 여기에서 항해·조선수준과 관련하여 한 가지 문제를 제기할 수 있다. 예를 들면 만약 도선사가 항해·조선관행에 따라 도선행위를 하였지만, 그로 인하여 나쁜 결과가 초래되었다면 도선사에게 책임을 물을 수 없는 것인가? 라는 의문이 제기된다. 항해·조선의 관행을 법적 주의의무의 수준과 동일한 것으로 인정한다면, 결과적으로 항해·조선관행이 바로 주의의무라는 결론이 도출된다.

항해·조선관행은 학문적으로 정립된 원칙과 다소 차이가 있지만, 전문가로서의 도선사들의 집단 내에서는 오랫동안 행해진 관행적인 항해·조선행위(Customary practice)이다. 그러나 관행에 따른 평균적 행위가 항상 법이 요구하는 합리적 행위수준에 일치한다고 할 수는 없다.

따라서 항해·조선관행은 주의의무 내지 과실을 판단하는 일반적 기준이 될 수 없고, 단지 과실의 경중 및 그 정도를 판단할 때 참작할 수 있는 사항에 불과하다. 그러나 이러한 문제제기는 앞에서 기술한 객관적 및 주관적 주의의무의 위반 여부와 그 위반여부가 사고에 기여한 정도, 그리고 그 당시에 사고에 관련된 제반 요소, 예컨대 바람의 세기와 바람 방향, 지역조류(local current)의 세기와 방향, 본선의 주기관과의 반응 여부(response of main engine of the vessel), 선수 추진기(bow thruster)의 세기, 예선의 세기(power of tug-boat), 등 제반 도선요소의 적·부를 고려하여 도선사의 주의의무위반 여부를 판단하여야 한다.²³⁵⁾

2. 도선행위의 재량성

도선행위에서 도선사의 주의의무 위반이 객관적으로 판단된다는 점에는 다른 일반 과실범과 동일하다. 그러나 도선행위가 지닌 특수성과 난점을 고려한다면 일반적·추상적으로 상정되는 항해수준과 도선사의 재량의 범위가 우선적인 도선평과실의 판단기준이며, 다음으로 지역성 내지 항해장비 등의 설비현황, 전문성 및 긴급성 등이 개별적·구체적으로 고려되어야 한다.

따라서 도선사의 주의의무 위반 여부의 판단에서는 먼저 도선사의 행위 자체를 객관적으로 관찰하여 그것이 도선·항해 기술 수준에 적합하며 재량범위에 속하는

235) 박장희, 앞의 논문, 7쪽.

것인지 여부를 판단해야 하리라 본다. 그 결과 주의의무 위반이 없다면 과실은 인정되지 않는다. 그러나 주의의무 위반이 인정되더라도 모든 현실적 상황에 착안하여 주의의무를 완화시킬 사정이 없는지를 고려하여야 한다. 만약 그러한 사정이 존재한다면 과실을 인정하지 않을 수도 있다.

도선행위의 특성상 그러한 일반적 기준만으로는 판단이 곤란한 경우가 많기 때문에 도선행위가 지닌 위험성이나 재량성·협조성·기술성 등의 여러 가지 특성 등을 고려하여 도선사의 재량범위와 과실을 구체화 내지 특수화할 필요가 있다. 도선행위의 결과로써 어떤 위해가 발생하였다는 사실만을 가지고 도선과실을 논한다는 것은 타당하지 않다. 즉, 각각의 개별적이고 구체적인 사례들의 다양한 사정 등을 감안하여 검토할 것이 요구된다.²³⁶⁾

도선행위 대상인 선박의 성능이나 반응은 매우 복잡하고도 다양하다. 따라서 일정한 항해·조선기술의 법칙을 상정하긴 하지만, 일률적으로 그것을 적용하도록 요구할 수는 없다. 그리고 어떤 도선행위라도 그 자체가 완전하다고 할 수 없으므로 도선사에게는 선택할 수 있는 범위 내에서 최선의 방법을 선택하도록 기대할 수밖에 없다.

따라서 도선사의 항해행위나 조선행위에 관한 판단에 어느 정도의 자유로운 재량을 부여하는 것이 타당하다.²³⁷⁾ 도선사의 재량권은 항해·조선수준의 범위 내에서 행사되어야 한다. 따라서 항해·조선수준의 범위를 벗어난 행위는 재량의 일탈로서 과실을 인정할 수 있다고 본다. 그러나 도선사가 도선의 목적을 실현하기 위하여 항해·조선상의 위험을 충분히 고려하여 판단하고, 적절하다고 여겨지는 조선행위를 하였다면, 그것이 구체적 상황하에서 항해·조선기술의 법칙으로부터 현저하게 일탈하거나, 합리성이 결여되었다고 인정되는 경우가 아닌 한, 도선사의 재량범위 내로 보아 과실책임을 배제하여야 한다.

구체적인 경우에 일반적으로 인정되는 조선방법이 여러가지가 있는 경우에는 그 방법의 선택은 도선사의 재량사항이다. 도선사는 독자적 판단에 따라 그 중에서 적절하다고 판단되는 항해 및 조선방법을 선택할 수 있다. 그러나 구체적인 사정에 따라 가장 위험이 적은 방법을 택하여야 한다. 만약 유일한 항해 및 조선방법이 존

236) 서거석·송용섭·목진용, 앞의 논문, 203쪽.

237) 위의 논문, 204쪽.

재하고 그 방법을 취했을 때 위험이 예견되는 경우에는 항해 및 조선방법으로 인한 이익과 위험이라는 손해를 비교형량하여 도선의 이익이 더 큰 범위 내에서 선택할 수 있다.²³⁸⁾

도선사고에 있어서 도선사에게 과실을 인정하려면, 도선행위에 따른 위험 발생을 예견할 수 있고, 또 회피할 수 있음에도 불구하고, 부주의로 인하여 이를 이행하지 않은 점이 인정되어야 한다.²³⁹⁾ 이때 과실유무를 판단함에는 도선업무에 종사하는 사려 깊은 도선사의 주의정도를 표준으로 하여야 한다. 또한 사고 당시의 일반적인 도선 및 항해 기술 수준과 도선구의 특수성을 참고한 도선사의 재량이 고려되어야 한다.²⁴⁰⁾

3. 긴급한 도선상황

긴급성을 요하는 도선상황에서는 도선사에게 평상시와 같은 정도의 주의의무를 요구할 수 없을 것이다. 도선사는 선박을 도선함에 있어 시간적 여유가 없어 긴급을 요하는 때에는 필요한 주의의무를 다할 수 없음은 당연한 것이다. 즉, 도선사의 주의의무는 도선행위의 긴급성에 반비례한다. 예를 들면 A라는 선박이 폭발위험이 있는 위험물을 만재하고 입항하다가 다른 선박과 충돌할 위험이 발생하여 긴급하게 조치를 취하던 중 돌발적인 긴급상황이 야기되는 경우가 때때로 발생하게 된다. 이러한 긴급을 요하는 상황에서의 도선행위는 긴급피난으로서 위법성이 조각될 수 있고, 과실의 인정에 있어서도 긴급성의 정도에 따라 상대적으로 과실을 인정해야 한다.²⁴¹⁾

4. 도선행위의 분업적 관계와 신뢰의 원칙

선박을 안전하게 도선하기 위해서는 도선사의 운항능력 뿐만 아니라, 제대로 정비된 해도 및 항만기술 체계와 도선선박의 선장의 협력 등 분업적 업무가 각각의 영역에서 긴밀한 협력을 통하여 이행되어야 한다. 이러한 분업적 관계 속에서 역할

238) 위의 논문, 205쪽.

239) J. C. Smith, *op. cit.*, p.140.

240) 백상진, 앞의 논문, 525쪽.

241) 서거석·송용섭·목진용, 앞의 논문, 207쪽.

분담에 따른 책임 영역의 분할을 인정하여 개별 책임의 원칙 하에서 도선사의 형사 책임이 제한될 필요가 있다.²⁴²⁾

아무리 도선사의 능력이 뛰어나더라도 도선환경이 잘못 관리되어 신뢰를 받지 못한다면, 항만안전은 운에 맡기는 결과가 된다. 도선사가 항법준수를 통하여 주의의무를 다하였지만, 해도의 오류 등 도선환경의 구조적 미비에 기인하여 해양사고가 발생하였고, 도선사가 그 해도를 신뢰한 것에 대한 주의의무 위반을 확정할 수 없다면, 도선사에게 과실을 귀속시킬 수 없다고 본다.

주의의무 위반의 제한원리로서 기능하는 것이 “허용된 위험의 이론”과 “신뢰의 원칙”이다. 이 원리는 형법체계상 어떤 독자적 기능을 수행한다고 보기는 어렵지만, 우리 사회가 안고 있는 다양한 위험의 원천을 형법적 의미에서 총체적으로 정당화하는 관념적 역할을 한다고 본다.

“신뢰의 원칙(Vertrauensgrundsatz)”이란 어떤 위험에 종사하는 자는 특별한 사정이 없는 한, 다른 관련자가 사고 회피를 위하여 적절한 행동을 취하리라고 신뢰하여 행동하면 족하고, 따라서 타인이 이에 반하는 행동을 취할 것임을 염두에 두고 행동할 필요까지는 없다는 개념이다. 이는 허용된 위험의 법리에 비하여 구체적으로 과실범의 객관적 주의의무를 제한하는 기능을 한다. 오늘날 고도의 분업활동을 요구하는 여러 사회활동에까지 그 적용이 확대되고 있다. 이 원칙은 교통사고와 관련하여 발전된 이론이다. 그 내용을 상술하면 교통규칙을 준수한 운전자는 다른 교통 관련자가 교통규칙을 준수할 것이라고 신뢰하면 족하고, 상대방이 교통규칙에 위반하여 비이성적으로 행동할 것까지 예견하고 이에 대한 방어진치를 취할 의무는 없다는 것이다.²⁴³⁾

선박의 규모가 대형화하고 전용선화 됨에 따라 협업적·분업적 도선행위가 증대하게 되었고, 이에 따라 신뢰의 원칙을 적용할 여지가 많아지고 있다. 분업적으로 시행되는 도선행위에 있어서는 그 특수성에 비추어 다른 사람의 오류 없는 협력을 신뢰하는 것이 곧 주의의무의 태만이 아니라는 신뢰의 원칙이 도선행위와 관련하여 주의의무 판단에 중요한 역할을 하게 되었다.²⁴⁴⁾

242) 백상진, 앞의 논문, 526쪽.

243) 서거석·송용섭·목진용, 앞의 논문, 212쪽.

244) 위의 논문, 213쪽.

Ⅲ. 도선사의 형사책임의 판단

1. 도선사와 선장과의 과실의 경증문제

강제도선구역에서 도선사가 승선한 경우에도 운항지휘권자는 선장이지만, 현실적으로는 도선사가 사실상 도선업무를 총괄하므로 선박충돌 등 사고시 선장보다는 도선사의 업무상 과실이 큰 경우가 많다. 한편 선장은 도선업무를 도선사에게 사실상 맡기고 운항지휘권자로서 도선사에 대한 지휘·감독을 소홀히 하는 등 책무를 해태한 경우가 많다. 선장이 도선사에게 도선대상 선박에 대한 필요한 사항을 통지하지 않았거나, 사실과 다르게 통지하여 해양사고가 발생한 경우, 선원이 도선사의 지시사항을 따르지 아니한 경우에는 선장의 과실이 크다고 할 수 있다. 그러나 도선사만이 알 수 있는 당해 항만의 특수한 사정으로 인하여 해양사고가 발생한 경우에는 도선사의 과실이 크다고 할 수 있다. 현실적으로 그곳 지리와 해상조건에 밝은 도선사가 사고를 일으키는 정도의 상황이라면, 선장의 능력으로도 막을 수 없는 사실상 불가항력적인 경우가 많다고 본다. 선원이 도선사의 지휘명령을 잘 이행하였고, 선장이 도선사의 운항지휘의 감독에 특별히 태만함이 없음이 증명된다면 선장을 문책할 수 없다고 본다.²⁴⁵⁾

2. 형사소추절차

해양사고의 원인규명 및 과실 내용의 구체적 확정의 어려움이 있기 때문에 비록 도선사의 과실이 인정되더라도, 수사기관의 사건처리는 반드시 해양안전심판원의 재결이 확정된 이후에야 가능한가 하는 문제이다. 이에 대하여 해양사고의 조사 및 심판에 관한 법률이나 형법 등 관계 법률에 특별한 규정이 없다. 따라서 해양사고심판의 재결이 확정된 이후에야 기소가 가능한 것은 아니므로 일반 형사사건과 같이 처리하고 있다. 다만, 해양사고 전문가의 의견 및 사고원인 분석자료를 종합하여 도선사의 과실을 명백히 확정된 후 제소하거나 불기소 처리하고 있다. 형사절차를 진행함에 있어 마냥 해양사고심판의 재결을 기다릴 수는 없다. 기소여부를 해양심판의 재결까지 기다린다면 해양사고심판이 장기간에 걸쳐 이루어진 점에 비추어 형사 처벌의 의미는 현저하게 희

245) 대판 94도 3302, 1995.4.11.

석될 수밖에 없다. 해양안전심판원의 조사나 재결이 형사 절차에 있어서의 수사나 재판처럼 신속하게 이루어지지 않고 있는 것이 현실이다. 해양사고가 발생하였을 때 수사기관의 수사나 해양안전심판원의 조사가 각각 별개로 이루어지고 있으므로 사고발생 초기단계부터 유기적인 협조 하에 자료의 공유, 관련자들의 조사, 증거의 수집에 있어서 공조의 필요성이 크다고 하겠다.

3. 선장의 운항결정권의 한계

본선 선장의 운항지휘에 관한 자기결정권은 선박소유자로부터 부여받은 선박소유자의 대리인으로서의 권리로 선박 내에서는 어떠한 자도 선장의 결정권에 대하여 대항하지 못한다. 이러한 선박소유자의 적법한 대리인으로서의 선장의 권한은 실로 막강하며, 도선행위에 있어서도 강제도선사이든, 임의도선사이든 선박에 승선한 경우에는 운항지휘시설에 의하면, 선장의 통제와 지시감독을 받고 도선에 임하여야 한다.

이러한 선장의 자기결정권은 도선 중 발생한 선박의 위기상황과 그로 인하여 발생된 손해 및 손상에 대하여 도선사와 같이 공동정범으로 처벌되고 있는 현실을 볼 때 선장이 자기결정권을 해태한 경우에는 그 책임은 선장에게 제일 많이 귀속된다고 보아야 한다.

그러나 이러한 선장의 자기결정권을 무한정 인정할 것인지에 대하여는 의문이 제기된다. 강제도선제도의 경우 선장이 도선을 거부할 수 없고, 승선하여 도선행위에 임하는 도선사를 사실상 지휘·통제할 수 있는 것에 분명하고도 현실적인 한계가 있다.

그것은 사실적·관행적 한계로써 도선사가 대부분은 본선 선장보다 연배로 보나 항해경력 등으로 보나 훨씬 더 긴 경력을 소유하고 있고, 특히 해당 항만에서 주어진 제반도선환경의 인식과 더불어 도선경험과 전반적인 선박조종기술면에서 우위에 있다고 여겨지므로, 선장이 도선사의 행위에 대하여 제재를 가하거나 명령을 변경하기는 어렵다.

이것이 선장의 자기결정권의 사실적이고 현실적인 한계라고 본다.

4. 선장의 운항결정권과 도선사의 도선의무와의 충돌

선장은 본선의 안전항해와 물적·인적 구성요소를 보호해야 할 책임과 권한이 주어진 선원이다. 여기서 선장은 선박소유자가 갖는 모든 권한을 위임받은 대리인이므로 본선과 관련하여서는 강력한 지도자로서 지휘·명령권을 행사한다. 이러한 막강한 선

장의 권한이 과연 강제도선제도로 승선한 도선사의 도선의무와 충돌을 일으킨다면, 누구의 지휘·명령을 받아야 하며, 또한 선장의 결정으로 강제도선사가 도선행위를 수행할 수 없을 때에 해양사고가 발생한다면, 그에 대한 형사책임은 누구에게 있는지 등이 쟁점으로 발생할 수 있다. 선장은 본선에 승선한 도선사가 취하는 모든 행동을 감독할 권리·의무가 있음은 운항지휘자설을 취한다면 분명하다.

선장이 이러한 권리·의무와 강제도선사의 도선의무와 충돌이 발생하여 형사적 문제가 발생하였다면, 선장의 결정이 우선권이 있다고 보는 견해의 입장에서는 형사적 책임은 선장만이 져야 한다고 볼 수 있다. 그러나 강제도선구역 내에서 도선사는 법이 강제하는 자로서 그 책임으로부터 자유로울 수 없음은 또한 부정할 수 없다.

이러한 이유에서 선장과 도선사는 서로 협력하여 본선을 안전하고 신속하게 입·출항 및 접·이안을 해야 할 의무가 있다고 본다.

한편 선장의 자기결정권과 도선사의 도선의무의 충돌로 인한 도선행위 중단 측면은 두 가지 측면에서 검토할 필요가 있다. 첫 번째 측면은 선장에 의한 도선행위의 중단이고, 두 번째 측면은 도선사가 임의로 도선행위를 중지하는 경우이다.

첫번째 측면에서는 본선의 선장이 선박의 도선을 위해 승무한 도선사가 취하는 지시나 행동에 대하여 신뢰할 수 없다고 판단하여 선박조종에서 도선사를 배제시키는 것이다. 이는 다른 도선사를 요청할 수도 있고 선장이 직접 조종하여 선박을 입·출항시킬 수도 있다고 본다. 그러나 도선헌장실무에서 이러한 경우는 극히 발생되기 어렵다. 두 번째 측면은 도선사가 임의로 도선행위를 중단하는 것이다. 이 경우에는 도선사가 도선행위를 위하여 선박에 승선하였으나 선장이 도선사에게 피도선선에 대한 정보제공이나 기타 선박에서 도선사에게 취하여야 할 의무를 이행하지 않아 도선행위를 계속하는 것이 위험하다고 판단한 경우에 도선사가 도선행위 중단을 결정할 수 있는지의 문제이다. 우리나라의 도선사는 강제도선사가 대부분이기 때문에 이를 인정할지는 논란이 생길 것으로 본다. 그러나 도선행위 중단의 첫 번째 측면처럼 선장이 도선사를 신뢰하지 못하는 경우처럼 도선사도 본선을 신뢰하지 못하는 경우가 발생할 수 있을 것임으로 도선사가 도선행위 중단을 스스로 결정할 수 있을 것이다. 이 경우 도선사는 선박이 안전하게 도선행위 중단 이후에 행위를 할 수 있을 정도로 유지시켜주고 하선해야 할 것이다. 이러한 경우는 현장에서 아주 가끔 발생한다.²⁴⁶⁾

IV. 도선사고에 대한 형법적용상 보완문제

해상교통은 육상교통과 비교하여 현저하게 다른 세 가지의 특징이 있다. 따라서 도선과정에서 생기는 해양사고에 대한 형사적인 처리과정도 당연히 달리 하여야 한다. 해상교통의 3가지 특징을 다음과 같이 들 수 있다.

첫째, 교통로 문제이다. 육상의 도로교통에서는 명백한 차선이 있고 분리대 및 분리선이 명백하여 수송 운반용구를 조종하는 자는 노면을 따라서 교통의 흐름에 맞추어 가면 된다. 그러나 해상에서는 항로를 표시하는 가시적인 경계선이 없고 따라서 선박을 조종하는 자는 시시각각 자기 위치를 확인하면서 아무런 경계면 표시도 없는 좁은 항로의 우측 중간대(the right zone in the separation scheme)를 따라 진행하여야 한다.

둘째, 운반용구의 크기 문제이다. 육상의 자동차 교통에서는 운반용구의 크기가 보통은 1톤 정도, 크면 수십 톤 정도이고, 선로를 달리는 철도교통에서는 기차의 크기는 수백 톤에 불과하다. 그러나 해상교통에서의 운반용구인 선박은 수십만 톤을 상회하기도 한다. 육상교통과 해상교통에서 운반용구의 크기를 비교할 때 그 차이가 너무나 커서 비교가 되지 않는다. 이렇게 큰 운반용구를 어두운 야간에 가시적인 경계 표시선이 없는 좁은 항로를 따라 운반하는 것은 육상교통에 비하면 고도로 어렵다고 본다.

셋째, 운반용구를 조종하는 조종면허 부여과정의 차이이다. 육상교통의 차량 운전면허는 모든 날에서 간단한 필기 및 실기 테스트과정을 거치면 누구나 받을 수 있다. 그러나 우리나라뿐만 아니라, 모든 해운선진국에서도 거의 비슷하지만, 해기사의 면허는 순차적으로 상위급 면허 시험을 거치면서 받게 된다. 구체적인 예를 들면 우리나라 1급 항해사 면허와 도선사 면허 수여과정은 우선 한국해양대학교나 목포해양대학교의 항해학과를 졸업한 사람은 국가에서 실시하는 3급 항해사 면허시험에 응시하여 이 시험에 합격하면 상선의 3등 항해사

246) 예를 들면, 선장이 본선의 조종성능에 문제가 있는 것을 숨기는 경우이다. 즉, 타가 좌·우 35도씩 가야 하는데, 일부 고장으로 좌·우 20도 정도밖에 가지 않는 경우 등이다. 날씨가 나쁜 날은 이런 경우에 안전이 우려되어 도선해 줄 수 없는 경우가 생긴다. 이런 경우에는 본선을 도선점 밖으로 유도해 주고, 하선하는 경우도 극히 드물지만 발생한다.

로 취업하게 된다. 여기서 일정기간(1~2년 정도)의 해상근무 경력이 얻어지면, 2등 항해사로 승진하여 2년 정도의 승선근무를 하게 되고, 2급 항해사시험에 응시하게 된다.

2급 항해사 면허를 수여 받은 후, 상선의 1등 항해사로 일정기간(보통은 2~3년)의 근무를 마치고, 1급 항해사 면허시험을 거쳐서 1급 항해사 면허를 받고 승진한 후, 선장으로 근무할 수 있게 된다. 그리고 총톤수 6,000톤 이상 선박의 선장으로 5년 이상의 경력을 갖게 되면 도선사 시험에 응시할 수 있다. 도선사 시험에 합격하게 되면 자기가 배치된 항구에서 6개월간 실습기간을 통하여 일정회수 이상의 도선실습을 마쳐야 도선사의 면허를 받을 수 있다. 결국 선장이 나 도선사가 되려면 거의 한 평생을 시험 준비에 골몰하여야 하는 것이다. 이러한 법 제도적인 차이가 생긴 이유는 면허를 수여받은 자가 수행하여야 할 업무의 중요도 및 업무수행의 어려움 때문인 것이다. 그러나 우리나라의 현행 형법은 별척조항에서 해상 교통사고와 육상 교통사고를 구별 없이 동일하게 다루고 있다.

해상 교통사고에 대한 우리나라의 형법규정을 개정하여 도선사의 과실행위의 특례를 인정할 필요가 있다.

第4節 導船士의 行政上 責任

I. 해양사고심판의 재결

도선사가 업무를 집행함에 있어서 어떠한 원인으로 해양사고가 발생한 경우, 도선법에 의한 행정처분에 의하지 않고 해양사고조사 및 심판에 관한 법률(이하 ‘해양사고심판법’이라고 함)에 의해서 우선 처분된다. 해양사고심판법은 해양사고에 대한 조사 및 심판을 통하여 해양사고의 원인을 밝힘으로써 해양안전의 확보에 이바지함을 목적으로 하고 있다(해양사고심판법 제1조).

해양사고심판법 제2조는 해양사고를 “해양 및 내수면에서 발생한 사고를 말

하며 선박의 구조·설비 또는 운용과 관련하여 사람이 사망 또는 실종되거나 부상을 입은 사고, 선박의 운용과 관련하여 선박이나 육상시설·해상시설이 손상된 사고, 선박이 멸실·유기되거나 행방불명된 사고, 선박이 충돌·좌초·전복·침몰되거나 선박을 조종할 수 없게 된 사고, 선박의 운용과 관련하여 해양 오염 피해가 발생한 사고”로 정의하고 있다. 이러한 사고가 발생한 경우에는 해양안전심판원에 의해 그 원인이 조사·탐구되어진다. 그러나 해양사고의 원인은 복잡하며 그 모든 원인을 분석하는 것은 쉬운 일이 아니다.

그래서 해양사고의 원인 중 사고예방을 위하여 특별히 중요하다고 생각되는 사항을 정하여 이들 특정 사항에 관해서 조사 및 탐구가 이루어진다.

이 법의 목적에 부합하기 위하여 해양사고가 발생하면 동법 제4조에서 규정하고 있는 해양사고의 원인을 밝히게 된다. 해양사고가 “사람의 고의 또는 과실로 인하여 발생한 것인지 여부”, “선박승무원의 인원, 자격, 기능, 근로조건 또는 복무에 관한 사유로 발생한 것인지 여부”, “선박의 선체 또는 기관의 구조·재질·공작이나 선박의 의장 또는 성능에 관한 사유로 발생한 것인지 여부”, “수로도지·항로표지·선박통신·기상통보 또는 구난시설 등의 항해보조시설에 관한 사유로 발생한 것인지 여부”, “항만이나 수로의 상황에 관한 사유로 발생한 것인지 여부”, “화물의 특성이나 적재에 관한 사유로 발생한 것인지 여부” 등의 원인을 밝혀낸다. 도선사가 승선 중 해양사고가 발생하면, 그것이 도선사(사람 혹은 승조원)의 과실로 인하여 사고가 난 것인지, 아니면 다른 부수적 원인 때문에 발생한 것인지를 밝혀내야 한다.

해양사고의 원인이 사람의 행동, 즉, 사람의 고의 또는 과실에 의해서 해양사고가 발생한 것인지 어떤지, 선박의 승무원의 광의의 노동조건, 즉, 인원수·자격·기능·근로조건 또는 복종에 관계된 사유에 의해서 발생한 것인지에 관해서 조사 및 탐구한다. 도선사도 당연히 포함되는데 후자의 승조원 안에 도선사를 포함시킬지 어떨지에 관해서는 소극적인 생각도 있지만 해양사고에 미치는 영향에 관해서 선박 승무원과 도선사를 구별할 필요는 없으므로 도선사를 포함시켜도 지장은 없다고 본다.

해양안전심판원은 해양사고의 원인에 관한 조사 후 재결로써 그 결론을 명확하게 해야 한다. 그리고 해양사고가 해기종사자 또는 도선사의 직무상의 고의

또는 과실로 인하여 발생한 것일 때에는 재결로 징계하고, 또한 해기종사자 또는 도선사 이외의 자라도 필요하다고 인정될 때는 해양사고의 원인에 관계가 있는 자에 대해서 시정 또는 개선조치를 요청하는 내용의 재결을 할 수 있다.

해양안전심판원의 재결은 해양사고의 원인에 관해서 조사를 실시하고 그 결론을 분명히 하는 원인규명재결, 해기 종사자 또는 도선사에 대한 징계처분을 행하는 징계재결 및 해기종사자 또는 도선사 이외의 사람으로 해양사고의 원인에 관계있는 자에 대한 권고재결의 세 가지로 나뉜다. 도선사에 관해서는 그 직무상 고의 또는 과실로 인하여 해양사고가 발생한 것이 조사 결과 인정되었을 때는 징계재결이 이루어진다. 그런데 징계는 행위의 경중에 따라서 면허의 취소, 업무정지(업무정지기간은 1월 이상 1년 이하임) 또는 견책 중에서 행하여진다. 이 경우 해양사고의 성질 혹은 상황 또는 행위자의 이력 그 외의 정상을 참작하여 징계집행유예재결을 할 수 있다.²⁴⁷⁾

II. 해양사고심판과 재판과의 관계

해양사고의 심판과 형사 및 민사재판과의 관계, 특히 해양안전심판원의 재결의 기판력 등이 다른 소송사건에 영향을 주는가에 관해서는 당사자의 입증책임이 중요한 요소로 작용하는데 소송의 구조가 변론주의, 직권주의를 택하든지에 상관없이 항상 중요하다. 해양사고심판에서 심판관의 증명력 인정범위는 지금까지 구체적인 기준이 없다. 다만 재결사례를 통한 연구자료에 의하면, 증명력 인정범위에 있어서 민사소송법에서는 증거의 우위가 입증된 상태인 소명을 제외한 70% 이상의 심증이면 충분히 증명력을 인정할 수 있고, 합리적 의심이 없을 정도의 입증을 요하는 형사소송법에서는 90% 이상의 확실한 심증을 얻어야 한다고 연구한 바가 있다.²⁴⁸⁾

247) 징계면제재결의 입법취지는 형사소송법의 기소편의주의 내지 형벌의 형의 정상참작 및 집행유예 제도와 동일 정신에 기초한 것이다. 최근에는 선박의 안전운항에 대한 공로자로서 운수대표표창을 받은 것(주-예를 들어 기선 플라잉 인디펜던트기와 범선 제38幡丸충돌사건(昭和36년 門審 제26호), 선장 및 도선사로서 오랫동안 무사고였던 것(주-예를 들면, 기선 사이터스 좌초사건(昭和36년 廣審 제14호) 등이 징계면제 원인이 되었다.

248) 임석원, “해양사고에 있어서 심판관의 증명력 인정범위 - 해양안전심판원의 재결사례에 대

해양안전심판원의 재결의 기판력 등이 다른 소송사건에 영향을 주는 가에 대한 일본의 사례를 살펴보면, 1961년 최고재판소의 재결취소청구사건²⁴⁹⁾의 판결에서 다수결은 해난사고에 관한 권위자로 이루어진 심판관에 의해 소송절차에 유사한 신중한 절차하에 내려진 재결은 해난사고에 관계있는 손해배상청구의 소송사건 등에서 사실상 존중되는 것이 인정된다. 그러나 재결의 기판력 등이 다른 소송사건에 영향을 미치지 않는다고 하며, “본 건 재결이 다른 소송에서 중요한 의미를 가진다고 해도 하나의 증거자료가 될 뿐이며, 반증을 들어서 재결의 내용을 다투는 일에는 조금도 지장이 없고, 또 재판소도 재결에 반하는 사실을 인정하는 것도 무방하다. 따라서 본 건 재결은 피상고인의 과실에 관해서 확정하는 효력을 갖지 않는다.” 라고 판정하였다.

사건으로는 해양사고심판법의 주된 목적은 해양사고 방지에 기여하기 위해 해양사고의 원인을 분명히 하는 것에 있으며, 해양안전심판원은 그 원인을 분명히 할 유일한 기관이다. 특히 심판관은 전문적인 권위자로 임명되어 심판 신청에 따라 절차가 진행되고, 2심제라는 신중한 절차에 의하여 진행되기 때문에 해양안전심판원의 재결 그 자체가 권위가 있다고 본다. 선박의 해양사고사건에서 어떤 사람에게 그 원인이 있다는 내용을 재결로 분명히 한 경우에도 그 해양사고사건에 의해 손해를 입은 자가 그 원인이 있다고 여겨지는 자에 대해서 민사상 손해배상을 청구한 때에 그 민사사건 재판에 해양안전심판원에서 내린 재결의 기판력이 영향을 미친다고 할 수는 없겠지만, 그 재결에 나타난 내용은 일단 존중되는 것이 당연하다고 본다. 이와 같은 관계는 단지 민사사건만이 아니라, 해양사고사건의 발생에 동반하는 형사사건에 있어서도 마찬가지라고 본다. 민사사건에서는 사실상 해양사고심판의 재결이 있으면 재결의 내용을 판단하고 징계의 정도에 따라서 당사자 간의 과실의 비율을 협정하여 손해부담의 문제를 해결하고 있다. 이는 선박의 사고에 관해서는 비록 소송이 진행되더라도 소송 내용은 항해기술에 관한 판단을 주로 하는 것이며, 민사재판담당 판사는 이런 전문기술에 능통하지 않기 때문에 조사 인정에 오랜 세월이 필요하고,

한 분석을 중심으로-”, 「해사법연구 제26권 제3호」 한국해사법학회(2014.11), 288~293쪽.
249) 재결취소청구사건, 昭和28년(オ)제110호, 同36년 3월 15일 대법정 판결, 최고재판소 판례집 제15권 제3로, 470面.

사실 관계에 관해서는 해양사고심판의 재결이 중시되기 때문이며, 보험자도 관계 당사자에 대해 재결에 기초하여 분쟁을 해결할 것을 권장하는 것이 통상적이다.²⁵⁰⁾

第5節 導船士의 法的 責任에 관한 私見

I. 도선의 특수성과 도선사의 책임

도선 중 사고와 관련한 도선사의 책임에 대해서 대부분의 국가는 도선업의 특수성으로 인하여 민사책임에 대하여 그 책임의 한도를 법으로 규정하고 있다. 도선은 선박소유자와 도선사 사이의 상업적 계약관계로 볼 수 있으나, 그 구체적 성립에는 도선의 특수성으로 일반적인 상업적 계약관계로 성립되기 어렵다²⁵¹⁾.

여러 가지로 제한되고 수시로 변하는 환경하에서 선장을 대신하여 직접 선박을 조정할 수밖에 없으나, 고의가 아닌 과실로 사고가 발생한 경우 일반적인 상업적 계약과 같이 안전한 선박조종을 직접 지휘한 도선사가 그 책임을 모두 감수해야 한다면, 도선의 반대급부로 지불하는 도선료는 당연히 그러한 위험성을 포함하여 산정되어야 한다. 그러나 도선사고로 인한 결과는 선박과 화물은 물론 항만에 미치는 영향은 경우에 따라서 천문학적 비용을 초래할 수도 있으므로 이러한 도선료 요구와 지불 자체가 불가능하며, 따라서 일반적 수요공급에 의한 상업적 계약으로써 성립될 수 없다. 또한 항만의 운영은 한정된 자원

250) 이처럼 해결방법으로써 예를 들어, a. 갑(甲)선 선장의 업무정지 1개월 반, 을(乙)선 선장의 업무정지 1개월의 경우, 과실의 비율을 3대2로 하고, b. 갑선 선장의 업무정지 2개월, 을선 선장의 업무정지 1개월의 경우, 과실의 비율을 2대1로 하고, c. 갑선 선장의 업무정지 1개월, 을선 선장은 계고(戒告)의 경우, 계고를 15일의 업무정지로 보아 과실 비율을 2대1로 하는 방법이다.; 林田桂, “船舶衝突損害賠償責任に関する法規(2)”, 「日本船長協會誌」 第19號, 14面.

251) 우병구 외 3명, 「도선서비스 품질개선을 위한 도선제도 개선방안 연구용역」, 국토해양부 · 한국도선사협회, 2010(2010.12), 235쪽.

과 엄청난 시간과 투자가 요구되는 기간산업의 특성을 가지고 있으며, 항만운영의 안전을 저해하는 결과는 항만 전체 또는 국가적으로도 엄청난 손실을 초래할 수 있는 공익성이 매우 큰 특성을 가지고 있다. 따라서 이러한 도선 환경의 특수성으로 인하여 대부분의 국가에서 항만운영에 있어서 안전문제는 국가가 관리하고 있으며, 항만의 안전이 확보되는 바탕 위에서 항만의 효율적 운영을 달성할 수 있도록 도선의 책임에 대하여 민사상의 책임을 법에서 그 최대한도를 규정하고 있는 것이다.

우리나라의 경우 도선과실에 대하여 민사책임 이외에 형사상 책임, 행정처분의 규정을 두고 있으며, 이러한 점은 외국의 경우도 유사하다. 그러나 우리나라에서는 도선사고와 관련한 도선사의 민사책임에 관하여 민법 제750조에서는 자신의 고의 또는 과실로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다는 원칙을 두고 있으며, 도선법 제36조에 근거한 도선약관에서는 선장이나 선박소유자는 도선사에게 도선을 시켰을 경우 도선사의 업무상 과실로 인하여 당해 선박, 선장, 선원 또는 제3자에게 입힌 손해에 대하여 도선사에게 책임을 묻지 아니한다고 규정하고 있다. 약관의 규제에 관한 법률 제2조 제1항에 의하면, 약관이란 그 명칭이나 형태 또는 범위를 불문하고 계약의 일방 당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식에 의하여 미리 마련한 계약의 내용이 되는 것을 말하는 것이므로 이것을 근거로 하여 도선책임의 한도를 실질적으로 규정하기 어렵기 때문에 도선사의 책임을 제한하는 법률개정이 필요하다.

II. 도선사의 법적 책임한도

도선사고와 관련하여 행정처분 또는 형사처벌을 근거로 민사소송으로 이어져 손해배상청구 소송결과 경제적으로 엄청난 불이익을 감수하여야 한다면, 도선사는 무엇보다도 안전도선을 해야 한다. 안전도선은 항만의 안전과 직결되기 때문에 도선사고를 예방하는 효과는 클 수 있지만, 다른 한편으로는 항상 변화하는 외부적 안전저해 요인들이 안전도선에 영향을 미칠 수 있는 정도에 이르

게 되면, 도선사는 소극적 대응을 하게 되며, 이것은 항만운영의 효율성 저하와 도선이용자의 서비스 불만의 원인이 될 수 있다. 특히, 기상이 악화된 경우 이용자의 편의성보다 도선사로서는 도선사고로 인한 피해를 더욱 염두에 둘 수밖에 없다.²⁵²⁾

도선사고는 도선사의 과실이거나 불가항력으로 인하여 일어나서는 안 될 사고이다. 그러나 도선조건의 위험성이 높아질수록 사고가 일어날 확률은 높게 상존하게 된다. 특히 바다에는 조석의 차이, 지방풍(special local wind) 및 기계로 움직여지는 선박 등, 육상과 달리 예측하기 어려운 많은 요소들이 상존한다. 따라서 도선사는 고의가 아닌 해상고유의 위험 속에서 도선업무를 수행함으로써 형사적 책임을 묻기 어려운 경우가 대부분이다.

그러나 해양사고가 발생하면 그 사고를 형사법적 측면에서 문제 삼기 위해서는 도선 행위에서의 도선사의 주의의무위반 여부가 관건이다. 이러한 도선사의 주의의무의 내용은 결과예견의무와 결과회피의무가 있다. 이때 주의의무는 객관설의 입장에서 행위자가 처한 구체적 상황과 동일한 사회적 역할아래에 있는 통찰력 있고 신중한 평균인이 기준이 된다. 또한 일반적·객관적 기준으로는 항해·조선기술의 수준, 도선행위의 재량이 기준이 되며, 개별적·구체적으로는 지역성·전문성·긴급성을 들 수 있다.

이러한 과실인정기준이 정해지면 이를 객관적으로 축소하려는 원칙이 등장하였는데 이를 ‘허용된 위험의 법리’ 라고 한다. 허용된 위험의 법리는 “사회생활상 아주 유익한 목적달성을 도모하는 행위는 그 성질상 불가피하게 법익의 침해의 위험을 내포하고 있다고 해도 사회생활상 필요한 주의를 기울여 예견되는 위험에 대해서 일정한 예방조치를 강구하면서 수행한 행위는 위법성을 조각한다.” 라고 설명할 수 있다. 또한 허용된 위험의 법리가 너무 추상적이고 포괄적이어서 형법체계상 독자적 기능을 하기는 어렵기 때문에 허용된 위험의 법리에 비하여 구체적으로 과실범의 객관적 주의의무를 제한하는 기능을 하는 이론이 바로 신뢰의 원칙이다. 이 신뢰의 원칙은 육상교통사고에서 발달한 이론으로 상당 부분 대법원 판결에서 적용되고 있는 원칙이나 대법원 판례 등을 검토해 보면, 도선사고에 있어서는 신뢰의 원칙을 적용하고 있다고 보기 어렵다. 이에 도선사고에도 육상교통사고에서 인정하고 있는 신뢰의 원칙을 적용하는 것

252) 국토해양부·한국도선사협회, 앞의 책, 237쪽.

이 형평성에도 부합되고 도선사의 과실행위의 특례에도 부합하다고 본다.

다른 범죄행위와 달리 도선사고에서는 도선사의 악의, 고의나 범의가 있을 수 없고, 또한 도선사가 구속된다고 하여 증거인멸의 우려가 없으며, 불구속 조사가 이루어진다고 하여 증거 인멸의 우려가 있는 것도 아니다.

왜냐하면 도선 중 해양사고가 발생하였을 때는 그때그때 시간에 따른 선박의 조종일지가 있고 많은 사람이 관여하기 때문에 사고의 전모가 명백하게 사실대로 드러나게 되므로 인신의 구속이 전혀 필요치 않다고 본다. 그러므로 우리나라도 일본의 제도나 대만의 제도 또는 영국의 제도를 따라 불구속 수사 원칙이 적용되어야 한다.

Ⅲ. 도선사고에 있어서 과실인정의 특칙

도선사고는 대부분 과실로 인해서 발생하는 과실범의 한 형태이다. 우리나라 형법 제14조에 따른 과실이란 정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못하는 것을 말한다. 이를 다시 표현하면 주의의무를 위반함으로써 의사에 반하여 구성요건을 실현하는 것이 바로 과실이라고 할 수 있다²⁵³⁾. 따라서 과실은 고의가 감정된 형태가 아니라, 고의와는 전혀 그 성질을 달리한다. 이와 같이 사회생활에서 요구되는 주의의무를 위반함으로써 구성요건적 결과가 발생하는 경우에 형벌이 과해지는 범죄가 바로 과실범이다. 도선사고도 도선사에게 요구된 선박의 안전운항에 대한 주의의무를 다하지 못했을 때 발생하는 과실범의 한 형태이다.

도선과실로 인한 법적 분쟁에서는 도선사의 과실유무에 대한 판단이 중심에 놓인다. 이 중에서도 도선행위에 대하여는 통상적으로 업무상 과실치사상죄, 업무상 과실선박매몰·과과·교통방해죄 등의 성립여부가 문제로 되는데, 가장 핵심적인 것은 업무자로서의 도선사의 과실이라고 할 수 있다.

이러한 도선사 과실의 인정기준에는 일반적·객관적 기준과 개별적·구체적 기준이 존재한다.²⁵⁴⁾ 도선사고시 모든 도선사가 개별적·구체적 기준은 이미

253) 이윤철·민영훈·임채현, 앞의 논문, 313쪽.

갖추고 있다고 인정되기 때문에 일반적·객관적 기준을 고려하는 것이 통상적 임을 감안하여 도선사의 과실인정 과정을 살펴보아야 한다.

도선사고시 도선사의 과실을 인정하기 위해서는 많은 과정과 조사절차가 필요하다. 그러나 우리나라와 같은 경우 민·형사소송과의 형평성 및 재판의 장기간 지체 등을 이유로 일반 법률가들의 주장에 따라 행정상의 책임과는 별도로 독자적인 민·형사상 재판을 진행하고 그에 따라 책임을 묻고 있다.

그러나 해양사고의 특수성을 고려하면 외국의 제도와 같이 선 행정심판, 후 사법재판을 고려할 필요가 있다²⁵⁵⁾. 이것은 도선사고의 규모적인 측면으로 인해 도선사에 대한 과중한 책임과 과실을 묻는 것을 방지하기 위해 해운 선진국에서 두고 있는 법적인 절차로, 우리나라 또한 해운의 국제성을 감안하여서도 우리나라의 국제경쟁력 제고를 위한 법적인 절차로서 그 필요성에 대해 고려하여야 한다. 도선사의 민·형사상 책임에 관한 국제적 흐름을 감안하고, 도선사고가 과실에 따른 책임임을 고려하여 도선사고에 있어서 도선사에게 민·형사상의 과중한 책임을 지우지 않는 것이 바람직하다.

IV. 도선사 법적 책임의 개선방안

도선의 특수한 환경과 특성을 고려하여 대부분 해운선진국가는 도선법에서 도선사고로 인한 민사책임의 범위를 아예 없애거나, 도선법에서 규정하는 일정 금액 또는 당해 도선료 금액을 상한기준으로 하여 제한하고 있다. 또한 항만의 개발과 확충은 선박운항 수요의 증가보다 항상 늦기 마련이며, 그것은 바로 항만 또는 인근에서의 선박량 증가와 도선환경의 열악화 및 도선사고 발생률 증가와 관련될 수 있으므로 실질적인 도선책임제한제도의 도입이 필요하다. 이러한 개선방안으로서는 도선법에서 도선책임제한에 관한 내용을 규정으로 도입하고 그 기준으로서는 현행 도선약관의 내용과 같은 당해 도선료 또는 일정금액을 상한으로 하는 방안이 바람직하다.

254) 위의 논문, 314쪽.

255) 위의 논문, 315쪽.

第5章 結 論

도선제도의 역사는 항해의 역사와 함께 하였다. 범선시대로부터 선박 척수의 증가와 선박의 거대화 및 고속화에 의해 해상위험이 크게 증대한 오늘날에 이르기까지 해상교통의 안전을 도모하기 위한 도선사의 임무는 중대하다.

고도의 선박운항기술을 익힌 도선사는 인적 자원으로 매우 중요한 인재이며 국가적 차원에서 보호되어야 한다.

대부분의 국가에서 도선사들은 항해와 해당 지역의 수역에 대해서 정통해 있는 전문가들이지만, 도선업무 수행 중에 선박이 충돌하거나 좌초되는 등의 해양사고가 발생할 수 있다. 이 경우 임의도선사는 조연도선사로 보고 선박소유자의 사용자책임 법리에 따르는 것에 학설 판례상 이견이 없다. 강제도선계약은 민법상 고용·도급·부합계약이며, 공법상 사인상호간의 계약이라는 해상법에서만 찾아볼 수 있는 특별한 행정계약이라고 할 수 있고, 강제도선행위의 법적 성격은 행정행위로 볼 수 있으며, 강제도선사는 공무수탁사인 또는 공의무부담사인으로 볼 수 있다. 이러한 점을 고려하여 세계 각국은 강제도선의 경우 선박소유자가 책임을 부담한다는 규정을 두고 있다.

많은 국가의 실정법은 강제도선사를 선장의 운항상의 조연자라는 명시적 규정을 두고 해석상의 분쟁을 해소시키고 있지만, 명문의 법조문이 없는 경우 해석상 분쟁이 있다. 도선사의 법적 책임에 대한 법리구성요건에는 도선법과 도선약관이 제1차적인 적용법규가 되어야 한다.

우리나라 도선법 제18조 제4항은 “선장은 도선사가 선박에 승선한 경우 정당한 사유가 없으면 그에게 도선을 하게 하여야 한다.” 고 규정하고 있다. 법률문언상으로는 선장은 정당한 사유가 없으면 도선사에게 도선을 맡겨야 하므로 도선구역내에 승선한 도선사에 대해서는 도선사의 운항지휘권을 정당한 사유가 없는 한 인정하고 있다. 그러나 운항지휘권 전체가 맡겨지는 것은 아니다. 왜냐

하면, 도선법 제18조 제5항은 “도선사가 선박을 도선하고 있는 경우에도 선장은 그 선박의 안전 운항에 대한 책임을 면제받지 아니하고 그 권한을 침해받지 아니한다.” 고 하여 본선의 책임자는 선장임을 규정하고 있기 때문이다. 즉, 이 조항은 도선사는 어디까지나 선장의 조선보조 및 조연자로서 선박을 조종하는 것이고, 이로 인하여 선장의 선박지휘권은 침해받지 아니함을 명시한 것이다. 즉, 도선사고가 발생하여 도선사에게 그가 감당할 수 없는 민사책임이 발생하였을 때는 당연히 선장은 선박소유자의 대리인으로서 민사책임을 져야하는 조항이다. 이 조항은 도선사에게 대단히 중요한 의미를 가지고 있는 조항이다. 여기에서 “도선하고 있는 경우” 로 규정하여 강제도선의 경우를 포함하는지에 대한 견해의 차이가 있으나, 강제도선을 포함하는 것으로 보는 것이 타당하며, 이 규정에 따라 도선하고 있는 도선사는 조연도선사로 해석하여야 한다. 그러나 해석상의 문제를 제거하고 책임의 주체를 명확히 할 수 있도록 도선법 제18조 제5항에 “강제도선의 경우에도 마찬가지이다.” 라는 단서 규정을 신설할 필요가 있다.

선박충돌의 경우 상법 제880조의 선박의 충돌이 도선사의 과실로 인하여 발생한 경우에도 선박소유자는 손해를 배상할 책임이 있다는 규정에 따라 선박소유자는 손해를 배상할 책임이 있다. 여기서 말하는 도선사에는 강제도선사도 포함하는 것으로 보는 것이 타당하다. 우리 상법의 선박충돌 규정은 1910년 선박충돌조약의 취지를 원칙적으로 받아드리고 있으므로, 상법 제880조(도선사의 과실로 인한 충돌)에 단서 조항을 신설하여 “강제도선의 경우에도 같다.” 라고 규정할 필요가 있다.

불법행위에 의하여 타인에게 손해를 끼친 자는 손해배상의 책임을 져야 한다는 것은 근대사법의 기본원칙이다. 도선사라고 하더라도 예외일 수는 없다. 다만 입법자의 특별한 의도에 의하여 무책임으로 하는 입법례가 있는데, 그것은 특별히 다음 사항을 고려하고 있기 때문이다. 도선행위는 어느 자유직업보다도 공공성이 강하고 신중하게 이루어지는 행위라고 볼 수 있으며, 약간의 판단착오(미미한 과실)에 의해서라도 거액의 손해를 발생시키는 경우가 많은 해양사고에 대하여 도선사에게 손해배상책임을 지운다는 것은 그에게 파산의 결과를 초래할 수 있고 제3자가 입은 손해의 회복이 불가능하게 될 수도 있다. 따라서 도선사를 고용하고 있는 또는 승선시킨 선박소유자에 대하여 사용자 책임을 묻

고 있다. 그러나 도선사로 하여금 전혀 책임을 지지 않게 하는 것은 근대사법의 원칙에 반할 뿐만 아니라, 약간의 유한책임을 지게 함으로써 도선에 신중을 기하도록 하는 것이 오늘날 대부분의 선진해운국에서 취하고 있는 정책이다. 그러한 도선사의 유한책임을 한계는 해당 선박의 도선료 또는 그 금액에 약간의 금액을 더하는 경우로 제한하는 것이 이들 국가에서 시행하고 있는 통례이다. 이와 같이 선진해운국에서는 도선사의 민사책임에 대하여 일정금액으로 제한하고 있지만, 우리나라에서는 도선사의 민사책임의 제한에 관한 법 조문이 없다.

도선사의 면허와 자격·책임규정이 도선법에 규정되어 있기 때문에 도선사의 민사책임제한 규정은 도선법에 규정하는 것이 바람직한 것으로 본다. 책임의 한도액은 당해 도선료와 도선료로 하는 것이 타당할 것이나, 이는 이용자의 의견을 반영하여 당해 도선료에 몇 배 정도의 방법으로 제한하는 것이 합당하다고 본다.

유조선의 오염사고의 경우에는 상법의 특별법인 유류오염손해배상보장법이 적용되고, 유류오염손해배상보장법상 책임의 주체는 등기 선박소유자로 집중되어 있다. 사용자책임 규정인 민법 제756조에 해당하는 유류오염손해배상보장법 제5조 제1항의 책임을 선박소유자가 부담하고, 도선사는 민법 제750조의 불법행위책임을 부담하는 것으로 되나, 유류오염손해배상보장법은 이를 금지하고 있다. 유류오염손해배상보장법 제5조 제5항에 의하면 선박소유자의 대리인, 사용자, 선원 및 도선사 등에 대하여는 이 법에 의한 손해배상청구를 하지 못하도록 되어 있다. 동법 제5조 제6항은 유류오염손해를 배상한 선박소유자는 사고와 관련된 제3자에 대하여 구상권을 행사할 수 있으나, 선원 및 도선사 등에 대하여는 그 손해가 선원의 고의로 인하여 발생한 경우 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 행위 또는 부작위로 인하여 발생한 경우에 한하므로 도선사가 선박소유자로부터 구상청구를 당하는 경우는 없을 것이다.

도선약관 제16조 제3항은 “제1항 및 제2항의 규정은 도선사의 고의 또는 중대한 과실에 기인한 책임에 대하여는 적용하지 아니한다.” 고 규정하고 있다. 도선사의 고의로 인한 사고는 당연하지만, 중과실에 대한 해석 문제가 남게 되는데, 이러한 중과실에 대한 해석을 도선사의 도선행위 자체로만 파악하는 것이 아니라, 사고의 크기도 포함하고 있다. 이것을 해결하고 오늘날 다른 법에서 널리 사용하는 용어로 표현하여 도선약관 제16조 제3항을 “제1항 및 제2항의

규정은 손해가 도선사의 고의로 인하여 발생한 경우 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 행위 또는 부작위로 인하여 발생한 경우에는 적용하지 아니 한다.” 로 개정할 필요가 있다.

도선과실에 대한 형사책임에 있어서 가장 핵심적인 것은 본 논문에서 기 언급하였듯이, 업무자로서의 도선사의 과실이며, 법률상 요구되는 업무상의 주의의무위반에 관한 것이다. 또한, 그것은 도선행위 당시의 일반적·항해학적 지식정도의 조선능력을 갖춘 도선사가 통상 시행하여야 할 주의의무이다.

도선과실은 도선을 하는 과정에 발생하는 과실을 문제 삼기 때문에 그 법적인 판단을 내리는데 있어서 처한 환경의 특수성, 등 어려움이 많다. 도선행위는 “선장의 동의”와 “선장이하 승무원들과의 협업적 적용”이 필요하며 “항해의 법칙”에 합치되며, “도선의 목적”으로 행해지는 한 구성요건에 해당하지 않는다고 보아야 한다. 객관적 및 주관적 주의의무의 위반 여부와 그 위반여부가 사고에 기여한 정도, 그리고 그 당시에 사고에 관련된 제반 요소, 예컨대 본 논문에서 기 언급하였듯이, 바람의 세기와 바람 방향, 지역조류(local current)의 세기와 방향, 본선의 주기관의 반응여부(response of main engine of the vessel), 선수 추진기(bow thruster)의 세기, 예선의 세기(power of tug-boat), 등 제반 도선요소의 적·부를 고려하여 도선사의 주의의무위반 여부를 판단하여야 한다. 도선행위의 재량성, 긴급한 도선상황, 도선행위의 분업적 관계와 신뢰의 원칙도 고려하여야 한다.

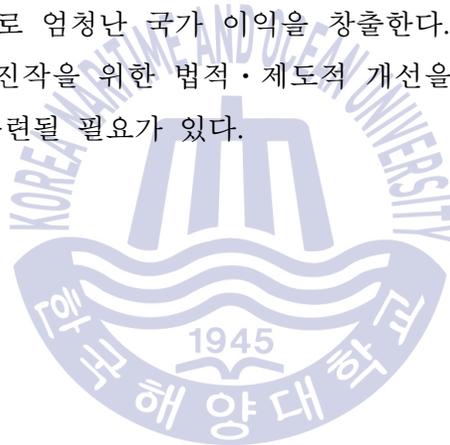
선박을 안전하게 도선하기 위해서는 도선사의 운항능력 뿐만 아니라, 제대로 정비된 해도 및 항만기술 체계와 도선선박의 선장의 협력 등 분업적 업무가 각각의 영역에서 긴밀한 협력을 통하여 이행되어야 한다. 이러한 분업적 관계 속에서 역할 분담에 따른 책임 영역의 분할을 인정하여 개별 책임의 원칙 하에서 도선사의 형사책임을 제한될 필요가 있다.

해상교통은 육상교통과 비교할 때 교통로, 운반용구의 크기 및 면허과정의 차이가 크다는 특징이 있다. 따라서 도선과정에서 생기는 해양사고에 대한 형사적인 처리과정도 당연히 이들 특징을 고려하여 달리하여야 한다. 그러나 우리나라의 현행 형법은 벌칙조항에서 해상 교통사고와 육상 교통사고를 구별 없이 동일하게 다루고 있다. 해상 교통사고에 대한 우리나라의 형법규정을 개정하여 도선사의 과실행위의 특례를 인정할 필요가 있다.

따라서, 육상에서의 교통사고처리특례법처럼 해양사고시에 적용할 수 있는 가칭 해상교통사고처리특례법을 도입할 필요가 있다.

해양안전심판원에서 내린 재결의 기관력이 영향을 미친다고 할 수는 없겠지만, 그 재결에 나타난 내용은 해양사고 관련 민·형사사건에 있어서 존중되어야 한다고 본다.

도선사는 오랜 세월에 걸쳐 터득하게 되는 숙련된 업종이며 적게는 수십억 원에서 많게는 수천억 원에 달하는 각종 선박과 대형 여객선 등을 안전하게 항만 내로 입·출항 및 접·이안시켜야 하는 막중한 국가적 업무를 수행하고 있다. 도선사가 해운산업의 최일선에서 항만의 질서를 유지하고 또한 원만하고 안전한 항행으로써 본선의 안전을 확보하고, 유류오염방지 및 항만시설보호 등을 이룩하여 결과적으로 엄청난 국가 이익을 창출한다. 해양강대국 달성에 필수적인 도선사의 사기진작을 위한 법적·제도적 개선을 위하여 제안된 해결방안이 시의 적절하게 마련될 필요가 있다.



參考 文獻

I. 국내 문헌

1. 국내 논문

- 국토해양부항만운영과·한국도선사협회, “도선서비스 품질개선을 위한 도선제도 개선방안 연구용역” 「국토해양부」, 2010.
- 김기진, “공무수탁사인에 관한 연구”, 「법학연구」 제15권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2015.
- 김인현, “도선사의 민사상해정법상 책임과 그 보호”, 「해사법연구」 제14권 제1호, 한국해사법학회, 2002.
- _____, “도선사의 민사책임 인정사례와 그 대책-2011년 해상법이슈-”, 「해양한국」 2011년 9월호, 한국해사문제연구소.
- 김진우, “약관의 편입통제”, 「동북아법연구」 제8권 제3호, 전북대학교 동북아법연구소, 2015.
- 박영규, “의료행위에서의 생명과 신체의 보호에 관한 형법적 연구”, 연세대학교 박사학위논문, 1991.
- 박장희·진호현, “도선제도 및 도선법에 관한 연혁적 고찰-고대 및 중세해법을 중심으로-”, 「해사법연구」 제27권 제3호, 한국해사법학회, 2015.
- 박장희, “도선제도에 관한 비교법적 연구”, 한국해양대학교 대학원 법학석사학위 논문, 2011.
- 백상진, “해도를 믿고 항행한 도선사의 형사상 과실”, 「비교형사법연구」 제11권 제1호, 비교형사법학회, 2009.
- 서거석·송용섭·목진용, “도선사고의 형사법적 고찰”, 「해사법연구」 제17권 제2호, 한국해사법학회, 2005.
- 송용섭, “도선사고의 실태와 형사법적 대책에 관한 연구”, 전북대학교 법학박사학위 논문, 2006.

- 심헌섭, “과실범에 관한 문제”, 「저스티스」 제10권 제1호.
- 윤점동의 3인, “한국의 도선제도와 선진해운국 도선제도의 비교검토 및 한국 도선제도의 발전방향”, 한국해양대학교 산업기술연구소, 1997.
- 이윤철·민영훈·임채현, “우리나라 도선제도에 관한 법제고찰”, 「해사법연구」 제19권 제1호, 한국해사법학회, 2007. 3.
- 이성철, “선박충돌에 있어서 과실책임에 관한 연구”, 「한국해양대학교 박사학위논문」, 2001.
- 임석원, “해양사고에 있어서 심판관의 증명력 인정범위 -해양안전심판원의 재결사례에 대한 분석을 중심으로-”, 「해사법연구」 제26권 제3호, 한국해사법학회, 2014. 11.
- 조진행, “한국의 도선사제도에 대한 고찰”, 「도선'89여름호」, 한국도선사협회, 1989.
- 정찬수, “도선사의 과실로 인한 책임귀속에 관한 연구”, 「한양대학교대학원 석사논문」, 2000.
- 정해덕, “도선사의 지위와 책임” Korea Shipping gesetz, 2015.10.
- 정형근, “공행정을 수행하는 사인의 법적 지위”, 「경희법학」 제45권 제2호, 경희법학연구소, 2010.
- 지상원, “일본 도선사 면허제도에 관한 연구”, 「해사법연구」 제24권 제3호, 한국해사법학회, 2012. 11.
- 진노석, “해상교통에 있어서 신뢰의 원칙에 대한 고찰”, 「도선2005년 여름호」, 2005.
- 진호현·김진권, “강제도선행위 책임의 법해석론적 고찰”, 「동북아법연구」 제 11 권 제 2 호, 2017. 9.
- 최명환, “한국도선법연구”, 「단국대학교 법학박사논문」, 1975.
- 한국해양수산개발원, “21세기도선제도 개선방안 연구”, 「한국해양수산개발원」, 2000.12.
- 한국해양대학교 산업기술연구소, “한국의 도선제도와 선진해운국 도선제도의 비교검토 및 한국도선제도의 발전방향에 관한 연구” 「산업기술연구소」, 1997.4.30.

2. 국내 서적

- 강종희 외 5명, 「21세기 도선제도 개선방안 연구」, 한국해양수산개발원, 2000.
- 곽윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2006.
- 김성준 역, 어니스트 페일 저, 「서양해운사」, 서울: 도서출판 해안, 2004.
- 김준호, 「민법강의-이론·사례·판례-」, 법문사, 2010.
- 김인현, 「해상법」, 법문사, 2007.
- 박운흔, 「최신행정법강의(상)」, 박영사, 2004.
- 박용섭, 「해상법론」, 형설출판사, 1994.
- 배종대, 「형법총론」, 서울: 홍문사, 2001.
- 송상현·김현, 「해상법원론」, 박영사, 2008. 이기수, 「보험·해상법」, 박영사, 2000.
- 우병구, 「船舶操縱과 導船」, 한국해양수산연수원, 해인출판사, 2002.
- 우병구 외 3명, 「도선서비스 품질개선을 위한 도선제도 개선방안 연구용역」, 국토해양부·한국도선사협회, 2010(2010.12).
- 이광윤·김민호, 「최신행정법강의」, 법문사, 2005.
- 이기수, 「보험·해상법」, 서울: 박영사, 2000.
- 이재상, 「형법각론」, 박영사, 2005.
- 임동철, 「해사법규요론」, 한국해양대학교 해사도서 출판부, 1992
- 장태주, 「행정법개론」, 현암사, 2008.
- 정동윤, 「상법(하)」, 법문사, 2011.
- 정찬형, 「상법(하)」, 박영사, 2013.
- 채이식, 「프랑스 해사칙령과 나폴레옹 상법전 해상편」, 고려대학교출판부, 2005.
- _____, 「상법(하)」, 2003.
- 최종현, 「해상법상론」, 박영사, 2014.
- 홍정선, 「행정법특강」, 박영사, 2011.
- 한국도선사협회, 「도선운영제도개선 종합대책」, 2005,
「도선사협회 30년사」, 2009. 「한국도선사협회 도선사법령집」, 2009.

한상수, 「함무라비법전-인류 법문화의 원형-」, 인제대학교출판부, 2008.
대법원 1995. 4. 11. 선고 94도3302 판결.
대법원 1995.4.11. 선고 94도3302 판결.
부산지방법원 2007가합1479 판결.
중해심(1996-002), 디에스알아메리카호와 엠씨에머럴드호의 충돌사건.
인천해심(1997-023), 뉴자이언트호와 알렉산드로스호의 충돌사건.
마르코 폴로(Marco Polo)의 동방견문록, (<https://ko.wikipedia.org/wiki/마르코폴로>,
구글, 마르코폴로-위키백과, 검색일: 2018.01.10.).

II. 일본 문헌

1. 論文

林田桂, “船舶衝突損害賠償責任に関する法規(2)”, 「일본선장협회지」第19號
藤崎道好, “導船士團體の組織と導船の運用”, 「海事研究」第 49卷.
石井照久, “運送人の責任”, 「海法會誌」第5號,

2. 단행본

藤崎道好, 「水先法の研究」東京: 成山堂書店, 1967.
藤崎道好・丸山孝友, 「船舶職員法解説」, 東京: 成山堂, 1967.
藤木英雄, 「過失犯の理論」, 有信堂, 1976.
大貫良夫・渡辺和子 外 5人, 「世界の歴史 第1巻 -人類の起原と古代オリエン
-」, 東京: 中央公論社, 2008.
小町谷操三, 「統一船荷證券法論」, 東京: 有斐閣, 2005.
西原春夫, 「交通事故と過失の認定」, 成文堂, 1975.

- _____, 「交通事故と信頼の原則」, 成文堂, 1975.
- 福田 平, 「過失犯の 構造について, 刑法解釋學の基本問題」, 有斐閣, 1975.
- 岩田直榮, 「本邦水先第度と外國水先第度の研究」, 日本水先人協會.
- 村川堅太郎 訳, 「エリュトウラー海案内記」, 東京: 中央公論新社, 1946.

III. Foreign Articles and Books

1. Articles

- A.F. Assaad, “Training of Maritime Pilots a Rational Programme from Entry to Final Competence”, The National Institute on Pilotage and Ship handling, 1990.
- Alexander Justice, “A General Treatise of the Dominion of the Sea: and a Compleat Body of the Sea-laws: Containing what is Most Valuable on that Subject in Antient and Modern Authors; and Particularly the Antient Laws of the Rhodians and Romans, *Those of Oleron, Wisbuy, and Other Countries; with Curious Notes and Observations* -3rd edition London: T. Page, W. and F. Mount, 1724.
- Albert Begelman, “Manager of the Maritime Coast Pilots” (N.Y.Times, Battery Plac, 1991.
- M. Marcel Lachaze, “Pilotage-Pilote” , Dalloz, 8 et 9 Cahiers, *PARIS*, 1928.

2. Books

- Abbot, A treatise of the law relative to merchant ships and seamen(14th ed), London: 1901.

- Alex L. Parks · Edward V. Cattell, JR., *The Law of Tug, Tow, and Pilotage-Third Edition-*, United State of America: Cornell Maritime Press, 1994.
- American Pilots' Association, *Responsibilities and qualification of pilots under state laws*, Washington: American Pilots' Association, 1937.
- Crisafulli-Buscemi Salvatore, *Pilota Pratico, Corporazione, dei Piloti, Contratto di Pilotaggio*, Genova: Padova CEDAM, 1932.
- Christopher Hill, *Maritime law 6th edition*, London: LLP, 2003.
- Daniel Danjon · Jean Lepargneur, *Traite de Droit Maritime Vol.2 -2nd edition-*, Paris: Recueil Sirey, 1926.
- Douglas & Geen, *The Law of Habours and Pilotage*, LLP, 1989.
- Maraist, *Admiralty*, West Publishing Co., 1992.
- Edward L. Allen, *Pilot lore from sail to steam*, New York: United New York and New Jersey Sandy Hook Pilots Benevolent Associations, 1922.
- Eva Germaine Rimington Taylor, *The Haven-Finding Art: A History of Navigation from Odysseus to Captain Cook*, London: Hollis & Carter, 1956.
- Frank L. Maraist, *Admiralty*, West Publishing company, 1992.
- Gaskell & others, *Shipping Law*, Pitman Publishing, 1994.
- G. K. Geen, *The Law of harbours and pilotage*, Lloyd's of London Press, 1993
- Gustav Adolf Theel, *Die stellung des Lotsen an Bord Ein internationaler Vergleich*, 2010.
- Georges Ripert, *Droit maritime Vol. I*, Paris: Éditions Rousseau, 1950.
- Gray Hill, *De pilotage obligatoire en angleterre*, Aitran, 1895.
- Harriet Crawford, *Summer and the Sumerians*, Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1991.
- Joan Oates, *Babylon*, revised ed, New York: Thames and Hudson, 1988.
- J. Ed O'Brien, *History of Compulsory Pilotage*, Boston: John H. Low, 1931.

- John C. Bigham, Lees ' Laws of British Shipping and of Marine Insurance, London: George Philip, 1881.
- J. C. Smith, Liability in Negligence, London: Sweet and Maxwell, 1984.
- John William Willcock, Ocean, river and shore -Part 1-, London: Ulan Press, 2012.
- Michel-Joseph Girard, Le Pilotage Maritime et la loi du 28 Mars, 1928, Paris: Fontenay-le-Comte (Vendée) Imprimerie moderne, 1929.
- NJJ Gaskell et al, *Chorley & Giles' Shipping Law(8th ed)*, London: Pitman Publishing, 1994.
- Procos J.S, Les capitaines et leur mandet legal dans le commerce maritime, Paris: libr. gén. de droit et de jurisprudence, 1926.
- Rene De Kerchove, International Maritime Dictionary, New Jersey: Van Nostrand Reinhold co. Wiley, 1961.
- Stanley S. Jados, Consulate of the Sea and Related Documents, University of Alabama Press, 1975.
- The shorter Oxford English dictionary(3rd ed), Oxford: Oxford University Press, 1973.
- Thomas J. Schoenbaum, Admiralty and Maritime Law(5th ed), West Group: ST. Paul Minn, 2012.
- Travers Twiss, The black book of the Admiralty, London: Longman & Co., 1874.
- Valin, Nouveau commentaire sur L'Ordonnance de la marine du mois d'Aout, 1681.
- W. Bartlett-Prince, Pilot-Take Charge, Gladsgow: Brown, Son & Ferguson, Ltd. 1970.
- Wayne R. Lafave/Austin W. Scoot, Jr., Criminal Law, Minnesota: West Publishing Co., 1986.
- William, Glanville, Textbook of Criminal Law, London: Stevens & Sons, 1983.
- William Mcffee, The law of the sea, London: J.B. Lippincott Co., 1948.

3. Other References

Albert Begelman, “Manager of the Maritime Coast Pilots” , N.Y. Times, Battery Place, 1991.11.19.

Georgia, 1928 AMC 531,31 F.2D 759.

IMO, Resolution A.480(IX) (adopted in 1975) recommends the use of qualified deep-sea pilots in the Baltic.

IMO, Resolution A.486(XII) (adopted 1981) recommends the use of deep-sea pilots in the North Sea, English Channel and Skagerrak.

IMO, Resolution A.620(15) (adopted 1987) recommends that ships with a draught of 13 metres or more should use the pilotage services established by Coastal States in the entrances to the Baltic Sea.

The Skomvaer, 1923 AMC 15, 286 F.711.

