



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.

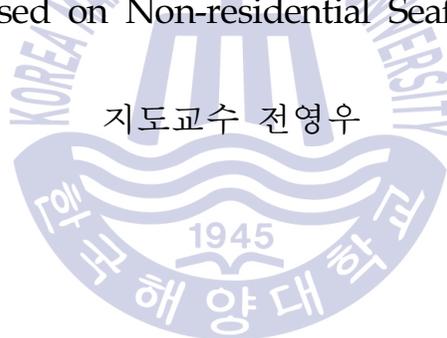
[Disclaimer](#)

해사법학석사 학위논문

선원법상 선원근로계약의 준거법 선택에
관한 연구

— 비거주선원 중심으로 —

De Lege Frenda for Choosing Governing Law relating to the
Seafarer's Employment Agreement under the Seafarers' Act
—focused on Non-residential Seafarers—



지도교수 전영우

2018년 8월

한국해양대학교 대학원

해양정책학과

신승한

본 논문을 신승한의 법학석사 학위논문으로
인준함

위원장 : 김진권 인
위원 : 홍성화 인
위원 : 전영우 인



2018년 6월 일

한국해양대학교 대학원

목 차

| | |
|---|-----------|
| Abstract | iv |
| 제1장 서 론 | 1 |
| 제1절 연구의 배경 및 목적 | 1 |
| 제2절 연구의 범위 및 방법 | 2 |
| 제2장 비거주선원의 선원근로계약 현황과 문제점 | 4 |
| 제1절 비거주선원 고용 현황 | 4 |
| I. 외항상선 선원 | 5 |
| II. 내항상선 선원 | 6 |
| III. 원양어선 선원 | 7 |
| IV. 연근해어선 선원 | 8 |
| V. 시사점 | 8 |
| 제2절 산업분야별 비거주선원의 단체협약 내용 분석 | 9 |
| I. 외항상선분야 | 10 |
| II. 원양어선분야 | 13 |
| III. 내항상선분야 | 14 |
| IV. 연근해어선분야 | 15 |
| V. 시사점 | 17 |
| 제3장 준거법 선택에 있어 선원근로계약과 당사자자치 | 19 |
| 제1절 당사자자치의 원칙 | 19 |
| I. 당사자자치의 원칙과 사적자치 | 19 |
| II. 로마협약상 당사자자치 | 21 |
| III. 국제사법상 당사자자치의 원칙 | 22 |

| | |
|---|-----------|
| IV. 사건 | 22 |
| 제2절 선원법 적용범위의 성격 | 23 |
| I. 선원법의 법원 | 23 |
| 1. 형식적 의미의 선원법 | 23 |
| 2. 실질적 의미의 선원법 | 24 |
| II. 선원법이 적용되는 선박과 선원 | 24 |
| 1. 국내법상 선박과 선원의 의의 | 25 |
| 2. 해사노동협약상 선박과 선원의 의의 | 27 |
| III. 선원법 제3조의 성격 | 31 |
| 1. 선원법과 국제사법 관계의 검토 | 31 |
| 2. 저축규정의 종류 | 34 |
| 3. 주관적 준거법과 객관적 준거법 | 36 |
| 4. 판례 | 38 |
| 5. 강행규정의 적용 | 39 |
| IV. 사건 | 41 |
| 제3절 당사자의 준거법 선택 부재시 선원근로계약의 준거법 결정 | 43 |
| I. 문제의 소재 | 43 |
| II. 학설 | 44 |
| 1. 준거법의 결정 | 44 |
| 2. 편의치적선박의 선적국 의미 | 45 |
| III. 사건 | 47 |
| 제4장 당사자자치와 차별금지와 관련한 국제규범과 해외입법례 | 48 |
| 제1절 국제규범 | 48 |
| I. UN해양법협약상 선원근로계약에 관한 준거법 | 48 |
| II. 해사노동협약상 근로계약에 관한 준거법 | 50 |
| 제2절 해외입법례 | 52 |
| I. 노르웨이 | 52 |

| | |
|---|-----------|
| II. 덴마크 | 53 |
| III. 독일 | 53 |
| IV. 프랑스 | 54 |
| V. 일본 | 55 |
| 제3절 차별금지법리 검토 | 55 |
| I. 국제노동기구 규범과 우리나라 비교 | 56 |
| 1. Equal Remuneration convention, 1951 | 56 |
| 2. Discrimination(Employment and Occupation) convention, 1958 | 56 |
| 3. 2006해사노동협약(Maritime Labour convention, 2006) | 56 |
| II. 우리나라의 규범 | 57 |
| 1. 헌법 | 57 |
| 2. 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 | 58 |
| 3. 직업안정법 | 58 |
| 4. 근로기준법과 선원법 제5조 1항(다른 법률과의 관계)인용 | 58 |
| III. 제외국의 규범 | 59 |
| 1. 노르웨이 | 59 |
| 2. 일본 | 59 |
| 제4절 시사점 | 59 |
| | |
| 제5장 선원근로계약상 준거법 선택에 관한 개선방안 | 61 |
| 제1절 국제선박등록법 개정방안 | 61 |
| 제2절 비거주선원의 고용 등에 관한 법률 신설방안 | 62 |
| 제3절 선원법 개정방안 | 63 |
| 제4절 소결 | 64 |
| | |
| 제6장 결론 | 66 |
| | |
| 참고문헌 | 68 |

선원법상 선원근로계약의 준거법 선택에 관한 연구

- 비거주선원 중심으로 -

신승한

해양정책학과
한국해양대학교

초 록

우리나라 선박에 승무하는 비거주선원의 선원근로계약상 근로조건은 많은 부분에서 선원법상의 근로조건 기준과 상이한 점이 있다. 이는 비거주선원의 근로조건을 선원법상 근로조건으로 적용하지 않고, 선박소유자 단체와 선원 노동조합 단체 간에 체결된 단체협약으로 정하고 이를 적용하는 것이 거래의 실정이기 때문이다. 현재의 해운수산 산업계에서는 비거주선원의 단체협약을 별도로 체결 및 적용하고 있는 형태가 관행화 및 고착화 되어 있으며, 비거주선원의 선원근로계약관련 법 적용 시 우리나라 선원법이 아닌 별도의 단체협약을 통하여 제3의 법률을 준거법으로 하고 있으므로, 이는 국제사법에서와 같이 외국적 요소가 포함된 근로계약에 대하여 당사자가 그 준거법을 선택할 수 있도록 당사자자치의 원칙을 인정하고 있는 부분과 동일한 입장을 취하고 있다고 볼 수 있다.

그러나 우리나라 선원법 제3조는 “특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 「선박법」에 따른 대한민국 선박(「어선법」에 따른 어선을 포함한다), 대한민국 국적을 취득할 것을 조건으로 용선(傭船)한 외국선박 및 국내 항과 국내 항 사이만을 항해하는 외국선박에 승무하는 선원과 그 선박의 선박소유자에 대하여 적용한다.” 라고 명시하고 있다. 우리나라 선원법은 명시된 바와 같이 그 법적 성질이 일방적이고, 적극적인 저촉규정으로 해석된다. 이러한 성질의 우

리나라 선원법은 우리나라 국적의 선박에서 근로를 하기 위한 우리나라 국적의 선원을 위해 체결된 선원근로계약 외에 비거주선원이라는 외국적 요소가 있는 선원근로계약시에도 적용되어야 할 것이다. 또한, 우리나라 선원법은 외국적 요소가 있는 선원근로계약 관련 법 적용시 그 준거법 지정에 관하여 우리나라 외의 다른 국가의 실질법 또는 제3의 법률의 지정의 가능성이 배제되고 오로지 우리나라 선원법만을 적용한다는 점을 명정하고 있으므로, 이는 산업계의 거래의 실정과 국제사법의 당사자자치의 원칙을 부인하는 폐쇄적이고 경직된 입법 태도라고 할 수 있다.

우리나라와 같이 비거주선원이 자국선박에 많이 고용되어 있는 덴마크, 독일, 프랑스 등의 국가에서는 외국적 요소가 있는 선원근로계약의 경우에 자국법에 선박소유자단체와 노동조합간에 제3국 법률을 준거법으로 하는 단체협약의 체결을 인정하는 규정을 두고 있다. 따라서 우리나라 선원법도 선진화된 타 국가의 사례를 참고하여, 해운수산 산업계의 거래의 실정인 비거주선원의 단체협약체결의 인정에 관한 법률적 근거 마련 등 당사자자치의 원칙을 보장할 수 있도록 선원법의 정비가 필요하다고 본다.

따라서 이 논문은 국적선박에 승무하는 비거주선원수가 지속적으로 증가하고 있는 점을 감안하여, 비거주선원의 선원근로계약관련 법 적용시 해운수산 산업계의 거래의 실정에 맞게 비거주선원에 적용되는 별도의 단체협약을 체결함과 동시에 제3의 법률을 준거법으로 선택하는 것을 인정하는 개방형 규정을 도입할 필요가 있다는 입법론적 제안을 하였다. 또한 선원법상 선박소유자단체와 국내 선원노동조합단체간 해사노동협약상의 근로 및 생활기준을 충족하는 단체협약을 체결할 수 있는 규정을 도입하고, 비거주선원과의 선원근로계약은 체결된 단체협약을 충족하는 범위 내에서 체결하도록 하는 규정을 신설할 것을 제안하였다.

De Lege Frenda for Choosing Governing Law relating to the
Seafarer's Employment Agreement under the Seafarers' Act
– focused on Non-residential Seafarers –

Shin, Seung Han

Department of Maritime Law and Policy
Graduate school of Korea Maritime and Ocean University

ABSTRACT

The working conditions of non-residential seafarers working on Korean vessels are different from those of residential seafarers in many respects. This is because the working conditions in the Seafarers' Act are not applied by shipowners to non-residential seafarers but their working conditions are decided by Collective Bargaining Agreements concluded between shipowners' organizations and seafarers' unions in accordance with international practices. The current shipping and fisheries industries conclude separately the collective bargaining agreement with non-residential seafarers and this practices have been wide spread and incorrigible. When concluding the seafarer's employment agreement with non-residential seafarers, a third law has been chosen as governing laws through collective bargaining agreement. It can be said that this is in line with the international private law that recognizes the parties autonomous principle so that the parties can choose the applicable law for seafarers' employment agreement containing foreign elements.

However, the scope of Article 3 of the Seafarers' Act expressly

stipulates that "Unless otherwise specifically provided for in this Act, this Act shall apply to seafarers who are in service onboard a ship of the Republic of Korea (including a fishing vessel under the Fishing Vessels Act) under the Ship Act, a bareboat charter of hire purchase foreign ship on condition that she will fly Korean flag and a foreign ship trading only between domestic ports and to the shipowners of such ships." The Seafarers' Act as expressly provided for is a sort of unilateral as well as positive conflicts rules so that the Korean Seafarers' Act is exclusively applied to any seafarers' employment agreements regardless of resident or non-resident seafarers. In addition, the Seafarers' Act excludes the possibility of designating a third law as governing law. It takes closed and stiff legislative attitude and denies commercial practices and the parties autonomy principle in international private law.

On the other hand, countries such as Denmark, Germany, France, etc. where non-residential seafarers are employed on ships flying their flags, they adopt bilateral conflicts rules in their laws so that in the cases of seafarers' employment agreements with foreign elements a third law can be chosen by shipowners' organizations and unions through a Collective Bargaining Agreement. Thus it is necessary to take account of these advanced countries legal system and the Korean Seafarers' Act needs to be amended to introduce similar legal system, that is to say, the parties autonomous principle.

Therefore, considering the fact that the number of non-residential seafarers employed on Korean flag vessels has been continuously increasing, it is necessary to introduce provisions allowing shipowners and non-resident seafarers to select a third law as governing law through separate Collective Bargaining Agreements.

It is also suggested that the Seafarers' Act needs to introduce an additional special provisions requiring a collective bargaining agreement to meet the working and living standards as set out in the Maritime Labour Convention 2006 or in the Works in fishing convention 2007 and the SEAs have to be concluded to meet the standards set out in the collective bargaining agreement concluded.



제1장 서론

제1절 연구의 배경 및 목적

‘선원근로계약’이란 선원이 승선하여 선박소유자에게 근로를 제공하고 선박소유자는 근로에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약을 말한다(선원법 제2조 제9호). 선원근로계약은 그 적용대상이 ‘선원’과 ‘선박소유자’이며, 이는 국제해운의 관행에 따라 ‘근로자’와 ‘사용자’의 용어대신 사용하고 있는 점과 근로를 제공하는 장소를 ‘선박’(승선하여)으로 규정하고 있는 점을 제외하고는 우리나라 근로기준법 제17조의 근로계약의 정의와 유사하다.¹⁾

그러나 선원근로계약은 위의 민법상 근로계약에 해상근로의 특수성²⁾이 고려되어 근로기준법과 별도로 제정된 해상근로기준법에 해당된다고 볼 수 있다. 이러한 해상근로기준법은 선원법을 말하며, 선원법 제3조3)에 따라 우리나라 선박에 승무하고 있는 선원은 선원근로계약 관련 법 적용 시에 선원법이 적용된다. 선원법 적용선박에는 선원의 특정 국적을 한정하지 않고 있으므로, 선원의 국적에 관계없이 모두 적용되는 것으로 규정하고 있다.

- 1) 김진권, “선원근로계약의 준거법에 관한 고찰”, 「해사법 연구」 제16권 제1호, 한국해사법학회, 136면.
- 2) 김철수, “선원법과 근로기준법의 비교연구”, 「사회과학연구논총」 1994년 제2호, 한국해양대학교, 107-108면.
- 3) 선원법 제3조(적용범위) ① 이 법은 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 「선박법」에 따른 대한민국 선박(「어선법」에 따른 어선을 포함한다), 대한민국 국적을 취득할 것을 조건으로 용선(傭船)한 외국선박 및 국내 항과 국내 항 사이만을 항해하는 외국선박에 승무하는 선원과 그 선박의 선박소유자에 대하여 적용한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 선박에 승무하는 선원과 그 선박의 선박소유자에게는 이 법을 적용하지 아니한다.
 1. 총톤수 5톤 미만의 선박으로서 항해선이 아닌 선박
 2. 호수, 강 또는 항내(港內)만을 항행하는 선박(「선박의 입항 및 출항 등에 관한 법률」 제24조에 따른 예선은 제외한다)
 3. 총톤수 20톤 미만인 어선으로서 해양수산부령으로 정하는 선박
 4. 「선박법」 제1조의2제1항제3호에 따른 부선(艇船). 다만, 「해운법」 제24조제1항 또는 제2항에 따라 해상화물운송사업을 하기 위하여 등록한 부선은 제외한다.
- ② 선원이 될 목적으로 실습을 위하여 승선하는 사람에 대하여도 해양수산부령으로 정하는 바에 따라 이 법 중 선원에 관한 규정을 적용한다.

그러나 문제는 우리나라 국적을 소유한 선원 외에 비거주선원⁴⁾이 우리나라 선원법 제3조에 해당하는 우리나라 선박에 승무하는 경우, 선원근로계약의 준거법 결정 등의 선원근로계약 관련 법 적용 시에 비거주선원이라는 외국적 요소가 포함됨에 따라 법률 간의 저촉 즉 우리나라 국내법과 그 외의 법률 간의 저촉을 규정하는 국제사법이 적용되는 것이 거래의 실정에 부합할 것이다. 그러나 선원법은 국내법 외의 제3의 법률을 적용하기 위한 국제사법 제25조(당사자자치)에 따라 채권계약(선원근로계약 포함)은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다고 명시되어 있는 부분을 수용할 수 있는 법률적 근거가 부재한 상태이다. 이러한 외국적(섭외적)요소가 포함될 경우 국제사법에서는 위와 같이 당사자자치⁵⁾를 인정하여 국내법이 아닌 별도의 법률의 지정을 인정하고 있는데, 대표적인 예로서, 우리나라 해운수산 산업계에서 널리 사용되고 있는 거래의 실정으로, 우리나라 선박에 승무하고 있는 비거주선원의 선원근로계약 체결 시에는 별도로 체결된 단체협약을 적용시키고 있는 거래의 실정을 들 수 있다.⁶⁾

우리나라 국내법을 살펴보면, 이와 같이 비거주선원을 위한 단체협약은 현재 국제선박등록법 제6조(외국인선원의 근로계약 등)⁷⁾에 따른 외항운송사업에 종사하는 국제선박에 승무하는 외국인선원은 단체협약을 적용시킬 수 있는 근거

- 4) 이 논문에서 비거주선원을 출입국관리법 제31조에 따라 외국인등록증을 받은 사람을 말하는 것으로 하였다. 이는 외국인등록증을 받은 사람에게는 국민건강보험 등 사회보장 제도에서도 이들에게 사회보장 혜택을 주고 있기 때문이다.
- 5) 당사자자치의 원칙이란 당사자의 의사를 채권적 법률행위의 성립과 효력에 관하여 국제사법상의 연결점으로 인정하는 것, 즉 채권법상의 계약의 성립과 효력의 준거법 결정에 관하여 당사자의 명시 또는 묵시적인 지정을 허용하는 원칙을 말한다(김연·박정기·김인유, 「국제사법」 (서울 : 법문사, 2002), 260면).
- 6) 김철수, “선원법과 근로기준법의 비교 연구”, 「사회과학연구논총」 1994년제2호, 한국해양대학교, 107면.
- 7) 국제선박등록법 제6조(외국인선원의 근로계약등)
 1. 선원노동조합연합단체와 외항운송사업자협회는 국제선박에 승무하는 외국인선원에 대하여 적용되는 단체협약의 체결에 관한 권한을 가진다.
 2. 선박소유자등이 국제선박에 승무하게 하기 위하여 외국인선원을 고용하는 경우에는 제1항에 따라 체결된 단체협약에 따라 그 외국인선원과 근로계약을 체결하여야 한다.
 3. 선박소유자등은 제1항에 따른 단체협약을 체결하면 그 단체협약을 체결한 날부터 15일 이내에 해양수산부장관에게 이를 신고하여야 한다.

가 마련되어 있어 이를 근거로 단체협약을 체결할 수 있다. 그러나 국제선박등록법상 국제선박 상선이 아닌 국내 항만만을 운항하는 내항상선 또는 국내·원양어선에 승선하고 있는 선박에는 이 규정이 적용될 수 없다.

또한, 외항운송사업에 종사하는 국제선박에 승무하는 외국인선원에게 적용되고 있는 단체협약이 국제선박등록법에 의해 그 체결권이 보장되어 있다고 할지라도 현재 널리 사용되고 있는 단체협약의 내용을 살펴보면 선원법령보다 하회하는 규정이 다수 존재한다. 이는 선원법 제26조(이 법 위반의 계약)⁸⁾에 따라 무효로 되어야 하는 것이 마땅함에도 불구하고 산업계에서는 거래의 실정으로 되어 있다.

위와 같이 산업계에서는 비거주선원에게는 별도의 단체협약을 적용하고 있으며, 그 법률적 정당성을 인정받을 만한 근거가 부족한 상태이다.

이는 비단 우리나라만의 문제는 아니며 다른 국가에서도 동일한 문제를 안고 있다. 프랑스, 독일, 노르웨이 등의 선진국에서는 이러한 난제를 국내법의 개정으로 풀어나가고 있으며, 우리나라도 나날이 늘어나고 있는 비거주선원 채용⁹⁾을 감안하여 시급히 국내법의 정비가 요구된다고 볼 수 있다. 따라서 본 논문은 선원법상 비거주선원의 선원근로계약 관련 법 적용시 그 준거법 지정으로서의 적용의 한계를 살펴보고, 현행 선원법의 폐쇄적인 적용범위를 개선하기 위하여 비거주선원과 국제기준을 하회하지 않는 범위의 단체협약을 체결할 수 있도록 하는 등 유연성을 제고하기 위한 입법론적 제안을 하였다.

제2절 연구의 범위 및 방법

이 논문은 선원근로계약 관련 비거주선원의 근로계약 실태를 조사해보고, 폐

-
- 8) 선원법 제26조(이 법 위반의 계약) 이 법에서 정한 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 선원근로계약은 그 부분만 무효로 한다. 이 경우 그 무효 부분은 이 법에서 정한 기준에 따른다.
- 9) 해양수산부(장관 김영춘)가 발간하는 '2017년 선원 통계연보'에 따르면 2016년 말 기준 우리나라 취업선원은 총 61,600명이며, 그 중 한국인 선원은 35,685명, 비거주선원은 23,307명으로 나타났다. 한국인 선원은 지난 8년간 연평균 약 1.3%씩 지속적으로 감소하고 있는 반면, 비거주선원은 연평균 약 8.2%씩 증가하고 있는 것으로 나타나 대조를 보인다.

쇄적이고 경직된 선원법의 적용범위를 개방적이고 유연하게 개선하여 당사자자치를 인정할 수 있도록, 그리고 국제화 시대에 발맞춰 선원근로계약의 준거법 관련 법 적용에 대하여 다양한 외국적 요소를 만족시킬 수 있도록 선진화된 선원법의 개방규정을 새롭게 제시하고자 다음과 같은 내용으로 구성한다.

먼저, 제1장 서론에 이어, 제2장에서는 우리나라 선원법의 적용범위를 살펴보고, 우리나라 선원법에 따라 선원근로계약이 체결되지 않고 있는 국제선박과 국내선박에 승선하고 있는 비거주선원 그리고 편의치적선에 승선하고 있는 비거주선원의 고용현황을 살펴보고, 선원근로계약 체결에 대한 법 적용의 문제점과 판례를 검토한다.

제3장에서는 선원근로계약의 준거법 관련 국제규범과 해외사례를 살펴보고, 거주선원과 비거주선원에 대한 국내법 적용 범리에 대하여 검토한다.

제4장에서는 선원근로계약에 관한 준거법 결정의 유연화를 위한 국내법의 입법론적 개선방안을 제시하며, 각각의 개선방안에 대하여 장단점을 비교분석한다.

제5장 결론에서는 제1장부터 제5장까지 검토한 결과를 정리하고, 비거주선원에 대한 국제사법상 준거법 결정에 대한 당사자자치를 인정하고, 효과적인 실효적 법 적용의 개선방안을 연구하여 이를 근거로 선진화된 선원법의 적용범위를 제시해 본다.

이 논문은 연구의 목적을 달성하기 위하여 실제 선원의 선원근로계약서를 채집·분석해 보고, 타 국가의 국내법과 우리나라 국내법을 비교·분석하였으며, 각종 도서, 논문, 국제협약 등을 바탕으로, 법적 타당성 및 효과적인 대안을 도출해 내하고자 하였다.

제2장 비거주선원의 선원근로계약 현황과 문제점

제1절 비거주선원 고용 현황

<표-1> 비거주선원 고용 현황(연도별, 국적별) (단위 : 명)

| 구 분 | 관리현황 | | | | | 국적별 | | | | | | | |
|--------|--------|--------|---------|----------|---------|---------------|-------|-------|---------------|---------|---------|---------|-----------------------|
| | 연 도 | 계 | 외항 선 | 원양 어선 | 내항 선 | 연근 해어 선 | 계 | 중국 | 인도 네시 아 | 베트 남 | 미얀 마 | 필리 핀 | 우 크 라 이 나 |
| 2009 | 1,3789 | 5,787 | 3,435 | 426 | 4,141 | 13,789 | 3,615 | 3,958 | 1,588 | 2,399 | 2,197 | | 32 |
| 2010 | 17,558 | 7,899 | 4,006 | 497 | 5,156 | 17,558 | 4,457 | 4,248 | 1,907 | 3,221 | 3,653 | | 72 |
| 2011 | 19,550 | 9,037 | 4,540 | 564 | 5,409 | 19,550 | 4,002 | 5,339 | 2,385 | 3,856 | 3,880 | | 88 |
| 2012 | 21,327 | 9,672 | 4,647 | 597 | 6,411 | 21,327 | 3,654 | 6,275 | 2,628 | 4,031 | 4,587 | 18 | 134 |
| 2013 | 20,789 | 9,691 | 4,298 | 607 | 6,193 | 20,789 | 2,341 | 6,073 | 3,282 | 3,687 | 5,175 | | 231 |
| 2014 | 22,695 | 10,576 | 3,551 | 655 | 7,913 | 22,695 | 2,179 | 6,731 | 4,208 | 4,001 | 5,504 | | 72 |
| 2015 | 24,624 | 12,136 | 3,374 | 673 | 8,441 | 24,624 | 2,000 | 6,895 | 4,697 | 4,619 | 6,321 | | 92 |
| 2016 | 23,307 | 11,211 | 2,991 | 791 | 8,314 | 23,307 | 1,737 | 6,991 | 4,642 | 4,235 | 5,503 | | 199 |
| 2017 | 25,301 | 12,184 | 3,810 | 823 | 8,484 | 25,301 | 1,669 | 8,275 | 4,720 | 4,512 | 5,903 | | 222 |

자료 : 2018년 선원선박통계연보, 한국선원복지고용센터, 각 년호

I. 외항상선 선원

해양수산부가 발간하는 '2017년 한국선원 통계연보'에 따르면, 2009년 당시 5,701명의 비거주선원이 우리나라 국적 선박의 외항상선에 승선 및 고용되었으며, 거주선원은 상대적으로 많은 8,839명이 고용되어 비거주선원의 비율은 전체의 39.2%를 차지하였다. 2010년에는 우리나라 선박의 외항상선에 고용된 총 16,902명의 선원 중 비거주선원은 7,825명으로 전년도 대비 37.3% 증가하였으며, 거주선원은 9,077명으로 2.7% 증가하였다. 비거주선원의 비율은 전체의 46.3%로, 전년도 대비 7.1% 증가한 수치이다. 2011년에는 13.9% 증가된 8,912명의 비거주선원이 고용되었으며, 3.2% 증가된 9,371명의 거주선원이 고용되었다. 당시 비거주선원의 비율은 전체(18,283명)의 48.7%에 달하였다. 2012년도에는 비거주선원 및 거주선원 각각 9,615명, 9,308명이 고용되어, 처음으로 비거주선원의 고용 비율(전체의 50.8%)이 앞섰던 해였으며, 비거주선원은 전년도 대비 7.9% 증가, 거주선원은 0.7% 감소의 수치를 보였다. 2013년도에는 비거주선원이 9,532명으로 전년도 대비 소폭 감소(0.9%)하였으며, 거주선원은 2.5% 증가한 9,544명으로 집계되었다. 전체의 비거주선원의 비율은 50.0%로 거의 비슷한 수치를 보였다. 2014년도에는 비거주선원은 10,419명으로 9.3% 증가하였으며, 거주선원은 9,378명으로 1.7% 감소하였다. 비거주선원의 비율은 전체의 52.6%로 다시 증가하는 양상을 보였다. 2015년도에는 비거주선원이 큰 폭으로 증가하는 해였으며, 12,066명이 고용되어 전년도 대비 15.8% 증가하였고, 거주선원은 9,380명으로 0.7% 감소한 수치를 보였다. 전체의 비거주선원은 56.5%로 전년도 대비 증가하였다. 2016년도에는 11,141명의 비거주선원과 거주선원 8,548명의 선원이 고용되었고, 각각 7.7%, 8.2% 감소하였으나, 전체 선원 중 비거주선원의 비율은 56.6%로 전년도 대비 소폭 증가하였다.

2017년도에는 12,184명의 비거주선원과 거주선원 8,409명의 선원이 고용되었고, 비거주선원은 9.4% 증가한 반면, 1.6% 감소하였고, 전체 선원 중 비거주선원의 비율은 59.2%로 전년도 대비 2.6%p 증가하였다.

II. 내항상선 선원

2009년도에 426명의 비거주선원과 거주선원 7,831명의 선원이 고용되었고, 전체 선원 중 비거주선원의 비율은 5.2%로 집계되었다. 2010년에는 16.7% 증가된 497명의 비거주선원이 고용되었으며, 2.9% 증가된 8,062명의 거주선원이 고용되었다. 당시 비거주선원의 비율은 전체의 5.8%로 전년도 대비 소폭 증가하였다. 2011년도에는 비거주선원 및 거주선원 각각 564명, 8,264명이 고용되었으며, 비거주선원은 전년도 대비 13.5%, 거주선원은 2.5% 증가의 수치를 보였다. 전체의 비거주선원의 비율은 6.4%로 증가하였다. 2012년도에는 비거주선원이 597명이 고용되어 전년도 대비 5.9% 증가하였고, 거주선원은 8,264명으로 0.1% 증가한 수치를 전년도와 비슷한 수준으로 보였다. 전체의 비거주선원은 6.7%로 전년도 대비 소폭 증가하였다. 2013년도에는 비거주선원은 607명으로 1.7% 증가하였으며, 거주선원은 8,207명으로 0.7% 감소하였다. 비거주선원의 비율은 전체의 6.9%로 다소 증가하는 양상을 보였다. 2014년 당시 655명의 비거주선원이 고용되었으며, 전년도 대비 7.9%로 큰 폭으로 증가하였으나, 거주선원은 4.3% 감소한 7,850명이 고용되었다. 비거주선원의 비율은 전체의 7.7%로 꾸준히 증가하였다. 2015년도에는 비거주선원의 고용은 673명으로 전년도 대비 소폭 증가(2.7%)하였으며, 거주선원은 전년도와 거의 동일하게 7,847명이 고용되었다. 전체의 비거주선원의 비율은 7.9%로 여전히 그 수치는 증가하였다. 2016년에는 우리나라 선박의 내항상선에 고용된 총 8,645명의 선원 중 비거주선원은 791명으로 전년대비 17.5%의 큰 폭으로 증가하였으며, 거주선원은 7,854명으로 0.1% 증가로 그쳤다. 비거주선원의 비율은 전체의 9.1%로, 전년도 대비 1.2% 증가한 수치이다.

2017년에는 우리나라 선박의 내항상선에 고용된 총 8,856명의 선원 중 비거주선원은 823명으로 전년대비 4.0% 증가하였으며, 거주선원은 8,033명으로 2.3% 증가로 그쳤다. 비거주선원의 비율은 전체의 9.3%로, 전년도 대비 0.2% 증가한 수치이다.

Ⅲ. 원양어선 선원

2009년에는 3,435명의 비거주선원이 고용되었으며, 1,928명의 거주선원이 고용되었다. 당시 비거주선원의 비율은 전체의 64.0%로 집계되었다. 2010년도에는 비거주선원 및 거주선원 각각 4,006명, 1,982명이 고용되었으며, 비거주선원은 전년도 대비 16.5% 증가, 거주선원은 1.9% 감소의 수치를 보였다. 전체의 비거주선원의 비율은 67.9%로 증가하였다. 2011년도에는 비거주선원의 고용은 4,540명으로 전년도 대비 13.3% 증가하였으며, 거주선원은 전년도 대비 8.5% 증가한 2,053명이 고용되었다. 전체의 비거주선원의 비율은 68.9%로 1.0% 증가하였다. 2012년도에는 비거주선원이 4,647명이 고용되어 전년도 대비 2.4% 소폭 증가하였고, 거주선원은 1,981명으로 3.5% 감소한 수치를 보였다. 비거주선원의 비율은 70.1%로 전년도 대비 여전히 증가하는 양상을 보였다. 2013년도에는 4,298명의 비거주선원과 1,905명의 거주선원이 고용되었고, 이는 각각 7.5%, 3.8% 하락한 수치이다. 전체 선원 중 비거주선원의 비율은 69.3%로 전년도 대비 근소하게 하락한 수치로 집계되었다. 2014년도에는 비거주선원의 고용은 3,551명으로 17.4% 대폭 감소하였으며, 거주선원 또한 1,572명으로 17.5% 감소하였다. 전체적으로 선원의 고용 건수가 줄어들었음에도 불구하고 비거주선원의 비율은 전체의 69.3%로 전년도와 동일한 수치를 유지하였다. 2015년에는 우리나라 선박의 원양어선에 고용된 총 4,866명의 선원 중 비거주선원은 3,374명, 거주선원은 1,492명으로 각각 전년대비 5.0%, 5.1% 감소하였으며, 비거주선원의 비율은 전체의 69.3%로, 전년도와 동일하였다.

2016년에는 전년도 대비 11.4% 감소한 2,991명의 비거주선원이 고용되었고, 거주선원은 6.6% 감소한 1,393명이 고용되었다. 비거주선원의 비율은 전체의 68.2%로 다소 감소하였다.

2017년에는 전년도 대비 11.4% 감소한 3,810명의 비거주선원이 고용되었고, 거주선원은 0.9% 증가한 1,406명이 고용되었다. 비거주선원의 비율은 전체의 74.0%로 증가하였다.

IV. 연근해어선 선원

2009년도에 4,141명의 비거주선원과 거주선원 16,358명의 선원이 고용되었고, 전체 선원 중 비거주선원의 비율은 20.2%로 집계되었다. 2010년에는 24.5% 증가된 5,156명의 비거주선원이 고용되었으며, 2.6% 감소된 15,939명의 거주선원이 고용되었다. 당시 비거주선원의 비율은 전체의 24.4%로 전년도 대비 4.2% 증가하였다. 2011년도에는 비거주선원 및 거주선원 각각 5,156명, 15,939명이 고용되었으며, 비거주선원은 전년도 대비 4.9% 증가, 거주선원은 1.3% 감소의 수치를 보였다. 전체의 비거주선원의 비율은 25.6%로 전년도 대비 소폭 증가하였다. 2012년도에는 비거주선원이 6,411명이 고용되어 전년도 대비 18.5% 증가하였고, 거주선원은 15,797명으로 0.4% 증가하여 전년도와 비슷한 수준이었다. 전체의 비거주선원은 28.9%로 전년도 대비 소폭 증가하였다. 2013년도에는 비거주선원은 6,193명으로 3.4% 감소하였으며, 거주선원 또한 15,725명으로 0.5% 감소하였다. 비거주선원의 비율은 전체의 28.3%로 다소 감소하는 양상을 보였다. 2014년 당시 7,913명의 비거주선원이 고용되었으며, 전년대비 큰 폭(27.8%)으로 증가하였으나, 거주선원은 3.2% 감소한 15,216명이 고용되었다. 비거주선원의 비율은 전체의 34.2%로 전년도 대비 큰 폭으로 증가하였다. 2015년도에는 비거주선원의 고용은 8,441명으로 전년도 대비 소폭 증가(6.7%)하였으며, 거주선원은 전년도와 거의 동일하게 15,328명이 고용되었다. 전체의 비거주선원의 비율은 35.5%로 여전히 그 수치는 증가하였다. 2016년에는 우리나라 선박의 연근해어선에 고용된 총 23,006명의 선원 중 비거주선원은 8,314명으로 전년대비 1.5% 감소하였으며, 거주선원은 14,692명으로 역시 4.1% 감소하였다. 비거주선원의 비율은 전체의 36.1%로, 전년도 대비 0.6% 감소한 수치이다.

V. 시사점

위와 같이 비거주선원의 고용은 날로 증가하고 있으며, 해양수산부가 발간하는 '2018년 한국선원 통계연보'에 따르면 2017년 말 기준 우리나라 취업선원은 총 60,397명이며, 그 중 한국인 선원은 35,096명, 비거주선원은 25,301명으로 나

타났다. 또한, 한국인 선원은 지난 8년간 연평균 약 1.2%씩 지속적으로 감소하고 있는 반면, 비거주선원은 연평균 약 4.6%씩 증가하고 있는 것으로 나타나 대조를 보인다. 국적별로는 인도네시아 국적의 비거주선원이 가장 많이 고용되었으며, 그 다음으로 필리핀, 베트남, 미얀마, 중국 등의 비거주선원이 고용되고 있다.

이는 점차 비거주선원이 더욱 늘어남에 따라 선원근로계약 체결 건수도 늘어나는 것을 말해주며, 법률 위반 사례가 증가한다는 의미이기도 하다. 따라서 이러한 비거주선원의 법률 위반에 대한 논란을 줄이고, 우리나라 국내법을 적용하지 않고, 단체협약 등의 체결 당사자가 제3의 법률을 준거법으로 선택하는 것을 인정하는 논리적 근거 및 유연한 적용이 시급히 필요하다고 볼 수 있다.

제2절 산업분야별 비거주선원과의 단체협약 내용 분석

현재 우리나라의 비거주선원의 선원근로계약은 외항상선의 경우 전국해상산업노동조합연맹(최근 '전국선원노동조합연맹'으로 명칭이 변경되었다.)과 한국선주협회가 체결한 단체협약에 따라 계약이 체결되고 있고, 내항상선의 경우 전국해상산업노동조합연맹과 한국해운조합이 체결한 단체협약에 따라 체결하고 있으며, 원양어선의 경우 전국원양산업노동조합과 한국원양산업협회가 체결한 단체협약에 따라 체결하고 있다.¹⁰⁾ 연근해어선의 경우 노사의 단체협약에 근거하여 수산업협동조합 중앙회가 작성한 표준근로계약서에 따라 체결하고 있다.

이들 단체협약 또는 비거주선원과 체결하는 선원근로계약상의 근로조건은 우리 선원법상 근로조건과 상이한 요소가 있는 것으로 나타났다. 따라서 비거주선원과 체결한 단체협약 내지 선원근로계약이 선원법에서 규정하는 근로기준에 하회할 경우 일부무효의 법리가 적용되어 시정을 요한다고 할 것이다.¹¹⁾

10) 실질적으로는 선박소유자 단체가 해당국의 노동조합과 단체협약을 체결하고 이에 대하여 우리나라 전국해상산업노동조합연맹이 이를 승인하는 방식으로 단체협약이 체결된다.

11) 국제선박등록법 제6조에 따른 단체협약체결은 법적으로 인정되고 있으나, 비거주선원의 근로조건을 정한 단체협약이 국내법보다 하회의 기준으로 체결된 경우 노동

그 뿐 아니라 단체협약 또는 선원근로계약과 선원법상의 근로기준 상의 상이 점은 비거주선원과 국적선원간의 차별적 처우 문제도 제기될 수 있다. 이러한 차별이 합리적 차별의 범위를 벗어날 경우 국제노동기구(International Labour Organization)의 2006년 해사노동협약¹²⁾의 이행에 대한 검토시 협약요건 불충족의 문제로 지적될 수 있으며, 나아가 항만국통제(Port State Control)에서도 문제점으로 지적될 소지가 있을 것이다. 또한 우리 선원법 제5조에서 인용하고 있는 근로기준법 제6조의 균등처우의 원칙과도 조화되지 못하는 문제도 제기될 수 있다. 아래에 비거주선원에게 적용되고 있는 각 단체협약 등과 선원법과의 비교·분석하여 본다.¹³⁾

I. 외항상선분야

국제선박등록법 제6조는 선원노동조합연합단체와 외항운송사업자협회는 국제선박(국제항행을 하는 상선으로서 국제선박등록부에 등록된 선박)¹⁴⁾에 승무하는 비거주선원에 대하여 적용되는 단체협약의 체결에 관한 권한을 가지도록 규정하고 있다.

조합 및 노동관계조정법 제33조, 선원법 제26조 및 제 122조에 따라 무효가 된다는 점에서 법률적 문제가 제기된다.

- 12) 2006년 해사노동협약(Maritime Labour Convention; MLC 2006, 이하 ‘해사노동협약’이라 한다.)
- 13) 「전영우, “외국인선원의 근로조건에 관한 일고찰”, 「해사법 연구」 제25권 제2호, 한국해사법학회(2013.07), 7-10면」을 참고하였으며, 선박소유자 단체, 노동조합 단체, 수산업협동조합에서 사용하고 있는 최신화된 자료를 제공받아 새롭게 정리하였다.
- 14) 제3조 (등록대상 선박) ① 국제선박으로 등록할 수 있는 선박은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 선박으로 한다. 다만, 국유·공유 선박과 「어선법」 제2조제1호에 따른 어선은 제외한다.
1. 대한민국 국민이 소유한 선박
 2. 대한민국 법률에 따라 설립된 상사(상사) 법인이 소유한 선박
 3. 대한민국에 주된 사무소를 둔 제2호 외의 법인으로서 그 대표자(공동대표인 경우에는 그 전원을 말한다)가 대한민국 국민인 경우에 그 법인이 소유한 선박
 4. 외항운송사업자 또는 해운법 제33조에 따라 선박대여업을 등록한 자가 대한민국 국적을 취득할 것을 조건으로 임차(賃借)한 외국선박 중 외항운송사업자가 운항하는 선박
 - ② 제1항에 따라 국제선박으로 등록할 수 있는 선박의 규모, 선령(船齡), 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

선박소유자 등은 단체협약을 체결하면 그 단체협약을 체결한 날부터 15일 이내에 해양수산부장관에게 이를 신고하여야 한다. 또한 선박소유자 등이 국제선박에 승무하게 하기 위하여 비거주선원을 고용하는 경우에는 그러하게 체결된 단체협약에 따라 그 비거주선원과 선원근로계약을 체결하도록 규정한다(동법 제6조제2항).

국제선박등록법 제6조에 따라 전국해상산업노동조합연맹과 한국선주협회는 단체협약을 체결하였고(최근 단체협약 서명일 2009년 12월 9일, 시행일은 그 후 1개월), 이 단체협약(이하 '국제선박 단체협약'이라 한다.)은 같은 법에 따라 등록된 선박에 승선하는 비거주선원에게 적용하고 있다(단체협약 제1조).

외항상선의 경우 이러한 국제선박 단체협약에 따라 비거주선원근로계약을 체결하고 있다. 다만, 국제선박으로 등록한 국적취득조건부 선체용선에 승선한 선원의 임금 등 근로조건에 관한 사항은 전국해상산업노동조합 또는 한국선주협회 그리고 단위노사가 체결한 국내단체협약이 있는 경우에는 국제선박 단체협약을 체결된 것으로 보도록 하므로, 이 경우에는 국내단체협약의 내용에 따라 비거주선원과 선원근로계약을 체결할 수 있도록 되어 있다.

국제선박등록법이 적용되는 선박에 승무하는 비거주선원과 체결하는 계약의 내용은 같은 위의 단체협약을 충족하여야 하나, 체결된 단체협약상(총 32개 조문으로 구성)의 근로조건은 우리 선원법상 근로조건과 비교해 볼 때 다음과 같은 상이한 요소가 있는 것으로 분석되었다. 국제선박 단체협약이 선원법상 근로조건과 상이한 주요 내용으로는 첫째, 선원의 기본임금을 임금표¹⁵⁾에 의하여 정하고, 이를 시간외근로수당과 재해보상의 기준금액으로 사용하고 있어 선원법이 같은 경우에 통상임금을 기준금액으로 사용하고 있는 점과 다르다.

둘째, 기준 근로시간을 주 44시간으로 규정하고 있어 선원법 제60조(근로시간 및 승무정원) 제1항¹⁶⁾의 주 40시간으로 하는 점과 다르다. 또한, 동법 제60조

15) 2018년 기준 월 기본임금은 1항·기사 1,335USD, 2항·기사 1,070USD, 3항·기사 1,031USD, 직장급 686USD, 수직급 614USD, 원직급 457USD로 되어 있다.

16) 선원법 제60조 (근로시간 및 승무정원) ① 근로시간은 1일 8시간, 1주간 40시간으로 한다. 다만, 선박소유자와 선원 간에 합의하여 1주간 16시간을 한도로 근로시간을 연장(이하 "시간외근로"라 한다)할 수 있다.

제2항17)에 따라 항해당직선원들의 근로시간은 최대 72시간으로 설정하고 있는 반면, 국제선박 단체협약은 최대 68시간을 설정하고 있고, 부득이한 사유가 있는 경우에 해당 시간을 초과하여 선원에게 시간외근로를 명할 수 있게 되어 있다.¹⁸⁾ 이는 선원법에서 최대근로시간을 명확히 언급하고 있는 점과 다르며, 최대근로시간을 설정하고 있지 않은 부분으로 간주된다.

셋째, 선원법은 유급휴가가 6일/월이나 국제선박 단체협약은 3-5일/월로 되어 있다.

넷째, 직무상 상병보상과 관련하여, 선원법 제96조 제1항19)에 따라 요양 중인 선원에게 통상임금을 기준으로 상병보상을 하는 반면, 국제선박 단체협약 제16조20)는 기본임금을 기준으로 지급하고 있다. 또한, 선원법은 4개월이 지나도 치유되지 아니하는 경우에는 일정금액을 매월 상병보상으로 지급하는 규정이 있으나 국제선박 단체협약은 그에 상응하는 규정이 부재하다.

다섯째, 국제선박 단체협약은 일시보상을 할 수 있는 시기를 1년이 경과한 날로 하고 있어 선원법²¹⁾이 2년이 경과한 날로 하고 있는 점과 다르다.

-
- 17) 선원법 제60조(근로시간 및 승무정원) ② 선박소유자는 제1항에도 불구하고 항해당직근무를 하는 선원에게 1주간에 16시간의 범위에서, 그 밖의 선원에게는 1주간에 4시간의 범위에서 시간외근로를 명할 수 있다.
- 18) 국제선박단체협약 제10조(근로시간) ① 선원의 기본근로시간은 1일 8시간, 1주 44시간이다. 다만 당사자 간의 합의에 의하여 1주간에 12시간을 한도로 근로시간을 연장할 수 있다.
- ② 제 1항의 규정에 부가하여 항해당직근무를 수행하는 선원은 1주에 12시간의 범위 안에서 추가로 항해당직근무를 수행하여야 한다.
- ③ 회사는 선박운항의 안전 확보 등 부득이한 사유가 있는 경우에는 제1항 및 제2항의 규정에 의한 근로시간을 초과하여 선원에게 시간외근로를 명할 수 있다.
- 19) 선원법 제96조(상병보상) ① 선박소유자는 제94조제1항에 따라 요양 중인 선원에게 4개월의 범위에서 그 부상이나 질병이 치유될 때까지 매월 1회 통상임금에 상당하는 금액의 상병보상(傷病補償)을 하여야 하며, 4개월이 지나도 치유되지 아니하는 경우에는 치유될 때까지 매월 1회 통상임금의 100분의 70에 상당하는 금액의 상병보상을 하여야 한다.
- 20) 국제선박단체협약 16조(상병보상) 회사는 선원이 직무상으로 발생한 질병 또는 부상의 경우에는 요양 중인 선원에게 최장 4월의 범위 안에서 그 부상 또는 질병이 치유될 때까지 매월 1회 기본임금에 상당하는 금액을 지급하여야 한다.
- 21) 선원법 제98조(일시보상) 선박소유자는 제94조제1항 및 제96조제1항에 따라 보상을 받고 있는 선원이 2년이 지나도 그 부상이나 질병이 치유되지 아니하는 경우에는

여섯째, 국제선박 단체협약은 장제비를 기본임금의 2개월분으로 하고 있어 선원법이 승선평균임금의 120일분으로 하고 있는 점²²⁾과 다르다.

일곱째, 국제선박 단체협약은 행방불명시 행방불명보상금을 1개월분의 기본임금으로 하고 있어 선원법이 1개월분의 통상임금과 3개월분의 승선평균임금으로 하고 있는 점²³⁾과 다르다.

여덟째, 국제선박 단체협약은 소지품 유실보상의 한도를 기본임금 1개월분으로 하고 있어 선원법이 2개월분의 통상임금으로 하고 있는 점과 다르다.

아홉째, 국제선박 단체협약은 퇴직금제도가 마련되어 있지 않아 선원법의 관련 기준²⁴⁾과 상이하다.

II. 원양어선분야

원양어선은 전국원양산업노동조합과 한국원양산업협회간에 체결된 단체협약(최근의 것은 2016년 06월 08일에 체결)에 따라 비거주선원과 선원근로계약을 체결하고 있다. 그러나 단체협약상(총 33개 조문으로 구성)의 근로조건은 우리 선원법상 근로조건과 다음과 같이 상이한 요소가 있다. 이 단체협약이 선원법상 근로조건과 상이한 주요 내용으로는 첫째, 임금제도가 노사 간에 합의한 임

「산업재해보상보험법」에 따른 제1급의 장해보상에 상당하는 금액을 선원에게 한꺼번에 지급함으로써 제94조제1항, 제96조제1항 또는 제97조에 따른 보상책임을 면할 수 있다.

- 22) 제100조(장제비) ① 선박소유자는 선원이 사망하였을 때에는 지체 없이 대통령령으로 정하는 유족에게 승선평균임금의 120일분에 상당하는 금액을 장제비(葬祭費)로 지급하여야 한다.
- 23) 선원법 제101조(행방불명보상) ① 선박소유자는 선원이 해상에서 행방불명된 경우에는 대통령령으로 정하는 피부양자에게 1개월분의 통상임금과 승선평균임금의 3개월분에 상당하는 금액의 행방불명보상을 하여야 한다.
- 24) 선원법 제55조(퇴직금제도) ① 선박소유자는 계속근로기간이 1년 이상인 선원이 퇴직하는 경우에는 계속근로기간 1년에 대하여 승선평균임금의 30일분에 상당하는 금액을 퇴직금으로 지급하는 제도를 마련하여야 한다. 다만, 이와 같은 수준을 밑돌지 아니하는 범위에서 선원노동위원회의 승인을 받아 단체협약이나 선원근로계약에 의하여 퇴직금 제도를 갈음하는 제도를 시행하는 경우에는 그러하지 아니하다.

금표²⁵⁾를 사용하고 있고, 해당 금액이 ILO에서 권고하는 선원의 월 최저임금 (basic pay) 수준을 하회하는 경우에는 ILO에서 권고하는 월 최저임금을 월 임금으로 보고 있다.

둘째, 선원법은 유급휴가가 20일/월이나 단체협약에는 유급휴가가 마련되어 있지 않다.

셋째, 재해보상을 우리 선원법의 규정으로 하지 않고 해당국의 재해보상기준에 준하고 있고, 선원국의 보험에 가입하고 있는 점(단체협약 제15조)이 다르다.

넷째, 퇴직금제도는 마련되어 있으나 개별회사와의 계약에 맡겨져 있다.

Ⅲ. 내항상선분야

전국해상산업노동조합연맹과 한국해운조합은 2003년 6월 13일에 단체협약을 체결하였고(최근 단체협약 서명일 및 시행일 2015년 05월 20일), 이 단체협약은 내항상선에 승선하는 비거주선원에게 적용하고 있다(단체협약 제1조). 내항상선의 경우 이 단체협약에 따라 비거주선원과 선원근로계약을 체결하고 있다. 이 단체협약이 적용되는 선박에 승무하는 비거주선원과 체결하는 계약의 내용은 같은 단체협약을 충족하여야 하나, 단체협약상(총 31개 조문으로 구성)의 근로조건은 우리 선원법상 근로조건과 비교할 때 다음과 같이 상이한 부분이 있다. 이 단체협약이 선원법상 근로조건과 비교해 보면, 첫째, 선원의 통상임금을 임금표²⁶⁾에 의하여 정하고, 이를 시간외근로수당, 유급휴가급 및 재해보상의 기준 금액으로 사용하고 있어 선원법의 기준을 충족한다.

둘째, 송환시 송환비용은 지급하나 송환수당을 지급하는 규정²⁷⁾이 없어 선원

25) 승무경력이 36개월을 초과한 자로서 ILO에서 규정하는 유능부원(AB)에 준하는 부원(A)은 614USD, 승무경력이 36개월 이하인 자로서 ILO에서 규정하는 원직급(OS)에 준하는 자를 말한다.

26) 2015년 기준 수직급과 원직급의 통상임금은 각각 620USD, 557USD이고, 임금총계는 각각 1,085USD, 956USD이다.

27) 선원법 제39조(송환수당) 선박소유자는 제38조제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는

법의 기준과 상이하다.

셋째, 일시보상을 할 수 있는 시기를 1년이 경과한 날로 하고 있어 선원법이 2년이 경과한 날로 하고 있는 점²⁸⁾과 다르다.

넷째, 재해보상과 관련하여 선원국의 법령에 있는 경우 그 규정을 준용할 수 있도록 하고 있고 이 경우 선원법의 기준과 근본적으로 재해보상의 내용이 달라질 수 있다.

다섯째, 퇴직금제도가 마련되어 있지 않아 선원법의 관련 기준과 상이하다.

IV. 연근해어선분야

연근해어선의 경우 수협중앙회가 작성한 비거주선원을 위한 표준고용계약서를 사용하고 있다. 그러나 표준계약서상(총 17개 조문으로 구성)의 근로조건은 우리 선원법상 근로조건과 비교하면 다음과 같다. 이 표준계약서상 근로조건은 주요 내용으로는 첫째, 비거주선원의 선원근로계약기간은 입국일로부터 1년으로 하며, 체류허용기간 내에서 1년 단위로 최대 4년 10개월까지 계약기간을 연장할 수 있으나, 선원법에서는 최대근로계약기간을 명시하고 있지 않다.

둘째, 계약기간 종료 후 송환비용의 지급의 경우 근무기간 3년 이상인 경우 비용 전액을, 1년 초과 3년 미만인 경우 송환비용의 2/3의 금액을, 1년 이하인 경우에는 송환비용의 1/3을 지급하는 것으로 규정하고 있고, 표준근로계약서 제15조²⁹⁾에 따르면 일정 제재사유에 해당하는 경우 계약을 해지하고 출국을 요

경우를 제외하고는 하선한 선원에게 송환에 걸린 일수(日數)에 따라 그 선원의 통상임금에 상당하는 금액을 송환수당으로 지급하여야 한다. 송환을 같음하여 그 비용을 지급하는 경우에도 또한 같다.

- 28) 제98조(일시보상) 선박소유자는 제94조제1항 및 제96조제1항에 따라 보상을 받고 있는 선원이 2년이 지나도 그 부상이나 질병이 치유되지 아니하는 경우에는 「산업재해보상보험법」에 따른 제1급의 장해보상에 상당하는 금액을 선원에게 한꺼번에 지급함으로써 제94조제1항, 제96조제1항 또는 제97조에 따른 보상책임을 면할 수 있다.
- 29) 표준근로계약 15조(비거주에 대한 제재) 고용주는 비거주선원이 다음 각 호의 제재사유에 해당하는 경우 비거주선원과 계약을 해지하고 관리업체에 통보하여 출국을 요구할 수 있다.

구할 수 있다는 조항이 있다. 반면 선원법에서는 선원의 거주지 또는 선원근로 계약체결지가 아닌 항구에서 하선하는 경우에 송환에 필요한 모든 비용과 책임을 선박소유자가 제공하여야 한다고 규정하고 있으며, 어떠한 경우에도 6개월 이상 승무하고 송환된 선원에게는 송환에 든 비용의 100분의 50에 상당하는 금액 이상을 선원에게 청구할 수 없게 되어 있다.³⁰⁾ 또한 하선한 선원에게 송환에 걸린 일수에 따라 그 선원의 통상임금에 상당하는 금액을 송환수당으로 지급하는 규정이 없는 점도 선원법과 상이한 점이다.

셋째, 임금제도, 퇴직금제도는 선원법의 기준에 따르고 있다.

넷째, 재해보상과 관련하여 비거주선원을 피보험자로 하여 어선원 및 어선재해보상보험에 가입하고 있으며, 건강보험에도 가입하고 있다.

다섯째, 숙박시설을 무료로 제공하고 생활용품(치약, 칫솔, 면도기, 수건), 침

-
- ① 멀미, 노동 강도, 근무환경 등의 사유로 근무처변경을 요구하는 경우
 - ② 불법·부당행위를 한 경우
 - ③ 불법적인 태업, 파업, 선동이나 노동쟁의 등 노사분규에 가담한 경우
 - ④ 선내에서 싸움, 폭행, 절도, 방화, 태업 또는 선동을 하거나 선동에 동조한 경우
 - ⑤ 상습적인 폭음자, 도박자, 마약중독자, 간질병자 또는 정신질환자
 - ⑥ 정당한 사유 없이 승선을 거부하거나 임의로 하선한 자
 - ⑦ 한국 선원법령의 규정에 의하여 하선·징계를 받은 자
 - ⑧ 본 계약의 의무사항을 이행하지 않아 취업을 시킬 수 없는 경우
 - ⑨ 기타 어선의 조업에 장애가 된다고 인정되는 자
- 30) 선원법 제38조(송환) ① 선박소유자는 선원이 거주지 또는 선원근로계약의 체결지가 아닌 항구에서 하선하는 경우에는 선박소유자의 비용과 책임으로 선원의 거주지 또는 선원근로계약의 체결지 중 선원이 원하는 곳까지 지체 없이 송환하여야 한다. 다만, 선원의 요청에 의하여 송환에 필요한 비용을 선원에게 지급할 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 선박소유자는 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 송환에 든 비용을 선원에게 청구할 수 있다. 다만, 선박소유자는 6개월 이상 승무하고 송환된 선원에게는 송환에 든 비용의 100분의 50에 상당하는 금액 이상을 청구할 수 없다.
1. 선원이 정당한 사유 없이 임의로 하선한 경우
 2. 선원이 제22조제3항에 따라 하선 징계를 받고 하선한 경우
 3. 단체협약, 취업규칙 또는 선원근로계약으로 정하는 사유에 해당하는 경우
- ③ 제1항에 따라 선박소유자가 부담할 비용은 송환 중의 교통비, 숙박비, 식비 및 그 밖에 해양수산부령으로 정하는 비용을 말한다. <개정 2013.3.23>
- ④ 선박소유자는 선원근로계약을 체결할 때 선원에게 송환비용을 미리 내도록 요구하여서는 아니 된다.

구, 구급상비약은 1회에 한하여 제공하고, 식사는 1일 3식 무료 제공하고 있다.

여섯째, 자국 내 휴가는 원칙적으로 실시하지 않으나, 근로의욕 고취를 위해서 자국 내 유급휴가를 실시할 수 있도록 규정하고 있다.

V. 시사점

위와 같이 우리나라 선박에 승무하는 비거주선원과 체결하는 선원근로계약상 근로조건은 많은 부분에서 선원법상의 근로조건기준과 상이한 점이 있다. 비거주선원의 근로조건을 선원법상 근로조건을 적용하지 않고, 단체협약으로 정하고 있는 부분은 비거주선원의 노동생산성에 비하여 더 높은 임금 및 복지 등을 지불하게 되는 문제를 피하려 하였기 때문으로 분석된다. 국제선박등록법 제6조는 노사 간에 단체협약을 체결하고 비거주선원을 고용하는 경우에는 그러하게 체결된 단체협약에 따라 그 비거주선원과 선원근로계약을 체결하도록 규정하고 있다. 따라서 선박소유자는 체결된 단체협약에 따라 선원근로계약을 체결하는 것만으로 법적 요건을 달성하는 것으로 간주하였기 때문에 위와 같이 우리나라 선원법과의 근로조건 기준을 상이하게 정하는 결과를 초래한 것으로 보인다. 이러한 단체협약체결은 국제사법 제25조의 당사자자치의 원칙에 따라 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법(단체협약체결 등)을 적용하는 것으로 선원근로계약 관련 법 적용에 대한 준거법의 지정을 의미한다.

그럼에도 불구하고, 근로조건을 정한 단체협약 또는 선원근로계약의 내용 중 선원법에 하회하고 있는 항목들은 노동조합 및 노동관계조정법 제33조³¹⁾, 선원법 제26조³²⁾ 및 제122조³³⁾에 따라 그 부분이 법률적으로 문제가 된다. 이는 거주선

31) 제33조(기준의 효력) ①단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다.

32) 제26조(이 법 위반의 계약) 이 법에서 정한 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 선원근로계약은 그 부분만 무효로 한다. 이 경우 그 무효 부분은 이 법에서 정한 기준에 따른다.

33) 제122조(취업규칙의 효력) 취업규칙에서 정한 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 선원근로계약은 그 부분만 무효로 한다. 이 경우 그 무효 부분은 취업규칙에서 정한 기준에 따른다.

원과 비거주선원에게 모두 적용되는 부분이므로, 현재의 거래의 실정인 비거주선원의 단체협약체결은 위의 국내법 조항에 저촉되고 있다. 따라서 이를 만족할 수 있도록, 비거주선원의 단체협약체결을 보장하는 등의 입법론적 근거를 마련함으로써 비거주선원에게는 별도의 법률이 적용될 수 있도록 비거주선원의 선원근로계약관련 법 적용시 준거법 지정에 대한 당사자자치의 원칙을 보장하는 방안이 필요하다고 본다.



제3장 증거법 선택에 있어 선원근로계약과 당사자자치

제1절 당사자자치의 원칙

I. 당사자자치의 원칙과 사적자치

당사자자치의 원칙³⁴⁾이란 당사자의 의사를 채권적 법률행위의 성립과 효력에 관하여 국제사법상의 연결점으로 인정하는 것, 즉 채권법상의 계약의 성립과 효력의 증거법 결정에 관하여 당사자의 명시 또는 묵시적인 지정을 허용하는 원칙을 말한다.³⁵⁾³⁶⁾ 그러나 이러한 당사자자치와 사적자치³⁷⁾ 또는 계약자유의 원칙은 구별되어야 할 것이다. 사적자치와 계약자유의 원칙은 강행법규³⁸⁾에 반

- 34) 주관주의, 주관적 기준(subjectivetest) 또는 의사주의라고도 한다. 이와 대응하는 개념으로는 객관주의, 비의사주의, 또는 객관적 기준(objectivetest)이라고도 하는데, 이는 채권계약의 성립 및 효력의 증거법을 일정한 객관적 기준에 따라 결정하는 입장으로, 어느 요소가 계약채권과 가장 밀접한 관련을 갖는 곳인지에 따라 계약체결지법주의, 계약이행지법주의 및 채무자속인법주의 등으로 나뉜다. 참고로 객관주의를 취하는 국가를 살펴보면, 먼저 계약 체결지는 미국의 10여개 주, 제1차 Restatement, 스위스, 에콰도르가 있고, 계약 이행지를 증거법결정 기준으로 두는 국가로는 중남미 일부 국가, 미국의 7개 주, 몬테비데오조약이 있으며, 채권자의 주소지 및 소송지를 기준으로 하는 국가는 스위스 1개 주가 있다(신창선, 「국제사법 제5판」(서울 : FIDES, 2006), 253면).
- 35) 김연·박정기·김인유, 「국제사법」, (서울 : 법문사, 2002), 260면.
- 36) 채권계약에 대하여 당사자자치를 인정하는 이유는 채권관계의 특질상 계약이 주로 당사자의 의사에 의해 형성된다는 점과 채권관계의 성질상 계약의 체결지, 이행지, 채무자의 본국 등의 여러 연결점 가운데 하나가 다른 것에 비해서 특별히 우월한 위치에 있다고 볼 수 없다는 점을 들 수 있다(위의 책, 260-261면; 황산덕·김용환, 「신국제사법」(서울 : 박영사, 1987), 214면)
- 37) 사적자치를 정의하는 것과 관련하여, 의사를 강조하는 견해는 “사적자치는 개인이 자기의 의사에 의하여 법률관계를 스스로 형성하는 원칙”이라고 하고, 이에 대하여 법질서를 강조하는 견해로는 “법질서가 의사표시에 의하여 법률효과를 발생하게 하거나 저지할 수 있게 하는 가능성을 인정하는 원칙”이라고 한다. 사적의사자치, 개인의사자치라는 용어도 있으나, 일반적으로 사적자치라는 용어가 더 널리 사용된다. 이영준, “민법개정의 입법론적 연구 :민법의 지도원리로서의 사적자치”, 「법조」 제527권, 법조협회(2000.08), 43-44면.
- 38) ‘강행규정’이라고도 하며, 당사자의 의사에 관계없이 언제나 적용되는 규정이며, 강행규정을 판단하는 기준은 특별히 정해 놓은 것은 없고 각 규정의 입법목적과 성질 등을 고려하여 정한다. 우리나라 국제사법 제7조에서는 “입법목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정은 이 법

하지 않는 한도 내에서 자유롭게 양 당사자 간의 계약을 체결할 수 있는 것을 의미하나, 당사자자치의 원칙은 특정 국가의 법률로서 강행법규와 임의법규 등을 포함하여 법률 자체를 자유롭게 선택하는 것을 인정하는 것이다.³⁹⁾

당사자자치의 원칙에 따라 당사자는 자유롭게 준거법을 미리 선택하는 것은 다수의 일반적인 규범들을 염두에 두지 않고, 단지 개별적인 사항만을 고려하면 되기 때문에, 기 지정한 준거법에 따라 규율되는 계획적인 이행이 가능하게 된다는 것을 의미한다. 또한 당사자 간의 준거법 결정시에 다양한 위험을 사전에 방지할 수 있는 이점이 있으며, 이러한 부분이 각 당사자에게 이익이 될 수 있을 것이다. 게다가 당사자자치를 허용함으로써 당사자에게 실정법을 넘어서는 권한을 부여했다고 주장되기도 하므로 당사자자치를 허용한 그 실정법을 넘어 다른 국가의 법 또한 준거법으로 지정할 수 있게 되는 것이다.⁴⁰⁾

사적자치는 순수한 사법적 개념이지만 사법에서 사적자치에 대한 명확한 근거조항은 찾을 수 없다. 다만 직접적이진 않지만 의사표현이나 법률 행위 및 채권 등의 기본 이념에서 존재하는 불문의 사법원리로 주장되고 있을 뿐이며, 사적자치의 모든 내용을 포괄하는 유권해석도 지금까지 제시되고 있지 않고 있는 실정이다.⁴¹⁾ 그리하여 사법학자들은 사적자치를 다음과 같이 정의하고 있다. ‘자기 일을 자기결정에 의하여 자기책임으로 자기지배를 한다는 당위’⁴²⁾, ‘개인이 법질서의 한계 내에서 자기의 의사에 기하여 법률관계를 형성할 수 있다는 원칙’⁴³⁾, ‘자기결정과 평등보호를 전제로 한 사인이 법질서의 한계 내에서 자기

에 의하여 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 이를 적용한다”고 규정하여 외국적 요소가 있는 법률관계라고 하더라도 객관적 준거법 또는 주관적 준거법에 관계없이 항상 적용되는 것으로 우리나라에는 강행규정이 있다는 점을 알 수 있다. 이러한 강행규정을 ‘국제적 강행법규’ 또는 ‘국제적 강행규정’(이하 ‘국제적 강행규정’이라고 한다)이라고 한다. 이헌묵, “국제적 강행규정의 판단기준”, 「인권과 정의」 Vol. 442, 대한변호사협회(2014.06), 85면; ‘국제적 강행법규’의 판단에 대한 논의는 후술한다.

39) 신창선, 「국제사법 제5판」(서울 : FIDES, 2006), 253면.

40) 최홍섭, 「국제사법의현대적흐름」, (인하대학교출판부, 2005), 184-185면.

41) 장영철, “기본권으로서 사적자치에 관한 고찰”, 「서울법학」, 서울시립대학교 법학연구소(2017.11), 4면.

42) 이영준, 「민법총칙」, (서울 : 박영사, 1989), 12면; 백태승, 「민법총칙 제6판」, (서울 : 집현재, 2014), 40면.

의 자유로운 의사에 따라 법률관계를 형성하는 것⁴⁴⁾, ‘인간의 자유로운 의사를 법에 근원을 두어, 사적 생활에 있어서 자기의 생활관계는 자기의 의사로 규율할 수 있는 것⁴⁵⁾ ‘인간으로서의 존엄과 가치(헌법 제10조), 보다 구체적으로는 그 한 내용인 일반적 행동자유라는 이념에 기한, 각자가 자기의 법률관계를 자기의 의사에 따라 자주적으로 처리할 수 있고, 국가나 법질서는 여기에 개입해서는 안 된다는 민법의 기본원칙⁴⁶⁾ 등이 그것이다.

II. 로마협약⁴⁷⁾상 당사자자치

로마협약 제3조 제1항은 “계약은 당사자가 선택한 법에 의하여 규율된다.”고 명시적으로 규정하고 있다. 이러한 당사자자치의 원칙은 계약의 전부 또는 일부를 규율하는 준거법을 자유롭게 지정할 수 있으며, 그 시기에도 크게 제한받지 않는다. 우리나라 국제사법 제25조 제1항에 따르면, 계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다고 하여 로마협약 제3조와 마찬가지로 당사자자치의 원칙을 채택하고 있음을 알 수 있다. 즉 원칙적으로 계약의 성립이나 효력은 당사자의 합의에 의하여 지정된 국가의 법에 따라 규율된다. 또한 국제사법 제25조 제2항에 따르면, 로마협약 제3조 제2항과 동일하게 “당사자는 계약의 일부에 관하여도 준거법을 선택할 수 있다”고 규정함으로써 준거법의 분할지정을 명문으로 규정하고 있다. 이는 준거법의 분할이 당사자 간의 이익에 도움이 되고, 이미 판례에서 준거법의 분할을 허용하고 있으며,⁴⁸⁾ 국제적 추

43) 김육곤, 「민법학의 기본문제」, (서울 : 삼지원, 2005), 396-397면.

44) 김준호, 「민법총칙 제10판」, (경기 : 법문사, 2016), 24면.

45) 김주수, 「민법개론 제10판」, (서울 : 삼영사, 2008), 18면.

46) 지원립, 「민법강의」, (서울 : 홍문사, 2017), 17면.

47) 1991년 4월부터 덴마크, 독일, 프랑스, 벨기에, 이탈리아 룩셈부르크와 영국 등 7개 국가에서 발효된 협약으로, 이는 유럽공동체 내에서 계약상 의무를 위한 준거법지정에 관한 법규를 통일하는 것을 그 목적으로 한다.

48) 대법원 1998.7.14. 선고 96다39707. 해상적하보험증권상 “이 보험증권에 포함되어 있거나 또는 이 보험증권에 첨부되는 어떠한 반대되는 규정이 있음에도 불구하고, 이 보험은 일체의 전보청구 및 결제에 관해서 영국의 법률과 관습에만 의한다”라는 영국법 준거약관은 보험계약의 보험목적물이 무엇인지 여부에 관한 사항, 즉 보험계약의 성립 여부에 관한 사항에까지 영국의 법률과 실무에 따르기로 하기로 한 것으로는 볼 수 없으므로, 이와 같은 사항에는 우리나라의 법률이 적용되어야 한다

세에 따라 준거법의 분할을 인정한다는 점 등을 고려한 것이다.

Ⅲ. 국제사법상 당사자자치의 원칙

우리나라 국제사법 제25조 제1항에 의하면, 계약은 각 당사자의 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다고 하였으므로, 로마협약 제3조와 동일하게 당사자자치의 원칙을 지향하고 있다고 볼 수 있다. 즉 근본적으로 계약의 성립이나 효력은 각 당사자의 합의에 따라 선택된 국가의 법에 의하여 규율된다.

이와 같이 우리나라 국제사법 제25조에서는 당사자의 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의하여 계약에 관한 준거법지정의 방식으로서 명시적 지정 또는 묵시적인 지정도 인정됨을 명확히 보여주고 있다. 그러나 당사자 간의 자유롭게 선택한 준거법이 불합리하게 확대되는 것을 예방하기 위하여, 묵시적인 선택은 계약내용 그 밖에 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우에 한한다고 규정하고 있다.⁴⁹⁾ 그 밖에 모든 사정이라 함은, 예컨대 특정한 표준계약조항의 사용, 재판관할합의 및 중재계약, 계속적 거래관계에 있는 당사자 간에 있어 종전 거래계약의 준거법뿐만 아니라 당사자의 국적이나 상거소 등을 고려할 수 있을 것이다.⁵⁰⁾ 즉 묵시적인 선택의 경우에는 계약에 관한 구체적 내용을 비롯하여 계약과 관련된 제반 사정을 고려해야 할 것을 요구하고 있다.⁵¹⁾

Ⅳ. 사건

현재의 거래의 실정인 비거주선원에 대한 단체협약체결은 사적자치와 계약자유의 원칙에서 말하는 강행법규에 반하지 않는 한도 내에서 자유롭게 양 당사자 간의 계약을 체결할 수 있는 것을 의미하지 않으며, 당사자자치의 원칙에

고 판시한 사례. 신창섭, 「국제사법」(서울 : 세창출판사, 2007), 226면.

49) 신창섭, 「국제사법」(서울 : 세창출판사, 2007), 221면.

50) 법무부, 「국제사법해설」, (법무부, 2001), 90면.

51) 신창섭, 앞의 논문, 223면.

따른 특정 국가 또는 별도의 법률로써 강행법규와 임의법규 등을 포함하여 법률 자체를 자유롭게 선택하는 것을 의미한다고 보는 것이 더 적절하다. 이는 우리나라의 강행법규라 할 수 있는 선원법을 적용하는 거주선원과 달리 별도의 단체협약체결로써 비거주선원의 선원근로계약 관련 법 적용 시에 특정 법률을 적용하고 있는 것으로, 사적자치의 원칙을 적용하고 있다. 따라서, 현재의 선원법에 선원근로계약 관련 비거주선원의 단체협약체결 등에 관한 당사자자치의 원칙을 보장하는 입법론적 개선이 필요하다고 본다.

제2절 선원법 적용범위의 성격

I. 선원법의 법원

우리나라의 선원법은 1899년 일본의 선원법 조선선원(1914. 4. 제령9호), 조선선원령 시행규칙에 의하여 1914년부터 적용되어 왔다.⁵²⁾ 또한, 일본의 1937년 선원법은 44조, 45조를 제외하고, 조선선원령(1938. 3. 28. 시행, 칙령 4호)에 의하여 조선에 선적항을 가진 일본선박의 선원에 관하여도 적용되었으며, 조선선원령 시행규칙(1938. 3. 조선총독부령 32호)에 의하여 선원법 시행령, 선원법 시행규칙도 적용되었다. 해방 이후에도 한동안 일본 선원법을 의용하였고, 1962. 1. 19. 법률 963호로 제정·시행된 우리나라의 선원법은 일본의 1947년 선원법을 참고한 것이다.⁵³⁾ 이러한 우리의 선원법은 형식적 의미의 선원법과 실질적 의미의 선원법으로 나눌 수 있다.

1. 형식적 의미의 선원법

1962. 1. 10. 법률 963호로 제정되어 시행된 법률을 말하며, 그 후 타법개정

52) 이원재, “한국노동법의 전개과정에 관한 일고찰” - 일제하와 미군 정기를 중심으로 - , 서울대학교 법학석사논문(1987.02), 64-65면.

53) 권창영, 「선원법 해설 제2판」, (서울 : 법문사, 2018), 6면.

을 포함하여 모두 43차례에 걸쳐 개정되었고, 가장 최근의 개정은 2017.7.26. 법률 14839호(정부조직법)로 개정되어 2017. 7. 26. 시행된 것이다.⁵⁴⁾ 현재의 선원법은 제1장 총칙, 제2장 선장의 직무와 권한, 제3장 선내 질서의 유지, 제4장 선원근로계약, 제5장 임금, 제6장 근로시간 및 승무정원, 제7장 유급휴가, 제8장 선내 급식과 안전 및 보건, 제9장 소년선원과 여성선원, 제10장 재해보상, 제11장 복지와 직업안정 및 교육훈련, 제12장 취업규칙, 제13장 감독, 제14장 해사노동적합증서와 해사노동적합선언서, 제15장 한국선원복지고용센터, 제16장 보칙, 제17장 벌칙 등으로 구성되어 있다.

2. 실질적 의미의 선원법

선원법의 법원(法源)을 말하며, 근로자로서 선원에 관하여 통일적·체계적으로 개별적 근로관계, 생활관계를 규율하는 법규로서 그 명칭과 형식을 묻지 아니하는 해양노동에 관한 법규를 말한다.⁵⁵⁾ 이는 선원의 근로관계 및 노동관계에 관하여 노동권의 보장이라는 입장에서 규제하는 선원보호법뿐만 아니라, 선원의 생존권보장과 노동의 재생산 확보를 목적으로 하는 권리장전으로서 성격을 아울러 가지고 있다.⁵⁶⁾

II. 선원법이 적용되는 선박과 선원

선원법의 적용범위는 제3조 제1항에 따라 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 「선박법」에 따른 대한민국 선박(「어선법」에 따른 어선을 포함한다), 대한민국 국적을 취득할 것을 조건으로 용선(傭船)한 외국선박 및 국내 항과 국내 항 사이만을 항해하는 외국선박에 승무하는 선원과 그 선박의 선박소유자에 대하여 적용한다. 다만, 총톤수 5톤 미만의 선박으로서 항해선이 아닌 선박,

54) 위의 책, 7면.

55) 위의 책, 7면.

56) Giesen, Seearbeitsrecht, Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Band 2, Individualarbeitsrecht II, C.H. Beck(2009). Rn. 1.

호수, 강 또는 항내(港內)만을 항행하는 선박(「선박의 입항 및 출항 등에 관한 법률」 제24조에 따른 예선은 제외), 총톤수 20톤 미만인 어선으로서 해양수산부령으로 정하는 선박, 「선박법」 제1조의2 제1항, 제3호에 따른 부선(艇船)(「해운법」 제24조제1항 또는 제2항에 따라 해상화물운송사업을 하기 위하여 등록한 부선은 제외)은 제외된다. 그렇다면 외국적 요소(섭외적 요소)가 포함된 비거주선원의 선원근로계약시에도 선원법 제3조 제1항에 해당하는 대한민국의 선박이라면 국제사법상의 준거법의 지정에 대한 논의를 거치지 아니하고 오직 선원법이 적용되는지, 그리고 선박의 외관상 국적 내지 형식적 등록지가 편의치적선(flag of convenience)⁵⁷⁾이라 하더라도 선원법상 적용범위에 포함될 수 있는지가 지적되고 있다.⁵⁸⁾

1. 국내법상 선박과 선원의 의의

선원법 제3조의 적용범위로서 선박법에 따른 대한민국 ‘선박’이란, 선박법 제

57) 편의치적(flags of convenience)이란 세무, 노동, 해운정책 등에 관한 국가의 각종 규제를 회피할 목적으로 규제가 느슨한 국가에 형식상의 회사(paper company)를 설립한 후 회사 명의로 선박의 소유권을 귀속시켜 해당 국가의 국적을 유지하는 것으로서 해운업계에 널리 활용되고 있는 관행을 말한다(김진권 외 1명, “편의치적 과 준거법 지정에 관한 연구”, 「2006년 전기학술대회논문집」, 한국마린엔지니어링 학회(2006.06), 141면).

58) 구체적으로 어떠한 경우를 법률관계에 외국적 요소가 있어 국제사법이 적용되는 범위에 있다고 볼것인지에 대하여, 당사자의 국적, 상거소, 거소, 영업소, 계약체결 지 등 행위지, 의무이행지, 목적물 등의 소재지, 결과발생지, 지급수단인 통화 등 법률관계를 구성하는 객관적 사실요소 중 적어도 하나가 외국과 관련이 있을 때 외국적 요소를 인정하면서, 그 예외를 어디까지 인정할 수 있는지에, 위와 같은 외국적 요소가 있으면 모두 제한 없이 국제사법의 적용대상이 되는 국제적 법률관계로 보자는 형식설, 당해 법률관계의 국제적 성격이 상당한 정도에 이르러 그 법률관계에 국제사법을 적용하는 것이 합리적이고 타당한 경우에 한하여 국제사법을 적용하여야 한다는 실질설, 각 조문의 목적과 이익을 고려하여 관련되는 외국적 요소가 의미 있는지 여부를 개별적으로 판단하여야 한다는 제3의 견해 등의 대립이 있고, 우리 대법원은 외국에서 우리 국민들 사이에 발생한 교통사고가 섭외적 불법행위가 아니라고 하는 등(대법원 1979. 11. 13. 선고 78다1343 판결) 외국적 요소의 유무는 형식적·기계적으로 판단해서는 아니 되고 실질적·기능적으로 판단하여야 한다는 입장에 있다는 것으로, 「김지형, “국제적 근로계약관계의 준거법”, 「저스 티스」 통권 제68호, 한국법학원(2002.08), 230-232면」이 있다.

1조의 2에 따라 수상 또는 수중에서 항행용으로 사용하거나 사용할 수 있는 선박을 말하며, 기선[기관을 사용하여 추진하는 선박(선체 밖에 기관을 붙인 선박으로서 그 기관을 선체로부터 분리할 수 있는 선박 및 기관과 돛을 모두 사용하는 경우로서 주로 기관을 사용하는 선박을 포함한다)과 수면비행선박(표면효과작용을 이용하여 수면에 근접하여 비행하는 선박을 말한다)], 범선[돛을 사용하여 추진하는 선박(기관과 돛을 모두 사용하는 경우로서 주로 돛을 사용하는 것을 포함한다)], 부선[자력항행능력이 없어 다른 선박에 의하여 끌리거나 밀려서 항행되는 선박]을 말한다. 이러한 선박은 사회통념상 물위에 뜨거나 물속에 잠겨서 사람과 물건을 실어 나르거나 일정한 용도에 사용할 수 있는 수상구조물을 말하며, 수밀성과 부유능력을 가져야 한다.⁵⁹⁾ 또한 선박은 수상 또는 수중을 항행하는 것이어야 하며, 잠수선, Hover Craft, 수중익선 등도 선박에 포함될 수 있으며, 주로 비행을 목적으로 하는 헬리콥터, 수상 항공기 등은 선박이라고 할 수 없다.⁶⁰⁾

‘선원’이란 선원법이 적용되는 선박에서 근로⁶¹⁾를 제공하기 위하여 선원근로계약이 체결된 사람을 말하며, 선원법 제2조 3, 4, 7호에 따르면 선장, 해원, 예비원으로 구분된다. 선원은 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 근로기준법상 근로자를 전제로 하고 있으며, 선박소유자 사이에 사용종속관계가 존재하여야 한다.⁶²⁾

선원법상 선원은 국적선·준국적선에 대한민국 선원과 외국 국적·무국적 선원(이하 ‘외국인선원’)이 승선한 경우, 이러한 외국인선원에게도 선원법이 적용된다.⁶³⁾

외국인선원의 고용에 관한 해양수산부 고시 2015-8호 ‘외국인선원관리지침’의

59) 창원지법 2015. 7. 22. 선고 2015노168 판결.

60) 김태기, “선박등기에 관한 약간의 고찰”, 「한국해법회지」 제18권 제2호, 한국해법회(1996.10), 590면.

61) ‘근로’란 정신적 노동과 육체적 노동을 말한다.(근로기준법 제2조 1항, 동법 제5조 1항)

62) 서울고법 1998. 4. 9. 선고 97구31504 판결.

63) 포장, “일본선에 승선한 외국인선원의 법적 지위”, 「해양한국」 제213호, 한국해사문제연구소(1991.06), 82-90면.

제정으로 고용범위 결정, 고용절차 등을 체계적으로 마련하고 있으며, 외국인선원 총 도입규모 등 고용기준은 선원노동조합연합단체와 한국선주협회, 한국해운조합, 수산업협동조합중앙회 등 업종별로 각각의 선박소유자 단체가 자율적으로 합의하여 정한다.⁶⁴⁾ 다만 위 지침 제3조 제1항에 따르면 한국원양산업협회는 전국원양산업노동조합과 합의하여 정하며, 외국과 합작투자한 외항여객선의 경우 선원을 대표하는 자의 의견을 들어 양국 사업자 간의 합의하에 정한다.

국제선박등록법 제5조 1항에 따르면 International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers, 1978⁶⁵⁾(이하 ‘STCW 협약’이라 한다.)에 따라 해양수산부장관이 인정하는 자격증명서를 가진 외국인선원은 국제선박에 승무할 수 있다. 해당 외국인선원은 동법 제6조 1항에 따라 선원노동조합연합단체와 외항운송사업자협회가 체결한 국제선박에 승무하는 외국인선원에 대하여 적용하는 단체협약의 체결에 관한 권한을 갖는다. 동법 제6조 2항에서는 1항에 따라 체결된 단체협약에 따라 외국인선원은 근로계약을 체결하여야 한다고 명시하고 있다.

2. 해사노동협약상 선박과 선원의 의의

2006년 해사노동협약은 2006년 2월 23일 채택되었고, 2012년 8월20일에 발효되었다. 우리나라의 경우 2014년 1월 9일에 비준하였으며, 2015년 1월 9일에 발효되었다.

해사노동협약 전문에서는 노동분야에 적용되는 8대 기본협약⁶⁶⁾상 기본원칙을

64) 권창영, 앞의 책, 74면.

65) STCW협약(International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers, 1978)은 1997년 채택되어 1984년 4월 28일에 발효되었다. 이 협약의 주된 목적은 선원의 훈련 및 자격 그리고 당직의 국제 기준을 확립함으로써, 해상에서의 인명안전과 재산, 그리고 환경보호의 증진을 위한 것이다.

66) 1930년 강제노동협약(제29호), 1948년 결사의 자유 및 단결권 보호 협약(제87호), 1949년 단결권 및 단체교섭관 협약(제98호), 1951년 동등한 처우에 관한 협약(제100호), 1957년 강제노동의 철폐에 관한 협약(제105호), 1958년 차별금지(고용 및 직업) 협약(제111호), 1973년 최저연령 협약(제138호) 및 1999년 가혹한 형태의 아

반영하고, 기존의 39개의 선원관련 노동협약과 29개의 권고사항을 통합 및 최신화 하여 단일의 새로운 규범으로 채택되었다. 협약의 목적은 선원의 보호에 관한 제도를 마련함으로써, 양호한 근로(Decent work)를 확보하고 선박소유자와 정부가 불공평한 부담을 지지 않도록 공정한 경쟁체제(Level playing field)를 수립하는 것이다.⁶⁷⁾

해사노동협약이 발효됨에 따라 선원의 근로 및 생활조건에 관한 국제적 기준이 강화되었으며, '선박'과 '선원'의 정의도 그 범위를 국내법보다 더 넓게 정의하고 있다.

해사노동협약상 '선박'이란 선박의 주된 항행 구역이 내해(inland water), 차폐된 수역 또는 항만규칙이 적용되는 수역 그리고 이에 근접한 수역을 항행하는 선박 이외의 선박을 말한다(제2조 제2항 자호). 이는 STCW협약에 따른 선박(Seagoing ship)의 정의와 동일하다.

이러한 선박의 정의는 선박의 어떠한 구조나 종류를 나열하지 않고, 항행구역을 구분하고 있는 부분이 특이하다고 볼 수 있다. 동 규정의 정의상 첫째, 주된 항행 구역이 내해를 항행하는 선박은 동 협약의 적용이 제외되며, 여기서 내해는 내수(inland water)와 다른 개념으로서 육지로 둘러싸인 해역을 말한다.⁶⁸⁾ 둘째, 차폐된 수역 내 또는 항만규칙이 적용되는 수역을 항행하는 선박도 협약에서 적용 제외되며, 이는 우리나라 선박안전법상 평수구역의 개념과 유사하다고 볼 수 있다. 셋째, 차폐된 수역 내 또는 항만규칙이 적용되는 수역에 근

동노동 협약(제182호). 우리나라는 8대 기본협약 중 동등한 처우에 관한 협약(제138호) 및 가혹한 형태의 아동노동협약(제182호)을 비준하였다(전영우, "2006년 해사노동협약 전문 및 본문의 주요 내용에 관한 연구", 「해사법 연구」 제26권 제3호, 한국해사법학회(2014.11), 99면).

67) The basic aims of the MLC, 2006, are to ensure comprehensive world wide protection of the rights of seafarers(the Convention is sometimes called the seafarers' Bill of Rights); and to establish a level playing field for countries and shipowners committed to providing decent working and living conditions for seafarers, protecting them from unfair competition on the part of substandard ships(ILO, Maritime Labour Convention, 2006(MLC, 2006) Frequently Asked Questions, Third(revised) Edition(Geneva :ILO Publication, 2014), A2., p.4).

68) 필리핀과 같이 군도를 갖는 국가의 경우 내해와 내수의 개념이 다른 것이므로 이를 혼동하지 않도록 유의하여야 한다(전영우, 앞의 논문, 108면).

접된 수역을 항행하는 선박도 적용제외 된다. 여기서 ‘근접된 수역’에 대해서는 영해내의 수역이라는 입장에서 배타적 경제수역 내의 수역이라는 입장까지 다양한 의견이 제시되었다.⁶⁹⁾ 이처럼 다양한 의견은 해사노동협약에서 유연하게 도입할 수 있도록 그 근거를 마련해 두었으며, 그 첫째로, 해사노동협약 제2조 제5항에 따라 “이 협약이 어떤 선박 또는 특정 범주의 선박에 적용되는 지에 대하여 의문이 있는 경우, 각 회원국의 책임당국은 관계되는 선박 소유자 단체 및 선원단체와 협의 후 그 사안을 결정하여야 한다.”라는 규정을 두고 있다. 이러한 규정으로 책임당국(competent authority)은 노사와 협의하여 동 협약의 적용을 제외시킬 수 있는 항해구역 또는 선박의 범주를 설정할 수 있으며, 따라서 우리나라 선원법은 이를 도입하여 선원법 제2조 제8호 그리고 시행규칙 제1조의 2에서와 같이 ‘항해선’의 정의를 영해 밖을 항해하는 선박으로 정의하고 있다. 또 다른 근거로서, 해사노동협약 본문 제2조 제6항에 따라 “책임당국이 해당 회원국의 국기를 게양하는 선박 또는 특정 범주의 선박에 제6조 제1항에서 규정하는 코드의 일부 세부사항을 적용하는 것이 현재의 시점에서는 합리적이지 않거나 실질적이지 않다고 결정한 경우에는 그 코드의 관계 규정은 관계사안이 국내 법률 또는 규정 또는 단체협약 또는 기타 조치에 의하여 달리 취급되는 범위까지는 적용되지 않는다. 그러한 결정은 관계되는 선박소유자단체 및 선원단체와 협의를 거쳐서만 하여야 하며 그리고 국제항해에 종사하지 아니하는 총톤수 200톤 미만의 선박과 관련해서만 하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 이는 국제항해를 하지 않는 200톤 미만의 선박에 대하여 노사 합의를 거쳐 자국의 국내법령으로 완화규정을 둘 수 있는 부분으로 해석된다.

동 협약에서 선박의 적용범위는 본문 제2조 제4항에 따라 “달리 명시적으로 규정하지 않는 한, 이 협약은 어업 또는 유사한 목적에 종사하는 선박과 삼각 돛 붙이 범선 및 밀이 평평한 범선과 같이 전통적 구조의 선박을 제외하고는 공·사유를 불문하고 통상적으로 상업적 활동에 종사하는 모든 선박에 적용된다. 이 협약은 군함 또는 해군 보조함에는 적용되지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 따라서 선박의 크기를 불문하고 공·사유를 불문하고 통상적으로 상업적

69) 전영우, 앞의 논문, 108면.

활동(commercial activities)에 종사하는 모든 선박에 적용된다. 또한 본문 제2조 제5항에 따라 선박의 범주와 관련하여 노사의 협의 후 책임당국이 그 사안을 결정할 수 있는 규정이 마련되어 있어 앞서 말한 국내법상 선박의 정의보다 유연하며 폭넓은 적용이 가능하다.

‘선원’이란 동법 제2조 제2항 바호에 따라 해사노동협약이 적용되는 선박에서 어떠한 직무로든 고용되거나, 종사하거나 일하는 모든 사람을 말한다. 이는 선박소유자로부터 임금을 받고 근로를 제공하는 관계를 말하며, 여객, 방문객, 실습생⁷⁰⁾ 등 선내에서 아무런 직무를 갖고 있지 않은 사람들은 선원이 아니다. 해사노동협약에서는 어떠한 직무가 부여되면 선원으로 간주하므로, 연예인, 청소부, 판매원, 접대부, 카지노종사자, 미용사 등의 서비스 종사자도 선원으로 간주된다.⁷¹⁾ 그러나 우리나라 선원법상 ‘선원’의 정의는 선박에서 근로를 제공하기 위하여 고용된 자를 말하면서 선원법시행령 제2조⁷²⁾에 따라 선원이 아닌 자를 제외한다고 명시하고 있다. 이는 해사노동협약에서 규정하는 ‘고용되거나 종사하거나 일하는 사람’이 선원이라는 정의보다 우리나라 선원법상 ‘선박에서 근로를 제공하기 위하여 고용된 사람’으로 정의되는 선원의 범위가 다소 넓게 되

70) 유럽 등에서는 도제식(Apprenticeship)으로 해기사를 양성하는데 이 경우 실습을 하면서 동시에 부원의 직무를 수행한다. 이러한 경우에는 선원으로 봐야 할 것이다.(ILO, op. cit., B3, p20). 그러나 우리나라처럼 선원이 되기 위하여 실습을 받을 뿐 아무런 직무를 부여받지 않는 경우에는 선원이 아니다. 다만, 해양수산부령으로 정하는 바에 따라 선원법의 일부를 적용한다(선원법 제3조 제2항)(전영우, 앞의 논문, 104면).

71) ILO. op. cit., B2, p.20; Moira McConnell, Dominick Devlin, and Cleopatra Doumbia-henry, *The Maritime Labour Convention, 2006: A Legal Primer to an Emerging International Regime* (Martinus Nijhoff 2011)(‘MLC Annotation’), p.182.

72) 제2조(선원이 아닌 사람) 「선원법」(이하 "법"이라 한다) 제2조제1호 단서에서 "대통령령으로 정하는 사람"이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 말한다.

1. 「선박안전법」 제77조제1항에 따른 선박검사원
2. 선박의 수리를 위하여 선박에 승선하는 기술자 및 작업원
3. 「도선법」 제2조제2호에 따른 도선사
4. 「항만운송사업법」 제2조제2항에 따른 항만운송사업 또는 같은 조 제4항에 따른 항만운송관련사업을 위하여 고용하는 근로자
5. 선원이 될 목적으로 실습을 위하여 선박에 승선하는 사람
6. 선박에서의 공연(公演) 등을 위하여 일시적으로 승선하는 연예인
7. 제1호부터 제6호까지의 어느 하나에 준하는 사람으로서 선박소유자 단체 및 선원 단체의 대표자와 협의를 거쳐 해양수산부장관이 정하여 고시하는 사람.

어 있다고 볼 수 있다. 이는 해사노동협약을 국내법에 도입할 당시 정부에서 제안된 초안에는 선원의 정의가 해사노동협약과 동일하였으나, 국회의 검토과정에서 그 정의가 현재와 같이 좁게 설정되었으므로, 해사노동협약의 정의와 일치하게 선원법상 선원의 개념이 개정될 필요가 있다.⁷³⁾

Ⅲ. 선원법 제3조의 성격

1. 선원법과 국제사법 관계의 검토

선원법 제3조 2항에 의하면 대한민국 국적선박과 대한민국 국적선박에 준하는 선박에 대하여는 당사자의 준거법 지정에 대한 합의에도 불구하고 우리나라 선원법이 적용된다. 그런데 국제사법 제25조 4항에 따르면, “모든 요소가 오로지 한 국가와 관련이 있음에도 불구하고 당사자가 그 외의 다른 국가의 법을 선택한 경우에 관련된 국가의 강행규정은 그 적용이 배제되지 아니한다.”라고 규정되어 있다. 이러한 규정은 종래의 섭외사법에서는 존재하지 않은 것이었으며, ‘계약채무의 준거법에 관한 EC협약’(이하 ‘로마협약’이라 한다.) 제3조 제3항 “법 선택의 시점에 있어서 그 사정에 관계된 그 밖의 모든 요소가 오직 한 국가에만 관련된 때에는 당사자에 의한 외국법의 선택은 그것이 외국법원의 선택과 함께 이루어진 것인가의 여부에 관계없이 그 국가의 법에 의하면 당사자의 합의에 의하여 배제될 수 없는 당해 국가의 규정-이하 강행법규라 한다.-의 적용에 영향을 미치지 아니한다.”⁷⁴⁾과 1986. 9. 1. 개정된 독일민법시행법(Einführungsgesetz des Bürgerlichen Gesetzbuches, EGBGB) 27조 3항 “기타의 사항이 법 선택 당시 오로지 한 국가와만 관련이 있는 때에는 이와 다른 국가의 법의 선택은-그것이 다른 국가의 법원의 관할합의에 의하여 보완되어 있는 경우에도-전자의 국가의 법에 의하면 계약에 의하여 그 적용을 회피할 수 없는

73) 전영우, “2006년 해사노동협약의 적용범위에 관한 연구”, 「해사법 연구」 제19권 제1호, 한국해사법학회(2007.03), 87면

74) 김지형, 앞의 논문, 234면.

규정(강행규정)에 영향을 미치지 못한다.”의 입법례를 그대로 규정한 것이다.⁷⁵⁾ 그런데 순수한 국내 법률관계에서 당사자에 의해 외국법을 준거법으로 선택할 수 있는지 여부에 관하여, 전통적인 종래의 국제사법 이론에 의하면, 당사자가 법을 선택하기 이전에 이미 그 법률관계의 일정한 외국적 요소가 있을 때에 한하여 준거법의 저촉법적 지정에 관하여 약정할 수 있다는 것이 통설이었다.⁷⁶⁾ 독일에서는 EGBGB 제27조 3항을 해석과 관련하여, 위 조항의 ‘법 선택’이 실질법적 지정을 의미하는지, 저촉법적 지정을 의미하는지에 관하여 견해의 대립이 있다.⁷⁷⁾

1) 실질법적 지정설

위 조항에서 말하는 법 선택은 실질법적 지정을 의미하는데 지나지 않고, 따라서 법 선택 이외의 사항에 외국적 요소가 없는 경우에는 저촉법적 지정은 허용되지 않는다는 종래의 전통적 이론은 위 조항에도 불구하고 그대로 적용된다는 견해이다.⁷⁸⁾

2) 저촉법적 지정설

위 조항에서 말하는 법 선택은 저촉법적 지정을 의미하므로 종래의 전통적 이론은 위 조항에 의하여 더 이상 적용될 수 없고, 따라서 저촉법적 법 선택 이외에는 오로지 하나의 국가에만 관련되는 경우에도 이는 법률관계의 구성 요소에 외국적 요소가 있는 경우와 마찬가지로 외국적 요소가 있는 법률관계에 포함되어 국제사법의 적용대상이 되고 결국 국내적 법률관계에 있어서도 저촉법적 지정이 가능하게 되었다고 보는 견해이다.⁷⁹⁾

75) 석광현, 「2001년 개정 국제사법 해설」, (서울 : 지산, 2001), 430면.

76) 김지형, 앞의 논문, 234-235면.

77) 米津孝司, 國際勞働契約法の研究, 1997, 32-34면.

78) Sandrock, Schlunck, Heilmann, Gamillscheg, Kropholler 등이 이 견해를 취하고 있다. 김지형, 앞의 논문, 235면.

79) Birk, Lorenz, Junker, Hösche, Herdrich, Martiny 등이 이 견해를 취하고 있다. 김지형, 앞의 논문, 235면.

3) 검토

국적취득조건부 선채용선을 포함한 한국인 소유의 선박에 승선하는 선원에게 적용하고 있는 F.K.S.U NCA 단체협약서 제43조에 따르면, 해당 협약에서 정하지 않은 사항은 한국 선원법을 따른다고 명시하고 있다. 또한 전국선박관리선원노동조합 단체협약 제62조에서도 해당 협약에서 명시하지 않은 사항은 한국 선원법, 유관기관에 의한 중재 또는 관련분야의 관례를 따른다고 명시하고 있다. 위 단체협약 들은 우리나라 선원들을 대상으로 체결된 것이며, 준거법의 지정으로써 우리나라 선원법을 명시하고 있는 사실은 당사자자치의 원칙을 인정하는 법리이며, 또한 상대적으로 우리나라 선원들을 타 법률의 적용을 배제하여 국내법으로 더욱 보호하려는 의미이기도 하다. 이와 같이 비거주선원들에게 적용되는 단체협약의 경우에도 비거주선원의 출신국의 법률을 준거법으로 선택될 수 있는 여지가 있음을 알 수 있다.

국제사법이 궁극적으로 법률관계의 저촉법적 준칙을 정하기 위한 것에 그 목적을 두고 있는 이상, 그 법률관계를 구성하는 객관적인 사실요소가 외국적 요소와 관련이 있고, 당사자의 합의에 의하여 외국법을 저촉법으로 지정하고 있는 경우에 있어서도 저촉법적 준칙을 정할 필요성에 차이가 있는 것은 아니며, 외국적 요소의 개념을 반드시 법률관계의 객관적 사실 요소에 한정할 이유는 없다. 종래 전통적 이론이 순수한 국내적 법률관계에 외국법을 준거법으로 선택하는 것을 제한하려는 입장을 취한 것은, 국내사건의 당사자들이 아무런 제한 없이 외국법을 준거법으로 지정할 수 있다면 그에 의하여 국내 강행법규의 적용을 회피할 수 있게 되는 부당한 결과를 피하기 위한 것이었으나, 이제는 그러한 경우에 대하여 국내 강행법규의 적용을 명백히 정하고 있는 개정 국제사법 제25조 제4항과 같은 규정을 두고 있는 이상 저촉법적 지정을 허용하지 아니할 근거도 없어졌다.⁸⁰⁾

80) 김지형, 앞의 논문, 235-236면; 석광현, 「국제사법과 국제소송 제1권」, (서울 : 박영사, 2013), 15면; 권창영, 앞의 책, 98면도 개정 국제사법 제25조 제4항에 대하여 '저촉법적지정설'을 취하고 있다.

국내 법률관계에서 당사자가 선택한 외국법이 그 선택 시점부터 적용 시점까지 사이에 개정되지 않은 경우에는 위 법 조항에 정한 그대로 국내 강행법규의 적용이 배제되지 아니하는 이상 당사자의 법 선택이 저촉법적 지정의 형식을 취하고 있다고 하더라도 결과적으로 실질법적 지정의 경우와 다를 바 없으므로 앞서 본 어느 견해를 취하건 차이가 없다. 그러나 그 선택된 외국법이 적용 시점에 이르러 개정된 경우에는 실질법적 지정설에 의하면 선택 당시에 적용되던 개정 전의 법에 따라야 하는 반면에, 저촉법적 지정설에 의하면 개정 후의 법에 따라야 한다는 점에서 큰 차이가 있다.

그러나 당사자에 의한 법 선택이 실질법적 지정인지 또는 저촉법적 지정인지의 문제는 의사표시의 해석문제로서 법 선택 후 개정된 외국법의 적용 여부와 관련하여 별개의 문제로 검토되어야 할 것이다.⁸¹⁾

2. 저촉규정의 종류

1) 쌍방적 저촉규정

일반적으로 선원과 선박소유자 사이에 근로계약 체결시 비거주선원의 계약체결 등에 따른 외국적(섭외적) 요소가 있는 경우, 우리나라 선원법을 적용할 수 있는지에 대한 선원법 제3조 제1항의 성격을 살펴보아야 한다.⁸²⁾ 우선적으로 해당 법률관계의 저촉법 내지 저촉규정으로⁸³⁾ 작용하여 일반적으로 저촉법 내지 저촉규정을 준거법 지정의 방법에 따라 구별하면 일방적 저촉규정, 쌍방적

81) 석광현, “해상적하보험계약에 있어 영국법 준거약관과 관련한 법적인 문제점”, 「손해보험」 302호, 대한손해보험협회(1993.12), 19면.

82) 이안의, “선원의 재해보상에 관한 연구(편의치적 선박을 중심으로)”, 연세대학교 법학박사논문(2016.02), 69면.

83) 국제적인 법률관계를 대상으로 하는 소송이 국내 법원에 제기되었을 때 우리 사법규정의 적용을 고집하면 동일한 사건이 외국 법원이 제기된 경우와는 다른 결론에 도달하는 법적 불안정성이 있으므로, 국가간 상호 충돌(저촉)되는 법규가 병존함을 전제로 어떠한 국가의 법을 저촉법으로 삼을 것인가가 문제된다. 이러한 ‘저촉법’의 개념은 ‘실질법’에 대비되는 것으로, ‘실질법’이 “당사자 간 법률관계를 구체적으로 형성하는 법규범”의 의미라면, ‘저촉법’은 “법률관계를 규율한 법규를 결정하기 위한 법규범”이라는 의미이다(김지형, 앞의 논문, 228-229면).

저촉규정으로 나눌 수 있다. 즉 우리 국제사법은 외국적 요소가 있는 법률관계에 대하여 국내법과 외국법 중 어느 법이 적용되는지 자체를 일반적으로 규정한다. 이렇게 “개별 실질법과는 독립하여 일반적인 저촉법적 준칙을 정하는 입법형식”을 ‘쌍방적 저촉규정(allseitig Kollisionsregel)’이라고 하며⁸⁴⁾, 대표적인 쌍방적 저촉규정으로서 우리나라 국제사법을 들 수 있다. 이러한 저촉규정은 내·외국의 법률 구분 없이 널리 일반적으로 지정하고 있는 규정을 말하며, 내국법과 외국법의 적용의 한계를 설정한다는 의미에서 “한계규정”이라고도 한다.⁸⁵⁾ 선원근로계약 관련 준거법의 지정으로서 당사자자치의 원칙에 의한 준거법의 지정(주관적 준거법)과 강행법규가 부여하는 해상근로자의 보호와 관련된 준거법(객관적 준거법)의 지정이 필요하다는 일부 학자의 견해⁸⁶⁾는 ‘쌍방적 저촉규정’이라 할 수 있다.

2) 일방적 저촉규정

국내법과 국내법 외의 법률과 저촉이 있더라도 자국 내의 개별적인 실질적 국내법에 외국적 요소(섭외적 요소)가 있는 때를 포함하여 해당 법규를 적용시키거나 적용시키지 않거나 하는 그 여부를 규정하는 방식이 있다. 이렇게 “개별 실질법에 저촉법적 준칙으로 작용할 개별 조항을 두는 입법형식”을 ‘일방적 저촉규정(ein seitige Kollisionsregel)’이라 한다.⁸⁷⁾⁸⁸⁾ 우리 국제사법의 일방적 저촉규정으로 제12조(실종신고), 제14조(한정후견개시, 성년후견개시 심판 등) 제16조(법인 및 단체) 단서, 제36조(혼인의 성립요건) 제2항 단서, 제39조(이혼) 단

84) 김지형, 앞의 논문, 238면.

85) 신창선외, 「신국제사법 제2판」, (서울 : FIDES도서출판, 2016), 80면.

86) 김진권, 앞의 논문, 161면.

87) 김지형, 앞의 논문, 238-239면 참조.

88) 김연·박정기·김인유, 「국제사법 제3판」, (경기 : 법문사, 2014), 113면 내지 144면에서는, 일방적 저촉규정의 예로, “이혼에 관하여는 제37조의 규정을 적용한다. 다만 부부 중 일방이 대한민국에 상거소가 있는 대한민국 국민인 경우에는 이혼은 대한민국의 법률에 의한다”고 규정한 국제사법 제37조를, 쌍방적 저촉규정의 예로, “사람의 권리능력은 그의 본국법에 의한다”라고 한 같은 법 제11조 및 “당사자의 상거소지법에 의하여야 하는 경우 당사자의 상거소를 알 수 없는 때에는 그의 거소가 있는 국가의 법에 의한다”고 한 같은 법 제4조 등을 예로 들고 있다.

서, 제46조(부양) 제4항, 제48조(후견) 제2항 등을 들 수 있으며, 이러한 조항들은 주로 내국인(한국인)을 보호하는 성격으로 내국법의 적용을 확장하고 외국법의 적용을 배척한다는 의미에서 “확장규정”(Ausdehnungsnorm) 또는 “배척규정”(Exklusivnorm)이라고도 한다.⁸⁹⁾

이에 선원법 제3조 제1항을 비거주선원의 근로계약 관련 법률적용시 저축규정의 성격으로 분류하자면, 일방적 저축규정이라 할 수 있다.⁹⁰⁾ 선원근로계약에 적용되는 개별 실질법의 선원법은 그 자체 내에서 외국적 요소를 포함하여 그 적용범위를 직접 규정하고 있기 때문이다.⁹¹⁾ 또한, 외국적 요소를 포함한 개별 실질법의 적용범위만을 규정하고, 적용되지 않는다는 범위를 규정하지 않았으므로, 이는 적극적 저축규정이라 할 수 있다. 예를 들어, 국적취득조건부 선체용선과 국내항과 국내항 사이만을 향해하는 외국국적의 선박에 대하여 우리나라 선원법을 적용하고 있는 점에서, 외국 법률과 저축이 발생할 경우 국내 선원법을 적용하겠다는 적극적인 저축법적 선언이라 할 수 있다. 따라서 우리나라 선원법 제3조 제1항의 적용범위는 일방적이고 적극적 저축규정으로 보고 있는 견해에 찬성한다.⁹²⁾

일방적 저축규정은 다시 ‘그 법이 그 법률관계와 관련되는 외국의 법규와 적용상 상호충돌·저축이 있더라도 오로지 자국법이 적용되는 경우’와 ‘외국적 요소가 있는 법률관계 중 일정한 경우에는 자국의 개별 실질법규의 적용이 배제·부정되는 경우’로 나뉘는데, 전자를 ‘적극적 저축규정’이라 하고, 후자를 ‘소극적 저축규정’이라 한다.⁹³⁾

3. 주관적 준거법과 객관적 준거법

89) 신창선의, 「신국제사법 제2판」, (서울 : FIDES도서출판, 2016), 80면.

90) 김지형, 앞의 논문, 239면; 김지형 교수는 우리 선원법 규정은 선원의 근로계약관계에 외국적 요소가 있는 경우 선박의 국적이 준거법 결정을 위한 객관적인 연결점이 된다는 종래의 지배적인 견해를 실정법규 속에 반영하여 저축법적 준칙을 정한 것이라는 입장이다.

91) 이안의, 앞의 논문, 70면.

92) 이안의, 앞의 논문, 70면.

93) 김지형, 앞의 논문, 239면.

선원법 제3조의 성격은 적극적 저촉규정으로서 선원법의 적용대상이 아닌 외국적 요소가 있는 선원근로관계에 대하여 국제사법에 의하여 선원법이 준거법으로 지정될 수 있다. 이러한 선원근로계약의 성립 및 효력에 관한 준거법 결정에 관한 학설 및 판례의 입장으로 크게 '주관적 준거법'과 '객관적 준거법'으로 나눌 수 있다.

1) 주관적 준거법

국제사법 제25조 1항에 따르면, 근로계약 당사자 사이에 준거법 선택에 관하여 명시적 합의가 있으면 이에 따라 준거법이 결정되고, 근로계약 당사자 사이에 준거법 선택에 관하여 묵시적인 합의가 있는 경우에도 이에 따라 준거법이 결정된다. 다만 묵시적인 선택은 계약내용 그 밖에 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우에 한한다. 그러므로 선원과 외국선박의 선박소유자 사이에 우리 선원법을 준거법으로 하는 명시적·묵시적 합의가 있으면 근로조건에 관하여도 우리 선원법이 적용된다.⁹⁴⁾

2) 객관적 준거법

국제사법 제28조 2항에 따르면 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 근로계약은 국제사법 제26조의 규정에도 불구하고 근로자가 일상적으로 노무를 제공하는 국가의 법에 의하는 것을 원칙으로 한다. 다만 근로자가 일상적으로 어느 한 국가 안에서 노무를 제공하지 아니하는 경우에는 사용자가 근로자를 고용한 영업소가 있는 국가의 법에 의한다. 그러나 국제사법 제8조에 의하면 노무제공지 등을 기준으로 한 객관적 준거법이 해당 근로관계와 근소한 관련이 있을 뿐이고, 그 근로관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 그 다른 국가의 법에 의한다.

특히 외국선박에 승선하는 해외취업선원의 선원근로관계에 관한 객관적 준거

94) 부산지법 2011. 9. 28 선고 2010가합9767 판결.

법에 대하여는 국제사법 제28조에 의하여 일상적으로 어느 한 국가 안에서 노무를 제공하지 아니하는 경우에 해당한다고 보아 선원을 고용한 영업소가 있는 국가의 법에 의하여야 한다는 견해(제1설), 선원이 일상적으로 노무를 제공하는 곳은 선상이므로 개정 국제사법 제28조 2항에 의하여 선박의 국적에 속하는 국가의 법에 의하여야 한다는 견해(제2설), 선원근로관계에서는 오히려 개정 국제사법 제8조의 규정에 따라 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의하는 것을 원칙으로 하여야 한다는 견해(제3설) 등이 있다.⁹⁵⁾

4. 판례

선원근로계약에 관하여 선적국을 선원이 일상적으로 노무를 제공하는 국가로 보고 선원근로계약에 의하여 발생하는 임금채권에 관한 사항은 특별한 사정이 없는 한 국제사법 제28조 제2항에 의하여 선적국법이 준거법이 된다⁹⁶⁾는 입장을 취하고 있다. 다만, 선원의 임금채권을 근거로 하는 선박우선특권의 성립 여부나 선박우선특권과 선박저당권 사이의 우선순위를 정하는 준거법은 원칙적으로 선적국법이나, 선박이 편의치적이 되어 있는 경우 그 선적만이 선적국과 유일한 관련이 있을 뿐이고, 실질적인 선박소유자나 선박운영회사의 국적과 주된 영업활동장소, 선박의 주된 항해지와 근거지, 선원들의 국적, 선원들의 근로계약에 적용하기로 한 법률, 선박저당권의 피담보 채권을 성립시키는 법률행위가 이루어진 장소 및 그에 대하여 적용되는 법률, 선박경매절차가 진행되는 법원이나 경매절차에 참가한 이해관계인 등은 선적국이 아닌 다른 특정 국가와 밀접한 관련이 있어 앞서 본 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 다른 국가의 법을 준거법으로 보아야 한다고 판시하고 있다.⁹⁷⁾

또한, 부산지방법원은 국적취득조건부 선채용선계약의 상태인 마샬군도공화

95) 부산지법 2014. 6. 12 선고 2012가합21822 판결; 권창영, “편의치적선에 대한 선원법의 적용”, 「해양한국」 501호, 한국해사문제연구소(2015.06), 157-161면

96) 석광현 「국제사법해설」, (서울 : 박영사, 2013), 360면.

97) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다34839 판결.

국(Republic of Marshall Islands) 국적의 선박에 대하여, 선원근로계약에 의하여 발생하는 채권에 관한 사항은 선적국법이 아닌 대한민국 법률이 적용되어야 한다고 판시하였다.⁹⁸⁾ 즉, 공부상의 소유자인 마셜국적 법인의 실체 없는 유령회사를 실질적인 선박소유자로 인정하지 않고, 실질적인 선원 및 선박 관리를 수행해온 대한민국의 법인을 선박법 제2조의 선박소유자로 판단하였다. 또한, 국제사법 제28조 제2항에 의하여, 선적국을 선원이 일상적으로 노무를 제공하는 국가로 볼 수 있어 선원근로계약에 의하여 발생하는 임금채권에 관한 사항에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 선적국법인 마셜군도공화국법이 준거법이 되어야 하나, 국제사법 제8조 제1항에 의하면, 선적국법인 마셜군도공화국법은 이 사건 선원근로계약관계와는 관련성이 거의 없고 대한민국법이 가장 밀접한 관련성을 가지고 있으므로, 이 사건은 대한민국법이 적용되어야 한다고 판시하였다. 이는 편의치적선의 경우 마셜군도공화국 법인의 공부상의 선박소유자가 아닌 대한민국 법인의 실질적 소유자를 선박소유자로 인정한다는 우리나라 법원의 입장임으로, 실질주의를 취하고 있다고 판단된다.

5. 강행규정의 적용

국제사법 제28조 제1항에 따르면 근로계약의 경우 당사자가 준거법을 선택하더라도 앞서 본 바와 같이 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 지정되는 객관적 준거법 소속 국가의 강행규정에 의하여 근로자에게 부여되는 보호를 박탈할 수 없다. 강행규정은 근로자 보호를 정한 규정으로서 당사자가 계약에 의하여 그 적용을 배제할 수 없는 법규를 의미하므로, 선원의 근로조건에 관한 규정도 강행규정에 해당한다.⁹⁹⁾ 그러므로 선원과 선박소유자가 근로조건에 관하여 외국법을 준거법으로 선택하더라도 객관적 준거법이 우리 선원법인 경우에는, 우리 선원법상 강행규정은 배제되지 아니한다. 국제사법 제7조에 따르면 입법목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정은 이 법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 이

98) 부산지방법원 2014.06.12. 선고 2012가합21822판결.

99) 권창영, 앞의 책, 7면.

를 적용한다고 되어 있다. 이는 선원의 보호를 위한 입법목적의 선원법은 우리나라 선원들의 최소한의 보호를 위하여 이러한 규정이 존재하는 것으로 해석될 수 있다.

국제사법 제25조에도 준거법의 선택을 당사자자치에 따라 자유롭게 선택할 수 있도록 보장하고 있으며, 당사자 간에 명시적 준거법 지정이 있을 때뿐만 아니라 묵시적으로 선택한 법도 준거법이 될 수 있다. 다만 묵시적 선택이 부당하게 확대되는 것을 예방하기 위하여 합리적으로 인정되는 경우만으로 제한하고 있으며, 그럼에도 불구하고 동법 제28조 제1항에 의거하여 근로계약상 당사자가 준거법을 지정한다고 하더라도 준거법 소속 국가의 강행규정에 의하여 근로자에게 부여되는 보호를 박탈할 수 없도록 하고 있다. 우리나라의 경우 국제사법 제7조 및 동법 25조 제4항에 따라 준거법에 관계없이 선원법상 최저임금 등은 일상적 노무를 제공하는 국가의 법의 보호를 박탈하기 위한 준거법 합의는 무효라고 판시한 바가 있다.¹⁰⁰⁾

이러한 강행규정은 국내적 강행규정과 국제적 강행규정으로 나눌 수 있다. 국내적 강행규정이란 국제사법상 당사자의 협의 하에 준거법이 지정되거나, 또는 당사자의 준거법 선택 없이 지정된 준거법의 경우 소속 국가의 법체계하에서 개입되는 강행규정을 광의의 강행규정 즉, 국내적 강행규정(domestic mandatory rules)라고 하며, 당사자의 합의에 의해서 그 적용을 배제할 수 없을 뿐만 아니라 해당 소속 국가의 법체계하에서 판단할 때 국제사법상 준거법 지정과 관계없이 적용되는 강행규정을 협의의 강행규정 즉, 국제적 강행규정(international mandatory rules)라고 한다.¹⁰¹⁾ 국내적 강행규정은 당사자가 준거법을 선택하는 경우, 선택된 준거법에 관계없이 적용되는데 비하여 국제적 강행규정은 당사자의 준거법 선택 여부를 불문하고, 모든 국제사법 규칙에 관계없이 적용되는 강한 효력이 부여된다.¹⁰²⁾

100) 부산고등법원 2006.7.12. 선고 2005다12018 판결.

101) 장준혁, “국제적 강행법규 개념의 요소로서의 저촉법적 강행성”, 「성균관법학」 제19권 제2호, 성균관대학교비교법연구소(2007.08), 566-567면.

102) 김인호, “국제근로계약의 준거법에 대한 비판적 검토”, 「인권과 정의」 Vol.441, 대한변호사협회(2014.05), 112면.

우리나라 국제사법은 법정지인 우리나라의 국제적 강행규정에 대하여만 규정하고 있으나 입법례에 따라서는 밀접한 관련이 있는 제3국의 강행규정에 대하여도 규정하고 있다. 또한, 국제사법 제7조에 따라 입법목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 우리나라의 강행규정은 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 적용된다.¹⁰³⁾

IV. 사건

우리나라의 선원법 제3조 제1항은 선원법에서 정한 대한민국 선박소유자와 그 선박에 승무하는 선원 사이의 선원근로계약관련 법률 위반 시 비거주선원 등의 외국적 요소(섭외적 요소)를 포함하는 경우라고 할지라도 우리나라 선원법이 적용된다고 볼 수 있다. 이는 국제사법상 법률의 저촉이 발생한다고 하더라도 우리나라 법이 적용되는 적극적이고 일방적인 저촉규정이라고 할 수 있다. 그러므로 선원법이 정한 대한민국 선박소유자와 선원간의 선원근로계약에 관한 모든 법률은 항상 선원법이 적용되고, 외국의 관련 법규는 적용되지 않는다는 것이다.

그러나 선원법은 국제사법 제25조의 당사자자치의 원칙으로 제3의 법률(외국 법률 등)을 선택하여 적용 가능하도록 한 것을 배제함으로써 비거주선원과 체결한 선원근로계약 관련 거래의 실정과 커다란 괴리가 생긴다.

선박이라는 특수한 환경에서 근로를 제공하기 위하여 선원은 선원근로계약을 체결하는데 이 선원근로계약은 일반적인 채권계약과 동일하므로 당사자자치의 원칙에 의하여 준거법의 지정을 자유로이 선택할 수 있어야 할 것이다. 선원근로계약의 법적 성질은 일반 근로계약의 법적 성질과 동일하므로 국제사법상 근로계약의 준거법지정과 동일하다고 할 수 있다.¹⁰⁴⁾

또한, 사회·경제적 약자인 선원을 보호하기 위하여 규정한 국제사법 제28조 제1항의 취지를 고려해 보았을 때 당사자의 자치를 인정하여 당사자가 준거법을 선택하더라도 가

103) 김인호, 앞의 논문, 123면.

104) 김진권, 앞의 논문, 152면.

장 밀접한 국가의 법에 의하여 국제사법 제7조¹⁰⁵⁾에 따라 강행규정으로 보호할 수 있는 조항은 진일보한 규정이라 할 수 있다. 또한 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에는 근로자가 일상적으로 노무를 제공하는 국가의 법에 의하여, 근로자가 일상적으로 어느 한 국가 안에서 노무를 제공하지 아니하는 경우에는 사용자가 근로자를 고용한 영업소가 있는 국가의 법에 따른 강행규정에 의하여 근로자를 보호하고 있다(국제사법 제28조 제1항). 우리나라에서는 대외무역법, 외국환거래법, 공정거래법, 문화재보호법 등이 국제적 강행규정으로 간주된다.¹⁰⁶⁾

그러나 우리나라 선원법 중 어느 부분이 국제적 강행규정으로 간주되는지에 대해서는 구체적 판례나 학설이 정착되어 있지 않은 것이 사실이다. 독일의 경우에는 독일국적선에서의 외국법 적용과 관련하여 독일등록법 제21조 제4조에 따라서 EU에 속하지 않는 선원에 대하여 국내계약조건과 외국노동 및 타리프 계약법을 적용하는 것을 허용하고 있다. 다만, 다음을 조건으로 그러한 계약이 인정된다.¹⁰⁷⁾ 첫째, 해사노동협약상 최저기준이 어떤 경우에도 적용될 것, 둘째, 독일 기본권이 침해되지 않을 것, 셋째, 특정의 공공의 이익(강행규범)을 위한 법률분야가 침해되지 않아야 하고, 따라서 특히 일정 분야¹⁰⁸⁾에 대하여 독일법이 엄격하게 적용된다. 독일에서 국제적 강행규정으로 열거한 위의 둘째와 셋째 내용은 질병시 임금의 계속적 지불, 여성에 대한 법적 보호, 최대근로시간 및 최소휴식시간 동시 충족 등을 제외하고는 대부분 첫째의 해사노동협약의 최저요건을 충족하는 것과 중복된다고 사료된다. 따라서 해사노동협약의 요건을 충족하는 것을 최저기준으로 설정한다면 최소한의 타당성을 가지는 것으로 생각된다.

105) 국제사법 제7조(대한민국 법의 강행적 적용) 입법목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정은 이법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 이를 적용한다.

106) 석광현, 「국제사법 해설」, (서울 : 박영사, 2013), 148면.

107) <https://www.deutsche-flagge.de/en/crew/employment-agreements/foreign-labour-law> 검색일 2018. 7. 9.

108) ① 질병시 임금의 계속적 지불 ② 거주 및 식량조달 ③ 의료 및 사회 관리 ④ 기술적 산업안전 및 사고방지 ⑤ 최대근로시간 및 최소휴식시간 ⑥ 송환 ⑦ 여성과 소년선원에 대한 법적 보호 ⑧ 해원을 대표하는 선원에 대한 고용보호 규정 (Employment protection legislation for members of the crew members' representation) ⑨ 선내질서

따라서 선원근로계약과 관한 최소한의 국제적 강행규정은 해사노동협약의 강제규정으로 간주될 수 있을 것으로 사료된다. 그 이유는 대부분의 해운관련 기국이 해사노동협약을 비준하여 일반화 되어 있으며,¹⁰⁹⁾ 각 비준국은 규정 제 5.1.1조에 따라서 해당 협약을 강제적 이행할 책임이 부여되어 있고, 해사노동인증검사 수행 및 해사노동적합증서 발행 등의 법률에 대해 국내법상 절차를 마련하여 협약의 준수에 대한 의무를 부담하고 있기 때문이다. 이러한 해사노동협약의 법률은 최소한의 기준을 보장하기 위한 강행규범이므로, 국제적 강행규정으로서의 역할과 목적에 충분히 부합한다고 생각한다.

따라서 선원근로계약 또는 관련 단체협약을 체결할 때 제3국의 법률을 준거법으로 선택한다고 하더라도 국제적 강행규정으로 판단되는 해사노동협약에서 규정하는 국제적 최저기준을 하회하지 않도록 하는 조건을 붙이는 것이 필요하다. 아래의 해외사례 검토에서 볼 수 있는 바와 같이 제외국도 해사노동협약상의 최저요건을 하회하지 않도록 하는 조건을 붙이고 있다.

제3절 당사자의 준거법 선택 부재시 선원근로계약의 준거법 결정

I. 문제의 소재

명시적 지정의 허용으로 당사자의 선택에 의해 선적국법을 적용할 것인지, 선원 또는 선박소유자의 본국법을 지정할 것인지, 선원 또는 선박소유자가 제3의 외국법을 지정할 것인지 등에 대한 합의가 있을 경우 중립적인 법의 선택이든 계약의 특정부분만을 어느 나라의 법으로 지정하든 가능하다는 견해에 동의한다.¹¹⁰⁾ 또한, 만약 당사자가 준거법을 선택하지 않은 경우에는 국제사법 제28조 제2항에 따라 일상적으로 그의 노무를 제공하는 국가의 법 또는 근로자가

109) 2018년 06월 기준 86개국 이 비준하였으며, 전세계 상선선복의 91% 이상의 상선에 대하여 해사노동협약이 적용되고 있다.

110) 김진권, “선원근로계약의 준거법에 관한 고찰”, 「해사법 연구」 제16권 제1호, 한국해사법학회(2004.10), 140-141면.

노무를 일상적으로 어느 하나의 국가 내에서 제공하고 있지 아니한 경우에는 근로자를 고용한 영업소가 소재하는 국가의 법이 준거법이 된다고 규정하고 있다. 그러나 선박을 선적국 영토의 일부로 보아 선원이 일상적으로 근로를 제공하는 영역으로 보아야 할지, 아니면 항상 외국으로 항해하는 본질을 고려하여 일상적으로 어느 한 국가 안에서 노무를 제공하지 않은 영역으로 보아야 할지가 문제된다.¹¹¹⁾

II. 학설

1. 준거법의 결정

당사자의 준거법 지정의 부재 시에는 위와 같은 문제가 발생하므로, 이에 관하여 첫째, 선박을 선적국의 영토로 간주하여 선원이 일상적으로 노무를 제공하는 국가이기에 선적국의 법률이 준거법이 된다는 견해가 있으며, 둘째, 근로자가 일상적으로 근로를 제공하는 국가가 아니므로, 선원을 고용한 영업소가 있는 국가의 법이 준거법으로 해야 한다는 견해, 셋째, 선원근로계약에서 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 준거법으로 하되 선적국법에 비중을 두는 견해가 있다.¹¹²⁾

우리나라는 “선원근로계약에 의하여 발생하는 임금채권인 경우 그 임금채권에 관한 사항은 선원근로계약의 준거법에 의하여야 하고, 선원근로계약에 관하여는 선적국을 선원이 일상적으로 노무를 제공하는 국가로 볼 수 있어 선원근로계약에 의하여 발생하는 임금채권에 관한 사항에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 국제사법 제28조 제2항에 의하여 선적국법이 준거법이 되므로, 결국 선원임금채권의 대위에 관한 사항은 그 선원임금채권을 담보하는 선박우선평특권에 관한 사항과 마찬가지로 선적국법에 의한다”고 판시한 사례¹¹³⁾가 있어, 선박을 선적국의 영토로 간주하여 선원이 일상적으로 노무를 제공하는 국가이기에 선

111) 이안의, 앞의 논문, 60면.

112) 석광현, 앞의 책, 360면.

113) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다39617 판결.

적국의 법률이 준거법이 된다는 입장과 일치한다고 볼 수 있다.¹¹⁴⁾

2. 편의치적선박의 선적국 의미

편의치적선의 경우 이러한 선박국적의 법을 준거법으로의 채택은 공부상의 선적국을 의미하는 형식주의와 공부상의 선적국과 다른 실질적 의미에서의 선박이 등록된 등록지의 법을 따른다는 실질주의로 나뉜다.

형식주의란 국제사법상 선원근로계약의 준거법 결정시 선박의 국적¹¹⁵⁾법에 따라 한다는 입장을 말한다. 선박법에 따르면 대한민국 선박의 소유자는 등기할 선박의 선적항을 관할하는 지방법원, 그 지원(支院) 또는 등기소에 그 선박의 등록 및 선박등기법에 따른 등기를 신청하여야 하고, 대한민국 선박은 선박국적증서 또는 임시선박국적증서를 선박 내에 비치하고, 대한민국 국기를 게양하여야 한다. 편의치적선은 위와 같은 요건을 갖추고 있지 않으므로 선박법상의 대한민국의 선박에 포함되지 않는다고 볼 수 있고, 이 점은 형식설의 논거가 된다.¹¹⁶⁾ 그리고 선원법 제3조 제1항이 특별히 국적취득조건부 나용선 선박에 선원법을 적용한다고 명시하고 있으나, 그 적용 범위에 해당하지 아니한 편의치적선에는 선원법이 적용되지 않음을 전제로 한 것이라는 해석도 가능하다.¹¹⁷⁾

실질주의는 공부상의 선박소유자와 실질적 소유자가 다른 경우, 실질적인 법률관계를 따져서 실질적인 소유자를 판단하고 그 소유자의 국적을 인정하여 국제사법상 선원근로계약의 준거법을 결정하는 주의를 말한다. 특히 편의치적선의 경우 선박법에 따른 대한민국의 등록, 등기, 국기게양 등을 갖추지 않고, 대한민국 국적표시의 외관이 존재하지 않는다 하더라도, 이는 선박소유자가 선박법상의 의무를 이행하지 아니한 것에 불과하다는 견해, 그리고 선박법 불이행

114) 이안의, 앞의 논문, 61면.

115) '선박의 국적'이라 함은 그 선박이 어느 나라에 귀속하는가를 나타내는 것을 의미한다(김진권, "국제사법상 선적국법주의에 대한 고찰", 「해사법 연구」 제14권 제1호, 한국해사법학회(2002), 181-182면).

116) 이안의, 앞의 논문, 72면.

117) 이안의, 앞의 논문, 73면.

으로 인한 결과의 이유로 선박법상 대한민국의 선박임을 부인하는 것은 논리상 오류라는 비판¹¹⁸⁾을 받고 있다.

또한, 국제사법 제8조 1항에 따라 제28조 제2항에 의하여 지정된 준거법이 해당 선원근로계약과 근소한 관련이 있을 뿐이고, 그 선원근로계약과 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 그 다른 국가의 법에 의하도록 하고 있는데¹¹⁹⁾ 편의치적선에서와 같이 공부상의 외국 국적에 승선하고 있는 우리나라 선원의 경우, 석광현 교수는 “전형적인 편의치적인 경우, 즉 선적이 당해 국가와 유일한 관련이 있을 경우에는 예외조항에 의하여 선적국법이 아니라 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 준거법으로 보아야 할 것인데, 그 경우 실질선주의 법이 유력할 것”이라고 설명한다. 다만 편의치적선이라고 할지라도 당연히 실질선주의 법이 적용되는 것은 아니며, 사안에 따라 ‘밀접한 관련성’을 신중히 판단하여 결정하여야 한다¹²⁰⁾는 견해에 찬성한다.

이는 2013년 08월 20일 발효된 Maritime Labour Convention, 2006(이하 ‘해사노동협약’)협약이 발효됨에 따라 ‘가장 밀접한 관련’이 있는 다른 국가의 법의 적용에 대하여, 편의치적선의 선적국이 근소한 관련성만이 존재하는지에 대해서는 재검토가 필요한 것으로 보인다. 그 이유는 해사노동협약의 목적으로 선원에게 기본권과 양호한 근로조건을 보장하기 위하여 규정 제5.5.1조에 따라 자국 국기를 게양하는 선박에 대하여 공정한 선원근로계약 체결 등을 포함한 해사노동협약의 이행을 확보할 책임이 있기 때문이다. 또한, 이를 보장하기 위하여 정기적인 감시 및 검증, 집행제도 등을 마련하고 있기 때문에 편의치적국에 대해 국제사법 제8조의 ‘가장 밀접한 관련’이 있는 국가의 해석으로 과연 선적국이 근소한 관련이 있는지 밀접한 관련이 있는지에 대한 해석은 향후 연구할 필요가 있는 것으로 보인다.

118) 이안의, 앞의 논문, 73면.

119) 부산지법 2014.6.12. 선고 2012가합21822 판결. 마셜군도공화국 국적 선박의 선원근로계약의 준거법 지정은 가장 밀접한 관련이 있는 국가로써 실질적 선박소유자의 국적인 대한민국이다라고 판시한 사례.

120) 석광현, 앞의 책, 361-362면.

판례로써, 부산지방법원은 국적취득조건부 선채용선계약의 상태인 마셜군도 공화국(Republic of Marshall Islands) 국적의 선박에 대하여, 선원근로계약에 의하여 발생하는 채권에 관한 사항은 선적국법이 아닌 대한민국 법률이 적용되어야 한다고 판시하였다.¹²¹⁾ 이는 공부상의 소유자인 마셜국적 법인의 실제 없는 유령회사를 실질적인 선박소유자로 인정하지 않고, 실질적인 선원 및 선박 관리를 수행해온 대한민국의 법인을 선박법 제2조의 선박소유자로 판단하였다. 또한, 국제사법 제28조 제2항에 의하여, 선적국을 선원이 일상적으로 노무를 제공하는 국가로 볼 수 있어 선원근로계약에 의하여 발생하는 임금채권에 관한 사항에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 선적국법인 마셜군도공화국법이 준거법이 되어야 하나, 국제사법 제8조 제1항에 의하면, 선적국법인 마셜군도공화국법은 이 사건 선원근로계약관계와는 관련성이 거의 없고 대한민국법이 가장 밀접한 관련성을 가지고 있으므로, 이 사건은 대한민국법이 적용되어야 한다고 판시하였다. 이는 편의치적선의 경우 마셜군도공화국 법인의 공부상의 선박소유자가 아닌 대한민국 법인의 실질적 소유자를 선박소유자로 인정한다는 우리나라 법원의 입장임으로, 실질주의를 취하고 있다고 판단된다.

III. 사건

산업계의 다수의 선박이 편의치적 형태로 등록된 점을 비추어 볼 때, 선박소유자가 선원을 고용한 영업소가 있는 국가의 법을 준거법을 지정하게 된다면, 저임금 국가의 선원일 경우 제대로 된 법적 보호를 받을 수 있을지 우려가 되므로, 이를 지지하기에는 어렵다¹²²⁾고 생각되며, 선원이 일상적으로 노무를 제공하고 선박의 선적국에 속한다고 보고, 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 선원근로계약은 선적국법에 의한다고 보면 이는 선적국법으로 통일적 규율을 할 수 있으므로 법적 안정성을 기하고 공법 및 사회보장의 적용에 있어서 일관될 수 있다는 견해¹²³⁾에 동의한다.

121) 부산지방법원 2014.06.12. 선고 2012가합21822판결.

122) 김인호, “국제근로계약의 준거법에 대한 비판적 검토”, 「인권과 정의」 Vol.441, 대한변호사협회(2014.05), 38면.

제4장 당사자자치와 차별금지와 관련한 국제규범과 해외입법례

제1절 국제규범

I. UN해양법협약¹²⁴⁾상 선원근로계약에 관한 준거법

선박이 어느 나라에 귀속하는가를 나타내는 의미의 선박국적은 선박과 국가 간의 관계를 나타내고 있다. 선박에 국적을 부여하고, 국기를 게양할 권리를 부여하는 권한은 선박국적의 고유권한으로서, 선박이 공해상에서 그 국가의 연장선으로 보는 개념은 오래 전부터 인식되어 왔다.¹²⁵⁾ 이러한 선박의 국적에 관한 조항으로 UN해양법협약 제91조에서는 모든 국가는 선박에 대한 자국국적을 부여하고, 자국영토 내에서의 선박의 등록 및 자국기를 게양할 권리를 명시하고 있다. 또한 동법 제92조에 따라, 선박은 그 소속된 국적의 관할 하에 종속되어 선적국의 국내법의 준수 의무가 부과된다. 이러한 국가와 선박 사이에는 '진정한 연계'가 있어야 한다.¹²⁶⁾¹²⁷⁾

또한, UN해양법협약 제94조(기국의 의무)에 따르면 자국기를 게양한 선박에 대하여 행정적·기술적·사회적 사항에 관하여 자국의 관할권을 행사하고 통제하며(제1항), 또한 자국기를 게양한 선박에 관련된 행정적·기술적·사회적 사항과

123) Peter Mankowski, *Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation*, (Franco Ferrari & Stefan Leible ed., 2009) at 199-200.

124) UN해양법협약은 1982년 4월 30일에 UN본부(미국 뉴욕 소재)에서 채택되었다. 이 협약은 원문 320개조와 9개의 부속서로 이루어져있으며, 우리나라는 1996년 1월에 비준하였다.

125) Nagenda Sin호, *Maritime flag and International Law*(Indian : Thomson Press, 1978), p.25.

126) 해양법상 '진정한 연계'의 원리는 국제사법상의 준거법 지정에 있어서 '가장 밀접한 관련'의 원칙과 유사하다(신창섭, 「국제사법」(서울 : 세창출판사, 2007), 34면).

127) 따라서, 국제사법 제60조, 61조, 62조 등에 따라 해상과 관련된 사항에서는 일반적으로 선적국법의 의한다고 규정하고 있으므로, 준거법 결정을 위하여 선박국적을 확정할 필요가 있다. 이에 관한 자세한 내용은 「김진권, "해양법상의 준거법 결정에 관한 연구", 한국해양대학교 법학박사학위논문(2003.02)」 참조.

관련하여 자국기를 게양한 선박, 그 선박의 선장, 사관과 선원에 대한 관할권을 자국의 국내법에 따라 행사하도록 규정하고 있다(제2항). 이는 선박과 선원에 대한 관할권의 행사와 관련하여 국내법이 정하는 바에 따르도록 규정하므로 해석상 기국에게 일정한 재량권이 부여된다고 생각된다.

또한, 모든 국가는 자국기를 게양한 선박에 대하여 해상안전을 확보하기 위하여 필요한 조치의 하나로서 선원의 근로조건 및 훈련에 관하여 조치를 취할 것을 규정하고 있다(제3항). 이러한 근로조건 등이 포함된 취지는 선박의 항해에 관한 안전확보 조치를 기국의 의무로 하기 위한 것이다. 즉, 안전확보의 기준에 관하여 국제표준주의(공해협약 제10조 제2항, 유엔해양법협약 제94조 제5항)를 취한 것이다. 법 이론상으로는 본다면 모든 선박의 기국은 자국적 선박이나 자국영역내의 선박에 대한 통제 있어 임의적인 국내기준을 적용하는 것이 위법한 것은 아니다.¹²⁸⁾ 그러나 이러한 조치는 선적국의 국내법상 근로조건에 입법적 조치이며, 국제사법상 선원의 준거법 지정에 관련하여서는 반드시 선적국의 법률이 지정된다는 것은 아니다. 왜냐하면, 동 규정은 선박의 안전확보를 위하여 선원의 근로조건에 대한 국내기준을 정하도록 한 것이기 때문이다. 따라서 유엔해양법 제94조는 선원근로계약의 준거법 지정과 관련한 국제사법상의 당사자자치의 원칙을 배제하지는 않는다고 생각한다.

또한, 선적국의 국내법상 근로조건에 대한 조치는 공해상의 선박에 대한 선적국의 배타적 관할권은 선박의 국적에 기초한 속지적 관할권이기 때문에 속인적 관할권과는 충돌되지 않는다. 즉 선박과 선장 및 해원에 대하여 그들의 국적에 기초한 속인적 관할권이 미치지만, 그것은 입법적 관할권에 한정되어, 선박의 국적을 기초로한 선적국의 관할권이 우선한다. 이는 외국으로부터 간섭행위를 원칙적으로 배제¹²⁹⁾함으로써 선적국의 입법적으로서의 보장을 보호하면서, 선원근로계약관련 준거법 결정의 당사자자치의 원칙에 대해서도 배제하지 아니한다고 볼 수 있다.

128) 김영구, 「한국과 바다의 국제법」 (서울 : 북21, 2004), 619면.

129) 이윤철, 「국제해양법」 (부산 : 다솜출판사, 2017), 191면.

II. 해사노동협약상 근로계약에 관한 준거법

해사노동협약은 종합적인 협약이지만, 실질 규정의 법률분쟁에 관한 관할권 또는 준거법에 관한 조항은 포함하고 있지 않고 있다.¹³⁰⁾ 특히, 각 회원국의 협약 준수 및 이행의 의무 등을 다루는 동 협약 제5조에서도 사법 관할권 또는 법정지에 관한 사항은 명확히 밝히고 있지 않다.¹³¹⁾ 이는 동 협약의 이행시 준거법 관련 분쟁으로, 어느 법원이 분쟁을 심리할 관할권을 갖는지에 대해서는 각 당사국의 국제사법으로 다루어야 한다는 견해¹³²⁾에 동의한다.

해사노동협약 제5조를 살펴보면, 제1항 일반적 책임으로서, 각 회원국은 자국 관할 내에 있는 선박 및 선원과 관련하여 해당 협약에 따른 책무를 완수하기 위하여 채택한 법령 또는 그 밖의 조치를 이행하고 집행할 의무를 부과하고 있다. 이는 회원국에게 요구되는 해사노동협약 요건을 국내에 수용할 의무와 행정적 조치 등을 할 의무이다.

또한, 동 제2항에서는 각 회원국으로 하여금 적용 가능한 법령에 의한 주기적 검사, 보고 및 법적 소송을 포함하여 이 협약 요건의 준수를 보장하기 위한 제도를 구축함으로써 자국기를 게양하는 선박에 대하여 효과적인 관할권을 행사할 책임을 규정하고 있으며, 동 제3항에서는 각 회원국에게 이 협약에 의하여 요구되는 바에 따라 해사노동적합증서 및 해사노동적합선언서를 자국기를 게양하는 선박의 선내에 비치하게 할 것을 요구한다. 이는 자국선박에 대하여 효과적인 관할권을 행사하고 이를 가능하게 하기 위한 법적제도를 구축함과 동시에 행정적 조치를 취할 의무를 규정한 것이다.

선원근로계약과 관련하여 동 협약 기준 가 제2.1조는 각 회원국에게 자국 국기를 게양하는 선박에서 선원근로계약과 관련하여 다음의 일정한 요건을 준수하도록 요구하는 국내 법령을 제정할 것을 규정한다. 즉, 기국은 첫째, 선원근

130) For an overview, see J Lavelle, *Maritime Labour Convention to enter into force*(2012) 12(8) STL I-4.

131) Moira McConnell, Dominick Devlin, and Cleopatra Doumbia-henry, op. cit., 500.

132) Jennifer Lavelle, *The Maritime Labour Convention 2006 International Labour Law Redefined*, (Croydon : informa law from Routledge, 2014), 181.

로계약서에 선원과 선박소유자 또는 선박소유자의 대표가 서명할 의무, 둘째, 선원에게 선원근로계약상 권리와 책임을 설명할 의무와 자유의사에 따라 선원근로계약서에 서명할 수 있도록 보장할 의무 및 서명 전에 계약서를 검토하고 자문할 기회를 부여할 의무, 셋째, 선원근로계약의 당사자가 서명한 선원근로계약서의 원본을 1부씩 소지하도록 요구할 의무, 넷째, 선원과 권한당국의 관리가 선내에서 선원근로조건과 관련한 명확한 정보에 쉽게 접할 수 있도록 할 의무, 다섯째, 선원에게 고용기록서를 제공할 의무, 여섯째, 선원근로계약서에 필요적 기재사항¹³³⁾을 기재할 의무 등을 부과하는 법령을 제정하여야 한다. 여기서 알 수 있는 바와 같이 해사노동협약은 기국의 의무로서 선원근로계약과 관련하여 위에서 열거한 사항들을 입법할 의무를 규정하고 있을 뿐 선원근로계약의 준거법을 반드시 기국법으로 하여야 한다는 것을 명정하지는 않는다.

한편, 규정 제5.1조(기국책임)에 따라 주기적 검사, 보고, 감시 및 법적 소송을 포함하여 협약 요건의 준수를 보장하기 위한 하나의 제도를 구축하고 효과적인 관할권 및 통제를 행사하도록 하고 있고, 해사노동적합증서를 발급하여 선내 비치하도록 요구하고 있다. 이 규정은 해사노동인증검사와 관련하여 법률적 행정적 조치를 취할 책임을 강화하고 있다. 그러나 제5장 도입부 제4항에 따르면 선원 및 선박소유자는 법정, 심판위원회 또는 기타 분쟁해결기구를 이용하는데 있어 차별을 받아서는 아니 되고, 법률상의 관할권 또는 재판지를 결정하지 아니한다고 명정하고 있다. 즉, 해사노동인증검사 등과 관련한 기국의 책임은 강화되어 있으나 법률상의 관할 또는 재판지의 결정문제와 관련해서는 반드시 기

133) 선원 성명, 출생일 또는 연령 및 출생지, 선박소유자의 명칭 및 주소, 선원근로계약이 체결된 장소 및 일자, 선원이 고용될 직무, 임금액, 또는 적용되는 경우 임금을 계산하기 위하여 사용된 산술식, 유급휴가 일수, 또는 적용되는 경우 그것을 계산하기 위하여 사용된 산술식, 다음을 포함한 근로계약 종료 및 그것에 관한 조건; (1) 근로기간을 명시하지 않은 선원근로계약의 경우, 한쪽 당사자의 근로계약 해지 조건 및 사전 예고기간. 다만, 선원보다 선박소유자의 예고 기간이 짧아서는 아니된다. (2) 근로기간을 명시한 근로계약의 경우, 계약의 효력종료 일자, 그리고 (3) 항차별 근로계약의 경우, 목적항 및 도착 후 선원이 하선하기 전 근로계약 종료 시점, 선박소유자가 선원에게 제공하는 건강 및 사회보장보호 급여, 선원의 송환권, 적용 가능할 경우, 단체협약에 대한 인용, 그리고, 국내법규가 요구할 수 있는 그 밖의 모든 세부사항.

국이 법률상 관할권을 가지거나 재판지가 되어야 하는 것은 아니다. 따라서 해사노동협약은 선원근로계약의 준거법 선택에 있어서 당사자자치를 배제하고 있지 않다고 할 수 있다.

제2절 해외입법례

I. 노르웨이

노르웨이 선박노동법 제10-1조(차별금지)는 정치적 견해, 노동조합원, 성별, 장애, 비정규직 또는 연령에 따른 직간접적 차별을 금지하고 있다. 또한 남녀의 성을 근거로 한 차별에 대해서는 양성평등법이 적용되고 있다. 그리고 인종, 신앙, 인종적 및 문화적 계급에 근거한 차별에 대해서는 인종차별금지법이 적용되며 장애에 따른 차별에 대해서는 장애인 차별금지법이 적용되는 등의 차별금지에 관한 규정을 두고 있다.

이와 같이 노르웨이 선박노동법은 '국적'에 따른 차별금지를 규정하지 않고 있으며, 비거주선원의 선원근로계약에 대한 사적자치를 인정하는 방안으로, NIS(국제선박등록법) 제6조(임금 및 근로조건)에 따라 국제등록선박의 임금, 고용 및 기타 근로조건에 관한 조항은 단체임금협약으로 정하여야 한다고 규정하고 있다. 즉, 임금 및 근로조건에 한하여 사적자치의 인정으로써 별도의 단체임금협약 체결을 보장하고 있다.

단체협약으로 달리 정할 수 있는 분야는 선박노동법상 제3-1조 제4항(서면근로계약서 요건), 제3-3조 내지 제3-8조(계약체결시 결원에 대한 정보, 임시 고용, 불법적 임시고용의 효과, 새로운 고용의 우선권, 임시직 피고용인의 우선권, 우선권에 관한 규정위반의 효과), 제4-2조 제3항(임금 및 유급휴가급의 지불 방법), 제4-6조 제1(a)항(송환권 청구시기), 제5-1조 제2항(예고해지에 관한 결정전자문 관련 서면통지), 제5-2조 제1항(선장에 대한 해지예고 기간), 제2항(5년 이상 계속근로자에 대한 해지기간), 제3항(시용채용자의 해지기간), 제5-3조 제2항

(종료통지의 공식적 방법), 및 제3항(a)-(d)(종료 통지에 포함하여야 할 사항), 제 5-4조(종료통지에 관한 착오의 효과), 제5-6조 제2항(정리해고에 관한 규정) 및 제4항(선박소유자변경에 따른 해고), 제5-7조(상병시 해고 방지), 제5-9조(군복무에 따른 해고 방지), 제5-10조(분쟁진행시 근로자의 자기 직책 유지권) 및 제 5-12조(정년으로 인한 계약종료), 제6-1조에서 제6-3조(피용자의 협상요구권, 제 소기간, 제소기간의 연장 및 복직), 제7-2조(임산부휴가) 및 7-3조(특별포상), 제 7-5조에서 제7-12조(남성육아휴직, 일부휴가, 통지제공의무, 소년선원의 질병, 친 족간병휴가, 훈련휴가, 의무군복무, 관공서 출석휴가), 제8-4조(유실물보상) 및 제11장(정보 및 자문) 등의 규정이 있다.

II. 덴마크

덴마크의 국제선박등록법(DIS) 제10조 제1항에 따르면 이 법에 따라 등록된 선박의 선원에 대한 임금 및 근로조건에 관한 단체협약은 그 단체협약에만 적용되는 명시적 규정을 두어야 한다고 되어 있으며, 제1항에 따라 덴마크 노조와 체결한 단체협약은 덴마크에 거주하는 사람 또는 EU법이나 기타 국제적 의무에 따라 들어온 사람은 덴마크에 거주하는 사람으로 간주되는 사람과 동일한 조건을 부여하고 있다. 이는 외국 노조와 체결한 단체협약은 해당노조의 조합원 또는 그 노동조합이 등록한 국가의 국민인 사람으로만 구성되어야 한다. 다만, 그들이 제1항에서 규정하는 단체협약이 적용되는 다른 노동조합의 조합원이 아닐 것을 조건으로 한다고 되어 있다. 이러한 규정은 별도의 법률인 단체협약체결을 법률적으로 보장하고 있으며, 비거주선원에게 별도의 단체협약을 체결함으로써 당사자자치를 인정하는 규정으로 되어 있다.

III. 독일

독일 해사노동법(Maritime Labour Act : Seearbeitsgesetz - SeeArbG)은 해사 노동협약을 비준 후 종전의 선원법 폐기하였고, 새로운 해사노동법을 제정하였다. 동법 제9조에 따르면 법률에서 결정한 경우에만 이 법에서 정한 기준보다

선원에게 더 불리하게 변경할 수 있도록 규정하고 있다. 만약 불리한 법률을 적용하기로 선택한 경우, 해사노동협약 본문 제3조(기본권과 원칙), 제4조(고용권과 사회권) 및 제6조 제1항(규정과 코드 가와 코드 나의 법적 지위)에서 뜻하는 동 협약상의 근로 및 생활조건의 최저요건을 충족하여야 한다는 규정을 두고 있다. 즉, 독일의 해사노동법 제9조는 동법의 근로 및 생활 기준보다 하회하는 타 법률을 당사자가 선택할 것을 허용하고 있고, 그 조건으로 그 선택된 법률이 해사노동협약에서 규정하는 최저근로 및 생활기준을 충족하여야 할 것을 규정하고 있으므로, 이 조항은 독일 국적선에 승선하는 외국인선원과 근로계약 체결 시 이용될 수 있는 규정으로서 이른바 개방규정에 해당한다고 볼 수 있다.

IV. 프랑스

프랑스의 선원법은 거주선원과 비거주선원에게 적용되는 법률을 명시적으로 분류하고 있으며, 거주선원은 선원법(Transport code) Article L5612-1의 1항에 따라 선원법 내용 모두 적용되며, 비거주선원은 Article L5612-1의 2항에 따라 선원법 중 일부만을 적용한다고 명시되어 있다. 예를 들어 선원법 Title 1 DEFINITIONS AND GENERAL PROVISIONS, Title 2 CREW(주민등록 규정 제외), Title 4 THE RIGHT OF WORK(Chapter 5 직업 보건 및 안전만 적용) 그리고 선원의 신분증명, 불만제기, 고용기록, 의료혜택 등등¹³⁴⁾이 적용된다.

그리고 당사자자치의 원칙의 인정¹³⁵⁾으로써, 비거주선원에 대한 고용 계약은 당사자가 선택한 법률의 적용을 받으며 비거주선원에게 적용되는 단체 협약 또는 계약서의 더 유리한 조항을 침해하지 않는다고 명시되어 있다. 그럼에도 불

134) S'ils résident hors de France, les titres Ier et II, à l'exception de l'article L. 5521-2-1, et le chapitre V du titre IV du livre V de la présente partie. Ils sont également soumis aux articles L. 5533-2 à L. 5534-2, L. 5542-6, L. 5542-6-1, L. 5542-18-1, L. 5542-19, L. 5542-21-1, L. 5542-23, L. 5542-32-1, L. 5542-33-1 à L. 5542-33-3, L. 5542-35, L. 5542-47, L. 5542-50, L. 5543-2 à L. 5543-5, L. 5544-13, L. 5544-14 et L. 5544-63.

135) Transport code, L5621-7.

구하고, 당사자가 선택한 법률은 최소한 해사노동협약을 충족하여야 한다고 되어 있다.

V. 일본

우리나라의 선원법은 제정당시에 일본 선원법을 기초로 하였기에 많은 부분이 유사하며 특히 필자가 제기한 우리나라 선원법상 비거주선원을 위한 개방규정이 미비한 점도 동일하다. 일본 선원법 제1조¹³⁶⁾ 및 시행규칙 제1조¹³⁷⁾에 따르면 일본 선박에 승선하는 모든 선원은 일본 선원법이 적용되며, 이는 비거주선원에게도 동일하게 적용되어야 하는 부분이다. 하지만 일본은 비거주선원에게 별도의 법률을 적용하기 위하여 '마루집 방식'을 적용하고 있다. '마루집 방식'이란 일본인 소유의 일본국적 선박을 일본선사가 설립한 외국법인에게 나용선하여 주고, 그 외국법인은 선원근로계약상 선박소유자로서 일본인 선원과 비거주선원에 대한 배승권을 갖으며, 다시 일본선사와의 정기용선계약을 체결하여 운영하는 방식이다.¹³⁸⁾ 따라서 외국법인이 고용 및 배승하는 비거주선원에게는 선원근로계약 체결시 노동조합과 체결한 단체협약을 적용하여 일본인선원과 처우를 달리하고 있다.

제3절 차별금지법리 검토

136) 일본 선원법 제1조 이 법률에서 선원은 일본 선박 또는 일본 선박 이외의 국토 교통 성령이 정하는 선박에 승선하는 선장 및 선원 및 예비 선원을 말한다.

137) 일본 선원법 시행규칙 제1조 선원법 1조에서 말하는 국토 교통 성령이 정하는 선박은 일본 선박 외 다음의 각호에 해당하는 선박으로 한다.

1. 선박법(메이지 32년 법률 제46호)제1조 제3호 및 4호의 법인 외의 일본 법인이 소유한 선박
2. 일본 선박을 소유한 자 그리고 그 선주로부터 용선한 자, 또는 국내 항에서 외국 항으로 운항하는 선박
3. 일본 정부에서 선원 배승을 한 선박
4. 국내항만을 운항하는 선박

138) 이에 관한 자세한 내용은, 「전영우, “외국인선원의 근로조건에 관한 일고찰”, 해사법 연구 제25권 제2호, 2013, 16-21면」 참조.

I. 국제노동기구 규범과 우리나라 비교

1. Equal Remuneration Convention, 1951(No.100)¹³⁹⁾

이 협약은 제1조에 따라 고용주가 근로자에게 직·간접적으로 지급하는 급여, 임금 또는 현물 등에 대하여 남성과 여성 근로자에 대하여 동등하고, 차별 없이 지급되어야 함을 목적으로 하고 있다. 즉, 임금지급에 관련하여 성별에 따른 차별을 금지하는 규정이며, 근로자의 국적에 대한 차별 금지는 언급하고 있지 않고 있다.

2. Discrimination(Employment and Occupation) Convention, 1958(No.111)¹⁴⁰⁾

이 협약의 목적(Article 1)은 뚜렷한 구별 및 배제 또는 선호에 따른 본래의 요구사항이 요구되는 대상을 제외한 인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 견해, 출신지역 또는 사회적 출신에 근거한 모든 차별을 금지하고 있다. 여기서 말하는 출신지역(national extraction)은 근로자의 국적(nationality)과 다른 의미이므로, 이 협약 또한 국적에 대한 차별 금지는 언급하지 않고 있다.

3. 2006해사노동협약(Maritime Labour Convention, 2006)¹⁴¹⁾

2001년 1월에 개최된 ILO 제29차 합동해사위원회(Joint Maritime Commission)에서 선원의 근로 및 생활조건을 개선하기 위하여 기존의 68개의

139) 남녀임금평등에 관한 협약으로, 스위스 제네바에서 1951년06월29일 ILO ILC 34차 회의에서 채택되었으며, 1953년05월23일 발효되었다. 우리나라는 1997년12월08일 비준서를 기탁하였다.

140) 고용 및 직업의 차별금지에 관한 협약으로, 스위스 제네바에서 1958년06월25일 ILO ILC 42차 회의에서 채택되었으며, 1960년06월15일 발효되었다. 우리나라는 1998년12월04일 비준서를 기탁하였다.

141) 2006해사노동협약은 스위스 제네바에서 2006년02월23일 ILO ILC 94차 회의에서 채택되었으며, 2013년08월20일 발효되었다. 우리나라는 2014년01월09일 비준서를 기탁하였다.

ILO협약과 29개의 ILO권고의 통합을 제안하였으며, 이에 해상에서의 국제적인 노동기준을 위한 마련하기 위하여 2006년 2월 국제노동총회의 해사총회에서 해사노동협약을 채택하였다.

협약의 목적은 모든 선원이 적절하고 양호한 수준의 근로를 제공받도록 하기 위하여, 기본권과 기본원칙을 보장하는데 있다. 본문 제3조(기본권 및 기본원칙)에서는 각 회원국의 자국 법령에 다음의 기본권을 만족하도록 규정하고 있으며, 첫째, 결사의 자유 및 단체교섭권의 효과적인 인정, 둘째, 모든 형태의 강요되거나 강제적인 노동의 제거, 셋째, 아동 노동의 효과적인 폐지, 넷째, 고용 및 직업과 관련한 차별의 제거 등이 있다.

또한, 임의규정(Guideline) B2.2.2(Calculation and payment) 제4항에서는 동등한 가치의 근로에 대한 동등한 보수는 인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 견해, 출신지역 또는 사회적 출신에 근거한 차별의 금지를 규정하는 조항을 두고 있다. 이처럼 해사노동협약의 일부 본문과 규정은 앞서 언급한 ILO 제100호와 제111호 협약의 내용과 동일하며, 임금지급에 관련하여 성별에 따른 차별과 고용 및 직업과 관련한 차별금지의 규정은 있지만 국적에 따른 차별의 금지는 규정하고 있지 않다.

II. 우리나라의 규범

1. 헌법

우리나라의 헌법상의 차별금지 관련 조항으로 평등한 권리를 보장하는 제11조 및 제36조 등이 있으며, 모든 국민이 균등하게 교육을 받을 권리 제31조 등이 있고, 여성 근로자의 부당한 차별금지를 보장하는 제32조 등이 있다.

특히, 헌법 제11조 제1항에 따르면 모든 국민은 법 앞에 평등하고, 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에서 차별을 받지 않는다고 규정하고 있으나 국적에 대한 차별 금지관련 규정은 언급되어 있지 않다.

2. 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률

이 법에 사용하는 ‘차별’이란 제2조(정의)에 따라 사업주가 근로자에게 성별, 혼인, 가족 안에서의 지위, 임신 또는 출산 등의 이유로 근로조건 등을 다르게 하거나 불리한 조치를 한 경우를 말한다. 또한 동법 제8조(임금) 제1항에 따르면 사업주는 동일한 사업 내의 동일 가치 노동에 대하여는 동일한 임금을 지급하도록 되어 있다. 그 밖의 차별금지조항으로는 근로자를 모집하거나 채용할 때 남녀를 차별하지 않도록 하는 제7조(모집과 채용), 근로자의 생활을 보조하기 위한 복리후생에서 남녀를 차별하지 않도록 하는 제9조(임금 외의 금품 등), 교육·배치 및 승진에서 남녀를 차별하지 않도록 하는 제10조(교육·배치 및 승진), 근로자의 정년·퇴직 및 해고에서 남녀를 차별하지 않도록 하는 제11조(정년·퇴직 및 해고) 등이 있다. 그러나 국적에 대한 차별금지의 조항은 규정하고 있지 않다.

3. 직업안정법

직업안정법 제2조(균등처우)에 따르면 누구든지 성별, 연령, 종교, 신체적 조건, 사회적 신분 또는 혼인여부 등을 이유로 직업소개 또는 고용관계를 결정할 때 차별 대우를 받지 않도록 규정하고 있다. 그러나 해당 법률 역시 국적에 대한 차별금지가 규정되어있지 않다.

4. 근로기준법과 선원법 제5조 1항(다른 법률과의 관계)인용

근로기준법 제6조(균등한 처우)를 살펴보면 성별, 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 금지하고 있다. 이는 선원법 제5조 제1항(다른 법률과의 관계)에도 인용되는 조항으로 국적 차별에 대한 금지를 언급하고 있다.

Ⅲ. 제외국의 규범

1. 노르웨이

노르웨이의 선박노동법(Ship Labour Act) 제10조(차별금지) 제1항에 따르면, 정치적 견해, 직원의 조직구성 또는 연령에 근거한 직접 및 간접 차별을 금지하고 있다. 또한, 성별, 임신, 출산 또는 입양, 돌봄 책임, 민족성, 종교, 신념, 장애, 성적 취향, 성 정체성 또는 성별 표현과 관련한 차별의 경우에는 평등 및 차별 금지법(Equality and Anti-Discrimination Act)을 적용하고, 민족, 종교 및 윤리적 및 문화적 성향에 근거한 차별의 경우에는 민족차별금지법(Equality and Anti-Discrimination Act)을 적용하며, 장애에 의한 차별의 경우에는 차별 금지 및 접근법(Anti-Discrimination and Accessibility Act)을 적용한다. 그리고 성적 취향, 성 정체성 및 성별 표현에 근거한 차별의 경우 성적 지향에 관한 차별 금지법(Anti-Discrimination Act on sexual orientation)을 적용한다고 명시하고 있다. 그럼에도 불구하고 국적에 대한 차별금지는 언급하고 있지 않다.

2. 일본

일본의 노동기준법 제3조(균등대우)에서는 근로자의 국적, 신조 또는 사회적 신분을 이유로 임금, 노동시간, 기타 노동조건에 대하여 차별을 금지하고 있다. 또한 동법 제4조(남녀동일임금원칙)에서는 여성과 남성의 임금에 대한 차별적 취급을 금지하고 있다. 이는 일본 선원법 제6조(노동기준법의 적용)에서도 인용하고 있다. 또한 일본의 선원직업안정법 제4조(균등대우)에서는 인종, 국적, 종교, 성별, 사회적 신분, 출생, 이전직업, 노동조합의 가입 등의 이유로 직업소개 등에 대한 차별을 금지하고 있으나, 선박소유자 또는 그 단체와 노동조합 사이에 체결된 단체협약에 별도의 규정이 있는 경우에는 예외를 두고 있다.

제4절 시사점

국제공법상 선원근로계약에 대한 준거법으로서의 지정으로 선박의 기국법을 기국주의 관점에서 적용하여야 함은 타당하다. 또한 우리나라 국제사법에서는 당사자의 당사자자치를 인정하고 있다. 이런 관점에서 선원근로계약과 관련하여 우리나라 선원법이 준거법으로 지정되며, 그 안에 당사자자치를 인정하기 위한 비거주선원의 선원법이 아닌 별도의 법률의 지정을 가능하게 하는 개방적인 법률을 마련하여야 할 것이다. 이는 국적에 대한 차별이 아닌 선원근로계약상 당사자자치의 원칙을 보장하는 기틀을 마련하는 것이다. 우리나라보다 앞서 이를 대응했던 선진국의 사례를 살펴보면, 비거주선원의 선원근로계약 체결시 적용되는 별도의 단체협약을 체결할 수 있는 근거를 마련하거나(노르웨이, 덴마크 등), 국내법의 전부 또는 일부를 비거주선원에게 적용할 수 있도록 명시적 조항을 삽입(독일, 프랑스 등)하는 등의 유연화를 꾀하였으며, 또한 비거주선원의 척도가 되는 선원의 국적에 대한 차별금지 법리를 살펴보았을 때, 일본을 제외한 대부분의 선진국 및 국제기구의 규범에서는 국적에 대한 차별금지를 언급하고 있지 않고 있다. 우리나라의 국내법은 제정당시부터 일본법을 많이 차용하였기에 국적차별 금지에 대한 법률이 근로기준법에 존재하며, 선원법에서도 이를 준용하고 있다. 현재의 선원법에 비거주선원을 위한 개방규정이 존재하지 않아 현재 산업계의 거래의 실정으로 비거주선원에게 적용되는 별도의 단체협약체결과 관련해서는 부합하지 않는다. 그 이유는 비거주선원에게 적용되고 있는 단체협약 일부 규정이 선원법보다 하회하고 있기에 이를 국적에 대한 차별로 볼 수도 있기 때문이다.

따라서 우리나라 기국선박에 승선하고 있는 비거주선원에 대한 선원근로계약 관련 준거법 논의가 있을 시에 선박의 기국법인 우리나라 선원법이 적용되므로, 국제사법에서 인정하는 당사자자치를 보장 할 수 있도록 개방규정 즉, 비거주선원에 대하여 예컨대 당사자가 선원국의 법률을 준거법으로 선택할 수 있도록 하는 법안을 마련하여 선원법의 유연성을 확보하여야 할 것이다.

제5장 선원근로계약상 준거법 선택에 관한 개선방안

비거주선원에 대한 선원근로계약과 관련하여 선원법 등의 적용에 있어서 당사자자치의 원칙을 보장하기 위한 법률로서의 제정이 필요할 것이다. 이는 현재의 일방적, 적극적 저촉규정으로서의 선원법을 당사자가 준거법을 선택하는 등의 국제사법상 당사자자치의 원칙을 인정하는 일방적, 소극적 저촉규정으로서의 유연화를 보장하는 것이다. 그 방안으로 현재의 산업계에서 사용하고 있는 비거주선원을 위한 단체협약체결의 거래의 실정 등을 선원법 등의 국내법에서 인정하는 법률이 마련되거나, 별도의 비거주선원을 위한 법률이 제정된다면 비거주선원의 선원근로계약과 관련한 법 적용 시에 효과적으로 적용이 가능할 것이다. 또한, 우리나라 국내법상 거주선원과 비거주선원과의 일체의 차별을 금지하는 방안의 개정보다는 근로계약체결에 관한 당사자자치의 원칙을 적용하여, 별도의 법률을 선택할 수 있는 근거를 마련한다면 이 원칙을 충족시키면서 선원근로계약을 보호할 수 있을 것으로 보인다. 따라서 아래와 같이 개선방안을 비교·검토하기로 한다.

제1절 국제선박등록법 개정방안

우리나라 국제선박등록법에 따른 국제선박에 별도의 근로조건을 체결할 수 있도록 해당 법을 개정하는 방안이다. 국제선박등록법 제6조(외국선원의 근로계약등)에 따르면, 우리나라 선원노동조합연합단체와 외항운송사업자협회는 국제선박에 승무하는 외국인선원에 대하여 적용되는 단체협약의 체결에 관한 권한을 가지며, 선박소유자 등이 국제선박에 승무하게하기 위하여 외국인선원을 고용하는 경우에는 그 체결된 단체협약에 따라 해당 외국인선원과 근로계약을 체결하여야 한다고 명시되어 있다. 그러나 비거주선원에게 적용되는 단체협약의 내용이 국내법상 강제규정과 해사노동협약 등의 국제규범의 최저요건을 반드시 만족시킬 수 있도록 하는 법률이 필요할 것이다. 그러나 현재의 국제선박등록법에 따른 단체협약체결은 비거주선원의 당사자자치를 인정하는 관점에서 보면

바람직한 것으로 보이나, 이는 오직 국제선박에만 국한되며, 이러한 국제선박인 외항상선분야에 대해서는 해결이 가능하나 내항상선, 원양어선 및 연근해어선 분야에 대해서는 해결이 되지 않는 단점이 있다. 그리고 이러한 국제선박의 어선 및 국내선박의 경우 해당 법이 적용되지 않는 점과 국제선박등록법은 선원 근로조건을 근본적으로 정하는 법률이 아니라는 점 등의 관점으로 보아 해당 법을 개정하는 방안은 한계가 있다. 또한 단체협약체결권이 비거주선원 단체에 있지 않고 전국노동조합연맹에 있기 때문에 엄밀한 의미에서 비거주선원의 당사자자치를 인정한다고 볼 수 없다.

제2절 비거주선원의 고용 등에 관한 법률 신설방안

우리나라 선원법상 비거주선원의 고용 등에 관한 규정을 별도로 신설하여 거주선원과 비거주선원의 선원근로계약 관련 규정의 적용을 명확히 구분하여 각각 적용시키는 방안이다. 해당 법률 신설은 국내법상 강제규정으로 간주되어, 선원근로계약과 관련한 법 적용 시에 비거주선원의 권익보호를 가장 효과적으로 보장하게 하며, 그 예로 최저임금 설정, 위반 시 행정적 처분 등을 들 수 있다. 또한 국제기준의 최저요건을 만족시킬 수 있도록 신설되어야 할 것이다. 만약 우리나라 선원법에 추가로 비거주선원의 고용 등에 관한 법률을 신설하게 되면, 비거주선원의 근로계약과 관련한 법적용이 가장 용이할 것이다. 일반적으로 비거주선원은 항상 선박소유자보다 상대적 약자이며, 전문적 지식이 부족하여 선박소유자와 대등한 입장에서 선원근로계약 체결이 어렵기 때문에 이러한 비거주선원의 보호를 근본적으로 해결하기 위해 국내법상 법률로서 비거주선원에게만 적용되는 모든 조항을 신설한다면, 현재의 산업계의 실정과 같이 별도의 단체협약을 체결하지 않아도 되므로 그것을 대체할 효과적인 방안일 것이다. 그러나 비거주선원에 관한 모든 법률을 제정하려면, 다양한 분야에서의 검토가 필요할 것이다. 예를 들어, 거주선원을 보호하기 위한 비거주선원과의 고용우선원칙을 살펴봐야 하고, 비거주선원의 채용과 관리에 대한 연구, 행정 처분에 관한 연구, 거주선원과 다른 규정 적용에 대한 합리적 판단에 대한 연구

등등 다양한 분야 및 관점에 접근하여야 할 것이다. 또한, 이는 강제규정으로서 작용할 것임에 따라 자칫 당사자자치 원칙이 결여될 수 있는 부분을 명확히 하여야 할 것이다. 이러한 제정 노력은 많은 시간이 필요하므로, 나날이 늘어나고 있는 현재의 비거주선원의 고용추세를 고려할 때 입법론적 개선이 시급한 현실에 부응할 수 없는 단점이 있다.

제3절 선원법 개정방안

우리나라의 선원근로조건을 정하는 법률인 선원법은 비거주선원의 선원근로계약 관련 법 적용 시에 앞서 말한 바와 같이 일방적, 적극적 저촉규정의 성질로서 작용하고 있다. 이는 국제사법상 준거법 결정시 적극적 저촉규정으로서의 성질을 유연하고, 개방적인 규정으로서의 소극적 성질로 개선될 수 있도록 선원법을 개정하여야 할 것이다. 특히 비거주선원에 대한 단체협약을 체결할 경우 그 체결 자체를 국제사법상 준거법 결정관련 당사자자치의 원칙에 의한 계약 체결로서 인정될 수 있다. 따라서 비거주선원에 대한 단체협약체결 근거를 규정하고 있지 않은 선원법에 비거주선원에 대한 단체협약권을 인정하는 규정을 도입하고, 또한 비거주선원의 선원근로계약 체결 시 체결된 단체협약의 범위 내에서 체결될 수 있도록 하는 규정을 신설하여야 한다. 또는 비거주선원의 개별 선원근로계약서에 당사자자치의 원칙에 따른 준거법 선택의 내용을 명시하게 하도록 하는 방안이 있다. 이는 근로계약서 내용에 이를 보장할 수 있도록 강제화 하는 방안이며, 그 목적은 비거주선원의 단체협약체결 인정의 근거 보장과 동일하다. 그럼에도 불구하고 이러한 단체협약, 선원근로계약은 최소한 국제기준(해사노동협약 등)의 강제법령을 하회해서 작성되면 안 된다는 규정이 필요하다. 선원법을 개정하는 방안의 단점으로는 그 세세한 선원근로계약 내용을 언급하지 않아 구체적이지 않을 수 있으므로 선원근로계약과 관련한 법 적용시 효과적이지 않을 수 있다. 장점으로는 비교적 간단한 법 개정으로 신속히 도입될 수 있으며, 현재의 거래의 실정인 비거주선원의 단체협약이 인정되어 산업계에 큰 반감 없이 적용될 수 있다.

이러한 방안은 비거주선원의 개별 선원근로계약서의 체결로서 이를 인정하는 방법, 또는 단체협약의 체결로서 당사자자치를 보장하는 방법 등이 있으며, 필자는 비거주선원의 개별적 선원근로계약의 체결을 통하여 당사자자치를 인정하는 방안보다는 비거주선원에 대하여 단체협약의 체결을 통하여 인정하는 방안이 바람직하다고 본다. 그 이유는 앞의 방안은 계약상 상대적 약자인 선원이 선원근로계약에 대한 전문적 지식이 부족한 상태에서 불공정한 내용으로 체결될 가능성이 있고 또한 선박소유자와의 법적 분쟁시 선원개인이 적절하게 대응하기에는 한계가 있기 때문이다. 따라서 선원노동조합단체와 선박소유자단체가 체결한 단체협약을 통하여 비거주선원의 당사자자치를 인정하는 방안이 비거주선원의 보호를 보다 적절히 보장할 수 있기 때문에 이를 통한 개선방안이 더 바람직하다고 생각한다.

제4절 소결

앞서 분석한 바와 같이 선원법을 개정하는 것이 가장 효과적으로 사료된다. 비거주선원의 단체협약의 체결 근거를 마련하고, 또한 선원근로계약 체결 시에 해당 단체협약의 내용을 충족하는 범위 내에서만 체결되도록 허용하는 방안이다. 이는 당사자자치의 원칙을 보장함과 동시에 준거법 지정의 유연성을 확보하는 근거가 될 수 있으며, 다음과 같이 제시해 본다.

<개정안142>

| 현 행 | 개정안 | 이 유 |
|------|--|---|
| <신설> | 제001조(단체협약의 체결) 선박소유자단체는 제3조 제1항 및 제26조의 규정에도 불구하고 해당 국내 선원노동조합연합단체와 해사노동협약에서 정하는 근로조건에 관한 기준을 충족하는 범위에서 비거주선원의 근로조건을 정하는 단체협약을 체결할 권 부여 | ○선박소유자단체에게 외국인선원과 국제규범을 충족하는 단체협약체결권 부여 |

| | | |
|------|--|--------------------------|
| | 체결할 수 있다. | |
| <신설> | 제002조(비거주선원근로계약의 체결 등) ① 선박소유자가 비거주선원을 고용하는 경우에는 제001조에 따라 체결된 관련 단체협약을 충족하는 범위에서 그 비거주선원과 선원근로계약을 체결하여야 한다. | ○비거주선원의 근로계약 체결 기준과 근거마련 |
| | ② 제1항에 따른 선원근로계약의 체결, 임금지급, 고충상담 등에 관하여 필요한 사항은 해양수산부령으로 정한다. | |



142) 「전영우, “외국인선원의 근로조건에 관한 일고찰”, 「해사법 연구」 제25권 제2호, 한국해사법학회(2013.07), 26-27면」을 참고하여 일부 수정하였다.

제6장 결론

이 논문은 우리나라 선박에 승선하고 있는 비거주선원의 단체협약체결 실태를 살펴보고, 현재의 산업계의 거래의 실정을 따라가지 못하는 우리나라 국내법의 문제점에 대한 입법론적 개선방안을 연구제시하였다.

현재의 산업계의 거래의 실정으로 비거주선원에게 선원법의 적용과 달리 별도의 단체협약을 체결하여 이를 적용하고 있으며, 일방적이고 적극적 저촉규정의 성격의 우리나라 선원법은 우리나라 선박에 승무하고 있는 선원은 선원근로계약 관련 법 적용시 선원의 특정 국적을 한정하지 않고, 모두 선원법이 적용되는 것으로 규정하고 있어서 현재의 산업계의 거래의 실정과 서로 상충적인 모습을 보인다. 특히, 선원법은 외국적 요소가 있는 선원근로계약 관련 법 적용시 그 준거법 지정에 관하여 우리나라 외의 다른 국가의 실질법 또는 제3의 법률의 지정의 가능성이 배제되고 오로지 우리나라 선원법만을 적용한다는 점을 명정하고 있으므로, 이는 산업계의 거래의 실정과 국제사법의 당사자자치의 원칙을 부인하는 폐쇄적이고 경직된 입법태도라고 할 수 있다.

따라서 우리나라 국적을 소유한 선원 외에 비거주선원이 우리나라 선원법 제3조에 해당하는 우리나라 선박에 승무하는 경우, 선원근로계약의 준거법 결정 등의 선원근로계약 관련 법 적용 시에 비거주선원이라는 외국적 요소가 포함됨에 따라 법률 간의 저촉을 규정하는 국제사법이 적용되는 것이 거래의 실정에 부합할 것이다. 이는 우리나라 국제사법에서 규정하는 당사자자치의 원칙에 따라 당사자의 묵시적 또는 명시적 동의로써 별도의 타 법률(단체협약 등)의 지정을 인정하는 것으로써 그 적용은 타당하리라 본다. 그러나 현재의 선원법은 국내법 외의 제3의 법률을 적용하기 위한 부분을 수용할 수 있는 법률적 근거가 부재한 상태이다.

이와 같은 선원근로계약에 대한 준거법 결정에 대한 국제규범으로써 UN해양법협약 제94조에서는 해석상 선박의 안전 확보를 위하여 선원의 근로조건에 대한 국내기준을 정하도록 하고 있으므로, 선원근로계약의 준거법 지정에 대해서

는 국제사법상의 당사자자치의 원칙을 배제하지는 않는다고 생각한다. 또한 해사노동협약에서도 사법 관할권 또는 법정지에 관한 사항은 명확히 밝히고 있지 않으므로 국제규범에서도 당사자자치의 원칙을 보장하고 있다고 볼 수 있다.

이러한 문제를 우리나라보다 앞서 대응했던 선진국의 사례를 살펴보면, 비거주선원의 선원근로계약 체결시 적용되는 별도의 단체협약을 체결할 수 있는 근거를 마련하거나(노르웨이, 덴마크 등), 국내법의 전부 또는 일부를 비거주선원에게 적용할 수 있도록 명시적 조항을 삽입(독일, 프랑스 등)하는 등의 유연화를 꾀하는 방법으로, 준거법 결정에 대한 당사자자치의 원칙을 보장하고 있다.

따라서 우리나라도 비거주선원에 대한 근로계약관련 선원법 등의 적용에 있어서 당사자자치의 원칙을 보장하기 위한 법률로서의 제정이 필요할 것이다. 또한, 우리나라 기국 선박에 승선하고 있는 비거주선원에 대한 선원근로계약관련 준거법 논의가 있을 시에 국제사법에서 인정하는 당사자자치를 보장 할 수 있도록 개방규정 즉, 비거주선원에 대한 별도의 법률이 적용 가능하도록 하는 법안을 마련하여 선원법의 유연성을 확보하여야 할 것이다.

그 입법론적 개선방안으로서 현재의 산업계에서 사용하고 있는 비거주선원을 위한 단체협약체결의 거래의 실정 등을 선원법 등의 국내법에서 인정하는 법률이 마련되어야 할 것이며, 이에 대한 구체적 방안으로써 최소한 국제기준(해사노동협약 등)을 하회하지 않는 조건으로 우리나라 선원법에 비거주선원을 위한 단체협약체결을 보장하는 개방규정을 제안하였다.

그 동안 비거주선원의 근로계약 조건이 선원법의 기준을 하회하는 것이 일반화되어 왔다. 우리나라 선박에 승선하는 비거주선원의 증가는 뚜렷하였고, 그에 따른 선원근로계약 체결의 현실을 적절하게 규율하지 못하는 문제를 근본적으로 해소하기 위하여 선원법을 개정함으로써 이를 인정하고 당사자자치 원칙을 보장할 수 있도록 선진화된 입법이 필요하다고 본다.

참고문헌

I. 국내문헌

[단행본]

- 권창영, 「선원법 해설 제2판」, (서울 : 법문사, 2018)
- 김연 · 박정기 · 김인유, 「국제사법 제3판」, (경기 : 법문사, 2014)
- 김영구, 「한국과 바다의 국제법」 (서울 : 북21, 2004)
- 김육곤, 「민법학의 기본문제」, (서울 : 삼지원, 2005)
- 김주수, 「민법개론 제10판」, (서울 : 삼영사, 2008)
- 김준호, 「민법총칙 제10판」, (경기 : 법문사, 2016)
- 박용섭, 「해상법론」, (서울 : 형설출판사, 1998)
- 백대승, 「민법총칙 제6판」, (서울 : 집현재, 2014)
- 법무부, 「국제사법해설」, (법무부, 2001)
- 석광현 「국제사법해설」, (서울 : 박영사, 2013)
- 석광현, 「2001년 개정 국제사법 해설」, (서울 : 지산, 2001)
- 석광현, 「국제사법과 국제소송 제1권」, (서울 : 박영사, 2013)
- 신창선, 「국제사법 제5판」 (서울 : FIDES, 2006)
- 신창선의, 「신국제사법 제2판」, (서울 : FIDES도서출판, 2016)
- 신창선, 「국제사법」 (서울 : 세창출판사, 2007)
- 신창섭, 「국제사법」 (서울 : 세창출판사, 2007)
- 이영준, 「민법총칙」, (서울 : 박영사, 1989)

- 이윤철, 「국제해양법」 (부산 : 다솜출판사, 2017)
- 전영우외, 「국제노동기구 2006년 해사노동협약 기국·항만국통제검사 지침서」, (부산 : 해인출판사, 2009)
- 지원림, 「민법강의」, (서울 : 홍문사, 2017)
- 최홍섭, 「국제사법의현대적흐름」, (인하대학교출판부, 2005)
- 한국선원복지고용센터, 「선원선박통계년보」, (2017)
- 황산덕·김용한, 「신국제사법」 (서울 : 박영사, 1987)

[일반논문]

- 권창영, “편의치적선에 대한 선원법의 적용”, 「해양한국」 501호, 한국해사문제연구소(2015.06)
- 김인호, “국제계약에서 강행규정에 의한 당사자자치의 제한”, 「선진상사법률연구」 통권 제60호, 법무부 상사법무과(2012.10)
- 김인호, “국제근로계약의 준거법에 대한 비판적 검토”, 「인권과 정의」 Vol.441, 대한변호사협회(2014.05)
- 김지형, “국제적 근로계약관계의 준거법”, 「저스티스」 통권 제68호, 한국법학원(2002.08)
- 김진권, “국제사법상 선적국법주의에 대한 고찰”, 「해사법 연구」 제14권 제1호, 한국해사법학회(2002)
- 김진권, “해상법상의 준거법 결정에 관한 연구”, 한국해양대학교 법학박사학위논문(2003.02)
- 김진권, “선원근로계약의 준거법에 관한 고찰”, 「해사법 연구」 제16권 제1호, 한국해사법학회(2004.10)

김진권 외 1명, “편의치적과 준거법 지정에 관한 연구”, 「2006년 전기학술대회논문집」, 한국마린엔지니어링학회(2006.06)

김진권, “선박우선평과 임금채권의 준거법에 관한 고찰”, 「한국해법학회지」 제30권 제1호, 한국해법학회(2008.03)

김철수, “선원법과 근로기준법의 비교연구”, 「사회과학연구논총」 제2호, 한국해양대학교(1995.01)

김태기, “선박등기에 관한 약간의 고찰”, 「한국해법학회지」 제18권 제2호, 한국해법학회(1996.10)

석광현, “해상적하보험계약에 있어 영국법 준거약관과 관련한 법적인 문제점”, 「손해보험」 302호, 대한손해보험협회(1993.12)

송덕수, “사적자치에 관하여”, 「사회과학논문집」 제11권, 이화여자대학교(1991.12)

이안의, “선원의 재해보상에 관한 연구(편의치적 선택을 중심으로)”, 연세대학교 법학박사논문(2016.02)

이영준, “민법개정의 입법론적 연구 :민법의 지도원리로서의 사적자치”, 「법조」 제527권, 법조협회(2000.08)

이원재, “한국노동법의 전개과정에 관한 일고찰” - 일제하와 미군정기를 중심으로-, 서울대학교 법학석사논문(1987.02)

이헌묵, “국제적 강행규정의 판단기준”, 「인권과 정의」 Vol. 442, 대한변호사협회(2014.06)

장영철, “기본권으로서 사적자치에 관한 고찰”, 「서울법학」, 서울시립대학교 법학연구소(2017.11)

장준혁, “국제적 강행법규 개념의 요소로서의 저촉법적 강행성”, 「성균관법학」 제19권 제2호, 성균관대학교비교법연구소(2007.08)

전영우, “2006년 해사노동협약의 적용범위에 관한 연구”, 「해사법 연구」 제

19권 제1호, 한국해사법학회(2007.03)

전영우, “선원최저임금제도 개선에 관한 연구”, 「해사법 연구」 제25권 제1호, 한국해사법학회(2013.03)

전영우, “외국인선원의 근로조건에 관한 일고찰”, 「해사법 연구」 제25권 제2호, 한국해사법학회(2013.07)

전영우, “2006년 해사노동협약 전문 및 본문의 주요 내용에 관한 연구”, 「해사법 연구」 제26권 제3호, 한국해사법학회(2014.11)

포장, “일본선에 승선한 외국인선원의 법적 지위”, 「해양한국」 제213호, 한국해사문제연구소(1991.06)

II. 외국문헌

[단행본]

Giesen, Seearbeitsrecht, Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Band 2, Individualarbeitsrecht II, (C.H. Beck, 2009)

ILO, Equal Remuneration convention, 1951

ILO, Discrimination(Employment and Occupation) convention, 1958

ILO, Maritime Labour Convention, 2006

ILO, Maritime Labour Convention, 2006(MLC, 2006) Frequently Asked Questions, Third(revised) Edition(Geneva :ILO Publication, 2014)

Jennifer Lavelle, *The Maritime Labour Convention 2006 International Labour Law Redefined*, (Croydon : informa law from Routledge, 2014)

Moira L. McConell, Dominick Devlin, Cleopatra Doumbia-Henry, *The Maritime Labour convention, 2006, A Legal Primer to an Emerging Internation*

Regime, (Leiden, Boston : Martinus Nijoff, 2011)

Nagendra Singh, *Maritime flag and International Law*(Indian : Thomson Press, 1978)

Peter Mankowski, *Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation*(Franco Ferrari & Stefan Leible ed., 2009)

UN, *United Nations Convention on the Law of the Sea*, 1982

米津孝司, *國際勞働契約法の研究*(1997)

[주제어]

거주선원, 비거주선원, 근로조건, 선박소유자, 단체협약, 선원근로계약, 선원법, 해사노동협약, 국제노동기구, 당사자자치의 원칙

[Key Words]

non-resident seafarers, working conditions, shipowner, collective bargaining agreement, seafarers' employment agreement, Seafarers' Act, Maritime Labour Convention, International Labour Organization, Principle of party autonomy