

船舶優先特權과 船舶執行的 實務에 관한 考察

黃 錫 甲*

A Study on the Forcible Execution for Arrest of Ship Relating to Maritime Lien

Seok-Kap Hwang

〈目 次〉

Abstract

I. 序 論

II. 船舶優先特權에 의한 船舶의 競賣

1. 船舶優先特權의 意義와 擔保權의 實行
2. 競賣開始決定 期間과 船舶의 押留
3. 韓國船舶과 外國船舶
4. 船舶優先特權의 競賣申請에 필요한 書類
5. 競賣費用의 豫納
6. 競賣申請後의 節次
7. 船舶優先特權의 消滅時效

8. 債務者인 船舶所有者의 船舶押留 解除 節次

III. 船舶 假押留

1. 假押留의 意義
2. 船舶優先特權과 船舶 假押留
3. 船舶 假押留의 性質
4. 船舶 假押留의 特質 및 節次
5. 解放供託金과 假押留의 取消
6. 第3者異議의 訴 및 假押留 執行의 訴

IV. 結 論

Abstract

According to newly revised Korean Commercial Law, 1991, several amendments on the maritime liens as a special legislative rights duly performed so as to make an equity with mortgages of the ship. Con-

* 한국해양대학교, 정회원

sequently, it is also noteworthy that claimants of the maritime lien should know how to secure their legal rights on the ship. Such a legal practice is performing in accordance with the doctrine and principles of the law of forcible execution without court order. This paper, therefore, intends to study specific legal practice for exercising legal rights on the ship by due process of law.

I. 序 論

商法 第5編의 海商에서 海商企業에 대한 債權者가 자기의 擔保權의 實行을 어떻게 행사하여야 하는가는 法定實務에 속하는 것으로 이 분야에 대한 法理와 함께 債權者가 같이 알고 있어야 할 중요한 내용이라고 생각 된다.

民事訴訟法에 의하면 船舶에 대한 強制執行은 金錢債權에 관한 強制執行 속에 별도로 명정 되어 있다.¹⁾

이른바 船舶執行에 관하여는 大學教材의 내용에서도 船舶執行의 實務에 대한 구체적인 언급이 없이 法理에만 치우친 감이 없지 않다. 그러므로 海商法에 접근하는 初歩者를 위하여 擔保權의 實行에 관한 實務의 고찰이 절실히 요청된다.

따라서 이 글에서는 海商企業上의 債權者를 위하여 船舶의 擔保價値 이용관계의 주요한 핵심이라 할수 있는 船舶優先特權에 한정하여 優先特權을 가진 債權者에게 주어진 法定擔保物權 行使의 法的 實務 절차가 어떠한가를 구체적으로 살펴보기로 한다.

그리하여 商法 중 海商編의 船舶優先特權을 가진 債權者가 자기債權의 만족을 위하여 스스로 擔保의 실행을 할 수 있는 法定 實務 능력을 갖추도록 한다. 이러한 취지에서 船舶優先特權과 假押留와의 관계 및 海商法上的의 일반 債權者가

船舶을 假押留하는 實務와 債務者가 이를 취소하는 實務를 알아보고, 또한 第3者異議의 訴에 대한 내용을 살펴봄으로써 船舶優先特權의 實行을 둘러싼 利害當事者가 관련법들을 이해 하는데 참고가 되었으면 한다.

II. 船舶優先特權에 의한 船舶의 競賣²⁾

1. 船舶優先特權의 意義와 擔保權의 實行

(1) 船舶優先特權의 意義

船舶優先特權(Maritime Lien ; Schiffsglaubigerecht ; gesetzliches Pfandrecht ; privilege maritime)이라 함은 일정한 法定債權의 債權者가 船舶 또는 그 附屬物로부터 다른 債權者에 優先하여 자기의 債權을 辨濟 받을 수 있는 海商法上的 특수한 擔保物權을 말한다(現商法 第861條 2項 참조).³⁾ 優先特權에 대한 被擔保債權은 現商法 第861條 第1項에 명시되어 있는 바 특히 海上勤勞者인 船員에 대한 被擔保債權은 第2號에서 船員기타의 船舶使用人의 雇傭契約으로 인한 債權을 가진자는 船舶, 그 屬具, 그 債權이 생긴 航海의 運賃 그 船舶과 運賃에 부수한 債權에 대하여 優先特權을 가진다고 명정함으로써 船員에 대한 被擔保債權이 확보되어 있다.

1) 船舶執行은 본래 債權의 만족을 위한 債務名義의 實現을 위하여 民事訴訟法 第7編 第2章 第4節의 規定에 의하여 船舶에 대하여 이루어지는 強制執行을 가리킨다. 그러나 넓은 의미에서는 船舶을 目的物로 하는 擔保物權, 즉 船舶抵當權과 船舶優先特權의 實行을 위하여 하는 競賣法 第4章의 規定에 의한 競賣의 節次도 포함한다. 이 船舶執行은 原則적으로 不動產執行에 관한 節次에 준하여 이루어 진다(李均成, 海商法講論(서울: 韓國海運技術院, 1988)), 25쪽.

2) 최중현, 해상클레임의 해결절차(서울: Kim & Chang 법률사무소, 1992), 2-5쪽.

3) 徐敦珏, 商法講義(下), (서울: 法文社, 1986), 616쪽; 孫珠瓚, 商法(下), (서울: 博英社, 1990), 581쪽; 崔基元, 商法學新論(下), (서울: 博英社, 1992), 810쪽.

(2) 擔保權의 實行

船舶優先特權의 주된 효력은 優先辨濟權(第861條 第2項)과 目的物의 競賣權(同條 第2項)이다. 따라서 船舶優先特權의 債權者인 船員은 자기 債權의 存否 또는 범위를 訴訟에 의하여 確定할 必要없이 바로 法院⁴⁾에 船舶의 競賣를 申請할 수 있다. 法院이 競賣申請을 받아 들어 競賣開始決定을 하는 경우에 船舶에 대한 競賣節次가 進行되고 船員의 雇傭契約으로 인한 債權은 競賣代金으로부터 同條 第1項 1號에 명시된 被擔保債權의 後順位로서 우선변제를 받게된다. 또한 이 法定 擔保物權은 船舶의 所有權이 이전되더라도 追及力⁵⁾(現商法 第869條)이 인정되므로 船舶 所有者에 관계없이 擔保權의 실행을 할 수 있으며, 當航次의 運賃뿐만 아니라 雇傭契約 존속중의 모든 航海로 인한 運賃의 전부에 미친다(改正商法 第 865條).

2. 競賣開始決定 期間과 船舶의 押留

船舶優先特權에 의한 競賣開始決定節次는 비교적 신속하며 일반적으로 競賣申請書를 法院에 提出한 뒤 2-3일 정도면 競賣開始決定이 내려진다.

일단 競賣開始決定이 되면⁶⁾ 船舶은 押留되고 船舶所有者가 押留된 船舶을 解除하여 다시 運航하려면 복잡한 절차와 비용은 물론 運航遲滯 또는 休航의 손해를 감수하여야 한다.

3. 韓國船舶과 外國船舶

海上企業에 대하여 優先特權을 가진 債權者는 자기의 債權이 어느나라의 船舶에 속하는가를 먼저 확인할 필요가 있다. 그 이유는 優先辨濟權이 船舶의 國籍에 따라서 달라 질 수 있기 때문이다.

(1) 韓國船舶

가. 意義

韓國船舶이라 함은 다음과 같은 요건을 갖춘 韓國의 國籍 또는 船籍을 가진 船舶을 말한다. 즉, 大韓民國船舶이 되려면 첫째 國有 또는 公有의 船舶, 둘째 大韓民國國民이 所有하는 船舶, 셋째 大韓民國의 法律에 의하여 설립된 商社法人으로서 출자의 過半數와 이사회 의결권의 5분의 3 이상이 大韓民國國民에 속하는 法人이 소유하는 船舶, 이 경우에 그 法人의 대표이사는 大韓民國國民이어야 하고, 넷째는 大韓民國에 주된 사무소를 둔 앞의 셋째 이외의 法人으로서 그 代表者(共同代表인 경우에는 그 전원)가 大韓民國國民인 경우에 그 法人(즉 會社 이외의 法人)이 所有하는 船舶이어야 한다(船舶法 第2條 참조).

나. 現商法上的 被擔保債權

韓國船舶에 대하여 船舶優先特權이 인정되는 債權 및 그 優先順位는 現商法 第861條 第1項에 명정하고 있으므로 이 규정을 적용한다. 同條 第1項에서 명시하고 있는 被擔保債權을 구체적으로 살펴보면 :

第1號에서는 債權者의 공동이익을 위한 訴訟費用, 船舶과 屬具의 競賣에 관한 비용, 航海에 관하여 船舶에 과한 諸稅金, 導船料와 曳船料, 최후 入港 後의 船舶과 그 屬具의 保存費와 檢査費 ; 第2號에서는 船員 기타의 船舶使用人の 雇傭契約으로 인한 債權 ;

第3號에서는 船舶의 救助에 대한 報酬와 共同海損의 分損에 대한 債權 ;

第4號에서는 船舶의 衝突 또는 기타의 航海事故로 인한 航海施設 및 航路에 대한 損害, 船員이나 旅客의 생명, 신체에 대한 손해와 積荷 및 手荷物에 대한 손해의 賠償債權 ;

第5號에서는 船舶의 보존 또는 航海繼續의 필

4) 船舶에 대한 強制執行은 押留當時의 碇泊港을 管轄하는 地方法院을 執行法院으로 한다(民訴法 第679條).

5) 追及力은 從物이 아닌 船舶의 屬具·運賃請求權·船舶附屬物에 대하여 미치지 아니하므로 優先辨濟權을 확보하기 위하여는 押留해 두어야 한다.

6) 法院은 強制競賣開始決定을 한 때에는 執達官에게 船舶國籍證書 기타 航行에 필요한 문서를 船長으로부터 수취하여 法院에 제출할 것을 명하여야 한다(民訴法 第679條의 2).

요로 인하여 船長이 船籍港 외에서 그 권한에 의하여 체결한 계약 또는 그 이행으로 인한 債權 및 ;

第6號에서는 최후의 航海準備에 요한 船舶의 裝備, 糧食과 燃料에 관한 債權이다.

다. 改正商法상의 被擔保債權

改正商法(1993년 1월 1일부터 施行)은 現商法 第861條 第1項 4號에서 積荷 및 手荷物에 대한 損害賠償債權을 삭제함으로써 船舶優先特權을 부여 하지 아니하고, 또한 第5號와 第6號를 삭제하여 船舶優先特權에서 제외시키고 있다. 이는 船舶抵當權에 위협적인 존재가 되어 온 船舶優先特權의 被擔保債權에 대한 범위를 좁혀줌으로써 船舶抵當權의 지위를 향상시키려는데 그 목적이 있다고 본다.

(2) 外國船舶

우리나라의 船舶法에서 外國船舶이라 함은 韓國의 國籍 또는 船籍을 가지지 아니한 船舶을 말한다(船舶法 第2條 참조). 따라서 外國船舶의 경우에 船舶優先特權이 인정되는 범위와 그 순위는 그 船舶의 船籍國 法이 정하는 바에 의한다. 船舶이 便宜置籍船인 경우, 예컨대 리베리아, 파나마, 온두라스 및 바하마 등이거나, 또는 영국, 미국, 프랑스, 노웨이, 덴마크 등의 주요해운국인 때에는 국내도서관이나 해사전문법률사무소를 통하여 그 船籍國法에 관한 자료를 얻는 것이 바람직하다. 이에 더하여 優先特權의 債權者가 직접 해당 船籍國의 변호사에게 그 國家의 法에 관한 意見 내지 의견서를 받을 수 있다면 대단히 유익한 자료로 활용할 수 있을 것이다. 船舶優先特權에 대한 각국의 입법태도는 대개 이에 관련된 國際條約 이른바 1926년 條約 또는 1967년 條約을 채택하고 있으므로 우선 이들 條約의 내용을 숙지할 필요가 있다.

4. 船舶優先特權의 競賣申請에 필요한 書類

船舶優先特權에 기한 債權者는 목적물(現商法 第862條 참조)에 대한 競賣申請을 할 수 있다. 債權者가 法人으로서 韓國會社인 경우와 이와는 달리 外國會社인 경우에는 다음과 같은 서류를 갖추어야 한다.

그리고 목적물에 대한 競賣申請時에는 원칙적으로 아래의 委任狀과 會社國籍證書의 원본을 法院에 제출하여야 한다.

(1) 債權者가 韓國會社인 경우

가. 委任狀

나. 會社登記簿謄本

다. 船舶國籍證書 또는 船級證書 사본

라. 債權을 입증하는 書類 등

(2) 債權者가 外國會社인 경우⁷⁾

가. 委任狀

나. 會社國籍證書

다. 船舶國籍證書 또는 船級證書 사본

라. 船籍國法上 船舶優先特權이 인정된다는 증거

마. 債權을 입증하는 서류 등

5. 競賣費用의 豫納

債權者가 競賣申請을 할 때에는 競賣費用을 예납하여야 한다. 예납 競賣費用은 일정하지 않고 債權額 및 船舶의 가액 등에 따라 달라진다. 競賣가 종결되면 예납한 競賣費用은 競賣代金으로부터 우선적으로 변제받을 수 있다.

6. 競賣申請後의 節次

(1) 競賣開始決定 또는 競賣申請 却下の 決定
債權者의 競賣申請에 의하여 法院은 競賣開始

7) 債權者가 外國人(法人)인 경우에는 委任狀과 會社國籍證書를 회사의 대표자가 署名을 한 뒤에 公證을 받고 또한 大韓民國 領事의 인정을 받도록 한다.

決定 또는 競賣申請을 却下하는 결정을 한다. 소요기간은 통상 債權者의 競賣 신청후 2-3일 이내이고, 만일 債權者가 競賣申請을 却下하는 결정에 대하여 불복이 있는 때에는 1주일내에 즉시 抗告할 수 있다(民訴法 第414條 참조). 即時抗告는 執行停止의 효력이 있다(民訴法 第417條).

(2) 船價鑑定依頼

法院이 競賣開始決定을 한 때에는 船舶의 最低 競賣價格을 정하기 위하여 船舶의 價額에 대한 鑑定을 專門機關에 의뢰하게 된다. 船價鑑定 기간은 法院에 따라 다시 차이가 있으나 일반적으로 약 15일 정도 소요된다.

(3) 第1次 競賣期日의 決定

法院이 전문기간에 의한 船價鑑定報告書를 받으면 競賣期日을 지정하게 된다. 통상적으로 第1차 競賣期日은 競賣開始決定 후 약 2월 후가 된다.

(4) 流札時 競賣期日의 再指定과 競賣價의 決定

만약 第1차 競賣期日에 最低競賣價格을 초과하는 買受申請이 없는 때에는 유찰이 된다. 이 경우에는 法院이 약 1월 이후에 다시 競賣期日을 지정한다. 法院이 다시 競賣期日을 지정한 때의 最低競賣價格은 第1차 競賣時의 最低競賣價格보다 통상 약 20% 정도 감경시키고 있다.

(5) 配當

法院이 지정한 競賣期日에 競賣가 이루어지고 競落人이 法院이 지정하는 競賣代金納付期日에 競賣代金を 納付하게 되면 法院은 競賣代金を 優先順位에 따라 배당을 하게 된다. 이 때 船舶優先特權을 가진 債權者는 現商法 第861條 第1項과

第866條, 第867條 및 第868條의 순위에 따라 배당을 받게 된다.

7. 船舶優先特權의 消滅時效

現商法은 船舶優先特權의 消滅時效에 관하여 船舶優先特權이 생긴 날로부터 1년간 행사하지 아니하면 소멸하는 것으로 되어 있다(現商法 第870條 第1項 참조). 따라서 優先特權을 가진 債權者는 1년 이내에 提訴를 함으로써 시효를 중단할 수 있다.

그러나 改正商法에 따르면 船舶債權者의 優先特權은 그 債權이 생긴 날로부터 1년내에 실행하지 아니하면 소멸한다(改正商法 第870條 1項). 이 규정은 船舶優先特權을 가진 債權者가 1년 이내에 船舶競賣申請을 하여 船舶優先特權을 행사하지 아니하면 船舶優先特權은 시효로 소멸하게 된다.⁸⁾ 그러나 이 경우에도 船舶優先特權에 의해 擔保되는 債權에 대한 소멸 시효는 별도로 진행되므로 船舶優先特權과 같은 1년의 短期消滅時效가 적용되지 않는 한 債權者는 여전히 債務者인 船舶所有者에 대하여 일반 債權者로서 賃金債權을 請求할 수 있다고 본다. 즉, 船舶優先特權이 소멸하면 優先特權자는 一般債權者인 地位로 변하게 된다.⁹⁾ 그리고 改正商法은 現商法의 第861條 第1項 第6號의 규정에 의한 優先特權이 그 船舶의 發航으로 인하여 소멸한다(現商法 第870條 第2項)는 규정을 삭제하고 있다.

8. 債務者인 船舶所有者의 船舶押留 解除 節次

앞에서 보았듯이 船舶優先特權에 의한 競賣申請에 대하여 法院이 競賣開始決定을 하는 때에는 船舶이 押留된다. 이 押留된 船舶을 債務者인 船

8) 1967년 海上優先特權·抵當權條約(International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Maritime Liens and Mortgages)에 따르면 海上優先特權은 被擔保債權이 발생한 때로부터 1년 경과하면 그 동안에 船舶이 押留되어 競賣에까지 이르지 아니하면 消滅한다고 規定되어 있다(第8條 1項 참조). 改正商法은 이 新條約의 취지에 좇아 時效消滅을 제척기간으로 개정하여 船舶抵當權者 등을 보호하는데 그 목적을 두고 있다.

9) 崔基元, 前掲書, 814쪽.

船舶所有者가 정상운항을 시키고자 할 때에는 押留를 해제하여야 한다. 그런데 船舶이 押留된 경우에 이를 解除하기 위한 절차는 뒤에서 보는 바와 같이 그 절차가 복잡하고 債務者인 船舶所有者는 債權者의 債權額과 競賣費用을 현금으로 供託하여야 하므로 船舶所有者의 船舶이 押留되면 대개의 경우 船舶所有者는 和解로서 다툼을 해결하려 할 것이다. 만약 船舶所有者가 優先特權을 가진 債權者와 和解를 이루지 못할 때에는 押留된 자기 船舶을 解除할 수 밖에 없다. 押留된 船舶의 해제절차로는 다음과 같은 방법이 있다.

(1) 船舶의 競賣開始決定에 대한 異議申請 또는 船舶優先特權 否存在 확인의 訴 提起

現行 民事訴訟法에 의하면 債務者인 船舶所有者는 자기 船舶의 競賣開始決定에 대하여 擔保權의 否存在 또는 소멸을 이유로 하여 異議申請을 할 수 있다(民訴法 第725條). 이에 따라 船舶이 船舶優先特權으로 인하여 競賣開始決定으로 押留된 때에는 債務者인 船舶所有者는 船舶優先特權의 否存在 또는 소멸을 이유로 하여 競賣開始決定에 대한 異議를 신청할 수 있다.

또한 이와는 달리 船舶所有者로서는 船舶優先特權의 否存在 또는 소멸을 이유로 하여 船舶優先特權 否存在確認의 本案訴訟을 제기할 수도 있다.

그런데 船舶優先特權 否存在 확인의 訴의 경우에는 訴를 제기할 때 訴價에 따르는 印紙代를 法院에 납부하여야 하지만, 競賣開始決定에 대한 이의신청시에는 印紙代를 납세할 필요가 없다. 그리고 法院 내부의 절차상 本案의 訴訟 보다는 申請事件이 신속하게 종결되는 점을 고려한다면 競賣開始決定에 대한 異議申請의 방법을 택하는 것이 債務者인 船舶所有者에게 보다 유리하다 할 것이다.

(2) 債務者의 競賣節次 停止 假處分 申請

債務者인 船舶所有者는 競賣開始決定에 대한 異議申請 또는 船舶優先特權 否存在 確認의 訴의 提起와 함께 競賣節次 停止 假處分을 신청하여야 한다. 이 때에 法院은 債務者인 船舶所有者에게 擔保를 제공하게 하거나 擔保의 제공 없이도 競賣節次의 停止를 명할 수 있다. 이와 같이 法院이 假處分 결정시에 擔保를 제공시키는 여부는 法院마다 그 입장을 달리하고 있음에 유의할 필요가 있다.

法院에 의한 假處分 결정은 단지 競賣節次를 停止하는 결정이므로 船舶에 대한 競賣節次가 더 이상 진행되지 아니하는 효력 이외에는 달리 船舶의 押留 상태를 해제하는 효력이 없다. 그러므로 船舶에 대한 押留狀態를 해제하여 船舶을 出航 시키고자 할 때에는 競賣節次의 取消申請을 하여야 한다.

(3) 船舶의 競賣節次 取消申請

民事訴訟法은 第684條의 2에서 保證의 제공에 의한 強制競賣節次의 取消規定을 두고 있다. 이 規定에 의하여 債務者인 船舶所有者가 자기 船舶에 대한 競賣節次 取消申請을 할 때에는 다음과 같은 요건을 갖추어야 한다.

첫째, 競賣節次 停止 假處分決定의 정본을 법원에 제출하여야 한다.

둘째, 競賣申請 債權者 및 配當要求를 한 債權者의 債權과 競賣費用의 총액에 상당하는 금액을 法院에 供託하여야 한다. 供託金은 現金供託을 원칙으로 한다.

이 供託金은 나중에 船舶優先特權否存在 확인의 訴 또는 競賣開始決定에 대한 異議申請 事件에서 船舶所有者 등이 敗訴하게 되면 競賣申請 債權者와 配當要求를 한 債權者들에게 船舶을 競賣한 것과 마찬가지로 배당하게 된다.

III. 船舶 假押留^{10), 11)}

1. 假押留의 意義

假押留라함은 金錢債權이나 金전으로 환산할 수 있는 債權에 대하여 장래에 실시할 強制執行이 불능이 되거나 현저한 執行困難의 염려¹²⁾가 있는 경우에 미리 債務者의 현재의 재산을 假押留하여 확보함으로써 장래의 強制執行을 保全함을 목적으로 한다. 즉, 假押留는 金錢債權이나 金전으로 환산할 수 있는 債權에 대하여 動産 또는 不動産에 대한 強制執行을 保全하기 위하여 할 수 있다(民訴法 第696條 1項). 그리고 假押留는 기간이 도래하지 아니한 청구에 대하여도 할 수 있다(同條 2項). 假押留의 요건으로는 假押留에 의하여 保全될 債權의 존재와 假押留理由의 존재의 두가지가 필요하다.¹³⁾ 따라서 海商法상의 債權者도 이들 요건이 갖추어지면 債務者가 소유하고 있는 재산을 假押留할 수 있음은 물론이다.

2. 船舶優先特權과 船舶 假押留

(1) 船舶優先特權

船舶에게 優先特權이 인정되는 경우에 被擔保債權者는 즉시 船舶에 대한 競賣를 신청할 수 있기 때문에 장래의 強制執行을 保全함을 목적으로

하는 假押留를 할 필요가 없다.

(2) 船舶 假押留

船舶에 대한 假押留의 執行은 假押留 당시의 碇泊港에 船舶을 碇泊하게 하여야 한다(民訴法 第712條 1項). 그리고 船舶 假押留는 船舶優先特權에 따른 競賣申請과는 달리 원칙적으로 그 債務者가 반드시 당해 船舶의 登記 船主이어야 한다. 다만 法人格否認理論이 적용되는 이른바 便宜置籍船의 경우에는 登記 船主 이외의 實際 船主에 대한 債權者로서 船舶을 假押留할 수 있게 된다(後述). 船舶執行에서 당해 船舶을 假押留하기 이전에 그 船舶의 所有權이 第3者에게 이전된 경우에는 종래의 船主에 대한 債權을 가지고서 그 船舶을 假押留할 수 없음에 유의하여야 한다.¹⁴⁾

3. 船舶 假押留의 性質

船舶 假押留는 優先特權에 의한 船舶 競賣와는 달리 船舶假押留 申請 債權者에게 아무런 優先辨濟權이 주어지지 아니한다. 즉, 한 債權者가 船舶을 假押留한 이후에도 다른 債權者들이 그 船舶에 대하여 또 다시 假押留를 하거나 기타 권리를 행사할 수 있다. 假押留된 船舶 또는 解放供託金이나 假處分 供託金은 요건을 갖춘 관련 債權者들이 평등하게 債權額에 따라 比率 分配를 하게

10) 최중현, 前掲論文, 7-10쪽.

11) 現行商法은 이러한 船舶執行의 第1段階의 物理的 節次로서 押留와 함께, 장래의 強制執行의 불능 또는 곤란을 예방하기 위한 保全節次로서의 假押留에 관한 특칙을 두고 있다(李均成, 前掲書, 26쪽 참조).

12) 債務者가 재산을 감소시키거나 또는 그 재산을 債權者의 시야에서 격리함으로써 債務者의 재산상태와 社會的 지위에 견주어 보아 執行不能 또는 그 현저한 곤란을 예상할 수 있는 경우에 이 요건이 충족된다. 이와 같은 염려가 있는 사실로서는 債務者의 재산의 濫費·廉費·毀滅·無謀한 借財·財産隱匿·逃亡·住居不定·頻繁히 이주하는 사실 등을 들 수 있다. 이와 같은 사실은 債務者의 행위에 의하였거나 第3者가 유발시켰거나 자연의 사고에 의하였거나를 불문한다. 또 違法行爲에 의하는가의 여부, 故意·過失의 유무 등과도 관계없다. 이와 반대로 假押留는 債權者에게 현재 이상으로 완전한 만족을 받게함을 목적으로 하는 것이 아니므로 현재 이미 債務者가 無資力이거나 혹은 다른 債務者로부터 執行을 당할 염려가 있는 것만으로는 假押留의 이유로 인정되지 않는다(方順元, 民事訴訟法(서울:韓國司法行政學會, 1987), 432-433쪽 참조).

13) 方順元, 上掲書, 430쪽.

14) 債務者가 占有하고 있지 아니한 船舶, 예컨대 賃貸借 또는 使用貸借 중의 船舶에 대하여는, 직접 執行을 할 수가 없기 때문에, 그 強制執行을 함에는 船舶의 引導請求權을 債權執行의 방법에 의하여 押留하여야 한다(民訴法 第690條 1項 참조).

된다. 그러므로 假押留 債權者라 하여 어떠한 優先辨濟權을 부여 받지 못하게 된다.

4. 船舶假押留의 特質 및 節次

海上에서 발생한 債權을 확보하기 위하여 假押留된 재산이 일반 재산인 경우에는 假押留에 의하여 保全되는 債權이 다른 假押留와 다를 바가 없다.

그러나 海産인 船舶 假押留인 경우에는 假押留의 객체가 船舶이라는 특질 때문에 다른 假押留와 다른 점이 있다. 이러한 船舶의 特質에서 오는 船舶 假押留에 대한 節次는 船舶에 대한 強制競賣의 경우에 준하여 실시 된다(民訴法 第707條 · 第678條 참조). 이를 분세하면 다음과 같다.

(1) 船舶假押留 申請에 필요한 書類

船舶 假押留 申請時에 구비할 서류는 船舶優先特權에 따라 競賣申請시에 필요한 서류와 거의 같다. 앞에서 본 優先特權의 競賣申請 때와 다른 점은 船籍國法에 관한 증거를 필요로 하지 아니한다는 점이다.

(2) 船舶 假押留와 供託金

가. 供託命令과 供託金

債權者가 船舶 假押留를 申請하게 되면 法院이 그 申請을 이유있다고 받아들이는 경우에 통상 1-2일 이내에 假押留 申請人에게 供託命令을 내리게 된다. 이 때에 供託金の 금액은 法院의 裁量으로 결정하나 통상 假押留 申請人이 주장하는 債權額의 1/5 내지 1/8 정도의 금액이 되고, 債權額이 소액인 경우에는 債權額의 1/3까지로 정하기도 한다.

나. 供託金の 事後處理

申請人에 의한 供託金은 나중에 訴訟 또는 仲裁 節次에서 假押留 申請人이 敗訴하는 경우에 假押留로 인한 船舶 所有者 등이 입은 損害를 위

한 擔保가 된다.

다. 現金供託과 支給保證制度

종래에는 이 供託金에 대하여 현금 또는 法院이 인정하는 有價證券으로 납부하도록 되어있어서 有價證券으로 供託이 가능할 것 같았으나 실제로는 法院이 현금만의 供託을 허용하여 왔다. 그러나 개정된 現行 民事訴訟法에서는 현금으로 供託하는 대신에 保險會社 또는 銀行과의 支給保證委託契約를 체결한 문서로 갈음할 수 있다(民訴法 第510條 · 第684條의 2 참조).¹⁵⁾

라. 外國會社에 대한 保證制度

保險會社의 支給保證制度에 의하면 外國會社가 供託保證保險證券을 發給 받을 때에는 擔保를 提供하여야 한다. 따라서 外國會社는 實際로 供託保證保險證券을 擔保없이 발급받기 곤란하다. 그러므로 外國會社는 현금으로만 供託金을 납부하여야 하는 부담을 지게 된다.

(3) 船舶 假押留의 決定과 航行의 許可

가. 假押留의 決定

假押留 申請人이 供託保證保險證券을 法院에 제출하거나 또는 현금으로 供託하는 경우에 法院은 다시 1-2일 이내에 假押留決定을 내린다. 法院에서 내린 假押留 決定문을 船長에게 送達하게 되면 船舶은 押留되며 假押留 當時의 碇泊港에 船舶을 碇泊시켜야 한다(商法第680條 第1項 참조).

나. 航行의 許可

法院이 假押留 決定을 내린 후에 營業상의 필요 기타 正當한 이유가 있다고 인정할 때에는 債務者의 申請에 의하여 船舶의 航行을 허가할 수 있다. 이 경우에는 債權者, 最高價買受申告人, 次順位買受申告人 및 競洛人의 동의를 있어야 한다(商法 第680條 第2項).

(4) 船舶의 押留.假押留의 制限

가. 發航準備完了에 의한 制限

15) 이에 따라 지금은 保證保險會社에서 支給保證 委託契約文書를 供託保證保險證券이란 명칭으로 발급하고 있다. 그 비용은 供託金額의 1%정도 이어서 假押留를 申請하는 債權者의 負擔을 덜어 주고 있다.

航行의 準備를 完了한 船舶과 그 屬具는 押留 또는 假押留를 하지 못한다.¹⁶⁾ 그러나 航海를 準備하기 위하여 생긴 債務에 대하여는 그러하지 아니하다(改正商法 第744條). 이와 같이 改正商法은 發航準備를 完了한 船舶에 대하여 그 航海가 完了될 때까지 押留 또는 假押留가 금지되고 擔保權의 實行으로서의 任意競賣도 할 수 없다(競賣法 第38條 2項). 여기서 “航海가 完了된다” 함은 그 船舶에 船積된 貨物과 搭乘한 旅客의 전부를 揚陸·下船시킨 후가 되므로 貨物과 旅客의 전부를 내리지 아니한 中間港에서 押留나 假押留를 할 수 없게 된다. 따라서 寄港地가 여러 港口인 定期船의 경우에는 船舶執行이 매우 곤란하게 된다.

나. 發航準備完了에 대한 解釋

改正商法 第744條 본문에서 船舶의 “航海準備를 完了”에 대한 문언의 뜻이 불명확하지만 이를 엄격히 해석하면 船舶의 發錨直前(Prior to weighing anchor)까지는 船舶을 押留·假押留 할 수 있다고 본다.¹⁷⁾ 이를 船舶運航의 관점에서 본다면 押留·假押留는 荷役作業을 完了하기 전이거나, 船員, 食品, 燃料 및 清水 등의 補給이 되기 전이거나, 出航을 위한 法的 또는 行政的 節次와 書類準備를 完了하기 전에 이루어 져야 할 것이다. 여기서 말하는 “航海準備의 完了”는 事實問題이므로 押留·假押留의 法律問題가 발생하게 되면 개개의 상황을 고려하여 決定하여야 한다고 본다.

18) 19)

다. 押留·假押留의 制限에 대한 例外

航海를 準備하기 위하여 생긴 債務 이른바 修

繕費·燃料·食糧 代金 등에 대하여는 위의 押留·假押留를 금지하는 대상에서 제외된다(改正商法 第744條 단서). 그 이유는 이러한 債務負擔으로 인하여 船舶은 發航을 할 수 있고, 이 경우에 押留를 인정하지 않는다면 船舶所有者는 航海準備를 위한 金銀의 편의를 얻을 수 없을 것이며, 이와 같은 債務는 대개 그 辨濟時期가 航海準備를 完了할 때로 하고 이 때까지 債權者는 權利行使를 하지 않는 것이 보통이기 때문이다.²⁰⁾ 또한 당해 航海중에 생긴 船舶衝突·海難救助·共同海損·積荷의 滅失·毀損 등에 의한 債務도 押留禁止의 원칙이 적용 되지 않는다고 본다. 이러한 押留禁止의 원칙은 大陸法系의 영향을 받은 것이다.²¹⁾

5. 解放供託金과 假押留의 取消

法院이 假押留決定을 내릴 때에는 이와 함께 假押留의 執行停止나 이미 執行한 假押留를 取消하기 위하여 船舶所有者 등의 債務者가 供託할 金銀 이른바 解放供託金을 정한다. 이에 따라 船舶所有者 등이 法院에서 정한 解放供託金을 供託하게 되면 船舶의 假押留는 취소되고(民訴法 第713條) 船舶은 정상 운항을 위하여 출항할 수 있다. 解放供託金은 반드시 현금 또는 法院이 인정하는 有價證券으로 供託하여야 하고 供託保證保險證券으로 갈음할 수 없음에 유의하여야 한다(民訴法 第702條). 이 解放供託金은 船舶에 갈음하여 假押留申請 債權者의 債權의 擔保로 되기 때문에 船舶은 假押留에서 해방될 수 있다.

16) 이것은 獨逸商法 第482條와 같은 취지이며, 프랑스商法(第215條)도 이러한 경우의 押留禁止를 規定하고 있다. 大陸法系 각국에서 대체로 인정되어 있는 원칙이지만, 英美法에서는 이를 금지하지 않고 오히려 명문으로써 押留를 인정하고 있다(孫珠瓚, 前揭書, 588쪽).

17) 李均成, 前揭書, 29쪽.

18) 朴容燮, 海商法論(서울: 명신문화사, 1991) 909쪽 참조.

19) 프랑스商法(第215條 2項)은 航海에 관한 서류를 준비한 때에는 發航準備가 完了한 것으로 보고 있다(孫珠瓚, 前揭書, 589쪽 참조).

20) 孫珠瓚, 上揭書, 589쪽 이하.

21) 崔基元, 前揭書, 818쪽.

6. 第3者異議의 訴 및 假押留 執行의 取消

(1) 第3者異議의 訴

強制執行에 있어서 그 신뢰성의 요청으로 債務者의 責任財産 외의 財産이나 第3者의 財産이 잘못 押留·假押留되는 경우가 있을 수 있다. 이와 같은 強制執行도 執行法상으로 適法한 執行으로 보고 있기 때문에 利害關係人은 그 이익을 옹호하기 위하여 잘못된 執行의 排斥을 구할 것이다. 그러나 執行法상 위와 같은 執行이 당연히 違法한 행위는 아니므로 執行방법의 異議나 抗告에 의할 수 없고, 責任財産에 歸屬되느냐의 與否에 관한 實體法상의 문제이므로 訴의 방법에 의한 判決節次로서 확정시키게 된다. 이것이 이른바 民事訴訟法 第509條가 규정하는 第3者異議의 訴이다.²²⁾

(2) 假處分申請과 船舶의 出航

船舶假押留를 申請한 債權者가 第3者에 대한 債權을 가지고 전혀 다른 船主의 船舶을 假押留한 때에는 당해 船舶所有者는 위에서 언급한 民事訴訟法 第509條에 의하여 第3者異議의 訴를 제기하고 假押留 執行을 取消하는 假處分을 申請할 수 있다. 이때에 假押留된 船舶은 法院의 假處分에 의하여 假押留 執行이 취소 되어야만 비로소 出航이 가능하다.

(3) 假處分決定과 供託

法院이 假押留 執行을 취소하는 假處分決定을 할 때에는 船舶所有者로 하여금 假處分 申請 債權者의 債權 전액과 비용을 擔保로 供託할 것을 명하게 된다. 이 때에 供託金은 解放供託金과 마찬가지로 반드시 현금 또는 法院이 정하는 有價證券으로 供託하여야 한다.

(4) 便宜置籍船의 경우

대체로 第3者異議의 訴가 제기되는 것은 便宜置籍船이 관여되는 경우이다. 便宜置籍船의 實際船主와 거래를 한 債權者가 債務者를 實際船主로 表示하여 便宜置籍船을 假押留하는 때에 그 船舶의 登記船主는 第3者異議의 訴를 제기하고 假處分을 받아 船舶을 出航시킬 수 있다.

(5) 法人格否認論

만일 實際의 船主가 責任을 회피하기 위하여 便宜置籍制度을 巧妙히 이용하려는 경우에 대하여 우리 大法院에서는 法人格否認理論을 채택하고 있음에 유의할 필요가 있다. 즉, 便宜置籍을 위하여 設立된 회사가 法律의 적용을 회피하기 위하여 實際의 船主와는 별개의 法人格을 가지는 회사라는 主張을 내세우는 것은 信義誠實의 원칙에 違反하거나 法人格을 남용하는 것으로 허용될 수 없다고 판시하고 있다.^{23) 24)}

(6) 船舶所有者의 供託

法院이 假處分決定시에는 船舶所有者로 하여금 假處分申請 債權者의 債權 전액과 비용을 擔保로 供託할 것을 명하게 된다. 이 供託金도 解放供託金과 마찬가지로 반드시 현금 또는 有價證券으로 供託하여야 한다.

IV. 結 論

위에서 살펴본 바와 같이 海商法상의 債權者가 그 상대방 債務者를 海上企業의 船舶所有者로 하는 경우에는 船舶에 대하여 法定 節次를 진행함으로써 船舶執行에 의한 자기 債權의 변제를 받을 수 있다.

22) 第3者異議의 訴에 관한 民事訴訟法 第509條의 適用範圍는 모든 재산에 대한 執行, 즉 金錢債權에 대한 執行뿐 아니라 物件의 引導請求에 대한 執行에도 인정되며 모든 債務名義에 의한 執行, 예컨대 假押留·假處分命令에 의한 保全執行에도 적용된다(方順元, 前揭書, 182-182쪽 참조).

23) 大判 1988. 11. 22. 87다카 1671.

24) 그러므로 便宜置籍會社가 自己가 船主라고 主張하며 第3者異議의 訴를 제기하여 假處分申請을 하여도 假處分申請이 棄却될 것이고, 실사 假處分이 인용되어 船舶이 出航된다 하여도 第3者異議의 訴 本案에서 敗訴하고 말 것이다.

특히 法定擔保物權인 船舶優先特權을 가진 債權者 중에서 社會政策的으로 船員 등의 雇傭契約으로 인한 債權은 두터이 보호하고 있으며, 또한 이들 債權者는 擔保의 목적인 船舶을 占有하거나 公示制度에 의한 登記를 요하지 아니하고 곧 바로 船舶의 競賣를 통하여 擔保의 實行을 할 수 있다. 그러므로 이들 被擔保債權者는 海商法상의 특

수한 優先特權 및 船舶執行에 관한 法理와 함께 실무에 대한 節次를 충분히 이해하여 적기에 자기 債權의 만족을 얻는데 착오가 없도록 하여야 할 것이다. 아울러 債務者인 船舶所有者도 船舶의 押留·假押留의 제한과 해방의 規定에 의한 실무를 숙지하여 船舶의 運航에 差跌이 없도록 만전을 기 하여야 할 것이다.