

法學碩士學位論文

船舶假押留의 執行에 關한 研究

A Study of Enforcement
on the Arrest of Ships

指導教授 鄭 暎 錫

2005年 8月

韓國海洋大學校 大學院

海 事 法 學 科

金 相 中

< 目 次 >

船舶假押留의 執行에 관한 研究

ABSTRACT

第1章 序論

第1節 研究의 目的	1
第2節 研究의 範圍와 方法	3

第2章 船舶假押留制度 및 船舶執行의 概觀

第1節 船舶假押留의 定義와 目的	5
I. 船舶假押留의 定義	5
II. 船舶假押留의 目的	7
第2節 船舶執行에 대한 態樣	8
I. 船舶假押留와 船舶競賣에 있어서의 船舶執行	8
II. 船舶假押留와 監守·保存措置에 있어서의 船舶執行	10
第3節 船舶假押留의 執行對象	13
I. 外國船舶	13
II. 登記에 관한 與否	15
III. 建造 中인 船舶	17
IV. 其他	19
第4節 船舶假押留의 原因債權	20

I. 原因債權의 概念	20
II. 船舶優先特權에 의한 船舶假押留	22
III. 外國判決 또는 仲裁判決에 기한 船舶假押留	25
第5節 船舶假押留의 申請節次	27
I. 申請書의 記載事項	27
II. 請求와 保全의 必要에 대한 疏明書類	29
III. 船舶假押留申請의 添附書類	30
IV. 審理, 裁判과 執行	33
V. 船舶假押留의 效力	35
第6節 船舶假押留에 관한 國際條約	35
I. 船舶假押留條約의 主要內容	36
II. 우리나라 수용에 대한 檢討	45

第3章 船舶假押留의 船舶執行의 對象에 관한 問題

第1節 船舶假押留의 執行에 관한 準據法과 管轄權에 관한 問題	47
I. 準據法에 관한 問題	47
II. 管轄權에 관한 問題	50
III. 結語	56
第2節 登錄된 船主가 아닌 者에 대한 船舶假押留	57
I. 問題提起	57
II. 傭船契約의 性質에 따른 傭船者의 態樣	59
III. 法律關係의 比較	60
IV. 結語	61
第3節 便宜置籍船에 對한 船舶假押留	63
I. 概要	63
II. 便宜置籍과 法人格否認理論	65

III. 重要判例評釋과 結語 70

第4章 船舶假押留의 船舶執行節次上の 問題

第1節 船舶假押留의 制限(商法 第 744條)에 關한 問題 75

I. 立法趣旨와 問題點 76

II. 商法 第 744條의 解釋 80

III. 結語 85

第2節 違法·不當한 船舶假押留 89

I. 概要 89

II. 不當假押留로 인한 損害賠償訴訟의 管轄 및
準據法 90

III. 違法·不當한 船舶假押留로 인한
損害賠償 訴訟의 要件 91

IV. 結語 94

第3節 船舶國籍證書등 受取執行 現況과 問題點 95

I. 受取執行 現況 및 問題點 95

II. 結語 98

第4節 船舶假押留의 執行節次取消 등을 위한
解放供託에 대한 問題 98

I. 概要 및 現況 99

II. 結語 101

第5章 結 論 104

參考文獻 104

<표 차례>

⚭ 1	12
⚭ 2	29
⚭ 3	31
⚭ 4	32
⚭ 5	35

A Study of enforcement on the Arrest of Ships

By Sang Jung, Kim

Department of Maritime Law
Graduated School of Korea Maritime University
Busan, korea

ABSTRACT

Marine transportation and marine-related activities cannot operate without ships, Everyday the number and scale of disputes involving these activities and the ships they require are increasing rapidly.

According to international law, ships are required to be registered by competed government authority. This is done primarily a ship mobility and its huge value, but also for the sake of keeping maritime order and maintaining maritime safety

In order to provide basic knowledge for the further discussion and specify the issues to be analyzed, the definition of 'ship', concept of arrest of ships, and the main issues and

problems in respect to the arrest of ships will be dealt with.

The concept and function of arrest of ships is also different under different legal systems. The concept of arrest of ship under the common law system originates in 'action in rem' and emphasizes the jurisdiction-acquiring function of arrest of ship. By contrast, the concept of arrest of ship under the continental law system is based on the theory of preservation, emphasizes the preservative function of arrest of ship and only permits 'action in personam'

The arrest of ship under the Korean legal system follows continental law system and is different to common law system.

As a result, the enforcement of arrest of ships causes many problems. For example, with regard to the arrest procedure, the vessel may be arrested relatively easily without any hearings by prima facie evidence showing existence of a debt.

And it is general practice that the judge orders the claimant to deposit about 1/10 of the claim amount with the court before he issues the decision of the court. It is possible for the claimant to provide to release to deposit the full amount of the claim, however, the debtor is very poor because he spends on much time and cost.

This dissertation consists of five chapters.

In the first chapter, the purpose, method and scope of this research will be stated along with a general overview.

In the second chapter, An introduction to issue of the arrest of ships, I will define the arrest of ship and explain the scope of my study. This chapter will explain general authority of arrest of ships, enforcement on arrest of ships, and the international convention on the Arrest of ships of 1999.

The third chapter, will refer to the objects of the arrest of ships. That is, The lawfulness shipowner and flag on convenience referred to the problems.

In the forth chapter, the procedure for provisional ship arrest will be illustrated.

In the final chapter, the dissertation summary will be provided and the legalization of the korean provisional ship arrest system will be suggested as a conclusion for the dissertation.

untill now on, there isn't enough to study about the enforcement on an arrest of ship, so I'd like a lot of an expert to study about this problem lively more than now.

船舶假押留의 執行에 관한 研究

第1章 序論

第1節 研究의 目的

우리나라에서 해상운송에 의한 화물거래량은 선박에 의한 운송이 심각한 형편이다. 그러나 최근 세계화, 국제화라 일컬어지는 사회에서 국제거래, 무역 등이 더욱 활발해지고 있는 현실이기도 하다.

왜냐하면 우리나라는 삼면이 바다로 둘러싸여 있고, 아직도 남북분단이라는 현실로 인하여 대륙으로의 진출이 용이하지 않으며, 또한 항공운송으로는 비싼 운임과 더불어 대량수송이 되지 않고 그 효율성 및 실효성이 선박에 비하여 떨어지므로 이로 인하여 선박을 이용한 대량운송이 주로 이용되어 진다.

이런 현실의 결과로 인하여 선박에 의한 화물운송이 더욱더 증대되어지고 그에 따른 결과로써 선박으로 인한 분쟁이 많이 발생하고 있으며, 특히 그러한 분쟁은 국제적 분쟁으로 확대될 가능성이 농후하며 더욱이 앞으로 이러한 분쟁은 더욱 빈발해질 예정이다.

그럴 경우에 쌍방 당사자 간에 분쟁을 해결 하는 것이 가장 바람직하지만, 그렇지 못할 경우 국내법의 의한 소송이나 중재로 해결되어질 수밖에 없다. 하지만 외국선박과의 문제의 경우에는 국내법에 의하여 해결되어질 수도 있지만, 그렇지 못할 경우도 많이 발생한다. 준거법의 문제도 문제이지만, 그렇다고 절대적으로 우리나라 국내법만을 적용할 경우 국제적으로 비난을 면치 못할 것이다. 왜냐하면 국제법에 의하거나 국제

관계를 결코 무시할 수는 없기 때문이다.

한편 선박은 선주의 가장 중요한 재산으로 매우 큰 비중을 차지한다. 동시에 선박의 특성을 감안하여 비록 재산적 가치는 크지만, 유동성 및 재판관할권으로부터 제외될 수 있는 특성을 가지므로 적절한 방안이 요구되어진다.

이러한 선박의 특성 및 국제성으로 인하여 선박에 대한 문제를 해결하기 위하여 각국은 1952년 선박어레스트에 관한 국제협약이 1999년 어레스트 조약으로 발전되어 오늘에 이르고 있다¹⁾. 하지만 선박어레스트 조약은 아직도 우리나라에 적용하기에는 그 체계를 달리하므로 많은 문제점을 내포하기도 한다. 그렇다고 무작정 배척하기에는 앞으로의 해상 활동이 많이 위축되어지는 등의 국제적으로 고립될 여지가 생길 수가 있으므로 어느 정도 그에 대한 대비를 하여야 할 것이다.

또한 아직까지 선박과 관련하여 많은 난제가 논의되고 있는 실정이다. 그 중에 하나가 선박의 집행과 관련된 문제이다. 선박의 집행은 선박 우선특권, 담보물권, 선박가압류에 의한 집행이 있지만, 그중에서도 선박가압류는 우리나라 실정법상 보전처분의 조치로서 하는 행위이므로 채권자가 우선적으로 취하여야 할 조치이지만, 아직까지도 많은 논의가 이루어지지 않은 분야이기도 하다. 그리고 현재 실무상 행하여지고 있는 선박집행에 대하여 아직까지도 효율적으로 사용되어지지도 않은 형식적인 내용이 있음으로 인하여 그에 대하여서도 논의해보기로 한다.

1) 국제조약으로는 1926년, 1967년, 1993년에 선박우선특권 및 저당권에 관한 약간의 통일을 위한 국제조약; (The International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Maritime Liens and Mortgages), 1952년 항행선박의 가압류에 관한 규정의 통일을 위한 조약; (The international Convention for the Unification Certain Rules relating to the Arrest of Seagoing Ships), 1999년 선박가압류조약; (The International Convention on the Arrest of Ships of 1999) 등이 있다.

第2節 研究의 範圍와 方法

해상운송의 특징은 선박이 운항함으로써 자연적인 위험이 많고, 항해 기간이 길며 이동성이 있다는 것을 들 수가 있다. 이러한 해상운송의 전제가 되는 선박의 개념을 이해하고 나서야 그 이후의 선박가압류 및 그리고 선박가압류의 집행에 대해서 알아보아야 한다. 아직까지 선박의 개념이 규정되고 있지 않으므로 사회통념 및 법률상의 선박의 개념에 대해서 생각하여야 할 것이다. 하지만 여기서 유의하여야 할 것은 법률상 규정된 선박은 그 법의 입법목적에 비추어 합리적으로 최대한 객관적으로 해석하여야 할 것이다. 요컨대 선박의 가압류 집행에 대한 문제를 짚고 넘어가기 전에 각 개념의 명확한 의미가 선행되어야 할 것이다.

이후 선박가압류개시결정을 받기까지의 절차에 대한 실무적인 관점에서 그 체계를 확인한 후에, 선박가압류의 결정후의 집행에 관한 문제를 논의하기로 한다.

첫째, 선박가압류의 집행하기 위한 적정한 대상을 확인하여야 한다.

특히 외국선박에 관련된 문제는 국제적인 문제를 발생할 여지를 충분히 안고 있으므로 그에 대한 적절한 대비가 되어 있어야 할 것이다. 더군다나 국제적인 관례로 자리 잡은 편의치적선에 대하여서 외국선박으로 접근할지, 우리나라 선박으로 접근을 하여야 할지에 대해서는 명확히 그 확인을 할 필요가 있다.

둘째, 적절한 대상에 대한 선박가압류를 집행함에 있어서 특히 외국선박의 경우에는 준거법 및 관할에 관한 문제가 발생한다. 이런 경우의 관할권에 대한 문제와 특히 관할권을 결정하기까지의 관할권 표준시점에 대해서 논란의 여지가 많으므로 그에 대해서 논의를 할 필요가 있다.

또한 선박가압류를 집행함에 있어서 그 제한규정에 대해서 상법 제 744조가 현재 그 시대적 흐름에 역행하고 있다는 사실을 인지하고 그에

대한 대비책을 함께 연구하여 할 것이다. 이 후 선박가압류를 집행함에
서 현 실무상의 문제, 가령 국적증서의 수취집행에 대한 현황과 그 문제
및 선박가압류의 집행절차 취소 등을 위한 해방공탁문제 등에 대해서 문
제점을 논의해보기로 한다.

이를 위하여 본 논문은 다음과 같은 연구방법을 채용하였다.

첫째, 선박의 가압류의 집행은 그 범위가 너무 공유되는 부분이 많이
있다. 즉 민법, 상법, 민사소송법, 민사집행법 또한 국제사법 등 그 범위가
광범위하게 공유되므로 실제 본 논문에서는 선박집행에 대한 문제점,
특히 외국선박과 관련된 선박집행의 분쟁에 대한 문제점에 초점을 맞추
어서 논의하는 방법을 채용하였다.

둘째, 외국의 법제, 특히 영미법계의 대물소송절차와 국제협약에 근거
한 선박가압류협약에 대하여 검토하여 보고, 우리나라의 법률체계인 대
인소송관계에 대해서 비교하는 방법을 채용하였다.

셋째, 선박가압류의 집행분야는 그 성격상 학문적인 대상으로는 아직
확립되어 있지 않으므로 본 논문에서는 이러한 선박집행의 실무적인 내
용을 언급함으로써 학문적인 내용과의 발전을 꾀함과 동시에 실무적 문
제점에 대한 학문적 이론 접근을 함으로써 보다 나은 법률적 해결방법을
제시하는 방법을 채용하였다.

넷째, 선박가압류의 집행은 해사채권자에게 중요한 사항이나 아직 선
박우선특권 등과의 관계에 비하여 많은 차이점을 가지고 있으므로 이에
대한 비교 및 영미법계의 대물소송절차와의 관계를 비교하여 조화로운
방안을 제시하는 방법을 채용하였다.

第2章 船舶假押留制度 및 船舶執行의 概觀

第1節 船舶假押留의 定義와 目的

I. 船舶假押留의 定義

1. 원래 선박은 민법상으로는 동산이지만, 일정규모 이상의 선박은 부동산의 경우와 같이 (선박)등기의 대상이 되고(선박법 제8조, 선박등기법 제2조), 일반의 유체동산에 비하여 상대적으로 그 가액이 고가일 뿐만 아니라 그에 관하여 다수의 이해관계인이 발생되어 법률관계가 복잡하게 되는 등 부동산과 유사한 면이 많으므로 민사집행법은 선박에 대한 가압류의 집행에 관하여 기본적으로 부동산집행, 그 중에서도 강제경매에 관한 규정을 준용하도록 하고 있으며(민사집행법 제291조, 제172조), 보전절차의 하나인 선박가압류의 경우에도 그 집행에 있어서도 많은 부분이 강제집행에 준용되는 결과를 가진다.

2. 선박은 첫째, 수상 또는 수중을 항행하는 것이어야 한다. 주로 비행을 목적으로 하는 수상비행기나 수상비행선은 선박이라고 할 수 없다.

둘째, 항행용으로 사용하거나 사용될 수 있는 배종류이어야 한다. 즉 선박은 사람 또는 물건을 운반하기 위하여 이용되는 것이므로 장소를 이동한다는 목적과 능력을 갖추고 있어야 한다. 따라서 일정한 장소에 고정되어 항행에 사용되지 않는 침잠함, 부표, 수상호텔 등은 선박이 아니라고 할 수 있다.

셋째, 항행의 능력이 있는 것이라야 한다. 이 경우의 항행능력은 반드시 자력으로 항행할 수 있어야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다.

즉 선박이라 함은 수상 또는 수중에서 항행용으로 사용하거나 사용될

수 있는 배종류를 말하며, 기선²⁾, 범선(帆船)³⁾ 및 부선⁴⁾으로 구분된다(선박법 제1조의 2).

3. 가압류라 함은 금전채권이나 금전으로 환산할 수 있는 채권의 집행을 보전할 목적으로 미리 채무자의 재산을 동결시켜 채무자로부터 그 재산에 대한 처분권을 잠정적으로 빼앗는 집행보전제도이다. 이는 채무자의 일반재산의 감소를 방지하고자 하는 것으로서 금전채권이나 금전으로 환산할 수 있는 채권에 대한 보전수단이라는 점에서 다툼의 대상에 대한 청구권보전을 위해 그 현상변경을 금지하는 가처분과 구별되며, 단순히 재산을 동결하는 데 그친다는 점에서 금전을 직접 추심할 수 있는 권능을 주는 단행적 가처분과도 다르다. 가압류 후 금전의 지급을 명하는 확정판결이 있게 되면 가압류는 본압류로 이전되어 가압류된 재산에 대한 금전채권의 강제집행절차를 밟게 된다.

실무상으로는 집행의 대상이 되는 재산의 종류에 따라 부동산가압류, 선박·항공기·자동차·건설기계에 대한 가압류, 채권가압류, 유체동산가압류, 그 밖의 재산권에 대한 가압류로 구분하고 있다.

4. 그러면 선박가압류⁵⁾도 가압류의 일종이므로 가압류에 대한 일반원

-
- 2) 기선(機船)이라 함은 기관을 사용하여 추진하는 선박이며 기관과 돛을 모두 사용하는 경우에는 주로 기관을 사용하는 것을 포함한다(선박법 제1조의 2 참조).
 - 3) 범선(帆船)이라 함은 돛을 사용하여 추진하는 선박이며 기관과 돛을 모두 사용하는 경우에는 주로 돛을 사용하는 것을 포함한다(선박법 제1조의 2 참조).
 - 4) 부선(舢舨)이라 함은 자력항행능력이 없어 다른 선박에 의하여 끌리거나 밀려서 항행하는 선박을 말한다(선박법 제1조의 2참조).
 - 5) 한편 영미법상의 선박어레스트(arrest of ships)는 해상법에 특수한 이른바 대물소송절차에 의한 해사채권의 보전·확보를 위한 임시적 구제책으로서의 선박의 억류(action in rem)에 또는 이동제한(restriction on removal)을 의미하며, 통상 대인소송절차(action in personal)에서 인정되는 가압류와는 구별되는 개념으로 사용된다. 또한 1952년 선박가압류조약은 어레스트를 선박의 억류로 정의한 바 있으나, 1999년 선박가압류조약은 선박의 억류 또는 이동제한으로 정의하여 어레스트가 선박의 점유를 빼앗아서 선박을 억류하는 것뿐만 아니라 항해를 금지하는

칙이 마찬가지로 적용된다. 선박가압류는 장래의 확정판결 시까지의 채권 확보·보전을 위한 절차이므로 우선권이 없으며 채권자평등주의가 적용된다. 선박가압류는 가압류이의나 본안에 대한 판결 시까지 그 효력이 유지되며 항행허가나 해방공탁에 의한 집행취소가 이루어지지 아니한 선박은 계속 억류상태에 있게 된다.

II. 船舶假押留의 目的

선박가압류는 장래의 확정판결 시까지의 채권 확보·보전을 위한 절차이므로 채권자가 자신의 채권을 채권 확보 및 보전을 그 목적으로 한다. 이런 선박가압류는 가압류이의나 본안에 대한 판결 시까지 그 효력이 유지되며 항행허가나 해방공탁에 의한 집행취소가 이루어지지 아니한 선박은 계속 억류상태에 있게 된다.

이러한 선박가압류는 영미법계 국가가 가지는 해사채권에 한하여 선박가압류가 인정되는데 반하여 우리나라는 對人節次的 요소를 가지므로 일반적 민사채권 등에 대하여도 그 선박가압류를 시행할 수가 있다. 하지만 선박가압류도 상법 제744조에서 언급하는 압류 및 가압류의 제한으로 항해준비를 완료한 선박에 대하여 그 압류 및 가압류를 할 수 없음을 규정하고 있다.

그러나 항해준비를 완료한 선박에 대한 압류·가압류의 제한에 대한 예외로써 항해를 준비하기 위하여 생긴 채권으로는 가압류·압류를 할 수 있는바(상법 제744조), 이러한 종류의 채권은 선박우선평권을 갖게 되는 경우가 많이 있다(상법 제861조 참조). 그런데 선박우선평권이 있는 채권은 그 선박소유자의 변동에 관계없이 집행권원이 없이도 선박에 대한 경매청구권을 행사하여 그 채권을 우선변제 받게 되므로(상법 제861

등의 명령도 포함됨을 분명히 하였다. 정해덕, “선박집행에 관한 연구”, 경희대 법학박사학위 논문, 2000.

조 2항, 제869조) 채권자는 채권을 보전하기 위하여 구태여 선박을 가압류할 필요가 없어 보전의 필요성이 인정되지 아니한다는 점을 유의하여야 한다.⁶⁾ 하지만 이러한 선박우선택권에 대한 보전절차에 관한문제는 異見⁷⁾이 있으므로 추후에 논의하기로 한다.

第2節 船舶執行에 대한 態樣

I. 船舶假押留와 船舶競賣에 있어서의 船舶執行

우리나라에 있어 선박에 대한 집행은 채권보전을 위한 선박가압류와 채무명의로 담보권에 기한 선박경매의 두 가지 형태로 이루어지며, 선박가압류의 채권보전을 위한다는 것은 일반적으로 민사채권 등을 불문하고 채권보전을 위한 경우를 말하며, 선박경매는 다시 채무명의로 인한 강제경매와 담보권에 기한 임의경매로 나눌 수 있다.⁸⁾ 임의경매의 원인이 되는 선박에 대한 담보권으로는 船舶抵當權, 船舶優先特權, 留置權 등이 있다.⁹⁾

국제적으로 빈발하는 선박집행관련 분쟁에 있어 해사채권자의 주된

6) 대판 1988.11.22. 87다카1671 등.

7) 정해덕, 전계논문, 92~97쪽 참조.

8) 채무명의로의 요부 강제경매에 있어서는 채무명의로의 존재를 요하며 그 정본에 집행문을 부여한 집행력 있는 정본에 기하여 실시되는 것이므로, 강제경매의 신청에는 집행할 수 있는 일정한 채무명의를 기재하여야 하고, 또 그 신청에는 집행력 있는 정본을 첨부하여야 한다(민사집행법 제172조, 제177조). 그러나 임의경매는 담보권에 내재하는 환가권에 기하여 경매의 신청권이 인정되므로 채무명의로의 존재를 요하지 아니하며, 그 신청서에도 집행력 있는 정본은 요구하지 않으며, 담보권의 존재를 증명하는 서류를 첨부하도록 되어 있다(민사집행법 제269조). 하지만 그 선박집행상의 내용은 준용이 되기 되므로 그 차이점은 없다고 할 것이다(민사집행법 제 269조).

9) 정해덕, 전계논문, 15쪽 참조.

관심사항은 해사채권의 확보에 있으므로 우리나라에 있어서도 채권보전 조치로서의 선박가압류가 해사채권의 확보수단으로서 가장 중요한 기능을 하게 된다.

그러나 海事的 性質을 갖는 海事債權 중에는 해상법에 특수한 선박우선특권이 인정되는 채권이 다수 있으므로 채권자로서는 선박집행이전에 자신의 채권이 선박우선특권에 해당하는지 여부를 확인하는 것이 무엇보다도 중요하다. 왜냐하면 선박우선특권이 인정되는 채권에 대하여는 선박가압류에 의하지 않고 바로 선박경매를 신청할 수 있는 권능이 부여되는 등 선박집행에 의하지 않고 바로 선박경매를 신청할 수 있는 권능이 부여되는 등 선박집행의 절차나 방법이 일반채권의 경우와 달라지기 때문이다. 선박우선특권은 다른 담보권과는 달리 공시방법도 없고 채무명의도 없이 바로 경매를 신청할 수 있다는 점에서 일반 민사집행법에서는 볼 수 없는 독특한 성질을 가진다. 우리나라에서도 선박우선특권에 기하여 특히 외국선박에 대한 선박경매가 빈번히 일어나고 있다. 그러나 외국선박은 우리나라 법률상 등기·등록이 되지 아니하여 국내선박과 다른 특수성이 있고 우리나라 국제사법은 선박을 저당할 수 있는지 여부, 선박우선특권에 의해서 담보될 채권의 종류와 선박에 대한 우선특권의 순위, 선박이 양도된 경우 追及權을 갖는 채권자 등에 관한 사항을 선적국법에 따르도록 규정하고 있으므로(제44조), 특히 외국선박에 대한 집행의 경우에는 선적국법에 따른 선박우선특권 등 담보권의 존재를 증명하고 담보권의 성립 및 그 효력에 관하여 검토하여야 하는 등 여러 가지 복잡한 문제점을 야기하게 된다.¹⁰⁾

10) 상계논문, 17쪽 참조.

II. 船舶假押留와 監守·保存措置에 있어서의 船舶執行

1. 民事執行法 제178조 “법원은 채권자의 신청에 의하여 선박의 감수와 보존에 필요한 처분을 할 수 있다”고 규정한다. 여기서 말하는 監守라 함은 주로 선박 및 그 屬具의 소재의 변동을 방지하기 위한 조치를 말하며, 保存이라 함은 주로 선박 및 그 속구의 효용·가치를 유지하기 위한 조치를 말한다.

부동산과 달리 선박은 이동이 가능하고 船舶 및 屬具의 隱匿, 毀損 등에 의한 가치감소 등의 위험이 존재하므로 이를 방지하고 그 가치를 유지하게 하기 위하여 법원은 채권자의 신청에 따라 선박을 감수 또는 보존하기 위하여 필요한 처분을 할 수 있도록 하였고(民事執行法 제178조), 경우에 따라서는 가압류 명령 전에도 할 수 있도록 하였다.(민사집행규칙 제218조, 제102조).

위 규정의 입법취지는 가압류 또는 경매중인 선박이 정박명령에 위반하여 출항해 버리는 사태나 선박의 상태를 유지할 필요가 있는 등의 사태를 막겠다는 것이므로 위 감수·보존처분은 선박집행의 부수처분으로서 일종의 집행보전절차라고 할 수 있다.¹¹⁾

2. 법원이 감수 또는 보존처분을 함에 있어서 집행관, 기타 적당하다고 인정되는 자를 감수인 또는 보존인으로 정하고 감수 또는 보존을 명하여야 한다(民事執行規則 제103조 제1항). 감수인은 선박을 점유하고 선박이나 그 속구의 이동을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다(동조 제2항). 보존인은 선박이나 그 속구의 효용 또는 가치의 변동을 방지하기 위하여 필요한 조치를 할 수 있고(동조 제3항), 또한 감수처분과 보존처분을 중복하여 할 수도 있다(동조 제4항)(이러한 감수·보존은

11) 박두환, 민사집행법, (서울:법률서원, 2003년), 456쪽.

그 의미와 내용이 다르나 실무상 대개 같이 취급되고, 신청되므로 편의상 감수·보존으로 같이 쓰기로 한다).

3. 선박국적증서 등의 수취제도가 없었던 1990년의 개정법 이전의 구법 하에서는 감수·보존처분은 선박압류 및 가압류를 위한 유일한 제도였다. 그러나 선박국적증서 등의 수취 또는 인도가 신설된 1990년의 개정법 이후에는 이것이 선박억류를 위한 원칙적 방법이 되었고 감수·보존처분은 오히려 부차적인 것이 되었다 할 것이다. 선박국적증서 등의 수취와 감수·보존처분이 병존하고 있는 신법 하에서는 이들 제도의 기능을 분담시키는 것이 타당할 것이며 이러한 점을 감안한다면 감수·보존처분은 선박에 대한 억류, 즉 사실상 지배의 설정이라는 측면의 기능을 가진다 할 것이다.¹²⁾

4. 하지만 오늘날 선박가압류의 결정문의 내용은 등기할 수 있는 선박에 대한 가압류를 집행하는 경우에는 가압류등기를 하는 방법이나 집행관에게 선박국적증서 등을 선장으로로부터 받아 집행법원에 제출하도록 명하는 방법으로 사용되어져 왔다. 또한 대개 이들 방법은 함께 사용할 수도 있으며 실무적으로도 같이 사용되어져 왔다. 그러나 예전과는 달리 현재의 선박가압류의 경우 정박명령이 사용되어지지 않는다.¹³⁾

12) 박두환, 상계서, 458쪽.

13) 민사집행법 제 176조 제1항은 “법원은 집행절차를 행하는 동안 선박이 압류 당시의 장소에 계속 머무르도록 명하여야 한다”라고 규정하고 있고, 이는 선박가압류절차에도 준용된다고는 하지만, 실제 민사집행법과 민사소송법으로 개정된 이후의 법원에서는 이러한 정박명령이 발하여지지 않고 있는 실정이므로 대개 선박가압류의 신청 시 선박 감수·보존신청을 따로 하고 있는 실정이다.

[주문례]

채무자 소유의 별지기재 선박을 가압류한다.
(OO지방법원 소속 집행관은 위 선박의 선박국적증서, 그 밖에 선박운행에 필요한 문서를 선장으로로부터 받아 이 법원에 제출하라.)
채무자는 다음 청구금액을 공탁하고 집행정지 또는 그 취소를 신청할 수 있다.

주문례와 같은 명령이 떨어질 경우 외국선박의 경우에는 그 등기를 국내에서 할 수 없음은 물론이고, 선박국적증서의 문제는 추후에서도 언급하겠지만, 그 수취율이 상당히 저조하다는 문제점¹⁴⁾을 지니고 있다. 또한 관할법원의 주문례만으로 외국선박을 통제할 수 있지도 않을뿐더러 더군다나 선박감수·보존인이 선박을 점유를 하고 있음에도 불구하고 관할법원의 보전처분을 무시하고 도망가는 일례¹⁵⁾가 발생하는 사례들이 증가하고 있다. 이러한 상황에서 가압류의 결정문 내용만으로는 특히 외국선박의 경우에는 그 효율적으로 집행되지 않는 문제¹⁶⁾를 가지고 있다고 할 것이며, 선박가압류의 집행을 원활히 이루어지기 위해서는 선박가압류와 선박감수보존의 관계는 상호보완적이라고 말할 수 있을 것이다. 그러므로 선박가압류와 선박감수보존처분과의 관계는 압류 및 가압류의 실효성을 확보하기 위한 제도라고 볼 수 있다.

14) 안연효, “선박국적증서 등의 수취집행과 그 문제점”, 선박집행의 제문제, (부산: 부산지방법원, 1999년), 47쪽 참조.

15) 1998. 6. 7. 부산항 관내에서 감수인의 감수 하에 있던 683톤급 러시아 국적선 티비야호가 업무수행 중인 한국인 선원들을 감금한 채 묘박지인 부산 남외항으로부터 공해상으로 도주한 일례 ; 동년 9. 3. 러시아 국적선 4, 457톤급 게로이 시르닌토시호가 선원감금한 채 공해상으로 도주한 일례 등. 정덕환, “선박감수·보존 집행에 있어서의 실무상 문제점“, 선박집행의 제문제, (부산:부산지방법원, 1999년), 69쪽 참조.

16) 상계논문, 69~71쪽 참조.

第3節 船舶假押留의 執行對象

I. 外國船舶

1. 선박도 자연인과 마찬가지로 국적을 가진다. 선박의 국적에 관하여는 소유자국적주의, 소유자국적 및 선원국적주의, 등록주의 등 여러 가지가 있으나, 우리나라는 소유자 국적주의를 원칙으로 하면서도 이를 절대적인 요건으로 하고 있지는 않다(船舶法 제2조).

현행 우리나라 국제사법상 선적국은 준거법을 지정하는 가장 중요한 구심점의 하나로써 사용되고 있다. 선적국의 기준이 되는 선적항은 등록항 또는 본적항의 두 가지 의미로 사용된다.¹⁷⁾ 등록항이란 선박소유자가 선박의 등기·등록을 하고 선박국적증서의 교부를 받은 곳을 말한다. 우리법상 선적항은 시·읍·면의 명칭에 의하여 표시하되, 그 시·읍·면은 선박이 항행할 수 있는 수면에 접한 곳이어야 한다(船舶法施行令 제2조 3항). 이러한 의미의 선적항은 행정감독의 편의를 위한 것으로 민사소송법의 관할의 기준이 된다(民事訴訟法 제11조). 이에 대하여 본적항은 선박이 상시 발항 또는 귀항하는 항해기지로서 기업경영의 중심이 되는 항을 말하나¹⁸⁾ 선적항의 개념과는 구별된다.

2. 선박을 분류해 보면 선박의 국적 여하에 따라서 선박을 외국에 선적을 둔 외국선박, 한국에 선적을 둔 한국선박, 외국 및 한국에도 선적이 없는 무국적선으로 분류할 수 있다. 선박법 제2조가 정의하는 한국선

17) 정병석, “국제화시대의 국제사법·국제해상법”, 한국국제사법학회 제6차 연차학술대회자료, 1999년, 56~57쪽.

18) 이순동, “선박의 소유권”, 해상·보험법에 관한 제문제(상), 재판자료 제52편, (서울:법원행정처 1991), 37~38쪽 참조.

박¹⁹⁾이 아닌 것이라면 설사 당해 선박이 외국의 국적을 유지하지 않더라도 그 소유자의 성격 면에서 보아 이는 한국선박의 성격보다는 차라리 외국선박의 성격이 더 강한 것으로 볼 수 있을 것이므로, 적어도 선박집행이라는 면에서 본다면 무국적의 선박도 외국선박과 동일한 범주에 넣어도 무방할 것이다.²⁰⁾ 그렇다면 한국선박이 아닌 선박이라면 외국 국적의 선박이든 무국적선박이든 모두 외국선박으로 보는 것이 타당할 것이며, 일반적인 관례로 취급되어 실무상 사용되어져 왔다.

외국선박의 정의와 관련하여 편의치적선을 외국선박으로 보아야 할 것인지 여부가 문제된다. 요컨대 편의치적선에 대하여 추후에도 언급하겠지만, 절차법은 우리나라 법을 적용시키는 것이 국제적인 관례라고 해도 그 소송법, 즉 준거법을 적용시키는데 있어서 그 편의치적선을 우리나라의 선박으로 볼 것인지 외국선박으로 볼 것인지는 상당히 중요하다고 할 수 있다. 즉 채권보전절차를 위한 선박가압류의 집행대상에 대해서 명확하여야 한다는 말이다. 다만 우리나라 관례는 편의치적이라는 편법행위가 용인되는 한계에 대하여 어느 정도 그 편법 행위를 인정하는 것으로 보인다. 또한 이러한 편의치적은 세계적인 관행으로 정착하였고, 그 자체가 위법한 것은 아니라는 데 이견이 없다. 하지만 이러한 편의치적선에 대하여 대법원 관례는 그 한계를 넘어서 신의성실의 원칙에 부합되지 아니한다면 허용되지 않는 것으로 본다.²¹⁾ 이하 선박가압류의 집행

19) 선박법 제2조 (韓國船舶) 다음 各 號의 船舶을 大韓民國船舶(이하 "韓國船舶"이라 한다)으로 한다.<개정 1999.4.15>

1. 國有 또는 公有의 船舶.
2. 大韓民國國民이 所有하는 船舶.
3. 大韓民國의 法律에 의하여 設立된 商事法人이 所有하는 船舶.
4. 大韓民國에 主된 事務所를 둔 第3號 이외의 法人으로서 그 代表者(共同代表인 경우에는 그 全員)가 大韓民國國民인 경우에 그 法人이 所有하는 船舶.

20) 서영화, "외국선박에 대한 집행에 있어서의 문제점", 선박집행의 제문제, (부산: 부산지방법원 1999년), 187쪽.

21) 대판 1988.11.22. 87다카1671, 대판 1989.9.12. 89다카678, 대판 1995.5.12. 93다

대상에 관한 문제에서 자세히 언급하기로 한다.

II. 登記에 關한 與否

1. 선박가압류의 집행의 대상이 되는 선박은 등기할 수 있는 선박이다. 등기할 수 있는 선박이라 함은 선박 繫留用·貯藏用 등으로 사용하기 위하여 수상에 고정하여 설치하는 부선을 제외한, 총톤수 20톤 이상의 기선과 범선 및 총톤수 100톤 이상의 부선이 그 대상이 된다(船舶法 제1조의2, 船舶登記法 제2조).²²⁾ 등기할 수 있는 선박이면 미등기라도, 또 외국선박이라도 선박집행의 대상이 된다. 등기할 수 없는 선박은 유체동산으로 취급된다. 20톤 미만의 선박은 실체적으로 동산이지만 민사소송법상 특별한 규정을 두고 있지 않기 때문에 일반적인 동산집행의 대상이 된다. 즉 이런 선박에 대하여는 質權, 留置權 및 讓渡擔保의 對象이 되고 저당권의 대상이 되지 않는다. 판례는 총톤수 20톤 미만의 소형선박에 관한 권리의 이전은 당사자 간의 합의만으로써는 그 효력을 발생할 수 없는 것이고 일반 동산의 예에 따라 그 인도를 받지 아니하면 그 소유권을 취득할 수 없는 것이다²³⁾ 라고 판시하고 있다.

약정담보권으로서 질권이 있지만 이 경우 質權者가 점유를 취득하는 것 및 그 점유를 계속하는 것이 성립요건이기 때문에 선박질권자로서도 부담이 크고, 채무자로서도 당해 선박의 사용수익권을 박탈당하기 때문에 이러한 약정담보권은 거의 이용되지 않는다.²⁴⁾ 결국 총톤수 20톤 미만의 선박담보의 경우에는 양도담보가 대부분이다. 양도담보권자가 소유

44531 등.

22) 부선의 경우는 그 톤수가 얼마나 되든지 간에 그 등기의 대상이 되지 않았으나, 99. 4. 15. 전원개정으로 인하여 100톤 이상의 선박에 대하여 그 등기의 대상이 되었다. 다만, 船舶繫留用·貯藏用 등으로 사용하기 위하여 水上에 固定하여 設置하는 艇船에 대하여는 적용하지 아니한다. 선박등기법 제2조 참조.

23) 대판 1966. 12. 20, 66다 1554.

24) 배병일, “선박의 강제집행”, 한국해법회지 16권 1호, 1994. 12, 194~195쪽.

권을 취득하는 동시에 점유 개정에 의하여 채무자에게 점유를 주어서 담보권자가 담보권을 취득하는 동시에 그에 따라 성립요건을 구비하는 것이고, 담보권자가 환가대금에 관한 우선권을 취득하는 일방 담보설정자도 선박을 사용 수익할 수 있기 때문에 이용되는 것이다. 또한 유치권은 점유를 성립요건으로 하므로 등기는 그 요건이 아니다(不動産登記法 제2조 참조).

2. 총톤수 20톤 이상의 선박인 등기선박은 민법상으로 동산이지만, 그 가액이 크고 선박등기로서 소유권을 공시할 뿐만 아니라, 이전등기와 船籍國籍證書의 명의개서를 제3자에 대한 이전의 대항요건으로 하기 때문에(상법 제743조) 등기한 선박은 부동산과 같은 집행의 대상으로 취급된다.

3. 외국선박의 경우 그 선적국에서 등기할 수 있는지 여부에 따라 그 취급을 달리하여야 한다는 견해도 있을 수 있으나, 등기할 수 있는 지 여부는 각국의 입법정책의 문제로서 절차적인 문제일 뿐만 아니라 외국선박의 등기여부를 국내에서 조사하는 것도 사실상 불가능하므로 외국선박에 대하여도 한국선박의 경우와 같이 20톤 이상의 기선 및 범선 등에 대하여는 민사소송법상의 선박가압류의 집행대상이 된다고 보아야 할 것이다.²⁵⁾

생각건대, 이러한 내용은 절차법적인 내용으로서 외국선박이라고 할 지라도 그 집행의 대상이 되는 부분은 당연히 우리나라 법에 따라 이루어져야 하는 것이 국제적인 관례이다(이하 준거법과 관련하여 자세히 알아보도록 한다).

25) 정병석, “선박경매와 관련된 제문제”, 인권과 정의 제196호, 1992년, 67~68쪽

Ⅲ. 建造 中인 船舶

1. 건조 중인 선박은 선박이라고 할 수 없으나, 건조 중인 선박도 선박 저당권의 목적이 되고,²⁶⁾ 또 이에 대하여 선박 소유권의 등기를 하지 아니한 채 저당권의 등기만 할 수 있도록 되어 있으므로²⁷⁾ 집행을 할 수 있음에는 의문의 여지가 없다.

2. 건조중인 선박에 대한 집행의 방법에 관하여는 법에 명문의 규정이 없고, 학설도 선박집행설과 동산집행설로 나뉘어 있다.

선박집행설²⁸⁾은 건조중인 선박은 실체적으로는 선박과 마찬가지로 저당권의 목적으로 될 수 있다. 저당권이 등기에 의하여 공시되면 선박과 마찬가지로 권리관계가 복잡하게 되므로, 건조중인 선박이라도 저당권 설정등기가 된 것 또는 저당권 설정등기가 되어 있지 아니하더라도 용골(龍骨)이나 타(舵)가 설치되어 있어 저당권설정등기능력을 가진 것이라면 완성된 선박과 같이 선박집행의 대상이 된다고 한다.²⁹⁾

이에 대하여 동산집행설³⁰⁾은 건조중인 선박은 아직 선박이라 할 수

26) 상법 874조 (建造 中의 船舶에의 準用) 이 章의 規定은 建造 中의 船舶에 準用한다.<改正 1991.12.31>

27) 선박 등기처리규칙 36조 (건조중인 선박에 관한 저당권의 등기<개정 1986.8.8>). 건조중인 선박에 관한 저당권의 등기는 조선지를 관할하는 등기소에 이를 신청하여야 한다.<개정 1986.8.8>

28) 강대성, 민사집행법, (서울:삼양사, 2002년), 437쪽

29) 하지만 선박등기처리규칙에는 선박건조의 어느 시점에서 저당권설정등기를 인정할 것인지를 규정하지 않고 있다. 선박의 건조계약이 유효하게 성립되면 건조중 선박의 저당권설정등기가 가능하다고 보는 견해; 배병태, 주해 해상법 417쪽, 반면 실제문제로서 용골을 설치한때로부터 가능하다는 견해; 박용섭, “선박등기제도과 저당권에 관한 연구”, 한국해법회지 제8권 1호, 139쪽 ; 개인적인 견해로는 만약 등기의 건조계약이 유효하게 성립되어 그 선박에 대해 저당권을 설정을 함에 있어서 그 대상물이 없다면 집행을 무형의 대상으로 할 수 없는 점, 그리고 단지 계약만 하고 나서 철회가 가능하다는 점 등의 이유로 어느 정도의 용골이나 타를 갖춘 건조중인 대상의 선박에 대해서 저당권 설정이 가능하다고 보여진다.

없으므로 법률상 동산이며, 비록 저당권의 목적은 될 수 있으나 선박으로서 아직 미완성이므로 선박소유권보존등기를 할 수 없어 경매개시 결정등기가 불가능하다. 뿐만 아니라 선박국적증서도 발행되지 아니하므로 유체동산집행의 절차에 의하여 집행하여야 한다고 한다.

3. 양설을 비교하면, 선박집행설이 다수설이기는 하나, 선박집행설은 제3자에 대한 압류의 대항요건 구비가 불가능한데 비하여, 동산집행설은 다소의 불편³¹⁾에도 집행절차가 불가능한 정도에는 이르지 아니하므로, 근래에는 동산집행설이 더욱 유력하다. 다만 동산집행설에 의하면 저당권자는 배당을 받아야 하는 채권자에 포함되지 않기 때문에 저당권자에게 배당을 할 수 없고, 경락인이 저당권을 인수하여야 한다.

4. 생각건대 건조중인 선박은 상법상으로는 선박과 마찬가지로 저당권의 목적이 될 수 있으나(상법 제874조, 제871조 참조), 선박집행의 대상을 등기할 수 있는 선박으로 한정하고 선박집행의 기본적 절차로서 선박국적증서 등의 제출을 규정한 취지 등에 비추어 소유권보존등기를 할 수 없고, 따라서 압류의 등기도 할 수 없으며 선박국적증서도 발행되지 아니한(선박법 제8조 참조) 건조중인 선박은 유체동산집행절차에 의한다고 보아야 한다.³²⁾

30) 박두환, 민사집행법 2판, (서울:법률서원, 2003년), 447쪽; 남기정·남동현, 신강제집행법강의, (서울:삼호사, 2001년), 332쪽

31) 동산집행설은 집행관이 채무자의 점유를 인도받게 되면 채무자는 그 선박의 건조를 속행 할 수 없으나, 채무자가 집행관으로부터 사용허가를 받은 경우에는 건조를 속행 할 수 있고 이 경우 건조가 완료되어 등기능력 있는 선박이 되면 동산집행절차로 할 수 없어, 또다시 선박집행절차를 밟아야 하는 등의 불편이 있다.

32) 同旨; 배병일, 전제논문, 196~197쪽; 박두환, 전제서, 447쪽; 남기정·남동현, 전제서, 322쪽

IV. 其他

1. 難破船이나 沈沒船

선박이 멸실 또는 침몰·해체되었을 때는 소유권의 등기명의인은 그 등기의 말소를 신청하여야 한다(船舶登記處理規則 제32조 1항 1호, 2호). 그런데 침몰 선박은 원칙적으로 강제집행의 대상이 될 수 없으나, 얕은 바다에 침몰되어 그 인양이 가능한 경우에는, 선박이 물리적으로 멸실된 것은 아니므로 여전히 선박가압류의 집행대상이 된다고 보아야 한다. 난파선의 경우에도 구조나 수리가 가능하다면, 마찬가지로 취급하여야 할 것이다.³³⁾

2. 船舶의 持分

선박지분이 가압류의 대상이 될 때에는 선박에 대한 압류의 방법에 의하지 않고, 기타 재산에 대한 압류의 방법에 의한다(民事執行法 제185조, 제 251조). 선박지분 가압류 신청에는 그 지분 소유권이 채무자에게 있음을 소명할 등기부 초본 기타 증명서를 첨부하여야 하며, 본안의 관할 법원 외에 선적항을 관할하는 지방법원도 가압류 물건의 소재지 관할 법원으로서 관할권을 가진다.

선박지분가압류의 집행은 명령법원이 가압류기입등기의 촉탁을 함으로써 한다. 가압류 결정정본은 채무자 외에 선박관리자(상법 제760조)가 있으면 그에게도 송달하여야 하며(상법 제678조 3항), 선박관리자에게 송달하면 채무자에게 송달한 것과 동일한 효력이 있다.

33) 배병일, 상계논문, 213쪽.

3. 船舶의 屬具

船舶의 屬具라 함은 선박의 일부분을 구성하지 아니하는 별개의 물건으로 선박의 상용에 공(供)하기 위하여 선박에 부속시킨 것을 말한다. 예컨대 단주, 정, 나침반, 구명구 등을 들 수 있다. 속구는 선박의 종물이므로 선박이 가압류되면 그 효력은 속구에도 미친다.³⁴⁾³⁵⁾ 그러나 가압류의 효력이 미치기 전에 선박에서 분리한 경우 가압류 이후 확정판결 등에 의해 선박을 소유하게 된 사람은 그 속구의 소유권을 취득할 수 없다. 한편 속구가 분리되기 전에는 선박에 대하여 집행이 행하여지는 경우에는 속구는 선박의 종물이므로 속구에 대하여 유체동산집행을 허용되지 않는다. 즉 법률은 속구를 선박의 종물로 추정하기 때문에(상법 제742조) 그 속구가 선박소유자의 소유물이 아니라는 증거가 없는 한, 그것에 관한 권리는 선박에 종속된다고 볼 수 있다.

第4節 船舶假押留의 原因債權

I. 原因債權의 概念

1. 우리나라에 있어 선박에 대한 집행은 채권보전을 위한 선박가압류와 채무명의나 담보권에 기한 선박경매의 두 가지 형태로 이루어지게 되

34) 속구의 범위에 관한 논쟁을 피하기 위해서 선박소유자는 선박의 속구목록에 관한 규정에 따라서 속구목록을 작성하여야 한다. 각 해상기업은 독자적인 선박의 속구목록을 작성하여 사용하고 있으며, 이 목록은 해상법상 법적 효력이 인정되기 때문에 선장은 신중하게 작성하여야 한다. 박용섭, 해상법, (서울:형설출판사 1998년) 76쪽.

35) 속구목록의 효과로서는 해상거래 당사자 사이에 다른 의사표시가 없는 한, 주물의 채권적·물권적 처분의 효력이 그 속구에도 미친다. 상계서, 77쪽.

나, 국제적으로 빈발하는 선박집행 관련분쟁에 있어 채권자의 가장 주된 관심사항은 채권의 확보방안에 있다 할 수 있으므로 우리나라에 있어서도 선박집행 특히 채권보전조치로서의 선박가압류는 채권의 확보수단으로서의 중요한 기능을 하게 된다.

영미법에서는 해사채권³⁶⁾과 비해사채권을 구별하여 해사채권에 대하여는 특수한 대물소송절차를 인정하고, 이에 대하여 관할법원을 달리하므로 선박집행에 있어 그 채권이 해사채권인지 여부를 결정하는 것이 대단히 중요하다. 선박 압류 및 가압류를 할 수 있는 근거를 가지기 때문이다. 그러나 우리나라에서는 집행하고자 하는 채권이 해사채권인지 여부에 따라 절차나 관할에 있어 일반채권과 그 취급이 전혀 달라지지 아니하므로 해사채권과 비해사채권을 구별할 실익은 거의 없다고 할 수 있다.

그러나 우리나라의 선박집행에 있어서는 원인채권이 해사채권인지 비해사채권인지의 여부는 중요하지 아니하나, 해사채권 중에는 해상법에 특수한 선박우선택권이 인정되는 채권이 다수 있으므로 위 채권이 선박우선택권 있는 채권인지 아닌지를 구별하는 것은 상당히 중요하다. 선박우선택권이 인정되는 채권³⁷⁾에 대하여는 선박가압류에 의하지 않고 바로 선박경매를 신청할 수 있는 권능이 부여되는 등 선박집행의 절차나 방법이 일반채권의 경우와 달라지기 때문이다. 선박우선택권은 다른 담보권과는 달리 특정한 공시방법이 없고, 채무명의도 없이 바로 경매에 나아갈 수 있다는 점에서 일반 민사집행법에서는 찾아볼 수 없는 독특한 특징을 가진다.

36) 해사채권과 비해사채권을 구별하는 것은 선박을 어레스트 하기 위한 영미법계의 개념으로서 영미법계에서 말하는 해사채권이라 함은 선박의 소유, 건조, 점유, 관리, 운항 또는 거래로부터 발생하거나 관련되어진 청구권, 기타 모기지, 저당권 또는 동일한 성질을 갖는 등기할 수 있는 담보권으로부터 발생하거나 관련되어진 모든 청구권을 말한다. 나충수, “선박어레스트조약의 개정동향”, 제21권 1호, 1999. 6. 155쪽.

37) 우리나라의 상법에서 선박우선택권 있는 채권을 열거하여 규정하고 있긴 하지만 실제문제로서는 구체적으로 어느 채권이 선박우선택권으로 인정되는지 그 종류나 범위에 대하여 소송까지 가는 경우가 허다하다.

II. 船舶優先特權에 의한 船舶假押留

1. 우리나라 대법원은 일관하여 선박우선특권이 있는 채권을 가진 채권자는 상법 제861조 2항에 의하여 선박에 대하여 채무명의 없이도 경매청구권을 행사하여 그 경매대금에서 채권의 우선변제를 받을 수 있으므로 특별한 사정이 없는 한 그 채권을 보전하기 위하여 선박을 가압류 할 수 없다고 판시³⁸⁾하고 있다. 이는 선박우선특권이 있는 채권의 경우 곧바로 경매가 가능하므로 보전의 필요성이 없다는 데에 근거를 둔 것이다.

2. 우리나라를 船籍國으로 하는 국내선박의 경우는 국내법에 의하여 선박우선특권이 정하여지므로 채권자가 자신의 채권이 우선특권에 의하여 보장되는 것인지를 어느 정도 쉽게 알 수 있지만, 외국선박의 경우 그 선적국의 법률에 따라 우선특권의 종류와 순위가 결정되므로 이를 확인하는 것은 결코 용이한 일이 아니다. 한편 우리상법도 선박우선특권이 있는 채권을 규정하고 있으나, 실제문제로서 구체적으로 어느 채권이 선박우선특권으로 인정되는지 그 종류나 범위에 대하여 다툼이 있는 경우가 많이 생긴다.

더군다나 선박집행은 신속을 요하는 경우가 많으며, 선박우선특권이 있는 채권자라도 우선특권을 언제든지 포기할 수 있을 것이고, 포기하지 아니하더라도 별도의 채무명의를 얻어 집행을 할 수도 있는 것이다. 또한 실무상 선주에 대한 채권 중 일부만이 선박우선특권에 해당하는 경우도 많이 발생하는 바, 이러한 경우 채권의 종류에 따라 채권을 쪼개어서 어느 한쪽은 선박가압류로 신청하고, 다른 한쪽은 선박우선특권에 기인하여 임의경매 및 강제경매를 신청하여야 한다면 이는 채권자는 물론 선

38) 대법원 1976. 6. 24. 76마195 결정; 대법원 1982. 7. 13. 선고 80다2318 판결; 대법원 1988. 11. 22 선고, 87다카1671 판결 등 다수.

주 등 모든 이해관계인에게 바람직하지 않을 뿐만 아니라, 이해관계가 복잡해지는 결과를 초래한다. 채권자의 입장에서는 선박우선특권이 있다 하더라도 단순히 채권보전, 담보확보의 목적 및 그 선박의 상태보전을 위하여 가압류만을 하고자 의도하는 경우가 허다하며, 선주의 입장에서도 선박가압류에 대한 법적대응 및 경매 시에서의 법정대응 등이 복잡해지는 결과를 초래하므로 이를 반대할 까닭이 없으므로 법원이 이를 금할 합리적 이유는 존재하지 아니한다. 선박가압류를 선박우선특권이 인정되지 아니하는 채권에 한정하는 것은 채권자측 뿐만 아니라 선주측에도 너무나 복잡한 결과를 발생하므로 오히려 부적절하다고 볼 수 있다.

따라서 특별한 사정이 없는 한, 선박우선특권에 기하여 가압류할 수 없다는 대법원의 입장은 이치에 맞지 않으며, 오히려 선박우선특권이 존재하더라도 특별한 사정이 없는 한 채권보전을 목적으로 선박가압류를 할 수 있는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 생각한다.³⁹⁾⁴⁰⁾

1999년 선박가압류조약도 제3조 1항 (e)호에서 그 채권이 선박의 소유자, 임차인, 관리자 또는 운송인에 대한 것으로서, 가압류가 신청된 국가의 법상으로 인정되는 선박우선특권에 의하여 담보되는 것이라면 가압류를 허용하고 있다.⁴¹⁾

39) 정해덕, 전계논문, 96~97쪽.

40) 실무적으로도 외국선박의 경우 그 선적국의 법률에 따라 선박우선특권의 내용이 인정되는데 있어서 이를 쉽게 확인하는 것이 쉽지 않으며, 또 이를 확인하는 동안에 외국선박이 출항해 버릴 수도 있는 경우가 허다하다.

41) Article 3[Exercise of right of arrest]

1. Arrest is permissible of any ship in respect of which a maritime claim is asserted if;

~중략~

e. the claim is against the owner, demise charterer, manager of operator of the ship and is secured by a maritime lien which is granted or arises under the law of the State where the arrest is applied for.

3조 1항은 전체적으로 CMI의 초안에 대한 검토의견이 상당부분 반영된 것이다. 1항 (e)호의 국내법상 인정되는 우선특권이 있는 채권으로 선박을 가압류할 수 있다는 초안의 내용에 대하여 CMI의 수정안을 토대로 노르웨이 대표가 수정 제안한 내용이 다수국가의 지지를 얻어 현재와 같은 내용으로 채택되었다. 정완용,

한편 대법원 입장에 따르면 하더라도, 대법원도 선박우선평권이 있는 채권자는 무조건 가압류할 수 없다고 하지는 않고, “특별한 사정이 없는 한” 가압류할 수 없다고 판시하고 있으므로, 위와 같은 해운관행, 선박집행의 목적, 취지 등의 여러 가지 사정을 고려하여 선박우선평권에 기하여 가압류할 수 있는 “특별한 사정”을 넓게 해석함으로써 판시에 대한 효과적인 적용을 살려야 할 것이다. 예컨대 선박우선평권의 존부를 채권자가 쉽게 알 수 없는 경우나 선박우선평권 여부에 관하여 다툼이 있어서 채권자로서 우선평권에 기한 경매만을 유지하기가 불안한 경우 등은 모두 “특별한 사정”에 포함시켜 가압류할 수 있어야 할 것이다.⁴²⁾

실무상으로는 우선 가압류한 후 우선평권에 해당하는 것이 밝혀지면 우선평권에 기한 경매신청을 하면서 가압류를 취하하는 방법이 이용되기도 하나, 대법원의 입장을 고수하여 만일 선박우선평권에 의한 가압류가 불법이라고 해석한다면 불법가압류의 책임문제가 제기될 수 있을 것이다.⁴³⁾

3. 우리나라는 전형적인 시민법, 대륙법계국가로서 보통법, 영미법계국가와 선박집행에 관한 체계를 근본적으로 달리한다.

우리나라는 여지껏 대륙법계국가와 마찬가지로 선박집행에 대하여 보다 넓고 자유로운 접근방법을 채택하고 있다. 즉 어떤 종류의 채권이든지 관계없이 채무자에 대한 채권이 존재하면 채무자의 어떠한 재산이라도 집행이 가능하며, 채무자 소유의 선박이면 족하고 그 선박과 채권과의 관련성은 묻지 아니한다. 이러한 접근방법은 해사채권이 존재하는 경

1999년 선박가압류에 관한 국제조약 채택을 위한 전권외교회의참가보고서(이하 “보고서”라 한다), 211쪽.

42) 同旨: 정해덕, 전계논문, 87~97쪽 참조; 김갑유, “선박우선평권있는 채권에 기한 선박가압류”, 상사판례연구 제2권, 2002년, 528쪽 참조.

43) 한영균, “선박에 대한 가압류”, 선박집행의 제문제, (부산:부산지방법원, 1999년), 256쪽.

우 원칙적으로 그 해사채권이 발생한 특정선박에 대한 집행만을 허용하는 영미법의 엄격한 접근방식과 큰 차이를 나타낸다. 이것은 선박집행을 특별한 경우가 아닌 한, 대물소송절차에 의하는 영미법국가와 이러한 절차가 없이 일반 대인소송절차에 따르는 대륙법계국가의 체계상의 차이에 기인한다.

Ⅲ. 外國判決 또는 仲裁判決에 기한 船舶假押留

우리나라 민사소송법 제203조는 외국판결의 승인과 집행요건으로써 다음과 같이 규정하고 있다.

- (a) 대한민국의 법령 또는 조약에 따른 국제재판관할의 원칙상 그 외국법원의 국제재판관할권이 인정될 것.
- (b) 패소한 피고가 소장 또는 이에 준하는 서면 및 기일통지서나 명령을 적법한 방식에 따라 방어에 필요한 시간여유를 두고 송달받았거나(공시송달이나 이와 비슷한 송달에 의한 경우를 제외한다) 송달받지 아니하였더라도 소송에 응하였을 것.
- (c) 그 판결의 효력을 인정하는 것이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니할 것.
- (d) 상호보증이 있을 것.

여기서 송달요건은 한국인 피고에게 충분한 방어의 기회를 주기 위한 것이므로 외국송달에 관한 조약에서 정한 방법이 아닌 법정지의 소송법에 의한 송달이나 단순한 우편송달은 사법공조에 관한절차를 거치지 아니하는 한, 그 효력이 없다고 보는 것이 일반적 해석이다. 적법한 송달여부에 대한 입증도 외국판결의 승인을 구하는 자가 스스로 하여야 한다고 보는 것이 공평하고, 당사자 편의에 비추어 합당할 것이다. 또한 공서양

속요건은 國際私法 제10조의 공서조항과 그 목적을 같이 하며 민법 제 103조의 국내 실체법상의 공서보다는 국제적인 고려를 필요로 한다는 점에도 좁은 의미로 해석하여야 할 것이다. 한편 상호의 보증은 당해 외국이 조약에 의하여 또는 그 국내법에 의하여 대한민국판결의 당부를 조사함이 없이 민사소송법 제203조의 규정과 같거나 이보다 관대한 조건 아래에서 우리나라 판결의 효력을 인정하는 경우 상호보증이 있는 것으로 해석하는 것이 판례⁴⁴⁾이나, 상호의 보증을 요구하고 있지 않은 입법례나 국제적 추세에 비추어볼 때, 이 요건을 관대하게 적용하여 불합리한 결과를 피하는 것이 바람직할 것이다.

한편 外國仲裁裁判廷의 경우에는 우리나라가 1973년 외국중재판정의 승인, 집행에 관한 국제연합조약(UN Convention; United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)에 가입하여 동 조약이 우리나라에 대하여도 효력이 있으므로 우리나라에서 외국중재판정에 기한 집행판결을 받는 것은 비교적 용이하다고 할 수 있다. 그러나 뉴욕조약체약국의 중재판정에 기한 집행도 우리나라 국가법질서에 위반하는 등의 사정이 있으면 조약상의 집행거부 사유가 될 수 있으며, 뉴욕조약체약국이 아닌 나라에서 이루어진 중재판정의 경우에도 국제사법 및 국제민사소송법에 기초한 조리에 의하여 내국 중재판정과 마찬가지로 그 승인과 집행이 허용될 수 있다고 보는 것이 일반적이다.

물론 외국중재판정이나 판결을 가진 채권자가 그 채권보전을 위하여 선박가압류를 할 수 있다는 점에는 이론이 없다.⁴⁵⁾

第5節 船舶假押留의 申請節次

44) 대법원 1971. 10. 22 선고, 71다 1393 판결

45) 정해덕, 전계논문, 18쪽.

선박은 그 실질은 동산이나 등기를 요하고 등기된 선박에는 저당권을 설정할 수 있는 등 그 권리관계가 복잡하므로 선박가압류도 일반의 동산집행과는 달리 집행법원이 집행기관이 되고 부동산의가압류 절차와 유사한 절차에 따르게 된다.

그러나 선박은 이동성을 가지는 것이 그 본질이므로 법원이 선박가압류 결정을 함에 있어서는 채무자는 집행관에게 선박국적증서 기타 선박의 항행에 필요한 문서를 수취하여 집행법원에 제출하는 선박국적증서 등의 수취명령을 함께 발하게 된다.

한편 선박은 토지 등 부동산과 달리 항행함에 의하여 비로소 수익을 얻을 수 있는데 선박가압류가 개시되어(선박의 감수·보존조치가 같이 신청되어) 출항이 금지되고, 그 선박의 운용에 있어 제한이 가해지면 채무자 또는 소유자는 막대한 손해를 입게 될 수 있으므로 해방공탁 등 가압류일반에 대한 채무자를 구제책 이외에 항행허가에 관한 규정을 두고 있다.

I. 申請書의 記載事項

선박 가압류신청은 서면으로 하되 일반 가압류신청과 마찬가지로 신청서에 (a) 청구의 표시, 그 청구가 일정한 금액, (b) 청구원인 가압류할 선박의 표시, 선박의 정박항 및 선장의 성명과 현재지도 기재하여야 할 것이다.

여기서 선박의 정박항은 선박가압류의 신청을 받은 법원이 관할권이 있다는 소명이 될 뿐만 아니라 집행관이 선박국적증서 등을 수취하기 위하여 선박을 찾기 편하도록 한 것이므로 닻을 내린 곳, 부두 등을 가능한 한 구체적으로 기재하는 것이 바람직할 것이나, 선박의 소재를 특정함으로써 족할 것이다.

한편 선장은 선적항 외에 있어서는 항해에 필요한 재판상, 재판외의

모든 행위를 할 수 있는 권한을 가지고 있으므로 선적항 외에 있는 선박에 관하여 소유자에 대한 경매개시결정의 송달을 선장에게 할 수 있도록 송달의 편의를 위하여 기재하도록 한 것이다. 그러나 외국선박의 경우와 같이 선장의 성명과 주소가 분명하지 않을 때에는 선장의 성명 및 주소 불명이라고 기재하여 무방할 것이며, 실무상으로도 그렇게 처리하고 있다.⁴⁶⁾

또 선박의 표시는 가압류의 목적이 되는 선박을 특정함에 족하면 되고 통상 선박의 종류, 명칭, 선적항, 총톤수, 순톤수, 기관의 종류와 수, 진수연월일, 호출부호 등을 기재하면 된다.

[선박표시례]

선박의 표시	
선박의 종류와 명칭	기선 제○○○호
호출부호	UGKC
선 적 항	○○○○ 항
선 질	강(鋼)
총 톤 수	○○○t
순 톤 수	○○○t
기관의 종류 및 수	디젤발동기 ○기
진수연월일	20○○년 ○월
소유자	○○해운주식회사
진, 폭, 고	: 100, 30, 40

46) 대개 외국선박의 경우 실무상 그 성명 및 주소를 모르는 경우가 허다하므로 외국선박에 대한 선박가압류신청 시 선장의 성명 및 주소 불명이라고 쓰며 법원에 서도 그러한 외국선박의 상황에 대하여 참작하므로 문제를 대개 제기하지 아니한다.

II. 請求와 保全의 必要에 對한 疏明書類

선박가압류의 경우도 원칙론으로 일반가압류사건과 마찬가지로 청구와 가압류의 이유를 소명하여야 하고, 보전의 필요가 있는 경우에 한하여 가능하다는 점에 유의하여야 한다. 그러나 실무상으로는 채권자가 채권의 존재를 증명하기 위하여 계약서, 납품서, 관계자보고서 등 채권의 존재를 확인할 수 있는 서류를 제출하고 당해 선박에 대한 보전의 필요성을 진술하면 위 요건을 충족한 것으로 본다.

III. 船舶假押留申請의 添附書類

1. 船舶登記簿謄本

채무자가 선박소유자인지 여부를 확인하기 위한 것이나, 미등기 선박이나 외국선박의 경우에는 애당초 등기부 등본이 없거나 입수가 사실상 불가능하므로 선박국적증서, 관련계약서 등 선박이 채무자의 소유임을 확인할 수 있는 서류를 첨부하면 족할 것이다.⁴⁷⁾

2. 出航準備未完了證明書

우리나라에서는 출항준비를 마친 선박에 대하여는 가압류를 하지 못하게 되어있으므로 가압류 신청시 출항준비가 끝나지 않았음을 증명하는 서면을 첨부하도록 하는 것이 실무이다. 그러나 세관장, 항만관리청장 작

47) 대개 실무적으로 선박국적증서의 사본 등을 법원에 제출하나 그것조차 알 수 없는 경우 영국 보험회사에서 발행하는 선박명세서를 첨부하는 경우도 허다하며 또한 그 소유관계만 확인시켜주는 행위이므로 법원측에서도 문제를 제기하지 아니한다.

성의 출항준비가 끝나지 않았다거나 아직 출항신고가 없었다는 증명서, 확인서 등의 공문서 뿐만 아니라 정박항에서의 선박의 상태를 인식할 수 있는 자, 예컨대 중개업자, 창고업자, 해운대리점 자 등의 증명이나 채권자가 스스로 대상선박이 아직 출항준비를 마치지 않았다는 점을 확인한 사실확인서의 제출만으로도 이 요건을 충족한 것으로 보며, 제출되지 아니하더라도 이를 이유로 가압류 결정을 불허하거나 지연하는 것은 타당하지 않다고 생각한다. 또한 실무적으로도 채권자의 대리인이 발행하는 등 형식적인 요소로 자리 잡은 증명서로써 큰 비중을 차지하지 않는다. 다만 출항준비미완료증명서는 상법 제744조와 관련된 문제로써 그에 대하여 이견이 있으므로 추후에 문제를 짚어보기로 한다.

[실무상 주로 사용되는 출항준비미완료증명서]

출항준비미완료보고서

별지목록 선박에 대하여 선원들의 출타관계로 일부의 선원이 승선하지 않았으며, 선적작업 등의 관계로 출항준비가 미완료되었음을 보고합니다.

2005. 5. .

위 보고자
채권자 대리인
변호사 0 0 0

부 산 지 방 법 원 귀 중

3. 碇泊證明書

관할을 정하기 위하여 필요한 서류이나 해운관청의 공문서 뿐만 아니라 선박수리업자나 채권자측의 보고서나 확인서로도 이를 인정하는 것이 실무이다.⁴⁸⁾

[실무상 주로 사용되는 선박정박증명서]

<p style="text-align: center;">선박정박증명서</p> <p>별지목록 기재 선박은 갑판 및 추진기 수리를 위하여 아래의 장소에 정박하고 있음을 증명합니다.</p> <p style="text-align: center;">- 아 래 -</p> <p style="text-align: center;">부 산 감 천 항 內</p> <p style="text-align: center;">2005. 5. .</p> <p style="text-align: center;">위 보고자</p> <p style="text-align: center;">채권자 대리인</p> <p style="text-align: center;">번호사 0 0 0</p> <p style="text-align: center;">부 산 지 방 법 원 귀 중</p>

48) 정박증명서는 관할권에 관한 서류이므로 이후 관할권에 관한 문제를 언급할 때 언급하기로 한다.

4. 擔保提供

법원은 가압류신청서와 첨부서류를 검토한 후 가압류로 인한 선주의 피해를 담보하기 위한 담보액을 정하여 채권자에 대해 공탁명령을 내리게 된다.⁴⁹⁾ 가압류 결정시 채권자가 제공하여야 할 담보액의 기준에 관하여 선박국적증서등의 수취명령이 포함된 가압류의 경우 채무자의 선박 사용을 제한한다는 점에서 채무자가 목적물의 이용 및 관리의 권한을 가지는 부동산과는 다르고, 오히려 집행관이 가압류목적물을 점유하는 유체동산 가압류와 비슷하므로 담보액을 청구금액의 1/3로 하여야 한다는 견해도 있다. 그러나 담보를 요하지 않는 선박집행의 세계적 실무관행과 부동산에 준하는 민사집행법상의 취지에 비추어 볼 때 적절하지 않다.⁵⁰⁾ 실무적으로도 대개 선박 가압류신청시 첨부하는 보증보험증권도 1/10로 하는 경우가 보통이다.

IV. 審理, 裁判과 執行

1. 審理 및 裁判

선박에 대한 가압류의 집행은 가압류등기를 하는 방법이나 선박국적증서 등을 선장으로부터 받아 법원에 제출하는 방법으로 한다. 이들 방법은 함께 사용할 수 있다(민사집행법 제295조).

종래에는 선박가압류의 집행방법으로 선박에 대한 정박명령을 규정하고 있었다. 따라서 가압류로 인하여 선박의 경제적 사용이 사실상 금지

49) 실무적으로 가압류신청시 보증보험회사의 보험증권을 첨부하여, 법원의 허가여부에 따라 사용되는 것으로 많이 사용되어진다.

50) 이용현, “중국의 선박가압류 제도에 관한 연구 -한국법과의 비교를 중심으로-” 한국해양대학교 법학박사학위논문, 20005년, 119쪽.

되므로 그 심리에 있어서도 부동산가압류와 달리 청구금액과 선가를 비교하여 보전의 필요성 여부를 신중하게 판단하였다.

그러나 가압류결정만으로 선박에 대하여 항상 정박명령을 내리게 하는 것보다는 감수보존의 필요가 있는 경우에만 이러한 조치를 취할 수 있도록 하고, 일반적인 집행방법으로는 가압류등기 또는 선박국적증서 등의 수취 등의 조치를 취하는 것으로 충분할 것이다.⁵¹⁾ 개정법은 이러한 입장에서 선박가압류의 집행은 가압류등기를 하는 방법이나 선박국적증서등을 선장으로부터 받아 법원에 제출하는 방법 중 하나를 선택하거나 양자를 병용하는 방법으로 하도록 하고, 정박명령부분은 삭제하는 대신 필요가 있는 경우에는 선박에 대한 강제집행의 조문을 준용하여 감수보존처분을 발할 수 있도록 하였다(민사집행법 제295조, 제291조, 제178조). 따라서 이제는 선박가압류의 보전의 필요성도 일반적인 기준에 따라 판단하면 될 것이다.

실무상으로 선박가압류를 신청시에 특히 외국선박의 경우 선박가압류 신청과 동시에 선박감수보존신청을 같이 신청하여 그 집행의 용이성 및 선박의 이동성에 대한 제한을 위하여 함께 하는 경우가 많다고 할 것이다.

[주문례]

채무자 소유의 별지 기재 선박을 가압류한다.

(00지방법원 소속 집행관은 위 선박의 선박국적증서, 그 밖에 선박운행에 필요한 문서를 선장으로부터 받아 이 법원에 제출하라.)

채무자는 다음 청구금액을 공탁하고 집행정지 또는 그 취소를 신청할 수 있다.

51) 오늘날 외국선박에 대하여는 가압류 등기를 할 수 없음은 물론이지만, 선박국적증서등의 수취문제와 관련하여 수취율이 지극히 낮고, 선박이 도주해버리는 경우가 종종 발생하는 등의 문제가 발생한다. 이후 집행의 문제점에서 언급하기로 한다.

V. 船舶假押留의 效力

원칙적으로 채무자에게 그 결정이 송달된 때 또는 가압류등기가 된 때에 발생되나(民事執行法 제291조, 제172조, 제83조 4항, 제94조), 그 외에 집행관이 선박국적증서 등을 받은 때(民事執行法 제291조, 제174조) 또는 감수, 보존처분을 하였을 때에도(民事執行法 제291조, 제178조 2항) 가압류의 효력이 발생하는 것이다.

선박가압류의 집행에 관한 그 밖의 사항에 관하여는 선박에 대한 강제집행의 규정이 준용되나 선박집행신청 전의 선박국적증서 등의 인도명령, 압류선박의 정박, 관할위반으로 말미암은 절차의 취소, 보증의 제공에 의한 강제경매절차의 취소, 사건의 이송, 선박국적증서 등을 넘겨받지 못한 경우의 경매절차취소 등의 규정은 보전처분으로서의 성격상 준용하기 곤란하거나 당사자 일방에 지나치게 유리하므로 배제된다고 보아야 할 것이다.⁵²⁾

第6節 船舶假押留에 관한 國際條約

I. 船舶假押留條約의 主要內容

선박가압류에 관한 국제조약은 1952년 해사채권 17종류에 관하여만 선박가압류를 인정하는 대신 담보의 제공에 의한 집행취소를 허용하고 있는 바, 한정된 해사채권에 한하여 선박의 집행을 인정하는 영미법과 아무런 제한 없이 일반 금전채권에 널리 선박가압류를 허용하는 대륙법

52) 법원행정처, 법원실무제요 민사집행IV-보전처분- (서울:법원행정처 2003년), 191~192쪽.

의 타협의 소산이라고 할 수 있다.⁵³⁾ 이러한 1952년 가압류조약이 성립한 이후 해운환경의 변화에 따라 동 조약의 개정문제가 UNCTAD와 IMO의 두 기관에 의하여 제기되어 1999년 3월 1일부터 12일까지 스위스 제네바에서 선박가압류 조약채택을 위한 전권외교회의(Diplomatic Conference on Arrest of Ships)를 개최하여 새로운 “1999년 선박가압류에 관한 국제조약(The international Convention on Arrest of Ships, 1999)”을 채택⁵⁴⁾하였다.

이하에서는 이러한 1999년 선박가압류에 관한 국제조약에 대해서 중요부분을 짚어보기로 하고, 우리나라에의 도입여부에 대해서 간략히 언급하기로 한다.

1. 海事債權의 範圍⁵⁵⁾

조약 제1조 1항은 1952년 가압류조약에서 인정된 17종류의 해사채권에 새로운 해사채권 (c)호의 해난구조활동에 관련된 특별보상금채권 (d)호의 환경손해채권, (e)호의 무해조치 관련채권, (f)호의 용선계약 또는 다른 계약에 포함되어 있는 선박의 사용 또는 임대와 관련된 계약, (o)

53) 정완용, “선박어레스트조약의 개정논점에 관한 소고”, 한국해법회지 제18권 1호, 27쪽.

54) 이 협약 채택으로 IMO는 1980년대 초반부터 추진해온 해사채권 책임법제를 국제적으로 통일할 수 있게 되었다. 즉, IMO는 1993년에 선박우선폭권·저당권협약을 채택한 이후, 이 협약의 시행과 밀접한 관련이 있는 선박가압류 협약의 제정을 후속과제로 남겨 지금까지 각국의 상반된 의견을 조정하였다. 최재선 국제해사기구, 선박가압류협약채택 -발효와 동시에 모든 국가 선박에 적용- 해양수산동향 937호, 1999, 5쪽.

55) 해사채권의 범위에 대하여 각국의 상반된 주장이 많았다. 이는 해사채권의 인정 범위가 늘어날수록 선박의 가압류 가능성이 그만큼 커지므로 선주국이나 편의치적국이 불이익을 받는 대신, 하주국이나 선박금융을 제공한 국가는 상대적으로 이익을 볼 수 있기 때문이다. 선주국인 우리나라는 이 같은 점을 고려하여 협약 제정과정에서 해사채권을 제한적인 범위 내에서만 인정하도록 주장하였다. 상계 보고서, 5~7쪽 참조.

호의 선원의송환비용 및 사회보험료 채권 5종을 추가하여 22종의 해사채권을 인정하고 있다.

선박가압류 조약의 해사채권 22종의 종류는 다음과 같다.

- a. 선박운항으로 발생한 멸실 또는 훼손(loss or damage caused by the operation of the ship)
- b. 선박운항과 직접 관련하여 육상 또는 해상에서 발생한 인적사상(loss of life or personal injury occurring, whether on land or on water, in direct connection with the operation of the ship)
- c. 해난구조활동 또는 해난구조계약, 여기에는 적용가능하다면 환경에 손해를 끼칠 선박 또는 적하에 관한 해난구조활동에 관련된 특별보상금을 포함한다(salvage operations or any salvage agreement, including if applicable, special compensation relating to salvage operations in respect of a ship which by itself or its cargo threatened damage to the environment) ;
- d. 선박에 의해 야기된 환경, 연안 또는 관련된 이해관계자에 대한 손해 또는 손해위험; 그러한 손해를 방지하고, 최소화하고, 제거하기 위하여 취한 조치; 그러한 손해에 대한 보상금; 실제로 취해지거나 취해져야 할 환경복구의 합리적 조치비용; 그러한 손해에 관련된 제3자에 의해 야기되거나 입은 손실; 및 본 호 (d)에 명시된 것과 유사한 성질을 갖는 손해, 비용 또는 멸실(damage or threat of damage caused by the ship to the environment, coastline or related interests; measures taken to prevent, minimize, or

remove such damage; compensation for such damage; costs of reasonable measures of reinstatement of the environment actual undertaken or to be undertaken; and damage, costs, or loss of a similar nature to those identified in this subparagraph(d));

- e. 선상에 있었거나 선상에 있는 것을 포함하여, 침몰, 난파, 좌초 또는 유기된 선박의 부양, 제거, 회복, 파괴 또는 무해조치에 관련된 비용 및 유기된 선박의 보존 및 그 선원의 유지에 관련된 비용 (costs or expenses relating to the raising, removal, recovery, destruction or the rendering harmless of a ship which is sunk, wrecked stranded or abandoned, including anything that is or has been on board such ship, and costs or expenses relating to the preservation of an abandoned ship and maintenance of its crew);
- f. 용선계약 또는 다른 계약에 포함되어 있는 선박의 사용 또는 임대 에 관련된 계약(any agreement relating to the use or hire of the ship, whether contained in a charter party or otherwise);
- g. 용선계약 또는 다른 계약에 포함되어 있는 선박상의 적하 또는 여객의 운송에 관한 계약(any agreement relating to the carriage of goods or passengers on board the ship, whether contained in a charter party or otherwise);
- h. 선상에서 운송되는(수하물을 포함하여) 적하에 관련된 멸실 또는 손해(loss of or damage to or in connection with goods(including luggage) carried on board the ship);

- i. 공동해손(general average);
- j. 예선(towage);
- k. 도선(pilotage);
- l. 선박의 운항, 관리, 보존 또는 유지를 위하여 선박에 제공된(컨테이너를 포함한)물건, 물질, 보급품, 연료유, 장비 또는 서비스(goods, materials, provisions, bunkers, equipment(including containers) supplied or services rendered to the ship for its operation, management, preservation or maintenance);
- m. 선박의 건조, 재건조, 수선, 개조 또는 의장(construction, reconstruction, repair, converting or equipping of the ship);
- n. 항구, 운하, 부두, gkdurfy 그리고 다른 수로 사용료와 비용(port, canal, dock, harbour and other waterway dues and charges)
- o. 선박의 고용에 관련된 선장, 선원 및 다른 피용인에게 지급해야 할 임금 및 다른 금액, 여기에는 이들을 대신하여 지급할 송환비용 및 사회보험료가 포함된다(wages and other sums due to the master, officers and other members of the ship's. complement in respect of their employment on the ship, including costs of repatriation and social insurance contributions payable on their behalf);

- p. 선박 또는 선주를 대신하여 발생된 채당금(disbursements incurred on behalf of the ship or its owners);
- q. 선주 또는 선박임차인을 대신하여 지급될 선박에 관한 보험료(상호 보험료를 포함한다(insurance premiums(including mutual insurance calls)) in respect of the ship, payable by or on behalf of the shipowner or demise charter);
- r. 선주 또는 선박임차인을 대신하여 또는 그에 의하여 선박에 관하여 지급될 수수료, 중개료 또는 대리인 수수료(any commissions, brokerages or agency fees payable in respect of the ship by or on behalf of the shipowner or demise charterer);
- s. 선박의 소유권 또는 점유권에 관한 분쟁(any dispute as to ownership or possession of the ship)
- t. 선박의 이용 또는 소득에 관한 선박공유자간의 분쟁(any dispute between co-owners of the ship as to the employment or earnings of the ship);
- u. 저당권 또는 선박에 동일한 성질을 갖는 부담(a mortgage or a "hypothèque" or a charge of the same nature on the ship);
- v. 선박의 매매에 관한 계약에서 발생하는 분쟁(any dispute arising out of a contract for the sale of the ship)

한편 본 조약채택과정에서 위 해사채권의 규정방식과 관련하여 제한

적 열거방식과 예시적 방식으로 견해가 대립되었으며, 본 조약은 결국 원칙적으로 제한적 열거방식을 취하면서도 (d)호의 환경손해채권을 규정하면서 유사한 성질의 손해(loss of a similar nature)를 포함시켜 이 부분에 한하여 예시적 방식으로 규정하게 되었다.⁵⁶⁾

본 조는 모든 일반 채권에 대하여 선박가압류를 허용하는 우리나라의 법체계와는 달리, 위에 열거한 해사채권에 한하여 선박가압류를 허용하는 영미법계의 대물절차에 준하여 가압류에 있어 담보제공을 요하지 않으며 해사채권에 한하여 가압류를 할 수 있다는 점에서 가압류 절차를 용이하게 하였다는데 그 의의를 찾을 수 있다.

2. 어레스트의 定義

조약 제1조 2항은 어레스트⁵⁷⁾를 “해사채권을 확보하기 위하여 법원의 명령에 의하여 행하여지는 선박의 억류(detention) 또는 이동제한(restriction on removal)을 의미한다. 그러나 여기에는 판결 또는 다른 집행수단의 실행 또는 만족을 위한 선박의 억류를 포함하지 않는다”고 정의하고 있다. 따라서 본 조약상의 어레스트의 개념은 판결 또는 중재판정에 의한 만족적 선박집행(선박경매)을 포함하지 아니하며, 해사채권의 확보를 위한 임시적 구제책이라는 점에서 선박가압류와 유사하다. 다만 우리나라에서의 선박가압류는 대인적 명령인데 반하여 본 조약상의 어레스트는

56) 해사채권의 규정방식과 관련하여 제한적 열거방식(Closed or exhaustive list)과 예시적 방식(open-list)에 대한 견해의 대립으로 세계적인 차원에서 통일된 규범을 마련하고 또한 선박가압류의 남용을 방지하기 위하여 예외적인 경우에만 선박의 가압류를 허용함으로써 법적용의 확실성을 보장하자는 소위 제한적열거주의 (Closed List)를 주장하는 국가가 다수를 차지하였다. 정완용, 전계논문, 207~208쪽.

57) 우리나라 민사소송법상으로는 금전적 채권에 의한 선박의 “가압류”와 선박의 소유권에 대한 분쟁이 있는 경우의 경쟁물인 선박에 대한 “가처분” 및 선박을 목적으로 하는 담보권의 실행에 관한 “압류”를 널리 포함하는 개념이다. 정완용, 전계보고서, 209쪽.

선박자체에 대한 대물절차적요소가 강하므로 일종의 대물적가압류라 할 수 있을 것이다.

3. 假押留의 權限

조약 제2조에서 선박은 체약국 법원의 권한으로만 가압류되거나 가압류가 실행된 체약국의 법원의 권한으로만 가압류로부터 해방될 수 있고, 선박은 해사채권으로만 가압류될 수 있음을 분명히 하고, 중재조항이나 외국관할조항이 있더라도 담보를 얻을 목적으로 가압류 할 수 있다고 규정하고 있다.

4. 假押留實行的 範圍

본 조약은 제3조에서 저당권이나 선박우선평권 등 담보권이 있는 경우에도 가압류할 수 있음을 분명히 하고 선박의 임차인이나 소유자가 해사채권에 대하여 책임이 있으면 그 선박을 가압류 할 수 있음은 물론 그러한 자가 소유한 다른 선박과 그러한 선박의 임차인, 정기용선자 또는 항해용선자가 소유한 다른 선박에 대하여도 가압류가 허용되는 것으로 규정하여 선박소유권에 구애되지 않고 선박가압류를 폭넓게 한다.⁵⁸⁾

5. 假押留船舶의 解放節次

본 조약은 제4조에서 선박가압류의 해방절차를 규정하고 있는 바, 당

58) 3조 1항은 전체적으로 CMI의 초안에 대한 검토의견이 상당부분 반영된 것이다. 1항 (e)호의 국내법상 인정되는 우선특권(허용우선평권)이 있는 채권으로 선박을 가압류 할 수 있다는 초안의 내용에 대하여 CMI의 수정안을 토대로 노르웨이 대표가 수정 제안한 내용이 다수국가의 지지를 얻어 현재와 같은 내용으로 채택되었다. 상계보고서, 211쪽.

사자사이에 담보에 관한 합의가 없는 경우 법원이 담보의 종류와 한도를 결정하도록 하고 있다.

제4조의 내용을 짚어보면, 첫째, 자매선의 가압류가 허용되는 점이다. 즉, 선박의 가압류는 해사채권을 발생시킨 선박뿐 아니라, 채무자가 소유하고 있는 다른 선박에 대해서도 가압류가 인정된다. 이 같은 규정은 1952년 협약에서 전통적으로 인정되어 온 ‘자매선 가압류 허용조항’으로 채권자로 하여금 보다 확실하게 채권을 확보할 수 있는 수단이다. 또한 자매선의 가압류는 해사채권을 발생시킨 선박의 소유자뿐 아니라 그 선박의 임차인·정기용선자 또는 항해용선자이었던 자가 소유한 다른 선박에 대해서도 허용된다.⁵⁹⁾

둘째, 가압류 된 선박에 대하여 쉽게 해방이 가능하다. 즉, 가압류된 선박은 ‘충분한 담보’가 만족할 만한 형식으로 제공되는 경우, 해방될 수 있도록 하였다. 협약에서 이 같이 ‘해방공탁금’ 규정을 두고 있는 것은 선박의 경우, 선박의 건조 등에 있어 상당한 투자비용이 소요될 뿐 아니라, 화물을 적재하고 수시로 이동하기 때문에 가압류하는 경우, 선사는 물론 적하 이해관계자 등이 적지 않은 피해를 입을 수 있기 때문이다. 다만, 이 규정에는 일정한 예외가 인정되어 해방공탁금을 제공하더라도 가압류에서 벗어날 수 없는 경우가 있다. 즉, 협약 제1조(해사채권의 인정범위) 1항에서 규정하고 있는 선박의 소유권 또는 점유권에 관한 분쟁, 선박의 이용 또는 소득에 관하여 선박공유자 간에 다툼이 있는 경우가 이에 해당한다.⁶⁰⁾

해방공탁금에 관한 사항으로 우리나라의 법률에서도 인정하고 있지만, 협약에서는 현금공탁뿐 아니라 가압류 실행국가의 국내법에 따라 담보형식을 정할 수 있도록 하였다.

59) 한편 이번 협약에서는 해사채권을 발생시킨 선사가 계열회사 소유선박에 대해서 실질적인 영향력을 행사하는 경우에도 가압류를 실행할 수 있도록 하였다. 최재선, 전계보고서, 4쪽.

60) 상계보고서, 4쪽.

이러한 점은 우리나라가 선박가압류해방을 위하여 현금공탁을 요구하고 있는 점과 크게 대비된다. 더욱이 현금공탁 등을 요구하는 우리나라 선박 가압류 하에서는 채무자에게 너무 불리하며 오늘날의 시대흐름과 맞지 않다고 볼 수 있다.

6. 條約의 適用範圍

본 조약 제8조는 조약의 적용범위에 대하여 체약국의 선박인지 여부를 묻지 않고 체약국내에서 적용됨을 분명히 하고 있다. 따라서 본 조약은 체약국선박에만 적용되던 1952년 가압류조약에 비하여 그 적용범위가 크게 확대되었다. 그러나 본 조약에 의하더라도 어느 체약국의 채권자가 그 관할 내에서 그 체약국 선박을 가압류하고자 하는 경우는 그 체약국의 국내법이 여전히 유효하게 적용될 것이다(제8조 6항). 따라서 우리나라가 위 조약에 가입하더라도 국내선박에 대한 국내법원칙은 원칙적으로 여전히 유효한 것으로 보아야 한다. 한편 조약 제10조는 어느 국가든지 본 조약의 가입시에 비항행선이나 체약국의 기를 게양하지 아니한 선박 등에 대하여 조약의 전부 또는 일부의 적용을 배제할 수 있는 留保條項을 두고 있다.

7. 其他

본 조약은 그 이외에도 제6조에 위법 부당한 가압류에 대하여 가압류된 선박의 소유자 및 선박임차인의 보호에 관한 규정을 두고, 제7조에 가압류에 기한 본안관할의 창출에 관하여 규정하며, 제9조에서 가압류가 선박우선특권을 창설하지 아니함을 분명히 하고 있다. 또한 본 조약은 10개국 이 비준한 후 6개월이 경과하면 효력을 발한다(제14조).

II. 우리나라 수용에 대한 檢討

해사채권자의 보호와 선박소유자의 보호라는 상반된 이해관계를 조화시켜 선박가압류에 관한 국제규범의 통일을 이루는 일은 결코 쉬운 일이 아니다. 실제로 위 조약의 토의과정에서도 각 국은 자국의 이해관계에 따라 각각 상이한 주장을 하였고 심도 있는 논의가 이루어졌지만 결론을 내지 못한 조항의 경우는 다수결로 해결을 보곤 하였다.

한편 본 조약은 10개국이 비준, 가입한 날로부터 6개월이 지난 시점에서 발효하도록 되어 있으며 이러한 발효요건은 다른 국제조약과 비교하여 볼 때 완화된 것이다.⁶¹⁾ 따라서 본 조약의 발효에는 큰 어려움이 없을 것으로 전망된다. 특히 1999년 가압류 조약은 1952년 가압류조약과 달리 비체약국 선박의 체약국내에서의 집행에도 적용되도록 하고 있으므로 1952년 가압류조약에 비하여 국제적인 통일규범으로서의 역할을 할 가능성이 높으며, 이 조약이 발효되면 각국의 국내법 해석에도 큰 영향을 미칠 것으로 생각된다.

본 조약의 적용범위에 따르면 우리나라가 본 조약에 가입하지 않더라도 본 조약이 발효한 후에는 우리나라 선박이 체약국의 영해 내에서는 본 조약의 적용을 받게 되어⁶²⁾ 있으므로 우리나라로서도 본 조약에의 가입여부를 적극적으로 검토하여야 할 것이므로 이에 대하여 확인해 보도록 한다.

첫째, 본 조약은 해사채권자를 보호하기 위하여 폭넓은 선박가압류를

61) 1999 선박가압류협약은 10개국에 가입하면 발효된다. 협약의 발효요건은 IMO에서 제정한 다른 협약에 비하여 상당히 완화되었다. 따라서 협약의 발효에 많은 기간이 소요되지는 않을 것으로 보여진다. 상계보고서, 4쪽.

62) 협약은 가입여부와 관계없이 모든 체약국에 강제로 적용된다. 이에 대한 정부와 선사 등은 협약의 발효 및 가입, 대책, 그리고 상법과 민소법의 개정여부를 검토할 필요를 제시함. 상계보고서, 5쪽.

인정하는 대신에 선주 및 채무자의 입장에서 현금 공탁 없이 P&I 보증서 등에 의하여 선박을 해방시킬 수 있는 방법을 열어두고 있으므로 채권자, 채무자 모두에게 이익이 될 수 있다는 점⁶³⁾이다. 즉 선박 가압류가 쉬운 대신에 그에 대한 담보제공 및 보증의 원활함으로 보다 쉬운 가압류해방절차를 제공하게 된다. 그러므로 거래의 안정성 및 항해준비에 그다지 부담을 갖지 않게 만들 수 있다.

둘째, 본 조약이 발효되면 우리나라는 원하든 원하지 않든 간에 국내 선박이 외국에서 본 조약에 의하여 쉽게 가압류 될 수 있음에 비하여 외국선박은 국내에서 국내법에 의한 대인절차에 의하여서만 가압류되어 우리나라 측의 불합리가 야기된다. 이는 국내채권자에게 불리한 결과가 발생하고 형평성의 원칙에도 반하는 결과를 초래하는 경우가 생긴다.

셋째, 본 조약의 수용으로 우리나라가 취하고 있는 대인절차에서 대물절차적인 방법으로 이전되는 것은 아니며, 더군다나 대물절차로 인정하지 아니하는 대한민국 법체계를 근본적으로 바꾸는 것이 아니라는 점이다. 본 조약의 적용에 있어서는 외국선박에 대한 집행에만 적용될 수 있도록 하고 섭외적요소가 없는 국내선박이나 국내분쟁에는 여전히 국내법이 적용될 수 있으며 국내법으로 해결가능 한 점이다.

만약 우리나라가 본 조약을 수용할 경우 이를 외국선박에 대한 국제분쟁 이외에 국내선박 또는 국내분쟁에도 적용할 것인지 여부는 입법정책적으로 결정하여야 할 문제라 할 것이지만, 우리나라 법체계와 본 조

63) 해방공탁금에 대하여 만족할만한 형식으로 제공되는 경우 해방될 수 있다고 밝힘으로써 그에 대하여 당사자 간에 합의한 담보의 충분과 형식을 의미하여 이 같은 합의가 없는 경우, 법원에서 가압류된 선박의 가액을 초과하지 않는 범위에서 결정하도록 밝히고 있으며 현금공탁뿐 아니라 각종 보증에 의한 형식의 담보도 인정하고 있다. 상계보고서, 4~5쪽 참조.

약의 체계가 근본적으로 상이하여 이를 국내선박과 국내분쟁에까지 일률적으로 적용하는 것은 현 단계에서는 적절한 것으로 생각되지 아니한다.

생각건대 위 조약의 내용 및 해석론은 아직 국제적 통일 규범으로서 역할을 하지 못한 선박가압류협약에 대해서 국제적 통일규범으로서의 역할을 할 가능성이 높으며, 또한 국제적 통일규범으로써 그 자리매김을 하기 전에 협약에 대하여 검토하고 그에 대한 대비를 하여야 할 필요가 있다. 그리고 본 협약은 우리나라법상의 여러 가지 문제점 해결에도 많은 기여를 할 수 있을 것으로 보여지므로 더욱더 적극적으로 논의를 하여 그 적용에 있어서 우리나라의 이익을 더 향유하게 만들도록 노력하여야 할 것이다.

第3章 船舶假押留의 船舶執行의 對象에 관한 問題

第1節 船舶假押留의 執行에 關한 準據法과 管轄權에 關한 問題

I. 準據法에 關한 問題

선박가압류의 집행은 사법권의 한 작용이며, 이는 국가의 주권행사의 일환이다. 그렇다면 외국 선박일지라도 우리 주권이 미치는 범위 내에 존재하는 한 당연히 우리 법원의 사법권에 복종하여야 하므로 우리나라 법원이 외국선박에 대하여 선박가압류를 할 수 있음은 이론상 당연하다. 이는 중세 이래 확립된 절차법에 관하여는 법정지법(*lex fori*)만이 재판의 기초로 된다는 원칙에 근거한 설명으로, 위 원칙의 이론적 근거로서는 절차법의 속지적 성격 및 공법적 성격이라든가 “장소는 행위를 지배한다(*Locus regit actum*)”는 국제사법상의 원칙, 또는 기타 정책적인 근거 등의 이론이 제시되고 있다. 민사집행법 제186조는 “외국선박에 대한 강제집행에는 등기부에 기입할 절차에 관한 규정을 적용하지 아니하다.”라고 규정하여 국내에서 외국선박을 대상으로 선박가압류의 집행을 하는 것이 허용됨을 의미하는 것으로 보여진다. 따라서 원칙적으로 외국선박을 대상으로 우리 법원에서 집행을 하는 것은 가능하다.

하지만 외국선박에 대한 집행을 할 때 그 준거법은 무엇인지가 문제된다. 절차법은 법정지법에 따른다는 것이 명확하게 확립된 국제원칙이므로 외국선박을 대상으로 하더라도 그 일반적인 집행절차에 대하여

는 법정지법인 우리나라 법을 적용하여야 할 것이다. 그러나 어떠한 내용이 절차에 관한 것이고 어떠한 내용이 실체에 관한 것인가의 구별이 반드시 명백한 것이 아니므로, 그 구체적 적용에 있어서는 여러 가지 어려운 문제들이 발생한다. 실제 절차와 실체의 구별은 ‘악명 높은 어려움(notorious difficulty)’을 가지고 있다. 논점들은 절차 또는 실체의 내용을 손쉽게 나누어줄 수 있는 요술 같은 방정식이란 존재하지 않는다. 종종 이 절차와 실체의 구별은 논점의 내적 성질을 검토하여 결정되는 것이 아니라, 당해 법원이 이루고자 하는 목적에 의하여 결정되는 일이 많다. 법원으로서 익숙하지 않은 외국의 기구를 적용한다는 것이 무척이나 불편하기 때문이다. 미국의 국제사법에 관한 restatement도 특정한 문제가 절차에 관한 것인가 아니면 실체에 관한 것인가의 여부는 법정지의 법원이 법정지의 국제사법의 규정에 따라 결정한다고 규정⁶⁴⁾⁶⁵⁾하고 있어 이러한 합목적성의 근거를 마련하고 있는 것으로 보인다. 한편 Dicey 와 Morris 에 따르면 절차의 개념에는 권리구제의 방법(remedies), 소송절차(process), 제척기간(statutes of limitation), 증거(evidence), 당사자(parties), 우선순위(priorities), 상계(set-off) 및 반소, 소송비용의 담보(security for costs)와 보전절차(injunctions) 등이 포함된다고 한다.⁶⁶⁾

무엇이 절차이고 무엇이 실체인지 구별은 용이하지 아니하며, 그 구별기준에 대하여도 나라마다 학자마다 견해차가 있음을 유의하여야 할

64) Restatement of Conflict of Law(1934) Chap. 12 Sec. 584.

65) 제소 및 법정에서의 소송행위 등 법정지에서의 절차(제592조), 배심재판 등 심리의 방식(제594조) 등은 물론 절차에 관한 것으로 법정지법에 따른다. 그 뿐만 아니라 주장사실의 입증 및 증거로부터의 절차 및 추론(제595조), 증인의 증거능력 및 신용도(제596조), 증거의 증거능력(제597조) 등 증거에 관한 것도 법정지법에 의한다. 그리고 제척기간도 법정지법에 의한다.

66) 정해덕, 전계논문, 24쪽

것이다.

실체법과 절차법을 구별함에 있어서는 그 판단기준에 있어 (i) 실체법을 기준으로 하여야 한다는 입장, (ii) 비교법적으로 결정하여야 한다는 입장, (iii) 실질법을 기준으로 국제사법 자체의 관점에서 판단하여야 한다는 입장 등이 있으나 구체적인 그 한계를 정하는 것은 쉽지 않다.

영미법계 국가와 대륙법계국가, 기독교권과 회교권, 유교권 등 국가마다 법체계 및 법개념에 있어 많은 차이가 있기 때문에 어느 나라에서 실체법으로 다루어지고 있는 개념이 다른 나라에서는 절차법으로 다루어지고 있거나, 아예 그러한 문제가 존재하지 않는 등의 문제가 발생한다. 예컨대, 소멸시효제도의 경우 영미법에서는 절차법으로 이해되고 있으나 독일·프랑스 등에서는 실체법으로 이해되고 있다.⁶⁷⁾

그러므로 집행절차는 우리 법에 따라야 할 것이나, 집행의 전제가 되는 실체법상의 권리에 관하여는 국제사법의 일반원칙에 따라 준거법을 결정할 수 밖에 없을 것이다.

선박이 이중국적을 가진 경우에 어떻게 볼 것인가가 문제되나, 이 경우에도 자연인의 국적충돌과 마찬가지로, 기국국적이 우선하고 최후에 취득한 국적이 우선하도록 하되, 외국국적을 동시 취득한 경우 등은 그 선박이 더욱 밀접한 관련성을 가진 국가의 법이 적용되는 것으로 해석하는 것이 타당할 것으로 본다.⁶⁸⁾⁶⁹⁾

67) 정병석, 전제논문, 57~58쪽.

68) 국제사법 제2조는 자연인의 이중국적에 대하여 신국적우선주의 및 내국적우선주의의 원칙을 규정하고 있다.

69) 同旨; 정영석·이용현, “선박우선특권의 실행상의 문제”, 인문사회과학논집 제8호 2000년, 87쪽

II. 管轄權에 關한 問題

1. 執行權

우리나라 법원이 외국선박에 대하여 집행절차를 취할 수 있는 권한, 즉 집행권은 우리나라 법원의 사법권의 한 작용이다. 사법권은 결국은 그 국가권력 즉 주권의 한 내용이므로, 외국선박이 우리나라의 주권이 미치는 우리나라 영토 내에 있을 때에는 우리나라 법원이 그 외국선박에 대하여 사법권의 작용으로서 집행권을 행사 할 수 있음은 당연한 일이다. 민사집행법 제186조도 이러한 원칙이 당연하다는 전제 아래 외국선박에 대한 집행에 있어서는 등기에 관한 규정을 적용하지 않는다는 특칙을 규정하고 있는 것으로 보아야 한다.

다만 국제재판권의 문제로써 논의되는 이른바 주권면제의 이론은 집행의 문제에 대하여도 그 적용이 있음은 당연하다고 하겠다. 주권면제의 이론은 국제법상 국가는 원칙적으로 외국의 재판권에서 면제된다고 하는 것으로써, 국가는 서로 평등한 주권을 가지고 있다는 사상에 그 근거를 두고, 어떤 나라도 다른 나라에 대하여 재판권을 주장할 수 없으며, 각국은 외국법원에 원고로서 제소할 수는 있으나 응소하지 않는 한 피고가 되지 않는다고 하는 이론이다.⁷⁰⁾ 원래 주권면제는 국가는 어떠한 경우에도 피고로 되지 않는다는 절대적 면제가 원칙이었지만, 최근에는 위와 같은 주권면제의 원칙에도 많은 제한이 가해지게 되었다.

주권면제의 이론을 선박집행의 문제에 적용한다면 외국국가에 의하여 소유되는 선박에 대하여서는 다른 국가의 법원이 그 집행권을 행사 할 수 없다는 것이 된다.

그리고 외국선박에 대한 재판권과 관련하여 한 가지 짚고 넘어갈 문

70) 同旨: 권오중, 전제논문, 629쪽.

제는 외국선박을 가압류 또는 압류하게 되면 민사소송법 제11조(재산이 있는 곳의 특별재판적)의 규정에 따라 동 선박의 소유자인 외국인에 대한 재판권이 발생하는가 하는 점이다. 이는 협의의 대인적 국제재판권에 관한 문제로서 외국선박에 관하여 종종 발생할 수 있는 문제이므로 고찰하고자 한다.

민사소송법 제11조의 문언만을 문리해석하면 외국선박이 가압류되어 우리 영토 내에 소재하기만 하면 그 선박소재지를 관할하는 우리나라 법원이 그 소유자에 대한 대인적 관할권이 있는 것으로 보일 수 있다. 그러나 그와 같은 해석에는 몇 가지 문제점이 있다.

첫째, 우리 민사소송법은 우리나라 법원에 재판권이 있는 것을 전제로 하여 국내법원관의 관할을 배분하고 있는 것으로써 국제적 재판관할권의 문제까지 배려하고 있는 것이 아니므로, 위 민사소송법 제11조를 국제적 재판관할권의 근거조항으로까지 해석하는 것은 무리이다.

둘째, 그 외국선박의 소유자인 외국인이 우리나라와는 아무런 관련이 없음에도 불구하고 그 선박이 우연히 우리나라에 가압류되었다는 이유만으로 우리나라 법원에의 응소를 강제받게 된다면 국제적 재판관할권을 정함에 있어서의 기본이상이라 할 공정한 플레이와 실질적 정의의 정신에 반하기 때문이다. 이와 같이 가압류 또는 압류에 기한 본안관할권의 유무는 대물소송절차가 있는 영미법에 있어서 선박을 어레스트하면 그 선박에 대한 대물소송의 관할권이 발생하고 그 대물소송절차를 통하여 그 소유자의 응소가 사실상 강제되는 점과 관련되어 논의되고 있다. 그러나 영미법상의 대물소송절차는 우리 법상의 절차와 상당한 차이가 있으므로 영미법상의 이론을 그대로 받아들이기에는 곤란하다. 한편 일설은 외국선박에 대한 가압류 자체의 관할권과 관련하여 선박의 가압류도 그 본안의 관할권이 있을 때에만 가능하다고 하나, 예컨대 외국선박의 소유자에 대한 외국의 재판을 받고 우리나라에서 이에 대한 집행판결을

얻기 전에 외국선박을 가압류할 필요가 있는 경우와 같이, 가압류가 반드시 본안관할권의 존재를 전제로 하는 것은 아니라고 생각한다.⁷¹⁾

2. 管轄法院(所在地主意)

선박에 대한 집행의 관할 법원은 가압류할 물건의 소재지를 관할하는 지방법원이나 본안의 관할법원이 관할한다(민사집행법 제3조).⁷²⁾ 우리나라 법원은 외국선박이 대한민국 내에 있거나 대한민국 항구에 있는 한 선박가압류에 대한 관할권을 갖는다. 본안에 관한 전속적 관할합의나 중재약정은 위와 같은 선박소재지의 가압류관할권에 영향을 미치지 아니한다. 한편 선박에 대한 가압류 신청은 선박소재지의 관할 법원 외에 본안⁷³⁾의 관할법원에 제출 할 수 있으며(민사집행법 제278조) 급박한 경우에 예외를 인정하고 있다(민사집행법 제284조). 이들 관할 규정은 전속관할이므로 합의관할이나 응소관할이 생길 여지가 없다.

문제가 되는 것은 내국관련성이 전혀 없는 사건에서 외국선박을 우리나라에서 가압류한 경우 본안에 관한 관할권이 생기거나 혹은 관할이 생긴다면 그것은 무엇인가 하는 문제가 야기된다.

이에 대하여 선박이 소재한 나라의 법원은 언제나 가압류관할권을 가진다고 한다면, 선박소유자는 자기 선박이 항해하다가 어느 나라에서 가

71) 同旨: 상계논문, 629~630쪽 참조

72) 영미법상으로는 선박가압류는 전속적 재판관할합의나 중재계약이 존재하니 아니 하는 한 피고가 가압류된 국가에 주소가 없는 경우에도 본안에 관한 관할권을 창출하는 것으로 본다. 1999년 선박가압류조약 제7조; Friedell S.F. & Healy N. J., An introduction to in Rem Jurisdiction and Procedure in the United States, Maritime Law and Commerce, pp.95~98.

73) 본안관할법원도 선박가압류에 대한 관할을 가지거나 외국선박의 경우에는 그 적용가능성이 없고 국내선박의 경우에도 정박명령이나 선박국적증서등 수취명령 등의 선박집행은 모두 선박소재지에서 이루어져야 하므로 실무상 거의 이용되지 아니한다.

압류될지 모르는 극히 불안정한 지위에 놓이게 되어 이는 선박이 국제적 이동성을 가진다는 점에서 볼 때 불합리하므로 우연히 선박이 소재한 이유만으로는 재판관할권을 인정할 수 없다는 견해가 있다.⁷⁴⁾ 위 견해에 의하면 채권자가 선박우선택권에 의해 담보되는 청구권을 가진 경우에는 선박이 소재하는 곳에서 그 선박을 압류함으로써 대물소송을 제기할 수 있다고 볼 수 있겠지만, 단순히 대인소송만을 제기할 수 있는 경우에는 채무자에 대해 대인관할권을 가지는 법원만이 선박가압류의 관할을 가진다고 보아야 한다. 채무자에 대한 대인관할권을 규정한 민사소송법 제9조에 관하여도 압류할 수 있는 채무자의 재산이 우연히 잠시 존재하는 것, 즉 채무자의 선박이 우연히 우리나라에 정박하였다는 사실만으로는 본안관할권을 인정하기 부족하다고 본다.

그러나 선박에 대한 가압류를 허용하면서 내국관련성이 없다 하여 본안에 대한 관할을 인정하지 않는 것은 자국관할을 가능한 확대하고자 하는 국제적 추세나 위 영미법의 입장에 비추어볼 때 타당하지 않다. 우리 민사소송법도 제11조에서 “대한민국에 주소가 없는 자 또는 주소를 알 수 없는 자에 대한 재산권에 관한 소는 청구의 목적 또는 담보의 목적이나 합류할 수 있는 피고의 재산 소재지의 법원에 할 수 있다”고 하여 재산소재지 특별재판적을 인정하고 있으므로 굳이 국내에서 선박이 가압류된 사안에 대하여 재판관할권을 부정할 근거는 없다고 본다. 이것이 또한 통설의 입장이며 실무적으로 사용된다.

다만 위에서 설명한 가압류에 기한 본안사건관할은 본안에 대한 전속적 관할합의나 중재합의가 없는 경우에 생길 수 있으며, 당사자사이에 전속적 관할합의나 중재약정이 있는 경우에는 본안소송은 위 합의 또는 약정에 따라야 하는 점에 유의하여야 한다.

74) 고광복, “외국선박의 가압류와 재판관할권”, 인권과 정의 99호, 1989년 102쪽 참조.

3. 管轄決定의 標準時點

선박소재지 관할 결정의 표준시점과 관련하여 “가압류당시”가 구체적으로 어느 시점을 의미하는가에 대하여 견해가 나뉘고 있다. 이에 대하여는 i) 가압류신청시에 선박이 법원의 관할 내에 소재하여야 한다는 가압류신청시절, ii) 가압류개시결정시에 선박이 법원의 관할 내에 소재하여야 한다는 가압류개시결정시절, iii) 가압류의 효력이 발생하는 시점(즉 가압류개시결정이 송달, 감수보존처분이나 선박국적증서등의 인도집행으로 가압류의 효력이 발생하는 시점)이 기준시가 된다는 가압류효력발생시절 등이 있으며, 가압류개시결정시절이 일본과 한국에서의 통설이라고 한다.⁷⁵⁾⁷⁶⁾

가압류개시결정시절은 관할의 恒定の 측면에서 합리성이 인정될 수 있으며, 특히 일본민사집행법은 제113조에 “선박집행에 관하여는 강제집행개시결정시의 선박의 소재지를 관할하는 지방재판소가 집행재판소로서 관할한다.”고 규정하여 일본에서는 다른 견해가 있기 어렵다.

그러나 실무상 그 통설의 견해에 따르기에는 너무 그 적용이 어렵다.

첫째, 선박은 이동성을 가지고 있으며, 입항 후 단시일 내에 출항하는 경우가 많아 채권자의 입장에서는 선박의 입항 전에 미리집행문 결정을 얻은 후 선박이 입항하는 즉시 이를 집행하여야 할 필요성이 있는 경우가 많다.

75) 남기정, 실무강제집행법(4), (서울:육법사 1989) 127쪽.

76) 개시결정의 발령시로 해석할 것인바 여기서 발령시란 개시결정이 내부적으로 확정적으로 성립한 때라 할 것이므로, 결정서가 법원주사 등에게 교부된 때라 할 것이다. 상계서, 122쪽.

둘째, 가압류개시 결정은 집행이 되어야만 그 효력이 발생하므로 위 통설의 견해는 위 법규정의 문언에 충실한 해석이라고 할 수 없다.

셋째, 경매개시결정당시 선박이 관할 내에 소재하지 아니하였더라도 효력발생당시 관할 내에 존재하면 굳이 관할 위반을 이유로 경매를 취소할 이유가 없다.

넷째, 압류의 효력이 발생된 이후 선박이 그 법원관할 내에 없음이 판명되는 경우 그 선박의 소재지를 관할하는 법원으로 사건을 이송하거나 절차를 취소하도록 규정한 민사집행법 제180조의 취지도 압류결정의 송달시점 등에 선박이 당해법원의 관할구역 내에 있지 아니한 경우 법원결정을 집행하는 것이 불가능하다는 취지를 반영한 것이라 할 수 있다.⁷⁷⁾

실무상으로는 선박가압류신청서에 선박정박보고서를 첨부하여 제출하도록 하고 있으나 이의 제출을 요구하는 특별한 법률적 근거⁷⁸⁾는 없다. 선박의 입항전도 미리 가압류신청을 하여 결정을 받아 둘 필요성이 있는 경우도 많고, 이를 허용하는 외국의 입법례에 비추어 보더라도 가압류결정시에 선박이 반드시 관할 내에 있어야 한다는 전제 아래 이에 대한 증명을 요구하는 실무관행은 시정되어야 할 것으로 생각된다.

Ⅲ. 結語

선박가압류에 대한 집행은 우리나라 국가주권행사의 일환이므로 외국선박에 대하여 선박가압류를 할 수 있음은 이론상 당연하다고 보아야 한다. 여기서 문제가 되는 것은 절차와 실체의 구별에 대한 것으로써 집행절차는 우리 법에 따라야 할 것⁷⁹⁾이며, 집행의 전제가 되는 실

77) 정영석·이용현, 전제논문, 85~86쪽.

78) 상계논문, 86쪽 참조.

체법상의 권리에 관하여는 국제사법의 일반원칙에 따라 준거법을 결정하여야 한다.

한편, 선박의 관할권과 관계된 문제로 집행권과 관할법원이 문제가 된다. 첫째, 집행권과 관련된 문제로써 민사소송법 제11조(재산이 있는 곳의 특별재판적)의 규정과 관련하여 동 선박의 소유자인 외국인에 대한 재판권이 발생하는 문제가 생길 수 있다. 일단 동 조항을 문리해석할 때에는 그 소유자에 대한 대인적 관할권이 있는 것으로 보일 수 있으나, 동조의 내용을 판단하건대 동 조항이 국제적 재판관할권의 문제까지 배려하고 있는 것이 아닌 것으로 보이며,⁸⁰⁾ 또한 영미법체계와 다른 우리법체계에서는 동 조항에 대하여 그 해석을 함에 있어서 유의하여야 할 것이다. 둘째, 관할에 있어서 가장 중요한 문제로써 관할결정의 표준시점을 들 수 있다. 현재 일본과 한국에서의 다수설이라는 가압류개시발생시절은 실무상 그 사용이 배제되어 오고 있다. 왜냐하면, 외국선박의 경우 언제 입항하여 언제 출항할지 모르는 부정확한 경우가 많다. 더군다나 이런 외국선박에 대하여 가압류개시결정시절을 따를 경우 채권자측에게 너무 불리하게 된다. 그러므로 오늘날 실무상 그 이론이 배제된 가압류 개시발생시절보다 가압류효력발생시절이 적절하다고 생각된다.⁸¹⁾

79) 절차법은 법정지법에 따른다는 것이 명확하게 확립된 국제원칙이며 외국선박을 대상으로 하더라도 그 일반적인 집행절차에 대하여는 법정지법을 따라야 한다고 이미 언급하였다.

80) 同旨; 권오중, 전계논문. 629쪽 참조.

81) 同旨; 서영화, 전계논문, 190~191쪽 참조, 한영균, 전계논문, 253~254쪽 참조, 정영석·이용현, 전계논문, 82~84쪽 참조 등.

第2節 登錄된 船主가 아닌 者에 대한 船舶假押留

I. 問題提起

1. 유체동산이든 선박이든 가압류를 하려면 재산의 소유자에 대하여 채권을 가지고 있어야 하는 바, 선박가압류를 하는 경우에 선박소유자로부터 선박을 용선하여 사용하는 용선자는 그 용선계약의 성질이 나용선인지 정기용선인지 항해용선인지 등 종류를 구별하지 않고, 원칙적으로 선박소유권을 가지지 아니하므로 이들을 채무자로 한 가압류결정은 선박소유자에게는 아무런 영향을 미칠 수 없으며, 그러한 결정에 기한 집행을 하더라도 선박소유자에게는 대항할 수 없다고 한다.⁸²⁾ 따라서 선박소유자와 용선자가 선박의 이용에 관하여 제3자에게 동일한 책임을 부담하는 경우에도 원칙적으로는 그와 같은 사유만으로는 선박소유권에 영향을 미칠 수 없으므로 용선자에 대한 가압류결정에 기해 소유자에게 대항할 수 없다고 판시하고 있다.⁸³⁾

하지만 여기에는 몇 가지 의문점이 생긴다. 단지 용선자들은 선박소유권만을 가지고 있지 않기 때문에, 정당한 선주가 아닌 자들에 대한 선박가압류 결정은 아무런 영향을 미칠 수 없다는 것은 채권자에게 너무 불리한 결과를 가져오게 된다. 일용 자신의 재산이 아니기 때문에 그에 대한 재산의 보전처분인 가압류를 할 수 없다는 것은 이해가 가지만, 그와 같은 경우에도 용선자의 성격에 따라 달리 해석하여야 할 것이며, 그리고 선박어레스트 협약과 비교하여 볼 때,⁸⁴⁾ 정당한 채권자에게 너무

82) 정해덕, 전게논문 102쪽; 권오중, “외국선박집행상의 몇가지 문제점” 재판자료 제34편, (서울:법원행정처 1987년), 257쪽.

83) 대법원 1982. 7. 13. 선고 80다2318 판결.

84) 1999가압류 협약에서 자매선의 가압류가 허용함을 밝힘과 동시에 선박의 가압류는 해사채권을 발생시킨 선박뿐 아니라 채무자가 소유하고 있는 다른 선박에 대해서도 가압류가 인정된다. 더군다나 자매선의 가압류는 해사채권을 발생시킨

불합리한 결과가 발생한다.

2. 선박에 대하여 특히 외국선박에 대하여 그 기재를 잘못된 경우를 들 수가 있다. 특히 외국선박에 대하여는 선박소유자의 확인이 쉽지 않을 뿐만 아니라, 소유관계의 변동 또한 확인 하는 방법이 쉽지가 않다. 그러므로 종종 선박(특히 외국선박에 대하여)에 대해서 그 소유관계를 잘못 기재 하는 경우가 있다. 이와 같은 문제가 발생한 경우 현재에 원칙론적으로 불법가압류로 되어 버리고, 또한 그 선박가압류신청을 취하하고 다시 새로운 선박가압류로 신청을 하여야 하는 불합리한 결과가 발생해 버린다.

비록 명확한 소유관계를 밝히는 법원의 입장은 일응 이해가 가지만, 그 확인이 쉽지 않은 경우에 그에 대한 어느 정도의 보완은 하여야 할 것으로 보인다.

II. 傭船契約의 性質에 따른 傭船者의 態樣

1. 航海傭船契約

선박 소유자가 운송행위의 제공, 즉 운송물의 선적항과 양륙항 사이의 운송을 목적으로 용선을 인수하는 계약으로서, 약정된 단일 항해(single voyage) 용선계약을 원칙으로 한다. 그러나 특정기간 동안 연속 항해를 내용으로 하는 항해 용선계약도 있다. 이 계약의 특질은 선박 소유자는 해상운송인으로서 그리고 하주는 航海傭船者이며, 해상법에서 규정한 전형적인 해상물건 운송계약이다.⁸⁵⁾

선박의 소유자뿐만 아니라 그 선박의 임차인·정기용선자 또는 항해용선자였던 자가 소유한 다른 선박에 대해서도 허용됨을 밝히고 있다. 최재선, 전계보고서, 4쪽 참조.

2. 定期傭船契約

선박소유자가 일정한 기간 동안에 있어서 운송능력을 제공하여 定期傭船者가 지시한 운송물을 운송할 것을 인수하는 계약이다. 그러므로 이 계약에서는 항해 횟수와 관계없이 전 용선 기간 중에 선박 소유자는 실질운송인으로서 통상적인 운송서비스를 제공할 의무가 있고, 정기용선자는 하주 또는 다른 사람의 운송물을 운송의뢰 받은 계약 운송인으로서 운송물의 하역의무가 있다. 그리고 정기용선계약은 기간을 계약의 주요 내용으로 하는 점에서 선박임대차 또는 나용선 계약과 비슷한 점은 있으나, 정기용선자는 용선선박의 운송서비스 능력만을 자유 사용 내지 사용·수익하는 점이 선박임대차와 나용선과 다른 점이다.⁸⁵⁾

3. 挪用船契約(船舶賃貸借)

선박 소유자가 나용선자에게 운송수단인 선박의 제공, 즉 용선선박을 직접 사용·수익하게 할 것을 약정하고, 나용선자가 이에 대하여 임차료로서 용선료를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약이다. 이 계약의 특질은 용선자가 선택을 배타적으로 점유·지휘하며, 또한 선장과 해원의 선임권자 해임권을 가지고 있다. 그러므로 선장권 해원은 나용선자의 대리인 또는 이행 보조자이지 선박 소유자의 대리인은 아니다. 그러므로 나용선자는 타선운항자로서 사용 선주 또는 일시적 선주의 지위를 갖는다. 따라서 나용선자는 용선선박의 점유권과 항해상의 지휘 명령권을 가진 점에서 정기용선자의 경우와 그 법적 지위를 달리한다. 바꾸어 말하면, 항해용선계약과 정기용선계약에 있어서 선박 소유자는 해상운송인으로서 하주인 용선자의 운송물을 약정 항해 또는 약정기간 동안 운송할

85) 정영석, 선하증권론, (부산:효성출판사, 1999년), 91쪽.

86) 상계서, 91쪽.

것을 인수할 것을 약정한 반면에, 나용선 계약은 특정 선박을 임대차 기간 동안 용선자에게 점유이전 시켜서 해상운송의 수단으로써 사용수익토록 하기 때문에 그 법적 성질을 달리한다.⁸⁷⁾

Ⅲ. 法律關係의 比較

각 용선계약 당사자의 법률관계는 용선자에 따라 그 법률관계가 틀리게 된다.

간략히 중요한 점을 짚어보면, 항해용선계약과 정기용선계약에서의 운송주체는 선박소유자이지만, 나용선계약에서는 선박임차인이 그 운송주체가 된다. 또한 항해 용선계약과 정기용선계약에서 용선선박의 점유·지배권자 및 선장·해원의 선임·감독권자는 선박소유자이지만, 나용선계약에서는 나용선자이다. 더군다나 제3자에 대한 불법행위 책임자는 항해용선계약에서나 정기용선계약에서는 선박소유자⁸⁸⁾이지만 나용선계약 하에서는 나용선자가 그 책임을 지게 된다.⁸⁹⁾

Ⅳ. 結語

1. 위와 같이 각각의 용선자는 그 용선선박에 대하여 책임을 지는 범위 및 성질이 다르다. 그렇다면 대법원판례와 그에 따르는 이론을 수용한다는 것은 용선계약자체의 성질을 배제할 뿐만 아니라, 동일 선박으로 인한 채무발생시에 선박소유자에게 대항하지 못한다는 것은 선박에 대한

87) 상계서, 92쪽.

88) 정기용선계약 하에서 제3자에 대한 불법행위 책임자에 관하여 우리나라와 일본의 판례와 학설은 취향 약관을 근거로 정기용선자를 위해 손해배상책임의 주체로 본다. 상계서, 96쪽.

89) 자세한 것은 상계서, 94~96쪽 참조.

거래의 안정성에 위협을 가한다고 생각한다.

첫 번째로 실질적으로 정당한 용선자와 정당한 선박 소유자의 경우에 발생하는 정당한 가압류의 경우이다.

각각의 용선자의 정의를 짚어보면, 항해용선자와 정기용선자는 실질적으로 선박을 지배하지 않을 뿐 아니라, 그 선장·해원의 선임권도 갖지 않고 있으며, 그 운송주체도 선박소유자가 가진다. 이에 반하여 나용선자는 기간이 정해져 있는 기간 동안만이라도 실질적으로 선박을 지배하고 있으며, 용선선박의 선장 및 해원의 선임권 및 해임권 및 그 운송주체도 나용선자가 가지고 있으므로 실질적으로 나용선자가 선박을 용선하는 기간 동안은 선박소유자와 같이 취급을 하여야 한다.

위와 같은 성질을 살펴보면, 용선자의 구분 없이 채무자가 용선자인 경우에 받게 되는 결정문의 효력이 선박소유자에게 대항할 수 없다는 의미는 정기·항해용선자에게는 적용되지 않는다고 볼 수 있다.⁹⁰⁾

가령 정기·항해 용선자의 경우 당한 선박가압류의 내용은 선장 및 그 해원에 의해서 선박소유자에게 즉시 전달될 뿐만 아니라, 그 실질적 책임자는 선박소유자이기 때문에 정기·항해용선자를 상대로 한 선박가압류는 선박소유자에게 대항할 수 있다고 보아야 한다.

실무적으로도 용선자 및 선박소유자를 불문하고, 그 선박에 대한 가압류는 그 효과를 발하여져 왔다. 왜냐하면 선박가압류는 장래의 확정판결시까지의 채권 확보·보전을 위한 절차이므로 가압류이의나 본안에 대한 판결시까지 보전절차로써의 의미를 가지기 때문에 법원에서도 그 소유의 여부를 엄격히 확인하지 않는다. 또한 선박우선택권의 경우에는 그 선박으로 인해 발생한 채권으로써, 그 선박에 대하여 발생한 채권임에도 선

90) 1999년 선박가압류협약에서도 자매선의 가압류를 허용함을 밝히고 있다. 이러한 자매선의 가압류는 해사채권을 발생시킨 선박의 소유자뿐만 아니라 그 선박의 임차인·정기용선자 또는 항해용선자이었던자가 소유한 다른 선박에 대해서도 허용된다고 밝힘으로써 비슷한 취지의 내용을 밝히고 있다.

박소유자에게 대항할 수 없다는 것은 이유가 되지 않는다고 본다.⁹¹⁾

2. 두 번째의 경우는 정당한 용선자와 선박소유자가 존재하는데, 그 기재를 잘못된 경우이다. 국내선박의 경우 선박등기부를 통해 그 소유권자가 쉽게 확인될 수 있으나, 외국선박의 경우에는 정당한 선박소유자에 대하여 확인이 쉽지 않다. 외국선박의 가압류시에 주로 참조하는 로이드선박 등록부(Lloyd's Register나 Lloyd's Confidential Register) 등도 선박 등록관계보다는 선박운항 또는 권리관계를 기준으로 기재하고 있을 뿐만 아니라 객관적인 사실과 달리 기재되거나 변동사항을 제대로 반영하지 못한 경우가 많고 선박소유자나 주소는 아예 나타나 있지 않은 경우가 많다. 따라서 외국선박에 대하여 선박가압류를 구하는 채권자가 정당한 선주를 잘못 표시하는 경우가 종종 발생할 수 있다.

이와 관련하여 채권자가 선박소유자를 정기용선자 등으로 잘못 표시하였다 하여 전부 불법가압류로 보는 것에는 문제가 있다. 즉 가압류가 채무자에 대한 대인적 결정이기는 하지만 i) 선박가압류의 경우 선박자체의 운항을 금지하는 대물적 집행에 중점이 있다는 점, ii) 선박소유자가 누구로 표시되든 선장을 통하여 선박소유자에게 가압류사실이 고지되어 방어의 기회가 보장된다는 점 등을 고려하여 선박가압류에 있어서는 채무자표시가 선박소유자와 다르게 기재된 경우에도 선박소유자가 책임을 부담하고 대상선박도 동일하다면 가압류의 효력을 인정하여도 무방할 것이며, 선박 소유자에게도 결정문의 대항력을 가진다고 보아야 할 것이다.

요컨대 선박소유자가 누구로 표시되든 선장을 통하여 선박소유자에게

91) 다만 여기서 문제가 되는 것은 대법원 판시와 달리 선박우선특권에 대한 가압류를 인정할 경우에 같은 취지의 견해가 나올 수 있음을 밝힌다.

가압류 사실이 고지되어 방어의 기회가 보장된다는 점을 감안하여 선박 가압류에 한하여 선박 소유자의 표시에 있어 보다 표시정정을 쉽게 만들 수 있게 할 수도 있을 것이다.⁹²⁾

第3節 便宜置籍船에 對한 船舶假押留

I. 概要

편의치적이란 세무, 노동, 해운정책 등에 기한 국가의 각종 규제를 회피하려는 목적으로 규제가 느슨한 국가에 형식상의 회사(paper company)를 설립한 후 동 회사 명의로 선박의 소유권을 귀속시킨 후 동 국가의 국적을 유지하는 것을 말한다.

이러한 편의치적은 때때로 세계해운질서를 어지럽히고 관리상의 문제도 많아 각국은 이를 여러 가지 방법으로 통제하고자 한다. 그러나 이것은 세계적인 관행으로 정착하였으며, 또한 그 자체가 위법한 것은 아니라는 데 이문이 없다.

이런 편의치적의 실익은 첫째 선박기국의 행정간섭을 피하고, 둘째 선박의 안정성도 선진해운국의 선박 안전법규에 비하면 훨씬 완화되어 있기 때문에 건조비를 절감할 수 있으며, 셋째, 개발도상국의 저임금의 선원을 승선시킬 수 있기 때문에 운항비를 절감시키고 또한 노동조합의 결성과 쟁의를 피할 수가 있다.⁹³⁾

92) 同旨: 권오중, 전계논문, 258쪽; 정혜덕, 전계논문, 102쪽 참조.

93) 박용섭, 전계서, 99쪽.

우리나라 국민 또는 법인이 형식상 회사의 사실상 소유자인 경우 편의치적선은 경제적인 기능 면에서는 사실상 대한민국 선박으로 볼 여지가 있으나, 집행절차의 안전성, 신속성이라는 이념에 비추어 볼 때 외국에 선적되어 있는 선박을 우리나라 선박으로 보아 집행하기는 어렵다고 할 것이다. 실무상으로도 소유자가 선박법이 정하고 있는 한국선박의 소유자와 실질적으로 동일하거나 비슷하더라도 집행절차의 안전성, 신속성이라는 이념에 비추어 볼 때 “실제적으로” 한국선박이라는 이유로 외국에 선적되어 있는 선박을 한국선박과 동일시하여 집행을 한다는 것은 부적당할 것으로 보여진다.⁹⁴⁾

이런 편의치적과 관련된 문제로서는 우리나라 국민 혹은 법인이 형식상 회사의 사실상 소유자인 경우 편의치적선은 경제적인 기능면에서는 사실상 우리나라선박으로 볼 여지가 있고, 위 선박법 규정은 당해 선박의 소유자의 국적에 따라 우리나라 선박과 외국선박을 구별한다는 점에서 사실상 소유자가 우리나라 국민 혹은 회사인 경우 편의치적선을 우리나라 선박으로 볼 것인지, 외국선박으로 볼 것인지에 따라서 집행의 방법 등이 틀리므로 논의가 필요하다.

설사 편의치적선의 사실상 소유자가 선박법이 정하고 있는 우리나라 선박의 소유자와 실질적으로 동일하거나 비슷하더라도 집행절차의 안전성, 신속성이라는 이념에 비추어볼 때 “실제적으로” 우리나라선박이라는 이유로 외국에 선적되어 있는 선박을 우리나라 선박과 동일시하여 집행을 한다는 것은 부적당할 것으로 보여진다.⁹⁵⁾

이러한 편의치적선과 관련하여, 우리나라 대법원은 명목상의 甲회사 소유로 등록된 선박에 대하여 실제소유자인 乙회사를 채무자로 하여 가

94) 서영화, 전계논문, 187쪽.

95) 상계논문, 187쪽.

압류를 한 경우, 乙회사가 위 선박이 甲소유의 선박이라고 주장하는 것은 신의성실의 원칙에 반하거나 법인격을 남용하는 것이라고 하여, 정당한 선주가 아닌 채무자를 상대로 선박가압류를 한 경우에도 등록선주가 채무자와 사실상 동일한 회사로 판명되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 가압류의 효력을 인정하고 있다.⁹⁶⁾

II. 便宜置籍과 法人格否認理論

1. 概要

우리나라 대법원은 해상법분야에서 1988년 소위 편의치적(flag of convenience)에 의하여 외형상 별개의 회사로 되어 있다하더라도 실제로는 사무실과 운영진 등이 동일하다면 별개의 법인격임을 주장하여 책임을 회피하는 것은 신의성실의 원칙에 위반하거나 법인격을 남용하는 것으로 허용될 수 없다고 하여 법인격부인이론을 채택하는 판결을 하였으며 1989년 이를 재차 확인하는 판결을 한 바 있다.⁹⁷⁾

대법원은 위 판결 이전에는 이에 대한 명백한 태도의 표명을 유보하는 소극적 태도로 일관하여 왔던 것이나, 위 판결로써 법인격부인이론이 적용되는 사례가 되었다고 할 수 있다.⁹⁸⁾

이러한 편의치적선은 세계해운의 질서를 어지럽히고, 선박관리상의 문제로 수많은 해상사고를 일으키므로 이를 근절하려는 시도가 유엔 등

96) 대법원 1988. 11. 22. 선고, 87다카1671판결; 대법원 1989. 9. 12. 선고, 89다카678판결.

97) 위 판결들은 회사의 회사간의 관계에 대한 것으로 회사와 그 배후의 사원간의 관계를 규율하기 위한 본래의 법인격부인이론과는 다소의 차이가 있다. 정해덕, 진계논문, 104쪽.

98) 정동윤, “법인격부인이론에 관한 대법원판결의 추이”, 변호사 20집, 1986년, 195~196쪽.

많은 기관으로부터 있어 왔으나, 실제적인 조치를 취하지 못하고 이를 하나의 관행으로 인정되어 현재까지 이어져 오고 있다.⁹⁹⁾

이하에서는 이러한 대법원판례의 추이에 발맞추어 법인격부인이론을 먼저 살펴보고, 편의치적선에 대한 선박가압류의 집행대상으로서의 타당성 및 문제점 등에 관하여 살펴보고자 한다.

2. 法人格否認理論의 概念 및 根據

1) 定義

법인격부인이론은 19세기 후반부터 미국의 판례에 의해 생성·발달된 것으로 법인격은 그것이 “공공의 편익을 해하거나, 위법을 정당화하거나, 사기를 비호하거나, 범죄를 옹호하기 위해” 이용되었을 때는 부인되어야 한다는 것을 기본입장으로 하여 전개되어왔다.¹⁰⁰⁾ 회사에 관하여 그 형식적 독립성을 관철하는 것이 정의·형평의 이념에 반하는 결과로 되는 경우 회사의 존재를 전면적으로 부정하는 것이 아니고 그 법인으로서의 존재를 인정하면서 그 특정한 사안에 한하여 회사의 독립된 법인격을 부인하고 회사는 사원의 결합으로 보아 구체적으로 타당한 해결을 시도하려고 하는 이론이다.¹⁰¹⁾

2) 根據

법인격부인의 법리를 인정하는 실정법상의 근거에 관하여는 몇 가지 의견이 있다.

99) 김인현, 해상법연구,(서울:삼우사, 2002), 207쪽.

100) 이철송, 회사법강의,(서울:박영사, 2004). 46쪽.

101) 강종쾌, “법인격부인”, 이상운 “선박에 대한 강제집행에 관한 실무상의 문제점” 재판자료 제36편, (서울:법원행정처 1989년), 15쪽; 정동윤 전계논문, 196쪽.

첫 번째로 권리남용금지의 법리에 근거를 구할 수 있다고 하는 의견¹⁰²⁾(민법 제2조2항),

두 번째로 신의성실의 원칙에 근거를 찾는 입장¹⁰³⁾(민법 제2조1항),

세 번째로 회사에 비하여 법인격을 부여한 입법취지(상법 제171조 1항)와 권리남용금지에 관한 민법 제2조 2항을 근거로 보는 입장¹⁰⁴⁾ 등이 있다.

이상의 내용을 살펴 봤을 때, 법인격의 독립성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반한다는 등의 사유가 있을 때 상대방 보호를 위하여 인정되는 이론이므로 그 실정법상의 근거는 권리남용과 신의칙을 규정한 민법 제2조에서 구하는 것이 가장 무난할 것이다.¹⁰⁵⁾

3) 要件

법인격부인이론을 어떠한 경우에 적용할 수 있는가 즉, 어떠한 요건이 있을 때에 회사의 독립된 법인격을 부인할 수 있는가에 관하여는 각국의 판례와 학설상 아직 정설이 없는 실정이다.¹⁰⁶⁾

외국에서는 채권자 사해행위, 계약상의 의무위반행위, 탈법행위, 신의칙위반내지 권리남용행위에 이 이론이 적용되고 있고, 그 요건으로서는 회사와 사원사이에 재산과 업무가 서로 혼동되어 있거나, 사원이 회사를 완전히 지배하고 있을 것, 예컨대 회사를 위하여 따로 회계가 구분되어 있지 않고 주주총회·이사회 등 회사법적 절차가 무시되고 있어서 회사가

102) 정동윤, 회사법, (서울:법문사, 1998), 32쪽.

103) 이철송, 전게서, 51쪽; 권기범, 법인격부인의 법리, 고시계 1996. 7, 157쪽.

104) 최기원, 상법학신론(상), (서울:박영사 2003년) 383쪽.

105) 同旨; 강종쾌, 전계논문, 17~20쪽; 정해덕, 전계논문, 107쪽.

106) 미국의 판례가 내세우는 2가지, 첫째 주주에 의한 회사의 완전한 지배이다. 재산과 업무의 상호혼용과 자본불충분이 중요한 고려요소이다. (이를 형태요건이라 한다.) 둘째, 계약·신의칙·법령위반 등의 불공정행위가 있어야 한다(이를 공정성 요건이라 한다). 정동윤, 전게서, 31쪽.

사원의 개인기업인 실질을 띠고 있을 것, 회사의 자본액이 그 경영하려는 사업의 규모와 성질에 비추어 현저하게 부족한 것, 법인격이 법률의 적용을 회피하기 위하여 남용되었을 것 등을 들고 있다.

사원에게 회사의 법인격을 남용하려는 고의, 즉 주관적 요건이 있어야 하는가에 관하여는 과거에는 이를 요구하는 것이 보통이었으나, 최근에는 이를 요구하지 않는 방향으로 흐르고 있다.¹⁰⁷⁾

각국의 판례를 보면 법인이 무대에 등장하기만 하면 곧바로 법인격부인이론을 적용하여 문제를 해결하는 경향이 있어 법인격 부인이론이 지나치게 널리 적용되는 감이 있다. 그리하여 이에 대한 반동으로써, 법인격부인이론은 사실인정, 계약의 해석, 법규의 해석 등 기존의 법이론을 해결할 수 없는 경우에 최후의 수단으로써 적용되어야 한다는 것이 최근의 판례와 학설의 입장이며, 이를 법인격부인 이론의 보충성이라 한다. 이에 의하면 종래의 사법이론으로서 정말 해결할 수 없는 경우란 회사와 사원사이의 재산과 업무의 상호혼동과 회사의 자본부족의 경우라고 좁게 해석하여야 할 것이다.

4) 效果

법인격부인이론이 적용되는 경우 회사의 법인으로서의 존재자체에는 영향이 없으나, 당해 사안에 관한 법률관계에 한하여 회사의 법인격이 없는 것과 같이 취급된다. 그러므로 예컨대 회사의 거래 상대방은 회사의 배후에 있는 개인에 대하여 책임을 물을 수 있게 되는 것이다.

특정한 경우에 문제된 회사의 법인격이 부인되면 그 회사의 독립성이 부정되므로 회사와 사원은 법적으로 동일한 실체로 취급된다. 법인격부인의 효과는 회사의 독립성이 부정되는데 있고 이것은 회사와 사원의 분

107) 정동윤, 전제논문, 197~198쪽.

리원칙이 부정되는 것을 의미하지만 그 분리원칙이 의미하는 것은 다양하므로 그 효과도 다양하게 나타난다.

법인격 부인이론이 소송법상으로 기관력과 집행력의 확장까지도 가져오는가에 관하여는 다툼이 있다. 즉 회사에 대한 채무명의를 가지고 사원의 개인재산에 대하여 강제집행을 할 수 있는가의 문제이다. 절차의 형식·명확·안정을 위하여 이를 부정하는 견해가 많고, 우리나라 대법원과 일본최고재판소의 판례도 같다.¹⁰⁸⁾

그러나 회사가 전혀 형해에 불과하여 배후자에게 독자적인 소송수행을 허용하여 그의 절차권을 보장할 필요가 없는 경우에는 그 판결의 기관력이 타방에게도 미친다고 보아도 무방할 것이다. 또한 제3자 이의의소는 강제집행 절차편에 규정되어 있지만, 집행목적물이 채무자의 책임재산에 속하는지 여부를 실질적으로 심리하는 판결절차에 속하므로 이 경우에는 법인격부인이론의 적용을 긍정하는 것이 옳을 것이다.

요컨대 법인격부인의 효력은 실체법상으로만 인정된다. 즉 소송절차 내지 강제 집행절차에 있어서는 판결의 기관력 및 집행력의 범위를 확장하는 것은 허용되지 않는다.¹⁰⁹⁾ 절차의 명확성과 안정이 중시되기 때문이다.

3. 重要判例評釋과 結語

1) 主要 判例

108) 대법원 1995. 9. 12. 선고, 93다44531판결 ; 일본판결, 일최판 1978. 9. 14, 판례시보 906, 88쪽.

109) 손주찬, 상법(상), (서울:박영사 2001년), 455쪽.

(1) 대법원 1977. 5. 24. 선고 76다 1688, 1689판결

(a) 위 판결은 원심인 서울고등법원에서 법인격부인이론을 적용하여 해결한 사건에 관하여 상고를 기각하면서도 법인격부인이론의 당부에 관하여는 아무런 판단을 하지 않고 1인 회사에 있어서는 1인주주가 결정하면 그것으로 충분하고 주주총회의 특별결의가 필요 없다고 판시하고 있다.

(b) 이 사건에 있어서 법인격부인 이론은 이전의 사법이론에 의한 해결이 불가능한 경우에 최후의 수단으로 원용되어야 하므로 이 사건의 경우 굳이 법인격부인이론에 의하지 않더라도 1인 회사에 있어서의 1인주주의 의사결정은 바로 주주총회의 특별결의에 대치되는 것으로 해석할 수 있고, 따라서 주주총회의 특별결의가 가지는 의의를 합리적으로 해석함으로써 같은 결론에 이를 수 있는 것이다.¹¹⁰⁾ 그러므로 이 사건에서 대법원이 굳이 법인격부인이론이라는 비상수단에 호소하지 않은 것은 타당하다.¹¹¹⁾

(2) 대법원 1977. 9. 13. 선고, 74다954 판결¹¹²⁾

(a) 피고가 소외회사의 대표이사로서 위법 또는 부당한 절차에 의하여 회사 운영상 필요로 하는 주주총회 등의 절차를 무시하고 등한시 하였다고 인정하기 어렵다면 위 회사를 “형해”에 불과하다고 하여 그 법인격을 부인할 수 없다.

(b) 이 사건에 있어서 당해 주식회사가 형해에 불과한 것이 아니라는

110) 同旨; 대법원 1976. 5. 11. 선고, 73다52판결.

111) 정동윤, 전제논문, 202~203쪽.

112) 서울 고법 1974. 5. 8, 72나2582 사건.

사실을 근거로 법인격을 부인한 원심을 파기하고 있다. 여기서 주의할 것은 이 대법원의 판결은 회사가 실제에 형해에 불과한 경우 또는 법인격을 남용하는 것이 인정될 경우에도 법인격부인이론의 적용을 거부함을 판시하고 있는 것은 아니라고 하는 점이다.¹¹³⁾ 이 판결로 말미암아 법인격부인이론은 사실상 그 적용이 어려워지고 실무가들도 이 이론에 의한 문제의 해결을 꺼리게 된 계기가 되었다고 한다.¹¹⁴⁾

(3) 대법원 1988. 11. 22. 선고, 87다카1671 판결

(a) 가. 선박회사인 갑, 을, 병이 외형상 별개의 회사로 되어 있지만 갑 회사 및 을 회사는 선박의 실제상 소유자인 병회사가 자신에 소속된 국가와는 별도의 국가에 해운 기업상의 편의를 위하여 형식적으로 설립한 회사들로서 그 명의로 선박의 적을 두고 있고 (이른바 편의치적(便宜置籍)), 실제로는 사무실과 경영진 등이 동일하다면 이러한 지위에 있는 갑회사가 법률의 적용을 회피하기 위하여 병회사가 갑회사와는 별개의 법인격을 가지는 회사라는 주장을 내세우는 것은 신의성실의 원칙에 위반하거나 법인격을 남용하는 것으로 허용될 수 없다.

나. 선박우선택권 있는 채권자는 선박소유자의 변동에 관계없이 그 선박에 대하여 채무명의 없이도 경매청구권을 행사할 수 있으므로 채권자는 채권을 보전하기 위하여 그 선박에 대한 가압류를 하여둘 필요가 없다.

(b) 대법원판결은 실제의 선박소유자가 강제집행 기타 법률의 적용을 회피하기 위하여 형식상 별개인 세 개의 회사를 설립하고, 그 중 하나의 이름으로 선박수리를 의뢰하고 수리비를 지급하지 않아 선박이 가압류되

113) 손주찬, 전게서, 453쪽.

114) 정동윤, 전게논문, 206쪽.

자 다른 회사의 이름으로 제3자 이의를 하여 수리비의 지급을 면탈하려고 획책하는 것은 원고회사가 법률의 적용을 회피하기 위하여 그 법인격을 남용하는 것으로서 허용되지 않는다고 실시하고 있다. 이 판결은 대법원이 법인격부인이론을 최초로 정면으로 인정한 것이라는 점에서 그 의의가 매우 크다. 그리고 이 판결은 법인격부인의 근거를 신의칙 위반 내지 권리남용금지의 법리에서 구하고 있다. 그러나 이 사안의 해결을 위하여 꼭 법인격부인이론을 원용이 필요했는지 및 이 사안에서 확정된 사실만으로 원고회사의 법인격을 부인하는데 충분한가에 관하여는 의문이 있다.¹¹⁵⁾

우선 선박수리비 채권이 선박우선평권 있는 채권에 해당하는가의 문제이다. 이것은 국제사법 제60조의 규정에 따라 이 사건 선박의 선적국인 리베리아법에 의하여 해결할 것인 바, 선박우선평권이 인정된다면 선박소유자가 책임을 부담하게 되므로 가압류신청의 채무자표시가 다르게 기재되었다 하여 굳이 가압류를 불허할 이유는 없을 것이다. 따라서 무리하게 법인격부인의 법리를 원용하지 아니하더라도 선박우선평권 있는 채권자는 그 소유자가 누구이든 그 수리한 선박자체를 압류할 수도 있는 것이므로 선박가압류 및 선박우선평권의 이론으로 해결할 수 있을 것이다. 요컨대 선박우선평권의 내용으로 인정된다면 선박임의경매 등의 방법으로 인하여 손쉽게 해결할 수 있음에도 불구하고 무리하게 법인격부인의 법리를 원용하였다고 볼 수 있다.

둘째, 대법원은 법인격부인의 근거로써 직접적으로는 사무실과 경영진이 동일하다는 사실과 원고회사는 이진 선박의 실제상 소유자인 갑회사가 편의치적을 위하여 설립한 회사라는 사실만을 확정하고 있고, 나아가 편의치적의 배경·목적만을 설명하는데 그치고 있다. 이 사건에서 갑회사와 원고회사의 주주가 누구인지, 그들이 누구의 지배를 받는지, 양자 사이에 회사법적 형식이 각각 별개로 행하여지고 있는지, 양 회사의 자

115) 상계논문, 208~209쪽.

본은 충분한 지 등에 관하여는 아무런 언급이 없다. 대법원이 원고회사 또는 갑회사의 법인격을 부인하려면 그것을 부인할 수 있는 요건이 좀 더 구체적이고 상세하게 밝혀지지 않으면 안된다. 양회사의 사무실이 같고 운영진이 동일하다는 이유만으로는 양 회사의 독립된 법인격을 부인할 이유가 되지 않는 것이다.

원고의 법인격이 법률의 적용을 회피하기 위하여는 단순히 법인격이 남용되었다고 실시하는 것만으로는 불충분하며, 어떠한 사실관계에 비추어 볼 때에 그 법인격이 남용된 것으로 되느냐를 밝혀야 된다. 편의치적 자체가 위법한 것은 아니기 때문이다. 그것은 대법원이 “선박의 편의치적이라는 일종의 편법행위가 용인되는 한계를 넘어서”라는 판시하고 있는 데서도 알 수 있다. 대법원은 원고회사가 갑회사의 채무를 면탈하기 위한 불법목적 달성을 위하여 이용되고 있다고 실시하고 있는바, 그렇게 인정하게 된 사실관계는 역시 분명하지 아니하다.¹¹⁶⁾

(4) 대법원 1989. 9. 12. 선고, 89다카678 판결

(a) 선박을 편의치적하여 소유, 운영할 목적으로 설립한 형식상의 회사(Paper Company)가 그 선박의 실제소유자와 외형상 별개의 회사이더라도 그 선박의 소유권을 주장하여 그 선박에 대한 가압류집행의 불허를 구하는 것은 편의치적이라는 편법행위가 용인되는 한계를 넘어서 채무를 면탈하려는 불법목적 달성을 하려고 함에 지나지 아니하여 신의칙상 허용될 수 없다.

(b) 이 사건 대법원 판결도 위 1988년 대법원판결의 평석에서 제시한 문제점들을 내포하고 있다. 그러나 위 판결은 가압류채권이 당해 선박에

116) 정해덕, 전계논문, 115쪽.

관하여 발생한 것이 아니라는 점에서 선박우선택권의 성립문제는 제기되지 아니하였으며 위 1988년 대법원판결과 달리 법인격남용을 명시적으로 표현하고 있지 않다. 이는 결국 대법원이 외국에서 발전된 법인격 남용론을 도입하지 않고도 신의칙이론으로 사건을 해결할 수 있다고 본 데서 기인한 것이 아닌가 생각된다.¹¹⁷⁾

2) 結語

대법원은 법인격부인이론을 적용함에 있어서 법인격부인이론을 적용하여야 하였던 사건에서는 이를 적용하지 않고, 이 이론에 의하지 않고도 해결이 가능한 것으로 보이는 사건에서는 법인격부인이론을 적용한 것은 문제이나, 어쨌거나 대법원이 편의치적선에 대한 선박가압류에 관한 사건에서 법인격부인이론을 채택하고 그 이론적 근거를 제시한 것은 큰 의의가 있다고 할 것이다.

영국에서는 “piercing the corporate veil” 또는 “lifting the corporate veil”이리하여 선박집행과 관련하여 법원이 명목상의 소유자 뒤에 숨은 진정한 소유자를 파악할 권한이 있는 것으로 해석하며, 회사의 형식이 진정한 소유자를 모호하게 하기 위한 고의적 의도로 이용되거나 회사구조가 단순한 껍데기에 불과한 경우 등에 법인격을 부인한다.¹¹⁸⁾ 그러나 실제상으로는 하나의 선박만을 소유하기 위하여 설립된 소위 “one ship company”의 적법성을 인정하고 사기의 개입이 증명되지 아니하는 한 법인격의 부인을 꺼리고 있다.¹¹⁹⁾

우리나라에서도 일찍부터 학자들에 의하여 법인격부인이론의 정당성

117) 이주홍, “법인격부인과 신의칙위반”, 사법행정 제360권, 1990. 12, 79~83쪽 참조.

118) Chorley&Giles, Shipping Law 8th Ed. Condon, Pitman 1987, pp.77~78.

119) The Evpo Aqnic,(1989)1 Weekly Law Reports 127 ; The Glastnos,(1991) 1 Lloyd's Rep. 482 각 참조.

과 그 도입의 필요성이 역설되어 왔고, 앞으로도 법률실무가들이 이 이론을 적극적으로 활용함으로써 회사제도를 이용하여 회사의 배후에서 책임을 회피하려는 악덕기업인으로부터 선의의 피해자를 보호하도록 노력하여야 할 것이다. 그러나 이 이론의 구체적인 적용요건이 모호하여 남용의 소지가 있음도 부인할 수 없으므로 그 적용요건을 엄격히 하는 한편 다른 방법으로 구제방법이 없는 예외적인 경우에만 법인격부인을 원용하도록 허용하는 보충성이 엄격히 지켜지도록 노력하여야 할 것이다.

第4章 船舶假押留의 船舶執行節次上の 問題

第1節 船舶假押留의 制限 (商法 第 744條)에 關한 問題

I. 立法趣旨와 問題點

1. 沿革 및 立法理由

상법 제744조는 본문은 ‘항해의 준비를 완료한 선박과 그 속구는 압류 또는 가압류를 하지 못한다’고 규정하고 있다.

이러한 항해의 준비를 완료한 선박에 대한 압류 등의 허용여부에 대하여 입법체제는 대립적 경향을 보이고 있다.

일본 상법(제689조)과 우리나라 상법이 규정하는 압류 등 금지규정은 독일 상법(제482조)의 규정에 따른 것이다. 독일법계뿐 아니라 구 프랑스상법(제214조)에 영향을 받은 프랑스법계에서도 압류 등을 금지하고 있다.¹²⁰⁾

프랑스법계와 독일법계와의 사이에 다소 차이가 있으나, 대륙법계에서는 일반적으로 이 원칙이 인정되고 있다.

이에 반해 영미법에서는 압류, 가압류의 금지가 인정되지 아니할 뿐 아니라 어떤 경우에는 이미 출항한 선박을 압류하는 것도 인정하고 있

120) 윤배경, “선박의 압류, 가압류금지규정에 대한 타당성 검토”, 해양한국 1993년 6, 39쪽.

다. 영미법이나 ‘벨기에’, ‘네덜란드’, ‘스칸디나비아’ 제국에서 이와 같이 출항준비완료선박의 압류를 인정하는 것은 통신수단이 발달한 현재에서는 쉽게 담보제공이 가능하고 대선에의 선적도 가능하고 용이하다는데 그 이유가 있다.

이러한 압류금지규정은 대륙법계에서 주로 2가지로 설명되고 있다.

첫째는 채권자가 선박의 항해준비가 완료될 때까지 권리행사를 해태하였으므로 이러한 채권자를 보호할 필요가 없다는데 있고, 둘째는 선주, 선원, 승객, 선하관계인 등 다수의 이해관계인의 불측의 손해를 방지하여 일반통상의 이익을 보호하고자 하는 점에 있다.¹²¹⁾

즉 다수의 선박이해관계인의 이익을 희생시키면서까지 항해의 준비를 완료할 때까지 그 권리행사를 해태 채권자를 보호하는 것은 권리보호의 형평성을 상실한다는 것이다.

따라서, 앞서 본 바와 같이 상법 제744조 단서의 항행의 준비를 위한 채무에 한하여 압류 등을 허용한 예외규정의 입법취지도 상기 첫째 이유에 따른 것이다.¹²²⁾

그와 더불어 이러한 채권을 통하여 선박이 항해의 준비가 이루어졌으므로 관계된 채권의 보호를 위해 다수의 이해관계인의 이익을 희생하더라도 반드시 권리보호의 형평성을 상실한다고 할 수 없다는 점도 반영되어 있다고 한다.

2. 立法趣旨上의 問題點

121) 배병태, “선박담보물권에 관한 비교법적 연구”, 한국해양대학 논문 제6편, 학위논문, 1971, 68쪽.

122) 관계된 채권은 출항의 직전 또는 직후에 발생하는 것이 보통이고, 항해준비의 완료 전에 권리를 행사한다는 것은 사실상 곤란하다는 것이다. 따라서 채권자에 대하여 권리행사의 해태라는 비난요소는 적다할 것이다.

항해의 준비를 완료한 선박에 대한 압류 등 금지규정에 대한 입법적 배경은 오늘날 허상 경영적 측면에서 아래와 같이 재검토를 요한다고 하겠다.

1) 첫째, 현행법 제정당시와 현대의 해사사정의 차이이다. 우리나라 및 일본법의 모법인 독일상법(1861년, 1897년), 프랑스상법(1807년)의 제정당시, 입법자가 염두에 두었던 해사사정은 범선의 부정기적인 운항, 즉 풍래경영이었다. 즉 화물이 나오는 지역을 향하여 항행을 할 것인가 아니면 계선을 할 것인가를 결정하여야 했다. 만일, 일단 항해준비를 마친 선박이 압류를 당하면 선주는 물론 다른 선박을 용이하게 구할 수 없는 적하관계자, 승객 등이 입을 손해는 상당히 컸던 것이다.

그러나 정기선경영, 선박수의 증대, 기계화의 발전 등을 이룩한 현재에는 그 사정이 일변하였다고 할 것이다.

둘째, 압류 등 금지는 채권자의 권리행사의 제한이므로 선박금융을 압박하는 것이다. 담보물인 선박의 이동성, 위험성 등의 면에서 볼 때 선박금융은 상당히 취약점을 지니고 있는데도 불구하고 이러한 선박금융상의 난점에 덧붙여 본 조와 같은 압류 등 금지규정이 존재한다는 것은 선박소유자의 입장에서도 반드시 유리한 것이라 말할 수 없다.

셋째, 대륙법과 달리 영미법은 전통적으로 압류금지를 규정하고 있지 아니하다. 그 결과 영미의 선박은 대륙법계의 국가에서 압류를 당하지 아니하는데 대하여 대륙법계국가의 선박은 영미에서 압류를 당하는 경우가 생긴다. 즉 압류금지는 자국의 채권자를 불리하게 만드는 제도이다.

2) 그리고 압류 등 금지의 입법취지 역시 반드시 절대적, 결정적이지는 않다.

첫째, 현행 소송제도는 집행의 기초가 되는 판결의 획득에 상당한 시일을 요하고 권리의 실현에 열의가 있는 채권자라도 항해준비완료까지

그 권리실현을 위한 절차가 완료되지 않는 경우도 적지 않게 발생한다. 상법 제744조가 소멸시효, 제척기간 등과 같이 채권자의 권리행사 해태를 문책하거나 법률관계의 조속한 안정을 도모하거나 하는 실체법적 규정이 아닌 바에야 절차법적 수속의 지연을 이유로 그 권리행사를 금지하는 것도 어색하지 않을 수 없다.

둘째, 선박충돌에 의한 손해배상채권이나 공동해손, 해난구조의 경우에 발생하는 채권은 항해준비를 완료한 후 항행을 개시한 후에 비로소 발생하는 것인데, 이 경우 준비 완료 전에 압류 또는 가압류를 하는 것은 불가능하다. 따라서 채권자 입장에서는 권리행사의 해태라고 하는 압류 등 금지의 첫 번째 입법이유는 결코 존재하지 아니한다.

3. 實務上 商法 第744條의 適用에 對한 觀點

실무에서는 가압류 등을 하고자 하는 선박이 현재 압류 등을 신청하는 법원의 관할구역내의 출항준비미완료보고서에 대한 사실을 증명하는 채권자의 대리인 혹은 이해관계인의 보고서를 요구하고 있다. 그 근거가 상법 제744조의 규정에 따른 것이다.

그런데, 이 출항준비미완료증명서는 내용이란 것이, 예컨대, '본 선박은 OO항에 정박 중이며, 당분간 출항예정이 없으며, 현재 출하준비를 하지 않고 있음을 증명함'이라든가 '……의 연유로 당분간 출항예정이었으므로 그 준비가 없음' 등 그 내용이 추상적인 것이 다반사이다. 이 증명서는 보통 해운항만청에서 발행하는 것을 원칙으로 하나 채권자 측의 대리인, 당해선박대리점, 보험회사 등의 보고서로도 가능하다.¹²³⁾ 결국 그 증명서의 작성이 채권자나 그 작성자의 임의에 맡겨질 가능성이 크다 하지 않을 수 없다.

123) 남기정, 실무실례특수보전절차(상), (서울:육법사, 1986), 186쪽.

더욱이 실무상 이러한 관행이 반드시 지켜지고 있지도 않은 듯하다. 즉 채권자가 곧 채무자의 선박(특히 외국선박의 경우)이 머지않아 출항할 우려가 있다는 이유로 가압류 등을 조속히 집행해 줄 것을 요구하는 경우 이러한 미출항증명원 없이도 신속히 가압류 결정과 집행이 이루어지는 사례도 적지 않다. 오히려 선박이 현재 법원의 관할구역내의 항구에 정박하고 있는 것이 확실하면 이러한 서류가 없더라도 가압류 등을 개시할 수 있겠지만 법원의 조사를 편리하게 하기 위하여 제출하는 것으로서의 의미밖에 없다. 따라서 미출항증명원이 없다는 이유로 압류 등 신청을 각하할 수는 없을 것으로 해석되고 있다.¹²⁴⁾

또한 선박의 충돌이나 적하의 손해 등에 기초한 손해배상청구권에 대해서는 많은 경우 선박의 선체보험자 또는 P&I 클럽이 압류 등을 풀하기 위해 채권자에게 보증장을 제출하는 경우가 많다. 따라서 이런 종류의 선박에 대한 가압류 등은 감소하고 있다.¹²⁵⁾

문제는 외국선박에 대한 내국 수리업자, 물품공급자, 대리점 등의 채권에 대하여 미리 전도금을 확보하기도 하나 반드시 그러하지 않는 경우도 적지 않다. 그와 같은 경우 변제는 절차상 오랜 시간을 요하는 경우가 많은데, 결국 변제가 되지 아니하여 다급하게 가압류를 하는 경우에는 이러한 압류 등 금지규정이 커다란 장애가 된다. 가압류 등 사건의 대부분은 이러한 종류의 채권이다. 그에 반해, 영미법이 지배하는 곳에서는 국적여부를 묻지 않고 간단히 압류할 수 있어 형평에 맞지 아니한다.

그만큼 상법 제744조는 실무에 있어서도 실효성이 적다고 볼 수 있다.

124) 상계서, 186쪽.

125) 물론 무보험선박이나 범선 등의 경우에는 그렇지 않을 것이다. 그러나 오늘날 해운업계의 실정에서 볼 때 무보험선박의 경우가 오히려 예외적이다.

II. 商法 第 744條의 解釋

1. 航海準備完了의 意味

일반적으로 선박의 즉시 출발을 가능하게 하는 사실상·법률상의 전제조건을 충족할 때 항해준비를 완료한 것으로 보고 있다. 그러나 사실상, 법률상의 전제조건을 어떻게 해석하느냐에 따라 압류 등의 금지가능시기가 유동적으로 변하게 된다(즉 항해의 준비를 완료한다는 상태는 발항의 순간에 갖추어져야 할 것이므로 만약 이러한 이론을 엄격히 관철시킬 경우 채권자는 대다수의 경우에 있어서 선박의 압류 또는 가압류를 행할 수 있게 된다). 이에 대해 본조의 입법조치를 강조하여 그 요건을 완화하여 관대히 해석하는 견해가 있으나 대체로 엄격히 해석함이 보통이다. 즉 화물의 선적이나 승객의 승선이 완료되고 출항허가서까지 교부받은 상황 또는 목적하는 항행에 대하여 필요한 상당의 객관적 준비를 갖춘 의미로써, 예컨대 부정기 화물선에 있어서는 선원의 승선, 화물의 적하, 석탄, 음료품의 탑재, 출항 및 도항수속의 완료를 의미하는 것으로 보고 있다.

하지만 ‘항해의 준비의 완료’의 정의와 관련하여 예컨대 ‘항해의 준비’라 함은 목적하는 항해에 대하여 필요한 상당의 객관적 방법을 정비한다는 의미이다. 그런데 어떠한 선박이 ‘항해의 준비를 완료한 선박’이냐에 대하여는 사실상 명확한 한계가 없다.¹²⁶⁾

126) 예컨대, 프랑스 구 상법 제 21조 제 215조 제 2항은 ‘선장이 그 항해를 위해 필요한 선적서류-예컨대 선박국적증서, 해원명부, 적하명세서, 세관에 의해 교부되는 서류 등을 구비하는 때를 항해의 준비를 완료한 것으로 간주한다’ 하고 있고, 이태리 상법 제 851조 역시 같다. 또 브라질 상법 481조는 선박이 그 탑재능력의 4분의 1이상을 선적한 때에는 사법상의 채권으로 인한 압류등을 할 수 없다고 한다. 이러한 형식적 규정이 있는 경우 우리나라 상법에서와 같은 한계결정의 곤란내지 불명확한 결점은 일응 제거 될 것이나 실질적인 관점에서 문제가 없는 것은 아니다. 윤배경, “선박의 압류, 가압류금지규정에 대한 타당

2. 押留 등 禁止 期間.

압류 등 금지의 기간은 출항항에서 항해의 준비를 완료할 때부터 그 선박이 현재 종사하는 당해 운송계약의 종료시 그 항해의 종료시까지 계속된다고 해석하고 있다. 따라서 중간항에 정박하는 경우, 그 항에서 적하의 일부를 양륙 또는 다른 적하를 선적하는 경우, 발항 후 풍랑 등으로 말미암아 일시 출항항에 기항하거나 피항항에 입항할 경우 또는 그 항에서 수리를 하는 경우 등에 있어서도 채권자는 압류 등을 하지 못한다고 함이 일반적 견해이다.¹²⁷⁾

그러나 선박이 항해의 준비를 완료한 후에 운송계약의 전부가 해제되는 경우, 선박이 중간 항에서 적하의 전부를 양륙한 경우, 운송계약이 종료되는 경우 등에는 압류 또는 가압류 할 수 있다고 한다. 선주를 비롯한 선원, 승객 또는 적하이해관계인 등 다수의 이해관계인이 일반적 이익을 보호할 계기가 사라졌다고 해석하기 때문이다.

또한 다른 항에서 선적항으로 회항하여 운송에 종사해야 할 선박은 그 선적항에서 항해의 준비를 완료할 때까지 압류 등을 할 수 있다고 해석한다.

그리하여 압류 등 금지규정은 출항 항에 있어서 항해의 준비를 완료한 선박이 이후 항해가 계속되는 동안 운송계약의 완료에 의해 모든 적하의 양륙이 완료되지 않는 한 압류 등을 당하지 않는다고 하는 점에서 실질적 의의가 있는 것으로 해석한다.¹²⁸⁾

압류, 가압류의 피보전권리에 있어서는 채권적 청구권의 경우에 본조

성검토”, (서울:해양한국, 1993년 6), 43쪽.

127) 한영균, 전제논문, 26쪽.

128) 한편 더 나아가 법문의 명문규정이 없으므로 선박이 출항항에 있는 것과 중간항에 있는 것과 문제되지 아니하므로 중간항에서 수선을 받거나 선적 등을 하고 있는 선박은 항해의 준비를 완료한 것으로 볼 수 없고 따라서 중간항에서 압류가 가능하다는 소수설도 대두되고 있다.

의 적용이 있으되, 물권적 청구권, 예컨대 소유권에 기한 청구권 또는 점유권에 기한 청구권에는 그 규정의 적용 또는 준용되지 않는다고 한다.¹²⁹⁾

참고적으로 상법 제744조는 항해의 준비를 완료한 선박에 대한 가처분을 하는 경우에는 적용되지 않는다고 해석함이 통설이다. 가처분은 금전의 지불을 목적으로 하지 않는 청구를 위하여 강제집행의 결과를 보존하기 위해 계쟁물에 대한 강제처분 또는 다툼이 있는 법률관계에 있어서 가처분을 정하는 필요가 있는 경우에 인정되는 것이므로 본조의 제한은 적용내지 준용되지 않는다고 한다.¹³⁰⁾ 이러한 해석은 앞서본 바와 같은 물권적 청구권에 의한 압류 등의 경우에 대하여 본 규정이 적용 또는 준용되지 않는다는 설과 합치된다고도 한다.

3. 例外債權(商法 第744條 但書의 解釋)

항해의 준비를 완료한 선박에 대한 위와 같은 압류금지의 규정은 그 “항해를 준비하기 위하여 생긴 채무”에 관하여는 그 적용이 없는 바, 항해를 준비하기 위하여 생긴 채무란 예컨대 항해 준비에 필요한 선박의 장비, 식량과 연료 등에 관한 채무를 말한다 할 것이다. 이러한 채권들은 실제로는 발항 직전에 발생한 것이어서 선박의 발항준비 완료 이전에 그 행사를 요하는 것은 채권자로 하여금 권리행사에 큰 곤란을 겪게 하는 것이기 때문에 위와 같은 압류금지의 예외를 인정한 것이다. 이와 같은 발항준비를 위하여 생긴 채무는 최초의 출항에서 생긴 채무 뿐만이 아니라 도중항에서 발생한 채무도 포함한다고 해석함이 마땅하다.¹³¹⁾ 그러

129) 윤배경, 전제논문, 45쪽.

130) 상계논문, 45쪽.

131) 반대의견으로는 폭넓은 채권은 선박우선택권의 담보채권이고, 선박충돌의 보험 처리로써 문제가 생기지 아니하며, 만일에 압류·가압류 금지의 예외채권을 확대하게 되면 압류·가압류 금지규정인 상법 제 744조 본문, 파산법 제 38조 제2

므로 선박의 기항지에서는 원칙적으로 선박을 압류할 수 없지만 그 기항지에서 향후의 항해준비를 위하여 생긴 채무에 관하여서는 압류할 수 있다고 할 것이다.¹³²⁾

4. 第744條의 解釋과 關聯한 立法傾向

1. 항해의 준비를 완료한 의미를 항해에 대하여 필요한 상당의 객관적 준비를 갖춘 것으로 해석한다고 하여도 그 불분명성은 언제나 남는다. 이를 극도로 엄격히 해석할 경우라면 선박이 현실적으로 항해를 개시한 경우 이외에는 항상 압류 또는 가압류를 할 수 있다는 것이 되어 버리는 결과가 발생한다.¹³³⁾ 이는 제744조 본문을 사실상 사문화시킬 우려가 있다는 점에서 그 의도의 합리성은 별론으로 하고, 해석론상으로는 의문이 제기된다.

2. 피보전 청구권이 소유권이나 점유권에 기한 것일 경우 본문의 적용이 배제되어 결국 순수한 채권적 청구권의 경우로 제한된다고 본다.

그러나 문제는 위와 같은 제한해석의 근거가 문제된다. 제744조 본문은 피보전청구권에 대하여 아무런 언급을 하지 않고 있기 때문이다. 따라서, 이에 대한 반대설도 적지 않다. 1999년의 ‘선박의 가압류에 관한 국제협약의 규정’에서는 가압류의 근거가 되는 피보전청구권을 해사채권으로 하고 그 청구권 속에 다툼이 있는 선박의 소유권, 선박공유자간에 다툼이 있는 공유권, 점유, 이용 또는 수익에 관한 권리를 포함시키고 있

항의 입법취지를 살릴 수 없다고 보므로 그 항차의 출항직전까지 필요했던 채권만을 보는 견해가 있다. 박용섭, 전게서, 131쪽 참조.

132) 권오중, 전게논문, 642~643쪽

133) 예컨대 선원법 제 8조는 항해의 준비가 끝난 때에는 지체 없이 항해하여야 한다고 규정하고 있다. 따라서 항해의 준비가 끝난 선박이 항구에 정박해 있다는 것은 법리상 예견할 수 없다는 것이 된다.

다.¹³⁴⁾

3. 확실히 선박충돌, 공동해손, 해난구조 등은 항해에 수반되는 전형적인 위험이고, 적하관계자 등이 당연히 예상하여야 할 것임은 당연하다. 하지만 그렇다는 가능성만으로 제744조 본문의 이익을 포기하고 압류 등을 당하여야 한다는 정도까지도 당연히 예상될 뿐 아니라 감수하여야 할 불이익이라는 결론까지 비약하는 것은 아무래도 무리이다.

만일 항해 중 수반되는 위험이라고 본다 하더라도 이것 이외에는 여러 가지 위험이 존재함에도 불구하고 이러한 위험에 의해 야기되는 선박 소유자나 운송인에 대한 채권의 압류, 가압류를 금지하는 이유를 설명해 주지 못한다.

한편 이러한 문제점으로 인하여 최근의 세계적 입법경향은 압류 등 금지의 폐지를 지향해 가고 있다.¹³⁵⁾ 선박어레스트 협약에서는 항해의 준비를 완료한 선박일지라도 가압류가 가능하다는 것을 명시하였다.¹³⁶⁾ 국내법분야에서도 프랑스는 1969년에 상법을 개정하여 항해의 준비를 완료한 선박에 대한 압류 등 금지를 폐지하였다. 한편, 독일에 대해서도

134) Singh, Nagendra, International Maritime Law Conventions,(Vol4). Maritime Law, (London: Stenvens & Sons, 1983). pp. 3101~3107 참조.

135) 1999년 가압류협약의 채택과정에서도 이 문제가 논의된 결과 그 이유는 발항준비 완료선에 대하여 가압류를 금지하는 것은 이 조항의 입법취지가 채권자보호 측면 보다는 공익의 확보에 더 큰 비중을 두고 있는데 근거하고 있다. 즉 a) 이 같은 선박이 목적인 항해를 성취함으로써 다수의 적하 이해관계자를 보호할 수 있을 뿐 아니라, b) 출항준비가 공공연하게 이루어지는데도 불구하고, 이를 완료할 때까지 선박을 가압류 하지 않은 '채권자의 해태'를 법률에서 특별하게 보호하지 않기 때문이다. 협약 제정작업과정에서 네덜란드·중국·러시아 등은 선박의 안전 운항 문제, 이 같은 선박에 대해서는 실질적으로 가압류를 실행하기 어려운 점, 그리고 제3자, 즉 화물선 화주의 이해관계 등을 고려하여 항해준비 완료선박의 가압류에 대하여 반대하였지만, 최종결론은 발항준비 완료선 및 항해중인 선박에 대해서는 1952년 협약과 달리 가압류를 허용하지 않는 것으로 결론지어졌다. 최재선, 전계보고서, 3쪽 참조.

136) 선박가압류협약 제2조 3항에서 항해준비완료선박에 대해서도 가압류 할 수 있다고 규정하고 있다. 정완용, 전계보고서, 209쪽.

1972년 우리나라와 동일한 내용의 상법 제482조를 ‘강제집행의 방법에 의한 선박의 강제경매 명령 및 선박에의 가압류의 집행은 선박이 항해를 개시하고 항에 정박하고 있지 않는 경우에는 부적법하다’고 개정함으로써 항해개시 시까지로 그 시기를 확대하여 금지규정적용의 여지를 좁히는 동시에 중간항에 정박중에도 압류가 가능한 것으로 하고 있다.

Ⅲ. 結語

1. 現行法上의 適用에 있어서 緩和된 運營

세계해상거래에 있어서 가장 중요한 지위를 점하고 있는 영미에 있어서는 선박의 압류 등을 인정하는데 있어 하등의 제한을 두지 아니할 뿐만 아니라, 가장 중요하고 빈번히 발생하는 특정의 해사채권에 대해서는 대물소송상으로 가압류를 용이하게 하는 한편, 외국선박에 대한 가압류 등의 기회를 보다 많이 인정하고 있다.

이러한 사정은 정책적 의미에 있어서 각국 법제에 영향을 미치고 있고 적어도 당해 선박이외에는 채무의 담보를 제공할 수 없는 외국선박에 대하여는 가압류 등 금지를 전면적으로 폐지하는 제도도 도입할 것을 요청하고 있다고 하겠다.¹³⁷⁾

입법론적으로는 영미법과 같이 압류, 가압류의 집행을 자유스럽게 함이 타당하다고 할 것이고 우리 상법도 장기적인 견지에서 최근의 입법례에 따라야 할 것이다. 다만, 상법 제744조가 여전히 존치되어 있는 현실에 비추어 현행법의 해석론으로서서는 아무래도 정책론적으로 풀이할 수 밖에 없을 것이다.

즉, i) ‘항해의 준비완료’를 엄격히 해석하는 방법, ii) 제744조 단서의

137) 윤배경, 전제논문, 49쪽.

규정을 가급적 확대 해석하는 방법을 비롯하여 실무상으로는 iii) 일단 압류, 가압류를 집행은 행하되, 채무자측이 집행방법에 관한 이의를 제기하는 절차를 허용하는 방법, iv) 채권자로 하여금 이해관계인의 이익보호를 위해 일정한 담보 등을 제공하게 하는 방법, v) 선박압류 후 채무자의 신청에 의하여 선박의 항행을 허가하는 방법 등을 고려해 보아야 한다.¹³⁸⁾

생각건대 최초의 단계에서 압류·가압류 등을 허용할 것이나, 배척할 것인가를 판단하는 방식보다는 넓게 압류·가압류를 허용하는 한편, 그 이후에는 후장에서도 언급을 하겠지만, 압류·가압류 해방절차에 대한 상당하고 보다 쉬운 담보를 제공함으로써, 항행을 허용하는 편으로 해석할 수 있도록 하여야 하며, 상법 제744조가 존치되어 있는 현 상태에서라도, 이러한 방식에 가깝게 폭넓은 압류, 가압류를 허용하되 채무자에게 상당한 담보를 제공하거나 법원의 허가를 얻어 선박의 항행을 가능하게 하는 보다 완화되어 적용할 수 있는 법률에 대한 운영의 묘를 살려야 하겠다.

2. 商法 第744條의 廢止論에 대한 檢討

발항준비를 완료한 선박에 대한 위와 같은 압류 및 가압류 금지 규정이 나타나게 된 18세기 및 19세기에 있어서의 상황은 당시의 해상기업이라는 것이 주로 선박을 이용한 소기업 형태가 대부분으로써 그것도 거의 모두가 부정기선들로 운영되고 있었으므로 대체선박을 구한다는 것이 거의 불가능하였고, 따라서 이와 같은 사정 하에서 적하관계인 등 제3자의 이익보호를 위하여 발항준비를 완료한 선박의 압류를 금지하는 규정이

138) 상계논문, 49쪽.

필요하였다고 할 수 있다. 그러나 오늘날에는 해상기업이 다수의 선박을 가진 대규모의 기업으로 운용될 뿐만 아니라 일정한 항로를 계속 운항하는 정기선들이 많이 등장하였고, 선박기업간의 경쟁 등으로 인하여 대체 선박을 구하는 것이 쉽게 되었으며, 또한 통신수단 등이 고도로 발달하여 채권자의 희생 아래 위와 같은 압류·가압류금지규정을 계속 유지할 근거가 희박하게 되었다. 선박기업의 대형화 및 경쟁선박의 존재로 인한 대체 선박 확보의 용이성, 통신수단의 발달 등으로 인하여 본 조의 입법 취지가 오늘날에 있어서는 크게 퇴색하였던 것이다.

위 압류 및 가압류 금지규정은 무엇보다도 해상기업활동에 있어서 그 무엇보다도 강력한 선박우선채권의 존재로 인하여 위험을 받고 있는 해상금융을 더욱 위태롭게 할 수 있다. 압류 및 가압류 금지는 채권자의 권리 행사를 제한함으로써 인하여 선박금융을 압박하여 종국적으로는 선주에게도 이롭지 않을 것이다. 비교법적으로도 대륙법계 국가들에서는 이러한 제한 규정이 있으나, 영미법계 국가에서는 이러한 제한이 없는 바 그 결과 영미의 선박은 대륙법계의 국가에서 압류당하지 않으나 대륙법계 국가의 선박은 영미에서 압류 및 가압류를 당하는 경우가 생기는 불합리가 발생한다. 외국선박에 대한 내국수리업자, 물품공급자, 대리점 등의 채권 또는 체당금 등 가압류의 대부분은 이러한 종류의 채권을 피보전권리로 하는바, 영미법이 지배하는 곳에서는 국적여부를 묻지 않고 간단히 압류할 수 있으나, 우리는 할 수 없어 형평에 맞지 아니한다.

또한 실무상으로도 위 조항은 엄격하게 지켜지고 있지 않다는 것은 이미 언급하였다. 압류 및 가압류신청당시 법원은 관할 구역 내의 항구에 정박하고 있고 아직 항해준비를 완료하지 않고 있다는 사실을 증명하는 증명서를 첨부할 것을 요구하고 있으나, 반드시 해운항만청에서 발급한 것만을 요구하는 것이 아니고 선박대리점, 보험회사 등의 보고서로도 대체되고, 심지어는 신청채권자의 변호사가 작성하는 경우도 많아 작성자의 임의에 맡겨질 가능성이 많은 것이 현실이다. 또한 실무상 이러한

증명서가 없다는 이유로 압류 및 가압류 신청을 각하하지도 아니한다.

최근의 세계적 입법경향을 압류금지조항의 폐지를 지향하고 있다고 앞서 밝힌바 있다. 영미에서는 이러한 제도 자체가 없었고, 1952년 선박가압류조약 제 3조도 선박이 항해준비를 완료하였다 하더라도 선박을 압류할 수 있다고 명문으로 규정하고 있었다.¹³⁹⁾

실무적으로도 상법 제744조와 관련된 해석문제를 둘째 치고, 정박증명서 또는 미출항증명서 등의 내용의 작성이 해운항만청 뿐만 아니라 채권자의 대리인이나, 대리점 등 그 작성이 용이한 점을 이용하여 임의로 작성하여 제출하여 가압류하고 있는 실정이다. 심지어는 항해준비를 완료하고 출항하는 선박에 대하여도 그 압류 및 가압류를 한 경험을 보건대 본 조항의 실효성 및 당위성 등에 대하여 의문을 제기하지 않을 수 없다. 그러므로 영미법계에서의 衡平性의 문제에서나 그 實效性의 문제에서도 폐지가 요망된다고 볼 수 있다.¹⁴⁰⁾

第2節 違法·不當한 船舶假押留

I. 概要

채무자에 대하여 채권자의 손해배상책임의 문제가 발생하는 위법·부당한 선박가압류의 개념과 범위는 나라마다 다르다.¹⁴¹⁾ 1999년 선박가압류 조약도 제6조¹⁴²⁾에 위법 또는 부당한 선박가압류로 인한 손해배상책

139) 정완용, “1999년 선박가압류에 관한 국제조약채택을 위한 전권외교회의 참가보고서” 한국해법회지 제 21권 1호, 209~210쪽.

140) 同旨: 윤배경, 전계논문, 48~49쪽 참조; 정해덕, 전계논문, 57~59쪽 참조; 권오중, 전계논문, 643~644쪽 참조 등

141) 김희태, “보전처분과 손해배상책임”, 재판자료 제45편, (서울:법원행정처 1989) 319~350쪽 참조.

임에 관하여 규정¹⁴³⁾하고 있으나, 무엇이 위법 또는 부당한 가압류인지에 관한 규정은 두고 있지 않은바, 이것도 영미법과 대륙법의 입장차이로 인한 것이다.¹⁴⁴⁾

영국법 하에서는 대물소송절차의 특성상 선주가 위법·부당 가압류집행으로 인한 손해배상청구를 하는 것은 그가 선박집행을 한 채권자의 사기에 준하는 정도의 중과실 또는 악의를 증명하여야 하므로 실무상 대단히 어렵다. 더욱이 만일 채무자가 이러한 입증에 실패하면 오히려 채권자로부터 손해배상청구를 당할 수 있다. 그러나 우리나라에서는 선박가압류는 보전처분의 일종이므로 일반 보전처분과 마찬가지로 위법·부당한 선박가압류의 개념과 범위를 해석할 수밖에 없을 것이다. 보전처분에 있어서는 손해배상책임의 발생 원인에 따라 집행절차 자체에 흠이 있는 경우인 “위법집행”의 문제와 그 집행결과를 정당하게 하기 위한 실체법상의 근거가 결된 경우인 “부당집행”의 문제를 나누어 설명하기도 하나,¹⁴⁵⁾ 채권자의 손해배상책임이 문제되는 것은 주로 실체법상의 근거가 결여된 부당집행에 관한 것이며, 위 조약상의 위법 또는 부당의 개념도 부당집행의 의미로 사용된 것으로 보여지므로, 부당집행으로서의 위법·부당한 가압류로 인한 채권자의 손해배상책임에 관하여만 논의하기로 한다.

142) 1999 선박어레스트 협약은 채무자의 보호규정으로 도입되었다. 이 협약은 해상채권을 확보하기 위하여 채권자로 하여금 가압류를 허용하고 있는 대신, 그 선박의 소유자 등을 보호할 수 있는 제도적 장치를 도입한 것이다. 즉, 선박의 가압류가 위법·부당하게 이루어지거나 또는 과도한 담보의 제공 등으로 선박소유자나 선박임차인이 피해를 입는 경우, 손해배상을 받을 수 있게 한 것이다. 최재선, 전계보고서, 4쪽 참조.

143) 선박어레스트 협약에서 초안 6조 1항과 2항의 괄호 안에 [또는 가압류가 “부당한 경우(or unjustified)”]라는 용어를 삭제하자는 몇몇 국가의 주장에도 불구하고 다수국가의 지지로 위 문언의 괄호를 풀어서 “부당한 경우”라는 문구를 존치하기로 결정하였다. 정완용, 전계보고서, 216쪽.

144) Berlingieri F., Arrest of Ships, Lloyd's of London Press 1996, pp. 131~132.

145) 우리나라에서는 부당집행에 관하여 용어가 통일되지 아니하고 위법가압류, 부당가압류, 불법가압류 등이 혼용되고 있는 듯하다; 나충수, “불법집행으로 인한 배상책임”, 재판자료 36편 (서울:법원행정처 1989), 203쪽 ; 윤경현, “위법보전처분의 책임”, 사법논집 제2편 405쪽.

II. 不當假押留로 인한 損害賠償訴訟의 管轄 및 準據法

위법·부당한 가압류, 특히 외국선박에 대한 위법·부당한 가압류의 경우 선주가 이로 인한 손해배상을 청구하고자 하는 경우 관할법원 및 준거법의 문제가 발생될 수 있다.

불법행위에 기한 손해배상소송에 있어서는 국제사법 및 국제적 재판관할의 일반원칙에 따르더라도 불법행위지 관할법원이 관할권을 가지고 그 준거법도 불법행위지법이 적용될 것이므로 위법·부당한 가압류를 불법행위로 본다면 이로 인한 손해배상의 경우에도 가압류가 행하여진 국가의 법원이 그 관할권을 가지고 준거법도 가압류가 행하여진 국가의 법을 적용하는 것으로 해석하는 것이 옳을 것이다.

1999년 선박가압류조약은 이러한 취지를 명문으로 규정¹⁴⁶⁾한 바 “가압류가 실행된 국가의 법원은 다음과 같은 결과로 발생될 수 있는 손실 또는 손해를 포함하지만 이에 국한하지 않고 선박의 가압류에 의하여 야기된 손실 또는 손해에 대하여 채권자의 책임의 범위를 결정하기 위한 재판관할권을 갖는다.” 동조 3항에서는 “본조 2항에 따른 채권자의 책임은 가압류가 실행된 국가의 법을 적용하여 결정되어야 한다”고 명시하고 있다(조약 제6조 2항, 3항).

146) International Convention on Arrest of Ships, 1999

Article 6 [protection of owners and demise charterers of arrested ship] ~중략~

2. The Courts of the State in which an arrest has been effected shall have jurisdiction to determine the extent of the liability, if any, of the claimant for loss or damage caused by the arrest of ship, including but not restricted to such loss or damage as may be caused in consequence of :

a. the arrest having been wrongful or un justified, or
b. excessive security having been demanded and provided.

3. The liability, if any, of the claimant in accordance with paragraph 2 of this article shall be determined by application of the law of the State where the arrest was effected. ~이하 중략

Ⅲ. 違法·不當한 船舶假押留로 인한 損害賠償 訴訟의 要件

1. 法的性質

보전처분으로 인한 채권자의 손해배상책임의 성질을 어떻게 파악하느냐에 따라 그 배상책임의 성립요건 또는 발생요건이 달라질 것이므로 그 법적 성질을 먼저 살펴볼 필요가 있다. 이에 관하여 민법상의 불법행위 책임이라고 보는 데는 이론이 없으나, 채권자의 고의, 과실을 요하는지 여부에 따라 絶對的 過失責任說, 過失推定說, 過失責任說의 세 가지로 나뉘어 진다. 과실책임주의를 유지하면서 일정한 경우에 과실을 사실상 추정하는 것에 의하여 공평의 목적을 달성하고자 하는 과실추정설의 입장이 타당하다고 생각되며,¹⁴⁷⁾ 우리나라와 일본의 다수설·판례의 입장이다.¹⁴⁸⁾

2. 要件

우리나라는 위법·부당한 가압류로 인하여 손해배상책임에 관하여 특별히 명문으로 규정한 바는 없으나, 손해배상책임의 법적성질에 관하여 과실추정설의 입장을 취하는 한 이로 인한 손해배상책임 역시 민법상 불법행위책임의 하나라 할 것이므로 주관적 요건으로서 채권자의 고의, 과실 및 객관적 요건으로서 위법성을 필요로 할 것이다.¹⁴⁹⁾

따라서 위법·부당한 가압류를 주장하는 자는 원칙적으로 채권자의

147) 김희태, 전계논문, 329쪽

148) 대법원 1980. 11.25. 선고, 80다730 판결; 대법원 1980. 2. 26. 선고, 79다 2138,2139 판결; 일본최고재판소 판결 조하 43. 12.24 판결 등

149) 김희태, 전계논문, 329쪽.

고의 또는 과실을 증명해야 한다. 그러나 가압류를 할 정당한 사유가 없음에도 불구하고 이를 한 자는 특별한 사정이 없으면 적어도 과실의 책임이 있다고 봄이 상당하다 할 것이며,¹⁵⁰⁾ 가압류의 경우 본안소송에서 채권자의 청구가 이유 없는 것으로 판명되면 위 위법·부당한 집행으로 추정된다 할 것이다.

우리나라 대법원도 동일한 취지에서 대법원 1976. 7. 27. 선고, 76다 570 판결에서 “피고가 그 가압류 집행을 한 본안 사건에서 패소확정 되었다면 반증이 없는 한 그 가압류집행으로 인한 권리침해에 대하여 채권자에게 고의 또는 과실이 있었다고 추정할 것인바, 피고가 그 불법행위의 성립을 부인하고 그 책임을 면하기 위하여 그 가압류집행에 있어서 과실이 없었다는 점에 관하여 입증을 다하여야 한다고 할 것이다”라고 판시한 바 있다.

이러한 위법·부당한 선박가압류에 대해서는 그 내용상 민법의 일반이론인 불법행위책임 등에 관한 법리가 준용될 것이다.

3. 損害賠償의 範圍

위법·부당한 가압류로 인한 손해배상의 범위도 일반불법행위의 경우와 비교하여 특별히 제한할 이유는 없으므로,¹⁵¹⁾ 민법 제763조, 제393조에 따라 위법·부당한 가압류와 상당인과관계가 있는 통상의 손해 및 예견 가능한 특별손해까지 배상하여야 하고, 적극적·소극적인 재산상 손해는 물론 정신적 손해도 배상의 범위에 포함될 수 있다.¹⁵²⁾

특히 선박가압류의 경우 선박이 가압류기간동안 부식·손상을 입었다

150) 대법원 65. 6. 15. 선고 65다 687 판결.

151) 1999년 선박가압류조약도 가압류로 인한 손해와 가압류의 결과로 인한 손해를 모두 손해의 범위로 상정하고 있다(조약 제6조 2항).

152) 김희태, 전계논문, 336~342쪽.

면 그 감소된 만큼의 손해가액을 청구할 수 있을 것이며, 해방공탁을 한 후 출항한 경우에도 그 가압류 해방공탁금에 대한 법정이자 상당액은 물론 압류기간 동안의 임료상당액 전부를 배상하여야 할 것이다.¹⁵³⁾ 또한 선박출항 지연으로 인한 하주 및 수하인등에 대한 손해도 배상을 하여야 할 것이다.

한편 위법·부당한 가압류로 인한 손해배상액을 산정함에 있어서도 민법 제763조, 제396조에 따라 채무자의 과실을 참작하여 과실상계를 한다는 것이 우리나라의 통설의 입장이다.¹⁵⁴⁾

소송비용 특히 변호사비용에 대하여는 실제로 지급된 액을 표준으로 할 것이 아니고, 그 사건에 대한 상당정도의 액을 기준으로 결정하여야 하고,¹⁵⁵⁾ 변호사비용 중 상당부분은 소송비용확정절차에 의하여 인정받을 수 있는 소송비용에 산입규칙에 따라 결정되므로 이를 따로 소구할 실익은 없을 것이다.

IV. 結語

채무자에 대하여 채권자가 실행한 위법·부당한 가압류의 문제는 발생되는 선박가압류의 개념과 나라마다 상이하다. 1999년 선박가압류협약도 위법 또는 부당한 선박가압류로 인한 손해배상책임에 관하여 규정하고 있으나, 위법·부당한 가압류에 개념에 해당되는 규정을 두고 있지 않다. 이는 영미법과 대륙법의 입장차이로 인한 것이라 할 수 있다.¹⁵⁶⁾ 또한 무분별한 선박가압류로 인하여 국제상거래에 대한 거래의 안정성을 해칠 염려가 있으므로 위법·부당한 가압류로 인한 채무자를 보호하기

153) 서울지방법원 1999. 4. 22. 선고, 98가합 66272 판결; 인천지방법원 1987. 6. 4. 선고, 86가합 1164판결.

154) 김희태, 전계논문, 340~342쪽.

155) 대법원 1978. 12.13. 선고, 78다1542 판결.

156) 이용현, 전계논문, 82쪽.

위함과 동시에 채권자의 가혹행위를 제한할 필요에 의함이 필요하다.

혹자는 위법·부당한 가압류에 대한 이의 신청 제도가 있으므로 그에 대한 별 문제가 없다고도 지적을 할 수 있으나, 일단 위법·부당한 가압류 뿐만 아니라 보통의 선박 가압류발생 시에도 이의 신청을 하고 그에 대한 선박에 대한 해방조치를 취함에 있어서 많은 비용과 시간이 소요됨을 주지하여야 할 것이다. 그러므로 가장 최선책은 이러한 위법·부당한 가압류에 대한 적절한 제어를 할 필요성이 제기되므로 그에 대한 제도가 필요할 것으로 보인다.

第3節 船舶國籍證書등 受取執行 現況과 問題點

I. 受取執行 現況 및 問題點

선박가압류나 경매에 있어서는 그 절차가 계속 중인 한, 선박을 일정한 장소에 정박시켜둘 필요가 있다. 민사집행법은 선박의 점유를 감수·보존인에게 이전하는 감수·보존명령제도를 두고 있으나, 그것은 비용이 많이 소요되어 채권자에게 불필요한 부담을 주어 반드시 적당한 방법이라고 할 수 없다.¹⁵⁷⁾ 따라서 민사집행법은 감수보존제도 외에 선박국적증서의 인도명령을 집행관에게 직무명령으로서 선박의 정박을 확보하도록 하였다.

선박은 선박국적증서 기타의 문서를 선내에 비치하지 않으면 법률상 항행할 수 없으므로(선박법 제10조), 선박의 정박을 확보하여 압류의 실효성을 뒷받침하기 위하여는 선박으로부터 이러한 문서를 수취하는 것이

157) 실무적으로 선박 감수·보존조치 결정을 받아 적절한 감수·보존인으로 하여금 선박을 감수·보존을 할 경우 실제로 채권자에게 너무 많은 금액이 발생한다.

가장 간편하고 효과적이며 압류채권자에게 과도한 부담을 지우지 않는 적절한 방법이 되는 것이다.¹⁵⁸⁾

인도명령의 대상이 되는 문서는 선박국적증서 기타 선박의 항행을 위하여 필요한 문서이다. “선박의 항행을 위하여 필요한 문서” 선박이 항행하기 위하여 법률상 구비하여 선내에 비치 또는 제시하여야 하는 문서로서 다음의 문서가 이에 해당하다.

船舶國籍證書,¹⁵⁹⁾ 乘務員名簿, 航海日誌, 旅客名簿, 貨物에 關한 書類 등¹⁶⁰⁾이 있다. 하지만 실무상 외국선박에 대해서는 선박국적증서만을 수취하고 있다.

법문상으로는 “선장으로부터 수취하여”라고 되어 있으나 선장을 통상 선박을 점유하고 있으므로 그러한 표현을 사용한 것에 불과하여 수취명령¹⁶¹⁾의 상대방을 선장으로 국한할 것은 아니며, 채무자 또는 소유자가 선박을 점유하고 있는 때는 수취명령에 의하여 이러한 자로부터 선박국적증서등을 수취할 수 있을 것이다.

인도명령은 가압류결정과 동시에 당사자의 신청 없이도 직권으로 발하여야 한다.

인도명령은 집행법원의 집행관에 대한 직무명령이며 집행관이 문서를 수취한때에도 가압류의 효력이 생긴다.

인도명령과 감수·보존처분이 병존하는 현행법 하에서는 감수보존은 선박에 대한 억류, 즉 사실상의 지배의 설정이라는 측면보다는 오히려 설정된 사실상의 지배의 유지, 즉 보관이라는 측면의 기능을 가진다고

158) 홍광식, 선박채권의 담보와 실행, 재판자료 제52편, (서울:법원행정처 1991), 717~718쪽.

159) 선박국적증서는 선박의 소유자가 선박의 등기를 한 후 해양수산관청에 선박의 등록을 신청하면 해운관청이 이를 선박원부에 등록하고 나서 신청인에게 교부하는 문서이다(선박법 제8조). 선박국적증서의 선내비치의무는 선장이 부담한다(선원법 제 20조).

160) 기타문서의 법적근거조항은 선박안전법 제9조, 선원법 제20조, 선박법 제9조 등.

161) 안연효, 전개논문 50쪽 참조.

할 것이다.¹⁶²⁾ 그리고 외국선박에 대해서는 감수·보존과 함께 신청하는 경우가 허다하다고 할 수 있다.

선박가압류의 집행법원은 선박소재지를 관할하는 법원이므로 선박은 가압류당시에 집행법원의 관할구역 내에 있어야 한다. 그러나 채권자로서는 사전에 선박의 정확한 일정을 알 수 없고, 신속히 입출항하는 경우가 많아 선박이 특정한 항구에 입항한 후에 선박 가압류를 신청하면 집행이전에 출항해 버려 집행이 불가능하여질 가능성이 높다. 이러한 문제는 항만의 하역설비의 혁신 및 컨테이너 화물의 증가 등에 따라 선박의 하역에 요할 시간이 짧게 되고 선박이 한 항구에 정박하는 시간이 단축되어 감에 따라 더욱 현저하게 된다. 더군다나 외국선박의 경우에는 집행을 불능으로 갔을 경우 언제 다시 집행을 할지 모르는 경우가 되어 버린다.

따라서 민사집행법 제175조에서는 보전처분으로서 선박집행신청전의 선박국적증서 등의 인도명령으로 채권자가 법원으로부터 미리 보전적 인도명령을 받아 선박의 입항을 기다려 바로 선박국적증서 등을 수취할 있도록 하였다. 따라서 현행법 해석상 외국선박이 국내에 입항하기 전에는 선박가압류가 불가능한 것으로 해석한다고 하더라도 위 인도명령을 얻을 수 있을 것이다.

하지만 우리의 현행 민사집행법 제175조의 규정에 의한 국적증서 등의 인도명령에 국적증서를 수취하는 것은 법원결정으로 당연히 이루어져야 하는 것이 사실이지만, 실무상 가압류의 효과가 발생되기 위해서는 국적증서의 수취가 그렇게 필요치가 않다. 그러므로 사실상 외국선박에 대하여 국적증서 등의 수취를 함에 있어서 국적증서 없이도 가압류의 효과가 발생함에도 불구하고 굳이 국적증서를 수취할 수 있을까? 아니 굳이 선박에서 중요한 문서 중의 하나인 국적증서를 서로 다투면서 수취를 하는가 하는 문제이다.

162) 상계논문, 51쪽.

그렇다면 동규정은 사실상 사문화되었다고 봐야 하는 것인지? 집행법원의 인도명령에 의하여 집행관이 국적증서 등의 문서를 채무자 또는 그 대리인인 선장으로부터 인도받았으나, 그로부터 5일 이내에 채권자가 선박에 대한 집행신청을 하지 않고 있는 동안 선박에 대한 집행신청을 하여야 하는데 이는 소송경제에 반할 뿐 아니라 절차가 번잡하여 그 제도의 이용에서 오는 실효성이 없기 때문에 아닌가 보여진다.

II. 結語

오늘날 외국선박에 대한 국적증서 등의 수취집행사건이 크게 증가하고 있다. 국제간의 무역규모의 확대와 국제적 거래의 증가에 따라서 외국선박이 우리나라 항구에 입항하는 수가 크게 증가하고 그에 비례하여 국제적 분쟁사건의 증가 등 각종 용인에 의해서 외국선박에 대한 국적증서 등의 수취집행사건도 크게 증가하고 있는 것이다.

문제점에서도 지적했듯이 국적증서 등의 수취명령에도 불구하고 실무상으로 거의 국적증서의 수취를 하지 않아도 가압류의 효과가 발생하는데, 굳이 국적증서 수취 집행이 필요한가이다. 물론 확실한 선박 가압류의 집행을 함에는 당연하다고 보아야 할 것이다. 그리고 오늘날과 같이 선박감수보존에 처한 상황에서도 선박의 이동성이라는 특성을 최대한 살려서 도주하는 사고가 발생하는 등 여러 가지 사고가 발생한다. 그러므로 선박에 대한 국적증서 등의 수취 집행사건 집행을 위하여서는 더욱 특별한 대책이 요망되어지고 있다.¹⁶³⁾

163) 선박국적증서등의 수취집행은 수취율은 선주 또는 선주 등의 제출거부로 인하여 극히 저조하여 20%를 넘지 못하고 있다고 한다. 수취율제고를 위하여 국적증서등의 불제출의 경우에는 채무자에게 고액의 과태료를 부과하거나 이를 처벌하는 규정을 두는 등 보다 강력하고 실효성 있는 입법적 조치가 강구되어야 할 것이다. 상계논문, 63~64쪽.

第4節 船舶假押留의 執行節次取消 등을 위한 解放供託에 대한 問題

I. 概要 및 現況

1. 意義

채무자가 선박가압류명령에 기재된 해방금액을 공탁하였을 때에는 법원은 집행한 가압류를 취소하여야 한다(민사집행법 제299조 1항).¹⁶⁴⁾ 가압류 해방금액은 금전에 의한 공탁만이 허용되고, 유가증권에 의한 공탁은 그 유가증권이 실질적 통용가치가 있는 것이라고 하더라도 허용되지 않는다.¹⁶⁵⁾

채무자 아닌 제3자가 해방금액을 공탁할 수 있으나에 관하여는 나중에 채권자가 채무자에 대한 집행권원을 받아도 그 해방금액에 대한 집행을 할 근거가 없게 되므로 부정하여야 할 것이다.¹⁶⁶⁾

또 해방금액의 일부만을 공탁하고 가압류집행 일부만을 취소, 신청하는 것도 허용되지 않는다. 공탁은 해방금액의 일부만을 공탁하고 가압류집행 일부만을 취소, 신청하는 것도 허용되지 않는다.

164) 가압류명령에는 가압류의 집행을 정지시키거나 집행한 가압류를 취소시키기 위하여 채무자가 공탁할 금액을 적어야 한다(일반적으로 공탁금액은 청구금액과 집행비용을 더한 금액이 공탁금액이 된다.). 이를 해방공탁금이라고 부른다. 가압류는 금전적 청구권을 보전하기 위한 수단이므로 집행목적재산 대신 상당한 금전을 공탁하면 구태여 가압류 집행을 할 필요 없이 채권보전의 목적을 달할 수 있게 되므로 채무자로 하여금 불필요한 집행을 당하지 않도록 마련한 제도이다. 따라서 가압류 명령을 발할 때에는 해방금을 기재하여야 하고, 그 전액을 공탁하였을 때에는 반드시 집행한 가압류를 취소하여야 한다(대결 1962.5.31.62마5).

165) 대결(진) 1996. 10. 1. 96마162.

166) 법원행정처, “보전처분” 법원실무제요 민사집행 IV- (서울:법원행정처, 2003년) 396쪽

2. 申請과 決定

해방 금액을 공탁한 채무자는 그 공탁서를 첨부하여 집행법원 또는 가압류 명령을 발한 법원에 가압류집행의 취소를 신청한다. 절차비용을 예납하여야 함은 채권자가 신청한 경우와 같다.

이 신청이 있으면 신청사건부에 등재하고 집행취소의 결정을 한다. 취소결정은 확정되지 아니하여도 고지와 동시에 효력이 생긴다. 이 결정에 대하여는 채권자가 즉시항고 할 수 있다.

이와 같이 가압류집행이 취소되더라도 가압류명령 그 자체의 효력이 소멸되는 것은 아니다. 그리고 집행이 취소되면 해방공탁금은 앞으로 가압류채권자가 본안청구에 관하여 승소의 확정판결을 받거나 가집행선고가 붙은 승소판결을 얻은 때에 집행의 목적물로 된다.

이 경우 견해가 나뉘어 지나 가압류의 효력은 공탁금 자체가 아니라, 공탁자인 채무자의 공탁금 회수청구권에 대하여 미치는 것이고 가압류채권자는 본안승소판결의 집행력 있는 집행권원에 기하여 가압류채무자가 가지는 해방공탁금 회수청구권에 대하여 집행법원의 전부명령 또는 추심명령을 받아서 공탁금을 회수할 수 있다고 하는 것이 실무의 태도이다.¹⁶⁷⁾ 따라서 채무자의 다른 채권자가 가압류해방공탁금 회수청구권에 대하여 압류명령을 받은 경우에는 가압류채권자의 가압류와 다른 채권자의 압류는 그 집행대상이 같아 서로 경합하게 된다.¹⁶⁸⁾ 다만, 가압류 채무자에게 해방공탁금의 용도로 금원을 대여하여 가압류집행을 취소할 수 있도록 한 자는 특별한 사정이 없는 한 가압류 채권자에 대한 관계에서 가압류 해방공탁금 회수청구권에 대하여 위 대여금 채권에 의한 압류 또는 가압류의 효력을 주장할 수는 없다.¹⁶⁹⁾

167) 대결 1996. 11. 11. 95마 252 참조.

168) 대결 1996.11.11.95마252.

169) 대판 1998.6.26. 97다30820.

한편 가압류권자 가압류신청을 취하하거나 집행은 해제하면 채무자는 그 증명서를 첨부하여 해방공탁금의 반환을 청구할 수 있다. 또한 채무자가 본안소송에서 승소하면 이를 이유로 사정변경에 의한 가압류취소신청을 하여 가압류취소판결을 받아 그 확정 또는 가집행선고에 의하여 해방공탁금을 반환 받을 수 있다.

II. 結語

선박가압류의 경우 채권자는 자신의 과실의 유무 및 정도를 생각하지 않을 뿐만 아니라, 자신이 입은 실제 손실에 관계없는 부분까지 채무자에게 부담시키려는 의도로 채권액을 과다하게 청구하는 사례가 많다. 이러한 경우 가압류해방을 위한 보증액의 기준이 되는 채권액의 확정에 많은 문제점이 발생하게 된다. 채권액이 부당하게 산정된 경우에 법원이 보증금액의 기준이 되는 채권액을 합리적으로 정할 수 있는 절차나 방안을 마련되어야 할 것이다. 만약 우리나라와 같이 선박소유자에게 가압류된 선박의 해방을 위해 무조건 현금공탁만을 요구하게 된다면 선박운항을 중지하게 됨으로써 가압류비용이 과다하게 증가할 수 있고, 결국은 선박은 운항정지손실이 커져서 채권자나 채무자 모두에게 손해를 가져올 수 있을 것이다.¹⁷⁰⁾

선박가압류는 원칙적으로 급박한 경우에 허용되는 보전처분이나 실제로는 채권의 존재를 어느 정도 소명하면 청구채권의 1/10 과정의 공탁에 의하여 쉽게 가압류가 허용될 뿐만 아니라 채권의 종류를 묻지 않고 가압류 할 수 있다. 그러나 채무자가 가압류로부터 해방되기 위해서 우리나라의 경우 반드시 현금공탁을 요구하고 있다. 이와 같은 우리나라 민사집행법의 규정은 채권자가 실제로 지출된 비용보다 훨씬 고액의 금액

170) 이용현, 전계논문, 146쪽.

이 지출된 듯이 서류를 만들어 가압류신청을 하여도 선박가압류가 비교적 쉽게 허용되는 실무례에 비추어 볼 때 채권자와의 형평에도 어긋나며 공탁금에는 명목적인 이자가 발생할 뿐만 아니라 경우에 따라서는 상당한 환차손까지 감수하여야만 되므로 채무자 또는 선박소유자에게 너무 가혹하다고 할 수 있다.

일반적으로 선박의 가압류가 이루어진 경우에는 채무자는 전 세계적으로 보석금, 은행보증서, P&I 클럽의 보증서 등을 법원이나 채권자에게 제공함으로써 가압류의 해방을 받을 수 있다. 우리나라에서도 선박의 가압류 집행정지 또는 가압류 취소를 위하여는 채무자가 법원의 명령에 따라서 금액을 공탁하여야 하는데, 이러한 공탁은 오직 현금만이 인정되고 있고 실무상으로는 다른 어떤 유가증권으로써 이루어지지 않고 있다.¹⁷¹⁾ 그런데 선박은 그 자체가 고가이므로 선주는 일시 거액의 현금공탁이 어려운 경우가 많다. 더군다나 채권자가 실제로 지출된 비용보다 훨씬 고액의 금액이 지출된 듯이 서류를 만들어 청구하였을 때, 그리고 언제 어디서 가압류 될 지도 모르는 상황에서 거액의 현금을 운용하기도 어렵거나 만약 외국에서 그 선박이 가압류 되었을 때 본국으로부터의 송금기간 및 그리고 공탁을 대리할 대리인선임문제 등에 따라서 많은 시간들이 소요된다. 그렇게 되면 채무자측은 선박이 압류, 가압류 되었을 때 채권자가 주장하는 채권액을 현금으로 공탁하지 않을 수 없고, 이와 같은 공탁금에는 명목적인 이자가 발생할 뿐이며 또한 경우에 따라서는 막대한 환차손까지 감수하게 되며, 선박의 운항을 하지 못함으로 인해서 막대한 손해를 떠맡게 될과 더불어 오늘날 신용사회에서 그 신용을 상당히 잃어버리므로 그에 따른 불이익은 돈으로 헤아릴 수 없을 정도라고 볼 수 있다.

171) 법원행정처, 전게서, 396쪽 참조.

한국선박이나 외국선박에 대한 집행은 많은 경우 해난사고 등과 관련한 채권의 집행이나 보전을 위한 경우가 많은데, 이들 위험들은 대부분의 경우 국내의 보험회사 혹은 P&I 클럽들이 담보하는 것들이다. 설사 이들 보험회사나 P&I 클럽이 담보하지 않는 위험이더라도 이들 보험회사들이 현금공탁대신에 법원이 요구하는 형식의 보증장을 제공한다면 민사소송법 및 민사소송법에서 현금공탁을 요구하는 필요성을 충분히 충족할 수 있을 것이다. 상당수의 나라들은 선박이 압류된 경우에 압류해제를 위하여 굳이 현금공탁을 요구하지 않고 보험회사나 P&I 클럽의 보증장으로 대신하는 것을 허용하고 있다.¹⁷²⁾ 따라서 P&I 등에 의하여도 가압류 집행정지나 취소를 인정할 필요가 있을 것이다. 국제해운관행이나 외국의 입법상례으로도 이러한 P&I 보증에 의한 가압류 취소를 인정하고 있다.¹⁷³⁾

특히 외국선박의 경우와 같은 경우 그 해방공탁의 절차 부분에서 현금공탁에 따른 그 절차 및 비용에 너무 채무자에게 가혹하게 적용되는 것으로 보이지 않을 수 없다. 그런 현실을 반영하여 P&I 보증장과 같은 담보 및 금융기관이 보증으로서 담보를 제공하여 압류해방을 인정하도록

172) 일본민사집행법 제 15조는 금전이나 법원이 상당하다고 인정하는 유가증권의 공탁 외에 채무자가 은행이나 보험회사와 지급보증 위탁계약을 체결하는 방법에 의한 보증의 제공을 인정하고 있다. 민사집행법 제117조(보증의 제공에 의한 강제경매절차의 취소)는 집행취소의 요건으로 압류채권자 및 보증의 제공시까지 배당요구한 채권자의 채권 및 집행비용의 총액에 상당하는보증을 제공하도록 하면서, 그 보증제공의방법에 관하여는 담보제공에 관한 민사집행법 제 15조를 준용함으로써 보증제공의 방법으로 현금 외에 유가증권 또는 지급보증 위탁증서를 제출하는 것을 인정하고 있다. 특히 선박집행의 경우에는 민사집행규칙 제78조 제 1호에서 “민사집행법 제 117조 제 1항의 보증은 채무자가 집행법원의 허가를 얻어 은행이나 선주책임상호보험조합 또는 어선보험조합과 지급보증 위탁계약을 체결하여 이를 증명하는 문서를 집행법원에 제출함으로써 보증을 제공할 수 있다고”고 규정하였다.

173) 한편 P&I 보증장은 P&I클럽에 따라서는 문제가 있을 수도 있으며, 보증장상에 재판관할 합의가 들어가게 되면 우리나라의 재판관할권이 박탈하되, 합의관할이 적용되기 때문에 현행대로의 규정을 유지하는데 찬성하는 견해가 있다. 정완용, 상법 해상편 선원·선박 분야의 개정방향에 관한 고찰, 한국해법학회지 제 25권 1호, 2003년 4, 313쪽.

민사집행법을 개정하자는 의견이 해상법개정실무위원회에서 제시 되었고,¹⁷⁴⁾¹⁷⁵⁾ 그에 따른 입법론적 조치가 필요하다고 하다고 볼 수 있다.¹⁷⁶⁾

중국에서는 국내선박에 대하여 해당선박의 처분권을 제한하거나 채무자가 저장권을 설정하는 것으로 운항을 허가하고, 외국선박에 대해서도 “1999년 선박가압류 국제조약”을 수용하여 해사채권자를 보호하기 위해서 선박가압류를 인정하는 한편, 선주의 입장에서 현금공탁없이 P&I 보증장 등에 의하여 선박을 해방시킬 수 있는 방법을 열어두어 채권자, 채무자 모두에게 이익이 될 수 있게 하는 등의 융통성을 보이고 있다.¹⁷⁷⁾

그러므로 우리나라의 선박가압류에 대한 해방공탁문제도 국제적인 추세에 맞추어서 선박의 경제적인 가치도 최대화할 수 있는 방향으로 시급히 개정되어야 할 필요가 있다고 할 것이다.

174) 상계논문, 313쪽.

175) 한편 P&I 보증장은 P&I 클럽에 따라서는 문제가 있을 수도 있으며, 보증장상에 재판관할 합의가 들어가게 되면 우리나라의 재판관할이 박탈되고, 합의관할이 적용되기 때문에 현행대로의 규정을 유지하는데 찬성하는 견해가 있다. 상계논문, 313쪽 참조.

176) 同旨; 이군성·신치계, 해상법강론, 서울: 한국해운산업연구소, 1988, 30쪽, 박용섭, 전게서, 132쪽.

177) 이용현, 전계논문, 135~136쪽.

第5章 結 論

선박가압류에서 그 대상이 되는 선박이라는 것은 민법상으로는 동산이지만, 상대적으로 그 가액이 고가일 뿐만 아니라 그에 관하여 다수의 이해관계인이 생겨 법률관계가 복잡하게 되는 등 부동산과 유사한 면이 많으므로 그 집행에 있어서 부동산의 경우에 준하여 집행을 하게 된다.

이러한 선박가압류의 원인채권으로는 우리나라는 영미법계와는 달리 해사채권에 한하지 아니하고, 일반 민사채권 등 대인 소송절차적인 요소가 강하기 때문에 폭넓은 원인채권으로 존재하므로 채권을 해사채권과 비해사채권으로 구분하는 것은 중요하지가 않다. 그러나 상법에서 규정하는 선박우선특권의 채권에 대해서는 임의경매 및 강제경매로 바로 집행이 가능하기 때문에 어느 채권이 우선특권의 채권으로 되는 것인지는 상당히 중요할 것이다. 그런데 선박우선특권으로 지정된 채권의 해석과 관련하여 어느 범위까지 인정되는지를 둘러싸고 아직도 판례의 형성이 부족한 우리나라에서 종종 다툼이 일어나는 경우가 있다. 그런 경우에 판례가 축적되기만을 무작정 기다릴 수도 없거니와 그 정도까지의 축적된 판례를 쌓기 위해서는 엄청난 시행착오를 겪어야 함은 오랜 역사를 통해서 보아왔다는 것을 알아야 한다. 그러므로 해상법 및 국제운송을 공부하는 학자들에 의해서 많은 논의가 이루어져야 한다고 보여진다.

선박가압류의 집행의 대상이 되는 선박은 앞서 말한 외국선박, 등기선박, 건조중인 선박 등이 있다. 여기서 문제가 되는 것은 편의치적선을 국내의 선박으로 볼 것인지 외국선박으로 볼 것인지가 문제가 되나 거래의 안정성 및 효율적인 절차성의 문제로 인하여 편의치적선을 외국선박으로 보아야 한다. 그렇다고 해서 신의성실의 원칙이나 권리남용으로 인한 세금, 채무회피 등을 위한 편의치적선은 우리나라 대법원의 판례에 의하여서도 인정되듯이 그 법인격이 부인되듯이 공서양식에 반한 법인격

은 인정하지 아니한 것으로 본다는 것을 명심하여야 한다.

신청절차에 대해서는 어느 정도 각 법원의 체계가 존재하므로 어느 정도 존중을 하여주어야 하나 선박이라는 특수성을 감안하였을 때, 가령 외국선박의 환적선 같은 경우에 바로 출항해 버리는 경우가 있으므로 그에 대하여 채권자를 위하여 참작을 하여야 할 것으로 보인다.

한편 1999년 선박어레스트 협약과 관련하여 우리나라에의 수용에 대한 내용은 해사채권자의 보호와 선주의 보호라는 상반된 이해관계를 조화시켜 선박가압류에 관한 국제규범의 통일을 이루는 일이 어렵고, 실제로 위 조약의 토의과정에서도 각 국은, 자국의 이해관계에 따라 각각 상이한 주장을 하여왔다.

우리나라가 본 조약을 수용할 경우 이를 외국선박에 대한 국제분쟁 이외에 국내선박 또는 국내분쟁에도 적용할 것인지 여부는 입법정책적으로 결정하여야 할 문제라 할 것이나, 우리나라 법체계와 본 조약의 체계가 근본적으로 상이하므로 일률적으로 적용하지 말고, 특정국 혹은 외국선박에 대하여 이분적으로 적용하여 수용하여야 할 것으로 보인다. 왜냐하면 각국의 다른 법률체계를 가진 상황에서 우리나라 법만을 고집한다면 결국엔 국제사회에서 해상활동을 하기가 어려워진다. 오늘날 세계적으로 공통표준을 만들어 가는 상황에 더욱 능동적으로 대처하여 우리나라법상의 여러 가지 문제점 해결에도 많은 기여를 할 수 있을 것으로 보여지므로 수용하는 것이 나은 것으로 사료된다.

선박집행의 대상이 되는 선박에 대하여 그 대상이 적절하지 못한 경우, 첫 번째로 정당한 선주가 아닌 자에 대해서는 대법원 판결 및 현 이론에 있어서 용선자들의 성격을 제대로 파악하지 않고 모든 용선자들을 동일시하여 취급한다는 데에 문제점이 있다고 이미 피력하였다. 비록 선박소유자가 아니더라도 하더라도 용선계약의 성질이 다르므로 그에 따른 선박에 대한 책임관계가 달라지므로 용선자의 성격에 따라 선박가압류를

집행함에 선박소유자에게 대항할 수 있다고 보아야 할 것이다.

두 번째로 편의치적선에 대한 선박가압류의 경우에는 법인격부인이론과 같이 논의되어져 왔고 또한 아직까지 그 근거 및 논의가 더욱더 필요로 할 것이다. 현재 편의치적에 대한 국제적인 관례로 인정되는 만큼 편의치적에 대한 선박가압류는 국제적 관계를 고려하지 않을 수 없는 상황이다. 그러므로 편의치적선에 대한 선박가압류는 더욱더 신중해져야 할 것이며, 법인격부인이론의 어떤 학설이든지 신의 성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙이 지켜져야 할 것으로 보이며, 그 한계를 벗어난 경우에는 그에 대한 책임을 질 수 있어야 할 것이다.

세 번째로 위법 부당한 선박 가압류의 경우에는 선박가압류의 개념과 나라마다 상이하다. 더군다나 1999년 선박가압류협약도 위법 또는 부당한 선박가압류로 인한 손해배상책임에 관하여 규정하고 있으나, 위법·부당한 가압류에 개념에 해당되는 규정을 두고 있지 않다. 이는 영미법과 대륙법의 입장차이로 인한 것이며, 아직 그 개념이 각 나라의 준거법에 달려있다고 할 수 있다. 하지만 무분별한 선박가압류로 인하여 국제상거래에 대한 거래의 안정성을 해칠 염려가 있으므로 채권자는 위법·부당한 선박가압류를 했을 경우 그에 대한 책임을 져야 함은 분명하다. 그것은 위법·부당한 가압류로 인한 채무자를 보호하기 위함과 동시에 채권자의 가혹행위를 제한할 필요에 의함이 필요하다.

선박가압류의 집행 대상이 선정 되었다면, 그 다음 적용되어야 할 문제로서 준거법과 관할권의문제가 발생하게 된다.

그 첫 번째로 준거법은 선적국법에 따른다는 것이 우리나라 국제사법에서도 규정되어져 있고 다른 국가에서도 실체법을 선적국에 따른다고 하고 있다. 하지만 절차법은 각국의 법률에 맡겨져 있으므로 선박의 소재지에 따라 그 절차가 달라지게 된다. 여기서 문제가 되는 것은 어느 것이 절차법이고 실체법인가하는 것이 발생된다.

그러므로 그러한 논의는 이미 언급하였듯이 집행절차는 우리 법에 따라야 할 것이나 집행의 전제가 되는 실체법상의 권리에 관하여는 국제사법의 일반원칙에 따라 준거법을 결정할 수밖에 없을 것이다.

두 번째로 관할권에 관한 문제로서 가장 논의가 되는 것은 관할표준시점에 관한 문제로 여러 가지 학설이 있으나 우리나라와 일본의 경우가 압류개시결정시설이 통설이라고 한다. 하지만 선박의 여러 가지 특성을 감안하였을 때를 고려하여 판단하건대 가압류효력발생시설로 인정함이 타당하다고 보여진다. 특히 외국선박의 경우 차후에 다시 대한민국의 항구에 올 것이라는 아주 불투명한상황과 만약 대한민국항구에 들어왔고 하더라도 몇 시간 내에 혹은 몇 일내에 출항 할 것인지 모르는 상황에서 채권자의 이익을 보호하기 위하여 가압류 효력발생시설로 보는 것이 타당할 것이라고 본다.

한편 상법 제744조 압류제한규정의 경우의 문제는 오늘날 여러 학자들이 주장하듯이 그 폐지가 요구된다고 할 수 있다. 첫 번째로 제744조의 입법취지가 현시대의 상황과 너무 달리하며, 두 번째로 대륙법계와 영미법계의 형평성의 원칙도 고려하여야 할 것이며, 세 번째로 실무적으로도 그러한 규정 자체가 잘 지켜지지 않는다는 것이다. 그러므로 그 규정이 폐지되어야 한다고 생각하지만, 아직도 명문법으로 규정되어 있는 경우이므로 그 운용에 있어서 현실에 맞게 적절히 운용되어야 할 것으로 보여진다.

오늘날 국제간의 무역규모의 확대와 국제적 거래의 증가에 따라서 외국선박이 우리나라 항구에 입항하는 수가 크게 증가하고 그에 비례하여 국제적 분쟁사건의 증가 등 각종 용인에 의해서 외국선박에 대한 국적증서 등의 수취집행사건도 크게 증가하고 있다. 문제점에서도 지적했듯이 국적증서 등의 수취명령에도 불구하고 실무상으로 거의 국적증서의 수취를 하지 않아도 가압류의 효과가 발생하는데, 굳이 국적증서 수취 집행이 필요한가이다. 물론 확실한 선박 가압류의 집행을 함에는 당연하다고

보아야 할 것이다. 그리고 오늘날과 같이 선박감수보존에 처한 상황에서도 선박의 이동성이라는 특성을 최대한 살려서 도주하는 사고가 발생하는 등 여러 가지 사고가 발생한다. 그러므로 선박에 대한 국적증서 등의 수취 집행사건 집행을 위하여서는 더욱 특별한 대책이 요망되어지고 있다.

선박가압류가 집행된 경우 채무자는 선박의 사용·수익을 하지 못하고 그리고 채권자와의 채권관계에 대한 시시비비를 가려야 하는 그 기간 동안 선박에 대한 사용·수익을 하지 못하므로 실로 엄청난 손해가 발생한다. 그러한 손해를 방지하기 위하여 해방공탁제도라는 것을 두고 있지만, 실제적으로도 우리나라의 해방공탁제도는 채무자에게 너무 불리한 것이 사실이다. 채권자는 채무자에게 청구금액을 부담시키려는 의도로 채권액을 과다하게 청구하는 사례가 많다. 이러한 경우 가압류해방을 위한 보증액의 기준이 되는 채권액의 확정에 많은 문제점이 발생하게 되며 더군다나 우리나라의 법원은 오로지 현금공탁으로 결정을 내리는 경우가 태반이므로 그에 대하여 채권자에게 너무 가혹하다는 의견이 지배적이다. 그래서 채권액이 부당하게 산정된 경우에 법원이 보증금액의 기준이 되는 채권액을 합리적으로 정할 수 있는 절차나 방안을 마련되어야 할 것이다. 만약 우리나라와 같이 선박소유자에게 가압류된 선박의 해방을 위해 무조건 현금공탁만을 요구하게 된다면 선박운항을 중지하게 됨으로써 가압류비용이 과다하게 증가할 수 있고, 결국은 선박은 운항정지손실이 커져서 채권자나 채무자 모두에게 손해를 가져 올 수 있을 것이다.

그러므로 국제적 추세에 따라 P&I 보증장, 담보 및 금융기관이 보증으로서 담보를 제공하여 압류해방을 인정하도록 하여야 할 것이다.

우리나라는 삼면이 바다로 둘러싸여 있는 지정학적 위치와 그리고 남북 분단으로 인한 대륙으로의 진출이 어려운 현실 등의 문제로 바다를 이용한 해상활동이 주로 이루어져 왔다. 이러한 해상활동을 하다보면 그

운송수단인 선박을 이용하여 왔으며, 선박을 제외한 해상활동이란 단연코 생각하지 않을 수 없는 것이다.

이런 우리나라의 제반사정에 비추어볼 때, 선박이라는 단어는 단순히 운송수단의 존재가치보다는 우리나라 경제 산업의 젖줄과 같은 것이며, 앞으로 나아갈 우리의 방향을 가늠하게 하여주는 것이 바로 선박이다.

선박이라는 것은 국내에서의 그 효용가치보다는 국제상거래 및 국제간의 활동영역에서 더 큰 활동을 하고 있는 것이 사실이다. 세계를 무대로 움직이는 이러한 선박들이 어느 특정국가에서 가압류가 된다면, 그 선박에 대한 효용성의 상실 및 그 선박에 적재되어 있는 화물도 선박이 가압류되어 있는 기간 동안 묶여버리는 결과가 발생하므로 채무자측 뿐만 아니라, 제3자의 이해관계인에게 선의의 피해가 발생할 수도 있을 것이며, 채권자측에도 선박가압류에 대한 비용 및 국제상거래사이의 관계에서 신뢰관계 등의 불이익을 볼 수가 있다.

오늘날 원활한 국제거래관계 및 세계로 진출하기 위한 전초기지의 역할을 하기 위해서는 채권자 및 채무자 뿐만 아니라 제3자의 이해관계인 등 모두를 포함한 적절한 이해관계 등을 해결하기 위해 노력하여야 할 것이다. 그러기 위해서는 우리나라 법체계에 대한 이해를 확실히 하고 對物法體系를 갖추고 있는 영미법체계를 보다 비판적인 입장에서 숙지하여야 하며 한걸음 더 나아가 국제협약에 대해서 적절하게 수용되어 우리나라의 법체계에 맞추어 수용하여야 할 것이다.

參 考 文 獻

<單行本>

- 강대성, 민사집행법, 삼양사, 2002.
- 곽윤직, 물권법(전정판), 박영사, 1996.
- 김인현, 해상법연구, 삼우사, 2002.
- 남기정, 실무강제집행법 제1권, 육법사, 1989.
- _____, 주해강제집행법(4) 육법사, 1989.
- _____, 실무실례특수보전절차(상), '가압류', 육법사 1986.
- _____, 신강제집행법강의, 삼호사, 2001
- 박두환, 민사집행법, 법률서원, 2003.
- 박용섭, 해상법론, 형설출판사, 1998.
- _____, 정기용선계약법, 효성출판사, 1999.
- 배병태, 주해 해상법, 한국사법행정학회, 1980.
- _____. 임동철, 해상법개정에 관한 연구, 한국해사문제연구소, 1986.
- 법원행정처, 법원실무제요 민사집행IV-보전처분-, 2003.
- 법원행정처, “집행관 실무편람”, 법원행정처, 2004.
- 손주찬, 상법(상) 제12정증보판, 박영사, 2001.
- 이균성·신치계, 해상법강론, 서울; 한국해운산업연구소, 1988.
- 이철송, 회사법강의, 박영사, 2004.
- 정동윤, 회사법, 법문사, 1998.
- 정영석, 선하증권론, 효성출판사, 1999.
- _____, 해운실무, 해인출판사, 2004.
- _____, 해사법규강의 제3판, 해인출판사, 2003.
- 최기완, 상법학신론(상) 제14개정판, 박영사, 2003.
- _____, 상법학신론(하) 제14개정판, 박영사, 2003.

<論 文>

- 강종쾌, “법인격부인”, 재판자료 제37편, 법원행정처, 1989.
- 고광복, “외국선박의 가압류와 재판관할권”, 인권과 정의 제99호, 대한변호사협회.
- 권기범, “법인격부인의 범리”, 고시계, 1996. 7.
- 권오중, “외국선박 집행상의 몇 가지 문제점”, 부산지방법원, 1999.
- 김갑유, 선박우선평권 있는 채권에 기한 선박가압류, 상사판례연구 제2권, 박영사, 1996.
- 김희태, “보전처분과 손해배상책임”, 재판자료 제45편, 법원행정처, 1991.
- 나충수, “선박어레스트조약의 개정동향”, 한국해법학회지 제21권 1호, 1999. 6.
- 라천수, “불법집행으로 인한 배상책임”, 재판자료 35편, 1989.
- 박용섭, “선박등기제도와 저당권에 관한 연구”, 한국해법학회지 제8권 1호.
- 배병일, “선박의 강제집행”, 한국해법학회지 제16권 1호, 1994. 12.
- 서영화, 선박집행의 제문제 - 외국선박에 대한 집행에 있어서의 문제점, 부산지방법원, 1999.
- 안연효, 선박집행의 제문제 - 선박국적증서 등의 수취집행과 그 문제점 - 부산지방법원, 1999.
- 윤경현, “위법보전처분의 책임”, 사법논집 제2편.
- 윤배경, “선박의 압류, 가압류금지규정에 대한 타당성 검토”, 해양한국, 한국해사문제연구소. 1993. 6.
- 이순동, “선박의 소유권”, 재판자료 제52편 해상·보험법에 관한 제문제 (상), 법원행정처.
- 이용현, “중국의 선박가압류제도에 관한 연구 - 한국법과의 비교를 중심으로 -”, 한국해양대학교 박사학위논문, 2005.
- 이주홍, “법인격부인과 신의칙위반”, 사법행정 제360권, 1990. 12.
- 정덕환, “선박집행의 제문제 - 선박감수·보존 집행에 있어서의 실무상

문제점 -”, 1999.

정동윤, “법인격부인이론에 관한 대법원판결의 추이”, 변호사 20집.

정병석, “국제화시대의 국제사법·국제해상법”, 한국국제사법학회, 제6차
연차학술대회자료.

_____, “선박경매와 관련된 제문제”, 인권과정의 제196호, 대한변호사협
회.

정영석·이용현, “선박우선평권의 실행상의 문제”, 인문사회과학논집 제8
호, 2000.

정완용, “1999년 선박가압류에 관한 국제조약채택을 위한 전권외교회의
참가보고서”, 한국해법회지 제21권 1호.

_____, “선박어레스트조약의 개정논점에 관한 소고”, 한국해법회지 제18
권 1호.

_____, “상법 해상편 선원·선박 분야의 개정방향에 관한 고찰”, 한국해
법회지 제25권 1호, 2003. 4.

정해덕, “선박집행에 관한 연구”, 경희대 박사학위 논문, 2000.

최재선, 국제해사기구, 선박가압류협약채택 -발효와 동시에 모든 국가
선박에 적용-, 해양수산동향 제937호.

한영균, 선박에 대한 가압류, 선박집행의 제문제, 부산지방법원 1999.

홍광식, 선박채권의 담보와 실행, 재판자료 제52편(해상·보험법에 관한
제문제 (상)), 법원행정처

<外國文獻>

Chorley&Giles,Shipping Law 8th Ed., Pitman 1987.

The Evpo Aqnic,(1989)1 Weekly Law Reports 127 ; The
Glastnos,(1991) 1 Lloyd's Rep

Dicey & Morris전계 주(20)

Rambusch L. K., Arrest of Vessels-United States of America,

Maritiem Law Handbook, 1968

Friedell S.F. & Healy N. j., An introduction to in Rem Jurisdiction and Procedure in the United States, Maritime Law and Commerce 1989.

Brodmann, die See-Setzung des Deutschen Reichs, Anm. I482,S11; Sieveking, Das deutsche Seerecht, 1907.

Schapes, Komm.Bd.2, Anm 482

Singh, Nagendra, International Maritime Law Conventions,(Vol4). Maritime Law, London Stenvens & Sons, 1983

Heinz Prussmann & Dieter Rabe, Seehandelsrect(Band 9b: 2, Vollig neubearbeitete Auflage), C.H Becksche Verlagsbuch hanlang Munchen 1983,

Berlingieri F., Arrest of Ships, Lloyd's of London Press 1996

<判例>

서울고법 1974. 5. 8, 선고 72나2582

인천지방법원 1987. 6. 4. 선고, 86가합 1164

서울지방법원 1999. 4. 22. 선고, 98가합 66272

대법원 1962. 5. 31. 선고 62마5

대법원 1965. 6. 15. 선고 65다687

대법원 1966. 12. 20, 선고 66다 1554

대법원 1971. 10. 22 선고 71다 1393

대법원 1976. 5. 11. 선고 73다52

대법원 1976. 6. 24. 선고 76마195

대법원 1978. 12.13. 선고 78다1542

대법원 1980. 2. 26. 선고 79다2138, 2139

대법원 1980. 11.25. 선고 80다730

대법원 1982. 7. 13. 선고 80다2318
대법원 1988. 11. 22. 선고 87다카1671
대법원 1989. 9. 12. 선고 89다카678
대법원 1995. 5. 12. 선고 93다 44531
대법원 1995. 9. 12. 선고, 93다44531
대법원 1996. 10. 1. 선고 96마162
대법원 1996. 11. 11. 선고 95마 252
대법원 1998. 6. 26. 선고 97다30820