

(1)

# 船舶擔保物權에 관한 比較法的研究

裵 炳 泰

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

By  
Byongtae Bae

<目 次>

- |                |                   |
|----------------|-------------------|
| 1. 緒 論         | 5. 船舶擔保權에 관한 統一條約 |
| 2. 英國의 船舶擔保法   | 6. 各國法의 比較        |
| 3. 美國의 船舶擔保法   | 7. 結 論            |
| 4. 大陸法系의 船舶擔保法 |                   |

### Abstract

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

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

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

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

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

Though the origins of devices obtaining loans for shipping were from ancient Greek shipping and from Medieval Mediterranean Shipping customs, namely Bottomry and Columna or

Commenda, they had been formed and developed with different legal characters.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 第 1 章 緒 論

### 머 리 말

에로부터 船舶을 媒介로한 海上企業을 營爲하기 위하여서는 많은 資金이 所要되었다,<sup>1)</sup> 海上企業 資金의 特有한 調達方法이 古代그리스 海運時代 부터 存在하였다. 그리스海運의 海上冒險貸借<sup>2)</sup> 로마法上의 海上貸借 (nauticum faenus)<sup>3)</sup> 中世海法에 있어서의 冒險貸借 (Bottomry, Bodmerei)<sup>4)</sup> 制度가 海上企業의 特有한 信用制度로 存在하였다.

中世海運에 있어서의 「Columna」<sup>5)</sup> 및 「Commenda」<sup>6)</sup> 와 같은 組合形式의 船舶共有方法으로<sup>7)</sup> 海上企業을 組織하고 그 活動過程에서는 冒險貸借에 依한 信用提供도 必要하였다.

冒險貸借은 그 航海가 成功하는 것을 條件으로 하고 船舶 또는 船積荷物を 擔保로하는 金錢消費

- 1). 壹萬總噸級 標準型 遠洋船의 建造費는 1969年 現在 美貨約 450萬弗에 達한다. (韓國船級協會, 船級, 1970年統計) 古代 Egypt 에서는 船舶은 王이나 寺院이 이를 所有하였다. 古代 Greece 에서도 대개 都市國家가 船舶을 所有하여 貿易 또는 海賊行爲에 使用하였다. 商人이 船舶을 所有한 것은 商人階級이 發生한 後의 일이고 이들 商人船主를 naukleros 라 불렀다. 이들은 商人인 同時에 船長 및 船主의 地位를 兼하고있었다.  
Weber, M., Wirtschaftsgeschichte, München, 1922, S. 180. 佐波宣平, 海運理論體系, (東京:有斐閣 1949). p. 35 以下. 朴元善, 新商法(下)(서울:修學社, 1969). p. 237 參照
- 2). 古代 Greece 海運에 있어서의 海上商人은 資本이 매우 零細하여 自己 資本으로 海上貿易을 行할수 없었고 貸金業者로 부터 信用을 얻어 船舶을 裝備하고 貿易航海에 나섰던 것으로 危險이 가득한 商業航海를 위한 貸金은 매우 높은 金利의 對價를 주지 아니하고는 얻을 수가 없었다.  
Hasebroek, J., Staat und Handel in alten Griechenland, Tübingen, 1928, S. 7. (原, 市川譯, 都市國家と經濟, 1943) 佐波宣平, 前掲書, p. 40 以下 및 孫珠璣, 新商法(下). (서울:普文閣, 1967). p. 141 參照
- 3). 原田慶吉, 로마法, (東京:有斐閣, 1970), p. 178.
- 4). Knauth, A. W., Benedict on Admiralty, 6th ed., New York, 1940, p. 315 et seq.
- 5). Columna 또는 Comunitas ; (海上商業組合) 中世地中海 海運時代에 船舶所有者, 商人(荷主) 및 船員이 하나의 組合을 組織하여 船舶의 所有, 運航, 貨物運送, 賣買등 海上企業의 活動을 行하였다. 이런 海上企業組合을 Columna라 하고 이 組合에 관한 規制는 11世紀頃編纂된 Amalfi 海法에 詳細하다.  
Sanborn, F. R., Origins of the Early English Maritime and Commercial Law, New York, 1930, p. 97 et seq.  
樋貝詮三, 海の慣習法, (東京:良書普及會, 1943), p. 727 以下 參照:佐波宣平, 前掲書, pp. 48-9.
- 6). Commenda : 古代 및 中世地中海 海運에서 行하여진 組合의 하나로 Bottomry에 그 淵源이 있고 이는 Columna와는 달리 資金의 貸主가 海上商人에게 資金의 運用을 委託하는 形式이었다. 資金의 貸主를 Commendator 借主인 商人을 Commendatarius라 하였다. 利潤의 分配는 出資比率에 따라 달리하였다.  
Rehme, Geschichte des Handelsrechts, in Ehrenbergs Handbuch der gesamten Handelsrechte, Bd. I. 1913, ss. 30ff. 64ff. 佐波宣平, 前掲書, pp. 55-6. 小町谷操三, 海商法研究, 第3卷. pp. 64. 以下 91. 以下
- 7). 現代의 海商法이 船舶共有에 관한 詳細한 規定을 두고 있는것은 現實에 맞지 아니하는 것이나 이러한 中世海運以來 船舶共有關係에 관한 規定을 많이 갖았던 沿革의 理由가 있다고 생각된다.

貸借인바<sup>9)</sup> 金錢消費貸借의 形式으로는 매우 危險한 것이었다.

이 制度는 한동안 教會의 (Canon Law) 利子制限法<sup>9)</sup> 때문에 「海上賣買」의 形式을 取하기도 하였으나 海上企業資金의 需要充足手段으로서 19世紀 後半까지 盛行되었다.<sup>10)</sup> 海上企業資金의 信用을 위하여 이 制度를 代置할 다른 手段이 마련될때 까지 冒險貸借은 各國法속에 確立 存續되어 왔다.

즉 近世 統一國家의 最初의 海事法典인 프랑스 루이 14世의 海事勅令 (1681年, Ordonance de la marine)<sup>11)</sup> 속에 冒險貸借가 編制된 以來 Napoleon 商法(1807年) 도이취 舊商法 (1869年, ADHGB) 과 英美의 一般海法 (General Maritime Law)<sup>12)</sup> 上 모두 冒險貸借制度가 存續되고 있다.

그러나 冒險貸借은 債權者가 그 航海의 危險을 負擔하고 對價로 特別한 高金利를 取하는 것이므로 射幸性이 強하고 安定된 信用制度로서 바람직한 것이 아니었다.<sup>13)</sup> 더욱이 産業革命을 지나고 植民地經營이 成功하고, 造船技術 航海技術이 發達하고, 木船은 鐵船으로 代置되고, 帆船은 汽船으로 代置되면서 海上交易量이 激增하고 海上企業의 規模와 形態가 變化<sup>14)</sup>하게 됨에 冒險貸借은 거의 行해지지 아니하게 되었다. (19世紀後半)

이 制度를 代置한 것이 船舶擔保物權制度라 할 수 있다.

이 研究는 이러한 船舶 擔保物權으로서 中世海法에 淵源이<sup>15)</sup> 있는 船舶優先特權 (Maritime Lien, Schiffsgläubigerrecht, Privilège maritime)과 19世紀 中葉부터 施行된 船舶抵押權 (Ship mortgage, Schiffshypothek, Hypotheque maritime)에 관하여 考察하고자 하는 것이다.

### 1. 船舶擔保物權의 概念

船舶擔保物權은 海上企業을 組織하기 위하여 또는 그의 活動過程에서 發生하는 船舶에 관한 一定한 債權을 擔保하기 위한 特殊한 擔保物權이라고 把握할 수 있다.<sup>16)</sup>

- 8). 徐燦珪, 商法講義(下). (서울: 法文社. 1967). p. 179. Gierke, J. von., Handelsrecht und Schiffahrt-recht. Berlin, 1958. S. 628.
- 9). 朴元善. 前掲書. 前掲: 孫珠瓊. 前掲書. 前掲. 教會法이 禁한 暴利에 관한 研究는 다음 參照 (A. D 12 35, R. de Flamesburg 以後 17世紀까지의 研究) Huvelin, P., L' histoire du droit commercial, Paris, 1904, 小町谷操三譯, (東京: 有斐閣. 1970), pp. 98-100.
- 10). 英美法을 비롯하여 現行各國法에 (獨商, 679~699條, 佛商 311~331條) 冒險貸借規定을 두고 있으나 實際로 施行되는 일은 거의 없다.  
Lord Chorley and Giles, Shipping Law, London, 1970. p. 35.
- 11). Ordonance touchant la Marine du Mois d'Aout 1681. 通稱 Ordonance de la marine. 海事勅令의 編成은 本稿 第4章 註68. 參照 李俊秀, 國際船員法研究, 法學博士學位請求論文, 檀國大學校大學院, 1970. p. 21.
- 12). General maritime law에 관하여서는 本稿 第3章 註1. 參照
- 13). 朴元善, 前掲書, pp. 25, 407,
- 14). 이 사이의 海運實態의 變化에 관하여서는 다음 參照. Sturmev, S. G., British Shipping and World C-ompetition, Univ. of London, 1962, pp. 15-9. 및 佐波宣平, 前掲書, pp. 91-5. 參照
- 15). 船舶에 對한 一定한 債權에 優先權을 주는 制度는 中世海法에 이미 規定이 있다. Consolato del mare 9 3條 및 95條에 依하면 海員 船木手 船體充隙工의 賃金은 運賃에서 支給하나 運賃으로 不足할때는 借財하여 支給하고 借財가 不可能하면 船舶을 賣却하여 一般債權에 優先하여 支給할것을 規定하고있다.  
樋貝詮三, 前掲書, pp. 327. 329~331, 의 條文參照. Amalfi 海法에는 造船材料供給者에게 優先辨濟權을 인정하고 있다. (第 1 條)
- 16). 徐燦珪, 前掲書, p. 179.; 孫珠瓊 新商法(下) (서울: 普文閣, 1967) p. 141 以下 鄭熙喆, 前掲書, pp. 177-8; 朴元善, 前掲書, p. 407. 以下.

(5)

商法은 海商編에 船舶債權의 章(第8章 861條~874條)을 두어 船舶擔保制度를 規定하고 있다.

즉 船舶優先特權制度和 船舶抵當權制度가 그것이다. 그러나 이 兩制度는 그의 成立山來나 制定目的의 및 法的性質에 있어서 顯著한 差異가 있어서 各各 그 概念을 밝혀야 할 것이다.

(1) 船舶抵當權의 概念

船舶抵當權 (Ship Mortgage, Schiffshypothek)은 船舶과 그 屬具를 目的으로하는 特殊한 抵當權이다. (商871條1項)

- ① 故로 抵當權의 一種이나 動産인 船舶과 그 屬具를 目的으로 하는 點에서 民法上의 一般抵當權과 다르다.<sup>17)</sup>
- ② 抵當權이므로 占有移轉은 必要치 아니하고 當事者의 意思表示에 依하여 發生하는 約定擔保物權이다.
- ③ 債權擔保를 위한 것이므로 擔保物權의 一般의性質인 附從性, 不可分性, 物上代位性을 갖는다.<sup>18)</sup>
- ④ 民法의 抵當權規定이 準用되므로 (商 871條 3項) 目的物에 對하여 優先辨濟權이 있고 그의 順位, 効力 消滅은 民法上의 一般原則에 따른다.

(2) 船舶優先特權의 概念

船舶優先特權(Maritime Lien, Schiffsgläubigerrecht)은 船舶과 그航海의 運賃 및 그 船舶과 運賃에 附隨한 債權 (商, 862條, 以下 附屬物이라 略함)을 目的으로 一定種類의 債權(商 861條 1項)에 對하여 發生하는 海商法上의 優先特權이다.<sup>19)</sup> 따라서 다음과 같은 性質이 있다.<sup>20)</sup>

- ① 當事者의 意思表示에 依存하지 아니하고 商法規定에 依한 一定한 債權者 (商, 861條 1項)에 對한 發生한다.
- ② 優先特權의 効力은 法規定에 따라 決定된다.
- ③ 一定한 債權擔保를 위한 權利이므로 擔保物權이다.<sup>21)</sup>
- ④ 目的物의 占有를 必要로 하지 아니한다.
- ⑤ 目的物에 對하여 優先辨濟權이 있고 이 權利는 船舶抵當權에 優先한다. (商, 872條)
- ⑥ 擔保物權으로서의 公示制度가 없다.<sup>22)</sup>
- ⑦ 第三取得者에 對하여서도 追及權이 있다. (商, 869條)

이러한 性質때문에 船舶優先特權은 船舶抵當權을 害칠 念慮가 있고 이러한 船舶抵當權의 취약성과 船舶의 特殊性 (移動성과 擔保價値의 빠른 減價)은 船舶金融을 阻害하는 要素가 될 수 있다.

17). 徐燦珏, 前揭書, p. 185 및 金顯泰, 新物權法(下), (서울: 一潮閣, 1964.) p. 72.  
 18). 金顯泰, 前揭書, p. 163 以下. 郭潤直, 物權法, (서울: 法文社, 1969) p. 423 參照  
 19). 鄭熙喆, 前揭書, p. 178 : 石井照久, 商法Ⅱ, p. 140 參照  
 20). 朴元善, 前揭書, 前揭, 鄭熙喆, 前揭書, 前揭,  
 21). 朴元善, 前揭書, p. 409. : 孫珠璣, 前揭書, p. 142.  
 22). 徐燦珏, 前揭書, p. 184. : 朴元善, 前揭書, p. 415.

이상과 같은 船舶擔保權에 관한 各國의 法制는 그 形成의 由來가 各各 다르다.

船舶抵當權法은 世界海運事情에 一大變革이 進行되고 있는 19世紀의 前半 1833年 Portugal 商法 및 1836年 Netherland 商法에서 最初로 認定되었다.<sup>23)</sup> 그러나 現行 各國에서 施行되는 抵當權設定 方法은 1854年 英國商船法 (Merchant Shippig Act)에 依하여 船舶登記制度가 完備됨으로써 確立되었다.<sup>24)</sup>

한편 船舶優先特權에 相當하는 制度는 中世海法<sup>25)</sup>에서도 認定되고 있었다. Consolato del mare 에는 海員(船長을 除外한 船員) 船木手 船體充隙工<sup>26)</sup> 등의 賃金에 우선 변제권이 있었고 (93條, 95條) Amalfi 海法에는 新造船이 航海前에 債權者申請으로 賣却된 때에는 造船資金 貸與者와 造船 資材提供者는 優先辨濟權을 갖도록 規定하였다.<sup>27)</sup> 그러나 近世最初의 國家法으로 船舶 優先特權을 規定한 法은 루이海事勅令이며<sup>28)</sup> 이것은 優先辨濟權 있는 債權의 範圍를 中世海法보다 擴張發展시켜 統一의 規定을 두게 되었다.

이 法은 그뒤 Napoleon商法, 도이취舊商法, 日本商法으로 繼受되었다.

英美法上の 船舶優先特權(Maritime Lien)은 14世紀 初葉에 設置된 英國海事裁判所<sup>29)</sup> (Admiralty Court)에서 中世海法을 受容 發展시켜온 것이다.

그러나 Maritime Lien 의 主要特性인 不法行爲賠償請求權에 追及權을 認定하는 絶對的(對世的)效力이 있는 對物的權利(right in rem)라는 法理가 確立된것은 1852年 Bold Buccleugh 事件<sup>30)</sup> 以後라 할 수 있다.<sup>31)</sup>

以上 본마와 같이 現行 各國의 船舶擔保物權法은 19世紀의 產物이라 할 수 있다.

## 2. 研究의 目的. 方法. 範圍

### (1) 研究目的과 方法

우리商法이 一般的으로 大陸法系에 屬하고 있음은 周知하는 바이나 새 商法은 海商에 關하여 英

23). 大橋光雄, 海上先取權 抵當權 統一條約案概說, 法學論叢, 第35卷 2號, 1933. p.608.

24). 田中誠二, 海商法詳論, (東京:勁草書房, 1970). pp.557-8. 石井照久, 商法(II), (東京:勁草書房, 1964). p.145.

25). Tabula Amalfiata, Rôles d'Oleron, Wisbischeseerecht, Consolato del mare를 一般的으로 中世海法이라 稱한다.

26). 船體充隙: Caulking, 木船의 船體 接合部分을 Oakum (木皮)으로 메꾸어 防水하는 作業을 말한다. 李俊秀外 航海科要譯, 韓國海洋大學, 海事圖書出版社, 1969. p.11-24.

27). 本章 註. 15 參照

28). 本稿 4章 註. 68 參照

29). Hebert. P.M., The Origin and Nature of Maritime liens, 1930, 4 Tulane Law Review, 381, p.393. 英國 Admiralty Court의 正確한 創設年代는 不明하나 14世紀初에는 Lord High Admiral의 海事問題에 관한 司法的處理의 記錄이 있다 한다. 英國 海事裁判所의 管轄權 문제에 關하여 다음 研究가 있다. Laing, Historic Origins of Admiralty Jurisdiction in England, 45 Mich. L. Rev. 163. (1946)

30). Lord Chorley and Giles, Chorley and Tucker's Leading Cases on Mercantile Law, 4th ed., London, 1962, p.304. et seq.:Harmer v. Bell, The Bold Buccleugh (1852) 7 Moo. P. C. C. 267.

31). Gilmore and Black, Jr., The Law of Admiralty Brooklyn. 1957. p.484.

美法의 影響이 큰 海商法統 一條約<sup>32)</sup>을 受容하였다.

그러므로 海商에 관한 우리法을 完全히 把握하고 缺陷없는 運用을 期하기 위하여서는 主要法系의 外國法을 研究할 必要가 있다. 더구나 海上企業은 國內的 活動關係 보다는 國際性을 오히려 그 活動의 本質로 하고 있기 때문에 外國法研究가 重要한 것임은 물론이다.

이러한 外國法研究의 必要성과 海商法 本來의 國際性에 着眼하여 船舶擔保制度에 관한 主要法系의 外國法을 考察하고 우리法의 解釋論上 또는 立法論上의 問題點을 檢討하고자 하는 것이 이 研究의 目的이다.

따라서 이 研究는 比較法學的方法에 依할수 밖에 없다. 모든 科學에 있어서 그러한 바와 같이 法學研究에 있어서도 外國法과의 比較研究가 重要한 것임은 勿論이다. 그러나 單純한 條文比較는 오히려 法의 本質의 理解를 위하여 불로울수 있으므로(Roscoe Pound) 各國法을 考察함에 있어서 되도록 法形成의 沿革과 法技術, 法理念의 面까지 把握하고자 努力하였다.

## (2) 研究範圍

海商法의 法系를 一般的으로 大陸法系, 英美法系, 統一法系로 分類한다.<sup>33)</sup>

本研究에서도 船舶擔保制度에 관하여 上記 法系에 따라 英法, 美法, 獨法, 佛法 및 統一條約法을 그 範圍로 考察한다.

大陸法과 判異한 司法傳統을 가지고 發展하여온 英美法이 二次大戰後 各國의 海商法 分野에 강한 影響을 미치고 있고 우리 商法에도 會社法을<sup>34)</sup> 비롯한 海商法의 여러制度에 影響을 미치고 있으므로 英美法研究가 더욱 重要하게 되었다. 本研究에서 특히 英美法을 詳細히 考察하고자 한理由가 거기에 있다. 이 研究에서 同一法系인 英法과 美法을 分離 考察하고 獨自性이 강한 獨法과 佛法을 오히려 한 章에 묶어 考察한 理由는(後述) 上記한바 本稿의 意圖를 實現하고자 한데에 있다.

이러한 意圖에 따라 本稿는 다음과 같이 構成하였다.

第2章에서 英法上의 船舶擔保制度로서 Ship Mortgage와 Maritime Lien 및 Statutory right in rem을 考察하였다. 判例法體系인 英國法은 一般的으로 裁判節次 속에서 實體法이 形成되었다 할 수 있으므로 本稿에서도 英國의 海事裁判所의 沿革을 살펴 보았다. 海事裁判所는 管轄權 문제로 因하여 Common Law 法院의 甚한 彈壓을 받은 歷史를 갖고있다.<sup>35)</sup> 英國의 Maritime Lien 法이 現今에 이르기까지 그 特異性을 갖게된 理由가 이런데에 있다.

第3章에서는 美國의 船舶擔保法을 考察하였다. 美國은 國家組織의 特性때문에 海法(Maritime Law)에 관하여서는 一般海法(General Maritime Law)聯邦制定法(Federal Statutes) 및 州制定法(State

32). 商法의 船主有限責任制度는 (746條, 747條) 1924年 船舶所有者 責任制限 統一條約을, 船荷證券의 規定 (788條~790條)은 1924年 船荷證券 約一條約을, 船舶擔保權(861條~872條)에 관하여서는 1926年 船舶 優先 特權抵當權 統一條約을, 各各 받아들였다. 孫珠瓊, 前揭書, pp. 11, 15-9. 參照

33). 朴元善, 前揭書, pp. 241-2.

34). 우리會社法에 採擇된 英美法의 制度를 보면 轉換社債(Convertible bonds)解散命令(Compulsory winding up) 委任株式(authorized capital) 理事會(board of directors) 留止權(injunction) 代表訴訟(representative suit)등을 들수있다.

35) 本稿 2章 註. 16 參照

Statute)의 三種의 法源이 있다. 船舶에 관한 代表的擔保物權인 船舶 Mortgage 法에 관하여서는 그 法의 制定(1920年法)에 關聯된 違憲是非 (Constitutionality of Ship Mortgage Act, 1920)를 거친 特異한 經過가<sup>36)</sup> 있다.

第4章에서는 독일法과 프랑스法에 관하여 考察하였다. 兩國의 海商法은 各各 緻密한 法理論에 따라 獨自의 法體系를 이루고 있음에도 不拘하고 한章으로 묶어 考察한 理由는 다음과 같다.

① 우리法이 大陸系法이므로 이들의 法理構成과 우리法의 法理論사이에는 큰 差異가 없고 우리에게 익숙한 것이다.

② 프랑스의 船舶優先特權法은 (Privilège maritime) 우리商法과 마찬가지로 1926年 船舶優先特權抵當權條約을 받아드려 制定(1949年 商法改正) 하였고<sup>37)</sup> 독일法은 아직은 改正치 아니하고 있으나 곧 統一條約에 따라 改正할것이 豫見된다.<sup>38)</sup>

③ 英美法은 우리法과는 判異한 判例法體系이고 이 判異한 法理가 우리法에 많은 影響을 미치고 있다.

④ 船舶의 擔保法에 관하여서는 英國과 美國이 各各 判異한 歷史的 背景을 갖고 있고 兩國의 現行法도 顯著한 差異가 있다.

이상과 같은 理由에서 本稿에서는 大陸法을 簡略하게 그 範圍를 制限하여 한章에 묶은 것이다. 故로 本稿의 構成은 本稿의 目的을 考慮한 結果이지 船舶擔保物權에 關한 獨特한 法理論을 根據로 새로운 法系構成을 意圖한 것이 아니다.

第5章에서는 船舶擔保權에 關한 統一條約을 考察하였다. 1926年 船舶優先特權抵當權條約은 이미 1967年의 統一條約에 依하여 廢棄되었으나<sup>39)</sup> 우리法이 1926年條約을 受容하였으므로 兩條約을 모두 考察하였다. 또한 船舶優先特權과 關聯이 있는 統一條約으로 1952年 船舶假押留條約, 1957年 航海船主責任制限條約, 1967年 建造中인 船舶의 權利의 登記에 關한 條約을 概觀하고 船舶優先特權法과 의 關聯性을 檢討하였다.

끝으로 第6章에서는 이상 各國의 船舶擔保物權에 관하여 法的性質과 主要法律要件을 基準으로 簡明하게 比較하였다.

이러한 各國法을 比較檢討한 結果 우리法上의 船舶擔保物權의 解釋上 및 立法論上의 몇가지 問題點을 提起함으로써 結論으로 삼았다.

36). Price. G., The Law of Maritime Liens, 1940. p.122. ; Robinson, G.H., Handbook of Admiralty Law, St. Paul, Minn. 1939, pp. 195, 442.

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

38). Abraham, H J., Das Seerecht, Berlin, 1969, SS. 12, 52.

39). 1967年 船舶優先特權 抵當權 統一條約, 第25條 參照



## 第 2 章 英國의 船舶擔保法

英國의 船舶擔保法中 船舶 mortgage 法은 土地 mortgage 法에서 變化 發展하였고 船舶優先特權法 (Maritime lien)은 中世海法(특히 Rôles d'Oléron)에 그 起源을 두고 있다. 英法이 一般的으로 裁判 過程에서 形成發展 되어온 判例法體系이므로 英國의 海事法을 考察하기 위하여서는 먼저 海事法院 (Court of Admiralty)의 沿革을 살펴 보는것이 有益한 것이다.

### 第 1 節 海事法院의 沿革

英國을 最初의 統一國家로 形成한 Norman 征服(西紀1066年) 以前의 England 에는 立法機能은 없었고 各 地方의 慣習과 習俗이 法으로 機能하였다.<sup>1)</sup>

北東部の Dane Law 와 南西部의 Saxon Law 가 그것이다. Norman 征服後 王權이 確立되어 各에 따라 Norman 法이 Anglo-Saxon 法을 代置 土着하였다.

13世紀에는 새 支配者들은 이미 그들이 갖어온 유럽大陸과의 法的유대도 斷切하고 各地의 Baron 들은 紛爭解決에 있어서 유럽 先例대신 獨自의 決定에 依存하였다.<sup>2)</sup>

王權이 擴大됨에 따라 새 支配者들은 土地에 對한 全國的統制力을 確保하였으므로 英國의 一般法인 Common Law 가 土地法(Law of the Land)부터 國法으로 確立을 보게된 것은<sup>3)</sup> 當然하다 할 것이다. 土地法 부터 시작한 Common Law 는 Rome 法과 類似하게 訴訟方式(Forms of action)을 發展시키며 訴訟方式의 間隙으로부터 實體法을 分泌 (Maine, H)形成함으로써 Rome 法에 對한 獨自의인 Common Law 體系를 形成한 것임은 周知하는 바와 같다.

한편 英國의 海事法體系의 形成은 Common Law 形成과는 달리 14世紀初 부터 Common Law 裁判所와는 獨立의으로 設置된 海事裁判所 (Court of Admiralty)<sup>4)</sup>가 Oleron 海法을 비롯한 中世海事慣習法

- 1). Löwenstein K., Der Britische Parlamentarismus. Entstehung und Gestalt, Hamburg, 1964, (阿部照哉譯 イギリスの政治, 潮出版社 p. 19.)
- 2). Pollock and Maitland, History of English Law, Vol. I, London, 1954, p. 184. Kiralfy, A. K. R., The English Legal System, 4th ed., London, 1967, pp. 4-8.
- 3). Holdsworth, W. S., A History of English Law, 13 Vols., London (1922-1938), Vol. I, pp. 536-35, 544-68, 高柳賢三, 英米法の基礎, (東京: 有斐閣, 1961), p. 89.
- 4). 英國海事法院 및 海事法の 沿革에 관하여서는 다음研究가 有益하다.

Mears, The History of the Admiralty Jurisdiction, 2 Select Essays in Anglo-American Legal History, 1908. Laing, Historic Origins of Admiralty Jurisdiction in England, 45 Mich. L. Rev. 163, 1946. Sanborn, F. R., Origins of the early English Maritime and Commercial Law, New York, 1930.

을 法源으로<sup>5)</sup> Rome 法의理論과 方式에 따라 形成發展시킨 것이다.

英國海事裁判所가 創設된 年代는 明確치 아니하나 14世紀初葉에는 海軍提督(Lord High Admiral) 이 艦隊統制 海賊 및 海難의 鎮壓을 위한 司法的 處分을 하였고 1340年~1357年 사이에 海賊事件을 解決하기 위하여 海事裁判所를 設立한 것이라 한다.<sup>6)</sup> 1360년에는 司法的 權限이 있는 艦隊長官이 任命되고 1361년에는 自己의 裁判權을 行使하기 위하여 裁判官을 選任할 特權이 부여되었다.<sup>7)</sup> 유럽의 海事裁判所는 12世紀後半에 Pisa 에 設置된 海軍領事創度가 (Consuls of the Sea) 그 先驅로 처음은 航海業同業團體인 Guild 의 自治的 仲裁裁判을 하였으나 海賊의 盛行이 動機가 되어 이것이 海事裁判所로 發展하였다.<sup>8)</sup>

英國의 海事裁判所 設置가 地中海 海運國에 비해 늦은것은 英國은 16世紀까지 海運의 後進國이었기 때문이다.<sup>9)</sup> 海事裁判所가 設立되자 商人, 船員들은 嚴格한 方式과 長時日을 要하는 Common Law 法院이나 地方商事裁判所 보다는 方式에 拘束되지 아니하고 迅速하고 衡平的正義(equitable justice)가 支配하는 海事裁判所의 判決을 要望하게 되었다. 그리하여 Richard 2世(在位 1377~1400)時代에는 本來의 海賊事件 海難事件에 對한 刑事管轄權外에 海事に 關한 民事事件에 對하여서도 廣範한 管轄權을 갖게 되었다. 이 時期가 英國海事法의 主要法源인 海事法黑書 (The Black Book of the Admiralty)<sup>10)</sup>의 形成期라 한다.

이와같이 海事裁判所의 管轄權이 擴張되자 Common Law 裁判所와 各都市의 商事裁判所는 自己管轄權의 侵害를 두려워 하여 議會로 하여금 1387年과 1391年의 兩次에 걸친 管轄權制限法을<sup>11)</sup> 立法케 하였다. 1391年法은 “海事裁判所는 陸上 海上을 不問하고 州領域內 (within the body of the county)<sup>12)</sup>에서 發生한 一切의 契約爭訟 기타 事件에 對하여 아무런 審理 또는 裁判權限도 保有하지 아니한다”고 規定하였다.

海事裁判所의 管轄權을 “海上에서 發生한 事件”(A thing done upon the sea)만으로 制限한것이다

- 5). Holdsworth, op. cit., Vol. V. P.129. et seq. Vol. VIII, pp.99,245. et seq. 英海裁所 裁判官은 涉外的 事項이 많았기 때문에 Rome法 引用을 많이하고 Rome法 教養을 가추어 Common Law와는 異質的 理論을 發展시켰다 한다 : 谷川久, 海軍私法의 構造と特異性, (東京 : 有斐閣, 1958) p.61 參照 Kiralfy, op. cit., p.148.
- 6). Sanborn, op. cit., p.288.
- 7). Holdsworth, op. cit., Vol. 1. P.545: 谷川久, op. cit., p.65.
- 8). Amalfi海法을 비롯한 中世海法의 成立에 關하여서는. Sanborn, op. cit., pp. 50, 63, et seq. Guild의 裁判制度에 關하여서는 Gross, The guild merchant, 1890 : 西原真一, 日本商法論, 第一卷, p.152 以下 谷川久, 上掲書, 39-47.
- 9). Holdsworth, op. cit., Vol. V, p.67.
- 10). Twiss, The Black Book of the Admiralty, (187-1876) Vol. 1,의 Introduction 參照. Gilmore & Black Jr., The Law of Admiralty, Brooklyn, 1957, p.9: Mears, op. cit., p.312; Laing, op. cit., p.163. :Sanborn, op. cit., p. 70.
- 11). 13 Rich. II, C.5 (1389);15 Rich. II, C.3 (1391) 海事法院의 管轄權을 制限하는 表面上理由는 海事裁判에 陪審員 (Jury)을 두지 아니하는 Rome法的 裁判節次 때문이라 하였다. Laing, op. cit., pp. 169-70: Mears, op. cit., pp.329-30. Gilmore and Black Jr., p.9.
- 12). County는 英最大行政區域이고 英國法院土地管轄의 單位로서 body of the County라던 陸上은 물론 沿岸과 沿海까지 包含한다고 解釋한다. 당시는 아직 領海란 概念은 確立되지 아니하였다 .

(11)

그러나 이 법은 잘履行되지 아니하여 1400년에는 前記法을履行치 아니하고 海事法院에 提訴하는 者에게 罰金を課하는 또 하나의 法을<sup>13)</sup> 制定하였다.

15世紀後半 장미戰爭(Wars of Roses)이 끝난 英國은 Tudor 朝 (1485~1603)의 安定期에 접어 들었는데 海上에는 海賊이 盛行하고 있었으므로 海事裁判所는 다시 再生하게 된다. 즉 新大陸(New World, 美大陸)發見後 英國의 交易은 大西洋너머로 擴大되고 海上通路가 交易의 主通路가 되기에 이르러 海事裁判所는 다시 着實하게 그 管轄權範圍를 넓혀 갔다. Henry 8世(1509~1547) 時代에는 海事裁判所는 商事 海事 및 一部の 刑事事件에 관하여 前에 갖지 못한 廣範圍한 管轄權을 갖고 黃金 時代를 이룬다. 이때의 管轄事項은 ① 船員의 權利 義務, ② 海損, ③ 傭船契約, ④ 船積荷物の 滅失 損傷, ⑤ 海難救助, ⑥ 堪航能力, ⑦ 換어음, ⑧ 代理商 등과 ⑨ 從來의 Admiralty Droits<sup>14)</sup> 및 이에 附加하여 捕獲審決管轄權(Prize Jurisdiction)까지 包含하는 船舶에 관한 一切의 事項이었다.<sup>15)</sup>

이러한 事情은 다시 普通法裁判所 (Common Law Court)의 嫉視를 사게 되었다. 大法官裁判所 (Court of Chancery)에 攻撃을 퍼부었던 Lord Coke가 1606年 普通法裁判所의 首席法官이 되자 1575年에 海事裁判所와 맺었던 管轄權協定을 廢棄하고 Richard 2世法을 根據로 海事法院의 裁判節次에 禁止令狀 (Writs of Prohibition)을 發給하여 그 管轄權을 極度로 制限하기에 이르렀다.<sup>16)</sup> 普通法裁判所가 攻撃한 理由는 海事裁判所가 大權裁判所(Prerogative Court)로서 管轄權을 擴張한다는 데에 있었다. 海事裁判所도 이런 制限에 對하여 抵抗과 妥協을 試圖하였으나 (1632~1670) 17世紀末에는 끝내 敗退하여 衰退一路를 걸게 되었다.

이때 海事法院에 許容된 管轄權은 Richard 2世法을 嚴格히 解釋하여 ① 公海上의 不法行爲 ② 公海上에서 締結되고 公海上에서 履行 될 契約 ③ 外國에서 履行 될 冒險貸借에 관한 對物訴訟 (Action in rem, 後述) ④ 外國海事裁判所判決의 執行 ⑤ 船員給料에 관한 訴訟뿐으로 制限되었다.<sup>17)</sup>

이것을 固有한 管轄權 (Inherent jurisdiction)이라 한다. 이 結果의 海事裁判所의 衰退는 大陸에 있어서 Louis 14世의 海事勅令 (Ordonance de la marine, 1684)以後 海事法에 큰 發展이 있었음에도 不拘하고 英國海事法發展을 阻害한 것이라 생각되며 本章에서 考察할 英國船舶優先特權法 (Maritime Lien)을 매우 複雜하게 한 要因이 되었다.

그러나 18世紀동안의 英國海運勢力의 世界制覇 植民地經營 産業革命의 成熟등은 海上企業에 一大 發展을 가져왔고 海事裁判所가 이미 不具의 管轄權을 가지고는 海上生活關係를 規律해 나갈수 없는 經濟的 社會的 狀況을 招來하게 하였다.

13). 2 Hen. IV, C.11 (1400)

14). Admiralty Droits는 海上에서 發見되거나 또는 海邊에 밀린 財物에 對한 權利를 말한다.

Sanborn, op. cit., p.295; Holdsworth, op. cit., p.559 et seq.

15). Sanborn, op. cit., pp.313et seq. Holdsworth, op. cit., Vol. I. p.546. 谷川久, 前掲書, pp.63-67;

16). Holdsworth, loc. cit., p.553 et seq. 戶田修三, イギリス 海法の形成と 海事裁判所の變遷, 法學新報, 59卷 12號, p.234 以下.

17). Holdsworth, loc. cit., Vol. I, p.557. 戶田修三, 前掲書, pp.244-45. 小島孝, 英國法における海上財産上の Liens について, 海法會誌 6號, 1958. p.28.; Mears, op. cit., pp. 354 ff.; Laing, op. cit., pp. 179ff.; Hebert, 4Tulane Law Review. 381, 1930, pp. 393ff.

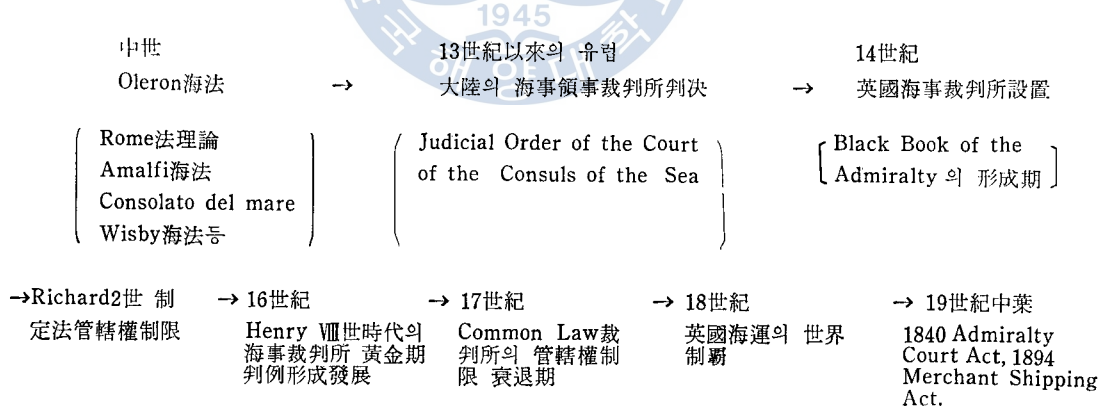
英議會는 1840年 海事裁判所法(Admiralty Court Act)를 制定하고 다시 1861年 Admiralty Court Act 를 制定하여 그간의 管轄權制限을 모두 解除하여 海事裁判所를 完全히 蘇生시켰다. 이 法은 다시 訴訟方式을 廢止하는 司法改革運動<sup>18)</sup>에 따라 1879年法으로 改正되었다.

이로서 擴大된 管轄權 (Extended jurisdiction)은 州領域內外를 不問하고 ① 船舶에 關하여 發生한 모든 不法行爲 ② 傭船契約 ③ 海難救助 ④ 曳船 導船 ⑤ 船舶에 對한 補給品提供 ⑥ 船舶의 修理 造船 裝備 ⑦ 船舶共有關係 ⑧ 船舶 Mortgage 등 船舶에 關한 모든 事項이 포함되게 되었다.<sup>19)</sup>

上記法은 1925年에 Supreme Court Judicature (Consolidation) Act 로 再編成되어 各裁判所를 整備 統合하고 1928年 Administration of Justice Act (1956年 改正現行法 4&5 Eliz, 2, C. 46)와 1959年 County Courts Act 가 制定되었다. 이에 依하여 (1956年法) 海事事件의 範圍가 決定되고 訴訟物 價額에 따라 海事裁判은 Liverpool Court of Passage 또는 Probate, Divorce and Admiralty Division of High Court 에서 第一審管轄을 한다.<sup>20)</sup>

이상의 裁判關係法外에 海事法의 主要法源으로 1894年 商船法(57& 58 Vic., C 60. Merchant Shipping Act, 1894)과 判例法인 一般海法(General Maritime Law) 및 船舶物權變動에 關하여 1893年의 Sales of Goods Act 의 關係規定 등이 主要한 것이다. 이中 1894年 商船法은 1970年 現在까지 20餘回의<sup>21)</sup> 單行法과 改正法의 制定으로 많이 改正되었으나 船舶登記國籍 등 行政法規로부터 船舶物權關係와 海上企業의 活動關係를 모두 包括하고 있는 가장 重要한 現行海事法源이다.

以上 본바에 따라 英國海事法形成過程을 圖式化하여 보면 다음과 같다.



18). 高柳賢三, 前掲書 pp.104-108 參照

19). Colinvaux, R. P., Carrver: Carriage of Goods by Sea, London, 1957, pp. 937 et seq., 943-5, Price, G., op. cit. pp.32, 33, 36, 52, 58. McGuffie, K.C., Marsden: On the Law of Collisions at Sea, London, 1953, pp.225-28.

20). Lord Chorley & Giles, Shipping Law, 6th ed., London. 1970. p.42.

21). Ibid., Table of Statutes, 參照

## 第2節 船舶讓渡擔保

英法上の 物的擔保權에는 ① 各種의 土地負擔(Land Charge)<sup>22)</sup> ② 質權(Pledge and Pawn) ③ Mortgage(우리慣習法上の 讓渡擔保에 相當)<sup>23)</sup> 및 ④ 各種의 Liens (留置權과 優先特權에 相當하나 要件, 法的性質, 效果 등에 差가 있다)이 있다.

物的擔保制度는 이미 Rome 法上 信託(Fiducia) 質(Pignus) 抵當(Hypotheca)의 三種이 있었는바<sup>24)</sup> 英法上 物的擔保로서 Mortgage가 인정된 것은 13世紀에 들어와서 부터이다.<sup>25)</sup> 本來 Mort(dead)gage(pledge)는 死質이란 뜻으로 債權者가 目的物의 占有를 確保하므로써 成立하였으나 차츰 目的物의 占有를 債務者가 保有한채 成立하는 것으로 發展하여 우리의 抵當權에 相當하는 擔保權으로된 것이다.

이 節에서는 船舶을 擔保 目的으로 하는 Ship Mortgage를 考察하므로 一般法上の Land Charge, Pledge & Pawn, 및 Lien은 이 範圍에서 除外된다. Mortgage를 大分하여 普通法(Common Law)上の Legal Mortgage(普通法讓渡擔保)와 衡平法(Equity)上の Equitable Mortgage(衡平法讓渡擔保)로 나눈다. 船舶에 관하여서도 同一한 法理이나 船舶 Mortgage는 特히 商船法(Merchant Shipping Act, 1894. S. 31 以下)에 規定을 두어 特異性이 있다. 船舶 Mortgage의 特異性을 밝히기 위하여 먼저 Mortgage의 一般的性質을 살필 必要가 있다.

### 1. 一般 Mortgage의 概念 및 性質

#### (1) 概念

Mortgage는 債務를 辨濟하는 경우 擔保財産을 債務者에게 復歸시킬 것을 條件으로 債權者에게 債務辨濟를 위한 擔保로서 財産上の 普通法權利(Legal Interest) 또는 衡平法權利(Equitable Interest)를 讓渡하는 擔保制度이다.<sup>26)</sup>

債務者가 目的物을 계속 占有 使用하는 點에 있어서 Pledge와 差異가 있고 目的上の 權利를 條件 附로 債權者에게 讓渡하는 點에 있어서 大陸法上の 抵當權(Hypothek, hypothèque)과 差異가 있다.

目的財産上の Legal Interest는 土地의 경우 ① 賃借權(Leasehold) ② 採取權(Profit) ③ 地役權(Easement) ④ 地代負擔取得權(Rentcharge)이 그것이고 動産의 경우 所有權 (Ownership)이 Legal Interest가 된다.

22). 徐希源, 英美法 (서울: 博英社 1968), pp.177-81 參照. Land charge는 土地에 附着하는 各種의 負擔으로 不法行爲約款(Restrictive Covenant) 一般的衡平法負擔 (general equitable charge) 衡平法上の 地役權(equitable easement)이 있다. 高柳賢三, 英米法辭典 (東京: 有斐閣 1961) p.263.

23). 金顯泰, 新物權法(下), (서울: 一潮閣, 1964). p.228 以下

24). 原田慶吉, 로마法 (東京: 有斐閣, 1970) pp.261-73 參照

25). The Oxford English Dictionary, Vol. VIII.1933.

26). Redmond, P.W.D., Mercantile Law, London, 1964. p.217.

Equitable Interest 는 目的財産을 法定移轉方式에 依하지 아니하고 移轉한 結果 發生하는 Equity 上의 權利이다.

英國 財産法(Law of Property Act, 1925)<sup>27)</sup> 上 Legal Interest<sup>28)</sup> 와 Equitable Interest<sup>29)</sup> 는 모두 擔保目的이 될 수 있으나 兩者는 다음과 같은 差異가 있기 때문에 Equitable Interest 는 擔保目的으로 는 不適合하다.

① 創設에 있어서 Legal Interest 는 不動産讓渡捺印證書(deed of conveyance)와 같은 正確한 必要方式을 가추어야 成立되고 Equitable Interest 는 이러한 必要方式을 가추지 아니한 結果로 發生하거나 現存하는 Equitable Interest 를 移轉하므로써 取得한다.

② 強制性에 있어서 前者는 누구에게나 또 어느法院에 對하여서나 絕對的(對世的)効力이 있고 後者는 當事者에 對하여서만 主張할수 있는 相對的의 效果밖에 없다.

③ 이 兩者는 한 目的上에 併存할 수 있는 別個의 權利이다.

그러므로 Mortgage 는 擔保目的인 財産의 種類<sup>30)</sup>에 따라 物的財産(즉 土地) 讓渡擔保(Mortgage of real property)와 人的財産讓渡擔保(Mortgage of Personality)로 分類할 수 있고 또 擔保目的財産의 權利에 따라 Legal Mortgage(目的이 Legal Interest 가 된 경우)와 Equitable Mortgage (目的이 Equitable Interest 가 된 경우)로 分類할수 있다. 이 Mortgage 가 우리慣習法上의 讓渡擔保에<sup>31)</sup> 相當한 것으로 觀念할 수 있으나 곧 그것이 우리 法과 同一한 것으로 생각하면 錯誤에 빠지기 쉽다.

## (2) 性 質

本來 Mortgage 는 形成初期에는 Vifgage 라 하여 債權者에게 土地의 賃借權(Lease)만을 移轉하고 債務者는 債務額에 到達할 때까지 賃貸料와 利潤을 債權者에게 支給하는 制度였다.<sup>32)</sup> Vifgage는 擔保力이 弱한 것이었으므로 後에 強力한 實行力이 있는 Mortgage 로 發展하였고 그것이 (舊法上 1926 年以前)의 Mortgage이다.

27). 1925年 改正以前의 英國財産法(不動産法)은 封建法理에 基礎를 둔 法技術上 매우 複雜한 制度였다.

(下註參照)이 舊法을 近代化하여 改革한것이 Law of Property Act, 1925로서 現行法이다. 徐希源, 前揭書, p. 158. ff. : Redmond, op. cit., pp. 224 et seq.

28). 29). 1925年 財産法으로 舊法上의 複雜한 土地物權을(Estate in Land)①自由保有權(Freehold. 所有權과 같은 것이나 英法理上 土地所有權은 國王만이 기질수 있다는 舊來의 原則때문에 所有權이라 하지 아니한다.

이것은 從來 fee simple, fee tail, life estate, estate pur autre vie. 의 4種으로 나누었다. 法律上 fee simple absolute in possession이라 한다) 과

② 賃借權(Lease hold, 自由保有權 다음가는 土地物權으로 自由保有權者가 賃借人에게 주는 利益이고 排他的占有權이 있다. 實際的으로는 99年間등 長期 Leasehold는 거의 自由保有權과 同等한 經濟的 機能을 갖는다. 다른點은 이權利는 存續期間이 確定되어 있다는 點이다. 法律上 term of years absolute라 함)의 2種으로 整備하였다. (L. P. A. §. 1) 그리하여 擔保權의 目的이되는 Legal interest는 前記한 Leasehold, easement, profit, rentcharge, 만을 許容하고 그외의 權利는 모두 equitable interest로 規定하였다. 徐希源, 前揭書, pp. 161-65. 및 Redmond, op. cit., pp. 219-21.

30). 英法上 財産을 物的財産(real property)과 人的財産(personal property)로 分類한다. 物的財産은 土地의 Free hold와 Lease hold이고 人的財産은 動産과 債權 著作權등 一切의 無體財産(choses in action)까지도 包含한다. 財産權을 物權과 債權으로 分類하는 우리法과 差異가 있다. Redmond, ibid. 徐希源, 前揭書, pp. 158-59.

31). 郭潤直, 物權法, (서울:法文社. 1969). p. 470 以下.

32). Kiralfy, The English Legal System, 1967, p. 79.

舊法은 土地 Mortgage의 경우에는 Fee Simple (單純封土權)을 移轉하는 方式이 있으므로 辨濟期에 履行하지 못하면 債務者의 履行義務는 그대로 存續한채 擔保不動產은 永遠히 喪失하는 制度였다.

大法官裁判所(Court of Chancery)는 特定한 경우 外에는 이런 苛酷한 Mortgage의 實行力을 良心에 反하는 것이라 생각하게 되었으므로 辨濟期以後에는 土地에 對한 債務者의 權利는 喪失하나 還受權을 (Right of Redemption) 保有한다는 性質을 Mortgage에 賦與하게 되었다.<sup>34)</sup>

이 權利가 舊法上의 Equitable Right to Redeem (衡平的還受權) 이고 이것을 目的으로 하는때에 Equitable Mortgage가 成立하였다. 그러나 還受權이 重視되면 Mortgage의 擔保力이 侵害됨은 당연한 것이다. 그러므로 1925年 財産法은 舊來의 土地物權을 整理하고 Fee Simple을 Mortgage의 目的에서 除外하는 한편 Legal Mortgage에는 다시 強力한 擔保力을 부여한 것이다. 다시 말하면 現行法(1925年法)은 土地 Mortgage의 경우 Legal Interest가 擔保目的이 되고 (Free Hold除外)人的財産의 경우 所有權(Ownership)을 擔保目的으로 하여 各動產의 移轉方法<sup>35)</sup>에 依하여 Mortgage가 設定된다.

이點은 船舶 Mortgage와 差異가 있으므로 留意할 必要가 있다.

人的財産의 Mortgage는 1878年 賣渡證書賣買法(Bill of Sales Act, 1878)과 1882年 同法 條件附賣買(Conditional Bill of Sales)의 規定이 適用된다<sup>36)</sup>. 船舶Mortgage도 그것이 人的財産에 包含되므로 당연히 人的財産 Mortgage의 法을 適用하여야 할 것이나 船舶에는 登記制度가 있고 또 船舶의 特殊性이 있기 때문에 特히 1894年 商船法의 規定이 適用된다. 따라서 그의 設定 法의 性質 및 效果에 있어서 一般動產 Mortgage와 差異가 있다.

## 2. 船舶의 普通法的讓渡擔保(Legal Mortgage)

### (1) 概念, 性質

船舶 Mortgage는 債務를 辨濟하는 때에 그 船舶과 屬具의 保有權(Hold. 船舶의 Legal Interest)을 債務者(船舶所有者)에게 復歸시킬 것을 條件으로 船舶과 屬具(以下 船舶이라함)의 保有權을 債權者에게 移轉하는 船舶의 負擔을 말한다.

여기서 Legal Interest는 船舶의 保有權이다. 船舶의 保有權이란 債權者가 債務不履行이 있는 경우 法院의 許可를 얻어 ①船舶을 賣却하거나 ②占有를 取得하여 使用收益할 權利를 말한다.<sup>37)</sup>

一般 動產 Mortgage가 所有權(Ownership)을 債權者에게 移轉하는 構成인데 反하여 船舶 Mortgage는 保有權(Hold)을 移轉시키는데에 差異가 있고 오히려 土地 Mortgage에 더 近接한 것임을 알수 있다.

33). Estate中 最高의 權利로 所有權과 같은것 (Supra note 29.)

34). 高柳賢三, 英米法의基礎, 1961, pp. 260-61.

35). 動產(chattel)은 移轉意思와 引渡(delivery)로 移轉되고 無體財産權(choses in action)은 讓渡(assignment)의 方式으로 移轉된다.

36). Redmond, op. cit., pp. 232-34.

37). Lord Chorley and Giles, Shipping Law, 6th ed., London, 1970. pp. 28-9.

船舶 Mortgage에 있어서 Chattel Mortgage와 달리 所有權을 債務者에게 留保시켜 두는 理由는 ①法律上 債權者가 所有權을 取得하므로써 債務者의 船舶使用으로 發生하는 所有者賠償責任을 債權者가 負擔하게 되는(이點이 目的이 不動產인 때와 差異) 不當한 結果가 되고 ②船舶에 對한 行政 監督은 擔保權設定後에도 實地 船舶을 支配하는 所有者에 對하여 行함이 適合하기 때문이다.<sup>38)</sup>

따라서 英法上 船舶 Mortgage는 Chattel Mortgage에 對한 例外라 할수 있고 土地 Mortgage에 가 까운 것이 되어있다.

以上으로 보아 英法은 船舶 Mortgage에 관하여 大陸法上의 船舶抵當과 거의 같은 制度를 갖고 있 으나 債權者가 占有使用權을 債權實行에 依하여 取得할 수 있게 한 點이 大陸法 및 우리法과의 差 異點이다. 船舶의 約定擔保制度가 英美法과 大陸法이 모두 共通되는 것은 兩法系가 모두 共通되는 船舶登記制度를 그 根據로 하고 있기 때문이다.

船舶을 登記하는 制度는 이미 Cromwell의 航海條例(1651年, 1660年)<sup>39)</sup> 에 그 起源이 있으나<sup>40)</sup> 當 時의 船舶登錄은 오로지 英國海運의 保護政策을 遂行하기 위한 公法的意義만이 있는 것으로 土地登 記制度和 같은 近代私法的 意義를 갖는 船舶登記制度는 1854年 商船法(Merchant Shipping Act, 1854) 에 依하여 最初로 創設된 것이다.<sup>41)</sup>

유럽에서는 1833年 Portugal商法에서 船舶登記簿를 根據로 한 船舶抵當權制度를 最初로 시작하고 1836年 Netherland商法도 이 制度를 두었으나 現行制度和 같은 完備된 船舶登記는 英國의 1854年 商船法이 그 最初의 것이다.<sup>42)</sup>

現行 船舶 Mortgage의 法源은 1894年商船法(前述 note參照)이다,

## (2) 登記 및 効果

### A. 登 記

普通法的船舶讓渡擔保(Legal Ship Mortgage)는 讓渡擔保捺印證書(Mortgage Deed)를 作成 署名하 므로써 設定된다.<sup>43)</sup> 따라서 船舶 Mortgage契約은 有償, 典型, 双務, 方式(Deed의 作成)의 契約이다.

38). Merchant Shipping Act, 1894, S.34 參照 (以下 M. S. A. 1894 라略한다) Lord Chorley and Giles, *ibid.*

39). Cromwell의 航海條例는 유럽諸國에서 生産된 一切의 商品은 英國旗를 掲揚하고 英國人船長이 指揮하고 英國人 船員이 乘船하는 船舶에 依하여서만 英國內에 輸入 할수 있도록 하였다. 이法은 주로 네델란드 의 海運勢力에 對抗하기 위하여 制定한 것이다. 그後의 여러 航海條例 研究는 Harper, *The English Navigation Laws*, London, 1939, p. 38 et seq. 島谷英郎, 英國航海條例의 變遷, 法學研究, 22卷 6.7號. p. 348 以下. 이러한 自國海運保護政策을 遂行하기 위하여 英國船의 登錄義務를 처음 規制하게 되었다.

40). Chorley and Giles, *op. cit.*, p. 5. note 7.

41). 그 以前의 Ship mortgage는 實地로 얼마나 慣行되고 있었는지는 分明치 않으나 船舶金融을 위하여서는 Bottomry와 船舶共有가 一般的인 形態였다.

石井照久. 改訂商法. (東京:勁草書房, 1964). pp. 140-1.

田中誠二. 海商法詳論. (東京:勁草書房, 1970). p. 556.

42). 石井照久. 前掲書. 前掲.

43). M. S. A., 1894, S. 31. 및 1st Schedule. Part 1, B i ii 參照

44). Chorley and Giles, *op. cit.*, pp. 29-30.



船舶 Mortgage의 設定은 登記를 要하나 登記는 契約의 成立要件이 아니라 對抗要件이다.<sup>45)</sup> 登記는 Mortgage Deed를 登記官吏에게 提出하므로써 登記되므로 形式的審事主義를 擇하고 있다.

登記船舶이 登記될수 있으므로 非登記船舶은 Mortgage의 目的이 되지못한다.

Mortgage設定後 登記하지 아니하면 擔保權自體가 無効가 되는 것이 아니라 登記한 權利者의 後順位가 될 뿐이다.

登記의 對抗力은 破産管財人(Trustee in Bankruptcy)에 對하여서도 効力이 있다.<sup>46)</sup>

그리하여 登記後에는 擔保權者는 Mortgage Deed를 第三者에 賣渡 또는 移轉할수 있으므로<sup>47)</sup> 船舶讓渡擔保權은 投資物(Investment)의 地位를 얻게 된다.

이와같이 英法上 船舶 Mortgage를 流通擔保로 認定하는 것은 近代抵當權의 投資抵當權化의 要請에<sup>48)</sup> 合致하는 것으로 우리抵當權이 純全한 保全抵當(Sicherungshypothek)만을 (韓民361條 參照)인정하는 것과 差異가 있다.

#### B. 順位

船舶 Mortgage사이의 優先順位는 登記順에 따른다. Mortgage設定日字와는 相關이 없고 登記日字가 基準이 된다. 登記順位의 原則은 嚴格하여 가령 A銀行이 Mortgage 登記하고 第1次貸金을 然後 第2次貸金까지 사이에(根抵當을 생각할것) B가 同一船舶에 Mortgage를 設定하고 登記하면 A銀行의 第2次貸金도 元 Mortgage로 擔保되나 順位는 B의 後順位가 된다.

한편 船舶優先特權(Maritime Liens)과 Mortgage사이의 順位는 Maritime Lien(後述) 및 기타 對物의 權利(Right in rem, 後述)이 優先한다.<sup>49)</sup> 그리므로 Maritime Lien은 Mortgage의 擔保價値를 減少시키는 것이다. 國統一條約(後述)<sup>49)</sup>이 Maritime Lien이 發生하는 債權의 種類를 最少限으로 制限하고자 하는 것도 이와 같은 Mortgage의 擔保價値를 確保하고자 하는데에 目的이 있다.

#### C. 讓渡擔保證明

船舶登記公務員은 船舶所有者의 申請에 依하여 Mortgage證明書를 發給한다. 船籍港外에서 金融의 必要가 있어 Mortgage를 設定하고자 하는 경우 信用을 提供하고자 하는 者는 그 船舶의 先順位擔保權의 現狀을 確認할 必要가 있다. 이런 경우 船舶所有者는 Mortgage證明書를 發給받아 調査에 代한다.

Mortgage證明에는 Mortgage 기타의 負擔有無, Mortgage의 實行有無 및 過去의 Mortgage證明書의 發給有無를 證明한다.<sup>50)</sup>

이 證明에 依하여 擔保權을 取得하려는 者는 그의 擔保價値를 確認할 수 있고 또 證憑의 發給事

45). Cp. Atkinson v. Maling: (1788), 2 T.R. 462. : M. S. A. 1894, SS. 31 (2), 33. 36.

46). M. S. A. 1894. S. 37. Chorley and Giles, op. cit., p. 30.

47). 金顯泰, 新物權法(下), (서울:一潮閣, 1964) p. 165 以下.

48). William v. Allsup(1861). 10. C. B. N. S. 417 : The Sherbro(1883). Asp. M. C. 88

49). 1967年 船舶優先特權 抵當權 統一條約, 本稿 5章 2節 參照

50). M. S. A. 1894, SS. 39-43, 45-46.

實은 登記簿에 記載되므로 모든 向後의 擔保權者를 위하여 豫告登記(Caveat)로서의 機能도 갖고 있는 것이다.

(3) 實行 및 消滅

A. 實行

船舶讓渡擔保는 債務不履行 또는 擔保船舶을 債務者(船主)가 危險에 빠지게 한 경우등 두가지 事由로 實行할수 있다.

Mortgage의 實行은 擔保船舶의 賣却 또는 占有에 依한 使用의 方法에 依한다.<sup>51)</sup> 또 擔保設定契約에 對人約款(Personal Covenant)을 두어 債務者에 對한 人的義務를 強制하여 滿足을 얻을수도 있다.

擔保實行에 依하여 船舶을 使用하는 경우에는 運賃收益을 目的으로 慎重하게(Prudent)使用하여야 한다. 債權者의 使用이 慎重치 못하여 船主에게 損害를 加한 때에는 損害賠償의 責任을 진다. 船舶을 投機的으로 使用하므로써 不利한 賣却을 當한 경우 債權者가 占有를 取한 때의 價格으로 賠償케 한 判例<sup>52)</sup> 는 慎重하지 못한 例이다.

船舶의 賣却에 依한 實行의 경우에는 賣却代金에서 債權者는 元本 利子 및 賣却費用을 除하고 殘餘額은 後順位擔保權者나 船主를 위하여 信託保有(Hold in Trust)를 하여야 한다. 이때의 信託保有는 法定信託(Constructive Trust)<sup>53)</sup> 이다.

船主가 擔保目的을 危險에 빠지게 하는 경우에는 後順位 擔保權者도 先順位權者 또는 法院의 承認을 얻어 賣却할 수 있다.

“危險에 빠지게 하는 경우”란 다음같은 경우이다. ①備船航海時 그 航海를 堪當할만한 修理를 하지 아니한 때<sup>54)</sup> ②船舶優先特權을 不當하게 長期間 負擔하고 있을때<sup>55)</sup>

B. 消滅

Mortgage는 擔保權의 一般的消滅事由와 그의 實行에 依하여 消滅함은 當然하나 船舶의 特殊性 때문에 船舶의 滅失에 依하여서도 消滅한다. 이러한 危險을 避하기 위하여서는 債權者는 直接 自己의 船主로 하여금 附保케 하여 保險證書를 別個의 擔保로 質權設定을 하도록 하여야 한다.

이러한 理由는 英法이 保險填補金에는 一般債權者와 競合하도록 하고 있기 때문이다.<sup>57)</sup> 이것은 우리法의 解釋<sup>58)</sup> 이나 道이취法(1940年 船舶物權法32條), 프랑스法(1967年船舶私法 47條)및 統一條

51). De Mattos v. Gibson (1898), 4 De G. & J. 276; M.S.A. 1894, S. 35.

52). Marriot v. Anchor Reversionary Co. (1861), 30 L.J.(ch). 571.

53). 法定信託은 不當利得을 防止하기 위한 Equity 上의 制度이다. Constructive trust에 관하여는 다음 研究가 詳細하다. 松坂佐一, 英米法上의 Constructive trust について, 民商法雜誌, 60卷 5號. pp.631 ff.

54). Supra note, 51

55). The Manon, (1907) p.339 at p.361. Per Fletcher Moulton, L.J.

56). Marine Insurance Act, 1906, S.14 (1). (2).

57). Chorley and Giles, op. cit., p.33.

約(1926年條約 4條)과 差異가 있는 點이다. (後述)

### 3. 船舶의 衡平法的讓渡擔保 (Equitable mortgage)

#### (1) 建造中인 船舶

英國商船法은 建造中인 船舶의 登記를 認定하지 아니한다. 한편 Legal Mortgage는 登記船舶에만 許容하고 있으므로 建造中인 船舶에는 Legal Mortgage를 設定할 수 없다. 그러나 資金需要가 가장 緊要한 때는 船舶을 建造하는 때이기 때문에 우리法(商, 874條)을 비롯하여 獨法, 佛法 및 統一條約(1967年 建造中인 船舶의 諸權利의 登記에 關한 統一條約)이 모두 建造中인 船舶의 抵當權을 認定하고 있으나(後述)英法만은 認定하지 아니하고 있다. 이런 경우 Equity가 補充하는 것이 英法의 特性이기도 하다.

즉 建造中인 船舶의 Equitable Interest를 目的으로 하여 Mortgage 또는 負擔(Charge)의 設定을 인정한다. 이것은 從來의 負擔動產上에 負擔權者(Chargee)가 갖는 優先的權利의 法理를 援用한 것이다<sup>58)</sup>

이러한 Mortgage를 Equitable Mortgage라 한다. Equitable Mortgage는 無方式의 合意와 造船者의 造船證明을 債權者에 引渡하므로써 成立한다.

이것은 Legal Mortgage와 같은 強力한 效力을 認定하는 것은 아니나 造船中에는 Legal Mortgage를 設定할 수 없는 그 理由때문에 結局 一般債權者에 對한 優先權을 確保하는 效果는 Legal Mortgage와 같은 것이다. 船舶이 完工되어 登記되면 Legal Mortgage를 設定할 수 있음은 當然하다.

#### (2) 기타의 Equitable Mortgage

小型船은 登記義務<sup>59)</sup>가 없기 때문에 이들 小型船은 Equitable Mortgage로 擔保된다. 그러나 이런 것은 金融上의 큰 意義는 없고 英國에 登記되지 아니한 外國船舶에 短期信用을 提供하는 경우에 이 制度는 큰 意義를 갖게 된다.

또 英國船이거나 外國船이거나 緊急히 必要한 때 우선 이 Equitable Mortgage로 擔保하고 後에 Legal Mortgage로 節次를 完成하면 可하므로 本擔保設定을 위한 豫備節次로서 有用하다.

이 Equitable Mortgage는 ①Mortgage Deed의 寄託(Deposit)과 ②Legal Mortgage 履行의 協定에 依하여 設定한다.<sup>61)</sup>

58). 抵當權은 保險填補金에 追及하나 保險金支給前에 債權者가 押留하여야 한다 (民, 342條準用)는 解釋이 우리民法에 關한 通說이다. 金顯泰, 前掲書, p. 180; 郭潤直, 前掲書, p. 434.

59). Chorley and Giles, op. cit., pp. 33-4.

60). 河川 및 沿岸만을 航海하는 船舶으로 15% 未滿인것, 全通固定甲板이 없는 船舶으로 30噸 未滿인것 및 一定海域의 沿岸에 限하는 從業制限을 갖는 漁船 기타 港內나 平水區域內에서 使用되는 駁船등은 登記義務가 免除됨. M. S. A. 1894. SS 3, 742; M. S. A., 1921. S. I (1) 但書.

61). Temperley, The Merchant Shipping Act, by Porges and Thomas, British Shipping Laws Vol. XI. London, 1963. pp. 62-3. ; Chorley and Giles, op. cit., pp. 34-5.

### 第 3 節 船舶優先特權과 法定對物權 (Maritime Lien and Statutory right in rem)

英法上 船舶에 관한 法定擔保物權은 우리商法上 船舶優先特權(商, 861條)에 相當하는 Maritime Lien<sup>62)</sup> 과 對物訴訟(Action in rem. 後述)에 依한 船舶의 押留를 主된 効力으로 하는 物上擔保權(Statutory right in rem)<sup>63)</sup> (以下 對物權이라 略함)으로 構成되어 있다. 英法이 船舶의 法定擔保物權을 이와같이 二元的으로 構成하고 있는 點은 同系の 美法을 비롯한 大陸法系の 制度에 對한 特異性이라 指摘할수 있다. 英法이 이와같이 二元的構成을 하게된 理由는 海事裁判所의 管轄權을 制限한 沿革의 事情(前述 1節參照)에 있다. 17世紀初葉 以來 衰退一路에 있던 海事裁判所가 1840年 海事裁判所法의 制定에 依하여 蘇生하였음은 前述한바와 같거니와 擴大된 管轄權과 더불어 從來의 Maritime Lien(後述)도 種類가 增加되었다.<sup>64)</sup>

그러나 프랑스法(舊佛商, 191條 11種)이나 獨逸法(獨商, 754條 10種)上 인정되는(後述)船舶擔保權의 數에는 未達하였으므로 實際의 必要上 1861年 海事裁判所法(Admiralty Court Act, 1861)으로 Maritime Lien 보다는 擔保力이 弱하나 船舶을 對物訴訟으로 押留할 수 있는 物權을 規定하였다.<sup>65)</sup> 이것이 Statutory right in rem이다.

本節에서는 上記 2種의 船舶擔保權을 考察하고 英法上 Maritime Lien에 包含되지 는 아니하나 大陸法과 우리法上 船舶優先特權으로 認定하는 이른바 Shipbuilder's Lien(英法上 Possessory Lien)에도 言及하고자 한다. Maritime Lien을 明白히 하기 위하여 먼저 一般法上의 Lien과 對物訴訟(Action in rem)에 對하여 概觀할 必要가 있다.

#### 1. Lien의 一般概念 및 對物訴訟(Action in rem)

##### (1) Lien

Lien은 法의 規定에 依하여 發生하는 他人의 財産上에 갖는 權利로서 이 權利를 갖는者(Lienor)는 ①그 財産의 所有者가 Lienor에게 債務(또는 義務)를 履行할 때까지 財産을 抑留할 權利, 또는 ②債務의 滿足을 위하여 財産을 賣却할 權利가 있다.

62). Chorley and Giles, Shipping Law, London, 1970, p. 35 et seq. Maritime Lien에 관하여서는 다음 研究가 有益하다. Price, G. The Law of Maritime Liens, 1940. Hebert, P. M., The Origin and Nature of Maritime Liens, 4 Tulane Law Review 381. 1930. Gilmore and Black Jr., The Law of Admiralty, Brooklyn, 1957, Chap. IX. Robinson, G. H., Handbook of Admiralty in the U. S., St. Paul, 1938, p. 357 et seq.

63). Chorley and Giles, op. cit., p. 41 et seq. Price, op. cit., pp. 3-4, 90 et seq. Colinvaux, op. cit., p. 943 et seq. 參照.

64). Price, op. cit., pp. 90-2; Hebert, op. cit., p. 396. 小島孝, 前掲論文, pp. 28-9.

65). Chorley and Giles, op. cit., pp. 41-2

즉 ①은 擔保權으로서 “財産의 抑留”를 本質로 하고 (Common law lien 또는 Possessory lien) ②는 “財産의 換價”를 本質로(Equitable lien)<sup>66)</sup> 하는 點에 差異가 있다.

Lien은 法の 規定에 따라 發生하므로 當事者의 約定에 依하지 아니하는 法定擔保物權이다. 이點이 Mortgage나 Charge와 다르다.<sup>67)</sup>

Lien은 ① Common Law Lien (또는 Possessory lien)과 ② Equitable Lien 및 特別한 것으로 ③ Banker's Lien ④ Maritime Lien의 4種으로 分類할수 있다.<sup>68)</sup>

또 占有를 基準으로 하여보면 ①占有를 그 成立 및 存續要件으로 하는 Possessory Lien과 ③占有를 必要로 하지 아니하는 Non-Possessory Lien으로 分類할수 있다.

#### A. Common Law Lien

이것은 占有에 依하여 成立하므로 Possessory Lien에 屬하고 原則적으로 換價權은 認定되지 아니한다. 다만 辨濟있을 때까지 抑留權이 있을 뿐이다.

Common Law Lien으로서 換價權이 인정되는 特別한 것은 ①旅館主人의 Lien(Inkeeper's Liability Act, 1878) ②代金を 받지 못한 賣渡人의 Lien (Sale of Goods Act, 1893) ③修理者의 Lien (Disposal of Uncollected Goods Act, 1952)이 있다. 이것이 우리民法上の 留置權에 相當하나 債務와의 牽連關係에 있어서<sup>69)</sup> 우리法과 一致하는 것이 있고 그렇지 아니한 것이 있다.

또한 Common Law Lien은 債務와 物件間의 牽連關係를 基準으로 ①牽連關係를 必要로하는 Particular Lien(運送人 Lien) ②그를 必要로 하지 아니하는 General Lien(委託販賣人의 Lien)이 있다.

#### B. Equitable Lien.

이 Lien은 成立과 存續에 占有를 必要로 하지 아니하고 (Non-possessory lien)法院의 命令에 依하여 牽連財産을 賣却할수 있다. 衡平法 Lien은 다른 衡平法權利와 마찬가지로 所有者(債務者)가 Lien附着事實을 알리지 아니하고 善意의 買受人에게 賣渡하면 消滅한다. Common Law Lien에 比하여 占有가 必要치 아니하고 換價權이 있어 擔保力은 強하나 追及權이 없음은 弱한 點이다.

土地讓渡人의 Vendor's Lien이 이에 屬한다. 이 경우는 不動產登記簿에 登記되어 있으면 追及權이 認定되는 點이 特色이다.

#### C. Maritime Lien.

占有를 必要로 하지 아니하고 換價權이 있음은 Equitable Lien과 같으나 優先權과 追及權이 있으

66). Encyclopedia Britanica, 1969. Vol. 13 當項參照  
Redmond, Mercantile Law, 1964. pp. 235.

67). 이러한 Lien의 概念은 狹義의 概念이고 廣義로는 “...各種財産上에 設定되는 擔保權,,(Britanica)이라고도 定義한다. 따라서 廣義로 使用할때는 本來의 Lien 外에 Mortgage, Statutory right in rem, Pledge & Pawn 까지도 包含한다. Mortgage lien 또는 Statutory lien 이라고 使用하는것은 그러한 例이다.

68). Redmond, loc. cit.

69). 金顯泰, 新物權法 (서울: 一潮閣, 1964). pp. 86-7.

므로 Lien 中에서 가장 強力한 擔保權이다.

次項에서 考察한다.

D. Banker's Lien.

이것은 占有를 必要로 하고 牽連關係를 必要로 하지 아니하는 Common Law Lien 의 特別한 것이다 .(Possessory general lien)이 Lien 에 依하여 銀行은 擔保財產의 賣却으로 債權의 滿足을 얻을 수 있다.

以上: 概觀한바와 같이 英法上의 Lien 은 우리民法上의 留置權 및 商法上의 商事留置權에 相當하는 것이나 Lien 이 곧 留置權이라 觀念하면 錯誤에 빠질수 있음에 留意하여야 한다.

(2) 對物訴訟(Action in rem)

Maritime Lien 은 物的訴訟(Real action)에 依하여 實行되기 때문에 그의 考察에 앞서 英法上의 物的 訴訟에 言及할 必要가 있다.

Rome 法上 訴訟方式을 請求의 基礎를 이루는 權利의 性質에 따라 對物訴訟(Action in rem)과 對人 訴訟(Action in personam)으로 分類하였다.<sup>70)</sup> 對物訴訟은 物에 對한 權利를 主張하는 訴訟으로 누가 되었는지 그 物의 權利를 否認하든가 侵害하는 者에 對하여 提起할수 있는 訴訟이었고 對人訴訟은 債權에 基하여 또는 契約이나 不法行爲에 依하여 負擔한 義務를 追求하기 위하여 債務者에 對하여 提起하는 訴訟을 말한다.

英法에 있어서도 여러 訴訟方式의 體系를 從來의 German 法的區別方式(訴訟에 있어서 原告가 무엇을 求하고 있는가에 따른 區分)을 버리고 Rome 法方式에 따라 物的訴訟(Real action)과 人的訴訟(Personal action)으로 分類하였다.<sup>71)</sup>

그러나 英法上: 物的訴訟과 人的訴訟의 區別基準은 Rome 法처럼 請求의 基礎를 이루는 權利의 性質에 依한것이 아니라 判決이 物의 特定的回復을 命令하는가의 如否에 두고 있었다. 그리하여 Rome 法과는 差異가 나게되었는바 例컨대 抑留訴訟(Detinue)의 경우 物의 返還을 請求하는 것이므로 物的 訴訟으로 取扱할 것이나 判決은 그 動產의 返還과 物의 價格의 支給中에서 被告가 選擇할것을 許容하기 때문에 이것을 人的訴訟으로 取扱하게 되었다. 이런 見地에서 侵害訴訟(Trespass)과 그로부터 派生한 訴訟方式도 모두 人的訴訟으로 取扱하게 되어 結局 動產에 對하여서는 物的訴訟은 成立할수 없는 것이 되었다.

따라서 物的訴訟은 自由保有權(Freehold) 回復訴訟에 限定되고 그외의 訴訟은 모두 人的訴訟으로 區分하였다. 後에는 이 區분에 混合訴訟(Mixed action)을 追加하여 ①物的訴訟은 土地의 自由保有

70). 江南義之, 物權債權의 概念分類について, 民商法雜誌, 63卷 4號, p. 532. 以下參照.

71). 이러한 分類를 처음 始作한것은 13世紀中葉으로 Henry de Bracton (1268年死)에 依 한다.

高柳賢三, 英米法の基礎, pp. 91 et seq, 105. 및 前掲辭典 參照.

71). 高柳賢三, 前掲書, p. 106.

(23)

權回復請求의 訴訟이고 ②人的訴訟은 動産, 占有의 回復, 債務履行, 不法行爲에 對한 損害賠償請求의 訴訟이고 ③混合訴訟은 自由保有權回復請求와 同時에 損害賠償請求의 訴訟이라 하여 三種으로 區分하였다. 이러한 訴訟方式의 區分에 따라 財産도 人的財産(Personal property)과 物的財産(Real property)으로 區分하게 되었다.<sup>72)</sup>

또 物的訴訟은 本權의 訴(Proprietary action)와 占有의 訴(Possessory action)로 區分되고 人的訴訟은 契約에 基한(ex contractu)訴訟과 不法行爲에 基한(ex delicto)訴訟으로 區分되었다.<sup>73)</sup>

그러나 英國訴訟節次가 이러한 Rome 法的 訴訟方式의 體系에 German 法的인 適用과 發展을 거쳐왔기 때문에<sup>74)</sup> 混亂을 免할수 없었고 1830年代 以後 立法의 改革運動을 거쳐야 하였다. 즉 物的訴訟과 混合訴訟은 1833年法 (Real property limitation act, 1833)으로 廢止되고 物的訴訟으로 殘存한 것은 占有剝奪訴訟(Ejectment)과 몇개의 例外뿐으로 制限하였다.

한편 Maritime Lien 의 實行은 船舶의 特性때문에 從來의 一般海法 (General maritime law)上 對物訴訟에 依하도록 確立된 以來 1840年의 擴張된 管轄權 (Admiralty court act)에 있어서나 1861年 同法 1925年法(前述) 및 이의 改正法인 現行의 1956年 Administration of Justice Act (S. 3)에 있어서 모두 對物訴訟에 依할것임을 規定하고 있다.<sup>74)</sup>

더 나아가 Maritime Lien 뿐 아니라 海事債權(1956年 同法1條1項d號내지 r號)은 모두 對物訴訟을 인정하고 있다. 이것이 Statutory right in rem 이 있는 債權이다. (後述)

## 2. 船舶優先特權(Maritime lien)

### (1) 概念 및 性質

Maritime Lien 은 一定한 海事債權을 擔保하기 위하여 海上財産(Maritime res)<sup>75)</sup> 에 發生하는 優先權있는 法定擔保權으로 占有를 要件으로 하지 아니하고 目的物에 追及效力이 있고 對物訴訟에 依하여 目的物을 押留하고 競賣할수 있는 特殊한 擔保權이다.<sup>76)</sup>

①따라서 Maritime Lien 은 占有를 要件으로 하지 아니하기 때문에 Common Law Lien과 差異가 있고,

②換價權이 있고 Non-Possessory 인 點에서 Equitable Lien 과 같으나 善意의 買受人 (bona fide purchaser)에 對하여서도 追及權이 있는點이 Equitable Lien 과 差異가 있고,

72). 原田慶吉, 前掲書, pp. 378, 397 et seq. 이것은 Rome法上の 區分이다.

73). 高柳賢三, 上掲書, p. 107. 1873年~1835年의 司法改革의 結果 從來의 모든 “訴訟方式”은 廢止되고 令狀(Writ)은 모두 出頭令狀(Writ of summons)으로 統一하여 民事訴訟은 모두 出頭令狀의 發給으로 開始되게 되었다. 前掲 p. 108.

74). Colinvaux, op. cit., pp. 936, 940 et seq.

75). Maritime Lien의 目的物인 海上財産은 船舶 屬具 運貨 또는 그 代位物을 말하고 救助料나 冒險貸借의 경우에는 積荷도 目的物이 된다. 最近에는 陸上에서 運行中인 Hovercraft도 目的物이 된다. (Hovercraft Act, 1968 第2條)

76). Chorley and Giles, op. cit., p. 36. et seq.; Hebert, op. cit., p. 381; Price, op. cit., p. 2.

③以上으로 Banker's Lien 과도 差異가 있고,

④法的擔保權이므로 Ship Mortgage 와도 差異가 있다.

우리法이나 大陸法上の 船舶優先特權 (Schiffsgläubigerrecht, Privilège maritime)에 相當하는 것이다. 各國의 船舶優先特權(Maritime lien)의 共通되는 性質은 上記한바와 같이 ①一定한 海事債權만을 擔保하는 法定擔保權인點 ②成立에 占有를 必要로 하지 아니하는點 ③押留 換價權이 있는點 ④優先辨濟權이 있는點 ⑤公示方法없이 善意的 買受人에 對하여서도 追及權이 있다는 點을 指摘할 수 있다.

이 外에 英法上 Maritime Lien 은 對物訴訟(Action in rem)에 依하여 實行하는 特徵이 있다.

(前項參照)

一般債權者는 債務者의 財産에 對하여 實行하고자 하면 먼저 對人訴訟(Action in personam, personal action)에 依하여 勝訴하고 勝訴債權者(Judgement creditor)가 된後 비로소 執行할수 있는 對人的權利(Right in personam)만을 保有하나 Maritime Lien 債權者는 對物權(Right in rem)을 保有하고 있으므로 바로 法院에 對物執行節次(Proceeding in rem)를 取하여 目的物을 押留할수 있다.<sup>77)</sup> 對人權(Right in personam)은 當事者에 對하여서만 效力이 있으나 對物權 (Right in rem)은 누구에게나 主張할수 있는 絕對權으로 對世的效力이 있다.

Maritime Lien 에 이와같이 強力한 擔保力을 賦與하는 理由는 船舶의 特性에 起因한다. 船舶은 船主의 一般財産의 大部分을 차지하고 있는點, 언제나 海上의 危險속에 活動하는點(海難遭遇性), 被害者(衝突 등의 賠償債權者)의 占有下에 있다 하더라도 쉽게 離脫할수 있는點, 特定裁判管轄權을 쉽게 回避할수 있는點(移動性)등, 船舶의 特性때문에 特定한 船舶債權을 위한 救濟方法으로 對人權만을 인정하여서는 不充分하고 滿足한 救濟를 위하여서는 對物權을 인정할 必要가 있다.

이것이 Maritime Lien 法の의 理念이라 할수있다.

對物權(Right in rem)은 英美法上 獨特한 構成을 가지고 있다. 이 權利는 Maritime Lien 의 債權이 發生한때에 同時에 發生하나 對物訴訟節次를 開始하므로써 비로써 行使할수 있게 成熟하는 것이고 그때까지는 未熟(Inchoate)한 權利로 存在한다.<sup>78)</sup> 다시 말하면 Maritime Lien 의 債權으로 存在하든 것이 物權인 擔保權(Charge)으로 轉化한다는 理論構成이다.

英法上 Maritime Lien 의 法理構成은 債權押留(Foreign attachment)<sup>79)</sup> 에 基礎를 두고 있다.<sup>80)</sup> 美法에서는 船舶法人格說(Personification theory)에<sup>81)</sup> 基礎를 두고 發展한것과 差異가 있다.(後述)

77). Chorley and Giles op. cit., pp.42, 36.

78). Chorley and Giles, loc. cit.

79). Foreign attachment는 判決債務者 (Judgment debtor)가 訴訟當事者 以外の 市民에게 債權을 갖이고 있을때 判決債權者 (Judgement creditor)에 滿足을 주기위하여 그 第三 債務者에 出頭를 命命하는 節次를 말한다. 이것은 過去 London, Bristol의 都市慣習으로 各都市裁判所가 判例法으로 確立한 것이다. 高柳賢三等編, 英米法辭典, p. 187.

80). Chorley and Giles, Chorley and Tucker's Leading Cases on mercantile law, 4th ed., London. 1962, p. 341 et seq.

81). 船舶을 하나의 人格體로서 擬制하여 不法行爲의 主體 (Offending thing)가 되고 對物訴訟에 있어 船舶自體가 被告가 된다는 理論. 本稿 p. 參照.: Gilmore and Black Jr., op. cit., p.483, et seq.



Maritime Lien의 起源은 各擔保되는 債權에 따라 다르고 海事慣習法과 判例法에 依하여 形成된 것이므로 一律적으로 指摘할수 없으나 가장 오래된 船員의 給料債權은 中世海法에 起源<sup>82)</sup>이 있고 海事裁判所 管轄權이 制限된 17世紀의 것과 1861年 擴張된 管轄權에 依한 別個의 對物權(Statutory right in rem)등이 있으므로 그의 起源의 年代를 밝히기는 困難한 作業이다.

그러나 現行 Maritime Lien의 法理가 完成된 것은 1852年의 Bold Buccleugh 號事件<sup>83)</sup>의 判例에 비롯된다. 따라서 英美法上: 船舶擔保物權이 完成된것은 Ship mortgage를 包含하여 19世紀 中半이라 보는 說이<sup>84)</sup>有力하다.

海事裁判所가 固有한 管轄權(Inherent jurisdiction)으로 制限을 받고 있을때의 Maritime Lien (現行法理로 完成되기 前의 從來의 Lien 이므로 便宜上 船舶 Lien이라 呼稱함이 適切할 것이다)은 ①海上에서 發生한(Upon the sea) 衝突에 基한 賠償債權 ②海上에서 發生한(前述 Richard 2世法參照) 救助料 ③Bottomry 債權 ④海員(船長除外)의 給料의 4種<sup>85)</sup> 뿐이었다.

1861年 海事裁判所法으로 擴大된 管轄權에 依하여 認定된 Maritime Lien은 ①州의 領域內(Within the Body of County)에서 發生한 衝突에 基한 賠償 ②州의 領域內에서 發生한 救助料 ③船長의 給料 및 替當金 등이다.<sup>86)</sup> 이것은 制定法에 依하여 인정된 것이므로 Statutory Maritime Lien이라고도 區分하기도 한다.

이것 외에 Maritime Lien은 아니나 對物權(Right in rem)을 認정한것이 Statutory right in rem인 것은 前述한바와 같다.

## (2) Maritime Lien으로 擔保되는 債權의 種類.

船舶優先特權이 發生하는 債權은 契約에 基한 것과 不法行爲에 基한 것의 2範疇로 大分된다.<sup>87)</sup>

다음에 分說하겠다.

### ① 海員의 給料(Seamens' wages)

海員이란 “船舶上의 職務에 從事하는 者로 이中 船長, 導船士 및 見習員을 除外한者” (Merchant shipping act, 1894, S. 742)를 말한다.

이 中에는 音樂士, 스텐더스, 看護員, 賣店員등이 포함된다.<sup>88)</sup> 우리 船員法(2條)의 범위보다 넓은 범위이다.

82). 例컨대 Consolato del mare의 第93項(條)은 海員의 給料에 Lien을 인정하고 있다.

樋貝詮三, 海の慣習法, (東京:良書普及會, 1943), p. 328. 以下.

83). Harmer v. Bell (1852), 7 Moo. p. c. c. 267; Chorley and Giles, (Leading cases) loc. cit.: Price, op. cit p. 63

84). Gilmore and Black Jr., p. 484. : Price, loc. cit.,

85). Price, ibid., p. 90.

86). Price, ibid., P. 90-2: Hebert, op. cit., p. 396.

87). Chorley and Giles, Shipping Law, pp. 39 et seq.

88). 李俊秀, 國際船員法研究, 博士學位請求論文, 檀國大學校大學院, 1969, p. 32 以下.

89). The John G. Stevens, 170 U. S. 113, 18 S. ct. 544 (1898) 事件에서 Gray大法官의 dictum, Gilmore and Black, op. cit., p. 514.

海員의 賃金을 위하여 Lien 이 인정된것은 이미 中世海法에 비롯되나 英法上의 例는 1565년에 船舶을 押留한 記錄이 처음 것이다. 海員의 賃金은 예로부터 神聖한 留置權(Sacred lien)이라하여 船底의 널판지 한장이라도 남아있는限 優先權이 인정된 것이었다.<sup>89)</sup> 海員의 給料에 Maritime Lien 을 인정하는것은 各國이 모두 共通된다. 그러나 優先順位에 있어서는 英法과 美法이 다르다. (後述) 衝突로 인한 賠償債權과 競合할때 英法은 海員의 賃金債權이 後順位에 오고 美法은 어떤 경우에나 優先한다.

英法에서는 船員의 寄與過失(Contributory negligence)의 法理가 作用하나 美法은 人道的理由가 優先한다. 同一法系에 있어서 正義感의 差異를 認識할수 있다.

注意할 點은 英法上 海員의 雇傭契約을 一般契約 (Ordinary mariner's contract, 航海單位로 口頭 또는 書面에 依한 契約)과 特別契約(Special contract, 捺印證書에 依하여 年을 單位로한 契約)으로 區分하여 前者에는 Maritime Lien 을 인정하고 後者에는 Right in rem 만을 인정하였다.<sup>90)</sup> 英法의 特色이다.<sup>91)</sup> 船內荷役人夫의 (Stevedore)賃金에 對하여서는 Stevedore 를 海員의 範圍에 包含시킨 判例<sup>92)</sup>가 있었으나 本來 Maritime Lien 을 인정하지 아니하였었다. 1911年 M. S. A. (Stevedores and Trimme:s)에 依하여 이들에- Statutory right in rem 을 인정하였으나 現在는 다시 改正하여 Stevedore 의 賃金에는 Maritime Lien 도 對物權도 인정되지 아니한다. (Administration of Justice Act, 1956, S. S. 3, 7.)

② 船長의 賃金 및 替當金(Master's wage and disbursement)

海員과는 달리 船長의 報酬와 替當金에는 本來 擔保權은 인정되지 아니하고 船主에 對한 人的請求權만 인정되고 있었다. 그 理由는 中世 以前부터 船舶管理人이나 船舶共有者가 船長의 地位에 있었든 沿革의인 理由에 있다.

그러나 19世紀에 들어와 制定法 (1844年商船法, 1894年(改正)商船法)으로 Maritime Lien 을 인정하게 되었다.<sup>93)</sup> 이것은 船長의 職位가 同業者의地位로 부터 專門的職能分化에 依한 被傭人의 地位로 變遷한데에 起因한다고 생각된다.

여기서 替當金(disbursement)은 航海繼續을 위한 船舶의 必要物에 支給한 金錢 또는 負擔한債務<sup>94)</sup>를 말한다. 船主가 이에 對한 支給을 遲延한 경우 遲延賠償權도 인정되어 있다.<sup>95)</sup>

③救助料(Salvage)

- 
- 90). Merchant Shipping Act (以下 M. S. A. ), 1894. (ss. 156. 167):Chorley and Giles, op. cit., pp.72, 80: Price, op. cit., p.57. 現在는 Contract of Employment Act, 1963. 및 Race Relation Act, 1968에 依하여 契約關係를 保護하고 있다.
  - 91). 船長과 海員의 解雇時에는 Redundancy Payments Act, 1965 및 Redundancy Rebates Act, 1969의 規制를 받는다. 會社解散 또는 破産에 있어서는 各各 Companies Act, 1948 (S. 319) Bankruptcy Act. 1914 (S. 33)의 保護規定이 있다.
  - 92). Corbert v. Pearce (1904). 2K. B.686.
  - 93). Merchant Shipping Act, 1844. 및 M. S. A. 1894의 第167條 船長의 替當金 第191條 船長의 報酬등. Chorley & Giles. op. cit., pp.44. 72.
  - 94). 判例 The Orienta, (1895) p.49
  - 95). M. S. A. 1906, 第57條 및 The Arina (1886) 12 P.D.118.

(27)

海難救助의 制度는 中世海法으로 부터 英法에 繼受되었는데 元來 Rome 法上 海難救助는 事務管理 (negotiorum gestio)로 法的性質을 規定하였으나 이 制度가 없는 英法에서는 準契約 (Quasi-contract)으로 把握한다.<sup>96)</sup>

英法上 救助料債權에 Lien 을 인정한 判例은<sup>97)</sup> 이미 1698년에 確立된 것으로 처음은 Possessory Lien 으로 인정한 것이 18世紀 後半에는 救助物의 占有없이 Non-Possessory Lien 으로 인정하게 되었다.<sup>98)</sup> 그리하여 救助料債權은 Possessory Lien 과 Maritime Lien 의 二重의 擔保權으로 保護되고 對物訴 또는 對人訴로서 強制할수 있다.<sup>99)</sup>

다만 對物訴의 경우에는 船主는 救助物價額以上으로 責任을 지지 아니한다.

이러한 二重의 保護는 우리法(商, 861條 858條 및 民, 320條)도 같고 財産救助와 同時에 人命救助를 行한 경우 人命救助者도 救助된 財産의 所有者에게 救助者請求權을 갖는 것도 우리法(商, 853條 2項)과 같다.

#### ④ 船舶衝突등 不法行爲로 인한 賠償請求權 (Collision and damage)

英法上 船舶衝突로 인한 賠償請求權에 Maritime Lien 을 인정한 最初의 判例은 1852년의 Bold Buccleugh 號 事件이라 함은 前述하였다.<sup>100)</sup> 이 判例에 依하여 不法行爲의 賠償請求權을 善意의 買受人에게 追及할수 있는 近代(Maritime Lien)法의 性質이 確立된 것이다.

末來 英國一般法上 善意의 三者에게 無過失責任을 負擔케 하는 法理는 아주 질색인 것으로 이 判決에 依하여 一般法原則을 크게 變更한 것이다.

元來 Rome 法이나 中世海法에 있어서도 船舶의 衝突로 인한 賠償請求權에는 Lien 을 인정하지 아니하였고 프랑스(舊佛商, 191條參照)를 비롯한 라틴系諸國에서도 Lien 을 인정치 아니하였던 것이다.

Bold Buccleugh 判例以前 美國에서는 1831年 The Nestor 事件<sup>101)</sup>에서 Story 大法官이 이미 Maritime Lien 에 占有不要의 判例를 남겼고 Bold Buccleugh 判決에서는 The Nestor 判例를 引用하고 있다. 19世紀 後半에는 船舶이 木船에서 鐵船으로 帆船에서 汽船으로 代替되고 船舶數의 增加,

96). Colinvaux, op. cit., p. 537 et seq; Hebert op. cit., p. 401; Price, op. cit., p. 44 et seq; Chorley and Giles, pp. 272, 286.

97). Hartford v. Jones (1968) 1 Ld. Raym. 393; Colinvaux, op. cit., p. 536.

98). The Two Friends (1799) 1 C. Rob. 271. 277; The Eleanora Charlotta (1823) 1 Hagg. 156.

99). Chorley and Giles. op. cit., pp. 285-6.

100). Chorley and Giles, (leading cases). op. cit. 1962, p. 341. et seq; Price, op. cit., p. 63; Hebert, op. cit., p. 403; Colinvaux, op. cit., p. 943.

近世最初로 衝突債權에 Lien 을 인정하는 法은 Netherland의 1721年 勅令이 있다. (Hennebicq, Principes de Droit maritime Comparé, 1904, p. 285, : 小島孝, 前掲論文, p. 43, note 3) 그러나 確立된 法理로서 各國에서 施行하게된 것은 Bold Buccleugh 判例 이후이므로 역시 近代 Maritime Lien 法理의 完成은 19世紀 中葉이라 보는것이 妥當하다. (Ienbendes Recht를 想起할것).

101). The Nestor, 1 Summ. 73, Fed. cas. no. 10, 126 (C. C. D. Main, 1831); Gilmore and Black Jr. op. cit., p. 488; Morrison and Stumberg, Cases and Materials on Admiralty, Brooklyn, 1954, p. 157.

船舶의 大型化 高速化(19世紀前半까지에 比하여) 海上交通의 繁雜化 등으로 海上衝突事件이 增加하게 되었으므로 衝突賠償債權을 위한 擔保權은 海上企業活動에 있어 重要な 機能을 맡게되었다.

現代에 있어서는 上記한 船舶의 特性이 더욱 뚜렷해졌기 때문에 Maritime Lien의 制度目的은 오히려 信用擔保 보다는 賠償擔保의 傾向으로 變更되고 있다고 생각된다. 이러한 證據는 1967年 船舶優特抵當權一條約(後述 5章參照)의 Maritime Lien이 發生하는 債權의 種類(條約, 第4條)에서 찾을 수 있다.

Bold Buccleugh以後 英法은 船舶間의 衝突뿐 아니라 船舶과 埠頭의 接觸으로 發生한 損害<sup>102)</sup> 船舶의 錨에 依하여 海底電線을 切斷한 損害<sup>103)</sup> 등 他物과의 接觸으로 發生한 損害에 對하여서도 Maritime Lien을 인정하게 되었다.<sup>104)</sup> 그러나 이러한 賠償은 모두 財産上의 損害로 因한 賠償請求이고 人命의 被害나 身體傷害로 因한 賠償請求에는 Maritime Lien은 인정되지 아니하고 Statutory right in rem만이 인정되고 있을뿐이다.<sup>105)</sup>

이후 1925年 司法管轄法(Judicature <consolidation>Act)에 依하여 船舶衝突이나 이와 類似한 事故로 因한 人的損害뿐 아니라 船舶에 關聯하여 생긴 人的損害의 賠償請求權에는 모두 Statutory right in rem을 認定하게 되었다. (同法, 22條, 33條)

船舶의 衝突로 因한 賠償債權이 Maritime Lien으로 擔保되고 實行되기 위하여서는 다음 要件을 갖추어야 한다<sup>106)</sup>

- ㉔ 損傷이 船舶에 依하여 發生할것. (Dunlossit 判例)
- ㉕ 船舶에 依한 損害의 發生이 사람의 行爲에 依하여 支持될것. 즉 船主나 雇傭人의 過失이 必要하다. (賃貸의 경우에는 賃貸人등은 船主로 看做)
- ㉖ 上記 賠償請求權은 損害發生後 2年內에 實行할것.

⑤ Bottomry 債權

英國에서 Bottomry가 慣用된것은 16世紀以後의 일이다.<sup>107)</sup> 從來 Bottomry 債權에 對하여 Maritime Lien이 인정되어 왔으나 現在는 冒險賃借가 거의 行하여지지 아니하므로 別 意義가 없다. 그러나 英法을 비롯하여 獨法, 佛法이 모두 Bottomry를 法定擔保權인 船舶優先特權이 發生하는 債權으로 規定하고 있으므로 그點 留意하여야 할 것이다. 英美法, 유럽法이 約定擔保權인 Bottomry에 Maritime Lien의 地位를 준 것은 Bottomry의 오랜 歷史的慣用에 그 理由가 있다고 생각된다. 그렇

102). The Veritas (1901), p.304; McGuffie, K. C., Marsden on The Law of Collisions at Sea, London, 1953, pp.69, 276, 328.

103). Clara Killam (1870), L.R. 3A. E. 161.

104). The Merle (1874) 2 ASP. M.C. 402 또 Harbour, Docks and Piers Clauses Act, 1847法에 依하여 責任이 있는 船舶에는 모두 maritime lien을 인정하게 되었다. Marsden, op. cit., pp.57, 69, 74.

105). The Sylph (1887) L.R. 2A. & E. 24; Admiralty Courts Act, 1861, ss. 7, 35.

106). Chorley & Giles, op. cit., pp.40-41.

㉔ Currie v. M'Knight, (1897) A.C. 97 (H.L. Sc.)

㉕ The Utopia, (1893) A.C. 492 (J.C.): Maritime Convention Act, 1911, 9條 4項

㉖ Maritime Convention Act, 1911, 8條; Crown Proceeding Act, 1947. 30條; Law Reform Act, 1954, 5條 各參照.

107). Hebert, op. cit., p.395. et seq; Price, op. cit., p.29.

(29)

다 하더라도 現今 使用되지도 아니하는 制度를 1957年 船舶假押留統一條約에까지 規定을 두고 있음은 納得하기 어렵다. 一言할 것은 船舶을 擔保로 할때의 冒險貸借를 Bottomry 라 하고 荷物을 擔保로 할때는 Respondentia 라 하는 狹意의 用法이 있는 點이다.

以上 英法上 Maritime Lien 이 發生하는 債權의 種類를 고찰하였다. 英法上 Maritime Lien 의 被擔保債權의 種類가 美法, 獨法, 佛法上의 債權種類에 比하여 그 數가 적은 것이 特色이다. 그러나 英法은 Maritime Lien 과는 別個의 對物權法을 制定하고 있으므로 船舶擔保權制度의 必要性에는 充分 應하고 있다. 이點 英法의 特色이라 할 것이다.

다음은 Maritime Lien 의 優先順位를 考察하여야 할 것이나 Maritime Lien 을 補充하는 對物權을 먼저 把握한 後에 船舶擔保權의 全體에 關하여 優先順位를 檢討하는 것이 理解에 도움이 되므로 順位問題는 本項의 마지막에서 言及하고자 한다.

### 3. 對物執行權(法定對物權)(Right to proceed in rem 또는 Statutory right in rem)

英國은 16世紀까지는 海運에 關하여 後進國이었다.<sup>108)</sup> 17世紀以後에는 海事裁判所가 管轄權制限으로 衰退一路에 있었음은 前述한바와 같다. 管轄事項이 極少한 裁判所에서 充分한 判例法體系가 形成될수 없는 것임은 當然하다.

英國의 全世界에 걸친 植民地經營과 英國海運勢力의 世界制霸가 이루어진後 海事裁判所가 制定法(1840年 Admiralty Court Act)에 依하여 正常的管轄權을 回復하게 되었다.

1840年 海事裁判所法에 依하여 海事管轄權이 擴張됨과 同時에 이 法은 海事私法上의 實體規定을 制定한 結果를 가져왔다. 例컨대 船舶物權關係를 새로히 海事裁判所의 管轄事項으로 制定하므로써(例, 船舶 Mortgage < Admiralty Court Act, 1840, 3條 > 船舶所有權 및 占有關係 < 同法4條 > 등) 船舶物權關係의 紛爭은 海事裁判所에 對物訴訟(action in rem)으로 提訴할수 있게된 것이다. 一般法上 物的訴訟(real action)과 混合訴訟(mixed action) 制度를 이미 1833년에 廢止(Real Property Act, 1833)하였음은 前述하였거니와 이 海事裁判所法에 依하여 制定된 管轄事項은 새로히 對物訴訟權을 賦與받았기 때문에 이 對物權(right in rem)이 結局 Maritime Lien 法을 補充하는 機能을 擔當하게 된 것이다.

그 理由는 海事裁判所에 對한 對物訴訟에 依하여 目的物을 즉시 抑留할수 있으므로 對物權(right in rem)을 갖는 債權者는 勝訴債權者(Judgement Creditor)<sup>109)</sup>의 地位를 얻는것이 되어 強力한 擔保力을 保有하고 있는 結果가 된다.

이 制定法上의 對物救濟(Remedy in rem)가 Statutory right in rem 이다. 이權利는 1840年 Admiralty Court Act 로 創設되고 1861年 改正되었으나 처음에는 1861年法에 依하여 Maritime Lien 과 똑

108). Holdsworth, op. cit., Vol. I, P. 67. 谷川久, 前掲書, p. 41.

109). Chorley and Giles, op. cit., p. 42.

110). The Pacific (1864) Br. & L. 243; The Troubador (1866) L.R. I A. & E. 302; The Ellens (1872) L.R. 4 P.C. 161. Colinvaux, op. cit., pp. 944-5. 參照.

같은 對物救濟法을 마련하고자 한 것이라는 誤解가 있었든것 같다.<sup>110)</sup>

그러나 그러한 解釋은 Pieve Superieure 事件에 關한 樞密院 (Privy Council)判例에 依하여 否定되고<sup>111)</sup> Statutory right in rem 은 Maritime Lien 과 全혀 別個의 擔保權임을 明白히 하였다.

以後 이 法은 1925年의 Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act (最高裁判所法)로 再編된 後 다시 1956年 Administration of Justice Act 로 大幅改編되어 現行 Right in rem 法의 法源이다.

(1) 對物權(Right in rem)의 概念, 性質.

制定法上の 對物權(Statutory right in rem)은 船舶에 關하여 發生한 一定한 海事請求權을 擔保하기 위하여 占有에 基하지 아니하고 對物訴訟을 提起하므로써 Maritime Lien 에 準하는 法定擔保權을 取得하는 制定法上の 權利라고 觀念할 수 있다.

즉 이 法定對物權은 特定한 海事請求權(maritime claims)<sup>112)</sup>을 擔保하기 위하여 船舶을 押留하므로써 効力을 發生함을 特徵으로 한다.

따라서 占有에 基하지 아니하고 對物訴訟(action in rem)으로 船舶을 押留하는 點은 Maritime Lien 과 같으나 擔保目的物인 船舶이 押留前에 善意的 買受人에게 賣渡되면 이 對物權은 消滅하므로 追及權이 없다는 點에서 Maritime Lien과 差異가 있다.<sup>113)</sup>

優先順位는 Maritime Lien 에 劣後하고 押留以前에 登記된 Ship Mortgage 에도 劣後하나 그밖의 債權에는 優先한다.

이러한 法의 性質을 가지고 있는 制定法上の 對物權은 Maritime Lien 보다는 弱하나 法定船舶擔保權으로서 Maritime Lien 의 不足한 點을 補充하는 機能을 擔當한다.

이 對物權(right in rem)이 Maritime Lien 과 登記된 Ship mortgage 에 劣後하는 法理는 獨特하다. 즉 Maritime Lien 은 被擔保債權이 發生함과 同時에 成立하고 目的物을(res) 押留하면 成熟한 權利가 되는데 (効果發生) 比하여 Right in rem 은 債權의 發生時期와 關係없이 船舶을 押留할 때 對物權이 成立한다는 것이다.<sup>114)</sup>

그러므로 押留前에 成立한 擔保權이 優先하는 것이고 追及權에 關하여서는 對物權 成立前에(押留前) 이미 目的(res)의 所有權이 移轉된 것이기 때문에 追及할 수 없다는 理論構成이다.

Volant 事件<sup>115)</sup>에 있어서는 債務를 負擔한 船舶뿐 아니라 債務者의 一般財産도 押留目的이 된다고 判決하여 目的의 範圍를 擴張하였으나 Beldis <sup>116)</sup> 事件에서 Volant 의 判例는 반복되어 債務(責任)와 船舶間의 牽連關係가 必要하다는 法理가 成立하였다.

111). The Pieve Superieure (1874) L.R. 5 P.C. 482. : Colinvaux, loc. cit.

112). The Administration of Justice Act, 1956. 第3條 4項 d號~r號: Colinvaux, op. cit., p.946 et seq.

113). Colinvaux, ibid., p.944 et seq; Chorley and Giles, op. cit., pp.41-2; Marsden, op. cit., pp.70-71.

114). Right in rem의 法理에 關하여서는 다음 判例에 잘 指摘되어있다.  
The Heinrich Björn (1885) 10 P.D. 44. 54, affirmed (1886 11 A.C. 270.): Colinvaux, ibid., pp. 945-6.

115). The Volant (1842) 1W. Rob. 383 : Colinvaux, ibid., p. 947.

116). The Beldis (1936) p.51 : Colinvaux, loc. cit. Belfri號가 負擔한 債務를 實行하기 위하여 同一船主의 他船 Beldis號를 押留하였으나 Volant判例는 반복되어 押留權이 否認되고 釋放되었다.

(31)

그러나 이 法理는 現行 1956年法 (Administration of Justice Act)에 依하여 다시 變更되었다. 즉 同法은 債務(責任)와 船舶間의 牽連關係를 否認하고 A 船舶에 依하여 債務(責任)를 負擔한 船舶所有者(占有者 備船者包含)가 ①人的責任이 있으면 그 A 船舶을 押留할수 있음은 勿論 ②自己所有의 B 船(備船인 경우는 備船者所有의 他船, 賃貸船主의 他船은 不可)도 押留할수 있도록 하였다. (同法 3條4項)<sup>117)</sup> 이 結果 一船舶 一會社設立으로 對物執行을 回避하는 경우가 생겼다 한다.

同法은 1952年 船舶假押留統一條約 (International Convention relating to the Arrest of Seagoing Ships, 1952, 本稿 第5章參照)을 受容한 것이다. 그러나 同條約은 英美法의 特徵을 그대로 가지고 있는 것이기<sup>118)</sup> 때문에 오히려 英海法이 國際統一條約으로 擴張된 것이라고하는 편이 더 正確한 表現이 될 것이다.

또 本法의 涉外的特性은 다음과 같다. ①對物執行權을 外國船舶에 對하여서도 實行할수 있게하고 (1956年法 1條4項) 債權者間의 優先順位문제는 裁判地法 (lex fori)에 따르도록하고 ②外國의 對物判決도 英國裁判所에서 有効하게 執行할수 있고 (判例法)<sup>119)</sup> ③英國이거나 外國이거나 國有船舶에 對하여서는 對物執行權은 물론(同法 7條3項) Maritime Lien 도 發生하지 아니한다.<sup>120)</sup>

## (2) 法定對物權(Statutory Right in Rem)이 發生하는 請求權(Maritime Claims)

英法上 Maritime Lien 은 海上企業의 通常의 商去來에 屬하는 債權(例, C/P. 나 B/L에 依한 運送契約)에는 인정되지 아니하는 것이 原則이었다. 그러나 海上企業이 船舶을 媒介로 하기때문에 企業活動過程에서 發生하는 어떠한 債權에는 船舶의 特性上 一般債權보다 特別한 擔保力으로 保護할 必要가 있음은 當然하고 이러한 必要上 制定한것이 對物執行權(Right to proceed in rem) 또는 對物權 Right in Rem 이었음은 前述한바와 같다.

1956年法은 이러한 通常의 海上企業活動에서 發生하는 請求權을 網羅하여 其中 Maritime Lien 이 附着하는 것을 除外한 15個種의 請求權을(船舶物權包含) 海事請求權(Maritime Claims)이라 하여(第 1條1項 d~r) 對物權을 부여하였다. 따라서 同條의 海事請求權은 制限의 規定으로 이 海事請求權에 包含되지 아니하는 權利에는 如何한 것이라 하더라도 對物權은 인정되지 아니한다.

對物權으로 擔保되는 海事請求權을 大別하면 다음과 같다. (同法S. I. (1)-d-r,)

### A. 不法行爲關係로 인한 債權(請求權)

①船舶의 衝突 기타 事由로 加한 損害

②船舶이 惹起하였거나 船舶의 利用으로 發生한 人命의 死傷

117). 同條 (3條4項)의 判例도 있다.

Schwarz & Co. v. St. Elefterio, (1957) p. 179.

Chorley and Giles, op. cit., p. 42.

118). 鴻常夫, 海法統一に關する 1952年 5月 10日 Brüssel 三條約に について, 海法會誌 復刊2號 (1954) p. 176.

119). Castrique v. Imrie (1870) L.R. 4 H. L. 414 : The City of Mecca (1879) 5 P.D. 28, 32,

Colinvaux, op. cit., p. 942 and note 20.

120). The Parliament Berge (1880), 5 P.D. 197. : The Porto Alexandre (1920) p. 30. : Chorley & Giles, op. cit., p. 37.

②共同海損分擔金(이것은 不法行爲는 아니나 分類上 이 범위에 包含시킨다.)

B. 運送契約關係로 인한 債權

- ①備船契約 기타 船舶의 利用 또는 賃貸借契約
- ②備船契約(C/P) 船荷證券(B/L)에 基한 物品運送에 關한 契約
- ③運送物品 및 手荷物の 滅失 또는 損傷

C. Service 關係의 債權

- ①曳船料 導船料
- ②어메에서 提供하였든지 船舶의 利用 또는 維持를 위하여 船舶에 對한 製品 또는 材料의 供給
- ③船舶의 建造, 修理, 裝備 또는 滯船料(碇泊費).

D. 替當金關係의 債權

- ①送荷人, 備船者, 기타 代理人이 船舶을 위하여 또는 그의 所有者를 위하여 支給한 替當金

E. 船舶物權關係

- ①紛爭있는 船舶의 所有權
- ②船舶의 共有關係에 있어서 所有權, 占有權, 利用權에 關한 紛爭
- ③船舶의 Mortgage 또는 抵當權

英法은 이상의 海事債權 또는 船舶物權에 關한 請求를 위하여 對物權(Right in Rem)을 賦與함으로써 이들 權利를 Maritime Lien 에 準하는 擔保權으로 保護하고 있다. 船舶擔保權에 關하여 이러한 英法의 特異성이 생긴것은 海事裁判所의 管轄權制限에 起因한 것임은 前述하였다. 美國法을 비롯하여 どり취商法(商, 754條), 프랑스舊商法은(舊商, 191條) 船舶에 關한 契約關係의 債權 및 Service 關係의 債權에 船舶優先特權을 인정하고 있다.

各國法이 인정하는 이러한 船舶擔保權의 現實의 必要性을 英國은 이 制定法上의 對物權에 依하여 充足시킨 것이다.

이 對物權의 特異한 點은 船舶物權關係를 海事請求權의 範疇속에 包含시키고 있는 點이다.

이 特異性도 沿革의인 理由에 起因한다.

즉 船舶의 所有權 또는 占有權에 關한 다툼있는 경우란 例컨대 船舶共有의 경우 特定航海에 就航하는 것을 反對하는 小數持分權者는 就航시키고자 하는 多數持分權者가 相當한 擔保를 提供할때까지 이 對物權에 基하여 船舶을 抑留할수 있는 경우이고 또 船舶의 占有를 不當하게 剝奪당한 者는 이 對物權에 依하여 占有를 回復할 수 있는 것이다. (1840年法 4條, 1861年法 8條, 35條).

다음 船舶 Mortgage 는 本來 海事裁判所에 管轄權이 없었던것을 1840年法으로 擴張하여 管轄權이 인정된 것으로 船舶讓渡擔保權者가 이 對物權으로 實行할수 있도록 擔保力을 強化한 것이다. (1840年法 3條, 1861年法 11條) 이와같은 船舶物權(所有, 有占, Mortgage)에 海事請求權의 對物權을 부여한 것은 船舶物權의 保全節次로서 이 權利를 補強하고자<sup>121)</sup>한데에 目的이 있다고 생각된다.

121). 小島孝, 前掲論文, p. 35. 參照.



以上 船舶의 法定擔保權으로 Maritime Lien 과 對物執行權權(Statutory Right in Rem)을 考察하였다. 이러한 海事法上의 擔保權 以外에 Common Law上의 Possessory Lien 이 船舶에 關하여 成立할수 있다.

造船代金, 修理費, 裝備代金を 위하여 造船者가 船舶을 占有하므로써 成立하는 Lien(Shipbuilder's lien for building, repairs and equipment) 이 이에 屬한다.

이 Lien 은 占有를 要件으로 하기때문에 船舶이 債權者의 占有를 떠나므로써 消滅한다. 그러나 이들 債權에 對하여서는 海事債權으로서 Statutory Right in Rem 을 인정하므로 占有를 떠나므로써 Possessory Lien 이 消滅하면 다시 對物執行權(Right in rem)이 發生한다. 그러므로 이들 債權은 2重의 擔保權으로 保護되고 있다 할수있겠다. 이 權利가 Possessory Lien 으로 成立하고 있는 때에는 그것은 Common Law Lien 이기 때문에 換價權이 없음에 注意하여야 한다.

以外에 Possessory Lien 이 成立하는 경우로는 ①運賃을 위하여 荷物에 對하여 갖는 Lien ②共同海損分擔金を 위하여 荷物上에 갖는 Lien 등이 있으나 이것은 荷物이 目的(Res)이므로 本稿의 對象이 아니다.

#### 4. 船舶擔保權間의 優先順位

船舶에 對한 擔保權으로 船舶讓渡擔保 (Ship Mortgage, 登記된것), 船舶優先特權 (Maritime Lien), 對物執行權(Statutory Right in Rem)과 普通法上의 留置權(Possessory Lien)이 있음은 以上 考察한바와 같다.

그런데 이들 各擔保權에 依하여 擔保되는 債權은 한船舶에 同時에 또는 異時에 多數 發生하는 것이 보통이므로 이들 擔保權 사이의 優先順位는 重要한 意味를 갖게된다.

實際문제로 多數의 被擔保債權이 同時에 發生하는 船舶의 事故에 있어서는 船主責任制限法(Merchant Shipping(Liability of Shipowners and Others) Act, 1958)<sup>122)</sup>에 따라 많은 債權이 船主의 責任制限의 對抗을 받게 되므로 이들 擔保權사이의 優先順位와 責任制限의 對抗을 받는 債權의 種類문제 는 매우 重要한 意義가 있다. 船主責任制限의 문제는 本稿의 對象이 아니므로 除外하겠으나 이 兩法은 緊密한 關係가 있음에 留意할 必要가 있다.

英法上 船舶擔保權의 優先順位를 規定한 制定法은 없으므로 順位문제는 判例法에 따라 事件의 具體的狀況을 考慮하여 法院이 決定한다.

英國은 아직 1967年 船舶優先特權 抵當權 統一條約(5章參照)을 批准하지 아니하였으므로 同條約과 같이 Maritime Lien 을 優先的인 것과 劣後的인 것으로 區分하지도 아니한다.

이제까지의 英法上의 一般의原則을 整理하면 다음과 같다.<sup>123)</sup>

122). 船主責任制限의 法理는 中世海法부터 存在하든 것으로 그間 1894年 商船法에 依하여 (金額責任主義) 規制하고 있었으나 現在는 1957年 船主責任制限統一條約을 受容하여 1958年 船主責任制限法으로 改正하였다.

123). Colinvaux, op. cit., pp.533-5; Price, op. cit., pp.103. et seq.  
Chorley and Giles, op. cit., pp.43-5; Marsden, op. cit., pp.70-1.

A. 擔保權相互間의 優先順位

- ① Maritime Lien 은 登記된 Mortgage 에 優先한다.
- ② Statutory Right in Rem 은 船舶의 押留에 依하여 成立하므로 押留以前에 付着한 Maritime Lien 과 登記된 Mortgage 가 이것에 優先한다.
- ③ Possessory Lien 은 占有以前의 Maritime Lien 에 劣後하나 占有以後의 Maritime Lien 에 對하여는 占有의 效力上 優先한다.

B. Maritime Lien 사이의 優先順位

- ① 衝突등 不法行爲로 因한 債權이 契約으로 因한 債權에 優先한다.
- ② 어느 경우이나 後에 發生한 救助料(Salvage)는 最優先한다. 目的物(Res)을 保存한 原因이기 때문이다.
- ③ 不法行爲로 因한 賠償請求權 사이의 順位는 平等이다. (Pari Passu)  
同一事故에 있어서의 Maritime Lien 은 同時에 發生한 것으로 본다.
- ④ 海員의 給料債權은 救助料의 다음 順位이다. 그러나 衝突事故에 있어서는 船員의 過失을 堪案하여 賠償債權이 優先한다.
- ⑤ Bottomry 債權은 最後位에 온다. 또 契約에 依한 債權사이에 있어서는 後契約에 依한 債權이 優先한다. (目的物保存에 寄與한 것이라는 根據)

C. 對物執行權(Statutory right in rem)사이의 優先順位

船舶의 押留時期에 依하지 아니하고 勝訴判決을 받은 時期에 依한다.

### 第 3 章 美國의 船舶擔保法

美國의 船舶擔保法은 約定擔保物權으로서 船舶讓渡擔保(Ship Mortgage)와 法定擔保物權으로서 船舶優先特權(Maritime Lien)의 兩制度로 構成되어 있다. 이러한 構成은 大陸法系와 같다.

英法上의 擔保權인 對物執行權(Statutory right in rem)制度는 美法에는 存在하지 아니한다. 同法系인 英法과 美法사이에 이러한 重要한 差異가 생긴 理由는 英國海事裁判所의 特殊한 沿革때문이었는데 前술한 바와 같다. 美國에서는 그러나 事情이 달랐다.

植民地時代의 美州大陸의 海事裁判所(Vice-Admiral Court) 時期에나 美國獨立 以後의 聯邦裁判所에서나 管轄權에 對한 不當한 制約을 받은바 없이 美國의 一般海事法(General maritime law)<sup>1)</sup>은 外國法과 判例를 適用하며 順調롭게 發展하였기 때문에 美法上의 Maritime Lien은 英法에 比하여 훨씬 더 多樣하고 法理構成에 있어서도 船舶의 法人格說(Personification theory)을 根據로 하는 등 獨自性을 認定할 수 있다.

Ship Mortgage에 關하여서는 美國은 1920年 商船法(Merchant Marine Act, 1920, 通稱 Ship Mortgage Act 라함 後述)을 制定하여 Mortgage를 優先的 Mortgage와 一般的(非海事) Mortgage로 區分하고 Maritime Lien도 優先的 Maritime Lien과 非優先 Maritime Lien으로 區分하였다.

이것은 美國의 船舶擔保法の 英法 및 大陸法에 對한 特異性이라 指摘할 수 있고 1926年 船舶優先特權抵當權統一條約(第5章參照)에도 영향을 미친 獨自的 制度였다.

이와같이 船舶擔保權에 關하여서는 美法은 同一 法系인 英法과 顯著한 差異를 나타내고 있고 現代 船舶抵當權(Ship Mortgage, Schiffshypothek, hypothèque maritime)의 法制目標라 할수 있는 船舶抵當權의 保護強化의 理念을 他法系에 앞서 施行(Preferred Mortgage 制度)하였고 이러한 法制技術은 統一條約에도 영향을 주고 있다.

이러한 美國의 船舶擔保法の 獨自性을 고리하여 本稿에서는 同一法系인 英法과 美法을 區分 考察한 것이다.

本章에서는 英法과 共通되는 一般理論이나 概念에 對한 言及은 되도록 避하고 美國法の 獨自的 理論이나 英法과의 差異點을 詳細히 考察하고자 한다.

1). General maritime law는 廣狹의 두 意義로 使用된다. 廣義로는 州法에 對한 聯邦法(判例法과 制定法包含)을 말하고 狹義로는 聯邦制定法(Federal maritime statute)에 對한 從來의 一般判例法(General maritime law)을 말한다. 狹義로 使用함이 一般的이다.  
 Gilmore and Black, Jr., Law of Admiralty, Brooklyn, 1957, pp.40-2, (pp. 526, 537)  
 Price, G., The Law of Maritime Liens, 1940, pp. 119, 135, 164.  
 Robinson, G. H., Handbook of Admiralty Law in The U. S. 1935. pp.370, 376, 379, 390 etc.

## 第1節 海事管轄權 및 法源

### 1. 沿革 및 違憲是非

美國獨立(1776年) 以前の 植民地美州大陸에는 最初の 海事裁判所(Vice-Admiralty Court)가 1662年에 設置되었다.<sup>2)</sup> Vice Admiralty Court는 英國王이 總督에게 特許하는 方式과 英本土의 Admiral이 植民地の Vice Admiral에게 特許하는 方式으로 새 植民海港都市에 設置되어 1697年頃에는 體系的으로 海事裁判所가 잘 整備되었다. 이 時期의 英本土의 海事裁判所는 極도로 管轄權이 制限되었던 時期<sup>3)</sup>이나 植民地海事裁判所에 對하여서는 管轄權制限의 令狀(Writ of Prohibition)은 發給하지 아니하였다.

높은 水準의 Common Law 法官도 植民地에서는 不足하였고 英國王이 海事裁判所의 大權裁判所(Prerogative Court, 陪審없는 裁判)의 機能을 自身에 有利한 것이라 믿었기 때문이다. 18世紀에는 海事裁判所는 英本土에서 보다 植民大陸에서 모든 海事問題에 管轄權을 가지고 發展하였다.

美國獨立後 初期에는 海事裁判管轄權은 各州法院이 保有하였고 다만 聯邦規約(Articles of Confederation)<sup>4)</sup>에 依하여 船舶의 拿捕 捕獲事件 및 各州間의 境界紛爭事件을 解決할 上訴法院을 設置할 權限을 聯邦議會에 賦與하였다.<sup>5)</sup>

1789年 聯邦憲法이 成立하여 비로소 聯邦司法府가 創立되고 (憲3條) 海事裁判管轄權은 聯邦法院이 保有하게 되었다. (憲 3條 2項)

이 憲法の授權에 基하여 同年의 司法組織法(Judiciary Act. 1789. : 1 Stat. 76-77)에 一切의 海事問題에 관한 民事事件은 排他的으로 聯邦法院이 管轄할것(同法 9條)을 規定하였다.

이로써 州法院이 管轄하던 海事裁判權을 聯邦區法院(District Court)이 管轄하게 되었다. 이것은 相異한 州의 市民사이에 일어난 紛爭을 民事管轄 事項의 主된것<sup>6)</sup>으로 決定한 本來의 管轄權範圍에 비추어 特例라 할수 있다. 英國과는 달리 美國에서는 聯邦法院이 創設된 以後 海事裁判管轄權에 關하여서는 아무런 紛爭도 생기지 아니하였다.

2). Encyclopedia of the Social Science, Vol. X.

New York, The Macmillan Co., 1937. p.122 et seq.

이時期의 植民地海事裁判所의 管轄權 및 New York 州의 管轄事件에 關한 다음 研究가 있다.

Crump, H. J., Colonial Admiralty Jurisdiction in the Seventeenth Century, London, 1932 ;

Hough, C.M., ed., Reports of Cases in the Vice Admiralty of the Province of New York, 1715~1788, Yale Univ. Press. 1925. : Gilmore and Black, Jr., op. cit., p.10. : Robinson, op. cit., p.7.

3). 本稿 p. 參照.

Holdsworth, W. S., A History of English Law, Vol. 1. London, p.55 et seq.

4). 1777年에 13個州 사이에 採擇되고 1781年에 批准發効한 13個 條文으로된 州政府間의 條約으로 이條約에 依하여 國家聯合으로서 The United States of America가 成立하였다.

5). Robinson, op. cit., p.8 et seq.

6). Berman, H. J., ed., Talks on American Law, New York, 1961, pp. 75. et seq.

그러나 船舶擔保權法인 1920年 商船法(Merchart Marinn Act. 1920)<sup>7)</sup>을 聯邦議會가 制定한後 이 制定法은 違憲이라는 論議가 有力하게 主張되었다. 違憲論의 根據는 다음과 같다.

海事裁判管轄權(Admiralty and Maritime Jurisdiction)은 憲法 第3條 2項에 依하여 聯邦法院에 排他的으로 歸屬된 것이다. 海事裁判은 海事事項(Maritime matter) 또는 海事的性格(Maritime character)이 있는 事件만을 裁判하는 것으로 무엇이 海事事項 海事事件인가는 純全히 司法的인 法院의 判斷에 依하여 決定하여야 하는 것이다.

한편 船舶 Mortgage는 The John Jay<sup>8)</sup> 事件의 判例 以後 傳統的으로 非海事(Non-maritime) 事項이라는 原則이 確立되어 있었는데 1920年 Ship Mortgage Act는 船舶 Mortgage를 海事事項으로 規定하여 海事裁判管轄로 하였다. 즉 議會가 制定法에 依하여 聯邦法院이 判斷하여야 할 海事事項의 問題를 決定한 것이므로 本法은 違憲이라는 理論이었다.

이 違憲論은 相當히 有力하게 主張되었으나 1934年 The Barlum 事件<sup>10)</sup>에 對한 聯邦 大法院의 合憲이라는 最終判決로서 끝을 맺었다.

## 2. 海事法の 法源

美國의 立法者들은 憲法制定當時 聯邦法院에 海事裁判管轄權을 賦與하면서 모든 海事裁判事件(all civil causes of admiralty and maritime jurisdiction)이라고만 規定(Judiciary Act of 1789, 第9條)하였지 그 範圍에 關하여서는 規定한바 없고 自명한 것이라 생각하였다.<sup>11)</sup> 海事法(Maritime Law. Law of Admiralty)은 이미 存在하고 있다고 생각한 것이다. 즉 Oleron 海法을 비롯한 英國의 海法黑書(Black Book of Admiralty) 기타 海事裁判所의 判例나 심지어 프랑스의 Louis 14世의 海事勅令<sup>12)</sup>과 大陸法系國의 海事判例 등이 모두 既存海法體系를 이룬다고 믿었고 따라서 美國에 成文法이 없는 경우에는 이러한 一般海法(General maritime law)의 原則을 適用하여야 한다고 믿었다.<sup>13)</sup>

7). Act of June 5, 1920, C. 250 § 30, 41 Stat., 988 et seq., 46 U. S. C. A. § § 911-984.

이 1920年法 第30條에 船舶擔保法을 規定하고 있다. 同條는 A項 부터 X項까지 船舶 Mortgage에 關한 規定을 두어 Mortgage의 單行法이라 할만한 것이다. 通稱 Ship Mortgage Act, 1920라 하면 이 30條를 가르킨다.

Knauth, A. W., *Benedict on Admiralty*, Vol. I, New York, 1940, pp. 162, 172. et seq.

8). Miller, *Jurisdiction of Mortgages, Constitutionality of the ship Mortgage Act of 1920*, 11 Calif. L. Rev. 268(1923); Morrison, *The Constitutionality of The Ship Mortgage Act of 1920*, 44 Yale L. J. 1 (1934)

Price, G., *op. cit.*, p. 122.

Gilmore & Black, Jr., *op. cit.*, p. 571 et seq.

9). *Bogart v. The John Jay*(1854), 58 U. S. (17 How.) 399.

이 判決以來 Ship mortgage는 非海事(non maritime) 事項으로 認定되어왔다.

10). *Detroit Trust Co. v. The Thomas Barlum*, 293 U. S. 21. 55 S. ct. 31, 1934 A. M. C. 1417 (1934)

11). *Gilmore and Black, Jr.*, *op. cit.*, p. 18. et seq.

12). *Morgan v. Insurance Co. of North America*, 4 Dall. 455, 458 (pa 1806) 事件에 있어서의 Tilghman 펜실바니아州 大法官의 判決理由中에 루이海法을 一般海法の 證據라고 밝히고 있다.

13). *American Insuranace Co. v. Canter*, 26 U. S. (1 Pet.) 511. 545-6 (1828). 이 事件에 있어서 Marshall 大法官은 “海法上の 事件은 美國憲法이나 法에 依하여 成立하는 것이 아니다. 이들 事件은 航海의 歷史만큼 오랜 歷史가 있고 海事法이 長久한 歲月存在 하여 온바와같이 海事法은 그런 事件에 對하여 우리 法廷에서 適用되는 것이다”고 말하여 英法 大陸法上の 一般海法이 美法廷에서 有効하다고 宣言하고 있다.

이러한 美國 司法府의 생각은 19世紀末에 이르러서 反省되어 The John G. Stevens<sup>14)</sup> 事件(1898年)에서 비로소 大法院은 外國法典이나 同判例를 適用하기를 拒否하고 獨自의 判決을 하게 되었다.

따라서 美國의 海事法の 法源은 一般海法(General maritime law)<sup>15)</sup> 과 制定法の 두 部分으로 構成되어 있다.

制定法(Statute)은 州制定法과 聯邦制定法이 있는데 一般的으로는 州法이 制定法으로서의 主體를 이루고 있고 聯邦法은 오히려 例外的인 것이다 할수 있으나<sup>16)</sup> 海事法만은 聯邦法으로 制定된 것이 主體를 이루고 있다.

英美法上 制定法の 機能은 英國과 美國에 있어서 差異가 있으므로 一言할 必要가 있다. 英國에서는 制定法은 判例法을 改廢하는 機能이 있기는 하나 制定法이 存在한다는 것 만으로는 곧 判例法이 改廢되는 것이 아니고 制定法規定을 適用한 判例가 나와보아야 그 明文規定의 內容이 確定되는 것이다. 즉 制定法の 個個의 規定이 裁判에 適用되어서 비로소 第1次的인 法源의 地位를 얻는 것이며 明文規定의 存在란 우선 第2次的인 法源에 不過하다. 이러한 英法의 態度는 “制定法은 普通法の 發見”이란 생각에 根據를 두고 있다.

그러나 美國에서는 좀더 自由로운 態度로서 制定法은 一次 判例法을 改廢하는 것이다 생각한다. 또 하나 美國法上 留意할 點은 聯邦法과 州法の 適用에 있어서 地方自治主義의 傳統에 따라 州制定法을 먼저 考慮한다는 點이다. (但 註16 參照) 그러므로 海事法關係에 있어서도 一般論上 適用順位는 ①一般海事法 ②州制定法 ③聯邦制定法の 順에 따른다.<sup>17)</sup>

그러나 Maritime Lien에 關하여서는 New York州와 같은 特定州(聯邦法上의 Maritime Lien 外에 獨自의 Lien을 인정한다.)法이 있으나 一般的으로 聯邦 制定法을 適用한다는 原則을 是認하고 있다. (後述)

現在 Maritime Lien에 關하여 州外船(他州에 船籍港을 가진 美國船 또는 外國船)에 州制定法을 適用하는 範圍는 다음과 같다. ①一般海法上의 Lien은 州法으로 制定可하다. ②海事請求權(Maritime claims)에 對하여서만 州法上 Lien을 許容한다. ③聯邦統一制定法(Ship Mortgage Act, 1920)과 衝突하는 것은 許容치 아니한다.<sup>18)</sup>

本稿에서 考察하는 船舶擔保法の 法源은 前述한바와 같이 一般海法과 制定法으로 1920年 Ship Mortgage法이 主된 것이고 補充的으로 前記 原則에 合致하는 州制定法<sup>19)</sup>이 包含된다.

14). The John G. Stevens, 170 U.S. 113, 18 S. ct, 544 (1898).

15). 美國法院에서 그동안 英國과 유럽法 또는 判例를 適用하여 形成한 海事判例體系와 美國 制定法에 依하여 이들 判例나 外國法을 修正한 美國法院의 判例體系의 두 構成部分으로 된 海事法을 一般海法(general maritime law)이라 한다.  
Gilmore and Black, Jr., op. cit., p.42.

16). 20世紀에 들어와서는 統一州法委員會(Conference of Commissioners on Uniform State Law)가 構成되어 各州의 統一의 法案을 만들고있고 特히 商事法에 있어서는 統一商法典(Uniform Commercial Code)을 비롯한 많은 統一法이 制定되고 있으므로 各州의 制定法이 主體를 이룬다 하더라도 全國의 統一性이 維持되므로 別支障은 없다.  
朴元善, 商法(上) (서울: 修學社, 1969) pp.64-5. 參照.

17). Gilmore and Black, Jr., op. cit., p.527.

18). Gilmore and Black, Jr., ibid., p.537.

19). New York Lien Act는 1920年 聯邦制定法을 立法하기 前에는 美國海事裁判에 있어서 maritime lien의 法源으로 重要한 指針이 되었다. 現聯邦法에 對한 New York 州法의 特色은 保險料에 maritime lien을 인정하고 造船契約에 依한 債權에도 maritime lien을 인정하는 點이다.

1920年法은 本來 1910年 Maritime Lien Act<sup>20)</sup>를 改正, Mortgage法과 統合한 것으로 1935年の 改正<sup>21)</sup> 1954年の 改正<sup>22)</sup>을 거쳐 現行法이다.

## 第 2 節 船舶讓渡擔保

### 1. 美國法の 特色

#### (1). 法制定의 背景

美國의 船舶讓渡擔保法은 英國의 그것에 比하여 法的性質과 形成의 背景에 相當한 差異가 있다. 英法上의 Ship Mortgage는 一般動產의 賣渡擔保 (Chattel Mortgage)로서 非海事契約으로 取扱되 었으나 1840年 海事裁判所法 (Admiralty Court Act. 1840)에 依하여 海事裁判事項이 되고 1854年 商船法에 依하여 近代私法的意義가 있는 船舶登記制度를 바탕으로 한 物的擔保制度로 完成된 것임은 前述한 바와 같다.

美國에서도 船舶 Mortgage는 非海事契約으로 取扱하였는데 1850年 船舶賣買 및 讓渡擔保登錄法 (The Vessel Sales and Mortgage Recording Act, 1850)<sup>23)</sup>에 依하여 船舶物權變動에는 登記를 對抗要件으로 할것을 規定하였다.

이러한 聯邦制定法에 依하여 物權變動의 公示方法을 採擇하였음에도 不拘하고 美國司法府는 계속 船舶 Mortgage가 海事的性質을 가지고 있지 아니한 것으로 判斷하였다.

英國에서는 1854年 商船法에 依하여 船舶 Mortgage에 海事事件으로서의 對物訴權을 인정하여 強力한 擔保力을 부여하였음에도 同年의 美國의 聯邦大法院은 The John Jay 事件(註 9參照)判決로써 船舶 Mortgage는 非海事事件이란 從來의 態度를 確認하였다. 그리하여 船舶 Mortgage의 債權은 州法院에서 一般債權으로서 請求할수 밖에 없었다.

20). Act of June 23, 1910, C. 273, 36 Stat. 604

21). Act of June 27, 1935, C. 319, 49 Stat. 424 : 46 U.S.A § 922.

이改正에 依하여 從來 200總噸 以上の 美國船에 對하여서만 優先的 mortgage를 認定하든 制限을 撤廢하고, 曳船, 鐵解船(barge) 平底船, 解船, Carfloat, 運河船, 탱크船中 200噸 未滿의 것만을 除外한 모든 美國船에 對하여 優先的 Mortgage를 인정하게 되었다.

이改正의 目的은 主로 1930年代의 不況時 漁船에 資金支援을 할수있도록 漁船의 擔保力을 強化하기 위한 措置였다.

Gilmore and Black, Jr., p.574-6.

22). Act of June 29, 1954, 68 Stat. 323 : 46 U.S.C.A. § 951.

從來 外國船舶에 對하여서는 優先的 mortgage를 認定치 아니하든 法을 外國船에도 인정하도록 改正한 것이다. 이改正은 二次大戰後 大量的 美國政府保有商船을 外國船主에게 賣却함에 있어서 美國政府가 賣渡한 外國船에 對하여 保有하는 mortgage에 優先的地位를 부여하여 擔保權을 強化하고자 한데에 目的이 있다.

Gilmore and Black, Jr., ibid, pp.579-8..

23). Act of June 29, 1850, C. 27. § 1, 9 Stat. 440, R.S. 4192.

이法은 船舶의 賣買證書賣渡 (Bill of Sale) mortgage, 抵當權 (hypothecation) 및 기타 讓渡는 모두 船舶이 登錄된 稅關의 徵收官署에 登記하여야 當事者 以外の 他人에 對하여서도 効力이 있다고 規定하였다. (同法 第1條) Gilmore and Black., ibid p.568.

이러한 原則은 船舶 Mortgage 에는 對物訴訟에 依하여 即時船舶을 押留할수 있는 對物的權利를 인정하지 아니하는 것이고 또한 各州法과 一般海法에 依하여 인정되는 各種 Maritime Lien 에 劣後하는 原則을 意味하기 때문에 船舶 Mortgage 의 擔保力은 매우 弱한 것이었다.

美國에서의 船舶擔保權이 이와 같이 弱한 것이었음에도 實務界에 別 不便이 없었던것은 19世紀 동안 美國經濟는 好景氣속에서 危險이 많은 海運業에 投資할 必要도 없었고 英國의 優秀한 造船技術과 海運產業이 美國의 海運需要를 充足하여 주었기 때문이다.<sup>24)</sup>

그러나 第1次大戰이 일어나자 當時의 海運國인 英國과 獨逸의 船舶은 交戰에 從事하여 美國은 船舶없는<sup>25)</sup> 中立의 狀態에 빠졌다. 自國商船隊의 緊要性を 깨달은 美國은 1916年 海運法 (Shipping Act, 1916)을 制定하고 海運局(Shipping board)을 設置하여 船舶建造를 서둘러 第1次 大戰이 끝날때는 1,000噸以上の 遠洋船 1,280隻의 大商船團을 確保하였다.

終戰後(1919年) 이 政府所有商船을(海運局所屬 1,107隻)民間에 拂下하게 되었는데 船舶 Mortgage 의 擔保力強化를 위한 制度가 必要함을 政府가 알게 되었고 同時에 民間企業에 依한 自國商船隊를 充實히 하기 위하여서도 海事金融資本을 保護할 必要가 있음을 알게 되어 制定한 것이 1920年 商船法 (Merchant Shipping Act, 1920)이다.<sup>26)</sup> 同法の 第30條를 通稱 1920年 船舶讓渡擔保法<sup>27)</sup>이라 한은 前述한바와 같다.

同法은 1935年の 改正(註 21參照)을 거친 後 第2次大戰後 1954年 改正(註 22參照)에 依하여 外國商船에 對한 Mortgage도 優先的 地位를 인정하게 되었다. 이것은 1次大戰後의 政府船賣却과 똑 같은 理由로 2次大戰後 政府保有船을 賣却하게 되었는데 外國船主에 賣却한 船舶에 對한 擔保力을 強化하기 위하여 改正한 것이다.

以上이 美國의 船舶讓渡擔保法이 制定된 背景이라 할수 있는데 1920年 Ship Mortgage Act 는 또 違憲是非를 불러이르 겠음도 前述한 바와같다. 違憲是非는 1934年 The Barlum 事件(註 10)으로 聯邦大法院의 合憲判決을 받았다. 判決理由에서 “美國憲法이 부여하고 있는 海事管轄權은 海法の 全體系에 비추어 解釋할 것이고, 海法の 變更을 禁하는 것이 아니고, 議會에 美國海法을 決定할 最高權限이 있는 것이고, 새로운 經驗과 條件에 따라 海事問題의 概念을 새로히 定立하는 것은 매우 合理的인 것이다”라고 聯邦大法院의 見解를 밝혔다. 이것은 必要한경우 美議會가 制定法에 依하여 國際海法の 統一條約이나 其他海法을 受容할 수 있다는 原則을 宣言한것이란 點에서 意義가 있는 것이다. 이런 原則에 따라 1954年の Ship Mortgage Act 의 改正은 實質的으로 1926年 船舶優先特權 抵

24). 當時 美國의 海運經濟學者들은 海運을 다음과같이 評하고 있었다.

“Shipping is a poor country's business” “Shipping is one of the poorest paying business in the world” Gregg, E. S., Shipping Fallacies, Journal of Political Economy, Vol. 30. Chicago, 1922, p. 707.

佐波宣平, 海運理論體系, (東京:有斐閣, 1948.) pp.154-5.

25). 第1次大戰初 美國은 1,000噸 以上の 遠洋船은 不過 15隻을 保有하고 있을뿐이었다. Gilmore and Black, Jr., op. cit., pp.570.

26). Gilmore and Black, Jr., ibid., p.568-71.

27). Morrison and Stumberg, op. cit., p.120. : Price, op. cit., p.122.



(41)

當條約의 第1條을 受容하여 改正한 것이라 할수 있다.<sup>28)</sup>

## (2) 特色

美法上의 船舶讓渡擔保는 1920年 Ship Mortgage Act 에 依하여 다음과 같은 特色을 가지게 되었다.<sup>29)</sup>

① 從來 非海事事項(non-maritime matter)으로 州法院에서 一般債權의 實行節次(Foreclosure)에 依하여 實行하든 船舶 Mortgage를 聯邦法院(海事法院)에 對한 對物訴訟(Act in rem)으로 船舶을 迅速히 押留하여 船舶의 移動性을 封鎖할수 있게 되어 擔保保全力이 強化되었다.

② 優先의 船舶優先特權(Prefered Maritime Lien)의 即後順位를 갖는 優先의 船舶讓渡擔保(Prefered Ship Mortgage) 制度를 두어 船舶 Mortgage의 擔保力을 強化하였다.

③ 따라서 Maritime Lien도 優先의地位(Prefered Status)가 인정되는것과 劣後의地位(non-Prefered Status)가 인정되는 것으로 兩分되고 Ship Mortgage도 Prefered Ship Mortgage와 非海事擔保인 non-Maritime Mortgage로 兩分되었다.

美國의 船舶擔保法의 이와 같은 特色은 英法을 비롯한 獨佛法上의 制度에 對한 特異性이라 할 것이다.

## 2. 優先의 船舶讓渡擔保

一般(非海事) 船舶讓渡擔保는 所有權(Legal Ownership) 移轉方式에 依한 動產讓渡擔保(Chattel Mortgage)이므로 一般法上의 擔保權이다.<sup>30)</sup> (後述 3)

이 非海事約定擔保物權인 一般船舶 Mortgage가 一定한(法定)要件을 가추면 優先의地位 (Prefered Status)를 獲得하여 一種의 Maritime Lien의 法的效力이 發生하는나 이것이 1920年 法上의 優先의 船舶讓渡擔保의 法的構成이라 할 수 있다.

따라서 이것의 法的性質은 元來 約定擔保權이나 다음에 記하는 法的要件을 가추면 法定擔保權의 性質을 갖게된다<sup>31)</sup>고 할수 있다. 또 Prefered Status를 얻게되면 그 效果로 Maritime Lien의 性質을 얻게 되므로 Prefered Ship Mortgage의 成立要件은 嚴格히 하고 있다.

다음에 分說한다.

### (1) 登記의 要件

#### A. 登記前의 要件(同法 926條)

28). Gilmore and Black, op. cit., p. 579

29). Gilmore and Black, Jr., ifid., pp. 574-8. 參照. Morrison and Stumberg, p. 12. et seq.

30). Redmond, P. W. D., Mercantile Law, London, 1964, pp. 232-4. 參照

31). 同法 1954年 修正條項(68. Stat. 323 : 46 U. S. C. A. 第951條)의 終段에 依하면 "Prefered mortgage lien이라 함은 以上과 같은 Prefered mortgage를 包含한다"고 하여 Lien을 包括的 概念으로 規定하고 있음을 알수있다.

① 讓渡擔保設定者(Mortgagor)는 讓渡擔保證書(Mortgage Deed)에 船舶에 關하여 所有하는 權利 및 擔保目的이 되는 權利(Interest morgaged)를 明示할것.

② 讓渡擔保證書는 公證人의 公證 또는 權限있는 公務員의 確認을 받을것

③ 船籍書類備置港이 變更된 때에는 稅關徵收官(Collector of Customs)<sup>32)</sup>에게 前港의 登記證明書를 提出할것.

B. 公示를 위한 要件(同法 921條 922條)

① 徵收官이 必要事項을 登記簿에 登記할것. (이의 違反에 對하여서는 登記公務員이 負責)

② 讓渡擔保設定事實을 船舶書類에 登錄(Indorse)할것.

③ 登記簿에는 ㉔ 公證된 讓渡擔保證書와 ㉕ 宣誓陳述書(Affidavit)<sup>33)</sup>를 添付할것

(2) 登記의 効果

以上과 같은 要件을 가추어 登記되면 Ship Mortgage는 Preferred Status를 獲得하여 Preferred Ship Mortgage가 된다.

① 登記는 優先的船舶讓渡擔保의 成立要件이다. 要件을 가추지 못하면 優先的 船舶 讓渡擔保는 成立하지 아니하고 Common Law上의 Chattel Mortgage로 存續한다. 登記官이 瑕疵있는 登記文書를 受領하였다 하더라도 優先的讓渡擔保는 成立되지 아니한다.<sup>34)</sup>

② Preferred Ship Mortgage가 成立되면 債權實行을 위하여 海事法院(聯邦法院)에 對物訴訟을 提起하여 即時 船舶을 押留할 수 있고 優先的船舶優先特權(Prefered Maritime Lien, 後述)을 除外한 Maritime Lien과 一切의 債權에 優先하여 辨濟받을 權利가 있다. 優先順位는 다음과 같다.

㉔ Preferred Maritime Liens

㉕ Preferred Ship Mortgage

㉖ non-Preferred Maritime Liens

㉗ non-Preferred Ship Mortgage

여기서 Preferred Ship Mortgage에 優先하는 Preferred Maritime Lien은 ㉔ Mortgage의 登記前에 發生한 Maritime Lien ㉕ 不法行爲에 依한 賠償請求權 ㉖ 海員의 給料債權 ㉗ 共同海損分擔金 및 救助料債權에 關한 Maritime Lien을 말한다. 이 外의 모든 Maritime Lien은 Preferred Ship Mortgage에 劣後한다. (後述 3節 3參照)

32). 우리法上 船舶登記는 管轄地方法院登記所에 하고 船舶登錄을 地方海運局에 하도록 되어있으나 美法上 船舶登記官署는 稅關의 徵收官登記所에 하도록 되어있다.

33). Affidavit는 法廷外에서 自己가 아는事實을 記述한것으로 權限있는者(例. 公證人)앞에서 宣誓 또는 確約(affirmation)을 行하고 그內容이 眞實임을 確認한것.

英美法上 이것은 證言記錄書(deposition)와는 달리 爭點에 對한 證明力은 없으나 中間申請 또는 中間節次에 對하여서는 一般的으로 證據로 許容된다.

Ship mortgage用 affidavit의 form은 Knauth, op. cit., pp.169-70. 參照

34). Morse Dry Dock and Repair Co. v. Northern Star, 271 U.S. 552, 46 S.ct. 599, 1926.

登記公務員이 船舶書類에 mortgage를 登錄하지 아니한 mortgage 船舶을 工場에서 修理하였는바 mortgage 契約上의 anti-lien條項의 効力發生을 인정받지 못하여 修理者의 Lien이 優先한 判例.

(43)

③ Mortgage 設定者는 徵收官(登記公務員)이 發給한 Mortgage 證明書를 船舶에 備置하여 正常한 利害關係人(船舶買受人, Necessary의 提供者)의 要請이 있으면 船長이 提示하여야 한다.

이 義務는 Preferred Mortgage의 効果에는 相關이 없으나<sup>35)</sup> 이 違反에 依하여 利害關係人이 損害를 입으면 設定者는 賠償義務을 진다. (同法 941條 C項)

④ 登記公務員의 過失에 依한 登記上의 錯誤로 因하여 損害를 입은者에게는 該公務員이 賠償責任을 진다.

### (3) 擔保權者의 保護

① 美國籍船의 登記義務는<sup>36)</sup> 嚴格히 規制되고 船舶의 登記는 聯邦海運局長이 管掌하고 있는데 Mortgage 船舶의 登記文書에는 Mortgage 權者의 同意를 要하도록 하므로써 擔保權者는 行政的인 保護도 받고 있다. (同法 961條 a)

② 船舶이 沒收되는 경우 擔保權者가 그 船舶이 沒收되는 原因이 되는 行爲를 하는데에 共謀나 同意를 하지 아니하는限 船舶擔保權은 消滅하지 아니한다. (同法 961條 b)

### (4) 適用의 範圍

① 船舶의 種類에 따라 曳船, 鐵船, 平底船, 浮船(Lighter) Carfloat, 運河船, 탱크中 200總噸에 未達하는 船舶에는 本法은 適用되지 아니한다. (1935年 改正)<sup>37)</sup> 이 外의 모든 商船과 漁船에 適用된다.

② 美國에서 適法하게 設定되었거나 外國에서 適法하게 設定된 Mortgage는 (外國船을 目的으로 한다.) Preferred Status를 인정한다. (1954年 改正 註. 22參照) 즉 外國船에도 適用範圍를 擴張한것이다.

但 이때는 美國內에서 提供된 修理 補給 曳船, Dock使用 陸岸鐵道使用 등 Necessarys 提供에 關한 Lien이 外國船上의 Preferred Mortgage에 優先한다. (同法 951條 但書 및 971條 參照)

이 Necessarys는 同法에 依하여 Preferred Mortgage에 劣後하는 Maritime Lien에 屬하는데(同法 953條 a項) 特히 外國船의 경우 順位를 逆轉한것은 自國民의 利益保護를 위한 例外規定이다.<sup>38)</sup>

以上 優先의 船舶讓渡擔保法(Ship Mortgage Act)을 考察하였는바 制定法은 主로 Preferred Mortgage의 成立 優先順位 實行 등 主要한 規定을 包含하고 있으나 Ship Mortgage에 關한 包括的인 法은 아니다. 따라서 本法規定外의 事項에 關하여는 1次 當事者의 Mortgage 契約에 따르고 그外의 事項은 一般聯邦商事法中 相當한 法原則에 依하여 解釋하여야 할 것이다.<sup>39)</sup>

35). The Oconee, 280 F. 927 (E. D. Va. 1921)의 判例.

36). 46 U. S. C. A. § 39,

船舶의 賣買, 改造, 船名 變更등의 경우의 登記義務規定, 이規定에 違反하면 美國籍을 喪失한다.

37). Act of June 27, 1935, C. 319. 49 Stat. 424; 46 U. S. C. A. § 922.

38). Gilmore and Black, Jr., op.cit., p. 612 et seq.

39). Ibid. pp. 590, 592.

### 3. 非海事船舶讓渡擔保(Non-Maritime Ship Mortgage)

美國은 1920年法을 制定하기 前에는 英國의 商船法(1854年, 1894年法)과 같은 海法을 가지고 있지 아니하였기 때문에 Ship Mortgage는 一般動產讓渡擔保(Chattels mortgage)로 取扱하였고 Bill of Sales Act의 規定에 依存하였다.<sup>40)</sup> 證書賣買(Bill of Sale)란 動產의 占有를 移轉하지 아니하고 所有權(Ownership)을 移轉하는 獨特한 動產物權變動의 한方式으로 보통 賣渡證書(Bill)의 公證을 公示方法으로 삼고 있는 것이다.

動產을 擔保하기 위하여서는 Bill of Sale 制度中 條件附證書賣買(Conditional bill of sale)에 屬하는 Mortgage Bill of Sale의 方法으로 擔保權을 設定한다. 從來의 船舶 Mortgage는 英美에서는 모두 이 方法에 依하였다. (2章參照). 現在는 1920年 Ship Mortgage 法에 依하여 要件을 가추면 Preferred Mortgage가 成立함은 前述하였는 바 同法의 適用을 받지 못하는 船舶 또는 同法의 要件을 가추지 못한 船舶 Mortgage가 이 非海事船舶 Mortgage가 된다. 非海事船舶 Mortgage는 非海事事項(Non-maritime matter)이기 때문에 다음과 같은 擔保權으로서의 制約이 있다.

- ① 海事法院의 管轄事項이 아니므로 對物訴訟(Action in rem)을 提起할수 없고
- ② 船舶의 賣却 또는 占有移轉의 命令에 依하여 擔保實行을 할수 없고<sup>41)</sup> (Judgment Creditor가 되어야 비로소 可能)
- ③ 모든 優先特權있는 債權에 劣後하고,
- ④ 動產에 관한 州法의 適用對象이 된다.<sup>42)</sup>

以上과 같은 性質 때문에 船舶의 特異性을 고려한다면 이것의 擔保力은 매우 虛弱한 것에 不遜하다. 그러나 1920年法의 非適用船(前項參照)에 있어서는 效用이 있을 수 밖에 없다.

### 第 3 節 船舶優先特權

船舶優先特權法(Maritime Lien)에 관하여 英國은 海事裁判所의 管轄權問題로 特異性을 갖게 된 反面 美國은 一般海法(General maritime law) 聯邦制定法 州制定法 등이 있어 包括的 統一法典이란 없기 때문에 매우 複雜한 實情이다. Maritime Lien의 概念은 英法과 差異가 없으므로 美國法의 特異한點에 主眼을 두어 考察하겠다.

40). Knauth, op. cit., p.162., Rohinson, op. cit., pp. 383-4.

41). The General Pershing, 1936 A. M. C. 1086, 84F. (2d) 273 (C. C. A., 9th) : Schuchardt v. Babbage, (1855) 60 U. S. (19 How) 239. 15 L. ed. 625

42). The Defiance, (1924) 1925 A. M. C. 56, 3F. (2d) 48 (E. D. N. Car)

(45)

## 1. Maritime Lien의 法理形成과 特性

### (1) 法理의 形成

美國法上 Maritime Lien의 法理를 形成한 根底에는 船舶의 法人格理論<sup>43)</sup> (Personification theory) 이 있다.

船舶自體를 하나의 人格體로 擬制하여 違法한 行爲의 主體(Offending thing)라 보고 對物訴訟(Action in rem)에 있어서 船舶이 被告(Respondent, 一般訴訟에 있어서의 Defendant)가 된다. 따라서 債務者인 船舶所有者도 海事裁判에 있어서는 請求權者(Claimant)로 參加한다.<sup>44)</sup>

英法の M. Lien 理論이 債權押留說<sup>45)</sup> (Foreign Attachment)에 根據를 두고 있는 點과 差異가 있다. 美法上の 船舶法人格說은 中世의 贖罪物(Deodand)<sup>46)</sup> 思想에 由來한다는 說이 있었다.<sup>47)</sup> 그러나 船舶法人格說의 形成은 Maritime Lien의 概念이 形成되어 가는 19世紀初半의 다음과 같은 判例에서 찾는 것이 妥當하다는 說이 有力하다.<sup>48)</sup>

① The Little Charles 事件<sup>49)</sup> (1819年)에서 Marshall 首席大法官은 “船主 몰래 船舶이 禁輸法(Embargo Act, 1807) 違反行爲에 使用되었기 때문에 船主에게 責任을 물을수 없다”는 抗辯에 對하여 “違法行爲를 船舶이 行하였기 때문에 船舶을 沒收하는 것이다. ……이것은 船舶自體에 對한 訴訟이지 船主에 對한 訴訟은 아니……”라고 判決理由를 밝혔다.

② The Palmyra<sup>50)</sup> 事件에서 Story 大法官은 財務裁判所(Court of Exchequer)에서의 押留와 沒收理論을 海事法院의 Offending thing 押留에 援用하였다.

③ The Malek Adehl<sup>51)</sup> 事件(1844年)에서 Story 大法官은 “船主의 意思에 反하여 한것이라도 船

43). Hebert, P. M., The Origin and Nature of Maritime Liens, 1930, 4 Tulane L. Rev. 381, pp. 382. ff Price, op. cit., pp. 4ff, 17ff; Robinson, op. cit., pp. 363ff, 404.

Morrison and Stumberg, op. cit., pp. 160. et seq.

44). Gilmore and Black, Jr., op. cit., p. 483.

Price, op. cit., pp. 3, 117.

45). Hebert, op. cit., pp. 382. ff.

Price, op. cit., pp. 4ff, 17ff.

Robinson, op. cit., pp. 363ff, 404.

Morrison and Stumberg, op. cit., pp. 160. et seq.

46). deodand는 英法上 中世以來 사람을 죽게한 動産은 神에게 바치기 위하여 國王이 沒收하는 것을 말한다. 이制度는 1846年 廢止하였다.

47). Holmes, The Common Law, 1881, p. 25 et seq.

Gilmore and Black, Jr., op. cit., p. 484.

48). Holmes, ibid., p. 25 et seq.

Gilmore and Black, Jr., op. cit., p. 484.

49). The Little Charles, 26 F. Cas. 979, Cas. No. 19, 612 (C. C. D. Va. 1819)

Robinson. op. cit., p. 612.

50). The Palmyra, 25 U.S. (12 Wheat.) 1 (1827)

Gilmore and Black, op. cit., p. 485-6.

51). The Malek Adehl. 43 U.S. (2 How.) 210 (1844)

Gilmore and Black, op. cit., p. 493-5.

舶에 責任이 있고……船舶이 바로 違法者이기 때문에” 船舶의 賣却을 命令하였다.

④ 1831年 The Nestor<sup>52)</sup> 事件에서 Story 大法官은 Maritime Lien의 性質을 素描하기 위하여 Roman Pignus (質權)와 Roman Hypotheca(抵當)의 性質을 檢討하였고 1855年 The Young Mechanic 件에서 Curtis 大法官은 Maritime Lien은 jus ad rem이 아니라 jus in re(對物權)<sup>53)</sup>이라는 概念을 確立하기에 이르렀다.

以上の 經過를 보면 ① 船舶은 船主가 물렀다 하더라도 違法行爲의 主體가 된다는 思想으로 부터 ② 違法行爲物의 押留 ③ 船主의 意思에 反하여 行하였다 하더라도 船舶自體가 違法者이라고 하여 船舶의 法人格說이 形成確立되어 감을 볼수 있고 同時에 Maritime Lien의 法理가 그를 根據로 形成되어 감을 볼수 있다.

이러한 形成過程中에서 英國의 Bold Buccleugh(1852)의 判例가(이 안에 The Nestor 判例를 引用하고 있다.) Maritime Lien 法理를 明析하게 宣明하여 現行 Maritime Lien 法理가 完成된 것임은 前說한바와 같다.

## (2) Maririme Lien의 特性

Maritime Lien의 主된 特性이 善意的 買受人(bona fide purchaser)에게 無過失責任을 지우는 것(對物追及效)이라 할수 있는바 이러한 法理는 當時의 英美法의 一般原則을 크게 變更한 것이라 할수 있다.

善意的 三者에게 無過失責任을 지운다는 것은 英美法上 아주 不當한 것으로 생각하였기 때문이다.<sup>54)</sup> 英國에서도 이러한 無過失責任을 인정한 最初의 判例가 Bold Buccleugh 事件이었고 當時는 아직 企業危險이나 企業責任의 理論은 導入되어 있지 아니하였기 때문에 法官들은 責任의 理論을 構成하는데에 苦心한것 같다.

Maritime Lien의 概念은 英國과 美國이 大差없으므로 여기서는 美法上의 性質만을 要約하였다.

① Maritime Lien이 發生하는 法的原因은 船舶에 關聯된 不法行爲(Tort)와 契約(Contract)이다. (救助 Salvage는 大陸法上 事務管理라 보는 것이 通說이나 事務管理의 法理가 없는 英美에서는 이것을 準契約 Quasi-Contract로 본다.)<sup>55)</sup>

② Maritime Lien의 成立은 占有나 公示에 依存하지 아니한다.<sup>56)</sup> 또한 公示方法없이 對世의效力

52). The Nestor, 18 Fed. Cas. 9, Case No, 10, 126 (C. C. D. Me. 1831)  
Morrison and Stumberg, ibid., p. 157.

53). The Young Mechanic, 30 Fed. Cas. 873, Case No. 18, 180 (C. C. D. Me. 1855)  
Morrison and Stumberg, ibid., p. 17.

jus ad rem은 教會法上 物權을 取得할수 있으나 아직 物權의 支配權은 없는 未完成의 權利를 말한다.  
jus in re는 物件取得權을 말한다. 이것이 Right in rem이 된것이다. (對物權)  
高柳賢三 등, 前掲辭典, p. 256. 參照.

54). Gilmore and Black, Jr., p. 493.

55). 朴元善, 새商法(下), p. 393 以下. 孫珠璣, 前掲書, p. 134.

Chorley and Giles, Shipping Law, 6th ed, London, 1970. pp. 44, 285 et seq.

56). Morrison and Stumberg, op. cit, p. 157.

Robinson, op. cit., p. 363.

(47)

을 인정한다. (優先權). 그리하여 Secret Lien 이라고도 한다.

③ Maritime Lien 은 海事法院(聯邦法院)에 對物訴訟(Action in rem)으로 船舶을 押留하므로써 訴訟이 開始되고 特權이 成熟하며 判決로서 實行된다.<sup>57)</sup> 즉 그 債權이 發生함과 同時에 Maritime Lien 은 成立하나 船舶을 押留하므로써 비로소 權利가 成熟한다.

④ 對物訴訟의 判決價額은 目的財産(res)<sup>58)</sup>의 價額을 超過할 수 없다. 그리므로 債權額이 財産價額을 超過할 때는 判決前에 對人訴訟(Action in Personam)을 別途로 提起하여야 한다. 이는 英法과 의 差異點으로 船舶法人格說에 基한다.<sup>59)</sup>

⑤ Maritime Lien 은 告知받지 못한 善意의 買受人에 追及한다.<sup>60)</sup>

⑥ Maritime Lien 은 原因된 債權의 消滅로 消滅하고(附從性) 特別事由로는 懈怠(Lache)에 依하여 消滅한다.

⑦ Maritime Lien 은 海事法院의 執行에 依하여 抹消된다.

이상과 같은 Maritime Lien 의 法的性質이 構成된 根據에는 英法에 있어서는 訴訟節次로서의 債權押留(Foreign Attachment)의 理論이 있고 美法에 있어서는 船舶法人格說(Personification Theory)이 그 根據에 있다.<sup>61)</sup> 이것은 船舶의 移動性에 相應하는 擔保權의 必要性을 充足시키기 위한 制度의 理論의 根據임을 알 수 있다.

### 1. Maritime Lien 이 發生하는 債權(被擔保債權)

Maritime Lien 의 法源은 一般海法(General Maritime Law) 聯邦制定法(1910年 Maritime Lien Act를 1920年 Ship Mortgage Act에 改正 編入, 1935年, 1954年改正) 및 州制定法(State Statutes of Liens)등 3種이 存在한다. 1920年에서 1930年代 사이에는 이들 3種의 法源 때문에 優先適用 문제로 論爭도 많았고 混亂하였으나 近來에는 一般的으로 다음의 原則을 承認하고 있다 한다.

즉 ① 州制定法은 聯邦制定法과 一般海法の 內容을 變更 할수 없고 ② 契約關係로 因한 Lien 은 聯邦制定法에 따라 統一性을 갖게 되었으므로 州法과 一般海法은 1次 除外한다<sup>62)</sup>는 默示의 原則이다

그러나 언제 相反되는 判例가 나올지는 알 수 없기 때문에 包括的 統一法典을 制定하기 前에는 過去の 相反되는 判例와 制定法上の 實體規定의 不備(聯邦制定法이 包括的法이 아님) 등 때문에 Maritime Lien 法の 現狀을 精密하고 正確하게 明示하기는 거의 不可能하다. 1920年 Ship Mortgage

57). Price, op. cit., pp. 163-4; Robinson, op. cit., p. 359.

58). 目的財産(res)은 船舶屬具, 荷物, 이들의 難破物, 賣却代金, 運賃이다. 保險金은 獨立한 契約에 依하여 생기는 것이므로 이에 包含되지 아니한다.  
Gilmore and Black, op. cit. p. 511; Price, op. cit., p. 148 et seq. p. 171.

59). Price, op. cit., pp. 13-4.

60). Price, op. cit., pp. 1, 3, 135.

61). Gilmore and Black, Jr., pp. 491, 482-3. 參照.

62). Price, op. cit., pp. 137-8,  
Gilmore and Black, ibid, pp. 539, 592.

Act 를 中心으로 判例法과 對照하여 Maritime Lien 이 發生하는 債權을 要約하면 다음과 같다.<sup>63)</sup>

① 海員의 給料債權(Seaman's Wage) 海員의 給料는 中世海法<sup>64)</sup>以來 인정 되어 온 가장 오래된 Lien 으로 美國에서는 Sacred Lien<sup>65)</sup>이란 表現으로 이를 인정하고 있다.

船體의 나무板 한장이라도 남아 있는限 海員給料의 Lien 은 存續한다는 法은 英法에 있어서와 同하다. (船主責任制限法과 比較)

船長은 海員(Seamen, Crew)中에 包含되지 아니한다(韓船員法, 2條同)

따라서 船長의 給料에는 Maritime Lien 이 인정되지 아니한다. 그러나 州法으로 인정하고 있는 州도 있다.<sup>66)</sup> 英法과 大陸法에 對하여 相異한 點이다.

船長職은 過去에 船舶管理人(Managing Owner)이 맡았었다는 沿革的인 理由와 Maritime Lien 이 아니더라도 船長은 運賃回收를 위하여 積荷物上에 Possessory Lien 을 保有하므로 充分히 自己 利益을 保護할수 있기 때문이다.

② 船長이 支給한 費用, 替當金(Master's Disbursement)

船長은 船舶을 위하여 支給한 替當金を 위하여서 Maritime Lien 을 保有한다.<sup>67)</sup>

이 替當金(Disbursement)은 航海를 遂行하기 위하여 緊急히 必要한 物品이나 用役의 代價로 支給하거나 負擔한 債務를 말한다.

但 이것은 航海遂行을 위하여 必要한 것이어야 하고 船主의 指示를 받기가 困難하거나 不可能한 경우여야 하고 船長의 支出權을 船主가 明示 또는 默示의 으로 인정하고 있어야 한다.<sup>68)</sup>

從來에는 美法上 船長의 替當金에는 Maritime Lien 이 인정되고 있지 아니하였으나 1932年 The Helen M. 事件의 判例에서 인정하게 된 것이다.<sup>69)</sup>

이러한 替當金이라 하더라도 船舶의 總代理店(General Agent)이 支給한 債權에는 Maritime Lien 이 인정되지 아니한다.<sup>70)</sup>

③ 救助料(Salvage)

海難救助를 獎勵하기 위하여<sup>71)</sup> 救助料 債權에는 Rome 法以來 擔保權을 인정하였다. 그러나 이 制

63). 美海法書에서 一般의 으로 整理한것을 要約한다. 主로 Gilmore and Black, Jr., G. Price, Robinson, Morrison and Stumberg, Knauth, 를 參照하였다.

64). Consolato del mare 에 依하면 海員과 船木工의 賃金은 이를 運賃에서 支給하나 運賃이 不足 할 때는 借財하여 支給하고 借財가 不可能하면 船舶을 賣却하여 支給 할 것을 規定하고 있다(95條). 이들 賃金은 一般債權에 優先하여 支給 할 것(93條)을 規定하고 있다. 樋貝詮三. 海の慣習法(東京: 良書普及會 1943). pp. 327. 329. 331.

65). The John G. Stevens, 170 U.S. 113, 18 s. ct. 544(1898). 判決에서 Gray 大法官이 海員의 給料債權은 Sacred Lien 이라 하였다.

66). 船長은 海員이 아니다. 이 Lien 에 관하여서는 다음 參照. The Orlean v. Phoebus, 1837, 11 Pet. 175, 9 L. ed. 677; Robinson, op. cit., pp. 369. 370. 429 Price. op. cit., p. 144 ff.

67). Ex Parte Clark, D.C. Mass. 1843, 5 Fed. Cas. 832, No. 2796; Robinson, ibid, p. 370.

68). Price, op. cit., pp. 66-7.

69). The Helen M., D.C. Mass. 1932, 1932 A.M.C. 587. Price, ibid, pp. 143-4; Morrison and Stumberg, op. cit, 230ff.

70). Robinson, op. cit., p. 380. note 62; Gilmore and Black, Jr., op. cit., p. 513.

71). 朴元善. 前掲書. p. 394 以下; 孫珠瓊. 前掲書. p. 135.



(49)

도는 처음부터 人道精神의 具現에 依한 것이라 할수는 없다.<sup>72)</sup>

古代 Greece 時代의 海上商業은 어데서나 同時에 海賊을 兼하였고<sup>73)</sup> Rome 時代에는 海上救助와 掠奪禁止法<sup>74)</sup> 이 있었고 中世 地中海에서는 戰爭, 商業, 海賊이 3位一體<sup>75)</sup> 가 되어 盛行 하였으므로 Oleron 海法에는 海上企業을 保護하기 위하여 遭難船의 掠奪을 禁止하고<sup>76)</sup> (刑罰) 救助者에 報酬를 支給할 것을 規定하였다.

美法에서도 海難救助를 獎勵하기 위함과 船舶과 荷物の 價値를 保存한 것에 對한 代價로 支給할(準契約)救助料依權에 Maritime Lien 을 인정하고 있다.<sup>77)</sup>

順位에 있어서도 海員의 給料債權과 함께 最優先한다. 또한 人命救助가 財産救助와 同時에 行하 여진 경우에는 人命救助者도 救助된 財産(res)에 Maritime Lien 을 保有한다. 大陸法도 같다.

④ 不法行爲로 因한 賠償請求權(Torts), 이 範疇에는 衝突賠償請求(Collision Claims)와 人命의 死傷에 對한 賠償請求(Personal Injury Claims)가 包含된다.

管轄의 範圍는 美國領域(領海包含)內의 모든 可航水域과 公海上에서 發生한 것 및 外國管轄權內에서 發生하여 美國管轄權內에 들어온 것에 모두 미친다.<sup>78)</sup>

처음에는 船舶으로 因한 損害라 하더라도 陸上에 있는 것에 對한 損害에는 船舶에 對한 對物訴權을 인정하지 아니하였으나<sup>79)</sup> (反對로 陸上構造物이 船舶에 미친 損害에는 對物訴權을 인정하였다.) 1948年(Merchant Marine Act)<sup>80)</sup> 改正法으로 船舶에 依하여 發生한 모든 損害는 모두 海事裁判管轄로 (對物訴權)決定하였다.

不法行爲는 船長, 船員, 導船士(強制導船의 경우 包含)<sup>81)</sup> 기타 使用人의 怠慢이나 過失에 起因한

72). 鄭熙喆. 新商法要論(下)(서울: 博英社. 1969). pp. 196-7. 參照.

73). Weber, M., Wirtschaftsgeschichte, S. 180. 本稿 1章 註2 參照.

74). Justinianus, Digesta. XL1, I, 8, 9. Dig. XLVII, 2, 43. Cod XI, 6, 1, 이들은 주로 掠奪禁止에 關한規定이다: 加藤正治, 海難救助法の沿革, 海法研究. 1卷, P. 22 以下.

75). Goethe, W. von., Faust, Til II.

中世初期의 暗黒時代에는 地方封建諸侯는 遭難船의 掠奪을 自己權利로 생각하고 있었고 地方民들은 暴風이 부는 夜間에는 海岸에 불을 밝혀 避難地를 찾는 船舶을 誘引하여 海岸에 接近하면 이를 掠奪하였다. 加藤正治, 前揭論文, 海法研究 1卷. p. 219 以下

76). Rolles d'Oleron.

樋貝栓三, 前掲書, pp. 676 以下 參照.

77). Robinson, op. cit., pp. 422 et seq.

78). Knauth, op. cit., pp. 349, 352.

79). The Plymouth, 70 U. S. (3Wall.) 20 (1866)

船舶의 火災가 埠頭に 引火 燃燒한 事件에 大法院은 船舶에 對한 對物訴訟을 인정치 아니 하였다. 이 判例以後 船舶에 依한 陸上構造物에 미친 損害에 對하여서는 海事事項이 아니라는 법이 成立하였다. Robinson, op. cit., p. 57 et seq. Gilmore and Black, op. cit., p. 432 et seq.

80). 62 Stat. 496(1948), 46 U. S. C. A. § 740.

81). The China(1868) 74 U. S. (7 Wall.) 53. 19 L. ed. 67. :Knauth, op. cit., p. 363.

近來에는 州自治法에 依한 強制導船에 있어서 導船士의 不法行爲로 因한 賠償에 對하여서는 當該自治團體에 歸責한다는 判例가 나타나고 있다. (President Van Buren號事件).

City of Long Beach v. American President Lines, 223F. 2d 853, 1955 A. M. C. 1948(9th Cir. 1955) Gilmore and Black. Jr., op. cit., p. 492.

것을 모두 포함하나 海上에서 船員의 暴行으로 인한 傷害에 關한 것은 除外한다<sup>82)</sup>. (Johnes Act, 船員法適用).

海事債權<sup>83)</sup>이 發生하는 不法行爲는 船舶衝突이 代表的인 것이나 海賊行爲(Piracy) 拿捕(Prize) 및 몸값(捕虜의 몸값 Ransom) 등도 포함한다. 이들로 인한 人的 物的損害의 賠償을 위하여 對物訴訟을 인정한다<sup>84)</sup>. 但 船員이 船上에서 死亡하거나 身體傷害를 입은 때는 船員法(1915年法, 1920年法 Johnes Act)의 適用을 받아 Lien은 인정받지 못하고 荷役人夫가 死傷한 경우에도 1927年 港灣荷役 勞動調整法<sup>85)</sup>의 適用을 받고 Maritime Lien은 保有하지 아니한다.

그러나 이 以外的의 경우에는(例, 衝突로 인한 旅客의 死傷) 1920年 海上死傷法<sup>86)</sup>에 따라 Maritime Lien의 人정을 받는다.

一般的으로 衝突로 인한 相對船 및 第三船의 損害와 旅客 및 貨物에 對한 損害에는 Maritime Lien이 인정되고 Bold Buccleugh 判例以後 이 不法行爲에 關한 法은 混亂없이 統一的으로 運用되고 있다. 注意할 點은 Tort로 인한 Maritime Lien 債權은 大部分이 船主責任制限基金의(船價主義) 對抗을 받는 點이다. 實務上의 이런 船主의 危險은 保險으로 Cover 하므로 큰 문제가 없겠으나 法理上 兩法의 相關關係의 研究는 重要한 것이다.

⑤ 共同海損分擔請求權(General average contribution) 共同海損分擔請求權을 위하여 船主는 荷物上에 또 荷主는 船舶運賃(Res)上에 Lien을 保有한다. 그러나 船主가 갖는 Lien은 占有에 基한 Possessory Lien이고 荷主가 海上財産(Res)上에 갖는 Lien 단이 Maritime Lien이다.<sup>87)</sup>

⑥ 修理, 補給品提供者의 債權(Repairs, Supplies and Necessaries)

美國法上 가장 複雜하고 混亂한 것이 이 契約關係로 인한 債權의 Maritime Lien이다. 이 範疇에 들어가는 債權에 對한 Maritime Lien의 紛爭이 海事裁判의 많은 部分을 차지 하였고 一般海法도 統一的인 法理로 形成되지 못하였고 各州는 各自制定法으로 獨特한 制度<sup>88)</sup>를 갖게 되었기 때문에 1910年 聯邦制定法(Maritime Lien Act. 1910<sup>89)</sup> 現在는 1920年 Merchant Marine Act,의 30條 P項~T項으로 編入)으로 統合하였다.<sup>90)</sup>

82). Robinson, op. cit., p. 404. et seq; Gilmore and Black, op. cit., pp. 514-5.

83). Knauth, op. cit., pp. 370-71.

84). Robinson, op. cit., pp. 409 et seq.

85). The Federal Longshoremen's and Harbor Worker's Compensation Act. 1927, Act of March 4, 1927, c, 509, 44 Stat. atc. 1424, 33. U. S. Code, 901-950.

86). The Death on the High Seas Act, 1920. 46U. S. C. A § 761 et seq.

87). Price, op. cit., p. 146 et seq. Robinson, ibid., p. 399. et seq. Dupont de Nemoure & Co. v. Vance, 60U. S (19 How.) 162( 1856)

88). New York Lien 法은 保險料債權과 造船契約債權에 Maritime Lien을 인정하고 있고(80條5項 80條1項) California Lien 法은 運送契約의 不履行이나 不完全履行에도 Maritime Lien을 인정하고 있는 등 獨自的인 制度가 많았다.

Gilmore and Black, Jr., pp. 531, 533 et seq.

89). Act of June 23, 1910, C. 373, 36 Stat. 604,

이 法은 5個條文에 不過한 것으로 1920年法의 30條 P~T項으로 編入되어 聯邦法典 Title 46, 971條975條이다.

90). Gilmore and Black, op. cit., p. 537 et seq.

(51)

그러나 同法이 包括的統一法典으로 制定된 것이 아니라 一般海法을 前提로 하고 있기 때문에 역시 大陸法처럼 制限的이고 簡明한 것이 못된다.

聯邦 Maritime Lien 法 第971條의 債權은 다음과 같다.

- ㉑ 修理者의 債權      ㉒ 船舶補給品債權      ㉓ 曳船使用料
- ㉔ Dry dock 使用料      ㉕ 海岸鐵道使用料      ㉖ 기타 Necessaries 債權

以上의 Service 를 州外船(Foreign ship)이거나 州內船(Domestic ship)에 提供할때 Maritime Lien 이 인정된다. 이것은 紛爭이 가장 많았던 소위 Service Lien 에 관한 制限的規定이다.<sup>91)</sup> 州外船과 州內船을 區別規定한 것은 The General Smith 事件<sup>92)</sup> 以來 母港法主義(Home port doctrine, 母港에서 提供된 Service Lien 은 母港法을 適用함)가 確立되었기 때문에 이를 修正하기 위한 것이다.

다음은 기타 必要한 일(Other Necessaries)이 무엇인가가 문제이다. 廣義로 解하면 Wharfage Stevedoreage 등 船舶을 위하여 契約으로 提供되는 一切의 것을 包含하게 되나 그러한 廣義解釋은 The Isonomia 事件으로 否認되었기 때문에<sup>93)</sup> “그와 同類의 것(ejusden generalis)”에 限하는 것이라고 狹義로 解釋한다.<sup>94)</sup>

“그와 同類의 것”이란 Necessaries 앞에 規定한 債權 즉 修理, 補給, 曳船등과 同類의 Necessaries 만을 意味한다.

이러한 債權이라 하더라도 다음의 要件이 充足되어야 Maritime Lien 이 發生한다.

- ㉗ 船主나 그로부터 正當한 權限을 부여받은자가 Necessaries 를 注文할것(同法 971條) 그러므로 定期傭船(Time Charter) 또는 船舶賣買의 合意로 注文者에게 正當한 權限이 없음을 提供者가 알았거나 알수있는 경우에는 Maritime Lien 은 인정되지 아니한다. (同法 973條 2項)
- ㉘ Necessaries 는 船舶에 提供되어야 한다.<sup>95)</sup>
- ㉙ 船舶以外の 特定物을 擔保로 明示한 契約에 따라 Necessaries 를 提供하면 Maritime Lien 은 發生하지 아니한다.<sup>96)</sup>
- ㉚ 埠頭使用料 導船料 荷役人夫賃金(Wharfage. Pilotage, Stevedoreage)

91). The J. Doherty, D. C. N. Y. 1913, 207 F. 997.

이 判例에서 1910年法이 曳船使用料規定을 두지 안았기 때문에 Maritime Lien 을 인정하지 아니하였다. 이런 結果로 1920年法에 曳船料를 追加한 것이므로 同條는 制限規定이다. Robinson, p. p. cit., p. 375 參照.

Gilmore and Black, op. cit., p. 554.

92). The General Smith, 17 U. S. (4Wheat,) 438(1819)

이 判例에서 Story 大法官이 Home Port Doctrine을 시작하여 1844年 Admiralty rules issued by Supreme Court, 13條로 이 主義는 確立되었다. 이 主義때문에 州制定法이 盛行한 것이라 생각된다.

93). The Isonomia, C. C. A. N. Y. 1922. 285 F. 516.

이 判例에서 Wharfage 는 Other Necessaries 에 포함되지 아니한다고 判示하였다.

94). The Yankee Blade, 60 U. S. (19How.) 82, 89(1857)

이 事件에서 Maritime Lien 은 船舶의 一般債權者와 善意買受人을 害치기 때문에 Analogy 로 擴大하여서는 不可하다고 判示하여 狹義解釋이 一般의 原則이 되었다.

95) Piedmon & George's Creek Coal Co. v. Seaboard Fisheries Co., 254 U. S. 1, 41 S. ct. (1920).

燃料用石炭을 船舶에 提供치 아니하고 船會社의 埠頭に 提供하였기 때문에 Maritime Lien 을 인정받지 못한 判例.

이러한 用役은 ⑥項의 Necessaries 에 包含될것이나 前述한 狹義解釋의 原則과 이들 債權이 一般 海法上 成立한 Maritime Lien 債權<sup>97)</sup>이기 때문에 區分하고 있다.

또 이들 債權이 同法에 明示되지 아니함에도 Maritime Lien 을 인정하는 것은 同法이 一般海法을 變更하는 것이 아니기 때문이다.<sup>98)</sup>

⑧ 不適合한 船積, 積付, 保管으로 發生하는 荷物損傷의 賠償債權

이러한 荷物損傷에 관하여 船主有責인 경우 이 賠償請求權은 Maritime Lien 을 인정받는다.

이런 債權은 契約(B/L, C/P) 또는 不法行爲로 因하여 發生한다.

그러나 이러한 荷物損傷에 관하여서는 Harter Act 1893<sup>99)</sup> 및 Carriage of Goods by Sea Act, 1900 1936에 依하여 船主免責의 對抗을 받는 경우가 많을 것임에 留意하여야 한다.

⑨ 傭船契約(Charter party)의 違反으로 因한 賠償請求權

船主의 傭船契約違反에 관하여 傭船者는 船舶에 對하여 Maritime Lien 을 保有한다. 傭船契約違反에 있어서는 將來履行契約(The executory contract)<sup>101)</sup>의 法理에 留意하여야 한다. 既履行契約(Executed or executing contract)의 違反에 對하여서는 Maritime Lien 이 發生하나 將來履行契約의 違反에는 對人的請求權(Right in personam)이 發生할 뿐이다. 따라서 履行의 提供이 문제이다.

傭船契約에 있어서 履行의 提供은 船舶을 傭船者의 支配下에 들어가게 提供하는 것이 傭船契約의 履行이 된다.

그러므로 傭船料를 先拂(Prepaid) 받코도 船主가 約定期日에 船舶을 提供치 아니하면 (契約의 違反) Maritime Lien 은 發生치 아니하고 對人的請求權을 保有할 뿐이다.<sup>102)</sup> 船主가 惡意인 경우에도 同一하다.

荷物運送契約(Contract of Affreightment)의 違反에 있어서도 同一하다. 즉 荷物이 現實的으로 引渡되었거나 船舶의 支配下에 있게된 後의 違反에 관하여서만 Maritime Lien 은 發生한다.

以上の 傭船契約 및 荷物運送契約에 있어서 荷主側의 違反에 對하여서는 船主는 荷物에 對한 Lien 을 保有한다. 그러나 船主의 Lien 은 Maritime Lien 이 아니라 Possessory Lien 이다.

⑩ 冒險貸借債權(Bottomry and Respondentia) 옛날부터 冒險貸借債權에 對하여서는 Maritime Lien 이 인정되어 왔으나 通信手段, 金融制度의 發達로 現在는 所用되지 아니하는것<sup>103)</sup>임은 英法上

96). The President Arthur, 279 U. S. 564. 49 S. ct. 420, 1920, A. M. C. 831(1929): Gilmore and Black, op. cit. p. 552.

97). The Alligator. C. C. A. N. J. 1908, 161F. 37: Robinson, p. 376-7.

98). The Kate, 164 U. S. 45B. 17S. ct. 135(1896): The Valencia, 165 U. S. 264, 17S, ct. 523(1897) Robinson, op. cit., p. 379: Gilmore and Black, p. 559.

99. 100). 27 Stat. 445(1893), 46 U. S. C. A. § § 190-196. 49 Stat. 1207(1936). 46 U. S. C. A. § § 1300-1315.

101). Executory contract(未履行의 契約)이란 一方의 契約上の 義務가 將來에 履行될 契約으로 賣買法(Law of Sales)上的 概念이다.

102). The Yankee Blade, 60U. S. (19How.)82(1857), Belvedere v. Compania Palomari De Vopores, S. A., 189 F. Zd 148, 1951 A. M. C. 1217(5th Cir. 1951)

103). Price, op. cit., pp. 148-9. : Chorley and Giles, op. cit., p. 35: Robinson, op. cit., pp. 440 et seq., 433 note 221.

(53)

의 경우와 同一하다.

① 裁判費用 및 公課金, 諸税金(Costs of court & taxes)

裁判費用과 諸税金은 法理上 Maritime Lien 이라 할수는 없으나 船舶賣却代金으로 부터 最優先支給<sup>104)</sup>하므로 一般的으로 Maritime Lien 으로 解說한다.<sup>105)</sup> 諸税金에는 噸稅(Tonnage due), 入港稅(Port due) 州祖稅(State taxes) 및 運河通河料(Cannal tolls) 등이 包含된다. 또 税金에 關하여서는 Internal Revenue Code (§ § 3670-72)에 依據 Tax Lien 이 發生하나 罰科金은 Lien 地位를 얻지 못하므로 優先權은 없다<sup>106)</sup>.

그리나 最近 Internal Revenue Code 規定에도 不拘하고 The J. R. Hardee<sup>107)</sup> 事件에서 모든 Maritime Lien과 Preferred Mortgage가 Tax Lien에 優先한다는 判例를 남겼음은 注目해야 할것이다.

이 事件에서 Allred判事의 判決理由는 同法 3670條는 Non-Maritime Lien이기 때문에 그 發生時期에 不拘하고 모든 Maritime Lien이 優先한다고 指摘하였다.

이와같이 Tax Lien의 從來의 最優先法則은 흔들리고 있고 이것은 學說에 依하여 解決할것도 못되므로 制定法에 依하여 解決하여야 할것이다.<sup>108)</sup>

또하나 留意할 것은 法の保管 (Custodia Legis Rule)<sup>109)</sup>의 法則이다. 이것은 船舶押留中(法の保管中)에는 Maritime Lien은 發生하지 아니한다는 原則으로 裁判費用과 法院이 인정한 諸說金 기타 Necessaries<sup>110)</sup> 以外에 船主나 船長의 指示에 따라 發生한 費用에 對하여서는 Maritime Lien의 認定 如否가 法院의 決定여부에 달려있다.<sup>111)</sup>

裁判中에 發生한 埠頭使用料에는 Maritime Lien이 發生하지 아니한다는 判例<sup>112)</sup>가 있고 그와 反對로 Poznan事件<sup>113)</sup>에서는 그러한 埠頭使用料를 裁判費用(Expence of Justice)으로서 Maritime Lien을 인정한 例가 있다.

要는 이런費用에 關하여서는 衡平과 良心에 따라 法院이 決定하는것이 法이라 할것이다.

### 3. Maritime Lien의 優先順位

#### (1). 優先順位の 決定基準

船舶이 押留, 賣却되는 경우 特히 Mortgage된 船舶이 衝突事故로 賣却되는 경우에는 賣却代金보

104). Robinson, *ibid*, p. 432 및 note 211.

105). Price, *op. cit.*, pp. 148-9.

106). The Melissa Trask, 285 F. 781, 1923 A. M. C. 193(D. Mass. 1923)

107). Gulf Coast Marine Ways, Inc. v. The J. R. Hardee, 107, Supp. 379, 1952 A. M. C. 1124(S. D. Tex 1952)

108). Gilmore and Black, Jr., pp. 621-2.

109). Custodia Legis ; 執行節次에 依하여 適法하게 財産을 取得한 경우 그 財産은 “法の 保管”下에 있다고 한다.

110). Merchant Marine Act, 1920, § 952 (b).

111). Gilmore and Black, Jr., p. 496. et seq.

112). Larsen v. New York Dock Co. 166 F. 2d 689. 1848 A. M. C. 756(2d. Cir. 1948)

113). New York Dock Co. v. S. S. Poznan, 274 U. S. 117. 47 S. Ct. 482, 1927 A. M. C. 723(1927)

다 債權額이 큰것이 보통이므로 優先順位문제는 債權者에게 매우 重要한 意味를 갖는다.

美法上 優先順位문제는 統一된 制定法이 없고 二重의 一般基準과 判例法 및 聯邦制定法에 따라 決定하게 되므로 大陸法에 比하여 매우 “複雜하고 不明”<sup>114)</sup>한 點이 많다.

優先順位の 決定基準은 다음과 같다.

① Maritime Lien이 發生하는 債權의 種類 (Class of Liens)에 依한 基準

이 基準에 依하면 海員의 給料과 救助料를 除外하고 不法行爲(Tort)로 因한 債權이 契約으로 因한 債權에 優先한다.

② 債權發生時期에 依한 基準

發生時期를 基準으로 하여 後發生債權이 先發生債權에 優先한다. (Last in time is first in right) 이것은 先發生債權者는 對物權을 갖고 있으므로 海上財産(Res)의 共有者의 地位에 있다는 點과 後發生債權의 擔保原因을 이루고 航海를 계속 할수 있게 하였다는 理論에 根據를 둔 原則이다.

優先順位決定의 原則은 以上과 같으나 現實로는 衝突. 救助. 補給. 修理가 衝突事故를 前後하여 發生하는 것이 보통이고 또 荷物損傷의 경우에는 그것이 Torts에 依한 것으로 보느냐 契約의 違反으로 볼것이나 하는 문제는 꼭 明白한 것은 아니다.

이런 경우에는 事實문제에 관한 法官이 인정하는 公正性에 따라 決定한다고 하여야 할것이다.

上記基準에 따라 學說과 判例를 整理하여 優先順位를 보면 다음과 같다.<sup>115)</sup>

## (2). 優先順位

### A. 債權의 種類를 基準으로한 順位

① 裁判費用 諸税金 및 監守保存費 (Expence of Justice)

② 海員의 給料債權 (Seaman's wages)

이 債權은 發生時期를 不問하고 優先하는 것이 普通이다. 衝突事故에 있어서는 衝突賠償請求가 우선한다는 判例<sup>116)</sup>와 Salvage에 있어서는 救助以前의 給料債權보다 救助料가 우선한다는 判例<sup>117)</sup>가 있으나 이런判例는 棄束力이 없는것으로 解釋하고 있다.<sup>118)</sup>

③ 救助料請求權

任意救助나 契約에 依한 救助나 모두 包含한다. 救助者가 모든 請求權을 救助하였다는 理論을 根

114). The William Leishear, D. C. M. d. 1927. 21 F. 2d 862.

判決에서 Coleman 判事의 言及  
The City of Tawas. 3F. 170(E. D. Mich. 1880) 등.

115). 優先順位에 관하여 다음 參照.

Beach, Relative Priority of Maritime Liens, 33 Yale L. J. 841(1924). : Willard, Priorities Among Maritime Liens, 16 Cornell L. Q. 522(1931):Morrison and Stumberg. op. cit., p. 249 et seq; Robinson. op. cit., pp. 422-34: Price. op. cit., pp. 164 et seq; Gilmore and Black, Jr., op. cit, pp. 592 et seq; Knauth, op. cit., pp. 267. et seq.

116). The F. H. Stanwood, 49 F. 577. (7th Cir. 1892)

117). The Nika 287 F. 717. 1923 A. M. C. 409(W. D. Wash. 1923) The Nettie Woodward, 50 F. 224(E. D. Mich. 1892) 등.

118) Gilmore and Black, P. 596

(55)

據로 한다.<sup>119)</sup> 後救助의 請求權이 先救助의 그것에 優先한다.

④ 衝突賠償과 人命傷害의 賠償請求權

兩請求權 사이에서는 同順位이고 不法行爲로 因한것이 우선한다

⑤ 修理. 補給등 Necessaries의 請求

이 債權의 地位에는 埠頭使用料(Wharfage) 荷役作業費(Stevedoring) 曳船料(Towage) 解船料(Lighthouse) 등이 包含된다 함은 前述한바와 같다.

이들 補給用役債權 (Service Lien)은 모두 同順位이고 後發生優先原則 (Inverse order rule)에 따른다.

⑥ 荷物損傷에 對한 賠償請求權

이 請求權을 不法行爲로 因한다고 보는 경우<sup>120)</sup>와 契約違反으로 보는 경우<sup>121)</sup> 등 그 事故의 性質에 對한 判斷에 따라 ④番順位와 ⑥番順位中에서 順位가 決定될 것이다.

⑦ 共同海損 및 導船料의 優先順位.

共同海損은 그 犧牲에 依하여 航海를 成就한것이라 보므로 救助料請求權과 같은 理論에 따라 Service Lien에 優先하여야 한다는 說<sup>122)</sup>이 有力하나 從來 이것의 順位는 不明確한<sup>123)</sup> 것이었다.

共同海損의 優先順位에 관한 判例는 거의 없다 한다. 그 理由는 共同海損은 專門家인 共同海損 清算人(General average adjuster)이 處理하고 이에 관한 紛爭이 있다면 訴訟當事者는 保險會社가 되기 때문에 거의 協議에 依한 解決로 끝이 나기 때문이다.

導船料(Pilotage)는 Service Lien에 屬할 것이 틀림없으나 傳統的으로 이것은 Service Lien에 優先한다는 判例法이 成立되어 있다.<sup>124)</sup>

英國의 例를 受容한 때문인것 같다.

⑧ 冒險貸借債權 (Bottomry and Respondentia)

現行되지 아니하나 萬若 存在한다면 最下位에 온다.

B. 債權의 發生時期를 基準한 順位.

① 航海主義 (Voyage rule)

被擔保債權이 發生한 航海를 基準으로 後航海債權이 先航海債權에 優先한다.<sup>125)</sup>

同一航海中の Maritime Lien 사이에는 前記 Class에 따라 順位를 決定한다.

② 40日主義 (40 Day rule)

119). The City of Athens, 83 F. Supp. 67, 1949 A. M. C. 572 (D. Md. 1949)

120). The John G. Stevens, 170 U. S. 113. 18 S. ct. 544(1898)

121). The St. Paul, 277 F. 99(S. D. N. Y. 1921)

122). 123). Gilmore and Black, op. cit. p. 600 參照 및 Robinson. op cit. p. 433 判例. The Andree, D. C. N. Y. 1930. 41F. 2d. 812.

124). Robinson, ibid, p. 432. Gilmore and Black, loc. cit : The Estre Palma, 8F, 2d 103 A. M. C. 1040 (E. D. La. 1923)

125). The Gratitude, D. C. N. Y. 1890. 42 F. 299.

New York港을 中心으로 하여 形成된 原則으로 優先順位가 發生時期에 따라 決定되기 때문에 海事債權者는 即時 提訴하여야 Maritime Lien의 確保가 完全할수 있다는 理論도 成立하므로 毎日提訴의 廢단을 抑制하기 위한 考案이라 한다.<sup>126)</sup>

港의 慣習의 信用期間을 30日로 보고 請求期間을 두어 이 안에 發生한 Maritime Lien은 同一 Class의 것은 同一時期에 發生한 것으로 본다. 그러므로 어느債權을 實行하기 위하여 提訴하면 40日 동안에 發生한 Maritime Lien은 Class단을 고려하여 順位를 決定하면 된다.

이와 비슷한 것으로 90日主義<sup>127)</sup> (主로 Seattle港中心) 및 曆年主義(Year rule)<sup>128)</sup> 季節主義(Season rule ; 5大湖中心) 등 各地方習慣에 따라 다른 原則이 있다.

이 期間內에 發生한것은 第1順으로 하고 그前에 發生한 것을 第2順으로 하여 Class를 考慮한다. 이것은 Maritime Lien의 消滅事由인 懈怠(Lache)와 관계된다. 第2順位 以前의 許容期間을 (後述) 超過할 때까지 對物訴訟이 없으면 消滅한다.

또 Maritime Lien의 發生地와 船籍港과 船舶押留港이 各各 다른때에는 그 債權이 Maritime Lien이 發生하는 債權인 限 裁判地州法(lex fori)에 따라 順位를 定한다.<sup>129)</sup>

### (3) Maritime Lien의 消滅

Maritime Lien은 消滅不可性(Indelibility)에 依하여 그 追及效를 保障하고 있으나 다음의 特別事由에 依하여 消滅된다.<sup>130)</sup>

- ① Maritime Lien의 實行에 依한 船舶의 賣却.
- ② Maritime Lien의 實行의 懈怠(Lache)
- ③ 外國當局의 捕獲(Prize)
- ④ 船舶의 滅失

但 沈沒하여 救助된 경우에는 難破物상에 Maritime Lien은 미친다.

以上の 特別消滅事由中 문제되는 것은 懈怠에 依한 消滅이다. 이것은 우리法上の 消滅時効(商, 870條) 大陸法 및 統一條約(後述) 上の 除斥期間에 相當한 것으로 美法은 制定法上の 被擔保債權과 一般海法上の 被擔保債權에 따라 期間을 區別하고 있다.

#### A. 制定法上の 懈怠期間

- ① 船荷證券에 따른 荷物賠償請求權은 荷物이 引渡되었거나 引渡가 있었을 날로 부터 1年<sup>131)</sup>
- ② 救助料債權은 救助後 2年 (Salvage Act, 1912)<sup>132)</sup>

126). Robinson op. cit, pp. 425-8.

127). The Edith, D. C. Wash. (914, 217 F. 300)

128). The Fort Gaines, D. C. Md. 1928, 24 F. 2d 488. 1928 A. M. C. 459.

129). Robinson, op. cit., pp. 434-5.

130). Robinson. ibid., pp. 397-9 : Gilmore and Black, p. 624 et seq.

131). 49 Stat. 1208(1936):46 U. S. C. A. § 1303(6)

132). 37 Stat. 242(1912):46 U. S. C. A. § 730.



(57)

③ 海上에서의 人命의 被害인 경우 2年<sup>133)</sup>

④ 國家를 相對로한 請求인 경우 2年<sup>134)</sup>

上記 以外の 경우에는 一般海法에 따라 法院이 懈怠如否를 決定한다.

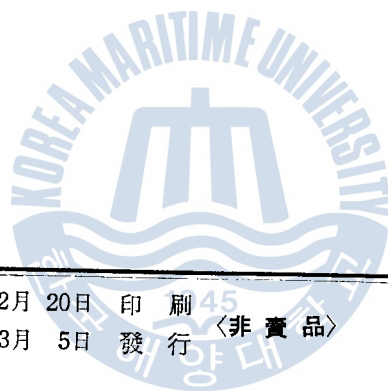
法院은 ① 合當한 遲延事由가 있는가 ② 期間이 經過한, 結果 債務者(被告)에게 아무런 被害도 發生하지 아니하는가를 考慮하여 懈怠如否를 決定하고<sup>135)</sup> 債權者의 救濟方法을 機械的으로 消滅시키지는 아니한다. 判例法系의 特徵이라 할것이다.



133). Death on the High Seas Act, 41 Stat, 537(1920): 46 U.S.C.A § 763.

134). Suits in Admiralty, 41 Stat. 526(1920):46 U.S.C.A. § 745.

135). Gardner v. Panama Railway Co., 342. U.S. 29,30,72 S. ct. 12,13,1951 A.M.C.2049(1951)  
Gilmore and Black, op. cit., p.630.



---

1972年 2月 20日 印刷  
1972年 3月 5日 發行 45〈非賣品〉

論 文 集 第 6 輯

韓國海洋大學 發行  
亞成出版社 印刷

---