



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

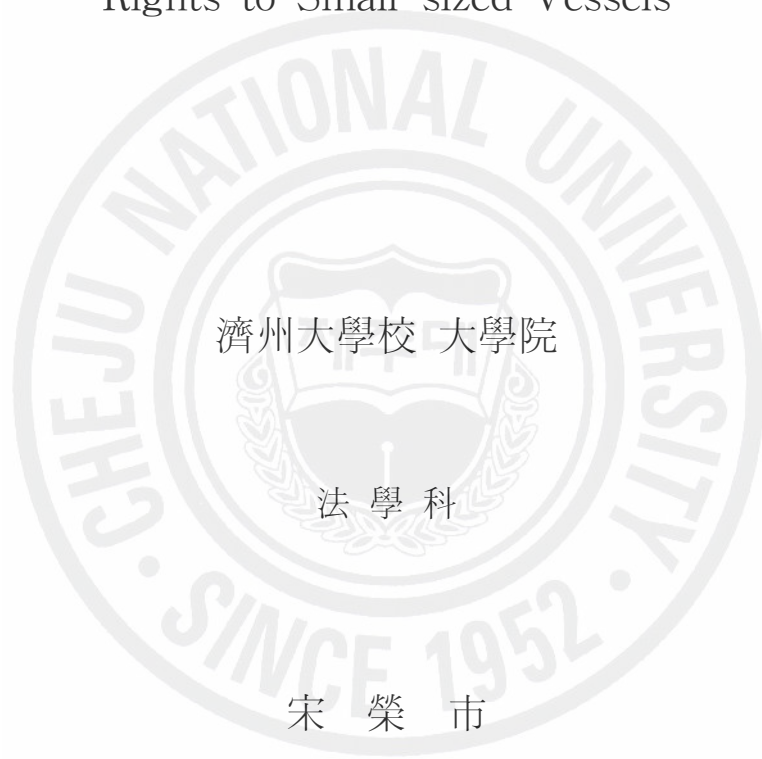
이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

碩士學位論文

小型船舶 擔保權 確保方案에 관한 研究

A Research on the Measures for Obtaining the Security
Rights to Small-sized Vessels



2006年 12月

小型船舶 擔保權 確保方案에 관한 研究

指導教授 韓 三 寅

宋 榮 市

이 論文을 法學 碩士學位 論文으로 提出함

2006年 12 月

宋榮市の 法學 碩士學位 論文을 認准함

審査委員長 _____ 印

委 員 _____ 印

委 員 _____ 印

濟州大學校 大學院

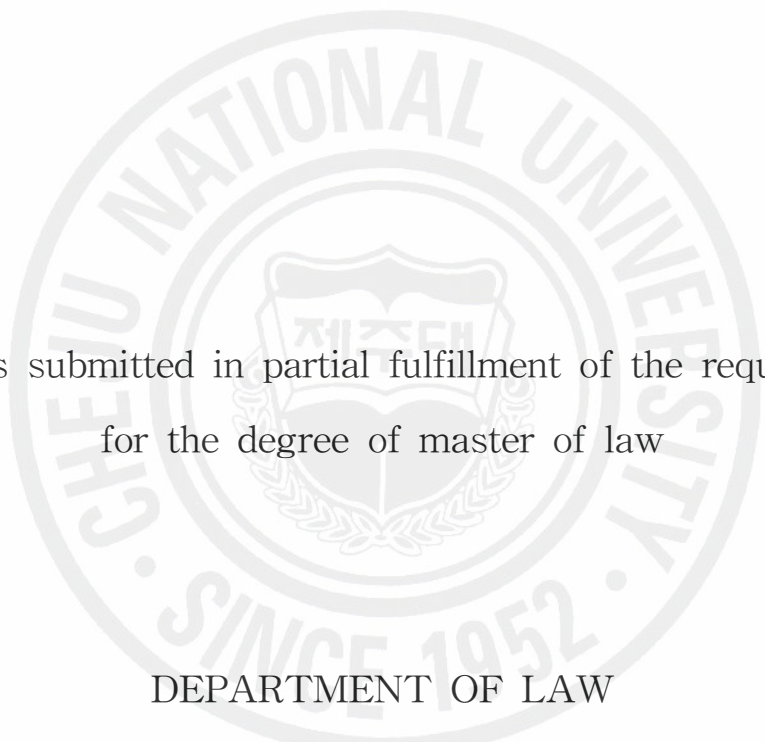
2006 年 12 月

A Research on the Measures for Obtaining the
Security Rights to Small-sized Vessels

Song, Young Si

(Supervised by Professor Dr. Han, Sam In)

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirement
for the degree of master of law

The seal of Cheju National University is a large, faint watermark in the background. It is circular with the text 'CHEJU NATIONAL UNIVERSITY' around the top and 'SINCE 1952' at the bottom. In the center is a shield with a book and a heart, with the Korean characters '제주대' (Jeju University) above it.

DEPARTMENT OF LAW
GRADUATE SCHOOL
CHEJU NATIONAL UNIVERSITY

December 2006

目 次

SUMMARY -----	i
第 1 章 序論 -----	1
第 1 節 研究의 目的 -----	1
第 2 節 研究의 範圍 및 方法 -----	3
第 2 章 小型船舶 擔保 去來實態의 諸問題 -----	5
第 1 節 小型船舶 擔保의 去來實態 -----	5
1. 序說 -----	5
2. 小型船舶 讓渡擔保의 活用 實態 -----	6
第 2 節 讓渡擔保의 概觀 -----	8
1. 讓渡擔保의 意義 -----	8
2. 讓渡擔保의 效力 -----	11
第 3 節 小型船舶 公示方法上의 問題 -----	16
1. 小型船舶의 登錄制度 -----	16
2. 問題點 -----	22
第 4 節 小型船舶 擔保權 實行上의 문제 -----	23
1. 序說 -----	23
2. 有體動産 強制執行 節次 -----	25
3. 問題點 -----	44
第 3 章 小型船舶 公示方法의 比較法的 考察 -----	51
第 1 節 主要 國家의 船舶 登記制度 立法例 -----	51
1. 英國 -----	51
2. 美國 -----	54
3. 獨逸 -----	56
4. 日本 -----	59

第 2 節 主要國家의 小型船舶 登錄制度 立法例 -----	62
1. 英國 -----	62
2. 日本 -----	64
3. 整理 -----	67
第 4 章 小型船舶 擔保權의 確保方案 -----	69
第 1 節 序說 -----	69
第 2 節 船舶登記法 改定論 -----	69
1. 船舶 登記制度 立法論的 接近 -----	69
2. 船舶登記法 改正方案 -----	73
第 3 節 小型船舶登錄法 制定論 -----	74
1. 船舶 登錄制度의 立法論的 接近 -----	74
2. 小型船舶登錄法 制定方案 -----	76
第 4 節 船舶優先特權 適用 排除論 -----	77
1. 船舶優先特權의 解釋論的 接近 -----	77
2. 改善方案 -----	81
第 5 節 競賣節次上의 利害關係人에게 催告 또는 通知義務 -----	81
1. 競賣節次上의 利害關係人에 관한 解釋論的 接近 -----	81
2. 改善方案 -----	86
第 5 章 結 論 -----	88
參 考 文 獻 -----	92
附 錄 -----	95

SUMMARY

A Research on the Measures for Obtaining the Security Rights to Small-sized Vessels

Song, Young Si

Department of Law

Graduate School

Cheju National University

According to our civil law, ships come under the category of movable assets but, vessels that weigh over 20 tons have a larger economic value in so much that it takes on the characteristics of immovable property. Therefore, they are acknowledged to have the power of mortgage settlement armed with a registration system under a legally declared value method. Any forcible execution regarding this issue is carried out by applying the forced sale by auction regulations (Civil Action Execution Law Clause 172) of that of immovable property. However, ships that weigh less than 20 tons are excluded from the registration system and in the case of forcible execution, auctions are carried out under the rules of corporeal movables execution.

The forced execution system not only protects the creditors in obtaining credit satisfaction rapidly and conveniently with low costs but it also prevents any unjust violation in regard to the debtor's dignity and financial means. By doing this, it takes on the role of protecting the debtor as well as giving the greatest satisfaction to the creditor with the least amount of casualties. While it

takes upon the responsibilities of preventing any social and economic losses due to the forced execution, it also seeks to reach an appropriate understanding between the creditor and the debtor at the same time. In other words, to obtain an ultimate satisfaction of the credit, it should seek out a basic arbitrary fulfillment on the part of the debtor but if there is no realization of the arbitrary fulfillment, they have no choice but to solve the matter through the means of claiming for a forced fulfillment. The reality is that such judicial decision followed by these actions or the forced execution method by the imperium is prominently being used in retrieval of credit. This kind of forced method to carry out the fulfillment of credit is the forced execution system and its process and method is defined in the civil action execution law. This leads to a very specific method of finally retrieving the credit. Then again, in the case of small-sized vessels that have been transferred ownership rights through partial ownership (Civil Law Clause 189), and it is the case where a general creditor (of the ownership transferee) chooses to carry out a forced execution, it is possible that a forced execution will be concluded without the knowledge of the creditor who is entitled to the security right. Even if he had previous knowledge of the forced execution, the problem of retrieving only a portion of the credit due to the proportional distribution according to the confiscation bidding might occur.

In the meantime, the number of problems generated by the execution of small-sized vessel security rights which has transferability which takes part in the majority of the credit loan transactions in regards to the maritime policy fund are far from being minor.

Firstly, no notification is given to the creditor entitled to the security right in the process of forced execution.

Secondly, in the case where an innocent third party is awarded the small-sized vessel followed by the auction through the process of a forced execution, a problem of forfeiting the effectiveness of the transferable security

right might occur.

Thirdly, there is the problem of the security entitled creditor not being able to protest against the forced execution regarding the provisional seizure of corporeal movables requested by the general creditor.

Fourthly, in the case where no notarization was made regarding the transferable security right, there is the problem of not being able to demand for the priority reimbursement right or ownership.

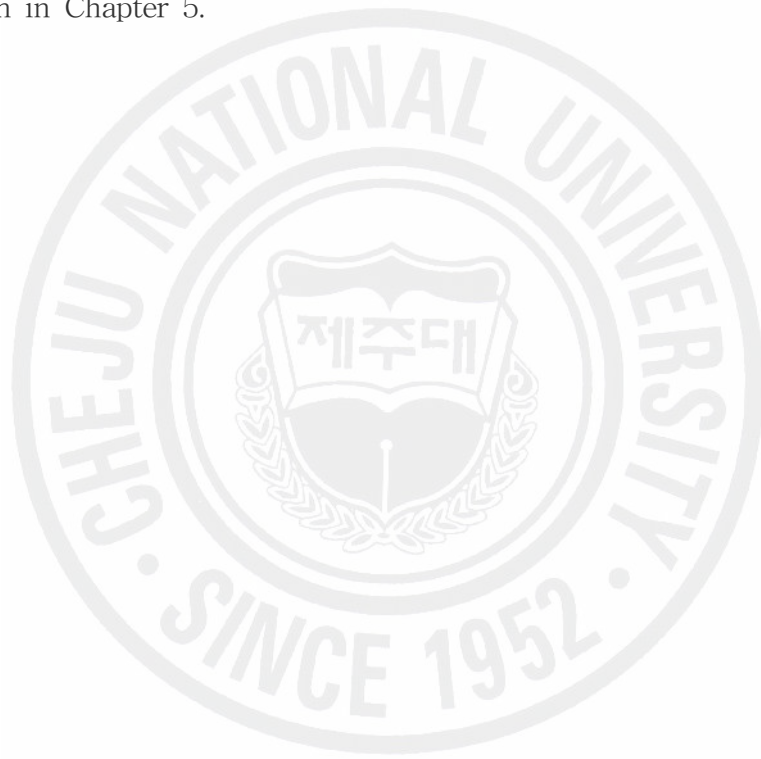
Fifthly, there is a problem in the declared method regarding small-sized vessels.

This paper seeks to look into the problems of the presently existing execution of the security rights regarding small-sized vessels based on the above awareness. It ultimately aims to search out a method to secure the rights of the transferable security right of small-sized vessels for the purpose of credit retrieval. It is hoped that this kind of effort will not only secure the rights of the creditor entitled to the security rights related to the small-sized vessel but contribute to the protection of property rights of the debtor.

Generally speaking, a vessel that weights more than 20 tons would be treated as a fictitious property and the creditor entitled to its security right may be protected through the means of publically declared system of registration but in the case of small-sized vessels that weigh less than 20 tons with transferable security right, there is no publically declared method according to the presently existing laws. In consequence, in the case of forced execution, it is treated under the corporeal movables forced execution. However, in the case of automobiles, regardless of its type, it may be attached to a publically declared method such as ownership or mortgage rights under the automobile registration ledger in the event of a forced execution. It is carried out within the boundaries of an immovable property forced execution auction which differs from the treatment of small-sized vessels.

Therefore, this paper aims to search out methods to secure the rights of

small-sized vessels by mainly using the method of literature review. In the first chapter, problems will be raised and the aim of this study as well as its scope will be clearly defined. In the second chapter, issues regarding the actual transactions of security rights of small-sized vessels will be closely looked into. By doing a comparative analysis of declared methods of small-sized vessels in chapter 3, it will lead into chapter 4 which will suggest some future methods regarding the obtaining the security rights of small-sized vessels weighing under 20 tons which in actual fact is the main theme of this paper. Conclusions will be drawn in Chapter 5.



第 1 章 序 論

第 1 節 研究의 目的

우리 민법상 선박은 동산에 해당하지만, 현행법상 20톤 이상 선박은 그 경제적 가치가 크며, 법률상 공시방법으로 등기제도(선박법 제8조, 선박등기법 제2조)를 갖추어 저당권의 설정도 인정되는 등 부동산과 유사한 성격을 가지므로, 이에 대한 강제집행도 부동산에 대한 강제경매 규정을 준용(민사집행법 제172조)하여 다루어진다. 그러나 20톤 미만 소형선박은 등기대상에서 제외됨으로써 강제집행의 경우에는 유체동산강제집행에 의하여 경매가 이루어진다.

강제집행제도는 채권자가 저렴한 비용으로 간편하고 신속하게 채권의 만족을 얻을 수 있도록 채권자를 보호하고 있을 뿐만 아니라, 채무자의 인격과 경제력에 대한 부당한 침해를 방지함으로써 최소한의 희생으로 채권자에게 최대의 만족과 함께 채무자도 보호하는 역할을 담당하고 있으며, 강제집행으로 인한 사회적·경제적 손실도 방지하는 기능을 수행하는 동시에 채권자와 채무자간의 이해관계에 관한 적절한 조화를 강구하기도 한다. 다시 말하자면 채권에 대한 궁극적 만족을 기하려면 기본적으로 채무자의 임의이행을 추구하는 것이지만 만일 임의이행이 실현되지 않는다면 강제이행청구를 통하여 해결할 수밖에 없는 것이다. 이러한 이행청구에 따른 이행판결은 집행권원에 의한 강제집행 방법이 채권회수에 많이 활용되고 있는 실정이다. 이처럼 채권을 이행하도록 하는 강제수단이 강제집행제도이며, 그 절차와 방법은 민사집행법에 규정하고 있는데 이는 채권을 최종적으로 회수하는 구체적인 방법이 되고 있다.

그러나 양도담보에 의한 점유개정(민법 제189조)의 방법으로 소유권을 취득한 소형선박의 경우에 있어서 일반채권자(양도담보제공자의 채권자)가 강제집행을 할 경우에는 양도담보권자(채권자)가 알지 못하는 사이에 강제집행이 종결될 수 있으며, 강제집행의 사실을 안다고 하여도 압류의 경합 등에 의한 안분비례배당

으로 채권의 일부밖에 회수되지 못하는 문제점이 발생할 수 있다.

한편, 수협의 수산정책자금에 있어서 여신거래의 주류를 이루고 있는 양도담보권이 있는 소형선박 담보권 실행에 있어서 야기되는 문제는 적지 않다.

첫째, 강제집행에 있어서 양도담보권자에게 강제집행 사실을 최고 또는 통지를 하지 않는다. 다시 말하면, 20톤 이상의 선박·자동차 등은 민사집행법에 의한 강제집행의 경우에는 이해관계인에게 최고(민사집행법 제253조, 동법 제84조 4항, 민사집행규칙 제8조 1항 및 2항)또는 통지(민사집행법 제189조 3항, 동법 제219조, 동법 제241조 5항)를 하도록 하고 있으나, 현행 20톤 미만 소형선박 경우에는 등기대상에서 제외(선박등기법 제2조 참조)되어 있으므로 등기부에 기입된 권리자(민사집행법 제90조 3호)가 아니기 때문에 양도담보권자는 이해관계인으로 되어 있지 않아 집행관은 단순히 유체동산강제집행의 절차에 의하여 진행하게 되어 위 동산(소형선박)의 양도담보권자에게는 최고를 하지 않아도 되므로 이로 인해 점유개정의 방법으로 소유권을 취득한 양도담보권자는 권리보호를 받지 못하고 있다.

둘째, 선의의 제3자가 강제집행에 의한 경매에서 경락받아 소형선박을 취득한 경우에는 양도담보의 효력을 상실케 할 문제가 발생할 수 있다. 가령 일반채권자와 채무자가 공모하여 관할을 달리하는 곳에서 강제집행이 이루어져 강제집행이 종결되어 선의의 제3자가 소형선박을 취득한 경우에는 현실적으로는 채권회수 등이 거의 희박하고, 양도담보의 효력을 상실케 할 염려가 있다.

셋째, 일반채권자가 강제집행에 의한 유체동산가압류(민사집행법 제296조)사실에 대하여 양도담보권자는 집행에 관한 이의로서 저지 할 수 없는 문제가 있다. 집행관은 채무자가 점유하고 있는 소형선박은 위 채무자의 소유물건으로 인정하여 가압류를 할 뿐 양도담보물이기 때문에 채무자의 소유물이 아니라는 집행목적물이 될 수 없다는 점을 판단 할 수 없다. 즉 집행에 관한 이의를 할 수 없다.

넷째, 양도담보에 기한 공증을 받지 않은 경우에는 우선변제권이나 소유권을 주장하지 못하는 문제가 있다. 일반채권자가 소형선박 양도담보물을 압류(민사집행법 제189조)를 하였을 경우에 양도담보권자가 제3자이의의 소 등에 의하여 그 압류를 배제하지 않고 경합압류나 배당요구를 하는 때에는 설정자의 다른 채권자와 채권액에 비례한 안분배당을 받을 수 있을 뿐 우선변제권이나 소유권을 주

장하지 못한다.

다섯째, 소형선박에 대한 공시방법상의 문제가 있다. 현행 선박등록과 관련한 근거법인 선박법상 소형선박, 즉 총톤수 20톤 미만의 기선, 총톤수 5톤 이상 20톤 미만의 범선 및 총톤수 20톤 이상 100톤 미만의 부선에 대해서는 선박법 제 26조의2에 근거하여 소형선박의 등록은 선박운항의 요건으로서의 효력만을 부여하고 있으므로 재산권 행사에 많은 장애요인이 발생하고 있으며, 또한 소형선박은 등기대상에서 제외(선박등기법 제2조)되어 상법 및 선박등기법이 적용되지 않기 때문에 현행법상의 권리관계의 득실변경의 대항요건으로서의 효력은 전혀 부여되고 있지 않고 있어 권리보호를 받지 못하는 문제가 발생할 수 있다.

본 논문은 위와 같은 인식을 토대로 현행 소형선박에 대한 담보권 실행상의 문제점 등을 살펴보고, 채권회수를 위한 소형선박의 담보권 확보방안을 모색하는 것을 목적으로 한다. 이러한 일련의 작업은 소형선박에 대한 담보권자인 채권자의 채권확보는 물론 채무자의 재산권 보호에도 기여할 수 있을 것으로 생각한다.

第 2 節 研究의 範圍 및 方法

보통 20톤 이상의 선박은 의제부동산으로써 취급하여 등기·등록이라는 공시방법을 통하여 담보권자인 채권자를 보호할 수 있으나, 양도담보권이 있는 20톤 미만 소형선박은 현행법상의 공시방법이 없기 때문에 강제집행의 경우에 유체동산강제집행에 의하여 다루어지게 된다. 그렇지만 자동차는 종류와 관계없이 강제집행의 경우에 자동차등록원부상의 소유권 또는 저당권 등의 공시방법을 갖출 수 있어 부동산강제경매에 준하여 진행되고 있는 점에서 소형선박과는 다른 점이 있다(부록3 참조).

그러므로 본 연구에서는 주로 문헌연구의 방법을 취하여 소형선박에 대한 담보권 확보방안을 모색하고자 한다. 이하에서는 본 논문의 논술체계를 보면 다음과 같다. 제1장에서는 문제제기 및 연구의 목적과 그 범위와 방법을 밝히고, 제2장에서는 소형선박에 대한 담보 거래실태의 제문제를 살펴보고, 제3장에서는 소

형선박 공시방법의 비교법적 고찰을 통하여, 제4장에서는 이 논문의 주제인 20톤 미만 소형선박에 대한 담보권의 확보방안을 제시하고, 제5장에서는 결론을 맺기로 한다.



第 2 章 小型船舶 擔保 去來實態의 諸問題

앞에서 살펴 본바와 같이 현행 20톤 미만의 소형선박인 경우 선박등기법상에 등기대상이 아니므로 저당권 등 전형적인 담보제도를 이용하지 못하고, 비전형 담보제도인 양도담보에 의존하여 담보권을 이용하고 있다. 그러므로 이하에서는 소형선박 담보의 거래 실태와 양도담보의 개관 및 공시방법상의 문제, 담보권 실행상의 문제점 등을 살펴보고자 한다.

第 1 節 小型船舶 擔保의 去來實態

1. 序說

현행 제도상 20톤 미만 소형선박은 현행법상의 공시방법이 없어 담보권 확보를 위해 등기 또는 등록을 할 수 없으므로 소형선박의 소유자가 어업에 필요한 자금 등을 받기 위해서는 수산업협동조합(이하에서는 “수협”이라 한다)을 통하여 조달을 받을 수 있다. 일반적으로 수협은 수산업협동조합법시행령 제29조¹⁾의 소형어선 담보에 대한 조치의 규정에 근거하여 양도담보제도를 활용하고 있는 것이다. 이하에서는 양도담보 등의 활용 실태를 살펴보기로 한다.

1) 수산업협동조합법시행령 제29조 ①조합 또는 중앙회로부터 자금을 차입하는 자가 어선법 제13조의 규정에 따라 등록된 총톤수 20톤 미만의 어선(총톤수 5톤 미만의 무동력어선을 제외한다)을 담보로 제공하는 때에는 조합장 또는 신용사업대표이사는 수협법 제141조제4항의 규정에 따라 1.자금차입자의 주소 및 성명 2.자금의 대출기관명 3.자금의 대출액 4.상환기간·이율 그 밖의 대출조건 기재한 서면을 시장·군수·구청장에게 제출하여야 한다. ②시장·군수·구청장은 제1항의 서면을 받은 때에는 지체없이 어선원부에 기입하여야 한다. ③시장·군수·구청장은 제1항의 담보로 제공된 어선에 대하여 소유자명의변경신청이 있을 때에는 자금을 제출한 조합장이나 신용사업대표이사의 승낙 또는 상환완료증명서를 받은 후 그 명의를 변경하여야 한다. ④시장·군수·구청장은 제1항의 담보로 제공된 어선에 대하여 다음의 사실이 있음을 알게 된 때에는 자금을 대출한 조합 또는 중앙회에 그 사실을 통지하여야 한다. 1.조합 또는 중앙회 외의 자에 의한 강제집행의 신청 2.농어촌발전특별조치법에 따른 구조개선촉진대상어업으로의 지정 3.소형기선저인망어서정리에관한특별법에 따른 어선의 정리

2. 小型船舶 讓渡擔保 活用 實態

가. 활용 實態

부선을 제외한 전체선박은 96,714척(해양수산부, 2005년12월31현재 선박등록 통계연보 참조)이며, 이중 20톤 미만 소형선박은 89,660척으로 93%나타내고 있다. 또한 제주특별자치도 관내 지구별수산업협동조합(이하에서“지구별수협”이라 한다)별 조합원 소유어선은 3,297척(수협별, 2005년12월31현재 결산보고서 참조)으로 이중 20톤 미만 소형선박은 3,052척(93%)으로 나타나 있다. 그리고 제주특별자치도내 지구별수협 조합원 소유어선을 대상으로 하여 소형선박에 대한 양도담보에 의한 거래실태를 조사한 결과에 의하면 소형선박 경영인의 영어자금 등 조업에 필요한 자금 조달을 양도담보에 의한 신용거래를 수협을 통하여 하고 있는 실정이며, 도내 20톤 미만 소형선박 중 3,000여척이 양도담보를 통한 거래를 하고 있다.

나. 영어자금 지원기준 및 대출 가능액

영어자금 대출 지원기준은 어업인후계자 및 새어민수상자는 영어자금 소요액의 100%, 그리고 가구당 경영비가 2억원 미만은 소요액의 80%까지 융자 가능하며, 또한 20톤 미만 소형선박 경영자는 양도담보에 의하여 대출을 받고 있다. 여기서 영어자금 소요액이란 연근해 또는 내수면에서 수산동식물을 채포 또는 양식하는 사업에 투자하는 자금 중 단기 운전성자금으로서 어선어업의 1항 차 경비 또는 양식어업의 양식생산물의 최초 채취시까지 운영경비를 말한다. 단, 자금 소요 회전기간이 1년을 초과할 경우에는 1년동안의 보완시설비와 운영자금을 말한다. 여기에는 ①선체, 기관, 어구수리비 ②선원전도금, 복리후생비 ③유류 및 용품비 ④얼음 및 어상자대 ⑤양식시설 유지비, 보조선비 ⑥종묘비 및 사료비 등이 포함된다. 가구당 소형선박 소유자가 대출 가능액은 아래 표1과 같다.

<표1> 가구당 대출 가능액

(단위:천원)

구 분	연 안 어 업			근 해 연 승				
	2톤미만	2-5톤	5-10톤	20톤미만	20-30톤	30-40톤	40-60톤	60톤이상
소 요 액	10,778	15,416	23,737	45,133	57,035	67,340	80,690	90,877
대 출 비 율	80%	80%	80%	80%	80%	80%	80%	80%
대출가능액	8,622	12,332	18,989	36,106	45,628	53,872	64,552	72,701

(출처: 수협중앙회, 2005년도 영어자금 소요액 조사결과 보고)

다. 용자대상자

영어자금 용자 대상자는 수산업법에 의하여 면허 또는 허가를 받았거나 신고를 필한자(수산업법 제6조, 동법 제41조, 동법 제42조, 동법 제44조 및 내수면어업법 제6조, 동법 제9조 동법 제11조)를 말한다.²⁾

라. 대출조건

대출한도, 대출이율 등은 당해 회계연도 지침에서 정한 바에 따른다. 다만 정부의 지침 등이 변경되는 경우에는 그에 따른다. 대출금의 지연배상금율은 중앙회가 정하는 바에 의한다.³⁾ 대출기간은 정부요령 제5조에 정하는 바에 의한다. 여기서 영어자금용자 기간은 영어자금의 용자기간은 1년 이내로 하되, 생산 소요 연수가 2년 이상인 어업에 있어서는 2년 이내로 한다. 다만, 동일인이 당초 용자금액 범위에서 용자기간의 연장을 신청하는 경우에는 1년씩 2회까지 연장할 수 있다. 그리고 앞의 연장 사유외에 국가의 정책 또는 시책에 따라 일정기간 동안 어업을 계속할 수 없게 된 경우, 자연재해대책법 및 농어업재해대책법에 의한 상환기간의 연장대상에 포함되지 않는 재해와 흉어(양식어업포함) 등

2) 수협중앙회, 「정책여신업무방법」, 2005, p.99.

3) 수협중앙회, 상계서, p.100.

특수한 상황 발생으로 대출금의 상환이 불가능한 경우, 어선의 좌초·구입·수리 등의 조치 후 같은 어업을 계속 한 것이 확인될 경우, 기타 해양수산부장관이 필요하다고 인정할 경우에는 별도로 1년 이내에서 상환을 연장할 수 있다.

第 2 節 讓渡擔保 概觀

수협 수산정책자금 여신거래의 주류를 이루고 있는, 20톤 미만 소형선박의 담보형태인 양도담보의 기본이론을 살펴보기로 한다.

1. 讓渡擔保의 意義

가. 양도담보의 개념

양도담보라 함은, 채권담보를 위하여 채무자 또는 제3자가 목적물의 소유권을 채권자에게 이전하고, 채무자가 채무를 변제하지 않으면 채권자가 그 소유권을 확정적으로 취득하거나 그 목적물로부터 우선변제를 받지만, 채무자가 채무를 이행하면 목적물을 다시 원소유자에게 반환하는 방법에 의한 “소유권이전형”의 비전형담보를 말한다.⁴⁾ 넓은 의미의 양도담보는 담보제공자가 필요한 자금을 획득하는 방법에 따라, 매매의 형식을 이용하는 매도담보와 소비대차의 형식을 이용하는 좁은 의미의 양도담보로 나누어진다. 그런데 좁은 의미의 양도담보는 다시 채권자의 청산의무의 유무에 따라 유담보형의 양도담보와 청산의무를 남기는 약한 의미의 양도담보로 구별된다.

나. 양도담보의 기능

(1) 우선변제절차의 간이화

4) 박윤직, 「물권법」, 박영사, 2005, p.402.

민법에서의 담보물권의 실행방법은 원칙적으로 민사집행법상의 경매이다. 그런데, 이러한 경매의 절차는 번잡하여 시간과 비용이 많이 든다. 그러나 양도담보에서는 경매에 의하지 않고 우선변제 받을 수 있으므로, 경매에 따른 위와 같은 문제점은 없다.⁵⁾

(2) 자금의 유통을 가능

민법에서의 담보물권의 실행방법인 경매에서는, 일반적으로 시가보다도 훨씬 낮은 가격으로 처분된다. 따라서 용자받을 때의 채권자에 의한 담보물권객체의 평가가 시가보다도 훨씬 낮게 행하여지므로 채무자에게 불리하다. 그러나 양도담보에서는 경매에 의하지 않고 우선변제 받을 수 있으므로, 위와 같은 단점은 없다. 즉 양도담보 객체의 가치가, 민법에서의 담보물권에서보다 높게 평가되어 더 많은 자금을 유통받을 수 있다.

(3) 직접점유의 이전 없는 동산담보의 실현

등기나 등록에 의하여 공시되지 않는 동산에 있어서는 민법전에서의 담보물권에 의해서는 그 담보권설정자가 동산의 직접점유를 담보권자에게 이전하지 않고서 그 동산의 소유자가 계속해서 용익할 수 없다.⁶⁾ 왜냐하면, 질권에서는 질물의 소유자가 그 질물을 점유할 수 없고 또한 동산에는 원칙적으로 저당권도 인정되지 않기 때문이다. 그러나 양도담보에서는 양도담보설정자가 그 소유의 동산을 계속하여 점유할 수 있다. 따라서 양도담보에 의하여 동산에 대한 저당권이 인정되는 것과 같게 된다.

(4) 담보권 객체의 다양화

양도담보는 형성과정에 있는 물건이나 재산권의 담보화를 가능케 한다.⁷⁾ 즉, 만들고 있는 물건도 양도담보의 객체가 될 수 있다. 또한, 점포권 등의 영업권과 같이 경제적 가치는 크나 민법에서의 담보물권의 객체가 될 수 없는 권리도 양도담보의 객체는 될 수 있다. 그리고 계속 증감하는 물건들의 집합이 일체로서 1개의 양도담보의 객체가 될 수 있다.

5) 박윤직, 상계서, p.404.

6) 김상용, 「물권법」, 법문사, 2003, p.829.

7) 김상용, 상계서, p.829.

다. 양도담보의 설정

양도담보권은 그 설정을 목적으로 하는 양도담보계약과 목적권리의 이전에 필요한 공시방법을 갖추므로써 성립한다.⁸⁾

(1) 양도담보계약

채권담보의 목적으로 채무자 또는 제3자의 특정의 재산권을 채권자에게 양도하고, 채무자의 채무불이행이 있는 때에는, 그 재산권으로부터 채권을 변제받기로 하는 내용의 계약이다.⁹⁾

(가) 계약의 성질

양도담보권의 설정에는 반드시 일정한 재산권을 양도하여야 하므로, 양도담보계약은 보통의 경우에는 채권계약과 물권계약의 두 성격을 갖는 것이 된다. 뿐만 아니라 많은 경우에 위와 같은 양도담보계약은 피담보채권을 발생케 하는 계약 속에 포함되어서 행하여지고 있다.

(나) 당사자

채권자·채무자 사이의 낙성·불요식의 계약으로 하게 된다. 설정자는 채무자에 한하지 않고 제3자라도 상관없다.

(다) 목적물

특별한 제한이 없으므로 재산적 가치가 있는 것으로서 양도성이 있으면 무엇이든 목적물이 될 수 있다. 따라서 동산·부동산은 물론이고, 그밖에 채권·주식·지적 재산권 등도, 모두 목적물이 될 수 있다.

(라) 계약내용

채권을 담보할 목적으로 목적물을 양도하며, 채무불이행이 있는 때에는 그 목적물로부터 채권을 변제받기로 하는 내용의 계약이어야 한다. 그러나 불이행이 있는 때에는 그 목적물로부터 채권의 변제에 충당한다는 것을 따로 약정하고 있지 않더라도, 채권담보의 목적으로 재산권을 양도한다고 하고 있으면, 당연히 그러한 약정은 포함되어 있는 것으로 새길 수 있을 것이다. 그러므로 계약내용에 반드시 포함되어야 하는 것은, 담보를 위하여 목적권리를 양도한다는 것이다.

8) 김상용, 전게서, p.835.

9) 박윤직, 전게서, p.409.

(2) 목적권리의 이전과 공시방법

(가) 목적권리의 이전

양도담보는 권리이전의 형식을 이용해서, 채권담보의 목적을 달성하려는 것이므로, 반드시 목적물에 대한 권리가 채권자에게 이전되어야 한다. 이와 같이 목적인 권리 자체의 이전이 필수적으로 요구되므로, 양도담보권을 설정하면서, 권리를 이전함이 없이 채무불이행이 있으면 양도한다는 계약은, 양도담보가 아니다. 그것은 대물변제의 예약에 지나지 않는다.

(나) 공시방법

앞에서 본 바와 같이, 반드시 목적권리의 이전이 있어야 하므로 당연히 공시방법도 갖추어야 한다.¹⁰⁾ 목적물이 동산인 때는, 인도가 있어야 한다. 민법은 동산소유권이전에 필요한 인도로서 점유개정도 좋다고 하나, 동산·질권에 관하여는 이를 허용하지 않는다. 여기서, 양도담보권도 일종의 담보물권이므로, 질권에서와 같이 점유개정은 인정되지 않는가라는 의문이 생긴다. 그러나 양도담보는 소유권이전의 형식을 이용하는 것이므로, 동산소유권이전에 관하여 민법이 인정하는 것은, 양도저당을 가능케 하는 편리는 있으나, 한편 문제도 있다. 점유개정은 공시적 기능이 전혀 없는 것이라고 할 수 있는 것이어서, 설정자의 배신적인 목적물처분행위로 양도담보권은 위험에 놓이게 되기 때문이다.

부동산이 목적물인 때에는 이전등기를 하게 된다. 소유권이전등기를 할 때에 그 등기원인에 대하여 부동산등기법은 전혀 규정하고 있지 않으나, 등기실무상 양도담보를 등기원인으로 하는 것이 인정되어 있다.

기타의 재산권이 양도담보의 목적인 때에도 당연히 그 권리의 이전에 필요한 공시방법을 갖추어야 한다. 주의할 것은, 지명채권의 경우에는 양도인으로부터의 통지 또는 채무자의 승낙이 그 대항요건이다. 이들 통지나 승낙은 성립요건이 아니라 대항요건에 지나지 않으므로, 지명채권이 목적인 때에는 당사자 사이에서는 양도담보계약만으로 양도담보권은 설정되는 것이 된다.

2. 양도담보의 효력

10) 박윤직, 전게서, p.410.

가. 양도담보권의 대내적 효력

(1) 효력이 미치는 범위

(가) 피담보채권의 범위

양도담보권의 피담보채권의 범위에 관하여서도, 저당권의 피담보채권의 범위에 관한 민법 제360조의 규정이 적용된다. 따라서 원본·이자·위약금·채무불이행에 의한 손해배상·실행비용이, 피담보채권에 포함되게 된다. 채무불이행에 의한 손해배상 즉 지연배상은, 원본의 이행기를 경과한 1년분에 한한다.¹¹⁾ 저당권자의 제3자에 대한 관계에서의 제한이며 채무자나 저당권설정자가 저당권자에 대하여 대항할 수 있는 것이 아니고, 민법 제360조가 양도담보인 경우에 준용한다고 하여도 마찬가지로 해석하여야 할 것인 만큼 양도담보의 채무자가 양도담보권자에 대하여 민법 제360조에 따른 피담보채권의 제한을 주장할 수는 없다.¹²⁾

(나) 목적물의 범위

양도담보권의 효력이 미치는 범위에 관하여는, 설정계약에서 정하게 되겠지만, 부합물·종물 등에 관하여는 민법 제358조의 규정 및 그에 관한 이론이 그대로 적용된다고 하여야 한다.

(다) 물상대위

양도담보권은 일종의 담보물권이므로, 당연히 물상대위성을 가지며, 민법 제342조가 유추적용된다고 하여야 한다. 그러나 제342조 후단의 규정은 적용이 없게 된다. 형식상으로는 목적물의 소유권이 양도담보권자에게 귀속하고 있기 때문이다.

(2) 목적물의 이용관계

(가) 목적물의 점유와 이용

목적물의 점유·이용을 어떻게 하느냐는 양도담보의 요소는 아니다. 따라서 채권자와 설정자 중 누가 목적물을 이용하느냐는 당사자의 합의에 의하여 정하여진다. 그러나 양도담보의 사회적 작용에 비추어 볼 때 목적물의 점유·이용을 채권자에게 맡기는 모습의 것보다는, 설정자에게 이용권을 인정하는 것이 합목적

11) 박윤직, 전게서, p.411.

12) 대판 1992. 5.12. 90다8855; 대판 1972. 5. 23. 72다 485, 486.

적이다. 따라서 반대의 특약이 없는 한 설정자가 목적물을 점유·이용할 권한을 가지는 것으로 새겨야 한다.

(나)이용관계의 법률적 구성

양도담보에 있어서는 채권자는 채권액의 범위 내에서 목적물의 가치를 지배할 뿐이고, 목적물의 나머지의 가치는 그대로 설정자에게 귀속하는 것이며, 또한 설정자에게 남아 있는 권리 가운데에는 목적물의 이용권이 포함되어 있다고 하여야 한다.¹³⁾ 따라서 설정자가 목적물을 점유·이용하는 양도저당의 경우에는 설정자는 위와 같은 그에게 남아 있는 권리에 의하여 이용하는 것이라고 말할 수 있다. 그러나 목적물의 소유권은 형식상 채권자에게 이전하기 때문에, 양도저당의 경우에 목적물의 이용권을 어떻게 법률적으로 구성하느냐가 문제된다. 양도담보제도의 본질상 이용권을 무상의 것 즉 사용대차로 보고, 용자 즉 소비대차를 이자부의 것으로 보는 것이 가장 적절하겠으나, 실제에 있어서는 용자가 매매대금의 지급이라는 형식으로 행하여지는 경우가 많기 때문에, 목적물의 이용관계를 유상인 임대차로 하고 이자에 상당하는 대가를 차임이라는 명목으로 수수하는 예가 많다.¹⁴⁾

(3)양도담보권자 및 설정자의 목적물보관의무

(가)양도담보권자의 의무

부동산양도담보나 동산양도담보에 있어서는, 양도담보권자가 목적물을 선의의 제3자에게 처분함으로써 설정자가 그의 권리를 잃게 되는 수가 있다. 그러한 경우에는 설정자는 목적물의 가치 전부의 배상을 청구할 수 있다.

(나)설정자의 의무

설정자가 목적동산을 직접점유하는 동산양도담보에 있어서는 설정자가 그 동산을 양도담보권의 부담이 없는 물건으로서 제3자에게 처분하면 선의취득의 법리에 의하여 제3자는 양도담보권의 부담이 없는 소유권을 취득하게 되고, 양도담보권자는 그의 권리를 잃게 된다. 이 때의 배상액은 양도담보권자의 가치지배액, 즉 피담보채권액이다.

13) 김상용, 전계서, p.839.

14) 박윤직, 전계서, p.411.

나. 양도담보권의 대외적 효력

(1) 변제기 도래 전의 처분의 효력

(가) 양도담보권자에 의한 처분의 효력

양도담보권자가 자기의 권리, 즉 양도담보권을 처분할 수 있음은 당연하며, 의심의 여지가 없다. 그러나 양도담보권은 일종의 담보권이어서 채권에 부종하므로 피담보채권과 분리해서 양도담보권만을 처분하지는 못한다고 하여야 한다.¹⁵⁾ 따라서 양도담보권은 피담보채권과 함께 양도할 수 있을 뿐이다. 구체적으로는 양도담보권의 양도를 위한 물권적 합의와 공시방법을 갖추어야 하고, 또한 채권 양도에 관한 규정에 따라 피담보채권을 양도하여야 한다.

(나) 설정자에 의한 처분의 효력

양도담보권을 설정하고 있더라도, 목적물의 소유권은 여전히 설정자가 가지고 있기 때문에 설정자는 이 소유권을 제3자에게 처분할 수 있다. 그러나 이것이 가능한 것은 설정자가 목적물을 점유하는 동산양도담보의 경우에 한한다. 이 때에 제3자는 양도담보권의 부담이 있는 소유권을 취득할 뿐이다.¹⁶⁾ 따라서 양도담보권자는 제3자에 대하여 추급력을 갖는다. 설정자가 후순위의 담보권을 설정할 수 있는가에 관하여 설정자가 현실의 점유를 하는 동산양도담보에 있어서는 가능하다. 그러나 부동산양도담보의 경우에는, 이론적으로는 후순위담보권의 설정이 가능하지만 등기를 할 수 없기 때문에 실제로는 불가능하다.

(2) 일반채권자와의 관계

(가) 양도담보권자의 일반채권자와 설정자와의 관계

양도담보권자는 피담보채권의 범위 내에서는 목적물의 가치를 지배하고 있는 것이고, 그 한도에서는 압류채권자의 공취를 긍정하여야 하기 때문에 양도담보권의 변제기가 닥쳐 온 후에는, 설정자는 압류채권자에게 변제해서 양도담보권을 소멸시킨 다음에, 제3자 이의의 소를 제기할 수 있다. 양도담보권자의 파산의 경우에는 파산법 제80조는 '파산선고 전에 파산자에게 재산을 양도한 자는 담보의 목적을 한 것을 이유로 그 재산을 환취할 수 없다'고 규정함으로써 설정자의

15) 박윤직, 전거서, p.413.

16) 박윤직, 전거서, p.415.

환취권을 부정하고 있다. 양도담보권자의 회사정리절차개시는 회사정리법 제63조도 파산법 제80조와 같은 규정을 두고 있다.

(나) 설정자의 일반채권자와 양도담보권자와의 관계

일반채권자의 압류의 경우에는 설정자가 목적물을 점유하게 되는 동산양도담보의 경우에는, 설정자의 일반채권자가 그 목적물을 설정자의 재산으로서 압류하는 수가 있게 된다. 그리고 설정자가 파산한 경우에 있어서는 양도담보권을 담보권으로 본다면, 양도담보권자는 별채권을 가질 뿐이므로 설정자가 목적물을 점유하고 있는 동안에 파산하였다면, 양도담보권자는 파산재산에 대하여 환취권을 가지지 못한다. 설정자가 회사이고, 정리절차가 개시된 경우에 양도담보권자는 목적물이 회사에 속하지 않는 재산이라 하여 환취할 수 없다.

(3) 제3자에 의한 침해

양도담보의 목적물을 제3자가 불법점유하거나 기타 불법한 침해를 하고 있는 경우에는, 양도담보권자와 설정자의 쌍방은 모두 그 제3자에 대한 반환청구 내지 방해배제청구권을 가지게 된다.

다. 우선변제를 받는 효력

양도담보권은 일종의 담보권이기 때문에, 당연히 우선변제권¹⁷⁾이 그 중심적 효력이라고 하여야 한다. 즉, 채무자가 변제기에 채무를 이행하지 않으면, 채권자는 그의 담보권을 실행해서 다른 채권자보다 우선적으로 목적물로부터 자기채권의 만족을 얻을 수 있다.¹⁸⁾ 양도담보권 실행방법은 실행의 통지·청산·소유권취득의 3단계를 거치게 된다.

(1) 실행통지

양도담보권자는 우선 가등기담보등에 관한 법률 제3조가 정하는 실행통지를 하여야 한다. 즉, 피담보채권의 변제기가 다퉈 온 후에, 통지 당시의 목적물의 평가액 및 그 시기의 피담보채권액을, 채무자와 물상보증인에게 통지하여야 한다.¹⁹⁾

17) 대판 1994. 5.13. 93다21910

18) 박윤직, 전제서, p.418.

(2) 청산

실행통지를 한 경우에, 목적물의 값이 채권액을 초과하고 있으면, 양도담보권자는 이를 청산하여야 한다. 다만 채무자의 일반채권자가 청산금청구권을 압류 또는 가압류한 경우에, 채권자를 보호하기 위하여 가등기담보법은 청산금의 공탁이라는 제도를 두고 있다.

(3) 소유권취득

실행통지를 하고, 또한 청산기간이 경과한 후에 청산을 하면, 양도담보권자는 목적물에 대한 소유권을 취득한다. 공시방법은 양도담보권을 설정한 때에 이미 갖추고 있으므로 따로 할 필요가 없음은 물론이다.

(4) 법정지상권

토지 및 지상의 건물이 동일한 소유자에게 속하는 경우에, 그 토지 또는 건물의 어느 하나를 목적으로 한 양도담보권이 설정되어 그것이 실행된 때에는 건물을 위하여 지상권이 설정된 것으로 본다.

(5) 채무자 등의 소유권이전등기말소청구권

가등기담보법 제11조는 부동산양도담보의 경우에, 일정한 요건 아래에, 채무자 등은 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있는 것으로 규정하고 있다.

第 3 節 小型船舶 公示方法上的 問題

소형선박을 담보하는 것은 양도담보가 대부분이지만, 소형선박에 대한 등거나 등록제도가 미비함으로 양도담보권리를 공시할 수 없기 때문에 채권자 보호가 미비하다. 그러므로 이하에서는 소형선박을 담보로 하여 채권회수가 어려운 점에 착안하여 소형선박의 등록제도 및 그 문제점을 살펴보고자 한다.

1. 소형선박의 등록제도

19) 박윤직, 전게서, p.419.

가. 선박의 개념

(1) 선박의 개념

사회통념상으로는 물체의 부양성 및 수밀성을 이용하여 수상을 항행하는데 사용되는 일정한 구조물을 선박으로 해석하여 왔으나,²⁰⁾ 1999년에 선박법을 개정하면서 선박법상에 명시적으로 선박의 의미에 대하여 정의하고 있다. 즉 기관이나 돛 추진장치 및 자항능력에 관계없이 수상 또는 수중에서 실제 항해할 수 있는 수밀성과 부양성을 지닌 기선, 범선 및 부선을 선박이라 한다.²¹⁾ 그리고 선박의 종류에 관한 규정은 예시규정이 아니라 한정적인 규정으로 보아야 할 것이므로, 기선, 범선, 부선을 제외한 나머지 선박은 선박법상의 선박으로 볼 수 없다.²²⁾

(2) 소형선박의 개념

일반적으로 사전적인 의미로는 “소형”이란 같은 종류의 사물 중에서 작은 규격이나 규모를 말하기 때문에 결국 소형선박이란 작은 규격이나 규모의 선박을 의미한다고 해석할 수 있으나, 이는 너무 추상적이고 구체적이지 못하다는 문제가 있다. 따라서 이러한 문제점 때문에 각각의 개별법률에서는 소형선박의 범주에 포함되는 선박에 대한 구체적인 규격이나 규모에 대하여 규정하고 있다.²³⁾

(가) 선박법

선박법상이 소형선박이란 ①총톤수 20톤 미만의 기선, ②총톤수 5톤이상 20톤미만의 범선, ③총톤수 20톤 이상 100톤 미만의 부선(선박계류용 저장용 등으로 사용하기 위하여 수상에 고정하여 설치하는 부선은 제외)을 의미한다.²⁴⁾ 결국

20) 박용섭, 「해상법론」, 형설출판사, 1998, p.60-62.

21) 선박법 제1조의 2(정의)에서 “선박이라 함은 수상 또는 수중에서 항행용으로 사용하거나 사용될 수 있는 배의 종류를 말하며 그 구분으로 다음 각호와 같다. 1.기선: 기관을 사용하여 추진하는 선박(기관과 돛을 모두 사용하는 경우로서 주로 기관을 사용하는 것을 포함한다), 2.범선: 돛을 사용하여 추진하는 선박(기관과 돛을 모두 사용하는 경우로서 주로 돛을 사용하는 것을 포함한다), 3.부선: 자력항행능력이 없어 다른 선박에 의하여 끌리거나 밀려서 항행되는 선박”이라고 하여 선박개념을 규정하고 있다.

22) 대판 1998. 5. 18. 97 마1788; 대판 1987.11.24. 87누593.

23) 이윤철·김진권, “소형선박 등록제도에 관한 비교법적 고찰”, 「한국해법학회지」 제27권 제1호, 2005, p.85-87.

24) 선박법 제26조의2(소형선박에 대한 특례) ①다음 각호의 1에 해당하는 선박(이하 “소형선박”이라 한

선박법은 등기 및 등록을 할 수 없는 일반 선박에 대해서는 선적항을 관할하는 지방청장에게 선적증서원부의 기재를 신청한 후 선적증서를 교부받아 선내에 비치해야만 항행할 수 있는 선박의 범위를 확정하기 위하여 소형선박이라는 용어를 사용한 것이다.

(나) 선박안전법

선박안전법상의 소형선박이란 기름유해액체물질 또는 폐기물의 산적운송에 전용되는 선박외의 선박으로서 총톤수 100톤 미만의 선박을 의미한다(선박안전법 제16조의3, 동시행령 제16조). 즉 선박안전법은 선박의 구난을 할 수 있는 자의 자격에 대하여 엄격하게 규정하고 있는 뿐만 아니라, 선박구난자격증을 교부받지 아니하고 선박의 구난을 한 자에 대해서는 200만원 이하의 벌금에 처한다는 엄격한 벌칙규정을 두고 있다(선박안전법 제20조 제2항). 결국 선박안전법은 선박구난자격증 없이 선박의 구난을 할 수 있는 선박의 범위를 확정하기 위하여 소형선박이라는 용어를 사용한 것이다. 그리고 선박안전법 관련 고시로서 소형선박의 구조 및 설비기준 제2조 제1호는 “소형선박이라 함은 총톤수 10톤 미만의 선박을 말한다”고 규정함으로써 소형선박에 대한 구체적인 규격이나 규모에 대하여 규정하고 있다. 즉 소형선박의 구조 및 설비기준상의 소형선박이란 총톤수 10톤 미만의 선박을 의미한다. 소형선박의 구조 및 설비기준은 이 기준을 적용하기 위한 선박의 범위를 확정하기 위하여 소형선박이라는 용어를 사용한 것이다.

(다) 선박직원법

선박직원법상의 소형선박이란 총톤수 30톤 미만의 선박을 의미한다. 선박직원법은 동법 제4조 제2항에서 해기사면허에 대하여 항해사, 기관사, 통신사, 운항사, 소형선박 조종사라는 직종과 등급별로 규정하고 있으며, 동법 제5조 제1항 제2호와 제4호에서 해기사면허의 자격요건의 하나로서 ①등급별 면허의 승무경력이 있을 것, ②등급별 면허에 필요한 교육훈련을 규정하고 있으며, 동법시행령 제5조의 2에서는 직종 및 등급별 해기면허를 위한 승무경력에 대하여, 동법시행

다)의 소유자는 국내에 선적항을 정하고 당해 선적항을 관할하는 지방청장에게 해양수산부령이 정하는 바에 따라 선적증서원부의 기재를 신청할 수 있다. 1.총톤수 20톤미만의 기선, 2.총톤수 5톤이상 20톤미만의 범선, 3.총톤수 20톤이상 100톤미만의 부선. 다만, 선박계류용·저장용등으로 사용하기 위하여 수산에 고정하여 설치하는 부선을 제외 한다.

규칙 제2조 제1항에서는 직종 및 등급별 교육훈련에 대하여 규정하고 있다. 결국 우리나라 선박직원법은 해기사면허의 직종과 등급을 구별하는 기준의 하나로서 소형선박이라는 용어를 사용한 것이다.

(라) 상법

상법상의 소형선박이란 총톤수 20톤 미만의 선박을 의미한다. 민법에 있어서는 물권변동에 관하여 공시방법으로서 동산은 인도, 부동산은 등기함으로써 효력이 발생하는 형식주의를 취하고 있다. 따라서 선박은 동산이므로 원칙에 따라 인도를 해야 하지만, 상법은 민법상 물권변동의 형식주의원칙에 대한 예외로서 선박에 대한 권리의 이전은 의사주의를 채택하여 다른 공시방법을 갖출 필요 없이 당사자의 양도의 합의만 있으면 바로 이전의 효력이 발생하도록 규정하고 있다(상법 제743조 참조).²⁵⁾ 그리고 선박에 대한 권리의 이전은 등기하고 선박국적증서에 기재하지 않으면 제3자에 대항하지 못한다. 결국 상법 제743조는 선박에 대해 사법상 권리관계 득실변경의 대항요건으로서의 효력을 부여하고 있다.

그러나 상법 제743조에 근거하여 총톤수 20톤 미만의 소형선박에 대해서는 상법 제743조의 규정에 적용되지 않기 때문에 의사주의 또는 대항요건주의가 적용되지 않고 일반 동산과 같이 취급된다. 따라서 총톤수 20톤 미만의 선박에 대한 권리의 이전은 동산 물권변동의 원칙에 따라 양도의 합의와 인도가 필요하다. 결국 상법은 선박에 대한 사법상 권리관계 득실변경의 대항요건으로서의 효력을 부여하기 위한 선박의 범위를 확정할 목적으로 소형선박이라는 용어를 사용한 것이다.

나. 현행 선박 등록제도

우리나라에서는 선박등록과 관련한 근거법인 선박법은 크게 2가지로 구분하여 규정하고 있다.²⁶⁾ 즉 총톤수 20톤 이상의 기선 및 범선, 총톤수 100톤 이상의 부선에 대해서는 선박법 제8조에 근거하여 선적항을 관할하는 지방해양수산청장에게 당해 선박의 등록을 신청해야 하며, 등록신청을 받은 지방청장은 이를 선박

25) 채이식, 「상법IV(보험·해상법)」, 박영사, 2001, p.235.

26) 이윤철·김진권, 전계논문, p.101-107.

원부에 등록하고 신청인에게 선박국적증서를 교부해야 하며, 선박 소유자는 선박국적증서를 비치하지 아니하면 당해 선박을 항해에 사용할 수 없도록 규정하고 있기 때문에 선박법에 근거한 선박의 등록은 선박운항의 요건으로서의 효력을 부여하고 있음을 알 수 있다.

선박법상 소형선박, 즉 총톤수 20톤 미만의 기선, 총톤수 5톤 이상 20톤 미만의 범선 및 총톤수 20톤 이상 100톤 미만의 부선에 대해서는 선박법 제26조의2에 근거하여 선적항을 관할하는 지방청장에게 선적증서원부의 기재를 신청해야 하며, 선적증서원부의 기재를 신청 받은 지방청장은 이를 선적증서원부에 기재한 후 신청인에게 선적증서원부를 교부해야 하며, 소형선박의 소유자는 선적증서를 교부받아 이를 선내에 비치하지 아니하고는 당해 선박을 항행에 사용하여서는 아니 된다고 규정하고 있기 때문에 선박법에 근거한 소형선박의 등록은 선박운항의 요건으로서의 효력을 부여하고 있음을 알 수 있다.

어선에 대해서는 어선법 제13조에 근거하여 어선의 소유자 또는 해양수산부령이 정하는 선박의 소유자는 당해 어선 또는 선박이 주로 입·출항하는 항·포구를 관할하는 시장·군수·구청장에게 어선의 등록을 해야 하며, 등록을 하지 아니한 어선은 이를 어선으로 사용할 수 없다고 규정하고 있기 때문에 어선법에 근거한 어선의 등록은 어선운항의 요건으로서의 효력을 부여하고 있음을 알 수 있다.

또한 총톤수 20톤 이상의 기선 및 범선, 총톤수 100톤 이상의 부선은 선박법 제8조에 근거하여 선박등기를 해야 하며 선박의 등기에 관한 구체적인 사항은 선박등기법에서 규정하고 있다. 그리고 상법 제743조에 근거하여 당해 선박에 대한 사법상의 권리관계의 득실변경의 대항요건으로서의 효력을 부여하고 있다. 어선에 대해서도 선박등기법 제2조의 규정에 해당하는 어선은 어선법 제13조에 근거하여 선박등기를 해야 하며, 상법 제743조에 근거하여 당해 선박에 대한 사법상의 권리관계의 득실변경의 대항요건으로서의 효력을 부여하고 있다.

그러나 소형선박인 총톤수 20톤 미만의 기선, 총톤수 5톤 이상 20톤 미만의 범선 및 총톤수 20톤 이상 100톤 미만의 부선은 상법 및 선박등기법이 적용되지 않기 때문에 사법상의 권리관계의 득실변경의 대항요건으로서의 효력은 전혀 부여되고 있지 않으며, 다만 선박법에 근거하여 선박운항의 요건으로서의 효력만을

부여하고 있을 뿐이다. 그리고 총톤수 5톤 미만의 범선, 총톤수 20톤 미만의 부선, 기선, 부선, 범선 이외의 선박, 톤수측정이 불가능한 수상오토바이에 대해서는 현행 해상법령상 전혀 선박운항의 요건으로서의 효력과 선박에 대한 권리관계의 득실변경의 대항요건으로서의 효력은 전혀 부여되어 있지 않은 실정이다.

다. 소형선박 등록제도

선박법 제1조에서는 선박의 국적에 관한 사항과 선박톤수의 측정 및 등록에 관한 사항을 규정함으로써 해사에 관한 제도의 적정한 운영과 해상질서의 유지를 확보하여 국가권익을 보호하고 국민경제의 향상을 기여할 것을 목적으로 정하고 있다. 따라서 어선을 제외한 선박의 등록에 관한 근거법령은 선박법이라고 할 수 있다. 선박법은 제7조, 제8조, 제18조 및 제22조에서 선박의 등록에 관한 사항을 규정하고 있으며, 또한 선박법시행규칙 제3장에서 선박의 등록에 관한 구체적인 사항을 상세히 규정하고 있다. 아울러 선박법은 제26조의2에서 소형선박에 대한 특례규정을 둠으로써 선박등록 대상에서 제외되는 일부선박에 대해서 선박등록제도와 유사한 선적증서 교부제도를 두고 있으며, 이에 대하여 살펴보면 아래와 같다.

(1) 선박톤수측정의 신청

한국선박의 소유자는 선박의 등록을 하고자 할 때에는 사전에 대한민국에 선적항을 정하고 그 선적항 또는 선박의 소재지를 관할하는 지방해양수산청장에게 선박의 총톤수측정을 신청해야 한다. 선적항을 관할하는 지방해양수산청장은 선박의 소재지를 관할하는 지방해양수산청장에게 선박톤수의 측정을 하게 할 수 있으며, 또한 외국에서 취득한 선박을 외국 각 항간에서 항행시키는 경우에는 선박소유자는 대한민국영사에게 그 선박톤수의 측정을 신청할 수 있다.

(2) 선박의 등기와 등록의무

선박법 제8조에서는 선박의 등기와 등록의무에 대하여 규정하고 있다. 즉 한국선박의 소유자는 선박의 등기를 한 후 선적항을 관할하는 지방해양수산청장에게 당해 선박의 등록을 신청해야 한다. 지방해양수산청장은 선박등록신청을 받은 때에는 이를 선박원부에 등록하고 신청인에게 선박국적증서를 교부해야 한다.

(3) 변경등록의무

선박법 제18조에서는 변경등록의무에 대하여 규정하고 있다. 즉 선박소유자는

선박원부에 등록된 사항에 변경이 있는 때에는 그 사실을 안 날로부터 2주일 이내에 변경등록을 신청해야 한다. 이때 선박소유자는 선박원부변경신청서에 선박국적증서, 선박국적증서영역서 및 변경내용을 증명하는 서류를 첨부하여 당해 선박의 선적항을 관할하는 지방해양수산청장에게 제출하여야 한다.

(4) 말소등록

선박법 제22조는 말소등록에 대하여 규정하고 있다. 즉 선박소유자는 ①선박이 멸실·침몰 또는 해체된 경우, ②선박이 대한민국국적을 상실한 경우, ③선박이 총톤수 20톤 미만의 기선, 총톤수 5톤 이상 20톤 미만의 범선, 총톤수 20톤 이상 100톤 미만의 부선으로 된 경우, ④선박의 존부가 3개월간 분명하지 아니한 경우에는 그 사실을 안 날로부터 2주 이내에 선적항을 관할하는 지방해양수산청장에게 말소등록을 신청해야 한다. 만약 선박소유자가 말소등록을 신청하지 아니할 때에는 선적항을 관할하는 지방청장은 1월이내의 기간을 정하여 선박소유자에게 선박의 말소등록을 신청할 것을 최고하고, 그 기간내에 말소등록을 신청하지 아니할 때에는 직권으로 당해 선박의 말소등록을 해야 한다.

(5) 소형선박에 대한 특례

선박법 제26조의2는 소형선박에 대한 특례를 규정하고 있다. 즉 ①총톤수 20톤 미만의 기선, ②총톤수 5톤 이상 20톤 미만의 범선, ③총톤수 20톤 이상 100톤 미만의 부선의 소유자는 국내에 선적항을 정하고 당해 선적항을 관할하는 지방해양수산청장에게 선적증서원부의 기재를 신청할 수 있다. 지방해양수산청장은 선적증서원부의 기재를 신청 받은 때에는 총톤수를 측정하고 이를 선적증서원부에 기재한 후 신청인에게 선적증서를 교부해야 한다.

3. 問題點

전술 한 바와 같이 20톤 이상 선박은 등기와 등록을 의무화 하도록 하여 현행 법상의 권리보호를 받고 있으나 소형선박은 등록을 의무화 하여 해사에 관한 제도의 적정한 운영과 해상질서의 유지를 확보하여 국가의 권익을 보호 하는 목적으로 하고 있으며 국민의 재산권 보호에 있어서는 현행법상의 권리득실 변경 대항요건을 전혀 부여하지 않고 있다. 소형선박에 대한 등기·등록 미도입으로 인

하여 담보권 확보를 위하여 등기할 수 없으며, 또한 공시방법이 없어 재산권 등의 권리보호를 받지 못하고 있으므로 다음과 같은 문제점이 있다.

첫째, 소형선박은 현행법상의 소유권, 저당권 등을 등기를 하지 못하고 있다. 선박등록과 관련한 근거법인 선박법상 소형선박, 즉 총톤수 20톤 미만의 기선, 총톤수 5톤 이상 20톤 미만의 범선 및 총톤수 20톤 이상 100톤 미만의 부선에 대해서는 선박법 제26조의2에 근거하여 선적항을 관할하는 지방청장에게 선적증서원부의 기재를 신청해야 하며, 선적증서원부의 기재를 신청 받은 지방청장은 이를 선적증서원부에 기재한 후 신청인에게 선적증서원부를 교부해야 하고, 소형선박의 소유자는 선적증서를 교부받아 이를 선내에 비치하지 아니하고는 당해 선박을 항행에 사용하여서는 아니 된다고 규정하고 있기 때문에 선박법에 근거한 소형선박의 등록 목적은 국가의 권익 보호 차원에서 등록을 의무화 하도록 하고 있고 선박운항의 요건으로서의 효력을 부여하고 있어서 권리보호를 받지 못하는 문제가 있다.

둘째, 등기대상에서 제외(선박등기법 제2조)되어 현행법상의 권리를 보호 받지 못하고 있다. 소형선박인 총톤수 20톤 미만의 기선, 총톤수 5톤 이상 20톤 미만의 범선 및 총톤수 20톤 이상 100톤 미만의 부선은 상법 및 선박등기법이 적용되지 않기 때문에 사법상의 권리관계의 득실변경의 대항요건으로서의 효력은 전혀 부여되고 있지 않은 문제가 있다.

第 4 節 小型船舶 擔保權 實行上의 問題

1. 序說

일반적으로 양도담보물을 채무자가 점유·사용하고 있으므로 우선 소형선박 등 양도담보물을 소유권에 기하여 그 점유를 채권자 앞으로 옮긴 다음에 처분하든지, 점유를 그대로 채무자에게 남겨둔 채 타인에게 매각하여 처분대금으로 피담보채권의 변제에 충당하고 과부족이 있을 경우에는 이를 정산하고, 양도담보물

건의 처분에 대하여는 대부분의 경우 여신거래기본약관 및 양도담보계약서(부록 2참조)에 처분의 시기, 방법, 가액 등은 채권자의 임의로 한다는 뜻의 특약을 두고 있으나, 그 처리에 타당성을 결하는 등의 경우에는 손해배상책임을 부담할 경우도 발생 할 수도 있으므로 현행 실무에서는 20톤 미만 소형선박에 대한 담보권 실행은 강제집행에 의한 처분을 하고 있다. 즉, 강제집행 절차에 의한 유체동산에 대한 강제집행은 압류·현금화(환가)·변제(배당)의 절차를 거치게 된다.

먼저 압류는 채권자가 집행관에게 강제집행 신청(집행위임)을 함으로서 개시된다. 채권자의 위임신청이 있으면 집행관은 채무자의 소유의 유체동산 중 압류금지물건(민사집행법 제195조)을 제외하고, 압류를 실시한 후(민사집행법 제188조 내지 192조), 압류물을 입찰, 호가경매 또는 적의매각 등 적당한 방법으로 현금화(민사집행법 제209조, 동법 제210조)한다. 법원은 필요하다고 인정하면 직권으로 또는 압류채권자가 배당요구권자 또는 채무자의 신청에 의하여 일반현금화의 규정에 의하지 아니하고 다른 방법이나 다른 장소에서 압류물을 매각하거나 집행관 이외의 자에 의한 매각을 하게 하는 등 특별한 방법으로 현금화 하도록 명할 수 있다(민사집행법 제214조).

집행관은 압류한 금전이나 압류물의 매각대금을 채권자가 한 사람인 경우에는 그에게 인도하고(민사집행법 제201조 1항), 채권자가 다수인 경우(민사집행법 제162조의 공동집행, 제215조 압류의 경합, 제217조 배당요구 등)에도 압류금전 또는 매각대금으로 각 채권자의 채권과 집행비용의 전부를 변제할 수 있는 때에는 각 채권자에게 채권액을 교부하고, 나머지가 있으면 채무자에게 교부한다(민사집행법 제155조 1항). 그러나 각 채권자의 채권과 집행비용의 전부를 변제할 수 없는 때에는 각 채권자 사이에 배당협약이 이루어지면 그 협약에 따라 배당을 실시하고, 만약 협약이 이루어지지 않으면 그 매각대금을 공탁하고(민사집행법 제222조 1항, 2항, 동법 제160조) 그 사유를 집행법원에 신고한다. 이러한 집행관의 공탁과 신고가 있으면 집행법원이 배당절차를 실시한다(민사집행법 제252조 1항). 그 구체적인 실무절차의 내용은 압류, 현금화 및 배당절차로 진행되며, 각 절차별로 나누어 살펴보고 그 양도담보권 있는 소형선박의 강제집행에 있어서 문제점을 사례를 통하여 밝히고자 한다.

2. 有體動産 強制執行 節次

가. 압류절차

(1) 압류집행을 위한 준비

유체동산의 강제집행은 채권자가 집행기관인 집행관에게 서면으로 집행신청을 함으로써 개시된다(민사집행법 제4조).²⁷⁾ 채권자는 해당 지방법원이나 지원의 집행관사무소(각급법원의 설치와 관할구역에 관한 법률 제4조)에서 비치된 강제집행신청서(부록 1참조)에 굵은 선으로 표시된 부분(금전채원의 경우 청구금액 포함)을 기재하여 첨부서류²⁸⁾와 함께 접수담당자에게 제출하면(법원에서는 이를 사건접수라고 한다), 담당자는 관할구역이 맞는지와 위임인을 확인하고, 이를 전산입력한 후 접수증²⁹⁾과 수수료 및 비용의 개산액을 은행에 납부할 납부서를 부여한다. 강제집행을 신청한 채권자는 은행에 위 납부서의 금액을 납부하여야 한다.

집행관은 채권자가 위 개산액을 예납하지 않으면 위임에 응하지 아니하거나 사무를 행하지 아니할 수 있다(집행관수수료규칙 제25조).³⁰⁾ 접수 담당자는 표지에 기재사항을 기록한 집행사건기록을 작성하여 담당부(집행관의 협의에 의해 사무분담을 정하여 놓고 있음)에 기록을 인계한다. 집행관은 특별한 사정이 없는 한 위임(신청)을 받은 날로부터 1주일 이내에 집행개시일시를 정하여야 한다(민사집행규칙 제3조 2항).³¹⁾ 통상 집행관은 채권자에게 전화를 하여 집행 장소의 대략 위치와 집행목적물이 무엇인지를 묻고 집행개시요건이 갖추어지지 않았으면 그 요건을 갖추도록 요구하고, 공휴일이나 야간의 집행인 경우에는 법원의 허가를 받아야 한다.³²⁾ 채무자의 저항이 클 것으로 예상되는 사건은 미리 경찰관서

27) 법원행정처, 「법원실무제요 민사집행법(3)」, 2003, p.161.

28) 법원행정처, 상계서, p.162.

29) 접수증에는 고유의 비밀번호가 부여되어 있으므로 채권자는 대법원 홈페이지(<http://marshal.scourt.go.kr>)의 나의 집행정보)에서 사건의 진행 사항 등 사건관련정보를 인터넷을 통한 전국어디에서나 확인 가능하다.

30) 법원행정처, 「집행관 실무편람」, 2004, p.66.

31) 법원행정처, 상계서, p.68.

등에 협조공문을 보내어야 하며, 전무가의 도움이 필요한 경우에는 전문가를 대동하여 줄 것, 그리고 노무자가 필요한 경우에는 노무비용을 계산하여 예납토록 하며, 채무자 등이 부재가 예상되는 경우에는 채무자의 주민등록표초본이나 등본 1통과 증인 2명, 잠긴 열쇠를 열 수 있는 열쇠공을 대동해 줄 것 등을 설명하고 집행일시와 만날 장소와 연락방법을 정한다.

(2) 집행현장에서의 절차

(가) 임의이행의 촉구

미리 약속한 일시에 채권자와 회동하여 집행장소(선박의 경우는 선적항)에 도착한 다음, 채무자 등이 없거나 채무자 등이 그 장소에 있으면서도 문을 열 것을 거절하는 경우에는, 집행관은 채권자가 대동한 증인 2명에게 유체동산압류조서의 참여자란에 성명, 주민등록번호, 주소를 기재하여 날인케 한 후 주민등록증의 제시를 요구하여 이를 확인한 후 대동한 열쇠공으로 하여금 잠긴 문을 열게 한다. 요즘은 잠근 장치기술의 발달로 인하여 잠근 장치를 파손하지 않고는 문을 열 수 없는 경우가 많은데 잠근 장치의 파손으로 인한 피해변상을 채권자가 부담하는데 동의하면 이를 집행하나 동의하지 않는 경우에는 집행불능으로 처리하고 압류집행을 연기하게 된다. 잠근 장치를 파손한 경우에는 파손된 잠근 장치와 동형·동액의 잠근 장치를, 동형·동액 상당의 자물통이 없는 경우에는 그보다 성능이 좋거나 상급품의 자물통으로 교체해 주어야 하며, 집행종류 후 출입문 등에 메모지를 부착 하거나 전화연락을 하여 열쇠를 교부하거나 자물통의 비밀번호를 알려주어 채무자 등이 출입하는데 불편을 주지 않도록 배려³³⁾하여야 한다. 채무자나 사리를 분별할 능력이 있는 그 친족이나 고용인이 집행장소에 있는 경우에는 집행관은 방문취지를 말하고 집행장소의 소형선박 문을 열 것을 요구한다. 이때 채무자 등의 저항이 있으면, 미리 경찰이 출동한 경우에는 그들에게 저항을 배제하여 줄 것을 요구하고, 미리 예상하지 못한 저항이 있는 경우에는 경찰관서에 연락하여 저항을 배제하여 줄 것을 요구한다.³⁴⁾ 집행관의 요구에 응하여 채무자 등이 집행 장소의 문을 연 경우에는 그에게 집행권원(공휴일, 야간의 집행인

32) 법원행정처, 전게서, p.69.

33) 또한 잠근 장치외에 다른 부분을 불가피하게 파손하는 때에도 피해가 가장 적은 방법을 택해야 한다.

34) 법원행정처, 상게서, p.73.

경우에는 그 허가결정등본)을 제시하고 임의이행할 것을 촉구한다. 임의이행에 응하여 채무자가 임의 변제를 하면 집행관은 영수증서를 작성, 교부(통상은 채권자가 작성한다)하여야 하며 임의변제로 채무자가 그 의무를 완전히 이행한 때에는 집행력 있는 정본을 채무자에게 교부하여야 한다(민사집행법 제42조 1항).³⁵⁾ 의무의 일부이행인 경우에도 집행력 있는 정본에 그 사유에 부기하고 영수증서를 채무자에게 교부하여야 한다(민사집행법 제42조 2항). 민법 제469조 1항 단서 및 2항의 제한에 해당하지 않는 한 제3자도 변제를 할 수 있으므로 집행관이 이를 수령한 때에는 그 제3자에게 영수증서를 교부하여야 하며, 일부이행의 경우 집행력 있는 정본에 그 사유를 부기하여야 함도 채무자가 변제한 경우와 똑같다.

(나) 압류의 실행

채무자가 임의변제를 하지 않는 경우에는 집행관은 채무자에게 압류할 뜻을 고하고 집행장소에서 소형선박(의장품 포함)에 대하여 압류를 한다. 전술한 바와 같이 압류물은 채무자가 점유하거나 채권자 또는 물건의 제출을 거부하지 아니하는 제3자가 점유하고 있는 물건 중에서 선택하여야 한다. 집행관이 압류할 유체동산을 선택하는 때에는 채권자의 이익을 해하지 아니하는 범위 안에서 채무자의 이익을 고려하여야 한다(민사집행규칙 제132조).³⁶⁾

압류물을 선택할 때에는 압류금지물(민사집행법 제195조), 초과압류의 금지(민사집행법 제188조 2항), 무잉여압류의 금지(민사집행법 제188조 3항) 등의 압류 제한. 제한규정을 고려하여, 금전을 우선으로 하여 그 다음으로 현금화가 용이한 동산부터 환가성이 낮은 동산 순서로 압류하고 환가성이 없는 동산은 압류하지 아니하여야 한다(민사집행규칙 제141조). 아울러 압류물의 선택에 관하여 채권자의 의견이 상당한 때에는 집행관은 이를 참작하여야 하지만 이에 구속되는 것은 아니다. 선택한 압류물에는 표목을 붙이며, 압류할 물건이 많거나 사무실이나 공장 등의 경우 등에는 공시서를 게시한다. 이때에 압류물의 품명, 종류, 개수, 제조회사 등 압류물을 특정할 수 있는 목록을 유체동산압류조서의 압류목록란에 기재를 하며, 이를 특정하기 위하여 사진을 촬영하기도 한다.

채무자 등이 부재 시에 압류하는 경우에는 알리는 말씀을 잘 보이는 곳에 부

35) 법원행정처, 전게서, p.74.

36) 법원행정처, 전게서, p.168.

착하여 부재 시에 압류가 있었음을 알도록 하며 또한 유체동산압류조서등본을 우편으로 송달하여야 한다(민사집행법 제189조 3항). 이는 채무자에게 적절한 대응조치를 취할 기회를 보장하기 위한 것이다. 채무자가 압류에 참여한 때에는 구두로 통지하고 압류조서에 기재하면 된다. 압류절차가 끝나면 유체동산압류조서를 작성하여 집행참여자에게 열람케 한 후 서명 날인하도록 한다. 실무상은 PDA (personal digital data assistant: 인 휴대용 정보 단말기)에 서명을 받고 있다. 폐문·부재인 집행 장소의 문을 연 경우에는 원래의 상태로 환원시켜 주어야 한다.

(3) 압류의 방법

(가) 집행관의 목적물 점유

압류는 원칙적으로 집행관이 채무자가 점유하고 있는 유체동산을 점유함으로써 한다(민사집행법 제189조 1항). 여기의 점유는 목적물에 대한 채무자의 점유를 전면적으로 배제하고 집행관이 이를 직접 지배·보관하는 것을 뜻한다. 집행관의 직접지배아래 두지 않으면 채무자의 처분으로 다른 사람이 선의취득할 수 있어 압류의 실효성을 상실하게 될 염려가 있기 때문이다. 따라서 집행관이 단순히 압류를 선언하는 것만으로 부족하다. 집행관이 압류물을 직접 보관하는 때에는 이를 안전하게 보존하는 데 필요한 주의의무를 다하여야 한다. 만약 그 의무를 게을리 하여 압류물이 멸실·훼손된 때에는 집행관은 손해배상의무가 있다. 불가항력에 의한 멸실·훼손의 경우에는 소유자인 채무자의 부담으로 된다.

또 집행관이 그 점유를 침탈당한 경우에는 자력구제를 하거나 점유회복의 소를 제기할 수 있으며, 채권자는 법원에 그 물건을 집행관에게 인도 할 것을 명하도록 신청할 수 있다(민사집행법 제193조). 집행관이 그 직무상 보관하는 금전 그 밖의 귀중품은 금고 또는 자물쇠 장치가 있는 견고한 용기에 넣어서 보관하여야 한다(집행관법시행규칙 제18조). 다만 집행관이 압류물을 지배·보관하기에 적당한 시설이나 장소를 가지고 있지 않은 경우에는 제3자(창고업자 등)로 하여금 이를 보관하게 할 수 있다(민사집행법 제198조 1항).³⁷⁾

채권자가 제3자가 점유하고 있는 물건의 압류를 신청한 때에는 제3자가 그 물건의 제출을 거부하는지 여부를 확인하여야 한다. 집행관은 압류를 행함에 있어

37) 법원행정처, 전게서, p.169.

압류물이 아닌 채무자의 다른 재산에 피해가 생기지 않도록 주의하여야 한다. 집행관이 고의 또는 과실로 채무자 아닌 제3자의 재산을 압류함으로써 발생한 제3자의 손해에 대하여는 집행관이 손해배상책임이 있다³⁸⁾ 만약 채무자 아닌 제3자의 재산을 잘못 압류한 사실을 집행관이 알게 되었다 하더라도 집행관은 이를 직권으로 취소할 수 있는 방법이 없으므로 실무상은 채권자에게 사유를 설명하고 집행신청을 취하하도록 권유하거나 제3자이의의 소를 제기하도록 하여 처리하는 것이 보통이다.

(나) 압류물의 채무자보관

채권자의 승낙이 있거나 운반이 곤란한 때에는 집행관은 압류물을 채무자에게 보관하게 할 수 있다.³⁹⁾ 이 때에는 봉인 그 밖의 방법으로 압류물임을 명확히 하여야 한다(민사집행법 제189조 1항 단서). 이 압류의 표시는 유체동산집행의 효력발생 요건이므로 이를 아니하면 압류는 무효이다.⁴⁰⁾ 규정체계상 압류물의 채무자보관은 예외적인 압류방법이지만 실무상으로는 이것이 오히려 일반적인 압류방법으로 사용되고 있다. 여기서의 채권자의 승낙은 반드시 명시적일 필요는 없고 묵시적이라도 무방하다. 운반이 곤란한 때란 물리적으로 운반이 곤란한 경우뿐만 아니라 압류물의 가격에 비하여 운반에 지나치게 많은 비용이 소요되는 경우를 포함한다.

실무에서는 채무자의 부재시에도 압류를 하고 알리는 말씀 등으로 압류사실을 알린 후 다시 압류조서등본을 우편으로 송달하여 주고 있다. 압류물을 채무자에게 보관시키는 경우에는 봉인 기타의 방법으로 압류물임을 명확히 하여야 한다. 이 압류의 표시는 유체동산집행의 효력발행 요건이므로 이를 하지 아니하면 압류는 무효이다. 압류의 표시는 명확하여야 하며 통상의 주의력에 의하여 쉽게 인지할 수 있는 방법이어야 한다.

(다) 압류물의 채권자 또는 제3자의 보관

집행관은 채권자 또는 제출을 거부하지 아니하는 제3자가 점유하고 있는 유체동산을 압류하는 경우 채무자에게 보관위임 하는 경우에 준하여 압류물을 그 채

38) 대판 1999. 4. 9. 98다59767

39) 법원공무원교육원, 「민사집행실무(1)」, 2002, p.421.

40) 대판 1991.10.11. 91다8951

권자 또는 제3자의 보관에 위임할 수 있다(민사집행법 제191조, 동법 제189조).⁴¹⁾ 이 경우 채권자의 압류물보관에 관한 권리나 의무는 원칙적으로 집행관과의 사이에 체결된 임치계약 등의 사법상의 계약에 의하여 규율된다.⁴²⁾

(라) 채무자에 대한 압류사유의 통지

집행관이 유체동산을 압류한 때에는 그 사유를 채무자에게 통지하여야 한다(민사집행법 제 189조 3항). 이는 채무자에게 적절한 대응조치를 취할 기회를 보장하기 위한 것이다. 따라서 압류하였다는 뜻을 통지하지 아니하고 해서 압류의 효력에 어떠한 영향을 주는 것은 아니다.⁴³⁾ 채무자가 압류에 참여한 때에는 구술로 통지하고 압류조서에 적으면 되고, 채무자가 외국에 있거나 있는 곳이 분명하지 아니한 때에는 통지할 필요가 없다(민사집행법 제 12조).

(4) 압류물의 보존, 점검 및 회수 . 인도명령

(가) 압류물의 보존

유체동산의 압류는 집행관이 그 물건을 점유함으로써 하고 채무자 등에게 압류물을 보관시킨 경우에도 압류물에 대한 집행관의 점유는 계속되는 것이므로 집행관은 선량한 관리자로서 압류물을 보존하여야 한다.⁴⁴⁾ 어떠한 경우에 어떠한 내용으로 압류물의 보존처분을 할 것인가는 집행관의 재량사항이다. 그러나 이러한 보존처분은 집행관의 의무이므로(민사집행법 제198조 1항 참) 채권자 및 채무자의 이익을 종합적으로 고려하여 압류물 보전에 필요한 처분을 하여야 한다. 압류물 보존을 위한 처분의 일반적 조치는 보관인을 선임하는 것이다.⁴⁵⁾

집행관이 채무자·채권자 또는 제3자에게 압류물을 보관시킨 때에는 보관자의 표시, 보관일시·장소와 압류물, 압류표시의 방법과 보관조건을 적은 보존조서를 작성하여 보관자의 기명날인 또는 서명을 받아야 한다(민사집행규칙 제136조 1

41) 법원행정처, 전게서, p.173.

42) 채권자가 집행관과의 약정에 의하여 압류동산을 보관하던 중 이를 분실하거나 멸실·훼손한 경우에는 달리 특별한 사정이 없는 한 채권자는 집행관이나 그 동산 소유자 등에 대하여 계약상의 손해배상책임은 물론 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다고 할 것이다.

43) 법원행정처, 전게서, p.176.

44) 법원행정처, 상게서, p.177.

45) 이 때의 보관인 선임은 이미 선임한 보관인을 해임하고 다른 보관인을 선임하는 것(즉 보관인 변경)을 포함한다.

항). 보관인을 선임하여 압류물을 보관시킨 경우에도 집행관은 압류물이 멸실되거나 훼손되지 않도록 점검하는 등의 주의의무가 있으므로 압류물의 부족이나 손상이 있는 때에는 그 취지를 보관자가 아닌 채권자 또는 채무자에게 통지하여야 한다(민사집행규칙 제137조).⁴⁶⁾ 유체동산의 매각은 압류일로부터 1주일이 지나야 할 수 있으나(민사집행법 제202조), 압류물의 보존비용이 그 압류물의 가액에 비하여 지나치게 많은 비용이 들거나 생선, 과일, 계절상품 등과 같이 시간의 경과로 그 물건값이 크게 하락할 염려가 있는 경우에는 압류일로부터 1주일이 경과하지 않더라도 조기에 매각할 수 있다. 강제집행정지기간 중에 압류물을 조기매각하여야 할 경우와 같은 사유가 있는 때에도 집행관은 압류물을 긴급매각할 수 있고(민사집행법 제198조 3항), 매각대금은 공탁하여야 한다(동조 4항). 집행관은 집행정지사유가 소멸되면 공탁금을 출급 받아 채권자에게 교부하거나 배당하여야 하고 강제집행이 취소되거나 취하된 때에는 이를 채무자에게 교부한다.

어음, 수표 기타 유가증권으로서 배서가 금지되지 아니한 것을 압류한 경우에는 채무자에 갈음하여 기간 내에 지급제시를 하고 미완성의 어음 등에 대하여는 보충을 최고하여야 한다.⁴⁷⁾ 한편 제3자 등의 지급이 있으면 이를 수령하거나 지급거절증서를 작성(민사집행법 제212조)하는 등 유가증권의 실권 방지를 위한 조치를 취하여야 한다. 주권을 압류한 경우에 발행회사의 주식합병절차가 개시되어 주권제출의 공고가 있는 때에는(상법 제440조) 집행관은 발행회사에 주권압류사실을 통보하고 주권을 발행회사에 제출함과 동시에 발행회사를 압류물의 보관자로 선임한 다음 신주권을 교부받거나 상법 제442조에 규정된 절차를 수행하는 등의 조치를 취하여야 한다. 토지에서 분리되기 저의 과실을 압류한 경우에는 과실이 충분히 익었다고 판단되면 이를 매각하기 위하여 이를 수확할 수 있다.

압류물을 보관하는 채무자가 집행관의 관할구역 밖으로 이주한 경우와 같이 압류한 물건이 집행관의 관할구역 밖에 있게 된 때에는 집행관은 이를 회수할 수 있고(민사집행규칙 제138조 1항), 이때 압류물의 회수에 지나치게 많은 비용이 든다고 인정되는 때에는 집행관은 압류채권자의 의견을 들어 압류물이 있는 곳을 관할하는 법원소속 집행관에게 사건을 이송할 수 있다(동조 2항).

46) 법원행정처, 전게서, p.179.

47) 법원행정처, 상게서, p.181.

압류물의 보존에 필요한 처분을 행하는 것은 집행관의 권한인 동시에 의무이므로 집행관이 취한 보존처분에 불복이 있는 채권자나 채무자는 집행에 관한 이의신청을 할 수 있다(민사집행법 제16조). 그러나 보관인은 집행관의 처분에 대하여 집행에 관한 이의를 할 수 없다.

(나) 보관시킨 압류물의 점검

집행관이 압류물을 직접 점유·보관하지 아니하고 채무자 또는 채권자나 제3자에게 보관시킨 경우에 압류채권자 또는 채무자의 신청이 있거나 그밖에 필요하다고 인정하는 때에는 압류물의 보관상황을 점검하여야 하고(민사집행법 제137조 1항), 그 점검 결과 압류물에 부족 또는 손상이 있을 경우에는 보관자가 아닌 채권자 또는 채무자에게 그 취지를 통지하여야 하고, 이 조서에는 압류물의 부족 또는 손상의 유무와 정도 및 이에 관하여 집행관이 취한 조치를 기재하여야 한다(동조 2항 전단).⁴⁸⁾

(다) 압류물의 회수와 인도명령

압류물을 집행관이 직접 점유하는 경우에 제3자가 그 점유를 침탈한 때에는 집행관이 자력구제를 하거나 점유회복의 소를 제기하여 이를 회수할 수 있다. 채무자, 채권자 또는 제3자에게 보관하도록 위임한 압류물이 다른 제3자의 사실적 지배에 넘어간 경우에는 선의취득(민법 제249조)과 같은 특별한 경우를 제외하고는 압류의 효력이 당연히 상실되는 것은 아니므로, 집행관은 그 제3자를 설득하여 그 반환을 받는 등 압류물을 회수하기 위한 적당한 방법을 강구하여야 한다.

위와 같이 자력구제가 허용되는 경우에도 제3자가 반환을 완강히 거부하면 실력으로 이를 회수할 수 없고 법원으로부터 압류물인도명령을(민사집행법 제193조) 받아 이를 회수할 수 있다.

압류물의 인도명령은 집행법원의 직권으로는 할 수 없고, 당사자의 신청이 있어야 하며, 인도명령을 신청할 수 있는 자는 채권자이다(민사집행법 제193조 1항). 압류채권자인 한 집행정지중이라도 무방하며 이중압류채권자도 여기에 포함된다. 인도명령의 상대방은 집행관의 압류물에 대한 점유를 배제하고 압류물을 점유하고 있는 자이다. 인도명령은 신청은 채권자가, 압류물을 제3자가 점유하고 있는 것을 안 날로부터 1주 이내에 하여야 한다(민사집행법 제193조 2항). 신청

48) 법원행정처, 전게서, p.183.

은 서면으로 하고, 압류물을 제3자가 점유하고 있음을 안 날이란 채권자가 인도 명령 신청의 상대방과 목적물과 소재장소 등을 구체적으로 알게 된 때를 의미한다. 인도명령은 일종의 집행권원이므로 신청인이 집행관에게 집행위임을 하여 집행하게 된다.

(5) 집행의 경합

채무자의 총재산은 모든 채권자를 위한 책임재산⁴⁹⁾을 이루므로 집행절차에서 동일한 재산에 대한 집행채권자 및 채권이 다수 단수가 아니라 복수로서 경합하는 경우가 생긴다. 이를 집행의 경합이라고 하며, 동시압류(공동압류), 압류의 경합(이중압류) 및 우선권자의 배당요구가 이에 해당한다.⁵⁰⁾

(가) 동시압류(공동압류)

집행관이 수개의 채권 또는 수인의 채권자를 위하여 동일한 재산을 동시에 압류하는 경우를 동시압류 또는 공동압류라고 한다. 금전압류의 경우에는 명문의 규정(민사집행법 제222조 2항)이 있지만, 그 밖의 경우에도 동시압류가 가능하다. 이에, 공동상속인, 동일한 사고에 기한 다수의 피해자 등에 의한 집행위임과 같이 처음부터 수개의 채권에 의하거나 수인의 채권자의 집행신청에 의하여 동시에 압류를 하는 경우와, 하나의 집행신청이 있는 후 다른 채권에 의하거나 다른 채권자로부터 집행신청이 있어 이를 병합하여 압류하는 경우가 있다.

동시압류의 경우에는 압류에서부터 환가에 이르기까지 집행절차가 1개로서 진행된다.

(나) 압류의 경합(이중압류)

유체동산을 압류 또는 가압류한 후 매각기일 전에 다른 강제집행의 신청이 있는 때에는 집행관은 이미 압류된 물건 외에 더 압류할 물건이 있는지의 여부를 조사하여 그러한 물건이 있으면 이를 추가 압류하여 집행신청서와 추가압류 조서를 먼저 압류한 집행관에게 교부하고, 그러한 물건이 없으면 집행신청서만을 먼저 압류한 집행관에게 교부하여야 한다(민사집행법 제215조 1항).⁵¹⁾ 이 경우에

49) 책임재산이란 집행개시 당시에 채무자의 소유에 속하는 채권자의 강제집행의 대상이 되는 채무자의 총재산이다. 다만 채무자의 재산이라도 압류금지 내지 제한되거나 가처분에 의하여 양도가 금지된 재산 등은 집행에서 제외된다.

50) 법원행정처, 전게서, p.247.

도 선행압류조서목록에 부기하고 후행조서를 작성한다.

이중압류는 동일한 채무자에 대한 강제집행에서의 문제이다. 채무자가 다른 경우에는 비록 압류목적물이 동일하더라도 이중압류가 아니다. 유체동산집행은 다른 집행과는 달리 특정목적물에 대하여 하는 것이 아니라 일정한 자소를 단위로 하여 이루어진다. 이중압류의 종기는 매각기일까지이다. 이중압류는 그 형식과 절차가 보통의 압류와는 다르고 관념적이 것이기는 하나, 독립된 압류이므로 그에 따른 효과는 일반의 압류와 동일하게 발생되며, 이중압류채권자는 집행채권자로서 압류물의 매득금으로부터 자기 채권액에 비례하여 배당 받을 수 있는 지위에 서게 된다.

나. 현금화절차

압류물이 금전으로서 강제 통용력을 가진 내국통화인 때에는 그 성질상 환가의 필요성이 없다.⁵²⁾ 그러나 압류물이 금전이라도 외국통화이거나 강제통용력이 없는 때에는 이를 환가하여 내국통화인 금전으로 바꾸는 조치가 필요하다. 압류물이 금전이 아닌 물건인 경우에는 집행관이 주체가 되어 실시하는 경매가 환가의 원칙적인 방법이나(민사집행법 제199조), 집행법원이 필요하다고 인정할 때에는 경매이외의 방법으로 환가하거나 경매의 방법으로 환가하더라도 일반절차와 다른 특별절차로 환가할 것을 명할 수 있다(민사집행법 제214조). 집행관은 호가경매와 입찰의 방법으로 매각할 수 있다. 유체동산에 대한 입찰은 부동산의 입찰에 대한 규정과 유체동산의 호가경매에 대한 규정을 준용한다(민사집행법 제151조 3항). 여기서는 매각방법으로 주로 이용되는 호가경매에 대해서만 살펴보기로 한다.

(1) 호가경매의 준비

집행관은 압류할 때 초과압류를 하지 않도록 스스로 압류물을 평가할 필요가 있다.⁵³⁾ 그러나 매각할 압류물을 고가의 물건이 있는 때에는 자신의 평가만으로는 부적절하므로 적당한 감정인에게 평가하게 하여야 한다(민사집행법 제200조).

고가물건이란 일반적으로 크기와 무게에 비해서 가치가 높은 물건 또는 통상

51) 법원행정처, 전게서, p.248.

52) 법원행정처, 상게서, p.186.

53) 법원행정처, 상게서, p.191.

인이 그 시가를 알기 어려운 물건을 말하며 구체적으로는 사회통념에 따라 결정할 수밖에 없다. 감정을 의뢰할 때는 그 압류물의 제조나 판매에 경험이 있는 자에게 하여야 한다(민사집행규칙 제144조 1항).

감정서가 집행관사무소에 도착하면 각부의 계장이나 주임이 전화로 채권자에게 감정서가 도착하였으니 경매신청을 하라고 연락을 하면 채권자는 집행관사무소에 와서 경매비용 등을 납부함으로써 경매신청을 하게 된다. 경매기일에 경매가 이루어지지 않아서 유찰 되거나 경매가 연기된 경우에도 채권자는 재경매접수를 하고 비용을 예납하여야 이후의 경매기일이 진행된다. 경매신청이 있는 경우에 집행관은 경매기일을 지정하게 된다. 집행관은 호가경매의 방법으로 유체동산을 매각하는 때에는 경매일시와 장소를 지정하여야 하고(민사집행법 제203조, 민사집행집규칙 제145조), 민사집행규칙 제146조 1항의 사항⁵⁴⁾을 호가경매의 3일 전까지 공고하고(민사집행규칙 제146조 1항)⁵⁵⁾, 이를 관계인에게 통지한다(동조 2항). 경매일과는 7일간의 기간을 두어야 한다(민사집행법 제202조). 다만 압류물을 보관하는데 지나치게 많은 비용이 들어가거나 시일이 지나면 그 물건의 값이 크게 내릴 염려가 있는 경우에는 그러하지 아니하다(동조 단서).

매각장소는 압류한 유체동산이 있는 시·구·읍, 또는 면 지역에서 진행함이 원칙이나 압류채권자와 채무자가 합의가 있으면 다른 장소에서 매각할 수 있다(민사집행법 제203조). 실무상은 압류물의 보관장소에서 매각하는 것이 보통이다. 소속법원의 관할구역 밖에서 압류물을 보관하는 경우에는 그 보관장소에서 압류물을 매각할 수 있다(민사집행규정 제145조 2항).

상당한 기간이 지나도 매각을 실시하지 않으면, 채권자는 매각을 최고하고 법원에 필요한 명령을 신청할 수 있다(민사집행법 제216조). 집행관이 매각일과 매

54) 공고할 사항은 다음과 같다. 1.사건의 표시, 2.매각물건의 종류·재질, 그 밖에 그 물건을 특정 하는데 필요한 사항과 수량 및 평가액(토지에서 분류하기전의 과실에 대하여는 그 과실의 수확시기·예상수확량과 예상평가액), 3.평가서의 사본을 비치하는 때에는 그 비치장소와 누구든지 볼 수 있다는 취지, 4.제158조에서 준용하는 제60조의 규정에 따라 매수신청을 할 수 있는 사람의 자격을 제한한 때에는 그 제한의 내용, 5.매각할 유체동산을 호가경매기일 전에 일반인에게 보여주는 때에는 그 일시와 장소, 6.대금지급 기일을 정한 때에는 매수신청의 보증금액과 그 제공방법 및 대금지급일

55) 대법원홈페이지의 집행관 사무소 동산경매정보란에 공고가 게재되어 있어 일반인들도 동산경매검색을 하고 경매에 참여하기가 편리하게 되어있다.

각장소에 관한 규정에 위반하여 매각하는 경우에, 압류채권자나 채무자 등은 집행에 대한 이의(민사집행법 제16조)로 다룰 수 있으나 이러한 이의 없이 매각이 종료하면 그 하자는 치유되어 매각은 유효하다.

(2) 호가경매의 진행절차

경매현장에서의 절차 중, 채무자 부재시의 절차, 저항배제 등은 압류과정의 현장에서의 절차와 동일하다. 집행관은 채무자에게 경매관계로 온 사실을 말하고, 임의변제여부를 묻고, 이에 응하여 임의변제를 하면 압류절차에서와 같이 처리하고, 임의변제를 못하면 경매에 앞서 채권자와의 협의를 가질 시간(통상 5-10분)을 준 후 협의가 이루어지지 않으면 부득이 경매를 진행하겠다고 고지를 하여 쌍방이 매각기일 연기나 변제방법 등에 관하여 협의를 할 시간적 여유를 준다. 그에 따라 협의가 이루어지면 그에 따르고, 협의가 이루어지지 않으면 경매를 진행하게 된다.

먼저 압류물을 점검하여 압류물의 부족, 훼손 멸실 등이 있는지 알아보고 부족, 멸실, 훼손이 있는 경우에는 그 이유를 물어 이를 조서에 기재한 후 현재의 압류물만으로 경매를 진행할 지를 채권자에 물어 이에 응하면 부족한 수량이 경우에는 그 수량에 해당하는 금액을 공제한 금액으로, 훼손의 경우에는 훼손된 부분에 해당하는 금액을 공제하거나, 훼손된 물건의 평가액을 공제하고, 멸실인 경우에도 그 부분에 대한 평가액을 공제한 금액을 최저매각가격으로 하여 경매를 진행하게 된다. 경매개시에 앞서 매수신청인을 위하여 매각대상 압류물을 제시하고 압류물을 살펴보도록 한다.

매각은 집행관이 매각일에 매각기일시 선언을 하고 매각조건을 고지한 후 (민사집행법 제147조), 매수신청을 최고함으로써 시작한다.⁵⁶⁾ 매각조건이라고 함은 압류물의 소유권을 매수인에게 취득시키는 조건을 말한다. 매각조건에는 법정매각조건과 특별매각조건이 있다. 법정매각조건은 직접 법률의 규정에 의하여 정하여진 조건을 말하고, 특별매각조건은 이해관계인의 합의나 집행법원의 명령에 의하여 법정매각조건에 변경 또는 부가를 가한 경우의 매각조건을 말한다. 이주 집행관이 고지하여야 하는 것은 특별매각조건이며⁵⁷⁾, 법정매각조건에 의한 경매의

56) 법원행정처, 전게서, p.206.

57) 고지를 요하는 특별매각조건으로는 예컨대 대금의 지급기일, 최저경매가격, 경매신청의 보증 등을 들 수

경우에는 이의 고지를 요하지 않는다.

매수신청이란 집행관에 대하여 매수인이 될 것을 희망하는 뜻의 신청을 하는 것을 말한다. 행위능력이 있는 이상 누구든지 매수신청을 할 수 있는 것이 원칙이나 채무자, 집행관, 고물가의 감정인은 제외되며, 매수신청을 하여 최고가매수인이 된 자가 대금을 지급하지 아니하여 재매각할 경우 전의 매수인은 재매각절차에 참여하지 못한다(민사집행법 제205조 4항).

집행관은 매수신청을 하는 사람은 호가경매매수신청목록에 성명, 주소, 매수금액을 기재한 후 신분증과 현금이나 자기앞수표를 제출하라고 하여 이에 응하여 매수신청금액을 제출하면 집행관은 그 금액을 고지하고, 그 금액보다 많은 액수로 매수신청을 하는 사람도 위 목록에 성명, 주소 매수신청금액을 기재하고 신분증과 현금 등을 제출하게 하여 이에 응하면 그 금액을 고지하며, 먼저 매수신청을 한 사람이 매수금액을 더 높여 말하고 추가금액을 제출하면 집행관은 그 금액을 다시 고지하게 된다. 호가가 더 이상 올라가지 않게 된 경우에 집행관은 최고가결정을 위한 호가를 한다고 하고 가장 높은 금액을 3회 호창하게 되는데 이 사이에 매수신청을 한 사람이나 매수신청을 하려는 사람은 집행관의 호창하는 금액보다 높은 금액을 제시할 수 있다. 더 이상 높은 금액의 매수신고가 없으면 집행관이 호창한 금액이 최고가로 결정되며 더 높은 금액의 매수신청자가 있으면 그 금액을 다시 3회 호창하여 다시 그보다 고가의 매수신청자격을 제시하는 자가 없으면 그 금액이 최고가로 결정된다. 이때에 채무자의 배우자가 우선매수신고를 한 경우에는 그에게 최고가로 결정된 금액으로 매수의사를 물어 이에 응하면 그에게 그 금액을 제출케 하여 금액을 제출하면 그를 최고가매수인으로 허가하고 금액을 제출치 못하면 최고가매수신고를 한 사람의 성명과 가격을 말한 뒤 그에게 매각을 허가한다(민사집행법 제205조).

매각할 물건이 수개인 경우에는 그 종류나 수량 등을 고려하여, 이를 동일인에게 일괄매수 시키는 것이 상당하다고 인정한 때에는 일괄하여 매각할 수 있다(민사집행법 제197조, 동법 제98조 1항). 그러나 수개의 물건 중 일부의 매득금으로 강제집행비용충당과 채권자의 채권변제에 충분하게 되면 나머지 물건에 대하여는 즉시 매각을 중지해야 한다(민사집행법 제207조).

있다.

매각물의 인도는 대금지급과 상환으로 하여야 한다(민사집행법 제205조 2항). 그런데 최고가매수인이 매각조건에 정한 지급기일에 대금지급과 물건의 인도청구를 게을리 한 때에는 재매각 한다. 지급기일을 정하지 아니한 경우 매각기일의 마감에 앞서 대금의 지급과 물건의 인도청구를 해태한 때에도 같다(동조 3항).

재매각의 경우에는 전의 최고가매수인은 재매각 절차에 참여하지 못하고, 뒤의 매각대금이 처음의 매각대금보다 적은 경우에는 그 부족액을 부담하여야 한다(동조 4항). 압류물이 매각된 경우 채권자가 한사람이거나 배당협의 등이 필요 없는 경우에는 그 자리에서 매득금을 채권자에게 교부한다. 이때 채무자의 배우자의 지급요구가 있는 경우(민사집행법 221조) 이의가 없으면 매득금의 반을 배우자에게 지급한다. 만약 채권자가 공유주장에 대하여 이의가 있는 때에는 배우자를 상대로 소를 제기하여 공유관계가 아니라는 것을 확정하여야 하며, 소정이 기간내에 소제기 사실을 제출한 경우에는 매득금을 공탁하여야 하고 소를 제기하지 아니하면 배우자에게 매득금을 지급해야한다.

채권자가 여러 사람이거나 배당협의를 하여야 할 경우에는 배당협의기일을 추후 통지하겠다고 말하고 매득금을 집행관이 가지고 가서 집행관사무소담당자에게 교부하여 그가 은행에 입금토록 한다. 매각절차가 종료되면 호가경매조서를 작성하여 참여자에게 열람케 한 후 조서에 서명날인하도록 한다.

(3) 적의매각

금·은붙이는 그 금·은의 시장가 이상이 금액으로 일반 현금화의 규정에 따라 매각하여야 한다. 시장가격 이상의 금액으로 매수하는 사람이 없는 때에는 집행관은 그 시장가격에 따라 적당한 방법으로 매각할 수 있다(민사집행법 제209조). 유가증권을 압류한 때에는 시장가격이 있는 것은 매각하는 날의 시장가격에 따라 적당한 방법으로 매각하고 그 시장가격이 형성되지 아니한 것은 일반 현금화의 규정에 따라 매각하여야 한다(민사집행법 제210조).

(4) 특별환가

집행법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권 또는 압류채권자, 배당요구채권자 및 채무자의 신청에 의하여 일반 현금화의 규정에 의하지 않고 다른 방법이나 다른 장소에서 압류물을 매각할 수 있고, 집행관에게 위임하지 않고 다른 자로 하여금 매각할 것을 명할 수 있다(민사집행법 제214조 1항). 이에 불복하지 못

한다(동조 2항).⁵⁸⁾

다. 변제절차

(1) 배당요구

타인의 집행위임에 의하여 진행되고 있는 유체동산에 대한 강제집행절차에 있어서 민법, 상법 기타 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자만이⁵⁹⁾ 매득금으로부터 배당요구를 할 수 있다.⁶⁰⁾ 특히 조세채권자의 배당요구는 이를 교부청구라고 한다(국세징수법 제56조). 그러나 우선변제청구권이 있는 채권자라 하여 반드시 배당요구나 교부청구의 방식으로만 배당에 참가하여야 하는 것은 아니며 경합압류(민사집행법 제215) 또는 참가압류(국세징수법 제57조)로도 배당에 참가할 수 있다.

위와 같은 우선배당요구채권이 있는 채권자가 아닌 일반채권자는 비록 집행정본을 소지하고 있는 자라 할지라도 다른 채권자가 취하고 있는 강제집행절차에서 배당요구하지 못한다. 다만 집행력 있는 정본을 소지한 자는 자신이 독자적으로 대상목적물에 강제집행을 할 수 있으므로 스스로 집행위임을 하여 압류의 경합이 되는 경우에는 그 경합압류의 효력으로서 배당요구 채권자로 다루어지게 된다.

(가) 배당요구의 시기

금전을 압류한 경우에는 집행관이 금전을 압류한 때까지만 배당요구를 할 수 있다(민사집행법 제220조 1항 1호 전단). 압류물을 경매한 경우에는 집행관이

58) 예컨대 특별환가방법으로서의 입찰, 수의계약 등이 있고, 특별환가의 대상물로서는 총포, 도검, 독극물, 마약 등과 같이 법률에 의하여 일정한 자격을 갖추거나 또는 허가를 받은자가 아니면 매수할 수 없는 물건을 매각하는 경우 또는 대량의 냉동식품을 압류하여 이를 일괄하여 전문적인 도매업자에게 매각하는 경우 등을 들 수 있다. 집행관 이외의 자가 매각하는 것이 적당한 예로서 대량의 생선의 매각이나 말, 소 등의 가축을 공공시설에서 경매인으로 하여금 매각하는 경우를 들 수 있다.

59) 민법, 상법 기타 법률에 의하여 우선 매수 청구권이 있는 채권자 또는 최종 3개월분의 임과 퇴직금 및 재해보상금의 채권자(근로기준법 제30조 2항), 조세채권자(국세기본법 제35조, 지방세법 제31조), 의료보험채권자(의료보험법 제56조, 압류물의 질권자(민법 제329조) 등을 그 예로 들 수 있다.

60) 법원행정처, 전계서, p.256.

매각대금을 영수한 때까지 배당요구를 할 수 있다(민사집행법 제220조 1항 1호 후단). 경매기일에 동시에 매각대금을 영수하지 않고 대금지급기일을 후일로 정한 경우에는 후일 그 대금지급기일에 매수인이 대금을 지급한 때까지 배당요구의 종기가 늦춰진다. 일부매각시는 아직 매각되지 않은 압류물의 환가대금에 대해서는 그 매각대금의 영수 시까지 배당요구를 할 수 있다. 압류유가증권을 추심하는 경우에는 압류의 목적물이 어음, 수표 기타 금전의 지급을 목적으로 하는 유가증권으로서, 경매절차를 취하지 않고 추심하는 경우에는 집행관이 그 금전을 지급 받은 때까지 배당요구를 할 수가 있다(민사집행법 제220조 1항 1호.) 집행정지 중 압류물을 환가하여 공탁하는 경우에는 집행정지 중에 압류물의 현저한 감가의 염려나 과도한 보관비용을 이유로 압류물을 즉시 매각하여 그 대금을 공탁하는 경우(민사집행법 제198조 3항, 4항)에는 후일 그 정지가 풀려서 그 집행을 속행할 수 있게 된 때까지 배당 요구할 수 있다(민사집행법 제220조 2항 전단). 즉 정지결정 등의 재판에 정지기간이 정해져 있는 경우에는 그 정지재판의 취소재판 정본이 집행관에게 제출될 때까지, 그리고 변제증서 또는 변제유예증서에 의한 정지의 경우에는 각각의 소정기간(민집 제50조)의 경과시점까지 배당요구를 할 수 있다. 그 밖에 정지 중 다른 채권자의 이중압류신청이 있는 경우에는 유체동산집행이 속행되므로 이 경우에는 이중압류신청시까지 배당 요구할 수 있다.

그리고 가압류물을 환가하여 공탁하는 경우에는 가압류물이 현저한 감가의 염려나 과도한 보관비용을 이유로 가압류물을 즉시 매각하여 그 매득금을 공탁한 경우(민사집행법 제296조 5항 단서)에는 압류의 신청을 한 때까지 배당요구를 할 수 있다. 압류의 신청은 가압류가 본 압류로 이전되는 것 뿐 만 아니라 가압류채권자이외의 채권자가 중복하여 압류신청 하는 것을 포함한다. 따라서 가압류의 본압류로의 이전 또는 다른 채권자의 압류신청 중 먼저 행해지는 절차가 배당요구의 종기로 된다.

(나) 배당요구 등의 통지

우선변제청구권이 있는 채권자의 배당요구는 채권(이자채권 기타의 부대채권을 포함)의 원인과 수액을 기재한 서면에 의하여 집행관에게 신청하여야 한다(민사집행법 제218조). 압류의 경합(민사집행법 제215조) 및 배당요구의 절차(민사집

행법 제218조)의 경우에는 집행관은 그 사유를 배당에 참가한 채권자와 채무자에게 통지하여야 한다. 위 통지에 대하여 채무자는 배당이의를 할 수 있다(민사집행법 제256조). 적법한 배당요구가 있는 때에는 압류금전 또는 매각대금 등에서 배당 받을 지위를 취득한다.

(다) 배우자의 지급요구

민사집행법 제190조의 규정에 따라 압류한 유체동산에 대하여 공유지분을 주장하는 배우자는 매각대금을 지급하여 줄 것을 요구할 수 있다. 지급요구의 절차에는 배당요구에 관한 규정이 준용된다. 배당요구는 서면에 의하여야 하나(민사집행규칙 제158조, 제48조), 지급요구를 매각기일에 매각장소에 출석하여 하는 경우에는 말로도 할 수 있다(민사집행규칙 제153조).

배우자의 지급요구가 있는 때에는 집행관은 그 사유를 배당에 참가한 채권자와 채무자에게 통지하여야 한다(민사집행법 제221조 2항, 제219조). 지급요구의 시간적 한계에 대하여는 배당요구와 동일한 제한이 있다(민사집행법 제221조 2항, 동 제220조). 지급요구에 대하여 이의가 있는 채권자는 공유관계부인의 소를 제기하여 다툴 수가 있다.

(2) 집행관에 의한 배당

(가) 집행관이 교부할 수 있는 경우

채권자가 한 사람인 경우와 채권자가 두 사람 이상이라도 매각대금 또는 압류금전으로 각 채권자의 채권과 집행비용의 전부를 변제할 수 있는 경우에는 집행관은 매각대금 또는 압류금전으로 채권자의 채권액을 교부하고 나머지가 있으면 채무자에게 교부하여야 한다(민사집행법 제201조 1항, 민사집행규칙 제155조 1항).⁶¹⁾

채권자가 두 사람이상이고 매각대금 또는 압류금전으로 각 채권을 만족할 수 없는 경우에 채권자 사이에 배당협약이 이루어진 때에는 집행관은 그 협약에 따라 배당을 실시하여야 한다(민사집행규칙 제155조 3항 전문). 그러나 후술하는 바와 같이 배당받을 채권자의 채권의 일부 또는 전부가 불확정 채권에 해당하는 등의 사유가 있는 때에는 집행관은 그 배당액에 상당하는 금액을 공탁하고 그 사유를 집행법원에 신고하여야 한다. 그래도 남은 금액이 있으면 그 잔액에 대해

61) 법원행정처, 전계서, p.272.

여는 배당을 실시한다.

집행관이 매각대금 등을 교부한 때에는 채권자로부터 집행력 있는 정본 또는 채권증서를 제출 받아 채무자에게 교부하고, 채권의 일부를 교부받은 채권자에게는 집행력 있는 정본 또는 채권증서를 제출케 하여 그 사유를 부기하여 반환하고 채권자로부터 영수증서를 제출받아 채무자에게 교부하여야 한다(민사집행법 제42조).

(나) 배당협의

집행관은 민사집행법 제222조 1항에 규정된 매각허가된 날(대금지급기일)로부터 2주 이내의 일시를 배당협의기일로 지정하고 압류채권자와 배당을 요구한 각 채권자에게 그 일시와 장소를 서면으로 통지하여야 한다(민사집행규칙 제155조 2항 전문). 배당협의에는 모든 채권자가 참석하여야 한다. 다만 불출석한 채권자가 서면에 의하여 승낙한 때와 동의서를 제출한 경우에는 협의가 성립된 것으로 처리한다. 배당협이가 이루어진 경우에는 배당계산서에 의하여, 채권자 전원의 협의로 배당계산서와 다른 협의가 이루어진 때에는 그 협의에 따라 배당계산서를 다시 작성하여 각각 배당을 실시하고, 배당협이가 이루어지지 아니한 때에는 매각대금을 공탁하고 법원에 사유신고를 한다.

채무자가 매각대금의 교부절차에 불복하는 방법은 다음과 같다. 즉 압류채권자에 대한 매각대금의 교부액을 다투기 위하여는 청구이의소를 제기하여 민사집행법 제46조에 규정한 잠정처분을 얻어 집행관에게 제출하고, 배당요구채권자에 대하여는 그 채권에 관한 우선변제청구권 또는 질권의 실행을 일시 금지하는 잠정처분을 얻어 그 정본을 집행관에게 제출하여야 한다.⁶²⁾

(다) 집행관이 배당할 수 없는 경우

매각대금 등으로 각 채권자의 채권과 집행비용의 전부를 변제할 수 있거나, 채권자 사이에 배당협이가 이루어졌다 하더라도 배당 등을 받을 채권자의 채권의 일부 또는 전부가 불확정채권인 경우. 즉, 정지조건 또는 불확정기한이 붙어 있는 채권, 가압류채권, 그 채권에 관한 우선변제권 또는 질권의 실행을 일시 금지하는 재판의 정본이 제출되어 있는 때에는 그 채권에 대하여는 집행관이 직접 교부할 수는 없고 그 배당 등의 액에 상당하는 금액을 공탁하고 집행관계서류를

62) 법원행정처, 전세서, p.279.

첨부하여 집행법원에 그 사유를 신고하여야 한다(민사집행규칙 제156조 1항).⁶³⁾

집행관은 배당 등을 수령하기 위하여 출석하지 아니한 채권자 또는 채무자에 대한 배당 등의 액에 상당하는 금액을 공탁하여야 한다(민사집행규칙 제156조 2항).⁶⁴⁾ 그러나 그 채권자나 채무자가 배당액을 입금할 예금계좌를 신고한 때에는 집행관은 배당액을 그 예금계좌에 입금할 수 있다(민사집행규칙 제82조 2항).

집행관이 금전을 압류한 이후 또는 매각대금을 영수한 이후 채권자에게 교부 전에 민사집행법 제49조 2호 또는 제266조 1항 5호에 적은 집행정지서류가 제출된 경우에는 채권자에 대한 배당 등의 액에 상당하는 금액을 공탁하고 법원에 그 사유를 신고하여야 한다(민사집행규칙 제156조 1항 3호).⁶⁵⁾

집행관의 매각대금영수 후에 민사집행법 제49조의 2호 외의 집행정지서류가 제출된 경우에는 집행절차를 취소할 것이 아니고 그 서류가 제출된 당해 채권자에 대하여서만 배당금을 교부할 수 없다. 제출된 서류가 민사집행법 제49조 1호, 3호, 5호, 6호의 서류인 경우에는 그 채권자에 대한 배당금을 채무자에게 교부한다. 또 동조 4호의 서류인 때에는 배당액을 당해 채권자에게 교부한다.

(3) 집행법원에 의한 배당

유체동산에 대한 강제집행에 있어서 다수 채권자가 경합하고 환가절차로 얻은 금전으로 모든 채권자의 채권 전부를 만족시킬 수 없고 채권자 간에 협의가 이루어지지 않는 경우 각 채권자의 우선순위나 채권액에 따라 이를 배분하는 것은 법률적 판단을 요한다. 따라서 이러한 경우에는 집행관에게 그 금전을 공탁하거나 법원에 제출하도록 하여 집행법원이 나서서 이를 배당한다. 즉 집행법원은 집행관이 신고한 사유의 내용에 따라 민사집행법 제252조 이하의 규정에 의하여 채권자의 우선순위에 따라 배당을 실시한다.⁶⁶⁾ 이상과 같이 유체동산 강제집행에 있어서 구체적인 실무절차를 살펴보았다. 이하에서는 양도담보권 있는 20톤 미만 소형선박에 대한 강제집행에 있어서 문제점을 살펴보려고 한다.

63) 법원공무원교육원, 전게서, p.443.

64) 법원공무원교육원, 상게서, p.444.

65) 법원행정처, 전게서, p.274.

66) 정지조건이 있는 채권에 대하여는 그 조건 성취여부에 따라서 불확정기한이 있는 채권에 대하여는 그 기한의 도래에 따라서, 가압류채권에 대하여는 본안 소송의 결과에 의하여 배당이의의 소가 제기된 경우에는 그 결과에 따라서, 집행법원은 각각 채권자 또는 채무자에게 매각대금 등을 지급한다.

3. 問題點

강제집행이 아닌 일반매매의 경우에는 수협법시행령 제27조를 적용하여 담보권자인 수협의 승낙 또는 상환완료증명서가 있어야 소유권이전을 할 수 있으나, 강제집행의 경우에는 동 법령을 적용하지 않고 강제집행업무를 수행하는 집행관은 단순히 유체동산강제집행방법에 의하여 경매를 하게 됨으로써(경합압류를 할 경우에 한하여 안분배당을 하게됨) 양도담보취득권자인 수협이 알지도 못하는 사이에 강제집행이 종결되거나, 설사 강제집행 사실을 안다고 하여도 경합압류 등에 의한 비례배당 밖에 받지 못하게 됨으로써 채권의 일부 밖에 회수되지 못하는 사례가 빈번히 발생하고 있어서 제3자이의의 소 제기 및 배당이의의 사례를 통하여 문제점 등을 살펴보고자 한다.

가. 제3자이의의 소 제기 사례

(1) 사실관계

A(원고, 양도담보권자)의 소외 B(채무자)에 대한 채권의 존재하는데, A는 소외B와 대출거래약정을 체결하여 2003년 5월 14일 금30,000,000원을 (이자율 연3%, 지연배상금을 연19%)변제기간 2005년 5월 13일로, 2003년 5월 27일 금8,000,000원을(이자율 연7.5%, 지연배상금을 연19%)변제기간 2006년 5월 27일로, 2003년 8월 7일 금15,000,000원을(이자율 연4%, 지연배상금을 연15%)변제기간을 2004년 8월 6일로, 2003년 8월 22일 금10,000,000원을(이자율은 연8.9%, 지연배상금을 연 19%)변제기간 2004년 8월 6일로, 각각 정하여 B에게 합계금63,000,000원을 대여하여 하였다.

이 사건 동산(소형선박)에 대한 확정일자부 양도담보계약의 체결 등을 보면, A(원고, 양도담보권자)는 2003. 8. 10. 소외 B(채무자, 양도담보설정자)와 그 소유의 동산(소형선박)에 대하여 현재 및 장래에 부담하는 대출 및 기타 여신거래로 말미암은 모든 채무와 보증채무등을 피담보 채무의 범위로 하는 양도담보계약을 체결하고, 2003. 8. 00. 00지방법원 00등기소에서 위 같은 계약서에 확정일자를

받고 위 동산(소형선박)을 민법 제189조가 규정하고 있는 점유개정의 방법으로 이를 인도 받아 적법하게 그 소유권을 취득하였다.

그리고 동산(소형선박)에 대한 강제집행 사실을 보면, C(피고, 일반채권자)는 광주지방법원 순천지원 여수시법원 2005차 000호 양수금 청구독촉사건의 집행력 있는 지급명령정본에 기하여 2005. 6.경 어선원부상 신청외 B(채무자)명의로 된 동력선 한라호(9.77톤) 동산(소형선박)에 대하여 강제집행에 의한 압류를 하였다.

그리하여 A(양도담보권자)는 위 압류동산(소형선박)의 소유권자의 지위에서 위 C를 상대로 하여 제3자이의의 소 제기하였다.

(2) 판결요지

동산에 관한 양도담보계약이 이루어지고 양도담보권자가 점유개정의 방법으로 인도를 받았다면 그 청산절차를 마치기 전이라 하더라도 담보목적물에 대한 사용·수익권은 없지만 제3자에 대한 관계에 있어서는 그 물건의 소유자임을 주장하고 그 권리를 행사할 수 있으므로⁶⁷⁾, 이사건 강제집행의 목적물에 관한 양도담보권자인 A는 강제집행을 한 C(피고)에 대하여 그 소유권을 주장하여 제3자이의 소를 제기함으로써 그 강제집행의 배제를 구할 수 있다,라는 판결을 2006년 6월경 선고하였다(제주지방법원 2006. 5.15 선고, 2005가단12925 판결).

(3) 문제점

첫째, 강제집행 사실을 양도담보권자에게 최고 또는 통지를 하지 않으므로 양도담보권자는 권리보호를 받지 못하고 있다. 20톤 이상의 선박, 자동차 등은 민사집행법에 의한 강제집행의 경우에는 이해관계인⁶⁸⁾에게 최고(민사집행법 제253조, 동법 제84조4항, 민사집행규칙 제8조1항 및 2항)를 하도록 하고 있으나, 20톤 미만 소형선박 경우에는 등기대상에서 제외(선박등기법 제2조 참조)되어 있으므로 등기부에 기입된 권리자(민사집행법 제90조 3호)가 아니기 때문에 양도담보권자는 이해관계인으로 되어 있지 않아 집행관은 단순히 유체동산강제집행 절차에 의하여 진행하기 때문에 위 동산(소형선박) 양도담보권자에게는 최고를 하지 않

67) 대판 1994.8.26 93다44739; 대판 1991.10. 8. 다9780; 대판 1999. 9. 7. 다47238.

68) 민사집행법 제90조(경매절차의 이해관계인)경매절차의 이해관계인은 다음 각호의 사람으로 한다. 1. 압류채권자와 집행력 있는 정본에 의하여 배당을 요구한 채권자, 2. 채무자 및 소유자, 3. 등기부에 기입된 부동산 위의 권리자, 4. 부동산 위의 권리자로서 그 권리를 증명한 사람

기 때문에 점유개정의 방법으로 소유권을 취득한 양도담보권자는 권리보호(민사집행법 제16조, 동법 제86조, 동법 제89조, 동법 제104조 2항, 동법 제116조 2항, 동법 제110조, 동법 제120조, 동법 제129조, 동법 제146조, 동법 제150조 2항 참조)를 받지 못하고 있다.

둘째, 압류물 보존에 따른 유치권 및 선박보관료 등 손실이 발생 하였다. C는 2005년 6월경 강제집행을 신청하고 강제집행 목적물에 대하여 선박이라는 특수성 때문에 압류물 보존(민사집행법 제198조1항)을 선박 보관업자를 선임하여 진행 하였고, 그리고 선박 보관료를 1일 금50,000원으로 정하여 위 선박을 보관하고 있었다. 그러나 위 사건 종결 및 강제집행취소까지 기간의 1년 가까이 되어 선박 보관료는 금18,000,000원이 발생하였다. 그래서 위 보관료 중 일부 금 8,000,000원을 C가 부담 하였으나, C가 부도로 인하여 나머지 금 10,000,000원을 납부하지 못하므로 선박보관업자는 유치권을 행사하여 선박을 돌려 줄 수 없다고 항의 하고 있다. 또한, 소외B(채무자)는 위 기간까지 어업을 할 수 없는 등 막대한 손해가 발생하였다.

셋째, 강제집행으로 선의의 제3자가 경락되어 소형선박을 취득한 경우에는 양도담보의 효력이 상실한다. A(양도담보권자)는 풍문에 의하여 위 목적물 동산(소형선박)에 대하여 강제집행 사실을 알고 확인한 결과 강제집행에 의한 압류가 되었으므로 이에 강제집행에 대한 잠정처분신청서를 법원에 접수하여 법원으로부터 “위 선박에 대한 제3자 이의 판결 선고시까지 정지한다“라는 강제집행정지 결정에 의하여 강제집행 절차를 정지 하였다. 그래서 법원은 2006년 6월경 A(원고)의 청구를 받아들여 원고의 승소 판결을 선고 하였다.

그러나 이사건의 A(원고)는 풍문으로나마 위 선박의 강제집행을 한다는 사실을 알았으니 다행이지만, 만일 소외B(채무자)와 C(제3자)가 공모하여(공시방법이 없고 집행관이 양도담보권자에게 강제집행 사실을 최고 또는 통보를 안한다는 것을 악용하여) 관할을 달리하는 곳에서 강제집행이 이루어져 강제집행이 종결되어 선의의 제3자가 위 선박을 취득할 경우에는 현실적으로는 채권회수 등이 거의 희박하고, 양도담보의 효력을 상실케 할 염려가 있다.

나. 배당절차에서 배당이의 사례

(1)사실관계

A(원고, 양도담보권자)의 소외 B(채무자)에 대한 채권의 존재사실을 보면, A는 소외B와 대출거래약정을 체결하여 1994년12월 27일 금45,800,000원을 (이자율 연5%, 지연배상금을 연17%)변제기간 1997년12월 27일로, 1996년12월 10일 금20,000,000원을(이자율 연4%, 지연배상금을 연15%)변제기간 1998년12월 9일로, 1996년12월31일 금10,000,000원을(이자율 연8.9%, 지연배상금을 연19%)변제기간을 2004년 8월 6일로, 1996년12월 31일 금10,000,000원을(이자율은 연8.9%, 지연배상금을 연 19%)변제기간 1998년12월30일로, 각각 정하여 B에게 합계금 75,800,000원을 대여하여 하였다.

이 사건 동산(소형선박)에 대한 양도담보계약의 체결 등을 보면, A는 1997. 7. 26. 소외 B와 위 동산(소형선박)에 대하여 위 B이 현재 및 장래에 부담하는 대출 및 기타 여신거래로 말미암은 모든 채무와 보증채무등을 피담보 채무의 범위로 하는 양도담보계약을 체결하고, 그리고 A는 위 같은 날 신청외 B와의 계약에 의하여, 위 양도담보물인 위 동산(선박)을 민법 제189조가 규정하고 있는 점유개정의 방법으로 이를 인도 받아 적법하게 그 소유권을 취득하였다.

동산(소형선박)에 대한 강제집행 사실을 보면, C(피고, 일반채권자)는 제주지방법원 99카단12313호 유체동산가압류결정을 받고 이 가압류결정정보에 기하여 1999.12.28. 어선 원부상 소외 B(채무자)명의로 된 동력선 000호(7.93톤) 동산(소형선박)에 대하여 강제집행에 의한 가압류를 하였다. 또한 A(원고, 양도담보권자)도 제주지방법원 99카단 12313호 유체동산가압류결정을 받고 이 가압류결정정보에 기하여 2000.1.10. 어선원부상에 신청외 B(채무자)명의로 된 동력선 000호(7.93톤) 동산(소형선박)에 대하여 강제집행에 의한 가압류를 하였다.

그리고 A는 위 가압류 후 집행권원(채무명의)에 의하여 (제주지방법원99가단 0000호)2000년 2월10일 위 소형선박에 대하여 강제집행에 의한 압류를 하여 2000년 3월 17일 호가경매를 하여 금38,000,000원 경락되었다. 또한 위 경락대금에 집행비용을 공제한 배당할 금액은 금35,174,420원이 되었고, 배당기일에 배당협의 불성립으로 집행관은 위 매득금을 전액 법원에 공탁하였다. 법원은 2000년 10월 27일 배당기일에 A와 C를 일반채권자로 인정하여 채권액 비율대로(안분비

례)배당표를 작성하였다. 그래서 A는 양도담보권자로서 C에 우선하여 배당받아야 이유로 배당에 관하여 이의를 한 다음 위 배당기일 이후 7일 이내인 2000년 11월 1일 배당이의 소를 제기하였다.

(2) 판결요지

A는 이 사건 동산의 양도담보권자로서 이 사건 동산을 환가하여 소외 B에 대한 채권을 변제받기 위하여 이 사건 경매절차를 개시한 것이라 할 것이므로 원고로서는 민사소송법 제734조, 제731조의 규정에 따라 원고가 직접 이 사건 동산을 제출하거나 그 점유자인 소외 B이 압류를 승낙하여 위 경매절차를 개시하여야 할 것이나⁶⁹⁾, 위와 같은 절차를 밟지 아니하고 유체동산에 대한 일반강제집행 절차에 의하여 이 사건 동산을 압류하는 방식으로 위 강제경매절차가 이루어졌다 하더라도 그 성질은 여전히 양도담보권실행⁷⁰⁾을 위한 환가절차에 불과하다 할 것이어서 제3채권자의 압류경합이나 배당요구는 그 성질상 허용되지 않는다. 왜냐하면, 이 사건 동산의 소유권은 대외적으로 원고의 소유이므로 위 경매절차는 대외적 관계에 있어서 원고가 자기의 소유의 동산에 대하여 강제경매를 실행하였을 뿐으로 이 사건 동산의 소유권이 원고가 아닌 소외B에 있음을 전제로 한

69) 양도담보란 대외적 관계에서의 소유권과 대내적 관계에서 소유권이 분리되는 것으로서 채권확보를 위한 유질적 성질이 강한 점에 비추어 판례에 의하여 인정되는 관습법상의 담보물권으로 파악하여 민사소송법의 규정에 의한 위 담보권에 해당한다고 봄이 상당하다 할 것이다.

70) 동산을 목적으로 하는 양도담보설정계약을 체결함과 동시에 채무불이행시 강제집행을 수락하는 공정증서를 작성한 경우, 채무자가 채무를 불이행한 때에는 채권자로서는 위 양도담보권을 실행하기 위하여 담보목적물인 동산을 환가함에 있어서 위 공정증서에 기하지 아니하고 양도담보의 약정 내용에 따라 이를 사적으로 타에 처분하거나 스스로 취득한 후 정산하는 방법으로 환가할 수도 있지만 양도담보목적물을 위 공정증서에 기하여 압류하고 강제경매를 실시하는 방법으로 환가할 수도 있고, 실질적으로는 양도담보권자의 담보목적물에 대한 환가를 위한 강제경매는 자기 소유물에 대한 강제집행이라고 볼 수 없는 것이므로 위와 같은 방법의 양도담보권실행을 위한 환가를 허용하여도 동산양도담보의 법리와 모순된다고 할 수도 없다. 위 방법에 의한 경매절차는 제3자가 그 목적물이 양도담보물임을 인식할 수 있었는지에 관계 없이 형식상은 강제경매절차에 따르지만 그 실질은 일반 채권자의 강제집행절차가 아니라 동산양도담보권 실행을 위한 환가절차라고 할 것이므로 위 환가를 위한 압류절차에 압류를 경합한 양도담보설정자의 다른 채권자는 양도담보권자에 대한 관계에서는 압류경합권자나 배당요구권자로 인정될 수 없고, 따라서 위 환가로 인한 매득금에서 환가비용을 공제한 잔액은 양도담보권자의 채권변제에 전액 충당함이 당연하고 양도담보권자와 압류경합자 사이에 각 채권액에 따라 안분비례로 배당할 것이 아니다(대판 1999.9.7. 98다47238;대판 1994. 5. 13. 93다21910.참조)

C(피고)의 가압류집행은 법률상 허용되지 않기 때문이다.

따라서 원고로서는 이 사건 경매절차를 통하여 이 사건 동산에 대한 위 매득금을 양도담보권자로서의 우선변제권 여부에 관계없이 이 사건 동산에 대한 피고의 가압류집행에 불구하고 B에 대한 채권액 전액에 이를 때까지 배당지급받을 수 있다 할 것이어서 원고를 일반 채권자로 보고 원고와 피고의 각 채권액에 안분비례하여 위 매득금을 배당한 위 배당절차는 위법하다고 할 것이어서 위 배당표 중 원고에 대한 배당합계 금26,138,605원(6,924,916원+15,772,431원+3,441,258원)을 금 35,174,420원으로, 피고에 대한 배당액 금 9,035,815원을 금 0원으로 경정하기로 한다,라는 판결을 2001년 4월 11일 선고하였다(제주지방법원 2001. 4. 11선고 2000가단18485 참조)

(3) 문제점

첫째, 양도담보권자가 집행에 관한 이의를 할 수 없다. C(일반 채권자)가 위 동산(소형선박)에 유체동산가압류(민사집행법 제296조) 사실에 대하여 A는 집행에 관한 이의로서 저지 할 수 없다. 왜냐하면 집행관은 소외 B가 점유하고 있는 동산(소형선박)은 소유물건으로 인정하여 가압류를 할 뿐 양도담보물이기 때문에 소외 B의 소유물이 아니라는 집행목적물이 될 수 없다는 것을 판단 할 수 없기 때문이다.

둘째, 양도담보에 기한 공증을 받지 않은 경우에는 채권액에 비례한 안분배당으로 인하여 채권의 일부밖에 회수할 수 없는 문제가 발생할 수 있다. 거래 실무에서는 양도담보계약 체결과 동시에 거래가 이루어지며, 대부분 양도담보에 기한 공증을 받지 않는다. 만일, C(일반 채권자)가 동산(소형선박)양도담보물을 압류(민사집행법 제189조)를 하였을 경우에 A(양도담보권자)가 제3자의 소 등에 의하여 그 압류를 배제하지 않고 경합압류나 배당요구를 하는 때에는 설정자의 다른 채권자와 채권액에 비례한 안분배당을 받을 수 있을 뿐 우선변제권이나 소유권을 주장하지 못한다⁷¹⁾. 따라서 양도담보권자가 집행권원을 가지고 스스로 직접 강제집행을 하면 우선변제권을 가질 수 있으나, 양도담보설정자의 일반 채권자가 강제집행할 경우에 제3자의 소 등으로 그 압류를 배제하지 않은 채 경합압류나 배당요구를 하게 되면 우선변제권이나 소유권을 주장하지 못하게 되고 비례

71) 대판 1987. 6. 9. 86다카2570.

배당을 받을 수 있을 뿐이다. 즉 양도담보설정자는 C(일반 채권자)가 유체동산 가압류가 아닌 공정증서(집행권원)에 의하여 강제집행에 의한 압류를 하였을 경우에는 채권액에 비례한 안분배당으로 인하여 채권의 일부밖에 회수할 수 없는 문제가 발생할 수 있다.



第 3 章 船舶 公示方法上的 比較法的 考察

이상과 같이 소형선박의 담보 거래실태의 제문제에서 소형선박 공시방법상의 문제점과 담보권실행상의 문제점을 살펴보았다. 이하에서는 선박이 공시방법 및 소형선박 담보권 확보방안과 관련한 주요 국가의 선박 등기제도 및 소형선박 등록제도의 입법례를 살펴보기로 한다.

第 1 節 主要 國家의 船舶 登記制度 立法例

1. 英國

영국은 1661년 항해조례에서 선박국적의 표준으로서 선박 건조지, 선박소유권 및 선원을 기본으로 하여 정하였다. 현재에는 이 가운데 선박소유권만을 중요시하여 선박국적을 정하는 것이 보편화 되고 있다. 오늘날 선박국적은 영국에서 중상주의정책에서 나온 제도인 것이다. 영국법에서는 대륙법의 선박저당권과 같은 제도로써 선박양도담보가 시행되고 있다. 양도담보란 채무를 변제하는 경우 담보 재산을 채무자에게 복귀시킬 것을 조건으로 채권자에 채무변제를 위한 담보로서 재산상의 보통법 권리 또는 형평법 권리를 양도하는 제도이다.⁷²⁾

가 선박등록

(1) 등록 가능한 선박의 범위

영국의 1894년 해운법에 따라서 모든 영국선박은 특별법에 의하여 등록이 면제되지 않는 한 등록하여야 한다. 등록이 실행되지 아니하면 그 선박은 선박국적 증서를 발급 받을 때까지 출항이 금지된다. 다만 총톤수 15톤 미만의 선박으로

72) 박용섭, “선박등기제도와 저당권에 관한 연구”, 「해법학회지」, 1986, p.184.

영국의 강과 해안에서만 사용되거나 또는 선박 관리인이 살고 있는 영국령지의 강과 해안에서만 사용되는 것은 등록대상에서 제외된다.

해안법에서 선박의 정의에는 비자항선을 제외하는 것으로 되어 있었으나, 1975년 영국 통상성의 고시에 의하여 비자항선도 선박으로 인정하였고, 이미 판례에서도 비자항선을 선박으로 판시하였다. 통상성 고시에 의하여 덤 바아지(dumb barge), 파이프 부설 바아지(pipe laying barge), 크레인 바아지(crane barge) 및 수상 저유탱크로 쓰이는 선박 등은 분류된다. 또한 잠수식 석유 시추선도 해운법상 등록이 가능 선박에 포함하도록 하고 있다.⁷³⁾

(2) 선박소유권자의 자격요건

1894년 해운법 제1조에 의하여 영국국민⁷⁴⁾ 개인이 소유한 선박 또는 영국에 따라서 설립되고 또한 주사무소가 영국국토 안에 있는 법인이 소유한 선박을 영국선박이라 한다. 영국 해운법에서 선박등록과 관련하여 법인의 경우 선박소유자로서 자격요건을 소지하는 주식으로 정하지 않고 주사무소의 위치를 가지고 결정하는 속지주의를 택하고 있다.

(3) 등록의 효력

선박권원의 등록은 선박소유권의 추정적 증거력으로서 인정되고 있으나, 확정적 증거로 보지 아니한다. 그러나 등록선박소유자로부터 선박매도증서를 증수받은 매수인은 선박수유자로 취급된다.

(4) 국제협약

영국은 1926년·1967년 선박책권협약을 비준하지 않고 있으며 국내법으로 입법화하지 않고 있다.

나. 선박양도담보 등기

(1) 선박의 종류

73) 박용섭, 전제논문, p.185.

74) British Subject는 영국왕이 통치하는 지역뿐만 아니라 영국 식민지, 자치령 및 영연방의 모든 국가의 인민을 포함한다. 그러나 1984. 4. 영국 교통성은 선박등록법을 개정하여 영국의 항에서만 등록을 받을 수 있게 하였다(일본 해사산업연구소, No. 606, p.15).

보통법적 선박양도담보는 양도담보 날인증서를 작성하여 계약 당사자가 서명함으로써 성립한다. 선박양도담보의 설정은 등기를 필요로 하며 이 등기는 성립요건이 아니라 대하요건이다. 양도담보 날인증서에는 보전금액 및 채권자의 성명을 반드시 표시하여야 한다. 등록선박만이 선박양도담보의 설정등기를 할 수 있으므로 비등록 선박은 선박양도담보의 목적이 될 수 없고, 동산양도저당의 목적이 될 뿐이다.

(2) 선박양도담보의 유형

등기된 선박양도담보권자는 선박에 대하여 우선특권을 가진다. 특히 선박양도담보는 채무자가 채무를 이행한 때에는 선박의 소유권⁷⁵⁾을 채권자인 담보권자가 선박소유권자에게 복귀시킬 조건으로 선박소유권을 채무자에게 이전하는 양도제도이다. 영국법에서 선박양도담보권자는 양도담보에 의하여 선박 또는 주식의 점유자로서 보지 않기 때문에 채무자인 양도담보설정자는 계속 선박점유자인 것이다. 그러나 담보권자는 보통법상 선박의 점유권을 취득할 권리를 가지며, 자기의 담보를 실현하기 위하여 선박을 매도할 권리를 가진다.

선박양도담보에 있어서 선박소유권을 채무자에게 유보시켜 두는 이유는 만일 채권자가 선박소유권을 취득하면 선박소유자의 배상책임을 채권자가 부담하게 되고, 또한 선박에 대한 행정감독은 담보권 설정 뒤에도 실제로 선박을 지배하는 자에게 대하여 실행하는 것이 합리적이기 때문이다.

(3) 선박양도담보의 효력

선박양도담보는 등기후에 담보권자가 양도담보 날인증서를 제3자에게 매도 또는 이전할 수 있기 때문에 유통담보로 인정되고 있다.⁷⁶⁾ 선박의 양도저당권 사이의 우선순위는 등기부에 기록된 날짜의 순서에 따른다. 그러나 선박우선특권과 대물권리가 선박양도담보에 우선한다.

(4) 선박양도담보권자의 책임

(가) 불법행위상의 책임

75) 보육권(holder)는 자치양도담보에 있어서 선박에 대한 보통법 권리(legal interest)로서 자치소유권(ownership)과는 다르다.

76) 우리나라의 자치저당권은 저당설정의 목적물에 대한 순수한 보전저당 의 성질을 가졌기 때문에 근대 저당권이 갖는 투자저당권에 이르지 못하고 있다,

양도담보권자는 양도담보의 목적물인 선박을 점유하지 않으면 불법행위법상 제3자에게 책임을 지지 아니한다. 만일 양도담보권자가 점유권을 취득하면 자기의 재산으로서 선박을 완전히 지배하게 되며, 그 때부터 선장은 양도담보권자의 대리인으로서 지휘·명령을 받게 된다. 이 경우에는 불법행위법상 제3자에 대하여 책임을 진다.

(나) 계약상의 책임

영국법에서 일반적으로 말하자면 계약은 그 계약의 당사자가 아닌 어떠한 사람에게도 강제할 수 없다. 따라서 용선자는 선박을 점유한 양도담보권자에 대하여 용선을 강제하지 못한다. 그러나 만일 양도담보권자가 용선계약서에 의거한 용선자의 권리에 따르지 않고 양도담보권자가 선박을 사용하는 것을 방지하기 위하여 금지명령을 내릴 수 있다.

2. 美國

선박의 등기에 관한 업무는 영국의 행안경비대 선박서류국의 선박검사 담당관에서 맡고 있다. 19세기에 있어서 영국은 대주국으로서 상선을 확보할 필요가 없었기 때문에 선박양도담보는 발전하지 못하였으나, 제1차 세계대전을 거치면서 정부소유의 상선⁷⁷⁾ 1107척을 민간에 불하하게 되었고, 이를 계기로 선박양도담보 제도의 강화가 필요하게 되었다. 이런 문제는 제2차 세계대전이 끝난 때에도 똑같이 나타나게 되었다.⁷⁸⁾

가. 선박기록

(1) 등록가능한 선박의 범위

77) 제1차대전 중 해운국인 영국과 독일이 전쟁을 하게 되자 그 당시 중립국인 미국은 상선(이 당시 1000톤 이상 15척만 보유)을 구할 수가 없었다. 이로 말미암아 미국은 1916년 해운법(shipping Act, 1916)을 제정하고 해운국을 설치하여 상선을 건조하기 시작하였다. 제1차대전이 끝날 때에는 1000톤 이상의 원양상선 1280척을 보유하게 되었다

78) 박용섭, 전계논문, p.187.

영국에서 건조된 총톤수 5톤 이상의 선박은 선령, 사용목적, 항해능력, 추진, 조종능력 또는 항행수역에 관계없이 연방정부의 등록부에 등록할 수 있으며 석유 시추선 및 선원이 없는 바야지 등도 등록할 수 있다. 그리고 외국에서 건조된 선박은 미국 해안경비대의 검사요건을 충족시키고 미국의 대외통상에만 사용할 경우에도 등록의 대상이 될 수 있다.

(2) 선박소유자의 자격요건

미국 시민권을 가진 개인, 사회, 사업조합, 및 기타 법이니은 미국선박을 소유할 수 있다. 또는 주정부의 법에 따라 조직되고 현존하여야 한다. 특히 회사의 경우 대표이사과 이사회회 회장 및 이사 전부는 미국시민이어야 한다.

그리고 연안통상에 사용하는 선박의 경우 사원의 75%가 미국시민 이어야 하나, 국제통상에 사용하는 선박의 경우 주식의 보유에 관한 규정은 없으나, 임원의 자격요건은 앞의 것과 같다. 다만 합자회사의 경우 일부사원이 미국시민이 아니라 하더라도 미국선박을 보유할 수 있다.

(3) 등록의 효력

미국에 있어서 선박의 등록은 해안경비대와 각항 및 강의 기지 사무실에서 이루어진다. 선박등록의 효력은 특정 통상항로에 사용하는 선박에 권원을 부여하는데 목적이 있다. 등록이 실시되기 전 권원의 증거가 표현되긴 하지만 등록만으로 선박권원이 입증되지 아니한다. 선박권원은 선박서류나 해안경비대에서 발행한 소유권증서가 아니라 매매증서⁷⁹⁾에 의하여 확정된다.

나. 선박양도담보등기

(1) 선박의 범위

미국 선박으로 선부항의 해안경비대에 등록된 선박은 양도담보의 목적이 될 수 있다. 이에선 선박의 크기, 추진방법 또는 사용 목적에 관하여 특정함이 없다. 해안경비대에 등록되지 아니한 선박이라도 양도담보의 목적이 될 수 있으나, 이 선박에는 우선적 양도담보가 인정되지 않는다.

79) 매매증서란 동산의 점유를 이전하지 아니하고 소유권(ownership)을 이전하는 독특한 동산물권 변동의 한 방식으로 통상 매매증서의 공증을 공시방법으로 삼고 있다.

(2) 등기의 효력

선박양도담보 설정자는 양도담보증서상에 선박을 소유하는 권리 및 담보목적 이 되는 권리를 명시하고, 공증을 받으며, 필요한 사항을 등기부에 등기하고 담보설정 사실을 선박서류에 기재하며 또한 선박양도증서와 선서를 첨부한다. 이러한 요건을 갖추어 등기하면 선박양도담보는 우선적 선박양도담보가 된다. 우선적 순위는 신청 날짜에 관계없이 등기 순서에 따른다. 해안경비대에서는 기록 순서에 따라서 양도담보가 확정되는 것으로 추정된다. 또한 해안경비대에서는 양도담보권자가 계약당사자의 개별적 또는 문서에 의한 합의에 의하여 우선순위를 변경하는 것을 허용하지 아니하고 있다.

(3) 양도담보권자의 책임

(가) 불법행위상 책임

양도담보권자는 선박 또는 선박소유자가 일으킨 불법행위에 관하여 책임을 지지 아니한다. 그러나 담보권자가 선박을 점유하고 있거나 또는 구체방법이 취해지는 도중이거나 또는 불법행위에 대하여 기타 책임이 있는 경우에는 불법행위의 책임을 져야 한다.

(나) 계약상의 책임

양도담보권자는 선박소유자, 선장, 선박대리인, 또는 기타 관계인이 설정한 계약에 관하여 책임이 없다. 비록 양도담보권자가 점유를 취득한 후에 담보권자는 자기가 당사자가 아니었던 선계약에 관하여 비록 선계약(earlier contract)의 위반이 선박에 대하여 우선특권을 가져올지라도 책임을 지지 아니한다. 다만 담보권자가 계약의 당사자인 경우 및 대물과 선박을 담보권자의 이익을 위하여 사용한 경우의 대물과 선박에 관하여 책임을 질 수 있다.⁸⁰⁾

3. 獨逸

독일의 선박등기는 등기부, 내수선용 등기부 및 신조용 등기부로 나누어지며, 각 등기부는 각선별로 선박(신조), 선박소유자 및 저당권의 3항목으로 나누어져 있다. 독일은 선박물권법에 따라 선박저당권제도가 발전하였다.⁸¹⁾

80) 박용섭, 전제논문, p.180.

가. 선박의 등기

(1) 등기가능한 선박의 범위

선박등기규칙 및 선박등기규정에 의하여 상선과 기타 항해선이 등기의 대상이다. 여기서 항해선이란 수면 또는 수중에서 항해하고 사람 또는 화물을 운송할 수 있는 오목형 형체를 가진 해상구조물이다. 선박등기가 필요한 선박은 총톤수 50입방미터 이상의 모든 선박이고 선박의 자항능력은 관계가 없으므로 라이터(lighter), 바이지(barge), 플로팅 크레인(floating crane), 준철선, 플로팅 원치 및 석탄·곡물 수상 하역기도 등기 선박의 범위에 포함된다. 다만 석유시추선은 등기목적의 선박으로 법에 명시되어 있지 않으므로 시추선의 개별성과 구체성에 따라 결정하고 있다 고정식 석유시추선은 해양구조물로서 선박이 아니라고 보고 있으나, 닻 정박을 하는 시추선은 선박으로 인정하고 있다. 또한 해저에 시추선 다리(leg)를 닿도록 하는 잠수식 시추선은 부상하여 장소를 이전할 수 있기 때문에 등기실무에서 등기 대상선박으로 인정하고 있다.⁸²⁾ 그리고 선박의 건조지, 건조목적, 선령 및 조타능력은 등기실행에 영향을 주는 요소가 아니다.⁸³⁾

(2) 선박소유자 및 국적

(가) 선박소유자

개인, 조합 또는 법인은 선박을 소유할 수 있다.

(나) 선박의 국적

독일 선박만 등기자격이 있고 그 자격요건을 갖춘 선박은 독일선박으로서 독일 연방 공화국의 국기를 게양하여야 한다. 독일 선박의 자격요건은 선박소유자가 다음의 하나에 속하면 충분하다. 독일에 거주하는 국민, 사업조합의 영업이 독일에서 영위하고, 일반이사의 대부분이 독일 사람이며, 투기권을 가진 이사가 독일 사람일 것, 주사무소가 독일에 있는 법인으로서 이사의 대다수가 독일 사람일 것. 독일 선박으로서의 절대적 요건은 이와 같으나 그러나 독일 선박이 될 수

81) 박용섭, 전제논문, p.179.

82) Lennart Hagberg, Maritime Law Vol. III- A, Kluwer, p.166.

83) 박용섭, 상제논문, p.180.

있는 소극적 요건의 경우도 있다. 이 경우에는 독일선박으로서 국적 취득이 가능하다. 즉 선박소유자가 독일 연방에 거주하지 않으나 독일 국적을 가진 사람, 선박공유의 경우 공유인의 대다수 독일 사람이고, 상사회사는 주사무소를 독일에 두고 있을 것, 공동상속의 경우에는 피상속인의 2분의 1이상 이 독일국적을 가진 사람 일 것 등을 들 수 있다.

(3) 선박등록의 효과

선박등록부상 선박 소유자로 등기한 그 자체가 소유권을 확정하는데 있어 근본적인 것이 아니므로 독일 국적선이거나 외국선이거나 양도인과 양수인간에 단순한 합의만으로서 양도가 가능하다. 그러나 독일 법에 의거하여 등기심사는 실질주의이므로 등기부상에 기재된 사실이 진실이라는 추정력을 주장할 수 있음을 유의하여야 한다. 선박소유자로서의 등기된 사람은 그 선박의 소유자로서 추정된다. 즉, 등기는 반증을 허용하는 추정력이 있다. 등기의 내용은 법률행위에 의한 선박의 소유권, 저당권, 용익권 등에 진실한 이해관계의 공신력을 인정한다. 다만 등기사항에 잘못이 포함되어 있는 경우에는 등기의 정정청구 또는 이의로서 이를 구제할 수 있고 등기선박의 권리관계 당사자에게 똑 같이 적용된다.

나. 선박저당권 등기

(1) 선박의 종류

선박등록부에 기재된 모든 선박에 대하여 저당권 설정 등기를 할 수 있다. 그리고 프로팅 독(floating dock)에 대해서는 특정규정에 의하여 저당권설정 등기 가능하다. 그러나 해상에 석유시추선에 대하여 이러한 특별규정은 없다.

(2) 선박저당권등기 효력

등기의 순서는 저당권 사이의 순위로 결정한다. 등기순서란 등기계에 신청서가 접수된 순서에 따라 결정되는 것이다. 그러나 그 순위는 관계자의 합의에 의하여 변경될 수 있고, 이를 등기하여야 효력이 발생한다. 또한 선박소유자는 장래에 있어서 더 나은 우선순위를 설정할 권리를 유보할 수도 있고, 후순위 저당권을 등기할 수도 있다. 그리고 선박이 양도되면 유보된 이 권리도 취득자에게 인정된다.

(3) 선박저당권자의 책임

(가) 불법행위상의 책임

저당권자의 직접적인 과실이 없다면 선박운항에 있어서 과실에 의하여 제3자에게 일으킬 손해에 대하여 책임을 지지 아니한다.

(나) 계약상의 저당권자의 책임

독일법에서 저당권자는 제3자에 대하여 선박소유자의 계약 당사자는 아니다. 선원에게 미지급한 청구액은 제1순위의 해상 우선특권이기 때문에 관련 선박의 저당권은 그 순위가 낮아질 수도 있다.

4. 日本

일본의 선박등기제도는 이원적이다. 즉 물권등기와 행정관리를 위한 선박등록이다. 선박등기는 물권등기만을 의미한다.

가. 선박등기

(1) 등기 가능한 선박의 범위

총톤수 20톤 이상의 선박으로서 자항능력과 조타능력이 있는 선박만이 법적 의미의 선박으로서 등기가 가능하다. 선박의 크기, 사용 목적, 항행구역 등의 제한은 없다. 그러나 자항능력이 없는 석유 시추선은 등기선박이 아니다. 그러나 선박의 형태를 갖춘 행사운송 목적의 비자항 피예선 항해선으로 제시하였음에 주의하여야 한다.

(2) 선박소유자와 선박의 국적

일본 국민과 일본 국내에 있는 법인은 일본 선박의 소유자가 될 수 있고, 그 자격요건은 선박법에 규정하고 있다. 일본 선박법은 선박의 국적을 선박소유주의를 기본으로 하고 있다.

(가) 일본국민이 소유하고 있는 선박일 것(일본국적법 소화25 법 147호)

(나) 일본에 본점을 가진 상사회사로서 합명회사는 사원의 전원, 합자회사는 무한책임사원의 전원, 주식회사 및 유한회사는 취체역 전원이 일본국민일 것.

(다) 일본에 주사무소를 가진 법인으로서 그 대표자 전원이 일본국민일 것.
그러나 일본 정부 또는 관공서가 가지고 있는 선박도 당연히 일본 선박이되, 다만 자위대 소속의 선박은 선박법의 적용을 받지 아니 한다(자위대법 제109조)

(3) 선박등록의 효력

일본선박이 관할청에 등록을 하기 위해서는 먼저 등기를 하여야 한다. 선박의 등기는 선박국적증서를 교부받기 위한 전제 조건이며 동시에 사법상의 권리관계를 분명하게 나타낸다. 선박등록은 선의의 제3자에 대하여 추정적 증거력을 가진다. 선박등록은 선박소유권 이전의 대항요건이며(일상 제687조), 면책위부의 방식(일상 제691조), 선박의 임대차 등기(일상 제703조), 선박저당권의 목적(일상 제848조, 제850조, 제851조)과 직접 관계된다.

(4) 국제협약

1967년 선박 우선특권, 저당권협약의 당사국이 아니다.

나. 선박저당권 등기

(1) 선박의 종류

등기된 일본 선박은 저당권 등기의 목적이 될 수 있다. 그리고 관행적으로 선박으로 인정되지 아니하는 해상부 구조물은 선박등기법이 아닌 특별법에 의하여 소유권 및 저당권 등기가 허용되고 있다. 즉 석유시추선, 수상 크레인, 준설선 등은 특별 등기법에 따라 등기가 가능하다.

(2) 선박저당권 등기의 효력

선박저당권의 우선순위는 지방 법무국에 등기신청서류를 접수한 순서에 의하여 결정된다. 그러나 선박저당권은 선박우선특권 보다 조순위이다. 선박저당권자는 물상대위권을 가지기 때문에 선박의 경매대금과 공매대금위에 자기의 권리를 행사할 수 있고, 선박멸실 등에 대한 보험청구권 또는 손해배상청구권 위에도 행사할 수 있다.

다. 선박등록

현재 일본에서 선박등록과 관련한 근거법은 크게 3가지로 분류할 수 있다. 즉 어선 및 소형선박을 제외한 선박에 대해서는 선박법에 근거하여 선박등록을 제외한 선박에 대해서는 선박법에 근거하여 선박등록을 해야 하며, 어선에 대해서는 어선법에 근거하여 어선등록을 해야 하며, 소형선박에 대해서는 소형선박등록법에 근거하여 소형선박등록을 해야 한다. 선박법상의 등록이란 행정관청 등에 비치된 공부에 특정의 사항을 기재하는 것을 말하며, 등록의 목적은 선박의 국적을 명확하게 하고 또한 행정관청의 감독상의 목적을 위해서 행하여지는 것이 일반적이다⁸⁴⁾.

일본 선박법 제5조에 근거하여 일본선박의 소유자는 등기를 한 후 선적항을 관할하는 관해관청에 비치된 선박원부에 등록을 해야 하며, 등록신청을 받은 관해관청은 등록을 행한 후 선박국적증서를 교부해야 한다. 또한 일본 선박법 제6조는 일본선박은 법령에 별도의 정함이 있는 경우를 제외하고 선박국적증서를 교부받지 않고는 항행을 할 수 없다고 규정하고 있기 때문에 일본 선박법은 선박등록의 효력에 대해 선박운항의 요건으로서의 효력을 부여하고 있다.⁸⁵⁾ 변경등록에 있어서는 등록된 사항에 변경이 발생한 때에 그 사실을 안 날로부터 2주일 이내에 선박소유자가 변경등록을 하여야 하며(일본선박법 제10조), 일본 선박이 멸실 또는 침몰한 때, 해철된 때 또는 일본의 국적을 상실한 때에 선박소유자는 그 사실을 안 날로부터 2주일 이내에 말소등록을 하고 지체없이 선박국적증서를 반환하여야 한다. 만약 선박소유자가 말소등록을 하지 아니한 때에는 관해관청은 1개월 이내에 이를 할 것을 최고하고, 정당한 이유 없이 이를 하지 아니한 때에는 직권으로 말소등록을 할 수 있다(동법 제14조).

그리고 선적, 종량, 공시, 선박국적증서, 국기의 게양, 특정사항의 표시 등에 관해서는 총톤수 20톤 미만의 선박 및 단정 기타 상앗대만으로 운전 또는 노를 가지고 운전하는 선박에는 적용하지 아니하고 있다. 또한 앞에서 열거된 선박의 선적 및 그 총톤수의 측도에 관한 규정은 소형선박등록법 및 그에 근거하여 발하

84) 海事法研究會 編, 「海事法(第3版)」, 海文堂, 2003, 면.13-14.

85) 등록할 사항은 법호, 신호부자, 종류, 선명, 선적항, 선질, 법선의 범장, 선박의 길이, 선박의 너비, 선박의 깊이, 총톤수, 기관의 종류와 수, 추진기의 종류 및 수, 조선지, 조선자, 진수년월일, 소유자 성명 또는 명칭, 주소 등이다(일본 선박시행세칙 제17조의2).

여진 명령에 특별히 정한 경우를 제외하고 명령으로 정하도록 규정하고 있으므로, 결국 소형선박등록 등에 관한 사항은 소형선박등록법에서 상세히 규정하고 있음을 알 수 있다. 이러한 범주에 해당하는 선박을 이른바 소형선박으로 규정하고 별도로 제정법에서 관리한 것은 보통의 선박과 그 취지를 달리하는 점이 많기 때문에 이를 동일하게 취급하는 것은 적당하지 않다는 이유 때문이다.⁸⁶⁾

일본 어선법에 근거한 어선등록을 하도록 규정하고 있다. 어선등록에 있어서 도도부현지사는 어선등록을 한 때에는 신청자에게 등록표를 교부하여야 하며, 어선사용자는 어선을 운항하거나 또는 조업하는 경우에는 어선의 선내에 선적표를 비치해야 하며, 또한 어선 소유자 또는 어선 사용자는 지체 없이 선적표에 기재된 등록번호를 당해 어선에 표시하여야 한다. 어선변경 등록에 있어서는 등록어선의 등록사항에 대하여 변경이 발생한 때에 2주일 이내에 변경이유를 첨부하여 등록한 도도부현지사에게 변경등록을 신청하여야 하며, 어선등록은 등록어선이 어선으로 되지 않은 때, 등록어선이 멸실, 침몰, 해산된 때, 등록어선의 존부가 3개월간 불명인 때, ④등록어선이 양도된 때, 등록어선의 주된 근거지가 그 등록을 한 도도부현지사가 관할하는 도도부현 구역 이외로 변경된 때, 등록어선의 소유자가 사망, 해산 또는 분할한 때에 의 실효한다.

第 2 節 主要國家의 小型船舶 登録制度 立法例

1. 英國

영국에서의 선박등록은 현재 어선과 소형선박을 제외한 영국 선박에 대한 등록, 어선등록, 소형선박등록, 나용선계약 중인 선박에 대한 등록 4가지 형태로 이루어지고 있으며, 선박등록에 관한 구체적인 내용은 1993년 상선규칙에서 구체적으로 규정하고 있다.⁸⁷⁾ 특히 소형선박등록에 대해서는 1993년 상선규칙 제11부

86) 國土交通省海事局, 「小型船舶の登録等に關する法律案 の成立」, 2001.6.17, p.1.

87) 이윤철 · 김진권, 전계논문, p.91.

소형선박등록 부분서 상세히 규정하고 있으며, 그 내용을 살펴보면 다음과 같다.

가. 소형선박의 정의

1995년 상선법 제313조 제1항에서 “선박이라 함은 항해에 사용되는 모든 종류의 선박을 포함한다”라고 선박의 정의를 규정하고 있으며, 제1조 제2항에서 “소형선박이라 함은 길이 24미터 미만의 선박을 말하여, 여기서 길이란 톤수규칙에서 정한 것과 동일한 의미이다”하고 규정하여 소형선박을 24미터 미만의 선박으로 정의하고 있다.

나. 소형선박등록

1993년 상선규칙 제88조에 근거하여 어선 또는 잠수정을 제외한 24미터 미만의 선박은 반드시 등록을 해야 한다. 소형선박에 대해 등록을 할 수 있는 자의 자격에 대하여 제89조 및 제90조에서 상세히 규정하고 있다⁸⁸⁾. 제91조에서는 1995년 상선법 제1부칙인 “등록선박을 위한 사범규정은 소형선박에 대해서는 적용할 수 없다고 규정하고 있기 때문에 소형선박에 대해서는 선박저당권이 인정되지 않고 있다. 소형선박에 대한 등록적격자는 등록장관에게 선박의 명세, 선박의 전장, 선명, 선박소유자의 성명 및 주소를 기재하여 등록신청을 하여야 하며, 등록장관은 등록신청서를 받은 후 신청선박이 등록의 요건을 충족시키고 있는 경우에는 선박등록부에 필요사항을 기재하고 선박등록부에 기재된 상세한 사항을 포함하는 등록증서를 선박소유자에게 발급해야 한다.

선박소유자로서 등록된 자는 등록선박의 효력 발생일로부터 1개월 이내에 당해 선박의 등록번호를 선박의 외부의 잘 보이는 곳에 명확하게 인쇄하거나 부착해야 하며, 이러한 표시는 등록기간 중에 계속적으로 유지하거나 필요시에는 갱신할 수 있다. 그리고 등록된 소형선박은 1993년 상선규칙에 의하여 자동적으로 종료되지 않는 한, 등록증서에 명기된 등록일로부터 5년간 효력을 가지며, 1993년 상선규칙 제97조에 근거하여 갱신을 하지 않는 한, 유효기간 종료일에 효력은 만료하게 된다. 갱신신청은 유효기간 만료일 3개월 전에 신청해야 한다.

88) 松村隣二郎, 「船舶に関する法(2)」, 海事法研究會誌 第182号, 2004.10, p.16

또한 소형선박의 소유자는 영국선박으로서 등록되기 위한 선박의 자격요건에 영향을 미치는 여하한 변경, 등록된 선박의 소유자의 주소와 관련된 여하한 변경, 선박과 관련한 등록사항의 변경이 있는 경우에는 즉시 등록장관에게 통지해야 하며, 변경등록의 통지는 등록서주가 기명날인한 서면으로 하고, 반드시 변경사유 및 선명 및 선박번호가 명기되어야 한다. 그리고 등록선박이 소형선박으로 되지 아니한 경우, 등록증서의 기재사항이 변경된 경우에는 당해 선박의 등록은 자동으로 종료되며, 이러한 경우에는 등록증서의 효력은 상실하게 되며, 소형선박의 소유자는 1개월 이내에 등록증서를 등록장관에게 반환해야 하며, 만약 소형선박의 소유자가 사망한 경우에는 그의 법정대리인이 반환해야 한다.

2. 日本

가. 소형선박등록제도의 의의

일본의 소형선박등록제도는 많은 국민이 보유하게 된 총톤수 20톤 미만의 플레저 보트 등의 소형선박에 대하여 소유자의 소유권을 등록함으로써 공증하기 위한 제도로써 일본 소형선박등록법에 근거하여 시행되는 제도이다. 동법 제1조에서는 이 법의 목적에 관하여 이 법률은 소형선박의 소유권의 공증을 위한 등록에 관한 제도 등에 대하여 규정함으로써, 소형선박 소유자의 이변성의 향상을 목적으로 하며, 특히 소형선박을 이용한 여러 활동의 건전한 발달에 기여할 것을 목적으로 한다고 명시적으로 규정하고 있다.

그러므로 총톤수 20톤 미만의 선박은 소형선박검사기구에서 시행하는 등록을 받고, 선박번호를 선체에 표시하지 않으면 항행에 사용할 수 없다. 또한 등록을 받은 소형선박의 소유권은 등록을 받지 않으면 제3자에 대하여 주장할 수 없다. 이와 같은 소형선박등록제도는 소유권을 공증하기 위한 제도도로서 방치선박을 적정한 장소에 보관할 수 있도록 조치하고 불법투기를 미연에 방지하며 다중매매의 폐해방지와 신용판매를 활성화시키기 위한 것이다⁸⁹⁾.

89) 日本國土交通省海事局 編, 「海事 レポート」, 2002.7, p.15.

나. 등록대상 소형선박

등록대상 소형선박은 총톤수 20톤 미만의 선박 중 일본선박⁹⁰⁾ 또는 일본선박 이외의 선박⁹¹⁾으로서 다음에서 열거하는 선박 이외의 선박을 말한다. 첫째, 일본 어선법 제2조 제1항에서 규정하는 어선⁹²⁾은 제외된다. 즉 어선은 어선법에 근거한 어선등록을 하도록 규정하고 있다. 둘째, 노 또는 주고 상앗대를 가지고 운전하는 선박 및 계류선, 셋째, 추진기관을 가지는 길이 3미터 미만의 선박으로서 당해 추진기관의 연속최대출력이 20마력 미만인 선박, 넷째, 길이 20미터 미만의 범선⁹³⁾, 다섯째, 추진기관 및 범장을 가지지 않는 선박, 여섯째, 재해 발생시에만 사용하는 구난용 선박으로서 국가 또는 지방자치단체가 소유하는 선박, 일곱째, 고시로 정한 수역만을 항행하는 선박⁹⁴⁾은 소형선박의 등록대상에서 제외된다.

다. 등록의 종류

(1) 신규등록

등록을 받고 있지 않은 소형선박을 항행시키려고 하는 때에는 소유자는 소형선박 검사기구에 신규등록을 신청해야 하며, 또한 당해 선박을 제시하여야 한다. 소형선박 검사기구는 신규등록의 신청이 있는 경우에는 신청에 허위가 있다고 인정되는 경우를 제외하고, 당해 선박의 총톤수의 측도를 하고, 선박의 종류, 선적항, 선박의 길이·폭·깊이·총톤수, 선체식별번호, 추진기관을 가지는 것에 대해서는 그 종류 및 형식, 소유자의 성명 또는 명칭 및 주소, 등록 년 월 일, 선박번호를 원부에 기재함으로써 신규등록을 하여야 한다. 이때 선박번호의 부여기준

90) 일본 선박법 제1조에서 규정하는 일본선박을 의미한다.

91) 일본의 국내의 각 항 사이 또는 호수, 하천 또는 항내만을 항행하는 선박에 한정한다.

92) 어업에만 종사하는 선박, 어업에 종사하는 선박으로서 어획물의 보관설비 또는 제조설비를 갖춘 선박, 어장에서 어획물 또는 그 제품을 운반하는 선박, 어업에 관한 시험, 조사, 지도 또는 연습에 종사하는 선박 또는 어업단속에 종사하는 선박으로서 어로설비를 갖춘 선박을 말한다.

93) 다만, 국제항해에서 종사하는 선박, 연해구역을 초과하여 항행하는 선박, 추진기관을 가지는 선박 및 사람의운송에 사용되는 선박은 제외한다.

94) 일본의 선박안전법에 따른 평수구역만을 항행하는 선박을 말한다.

으로는 첫째, 선적항이 소재하는 도도부현의 명칭을 표시하는 문자 및 아라비아 숫자를 조합시켜야 하며, 둘째, 중복되지 않아야 하며, 셋째, 선박안전법의 규정에 의해 선박검사제표의 교부를 받은 소형의 경우에는 당해 선박검사제표의 번호의 아라비아숫자와 선박번호의 아라비아숫자가 동일해야 한다.

(2) 이전등록

등록 소형선박에 대하여 매매, 양도 등에 의해 소유권의 변경이 있는 경우에는 신소유자는 그 사유가 있는 날로부터 15일 이내에 소형선박 검사기구에 대하여 이전등록 신청을 하여야 한다. 이때 소형선박 검사기구는 이전등록의 신청이 있는 경우에는 신청에 허위가 있다고 인정되는 경우를 제외하고 이전등록을 하여야 한다.

(3) 변경등록

등록 소형선박에 대하여 선박의 종류, 선적항, 선체식별번호, 추진기관의 종류, 소형선박의 길이, 폭, 깊이, 총톤수 또는 소유자의 성명, 명칭 및 주소에 변경이 있는 경우에는 당해 소유자는 그 사유가 있는 날로부터 15일 이내에 소형선박검사기구에 대하여 변경등록을 신청하여야 한다. 선적항 및 소유자의 성명, 명칭 및 주소가 변경된 경우를 제외하고는 변경등록신청시에 당해 선박을 제시하여야 한다. 소형선박검사기구는 변경등록의 신청이 있는 경우에는 신청에 허위가 있다고 인정되는 경우를 제외하고 변경등록을 하여야 한다. 다만 선박의 길이, 폭, 깊이 및 총톤수의 변경이 있는 경우에는 반드시 측도를 하여야 한다.

(4) 말소등록

등록소형선박의 소유자는 등록소형선박이 멸실, 침몰 또는 해철된 때, 등록소형선박의 존부가 3개월간 불명으로 된 때, 등록소형선박이 소형선박으로 되지 아니한 때에는 그 사유가 있는 날로부터 15일 이내에 소형선박검사기구에 대하여 말소등록을 하여야 한다. 소형선박검사기구는 말소등록의 신청이 있는 경우에는 신청에 허위가 있다고 인정되는 경우를 제외하고 말소등록을 하여야 한다.

(5) 등록대행기관

일본 소형선박등록법 제21조에 근거하여 국토교통대신은 소형선박검사기구에 대하여 소형선박의 등록 및 측도에 관한 사무를 대행시킬 수 있다. 소형선박검사기구는 민간법인화된 선박안전법에 의한 소형선박의 선박검사를 시행하며, 소형

선박의 등록측도사무에 대해 국가를 대신하여 시행하고 있다.

3. 整理

현행 영국에서 선박등록과 관련한 근거법은 1995년 상선법 제2부 선박등록 부분이며, 선박등록에 관한 구체적인 내용은 1993년 상선규칙에서 규정하고 있다. 영국에서의 선박등록은 현재 어선과 소형선박을 제외한 영국 선박에 대한 등록, 어선등록, 소형선박등록, 나용선계약 중인 선박에 대한 등록 4가지 형태로 이루어지고 있다. 우리의 경우에는 어선을 제외한 선박에 대해서는 선박법에 근거하여 등록하고 있으며, 어선에 대해서는 어선법에 근거하여 등록을 하고 있다는 점에서 차이가 있다.

영국에서의 선박등록은 선박운항의 요건으로서의 효력과 선박에 대한 사법상의 권리관계의 득실변경의 요건으로서의 효력을 동시에 부여하고 있다. 우리의 경우에는 선박운항의 요건으로서의 효력은 선박법 및 어선법에서 그 효력을 부여하고 있으며, 사법상의 권리관계의 득실변경의 대항요건으로서의 효력은 상법에서 선박톤수를 기준으로 하여 그 효력을 부여하고 있다는 점에서 차이가 있다.

영국은 소형선박에 대해서는 총톤수가 아닌 선박의 길이를 기준으로 하여 설정하고 있으며, 그리고 소형선박에 대해 사법상의 권리관계의 득실변경의 요건으로서의 효력을 인정하고 있지 않기 때문에 저당권을 설정할 수 없다. 우리의 경우에는 소형선박을 총톤수를 기준으로 하여 설정하고 있는 점에서 차이가 있으며, 특히 소형선박에 대해서는 상법 제745조에 근거하여 사법상의 권리관계의 득실변경의 대항요건으로서의 효력을 인정하고 있지 않으며, 선박법에 근거하여 오로지 선박운항의 요건으로서의 효력만을 인정하고 있는 점에서는 동일하다.

일본에서 선박등록과 관련한 근거법으로는 선박법, 어선법 및 소형선박등록법이 있다. 즉 어선 및 소형선박을 제외한 선박에 대해서는 선박법에 근거하여 선박등록을 해야 하며, 어선에 대해서는 어선법에 근거하여 어선등록을 해야 하며, 소형선박에 대해서는 소형선박등록법에 근거하여 소형선박등록을 해야 한다. 일본에서의 선박법 및 어선법에 근거한 선박등록, 어선등록은 선박운항의 요건으로서의 효력만을 부여하고 있을 뿐, 사법상의 권리관계의 득실변경의 대항요건으로

서의 효력은 우리와 동일하게 상법에서 부여하고 있다. 우리의 경우에는 선박운항의 요건으로서의 효력은 선박법 및 어선법에서 그 효력을 부여하고 있으며, 사법상의 권리관계의 득실변경의 대항요건으로서의 효력은 상법에서 선박톤수를 기준으로 하여 그 효력을 부여하고 있다는 점에서 일본의 경우와 동일하다. 이상 전술 한바와 같이 주요 국가의 선박등기·등록제도의 입법례 및 소형선박 등록제도를 비교법적 고찰하였다, 이를 토대로 하여 다음 장에서는 소형선박 담보권 확보방안을 제시 하고자 한다.



第 4 章 小型船舶 擔保權의 確保方案

第 1 節 序 說

선박의 공시방법에는 등기와 등록이 있다. 등기는 선박의 소유권과 저당권 등을 공시하는 제도이고, 등록은 선박의 국적취득과 국기계양권을 행사하기 위한 전제조건으로서 시행되는 공시방법이다. 선박의 공시제도는 선박의 보호를 위한 제도라는 등록관리의 분리 및 공시절차의 이중성으로 합목적성을 상실하고 있다는 지적이 많다.⁹⁵⁾ 앞에서 전술한 바와 같이 선박 공시방법을 주요 국가의 입법례를 비교법적 고찰을 통하여 살펴보았다. 그러므로 현행 20톤 미만 소형선박은 선박등기법상 등기 대상에서 제외 되어 있어서 저당권 등을 등기 또는 등록을 할 수 없기 때문에 소형선박 소유자는 금융권을 이용하는데 많은 불이익을 받고 있는 실정으로 소형선박 담보권 확보방안을 다음과 같이 제시 하고자 한다.

第 2 節 船舶 登記法 改正

1. 船舶 登記制度의 立法論的 接近

가. 선박등기의 특징

물권은 배타성이 있으므로 제3자가 용이하게 인식할 수 있도록 그 존재 및 변동에 관하여 공시하도록 하고 있다. 그러나 동산은 종류도 많고 그 성상이 자주 변하기 때문에 점유라는 공시방법만으로는 불충분하므로 각 개별법에서는 동산이라 할지라도 재산적 가치가 크고 공적장부에 의한 공시가 가능한 것은 등기의 방법으로 권리관계를 공시하도록 하고 있다. 이들의 성능 및 안전 확보를 위한

95) 박용섭, 「해상법론」, 명신문화사, 1991, p.86.

효율적인 국가관리와 소유권 등 권리관계의 명확하게 하기 위하여 자동차·항공기·건설기계 등은 등록을, 선박은 등기를 거쳐 등록하도록 하고 있다. 등기하지 아니한 선박의 소유권 이전은 동산 물권변동의 일반원칙에 따라 그 선박을 인도하여야 효력이 생긴다(민법 제188조제1항). 그러나 등기선박의 소유권 이전은 당사자간의 합의만으로 효력이 생기지만 이를 등기하고 선박국적증서에 기재하지 않으면 제3자에게 대항하지 못한다(상법 제743조).

현행 민법에서는 성립요건주의를 취하고 등기를 부동산 물권변동의 요건으로 하고 있기 때문에(민법 제186조)⁹⁶⁾, 선박을 부동산과 유사하게 취급하여 선박등기제도를 인정하는 것이라면 등기선박의 양도에 있어서도 그 이전등기를 소유권이전의 성립요건으로 하여야 하겠으나, 상법 제743조에서는 등기선박의 경우 예외적으로 의사주의를 취하여 등기와 선박국적증서에의 기재를 대항요건으로 하고 있다⁹⁷⁾. 그리고 선박국적증서를 교부받기 위하여 해운관청에 선박등록을 하려면 절차상 등기과정을 먼저 이행하여야 하는 특징이 있다. 부동산등기의 경우처럼 사실관계를 지적대장에 등록한 후 권리관계를 등기하도록 하는 것과는 다르다.

그 외에도 선박의 등기는 다음의 점에서 부동산등기와 구별된다. 첫째, 총톤수 20톤 미만의 선박에는 등기를 인정하지 않는다(상법 제745조 및 선박등기법 제2조). 둘째, 선박소유자에게 선박소유권을 등기할 의무를 부과한다는 점으로써 소유권의 원시적 취득을 위한 선박소유권 보존등기의 경우에는 법적으로 강제되고 있다(선박법 제8조).⁹⁸⁾ 그러므로 원시적 취득의 경우에는 이전적 취득의 경우와는 달리 상법 제743조의 규정이 적용되지 않으므로 민법의 일반원칙에 따라 보존등기는 선박소유권의 변동을 위한 대항요건이 아니라 효력발생요건이다.⁹⁹⁾

셋째, 상업등기상 회사대표자 또는 지배인의 등기와 유사한 선박관리인의 등기가 포함되어 있다(상법 제760조제2항 및 선박등기처리규칙 제8조).

96) 노종천, “등기와 지적제도의 이원화로 인한 법률문제연구”, 숭실대학교대학원 박사논문, 1999, p.1.

97) 김철수, “선박소유권의 이전”, 「한국해법회지」 제9권 제1호, 1987, p.192.

98) 미등기 선박의 소유권유보등기는 서면에 의하여 자기가 소유자임을 증명하는 자가 이를 신청할 수 있는 바, 국내선사가 리스금융에 의하여 국취부나용선계약에 따라 용선기간 종료 후 리스회사가 소유권을 취득하여 국내선사에게 양도하는 것이 아니라 소유자인 국내선사가 직접 소유권유보등기를 신청할 수 있다(대법원 3402-511호 질의회답, 2002. 9. 16).

99) 김철수, 상계논문, p.193~194

선박에 관한 등기로는 선박의 소유권, 저당권 및 임차권에 관한 등기, 선박관리인의 등기, 신탁의 등기, 처분제한의 등기와 선박의 표시변경에 관한 등기가 있다. 선박등기부는 물적 편성주의에 따라 한척의 선박에 한 장의 용지를 사용한다(선박등기처리규칙 제6조). 그 용지는 등기번호란에는 각 선박에 대하여 처음으로 등기한 순서를, 표제부에는 선박의 표시와 변경에 관한 사항으로서 선박의 종류와 그 명칭, 선박항, 선질, 총톤수 등을 기재하고, 갑구에는 소유권에 관한 사항을, 을구에는 저당권과 임차권에 관한 사항을 그리고 병구에는 선박관리인에 관한 사항을 기재한다(동 규칙 제8조). 그리고 선박의 등기절차에 관하여는 선박등기법과 선박등기처리규칙에서 규정하고 있으나 부동산등기법의 등기절차에 관한 대부분의 규정이 준용되고 있다(선박등기법 제5조 및 선박등기처리규칙 제2조).

나. 선박저당권과 임차권의 등기

선박저당권은 “등기선박을 목적으로 당사자간의 합의에 따라 설정한 상법상의 저당권”이라고 할 수 있다. 저당권이란 원칙적으로 부동산에만 인정되는 것이나 선박은 동산이면서 그 성질이 부동산과 유사하고 선박등기부에 의하여 공시가 가능하므로, 상법에서는 등기선박에 한하여 저당권제도를 인정하고 있다. 반면 상법 제873조에 의하여 총톤수 20톤 미만의 비등록 선박은 선박저당권의 목적이 될 수 없고 질권을 설정할 수 있을 뿐이다.

그러나 총톤수 20톤 미만의 선박이라도 선박등기가 되어 있는 이상 법정절차에 따라 이를 말소하지 않는 한 당사자는 등기의 대상이 되지 않는 선박이라는 주장을 할 수 없다. 동산인 선박에 대하여 저당권을 인정하는 것은 선박은 등기에 의해 그 공시가 가능하다는 것을 전제로 한 것이기 때문이다.¹⁰⁰⁾

선박저당권은 당사자의 의사표시에 의해 임의로 설정할 수 있으므로 편리하며 선박우선평권과는 달리 공시제도가 있기 때문에 거래의 안전을 도모할 수 있다.

그러나 선박저당권은 그 효력이 우선하는 선박우선평권에 의하여 외면당하는

100) 강동수, “선박의 등기와 등록제도 일원화에 관한 고찰”, 「한국해법학회지」 제25권 제1호, 2003, p.124.

실정이다. 또한 등기선박에 대하여 저당권의 설정을 인정하지만 선박은 고정성이 없고 해상위험에 의하여 멸실되거나 소모될 수 있으며 또한 선박우선평권에 의하여 담보가치가 감소될 수 있는 단점이 있다. 이러한 이유로 선박저당권은 금융기관으로부터 외면을 받기도 하여 선박소유자가 선박 취들을 목적으로 자금조달을 받는데 어려움이 있다.

한편, 선박 임차권의 등기에 대하여는 상법 제765조에서 규정하고 있다. 원래 임차선박은 원 선박소유자가 선원을 승선시키지 않고 선박만을 임차인에게 일정한 기간동안 임대하는 것이므로, 임차인은 자기운항 책임으로써 선원을 선임·감독하기 때문에 임차선박이 상행위 기타 영리항해에 사용하는 상거래의 주체가 된다. 그러므로 상법은 나용선자 또는 선박임차인을 적극적으로 보호하기 위하여 등기함으로써 제3자에 대한 대항력을 인정하고 있다(상법 제765조 및 선박등기법 제3조).¹⁰¹⁾

다. 등기대상 선박

선박등기법은 등기대상 선박으로 총톤수 20톤 이상의 기선과 범선 및 총톤수 100톤 이상의 부선을 규정하고 있지만 선박계류용, 저장용 등으로 사용하기 위하여 수상에 고정하여 설치하는 부선에 대하여는 적용하지 않는다고 규정하고 있다(선박등기법 제2조). 그러나 연안소형어선의 경우에는 어업의 종류마다 허가가 가능한 선박의 톤수에 약간의 차이는 있지만 허용 최대톤수가 10톤으로 제한되므로 선박등기법에 따라 등기할 대상이 아니다¹⁰²⁾. 그러므로 연안소형어선은 등록절차를 마침으로써 어선으로 사용할 수 있다. 즉, 선박등기의 대상이 되지 아니하는 부선에 대하여는 민법 제188조제1항이 정하는 바에 따라 유체동산인 그 부선을 인도하여야 물권 양도의 효력이 생기는 것이므로, 부선에 대한 변경등록이 있었다 하여 그로써 동산 물권변동의 요건인 인도에 갈음할 수 있는 것으로 볼수 없다는 것이다.

또한 부선등록원부예의 등록과 선박에 관한 등기를 동일하게 볼 수 없기 때문

101) 박용섭, 전게서, p.89.

102) 대판 1999. 6. 22. 99다7602.

에 “등기할 선박이 아닌 선박에 대하여는 국세징수법 제38조 규정에 의한 동산의 압류절차에 의하여 압류를 하여야 하고 국세징수법 제45조에 의하여 소관등기소에 압류촉탁을 하여 압류하거나 부선등록원부를 비치하고 있는 관할 해운창만청에 압류촉탁을 하여 압류할 수는 없다”고 하였다¹⁰³⁾. 이처럼 총톤수 20톤 미만의 기선이나 범선과 100톤 미만의 부선에 대하여는 소유권 등의 권리변동을 공시할 방법이 없다. 그러나 일본의 경우는 다르다. 일본은 총톤수 20톤 미만의 레저보트와 같은 소형선박에 대하여도 자동차등록과 마찬가지로 소유권을 등록하여 공시함으로써 제3자에 대한 대항력을 인정하고 있다.¹⁰⁴⁾

2. 船舶登記法 改正方案

가. 必要性

현행 선박등기법은 등기대상 선박으로 총톤수 20톤 이상의 기선과 범선 및 총톤수 100톤 이상의 부선을 규정하고 있지만 선박계류용, 저장용 등으로 사용하기 위하여 수상에 고정하여 설치하는 부선에 대하여는 적용하지 않는다고 규정하고 있다(선박등기법 제2조). 그러나 자동차·항공기 등은 동산임에도 불구하고 그 권리의 득실변경에 등록을 하도록 하여 소유권, 저당권 등을 등록할 수 있는 반면 소형선박의 경우에는 등기대상 적용범위에서 제외 되어 사법상 권리변동의 공시방법 없으며, 제2장 4절 사례에서 살펴 본 바와 같이 등기선박 또는 자동차 등은 민사집행법에 의한 강제집행의 경우에는 이해관계인에게 최고를 하도록 하고 있으나, 현행 20톤 미만 소형선박 경우에는 등기대상에서 제외 되어 있으므로 등기부에 기입된 권리자가 아니기 때문에 권리관계 불명확 하고 이해관계인으로 되어 있지 않아 권리보호를 받지 못하고 있는 실정으로 선박등기법 등 개정하여 소유권, 저당권, 임차권을 등기하고 재산권 등을 보호를 받을 수 있도록 선박에 대한 등기법을 개정되어야 한다.

103) 대판 1987.11.24. 87누593.

104) 강동수, 전계논문, p.126

나. 선박등기법 제2조(적용)

현행 선박등기법 제2조(적용범위)는 “이 법은 총톤수 20톤 이상의 기선과 범선 및 총톤수 100톤 이상의 부선에 대하여 이를 적용한다. 다만, 선박계류용·저장용 등으로 사용하기 위하여 수상에 고정하여 설치하는 부선에 대하여는 적용하지 아니한다”고 규정하고 있으나, 선박등기법 제2조(적용범위)를 “이 법은 1톤 이상의 기선과 범선 및 총톤수 100톤 이상의 부선에 대하여 이를 적용한다. 다만, 선박계류용·저장용등으로 사용하기 위하여 수상에 고정하여 설치하는 부선에 대하여는 적용하지 아니한다”고 개정하는 것이 합리적이라고 생각한다.

다. 상법 제745조(소형선박)

현행 상법 제745조(소형선박)는 “동법 제743조와 동법 제744조의 규정은 총톤수 20톤 미만의 선박에 적용하지 않는다”고 규정하고 있으나, 상법 제745조(소형선박)은 삭제되어야 한다고 생각한다.

第 3 節 小型船舶 登録法 制定論

1. 船舶 登録制度의 立法論的 接近

가. 선박등록의 특징

등록은 일정한 사실 또는 법률관계를 행정기관 등에 비치되어 있는 공부에 기재하는 것으로서 실정법에서는 이러한 의미의 등록행위에 여러 가지의 효과를 부여하거나 일정한 행위를 하기 위한 요건으로서 등록을 하도록 규정하고 있기 때문에 혼란을 가져오는 경우도 있다.¹⁰⁵⁾ 이처럼 등록은 어떤 사실이나 법률관계

105) 박재욱, “등록제도에 관한 현행법 검토”, 「법제」, 1999. 4, p.51.

의 존재를 공적으로 공시 또는 증명하는 공증행위에 속하며, 그 직접적인 효과는 공증력을 발생케 하는 데 있으나 기타의 효력은 각종 등록에 따라 여러 가지가 있다. 예컨대, 주민등록처럼 주민이 되는 요건인 경우도 있고, 실용신안·의장 또는 상표의 등록처럼 권리발생의 요건인 경우도 있으며, 어업권의 등록, 자동차나 항공기의 등록처럼 현행법상 등기와 같이 배타적·접촉적 지배가 가능한 권리의 발생·변동의 효력발생 요건으로서 규정되기도 하고 제3자에 대한 대항요건으로 규정되는 경우도 있다.¹⁰⁶⁾ 그리고 건설업자의 등록, 의사의 등록, 농약제조업자 및 수입업자의 등록처럼 일정한 영업을 하기 위한 요건으로서 허가의 성질을 가지기도 한다. 기타 등록에 관한 입법례는 등록영업의 요건으로서 사용되고 있고 또한 자격제도와 관련하여 사용되고 있기도 하다.

이처럼 자동차·항공기 등은 동산임에도 불구하고 그 권리의 득실변경에 등록을 하도록 하고 있는 반면, 선박에 대하여는 그 소속을 명확히 하고, 해상의 질서를 유지하며 해사행정상의 감독과 편익을 목적으로 선박을 등록하도록 하고 있어,¹⁰⁷⁾ 동산등록과는 성격이 다르다.¹⁰⁸⁾ 따라서 선박등록은 어떤 사실이나 법률관계의 존재를 공적으로 증명하는 준법률 행위적 행정행위인 “공증”에 해당한다.

나. 등록대상 선박

선박법에서는 선박에 관한 해상질서 유지를 위하여 한국선박의 소유자는 선박 등기 후 해운관청에 선박등록을 하여 선박 국적증서를 교부 받도록 하고 있고(선박법 제8조), 어선법에서는 어선의 관리를 위하여 어선을 등록하도록 하고 있으며(어선법 제13조), 국제선박등록법에서는 행운산업의 국제경쟁력 향상을 위하여 국내항과 외국항 또는 외국항간을 운항하는 대한민국선박 등을 등록하도록 하고 있다(국제선박법 제4조). 어선법은 어선의 소유자나 해양수산부령이 정하는 선박의 소유자에 대하여는 등록을 강제하고 있다. 즉, 어업용으로 사용할 어선이나 선박은 법률에 정한 일정한 절차에 의하여 등록을 하여야 한다. 이에 대하여

106) 박재욱, 전계논문, p.61-62.

107) 방용섭, 전계논문, p.163.

108) 강동수, 전계논문, p.127.

어선법 제13조는 “어선의 소유자 또는 해양수산부령이 정하는 선박의 소유자는 당해 어선 또는 주로 선박이 입·출항하는 항·포구, 즉 선적항을 관할하는 시·도지사에게 해양수산부령이 정하는 바에 의하여 등록하여야 한다”고 규정하고 있다. 총톤수 20톤 미만의 어선에 있어서는 선적증서를 총톤수 5톤 미만의 무동력어선에는 등록필증을 각각 교부한다.

2. 小型船舶登録法 制定方案

가. 必要性

일본은 소형선박등록과 관련하여 소형선박등록법이라는 개별 법률을 제정하였을 뿐만 아니라 총톤수 20톤 미만의 선박에 대하여 선박의 길이 및 마력 등을 기준으로 하여 등록대상 선박을 확정하고 있으며, 특히 소형선박등록의 효력에 대하여 소형선박등록법에서 선박운항의 요건으로서의 효력뿐만 아니라, 사법상의 권리관계의 득실변경의 대항요건으로서의 효력을 동시에 부여하고 있다.¹⁰⁹⁾

우리나라의 경우 소형선박을 총톤수를 기준으로 하여 설정하고 있는 점에서 차이가 있으며, 특히 소형선박에 대해서는 상법 제745조에 근거하여 사법상의 권리관계의 득실변경의 대항요건으로서의 효력을 인정하고 있지 않으며, 선박법에 근거하여 오로지 선박운항의 요건으로서의 효력만을 인정하고 있기 때문에 선박 소유권 등 많은 문제점이 발생하고 있다. 우리나라도 일본처럼 20톤 미만의 선박에 대해서는 자동차등록과 마찬가지로 소유권을 등록하도록 하여 사법상의 권리관계 득실변경의 대항요건을 부여하고, 소형선박등록법을 조속히 제정할 필요가 있다.

나. 立法論

현행 선박법상 등록의 목적은 “선박의 국적에 관한 사항과 선박톤수의 측정 및 등록에 관한 사항을 규정함으로써 해사에 관한 제도의 적정한 운영과 해상질

109) 日本海事廣報協會, 「海事レポート」, 2002, 7.20, p.15

서의 유지를 확보하여 국가권익을 보호하고 국민경제의 향상에 기여함을 목적으로 한다(선박법 제1조 참조)”라고 규정하고 있다. 즉 선박운항의 요건으로서의 효력을 부여하고 있다. 그러나 20톤 미만 소형선박에 대한 선박소유자 개인의 재산권 보호에는 자동차보다 경제적 가치 크고 고가이나 등록 효력의 다르기 때문에 불합리하고, 자동차처럼 자동차관리법에 근거한 등록을 하여 사법상의 권리관계의 득실변경의 대항요건으로서의 효력을 인정할 수 있도록 하는 방안마련이 필요하다.

第 4 節 船舶優先特權 適用 排除論

1. 船舶優先特權의 解釋論的 接近

가. 船舶優先特權의 意義

선박우선특권은 일정한 법정채권(상법 제861조 1항 1호 내지 4호)의 채권자가 선박과 그 부속물(속구·운임 그 선박과 운임에 부수한 채권)로부터 다른 채권자보다 자기채권의 우선변제를 받을 수 있는 해상법상의 특수한 담보물권이다(상법 제861조 2항).¹¹⁰⁾ 오늘날 선박우선 특권을 인정하는 이유는 아래와 같다.

첫째, 선박소유자의 책임제한에 다른 불이익을 받는 채권자에게 우선특권을 부여하여야 한다는 형평성의 이유다. 역사적으로 볼 때 선박우선특권을 인정하는 근본적인 이유는 선주 유한책임제도에 있다. 즉 선주 유한책임제도에 의하여 선주의 책임은 선박톤수를 기준으로 일정액에만 한정되고 해사채권자는 이 범위 내에서만 청구할 수 있다. 그러나 이것이 육상 채권자에 비하여 불공평하기 때문에 해사채권자에게 선박우선특권을 부여할 필요가 있다는 것에서 출발한다.

둘째, 공익적 또는 사회정책적인 이유다. 예컨대 항해선박에 관한 세금, 선원기타의 상업사용인의 고용계약으로 인한 채권(상법 제861조 1항 1호, 2호)등에 선

110) 손주찬, 「상법(하)」, 2002, p.910.

박우선평권을 인정하는 것은 공익적 또는 사회정책인 이유에 기인 한다는 것이다.

셋째, 피담보채권이 선박소유자와 채권자의 공동이익을 위하여 생겼다는 이유이다. 즉, 채권자의 공동이익을 소송비용, 선박의 보존 또는 항해계속의 필요로 인하여 선장이 선적항외에서 그 권한에 의하여 체결한 계약 또는 그 이행으로 인한 채권, 최후의 항해준비에 필요한 선박의 장비, 식량과 연료에 관한 채권등이 여기에 해당한다. 이렇게 본다면 선박우선평권은 어떤 이론의 산물이 아니라 손쉬운 해상금융수단이라는 기능적인 측면과 함께 피담보채권의 종류에 따른 개별적인 이유에서 그 인정된 근거를 찾을 수 있다.

나. 선박우선평권의 목적물 및 피담보채권

상법 제861조 제1항에서 “다음의 채권을 가진 자는 선박 그 속구, 그 채권이 생긴 항해의 운임, 그 선박과 운임에 부수한 채권에 대하여 우선 특권이 있다”고 하고, 제1호에서 제4호까지 선박우선평권의 피담보채권을 열거하고 있다.

(1) 피담보채권

우선평권에 의하여 담보되는 채권은 상법 제861조 1항에 열거되어 있다. 채권자의 공동이익을 위한 소송비용, 선박과 속구의 경매에 관한 비용¹¹¹⁾, 항해에 관하여 선박에 과한 제세금, 도선료¹¹²⁾와 예선료¹¹³⁾, 최후의 입항 후의 선박과 그 속구의 보존비와 검사비 이상은 대체로 담보의 원인이 되는 채권이지만, 항해에 관하여 선박에 관한 제세는 동시에 공익상의 이유에 기한 것이다. 최후의 입항이라는 것은 항해를 폐지한 항구에 입항하는 것을 말한다.

111) 이는 선박우선평권의 실행을 위한 재판비용으로서 이러한 비용에 대하여 제1순위의 우선특권을 인정하는 것은 이 채권이 발생한 원이 없다면 다른 채권자도 변제를 받을 수 없기 때문이다. 즉 담보의 원인을 이루는 것이기 때문이다.

112) 도선이란 항구나 연해주역 등에서 선박에 탑승하여 선박을 안전한 수로로 향도하는 것을 말한다. 국가의 면허를 받은 도선주가 아니면 선선업무를 할 수 없도록 하고 일정한 항 · 연해주역에서 일정한 선박에 대하여는 반드시 우리나라의 선도사를 승무시키도록하는 강제도선을 택하고 있다(도선법 제12조).

113) 예선료는 해사예선계약에 의하여 예선소유자가 피예선소유자에게 예선행위를 제공하고 반대급부로서 받게 되는 보수를 말한다.

선원 기타의 선박사용인의 고용계약으로 인한 채권 이것은 경제적이 약자인 선원¹¹⁴⁾을 보호하기 위한 사회정책적 이유에 기한 것이다. 선박의 구조에 대한 보수와 공동해손¹¹⁵⁾의 분담에 대한 채권 이 경우의 해양사고 구조료에는 계약에 의한 것도 포함된다. 본호도 담보의 원인이 되는 채권이다. 선박의 충돌로 인한 손해 기타의 항해사고로 인한 항해시설, 항만시설 및 항로에 대한 손해와 선원이나 여객의 생명, 신체에 대한 손해의 배상책임 본호는 공익적 또는 형평의 이유에 기한 것이다.¹¹⁶⁾

(2) 선박우선평권의 목적물

선박우선평권의 목적물은 선박, 그 속구, 그 채권이 생긴 항해의 운임, 그 선박과 운임에 부수한 채권이다. 여기서 선박과 운임에 부수한 채권이라는 것은 ① 선박 또는 운임의 손실로 인하여 선박소유자에게 지급할 손해배상, ②공동해손으로 인한 선박 또는 운임의 손실에 대하여 선박소유자에게 지급할 상금, ③해양사고 구조로 인하여 선박소유자에게 지급할 보수를 말한다.

상법은 선원 기타의 선박사용인의 고용계약으로 인한 급료 등의 채권은 사회정책적인 견지에서 그 순위를 올림으로써 그 보호를 두텁게 하고 있으나, 특히 이 종류의 채권을 위하여는 다른 채권과 같이 그 채권이 생기 항해의 운임에 한하는 것이 아니라, 고용계약 계속중의 모든 항해로 인한 운임의 전부에 대하여 우선평권을 인정함으로써 한층 더 그 보호책을 강화하고 있는 것이다.

나. 선박우선평권과 다른 담보물권의 순위

선박우선평권이 다른 일반채권보다 우선함을 물론이지만, 다른 종류의 담보물권과 경합하는 경우에는 다음 순위에 의한다. 즉 선박우선평권은 ①질권과 저당권에 우선한다(상법 제872조). ②유치권과 경합한 때에는 유치권자는 목적물에

114) 선원이란 고용계약에 기하여 특정의 선박에 승선하여 계속 당해선박의 항해상의 노무를 종사하고 있고 인적기관을 구성하는 자를 의미한다.

115) 공동해손이란 선박 및 적하의 공동위험을 면하기 위하여 선장이 선박 또는 적하에 대하여 한 처분으로 말미암아 생긴 손해 또는 비용을 말하다(상법 제832조).

116) 손주찬, 전게서, p.911.

대하여 우선변제를 받을 수 없으므로 선박우선평권이 우선하는 것은 당연하나, 유치권자는 그 채권의 변제를 받을 때까지 선박을 유치할 수 있으므로 선박우선평권자는 이것을 변제하고 그 유치를 소멸시키는 수밖에 없으며, 따라서 실제로 있어서는 유치권자가 우선하게 된다. ④선박임차권과 선박우선평권은 등기가 없어도 행사할 수 있는 권리이기 때문에 선박임차권의 등기가 있는지 여부를 묻지 아니하고 선박임차권보다 우선한다.

다. 선박우선평권의 효력, 추급권

상법은 선박우선평권의 효력에 관하여 우선특권의 우선변제권 및 추급력만을 규정하고 있고(상법 제861조 2항, 동법 제 869조), 그 밖의 일반적 효력에 관하여서는 민법상의 저당권에 관한 규정을 준용하도록 하고 있다.

(1) 경매권, 우선변제권

선박우선평권을 가진 선박채권자는 선박우선평권의 목적물에 대하여 다른 채권자보다 자기 채권의 우선변제를 받을 권리가 있다. 이 경우에는 선박우선평권을 가진 선박채권자는 민법의 저당권에 관한 규정에 따라 목적물의 경매를 청구할 수 있다.¹¹⁷⁾ 선박우선평권자는 집행권원 없이 경매를 청구할 수 있으므로 그 선박에 대한 가압류를 할 수가 없다고 판시한 사례¹¹⁸⁾가 있다.

(2) 우선특권의 추급권

선박채권자의 우선특권은 그 선박소유권의 이전으로 인하여 영향을 받지 않는다. 이것을 우선특권의 추급권이라 한다. 상법상 선박우선평권의 추급권은 비등기선에도 인정될까. 우선특권이 인정되는 선박은 제 861조 1항의 “선박”이며, 법은 특히 이 경우의 선박에 요건을 가하지 않고 있으므로 비등기선이 이전된 경우에도 추급권이 인정되는 것으로 볼 수밖에 없다. 선박우선평권은 저당권과 같은 공시의 방법이 없으므로 선박소유권이 이전된 경우에는 이러한 추급권에 의하여 예상하지 못한 손해를 입을 수 있다. 따라서 이에 대한 대책으로는 첫째 등기선에 한하여 이 추급권은 인정하고, 둘째 양수인이 선박양도등기 후 일정

117) 손주찬, 전게서, p.913.

118) 대판 1976. 6.24 76마195; 대판 1988.11.22. 87다카1691.

기간 채권의 신고를 하도록 하되, 이 기간 내에 신고가 없는 경우에는 추급권이 상실되는 것으로 제도화하는 방법을 고려할 필요가 있을 것이다.

추급권은 선박우선평권을 가진 선박채권자가 선박을 양수한 자에게 채무의 변제를 청구할 수 있는 권리가 아니고 선박우선평권의 목적물인 선박 등으로부터 우선변제를 받을 수 있는 권리를 말한다.¹¹⁹⁾ 이상과 같이 해석론적 접근을 통하여 선박우선평권에 대하여 고찰하였다. 이하에서는 개선방안을 제시하고자 한다.

2. 改善方案

현행 선박우선평권은 일정한 법정채권의 채권자가 선박과 그 부속물로부터 다른 채권자보다 자기채권의 우선변제를 받을 수 있는 해상법상의 특수한 담보물권이다(상법 제861조 2항). 그런데 선박우선평권은 공시방법이 없고 일반 국민의 잘 모르기 때문에 오히려 후에 발생한 채권이 우선권을 가질 수 있으며, 질권이 나 저당권에 우선하므로(상법 제872조) 이를 인정할 경우 소형선박의 저당권자는 예측하지 못한 손해를 입을 우려가 있으므로, 소형선박우선평권을 인정할 경우에는 위험부담 등 이유로 금융기관에서는 소형선박에 대한 저당권에 기한 담보대출을 기피하고 있다. 따라서 소형선박에 대한 선박우선평권을 인정할 경우에는 소형선박에 대한 선박등기법 개정 및 소형선박등록법을 제정하여 저당권 등을 등기 또는 등록제도의 아무런 의미가 없게 될 소지가 많고, 선박우선평권 채권의 피담보채권 중 대부분 선원 급여(임금)이며, 소형선박의 경우에는 선주와 선원간의 보험제로 임금을 계산하기 때문에 선박우선평권 적용에서 반드시 배제되어야 한다고 생각한다.

第 5 節 競賣節次上的 利害關係人에게 催告 또는 通知義務

1. 競賣節次上的 利害關係人에 관한 解釋論的 接近

119) 대판 1974, 74다 176.

가. 이해관계인의 의의

경매절차의 이해관계인은 민사집행법 90조 열거된 사람에 한하고, 이들에게는 여러 가지 절차상의 권리가 주어진다. 실무상 경매신청인은 신청서 첫 장에 이해관계인표를 작성하여 제출하고 있으며, 그 제출이 없으면 법원사무관등이 작성하여 두는 것이 좋고, 이해관계인의 추가·제외·주소변경 등 변동사항이 있으면 이해관계인표와 전산입력을 정정한다. 이해관계인은 송달·통지의 기준이 되므로 특히 누락되지 않도록 주의하여야 한다.¹²⁰⁾

나. 이해관계인의 권리

이해관계인은 경매절차에서 다음과 같은 권리행사를 할 수 있다. 이러한 권리행사는 공익적 절차규정위배 및 자기의 권리에 관한 절차위배에 관하여서만 행사할 수 있으므로, 다른 이해관계인의 권리에 관한 이유를 들어 할 수는 없다(민사집행법 제122조). 다만, 채무자에 대한 경매개시결정의 송달은 채무자 아닌 이해관계인도 그 흠을 이유로 매각허가결정에 대한 항고사유로 할 수 있다.¹²¹⁾ ① 집행에 관한 이의신청권(민사집행법 제16조). ② 경매개시결정에 대한 이의신청권(민사집행법86조). ③ 배당요구신청 또는 2중경매신청 사실의 통지를 받을 권리(민사집행법 제89조). ④ 매각기일과 매각결정기일을 통지받을 수 있는 권리(민사집행법 제104조 2항). ⑤ 매각기일에 매각기일조서에 서명날인할 수 있는 권리(민사집행법 제116조 2항). ⑥ 최저매각가격 외의 매각조건의 변경에 합의할 수 있는 권리(민사집행법 제110 조). ⑦ 매각결정기일에 매각허가에 관한 의견을 진술할 수 있는 권리(민사집행법제120조). ⑧ 매각허부결정에 대하여 즉시항고를 할 수 있는 권리(민사집행법 제129조). ⑨ 배당기일의 통지를 받을 권리(민사집행법146조). ⑩ 배당기일에 배당표에 관한 의견을 진술할 수 있는 권리(민사집행법 제149조). ⑪ 배당기일에 배당에 대한 합의를 할 수 있는 권리(민사집행법

120) 법원공무원교육원, 「민사집행실무(1)」, 2002, p.166

121) 대결 1997. 6. 10. 자 97마814.

제150조 2항).

다. 이해관계인의 범위

민사집행법 90조에 열거된 자에 한하여 이해관계인으로 보며, 이에 해당하지 않는 자는 이해관계가 있어도 경매절차상의 권리를 행사할 수 없다. 이에 해당하지 않는 사람으로는 가압류권자, 가처분채권자, 예고등기권자, 재매각절차에서 전매수인 등이다. 첫 경매개시결정전의 가압류권자는 민사집행법상 채권최고의 대상이 되고(84조 4항) 배당받을 채권자에 해당하나(148조 3호), 이해관계인은 아니다.

(1) 압류채권자와 집행정보에 의한 배당요구채권자(90조 1호)

이에 해당하는 자로는 경매신청을 한 채권자, 이중경매에서 뒤의 압류채권자, 조세채권에 의하여 압류등기를 압류채권자, 집행정보에 의한 배당요구채권자 등이다. 집행정보 없이 배당요구를 한 채권자는 물론이고 집행정보를 가지고 있더라도 배당요구를 하지 아니한 채권자도 이해관계인이 아니다. 이미 종결처리된 강제경매기록이 새로운 강제경매기록에 편의를 위하여 첩철되고, 종결처리된 경매기록상의 감정평가서와 현황조사보고서를 새로운 경매절차에서 원용하였다는 사정이 있더라도 그 첩철이 관계규정상 이미 지워진 것이 아니므로 종결처리된 종전경매기록에 대하여 한 배당요구를 특별한 사정이 없는 한 진행중인 별개의 경매사건에 대한 배당요구로 볼 수는 없다.¹²²⁾

또 경매개시결정등기 후에 조세채권에 의한 압류가 있는 경우에는 경매법원으로서 그 조세채권의 존부조차 알 수 없으므로 배당요구종기까지 배당요구로서 교부청구를 하여야만 배당을 받을 수 있다.¹²³⁾ 그러나 이러한 경우 배당요구종기 후에 비로소 교부청구하여 집행법원이 이를 배당에서 제외하고 작성한 배당표가 확정된 후에 조세채권자의 부당이득반환을 인정한 판례도 있다.¹²⁴⁾

122) 대판 1999. 4. 9. 98다53240 : 가압류권자 겸 배당요구채권자가 선행사건에 대하여 배당요구를 한 후 선행사건이 취하되고 후행사건으로 진행되어 매각허가된 다음 채권계산서를 제출한 사례이다.

123) 대판 2001. 5. 8. 2000다21154.

124) 대판 1997. 2. 14. 96다51585.

(2) 채무자 및 소유자(90조 2호)

채무자란 집행채무자를 의미하고, 소유자는 경매개시결정등기 당시의 소유자를 말한다. 강제경매에서는 가압류 후 소유권이 변동된 경우를 제외하고는 채무자가 소유자이고, 임의경매에서는 채무자와 소유자가 다른 경우가 많다. 해당하는 자로는 집행채무자, 가압류등기 후 본압류 전에 소유권이전등기를 마친 자, 임의경매에서 물상보증인 또는 저당부동산의 제3취득자, 파산선고 후 저당권자가 별제권자로서 파산재단에 속하는 부동산에 대하여 경매절차를 개시한 때의 파산관재인(소유자로 취급)에 해당하지 않는 자로는 압류 후에 소유권이전등기를 마친 제3자는 본호의 소유자에는 해당하지 않으나, 그 권리를 증명하면 4호 이해관계인이 된다.¹²⁵⁾ 제3취득자의 권리신고가 없더라도 배당 후 잔액이 있으면 그에게 교부되어야 한다.¹²⁶⁾ 압류 후에 소유권을 양도한 전소유자는 소유권상실과 동시에 이해관계인으로서의 지위도 상실한다.¹²⁷⁾ 임의경매에서 경매신청이 되지 아니한 저당권의 피담보채권의 채무자,¹²⁸⁾ 저당권설정등기에 채무자로 표시되지 아니한 다른 공동채무자 등이다.

(3) 등기부에 기입된 부동산 위의 권리자(90조 3호)

본호의 이해관계인은 경매개시결정 시점이 아닌 경매개시결정 등기시점을 기준¹²⁹⁾으로 이미 등기가 되어 등기부에 나타난 자를 말한다. 이에 해당하는 자로는 용익권자(지상권자, 전세권자, 민법상 또는 임차권등기 명령에 의하여 임대차 등기를 한 자 등), 담보권자(저당권자, 저당채권에 대한 질권자 등), 압류등기 전에 등기한 환매권자, 부동산의 공유지분결매에서 다른 공유자,¹³⁰⁾ 다만 아파트,상가 또는 다세대주택 등 구분소유적 공유의 경우에는 누가 공유자가 되더라도 이해관계가 없으므로 공유자통지를 할 필요가 없다. 가등기담보권자, 소유권이전에 관한 가등기권리자(가담법 16조 3항), 근저당설정의 가등기권자 등이다.

125) 대판 1964. 9. 30. 64마525.

126) 대결 1990. 4. 10.자 90다카2403.

127) 대결 1967. 8. 31.자 67마615.

128) 대결 1968. 7. 31.자 68마716.

129) 대결 1999. 11. 10.자 99마5901(98.12.22. 개시결정, 99.1.9 전세권등기, 99.1.31. 기입등기가 각 이루어진 사례임)

130) 대결 1998. 3. 4.자 97마962.

임차권등기를 하지 아니한 토지임차인,¹³¹⁾ 공장토지, 건물과 공장재단에 포함된 기계, 기구 일체를 임차하였으나 임차권등기를 하지 않은 임차인¹³²⁾은 본호의 이해관계인이 아니다. 대항요건을 갖춘 주택(상가)임차인도 본호의 임차인에 해당하지 아니하고, 이들이 경매법원에 권리증명을 하면 그때 비로소 4호의 이해관계인에 해당한다.

(4) 부동산 위의 권리자로서 그 권리를 증명한 자(90조 4호)

본호에 해당하는 자는 경매개시결정등기 전에 등기 없이도 제3자에게 대항할 수 있는 물권·채권을 취득한 자 또는 경매개시결정등기 후에 소유권·용익권·담보권을 취득한 자로서 권리증명을 한 자를 말한다. 권리증명이란 권리자가 스스로 집행법원에 권리신고 또는 배당요구를 하는 것을 말하고, 매각허가결정기일까지 증명하여야 할 것이다. 매각허가결정이 있는 후에 그에 대하여 즉시항고를 하면서 그러한 사실을 증명한 자는 본호 소정의 이해관계인이라고 할 수 없다.¹³³⁾

또 권리증명은 자기의 책임으로 스스로 하여야 하므로 현황조사보고서에 임차인으로 기재된 사실, 이중경매의 후행사건기록에 이해관계인으로 표시된 사실, 다른 권리자가 제출한 등기부등본에 등재된 사실만으로써는 이해관계인이 될 수 없다.

그리고 주택(상가)임차인은 주택(상가건물)의 인도 및 주민등록(사업자등록)을 마친 임차인이면 족하고, 여기에 더하여 확정일자 받은 임차인이거나 소액임차인에 해당하여 우선변제권까지 있을 필요는 없으나, 위 대항요건을 갖춘 임차인이 경매부동산위의 권리자라고 하더라도 그러한 사실만으로 당연히 이해관계인이 되는 것이 아니고 경매법원에 스스로 그 권리를 증명하여 신고하여야 비로소 이해관계인이 된다.¹³⁴⁾

등기 없는 진정한 소유자(예컨대 경매부동산의 명의신탁자)는 이해관계인이 아

131) 대결 1996.6. 7.자 96마548.

132) 대결 2002. 1. 3.자 2001마6073.

133) 대결 1980. 10. 15.자 80마157; 대결 1986. 9. 24.자 86마608 (압류 후 소유권을 취득한 자가 매각허가결정에 대하여 즉시항고하면서 권리증명을 한 사례임)

134) 대결 1999. 8. 26.자 99마3792.

니므로, 소유권회복의 등기를 할 수 있는 확정판결을 가진 자도 이에 기한등기를 갖추고 집행법원에 권리신고를 하여야 이해관계인이 된다.¹³⁵⁾ 이에 해당하는 자로는 ① 법정지상권자, 유치권자, 점유권자, ② 특수지역권자(입회권), ③ 건물등기 있는 토지임차인(민법 622조), ④ 인도 및 주민등록(사업자등록)을 마친 주택(상가)임차인, ⑤ 경매개시결정등기 후에 소유권¹³⁶⁾, 담보권, 용익권을 취득한 자, ⑥ 전세금반환채권·임차보증금반환채권을 압류 및 전부받은 자(전세권자 또는 임차권자도 이해관계인에 포함) 등으로서 권리증명을 한 자이다. 그러나 강제경매신청채권자의 배당금채권을 압류 및 전부받은 자는 경매법원에 권리신고를 하더라도 이해관계인이라 할 수 없다.¹³⁷⁾

2. 改善方案

현행 20톤 이상의 선박, 자동차 등은 민사집행법에 의한 강제집행의 경우에는 이해관계인에게 최고(민사집행법 제253조, 동법 제84조4항, 민사집행규칙 제8조1항 및 2항)를 하도록 하고 있으나, 현행 20톤 미만 소형선박 경우에는 등기대상에서 제외(선박등기법 제2조 참조)되어 있으므로 등기부에 기입된 권리자(민사집행법 제90조 3호)가 아니기 때문에 양도담보권자는 이해관계인으로 되어 있지 않아 집행관은 단순히 유체동산강제집행 절차에 의하여 진행하기 때문에 소형선박 양도담보권자에게는 최고를 하지 않기 때문에 점유개정 방법으로 소유권을 취득한 양도담보권자는 권리보호(민사집행법 제16조, 동법 제86조, 동법 제89조, 동법 제104조 2항, 동법 제116조 2항, 동법 제110조, 동법 제120조, 동법 제129조, 동법 제146조, 동법 제150조 2항 참조)를 받지 못하고 있는 현실이다.

20톤 미만 소형선박에 대한 양도담보권은 현행법상의 공시방법이 없지만 민사집행법에 의한 유체동산의 강제집행은 채권자가 집행기관인 집행관에게 서면으로 집행신청을 함으로서 개시된다(민사집행법 제4조). 이때 채권자는 소형선박인 경우에는 어선원부(부록 4참조)를 첨부하여 강제집행신청을 하고 있다.

어선원부에 등록 및 변경등록, 사유등 기타 란을 살펴보면 소유자 및 양도담보

135) 대결 1991. 4. 18.자 91마141 결; 대결 1994. 9. 12.자 94마1465, 1466.

136) 대결 1964. 9. 30.자 64마525 (전)

137) 서울고법 1990. 7. 20. 선고 90나21485 판결(확정)

권을 기재하고 있다. 비록 현행법상의 공시방법은 아니지만 소형선박은 경제적·재산적 가치가 크기 때문에 집행관은 어선원부에 기재된 소유자 및 양도담보권자에게 반드시 최고 또는 통지를 의무화 하도록 하고 민사집행법 제90조에 의한 이해관계인으로 인정 하도록 하는 제도개선이 필요 하다고 생각한다.



第 5 章 結 論

소형선박에 대한 담보를 위한 유체동산거래실태의 여러 가지 문제와 이에 따른 소형선박에 관한 공시방법의 비교법적 고찰을 통하여 소형선박에 대한 담보권의 확보방안에 대하여 검토해 보았다.

자동차는 자동차등록원부가 있어 공시방법으로서 강제집행을 하는데 있어서도 부동산에 준하여 강제집행이 진행되는데 비하여 20톤 미만의 소형선박은 경제적 가치가 자동차에 비해 고가이지만 현행법상 저당권 등 공시방법을 취할 수 없어 채권자를 위한 보호방안이 미비하나 자동차는 자동차관리법 등에 의해 대항요건이 구비되어 저당권 등을 설정할 수 있고 재산권을 행사하고 있는 반면에 소형선박의 피담보채권은 자동차의 피담보채권에 비하여 대항요건을 구비할 수 없고 저당권설정 등기에서도 불이익을 받고 있는 것이 현실적인 문제이다.

앞서 살펴보았듯이 영국은 소형선박에 대해서는 총톤수가 아닌 선박의 길이를 기준으로 하여 설정하고 있으며, 소형선박에 대한 사법상의 권리관계의 득실변경의 요건으로서의 효력을 인정하고 있지 않기 때문에 저당권을 설정할 수 없다. 반면 일본에서 선박등록과 관련한 근거법으로는 선박법, 어선법 및 소형선박등록법이 있다. 일본에서의 선박법 및 어선법에 근거한 선박등록, 어선등록은 선박운항의 요건으로서의 효력만을 부여하고 있을 뿐, 사법상의 권리관계의 득실변경의 대항요건으로서의 효력은 일본 상법에서 부여하고 있다. 그리고 소형선박에 대해서는 등록과 관련하여 소형선박등록법이라는 개별 법률을 제정하여, 이에 근거하여 소형선박등록을 하도록 규정하고 있다. 이 법에 의하여 총톤수 20톤 미만의 선박에 대하여 선박의 길이 및 마력 등을 기준으로 하여 등록대상 선박을 확정하고 있으며, 소형선박등록의 효력에 대해서는 선박운항의 요건으로서의 효력뿐만 아니라, 사법상의 권리관계의 득실변경의 대항요건으로서의 효력을 동시에 부여하고 있다.

우리나라의 경우에는 선박운항의 요건으로서의 효력은 선박법 및 어선법에서 그 효력을 부여하고 있으며, 사법상의 권리관계의 득실변경의 대항요건으로서의

효력은 상법에서 선박톤수를 기준으로 하여 그 효력을 부여하고 있다는 점에서 일본의 경우와 동일하다. 소형선박의 경우에 우리나라는 소형선박을 총톤수를 기준으로 하여 설정하고 있으며, 특히 소형선박에 대해서는 상법 제745조에 근거하여 사법상의 권리관계의 득실변경의 대항요건으로서의 효력을 인정하고 있지 않으며, 선박법에 근거하여 오로지 선박운항의 요건으로서의 효력만을 인정하고 있다. 이는 선박법상 총톤수 20톤 미만의 선박에 대해서는 행정상의 목적으로 선박등록제도와 유사한 선적증서교부제도만을 규정하고 있기 때문에 재산권 보호를 위한 권리관계를 공시할 수 없는 현실이다.

현행 선박법상 총톤수 20톤 미만의 소형선박은 선박등기법의 적용대상에서 제외되어 저당권설정 등 불가하여 재산권 행사에 권리보호를 받지 못하고 있으며, 오늘날 자본주의 현실 속에서 기업이나 개인이나 경쟁의 필연적인 요소는 자본의 조달에 있다 하겠다. 그러한 자본의 조달을 위해서는 주로 금융기관 등에 의존하게 된다. 이때 채권자는 보다 강력한 변제수단의 확보를 위해 담보를 요구하게 되고, 담보 중에서도 인적담보보다는 물적 담보를 선호 하는 것이 금융계의 오늘날 현실이다. 따라서 우리나라의 경우에도 일본의 경우처럼 소형선박에 대한 공시방법을 법제화함으로써 소형선박 담보권자의 이익을 보호하고, 거래의 안전을 꾀할 필요가 있다고 생각한다.

그러므로 수산업 경영자가 경쟁력을 갖추기 위해서는 소형선박에 대한 등록제도 등 재산권 보호 및 제도개선이 필요하다 할 것이므로, 이하에서 소형선박의 담보권 확보를 위한 입법론을 개진해 보면 다음과 같다.

첫째, 현행 선박등기법 등이 개정되어야 한다. 현행 선박등기법은 등기대상 선박으로 총톤수 20톤 이상의 기선과 범선 및 총톤수 100톤 이상의 부선을 규정하고 있지만 선박계류용, 저장용 등으로 사용하기 위하여 수상에 고정하여 설치하는 부선에 대하여는 적용하지 않는다고 규정하고 있다. 그러나 자동차·항공기 등은 동산임에도 불구하고 그 권리의 득실변경에 등록을 하도록 하여 소유권, 저당권 등을 등록할 수 있는 반면 소형선박의 경우에는 등기대상 적용범위에서 제외되어 사법상 권리변동의 공시방법 없으며, 제2장 4절 사례에서 살펴 본 바와 같이 등기선박 또는 자동차 등은 민사집행법에 의한 강제집행의 경우에는 이해관계인에게 최고를 하도록 하고 있으나, 현행 20톤 미만 소형선박 경우에는 등기

대상에서 제외 되어 있으므로 등기부에 기입된 권리자(민사집행법 제90조 3호)가 아니기 때문에 권리관계 불명확 하고 이해관계인으로 되어 있지 않아 권리보호를 받지 못하고 있는 실정으로 선박등기법 등 개정하여 소유권, 저당권, 임차권을 등기하고 재산권 등을 보호를 받을 수 있도록 선박에 대한 등기법은 개정되어야 한다고 생각한다.

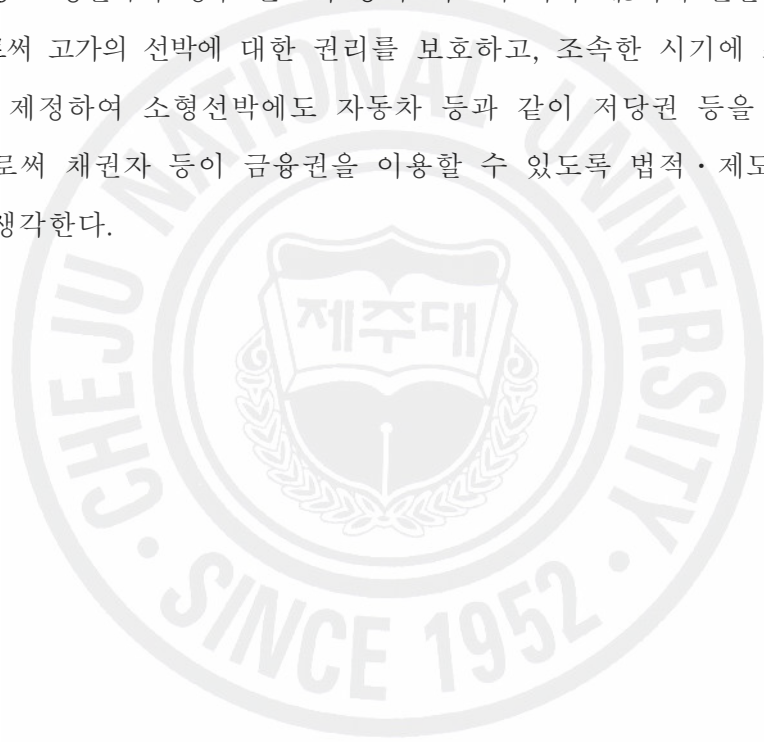
둘째, 가칭 소형선박등록법이 제정되어야 한다. 일본은 소형선박등록과 관련하여 소형선박등록법이라는 개별 법률을 제정하였을 뿐만 아니라 총톤수 20톤 미만의 선박에 대하여 선박의 길이 및 마력 등을 기준으로 하여 등록대상 선박을 확정하고 있으며, 특히 소형선박등록의 효력에 대하여 소형선박등록법에서 선박운항의 요건으로서의 효력뿐만 아니라, 사법상의 권리관계의 득실변경의 대항요건으로서의 효력을 동시에 부여하고 있다. 우리의 경우에는 소형선박을 총톤수를 기준으로 하여 설정하고 있는 점에서 차이가 있으며, 특히 소형선박에 대해서는 상법 제745조에 근거하여 사법상의 권리관계의 득실변경의 대항요건으로서의 효력을 인정하고 있지 않으며, 선박법에 근거하여 오로지 선박운항의 요건으로서의 효력만을 인정하고 있기 때문에 선박소유권 등 많은 문제점이 발생하고 있다. 우리나라도 일본처럼 20톤 미만의 선박에 대해서는 자동차등록과 마찬가지로 소유권을 등록하도록 하여 사법상의 권리관계 득실변경의 대항요건을 부여하고, 소형선박등록법을 조속히 제정할 필요가 있다고 생각한다.

셋째, 소형선박에 대한 상법상의 선박우선평권의 적용이 배제되어야 한다. 현행 선박우선평권은 일정한 법정채권의 채권자가 선박과 그 부속물로부터 다른 채권자보다 자기채권의 우선변제를 받을 수 있는 해상법상의 특수한 담보물권이다. 그런데 선박우선평권은 공시방법이 없고 일반 국민들이 잘 모르기 때문에 불측의 막대한 손실 등 많은 문제점의 발생으로 소지가 많으며, 따라서 선박우선평권 채권의 피담보채권 중 대부분 선원 급여(임금)이며, 소형선박의 경우에는 선주와 선원간의 보험제로 임금을 계산하기 때문에 선박우선평권 적용에서 반드시 배제되어야 한다고 생각한다.

넷째, 소형선박에 대한 양도담보권자는 민사집행법 제90조에 의한 이해관계인으로 인정하도록 제도 개선이 되어야 한다. 20톤 미만 소형선박에 대한 양도담보권은 현행법상의 공시방법이 없지만 민사집행법에 의한 유체동산의 강제집행은

채권자가 집행기관인 집행관에게 서면으로 집행신청을 함으로써 개시된다. 이때 채권자는 소형선박인 경우에는 어선원부를 첨부하여 강제집행신청을 하고 있으므로 이를 참고 하여 현행법상의 공시방법은 아니지만 소형선박은 경제적·재산적 가치가 크기 때문에 집행관은 어선원부에 기재된 소유자 및 양도담보권자에게 반드시 최고 또는 통지를 의무화 하도록 하는 법적 제도개선이 필요하다고 생각 한다.

아울러 주요 국가의 입법례에서 살펴 본바와 같이 소형선박에 대한 공시방법을 참고하여 우리나라에서도 일본의 경우처럼 소형선박에 대한 등록제도 등을 통하여 등록대상 소형선박의 경우 반드시 등록 하도록 하여 제3자에 관한 대항력을 인정하여 줌으로써 고가의 선박에 대한 권리를 보호하고, 조속한 시기에 소형선박법 등 개정 또는 제정하여 소형선박에도 자동차 등과 같이 저당권 등을 행사할 수 있도록 함으로써 채권자 등이 금융권을 이용할 수 있도록 법적·제도적 개선이 필요하다고 생각한다.



參 考 文 獻

I. 國內文獻

1. 單行本

- 곽윤직, 「물권법(제7판)」, 박영사, 2005.
- _____, 「민법총칙」, 박영사, 2002.
- _____, 「채권각론」, 박영사, 2003.
- 강대성, 「민사집행법」, 삼영사, 2003.
- 김상용, 「물권법」, 법문사, 2003.
- 김상수, 「민사집행법」, 법우사, 2005.
- 남동현, 「실무민사집행법(상)(하)」, 동민출판사, 2002.
- 박두환, 「민사집행법」, 법률서원, 2002.
- 박용섭, 「해상법론」, 형설출판사, 1998.
- 손주찬, 「상법(하)」, 박영사, 2002.
- 손창환, 「민사집행법실무연구」, 법률정보센터, 2002.
- 신현기, 「민사집행(실무)」, 법률문화원, 2005.
- 이시윤, 「신민사집행법」, 박영사, 2005.
- 양창수, 「독일민법전(총칙·채권·물권)」, 박영사, 1999.
- 채이식, 「상법(IV),보험법·해상법」, 박영사, 2001.
- 한삼인, 「판례민법(제3판)」, 법률행정연구원, 2003.
- 홍용표, 「민사집행법(각칙)」, 주서출판사, 2002.
- 황동룡, 「채권관리실무(하)」, (주)한국경영법무연구소, 2005.
- 법원행정처, 「법원실무제요 민사집행(Ⅰ)집행총론」, 2003.
- _____, 「법원실무제요 민사집행(Ⅱ)」, 2003.
- _____, 「법원실무제요 민사집행(Ⅲ)동산·채권 등 집행」, 2003.
- _____, 「법원실무제요 민사집행(Ⅳ)보전처분」, 2003.
- _____, 「집행관실무편람」, 2004.

법원공무원교육원, 「민사집행실무(Ⅰ)」, 2002.

수협중앙회, 「정책여신업무방법」, 2005.

2. 論文

강동수, “선박의 등기와 등록제도 일원화에 관한 고찰”, 「한국해법학회지」 제25권 제1호, 2003.

김근우, “양도담보에 관한 연구”, 연세대학교관리과학대학원 석사학위논문, 1999.

김용길, “집합물양도담보에 관한연구”, 성균관대학교대학원 박사학위논문, 2004.

김창구, “양도담보의 법적 구성과 효력”, 경북대학교대학원 석사학위논문, 2004.

김철수, “선박소유권의 이전”, 「한국해법학회지」 제9권 제1호, 1987.

김형석, “강제집행·파산절차에 있어서 양도담보권자의 지위에 관한 연구”, 서울대학교대학원 석사학위논문, 1998.

노종천, “등기와 지적제도의 이원화로 인한 법률문제연구”, 숭실대학교대학원 박사학위논문, 1999.

류재철, “우선변제청구권의 법적 지위에 관한 연구: 강제집행 중심으로”, 동의대학교대학원 박사학위논문, 2001.

박두환, “민사소송제도”, 「법무자료」 제103집, 법무부, 1988.

박용섭, “선박등기제도와 저당권에 관한 연구”, 「해법학회지」, 1986.

박재욱, “등록제도에 관한 현행법 검토”, 「법제」, 1999. 4.

신봉근, “유동집합동산의 양도담보에 관한연구”, 전북대학교대학원 박사학위논문, 2004.

신현기, “유체동산의 압류경합(중복압류)”, 「법무사」, 2001. 6.

심정국, “유체동산의 강제집행에 관한 연구”, 동국대학교대학원 석사학위논문, 2003.

이운철·김진권, “소형선박 등록제도에 관한 비교법적 고찰”, 「한국해법학회지」 제27권 제1호, 한국해법학회, 2005.

유은미, “담보물권에 우선하는 채권에 관한 연구”, 고려대학교대학원 석사학위논문, 2001.

장석조, “집행절차에 있어서의 채무자보호: 민사집회에 관한 제문제(상)”, 「재판자료」 제71집, 법원도서관, 1996.

황경남, “집행계약”, 「재판자료」 제35집, 법원행정처, 1987.

II. 外國文獻

吉野衛, 三宅弘人, 註釋 民事執行法, 第1卷-第4卷, 文唱堂, 1983.

_____, 註釋 民事執行法, 第5卷, 文唱堂, 1985.

_____, 註釋 民事執行法, 第6卷-第8卷, きんざい, 1995.

中野貞一郎, 民事執行法, 第1版(現代法律學全集 23), 青林書院, 1994.

香川保一, 註釋 民事執行法, 第5卷, 金融財政事情研究會, 1985.

藤崎道好, 「海事法規要說(上卷)」, 成山堂, 1970.

日本國土交通省海事局 編, 「海事レポート」, 2002. 7.

海事法研究會 編, 「海事法」, 海文堂, 2003.

松村滕二郎, 「船舶に關する法(1)」, 海事法研究會誌 第181号, 2004. 8.

_____, 「船舶に關する法(2)」, 海事法研究會誌 第182号, 2004. 10.

日本海事廣報協會, 「海事レポート」, 2002, 7.

國土交通省海事局, 「小型船舶の登録等に關する法律案の成立」, 2001. 6.

Hodges, Susan · Hill, Christopher, *Principles of Maritime Law*, LLP, 2001.

Merchant, *Shipping Act*, 1995.

Lennart Hagberg, *handbook on Maritime Law*, Vol. III- A, Vol. III-B, Antwerp, Kluwer, 1983.

附錄

1. 강제집행신청서
2. 양도담보계약서
3. 자동차등록원부
4. 어선원부



제주지방법원

강 제 집 행 신 청 서																							
제주지방법원 집행관사무소 집행관				귀하																			
채 권 자	성 명		주민등록번호 (사업자등록번호)	전화번호																			
				휴대폰번호																			
	주 소				우편번호	—																	
대 리 인	성 명 ()			전화번호																			
	주민등록번호 (-)			휴대폰번호																			
채 무 자	성 명		주민등록번호 (사업자등록번호)	전화번호																			
				휴대폰번호																			
	주 소				우편번호	—																	
집행목적물 소재지		채무자의 주소지와 같음 (※ 다른 경우는 아래에 기재함)																					
집 행 권 원																							
집행의 목적물 및 집행 방법		동산압류, 동산가압류, 동산가처분, 부동산점유이전금지가처분, 건물명도, 철거, 부동산인도, 자동차인도, 기타()																					
청 구 금 액		금	원 (내역은 뒷면과 같음)																				
<p>위 집행권원에 기한 집행을 하여 주시기 바랍니다.</p> <p style="text-align: center;">200</p>																							
<p>※ 첨부서류</p> <table style="width: 100%; border: none;"> <tr> <td style="width: 30%;">1. 집행권원</td> <td style="width: 10%;">1통</td> <td style="width: 30%;">채권자</td> <td style="width: 10%;"></td> <td style="width: 10%;"></td> <td style="width: 10%; text-align: center;">인</td> </tr> <tr> <td>2. 송달증명서</td> <td>1통</td> <td>대리인</td> <td></td> <td></td> <td style="text-align: center;">인</td> </tr> <tr> <td>3. 위임장</td> <td>1통</td> <td></td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> </table>						1. 집행권원	1통	채권자			인	2. 송달증명서	1통	대리인			인	3. 위임장	1통				
1. 집행권원	1통	채권자			인																		
2. 송달증명서	1통	대리인			인																		
3. 위임장	1통																						
<p>※ 특약사항</p> <p>1. 본인이 수령할 예납금잔액 및 채권자에게 지급할금액(입의변제금, 경매대금등)을 본인의 비용부담하에 오른쪽에 표시한 예금계좌에 입금하여 주실것을 신청합니다.</p> <table style="width: 100%; border: none;"> <tr> <td style="width: 50%;"></td> <td style="width: 10%; text-align: center;">채권자</td> <td style="width: 10%; text-align: center;">인</td> <td style="width: 10%;"></td> <td style="width: 10%;"></td> <td style="width: 10%;"></td> </tr> </table> <table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse; margin-top: 10px;"> <tr> <td style="width: 20%; text-align: center;">예 금 계 좌</td> <td style="width: 20%;">개설은행</td> <td></td> </tr> <tr> <td></td> <td>예 금 주</td> <td></td> </tr> <tr> <td></td> <td>계좌번호</td> <td></td> </tr> </table> <p>2. 집행관이 계산한 수수료 기타 비용의 예납통지 또는 강제집행 속행의사 유무 확인 촉구를 2회 이상 받고도 채권자가 상당한 기간 내에 그 예납 또는 속행의 의사표시를 하지 아니한 때에는 본건 강제집행 위임을 취하한 것으로 보고 종결처분 하여도 이의 없습니다.</p> <p>3. 귀사무소 구성원인 집행관은 재위임 절차없이 이 사건을 처리해도 이의 없습니다.</p> <p style="text-align: right;">채권자 인</p>							채권자	인				예 금 계 좌	개설은행			예 금 주			계좌번호				
	채권자	인																					
예 금 계 좌	개설은행																						
	예 금 주																						
	계좌번호																						

포괄근담보

채무자가 채권자(본점·영업점)에 대하여 현재 및 장래에 부담하는 다음 채무
 가. 어음대출, 증서대출, 당좌대출, 어음할인, 지급보증, 매출채권거래, 상호부금거래, 사채인수, 유가증권대여, 외국환거래
 기타 여신거래로 말미암은 모든 채무
 나. 신용카드거래로 말미암은 채무(채무자 이외의 제3자가 담보를 제공한 경우 제외)
 다. 채권자와 제3자와의 위 '가'의 거래에 대한 보증채무
 라. 채권자가 제3자와의 위 '가'의 거래로 말미암아 취득한 어음 또는 수표상의 채무

2. 담보한도액

금	원
---	---

3. 양도담보의 결산기

채권자는 양도담보권 결산기를 정하는 다음의 세 유형 가운데 어느 하나를 설정자가 선택할 수 있음을 설명하였고, 설정자는 에서 정한 날을 결산기로 하기로 합니다.

지 정 형	년	월	일
-------	---	---	---

자동확정형

정하지 아니합니다.
 이 경우 계약일로부터 3년이 경과하면 설정자는 서면통지에 의하여 양도담보권 결산기를 지정할 수 있기로 하되, 그 결산기는 통지 도달일로부터 14일 이후가 되어야 하며, 이에 미달하는 때에는 통지 도달일로부터 14일이 되는 날을 결산기로 합니다. 다만, 5년이 경과할 때까지 설정자의 별도 의사표시가 없는 경우에는 계약일로부터 5년이 되는 날을 결산기로 합니다.

장래지정형

정하지 아니합니다.
 이 경우 계약일로부터 3년이 경과하면 설정자는 서면통지에 의하여 양도담보권 결산기를 지정할 수 있기로 하되, 그 결산기는 통지 도달일로부터 14일 이후가 되어야 하며, 이에 미달하는 때에는 통지 도달일로부터 14일이 되는 날을 결산기로 합니다.

제2조 담보목적물의 점유·보존·관리

- ① 담보목적물(제7조의 갈아 놓거나 새로 들여온 물건을 포함합니다. 이하 같습니다)은 설정자가 채권자의 대리인으로서 점유·사용·보존·관리하며 그 비용을 부담합니다.
- ② 제1항의 경우에, 설정자는 선량한 관리자로서의 주의의무를 다하여 통상의 용도 또는 영업 범위내에서 사용·보존·관리하여야 합니다. 또한, 보관장소·설비·기타 관리방법에 관하여 채권자의 지시가 있으면 설정자는 이에 따라야 하며, 이를 변경하고자 하는 때에는 사전에 채권자의 승낙을 받아야 합니다.

제3조 보험(공제)계약

- ① 설정자는 담보목적물에 대하여 채권보전에 필요한 범위내에서 채권자가 지정하는 종류와 금액으로 채권자를 피보험자로 하여 보험(공제)계약을 맺고, 그 보험(공제)계약에 따른 권리위에 채권자를 위하여 질권을 설정하여 그 보험(공제)증권을 채권자에게 교부하고, 이 계약에 의한 피담보채무가 존속하는 한 이를 계속 유지합니다.
- ② 설정자가 제1항에 의한 보험(공제)계약 외에 담보목적물에 대하여 따로 보험(공제)계약을 맺은 때에는 이를 곧 채권자에게 통지하며, 채권자가 채권보전상 필요에 따라 청구하는 경우에는 그 보험(공제)계약에 관하여도 제1항과 같은 절차를 밟습니다.
- ③ 설정자가 제1항, 제2항에 정하는 바에 따르지 아니함으로써 채권자가 채권보전상 필요한 보험(공제)계약을 설정자를 대신하여 맺거나 계속하고 그 보험(공제)료를 지급한 때에는, 채무자와 설정자는 연대하여 채권자가 지급한 보험(공제)료 기타의 제비용에 대하여 수협여신거래기본약관 제4조에 준하여 곧 갚습니다.
- ④ 제1항 내지 제3항에 의한 보험(공제)계약에 터잡아 채권자가 보험(공제)금을 수령한 때에는, 다른 담보물의 제공 등 상당한 사유가 없는 한, 피담보채무의 기한도래전일지라도, 채권자는 그 수령금으로 수협여신거래기본약관(기업용 제15조, 가계자금용

제14조) 에 준하여 채무의 변제에 충당할 수 있습니다.

제4조 담보목적물의 보존 등

- ① 담보목적물이 멸실·훼손되거나 그릴 염려가 있는 경우에는, 설정자는 그 예방 또는 침해구조를 위한 법적절차를 취하고, 채권자에게 그러한 사실을 통지하여야 합니다.
- ② 담보목적물에 대하여 권리를 주장하는 자가 있거나 법적 다툼이 발생할 경우에 설정자는 권리보전을 위한 법적 절차를 밟아야 합니다.

제5조 다른 담보의 제공

설정자의 책임있는 사유로 말미암아 담보목적물에 대한 채권자의 소유권취득이 무효로 되거나 실효될 염려가 있는 때에는 설정자는 채권자의 청구에 의하여 그에 갈음할 수 있는 다른 담보를 채권자에게 제공합니다.

제6조 담보가치의 유지

제4조 제1항의 경우에는 채권자의 청구에 따라 설정자가 상당액의 물건을 곧 보충하여 채권자에게 양도하기로 합니다.

제7조 담보목적물의 변경

- ① 설정자는 담보목적물의 전부 또는 일부를 갈아 놓거나 또는 새로 물건을 들여올 때에는, 채권자의 승인을 받았으며, 그 갈아놓은 물건이나 새로 들여온 물건에 대하여도 따로 계약할 것 없이 이 계약에 의하여 모두 채권자에게 양도되고 인도를 마친 것으로 합니다.
- ② 담보목적물에 의하여 제조·가공되는 재공품·반제품·완제품·부산물이나 양도물건에 부합된 물건도 당연히 이 계약에 의하여 양도되고, 인도를 마친 것으로 합니다.

제8조 담보목적물의 처분

담보목적물을 법정절차에 의하여 처분하기 곤란하거나 법정절차에 의하여 처분할 경우 채권보전에 지장을 초래할 상당한 사유가 있다고 인정되는 때에는, 채권자는 담보목적물을 일반적으로 인정되는 시기·방법·가격 등에 의하여 처분하고 그 매각대금으로 채무의 변제에 충당하거나, 채무의 전부 또는 일부의 변제에 갈음하여 담보목적물을 취득할 수 있습니다. 이 경우에 채권자는 담보목적물을 처분 또는 취득하기 10일전까지 설정자에게 그 사실을 통지하기로 합니다.

제9조 담보목적물의 인도·대리처분

- ① 양도담보권의 실행을 위하여 채권자가 요구하는 때에는 설정자는 담보목적물을 지체없이 채권자 또는 채권자가 지정하는 자에게 양도합니다.
- ② 양도담보권의 실행을 위하여 채권자가 요구하는 때에는 설정자는 채권자를 대리하여 담보목적물을 처분하고, 그 매각대금이 매수인으로부터 직접 채권자에게 지급되도록 합니다.

제10조 물상대위

담보목적물에 대하여 멸실·훼손 공용징수 기타의 원인으로 제3자에 대한 보험금·배상금·보상금 등의 청구권이 생긴 때에는 다른 담보물의 제공 등 상당한 사유가 없는 한, 피담보채무의 기한도래전일지라도, 채권자는 그 수령금으로 수협여신거래기본약관(기업용 제15조, 가계자금용 제14조)에 준하여 채무의 변제에 충당할 수 있습니다.

제11조 담보목적물에 대한 조사

채권자는 채권보전에 필요한 경우 수시로 담보목적물에 대한 현황을 조사할 수 있으며, 이 경우 설정자는 조사에 필요한 협력을 합니다.

제12조 비용부담

양도담보권의 설정·보전·행사 및 담보목적물의 보존·관리에 드는 각종 비용은 채무자와 설정자가 연대하여 부담하고, 채권자가 대신 지급한 때에는 설정자는 그 지급금에 대하여 수협여신거래기본약관 제4조에 준하여 이를 곧 갚습니다.

제13조 다른 담보·보증약정과 관계

- ① 설정자가 채무자의 채권자에 대한 같은 피담보채무에 관하여 따로 담보를 제공하고 있거나 보증을 하고 있는 경우에는 별도의 약정이 없는 한 그 담보나 보증은 이 계약에 의하여 변경되지 아니하며 이 계약에 의한 담보책임과 별개의 것으로 누적적으로 적용됩니다.
- ② 담보가치의 하락 등을 대비한 채권자의 청구에 의하여 설정자가 같은 피담보채무에 관하여 담보제공과 동시에 같은 금액으로 연대보증을 한 경우, 그 중 어느 하나의 일부 또는 전부를 이행한 때에는 제1항에 불구하고 그 이행한 범위 내에서 다른 책임도 면합니다.

제14조 특약 사항

	설정자	(인)
--	-----	-----

※ 설정자는 다음 사항을 읽고 본인의 의사를 사실에 근거하여 자필로 기재하여 주십시오. (기재예시 : 1. 수령함, 2. 들었음)

1. 수협여신거래기본약관과 이 계약서 사본을 확실히 수령하였습니까?	
2. 위 약관과 계약서의 중요한 내용에 대하여 설명을 들었습니까?	

상 담 자	직 위 :	성 명 :	(인)
-------	-------	-------	-----

양도담보목적물 목록

소	재	지
보관창고명 및 보관장소		
물건	종	별
	수	량
	단	가
	가	액
보험	회	사 명
	종	별
	금	액

<부록:3>자동차등록원부

[별지 제3호 서식]

자동차등록원부(갑)								
발급번호: 제		호		제		면		
자동차등록번호	제주 890-113434	형식승인번호	1-00525-0078-0000	발소등록일	2002-07-20			
차명	카스타			차종	승용자동차			
차대번호	KMXMTE1ZP2U070170	원동기형식	L4CP	용도	자가용			
연식	2002	색상	회색	중치구분	신주차			
최초등록일	2002-07-24	최초접수번호	4911-2002-104736	제작연월일	2002-07-20			
최종소유자	[비밀인(마포로가)]			주민등록번호	551023-1*****			
사용본거지(차고지)	제주특별자치도 제주시 [비밀인] 1024번지 6호							
검사유효기간	2002-07-24 ~ 2006-07-23			주행거리:	등록사항확인일			
점검유효기간				폐쇄일자				
순위번호	사			관		세대주명 및 주민등록번호	등록일자	접수번호
주등록 부기등록								
11	압류등록(압류) 제주도 제주시 교통질서지원사업단 책임보편과태료 (2005-2909W300000) 교통질서지원사업단-10211 육탁일자:2005-05-20						2005-05-20	101268
12	압류등록(압류) 제주경찰서(064-756-9847) 과태료 체납(200572102012040,70000) 교통63310-008192 육탁일자:2005-07-20						2005-07-20	148125
13	행정구역개편에 의한 주소변경 소:제주특별자치도 제주시 삼도일동305번지 66호 용본거지:제주특별자치도 제주시 이도1동1024번지 6호 ** 이하 여백 **							
이 등본은 자동차등록원부(갑)의 기재사항과 상위없음을 증명합니다.								
2006년 09월 29일 서귀포시장 인								

33331-09321비
'96. 10. 4 승인

210mm x 297mm
(보존용지(1종)70g/m²)

<부록:4> 어선원부

(별지 제11호 서식)

조 선 지	전남 목포시	조 선 자	(주)000조선	
진 수 년 월 일	2005년 1월	원 명		
어 선 번 호				
호 출 부 호				
어 선 종 류	동 력 선			
어 선 명 칭	백 두 호			
선 적 항	서귀포시 성산읍			
선 체 재 질				
범 선 의 별 장(m)				
주요 치수 (m)	길 이	11.05		
	너 비	3.18		
	깊 이	1.09		
	총 톤 수 (톤)	6.67		
용 적 (m ³)	폐위장소의 합계용적			
	상갑판 아래의 용적			
	상갑판 위의 용적			
	선 수 루 의 용 적			
	선 교 류 의 용 적			
	선 미 류 의 용 적			
	갑 판 실 의 용 적			
	기 타 장 소 의 용 적			
	제외장소의 합계용적			
	선 수 루 의 용 적			
	선 교 루 의 용 적			
	선 미 루 의 용 적			
	갑 판 실 의 용 적			
기타장소의 용적				
기관의 종류·마력 및 대수	디젤기관 133마력 1대	기관 마력 대	기관 마력 대	기관 마력 대
추진기의 종류와 수	나선추진기 1기	추진기 기	추진기 기	추진기 기
소유자의 성명(법인인 때에는 상호 및 대표자의 성명)주소, 공유인 때에는 각 공유자의 지분율	홍길동			
등록 및 변경등록 년월일	2005년1월20	2005년1월31일	년 월 일	년 월 일
등록 및 변경등록 사유 등 기타	신규	소형어선담보 취득 000수협상호03206-54호(2005.1.25) 설정금액: 일억원 용도:어업인후계자		