

法學博士 學位論文

中國의 船舶假押留制度에 관한
研究

- 韓國法과의 比較를 中心으로 -

A Study on the Chinese Legal System for the Provisional Ship Arrest

- A comparison with Korean laws -

指導教授 鄭 暎 錫

2005年 2月

韓國海洋大學校 大學院

海 事 法 學 科

李 龍 鉉

目 次

ABSTRACT

第1章 序論

第1節 研究의 目的	1
第2節 研究의 範圍와 方法	4

第2章 船舶假押留制度의 意義와 法源

第1節 中國 海事法의 體系	7
I. 中國法의 特色	8
II. 中國 海事法의 法源	10
III. 中國의 司法制度	28
第2節 中國 船舶假押留制度의 意義	29
I. 中國法上 海事請求保全制度	29
II. 中國 船舶假押留制度의 意義	39
第3節 韓國法과의 比較	56
I. 韓國法과의 立法體系 比較	57
II. 私見	61

第3章 船舶假押留의 要件과 效果

第1節 中國 船舶假押留의 要件	65
I. 船舶假押留의 管轄	65
II. 船舶假押留를 할 수 있는 海事請求	69
III. 假押留를 할 수 있는 船舶	72
第2節 中國 船舶假押留의 效果	74
I. 船舶假押留의 解除	74
II. 假押留된 船舶의 競賣	75

III. 船舶假押留와 損害賠償責任·····	81
第3節 韓國法과의 比較·····	86
I. 韓國法과의 船舶假押留 要件 및 效果 比較·····	86
II. 私見·····	95
第4章 船舶假押留의 節次	
第1節 船舶假押留의 申請과 審査·····	100
I. 船舶假押留의 申請·····	100
II. 法院의 審査·····	104
第2節 擔保의 提供·····	104
I. 擔保의 意味·····	105
II. 擔保의 價額·····	106
III. 擔保의 方式·····	109
IV. 擔保提供의 對象·····	111
第3節 船舶假押留의 執行·····	111
I. 船舶假押留의 執行節次·····	112
II. 船舶假押留의 執行方法·····	113
第4節 韓國法과의 比較·····	114
I. 韓國法과의 船舶假押留 節次 比較·····	115
II. 私見·····	140
第5章 結論·····	148
參考文獻·····	156
附錄 I: 海事訴訟特別節次法(節錄)·····	165
附錄 II: 民事訴訟法(節錄)·····	182
附錄 III: 1999年 船舶假押留國際條約·····	186

A Study on the Chinese Legal System for the Provisional Ship Arrest

- A comparison with Korean laws -

By Yong Hyun, Lee

Department of Maritime Law

Graduated School of Korea Maritime University

Busan, Korea

ABSTRACT

China and South Korea have been building a good relationship since the establishment of diplomatic relationship between the two countries in August 24, 1992, when China has started their own reform and openness policies and the world was plunged into the peace and co-operation era through the collapse of Soviet Union. Through the last decade, there were amazing growth of trading volumes, industrial, political and cultural exchanges between the two countries. In 2003, China became the top trading partner of Korea, followed by Japan and USA.

Numerous trading between the two countries made the rapid growth of marine transportation services and increased marine conflicts as well between the clients and the shipping agencies. Therefore, Korean companies had to manage increasing number of maritime claims and ship

arresting in Chinese territory, but due to the lack of understanding in the Chinese legal system, they often failed to settle the disputes quickly.

There are three unique features of maritime transportation. It is exposed to natural disasters, it takes long delivery time, and it is typically liquid. Therefore, once a maritime loss takes place, it is very complicated to find out what is behind and who is responsible for the accident, and it takes a lot of time and effort to settle down the dispute.

The provisional ship arrest system, therefore, is justified to settle the dispute appropriately and fairly through which the parties can protect legal rights and prevent the loss expansion. In the provisional ship arrest is a typical and very important way of maintaining a maritime claim and solving maritime disputes in China.

According to the Special Maritime Procedure Law in China, Chinese Maritime Court has the jurisdiction over any maritime disputes occurred in the Chinese territory and the resulting litigation takes place in China. In addition to that, any concerned claim is a maritime one, ships can be provisionally arrested by the law. That is different from Korean legal system on the provisional ship arrest in many ways such as the legal system, the jurisdiction, the concept, the required conditions, the effect and the procedure.

China has not ratified the 1999 International Arrest Convention Treaty, known as an international uniformity in the fields of the provisional ship arrest. But China was the chairman country when the treaty was specified, and they accommodated major issues in the treaty when they enacted the Special Maritime Procedure Law so that they could protect the benefits of

domestic shipping industry.

This dissertation is studied on the provisional ship arrest system in China, where the Special *Maritime Procedure Law* is already established by the code of the civil act procedure. Furthermore, the legal comparison between the Chinese provisional ship arrest procedure and the Korean civil execution law is provided and some legal and policy implications are drawn for the revision of the provisional ship arrest system in Korea.

This dissertation consists of five chapters.

In the first chapter, the purpose, the method and the scope of this research were stated along with an introduction.

In the second chapter, the roots of law and the implications regarding the Chinese provisional ship arrest were provided. After reviewing the Chinese maritime laws and the provisional ship arrest system, I compared the differences in the legal system between China and Korea and proposed policy implications on the Korean provisional ship arrest system.

In the third chapter, the required conditions for the provisional ship arrest in China and the resulting effects were discussed.

In the fourth chapter, the procedure for the provisional ship arrest was studied. Some important issues from the different legal system were discussed and improvement measures were provided.

In the final chapter, the dissertation summary was provided and the legalization for the Korean provisional ship arrest system was suggested as a conclusion for the dissertation.

第1節 研究의 目的

韓·中 兩國은 1978年 中國의 改革·開放 以後 舊 蘇聯 및 東歐圈 崩壞 以後의 世界的인 和解와 協力の 潮流에 副應해서 1992. 8. 24. 修交하였고, 그 後 10年餘의 짧은 修交期間에도 不久하고 兩國의 地理的 位置로 因해 政治, 經濟, 社會, 文化 等 諸方面에서 急速한 關係發展을 이룩하였으며, 2003年度부터 中國은 過去 韓國의 主要 輸出國 1, 2位였었던 美國과 日本을 제치고 名實相符한 1位 輸出市場으로 浮上했다.¹⁾

韓·中 兩國 交易의 急速한 增加에 따라 海運分野에 있어서도 船舶에 의 한 海上運送도 急增하였고, 韓·中 兩國의 運送人과 荷主 等의 利害關係者 들 사이에 크고 작은 海事紛爭이 頻繁히 發生하여 船舶을 債權保全手段으로 押留하는 境遇도 많이 發生하고 있다. 이 過程에서 특히 우리나라 船舶이 中國에서 押留되거나 우리나라 企業이 中國 또는 外國의 船舶을 中國에서 押留措置를 하여야 할 境遇가 자주 發生하고 있지만, 中國의 法制度에 대한 理解가 不足하여 適切한 對處를 하지 못하고 있는 實情이다.²⁾

中國의 法律은 韓國法과 比較할 때 法 概念, 法律 體系, 司法制度 面에서 많이 다르다. 現行 中國 法律은 社會主義的 要素와 資本主義的 要素 및 中國 傳統的인 要素가 混在하여 把握하기가 여간 어렵지 않으며, 게다가 法院制度 等 司法制度가 韓國과 많이 다르기에 法的 問題가 發生하여도 救濟

1) 韓國의 2002年度 中國에 대한 輸出 比重은 14.6%로서 日本 9.5%를 追越하여 美國의 20.7%에 이어 第2位 市場이 되었고, 2003年度에는 美國을 追越하여 名實相符한 우리나라의 最大 輸出市場으로 浮上하였다.

2) 韓·中 間의 貿易紛爭은 餘他國과 比較하여 相對的으로 많이 發生하고 있다. 그 理由는 開途國으로서의 中國市場의 不安定, 中國人의 事業 마인드의 不足, 契約 前 相互 充分한 意思疏通의 未備, 韓國業體間의 過熱競爭 心理와 性急한 決定過程, 貿易技術의 인 問題 等 여러 가지가 있다고 하겠으나 社會主義國家인 中國의 基本的인 法制度和 規定에 대한 理解不足에서 起因하는 것이 훨씬 많다고 할 수 있다.

를 받기에는 많은 隘路 事項이 存在할 수밖에 없으므로 中國과 貿易을 하는 우리 企業의 立場에서는 中國의 法律과 制度에 대한 理解가 더욱 切實하다고 하겠다.

中國은 1978년부터 東부와 南部 沿海의 各 主要 都市들을 中心으로 對外 開放政策을 示範적으로 實施하여 큰 成功을 거둠으로써 現在는 全 中國 大陸을 開放하기에 이르렀고, 中國의 對外貿易은 經濟建設을 中心으로 國家 發展을 이루려는 政策下에서 急速하게 發展함에 따라 對外運送의 主要手段인 海上運送도 지난 20餘年동안 急速度로 發展하였으며³⁾, 海域이 큰 만큼 海事事件도 頻繁히 發生하여 이에 따른 海事法律의 制定도 要求되었다.⁴⁾

中國은 1950년대부터 海商法 制定의 必要性이 擡頭되어 草案을 作成하였고, 그후 20여차례의 修正을 거쳐 1993년부터 施行하게 됨으로써 海事事件 處理를 위한 實體法的인 法制가 마련되어 海上運送의 活性化를 위한 法律的 基盤을 造成하였다. 그러나 中國은 實體法인 海商法을 制定하여 施行하고 있으면서도 이를 執行할 節次法은 우리나라와 마찬가지로 民事訴訟法에 依存하다가 海事關聯訴訟에 대하여 明確한 節次 規定을 必要로 하는 社會·經濟的 要求에 따라 民事訴訟法의 特別法으로 “海事訴訟特別節次法”⁵⁾

3) 中國의 上海港, 釜山港, 天津港, 大連港 等은 우리나라의 釜山港과 더불어 世界 10대 컨테이너 港灣에 記錄될 程度로 海商交易의 前進基地로 成長하였을 뿐만 아니라 世界 最大의 컨테이너 港灣인 香港과 마카오가 中國으로 復歸한 以後 海運은 더욱 두드러져서 中國은 總噸數 基準으로 船腹量이 世界 5位를 차지하는 海運 強國으로 浮上하게 되었다.

4) 實際로 中國의 改革·開放 以後 海事裁判活動은 量的인 面에서 급격히 增加하여 1984년부터 1999年 上半期에 이르기까지 中國 海事法院은 약 25,000餘件의 海事事件을 接受하였는데, 그 中 3,746件은 涉外事件이었고, 그 當事者 역시 73個 나라에 걸쳐 있어 여러 나라의 法律, 海運 및 貿易上의 差異點으로 인한 混亂을 불러 일으켰다.

5) 1999年 12月 5日 第9期 全國人民代表大會 常務委員會 第13次會議에서 通過된 이 法の 원래 名稱은 “中華人民共和國 海事訴訟特別程序法”이다. 中國에서는 “節次”를 “程序”라고 한다. 이와 같이 韓國과 中國의 法律用語는 약간 다르다. 이 論文에서는 韓國의 法律用語를 주로 使用하되 內容 說明의 狀況에 따라서 韓國과 中國의 法律用語를 混合하여

을 制定하여 2000年 7月 1日부터 施行함으로써 中國의 海商 海事法律分野는 實體法과 節次法の 兩 側面에서 모두 짜임새를 갖추게 되었다.

中國은 船舶假押留에 관한 國際的 統一規範이라고 할 수 있는 “1999年 船舶假押留國際條約”에 아직 批准하지 아니하였으나, 이 條約을 採擇할 때 議長國으로서 積極的으로 參與하였을 뿐만 아니라 海事訴訟特別節次法을 制定할 때에도 英美法系와 大陸法系의 妥協이라고 할 수 있는 이 條約의 內容을 대부분 受容하여 自國의 國籍을 가진 船舶의 利益을 保護하였다.

中國의 海事訴訟特別節次法은 “이 法은 海事訴訟 當事者の 訴訟權利를 保護하기 위하여 人民法院에서 事實을 밝혀서 責任을 分明하게 하고, 法律을 適正하게 適用하여 海事事事件의 裁判이 圓滑하게 進行되도록 하는 것을 目的으로 하여 制定된 民事訴訟法の 特別法이다(同法 第1條 및 第2條)”라고 規定하여 中國의 領域 內에서 海事事紛爭이 생겨 海事訴訟을 進行할 때에는 海事法院이 管轄權을 가지고, 請求債權이 海事請求⁶⁾에 該當하는 境遇 同法에 의하여 船舶假押留를 取할 수 있도록 規定하고 있는 바, 이는 우리나라의 船舶假押留制度和 比較해 볼 때 立法體系, 管轄, 船舶假押留의 概念 및 要件, 效果, 節次 등 많은 點에서 다르다.

우리나라는 國家發展과 經濟成長에 海洋과 海運의 比重이 특히 크다고 할 수 있으므로 海事法の의 分野에 있어서도 國際的인 立法動向과 다른 海運國들의 立法例의 檢討를 통해 時代의 흐름에 뒤지지 않도록 할 必要性이 있다고 할 것이다. 本 論文은 이러한 目的을 위해서 中國의 船舶假押留制度에 대하여 概略的으로 살펴보고, 우리나라와 中國의 船舶假押留制度를 比較·分析하여 우리나라 船舶假押留制度의 問題點에 대해서 檢討한 후, 우리의 法制를 合理的으로 調停하고 改善할 수 있는 方案과 立法論에 대해

使用하기로 한다.

6) 韓國의 法律用語로는 海事債權을 意味한다.

서 論議하고자 하였다.

第2節 研究의 範圍와 方法

海上運送의 特徵은 船舶이 航海함에 있어서 自然的인 危險이 많고, 航行期間이 길며 流動性이 강하다는 것이다. 그래서 海上에서 일단 海損事故가 發生하면 狀況이 複雜하여 責任의 所在를 糾明하는데 어려움이 많을 뿐만 아니라 많은 時間과 精力을 消費하게 된다. 그러므로 當事者間의 適法한 權利를 保護하고 損害의 擴大를 防止하며 紛爭의 公評하고도 適正한 解決을 위하여 船舶假押留制度는 必要할 뿐만 아니라 매우 有益하다고 할 것이다.

中國에서도 우리나라와 마찬가지로 船舶은 그 本質이 動産이면서도 不動産과 같이 取扱을 받고 있으며, 債權保全手段으로 쉽게 活用되고 있다. 그래서 兩國에서 船舶假押留는 海事請求의 保全에 있어서 가장 重要하고 典型的인 方式일 뿐만 아니라 海事紛爭을 解決하는 重要한 手段이라고 할 수 있다.

中國의 船舶假押留制度는 海事訴訟特別節次法에 의하여 規律되고 있으며, 同法은 中國의 領域 內에서 海事紛爭이 發生하여 當事者들이 中國에서 海事訴訟을 進行할 때에는 海事法院이 管轄權을 가지고, 請求 債權이 海事請求에 該當하는 境遇에는 同法에 의하여 船舶에 대해 假押留節次를 取할 수 있도록 規定하고 있는 바, 이는 우리나라의 船舶假押留制度和 比較하여 비슷한 點도 많지만 相當한 差異가 있다.

먼저 비슷한 點을 살펴보면, 兩國에서의 船舶假押留制度의 趣旨는 事件의 解決을 위한 것이 아니라 訴訟節次의 效果的인 進行을 위하여 法院이나 當事者

가 취하게 되는 補助的, 臨時的 節次이며, 債權者가 假押留를 申請하는 目的은 債務者로부터 擔保를 提供받아 將來에 行하여질 請求權을 確保하기 위한 것일 뿐이며, 實體法上的 權利의 有無를 法院으로부터 구하거나 直接的으로 紛爭을 解決하고자 하는 것은 아니다. 또한 船舶假押留도 一般的인 假押留의 一種이므로 假押留에 대한 一般 原則이 大部分 適用되며, 將來 判決이 確定될 때 까지의 債權確保 및 保全을 위한 節次에 불과하므로 債權들 사이에는 優先權이 없고 債權者平等主義原則이 適用될 뿐만 아니라 假押留異議나 本案에 대한 判決時까지 그 效力이 存續되며 航行許可나 解放供託에 의한 執行取消가 이루어지지 아니하는 限 船舶에 대한 假押留執行은 維持된다.

또한 다른 點을 살펴보면, 一般 民事訴訟의 節次에 따르는 우리나라의 船舶假押留制度는 海事訴訟의 特殊性을 認定하고 海事法院을 專屬管轄로 하는 中國의 船舶假押留制度和 根本적으로 그 理念을 달리하고 있다. 또한 우리나라에서는 執行하고자 하는 債權이 海事債權인지 與否에 따라 節次나 管轄에 있어 一般債權과 그 取扱이 전혀 달라지지 아니하므로 海事債權과 非海事債權을 區別할 實益은 거의 없다고 할 수 있다. 反面 中國은 海事債權과 非海事債權을 區別하여 海事債權에 대하여는 管轄法院을 달리할 뿐만 아니라 特殊한 對物訴訟節次를 一部 認定하고 있으므로 執行하고자 하는 債權이 海事債權인지 與否를 決定하는 것이 대단히 重要하다.

本 論文은 우리나라보다 먼저 國際的 趨勢를 反影하여 民事訴訟法의 特別法으로 海事訴訟特別節次法을 制定한 中國 船舶假押留制度를 概略적으로 檢討하고, 比較法學(comparative law)의인 觀點에서 現在 韓國과 中國에서 施行되고 있는 韓國의 民事執行法과 中國의 海事訴訟特別節次法上 船舶假押留制度에 관한 規定을 相互 比較·分析하여 우리나라 船舶假押留制度의 問題點과 改善方案, 그리고 立法論을 提示하였다.

이러한 目的에 따라 本 論文은 다음과 같이 構成되어 있다.

第1章은 序論으로서 研究의 目的과 範圍 및 方法에 대하여 言及하였다.

第2章은 中國 船舶假押留制度의 意義와 法源에 대하여 考察하였다.

具體的으로는 中國 海事法의 體系 및 中國 船舶假押留制度의 意義에 대해 살펴본 후, 韓·中 船舶假押留制度의 立法體系를 比較하고 우리나라 船舶假押留制度의 立法政策上의 改善方案을 提示하였다.

第3章은 中國 船舶假押留의 要件과 效果에 대하여 考察하였다.

具體的으로는 中國 船舶假押留의 管轄 및 要件, 效果에 관하여 檢討한 후, 韓·中 船舶假押留의 要件과 效果를 比較하고 우리나라 船舶假押留制度의 改善方案을 論議하였다.

第4章은 中國 船舶假押留의 節次에 대하여 考察하였다.

具體的으로는 中國 船舶假押留의 節次에 관하여 檢討한 후, 韓·中 船舶假押留의 節次를 比較하고 우리나라 船舶假押留의 節次上에서 發生하는 重要問題와 改善方案에 대해서 論議하였다.

第5章은 結論으로서 2章부터 4章에서 檢討한 內容을 要略하고, 우리나라 船舶假押留制度의 問題點에 대한 立法論을 提示하였다.

第2章 船舶假押留制度의 意義와 法源

海事紛爭이 發生하였을 때 債權者의 主된 關心 事項은 債權의 確保方案에 있다 할 수 있고, 債權保全措置로서의 船舶假押留는 債權의 確保手段으로서 重要的 機能을 하게 된다. 海事訴訟은 海事債權의 請求에 관한 것으로서 債權의 發生原因 및 그 執行節次가 一般的인 民事訴訟과는 差異가 있었지만 過去 韓國과 中國에서는 債權의 發生原因에 대해서 각각 商法의 海商編 또는 獨立된 海商法으로 規律하였지만 그 節次는 一般的인 民事訴訟節次를 準用하고 있었다. 그러다가 中國에서는 國際的 趨勢에 따라 海事訴訟의 特殊性을 認定하고 民事訴訟法의 特別法으로서 海事訴訟特別節次法을 制定하였고, 反面 韓國에서는 民事訴訟節次 중 權利의 保全과 實現節次인 強制執行 및 保全節次가 權利의 確定節次인 本案訴訟節次와 함께 編制되어 있는 것이 立法體系上 맞지 않는다는 批判을 받고 過去의 民事訴訟法에서 保全, 執行節次를 分離하여 一般法인 民事執行法을 制定하게 되었다.

第1節 中國 海事法の 體系

中國은 韓國과 經濟體制가 다르다. 中國이 現在 指向하는 目標은 “社會主義 市場經濟”로서 政治에 있어서는 社會主義, 經濟에 있어서는 市場主義를 指向하고 있기 때문에 中國法에는 社會主義的 要素와 市場主義的 要素가 混在되어 있으며 政治와의 關聯度에 따라 社會主義的 要素가 강한 法律

이 있는가 하면 市場原理에 따라 制定되는 法律과 法規도 많다. 一般的으로 憲法, 行政法 等에는 社會主義的 要素들이 많이 反影되고 있고, 새로 立法되고 있는 經濟 關聯 立法은 相對的으로 國際慣例를 많이 參酌하고 先進的인 것을 많이 받아들이는 趨勢이다.

특히 中國은 일찍부터 海事紛爭을 對外貿易紛爭과 分離하여 다르게 取扱해 왔다. 中國의 海事紛爭의 處理는 大略 '4方法, 3機關, 2制度'로 表現할 수 있다. 즉, 海事紛爭을 解決하는 方法은 和解, 調停, 仲裁, 訴訟 4가지 方法이 있고, 海事紛爭을 處理하는 機構는 港務監督, 海事仲裁委員會 및 海事法院 3個 機構이며, 海事紛爭을 處理하는 制度는 海事仲裁制度和 海事訴訟制度가 있다.

中國 海事訴訟法の 法源은 海商法, 海事訴訟特別節次法, 海上交通安全法, 民法, 民事訴訟法 等の 基本法和 國務院의 行政法規, 交通部 規定, 地方法規, 最高人民法院의 司法解釋, 中國이 加入한 國際條約과 國際慣例 等으로 이루어져 있으며, 이 中에서도 海事訴訟特別節次法和 民事訴訟法이 海事訴訟節次에 관한 基本法律이라고 할 수 있다. 中國 海事訴訟特別節次法은 12 個章, 127個 條文으로 構成되어 있으며, 中國 民事訴訟法은 4編 29章 270個의 條文으로 構成되어 있고, 그 中 第9章 財產保全 및 于先執行과 第27章 財產保全 等 2個章, 14個의 條文에 海事訴訟節次中 假押留와 關聯된 規定을 두고 있다.

I. 中國法の 特色

中國은 韓國과는 달리 外國의 法制를 受容함에 있어서 全體的인 基本法體系를 모두 受容하여 漸次 消化시켜 나가는 것이 아니라 經濟體制改革의

發展에 따라서 必要할 때마다 立法하는 方式을 취하고 있다. 中國은 改革·開放 初期에는 改革의 目標가 計劃經濟를 ‘主’로하고 市場經濟를 ‘補’로하는 計劃經濟爲主 市場調節爲補 體制였었고, 그 後에는 計劃的 商品經濟로 바꾸었으며, 1990年代 初에 이르러서는 完全히 社會主義市場經濟體制로 轉換하였다. 그리하여 中國法의 모습은 이러한 經濟發展에 따라서 迅速하게 變貌해 가고 있으며, 특히 經濟 關聯 立法에서 더욱 그러하다고 할 수 있다.

한편 中國은 對外開放을 推進하면서 적지 않은 國際條約에 加入하였거나 加入하려고 努力하고 있기 때문에 國內 立法에서도 그 影響을 많이 받고 있으며 아울러 國際慣例도 尊重하기 위하여 努力하고 있다.

또한 中國은 經濟改革과 對外開放의 速度에 따라서 끊임없이 既存의 法들을 改正하고 補完을 하고 있으므로 法律의 變化速度가 엄청나게 빠를 뿐만 아니라 ‘立’, ‘改’, ‘廢’가 同時에 進行되고 있으므로 中國法의 理解를 위해서는 法規정의 變化를 綿密하게 살펴보아야 할 必要가 있다.

그리고 中國法의 法源 構造는 매우 複雜하다. 이것은 政府體制의 二元化에서 起因하는 것이라고 할 수 있다. 中國의 政府部門은 一般的으로 中央政府와 地方政府로부터 二重으로 統制를 받고 있다. 中央權力機關은 全國人民代表大會 및 全國人民代表大會 常務委員會이고 中央政府는 國務院 및 그 構成 部門인 各部, 委員會이며, 地方權力機關은 省, 市, 縣, 鄉(鎮)級 人民代表大會로 나누어지고 地方政府는 省, 市, 縣, 鄉(鎮)級 人民政府 등으로 나누어지며 이들 政府에서 여러가지 法規가 만들어 지고 있다. 具體적으로 는 國家憲法, 全國人民代表大會에서 制定된 法律, 國家行政機關에서 制定한 行政法規, 地方法規, 中國이 加入한 國際條約과 國際慣例 등이 있다.

中國 法律은 中國政府의 “먼저 原則的인 規定을 하고 現實의 發展에 따라 나중에 補完하고 修正한다”는 立法政策으로 인해 實效성이 떨어지는 部

분이 많다. 그 중에서도 특히 1993年 以前에 制定된 法들은 더욱 그러하다. 그리하여 國務院이 別途로 詳細한 實施 細則 또는 條例를 만들어 適用하거나 最高人民法院에서 司法解釋을 만들어 具體적인 指針을 定하기도 한다. 그리고 어떤 境遇에는 法律의 制定도 없이 우선 行政法規를 制定하여 施行을 하고 난 以後 實踐에서 惹起되는 問題點들에 대하여 檢討 作業을 마친 後 充分한 時期가 成熟되었다고 認定될 때에 비로소 法律로 昇格시켜 制定하기도 하므로 中國法에서는 下位規定이 上位規定보다 훨씬 더 많고 複雜한 樣相을 띠고 있을 뿐만 아니라 實效성이 있는 境遇가 많다. 따라서 中國法の 理解를 위해서는 下位規定까지 注意깊게 살펴보아야 한다.

II. 中國 海事法の 法源

1. 中國의 法律體系

中國의 法律體系는 中華人民共和國憲法을 國家의 根本大法으로 하여, 全國人民代表大會에서 制定된 法律, 國家 行政機關에서 制定한 行政法規, 地方法規, 中國이 加入한 國際條約과 國際慣例가 있다. 全國人民代表大會는 中國의 立法機關으로서 民法, 民事訴訟法, 刑法, 刑事訴訟法, 海商法, 海事訴訟節次法, 行政訴訟法 等の 基本法이 여기에서 制定된다. 全國人民代表大會에서 通過되어 頒布된 이러한 基本法은 原則적인 規定들로 構成되어 있고 細部的인 事項에 대하여 補完할 必要性이 있으면 그 下位の 法規가 制定된다. 그리고 中國은 大陸法系 國家이므로 英美法系와 달리 判例는 그 法源性이 認定되지 않는다.

(1) 憲法

憲法은 한 나라의 根本法이며 國家最高權力の 象徴으로서 最高의 法的地位와 效力을 가지고 있으며, 모든 法律의 效力은 憲法으로부터 나온다. 中國 憲法은 最高權力機關인 全國人民代表大會에서 制定하고 改正하며(中國 憲法 第62條), 中國의 社會·經濟와 政治制度, 根本任務, 各種 基本原則, 方針, 政策, 公民의 基本 權利와 義務 및 各 主要 國家機關의 構成과 職權, 職責 등을 規定하였고 社會生活 各 領域의 가장 根本的이고 基本的인 問題를 規定하였다.

中國 憲法の 制定과 改正의 節次는 아주 嚴格하여 반드시 全國人民代表大會 常務委員會 또는 5分の 1 以上の 全國人民代表大會 代表의 提議에 따라 全國人民代表大會 代表의 3分の 2 以上の 同意를 거쳐야만 通過할 수 있다(中國 憲法 第64條). 그리고 모든 法律과 行政法規, 地方省 法規는 憲法과 抵觸되어서는 아니된다. 全國人民代表大會 및 그 常務委員會는 憲法の 實施를 監督하고, 全國人民代表大會 常務委員會에서 憲法 規定에 대한 解釋權을 가진다(中國 憲法 第67條).

(2) 國際條約과 國際慣例

國際條約은 中國이 國際法主體로서 外國과 締結한 兩者間 또는 多者間 協議와 其他 條約, 協定 性格의 文書를 말한다. 條約이 效力을 發生한 後 “條約은 반드시 遵守해야 한다”라는 國際慣例에 따라 締約國의 國家機關, 團體와 國民에 대하여 法的 拘束力을 가지므로 國際條約도 現代 中國法의 重要한 法源 中の 하나이다. 全國人民代表大會는 1990년에 “中華人民共和國條約締結節次法”을 通過하였다. 이에 따르면 中央人民政府 즉 國務院은 外國과 條約과 協定을 締結하고, 全國人民代表大會 常務委員會는 外國과 締結한 條約과 重要한 協定の 批准과 廢止를 決定한다.

그리고 中華人民共和國 主席은 全國人民代表大會 常務委員會의 決定에

따라 外國과 締結한 條約과 重要な 協定을 批准하고 廢止하며, 多者間 條約과 協定에 參加하는 것은 各各 全國人民代表大會 또는 國務院이 決定하고 多者間 條約과 協定을 接受하는 것은 國務院이 決定한다.

國際慣例는 國際司法裁判所 等 國際裁判機構의 判例가 體現 또는 確認한 國際法 規則과 國際去來 中에서 形成된 共同으로 遵守해야 하지만 成文化되지 않은 慣習이다. 國際慣例는 國際條約 乃至 條約의 補充으로서 中國도 國際慣例를 尊重하고 있다.

中國 民法總則은 “中華人民共和國이 締結하였거나 參加한 國際條約에 中華人民共和國의 民事 法律과 다른 規定이 있는 때에는 國際條約을 우선 適用한다. 다만, 中華人民共和國이 留保를 宣言한 것은 除外한다. 中華人民共和國 法律과 中華人民共和國이 締結 또는 參加한 國際條約에 規定이 없는 때에는 國際慣例를 適用할 수 있다”라고 規定하여 國際條約과 國際慣例의 法的 效力을 認定하고 있다(中國 民法 第142條).

또한 中國 海事訴訟特別節次法에서도 “中國이 締結하거나 加入한 國際條約이 涉外 海事訴訟에 관하여 中國 民事訴訟法 및 이 법과 다른 規定이 있는 때에는 그 條約의 規定을 適用한다(同法 第3條)”라고 規定하고 있다.

(3) 法律

中國에서 法律은 通常 全國人民代表大會 및 그 常務委員會가 制定한 規範性 法律 文書を 말한다. 中國法の 法源 中에서 法律은 憲法보다 바로 아래의 地位와 效力을 가진다. 法律은 制定機關에 따라 두 가지로 나뉘는데 하나는 基本 法律, 즉 全國人民代表大會가 制定하고 改正하는 刑事, 民事, 國家機構와 其他 領域의 規範性 文書로서 刑法, 刑事訴訟法, 民法 등이 있고, 다른 하나는 全國人民代表大會 常務委員會가 制定하는 規範性 文書로서 基本 法律 以外の 其他 法律로서 保險法, 特許法, 擔保法 등이 있다.

全國人民代表大會가 制定한 法律은 全國人民代表大會 閉會期間 中일 때에 限하여 그 常務委員會가 그 法律의 基本原則과 抵觸되지 않는 範圍內에서 補充하고 改正할 수 있으며(中國 憲法 第62條 및 第67條), 全國人民代表大會 및 그 常務委員會에서 公布한 規範性을 가지는 決議, 決定 等도 法律에 속한다.

(4) 行政法規⁷⁾

行政法規는 國家最高行政機關인 國務院⁸⁾이 制定한 規範性 文書로서 그 法的 地位와 效力은 憲法과 法律 다음이고, 一般的으로 '條例', '規定', '辦法' 等の 名稱을 使用하고 있으며 憲法이나 法律에 抵觸되어서는 아니된다. 國務院이 公布한 決定과 命令도 規範性이 있는 것은 行政法規에 속하며 法源이라고 할 수 있다.

現在 中國의 行政法規는 全國人民代表大會와 全國人民代表大會 常務委員會가 制定한 法律보다 그 숫자가 훨씬 많다. 全國人民代表大會 常務委員會는 憲法과 法律에 抵觸되는 國務院의 行政法規인 決定과 命令을 取消할 수 있다(中國 憲法 67條).

(5) 地方省 法規·民族自治法規·經濟特區의 規範性 文書⁹⁾

7) 우리나라의 施行令 즉 大統領令 및 總理令, 部令 等이 이에 該當된다.

8) 國務院은 中央人民政府로서 最高의 國家行政機關이다. 全國人民代表大會 및 그 常務委員會의 決定에 따른 法律은 國家 主席(對內外的으로 中國을 代表하는 最高權力機關)이 公布하지만, 全國人民代表大會와 그 常務委員會가 制定한 法律과 決意 等を 執行하는 機關은 國務院이며, 國務院은 全國人民代表大會와 그 常任委員會에 대하여 責任을 지며, 그에 대하여 各種 業務를 報告한다. 또한 國務院은 職權의 範圍內에서 行政執行을 위한 措置와 行政法規의 制定, 그리고 決定과 命令의 公布·示達을 한다. 國務院은 國家主席이 任命하며 總理, 副總理, 國務委員, 各部 部長, 各委員會 主任, 審計長, 秘書長으로 構成되어 있다.

9) 우리나라의 地方自治團體에서 制定한 條例에 該當한다.

地方省法規, 民族自治法規, 經濟特區的規範性文書은 地方國家機關이 制定한 規範性文書이다. 地方省法規는 地方國家機關이 本行政區域의 具體的인 情況과 實際需要에 根據하여 法律에 따라 制定한 地方行政區域內에서 法的效力을 發生하는 規範性文書이고, 憲法과 1986년에 改正한 “地方各級人民代表大會와 地方各級人民政府組織法”의 規定에 따라서 省·自治區·直轄市 및 省·自治區人民政府의 所在地都市와 國務院이 批准한 比較的 큰 市の 人民代表大會 및 그 常務委員會는 地方省法規를 制定할 수 있다. 그 外에 地方各級國家權力機關 및 그 常設機關이 制定한 決定, 命令, 決議도 規範性이 있는 것이라면 그 行政區域內에서 法源에 속한다. 地方省法規 및 그 規範性文書은 憲法, 法律, 行政法規와 抵觸하지 않는 範圍內에서 效力이 있으며 一般的으로 ‘條例’, ‘規則’, ‘規定’, ‘辦法’ 등의 名稱으로 되어있다.

民族區域自治는 中國의 基本的인 政治制度이다. 憲法과 “民族區域自治法”에 根據하여 民族自治地方의 自治機關(自治區, 自治州, 自治縣)은 憲法에 規定한 地方國家機關의 職權을 行使하는 外에 憲法과 關聯法律의 規定에 따라 自治權을 行使한다. 民族自治地域의 人民代表大會는 現地民族의 政治, 經濟와 文化의 特性에 따라 自治條例와 單行條例를 制定할 수 있는데 上級人民代表大會 常務委員會의 批准을 받은 다음에야 效力을 發生한다(中國 憲法 第116條). 自治條例는 一種의 綜合性法規로서 그 內容이 넓다. 單行條例는 規範性文書으로서 一般的으로 ‘條例’, ‘規定’, ‘變通規定’, ‘變通辦法’ 등으로 되어있다. 民族自治法規는 當該自治區域內에서만 效力을 發生한다.

經濟特區는 中國이 改革·開放以後 外資를 留置하고 外國의 先進技術을 導入하기 위해 一連의 特別經濟政策을 實行하는 地域이다. 1981年 全國人民代表大會 常務委員會는 廣東省, 福建省 人民代表大會 및 그 常務委員會

에 權限을 移讓하여 所屬 經濟特區의 經濟法規를 制定하여 施行할 수 있게 하였고, 1988년에는 海南省 人民代表大會 및 그 常務委員會에 海南經濟特區에서 實行할 法規를 制定하여 施行할 수 있게 하였으며, 1992년에는 深卍市 人民代表大會와 深卍市 人民政府에 權限을 移讓하여 兩機關에서 各各 獨立的으로 法規와 規章을 制定하여 深卍經濟特區에서 實行하게 하였다. 經濟特區의 이런 規範性 文書은 全國人民代表大會 및 그 常務委員會로부터 權限을 移讓받아 制定된 것이기에 그 法的 地位와 效力은 一般的인 地方省 法規와 다르다.

(6) 規章¹⁰⁾

規章은 行政性 規範으로서 制定機關에 따라 두 가지가 包含되는데 하나는 國務院 構成部門인 各部, 委員會 및 直屬機構가 그 職權 範圍 내에서 制定한 規範性 文書이고 다른 하나는 省·自治區·直轄市 人民政府 및 省·自治區人民政府의 所在地 都市와 國務院이 批准한 比較的 큰 市の 人民政府가 法定節次에 따라 制定한 規範性 文書이다.

(7) 特別行政區의 法律

中國에서는 中國 憲法の 規定에 따라 必要한 境遇 特別行政區를 設置할 수 있다. 特別行政區 내에서 實施하는 各種 制度는 具體的 狀況에 따라서 全國人民代表大會에서 制定하는 法律로 訂하게 되어 있는데, 이는 “一個國家 兩種制度”라는 덩샤오핑의 構想에 따라서 憲法上에 具體적으로 規定되게 된 것이다.

特別行政區는 中國의 其他 地域과 전혀 다른 經濟, 政治, 法律制度를 實施하고 있는 바, 이는 一定한 期間 內에 資本主義制度和 生活方式을 維持

10) 우리나라의 施行規則 즉 部令 및 條例가 이에 該當된다.

하여야 하기 때문에 立法權限과 法律形式上 一定한 特殊性을 지니고 있다. 그래서 特別行政區의 法律, 法規는 現代 中國法の 法源 中에서 單獨적인 것으로 分類되고 있다.

全國人民代表大會는 1990年과 1993年에 各各 “中華人民共和國 香港特別行政區基本法”과 “中華人民共和國 마카오特別行政區基本法”을 通過시켰다. 特別行政區基本法の 規定에 따라서 特別行政區는 外交 및 國防事務를 中央人民政府가 管理하는 以外에 行政管理權, 立法權, 獨立的인 司法權과 終審權을 가지면서 高度의 自治權을 享有하고 있으며, 現行의 社會, 經濟制度와 生活方式은 向後 50年間 變하지 않는다.

2. 中國 海事法の 法源

中國 海事訴訟法の 法源은 海商法, 海事訴訟特別節次法, 海商交通安全法, 民法, 民事訴訟法, 競賣法 等の 基本法과 國務院의 行政法規, 交通部 規定, 地方法規, 最高人民法院의 司法解釋¹¹⁾, 中國이 加入한 國際條約과 國際慣例 등으로 이루어져 있다. 이 中에서도 民事訴訟法과 海事訴訟特別節次法이 海事訴訟節次에 관한 基本法律이라고 할 수 있다.

(1) 中國의 民事訴訟法

11) 最高人民法院의 司法解釋은 法規의 形式으로서 存在하는 것은 아니지만, 위에서 言及한 細部 事項의 補完의 必要性이 提起될 境遇 最高人民法院은 事案에서의 適用 法律에 대하여 具體的인 解釋을 한다. 예를 들면 海商運送事件의 時效와 關聯하여 中國 海商法 第257條는 “海商貨物運送에 있어서 運送人에 대하여 損害賠償을 請求할 수 있는 時效期間은 1年이며 運送人이 貨物을 引渡하거나 引渡하여야 할 日字로부터 起算한다”고 規定하였으나 反對로 運送人이 貨主에 대하여 損害賠償을 請求할 境遇의 時效에 대하여 規定이 되어있지 않았다. 이에 대하여 最高人民法院은 “運送人이 送荷人, 受荷人, 船荷證券所持人에 대한 損害賠償請求權의 時效는 關聯 法律에 規定되기 前에는 海商法 第257條의 規定을 引用하여 1年으로 認定하며 運送人이 權利를 侵害받은 事實을 알게 된 日字로부터 起算한다”고 解釋하고 있다. 最高人民法院의 司法解釋은 下級審法院의 裁判實務에 決定的인 效力이 있다.

中國은 1949年 社會主義化한 이래 重要 生産手段을 國有化 내지 社會化 하고 私的 所有權을 바탕으로 하는 市場經濟體制에 대해서는 意識적으로 無視 또는 敵對視하는 態度를 취해왔다. 이에 따라 私人間的 民事紛爭에 대해서도 社會적으로 別意味를 갖지 않게 되었을 뿐만 아니라 市場經濟體制를 土臺로 하는 民事訴訟제도도 그 發展이 더딜 수밖에 없었다.¹²⁾

中國에서는 이미 清末 中華民國初期에 刑事法과 民事法の 區別이나 實體法과 節次法の 區別을 하였으나, 社會主義化한 以後 1966년부터 1979年 사이에는 文化革命 期間동안 破壞되었던 制度를 復舊하는데 注力하여 民事法分野의 發展이 停滯되었다가, 1979年을 基點으로 本格的인 法律制度의 整備와 새로운 立法作業에 着手하였고, 그後 中國의 經濟體制가 計劃的商品經濟體制로 바뀌게 되자¹³⁾ 이와 같은 經濟體制的 變更을 뒷받침할 節次法の 整備를 서두르게 되었다.

中國의 民事訴訟法은 民法의 節次法으로서 中國 六大 基本法の 하나이다. 中國은 1982. 3. 8. 民事訴訟法(施行)을 制定하여 同年 10月 1日부터 若 9年間 施行하면서 그 동안 進行된 改革·開放政策을 反影하였고, 같은 期間中 制定된 民法通則, 特許法, 商標法, 著作權法 等과의 調和를 위하여 大幅 修正되어서 1991. 4. 9. 第7期 全國人民代表大會 第4次 會議에서 中華人民共和國民事訴訟法으로 通過되어 같은 날부터 施行되었다. 이 民事訴訟法은 4編 29章 270個의 條文으로 構成되어 例前의 施行法보다 6章 65條가 늘어났으며 그 內容에도 相當한 變化가 있었다.¹⁴⁾

12) 이와 같은 現象은 中國뿐만 아니라 모든 社會主義 國家에서 共通의으로 볼 수 있는 現象이라고 할 수 있다.

13) 1984. 10. 20. 開催된 全國人民代表大會에서 中國의 經濟體制的 變更을 宣言하고 中國의 經濟體制를 計劃的商品經濟體制라고 宣言하였다.

14) 이와 같은 變化는 좀 더 西歐資本主義의 民事訴訟法에 接近하였다고 볼 수 있으며, 民事訴訟法の 變化를 통하여 中國의 改革·開放의 方向을 豫見할 수 있음을 나타내는 것이라 할 수

中國 民事訴訟法에는 法을 適用함에 있어 모든 訴訟에 共通되는 原則과 民事訴訟法 特有的 原則으로 分類되는 두가지 基本原則이 있다(同法 第6條 乃至 17條).¹⁵⁾ 이러한 基本原則은 民事訴訟法の 制定과 民事訴訟制度의 實施에 있어서 基本이 되는 指導原則을 말하며, 民事訴訟에 있어서 法院은 물론이고 當事者 其他의 參與人도 반드시 지켜야 하는 準則을 말한다. 政治體制에 따라 民事訴訟法の 基本原則은 달라지며, 中國 民事訴訟法은 社會主義憲法과 人民法院組織法을 根據로 하고 中國의 實際 事情을 出發點으로 하여 數十年間 人民法院이 民事事件을 處理한 經驗을 參酌하여 制定한 것으로서(同法 第1條) 그 基本原則은 社會主義 民事訴訟에 관한 基本原則이므로 우리 民事訴訟法の 基本原則과는 다른 點이 많다. 中國 民事訴訟法에 規定되어 있는 이러한 基本原則들은 海事訴訟에서도 반드시 지켜져야 하는 原則이므로 간단하게 紹介하기로 한다.¹⁶⁾

첫째, 모든 訴訟에 共通되는 原則이라 함은 中國의 憲法, 人民法院組織法, 刑事訴訟法 등이 規定하고 있는 것을 다시 民事訴訟法에 規定해 놓은 것으로서 民事訴訟은 물론 刑事訴訟, 行政訴訟 等에도 같이 適用되는 原則을 말하는 것으로서 裁判權 統一行使의 原則 및 法院獨立의 原則(同法 第6條)¹⁷⁾, 事實을 根據로 하고 法律을 基準으로 할 原則(同法 第7條), 法律適用

있을 것이다.

15) 法典의 앞 部分에 이렇듯 基本原則을 모아 強調한 理由는 中國은 現在 改革 開放의 旗幟를 걸고 市場經濟體制를 猛烈的 氣勢로 吸收·消化하고 있으나 아직까지는 여러 面에서 資本主義와는 兩立할 수 없는 制度가 殘存하고 있으므로 일단 現在 進行된 改革開放의 程度에 맞추어 民事訴訟制度를 마련하고(條文의 數도 強制執行을 包含하여 270個에 불과하다), 여기서 對處하지 못하는 새로운 狀況이 發生하는 境遇 이 基本原則을 公準으로 하여 紛爭을 解決하고 追後의 立法을 기다리기 위한 것으로 보인다. 楊榮新, 主編, 中國民事訴訟法, 北京, 法律出版社, 1991, 34쪽.

16) 이에 관한 자세한 事項은 孫漢琦, 中國民事裁判制度의 基本原則에 관한 研究, 法曹 第458號, 459號 參照.

17) 民事裁判權은 人民法院이 法律에 따라 獨立하여 行使하며 行政機關, 社會團體 및 個人의 干

平等의 原則(同法 第8條), 二審終審의 原則(同法 第10條)¹⁸⁾¹⁹⁾, 公開裁判原則, 合意原則, 回避의 原則(同法 第10條), 民族 固有의 言語와 文字를 使用할 原則(同法 第11條), 人民檢察院의 訴訟에 대한 法律的 監督(同法 第14條 및 第185-188條)²⁰⁾ 등이 있다.

둘째, 中國 民事訴訟法 特有의 原則이라 함은 民事訴訟에서만 適用되는 것으로서 다른 刑事訴訟이나 行政訴訟에서는 適用되지 않으며 當事者 平等의 原則(同法 第8條), 調停重視의 原則²¹⁾, 巡廻審理, 就地辦案原則²²⁾, 辯論

涉을 받지 아니한다. 中國 憲法 第123條 및 第126條에서 「中華人民共和國 人民法院은 國家의 裁判機關이다.」, 「人民法院이 事件을 審理하는 境遇는 獨立하여 裁判權을 行使하며 行政機關, 社會團體 및 個人的 干涉을 받지 아니한다.」라고 規定하였다.

- 18) 中國은 民事, 刑事裁判을 不問하고 二審終審制를 採擇하고 있다. 法源組織法 第12條는 「人民法院이 事件을 裁判하는 때에는 二審終審制를 實施한다(同法 第1項). 地方 各級 人民法院의 第1審事件에 대한 判決 및 裁定에 대하여 當事者는 法律이 定하는 節次에 따라 上1級 人民法院에 上訴할 수 있고, 人民檢察院은 法律이 定하는 節次에 따라 上1級 人民法院에 抗訴할 수 있다(同法 第2項).」라고 規定하였고, 民事訴訟法 第158條는 「第2審 人民法院의 判決, 裁定은 終審的 判決, 裁定이다.」라고 規定하였다.
- 19) 中國이 二審終審制를 採擇한 것은 數十年間의 司法實踐에 의하면 兩心終審制가 事件을 適時에 正確히 處理하는데 有利하고 國家, 團體, 個人的 權益保護에 有益하다는 것이 證明되고 있으며, 中國의 國家事情에 符合하기 때문이라고 한다. 또한 中國은 國土가 넓고 人口分布圖가 고르지 못하고 交通事情이 比較的 不便하기 때문에 3審終審制를 施行하면 當事者에게 不便할 뿐만 아니라 특히 高級人民法院의 負擔이 激增한다는 點을 들기도 한다. 그리고 兩審終審制의 結果 發生할 수도 있는 誤判의 危險性은 民事訴訟法上의 裁判監督節次나 再審節次를 통하여 補正할 수 있다고 한다.
- 20) 人民檢察院은 國家의 法律監督機關이다(中國 憲法 第129條, 人民檢察院組織法 第5條). 따라서 人民檢察院은 刑事訴訟은 물론 民事法院의 民事裁判 活動에 대하여도 法律的 監督을 할 權限을 가진다(刑事訴訟法 第148條). 이와 같이 檢察이 民事訴訟에 關與하는 傳統은 1923年の 蘇聯 民事訴訟法典 第23條 「檢察長은 國家 혹은 勞動人民의 利益保護에 必要가 있다고 認定하는 境遇에는 民事訴訟을 提起하거나 民事訴訟에 參加할 수 있다.」에서 緣由한 듯하다.
- 21) 中國에서 調停이라는 用語는 두가지로 쓰인다. 하나는 法院에 訴가 提起된 境遇 受訴法院이 行하는 法院調停이고 또 다른 하나는 提訴前 段階에서 人民調停委員會가 行하는 人民調停이다. 民事訴訟法 第9條는 「人民法院이 民事事件을 審理함에 있어서는 自願 및 合法의 原則에 따라 調停을 하여야 한다. 調停이 成立하지 않는 境遇에는 즉시 判決을 하여야 한다.」라고 法院調停을 規定하였고, 民事訴訟法 第16條 第1項에서 「人民調停委員會는 基層 人民政

의 原則, 處分權主義 原則²³⁾, 提訴支援의 原則²⁴⁾ 等이 있다.

(2) 中國의 海事訴訟特別節次法

中國은 1978년부터 經濟制度의 改革과 對外的인 開放政策을 施行하기 始作하여 1990年代에 와서는 市場經濟體制를 導入하게 되었다. 그리하여 計劃經濟體制에서 市場經濟體制로의 轉換과 開放經濟體制의 導入으로 因해 이를 規律하는 立法이 必要하게 되었고, 그러한 立法 作業의 하나로써 民事訴訟에 대한 節次法으로 “中華人民共和國 民事訴訟法”이 1991年 4月 9日 公布·發效되었

府 및 人民法院의 指導 下에 民間의 紛爭을 調停하는 大衆의 組織이다.”라고 하여 人民調停委員會의 性格을 規定하였고, 同條 第2項에서 「人民調停委員會는 法律規定에 따라 自願原則에 依據하여 調停을 한다. 當事者는 調停된 合意를 履行하여야 하며 調停을 원하지 않거나 調停이 이루어지지 않을 境遇에는 人民法院에 訴를 提起할 수 있다.»라고 하여 調停의 方法과 그 效果에 대하여 規定하고 있고, 同條 第3項에서는 「人民調停委員會가 調停한 것이 法律에 違反함이 있는 境遇에는 人民法院이 이를 是正하여야 한다.»라고 規定하여 調停의 法律的·事後的 監督을 規定하고 있다.

- 22) 中國 民事訴訟法의 독특한 審理原則의 하나로 社會主義化한 以來 지금까지 매우 重視하여 왔고 자랑으로 삼아온 原則이다. 이 原則은 人民法院이 民事事件을 處理하는 境遇 “앉아서 事件을 묻는 것(坐堂問案)”이 아니라 法院廳舍를 나가 群衆속에 깊숙이 들어가 現地에서 裁判을 한다는 것이다. 이는 “차라리 自己가 苦生하더라도 群衆의 번거로움을 強要하지 않는다”는 原則에 立脚하여 오랜 期間 施行되어 온 많은 效果를 本 原則이라 한다. 王懷安 主編, 中國民事訴訟法矯正, 北京, 人民法院出版社, 1988, 34쪽.
- 23) 中國 民事訴訟法 第13條는 「當事者는 法律이 規定하는 範圍內에서 自己의 民事上의 權利와 訴訟上의 權利를 處分할 있다」라고 規定하고 있다. 이는 資本主義 國家의 民事訴訟에 있어서는 處分權主義가 根本的인 原則이므로 本質的인 事項에 대한 制限이 不可能하지만 社會主義 國家에서는 當事者의 處分行爲가 國家, 團體, 個人의 民事權益을 侵害하는 境遇에는 그 處分이 無效이므로 處分權主義는 絶對的인 것이 아니라 相對的이며 制限的이라 하겠다.
- 24) 中國 民事訴訟法 第15條는 「機關, 社會團體, 企業의 事業單位는 國家, 團體 혹은 個人의 民事的 權益에 損害를 加하는 行爲에 대하여 損害를 입은 團體나 個人이 人民法院에 提訴하는 것을 支援할 수 있다」라고 規定하고 있다. 이는 現實 生活에서 民事權益을 侵害당한 側이 相對方의 感情이 傷하는 것을 두려워하거나, 또는 關係에 影響을 미칠 것을 두려워하는 등 其他의 原因으로 提訴를 꺼리는 境遇 이들의 提訴를 支援해 주는 것을 그 內容으로 한다. 이는 被害者의 救濟라는 目的도 있으나 오히려 國家, 團體 및 個人이 個人의 民事權益에 關心을 갖게 함으로써 各種의 民事違法行爲를 抑制하는 데에 그 目的이 있다.

고, “中華人民共和國 海商法”도 1992年 11月 7日 公布되어 1993年 7月 1日부터 發效되었다.

그러나 海商法 立法 前에 制定되어 施行하고 있었던 民事訴訟에 관한 一般 節次法인 民事訴訟法만으로는 一般 民事訴訟과는 다른 特性을 가지고 있는 海事訴訟의 모든 問題를 解決할 수가 없어서 1992年 海商法 立法 草案에서는 “海事紛爭의 解決”, “船舶所有者의 責任制限에 관한 節次” 등의 海事訴訟 特有의 節次에 관한 規定을 두었지만 實體法의 規定에 節次法에 該當하는 規定을 둔다는 것은 法體系의 混亂을 가져온다는 批判이 提起되어 法案이 最終 通過될 때에는 節次에 관한 規定은 削除되고 實體法에 관한 規定만 남겨 두고 節次에 관한 立法이 追後로 미루어지게 되었다.

그후 海事訴訟特別節次法을 立法하기 以前까지 過渡期的 措置로써 最高人民法院에서 海事訴訟을 進行함에 있어서 準用할 “涉外海上人身死傷事件을 審理함에 있어서 損害賠償에 관한 具體規定(試行)”²⁵⁾, “船舶衝突事件의 審理에 있어서 財產損害賠償에 관한 規定”,²⁶⁾ “涉外海事訴訟管轄에 관한 具體規定”,²⁷⁾ “海事法院에서 訴訟 前 船舶假押留에 관한 規定”,²⁸⁾ “海事法院에서 假押留한 船舶을 競賣하여 債務를 辨濟함에 관한 規定”²⁹⁾ 등을 두어 實務上 適用하고 있었다.

25) 最高人民法院關與審理涉外海上人身傷亡案件損害賠償的具體規定, 1991年 11月 8日 最高人民法院審判委員會 第521次 會議 通過.

26) 關與審理船舶碰撞和觸碰案件財產損害賠償的規定, 1995年 8月 18日 最高人民法院審判委員會 第735次 會議 通過.

27) 最高人民法院關與涉外海事訴訟管轄的具體規定, 1986年 1月 31日 最高人民法院審判委員會 通過.

28) 最高人民法院關於訴訟 前扣押船舶的具體規定, 1986年 1月 31日 最高人民法院審判委員會 通過. 同 規定은 最高人民法院關與海事法院訴訟 前扣押船舶的具體規定, 1994年 7月 6日, 法發 1994年 4號의 發布로 廢止됨.

29) 最高人民法院關與強制變賣被扣押船舶清償債務的具體規定, 1987年 8月 29日 最高人民法院審判委員會 通過.

그러다가 海商法 및 其他 海事實體法이 實效를 거두었을 뿐만 아니라 中國이 加入한 海事國際條約상의 義務를 合理的으로 履行하기 위해서 海事訴訟節次를 規律할 수 있는 特別法の 制定이 要求되자, 지난 10餘年間的 海事裁判을 통한 經驗과 先進 海運國의 海事訴訟에 관한 立法 등을 比較 研究하여 4年餘의 基礎 作業을 거쳐 14個의 草案을 檢討한 後에 1999年 12月 25日 第9屆 全國人民代表大會 常務委員會 第13次 會議에서 “中華人民共和國 海事訴訟特別節次法”을 採擇하여 2000年 7月 1日부터 施行하게 되었다. 同法은 12個章 127個條文으로 構成되어 있으며 各章의 內容은 아래와 같다.

1) 總則

第1章은 總則 規定(第1-5條)이다. 여기에서는 이 法の 制定 目的(第1條)과 中國의 領域에서 海事訴訟을 進行함에 있어서 民事訴訟法과 이 法이 함께 適用되고 이 法の 規定은 民事訴訟法보다 우선하며(第2條, 第5條), “中國이 加入한 國際條約에 涉外 海事訴訟에 관하여 이 法 및 中國 民事訴訟法과 다른 規定이 있으면 그 條約의 規定을 適用한다(第3條)”라고 하여 國際法優先의 原則과 “海事法院은 海事 不法行爲 紛爭, 海商 契約 紛爭과 法律에서 정한 其他 海事 紛爭에 관한 訴訟을 受理한다(第4條)”라고 함으로써 海事法院이 審理하는 事件의 範圍에 대해 規定하였다.

2) 管轄

第2章은 管轄 規定(第6-11條)이다. 여기에서는 土地管轄(第6條)³⁰⁾, 專屬管轄(第7條), 合意管轄(第8條), 海商 無主物에 대한 承認 申請 및 失蹤宣告 申請에 관한 管轄(第9條), 事物管轄(第10條), 海事 仲裁 裁決의 管轄(第11條)에 대해 規定하였다.

30) “海事法院의 設立에 관한 最高人民法院의 決定”, 1984年 11月 28日, 第4條 參照.

3) 海事請求保全

第3章은 海事請求保全 規定(第12條-50條)이다. 海事請求保全이란 海事請求人の 申請에 의하여 그 海事請求의 實現을 위한 被請求人の 財産에 대한 海事法院의 強制措置를 말한다(第12條). 第3章 海事請求保全 規定은 第1節 一般規定과 第2節 船舶의 假押留와 競賣, 第3節 積荷의 假押留와 競賣 等 3個의 節로 構成되어 있으며, 第1節 一般規定에서는 海事請求保全의 意義(第12條)와 受訴法院(第13條), 申請의 要件 및 申請書의 記載 事項(第15條), 擔保提供(第16條), 異議申請(第17條), 保全의 解除(第18條), 損害賠償(第20條) 等を 規定하였으며 第2節 船舶의 假押留와 競賣(第21條- 43條)에서는 第3節 積荷의 假押留와 競賣(第44條-50條)에 關係 規定하였다.

4) 海事強制令

第4章은 海事強制令 規定(第51條-61條)이다. 海事強制令은 海事法院이 海事請求人の 申請에 의하여 海事請求人の 適法한 權益이 侵害받는 것을 防止하기 위해 被申請人에 대해 一定한 作爲·不作爲를 命令하는 強制措置를 말한다.³¹⁾ 第4章은 海事強制令 規定은 海事強制令의 意義, 受訴法院, 申請書의 記載事項, 海事強制令의 要件, 擔保提供, 不服節次, 被請求人이 海事強制令의 執行을 拒否할 境遇의 海事法院의 處分, 損害賠償 等に 關係 規定하였다.

5) 海事證據保全

第5章은 海事證據保全 規定(第62條- 72條)이다. 海事證據保全은 海事請求人の 申請에 의하여 海事 請求의 關聯 證據에 대하여 採取, 保存 혹은 封存하는 強制措置를 말한다. 第5章 海事證據保全 規定에서는 海事證據保全의 意義, 受訴法院, 申請書의 記載事項, 擔保提供, 海事證據保全의 要件, 不服節次, 海事證據

31) 우리나라의 假處分과 同一한 意味라 할 수 있다.

保全의 方法, 損害賠償 等に 關係 規定하였다.

6) 海事擔保

第6章 海事擔保 規定(73條- 79條)이다. 여기에서는 擔保의 種類와 擔保提供의 方式, 價額에 對해 規定하고 있다.

7) 送達

第7章 送達 規定(第80條-81條)이다. 여기에서는 送達의 方式(80條)과 留置送達(第81條)에 關係 規定하였다.

8) 裁判節次

第8章 裁判節次 規定(第82條-100條)이다. 여기에서는 海事事件의 裁判節次에 關係 規定하고 있으며, 第1節 船舶衝突事件의 審理에 關係 規定, 第2節 共同海損事件의 審理에 關係 規定, 第3節 海商保險者의 請求權 代位 行使에 關係 規定 第4節 簡易節次, 督促節次와 公示催告 節次 等 4個의 節로 構成되어 있다.

9) 海事賠償責任制限基金의 設立節次

第9章 損害賠償責任制限基金의 設立節次 規定(第101條- 110條)이다. 여기에서는 海事事故가 發生한 後 船舶의 所有者, 傭船者, 經營者, 救助者, 保險者가 海事法院에 海事賠償責任制限基金의 設立을 申請할 수 있음을 規定하고 있다.³²⁾

10) 債權申告와 配當節次

第10章 債權申告와 配當節次 規定(第111條- 119條)이다. 여기에서는 船舶強

32) 우리나라의 船舶所有者 等の 責任制限制度와 비슷한 性格의 規定이라고 할 수 있다.

制競賣 決定後 債權者가 競賣될 船舶과 關聯된 債權을 申告해야 하고 競賣代
金 또는 海事賠償制限기금의 配當節次에 關하여 規定하고 있다.

11) 船舶優先權³³⁾의 催告節次

第11章 船舶優先權의 催告節次 規定(第120條- 126條)이다. 여기에서는 船舶
의 讓渡 時, 讓受人의 船舶優先權者에 대한 催告節次에 대해 規定하고 있다.³⁴⁾

(3) 中國 海事訴訟特別節次法의 特色

中國은 우리나라와 마찬가지로 모든 債權에 관한 權利關係의 確定, 保全, 實
現節次를 民事訴訟法으로 規律하고 있다가 海事訴訟의 特殊性을 認定하고 國
際條約을 받아들여 民事訴訟法의 特別法으로서 海事訴訟特別節次法을 制定하
여 施行하고 있다. 同法의 目的은 海事訴訟當事者의 訴訟權利를 保護하며, 人
民法院에서 事實을 밝히고 그 責任을 분명하게 하며 法律의 適正한 適用과 海
事訴訟의 圓滑한 進行이라고 할 수 있으며(同法 第1條), 다음과 같은 特徵을 가
지고 있다.

첫째, 海事事件에 대한 管轄權을 確立하였다. 中國은 海事訴訟特別節次法이
制定되기 以前까지 涉外 海事事件의 管轄權에 대하여 規定이 없었지만, 同法을
制定함으로써 海事事件에 대한 海事法院의 管轄權을 確立하였다. 특히 船舶假
押留에 의해 本案管轄權이 創出될 뿐만 아니라(同法 第19條), 紛爭 發生地域이
中國의 管轄權 地域이 아니더라도 當事者들이 合意하면 自國의 管轄을 認定하
고 있다(同法 第8條).³⁵⁾

33) 우리나라의 船舶優先特權을 말함.

34) 船舶優先特權은 다른 擔保權과는 달리 公示方法도 없고 債務名義도 없이 바로 競賣를 申請
할 수 있는 獨特한 性質을 가지고 있으므로 去來의 安全을 위해 讓受人에게 催告權을 賦與
한 것임.

35) 이 規定에 대해서 中國의 海事法學者들은 國際私法 分野에서의 中國 海事裁判制度의 位置를

둘째, 海事訴訟特別節次法과 民事訴訟法은 서로 補充的 規定의 役割을 하고 있다. 海事訴訟特別節次法은 民事訴訟法の 特別法이므로 同法에 規定이 없는 境遇 民事訴訟法이 補充的으로 適用될 수 있음은 當然하다고 할 수 있으나(同法 第2條), 海事訴訟特別節次法도 民事訴訟法の 補充的 役割을 하는 境遇가 있다.³⁶⁾

셋째로, 海事訴訟特別節次法은 海事訴訟의 國際性을 認定하고 있다. 中國 民事訴訟法은 普通學證과 證據交換의 原則을 採擇하고 있으나, 同法 第82條의 「海事事故調查表」에 관한 規定³⁷⁾은 國際的으로 通用되고 있는 船舶衝突事件에 대한 證據秘密制度를 參考한 것이다.³⁸⁾

넷째로 海事訴訟特別節次法은 海事仲裁에도 適用된다. 中國 民事訴訟法에는 仲裁節次 中에 財產保全, 證據保全에 대하여 具體的으로 適用할 수 있는 具體

한 段階 높은 것으로 評價하고 있다. 金秋, 앞의 論文 10쪽.

36) 예를 들면 中國 民事訴訟法에는 行爲保全과 類似한 請求에 대한 規定이 없어서 財產保全 혹은 判決 前의 執行을 통해서 解決하지 못하였는데, 海事訴訟特別節次法の 海事強制令 規定에 의거 海事法院은 海事申請人의 申請에 根據하여 被申請人에게 特定한 行爲를 하거나 하지 못하도록 命할 수 있게 되었고, 또한 民事訴訟法은 다만 訴訟過程에 證據保全措置를 취할 수 있다는 原則的 規定만 하였을 뿐 具體的 節次에 대해서는 規定을 두고 있지 않았지만(中國 民事訴訟法 第251條), 海事訴訟特別節次法은 訴訟前 證據保全節次에 대해 海事證據保全申請을 訴訟進行 中에 할 수도 있고 訴訟節次에 들어가기 前에도 할 수 있게 規定함으로써(同法 第63條) 訴訟 때문에 證據保全 時期가 遲延되지 않고 證據保全이 더욱 迅速하고 效果的으로 進行되게 하였다.

37) “原告는 訴訟을 提起할 때, 被告는 答辯할 때 「海事事故調查表」를 作成하여야 하며, 調查表는 開廷 審理하기 前에는 相對方에게 公開하지 않는다. 오직 開廷할 때 宣布하되 當事者는 本人이 調查表에서 한 陳述을 翻覆하지 못한다”(同法 第82條 乃至 第85條)라고 規定하여 어느 當事者에게도 證據를 뜯어 고치거나 偽造할 機會를 주지 않음으로써 海事訴訟證據의 客觀性·關聯性·合法性을 더욱 保障해 주고 있다.

38) 또한, 海事訴訟特別節次法은 國際慣習에 따라 共同海損事件 審理時 精算機關의 地位와 作用에 대하여도 明確한 規定을 두고 있다(同法 第89條). 共同海損에 관한 精算機關의 精算報告에 대하여 當事者가 異議를 提出하지 않았을 境遇 이 精算報告는 責任을 分擔시키는 根據로 할 수 있게 하였다.

의인 規定이 없고, 中國의 仲裁法도 仲裁 中の 財産保全과 證據保全에 대하여 原則적인 規定만 두고 民事訴訟法の 該當 規定에 따라 人民法院에 申請書を 提出하도록 하고 있다. 그러나 海事訴訟特別節次法은 海事法院의 管轄權이 仲裁裁決執行과 保全請求도 包含한다고 明確하게 規定하여(同法 第11條) 仲裁 中の 財産保全問題를 效果的으로 解決하였다.³⁹⁾ 또한 海事證據保全과 仲裁의 關係에 대하여서도 明確히 規定하여(同法 第19條 및 第72條) 仲裁當事者が 仲裁前에 海事法院에 海事財産保全 및 海事證據保全을 申請할 수 있고, 또한 海事請求保全과 海事證據保全이 當事者 사이에 達成할 仲裁合意의 拘束을 받지 않는다고 強調함으로써 訴訟과 仲裁 사이의 關係가 더욱 잘 調和되게 하였다. 그러므로 仲裁當事者は 海事仲裁委員會를 거치지 않고 直接 海事法院에 提訴前 保全 혹은 證據保全을 申請할 수 있고, 海事法院은 財産保全, 證據保全, 海事強制令에 대하여 裁定⁴⁰⁾執行하고, 仲裁當事者は 法에 따라 仲裁를 申請할 수 있어 當事者が 仲裁하려는 意思가 法律的인 保護를 받게 되었다. 海事訴訟特別節次法은 船舶押留, 積荷에 대한 仲裁에 대하여도 具體적인 規定을 두어서(同法 第28條 및 第46條) 申請人은 仲裁前 혹은 仲裁 中の 財産保全과 證據保全에 대하여 直接 該當 海事法院에 提起할 수 있게 되었으므로 仲裁節次가 大幅 簡素化되고 仲裁의 特徵인 迅速·簡潔性이 浮刻될 수 있게 하였다.⁴¹⁾

39) 이는 “最高人民法院關與設立海事法院幾個問題的決定”, “最高人民法院關與設立海事法院收案範圍的規定” 등 法律文書 中の 海事事件과 海事請求保全事件의 範圍와 關係되는 節次規範을 法律形式으로 確認한 것이라 할 수 있다.

40) 韓國의 法律用語로는 ‘決定’을 말함

41) 그러나 海事訴訟特別節次法은 海事仲裁合意의 有效性에 異議가 있을 境遇의 管轄 및 當事者가 海事仲裁裁決의 管轄을 取消할 것을 要求하는 境遇 等の 問題에 대해서는 明確한 規定을 두지 않아 地方中級法院이 위의 두 가지 類型의 事件을 모두 接受하는 등 海事仲裁實務에서 不合理한 現象이 發生하였고, 海事仲裁事件의 特殊性으로 인하여 比較的 複雜한 海事事件에 대하여 地方人民法院에서 내린 裁定 中 一部는 妥當性이 缺如되어 當事者들로부터 信賴를 받지 못하고 있다.

Ⅲ. 中國의 司法制度

中國의 法院은 地方法院, 中級法院, 高級法院, 最高法院으로 構成되어있다.⁴²⁾ 最高法院(Supreme Court)은 北京에 所在하고 있으며 韓國의 大法院에 該當하고, 高等法院은 各 省마다 하나 씩 있으며 中級法院은 一定한 規模를 갖춘 大 都市에 設置되어 있고 高等法院의 下級審法院이다.

海事法院은 中級法院에 속한다. 中國의 海事法院은 1984년에 設立되기 시작하여 현재 北쪽에서부터 南쪽으로 大連(Dalian), 川津(Tianjin), 青島(Qingdao), 上海(Shanghai), 寧波(Ningbo), 厦門(Xiamen), 廣州(Guangzhou), 北海(Beihai), 海口(Haikou), 武漢(muhan) 모두 10個의 海事法院이 있다. 各 海事法院마다 管轄 水域이 規定되어 있으며 武漢海事法院은 唯一하게 內陸 水域에 設置된 海事法院으로서 陽子江 水路上의 各種 紛爭과 事故를 審理한다. 그 밖의 海事法院은 그 周邊의 海域과 水路上의 各種 紛爭과 事故에 대하여 管轄權을 行使하며 管轄權 範圍 내에 여러 個의 支法(派出法院)이 있다.⁴³⁾

한편, 中國은 2審終審制를 採擇하고 있다. 海事法院에서 判決을 宣告하면 즉시 效力이 發生하는 것이 아니라 各 當事者들이 15日間の 上訴期間 內에 上訴를 提起하지 않았을 境遇에만 效力이 發生하고 執行力이 생긴다.⁴⁴⁾

또한 두 審級의 事件審理 過程에서 法規에 어긋나는 問題가 發生하거나, 法律이 公定하게 執行되지 못하여 當事者의 權益을 侵害하는 境遇가 發生할 때를 對備하여 1, 2審 訴訟節次 外에 審判監督節次에 의한 再審節次를 規定하고 있다. 再審節次는 法律監督機關(檢察院)의 抗訴이거나, 當事者가

42) 後述하지만 이는 中國의 審級制度가 4審制라는 意味는 아니다.

43) 例를 들면, 青島海事法院은 威海(Weihai), 烟台(Yantai), 日照(Rizhao) 등의 港口에 支法을 갖고 있으며 武漢海事法院은 南京(Nanjing)에 支法을 갖고 있다.

44) 中國 國內에 住所를 두고 있지 않는 當事者의 上訴期間은 30日이다.

效力이 發生된 判決에 대하여 不服하는 境遇 當事者の 申請에 의하여 開始된다. 再審節次를 開始하기 위하여서는 原審法院의 判決이 理由가 없거나, 또는 法律의 適用이 잘못 되었거나, 事件 審理가 不法的으로 進行되었음을 立證할 수 있는 確實한 書類가 필요하다. 위에 列擧한 原因 外에도 當事者는 原審判決을 뒤집을 수 있는 새로운 立證書類에 의하여도 再審節次를 申請할 수 있다. 再審節次의 進行中에도 判決의 效力은 維持되고 當事者가 判決文上의 義務를 履行하지 않을 境遇에는 該當 事件의 1審 法院에 強制 執行을 申請할 수 있다.⁴⁵⁾

第2節 中國 船舶假押留制度的 意義

I. 中國法上 海事請求保全制度⁴⁶⁾

1. 海事請求保全의 意義

海事請求保全이란 海事法院이 海事申請人の 申請에 根據하여 申請人の 權利保全을 위해 被申請人の 財産이나 行爲에 대하여 취하는 強制措置(同法 第12條)를 말하는 것으로서 海商法上의 權利實現에 있어서 重要な 概念이다. 海事申請人は 海事請求에 따르는 民事的 權利를 實現하기 위해서 被申請人에게 財産擔保를 提供하도록 하거나 一定한 作爲 또는 不作爲를 要

45) 그러나 2審終審制에 의하여 事件을 審理하는 것이 中國의 基本的인 法院制度이므로 法院에서 再審申請이 받아들여져서 再審節次가 開始되는 境遇는 드물다.

46) 請求保全이란 韓國의 法律用語로는 保全訴訟을 말한다. 그러므로 海事請求保全이란 海事事件에 固有한 財産保全制度를 意味한다고 할 수 있다.

求할 수 있기 때문에, 이것은 中國 海事請求保全制度의 客觀적인 基礎로서 반드시 海事法院을 통하여만 可能할 뿐만 아니라 많은 海事紛爭事案을 통하여 볼 때 海事申請人이 權利實現을 確保하는 效果的인 方法이라고 할 수 있다.⁴⁷⁾

海事請求保全은 保全의 客體에 따라서 財産保全과 行爲保全으로 分類할 수 있으며 司法實務에 있어서 多様な 方式으로 이루어지고 있다.

財産保全은 海事訴訟節次에서 자주 使用되는 가장 重要な 請求保全의 方法으로써 傳統的 意味에서의 海事請求保全은 財産保全을 意味하며, 船舶假押留와 積荷假押留가 여기에 該當된다.

行爲保全이라 함은 海事法院이 海事請求人의 申請에 의하여 法律 혹은 契約에 따라 一定한 作爲 또는 不作爲를 하여야 할 被申請人에게 그러한 作爲 또는 不作爲를 強制的으로 行하게 하는 措置를 말한다.

2. 海事請求保全의 內容

(1) 專屬管轄

海事請求保全은 被保全財産所在地 海事法院의 專屬管轄이며(同法 第13條), 當事者間の 當該 海事請求에 관한 訴訟管轄이나 仲裁協議의 拘束을 받지 아니한다(同法 第14條). 이는 法院間の 職分管轄에 따른 區分으로서 一般 民事請求保全의 保全申請은 事件을 受理한 地方人民法院에 반드시 하여야 한다.

海事法院의 土地管轄은 中國 民事訴訟法の 關聯規定을 準用하며(同法 第6條), 海事事件的 類型에 따라서 管轄이 달라지기도 한다. 만약, 海事法院과 地方人民法院間에 管轄權의 紛爭이 發生한 境遇에는 먼저 雙方 協議를 하여 하여야 하며, 協議가 되지 않을 때에는 關係된 法院과 共通되는 바로

47) 金正佳·翁子明, 海事請求保全論, 大連海事大學出版社, 1996, 13쪽.

위의 上級法院에서 管轄法院을 指定한다(同法 第10條).⁴⁸⁾

(2) 申請主體

海事請求保全을 申請할 수 있는 主體는 海事申請人이다. 當事者의 申請은 海事請求保全의 必須要件이라고 할 수 있다.⁴⁹⁾ 海事申請人은 特定한 者로서 民事法律 關係의 主體가 모두 海事申請人이 될 수 있는 것은 아니나 民事訴訟 中の 財産保全을 申請할 수 있는 者는 特定되어 있지 않다.

中國 民事訴訟法에는 當事者間에 一定한 給付를 內容으로 하는 債權·債務關係가 있고, 一方 當事者의 行爲나 또는 其他의 原因으로 判決의 執行이 不可能해지거나 또는 執行이 妨害받을 憂慮가 있을 境遇에 債權者나 利害關係人은 財産保全申請의 主體가 되어 法院에 保全申請을 할 수 있다.

(3) 申請要件

海事請求保全의 申請要件의 特徵은 保全의 根據를 重要時한다는 點이다. 즉 申請人은 반드시 海事請求에 의해서만 保全申請을 할 수 있다. 海事請求는 海商法에 規定되어 있는 特定の 事由에 의하고, 또한 時效 期間內에 申請해야 한다. 海事請求의 時效와 實體法上 權利의 時效는 完全히 一致하지는 않는다. 예를 들면, 中國 船舶優先特權의 時效는 1年이고 이 時效期間內에 船舶優先特權者는 船舶優先特權을 根據로 하여 船舶의 假押留를 申請할 수 있고 또한 船舶優先特權을 行使할 수도 있다(中國 海商法 第21條).

48) 우리나라의 境遇에는 管轄法院이 裁判權을 法律上 또는 事實上 行使할 수 없거나 法院의 管轄區域이 分明하지 아니한 때 關係된 法院과 共通되는 바로 위의 上級法院이 그 關係된 法院 또는 當事者의 申請에 따라 決定으로 管轄法院을 定한다(民事訴訟法 第28條).

49) 이는 中國 民事訴訟法 第92條에서 當事者가 申請을 하지 않아도 人民法院은 필요하다면 財産保全의 措置를 취할 수 있다고 規定한 것과 比較된다. 金正佳, 海事訴訟法論, 大連海事大學出版社, 2001, 92쪽.

그러나 1年の 船舶優先特權의 時效期間을 徒過하여도 一般 債權으로서의 時效期間은 有效하기 때문에 船舶優先權者는 一般債權으로 海事請求保全을 申請할 수 있다(中國 海商法 第29條).⁵⁰⁾

(4) 保全의 目的

海事請求保全의 直接的인 目的은 被申請人으로 하여금 擔保를 提供하게 하기 위한 것이다.⁵¹⁾ 海事請求에 있어서의 債權·債務는 通常 그 關係가 복잡하고 또한 保全申請을 할 때에는 狀況이 緊迫하여 海事申請人은 被申請人의 船舶이나 積荷에 대한 假押留를 통하여 被申請人으로 하여금 擔保를 提供하도록 壓迫한다. 被申請人이 提供한 이러한 擔保를 얻게 되면 申請人은 그의 債權을 實現할 物質的인 保障이 있게 되고, 訴訟, 仲裁 또는 和解를 통하여 紛爭을 解決하고 權利의 實現을 疎할 수 있다.⁵²⁾

(5) 保全의 客體

海事請求保全의 客體는 被申請人이 所有하거나 또는 裸備船한 船舶, 被申請人 所有의 積荷, 運賃, 備船料 등과 其他 財産, 또는 被申請人의 行爲 등이 있다. 運賃, 備船料 및 積荷에 대하여 保全을 할 때에는 債權의 價額에 相當한 範圍 內에서 해야 한다. 그러나 船舶에 대한 假押留는 海事請求人의 債權價額이 船舶의 價額에 相當할 것을 要하지 아니하고, 通常의 境

50) 우리나라의 船舶優先特權도 發生한 때로부터 1年の 期間의 經過로 消滅한다(商法 第870條 第1項). 이 期間에 관하여는 종래 消滅時效라는 見解가 優勢하였으나 1991年 12月 31日의 商法改正을 통하여 舊 商法上의 “消滅時效가 完成한다.”라는 表現을 더 이상 使用하지 아니하고 “...1年 內에 實行하지 아니하면 消滅한다.”라는 表現을 使用하고 있는 것을 勘案하면 除斥期間으로 解釋하는 것이 妥當하다고 한다.

51) 司玉琢, 海商法詳論, 大連海事大學出版社, 1995, 506쪽.

52) 金正佳, 앞의 冊, 92-93쪽.

遇에는 債權의 價額이 船舶 價額에 못 미치는 境遇가 많을 것이다. 船舶은 하나의 集合體이기 때문에 分割하여 債權價額에 相當한 部分만 假押留할 수 없는 것은 當然하므로 假押留의 根據만 適法하다면 申請人이 가진 債權이 少額이라도 船舶의 假押留를 申請할 수 있고, 船舶의 假押留로 인해 被申請人에게 損害가 發生하더라도 賠償責任을 지지 않는다.⁵³⁾

3. 關聯 問題

(1) 海事證據保全制度⁵⁴⁾와의 區別

海事證據保全이란 申請人이 海事請求와 關聯된 證據를 蒐集하기 곤란하거나 滅失될 憂慮가 있는 證據에 대해 海事法院에서 申請人의 申請에 의해 職權으로 當該 證據를 蒐集, 保全 또는 封印하여 保存하는 強制措置를 말한다(同法 第62條).

中國의 海事證據保全制度는 自國의 海事法院에서 處理한 實務經驗을 基礎로 하여 中國 海事訴訟特別節次法에서 相當한 比重을 두어 規定하게 된 것으로서 現在 實務上으로 海事證據保全申請事例가 增加하고 있을 뿐만 아니라 當事者들로부터도 좋은 反應을 얻고 있다고 한다.⁵⁵⁾

53) 徐孝先, “試述財產保全與海事請求權保全的區別”, 中國海商法年刊, 大連海事大學出版社, 1994, 228쪽.

54) 우리나라 民事訴訟法上的 證據保全과 같은 趣旨이나 管轄, 當事者, 申請의 時期, 擔保의 提供 與否 등에서 差異가 있다.

55) 中國 海事法院에서 最初로 海事證據保全을 한 事例는 1992년에 廈門海事法院에서 錦江貿易會社의 海事證據保全申請을 受理한 事件이다. 申請人 錦江貿易會社는 獨逸의 鑽石貿易會社와 2,000噸의 알루미늄 輸入契約을 締結하였는데, 契約書에는 브라질의 伊塔基港을 船積港, 船積期日은 1992. 8月이라고 하였다. 獨逸의 會社는 被申請人인 天津遠洋海運會社의 船舶 ‘大豐號’를 備船하여 알루미늄을 運送케 하였는바, 大豐號는 1992. 11. 27. 廈門港에 到着하였다. 申請人은 船積港에서 目的港까지의 航海期間이 40日程度 所要될 것이라고 豫想하고 있다가, 實際로는 豫想 航海期間보다 20日이나 더 遲滯되어 目的港에 到着하였기 때문에 國內 알루미늄 價格의 下落으로 200만원(人民幣) 相當의 損害를 입게 되었다. 이에 申請人은 大豐號가 發行期日을 앞당긴 船荷證券을 發行하였다

海事證據保全은 아래와 같은 要件을 갖추어야 한다.⁵⁶⁾

첫째, 申請人은 海事請求의 當事者이어야 한다.

둘째, 保全을 請求하는 證據는 當該 海事請求에 대한 關聯性, 즉 證據力이 있어야 한다.

셋째, 被申請人은 保全을 請求하는 證據와 利害關係가 있는 者이어야 한다.

넷째, 狀況이 緊急하여 遲滯없이 證據保全 措置를 취하지 아니하면 當該 海事請求의 證據가 滅失하거나 蒐集이 困難한 境遇이어야 한다(同法 第67條).

또한, 海事證據保全은 하나의 獨立된 節次로서 海事訴訟特別節次法에서는 다음과 같이 그 節次를 規定하고 있다.

海事證據保全의 申請人은 海事法院에 書面으로 申請해야 한다. 申請書에는 保全할 證據, 證據와 海事請求의 關聯性 및 證據保全을 해야 할 理由를

고 疑心하여 大豐號의 航海日誌 등을 檢閱하여 위 事實이 確實한 것임을 알게 되어 獨逸의 鑽石貿易會社에 대해 損害賠償을 請求하였다. 그러자 獨逸 會社는 申請人에게 確實한 證據의 提示를 要求하였고, 申請人은 10만원(人民幣)의 保證金과 함께 廈門海事法院에 大豐號의 航海日誌 등 關聯 證據의 保全을 申請하였다. 廈門海事法院은 申請人の 申請事實을 審査한 후, 證據保全을 即時에 하지 아니하면 事後에 證據의 採集이 困難하거나 또는 滅失의 憂慮가 있어 申請人の 權利救濟를 어렵게 할 수 있다고 判斷하여 中國 民事訴訟法 第74條의 訴訟繫留 中の 證據保全節次에 대한 規定을 準用하여 “(1) 申請人の 訴訟前 證據保全申請을 受諾한다. (2) 被申請人 大豐號는 1992. 8. 27.부터 9. 10.까지의 航海日誌, 船積記錄 등 關聯書類를 提出하라. (3) 大豐號의 船長과 1航士는 事件에 대하여 虛偽없는 陳述을 하라”라는 決定을 내리게 되었다. 그리하여 獨逸 會社가 船積期日을 넘긴 事實이 確認되었고 當事者間에 圓滿한 合意가 이루어지게 되었다. 中國 最高人民法院에서는 위의 證據保全節次가 適切하였다고 判斷하여 「最高人民法院公報」에 掲載함으로써 指針的인 事例로 되었다. 金正佳·翁子明, 앞의 冊, 21-22쪽.

56) 中國 海事訴訟特別節次法은 12個章 127個의 條文으로 되어 있는데 海事證據保全에 관한 規定을 民事訴訟法の 證據保全에 관한 規定을 準用하지 않고, 別途로 1個章 10個의 條文으로 規定하고 있는 것은 一般的인 證據保全과 相當한 差異가 있다는 事實을 推測할 수 있을 것이다.

記載하여야 한다(同法 第65條).

海事法院은 海事證據保全의 申請으로 被申請人에게 損害를 입힐 憂慮가 있을 境遇, 申請人에게 擔保의 提供을 命할 수 있고, 擔保를 提供하지 아니할 境遇 申請을 却下한다(同法 第66條).

海事法院은 申請書를 接受한 후 48時間 以內에 申請人의 申請理由에 대하여 審査하고 決定을 내려야 한다. 證據保全決定을 내렸을 때에는 遲滯없이 執行해야 하고, 海事證據保全의 要件에 符合하지 않을 때에는 그 申請을 却下한다(同法 第68條).

當事者가 決定에 不服할 境遇 決定書를 받은 날로부터 5日 以內에 1회의 異議申請을 할 수 있다. 海事法院은 異議申請을 받은 날로부터 5日 以內에 再審決定을 해야 한다. 再審期間에는 決定의 執行을 停止하지 아니한다. 被申請人의 異議申請이 받아들여질 境遇 保全한 證據를 被申請人에게 返還하여야 한다. 利害關係人의 海事證據保全에 대한 異議가 成立된 境遇에는 海事法院은 海事證據保全을 撤回하여야 하고, 이미 執行한 境遇에는 利害關係인과 關聯되는 證據를 利害關係人에게 返還하여야 한다(同法 第69條).

海事法院에서 海事證據保全을 하는 方法은 具體的인 狀況에 따라 證據에 대하여 封印하여 保存하거나 複本, 副本을 採集하거나 혹은 撮影, 錄畫, 要略文 作成, 調査記錄 等 여러 가지 方法을 취할 수 있으며, 必要한 境遇에는 證據 原本도 採集할 수 있다(同法 第70條).

申請人은 不當한 海事證據保全申請으로 인하여 被申請人이나 利害關係人에게 입힌 損害를 賠償해야 한다(同法 第71條).

海事證據保全後 關聯 海事紛爭에 대해 訴訟이나 仲裁節次가 進行되지 아니한 境遇 當事者는 當該 海事請求와 關聯하여 海事證據를 保全한 海事法院이나 管轄權이 있는 其他 海事法院에 提訴할 수 있으나 當事者 間에 訴訟管轄이나 仲裁에 관한 合意가 있을 때에는 그에 따른다(同法 第72條).

海事仲裁事件에 대해 證據保全이 필요한 境遇 仲裁機構는 當事者의 申請을 海事法院으로 移送하여 證據保全 與否의 決定을 받는다. 保全의 決定을 한 境遇에는 위의 節次에 따라 證據保全이 이루어진다(中國 海事仲裁委員會 仲裁規則 第22條).

위와 같은 要件과 節次에 의한 海事證據保全은 海事請求保全과 比較하면 다음과 같은 共通點과 差異點이 있다.

먼저 共通點을 살펴보면,

첫째, 海事請求保全과 海事證據保全은 海事法院에서 保全의 形式으로 이루어지는 強制措置라는 點에서 비슷하다. 申請人으로서는 與件이나 能力的 限界로 인하여 救濟가 不可能하고 權利를 實現할 수 없기 때문에 부득이 司法機關인 海事法院을 통하여 被申請人 所有의 財産 혹은 被申請人이 가지고 있는 證據에 대하여 強制的인 保全措置를 취하게 된다. 그러므로 兩制度는 모두 申請人의 權利救濟를 위한 法的 制度라는 點에서 共通點이 있다.

둘째, 海事請求保全과 海事證據保全은 모두 海事訴訟 中の 獨立的인 特別節次라는 點에서 共通點을 가지고 있다. 申請人은 海事紛爭이 發生하여 提訴 또는 仲裁節次의 實行 前後를 不問하고 海事法院에 保全申請을 할 수 있다. 申請人은 管轄이나 仲裁, 適用法律 等に 대한 合意에 拘束을 받지 않는다. 海事法院이 當該 事件에 대하여 管轄權을 가지고 있지 않다고 하더라도 保全을 申請한 財産이나 證據가 그 法院의 管轄區域 內에 있으면 被申請人의 申請에 따라 當該 財産이나 證據에 대하여 保全을 할 수 있다.

한편, 兩 制度는 다음과 같은 點에서 差異가 있다.

첫째, 保全對象이 다르다. 海事請求保全의 相對方은 當該 海事請求에 대하여 責任이 있는 者로서 通常적으로 被申請人이라고 한다. 保全의 對象이 되는 財産은 被申請人 所有의 財産이어야 하며, 船舶을 對象으로 하는 境

遇에는 裸傭船者가 裸傭船한 船舶도 포함된다. 財産保全의 形態는 關聯된 財産權의 處分 또는 擔保提供 등으로 利用하는 것이 制限되는 狀態에 놓이게 된다. 反面 海事證據保全의 對象은 海事請求를 立證할 수 있는 證據資料를 말한다. 이러한 證據資料에는 物證, 書證, 證人의 證言 등을 包含한다. 海事證據保全의 相對方은 申請人과 어떤 民事法律關係에 놓인 者, 예컨대 申請人에 대하여 일정한 民事責任을 負擔하여야 하는 者일 수도 있고, 申請人과 아무런 民事法律關係가 없는 者, 즉 證人일 수도 있다.

둘째, 保全의 直接的인 目的이 다르다. 申請人이 海事請求保全을 申請하는 目的은 當該 海事請求의 執行을 容易하게 하기 위해서 被申請人으로 하여금 擔保를 提供하게 하는 것이며, 海事證據保全을 申請하는 目的은 關聯된 海事證據를 取得함으로써 海事請求權이 있음을 證明하기 위함이다. 海事證據保全과 海事請求保全은 通常적으로 一定한 關聯性을 가지고 있으며, 海事證據保全申請이 海事請求保全申請을 하는 前提일 수도 있고, 海事請求保全이 海事證據保全의 進一步한 段階일 수도 있다.

셋째, 管轄權에 대한 影響에 있어서 다르다. 海事紛爭에 대하여 管轄權을 가지고 있지 않은 海事法院이 海事證據保全이나 海事證據保全에 의하여 管轄權을 行使하게 되는 것은 각기 財産의 所在地와 證據의 所在地를 媒介로 하는 것이다. 그러나 保全措置를 行使한 후 海事法院이 當該 海事紛爭에 대하여 管轄權이 생기는 지의 여부에 대해선 海事請求保全과 海事證據保全의 效果가 다르다. 申請人이 海事請求保全을 함으로써 當該 海事法院은 그 海事紛爭事件에 대하여 管轄權을 取得한다. 그러나 海事證據保全을 한 法院은 그 保全으로 當然히 管轄權을 取得하는 것은 아니다. 當事者의 立場에서 볼 때 海事請求保全을 하는 것은 管轄權에 대한 選擇權을 行使할 수 있는 가장 合理的인 方法일 수 있다.

(2) 對物訴訟⁵⁷⁾과의 區別

海事請求保全制度는 對物訴訟의 影響을 받아 그 本質은 보통의 對人訴訟이지만 對物訴訟과 일정한 聯關性이 있다. 對物訴訟은 英美法系의 特有의 訴訟制度로서 中國에서는 施行되지 아니하지만 海事請求保全制度를 補完하는데 있어서 重要的 役割을 하고 있다. 中國의 傳統的인 民事訴訟法 體系에서는 訴訟前의 段階에서 保全節次를 취하는 制度가 없었다. 中國 海事法院이 創設된 후 海事裁判 實務의 發展과 함께 海事裁判도 점차 規範化되었으며, 또한 國際的인 慣習도 受容하여 海事請求保全制度를 發展시켰다.⁵⁸⁾

海事請求保全은 傳統的인 民事訴訟節次와 달리 訴訟節次가 進行되기 전에도 債務者의 船舶이나 積荷에 대하여 保全을 할 수 있고, 海事申請人이 비록 被申請人이 누구인지 모르는 境遇에도 當該 船舶을 相對로 한 保全申請을 可能하다.⁵⁹⁾ 이는 英美法上의 對物訴訟과 類似하다고 할 수 있다.⁶⁰⁾ 이는 責任의 主體를 基準으로 假押留를 할 수 있게 한 것이며, 이에 해당되는 假押留를 申請할 수 있는 船舶에는 當該 船舶과 當該 船舶의 姊妹船을 포함한다. 當該 船舶의 假押留를 申請할 수 있는 要件은 當該 船舶의 所有者나 裸傭船者가 當該 海事請求에 대하여 責任이 있고, 當該 船舶이 假押留를 申請할 때와 海事請求權이 發生할 때 同一한 船舶所有者에게 속

57) 對物訴訟에 관한 자세한 내용은 後述하는 船舶假押留制度의 法的 性質 參照.

58) 最高人民法院의 “海事法院에서 訴訟前 船舶假押留를 하는 것에 관한 規定”, “海事法院에서 假押留된 船舶을 競賣하여 債務를 辦濟하는 것에 관한 規定” 및 海事訴訟特別節次法이 代表的인 規定이라고 할 수 있다.

59) 海事訴訟特別節次法 第25條는 “海事申請人이 被申請人의 이름을 즉시 밝히지 못하는 境遇에도 當該 船舶에 대한 假押留를 申請할 수 있다”라고 規定하고 있는 바, 이는 大陸法系에 속해 있는 中國의 民事訴訟法의 體系와는 다르다고 할 수 있으나, 一般的으로 外國船舶과 海事紛爭이 發生한 境遇 國內 債權者로서는 外國의 債務者가 누구인지를 알기가 어렵다는 事實을 勘案하여 制定된 것으로서 自國의 債權者를 保護하기 위한 規定이라고 보여진다.

60) 이는 “1999年 船舶假押留條約”을 受容한 것이다.

하거나 또는 同一한 裸備船者의 裸備船이어야 한다.

한편, 海事賠償의 責任制限은 海事請求保全과 對物訴訟의 差異點을 가장 顯著하게 反影한다. 對物訴訟에 있어서 海事請求人이 賠償을 받을 수 있는 最大限度은 假押留된 船舶의 價額이다. 즉 假押留된 船舶이나 기타 財産의 價額이 바로 海事賠償責任者의 最高 賠償限度額이다. 船舶이 假押留된 후 海事請求에 대해 責任이 있는 船舶의 所有者가 나타나지 않는다면 海事申請人은 假押留된 船舶을 競賣하여 그 競賣代金에서 債權을 辨濟받는다. 債權價額의 多少 與否, 假押留된 船舶의 價額 如何를 不問하고 海事申請人은 最大한 船舶價額에 相當한 辨濟만을 받을 수 있다. 이와 같이 對物訴訟制度의 脆弱點은 海事請求에 대하여 責任이 있는 者가 그 責任을 忌避하는데 惡用될 所持가 많다는 것이다.⁶¹⁾

海事請求保全制度下에서 損害賠償責任의 制限은 假押留된 船舶 價額의 影響을 받지 아니한다. 海事請求에 대하여 責任이 있는 者의 最高 賠償限度額은 海商法에서 정한 噸數에 의한 計算方法의 最高限度額이다. 그러므로 被申請人이 所有 또는 裸備船한 船舶이 假押留되거나 假押留된 船舶價額의 多少는 最高 賠償限度額에 影響을 미치지 아니한다.

II. 中國 船舶假押留制度의 意義

1. 船舶假押留의 意義

債權者가 船舶의 假押留를 申請하는 目的은 相對方에 대한 請求權을 確保하기 위함이다. 國際적으로 頻發하는 船舶執行 關聯 紛爭에 있어 債權者의 主된 關心 事項은 債權의 確保方案에 있다 할 수 있으므로 債權保全措置로서

61) 金正佳·翁子明, 앞의 冊, 44쪽.

의 船舶假押留는 債權의 確保手段으로서 重要한 機能을 하게 된다.⁶²⁾ 中國에서도 船舶은 그 本質이 動産이면서도 不動産 取扱을 받고 있으며 船舶假押留(Arrest of Vessel)는 海事請求의 保全에 있어서 가장 重要하고 典型的인 方式일 뿐만 아니라 海事紛爭을 解決하는 重要한 手段으로서 中國 海事法院에서 處理되는 海事, 海商事件은 每年 大幅 增加⁶³⁾되고 있으며 船舶假押留制度에 대한 研究나 立法도 漸次 重要時되고 있다.⁶⁴⁾

中國 海事訴訟特別節次法에서는 船舶假押留의 概念에 대하여는 明確한 定義를 내리지 아니하고 다만 一定한 海事請求에 基하여 船舶假押留를 申請할 수 있음을 規定하고 있다(同法 第21條). 여기서 一定한 海事請求란 船舶假押留를 申請할 수 있는 被保全債權을 말하며, 提訴前船舶假押留申請이 可能한 海事請求에 限定된다.⁶⁵⁾

또한 中國의 海事訴訟特別節次法上 船舶假押留⁶⁶⁾는 그 假押留가 이루어지는 時點이 提訴 前인가 아니면 訴訟이 繫留 中인가에 따라 提訴 前의 船舶假押留와 訴訟 中の 船舶假押留로 나눌 수 있으며, 訴訟 中の 船舶假押留는 民事訴訟法에서의 一般財産保全과 別 差異가 없다.⁶⁷⁾ 그러므로 船舶假押留란 海事法院이 海事訴訟을 進行하기 前에 海事申請人의 船舶假押留申請

62) 債權者가 債務者에게 가진 金錢債權의 滿足을 위하여 債務者 所有의 船舶에 대해 強制執行을 實施하는 것을 船舶執行이라고 하는데(民事執行法 第172條), 우리나라의 境遇 船舶에 대한 執行은 債權保全을 위한 船舶假押留와 債務名義나 擔保權에 基한 船舶競賣의 2가지 形態로 이루어진다.

63) 1984年 中國에 海事法院이 設立된 이래, 1999년까지 海事法院에서 假押留한 船舶은 1,500척에 달한다. 最高人民法院副院長 李國光, “關與中華人民共和國海事訴訟特別程序法(草案)的說明”, 1999年 8月 24日 第9期 全人大 第11次 常務委員會 會議 資料, 7쪽.

64) 王江雨, “論船舶扣留制度”, 海商法研究, 法律出版社, 2000, 80쪽.

65) 裴炳泰·金宗允, “中國의 船舶假押留制度”, 企業環境의 變化와 商事法, 1993, 833쪽 參照.

66) 中國 海事訴訟特別節次法에서는 이를 “船舶扣押”이라고 한다.

67) 이러한 理由로 본 論文에서는 다루고 있는 中國의 船舶假押留라 함은 提訴前船舶假押留를 意味한다.

에 의하여 法的 節次에 따라 船舶에 대하여 假押留를 實施하는 訴訟 前의 財產保全措置이고,⁶⁸⁾ 財產保全은 當事者 一方의 行爲 또는 其他 事情으로 因하여 判決이 執行 不能이 되거나, 執行이 어려워질 可能性이 있는 境遇에 當事者의 申請에 의하여 또는 法院의 職權으로 請求한 範圍 內에서 또는 本案과 關係 있는 財產上에 취하는 強制措置를 말한다(中國 民事訴訟法 第92條 第1項 및 第251條).

한편 中國의 海事訴訟特別節次法은 “1999년의 船舶假押留國際條約”의 內容을 대부분 受容하였고, 同法의 海事請求保全制度는 英美法上의 對物節次와 聯關性이 있음은 앞에서 이미 言及한 바 있다. 그러므로 船舶假押留의 概念을 確實하게 定立하는 意味에서 英美法系의 對物訴訟節次와 比較가 필요하다고 할 수 있을 것이다.

英美法上의 船舶어레스트(arrest of ships)⁶⁹⁾는 海商法에 特殊한 이른바 對物訴訟節次에 의한 海事債權의 保全·確保를 위한 臨時的 救濟策으로서의 船舶의 押留(detention) 또는 移動制限(restriction on removal)을 意味하며 通常 對人訴訟節次(action in personam)에서 認定되는 (假)押留(Mareva injunction or attachment)⁷⁰⁾와 區別되는 概念이다. 따라서 臨時的 救濟策으로서의 船舶어레스트는 원래 判決이나 擔保權에 基한 滿足的 船舶執行을 包含하는 概念이 아니나,⁷¹⁾ 近來의 船舶어레스트가 許容되는 海事債權 中에는 船舶優先特權 있는 債權은 물론 抵當權의 被擔保債權 等도 包含되는 것이 普通이다.⁷²⁾

68) 中國 最高人民法院. “關與海事法院訴訟前扣押船舶的規定”, 法發 1994年 4號, 第1條.

69) arrest의 概念에 關하여 자세한 것은 F. Berligieri, op. cit., pp. 29-32 參照.

70) Mareva injunction이라는 이름은 英國에서 1975년에 있었던 事件名 Mareva Compania S.A. v Interational Bulcarriers S. A. ("The Mareva") (1975) 2 Lloyd's Rep. 509에서 由來한 것이다. 美國法上의 attachment는 對人節次에서 認定되는 英國法上의 Mareva injunction과 類似하다.

71) 判決에 기한 船舶執行은 seizure라 하여 arrest와 區別하기도 한다. F. Berligieri, op. cit., pp. 30 參照.

英美法에 있어 船舶어레스트는 다음과 같이 세가지 重要한 機能을 가지는 것으로 論議되어 진다. 즉, 船舶執行은 1) 通常 判決을 받기 前的 臨時的 救濟策의 形式으로 提起되고, 2) 債權에 대한 擔保를 얻기 위한 目的으로 이루어지며, 3) 때로는 本案에 관한 管轄權을 創出한다는 것이다.⁷³⁾⁷⁴⁾ 또한 1952年 船舶假押留條約은 arrest를 船舶의 抑留로 定義한 바 있으나,⁷⁵⁾ “1999年 船舶假押留條約”은 arrest를 船舶의 抑留 또는 移動制限을 定義하여⁷⁶⁾ arrest가 船舶의 占有를 빼앗아서 船舶을 抑留하는 것뿐만 아니라 航海를 禁止하는 등의 命令도 包含됨을 分明히 하였다.⁷⁷⁾

船舶假押留制度는 事件의 解決을 위한 것이 아니라 訴訟節次의 效果的인 進行을 위하여 法院이나 當事者가 취하게 되는 補助的, 臨時的 節次라고 할 수 있으며, 債權者가 假押留를 申請하는 目的은 債務者로부터 擔保를 提供받아 將來에 行하여질 請求權을 確保하기 위한 것일 뿐이며, 實體法上的 權利의 有無

72) 船舶어레스트는 國內에서는 이를 船舶의 碇泊命令 또는 船舶의 (假)押留라고 翻譯하기도 하나 同概念은 우리가 使用하는 用語들과는 전혀 다른 概念이므로 그 어느 것도 精確한 翻譯이라고 할 수 없다. 그러나 債權保全을 위한 臨時的 救濟策이라는 點에서는 船舶假押留와 同一하므로 船舶假押留에 좀 더 가까운 概念이라고 할 수 있다. 本 論文에서는 arrest를 假押留로 翻譯하여 使用하기로 한다.

73) D. C. Jackson, *Enforcement of Maritime Claim*, Lloyd's of London Press, 1985 參照.

74) 英國의 Sheen 大法院判事는 1980年의 Helene Roth 事件에서 “船舶執行의 權利는 英國法의 一部를 이루며 國際條約上으로도 承認되고 있다. 이것은 海事管轄을 行使하는 모든 法院의 價値 있는 武器로서 모든 船主는 이를 熟知하여야 한다”라고 하여 海事事件에 있어서의 船舶執行의 重要性을 強調한 바 있다. *The Helen Roth* (1980) 1 Lloyd's Rep., 477 參照.

75) 1952年 船舶假押留條約 第1條 第2項은 arrest를 다음과 같이 定義한다; "Arrest" means the detention of a ship by judicial process to secure a maritime claim, but does not include the seizure of a ship in execution or satisfaction of judgement.

76) 1999年 船舶假押留條約 第1條 第2項은 arrest를 다음과 같이 定義한다; "Arrest" means any detention or restriction on removal of a ship by order of a Court of secure a maritime claim, but does not include the seizure of a ship in execution or satisfaction of judgement or other enforceable instrument.

77) 鄭完溶, “船舶어레스트協約의 改正論點에 관한 小考”, 韓國海法會誌 第18卷, 297-298쪽.

를 法院으로부터 구하거나 直接的으로 紛爭을 解決하고자 하는 것이 아니다. 裁判實務에 있어서도 訴訟前 財産保全은 訴訟 前에 進行되기 때문에 法廷에서의 審理와 相對方 當事者の 辯論을 거치지 아니하는 獨立된 特別保全節次이다.

船舶假押留도 假押留의 一種으로서 將來의 確定判決 時까지의 債權確保 및 保全을 위한 節次이며, 債權者들 사이에는 優先權이 없이 債權者平等主義原則이 適用되며, 假押留에 대한 一般 原則이 適用된다. 또한 船舶假押留는 假押留異議나 本案에 대한 判決이 날 때까지 그 效力이 維持되며 航行許可나 解放供託에 의한 執行取消가 이루어지지 아니하는 限 船舶은 繼續的인 抑留 狀態에 있게 된다.

船舶假押留에 관한 法規範으로는 海事訴訟特別節次法, 民事訴訟法, 最高人民法院의 “1994年 船舶假押留規定” 등이 있고 國際上的 船舶假押留條約은 “1952年 國際 船舶假押留 統一條約”(The International Convention for the Unification of Certain Rules relating Arrest of Sea-Going Ships, 1952; 以下 “1952年 船舶假押留條約”이라 함)과 “1999年 國際 船舶假押留 統一條約”(The International Convention on Arrest of Ships, 以下 “1999年 船舶假押留條約”이라 함)이 있다.

2 船舶假押留制度의 法的 性質

船舶假押留의 法的 性質에 대해서 英美法系와 大陸法系에 따라 달리 보고 있는바, 前者는 對物訴訟說이고 後者는 財産保全說을 取하고 있다.⁷⁸⁾

(1) 對物訴訟說

英美法上 船舶은 海事法院(admiralty court) 또는 聯邦法院(federal court)이 專屬管轄하는 對物訴訟節次(action in rem)에 의하여 執行되는 것이 普通이다.

78) 王江雨, 앞의 冊, 80쪽.

對物節次는 法規定의 産物이며 英國法上 海事管轄의 가장 典型的인 特性이다. 對物訴訟이란 船舶 自體를 對物節次(proceeding in rem)의 被告로 보는 船舶의 擬人化理論에 根據를 두고 있으며,⁷⁹⁾ “1952年 船舶假押留條約”을 制定하는 基礎가 되었다.

歷史的으로 英國에서는 17, 8世紀에도 債權者는 被告를 抑留하거나 被告의 財産을 抑留함으로써 訴訟을 開始할 수 있었다. 海事法院에서도 사람에 대한 抑留와 船舶에 대한 抑留의 두가지 形態의 節次가 있었으나 언제부터인지 사람에 대한 抑留는 廢止되었고,⁸⁰⁾ 船舶假押留는 債權者가 債權의 執行을 保全하기 위한 債務者로부터 擔保를 取得하는 一種의 節次로서 役割을 遂行해 왔으며, 海事法院과 普通法院이 管轄權을 爭奪함에 있어서 海事法院이 그 管轄範圍를 넓히는 手段으로 使用되어 왔고, 債權者는 債權의 回收를 위해서 對人訴訟과 對物訴訟 中에 어느 것이 最上의 訴訟의 形態인가를 優先的으로 決定하여야 할 必要가 생겼고, 債務者는 自身이 不利益을 받지 않도록 抗辯하기 위해서 應訴를 할 수 밖에 없었다.⁸¹⁾

英國은 1883년부터 對物訴訟의 訴狀을 반드시 船主에게 送達하도록 되어 있다. 船主에게 訴狀이 適法하게 送達되었다고 認定될 때에 海事法院은 對物訴訟節次를 進行할 수 있다. 1980年 改正된 英國의 對物訴訟節次의 規定은 船主에게의 適法한 送達이 있다고 認定할 수 있다고 하더라도 船主로 하여금 반드시 法定에 出頭할 것은 要하지는 않는다. 새로운 節次에 있어서 船主가 出頭하면 訴訟의 個人的 特徵이 강해지고 訴訟은 對人訴訟과 같이 進行되므로 法院은 債權者가 假押留한 船舶의 價額을 超過하여 賠償을 받을 수 있는 判決을 내릴

79) Gilmore and Black, *The Law of Admiralty*(2nd Ed.) pp. 589-594 參照.

80) 英國判決; *The Clara* (1855) Swab. pp.1-3 參照.

81) 中國의 海商法學者 馬斯登과 羅斯可是 “英國의 對物訴訟은 被告를 說服하여 應訴하게 하는 武器”라고 主張한다. 金正佳·翁子明, *海事請求保全專論*, 大連, 大連海事大學出版社, 1996, 43 쪽.

수 있게 된다. 債權者는 船舶價額이 債權의 辨濟에 不足할 境遇 船主의 其他 財産에 대한 執行도 別途의 訴訟을 통하지 않고 可能하다. 萬若 船主가 出頭하지 않거나 심지어 有效한 送達도 認定하지 않는다면 法院은 對物訴訟에 의한 判決을 내리고 假押留된 船舶을 相對로만 責任을 負擔하게 하여 船舶競賣代金으로 債權을 辨濟케 한다.⁸²⁾ 이와 같이 對物訴訟의 큰 效率性은 對人訴訟에 따르는 많은 어려움과 不利益을 피하는 하나의 節次를 代表한다는 點이다.

對物訴訟은 債權者의 立場에서 다음과 같은 長點이 있다.

첫째, 訴訟上의 便利를 玆할 수 있다. 英國 혹은 大部分의 船舶에 대해 訴訟을 進行하는 나라의 法院의 召喚狀은 當該 船舶의 所有者에 대해서이다. 그러나 船主가 出頭 應訴하지 않는다면 法院의 判決은 船舶을 相對로 하여 내리지고 船主를 相對로 하지 않는다.

둘째, 對物訴訟은 財産의 假押留가 이루어진 곳의 法院에 訴訟管轄權을 賦與한다. 즉 請求權의 發生地가 어느 곳이든 또는 어떠한 原因에 基하여서나 法院이 船舶에 대해 假押留를 하면 그 法院은 當該 事件에 대해 管轄權을 가지게 된다.

셋째, 對物訴訟은 原告가 將來에 내려질 判決에 대한 執行을 確保할 수 있게 한다. 이는 判決이 내려지기 前에 被告 財産의 減少나 破産으로 인한 危險負擔으로부터 原告의 權利救濟를 確實하게 할 수 있다. 즉 對人訴訟判決에 基하여 船舶을 押留하고 競賣하더라도 그 強制執行은 이미 存在하는 優先特權에 아무런 影響을 미치지 못하는 데 반하여 對物訴訟에서 競賣節次에 따라 所有權이 넘어가면 그때까지 發生하여 當該 船舶에 붙어 있던 船舶優先特權을 비롯한

82) 英國의 Denning 大法院判事は Banco事件에서 “만일 被告가 出頭하면 對物訴訟은 對人訴訟과 같이 進行된다. 判決이 被告에 대하여 내려지면 그것은 管轄 內의 被告의 모든 財産에 대하여 執行될 수 있다. 그러나 被告가 法院에 出頭하지 아니하면 訴訟은 當初 始作된 對物訴訟으로 남게 되고 오로지 執行된 船舶에 대하여만 作用한다”라고 하였다. The Banco (1971) 1 Lloyd’s Rep. 49 參照.

모든 權利를 消滅시켜버린다.⁸³⁾

美國의 境遇 海事法律이나 判例에서는 不法行爲에 의한 債務뿐만 아니라 契約不履行 債務에 대해서도 모두 船舶優先特權을 認定하는 등 事實上 모든 海事債權에 대하여 船舶優先特權을 認定하고 있으므로⁸⁴⁾ 그 自體로 對物訴訟이 可能하며, 美國 聯邦大法院이 制定한 「海事損害賠償訴訟에 관한 若干의 補充規則」(Supplemental Rules for Certain Admiralty and Maritime Claims)과 「美國 地方法院 聯邦民事訴訟規則」(Federal of Civil Procedure for District Courts) 등이 主要한 法源이다.

美國에 있어서의 對物節次는 英國, 캐나다 등 다른 普通法系國家와 類似하며 “Supplementary Admiralty Rule C”에 의하여 規律되고, 船舶優先特權을 實行하기 위한 訴訟節次는 優先特權이 發生한 船舶이 所在하는 場所를 管轄하는 聯邦地方法院의 專屬管轄이다.

美國의 對物訴訟에 대한 學說은 純粹한 “人格化說”이라고 할 수 있다. 이 學說에 따르면 船舶 自體가 獨立한 人格體로 看做되어 스스로 契約을 締結하거나 契約을 違反할 수 있는 權利能力을 가지고 있으며, 相當注意義務를 負擔하고 過失責任을 지므로 債權者는 人格化한 船舶에 대하여 債權을 取得하고, 訴訟을 提起함으로써 債權의 存否를 確認하고 그 債權을 實現할 수 있다. 이러한 “人格化說”은 債權者에게 많은 便宜를 提供한다. 船主에게 船舶假押留 通知를 發送할 義務가 있는 者는 假押留 當時에 船舶을 管理하고 있는 者가 負擔하게 되고, 債權者는 그 義務가 없다. 따라서 債權者가 世界 어디서나 船舶을 假押留하고 訴訟을 提起하더라도 船主의 立場(天災地變, 交通 不便 등의 隘路事項)과 關係없이 船舶은 반드시 抗辯을 하여야 한다. 船主가 通知를 받지 못하였거나 出席하지 않더라도 法院은 船舶에 대하여 闕席裁判을 할 수 있고 當該 船

83) Gilmore and Black, op. cit., pp.588 參照.

84) Tetley, op. cit., pp.430 參照.

舶을 競賣하여 判決의 執行을 할 수 있다.⁸⁵⁾ 한편, 美國에서도 對人節次에 의한 船舶執行(attachment)이 可能하나, 이는 被告를 管轄區域 內에서 찾을 수 없는 境遇에 申請人의 宣誓陳述 下에 認定되는 것으로 英國法上의 Mareva Injunction과 類似하며 “Supplementary Admiralty Rule B”에 의하여 規律된다.⁸⁶⁾

(2) 財産保全說

大陸法系の 國家에서는 船舶假押留를 訴訟中 保全節次 中の 하나로 보고 있다. 大陸法系에서의 船舶假押留는 財産保全의 範疇에 속하기 때문에 海事債權이던 非海事債權이던 區別하지 아니하고 船主에 대하여 債權을 가지고 있는 債權者는 모두 債務者인 船主 所有의 船舶에 대하여 假押留를 申請할 수 있다.

獨逸은 「獨逸 民事訴訟法典」第8編 強制執行編의 第5章에 訴訟 前에 船舶에 대한 保全을 “船舶의 假押留”라 하여 規定을 두고 있다.⁸⁷⁾ 債權者는 保全節次를 통하여 訴訟 前이나 訴訟 中에 保全을 申請할 수 있으며 이를 통하여 判決이 確定된 後의 執行을 保障받을 수 있다.

獨逸에서는 對物訴訟制度가 存在하지 아니하기 때문에 船舶은 船舶所有者의 一般的인 財産 中の 하나이고, 船舶에 대한 假押留는 船舶所有者의 財産 中의 一部를 假押留한데 지나지 않는다.⁸⁸⁾

獨逸에서의 船舶假押留는 다음 세 가지의 要件을 充足시켜야 하는데,⁸⁹⁾

85) 金秋, 앞의 論文, 36쪽.

86) Tetley, op. cit., pp.434-435 參照.

87) 우리나라도 大陸法系の 國家이므로 過去 民事訴訟法の 編制가 獨逸과 비슷하다.

88) 이는 英美法系에서 海事債權에 의하여서만 船舶假押留를 申請할 수 있는 것과는 對照的이라고 할 수 있다.

89) 假押留는 確定判決의 執行保全이라는 目的의 特殊性으로 인하여 一般 民事訴訟節次에 비하

첫째, 申請人은 實體法上의 請求權을 가지고 있어야 하고,

둘째, 執行節次에 있어서 假押留를 하지 않으면 안 될 事由가 있어야 한다. 따라서 被申請人이 法廷地國과 定期航路를 運航하는 會社거나 規模가 큰 海運會社라면 그 會社의 船舶에 대한 假押留申請은 執行을 곤란하게 할 狀況이 存在하지 않기 때문에 받아들여지지 않는다.⁹⁰⁾

셋째, 被申請人 所有의 船舶에 대해서만 假押留를 申請할 수 있고 被申請人이 傭船한 船舶에 대해서는 假押留를 申請할 수 없다. 船舶의 請求權이나 船舶假押留의 理由에 대하여는 嚴格한 立證이 必要가 없고 다만 疎明으로 足하다.

對物訴訟과 提訴 前의 財産保全이 海事訴訟에 있어서는 모두 提訴 前의 船舶假押留의 形態로 나타날 수 있지만 兩者는 同一한 訴訟類型이 아니다. 英美法系에 있어서 船舶의 假押留는 對物訴訟節次의 한 部分 또는 手段이고 理論的인 바탕은 船舶의 擬人化에 있다. 大陸法系에 있어서 船舶의 假押留는 對人訴訟節次上의 一部 또는 手段이고 理論的인 根源은 訴訟保全理論에 있다. 傳統的으로 對物訴訟의 被告는 船舶이고, 船舶의 所有者는 過失이 있는 '物件'으로 하여금 相應하는 責任을 지게 하여야 한다는 것이지만 提訴 前의 財産保全은 對人訴訟에 있어서의 一種의 特別節次로서 訴訟 中의 한 段階의 節次도 아니고, 英美法系에 있어서의 對物訴訟의 始作도 아니며 一種의 獨立된 節次이다. 保全을 한 後에 訴訟을 進行할 수도 있고 訴訟을 아니 할 수도 있기 때문에 保全과 訴訟은 相互 聯關性이 있지만 各各 獨立된 節次이다.

對物訴訟의 船舶假押留나 提訴前 財産保全의 方法인 船舶假押留는 各各 長短點을 가지고 있는데 對物訴訟은 複雜한 海事法律 關係에 있어서 當事者의 複雜한 關係와 責任者를 確認하는데 곤란한 것을 直接 船舶을 相對로 訴訟을 進行함으로써 訴訟 上 편리하다는 것이다. 그러나 提訴 前의 財産保全의 長點

여 暫定性, 緊急性, 附隨性, 密行性, 自由裁量性 等の 特質이 있다.

90) 王孝平, “關與扣船制度的探討”, 當代海商法的理論與實踐, 人民交通出版社, 174쪽.

은 法院의 確定判決로 債權者가 假押留한 船舶의 價額을 超過하는 債權이 確定된 境遇에 債權者는 賠償에 不足되는 部分은 船主의 其他 財産에 대한 強制 執行을 통해 實現할 수 있는데 別途의 訴訟없이도 바로 申請할 수 있다는 것이다.

(3) 中國 船舶假押留의 法的 性質

中國의 海事訴訟은 2000年 7月 1日 海事訴訟特別節次法이 制定되기 以前까지는 民事訴訟法에 의해 進行되었으나, 制定 以後부터 民事訴訟法과 海事訴訟特別節次法이 함께 適用되고 있다. 中國도 우리나라와 마찬가지로 大陸法系의 國家로서 船舶假押留를 訴訟 前의 財産保全節次로 看做하고 있으며, 海上運送의 特徵에 따라 形成된 合理的인 制度라고 評價하고 있다.⁹¹⁾

中國의 民事訴訟法에서는 傳統的인 大陸法系의 理論에 따라 對物訴訟을 認定하지 않기 때문에 法律關係에 있어서의 主體는 반드시 사람이 原則이었다. 그리하여 船舶에 대해서도 形式的으로는 擬人化된 特徵을 認定하였지만 그 本質은 여전히 物件이며 法律關係의 客體로만 될 수 있다고 보고 있었다.⁹²⁾ 그러다가 “1994年 船舶假押留規定” 第1條에서는 “提訴前船舶假押留란 海事法院이 海事訴訟을 進行하기 前에 海事申請人의 船舶假押留 申請에 의하여 法的 節次에 따라 船舶에 대하여 假押留를 實施하는 訴訟 前의 財産保全措置를 말한다”라고 規定한 후, 海事訴訟特別節次法 第3章 「海事請求保全規定」에서는 “海事請求保全이란 海事請求人의 申請에 의하여 그 海事請求의 實現을 위해 被申請人의 財産⁹³⁾에 대한 海事法院의 強制措置를 말한다”라고 規定하고 있는바, 이

91) 金秋 앞의 論文, 39쪽 參照.

92) 司玉琢, 司玉琢海商法論文集, 北京, 法律出版社, 1995, 327쪽.

93) 여기서 말하는 被請求人의 財産이란 船舶에 局限하는 것이 아니라 船舶에 船積되어 있는 貨物, 燃料, 船用品 等도 包含된다.

것은 海事申請人의 海事請求의 保全을 위하여 船舶에 대한 訴訟 前의 財産保全을 意味하고 있다고 하겠다.

現行 中國의 民事訴訟法 中 財産保全에 대한 規定은 海事審判에서 由來되어 民事訴訟制度의 重要한 構成要素를 이루고 있었으나,⁹⁴⁾ 이 民事訴訟法의 財産保全에 관한 規定이 海事事事件의 判決節次에서 發生하는 實質的인 問題를 圓滑하게 解決하지 못하였기 때문에 “1999年 船舶假押留條約”과 其他 國家의 船舶假押留 및 競賣의 成功事例를 參考하고 最高人民法院의 이와 關聯한 司法解釋을 基礎로 海事訴訟特別節次法에 船舶 및 積荷에 대한 假押留와 競賣에 대해 明示하게 되었다. 理論적으로 中國의 提訴前 船舶假押留는 財産保全의 範疇에 속한다고 할 수 있지만 關聯 立法이나 實務를 보면 中國의 傳統的인 保全理論과 完全히 一致하지 않고 다음과 같은 差異가 있다.

첫째, 保全을 申請할 수 있는 債權의 範圍가 다르다.

中國의 民事訴訟法에서는 傳統的인 大陸法系의 理論에 따라 모든 債權에 대하여 船舶假押留가 可能하였다(中國 民事訴訟法 第92條). 하지만 “94年 船舶假押留 規定”은 20個項의 船舶假押留申請이 可能한 海事請求를 列舉하면서 當事者間에는 반드시 船舶의 所有, 建造, 占有, 運營, 賣買, 救助와 抵當 및 船舶優先權과 關聯되는 債權·債務關係가 있을 것을 要件으로 하고 있으며, 中國 海事訴訟特別節次法 第22條에서도 船舶의 假押留를 申請할 수 있는 債權을 22個의 海事債權으로 限定하면서 그 外의 事由에 의한 船舶假押留는 許容하지 않고 있다. 英美法系의 對物訴訟理論에 의하면 船舶假押留는 海事管轄權을 생기게 하는 手段으로서 海事的인 性質의 特殊한 請求에 대해서만 可能하지만, 中國의 船舶假押留는 그 法的 性質을 大陸法系의 財産保全措置로 把握하면서도 假押留를 申請할 수 있는 債權은 海事債權으로 限定하여 普通法의 規定을 繼受하고 있다. 船舶의 假押留를 申請할 수 있는 事由는 거의 모든 海事請求를

94) 陽松才, 民事訴訟法教程, 中國財政經濟出版社, 1999, 257쪽.

網羅하고 있다.⁹⁵⁾

둘째, 保全을 請求할 수 있는 要件이 다르다.

中國 民事訴訟法上 財産保全을 申請할 수 있는 要件은 “利害關係인이 緊急한 事情으로 인하여 즉시 財産保全을 申請하지 아니하면 그의 合法的 權益이 回復하기 어려운 損害를 입을 수 있을 境遇(中國 民事訴訟法 第93條 第1項)” 이나, 提訴前船舶假押留의 債權者는 當事者間에 法에서 정한 海事請求關係가 存在하거나, 相對方이 紛爭의 目的物이나 關聯 財産을 賣却, 隱匿, 移轉, 毀損, 蕩盡 또는 資金逃避 等の 行爲를 하는 境遇 및 目的物이 自然的인 性質로 인하여 腐敗, 變質될 危險이 있거나 市勢의 變動으로 價格이 下落할 危險이 있는 境遇에 即時 管轄權이 있는 海事法院에 提訴前船舶假押留를 申請할 수 있다. 債權者는 保全을 하지 아니하면 將來 確定判決이 執行되지 못할 事由가 있음을 立證하지 못하여도 假押留申請이 可能하다.

셋째, 保全의 範圍가 다르다.

中國 民事訴訟法에서는 “財産保全은 請求의 範圍 또는 本案과 關聯이 있는 財物에 限定된다(中國 民事訴訟法 第94條 第1項)”라고 規定하고 있고, 여기에서 意味하는 保全의 目的物이 될 財物은 本案의 訴訟物이거나, 請求의 範圍 內의 被申請人의 其他 財産을 말한다. 그러나 提訴前船舶假押留의 對象이 될 수 있는 船舶의 範圍는 紛爭이 發生한 當該 船舶과 船舶所有者, 裸傭船者, 定期傭船者, 航海傭船者가 所有하고 있는 姊妹船에 대하여 假押留를 할 수 있다고 規定하고 있다(中國 海事訴訟特別節次法 第23條).

以上과 같이 中國의 提訴前船舶假押留制度의 法的 性質은 財産保全制度에 속한다고 할 수 있지만 具體的인 規定들에 대해서 個別的으로 살펴보면 正統的인 大陸法系의 財産保全理論으로 解釋하기에는 困難한 點이 많다. 왜냐하면, 提訴前船舶假押留制度는 民事訴訟法の 訴訟前 財産保全에 관한 規定을 基本

95) 司玉琢, 海商法詳論, 大連, 大連海事大學出版社, 1995, 523쪽.

바탕으로 “52年 船舶假押留國際條約”을 受容하여 制定하였는데, “52年 船舶假押留國際條約”은 對物訴訟을 基礎로 한 英美法系와 財産保全理論을 基礎로 하는 大陸法系の 折衷案을 받아들여 制定되었으므로 中國의 提訴前船舶假押留制度도 英美法系の 特殊한 對物訴訟節次에서 나타나는 特徵을 필수적으로 一部 가지게 되었다고 할 수 있다.

3. 船舶假押留制度의 沿革

中國의 船舶假押留制度는 中國 民事訴訟法の 財産保全과는 다른 特徵을 가지고 있는 海事司法制度로서 中國에서의 形成과 發展의 歷史는 그다지 길지 않으며, 대체로 그 過程은 5段階로 나눌 수 있다.⁹⁶⁾

1段階는 “86年 船舶假押留規定”이 公布되고 施行되기 이전의 期間이다. 1978年 以前까지 中國의 法制는 整備되지 못한 實情이었고, 海事關聯 立法은 낙후하였고, 法院은 司法裁判部로서의 機能을 제대로 발휘하지 못하였다. 海事事件은 通常적으로 港務監督機關에서 行政的인 手段으로 처리되었으며, 船舶에 대한 假押留는 港務監督機關에서 船舶의 出航을 禁止하는 命令의 形式으로 이루어지고 있었다.⁹⁷⁾ 그 후 1978년부터 中國의 改革·開放

96) 金正佳·翁子明, 앞의 冊, 52쪽.

97) 1967年 그리스 國籍의 船舶 愛琴號는 上海港에서 積荷損害賠償 事件으로 受荷人으로부터 法院에 假押留가 申請되었다. 이 事件은 지체없이 中央政府總理인 周恩來에게까지 보고되었고, 周總理는 “當該 船舶의 假押留가 國際慣習에 符合된다면 假押留하라”는 指示를 하였다. 港務監督機關에서는 “當該 船舶은 債務를 辨濟하지 아니하였기 때문에 有效한 擔保의 提供이 있기까지 船舶을 假押留한다”라는 決定을 내렸고 愛琴號 船長에게 出航禁止命令을 하는 形式으로 假押留의 執行이 이루어졌다. 法院도 같은 內容의 裁決書를 準備하고 있었는데, 만약 船主가 有效한 擔保를 提供하지 아니하면 法院이 裁決을 내리려고 하였다. 이 事件은 船主가 港務監督機關의 假押留命令이 내려진 후 즉시 擔保를 提供하였기 때문에 行政機關에서 假押留命令을 하는 線에서 終結되었다. 또한 1975年 中華人民保險公司 및 中國外務運輸公司와 키프로스 國籍의 非力斯號 船舶의 備船契約 紛爭案도 中國 中央政府의 批准을 받은 후 같은 方法으로 假押留를 하였다. 司玉琢 外5, 新編海商法學, 大連海事大學出版社, 1999, 522쪽.

정책의 施行과 함께 海事紛爭事件이 增加하기 시작하면서부터 法院의 地位도 향상되었고 司法機關에 의한 船舶假押留도 점차 그 機能을 발휘하게 되었다. 그러다가 1982年 3月 8日 「中華人民共和國 民事訴訟法(施行)」이 公布된 후 船舶假押留는 法的 根據가 있게 되었다. 그러나 施行 中인 民事訴訟法の 規定에서는 船舶을 一般的인 財産으로 보아 船舶이 保全의 對象으로 될 境遇에는 民事訴訟法에서 規定한 訴訟保全의 節次에 따라 進行되었고, 訴訟 前의 財産保全에 대해서도 規定을 두고 있지 아니하였다. 이러한 規定은 船舶의 特殊性和 海事事件의 特徵을 無視한 것이며 國際慣習과도 달랐다. 그 후 1984年 廣州, 上海, 青島, 天津, 大連, 武漢에 海事法院이 設立되자, 船舶假押留制度는 一般 財産保全制度和 區別되었으며, 國際慣習과도 一致시키기 위한 方法이 摸索되었고,⁹⁸⁾ 實務上으로도 船舶假押留 事件이 많아지기 시작하면서 이에 대한 經驗도 累積되어 船舶假押留制度의 發展을 위한 基盤을 다지게 되었다.⁹⁹⁾

2段階는 “86年 船舶假押留規定”이 公布되고 난 후부터 1991年 民事訴訟法이 施行되기 전까지의 段階이다. 1986年 1月 31日 中國 最高人民法院은 船舶假押留에 있어서 裁判實務經驗을 總和하고 民事訴訟法(施行)의 基本原則과 國際的인 慣習도 參照하여 “86年 船舶假押留規定”을 制定·公布하였다. “86年 船舶假押留規定”은 最初로 海事請求人이 海事訴訟을 提起하기 전에 法院에 關聯 船舶의 假押留를 申請하여 그의 海事請求를 保全할 수 있다는 規定을 두었다. 이는 民事訴訟法(施行)중의 訴訟保全制度에 대한 重大한 發展이라고 할 수 있고 國際慣習과도 一致하여 海事請求人의 適法한 權益을 保護하는데 큰 役割을 하였다. “86年 船舶假押留規定”의 公布와 施

98) 高長久, “海事扣船變賣及債務清償初探”, 遠洋運輸, 1990, 5-6期, 78쪽.

99) 1984年 10月 上海 海事法院은 寧波港에서 香港 船籍의 帛芝號를 假押留하였는데 이때 부터 船舶假押留가 一般 財産保全과 區別되었다.

行은 提訴 前의 船舶假押留制度가 中國에서 公式的으로 確立되었음을 나타내는 것이라 할 수 있다.¹⁰⁰⁾

3段階는 1991年 4月 9日 「中華人民共和國 民事訴訟法」이 通過된 날로부터 “94年 船舶假押留規定”이 公布되기 前까지의 期間이다. “86年 船舶假押留規定”은 提訴 前의 船舶假押留制度를 確立하고 海事法院에서도 이 規定에 따라 많은 船舶假押留事件을 다루었지만 同 規定은 最高人民法院에서 내린 司法解釋에 불과한 것으로서 下位法에 속한다. 따라서 基本법인 民事訴訟法에서 提訴 前의 訴訟保全에 대한 規定을 됴으로써 提訴 前의 船舶假押留가 民事訴訟에 관한 基本法에서 그 根據를 찾을 수 있게 되었고 提訴 前의 船舶假押留制度를 確立시켰다고 할 수 있다.

4段階는 “94年 船舶假押留規定”이 公布·施行되고 난 후부터 海事訴訟特別節次法이 制定되기 전까지의 期間이다. “86年 船舶假押留規定”은 提訴 前의 船舶假押留에 대한 裁判實務를 規範化하고 訴訟前 財産保全制度의 形成과 發展에 대하여 重要한 役割을 하였지만 裁判實務에 있어서의 모든 問題를 解決하지는 못했다. 民事訴訟法과 海商法의 制定으로 船舶假押留規定이 이러한 上位法과 衝突되지 아니할 것이 要求되었다. 이러한 點을 勘案하여 最高人民法院에서는 1994年 7月 6日 “86年 船舶假押留規定”을 일부 修正하여 「海事法院에서의 訴訟前 船舶假押留에 관한 規定」 (“94年 船舶假押留規定”)을 公布하였다. 그 內容을 살펴보면,

첫째, 1991年 公布한 民事訴訟法은 民事訴訟뿐만 아니라 海事訴訟에 관한 基本的인 節次法이다. 最高人民法院에서 制定한 船舶假押留規定은 당연히 基本법인 民事訴訟法の 基本原則에 따라야만 하므로 “86年 船舶假押留規定”에 대하여 필요한 修正을 하여 新法利子 基本법인 民事訴訟法과 衝突되지 않게 할 것이 要求되었다. 例를 들면, 申請人이 假押留申請을 함에 있

100) 同 規定은 最高人民法院에서 “94年 船舶假押留規定”을 公布함에 따라 廢止되었다.

어서 擔保를 提供할 수도 있고 하지 않을 수도 있었던 任意規定을 強行規定으로 바꾸었고, 船舶假押留의 期間을 涉外 事件, 國內 事件을 不問하고 劃一的으로 30日이었던 것을 涉外事件은 30日, 國內 事件은 15日로 하였다.

둘째, 假押留할 船舶의 範圍를 擴大하였다. “86年 船舶假押留規定”에 의하면 海事請求에 대하여 責任이 있는 船舶所有者, 經營者 또는 傭船者가 所有한 기타 船舶에 대하여만 假押留를 申請할 수 있었다. 그러나 “94年 船舶假押留規定”에서는 假押留할 船舶의 範圍를 擴大하여 海事請求에 대하여 責任이 있는 船舶所有者, 經營者 또는 傭船者가 所有하거나 經營 또는 傭船한 當該 船舶, 海事請求에 대하여 責任이 있는 船舶所有者가 所有한 기타의 船舶, 海事請求에 대하여 責任이 있는 經營者 또는 傭船者가 所有하거나 經營, 傭船한 船舶에 대하여 假押留를 申請할 수 있게 하였다.

셋째, 船舶에 대한 重複假押留規定을 增設하였다. “94年 船舶假押留規定” 第4條 第10號에서 “申請人은 同一한 海事請求에 의하여 解放된 假押留船舶 또는 被申請人이 所有한 其他 船舶에 대하여 假押留를 할 수 없다고 하였다. 단 同一한 海事請求로 하여 取得한 擔保의 性質이나 金額이 不當하거나 또는 擔保를 提供한 者가 그 保證義務의 全部 또는 一部를 履行하지 못할 때에는 그러하지 아니하다”라고 하였다.

넷째, 擔保의 返還에 관한 規定을 廢止하였다. “86年 船舶假押留規定”에는 “被申請人이 擔保를 提供하였으나 申請人이 船舶假押留期間 內에 提訴하지 아니한 境遇에 被申請人은 提供한 擔保의 返還을 要求할 수 있다”라는 規定이 있었으나 “94年 船舶假押留規定”에서는 削除하였다.

5段階는 2000. 7. 1. 海事訴訟特別節次法이 制定되어 施行된 以後의 期間이다. “94年 船舶假押留規定”이 民事訴訟法과의 衝突을 解決하였다는 側面에서는 呼應을 얻었지만, 同 規定 第3條에서 船舶假押留의 對象, 즉 假押留할 수 있는 船舶의 範圍를 責任이 있는 船舶經營者, 傭船者가 所有하거나

經營 또는 傭船한 船舶에 대하여 假押留를 할 수 있다고 擴大한 것에 대해서는 海運業界의 反撥이 심했다. 經營者가 經營하는 船舶에 대한 假押留는 法人格을 가지고 있는 公企業이 國家所有의 船舶을 經營하는 境遇에 限하여만 假押留가 可能할 것이고,¹⁰¹⁾ 傭船한 船舶은 裸傭船에 대하여는 一定한 範圍에서 船舶의 假押留를 認定하여야 할 것이지만 船舶의 經營者 또는 傭船者가 定期傭船 또는 航海傭船한 것에 대하여도 船舶의 假押留를 認定한다면 船舶所有者의 收益을 害하게 되므로 이 規定은 合理的이지 못하다고 한다.¹⁰²⁾ 海事訴訟特別節次法은 最高人民法院의 從前의 規定 中の 不合理的 內容을 改正하고 “99年 船舶假押留條約”의 內容을 繼受하였다.¹⁰³⁾

第3節 韓國法과의 比較

中國의 船舶假押留制度는 우리나라와 比較할 때 立法體系와 請求債權의 取扱方法에 있어서 다르다. 中國은 海事訴訟의 特殊性을 認定하여 民事訴訟의 特別法으로 海事訴訟特別節次法을 制定하여 海事訴訟節次에 관한 모든 것을 規律하는 立法體系로서, 請求債權이 海事債權인지 與否에 따라 管轄法院 및 取扱方法이 달라진다.

101) 船舶假押留의 範圍의 擴大에 대하여 論難이 일자 最高人民法院에서는 1995年 5月 廈門에서 열린 裁判實務會議에서 經營하는 船舶에 대하여 위와 같은 限定的인 解釋을 하였다. 朱青, 海事訴訟與仲裁, 大連海事大學出版社, 1996, 125쪽.

102) 李屏山, “論訴前扣押船舶的範圍”, 「世界海運」, 第1期, 大連海事大學出版社, 1998, 24-25쪽.

103) 全國人大法律委員會, “關與中華人民共和國海事訴訟特別程序法(草案)審議結果的報告”, 4쪽 參照.

I. 韓國法과의 立法體系 比較

1. 우리나라 船舶假押留制度의 立法體系

(1) 民事執行法의 制定背景

우리나라 民事訴訟法은 1960. 4. 4. 法律 第547號로 制定되었으며 第7編 強制執行編에서 第1章 總則, 第2章 金錢債權에 관한 強制執行, 第3章 金錢債權 外的 債權에 대한 強制執行, 第4章 假押留와 假處分에 관한 規定을 두고 있었는데, 1990. 1. 13. 法律 第4201號로 改正되어 民事訴訟法 第7編 強制執行編 內에 ‘第5章 擔保權의 實行 등을 위한 競賣’에 관한 規定을 新設함으로써 判決節次에 의하지 않은 非訟節次인 擔保權 實行을 위한 競賣節次를 強制執行編에 編入하는 한편 從來 이 節次에 適用되던 競賣法을 廢止하였다. 그러나 1990年의 改正以後, 包括的인 內容을 가진 強制執行編이 裁判節次 및 이를 前提로 한 執行節次를 規律하는 民事訴訟法의 一部로 되어 있는 것은 法律體系上으로 맞지 않는다는 批判이 있었고¹⁰⁴⁾, 訴訟節次와 執行節次는 그 基本 理想, 性格, 節次上의 原則 등이 다를 뿐만 아니라 擔當機關이 分離되어 있어 節次의 進行이 獨立的으로 이루어지고, 不服方法을 달리하는 등 하나의 法律로 規律하기에 適切하지 않으며, 執行節次를 民事訴訟法에서 分離하여 單行法으로 制定하는 世界的인 趨勢¹⁰⁵⁾에 따라

104) 民事訴訟은 私法上의 權利關係의 確定·保全·實現 등 세 가지를 課題로 하는 節次를 말한다. 權利의 有無에 대한 確定節次가 判決節次이고, 權利의 實現에 對備하여 미리 잡아 두는 保全節次가 假押留·假處分節次이며, 權利의 強制的인 實現節次가 強制執行節次로서 넓은 意味의 民事訴訟은 이 세 가지 節次를 모두 包含한다.

105) 프랑스는 強制執行 및 保全處分 모두 民事訴訟法 第5編에서 規律하다가 1991. 7. 9. 強制執行節次 및 保全節次를 包括的으로 規律하는 ‘民事執行節次改正法’을 制定하여 1993. 1. 1.부터 施行하고 있다. 오스트리아는 1896. 5. 27. 法院法에서 民事訴訟法을 分離하면서 強制執行 및 保全處分을 規律하는 強制執行法도 함께 分離, 別途의 法律로 制定하여 오늘에 이르고 있다. 스위스는 金錢債權의 強制執行節次, 擔保權 實行節次, 破産節次, 保全處分節次를 包括的으로 規律하는 ‘債務의 強制執行 및 破産에 관한 聯邦法律’이 따로 있고, 民事訴訟法

2002. 1. 26 法律 第6627號에 의하여 民事訴訟法 中 執行節次에 관한 規定을 따로 떼어 別途로 現在의 民事執行法을 制定하여 施行하게 되었다.

(2) 民事執行法上 船舶假押留制度의 立法體系

海事訴訟은 民事訴訟의 範疇에 속하지만 船舶, 運送, 海洋開發 및 利用에 關聯된다는 點에서 나름대로의 特殊性을 가지고 있으며, 특히 經濟가 開放된 國家에 있어서는 國際私法 領域에서 重要한 位置를 차지하고 있다.¹⁰⁶⁾ 그러나 우리나라에는 海事訴訟을 民事訴訟의 一部分으로 認識하여 特別法이 아닌 一般法인 民事執行法으로 船舶에 관한 強制執行 및 保全處分에 관한 모든 것을 規律하고 있다.¹⁰⁷⁾

우리나라 民事執行法의 編制는 크게 強制執行, 擔保權 實行 等を 위한 競賣와 保全處分의 各 節次로 나누어져 있으며, 第1編 總則, 第2編 金錢債權에 基礎한 強制執行, 第3編 擔保權 實行 等を 위한 競賣, 第4編 保全處分 等으로 4 個編, 312個의 條文으로 構成되어 있고, 船舶에 대해서는 同法 第2編 強制執行 第2章 第3節 172條에서 186條에 걸쳐 船舶에 대한 強制執行을 規定하여 特別한 취급을 하고 있고, 船舶에 대한 假押留節次는 第4編 保全處分에 대한 規定을 適用하고 그 執行에 대해서는 強制執行規定을 準用하고 있다.¹⁰⁸⁾ 또한, 우리

에서는 金錢債權 以外の 債權의 強制執行節次만을 規律하고 있다. 日本은 民事訴訟法으로 부터 民事執行法(1979年), 民事保全法(1989年)을 各各 分離하였다. 獨逸은 '強制競賣 및 強制管理에 관한 法律'에서 不動產의 強制競賣 및 強制管理節次를 規律하는 外에는 民事訴訟法 第8編에서 強制執行 全般(保全處分 包含)을 規定하고 있다.

106) 世界 各國은 海事關聯 國際條約이 많이 制定됨에 따라서 自國의 海事訴訟節次에 대한 立法을 完璧하게 하기 위하여 더욱 努力하고 있는 바 英國, 美國, 日本, 오스트레일리아, 파나마, 싱가포르 等 主要 海運國은 民事訴訟法 外에 海事訴訟에 관한 各種의 特別法을 制定하고 있다.

107) 債權者가 金錢債權의 滿足을 위하여 債務者 所有의 船舶에 대해 強制執行을 實施하는 것을 船舶執行이라고 하고(同法 第172條), 船舶에 대한 執行은 債權保全을 위한 船舶假押留와 債務名義나 擔保權에 의한 船舶競賣의 2가지 形態로 이루어진다.

나라에서는 執行하고자 하는 債權이 海事債權인지 與否에 따라 그 節次나 管轄에 있어 一般債權과 同一하게 取扱하고 있으므로 海事債權과 非海事債權을 區別할 實益은 거의 없다.¹⁰⁹⁾

2 韓·中 船舶假押留制度의 立法體系 比較

우리나라는 다른 大陸法系國家와 마찬가지로 船舶假押留에 대하여 보다 넓고 自由로운 接近方法을 採擇하고 있어서 船舶의 假押留는 對人訴訟節次上의 一部 또는 手段이고 理論的인 根源은 訴訟保全理論에 있다. 反面 中國의 船舶假押留는 그 法的 性質을 大陸法系의 財產保全措置로 把握하면서도 假押留를 申請할 수 있는 債權은 海事債權으로 限定하여 普通法의 規定을 繼受하고 있다.

그래서 兩國의 船舶押留制度는 그 處理 方法에 있어서 비슷한 點도 많지만 立法體系에 있어서 相當한 差異가 있다. 우리나라는 典型的인 市民法, 大陸法系國家(civil law country)로서 船舶의 假押留에 대하여도 民事訴訟의 한 部分으로 認識하고 있어 海事訴訟의 特殊性을 原則적으로 認定하지 않고 民事執行法의 適用을 받게 한다. 反面 中國은 海事訴訟의 特殊性을 認定하여 民事訴訟法의 特別法으로 海事訴訟特別節次法을 制定하여 施行하고 있다.

108) 이와 같이 船舶에 대한 強制執行을 어떠한 方法으로 하는나 하는 問題는 立法政策의 問題에 속하는 것이라 할 수 있으나, 獨逸法의 境遇 船舶의 不動產類似性을 勘案하여 船舶執行을 不動產執行에 準하도록 하고 있고, 프랑스法의 境遇에는 船舶의 移動性을 勘案하여 執行官에 의한 直接占有의 取得을 前提로 한 動產執行의 方法에 의하되 거기에 若干의 特則을 두고 있다.

109) 예를 들면, 代表的인 海事債權인 船舶優先特權의 境遇 被擔保債權의 範圍와 效力에 대해서는 商法에 明示되어 있으나, 그 實行에 관해서는 一般的인 債權을 原因으로 하는 船舶執行의 節次와 管轄이 同一하다.

海事訴訟은 海事債權의 請求節次에 관한 것으로서 過去 韓國과 中國에서는 一般的인 民事訴訟節次가 準用되고 있었다. 그러나 海事訴訟節次 中에서 權利關係의 確定을 위한 本案節次는 一般 民事訴訟節次와 同一하다고 할 수 있으나, 權利의 保全과 實現을 위한 節次는 그 目的物이 船舶에 대한 것이므로 나름대로의 特殊性을 가지고 있다. 그리하여 우리나라에서는 船舶假押留制度에 關하여 民事訴訟法에서 分離하여 獨立的으로 制定된 一般法人 民事執行法으로 規律하게 되었는바, 이는 海事訴訟의 特殊性을 認定한 것이 아니고 過去 民事訴訟法으로 權利關係의 確定, 保全, 實現 等 3가지의 民事訴訟節次를 모두 規律하고 있다가 權利의 保全과 實現節次인 強制執行 및 保全節次를 權利의 確定節次인 本案訴訟節次와 함께 編制하는 것이 立法體系上 맞지 않으므로 保全, 執行節次를 分離하여 一般法人 民事執行法을 制定하게 되었던 것이다. 反面 中國에서는 民事訴訟法으로 모든 債權에 관한 權利關係의 確定, 保全, 實現節次를 規律하고 있다가 海事訴訟의 特殊性을 認定하고 國際的 趨勢에 따라서 民事訴訟法の 特別法으로서 海事訴訟特別節次法을 制定하여 施行하고 있다. 이러한 點에서 우리나라와 中國의 船舶假押留制度의 立法體系와는 根本的으로 다르다고 하겠다.

한편, 兩國의 船舶假押留制度는 다음과 같은 點에서 비슷하다.

첫째, 兩國에서의 船舶假押留制度의 趣旨는 事件의 解決을 위한 것이 아니라 訴訟節次의 效果的인 進行을 위하여 法院이나 當事者が 취하게 되는 補助的, 臨時的 節次이며, 裁判實務에 있어서 訴訟前 財産保全은 訴訟前에 進行되기 때문에 法定에서의 審理와 相對方 當事者の 辯論을 거치지 아니하는 獨立된 特別保全節次인 點에서 비슷하다.

둘째, 債權者가 假押留를 申請하는 目的은 債務者로부터 擔保를 提供받아 將來에 행하여질 請求權을 確保하기 위한 것일 뿐이며, 實體法上的 權利의 有無를 法院으로부터 구하거나 直接的으로 紛爭을 解決하고자 하는 것은 아니라는

點도 같다.

셋째, 船舶假押留도 一般的인 假押留의 一種이므로 假押留에 대한 一般原則이 大部分 適用되며, 將來 判決이 確定될 때까지의 債權確保 및 保全을 위한 節次이므로 債權들 사이에는 優先권이 없고 債權者平等主義原則이 適用될 뿐만 아니라¹¹⁰⁾ 假押留異議나 本案에 대한 判決時까지 그 效力이 維持되며 航行許可나 解放供託에 의한 執行取消가 이루어지지 아니하는 限 船舶에 대한 假押留執行은 維持된다.¹¹¹⁾

II. 私見

船舶假押留制度의 立法體系는 當事者들의 意思와 行爲에 의해서 좌우되지 않지만 立法政策上 어떤 方式으로 取扱하는가에 따라 當事者들의 利害關係에도 直接的으로 影響을 미치는 問題이다. 이미 앞에서 살펴보았듯이 中國은 우리나라와 마찬가지로 大陸法系의 國家이지만 海事訴訟의 特殊性을 認定하여 民事訴訟法의 特別法으로 海事訴訟特別法을 制定하여 韓國의 立法體系와 다르다. 또한 우리나라는 一般法院에서 어떤 種類의 債權이든지 關係없이 債務者에 대한 債權이 存在하면 그 債務者의 어떠한 財産이라도 對人訴訟節次에 의해서 假押留 申請이 可能한 바, 이는 海事法院에서 特定한 海事債權에 限하여만 船舶假押留가 가능하고, 對物訴訟節次를 一部 認定하면서 假押留에 의해 本案管轄權이 創出되는 中國의 船舶假押留制度和 큰 差異가 있다. 이러한 差異點은 韓國의 企業과 中國 등 外國 企業들과의 사이에 海事紛爭이 發生하는 境遇 國

110) 이는 海事債權인지 與否에 따른 差異와 船舶優先特權들 사이의 順位를 無視하는 것을 前提로 한다.

111) 韓國에서는 繼續 抑留 狀態에 있게 되나 中國에서는 競賣가 開始된다.

際法上の大原則이라고 할 수 있는 相互主義의 原則에 立脚하더라도 國內債權者의 保護에 未洽하다고 할 수 있으므로 우리나라도 制度的인 側面에서 이러한 點을 補完하는 것이 必要하다고 하겠다. 具體적으로는 對物訴訟節次의 導入, 海事事件專擔法院의 設立의 必要 등의 部分에 대하여 우리의 法制를 合理的으로 改善하는 作業이 필요하다고 할 것이다.

1. 對物訴訟節次의 導入 必要性

우리나라의 法體系上으로는 對物訴訟節次가 認定되지 아니하므로 債權者로서는 그 債權이 船舶優先特權있는 債權에 該當하지 않는 限 對人訴訟節次인 假押留에 의해서 船舶執行을 할 수 밖에 없다. 그리하여 債權者는 債務者가 누구인지를 모르는 境遇에는 訴訟이 不可能하다. 또한 船舶所有者를 相對로 한 對人訴訟에서 勝訴하더라도 當該 事件과 關聯된 船舶이 債務者의 所有가 아니라면 當該 船舶에 대해 強制執行을 할 수가 없다.¹¹²⁾ 反面 中國에서는 對人節次 뿐만 아니라 紛爭이 發生한 當該 船舶에 대한 對物節次를 認定하고 있어 債權者는 債務者가 누구인지 몰라도 船舶假押留가 可能하다.¹¹³⁾ 例를 들면, 韓國船舶과 關聯된 事件이 中國에서 發生한 境遇 韓國船舶에 대해 債權을 가진 債權者는 韓國 船舶의 所有者를 몰라도 對物節次에 의하여 쉽게 船舶假押留를 할 수 있음에 비하여, 同一한 事件이 韓國의 領海 內에서 發生하였다면 外國船舶은 大韓民國法의 對人節次에 의하여서만 假押留되는 不合理的

112) 外國船舶인 境遇에는 所有者가 누구인지 確認하기란 많은 時間을 要할 뿐만 아니라 事實上 힘들다. 비록 우리나라에서는 船長은 船籍港 外에서는 航海에 必要한 裁判上 또는 裁判外的 모든 行爲를 할 權限이 있으므로(商法 第773條 第1項) 船籍港 外에서의 假押留決定의 送達은 船長에게 해야 하므로 假押留申請時 船長의 이름과 現在地도 반드시 記載하여야 하나(民事執行規則 第208條, 第95條 第1項), 實務上으로는 船長의 이름과 住所를 모르면 申請書에 '船長의 이름과 現在地 不明'이라고 記載하여도 船舶假押留를 할 수 있으나 本案訴訟을 提起하거나 強制執行을 實施하려면 반드시 所有者가 누구인지 疎明하여야 한다.

113) 外國船舶의 境遇 實體法은 船籍國法, 節次法은 法廷地法에 의하는 것이 原則이다.

惹起될 수가 있을 것이다. 이러한 것은 國際法上의 大原則인 相互主義에도 어긋날 뿐만 아니라 國內 債權者에게는 不利한 結果를 招來할 것이다. 또한 船舶假押留에 관한 國際的 統一規範이라고 할 수 있는 “1999年 船舶假押留條約”에서는 締約國의 船舶에 限하지 않고 非締約國 船舶에까지 擴大하여 締約國 內에서 이 條約의 規定에 따라 假押留할 수 있게 되었으므로 우리나라가 이 條約에 加入을 하지 않더라도 國內船舶이 外國에서 對物節次에 의하여 쉽게 假押留될 수 있으므로 우리나라도 船舶假押留에 있어서 對物訴訟節次를 導入할 수 있도록 이 條約의 受容 與否를 積極 檢討할 필요가 있다고 할 것이다.

2. 海事事件 專擔法院 設立의 必要性

우리나라의 法院組織은 家事事件, 行政事件, 特許事件에 대한 處理에 있어서는 그 專門性和 特殊性을 勘案하여 家庭法院, 行政法院, 特許法院이 設立되었지만, 海事事件은 이들 家事, 行政, 特許事件과 比較하면 더욱 複雜하고 海洋實務 등의 經驗과 專門성이 必要함에도 불구하고 一般法院에서 普通의 民事訴訟과 別途로 分離하지 않고 함께 處理하고 있다. 이는 中國이 海事訴訟의 特殊性을 認定하여 海事訴訟特別節次法을 制定하고, 海事事件에 대하여는 海事法院의 專屬管轄로 하고 있는 中國의 法院制度和 比較된다. 우리나라도 海事事件을 專擔하는 法院組織의 改編에 대한 研究가 必要하다고 하겠다.

3. 小結

韓國과 中國의 立法體系 가운데 어느 것이 좋고 어느 것이 좋지 않다는 優劣의 判斷은 兩國의 法制史的인 環境과 法律文化가 다르기 때문에 쉽게 내릴 性質의 것이 아니다. 그렇지만 우리나라의 境遇에는 國家發展과 經濟成長에서 海洋과 海運의 比重이 특히 크므로 時代의 흐름에 뒤지지 않는 海事法體系를

갖추어서 國際的인 變化에 對處해 나가야 할 必要性이 있으므로 끊임없이 既存法의 改正 또는 새로운 法의 制定에 萬全을 다하여야 할 필요가 있을 것이다. 우리나라와 같은 同一한 民事訴訟體制는 訴訟節次의 簡素化라든가 理解의 增進이라는 面에서는 中國보다는 優秀하다고 생각되나, 海事訴訟에 대한 特殊性을 認定하여 海事事件에 대하여 海事法院을 專屬管轄로 하는 中國의 法院制度가 우리나라보다는 더 效率的이라고 생각된다.

第3章 船舶假押留의 要件과 效果

韓國과 中國에서 船舶에 대한 假押留의 管轄權은 當該 船舶의 碇泊港을 管轄하고 있는 法院이며, 準據法은 船籍國法에 의하는 것이 原則이다. 우리나라에서는 船舶假押留를 할 수 있는 債權이 정해져 있지 않고 모든 債權에 의해 船舶假押留가 可能하다. 反面 中國은 22種類의 海事請求에 의해서만 船舶假押留가 可能하다. 또한 假押留를 할 수 있는 船舶의 範圍에 있어서도 우리나라에서는 對人節次에 의한 船舶假押留만을 認定하고 있으나 中國에서는 對人節次 뿐만 아니라 紛爭이 發生한 當該 船舶에 대한 對物節次도 認定하고 있다. 그리고 假押留의 效果에서도 우리나라에서는 假押留船舶을 假押留 當時의 場所에 계속 머무르도록 하고 있으나, 中國에서는 債務者가 擔保를 提供하지 아니하면 假押留船舶에 대해 競賣節次가 進行된다.

第1節 中國 船舶假押留의 要件

I. 船舶假押留의 管轄

1. 管轄法院

中國은 普通法院 體系 外에 別途로 軍事法院, 鐵道運輸法院 等 專門法院을 둘 수 있다고 規定한 法院組織法 第2條 第2號의 規定에 따라 1984年 6月 1日 부터 專門 人民法院의 하나로 主要 港口에 海事法院¹¹⁴⁾을 設立하고 同年 10月

¹¹⁴⁾ 海事法院에는 海事審判庭과 海商審判庭을 設置하여 海事事件의 裁判을 進行하고 있다

1일부터 公式的으로 海事, 海商 事件을 專門管轄¹¹⁵⁾로 하게 되었다.¹¹⁶⁾ 그러므로 船舶假押留에 대한 管轄法院도 海事法院이 될 것이고, 提訴前船舶假押留는 船舶이 碇泊하고 있는 港口를 管轄하는 海事法院¹¹⁷⁾에 請求하여야 한다(同法 第13條).

當事者が 訴訟 中에 海事請求保全을 申請할 境遇에는 海事訴訟特別節次法 第2章과 民事訴訟法の 管轄에 대한 規定에 따라 管轄權이 있는 海事法院에 提訴하고, 海事請求保全도 訴訟이 繫留 中인 海事法院에 하여야 한다. 그러나 訴訟 前에 海事請求保全을 하는 境遇에는 반드시 被保全財産이 있는 海事法院에 假押留 申請을 하여야 한다(同法 第13條).¹¹⁸⁾ 예를 들면, 海船傭船契約¹¹⁹⁾ 紛爭으로 인한 訴訟은 船舶을 引渡한 港口, 船舶을 回收한 港口, 船積項 所在地, 被

(海事法院設立에 관한 最高人民法院의 決定 第2條).

115) 中國 民事訴訟法에서 專門管轄은 普通管轄에 對應한 概念으로서 訴訟을 專門法院에서 管轄한다는 것을 말한다. 專門管轄과 普通管轄을 區分하는 根據는 專門 人民法院과 普通 人民法院과의 事件 受理 範圍의 差異에 있는 것으로서 專門 人民法院과 普通 人民法院의 職能上的 差異를 말한다. 따라서 專門 人民法院의 事件管轄에 있어서도 普通裁判籍, 特別裁判籍, 專屬管轄 等の 問題가 있다. 陳珺, 楊詳, 經濟訴訟與經濟仲裁, 北京, 中國政法大學出版社, 1992, 29-30쪽.

116) 그러나 韓國 民事訴訟法에서는 職分管轄은 明文의 規定이 없어도 專屬管轄이며, 專屬管轄의 境遇에는 普通裁判籍, 特別裁判籍에 관한 規定의 適用은 排除된다. 따라서 專屬管轄에 있는 事件에 대해서는 原告는 普通裁判籍, 特別裁判籍을 따질 것 없이 專屬管轄法院에 訴를 提起하여야 한다. 李時潤, 民事訴訟法, 博英社, 1997, 87-88쪽.

117) 中國 民事訴訟法에서는 土地管轄을 地域管轄이라 한다(中國 民事訴訟法 第2章 第2節 地域管轄編 參照). 中國은 1984년에 大連, 天津, 青島, 上海, 廣州 等 5個의 海事法院의 設立을 前後하여 武漢, 海口, 廈門, 寧波, 北海 等 海事法院을 追加로 設立하였다. 中國은 18,000km의 海岸線을 따라 10個의 海事法院이 있는데, 이러한 海事法院과 各 重要 港口마다 派出法定(支院)을 設立하여 當事者の 訴訟 便宜와 事件에 대한 迅速한 裁判이 이루어질 수 있도록 하고 있다. 馮立奇, “海事法院 創設 15周年 紀念會에서의 發言”, 內部資料, 1999.

118) 이 條項은 다른 海事訴訟事件의 管轄權과 比較했을 때 訴訟當事者들이 法院의 管轄地에 대해 選擇의 餘地가 전혀 없는 强制條項이라고 할 수 있다.

119) 中國에서는 海船과 其他 江이나 水路를 運航하는 船舶에 適用하는 法律이 境遇에 따라서 다르기 때문에 船舶傭船契約이라고 하지 않고 海船傭船契約이라 表現하고 있다.

告 住所地 等に 所在한 海事法院에 訴訟을 提起할 수 있고, 海商保險契約과 關聯하여 發生하는 紛爭은 保險의 目的物 所在地, 事故發生地, 被告 所在地의 海事法院에 訴訟을 提起할 수 있으며, 海船의 船員勞務契約과 關聯한 紛爭은 原告의 所在地, 契約締結地, 船員이 下船한 港口가 所在하는 海事法院에 訴訟을 提起할 수 있다. 또한 海船의 船舶所有權, 占有權, 使用權, 優先權과 關聯한 紛爭은 船舶所在地, 船籍港 所在地, 被告 所在地의 海事法院에 訴訟을 提起할 수 있다.

以上에서 알 수 있듯이 다른 海事訴訟事件에 대한 管轄權은 여러 海事法院에서 管轄權을 主張할 수 있으나, 訴訟 前의 海事請求保全 申請에 관한 海事法院의 管轄權은 다른 訴訟事件의 管轄權과는 달리 오직 被保全되는 財産의 所在地에 位置한 海事法院만이 그 管轄權을 行使할 수가 있다. 그리고 이 提訴前 船舶假押留는 當事者間에 當該 海事請求에 관한 管轄合意나 仲裁合意가 있더라도 그에 拘束되지 아니한다(同法 第14條). 즉 當事者 사이에 管轄이나 仲裁에 대한 合意가 있더라도 船舶假押留를 申請하는 者는 그 船舶이 碇泊 中인 港口를 管轄하는 海事法院에 船舶假押留를 申請할 수 있다. 이와 같이 提訴前 船舶假押留는 海事訴訟特別節次法에 있어서 重要한 制度의 하나로서 被申請人이 負擔하여야 할 法的 責任을 忌避하는 것을 效果的으로 防止할 수 있고 海事請求權者의 海事請求를 保全할 수 있다.¹²⁰⁾

海事請求權은 어떤 法院에 提訴하여 實現할 수 있는가에 대하여 民事訴訟法은 물론 “1994年 船舶假押留規定”에서도 明文의 規定을 두고 있지 않다. 다만 中國 最高人民法院의 “民事訴訟法適用規定”에서 “提訴 前의 財産保全은 當事者가 財産 所在地의 人民法院에 申請한다. 人民法院에서 訴訟 前의 財産保全을

120) 中國에서 海事請求保全에 대해 相當한 比重을 두고 있는 理由는 海事請求保全이 海事案件에서 善意의 債權者를 合理的으로 保護할 수 있는 가장 最善의 方法이라고 여기고 있기 때문이라고 한다. 鄭水德·李明在, “中國의 船舶假押留制度”, 韓國海事問題研究所 月刊海洋韓國, 2001. 5, 109쪽.

한 後, 申請人이 提訴를 할 때에는 財産保全을 한 人民法院과 其他 管轄權이 있는 人民法院에서 할 수 있다”라고 規定하고 있던 것을 海事訴訟特別節次法에서 立法化하게 되었다.¹²¹⁾

2. 船舶假押留와 本案管轄權의 創出

海事請求保全措置가 내려진 後, 船舶이나 積荷를 假押留한 海事法院은 本案에 대하여 管轄權이 없었던 法院이더라도 이러한 保全措置로 本案의 管轄權을 가지게 된다. 또한 海事訴訟特別節次法 第19條에서 “海事請求保全이 이루어진 後 關聯 海事紛爭에 關하여 訴訟이나 仲裁節次가 進行되지 아니한 때, 當事者는 當該 海事請求에 대하여 海事請求保全을 취한 海事法院이나 혹은 其他 管轄權이 있는 海事法院에 提訴할 수 있다. 그러나 當事者 間에 訴訟管轄이나 仲裁에 관한 合意가 있는 때에는 그리하지 아니하다”라고 規定하여 當事者 사이에 訴訟管轄이나 仲裁에 대한 合意가 없는 境遇에는 海事保全을 한 法院에서 管轄權을 取得하게 된다. 船舶을 假押留한 海事法院은 當該 事件에 대하여 管轄權을 가지게 되지만, 이러한 管轄權은 專屬管轄이 아니므로¹²²⁾ 其他 法定管轄權을 排除하지 않는다. 이러한 規定은 本案管轄과 假押留管轄을 區分하여 船

121) 假押留의 管轄法院에 대하여는 大陸法系 國家의 民事訴訟法의 規定과 比較的 類似한데 假押留를 행하는 法院은 本案에 대하여 管轄權이 있는 法院이거나 또는 假押留 目的物 所在地의 法院이다. 本案 管轄權이 있는 法院이나 또는 假押留 目的物 所在地의 法院 中 어느 法院을 택하여 假押留 申請을 하는가는 當事者의 選擇에 따르고, 提訴前 保全과 訴訟 中の 保全에 대하여 差異가 없다.

122) 美國의 財産保全 管轄法院은 訴訟 前의 財産保全과 訴訟 中の 財産保全 두 가지 境遇로 나뉜다. 訴訟 前의 財産保全은 準對物權을 取得하는 手段으로서 州內의 財産에 대하여는 被告를 訴訟에 끌어들이고 나아가서는 被告에게 當該 假押留 財産과 關聯이 없는 債權訴訟에 대하여 判決을 내리는 方法으로 利用된다. 즉 財産 所在地의 法院이 假押留 決定을 내리면 法的으로 當然히 財産保全 管轄法院과 本案 管轄法院으로 되고, 財産保全 管轄法院과 本案 管轄法院이 一致하게 된다. 이러한 規定은 中國이나 其他 大陸法系 國家의 規定과는 다른 特色을 지니고 있다. 尹偉民, “海事訴訟特別程序若干法律制度研究”, 大連海事大學 碩士學位論文, 1998, 16-17쪽 參照.

船舶假押留管轄은 本案管轄과 獨立된 管轄權이고, 또한 船舶을 假押留한 法院도 本案에 대하여 絶對的인 排他的 管轄權을 가지는 것은 아니다.¹²³⁾

II. 船舶假押留를 할 수 있는 海事請求

船舶假押留에 대하여 英美法에서는 海事債權과 非海事債權을 區別하여 海事債權에 대해서는 特殊한 對物訴訟節次를 認定하고 이에 대하여 管轄을 달리하므로 船舶執行에 있어 그 債權이 海事債權인지 與否를 決定하는 것이 대단히 重要하다. 하지만 韓國을 비롯한 大陸法系國家에서는 어떤 種類의 債權이든 關係없이 債務者 所有의 船舶이면 足하고 그 船舶과 債權과의 牽聯性은 묻지 아니한다. 中國 海事訴訟特別節次法上的 提訴前船舶假押留는 財産保全措置라고 할 수 있지만, 一般 財産保全¹²⁴⁾과는 달리 모든 債權에 基하여 船舶假押留를 申請할 수 있는 것은 아니다(同法 第22條). 同法은 船舶假押留를 申請할 수 있는 債權의 範圍에 대하여 一定한 規定을 두어 海事請求에 限하여만 船舶假押留를 申請할 수 있게 함으로써 海事請求者의 權利 保護와 同時에 不當한 船舶假押留를 막아 船舶所有者 및 傭船者의 適法한 權利保護를 꾀하고 있다. 同法

123) “1952年 船舶假押留條約” 第7條 및 “1999年 船舶假押留條約” 第7條에서도 船舶假押留를 통한 本案 管轄權에 대한 規定을 두고 있는데, “1952年 船舶假押留條約” 第7條의 規定에 의하면 船舶假押留를 實施한 法院은 當該 紛爭에 대한 本案 管轄權을 가지는데, 이러한 管轄權을 取得하려면 一定한 要件을 充足시켜야 한다.

124) 財産保全에 관한 中國 國內法の 다른 法源으로는 民事訴訟法 第92條 乃至 第256條, 最高人民法院의 “中國 民事訴訟法 適用에 관한 規定”(最高人民法院關與適用“中華人民共和國民事訴訟法”若干問題的意見) 第31條 乃至 32條, 第98條 乃至 105條 등이 있다. 이러한 規定들은 財産保全에 관한 一般的인 規定으로서 海事請求의 保全에도 適用될 것이다. 하지만 中國 海事訴訟特別節次法에서 海事訴訟에 關하여는 本法에 規定이 있는 境遇에는 그 規定을 따른다(同法 第2條)라고 하기 때문에 民事訴訟法の 規定이 直接 海事請求保全에 適用될 境遇는 海事訴訟特別節次法에 規定이 없는 때에 限할 것이다.

第21條에는 다음과 같은 22가지의 海事請求에 根據하여 船舶假押留를 申請할 수 있다고 規定되어 있다.

- ① 船舶의 運營으로 인한 財産의 滅失이나 혹은 損失.
- ② 船舶의 運營과 直接 關聯되는 死亡이나 傷害.
- ③ 海難救助.
- ④ 船舶이 沿岸이나 또는 利害關係者에게 損害를 입히거나 혹은 損害의 危險이 있는 境遇, 이러한 損害를 豫防, 減少 혹은 除去하기 위하여 措置를 취한 境遇, 혹은 이러한 損害로 하여 賠償金を 支給한 境遇, 環境의 回復을 위하여 合理的인 措置를 實際로 취하였거나 또는 취하고자 하는데 든 費用, 第三者가 이러한 損害(事故)로 하여 損害를 입었거나 損害를 입을 念慮가 있을 境遇, 또는 本號에 정한 類似한 性質의 損害, 費用 혹은 損失이 있는 때.
- ⑤ 沈沒船, 殘骸物, 坐礁(洲)船, 拋棄船을 引揚, 除去, 回收 혹은 破壞시키거나 無害化하는데 든 費用, 여기에는 그 船舶에 있거나 또는 그 船舶에 있었던 物件의 引揚, 除去, 回收, 破壞 또는 無害化하는 데 든 費用 및 拋棄船의 維持와 그 船員들에 든 費用도 包含한다.
- ⑥ 船舶의 使用 혹은 傭船契約.
- ⑦ 貨物運送 혹은 旅客運送契約.
- ⑧ 積荷(手貨物을 包含) 혹은 그와 關聯된 滅失이나 毀損.
- ⑨ 共同海損.
- ⑩ 曳引.
- ⑪ 導船.
- ⑫ 船舶의 運營, 管理, 維持, 整備를 위해 物資나 서비스를 提供한 때.
- ⑬ 船舶의 建造, 改造, 修理, 改良 혹은 裝備.
- ⑭ 港口, 運河, 埠頭, 港灣 및 其他 水路費와 費用.

- ⑮ 船員賃金과 其他 費用, 여기에는 船員에게 支給하여야 할 送還費用과 社會保險料를 包含한다.
- ⑯ 船舶 혹은 船舶所有者를 위해 支給한 費用.
- ⑰ 船舶所有者 혹은 裸傭船者が 支給하여야 할 혹은 他人이 代身 支給한 船舶保險料(相互保險料를 包含).
- ⑱ 船舶所有者 혹은 裸傭船者が 支給하여야 할 혹은 他人이 代身 支給한 船舶과 關聯되는 프리미엄, 仲介費 혹은 代理費.
- ⑲ 船舶所有權 혹은 占有와 關聯된 紛爭.
- ⑳ 船舶共有者 間에 船舶의 使用 혹은 收益에 關한 紛爭.
- ㉑ 船舶抵當權 혹은 이와 같은 性質의 權利.
- ㉒ 船舶賣買契約으로 인한 紛爭.

同法 第22條는 保全節次에 있어서는 상기 22個의 海事請求에 基하지 아니한 船舶假押留를 禁止하지만¹²⁵⁾ 確定判決이나 仲裁裁決 및 其他 法的 效力이 있는 執行 根據에 의한 船舶假押留는 海事請求에 限定하지 아니하고 있다.

한편 中國은 國際條約의 適用에 있어서 國際條約이 國內法에 우선하는 原則¹²⁶⁾을 취하고 있기 때문에 中國의 船舶假押留制度를 이해하는데 있어서도 船舶假押留에 關한 國際條約을 살펴 볼 필요가 있다. 中國은 “1999年 船舶假押留條約”에 아직 批准을 하지 않았지만 議長國으로서 參與하였을 뿐만 아니라 이 條約의 內容을 그대로 繼受하여 海事訴訟特別節次法을 制定하였으므로 中國이 이 條約에 批准하는 것은 時間上的 問題¹²⁷⁾라고 하므로 “1952

125) 中國 民事訴訟法에서는 船舶을 一般 財産保全의 對象에서 除外하지 않고 있어 民事訴訟法의 規定에 의하면 一般 債權에 의하여도 船舶假押留를 申請할 수 있을 것이다. 하지만 民事訴訟法의 特別法으로 制定된 海事訴訟特別節次法에서 海事訴訟에 關하여 本法에 規定이 있는 境遇에는 그 規定을 따른다고 하였으며, 海事訴訟特別節次法에서는 船舶假押留를 申請할 수 있는 債權을 海事請求로 限定하고 있으므로 海事請求만이 船舶假押留를 申請할 수 있다.

126) 이에 대한 자세한 內容은 本 論文 第2章 第1節 II 參照.

年 船舶假押留條約” 및 “1999年 船舶假押留條約”에 規定되어 있는 船舶假押留를 申請할 수 있는 債權과 假押留의 對象이 되는 船舶의 範圍에 대하여 살펴보는 것도 重要한 意味가 있을 것으로 생각된다.¹²⁸⁾

Ⅲ. 假押留를 할 수 있는 船舶

앞에서 이미 說明하였듯이 中國에서는 海事訴訟特別節次法이 制定되기 以前부터 “86年 船舶假押留規定”, “94年 船舶假押留規定” 등의 制定을 통하여 假押留할 수 있는 船舶의 範圍에 대해서 여러 차례 變化가 있었다.¹²⁹⁾

“86年 船舶假押留規定”에서는 假押留할 수 있는 船舶의 範圍를 當該 船舶과 其他 船舶으로 나누어 規定하고 있는데, 그 範圍가 比較的 限定的이라고 할 수 있다. 이 規定에 따르면 海事請求에 基하여 當該 船舶의 假押留를 申請하고자 하는 境遇에는 두 要件을 具備하여야 하는바, 첫째, 當該 船舶의 所有者가 海事請求에 대하여 責任이 있어야 하고, 둘째, 船舶優先權에 期限 船舶의 假押留를 除外하고 當該 船舶이 假押留를 申請할 때와 海事請求가 發生할 때 同一한 者의 所有여야 한다. 其他 船舶에 대한 假押留는 “其他 船舶”이 海事請求에 대하여 責任이 있는 船舶所有者, 經營者 혹은 傭船者가 現在 所有하고 있는 것이어야 한다. 但, 海事請求가 船舶의 所有權, 抵當權 또는 船舶의 經營, 收益의 分配에 관한 것인 때에는 當該 船舶에 대하여만 假押留를 申請할 수 있다.

“94年 船舶假押留規定”에서는 “86年 船舶假押留規定”보다 假押留할 수 있는 船舶의 範圍를 擴大하여 船舶의 所有者, 經營者 혹은 傭船者가 海事請求에 대

127) 第9屆全國人民大會常任委員會, 第13次會議 參閱資料(25), 3쪽 參照.

128) “1952年 船舶假押留國際條約”에서 規定하고 있는 債權과 中國 海事訴訟特別節次法 제21의 內容은 거의 同一하다. 이에 대해 자세한 內容은 本 論文 附錄(Ⅲ) 參照.

129) 本 論文 第2章 第2節 Ⅱ 參照.

하여 責任이 있는 境遇에는 그들이 所有, 經營 또는 傭船한 船舶에 대하여도 假押留를 할 수 있다고 規定하였다. 이는 앞서 言及한 바와 같이 海事請求者의 權利保護에 지나치게 치우치고 船主나 傭船者의 利益을 害하여 運航의 原則에 어긋나고 國際慣習과도 一致하지 못한다고 하여 學界나 船舶會社로부터 叱咤를 받게 되었다. 그리하여 海事訴訟特別節次法에서는 假押留할 船舶의 範圍를 다음과 같이 規定하고 있다(同法 第23條 第1項).

- ① 船舶의 所有者가 海事請求에 대하여 責任이 있으며 또한 船舶假押留時 그 船舶의 所有者일 境遇.
- ② 船舶의 裸傭船者가 海事請求에 대하여 責任이 있으며 또한 船舶假押留時 그 船舶의 裸傭船者이거나 또는 所有者인 境遇.
- ③ 船舶抵當權 혹은 같은 性質의 海事請求가 있는 境遇.
- ④ 船舶所有權 혹은 占有에 關聯되는 海事請求가 있을 境遇.
- ⑤ 船舶優先特權에 관한 海事請求가 있는 境遇.

海事法院은 海事請求에 대하여 責任이 있는 船舶所有者, 裸傭船者, 定期傭船者 또는 航海傭船者가 假押留할 때 所有하고 있는 其他의 船舶에 대하여도 假押留할 수 있다. 그러나 船舶所有權 또는 占有와 關聯된 請求權일 때에는 그러하지 아니하다. 軍用船과 公務船에 대하여는 假押留를 할 수 없다(同法 第23條 第2項). 그 外 海事請求者는 同一한 事由로 假押留되었던 船舶에 대한 假押留를 申請할 수 없다. 그러나 다음과 事由 中の 하나에 該當하는 때에는 그러하지 아니하다(同法 第24條).

- ① 被請求人이 充分한 擔保를 提供하지 아니한 때.
- ② 保證人이 擔保의 全部 또는 部分的인 履行不能의 憂慮가 있을 때.
- ③ 海事請求者가 合理的인 理由로 假押留된 船舶의 解放이나 提供된 擔保의 返還에 同意한 때, 혹은 合理的인 措置로 假押留된 船舶의 解放이나 提供된 擔保의 返還을 防止하지 못할 때.

第2節 中國 船舶假押留의 效果

海事訴訟特別節次法에 의한 船舶假押留 期間은 30日이다. 海事申請人이 30日 以內에 提訴하거나 또는 仲裁에 回附한 境遇에는 提訴前船舶假押留는 訴訟 中の 船舶假押留로 되고 船舶假押留期間은 30日間의 期間 制限을 받지 않게 되며(同法 第28條), 訴訟 中の 船舶假押留의 效力은 特段의 事由가 없는 限 執行力을 賦與받은 法律文書에 根據하여 執行될 때까지 維持된다(同法 第109條).

船舶假押留의 效果는 申請人과 被申請人이 30日間의 有效한 假押留 期間 以內에 作爲 또는 不作爲의 行爲를 함에 따라 다른 法的 效果가 發生하게 된다. 그 效果를 살펴보면 아래와 같다.

첫째, 被申請人이 擔保를 提供하면 假押留된 船舶의 解放된다.

둘째, 被申請人이 擔保를 提供하지 않거나 提供한 擔保가 不足한 경우에는 船舶이 競賣로 넘어가서 最終 確定判決에 따라 競賣代金의 歸屬이 決定된다.

셋째, 船舶의 假押留가 不當한 것일 때에는 申請人은 被申請人이 입은 損害를 賠償하여야 한다.

I . 船舶假押留의 解除

船舶假押留의 解除節次는 海事法院의 “船舶押留解除命令”에 規定되어 있고 船長에게 傳達된다. 이와 同時에 關聯된 機關에도 船舶의 釋放을 通知한다. 아래의 境遇에 該當하면 海事法院은 船舶假押留를 解除하여야 한다.

① 被申請人이 判定書의 內容을 根據로 海事法院 또는 申請人에게 假押留 期間 以內에 充分하고도 確實한 擔保를 提供한 境遇(同法 第18條).

② 申請人과 被申請人間의 合意가 이루어지고 被申請人이 擔保를 申請人에게 支給하였거나 혹은 申請人 自身이 船舶假押留가 不當한 것임을 發見하고 自進해서 假押留된 船舶의 解放을 要求하는 境遇(同法 第77條).

③ 被申請人이 假押留된 船舶의 解放을 要求할 正當한 理由가 있는 境遇, 즉 船舶이 假押留된 後 被申請人이 再審을 申請하고 海事法院의 審査 結果 再審 申請이 正當한 理由가 있다고 判決하는 境遇(同法 第18條 第1項).

④ 申請人이 規定된 期限 以內에 訴訟의 提起나 仲裁의 申請을 하지 아니한 境遇(同法 第28條). 이는 설령 被申請人이 擔保를 提供하지 아니하였더라도 그 結果는 같다.¹³⁰⁾

II. 假押留된 船舶의 競賣

1. 船舶競賣申請의 要件

船舶假押留 期間 內에 申請人이 提訴를 하거나 또는 仲裁 合意에 의하여 仲裁에 回附하였음에도 불구하고 被申請人이 擔保를 提供하지 아니하였으며 船舶을 繼續 假押留하는 것이 適合하지 아니한 境遇, 申請人은 船舶을 假押留한 海事法院에 書面으로 競賣를 申請할 수 있다. 이러한 境遇에 提訴 前의 財産保全은 訴訟 中의 財産保全으로 轉換된다(同法 第28條 및 第29條).

130) 여기서 특히 留意할 事項은 中國에서 船舶假押留를 執行할 때 發生하는 費用은 被申請人이 먼저 負擔하고, 窮極的으로는 敗訴者가 負擔한다. 海事法院은 船舶假押留 裁定에 被申請人에게 船舶이 假押留된 期間동안 發生할 一定한 執行費用을 미리 支給하고 船舶이 解放된 後 實質的인 決算을 하도록 命令하고 있다. 그러므로 被申請人이 이미 海事法院에 船舶의 解放을 위한 擔保를 提供하였으나 船舶이 假押留된 期間동안 發生한 執行費用을 支給하지 않은 境遇 船舶은 解放되지 못하게 된다. 이러한 實務的인 事實을 外國人들로서는 알기가 어렵다. 그리하여 單純히 擔保만 提供하면 船舶이 釋放되는 것으로 알고 있다가는 船舶이 釋放되는 時期가 늦어져 새로운 損失을 입게 될 뿐만 아니라 狼狽를 당하게 된다.

그러나 假押留된 船舶에 대해 모두 競賣節次가 進行되는 것은 아니다. 반드시 一定한 條件을 具備해야만 該當 船舶에 대해 競賣節次를 開始할 수 있다. 그리고 이러한 條件이 까다로우면 競賣申請의 利益保護에 불리하고, 그렇다고 條件을 緩和하면 被申請人의 利益을 保護하기가 어렵게 된다. 그래서 中國에서는 當事者들의 利益保護에 運航을 基하여 申請인이 다음과 같은 條件을 모두 갖추어야만 비로소 船舶競賣를 申請할 수 있게 하였다. 이는 船舶競賣申請의 前提條件이라고 할 수 있다.

- ① 船舶所有者가 法定期限 以內에 充分하고 信賴할 수 있는 擔保를 提供하지 아니하고¹³¹⁾, 船舶과 船舶에 附屬된 裝備 및 設備 等を 繼續的으로 押留하기가 쉽지 아니한 狀態일 것.¹³²⁾
- ② 申請인이 訴訟을 提起하거나 仲裁에 回附할 것(同法 第29條). 申請인이 規定된 期限 30日 以內에 訴訟의 提起나 仲裁의 申請을 하지 아니한 境遇에는 船舶假押留가 解除되므로 訴訟前 假押留된 船舶의 競賣를 위해서는 申請人の 提訴 또는 仲裁回附는 先決條件일 뿐만 아니라 船舶의 賣却代金으로 申請人の 債權을 辨濟함에는 法的 效力을 賦與받은 執行根據를 있어야 하기 때문에 반드시 必要하다.
- ③ 競賣되는 船舶의 所有者는 반드시 被申請人이어야 하고 當該 海事請求에 대해서 明白하게 責任이 있어야 한다(同法 第23條).
- ④ 申請書의 提出. 申請인이 船舶競賣를 申請할 때 ‘船舶競賣申請書’를 該當 海事法院에 提出해야 한다. 申請은 船舶競賣의 重要な 先決要件이며 반드시 書面으로 提出해야 한다.

131) 擔保의 提供이 없다는 것은 被申請인이 30日의 法定 船舶假押留期間 以內에 無自力이거나, 擔保의 提供을 拒否하여 아예 擔保가 提供되지 아니한 境遇, 혹은 擔保를 提供하였으나 擔保의 價額, 種類, 方式 等이 申請人の 要求를 充足시키지 못한 境遇를 包含한다.

132) 船舶 自體의 瑕疵로 인하여 假押留港에 繼續 碇泊시키는 것이 不可能하거나 危險한 境遇, 또는 假押留 費用이 지나치게 많아질 境遇 等を 말한다. 金正佳·翁子明, 앞의 冊, 131쪽.

- ⑤ 船舶競賣에 必要한 費用의 先支給. 船舶競賣時의 費用은 申請人이 미리 支給하여야 한다. 國際條約이나 中國의 關聯規定에도 船舶의 競賣와 關聯하여 發生한 費用은 船舶을 競賣한 後 取得한 金額에서 優先的으로 控除하도록 되어 있다. 費用을 미리 支給하든 取得한 金額에서 優先的으로 控除하든 被申請人의 賠償責任에는 影響이 없다.

2. 假押留된 船舶의 競賣節次

(1) 申請

假押留한 船舶의 競賣는 申請人의 申請이 있어야 한다. 船舶競賣의 申請人은 반드시 船舶假押留의 申請人이어야 하며, 同時에 訴訟事件의 原告 혹은 仲裁事件의 申請人이어야 한다. 其他의 債權者가 船舶競賣를 申請하여 債權의 辨濟를 받으려면 一般的으로 船舶의 押留, 訴訟의 提起 혹은 仲裁의 申請을 먼저 하여야 하며 이러한 過程을 거치지 않고 直接 船舶의 競賣를 申請할 수 없다.

多次 船舶假押留 즉 多數의 申請人이 서로 다른 海事請求를 根據로 하여 同一한 船舶에 假押留를 申請한 境遇 단지 한 사람의 申請人만 船舶의 競賣를 申請하면 되고 다른 債權者들은 債權 登記만 하고 船舶競賣가 終了되기를 기다리면 된다.

船舶의 競賣申請은 반드시 書面으로 提出해야 하고, 申請書에는 船舶競賣의 理由와 根據를 明示해야 한다. 船舶競賣는 船舶假押留의 延長이기 때문에 船舶競賣申請의 根據가 되는 海事請求는 船舶假押留申請의 海事請求와 반드시 一致해야 한다. 그러나 申請人이 船舶假押留를 申請할 때 그 根據가 되는 海事請求에 대해 具體的으로 明示하였기 때문에 船舶競賣申請時에는 그 根據를 자세히 敘述할 必要는 없다.¹³³⁾

또한 申請人은 船舶競賣를 申請할 때 海事法院에 船舶競賣에 所要될 經費를

133) 鄭水德·李明在, 앞의 論文, 162쪽.

미리 納入하여야 한다. 만약 海事法院이 申請人에게 船舶競賣와 關聯된 擔保提供을 命할 때에는 申請人은 擔保를 提供하여야 한다.

(2) 法院의 審査와 判定

海事法院은 申請人의 船舶競賣申請에 대하여 반드시 審査를 거쳐 그 妥當性에 대해 判定해야 한다(同法 第30條 第1項). 船舶競賣申請에 대한 審査는 船舶競賣를 위한 必須的인 節次이며, 船舶競賣의 要件을 갖추었는지 여부에 대한 審査이며, 審査 結果 船舶競賣의 要件에 符合되면 競賣開始決定을 하고 符合되지 아니하면 그 申請은 却下된다.

船舶競賣開始決定에 대하여 當事者가 이에 不服할 境遇에는 決定書를 받은 날로부터 5日 以內에 1回의 異議申請을 할 수 있다. 海事法院은 異議申請을 받은 날로부터 5日 以內에 再審 決定을 하여야 하며 再審期間에는 決定의 執行을 中止한다. 申請人이 假押留 船舶의 競賣를 申請한 後 이를 取消할 境遇, 이의 受諾 與否는 海事法院이 決定한다. 海事法院이 競賣取消의 決定을 受諾할 境遇 海事請求人은 競賣를 準備하기 위하여 發生한 費用을 負擔하여야 한다(同法 第31條).

(3) 船舶競賣의 通知

海事法院은 船舶을 競賣하기 30日 前에 船舶登記國의 登記機關과 이미 알고 있는 船舶優先權者, 抵當權者와 船舶所有者에게 通知를 發送하여야 한다. 通知의 內容은 競賣할 船舶의 船名, 船舶競賣의 時間과 場所, 船舶競賣의 理由와 根據 및 債權登記 事項 等이다. 通知의 方式은 書面 또는 受信을 確認할 수 있는 其他 適切한 方法으로 한다(同法 第33條). 만약, 中國과 外國間에 締結한 協定을 根據로 相對國 船籍의 船舶을 強制執行할 境遇 먼저 該當 國家의 中國所在 大使館 혹은 領事館에 通知를 하여야 한다.¹³⁴⁾

(4) 船舶競賣의 公告

船舶競賣公告의 目的은 當該 船舶과 關聯된 債權者들에게 船舶의 競賣가 開始되었다는 事實을 알려서 빠른 時日 內에 船舶債權登記를 마치도록 하고, 많은 사람들이 競賣에 參加할 수 있도록 하는 것이다. 海事法院에서 船舶의 競賣를 決定한 때에는 新聞 혹은 其他의 言論媒體를 통하여 公告하여야 한다. 外國國籍의 船舶을 競賣할 境遇에는 外國으로 發行되는 新聞이나 其他 言論媒體를 통하여 公告를 하여야 한다.

公告에는 다음의 事項들을 記載하여야 한다.

- ① 競賣할 船舶의 船名과 國籍.
- ② 船舶競賣의 理由와 根據.
- ③ 船舶競賣委員會의 構成.
- ④ 船舶競賣의 時間과 場所.
- ⑤ 競賣할 船舶의 展示時間과 場所.
- ⑥ 競賣에 應할 때 必要한 節次.
- ⑦ 債權申告 事項.
- ⑧ 公告가 必要한 其他 事項.

船舶競賣의 公告期間은 30日을 超過하지 못한다(同法 第32條).¹³⁵⁾

134) 여기에 대해서는 1994年 1月 14日 全國 各 海事法院과 該當 所在地의 高級人民法院에 “領事條約 中 相對國 船舶에 대한 強制措置를 執行할 때 保護約款에 대한 通知”를 發送하였는데, 이 通知書에서 “海事法院은 假押留된 船舶을 競賣 處分하여 債務를 償還할 境遇 반드시 船舶競賣를 公告하기 前에 書面 形式으로 被告 所在地 國家의 中國大使館 혹은 領事館에 그 事實을 通知해야 한다”라고 規定되어 있다.

135) 船舶競賣의 公告期間을 中國 競賣法 第45條에서 정한 7日의 公告期間보다 긴 30日로 한 것은 船舶이 通常 高價라는 點과 船舶에 關聯된 債權, 債務關係가 複雜한 點을 勘案한 것이다. 하지만 立法案을 討議할 때 公告期間이 길면 當事者에게 損害를 입힐 憂慮가 있으므로 公告期間을 競賣法과 같이 하자는 主張과 公告의 掲載 新聞을 最高人民會議에서 指定한 新聞에 하게 하자는 意見도 있었다. 第九屆全國人大常委會 第12次會議 參閱資料(36), 15쪽.

(5) 船舶競賣委員會의 構成

船舶의 競賣는 船舶競賣委員會에서 實施한다. 船舶競賣委員會는 海事法院의 執行員과 招聘에 의한 競賣事, 船舶查證人 等 3人 혹은 5人으로 構成된다. 船舶競賣委員會는 船舶에 대한 鑑定을 實施하여 評價額을 정하고, 競賣의 組織과 進行을 擔當하며, 競落者와 競落確認書を 締結하고 船舶移轉節次를 終了하는 것이다. 競賣委員會는 海事法院에 대하여 責任지며 海事法院의 監督을 받는다 (同法 第34條). 競賣事와 船舶查證人은 비록 海事法院 所屬의 執行員은 아니지만 海事法院의 招聘으로 競賣委員會에 參加하므로 船舶競賣를 進行하는 동안 海事法院의 執行員과 同等한 權利와 責任을 지며, 船舶競賣委員會에서 參加하여 行하는 職務上의 行爲는 法律的인 效力을 가진다.¹³⁶⁾

(6) 競賣의 實施(第35-40條)

競賣에 參加하고자 하는 者는 規定한 期間 內에 船舶競賣委員會에 登錄을 하여야 한다. 登錄할 때에는 本人, 企業의 法定代表者 혹은 其他 團體의 責任者의 身分證明과 授權委任書を 提出하여야 하며 所定の 保證金を 納入하여야 한다(同法 第 35條). 船舶競賣委員會는 船舶을 競賣하기 前에 競賣할 船舶을 展示하여야 하며, 競賣船舶을 볼 수 있는 條件과 關聯 資料를 提供하여야 한다 (同法 第36條).

競落者는 競落確認書を 締結한 後 遲滯없이 船舶價額의 20% 以上の 金額을 納入하여야 하며 差額은 競落日로부터 7日 以內에 納入하여야 한다. 그러나 船舶競賣委員會와 競落人과 特約이 있는 때에는 그러하지 아니하다(同法 第37條). 競落者가 船舶代金を 完納하면 船舶의 所有者는 指定한 期限 內에 船舶의

136) 海事訴訟特別節次法 立法時 船舶競賣委員會의 構成에 대하여 常設機構로 둘 것인가, 아니면 臨時機構로 둘 것인가 및 船舶競賣를 專門的인 競賣機構에 委任하는 것에 대한 論議가 있었다. 第九屆全國人大常委會 第12次會議 參閱資料(36), 16쪽.

碇泊場所에서 船舶을 現狀態로 競落者에게 移轉하여야 한다. 船舶競賣委員會는 船舶의 移轉을 組織, 監督하며 船舶이 移轉된 後에는 競落者와 船舶移轉完了 確證書를 締結한다.

船舶移轉完了後 海事法院은 假押留船舶의 解除 命令을 發布하며(同法 第38條), 新聞이나 其他의 言論媒體를 통하여 船舶의 競賣와 새로운 所有者에게 移轉한 事實을 公告하여야 한다(同法 第39條).

競落者는 船舶을 接受한 後 競落確證書와 其他 書類를 船舶登記機關에 提出하여 船舶所有權登記를 하여야 한다. 船舶의 原所有者는 船舶의 登記機關에 船舶所有權抹消登記를 하여야 하며, 하지 아니하여도 船舶所有權의 移轉에는 影響을 미치지 아니한다(同法 第40條).

3. 罰則 및 準用規定

競賣에 參與한 者들이 惡意의 共謀를 한 때에는 그 競賣는 無效이다. 惡意의 共謀에 參與한 者는 競賣費用과 關聯 損害를 賠償하여야 한다. 海事法院은 惡意 共謀한 競賣者에 대하여 最高入札價額의 10%以上, 30%以下の 罰金에 處할 수 있다(同法 第41條). 船舶의 競賣와 關聯하여 本法에 規定이 없는 때에는 中國 競賣法의 規定을 準用한다(同法 第42條).

Ⅲ. 船舶假押留와 損害賠償責任

1. 不當한 船舶假押留¹³⁷⁾의 概念

民事訴訟에 있어서 當事者의 地位는 平等하고 當事者의 適法한 權利는 保護

137) 여기에는 假押留執行節次自體에 흠이 있는 “違法한 船舶假押留”와 그 執行結果를 正當하게 하기 위한 實體法上的 根據가 缺如된 “不當한 船舶假押留”가 있으나 債權者의 損害賠償責任이 學論되는 것은 “不當한 船舶假押留”이다.

받아야 할 것이다. 海事申請人은 提訴前 船舶假押留를 통해 債權을 確保하여 保護를 받을 수가 있다. 그러나 船舶假押留가 不當하게 申請되어 被申請人 또는 利害關係人이 損害를 입었다면 그에 대한 損害를 賠償받아야 하는 것이 運航의 原則上 當然하다고 할 수 있다. 그러나 中國 民事訴訟法과 “94年 船舶假押留規定”도 이에 관한 規定을 두고 있었고, 海事訴訟特別節次法에서도 “海事請求人은 不當한 海事請求保全으로 被申請人 또는 利害關係人에게 입힌 損害를 賠償하여야 한다(同法 第20條)”라고 原則的인 規定을 두었으나, 違法 또는 不當한 假押留의 概念에 관해서는 規定을 두고 있지 않고 있다.

債務者에 대하여 債權者의 損害賠償責任의 問題가 發生하는 違法·不當한 船舶假押留의 概念과 範圍는 나라마다 다르다. “1999年 船舶假押留條約”도 違法(wrongful) 또는 不當(unjustified)한 船舶假押留로 인한 損害賠償責任에 關하여 規定하고 있으나(同條約 第6條), 違法 또는 不當한 假押留에 概念에 該當되는 規定을 두고 있지 않았다.¹³⁸⁾ 이는 英美法과 大陸法の 立場 差異로 因한 것이라 할 수 있다.¹³⁹⁾ 英美法에서는 債權者의 損害賠償責任을 認定하지 않는다.¹⁴⁰⁾

2. 管轄

海事訴訟特別節次法에는 이에 관한 規定이 없다. 그러나 不法行爲에 의한 損害賠償訴訟에 있어서의 一般原則은 不法行爲地 管轄法院이 管轄權을 가지고

138) 이 條約上에 規定된 違法·不當의 概念도 實體法上의 根據가 缺如된 “不當한 船舶假押留”를 意味하는 것으로 解釋된다.

139) Berlingieri, op. cit., pp.131-132 參照.

140) 對物訴訟節次의 特性上 船主가 違法假押留執行으로 인한 損害賠償請求를 하려면 債權者의 詐欺에 準하는 程度의 重過失 또는 惡意를 證明하여야 하므로 대단히 어렵다. 만일 이러한 立證에 失敗하면 오히려 債權者로부터 名譽毀損으로 인한 損害賠償請求를 당할 수 있기 때문이다.

그 準據法도 不法行爲地法이 適用될 것이므로 不當한 假押留를 不法으로 본다 면 이로 인한 損害賠償의 境遇에도 假押留가 행하여진 海事法院이 管轄權을 가지게 될 것이다.

“1999年 船舶假押留國際條約”은 假押留가 實行된 國家의 法院은 違法하거나 不當한 假押留로 惹起된 損失 또는 損害에 대하여 債權者의 責任範圍를 決定하기 위한 裁判管轄權을 가진다고 規定하여 이러한 趣旨를 明文으로 規定하고 있다(同條約 第6條 第2項).

한편 海事訴訟特別節次法 草案에서는 不當한 假押留로 인한 損害賠償請求事件의 管轄을 假押留를 接受한 海事法院의 管轄이라고 規定하였다가 保留되었다.¹⁴¹⁾ 그러나 海事訴訟特別節次法 第76條에서 “海事請求人이 提供하는 擔保의 價額은 그 申請으로 被請求人에게 입힐 可能性 있는 損害額과 相當하여야 하는데 具體的인 價額은 海事法院이 決定한다”라고 하였고, 同法 第17條에 의해 被申請人은 假押留決定에 대해 異議申請을 할 수 있고, 海事法院이 그 異議申請이 有效하다고 認定하는 境遇에는 申請人의 船舶假押留가 不當하다고 認定되므로 不當한 假押留에 의한 損害賠償請求의 管轄은 當然히 假押留決定을 내린 海事法院이라고 할 수 있다.¹⁴²⁾

3. 要件

申請人이 不當한 船舶假押留를 申請함으로 인하여 被申請人에게 損害를 입혔을 境遇에 申請人이 지게 될 責任은 損害賠償責任으로서 一般 不法行爲로 인한 損害賠償責任의 要件을 充足하여야 한다. 즉 損害가 있어야 하고, 申請人의 故意 또는 過失이 있어야 하며, 申請人의 行爲와 損害 사이에 相當因果關係가 있어야 한다.¹⁴³⁾¹⁴⁴⁾

141) 金正佳, 앞의 冊, 124쪽.

142) 金正佳, 앞의 冊, 125쪽.

通常적으로 不當한 船舶假押留란 船舶假押留의 實質的인 要件을 具備하지 아니한 境遇의 假押留를 말하는 것으로서 다음의 狀況을 들 수 있다.

- ① 申請인이 海事請求가 없음에도 불구하고 船舶의 假押留를 申請한 境遇.
- ② 被申請인이 當該 海事請求에 대하여 歸責事由가 없는 境遇.
- ③ 假押留할 船舶에 대한 錯誤.¹⁴⁵⁾

不當한 船舶假押留에 있어서看過할 수 없는 것은 船舶의 假押留는 正當한 것이라 할지라도 船舶의 解放과 關聯하여 過多한 擔保를 要求한 境遇에는 역시 不當한 船舶假押留의 責任을 져야 할 것이다. 즉 申請인이 過度한 擔保를 要求하여 被申請인이 擔保를 提供하였다면 그 損害는 擔保의 費用을 增加하게 함으로써 입게 되는 損害이고, 擔保를 提供하지 못하였다면 船舶의 假押留가 繼續됨으로써 입게 되는 損害이다. 擔保를 提供하지 못한 境遇 假押留된 船舶이 競賣로 賣却이 되므로 그 賣却代金은 船舶의 價格보다 一般的으로 적으므로 被申請인의 損害가 더 크게 될 것이다.

4. 責任의 範圍와 擔保의 執行

船舶假押留가 不當한 것인지 그 與否를 判明하기 위해서는 當該 船舶의 假押留와 關聯하여 申請인의 錯誤 有無를 먼저 判斷해야 한다. 만약 不當한 船舶假押留로 判斷되는 境遇에는 申請인의 行爲와 被申請인이 입은 損害 사이의

143) 金熙泰, “保全處分과 損害賠償責任”, 「裁判資料」 第45輯, 法院行政處, 319-336쪽.

144) 우리나라의 境遇 過失責任主義를 維持하면서 一定한 境遇에 過失을 事實上 推定하는 것에 의하여 公平의 目的을 達成하고자 하는 過失推定說(立證責任轉換說)이 多數說 및 判例의 立場이므로 損害賠償責任 역시 民法上 不法行爲責任의 하나이므로 主觀的 要件으로서 債權者의 故意, 過失 및 客觀的 要件으로서 違法性を 필요로 한다. 그리하여 本案訴訟에서 債權者의 請求가 理由없는 것으로 判明되면 違法·不當한 執行으로 推定된다고 한다. 大判 1980. 11. 25. 80다730, 大判 1980. 2. 26. 79다2138, 大判 1976. 7. 27. 76다570, 大判 1965. 6. 15. 65다687 參照.

145) 金正佳·翁子明, 앞의 冊, 99-100쪽.

因果關係, 損害의 程度 등을 勘案하여 申請人의 賠償限度額을 정하게 될 것이다.

被申請人의 損害賠償額을 算定함에 있어서의 損害의 範圍는 直接的인 損害 뿐만 아니라 相當因果關係가 있는 通常의 損害 및 豫見可能한 特別한 損害도 賠償하여야 할 것이고, 이러한 損害는 客觀적으로 存在하고 立證된 것이어야 한다. 여기에는 假押留된 期間동안의 營業損害, 船主가 船舶의 假押留 解除를 위해 提供한 擔保의 費用 또는 損害, 其他 船舶假押留로 인한 積荷의 損害, 船舶假押留로 인한 第3者와 締結한 契約의 契約不履行責任 등이 있을 수 있다.

不當한 船舶假押留로 인하여 被申請人이 입은 經濟的 損失 中 가장 代表的인 것은 船期損失이다. 여기에는 船舶이 押留되어 있는 期間中 發生하는 固定費用과 豫見되는 收益損失 등의 滯船料 損失과 因果關係가 있는 其他 損失이고, 滯船料 損害에는 船舶이 假押留된 期間의 費用 支出과 豫見可能한 運航 收入이 包含된다. 滯船料 損害는 假押留된 期間과 船舶의 噸數에 根據하여 정하며, 一般的으로 假押留된 船舶의 30日間の 滯船料 損害를 基準으로 하여 같은 類型의 船舶의 備船料 市價에 따라 計算한다. 그 理由는 中國 海事訴訟特別節次法 第28條에서 船舶을 假押留할 수 있는 期間을 30日로 정하고 있기 때문이다. 두번째로 勘案하여야 할 事項은 船舶假押留의 實施에 支給되는 費用이다. 이것도 海事訴訟特別節次法 第 28條의 提訴前船舶假押留期間인 30日을 基準으로 하여 計算하여야 할 것이다.

한편 不當한 假押留로 인한 損害賠償額을 算定함에 있어서도 被申請人의 過失을 參酌하여 過失相計를 하여야 할 것이다. 그리고 海事法院에서 船舶假押留가 不當하다고 判決한 境遇 申請人은 履行期間 以內에 被申請人이 입은 經濟的 損失을 報償해야 하고, 申請人이 海事法院이 判決한 履行期間 以內에 賠償義務를 履行하지 않을 境遇에는 申請人이 提供한 擔保에 대하여 強制執行을 實施할 수 있다.¹⁴⁶⁾

第3節 韓國法과의 比較

I. 韓國法과의 船舶假押留 要件 및 效果 比較

1. 우리나라 船舶假押留의 要件

(1) 管轄 및 準據法

民事執行法은 舊 民事訴訟法과 마찬가지로 船舶假押留의 管轄에 關하여 別途의 規定을 두지 아니하고 있다. 따라서 船舶假押留의 管轄은 假押留할 船舶이 있는 곳을 管轄하는 地方法院이나,¹⁴⁷⁾ 本案의 管轄法院이 管轄하게 되며(同法 第278條), 船舶에 대한 強制執行은 押留 當時¹⁴⁸⁾에 그 船舶이 碇泊하고 있는 곳을 管轄하는 地方法院이다. 登記를 要하는 總噸數 20噸 以上の 船舶¹⁴⁹⁾ 등에 대한 假押留執

146) 擔保의 執行이란 實際 事件에 대한 審理를 거쳐 判決을 내린 後 債務者가 期限 以內에 債務를 履行하지 아니한 境遇 擔保物 혹은 擔保人의 財産에 대해 行하여지는 強制執行으로서 모든 擔保가 擔保의 執行 問題를 안고 있는 것은 아니다. 海事法院이 被申請人에게 責任이 있음을 判決하고 被申請人이 그 期限 內에 그의 責任을 다하지 않은 境遇에만 擔保의 執行이 이루어진다.

147) 過去 舊民事訴訟法 第707條에서는 “碇泊港”이라고 規定하여 論難이 있었다. 日本民事執行法 第113條는 위 管轄法院에 關하여 “船舶의 所在地를 管轄하는 地方裁判所”라고 規定하여 解釋上의 疑問을 解消하였으며, 우리나라에서도 廢止된 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 있었다가 民事執行法을 制定하면서 論難이 없게 하였다(民事執行法 第173條 및 第295條 第2項).

148) 管轄決定의 標準時點이 되는 위 “押留當時”가 具體적으로 어느 時點을 意味하는가에 대하여 見解가 나뉘고 있다. 이에 대하여는 競賣申請時에 船舶이 法院의 管轄 內에 所在하여야 한다는 競賣申請時說, 競賣開始決定時에 船舶이 法院의 管轄 內에 所在하여야 한다는 競賣開始決定時說, 押留의 效力이 發生하는 時點¹⁾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이다. 한편, 위 通說은 過去 民事訴訟法의 規定이 文言解釋上 曖昧하고 實務上으로도 맞지 않는다는 事由로 많은 批判을 받아 多數의 學者들과 實務家들 사이에서는 押留效力發生時說이 많은 支持와 呼應을 얻고 있다. 立法論으로서 “押留當時”의 意味에 關하여 見解가 나뉘고 있으므로 實務家의 見解나 外國의 例에 비추어 民事執行法 第173條의 “押留當時”를 “押留의 效力發生當時”로 改正하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

行은 船籍港을 管轄하는 地方法院 또는 地方法院 支院의 登記所에 登記를 한 다음 船籍港을 管轄하는 海運官廳에 備置된 船舶原簿에 登載하도록 되어 있다 (船舶法 第8條, 船舶登記法 第4條). 그러나 船舶은 不動産과는 달리 特定 場所에 固着되어 있는 것이 아니고 恒常 여러 港口를 展轉하는 것이나 우리 民事執行法은 위와 같이 規定하여 登記의 有無, 船舶 國籍의 如何를 不問하고 船舶所在地主義를 取하고 있다.¹⁵⁰⁾ 위 管轄規定은 專屬管轄이므로 合意管轄이나 應訴管轄이 생길 餘地가 없다.

여기서 碇泊港이라 함은 港口에 碇泊하는 境遇에 限定하는 趣旨가 아니고 船舶이 現在 所在하는 場所를 意味하는 것으로 解釋하여야 한다.¹⁵¹⁾ 따라서 船舶이 港灣施設 內에 入港하고 있을 뿐만 아니라 港灣 外에 假碇泊하고 있거나 坐礁되어 있는 境遇, 河川航行船舶이 繫留 中에 있는 境遇의 所在地도 包含된다. 또한 修理를 위하여 獨크에 들어가 있는 境遇도 여기에 該當된다.¹⁵²⁾

또한 우리나라에서 外國船舶에 대하여 押留 또는 假押留를 하고자 하는 境遇에 그 準據法이 무엇인지가 問題된다. 節次法은 法廷地法(lex fori)에 따른다는 것이 國際적으로 確立된 法原則이므로 外國船舶을 對象으로 하더라도 그 一般的인 執行節次에 대하여는 法廷地法인 우리나라 法을 適用하여야 할 것이다. 그러나 어떤 것이 節次이고 어떤 것이 實體인가에 대한 區別은 容易하지 아니하며, 그 區別 基準도 나라마다, 學者마다 다를 수 있음에 留意하여야 할 것이다.¹⁵³⁾ 執行節次는 우리나라의 法에 따라야 할 것

149) 日本 民事執行法도 總噸數 20噸 以上の 船舶에 대하여 船舶에 대한 強制執行 規定을 適用하도록 規定하고 있다.

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

151) 法院行政處, 法院實務提要 強制執行(III), 2003, 11쪽.

152) 鄭炳碩, “船舶競賣와 關聯된 諸問題”, 人權과 正義, 1992. 12, 70쪽.

153) 實體法과 節次法을 區別함에 있어서는 그 判斷基準에 있어 (i) 實質法을 基準으로 하여야 한다는 立場, (ii) 比較法으로 決定하여야 한다는 立場, (iii) 實質法을 基準으로 涉外私法 자체의 觀點에서 判斷하여야 한다는 立場 등이 있으나, 具體적인 境遇에 그 限界를 정하는

이나 執行의 前提가 되는 實體法上的 權利에 關하여는 涉外私法의 一般原則에 따라 當事者が 指定한 國家의 法(當事者 自治主義), 行爲地法(契約의 境遇), 不法行爲地法(不法行爲債權의 境遇) 등이 準據法이 되는 것으로 解釋하여야 할 것으로 보아야 할 것이다. 한편, 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”라고 規定하고 있으므로 위 事項들에 대해서는 船籍國法에 따라야 할 것이다.

(2) 船舶假押留를 申請할 수 있는 債權

韓國의 民事執行法上으로 모든 金錢債權의 滿足을 위하여 船舶에 대한 押留나 假押留를 할 수 있기 때문에 執行하고자 하는 債權이 海事債權인지 與否에 따라서 節次나 管轄에 있어 一般債權과 그 取扱이 전혀 달라지지 아니하므로 海事債權과 非海事債權을 區別할 實益은 거의 없으나 우리나라 商法에는 船優先特權이 海事債權으로 規定되어 있고, 이에 의하여 船舶의 押留나 假押留가 一般的으로 가장 많이 行하여지고 있다.

그러나 現在 우리나라 大法院은 船舶優先特權에 의한 假押留를 인정하지 않고 있다. 그 理由는 船舶優先特權이 있는 債權의 境遇 즉시 船舶競賣가 可能하므로 保全의 必要性이 없다는 데에 根據를 두고 있으나 妥當하지 않다. 왜냐하면 國內에 登記된 船舶으로서 우리나라를 船籍國으로 하는 船舶은 우리 商法에 의하여 優先特權이 定해지므로 債權者가 自身의 債權이 優先特權에 의하여 保障되는 것인지를 쉽게 알 수 있지만¹⁵⁴⁾, 外國船舶의 境遇 그 船籍國의 法律에 따라 優先特權의 內容이 決定되는데¹⁵⁵⁾ 이를 쉽게 確認하는 것이 쉽지 않으며, 또 이를 確認하는 동

것은 쉽지 않다. Tetley, op. cit., pp. 530 參照.

154) 우리나라의 商法에서도 船舶優先特權있는 債權을 列舉하여 規定하고 있으나 實際 問題로서는 具體적으로 어느 債權이 船舶優先特權으로 認定되는지 그 種類나 範圍에 대하여 다툼이 있는 境遇가 허다하다.

안에 外國船舶이 出航해 버릴 수도 있기 때문이다.¹⁵⁶⁾

(3) 假押留할 수 있는 船舶

1) 船舶의 定義

船舶法에서 “船舶”이란 水上 또는 水中에서 航行용으로 使用하거나 使用될 수 있는 배 種類를 말한다(船舶法 第1條의2).¹⁵⁷⁾ 明文 規定이 없던 改正 前의 船舶法上으로는 物體의 浮揚性을 利用하여 水上을 航行하는데 使用되는 一定한 構造物을 社會通念上의 船舶이라고 解釋해 왔으나, 이번 改正으로 水上을 航行하는 船舶뿐만 아니라 水中에서 航行하는 潛水船 等도 當然히 船舶의 概念에 包含함으로써 解釋上의 論難의 餘地를 피하고 있다. 또한 2000年 1月 6日 施行規則이 全面 改正되기 前에는 “浚渫船, 海底資源掘鑿船, 起重機船, 燈臺船 等은 社會通念上의 船舶이기는 하나 推進力이 없으면 船舶法上의 船舶으로 보지 아니한다(改正前 施行規則 第3條)”라고 解釋하였으나, 지금은 船舶의 概念에 包含된다고 解釋하여야 한다.¹⁵⁸⁾

또한 船舶을 判斷하는 時期를 基準으로 하면 建造 中の 船舶(進水時를 標準으로 하여 그 以前의 것을 말함) 및 沈沒船(引揚이 可能한 것을 除外함) 等은 船舶이 아니다.¹⁵⁹⁾ 海商法體系의 基本的인 船舶 概念도 새로운 海事技術의 登場에 따라 새로운 概念의 確立이 必要하게 되었으며,¹⁶⁰⁾ 船舶

155) 國際私法 第60條 第1號 參照.

156) 이에 대하여 자세한 事項은 本 論文 第3章 第3節 參照.

157) 過去에는 船舶의 概念에 대하여 아무런 言及이 없었기 때문에 社會通念上의 배를 가리키는 것으로 解釋하여 왔으나 1999年 4月 15日 船舶法을 改正하면서 그 用도와 種類에 관한 規定을 新設하였다. 이는 2000年 1月 6日의 改正 以前 施行規則 第2條 第1項의 規定을 本 規定으로 옮겨 再整理를 한 것이다.

158) 林東喆·鄭暎錫, 海事法規講義, 海印出版社, 2003, 36쪽.

159) 林東喆·鄭暎錫, 앞의 冊, 37쪽.

160) 安哲相, “船舶執行의 現況과 課題”, 船舶執行의 諸問題, 釜山地方法院, 1999, 17쪽.

이 自力으로 航行할 수 있는 能力 이든 바 獨航能力 또는 自航能力을 必要로 하는 가에 關하여도 그 必要性을 否認하고자 하는 것이 오늘날의 傾向이나, 새로운 形態의 대형바지(bargo), 海洋資源開發을 위한 裝備를 갖춘 石油試錐船, 大洋航行用 大形船舶 等の 重要性이 強調되는 現實에 비추어 볼 때 船舶에 대한 새로운 定義를 한 船舶法은 올바른 方向으로 改正된 것이라 하겠다.

2) 登記能力있는 船舶

위와 같이 船舶의 概念에는 該當하더라도 그것만으로 船舶執行의 對象이 되는 것은 아니고 登記되어 있거나 登記能力있는 船舶만이 船舶執行의 對象이 된다(同法 第172條). 물론 現實적으로 船舶登記가 되어 있지 않더라도 登記할 수 있는 船舶이면 船舶執行의 對象이 된다(同法 第186條; 外國船舶에 대한 強制執行). 여기서 登記能力있는 船舶은 總噸數 20噸 以上の 汽船과 帆船, 總噸數 100噸 以上の 艇船이다. 艇船의 境遇에는 曳引艇船과 船舶 繫留用 또는 貯藏用 등으로 使用하기 위하여 水上에 固定하여 設置하는 所謂 押航艇船이 등이 모두 該當된다(船舶法 第1條의 2).¹⁶¹⁾

또 登記能力은 있으나 아직 未登記인 大韓民國의 船舶에 대하여 即時 債務者 名義로 登記할 수 있는 다음과 같은 書類를 덧붙여 船舶 強制執行 申請을 하면 執行法院은 競賣開始決定하고 法院事務官 等の 登記囑託에 따라 登記官은 職權으로 船舶所有權의 保存登記를 한 後 競賣開始決定의 記入登記를 하게 된다(同法 第172條, 第81條 第2項, 第94條).

- ① 船舶(또는 漁船) 總噸水 測定證明書(船舶登記處理規則 第18條 第1項).
- ② 債務者가 大韓民國 國民임과 그 住所를 證明하는 書面(同 規則 第20條)
- ③ 債務者가 法人이면 그 本店(또는 主事務所) 所在地 및 代表者(共同代表인

161) 1999年 4月 15日 船舶法이 改正되기 前에는 曳引艇船만이 船舶에 該當되었다.

境遇에는 全員)의 이름과 住所를 證明하는 書面(同規則 第21條 前段).

④ 法人 所有의 船舶이 船舶法 第2條 第3號 및 第4號의 韓國 船舶의 要件을 갖추었음으로 證明하는 書面(同規則 第21條 後段).

⑤ 船舶이 債務者 所有임을 證明하는 文書(同規則 第95條 第2項 第1號).

3) 登記能力없는 船舶

登記能力없는 船舶은 流體動産執行의 方法으로 執行한다. 따라서 登記能力없는 桴船을 國稅徵收法에 따라 押留하려면 動産의 押留節次에 의하여 押留하여야 한다.¹⁶²⁾ 또한 船舶登記의 對象이 되지 아니하는 桴船은 民法 第188條 第1項이 定하는 바에 따라 流體動産인 그 桴船을 引渡하여야 物權讓渡의 效力이 생기는 것이므로, 그 桴船에 대한 變更登錄이 있었다 하여도 그로써 動産物權 變同意 要件인 引渡에 갈음할 수 있는 것으로 볼 수는 없다.¹⁶³⁾ 한편 登記된 船舶에 대한 任意競賣節次 進行 途中에 그 船舶에 대한 登記가 適法하게 抹消된 境遇, 새로 流體動産의 競賣 節次를 밝아야 할 것이고 登記 船舶으로서 競賣 節次를 續行할 수는 없다.¹⁶⁴⁾

4) 建造中인 船舶

建造 中인 船舶은 航行能力을 갖지 아니하므로 船舶이라고 할 수 없지만, 우리나라 商法은 建造 中의 船舶에 대하여도 船舶優先特權과 船舶抵當權에 관한 規定을 準用하도록 規定하고 있으므로(商法 第874條) 이에 基해서 競賣를 實行할 수 있다.¹⁶⁵⁾

162) 大判 1987.11.24. 87누593.

163) 大判 1999.6.22. 99다7602.

164) 大決 1978.2.1. 77마378.

165) 申鉉基, 民事執行法, 各論(上), 2003, 法律書院, 689쪽.

그러나 假押留執行의 方法에 關하여는 強制執行의 節次와 마찬가지로 明文의 規定이 없어 動産執行의 方法에 따라 執行하여야 한다는 動産執行說과 船舶執行에 관한 民事執行法의 規定을 適用하여야 한다는 船舶執行說¹⁶⁶⁾로 見解가 나뉘는데, 建造 中の 船舶에 대하여 不動産 執行에 準하여 假押留記入登記의 囑託을 하려고 하여도 그 前提로서 所有權保存登記를 할 수 없어 假押留記入登記를 하는 것이 不可能할 뿐만 아니라 船舶國籍證書도 發行되지 아니하므로 流體動産執行의 節次에 의하여 執行하여야 한다는 見解가 有力하다.¹⁶⁷⁾

5) 外國船舶

外國船舶이라 함은 大韓民國 國籍을 가지지 않은 船舶으로서 外國國籍의 船舶과 無國籍의 船舶을 包含한다.¹⁶⁸⁾ 이러한 外國船舶이라도 船舶執行에 關하여는 이른바 所在地主義가 採擇되어 있기 때문에 우리나라 法院의 管轄 區域(領內 또는 港口)에 所在하는 總噸數 20噸 以上の 船舶이면 우리나라의 執行權이 미치므로 法廷地法인 우리나라 節次法이 適用된다.¹⁶⁹⁾ 다만, 當該 船舶위에 存在하는 擔保權의 實體的 內容(優先辨濟權의 內容, 順位 等)은 當該 船舶의 國籍地의 實體法規에 따르게 된다.

6) 船舶의 持分

船舶의 持分이 假押留 對象이 될 때에는 船舶假押留 方法에 의하지 아니하

166) 이 見解는 建造 中の 船舶도 實質的으로는 船舶과 같이 抵當權의 目的으로 되고 登記에 의해 公示되고 있음을 理由로 내세운다.

167) 釜山地方法院, 船舶執行實務, 2002, 21쪽.

168) 申鉉基, 위의 冊, 691쪽.

169) 內國 關聯性이 전혀 없는 事件에서 外國 船舶을 韓國에서 假押留한 境遇, 本案에 대한 管轄權이 생기는가 하는 問題가 論議되고 있는데 굳이 韓國에서 船舶이 假押留된 事案에 대하여 裁判管轄權을 否定할 根據가 없다고 보는 것이 通說의 立場이다. 徐英華, “外國船舶에 대한 執行에 있어서의 問題點”, 船舶執行의 諸問題, 釜山地方法院, 1999, 192쪽.

고 그 밖의 財産權의 假押留 方法에 의한다(同法 第291條, 第185條 第1項). 船舶持分에 대하여 假押留 申請을 하기 위해서는 債務者가 船舶의 持分을 所有하고 있다는 事實을 證明할 수 있는 船舶登記簿의 謄本이나 그 밖의 證明書를 내야하며(同法 第185條 第2項), 本案의 管轄法院 外에 船舶登記를 하는 곳을 管轄하는 地方法院도 假押留할 物件이 있는 곳을 管轄하는 法院으로서 管轄權을 갖는다(民事執行規則 第213條 第1項). 船舶持分 假押留의 執行은 發令 法院의 法院事務官 等이 그 假押留 記入登記의 囑託을 함으로써 한다. 假押留命令 正本은 債務者 外에 船舶管理者(商法 第760條)가 있으면 그에게도 送達하여야 하며, 船舶管理者에게 送達하면 債務者에게 送達한 것과 같은 效力이 생긴다(同法 第185條 第3項, 第4項).

2. 우리나라 船舶假押留의 效果

假押留의 效力은 原則적으로 債務者에게 그 決定이 送達된 때 또는 假押留 登記가 된 때에 생긴다(同法 第291條, 第172條, 第83條 第4項, 第94條). 그 外에 執行官이 船舶國籍證書 等を 받은 때(同法 第291條, 第174條) 또는 監守·保存處分을 하였을 때에도(同法 第291條, 第178條 第2項) 假押留의 效力이 생긴다.¹⁷⁰⁾ 그리고 船舶假押留의 執行에 관한 그 밖의 事項에 關하여는 船舶에 관한 強制執行의 規定이 準用된다(同法 第291條).¹⁷¹⁾

170) 監守·保存命令은 實際上 同時에 併合하여 發令되기 때문에 實質적으로는 恒常 船舶의 占有移轉이 따르게 되고, 이러한 占有의 移轉은 押留의 執行과 同一視되므로 開始 決定의 送達 前이라도 監守·保全處分의 執行으로 押留의 效力이 생긴다. 法院行政處, 法院實務提要 民事執行(III), 46쪽.

171) 그러나 船舶執行申請 前의 船舶國籍證書 等の 引渡命令(同法 第175條), 假押留船舶의 碇泊(同法 第196條), 管轄違反으로 因한 節次의 取消(同法 第180條), 保證의 提供에 의한 強制 競賣節次의 取消(同法 第181條), 事件의 移送(同法 第182條), 船舶國籍證書 等を 넘겨받지 못한 境遇의 競賣節次取消(同法 第183條) 等の 規定은 保全處分으로서의 性格上 準用하기 곤란하거나 當事者 一方에 지나치게 有利하므로 그 準用이 排除된다고 보아야 할 것이다.

3. 韓·中 船舶假押留의 要件과 效果 比較

船舶假押留에 대하여 우리나라 民事執行法은 物件假押留의 一般的 概念과 要件을 그대로 適用하고 있으나 中國에서는 海事訴訟特別節次法에서 規定한 特定한 海事債權에 대한 提訴前船舶假押留에 限하여 規定하고 있다. 우리나라에서는 執行하고자 하는 債權이 海事債權인지 與否에 따라 그 請求節次나 管轄에 있어 一般債權과 同一하게 取扱하므로 海事債權과 非海事債權을 區別할 實益은 거의 없다고 할 수 있다. 즉 어떤 種類의 債權이든지 關係없이 債務者에 대한 債權이 存在하면 그 債務者의 어떠한 財産이라도 執行이 可能하며, 債務者所有의 船舶이면 足하고 그 船舶과 債權과의 牽聯性은 묻지 아니한다. 이러한 接近方法은 海事債權이 存在하는 境遇 原則적으로 그 海事債權이 發生한 特定船舶과 債務者가 所有하고 있는 다른 船舶에 대한 假押留만을 許容하는 中國法의 嚴格한 接近方式과 큰 差異를 나타낸다.¹⁷²⁾ 즉, 中國에서는 海事債權과 非海事債權을 區別하여 海事債權에 대하여는 管轄法院을 달리하여 海事法院의 專屬管轄로 할 뿐만 아니라 英美法系의 特殊한 對物訴訟節次를 一部 認定하고 있으므로 執行하고자 하는 債權이 海事債權인지 與否를 決定하는 것이 대단히 重要하다.

또한, 假押留가 效果에 있어서도 兩國은 比較된다. 우리나라에서는 假押留船舶을 假押留 當時의 場所에 계속 머무르도록 하고 있으나, 中國에서는 債務者가 擔保를 提供하지 아니하면 假押留船舶에 대해 競賣節次가 進行된다.

172) 예를 들면, 代表的인 海事債權인 船舶優先特權의 境遇 被擔保債權의 範圍와 效力에 대해서는 商法에 明示되어 있으나, 그 實行에 관해서는 一般的인 債權을 原因으로 하는 船舶執行의 節次와 管轄이 同一하다.

II. 私見

實務上 船舶優先特權에 의하여 船舶假押留가 가장 많이 행하여지고 있으나 우리나라 大法院은 特段의 事情이 없는 限 船舶優先特權에 의한 船舶假押留를 認定하지 않고 있다. 또한 우리나라 民事訴訟法은 船舶에 대하여 假押留가 執行되었다고 하더라도 內國關聯性이 없으면 本案에 대한 管轄을 認定하지 않고 있다. 이는 船舶優先特權에 의한 船舶假押留를 認定할 뿐만 아니라 船舶假押留에 의해 本案管轄權이 創出되는 中國의 船舶假押留制度 및 船舶假押留에 관한 國際條約과 比較해 보면 相互主義原則과 國際的 趨勢에 어긋날 뿐만 아니라 國內 債權者의 保護에도 未洽하므로 우리나라도 制度的인 側面에서 이러한 點을 補完하는 것이 필요하다고 하겠다. 그러므로 船舶優先特權에 의한 假押留가 許容되고, 假押留에 의하여 本案의 管轄權이 創出될 수 있도록 우리나라의 法制를 合理的으로 調停하고 改善하는 作業이 필요하다고 할 것이다.

1. 船舶優先特權에 의한 假押留의 許容 必要性

우리나라 大法院은 “船舶優先特權이 있는 債權을 가진 債權者는 商法 第861條 第2項에 의하여 船舶에 대하여 債務名義가 없어도 競賣請求權을 行使하여 그 競賣代金에서 債權의 優先辨濟를 받을 있으므로 特段의 事情이 없는 限 그 債權을 保全하기 위하여 船舶을 假押留할 수 없다”라고 判示하고 있는 바,¹⁷³⁾ 이는 船舶優先特權이 있는 債權의 境遇 즉시 船舶競賣가 可能하므로 保全의 必要性이 없다는 데에 根據를 둔 것이나, 이는 다음과 같은 理由로 不當하다.

첫째, 船舶優先特權은 그 債權이 생긴 날로부터 1年の 除斥期間 內에 實行하지 아니하면 消滅되어(商法 第870條 第1項), 船舶優先特權을 가진 債權者는 一般債權者의 地位에 서게 되므로 船舶優先特權者는 스스로 自身の 債權을 確保하기

173) 大判 1982. 7. 13. 80다2318, 大判 1988. 11. 22. 87다카1671 參照.

위해 모든 努力을 競走할 것이다. 그러나 船舶優先特權이 있는 債權者라도 자신의 債權이 船舶優先特權에 該當된다는 事實을 모르거나, 迅速한 船舶執行을 위해 優先特權과 相關없이 別途의 債務名義를 얻어 執行할 수도 있는 境遇도 있으며, 船主에 대한 債權 中 一部만이 船舶優先特權에 該當하는 境遇도 發生한다.¹⁷⁴⁾ 또한 國內에 登記된 船舶으로서 우리나라를 船籍國으로 하는 船舶은 우리 商法에 의하여 優先特權이 定해지므로 債權者가 自身の 債權이 優先特權에 의하여 保障되는 것인지를 쉽게 알 수 있지만,¹⁷⁵⁾ 外國船舶의 境遇 그 船籍國의 法律에 따라 優先特權의 內容이 決定되는데¹⁷⁶⁾ 이를 쉽게 確認하는 것이 쉽지 않으며, 또 이를 確認하는 동안에 外國船舶이 出航해 버릴 수도 있을 것이다. 만약 이러한 境遇에도 船舶假押留가 許容되지 않거나, 債權의 種類에 따라서 債權을 쪼개어서 船舶假押留를 申請할 뿐만 아니라 別途로 船舶優先特權에 基한 競賣도 申請하여야 한다면 債權者는 물론 船主 等 모든 利害關係人에게 바람직하지 않다고 할 수 있을 것이다.

둘째, 實務上 留置權, 傳貫權, 根抵當權 등의 物權的 權利를 가지고 있는 債權者들도 當該 物件으로부터 債權의 滿足을 받지 못할 境遇를 對備하여 債務名義를 받아 債務者의 다른 財産에 대해 執行을 하는 境遇도 많은 바, 船舶優先特權者도 船舶優先特權을 實行하기 前에 債務名義를 確保하여 執行에 있어서 많은 費用이 所要되고 많은 어려움이 따르는 船舶에 곧바로 執行을 하지 않고 執行費用이 相對적으로 적게 드는 債務者의 다른 財産에 대해 먼저 執行을 하는 境遇도

174) 實務上으로는 우선 船舶假押留를 한 後 請求債權이 船舶優先特權에 該當하는 것이 밝혀지면 優先特權에 基한 競賣申請을 하면서 同時에 假押留를 取下하는 方法이 利用되고 있다. 그러나 大法院의 判例처럼 만일 船舶優先特權에 의한 假押留가 不法이라고 解釋한다면 不法 假押留의 責任問題가 提起될 수 있을 것이다.

175) 우리나라의 商法에서도 船舶優先特權있는 債權을 列舉하여 規定하고 있으나 實際 問題로서는 具體적으로 어느 債權이 船舶優先特權으로 認定되는지 그 種類나 範圍에 대하여 다름이 있는 境遇가 허다하다.

176) 國際私法 第60條 第1號 參照.

있는 바, 이러한 境遇 船舶假押留는 有用한 債權確保手段이라고 할 수 있다. 즉 債權者의 立場에서는 船舶優先特權이 있다 하더라도 單純히 債權保全, 擔保確保의 目的으로 假押留만을 하고자 意圖하는 境遇가 많고, 船主의 立場에서도 船舶의 競賣보다 그 解決이 比較的 容易하다고 할 수 있는 船舶假押留를 反對할 余地가 없다고 할 수 있다. 이와 같은 緣由로 船舶優先特權에 의한 假押留를 禁할 合理的 理由는 存在하지 아니하다고 할 수 있을 것이다.¹⁷⁷⁾

2. 船舶假押留에 의한 本案管轄權의 創出 必要性

우리나라 民事訴訟法은 外國船舶에 대한 假押留를 許容하면서도 內國關聯性이 없으면 本案에 대한 管轄을 認定하지 않고 있다. 이는 自國 管轄을 可能한 限 擴大하고자 하는 國際的 趨勢나 英美法의 立場에 비추어 볼 때 妥當하지 아니하므로 國內에서 船舶이 假押留된 事案에 대해서는 本案에 대한 管轄權을 認定하여야 할 것이다. 中國의 海事訴訟特別節次法과 “1999年 船舶假押留條約”은 假押留에 의해서 本案事件의 管轄權이 創設된다. 특히 위 條約은 締約國의 船舶에 限하지 않고 非締約國 船舶에까지 擴大하여 締約國 內에서 本條約의 規定에 따라 假押留할 수 있게 되었으므로(同條約 第8條 第1項) 國內船舶은 外國에서 쉽게 假押留될 뿐만 아니라 當該 事件이 그 나라와 아무런 關聯性이 없더라도 假押留가 實行된 外國의 法院에서 本案의 裁判을 받아야 하는 反面 外國船舶은 國內에서 大韓民國法에 의하여 假押留가 되었다고 하더라도 本案事件은 涉外私法에 의해 進行되게 되므로 이는 國際

177) 그래서 大法院도 船舶優先特權이 있는 債權者는 無條件 假押留할 수 없다고는 하지 않고 “特段의 事情이 없는 限” 假押留할 수 없다고 判示하고 있는 바, 이 特段의 事情을 넓게 解釋하여 船舶優先特權의 存否를 債權者의 過失없이 알 수 없는 境遇나 債權者로서는 優先特權에 基한 競賣만을 維持하기가 不安한 境遇 等은 當然히 “特段의 事情”에 包含시켜 假押留할 수 있어야 할 것이고, 기타 海運慣行, 執行의 目的, 趣旨 等도 考慮하여 船舶優先特權에 基하여 假押留할 수 있게 “特段의 事情”을 넓게 認定함으로써 運用의 妙를 살려야 할 것이다.

法上の 相互主義에도 어긋날 뿐만 아니라 便宜置籍船이 늘어나고 있는 現在의 海運業界의 傾向으로 볼 때에는 國內 債權者에게 매우 不利하고 衡平에도 反하는 結果를 招來하게 되므로 積極的인 對處가 必要하다고 하겠다.

3. 小結

생각건대, 船舶假押留를 船舶優先特權이 認定되지 아니하는 債權에 限定하게 된다면 오히려 船主側에서 이를 惡用하여 善意의 債權者에게 被害를 입힐 所持가 많다고 할 수 있으므로 債權者가 債權保全을 目的으로 船舶假押留를 申請할 수 있도록 하는 것이 妥當하다.

中國의 海事訴訟特別節次法도 船舶優先特權에 의한 船舶假押留를 認定하고 있으며,¹⁷⁸⁾ “1999年 船舶假押留國際條約”도 第3條 第1項 (e)號에서 그 債權이 船舶의 所有者, 賃借人, 管理者 또는 運航者에 대한 것으로서 假押留가 申請된 國家의 法으로 認定되는 船舶優先特權에 의하여 擔保되는 것이면 假押留를 許容하고 있을 뿐만 아니라 假押留에 의해서 本案事件의 管轄權이 創設된다. 그러므로 우리나라도 이러한 國際的 趨勢에 따라야 할 것이다.

특히 “1999年 船舶假押留條約”은 締約國의 船舶에 限하지 않고 非締約國 船舶에까지 擴大하여 締約國 內에서 本 條約의 規定에 따라 假押留할 수 있게 規定하고 있으므로(同條約 第8條 第1項) 國內船舶은 外國에서 쉽게 假押留되어 外國法院에서 本案의 裁判을 받아야 하는 反面 外國船舶은 國內에서 大韓民國法에 의하여 假押留가 되더라도 本案事件은 涉外私法에 의해 進行되게 되므로 이는 國際法上的 相互主義에도 어긋날 뿐만 아니라 國

178) 中國의 境遇를 살펴보면, 船舶優先特權의 時效는 1年이고 이 時效期間 內에 船舶優先特權者는 船舶優先特權을 根據로 하여 船舶의 假押留를 申請할 수 있고 또한 船舶優先特權을 行使할 수도 있다(中國 海商法 第21條). 그러나 1年의 船舶優先特權의 時效期間을 초과하여도 一般 債權으로서의 時效期間은 有效하기 때문에 船舶優先權者는 一般 債權으로 海事請求保全을 申請할 수 있다(中國 海商法 第29條).

內 債權者에게 不利하고 運航에도 反하는 結果를 招來할 것이므로 國內에서 船舶이 假押留된 事案에 대해서는 本案에 대한 管轄權을 認定하여야 할 것이다.

第4章 船舶假押留의 節次

船舶假押留는 海事債權 等の 請求債權을 保全하기 위해서 船舶을 假押留하는 것이므로 被保全權利와 保全의 必要性이 있어야 한다. 따라서 이러한 要件을 審査하여 假押留 與否를 決定해야 할 節次가 필요한데 아래에서는 中國의 船舶假押留에 관한 節次를 살펴본 후, 우리나라 船舶假押留의 節次上에서 發生하고 있는 問題點에 대해서 改善方向을 提示하고자 한다.

第1節 船舶假押留의 申請과 審査

I. 船舶假押留의 申請

1. 申請書의 提出

海事請求人이 海事請求保全을 申請하고자 하는 境遇에는 海事法院에 書面으로 된 申請書を 提出하여야 한다(同法 第15條 第1項).

申請書の 提出은 船舶押留의 必須的인 前提條件이다. 電報, 팩스, 텔렉스 等도 一般的으로 書面의 效力을 가진 것으로 본다.¹⁷⁹⁾ 實務적으로는 法院이 海事事件에 대한 裁判過程에서 電報, 팩스, 텔렉스 形式의 申請書を 받은 境遇 申請人에게 追後에 申請書 原本을 提出할 것을 要求하는 것이 一般的이다. 申請書

179) 金正佳·翁子明, 앞의 冊, 85쪽.

에는 海事請求의 項目, 申請理由, 保全의 目的物, 그리고 要求하는 擔保額을 記載하여야 하고 關聯된 證據도 提出해야 한다(同法 第15條 第2項).

海事訴訟特別節次法이 施行되기 前에 中國에서의 船舶假押留申請과 訴訟中の 船舶假押留申請에 관한 規定이 一致하지 아니하였다. 즉 訴訟 前의 船舶假押留는 申請人의 申請에 의해 節次가 始作되었으나, 訴訟 中の 船舶假押留는 中國 民事訴訟法 第92條의 規定에 의하면 訴訟 中の 財産保全은 當事者의 申請에 의하여 할 수도 있고, 法院이 職權으로 할 수도 있다고 規定하여 業務의 執行上 相當한 混亂을 惹起하였다.¹⁸⁰⁾ 그러나 海事訴訟特別節次法에서는 提訴前船舶假押留나 訴訟 中の 船舶假押留나 모두 利害關係人 또는 當事者의 申請에 의해서만 하도록 規定하여 書面에 의한 申請을 船舶假押留의 必須 要件으로 하고 있다.¹⁸¹⁾

2. 申請書에 記載할 事項

(1) 申請人

船舶假押留의 申請人은 利害關係人이어야 한다.

訴訟 中の 申請의 境遇는 當事者 혹은 그 代理人이 되지만, 提訴 前의 境遇는 當事者라 할 수 없으므로 利害關係人이라 부르는 것이다. 利害關係人은 다른 個人 또는 法人 그리고 其他組織과 利害가 衝突한 者를 말하나, 利害의 衝突은 반드시 給付를 內容으로 한 것으로서 履行의 訴가 되는 衝突을 말한다. 申請人은 海事訴訟特別節次法 第21條에서 例示한 22個項의 海事請求에 基한 債權에 의하여 船舶假押留 申請을 하여야 한다.

180) 그러나 지금까지 中國 海事法院의 裁判 實務에 있어서 法院이 職權으로 船舶假押留를 한 事例는 거의 없었다고 한다. 金正佳·翁子明, 앞의 冊, 84쪽.

181) 金正佳, 앞의 冊, 107쪽.

(2) 被申請人

申請人は申請書中に被申請人の姓名を記載해야 하지만狀況이 緊急한 境遇 등에 있어서는被申請人の姓名을 把握하기 힘든 境遇가 많이 發生한다. 이에 海事訴訟特別節次法 第25條는 “海事請求인이被請求人の名稱을 즉시 밝히지 못하는 境遇에도 當該 船舶에 대해 假押留를 申請할 수 있다”라고 規定하여 申請인이被申請人을 特定하지 못한 경우에도 假押留의 對象인 船舶이 當該 事件에 대한 責任이 있음을 立證하면 船舶에 대한 假押留가 可能하도록 하여 이러한 問題를 解決하고 있다.¹⁸²⁾

(3) 申請理由

申請書에는 海事債權을 保全할 理由와 事件의 經過, 被申請人の 責任에 대하여 記述하여야 한다(同法 第15條).

(4) 保全의 目的物과 要求하는 擔保金額

海事債權의 保全을 위한 目的物은 船舶이다. 따라서 申請人は 押留된 船舶의 碇泊地, 現 狀態, 그 船舶과 關聯한 其他의 資料를 提出하여야 한다. 또한 被申請인이 提供하여야 할 擔保金額을 제시하여야 한다(同法 第15條).

182) 이와 關聯되는 實際 事例를 살펴보면, 1993年 1月 12日 廣州海運集團公司(China Shipping) 所有의 青雲嶺號는 上海 黃浦項 西基埠頭에서 리베리아 船積의 BELLUS號와 衝突하여 약 350만불 相當의 損失을 입었다. 그래서 廣州海運集團公司是 廣州海事法院에 BELLUS號에 대한 船舶假押留를 申請하였다. 當時 申請人 廣州海運集團公司是 被申請人の 姓名을 把握할 수 없어 'BELLUS號의 船主, 經營人'을 被申請人の 이름으로 申請하였다. 廣州海事法院은 이를 받아 들여 船舶假押留를 執行하였다. 그러자 BELLUS號의 保險社인 TYKYO MARINE AND FIRE INSURANCE CO. LTD는 申請人에게 船主 ORIX MARITIME CORP. TOKYO.를 代身하여 擔保를 提供할 것을 約束하고 申請人은 海事法院에 當該 船舶에 대한 船舶假押留解除를 申請하였다. 金正佳, 앞의 冊, 108쪽.

3. 申請費用의 納入

提訴前船舶假押留를 申請하고자 하는 利害關係人은 申請書와 함께 申請費用을 法院에 納入하여야 한다.¹⁸³⁾ 申請費用은 申請人이 豫納하지만, 本案 訴訟의 敗訴者가 最終 負擔하게 된다. 利害關係人이 海事法院에서 通知한 期限 內에 船舶假押留 申請費用을 納入하지 아니한 境遇에는 申請을 撤回한 것으로 看做될 수 있다. 當事者가 申請費用을 納入하는 것이 困難한 境遇에는 法院에 納入의 延期를 申請하거나, 그 費用의 減額 또는 免除를 申請할 수 있다(中國 民事訴訟法 第107條).

4. 提出할 證據

海事申請人은 船舶假押留를 申請할 때 關聯된 證據를 添附하여야 하며, 그 證據는 반드시 아래의 事實을 證明해야 한다(同法 第15條).

첫째, 申請人이 船舶押留와 關聯한 海事請求를 할 權利가 있음을 立證할 수 있는 關聯 證據, 즉 債權의 存在를 立證할 수 있는 證據, 被申請人에게 그 海事請求에 대해 責任이 있음을 立證할 수 있는 證據, 當該 船舶이 假押留할 수 있는 船舶임을 立證하는 證據 등을 添附하여야 한다. 이러한 證據로는 權原 書類나 債務者의 確認書, 契約書, 船荷證券, 計算領收證, 陳述書, 航海過失 抗辯, 船舶 損害의 通知書, 貨物檢査書, 海洋汚染報告書, 貨物損害通知書, 이와 關聯되는 寫眞 등이 있다. 事案에 따라서 要求되는 證據가 다를 수 있지만 이러한 證據는 本案 審理에 있어서 當事者의 立證責任보다는 要件이 嚴格하지 아니하기 때문에 擔當 判事에게 心證이 생길만한 初步的인 證據만 있으면 可能하다.

183) 申請費用의 具體的인 金額은 海事請求의 價額에 따라 달라지는데, 그 內容은 다음과 같다. 海事請求의 價額이 10만원(單位는 人民幣이며 2004年 12月 현재 換率은 人民幣 1원이 대략 韓貨 150원의 價値와 같다) 未滿인 境遇에는 1,000원, 10-20만원일 境遇에는 2,000원, 20-30만원일 境遇에는 3,000원, 30-40만원일 境遇에는 4,000원, 50만원 以上인 境遇에는 5,000원을 納付해야 한다.

둘째, 船舶假押留申請의 緊迫성과 必要性, 즉 訴訟 前의 船舶假押留申請에 대해서는 申請人은 卽刻的인 船舶假押留措置를 하지 아니하면 자신의 合法的인 權益이 侵害받을 것임을 證明해야 하고, 訴訟 中의 船舶假押留申請에 대해서는 被申請人이 그의 財産을 逃避시킬 可能性이 있어 萬若 卽刻的인 船舶假押留를 하지 않을 境遇 判決의 執行이 어려워질 것임을 證明해야 한다.

II. 法院의 審査

海事法院은 船舶假押留의 申請을 接受한 後 반드시 그 申請에 대해 審査를 하여야 한다. 審査의 內容은 申請人의 船舶假押留申請의 主體로서의 資格(當事者適格), 船舶假押留申請의 事實과 그 理由, 船舶假押留의 必要性, 擔保와 關聯한 事項 等이다. 海事法院은 申請을 受理한 後 48時間 以內에 決定을 내려야 하기 때문에 잘못된 判定을 내릴 可能性도 排除할 수가 없다. 그렇지만 海事法院은 海事請求保全을 決定한 境遇에는 遲滯없이 이를 執行하여야 하고, 海事請求保全 要件에 符合되지 아니할 境遇에는 그 申請을 却下한다. 當事者가 決定에 대해 不服할 境遇에는 決定書를 받은 날로부터 5日 以內에 1回의 異議申請을 할 수 있으며, 海事法院은 異議申請을 받은 날로부터 5日 以內에 再審決定을 내려야 한다. 再審期間 中에도 決定의 執行은 中止되지 아니한다. 利害關係人이 海事請求保全에 대하여 異議申請을 한 境遇 海事法院이 審査 後 그 異議申請이 有效하다고 認定될 때에는 遲滯없이 海事請求保全을 解除하여야 할 것이다(同法 第17條). 이는 海事法院에 船舶假押留에 관한 書面 申請이 接受되고, 申請人이 假押留 申請費를 納入하고 法院에서 정한 擔保를 提供한 境遇에는 申請人이 提出한 證據에 대하여 審査를 한 後 48時間 以內에 船舶假押留 與否에 대한 決定을 내려야 하고,¹⁸⁴⁾ 船舶假押留를 申請한 申請人이나 被申請人 兩

當事者は 船舶假押留 與否에 대한 法院의 決定에 대하여 異議申請을 할 수 있고, 비록 被申請人은 아니지만 그 假押留 船舶과 利害關係인도 法院의 船舶假押留 決定에 대하여 異議申請을 할 수 있다.

第2節 擔保의 提供

I. 擔保의 意味

擔保는 船舶假押留 및 其他 海事請求保全에 있어서 重要한 問題인 同時에 關聯된 法律的인 問題가 많은 領域이며 深度있는 研究가 필요한 分野라고 할 수 있으며 海事訴訟特別節次法도 第6章 海事擔保에서 7個 條文으로 別途의 規定을 두고 있다.

海事請求者가 海事請求의 保全을 申請할 境遇, 法院은 申請人에게 擔保의 提供을 命할 수 있으며, 申請人이 擔保를 提供하지 아니한 境遇에는 그 申請을 却下하므로(同法 第16條) 船舶假押留를 申請하고자 하는 利害關係인은 반드시 法院에 擔保를 供託하여야 한다(同法 第74條). 이는 海事法院에서 申請人의 船舶假押留申請을 接受하는 것은 申請人의 海事請求權을 保全하기 위해서이지만 提訴前財產保全은 當該 紛爭에 대하여 法定에서의 審理와 雙方의 抗辯을 거치지 않았기 때문에 海事請求의 存在 與否와 그 價額이 法院의 確定判決을 받은 것이 아니다. 따라서 申請人과 被申請人 雙方의 利益이 同等하게 保護받아야 하는 것이 衡平의 原則에도 맞으므로 申請人의 輕率한 船舶假押留로 因하여

184) 이러한 審査는 嚴格한 것이 아니고 訴訟前船舶假押留가 事實과 責任이 不分明한 狀態에서 執行되기 때문에 初步的인 審査라고 할 수 있다. 金秋, 앞의 論文, 73쪽.

被申請인에게 입힐 수 있는 損害를 賠償하기 위하여 各國의 法律은 船舶假押留를 申請하는 者에게 一定한 擔保를 提供하도록 하는 것이 一般的이다.¹⁸⁵⁾

中國法上 擔保(Security)에는 船舶假押留節次上的 申請인이 提供하는 擔保와 被申請인이 提供해야 하는 擔保가 있으나 그 意味上 相當한 差異가 있으며, 通常적으로 申請인이 提供하는 擔保를 反擔保(Counter-Security)라고 부르고 있다.¹⁸⁶⁾¹⁸⁷⁾

II. 擔保의 價額

船舶假押留 申請인이 提供하여야 할 擔保의 價額에 대해서 中國 民事訴訟法에는 이에 대한 明文의 規定이 없고 다만 最高人民法院의 “民事訴訟法 適用規定” 第98條에서 “人民法院은 民事訴訟法 第92條, 第93條의 規定에 根據하여 提訴前 財產保全과 訴訟中 財產保全을 取할 때 申請인에게 擔保를 提供할 것을 命하는 境遇에 그 擔保의 價額은 財產保全價額에 相當하여야 한다”라고 規定하고 1994年 最高人民法院의 有權解釋에서도 이 原則을 確認하고 있다.¹⁸⁸⁾

185) 中國 民事訴訟法 第93條에도 “利害關係인이 緊迫한 事情으로 財產保全을 即時 申請하지 아니하면 自身의 適法한 權益이 돌이킬 수 없는 損害를 입을 危險이 있을 境遇, 人民法院에 提訴前 財產保全措置를 申請할 수 있다. 申請인은 擔保를 提供해야 하며 그 擔保의 提供이 없는 때에는 申請을 却下한다”라고 하여 提訴前 財產保全에 있어서의 擔保提供의 原則에 대하여 規定을 두고 있으며, “1994年 船舶假押留規定”에서도 同 原則을 強調하고 있다(同 條約 第16條).

186) 金正佳, 앞의 冊, 244-245쪽.

187) 이 論文에서는 內容上으로 어느 擔保에 該當하는지 쉽게 區別할 수가 있으므로 擔保, 反擔保를 區別하지 아니하였다. 특별히 區別의 必要性이 있는 境遇에만 “申請인이 提供하는 擔保” 또는 “被申請인이 提供하는 擔保”라고 表現하였다.

188) 中國 最高 人民法院의 “經濟裁判 實務中 中華人民共和國 民事訴訟法을 嚴格하게 執行하는 데에 관한 若干의 規定” 第12條에서는 “人民法院이 提訴前 財產保全을 취할 때, 申請인은 반드시 財產保全 價額에 相當하는 擔保를 提供하여야 한다”라고 規定하고 있다.

이 原則에 따른다면 船舶假押留申請人에게 保全價額에 相當한 擔保를 提供하게끔 되어 있으므로 이는 申請人에게 過多한 擔保의 提供을 要하게 되어 現實的으로 實效性이 없어 民事訴訟法이 施行되는 過程에서도 嚴格하게 執行되지 못하다가 海事訴訟特別節次法의 施行으로 最高人民法院의 有權解釋에서 存在하는 問題點을 解決하였다.

一般的으로 申請人은 船舶假押留를 申請할 때 被申請人에게 實際 債權額보다 많은 擔保金額을 提供할 것을 要求하고 있는 것이 事實이다. 萬若 이러한 申請人的 要求를 그대로 放置할 境遇 被申請人的 合法的인 利益을 해칠 可能性이 많다고 할 수 있다. 그래서 海事訴訟特別節次法 第75條는 “海事請求人이 提供할 擔保의 方式과 價額은 海事法院에서 決定한다”라고 規定하고 있으며, 申請人이 提供하는 擔保의 많고 적음은 不當한 船舶假押留의 發生可能性이 많고 적음에 따라 달라진다. 즉 訴訟前船舶假押留는 事實과 責任이 不分明한 狀態에서 執行되기 때문에 不當한 船舶假押留가 發生할 可能性이 높고, 訴訟中에 申請하는 船舶假押留는 그의 可能性이 相對적으로 낮다. 따라서 두 가지 狀況에서 申請人이 提供해야 하는 擔保額은 다를 수밖에 없다. 一般的으로 中國의 判決 事例를 보면 訴訟前船舶假押留申請時 申請人은 반드시 擔保를 提供해야 하고, 擔保를 提供하지 아니할 境遇 海事法院이 船舶에 대한 假押留를 執行하지 아니한다. 그러나 訴訟中船舶假押留는 海事法院이 申請人에게 擔保의 提供을 命할 수 있고 萬若 擔保를 提供하지 아니하면 그 申請을 却下할 수 있다. 즉 訴訟前船舶假押留申請時 擔保의 提供은 絕對的 要件인 反面 訴訟中船舶假押留의 申請은 海事法院의 命令을 前提條件으로 하는 被動的인 것이라 하겠다.¹⁸⁹⁾

海事訴訟特別節次法 第76條에서 “海事請求人이 提供하는 擔保의 價額은 不當한 船舶假押留申請으로 因하여 被申請人에게 입힐 損害額에 相當하여야 하

189) 鄭水德·李明在, 앞의 論文, 112쪽.

고, 이는 海事法院이 정한다”라고 規定되어 있다. 따라서 申請人이 提供하는 擔保는 굳이 保全하고자 하는 財産의 價額과 같을 必要는 없고 不當한 假押留로 인하여 發生할 被申請人의 損害를 賠償할 수 있으면 된다고 할 수 있다.

不當한 船舶假押留로 인하여 被申請人이 입는 經濟的 損失 中 가장 代表的인 것이 船期損失 즉, 船舶이 押留되어 있는 期間中 發生하는 固定費用과 豫見되는 收益損失 등의 滯船料 損失과 因果關係가 있는 其他 損失이다. 海事法院에서 提訴前船舶假押留 申請人이 提供하는 擔保의 價額을 決定할 때에는 이와 같은 두 가지 要素를 勘案하여 그 價額을 決定하여야 할 것이다.

被申請人이 船舶假押留로 인하여 發生하는 滯船料 損害는 船舶이 假押留된 期間의 費用 支出과 豫見可能한 運航 收入이 包含된다. 滯船料 損害는 假押留된 期間과 船舶의 噸數에 根據하여 정하며, 一般的으로 假押留된 船舶의 30日 間의 滯船料 損害를 基準으로 하여 같은 類型의 船舶의 備船料 市價에 따라 計算한다. 그 理由는 中國 海事訴訟特別節次法 第28條에서 船舶을 假押留할 수 있는 期間을 30日로 정하고 있기 때문이다. 海事請求人이 30日 內에 假押留 期間을 超過하여 訴訟이나 仲裁를 申請하지 아니하면 海事法院은 申請人에게 即時 一定한 數量의 擔保를 追加로 提供하도록 命令할 수 있으며,¹⁹⁰⁾ 申請人이 追加로 擔保를 提供하지 않으면 被申請人은 바로 船舶의 解放을 請求하여 假押留로부터 解放될 수 있기 때문이다.¹⁹¹⁾

海事法院이 擔保의 價額을 決定할 때 두 번째로 勘案하여야 할 事項은 船舶 假押留의 實施에 支給되는 費用이다. 이것도 海事訴訟特別節次法 第 28條의 提

190) 實例로 과나마 船積 弘大號는 美國產 밀을 船積하여 中國의 蛇口港으로 航海하던 中 暴風을 만나 심한 損傷을 입었다. 이에 受貨人은 海事法院에 船舶假押留를 申請하는 한편 船主에게 330萬弗의 擔保提供을 要求하였다. 弘大號와 같은 船級인 2萬噸級의 벌크 運搬船의 當時 一日 備船料는 5,000弗이었고, 海事法院은 申請人에게 15萬弗의 擔保提供을 要求하였다. 鄭水德·李明在, 앞의 論文 115쪽.

191) 이러한 方法에 대해 合理的인 擔保額의 決定 方法 中의 하나라는 主張도 있다. 金秋, 앞의 論文, 72쪽.

訴前船舶假押留期間인 30日을 基準으로 하여 計算하여야 할 것이다. 申請人이 提供하여야 할 擔保의 額數는 法院에 의해 決定되는데, 決定의 基準은 申請人의 海事請求保全額에 의해 決定하는 것이 아니라 假押留된 船舶이 假押留된 期間에 申請人의 歸責事由에 의해 賠償할 價額을 根據로 하여 算定하고 있다. 이와 같이 假押留 申請을 함에 있어서 提供하여야 할 擔保 價額의 基準에 대해 미리 把握이 可能하게 함으로써 申請人이 必要한 擔保金額을 事전에 準備할 수 있게 됨으로서 擔保를 提供하지 못하여 船舶假押留의 適切한 時期를 놓치는 것을 피할 수 있을 것이다.¹⁹²⁾

Ⅲ. 擔保의 方式

擔保에는 現金, 信用, 實物擔保가 있다(同法 第73條).

첫째, 現金擔保란 現金 또는 流通 可能한 有價證券 形式의 擔保를 말한다. 이는 가장 信賴할 수 있는 擔保이지만 이러한 方式의 擔保는 現實적으로 거의 使用하고 있지 않다.

둘째, 信用擔保란 第3者가 擔保提供者가 되어 自身の 對外的인 信認度を 被擔保人을 위하여 擔保하는 方法으로서 被擔保人이 그의 債務를 履行하지 아니하는 境遇 第3者가 代身 履行하는 方法이다. 이는 中國에서 가장 널리 使用되는 方法으로서 申請人이나 被申請人 모두가 즐겨 使用한다. 이러한 信用擔保의 確實性を 保證하기 위하여 優先적으로 解決해야 할 問題는 信用擔保提供의 主體가 되는 擔保提供者를 第3者로 確定하는 것이다. 債務者는 비록 自身이 相當한 對外的인 信認도가 있다고 하더라도 自身の 名義로 自身을 위한 信用擔保를 提供해서는 아니 된다. 擔保提供者는 반드시 一定한 擔保能力과 擔保資格을

192) 金正佳·翁子明, 앞의 冊, 94-95쪽.

具備해야 하며, 具體적으로 銀行 其他 金融機關, 保險會社, P&I클럽 혹은 資產規模가 큰 企業 등이 代表的으로 擔保人의 資格을 갖추고 있다고 認定된다. 外國企業의 保證狀은 一般的으로 직접 法院에 接受되는 것이 아니라 中國 國內의 銀行, 保險會社, 大企業에 提出되고, 保證狀을 接受한 中國 國內의 銀行, 保險會社, 大企業에서 이에 따라 法院에 保證狀을 提出하게 된다. 中國의 海事法院에서는 船舶假押留와 關聯하여 申請人, 被申請人 모두에게 連帶保證擔保를 要求하고 있다.¹⁹³⁾

셋째, 實物擔保란 擔保提供者가 所有하고 있는 船舶 혹은 其他 資產을 擔保로 提供하는 方法이다. 實物擔保는 一般的으로 擔保物에 대한 抵當權을 設定하는 方式으로 進行한다. 擔保物이 不動產 혹은 特定 動産인 境遇 만드시 抵當權 또는 質權을 設定해야 하고 關聯法에 依據하여 登記해야 한다. 擔保物에 抵當權이 設定되더라도 擔保物에 대한 占有가 移轉되지 아니한 境遇(一般的으로 不動産인 境遇)에 擔保人은 繼續하여 該當 擔保物을 使用할 수 있고, 擔保物이 動産인 境遇 該當 動産을 債權者에게 引渡함으로써 擔保提供者는 事實上 該當 擔保物에 대한 使用權을 喪失하게 된다.

中國에서 船舶을 擔保物로 使用할 때 注意할 事項은 船舶은 비록 動産이지만 船舶에 대한 抵當權 設定의 方式은 不動産에 대한 抵當權 設定 方式을 適用한다. 中國에서 船舶에 設定한 抵當權의 順位는 船舶優先權, 船舶留置權¹⁹⁴⁾ 다음이다.¹⁹⁵⁾ 따라서 船舶을 擔保物로 指定할 境遇 船舶이 그 擔保物로서의 機

193) 廣州海事法院이 確정한 擔保證書에는 “本 擔保는 連帶責任 擔保로 한다. 擔保人은 廣州海事法院이 被擔保人이 責任있음을 判決한 文書이 效力을 發生한 後 5日 以內에 擔保義務를 다해야 한다”라는 條項이 들어있다.

194) 船舶留置權이라 함은 造船業者 또는 船舶修理業者가 契約의 相對方이 契約의 內容을 履行하지 아니하는 境遇 船舶建造費用 또는 修理費用의 支給을 保障받기 위해 建造 중인 船舶 또는 修理 중인 船舶을 留置하는 것을 말한다(中國 海商法 第25條).

195) 債務者의 債務辨濟 不能으로 船舶이 競賣에 들어갈 境遇 船舶優先權이 있는 者가 優先的으로 自身の 債權을 行使할 수 있고, 그 다음이 船舶留置權이 있는 者이며, 船舶

能을 다하지 못하고 있으므로 船舶을 擔保物로 指定할 때 반드시 考慮하여야 할 事項이라고 하겠다.

IV. 擔保提供의 對象

海事申請人の 擔保는 반드시 海事法院에 供託한다(同法 第74條).¹⁹⁶⁾ 그러나 被申請人の 擔保는 海事法院에 供託할 것인지, 아니면 申請人에게 支給하는지에 대해서 論難의 餘地가 있었다. 海事訴訟特別節次法이 發效되기 以前의 “1994年 船舶假押留規定”에서는 被申請人도 그 擔保를 海事法院에 供託하도록 規定되어 있었다. 그러나 實際的으로는 被申請人이 그의 擔保를 申請人에게 直接 支給하고 申請人은 海事法院에 船舶假押留申請을 取下하는 方式으로 適用되어 왔으며, 海事法院에서도 이러한 慣例를 認定해 오고 있었다. 그래서 새로 制定된 同法 第74條 第2項에서 “被請求人の 擔保는 海事法院에 供託해도 되고, 海事請求人에게 提供해도 된다”고 規定하여 이에 대한 論難을 없애버렸다.

第3節 船舶假押留의 執行

海事法院은 船舶의 假押留를 決定함과 同時에 船舶假押留에 대한 執行을 命令해야 한다. 船舶假押留는 通常的으로 海事法院 所屬의 執行員이 船舶에 乘船

抵當權者는 次順位로 自身の 債權을 辨濟받을 수 있다.

196) 現金擔保의 경우에는 供託이라고 表現하는 것이 妥當하다고 할 수 있으나, 保證書等 信用擔保의 境遇에는 供託이 아닌 提出이라고 表現하는 것이 相當할 것이다.

하여 執行한다. 船舶이 當該 海事法院으로부터 멀리 떨어진 港口에 碇泊하고 있거나 出航할 時間이 가까울 境遇 現地 法院에 委託하여 船舶假押留를 執行할 수 있다.

I. 船舶假押留의 執行節次

船舶假押留의 裁定(判定書와 船舶押留命令)이 내려지면 法院의 執行員¹⁹⁷⁾은 官吏服을 着用하고 公務執行證을 提示한 後 假押留할 船舶의 船長에게 船舶假押留 裁定을 送達하고(同法 第80條), 船長이 그 領收證에 署名하여야 한다.¹⁹⁸⁾ 船長이 送達 領收證에 署名하기를 拒絕한 境遇에는 執行員, 證人이 위 事實을 記載하고 署名하면 適法한 送達이 있는 것으로 看做된다(中國 民事訴訟法 第209條). 執行員은 船舶假押留 裁定을 船長에게 읽어 주고 마스트나 其他 船舶의 잘 보이는 곳에 命令을 붙인다. 船舶의 假押留 期間에는 船積書類 等 重要な 書類를 海事法院에 留置함으로써 船舶의 離脫을 防止하여야 한다.

海事法院은 船舶의 假押留(특히 外國船舶을 押留할 때)나 解放命令을 公布할 때, 關聯機關에 協助執行通知書를 發送할 수 있다. 通知書에는 協助執行할 範圍와 內容을 記載하여야 하고, 關聯 機關은 이에 協助할 義務가 있다.¹⁹⁹⁾ 必要할

197) 우리나라의 執行官을 말한다.

198) 中國은 裁判과 執行을 分離(審執分離)하여 基層人民法院과 中級人民法院 內에 專門인 執行廷을 두어 擔當한다(民事訴訟法 第209條). 이는 審執分離가 能率의이며 判決, 裁定 等の 法律文書의 錯誤를 適時에 發見하여 公民의 權益을 保護하는데 有益하기 때문이라고 한다. 法務部, 中國法研究(III), 1992, 334쪽.

199) 實務의으로 中國에서 船舶假押留를 하는 境遇 各 政府機關으로부터 協助를 받지 못하여 境遇에 따라서는 船舶假押留執行節次가 순조롭게 進行되지 못하는 境遇도 많다고 한다. 中國의 海事國은 管轄地域內에서 發生하는 事件에 대해 行政處分權을 行使하여 運營費의 一部分을 여기에서 얻어지는 收益으로 充當하고 있다. 또한 海事法院들도 船舶假押留와 같은 事件이 接受되면 一定한 收益을 올릴 수 있기 때문에 事件을 留置하기 위해 매우 積極的

境遇에 海事法院은 執行要員을 乘船시켜 監護할 수 있다(同法 第26條). 여기서 關聯機關이란 港灣監督機關이나 邊防²⁰⁰⁾, 船舶代理人 等を 말한다.

中國에서는 外國船舶을 押留할 때 船舶의 逃走를 막기 위해 通常的으로 邊防에서 派遣한 要員이 該當船舶에 常駐하고 있다. 必要할 境遇 海事法院에서도 要員을 파견하는 境遇가 있다. 만약 要員을 船舶에 常駐시키는 것이 어려울 境遇 各種 船舶證書를 押收한 後 船舶押留를 解除할 때 돌려주는 方法을 使用하기도 한다.

II. 船舶假押留의 執行方法

船舶에 대한 假押留는 다음과 같은 두 가지 方法으로 執行할 수 있다.

첫째, 船舶을 押留港에 碇泊하게 하는 方法이 있다. 이는 中國 民事訴訟法 第94條에서 정하고 있는 船舶假押留의 通常的이고도 가장 效果的인 方法이라고 할 수 있다. 假押留된 船舶을 港口에 碇泊하게 함으로써 船舶의 逃走나 滅失, 毀損 또는 船舶優先特權이 생길 餘地가 적고, 船舶所有者의 船舶使用權을 剝奪하기 때문에 船舶所有者를 壓迫하여 하루 빨리 擔保를 提供하게 할 수 있다. 이 方法은 주로 外國國籍 船舶의 假押留에 利用된다. 이 方法의 가장 큰 短點은 船舶의 運航을 中止하게 함으로써 船舶의 運航停止損失이 커질 뿐만 아니라 假押留에 所要되는 費用이 過多하게 되어 債權者나 債務者 모두에게

이라고 한다. 그리하여 各 政府機關 相互間의 金錢的 利害關係 때문에 船舶假押留의 執行이 어려움에 逢着하는 境遇도 종종 發生하고 있다고 한다.

200) 邊防이란 中國의 國境을 守備하고, 國境通關과 關聯된 業務를 專擔하는 軍隊化된 警察團體이다. 中國의 對外 開放된 모든 港口에는 邊防이 그들의 業務를 遂行하고 있으며 港口에서는 外國船舶이 入港할 때 그 船舶에 乘下船하는 人員을 統制하고 全體的으로 該當 船舶을 監視하는 役割을 한다.

損害를 가져올 수 있다는 것이다.

둘째, 一定한 條件下에 運航을 許可하는 方法이 있다.²⁰¹⁾ 中國 海事訴訟特別 節次法 第27條에서는 “海事法院은 船舶保全決定을 한 後 海事請求人의 同意 下에 船舶의 處分을 禁止하거나 抵當을 設定하는 等 方法을 취한 後 該當 船舶의 運營을 許可할 수 있다”라고 하여 이 方法을 認定하고 있고, “中國民事訴訟法適用規定” 第101條에서도 “人民法院은 不動產과 特別한 動產(車輛, 船舶 等)에 대하여 財產保全을 함에 있어서 權原 證書를 留置하고, 關聯 登記 部門에 所有權移轉登記를 禁止하는 通知를 하는 方法으로 할 수 있다”라고 하여 역시 이러한 假押留 方法의 妥當性을 提示하고 있다. 이 方法은 船舶의 處分權을 制限하거나 抵當權을 設定하는 것으로 假押留의 目的을 이룰 수 있고 船舶의 經濟的인 價値를 最大化할 수 있고 假押留 費用이 거의 없는 長點을 가지고 있다. 이 方法은 주로 國內船舶에 대한 假押留에 利用되고 外國國籍의 船舶에 대하여는 抵當權設定 等の 方法으로는 效果的인 保全을 할 수 없기 때문에 適合하지 아니하다.

第4節 韓國法과의 比較

우리나라 民事執行法과 商法에서는 船舶의 執行과 關聯하여 碇泊命令(同法 第176條 第1項), 船舶國籍證書 등의 提出(受取命令과 引渡命令을 포함)(同法 第174條 및 第175條), 監守·保存處分(同法 第178條), 船舶運行許可(同法 第176條 第2項), 擔保提供에 의한 船舶의 解放(同法 第282條), 航海의

201) 中國 法律用語로 앞의 船舶假押留 方法을 “死扣押”이라 하고, 後의 船舶假押留 方法을 “活扣押”이라 한다.

準備를 完了한 船舶에 대한 押留 또는 假押留 禁止(商法 第744條) 등을 規定하고 있다. 前3者가 船舶債權者의 執行의 便宜를 考慮한 것이라면 後3者는 船舶所有者 내지 海上企業의 利益을 고려한 것이다.

이와 같은 規定들은 債權者가 法院으로부터 假押留決定을 받은 후부터 船舶에 대한 強制執行을 申請하여 執行節次가 진행되는 過程에 適用되며, 當事者들의 行爲와 意思에 의해 그 效果가 나타나므로 債權者와 船舶所有者 등 債務者의 利害關係가 尖銳하게 對立된다. 우리나라는 양쪽의 利害關係의 調停을 피하고 있으나 종래의 여러 가지 問題點이 아직까지 存在하고 있으므로 우리의 法制를 國際的 趨勢에 맞게끔 合理的으로 改善하여야 할 것이다.

I. 韓國法과의 船舶假押留 節次 比較

1. 우리나라 船舶假押留 節次

우리나라 民事執行法은 第2編 強制執行 第2章 第3節 172條부터 186條에 걸쳐 船舶에 대한 強制執行을 別途로 規定하여 特別한 取扱을 하고 있고, 船舶에 대한 假押留節次는 第4編 保全處分에 대한 規定을 適用하며, 그 執行에 대해서는 強制執行規定을 準用하고 있다(同法 第295條).²⁰²⁾

(1) 申請

船舶執行은 民事執行이므로 書面으로 申請해야 하고(同法 第4條), 申請書에

202) 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 屬하는 것으로서, 獨逸과 같이 船舶의 不動產類似性을 勘案하여 船舶執行을 不動產執行에 準하도록 하는 境遇도 있고, 프랑스와 같이 船舶의 移動性을 勘案하여, 執行官에 의한 直接占有의 取得을 前提로 한 動產執行의 方法에 의하되 거기에 약간의 特則을 두는 立法例도 있다.

는 所定の 事項을 적고(同法 第172條, 80條) 所定の 書類를 붙여야 하며(同法 第172條, 81條, 177條), 5,000원의 印紙를 붙여야 하며 申請書에는 다음의 事項을 記載해야 한다.

가. 債權者, 債務者의 表示²⁰³⁾와 法院의 表示, 船舶의 表示, 假押留의 原因이 된 一定한 債權과 假押留의 理由가 될 事實의 表示²⁰⁴⁾를 記載하는 外에 船舶의 碇泊港 및 船長의 이름과 現在地를 적어야 한다(同法 第80條, 民事執行法施行規則 第95條 第1項). 代理人에 의하여 申請하는 境遇에는 그 이름, 住所도 적어야 한다.

나. 碇泊港은 船舶執行의 管轄을 定하는 標準이 되는 場所이고(同法 第173條), 執行官이 船舶國籍證書 等の 受取命令을 執行하기 위하여 必要하므로 반드시 申請書에 이를 적어야 한다.

다. 申請書에 船舶의 表示를 記載함에는 船舶을 特定할 수 있는 事項을 詳細히 적어야 한다. 普通 當該 船舶의 種類와 名稱, 船積項, 船質, 總噸數, 純噸數, 機關의 種類와 그 數, 推進機의 種類와 그 數, 進水年月日 等を 記載한다(船舶登記處理規則 第16條 參照). 이미 登記된 船舶에 대하여는 船舶登記簿에 記載되어 있는 事項을 그대로 記載하면 된다.

또한 申請書에는 아래와 같은 書類를 添附하여야 한다.

가. 船舶에 관한 登記事項을 包含한 登記簿의 抄本 또는 謄本 : 登記된 船舶의 境遇에는 登記가 船舶 所有의 對抗要件일 뿐만 아니라(商法 第743條) 當該 船舶에 대한 各種 權利關係를 밝히기 위하여도 船舶登記簿의 抄本 또는 謄本

203) 民事執行法上 保全訴訟에 있어서 一般의 民事判決節次와는 달리 當事者를 '原告', '被告'라고 부르지 아니하고 保全處分의 申請人을 '債權者', 그 相對方을 '債務者'라고 부른다(同法 第280條, 第287條, 第292條).

204) 船舶假押留의 境遇도 原則論으로서 一般 假押留事件과 마찬가지로 請求와 假押留의 理由를 疎明하여야 하고, 保全의 必要가 있는 境遇에 限한다. 그러나 實務上으로는 債權者가 債權의 存在를 證明하기 위하여 契約書, 納品書, 關係者報告書 等 債權의 存在를 追認할 수 있는 書類를 提出하고 保全의 必要性을 陳述하면 위 要件을 充足한 것으로 본다.

이 要求된다(同法 第177條 第1項 第1號). 未登記된 船舶이나 外國船舶의 境遇에는 해당초 登記簿謄本이 없거나 入手가 事實上 不可能하므로 船舶國籍證書, 關聯 契約書 等 船舶이 債務者의 所有임을 確認할 수 있는 書類와 그 船舶이 船舶登記法 第2條에 規定된 船舶임을 證明하는 文書を 添附하면 된다(民事執行規則 第95條 第2項 第2號).

나. 航海 準備를 마치지 않았다는 報告書 : 商法 第744條에 의하여 航海 準備를 完了할 船舶은 假押留를 하지 못하므로 그에 該當하지 않는다는 書類를 提出하여야 한다. 이 證明書는 船舶이 現在 一定한 港口 또는 場所에 碇泊하고 있다는 碇泊證明書を 檢하고 있는 것이 普通이며 碇泊港에 있어서의 船舶의 狀態를 認識할 수 있는 者, 예컨대 仲介業者, 倉庫業者, 海運代理店業者 等の 證明 또는 申請人側의 調查報告書이면 足하고 만드시 稅關長, 地方海洋水産廳長 等이 作成하는 船舶入出港届出證明書 等과 같은 海運官署의 證明書일 必要는 없다.²⁰⁵⁾ 實務上 碇泊證明書の 境遇와 마찬가지로 地方海洋水産廳, 稅關 等の 인터넷 홈페이지에서 當該 船舶의 船舶入出港申告情報를 出力하여 提出하는 例도 있으며, 이 書類가 提出되지 아니하더라도 이를 理由로 假押留決定을 不許하거나 遲延하지는 않는다.

다. 碇泊證明書 : 實務上 船舶이 現在 假押留하고자 하는 法院의 管轄區域 안의 港口에 碇泊하고 있다는 事實을 證明하는 書面을 提出하게 하고 있으나, 法律的 根據는 없으므로 그 不提出을 理由로 申請을 却下할 수는 없다. 碇泊證明書는 되도록 海運官署의 證明書 等 公文書이면 좋을 것이나 그것을 發給받을 수 없는 境遇에는 船舶修理業者 等 私人이 作成한 證明書 또는 申請人側의 調查報告書(船舶碇泊報告書)라도 無妨하다고 할 것이다. 實務上 各 地方海洋水産廳의 인터넷 홈페이지의 當該 船舶의 船舶在泊現況 部分을 出力하여 提出하기도 한다.²⁰⁶⁾

²⁰⁵⁾ 法院行政處, 앞의 冊, 19쪽.

라. 船價證明書 : 擔保額과 保全의 必要性을 判斷하는 資料로서 必要하다고 할 수 있으나, 擔保額は 假押留請求金額을 基準으로 정하는 것이 普通이며, 假押留時點에 船價를 證明하는 것도 事實上 不可能하므로 이는 不必要하다고 하겠다. 實務上으로도 提出을 要求하지 아니하고 있다.²⁰⁷⁾

마. 船長 名義 表示 : 申請書의 債務者 表示란에 船長의 이름과 現在地를 함께 記載하여야 한다(民事執行規則 第208條, 第95條 第1項). 船長은 船籍港 外에서는 航海에 必要한 裁判上 또는 裁判外의 모든 行爲를 할 權限이 있으므로(商法 第773條 第1項) 船籍港 外에서의 假押留決定의 送達은 船長에게 하여야 하므로 船長의 이름과 現在地도 적어야 한다. 또한 船舶이 船籍港 안에 있는 境遇에도 債務者로부터 船長에 대한 委任이 있는 때에는(商法 第773條 第2項), 船長에게 競賣開始決定을 送達하면 된다. 執行目的物이 外國船舶인 境遇에도 마찬가지로 보아야 할 것이다. 만약 申請時 船長의 이름을 모르면 申請書에 '船長의 이름과 現在地 不明'이라고 적으면 된다. 國內船舶의 船長은 在船義務를 負擔하므로(船員法 第10條 1項, 施行規則 第4條) 普通의 境遇에는 船長의 現在地는 船內일 것이다. 이 境遇 船長의 現在地는 'OO艦內 乘船中'이라고 表示하면 될 것이다.

(2) 審理

船舶國籍證書 等の 受取命令이 包含된 船舶假押留는 法律上 그 船舶의 運行이 不可能한 狀態에 이르게 함으로써 船舶의 經濟的 使用을 禁하게 되는 것이므로 請求金額과 船價를 比較하여 保全의 必要 與否를 慎重하게 決定하여야 할 것이다. 船舶假押留를 위하여 辯論이나 審問을 열게 되면 船舶이 出航하게 될 憂慮가 있어 假押留의 實效가 없으므로 實務上 辯論이나 審問을 여는 境遇는 거의 없

206) 法院行政處, 앞의 冊, 17쪽.

207) 釜山地方法院, 앞의 冊, 30쪽.

다.²⁰⁸⁾

또한 保全의 必要性和 關聯하여 假押留 申請時 當事者가 事前에 紛爭을 仲裁에 의하여 解決하기로 約定한 境遇 外國船舶에 대한 假押留申請을 許可할 수 있는지 與否가 問題이나, 仲裁約定은 紛爭解決方式의 合意일 뿐 仲裁節次를 進行하는 境遇에도 여전히 保全의 必要性은 存在하므로 假押留申請을 不許할 事由는 되지 못한다.

그리고 앞에서 이미 說明하였듯이 船舶優先特權이 있는 債權者는 特段의 事情, 예컨대 仲裁約定이 있어서 仲裁判定이 내려질 때까지 競賣請求權을 行使할 수 없는 境遇와 같이 法律的인 障礙가 있는 境遇²⁰⁹⁾ 外에는 保全의 必要性이 認定되지 아니하므로 船舶에 대하여 假押留執行을 할 수 없다.

(3) 擔保提供

法院은 假押留申請書와 添附書類를 檢討한 後 假押留로 인한 船主의 被害를 擔保하기 위한 擔保額을 정하여 債權者에 대해 供託命令을 내리게 된다. 假押留 決定時 債權者가 提供하여야 할 擔保額의 基準에 關하여 船舶國籍證書 等の 受取命令이 包含된 假押留의 境遇 債務者의 船舶使用을 制限한다는 點에서 債務者가 目的物의 利用 및 管理의 權限을 가지는 不動產과는 다르고 오히려 執行官이 假押留目的物을 占有하는 流體動產 假押留와 비슷하므로 擔保額을 請求金額의 1/3로 하여야 한다는 見解가 有力하나, 擔保를 要하지 않는 船舶 執行의 世界的 實務나 不動產에 준하는 民事執行法의 趣旨에 비추어 볼 때 이 見解는 妥當하지 않다고 하겠다. 實務上으로는 不動產의 境遇에 準하여 請求金額의 1/10로 하는 境遇가 많다.²¹⁰⁾

208) 釜山地方法院, 앞의 冊, 31쪽.

209) 大決 1983. 8. 1. 82마카77 參照.

210) 釜山地方法院, 앞의 冊, 32쪽.

供託命令에 따른 債權者의 擔保提供은 法院이 特別히 現金供託을 命하지 아니하는 한 支給保證委託契約을 締結한 文書 즉 保證書의 提出로서 갈음할 수 있다. 그러나 保證書로 갈음하기 위해서는 法院의 許可를 받아야 한다.²¹¹⁾ 實務上으로는 假押留申請書 提出時 申請書에 添附書類와 함께 提出한다.

(4) 假押留의 執行

船舶에 대한 假押留의 執行은 假押留 登記를 하는 方法이나 船舶國籍證書 등을 船長으로부터 받아 法院에 提出하는 方法으로 한다. 이들 方法은 同時에 使用할 수 있다(同法 第295條). 從前에는 船舶假押留의 執行 方法으로 船舶에 대한 碇泊命令을 規定하고 있었으나 假押留로 인하여 船舶의 經濟的 使用이 事實上 不可能하므로 그 審理에 있어서도 不動產 假押留와 달리 請求 金額과 船價를 比較하여 保全의 必要性을 慎重하게 判斷하였다.²¹²⁾ 그러나 假押留決定만으로 船舶에 대하여 恒常 碇泊命令을 내리게 하는 것보다는 監守保全의 必要가 있는 境遇에만 이러한 措置를 취할 수 있도록 하고 一般的인 執行 方法으로는 假押留 登記 또는 船舶國籍證書 등의 受取 등의 措置를 취하는 것으로 充分할 것이다. 民事執行法은 이러한 觀點에서 船舶假押留의 執行은 假押留 登記를 하는 方法이나 船舶國籍證書 등을 船長으로부터 받아 法院에 提出하는 方法 中 하나를 選擇하거나 兩者를 併用하는 方法을 취하도록 하고, 碇泊命令 部分은 削除하는 代身 必要가 있는 境遇에는 船舶에 대한 強制執行의 條文을 準用하여 監守保全을 發할 수 있도록 하였다(同法 第295條, 第291條, 第178條).

1) 假押留登記에 의한 假押留執行

211) 保證書는 國內保證保險會社의 保險證券만을 許容하고 있는 것이 實務이나 國內市中銀行은 물론 外國金融機關의 保證서도 供託에 갈음할 수 있도록 許容되어야 할 것이다.

212) 申鉉基, 앞의 冊, 190쪽.

假押留 登記를 하는 方法에 의하여 船舶假押留를 執行하는 때에는 假押留 命
令을 한 法院이 執行法院으로서 管轄하고(同法 第2項 前段), 法院事務官 等은
그 記入登記의 囑託을 하여야 한다(同法 第295條 第3項, 第293條 第3項). 外國
船舶의 境遇는 登記囑託이 必要 없다.

假押留는 그 送達 또는 登記가 된 때에 效力이 생긴다(同法 第291條, 172條,
83條 4項, 94條). 다만 送達 또는 登記 前에 執行官이 船舶國籍證書 等を 受取
한 때(同法 第291條, 第174條 第2項), 또는 監修·保存處分을 한 때에는 그 때
에 假押留의 效力이 생긴다(同法 第291條, 第178條 第2項).

2) 船舶國籍證書 等の 受取에 의한 假押留執行

假押留 命令을 한 法院이 船舶國籍證書 等を 받아 提出하도록 命하는 方法에
의한 假押留 執行은 船舶이 碇泊하여 있는 곳을 管轄하는 地方法院이 執行法
院으로서 管轄한다(同法 第295條 第2項 後段). 執行法院은 執行官에게 船舶國
籍證書, 그 밖에 船舶 運行에 必要한 文書를 船長으로부터 받아 法院에 提出할
것을 命하여야 한다(同法 第295條 第1項). 그 밖에 船舶運行에 必要한 文書로
는 船舶檢査證書, 臨時航行檢査證(船舶安全法 第9條), 船舶檢査手帖(船舶安全法
第10條의2), 乘務員名簿, 航海日誌, 旅客名簿, 貨物에 관한 書類(船員法 第20條)
等이 있다. 外國船舶에 대하여는 登記의 方法으로는 執行할 수 없으므로 船舶
國籍證書를 받아 提出하는 方法으로 執行하여야 할 것이다.²¹³⁾

2. 債權者의 執行便宜를 위한 制度

앞에서 살펴보았듯이 우리나라 民事執行法은 船舶에 대한 強制執行을 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(同法 第172條), 다른 한편 船舶은 移動성이 풍부하여 그 捕捉

213) 申鉉基, 앞의 冊, 191쪽.

이 곤란한 境遇가 많으므로 통상의 不動產의 執行方法으로는 實效를 거두기가 어려워서 이와 並行하여 動產執行과 같은 具體的인 占有의 取得을 考慮하고 있다. 따라서 船舶執行에 있어서는 船舶의 占有確保를 위한 執行方法上이 가장 重要한 問題로 擡頭된다. 여기에는 碇泊命令(同法 第176條 第1項), 船舶國籍證書 等の 提出(受取命令과 引渡命令을 포함)(同法 第174條 및 第175條), 監守·保存處分(同法 第178條) 等이 該當되고, 이는 모두 債權者의 執行便宜를 위한 裝置라고 할 수 있다.

(1) 碇泊命令

1) 意義

民事執行法 第176條 第1項은 “法院은 執行節次를 行하는 동안 船舶이 押留 당시의 場所에 계속 머무르도록 命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 境遇 碇泊命令도 함께 發하게 된다.²¹⁴⁾ 船舶은 不動產競賣의 境遇와는 달리 移動性이 있으므로 債務者에게 그 利用과 管理를 맡기게 되면 즉시 出航해 버려서 執行이 不可能해질 우려가 있으므로 押留된 船舶의 占有를 確保하고 그 航行으로 인한 損傷으로 船舶의 價値下落을 防止하기 위하여 認定된 것이다.

2) 法的 性質

碇泊命令의 法的 性質에 관하여 碇泊命令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 불과하고²¹⁵⁾ 따라서 碇泊命令은 독

²¹⁴⁾ 表炳日, “船舶의 強制執行”, 韓國海法會誌, 1994.12, 202쪽.

²¹⁵⁾ 南基正, 實務強制執行, 法律文化社, 1991, 367쪽.

립하여 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 아니라는 說²¹⁶⁾과 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 發付받아 執行官에 대하여 碇泊을 위한 執行의 申請을 할 수 있다는 것으로서 執行의 申請을 받은 執行官은 押留된 船舶의 出航을 事實行爲로서 沮止하기 위하여 操舵實에의 出入禁止, 操舵裝置의 封印, 船舶國籍證書 其他 航海에 必要한 文書의 占有 等の 措置를 취할 수 있다고 說²¹⁷⁾로 나누어지고 있다.

私見으로는 積極的인 執行處分으로서는 뒤에서 보는 바와 같이 監守·保存命令이 있고 碇泊命令이 그러한 執行까지는 豫定하고 있다고는 볼 수 없으므로 이를 債務名義나 執行處分으로 보기는 어렵고 단순히 碇泊義務를 確認的으로 宣言한 것으로 보는 前者의 見解가 妥當하다고 할 것이다.

3) 效力

碇泊命令의 效力은 債務者에 대한 (假)押留의 效力이 發生한 때부터 消滅에 이르기까지, 즉 船舶競賣의 境遇는 競落人이 代金을 完納하고 法院이 押留의 登記를 抹消하는 等 廣義의 換價節次가 終了할 때까지 存續한다. 그러나 碇泊命令은 債務者가 船舶을 出航시키는 것을 禁하는데 그치므로, 債務者나 그 家族들이 船舶을 占有하는 것은 無妨하다. 債務者가 碇泊義務에 違反하여 船舶을 出航시킨 境遇에는 債務者가 任意로 歸還하든가 押留 債權者가 船舶을 回航시키지 않는 限, 競賣節次는 執行不能으로 取消될 수 밖에 없을 것이다.

216) 法院行政處, 앞의 冊, 30쪽.

217) 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, 510쪽.

(2) 船舶國籍證書等の 提出

1) 受取命令의 意義

船舶假押留나 競賣에 있어서는 그 執行節次가 繼續 中인 限, 船舶을 일정한 場所에 碇泊시켜 둘 필요가 있다. 民事執行法은 船舶의 占有를 監守·保存人에게 移轉하는 監守·保存命令制度를 두고 있으나, 그것은 費用이 많이 所要되어 債權者에게 불필요한 負擔을 주어 반드시 適當한 方法이라고 할 수 없다. 그리하여 監守·保存制度 외에 船舶國籍證書等の 受取命令制度를 新設하여 執行官에게 職務命令으로서 船舶의 碇泊을 確保하도록 하였다(同法 第174條 第1項).²¹⁸⁾ 船舶은 船舶國籍證書 기타의 文書を 船內에 備置하지 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 위하여 船舶으로부터 이러한 文書を 受取하는 것이 가장 簡便하고 效果的이며 押留債權者에게 過多한 負擔을 지우지 않는 適切한 方法이 되는 것이다.²¹⁹⁾

2) 受取의 對象이 되는 文書

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. “船舶의 航行을 위하여 必要한 文書”란 船舶이 航行하기 위하여 法律上 具備하여 船內에 備置 또는 提示하여야 하는 文書이다. 船舶國籍證書는 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 海運官廳이 이를 船舶原簿에 登錄하고 나서 申請人에게 交付하는 文書이다(船舶法 第8條 第1項 및 第2項). 船舶國籍證書의 船內備置義務는 船長이 負擔한다(船員法 第20條). 其他 航行에 必要한 文書로는 乘務員名簿, 航海日誌, 旅客名簿, 貨物에 관한 書類 等(船員法 第20條

218) 法院行政處, 앞의 冊, 25쪽.

219) 宋相現·金炫, 앞의 冊, 586쪽.

第1項)과 船舶檢査證書와 臨時航行檢査證(船舶安全法 第10條의3 第1項, 第9條 第1項 및 第2項), 또는 假船舶國籍證書(船舶法 第9條) 등이 있다.

3) 受取·提出命令의 相對方

法文上으로는 “船長으로부터 受取하여”라고 되어 있으나 通常 船長이 船舶을 占有하고 있으므로 그러한 表現을 使用한 것에 불과하고, 受取命令의 相對方을 船長으로 局限하고 있는 것은 아니다.²²⁰⁾ 따라서 債務者 또는 所有者가 船舶을 占有하고 있는 때는 受取命令에 의하여 이러한 者로부터 船舶國籍證書等を 受取할 수 있을 것이다. 특히 擔保權에 의한 船舶任意競賣의 境遇는 船舶이 裸傭船이 되는 등 債務者 또는 所有者 以外の 者에 의하여 占有되어 있더라도, 占有者의 占有權은 競賣申請債權者에게 對抗할 수 없는 限 占有者로부터 船舶國籍證書等を 受取할 수 있다고 解釋한다. 그러나 船舶에 대한 強制競賣는 債務名義에 의한 對人執行이고 그 執行力은 原則으로 債務名義에 標示된 債務者에만 미치므로 船舶이 債務者 以外の 第3者에 의하여 占有되어 있는 境遇는 船舶國籍證書等を 受取할 수 없다고 解釋하여야 할 것이다.²²¹⁾ 受取命令의 相對方은 申請債權者에게 對抗할 수 있는 權原을 가지지 않은 船舶의 占有者이어야 한다. 申請債權者에게 對抗할 수 있는 權原을 가진 占有者에는 留置權者 또는 船舶競賣가 抵當權에 의한 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 該當된다. 船舶의 占有者의 占有權이 申請債權者에게 對抗할 수 없다는 것은 申請에 있어서 申請債權者가 疎明하여야 한다.

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

221) 法院行政處, 앞의 冊, 27쪽.

4) 受取命令의 時期, 效力 및 執行의 問題

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(同法 第174條 第2項).²²²⁾ 舊民事訴訟法下에서는 監守·保存處分이 船舶押留를 위한 유일한 制度였으나 現行法에서는 受取命令이 船舶押留를 위한 原則的 方法이 되었고 監守·保存處分은 오히려 副次的인 것이 되었다. 受取命令과 監守·保存處分이 並存하는 現行法에서는 監守·保存은 船舶에 대한 押留, 즉 事實上的 支配의 設定이라는 側面보다는 오히려 設定된 事實上的 支配의 維持, 즉 保管이라는 側面的 機能을 가진다고 할 것이다.²²³⁾

受取命令의 執行은 執行官이 文書 등을 受取하여 法院에 提出하고 이를 船籍港을 管轄하는 海運官廳의 長에게 通知함으로써 한다(民事執行規則 第96條). 그러나 海運官廳에 대한 위 通知는 外國船舶의 境遇에는 適用되지 아니한다.

5) 船舶國籍證書 등의 保全的 受取命令

船舶은 迅速히 入出航을 하는 境遇가 많아 債權者로서는 執行 對象이 되는 船舶의 正確한 一定을 寺田에 알 수도 없고 船舶이 特定한 港口에 入港한 후에 船舶執行을 申請하면 執行 以前에 出航해 버려서 執行이 不可能하여질 可能性이 높다. 이러한 問題는 港灣의 荷役設備의 革新 및 콘테이너 貨物의 增加 등에 따라 더욱 顯著하게 된다.²²⁴⁾ 이러한 不合理的을 除去하기

222) 船舶競賣節次에서는 競賣開始決定 후 2月이 經過하기까지 執行官이 船舶國籍證書 등을 受取하지 못하고 船舶의 所在가 分明하지 아니하면 法院은 競賣節次를 取消할 수 있다(同法 第183條).

223) 安連孝, 앞의 論文, 51쪽.

224) 洪光植, 앞의 論文, 719쪽.

위하여 民事執行法은 一種의 保全處分으로서 船舶執行申請前의 船舶國籍證書 등의 引渡命令制度를 規定하여 一定한 境遇 債權者가 法院으로부터 미리 保全的 受取命令을 받아 船舶의 入港을 기다려 바로 船舶國籍證書를 受取할 수 있도록 하였다(同法 第175條 第1項).

引渡命令은 現在 運航 中인 船舶이 가까운 時日 內에 어느 港口에 入港할 豫定이지만 入港 後 短時日 內에 出航하기 때문에 船舶執行을 하기 어려운 境遇나, 船舶이 현재 어느 港口에 碇泊 中이지만 短時日 內에 出航할 豫定이어서 그 동안 船舶執行을 하기 어려운 境遇에 할 수 있다.²²⁵⁾

引渡命令의 管轄法院은 船籍所在地를 管轄하는 法院²²⁶⁾을 原則으로 하고, 급박한 境遇에는 船舶의 所在地를 管轄하는 地方法院도 命令을 할 수 있다. 그러므로 現行法の 解釋上 外國船舶이 國內에 入港하기 전에는 船舶押留나 假押留가 不可能한 것으로 解釋한다고 하더라도 위 引渡命令을 얻을 수 있을 것이다.²²⁷⁾

引渡命令은 債權者의 申請에 따라 管轄法院이 決定 形式으로 發令하고, 그 性質上 一種의 斷行的 保全處分에 該當하나 擔保의 提供을 요하지 않으며 原則적으로 辯論을 거치지 않고 하여야 하고, 相對方인 債務者에게 送達하여야 하나 그 送達이 있기 前에도 執行할 수 있다. 그러나 相對方에게 送達된 날로부터 2周가 지나면 執行하지 못한다(同法 第175條 第4項, 第292條 第2項 및 第3項). 또한 引渡命令은 將來의 船舶執行을 쉽게 하기 위

225) 法院行政處, 앞의 冊, 38쪽.

226) 船籍이 없는 때, 즉 外國船舶이거나 아직 船籍이 없는 國內船舶인 境遇에는 大法院規則이 정하는 法院 즉 서울地方法院, 仁川地方法院, 水原地方法院平澤支院, 春川地方法院江陵支院, 春川地方法院東草支院, 大田地方法院洪城支院, 大田地方法院西山支院, 大邱地方法院浦項支院, 釜山地方法院, 蔚山地方法院, 昌原地方法院, 昌原地方法院晋州支院, 昌原地方法院統營支院, 光州地方法院木浦支院, 光州地方法院順天支院, 光州地方法院海南支院, 全州地方法院群山支院, 濟州地方法院이 管轄法院이 된다(民事執行規則 第98條).

227) 그러나 實務上 이러한 保全的 受取命令은 거의 全無하다. 安連孝, 앞의 論文, 62-63쪽.

한 保全處分이므로 引渡命令이 執行되면 빠른 期間 내에 船舶執行이 進行되는 것이 바람직하며 債權者는 5日 以內에 執行申請을 한 事實을 證明하여야 한다(同法 第175條 第2項).

(3) 監守·保存命令

1) 監守·保存命令의 意義 및 法的 性質

船舶은 執行節次中에는 押留港에 碇泊시켜 두는 것을 原則으로 한다.²²⁸⁾ 그러나 不動産과 달리 移動이 可能하고 船舶 및 屬具의 隱匿, 毀損 等に 의한 價値減少 等の 危險이 있으므로 이를 防止하고 그 價格을 維持하게 하기 위하여 法院은 債權者의 申請에 따라 船舶을 監守하고 保存하기 위하여 必要한 處分을 할 수 있도록 하였고(同法 第178條 第1項 및 第291條), 境遇에 따라 假押留命令 前에도 할 수 있다(民事執行規則 第218條, 第102條). 이 制度의 立法趣旨는 假押留 또는 競賣 中인 船舶이 碇泊命令에 違反하여 出航해 버리는 等の 執行不能의 事態를 막겠다는 것으로서 船舶國籍證書等の 受取制度와 함께 押留의 實效性을 確保하기 위한 裝置이다. 監守·保存處分은 船舶執行의 附隨的인 處分으로서 一種의 執行保全節次라 할 수 있다.²²⁹⁾

2) 監守·保存命令의 內容

實務上 監守·保存命令은 一括하여 申請되고 一括하여 發令되는 것이 普通이나, 監守와 保存은 그 內容이 다르다. “監守”라 함은 船舶과 그 屬具의

228) 碇泊命令의 法的인 性質에 대하여 獨立的인 債務名義나 執行處分인지의 與否에 대하여 論難이 있었으나 積極的인 執行處分으로서 監守保存命令이 있으므로 碇泊義務를 確認의으로 宣言한 것으로 보는 見解가 많았다. 새로 制定된 民事執行法은 第83條 第2項에서 “押留는 不動産에 대한 債務者의 管理·利用에 影響을 미치지 아니한다”라고 規定하여 이러한 論難을 解決하였다.

229) 法院行政處, 앞의 冊, 41쪽.

所在의 變動을 防止하기 위한 措置이고, “保存”은 船舶과 그 屬具의 效用 價値를 維持하기 위한 措置이다. 따라서 監守處分으로서는 性質上 監守人이 直接 그 船舶과 屬具를 占有할 必要가 있으나, 保存處分에 있어서는 반드시 保存人에 의한 占有를 必要로 하지 않는다.²³⁰⁾ 實務上으로는 執行官이 監守·保存人으로 選任되는 境遇가 많아서 法院으로서는 具體적인 措置를 命함이 없이 “別紙目錄記載 船舶의 監守 및 保存을 命한다” 라거나 “債務者의 別紙目錄記載 船舶에 대한 占有를 풀고 債權者가 委任하는 이 法院所屬 執行官에게 그 保管을 命한다” 라는 文句를 使用하고 있다.²³¹⁾

3) 監守·保存의 方法

監守·保存命令은 그 自體로서는 觀念的 執行이지만 그 決定에 基하여 現實로 事實的 執行行爲가 必要하고, 強制執行의 附隨的 處分으로서 確定을 要하지 않고 即時 執行할 수 있는 裁判이다. 그 事實的 執行(특히 船舶의 占有移轉)은 直接 監守人이 할 수 있는지, 그렇지 않으면 引渡執行에 관한 一般原則에 따라 監守·保存命令에 基하여 債權者가 執行官에 대하여 執行申請(委任)을 하여야 하는가에 대하여 論難이 있다. 그러나 監守人은 獨立한 執行機關이 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 取得할 수는 없다. 따라서 監守人이 任意로 船舶의 引渡를 받지 못하는 한 債權者 또는 監守人은 執行官에게 委任하여 引渡執行을 하여야 할 것이다. 다만 執行官이 監守人으로 選任된 境遇에는 그 監守人이 다른 執行官에게 執行委任을 하는 것은 異常하므로 債權者의 申請에 의하여 監守人 스스로 引渡執行을 할 수 있다.²³²⁾ 監守人은 監守命令을 執行하기 위하여 船舶國籍證書의 直接 保管,

²³⁰⁾ 李尙遠, 앞의 論文, 513쪽.

²³¹⁾ 法院行政處, 앞의 冊, 44쪽.

操舵裝置의 封印, 엔진열쇠의 保管 等の 措置를 취할 수 있고, 保存人은 반드시 押留 船舶의 占有移轉을 받을 必要는 없으나, 예컨대 暴風雨 等の 事故로 損傷된 船體·屬具 等を 修理하는 處分을 할 수 있고, 그 處分の 必要 與否를 定하기 위하여 補助人을 定期的으로 選任하여 船舶과 屬具의 現況을 檢査할 수 있다.²³³⁾

4) 監守·保存의 時期 및 效力

監守·保存命令을 申請할 수 있는 時期는 競賣 또는 假押留申請과 同時에, 또는 그 以後이다. 監守·保存命令은 競賣 또는 假押留申請이 있음을 前提로 하므로, 그 申請이 없이 監守·保存命令을 申請하는 것은 許容되지 아니하고, 또 競賣가 進行되어 競落許可決定이 宣告된 以後에는 監守·保存命令을 發할 수 없다. 원래 船舶에 대한 押留의 效力은 競賣開始決定의 送達時 또는 押留決定의 登記時(또는 船舶國籍證書 等の 受取時)에 發生하는 것이 原則이다. 그런데 監守·保存命令은 實際上 同時에 竝合하여 發令되기 때문에²³⁴⁾ 實質적으로는 恒常 船舶의 占有移轉이 따르게 되고, 이러한 占有의 移轉은 押留의 執行과 同一視되므로 開始決定의 送達 前이라도 監守·保全處分の 執行으로 押留의 效力이 생긴다고 規定하였다(同法 第178條 第2項). 이러한 監守·保存處分の 效力은 競落許可決定의 確定時까지 維持된다.²³⁵⁾ 船舶이 監守命令에 違反하여 出航해 버린 境遇 그 所在을 알 수 있으면 回航시켜 다시 抑留할 수 있으나 所在不明이거나 우리나라의 裁判權이 미칠 수 없는 곳으로 가버린 境遇에는 船舶의 滅失로 보아 執行

232) 法院行政處, 앞의 冊, 45쪽.

233) 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.

234) 表炳日, 앞의 論文, 205쪽.

235) 南基正, 앞의 冊, 369쪽.

不能으로 競賣節次를 取消하여야 할 것이다.²³⁶⁾

3. 船舶所有者의 利益을 考慮한 制度

債務者나 船舶所有者가 船舶假押留決定에 대하여 不服하고자 하는 境遇에는 債務의 不存在 또는 消滅 등의 事由를 들어 假押留異議申請(同法 第283條 第1項)을 하거나 法院에 債權者로 하여금 債務者에 대하여 本案訴訟을 제기하도록 提訴命令申請(同法 第287條 第1項)을 하도록 規定되어 있다. 또한 假押留된 船舶이 第3者의 所有라면 그 第3者는 債權者에 대하여 第3者異議訴訟을 提起할 수 있을 것이다(同法 第48條). 그러나 이러한 異議申請이나 訴의 提起가 船舶假押留에 대한 執行停止의 效力이 있는 것은 아니므로(同法 第283條 第3項) 船舶의 出航은 여전히 禁止되며, 異議를 하더라도 法院은 이에 대한 辯論期日을 指定하여 裁判을 하고 있으므로 長期間의 訴訟節次를 통하여 위 異議申請事件이나 本案訴訟에서 確定的으로 勝訴하지 않는 限 船舶의 抑留狀態는 계속되므로 船舶所有者로서는 많은 境遇에 債權者와 合意 또는 折衷을 試圖하게 된다.

그래서 우리나라 商法과 民事執行法에서는 船舶所有者 등의 利益을 考慮 船舶運行許可(同法 第176條 第2項), 擔保提供에 의한 船舶의 解放(同法 第282條), 航海의 準備를 完了한 船舶에 대한 押留 또는 假押留 禁止(商法 第744條) 등의 規定을 두고 있다.

우리나라의 現行法上으로는 保證書 등에 의한 船舶假押留執行의 解放이 許容되지 아니하므로 債務者는 現金供託을 할 수밖에 없다. 그래서 船舶所有者가 債權者와의 協商에 失敗하거나 假押留異議訴訟 또는 本案訴訟의 結果를 기다릴 수 없다면, 船舶假押留로부터 解放되기 위해서는 運行許可申請을 하거나 解放供託에 의한 假押留執行取消制度를 活用할 수밖에 없지만

²³⁶⁾ 法院行政處, 앞의 冊, 47쪽.

運行許可는 主要한 利害關係人들의 同意를 要件으로 하며, 解放供託은 假押留請求金額 全額의 現金供託을 要件으로 하고 있어 船舶所有者에게 지나치게 不利하다 할 수 있다. 그러므로 債權者와 債務者의 利害調停을 위하여 船舶所有者가 將來의 訴訟이나 仲裁 또는 合意에 의하여 自身이 負擔하게 될 債務를 保證한다는 趣旨의 船主相互保險組合(P&I Club)의 保證書(letter of undertaking)를 徵求한 후 이를 債權者에게 交付하여 債權者가 船舶에 대한 假押留를 取下하여 船舶을 出航하도록 할 수 있도록 하거나, 이러한 保證書 등에 의한 船舶의 解放을 許容하는 方案을 마련하여야 할 必要가 있다고 할 것이다.²³⁷⁾

한편 우리나라 商法에서는 “航海의 準備를 完了한 船舶과 그 屬具는 押留 또는 假押留를 하지 못한다(同法 第744條)”라고 規定하여 船舶所有者를 保護하고 있다.

(1) 船舶運行許可

1) 意義

法院은 營業上의 必要上 그 밖에 相當한 理由가 있다고 認定할 境遇에는 債務者의 申請에 의하여 船舶의 運行을 許可할 수 있다(同法 第176條 第2項). 이러한 船舶運行許可制度를 認定한 것은 船舶이 押留港에 묶여 있으므로 인하여 그 運行에 의하여 얻을 수 있는 收益을 얻지 못하게 되고 또 많은 額數의 滯船料를 負擔하여야 하는 등 莫大한 損害를 입게 되므로 一定한 要件下에 碇泊命令을 解除하여 運行을 許可하기로 한 것으로서 船舶

237) 日本의 境遇 金錢이나 法院이 相當하다고 인정하는 有價證券의 供託 以外에 債務者가 銀行이나 保險會社와 支給保證委託契約을 締結하는 方法에 의한 保證의 提供이 인정되고 있다(日本民事執行法 第15條 및 同 規則 第10條). 특히 船舶執行의 境遇에는 債務者가 法院의 許可를 받아 銀行이나 保險會社 以外에도 船主相互保險組合(P&I Club)과 支給保證委託契約을 締結하여 保證을 提供할 수 있다(日本 民事執行規則 第78條 1號).

假押留 뿐만 아니라 船舶競賣에도 適用되는 制度이다. 運行許可에 의해 船舶이 出航하게 되면 執行節次는 적어도 運行期間 동안에는 不可能하게 되고, 만일 歸航하지 않으면 執行 自體가 不可能하게 되므로 船舶運行許可는 實質的으로는 強制執行의 一時停止 또는 取消에 該當한다고 할 수 있다.

2) 要件

첫째, 債務者의 申請이 있어야 한다. 執行法院이 運行許可의 決定을 하기 위하여는 債務者의 申請이 있어야 하며, 執行法院이 職權으로 運行許可決定을 하지는 못한다. 다른 利害關係人은 申請權이 없다.

둘째, 營業上의 必要 그 밖에 相當한 理由가 있어야 한다.²³⁸⁾ 이는 船舶의 利用과 執行節次의 續行을 比較·衡量하여 運行을 許可하는 것이 妥當하다고 認定되는 境遇를 意味한다. 그러나 法院이 運行許可를 해주기 위해서는 뒤에서 보는 바와 같이 主要한 利害關係人의 同意를 要求하고 있으므로 이 要件을 지나치게 嚴格하게 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 買受人의 同意가 있어야 한다. 여기서의 債權者에는 競賣를 申請한 債權者 以外에 配當要求債權者도 포함되나, 配當要求를 하지 않은 擔保權者가 包含되는가에 관하여는 이를 否定하는 見解와 登記를 마친 船舶抵當權者는 包含된다는 見解가 對立한다.²³⁹⁾

實務上으로 運行許可에 利害關係人들의 同意를 얻는다는 것은 現實的으로는 매우 어려운 일이므로 이 制度가 利用되는 事例는 거의 없다.²⁴⁰⁾ 왜냐하면 運行許可를 決定할 때 船舶의 押留에 의하여 債務者가 입는 不利益

238) 法院行政處, 앞의 冊, 31쪽.

239) 法院行政處, 앞의 冊, 31쪽.

240) 李尙遠, 앞의 論文, 512-512쪽.

과 執行債權者가 押留를 계속할 必要性을 比較·衡量하여 그 兩者의 收益이 調和되도록 할 필요가 있으나, 위 要件을 嚴格하게 解釋하지 않을 수 없는 것은 航行後 歸還하지 아니하면 運行許可는 實質적으로 船舶執行의 不能으로 인한 節次의 取消을 意味하게 되기 때문이다.²⁴¹⁾

3) 運行許可決定의 內容 및 效力

船舶運行許可決定은 實質적으로 船舶執行節次의 一時停止 및 船舶所有者에 대한 使用許可를 意味하므로 執行法院은 保管中인 船舶國籍證書等を 債務者 내지 船長에게 返還하여야 한다.²⁴²⁾ 그리고 運行許可決定에는 船舶의 目的, 航路, 期間, 歸航할 港口 等を 具體적으로 明示해야 한다. 航路에 관하여는 “○○港과 ○○港 사이의 航行” 과 같이 出發港과 目的港을 特定하여야 하고, 期間은 具體적으로 “○月○일부터 ○月○일까지” 라고 特定하여야 한다.²⁴³⁾ 歸港하여야 할 港口는 原則적으로 運行許可 당시의 碇泊港이 될 것이나, 執行法院의 管轄區域 內에 있는 다른 港口라도 無妨하며, 船舶이 許可期間 內에 執行法院의 管轄區域 內으로 歸航한 境遇에는 執行節次가 續行된다. 航行의 結果 船舶의 滅失·毀損, 不歸航과 같은 사태가 發生하였을 때의 不利益은 利害關係人 全員에게 돌아간다. 反面에 航行의 結果로 債務者가 收益을 얻더라도 그 收益에는 押留의 效力이 미치지 아니하므로 債權者가 위 收益에서 債權의 滿足을 얻으려면 別途로 執行節次를 밟아야 한다.²⁴⁴⁾ 그러나 이는 運航許可에 同意한 債權者에게 이로 인한 危險은 모두 歸屬시키면서 그 利益은 債權者와 無關하게 하는 것은 衡平에 맞

241) 李英燮 外, 앞의 冊, 86쪽.

242) 法院行政處, 앞의 冊, 33쪽.

243) 法院行政處, 앞의 冊, 32쪽.

244) 法院行政處, 앞의 冊, 33쪽.

지 않으므로 그 收益을 執行法院에서 管理하여 債權者가 配當받을 수 있도록 하여야 할 必要가 있다.

(2) 船舶의 解放

債務者는 假押留命令에 明示된 金額을 供託함으로써 假押留의 執行을 停止시키거나 執行한 假押留를 取消시킬 수 있다(民事執行法 第282條). 이는 船舶假押留의 目的을 船舶으로부터 債務者가 擔保를 提供함으로써 債權者는 請求債權에 대한 假押留의 權利를 維持하고 債務者는 假押留를 解除하여 船舶을 出航시킬 수 있도록 하자는 趣旨이다. 船舶假押留는 原則적으로 急迫한 境遇에 許容되는 保全處分이나 實際로는 債權의 存在를 어느 程度 疏明하면 請求債權의 10分の 1 程度의 供託(實務上으로는 保險證券에 의한 擔保提供)에 의하여 쉽게 假押留가 許容될 뿐만 아니라 債權의 種類를 묻지 않고 假押留를 할 수 있다. 그러나 債務者가 假押留로부터 解放되기 위해서 우리나라의 境遇 반드시 現金供託을 要求하고 있다.²⁴⁵⁾ 이와 같은 우리나라 民事執行法의 規定은 債權者가 실제로 支出된 費用보다 훨씬 高額の 金額이 支出된 듯이 書類를 만들어 假押留申請을 하여도²⁴⁶⁾ 船舶假押留가 比較的 쉽게 許容되는 實務例에 비추어 볼 때 債權者와의 衡平에도 어긋나며 供託金에는 名目的인 利子が 發生할 뿐만 아니라 境遇에 따라서는 相當한 換差損까지 甘受하여야만 되므로 債務者 또는 船舶所有者에게 너무 苛酷하다. 中國에서는 國內船舶에 대하여 當該 船舶의 處分權을 制限하거나 債務者가 抵當權을 設定하는 것으로 運航을 許可하고, 外國船舶에 대해서도 “1999年 船舶假押留國際條約”을 受容하여 海事債權者를 保護하기 위해서 船舶假押留를 認定

245) 大判 1996. 10. 1. 96마162 參照.

246) 實務上으로는 船長이나 機關長의 修理 또는 報酬明細에 대한 完成辭讓書 등의 確認만 받고 金額은 押留債權者의 計算에 따라 競賣申請을 하는 境遇가 허다하다.

하는 한편, 船主의 立場에서도 現金供託없이 P&I 保證書 等に 의하여 船舶을 解放시킬 수 있는 方法을 열어 두어 債權者, 債務者 모두에게 利益이 될 수 있게 하는 등 融通性을 보이고 있다.

(3) 航海準備完了船舶에 대한 船舶執行의 制限

1) 意義

우리나라 商法 第744條는 “航海의 準備를 完了한 船舶²⁴⁷⁾과 그 屬具는 押留 또는 假押留를 하지 못한다. 그러나 航海를 準備하기 위하여 생긴 債務에 관하여는 그러하지 아니하다” 라고 規定하고 있다. 원래 航海準備를 完了한 船舶에 대한 押留禁止規定은 船舶이 組合契約에 의하여 運行되던 中世에 私法上의 債務에 기하여 船員이나 乘船商人을 抑留하는 것을 禁止하는 것으로부터 發達하여 18世紀경에 이르러 오늘날과 같이 一般的으로 發航準備를 完了한 船舶에까지 그 範圍가 擴大되었다고 한다.

그러나 이와 같은 航海準備를 完了한 船舶에 대한 押留禁止는 大陸法系 國家에서 發達한 것으로 英美의 海商法에는 存在하지 아니한다. 航海準備

247) 商法 第744條의 船舶에는 外國船舶도 포함되는가에 대해서는 意見이 對立되어 있다. 相互主義에 따라 船籍國法에 의하여 위와 같은 押留禁止가 認定되는 않는 外國船舶의 境遇에는 위 押留禁止規定이 適用되지 않는다는 見解가 있을 수 있다. 實際로 콜롬비아, 칠레, 아르헨티나 등의 一部 南美 諸國의 立法例는 위와 같은 發航準備를 完了한 船舶의 押留禁止規定을 두고 있으면서도 外國船舶에 대하여는 同 規定의 適用이 없도록 하는 特例를 두고 있다고 한다. 그와 같은 主張의 根據로는 債權者는 船舶의 國籍을 照回하는 것이 보통이고 따라서 旗國法의 適用을 豫想하기 때문이라고 한다. 그러나 船舶을 押留할 수 있는지 여부는 節次에 관한 問題라 할 것이므로 그 船舶이 所在하고 있는 法廷地法에 의함이 相當하다. 商法 第744條는 단순히 船舶이라고만 規定하여 內國船舶과 外國船舶을 區別하지 않고 있고, 위 規定의 立法理由가 단순히 船舶所有者만을 保護하기 위한 規定이 아니라 多數의 利害關係人을 保護하기 위한 公益的 規定인 點에 비추어 본다면, 위 商法規定이 明文으로 外國船舶을 排除하지 아니하는 韓 위 規定은 外國船舶에 대하여도 당연히 그 適用이 있다고 보아야 할 것이다. 權五坤, “外國船舶執行上の 몇 가지 問題點”, 裁判資料 第34輯, 法院行政處, 1986, 638쪽.

를 完了한 船舶에 대한 押留를 禁止한 위 規定을 單純히 船舶所有者만을 保護하기 위한 規定이 아니라 多數의 利害關係人을 保護하기 위한 公益的 規定이라고 說明한다. 즉, 債權者로서는 押留하려는 船舶이 入港하였을 때 에 지체없이 押留를 하면 足한 것이므로 만일 債權者가 船舶의 航海準備가 完了될 때까지 權利行使를 怠慢히 하였다면 債權者를 保護할 필요가 없을 뿐만 아니라, 船舶所有者, 船員, 乘客 또는 貨主 등 多數의 利害關係人이 發航의 遲延, 他 船舶에의 移積 등으로 不測의 損害를 입게 되는 것을 防止하여 그 利益의 保護를 꾀하는 것이 社會的 見地에서도 바람직하다는 것이다.²⁴⁸⁾

2) “航海準備完了”의 意味

商法은 航海準備를 完了한 船舶의 意味에 대하여 明文의 規定을 두지 않고 解釋에 맡기고 있다.²⁴⁹⁾ 學說은 一般的으로 船舶의 즉시 出發을 可能하게 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.²⁵⁰⁾ 具體的으로 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 具備한 때, 또한 艙口를 閉鎖하고 起重機를 受納하고 稅關의 官吏 등이 下船하였을 때²⁵¹⁾ 航海準備를 完了한 것으로 볼 것이다.²⁵²⁾

248) 權五坤, 앞의 論文, 638쪽. 李英燮 外, 앞의 冊, 81쪽.

249) 立法例에 따라서는 形式的인 要件을 갖추었을 때 發航準備를 完了한 것으로 明示하기도 한다. 예컨대, 프랑스는 船長이 航海에 필요한 船舶書類를 具備한 때에 發航準備를 完了한 것으로 본다고 規定하고 있고, 브라질의 境遇 船舶積載能力의 4分の 1 以上 積載한 때를 基準으로 정하고 있다. 權五坤, 앞의 論文, 640쪽.

250) 李英燮 外, 앞의 冊, 42쪽.

251) 鄭炳碩, 앞의 冊, 73쪽.

252) 港灣警察이나 稅關에 提出할 書類까지 具備할 필요는 없다. 李英燮 外, 앞의 冊, 43쪽.

3) 押留制限의 期間

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 關聯하여 國內의 通說은 航海準備完了라는 要件을 도중의 寄港地에서 出航할 때마다 各 寄港地를 基準으로 個別로 정한다면 押留制限의 趣旨가 無色하게 될 것이므로 當初 航海 計劃의 策源地였던 最初의 港口를 基準으로 그 港口에서 航海를 하는데 必要한 相當한 準備를 한 것이면 航海의 準備를 完了한 境遇에 該當한다고 解釋함이 妥當하다고 한다.²⁵³⁾ 그러나 어떤 港口가 當初 航海計劃의 策源地였던 最初의 港口이고 어느 때에 그 策源地에서 計劃한 航海가 終了하는 것인지 즉 어떤 航海가 1회의 航海이고 그 1회의 航海는 어느 때에 終了하는가는 分明하지 않다. 結局은 이 規定의 立法趣旨에 비추어 새로운 利害關係人の 發生 등으로 그때까지의 航海와는 區別되는 새로운 航海가 시작되었다²⁵⁴⁾고 봄이 相當한 境遇에는 從前의 航海가 終了되고 따라서 새로운 航海의 準備를 完了하기 前까지는 船舶을 押留할 수 있다고 하는 것이 妥當할 것이며²⁵⁵⁾ 나아가 不定期船이나 傭船契約에 의하여 運行되는 船舶의 境遇 寄港港이나 避難港에서 積荷 全部가 揚陸된 때, 個品運送을 하는 定期船의 境遇에도 中間港에서 積荷의 全部가 揚陸된 때에는 航海가 終了되었다고 봄이 相當할 것이다.²⁵⁶⁾

4) 規定의 適用範圍

253) 權五坤, 앞의 論文, 641쪽.

254) 그러나 中間港에 碇泊하여 積荷의 일부를 揚陸 또는 다른 積荷를 船積하는 境遇, 發航 後 風浪 등으로 말미암아 一時 出航港에 寄港하거나 避難港에 入港한 境遇 또는 그 港에서 修理를 하는 境遇 등에 있어서도 債權者는 押留를 하지 못할 것이다.

255) 프랑스에서는 原則적으로 途中港이나 避難港에서는 押留가 禁止되며, 船體破損 등으로 더 以上の 航海가 不可能하게 되거나 積荷를 全部 揚陸한 때에는 航海가 終了된 것으로 본다. 權五坤, 앞의 論文, 642쪽.

256) 鄭炳碩, 앞의 冊, 73쪽.

위 規定이 船舶假押留는 물론 船舶押留에도 適用되는 것임은 文言上 疑問의 餘地가 없다. 또한, 위 押留禁止規定은 金錢執行에 관한 것이므로 船舶에 대한 物權의 請求權에 의한 引渡請求의 境遇에는 適用되지 아니할 것이다. 따라서 假處分도 強制執行의 結果를 保全하기 위하여 係爭物에 대한 強制處分 또는 다툼이 있는 法律關係에 있어 臨時의 處分을 정하는 것으로 金錢의 支給을 目的으로 하지 않는 것이므로, 위 規定의 適用이 없다고 할 것이다. 또한 商法 第745條에 의해 總噸數 20噸 未滿의 船舶에 대해서는 適用되지 아니한다.

5) 押留禁止의 例外債權

商法 第744條 但書에서 航海準備를 完了한 船舶에 대한 위와 같은 押留禁止의 規定은 그 “航海를 準備하기 위하여 생긴 債務”에 관하여는 그 適用이 없는 바, 航海를 準備하기 위하여 생긴 債務란 예컨대 航海準備에 필요한 船舶의 裝備, 食糧과 燃料 等に 관한 債務를 말한다 할 것이다. 이러한 債權들은 實際로는 發航直前に 發生한 것이어서 船舶의 發航準備 完了 이전에 그 行使를 하도록 要하는 것은 債權者로 하여금 權利行使에 큰 곤란을 겪게 하는 것이기 때문에 위와 같은 發航準備를 위하여 생긴 債務는 最初의 出發港에서 생긴 債務뿐만이 아니라 途中港에서 發生한 債務도 포함한다고 解釋함이 마땅하다. 그러므로 船舶의 寄港地에서는 原則적으로 船舶을 押留할 수 없지만 그 寄港地에서 向後의 航海準備를 위하여 생긴 債務에 관하여서는 押留할 수 있다고 할 것이다.²⁵⁷⁾ 또한 法律關係의 性質上 債權이나 債務가 船舶의 發航直前 또는 直後에 發生하거나 發生한 것으로 볼 수 있는 境遇, 예컨대 航海의 準備를 完了한 船舶에서 運送人의 故意 또는 過失로 인하여 乘客이 입은 精神的, 身體的, 物質的 損害로 인한

257) 權五坤, 앞의 論文, 639쪽.

損害賠償請求權, 航海의 準備를 完了한 후 發生하는 請求權으로서 船舶에 대한 共同海損, 海難救助에 基한 請求權, 當該 航海 중에 생긴 船舶衝突 등에 의한 損害賠償請求權 等を 들 수 있는 바, 이들 債權의 境遇 債權者가 權利行使를 怠만히 하였다는 非難을 할 수 없다는 點에서 一定한 境遇 但 書條項을 擴大解釋을 할 需要가 있을 것이다.²⁵⁸⁾ 그러나 擴大解釋을 하는 見解에서도 이러한 請求權을 모두 押留 할 수 있다고 할 境遇 本文 規定을 死文化한다는 理由로 擴大解釋의 範圍를 船舶衝突, 共同海損, 海難救助 등에 의한 請求權만으로 限定하는 見解가 많다. 이러한 請求權은 航海에 隨伴하여 積荷關係者들이 當然히 豫想할 수 있는 危險이므로 이런 債權으로 인한 押留 等은 그 危險을 利害關係人에게 甘受시켜도 衡平의 理念에 반하지 아니하고, 이러한 債權이 押留의 需要가 가장 切實하다는 點을 根據로 한다.²⁵⁹⁾ 그밖에 被保全權利를 制限함으로써 押留가 可能한 範圍를 調停하는 見解도 있다.²⁶⁰⁾

II. 私見

1. 船舶國籍證書等の 提出拒否에 대한 制裁措置의 必要性

우리나라의 現行 民事執行法 第174條 第1項에서는 船舶所有者 또는 船長 등이 船舶國籍證書等の 提出을 拒否하는 境遇에도 이에 대해 아무런 制裁措置를 하지 않고 있다. 그래서 執行官이 船舶國籍證書 등의 受取命令을

258) 韓暎杓, “船舶에 대한 假押留”, 船舶執行에 관한 諸問題, 釜山地方法院, 1999.

259) 日大決 1940 昭和15 11.26. 判決도 航海準備를 마친 船舶이라도 航海 중 다른 船舶과의 衝突에 의하여 생긴 損害賠償債權에 대해서는 위 假押留禁止規定이 適用되지 않는다고 한다.

260) 鄭熙喆·鄭燦亨, 앞의 冊, 809쪽.

執行하여도 船舶所有者 또는 船長 등의 提出拒否로 인하여 受取率이 극히 低潮하다고 한다.²⁶¹⁾ 그러므로 船舶國籍證書 등의 受取率 提高를 위하여 船長 등이 強制執行을 妨害하기 위하여 故意的으로 船舶國籍證書等を 提出하지 않는 境遇에 대한 對策으로서 債務者 또는 船長 등에게 高額の 過怠料를 賦課하거나 處罰을 하는 規定을 두는 등 보다 強力하고 實效性있는 措置가 필요하다고 할 것이다.

2. 監守·保存의 費用節減에 관한 對策의 必要性

監守·保存은 押留의 實效性을 確保하기 위해 特別히 마련된 裝置이나 그 執行에 있어서는 具體적인 관련 法規나 業務體系가 確立되어 있지 못해서 여러 가지 問題가 發生하고 있다. 특히 外國船舶에 대한 執行의 境遇에는 監守·保存이 어떻게 이루어지느냐에 따라 그 執行의 成事 與否가 좌우되므로 債權者는 假押留執行申請(또는 競賣申請)과 더불어 監守·保存命令申請을 하는 事例가 大部分이다.

한편, 船舶執行에 있어서 重要한 問題는 執行費用을 줄이는 것이라 할 수 있으며, 특히 執行費用의 大部分을 차지하는 監守保存費用을 줄이는 것은 매우 重要한 問題라 할 수 있다. 實務上 監守保存費用은 船舶에 따라 差異가 있으나 1,000噸級을 基準으로 每月 약 1,000만원 程度가 필요하다.

強制執行에 所要되는 費用은 우선 債權者가 負擔하고 終局的으로 債務者가 負擔하여야 하는 것이 原則이므로 債權者는 執行申請時 莫大한 執行費用을 納付하여야 한다. 그러나 過多한 監守保存費用의 發生으로 인하여 船舶의 競落代金の 大部分이 監守保存費用으로 支出되는 바람에 實際로 債權者에게 配當되는 金額이 없는 境遇가 허다할 뿐만 아니라 심지어 申請債權者가 그 費用을 豫納한 境遇 自身の 申請債權額을 回收하지 못하는 것은

²⁶¹⁾ 安連孝, 앞의 論文, 64쪽.

물론이고 이미 豫納한 監守保存費用조차 回收하지 못하는 事例마저 있어 債權者의 立場에서는 債務者 所有의 船舶을 競賣하여 債權을 回收하려다가 오히려 執行費用까지를 負擔하는 境遇도 있다. 또한 債務者도 強制執行이 完了되어 本來의 債務를 大部分 辨濟한 후에도 執行에 所要된 莫大한 費用 때문에 本來의 債務 外에 이에 따른 追加 負擔을 지게 되므로 이에 대한 對策이 필요하다고 할 것이다.

이러한 監守保存費用을 줄이는 方法은 狀況에 따라 달라 질 수가 있으나 重要한 것은 다음과 같다.

첫째, 監守保存費用 自體를 低減하는 方法이다. 監守保存費用은 크게 港費, 油類費, 船員費, 船用品費, 修理費, 船舶管理費, 其他 費用으로 나눌 수 있고, 그 중 油類費, 船員人件費, 船舶管理費가 總費用의 70-80%를 차지하기 때문에 이를 低減하는 方案이 가장 중요하다고 할 수 있다.²⁶²⁾

둘째, 監守保存期間을 短縮하는 方法이다. 이는 船舶假押留의 境遇에는 該當되지 않고 船舶競賣에 해당되는 것이라 할 수 있으나 債權者는 船舶假押留를 한 후에도 債務名義를 얻어서 다시 船舶競賣申請을 하여야 하므로 船舶假押留에도 同一하게 생각할 수 있다.²⁶³⁾

셋째, 監守保存船舶에 대해서 集團으로 管理하는 方法이다. 監守保存執行

262) 이를 위해서 執行官은 監守保存會社가 請求하는 費用이 必要 最小限의 費用인지, 그 費用이 實際로 支給되었는지 與否에 대하여 철저한 確認과 監督을 하여야 할 것이고, 또 執行法院은 執行官으로 하여금 船舶管理會社에서 船舶 狀態에 따른 適切한 監守保存을 實施하고 있는지, 乘務船員의 人力으로 效率의인 監守保存을 하는지 與否 등 全般的인 監守保存行爲에 대하여 定期的으로 監督을 할 必要가 있다.

263) 船舶競賣節次를 보면 船舶에 대한 競賣開始決定으로부터 競落代金の 支給에 의한 監守保存 執行의 終了時까지의 期間은 一률적으로 말할 수 없으나 통상 짧게는 6個月, 길게는 2년이 넘게 所要되고 있다. 이와 같은 競賣節次의 長期化에 따른 最低競賣價格의 低減에 의하여 船舶의 競落代金도 通常 鑑定價格의 20% 水準에 못 미치는 境遇가 많았다. 그러므로 船舶 競賣事件에 대해서는 競賣期日의 迅速한 指定과 競賣期日間隔을 短縮함으로써 監守保存期間을 短縮할 수 있을 것이다.

중인 船舶은 執行이 終決될 때까지 航行이 禁止된 채 碇泊되어 있는 것이므로 港灣 內에서 一般 船舶에 要求되는 것과 같은 程度의 荷役, 物品普及, 出航 등이 容易한 碇泊場所를 必要로 하지 않는다. 그러므로 法院이 港灣 管理當局으로부터 行政上의 協助를 통하여 監守保存執行 中인 船舶을 위한 繫船場所를 指定받게 되면 港灣費用을 대폭 줄일 수 있을 뿐만 아니라 假押留 및 競賣船舶의 集團管理를 可能하게 하여 船員人件費, 船舶管理費, 通信費 등 附帶費用을 劃期的으로 低減시킬 수 있을 것이다.

넷째, 保管人을 選任하는 方法이다. 日本에서는 執行官이 債務者로부터 船舶國籍證書 등을 取得하도록 하고 있는 以外에 더 나아가 必要하다고 認定되는 境遇에는 押留債權者の 申請에 의하여 強制競賣開始決定이 된 船舶에 대하여 保管人을 選任할 수 있도록 하고 있다.²⁶⁴⁾ 우리나라도 立法論上 이를 參考할 必要가 있을 것이다.

3. 商法 第744條(假押留制限)의 削除의 必要性

航海準備를 完了한 船舶에 대하여 假押留를 制限한 商法 제744조의 規定은 發航準備 完了時期가 明確하지 않을 뿐만 아니라 오늘날 海上企業의 大型化, 代替船舶確保의 容易性 및 船舶金融의 便宜性 沮害 등 그 立法趣旨와 國際的 趨勢에 비추어 볼 때 廢止하는 것이 妥當하다.²⁶⁵⁾ 즉, 發航準備를 完了한 船舶에 대한 위와 같이 押留禁止規定이 나타나게 된 18世紀 및 19世紀에 있어서의 狀況은 當時의 海上企業이라는 것이 주로 船舶을 利用한 小企業 形態가 大部分으로서 그것도 모두가 不定期船들로 運營되고 있었으므로 代替船舶을 구한다는 것이 거의 不可能하였으므로 積荷關係人 등 第3者의 利益保護를 위하여 發航準備를 完了한 船舶의 押留를 禁止하는 規

264) 李尙遠, 앞의 論文, 516쪽.

265) 洪光植, 앞의 論文, 689쪽.

定이 必要하였다고 할 수 있을 것이다.

그러나 오늘날에는 海上企業이 多數의 船舶을 가진 大規模의 企業으로 運營될 뿐만 아니라 一定한 航路를 계속 運航하는 定期船들이 많이 登場하였고, 船舶企業의 大型化 및 船舶企業間的 競爭 등으로 인하여 代替船舶을 구하는 것이 쉽게 되었으며, 또한 通信手段 등이 高度로 發達하여 債權者의 犧牲아래 위와 같은 押留禁止規定을 계속 維持할 根據가 稀薄하게 되었다.²⁶⁶⁾

이 押留禁止規定은 海上企業活動에 있어서 그 무엇보다도 강력한 船舶優先債權의 存在로 인하여 威脅을 받고 있는 海上金融을 더욱 위태롭게 할 수 있으며, 債權者의 權利行使를 制限함으로 인하여 船舶金融을 壓迫하여 終局的으로는 船舶所有者에게도 이롭지 않을 것이므로 오늘날에 있어서는 이 規定의 立法趣旨가 크게 退色하였던 것이다. 그래서 最近의 世界的 立法傾向은 船舶押留禁止條項의 廢止를 指向하고 있다.²⁶⁷⁾ 더구나 이 規定의 具體的 解釋運用에 있어서 航海準備完了 概念의 嚴格解釋, 押留禁止가 適用되지 않는 例外債權의 廣範圍한 認定 등으로 인해 規定 自體가 事實上 무의미하게 되었다. 比較法的으로도 大陸法系 國家들에서는 이러한 押留制限規定이 있으나, 英美法系 國家에서는 이러한 制限規定이 없다. 그 결과 英美의 船舶은 大陸法系의 國家에서 押留를 당하지 않으나 大陸法系 國家의 船舶은 英美에서 押留를 당하는 境遇가 생기는 不合理가 發生한다. 外國船舶에 대한 內國修理業者, 物品供給者, 代理店 等の 債權 또는 替當金等 假押留의 大部分은 이러한 種類의 債權을 被保全權利로 하는 바, 英法이 支配하는 곳에서는 國籍 여부를 묻지 않고 간단히 押留할 수 있으나,

266) 船舶의 衝突이나 積荷의 損傷들에 基礎한 損害賠償請求權에 대해서는 船舶의 船體保險者 또는 船主相互保險組合이 押留 등을 피하기 위해 債權者들에게 保證狀(letter of guarantee)을 提出하는 境遇가 많아 이런 種類의 船舶에 대한 押留 등은 減少하고 있다.

267) 權五坤, 앞의 論文, 643-644쪽.

우리나라에서는 할 수가 없으므로 衡平에 맞지 아니한다. 또한 “1952年 船舶假押留協約” 第3條도 船舶이 航海準備를 完了하였다 하더라도 船舶을 押留할 수 있다고 明文으로 規定하고 있었다.²⁶⁸⁾

實務上으로도 이 規定은 嚴格하게 지켜지고 있지 않다. 假押留申請時 法院은 船舶이 管轄區域 內의 港口에 碇泊하고 있고 아직 航海準備를 完了하지 않고 있다는 事實을 證明하는 證明書を 添附할 것을 要求하고 있으나, 반드시 地方海洋水産廳에 發給한 것만을 要求하는 것이 아니고 船舶代理店, 保險會社 등의 報告書로도 代替되고 있고, 申請債權者의 辯護士가 作成하는 境遇도 많아 作成者의 任意에 맡겨질 可能性이 많은 것이다. 또한 이러한 證明書가 없다는 理由로 押留申請을 却下하지도 아니한다.²⁶⁹⁾

4. 運行許可制度의 改正의 必要性

運行許可制度는 債權者 등의 同意가 있으면 特別한 制約없이 船舶의 押留를 解除하고 航海를 許可하는 制度로서 運行許可를 받은 船舶이 航行을 하다가 滅失·毀損되거나, 歸航하지 않는 境遇가 發生하였을 때의 不利益은 利害關係人 全員에게 돌아간다. 그러나 航行의 結果로 債務者가 收益을 얻더라도 그 收益에는 押留의 效力이 미치지 아니하므로 債權者는 債務者가 얻은 收益으로부터 債權의 滿足을 얻으려면 別途로 이를 押留하는 措置

268) 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21권 第 1號), 209-210쪽.

269) 以上에서 살펴본 바와 같이 假押留制限規定의 廢止가 바람직하다고 생각하나 아직 法の 改正이 이루어지지 않은 時點에서도 法解釋이나 實務處理에 있어 運營의 妙를 살려 不合理를 防止하여야 할 필요가 있을 것이다. 그러므로 우선 解釋論的으로 航海의 準備完了를 嚴格하게 解釋하고 商法 第744條 但書의 規定을 可及의 넓게 解釋하는 方案을 摸索하여야 하며, 實務上으로도 일단 假押留를 許容하고 債務者 側이 異議를 提起하는 節次를 許容하거나, 債權者로 하여금 利害關係人의 利益保護를 위해 一定한 擔保를 提供하게 하는 方案 등을 考慮할 수도 있을 것이다.

를 取하여야 한다.²⁷⁰⁾ 이와 같이 運航의 危險을 債權者에게 歸屬시키면서 그 收益은 債權者와 無關하게 한 것은 衡平에 맞지 않는다고 할 것이므로 그 運行收益을 執行法院에서 管理하여 債權者가 配當받을 수 있는 法制가 要求된다고 하겠다. 實務적으로는 不動產強制管理의 收益處理規定(民事執行法 第169條)을 準用하여도 無妨할 것으로 보이나 우리나라에서는 船舶에 대하여는 強制競賣 外에 強制管理는 許容되지 않고 있다.²⁷¹⁾

5. 保證書 等에 의한 假押留船舶 解放의 必要性

船舶假押留의 境遇 債權者는 自身の 過失의 有無 및 程度를 생각하지 않을 뿐만 아니라 自身이 입은 實際 損失에 關係없는 部分까지 債務者에게 負擔시키려는 意圖로 債權額을 過多하게 請求하는 事例가 많다. 이러한 境遇 假押留解放을 위한 保證額의 基準이 되는 債權額의 確定에 많은 問題點이 發生하게 된다. 債權額이 不當하게 算定된 境遇에 法院이 保證金額의 基準이 되는 債權額을 合理的으로 定할 수 있는 節次나 方案이 마련되어야 할 것이다. 만약 우리나라와 같이 船舶所有者에게 假押留된 船舶의 解放을 위해 무조건 現金供託만을 要求하게 된다면 船舶運航을 中止하게 됨으로써 假押留 費用이 過多하게 增加할 수 있고, 結局은 船舶의 運航停止損失이 커져서 債權者나 債務者 모두에게 損害를 가져올 수 있을 것이다.

債權者가 船舶假押留를 申請하는 目的은 事件의 解決을 위한 것이 아니라 債權者가 債務者로부터 擔保를 提供받아 將來에 行하여질 請求權을 確保하기 위함이므로 船舶의 解放을 위해서 現金供託만이 아닌 P&I 保證書, 根抵當設定 等에 의하더라도 假押留의 目的을 이룰 수 있을 것이다. 中國의 境遇 內

270) 法院行政處, 앞의 冊, 33쪽.

271) 이는 船舶의 運航에는 많은 危險이 따를 뿐만 아니라 많은 費用이 所要되는 反面 恒常 運航에 의한 利益이 確保되는 것은 아니라는데 그 理由가 있다. 法院行政處, 앞의 冊, 12쪽.

國船舶에 대해서는 債務者가 擔保提供으로 根抵當權을 設定해 주면 運航을 許可하는 등 融通性を 보이고 있으며, 外國船舶에 대해서도 “1999年 船舶假押留 國際條約”을 受容하여 海事債權者를 保護하기 위하여 船舶假押留를 認定하는 한편, 船主의 立場에서도 現金供託없이 P&I 保證書 等に 의하여 船舶을 解放시킬 수 있는 方法을 열어 줌으로써 債權者, 債務者 모두에게 利益이 될 수 있게 하였다.²⁷²⁾ 그러므로 우리나라의 法制도 國際的인 趨勢에 맞게 船舶의 經濟的인 價値도 最大化할 수 있는 方向으로 時急히 改正되어야 할 必要가 있다고 할 것이다.

272) “1999年 船舶假押留國際條約” 第4條 및 本 論文 第3章 第2節 參照.

第5章 結 論

韓國과 中國의 船舶假押留制度의 立法體系에 대해서 어느 것이 좋다는 優劣의 判斷은 兩國의 法制史的인 環境과 法律文化가 다르기 때문에 쉽게 내릴 性質의 것이 아니다. 그렇지만 우리나라는 時代의 흐름에 뒤지지 않는 海事法의 體系를 갖추어서 國際的인 變化에 對處해 나가야 할 必要性이 있으므로 우리의 法制를 合理的으로 調停하고 改善하는데 萬全을 다하여야 할 것이다.

中國의 船舶假押留制度는 우리나라와 그 處理 方法에 있어서 비슷한 點도 많지만 相當한 差異가 있다. 먼저 비슷한 點을 살펴보면, 兩國에서의 船舶假押留制度의 趣旨는 事件의 解決을 위한 것이 아니라 訴訟節次의 效果的인 進行을 위하여 法院이나 當事者가 취하게 되는 補助的, 臨時的 節次이며, 債權者가 假押留를 申請하는 目的은 債務者로부터 擔保를 提供받아 將來에 行하여질 請求權을 確保하기 위한 것일 뿐이며, 實體法上的 權利의 有無를 法院으로부터 구하거나 直接的으로 紛爭을 解決하고자 하는 것은 아니라는 點도 같다. 또한 船舶假押留도 一般的인 假押留의 一種이므로 假押留에 대한 一般 原則이 大部分 適用되며, 將來 判決이 確定될 때까지의 債權確保 및 保全을 위한 節次이므로 債權들 사이에는 優先權이 없고 債權者平等主義原則이 適用될 뿐만 아니라 假押留異議나 本案에 대한 判決時까지 그 效力이 維持되며 航行許可나 解放供託에 의한 執行取消가 이루어지지 아니하는 限 船舶에 대한 假押留執行은 維持된다.

그리고 우리나라와 中國의 船舶假押留制度를 簡略하게 比較해 보면 다음과 같은 差異가 있다.

		韓國(大陸法系)	中國(大陸法系)
立法體系	立法體系	海事訴訟의 特殊性을 인정하지 않고 民事訴訟의 한 部分으로 認識하여 一般法人 民事執行法으로 規律함.	海事訴訟의 特殊性을 인정하여 民事訴訟의 特別法으로 海事訴訟 特別節次法을 制定하여 規律함.
	管轄	海事債權과 非海事債權을 구별하지 않고 一般 地方法院에서 管轄함.	海事債權과 非海事債權을 구별하여 海事債權에 대해서는 海事法院에서 管轄함.
概念	法的 性質	對人節次에 의한 財産保全으로서 物件押留의 一般的 概念과 要件을 그대로 적용한다(對物節次를 인정하지 않음).	特定한 海事請求에 대하여 提訴前 假押留만 規定되어 있으며 對物訴訟節次를 인정함.
船舶假押留의 要件과	假押留를 할 수 있는 債權	債權의 種類가 정해져 있지 않고 모든 一般債權(단, 商法上 規定되어 있는 海事債權인 船舶優先特權에 의한 假押留를 인정하지 않음)	22種類의 海事請求("1999年 船舶假押留條約"의 내용을 대부분 受容하였으며 船舶優先特權을 포함한다)
	假押留를 할 수 있는 船舶	債權者 所有의 船舶이면 족하고 登記能力이 있는 船舶(登記能力이 없으면 流體動産에 관한 執行方法이 適用된다), 建造中인 船舶(商法第874條) 및 外國船舶도 포함하나, 航海의 準備를 完了한 船舶에 대해서는 原則적으로 禁止된다.	紛爭이 發生한 當該 船舶 및 船舶所有者, 裸傭船者, 定期傭船者, 航海傭船者가 所有하고 있는 姊妹船에도 假押留가 可能하다. 그러나 船舶所有權 또는 占有와 關聯된 請求權일 때에는 假押留를 할 수 없다.
效果	管轄 및 準據法	假押留할 船舶의 碇泊港을 管轄하는 地方法院 또는 本案의 管轄法院이 管轄하게 되며, 準據法은 船籍國法이다.	假押留할 船舶의 碇泊港을 管轄하는 海事法院. 當事者間 管轄에 관한 事前合意가 있더라도 그에 拘束되지 않으며, 假押留에 의하여 本案管轄權이 創出된다.

	效果	債務者에게 決定이 送達된 때, 假押留登記가 된 때, 監守·保存處分을 하였을 때 假押留의 效力이 발생한다.	被申請인이 擔保를 提供하지 아니한 境遇 申請人은 海事法院에 船舶의 競賣를 申請할 수 있다.
船舶假押留 節次	申請書 添附書類 : 船舶登記簿謄(抄)本, 航海準備를 마치지 아니하였다는 報告書, 碇泊證明書, 船價證明書, 船長名義表示 擔保提供 : 實務上으로는 請求金額의 1/10이며, 支給保證書로 같음한다. 假押留執行 : 假押留登記, 船舶國籍證書 등의 受取	申請書 添附書類 : 海事請求 및 船舶의 存在에 관한 證據. 擔保 : 提訴前假押留를 할 때는 반드시 提供되어야 한다. 假押留執行 : 船舶을 押留港에 碇泊하게 하는 方法(주로 外國船舶에 대해서 使用함)과 一定한 條件(抵當權 設定 및 保證書 등의 提出)아래 運航을 許可하는 方法(주로 國內船舶에 대해서 使用)이 있다.	

우리나라 船舶假押留制度의 立法體系는 中國 및 國際的 立法例와 比較하면 國內債權者의 保護에 未洽하다고 할 수 있다. 또한, 船舶執行에 있어서는 船舶의 占有確保가 重要하므로 그 執行節次가 進行되는 동안 債權者 및 船舶所有者 등과 債務者의 利害關係가 尖銳하게 對立되고 있으나 우리나라의 商法과 民事執行法은 이를 適切하게 調停하지 못하고 있는 實情이다. 그러므로 우리나라의 船舶假押留制度는 다음과 같은 部分에 대하여 當事者들의 利害關係를 合理的으로 調停하고 改善하는 作業이 필요하다고 할 것이므로 그 立法的 解決方案을 提示하고자 한다.

첫째, 發航의 準備를 完了한 船舶에 대한 假押留制限規定과 船舶優先特權에 의한 假押留를 許容하지 않는 大法院의 判決에 대해 다음과 같은 商法改正案을 提示한다.

現行法	改正案	檢討
<p>第744條[船舶의 押留, 假押留] 航海의 準備를 完了한 船舶과 그 屬具는 押留 또는 假押留를 하지 못한다. 그러나 航海를 準備하기 위하여 생긴 債務에 대해서는 그러하지 아니하다.</p>	<p>削除</p>	<p>海上企業의 大型化로 代替船舶의 確保가 容易하고, 船舶金融의 便宜性을 沮害하므로 그 立法趣旨가 喪失되었고, 國際的 趨勢에 따름.</p>
<p>第861條 第2項 [船舶優先特權있는 債權] 第1項의 優先特權을 가진 船舶債權者는 이 法 其他의 法律의 規定에 따라 第1項의 財産에 대하여 다른 債權者보다 自己債權의 優先辨濟를 받을 權利가 있다. 이 境遇에는 그 性質에 反하지 아니하는 限 民法의 抵當權에 關한 規定을 準用한다.</p>	<p>第861條의 2[船舶優先特權과 假押留] 船舶債權者는 自己債權이 優先特權에 該當되더라도 債權保全의 目的으로 船舶에 대하여 假押留를 할 수 있다.</p>	<p>船舶債權者가 優先特權에 의한 競賣만을 維持하기가 不安한 境遇에 債權者를 保護하기 위하여 國際的인 趨勢에 따른 立法이 필요함.</p>

둘째, 債權者와 債務者, 船舶所有者 等の 利害關係를 合理的으로 調停하기 위하여 다음과 같은 民事執行法 改正案을 提示한다.

現行法	改正案	檢討
<p>第277條[保全의 必要] 假押留는 이를 하지 아니하면 判決을 執行할 수 없거나 判決을 執行하는 것</p>	<p>第277條의1[外國船舶에 대한 假押留] 債權이 船舶優先特權에 該當되지 아니하고, 債權者가 債務者를 알 수 없는 境遇에도 그 外國船舶에 대해서</p>	<p>國際法上의 相互主義 原則에 따라서 國內債權者를 保護하기 위해서</p>

<p>이 매우 곤란할 念慮가 있을 境遇에 할 수 있다.</p>	<p><u>假押留를 申請할 수 있다.</u></p>	<p>國際的인 趨勢와 衡平性에 맞게 外國船舶에 대해 對物節次에 의해서도 船舶假押留가 可能하도록 하기 위한 것임.</p>
<p>第174條[船舶國籍證書 等의 提出]</p> <p>① 法院은 競賣開始決定을 한 때에는 執行官에게 船舶國籍證書 그 밖에 船舶運行에 필요한 文書(이하 “船舶國籍證書等”이라 한다)를 船長으로부터 받아 法院에 제출하도록 命하여야 한다.</p> <p>② 競賣開始決定이 送達 또는 登記되기 전에 執行官이 船舶國籍證書等を 받은 境遇에는 그 때에 押留의 效力이 생긴다.</p>	<p>第174條[船舶國籍證書 等の 提出 및 罰則]</p> <p>① 法院은 競賣開始決定을 한 때에는 執行官에게 船舶國籍證書 그 밖에 船舶運行에 필요한 文書(이하 “船舶國籍證書等”이라 한다)를 船長으로부터 받아 法院에 提出하도록 命하여야 한다.</p> <p>② 競賣開始決定이 送達 또는 登記되기 전에 執行官이 船舶國籍證書等を 받은 境遇에는 그 때에 押留의 效力이 생긴다.</p> <p>③ 船長이 船舶國籍證書等を 提出을 拒否한 때에는 5年 以下の 懲役 또는 2千萬원이하의 罰金에 처한다.</p>	<p>船長 등이 強制執行을 妨害하기 위하여 故意的으로 船舶國籍證書等を 提出하지 않는 境遇에 押留의 實效性을 위한 對策임. 刑量을 正함에 있어서는 刑法第327條[強制執行免脫]을 參考하였음.</p>
<p>第178條第1項[監守·保存處分]</p> <p>法院은 債權者의 申請에 따라 船舶을 監守하고 保存하기 위하여 필요한 處分을 할 수 있다.</p>	<p>第178條 第1項[監守·保存處分]</p> <p>法院은 債權者의 申請에 따라 船舶을 監守하고 保存하기 위하여 <u>保管人을 選任하거나 其他 필요한 處分</u>을 할 수 있다.</p>	<p>債權者 및 債務者를 保護하기 위해 監守·保存處分에 所要되는 莫大한 費用을 節減하기 위한 對策임.</p>

<p>第176條[押留船舶의 碇泊]</p> <p>① 法院은 執行節次를 행하는 동안 船舶이 押留 당시의 場所에 계속 머무르도록 命하여야 한다.</p> <p>② 法院은 營業上의 必要, 그 밖에 相當한 理由가 있다고 認定할 境遇에는 債務者의 申請에 따라 船舶의 運行을 許可할 수 있다. 이 境遇 債權者·最高價買受申告人·次順位買受申告人 및 買受人의 同意가 있어야 한다.</p> <p>③ 第2項의 船舶運行許可決定에 대하여는 即時抗告를 할 수 있다.</p> <p>④ 第2項의 船舶運行許可決定은 確定되어야 效力이 생긴다.</p>	<p>第176條[押留船舶의 碇泊]</p> <p>① 法院은 執行節次를 행하는 동안 船舶이 押留 당시의 場所에 계속 머무르도록 命하여야 한다.</p> <p>② 法院은 營業上의 必要, 그 밖에 相當한 理由가 있다고 認定할 境遇에는 債務者의 申請에 따라 船舶의 運行을 許可할 수 있다. 이 境遇 債權者·最高價買受申告人·次順位買受申告人 및 買受人의 同意가 있어야 한다.</p> <p>③ 第2項의 船舶運行許可決定에 대하여는 即時抗告를 할 수 있다.</p> <p>④ 第2項의 船舶運行許可決定은 確定되어야 效力이 생긴다.</p> <p>⑤ 船舶이 運行許可를 받아서 航海를 하여 생긴 收入에 대해서는 第48條[第3者異議의 訴], 第166條[管理人의 任命], 第167條[法院의 指揮·監督], 第169條[收益의 處理], 第170條[管理人의 計算報告], 第171條[強制管理의 取消]의 規定을 準用한다.</p>	<p>實務上으로 運行許可에 따른 船舶의 滅失, 毀損, 不歸港 등의 不利益이 모두 運行許可에 同意한 債權者와 利害關係人들의 負擔으로 歸着되므로 現實으로 債權者 및 利害關係人들로부터 同意를 얻는다는 것이 매우 어려워서 이 制度가 이 용되는 事例는 거의 없다. 그러므로 衡平의 原則에 따라 運行許可에 따른 收益도 債權者 등에게 歸屬시켜 運行許可制度의 實效性을 높이고자 함.</p>
<p>第299條 第1項[假押留執行의 取消]</p> <p>假押留命令에 정한 金額을 供託한 때에는 法院은 執行한 假押留를 取消하여야 한다.</p>	<p>第299條의 1[船舶假押留執行의 取消]</p> <p>船舶에 대해 假押留執行이 된 境遇 債務者가 假押留命令에 정한 金額을 供託하거나 支給保證書を 提出한 境遇에는 法院은 執行한 假押留를 取消하여야 한다.</p>	<p>現金供託 외에 P&I保證書 등의 提出에 의하여 船舶을 解放시킬 수 있는 方法을 規定함으로써 債權者, 債務者 모두에게 利益이 될 수 있도록 함.</p>

셋째, 國際的 趨勢에 따라 國內에서 船舶이 假押留된 境遇 本案에 대한 管轄權을 創設하기 위하여 다음과 같은 民事訴訟法 改正案을 提示한다.

現行法	改正案	檢討
<p>第14條[船舶이 있는 곳의 特別 裁判籍] 船舶債權, 그 밖에 船舶을 擔保로 한 債權에 관한 訴를 提起하는 境遇에는 船舶이 있는 곳의 法院에 提起할 수 있다.</p>	<p>第14條의 1 [假押留執行이 된 船舶의 特別裁判籍] 船舶에 대해서 假押留執行이 된 境遇에는 船舶이 있는 곳의 法院 또는 假押留를 한 法院에 訴를 提起할 수 있다.</p>	<p>自國管轄을 擴大하고자 하는 國際的 趨勢에 따라서 船舶이 假押留된 事案에 대해 우리나라 法院의 本案에 대한 管轄權을 認定하고자 함</p>

海洋의 時代라고 말해지는 21世紀를 出發한 지금 三面이 바다로 둘러싸인 우리나라는 無限한 發展과 跳躍의 機會를 맞고 있다. 世界市場의 單一化 現象은 國際貿易의 擴大와 物流移動量의 爆發的 增加를 가져왔으며, 國際物流運送의 大部分은 海上運送의 것이라고 말할 수 있다. 이러한 狀況에서 海上運送의 中心國家로 발돋움하기 위한 努力이 競走된다면 有利한 地政學的 條件을 갖춘 우리나라의 發展可能性은 無限하다고 할 것이다. 우리가 努力을 競走하여야 할 部分은 눈에 보이는 物的 施設만이 아니라 눈에 보이지 않는 것들도 包含되며, 오히려 눈에 보이지 않는 것들이 더욱 重要할 수 있다. 그 代表的인 것이 政府, 海上企業 나아가 국민 모두의 進取的이고 合理的인 姿勢의 涵養이라 할 수 있다. 또한 海上企業의 競爭力을 높이는 制度的 裝置도 要請된다고 할 것이다.

中國의 船舶假押留制度에 관한 考察에 있어서도 單純히 中國 一個國의

制度라고만 생각할 것이 아니라 이 制度가 向後 船舶假押留制度에 關한 國際的 統一規範이 될 수 있는 國際條約을 受容하여 制定되었다는 사실을 念頭에 두어야만 海上企業의 競爭力 強化라는 側面에서 우리나라의 法制的 改善方向을 생각할 수도 있을 것이다. 지금까지 본 論文에서 살펴보았던 對物訴訟節次의 導入의 必要性, 海事事件專擔法院 設立의 必要性, 船舶優先 特權에 의한 船舶假押留의 認定의 必要性, P&I 保證書 等에 의한 船舶의 解放, 假押留制限規定의 削除, 船舶假押留에 의한 本案管轄權의 創出 等の 內容은 이러한 側面을 反影한 것이라고 할 수 있다.

參考文獻

1. 國內文獻

(1) 單行本

- 郭潤植, 物權法(全訂版), 博英社, 1996.
- 南基正, 實務強制執行法 第1卷, 育法社, 1989.
- _____ · 鄭種玉 共著, 任意競賣, 育法社, 1985.
- _____ · _____ 共著, 保全訴訟 I · II, 育法社, 1985.
- _____ · _____ 共著, 強制執行 I · II, 育法社, 1985.
- 朴容燮, 海商法論, 螢雪出版社, 1998.
- 法務部, 保險·海商關係 資料集, 法務資料, 第58輯, 1985.
- _____, 中國法研究(III) (民事訴訟法), 法務資料, 第161輯, 1992.
- 法院行政處, 法院實務提要 民事執行(I),(II),(III),(IV), 2003.
- _____, 裁判資料 第33,34輯 涉外事件의 諸問題(上,下).
- _____, 裁判資料 第35,36輯 強制執行·任意競賣에 관한 諸問題(上,下).
- _____, 裁判資料 第45,46輯 保全訴訟에 관한 諸問題(上,下).
- _____, 裁判資料 第52輯 海商·保險法에 관한 諸問題(上).
- 釜山地方法院, 船舶執行의 諸問題, 1999.
- _____, 船舶執行實務, 2002.
- 裴炳泰, 註釋海商法, 韓國司法行政學會, 1977.
- _____ · 林東喆, 海商法改正에 관한 研究, 韓國海事問題研究所, 1986.
- 徐燉珏·鄭完溶, 商法講義(下), 法文社(第4全訂版), 1996.
- 徐希源, 國際私法講義, 一潮閣, 1999.

- 宋相現·金 炫, 海商法原論, 博英社, 1993.
- 申鉉基, 民事執行法 各論 上- 不動產執行, 法律書院, 2003.
- _____, 民事執行法 各論 中, 法律書院, 2003.
- _____, 民事執行法 總論, 法律書院, 2003.
- _____, 新民事訴訟法, 博英社, 2003.
- 尹 瓊, 強制執行의 實務, 法律情報센터, 1999.
- _____, 保全處分(假押留, 假處分)의 實務, 法律情報센터, 1999.
- 李均成, 新體系海商法講論, 海運產業研究所, 1989.
- _____, 海商法判例研究, 海運產業研究所, 1989.
- 李丙皓·鄭相泰·李暢範 共著, 民事訴訟實務總攬 註釋判例(強制執行編), 東
民出版社, 1997.
- 李時潤, 民事訴訟法, 博英社, 1999
- 李英燮 外, 註釋強制執行法(下), 司法行政學會, 1983.
- 李種仁, 海運實務, 韓國海洋大學 海洋圖書出版部, 1993.
- 李好廷, 國際私法, 經文社, 1989.
- 林東喆, 海商法·國際運送法研究, 曉星出版社, 1996.
- _____. 鄭映錫, 海事法規講義(改正 第3版), 海印出版社, 2003.
- 鄭映錫, 海商法講義要論, 海印出版社, 2003.
- 鄭熙喆·鄭燦亨, 商法原論(下) 博英社, 1996.
- 崔基元, 海商法, 博英社, 1993.
- _____, 商法學新論(下), 博英社, 2001.
- 崔棟鉉·崔載先, 1993년 船舶優先特權·抵當權協約受容方案, 海運產業研究院
政策資料, 1994.
- 崔仁善·張漢文 共著, 民事訴訟實務大典, 白映社, 1998.

(2) 論文

- 金 炫, “改正商法上の 船舶優先特權에 관한 研究(上)”, 司法行政 第383號, 韓國司法行政學會, 1992.
- 金宗允, “中國의船舶假押留制度”, 慶熙大高鳳論集, 第12輯, 人文社會科學, 1993.
- 金 秋, “中國海事訴訟制度의 概論的 考察”, 韓國海事法學會, 第11卷, 第2號, 1999.
- 高光夏, “外國船舶의 假押留 와 裁判管轄權”, 大韓辯護士協會誌, 1984.
- 裴炳日, “船舶의 強制執行”, 韓國海法會誌 第16卷 第1號, 韓國海法會, 1994.
- 裴炳泰, “船舶擔保物權에 관한 比較法的 研究”, 韓國海洋大學 論文集 第6, 7輯, 1971.
- _____ · 金宗允, “中國의 船舶假押留制度”, 企業環境의 變化와 商事法, 1993.
- 孫漢琦, “中國民事訴訟法의 基本原則”, 法曹 第458號, 第459號, 1994.
- 李龍鉉, “船舶優先特權과 實行上の 諸問題에 관한 研究”, 韓國海洋大學校 大學院 碩士學位論文, 2001.
- 林東喆, “船舶優先特權(maritime liens)과 Statutory rights in rem에 관하여”, 韓國海法會誌 第13卷 1號, 1991.
- 鄭水德 · 李明在, “中國의 船舶假押留制度”, 月刊海洋韓國, 韓國海事問題研究所, 2001.
- 丁海德, 船舶執行에 관한 研究, 慶熙大學校 大學院 博士學位論文, 2000.
- 鄭炳碩, “船舶競賣와 관련된 諸問題”, 人權과 正義 196號, 大韓辯護士協會.
- 鄭 浣, 中國의 最近立法動向, 法曹 第456號, 1994.
- 鄭完裕, “1999年, 船舶假押留에 관한 國際條約 採擇을 위한 全權外交會議 參加報告書”, 韓國海法會誌, 第21卷 第1號, 1999.
- _____, “船舶優先特權制度에 관한 研究”, 慶熙大學校大學院 博士學位論文,
- _____, “船舶어레스트協約의 改正論點에 관한 小考”, 韓國海法會誌 第18卷
- _____, “1993年 船舶優先特權 · 抵當權協約의 成立과 우리 商法上の 船舶

- 擔保制度”，韓國海法會誌 第15卷。
- _____， “船舶優先特權의 被擔保債權에 관한 考察”，韓國海法會誌 第9卷。
- 鄭暎錫， “船舶所有者的 責任制限에 있어서 準據法の 決定”，韓國海運學會誌 第15卷 第1號，韓國海法學會，1993。
- 崔基元， “船舶優先特權 있는 債權의 意義”，法學(判例回顧) 7號。
- 洪光植， “改正 強制執行法에 있어서 船舶執行”，釜山地方辯護士會誌 9號。

2 東洋文獻

(1) 單行本

- 姜 衛，民事訴訟法學，北京，北京大學出版社，2003。
- 高言·康軍，海商法理解適用與案例評析，北京，人民法院出版社，1997。
- 郭國汀，國際海商法律實務，大連，大連海事大學出版社，1996。
- 金正佳，海事訴訟法論，大連，大連海事大學出版社，2001。
- _____·翁子明，海事請求保全專論，大連，大連海事大學出版社，1996。
- 莫世健，中國海商法，北京，法律出版社，1999。
- 萬鵬儒，實用海事法規(上，下)，青島，青島正陽法律事務所，1998。
- 司玉琢，海商法詳論，大連，大連海事大學出版社，1995。
- _____ 外5，新編海商法學，大連，大連海事大學出版社，1999。
- 徐新銘，船舶優先權，大連，大連海事大學出版社，1996。
- 陽松才，民事訴訟法教程，中國財政經濟出版社，1999。
- 梁慧星，民法總論，法律出版社，北京，1996。
- 吳煥寧，海商法學，北京，法律出版社，1995。

- 王天華·白越先, 海商法, 廣州, 中山大學出版社, 2003.
- 王強義, 民事訴訟特別程序研究, 北京, 中國政法大學出版社, 1993.
- 劉家琛, 海商法 案例選編, 北京, 法律出版社, 1998.
- 劉振江, 國際民事訴訟法原理, 北京, 法律出版社, 1996.
- 劉澄清, 擔保法律實務, 北京, 中國公安大學出版社, 1998.
- 尹東年, 當代海商法的理論與實踐, 北京, 人民交通出版社, 1997.
- 李 浩, 強制執行法, 廈門大學出版社, 2004.
- 張福森, 中華人民共和國法律制度概覽, 中國, 法律出版社, 2004.
- 張忠擘, 各國和地區海商法比較, 北京, 人民交通出版社, 1994.
- 中國海商法年刊, 大連, 大連海事大學出版社, 1991-1999, 中國海商法協會主辦.
- 朱 清, 海事訴訟與仲裁, 大連, 大連海事大學出版社, 1996.

(2) 論文 與 其他 資料

- 江 雨, “論船舶扣押制度”, 海商法研究, 北京, 法律出版社, 2000.
- 高 衛, “建立以保全海事請求為目的的我國船舶扣押制度”, 中國海商法年刊, 大連, 大連海事大學出版社, 1996.
- 高長久, “海事扣船變賣及債務清償初探”, 遠洋運輸, 1990.
- 曲波·蘇曉鴻, “試評『中華人民共和國海事訴訟特別程序法』”(送審稿), 世界海運, 第1期, 大連, 大連海事大學出版社, 1999.
- 金正佳, “海事訴訟特別程序法的立法思考”, 中國海商法年刊, 第7卷, 大連海事大學出版社, 1996.
- _____·吳自力, “關與強制拍買船舶制度若干問題的探討”, 中國海商法年刊, 大連, 大連海事大學出版社, 1992.

馮立奇, “中國海事法院 設立 15周年 紀念會上的發言”(中國內部資料), 1999.

司玉琢, 司玉琢海商法論文集, 北京, 法律出版社, 1995

何江海, “論錯誤扣船”, 中國海商法年刊, 大連, 大連海事大學出版社, 1997.

何美歡, 香港合同法, 北京, 北京大學出版社, 1995.

關與審理船舶碰撞和觸碰案件財產損害賠償的規定, 1995年 8月 18日 最高人民法院審判委員會 第735次 會議 通過.

關與海事法院訴訟 前扣押船舶的規定, 法發[1994] 4號.

第九屆全國人大常委會, 12次會議 參閱資料[36].

最高人民法院關與強制變賣被扣押船舶清償債務的具體規定, 1987年 8月 29日 最高人民法院審判委員會 通過.

最高人民法院關與涉外海事訴訟管轄的具體規定, 1986年 1月 31日 最高人民法院審判委員會 通過.

最高人民法院關與審理涉外海上人身傷亡案件損害賠償的具體規定, 1991年 11月 8日 最高人民法院審判委員會 第521次 會議通過.

最高人民法院關與海事法院訴訟 前扣押船舶的具體規定, 1994年 7月 6日, 法發[1994]4號.

最高人民法院副院長 李國光, “關與中華人民共和國海事訴訟特別程序法(草案)的說明”, 1999年 8月 24日 第9期 全人大 第11次 常務委員會 會議 資料.

馮立奇, 海事法院 創設 15周年 紀念會에서의 發言, 內部資料, 1999.

徐新銘, “略評最高人民法院 1994年7月6日新頒布的『扣船規定』和『清償規定』若干條款”, 中國海商法年刊, 大連, 大連海事大學出版社, 1995.

徐孝先, “試述財產保全與海事請求權保全的區別”, 中國海商法年刊, 大連海事大學出版社, 1994.

翁子明, “論訴訟 前扣押船載貨物的範圍”, 中國海商法年刊, 第4卷, 大連海事大學出版社, 1993.

王江雨, “論船舶扣留制度”, 海商法研究, 法律出版社, 1999.

- 汪鵬南, “論澁外海事仲裁協議與財產保全”, 中國海商法年刊, 大連, 大連海事大學出版社, 1993.
- 王孝平, “關與扣船制度的探討”, 當代海商法的理論與實踐, 北京, 人民交通出版社, 1997.
- 尹偉民, “海事訴訟特別程序若干法律制度研究”, 大連海事大學 碩士學位論文, 1998.
- 李國光, “關與中華人民共和國海事訴訟特別程序法(草案)的說明”, 第九屆全國人民代表大會常務委員會 第11次會議上的發言, 1999年 8月 24日.
- 李屏山, “論訴前扣押船舶的範圍”, 世界海運, 第1期, 大連, 大連海事大學出版社, 1998.
- 朱 清, “論扣船令澁及的法律問題”, 中國海商法年刊, 大連, 大連海事大學出版社, 1995.
- 蔡鴻達, “中華人民共和國海事訴訟特別程序法述評”, 仲裁研究所間報, 北京, 中國國際商會 第7卷 第1期, 2000.

3. 西洋文獻

- A. D. Mcardel, *International Ship Arrest Practical Guide*, London, Lloyd's of London Press LTD., 1988.
- Christopher Hill, *Maritime law*, Lloyd's of London Press LTD., 1998.
- D. C. Jackson, *Enforcement of Maritime Claims*. Lloyd's of London Press LTD. 1985.
- D. R. Thomas, *Maritime lien*, London: Stevens & Sons, 1980.
- Gilmore and Black, *The law of admiralty* 2nd Ed., 1975.

Hodges, Susan and Hill, Principles of Maritime law, Lloyd's of London Press LTD. 2001.

Hill, Soching & Helmer, Arrest of Ships, Lloyd's of London Press LTD. 1983.

M. Clarke, Contrasts of Insurance, Lloyd's of London Press LTD. 1992.

Mark S.W.Hoyle, The Mareva Injunction, Lloyd's of London Press LTD. 1993.

Samir Mankabady, International maritime organization, Croom helm: 1986, Vol 1.

William Tetley, Maritime Cargo Claims, international Shipping Publication BLAIS, Canada 1988.

_____, Maritime liens and claims, London: Business Law Communications LTD, 1985.

4. 인터넷사이트

국회 : <http://assembly.go.kr/>(2004. 12. 20. 검색)

대법원 : <http://www.scourt.go.kr/>(2004. 12. 20. 검색)

법제처 : <http://www.moleg.go.kr/>(2004. 12. 20. 검색)

한국교육학술정보원 : <http://www.riss4u.net/>(2004. 10. 30. 검색)

한국해양연구원 : <http://kordi.re.kr/>(2004. 10. 30. 검색)

해양수산부 : <http://www.momaf.go.kr/>(2004. 12. 20. 검색)

국제해사기구 : <http://www.imo.org/>(2004. 8. 7. 검색)

대런해사대학교 : <http://www.dlmu.edu.cn/>(2004. 9. 10. 검색)

북경대학교 : <http://www.pku.edu.cn/>(2004. 9. 10. 검색)

중국 법률출판사 : <http://www.lawpress.com.cn>(2004. 9. 10. 검색)

Online Computer Library Center(미국) : <http://www.oclc.org/>(2004. 8. 7.
검색)

The British Library(영국) : <http://www.bl.uk/>(2004. 8. 7. 검색)

검색어(Key Words) : 海事訴訟, 比較法學, 船舶優先特權, 海事訴訟特別節次
法, 民事執行法, 船舶押留, 積荷押留, 中國 民事訴訟
法, arrest of ships, maritime litigation, the
procedure law used in maritime litigation,
interational convention on arrest of ships, 1999

附錄 I：中華人民共和國海事訴訟特別程序法(節錄)

已由中華人民共和國第九屆全國人民代表大會常務委員會第十三次會議于1999年12月25日通過，現予公布，自2000年7月1日起施行。

第一章 總則

第一條 爲維護海事訴訟當事人的訴訟權利，保證人民法院查明事實，分清責任，正確適用法律，及時審理海事案件，制定本法。이 법은 해사소송당사자의 소송권리를 보호하고, 인민법원에서 사실을 밝혀서 책임을 분명하게 하며, 법률을 적정하게 적용하여 해사사건의 재판이 원활하게 진행되도록 하기 위해 제정되었다.

第二條 在中華人民共和國領域內進行海事訴訟，適用《中華人民共和國民事訴訟法》和本法。本法有規定的，依照其規定。중화인민공화국영역에서 해사소송을 진행함에 있어서 중화인민공화국민사소송법과 이 법을 적용한다. 이 법에 규정이 있는 때에는 그 규정을 따른다.

第三條 中華人民共和國締結或者參加的國際條約與《中華人民共和國民事訴訟法》和本法對涉外海事訴訟有不同規定的，適用該國際條約的規定，但中華人民共和國聲明保留的條款除外。중국이 체결하거나 가입한 국제조약이 섭외 해사소송에 관하여 중국 민사소송법 및 이 법과 다른 규정이 있는 때에는 그 조약의 규정을 적용한다.

第四條 海事法院受理當事人因海事侵權糾紛、海商合同糾紛以及法律規定的其他海事糾紛提起的訴訟。해사법원은 해사불법행위분쟁, 해상계약분쟁과 법률에서 정한 기타 해사분쟁에 관한 소송을 수리한다.

第五條 海事法院及其所在地的高級人民法院和最高人民法院審理海事案件

的, 适用本法。해사법원 및 그 소재지의 고급인민법원과 최고인민법원에서 해사사건을 심리함에 있어서 이 법을 적용한다.

第二章 管轄

第六條 海事訴訟의地域管轄, 依照《中華人民共和國民事訴訟法》의有關規定。해사법원의 토지관할은 중국민사소송법의 관련 규정을 준용한다.

下列海事訴訟의地域管轄, 依照以下規定 ; 아래의 해사소송은 다음의 규정에 따른다.

(一) 因海事侵權行爲提起的訴訟, 除依照《中華人民共和國民事訴訟法》第二十九條至第三十一條的規定以外, 還可以由船籍港所在地海事法院管轄 ;해사 불법행위에 관한 소송은 중국민사소송법 제29조의 내지 제31조의 규정을 따르는 외에 선적항 소재지의 해사법원이 관할한다.

(二) 因海上運輸合同糾紛提起的訴訟, 除依照《中華人民共和國民事訴訟法》第二十八條的規定以外, 還可以由轉運港所在地海事法院管轄 ;해상운송계약에 관한 소송은 중국민사소송법 제28조의 규정에 따르는 외에 중개항 소재지의 해사법원이 관할한다.

(三) 因海船租用合同糾紛提起的訴訟, 由交船港、還船港、船籍港所在地、被告住所地海事法院管轄 ;해선용선계약에 관한 소송은 교선항, 환선항, 선적항소재지, 피고주소지의 해사법원이 관할한다.

(四) 因海上保賠合同糾紛提起的訴訟, 由保賠標的物所在地、事故發生地、被告住所地海事法院管轄 ;해상보험계약에 관한 소송은 보험목적물의 소재지, 사고발생지, 피고주소지의 해사법원이 관할한다.

(五) 因海船的船員勞務合同糾紛提起的訴訟, 由原告住所地、合同簽訂地、船員登船港或者离船港所在地、被告住所地海事法院管轄 ;해선의 선원노무계약

에 관한 소송은 원고주소지, 계약체결지, 선원승선항 및 이선항소재지, 피고주소지의 해사법원이 관할한다.

(六) 因海事担保糾紛提起的訴訟，由担保物所在地、被告住所地海事法院管轄；해사담보에 관한 소송은 담보물소재지, 피고주소지의 해사법원이 관할한다. 因船舶抵押糾紛提起的訴訟，還可以由船籍港所在地海事法院管轄；선박저당에 관한 소송은 선적항소재지의 해사법원에서도 관할할 수 있다.

(七) 因海船的船舶所有權、占有權、使用權、優先權糾紛提起的訴訟，由船舶所在地、船籍港所在地、被告住所地海事法院管轄。해선의 선박소유권, 점유권, 사용권, 우선특권에 관한 소송은 선박소재지, 선적항소재지, 피고주소지의 해사법원이 관할한다.

第七條 下列海事訴訟，由本條規定的海事法院專屬管轄：아래의 해사소송에 관하여는 본조의 규정에 따라 해사법원에서 전속관할한다.

(一) 因沿海港口作業糾紛提起的訴訟，由港口所在地海事法院管轄；연해 항구에서의 작업분쟁으로 인한 소송은 항구소재지의 해사법원에서 관할한다.

(二) 因船舶排放、泄漏、傾倒油類或者其他有害物質，海上生產、作業或者拆船、修船作業造成海域污染損害提起的訴訟，由污染發生地、損害結果地或者採取預防污染措施地海事法院管轄；선박이 유류 혹은 기타 유해물질을 배출·유출하거나 또는 해상생산과 조업 혹은 선박의 해체나 수리작업으로 인한 해양오염에 관한 소송은 오염발생지, 오염피해발생지, 혹은 오염예방지의 해사법원이 관할한다.

(三) 因在中華人民共和國領域和有管轄權的海域履行的海洋勘探開發合同糾紛提起的訴訟，由合同履行地海事法院管轄。중국해역과 중국에 관할권이 있는 해역에서 이행된 해양탐사개발계약에 관한 소송은 계약이행지의 해사법원이 관할한다.

第八條 海事糾紛的當事人都是外國人、无國籍人、外國企業或者組織，當事

人書面協議選擇中華人民共和國海事法院管轄的，即使与糾紛有實際聯系的地点不在中華人民共和國領域內，中華人民共和國海事法院對該糾紛也具有管轄權。해사분쟁의 당사자가 모두 외국인, 무국적인, 외국의 기업이나 또는 단체이지만 중국의 해사법원에 관할권을 부여하기로 한 당사자의 서면합의가 있을 경우, 분쟁이 중국의 영역과 관련이 없더라도 중국 해사법원은 관할권을 가진다.

第九條 當事人申請認定海上財產无主的，向財產所在地海事法院提出；申請因海上事故宣告死亡的，向處理海事事故主管機關所在地或者受理相關海事案件的海事法院提出。해상무주물에 대한 승인 신청은 재산소재지의 해사법원에 하고, 해상사고로 인한 실종선고신청은 해사사고를 처리하는 주무기관 소재지의 해사법원 혹은 관련 해사사건을 수리한 해사법원에 한다.

第十條 海事法院与地方人民法院之間因管轄權發生爭議，由爭議双方協商解決；協商解決不了的，報請他們的共同上級人民法院指定管轄。해사법원과 지방인민법원간에 관할권에 관해 분쟁이 있는 경우에는 쌍방이 협상하여 해결한다. 협상이 안될 때에는 그들의 공동한 상급법원에서 관할법원을 지정한다.

第十一條 當事人申請執行海事仲裁裁決，申請承認和執行外國法院判決、裁定以及國外海事仲裁裁決的，向被執行的財產所在地或者被執行人住所地海事法院提出。당사자가 중재재결의 집행을 신청하거나 또는 외국 법원의 판결, 명령 혹은 외국해사중재재결의 승인·집행신청은 피집행재산소재지 또는 피집행인소재지의 해사법원에 제출한다. 被執行的財產所在地或者被執行人住所地沒有海事法院的，向被執行的財產所在地或者被執行人住所地的中級人民法院提出。피집행재산소재지나 피집행인소재지에 해사법원이 없는 경우에는 피집행재산소재지나 피집행인소재지의 중급인민법원에 제출한다.

第三章 海事請求保全

第一節 一般規定

第十二條 海事請求保全是指海事法院根据海事請求人的申請，爲保障其海事請求的實現，對被請求人的財產所採取的強制措施。해사청구보전이란 해사청구인의 신청에 의하여 그 해사청구의 실현을 위한 피청구인의 재산에 대한 해사법원의 강제조치를 말한다.

第十三條 当事人在起訴前申請海事請求保全，應向被保全的財產所在地海事法院提出。당사자가 소송전에 해사청구보전을 할 경우에는 피보전재산소재지의 해사법원에 신청하여야 한다.

第十四條 海事請求保全不受当事人之間關於該海事請求的訴訟管轄協議或者仲裁協議的約束。해사청구보전신청은 당사자간 당해 해사청구에 관한 소송관할이나 중재협의를 구속을 받지 아니한다.

第十五條 海事請求人申請海事請求保全，應向海事法院提交書面申請。해사청구인이 해사청구보전을 신청할 경우에는 해사법원에 서면으로 신청하여야 한다. 申請書應載明海事請求事項、申請理由、保全的標的物以及要求提供担保的數額，并附有關證據。신청서에는 해사청구사항, 신청이유, 보전할 목적물 및 담보로 제공할 가액을 기재하여야 하며, 관련 증거를 첨부하여야 한다.

第十六條 海事法院受理海事請求保全申請，可以責令海事請求人提供担保。海事請求人不提供的，駁回其申請。해사請求보전신청에 대하여 해사법원은 해사請求인에게 담보를 제공할 것을 결정할 수 있다. 해사청구인이 담보를 제공하지 아니할 때에는 그 신청을 기각한다.

第十七條 海事法院接受申請后，應在四十八小時內作出裁定。해사법원은

신청을 수리한 후 48시간 이내 결정을 내려야 한다. 裁定採取海事請求保全措施的，應當立即執行；해사請求보전을 결정한 境遇에는 지체없이 이를 집행하여야 하고 對不符合海事請求保全條件的，裁定駁回其申請。해사청구보전요건에 부합되지 아니할 경우에는 그 신청을 각하한다. 當事人對裁定不服的，可以在收到裁定書之日起五日內申請復議一次。당사자가 결정에 대해 불복할 경우 결정서를 받은 날로부터 5일 이내에 1차례의 이의신청을 할 수 있다. 海事法院應當在收到復議申請之日起五日內作出復議決定。해사법원은 이의신청을 받은 5일 이내에 재심결정을 내려야 한다. 復議期間不停止裁定的執行。재심기간 중에도 결정의 집행은 중지되지 아니한다. 利害關係人對海事請求保全提出異議，海事法院經審查，認為理由成立的，應當解除對其財產的保全。이해관계인은 해사청구보전에 대하여 이의신청을 할 수 있고, 그 이의신청이 유효하다고 인정될 때에는 지체없이 해사청구보전을 해제하여야 한다.

第十八條 被請求人提供担保，或者當事人有正当理由申請解除海事請求保全的，海事法院應當及時解除保全。피청구인이 담보를 제공하거나 또는 당사자가 정당한 사유로 해사청구보전의 해제를 신청한 때에는 해사법원은 지체없이 보전을 해제하여야 한다. 海事請求人在本法規定的期間內，未提起訴訟或者未按照仲裁協議申請仲裁的，海事法院應當及時解除保全或者返還担保。해사청구인이 이 법에서 정한 기간 내에 제소하지 아니하거나 혹은 중재합의에 따라 중재를 신청하지 아니한 경우 해사법원에서는 지체없이 보전을 해제하거나 또는 제공한 담보물을 반환하여야 한다.

第十九條 海事請求保全執行后，有關海事糾紛未進入訴訟或者仲裁程序的，當事人就該海事請求，可以向採取海事請求保全的海事法院或者其他有管轄權的海事法院提起訴訟，但當事人之間訂有訴訟管轄協議或者仲裁協議的除外。해사청구보전이 이루어진 후 관련 해사분쟁에 관하여 소송이나 중재절차가

진행되지 아니한 때, 당사자는 당해 해사청구에 대하여 해사청구보전을 취한 해사법원이나 혹은 기타 관할권이 있는 해사법원에 제소할 수 있다. 그러나 당사자간에 소송관할이나 중재에 관한 합의가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

第二十條 海事請求人申請海事請求保全錯誤的，應當賠償被請求人或者利害關係人因此所遭受的損失。해사청구인은 부당한 해사청구보전으로 피청구인 또는 이해관계인에게 입힌 손해를 배상하여야 한다.

第二節 船舶的扣押与拍賣

第二十一條 下列海事請求，可以申請扣押船舶：다음과 같은 해사청구에 의하여 선박의 가압류를 신청할 수 있다.

(一) 船舶營運造成的財產滅失或者損壞；선박의 운영으로 인한 재산의 멸실, 손실.

(二) 与船舶營運直接有關的人身傷亡；선박의 운영과 직접 관련되는 사망이나 손해

(三) 海難救助；해난구조

(四) 船舶對环境、海岸或者有關利益方造成的損害或者損害威脅；선박이 연안이나 또는 이해관계자에게 손해를 입히거나 혹은 손해의 위험이 있는 경우 爲預防、減少或者消除此种損害而採取的措施；爲此种損害而支付的賠償；이러한 손해를 예방·감소 혹은 제거하기 위하여 조치를 취한 경우 爲恢夏环境而實際採取或者準備採取的合理措施的費用；환경의 회복을 위하여 합리적인 조치를 취하였거나 또는 취하고자 하는데 든 비용 第三方因此种損害而蒙受或者可能蒙受的損失；제3자가 이러한 손해(사고)로 인하여 손해를 입을 염려가 있을 경우 以及与本項所指的性質類似的損害、費用或者損失；또

는 본 호에 정한 유사한 성질의 손해·비용 혹은 손실이 있는 때

(五) 与起浮、清除、回收或者摧毁沉船、殘骸、擱淺船、被弃船或者使其无害有關的費用，包括与起浮、清除、回收或者摧毁仍在或者曾在該船上的物件或者使其无害的費用，以及与維護放棄的船舶和維持其船員有關的費用；침몰선, 잔해물, 좌초선, 포기선을 인양, 제거, 회수 혹은 파괴시키거나 무해화하는데 든 비용, 여기에는 그 선박에 있거나 또는 그 선박에 있었던 물건의 인양, 제거, 회수, 파괴 또는 무해화하는데 든 비용 및 포기선의 유지와 그 선원들에 든 비용도 포함한다.

(六) 船舶的使用或者租用的協議；선박의 사용 혹은 용선계약

(七) 貨物運輸或者旅客運輸的協議；화물운송 혹은 여객운송계약

(八) 船載貨物（包括行李）或者与其有關的滅失或者損坏；적하(수화물을 포함) 혹은 그와 관련된 멸실이나 훼손

(九) 共同海損；공동해손

(十) 拖航；예인

(十一) 引航；도선

(十二) 爲船舶營運、管理、維護、維修提供物資或者服務；선박의 운영, 관리, 유지, 비를 위해 물자나 서비스를 제공한 때

(十三) 船舶的建造、改建、修理、改裝或者裝備；선박의 건조, 개조, 수리, 개량 혹은 장비

(十四) 港口、運河、碼頭、港灣以及其他水道規費和費用；항구, 운하, 부두, 항만 및 기타 수로비와 비용

(十五) 船員的工資和其他款項，包括應當爲船員支付的遣返費和社會保險費；선원임금과 기타 비용, 여기에는 선원에게 지급하여야 할 송환비용과 사회보험료를 포함한다.

(十六) 爲船舶或者船舶所有人支付的費用；선박 혹은 선박소유자를 위해서

지급한 비용

(十七) 船舶所有人或者光船承租人應當支付或者他人爲其支付的船舶保險費(包括互保會費) ;선박소유자 혹은 나용선자가 지급하여야 할 혹은 타인이 대신 지급한 선박보험료(상호보험료를 포함).

(十八) 船舶所有人或者光船承租人應當支付的或者他人爲其支付的與船舶有關的佣金、經紀費或者代理費 ;선박소유자 혹은 나용선자가 지급하여야 할 혹은 타인이 대신 지급한 선박과 관련된 프리미엄, 중개비 혹은 대리비.

(十九) 有關船舶所有權或者占有的糾紛 ;선박소유권 혹은 점유와 관련된 분쟁.

(二十) 船舶共有人之間有關船舶的使用或者收益的糾紛 ;선박공유자 사이에 선박의 사용 혹은 수익에 관한 분쟁.

(二十一) 船舶抵押權或者同樣性質的權利 ;선박저당권 혹은 이와 같은 성질의 권리

(二十二) 因船舶買賣合同產生的糾紛。선박매매계약으로 인한 분쟁.

第二十二條 非因本法第二十一條規定的海事請求不得申請扣押船舶，但爲執行判決、仲裁裁決以及其他法律文書的除外。이 법 제21조에서 규정한 해상請求 외에는 선박의 가압류를 신청할 수 없다. 그러나 판결, 중재 판정 혹은 기타 법률문서의 집행을 위한 경우에는 그러하지 아니하다.

第二十三條 有下列情形之一的，海事法院可以扣押當事船舶 ; 다음 각 호의 1에 해당하는 때, 해상법원은 당해 선박을 가압류할 수 있다.

(一) 船舶所有人對海事請求負有責任，並且在實施扣押時是該船的所有人 ;선박의 소유자가 해상청구에 대하여 책임이 있으며 또한 선박가압류시 그 선박의 소유자일 경우

(二) 船舶的光船承租人對海事請求負有責任，並且在實施扣押時是該船的光船承租人或者所有人 ;선박의 나용선자가 해상청구에 대하여 책임이 있으며

또한 선박이 가압류시 그 선박의 나용선자거나 또는 소유자인 경우.

(三) 具有船舶抵押權或者同樣性質的權利的海事請求；선박저당권 혹은 같은 성질의 권리에 관한 해사청구가 있는 경우.

(四) 有關船舶所有權或者占有的海事請求；선박소유권 혹은 점유에 관련되는 해사請求가 있을 경우.

(五) 具有船舶優先權的海事請求。선박우선특권에 기한 해사請求가 있는 境遇.海事法院可以扣押對海事請求負有責任的船舶所有人、光船承租人、定期租船人或者航次租船人在實施扣押時所有的其他船舶，但與船舶所有權或者占有有關的請求除外。해사법원은 해사請求에 대하여 책임이 있는 선박소유자 혹은 항해용선자가 가압류를 실시할 때 소유하고 있는 기타의 선박에 대하여도 가압류를 실시할 수 있다. 從事軍事、政府公務的船舶不得被扣押。군용선과 공무선에 대하여는 가압류를 할 수 없다.

第二十四條 海事請求人不得因同一海事請求申請扣押已被扣押過的船舶，但有下列情形之一的除外：해사법원은 동일한 사유로 가압류되었던 선박에 대한 가압류를 신청할 수 없다. 그러나 각 호의 1에 해당하는 때에는 그러하지 아니하다.

(一) 被請求人未提供充分的担保；피청구인이 담보를 충분하게 제공하지 아니한 때.

(二) 担保人有不能全部或者部分履行担保義務；담보인이 담보의 전부 또는 부분적인 이행불능의 우려가 있을 때.

(三) 海事請求人因合理的原因同意釋放被扣押的船舶或者返還已提供的担保；或者不能通過合理措施阻止釋放被扣押的船舶或者返還已提供的担保。해사청구인이 합리적인 이유로 가압류된 선박의 해방이나 제공된 담보의 반환을 동의한 때, 또는 합리적인 조치로 가압류된 선박의 해방이나 제공된 담보의 반환을 방지하지 못하였을 때.

第二十五條 海事請求人申請扣押當事船舶，不能立即查明被請求人名稱的，不影響申請的提出。해사청구인이 피청구인의 명칭을 즉시에 밝히지 못하는 경우에도 당해 사건의 선박에 대한 가압류신청을 할 수 있다.

第二十六條 海事法院在發布或者解除扣押船舶命令的同時，可以向有關部門發出協助執行通知書，通知書應當載明協助執行的範圍和內容，有關部門有義務協助執行。해사법원은 선박의 가압류나 해방의 명령을 발포할 때, 관련 부서에 협조집행통지서를 발송할 수 있다. 통지서에는 협조 집행할 범위와 내용을 기재하여야 하고, 유관기관은 이에 협조할 의무가 있다. 海事法院認為必要，可以直接派員登輪監護。필요할 경우 해사법원은 집행요원을 승선시켜 감호할 수 있다.

第二十七條 海事法院裁定對船舶實施保全后，經海事請求人同意，可以採取限制船舶處分或者抵押等方式允許該船舶繼續營運。해사법원이 선박보전을 결정한 후 해사청구인의 동의하에 선박의 처분을 금지하거나 저당을 설정하는 등 방법을 취한 후 해당 선박의 운용을 허가할 수 있다.

第二十八條 海事請求保全扣押船舶的期限為三十日。해사청구보전에 의하여 선박을 가집행할 수 있는 기간은 30일이다. 海事請求人在三十日內提起訴訟或者申請仲裁以及在訴訟或者仲裁過程中申請扣押船舶的，扣押船舶不受前款規定期限的限制。해사청구인이 30일 이내에 제소 또는 중재신청을 하거나 혹은 소송, 중재 중에 선박가압류를 신청한 경우에는 전항의 기간의 제한을 받지 아니한다.

第二十九條 船舶扣押期間屆滿，被請求人不提供担保，而且船舶不宜繼續扣押的，海事請求人可以在提起訴訟或者申請仲裁后，向扣押船舶的海事法院申請拍賣船舶。선박가압류기간이 만료하였음에도 피청구인이 담보를 제공하지 아니하고 선박에 대한 계속적인 가압류가 적절하지 아니한 경우, 해사청구인은 제소나 중재를 신청한 후에 선박을 가압류한 해사법원에 가압류

선박의 경매를 신청할 수 있다.

第三十條 海事法院收到拍賣船舶的申請后，應當進行審查，作出准予或者不
准予拍賣船舶的裁定。해사법원은 당사자의 선박경매신청에 대하여 심사후
경매여부의 결정을 한다. 當事人對裁定不服的，可以在收到裁定書之日起五
日內申請復議一次。당사자가 해사법원의 결정에 대하여 불복할 境遇, 결정
서를 받은 날로부터 5일 이내에 1회의 이의신청을 할 수 있다. 海事法院應
當在收到復議申請之日起五日內作出復議決定。해사법원은 이의신청을 받은
날로부터 5일 이내에 재심결정을 하여야 한다. 復議期間停止裁定的執行。
재심기간에는 결정의 집행을 중지한다.

第三十一條 海事請求人提交拍賣船舶申請后，又申請終止拍賣的，是否准許
由海事法院裁定。해사청구인이 가압류선박의 경매신청을 한 후 다시 이를
반복할 경우 수락 여부는 해사법원이 결정한다. 海事法院裁定終止拍賣船舶
的，爲準備拍賣船舶所發生的費用由海事請求人承擔。경매취소의 결정을 수
락한 때, 해사청구인은 경매를 준비하기 위하여 발생한 비용을 부담하여야
한다.

第三十二條 海事法院裁定拍賣船舶，應當通過報紙或者其他新聞媒体發布公
告。해사법원에서 선박의 경매를 결정한 때에는 신문 혹은 기타의 언론매
체를 통하여 공고하여야 한다. 拍賣外籍船舶的，應當通過對外發行的報紙或
者其他新聞媒体發布公告。公告包括以下內容：외국국적의 선박을 경매할 境
遇에는 외국으로 발행되는 신문이나 기타 언론매체를 통하여 공고를 하여
야 한다. 공고에는 다음의 사항을 기재하여야 한다. 拍賣船舶的公告期間不
少于三十日。선박경매의 공고기간은 30일 이하로 할 수 없다.

- (一) 被拍賣船舶的名称和國籍；경매할 선박의 명칭과 국적
- (二) 拍賣船舶的理由和依据；선박경매의 이유와 근거
- (三) 拍賣船舶委員會的組成；선박경매위원회의 구성

- (四) 拍賣船舶的時間和地点；선박경매의 시간과 장소
- (五) 被拍賣船舶的展示時間和地点；경매할 선박의 전시기간과 장소
- (六) 參加競買應當辦理的手續；경매에 응할 때(참가할 때) 필요한 절차
- (七) 辦理債權登記事項；채권신고사항
- (八) 需要公告的其他事項。공고가 필요한 기타 사항

第三十三條 海事法院應當在拍賣船舶三十日前，向被拍賣船舶登記國的登記機關和已知的船舶優先權人、抵押權人和船舶所有人發出通知。해사법원은 선박을 경매하기 30일 전에 선박등기국의 등기기관과 이미 알고 있는 선박우선권자, 저당권자, 선박소유자에게 통지를 발송하여야 한다. 通知內容包括被拍賣船舶的名称、拍賣船舶的時間和地点、拍賣船舶的理由和依据以及債權登記等。통지의 내용은 경매할 선박의 명칭, 선박경매의 시간과 장소, 선박경매의 이유와 근거 및 채권 등기 사항 등이다. 통지의 방식은 서면 방식과 수신을 확인 할 수 있는 기타 적절한 방법으로 한다. 通知方式包括書面方式和能够確認收悉的其他适当方式。통지의 방식은 서면 방식으로 하되 수신을 확인할 수 있는 기타 적절한 방법으로 할 수 있다.

第三十四條 拍賣船舶由拍賣船舶委員會實施。선박의 경매는 선박경매위원회에서 실시한다. 拍賣船舶委員會由海事法院指定的本院執行人員和聘請的拍賣師、驗船師三人或者五人組成。선박경매위원회는 해사법원의 집행인원과 초빙한 경매사, 선박사증인 등으로 3인 또는 5인으로 구성한다. 拍賣船舶委員會組織對船舶鑒定、估价；組織和主持拍賣；与競買人簽訂拍賣成交確認書；辦理船舶移交手續。선박경매위원회는 선박에 대하여 감정평가액을 정하고, 경매의 조직의 진행을 담당하며 경락인과 경락확인서를 체결하고 선박이전 절차를 진행한다. 拍賣船舶委員會對海事法院負責，受海事法院監督。경매위원회는 해사법원에 대하여 책임지며 해사법원의 감독을 받는다.

第三十五條 競買人應當在規定的期限內向拍賣船舶委員會登記。경매에 응하

고자 하는 자는 규정한 기간 내에 선박경매위원회에 등록을 하여야 한다. 登記時應當交驗本人、企業法定代表人或者其他組織負責人身份證明和委託代理人的授權委託書，並交納一定數額的買船保證金。등록할 때에는 본인, 기업의 법정대표인 혹은 기타 단체의 책임자의 신분증명과 수권위임서를 제출하여야 하며 일정 금액의 보증금을 납입하여야 한다.

第三十六條 拍賣船舶委員會應當在拍賣船舶前，展示被拍賣船舶，並提供察看被拍賣船舶的條件和有關資料。선박경매위원회는 선박을 경매하기 전에 경매할 선박을 전시하여야 하며 경매선박을 볼 수 있는 조건과 관련 자료를 제공하여야 한다.

第三十七條 買受人在簽署拍賣成交確認書后，應當立即交付不低於百分之二十的船舶價款，其餘價款在成交之日起七日內付清，但拍賣船舶委員會與買受人另有約定的除外。경락인은 경락확인서를 체결한 후 지체없이 선박가액의 20%이상의 금액을 납입하여야 하며, 차액은 경락일로부터 7일 이내에 완납하여야 한다. 그러나 선박경매위원회와 경락인과 특약이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

第三十八條 買受人付清全部價款后，原船舶所有人應當在指定的期限內于船舶停泊地以船舶現狀向買受人移交船舶。경락인이 선박대금을 완납한 후 원선박소유자는 지정한 기한 내에 선박의 정박장소에서 선박을 현상대로 경락인에게 이전하여야 한다. 拍賣船舶委員會組織和監督船舶的移交，並在船舶移交后與買受人簽署船舶移交完畢確認書。선박경매위원회는 선박의 이전을 조직, 감독하며 선박이 이전된 후에는 경락인과 선박이전완료확인서를 체결한다. 移交船舶完畢，海事法院發布解除扣押船舶命令。선박이전 완료 후 해사법원은 가압류 선박의 해제명령을 발포한다.

第三十九條 船舶移交后，海事法院應當通過報紙或者其他新聞媒體發布公告，公布船舶已經公開拍賣并移交給買受人。선박이전 완료 후 해사법원은

신문이나 기타의 언론매체를 통하여 선박의 경매와 경락인에게 이전된 사실을 공고하여야 한다.

第四十條 買受人接收船舶后，應當持拍賣成交確認書和有關材料，向船舶登記機關辦理船舶所有權登記手續。경락인은 선박을 접수한 후 경락확인서와 기타 서류를 선박등기기관에 제출하여 선박소유권등기를 하여야 한다. 原船舶所有人應當向原船舶登記機關辦理船舶所有權注銷登記。원선박소유자는 선박의 원등기기관에 선박소유권등기를 말소하여야 한다. 原船舶所有人不辦理船舶所有權注銷登記的，不影響船舶所有權的轉讓。원선박소유자가 소유권말소등기를 하지 아니하여도 선박소유권의 이전에 영향을 미치지 아니한다.

第四十一條 競買人之間惡意串通的，拍賣無效。경매인 사이에 악의의 공모를 하였을 때 그 경매는 무효이다. 參與惡意串通的競買人應當承擔拍賣船舶費用并賠償有關損失。악의의 공모에 참여한 한 자는 경매비용과 관련 손해를 배상하여야 한다. 海事法院可以對參與惡意串通的競買人處最高應價百分之十以上百分之三十以下的罰款。해사법원은 악의 공모한 경매참가자에 대하여 최고입찰가액의 10%이상, 30%이하의 벌금에 처할 수 있다.

第四十二條 除本節規定的以外，拍賣適用《中華人民共和國拍賣法》的有關規定。경매시 이 절의 규정 외에 중국경매법의 관련 규정을 적용한다.

第四十三條 執行程序中拍賣被扣押船舶清償債務的，可以參照本節有關規定。집행 중에 가압류된 선박을 경매하여 채무를 변제할 때에는 이 절의 관련 규정을 준용할 수 있다.

第六章 海事担保

第七十三條 海事担保包括本法規定的海事請求保全、海事強制令、海事證據

保全等程序中所涉及的担保。해사담보에는 이 법에서 규정한 해사청구보전, 해사강제령, 해사증거보전 등 절차와 관련되는 담보도 포함된다. 担保的方式爲提供現金或者保証、設置抵押或者質押。담보의 방식으로는 현금공탁이나 보증, 저당권 설정 등이 있다.

第七十四條 海事請求人的担保應當提交給海事法院；被請求人的担保可以提交給海事法院，也可以提供給海事請求人。해사청구인의 담보는 해사법원에 공탁하여야 하고 피청구인의 담보는 해사법원에 공탁하거나 또는 해사청구인에게 제출할 수 있다.

第七十五條 海事請求人提供的担保，其方式、數額由海事法院決定。被請求人提供的担保，其方式、數額由海事請求人和被請求人協商；協商不成的，由海事法院決定。해사청구인이 제공할 담보의 방식과 가액은 해사법원에서 결정한다. 피청구인이 제공할 담보는 그 방식과 가액에 관하여 해사청구인과 피청구인이 협상하여 결정하고 협상이 되지 아니할 경우에는 해사법원에서 결정한다.

第七十六條 海事請求人要求被請求人就海事請求保全提供担保的數額，應當與其債權數額相當，但不得超過被保全的財產價值。해사請求인이 해사청구보전에 관하여 피청구인에게 요구하는 담보의 가액은 그 채권가액과 상당하여야 한다. 그러나 그 담보는 피보전재산의 가액을 초과하여서는 아니된다. 海事請求人提供担保的數額，應當相當于因其申請可能給被請求人造成的損失。具体數額由海事法院決定。해사청구인이 제공하는 담보의 가액은 그 신청으로 피청구인에게 입힐 가능성이 있는 손해액과 상당하여야 하는데 구체적인 가액은 해사법원이 결정한다.

第七十七條 担保提供后，提供担保的人有正当理由的，可以向海事法院申請減少、變更或者取消該担保。정당한 사유가 있을 경우 담보를 제공한 자는 해사법원에 그 담보의 감소, 변경 혹은 취소를 청구할 수 있다.

第七十八條 海事請求人請求担保的數額過高，造成被請求人損失的，應當承擔賠償責任。해사청구인이 요구한 담보의 금액이 과다하여 피청구인에게 손해를 입힌 경우에는 그 손해를 배상하여야 한다.

第七十九條 設立海事賠償責任限制基金和先予執行等程序所涉及的担保，可以參照本章規定。해사배상책임제한기금과 가집행 등 절차와 관련되는 담보에 대하여 본 장의 규정을 준용할 수 있다.

附錄Ⅱ：中華人民共和國民事訴訟法(節錄)

(1991. 4. 9. 第7期 全國人民代表大會 第4次會議通過)

第九章 財產保全和先予執行

第九十二條 人民法院對於可能因當事人一方的行為或者其他原因，使判決不能執行或者難以執行的案件，可以根據對方當事人的申請，作出財產保全的裁定；인민법원은 당사자 일방의 행위 또는 기타 원인으로 인하여 판결을 집행할 수 없거나 또는 판결의 집행이 어려운 경우 상대방 당사자의 신청을 근거로 재산보전결정을 할 수 있다. 當事人沒有提出申請的，人民法院在必要時也可以裁定採取財產保全措施。당사자가 신청을 제기하지 않은 경우에도 (재산보전의 조치가) 필요하다고 판단되면 인민법원은 재산보전의 조치를 채택하도록 결정할 수 있다. 人民法院採取財產保全措施，可以責令申請人提供担保；申請人不提供担保的，駁回申請。인민법원이 재산보전의 조치를 채택하면 신청인에게 담보를 제공하도록 명령할 수 있다. 신청인이 담보를 제공하지 않은 경우는 신청을 기각한다. 人民法院接受申請后，對情況緊急的，必須在四十八小時內作出裁定；裁定採取財產保全措施的，應當立即開始執行。인민법원이 신청을 받은 후, 긴급한 상황의 경우에는 반드시 48 시간 이내에 결정을 해야 한다. 결정에 재산보전의 조치를 채택한 경우, 즉시 집행한다.

第九十三條 利害關係人因情況緊急，不立即申請財產保全將會使其合法權益受到難以彌補的損害的，可以在起訴前向人民法院申請採取財產保全措施。긴급한 상황에서 이해관계인이 즉시 재산보전신청을 하지 않아 그 합법적 권

익에 대한 손해를 보전하는데 어려움이 있는 경우 제소전 재산보전의 조치를 채택하도록 인민법원에 신청할 수 있다. 申請人應當提供担保，不提供担保的，駁回申請。신청인은 반드시 담보를 제출해야하고, 담보를 제출하지 않은 경우는 신청을 기각한다. 人民法院接受申請后，必須在四十八小時內作出裁定；인민법원은 신청을 받은 후 반드시 48시간 이내에 결정해야 한다. 裁定采取財產保全措施的，應當立即開始執行。재산보전의 조치를 채택하도록 결정한 경우, 즉시 집행한다. 申請人在人民法院采取保全措施后十五日內不起訴的，人民法院應當解除財產保全。인민법원이 보전조치를 취한 후 15일 이내에 신청인이 제소하지 않은 경우, 인민법원은 재산보전을 해제해야 한다.

第九十四條 財產保全限于請求的範圍，或者与本案有關的財物。재산보전은 청구한 범위 또는 본 사건과 관련된 재물로 한정한다. 財產保全采取查封、扣押、凍結或者法律規定的其他方法。재산보전은 차압, 압류, 동결 또는 법률규정의 기타방법을 채택한다. 人民法院凍結財產后，應當立即通知被凍結財產的人。인민법원은 재산동결 후, 피동결자에게 바로 통보한다. 財產已被查封、凍結的，不得重復查封、凍結。재산이 이미 차압, 동결 당한 것은 차압, 동결을 중복해서는 안 된다.

第九十五條 被申請人提供担保的，人民法院應當解除財產保全。신청인이 담보를 제공한 경우, 인민법원은 재산보전을 해제해야 한다.

第九十六條 申請有錯誤的，申請人應賠償被申請人因財產保全所遭受的損失。신청에 착오가 있는 경우, 신청인은 피신청인이 재산보전에 의해 입은 손해에 대해서 배상해야 한다.

第九十七條 人民法院對下列案件，根据当事人的申請，可以裁定先予執行：인민법원은 아래 사건에 대해 당사자의 신청에 근거하여 선결집행을 결정할 수 있다.

(一) 追索贍養費、扶養費、撫育費、撫恤金、醫療費用的；봉양비, 부양비, 양육비, 무훈금(위로금), 의료비용을 재촉한 경우.

(二) 追索勞動報酬的；노동보수금(사례금)을 재촉한 경우.

(三) 因情況緊急需要先予執行的。긴급상황에 의해 선결집행이 필요한 경우

第九十八條 人民法院裁定先予執行的，應當符合下列條件：인민법원이 선결집행을 결정한 경우, 아래 조건을 부합해야 한다.

(一) 當事人之間權利義務關係明確，不先予執行將嚴重影響申請人的生活或者生產經營的；당사자간의 권리의무관계가 명확하고, 선결집행을 하지 않으면 신청인의 생활 또는 생산경영에 심각한 영향이 있는 경우.

(二) 被申請人有履行能力。피신청인이 이행능력이 있는 경우.

人民法院可以責令申請人提供担保，申請人不提供担保的，駁回申請。申請人敗訴的，應當賠償被申請人因先予執行遭受的財產損失。인민법원은 신청인이 담보를 제공하도록 명령할 수 있고, 신청인이 담보를 제공하지 않은 경우에는 신청을 기각한다. 신청인이 패소한 경우, 피신청인에게 선결집행으로 인하여 입은 재산손실을 배상하여야 한다.

第九十九條 當事人對財產保全或者先予執行的裁定不服的，可以申請複議一次。複議期間不停止裁定的執行。당사자가 재산보전 또는 선결집행의 결정에 불복하는 경우에는 1회의 재심을 신청할 수 있다. 재심기간 동안에도 결정의 집행은 정지하지 않는다.

第二十七章 財產保全

第二百五十一條 當事人依照本法第九十二條的規定可以向人民法院申請財產保全。당사자는 본 법 제92조의 규정에 의하여 인민법원에 재산의 보전조

치를 신청할 수 있다. 利害關係人依照本法第九十三條的規定可以在起訴前向
人民法院申請財產保全。이해관계인은 본 법 제93조의 규정에 의하여 제소
전에 재산의 보전조치를 인민법원에 신청할 수 있다.

第二百五十二條 人民法院裁定准許訴前財產保全后，申請人應當在三十日內
提起訴訟。인민법원이 소송 전에 재산을 보전하도록 허가 결정한 후, 신청
인은 30일 내에 소송을 제기해야 한다. 逾期不起訴的，人民法院應當解除財
產保全。기한을 넘기며 소송을 제기하지 않은 경우, 인민법원은 재산보전
조치를 해제하여야 한다.

第二百五十三條 人民法院裁定准許財產保全后，被申請人提供担保的，人民
法院應當解除財產保全。인민법원이 재산보전을 허가결정을 한 후 피신청인
이 담보를 제공한 경우, 인민법원은 재산보전조치를 해제하여야 한다.

第二百五十四條 申請有錯誤的，申請人應當賠償被申請人因財產保全所遭受
的損失。신청에 착오가 있는 경우, 신청인은 재산보전조치로 인하여 피신
청인이 입은 손해를 배상해야 한다

第二百五十五條 人民法院決定保全的財產需要監督的，應當通知有關單位負
責監督，費用由被申請人承擔。인민법원이 재산보전을 위해서 감독할 필요
가 있다고 결정한 경우, 반드시 유관기관에서 감독책임을 지도록 통지해야
하고 비용은 피신청인이 부담한다.

第二百五十六條 人民法院解除保全的命令由執行員執行。인민법원에서 보전
조치를 해제할 것을 명령하면 집행원이 집행한다.

附錄Ⅲ : 1999年 船舶假押留國際條約

(The International Convention on Arrest of Ships, 1999)

第1條(定義) 이 條約의 目的을 위하여,

第1項. “海事債權(maritime claim)”이라 함은 다음의 하나 또는 그 以上으로 부터 發生된 債權을 말한다.

- (a) 船舶의 運航에 의하여 發生된 滅失 또는 毀損
- (b) 船舶運航과 直接 關聯하여 陸上 또는 水上에서 發生한 人的 死亡 또는 傷害 損害
- (c) 海難救助活動 또는 海難救助契約, 여기에는 適用 可能하다면 船舶이 나 同船舶의 貨物에 의하여 環境에 대한 損害의 危險을 惹起한 船舶에 관한 海難救助活動과 關聯된 特別補償을 包含한다.
- (d) 船舶에 의해 惹起된 環境, 沿岸 또는 關聯된 利害關係者에 대한 損害 또는 損害의 危險, 그러한 損害를 防止하고 最小化하고 除去하기 위하여 취한 措置, 그러한 損害에 대한 補償金, 實際로 취해지거나 취해져야 할 環境復舊의 合理的 措置費用, 그러한 損害에 關聯된 第3者에 의해 惹起되거나 입은 損失, 및 本號 (d)에 明示된 것과 類似한 性質을 갖는 損害, 費用 또는 滅失
- (e) 船上에 있었거나 船上에 있는 것을 包含하여 沈沒, 難破, 坐礁 또는 遺棄된 船舶의 扶養, 除去, 回復, 破壞 또는 無害措置에 關聯된 費用 및 遺棄된 船舶의 保存 및 그 船員의 維持에 關聯된 費用
- (f) 傭船契約 또는 다른 契約에 包含되어 있는 船舶의 使用 또는 賃貸에 關聯된 契約

- (g) 傭船契約 또는 다른 契約에 包含되어 있는 船舶上의 積荷 또는 旅客의 運送에 관한 契約
- (h) 船舶에서 運送되는 積荷(手荷物を 包含)에 關聯된 滅失 또는 損害
- (i) 共同海損
- (j) 曳船
- (k) 導船
- (l) 船舶의 運航, 管理, 保存 또는 維持를 위하여 船舶에 提供된(컨테이너를 包含)物件, 物質, 補給品, 燃料油, 裝備 또는 서비스
- (m) 船舶의 建造, 再建造, 修繕, 改造 또는 儀狀
- (n) 港稅, 運河稅, 도크稅, 埠頭稅 및 其他 水路稅 및 負擔
- (o) 船舶의 雇用に 關聯된 船長, 船員 및 다른 被用人에게 支給해야 할 賃金 및 다른 金額, 여기에는 이들을 代身하여 支給할 送還費用 및 社會保險料가 包含된다.
- (p) 船舶 또는 船主를 代身하여 發生된 替當金;
- (q) 船主 또는 船舶賃借人을 代身하여 支給될 船舶에 관한 保險料(相互保險料를 包含한다)
- (r) 船主 또는 船舶賃借人을 代身하여 또는 그에 의하여 船舶에 關하여 支給 될 手數料, 仲介料 또는 代理人 手數料
- (s) 船舶의 所有權 또는 占有權에 관한 紛爭
- (t) 船舶의 利用 또는 所得에 관한 船舶共有者間의 紛爭
- (u) 抵當權 또는 船舶에 同一한 性質을 갖는 負擔
- (v) 船舶의 賣買에 관한 契約에서 發生되는 紛爭

第2項. “(假)押留(arrest)”는 海事債權을 確保하기 위하여 法院의 命令에 의하여 행하여지는 船舶의 抑留 또는 移動에 대한 制限을 意味한다. 그러나 여기에는 判決 또는 다른 執行手段의 實行 또는 滿足

을 위한 船舶의 抑留를 包含하지 않는다.

第3項. “人(person)”이라 함은 團體이든 아니든, 國家 또는 그 下部組織을 包含하여 個人 또는 組合, 公的 또는 私的 團體를 意味한다.

第4項. “債權者(claimant)”라 함은 海事債權(maritime claim)을 主張하는 者를 말한다.

第5項. “法院”이라 함은 한 國家의 權限 있는 司法機關을 말한다.

第2條(假押留 權限)

第1項. 船舶은 締約國 法院의 權限으로만 假押留되거나, 假押留가 實行된 締約國의 法院의 權限으로만 假押留로부터 解放될 수 있다.

第2項. 船舶은 海事債權으로만 假押留될 수 있고, 다른 債權으로는 假押留될 수 없다.

第3項. 船舶은 關聯 契約上の 管轄 條項이나 仲裁 條項 등에 의하여, 假押留를 實行한 當該 海事債權이 假押留를 實行한 國家 以外の 國家에서 裁判이 이루어지는 境遇, 또는 그 海事債權이 다른 國家의 法律에 따라 判定되거나 裁判되는 境遇라 하더라도, 擔保를 얻을 目的으로 假押留될 수 있다.

第4項. 이 條約의 規定에 따라서, 船舶 假押留節次 또는 그 解放節次는 假押留가 實行되거나 請求된 國家의 法律에 의하여 規律된다.

第3條(假押留權利의 行使)

第1項. 假押留는 다음의 境遇 海事債權이 主張되는 船舶에 關하여 許容될 수 있다.

(a) 海事債權이 發生될 때에 船舶을 所有하였던 者가 그 債權에 대하여 責任이 있고 假押留가 實行된 時點에서도 船舶의 所有者인 境遇

(b) 海事債權이 發生한 時點에서의 船舶賃借人(裸傭船者)이 그 海事債權에 責任이 있고, 假押留가 實行된 時點에서 船舶賃借人이거나 船舶所有者인 境遇

(c) 그 債權이 船舶抵當權 또는 이와 同一한 性質의 擔保에 根據한 境遇

(d) 그 債權이 船舶의 所有權 또는 占有權에 關聯된 境遇

第2項. 假押留가 實行된 時點에서 그 海事債權에 대하여 責任이 있는 者が 所有한 다른 船舶 및 海事債權이 發生한 時點에 (a) 그 海事債權이 發生하였던 船舶의 所有者이었거나 (b) 또는 船舶의 賃借人, 定期傭船者 또는 航海傭船者였던 者が 所有한 다른 船舶에 대하여도 假押留가 許容된다. 다만 이 規定은 船舶의 所有權 또는 占有權에 관한 債權에는 適用하지 않는다.

第3項. 本條 第1項과 第2項의 規定에도 不具하고, 海事債權에 대하여 責任이 있는 者が 所有하지 않은 船舶에 대한 假押留가 申請된 國家의 法律上으로 그 債權에 대한 判決이 그 船舶의 公賣에 의하여 그 船舶에 대하여 執行이 可能한 境遇에는 許容되어야 한다.

第4條(假押留로부터의 解放)

第1項. 假押留된 船舶은 充分한 擔保가 滿足할 만한 形式으로 提供된 때에는 解放되어야 한다. 다만 船舶이 第1條 第1項 (s) 및 (t)에 列擧되어 있는 海事債權에 關하여 假押留된 境遇에는 그렇지 않다. 그러한 境遇에 法院은 船舶占有者에게 充分한 擔保를 提供하는 것을 前提로 船舶去來를 繼續하도록 許容하거나 그렇지 않더라도 假押留期間동안 船舶의 運航을 取扱할 수 있다.

第2項. 當事者 사이에 擔保의 充分성과 形式에 대하여 合意가 없는 境遇에, 法院은 假押留된 船舶의 價額을 超過하지 않는 範圍에서 그

種類와 限度를 決定하여야 한다.

第3項. 擔保의 提供을 根據로 하여 船舶에 대한 假押留解放을 申請하는 것은 責任의 承認이나 또는 責任制限權의 拋棄를 뜻하는 것으로 解釋되지 아니한다.

第4項. 만일 船舶이 非締約國에서 假押留되어 解放되지 않은 境遇, 비록 그 船舶에 대한 擔保가 同一한 債權에 關하여 締約國에서 提供되었다고 할지라도 그 擔保는 締約國法院에 대한 申請에 基하여 解除命令이 發해져야 한다.

第5項. 만일 非締約國에서 船舶이 滿足할 만한 擔保의 提供으로 解放되었다면, 同一한 債權에 關하여 締約國에서 提供된 어떠한 擔保도 두나라에서 提供된 總擔保金額이 (a) 船舶을 假押留한 그 債權 또는 (b) 船舶의 價額 中에서 낮은 金額을 超過하는 限度에서 解除가 命해져야 한다. 그러나 이러한 解除命令은 非締約國에서 提供된 擔保를 實際로 債權者가 入手할 수 없고 그 擔保가 自由롭게 移轉될 수 없는 한 發하여져서는 안된다.

第6項. 本條 第1項에 따라서 擔保가 提供된 境遇에 그러한 擔保를 提供한 者는 어느 때이든지 法院에 擔保의 減額, 變更 또는 取消을 請求할 수 있다.

第5條 (再假押留 및 複數假押留權限)

第1項. 어느 國家에서 船舶이 이미 假押留되었다가 解放된 境遇 또는 그 船舶에 관한 擔保가 이미 海事債權을 確保하기 위하여 提供된 境遇에는 그 船舶은 그 以後로는 다음의 境遇를 除外하고는 同一한 海事 債權에 關하여 再押留되거나 또는 假押留되지 아니한다.

(a) 擔保의 總額이 船舶의 價額을 超過하지 않는 것을 條件으로, 同一한 債

權에 關하여 이미 그 船舶에 提供된 擔保의 性質 또는 金額이 不適切한 境遇, 또는

- (b) 이미 擔保를 提供한 者가 自身의 債務의 全部 또는 一部를 履行할 수 없거나 또는 履行할 수 없는 것으로 判斷되는 境遇, 또는
- (c) 다음 中 하나의 事由로 假押留된 船舶이 解放되거나 또는 以前에 提供된 擔保가 解除된 境遇: (i) 申請에 의해서 또는 合理的인 理由에 期限 債權者의 同意, (ii) 債權者가 合理的인 措置를 취함으로써 假押留解放을 막을 수 없을 境遇.

第2項. 그렇지 않은 境遇 同一한 海事債權에 關하여, 假押留될 다른 船舶은 다음과 같은 境遇가 아닌 한 假押留되지 않는다.

- (a) 同一한 海事債權에 關하여 이미 提供된 擔保의 性質 또는 金額이 不適切한 境遇, 또는
- (b) 本條 第1項 (b) 또는 (c)號의 規定이 適用되는 境遇.

第3項. 本條에서 말하는 “解放”이라 함은 不法的인 解放 또는 假押留로부터 的인 回避를 包含하지 않는다.

第6條 (假押留된 船舶의 所有者 및 船舶賃借人의 保護)

第1項. 法院은 船舶 假押留의 條件으로서 또는 이미 實行된 假押留의 維持를 許容하는 條件으로서 假押留를 구한 債權者 또는 船舶의 假押留를 確保한 債權者에게 그러한 條件에서 假押留의 結果로서 被告가 입을 수 있는 損害에 對備하고, 그 債權者가 다음과 같은 事由로 그 被告가 입을 수 있는 損害에 대하여 債權者에게 責任이 있음이 밝혀지는 境遇에 對備하여 法院의 決定에 따라 特定한 種類 및 金額으로 擔保를 提供할 義務를 賦課할 수 있다: (a) 假押留가 違法하거나 不當한 境遇, 또는 (b) 過度한 擔保가 要求되거나 또는 提供된

境遇.

第2項. 假押留가 實行된 國家의 法院은 다음과 같은 結果로 發生될 수 있는 損失 또는 損害를 包含하지만 이에 局限하지 않고 船舶의 假押留에 의하여 惹起된 損失 또는 損害에 대하여 債權者의 責任의 範圍를 決定하기 위한 裁判管轄權을 갖는다: (a) 假押留가 違法하거나 不當한 境遇, 또는 (b) 過度한 擔保가 要求되거나 또는 提供된 境遇.

第3項. 本條 第2項에 따른 債權者의 責任은 假押留가 實行된 國家의 法을 適用하여 決定되어야 한다.

第4項. 萬若 다른 國家의 法院 또는 仲裁裁判所가 第7條의 規定에 따라서 本案事件을 裁判하여야 하는 境遇에는 本條 第2項에 따른 債權者의 責任에 관한 節次는 그 決定이 保留될 수 있다.

第5項. 本條 第1項에 따라서 擔保가 提供된 境遇, 그러한 擔保를 提供한 者는 언제든지 法院에 그 擔保의 減額, 變更 또는 取消을 請求할 수 있다.

第7條(本案에 대한 管轄權)

第1項. 當事者들이 裁判管轄權 또는 仲裁를 許容하는 다른 國家의 法院에서 紛爭에 관한 訴를 提起하기로 하는 有效한 合意를 한 境遇가 아닌 限, 假押留가 實行된 또는 船舶의 押留解放을 위하여 擔保가 提供된 國家의 法院은 本案事件을 裁判할 管轄權을 갖는다.

第2項. 本條 1項의 規定에도 불구하고, 假押留가 實行된 國家의 法院 또는 船舶의 押留解放을 위하여 擔保가 提供된 國家의 法院은 그 國家의 法上으로 裁判拒否가 許容되는 境遇 및 다른 國家의 法院이 裁判管轄을 許容한 境遇에는 그러한 裁判管轄權의 行使를 拒否할 수 있다.

第3項. 假押留가 實行되었거나 또는 船舶의 押留 解放을 위하여 擔保가 提供된 國家의 法院이 (a) 本案事件을 裁判할 管轄權을 갖지 않는 境遇, 또는 (b) 本條 第2項의 規定에 따라서 裁判權行使를 拒否한 境遇, 그러한 法院은 請求에 의하여 債權者가 管轄權 있는 法院 또는 仲裁法院에 訴訟을 提起하도록 期間을 정하여 命令하여야 한다.

第4項. 萬若 訴訟節次가 本條 第3項에 따른 提訴命令期間內에 提起되지 않은 境遇에는 假押留된 船舶 또는 提供된 擔保는 申請에 의하여 解放命令이 내려져야 한다.

第5項. 萬若에 訴訟節次가 本條 第3項에 따라서 提訴命令期間內에 進行되거나 또는 萬若 管轄法院 또는 仲裁法院에 그러한 提訴命令 없이 訴訟이 提起된 境遇에, 그러한 節次의 結果로 내려지는 어떠한 最終決定도 다음을 條件으로 承認되어야 하고, 假押留된 船舶 또는 押留 解放을 얻기 위하여 提供된 擔保에 關하여 效力을 갖는다.

(a) 被告가 그러한 訴訟節次에 관한 合理的인 通知를 받고 辯論을 위하여 本案에 出席할 合理的인 機會를 가진 境遇

(b) 그러한 承認이 公序良俗에 反하지 않는 境遇

第6項. 本條 第5項에 包含된 어떠한 것도 船舶의 假押留가 實行되거나 押留 解放을 위하여 擔保가 提供된 國家의 法律上으로 外國判決 또는 仲裁判定에 賦與된 그 以上の 效力을 制限하지 않는다.

第8條(適用範圍)

第1項. 本條約은 船舶이 締約國의 旗를 揭揚하고 있는지 與否를 묻지 않고 締約國의 裁判管轄內에 있는 모든 船舶에 適用된다.

第2項. 本條約은 國家가 所有하거나 運航하고 그 期間 동안 오직 非商業的인 公共役務에 使用되는 軍艦, 船舶附屬物 또는 다른 船舶에 適

用되지 않는다.

第3項. 本條約은 國家 또는 國家機關 또는 公共機關이나 埠頭 港灣官廳에게 그 裁判管轄權內에서 船舶의 航行抑留 또는 航行禁止에 關하여 賦與된 權利나 權限에 影響을 미치지 않는다.

第4項. 本條約은 債務者의 總資産에 影響을 미치는 命令을 내릴 國家 또는 法院의 權限에 影響을 미치지 않는다.

第5項. 本條約의 어떠한 것도 假押留가 實行된 國家에서 責任制限에 關한 國際條約 또는 그에 效力을 賦與하는 國內法の 適用에 影響을 미치지 않는다.

第6項. 本條約의 어떠한 것도 그의 住所地 또는 營業所所在地가 그러한 國家 內에 있는 者 또는 그로부터 代位, 讓渡 等に 의하여 債權을 取得한 다른 者가 獲得한 旗國의 裁判管轄權內에 物理적으로 存在하는 船舶의 假押留와 關聯하여 그 締約國에서 有效하게 施行되는 法原則을 強制적으로 修正하거나 影響을 미치지 않는다.

第9條(船舶優先特權의 非創設)

本條約의 어떠한 내용도 船舶優先特權을 發生시키는 것으로 解釋되지 않는다.

第10條(留保條項)

第1項. 本條約의 署名, 批准, 受容, 承認 또는 그 以後 어느 때라도 本條約의 加入時에 어떤 國家든지 다음의 全部 또는 一部에 대하여 本條約의 適用을 排除할 權利를 갖는다.

(a) 非航行船

(b) 締約國의 旗를 揭揚하지 않은 船舶

(c) 第1條 第1項 (s)號의 債權.

第2項. 어느 國家가 內水航行에 관한 特定 條約의 締約國인 때, 本 條約의 署名, 批准, 受容, 承認時에 그러한 條約에서 정하고 있는 裁判管轄權, 法院判決의 承認 및 執行에 관한 規定은 本 條約 第7條의 規定보다 우선한다.

第11條(寄託)

本 條約은 國際聯合의 事務總長에게 寄託 保管된다.

第12條(署名, 批准, 受諾, 承認 및 加入)

第1項. 本 條約은 1999年 9月 1日부터 2000年 8月 31日까지 뉴욕의 國際聯合本部에서 署名을 위하여 開放되며, 그 以後에는 加入을 위하여 開放된다.

第2項. 各 國家는 다음의 方法에 의하여 本 條約에 拘束되는 것에 대한 同意를 表示할 수 있다.

(a) 批准, 受諾 또는 承認에 관한 留保 없는 署名

(b) 批准, 受諾, 受忍을 條件으로 한 署名 後 批准, 受諾, 承認

(c) 加入

第3項. 批准, 受諾, 承認 또는 加入은 寄託所에 그러한 效力을 갖는 書面을 寄託함으로써 效力이 發生한다.

第13條(하나 以上の 法體系를 가진 國家)

第1項. 어느 國家가 本 條約이 適用되는 事件에 關하여 서로 다른 法體系가 適用되는 둘 이상의 領土를 가지는 境遇에는 그 國家는 書面, 批准, 受諾, 承認 또는 加入時에 本 條約이 위 모든 領土에 適用하

거나 오직 하나 또는 그 이상의領土에 適用할 것을 宣言할 수 있으며, 언제라도 다른 宣言을 提出함으로써 이 宣言을 變更할 수 있다.

第2項. 이러한 宣言은 모두 寄託所에 通知되어야 하고 本 條約이 適用되는 領土를 明示적으로 記載하여야 한다.

第3項. 다른 領土에서 適用되는 船舶假押留에 관한 둘 이상의 法體系를 가진 締約國과 關聯하여 本 條約上의 國家의 法院 및 國家의 法에 대한 事項은 各各 그 國家내의 關聯된 領土의 法을 指稱하는 것으로 解釋한다.

第14條(效力發生)

第1項. 本 條約은 10個國이 이에 拘束되는 데에 同意를 表示한 날로부터 6個月이 經過하면 效力을 發生한다.

第2項. 本 條約이 效力을 發生한 以後 위 同意를 表示한 國家에 대하여는 이러한 同意는 그 同意를 表示한 날로부터 3個月 後에 效力을 發生한다.

第15條(改正과 修正)

第1項. 本 條約을 改正 또는 修正할 것을 目的으로 하는 締約國들의 會議는 締約國의 3分の 1의 要請으로 國際聯合事務總長이 召集한다.

第2項. 本 條約의 改正이 效力을 發生한 後 本 條約에 拘束되기로 하는 모든 同意는 本 條約을 改正된 대로 適用하기로 하는 것으로 본다.

第16條(廢棄)

第1項. 本 條約은 어느 締約國이라도 本 條約이 그 國家에 效力을 發生한

後 언제든지 失效를 宣言할 수 있다.

第2項. 廢棄는 寄託所에 廢棄文書を 寄託함으로써 效力이 생긴다.

第3項. 廢棄는 廢棄文書에 記載된 바에 따라 寄託所에 廢棄文書を 受領한
1年 또는 그 보다 긴 期間 後 效力을 發한다.

第17條(言語)

本 條約은 아라비아語, 中國語, 英語, 프랑스語, 러시아語와 스페인語의 單
一 原本으로 成立되며, 各 言語의 本文은 同等하게 認證된다.

本 條約은 199年 3月 12日 이루어졌다. 以上の 證據로서 各 政府로부터 全
權을 受與받은 下記 署名人들은 本 條約에 署名하였다.