

$$\begin{aligned}
 & -\frac{1}{2}\rho_{24}(-\rho_{12}^2 - \rho_{13}\rho_{23}^2 + 2\rho_{12}\rho_{23}) - \frac{1}{2}\rho_{24}(-\rho_{12}\rho_{24}^2 - \rho_{14}\rho_{34}^2 + 2\rho_{14}\rho_{34}) \\
 & - \rho_{12}^2\rho_{14} - \rho_{13}\rho_{23}\rho_{34} + \rho_{12}\rho_{34} + \rho_{14}\rho_{23} \\
 & = -\frac{1}{2}\rho_{13}\rho_{24} (\rho_{12}^2 + \rho_{14}^2 + \rho_{23}^2 + \rho_{34}^2) + \rho_{12}\rho_{34} + \rho_{14}\rho_{23} \\
 & \quad - (\rho_{12}\rho_{13}\rho_{14} + \rho_{21}\rho_{23}\rho_{24} + \rho_{31}\rho_{32}\rho_{34} + \rho_{41}\rho_{42}\rho_{43})
 \end{aligned}$$

을 얻는다. 이것은 (4.2)의 特別한 境遇이다. 以上의 準備에서 一般의 境遇를 생각하자.

A , Ψ 의 각 (i,j) 행과 (l,m) 열의 交叉點의 要素를 각각 $((ij)(lm))$, $[(ij)(lm)]$ 로 表示하기로 한다.
이 때

$$\left. \begin{array}{l} ((ij)(ii)) = ((ij)(jj)) = -\frac{1}{2}\rho_{ij}, \quad ((ij)(ij)) = 1 \\ ((ij)(lm)) = 0 \quad (i \neq j, \quad i \neq l, \quad j \neq m) \\ [(ij)lm] = \rho_{il}\rho_{jm} + \rho_{im}\rho_{jl} \end{array} \right\} \quad (4.5)$$

이다.

$A\Psi A'$ 의 (ij) 行 (lm) 列의 交叉點의 要素를 求하려면 먼저 $A\Psi$ 의 (ij) 行의 (ll) , (mm) , (lm) 째 要素를 求하여야 한다. 따라서 각 要素는

$$\begin{aligned}
 (ij)(ll) : & \quad ((ij)(ii))[(ii)(ll)] + ((ij)(jj))[(jj)(ll)] + ((ij)(ij))[(ij)(ll)] \\
 (ij)(mm) : & \quad ((ij)(ii))[(ii)(mm)] + ((ij)(jj))[(jj)(mm)] + ((ij)(ij))[(ij)(mm)] \\
 (ij)(lm) : & \quad ((ij)(ii))[(ii)(lm)] + ((ij)(jj))[(jj)(lm)] + ((ij)(ij))[(ij)(lm)]
 \end{aligned}$$

이므로 $A\Psi A'$ 의 (ij) 行 (lm) 列의 交叉點의 要素는

$$\begin{aligned}
 & \{((ij)(ii))[(ii)(ll)] + ((ij)(jj))[(jj)(ll)] + ((ij)(ij))[(ij)(ll)]\}((lm)(ll)) \\
 & + \{((ij)(ii))[(ii)(mm)] + ((ij)(jj))[(jj)(mm)] + ((ij)(ij))[(ij)(mm)]\}((lm)(mm)) \\
 & + \{((ij)(ii))[(ii)(lm)] + ((ij)(jj))[(jj)(lm)] + ((ij)(ij))[(ij)(lm)]\}((lm)(lm))
 \end{aligned}$$

으로 表示된다. 이것을 實際로 計算하면 $A\Psi A'$ 의 $(ij)(lm)$ 要素 即 $\text{vcov}(r_{ij}, r_{lm})$ 은 漸近으로 다음과 같이 되다.

$$\begin{aligned}
 \text{vcov}(r_{ij}, r_{lm}) & \approx [-\frac{1}{2}\rho_{ij}(2\rho_{ii}^2) - \frac{1}{2}\rho_{ij}(2\rho_{ji}^2) + 2\rho_{il}\rho_{jl}](-\frac{1}{2}\rho_{lm}) \\
 & + [-\frac{1}{2}\rho_{ij}(2\rho_{im}^2) - \frac{1}{2}\rho_{ij}(2\rho_{jm}^2) + 2\rho_{il}\rho_{jm}](-\frac{1}{2}\rho_{lm}) \\
 & + [-\frac{1}{2}\rho_{ij}(2\rho_{il}\rho_{im}) - \frac{1}{2}\rho_{ij}(2\rho_{jl}\rho_{jm}) + \rho_{il}\rho_{jm} + \rho_{im}\rho_{jl}] \\
 & = \frac{1}{2}\rho_{ij}\rho_{lm}(\rho_{ii}^2 + \rho_{im}^2 + \rho_{jl}^2 + \rho_{jm}^2) + \rho_{il}\rho_{jm} + \rho_{im}\rho_{jl} \\
 & \quad - (\rho_{ij}\rho_{il}\rho_{im} + \rho_{ij}\rho_{jl}\rho_{jm} + \rho_{il}\rho_{lj}\rho_{lm} + \rho_{im}\rho_{mj}\rho_{ml})
 \end{aligned}$$

이것은 (4.2)式이다.

參 考 文 献

1. 北川敏男編 多變量解析論(1966) 共立社,
2. S. S. Wilks, Mathematical statistics, (1962) John Wiley & Sons Inc.
3. H. Cramer, Mathematical methods of statistics, (1954) Princeton University.

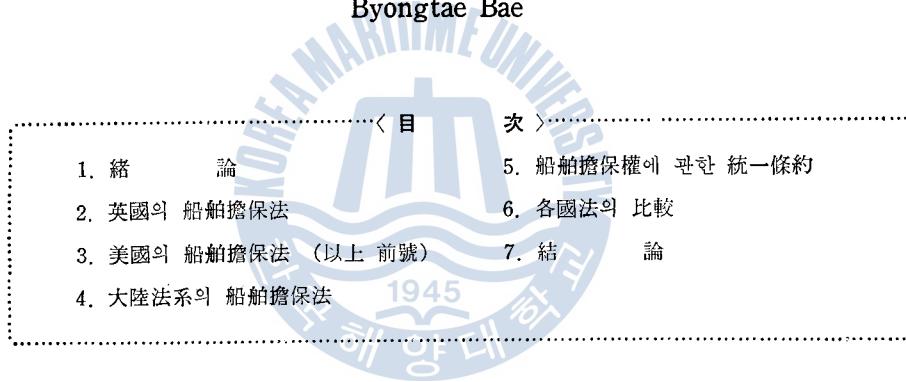
船舶擔保物權에 관한 比較法的 研究

裴炳泰

A Comparative Study of the Maritime Lien and
the Ship Mortgage in the Law of Admiralty

By

Byongtae Bae



Abstract

Two kinds of legal devices for obtaining loans in the transactions of shipping business are stipulated in the Korean Code of Commerce (SS. 861-874).

They are securities or incumbrances of a ship, the one Maritime Lien, the other Ship Mortgage.

These legal systems, especially of Maritime Lien, are identical with and derived from The International Convention for the Unification of certain Rules relating to Maritime Liens and Mortgages, 1926.

In this article, the writer intends to examine the major foreign legal systems relating to securities of a ship for the correct legal reasoning of the maritime lien, and to suggest a few legal problems for supplemental legislature relating to the ship mortgage in the Korean law.

In respect to the legal systems of securities of a ship, Anglo-American Law, German Law, French Law and International Conventions are chosen to examine to limit the scope of the

study in its comparison.

Though the origins of devices obtaining loans for shipping were from ancient Greek shipping and from Medieval Mediterranean Shipping customs, namely Bottomry and Columna or Commenda, they had been formed and developed with different legal characters.

Ship mortgage is a charge or incumbrances which the borrower of money, the mortgagor, creates in favor of the lender, the mortgagee.

This security consists of a voluntary agreement between contracting parties and the execution of the document (mortgage deed), but it should be registered to protect the mortgagee against all later secured creditors of the owner, against his trustee in bankruptcy.

Modern legal systems of ship mortgage had been facilitated since mid-nineteenth century in Europe and England.

On the other hand, Maritime lien is not created by the contract and deed but by the operation of law.

A maritime lien is a claim against a ship or other maritime property (Schiffsvermögen) which can be made effective by the seizure of the property in question.

It has no device to advertise to be attached to a specific ship, but has the first priority (privilege) among all of the claims against the ship. So differs it from Common Law lien and from Equitable lien.

Major foreign legal systems relating to the Maritime lien have been constructed by the specific judicial thoughts and theories of each country.

They are : Foreign Attachment theory in English Law, Personification theory in American Law, Versio in rem in French Law, and Korrelatgedanke in German Law.

Having examined the foreign legal systems in respect to the securities of a ship, the writer expressed their characteristics of the systems and discussed their theories and bases of them.

In conclusion, the writer affirmed a supplemental legislature of the maritime hypothec, considering the French law and the German law concerned, necessary as a legal device to progress and encourage the shipping industry and shipbuilding in Korea. And several important legal problems for the legislature were discussed.

In respect to the maritime lien in the Code of Commerce of Korea, the writer also suggested some interpretation of a few stipulations of the Code.

第4章 大陸法系의 船舶擔保法

序　　說

英美法上의 Ship Mortgage와 Maritime Lien에相當하는 大陸法系의 制度는 도이취 法上의 船舶抵當權(Schiffshypothek)과 船舶債權者權(Schiffsgläubigerrecht)이고 프랑스法上의 海上抵當權(Hypothéque maritime) 및 海上優先特權(Privilége maritime)이다.

이러한 各國의 船舶擔保物權法이 中世 海事慣習法에 그 源源을 두고 있음은前述한 바와 같다(2章). 그러나 大陸海法이 中世海法에 그 源源을 두고 있기는 하나 유럽各國이 統一國家를 形成하게 된 17世紀以來 18世紀에 걸쳐 各國은 國家的 統一法體系를 確立하게 되었고¹⁾ 이러한 體系化過程에서 近世民族國家들은 自國의 獨立的制度를²⁾ 強調하게 되었다. 그러나 海上企業에 共通되는 特殊性때문에 Pardessus가 말하는 海商法의 特性인³⁾ 各國法間의 統一性이 保存되어 온것도 事實이다.

大陸法上의 船舶抵當을 보면 이미 Rome法 부터 動產抵當의⁴⁾ 方式으로 인정되고 있었으나 그 後動產抵當의 禁止에 따라 消滅하였다.

도이취에 있어서는 German法思想에 따라 中世에 船舶을 不動產으로 보고 不動產抵當을 인정하고 있었다⁵⁾. 그러나 Rome法繼受로 船舶抵當은 動產抵當으로 變更되었고 이것도 動產抵當의 禁止에 依하여 消滅하였다.

프랑스에 있어서도 같은 經過로 船舶抵當은 인정되지 아니하여 近世의 完備한 自足的 海事法典이나 일컬어지는 1681年 海事勅令(Ordonnance de la marine)에도 아무런 規定을 두고 있지 아니하였다.

그러므로 船舶金融을 위한 擔保制度는 19世紀까지 船舶의 賣渡擔保나 Bottomry에 依存한 것임을 알 수 있다.

- 1). 近世海商法의 制定에 관해서는 다음 參照。
 朴元善, 海商法(下), (서울:修學社, 1969), pp. 240—41.
 谷川久, 海事私法の構造と特異性, (東京:有斐閣, 1958), pp. 53—67.
 Abraham, H. J., Das Seerecht, Berlin, 1969, SS, 7—8.
 Gierke, J. von., Handelsrecht und Schifffahrtsrecht, Berlin, achte Aufl., 1958, SS.579—80.
 一般的海法史에 관하여서는 다음 研究가 있다.
 Sanborn, F.R., Origins of the early English maritime and Commercial Law. New York, 1930.
 Wagner, R., Handbuch des Seerechts in Bindings Handbuch der Rechtswissenschaft, Bd. 1884, S. 33ff.
 Senior, W., Early Writers on Maritime Law, 1921, 37 L.Q. Rev. 323.
 Wigmore, J.H., A Panorama of the World's Legal Systems, Vol. 3, 1936, (The Maritime Legal System) P. 875 et seq.
- 2). Louis 14世가 近世最初의 大海法典인 海事勅令(Ordonnance de la marine, 1681)을 制定한 以後近世 유럽各國은 獨自의으로 海事法을 制定하게 되었다. Spain, Ordenanzas de Bilbao, 1737(빌바오勅令)
 Sweden, 1750年 10月 2日勅令(海損 및 保險)
 Sicily Codice per La Veneta Merchantile Marina, 1786. (라, 베네타海商法典) 1781年 Ferdinand勅令
 Preussen, 1727年 海損, 保險法
 Huvelin, L'histoire du droit commercial, Paris, 1904, P. 60. et suiv.
 小町谷操三譯, (東京:有斐閣, 1970). P. 93 以下参照
- 3). 徐燉璗, 商法講義(下卷) (서울:法文社, 1967), P. 34 以下.
- 4). 原田慶吉, ローマ法, (東京:有斐閣, 1970). PP. 264—6.
- 5). Gierke, a. a. O., S. 585.
 田中誠二, 海商法詳論, (東京:勁草書房, 1970). P. 557.

不動產抵當이 登記制度를 土台로 하고 있는 바와 같이 船舶抵當도 私法의意義가 있는 船舶登記制度가 完備되는 19世紀 中葉에 이르러 비로소 確立되었다. (章2節2参照)

1833年の Porugal商法, 1838年の Netherland 商法에서 처음 登記簿에 依한 船舶抵當權 設定을 인정하였으나⁶⁾ 1854年 英國商船法(Merchant Shipping Act, 1854)을 制定하므로써 船舶登記制度가 完備되어 現行船舶抵當權制度의 完成을 보게 되었다⁷⁾.

뒤를 이어 1861年 프로이센普通法, 프랑스의 1874年 12月 10日法(이는 1885年 7月 10日法으로 改正한 船舶抵當法)의 制定으로 船舶抵當制度는 유럽各國에서 施行되었다.

船舶優先特權法도 中世海法에 그 源流이 있음은前述한 바이나 近世海法上 船舶優先特權法을 國法體系에 編入하여 統一的規定을 둔것은 루이(Louis 14世)의 大海法이 最初의 것이다⁸⁾. 루이海事勅令의 영향으로 18世紀 유럽國家들이 각각 海法을 制定하는 過程에서(註, 2参照) 中世海事慣習法이던 優先特權制度는 各國海法속에 編入되었다.

船舶優先特權에 관한 大陸系法은 主로 船舶에 관한 契約關係에 依하여 發生하는 債權을 擔保케 하는 制度로서 確立된 것이고 不法行爲로 因한 請求權에는 優先特權은 인정치 아니하는 點이 特色이다⁹⁾.

한편 現代의 船舶優先權을 인정하는 法理는 主로 共益費用과 不法行爲로 因한 請求權을 擔保케 하는 것을 主要目標로하고 있는바¹⁰⁾ 不法行爲로 因한 賠償請求權에 優先特權을 인정하여 善意의 第三取得者(Bona fide Purchaser)에게까지 追及權을 인정한 法理를 確立한 것은 英國의 1852年(Bold Buckleugh事件)이 있다(前述).

이상 본바와 같이 船舶抵當權이나 船舶優先權의 法理가 確立된 것은 19世紀中葉 以後임을 確認할 수 있다.

이 章에서는 상기한 船舶擔保權에 관한 도이취法과 프랑스法을 考察하고자 한다.

第1節 도이취의 船舶擔保法

도이취는 船舶擔保權을 비롯한 船舶에 관한 物權關係를 規定하는 1940年 船舶物權法¹¹⁾과 商法4編 9章 船舶債權者(Schiffsgläubiger, 第754條~第776條)의 章에 依하여 船舶擔保法을 構成하고 있다.

이 節에서는 먼저 도이취 船舶擔保法의 沿革을 보고 前記兩法에 따라 船舶抵當權과 船舶優先特權

6). 大橋光雄, 船舶抵當法의 將來, 法學論叢, 43卷3號(1941年), P. 365.

石井照久, 商法(II), (東京: 勤草書房, 1964), P. 145.

7). Gierke, a.a.O., S. 585.

Chorley and Giles, Shipping Law, 6th ed., London, 1970. P. 5.
Leeuwen, F.W.A. de Koch van, Maritime Code of the Netherlands, 1927. (네덜란드의 英譯海法書로
有益하다).

田中誠二, 海商法詳論, (東京: 勤草書房, 1970), PP. 25, 558.

8). 本章 第2節 프랑스 海法의 沿革参照

9). 프랑스舊商法(第191條)은 優先特權의 被擔保債權 11種을 모두 契約關係로 因한 것과 共益費用에 限하고 있고 도이취商法(第754條)도 被擔保債權 10種을 大部分 共益費用과 契約關係로 因한 債權으로 構成하고 있다.

10). 例컨대 1967年 船舶優先特權 抵當權 統一條約(第4條)上의 被擔保債權은 主된것이 不法行爲로 인한 賠償債權으로 되어 있다. 第5章2節3 (3)参照.

11). 1940年 登記畢船舶 및 建造中인 船舶上의 權利에 關한 法; Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken vom 15. Nov. 1940, RGBl. I. 1499. 以下 이 法을 1940年 船舶物權法이라 略稱한다. 이는 1968年 一部 改正되어 現行法이다. 略記 Sch. RG. (RGBl. I 1295)
Abraham, a.a.O., S. XI.

制度를 考察하고자 한다.

1. 沿革

30年戰爭(A. D 1618~1648)後의 도이취는 프러시아와 오스트리아가 擡頭되고 빈會議(Wiener Kongress, 1814~1815)까지 35個國과 4個自由市로 分立되어 유럽大陸에서 統一國家(Deutsche Kaiserreich, 1871)를 完成하는데 가장 뒤쳤음은 周知하는 바와 같다. 이동안의 도이취 諸國은 Napoleon 商法 Baden國法, 프로이센普通法(Allgemeinen Landrecht für die preussischen Staaten, 1794)과 Hansa, Hamburg等 傳統的 港口都市의 自治法등 여타가닥의 分裂된 法域을 이루고 있었다. 도이취가 近代國家의 統一商法典을 갖게된 것은 Napoleon 商法典보다 近60年이나 뒤인 1861年の 일이다.

1861年 普通도이취商法(Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, ADHGB, 舊商法)이 그것이다¹²⁾

1861年 商法은 第5編에 海商法規定을 두고 있었다. 이것은 1856年의 Preussen草案을 基礎로 Hamburg 審議會議(1857~61)를 거쳐 確定된 것인바¹³⁾ 프랑스海法의 影響도 받았으나 1820年以來 Lübek 控訟院判例 및 Hansa 海商慣習法을 參照 編入하여 獨法系固有制度를 包含시킨 卓越한 法이었다.

1871年 Willhelm 1世에 依한 統一 도이취帝國이 成立하자 舊商法은 1879年 改編되어(海商法을 第4編으로) 도이취帝國商法(Handelsgesetzbuch für das Deutsch Reich, 1897. HGB.)이 되었다. 이 4編이 海商法의 主要法源으로 그後 여타차례의 改正을 거쳐 現行法이다¹⁴⁾.

本來 도이취法上의 船舶債權者權(Schiffsglaubigerrecht, 船舶優先特權)은 1855年 프로이센破產法中의 船舶債權者의 權利의 順位에 관한 規定을 프로이센商法草案에 受容한 것으로 이것을 1861年 舊商法에 編入한 것이다. 이 制度는 1897年 商法(HGB)에 發展 繼受되어 現行商法 第754條 以下의 船舶債權者權의 源源이 되었다.¹⁵⁾

1861年 舊商法에 船舶에 관한 法定擔保權을 制定할 때 ①船舶에 對하여 어여한 利益을 提供한 者(例컨대 修理, 保存, 救助, 舍船, 導船 等의 行爲를 提供한 者 및 共同海損으로 投荷된 者)에게 船舶債權者權을 인정할 것. ②船主의 物的有限責任의 對抗을 받는 모든 債權者에게 船舶債權者權을 인정할 것 등의 原則을 指導理念으로 하였었다.¹⁶⁾

이 原則의 前者를 Versio in rem의 原則, 後者를 Korrelatgedanken(相關理念)이라 한다. Versio in rem은 他人의 財產에 무엇인가 利益을 가져오게 한다는 뜻이다.

Versio in rem은 유럽諸國에서 모두 인정되고 있는 原則이나 相關理念은 도이취法上 獨特한 制度이다.

12). Gierke, a.a.O., S. 14.

13). Gierke, ibid., SS. 15, 579.

14) 이 法은 制定하자마자 海上企業의 本質의變化로 말미암아 낡은 法이 되어 海商法은 그後 海上慣習法과 判例에 依하여 Lebendes Recht를 形成하고 있고 그 外의 法源이 더욱 重要하다. 이를 法源과 改正狀況에 관하여서는 Abraham, a.a.O., SS. 7~10, 11~4. 參照 特히 1957年 航海船主責任制限條約을 반아드라인 海商編의 大改正이豫見되고 있다. 條約에 따라 船主責任制限法이 改正되면 現船舶擔保物權法도 改正되어야 하고(Abraham, S.52), 船舶優先特權도 1967年條約上의 優先特權만이 認定될 것이다. (Abraham, S.56)

15). Entwurf eines Handelsgesetzbuch für die Preussischen Staaten, II Theil, Motive, 1957, S.366ff. 小島孝, ドイツ法及びフランス法における 船舶先取特權制度について, 法學論叢 63卷5號, P.50.

16) Price, G., The Law of Maritime Liens, 1940, P.173.

Sieveking, The German Law of Carriage of Goods by Sea, 1807, P.314. ; Gierke, a.a.O., S.629. 小島孝, op. cit., P.52 note. 1.

한편 船舶抵當權制度는 1861年 Preussen法에 처음 制定되어 1885年 Hamburg法, 1887年 Bremen法에서 施行되었다.¹⁷⁾

도이취民法(bürgerliche Gesetzbuch, BGB)制定後에는, 民法上의 擔保物權인 動產抵當으로서 登記質權(Registerpfandrecht)이라 하여, 質權의 一種인 性質과 不動產抵當權의 性質이 混合된 不透明한 것 이었다.¹⁸⁾

즉 船舶物權을 民法上의 動產法에 規定하므로써 所有權移轉을 위하여서는 民法의 一般原則에 따 라 合意와 船舶의 引渡를 要件으로 하였고(獨民 925條) 船舶擔保物權을 위하여서는 質權을 인정하되 다만 登記를 要件으로 하고 있었다.(1259條 以下) 한편 登記船에 對한 債權의 實行은 不動產에 관한 強制執行法에 따르도록 하고(獨民訴 864條) 建造中인 船舶에 對하여여는 登記를 畢한 경우에 도 動產의 強制執行規定을 適用하였다.¹⁹⁾

이와같이 船舶物權을 動產法에 規定하므로써 그의 法的性質에 관한 疑問도 있고 船舶金融上의 不便도 適지 아니하여 1933年 船舶抵當證券銀行法(1963年改正)²⁰⁾을 制定하였다.

이 法으로 設立된 銀行은 船舶抵當證券을 發行하여 資金을 造成하고 이를 船舶與信에만 充當하는 特殊銀行이다.²¹⁾

도이취는 船舶金融과 造船을 奬勵하기 위하여 이런 特別法을 만들어 從來의 民法上의 船舶質權制度를 全面廢止하고 새로이 不動產抵當法에 따라 1940年 登記船 및 建造中인 船舶上의 權利에 관한 法(Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffbauwerken vom 15. Nov. 1940, RGBI, I 1499, 通稱 船舶物權法)을 制定하였다. 이 法은 1968年 改定되어 現行法이다.

2. 船舶抵當權(Schiffshypothek)

도이취는 船舶物權法의 制定에 依하여 船舶質權制度를 廢止하므로써 民法上의 同規定(1259條~1272條)과 商法規定(474條~475條)을 廉止하고 同法의 實施令에 依하여 民商法 및 民事訴訟法 破產法 強制競賣法, 和議法上의 百數十條文을 改正하였다.²²⁾

以下 同法에 따로 船舶抵當權制度를 보겠다.

(1) 船舶抵當權의 概念 및 成立

A. 概念, 性質

船舶抵當權은 債權을 保全하기 위하여 債權者가 特定金額을 船舶으로 부터 辨濟받을수 있는 方法으로 지워진 登記된 船舶(航海船과 內水船 包含)上의 負擔이다(船物法 8條) 船舶抵當權의 概念은 보통 不動產抵當權의 그것과 一致한다.²³⁾ (獨民 1113條)

그리나 도이취 不動產法(Liegenschaftrecht)上의 土地負擔能力(Pfandrechtlichen Belastungsgmöglich-

17). 田中誠二, 前掲書, P.582

18). Wüstendorfer, H., Seerecht in Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrecht, Bd. VII. Abt. 2, 1923 S. 244f.

田中誠二, loc. cit.

19). 八木弘, 獨逸新船舶物權法, 國民經濟雜誌, 71卷 1號 PP. 63—4

20). Gesetz über die Schiffspfandbriefbanken. 1933, mit Änderungen, 1963, BGBI. I, 301 Abraham, a.a.O., S. 11.

21). 이련 特別法을 制定한 나라는 도이취, 벨기에, 프랑스, 이타리, 놀웨이, 스웨덴, 스페인 등이다. Abraham, Die Schiffshypothek in deutschen und ausländischen Recht, 1950, S. 102ff.

22). 八木弘, 前掲書, P. 63

23). Abraham, Das Seerecht, S. 51.

keiten der Grundstück)은 抵當權(Hypothek), 土地債務(Grundschuld), 定期土地債務(Rentenschuld) 등
數種이 있고 抵當權은 普通(慣習的)抵當權(gewöhnlich Hypothek, 民 1113條)과 保全抵當權(Sicherungshypothek, 民 1184條) 및 證券抵當權(Briefhypothek, 民 1116條1項) 登記抵當權(Buchhypothek, 民 1116條2項) 등으로 分類할 수 있다.²⁴⁾

이러한 多樣한 性質은 우리 法上의 抵當權의 性質과 顯著한 差異點을 이루는 것으로²⁵⁾ 도이취法
은 一般抵當權에 投資媒介를 위한 流通性確保의 機能을 賦與하고 있기 때문이다.

그리나 船舶抵當은 原則적으로 保全抵當으로 構成하였기 때문에 不動產抵當과 差異가 있다. 그
것은 對人的請求權에 基礎를 두지 아니하는 擔保權을 理念上 嫌惡하기 때문에 不動產法上의 土地債
務(Grundschuld)와 같은 所有者抵當權을 排除하였고 順位確定의 原則도 必要 없으므로 順位上昇의 原
則을 取하고 있다.²⁶⁾

船舶抵當이 順位上昇의 原則을 取한 것은 船舶이 不動產에 比하여 빨리 減價되기 때문이다.²⁷⁾

그리나 '無記名債權證書(Inhaberpapier)上의 債權을 위한 抵當權(船物法 72條) 指示證券(Order
papier)上의 債權을 위한 抵當權(同73條)船舶이 擔保할 最高額을 定하는 最高額抵當權(Höchstbet-
ragsschiffshypothek) (同75條) 등을 인정하고 한편 債權移轉의 方法으로 船舶抵當權도 移轉되므로
(同51條) 어느程度 船舶抵當權의 流通性도 確保하고 있는 點이 特色이다.

B. 設定, 登記, 効果

船舶抵當權은 當事者間의 合意와 登記를 要件으로 하여 成立한다. (船物法 8條2項3條準用) 우리民
法上의 그것과 一致한다.²⁸⁾

船舶抵當權은 그 成立뿐만 아니라 移轉(51條3項) 變更(54條1項, 55條1項) 및 消滅(56條1項)에도
모두 登記를 要件으로 하여 登記抵當(Buchhypothek)임을 明白히 하고 있다.²⁹⁾

登記에는 債權이 現實로 存在하는 경우에 限하여 權利推定力과 公信力이 인정된다. 따라서 登記
한 權利가 抹消되면 그 權利는 存在하지 아니하는 것으로 推定한다. 또 登記의 公信力은 法律行為
에 依한 船舶의 所有權, 抵當權 또는 抵當權上の 權利 및 船舶의 用益權에 미친다(同 16條, 獨民
8922條 相當). 그러나 公信力은 船舶의 事實關係에 까지는 미치지 아니한다. (例, 積量測定船舶 管
理人, 持分等)

登記에 公信力を 인정하므로써 發生하는 實質한 權利關係와의 不一致는 登記의 訂正請求 및 異議
의 登記로써(船物法 18條~22條) 이를 救濟하게 하였다. (獨民, 1263條, 894條, 895條, 898條, 899
條, 902條 相當)

따라서 登記審查는 實質審查主議를 採擇하여 (船舶登記令 30條) 訂正強制를 할 수 있게 하므로써
未登記者의 權利를 保護하고 있다. 또한 船舶物權上의 請求權을 保全하기 위하여 假登記制度를 두
었다. (船物法, 10條~13條, 民 883~887條 相當)

船舶抵當權의 登記事項은 債權者, 債權額, 利潤, 또는 從給與의 金額等이다(同 24條1項, 民1115條
相當)

(2) 船舶抵當權의 内容

24). Abraham, a.a.O., S. 52 : 郭潤直, 物權法(서울 : 博英社, 1969), P. 342 以下.

25). 金顯泰, 新物權法, (서울 : 一潮閣, 1964), PP. 163以下.

郭潤直, 物權法, (서울 : 博英社, 1969), PP. 418-23.

26). Gierke, a.a.O., S. 589

27). Abraham, a.a.O., S. 52.

28). 金顯泰, 前揭書, P. 170

29). Abraham, a.a.O., SS. 52-3.

A. 順 位

船舶抵當權의 順位는 登記順에 따른다. (船物法 25條, 民 879條 相當), 但 그 順位는 當事者の 合意와 登記로써 變更할 수 있다(同26條) 또 所有者는 確定金額을 위한 優先順位의 抵當權을 設定할 權利를 留保하고 그 後順位로 抵當權을 設定할 수 있다(27條 1項) 이 留保는 抵當權登記時에 登記하여야 한다(2項)

船舶이 讓渡되면 留保된 이 權利는 取得者에게 移轉한다(3項). 이리한 制度로 所有者抵當權을 일정치 아니하면서도 特定한 경우 그와 같은 效果를 얻을 수 있다.³⁰⁾

船舶優先特權과의 順位는 優先特權의 成立時期를 不問하고 優先特權이 優先한다.³¹⁾

B. 被擔保債權

被擔保債權의 範圍는 元本 利子 및 實行費用이 되고 그外의 損賠債請求權이나 建約金은 契約內容에 따를 것이다.

또한 條件附債權 將來債權도 被擔保債權으로 할 수 있다. 但 이것은 그 債權이 成立하지 아니하면 抵當權者는 아무런 權利도 取得하지 못한다.(8條1, 2項) 이러한 請求權은 假登記로써 保證할 수 있다(1條) 總括抵當(共同抵當)(gesamt Schiffshypothek)의 경우에는 各船舶이 또는 各者의 持分이 全債權의 擔保가 되고 (28條 1項) 債權者는 債權額을 各船舶 또는 持分上에 分割하여 擔保케 할 수 있고 이것도 登記에 依하도록 하였다(28條 2項) 利子의 利率은 年5分까지는 變更할 수도 있다(30)

C. 抵當權의 目的物

船舶抵當權의 目的物은 船舶과 船主所有의 屬具 및 船舶構成物이다(31條). 特記할 것은 抵當權이 保險金請求權에 미치도록 한 點이다(32條)³²⁾. 保險金請求權을 目的物의 範圍內에 包含한 것은 本法의 特色이며 (32條~38條) 民法上의 建築物保險에 관한 規定(民 1127條以下)과 保險契約法(100條)에 따라 詳細한 規定을 두고 있다. 또한 損害賠償請求權과 共同海損分擔金은 物上代位의 原則에 따라 目的物에 包含되나 運賃과 倉船料등은 目的物이 되지 아니한다. 抵當權은 設定者的 利用權을 빼앗는 것이 아니기 때문이다.³³⁾

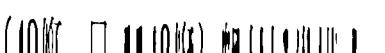
目的物의 侵害에 對하여서는 船舶所有者가 侵害하는 경우(39條, 辨濟請求,豫防措置命令의 請求)와 第三者에 依한 侵害의 경우(中止請求)에 救濟方法을 부여하였다.

D. 抵當權의 實行, 變動, 消滅

債權者는 目的物에 對하여 強制執行法에 依하여서만 辨濟를 求할 수 있다.

總括抵當의 경우에는 各船舶의 全部 또는 一部에 對하여 辨濟를 求할 수 있다.(47條, 民1147條, 1132條1項)

權利實行의 相對方은 登記簿上의 所有者이다(48條, 民1148條) 한편 債務者를 保護하기 위하여 辨濟期 以前에 所有權移轉 또는 強制執行 以外의 方法을 辨濟方法으로 定하는 契約은 禁止하고 있다



A. 順 位

船舶抵當權의 順位는 登記順에 따른다. (船物法 25條, 民 879條 相當), 但 그 順位는 當事者の 合意와 登記로써 變更할 수 있다(同26條) 또 所有者は 確定金額을 위한 優先順位의 抵當權을 設定할 權利를 留保하고 그 後順位로 抵當權을 設定할 수 있다(27條 1項) 이 留保는 抵當權登記時에 登記하여야 한다(2項)

船舶이 讓渡되면 留保된 이 權利는 取得者에게 移轉한다(3項). 이리한 制度로 所有者抵當權을 인정치 아니하면서도 特定한 경우 그와 같은 效果를 얻을 수 있다.³⁰⁾

船舶優先特權과의 順位는 優先特權의 成立時期를 不問하고 優先特權이 優先한다.³¹⁾

B. 被擔保債權

被擔保債權의 範圍는 元本 利子 및 實行費用이 되고 그外의 損賠債請求權이나 建約金은 契約內容에 따를 것이다.

또한 條件附債權 將來債權도 被擔保債權으로 할 수 있다. 但 이것은 그 債權이 成立하지 아니하면 抵當權者는 아무런 權利도 取得하지 못한다.(8條1, 2項) 이러한 請求權은 假登記로써 保證할 수 있다(1條) 總括抵當(共同抵當)(gesamt Schiffshypothek)의 경우에는 各船舶이 또는 各者의 持分이 全債權의 擔保가 되고 (28條 1項) 債權者는 債權額을 各船舶 또는 持分上에 分割하여 擔保케 할 수 있고 이것도 登記에 依하도록 하였다(28條 2項) 利子의 利率은 年5分까지는 變更할 수도 있다(30)

C. 抵當權의 目的物

船舶抵當權의 目的物은 船舶과 船主所有의 屬具 및 船舶構成物이다(31條). 特記한 것은 抵當權이 保險金請求權에 미치도록 한 點이다(32條)³²⁾. 保險金請求權을 目的物의 範圍內에 包含한 것은 本法의 特色이며 (32條~38條) 民法上의 建築物保險에 관한 規定(民 1127條以下)과 保險契約法(100條)에 따라 詳細한 規定을 두고 있다. 또한 損害賠償請求權과 共同海損分擔金은 物上代位의 原則에 따라 目的物에 包含되나 運貨과 備船料등은 目的物이 되지 아니한다. 抵當權은 設定者的 利用權을 빼앗는 것이 아니기 때문이다.³³⁾

目的物의 侵害에 對하여서는 船舶所有者가 侵害하는 경우(39條, 辨濟請求,豫防措置命令의 請求)와 第三者에 依한 侵害의 경우(中止請求)에 救濟方法을 부여하였다.

D. 抵當權의 實行, 變動, 消滅

債權者는 目的物에 對하여 強制執行法에 依하여서만 辨濟를 求할 수 있다.

總括抵當의 경우에는 各船舶의 全部 또는 一部에 對하여 辨濟를 求할 수 있다.(47條, 民1147條, 1132條1項)

權利實行의 相對方은 登記簿上의 所有者이다(48條, 民1148條) 한편 債務者를 保護하기 위하여 辨濟期 以前에 所有權移轉 또는 強制執行 以外의 方法을 辨濟方法으로 定하는 契約은 禁止하고 있다(49條, 民 1149條) 船舶抵當權의 移轉에 관하여서는 債權과의 不可分性이 관철되어 있고(51條1, 2項 民1153條, 1154條相當) 合意와 登記를 要件으로 한다(51條 3項)

抵當權의 内容이나 被擔保債權을 變更하기 위하여서도 合意와 登記를 要件으로 한다.(54條, 55條)

30). 八木弘, 前掲書, p. 88

31). Abraham, a. a. O., S. 52.

32). Gierke, a. a. O., S. 590.; Abraham, a. a. O., S. 52.

33). 大橋光雄, 船舶抵當法の將來, 法學論叢, 42卷 5號, 1940. pp. 741—42

또한 抵當權의 消滅原因是 다음과 같다.³⁴⁾

① 法律行爲(拋棄의 意思表示)에 依한 消滅(56條)

意思表示와 合意 및 登記의 抹消를 要件으로 한다.

② 債權의 消滅

船舶抵當은 不動產法上의 承繼的土地負擔制度를 인정치 아니하므로 債權의 消滅에 依하여 消滅하고 後順位抵當權이 上昇한다.

그러나 이 事由 以外의 事由(辨濟)로 船舶抵當權이 消滅하고 아직 抹消登記를 하지 아니하는 동안은 船舶所有者는 從前順位와 그 債權額의 範圍內에서 새로운 抵當權을 設定할 權利를 갖도록 하였다(57條, 3項)

이 制度는 本法의 特色으로 船舶抵當에 所有者土地負擔 (Eigentümergrundschuld)과 같은 制度를 인정하지 아니하면서 一定한 경우에는 이에 同類의 効果를 船主에게 주고 있는 것이다.³⁵⁾ (所有者抵當權)

③ 混同

抵當權은 混同에 依하여 消滅하나 所有者를 위하여 前記 57條3項을 (所有者抵當權) 準用한다. (64條 1項), 단 抵當權이 第三者의 利益을 위하여 存續하는 동안은 消滅하지 아니하고(64條2項) 船舶所有者는 債權者로서 船舶을 強制競賣할 수 없는 特則이 있다.

④ 時效의 完成

登記簿上 船舶抵當權이 不當하게 抹消될 때에 그 請求權의 時效가 完成되면 抵當權은 消滅한다(65條 1項) 法定抵當權이 登記되지 아니한 경우에도 같다(65條2項).

⑤ 除權判決

債務者를 알지 못한 때 登記後 10年이 經過하면 公示催告節次의 方法에 依하여 債權者의 權利를 除斥할 수 있고(66條1項) 除權判決에 依하여 그 權利는 消滅한다(同2項).

總括抵當權이 消滅한 경우에는 船舶所有者는 각각 分割價額에 따라 57條3項(所有者抵當權)의 權利를 갖는다(68條1項) 總括抵當의 消滅에 관하여 所有者の 辨濟에 依한 경우(69條) 債務者の 辨濟에 依한 경우(70條) 債權者の 拋棄에 依한 경우(71條)의 効果를 각각 規定하고 있다.

E. 建造中인 船舶上의 抵當權

이 規定은 1926年 7月 4日 “建造中인 船舶上의 質權設定에 관한法”을 修正繼受한 것이다.

① 適用範圍

完工後 航海船은 그 積量이 50m³以上, 内水船은 登記要件³⁶⁾에 該當하는 크기의 船舶이 될 것에 對하여서만 이 規定은 適用된다(76條). 但 船體의 龍骨(keel)이 据置되고 永續的인 船名과 船舶番號가 부여된 것에 限한다.

② 要件

抵當權設定의 要件은 登記船의 경우와 同一하다. 다만 完工된 船舶의 登記簿와, 建造中인 船舶의 登記簿가 存在하므로 이것에 登記하는 點이 다르다(77條).

34). Gierke, loc. cit.; 八木弘, op. cit., pp. 94, et seq.

35). Gierke, a. a. O., S. 591; Abraham, a. a. O., S. 52.

八木弘, op. cit. pp. 96-7

36). 船舶登記는 航海船登記簿과 内水船登記簿로 分類되어 航海船은 總積量 50m³以上(船舶登記令, Schiffsregisterordnung, 1951, 1968年 改正, BGBl. I 1295) (第10條)의 商船과 内水船은 總20m³以上 推進力 100HP 以上的 船舶에 對하여서 登記義務를 부과하고 있다(10條) Gierke, a. a. O., S. 585f.

③ 完工後의 存續

建造中에 設定된 船舶抵當權은 完工後에는 그 既存順位대로 完工船上에 存續한다(81條). 船舶이 完工된 後 船舶登記簿에 登記가 되면 建造中에 設定된 抵當權은 登記所의 職權에 依하여 船舶登記簿에 移記하여야 한다(船登記令 16條 3項).

以上 도이취船舶物權法을 概觀하였는바 留意할 點은 本法에 依한 船舶抵當權者는 大部分 船舶抵當證券銀行(Schiffshypothekbriefbanken)이 될 것이므로³⁷⁾ 兩法을 아울러 研究할 必要가 있는 點이다

3. 船舶優先特權(Schiffsglaublicherrecht)

도이취의 船舶優先特權法은 1897年 商法(754條~777條)에 依하고 있는바(1937年 754條의 1部改正 1926年 船舶優先特權抵當權條約이 成立하였음에도 이를 批准하지 아니하고 舊法을 固守하여 왔다.

프랑스는 1926年條約을 受容하였음 에도(1949年 商法改正 後述) 도이취만은 窄은法을 固守하여 온理由는 도이취 優先特權法上의 相關理念(Korrelat)을 버리지 못하였기 때문이다. 그러나 1957年 航海船主責任制限條約을 受容할豫定으로 있다 하고(註14參照) 이 條約에 따라 商法이 改定되면 船舶優先特權制度도 現行法은 無意味한 것이 될 것이므로 1967年 船舶優先特權 抵當權統一條約에 따라 改正되리라 생각된다.

그理由는 도이취 船主責任制限法이 物的有限責任主義(執行主義)를 基礎로 하고 이러한 船主責任制限의 對抗을 받는 債權에 船舶優先特權을 부여한다는 것(Korrelat)이 船舶優先特權法의 理念이었으나 船主有限責任이 人的責任主義(責任制限基金, 1957年條約)으로 變更되면 이미 Korrelat理念은 存在理由를喪失하게 되어, 이미相當한部分이 死文化된 現 優先特權法을, 더 놓아두는 것은 不合理하기 때문이다.³⁸⁾(第5章 註 26參照)

도이취가 이 條約을 받아 들여 商法을 改正하면 日本商法의 改正도 豫見되므로³⁹⁾(우리나라와 프랑스는 이미 1926年條約受容) 大陸法系의 海商法은相當한部分에 걸쳐 世界統一法系를 이루게 될 것이다. 本節에서는 現行 도이취法(商754條以下)에 따라 船舶優先特權制度를 考察하겠다.

(1) 船舶債權者權의 概念

船舶債權者權(船舶優先特權)은, 船舶의 占有를 必要로 하지 아니하고 船舶登記簿上에 登記도 되지 아니하는, 船舶에 對한 特定한 債權者에게 부여되는, 法定(冒險貸借판約定) 質權(gesetzlich Pfandrecht)이다⁴⁰⁾. 이 船舶債權者權(Schiffsglaublicherrecht)이 우리法上의 船舶優先特權 프랑스法上의 Privilégi maritime 美法上의 Maritime Lien에相當한다.

여기서 Schiffsglaublicherrecht가 船舶優先特權에 該當하느냐 gesetzlich Pfandrecht가 그것에 屬하느냐에 관하여 見解가 다르므로⁴¹⁾ 一言할 必要가 있다. Schiffsglaublicherrecht와 gesetzlich Pfandrecht

37). Abraham, a. a. O., S. 53.

同銀行法에 관한 研究는 다음 參照

由比宏忠, ドイツ船舶抵當證券銀行法について, 海法會誌 復刊 3號, 1955年, pp. 95 以下.

• 38). 이點은 Abraham이 指摘하고 있다. Abraham a. a. O. S. 56

③ 完工後의 存續

建造中에 設定된 船舶抵當權은 完工後에는 그 既存順位대로 完工船上에 存續한다(81條). 船舶이 完工된 後 船舶登記簿에 登記가 되면 建造中에 設定된 抵當權은 登記所의 職權에 依하여 船舶登記簿에 移記하여야 한다(船登記令 16條 3項).

以上 도이취船舶物權法을 概觀하였는바 留意할 點은 本法에 依한 船舶抵當權者는 大部分 船舶抵當證券銀行(Schiffshypothekbriefbanken)이 될 것이므로³⁷⁾ 兩法을 아울러 研究할 必要가 있는 點이다

3. 船舶優先特權(Schiffsglaubigerrecht)

도이취의 船舶優先特權法은 1897年 商法(754條～777條)에 依하고 있는바(1937年 754條의 1部改正 1926年 船舶優先特權抵當權 條約)³⁸⁾ 成立하였음에도 이를 批准하지 아니하고 舊法을 固守하여 왔다.

프랑스는 1926年條約을 受容하였음 에도(1949年 商法改正 後述) 도이취만은 낡은法을 固守하여 온理由는 도이취 優先特權法上의 相關理念(Korrelat)을 버리지 못하였기 때문이다. 그러나 1957年 航海船主責任制限條約을 受容할豫定으로 있다 하고(註14參照) 이 條約에 따라 商法이 改定되면 船舶優先特權制度도 現行法은 無意味한 것이 될 것이므로 1967年 船舶優先特權 抵當權統一條約에 따라 改正되리라 생각된다.

그理由는 도이취 船主責任制限法이 物的有限責任主義(執行主義)를 基礎로 하고 이러한 船主責任制限의 對抗을 받는 債權에 船舶優先特權을 부여한다는 것(Korrelat)이 船舶優先特權法의 理念이었으나 船主有限責任이 人的責任主義(責任制限基金, 1957年條約)으로 變更되면 이미 Korrelat理念은 存在理由를喪失하게 되어, 이미相當한 部分이 死文化된 現 優先特權法을, 더 놓아두는 것은 不合理하기 때문이다.³⁹⁾(第5章 註 26參照)

도이취가 이 條約을 받아 들여 商法을 改正하면 日本商法의 改正도 豫見되므로⁴⁰⁾(우리나라와 프랑스는 이미 1926年條約受容) 大陸法系의 海商法은相當한 部分에 걸쳐 世界統一法系를 이루게 될 것이다. 本節에서는 現行 도이취法(商754條以下)에 따라 船舶優先特權制度를 考察하겠다.

(1) 船舶債權者權의 概念

船舶債權者權(船舶優先特權)은, 船舶의 占有를 必要로 하지 아니하고 船舶登記簿上에 登記도 되지 아니하는, 船舶에 對한 特定한 債權者에게 부여되는, 法定(冒險貸借판 約定) 質權(gesetzlich Pfandrecht)⁴¹⁾이다⁴²⁾. 이 船舶債權者權(Schiffsglaubigerrecht)이 우리法上의 船舶優先特權 프랑스法上의 Privilé maritime 美法法上의 Maritime Lien에相當한다.

여기서 Schiffsglaubigerrecht가 船舶優先特權에 該當하느냐 gesetzlich Pfandrecht가 그것에 屬하느냐에 관하여 見解가 다르므로⁴³⁾ 一言할 必要가 있다. Schiffsglänubigerrecht와 gesetzlich Pfandrecht

37). Abraham, a. a. O., S. 53.

同銀行法에 관한 研究는 다음 參照

由比宏忠, ドイツ船舶抵當證券銀行法について, 海法會誌 復刊 3號, 1955年, pp. 95 以下.

• 38). 이點은 Abraham이 指摘하고 있다. Abraham, a. a. O., S. 56.

39). 小島孝, 船舶有限責任制限條約と 船舶先取特權 統一條約との關聯性についての一考察, 海法會誌復刊 7號, 1959, pp. 25—6 參照.

40). Abraham, a. a. O., S. 55

Gierke, a. a. O., S. 629.

41) 船舶優先特權을 gesetzlich Pfandrecht로 把握하는 學者は 徐燦玗教授(商法講義, p. 180), 日本의 石井照久教授(海商法概論, p. 62) 西島彌太郎教授(海商法要論, p. 369)等이 있다. 도이취에서는 Schiffsglaubigerrecht가 船舶優先特權으로 表現하는 學者は Wüstendorfer, (Neuzeitliches Seehandelsrecht, 1950, S. 134), Abraham(Seerecht, S. 55)이고 Gierke(HR und Schffahrtsrecht, S. 629)는 Schiffsglänubiger에 gesetzlich Pfandrecht가 부여된다고 表現한다.

(法定質權)는 도이취法上 不可分의 關係에 있으므로 어느 것이 船舶優先特權이냐를 따지는 實益은 別로 없으나 日本學界에서는 문제가 되고 있다.⁴²⁾ 日本商法은 海商編 第7章을 도이취商法처럼 船舶債權者(Schiffsgläubiger)라는 題目으로 表示하여 船舶優先特權과 船舶抵當權을 規定하고 있으므로 船舶債權者 속에 船舶抵當權者가 包含되는 結果가 된다. 따라서 船舶債權者權 (Schiffsgläubigerrecht) 이라하면 船舶抵當權을 包括하게 되는가 하는 問題가 당연히 提起된다. 그러나 도이취에서는 船舶抵當權은 別個法으로 規定하고 Schiffsgläubiger의 章은 全的으로 船舶優先特權만을 規定하고 있으므로 Schiffsgläubigerrecht에 Schiffshypothek가 包括되지 아니하는가 하는 問題는 提起될 餘地가 없다. 우리商法은 同章을 船舶債權(Schiffsforderung)이라고만 表示하므로 船舶債權 속에 船舶優先特權과 船舶抵當權이 包含되는 것이 아닌가하는 생각도 成立할 수 있으나⁴³⁾ 債權과 物權은 嚴然히 區別되므로 日本學界의 問題提起는 우리法上 實益이 없는 것이라 생각되고, 또한 gesetzlich Pfandrechte가 船舶優先特權이라 解釋한다면, 도이취 民法上の 法定質權과 船舶債權者權이 同一한 것이라는 誤解가 생길수 있으므로 本稿에서는 Schiffsgläuberrecht가 船舶優先權에相當한다고 解釋한다.⁴⁴⁾

그리면 도이취法上의 法定質權(gesetzlich Pfandrecht)을 밝힐 必要가 있다.

도이취物權法上의 質權(Pfandrecht)은 動產質權과 權利質權으로 區分하여 우리 民法과 같다.⁴⁵⁾ 動產質權에는 契約質權(Vertragspfandrecht) 押留質權 (Arrestpfandrecht order Pfandungspfandrecht)法定質權(gesetzlich Pfandrecht)의 三種이 있다.⁴⁶⁾

契約質權은 우리 民法上의 動產質權에相當하고 押留質權은 目的物의 押留에 依하여 成立하는 質權(獨民訴, 932條)으로 押留債權者에 優先辨濟權을 인정한다.

法定質權은 法律의 規定에 依하여 發生하는 것으로 占有를 要件으로 하는 것과 占有가 不要한 것의 二種이 있다.

前者의 例로는 獨民法上의 受給人の 質權(647條) (우리 民法에는 이런 制度는 없다). 獨商法上의 運送周旋人(410條) 客主(397條, 韓商397條)의 質權, 運送人(440條) 海上運送人(623條)의 質權, 倉庫者(421條)의 質權등이 있고 이것은 우리 商法上의 商事留置權에相當한 것이다.

占有를 不要로 하는 法定質權은 獨民法上의 使用賃貸人の 質權(559條) 用益賃貸人の 質權(585條) 旅館主人의 質權(704條)등으로 우리民法上 土地賃貸人の 法定質權(民 648條) 및 商法上의 法定質權(861條 즉 船舶優先特權)에相當하는 것이다.

도이취의 船舶債權者權은 이러한 法定質權中 海商法에 規定된 特定한 法定質權이라 解釋하면 될 것이다.

船舶債權者權(用語의 統一을 위하여 以下 船舶優先特權이라함)이 制定된 理念은 Versio in rem과 Korrelat 理念이었음은 前述한바와 같다.

(2) 船舶優先特權의 發生하는 債權(被擔保債權)

42). 田中誠二, 前掲書, p. 561.

43). 朴元善, 商法, p. 407.

朴元善, “海事債權을 論함.” 司法行政 5卷 8號, 1964.

船舶債權 속에 船舶優先特權과 船舶抵當權이 包含된다는 見解를 갖고 계신다.

44). Abraham, aa., O., S,

45). 金顯泰, 新物權法(下), (서울 : 一潮閣, 1968). pp. 103—7.

郭潤直, 前掲書, p. 365 以下.

46). 도이취法上의 質權에 關하여서는

Enneccerus-Kipp-Wolf, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1921, II Bd., I Abt., SS. 506 ff

山田景, ドイツ物權法解說, p. 124 以下

小島孝, 前掲書, p. 51 以下.

도이취는 航海船과 内水船을 區別하여 別個의 法을 가지고 있다. 즉 航海船에 관한 것은 商法(754條)에, 内水船에 관한 것은 内水船航行法(102條)에 規定하고 있으나 그 內容은 거의 同一한 것이다. 商法 754條는 制限的規定으로 (船舶優先特權이 發生하는 法律要件이라 본다) 그러한 債權以外의 어떠한 債權에 對하여서도 法定質權은 發生치 아니한다.

同條의 債權은 다음과 같다.

- ① 船舶이 強制賣却되는 경우 最後港 入港後의 監守保存費用中 強制執行費用에 屬하지 아니하는것 어떤 費用이 이것에 屬하는지는 判例에 따를 수밖에 없다. 押留船舶을 牽引한 牽船料가 이에 屬한다는 判例가 있다.⁴⁷⁾
- ② 船舶에 관한 諸稅 公課金
- ③ 船員의 雇傭契約으로 發生한 債權⁴⁸⁾
荷役人夫나 本船을 牽引한 牵船船員의 賃金債權은 이에 屬하지 아니한다.
- ④ 導船料 救助費 還買費用(Loskaufkosten) 返還請求費 (Reklamakosten) 導船料에는 強制導船의 경우도 包含한다.
- ⑤ 共同海損分擔金
- ⑥ 保險貸借債權 및 船長이 船籍港外에서 必要한 경우 締結한 信用行為에 依한 債權(商528條 541條의 것). 但 이 信用行為는 船舶의 保存을 위한 行為, 航海의 實行을 위하여 必要한 行為 및 必要物의 支給을 위한 行為만을 意味한다.
- ⑦ 積荷 및 673條 2項의 旅客手荷物의 不引渡 및 損傷에 依한 債權
- ⑧ 船長이 그의 法定權限에 基하여 行한 法律行為(486條 1項1號)에 依한 債權으로서 上記 各號에 包含되지 아니한 債權 및 486條 1項2號에 依한 契約의 不履行 또는 不完全履行으로 因한 債權 中 前各號에 포함되지 아니한 것.
- ⑨ 船員의 過失에 基한 債權(485條, 486條 1項3號) 導船士의 過失로 因한 債權에 對하여서는 優先特權을 인정치 아니한다.⁴⁹⁾ 도이취法의 特色이다.
- ⑩ 勞務者傷害保險使用者組合이나 廢疾保險의 保險者가 船主에 對하여 갖는 債權
이상과 같이 船舶에 관한 여러 種類의 債權에 法定質權을 부여하고 있으나 現在는 大部分 無益하고 그中 많은 것이 死文化되었다.⁵⁰⁾

(3) 船舶優先特權의 目的物

船舶優先特權의 目的은, 船舶·屬具(755條)와, 그 航海의 總運貨과, 그 航海에 發生한 船主의 賠償請求權이 된다(756條). 이것이 소위 海產(Schiffsvermögen)을 構成하는 것이다.

- ① 目적이 되는 船舶은 그 航海에 使用된 船舶이고 所有者的 他船舶은 目적이 될 수 없다.
- ② 屬具는 船舶所有者에 屬하는 것에 限한다.

47). Hans OLG Bremen Hansa 1959, 1815.

Abraham, a. a. O., S. 56.

48). Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ) 26, 152,
Abraham, loc. cit.

49). 導船士의 過失로 因한 賠償債權에 對하여, 本來 도이취法은 船舶의 責任制限을 인정치 아니하였으나 1954年 導船法(Gesetz über das Seelotswesen)의 改正으로 船主의 責任制限을 인정하게 되었다. 그러나 同時に 商法754條는 改正치 아니하여 商法은 從前과 같이 導船士過失에 依한 賠償債權에는 船舶優先特權이 인정되지 아니하므로 도이취法上의 Korrelat理念은 이미 重要한 意味가 없음을 表示하고 있다. 小島孝, 前揭書. 55—6.

50). Gierke, a. a. O., S. 631.

③ 總運貨에는 解約運貨(空積運貨)(580條)積揚滯船料(567條, 594條)가 모두 包含된다. 傭船의 경 우에는 傭船料도 運貨이라 解釋한다. 運貨中 既收되어 船主의 陸產이 된것은 除外된다. (771條1項)

그러나 既收運貨을 除外하므로써 質權의 全部 또는 一部를 衰失하는 質權者에 對하여서 船主는 賓權者에 配當될 金額을 限度로 人的的責任을 진다.

船主가 自己貨物을 船積한 경우에도 運貨에 對하여서는 이를 取得한 것으로 보고 前記와 같이 取扱한다(771條3項3)(韓商 863條과 差異點)

④ 債權이 發生한 航海(Haftungsreise)는 各航海單位로 區分한다. 航海單位는 新로운 航海裝備(우리法上 舷裝이라 慣用하나 造船上の 舷裝과 區別하기 위하여 裝備란 用語를 使用함), 新로운 運送契約, 全積荷物의 揚荷完了를, 各各 航海單位로 한다.

⑤ 其他의 賠償請求權과 目的物의 代位物 (775條, 韓商862條 該當)

이것에 對하여서는 運貨의 既收部分에 對한 船主의 人的的責任負擔條項을 適用한다. (775條3項) 나누어 보면 다음과 같다.

ⓐ 强制賣却이나 船主의 緊急賣却의 경우에 未支給의 賣却代金(代金請求權) 이나 아직 船長의 手中에 存在하는 賣却代金(目的物의 代位物 764條)

ⓑ 船舶과 運貨의 損害에 對한 賠償請求權(775條), 이것도 目的物의 代位物이다.

ⓒ 船舶保險料請求權이 目的物에 包含되느냐 하는 問題는 學說이 갈라진다. Gierke와 Abraham은 船舶保險 填補金이 附屬物에 包含될 수 없다는 見解이고 Wüstendorfer는 (Seehandelsrecht, S. 129) 保險請求權도 이에 包含되어야 한다는 見解이다⁵¹⁾

保險金請求權이 附屬物에 包含될 수 없다는 消極說(前說)을 主張하는 理由는 다음과 같다. 船舶所有者는 船舶抵當權을 위하여 海產뿐 아니라 陸產에 依하여서도 人的的無限責任을 지므로 保險金은 抵當權의 被擔保債權을 償還하기 위하여 充當되어야 할 것이고 優先特權의 附屬物에 包含시켜서는 안 된다는 데에 根據를 두고 있다. (船舶物權法 32條는 船舶抵當權이 保險金에 미치도록 規定하였다) 反對說은 擔保物權의 一般的的性質을 根據로 한다.⁵²⁾ 日本學界에도 消極說과 積極說의 對立이 있다.

우리法(864條) 프랑스法(1967年 船舶私法 35條) 統一條約(1926年條約 第4條)은 모두 保險債權에 優先特權이 미치지 못함을 規定하여 立法的으로 解決하였다.

ⓓ 共同海損의 分擔請求權.

(4) 優先順位

도이취法에 있어서도 船舶優先特權은 그 發生時期를 不問하고 船舶抵當權을 비롯한 모든 質權에 優先한다. (776條)⁵³⁾ 優先特權相互間의 優先順位에 관하여서는 다음과 같은 몇 가지 原則이 있다.

A. 他債權을 위하여 目的物을 保存한 債權이 優先한다. (766條)

i) 原則에 따라 最後港에 入港한 後의 監守保存費는 모든 船舶債權中 最優先한다.

B. 數航海동안에 發生한 優先特權 間의 順位

後航海에 發生한 債權이 前航海에 發生한 債權에 優先한다. (767條)

754條의 2號乃至 9號의 債權은 모두 이 原則에 따른다. (이 原則를 Posteriotät Prinzip라 한다.) 다만 同項3號(船員의 紙料) 만은 連續된 航海에 關한 것이라도 後航海債權과 同一順位로 한다. 이 것은 A의 原則을 適用한 것으로 英美法도 同一하다.

51). Gierke, loc. cit.; Abraham, a. a. O., S. 61.

52). 本稿 第5章, 註 39, 40 參照.

53). Gierke, a. a. O., S. 630.; Abraham. a. a. O., S. 58 et seq.

但, 社會保險에 있어 서의 債權(同條10號)은 發生時期를 不問하고 最後順이 된다. (770條)

C. 同一航海中 發生한 債權사이의 順位.

이 債權間의 順位는 公益優先과 擔保權保存 優先의 原則(A)에 따라 法定되어 있다. (768條) 順位는 다음에 따른다.

- ① 諸稅 公課金
- ② 雇傭契約에 依한 船員의 債權
- ③ 導船料, 救助料, 共同海損分擔金, 緊急時 船長의 職務上의 信用行爲
- ④ 積荷物 手荷物의 不引渡 또는 損傷에 對한 賠償
- ⑤ 754條8號9號의 債權

이상의 順位中 同一號의 債權사이에서는 同順位로 競合한다. 그러나 ③號의 債權사이에서는 後發生優先主義을 適用한다. (760條) 또한 船長의 必要時의 信用行爲로 因한 債權은 同時發生한 것으로 본다.

이런 債權을 辨濟 또는 延期하기 위한 債權은 原債權이 가지고 있는 順位와 同順位로 한다.

(5) 効 果

船舶債權者가 갖는 法定質權(船舶優先特權)의 効果는 船舶抵當權을 비롯한 모든 質權(押留質權)債權에 優先하여 辨濟를 받을 수 있고(776條와 民法의 一般原則)이 權利는 目的物의 第三取得者에게 對하여 서도 追及한다. (755條756條) 運貨請求權을 讓渡받은 第三取得者에 對하여 서도 물론同一하다. 이 追及權(Verfolgung)은 民法上 動產은 追及을 받지 아니한다는 一般原則에 對한例外이다.⁵⁴⁾ 이러한 優先特權의 効果는 各國이 共通되는 것임은前述한바와 같다.

그러나 도이취法은 特히 強制賣却과 緊急賣却(764條) 및 公示催告節次를 優先特權의 消滅事由로 하고 있는 反面, 이때의 船舶債權者の 權利를 保護할 規定을 두고 있는 點이 特色이다.

이러한 경우의 船主의 責任은 도이취法上 物의 有限責任主義(執行主義)로부터 人的的 有限責任主義로 轉換되는 경우⁵⁵⁾라 할수있다.⁵⁶⁾ 船主의 責任의 側面을 다음에 나누어 살펴겠다.

① 船員의 紙料責任은 前航海의 運貨에 對하여서도 追及한다. 이 原則은 歷史的인 것이며 이것에 對하여서 船主는 人的的 有限責任을 지고 있는 것이다.

② 船舶所有者(船主라 略함)가 運貨을 既收하므로써 그의 法定質權을 喪失하게 된 船舶債權者에 對하여 船主는 既收運貨을 限度로 人的的 責任을 진다(771條). 이것은 船舶債權者가 執行할 目的物인 運貨이 既收되므로 執行하지 못하게된데에 對한 衡平을 위한 것이다.⁵⁷⁾

③ 船舶의 強制賣却과 緊急賣却(Zwangsvorsteigerung und Notverkauf)(764條) 및 公示催告節次(Aufgebotverfahren)(765條)로 法定質權을 상실한 船舶債權者에 對하여서는 既收運貨의 경우와 같이 人的的 責任을 진다, (773條)

④ 새로운 航海를 開始하므로써 船舶債權者가 不利益을 받는 경우(後航海優先主義가 適用될 경우)에는 新航海開始前에 配當하였드라면 받았을 金額을 限度로 船主는 人的的 責任을 진다. (774條1項)

54). 西島彌太郎, 獨逸海商法, (東京; 有斐閣, 1956), p. 229.

55). Gierke, a. a. O., 631; Abraham, a. a. O., S. 62.

56). 우리法을 생각할 때 우리法은 優先特權의 追及權과 關聯된 第三取得者的 地位를 確保할 規定과 이에 對應하는 船舶債權者를 保護할 規定을 缺하고 있으므로 도이취法의 이런 規定은 우리法의 立法論上考慮할 規定이라 할 것이다. (獨商, 771條 以下参照)

57). 西島彌太郎, 前揭書, p. 239.

58). 西島彌太郎, 前揭書, p. 241.

이 金額은 債務의 完全履行에相當하는 것이라 推定한다(同條2項) 債務全額에 人的責任이 있다 고推定하므로, 反證 즉 海產價額은 船主가 證明할 責任을 진다⁵⁸⁾

이것은 船舶債權者를 위한 船主의 人的制限責任의 加重이라 할수있다.

⑤ 共同海損分擔請求權과 運貨, 荷物이 不法行爲로 損害를 입은경우의 賠償請求權.

이 경우의 既收한 賠償額에 對하여서는 既收運貨의 경우와 같이 船主가 人的責任을 진다 (775條)

이상 船主의 物的有限責任主義의 原則이 變更되는 경우를 살펴보았다. 이러한 原則의 修正은 船舶債權者가 當하는 몇가지 不利한 立場(特別消滅事由)에 對한 衡平의 考慮에 基因한다고 생각된다.

또 이러한 修正의 根本에는 도이취法上 債務와 責任을 區分하는 理念이 있기 때문이다. 즉 船舶優先特權의 根據에는 人的인 債務(請求權)가 存在하고 이러한 債務 뒤에는 海產과 더불어 責任이 存在한다는 法理라 할수있다.⁵⁹⁾

(6) 優先特權의 實行, 消滅

A. 實行

船舶債權者의 法定質權은 船舶과 運貨에 對한 強制執行의 方法에 依하여서만 實行할수 있다. (76 1條1項) 強制執行을 위하여서는 強制執行權利 (Vollstreckbarbeitel 債務名義)가 必要하므로 支給許可의 訴訟을 먼저 提起하여야 한다. 英美法上의 對物訴訟과 差異가 있다. 船舶優先特權의 保全만으로는 船主에 對한 押留의 根據가 될수없다는 判例⁶⁰⁾ 가 있으므로 債權者가 船舶의 處分을 阻止하고자하면 假處分申請을 하고 船舶을 押留하여야 할 것이다.

法院은 訴訟이 對物訴(Pfandklage) 만으로 提起된 때에는 目的物에 對한 強制執行에 承服하라고 判決하나 被訴船主가 同時に 그 請求의 債務者인 때에는 債務關係의 訴(Schuldklage 對人訴)와 對物訴를 併合提訴할수 있다. 訴訟의 被告適格者에는 船主와 船長이 包含된다. (761條2項) 따라서 船長에 對한 判決은 船主에 對하여 有効하다(同條3項)

船舶賃借의 경우에는 賃借인이 船主의 地位에 서게되므로 (510條1項) 船主는 그 船舶의 使用에 依하여 發生한 船舶債權의 實行을 阻止할수 없다. 但, 船舶의 使用이 船主에 對하여 正當치 못하였거나 債權者 惡意인 때에는 그렇지 아니하다. (同條2項)

B. 消滅

船舶優先特權은 被擔保債權의 消滅事由로 消滅한다⁶¹⁾ 擔保物權의 性質上 당연하다.

特別消滅事由는 다음과 같다.

① 消滅時效의 完成

船舶優先特權의 債權은 特定한것 (901條2項)을 除外하고 1년의 短期時效로 消滅한다. (901條1項) 時效期間의 開始에 관하여서는 特則 (903條)을 두어 債權者の 不利益을 緩和하고 있는 點이 도이취法의 特色이다.

② 도이취國內에서 行한 船舶의 強制賣却과 船長의 合法的인 緊急賣却으로 優先特權은 消滅한다. (764條)

③ 船舶이 任意賣却될 경우에는 그 取得者が 行하는 公示催告節次로 船舶優先特權은 消滅된다(76

58). 西島彌太郎, 前掲書, P. 241.

59). Gierke, a. a. O., S. 631.

金顯泰, 新債權法總論, (서울;一潮閣, 1964), pp. 14—6参照

60). Hans OLG Hamburg MDR 1967, 51. Vers R 1966, 1181.

Abraham, a. a. O., S. 63.

61). Gierke, a. a. O., S. 630, et seq.; Abraham, a. a. O., S. 63, et seq.

5條)

船舶의 賣買에 있어서 去來의 安定性을 確保하고자 하는 裝置이다. 獨佛法이 모두 이런 規定을 두고 있으나 우리法은 이런點을 考慮치 아니하였음은 立法論上 再考해야 하리라 생각된다.

(7). 도이취法과 統一條約의 關係

도이취는 船主責任制限에 관한 1957年 條約을 받아드려 곧 海商法을 크게 改正하리라豫想되므로 (前述) 그것과 船舶優先特權條約과의 關係를 살펴볼 必要가 있다.

도이취船舶優先特權法이 Korrelat理念을 根據로 하고 있다 함은前述한바 있다.

1910年 Brüssel 海法外交會議에서 (5章1節參照) 도이취代表는 船舶優先特權條約에 Korrelat原則이 採擇되지 아니하는限 도이취는 條約을 批准할 수 없다고 聲明하였다.⁶²⁾

그 理由는 다음과 같다. 船主責任制限의 對抗을 받으나 船舶優先特權을 인정받지 못하는 債權者와 責任制限의 對抗을 받지 아니하는 債權者가 執行에 依하여 海產 (Schiffsvermögen)에 對하여 競合하는때 海產이 債權額에 未達되면 後者は 不足分을 船主의 陸產으로부터 求償할 수 있으나 前者は 그러한 救濟方法이 없게 된다. 더구나 後者が 優先特權者인 경우 前者は 한푼도 辨濟받지 못하는 結果도 發生할 수 있으므로 不當하다는 것이다.

그러나 1913年 Brüssel 條約草案審議會議⁶³⁾에서 다음과 같은 有力한 反論이 提起되었다. 도이취法上의 相關原則은 船主의 物的有限責任制度를 採擇하는 國家에서는 重要한 것이나 人的有限責任制度를 採擇한다면 無意味하다는 理論이다.

즉 船主責任制限制度를 條約처럼 人的有限責任制度 (金額主義와 船價主義)⁶⁴⁾로 採擇하는限 責任制限의 對抗을 받는 債權을 擔保하는 財產은 도이취法과 같은 海產이 아니라 船主의 總財產의一部인 責任基金이 된다.

한편 船舶優先特權을 擔保하는 財產은 어느 나라에서나 海產이기 때문에 人的責任制限制度를 取한다면 兩目的物(責任基金과 海產)에 對하여 보통의 경우에는 競合하지 아니한다. (船主破産 또는 陸產이 責任基金에 未達될 때는 競合)

따라서 相關原則은 그 意義가 없게 된다는 理論이다.⁶⁵⁾ 英美代表는 도이취가 兩條約을 批准한다면 法理上 不合理한 點은 除去된다는 것을 說得하여 優先權條約에서 相關原則을 排除하였다.

1922年 會議에서는 도이취를 위한妥協案으로 美國의 1920年 Mortgage法의 System을 導入하여 (前述 3章 參照) Non-Preferred Maritime Lien은 國內法으로 自由로이 制定할 수 있도록 規定하였다.

이리하여 1926年 條約이 成立하였다.

그리므로 ① 劣後의 優先特權은 各國이 國內法으로 制定할 수 있고, ② 船主責任制限條約上 責任制限을 받는 債權은 大部分 優先特權이 인정되고 있고, ③ 도이취學界에서도 物的有限責任制度를 批判하고 있었으므로 도이취法上 兩條約을 拒否할 法理上의 문제점은 없게 되었다.

1967年 船舶優先特權 抵當權條約(後述)도 船主責任制限條約과의 關係構成은 舊條約에 있어서와 마찬가지 이므로 도이취가 商法을 改正하는 경우 이 兩制度에 관한 統一條約을 받아 드리는데에 아무

62). 小島孝, 前揭論文, 法學論叢, 63卷 5號, p. 59.
Price, G., op cit., p. 218 et seq.

63). 이 會議에서 船主責任制限條約(1924年成立)과 船舶優先特權條約(1926年改正署名)을 審議하였다.

64). 徐燉玗, 前揭書, pp. 56—9.

65). Price는 이런 點에서 프랑스의 委付主義과 도이취의 執行主義 보다는 英國의 人的有限責任主義가 優秀하다고 한다.
Price, op. cit., p. 227.

支障도 없을 것이다.

第2節 프랑스의 船舶擔保法

프랑스는 船舶擔保權法으로 1874年法을(1885年 改正)制定 施行하여 오다가 最近 1967年 1月3日法을 制定하여 船舶抵當權과 船舶優先特權法을 單一法典으로 統合하였다.

船舶優先特權法은 1807年商法 第2編(海商法第190條以下)의 規定에 依하여 施行하였으나 1949年商法改正으로 船舶優先特權 抵當權統一條約(1926年條約)을 受容하였고 이 規定을 1967年 1月3日 法에 統合하고 商法規定을 廢止하였다. 1967年法은 船舶과 그 밖의 海上建造物의 地位를 規定하는 法(Loi du 3 janvier 1967, portant statut des navires et autres bâtiments de mer)으로 프랑스가 船舶擔保物權에 관하여 單一法典을 갖게 된 것은(1967年 船舶私法의 라略함) 商法構成上 매우 注目할 措置라 할 것이다.

이 節에서는 本法을 中心으로 프랑스 船舶擔保物權 制度를 考察하겠다.

1. 沿革

Louis 14世는 1681年 海事勅令(Ordonnance de la marine)을 制定公布하였다.⁶⁶⁾ 이 海事勅令은 近世最初의 國家法으로서 制定된 統一的 自足的 大海事法典이며, 近世 海法史는 이 勅令으로 부터 始作한다고⁶⁷⁾ 일컬어진다. 海事勅令은 全5編 713個條文으로 構成되고 그 規制對象은 海事私法關係뿐 아니라 公法的規制와 裁判管轄의 問題도 包含하여 유럽最初의 完成된 國家海法典이라고 讚揚을 받고 있다.⁶⁸⁾

船舶優先特權에 關하여서도 中世海法以來 海事慣習法으로 散在하던 制度를 海事勅令에서 처음으로 統一的인 規定을 하게 되었다.

海事勅令 第1卷 14章(16條)에 規定한 船舶優先特權(Privilège maritime)의 債權은 다음과 같다.⁶⁹⁾

- ① 最後航海에 從事한 海員의 紙料
- ② 航海繼續中 船舶에 金錢을 貸與한 者의 債權
- ③ 發航前에 修理 裝備 食糧을 위하여 信用을 提供한 者의 債權
- ④ 傭船者의 賠償請求權

이상의 債權에 對하여 記載順에 따른 優先權을 주고 一般債權者는 그 後順位임을 規定하였다.

同 17條에는 船舶이 發航하기 前에 賣渡人 造船工, 填隙工⁷⁰⁾ 기타 造船職工과 木材 索類 등의 造

66). 李俊秀, 國際海員法研究, 1969. p. 21

67). 竹井廉, 海商法 (新法學全集), 1938. p. 29.

68). 海事勅令은 Colbert가 벌린 大立法事業의 하나로 16世紀末에 編成된 Guidon de la mer (李俊秀, P. 21) 을 土台로 Consolato del mare 와 Hansa 海事慣習法의 長點을 受容하여 새로운 體系를 세워 10餘年の 研究調査끝에 完成을 본 것이다. 編制는 第1編 海事裁判(Amirauté) 職員 및 權限 2編 航海船舶의 海員 3編 海事契約, 4編 港灣 沿岸 內海 및 海邊에 있어서의 警察行政, 5編 海上漁業으로 되어 있다. 海事勅令에 關하여서는 다음 參照

Pardessus, Collection des loi maritime antérieuris au XVIII^e Siècle, (6 vol. 1828-1845), t. IV, P. 325 et suiv.

松波仁一郎, 路易の大海上法, 富井先生還暦祝賀法律論文集, P. 777 以下, 谷川久, 前掲書, PP. 53-4

69). Pardessus. op. cit., t. IV, P. 45.

小島孝, 前掲書, PP. 46-7

70). Caulking: 船體外板의 連接한 틈을 Oakum(木皮)으로 메우고 防水用接劑를 칠하는 作業이다.

航海科要諦編纂委員會, 航海科要諦, 韓國海洋大學 海事圖書出版部, 1969. PP. 6-24

船資材를 提供한 者에게 優先辨濟權을 인정하도록 規定하였다. 이것은 中世海事慣習法의 影響임을 明白히 알 수 있다.

海事勅令은 그後 1807年의 Napoleon 商法에 繼受되고 船舶優先特權制度도 Napoleon 商法第191條에 發展 受容하였다.

船舶優先特權法은 그後 140餘年間을 修正을 받지 아니하고 施行되어 오다가 1949年商法改正으로 1924年 船舶優先特權 抵當權統一條約(5章1節參照)을 受容한 것이다. 우리 商法上의 船舶優先特權制度도 同條約을 受容 制定한 것이므로 船舶優先特權에 관하여 프랑스法과 우리 法은 同一한 것이 되었다. (日本商法上의 船舶先取特權規定인 842條는 Napoleon商法 191條를 大部分 繼受한 것이다. (田中, P. 566)

한편 船舶抵當權에 관하여서는 Louis海事勅令이나 Napoleon商法典에 아무런 規定도 두고 있지 아니하였다.⁷¹⁾ 船舶抵當制度가 프랑스에서는前述한 바와 같이 Portugal (1833), Netherland (1836年商法) 英國(1854年商船法), Preussen(1861年 普通法)에서 각각 施行한 後인, 1874年 12月1日法의 制定으로 처음 施行되게 되었다.

그러나 이 法은 法理論이나 制度의 面에서 卓越하였기 때문에 처음 시작한 Portugal, Netherland 를 비롯하여 世界各國에 영향을 미쳤다.⁷²⁾ 同法은 1885年 7月10日 船舶抵當法에 依하여 改正되었고 最近 1967年船舶私法에⁷³⁾ 依하여 船舶抵當權과 船舶優先特權을 單一法典으로 規定하게 되었음은前述한 바와 같다.

2. 船舶抵當權(Hypothéque maritime)

프랑스船舶抵當權制度는 “船舶 其他 海上建造物의 地位에 關한 1967年 1月3日法”(1967年 船舶私法이라 略稱)의 第6章과 이의 施行을 위한 1967年 10月 27日 Décret에 依하여 規定되고 있다.

1967年 船舶私法은 全8章(71條 및 附則2條)으로 構成되어 ① 船舶의 個別化 및 登錄, ② 船舶의 建造, ③ 船舶所有權에 關한 行爲의 方式, ④ 船舶共有, ⑤ 船舶優先特權, ⑥ 海上抵當權, ⑦ 船舶所有者의 責任, ⑧ 船舶의 押留等에 關한 規定을 聯合して 船舶物權에 關한 單行法이다.

本法에 依하여 船舶抵當權에 關한 1885年 7月1日法과 船舶優先特權에 關한 商法(第190條~第220條) 規定을 废止하였다. (1967年法第72條) 商法으로 부터 船舶의 法定擔保物權인 優先特權을 除去하여 船舶物權에 關한 單行法으로 編成한 프랑스의 立法理論은 (法定擔保物權에 關한 一般私法上의 原則을 船舶의 特殊性에 따라 變更한 것이 船舶優先特權制度이기 때문에 嚴密한 意味에 있어서 商의 概念속에 包含시키지 아니한다는 理論이라 把握할 수 있다) 우리 立法政策上 考慮할만한 示唆과 할 수 있다. 以下 同法(1967年法)⁷⁴⁾에 따라 船舶抵當權制度를 살펴 보겠다.

(1) 船舶抵當權의 設定 및 公示

A. 設定

船舶抵當權은 當事者間의 契約만으로 設定된다. 但, 이 設定契約은 반드시公正證書에 依함 必要는 없으나 적어도 書面(私書證書)에 依한 契約이 必要하다. 書面에 依한 契約이 아닌 때에는 船舶

71). 田中誠二, 前揭書, P. 557.

72). 大橋光雄, 船舶抵當權法の將來, 法學論叢, 42卷 3號, 1940, P. 366.

73). Loi de 3 janvier 1967, Portant status de navires et autres bâtimenit de mer, 이의 條文은 다음 所載. Droit maritime français, 1967 février, (218)P. 118 et suiv.

74). 日本法務省民事局, フランス船舶私法, 1968. 商法部會資料 參照

抵當權은 成立하지 아니 한다(1967年 船舶私法 第10條 및 43條, 以下 1967年法이라 略함)

즉 抵當權設定證書의 作成이 船舶抵當權의 成立要件이다. 이것은 비단 船舶抵當權 뿐 아니라 船舶에 關한 一切의 物權의 設定 移轉 消滅은 모두 書面의 作成을 成立要件으로 하고 있으므로(同法第10條) 抵當權도 書面에 依하지 아니하면 그 約定은 無効가 된다. 船舶抵當權의 成立에 合意와 登記를 要件으로 하는 우리 法이나 도이취法과 差異가 있다.

그리므로 船舶抵當權의 登記는 公示方法으로서 對抗要件에 不過하다. (1885年法 第10條, 民法2134條), 船舶抵當權設定契約의 當事者는 船舶所有者와 그의 特別委任을 받은 代理人만이 될 수 있다. 1967年法44條) 또 船舶抵當權은 約定抵當權만 認定되므로 (1967年法43條2項), 法定抵當權(Hypothéque légale)이나 裁判上의 抵當權(Hypothéque judiciaire)은 認定되지 아니한다.

B. 公 示

船舶抵當權의 公示方法은 1967年船舶私法의 Décret(1967年 10月27日制定)에 規定하고 있다(以下 1967年令이라 한다. 이 令은 總 98條 附則 4條로 되어 있다)

船舶抵當權을 公示하기 위하여 海上抵當權登記簿를 特別히 두고 이 登記簿에 登記하므로써 公示하며 (1967年令 15條) 이 特別登記簿는 稅關當局에서 保管하도록 하였다. (同令 14條). 船舶의 船籍港을 變更하는 때에는 海上抵當權登記官이 職權에 依하여 登記日字 그대로 變更된 船籍港의 登記簿上에 移轉하도록 되어 있다(同令, 16條), 登記節次는 抵當權設定證書原本과 一定事項을 記載한 明細書를 登記官에 提出하는 것으로 된다. (同令 17條). 登記外의 補充의 公示方法으로 抵當權登記事項을 船舶登錄 Card에 貼付하는 것도 規定하고 있다(同令 18條) 또한 船舶에는 抵當權의 登記에 關한 略式名簿를 置備할 義務를 賦課하고 있다(同令, 25條). 이와같이 公示方法을 細密히 規定한 것은 登記에 公信力を 認定하고 있기 때문이라 생각된다(同令 22條 및 1967年法 55條 參照). 登記에 公信力を 인정하는 點은 도이취法과 差異가 없다. 登記의 効力으로써 이러한 公示方法을 갖춘 船舶抵當權은 對抗力を 일어 ① 擔保된 船舶의 取得者는 登記된 債權者の 住所에 一定事項을 記載한 通知書를 發送할 義務를 지고(同令 21條) ② 登記된 内容대로 取得金額을 限度로 抵當債務를 直接 支拂할 것임을 宣言할 義務를 진다(同令, 22條)

船舶抵當權登記의 抹消는 ① 既判力있는 裁判所의 決定과 ② 抹消權限이 있는 當事者の 合意로 抹消된다(同法 54條). 但, 當事者の 合意에 依한 抹消의 경우에는 節次를 嚴格히 하여 海上抵當權登記官이 抹消節次에 立會하도록 하고 債權者 또는 그 債權의 正當한 讓受人이 抹消에 同意하는 公正證書나 私署證書가 提出되어야 抹消할 수 있게 하였다(同令 20條)

登記에 依한 公示의 効力은 10년의 期間의 經過로써 消滅한다(同令 52條). 이것은 船舶의 特性 즉 擔保價值의 迅速한 減少라는 特性을 考慮한 合理的 措置라 할 것이다.

(2) 海上抵當權의 內容

A. 順 位

船舶抵當權의 順位는 登記日字의 先後에 따른다. 同一日字에 登記된 抵當權은 登記時間에 差異가 있더라도 同順位로 競合된다(1967年法 51條).

도이취法은 船舶所有者가 確定金額을 위한 優先順位의 抵當權設定權을 留保하고 後順位抵當權 設定을 인정하고 있으나(獨船物法 27條) 프랑스法은 이런 規定을 두고 있지 아니하다. 그러나 當事者の 契約에 依하여 成立하므로 이런 制度는 約定에 따라 認定할 수 있다고 解釋된다.

船舶抵當權과 船舶優先特權의 優先順位는 언제나 船舶優先特權(Privilége de premier rang)이 優先하나 劣後의 優先特權(Privilége de second rang)보다는 抵當權이 優先한다(後述).

B. 目的物

海上抵當權의 目的物은 船舶과 海上建造物(例前述 船浮渠 Schwimmdock 등) 建造中인 船舶과 이들
附屬物 艣裝品 및 屬具 등이다(同法 45條 46條). 이들 目的物은 不動產抵當權의 目的物과는 달리
는 海上的 危險 속에 있게 되므로 本法은 이들 目的物이 沢失 또는 毀損된 경우 特히 그에 代位하는
範例를 다음과 같이 規定하고 있다(同法 47條).

- ① 建造物(以下 船舶)이 임은 物의 損害로 因하여 所有者が 받을賠償請求權
- ② 共同海損의 경우 共同海損分擔金中 船舶所有者가 받을 金額
- ③ 救援 救助의 경우 船舶所有者가 받을 捕償(請求權)
- ④ 船舶保險의 填補金

이 保險填補金에 對한 代金의 문제는 일찍이 Valin과 Emerigon의 論爭以後 法制의 面에서도(船舶
優先特權에 있어서의 代位如否) 몇 차례 正反對로 規定되기도 하였으나 이제 이 문제는立法으로 完
全히 解決된 것이다. 즉 船舶(海上)抵當權을 위하여서만 保險填補金은 代位物이 되는 것이고 船舶
優先特權을 위하여서는 保險填補金은 代位物이 되지 아니한다(後述).

目的物의 侵害에 對한 救濟에 관하여서는, 도이취法은 規定을 두고 있으나, 本法은 아무런 規定도
두고 있지 아니 하므로 民法上의 一般原則(民 2131條)에 따라 即時 償還의 要求를 할 수 있다고 解
釋된다.

C. 海上(船舶)抵當權의 効果

船舶抵當權者는 目的物로 부터 優先的辨濟를 받을 수 있다. 優先辨濟權을 抵當權의 中心的效力으로
하는 一般原則은 船舶抵當에 있어서도 妥當하다. 그러나 船舶抵當權은 船舶(海上建造物)의 所有權
이 移轉되어 누구의 所有에 屬하고 있든지 그 登記順位에 따라 辨濟받을 수 있게 그 効力이 持續된다(1967年法 55條). 즉, 船舶抵當權에는 優先權과 追求權(droit de suit)을 인정하였다. 이것은“動產은
抵當에 依하여 追求받지 아니 한다”는 民法上의 原則(民 2119條)을 修正한 것이라 할 수 있다.⁷⁵⁾

船舶抵當權은 船舶을 押留하고 債務名義에 依한 強制賣却으로 實行된다(1967年法 55條, 同令31條
以下) 船舶의 移動性을 封鎖하기 위하여 緊急한 때는 먼저 商事裁判所로 부터 急速審理의 形式으로
裁決하는 假押留(保全의 押留)의 許可를 받아 船舶을 假押留하고(同令 29條)強制賣却節次를 取한다.
押留에 依한 執行에 관한 節次는 1967年法의 Décret 第3節 (第31條~58條)에 詳細한 規定을 두고
있다.

船舶共有의 경우에는 1人 또는 數人の 共有者が 船舶一部에 관하여 共有持分을 分割하지 아니하
고 同意한 抵當權은 持分의 分割이나 競賣가 있는 後에도 그대로 存續한다(民法 883條에 對한 例外
(1967年法 56條1項) 그러나 強制賣却의 경우에는 船舶의 一部에 對한 抵當權은 制限을 받아 그 賣
却代金中에서 抵當權者에게 充當될 部分에 對하여서만 優先權을 갖는 것에 不過한 것이다(同
法 56條2項).

外國에서 買受하였거나 建造한 船舶에 對한 登錄前의 抵當權設定도 프랑스에서 公示節次를 跟으
면 有効한 바(同法49條) 그의 効力이 發生할 條件은 다음과 같다.

- ① 그 船舶은 旗國法에 따라 公示되어 있을것.
- ② 取得者가 取得하기 前에 그 船舶의 負擔에 관하여 通知 받았을 것.
- ③ 公示對象이 되는 船舶일것(同法 50條)

또 外國人所有의 船舶도 프랑스에서 押留 할 수 있고(同令 36條, 39條) 外國人債權者를 위하여

75). 島賀陽然良(山戸) 前掲書, P. 33.

外國船舶을 押留할 수 있다는 것이 判例의 態度이다.⁷⁶⁾

다만 抵當權을 負擔하는 프랑스船舶은 外國人에게 任意賣却할 수 없도록 禁止하고 있다(同法 57條). 이 禁止의 違反에 對하여서는 刑事處罰(刑法 408條의 罰)을 課한다.

이 制度는 舊法(1885年法)에 規定되어 있던 것으로 外國人에게 船舶을 任意賣却 하므로써抵當權이 完全히 侵害당할 수 있기 때문에 문 제한이라 할 수 있다. 이러한抵當權의 目的地인 船舶의 任意讓渡에 對한 제한은抵當權의 保護를 目的한 制度이다.⁷⁷⁾ 이 밖에抵當權의 滿足方法으로 流抵當(抵當主流)이나⁷⁸⁾ 即時 執行에 관하여서는 規定을 두고 있지 아니하나抵當權이 約定擔保物權이기 때문에 約款으로 定한다면 有効한 것이라 解釋된다.

이러한 約款은抵當權의 實行을 強制執行節次에 依하도록 하였기 때문에 債務名儀로서 有用할 것이다.

끝으로 船舶抵當의 流通性을 보전대 프랑스는 所有者抵當權은 認定하지 아니하였다. 그러나 ①登記에 依한 順位確定의 原則을 採擇하고(同法 51條, 55條) ②登記에 公信力を 인정하고(同法55條의 解釋 및 54條, 同令 21條, 22條参照) ③海上(船舶)抵當權을 指示證券에 依하여 設定할 수 있고 이 指示證書의 背書에 依하여 讓渡함으로써抵當權이 移轉되도록 하였다(同法57條, 同令22條). 이 상의 點을 考慮하면 프랑스는 船舶抵當權의 流通性을 豫定하여 流通抵當의 機能을 부여하고 있으므로 近代抵當權의 理想型에 接近하고 있다고 할 수 있다.

3. 船舶優先特權(Privilège maritime)

프랑스는 Napoleon商法上의 船舶優先特權制度를 全面廢止하고 1926年 船舶優先特權抵當權條約을 그대로 受容하여 商法을 改正하였으므로, 우리 商法上의 船舶優先特權法과 同一화,統一法系를 이루고 있다. 그에 관한 考察은 重複을 避하기 위하여 第5章의 統一條約에 미루고(우리商法體系書⁷⁹⁾를 보면 프랑스法을 概觀할 수 있다) 本項에서는 舊法上의 船舶優先特權制度의 特色을 考察하고자 한다. 그렇게 함으로써 프랑스新舊法의 差異를 明確히 把握할 수 있고 다른 主要 海運國이 批准하지도 아니한 統一條約을 프랑스가 國內法으로 재빨리 受容한 理由와 그 間의 船舶優先特權法의 理念의 變遷도 把握할 수 있으리라 생각한다.

(1) 舊法上의 船舶優先特權(舊商法 190條~196條)의 特色과 改正의 必要性

A. 舊法의 特徵

Napoleon商法이(以下舊法)海商에 관하여 거의 海事勅令을 繼受하였기 때문에 船舶優先特權法上特히 문제가 된 낡은 規定은 舊法 190條, 191條 및 193條의 規定이었다.⁸⁰⁾

舊法 190條는 船舶이 動產임을 宣言하고 但書에 船舶은 船舶賣渡人의 債務와 本法이 優先特權을 인정한 債務에 充當될 것임을 規定하였다.

191條는 11個項의 優先特權이 發生하는 債權을 判記하고 順位는 記載順에 따르도록 하였다.

193條는 優先特權의 特別消滅事由로 強制賣却과 任意賣却에 있어서는 取得者名儀와 危險負擔에

76). Ibid., P. 45.

77). 大橋光雄, 前揭論文, 法學論叢, 45卷2號(1941), PP. 192-3.

78). 金顯泰, 前揭書(物權法)(下), P. 183; 郭潤直, 前揭書, P. 435 參照.

78). 朴元善, 新商法(下), PP. 409 以下

孫珠瓊, 新商法(下), PP. 141 以下

徐燦玆, 商法講義(下), P. 179 以下 參照.

80). 島賀陽然良, 山戶喜一, 佛蘭西商法(II), (東京: 有斐閣, 1957), PP. 31-45. 參照.

依한 船舶의 發航을 規定하였다.

이러한 告法上의 船舶優先特權(190條~196條)을 檢討하여 보면 다음과 같은 프랑스法의 特徵을 指摘할 수 있다.

- ① 船舶優先特權이 인정되는 債權은 (舊 191條)은 共益費 噴稅를 除外하고는 契約關係에 依하여 發生하는 債權에 限定하고 不法行爲로 因한 賠償請求權, 共同海損分擔請求權 및 救助料에 對하여 優先特權을 인정하지 아니하였다.
- ② 優先特權(Privilége)과는 別途로 船舶賣渡人에 對한 一般債權을 위하여 그 船舶에 追及하는 追及權(droit de suit)制度가 있었다(舊 190條)
- ③ 優先特權의 順位는 債權發生時期와는 상관없이 法規定의 記載順位에 따르도록 하였다(舊 191條)
- ④ 優先特權의 特別消滅事由로서, 任意賣却할 때 一定條件下에 船舶이 發航하면 優先特權이 消滅하도록 規定하였다(舊 193條2號)

이상과 같은 프랑스法上의 特徵은 英美法이나 도이취法에 比할때 커다란 差異點임을 알 수 있고 프랑스法이 이런 獨自的인 낡은 規定을 保存한 것은 17世紀 Ordonance의 原則을 繼受한 榮光의 對價였다고 할 수 있을 것이다.

17世紀의 原則이나 19世紀初의 制度가 아무리 當時代의 慧智를 集結한 것이었다 하더라도 現代的海上企業活動의 實踐面에 適合할 수 없음은 當然하다.⁸¹⁾

프랑스法을 理解하기 위하여서는 成文法임에도 特히 判例와 學說을 充分히 參照치 아니하면 안된다는 理由도 바로 이력한데에 있다.

B. 法改正을 위한 問題點

上述한 프랑스法의 낡은 特徵은 바로 法改正의 必要性에 連結되는 것이다. 다음에 前記한 各特徵別로 問題點을 살펴보겠다(A項參照).

① 項의 문제點

被擔保債權中 不法行爲로 因한 賠償請求權, 共同海損分擔金, 救助料請求權에 對하여 프랑스法은 優先特權을 인정치 아니하였다.⁸²⁾ 그러나 英美法 또는 도이취法에서는 이를 債權에 모두 優先特權을 인정하고 있는 것이었다.

衝突債權에 對하여서는 異論이 있을 수도 있으나 共同海損債權과 救助料債權은 Versio in rem의 原則上 당연히 優先特權을 부여하여야 할 것이었다. 救助料債權은 Ordonance에서 優先特權이 인정되었으나⁸³⁾ Napoleon商法에서 除外된 것이다. 프랑스 民法 2102條(3號) 「物件의 保存費」에 對하여 民法上의 優先特權이 인정되어 있어서 船舶의 救助者에게 이 規定을 準用하였으나 「物件의 保存費」는 救助費의 一部에 不過하고 더구나 民法上의 優先特權은 船舶優先特權에 後悔하기 때문에 救助料債權을 優先特權에서 除外한 것은 救助債權者를 위하여 不充分한 것이었다.

共同海損分擔金에 對하여서도 船主는 荷物上에 優先特權을 保有하나(佛商 428條) 荷主는 船舶이 받을 分擔金에 優先特權을 인정 받지 못하므로 均衡을 잃게 된 것이다.

81). 이력한 理由때문에 프랑스는 1926年條約을 곧 批准하여(1935年) 國內法으로 制定한 것이다. 이에 反하여 英美獨日등 主要海運國은 現在까지 批准치 아니하였다.

小島孝, 前揭書, P. 47.

82). 이를 債權에 優先特權을 인정치 아니하는 것은 Rome法 以來의 傳統으로, 프랑스뿐 아니라 佛法系인 Spain(舊商 580) Italy(舊商 673條) Netherland(舊商 313條) Portugal(舊商 578條) Romania(舊商 678條) Turkey(舊商 6條) Egypt(舊商 5條)등에서 衝突賠償請求權에 優先特權을 인정치 아니하였다.

Hebert, P. M., The Origin and Nature of Maritime Liens, 4 Tulane L. Rev. 381, P. 403.

83). Ripert, Droit Maritime, 2^e. éd., II № 141.

小島孝, 前揭書, P. 67.

이러한 點들이 改正되어야 한다고 指摘되었다.⁸⁴⁾

(1949年法 191條改正, 條約 2條1項 繼受)

②項의 문제점

舊商法은 優先特權과 追及權을 別個의 權利로 把握하여 아무 擔保權도 갖지 아니하는 一般債權者도 船舶에 對하여 追及할 수 있게 하였다.

즉 船舶優先特權을 갖지 아니하는 一般債權者도 이미 買受人이 取得한 船舶에 對하여 追及權(190條 但書, droit de suit)을 인정한 點이 문제이었다. 英美法(right in rem)이나 우리法(商, 869條) 및 도이취法(gesetzlich Pfandrecht)에 있어서는 追及權은 Maritime Lien(Schiffsgläubiger recht)의 하나의 效果내지 屬性이라 把握하는데 反하여 프랑스法은 이것을 Privilége와 다른 別個의 權利로 構成하고 있는 點이 特異한 點이었다.

이 追及權은 特別消滅事由(193條 2號, 買受人の 名儀와 危險負擔으로 航海開始)로 消滅하기는 하나 프랑스民法의 一般原則에 對한 重大한例外가 된다(佛民 2119條).

이 船舶에 對한 追及規定은 Ordonnance規定을 그대로 繼受한 것으로, 債務者(船主)가 그의 一般擔保(船舶)를 消滅시키게될 秘密賣買(또는 虛偽賣買)의 危險으로 부터 債權者를 保護할 目的으로 制定된 것이었다.⁸⁵⁾

그리나 19世紀後半 船舶物權變動의 公示方法을 갖게된後(1874年 船舶抵當法 制定後)부터는 이러한 一般債權者를 위한 追及權의 存在意義는 없어진 것이다.

그후 프랑스學說은 解釋論으로 이런 追及權을 否認하기도 하고 立法論으로 이것을 廢止할 것을 主張하게 되었다.⁸⁶⁾ (1949年法 190條改正, 前194條1項)

③項의 문제점

Privilége의 優先順位는 數航海에 걸쳐 債權이 發生한 경우 後航海優先原則이 各國에 共通되는 一般原則인데 프랑스法만은 條文記載順에 따르도록 法定하였다(舊商 191條 1項). 後航海優先原則은 英美法(Inverse order rule), 도이취法(Posteriotät Prinzip), 우리法(商867條)이 모두 採擇하는바로 이것을 인정치 아니하면 航海를 거듭할수록 船舶의 信用能力이 低下되어 船舶에 信用을 提供할 者가 없어지게 될 것이다.

그러므로 프랑스法도 이 原則을 採擇할 必要가 있었다(1949年法, 193條改正).

④項의 문제점

船舶이 任意賣却된 경 우의 優先特權의 特別消滅事由(舊 193條2號)는 Ordonnance에 由來하는 것으로 現代海上企業의 實態로 보아 매우 不合理한 것 이었다.

도이취商法 765條, 1926年 統一條約 4項은 船舶의 任意讓渡後 讓受人이 公示催告節次에 依하여 優

84). Ripert. Droit Maritime, 4^e, éd., N°. 1124.

小島孝, 前掲書, P. 68.

85). 鳥賀陽然良, 佛蘭西商法(II), P. 33.

Valin은 이制度의 理由를 다음과 같이 說明한다.

프랑스法上(舊民法) 動產의 所有權移轉은 意思表示와 引渡를 要件으로 하고 있었다. (우리民法 188條의 効力發生要件과 同, 現 佛民法은 意思主義로 占有移轉은 對抗要件임)

그런데 船舶은 一般動產과 달리 船長을 占有機關으로 하여서만 占有되므로 所有者가 바뀐 事實을 第3者가 認知할 수 있는때만 세取得者名儀로 그의 危險下에 航海를 開始하는때가 될 것이다. (當時는 船舶登記制度 없었음에 留意) 따라서 賣渡人の 債權者를 保護하기 위하여서는 船舶이 賣却된 後에도 上記 所有權移轉의 認知가 可能한때까지는 賣渡人の 債務를 船舶이 堪當하여야 한다고 說明한다.

Valin, Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance de la Marine, 1776. t. II, P. 622 et suiv.,
小島孝, 前掲書, P. 66.

86). Ripert. 4^e, éd., t. II. N°. 1122 et suiv., 小島孝, loc.cit

先特權을 消滅시키는 規定을 두고 있다.⁸⁷⁾ 이 點에 관하여 프랑스法도 改正하여야 한다고 主張되어 있고 1949年改正法 196條로 舊規定을 改定하였다.

(2) 改正된 船舶優先特權法의 內容

1949年 商法改正 (190條~196條의 4)은 1926年 船舶優先特權 抵當權 統一條約(以下 條約이라함)을 國內法으로 制定한 것이었음은前述한 바와 같다.

프랑스가 條約을 速히 批准하여 國內法으로 制定한것도 前項에서 檢討한 문제點을 解決할 必要性이 커기 때문이다. (本項은 第5章 1節參照)

A. 被擔保債權

船舶優先特權이 發生하는 債權을 規定한 改正商法 191條는 條約 2條에 該當한다. 條約이 被擔保債權을 5個項으로 規定하고 있는대 比하여 191條가 6個項으로 區分 規定한 것만 다르다.

舊法은 被擔保債權을 規定함에 있어서 Versio in rem을 指導理念으로 하고 있었으나(前述) 新法은 이것을 크게 바꾸어 「海上運送人에 對하여 適當한 擔保를 確保할 方法이 없는 債權者를 保護한다」는 衡平의 原則을 指導理念으로 하였다.⁸⁸⁾

특히 衝突事故等 不法行爲로 因한賠償請求權과 救助費 및 共同海損分擔金 등을 被擔保債權으로 新設한 것은 舊法의 立法主義를 크게 바꾼 例라 하겠다.

또한 條約이 優先特權의 階級을 兩分하여 優先的優先特權(Prefered Maritime Lien)과 劣後的優先特權(Non-preferred Maritime Lien)으로 區分하고 있는마(3條2項) 改正法도(191條2)條約대로 Privilège를 優先的優先特權(Priviléges de premier rang. 191條의 것)과 劣後的優先特權(Priviléges de second rang)의 兩階級으로 區分하였다.

이것은 條約이 船舶優先特權을 最少限으로 制限하여 船舶抵當權을 保護하고자 한 意圖와 各國이 自國法과 다른 條約을 批准할 수 있도록 考案한 法的 裝置라 할 수 있는 마 프랑스도 이 條約의 理念을 받아 드린 結果라 할 것이다.

그러나 프랑스法上 劣後的優先特權은 어찌한 債權에 인정되는 것인가 하는 規定은 두고 있지 아니하다.

學說은 從來의 判例에 依하여 存續하는 船舶에 對한 民法上의 優先特權과 稅法上의 優先特權이 이에 該當한다고 解釋한다.⁸⁹⁾

被擔保債權의 內容에 관하여서는 本稿 第5章 1節 1926年條約에서 考察하므로 여기서는 省略하겠다.

B. 優先特權의 目的物

船舶優先特權의 目的物은 ① 그 債權에 關聯된 船舶 ② 優先特權이 發生한 航海의 運貨 ③ 그 航海의 發航後 取得한 船舶 및 運貨의 附屬物이다(新191條).

目的物의 範圖는 條約 2條 1項 本文 및 우리商法 861條 1項本文과 一致한다.

이러한 運貨과 기타 附屬物(請求權)上에 優先特權이 미치게 한것은 프랑스民法의 一般原則(佛民 2099條)에 對한 例外이다.⁹⁰⁾ 이를 目的物中 “船舶과 運貨의 附屬物”의 範圍(192條)는 條約 4條 要

87). 우리商法에는 公示方法에 依한 優先特權의 消滅制度를 두고있지 아니하다. (870條參照) 善意의 買受人을 위한 法的 裝置를 무엇인지 考察할 必要가 있다.

88). 烏賀陽然良, 山戶嘉一, 前掲書, PP. 35, 39 및 357, 比較,

89). Ripert, Droit Maritime, II. 1952. № 1113.

Becqué, Le droit nouveau du crédit réel maritime, P. 386

烏賀陽然良等, 前掲書, P. 361.

90). 烏賀陽然良等, 前掲書, P. 363.

우리商法(862條, 864條, 865條)과一致한다.

이러한 附屬物이 發生하는期間은 優先特權이 發生한 航海의 開始로 부터 그 航海의 終了까지라 解釋한다.

從來의 프랑스學說은 船舶의 減失로 因하여 船主가 受取할 保險金에 對하여 優先特權이 미친다는 說이 有力하였으나⁹¹⁾ (註 50 및 本章 1節 3.(3) ⑤參照) 改正法(192條)에 依하여 保險金을 비롯한 國家의 嘉獎金, 補助金, 援助金 등에는 優先特權이 미칠수 없는 것으로 規定하였다.

船舶抵當權을 保護하기 위한 것이며 條約(4條) 및 우리法(商864條)과一致한다.

C. 優先順位

改正法은 192條의 2를 新設하여 同一航海에 發生한 優先特權의 順位(條約 5條, 韓商866條, 868條)를 規定하였다.

이 規定에 依하여 救助料, 共同海損分擔金(191條4號)과 船舶의 保存 또는 航海繼續의 必要上, 船長이 船籍港外에서 그의 法定權限에 따라 締結한 契約, 또는 實行한 措置로 因한 債權(191條 6號)에는, 後發生優先의 原則(Inverse order rule)이 適用되게 되었다.

數回의 航海동안에 發生한 債權의 優先順位에 관하여서는, 改正 193條에 依하여 前記한 舊法上の矛盾을 除去하였다(條約 6條, 韓商 867條)

이상으로 擔保物을 確保한 債權에 優先順位를 부여한다는 衡平의 理念이 具現된 것이다.

D. 効力

船舶優先特權의 効力은 ①프랑스民法上의 不動產優先特權(佛民 2095條以下)과 마찬가지로 그 目的物에 관한 強制競賣權과 優先辨濟權이 있고⁹²⁾ ②一般動產의 優先特權과 달리 船舶이 누구의 所有가 되든지 一定要件內(消滅原因參照)에서 그 目的物에 追及하는 것이다(佛商 194條, 條約 8條, 韓商 869條)

船舶優先特權의 効力은 各國이 共通된다. 이와 같은 船舶優先特權의 効力은 他債權者 特司 船舶抵當權者에 重大한 影響을 미치므로 短期消滅時效를 定하고 있다. 이 時效期間이 經過하면 債權은 優先權(droit de préférence)을喪失하나 追及權(droit de suit)은喪失하지 아니한다.⁹³⁾

E. 消滅

優先特權의 一般消滅原因 외에 다음의 特別消滅原因을 規定하였다.

- ① 1年間의 期間의 經過, 但, 船舶의 保存費, 航海繼續費(191條6號)만은 6個月의 期間의 經過(194條 2項, 條約 9條, 韓商870條 1項)
- ② 公法上의 原因에 依한 船舶의 沒收(196條 1號)
- ③ 違法한 船舶의 強制賣却(즉 押留에 依한 賣却 同條2號) 이 경우에는 追及權은 消滅하나 債權者의 權利는 賣却代金上에 移轉한다.⁹⁴⁾
- ④ 船舶의 任意賣却의 경우에는 法定公示節次後 2個月의 經過(同條3號)

取得者는 이 期間내에 船舶代金을 支給하여서는 안될것이다. 또한 任意賣却에 依하여 追及權이 消滅하여도 押留할 수 있었을 賣却代金上에 優先權은 存在하는 것이다.

91). Ripert, t. II. N° 1156.

92). 徐燉班, 前揭書, P. 184. : 田中誠二, 前揭書, P. 576.

93). 鳥賀陽然良等, 前揭書, P. 367

94). Ripert. t. II. N°1159. 鳥賀陽然良等, ibid., P. 370.

第5章 船舶擔保權에 관한 統一條約法

19世紀 後半부터 世界 主要海運國家들은 海上企業에 관한 各國의 法制을 統一하고자 많은 統一條約을 制定成立시켰다.

船舶擔保法에 관하여서도 1926年 船舶優先特權 抵當權 統一條約이 成立되었고 1967年에는 이를 廢止하고 새로운 1967年 船舶優先特權 抵當權統一條約이 成立되었다.

우리商法上의 船舶擔保權 制度(商861條~874條)는 1926年 條約을 受容한것¹⁾ 이므로 本章에서는, 條約으로서는 이미 廢止되었으나, 1926年條約과, 1967年條約을 각각 考察하고, 아울러 이 條約과 關聯되는 他の條約도 檢討하고자 한다.

1. 海法統一條約 制定의 沿革

유럽의 中世로 부터 海上企業의 特異性 때문에, Amalfi海法, Oleron海法, Consolato del Mare, Wisb海法등을 中心으로 한, 海法의 統一法團이 存在하였다.²⁾

近代에 들어와서는, 1860年 英國의 社會科學振興協會(The National Association for the Promotion of Social Science)가, Glassgow 會議에서 共同海損 統一規則을 制定한 때로부터, 海法統一運動은 그發端을 보게 되었다.

그後 海法에 관한 統一法規制定의 効力은 1873年 London에 創設된 國際法協會(International Law Association)와 1896年 Brüssel에 創設된 國際海事委員會(Comité Maritime International, 以下 C. M. I 라 略함, 通稱은 國際海法會)에 依하여 꾸준히 進行되어 왔다.³⁾

國際法協會가 海法統一을 위하여 난간 主된 業績은, York-Antwerp Rules 1950 과 Warsaw-Oxford Rules, 1932(國際海上交易上의 用語概念의 整理規則)등이 있고, 國際海法會(C. M. I)는 우리商法을 비롯한 여려나라의 海商法統一에 공헌한 여러 統一條約을 制定하였다.

國際海法會는(C. M. I) 海法에 관한 統一條約, 草案을 討議 作成한 後, Brüssel의 海法外交會議(各國政府代表로 構成)에서 採擇하므로써, 統一條約을 成立시키는 方式으로 그의 活動을 展開하고 있다

各國政府는 Brüssel 海法外交會議(Conférence Diplomatique de Droit Maritime)에 國際海法會(C. M. I)의 Member를 代表로 보내고 있기 때문에, 統一條約案의 準備와 成立이 매우 効率的으로 이루어지고 있다.⁴⁾ 이제까지 國際海法會(C. M. I)가 準備하여 統一條約으로 成立시킨 것은 다음과 같다.

2. 統一條約의 現況

이제까지 Brüssel 海法外交會議에서 成立한 統一條約은 다음 3期로 區分하여 볼 수 있다.⁵⁾

A. 第1期(國際海法會創設後 世界第1次大戰까지)⁶⁾

- 1). 孫珠瓊, 新商法(下) (서울: 普文閣, 1967), P. 19.
- 2). 徐燦玆, 商法議義(下) (서울: 法文社, 1967), PP. 38-9.
- 3). 鄭熙喆, 新商法要論(下) (서울: 博英社, 1969), PP. 116-7.
- 4). 孫珠瓊, 前揭書, P. 10.
- 5). 鴻常夫, “海法統一に關する 1952年5月10日 Brüssel 3條約について”(日本海法會議, 復刊 2號, 1954) P. 66.
- 6). 小町谷操三, 海事條約の研究, (東京: 有斐閣, 1969.) P. 297 以下
- 6). 條約原文 다음 所收,

① 1910年 船舶衝突條約(International Convention for the Unification of certain Rules of Law in regard to Collision, Brüssel, Sept. 23, 1910)

② 1910年 海難救助條約(International Convention for the Unification of certain Rules of Law relating to Assistance and Salvage, Brüssel, 1910)

B. 第2期(第1次大戰後 第2次大戰까지)⁷⁾

① 1924年 船舶所有者有限責任條約(International Convention relating to the Limitation of the Liabilities of the Owners of the Sea-going Ships, 1924)

② 1924年 船荷證券統一條約(International Convention for the Unification of certain Rules of Law relating to Bills of Lading)

③ 1926年 船舶優先特權抵當權統一條約(International Convention for the Unification of certain Rules relating to Maritime Liens and Mortgages, 1926)

④ 1926年 國有船舶免責條約(International Convention relating to the Immunity of the State owned Ships, 1926)

C. 第3期(第2次大戰 以後)

(1) 條約의 効力이 發生한 것⁸⁾

① 1952年 船舶假押留條約(International Convention relating to the Arrest of Seagoing Ships, 1952)

② 1952年 衝突에 依한 民事裁判 管轄權에 관한 條約(International Convention on Certain Rules concerning Civil Jurisdiction in Matter of Collision, Brüssel, 1952)

③ 1952年 衝突에 依한 刑事裁判 管轄權에 관한 條約(International Convention for the Unification of certain Rules relating to Penal Jurisdiction in Matter of Collision or other Incidents of Navigation, 1952)

④ 1957年 航海船主責任制限條約(International Convention relating to the Limitation of the Liabilities of Owners of Seagoing Ships, 1957).

⑤ 1961年 海上旅客運送條約(International Convention for the Unification of certain Rules relating to the Carriage of Passengers by Sea, 1961).

(2) 批准國數가 아직 効力發生要件에 이르지 못한 것⁹⁾(1968年末現在)

① 1957年 密航者에 관한 條約(International Convention relating to Stowaways, 1957).

② 1962年 原子力船運航者の 責任에 關한 條約(International Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ship, 1962).

③ 1967年 海上旅客手荷物運送條約(International Convention for the Unification of certain Rules relating to Carriage of Passenger Luggages by Sea, 1967)

④ 1967년의 1910年 海難救助條約 14條改正 議定書(Protocol to amend the Convention for the Unification of certain Rules of Law relating to Assistance and Salvage at Sea, Signed at Brüssel

McGuffie, K.C., Marsden on the Law of Collision at Sea, London, 1953. PP. 810 et seq.

7). 條約原文 另有 所收

Colinvaux, R.P., Carver, Carriage of Goods by Sea, London, 1957. PP. 1022-42 및

小町谷操三, 前掲書, 附錄

8). 批准國數가 條約上의 効力發生要件에 이르지, 條約原文은 Marsden. op. cit., PP. 814 et seq. 및

小町谷操三, 前掲書, 附錄,

9). 條約原文 ③-⑦ 日本海法會誌 復刊 13號, 1968. 附錄, PP. 1-4

小町谷操三, 前掲書, 附錄, PP. 45-48, 67-88, 및 144-154, 172-185. 등

on 23rd Sept. 1910).

- ⑤ 1967年 新海上優先特權 抵當權條約(International Convention for the Unification of certain Rules relating to Maritime Lien and Mortgages, 1967).
- ⑥ 1967年 建造中인 船舶의 權利의 登記에 관한 條約(International Convention relating to Registration of Rights in respect of Vessels under Construction, 1967).
- ⑦ 1968年 船荷證券改正議定書(Protocol to amend The International Convention for the Unification of certain Rules of Law relating to Bills of Lading, 1968. 一名 The Hague-Visby Rules이 라함)
- ⑧ 1969年 油濁損害에 對한 民事責任에 관한 條約案¹⁰⁾ (Draft of International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969).
- ⑨ 1969年 複合運送條約案(Tokyo rules¹¹⁾, (Draft Convention on Combined Transports Tokyo Rules, 1966).

第1節 1926年 船舶優先特權 및 抵當權 條約

1. 沿革 및 條約의 適用範圍

(1) 沿 革

海上企業의 本質 및 船舶의 特性때문에 船舶物權의 法律關係는 國際上 國際間의 法律關係를 想起시킨다.

19世紀初 부터 海上企業의 規模가 擴大됨에 따라¹²⁾ 船舶擔保法에 관하여 英美法系, 獨法系, 佛法系의 諸國間에 法制上 差異가 커서 法의 衝突로 因難이甚하였으므로, 國際法協會(International Law Association)는 1885년 Brüssel에서 船舶擔保制度에 관한 法律問題을 舉論하고, 1888년 Brüssel 商法會議에서 正式議題로 統一問題을 論議하기에 이르렀다.¹³⁾

그後 國際海法會(C. M. I)는 1902年 Hamburg會議以後, 船舶優先特權 및 抵當權에 관한 統一條約草案을 準備하고, 1910年 Brussel 外交會議에서 條約案으로 成立하였다.¹⁴⁾ 그러나 이 條約案은 各國에서 받아 드리지 아니하였으므로, 1922年 Brüssel 外交會議에서 크게 改正하여, 船主責任制限 統一條約과 함께 採擇되었다.

이 條約案은 1924年에 署名되어 1924年 船舶優先特權 및 抵當權統一條約으로 成立하였다. 그러나 이 條約은 大陸法主義을 기본으로 하고 있어, 英國의 學界와 實務界에서 이를 反對하고 英國은 이를 署名하지 아니하였다. 다시 英國의 提議에 따라 1926年 Brüssel 外交會議에서 이를 修正하여, 새條約으로 採擇하였는바, 이것이 1967년까지 有効하였던 1926年 條約이다.

10). 이條約은 C. M. I案과 政府間海事協議機關(Inter-governmental Maritime Consultative Organization, IMCO.)의 案中, IMCO草案에 따라 IMCO主催下에 UN方式으로 1969年 Brüssel에서 成立한 條約이므로, C-MI의 業績은 아니나, 海事法上 重要한 條約이므로 여기에 包含 記載한다. 이 條約의 審議經過와 內容에 관하여는 다음 研究가 詳細하다.

谷川久, “油濁損害に對する民事責任に關する 國際條約について”(日本海法會誌 復刊 15號, 1970) PP. 42以下

11). 阿部土郎, “1969年 複合運送條約案(Tokyo Rules)について”日本海法會誌 復刊 14號, P. 3以下.

12). Sturmy, S. G., British Shipping and World Competition, Univ. of London, 1962, PP. 15-26. 參照

13). 孫珠瓊, 前揭書, P. 141.

田中誠二, 海商法詳論, (東京: 鶴草書房, 1970), P. 559.

14). Wüstendörfer, H., Die Brüsseler Vorentwürfe internationalen Übereinkommen in Z. f. HR. Bd. 71, S. 1 ff, 田中誠二, 前揭書, 前揭.

그리나 本條約은 英 美 獨 日등 有力한 海運國이 批准하지 아니하였다. 그 理由는 船舶擔保法에
관하여 各法系間에 많은 差異가 있기 때문이었다. 特히 英 美國에서는 海事裁判所의 管轄權問題에¹⁵⁾
關聯되고, 船主 및 抵當權者側과 기타 海事債權者側의 利害 調節이 困難하여, 船舶擔保法이 世界的
統一法으로 制定되기에에는, 難to 國家的, 民族的, 特異性이 強한 것이었다.¹⁶⁾

그리나 我國商法은 船舶優先特權 制度를 制定함에 있어서 이 1926年條約을 受容하여¹⁷⁾ 統一法系
를 指向하였다. 프랑스도 1949年 2月 19日法으로 商法 (190條以下)을 改正하여¹⁸⁾ 船舶優先特權法을
이 條約대로 受容하였음을 前述한바와 같다.

(2) 統一條約에 對한 各國의 態度

本條約의 沿革과 아울러 本條約에 對한 各國의 態度를 밝히는 것은 앞으로 我們가 國際統一條約
을 批准하거나 國內法으로 制定함에 있어서 하나의 參考가 될 수 있을 것이다.

① 英 國

英國은 本條約의 成立을 위하여 國際海法會議에서 大量의 努力を 하였고, 條約에 署名하였다.¹⁹⁾ 그
러나 ②英法上의 Maritime Lien의 特異性(第2章3節參照) ④國內海運業界의 反對 ④裁判制度의 特
殊性에 依한 法源의 複雜性등의 理由때문에²⁰⁾ 1967年 새船舶優先特權 抵當權條約이 成立될 때까지,
批準하지 아니하였다.

한편 船主責任制限條約은 自國海運의 保護라는 觀點에서 곧 批准하였고, 英法上船舶에 對한 對物
權(Statutory right in rem)을 補充하는 規定이라 할 수 있는 1957年 船舶假押留條約등은 재빨리 批
准하여 國內法으로 制定하고 있다.

② 美 國

1926年條約의 優先의 優先特權(Prefered Maritime Lien)制度의 構成은, 美國의 1920年 Ship Mortgage
Act의 Preferred Ship Mortgage 制度에 관한 着想을 導入한 것이었음을 前述한바와 같다(第3章 序參照)

그러나 美國도 ②條約의 法理가 美國의 Maritime Lien 法理의 土台가 되는 Personification theory
와 다르고 ④美國의 1920年 Ship Mortgage Act 自體에 違憲是非가 있는 것이고 ④條約上의 被擔保債
權의 어느 것은 美國의 海事管轄權範圍에 屬할수 없는 것이고 ④現行美國의 Maritime Lien法은 圓
滑하게 施行되고 있기 때문에 大陸法의 影響이 強한 條約을 採用할 必要가 없다는 理由로 終乃 批
准하기를 拒否하였다.²¹⁾

15). 美國은 그때 1920年 Ship Mortgage Act의 違憲性與否에 對한 判例가 나오지 않고있었다. 本稿 P. 參照

16. The difficult quest for a uniform maritime law(Comment)64 Yale L. J., (1955)P. 905.

小島孝, “船主有限責任統一條約と 船舶先取特權 抵當權統一條約との 關聯性についての一考察”(日本海
法會誌 復刊 7號 1959) PP. 29~30.

17). 孫珠璣, 前掲書, PP. 14~19. 參照

18). 山戶嘉一(鳥賀陽然良), 佛蘭西商法(II)(東京:有斐閣, 1957) P. 355 以下

19). Price, G., The Law of Maritime Liens, 1940, PP. 219-20, 225. 228-9.

小島孝. 英國法における 海上財產のLienについて, 日本海法會誌 復刊 6號, PP. 48 以下

20). Price, op. cit., PP. 232, 237.

. 小島孝. op. cit., PP. 49, 50.

21). Price, op. cit., PP. 222, 229. 231-2.

한편 美國은 1954年の Maritime Lien 修正法²²⁾의 但書에서 美國內에서 提供된 소위 Necessaries 債權은 外國船上에 適法하게 設定된 Preferred Ship Mortgage에 優先하도록 (美國船上의 Preferred Ship Mortgage는 이들 債權에 優先한다는 原則에 對한 例外, 第3章 2節 2参照)規定하므로써 美國內의 (自國市民의) 提供者 債權을 保護하고 있는 點은 注目할만한 態度라 할 것이다.

③ 도이취

도이취도 本條約의 審議會議(1910年 Brüssel)에서 도이취法이 取하는 相關原則(Korrelatgedanke)이 本條約에 採擇되지 아니하는 限 批准할 수 없음을 表明하였고, 그後 船主責任制限條約이 金額主義를 採擇하였기 때문에 海產(Schiffsvermögen)의 觀念이 無意味하게 되고, 따라서 相關原則을 固執할 理由가 없게 되었음에도, 現在까지 批准하지 아니하였다.

그리나 도이취船舶優先特權法은 1897年商法(H G B)의 낡은 制度이므로 곧 새條約에 따른 改正이豫想되고 있다(前述).

④ 프랑스

프랑스는 이상과 같은 各國의 態度와는 달리 1935年に 本條約을 批准하고 1949年に 商法上의 該當規定(第190條以下)을 改正하므로써 本條約을 國內法으로 採擇하였다.

이러한 프랑스의 態度는 프랑스船舶優先特權法이 매우 낡은 Napoleon 商法(1807年上)의 規定이 있고, 이 法의 原則은 더욱 낡은 루이의 海事勅令(1681年 Ordonnance de la marine)의 原則을 그대로 繼承, 之이에 더하여 現代海上企業의 實情에 맞지 아니하였기 때문에, 不得不 取한 措置라 할 수 있다.²³⁾

(3) 條約의 適用範圍

① 船舶의 國籍에 依한 基準

條約은 船舶의 國籍을 基準으로 適用如否를 決定하도록 하였다. 즉 擔保目的인 船舶이 어느 締約國 國籍을 保有하는 때 各締約國은 本條約을 適用한다(14條 1項).

그리나 非締約國의 船舶에 對하여서는 本條約을 適用치 아니하고 自國法(裁判國)을 適用할 수 있다(同條2項).

但, 非締約國法院에서 船舶을 押留할 때에는 이 條約은 適用되지 아니할 것이고 債權者와 船舶所有者가 同一國籍인 때는 國內法만을 適用할 것이다.

② 船舶의 種類에 依한 基準

本條約은 軍艦이나 오로지 公用에 使用하는 船舶에는 適用치 아니한다(15條)(韓船舶法 39條同旨). 本條約은 航海船과 內水船의 區別을 두고 있지 아니하므로, 兩船舶을 모두 包含하는지 疑問이나, 우리 商法의 解釋에 따라 航海船에 局限한다고 보는 것이 合當할 것이다(韓商 125條 參照).

③ 債務者와 船舶의 關係

債務者が 擔保目的인 船舶의 所有者인 때는 물론이고 船舶의 賃借人 傭船者인 경우에도(他船舶裝備者, Ausrüster)適用한다(13條).

他人의 船舶을 利用하는 者가 負擔한 債務와 하여 條約을 適用치 아니한다면 이런 擔保權이란 海上企業에서 無意味한 것이 되겠기 때문이다.

따라서 船舶債權者(Schiffsgläubiger)는 그 債務者が 法律上の 船舶所有者인지의 如否를 確認할 必

22). 68 Stat. 323(1954), 46 U. S. C. A. § 951(Supp. 1954)

23). 小島孝, ドイツ 法及 “びフランス法における 船舶先取 特權制度について” 法學論叢, 63卷 5號 (1961) PP. 70-1.

要는 없고, 船舶所有者는 船舶의 貨貸 또는 借船(定期借船)에 依하여 法律上 船舶에 負擔(擔保權)이 發生하는 것임을豫定하여야 할 것이다. 그려므로 船舶所有者는 借船者의 債務임을 主張하여 優先特權에 對抗할 수 없다. 但, 船舶抵當權은 約定擔保物權이므로 船主가豫測하지 못한 負擔은 發生하지 아니할 것이다.

한편 所有者가 不法하게 占有를 빼앗기고 債權者가 惡意인 때에는 條約은 適用되지 아니한다(13條 但書). 즉 不法한 占有의 奪取와 債權者 惡意의 要件이 있는 경우 그려한 債權者까지 保護할 必要는 없기 때문이다. 現實문제로는 이러한 경우란 極히 稀少할 것이다.

2. 船舶抵當權

(1) 効力의 國際的承認

19世紀中葉 以後, 各國이 不動產 登記簿制度를 導入한 船舶登記簿制度를 根據로, 動產인 船舶에 對한 約定擔保權制度를 시작하였음은,前述한 바 있다(第4章 參照).

元來 船舶抵當權制度는, 各國이 各各 自民族의 固有한 一般私法上의 物權法制度를 船舶의 特性을 考慮하여 修正한것²⁴⁾에 不過하므로, 各 國家 民族의 固有한 法構造, 法概念 및 裁判節次, 司法傳統의 差異 때문에, 몇개의 國際條約에 依하여 곧 統一을 期할수 없는 것임은 明白하다.

그리므로 1926年 統一條約은 이러한 各國法制의 統一의 困難性을 克服하기 위하여 各國의 現行法制度를 그대로 尊重하면서 船舶抵當權 또는 船舶讓渡擔保(Ship Mortgage)가 그 權利의 設定地에서 와 同一하게 外國에서도 有効하도록 各國法의 効力を 國界的으로 認定하는 方法을 擇하였다. 즉 條約은 船舶이 屬하는 締約國法에 따라 適法하게 設定된 抵當權 Mortgage 또는 質權을 登記港을 管轄하는 官署나 中央官署의 公簿에 登記한 경우 다른 모든 締約國에서 이것을 有効하다고 보고 尊重하여야 한다(第1條)고 規定하였다.

1945

이러한 國內法 効力의 國際的 承認方式은 이미 國際法協會의 1885年 Brüssel會議와同年 Brüssel의 商法 國際會議에서 各國의 讚揚을 받았는 方式으로 國際海法會(C. M. I)도 이 原則을 따른 것이라 할 것이다.²⁵⁾

外國法의 効力を 自國法院에서 인정하게 한點이 本條約의 特徵이 있다.

이러한 締約國法의 効力이 國際적으로 承認될 要件은 船舶의 本國法에 依하여 擔保權設定에 관한 實質的徐式的要件이 充足되어야 하는 것이다.

(2) 効 力

船舶旗國法에 따라 適法하게 設定하고 登記한 船舶抵當權 및 Mortgage의 効力은 後述하는 條約上의 船舶優先特權에만 劣後하고 기타의 모든 債權에 對하여 優先權을 갖는 것이다(第3條前段). 물론 國內法으로 條約規定以外의 債權에 優先特權을 부여할 수 있다(第3條後段). 그러나 이러한 條約規定以外의 優先特權은 條約上의 船舶優先特權(第2條)과 抵當權(第1條)에 劣後한다(第3條 但書).

이것은 美國의 1920年 Ship Mortgage Act(3章 2節 參照)의 Preferred Maritime Lien과 Preferred Ship

24). 英國의 Mortgage of Personality. 도이취民法(BGB.舊1259條以下)上의 船舶質權 (Schiffspfandrecht). 프랑스 舊商法(190條)및 1885年 船舶抵當法 등 參照
徐燦廷, 前揭書, P. 33.

石井照久, 改訂商法 II, (東京: 勤草書房, 1964), PP. 129-30.

谷川久, 海事私法の構造と特異性, (東京: 有斐閣, 1958) PP. 206-212.

25). 山戶嘉一, “海上先取特權統一條約案概說”The Shipping(海運, 日本海運集會所) 210號, P. 38.
Ripert, G., Traité de droit maritime, t. II, 1929, N°. 1043.

Mortgage 制度를導入한 것이다.²⁶⁾ 이 優先順位以外에, 船舶抵當權에 관한 目的의範圍, 設定方法의性質, 公示方法, 消滅등 實體規定에 對하여서는, 條約은 船舶旗國法에 따르도록 하고, 다만 이 러한 負擔을 「公示할 것」과 「公示場所」(登記所)만을 規定하고 있다(第12條)

(3) 公 示

船舶負擔에 관한 公示制度의 必要性은 再言할 것이 없다. 우리法上의 公示制度는 船舶登記法에²⁷⁾ 따라 船舶의 所有權, 抵當權, 賃借權의 設定, 保存, 移轉, 變更, 處分의 制限, 消滅에 관하여(同法3條) 登記하는 것으로 하고 있다.

條約은 船舶의 擔保權의 記載를 위한 書類의 性質과 方式도 國內法에 依하도록 하였다(第12條前段). 條約草案審議會議에서 Italy 代表와 Rumania 代表는 公示方法을 海上에까지 擴張하여 “船舶備置書類”에 抵當權, Mortgage, 質權等을 記載하도록 強力히 主張하였으나(兩國의 商法上의 公示方法이 그려 하다 但 Rumania 現行法은 不明) 그 것은 條約이 取하는, 國內法 委任原則의趣旨에 反하는 것이므로 採擇되지 아니하였다.²⁸⁾ 오히려 프랑스 代表의 主張에 따라 「所定方式에 依하여 擔保權의 記載를申請한 債權者は 同書類의 記載脱落 誤記 또는 遲延에 對하여 責任을 지지 아니한다」(12條後段)고 規定하였다.

이것은 第12條 規定이 行政的인 性質의 것에 不過하고 抵當權, Mortgage의 設定에 관한, 法律上의 効力規定이 아님을 明示한 것이다.

또한 公示方法은 登記簿에 登記하는 것으로 足한 것이며 이것을 船舶에까지 擴張한다는 것은 船舶優先特權의 性質上 實益이 없는 것이고 船舶의 移動性을 고려하드라도 實益이 없고 오히려 關係 없는 3者에게 船主의 資本狀態를 언제나 公開하는 結果가 되어 不適當한 것이라 하겠다.

3. 船舶優先特權

船舶優先特權은 船舶과 그 附屬物을 目的으로 하여 特定種類의 債權을 對하여 發生하는 海商法上의 特殊한 優先權이다. 이 特權은 占有를 必要로 하지 아니하고, 當事者の 意思表示로 成立되는 것 이 아니라 法의 規定에 依하여 一定債權者에게 賦與되고, 優先辨濟權과 對物追及權이 있다.²⁹⁾ 이러한 船舶優先特權의 概念은 우리法을 비롯한 各國法上 認定되고 있음은 앞에서 본바와 같거니와, 優先特權의 目的物, 被擔保債權의 種類, 優先順位, 消滅등에 관하여 各國의 制度에 큰 差異가 있으므로 條約으로 統一을 期하고자 한 것이며 거기에 條約의 意義가 있는 것이다.

(1) 優先特權의 目的物

船舶優先特權이 發生하는 債權의 目的物은 ①船舶 ②그 債權이 發生한 航海의 運賃 ③ 그 航海를 發航한 後에 取得한 船舶과 運賃의 附屬物이다. (第2條前文, 韓商 861條 1項)

① 船舶

26). 本稿 PP. 參照

이點에 있어서 美國의 船舶 Mortgage法은 統一條約에 影響을 미치고 있음을 알수있다.

27). 船舶法 36條에 依據 1963年制定. 法律第 1331號.

登記船은 20總噸 以上의 船舶으로 하고 있고 (同法2條) 登記節次는 不動產登記法을 準用 (5條)한다.

28). 山口嘉一, 前揭 論文. 39.

29). 本稿 第1章 P 參照

船舶優先特權의 法의 性質에 관하여서는 學說에 差異가 있으나 本稿에서는 狹義로 解한다. P. 參照, 徐燦玗, 前揭書, P. 184. 孫珠瓊, P. 142.

朴元善, 前揭書, P. 409. 鄭熙喆, 前揭書, P. 178. 各各 比較

船舶은 債權을 負擔한 그 船舶을 意味한다.³⁰⁾ 海難으로 船舶의 價格이 低落한 경우라 하드라도 船舶으로서의 同一性이 있는限 그 船舶이 目的임에 變함이 없다.

이것은 船舶이 소위 海產(Schiffsvermögen)의 基本되는 것이기 때문이나 金額責任主義을 採擇한 1957年 航海船主責任制限條約이 發効한 오늘에 있어서는 海產의 觀念은 無意味한 것이³¹⁾ 되었다고 할 것이다.

그리므로 船主의 責任制限의 對抗을 받는 船舶優先特權은 그 目的의 船舶으로부터 責任制限基金으로 바뀔것임에 注意하여야 한다.

1952年 船舶假押留條約은(後述) 債務者所有의 他船舶도 押留할수 있도록 하였으나 船舶優先特權은 그 性質上 당연히 債務를 負擔한 그 船舶에 限하여 實行될수 있다고 보아야 한다.

② 運 貨

運貨이란 Brokerage나 Commission등 費用을 除한 純運貨이 아니라 債權이 發生한 航海의 總運貨을 말한다.³²⁾ 總運貨에는 다음 制限을 두고 있다.³³⁾ ④ 아직 未收인 運貨(즉 運貨請求權)과 ⑤ 既收의 運貨은 船長이나 船長代理人의 手中에 있는것에 限한다(第10條, 韓商 863條). 그 航海의 運貨은 全額이 債權者의 携保財產이 되어야 하나 陸產과 混合되면 이를 區別할 수 없고 오히려 不當한 結果를 가지울 수 있기 때문에 이런 制限을 두고 있다.

未收運貨이라 하드라도 更改 相計등 債權 消滅方法으로 運貨請求權이 消滅한 것은 이의 目的이 될 수 없다고 解釋한다.³⁴⁾ 倉船契約인 경우에는 倉船料가 運貨에 該當함은 당연하다.³⁵⁾

③ 船舶 및 運貨의 附屬物

從來 各國에서 船主의 海產을 構成하는 이 附屬物의 範圍에 관하여 疑問이 있었으므로 條約은 그 附屬物의 範圍를 明示한 것이다.³⁶⁾ 따라서 船舶 및 運貨의 附屬物에 關한 規定(第4條, 1. 2. 3號)은 制限의 規定이다. 우리商法 862條는 條約 4條에 該當하므로 우리法도 制限의 規定으로 解釋하여야 할 것이다.

② 損害賠償請求權(第4條1號, 韓商 862條 1號)

船舶이 받은 物의 損害 및 運貨喪失의 損害에 對하여 船主에게 아직 填補되지 아니한 賠償請求權이 附屬物이 된다.

船舶의 物의 損害에 對한 賠償이므로 滯船料(demurrage, Liegegeld)는 附屬物에 包含되지 아니한다는 說이 있으나³⁷⁾, 滯船料의 法的性質을 損害賠償으로 보자 아니하고 特別報酬說이나 運貨說로 본

30). 朴元善, 前揭書, P. 411. 徐燦珏, 前揭書, P. 182.

31). 프랑스나 도이췰法처럼 船主의 有 limited liability 物의 有限責任主義과 나고 있는바에 海產의 概念은 重要한 意義가 있으나, 1957年 條約이 金額責任主義을 指定하기 때문에, 이제 船主는 責任制限基金을 形成하면 辨濟方法은 끝난 것이라고 海產이란 無意味한 것이다. 우리法은 船價主義와 併用하므로 아직도 海產은 意義가 있다. (商. 746條)

Wüstdörfer도 『執行主義는 살아있는 도이췰海法에 매여 달린 시드른 가지(枯枝)가 되었나』고 하고 있다
小町谷操三, 前揭書, PP. 15—7. 124以下

32). 小町谷操三, 海商法要義, 上卷, P. 264.

33). 朴元善教授는 運貨의 既收나 未收를 不問한다고 解釋하시나 條約10條와 우리商法 863條는 明文規定으로 이를 區分하고 있으므로 運貨에는 이 區分에 依한 制限을 인정하여야 할것이다.

朴元善, P. 411—2 參照

34). 小町谷操三, 前揭書, P. 266.

35). 山戶嘉一, 前揭論文, 海運, 211號, P. 53.

36). 山戶嘉一, 前揭書, P. 56.

37). 山戶嘉一, 前揭書, P. 56.

西島彌太郎, 海商法 (東京:海文堂 1967), P. 85.

다면³⁸⁾ 附屬物에서 除外할 理由는 없다고 본다.

④ 共同海損分擔請求權(同條2號, 韓商, 同條2號)

이것도 아직 填補되지 아니한것(non repérés)을 附屬物로 한다.

共同海損 分擔金은 損害賠償이 아니라 海產이 받은 損害를 填補하기 위한 請求權으로 이에 準하여 附屬物로 한다.

⑤ 救助料請求權(同條3號, 韓商, 同條3號)

他船의 救助에 依하여 船主가 取得할 報酬도 附屬物이 된다. 但, 이 救助料中에서 船長 기타 使用人에게 配當할 報酬는 除外한 殘額이 附屬物이 된다.

이상의 附屬物이 發生하는 時期에 對하여서는 規定이 없으나 優先特權이 發生한 航海의 開始로부터 그 航海의 終了까지 사이에 發生한 것이라 解釋한다. 第4條가 附屬物에 관한 第2條의 補充規定으로 第2條前文은 「優先特權의 債權이 發生하는 航海의 運貨……」이라 規定하고 있으므로 이 前文은 附屬物의 發生時期에 관하여도 規定한다고 보아야 하기 때문이다.

附屬物에 관하여 문제가 되었던 것은 船體保險金이 附屬物에 包含되는가 하는 것이었다. 즉 船舶이 滅失한 경우 船舶優先特權의 効力은 船舶保險金에 미치느냐 하는 문제는 過去 大陸法의 學說上論爭이 많았던 것이다. Louis海事勅令(1681年)以後 프랑스法學界에서는 이 문제로 論爭이³⁹⁾ 일어났고 1889年 2月19日 法으로 優先特權은 保險金에 미치도록 立法에 依하여 解決하였다. 도이취에서도 積極說과 消極說로 對立하였으나 現學說은 消極說에 一致하게 되었다.⁴⁰⁾(1940年 船舶物權法 32條가 船舶抵當權이 保險金에 미치도록 하였기 때문) 日本도 積極說(加藤, 松本, 田中, 小町谷)과 消極說(松波, 竹井)의 對立이 있으나 日本만은 積極說이 優勢하다.⁴¹⁾

우리나라는 條約을(第4條) 받아드려 船舶優先特權은 保險金에 미치지 아니하도록 立法의으로 解決하였다(商, 864條).

프랑스도 本條約을 받아드려(1949年 商法 改正 및 1967年 船舶私法 35條) 다시 消極說에 復歸하고 優先特權은 保險金에 미치지 못하는 것으로 規定하였다.

保險金에 관하여서는 日本만이 積極說이 通說로 되어 있으나 商法改正을 하게 되면 日本의 多數說도 修正되리라 생각된다.

또한 條約은 保險金뿐 아니라 奬勵金, 補助金, 기타 國家의 援助도 모두 附屬物에 包含되지 아니함을 規定하였다(第4條).

38). 田中誠二. 前掲書. P. 336.

鈴木竹雄. 商行爲法. 保險法, 海商法 (東京:弘文堂, 1969). P. 139.

石井照久. 前掲書. P. 192. 以上은 Demurrage의 特別報酬說.

朴元善. 前掲書, P. 333. 鄭熙喆. 前掲書, P. 159. 도同說.

39). Valin은 保險金에 追及할 것을 主張하였고 Emerigon은 이에 反하는 消極說을 取하였다. 田中誠二, 前掲書, P. 573

40). Abraham, H. J., Das Seerecht, Berlin, 1969. S. 61.

Gierke, J. von., Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, Berlin, 1958. 5. 631

모두 消極說에 加擔한다. Wüstenlöfer는 積極說을 主張한다.

Wüstendörfer, H.. Neuzeitliches Seehandelsrecht, Tübingen, 1950, S. 129.

英美法에 있어서도 保險金請求權에는 Maritime Lien은 미치지 아니하는것이 原則이다.

Price, G., The Law of Maritime Liens. 1940. P. 171.

Gilmore and Black, The Law of Admiralty, Brooklyn, 1957. P. 511 note 80.

41). 田中誠二, 前掲書, PP. 573-4.

石井照久, 前掲書, P. 142.

우리法도 같은 規定을 두었다(商, 864條). 이것은 擔保物權의 物上代位性⁴²⁾(民, 342條, 370條)에 對한 變更이라 할 것이고 海上企業의 國家的保護라는 立法政策에 그 理由를 찾아야 할 것이다.

(2) 船舶優先特權이 發生하는 債權

條約은 第2條에 優先特權이 發生하는 債權을 列舉하고 있다. 이 規定이 制限的 規定임은 船舶優先特權의 性質上 當然하다.

우리 商法은 條約2條를 受容하여 第861條에 優先特權이 發生하는 債權을 列舉하고 있으나 條約과 差異가 있는 點은 第861條 1項6號의 債權(最後의 航海準備에 要한 船舶의 裝備 糧食과 燃料에 관한 債權)을 追加하고 있는 點이다.⁴³⁾

條約의 目標하는 바가 船舶抵當權의 地位를 強化하는것 즉 船舶抵當權에 優先하는 船舶優先特權의 種類를 되도록 制限하고자 한것임을 생각할 때 第2條의 債權도 種類가 너무 많은 것이라 할 수 있다. 이 點이 本條約의 갖는 缺陷의 하나라고 指摘된다.⁴⁴⁾

이들 被擔保債權의 種類는 모두 우리 商法體系書에 取扱되어 있으므로⁴⁵⁾ 여기서는 債權의 種類만 列舉함에 그치겠다.

① 訴訟費用, 債權者의 共益費用, 增稅, 燈台稅, 港稅 등의 租稅 및 公課, 導船料, 最後港入港後의 管理 保存費(2條1號, 韓商 861條1號中 曳船料除外).

② 船長, 海員 기타의 雇傭契約으로 因한 債權(同2號, 韓商同2號).

③ 救援, 救助料 및 共同海損分擔金(同3號, 韓商同3號)

④ 衝突 기타의 航海事故, 港의 築造物 船渠 및 航路에 對한 損害의 賠償, 旅客 또는 船員의 身體上의 傷害에 對한 賠償, 船積荷物이나 手荷物의 滅失에 對한 賠償(同4號, 韓商同4號)

⑤ 船舶의 保存 또는 航海繼續의 實際的 必要때문에 船長이 船籍港外에서 그의 權限에 依하여 締結한 契約 또는 實行한 措置에서 생긴 債權(同5號, 韓商 同條5號, 但, 商法同條6號의 債權은 條約에는 없는 것이다.)

(3) 優先順位

條約은 第2條의 船舶優先特權이 發生하는 債權을 登記된 船舶抵當權에 優先하게 하고 그外의 國內法上の 船舶優先特權은 抵當權에 劣後하게 하므로써 美國의 Ship Mortgage Act의 System을 採擇하였음을 前述한바와 같다.

船舶優先特權相互間의 順位는 다른 債權으로 하여금 辨濟받을 수 있도록한 債權 즉 擔保의 原因을 이룬 債權을 優先하게 하는 原則에 따라 다음과 같이 定하였다.

① 數航海동안의 債權

數航海에 결차 發生한 優先特權은 後航海에 發生한것이 優先한다(第6條, 韓商 867條1項, Inverse order rule) 但 雇傭契約으로 因한 債權은 數航海에 결친것이라 하드라도 最後航海에 관한 債權과

42). 金顯泰, 新物權法. (서울:一潮閣, 1964.) P. 180.

郭潤直, 物權法(서울:法文社, 1969) P. 434.

43). 條約 第2條의 1號~5號의 債權은 商法 861條 1項 1號~5號의 債權과 同一한 것이다. 우리商法이 同條6號의 債權을 追加한것은, 過去 獨法 및 佛法의 影響下에 있는 舊商法規定의 遺物이라 생각하나, 이것을 追加한 한편 이債權은 다음航海의 出港에 依하여 消滅하도록 特則을 두어(870條2項) 提供者와 船舶사이의 衡平을 期하였으나 問題點이 있다. (結論에서 再論 參照)

44). Price, op. cit., PP. 234—5.

45). 朴元善, 前揭書, PP. 410—11 ; 徐燦玗, 前揭書, PP. 180—2

鄭熙喆, 前揭書, P. 179 ; 孫珠璣, 前揭書, PP. 142—3

同一順位로 한다(第6條但書, 韓商867條2項)

② 同一航海의 債權

同一航海에 관하여 發生한 債權은 第2條記載順位에 따른다(第5條1項, 韓商 866條一項). 同一號의 債權은 서로 競合하고 辨濟金이 不足한 때는 按分比例에 依한다. (同條2項, 韓商868條)

③ 第2條3號(救助料, 共同海損分擔金) 및 5號(船長의 船籍港外에서의 契約)의 債權.

이 債權은 當該號의 順位中에서 後發生債權이 優先한다. (同條3項, 韓商866條 2項 前段)

④ 同一事故에 關한 債權

이들은 同時發生한 것으로 본다(同條4項, 韓商 866條 2項 後段)

(4) 優先特權의 消滅

船舶優先特權의 消滅에 관하여서도 英美法系와 獨佛法系가 서로 相異한 것임은 이미 考察한바와 같다.⁴⁶⁾

우리法은 債權의 一般的消滅事由(民法上의 抵當權의 消滅事由,⁴⁷⁾ 商861條2項)와 1年의 短期消滅時效(商870條)를 優先特權의 消滅事由로 定하고 있다.

條約은 ①國內法의 消滅規定이 있는 경우에는 그를 適用하도록 하고(第9條1項) 그外의 경우에는 ② 1年の 除斥期間을⁴⁸⁾ 두어 消滅하도록 하고 ③ 소위 提供債權(Service Lien, 第2條5號)만은 6個月의 短期除斥期間을 定하였다(9條1項).

또 國內法에 依하여 船舶의 賣却으로(實行) 優先特權이 消滅하는 경우에는 國내法이 定하는 公示節次를 跟은 때에만 消滅된다. 이 公示節次에는 登記官署에 對한 豫告도 包含하는 것으로 하고 있다(第9條5項). 期間의 開始에 관하여서는 被擔保債權의 種類에 따라 각各 달리 規定하고 있다(9條各項)⁴⁹⁾.

즉 ① 救助料請求權은 救助行爲가 終了한 날.

② 衝突기타 事故와 人的傷害에 對한 賠償請求權은 損害가 發生한 날.

③ 積荷나 手荷物의 損害에 對한 賠償은 그것의 引渡日 또는 引渡가 있었을 날.

④ 修理, 補給등 2條5號의 債權은 債權이 發生한 날.

⑤ 기타 모든 경우에는 債權을 請求할 수 있는 날로 부터 期間이 開始된다. 이 期間의 停止事由를 國내法으로 定하는 경우에는 3年을 超過할 수 없다.

一般的으로 條約이 優先特權의 短期 消滅期間을 規定하는 理由는 優先特權의 特性을 고려하여 船舶抵當權의 地位를 保護하고자 한데에 그 目的이 있다.

46). 英美法上의 Indelibility와 懶怠(Lache) 및 債權의 陳腐化(Stale) 理論과 獨法上의 時效(獨商901條) 및 時效의 開始(同903條)에 關한 規定은 각各 獨特한 制度이고, 프랑스法은 本條約을 受容한 것임은前述參照

47). 金顯泰, 前揭書, PP. 213—4

郭潤直, 前揭書, PP. 457. 143 以下

48). 1年の 期間은 條約 6條終段의 解釋과 同條의 目的解釋에 따라 時效가 아니라 除斥期間으로 解한다.

49). 商法은 이런 時效進行에 關한 規定을 두지 아니하므로 條約 9條의 期間의 開始에 關한 規定은 商法870條의 補充規定으로 보아 우리法을 解釋하는 것이 合當하리라 생각한다.

第2節 1967年 新船舶優先特權 抵當權統一條約

1. 條約의 沿革 및 適用範圍

(1) 沿 革

1967年 船舶優先特權 抵當權統一條約은 1967年 第12回 Brüssel 海法外交會議에서 署名採擇되었다.⁵⁰⁾

우리商法上의 船舶優先特權制度는 1926年條約을 受容, 制定한것 임은 前述한바이니, 從來 1926年條約은 (以下 舊條約이라함) 成立以來 英 美 獨 日 등 有力한 海運國家가 批准하지 않고⁵¹⁾ 있었기 때문에 船舶擔保權에 關한 各國法의 統一的運用이란 바랄 수 없는 것이었다.

더구나 1924年 船主責任制限條約을⁵²⁾ 改正한 新船舶優先特權條約이⁵³⁾ 1957年 Brüssel 海法外交會議에서 成立하였기 때문에 船主의 責任制限의 對抗을 받는 債權과 船舶優先特權의 債權사이에 不合理한 關係가 생기었다. 이의한 問題點을 檢討할 것을 프랑스海法會에 委嘱하여 同會는 1962年 國際海法會議(International Maritime Committee, XXVth Conference, Athens 1962)에 檢討報告書를 提出하였다.⁵⁴⁾

이 문제가 Athens會議에서 正式論議된 後 1965年 國際海法會(C. M. I.) 第27回總會⁵⁵⁾ (International Maritime Committee, XXVII Conference, New York, 1965)에서 1926年條約을 全面改正한 新船舶優先特權抵當權條約의 草案이 採擇되었고 1967年 Brüssel 海法外交會議에서 新船舶優先特權抵當權統一條約으로 成立하였다.⁵⁶⁾

50). International Convention for the Unification of certain Rules relating to Maritime Liens and Mortg-ages, Signed at Brüssels on 27th May, 1967.

條約原文은 ROYAUME DE BELGIQUE, Conférence Diplomatique de Droit Maritime, 1967, P. 357 et seq. 및 小町谷操三, 前掲書附錄 P. 93 以下.

51). 1950年까지 이條約을 批準한 나라는 프랑스, 네덜란드, 포랜드, 핀랜드, 헝가리, 부라질, 中國, 이타리스페인, 놀웨이, 그리스, 스웨덴, 벤막, 벨기에, 풀트갈, 애집트, 모록, 레바논, 모나코, 루마니아, 에스토니아등 21個國 뿐이었다.

Abraham, H. J., Die Schiffshypothek im deutchen und ausländischen Recht, 1950, S. 34.

Ripert, G., Droit Maritime, 4^e éd., II. No. 1109, 3.

小島孝, 前掲論文, 海法會誌, 1959. P. 27.

52). International Convention relating to the Limitation of Liabilities of the Owners of the Seagoing Ships, 1924. 商法上의 船主有限責任制度(商746條—752條)는 이條約을 受容 立法한 것이다.

徐燦玆, 前掲書 P. 59; 孫珠璣, 前掲書 P. 16.

53). International Convention relating to the Limitation of Liabilities of the Owners of Sea-going Ships 1957. 이條約의 審議經過에 關하여서는 다음 報告研究 參照 Madrid Conference, Preliminary Reports, 1955, P. 33. et seq.

小町谷操三, 海事條約の研究, 1970. PP. 19—79 및 附錄의 條約原文.

條約原文, Droit Maritime Français, 1957. P. 720 et suiv.

54). Athens會議의 議事案件은 ①衝突에 關한 損害賠償의 算定 ②保證狀 ③外國港에 있어서의 船舶의 國際的制度 ④船舶의 公示 ⑤船主責任制限條約과 船舶優先特權條約과의 調整 ⑥待泊料 超過待泊料 및 Despatch Money ⑦手荷物運送人의 責任등 7個議題였다.

프랑스海法會의 報告書는 鴻常夫, 萬國海法會의 最近の動向, 海法會誌 復刊 10號 1964.

PP. 134~6 參照

이 會議에는 우리나라를 비롯하여 51個國代表가 參加하였고 Observer로서 10個國과 9個 國際機關 (IMCO, 私法統一協會, 國際商業會議所, 國際自由勞聯, 國際航空運送協會, 國際河川航行同盟, 國際法協會, 國際G/A精算人協會, 國際海運會議所)이 參加하였다.

新條約의 主目標로 한 點은 ① 條約의 適用에 관하여 實體法上의 簡明한 規定을 둘 것, ② Mortgage 地位의 強化, ③ Maritime Lien의 種類의 制限등 세 가지 點이었다. 또 舊條約은 締約國A에서 適法하게 設定된 船舶抵當權이 B國에서 어떠한 効力を 갖는 것인지 不明한 點이 큰 缺陷이라고 指摘되었다.⁵⁷⁾ 新條約은 이러한 缺陷을 除去하였다. 舊條約은 船舶旗國法適用을 原則으로(第1條, 第14條)하고 있는데 反하여 新條約은 條約上의 實體規定을 優先適用하고 條約에 規定이 없는 경우에 限하여 旗國法을 適用하도록(第1條, 第2條)法的拘束力を 強化한 點이 新舊條約의 本質의 差異點이라 하겠다. 以下 舊條約과의 差異點에 主眼을 두어 新條約을 考察하겠다.

(2) 條約의 適用範圍

A. 國籍에 따른 範圍

이 條約의 規定은 別途規定이 없는限 締約國에서 登記된 航海船에는 물론 非締約國에 登條된 船舶에 對하여서도 適用하도록(12條1項) 한 點이 特色이다. 舊條約과의 差異點이다(舊14條2項參照).

例컨대 非締約國의 航海船이 締約國港에서 押留된 경우 舊條約은 選擇的으로 適用할 수 있었으나⁵⁸⁾ 新條約은 原則的으로 條約規定을 適用한다는데에 큰 意義가 있다. 別途規定이 없는 限이라 함은 例컨대 이 條約의 優先特權이 發生하는 債權의 種類(4條, 6條), 優先順位(5條), 効力(7條), 消滅(8條), 強制競賣의 效果(11條)등 條約規定이 優先適用된다는 뜻이다, 즉 新條約의 法的拘束力を 確保한 것이다.

B. 船舶의 範圍

舊條約에서는 航海船(Sea-going Vessel)이라 明示하지 아니하였으나 새 條約에서는 航海船으로 明示制限하고 國家가 所有, 傭船 또는 運航하는, 公的 非商用의 役務(Public non-Commercial Service)에 從事하는 船舶(軍艦, 測量船等)에는, 條約을 適用하지 아니하도록 하였다.(12條 2項, 舊15條同)

C. 人的範圍

- 55). New York會議議題; ①船舶優先特權 抵當權制度 ②船荷證券 ③建造中인 船舶의 登記 ④衝突損害算定의 諸問題등
CMI, "Inteinalionality of Maritime Lien and Mortgage: The 1965 New York Conference of The Comité Maritime International" New York Univ. Law Review, Vol. 41, P. 339. et seq.
佐藤庸, 海法資料覺書, 海法會誌, 復刊 11號, 1965, P. 79.
New York 會議에서의 優先特權條約案은
鴻常夫, 海法資料覺書, 海法會誌, 復刊 12號, 1967, P. 56 以下.
- 56). 1967年 外交會議에서 成立한 條約은 다음과 같다. 條約英名은 本章 P. 參照
 ① 1910年 海難救助條約 14條改正議定書
 ② 海上旅客의 手荷物 運送條約
 ③ 建造中인 船舶에 關한 諸權利의 登記에 關한 條約
 ④ 新船舶優先特權 抵當權統一條約
 ⑤ 1924年 船荷證券統一條約을 改正하는 議定書, 이 議定書는 第1會期에 各國意見의 對立이甚하여 1968年 2月 第2會期에 署名되어 The Hague-Visby Rules, 1968이라稱한다.
小町谷操三, 海事條約の研究, PP. 88, 115, 107, 93, 103以下
谷川久, 海法會誌, 復刊 13號, 1968, PP. 3-103
鴻常夫, 同誌, 同號, PP. 104-35.
- 57). New York University L. R., op. cit., P. 939 et seq.
小町谷操三, 前掲研究, P. 314以下.
- 58). 本章 舊條約의 適用範圍 參照 P.

舊條約에서는 船舶優先特權으로 擔保되는 債權이 누구에 對하여 發生한 것이어야 하는가 반듯이明白하지 못하였으나(舊 13條參照) 새條約은 船舶所有者, 船舶賃借人 기타 倘船者(the demise or other charterer), 管理人(Manager) 또는 運航者(Operator)에 對한 것이라 明示하였다(7條1項)

따라서 船主나 船舶共有에 있어서의 管理人은 물론 賃借人(또는 裸倘船者)⁵⁹⁾ 및 定期倘船者(Time Charterer,⁶⁰⁾ 단, Voyage Charter는 例外, 이는 占有를 基準으로 區別한다) 기타 船舶運航委託契約에 있어서의 運航者를 모두 包含한다.

2. 船舶抵當權(Ship Mortgage, Schiffshyothek)

條約規定의 効力이 發生하기 위하여서는 다음의 要件을 가추어야 한다.

船舶抵當權은 ① 登記國法에 따라 設定登記되어 있어야 하고,

② 登記官署에 提出되는 모든 證書는 公衆의 閱覽을 위하여 提示될 수 있어야 하고 또 登記簿의抄本이나 證書를 交付할 수 있어야 하고,

③ 登記事項이나 登記證書에는 抵當權 設定者の 住所姓名이 있든가 無記名式으로 證明이 發行된 때에는 그 事實의 記載가 있어야 하고,

④ 被擔保債權의 金額과 抵當權順位를 決定하는 日字와 그 事實의 記載가 있어야 한다. (1條 a號 b號, c號)

이상의 要件은 登記制度에 관한 實體規定인 바 舊條約이 이를 모두 登記國法에 따르도록 한 것과 差異가 있다.

이상의 要件을 가추어 設定된 船舶抵當權(Mortgage)는 다른 締約國에서 船舶을 押留한 때 그 國家에서 裁判上行使할 수 있게 하므로써(1條) 舊條約의 缺陷을 除去한 것이다.⁶¹⁾

(2) 効 力

船舶抵當權이 이상의 要件에 맞게 設定되고 登記되면 그의 優先順位(5條1項, 6條1項 및 2項) 強制資却의 通知를 받을 權利(10條) 抵當權의 消滅(11條1項) 登記의 抹消 및 再登記(3條)에 관하여條約上의 効力이 發生한다. 이러한 條約規定 이외의 事項 즉 抵當權相互間의 順位 및 第3者에 對한 効力은 登記國法에 따르고(2條前段) 抵當權實行節次는 本條約規定이 適用되지 아니하는 경우에 限하여 實行地法(押留地法)에 따른다(2條後段).

즉 새條約은 船舶抵當權과 船舶優先特權과의 關係 기타 實體法上의 重要制度를 統一하였고 法的拘束力を 強化하였는바 이러한 態度는 새條約 全般에 걸쳐 維持되고 있다(12條, 14條 參照)

A. 優先順位

船舶抵當權은 第4條記載의 船舶優先特權(以下 併이상 優先的優先特權이라함)과 占有優先特權

59). 裸倘船(Bareboat Charter)

韓國海洋大學 海事圖書編纂委員會, 航海科要綱, (下)PP. (10)71.

60). Time Charter; 前揭書, P. (10)65.

61). New York Univ. L. R., 小町谷操三, 前揭 條約研究, P. 315.

(Liens or rights of retention to secure claims)의⁶²⁾ 後順位에 오고(5條1項 및 6條2項) 劣後的優先特權에⁶³⁾ 優先한다(6條1項).

本條約은 本來의 Maritime Lien外에 두 種類의 留置權(Lien)을 두어 각各의 優先順位를 定하고 있는 點에 特色이 있다.

優先順位를 적어 보면 다음과 같다.

- | | |
|---------------------|---------------------------------|
| ① 優先的優先特權(4條1項, 5種) | ② 占有優先特權(5條2項, 2種) |
| ③ 登記된 船舶抵當權(1條) | ④ 劣後的優先特權(上記以外의 各 國內法의 것, 6條1項) |

B. 強制賣却

한 當事國에서 船舶을 強制賣却하는 때에는 管轄當局은 強制賣却 30日前에 그 事實과 賣却日字를 다음의 者에게 通知할 義務가 있다(10條).

- ① 登記를 貫한 모든 抵當權者, Mortgage權者.
- ② 無記名式인 때에는 當該當局에 그 債權의 通知를 한 모든 抵當權者 및 通知를 한 4條의 Maritime Lien 債權者.
- ③ 船舶이 登記되어 있는 登記所의 登記公務員

또한 強制賣却을 한 管轄法院이나 管轄當局은, 船舶賣受人の 要求에 따라, 그가 引受한 抵當權이나 Maritime Lien 以外에, 船舶上에 附着하고 있는 모든 負擔으로부터 解放되어 賣却되었다는 證明을 發行하여야 한다(11條3項1段).

取得者가 이러한 證明書를 登記所에 提出하면, 當局은取得者가 引受한 負擔以外의 모든 登記畢抵當權을 抹消하고, 取得者名儀의 登記를 하든가 再登記를 하기 위한 登記抹消證明을 發行하여야 한다(11條3項3段).

當事國의 管轄當局은 이상의 賣却의 通知와 證明書의 發行을 위하여 當事國相互間에 直接通信할 權限과 義務가 주어져 있다(13條). 條約의 効力を 確保하려는 措置이다.

C. 登記의 抹消, 再登記

船舶抵當權은 ①強制賣却證明書를 登記所에 提出하거나(11條1項3項) ② 登記되어 있는 모든 抵當權者의 書面의 同意(3條1項)에 依하여서만 抹消된다.

한當事國에서 이미 登記되었거나 登記된 船舶抵當權 設定登記는 ①既登記國이 發行한 抹消證明書의 提出이 必要하고(3條2項a號) 또는 ② 他當事國에서 抵當權 設定登記를 하는 日字에는 既存登記는 抹消될 것이라는 證明書를 提出하여야(同條 2項b號) 他當事國에서 새로운 抵當權 設定登記가 可能하다. 새 條約은 이런 登記法의 實體規定을 두는 한편 登記의 誤記에 관하여서는 아무런 規定을 두고

62). 이것은 占有를 要件으로 成立하는 造船者, 修理者의 留置權으로 (6條2項 a號 b號參照) 英美의 Common Laws 上의 Possessory Lien에 屬하나, 이것에 強制賣却權을 부여하였으므로 本來換價權이 없는 Possessory Lien과도 差異가 있고, 條約法上 獨特한 Possessory Maritime Lien을 創設한 것이라하겠다. 이것은 Repairs etc의 Service Lien을 Maritime Lien으로 하고 있는 美法과 獨法(商754條, 6號, 8號)을 위한 英國의 讓步의 結果라 생각된다.

그러나 條約이 이런 Maritime Lien을 세로 創設한 것은 오히려 Maritime Lien을 복잡하게 하여 條約의 目標에서 離脫하는 結果가 될 것이다.

本稿 第2章 P. 53, 3章P. 136以下 參照 및

New York University Law Review, op. cit., PP. 948-50.

63). 이것은 前記한 優先的優先特權과 占有優先特權 以外에 各國의 國內法으로 制定한 船舶優先特權 또는 기타 留置權(Lines or rights of retention)을 말한다. 이것은 各國法上の Maritime Lien을 인정하면서 統一條約의 目標를 達成하기 위한 立法技術上案出된 것이다. 美法上의 Non-Preferred Maritime Lien에 관한 構成方法을 舊條約이 導入한 것이었다. (前述) 이것은 Mortgage에 劣後하기 때문에 虛弱한 擔保權에 不適하다. (本節의 3參照) 便害上 이것을 劣後的優先特權이라 번역하겠다.

있지 아니므로 誤記가 있었다 하더라도 그 記載대로 抵當權은 實行될 수 밖에 없을 것이다.⁶⁴⁾

舊條約은 이런 實體規定을 두지 아니하였으므로 外國의 造船發注者가 建造中에 抵當權設定을 하고 船舶을 引渡받은 後, 自國에서 다시 負擔하는 船舶으로 登記할 수 있었기 때문에 不當한 結果와 紛爭이 생길 餘地가 많았다.⁶⁵⁾

本條約은 이러한 不當한 2重登記의 길을 封鎖한 것이다.

3. 船舶優先特權(Maritime Lien, Privilégié Maritime)

(1) 法定擔保權의 類型

船舶優先特權의 概念에 관하여서는 英美法과 大陸法에서 檢討하였으므로 여기서는 本條約上의 特異한 點을 考察하겠다. 이 條約의 特性은 優先特權과 劣後的擔保權을 包括하여 다음 3 group으로 分類한 點이다.

① 優先의 優先特權(4條1項)

本來의 Maritime Lien 中 가장 基本的인 被擔保債權에 限定하고 最優先順位를 갖는다.

② 占有優先特權(6條2項)

修理者 造船者에게 占有를 要件으로 하여 인정하는 優先特權 (또는 留置權)으로 英美法上의 Possessory Lien에 屬하나 條約上 強制賣却(換價權)을 認定하므로 本來의 Possessory Lien과 法의 性質이 다르다(註 62参照). 優先順位에 있어서 適法한 船舶抵當權에 優先하고 上記 優先의 優先特權에 만 劣後하므로 Maritime Lien과 다름없이 強力한 擔保權이라 할 수 있다. 이 優先特權을 새로 規定한 것이 本條約의 特色이라 할 것이다.

③ 劣後的優先特權(6條1項)

上記한 條約上의 優先特權 以外의 各國의 國內法上의 優先特權과 留置權을 包括하여 規定한 것 이 劣後의 優先特權이다.(註63参照). 이것은 各國法을 統一함과 同時に 各國法을 條約上 인정하기 위한立法技術上의 規定이라 할 수 있다. 이것의 優先順位는 上記 ①과 ② 및 登記畢 抵當權의 後順位가 되고 이 權利는 그러한 優先的擔保權의 實行이나 그 實行에 依한 船舶의 引渡을 妨害할 수 없으므로(6條1項3段)이 劣後的擔保權의 實行에 依하여 債權者가 實際적인 滿足을 얻을 수 있을지는 疑問스러운 것이다.⁶⁶⁾

우리法上 이 劣後의 優先特權에 屬하는 것을 본다면 商法 861條1項1號中 衛船料債權 및 5號와 6號의 債權이 이에 該當하게 될 것이다.

(2) 優先特權의 目的

優先特權의 目的에 관하여 條約은 規定을 두고 있지 아니하다. 그것은 舊條約上 明示하였고 各國法이 大概一致하므로 別問題가 없으나 注意할 點은 船主責任制限基金과의 關係이다.

도이취法上 船主責任制限의 對抗을 받는 債權은 모두 船舶優先權을 부여한다는 相關關係의 理論(Korrelatsgadanke)은 이미 舊條約에서 克服이 되었고⁶⁷⁾, 1957年 船主責任制限條約이 船主責任을

64). New York Univ. L. R., op. cit., P. 943.

65). N. Y. N. L. R., ibid. P. 951,

小町谷操三, 前掲書, P. 316,

66). N. Y. U. L. R., ibid., P. 948,

67). 本稿 P. 以下 參照

小島孝, “ドイツ法及びフランス法における 船舶先取権制度について”法學論叢. 63卷5號, PP. 60—61.

金額主義로 單一化하여⁶⁸⁾ 舊 1928年 船主責任制限條約의 併用主義은 废止하였다. 그리므로 1957年條約上 船主責任制限의 對抗을 받게 되는 債權을 위한, 船主의 責任制限基金은 本條約上의 優先特權의 目的이 되는 것임에 留意하여야 한다. (責任制限條約 3條, 但 本條約3條) 이러한 責任制限의立法主義가 金額主義로 統一된 點이, 1967年條約을 制定하게 한 動機의 하나가 되었음은前述한 바와 같다.⁶⁹⁾

따라서 優先特權의 目的是 ①船舶, 運貨 및 船舶과 運貨의 附屬物(舊條約參照)이 되고 ②船主責任制限의 對抗을 받는 경우에는 그 制限基金이 目的이 된다.

(3) 船舶優先特權이 發生하는 債權

條約이 擔保權의 類型을 3分하였으므로 그에 따라 被擔保債權을 보면 다음과 같다.

A. 優先的의 優先特權이 發生하는 債權(4條1項)

- ① 船長 海員의 紙料債權
- ② 港과 運河 水路의 負擔金 및 導船料
- ③ 陸上과 水上을 不問하고 船舶의 運航에 直接關聯하여 發生한 사람의 死傷에 對한 賠償請求權
- ④ ③의 경우 財產의 損害에 관하여 不法行爲에 因한 船主에 對한 賠償請求權(契約에 依한 것은 除外).
- ⑤ 救助料 難破物除去費用 및 共同海損分擔金

但 ③과 ④의 債權이라 하드라도 放射性物質(Radioactive Property)과 核燃料(Nuclear fuel)의 有害性 및 爆發性과 結合한 結果 또는 放射性物質과 核燃料의 產物이나 廢物의 結果 發生하는 債權을 위하여서는 Maritime Lien은 發生치 아니한다.

이것은 危險의 特殊性을 고려한 것과 核國家의 利益의 保護를 위한 Proviso라 할 것이다.

B. 占有優先特權이 發生하는 債權(6條2項)

- ① 造船契約에 따른 債權

이 債權은 英美法上 本來 海事事項(Maritime Matter)이 아니었으므로 對物權(Right in rem)이 있는 것임은前述(美國은 州法으로 Maritime Lien을 인정)하였다. 이것은 造船國家의 主張이 貫徹된 것으로 英美法의 變更이라 할 것이다.

- ② 船舶修理에 관한 債權

但, 이 상의 債權은 占有를 要件으로 Maritime Lien이 成立, 存續한다.

C. 劣後의 優先特權(6條1項)이 發生하는 債權

各國의 國內法이 인정하는 Maritime Lien 또는 留置權中 A와 B 以外의 債權을 말한다.

또한 船舶優先特權은 이 상의 債權의 讓渡 또는 代位에 附從權을 明示하여(9條) Maritime Lien의 擔保權으로서의 性質을⁷⁰⁾ 明白히 規定하고 있는 點이 本條約의 特色이다.

68). 1957年 航海船主責任制限條約 第3條의 責任制限基金(金額主義, 人的責任)내에서 船主는 責任을 질뿐이다. (同條約, 1條 및 2條) 이基金의 形成은 有限責任의 對抗을 받는 債權에 對한 하나의 辨濟方法이다 (小町谷, 條約, P. 128以下)

1957年條約에 관하여서는

小町谷操三, 前掲 條約研究, PP. 83—143에 詳細하다.

船主責任制限主義에 관하여서는

徐燉玆, 前掲書, PP. 55—60. 朴元善, 前掲書, PP. 246 以下

69). 船主責任制限條約과 優先特權條約과의 관계에 관하여서는 本章註 16(谷川久) 및 프랑스 海法會의 報告 鴻常夫, 海法會誌 復刊 10號, PP. 133—6. 參照

70). 金顯泰, 前掲書, PP. 68—70.

郭潤直, 前掲書, PP. 345—7.

(4) 優先順位

條約上 優先順位의 原則은 다음과 같다. 但 裁判費用等은 最優先順位로 支給됨(11條2項)은 各國이 共通된다.

A. 損保權의 各類型間의 順位(前述)

- | | |
|-----------------|-----------------|
| ① 優先的優先特權(5條1項) | ② 占有優先特權(6條2項) |
| ③ 登記된 抵當權(5條1項) | ④ 劣後的優先特權(6條1項) |

B. 優先的優先特權間의 順位

- ① 4條1項(前項(3) A의 記載)의 記載順이 優先順位가 된다. (韓商, 866條同旨)
但, 救助料와 共同海損分擔金 難破物除去費用은 이력한 作業이 있기 前에 發生한 Maritime Lien에 優先한다(5條2項)
- ② 救助料, 共同海損分擔金, 難破物除去費用(이상 5號의 債權)相互間의 順位는 債權發生時期의 反對順으로 한다. (Inverse Order Rule)
- ③ 優先的優先特權(4條1項)의 1號, 2號, 3號, 4號의 債權은 同一號 사이에서는 平等順位로 한다(5條3項)

(5) 優先特權의 消滅

船舶優先特權은 損保權의 一般消滅事由에 依하여 消滅⁷¹⁾하는 外에 條約은 特別事由로서 除斥期間(8條)과 船舶의 強制競賣(11條)(任意競賣로는 消滅하지 아니함)를 規定하고 있다.

① 除斥期間(8條2項)

被擔保債權이 發生한後 1년의 期間의 經過로 船舶優先特權은 消滅한다(8條1項)

舊條約上 供給債權(Necessaries)에 關하여서는 6個月의 短期除斥期間을 두고 있었으나 1年으로 統一하였고 또한 舊條約은 各種被擔保債權에 따라 期間의 起算點을 規定하였으나 本條約은 이런 規定을 除外하였다.

따라서 期間의 起算點은 國內法에 따른다. 除斥期間은 期間進行의 中斷이 없는것이 原則이나 條約은 期間의 經過前에 強制競賣가 開始되는 때는 期間이 中斷되고(8條1項 但書) 또 그 期間內에 法律上押留할 수 있는 事由가 있는 경우에 限하여⁷²⁾ 期間이 進行하지 아니하는 것으로 하였다(8條2項). 이런 短期消滅期間을 둔 理由는 船舶抵當權을 保護하고자 한데에 있다.

② 強制賣却

船舶優先特權과 抵當權等 船舶의 負擔은 船舶의 強制競賣에 依하여 賣受人이 引受한 負擔을 除外하고는 모두 船舶으로부터 排除된다. (11條1項) 排除된 船舶의 債權者들은 賣却代金(Proceeds)에서 配當을 받을 權利가 있을 뿐이다. 이것은 各國이 共通되는 原則이며⁷³⁾ 舊條約도 같은 것이었으나 本條約은 이 原則外에 強制賣却의 要件(11條1項, a號, b號 및 10條), 強制賣却時의 登記의 抹消 및 再登記(11條3項, 3條), 賣却代金의 配當(11條2項)등 強制賣却에 따르는 詳細한 規定을 두고 있다.

71). 徐燉玆, 前揭書, P. 84.

孫珠璣, 前揭書, P. 145.

72). 法律上 押留할 수 없는 경우가 어떤 경우인가는 明示하고 있지 아니하므로 押留하고자 하는 國家의 法에 따라決定할 것이다. 例컨대 船舶의 徵發, 船主의 破產이 이 경우에 해당할 것이나 이에 限定되지는 아니할 것이다. 그러나 舊條約에 比하여 債權者가 船舶優先特權을 잃게되는 경우는 훨씬 많아진 것이다.

(舊條約, 9條 4項 6項 參照)

小町谷操三, 前揭書, P. 318—9. note 3.

73). New York University Law Review, op. cit., P. 951.

舊條約은 強制賣却 및 登記에 관하여 裁判地法에 따르도록 하였으나 本條約은 이러한 實體的規定을 두어 이를 優先適用토록 하고(12條1項), 各國의 強制賣却節次를 統一하고자 하였다.

以上의 條約上の 節次以外에는 모두 裁判國法에 따른다. 強制賣却을 行하는 경우 當事國의 關係機關은 서로 必要事項을 連絡할 義務가 있다(13條)⁷⁴⁾.

第3節 船舶擔保權條約과 關聯되는 國際條約

船舶優先特權 抵當權條約은 몇 가지 다른 統一條約과 關聯性을 갖고 있다.

船舶優先特權에 依하여 保護하고자 하는 債權의 主要한 것이 船主責任制限의 對抗을 받는 債權이므로 1957年 船主責任制限條約을 檢討하고 또한 海事債權(Maritime claim)에 基因한 船舶의 假押留를 規定한 1952年 船舶假押留條約⁷⁵⁾ 및 建造中인 船舶의 擔保權을 規定한 1967年 建造中인 船舶의 諸權利의 登記에 관한 條約을⁷⁶⁾ 각각 概觀하여 船舶優先特權과의 關聯性을 考察하고자 한다.

1. 1957年 航海船主責任制限條約

(1) 條約의 沿革 및 概觀

船主責任의 制限에 관하여서는 1924년의 統一條約이 있었다. 이 條約은 成立이후 1950年 現在 13個國이 批准하였고 國內法으로立法한 나라는 Belgium과 Lebanon의 單2個國뿐이었다.⁷⁷⁾ 批准國인 Italy Netherland는 條約과는 다른 國內法을立法하였고 英, 美, 獨, 日 등 主要海運國은 批准도 하지 아니하다가 1957年條約을 採擇한 것이다.⁷⁸⁾

船主責任制限制度를 國際的으로 統一할 必要性에 對하여서는 再言할 것도 없으나 이런 必要에도 不拘하고 1924年條約이 批准되지 아니한 理由는 그 條約이 本來責任制限의 法理上 큰 差異가 있는 英美法主義(金額 및 船價主義와 事故主義)와 大陸法主義(委付 및 執行主義와 航海主義)를 折衷하여 놓았기 때문이다.

즉 舊條約 3條1號와 6條1項의 解釋上의 疑問 및 戰後의 貨幣單位의 문제등이 障害가 되어 왔었다 문제가 되는 舊條約 3條1號는 우리商法 第749條(船舶등의 價額에 對한 證明과 評價의 基準)2項1號에 受容⁷⁹⁾立法하였으나 이 規定에 依한 正確한 船價算定은 大端히 困難한 것이다.

이 條文(舊條約 3條1號)과 舊6條1項을 結付하면 解釋不可能한 문제가 생기고, 이것은 立法上 커다

74). 相互通知할 事項은 強制賣却의豫告(10條) 登記抹消證書의 發行(11條3項) 등이다. 따라서 이條約이 發効하면 登記官署는 外國의 關係機關과 直接 交信한 行政機能을 가추어야 할것이다. (13條)

75). International Convention relating to the Arrest of Sea-going Ships, Brüssel; Mar. 10, 1952.

條約原文은 McGuffie, K. C., Marsden; Collisions at Sea. London, 1953. PP. 814—20.

76). International Convention relating to Registration of Rights in respect of Vessels under Construction, Brüssel; May 27, 1967.

條約原文은 日本海法會誌 復刊 13號, 1968, 附錄 PP14—8 및 小町谷操三, 海事條約の研究, 1970. 附錄 PP. 107—114

77). Ripert, G., Droit Maritime, 4e éd., t. II, n°. 1254.

小町谷操三, 船主責任條約의將來, 海法會誌 復刊 3號, 1955 P. 20 批准國은 프랑스, 벨기에, 이태리, 스페인, 풀트칼, 놀웨이, 벤락, 피란드, 스웨덴, 포랜드, 항가리, 부라질, 모나코 (13個國)

78). 1962年에 制定公布된 우리商法이 船主責任制限의 制度에 관하여 船價主義와 金額主義를 併用한 것은 船主保護라는 立法政策上의 고려때문이 있다.

79). 商法 第746條 以下 第752條는 1924年 船主責任制限條約을 受容한 것으로 749條2項 1號에 依한 船價算定은 理論上 可能한듯 하나 航海中 第一衝突로 船價가 減少하고 航海繼續中 다시 第二衝突로 船價가 減少하였다면 最初의 到着港에서 그 동안의 船價減少額을 正確히 算定하기는 現實的으로 거의 不可能하나, 孫珠瓊, 前揭書, PP. 44—6, 參照

란 缺陷이라는 見解가⁸⁰⁾ 有力하다. (商法이 條約 6條를 受容하지 아니하고 條文規定도 合理化하였음은 賢明한 일이었다)

문제되는 6條1項(事故主義과 航海主義의 折衷)은 다음과 같다. 「同一事故에 關聯하는 各種의 債權, 또는 事故없는 때에 船舶의 價額과 同一港에서 決定되는 各種의 債權은, 이들 債權에 對하여 所有者의 責任의 範圍를 表示하는 金額에 對하여 優先特權의 順位를 參酌하여, 서로 競合한다」

1957年 Brüssel 外交會議時에 이 規定은 第1事故에 依한 債權者도 第2事故에 依한 債權者와 競合하고 第2의 事故에 依한 有限責任額에서도 辨濟를 받을수 있는 趣旨라고 說明되었다.⁸¹⁾

이 說대로 해석한다면 다음의 문제가 생긴다. 가령 2億원의 船舶이 第1事故로 1億원의 債務를 지고 그대로 最初港에 到着하면 船價는 1億5千萬원이었을 것을, 第2事故로 다시 1億원의 債務를 負擔하고 最初의 港에 入港하였다. 鑑定結果 船價는 1億원이었다면 第1事故 債權者は 現船價에 5千萬원을 加算한 金額에서 변제 받을 수 있으므로, 먼저 5千萬원에 對하여 全債務의 半을 配當받고 나머지 債務5千萬원에 對하여서는 第2事故債權者와 競合한다. 따라서 船價1億원에서 남은 債權額(第2債權合計) 1億5千萬원에 관하여 優先特權의 順位에 따라 辨濟받는지(事故主義). 또는 第1, 第2事故의 總債權者が 船價1億원으로부터 변제를 받고 然後에 第1事故의 債權者만이 5千萬원에 對하여 辨濟를 받을수 있는지 疑問인 것이다. 第1事故 債權者에게는 後의 解釋이 有利하고 그만큼 第2의 債權者에게는 不利한 것이다.⁸²⁾

이런 問題點과 함께 金額主義의 採擇, 貨幣單位의 문제 등으로 條約改正論議가 擡頭되었다. 1949年 國際海法會(C. M. I. Amsterdam 會議)에서 英國과 美國이 條約의 廢棄를 主張하였고⁸³⁾ 1955年 Madrid會議에서 새로운 船主責任制限條約案이 成立하였다.⁸⁴⁾ 이 案은 英國 海法會代表의 發議報告에 따라 舊條約의 英美法主義과 大陸法主義의 折衷의 缺陷을 除去하고 英法主義인 金額責任主義과 事故主義를 導入한 것이었다.

이 條約案은 1957年 Brüssel 海法外交會議에서 船價主義을 固執하는 美國代表의 主張을 꺾고 條約으로 成立하였다.⁸⁵⁾ 英國은 1958年 새船主責任制限條約을 國內法으로 制定하였다.⁸⁶⁾

1957年 航海船主責任制限條約(以下 條約)은 16個條中 條約의 批准 加入 發効등 節次規定(9條~16條)과 8個條의 實體規定(1條~8條)으로 되어 있다.

이 條約은 船主가 責任制限으로 對抗할 수 있는 債權은 船舶에 關한 事故로 發生한 賠償請求權에 限하도록 하는 것을, 基本的態度로 하고 있다.⁸⁷⁾

또 本條約의 統一法으로서의 性質을 보건대 ① 船主自身의 過失에 對한 聖證責任을 누구가 負擔할 것인가에 關하여서는 法廷地法에 委任하고 있는 點(1條6項) ② 實務에 있어서 가장 重要한 責任基金의 形成과 分配의 節次 및 船舶의 押留와 이의 解放을 위한 擔保提供과, 同擔保와 責任制限基金과의 關係등에 對하여서는 國內法에 委任하고 있는 點을(4條 및 5條5項) 생각하면 本條約도 完全한

80). 小町谷操三, 海商法研究, 3卷 P. 464 以下 參照

81). 小町谷操三, 上揭書, P. 466 以下

82). 이 문제는 國際海法會 Oslo 會議에서 提起된 문제이다.

小町谷操三, 船主有限責任條約의 將來, 海法會誌 復刊 3號, 1955, P. 25. Note 3

83). International Maritime Committee, Bulletin No. 140, Amsterdam Conference 1949, P. 485 et seq.

84). International Maritime Committee, Madrid Conference, Preliminary Reports, 1955, P. 33 et seq.

85). 參席 31個國中 贊成 22個國 爲權 9個國 反對

小町谷操三, 海事條約, P. 87 et seq.

86). 6 & 7 Eliz. Z., c. 62. Merchant Shipping (Liabilities of Shipowners and Others) Act, 1958.

朴元善, 前揭書, P. 250; 孫珠瓊, 前揭書, P. 34,

87). 小島孝, 前揭論文, 海法會誌, 復刊 7號, P. 36

統一法이라 할 수는 없고 最少限度로 必要한 統一法이라 할 것이다.⁸⁸⁾

國際的統一性이 가장 強하다고 할 수 있는 海法에 있어서도 各國間의 法制構造上 및 司法傳統上의 差異, 民族의 法意識의 差異 및 國家의 利害의 差異때문에 統一法의 制定은 極히 制限된 限界內에 머물수 밖에 없는 것이 現狀인 것 같다.

(2) 船舶優先特權과의 關聯性

1957年 船主責任制限條約은 責任主義을 金額責任主義(Werthaftungssystem)로 單一化하였다.

따라서 船主責任制限을 받는 債權과 船舶優先特權의 被擔保債權과의 關係를 考慮할 때, 大陸法上의 執行主義(Exekutionssystem) 및 委付主義(Abandonssystem)의 物的責任制度에서와 같은 相關原則(Korrelatgedanke)이나 Verisio in rem⁸⁹⁾의 理念은 不必要한 것이 되었다.

金額主義에 依한 責任制限基金이란 一種의 人的責任이기 때문이다.

여기서는 1967年 條約에 依한 船舶優先特權이 發生하는 債權(以下 優先特權債權이라 한다)이 1957年 條約에 依한 船主責任制限의 對抗을 받는자의 如否 및 條約上の 關係가 어떤 것인가를 다음에 分類하여 檢討하겠다.

A. 優先特權債權으로서 責任制限의 對抗을 받지 아니하는 債權

- ① 船長 기타 海員의 紙料等 債權(特權條約 4條1項1號, 制限條約 1條4項b號)
- ② 港 税 運河料金 導船料(特權同條 2號, 制限條約 規定無)
- ③ 救助料, 共同海損分擔金(特權同條5號, 制限 1條4項a號)
- ④ 裁判 및 競賣費用(特權 11條2項, 制限條約無)
- ⑤ 劣後의 優先特權으로 制限條約 1條1項에 該當되지 아니하는 것.

우리法上 이것에 該當하는 것은 曳船料, 船舶에 課한 諸稅金, 監守保存費, 船籍港 外에서의 船長의 權限으로 체결한 契約으로 因한 債權, 最後航海를 위한 燃料食糧裝備에 관한 債權(861條 1項 1號5號6號)등이다.

- ⑥ 占有優先特權; 商法58條에 該當하는 것.

이상의 債權들은 責任制限의 對抗을 받지 아니할 뿐더러 金額도 다음의 債權에 比하여 少額이므로 關聯性이나 기타 큰 문제 될것이 없다.

B. 優先特權으로 責任制限의 對抗을 받는 債權

- ① 船舶의 運航에 直接關聯하여 陸上水上에서 發生한 人的傷害에 관한 船主에 對한 賠償請求權(特權 4條1項3號, 制限 1條1項b號 및 a號中 해당하는 것)
- ② 上記의 경우 物的損害로서 不法行爲에 基하여 갖는 船主에 對한 賠償請求權(特權同條4號, 制限 1條1項6號 後段 및 a號中 해당하는 것)
- ③ 難破物除去에 관한 債權(特權4條1項5號, 制限1條1項c號)

以上은 ③을 除外하고 商法861條 1項4號에 該當하는 債權이다. 이러한 海難事故로 因한 債權은 보통 큰 額數가 되므로 責任制限의 對抗을 받게 된다.

88). 小町谷操三, 前掲書, P. 88 參照

89). 本稿 PP. 以下 參照

相關原則은 船主責任制限을 받는 債權은 모두 船舶優先特權 (Schiffsgläubigerrecht)을 부여한다는 도 이취法上의 指導理念이었고 Versio in rem은 船舶에 무엇인가 貢獻한(利益을 준) 債權에 優先特權 (Privilège maritime)을 부여한다는 프랑스 舊法上의 指導理念이다.

C. 責任制限의 對抗의 効果

上記 B의 債權이 큰 額數가 되면 船主는 責任制限으로 對抗하게 된다.

責任制限基金(Limitation fund)의 形成은 責任制限의 要件이 아니라 辨濟方法으로서의 節次이다.⁹⁰⁾ 基金이 形成된 後에는 基金의 留保를 받은 債權者는 同一債權을 위하여 船主의 他財產에 對한 어떠한 權利도 行使할 수 없게 되는데 이 制限基金은 請求權者를 위하여 實質로 處分할 수 있는 것을 條件으로 한다. (2條4項)

따라서 有効하게 基金이 形成된 後에는 責任制限의 對抗을 받는 債權者는 비록 船舶優先特權이 있다 하더라도 海產에 對하여 實行할 수 없게된다.

또한 優先特權 債權者는 責任制限基金이 海產(res, Schiffsvermögen)도 아니고 그 代位物도 아니기 때문에 基金위에 優先特權을 行使할 수도 없게된다.⁹¹⁾

制限基金은 責任制限을 對抗받는 債權(請求權)을 위하여서만 充當되고(2條3項) 確保된 債權額의 比率에 따라 債權者에게 配當된다. (3條2項)

이러한 結果 優先特權 債權者로서 責任制限의 對抗을 받는 債權者는 船舶優先特權의 實益을 確保할 수 있고 責任制限基金內에서 平等한 權利者の地位를 얻게 된다고 생각된다.

例外的으로 3條4項에 該當한다면 優先特權의 滿足를 確保할 수도 있을 것이다.

이런 點에서 船主責任制限條約은 船舶優先特權에 어느 경우 相當한 制約을 加하고 있다고 할 수 있다.

2. 1952年 船舶假押留條約

1952年 船舶假押留條約은 Brüssel 海法外交會議 第9回總會에서 “衝突 및 航海事故에 對한 刑事管轄權條約” 및 “衝突에 對한 民事管轄權條約”과 함께 成立한 條約이다.⁹²⁾

이 條約과 1967年 船舶優先特權 抵當權 條約과의 關係를 考察하고자 한다.

(1) 沿革

船舶假押留에 관하여 國際海法會議(C. M. I.)는 1937年 처음 條約案을 準備하였으나 戰爭으로 中斷되었다. 戰後 다시 이 條約案은 1949年 國際海法會議(Amsterdam)와 1951年 國際海法會議(Naples)에서 準備되어 1952年 海法外交會議에서 條約으로 成立하였다.

二次戰後 처음 召集된 Brüssel 海法外交會議가 裁判管轄權 및 訴訟節次에 관한 문제에 國際的規制를 加하는 條約을 처음企圖하여 成功하였는데에⁹³⁾ 1952年 海法外交會議(第9回)의 重要한 意義가 있다.

이 條約 規定方式은 英美法의 特色을 뚜렷이 나타내고 있다. 그것은 이 條約의 發議國이 美國이었

90). 小町谷操三, 前掲書, P. 125 Note 1,

91). Price, op. cit., P. 227

小島孝, 前掲論文, 海法會誌 復刊 7號, P. 32

小町谷操三, 前掲書, P. 128, Note 1,

92). ① International Convention relating to the Arrest of Sea-going Ships, 1952.

② International Convention for the Unification of certain Rules relating to Penal Jurisdiction in Matter of Collision or other Incidents of Navigation, 1952.

③ International Convention on certain Rules concerning Civil Jurisdiction in Matter of Collision, 1952.

條約原文 Marsden, op. cit., PP. 814—23

93). 鴻常夫, 海法統一に關する 1952年 Brüssel 三條約について, 海法會誌 復刊 2號, 1954, P. 166,

다는事實로理解가 되며 한편 美國이 發起國이 된理由를 짐작하기 위하여서는當時戰時建造의大商船豫를 賣却함에 있어서 美國政府는 船舶에 관한債權確保의必要性이 있었다는事實(前述, 1954年 Ship Mortgage Act 改正參照)을想起하는 것이 좋을 것이다.

本條約은 ① 海事請求權(Maritime claim)의範圍를確定하는것 ② 締約國은他締約國船舶을 海事請求權이 아닌 어떠한請求權을理由로도假押留할 수 없다는것 ③ 適用範圍에있어서 締約國船舶은 물론 非締約國船도 締約國法院에서押留할 수 있다는것을規定하는 데에 그核心이 있다.

(2) 海事請求權의 種類

條約은 海事請求權(Maritime claims, Créance maritime)으로서 第1條1項에 17個事項을定하고 있다. 이 17個事項은 全部가 債權의 性質을 가진것만은 아니고 所有權, 收益權, 抵當權 Mortgage(同項O號, P號, Q號)등 物權도 包含하고 있으므로 嚴密한 意味에서 請求權을意味한다.⁹⁴⁾

要約하면 다음과 같다.

- a. 船舶의衝突 기타에依하여惹起한 損害
- b. 船舶이惹起하였거나 그利用으로發生한 사람의死傷
- c. 救援, 救助
- d. 傭船등 貸借에관한契約
- e. 傭船契約과 船荷證券에따른 物品運送에관한契約
- f. 運送物品의滅失損傷
- g. 共同海損
- h. 冒險貸借(Bottomry)
- i. 曳船
- j. 導船
- k. 船舶에提供한製品, 材料의供給
- l. 船舶의建造, 修理, 裝備, 待泊費(碇泊費)
- m. 船長 기타 海員의給料
- n. 船長의替當金 및 傭船者 기타代理人의支給한替當金
- o. 紛爭있는船舶의所有權
- p. 占有와 使用에 다툼있는共有權 또는共有船의收益에對한權利
- q. 一切의抵當權, mortgage

第1條2項은 第1項의用語를定義하고 있다. 여기서 使用한 Arrest(押留)는 司法上의假押留임이明白하고 本押留가 아님에留意해야 한다(英法上假押留란用語가없다).

따라서 政府나 港灣機關의公法上의處分은 이에包含되지 아니한다. (1條2項)

(3) 假押留의 對象이 되는 船舶

本條約의 海事請求權者は原則적으로(例約 3條4項, 10條) 그 海事請求權과關係가있는船舶 또는 그 海事請求權이發生한 때의船舶의所有者에屬하는 모든他船舶을押留할 수 있다. (3條)

이點에있어서船舶優先特權條約이船舶과請求權의牽連性을要하게하는要件과差異가있다. 本條約이우리法을비롯한大陸系法에變更을가져오는點을들면 다음과 같다.

- ① 上記要件이있는限 그船舶이發航準備를마친경우라하드라도假押留할 수 있다.(3條1項)

94). 小町谷操三, 前掲書, P. 274,

發航準備 完了船舶의 押留禁止(韓商 744條, 獨商 483條, 佛商 215條, 日商 689條)는 大陸法上 인정하고⁹⁵⁾ 있으나 英美法에 있어서는 이런 禁止는 인정되지 아니한다. 大陸系法의 重要한 變更을 가져올 것이다. 債權者는 船舶을 假押留하기 위하여 現在 어느 港에 船舶이 所在하는가 만 알면된다.

- ② 假押留는 海事請求權과 牽連關係가 있는 船舶뿐 아니라 그 所有者의 他船舶에 對하여서도 行할 수 있다.⁹⁶⁾ 다만 다음의 制限이 있다.
- ③ 海事請求權이 發生한 때 所有者가(債務者) 이미 他船舶(押留船)도 所有하고 있을 것.
- ④ 物權 또는 物權的請求權에 基於(1條1項 O, P, Q號) 假押留인 때는 該當船外의 他船舶의 押留는 不可하다(3條1項但書).
- ⑤ 船舶賃貸借에 있어서 賃借人만이 海事債務를 負擔한 때는 그 賃借船과 賃借人所有의 他船舶도 假押留할 수 있다. 但, 賃貸人인 船舶所有者的 他船은 그 債權을 理由로 押留할 수 없다. 船舶所有者 以外의 者가 海事請求權을 負擔한 경우도 또한 같다(3條4項).

(4) 假押留節次

船舶의 假押留는 締約國 押留法院 또는 權限當局의 許可에 依하여 行할 수 있고 (4條) 이의 管轄權 및 押留의 節次는 國內法에 委任되어 있다(6條2項).

그러나 押留解放을 위한 擔保提供에 관하여서는 條約規定에 따라야 한다.

- ① 充分한 保證金 또는 擔保를 提供하면 假押留를 解放할 수 있다. (5條1項本文)
- ② 擔保의 程度에 對하여 當事者間에 合意가 成立하지 못하면 權限當局에서 그 性質과 金額을 決定한다. (5條2項)
- ③ 擔保의 提供은 所有者の 責任의 承認이나 責任制限의 權利를 포기한 것으로 解釋할 수 없다. (5條3項)
- ④ 物權에 關한 爭訟인 때에는 擔保提供으로 押留를 解放할 수 없다(5條1項但書). 또 充分한 擔保提供이 있으면 裁判所는 現占有者的 계속 利用을 許可할 수 있다. (上同)
- ⑤ 假押留로 發生한 損害의 責任에 關한 爭訟은 押留地法에 依하여 決定한다. (6條1項)

(5) 假押留와 本案의 裁判管轄

條約成立 당시 押留地法院에 本安裁判管轄權을 인정할 것인가에 關하여 論議가 많았다.⁹⁷⁾ 妥協의 結果 押留法院이 本案 裁判管轄權을 保有하는 경우는 다음과 같이 決定되었다. (第7條)

- ① 押留地法院은 自國法院에 管轄權을 인정하는 경우⁹⁸⁾ 本案裁判의 權限이 있다. (7條1項本文)
- ② 請求者의 住所나 本店이 押留國에 있는 때(同1項 a號).
- ③ 押留地國에서 그 海事請求權이 發生하였을 때(同1項 b號)
- ④ 海事請求權이 航海中에 發生하고 航海中에 押留된 때
- ⑤ 請求權이 衝突, 海難救助, 船舶抵當 Mortgage에 依하여 發生한 때(同項 d, e, f號)

95). 立法理由는 다음参照, 徐燉璣, 前揭書, P. 188

96). 英國에서도 Beldis 事件(2章註 116)으로 船舶과의 牽連關係를 要件으로 한다는 判例法이 있으나 이條約 批准後 1956年 Administration of Justice Act (第3條4項)에 依하여 條約를 받아들였다.

Marsden(op. cit., P. 65)도 英法의 重要變更이라 하였고 Chorley(op. cit., P. 43)도 一船舶 一會社의 傾向이 생길 것을 우려하고 있다.

97). 本案裁判管轄의 論議는 다음参照

鴻常夫, 前揭論文, 海法會誌 復刊 2號, P. 180

小町谷操三, 條約研究, P. 281 以下 參照

98). 프랑스는 假押留法院이 本案裁判管轄權을 인정하지 아니하므로 外國 債權者는 프랑스에서 債務者에 對한 訴를 提起할 수 없다. 그러나 프랑스 債權者는 佛民法(14條, 15條)의 涉外裁判 管轄規定으로 外國船主에 對하여 언제든지 提訴 可하다.

Ripert, Droit Maritime Francais, 1952. P. 358 et suiv.

小町谷操三, 前揭書, P. 282 Note 1,

(6) 船舶優先特權과의 關係

이상 본바와 같이 1952年 假押留條約은 船舶에 對한 執行保全節次에 관한 條約이다.

① 船舶優先特權條約上의 被擔保債權은 本條約上의 海事請求權속에 모두 包括된다. 또한 英美法이나 大陸法上의 優先特權의 債權도 包括된다.

② 本條約은 假押留의 目的에 對하여 船舶과 請求權사이의 牽連關係를 要件으로 하지 아니하였기 때문에 船舶優先特權의 債權者는 그의 債權을 擔保하는 船舶이 意外의 곳(地)에서豫想치도 못한 請求權으로 말미암아 假押留當하는 事態에 直面하는 경우가 생길 것이다. 例컨대 甲國에서 B船에 對하여 優先特權으로 擔保되는 債權을 갖고 있는 債權者가 同一船主의 A船이 負擔한 海事債務로 말미암아 乙國에서 B船이 假押留되고 强制賣却되었다면 1967年條約에 依하여 登記된 抵當權者는 通知를 받으므로써 順位에 따라 滿足을 얻을 수 있을 것이다. 船舶優先特權者는 擔保物을 衰失하게 될 것이다. 이런 경우 船舶優先特權의 擔保保全ability은 無意味하게 된다.⁹⁹⁾

③ 그러나 本條約이 海事請求權에 依하여서만 船舶은 假押留될 수 있게 한點(2條1項) 充分한 保證金이나 擔保提供이 있어야 假押留를 解放할 수 있게 한 점(5條) 所有權, 抵當權등 物權關係의 爭訟에 對하여서는 原則적으로 押留解放을 인정치아니한점(5條1項但書)을 考慮하면 船舶의 擔保價值를 保護하여 그의 安定性을 부여한 것임을 알 수 있다.

④ 더우기 船舶優先特權의 實行에 있어서 英美法은 對物訴訟(action in rem)에 依하여 保全節次와 同時に 本案裁判이 進行되나 大陸法에 있어서는 保全節次에 관하여 各國法이 差異가 있어서¹⁰⁰⁾ 國際的統一의 必要성이 切實하였다. 따라서 本條約에 依하여 船舶擔保權은 그 實行을 위하여 國際的安定性을 얻게 된 것이라 할 수 있다.

3. 1967年 建造中인 船舶의 諸權利의 登記에 관한 條約

船舶을 建造하기 위하여서는 莫大한 資金과 長時日이 所要되므로 建造中에 있는 船舶(將來物)이라하더라도 擔保力を 부여하여 海上企業金融을 장려할 必要가 切實하다. 그러나 아직 船舶으로서의 經濟的價値을 保有하지 아니함은 물론 建造物로서의 物理的構成도 갖추지 아니한 것에 船舶으로서의 擔保權을 인정한다는 것은 法律上相當한 問題가 생길 것이다. 이 制度에 對한 各國의 法制도 相異하였다.¹⁰¹⁾

99). 따라서 船舶優先特權債權者는 信用을 提供함에 있어서 船舶의 個性(交換價値) 보다는 船舶所有者的 個性에 더욱 注意를 기우어야 하게 된다.

100). 註92参照, 船舶의 假押留에 관하여 우리法(商744條 및 民訴 712)을 비롯 獨法, 日法에 모두 詳細한 規定이 있으나 프랑스는 假押留規定이 없으므로 佛民訴 417條와 船舶의 押留에 관한 佛商 215條의 準用을 인정하는 判例에 依하여 船舶假押留를 인정하고 있다.

鴻常夫, 前掲論文, 海法會誌 復刊 2號, P. 176.

101). 建造中인 船舶의 登記에 관하여 各國法은 建造工程을 基準으로 差異가 있다. 例컨대 造船契約이 適法하게 締結된 때에 登記가 許容되고, 프랑스, 도이췰, 네덜란드는 어떤形態로든지 建造作業이 開始되어야 登記를 인정하고, 놀웨이는 船舶의 外殼이 完成되어 있어야 登記를 許容한다.

鴻常夫, 建造中の船舶についての諸權利の 登記に関する條約案について, 海法會誌 復刊 11號, 1965, P. 65 以下 參照

우리나라는 建造中인 船舶에 商法上の 船舶債權規定(861條以下)을 準用(商874條)하도록 規定할뿐 어느段階에서 登記를 許容하는지 明確치 않다. (船舶法, 船舶登記法, 商法등 關係規定不備)

英美法에 있어서는 이러한 將來物에 對한 Common Law上の Legal mortgage는 인정치 아니하므로 Equitable Mortgage를 認定한다. (前述) 즉 建造中인 船舶의 登記는 인정되지 아니한다.

Chorley and Giles, Shipping Law, London, 1970, P. 22

本條約은 이러한 建造中인 船舶의 諸權利에 관한 登記制度를 國際的으로 統一하므로써 國際間의 船舶金融과 造船의 奨勵를 目的으로 하여 1967年에 成立된 것이다.

(1) 沿革

이 條約은 1967年 Brüssel 海法外交會議(第12回)에서 成立하였다.

이 문제는 처음 國際法曹協會(International Bar Association)에서 論議되기 시작하였다. 同協會는 1956年 Oslo會議와 1958年 Cologne會議에서 마련한 報告書“國際的造船契約——建造中인 船舶의 登記에 관한 國內法의 統一”(International Shipbuilding Contracts— Unification of International laws relating to registration of ship under construction)에 條約豫備草案을添付하여 國際海法會에 送付하였다.¹⁰²⁾

1960年 以來國際海法會議는 委員會를 設置하여 討議하고 1962年 一次豫備草案, 1963年 改正草案을 作成하여 同年 國際海法會議(C. M. I.) Stockholm 會議에서 條約案으로 採擇한 것이다.¹⁰³⁾

1967年 第12回 Brüssel 海法外交會議(第11回 第2會期가 1962年에 開催된後 5年만에 열렸다)에서 成立한 이 條約의 署名國은 21個國이 있으나 英, 美, 佛은 條約에는 賛成하면서 署名치 아니하였고 日은 條約의 國內船舶金融의 慣行과 다르다는 理由로 署名치 아니하였다.¹⁰⁴⁾ 以下 船舶의 擔保權과의 關係를 보기 위하여 條約을 簡單히 概觀하겠다.

(2) 條約의 內容

條約은 20個條로 되어 있고 實體規定(1條~10條) 10個條文과 나머지는 批准, 發効등 節次規定이다

① 登記制度

各締約國은 建造中의 船舶에 관한 登記制度를 두어야 하는 義務를 진다(第1條1項). 그러나 締約國의 한나라에서 「建造하도록 되어있거나」「建造하고 있는 船舶」에 關한 權利는 他締約國에서는 登記할 수 없다.(3條) 「建造하고 있는 船舶」(Vessels which are being constructed)이란 建造에 着手한 船舶을 말하고 「建造하도록 되어있는 船舶」(Vessels which are to be constructed)이란 아직 着手도 하지아니한 紙上圖面에 不過한 것을 말한다.

이런 設計圖에 不過한 「將來船舶」도 登記할 수 있도록 規定한 頁에 本條約의 特色이 있다 하겠는데¹⁰⁵⁾ 이런 경우에는 다음의 條件이 必要하다.

102). International Bar Association의 Oslo會議에서 이문제를 報告한 Norway의 Braekhus教授가 國際海法會議의 이 문제에 관한 分科委員長이 되어 審議하였으므로 이條約에 관한 兩協會의 研究는 統一性이 維持되었다.

同教授의 報告書는 單行本으로 나와있다. "International Shipbuilding Contract, Particularly Legal Problems in connection with Finance and Security"

鴻常夫, 前揭論文, 海法會誌 復刊 11號, 1965, P. 52 以下

103). 會議經過는 International Maritime Committee, XXVIIth Conference Stockholm 1963, P. 467, P. 527 et seq.

104). 이 條約에 관하여 다음 論文이 詳細하다.

鴻常夫, 製造中の船舶に關する 諸權利의 登記についての條約의 成立について, 海法會誌 復刊 13號, 1968. PP. 104 以下

105). 이런制度는 이태리法(註101)을 採擇한 것인데 CMI分委 審議中 ①造船契約만으로 船舶이 登記될 만큼 充分히 特定되어 있는것인가 ②“將來物件”에 關한 擔保設定을 認定함이 可한가하는 法理論上의 疑問이 提起되었다.豫備草案準備者는 “造船所의 名稱 및 造船番號는 建造된 船舶을 特定하는데 足하다”고 報告하였다.

鴻常夫, 前揭論文, 1965, P. 65 以下 參照

ⓐ 確實하게 特定된 船舶의 建造契約이 締結되어 있을 것, Ⓩ 造船者가 이러한 船舶을 自己計算下에 建造하는 것으로 決定하였음을 宣言할 것(4條1項). 但, 條約은 各國의 物權法上의 法理가 크게 다른 것과 船舶國際法의 差異를 考慮하여 이러한 登記制度에 對한 몇 가지 國內法上의 制約(1條2項 4條2項, 2條1項, 2項, 2項)을 規定할 수 있도록 하였다.

② 登記되는 權利

登記될 수 있는 權利는 ⓐ 所有權, Ⓩ 抵當權 또는 Mortgage이다.

또한 各締約國은 建造中의 船舶에 裝備하도록 되어 있는 機械備品에도 이들 權利가 미치는 것임을 國內法으로 規定할 수 있다. 그러나 이들 目的物은 造船所構内에 있을 것과 그것이 建造中인 船舶과 一體가 될 것임을 明示하여 그 同一性이 明白히 識別될 수 있을 것을 要件으로 한다. (8條)

③ 登記의 効果

登記한 諸權利의 効果는 權利의 順位를 包含하여 登記國法에 依하여 決定된다. 但, 強制執行節次만은 이 條約과 衝突하지 아니하는 範圖內에서 登記國法으로 規制한다. (6條本文 및 但書)

이러한 登記의 効果(權利와 順位)는 모든 締約國에서 인정되어야 한다. (9條)

그러므로 當事國은 強制賣却의 경우를 除外하고 이러한 權利의 登記를 抹消함에는 權利者の 書面上의 同意가 있어야 한다(10條1項, 優先特權條約3條1項).

또한 船舶이 完工된 後 他締約國에서 登記하기 위하여서는 ⓐ 이러한 登記된 諸權利의 抹消證明이나 Ⓩ 他締約國에서 새로 登記되는 날에는 그려한 諸權利의 登記가 抹消될 것이라는 建造船登記國의證明이 있어야 한다. (10條, 優先特權條約 3條2項)

(3) 船舶優先特權條約과의 關係

本條約上 建造中인 船舶에 관한 登記의 効力에 依하여 다음과 같은 優先特權條約과의 關係가 생기는 點을 指摘할 수 있다.

① 建造中인 船舶의 抵當權 Mortgage(5條)를 登記할 수 있고(1條), 이 權利와 優先特權 留置權(Right of retention)과의 順位는 그 船舶이 完工되고 登記된 後 適用되는 登記國法에 따라 決定되므로(7條), 本條約에 依하여 1967年 船舶優先特權 抵當權條約(以下 1967年條約이라함) 上의 効果를 確保할 수 있게 된다(優先特權 2條, 5條, 6條)

② 兩條約은 登記된 權利의 効力を 確保하기 위하여 船舶登記制度에 關하여 實體規定을 두고 있다(本條約 10條, 優先特權條約 3條2項, 11條3項) 建造船登記條約上의 登記規定이 完工된 船舶을 買受한 外國人이 어느 締約國에서 登記하고자 할 때 建造國登記의 抹消證明을 添付하도록 한 것은(10條) 優先特權條約上의 登記抹消同意書(3條1項)나 當事國의 登記抹消證明書(同2項)를 要求한 規定과 一致한다.

③ 兩條約의 制度, 目的은 同一하므로 建造船登記條約이 優先特權條約을 補充하는 關係에 있고 서로 制約하는 關係에 있지 아니한다.

즉 船舶優先特權과 抵當權에 關한 法을 建造中인 船舶에 擴張한 것이다.

第6章 各國法의 比較

앞에서 英國, 美國, 도이취, 프랑스 및 統一條約上의 船舶擔保法을 考察하였다. 船舶에 관한 各國의 抵當權과 優先特權 및 登記制度는 海上企業의 基本組織인 船舶의 特殊性(移動性, 擔保價值의迅速한 減少) 때문에 各國이 一般民法上의 原則를 修正한 것임을 確認할 수 있었다. 즉 船舶擔保物權이 商法의 一分野로서 取扱되고 있기는 하나 其實은 民法上의 擔保物權原則를 修正한 것에 不過한 것임을 알 수 있다.

그러므로 船舶에 관한 이 制度의 背後에는 各國의 民族的特性에 따라 歷史的으로 形成發展시켜온 擔保物權의 體系가 基本에 있음을 알 수 있고 裁判制度와 繫密히 連關되어 있음을 알 수 있다.

이러한 背後의 考察은 本稿의 目的과 範圍밖의 일이므로 이 章에서는 이상 보아온 各國의 船舶抵當權과 優先特權을 簡單히 整理하여 比較檢討하고자 한다.

船舶抵當權과 優先特權의 法的性質이 다르기 때문에 이를 比較 檢討하기 위하여서는 各各 다른 檢證方法이 必要할 것이다. 兩制度의 몇가지 中心的인 法律要件과 法的性質을 檢證方法으로 하여 比較하겠다. 또한 簡明을 期하기 위하여 叙述을 避하고 圖式的方法을 擇하겠다.

第1節 船舶抵當權

船舶抵當權은 本來 各國이 一般私法上의 制度로 施行하였다. 英美法에 있어서는 Common Law 上의 Mortgage로서 人的財產(Personal Property)의 賣渡擔保로서 施行하였다.

그러므로 海事管轄事項(Maritime Matter)이 아니었고 對物訴訟의 對象이 아니었으나 1840年 海事裁判所法(Admiralty Court Act, 1840)의 制定으로 對物訴訟에 依한 保全節次가 可能하게 되었고 1854年 商船法(Merchant Shipping Act, 1854)에 依하여 비로소 船舶登記를 士台로한 近代船舶抵當制度가 시작되었다.¹⁾ 한편 美國에서는 20世紀까지 계속 船舶 Mortgage는 一般法上의 動產의 證書賣買(Bill of Sales)의 하나로 取扱하여 條件附賣買(Conditional sale or mortgage sale)의 方法으로 設定하였다. 그러나 一次大戰中에 大量建造한 國有商船을 民間에 賣渡함에 있어서 賣渡船舶에 對한 強力한 擔保權이 必要하게 되자 1920年 Ship Mortgage Act를 制定하여 優先的地位가 인정되는 Preferred Ship Mortgage를 시작하였다.²⁾ 유럽大陸에 있어서는 船舶抵當은 Romé法의 動產抵當에 依하였으나 이의 廢止로 賣渡擔保나 冒險貸借에 依하여 海事金融의 需要를 充足하여 왔다. 船舶登記制度에 依한 近代船舶抵當權은 유럽 諸國도 19世紀中葉에 비로서 動產法上의 擔保物權으로 시작하였다.³⁾

다음에 各國의 船舶抵當制度의 主要構成要件을 基準으로 比較하겠다. (앞에서 살핀 事項들이므로 本章의 脚註는 省略함)

1. 主要法源

船舶抵當은 登記制度를 士台로 하기 때문에 各國에 이에 關聯되는 多은 法源이 있으나 여기에는 船舶抵當에 關한 實體法段을 들고 中間의 改正狀況은 省略하겠다.

1). 第2章 P. 參照
2). 第3章 P. 參照

3) 第4章 序 參照

- ① 英 國 : 1894年 商船法(Merchant Shipping Act 1894 31條~46條, 登記에 관하여 一部改正, 1954年)
과 1954年 裁判法(Administration of Justice Act, 1954)
- ② 美 國 : 1920年 船舶 Mortgage法
(Ship Mortgage Act, 1920)(Merchant Marine Act, S. 30, (A)~(X)) (主要改正, 1935年, 1954年)
및 一般海法(General Maritime Law)
- ③ 도이취 : 1940年 船舶物權法(1968年改正)
(Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken, 1940)
Schiffregisterordnung, 1951, (1968年改正)
- ④ 프랑스 : 1885年 船舶抵當法(1967年다음法에 統合), 1967年 船舶私法과 同施行令
(Loi du 3 janvier 1967, portant statut des navires et autres bâtiments de mer; et décret)

2. 船舶抵當權의 設定

- ① 英國 : 讓渡擔保捺印證書(Mortgage deed)의 作成으로 船舶抵當權은 設定된다.
登記는 成立要件이 아니라 對抗要件이다. 登記하지 아니하므로써 Mortgage 設定 自體가 無効가 되는 것이 아니라 對抗力만 얻지 못한다. 이미 Mortgage deed라는 要式行爲에 依하여 成立되었기 때문이다.
- ② 美國 : 美國에서는 船舶 Mortgage는 海事Mortgage와 非海事 Mortgage로 區分된다. 一般的으로 動產讓渡擔保(Chattel mortgage) 方式으로 設定되는 것 (Mortgage bill of sale)은 非海事 Mortgage이고 이렇게 設定된 船舶Mortgage를 嚴格한 要式에 따라 登記하면 Maritime Ship Mortgage가 成立하여 優先的地位 (Preferred status)를 얻게 된다.
그리므로 優先的 船舶 Mortgage는 登記를 成立要件으로 한다.
- ③ 도이취 : 當事者 사이의 合意와 登記에 依하여 船舶抵當權은 設定된다. (우리法과同) 登記가 成立要件이다. 船舶抵當은 그 成立뿐 아니라 移轉, 變更, 消滅을 모두 登記에 依存하도록 하였다.
그리므로 登記抵當權 (Buchhypothek) 이라고도 부른다.
- ④ 프랑스 : 當事者 사이의 合意와 抵當權設定證書의 作成으로 船舶抵當權은 成立한다. 船舶의 物權變動은 반드시 文書에 依하여야 한다. 이 文書는 반드시 公正證書일 必要是 없고 私署證書라도 相關없다. 登記는 對抗要件이다.

3. 公示의 効力

- ① 英國 : 船舶抵當의 登記에 公信力を 인정한다.
- ② 美國 : 登記에 公信力を 인정한다. 이 公信力때문에 過失로 登記上 錯誤를 記載한 登記公務員은 그 錯誤로 因하여 損害를 입은者에게 賠償責任을 진다.
- ③ 도이취 : 登記에는 債權이 現實로 存在하는 경우에 限하여(所有者抵當은 認定치 아니하므로) 權利推定力과 公信力を 인정한다. 그러므로 真實한 權利關係와 一致하지 아니하는 경우에는 登記의 訂正請求와 異議의 登記를 할 수 있도록 救濟策을 마련하였다.
- ④ 프랑스 : 登記는 對抗要件에 不過하나 公信力を 인정한다. 抵當權의 流通性을 고려한 것이다.

4. 抵當權設定의 効果

- ① 英國 : 船舶 Mortgage 設定은 完全한 所有權(Legal Ownership)을 讓渡하는 것은 아니나 (動產Mortgage는 所有權의 讓渡)債權者에게 強制競賣權과 占有使用權(hold)을 让渡하는 것이므로 法理上 擔保權者와 債務者(船主)는 船舶의 共有關係를 맺게된다. 英美法의 特異性이다. 船舶 Mortgage의 効果는 債務不履行과 擔保目的物의 債務者에 依한 侵害가 있는때는 強制競賣權과 優先辨濟權(但 Maritime Lien의 後順位) 및 占有에 依한 船舶의 使用權을 갖는 것이다. 이런 實行은 對物訴訟에 依한다.
- ② 美國 : 擔保權者는 對物訴權을 保有하고 Preferred Maritime Lien에는 劣後하나 Non Preferred Maritime Lien에는 優先하는 辨濟權과 強制競賣權을 갖는다. 英法과 差異點은 Ship Mortgage가 適法하게 登記되면 優先的地位(Preferred status) 즉 一種의 Maritime Lien의 性質을 獲得하는 點이다. 英法보다 船舶Martgage의 擔保力を 더욱 強化한 것이라 할 수 있다.
- ③ 도이취 : 船舶抵當은 原則의으로 保全抵當(Sicherungshypothek)으로 構成하였다. 그리고 所有者抵當權(Eigentümergrundschuld)은 인정치 아니하고 順位上昇의 原則을 取한다. 그러나 無記名證券이나 指示證券上の 債權을 위하여서도 船舶抵當權이 設定되고 또 債權移轉으로 抵當權도 移轉되므로 어느 程度의 流通性은 인정된다. 또한 船舶優先特權에는 劣後하나 他債權에 優先하는 辨濟權과 強制競賣權이 인정된다. 船舶抵當權의 實行은 반드시 強制執行(Zwangsvollstreckung)의 方法에 依하여야 하므로 債務名義(Schuldtitel)가 있어야 實行할 수 있다. (우리法과 差異點)
- ④ 프랑스 : 船舶抵當에는 優先辨濟權과 船舶所有權이 누구에게 移轉하였지 追求할수 있는 追求權이 인정된다.
- 船舶抵當權의 登記日字에 依한 順位確定의 原則과 公信力의 인정 및 指示證券에 依한 抵當權設定의 許容으로 船舶抵當權은 流通抵當으로서의 機能이 確保되어 있다. 또 한抵當權을 負擔한 船舶의 任意讓渡에 對한 制限과 目的物의 侵害에 對한 救濟方法에 依하여 抵當權은 保護된다. 抵當權의 實行은 強制執行의 節次에 依한다.

5. 抵當權의 目的物

船舶抵當權의 目的物은 登記船舶과 屬具 기타 從物로 構成되고 있는 點은 各國이 共通된다. 그外에 目的物의 範圍에 屬하는 것으로 各國法上 從來 문제점이 있었던것을 살펴보겠다.

① 船舶保險金請求權

英國 : 船舶의 減失로 Mortgage도 消滅하므로 保險金은 船舶 Mortgage의 目的物이 되지 아니한다. 따라서 擔保權者는 自己 이름으로 付保하였다가 付保한 保險證書에 質權을 設定하여야 保險金을 確保할 수 있다.

美國 : 船舶保險金請求權은 船舶 Mortgage의 目的物에 屬한다고 解釋한다.

도이취 : 船舶保險의 填補金 및 請求權은 目的物의 範圍內에 包含된다.

프랑스 : 船舶保險의 填補金은 目的物의 代位物 이된다.

② 損害賠償請求權 및 共同海損分擔金

各國이 一般的으로 이것을 船舶抵當權의 目的物로 (또는 代位物) 解釋한다. 物上代位의 原則을 適用한 것이다.

③ 運賃, 貨物料, 債船料

各國은一般的으로 이것을 船舶抵當權의 目的物에 屬하지 아니하는 것으로 하고 있다. 船舶抵當權은 抵當權設定者로부터 船舶의 利用權을 빼앗는 것이 아니라는理由때문이다. 다만 英國은 Mortgage權者가 船舶의 占有를 얻었을 때는 占有後에 發生하는 것은 目的物로 본다.

6. 抵當權의 流通性

近代抵當權의 理想的形態는 被擔保債權을 表彰하는 證券上에 抵當權도 同時に 表彰하여 이證券을 流通케 하는 證券抵當權(Briefhypothek)과 같은 流通抵當權(Verkehrshypothek)의 形態라 할 수 있다. 船舶抵當의 流通性에 관하여서는 各國이 다른 制度를 갖고 있다.

- ① 英國 : 登記에 強力한 對抗力を 인정하므로 船舶 mortgage의 登記後에는 mortgage deed를 賣渡 또는 移轉하므로써 船舶mortgage의 流通性을 確保하고 있다.
- ② 美國 : 英法과 같이 登記된 船舶mortgage의 流通性을 인정한다.
- ③ 도이취 : 原則적으로 船舶抵當은 保全抵當으로 構成하였기 때문에 所有者抵當權이나 流通性을 인정치 아니한다. 그러나 債權讓渡에 依하여 流通은 可能하다.
- ④ 프랑스 : 指示證書에 依한 船舶抵當權의 成立을 인정하므로 船舶抵當은 原則적으로 流通抵當으로 構成하고 있고, 또한 船舶抵當權의 保護裝置도 마련하고 있다. 그러므로 가장 近代抵當權의 理想型에 接近하고 있다 할수있다.

7. 抵當權의 保全

各國의 船舶抵當權의 侵害에 對하여 救濟方法을 擔保權者에게 부여하고 있다. 무엇이 侵害에 該當하느냐는 各國의 判例學說에 差異가 있을 것이다. 一般的으로 抵當權設定者가 그 航海를 堪當할 만한 修理를 하지 아니 할때 (堪航性喪失) 및 船舶優先特權을 不當하게 長期間 負擔하고 있는 때를 이에 該當하는 경우라고 본다.

救濟方法은 ① 期間의 利益을 빼앗는 것. ② 擔保의 追加要求 (이것은 보통 抵當權設定約款으로 約定한다) 등이다.

8. 抵當權의 實行

- ① 英美法 : 對物訴訟에 依하여 船舶을 押留(保全)하고 同時に 本審議를 進行한다. 船舶의 移動性을 封鎖하는데 有力하다.
- ② 도이취 : 強制執行의 方法에 依하여서만 實行할수 있다. 그러므로 實行을 위하여서는 債務名義가 必要하다.
- ③ 프랑스 : 商事裁判所에서 簡單히 保全押留許可를 얻을 수 있고 이 許可로 船舶을 保全押留한 後 債務名義를 얻어 實行한다.

第 2 節 船舶優先特權의 比較

船舶優先特權制度는 그 源源을 主로 Amalfi, Rôles d'oleron, Consolato del mare등 中世海事慣習法에 두고 있고, Louis 海事勅令(1684年)에는 이에관한 包括的統一規定을 두고 있었다. 그러나 船舶에 依한 不法行爲에 對한 賠償請求權을 善意의 第三取得者에게 追及하도록 한 現行法上의 主要法理는 19世紀中葉 Bold Buccleugh 事件(1852年)의 判例에 依하여 完成된 것임은 前述한 바와 같다.

船舶優先特權法이 共通되는 源源을 갖고 있음에도 不拘하고 이에 관한 各國法은各自의 獨特한 法理念과 司法傳統에 따라 發展시켜 왔으므로 各國의 現行制度는 顯著한 差異를 나타내고 있다.

이 節에서는 各國의 船舶優先特權法의 差異點을 明白히 하기 위하여 이를 圖式的으로 整理하고자 한다.

1. 船舶優先特權의 成立

船舶優先特權은 法의 効力에 依하여 成立한다. 즉 各國法이 이것을 船舶에 關한 法定擔保物權으로 構成하고 있다.

이러한 理由는 ① 海上의 危險性과 國際性이 中心이 되는 海上企業의 特性과 ② 移動性이 中心이 되는 船舶의 特性으로 말미암아 海上企業의 生活關係에서 發生하는 一定한 債權(請求權)에 擔保權을 부여하므로써 衡平을 期하고자 하는데에 이 制度의 目的이 있기 때문에 이미 檢證한바와 같다 또 이制度를 法定擔保物權으로 하고 있음은 各國에 共通된다.

2. 優先特權의 效果

船舶優先特權의 效果로서 船舶의 強制賣却權과 優先辨濟權 및 善意取得者에 對한 追及權을 인정하고 있는 點은 各國法에 共通된다. 또한 辨濟에 있어서 船舶抵當權을 비롯한 如何한 債權보다도 最優先順位를 부여하고 있는 點과 優先特權相互間에도 그 順位에 關한 원칙을 法定하고 있는 點도 各國에 共通된다.

다만 實行에 있어서는 各國의 裁判制度의 差異때문에 節次上 큰 差異가 있다.

- ① 英美法：對物訴訟에 依하여 船舶을 押留하는 것으로서 裁判이 開始되고 實行된다.
- ② 도이취：強制執行의 方法에 依하여서 만 實行된다.
- ④ 프랑스：船舶을 保全押留하고 強制執行의 方法으로 實行한다.

船舶優先特權은 이상과 같은 特殊한 擔保物權이기 때문에 그 消滅을 위하여서는 各國의 法定消滅事由를 規定하고 있는 點도 共通된다.

3. 被擔保債權의 種類

어떠한 法律關係에 船舶優先特權을 인정 하여야 할것인가 하는 문제는 優先特權法의 核心的 法律要件이 될다. 이에 關하여 各國法이 가장 큰 差異를 나타내고 있다. 그것은 各國의 船舶優先特權法을 構成하는 法理念은 다음과 같은 差異때문에 생긴 結果이다.

- ① 英國：海事裁判所管轄權에 關한 沿革的理由와 訴訟節次上의 문제로서 債權押留(Foreign attachment)의 理論의 適用
- ② 美國：船舶의 法人格說(Personification theory)에 依한 理論構成
- ③ 도이취：船主責任制限과의 相關原則(Korrelatgedenke)의 理念에 依한 構成
- ④ 프랑스：目的物에 對한 貢獻(Versio in rem)의 理念에 依한 構成

이상과 같은 各國의 獨自의 基本法理外에, 公益上 또는 社會政策的見地에서 成立하는 法律要件도 있다. 다음에 船舶優先特權이 發生하는 債權을 表로 整理하겠다.

各國의 船舶優先特權 比較表

4. 船舶優先特權法의 理念의 變化傾向

船舶優先特權法의 理念은 도이취의 相關原則이나 프랑스의 貢獻理念으로부터, 公益的 社會政策의 衡突等의 不法行爲에 對한 損害賠償의 損保權으로, 그 理念이 變轉하였음을 인정할 수 있다(1967年條約 4條参照).

또한 船舶抵當權의 保護를 위하여 優先特權의 被擔保債權의範圍를 扩大하려고자 하는 傾向도 確認할 수 있다.

이 以外에 새로운立法傾向으로서 다음과 같은 點을 指摘할 수 있다.

- ① 船舶登記에 관하여 實體規定을 두어 國際的統一을 期하고.
- ② 船舶擔權의 實行을 위하여 是는 強制賣却에 앞서서 抵當權者에게 通知하도록 하고,
- ③ 優先特權者が 優先特權의 權權을 가지고 있다는 事實을 管轄機關에 通知한때는 強制賣却할 것이라는 事實을 미리 通知하도록 하여 動的安定을 畏하고 있다(1967年條約 3條 및 10條)



第 7 章 結 論

各國의 船舶擔保物權法은 約定擔保로서의 船舶抵當權과, 法定擔保로서의 船舶優先特權의 두 制度로構成되어 있음은 앞에서 考察한바와 같다. 前者는 海上企業의 基本組織인 船舶의 取得 또는 建造를 위한 長期金融을 擔保함을 主要目標로 하고 後者는 海上企業活動過程에서 發生하는 短期信用을 擔保함을 主要目標로 하고 있음을 確認할 수 있다.

그러므로 船舶擔保權을, 海上企業의 組織을 위한 擔保制度라는 觀點에서 본다면, 船舶抵當權이 基本을 이루고 있음을 알 수 있다.

船舶擔保法에 관하여 英美法은 ①船舶登記制度를 完備하고 ②舶船抵當(Ship mortgage)의 擔保力を 強化하고 (對物訴權의 設定) ③mortagage deed의 流通을 認定하고 ④美國에서는 特히 Preferred ship mortagage 制度를 두어 一定한 優先權을 認定하고 있음을 보았다.

도이쉬는 1940年 船舶物權法을 制定하여 船舶抵當權制度를 完備하고 1943年 船舶抵當證券銀行法을 制定하여 海事金融을 專擔하는 銀行制度를 두었고, 프랑스도 1967年 船舶私法의 制定으로 舊船舶抵當法(1885年法)을 整備하고 1928年 海事金融法(Loi sur le crédit maritime)를 制定하여 海事金融을 助長하고 있다.

또한 1967年 統一條約에 있어서도 國際間의 海事金融을 圓滑히 하기 위하여 船舶抵當權의 流通을前提로 하는 制度를 두고 있다.

한편 우리法은 船舶優先特權에 관하여서는 (商861條~870條) 舊統一條約(1926年)을 受容하였으나 船舶抵當權에 관하여서는 商法上 不過 2個條文(871條, 872條)을 두고 있을뿐 民法上의 不動產抵當權을 準用하도록 하고 있다(商 871條3項).

이러한 우리의 船舶抵當權法을 外國法에 比較할 때 우리法은相當히 不備한 것임을 指摘할 수 있다. 앞에서 보아온 外國法에 對한 비교 檢討를 基本로 새로운 船舶抵當法의 制定을 提言하면서, 立法論上 考慮하여야 할 몇 가지 法律要件을 指摘하고, 아울러 船舶優先特權法의 解釋上の 問題點과 그에 隨作하여야 할 行政上의 節次를 指摘함으로써 本研究의 結論으로 삼고자 한다.

1. 船舶抵當法에 關하여

商法은 船舶抵當權에 關하여 不動產抵當權法을 準用하도록 하였는 바 動產인 船舶에 不動產에 關한 法을 準用하게 하였으므로 法律關係의 基本에 問題點을 內包하고 있었다.

즉 不動產抵當은 恒久 固定的인 不動產을 目的으로 하는데 反하여, 船舶抵當은 目的인 船舶의 移動性과 危險遭遇性 및 擔保價值의 急速한 減少라는 特殊性을 갖는다.

또한 船舶은 그의 活動過程에서, 아무면 公示方法없이 抵當權에 優先하는 船舶優先特權의 目的物이된다는 特性이 있다.

이러한 船舶抵當이 內包하는 特殊性은 抵當權의 擔保力を 決定的으로 侵害할 수 있다. 그러므로 船舶信用은 不動產信用과 같은 純全한 物의 credit이라기 보다는 오히려 債務者(船舶所有者)의 人的信用에 더욱 依存되어 있다고 할 수 있고, 이러한 法律關係에 있어서는 債務者の 道徳性이 더욱 重要한 要素임을 指摘할 수 있다(3章 註99参照).

우리 나라의 外資導入의 實態를 堪案하여 特司 債務者の 道德性問題는 強調되어야 할 것이며 南昌號 및 隆昌號事件¹⁾은 이 點을 實證하는 model case라 할 것이다.

이러한 船舶抵當의 特殊性을 根據로 도이취나 프랑스는 船舶抵當에 관한 單行法을 制定하고 있음은 前述하였거니와, 우리나라도 이러한 外國立法例를 參酌하여 船舶抵當法을 制定할 것을 提言하는 바이다. 立法上 考慮할 몇가지 要件을 들면 다음과 같다.

(1) 立法上의 要件

A. 船舶抵當權의 特別한 保護裝置

- ① 抵當船舶의 任意讓渡의 制限(佛, 1967年法 57條)
- ② 船舶抵當의 侵害에 對한 救濟(獨, 1940年法 39條, 40條)
- ③ 船舶抵當權의 實行은 強制執行節次에 依하는 원칙의 明示(金顯泰, P. 186, 郭潤直, P. 439參照)
- ④ 出港準備完了船에 對한 押留의 許容(商 744條의 例外, 英法은 이미 出港社 船舶도 押留하는 點 考慮)
- ⑤ 船舶假押留申請의 緊急審理(佛, 1967年令 29條)
- ⑥ 流抵當約款이나 即時執行約款의 有効性明示(金顯泰, P. 183, 郭潤直, P. 435)
- ⑦ 抵當權의 船體保險填補金에의 追及効確保(佛, 1967年法 47條 1項, 獨法 32條)
- ⑧ 船舶優先特權 範圍의 制限(同, 統一條約의 理念)

B. 船舶抵當權의 流通性을 考慮한 裝置

- ① 順位確定의 원칙의 採擇(佛法 51條, 55條)
- ② 船舶登記制度의 整備(船舶抵當證明書 및 抹消證書의 發行과 國際間의 通信, 假登記制度等 1967年 統一條約 3條 參照)
- ③ 船舶登記의 公信의 原則의 採擇(獨法 16條)
- ④ 船舶抵當權의 附從性 緩和(金顯泰, P. 167 以下)
- ⑤ 指示證券에 依한 船舶抵當權設定의 認定 및 背書讓渡의 許容(佛法 53條, 獨法 75條—74條)

C. 船舶信用의 特殊性을 考慮한 金融保護裝置

- ① 對物信用과 對人信用의 結合을 考慮
- ② 造船獎勵法과의 連關性 確保
- ③ 海事金融 專擔銀行法의 制定(도이취 船舶抵當證券銀行法 參照)

(2) 解釋上의 問題

- ① 船舶抵當權에는 그性質上 法定抵當權(民, 649條, 366條) 또는 請求에 依한 抵當權(666條)은 成立하지 아니한다.
- ② 抵當權侵害에 對한 救濟方法으로서 期限의 利益을 빼앗는 境遇(民, 388條)의 船舶의 特性을 參酌하여 다음 要件을 補充 認定함이相當하다. (目的論的解釋)
- ③ 船舶의 堪航性(Seaworthiness) 擔保違反의 경우

1). 이 兩船舶을 外國信用으로 導入함에 있어서 C銀行에서 支給保證하였고 2年餘에 同業體는 不實化하여 많은 代拂을 發生케 하고 船主는 外國으로 避避하여 支給保證銀行에莫大한 損失을 가져왔다. 同船舶을 押留하고 任意競賣로 銀行이 抵當權을 實行하였으나 長時日이 所要되었고 또한 被擔保債額의 實船價를 超過하는 것이 있으므로 債權者の 損失은勿論 國家의 損失이 큰 것이었다.

釜山地法, 1970 타 1432號

④ 船舶優先特權을 不當하게 長期間 負擔하고 있는 경우

③ 船舶抵當權의 目的物의 範圍에 관한 問題

目的物의 範圍에 관하여 商法規定 (871條)外에 民法 342條 (民 370條準用) 規定의 範圍는 船舶의 特性을 參照하여 다음과 같이(佛 1967年法, 47條 參照) 解釋함이 相當하다.

④ 船舶이 입은 物의 損害에 依하여 船主가 保有하는 賠償請求權

⑤ 共同海損分擔金中 船主가 받을 金額

⑥ 救助料中 船主가 받을 補償金 (請求權)

⑦ 船舶保險의 填補金 또는 請求權

이들을 目的物의 範圍에 包含시킨다고 解釋할때 이들을 船主가 支給받기 前에 債權者가 押留하여야 한다 (民, 342條 準用)는것이 一般法上の 原則이다.

그러나 船舶保險金은 船舶抵當에 있어서 最終的 物의 擔保가 되는 것이고 不動產抵當과는 달리 海上企業에 있어서는 船舶이 債務者 (船主)의 陸上財產까지 통일은 財產의 大部分을 차지하는 것이므로 船舶保險金도 民法 342條의 規定에 따라 이미 支給한 後에는 抵當權이 미칠수 없다고 解釋한다면 船舶抵當의 最終的 擔保까지도 不定될수 있다는 결과가 되어 抵當權者를 甚히 不安하게 할것이다 이런 不當한 結果를 防止하기 위하여 프랑스(1967年法 47條)나 도이취(1940年法 32條)는 모두 船舶抵當權은 保險金에 當然히 미치는 것으로 規定하고 있다.

이런點을 參照하여 우리法의 解釋은 明文規定이 立法整備 떄때 까지는 一般法原則에서 雖나 積極的立場을 取하는것이 妥當하였다. 따라서 船舶保險金은 押留節次 없이도 또한 保險金의 引渡後라도 抵當權이 追及한다고 解釋함이 合當하리라 믿는다.

2. 船舶優先特權法에 關하여

(1) 立法上 考慮할 點

商法은 船舶優先特權과 이에 密接한 關聯이 있는 船主責任制限制度를 각各 統一條約 (1926年條約과 1924年條約)에서 受容한 것이므로 法理構成에 特히 問題를 것은 없다. 다만 國際條約을 國內法으로 受容할때에 考慮하여야 할 몇 가지 事項과 同法의 運用에 있어서 補充되어야 할 몇 가지 事項을 指摘하고자 한다.

A. 統一條約을 國내法으로 制定할때

① 統一條約에 對한 主要海運國家의 態度를 參照할 必要가 있다.

例컨대 1926年 統一條約에 對하여 世界의 主要海運國家는 하나도 批准하지 아니하였고 自國의 利益과 自國民의 保護를 優先시키는 態度를 堅持하였다(第5章 1節 11② 參照).

② 統一條約에의 加盟節次를 마친 後에 國내法을 制定하여야 한다.

우리商法 制定에 있어서는 不可避한 理由가 있었다고 짐작하나 이의한 先後順序의 轉到로 因하여 統一條約을 國내法으로 制定하였다 하드라도 條約加盟節次를 賴지아니 하므로써 條約上の 特典을 누릴 수 없는 것이 國際去來上の 實情임을 否定할 수 없다.

이러한 措置는 單純한 行政的補完措置에 不過하나 外國資本에 依存할수 밖에 없는 우리海運의 實情에서는 重要한 影響을 미치고 있다. (投資國法適用의 主張 또는 우리海運에 對한 與信의 消極性 등)

2). 金顯泰, 新物權法(下), (서울:一潮閣, 1964). P. 180.

郭潤直, 物權法, (서울:博英社, 1969). PP. 382-3, 434.

B. 立法上의 補完 및 問題點

① 商法은 船舶優先特權의 消滅規定(870條)만 두고 있을뿐 除斥方法에 對하여는 아무런 規定도 두고있지 아니하다.

船舶優先特權의 強力한 追及權에 對應하는 制度로서 第三取得者를 保護하기 위한 公示節次 등의 除斥方法을 두는것이 衡平에 接近함은 明白하다. (佛, 1967年 法40條 參照)

② 船舶優先特權의 實行

이의 實行은 强制執行節次에 依하여서만 實行할 수 있다고 明示할 必要가 있다. (獨, 佛法, 同) 商法이 (861條 2項終段) 民法上의 抵當權에 關한 規定을 準用한다 하였으므로 任意競賣에 依한 優先特權의 實行을 主張할지 모르기 때문에 이를 明示할 必要가 있다.

③ 船舶保全節次에는 急速審理의 制度를 導入함이 適切할 것이다. (佛 1967年令, 29條參照)

民事訴訟法 712條 規定만으로는 外國船에 대한 債權을 保全하기에 充分한 것인지 明確치 아니하다.

④ 船舶優先特權을 一定期間 以上 負擔하고 있는 경우에도 債權者에게 船舶抵當權으로 轉換할 수 있는 登記請求權을 認定하는 制度를 創設할 것을 主張한다. 그理由는 다음과 같다.

⑤ 우리現實로 보아 船舶의 保存 또는 航海繼續을 위한 船長의 信用行爲로 因한 債權(861條 1項 5號)은 거의 Necessaries의 提供에 依한 債權이라 볼수 있는데, 繼續去來를 考慮하여 이들 債權者는 船舶所有者에 대하여 弱한 立場에 있는 것이 보통이고, 또 優先特權을 實行하기는 現實의 으로 困難한 立場이므로, 이러한 債權이 長期間 履行되지 아니하는 것이 現實이라 할수 있다.

그러므로 이들債權者에 船舶抵當權으로 轉換할 수 있는 登記請求權을 賦與하는 것은 宜當한 일이다.

⑥ 이러한 경우 優先特權의 短期消滅時效에 不安한 債權者는 登記에 依하여 船舶抵當權으로 轉換하므로써 安心할 수 있다. 한편 船價償還에 쫓기고 있는 船主로서도 登記에 依하여 長期信用化할 수 있는 길이 있다면 언제 船舶이 船籍港外에서 執行될지 모르는不安에서 解放될 수 있다.

⑦ 公示方法이 없는 優先特權 때문에不安한 船舶抵當權도 保護하는 結果가 된다. (登記에 依한 順位確定).

⑧ 優先特權實行의 現實의 困難 때문에 不可避하게 長期化된 優先特權은 逆順位의 原則 (商 687條)으로 實効性이 거의 없어지는바 登記로써 抵當權化한다면 債權擔保를 좀더 安定化할 수 있을것이다.

(2) 解釋上의 問題點

① 船舶優先特權의 債權으로서 船主責任制限의 對抗을 받는 債權 (商 746條)은 ② 861條 1項 3號, 4號, 5號의 債權이고 對抗을 받지 아니하는 것은 ③ 同項 1號, 2號 및 6號의 債權이다. 이것은 統一條約의 關聯上 考慮할 必要가 있다.

② 商法 861條 1項 5號의 債權의 範圍는 嚴格히 狹義로 解釋하여야 할것이다. (商法 773條의 範圍 보다 훨씬 縮少되는 範圍이다.)

例컨대 航海繼續을 위하여 必要한 行爲를 廣義로 解한다면 荷役費도 包含한다고 解釋할지도 모거나 (美法上인정) 이런 擴大解釋은 嚴히 警戒하여야 하는바 그것은 Maritime Lien 法의 理念에 違背되기 때문이다. (英法 및 1967年 統一條約의 理念)

③ 同條 4號의 債權은 不法行爲의 要件을 갖춘것에 限하여 優先特權을 認定한다고 解釋한다. (美法 및 1967年 條約 4條 4號同旨)

그러므로 契約違反으로 發生한 어떠한 損害의賠償에는 優先特權을 인정할 수 없다.

④ 同條 1號의 債權中 牀船料의 債權은 統一條約이나 프랑스法에는 規定되지 아니한 것이다. 그 리므로 이것은 條約上 劣後的船舶優先特權에 該當하는 것이다.

⑤ 同條6號의 債權도 統一條約이나 프랑스法에 規定되지 아니한 債權으로 舊商法 (日商 842條 8號) 또는 그 母法인 Napoleon商法 (佛舊商 191條 8號)의 遺物에 不過하고 本國에서는 이미 廢棄한것을 우리法에 蘡生시킨 것이다 할것이다.

이것은 最後航海를 위한 裝備 燃料 食糧의 提供으로 因한 債權으로, 이 債權의 優先特權은 船舶의 發航으로 消滅하도록 되어 있다. (商 870條)

그런데 “船舶의 發航”的 解釋과 그لن規定의 實効性에 問題가 있다.

이 發航을 補給品의 提供을 받은 그 航海의 發航으로 본다면 現代海運經營의 實態로 보아 이 規定은 無意味한 것이다.

왜냐하면 어느 港에서나 船舶이 補給을 받으면 즉시 出港하는 것이 海運常例이고, 그렇다면 이 債權者는 補給品의 提供과 同時에 船舶을 押留하여야 하는바, 이런일은 實現可能性도 없고 無意味하기 때문이다.

한편 이 發航을 最後航海가 끝난 後의 새로운 航海를 위한 發航이라 보는 見解(日, 小町谷操三)가 있다. 이 見解에 따르면 最後의 航海를 終了하는 동안 이 優先特權은 存續하게되어 商法 861條 5號의 規定과 重複, 衝突하게 될뿐더러, 現代 船舶優先特權法의 理念(縮少의 理念)에 違背되어 5號規定의 債權範圍의 縮少를 위한 制限의 趨旨가 無意味하게 된다.

따라서 同條 6號規定은 法의 實効性, 理念, 法構成의 觀點에서 削除함이 마땅하다.

⑥ 優先特權의 消滅에 관하여 一年의 短期消滅時效를 規定(商 870條)하고 이 期間의 開始는一律의으로 債權의 發生時期로 하고 있다.

그리나 優先特權의 債權이 發生하는 多樣한 法律要件 (특히 不法行爲)을 考慮할 때 債權의 發生時期를 決定함에 있어서는 美法上의 懶怠(Lache)理論 또는 프랑스法의 期間의 開始 (佛, 1967年 令10條~12條) 규정 등을 參酌함이 法律關係의 衡平을 期하는 것이다 할 수 있다.

그러므로 統一條約 (1926年) 9條 2項 以下의 期間의 開始에 관한 규정은 商法 870條 1項 解釋의 補充규정이라 생각함이妥當 할 것이다.

3. 結 言

앞에서 考察한 船舶擔保權法 特히 船舶抵當法의 窮局의目標는 自國의 海運發展을 期함에 있음을 再言할 必要가 없을 것이다. 즉 船舶擔保法은 自國의 海運development을 窮局目標로 하는 私法的設備라 할 수 있다.

海運development을 위한 法的設備을 본다면 이것을 公法的設備와 私法的設備로 나누어 볼 수 있다. 公法的設備로는 海上航行의 安全을 위한 여타 行政法的設備를 비롯하여 海運 造船 貿易에 관한 嘉勵法 또는 規制法이 있으나 私法的設備로는 本稿에서 考察한 船舶抵當法과 船舶優先特權法을 指摘할 수 있다.

그런데 私法設備中 가장 重要한 船舶抵當法은 우리의 경우 매우 不備한 것임은 이미 論證되었으

리라 생각한다. 특히 우리의 經濟形便이 經濟計劃의 執行에 따라 大量의 商船을 要請하고 있고³⁾ 따라서 海上企業에 大量의 資本投下가 要請되고 있음을 알 수 있다.

더구나 우리나라 海運業의 資本構成比를 볼때⁴⁾ 自己資本 9%와 他人資本 91%의 實情임으로, 새로운 船舶의 取得 및 建造를 위하여서는 大部分 他人資本에 依存할 수 밖에 없는 것임을 指摘할 수 있다. 이러한 海運의 零細性과 他人資本 依存性을 堪案할 때, 앞으로 많은 他人資本의 投下를 助長하기 위하여서는 그 先行條件으로 이를 擔保한 私法設備가 繁要한 것임은 더 強調할 必要가 없을 것이다.

이러한 見地에서 筆者は 새로운 船舶物權法 또는 抵當法의 制定을 強力히 主張하고자 한다.



3). 1970年 現在 우리나라 外航商船保有噸數는 75萬噸이고 1981年에 우리商船의 必要量은 413萬 總噸으로 推計하고 있다.

韓國生產性本部, 海運開發을 위한 綜合對策研究, 1970, PP. 113-4.

4). 韓國船主協會, 海運經營實態資料, 1971. 5. 9

參 考 文 獻

〈韓 國 書〉

- 郭潤直, 物權法(서울:博英社, 1970)
 金顯泰, 新物權法(下)(서울:一潮閣, 1964)
 —————, 新債權法總論(서울:一潮閣, 1969)
 金曾漢·安二濬, 新債權各論(서울:博英社, 1958)
 朴觀淑, 新稿國際法(서울:法文社, 1968)
 朴元善, 새상법(下)(서울:修學社, 1969)
 徐燦玆, 商法講義(下)(서울:法文社, 1967)
 徐希源, 英美法(서울:博英社, 1968)
 孫珠瓊, 新商法(下)(서울:普文閣, 1967)
 李俊秀, 國際船員法研究, 法學博士學位請求論文, 檀國大學校 大學院, 1969
 航海科要諦編纂委員會, 航海科要諦, 韓國海洋大學 海事圖書出版部, 1969
 鄭熙喆, 新商法要論(下)(서울:博英社, 1969)
 法制處, 獨佛商事法, 法制處, 1967

〈日 本 書〉

- 石井照久, 改正商法(II)(東京:勤草書房, 1964)
 田中誠二, 海商法詳論(東京:勤草書房, 1970)
 小町谷操三, 海商法要義(上·中 1,2)(東京:勤草書房, 1939)
 —————, 海事條約の研究(東京:有斐閣, 1969)
 西島彌太郎, 海商法(新訂版)(東京:海文堂, 1967)
 鈴木竹雄, 新版商行為法, 保險法, 海商法(東京:弘文堂, 1969)
 西島彌太郎, 獨逸商法(II)(東京:有斐閣, 1956)
 鳥賀陽然良(外), 佛蘭西商法(II)(東京:有斐閣, 1957)
 日本法務省, フランス船舶私法(法務省民事局商法部會資料, 1968)
 植貝栓三, 海の慣習法(東京:良書普及會, 1943)
 原田慶吉, ローマ法(東京:有斐閣, 1965)
 高柳賢三, 英米法の基礎(東京:有斐閣, 1961)
 末延三次, 英米法の研究(東京:東京大學出版會, 1959)
 谷川久, 海事私法の構造と特異性(東京:有斐閣, 1958)
 高柳賢三(外), 英米法辭典(東京:有斐閣, 1961)
 佐波宣平, 海運理論體系(東京:有斐閣, 1949)

〈英 美 書〉

- Colinvaux, R. R., Carver: Carriage of Goods by Sea, London, 1957.
 David & Brierley, Major Legal Systems in the World Today, London, 1968.
 Friedman, W., The Changing Structure of International Law. New York, 1964.
 Gilmore and Black Jr., The Law of Admiralty, Brooklyn, 1957.
 Griffin, R., The Federal Maritime Lien Act, 37 Harvard L. Rev., 1923.
 Hebert, P. M., The Origin and Nature of Maritime Liens, 4 Tulane L. Rev., 1930.
 Holdsworth, W. S., A History of English Law. 13 Vols, London, 1922~1938.
 Kiralfy, A., The English Legal Systems, London, 1969.
 Knauth, A. W., Benedict : On Admiralty, New York, 1940.

- Laing, R., Historic Origins of Admiralty Jurisdiction in England, 45 Mich. L. Rev., 1946.
- Lord Chorley and Giles, Chorley and Tucker's Leading Cases on Mercantile Law, London 1962.
- Lord Chorley and Giles, Shipping Law, 6th ed., London, 1970.
- McGuffie, K. C., Marsden: On the Law of Collision at Sea, London, 1953.
- Morrison and Stumberg, Cases and Materials on Admiralty, Brooklyn, 1954.
- Price, G., The Law of Maritime Liens, 57 Law Quarterly Rev., 1941.
- Redmond, P. W. O., Mercantile Law, London, 1964.
- Robinson, G. H., Robinson on Admiralty, St. Paul, 1939.
- Sanborn, F. R., Origins of the Early English Maritime and Commercial Law, New York, 1930.
- Willard, H., Priorities among Maritime Liens, 16 Cornell L. Q., 1931.
- Encyclopedia of Social Science, Vol. 9. 10, New York, 1937.
- Lord and Glenn, The Foreign Ship Mortgage, 56 Yale L. J. 1947.
- Sturmy, S. G., British Shipping and World Competition, University of London, 1962.
- Gregg, E. S., Shipping Fallacies, Journal of Political Economy, Vol. 30, Chicago, 1922.

〈獨 佛 書〉

- Abraham, H. J., Das Seerecht, Berlin, 1969.
- Abraham, H. J., Die Schiffshypothek in deutschen und ausländischen Recht, Berlin, 1950.
- Fisser, F. M., Trampschiffahrt, Bremen, 1957.
- Gierke, J. von, Handelsrecht und Schifffahrtsrecht, Berlin, 1958.
- Wüstendorfer, H., Neuzeitliches Seehandelsrecht, 2 Aufl., Berlin, 1950.
- Ripert, G., Droit maritime, III, Paris, 1952.
- Huvelin, P., L'histoire du droit commercial, Paris, 1904.
- (小町谷操三譯, 東京:有斐閣, 1970)

〈論 文〉

- 徐 嫵 珊, 商事留置權一 商法上の 擔保制度, 法政, 1964. 4.
- 朴 元 善, 商事債權의 特色, 法政 1966. 4. 海事債權을 論述, 司法行政, 1964. 8.
- 孫 珠 瓊, 海上旅客運送人의 損害賠償責任, 司法行政, 1969. 8.
- 徐 廷 甲, 商事債務의 特色, 司法行政, 1969. 9.
- 鄭 熙 喆, 海上運送人の 留置權(上下), 司法行政, 1971. 3. 4.
- 裴 基 政, 商事債權에 대한 擔保制度의 特色, 司法行政, 1964. 5.
- 大 橋 光 雄, 船舶抵當法の將來, 法學論叢, 42卷 3號, (1940)5號, 43卷 2號
- 鴻 常 夫, 海法統一に關する1952年5月10日ブリュッセル三條約について, 日本海法會誌, 復刊 2號 1954.
- 萬國海法會の最近の動向, 同誌 11號, 1964.
- 製造中の船舶に關する諸權利の登記についての條約の成立について, 同誌 13號, 1968.
- 船舶有限責任統一條約と船舶先取特權抵當權統一條約との關聯性についての一考察, 海法會誌
復刊 7號, 1959.
- 英國法における海上財產のLienについて, 同誌 6號, 1958.
- ドイツ及びフランスにおける船舶先取特權制度について, 法學論叢, 63卷5號, 1961.
- ドイツ船舶抵當證券銀行法について, 海法會誌 3號, 1955.
- 獨逸新船舶物權法, 國民經濟雜誌, 71卷 1號.
- 物權債權の概念分類について, 民商法雜誌, 63卷 4號 .
- 英米法上の Constructive trustについて, 民商誌, 66卷 5號.