

船員法과 勤勞基準法の 比較研究

金 哲 洙*

〈目 次〉

- | | |
|---------------------------|------------------|
| I. 머리말 | 3. 정의규정 |
| II. 선원법의 기본문제 | 4. 쟁의행위의 제한 |
| 1. 선원법의 개요 | 5. 근로조건의 위반 |
| 2. 선원법과 근로기준법과의 관계 | 6. 손해배상에 관한 규정 |
| 3. 현행 선원법의 문제점 및 개정의 기본방향 | 7. 해지의 자유에 대한 제한 |
| III. 선원법과 근로기준법의 비교 분석 | 8. 근로계약의 해지사유 |
| 1. 법의 구조 | 9. 실업수당과 해고수당 |
| 2. 적용범위 | 10. 근로시간 |
| | 11. 재해보상 |
| | IV. 맺음말 |

I. 머리말

1962년 1월 10일 법률 제963호로서 공포되어, 공포일로부터 시행된 우리나라의 선원법은 오늘에 이르기까지 다섯 차례의 개정을 겪었다. 5차에 걸친 개정이 있었다고 하지만, 그 중 세 차례의 개정¹⁾은 부분적인 개정이었으며, 선원법의 대폭적인 개정은 제3차 개정(1984년

* 본 大學校 海事法學科 副教授, 法學博士(民法)

1) 제1차 개정(1966년 12월 9일 법률 제1844호), 제2차 개정(1973년 2월 5일 법률 제2467호) 및 제4차 개정(1987년 11월 28일 법률 제3961호).

8월 7일 법률 제3751호)과 제5차 개정(1990년 8월 1일 법률 제4255호)의 두 번뿐이었다.²⁾ 이들 개정으로 선원법은 새로운 조항의 신설 또는 기존 법률조항의 개폐를 통하여 많은 변모를 거듭해 왔다. 그러나 그 동안 선원법 전체의 체계적 개선이나 개혁은 한 번도 시도된 일이 없었기 때문에 선원법에 대한 체계적인 이해에 있어서나 개별적 규정의 해석에 있어서 객관성과 통일성을 유지하기가 어렵게 되었다. 따라서 그 동안의 수차에 걸친 개정에도 불구하고 우리 나라의 선원법은 진정한 의미의 선원법에는 아직 훨씬 미치지 못하고 있다. 선원법의 현대화 내지 합리화를 위해서는 보다 근본적이고 전면적인 개정이 뒤따라야 할 것이다.

오늘날 우리 나라의 선원법은 전환기를 맞이하고 있다. 국내적으로는 사회적·경제적·정치적 여건변화에 따른 입법적 개선이 요청되고 있으며, 국제적으로는 선원법의 수준을 국제적 기준에 접근 또는 적응시키지 않으면 안 되게 되었다. 과거의 선원법이 전쟁 발발시의 수송수단 확보라는 국가안보 우선정책과 해운산업의 국제경쟁력 강화라는 명제하에 폐쇄적인 제약으로부터 벗어나지 못했으나, 이러한 상황은 더 이상 정당화될 수 없게 되었다. 이제 개방된 미래사회에 적합한 노사관계를 정립할 수 있는 선원법체계가 구상되지 않으면 안 된다.³⁾

다행히 최근에는 해상근로관계의 급격한 변동, 국제노동기구협약의 발효예상 및 노동관계법의 개정추이 등을 고려하여 선원법상 비현실적인 조항을 정비하여 해상노동의 생산성 향상과 공정한 분배에 기여하도록 하기 위한 선원법의 개정 움직임이 점차 활발해지고 있다. 특히 해운항만청은 최근 선원법 개정시안을 확정하여 각계의 의견을 수렴하고 있다. 그러나 이에 대하여 각 이해당사자들이 크게 반발, 독자적인 선원법 개정시안을 마련키로 하는 등 향후 선원법 개정작업과정에서 상당한 논란이 예상된다.⁴⁾

생각컨대, 앞으로의 노사관계는 공존과 협력의 rule이 통용되는 관계로 재정립되어야 하며, 이를 위하여 이들 관계를 규율하기 위한 선원관계법 체계도 이에 맞게 재정립되어야 한다. 따라서 선원법의 개정문제에 대하여도 지금까지의 개정시와는 다른 사고방식으로 접근하여야 할 것이다. 즉 단순히 현행 선원법을 기초로 하면서 대답하는 당사자의 이익을 적절히 타협하는 식으로 선원법을 개정하는 것이 아니라, 이제는 우리도 바람직한 선원법, 진정한 의미의 선원법을 갖추어야 한다는 인식을 전제로 하여 선원법을 처음부터 다시 평가하는 작업이 반드시 선행되어야 한다. 그리하여 본고는 이러한 작업의 한 과정으로서, 근로기준법과 현행 선원법의 비교분석을 통하여 현행 선원법의 문제점을 파악하고 그 개선방안을 제시

개정(1987년 11월 28일 법률 제3961호).

2) 물론 이러한 5차에 걸친 개정은 선원법 자체의 개정으로서 행해진 것이었지만, 이것 이외에도 다른 법률의 개정에서 부수하여 선원법의 관련조문이 개정된 것이 두 차례 있었다. 즉 1981년 12월 31일 법률 제3492호에 의한 「사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」의 개정에서 부수하여 선원법 제115조의 사법경찰관에 관한 규정이 개정되었으며, 1993년 3월 10일 법률 제4546호에 의한 「해운법」의 개정에서 부수하여 선원법 제103조 제1항의 규정이 개정되었다.

3) 김형배, 노동법(서울:박영사, 1994), 신정판 머리말 3면 참조.

4) 부산일보, 1994년 6월 11일자 참조.

하는 데 목적이 있다. 이를 위하여 이하에서는 먼저 총론적 고찰로서 선원법의 성격 및 근로기준법과의 관계 등 선원법의 기본문제에 대한 간단한 분석을 통하여 현행 선원법의 문제점 및 선원법 개정의 기본방향을 제시하고(제2장), 다음에 각론적 고찰로서 근로기준법과 선원법의 각 규정을 구체적으로 비교·분석한다(제3장). 마지막으로 제4장에서는 이상의 분석결과를 요약하여 이것을 본고의 결론으로 하고자 한다.

Ⅱ. 선원법의 기본문제

1. 선원법의 개요

(1) 선원법의 의의

선원법은 선원의 직무, 복무, 근로조건에 대한 기준, 직업안정 및 교육·훈련에 관한 사항을 정함으로써 선내질서를 유지하고, 선원의 기본적 생활을 보장·향상시키며 선원의 자질향상을 목적으로 하는 법률이다(법 제1조).

근로자의 근로조건에 대한 기준을 정하는 법률로서 근로기준법(제정 1953년 5월 10일 법률 제286호)과 선원법이 있다. 선원법은 선원을 대상으로 하고, 근로기준법은 선원 이외의 근로자를 그 대상으로 한다. 그 결과, 선원법은 근로기준법과 많은 점에서 그 규정을 달리하고 있다. 즉 선원법은 선원의 근로조건 이외에 근로기준법에서는 찾아볼 수 없는 성질을 가진 선장의 직무와 권한, 선내 질서의 유지, 선원의 직업안정 및 교육·훈련에 관한 중요사항을 규정하고 있다. 따라서 선원법은 선원에 관한 근로기준을 규율하는 해상노동보호법으로서의 성격 이외에 해상교통안전법으로서의 성격도 가진다.⁵⁾

이와 같이 선원법이 근로기준법과 그 구조 및 내용을 달리하여 완전히 독립된 법체계로서 존재하는 이유는 일반적으로 「해상노동의 특수성」에서 찾고 있다.⁶⁾ 그러면 해상노동의 특수성이란 무엇인가. 지금까지 논의된 내용을 종합하면 대략 다음과 같다. 즉, 첫째, 해상노동이 고립된 위험공동체 내에서 전개되는 것이다. 해상노동에 있어서 노무의 제공이 되어야 하는 직장으로서의 선박은 해상위험에 대해서도 원칙적으로는 단지 獨力으로서 항쟁할 수 밖에 없는 고립적 상태에서 해양을 이동하는 것이며, 항행적 활동의 사실로서의 선박의 고립성은 절대적으로 극복할 수 있는 것은 아니다. 해상노동은 이와 같은 제약하에 있는 노동으로서의 특수성을 가진다. 둘째, 해상노동에의 참가는 일반사회로부터 유리된 생활공동체에

5) 日本運輸省 船員法研究會(編), 改正船員法の解説(東京:成山堂, 1984), 序文 1면 참조.

6) 민성규·임동철, 해사법규요론(부산:한국해양대학 해사도서출판부, 1992), 66면.

가입이 강제되는 것이다. 해상노동은 선박을 중심으로 하는 생활공동체와 밀접·불가분의 관계에 있다고 하는 특수성을 가진다. 셋째, 해상노동은 선원을 포함하여 다수의 인명, 재화의 안전에 밀접한 관련을 가지기 때문에 선박공동체의 안전의 확보라고 하는 사회적 요청의 제약을 받는다. 이 때문에 해상노동은 선박공동체의 안전을 위하여 특별한 보호를 받음과 동시에 특별한 제약도 받는 것으로 된다. 넷째, 해상노동의 보호는 세계해운에 있어서 경쟁력의 균등화의 요청으로부터도 필요하게 되고, 이 측면으로부터의 강한 영향을 받는 것이다.⁷⁾

해상노동의 특수성으로서 이상과 같은 점을 드는 것은 시인할 수 있다. 문제는 이러한 해상노동의 특수성이 구체적으로 선원법의 규정에 어떻게 나타나고 있는가 하는 것이다. 이 점에 대하여 현행 선원법의 제규정은 일용 두 그룹으로 구별하여 검토해야 된다고 생각한다. 즉, 육상노동에 대한 법적 규제와 동일한 성격을 가지는 규정(주로 해상노동보호법으로서의 성격을 가지는 규정)과 선원법에 특유한 규정(주로 해상교통안전법으로서의 성격을 가지는 규정)은 구별하여야 한다. 양자 모두 해상노동의 특수성으로부터 생겨난 것이기는 하지만, 전자의 규정은 육상노동법 속에 흡수될 운명에 있는 것임에 대하여, 후자의 규정은 선원법 중에서 발전해 갈 성질의 것이기 때문이다.⁸⁾

(2) 선원법의 구조

선원법은 총칙(제1조 내지 제5조), 선장의 직무와 권한(제6조 내지 제22조), 선내질서의 유지(제23조 내지 제27조), 선원근로계약(제28조 내지 제46조), 임금(제47조 내지 제54조), 근로시간 및 승무정원(제55조 내지 제66조), 유급휴가(제67조 내지 제73조), 선내급식과 안전 및 위생(제74조 내지 제79조), 소년선원과 여자선원(제80조 내지 제84조), 재해보상(제85조 내지 제98조), 선원의 직업안정 및 교육훈련(제99조 내지 제108조), 취업규칙(제109조 내지 제112조), 감독(제113조 내지 제122조), 보칙(제123조 내지 제130조) 및 벌칙(제131조 내지 제148조)의 15개장, 148개조와 부칙으로 구성되어 있다.

이와 같이 현행 선원법은 근로기준법과 마찬가지로 선원의 근로기준에 관한 보호법으로서의 규정을 많이 가지고 있다. 그러나 선원법은 근로기준법과 같이 순수한 노동보호법으로서의 성격을 가지는 데 그치지 않고, 선장의 직무와 권한 및 선내질서의 유지에 관한 규정과 같이 선원의 노동보호와는 직접적인 관계가 없는, 해상충돌예방법, 개항질서법, 선박안전법 등과 같이 해상교통안전법으로서의 성격도 가진다. 뿐만 아니라 노동쟁의행위의 제한에 관한 규정(법 제27조)과 같이 노동관계조정법적인 규정도 있으며, 대행선장의 규정(법 제22조)과 같이 상법과 공통으로 적용되는 규정도 있다.⁹⁾ 따라서 그 구조로부터 본 선원법의 성

7) 住田正二, 船員法の研究(東京:成山堂, 1973), 30면.

8) 위의 책, 30~31면 참조.

9) 선원법 제22조의 선장직무의 대행에 관한 규정은 사법상은 규정이기도 하고, 공법상의 규정이기도 하

격은 극히 복잡하다.

선원법은 그 구조가 복잡하기 때문에 근로기준법과 비교한다면 법해석상 많은 곤란한 문제를 발생시키게 된다. 그것은 첫째, 법의 해석은 법률전체로서 행하여야 하는 것이기 때문에 선원법의 하나의 조문을 선원법의 체계하에서 해석하고자 하는 경우에 다른 성격으로부터의 제약을 피할 수 없기 때문이다. 선원법을 순수한 근로기준에 관한 법인 근로기준법과 같이 해석할 수는 없는 것이다. 둘째, 입법기술적으로 보아 이와 같은 각종의 성격을 만족시키는 것과 같이 모순없이 규정하는 것은 쉽지 않다. 이 때문에 선원법은 반드시 세세한 점까지 충분한 주의가 행해지고 있다고는 말할 수 없고 해석상 장해에 봉착하는 것이다.¹⁰⁾

(3) 선원법의 연혁

1910년의 한일합병에 의한 일제 식민지하에서 1913년에 일본 선원법¹¹⁾의 내용에 따른 조선 선원령과 동령 시행규칙이 제정되었고, 또한 조선 선박직원령과 동령 시행규칙이 제정되어 1945년까지 시행되었다. 그러나 이것은 일본 식민지하의 법체계이므로 우리의 선원법의 역사는 그 후 일제식민지에서 해방된 1945년부터 찾아야 할 것이다.

그러나 해방된 이후에도 우리 나라는 입법기능이 정비되지 아니하여 일본의 법령을 의용하여 그 당시 우리 실정에 맞게 일부를 개정·보완하여 시행하였다. 즉 1948년 이후 선원령, 선박직원령 시행규칙 및 해기사 시험제도 등을 수 차례에 걸쳐 개정하였지만 1953년 12월 해기면허장 및 해기관계 자격증만을 우리 것으로 일제히 갱신한 이외에는 대부분 일제시의 법규를 답습하면서 일부 개정·보완한 것에 지나지 않았다.

그 후 1960년에 들어 국내 해사법규를 정비·제정하기 시작하여, 1962년 1월 10일 법률 제963호로서 선원법이 정식으로 제정·공포되어, 공포일로부터 시행되었다. 그러나 이 법 자체도 일본의 선원법¹²⁾을 근간으로 제정되었으므로 당시의 우리 선원법은 일본의 선원법과 본질적으로 다를 바 없었다.

다. 즉, 대항선장은 선원법상의 규정에 있어서 뿐만 아니라 해상법상의 규정에 있어서도 선장의 직무를 집행한다. 이 점은 상법 제772조의 대선장이 해상법상의 선장의 직무뿐만 아니라 선원법상의 선장의 직무를 선장에 대신하여 집행하는 것과 마찬가지로(위의 책, 10면).

10) 위의 책, 14면.

11) 일본의 선원법은 1899년 3월 법률 제47호로서 제정되어, 동년 6월 16일로부터 시행되었다. 이 법은 주로 선박항행의 안전을 확보하기 위한 행정감독을 목적으로 한 것이었으며, 노동보호법으로서의 내용은 갖지 못하였다. 그러나 이는 동법과 동시에 시행된 상법이 분담함으로써 양법은 상호 보충하는 관계에 있었다(藤崎道好, 船員法總論(東京:成山堂, 1975), 19면).

12) 일본의 선원법은 1899년 제정된 이후 1937년과 1947년에 각각 전면개정되었으며, 이로써 선원법의 성격도 크게 바뀌게 되었다. 즉 선원의 노동보호에 관한 규정, 선원최저연령에 관한 규정, 선장의 직무권한에 관한 규정 등이 1937년과 1947년의 개정시에 선원법에 포함되게 되었다(住田正二, 앞의 책, 3면). 따라서 우리의 선원법 제정시 주로 참고한 일본의 선원법은 내용적으로나 발생사적으로 보아 1947년의 선원법인 것으로 보인다.

이렇게 하여 제정된 선원법은 1966년 12월 9일 법률 제1844호에 의하여 처음으로 개정되게 되었다(제1차 개정). 이 개정에서는 어선원의 송환에 관한 규정(제53조 2항)과 송환수당에 관한 단서 규정(제55조 1항 단서)을 신설하였으며, 비율에 의한 보수의 월액을 「월보수액」이라는 용어로 통일하여 정리하는 등(제64조 2항, 제96조 1항, 제98조 및 제99조) 몇몇 법률용어를 바로 잡았다. 특히 주목할 만한 점은 제28조 제1항의 쟁의행위의 제한에 관한 규정¹³⁾에 위반한 선원에 대한 벌칙규정을 신설한 것이다(제134조 2항, 3항). 이에 따라 위법한 쟁의행위를 지휘하거나 지도적 임무에 종사한 자는 3년 이하의 징역에 처하고(동조 2항 1호), 그 쟁의행위의 모의에 적극적으로 참여하거나 선동한 자는 2년 이하의 징역 또는 20만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있으며(동조 2항 2호), 이 내용은 현행 선원법에서도 그대로 유지되고 있다(제136조 2항, 3항). 그러나 이 규정은 외국의 입법례 및 노동쟁의조정법과 비교한다면 그 벌칙의 내용이 선원에게 너무 가혹한 것으로서 입법론상 비판의 여지가 있다.¹⁴⁾

다음으로 제2차 개정은 1973년 2월 5일 법률 제2467호에 의하여 이루어졌다. 이 개정에서는 유족수당의 지급요건을 종래 선원의 직무상 사망에 한하던 것으로부터(제98조 1항) 선원의 고의 또는 중대한 과실에 의하지 않은 승무중의 사망에까지 확대하였으며(제98조 2항), 행방불명수당과 소지품 유실보상에 관한 규정을 신설하였을 뿐만 아니라(제99조의 2, 제99조의 3), 선박소유자로 하여금 선원에 대한 재해보상의 완전한 이행을 할 수 있도록 선박소유자 책임보험¹⁵⁾에 가입하도록 규정함으로써(제128조의 3) 선원의 재해보상제도의 개선에 중점을 두었다.

그 후 1981년 12월 31일 법률 제3492호에 의한 「사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」의 개정에서 부수하여 선원법 제115조의 개정이 있었음은 전술한 바와 같다.¹⁶⁾

이상의 개정은 모두 부분적인 개정에 불과하였다. 그러나 1984년 8월 7일 법률 제3751호에 의하여 이루어진 제3차 개정은 전면개정의 형식을 취하여 행해졌다. 이것은 「1978년 선원의 훈련, 자격증명 및 당직근무의 기준에 관한 국제협약」(International Convention on Standards of Training, Certification and Watch-keeping for Seafarers, 1978. 이하에서는 STCW협약이라 한다)을 수용하여 선박항행의 안전을 도모하고, 해양환경보전에 능동적으로 대처하며, 선원의 근로조건을 향상시키는 동시에 현행규정의 미비점을 보완하기

13) 선원법 제28조 제1항 : 근로관계에 관한 쟁의행위는 선박이 항해중에 있을 때나 외국의 항구에 있을 때 또는 그 쟁의행위로 인하여 인명 또는 선박에 위험이 미칠 경우에는 이를 행하여서는 아니된다.

14) 이에 대하여는 제3장에서 보다 상세하게 다룬다.

15) 예컨대 P&I보험 등. 참고로 현행 선원법의 경우에 이 책임보험에는 한국해운조합법 및 수산업협동조합법에 의한 공제를 포함한다(시행령 제32조 2항).

16) 「형사소송법에 규정된」이라는 문언을 「사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」이 정하는 바에 의하여,라고 하는 것으로 바꾼 것 밖에 없다.

위한 것이었다. 제3차 개정의 주요골자는 다음과 같다.¹⁷⁾ 첫째, 선박소유자는 계속근무년수가 1년 이상인 선원이 퇴직하는 경우에는 계속근무년수 1년에 대하여 1월분의 기본급에 상당하는 퇴직금을 지급하는 제도를 마련하도록 하였다(제51조). 둘째, 선박항행의 안전과 해양환경보전을 도모하기 위하여 채택된 STCW협약의 내용을 수용하기 위하여 항해당직부원과 위험물 적재선박의 승무원은 일정한 자격요건을 갖추도록 하였다(제63조). 셋째, 계속하여 승무한 기간이 10월 이상인 선원에 대한 유급휴가일수를 년 25일에서 년 36일로 연장하여 근로조건을 향상시켰다(제68조). 넷째, 여자가 선원으로 취업하는 것을 금지하는 규정을 삭제하여 여자도 선원이 될 수 있게 하되, 선박소유자는 여자선원을 위험한 선내작업이나 위생상 유해한 작업에 종사시킬 수 없게 하였다(제81조). 다섯째, 직무상 부상 등으로 요양을 받고 있는 선원이 2년이 경과하여도 치유되지 아니하는 경우 장해수당의 최고액을 일시에 지급함으로써 선원의 직무상 부상 등에 따른 보상문제를 정리할 수 있도록 하였다(제89조). 여섯째, 우리 나라 영해안에 있는 외국선박에 대하여 항해당직의 실시여부에 관한 감독근거를 마련하였다(제114조).

1984년에 전면개정된 선원법은 1987년에 11월 28일 법률 제3961호에 의하여 부분적으로 개정되었으며(제4차 개정), 이 개정은 1988년 1월 1일부터 시행되고 있다. 그 개정내용을 간단히 살펴보면 다음과 같다.¹⁸⁾ 첫째, 선원에 대한 선장의 하선징계의 남용을 예방하기 위하여 하선징계의 요건을 앞으로는 선내질서를 현저히 문란하게 한 경우 등으로 한정시켰다(제24조 3항). 둘째, 선박소유자는 정당한 사유가 없으면 선원근로계약을 해지할 수 없으며, 이를 위반한 때에는 1년 이하의 징역 또는 250만원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 하였다(제34조 4항 및 제139조 1항). 셋째, 퇴직금은 지금까지 1년 근속근무에 1월분의 기본급을 지급하도록 하여 온 것을 앞으로는 기본급의 130퍼센트를 지급하도록 하여 이를 상향조정하였다(제51조). 넷째, 어선원의 임금을 비율급으로 지급하는 경우에도 앞으로는 어선원의 생활안정을 위하여 매월 고정급을 지급하도록 하였다(제52조 1항). 다섯째, 취업규칙 신고의 무의 대상자 범위를 일반계약에 의하여 선원을 고용하는 선박소유자 이외에 앞으로는 특정 계약에 의하여 선원을 고용하는 선박소유자중 대통령령이 정하는 자까지로 확대하였다(제109조 1항).

한편 선원법은 1990년 8월 1일 법률 제4255호에 의하여 다시 큰 폭으로 개정되었다(제5차 개정). 그 개정이유는 1990년대의 선원고용 및 노사관계의 변화에 능동적으로 대처하기 위하여 선원근로계약제도와 유급휴가, 근로시간 및 재해보상 등에 관한 선원의 근로조건을 개선하고, 각종 수당 및 재해보상의 산정기준을 기본급에서 근로기준법에 준하는 통상임금 및 평균임금으로 전환함으로써 선원의 처우를 향상시키려는 것에 있었으며, 이 때 신설되었

17) 관보 제9812호 참조.

18) 관보 제10797호 참조.

거나 개정된 내용의 주요골자는 다음과 같다.¹⁹⁾ 첫째, 승선평균임금제 및 통상임금제를 도입하여 퇴직금·장해보상 등은 승선평균임금으로 산정하고, 실업수당·송환수당 등은 통상임금으로 산정하도록 하되, 어선원의 경우 각종 수당 및 재해보상의 금액은 월고정급에 대통령령이 정하는 비율을 곱하여 산정하도록 하였다. 둘째, 선박의 특정여부 및 계약기간의 유무를 기준으로 일반계약과 특정계약으로 구분하던 종전의 근로계약제도를 일반근로계약제도로 전환하였다. 셋째, 총승선원수의 10퍼센트를 예비원으로 확보하도록 하는 예비원제도를 신설하였다. 넷째, 항해당직을 하지 아니하는 선원과 정박중인 선원의 근로시간을 1주에 48시간에서 44시간으로 단축하였다. 다섯째, 유급휴가일수를 외항상선원은 월 4일씩, 연안상선원은 월 3일씩으로 하고, 유급휴가기간중의 휴일은 유급휴가기간에 포함시키지 못하도록 하며, 근속년수 1년에 대하여 1일의 유급휴가를 추가로 부여하도록 하였다. 여섯째, 장해보상·유족보상 및 장제비를 산업재해보상보험법에 의한 기준과 일치시키고 상병보상 및 행방불명보상의 기준을 상향조정하였다.

또한 제5차 개정후 1993년 3월 10일 법률 제45462호에 의한 「해운업법」의 개정에서 부수하여 선원법 제103조 제1항의 개정이 있었다.²⁰⁾

이상에서 살펴 본 바와 같이 그동안 우리 나라의 선원법은 새로운 법률조항의 신설 또는 기존 법률조항의 개폐를 통하여 많은 변모를 거듭해 왔으며, 이로써 전체적인 선원법의 체계는 많이 개선되었음은 부인할 수 없는 사실이다. 그러나 아직까지 선원법에서 정하는 기준이 육상의 제반 노동관계법에서의 기준에 미치지 못하는 부분이 많다. 게다가 육상의 노동관계법 조차도 국제적 기준에 적응하지 못하는 부분이 적지 않아 이들 규정에 대한 개폐논쟁이 가열되고 있는 것이 현재의 실정임을 고려한다면, 이제 현행의 선원법을 육상의 노동관계법의 기준에 적응시키고, 더 나아가 국제적 기준에 접근 또는 적응시키는 입법적 개선을 하지 않으면 안 되게 되었다. 이에 대한 상세한 검토는 제3장으로 미룬다.

2. 선원법과 근로기준법과의 관계

(1) 선원법은 근로기준법의 특별법인가?

근로자의 근로조건의 보호하는 노동보호법(Arbeitnehmerschutzrecht)으로서 근로기준법과 선원법이 있다.²¹⁾ 선원법은 선원인 근로자의 근로기준에 대하여 규정하고, 근로기준법

19) 관보 제11589호 참조.

20) 제103조 1항중 「해운업법」을 「해운법」으로 한 것뿐이다.

21) 노동법의 규율대상을 「근로관계」라고 한다면 이 근로관계의 당사자인 근로자를 보호하는 제도적 방법으로서 크게 두 가지가 있다. 그 하나는 근로관계의 일방당사자인 사용자의 행위를 규제함으로써 개근로자를 개별적인 방법으로 보호하는 것이고, 다음으로는 노동조합이라는 단체를 통하여 근로자들을 집단적 방법을 통해서 보호하는 것이다. 전자의 보호법규의 총체를 개별적 근로관계법이라 하며, 근

은 선원 이외의 근로자의 근로기준에 대하여 규정하고 있다. 이 근로기준법과 선원법의 관계에 대하여는 일반법·특별법의 관계에 있다고 보아야 할 것인가, 아니면 양자대등의 법으로 보아야 할 것인가 하는 문제가 있다.

이 두개의 법률의 관계에 대하여 근로기준법에는 아무런 규정도 두고 있지 않다.²²⁾ 그러나 선원법 제5조 제1항은 「근로기준법 제2조 내지 제9조·제14조 내지 제16조·제30조·제30조의 2·제31조의 2·제107조·제109조·제110조 및 제111조의 규정은 선원의 근로관계에 관하여 이를 적용한다」라고 규정하고 있다. 한편 1984년에 개정되기 전의 선원법에서는 이와 관련하여 제128조에서 「선원의 노무에 관하여 이 법에 규정한 것을 제외하고는 근로기준법을 준용한다」라고 규정하고 있었다. 그렇다면 개정전의 선원법과 현행 선원법의 규정의 차이는 어떠한 의미를 갖는 것인가? 우선 양 규정의 문언만으로부터 추측한다면, 개정전의 선원법은 선원법을 근로기준법의 특별법으로 보고 있음에 대하여 현행의 선원법은 선원법을 근로기준법과 대등한 관계에 있는 것으로 파악하고 있는 것 처럼 보인다.

그러나 조금 더 구체적으로 살펴보면 선원법과 근로기준법의 관계는 양자가 일반법·특별법의 관계에 있는지, 아니면 대등한 관계에 있는지 여전히 불명확한 것임을 알 수 있다. 선원법과 근로기준법의 관계에 대하여는 어떤 면으로부터 보면 확실히 일반법·특별법의 관계에 있는 것으로 생각된다. 예를 들면 선원법의 적용과 근로기준법의 적용의 관계를 본다면, 선원법의 적용을 받지 않는 선원이라고 하더라도 그 자가 근로기준법의 적용대상인 사업장에 고용된 근로자인 한 근로기준법의 적용을 받는 것으로 된다.²³⁾ 이 점으로부터 본다면 양자는 일반법·특별법의 관계에 있다고 생각된다. 또한 근로기준법이 적용하는 내용과 선원법이 규정하는 내용의 관계에 대하여 생각한다면 선원법은 선원노동의 특수성으로부터 특히 근로기준법이 정하는 근로기준과는 다른 근로기준을 규정한 것이라고 본다면 선원법은 근로기준법에 대하여 특별법의 지위에 있는 것으로 볼 수 있을 것이다.²⁴⁾

그러나 다른 면으로부터 본다면, 양법은 상호대등의 관계에 있는 것으로도 볼 수가 있다. 예를 들면 통상 일반법·특별법의 관계에 있어서는 특별법에 규정하고 있지 않은 사항에 대

로기준법·선원법·최저임금법·남녀고용평등법·산업재해보상보험법·직업훈련기본법 등이 이에 속한다. 그리고 후자의 보호법규의 총체를 집단적 노사관계법이라 하며, 이에 속하는 것으로는 노동조합법·노동쟁의조정법 등이 있다(김형배, 근로기준법(서울:박영사, 1993), 3면).

22) 일본의 경우 우리의 근로기준법에 해당하는 노동기준법 제116조에서 「제1조 내지 제11조, 제 117조 내지 제119조 및 제121조의 규정을 제외하고, 이 법률은 선원법에 의한 선원에 대하여는 이것을 적용하지 아니 한다」라고 하는 선원법에 대한 적용특례규정을 두고 있다.

23) 현행 근로기준법은 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용된다(근기법 제10조 1항 본문). 근로기준법은 사업과 사업장에 대해서 유형별로 이를 구별하지않고 있으며, 그 개념에 대해서도 아무 규정을 두고 있지 않다(김형배, 근로기준법, 39면 참조). 따라서 선원법의 적용대상에서 제외되는 선원에 대하여 그 자가 근로기준법의 적용대상인 사업장의 근로자인 한 근로기준법의 적용을 받게 되는 당연한 것이다.

24) 佐田正二, 앞의 책, 15면.

하여는 일반법의 규정에 의하여 해결되는 것으로 되지만, 선원법과 근로기준법의 관계에 있어서는 선원법과 근로기준법은 각각 별개의 것을 규정하고 있으며, 양자는 무관계한 것 처럼 보인다. 따라서 이 면으로부터 본다면 양자는 상호대등의 관계에 있는 것으로 볼 수 있다.²⁵⁾

이와 같이 근로기준법과 선원법이 일반법·특별법의 관계에 있는가, 아니면 상호대등의 관계에 있는가는 반드시 명료한 것은 아니지만, 이 점에 대한 논의가 단순한 이론상의 문제에 지나지 않는 것이 아니라 실익이 있으며, 선원법의 해석상으로도 의미가 있는 것이다.

(2) 선원법과 근로기준법의 관계²⁶⁾

근로기준법과 선원법의 관계를 어떻게 파악해야 할 것인가는 입법정책적으로 또는 입법기술적으로 해결하여야 할 문제이다. 다만 한국의 현행법상 양자의 관계가 어떻게 해결되고 있는가는 전술한 바와 같이 명확한 것은 아니다.²⁷⁾

선원법 제5조 제1항이 근로기준법 소정의 규정들이 선원의 근로관계에 대하여 적용된다고 규정하고 있으므로 선원법은 양법이 상호대등의 관계에 있다는 것을 의식하고 있는 것 처럼 보인다. 그러나 이 규정과는 관계없이 양자의 관계를 검토한다면 역시 일반법·특별법의 관계에 있는 것으로 해석하는 것이 타당할 것이다.²⁸⁾

그것은 첫째, 선원과 그를 고용하는 선박소유자는 모두 근로기준법에서 말하는 근로자 또는 사용자인 점이다. 선원은 근로기준법 제14조의 근로자이며, 마찬가지로 선박소유자 역시 동법 제15조의 사용자임에는 의심의 여지가 없다. 이와 같이 근로기준법은 근로자와 사용자의 범위에 널리 선원과 선박소유자를 포함하고 있다고 보아야 하므로, 이 점으로부터 근로기준법은 명확하게 일반법적인 성격을 가지고 있다고 말할 수 있다.

둘째, 근로기준법과 선원법의 적용관계를 보면 선원법은 근로기준법의 특별법의 지위에 있는 것 처럼 보인다. 즉, 어떤 기업에 사용되는 자는 선박에 승선하기 위하여 고용되어 있는 한 선원법의 적용을 받지만, 그 자가 육상근무에 임하는 경우에는 선원법의 적용이 배제되어 자동적으로 근로기준법이 적용된다. 이것은 근로기준법이 노동보호법으로서 일반법의 지위에 있고, 선원법은 특별법의 지위에 있다는 것을 나타내는 것이다.

이와 같이 근로기준법과 선원법은 노동보호법으로서 상호대등의 관계에 있는 것이 아니라

25) 위의 책, 16면.

26) 住田正二, 앞의 책, 19면 이하 참조.

27) 우리 나라의 학설은 양자의 관계를 일반법·특별법의 관계로 파악하고 있는 것으로 보인다(민성규·임동철, 앞의 책, 66면 ; 김형배, 근로기준법, 45면 참조).

28) 그러나 보다 정확하게 말한다면, 선원법은 근로기준법의 특별법이기도 하고 특별법이 아니기도 하다. 왜냐 하면 선원법은 상당히 광범위한 규정을 포함하고 있기 때문에 어떤 규정은 특별법이지만 어떤 규정, 예를 들면 선장의 직무와 권한, 선내질서의 유지 등에 관한 규정이 근로기준법의 특별법일 수는 없기 때문이다(松村勝二郎, 「船員法の適用(四)」, 海事法研究會誌 No.112(1993.2), 26면 참조).

일반법·특별법의 관계에 있는 것으로 해석된다. 무엇보다도 이 논의가 근로기준법과 선원법의 관계를 일반법·특별법의 관계에 있는 것으로 보든지, 아니면 대등한 관계에 있는 것으로 보든지 거기에 어떠한 실익이 없다면 법률의 해석에 있어서 그다지 의미가 없는 것으로 된다. 왜냐 하면 순학문적인 의의는 어쨌든 실제상으로는 어느 쪽이라도 좋다는 것으로 되기 때문이다. 그러나 이 점에 대하여는 실익이 있으므로 결코 무의미한 논의인 것은 아니다.²⁹⁾

결국 근로기준법과 선원법이 일반법·특별법의 관계에 있는 것으로 파악한다면, 양법의 관계에 관한 현행 선원법 제5조 제1항의 규정은 불충분한 것이다.³⁰⁾ 따라서 이 규정은 양법의 관계를 해석상 논의의 여지가 없이 명확하게 정립하는 방향으로 개정되어야 한다. 즉, 제5조는 (근로기준법과의 관계)라는 표제하에 「선원의 근로에 관하여 이 법에 규정한 것을 제외하고는 근로기준법을 준용한다」라는 것으로 개정되어야 한다.

3. 현행 선원법의 문제점 및 개정의 기본방향

(1) 현행 선원법의 문제점

이상과 같은 선원법의 기본문제에 대한 분석을 기초로 하여 현행 선원법이 가지고 있는 문제점을 정리하면 다음과 같다.³¹⁾

첫째, 현행 선원법은 그 동안 수 차례에 걸친 개정을 통하여 새로운 법률조항의 신설 또는 기존 법률조항의 개폐를 통하여 많은 변모를 거듭해 왔으며, 이로써 전체적인 선원법의 체계는 많이 개선되었음은 부인할 수 없는 사실이다. 그러나 아직까지 선원법에서 정하는 기준이 육상의 제반 노동관계법 더 나아가 이와 관련한 국제적 기준에 미치지 못하는 부분이 많은 것이 현실이다.

둘째, 선원법이 근로기준법과 그 구조 및 내용을 달리하여 완전히 독립된 법체계로서 존재하는 이유는 일반적으로 「해상노동의 특수성」에서 찾고 있다. 그러나 해상노동의 특수성은 선원법상의 근로기준이 근로기준법의 그것보다 하회하는 것을 정당화시키는 이유가 될 수 없음은 자명하다. 그럼에도 불구하고 현행 선원법에는 근로기준법 및 개별근로관계법을 충분히 수용하지 못하고, 근로기준법보다 하회하는 규정이 여전히 남아 있다.

셋째, 선원법의 개정경위를 살펴본다면, 그 동안의 개정은 정부가 일정한 목표하에서 노동보호법으로서의 선원법의 개정에 어울리는 대의명분을 갖고 행하였던 것은 아니다. 현행 선

29) 근로기준법과 선원법의 관계를 명확히 하는 것의 실익에 대하여는 住田正二, 앞의 책, 20~28면 참조. 여기서는 그 실익으로서 첫째, 유급휴가에 관한 규정의 적용범위를 명확하게 하는 점, 둘째, 동거의 친족에 대한 선원법의 적용의 유무문제를 함리적으로 해결할 수 있다는 점을 든다.

30) 뿐만 아니라 준용규정의 한정에 따른 문제가 발생한다. 즉 제5조 제1항에서 준용규정을 열거하고 있으나 모법만 제정되어 있고 시행령에는 해당 규정이 없어 실제로는 아무런 의미가 없게 되어 있다.

31) 다만 이러한 문제점은 다음 장에서의 구체적인 분석을 통하여 보다 명확하게 부각될 것이다.

원법의 제규정은 일정한 법정책적 목적하에 수미일관하게 규정되어 있는 것이 아니다. 그 주된 이유는 지금까지의 선원법의 개정이 단순히 서로 대립하는 당사자의 이익의 무원칙적인 타협의 형태로 이루어졌기 때문일 것이다.

넷째, 민법, 상법, 형법, 해양오염방지법, 해난심판법, 선박직원법 등의 내용을 부연하여 선원에게 불리하게 규정하고, 특히 사회법으로서의 선원법의 성격과는 맞지 않게 선원을 선박소유자와 대등한 관계로 설정하여 선원에게 과중한 책임을 부담시킬 뿐만 아니라 근로기준법과는 달리 해고의 자유를 상당히 광범위하게 인정하고 있다.

다섯째, 휴일과 근로시간 부분에는 해상에 근무하면서도 시간외수당과 연월차 유급휴가가 육상근로자보다 낮게 규정되어 있고 제반 보상과 퇴직금 등의 산정기준이 되는 평균임금이 육상보다 적게 산입되어 있다.

여섯째, 단체협약이나 취업규칙에 정하여야 할 사항을 법제화하여, 임금을 유일한 생계수단으로 하는 선원은 선원수첩 또는 해기면허 정지와 함께 해고되거나 취업기회가 봉쇄되는 것만으로도 가혹한 처벌인데도, 이에 부가하여 징역 또는 벌금을 부과함으로써 선원에게 너무나 가혹한 규정을 두고 있다.

(2) 선원법개정의 기본방향

이상에서 우리 선원법이 갖고 있는 문제점을 간단히 살펴보았다. 그러면 이하에서는 구체적인 분석작업에 앞서 이러한 문제점을 해결하기 위한 선원법개정의 기본방향을 정립·제시하고자 한다.

선원법개정의 기본방향은 먼저 선원법의 개정이 대폭적인 개정에 이를 것인가, 아니면 그것을 보류하고 일부의 수정만에 머무를 것인가 어떤가에 따라서 달라진다. 완전한 개정 때까지 이를 경우에는, 그 동안의 수차에 걸친 선원법의 개정이 그때마다 서로 대립하는 당사자의 이익의 무원칙적인 타협으로 말미암아 현행의 선원법이 진정한 의미의 선원법으로서의 지위를 상실하였다는 비판적인 견해가 상존하고 있음을 고려하여, 현행법의 체계를 기본적으로 그대로 유지하면서 서로 대립하는 이익의 타협점을 찾아 부분적으로 개정하는 태도를 취하는 것이 아니라, 새롭고 바람직한 선원법을 제정한다는 시각에서 진정한 선원법으로서의 선원법을 갖춘다는 인식을 전제로 하여 선원법의 근본에 내재하고 있는 하자나 개개의 규제대상에 대한 가치판단의 변화에 기하여 발생한 또는 알게 된 흠결을 근원적으로 제거하는 방향으로의 개정이 이루어져야 할 것이다. 여기서는 선원법에서 정하고 있는 선원의 근로조건의 기준이 근로기준법에 의한 육상의 근로자의 기준과 비교하여 어떠한가, 또는 이에 관한 국제적 기준과 비교한다면 어떠한가 등에 대한 체계적인 검토가 선행되어야 하며, 이를 기초로 하여 선원법의 수준을 이들 수준에 적응 또는 접근시키는 방향으로의 입법적인 개선이 요청된다.

다음으로 일부 수정만이 고려되는 것에 머물 경우에는 현행법의 체계를 기본적으로 그대로 유지하면서, 지금까지 선원법의 해석·적용에 있어서 비교적 의견이 일치하고 있는 일련의 문제점이나 압도적으로 지지되고 있는 점에 대한 각종 제안을 입법상 반영하여야 할 것이다. 생각컨대 현행 선원법에 문제점이 있는가 없는가는 論者에 따라서 달라질 수 있다. 그러나 선원법은 선원의 근로조건의 보호를 목적으로 하는 기본법으로서의 성격을 가지므로, 현행 선원법의 규정중에서 현대적인 선원의 근로조건에 관한 보호법으로서의 성격에 합치하지 못하는 제규정은 개정범위와는 관계없이 항상 입법상 고려되어야 한다. 私見에 의한다면 특히 이하와 같은 점들이 그것에 해당한다고 생각한다. 먼저 첫째로 선원법에 정하여지지 않은 사항이나, 근로기준법에 하회하는 사항은 근로기준법을 적용하도록 함으로써 선원법의 한계를 극복하며, 근로기준법과의 차별을 없애고 선원법의 규정을 이유로 다른 근로관계법의 적용대상에서 제외되지 않도록 할 것, 둘째로 근로계약, 임금, 재해보상에 관하여 근로기준법보다 저하되거나 동등한 수준으로 규정된 사항은 삭제하여 근로기준법 및 산업재해보상보험법을 적용하도록 하고, 선원에게만 특수하게 정하여야 할 실업수당은 해지수당으로 개칭하여 명확하게 용어를 규정하고 특히 송환에 관한 노사분쟁의 소지를 감소시키기 위하여 「지체없이 선원을 송환」토록 의무화하고, 선박소유자에 의해 선원이 해외에서 유기될 시 송환을 원활하게 하기 위하여 송환기금제도를 도입할 것, 셋째로 근로시간, 정원, 선박안전, 위생에 관한 적용대상의 선박을 국제기준에 맞추어 총톤수 500톤 이상으로 조정하고, 근로시간은 근로기준법과 같이 그 기준을 1일 8시간 1주일간 44시간을 원칙으로 하되 항해당직은 의무적으로 1주일에 12시간의 초과근로를 하도록 함으로써 선박운항을 정상화할 수 있도록 함과 동시에 근로기준법과의 형평을 유지하도록 할 것, 넷째로 선원에 대한 벌칙규정을 삭제 또는 완화할 것 등이 그것이다.

현시점에서는 선원법의 개정이 전체적으로 실행될 것인가, 아니면 부분적으로 실행될 것인가를 전망하기는 대단히 곤란하다. 그러나 어느 경우라고 하더라도 개정의 법정채적인 목적을 고려하여 이상의 개정방향에 따른 선원법의 개정이 반드시 이루어져야 한다고 생각한다.

Ⅲ. 선원법과 근로기준법의 비교분석

1. 법의 구조

(1) 선원법은 총칙(제1조 내지 제5조), 선장의 직무와 권한(제6조 내지 제22조), 선내질서의 유지(제23조 내지 제27조), 선원근로계약(제28조 내지 제46조), 임금(제47조 내지 제

54조), 근로시간 및 승무정원(제55조 내지 제66조), 유급휴가(제67조 내지 제73조), 선내급식과 안전 및 위생(제74조 내지 제79조), 소년선원과 여자선원(제80조 내지 제84조), 재해보상(제85조 내지 제98조), 선원의 직업안정 및 교육훈련(제99조 내지 제108조), 취업규칙(제109조 내지 제112조), 감독(제113조 내지 제122조), 보칙(제123조 내지 제130조) 및 벌칙(제131조 내지 제148조)의 15개장, 148개조와 부칙으로 구성되어 있다.

(2) 근로기준법은 총칙(제1조 내지 제19조), 근로계약(제20조 내지 제33조), 임금(제34조 내지 제41조), 근로시간과 휴식(제42조 내지 제49조), 여자와 소년(제50조 내지 제63조), 안전과 보건(제64조 내지 제73조), 기능습득(제74조 내지 제77조), 재해보상(제78조 내지 제93조), 취업규칙(제94조 내지 제98조), 기숙사(제99조 내지 제101조), 근로감독관(제102조 내지 제106조), 벌칙(제107조 내지 제112조)의 12개장, 112개조와 부칙으로 구성되어 있다.

(3) 이상의 선원법과 근로기준법의 구조를 비교하여 본다면, 선원법은 근로기준법에서 규정하고 있는 내용들을 거의 모두 포함하고 있다. 따라서 선원법도 기본적으로는 근로기준법과 같이 노동보호법으로서의 성격을 가진다. 그러나 선원법은 근로기준법과는 달리 선원의 노동보호와는 직접적인 관계가 없는 선장의 직무와 권한 및 선내질서의 유지에 관하여 별도의 장을 두어 규정하고 있다(선원법 제2장, 제3장). 제2장 선장의 직무와 권한의 규정은 사회공공의 질서인 선박항행의 안전을 확보하기 위하여 선장의 공법상의 권한을 정한 것이며, 제3장 선내질서의 유지의 규정은 선박내의 질서를 유지하기 위하여 해원에게 일정한 의무를 과함과 동시에 선장에게 선박권력을 부여하는 것을 규정한 것이다. 이들 2개장의 규정은 선박의 고립성으로부터 발생하는 위험을 극복하기 위한 요청에 답하기 위한 것이며 육상의 노동보호법인 근로기준법에는 유례가 없는 것이다. 따라서 선원법은 근로기준법과는 달리 노동보호법으로서의 성격 이외에 해상교통안전법으로서의 성격도 가진다. 결국 선원법의 구조는 근로기준법에 비하여 훨씬 복잡한 것임을 알 수 있다.

그렇다면 양법의 구조상의 관계를 비추어 본다면, 선원법 중에서 선원의 노동보호법으로서의 성격을 가지는 부분은 이를 선원법에서 삭제하여 선원에게도 근로기준법이 적용되게 하고, 해상교통안전법으로서의 성격을 가지는 부분은 이를 별개의 법으로서 발전시켜 나감으로써 선원법을 폐지하여야 한다는 것도 충분히 논의될 수 있다. 이 문제는 선원법에서 정하는 근로조건의 기준이 근로기준법의 그것보다 하회하면 할수록 더욱 더 제기될 가능성이 클 것이다.

생각컨대, 육상의 근로기준법과는 별도로 선원의 근로기준법인 선원법을 두어야 하는가 하는 문제는 반드시 논리필연적인 것이 아니라 입법기술상의 문제 또는 입법정책상의 문제이다. 외국의 입법례를 본다면, 국제노동기구의 「국내선원법전의 작성에 관한 권고」³²⁾의 취지에 좇아, 우리 나라의 경우와 마찬가지로 선원의 근로기준을 보호하는 법률과 선원 이외의

노동자의 근로기준을 보호하는 법률을 별개로 제정하고 있는 경우가 많다.³²⁾ 따라서 현 시점에서는 선원법을 폐지하는 것보다는 이를 개선해 나가는 것이 더욱 바람직한 것으로 생각된다.

2. 적용범위

(1) 선원법은 선박법에 의한 대한민국 선박(어선법에 의한 어선을 포함한다)과 대한민국 선박 이외에 대통령령이 정하는 선박³⁴⁾으로서 총톤수 5톤 미만의 선박, 호수·강 또는 항내만을 항행하는 선박 및 총톤수 30톤 미만의 어선으로서 교통부령이 정하는 선박³⁵⁾에 해당하지 아니하는 선박에 승무하는 선원과 그 선박의 소유자에 대하여 적용한다(법 제2조 1항).

이와 같은 선원법의 적용선박의 범위는 선원법이 1962년에 제정된 이후 그 동안 수 차례의 개정을 겪었음에도 불구하고 거의 변화가 없었음을 쉽게 알 수 있다. 또한 선원법이 근로기준법과는 별개로 제정되어 있는 원인을 해상노동의 특수성에서 찾는다면, 총톤수 5톤 미만의 선박, 호수·강 또는 항내만을 항행하는 선박 및 총톤수 30톤 미만의 어선으로서 교통부령이 정하는 선박을 선원법의 적용에서 제외한 이유는 이들 선박내에서의 근로는 해상노동으로서의 특수성이 없으며 육상근로자의 근로와 다름없기 때문에 선원법을 적용하지 않고 노동보호법의 일반법인 근로기준법의 적용을 받는 것이 적당하다는 것에 의한다.

(2) 근로기준법은 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용함을 원칙으로 하고 있으며(동법 제10조 1항), 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 근로기준법의 일부규정을 적용할 수 있도록 하고 있다(동법 제10조 2항).

위와 같이 근로기준법이 적용되는 사업 또는 사업장은 동법규정의 적용과 관련하여 그것이 전면적으로 적용되는 사업 또는 사업장과 부분적으로 적용되는 사업장으로 구분된다. 그

32) 국제노동기구의 총회는 1920년 6월 15일 제네바에서 소집되어, 각국 국내법을 명확하고 조직적인 법전 편찬을 하도록 하여 각국 선원으로 하여금 자타 어느 나라의 선박에 고용되든 관계없이 그 권리 및 의무에 대하여 보다 나은 이해를 얻을 수 있게 하기 위하여 또한 국제선원법전 작성을 위한 사업을 진행시키고 더욱 더 쉽게 하기 위하여 국제노동기구의 각 가맹국이 선원에게 특수한 그 일체의 법률 및 규칙을 선원법전으로 편찬할 것을 권고한 「국내선원법전의 작성에 관한 권고」(국제노동기구 권고 제9호)를 채택하였다(전국해원노동조합연맹, ILO해사협약과 권고(서울, 1985), 395면).

33) 住田正二, 앞의 책, 16면.

34) 대한민국 국적을 취득할 것을 조건으로 용선한 외국선박과 국내항 사이만을 항행하는 선박을 말한다(선원법 시행령 제2조 1호, 2호).

35) 선박안전법 시행령 제9조 제1호의 규정에 의한 평수구역 동령 제9조 제2호의 규정에 의한 연해구역 또는 동령 제9조 제3호의 규정에 의한 근해구역에서 어로작업에 종사하는 총톤수 30톤 미만의 어선(운반선을 포함한다)을 말한다(선원법 시행규칙 제2조).

리고 근로기준법의 전면적용범위는 선원법과는 달리 시대와 함께 변천을 겪어 왔다. 최근에는 이것이 상시 10인 이상의 근로자를 사용하는 사업장(1987.12.31 개정 근기법 시행령 제1조)에서 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업장(1989.3.29 개정 근기법 제10조 1항 본문)으로 확대되었다. 이에 따라 부분적용을 받게 되는 사업장의 범위도 4인 이하의 사업장으로 조정되었다. 다만 동 사업장에 적용되는 근로기준법의 규정은 대통령령으로 정하도록 하고 있다(근기법 제10조 2항).³⁶⁾

(3) 이상의 선원법과 근로기준법의 적용범위를 비교하면 다음과 같이 요약된다. 첫째, 선원법에서는 선박이 선원법의 적용단위로서 그 의의를 가지며, 근로기준법에서는 사업 또는 사업장이 근로기준법의 적용단위로서 그 의의를 가지는 것이다. 둘째, 선원법의 적용선박의 범위는 1962년 선원법의 제정 이후 거의 변화가 없으나, 근로기준법이 적용되는 사업 또는 사업장의 범위는 점차 확대되어 가는 것이 최근의 경향이다. 셋째, 선원법의 적용범위는 一元的임에 반하여, 근로기준법의 적용범위는 전면적용과 부분적용으로 나누어 규정함으로써 二元的임을 알 수 있다.

생각컨대, 선원법과 근로기준법은 모두 노동보호법으로서 각종 근로조건을 최저기준을 정함으로써 근로자의 기본적인 생활을 보장·향상시키는 것을 목적으로 하는 법이므로 사회의 발전에 따라 그 적용범위를 확대해 가는 것은 필연이다. 이 점에서 본다면, 그 적용범위를 확대해 가는 근로기준법의 태도가 보다 바람직하다. 따라서 선원법의 적용범위도 가능한 한 확대하는 것이 요청된다. 특히 선원법의 적용대상에서 제외되는 선박이라고 하더라도 그것이 근로기준법의 적용범위에 포함되는 경우에는 당연히 근로기준법의 적용을 받게 되는 점을 고려한다면, 법적용의 형평을 유지하고 또한 행정·감독의 효율성을 높이기 위하여 선원법의 적용범위의 확대는 불가피하다. 따라서 해상노동의 특수성이 전혀 없는 선박과 특별한 경우를 제외한 모든 선박에 대하여 선원법을 적용하여야 할 것이다. 그러나 이렇게 된다면 선원법상의 의무이행능력이 없는 소규모 영세업체가 상당수에 달할 것이다. 따라서 선원의 보호라는 당위성과 영세업체의 육성 및 존립이라는 현실적 이해관계가 충돌될 가능성이 높다. 그러나 이 경우에도 선원근로에 대한 최소한의 보호요청이 경시되어서는 아니될 것이다. 다만 현단계에서는 적용대상인 선박에 대한 구체적인 확정기준으로서 특히 어선의 경우 현행법에서는 「총톤수 30톤 미만의 어선으로서 교통부령이 정하는 선박」(제2조 1항 3호)이라고 규정하고 있으나, 선박법상 등기와 등록을 해야 하는 선박은 총톤수 20톤 이상인 선박이므로(선박법 제8조, 제26조) 총톤수 20톤을 기준으로 하는 것이 보다 바람직 할 것이다.³⁷⁾

한편 항만청 개정안은 제2조 제4항을 신설하여 선원법이 적용되지 아니하는 선원근로관계

36) 그러나 근로기준법 제10조 제2항에 따른 대통령령은 아직 제정되지 않은 상태이므로 사실상 4인 이하의 근로자를 사용하는 사업장의 근로자들에게는 근로기준법이 적용되지 않고 있다.

37) 개정안 제2조 제1항 제3호 참조.

에 대하여도 대통령령이 정하는 바에 따라 이 법의 일부를 적용하도록 하고 있다. 이것은 근로기준법 제10조 제2항과 같은 취지의 것으로서 바람직한 입법이라고 생각한다. 그러나 이에 따른 대통령령이 제정되지 않는 한 이 규정이 큰 의미를 가지는 것은 아니다. 이것은 근로기준법 제10조 제2항에 따른 대통령령이 제정되지 않아 사실상 4인 이하의 근로자를 사용하는 사업장의 근로자들에게는 근로기준법이 적용되지 않고 있는 점을 참고한다면 쉽게 알 수 있다.

3. 정의규정

(1) 선원법에서 사용하는 용어에 관하여는 선원법에 그 정의규정이 있다. 즉, 현행 선원법 제3조는 「선원」(제1호), 「선장」(제2호), 「해원」(제3호), 「직원」(제4호), 「부원」(제5호), 「선원근로계약」(제6호), 「임금」(제7호), 「통상임금」(제8호) 「승선평균임금」(제8의2호), 「월고정급」(제9호), 「비율급」(제10호)과 같은 선원법상의 기본개념들에 관하여 정의하고 있다. 그리고 항만청의 개정안에서는 이에 부가하여 「해운관청」(제11호), 「근로시간」(제12호) 및 「당직」(제13호)에 관한 정의규정을 신설하고 있다.³⁸⁾

(2) 근로기준법에서도 용어의 정의 규정을 두고 있다. 즉, 근로기준법은 제14조 내지 제19조에서 각각 근로자, 사용자, 근로, 근로계약, 임금 및 평균임금에 관하여 정의하고 있다.

(3) 양법을 비교한다면 선원법이 근로기준법보다 훨씬 많은 정의 규정을 두고 있음을 알 수 있다. 입법론적으로는 선원법이 근로기준법의 특별법으로서의 성질을 갖는 것을 고려한다면 근로기준법에서와 공통된 개념들, 예컨대 (선원)근로계약, 임금, 통상임금 및 (승선)평균임금 등의 개념은 선원법에서 삭제하고, 선원법에는 선원법상 특유한 개념에 대하여만 정의 규정을 두는 것이 바람직 할 것이다. 또한 근로시간, 당직과 같이 추상적이고 발전과정에 있는 개념들에 대하여는 그 정의규정을 신설한다면 오히려 여러 가지의 문제가 발생할 수 있으므로, 근로기준법과 같이 이를 두지 않고 학설·판례에 맡기는 것이 좋을 것이다.

4. 쟁의행위의 제한

(1) 일반근로자의 쟁의행위에 대하여는 노동쟁의조정법에 의하여 여러 가지 제한이 가해지고 있다. 즉 노동쟁의조정법 제12조는 「노동조합의 쟁의행위는 그 조합원의 직접·비밀·

38) 항만청 개정안 제3조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. - 10. 현행과 동일

11. “해운관청”이라 함은 해운항만청장 지방해운항만청장 및 지방해운항만청출장소장을 말한다.

12. “근로시간”이라 함은 상사의 직무상 명령에 기하여 항해당직 기타 작업에 종사하는 시간을 말한다.

13. “당직”이라 함은 현실적으로 업무를 수행하는 것을 말한다.

무기명투표에 의한 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 이를 행할 수 없다」라고 하여 조합원의 무기명투표 절차를 따를 것을 규정하고 있으며(제1항), 「쟁의행위는 당해 사업장 이외의 다른 장소에서 이를 행할 수 없다」라고 하여 사업장 이외에서의 쟁의행위를 금지하고 있다(제3항).

(2) 선원법은 쟁의행위의 제한에 관하여 「선원은 선박이 항행중이거나 외국의 항구에 있는 경우 그 밖에 인명 또는 선박에 위해를 줄 염려가 있는 경우에는 선원근로관계에 관한 쟁의행위를 하여서는 아니된다」라고 규정하고 있다(제27조).

(3) 이 쟁의행위의 제한에 관한 규정은 선원법의 규제의 일면인 선박공동체의 안전확보를 위한 것으로서 이해된다. 그러나 현행규정에 대하여는 근로자의 단결권을 보장하는 헌법 제33조하에서, 노동쟁의조정법보다 넓은 범위에 걸쳐 쟁의행위를 제한하고 있는 점, 또한 이와 같은 규정을 선원법 제3장 선내질서의 유지의 장에 두는 것이 옳은가에 대하여는 의문의 여지가 있다.

원래 쟁의권의 행사는 무제한으로 인정되는 것은 아니라고 하더라도, 현행법과 같이 선박이 국내의 항구에 정박중에, 그것도 인명 또는 선박에 위험이 미치지 않을 경우에만 허용한다는 것은 사실상 선원의 쟁의권을 인정하지 않는 것과 다름없다. 私見으로는 일본 선원법 제30조의 규정과 같이 「항행중이거나」의 문언을 삭제함으로써 항행중이라도 인명 또는 선박에 위해를 줄 염려가 없는 경우에는 쟁의행위가 허용되어야 한다고 본다.³⁹⁾

5. 근로조건의 위반

(1) 선박소유자는 선원근로계약을 체결하거나 이미 체결한 선원근로계약을 변경함에 있어서 선원에 대하여 임금·근로시간 그 밖의 근로조건을 명시하여야 한다(선원법 제29조). 선박소유자에 의하여 명시된 근로조건이 사실과 다른 경우에 선원은 제38조 제2항 제1호의 규정⁴⁰⁾에 의하여 선원근로계약을 해지하는 외에 근로조건의 위반으로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있다(동법 제30조 1항). 또한 위의 규정에 의하여 손해의 배상을 청구하고자 하는 선원은 선원노동위원회에 신청하여 근로조건의 위반여부에 대하여 선원노동위원회의 인정을 받을 수 있다(동법 제30조 2항).

(2) 근로기준법은 사용자로 하여금 근로계약체결시에 근로자에 대하여 임금·근로시간·기타의 근로조건을 명시하도록 규정하고 있다(근기법 제22조). 그리고 명시된 근로조건이

39) 개정안 제27조 (쟁의행위의 제한) 선원은 선박이 외국의 항구에 있을 경우 그 밖에 인명 또는 선박에 위해를 줄 염려가 있는 경우에는 선원근로계약에 관한 쟁의행위를 하여서는 아니된다.

40) 선원법 제38조: ② 선원은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 선원근로계약을 해지할 수 있다.

1. 선원근로계약에서 정한 근로조건이 사실과 다른 경우

사실과 다른 경우에는 근로자는 근로조건 위반을 이유로 손해배상을 청구할 수 있으며 또는 근로관계를 즉시 해제할 수 있다(동법 제23조 1항). 또한 위의 규정에 의하여 근로자가 손해배상을 청구할 경우에는 노동위원회에 신청할 수 있다(동법 제23조 2항).

(3) 선원법상의 근로조건 명시의무는 근로기준법의 그것과 같은 취지로서, 근로조건은 사실상 선박소유자가 일방적으로 정하고 선원은 다만 이에 따르는 경우가 대부분이므로 그 내용을 충분히 알려져 선원이 부당한 근로조건 밑에서 어쩔 수 없이 일하는 사례가 생기지 않도록 선박소유자에게 이의 명시의무를 지운 것이며⁴¹⁾, 근로조건위반에 대한 선원의 구제로서 손해배상청구 또는 계약의 해지를 규정한 것은 선박소유자가 선원근로계약시에는 선원에게 유리한 조건을 제시하고 계약을 체결하였으나 실제로는 불리한 근로조건으로 노동을 시키는 폐단을 없애기 위한 것이다.

한편 항만청의 개정안에서는 선원법 제30조의 규정을 다음과 같이 개정할 것을 제안한다. 즉, 제1항은 「선원은 선원근로계약에 명시된 근로조건이 사실과 다른 경우에는 제34조의 2의 제2항⁴²⁾에 의거 선원근로계약을 해제하고 손해배상을 청구하거나 제38조 제2항 제1호에 의해 선원근로계약을 해지할 수 있다」라고 하고, 제2항은 「제1항의 규정에 의하여 근로계약을 해제하고 손해배상을 청구하고자 하는 선원은 근로조건 위반여부에 대하여 선원노동위원회의 인정을 받아야 한다」라고 하는 개정안을 제시하고 있다. 이러한 항만청의 개정안은 현행규정보다 그 요건과 효과면에서 선원에게 훨씬 불리하게 규정되어 있음을 쉽게 알 수 있다. 먼저 그 요건을 본다면, 계약해제의 경우 제30조는 단지 「계약과 사실이 다를 경우」로 규정해 놓고, 제34조의2에서는 「계약과 사실이 현저히 다를 경우」로 서로 모순되게 규정해 두고 있으며, 또한 제2항의 경우 현행의 「선원노동위원회의 인정을 받을 수 있다」에서 「선원노동위원회의 인정을 받아야 한다」라고 함으로써 그 요건을 보다 엄격하게 규정하고 있다. 다음으로 그 효과를 본다면, 계약해지의 경우에는 이와 별도로 손해배상을 청구할 수 없도록 하고 있다.

생각컨대, 선원근로계약의 해제의 경우보다 해지의 경우에 선원의 손해배상청구가 보다 더 필요하다. 뿐만 아니라 계약의 해지 또는 해제는 손해배상의 청구에 영향을 미치지 아니 하여야 함은 우리 민법의 일반적인 원칙이다(민법 제551조). 따라서 선박소유자에 의한 근로조건 위반으로부터 이미 발생한 손해의 배상을 인정하지 않는 것은 극히 불합리한 입법이 아닐 수 없다. 그리고 제30조 제2항의 규정은 근로기준법 제23조 제2항의 규정을 받아들인 것으로서, 근로기준법상 이 규정의 취지는 다음과 같다. 즉, 사용자의 근로조건 위반에 대하여 근로자는 채무불이행으로 인한 손해배상을 일반법원에 청구할 수 있을 것이지만, 일

41) 민성규·임동철, 앞의 책, 92면.

42) 항만청 개정안 제34조의2(선원근로계약의 해제): ② 선원은 선원근로계약에서 정한 근로조건이 사실과 현저히 다른 경우에 그 선원근로계약을 해제할 수 있다.

반법원에 제소하여 손해배상을 청구한다는 것은 소송의 절차·비용·확정판결이 있기까지의 장시간의 소요 등의 부담으로 인하여 근로자는 배상청구를 포기할 위험이 있으므로 노동위원회에 대하여 손해배상을 청구할 수 있는 구제절차를 열어 놓기 위한 것이다. 따라서 노동위원회에 의한 구제절차는 일반법원에 의한 손해배상청구를 배제하는 것은 아니며, 근로자는 양자를 선택적으로 행사할 수 있는 것이다.⁴³⁾ 이렇게 본다면 현행 선원법 제30조 제2항의 규정과 항만청의 동규정 개정안은 이 제도의 원래의 취지와는 상당한 거리가 있음을 알 수 있다. 결국 위와 같은 점을 고려하여, 선원법 제30조의 규정은 근로기준법 제23조와 균형을 유지하는 방향으로 개정되어야 한다.⁴⁴⁾

6. 손해배상에 관한 규정

(1) 현행 선원법과 근로기준법은 손해배상의 범위, 입증책임 등에 관하여 별도의 규정을 두지 않음으로써 민법의 일반원칙에 의하고 있다. 이에 반하여 항만청의 개정안 제30조의 2에서는 손해배상 등에 관한 규정을 신설하고 있다.

항만청 개정안 제30조의 2 (손해배상 등) ① 선원이 제30조에 의하여 손해배상을 청구하고자하는 때에는 근로조건 위반사실을 안 후 지체없이 선원근로계약을 해제하여야 한다.

② 선원이 청구할 수 있는 손해배상은 선원이 입증하는 상당인과관계 있는 모든 손해액으로한다.

③ 제2항의 경우 선원 또는 선박소유자가 손해액을 입증할 수 없으면 선원근로계약에 제시된 승선평균임금에 20%를 가산한 금액을 손해액으로 추정한다.

④ 선박소유자는 제34조의 2 제1항의 경우 선원에게 손해배상을 청구할 수 없다.

⑤ 선박소유자는 제34조의 2 제1항의 경우에 선원이 관계법령이 정한 기준에 미달한 사실을 알았거나 알 수 있었던 경우에는 사실상 근로기간동안의 승선평균임금에 해당하는 금액을 지급하여야 한다.

(2) 그러나 위의 항만청 개정안 제30조의 2는 다음과 같은 이유에 의하여 삭제되어야 한다.

43) 김형배, 근로기준법, 172면.

44) 개정안 제30조(근로조건의 위반): ① 제29조의 규정에 의하여 명시된 근로조건이 사실과 다른 경우에는 선원은 근로조건위반으로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있으며 또는 선원근로계약을 해지 또는 해제할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 선원이 손해배상을 청구할 경우에는 선원노동위원회에 신청할 수 있다.

첫째, 제1항에 의한다면 선원의 손해배상청구권의 행사요건이 지나치게 엄격한 것으로 된다. 실제로 근로계약위반사실을 안 때라면 이미 선원의 근로가 제공된 이후일 것이고, 이 때에는 해제할 수 있는 경우가 아니라 해지할 수 있는 것에 지나지 않는다. 따라서 이 경우 손해배상청구권은 배제되고 있으므로, 사실상 선박소유자의 제29조 소정의 의무위반으로 인하여 선원이 손해를 입은 경우에 그 손해의 배상은 청구할 수 없는 결과로 되어 부당하다.

둘째, 제2항은 전혀 불필요한 규정이다. 왜냐하면 민법의 일반원칙에 의하는 것으로 충분하기 때문이다.

셋째, 제3항은 제2항과의 관계상 맞지 않는 규정이다. 왜냐하면 제2항에서는 입증책임이 선원측에 있음을 명시하고 있기 때문이다. 또한 입법기술상 이 경우에는 손해액으로 추정할 것이 아니라, 손해액으로 한다 또는 본다 라고 하여야 한다. 마지막으로 동항에 의한다면 법이 금지하고 있는 위약금의 예정(법 제31조)이 사실상 실현되는 결과로 되어 부당하다.

7. 해지의 자유에 대한 제한

(1) 선원법 제34조는 선원근로계약의 해지의 제한에 대한 규정을 두고 있다. 즉, 선박소유자는 정당한 사유없이 선원근로계약을 해지하지 못하며(동조 제1항), 제38조(선원근로계약의 해지)의 규정에 의하여 선원근로계약을 해지하는 경우외에 선원근로계약을 해지하고자 하는 때에는 계약당사자는 30일 이상의 예고기간을 두고 서면으로 상대방에게 통지함으로써 선원근로계약을 해지할 수 있다. 다만, 선원이 통지하는 경우의 예고기간은 계약당사자간의 합의에 의하여 그 기간을 단축할 수 있다(동조 제2항).

한편 선원법 제34조에 대하여 항만청의 개정안은 현행의 제1항은 그대로 두고, 제2항의 개정 및 제3항과 제4항의 신설을 제안하고 있다.⁴⁵⁾

(2) 근로기준법 제27조 제1항은 해고의 일반적 제한으로서 「사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유없이 해고하지 못한다」고 규정함으로써 민법상의 해고자유 원칙(민법 제660조 참조)을 제한하고, 사용자의 해고는 항상 정당한 이유의 존재여부에 따라 그 효력이 좌우된다는 뜻을 명시하고 있다.⁴⁶⁾

45) 항만청 개정안 제34조(선원근로계약의 해지 등의 제한): ① 현행과 동일

② 승무할 선박을 특정하지 아니한 방법으로 선원근로계약을 체결한 선원은 제38조 규정에 의하여 계약을 해지하는 외에 근로를 제공하기 시작한 날로부터 6월이 경과하면 30일간의 예고기간을 두고 선원근로계약을 해지할 수 있다.

③ 승무할 선박을 특정한 방법으로 선원근로계약을 체결한 계약당사자는 제38조의 규정에 의하는 경우를 제외하고는 선원근로계약을 해지할 수 없다.

④ 선박소유자가 허위의 사유로 또는 정당한 사유없이 선원근로계약을 해지하거나 기타 징벌 등을 행한 경우에 대해 선원은 지체없이 선원노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있다.

46) 김형배, 근로기준법, 652면.

(3) 민법상의 고용관계의 해지는 근로자측의 해지와 사용자측의 해지를 구별함이 없이 자유롭게 인정한다. 그러나 근로기준법은 사용자의 해고권을 대폭 제한함으로써 해고의 자유를 제한하고 있다(동법 제27조). 이러한 근로기준법의 기본취지는 근로자의 생존권과 근로권의 기초를 이루는 근로관계의 존속을 사용자의 자의적인 해고권으로부터 보호함으로써 근로자의 인간다운 생존권을 보장하려는 데 있음은 물론이다. 선원법 제34조도 근로기준법 제27조와 같은 취지로서, 사용자의 해고권을 제한함으로써 선원의 생존권을 보호하기 위한 규정이다. 그럼에도 불구하고 항만청의 개정안은 오히려 민법의 규정보다 선원의 해지권을 제한하는 것으로서 정당성이 없는 것이다. 따라서 항만청의 개정안은 배제되어야 한다.

(4) 또한 항만청 개정안에서는 6월 이내의 기간을 정하여 사용된 자와 수습사용중의 근로자는 제34조 제2항47)의 규정에도 불구하고 선원근로계약을 해지할 수 없다고 함으로써(항만청 개정안 제34조의3) 선원의 계약해지권을 대폭 제한하고 있다. 이 규정은 근로기준법 제29조48)를 참고한 것으로 생각된다. 그러나 동조는 이들에 대하여 해고의 예고에 관한 규정(동법 제27조의2)을 적용하지 않는 것이지, 이들의 계약해지권 자체를 제한하는 규정은 아니다. 민법 또는 근로기준법에 그 예가 없음에도 불구하고 선원법에서 선원의 해지권을 제한하는 규정을 두는 것은 선원의 노동보호법으로서의 선원법의 기본목적에 역행하는 입법이 아닐 수 없다. 따라서 삭제되어야 한다.

8. 근로계약의 해지사유

(1) 민법상의 고용관계의 해지는 근로자측의 해지와 사용자측의 해지를 구별함이 없이 거의 제한없이 인정된다(민법 제659조 내지 제663조). 그러나 근로기준법은 사용자의 해고권을 제한함으로써 근로자의 직장을 보호하고 있다. 즉, 근로기준법 제27조 제1항은 해고의 일반적 제한으로서 「사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유없이 해고하지 못한다」고 규정하고 있다. 그러나 「정당한 이유」가 무엇인가에 관해서는 근로기준법이 구체적으로 규정하는 바가 없다. 따라서 정당한 이유에 대한 판단은 학설·판례에 맡겨진 것이라고 할 수 있다. 현재 우리 나라의 학설과 판례는 정당한 이유의 내용은 개별적 사안에 따라 구체적으로 판단되어야 할 것이지만 그 일반적인 내용은 해당 근로자와 사용자 사이의 근로관계를 계속 유

47) 항만청 개정안. 주45 참조.

48) 근로기준법 제29조(예고해고의 적용제외) 제27조의2의 규정은 다음 각호의 1에 해당하는 근로자에게는 적용하지 아니한다.

1. 일용근로자로서 3월을 계속근무하지 아니한 자
2. 2월이내의 기간을 정하여 사용된 자
3. 월급근로자로서 6월이 되지 못한 자
4. 계절적 업무에 6월이내에 기간을 정하여 사용된 자
5. 수습사용중의 근로자

지할 수 없을 정도의 이유, 다시 말하면 해당 근로자와의 근로관계의 유지를 사용자에게서 더 이상 기대할 수 없을 정도의 이유라고 설명하는 것이 보통이다.⁴⁹⁾

(2) 선원법은 선원근로계약의 해지사유에 대하여 제38조에서 선박소유자의 해지사유(동조 제1항)와 선원의 해지사유(동조 제2항)를 구별하여 상세한 규정을 두고 있다. 이 규정은 민법의 일반원칙에 대한 특칙이며 강행규정으로서의 성질을 가지는 것이다.

선박소유자의 해지권에 대하여는 선원법 제38조 제1항이 규정하고 있다. 여기서는 계약기간의 정함이 있고 없고를 묻지 아니하고 선원법 제38조 제1항 각호에 해당하는 경우에는 일방적 의사표시에 의하여 계약을 해지할 수 있다. 제38조 제1항이 선박소유자에 의한 선원근로계약의 해지의 원인을 열거하고 있는 취지는 선원이 제1항 각호의 어느 것에도 해당함이 없이 선원근로계약을 해지당하는 것을 방지하여 선박소유자의 專斷으로부터 선원을 보호하고자 하는 사회정책적 견지에 입각한 것이기 때문에 동조 제1항은 강행규정으로 해석하여야 한다. 따라서 동조 제1항 각호 소정의 해지원인에 기하지 아니한 선박소유자에 의한 선원근로계약의 해지는 무효라고 해석하여야 한다.⁵⁰⁾ 동조 제1항은 해지원인으로서 다음의 6가지를 들고 있다. 즉, 선원의 직무수행능력이 현저하게 부족한 경우(제1호), 선원이 지나치게 직무를 게을리 하거나 직무에 관하여 중대한 과실이 있는 경우(제2호), 해원이 선장이 지정하는 시간까지 선박에 승선하지 아니하는 경우(제3호), 해원이 지나치게 선내질서를 어지럽게 한 경우(제4호), 선원이 부상 또는 질병으로 직무를 견디지 못하게 된 경우(제5호) 및 천재·지변 그밖에 부득이한 사유로 사업의 계속이 불가능한 경우 등으로 선원노동위원회의 승인을 얻은 경우(제6호)의 여섯 가지 사유가 그것이다. 이와 같이 선박소유자의 해지사유를 규정한 취지는 근로기준법 제27조 제1항의 취지와 동일하다. 다만 근로기준법에서는 사용자의 해고사유를 구체적으로 명시하지 않고 다만 「정당한 이유」라고 하여 일반원칙적인 규정만을 두고 있음에 반하여, 선원법에서는 구체적으로 해지사유를 명시하고 있다는 차이가 있다.

다음으로 선원의 해지권에 대하여는 선원법 제38조 제2항이 규정하고 있다. 이에 의하여 선원은 제38조 제2항에서 규정하는 사유가 있는 경우에는 선원근로계약을 해지할 수 있다. 제38조 제2항은 선원의 해지사유에 대하여 다음의 3가지 사유를 들고 있다. 즉, 선원근로계약에서 정한 근로조건이 사실과 다른 경우(제1호), 승무중이거나 승무예정인 선박이 전쟁, 폭동 등의 사유로 인한 위험지역에 취항하게 된 경우(제2호) 및 부상 또는 질병으로 직무를 견디지 못하게 된 경우(제3호)의 세 가지 사유가 그것이다. 同項은 기타 부득이한 사유로 인한 계약의 해지에 대한 규정은 두고 있지 않다. 그러나 선박소유자의 해지권을 규정하는 제38조 제1항 제6호와의 균형상, 선원의 경우에도 기타 부득이한 사유가 있는 경우에는 계약

49) 김형배, 근로기준법, 653면 ; 大判 1992.5.22 [91 누 5884] 참조.

50) 藤崎道好, 앞의 책, 187면.

을 해지할 수 있는 것으로 해석하여야 할 것이다.⁵¹⁾

(3) 선원법은 선원근로계약의 해지에 대하여 위와 같은 규정을 두고 있지만, 이들의 규정에서 정하는 사유 이외의 사유로 인한 선원근로계약의 해지가 인정될 것인가의 여부는 문제이다. 즉, 민법 제661조⁵²⁾는 부득이한 사유로 인한 고용계약의 해지에 대하여 규정하고 있지만, 이 규정이 선원법에서 정하는 법정해지권 이외에 적용될 것인가 어떤가, 또는 선원근로계약의 체결시에 정하여진 선원법에서 규정하는 사유 이외의 사유에 의한 약정해지권이 적법한 것으로 인정될 것인가 어떤가 하는 문제이다.

민법은 말할 필요도 없이 고용에 관한 일반법의 지위를 가진다. 따라서 위의 문제는 민법의 해지권발생에 관한 규정을 배제하는 의미를 가지는가, 혹은 민법의 해지권발생에 관한 규정이 선원법과 중복하여 선원의 고용관계에 적용되는가 라고 하는 점으로 요약된다. 선박소유자가 가지는 해지권에 대하여는 선원법 제38조 제1항 제6호가 부득이한 사유로 인한 선원근로계약의 해지를 규정하고 있기 때문에 위의 문제는 결과에 있어서는 차이가 없다. 그러나 선원이 가지는 해지권에 대하여는 선원법은 부득이한 사유로 인한 선원근로계약의 해지에 대하여 아무런 규정도 두고 있지 않기 때문에 민법 제661조의 규정이 적용되는가의 여부는 선원이 부득이한 사유에 의하여 선원근로계약을 해지할 수 있는가의 여부를 결정하는 큰 의미를 가진다.⁵³⁾

이 점, 즉 선원법 제38조의 해지사유들이 민법 제661조의 「부득이한 사유」의 예시적 열거사유인지 아니면 민법에 대한 특칙으로서 제한적 열거사유인지에 대하여 학설은 대립한다. 일본의 경우 일부의 학설과 행정해석은 예시적 열거로 보고, 취업규칙에 정해진 다른 사유 및 취업규칙에 정해지지 않은 기타 부득이한 사유에 의한 양 당사자의 해지권을 긍정한다. 특히 행정해석은 「선원법에 상당하는 규정이 없고 또한 선원법의 목적과 모순하지 않는 경우에는 그 부분에 대해 민법의 규정이 선원근로관계에 대하여 적용된다. 선원법 제38조 제2항은 선원에 대하여 민법 제661조의 부득이한 사유의 예시이다」라고 한다.⁵⁴⁾

이에 대하여 일부의 학설은 이를 제한적 열거규정으로 보고 있다.⁵⁵⁾ 그 논거는 선원법의 해지규정의 본래의 목적은 선원의 보호(선박소유자의 해지사유) 및 선박의 안전확보(선원의 해지사유)에 있다는 점을 들고 있다.

私見으로는 우리 선원법 제38조를 예시적 열거규정으로 해석하는 것이 타당하다고 본다. 왜냐하면 선원의 노동보호를 목적으로 하는 선원법에서 부득이한 사유가 있는 경우에 선원

51) 위의 책, 191면.

52) 민법 제661조(부득이한 사유와 해지): 고용기간의 약정이 있는 경우에도 부득이한 사유가 있는 때에는 각 당사자는 계약을 해지할 수 있다. 그러나 그 사유가 당사자 일방의 과실로 인하여 생긴 때에는 상대방에 대하여 손해를 배상하여야 한다.

53) 住田正二, 앞의 책, 177~178면.

54) 위의 책, 178면.

55) 위의 책, 178면 이하; 藤崎道好, 앞의 책, 185면.

의 계약해지권을 제한할 이유가 없으며, 선박소유자의 해지권을 규정하는 제38조 제1항 제6호와의 균형상, 선원의 경우에도 기타 부득이한 사유가 있는 경우에는 계약을 해지할 수 있도록 하는 것이 바람직하기 때문이다. 이 경우 선박의 안전확보의 문제가 제기될 수 있지만, 이것은 제35조(근로계약의 존속) 및 제34조 제2항(예고기간)의 규정에 의한다면 이것 역시 크게 문제될 것이 없을 것이다. 입법론적으로는 해지요건을 법에 일일이 열거하는 것은 바람직하지 않을 뿐 아니라 불가능한 것으로 판단된다. 따라서 선원법에는 근로기준법 제27조 제1항의 규정과 같이 「선박소유자는 선원에 대하여 정당한 이유없이 해고하지 못한다」라는 일반원칙적인 규정만을 두고, 만약 필요하다면 구체적인 해지요건은 취업규칙 또는 단체협약으로 정하는 것으로 충분할 것이다. 그리고 제38조 제2항에서와 같이 선원의 계약해지사유를 규정하는 것은 오히려 선원의 해지권을 제한하는 방향(제한적 예시규정설)으로 해석될 가능성이 있으므로 이 규정은 삭제하는 것이 바람직하다.

9. 실업수당과 해고수당

(1) 선원근로계약이 종료하면 선원은 실직하게 되므로 선원법은 사회정책적인 배려에서 선원에게 책임을 돌릴 수 없는 사유로 계약이 종료 또는 해지된 경우에는 선박소유자로 하여금 실업수당을 지급하도록 하고 있다. 즉, 선박소유자가 선원에게 책임을 돌릴 사유가 없음에도 불구하고 선원근로계약을 해지한 경우 또는 법 제38조 제2항 제1호의 규정에 의하여 선원이 선원근로계약을 해지한 경우에는 선박소유자는 선원에게 법 제51조의 규정에 의한 퇴직금외에 통상임금의 2월분에 상당하는 금액을 실업수당으로 지급하여야 한다(법 제40조).

(2) 사용자가 근로자를 해고 할 때에는 비록 정당한 이유가 있는 경우에도(근기법 제27조 제1항) 갑작스러운 해고로 인하여 받게 될 근로자의 생활의 곤궁과 실업의 위험을 감안하여 새로운 직장을 구할 수 있는 시간적 여유를 부여하거나 그 기간 동안의 생계비를 지급할 필요가 있다. 그리하여 근로기준법 제27조의 2는 사용자는 근로자를 해고하고자 할 때에는 적어도 30일 전에 예고를 하거나 또는 30일분 이상의 통상임금을 해고예고수당으로 지급하여야 한다고 규정하고 있다.

(3) 한편 항만청의 개정안에서는 다음과 같이 제34조의 4(해고수당)의 규정의 신설과 제40조(실업수당)의 규정의 개정을 제안하고 있다.

제34조의 4(해고수당) 선원근로계약이 다음 각호의 1에 해당하는 사유에 의해 종료되면 당해 선박소유자는 당해 선원에게 통상임금의 1개월분에 상당하는 액을 해고수당으로 지급하여야 한다.

1. 제38조 제1항 제6호의 경우
2. 제38조 제2항 제1호 및 제2호
3. 제37조에 의하여 계약이 종료된 때
4. 선원이 제79조의 건강진단서를 받지 못한 경우
5. 제38조 제2항 제3호(부상 질병의 원인이 선원의 귀책사유에 의한 경우는 제외한다)

제40조(실업수당) 선원근로계약이 제35조의 2의 규정에 의하여 종료되면 선박소유자는 퇴직금 외에 통상임금의 2월분에 상당하는 금액을 실업수당으로 지급하여야 한다.

(4) 현행 선원법 제40조는 구법 제51조의 실업수당과 동 제52조의 퇴직수당의 규정을 통합한 것이다. 구법 제51조의 실업수당이란 구법 제45조, 즉 선박의 침몰 또는 멸실로 인하여 승선계약이 종료된 경우에만 적용되는 것이며, 구법 제52조의 퇴직수당은 일본 선원법의 「雇止手當」에 해당되는 것을 퇴직금과 같이 근로년수 1년에 대하여 1개월의 봉급액을 주도록 한 것이다. 이와 같이 현행법은 구법의 실업수당과 일본의 雇止手當, 통칭 해고수당을 합쳐서 실업수당이라 하여 제40조에 규정하고 있는 것이다.⁵⁶⁾

그러나 구법의 실업수당과 해고수당을 통합하여 현행법이 실업수당으로 규정하고 있다는 것은 결국 해고수당의 삭제를 의미하는 것이며 또한 서로 성질을 달리하는 두 가지의 수당을 하나로 통합하는 것은 바람직하지 않다. 따라서 항만청의 개정안과 같이 해고수당을 신설하여 실업수당, 해고수당의 본래의 취지에 맞게 관련조문을 정리하는 것은 바람직하다. 다만 해고수당의 성질은 선박소유자가 선박소유자가 선원을 예고기간 또는 유예기간 없이 해고하는 경우에(비록 정당한 이유가 있다고 하여도) 선원에게 지급하여야 하는 금액이라고 할 수 있으므로 해고수당의 지급요건을 항만청 개정안에서와 같이 구체적으로 열거할 것이 아니라(열거하는 것은 현실적으로 불가능하다) 근로기준법 제27조의 2의 규정과 같이 간단히 규정하는 것으로 충분하다. 그리고 항만청 개정안 제34조의 4 제2호와 같은 경우는 해고수당이 지급되어야 하는 것이 아니라 손해배상이 문제로 되는 경우이며, 제1호의 경우와 같이 천재·지변 등으로 사업의 계속이 불가능한 경우에는 즉시 해지가 가능한 경우이므로 해고수당의 문제는 발생하지 않는 경우이다. 결국 항만청의 개정안은 해고수당의 본래의 의미와는 거리가 있다. 따라서 실업수당, 해고수당⁵⁷⁾에 대하여는 다음과 같이 규정하면 좋을 것이다.⁵⁸⁾

56) 서병기, 개정 선원법해설(서울:한국해사문제연구소, 1987), 35면 참조.

57) 선원이 계약을 해지하는 경우까지 포함하기 위해서는 「해지수당」의 용어를 사용하여야 할 것이다.

58) 근로기준법 제27조의 2, 외국의 입법례(일본 선원법 제45조, 제46조) 참조

제40조(실업수당) 선박소유자는 제35조의 2의 규정에 의하여 선원근로계약이 종료한 때에는 그 익일(행방불명이 된 선원에 대하여는 그의 생존을 안 최후의 날)로부터 2개월의 범위내에 있어서 선원의 실업기간중 매월1회 그 실업일수에 따른 통상임금의 액과 동액의 실업수당을 지급하여야 한다.

제40조의 2(해지수당) 선박소유자(제3호의 경우에는 구소유자)는 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 지체없이 선원에게 통상임금의 1개월분에 상당하는 액의 해지수당을 지급하여야 한다.

1. 제38조 제1항 제6호의 규정에 의하여 선박소유자가 선원근로계약을 해지한 때
2. 제38조 제2항 제1호 또는 제2호의 규정에 의하여 선원이 선원근로계약을 해지한 때
3. 제37조 제3항의 규정에 의하여 선원근로계약이 종료된 때
4. 선원이 제79조의 건강진단서를 받지 못하여 선박소유자가 제38조 제1항 제5호의 규정에 의하여 선원근로계약을 해지한 때

10. 근로시간

(1) 근로시간에 대한 규제의 의의는 적정한 근로시간을 보장함으로써 근로자의 신체적·정신적 피로의 회복을 통하여 근로의욕을 향상시키며 또한 사회적·문화적 활동의 참가를 통하여 자신의 능력을 계발함으로써 인간다운 생활을 영위하게 하는 데 있다. 그러므로 근로시간은 임금과 함께 중요한 근로조건 중의 하나로서 근대노동법의 역사는 근로시간의 단축의 역사라고 해도 과언이 아니다.⁵⁹⁾

(2) 선원법은 근로시간에 대하여 다음과 같은 원칙을 정하고 있다.

첫째, 총톤수 700톤 이상의 선박에서 항해당직을 하여야 할 직무를 가진 자가 항해당직을 하는 경우의 근로시간은 1일 8시간, 1주간 56시간으로 한다(법 제55조 1항). 선장은 위의 규정에 불구하고 항해당직의 교대를 위하여 필요한 경우에는 1일 1시간, 1주간에 7시간의 범위안에서 근로시간을 연장할 수 있다(법 제55조 2항). 따라서 이 연장된 근로시간은 시간외근로로 되지 않으며 또한 시간외수당도 지급되지 않는다.⁶⁰⁾ 따라서 선원법이 허용하는 최대의 근로시간은 1일 9시간, 1주간에 63시간에 달하는 것으로 된다.

둘째, 총톤수 700톤 이상의 선박에서 항해당직을 하지 않는 해원의 항행중 또는 입출항에 있어서의 근로시간은 1일에 8시간, 1주간에 44시간으로 한다(법 제57조). 12인을 초과하는 여객정원을 가지는 선박에 승무하는 사무부의 부원은 항행중 1일에 적어도 12시간의 휴식을 주어야 한다(법 제59조 1항). 또한 위의 휴식시간에는 8시간의 연속한 휴식시간이 포함되어

59) 김형배, 근로기준법, 327면.

60) 藤崎道好, 앞의 책, 264면 ; 민성규·임동철, 앞의 책, 120면 ; 선원법 제60조 1항 참조.

야 한다(법 제59조 2항).

셋째, 해원의 정박중(입출항일을 제외함)에 있어서의 근로시간은, 정박중이면서 항해당직을 해야 하는 예외적인 경우(법 제56조 단서)를 제외하고는, 1일에 8시간, 1주일에 44시간으로 한다(법 제58조 1항).

(3) 우리 나라의 현행 노동관계법은 근로시간에 대하여 다음의 세 가지 원칙을 정하고 있다.

첫째, 근로시간은 1일 8시간을 원칙으로 한다. 근로기준법 제42조 1항 본문은 1일에 8시간, 1주일에 44시간을 기본근로시간으로 규정하고 있다. 기준근로시간을 위반한 경우 벌칙(근기법 제110조)이 적용되며, 기준근로시간을 초과하여 시간외근로가 행하여졌을 때에는 시간외근로가 합법적(근기법 제42조 1항 단서, 제55조 단서)이었던 위법한 것이었던 간에 근로기준법 제46조의 규정에 의한 가산금이 지급되어야 한다.⁶¹⁾ 그리고 근로기준법 제42조 1항 단서는 8시간근로에 대한 예외로서 당사자 사이의 합의에 의하여 1주일에 12시간의 한도로 연장근로를 할 수 있다고 규정하고 있다.⁶²⁾

둘째, 유해 또는 위험작업으로서 대통령령이 정하는 작업에 종사하는 근로자에 대하여는 1일 6시간, 1주 34시간을 초과하여 근로하게 하여서는 아니된다(산업안전보건법 제46조). 이는 근로기준법 제42조에 규정된 1일 8시간, 1주 44시간제의 원칙에 대한 예외규정으로, 종전에는 근로기준법 제43조에 규정되었던 것을 재해예방측면에서 산업안전보건법이 동법 제46조에서 배타적으로 규정한 것이다.⁶³⁾

셋째, 13세 이상 18세 미만자의 근로시간은 1일에 7시간, 1주에 42시간을 초과하지 못한다. 다만 당사자 사이의 합의에 의하여 1일 1시간, 1주일에 6시간을 한도로 연장할 수 있다(근기법 제55조).

(4) 근로시간에 관한 선원법과 근로기준법의 주된 차이는 근로기준법은 1주일에 44시간을 기본근로시간으로 하고 있으나, 선원법은 항해당직자의 근로시간을 1주일에 56시간으로 하고 있다는 점이다. 뿐만 아니라 근로기준법상 당사자간의 합의에 의하여 1주일에 12시간의

61) 김형배, 근로기준법, 332면.

62) 당사자 사이의 합의에 따라 기준근로시간을 초과하여 근로하기로 한 경우 이것을 근로기준법 제46조가 규정하는 연장근로시간에 해당한다고 볼 수 있을 것인가에 대하여는 판례·학설은 대립한다. 대법원판례(대판 1971.12.28 [71 다 1713])에 의하면 제42조 1항 단서의 경우에 연장근로시간에 해당한다고 볼 수 없다고 하여 제46조에서 정하는 가산임금이 지급되지 않는 것으로 한다. 이에 반하여 학설은 판례의 해석태도는 강행적 보호법인 근로기준법의 입법취지에 어긋나며, 당사자 사이의 합의에 의하여 근로시간을 연장한 것은 근로기준법의 근로시간에 관한 규정의 용인한도 내에서 단순히 기준근로시간 이상의 연장근로를 결정한 것에 지나지 않고, 이로 인해서 할증임금에 관한 규정의 적용까지 배제하는 것은 아니라고 하여 판례와 상반된 입장을 취한다(김형배, 근로기준법, 334면). 근로기준법의 보호법으로서의 강행성 또는 연장근로를 결정한 당사자 사이의 의사에 비추어 본다면 학설과 같이 가산임금이 지급된다고 해석하여야 할 것이다.

63) 김형배, 근로기준법, 336면.

한도내에서 연장근로를 한 경우 학설은 가산임금(시간외근로수당)을 지급하여야 하는 것으로 해석하고 있음에 반하여 선원법은 항해당직자에 대하여 1일 8시간, 1주일에 56시간의 기본근로시간을 초과하여 1일 1시간, 1주일에 7시간의 범위내에서 연장근로를 시킨 경우에도 시간외근로수당의 지급요건에 해당하지 않는 것으로 하고 있기 때문에(법 제60조 1항 참조) 항해당직자는 선원법의 규정에 의하여 1주일에 최대 19시간의 부당한 근로를 하고 있는 셈이다. 뿐만 아니라 산업안전보건법이 유해 또는 위험한 작업에 종사하는 근로자의 근로시간을 1일 6시간, 1주일에 34시간으로 규정하고 있으며, 선원 역시 그 작업이 타 근로에 비하여 적지 않은 위험성을 가지고 있음을 생각한다면 선원의 근로시간은 육상근로자의 근로시간보다 적어야 할 것이다. 따라서 항해당직자의 주56시간제는 입법론상 반드시 고려되어야 한다.

그러나 현단계에서 선원의 근로시간을 얼마로 할 것인가는 역시 어려운 문제이다. 왜냐하면 여기에 선박소유자와 선원의 이해가 첨예하게 대립하기 때문이다. 그러나 한가지 분명한 것은 항해당직자의 근로시간은 현행보다 줄어들어야 한다는 점이다. 육상의 근로관계법 및 외국의 선원법상의 근로시간은 시대에 따라 점점 줄어가고 있음에 반하여 항해당직자의 주56시간제는 선원법 제정이래 30년이상 전혀 변함이 없었기 때문이다. 일본 선원법의 경우 해원의 1인당 근로시간은 8시간 이내, 1주간의 근로시간은 기준노동시간에 대하여 평균 40시간 이내로 하고 있다(일본선원법 제60조). 또한 국제노동기구의 임금, 선내 근로시간 및 정원에 관한 권고(1958년 권고 제109호)에서는 항행중 및 입항중의 통상 근로시간은 각부에 대하여 1일 8시간으로 하고, 주휴일에 선박이 항행중인 때에는 단체협약 또는 국내법 및 규칙의 정하는 바에 따라 선원에 대하여 보상하여야 한다고 규정한다(동 제4조). 이러한 점들을 고려한다면, 선원법상의 근로시간의 기준은 다음과 같이 1일 8시간, 1주일에 44시간을 원칙으로 하되 항해당직은 의무적으로 1주일에 12시간의 초과근로를 하도록 함으로써 선박운항을 정상화 할 수 있도록 함과 동시에 근로기준법과의 형평을 유지하도록 하여야 할 것이다. 그러나 현행법하에서의 항해당직자의 임금체계는 주56시간제를 기준으로 하여 정해진 것이므로, 개정안과 같이 주44시간제로 변경하는 경우에는 임금체계에 대한 변경도 불가피하게 된다. 다만 그 구체적인 내용에 대한 검토는 본고의 범위를 넘는 것이므로 이를 생략한다.

개정안 제55조 (근로시간 및 휴게) ① 해원의 근로시간은 1일 8시간, 1주일에 44시간으로 한다.

② 선박소유자 또는 선장은 제1항의 규정에도 불구하고 항해당직을 하여야 할 직무를 가진 자가 항해당직을 하는 경우에 1주일에 12시간의 초과근무를 명할 수 있다.

③ 선박소유자는 해원에 대하여 1주일에 평균 1회 이상의 유급휴일을 주어야 한다.

④ 선박소유자는 선원에게 1일 8시간의 연속한 휴식시간을 주어야 한다.

11. 재해보상

(1) 근대산업에 있어서는 행정관청이나 노사쌍방의 노력에도 불구하고 근로자가 그 업무 수행에 있어서 부상·질병 등의 재해를 입는 것은 피할 수 없는 것이지만, 특히 선원에 있어서는 고립위험공동체로서의 해상노동의 특수성 때문에 재해의 발생율은 육상노동자의 그것에 비하여 훨씬 높다.⁶⁴⁾ 이와 같은 선원재해를 보상하기 위하여 1936년의 제21회 국제노동기구총회에서 협약 제55호 「선원의 질병·부상 또는 사망의 경우에 있어서 선박소유자의 책임에 관한 협약」과 함께, 협약 제56호 「선원을 위한 질병보험에 관한 협약」이 채택되고, 그 후 1946년의 제28회 총회에 있어서 협약 제70호 「선원을 위한 사회보장에 관한 협약」이 채택되고 있다.⁶⁵⁾

선원법은 제10장(제85조 내지 제98조)에서 선원의 재해보상(compensations for accidents)에 관하여 상세한 규정을 두고 있다. 여기서 선원법은 선원의 직무상의 재해가 생길 경우 선박소유자측의 고의·과실 등을 요건으로 하지 아니하고 선박소유자에게 재해를 보상할 의무를 지우고 있다. 뿐만 아니라 선원법은 선원이 승무중에는 직무외의 원인으로 부상하거나 질병에 걸린 私상병의 경우에도, 그것이 선원의 고의 또는 중대한 과실로 인한 것이 아닌 한, 선박소유자로 하여금 일정한 기간 요양을 시키거나 요양에 필요한 비용을 지급하도록 하고 있는데 이는 육상노동의 경우에는 볼 수 없는 해상노동의 특색이라고 평가되고 있다.⁶⁶⁾ 현행 선원법이 규정하고 있는 재해보상의 종류는 요양보상(제85조), 상병보상(제87조), 장해보상(제88조), 유족보상(제90조), 장제비(제91조), 행방불명보상(제92조) 및 소지품 유실보상(제93조)의 7가지이다.

(2) 우리 나라의 현행 산업재해보상제도는 근로기준법에 의한 재해보상제와 산업재해보상보험법에 의한 보험제로 구성되어 있다. 따라서 재해가 발생했을 경우 재해를 입은 근로자에게는 현행법상 산업재해보상보험법 또는 근로기준법 및 민법(채무불이행에 관한 민법 제390조 이하의 규정)에 의한 청구권이 성립될 수 있다.⁶⁷⁾

근로기준법은 제8장(제78조 내지 제93조)에서 재해보상에 관한 상세한 규정을 두고 있다. 근로기준법이 규정하고 있는 재해보상의 종류는 요양보상(제78조), 휴업보상(제79조), 장해

64) 1990년부터 1992년까지의 3년간을 비교한다면, 전체근로자의 재해율은 0.584%임에 반하여 선원의 재해율은 3.14%에 달하여 선원의 재해율이 전체근로자의 그것에 비하여 5.4배 높은 것으로 나타났다(선원근로실태연보(해운항만청, 1991, 1992, 1993); 노동통계연감(노동부, 1993)).

65) 藤崎道好, 앞의 책, 351면.

66) 민성규·임동철, 해사법규요론, 143면.

67) 김형배, 근로기준법, 523면.

보상(제80조), 유족보상(제82조), 장사비(제83조)의 5가지이다.

(3) 선원법상의 재해보상제도와 근로기준법상의 재해보상제도는 그 종류면에서나 내용면에서 대체로 비슷하다. 선원법에는 근로기준법에는 없는 행방불명보상과 소지품 유실보상을 규정하고 있으나, 이것은 선원법상 특유한 재해보상으로서 충분히 이해될 수 있다. 선원법상의 재해보상제도에서의 중요한 문제점으로는 다음 두 가지를 지적할 수 있다.

먼저 선원법은 요양보상(compensation for medical treatment)의무에 대하여, 이것을 직무상(in the performance of his duties)과 직무외(without relation to the performance of his duties)로 나누어, 직무상에 대하여는 「선박소유자는 선원이 직무상 부상하거나 질병에 걸린 때에는 그 부상이나 질병이 치유될 때까지 선박소유자의 비용으로 요양을 시키거나 요양에 필요한 비용을 지급하여야 한다」고 규정하고(법 제85조 제1항), 직무외에 대하여는 「선박소유자는 선원이 승무중(기항지에서 상륙기간, 승하선에 수반되는 여행기간을 포함한다. 이하 같다) 직무외의 원인으로 부상하거나 질병에 걸린 경우에는 3월의 범위안에서 선박소유자의 비용으로 요양을 시키거나 요양에 필요한 비용을 지급하여야 한다. 다만, 그 부상 또는 질병이 선원의 고의 또는 중대한 과실로 인한 것인 경우에 선박소유자가 선원노동위원회의 인정을 받은 때에는 그러하지 아니하다」라고 규정하고 있다(동조 제2항).

근로기준법 제78조에서는 요양보상을 근로자가 업무상 부상 또는 질병에 걸린 경우에 한하고 있으나, 선원법에서는 선원보호의 견지로부터 직무외의 재해에 대하여도 선박소유자에게 요양의 의무를 부담시키는 것으로 하고 있다. 다만, 공평의 견지로부터 직무상과 직무외를 구별하여, 직무상의 경우는 부상·질병의 원인에 대하여 선원의 고의·과실을 묻지 않는 것으로 하고 있으나, 직무외의 경우에는 요양기간을 3개월의 범위로 한정하고 또한 선원의 고의·중대한 과실에 의한 것을 제외하는 것으로 하고 있다.

선원법은 직무외의 재해에 대하여도 선박소유자에게 요양의 의무를 부담시키고 있으므로 요양보상에 관한 한 선원법의 보호범위가 근로기준법의 그것에 비하여 확실히 넓다. 그러나 근로기준법상 재해보상의 요건인 업무상의 재해의 범위에 대하여 최근의 판례와 학설은 상당히 넓게 이를 인정하고 있으며⁶⁸⁾, 그리하여 선원법상의 직무외의 부상 또는 질병이라 하더라도 근로기준법상의 업무상 재해의 인정기준에 의한다면 대부분의 경우가 이에 포함될 수 있게 된다. 따라서 선원법상의 요양보상의 범위가 근로기준법의 그것에 비하여 반드시 넓은 것이 아님을 알 수 있다. 오히려 선원법상의 직무외로 판단되는 부상 또는 질병이 근로기준법상의 판단기준에 의한다면 「업무상」으로 인정되는 경우라면 선원에게 불리하게 되는 것이다. 입법론상으로 선원법에는 선박소유자의 요양보상의무(행방불명보상과 소지품 유실보상을 제외한 다른 재해보상의 경우에도 마찬가지이다)를 근로기준법과 같게 규정하고, 그 구

68) 업무상 재해의 인정기준(요건)에 대한 최근의 판례·학설의 동향에 대하여는 김형배, 근로기준법, 523면 이하 참조.

체적인 판단기준은 근로기준법의 그것에 따르게 하는 것이 바람직하다고 생각한다.

한편 ILO협약 제55호는 재해보상에 관하여 「선박소유자는 직무의 개시에 관하여 고용계약서에 명시된 날로부터 계약종료까지의 사이에 발생하는 질병 및 상해 및 이러한 질병 또는 상해로 인한 사망에 대하여 책임을 져야 한다(제2조 제1항). 다만, 국내법 또는 규칙은 (a) 선박근무 이외에 있어서 발생한 장애, (b) 환자, 부상자 또는 사망자의 고의의 행위, 과실 또는 비행으로 인한 상해 또는 질병 및 (c) 고용시 고의로 은폐한 질병 또는 장애에 관하여 예외를 둘 수 있다」고 규정함으로써 우리 선원법보다 다소 넓은 범위의 규정을 두고 있다.

그리고 항만청 개정안은 제85조 제2항의 「승무중 직무외」를 「직무중」으로 개정함으로써 직무외의 요양보상을 전혀 인정하지 않고 있으나, 위에서 검토한 것을 기초로 하여 판단한다면 당연히 배제되어야 할 입법임을 알 수 있다.

다음으로 재해보상의 문제와 관련하여 일반 근로자의 경우는 산업재해보상보험법의 강제 적용을 받으며 그들의 사용자는 동법 및 관계법령에 의한 보험료를 납부함으로써 실질적으로 재해보상책임을 산재보험에 전가할 수 있게 되어 있음에 대하여, 선원의 경우 산업재해보상보험법에 해당하는 법이 없으므로 국가보험제도의 혜택을 받지 못하고 있다는 데 큰 문제점이 있다. 따라서 해운산업의 노사정이 적극적으로 산재보험과 같은 선원재해보상보험법을 입법시행하거나, 아니면 산재보험법의 일부를 개정하여 선원법상의 선원 및 선박소유자에게도 적용하도록 하여야 할 것이다.⁶⁹⁾

IV. 맺음말

이상에서는 선원법과 근로기준법의 각 규정을 구체적으로 비교·분석함으로써 현행 선원법의 문제점과 그 개선방안을 모색하였다. 그 결과 우리 나라의 선원법은 그 동안 수 차례의 개정을 통하여 많은 변모를 거듭해 왔음에도 불구하고 많은 점에서 근로기준법에서 정한 기준에 미치지 못하는 규정이 다수 존재함으로써 아직도 진정의 의미의 선원노동보호법과는 상당한 거리가 있음을 알았다. 뿐만 아니라 일부의 규정은 선원법이 선원보호법이 아니라 선박소유자보호법으로서의 성격을 가지는 법인가 하는 의문을 갖게 한다. 선원법이 선원노동보호법이며 또한 근로기준법의 특별법임을 고려한다면, 이러한 규정들은 빠른 시일내에 개선하여 적어도 근로기준법의 수준에까지 적합하게 하여야 한다.

그러면 여기서는 선원법의 개선과 관련하여 다음의 두 가지 점을 지적하면서 본고를 마치

69) 서병기, 앞의 책, 102면.

고자 한다.

첫째, 법기술상의 문제로서 선원법과 근로기준법에 공통된 사항(특히 근로조건 중의 많은 규정이 이에 해당한다)에 대해서는 선원법에 별도의 규정을 중복하여 둘 것이 아니라, 근로기준법을 준용하게 한다면 좋을 것이다. 선원법에서는 근로기준법에 있는 내용들을 중복하여 규정할 것이 아니라, 해상근로에 특유한 제도만을 규정하여 발전시켜 나가는 것이 바람직하다. 이렇게 함으로써 근로기준법이 개선되면 그때마다 선원법을 다시 어렵게 그 기준에 맞추려고 하는 전혀 불필요한 노력을 피할 수 있게 됨으로써 선원의 노동보호가 확보될 수 있을 것이다. 해상노동의 특수성은 선원법의 존재근거는 될 수 있지만, 이것으로 선원이 법적으로 육상근로자보다 낮은 대우를 받는 것을 정당화하는 것은 아니다. 오히려 해상위험, 선원근로의 특수성 및 선원법이 근로기준에 대한 특별법인 점을 고려한다면 선원은 근로기준법에서 정한 기준 이상의 보호를 당연히 받아야 한다.

둘째, 현행 선원법의 수준을 근로기준법의 수준에 합치시키는 것으로 모든 문제가 해결되는 것은 아니다. 국제화 시대를 맞이하여 앞으로 국내의 각종 노동관계법의 수준을 국제적 기준에 접근 또는 적응시키지 않으면 안되게 되었다. 따라서 선원법을 육상 근로관계법 더 나아가 국제노동기구의 각종 협약의 기준에 합치시킨다면 선원법은 진정한 의미의 선원법으로서의 지위를 회복하게 될 것이다.

참 고 문 헌

- 金周年, 海事法規解説, 부산:韓國海洋大學 海事圖書出版部, 1967.
- 金亨培, 勤勞基準法, 서울:博英社, 1993.
- ———, 勞動法, 서울:博英社, 1994.
- 閔星奎·林東喆, 海事法規要論, 부산:韓國海洋大學 海事圖書出版部, 1992.
- 朴容燮·洪秉泰(譯), ILO海事協約과 勸告, 서울:全國海員勞動組合聯盟, 1985.
- 徐丙機, 改正 船員法の 解説, 서울:韓國海事問題研究所, 1987.
- 藤崎道好, 船員法總論, 東京:成山堂, 1975.
- 松村勝二郎, 「船員法の適用(四)」, 海事法研究會誌 No.112, 1993.2.
- 日本運輸省 船員法研究會(編), 改正船員法の解説, 東京:成山堂, 1984.
- 住田正二, 船員法の研究, 東京:成山堂, 1973.

