

# 船舶優先特權의 實行上의 問題

鄭 暎 錫\* · 李 龍 鉉\*\*

## A Study on Some Problems of Maritime Liens

Cheong Yeong-Seok\*, Lee Yong-Hyun\*\*

### I. 머 리 말

船舶優先特權의 被擔保債權의 範圍 問題가 주로 船舶優先特權者와 기타 船舶擔保權者間的 利害가 충돌하는 영역이라면 船舶優先特權의 實行에 있어서는 船舶優先特權者와 船舶所有者의 利害衝突이 두드러진다.

船舶優先特權의 實行은 船舶擔保權 一般의 實行에 속하는 問題이며 1990年 改正된 民事訴訟法 第7編 第5章에서 종래 競賣法에 規定되어 있던 擔保權의 實行을 위한 競賣를 規定하면서 몇가지 規定을 제외하고는 強制執行에 관한 規定<sup>1)</sup>이 準用되게 되었다(民事訴訟法 第729條). 우리나라 民事訴訟法은 第7編 第2章 第3節에서 第678條로부터 第688條에 걸쳐 船舶에 대한 強制執行을 規定하고 있다.<sup>2)</sup>

여기서 船舶에 대한 強制執行은 債權者가 金錢債權의 만족을 얻기 위하여 債務者 所有의 船舶에 대하여 행하는 強制執行을 말한다.

船舶에 대한 強制執行을 어떠한 方法으로 하느냐 하는 問題는 立法政策의 問題에 속하는

\* 한국해양대학교 법학부 교수, 법학박사.

\*\* 한국법률구조공단 부산지부 사무관.

- 1) 원래 船舶執行은 채권만족을 위한 債務名義의 실현절차로서 民事訴訟法 第7編 第2項 第3節의 규정에서 船舶強制執行을 의미하며 이외에 船舶擔保權 실행을 위한 任意競賣節次와 장래 강제집행의 保全을 위한 假押留도 포함된다.
- 2) 船舶은 실질은 動産이지만 그 가액이 비교적 고가이고 형태도 크며 耐久性이 강한 점 등 不動産에 유사한 면이 많아 그 權利變動에 登記와 登錄이 요구되고 抵當權의 對象이 되는 등 不動産에 준한 취급을 받는다. 歷史的으로도 船舶은 그 자체가 獨立한 海上企業의 責任主體로 되어 왔기 때문에 우리 民事訴訟法도 船舶執行에 強制執行에 관하여는 일반의 動産執行과는 달리 法院이 執行機關이 되고 不動産의 強制競賣節次와 유사한 節次에 따라 競賣節次를 진행하도록 하고 있다(民事訴訟法 第678條). 따라서 船舶執行은 強制競賣開始決定에 의하여 節次가 開始되고, 配當要求, 債權申告, 現況調査 및 評價, 競落許可決定, 配當債權者의 範圍, 配當節次 등도 모두 不動産 強制競賣節次에 準한다.

것으로서, 獨逸法과 같이 船舶의 不動產類似성을 감안하여 船舶執行을 不動產執行에 준하도록 하는 경우도 있고, 프랑스법과 같이 船舶의 移動性を 감안하여, 執行官에 의한 直接占有의 取得을 전제로 한 動產執行의 方法에 의하되 거기에 약간의 特則을 두는 立法例도 있다.

우리나라 民事訴訟法은 第678條에서 原則적으로 不動產의 強制競賣에 관한 規定에 따라 強制執行을 하도록 規定하고 있으나, 다른 한편 船舶은 移動성이 풍부하여 그 포착이 곤란한 경우가 많으므로 통상의 不動產의 執行方法으로는 實效를 거두기가 어려워 이와 並行하여 動產執行과 같은 구체적인 占有의 取得을 고려하지 않을 수 없는 것이다. 따라서 船舶執行에 있어서는 船舶의 占有確保와 執行方法上的 問題가 가장 중요한 문제로 대두된다.

民事訴訟法에서는 船舶의 執行과 관련하여 船舶國籍證書등의 受取命令(第679條의2), 船舶執行申請前의 船舶國籍證書 등의 引渡命令(第679條의3), 保證의 提供에 의한 競賣節次의 取消(第684條의2) 등을 規定하고 있다. 前2者가 船舶擔保權者의 執行의 便宜를 고려한 것이라면 後者는 船舶所有者 내지 海上企業의 利益을 고려한 것이다.

商法은 이와 같은 양쪽의 利害關係의 調停을 꾀하고 있으나 종래의 문제점이 아직 존재하고 있으며 1952年 船舶어레스트協約이나 1993年 協約의 반영 필요성이 提起되고 있다.<sup>3)</sup> 이에 船舶優先特權의 實行規定을 檢討하고 立法論을 개진하고자 한다.

## Ⅱ. 實行的 管轄 및 準據法

우리 民事訴訟法 第679條는 “船舶이 압류당시에 碇泊港을 관할하는 地方法院을 執行法院으로 한다”라고 규정하고, 涉外私法 第44條 第4號는 “海上優先特權에 의해서 擔保된 債權의 種類와 船舶에 대한 優先特權의 順位는 船籍國法에 의한다”고 規定하고 있다. 이 규정들의 의미를 살펴보면 다음과 같다.

### 1. 管轄權

#### (1) 우리나라 船舶의 管轄權 決定

登記를 요하는 총톤수 20톤 이상의 선박<sup>4)</sup> 등은 船籍港을 관할하는 地方法院 또는 地方法院支院의 登記所에 등기를 한 다음 船籍港을 관할하는 海運官廳에 비치된 船舶原簿에 등재하도록 되어 있다(船舶法 第8條, 船舶登記法 第4條).

그러나, 선박은 不動產과는 달리 특정장소에 고착되어 있는 것이 아니고 항상 여러 항구를 전전하는 것이나 우리 민사소송법은 위와 같이 규정하여 登記의 有無, 船舶國籍의 여하

3) 李均成, “改正 海商法의 問題點에 관한 研究”, 韓國海法會誌, 1993. 12, 59쪽; 鄭完溶, 앞의 “1993년 新船舶優先特權·抵當權協約의 성립과 우리 商法상의 船舶擔保制度”, 韓國海法會誌, 제 15권 제1호, 161쪽.

4) 日本民事執行法도 총톤수 20톤 이상의 선박에 대하여 선박에 대한 強制執行 規定을 적용하도록 규정하고 있다.

를 불문하고 船舶所在地主義를 취하고 있다.<sup>5)</sup> 위 管轄規定은 專屬管轄이므로(民事訴訟法 第524條), 合意管轄이나 應訴管轄이 생길 여지가 없다.

여기서 碇泊港이라 함은 港口에 碇泊하는 경우에 한정하는 趣旨이 아니고 船舶이 現在 所在하는 地를 의미하는 것으로 解釋된다.<sup>6)</sup>

따라서 船舶이 항만시설 내에 入港하고 있을 뿐만 아니라 항만 외에 假碇泊하고 있거나 좌초되어 있는 경우, 河川航行船舶이 繫留중에 있는 경우의 소재지도 포함된다. 또 독크에 修理를 위하여 들어가 있는 경우도 여기에 해당된다.<sup>7)</sup>

또한, 이와 관련하여 管轄決定의 標準時點이 되는 위 “押留당시”가 구체적으로 어느 時點을 의미하는가에 대하여 견해가 나뉘고 있다.

이에 대하여는 競賣申請시에 船舶이 法院의 管轄 내에 소재하여야 한다는 競賣申請時說, 競賣開始決定時에 船舶이 法院의 管轄 내에 소재하여야 한다는 競賣開始決定時說, 押留의 效力이 발생하는 時點(즉, 競賣開始決定의 送達 또는 監守保存處分이나 船舶國籍證書 등의 引渡執行으로 押留의 效力이 발생하는 時點)이 基準時가 된다는 押留效力發生時說 등이 있으며, 競賣開始決定時說이 日本과 韓國에서의 通說이라고 한다.<sup>8)</sup>

競賣開始決定時說은 管轄의 恒定的 측면에서 合理性이 인정될 수 있으며, 특히 日本民事 執行法은 第113條에 “船舶執行에 관하여는 強制執行開始決定時의 船舶의 所在地를 管轄 하는 지방재판소가 執行裁判所로서 管轄한다”고 規定하여 日本에서는 다른 見解가 있기 어렵다.

그러나 위 通說은 文言解釋上 및 實務上の 사유로 많은 비판을 받고 있으며 최근에는 많은 學者들과 實務家들 사이에서는 押留效力發生時說<sup>9)</sup>이 아래와 같은 이유로 많은 지지와 호응을 얻고 있다.<sup>10)</sup>

첫째, 船舶은 移動性을 가지고 있으며, 入港 후 단시일 내에 출항하는 경우가 많아 債權者의 입장에서는 船舶의 入港 전에 미리 執行決定文을 얻은 후 船舶이 入港하는 즉시 이를 執行하여야 할 필요성이 있는 경우가 많다.

둘째, 競賣開始決定은 執行이 되어야만 그 效力이 발생하므로 위 通說의 見解는 위 法規定의 文言에 충실한 해석이라고 할 수도 없다.

셋째, 押留의 效力이 발생된 이후 船舶이 그 法院管轄 내에 없음이 판명되는 경우 그 船舶의 소재지를 管轄하는 法院으로 事件을 移送하거나 節次을 取消하도록 規定한 民事訴訟法 第684條 및 第684條의3의 趣旨도 押留決定 후 押留決定의 送達時點 등에 船舶이 당해

5) 李英燮 外, “註釋強制執行法(下)”, 司法行政學會, 1983, 75쪽.

6) 法院行政處, 法院實務提要, 強制執行(下), 1993, 10쪽.

7) 鄭炳碩, “船舶競賣와 관련된 諸問題”, 人權과正義, 1992年. 12月, 70쪽.

8) 李尙遠, “船舶에 대한 強制執行에 관한 實務上問題點”, 裁判資料 第36輯, 法院行政處, 503쪽.

9) 鄭炳碩, 앞의 책, 70쪽, 이에 대해 通說은 基準時點이 불안정해질 우려가 있다고 비판하고 있다.

10) 裴炳日 “船舶의 強制執行”, 韓國海法會誌, 第16卷 第1號, 215쪽.

法院의 管轄區域 내에 있지 아니한 경우 法院決定을 執行하는 것이 不可能하다는 趣旨을 반영한 것이라 할 수 있다.

넷째, 實務上 船舶의 執行申請書에는 船舶碇泊報告書를 첨부하여 提出하도록 하고 있는 것도 管轄權調查를 위한 것일 뿐 그 提出을 요하는 法律的 根據가 없다(民事訴訟法 第681條 參照).

다섯째, 押留效力發生時說을 택하는 것이 民事訴訟規則 第170條의 2의 趣旨에도 부합하며, 船舶의 入港 전에 미리 執行決定의 申請을 허용하는 外國의 예에 비추어 보더라도 타당하다.

따라서 押留效力發生時說이 가장 타당한 것으로 생각된다.<sup>11)</sup>

### (2) 外國船舶에 대한 管轄

우리나라 民事訴訟法은 外國船舶에 대한 執行을 당연한 것으로 전제하고 있으므로 船舶所在地管轄을 인정하는 데 별다른 이론이 없을 것이다.

다만 우리나라 大法院은 當事者사이에 仲裁約定이 存在하는 경우 船舶優先特權에 기하여 바로 法院에 船舶競賣를 申請하는 것은 管轄이 없는 法院에 提起된 부적법한 것으로서 却下되어야 한다고 判示하고 있으므로 위 大法院의 입장이 변경되지 아니하는 한 船舶優先特權에 기한 船舶競賣시에는 仲裁約定의 存在여부를 반드시 확인할 필요가 있다.<sup>12)</sup>

### (3) 立法的 改善方案

日本民事執行法 第113條는 위 管轄法院에 관하여 “船舶의 所在地를 管轄하는 地方裁判所”라고 규정하여 解釋上의 의문을 해소하였으며 우리나라에서도 폐지된 舊競賣法 第38條 第1項에서 “碇泊港 또는 船舶의 所在地를 管轄하는 地方法院”이라고 規定한 바 있다.

立法論으로서 民事訴訟法 第679條의 “碇泊港”을 “船舶所在地”로 改正하는 것이 좋을 것이다. 또한, “押留當時”의 의미에 관하여 見解가 나뉘고 있으므로 최근의 實務家의 견해나 外國의 예에 비추어 民事訴訟法 第679條의 “押留當時”를 “押留의 效力發生當時”로 改正하는 것이 바람직할 것이다.

## 2. 準據法

### (1) 船籍國法主義

우리나라에서 船舶優先特權에 기하여 外國船舶에 대한 競賣를 하고자 하는 경우에 무엇보다도 優先的으로 檢討하여야 할 사항은 그 船籍國法이 競賣申請債權에 대하여 船舶優先特權을 인정하는지 여부라 할 것이다.

涉外事件의 경우 準據法이 무엇인지가 먼저 결정되어야 한다. 우리나라 涉外私法 第44

11) 丁海德, “船舶執行에 관한 研究”, 경희대학교 박사학위논문, 2000, 22-23쪽.

12) 大法院 1983. 8. 1. 82마카77 決定, 大法院 1993. 10. 5. 93마621 決定.

條 第4號는 “海上優先特權에 의해서 擔保된 債權의 種類와 船舶에 대한 優先特權의 順位는 船籍國法에 의한다”고 規定하고 있으므로 이러한 船舶優先特權의 成立 여부 및 그 順位는 船籍國法에 의하기 때문이다.

예컨대 外國船舶이 貨物을 運送하던 중 그 貨物의 손상 또는 멸실로 인하여 貨物所有者가 船舶所有者에 대하여 損害賠償債權을 취득하는 경우에, 우리나라는 이러한 債權에 船舶優先特權을 인정하지 아니하나 그 債權에 船舶優先特權이 인정되는지 여부는 그 船籍國法에 의하여 결정되므로 船籍國法의 입장에 따라서는 船舶優先特權이 인정될 수도 있는 것이다.

현행 涉外私法上 船籍國은 準據法을 지정하는 가장 중요한 연결점의 하나가 되고 있다. 船籍國의 기준이 되는 船籍港은 登錄港 또는 本籍港의 두가지 의미로 사용된다.<sup>13)</sup> 登錄港(port of registry)이란 船舶所有者가 船舶의 登記·登錄을 하고 船舶國籍證書의 교부를 받은 곳을 말한다.

우리 법상 船籍港은 시·읍·면의 명칭에 의하여 표시하되 그 시·읍·면은 船舶이 航行할 수 있는 수면에 접한 곳이어야 한다(船舶法施行令 第2條 第1項, 第2項). 한편, 船籍港은 原則적으로 그 船舶 所有者의 주소지로 정하되, 船舶所有者가 國內에 주소가 없거나 船舶 所有者의 주소지가 船舶이 항행할 수 있는 수면에 접한 시·읍·면이 아닌 경우, 기타 부득이한 경우에는 住所地 이외의 곳을 船籍港으로 정할 수 있다(船舶法施行令 第2條 第3項). 이러한 의미의 船籍港은 행정감독의 편의를 위한 것으로 民事訴訟法의 管轄의 기준이 된다(民事訴訟法 第11條). 이에 대하여 本籍港(homeport)은 船舶이 상시 발항 또는 귀항하는 航海基地로서 기업경영의 중심이 되는 港을 말하나<sup>14)</sup> 船籍港의 개념과는 구별된다.

涉外私法 第44條에서의 船籍國法이란 船舶所有者의 국적을 표준으로 船舶의 국적을 정하는 우리 船舶法의 입장에 비추어 볼 때 登錄港所在國의 法을 뜻하는 것으로 解釋하는 것이 타당할 것이다.<sup>15)</sup>

船舶이 2重國籍을 가진 경우에 어떻게 볼 것인가가 問題되나, 이 경우에도 자연인의 國籍衝突과 마찬가지로, 旗國國籍이 優先하고 最後에 취득한 國籍이 優先하도록 하되(內國國籍優先主義와 新國籍優先主義), 外國國籍을 同時取得한 경우 등은 그 船舶이 더욱 밀접한 관련성을 가진 國家의 法이 適用되는 것으로 해석하는 것이 타당할 것으로 본다.<sup>16)</sup>

## (2) 準據法의 決定問題

涉外私法 第44條 第4號에서 規定한 사항 이외의 船舶優先特權에 관한 사항은 어느 법에

13) 鄭炳碩, 앞의 論文, 56쪽.

14) 이순동, “船舶의 所有權”, 裁判資料 第52輯 海商·保險法에 관한 諸問題(上), 法院行政處, 37쪽.

15) 李好廷, 國際私法, 經文社, 1989, 291쪽.

16) 涉外私法 第2條는 自然人的 二重國籍에 대하여 新國籍優先主義 및 內國籍優先主義의 原則을 규정하고 있다.



의할 것인가가 문제된다.

節次法은 法廷地法에 따르(“lex fori” rule)는 것이 國際적으로 확립된 法原則이므로 外國 船舶을 대상으로 하더라도 그 일반적인 執行節次에 대하여는 法廷地法인 우리나라 法을 適用하여야 할 것이다.<sup>17)</sup>

한편, 實體法에 관한 것은 船舶優先特權의 성립여부와 그 順位問題를 제외하고는 涉外私法의 一般原則에 따라 當事者가 지정한 國家의 法(當事者 自治主義), 行爲地法(契約의 경우), 不法行爲地法(不法行爲債權의 경우) 등이 準據法이 되는 것으로 解釋하여야 할 것으로 본다.

先進國法이라 하여 債權發生과 항상 밀접한 관련이 있는 것은 아니며 특히 便宜置籍의 경우는 무조건 船籍國法을 適用하여야 할 合理的 根據를 찾기 어렵고 法文上으로도 船籍國法이 適用되는 경우를 被擔保債權의 種類와 順位로 한정하고 있기 때문이다.

準據法의 선택과 관련하여 節次는 法廷地法에 따르므로 準據法의 선택의 問題는 주로 實體法에 대하여 논의되게 되는데, 실제로는 무엇이 實體法이고 무엇이 節次法인지 반드시 명확하지 아니한 경우가 많고 나라마다 학자마다 견해가 일치하지 아니한다.<sup>18)</sup> 實體法과 節次法을 구별함에 있어서는 그 판단기준에 있어 (i) 實質法을 기준으로 하여야 한다는 立場, (ii) 比較法의 方法으로 決定하여야 한다는 立場, (iii) 實質法을 기준으로 涉外私法 자체의 관점에서 판단하여야 한다는 立場 등이 있으나, 구체적인 경우에 그 限界를 정하는 것은 쉽지 않다.

英美法系國家와 大陸法系國家, 기독교권과 회교권, 유교권 등 국가마다 法體系 및 法概念에 있어 많은 차이가 있기 때문에 어느 나라에서 實體法으로 다루어지고 있는 개념이 다른 나라에서는 節次法으로 다루어지고 있거나(體系의 相異), 아예 그러한 問題가 存在하지 않는 등(體系의 欠缺)의 問題가 발생한다. 예컨대, 消滅時效制度의 경우 英美法에서는 節次法으로 이해되고 있으나 독일·프랑스 등에서는 實體法으로 이해되고 있다.<sup>19)</sup>

우리나라에서도 訴訟促進 등에 관한 特例法에 따라 金錢債務의 履行을 명하는 判決을 선고하는 경우 債務者가 그 履行義務의 存否나 範圍에 관하여 다투는 것이 타당하지 아니한 경우 연2할 5분의 비율에 의한 遲延損害金을 명하도록 되어 있는 바, 이것이 節次法인지 여부가 문제된다. 이에 대하여 節次法이라는 見解가 있으나,<sup>20)</sup> 우리나라 大法院은 實體法이라는 입장에서 判決하고 있다.<sup>21)</sup>

17) 丁海德, 앞의 論文, 131쪽.

18) Tetley, *Maritime Liens and Claims*, International Shipping Publication, 1985, p. 523-532.

19) 鄭炳碩, 앞의 論文, 57-58쪽.

20) 석광현, “外換許可를 받지 아니한 國際保證과 관련한 國際私法上의 問題點”, 法曹, 1994年 12月, 168-169쪽.

21) 大法院 1997. 5. 9. 宣告, 95다3485 判決.

### (3) 立法的 改善方案

立法論上으로는 船舶優先特權의 種類와 順位에 관한 準據法을 法廷地法(lex fori)에 의하는 것이 타당하다고 생각한다. 便宜置籍의 경우 그 船舶이 船籍國과 밀접한 관련이 있다고 할 수도 없고 抵當權과는 달리 船籍國法에 의하더라도 公示되지 아니하기 때문이다.<sup>22)</sup>

또한, 船舶修理 등을 의뢰하는 船舶所有者나 船舶修理業者의 입장에서는 수리를 행하는 場所의 法에 의하여 優先特權이 되는지 여부에 관하여 결정할 것을 당연한 것으로 인식하고 船舶修理를 의뢰하고 또 이를 행하는 경향이 있으며, 많은 선박들이 세무나 행정 등의 편의를 위하여 자신소유의 船舶들을 便宜置籍하여 船籍國과 實際所有國과는 상당한 乖離가 있는 현실 등을 감안하면 法廷地法에 의하여 優先特權의 成立與否를 판단하는 것이 보다 合理的인 것이기 때문이다.<sup>23)</sup>

英國을 포함한 많은 나라에서도 船舶優先特權의 成立與否나 順位는 法廷地法에 의한다. 英國의 경우 法廷地法主義에 입각하여 船舶優先特權을 英國法에 따라 인정여부를 決定하며, 캐나다도 抵當權과 船舶優先特權의 順位關係에 관하여 法廷地法에 따라 決定하고 있다.<sup>24)</sup>

## Ⅲ. 債權者의 執行便宜를 위한 制度

### 1. 碇泊命令

民事訴訟法 第680條 第1項은 “船舶은 執行節次 중 押留港에 碇泊하게 하여야 한다”라고 規定하고 있고 이는 船舶假押留節次에도 準用되므로 法院이 船舶假押留 決定이나 競賣開始決定을 하는 경우 碇泊命令도 함께 발하게 된다.<sup>25)</sup>

船舶은 不動產競賣의 경우와는 달리 移動性이 있으므로 債務者에게 그 利用과 管理를 맡기게 되면 즉시 출항해 버려 執行이 不可能해질 우려가 있으므로 押留된 船舶의 占有를 확보하고 그 航行으로 인한 損傷을 방지하기 위하여 인정된 것이다.

碇泊命令의 法的 性質에 관하여 두 가지 見解가 있다.

第1說은 船舶押留의 效果로써 債務者는 船舶을 押留港에 碇泊시킬 義務를 負擔하고 있으므로 碇泊命令은 이러한 碇泊義務를 確認的으로 宣言한 것에 불과하고<sup>26)</sup> 따라서 碇泊命令은 독립하여 債務名義로 될 수 없고 執行法院의 執行官에 대한 職務命令(執行處分)도 아니라고 한다.<sup>27)</sup>

22) 徐英華, “外國船舶의 執行에 있어서의 問題點”, 船舶執行의 諸問題, 釜山地方法院, 1999, 181쪽.

23) 俞奇濬, “各國의 船舶優先特權”, 船舶執行의 諸問題, 釜山地方法院, 1999, 158쪽.

24) 丁海德, 앞의 論文, 133쪽.

25) 裴炳日, 船舶의 強制執行, 韓國海法會誌, 1994.12., 202쪽.

26) 南基正, 實務強制執行, 法律文化史, 1991, 367쪽.

27) 法院實務提要, 強制執行(下), 27쪽.

이에 대하여 第2說은 碇泊命令을 執行官에 대한 職務命令(執行處分)으로 보아 債權者는 碇泊命令正本을 발부받아 執行官에 대하여 碇泊을 위한 執行의 申請을 할 수 있다고 한다. 이에 의하면 執行의 申請을 받은 執行官은 押留된 船舶의 출항을 事實行爲로서 저지하기 위하여 조타실에의 出入禁止, 조타장치의 封印, 船舶國籍證書 기타 航海에 필요한 文書의 占有 등의 조치를 취할 수 있다고 한다.<sup>28)</sup>

생각건대, 積極的인 執行處分으로서의 뒤에서 보는 바와 같이 監守保存命令이 있고 碇泊命令이 그러한 執行까지는 예정하고 있다고는 보여지지 아니하므로 이를 債務名義나 執行處分으로 보기는 어렵고 단순히 碇泊義務를 確認的으로 선언한 것으로 보는 第1說이 타당하다.

碇泊命令의 效力은 債務者에 대한 (假)押留의 效力이 발생한 때부터 消滅에 이르기까지, 즉 船舶競賣의 경우는 競落人이 대금을 완납하고 法院이 押留의 登記를 말소하는 등 광의의 換價節次가 종료할 때까지 존속한다. 그러나 碇泊命令은 債務者가 船舶을 출항시키는 것을 금하는데 그치므로, 債務者나 그 가족들이 船舶을 점유하는 것은 무방하다.

債務者가 碇泊義務에 위반하여 船舶을 출항시킨 경우에는 債務者가 任意로 귀환하거나 押留債權者가 船舶을 회항시키지 않는 한, 競賣節次는 執行不能으로 取消될 수밖에 없을 것이다.

## 2. 船舶國籍證書등의 受取命令

船舶假押留나 競賣에 있어서는 그 節次가 계속 중인 한, 船舶을 일정한 場所에 碇泊시켜 둘 필요가 있다. 民事訴訟法은 船舶의 점유를 監守保存人에게 이전하는 監守保存命令制度를 두고 있으나, 그것은 費用이 많이 소요되어 債權者에게 불필요한 負擔을 주어 반드시 적당한 方法이라고 할 수 없다.

따라서 民事訴訟法은 監守保存制度 외에 船舶國籍證書등의 受取命令制度를 신설하여 執行官에게 職務命令으로서 船舶의 碇泊을 확보하도록 하였다(民事訴訟法 第679條의 2).<sup>29)</sup>

船舶은 船舶國籍證書 기타의 文書를 船內에 비치하지 않으면 法律上 航行할 수 없으므로(船舶法 第10條), 船舶의 碇泊을 확보하여 押留의 實效性을 뒷받침하기 위하여는 船舶으로부터 이러한 文書를 受取하는 것이 가장 간편하고 효과적이며 押留債權者에게 과다한 負擔을 지우지 않는 적절한 方法이 되는 것이다.<sup>30)</sup> 위 受取命令은 船舶假押留와 競賣에 모두 適用되는 制度이다.

受取命令의 對象이 되는 文書는 船舶國籍證書 기타 船舶의 航行을 위하여 필요한 文書이다.

28) 李尙遠, “船舶에 대한 強制執行에 관한 實務上 問題點”, 裁判資料, 제36집, 法院行政處, 510쪽.

29) 앞의 法院實務提要, 強制執行(下), 25쪽.

30) 宋相現·金炫, 海商法原論, 博英社, 1993, 586쪽.



“船舶의 航行을 위하여 필요한 文書”란 船舶이 航行하기 위하여 法律上 구비하여 船內에 備置 또는 提示하여야 하는 文書로서 다음의 문서가 이에 해당한다.

- ① 船舶國籍證書 : 선박국적증서는 船舶의 所有者가 船舶의 登記를 한 후 海洋水産官廳에 船舶의 登錄을 申請하면 海關청이 이를 船舶原簿에 登錄하고 나서 申請人에게 교부하는 文書이다(船舶法 第8條). 船舶國籍證書의 선내비치의무는 船長이 負擔한다(船員法 第20條).
- ② 기타 航行에 필요한 文書로는, 乘務員名簿, 航海日誌, 旅客名簿, 貨物에 관한 書類 등(船員法 第20條)과 船舶檢査證書(船舶安全法 第9條), 또는 假船舶國籍證書(船舶法 第9條) 등이 있다.

法文上으로는 “船長으로부터 受取하여”라고 되어 있으나 船長은 통상 船舶을 占有하고 있으므로 그러한 표현을 사용한 것에 불과하여 受取命令의 相對方을 船長으로 국한할 것은 아니며<sup>31)</sup>, 債務者 또는 所有者가 船舶을 占有하고 있는 때는 受取命令에 의하여 이러한 자로부터 船舶國籍證書 등을 受取할 수 있을 것이다. 특히 擔保權에 기한 船舶任意競賣의 경우는 船舶이 裸備船이 되는 등 債務者 또는 所有者 이외의 자에 의하여 占有되어 있더라도, 占有者의 占有權은 競賣申請債權者에게 대항할 수 없는 한 占有者로부터 船舶國籍證書 등을 受取할 수 있다고 解釋한다. 그러나, 船舶에 대한 強制競賣는 債務名義에 기한 對人 執行이고 그 執行力은 原則으로 債務名義에 표시된 債務者에만 미치므로 船舶이 債務者 이외의 第3者에 의하여 占有되어 있는 경우는 船舶國籍證書 등을 受取할 수 없다고 解釋하여야 할 것이다.<sup>32)</sup>

受取命令의 相對方은 申請債權者에게 대항할 수 있는 權原을 가지지 않은 船舶의 占有者이어야 한다. 申請債權者에 대항할 수 있는 權原을 가진 占有者에는 留置權者 또는 船舶競賣가 抵當權에 기한 것인 때에는 抵當權의 設定登記 전에 賃借權設定登記를 마친 賃借權者 등이 해당된다.

船舶의 占有者의 占有權이 申請債權者에게 대항할 수 없다는 것은 申請에 있어서 申請債權者가 疎明하여야 한다.

受取命令은 競賣開始決定 또는 假押留決定과 동시에 當事者의 申請 없이도 職權으로 發하여야 한다.

受取命令은 執行官에 대한 職務命令(執行處分)이며, 執行官이 文書를 受取한 때에도 押留의 效力이 생긴다(民事訴訟規則 第167條의2).

舊民事訴訟法下에서는 船舶監守保存處分이 船舶抑留를 위한 유일한 制度였으나 위 受取制度가 新設된 現행법하에서는 이것이 선박억류를 위한 原則的 方法이 되었고 監守保存處分은 오히려 부차적인 것이 되었다.

31) 安連孝, “船舶國籍證書 등의 受取執行과 그 問題點”, 釜山地方法院, 1999.

32) 洪光植, “船舶債權의 擔保와 實行”, 裁判資料 第52輯.

受取命令과 監守保存處分이 병존하는 현행법하에서는 監守保存은 선박에 대한 억류, 즉 사실상의 지배의 설정이라는 측면보다는 오히려 설정된 事實上의 支配의 維持, 즉 保管이라는 측면의 기능을 가진다고 할 것이다.<sup>33)</sup>

受取命令의 執行은 이를 命받은 집행관이 문서 등을 수취하여 법원에 제출하고 이를 船籍港을 관할하는 해운관청의 장에게 通知함으로써 한다(民事訴訟法 第679條의2). 그러나, 해운관청에 대한 위 통지는 외국선박의 경우에는 적용되지 아니한다. 만일 競賣開始決定 후 2월이 경과하기까지 집행관이 船舶國籍證書등을 수취하지 못하고 선박의 소재가 분명하지 아니하면 法院은 競賣節次를 取消할 수 있다(民事訴訟規則 第170條의2).

船舶競賣의 執行法院은 선박소재지를 관할하는 법원이므로 선박은 압류당시에 집행법원의 管轄區域內에 있어야 한다.

그러나 채권자로서는 사전에 선박의 정확한 일정을 알 수 없고 신속히 입출항하는 경우가 많아 선박이 특정한 항구에 입항한 후에 선박경매를 신청하면 집행이전에 출항해버려 집행이 불가능하여질 가능성이 높다. 이러한 문제는 항만의 하역설비의 혁신 및 콘테이너 화물의 증가 등에 따라 더욱 현저하게 된다.<sup>34)</sup>

따라서 民事訴訟法 第 679條의3에서는 保全處分으로서 船舶競賣申請前의 船舶國籍證書의 受取命令制度를 신설하여 일정한 경우 채권자가 법원으로부터 미리 保全的 受取命令을 받아 선박의 입항을 기다려 바로 船舶國籍證書를 수취할 수 있도록 하였다. 이 명령의 관할법원은 船籍所在地를 관할하는 법원<sup>35)</sup>을 원칙으로 하고, 급박한 경우에는 선박의 소재지를 관할하는 지방법원도 명령을 할 수 있다.

따라서, 현행법 해석상 외국선박이 국내에 입항하기 전에는 船舶押留나 假押留가 불가능한 것으로 해석한다고 하더라도 위 受取命令을 얻을 수 있을 것이다.<sup>36)</sup>

船舶國籍證書등의 受取執行의 수취율은 船舶所有者 또는 선장 등의 제출거부로 인하여 극히 저조하여 20%를 넘지 못하고 있다고 한다. 수취율제고를 위하여 國籍證書 등의 불제출의 경우에는 채무자에게 고액의 과태료를 부과하거나 이를 처벌하는 규정을 두는 등 보다 강력하고 實效性있는 立法的 措置가 강구되어야 할 것이다.<sup>37)</sup>

### 3. 監守 · 保存命令

民事訴訟法 第682條 第1項은 “法院은 債權者의 申請에 의하여 船舶의 監守와 保存에 필

33) 安連孝, 앞의 論文, 51쪽.

34) 洪光植, 앞의 論文, 719쪽.

35) 선적이 없는 때에는 民事訴訟規則 第168條의4에 의하여 서울민사지방법원, 인천지방법원, 부산지방법원, 춘천지방법원 강릉지원, 광주지방법원 목포지원 및 전주지방법원 군산지원이 관할법원이 된다.

36) 그러나 이 경우에는 5일 이내에 執行申請을 한 사실을 증명하여야 하며(民事訴訟法 第679條의3 第2項), 實務上 이러한 保全的 受取命令은 거의 전무하다; 安連孝, 앞의 論文, 62-63쪽.

37) 安連孝, 위의 論文, 64쪽.

요한 處分을 할 수 있다”고 규정한다.

위 규정의 입법취지는 假押留 또는 競賣 중인 선박이 碇泊命令에 위반하여 출항해버리는 등의 사태를 막겠다는 것이므로 위 監守·保存處分은 船舶執行의 부수처분으로서 일종의 執行保全節次라 할 수 있다.<sup>38)</sup>

實務上 監守保存命令은 일괄하여 신청되고 일괄하여 발령되는 것이 보통이나, 監守와 保存은 그 내용이 다르다. “監守”라 함은 선박과 그 속구의 소재의 변동을 방지하기 위한 조치이고, “保存”은 선박과 그 속구의 효용가치를 유지하기 위한 조치이다. 따라서 監守處分으로서는 성질상 監守人이 직접 그 선박과 속구를 점유할 필요가 있으나, 保存處分에 있어서는 반드시 保存人에 의한 점유를 필요로 하지 않는다.<sup>39)</sup>

실무상으로는 執行官이 監守保存人으로 선임되는 경우가 많아서 법원으로는 구체적인 조치를 명함이 없이 “별지목록 기재 船舶의 監守 및 保存을 명한다”라거나 債務者의 “별지목록 기재 船舶에 대한 占有를 풀고 채권자가 위임하는 당원소속 執行官에게 그 保管을 명한다”라는 문구를 사용하고 있다.<sup>40)</sup>

監守保存命令<sup>41)</sup>은 그 자체로서는 觀念的 執行이지만 그 결정에 기하여 현실로 事實的 執行行爲가 필요하다. 監守保存命令은 強制執行의 부수처분으로서 확정을 요하지 않고 즉시 집행할 수 있는 재판이다.

그 사실적 집행(특히 船舶의 占有移轉)은 직접 監守人이 할 수 있는가 그렇지 않으면 引渡執行에 관한 일반원칙에 따라 監守保存命令에 기하여 채권자가 집행관에 대하여 執行申請(委任)을 하여야 하는가에 대하여 의문이 있다.

監守人은 독립한 집행기관이 아니고 執行法院의 命令에 의하여 執行을 補助하는 者에 불과하므로 스스로 強制的으로 船舶의 占有를 취득할 수는 없다. 따라서 監守人이 임의로 선박의 인도를 받지 못하는 한 債權者 또는 監守人은 집행관에게 위임하여 인도집행을 하여야 할 것이다. 다만 집행관이 監守人으로 선임된 경우에는 그 監守人이 다른 집행관에게 집행위임을 하는 것은 이상하므로 債權者의 申請에 의하여 監守人 스스로 引渡執行을 할 수 있다.

監守人은 監守命令을 집행하기 위하여 船舶國籍證書의 직접보관, 조타장치의 봉인, 엔진 열쇠의 보관 등의 조치를 취할 수 있고, 保存人은 반드시 압류선박의 점유이전을 받을 필요는 없으나, 예컨대 폭풍우 등의 사고로 손상된 선체·속구 등을 수리하는 처분을 할 수 있고, 그 처분의 필요 여부를 정하기 위하여 보조인을 정기적으로 선임하여 선박과 속구의 현황을 검사할 수 있다.<sup>42)</sup>

38) 앞의 法院實務提要, 強制執行(下), 37-38쪽.

39) 李尙遠, 앞의 論文, 513쪽.

40) 앞의 法院實務提要, 強制執行(下), 37쪽.

41) 위의 法院實務提要, 強制執行(下), 39쪽.

42) 鄭德煥, “船舶監守·保存執行에 있어서의 實務上 問題點”, 船舶執行의 諸問題, 釜山地方法院, 1999, 65-86쪽.

監守保存命令을 신청할 수 있는 시기는 경매 또는 가압류신청과 동시에, 또는 그 이후이다. 감수보존명령은 경매신청이 있음을 전제로 하므로, 그 신청이 없이 감수보존명령을 신청하는 것은 허용되지 아니하고, 또 경매신청 후 競落許可決定이 선고된 이후에는 감수보존명령을 발할 수 없다.

경매신청 후 그 開始決定의 발령 전에 監守保存命令만을 발령할 수 있는가? 民事訴訟法 第682條 第2項이 감수보존명령의 집행은 한 때에는 競賣開始決定의 송달전이라도 그 때에 압류의 효력이 생긴다는 취지로 규정한 점에 미루어 볼 때 입법자의 의도는 開始決定 전에 발하는 것을 예상한 것이 아니라 하여 이를 부정하는 見解가 있었다.<sup>43)</sup> 그러나 경매개시결정 전후를 막론하고 감수보존명령을 발령할 수 있다고 보아야 하며, 民事訴訟規則도 이를 규정하고 있다(同規則 第169條). 왜냐하면 船舶에 대한 변동의 우려, 감수 등의 필요는 경매개시결정 전후를 묻지 않고 생기는 것이기 때문이다.<sup>44)</sup>

監守保存命令은 실제상 동시에 병합하여 발령되기 때문에<sup>45)</sup> 실질적으로는 항상 선박의 占有移轉이 따르게 된다.

이러한 점유의 이전은 押留의 執行과 동일시되므로 民事訴訟法 第682條 第2項은 開始決定의 송달전이라도 監守保全處分의 집행으로 압류의 효력이 생긴다고 규정한다. 이러한 監守保存處分의 효력은 競落許可決定의 確定時까지 유지된다.<sup>46)</sup>

한편, 위 法 第682條 第3項은 監守保存處分을 속행하기 위해 필요한 비용을 채권자가 예납하지 아니한 때에는 법원은 이를 취소할 수 있다고 규정한다. 監守保存人은 집행법원의 보조기관으로서 그 직무를 집행하는 것이므로 채권자는 신청전에 미리 필요한 비용을 예납하여야 하며, 또 이 감수보존처분은 채권자의 신청에 의한 競賣開始決定에 부수하는 처분이어서, 執行處分을 수반하지 않는 監守保存命令은 존치할 이유가 없으므로 채권자가 執行費用을 예납하지 않을 때에는 집행법원은 監守保存命令을 취소할 수 있게 한 것이다.

선박이 監守命令에 위반하여 출항해버린 경우 그 소재를 알 수 있으면 회항시켜 다시 억류할 수 있으나 소재불명이거나 우리나라의 재판권이 미칠 수 없는 곳으로 가버린 경우에는 선박의 멸실로 보아 執行不能으로 競賣節次를 取消하여야 할 것이다.<sup>47)</sup>

碇泊命令이 押留의 實效를 충분히 거둘 수 없기 때문에 채권자는 경매신청(또는 가압류신청)과 더불어 監守保存命令申請을 하는 예가 많고 이 때문에 막대한 비용의 지출을 피할 수가 없다. 이러한 점을 고려하여, 日本民事執行法에서는 집행관이 채무자로부터 船舶國籍證書 등을 취득하도록 하고 있는 이외에 더 나아가 필요하다고 인정되는 경우에는 押留債權者의 신청에 의하여 強制競賣開始決定이 된 선박에 대하여 保管人을 선임할 수 있도록

43) 앞의 註釋強制執行法(下), 95쪽.

44) 法院實務提要, 強制執行(下), 38쪽

45) 喪炳日, “船舶의 強制執行”, 韓國海法會誌, 제16권 제1호, 205쪽.

46) 南基正, 實務強制執行法, 제1권, 육법사, 1989, 369쪽.

47) 앞의 註釋強制執行法(下), 96-96쪽.

록 하고 있으므로, 立法論上 참고하여야 할 것이다.<sup>48)</sup>

#### Ⅳ. 船舶所有者的 利益을 고려한 制度

##### 1. 일 반

채무자나 선박소유자가 船舶競賣開始決定에 대하여 불복하고자 하는 경우에는 擔保權의 不存在 또는 消滅 등의 사유를 들어 경매개시결정에 대한 異議申請을 하거나 擔保權 또는 債務不存在의 確認 또는 擔保權抹消 등을 위한 本案訴訟을 제기 할 수 있다.

한편 압류된 선박이 第3者 소유라면 그 第3者는 채권자에 대하여 第3者異議訴訟을提起 할 수 있을 것이다(民事訴訟法 第508條).<sup>49)</sup>

그러나, 이러한 異議申請이나 訴訟이 船舶競賣節次에 대한 執行停止의 效力이 있는 것은 아니므로 선박의 출항은 여전히 금지되며, 이의를 하더라도 이에 대한 審問節次를 하는 것이 보통이므로 장기간의 審問 또는 訴訟節次를 통하여 위 異議申請事件이나 본안소송에서 승소하지 않는 한 선박의 압류상태는 계속된다.

그러므로 船舶所有者로서는 위에서 본 선박경매에 대한 불복방법들이 선박을 즉시 압류로부터 해방시켜 주지는 아니하므로 많은 경우에 채권자와 합의 또는 절충을 시도하게 되며, 특히 채권액에 다름이 많은 선박우선특권에 기한 선박경매의 경우에는 채권자가 장래의 소송이나 중재 또는 합의에 의하여 船舶所有者가 부담하게 될 채무를 보증한다는 취지의 船主相互保險組合(P&I Club)의 保證書(letter of undertaking)를 징구한 후 경매를 취하하여 선박을 출항하도록 하는 일이 허다하다. 그러나 채권자가 이에 동의하지 아니하면 현행법상 보증서 등에 의한 船舶解放이 허용되지 아니하므로 현금공탁을 할 수밖에 없다. 보증서 등에 의한 船舶執行의 해방이 인정되지 아니하는 현실에서 법의 개정전이라도 채권자와 채무자의 利害調停을 위하여 이러한 보증서 징구관행을 적극 권장하고 활용하는 방안을 마련하여야 할 것이다.<sup>50)</sup>

船舶所有者가 채권자와의 협상에 실패하거나 競賣開始決定에 대한 異議 또는 本案訴訟의 結果를 기다릴 수 없다면, 현행법상 선박경매로부터 해방되기 위하여는 航行許可申請을 하거나 保證의 提供에 의한 競賣節次取消制度를 활용할 수밖에 없다. 그러나, 航行許可는 주요한 利害關係人들의 同意를 요건으로 하며, 保證의 提供에 의한 競賣取消는 執行費用 및 請求債權 금액의 現金供託을 요건으로 하고 있어 船舶所有者에게 지나치게 불리하다 할 수 있다. 그러므로 保證書의 提出에 의한 競賣節次的 取消가 가능하도록 현금공탁요건에 대한 시급한 법개정이 요망된다고 할 것이다.

48) 李尙遠, 앞의 論文, 516쪽.

49) 앞의 法院實務提要, 強制執行(下), 27-31쪽, 47-51쪽.

50) 丁海德, 앞의 論文, 34-35쪽.



## 2. 航行許可

民事訴訟法 第680條 第2項은 “法院은 營業上의 필요 기타 상당한 理由가 있다고 인정한 때에는 債務者의 申請에 의하여 船舶의 航行을 許可할 수 있다”고 규정하고 있다.

선박은 출항이 금지되면 막대한 손해를 입게 되므로 일정한 요건하에 碇泊命을 해제하여 항행을 허가하기로 한 것으로서 船舶假押留와 船舶競賣에 모두 適用되는 제도이다.

항행허가의 요건은 다음과 같다.

첫째, 債務者의 申請이 있어야 한다. 執行法院이 航行許可의 決定을 하기 위하여는 債務者의 申請이 있어야 하며, 執行法院이 職權으로 航行許可決定을 하지는 못한다. 다른 利害關係人은 申請權이 없다. 둘째, 營業上의 必要 기타 相當한 理由가 있어야 한다.<sup>51)</sup> 이는 선박의 이용과 집행절차의 속행을 比較衡量하여 이용을 허가하는 것이 타당하다고 인정되는 경우를 의미한다. 그러나, 실제로 航行許可를 위하여는 뒤에 보는 바와 같이 주요한 利害關係人의 同意를 요구하고 있으므로, 위 요건을 지나치게 엄격하게 解釋할 필요는 없다. 셋째, 主要한 利害關係人의 同意가 있어야 한다. 즉, 債權者, 最高價買受申告人, 次順位買受申告人 및 競落人의 동의를 있어야 한다. 여기서의 채권자에는 競賣를 申請한 債權者 이외에 配當要求債權者도 포함되나, 배당요구를 하지 않은 담보권자가 포함되는가에 관하여는 이를 부정하는 견해와 등기를 마친 선박저당권자는 포함된다는 견해가 대립한다.<sup>52)</sup>

航行許可에 利害關係人들의 동의를 얻는다는 것은 현실적으로는 매우 어려운 일이므로 위 제도가 이용되는 예는 거의 없다.<sup>53)</sup>

선박의 압류에 의하여 채무자가 입는 불이익과 執行債權者가 압류를 계속할 필요성을 比較衡量하여 그 양자의 이익이 조화되도록 압류선박의 항행을 허가할 필요가 생기나, 위 요건을 엄격하게 해석하지 않을 수 없는 것은 항행후 귀환하지 아니하면 航行許可는 실질적으로 선박집행의 불능으로 인한 節次의 取消를 의미하게 되기 때문이다.<sup>54)</sup>

또 航行許可決定에는 선박의 목적, 항로, 기간, 귀항할 항구 등을 구체적으로 명시해야 한다. 항로에 관하여는 “○○항과 ○○항 사이의 항행”과 같이 출발항과 목적항을 특정하여야 하고, 기간은 구체적으로 “○월○일부터 ○월○일까지”라고 특정하여야 한다. 귀항하여야 할 항구는 원칙적으로 航行許可時의 碇泊港이 될 것이나, 그밖에 집행법원의 관할 구역 내에 있는 다른 항구라도 무방하다.

항행의 결과 선박의 멸실훼손, 불귀항과 같은 사태가 발생하였을 때의 불이익은 이해관계인 전원에게 돌아간다. 그러나 항행의 결과 채무자가 수익을 얻더라도 그 수익에는 압류의 효력이 미치지 아니하므로 채권자가 위 수익에서 채권의 만족을 얻으려면 다시 이를 압류하

51) 앞의 法院實務提要, 強制執行(下), 28쪽.

52) 앞의 法院實務提要, 강제집행(下), 28쪽.

53) 李尙遠, 앞의 論文, 512-512쪽.

54) 李英燮 外, 앞의 註釋強制執行法(下), 86쪽.

는 조치를 취하여야 한다.<sup>55)</sup>

## 2. 保證의 提供에 의한 競賣節次의 取消

일본은 1980년 10월 1일 民事執行法의 시행에 의하여 保證의 提供에 의하여 競賣節次를 取消하고 船舶의 發航을 可能하게 하는 制度를 도입하였다.<sup>56)</sup>

여기서 그 保證은 채권전액 및 집행비용을 충족할 수 있는 금액이 되어야 하므로 선박집행의 代替物을 현금으로 제공함으로써 압류를 해제하는 가압류의 해방공탁과 유사한 제도라 하겠다.<sup>57)</sup> 따라서 위 제도는 船舶假押留에는 적용되지 않고 船舶競賣에만 적용되는 제도이다.

우리나라도 1990년 1월 13일 民事訴訟法을 개정하여 위 日本民事執行法上の 제도를 도입하고 民事訴訟法 第684條의2에 保證의 提供에 의한 船舶強制競賣節次의 取消에 관한 조항을 신설하였다.<sup>58)</sup> 위 제도는 保證의 提供에 의한 押留의 取消에 의하여 執行의 目的을 선박으로부터 채무자가 제공한 보증으로 이행함으로써 押留債權者 및 配當要求債權者는 배당받을 권리를 유지하고 채무자는 압류를 해제하여 선박을 출항시킬 수 있도록 한 것이다.

일반적인 방법으로서 채무자는 船舶優先特權있는 채무에 대한 不存在確認의 訴 또는 競賣開始決定에 대한 異議를 제기하면서 執行의 一時停止를 명하는 假處分을 받은 후 保證을 提供하고 경매절차를 취소하게 된다. 즉, 執行停止決定을 얻기 위한 訴 또는 異議申請을 하고 다시 保證의 提供에 의한 競賣節次取消申請을 하는 2단계 조치를 거쳐야 하는 것이다.

그 요건은 다음과 같다.

첫째, 民事訴訟法 第510條 2號 내지 4號의 書類提出: 民事訴訟法 第510條에서는 強制執行의 一時停止를 명한 취지를 기재한 裁判의 正本, 執行을 면하기 위하여 擔保를 提供한 證明書類, 執行할 判決 후에 債權者가 辨濟를 받았거나 義務履行의 猶豫를 승낙한 취지를 기재한 證書(同法 510條 2號, 3號, 4號) 등이 제출된 경우 강제집행을 정지하거나 제한하도록 규정하고 있다.

第2號의 강제집행의 일시정지를 명하는 재판<sup>59)</sup>은 중국적인 정지를 얻기까지의 응급처분으로서 民事訴訟法 第418條, 第473條, 第484條 第2項, 第504條 第2項, 第507條 第2項, 第508條, 第509條 第2項, 第526條 第2項, 第533條 第3項 등의 假處分이 이에 해당될 것이다.

55) 李尙遠, 앞의 論文, 512쪽.

56) 日本民事執行法 第117條.

57) 法院行政處, 앞의 法院實務提要, 強制執行(下), 49쪽.

58) 위 제도가 도입되기 전에는 실무상 채무자는 압류된 선박을 출항시키기 위해 債務不存在確認 등의 本案訴訟를 제기하고 民事訴訟法 제507조의 잠정처분에 의하여 집행을 취소시켜 선박을 출항시키는 경우가 많았으나, 위 조항은 일종의 暫定處分이고 애당초 押留船舶의 출항을 예정하여 제정된 것도 아니어서 이에 의해 경매를 취소까지 할 수 있는 것으로 해석하기에는 무리가 있었다; 丁海德, 앞의 論文, 47쪽; 鄭炳碩, 앞의 論文, 74쪽 參照.

59) 執行의 停止·取消 일반에 관하여는, 李宙興 "執行의 停止·取消", 裁判資料 第35輯, 法院行政處 (1987. 7. 20.), 285쪽이하.

실무상으로는 船舶優先特權 있는 債務不存在確認의 訴를 제기하여 民事訴訟法 第507條의 假處分을 받거나, 擔保權의 不存在 또는 消滅을 주장하여 競賣開始決定에 대한 異議를 제기하고(同法 第725條) 이에 부가하여 第484條 第2項의 假處分(同法 第603條의3)을 신청하여 競賣節次의 一時停止를 명하는 假處分을 받게 된다.<sup>60)</sup>

한편 第3號의 서류는 假執行을 면하기 위한 擔保를 提供한 경우(同法 第199條 第2項) 그 담보를 제공한 것을 증명하는 서면을 말하나 그 예가 거의 없다.

第4號의 辨濟受領, 辨濟猶豫文書는 債務名義가 성립한 이후에 辨濟 또는 辨濟의 猶豫가 있는 경우 그것에 의하여 채권자가 강제집행을 취하할 것이 예상되므로 채무자를 보호하기 위하여 그 집행을 정지하도록 한 것이다.<sup>61)</sup>

둘째, 保證의 提供: 債務者가 押留債權者 및 配當要求를 한 債權者의 債權과 執行費用의 總額에 상당한 금액을 供託하여야 한다.

배당요구를 한 채권자<sup>62)</sup>는 保證의 提供時까지 배당요구를 한 채권자를 말하나, 배당요구는 경락기일까지 할 수 있는 것이므로(民事訴訟法 第729條, 第728條, 第605條)<sup>63)</sup> 경락기일 이후에 보증을 제공하는 경우에는 경락기일까지 배당요구한 채권자의 채권액만 공탁하면 되고, 경락기일 이후에 배당요구한 채권자에 대하여는 담보를 제공할 필요가 없다. 執行費用은 保證提供時까지 발생한 總執行費用을 계산하여야 한다.

保證의 提供은 경매절차에 있어서 買受申告 전에 하여야 한다. 압류된 선박에 대한 경매절차가 계속되어 매수신고인이 매수신고를 한 경우에는 매수신청인의 權利 내지 期待利益을 해치면서까지 경매절차를 취소할 수 없으므로 위 보증은 매수신고 이전에 법원에 제공되어야 한다.<sup>64)</sup>

日本民事執行法上으로는 金錢이나 법원이 상당하다고 인정하는 有價證券의 供託 이외에 채무자가 은행이나 보험회사와 支給保證委託契約을 체결하는 方法에 의한 보증의 제공이 인정되고 있다(日本民事執行法 第15條 및 同規則 第10條).

특히 선박집행의 경우에는 채무자가 법원의 허가를 받아 은행이나 보험회사 이외에도 船主相互保險組合(P&I Club)과 지급보증위탁계약을 체결하여 보증을 제공할 수 있다(民事執行規則 第78條 1號).

우리 民事訴訟法에서도 “擔保의 提供은 金錢 또는 法院이 인정하는 有價證券을 供託하거나 大法院規則이 정하는 바에 따라 支給保證委託契約을 締結한 文書를 提出하는 方法에 의한다”(同法 第112條)고 하고 있고, 위 “第7編(強制執行)에 규정된 담보에는 달리 규정이

60) 法院行政處, 앞의 法院實務提要, 強制執行(下), 47쪽.

61) 鄭炳碩, 앞의 論文, 75쪽.

62) 配當에 관한 자세한 내용은 法院行政處, 앞의 法院實務提要, 強制執行(下), 311-319쪽.

63) 우리 民事執行法 개정안 第86條는 配當要求를 할 수 있는 終期를 절차에 필요한 기간을 감안하여 첫 賣却期日 이전으로 정하고 이를 公告하도록 되어 있다.

64) 安哲相, “保證의 提供에 의한 船舶競賣節次의 取消”, 船舶執行의 諸問題, 釜山地方法院, 1999, 211-212쪽.

있는 경우를 제외하고 第112條, 第113條, 第115條 및 第116條의 규정을 準用”(同法 第475條 第3項)하고 있으므로 民事訴訟法 第684條의2에 의한 보증의 제공에 의한 強制競賣節次의 取消에도 지급보증위탁계약의 방법에 의한 보증의 제공이 가능하다고 볼 여지가 있다.

그러나 우리나라 民事訴訟法 第684條의2는 第642條와는 달리 “相當한 金額을 供託하여야 한다”라고 규정하고 있어 법문해석상 현금공탁만을 예정하고 있는 것이 분명하며, 대법원예규<sup>65)</sup>에서도 船舶競賣節次의 取消을 위한 保證의 경우에 保證書의 提出에 의한 擔保提供이 허용되지 않는다고 한다.

위와 같은 우리 법의 입장은 船舶優先特權에 의한 船舶任意競賣開始決定이 비교적 수월하게 발급되는 실무례에 비추어 볼 때 현금공탁만을 요구하는 것은 채권자와의 형평에도 어긋나며 공탁금에는 명목적인 이자가 발생할 뿐만 아니라 경우에 따라서는 상당한 환차손까지 감수하게 되므로 채무자 또는 선박소유자에게 너무 가혹하다.

따라서, 立法論적으로는 保證의 提供에 의한 擔保提供의 趣旨을 살려 現金供託만 인정할 것이 아니라 日本民事執行法과 같이 은행, 보험회사, 船主責任相互保險組合과의 支給保證委託契約에 의하여서 保證을 提供할 수 있도록 함이 타당할 것이다.<sup>66)</sup>

또, 民法 第378條는 “債權額이 다른 나라 通貨로 지정된 때에는 債務者는 支給할 때에 있어서의 履行地의 換金時價에 의하여 우리나라 通貨로 辨濟할 수 있다”고 규정하고, 民法 第378條의 “支給할 때”는 現實로 履行할 때를 의미한다고 解釋하는 것이 通說 및 判例<sup>67)</sup>의 입장이므로 이러한 입장을 유추하여 외화로 청구된 경우에는 보증제공시, 즉 공탁당시의 환율(매매기준율)에 따라 한화로 환산한 금원을 공탁하여야 할 것으로 생각한다.<sup>68)</sup>

다음으로 競賣節次取消의 效果는 다음과 같다.

첫째, 押留船舶의 出航: 民事訴訟法 第510條 第2號 내지 第4號의 書類를 提出하고 일정한 금액을 供託한 때에는 法院은 申請에 의하여 配當節次 이외의 節次를 取消하여야 한다. 재판의 형식은 결정이므로 보증의 제공에 의한 경매취소결정은 당사자에게 고지함으로써 효력이 발생한다. 따라서 押留債權者와 配當要求債權者가 불복하더라도 船舶은 出航할 수 있다. 위 신청을 기각한 재판에 대하여는 即時抗告할 수 있다.

둘째, 配當 등의 實施: 配當의 實施時期<sup>69)</sup>는 保證이 提供된 후에 債務者로부터 提出된 執行停止文書에 의한 執行停止가 그 效力을 잃었을 때이다.

保證의 提供에 의한 競賣節次의 取消을 얻기 위하여 제출된 民事訴訟法 第510條 第2號 내지 第4號의 서류에 의한 執行停止가 失效된 때에는 法院은 供託한 保證金을 配當하여야

65) 大法院例規 訟民90-3(1990. 8. 30.) (支給保證委託締結文書의 제출에 의한 擔保提供과 관련한 事務處理要領).

66) 安哲相, 앞의 論文, 212쪽; 丁海德, 앞의 論文, 50쪽.

67) 大法院 1991. 3. 12. 宣告, 90다2147 全員合議體 判決.

68) 鄭炳碩, 앞의 論文, 75-76쪽.

69) 鄭炳碩, 앞의 論文, 76-77쪽.

한다(民事訴訟法 第684條의2 第2項). 보증의 제공에 의하여 경매절차가 취소되면 압류된 선박은 즉시 출항할 수 있게 되고 선박에 대신하여 押留債權과 配當要求債權者의 債權 및 執行費用을 위한 保證만이 남게 되며, 執行節次上 船舶은 保證으로 전환되어 保證金에 대하여 일종의 선박매각대금을 갈음하는 것으로서 배당을 실시하게 되는 것이다.

실무에서는 請求異議의 訴, 船舶優先特權 不存在確認의 訴, 債務不存在確認의 訴 또는 抵當權抹消請求의 訴 등을提起하고 이에 관한 暫定處分으로 執行停止決定을 받아 법원에 제출하는 경우가 많은데, 이러한 경우 執行停止가 效力을 잃었을 때란 債務者가提起한 위 訴訟등이 敗訴判決이 宣告되거나 確定된 때가 될 것이다.

위 保證은 押留債權者·配當要求債權者를 위하여 提供된 것이므로 賣却代金은 아니다. 따라서 위 保證에 대하여 配當에 參加할 수 있는 者도 위 押留債權者 및 配當要求債權者에 限定되게 된다. 가압류채권자나 저당권자등은 배당에 참가할 수 없으며, 執行節次가 取消되어도 假押留나 抵當權의 登記는 抹消되지 아니한다.

執行停止文書의 提出에 의한 執行停止가 失効된 때 配當을 실시하게 되는데, 法院은 失効된 範圍 내에서의 保證에 관하여만 配當을 실시한다.<sup>70)</sup>

그리고 債務者가 保證의 提供에 의한 競賣節次取消의 決定을 얻은 후 債務不存在確認의 訴, 競賣開始決定에 대한 異議, 請求異議의 訴 등에서 勝訴判決을 얻어 船舶執行의 全部 또는 一部の 執行不許의 判決을 얻은 때에는 保證은 그 範圍에서 效力을 喪失하고 보증을 제공한 채무자는 형식적으로 제공된 보증에 관한 보증의 전부 또는 일부의 취소결정을 받아 보증의 전부 또는 일부의 반환을 청구할 수 있을 것이다.<sup>71)</sup>

이러한 절차에 있어서 다음과 같은 문제점이 있다. 즉, 保證의 提供에 의한 競賣節次는 保證의 提供 이전에 執行停止決定을 받아야 하는데 통상 執行停止決定도 相當한 金圓의 供託을 조건으로 이루어지므로 債務者로서는 2중의 供託을 하여야 하는 어려움에 직면할 수 있다. 법원은 이러한 문제점을 해결하기 위하여 船舶競賣에 한하여 擔保提供 없이 執行停止決定을 하거나 保證의 提供에 의한 競賣節次의 取消申請을 조건으로 執行停止決定을 하는 등의 방법으로 債務者의 負擔을 덜어 주고 있으나 그 실무기준이 마련되어야 할 것이다.<sup>72)</sup>

또한, 船舶優先特權 등에 기한 競賣의 경우 債權額이 부당하게 과다하게 請求되는 예가 많은 바, 이러한 경우 保證額의 기준이 되는 債權額의 確定에 많은 문제점이 발생하게 된다. 채권액이 부당하게 산정된 경우에 法院이 保證金額의 기준이 되는 채권액을 합리적으로 정할 수 있는 절차나 방안이 마련되어야 한다.

또한, 앞에서 자세히 논의한 바와 같이 하루 빨리 保證의 提供方法으로서 現金供託이 아닌 保證保險證權이나 船主相互保險組合 등의 保證書의 提供을 허용하도록 관련법 또는 예

70) 安哲相, 앞의 論文, 214-215쪽.

71) 鄭炳碩, 앞의 論文, 77쪽.

72) 安哲相, 앞의 論文, 220-221쪽.



규의 개정이 이루어져야 할 것이다.

### 3. 航海準備完了船舶에 대한 船舶執行의 制限

우리나라 商法 第744條는 “航海의 準備를 完了한 船舶<sup>73)</sup>과 그 屬具는 押留 또는 假押留를 하지 못한다. 그러나 航海를 준비하기 위하여 생긴 債務에 관하여는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다.

원래 航海準備를 완료한 선박에 대한 押留禁止規定은 선박이 組合契約에 의하여 운행되던 중세에 私法上的 債務에 기하여 선원이나 승선상인을 억류하는 것을 금지하는 것으로부터 발달하여 18세기경에 이르러 오늘날과 같이 일반적으로 발항준비를 완료한 선박에까지 그 범위가 확대되었다고 한다.

그러나 이와 같은 航海準備를 완료한 船舶에 대한 押留禁止는 大陸法系 國家에서 발달한 것으로 英美의 海商法에는 존재하지 아니한다. 항해준비를 완료한 선박에 대한 압류를 금지한 위 규정을 단순히 선박소유자만을 보호하기 위한 규정이 아니라 다수의 利害關係人을 보호하기 위한 공익적 규정이라고 설명한다.

즉, 채권자로서는 압류하려는 선박이 입항하였을 때에 지체없이 압류를 하면 족한 것이므로 만일 채권자가 선박의 航海準備가 完了될 때까지 權利行使를 태만히 하였다면 채권자를 보호할 필요가 없을 뿐만 아니라, 船舶所有者, 선원, 승객 또는 화주 등 다수의 이해관계인이 발항의 지연, 타 선박에의 移積 등으로 불측의 손해를 입게 되는 것을 방지하여 그 이익의 보호를 꾀하는 것이 사회적 견지에서 바람직하다는 것이다.<sup>74)</sup>

“航海準備를 完了한 船舶”의 意味에 대하여 商法은 명문의 규정을 두지 않고 解釋에 맡기고 있다.<sup>75)</sup>

73) 商法 第744條의 船舶에는 外國船舶도 포함되는가에 대해서는 의견이 대립되어 있다. 相互主義에 따라 船籍國法에 의하여 위와 같은 押留禁止가 인정되지 않는 외국선박의 경우에는 위 押留禁止規定이 적용되지 않는다는 見解가 있을 수 있다. 실제로 콜롬비아, 칠레, 아르헨티나 등의 일부 남미 제국의 입법례는 위와 같은 발항준비를 완료한 선박의 압류금지규정을 두고 있으면서도 외국선박에 대하여는 동 규정의 적용이 없도록 하는 特例를 두고 있다고 한다. 그와 같은 主張의 根據로는 債權者는 船舶의 國적을 조회하는 것이 보통이고 따라서 旗國法의 적용을 예상하기 때문이라고 한다. 그러나, 선박을 압류할 수 있는지 여부는 節次에 관한 問題라 할 것이므로 그 船舶이 소재하고 있는 法廷地法에 의함이 상당하다. 商法 第744條는 단순히 船舶이라고만 규정하여 內國船舶과 外國船舶을 구별하지 않고 있고, 위 규정의 입법이유가 단순히 선박소유자만을 보호하기 위한 규정이 아니라 다수의 利害關係人을 保護하기 위한 公益의 規定인 점에 비추어 본다면, 위 上법규정이 명문으로 外國船舶을 排除하지 아니하는 한 위 규정은 外國船舶에 대하여도 당연히 그 適用이 있다고 보아야 할 것이다; 丁海德, 앞의 論文, 53쪽.

74) 權五坤, “外國船舶執行上の 몇가지 문제점”, 裁判資料 제34輯, 法院行政處 638쪽; 註釋強制執行法(下), 81쪽.

75) 입법례에 따라서는 形式的인 要件을 갖추었을 때 發航準備를 완료한 것으로 명시하기도 한다. 예컨대, 프랑스는 船長이 항해에 필요한 船舶書類를 구비한 때에 발항준비를 완료한 것으로 본다고 규정하고 있고, 브라질의 경우 선박적재능력의 4분의 1이상 적재한 때를 기준으로 정하고 있다. 權五坤, 앞의 책, 640쪽.

學說은 일반적으로 선박의 즉시 출발을 가능하게 하는 事實上·法律上의 前提條件을 充足한 때에 航海準備를 完了한 것으로 보고 있다.<sup>76)</sup>

사실상·법률상의 전제조건을 충족하였다는 개념을 구체적으로 살펴본다면 船員이 모두 乘船하고 船舶儀裝 및 運送物의 船積을 마친 다음 發航에 필요한 書類를 구비한 때, 또한 艙口를 폐쇄하고 기증기를 수납하고 세관 관리 등이 하선하였을 때<sup>77)</sup> 항해준비를 완료한 것으로 볼 것이다.<sup>78)</sup>

押留制限의 期間은 航海의 終了時까지이며(舊競賣法 第38條 第2項) 이와 관련하여 국내의 通說은 항해준비완료라는 요건을 도중의 기항지에서 출항할 때마다 각 기항지를 기준으로 개별로 정한다면 압류제한의 취지가 무색하게 될 것이므로 당초 항해 계획의 策源地였던 최초의 항구를 기준으로 그 항구에서 항해를 하는데 필요한 상당한 준비를 한 것이면 항해의 준비를 완료한 경우에 해당한다고 해석함이 타당하다고 한다.<sup>79)</sup> 그러나 어떤 항구가 당초 항해계획의 策源地였던 최초의 항구이고 어느 때에 그 착원지에서 계획한 항해가 종료하는가 즉 어떤 항해가 1회의 항해이고 그 1회의 항해는 어느 때에 종료하는가는 분명하지 않다.

결국은 本條의 입법취지에 비추어 새로운 利害關係人의 발생 등으로 그때까지의 항해와는 구별되는 새로운 항해가 시작되었다<sup>80)</sup>고 봄이 상당한 경우에는 종전의 항해가 종료되고 따라서 새로운 항해의 준비를 완료하기 전까지는 선박을 압류할 수 있다고 하는 것이 타당할 것이며<sup>81)</sup> 나아가 不定期船이나 傭船契約에 의하여 운행되는 船舶의 경우 기항항이나 피항항에서 積荷 전부가 揚陸된 때, 個品運送을 하는 定期船의 경우에도 중간항에서 積荷의 전부가 양륙된 때에는 航海가 종료되었다고 봄이 상당할 것이다.<sup>82)</sup>

위 규정이 船舶押留는 물론 船舶假押留에도 적용되는 것임은 文言上 의문의 여지가 없다. 또한, 위 압류금지규정은 금전집행에 관한 것이므로 船舶에 대한 物權的 請求權에 기한 引渡請求의 경우에는 적용되지 아니할 것이다.

따라서 가처분도 強制執行의 結果를 보전하기 위하여 係爭物에 대한 強制處分 또는 다툼이 있는 법률관계에 있어 임시의 처분을 정하는 것으로 금전의 지급을 목적으로 하지 않는 것이므로, 위 규정의 적용이 없다고 할 것이다.

商法 第744條 但書와 관련하여 航海準備를 완료한 船舶에 대한 위와 같은 押留禁止의 규

76) 李英燮 外, 앞의 註釋強制執行法(下), 42쪽.

77) 鄭炳碩, 앞의 책, 73쪽.

78) 港灣警察이나 稅關에 제출할 서류까지 구비할 필요는 없다; 李英燮 外, 위의 책, 43쪽.

79) 權五坤, 앞의 책, 641쪽.

80) 그러나 중간항에 碇泊하여 적하의 일부를 양륙 또는 다른 적하를 선적하는 경우, 發航 후 풍랑 등으로 말미암아 일시 출항항에 기항하거나 피항항에 入港한 경우 또는 그 항에서 수리를 하는 경우 등에 있어서도 債權者는 押留를 하지 못할 것이다.

81) 프랑스에서는 원칙적으로 途中港이나 避難港에서는 압류가 금지되며, 船體破損 등으로 더 이상의 항해가 불가능하게 되거나 積荷를 전부 揚陸한 때에는 항해가 종료된 것으로 본다; 權五坤, 앞의 책, 642쪽.

82) 鄭炳碩, 앞의 책, 73쪽.

정은 그 “航海를 준비하기 위하여 생긴 債務”에 관하여는 그 적용이 없는 바, 항해를 준비하기 위하여 생긴 채무란 예컨대 항해준비에 필요한 선박의 장비, 식량과 연료 등에 관한 채무를 말한다 할 것이다.

이러한 채권들은 실제로는 발항직전에 발생한 것이어서 선박의 발항준비 완료 이전에 그 행사를 하도록 요하는 것은 채권자로 하여금 권리행사에 큰 곤란을 겪게 하는 것이기 때문에 위와 같은 發航準備을 위하여 생긴 채무는 최초의 출발항에서 생긴 채무뿐만이 아니라 도중항에서 발생한 채무도 포함한다고 해석함이 마땅하다.

그러므로 선박의 기항지에서는 원칙적으로 선박을 압류할 수 없지만 그 기항지에서 항후의 항해준비를 위하여 생긴 채무에 관하여서는 압류할 수 있다고 할 것이다.<sup>83)</sup>

법률관계의 성질상 채권이나 채무가 선박의 發航直前 또는 直後에 발생하거나 발생한 것으로 볼 수 있는 경우, 예컨대 항해의 준비를 완료한 선박에서 운송인의 故意 또는 過失로 인하여 승객이 입은 정신적, 신체적, 물질적 손해로 인한 손해배상청구권, 항해의 준비를 완료한 후 발생하는 청구권으로서 선박에 대한 共同海損, 海難救助에 기한 請求權, 당해 항해 중에 생긴 선박충돌 등에 의한 손해배상청구권 등을 들 수 있는 바, 이들 채권의 경우 채권자가 權利行使를 대만히 하였다든 비난을 할 수 없다는 점에서 일정한 경우 단서조항을 확대 해석할 필요가 있다.

그러나 확대해석을 하는 見解에서도 이러한 請求權을 모두 押留 할 수 있다고 할 경우 본문 규정을 死文化한다는 이유로 확대해석의 범위를 船舶衝突, 共同海損, 海難救助 등에 의한 청구권만으로 한정하는 견해가 많다.

이러한 청구권은 항해에 수반하여 적하관계자들이 당연히 예상할 수 있는 위험이므로 이런 채권으로 인한 압류 등은 그 위험을 利害關係人에게 감수시켜도 衡平의 이념에 반하지 아니하고, 이러한 채권이 압류의 필요가 가장 절실하다는 점을 근거로 한다.<sup>84)</sup> 그밖에 피보전권리를 제한함으로써 압류가 가능한 범위를 조정하자는 견해도 있다.

위 조항은 그 입법취지와 관계에서 그 필요성에 의문이 제기되고 있다. 즉, 발항준비를 완료한 선박에 대한 위와 같은 압류금지규정이 나타나게 된 18세기 및 19세기에 있어서의 상황은 당시의 海上企業이라는 것이 주로 선박을 이용한 소기업형태가 대부분으로서 그것도 거의 모두가 부정기선들로 운영되고 있었으므로 대체선박을 구한다는 것이 거의 불가능하였다. 따라서 이와 같은 사정하에서 積荷關係人 등 第三者의 利益保護를 위하여 발항준비를 완료한 선박의 압류를 금지하는 규정이 필요하였다고 할 수 있다.

그러나 오늘날에는 해상기업이 다수의 선박을 가진 대규모의 기업으로 운영될 뿐만 아니라 일정한 항로를 계속 운항하는 정기선들이 많이 등장하였고, 船舶企業間의 競爭 등으로

83) 權五坤, 앞의 論文, 642-643쪽.

84) 鄭熙喆·鄭亨燦, 앞의 책, 809쪽; 日大決 1940 消和 15 11.26 判決도 航海準備를 마친 船舶이라도 航海 중 타선박과의 衝突에 의하여 생긴 損害賠償權에 대해서는 위 假押留禁止規定이 적용

인하여 代替船舶을 구하는 것이 쉽게 되었으며, 또한 통신수단 등이 고도로 발달하여 債權者의 희생아래 위와 같은 압류금지규정을 계속 유지할 근거가 희박하게 되었다.<sup>85)</sup> 선박기업의 대형화 및 경쟁선박의 존재로 인한 대체선박 확보의 용이성, 통신수단의 발달 등으로 인하여 본 조의 입법취지가 오늘날에 있어서는 크게 퇴색하였던 것이다.

위 압류금지규정은 무엇보다도 해상기업활동에 있어서 그 무엇보다도 강력한 船舶優先債權의 존재로 인하여 위험을 받고 있는 海上金融을 더욱 위태롭게 할 수 있다.

압류금지는 債權者의 權利行使를 制限함으로 인하여 선박금융을 압박하여 종국적으로는 船舶所有者에게도 이롭지 않을 것이다.

比較法的으로도 대륙법계 국가들에서는 이러한 제한규정이 있으나, 영미법계 국가에서는 이러한 제한이 없다. 그 결과 영미의 선박은 대륙법계의 국가에서 압류당하지 않으나 대륙법계 국가의 선박은 영미에서 압류를 당하는 경우가 생기는 不尙理가 발생한다.

外國船舶에 대한 내국수리업자, 물품공급자, 대리점 등의 채권 또는 체당금 등 가압류의



정은 그 “航海를 준비하기 위하여 생긴 債務”에 관하여는 그 적용이 없는 바, 항해를 준비하기 위하여 생긴 채무란 예컨대 항해준비에 필요한 선박의 장비, 식량과 연료 등에 관한 채무를 말한다 할 것이다.

이러한 채권들은 실제로는 발항직전에 발생한 것이어서 선박의 발항준비 완료 이전에 그 행사를 하도록 요하는 것은 채권자로 하여금 권리행사에 큰 곤란을 겪게 하는 것이기 때문에 위와 같은 發航準備을 위하여 생긴 채무는 최초의 출발항에서 생긴 채무뿐만이 아니라 도중항에서 발생한 채무도 포함한다고 해석함이 마땅하다.

그러므로 선박의 기항지에서는 원칙적으로 선박을 압류할 수 없지만 그 기항지에서 항후의 항해준비를 위하여 생긴 채무에 관하여서는 압류할 수 있다고 할 것이다.<sup>83)</sup>

법률관계의 성질상 채권이나 채무가 선박의 發航直前 또는 直後에 발생하거나 발생한 것으로 볼 수 있는 경우, 예컨대 항해의 준비를 완료한 선박에서 운송인의 故意 또는 過失로 인하여 승객이 입은 정신적, 신체적, 물질적 손해로 인한 손해배상청구권, 항해의 준비를 완료한 후 발생하는 청구권으로서 선박에 대한 共同海損, 海難救助에 기한 請求權, 당해 항해 중에 생긴 선박충돌 등에 의한 손해배상청구권 등을 들 수 있는 바, 이들 채권의 경우 채권자가 權利行使를 태만히 하였다든 비난을 할 수 없다는 점에서 일정한 경우 단서조항을 확대 해석할 필요가 있다.

그러나 확대해석을 하는 見解에서도 이러한 請求權을 모두 押留 할 수 있다고 할 경우 본문 규정을 死文化한다는 이유로 확대해석의 범위를 船舶衝突, 共同海損, 海難救助 등에 의한 청구권만으로 한정하는 견해가 많다.

이러한 청구권은 항해에 수반하여 적하관계자들이 당연히 예상할 수 있는 위험이므로 이런 채권으로 인한 압류 등은 그 위험을 利害關係人에게 감수시켜도 衡平의 이념에 반하지 아니하고, 이러한 채권이 압류의 필요가 가장 절실하다는 점을 근거로 한다.<sup>84)</sup> 그밖에 피보전권리를 제한함으로써 압류가 가능한 범위를 조정하자는 견해도 있다.

위 조항은 그 입법취지와 관계에서 그 필요성에 의문이 제기되고 있다. 즉, 발항준비를 완료한 선박에 대한 위와 같은 압류금지규정이 나타나게 된 18세기 및 19세기에 있어서의 상황은 당시의 海上企業이라는 것이 주로 선박을 이용한 소기업형태가 대부분으로서 그것도 거의 모두가 부정기선들로 운영되고 있었으므로 대체선박을 구한다는 것이 거의 불가능하였다. 따라서 이와 같은 사정하에서 積荷關係人 등 第3者의 利益保護를 위하여 발항준비를 완료한 선박의 압류를 금지하는 규정이 필요하였다고 할 수 있다.

그러나 오늘날에는 해상기업이 다수의 선박을 가진 대규모의 기업으로 운영될 뿐만 아니라 일정한 항로를 계속 운항하는 정기선들이 많이 등장하였고, 船舶企業間의 競爭 등으로

83) 權五坤, 앞의 論文, 642-643쪽.

84) 鄭熙喆·鄭亨燦, 앞의 책, 809쪽; 日大決 1940 消和 15 11.26 判決도 航海準備를 마친 船舶이라도 航海 중 타선박과의 衝突에 의하여 생긴 損害賠償債權에 대해서는 위 假押留禁止規定이 적용되지 않는다고 한다.



인하여 代替船舶을 구하는 것이 쉽게 되었으며, 또한 통신수단 등이 고도로 발달하여 債權者의 희생아래 위와 같은 압류금지규정을 계속 유지할 근거가 희박하게 되었다.<sup>85)</sup> 선박기업의 대형화 및 경쟁선박의 존재로 인한 대체선박 확보의 용이성, 통신수단의 발달 등으로 인하여 본 조의 입법취지가 오늘날에 있어서는 크게 퇴색하였던 것이다.

위 압류금지규정은 무엇보다도 해상기업활동에 있어서 그 무엇보다도 강력한 船舶優先債權의 존재로 인하여 위협을 받고 있는 海上金融을 더욱 위태롭게 할 수 있다.

압류금지 債權者의 權利行使를 制限함으로 인하여 선박금융을 압박하여 종국적으로는 船舶所有者에게도 이롭지 않을 것이다.

比較法的으로도 대륙법계 국가들에서는 이러한 제한규정이 있으나, 영미법계 국가에서는 이러한 제한이 없다. 그 결과 영미의 선박은 대륙법계의 국가에서 압류당하지 않으나 대륙법계 국가의 선박은 영미에서 압류를 당하는 경우가 생기는 不合理的가 발생한다.

外國船舶에 대한 내국수리업자, 물품공급자, 대리점 등의 채권 또는 체당금 등 가압류의 대부분은 이러한 종류의 채권을 피보전권리로 하는 바, 영미법이 지배하는 곳에서는 국적 여부를 묻지 않고 간단히 압류할 수 있으나, 우리는 할 수 없어 형평에 맞지 아니한다. 또한 실무상으로도 위 조항은 엄격하게 지켜지고 있지 않다.

압류신청당시 법원은 관할구역 내의 항구에 정박하고 있고 아직 항해준비를 완료하지 않고 있다는 사실을 증명하는 증명서를 첨부할 것을 요구하고 있으나, 반드시 지방해양수산청에 발급한 것만을 요구하는 것이 아니고 선박대리점, 보험회사 등의 보고서로도 대체되고 있고, 신청채권자의 변호사가 작성하는 경우도 많아 작성자의 임의에 맡겨질 가능성이 많은 것이다. 또한 이러한 증명서가 없다는 이유로 압류신청을 각하하지도 아니한다.

최근의 세계적 입법경향은 위와 같은 押留禁止條項의 廢止를 지향하고 있다. 더구나 위 조문의 구체적 해석운용에 있어서 항해준비완료 개념의 엄격해석, 압류금지가 적용되지 않는 예외 채권의 광범위한 인정 등으로 위 규정자체가 사실상 무의미하게 되었다고 평하는 사람도 있다.

영미에서는 이러한 제도 자체가 없고, 1952年 船舶假押留協約 第3條도 선박이 항해준비를 완료하였다 하더라도 선박을 압류할 수 있다고 명문으로 규정하고 있었다.<sup>86)</sup> 따라서 위 조항은 그 존재의 의의를 상실하였고 운용상으로도 난점이 많으므로 시급히 폐지되어야 할 것이다.<sup>87)</sup>

이상에서 살펴본 바와 같이 위 조항의 폐지가 바람직할 것이나 아직 법개정이 이루어지

85) 선박의 충돌이나 積荷의 損傷들에 기초한 損害賠償請求權에 대해서는 선박의 船體保險者 또는 船主相互保險組合이 押留 등을 피하기 위해 채권자들에게 保證狀(letter of guarantee)을 제출하는 경우가 많아 이런 종류의 선박에 대한 압류 등은 감소하고 있다.

86) 鄭完溶, "1999年 船舶假押留에 관한 國際協約採擇을 위한 專權外交會議 參加報告書", 韓國海法會誌 第21卷 1號, 1999, 209-210쪽 參照.

87) 權五坤, 앞의 論文, 643-644쪽.

지 않은 시점에서 법해석이나 실무처리에 있어 운영의 묘를 살려 불합리를 방지하여야 할 것이다.

우선 해석론적으로는 항해의 준비완료를 엄격하게 해석하고 商法 第744條 但書의 규정을 가급적 넓게 해석하는 방안을 모색하여야 하며, 實務上으로도 일단 假押留를 허용하고 債務者 측이 異議를 제기하는 절차를 허용하거나, 債權者로 하여금 利害關係人의 利益保護를 위해 일정한 擔保를 提供하게 하는 방안 등을 고려할 수 있을 것이다.

## V. 입 법 론

### 1. 抵當權準用 規定(商法 第861條 第2項 後段)의 削除

저당권과 船舶優先特權의 성질이 다른 것을 무시하고 저당권에 관한 강제규정이 준용되어 절차상 지연이 크므로 第2項 後文은 삭제되어야 할 것이다.<sup>88)</sup>

현행 상법에 保證提供에 의한 競賣節次 取消制度가 신설되었으나 일시정지를 명하는 재판을 거치도록 함으로써 종전과 같이 가처분을 줄거리로 하는 절차를 실무상 취하게 되었고 이에 의해 절차의 遲延可能性이 크다고 할 수 있다.

만약 保證提供에 의한 競賣節次取消에 民事訴訟法 第510條 第2號 또는 第4號의 文書提出을 요하지 않고 채권액 및 비용에 대한 보증제공으로 선박의 압류해제를 인정하면서 보증제공과 동시에 당연히 절차가 중지된다는, 民事訴訟法 第507條 第1項에 대한 特別規定을 둔다면 절차지연은 해소될 수 있지 않을까 생각한다. 즉 상대방의 집행절차를 가처분이 아닌 보증제공만으로 정지시킬 수 있다면 이론상 절차가 더 간소해지면서 선박의 출항을 앞당길 수 있지 않을까 생각한다.

停止效는 본안소송으로서의 債務不存在確認의 訴의 결과에 따라 상실여부가 좌우되는 것으로 하면 될 것이다. 선박우선특권에 기한 경매절차에 있어서 競賣申請時 原因債權의 不明, 假裝債權에 의한 節次開始나 違法한 船舶의 押留開始 등이 일어날 수 있음을 고려할 때<sup>89)</sup> 船舶優先特權의 實行節次를 신속히 처리할 수 있는 제도적 장치가 더욱 필요해진다고 하겠다.<sup>90)</sup>

### 2. 押留制限規定의 削除

발항준비 완료시기가 명확하지 않을 뿐만 아니라 오늘날 해상기업의 대형화, 대체선박 확보의 용이성 및 선박금융의 편의성 저해 등에 비추어 볼 때 압류제한 규정을 폐지하는 것

88) 宋相現, 앞의 책, 428쪽.

89) 실제로 잘못 집행된 船舶假押留나 押留로 인해 航海用 대형船舶의 경우 수십만불의 滯船損害 및 막대한 부수 경비를 船舶所有者나 運航者가 부담하는 일이 있다(大判 1982. 7. 13. 宣告, 80다 2318 判決 參照).

90) 鄭完溶, 앞의 論文 “1993년 協約의 성립과 우리 상법상의 선박담보제도”, 162쪽.

이 타당하다고 본다.<sup>91)</sup> 1952年 船舶어레스트協約은 17종류의 海上債權에 한하여 船舶의 押留·假押留를 허용하면서 이를 航海準備를 완료한 선박에 대하여도 할 수 있도록 하며 擔保의 제공을 통하여 압류를 취소하는 방법을 인정하고 있다.(同 協約 第1條, 第2條, 第3條, 第4條)

### 3. 航行許可制度의 改正

航行許可制度는 채권자 등의 동의가 있으면 특별한 제약없이 船舶의 押留를 해제하고 航海를 許可하게 되어 운항허가에 따른 航行의 結果로 선박의 멸실, 훼손, 불귀항의 사태가 생겼을 때의 불이익은 항행허가에 동의한 이해관계인들의 부담으로 귀착되며 航海의 結果 債務者가 얻은 수익에는 船舶押留의 效力이 미치지 아니하여 그 수익에서 債權의 辨濟를 받으려면 별도로 이를 압류하는 조치를 취하여야 하는 바, 運航의 危險을 채권자에게 귀속 시키면서 그 이익은 채권자와 무관하게 한 것은 형평에 맞지 않는다고 할 것이며 獨逸과 같이 運行受益에서 채권자가 배당 받을 수 있는 법제가 요구된다고 하겠다.<sup>92)</sup>

### 4. 保證狀의 提供에 의한 押留取消(解放)

保證의 提供에 의한 船舶競賣節次의 取消(民事訴訟法 第684條의2)나 船舶의 假押留 解放供託金 制度(同法 第702條)에서 保證이나 供託金은 오직 金錢으로만 하게 되어 있고 금융기관이나 보험자의 보증으로는 갈음하지 못하게 되어 있다.

채권자가 실제로 지출된 비용보다 훨씬 고액의 금액이 지출된 듯이 서류를 만들어 경매 신청을 하여<sup>93)</sup> 선박이 압류, 정박된 경우 다급해진 채무자는 채권자가 주장하는 채권액을 현금으로 공탁하지 않을 수 없고 이와 같은 공탁금에는 명목적인 이자가 발생할 뿐이며 경우에 따라 환차손까지 감수하게 되므로 채무자 또는 선박소유자에게 가혹한 결과가 초래될 수 있음을 고려할 때 은행, 보험회사, 船主相互保險組合의 支給保證委託契約나 保證狀에 의해 保證을 提供할 수 있도록 함이 타당할 것이다.<sup>94)</sup>

### 5. 船舶擔保權 消滅證書와 船舶登記

1993年 協約은 船舶이 強制競賣되면 船舶에 부착하고 있는 모든 擔保額은 消滅하고 이 경우 경매기관은 선박매수인의 요청에 따라서 擔保權消滅證明書を 발급하여야 하며 이를 가지고 新登記를 할 수 있도록 정하고 있다.(同 協約 第12條 第1項, 第5項)<sup>95)</sup>

91) 洪光植, 앞의 論文, 689쪽.

92) 丁海德, 앞의 論文, 45쪽.

93) 實務上으로는 船長이나 機關長의 修理 또는 報酬明細에 대한 완성사양서 등의 確認만 받고 금액은 押留債權者의 계산에 따라 競賣申請을 하는 경우가 허다하다.

94) 같은 趣旨; 丁海德, 앞의 論文, 46쪽; 鄭炳碩, 앞의 論文, 77쪽.

95) 1993年 協約 第12條 (1).

이는 船舶抵當權 등 擔保權을 國家間에 보호하려는 趣旨이므로 우리도 船舶登記處理規則의 改正을 통하여 이를 반영할 필요가 있다.<sup>96)</sup>

## VI. 맺 음 말

船舶優先特權은 海上企業의 거래관계에서 발생하는 특정 海事債權에 대해 優先的 地位를 부여함으로써 海上企業金融의 편의에 이바지하면서 일정한 海事債權者를 保護하고 있다. 그러나 公示되지 않는 權利로서 船舶抵當權者나 質權者에 우선한다는 점에서, 또한 선박자체를 목적으로 성립하며 선박의 압류를 통해 해상기업활동을 정지시킬 수 있다는 점에서 선박우선특권은 적지 않은 문제점을 가지고 있다. 이는 결국 船舶優先特權者와 他擔保權者 및 船舶所有者 사이의 三角利害關係의 조정이 필요한 문제라고 요약할 수 있다.

이에 관한 調停과 改善이 필요한 사항을 다시 살펴보면, 첫째, 우리나라는 船舶優先特權의 成否 및 그 順位를 船籍國法에 따르도록 규정하고 있으나, 대다수의 외국의 입법례나 실무와 같이 선박우선특권의 성부 및 순위에 대하여 法廷地法에 의하여 해결할 수 있도록 涉外私法의 改正이 요망된다.

둘째, 우리나라 大法院은 船舶優先特權있는 債權을 가진 債權者는 특별한 사정이 없는 한 그 債權을 保全하기 위하여 船舶을 假押留할 수 없다고 판시하고 있으나, 이는 채권자의 權利行使를 不當하게 制限하는 경우가 많으므로 특별한 사정이 없는 한 假押留가 許容되도록 變更되거나 立法으로 解決되어야 할 것이다.

셋째, 우리나라에 있어서의 船舶優先特權의 行使는 곧 競賣節次의 卽時的 開始를 의미하고, 債權者로서는 競賣費用의 豫納이외에 擔保의 提供을 요하지 아니하는 반면에 船主가 그 解放을 위하여는 競賣債權 및 競賣費用을 전액 現金供託하여야 한다는 점에서 다른 나라의 그것보다 강력한 것이라 할 수 있다. 그러므로 船主相互保險 등의 保證書의 提出에 의한 船舶의 解放이 可能하도록 法의 改正이 요구된다.

넷째, 船舶優先特權에 기한 競賣는 정확한 債權額의 確定이 어렵고 債務名義를 요하지 않는 점에서 節次上 많은 問題點을 내포하고 있으므로 구체적인 債權確定節次 없이 申請人의 主張대로 競賣債權額을 決定하는 것은 부당하기 때문이다.

특히 船舶의 解放을 위하여 現金供託을 요하는 현행법 체제하에서는 債權者의 과다한 請求를 억제하기 위한 合理的 方案을 마련하지 아니하는 한 船舶優先特權은 海事債權者의 濫用可能性이 많은 것이다.

英美法上の 對物訴訟節次 및 國際協約을 전부 수용할 수는 없다 하더라도 그 내용이나 解釋論의 一部를 導入하거나 參照하여 船舶優先特權의 認定範圍를 가능한 한 縮小하여 船

96) 鄭完裕, 앞의 論文, 163쪽.

舶抵當權者를 보호하고 債權者와 債務者의 利益을 조화할 수 있는 制度的 改善策이 마련 되어야 할 것이다.<sup>97)</sup>

海洋의 時代라고 말해지는 21세기를 출발한 지금 삼면이 바다로 둘러싸인 우리나라는 무한한 發展과 跳躍의 기회를 맞고 있다. WTO體制의 出帆으로 이미 시작된 세계시장의 단일화 현상은 국제무역의 확대와 물류이동량의 폭발적 증가를 가져왔으며, 陸上運送이나 航空運送의 發展을 무시할 수 없다 하더라도 국제물류운송의 대부분은 海上運送의 것이라고 말할 수 있다. 이러한 상황에서 해상운송의 중심국가로 발돋움하기 위한 노력이 경주된다면 유리한 지정학적 조건을 갖춘 우리나라의 發展可能性은 무한하다고 할 것이다. 우리가 노력을 경주하여야 할 부분은 눈에 보이는 物的 施設만이 아니라 눈에 보이지 않는 것들도 포함되며, 이들이 더욱 중요함을 명심해야 할 것이다. 그 대표적인 것이 政府, 海上企業 나아가 국민 모두의 進取的이고 合理的인 자세의 함양이라 할 수 있다. 또한 海上企業의 競爭力을 높이는 制度的 裝置도 요청된다고 할 것이다.



97) 船舶優先特權·抵當權協約의 수용방안 및 立法論에 대해 자세한 것은, 鄭完溶, 앞의 論文, 167-180쪽.