

선박우선특권의 준거법에 관한 연구*

- 한국과 중국을 중심으로 -

최 용 철

고려대학교 일반대학원(법학과) 강사

< 목 차 >

- I. 서설
- II. 선박우선특권의 일반
- III. 준거법 적용에 관한 입법례
- IV. 준거법 적용에 관한 문제점 및 개선방안
- V. 결어

I. 서설

기업의 근원은 상(商)¹⁾이고 이는 해상기업도 마찬가지다. 선박은 해상기업의 사업 수단에서 가장 중요하지만²⁾ 그 상용된 선박은 동산이고 바다를 기반으로 항해를 한다는 점에서 국가 간의 이동성이 강하다. 때문에 선박물권에 관한 법률관계는 국가 간의 법률관계를 야기하고 법률을 적용함에 있어 그 규정이 다르다. 선박을 법률적으로 규제할 시 어느 국가의 법률에 따를 것인지의 문제에 직면하게 되므로 적용할 법규부터 확정해야 한다.³⁾ 한국과 중국은 선박저당권⁴⁾에 선적국법을 적용하도록 규

* 투고일 : 2014.5.11, 완료일 : 2014.6.7, 게재확정일 : 2014.6.15

1) 정희철, 商法學原論. 上. 全訂新版, 博英社, 1986, 25면.

2) 정완용, 선박담보법 연구, 경희대학교 출판국, 2005, 208면.

3) 채이식, 스페인 해상법 : 1737년부터 2006년까지, 고려대학교 출판부, 2008, vii면.

4) 선박저당권은 선박의 자산가치를 평가하여 타인으로부터 필요한 자금을 충당하는 것이고 이는 널리 알려진 해상기업의 금융조달방법이기도 하다(나윤수·박홍진, 선박우선특권제도

정하고 있으며 같다.⁵⁾ 선박우선특권(중국은 「해상법」에서 선박우선권으로 규정하고 있으며 이하 선박우선특권으로 통일함)⁶⁾에 법률을 적용함에 있어 한국은 선적국법을 적용하고 있고 중국은 법원소재지 법률(이하 법정지법으로 통일 함)을 적용하고 있으며 양국은 차이를 보이고 있다.⁷⁾ 선박우선특권에 선적국법이든, 법정지법이든 적용함에 있어 일정한 합리성이 있는 것은 사실이나, 어떠한 법률을 적용하든 우선특권자의 이익보호에는 문제점을 가지고 있다. 본 논문은 선박의 이동성으로涉外 요소가 있는 선박우선특권에 한하여 어떠한 법률을 적용하는 것이 합리적인가 관하여 한국과 중국을 중심으로 서술한다.

II. 선박우선특권의 일반

1. 의의

선박우선특권은 항해안전, 항운업발전에 의의가 있고 선박의 운항함에 있어 발생하는 특정한 채권자들을 보호하기 위한 제도이고 정책적인 성향이 깊다. 대체로 선박에 관한 일정한 채권에 대하여 채권자가 다른 채권자보다 우선하여 변제를 받을 수 있는 특수한 담보권으로 이해되고 있다. 선박우선특권에 관한 각국의 국내법은 약간씩의 차이는 있지만 그 내용·효력여하에 따라서 같은 해운금융의 수단인 선박저당권의 활용을 저해할 소지는 충분히 안고 있다.⁸⁾ 이에 따라 선박저당권자의 지위 보호를 위하여 그 규정내용에서 피담보채권을 법정채권으로 제한하고 합리적으로 조

에 관한 고찰, 원광법학 제15권, 원광대학교 법학연구소, 1998, 59면 참조; 정선철, 박금음상 담보제도와 채권회수에 관한 법적 소고, 한국해법학회지 34권2호, 한국해법학회, 2012, 203면 참조).

- 5) 한국 국제사법 제60조 [해상] 해상에 관한 다음 각 호의 사항은 선적국법에 의한다. ① 선박의 소유권 및 저당권, 선박우선특권 그 밖의 선박에 관한 물권. ② 선박에 관한 담보물권의 우선순위. ③ 선장과 해운의 행위에 대한 선박소유자의 책임범위. ④ 선박소유자 용선자 선박관리인 선박운항자 그 밖의 선박사용인이 책임제한을 주장할 수 있는지 여부 및 그 책임제한의 범위. ⑤ 공동해손. ⑥ 선장의 대리권. 중국 「해상법」 제271조 [저당권의 적용범위] 선박저당권은 기국법을 적용한다. 선체용선기간 이전에 또는 선체용선기간 내에 선박저당권을 설정한 경우, 그 저당권에 대하여는 그 선박의 등록국의 법률을 적용한다.
- 6) 중국 「해상법」 제2장 제3절에서 “선박우선권(船舶優先權)”으로 규정하고 있다.
- 7) 한국 국제사법 제60조, 중국 「해상법」 제272조 [우선특권의 적용범위] 선박우선특권은 사건을 심리하는 법원의 소재지 법률을 적용한다. 한국 상법은 이에 대하여 규정하지 않았다.
- 8) 金亨道, 우리나라 船舶擔保制度의 發展方向, 海運産業研究院, 1988, 12면.

정하는 데 중점을 두고 있기⁹⁾도하다. 선박우선택권은 영미법 대물소송¹⁰⁾의 영향을 받은 것으로 선박자체를 의인화하여 선박이 사고를 야기한 주체로서 직접적인 책임을 부담한다는 관념에서 인정된다.¹¹⁾

2. 입법취지

선박우선택권의 입법사유는 종래 선주책임제한제도에서 찾고 있다.¹²⁾ 만일 채무자인 선주가 무한책임을 진다고 하면 해사에 관한 채권자도 육상재산을 포함한 선주의 모든 재산으로부터 변제를 받을 수 있으므로 다른 채권자에 비하여 특별히 보호할 필요가 없을 것이다. 그러나 종래의 이른바 선주책임제한제도에 의하여 선주의 책임은 선박톤수를 기준으로 한 일정금액에만 한정되기 때문에 해사채권자는 이 한도에서만 청구할 수 있다. 이는 육상채권자의 경우와 균형을 잃은 결과로 된다.¹³⁾ 따라서 양자에 공평을 갖추기 위하여서는 해사채권자에 대한 특별한 보호가 요청되었다. 이에 부수하여 해사채권자의 공동의 이익으로 된 채권 및 공익상 필요한 채권 등에 선박우선택권을 부여하여 별도로 보호하고¹⁴⁾ 이 선박우선택권을 가지는 채권자를 선박채권자라고도 하며 선박저당권자는 여기에 포함되지 않는다.¹⁵⁾ 현재 선박우선택권의 입법사유는 각각의 채권에 대하여 개별적으로 찾는 것이 타당하다고 하며 이를 굳이 통일적으로 설명할 필요는 없다(선박이 채무자 가해자라는 관념).

3. 국제성

선박이라는 목적물은 특성상 등기를 공시방법으로 하는 점에서 부동산과 같으나

9) 송상현·김현, 海商法原論 / 第4版, 博英社, 2008, 180면; 李璐玲, 船舶優先權法律適用爭議之新辨, 中國海洋大學學報(社會科學版), 首都經濟貿易大學法學院, 2012年04期, 21면.

10) 영미법계의 대물소송은 목적물의 소유자가 법정에 출석을 하지 않은 경우 채권자가 채권을 변제받음에 있어 목적물로 제한을 받는다는 단점이 있다(賀萬忠, 國際海事訴訟管轄權問題研究, 世界知識出版社, 2008, 171-172면).

11) 김인현, 海商法 / 제3판, 法文社, 2011, 398면.

12) 金亨道, 앞의 책, 13면; 전우현, 海商법, 동방문화사, 2009, 58면; 나승성, 海商법개설 / 개정1판, 한국학술정보, 2009, 141면.

13) 김현, 개정상법상의 선박우선택권에 관한 연구 (상), 사법행정 33권11호, 한국사법행정학회, 1992, 47면.

14) 송상현·김현, 앞의 책, 180면.

15) 정희철, 앞의 책, 232면.

일정한곳에 고정되어 있는 것이 아니고 동산이라는 이유로 세계각지의 항해가 가능하다. 해상기업이 선박을 상업에 사용함으로써 선박은 항시 어느 국가에서 다른 국가로의 항해를 전제로 한다.¹⁶⁾ 이에 그 법률적인 규제에 있어서도 서로 다른 국가의 법률에 직면한다. 선박을 법률적으로 규제할 시 어느 국가의 법률에 따를 것인지의 문제에 직면하게 되므로 적용할 법규부터 확정해야 한다.¹⁷⁾ 세계 각국의 선박담보제도는 그 연원이 있으나 그의 성립과정이 각각 다르며¹⁸⁾ 선박우선특권과 선박저당권은 세계 각국에 따라 상이하다.¹⁹⁾ 때문에 선박의 국제간 항해에 따른 여러 가지涉外적인 법률문제를 야기하는 경우가 많다.²⁰⁾ 해상기업은 자기의 선박을 이용하여 영리활동을 전개하는 과정에서 부담하는 각종의 해사채무를 담보하기 위하여 특정선박에 담보권을 설정하게 된다. 이에 따르는 각국의 국내법에 서로 다른 종류의 채권에 선박우선특권을 부여하고 각 채권 사이에 서로 다른 순위와 효력을 인정하게 된다. 그러므로 기존의 선박우선특권자, 선박저당권자 및 기타 해사채권자는 선박의 항해가 계속됨에 따라 채권확보에 있어 극기 불안정한 상태에 놓이게 된다. 더욱 심각한 것은 선박에 각종의 담보물권이 존재할 때 그 법률을 적용함에 있어도 상당히 복잡하다는 것이다. 이처럼 선박담보물권의 국제성은 법률적용의 통일성 및 예측가능성

16) 선박의 세계각지의 이동성을 감안할 때 환가가 용이하다. 이는 세계를 대상으로 매수인을 찾을 수 있기 때문이다. 이에 국제적인 선박경매시장도 존재하고 표준적인 시가를 알 수도 있으며 더욱이 로이드 선급협회가 발행하는 선급정서, 선박명세서 등이 있기 때문에 선박의 매매가 용이하다(최동현·최재선, 1993년 船舶優先特權·抵當權 協約 受容方案, 海運産業研究院, 1994, 10면). 더 나아가 각각의 국가에서 선박안전법 등과 같은 안전법규에 따라 정기적으로 선박검사를 수검하고 있는 점도 선박의 환가를 높이는 요인이 될 것이다.

17) 채이식, 앞의 책, 2008, vii면.

18) 배병태, 船舶擔保物權에 관한 比較法的 研究, 延世大學校 大學院, 法學科, 碩士學位論文, 1972, 235면.

19) 이 같은 선박담보제도에 관한涉外문제를 해결하기 위한 국제협약으로는 「선박우선특권·저당권에 관한 약간의 규칙통일을 위한 국제협약(Maritime liens and mortgages, 1926)」(이하 「1926년 국제협약」이라 함, 동 협약은 1926년 4월 10일 채택되어 1931년 6월 2일 발효)이 있다. 이는 「1967년 국제협약(International Convention on maritime liens and mortgages, 1967)」(동 협약은 1967년 5월 27일 채택되어 1987년 5월 12일 발효)과 「1993년 국제협약(International Convention on maritime liens and mortgages, 1993)」(동 협약은 1993년 5월 6일 채택되어 2004년 9월 5일 발효)으로 개정된바 있다(CMI, Yearbook 2010 Annuaire, pp. 576, 604, 681). 한국은 이 협약을 비준하지 않았으나 「1926년 국제협약」의 내용을 거의 그대로 국내법(「상법」)에 수용하여 규정하고 있다가, 1991년 상법개정 시에 「1967년 국제협약」의 내용을 대폭 수용하였다(김인현, 앞의 책, 399면). 중국 또한 「해상법」을 제정하면서 「1967년 국제협약」을 수용하였으며 이를 기초로 제정한 「1993년 국제협약」과 그 내용과 대부분 동일하다(孫光, 論修船人在船舶扣押後的船舶留置權, 第二屆廣東海事高級論壇論文集, 大連海事法院, 2008, 335면).

20) 이기수·최병규·김인현, 保險·海商法 / 第8版, 博英社, 2008, 621면.

을 요구한다. 국제항해에 따른 담보물인 선박가액의 변동은 담보권자를 위한 추가적인 보호수단이 필요하게 한다. 한국과 중국에 한정하여 보면 선박저당권은 선적국법을 적용하여 그 통일성을 찾을 수 있다고 하나 선박에는 선박저당권만 존재하는 것이 아니고, 하나의 선박에는 선박우선평특권도 동시에 존재할 수 있으며, 이에 대한 법률의 적용도 배제 하여서는 아니 된다. 선박우선평특권의 경우 한국은 선적국법을 적용하고(「국제사법」 제60조) 중국은 법정지법을 적용한다(「해상법」 제272조). 선박우선평특권의 경우에 중국의 채권자보다 한국의 채권자들은 외국적 요소가 개입된 사건에서 적용할 법률에 의하여 불안정한 지위에 놓여있다고 할 수 있다.

III. 준거법에 관한 입법례

1. 국제협약

선박의 강제경매에 관하여 「1993년 국제협약」은 제11조에서 그 절차규정을 비교적 상세하게 규정하고 있다. 특정선박의 담보권이 시행되는 때에는 협약에 정해진 절차규정과 선박을 경매하는 체약국의 법률(재판지법)을 우선적으로 적용한다.²¹⁾ 선박의 강제경매 시에 선박소유자와 담보권자의 이익을 보호하기 위하여 일정한 범위 내에 통지의무를 부과하고 있다. 선박을 강제경매 함에 있어 체약국의 권한 있는 기관은 적어도 강제매각 30일 이전에 통지하여야 한다(동 협약 제11조 제2항). 통지를 받을 수 있는 자들은 선박등기국의 등기기관, 등기를 마친 모든 선박저당권자, 무기명식으로 등기된 경우에는 권한 있는 기관에 채권의 통지를 한 모든 선박저당권자 및 선박우선평특권자, 등기된 선박소유자에게 통지하여야 한다(동 협약 제11조 제1항). 통지의 내용으로는 경매일시와 장소, 경매실행기관, 강제매각에 관한 내용 등이 있다. 강제경매일시 및 장소가 확정될 수 없는 때에는 잠정 일시 및 예정 장소, 그리고 어느 체약국의 경매절차를 실행하게 될 것을 통지를 한다. 그 후 강제경매에 대한 통지를 알 수 있다면 적어도 강제경매일의 7일 전에 확정된 일시와 장소를 추가로 통지한다(동 협약 제11조 제1항). 선박이 강제매각 된 경우 선박매수인이 인수한 부담을 제외한 선박담보물권은 당해담보선박에서 소멸된다(동 협약 제12조 제1항). 선박매수인은 신등기 등을 위한 등기말소증명서의 발행을 요구할 수 있다(동 협약 제12조 제5항).

21) 최동현·최재선, 앞의 책, 83면.

2. 영국

영국을 포함한 EU 가입국은 Rome I Regulation(Contractual Obligation에 대한 것)과 Rome II Regulation(Non-Contractual Obligation에 대한 것)이 적용되나, 해상에 관한 특별한 규정은 없다. 따라서 일반 규정에 의하여 처리되고 선적국법 보다는 밀접한 관련이 있는 국가의 법, 불법행위에 의한 손해가 발생한 장소에 속한 법이 더 중요한 것으로 고려된다는 취지가 있는²²⁾ 반면에 영국은 선박우선평의 성질을 절차성의 권리로 인정하고 있으며 법정지법을 적용한다는 취지도 있다.²³⁾

3. 미국

미국의 경우는 선박의 국적이 매우 중요한 요소인 것으로 인정한다는 해상과 관련한 대표적인 연방대법원 LAURITZEN V. LARSEN²⁴⁾ 판결이 있으며, 판결에 따르면 불법행위지, 피해자의 소속 국가 또는 주소지, 피고인 선주의 소속국가, 계약체결지, 외국법정을 이용하기 어려운 점 및 법정지의 법, 선적국법을 합하여 7개의 요소가 중요하다.

4. 일본

일본의 경우는 국제사법으로 “법의 적용에 관한 통칙법”이 있으나 해상에 관한 규정이 별도로 있는 것은 아니다. 따라서 판례나 학설에 의하여 해결을 하고 있다.²⁵⁾ 판례에 의하면 선박우선평의 성립 여부나 순위에 대하여 선적국법이 아닌, 절충설(피담보채권 자체의 준거법에 의하여 인정되는 동시에 기국법에 의하여도 인정되어야 선박우선평의 성립이 인정되며, 순위는 기국법에 의하여야 한다는 견해)과 법정지법설이 대립하고 있다. 선적국법을 택하지 아니한 이유는 선박의 이중국적의 경우 및 선적국법의 내용을 파악하는 것이 용이하지 않으므로 신속을 요하는 우선평 제도에 반하는 데 있다는 취지가 있다.²⁶⁾ 그러나 선박소유자의 책임제한의 준거법에

22) 서동희, 선적국법주의의 타당성, 국제사법연구 17권0호, 한국국제사법학회, 2011, 400면.

23) 週後春·屈廣濤, 앞의 글, 55면

24) LAURITZEN V. LARSEN, 345 U.S. 571, 73 S.Ct. 921, 97 L.Ed. 1254.

25) 서동희, 앞의 글, 399-400면.

26) 정병석, 섭외사법 개정법률안의 검토 해상, 국제사법연구 6권0호, 한국국제사법학회, 2001,

관하여 이척주의(책임제한의 준거법을 채무발생의 원인의 준거법과 별개로 독자적인 준거법 결정 원칙에 따라 결정하여야 한다는 견해)를 취하고 있으며, 이척주의 입장에서 법정지법설이 가장 유력하며 법정지법을 취하고 있다고 한다.²⁷⁾

5. 소결

선박우선평권의 준거법에 관한 대표적인 해운 국가들의 입법례를 위와 같이 살펴 보았다. 국제협약의 경우 특정선박의 담보권이 시행되는 때에는 협약에 정해진 절차 규정과 선박을 경매하는 계약국의 법률(재판지법)을 우선적으로 적용한다. 영국의 경우는 선박우선평권에 준거법에 비록 선적국법 보다는 밀접한 관련이 있는 국가의 법, 불법행위에 의한 손해가 발생한 장소에 속한 법이 더 중요한 것으로 고려된다는 취지가 있는 반면에 영국은 선박우선평권의 성질을 절차성의 권리로 인정하고 있으며 법정지법 취지도 있으며 선박우선평권에 법정지법을 적용하는 것으로 이해된다. 미국의 경우는 선적국법을 단지 7가지 요소 중 하나의 관련요소로 보고 선박우선평권에 선적국법을 적용한다는 명확한 견해도 없다. 생각건대 선적국법은 단지 7가지 요소 중의 하나이므로 선박우선평권에 선적국법을 적용하는 것은 소극적일 것이다. 일본의 경우도 선박우선평권에 준거법에 관하여 명확하게 규정하고 있지는 않으나, 이척주의 입장에서 법정지법설이 가장 유력하며 법정지법을 취하고 있다. 이처럼 한국 및 중국과 같이 선적국법을 적용하거나 법정지법을 적용한다고 명확하게 규정하지는 않았다. 하지만 선박우선평권에 선적국법을 적용하는 것보다는 중국과 같이 선박우선평권에 법정지법을 적용할 것이라는 취지가 돋보인다.

IV. 준거법의 문제점 및 개선방안

1. 문제점

선박은 부동산과 달리 일정한 곳에 고정되어 있는 것이 아니고 동산이라는 이유와 바다라는 특수한 무대를 기반으로 항해를 한다는 점에서 그 이동성은 비교적 강

454-455면; 정해덕, *선외사법 개정법률안의 검토 -해상-*, 국제사법연구 6권0호, 한국국제사법학회, 2001, 417면.

27) 서동희, 앞의 글, 399-400면.

하다. 따라서 세계각지의 항해로 선박은 국가 간의 법률관계를 야기하고 법률을 적용함에 있어 그 규정이 다르다. 선박담보물권의 법률관계에 통일성을 갖추기 위하여 앞서 살펴본바와 같이 「국제협약」이 있다. 하지만, 국제사회의 대다수 국가는 자국의 사회·경제·문화의 차이로 그 통일성을 기하기에는 어렵고 「국제협약」의 체결 국 수는 제한적이며 선박담보물권의 법률적용에 있어도 통일성을 이루지 못한다. 국가 간의 법률관계를 야기하면 우선적으로 재판관할²⁸⁾권의 확정이 불가피하고 선박우선택권의 법률적용의 문제가 발생한다. 재판관할권이 확정되면 관할권을 가지는 하나의 국가(법원)에서 안건을 접수하고 안건에 대하여 준거법을 확정하고 그 준거법에 따라 재판을 한다.

선박우선택권은 선박에 관하여 생긴 법정책권의 담보를 위하여 채권자는 선박 및 그 속구로부터 다른 채권자보다 우선하여 변제를 받을 수 있는 해상법상의 특수한 담보물권이다. 법률적용에 있어 각각의 국가마다 선박우선택권의 피담보채권, 목적물, 변제순위 등에 차이가 있다. 한국은 선적국법(「국제사법」 제60조)을 적용하고²⁹⁾ 중국은 법정지법을 적용(「해상법」 제272조)하며 양국은 차이가 있다.

한국과 같이 선박우선택권에 선적국법을 적용하는 경우 선박담보물권자는 피담보채권의 예측가능성을 제공하여 합리성은 찾을 수 있다. 하지만 선적국법의 적용으로 그 선기를 연결점으로 본다고 할 때 선박의 판매로 선기가 변경이 가능하다는 점을 고려하면 피담보채권자에 예측하지 못한 손해를 조성할 수도 있다. 또한, 선박우선택권에 인정해주는 피담보채권은 각각의 국가마다 다르므로 우선택권의 발생여부를 확인함에 있어 어려움이 있다. 선박은 동산이라는 이유로 세계각지의 항해가 가능하고 여러 국가에서 선박우선택권이 발생 할 수 있다. 따라서 선박톤세, 도선료, 입항

28) 해상기업은 바다라는 특수한 무대를 기반으로 영리활동을 하므로 국제상사분쟁의 발생은 불가피하며 국제상사분쟁은 통상 당사자 간의 합의에 따라 해결되지만 그 중 일부는 법적수단에 의거하여 해결된다. 전자의 예로는 청구권의 포기(waiver of claim), 화해(amicable settlement), 알선(intercession, recommendation) 등이 있고 후자는 예로는 조정(conciliation, mediation), 중재(arbitration) 및 소송(litigation)이 있다. 국제상사분쟁이 생기면 당사자의 최대의 관심사는 먼저 어느 나라의 법원에서 문제를 처리하는지이다. 외국에서 재판을 할 경우에는 자국민에게 유리한 판결(home town decision)이 될 우려가 있고 제비용과 경비는 어느 정도일지를 예측하기 어려우며, 의사소통 등의 문제가 있기 때문이다. 그리고 재판지의 소송절차, 외국판결의 승인과 집행, 국제적 소송경합 내지 판결의 저촉(conflict of laws) 등도 문제된다(최준선, 國際去來法 / 제7판, 三英社, 2012, 371면).

29) 대법원은 당사자 간의 중재약정이 있음에도 선박우선택권에 기하여 곧바로 법원에 선박경매를 신청하는 것은 관할이 없는 법원에 제기된 부적법한 신청으로서 각하되어야 한다고 판시(대판 1983. 8. 1, 82마카77; 대판 1993. 10. 5, 93마621)하고 있으므로 대법원의 입장이 변경되지 아니하는 한 선박우선택권에 기한 선박경매 시에는 중재약정의 존재여부를 반드시 확인할 필요가 있다(나윤수, 선박집행 -선박저당권의 실행을 중심으로-, 기업법연구 제 11집, 한국기업법학회, 2002, 183-184면).

세관련 채권을 가진 채권자는 선적국법을 적용하는 경우 선적국법을 명확하게 알지 못하는 상황이 발생하고 채권자로서는 채권을 변제받음에 있어 일정한 부담을 조성한다.³⁰⁾ 중국과 같이 법정지법을 적용하는 경우 법관이 안건을 심리함에 있어서는 아주 편리 할 것이다. 하지만, 기타 선박담보물권자에는 피담보채권의 예측가능성을 배제한다는 단점이 있고, 이에 따라 선박저당권의 설정에 상당한 영향을 미칠 것이다. 해상기업은 물론이고 저당권자에게도 결코 유익하지 못하다. 또한, 선적국에서 인정하는 선박우선특권을 부정하는 상황도 발생하며, 선적국의 선박우선특권자에게 불합리하다.³¹⁾ 이러한 다양한 권리당사자의 보호를 위하여 중국도 선박우선특권에 선적국법을 적용해야 한다는 견해가 있다.³²⁾ 하지만 필자는 이에 생각이 다르며 아래 개선방안에서 살펴보도록 하겠다.

2. 개선방안

선박우선특권에 법률을 적용함에 있어 선적국법을 적용하는 국가가 비교적 많다.³³⁾ 아래에서는 한국은 취하는 선적국법과 중국이 취하는 법정지법을 나누어서 살

30) 沈四寶, 論船舶優先權, 對外經濟貿易大學, 國際法學, 博士學位論文, 2006, 106면.

31) 2001년 8월 28일 청도해사법원이 한국국적 선박“한주”를 세제분쟁으로 압류하였다. 그 후 2001년 10월 18일자로 12월 12일에 선박을 경매할 것을 결정하였다. 이는 10월 25일에 공지를 공포하였으며 그 내용은 선박관련 채권자는 공지 일부터 60일 이내 채권등기를 하는 내용이다. 공고 후 공고기간 내에 원고(한국선원)는 청도해사법원에 채권등기 신청으로 하였다. 동 사건에서 중국은 「해상법」 제272조의 규정에 의하여 법원소재지의 법률을 적용하여 중국 법을 준거법으로 하였다. 원고의 주 채권은 퇴직금이었으나 퇴직금은 고용계약으로 발생한 것이지 원고가 선박에 노무를 제공한 것과 직접적인 관계가 없으므로 원고의 퇴직금채권은 우선특권이 아니라고 청도해사법원은 부정하였다. 동 사건은 실질적으로 원고, 피고는 모두 한국인이고 쌍방당사자간의 권리의무관계는 한국에서 발생했고 한국이 제일 밀접한관계가 있다고 보아야 한다. 한국의 경우 퇴직금은 임금에 포함되어 있고 당연히 우선특권이 인정되어야 할 것이고, 중국이 선박우선특권에 법원소재지의 법률을 적용하여 한국에서 향유 할 수 있는 선박우선특권을 배제했으며 최종적으로 합리적이지 않다는 견해가 있다(謝新勝, 船舶優先權的法律適用規則, 華中農業大學學報(社會科學版), 武漢大學國際法研究所, 2006年05期, 77면).

32) 週後春·屈廣濤, 앞의 글, 59면.

33) 선박물권에 선적국법을 적용하도록 규정하고 있는 국가는 한국을 포함한, 스페인, 스위스, 포르투갈, 이탈리아, 네덜란드 등이 있다. 한국 「국제사법」 제60조, 스페인 「민법」 제10조 제2항 “선박에 설립된 어떠한 권리든 선적국법을 적용한다.”, 스위스 「해사법」 제259조 “섬외 선박우선특권, 선박저당권과 선박에 대한 기타권리는 선박등기국법을 적용한다.”, 포르투갈 「상법」은 선박우선특권, 선박저당권과 선박에 대하여 주장하는 권리는 선적국법을 적용한다. 이탈리아 「항해법」 제6조 “선박소유권, 선박물권과 담보물권은 선적국법을 적용한다.”, 네덜란드 「해사중재법」 제2조 “선박소유권과 선박물권 혹은 물권이 발생한 선박의

펴본다.

1) 선적국법의 적용

(1) 선기는 하나의 연결점

선적국법을 적용하는 것은 법률의 선택에 있어 선기는 하나의 연결점이다. 선적국법을 적용함에 있어 선기는 선박의 국적을 표현하고 그 국가의 법률이 동 선박에 법률관계에 적용된다. 선적국법은 법률을 적용함에 있어 명확하고 편리하다. 다만, 선박 및 해상법률관계에 유효한 관할권이라는 의미는 아니다.³⁴⁾

현재 대다수의 국가는 선적국법을 적용 법률로 하고 있다. 한국은 국제사법 제60조에 의하여 선박우선특권에 선적국법을 적용하고 있다. 법률규정에 의하면 선기의 변화에 따라 그 선박의 적용 준거법이 변하는 것이다. 따라서 선박우선특권에 선적국법을 적용하는 것은 선박소유자가 선기의 변경함에 따라 선박우선특권도 변하므로 선박우선특권자의 권리의 이익에 보호가 불안정하다. 또한, 선박우선특권은 비공시성으로 등기의 공시방식을 하고 있는 선박저당권에 비해 더 불리하다. 다만, 선적국법을 적용하는 것은 그 선기가 명확하고 선기를 변경하지 않은 한 선박소유자는 물론 기타 선박담보물권자에도 일정한 예측가능성을 제공하는 점은 이점으로 볼 수 있다. 중국은 「해상법」 제272조는 선박우선특권에 법정지법의 법률을 적용하고 있으며 선기의 변화로 적용 법률이 변하는 것은 아니다. 그러나 법정지법을 적용하는 것은 매 사건의 관할 법원에 따라 적용 법률이 다를 수도 있으며 선적국법을 적용하는 경우보다 선주에 대하여서는 그 변동성은 더 크다. 뒤에서 살펴보겠지만 영미법계나 대륙법계나 모두 선박을 압류하면 반드시 선박우선특권의 행사 절차를 거치고 모두 선박의 압류를 통하여 관할권을 취득한다. 따라서 중국이 선박우선특권에 법정지법을 적용하도록 규정하고 있는 것은 법원이 사건을 심리함에 있어 편리함을 제공할 것이다.

(2) 선적국법의 적용효과

모든 문제는 선적국법을 적용한다.”등의(週後春, 論船舶留置權的法律適用, 廣州大學學報(社會科學版), 廣州大學法學院, 2007年05期, 28면 참조) 규정들을 살펴볼 때 선박물권은 선적국법을 적용한다.

34) 李璐玲, 앞의 글, 23면.

우선 선적국법을 적용하는 것은 거래의 안전을 보호 하고 선박의 매매와 용자관계의 발전을 촉진한다. 이유는 매수인과 저당권자는 선적국법을 적용한다는 근거로 선박우선평특권으로 부담되는 채권을 명확하게 예측할 수 있기 때문이다. 또한, 선적국법을 적용함에 있어 채권자는 적용준거법 예측이 가능하고 자산이 향유하는 변제순위의 확인이 가능하다. 더 나아가 선박우선평특권과 선박저당권은 모두 담보물권이고 서로 다른 준거법을 적용할 근본적인 이유가 없다. 다만, 선기의 변경이 가능하다는 원인으로 서로 다른 준거법을 적용할 이유가 있다는 견해가 있다.³⁵⁾ 선박은 다수의 국가 간의 물품교역에 이용되는 운송도구이고 이러한 운송도구에 선적국법을 적용하는 것은 그 채권의 발생과 밀접한관계가 아닐 수도 있다는 지적도 있다.³⁶⁾ 선기는 단지 관련요소 중 하나인 연결점에 불과하다.³⁷⁾ 밀접한 관계의 원칙³⁸⁾으로 선박우선평특권에 법률을 적용하는 경우 피담보채권의 발생과 밀접한 법률을 적용하는 것이 된다. 이는 피담보채권자의 이익을 보호함에 합리적일 수 있으나 법적 안정성을 기하기 어렵다는 큰 문제점이 발생한다. 그 외에 선박우선평특권의 입법원인 또는 공익·공평의 목적이든, 선박운항의 안전과 효능 및 피해자의 보호를 위해서이든 모두 선박저당권이 구현하는 공공정책과는 다르다. 이러한 공서(公序)적인 특징 하에 법정지법을 적용하도록 할 이유일수 있다.

2) 법정지법의 적용

(1) 법적성격으로 인한 구분

35) 李璠玲, 앞의 글, 24면.

36) 謝新勝, 앞의 글, 78면.

37) *Gulf Trading v. Hoegh Shield* 사건의 판결에서 선박우선평특권과 연결되어 있는 각종 필요요소를 고려하여 나열 하였다(*Gulf Trading & Transp. Co. v. Vessel HOEGH SHIELD*, 658 F.2d 363, 367, 5th Cir. 1981). 나열한 요소에는 *Lauritzen v. Larsen* 사건의 판결에서 "선기"는 단순히 7개의 관련요소중의 하나라는 것을 포함하고 있다(7개의 관련 요소는 각각 1. Place of the Wrongful Act, 2. Law of the Flag, 3. Allegiance or Domicile of the Injured, 4. Allegiance of the Defendant Shipowner, 5. Place of Contract, 6. Inaccessibility of Foreign Forum, 7. The Law of the Forum 이다(LAURITZEN v. LARSEN, 345 U.S. 571, 73 S.Ct. 921, 97 L.Ed. 1254).).

38) 밀접한 관계의 원칙으로 관련요소들을 나열하여 판결함에 있어 그 결함으로는 다수의 법관이 주관의지가 강하다. 다만, 이러한 요소로 법률을 적용하는 것은 당사자들에게 더욱 공평하고 합리적인 적용을 추구하는데 있다. 계약 혹은 불법행위의 영역에서는 영미법계, 대륙법계의 다수국가들이 수용하는 추세이다(韓德培, 國際私法 / 第二版, 高等教育出版社, 2007, 51면).

영미법계의 국가에서 선박우선평권의 성질을 절차성의 권리로 인정하고 있다. 이는 대물소송에서의 산물(産物)이다. 1980년 영국의 Bankers Trust v. Todd Shipyards(The Halcyon Isle) 사건에서 3대 2의 다수결로 판결하였으며 선박우선평권을 일종의 구제조치로 인정하였다.³⁹⁾ 이는 절차성의 권리임을 식별할 수 있고 법정지법의 적용으로 영국 법을 적용하였다. 다만, 이러한 적용에 영국자체에서도 비판의 견해가 있었다. 즉, 선박우선평권을 절차성의 권리로 인정하는 것은 외국해사법원이 선박우선평권을 실체성의 권리로 인정하여 준거법으로 하는 추세에 하나의 날카로운 대립을 형성한다는 견해⁴⁰⁾와 선박우선평권을 절차성의 권리로 인정한 것은 실체상의 특징을 경시한다는 것으로 대물소송은 단지 권리의 실현의 수단이고 이러한 수단의 실현에 있어 채권자는 실질적으로 채무자에 자신의 이익을 요구하는 것이다.⁴¹⁾

영미법계의 이론체계는 대륙법계와 달리 물권이 존재하지 않는다.⁴²⁾ 그러므로 영미법계는 선박우선평권에 대하여 담보의 성격으로 인식하고 있다. 대륙법계인 한국, 중국은 선박우선평권을 담보물권으로 인정하고 있다. 이러한 차이로 선박우선평권의 법적성격을 판단함에 있어 영미법계와 대륙법계는 불일치가 존재하는 것은 아니다. 다만, 절차성문제에 절대적으로 법정지법을 적용해야 하는지의 관점에서 보면 이론과 실적용에 있어 큰 변화를 가져온 것은 아니다. 중국은 선박소유권과 선박저당권은 선적국법을 적용한다고 규정하고 있으나 선박우선평권은 절차성의 권리를 근거하여 「해상법」 제272조에서 선박우선평권을 법정지법을 적용하도록 규정한 것으로 보인다. 법정지법을 적용하는 것은 국내법으로 규정한 법정성에서 찾을 수도 있다. 선박우선평권을 해당 국가의 강행성규범이고 이는 항해정책과 중요한 연관성이 있기 때문일 수도 있다.⁴³⁾

(2) 선박압류로 관할권 취득

선박은 국가 간의 이동성으로 동일한 선박을 목적물로 수개의 우선평권이 존재하는 경우도 발생한다. 이에 대하여 서로 다른 국가에 소송을 제기하는 상황도 초래

39) Bankers Trust International v Todd Shipyards Corpn, The Halcyon Isle(1981) AC 221, (1980) 3 All ER 197, (1980) 3 WLR 400, (1980) 2 Lloyd's Rep 325, 124 Sol Jo 479.

40) Thomas, D. Rhiclian, British Shipping Law, 14 London Steven & Sons, 23 (1980).

41) Daud. C. Jackson, *Enforcement of Maritime Claims*, LLP, 2005, p. 471.

42) 영미법계는 대인·대물소송으로 담보권을 실행한다(최동현·최재선, 앞의 책, 26면).

43) 遇後春·屈廣清, 앞의 글, 57면.

할 것이다. 다만, 당사자에 제약을 받는 유효한 판결은 반드시 하나이다. 피 청구인이 부담해야 하는 우선특권의 사항도 여러 나라의 법률규정에 의하여 누적되는 것은 아니다. 반드시 하나의 특정한 준거법에 의하여 판결이 된다.

선박우선평권은 중 권리로 주 권리에 수반한다. 그러므로 관할권도 담보의 주 채권으로 결정된다. 주 채권으로는 계약채권, 불법행위 채권 등으로 다양하고 법률을 적용함에 있어 여러 개의 관할권이 발생할 수 있다. 다만, 영미법계나 대륙법계나 모두 선박을 압류⁴⁴⁾하면 반드시 선박우선평권의 행사 절차를 거쳐야 한다.⁴⁵⁾

(3) 기타 담보물권과의 관계

선박우선평권에 법정지법을 적용하는 것은 선박소유권의 변경과 선박저당권의 설정이 어렵다. 선박매매에 있어 매수인은 쉽사리 동 선박의 매입을 하지 않고, 선박용자에 있어 저당권자는 쉽사리 동 선박을 저당목적물로 하지 않을 것이다.⁴⁶⁾ 선박저당권자(용자은행)는 자금을 용자함에 있어 실질적으로 저당기간, 기채비율, 이자, 반담보⁴⁷⁾, 선주의 신용도가 주요고려 요소이기도⁴⁸⁾ 하지만, 선박저당권이 설정된 선박

44) 영미법계에서 선박을 압류 할 수 있는 것은 대물소송인가 대인소송인가에 관련된 하나의 문제라고 볼 수도 있다. 대인소송인 경우 원고는 피고를 찾아야 하는 상황을 초래하고 대물소송인 경우는 선박을 바로 압류 할 수 있다. 압류 후 선주가 법정에 출석하면 관할에 묵시적인 동의로 인정하고 법원은 압류한 선박의 가치에 한정하지 않고 선주에 대하여 판결을 할 수 있게 된다. 대륙법계는 인적관할과 물적관할로 구분이 된다. 소송에 있어서는 자연인, 법인이 소송이 주체가 되고 선박은 소송주체가 되는 것은 아니다. 하지만 피고의 기타재산은 판결 전에 압류가 가능하다는 취지에서 선박의 압류가 인정이 된다(賀萬忠, 앞의 책, 25-27면). 선박의 압류에 관하여 1952년(Arrest of sea-going ships)과, 1999년(International Convention on Arrest of Ships) 국제협약이 있다(CMI, 앞의 책, pp. 590, 682).

45) 李麗玲, 앞의 글, 22면.

46) 屈廣清·週後春, 論船舶優先權的法律適用, 中國海商法年刊, 大連海事大學法學院, 2002年00期, 105-106면.

47) 중국 「담보법」 제4조 제3자가 채무자를 위하여 채권자에 담보제공 시에 채무자에 반담보를 제공할 것을 요구한다. 반담보는 본 법의 담보의 규정을 적용한다. 반담보는 제3자가 채무자를 위하여 채권자에게 담보를 제공할 때, 채무자가 제3자의 요구에 응하여 제3자를 위하여 제공하는 담보를 의미한다. 현대의 대륙법계와 영미법계는 모두 반담보의 개념에 대하여 정확히 규정하고 있지 않다. 그러나 실제로는 대출담보, 어음담보 등 여러 가지 방면에서 담보의 한 종류로서 이용되고 있다. 중국은 외국과의 무역에서는 반담보를 이용하는 것이 보편적이고, 중국 국내의 경제활동에서는 대부분 무상담보를 이용한다. 중국담보법은 반담보를 규정하고 있고, 반담보가 내포하는 의미 또는 규정하고 있다. 하지만 반담보의 채무자와 제3자의 관계에선 일반적인 보통담보와 비교해서 큰 차이점이 없다. 엄격하게 말해서 반담보와 담보의 질적인 차이는 존재하지 않는다. 반담보 역시 담보의 특성을 가지고 있다 담보의 성립조건, 효력 등고 모두 보통담보와 동일한 규정으로 실

은 계속적으로 항해에 종사함으로써 선박우선특권 및 선박유치권이 발생하는 경우에 이에 따르는 적용법률도 중요한 영향을 미친다. 선박담보물권이 존재하는 선박매매에서 보면 첫째, 소유권이전등기를 하는 실질적인 매수자가 있고 둘째, 매매계약은 체결하였으나 실질적으로 양수하지 않은 의정(意定) 매수자가 있다. 중국은 「해상법」 제26조⁴⁹⁾와 「해사소송특별절차법」 제120조⁵⁰⁾에서 선박우선특권최고규정이 있으며 선박매수인 최고신청자에는 의정매수인을 포함한다.⁵¹⁾ 따라서 이러한 문제는 해소할 것이고 매수인의 이익과 선박거래의 안전은 확실한 보장을 받는다. 다만, 한국은 이런 선박매수인을 위한 최고절차는 두고 있는 것은 아니다. 하지만 선적국법을 적용하고 있으며 이러한 문제는 발생하지 않는다. 그러나 선박우선특권인 추급권으로 인하여 선박매수인의 이익을 해칠 우려가 있다는 점에 아무런 규정을 두고 있지 않은 것은 입법상의 잘못이라는 지적과 이에 대하여 선박매수인이 공시최고절차 등을 규정하여 선박우선특권을 소멸시킬 수 있는 방법을 두어야 하는 견해가 있다.⁵²⁾⁵³⁾

3) 소결

각각의 법률의 적용함에 있어 일정한 합리성이 있는 것은 사실이나 어떠한 법률을 적용하든 일정한 문제점을 가지고 있다.

첫째, 한국은 선적국법을 적용하고 있으며 선기라는 명확성은 제공하고 있으나 이러한 명확성을 제공하는 선기는 변경이 가능하며 선기에 따라 선박의 적용 준거법이 변하는 것이다. 이는 선박우선특권자의 이익에 중대한 영향을 미친다. 따라서 선박우선특권을 인정함에 있어 정책적인 요소가 강하고 공익·공평의 목적인 입법목적

행하고 있다. 이 때문에 반담보와 담보는 오직 형식상, 용어상의 차이만 있을 뿐, 근본적인 내용과 효력은 동일하다(강평 저·노정환·중국정법학회·사법연수원 중국법학회 역, 중국민법, 삼성경제연구소, 2007, 748-749면).

48) 楊良宜, 船舶融資與抵押 / 第9冊, 大連海事, 2003年8月, 70-72면.

49) 중국 「해상법」 제26조 [우선특권불멸원칙] 선박우선특권은 선박소유권의 양도로 인하여 소멸되지 아니한다. 단, 선박양도 시에 양수인의 신청에 의해 법원이 선박양도의 공시를 한 날로부터 60일 내에 선박우선특권을 행사하지 아니하면 그러하지 아니하다.

50) 중국 「해사소송특별절차법」 제120조 선박양도 시, 양수인은 해사법원에 선박우선특권의 최고를 신청할 수 있다. 선박우선특권자가 즉시 권리를 주장할 것을 독촉하고 동 선박에 존속하는 선박우선특권을 소멸시킨다.

51) 李躡玲, 앞의 글, 22면.

52) 정영석, 해상법원론, 텍스트북스, 2009, 532면.

53) 1926년 국제협약도 선박매수인의 보호를 위한 공시최고절차를 규정하고 있다(제9조 제4항). 일본(「상법」 제846조)도 이러한 규정이 있다.

배제하는 상황을 초래할 수도 있다. 한국은 선박우선택권의 피담보채권의 대위에 관한 사항은 그 피담보채권의 준거법에 의한다는 판결⁵⁴⁾이 있다. 비록 국제사법 제60조에 따라 선적국법인 적용하여야 하나 피담보채권에 관한 사항은 국제사법 제35조⁵⁵⁾ 제2항에 의하여 그 피담보채권의 준거법에 따른다. 결과적으로 피담보채권에 관하여 선박우선택권에 의하여 담보되는 것이라 하더라도 선적국법을 준거법으로 적용할 수 없는 경우가 발생할 수 있다. 따라서 선박우선택권에 관련된 사안에 대한 준거법을 판단함에 있어 그 피담보채권에 관한 준거법은 어느 나라의 법을 적용하여야 할 것인지에 대해 면밀한 검토가 선행되어야 한다.⁵⁶⁾ 그러므로 한국도 선적국법을 적용한다고 명확하게 규정하고 있으나 법률을 적용함에 있어 피담보채권의 종류에 따라 변한다. 또한, 그 선적국법을 따르는 경우 선박우선택권이 발생하는 채권인지 확실히 하기에는 어려움이 있다.

둘째, 중국은 선박우선택권을 일종의 담보물권으로 인정하나 그 법률적용에 있어 절차성의 권리를 근거하여 법정지법을 적용하도록 규정한 것이 특징이 있다. 이러한 규정으로 기타 선박담보물권자 예측가능성을 배제한다는 점과 선박매매로 인한 소유권의 변경, 선박저당권의 설정이 어렵다는 점이 있다. 다만 「해상법」 제26조와 「해사소송특별절차법」 제120조에서 선박우선택권최고규정이 있으며 선박거래의 안전은 확실한 보장을 받는다. 중국의 「해상법」 제26조와 「해사소송특별절차법」 제120조는 선박우선택권에 법정지법을 적용하는 경우에 한하여 그제도적인 효능을 제도로 발휘한다.

이처럼 선박우선택권에 법률을 적용함에 있어 고려대상이 많고 복잡하다. 그러므로 법률을 적용함에 있어 어려움이 많고, 법률로 명확하게 규정하기에는 당사자의 이익과 충돌되는 경우가 많다. 영미법계나 대륙법계는 모두 선박을 압류하면 반드시 선박우선택권의 행사 절차를 거쳐야 한다. 관할권을 모두 선박의 압류를 통하여 취득한다. 관할권을 취득하고 그 준거법을 확정함에 있어 아직까지 선박우선택권에 어떠한 법률을 적용하든 당사자의 이익을 명확하게 보호하기는 어렵다. 선적국법을 적용하든, 법정지법을 적용하든 정책적인 문제와 사회적인 문제가 많이 결여되어 있는 것은 사실이다. 선박우선택권의 피담보채권이 종류가 다르고 동일점이라고는 선박의

54) 대판 2007. 7. 12, 2005다39617. 이 판결은 선원임금이 대위와 선박우선택권이 인정되는 채권과는 다른 것이라는 점에 의의가 있다.

55) 국제사법 제35조(법률에 의한 채권의 이전) ①법률에 의한 채권의 이전은 그 이전의 원인이 된 구채권자와 신채권자간의 법률관계의 준거법에 의한다. 다만, 이전되는 채권의 준거법에 채무자 보호를 위한 규정이 있는 경우에는 그 규정이 적용된다. ②제1항과 같은 법률관계가 존재하지 아니하는 경우에는 이전되는 채권의 준거법에 의한다.

56) 유기준·송대원, 해상 판례 연구 / 제2판, 博英社, 2009, 206면.

운항에 관련하여 발생한다는 이 외에는 없다. 피담보채권의 발생에 있어 그 인과관계가 서로 다르다. 그러므로 각각의 피담보채권의 밀접한 관계에서 그 법률을 적용하는 것이 피해자보호에 유리한 것은 사실이다. 하지만 실현에 있어 보다 복잡하다는 문제점이 제기 될 수도 있고 법정 안정성도 떨어뜨릴 것이다.

결과적으로 선박우선특권에 법률을 적용함에 있어 필자는 법정지법을 제안한다. 비록 선박우선특권의 피담보채권의 적용 법률을 따른 것이 피담보채권자의 보호를 위해 합리적이라고 생각해 볼 수는 있다. 하지만 선박우선특권의 법률적용 문제는 각각 국가의 정책적인 문제와 밀접한 관계가 있다. 또한, 법적 안정성을 고려할 때 법정지법을 적용하는 것이 바람직 할 것이다. 이에 따라 한국은 국제사법 제60조에서 규정한 선적국법의 적용을 받는 제1호 “선박의 소유권 및 저당권, 선박우선특권 그 밖의 선박에 관한 물권”에서 선박우선특권만 별도로 법정지법을 적용하도록 규정하기를 제안한다.⁵⁷⁾ 중국 「해상법」 제272조의 선박우선특권에 관한 법률적용 규정을 그대로 유지한다. 하지만 섭외 안전에 관련하여 법정지법은 기타 국가에서 인정하는 선박우선특권을 인정되지 않는 경우가 있다.⁵⁸⁾ 이러한 경우 상대국가의 선박우선특권을 인정하여 주는 태도로 그 방식을 취해할 것을 제안한다. 변제의 순위에 있어서는 법원소재지의 법률이 규정하는 선박담보물권에 의한다. 이러한 개선을 통하여 선박우선특권의 법률적용에 일정한 문제는 해소될 것이다. 더 나아가 한·중 양국에서 섭외요소가 강한 선박우선특권, 선박저당권의 적용 법률이 통일된다는 점에서 의미가 있다.

57) 더 나아가 선박우선특권의 추급권으로 인하여 선박양도 시 선박매수인의 이익을 해칠 우려가 존재한다. 이에 대한 선박매수인의 이익보호를 위하여 공시최고절차 도입하여 선박우선특권을 소멸시킬 수 있기를 상법상 규정하기를 제안한다. 이러한 공시최고절차는 법원소재지의 법률을 적용함에 있어 그 제도적 역할을 제대로 발휘한다. 공시최고절차는 중국 「해상법」 제26조(선박우선특권은 선박소유권의 양도로 인하여 소멸되지 아니한다. 단, 선박양도 시에 양수인의 신청에 의해 법원이 선박양도의 공시를 한 날로부터 60일 내에 선박우선특권을 행사하지 아니하면 그러하지 아니하다)를 참조할 필요가 있다.

58) 한국국적 선박에 한국선원인 퇴직금관련 선박우선특권에 관하여 중국의 청도해사법원이 법원소재지의 법률을 적용함에 있어 인정하지 않은 사례가 있다(謝新勝, 앞의 글, 77면).

한국	
현행	개정안
국제사법 제60조 [해상] 제1항 해상에 관한 다음 각 호의 사항은 선적국법에 의한다. ① 선박의 소유권 및 저당권, 선박우선특권 그 밖의 선박에 관한 물권. . . . ⑥ 선장의 대리권. 제2항 (신설)	국제사법 제60조 [해상] 제1항 해상에 관한 다음 각 호의 사항은 선적국법에 의한다. ① 선박의 소유권 및 저당권. . . . ⑥ 선장의 대리권. 제2항 선박우선특권은 법정지법에 의한다. 선적국법의 선박우선특권도 인정대상이 된다.
중국	
현행	개정안
「해상법」 제272조 [우선특권의 적용법률] 선박우선특권은 사건을 심리하는 법원의 소재지 법률을 적용한다.	「해상법」 제272조 [우선특권과 유치권의 적용법률] 선박우선특권은 사건을 심리하는 법원의 소재지 법률을 적용한다. 기국법(선적국법)의 선박우선특권도 인정대상이 된다.

3. 법률적용의 개선에 따른 선박우선특권

선박은 동산이라는 이유로 세계각지의 이동이 가능하고 각각의 국가에서 서로 다른 채권이 발생하고 이에 따라 서로 다른 종류의 선박담보물권⁵⁹⁾자가 존재한다. 모두 선박담보물권이라는 이유로 동일한 법률을 적용해야 한다고는 하지만, 선박담보물권의 그 종류에 따라 그 법률을 적용함에 있어 각각의 국가마다 서로 상의 하다. 이처럼 섭외요소가 있는 서로 다른 종류의 선박담보물권이 존재하면 그 종류에 따라 서로 다른 법률을 적용한다는 것이 문제이다. 중국 국적선박에 서로 다른 종류의 채권으로 선박저당권(중국인 저당권자)과 선박예선으로 인한 선박우선특권(부산인근 한국예선인)이 동시에 존재하는 경우를 예로 들 수 있다. 여기에서 한국 법에 의하면

59) 선박우선특권, 선박저당권, 선박유치권을 말한다.

예선료채권은 선박우선특권으로 당연히 선박저당권에 우선하여 변제를 받는다. 중국 법에 의하는 경우 예선인은 선박유치권을 향유하고 선박우선특권을 향유하는 것은 아니다. 또한, 현행 중국 「해상법」 상 제25조 이외의 선박유치권자로 선박저당권자에 후순위 변제를 받는다. 동 사례의 경우 우선적으로 채권이 있음을 확정해야 한다. 채권이 있음을 확정함에 있어 선박의 국적이 중국이므로 현행 한국의 국제사법 제60조에 의하여 선적국법을 적용하게 되고 중국 법이 적용 법률이 된다. 중국 법에 의하는 경우 한국인 예선인 채권자에 불리하다.⁶⁰⁾

다만, 필자의 선박우선특권의 경우도 법정지법을 적용하도록 개선안을 내었으며, 섭외요소가 있는 선박담보물권인 선박우선특권에 선적국법이 아닌 법정지법을 적용하는 것이 선박우선특권을 인정해주는 정책적인 취지와도 부합 할 것이다. 위 사례와 같이 서로 다른 채권으로 서로 다른 담보물권이 존재하고 담보물권은 어떠한 법률을 적용하는가에 따라 그 종류 및 순위도 달라진다. 하지만 어떠한 법률을 적용하든 모두 채권의 인정단계와 변제단계로 나뉜다.⁶¹⁾ 채권의 인정단계는 그 적용 법률에 따라 채권이 인정되고, 변제단계는 이행지의 채권 변제 절차를 따른다. 사례의 경우 현행 한국 법은 선박의 국적에 따라 중국 법을 적용 법률로 할 것이고 예선인은 선박유치권이 인정되어 중국인 선박저당권자에 후순위로 변제를 받게 된다.

V. 결어

앞서 살펴본바와 같이 섭외요소가 있는 선박우선특권에 법률을 적용함에 있어, 한국에서 적용하는 선적국법과 중국에서 적용하는 법정지법을 나누어서 살펴보았다. 각각의 법률을 적용함에 있어 이에 따라는 합리성은 있으나 어떠한 법률을 적용하든 선박우선특권자의 이익을 완벽하게 보호하기에는 어렵다. 이에 필자는 선박우선특권의 적용하여야 할 법률을 선적국법이 아닌 법정지법을 적용할 것을 제안하였고 이는 선박우선특권을 인정하여 자국의 채권자를 보호하여야하는 정책적인 취지에도 부합한다. 또한, 법정지법을 적용하는 경우 선적국의 선박우선특권자의 권익을 침해하는

60) 동 사례의 경우 예선인은 한국에서 인정해주는 선박우선특권을 믿고, 선박의 점유를 상실하는 경우 중국에서 인정해주는 선박유치권을 상실할 수 있다. 때문에 예선으로 인한 채권을 제대로 변제를 받지 못하는 상황을 초래할 수도 있다. 동 선박은 중국국적 선박이므로 한국은 국제사법 제60조에 의하여 선적국법을 적용하기 때문이다. 따라서 선박우선특권에 법률을 적용함에 있어 법정지법을 적용하는 것이 자국의 채권자 보호에 합리적일 것이다. 또한 이는 자국의 선박우선특권을 인정해주는 정책적인 요건에도 부합한다.

61) 屈廣濤·週後春, 앞의 글, 106면; 沈四寶, 앞의 글, 112-113면.

것도 배제할 수 없으므로 이에 따르는 선적국에서 규정하고 있는 선박우선평권도 인정하여 줄 것을 제안하였다. 더 나아가 선박담보물권(저당권, 우선특권)에 서로 다른 법률을 적용함에 있어 상호 모순이 도지 않은가 하는 의문점이 제기 될 수 있으나, 채권을 인정하는 단계와 변제하는 단계가 나누어져 있으며, 인정하는 단계에서만 서로 다른 법률이 적용될 뿐 채권의 변제의 단계에서는 법정지법이 통일 적으로 적용 되므로 의문점은 해소될 것이다.

참 고 문 헌

<단행본>

- 김인현, 海商法 / 제3판, 法文社, 2011.
- 강평 저·노정환·중국정법학회·사법연수원 중국법학회 역, 중국민법, 삼성경제연구원, 2007.
- 나승성, 해상법개설 / 개정1판, 한국학술정보, 2009.
- 송상현·김현, 海商法原論 / 第4版, 博英社, 2008.
- 이기수·최병규·김인현, 保險·海商法 / 第8版, 博英社, 2008.
- 유기준·송대원, 해상 판례 연구 / 제2판, 博英社, 2009.
- 전우현, 해상법, 동방문화사, 2009.
- 정희철, 商法學原論. 上. 全訂新版, 博英社, 1986.
- 정완용, 선박담보법 연구, 경희대학교 출판국, 2005.
- 정영석, 해상법원론, 텍스트북스, 2009.
- 최기원, 海商法 / 第3版, 博英社, 2002.
- 최준선, 保險法·海商法 / 제4판, 三英社, 2009.
- 최준선, 國際去來法 / 제7판, 三英社, 2012.
- 최중현, 海商法詳論, 博英社, 2009.
- 최동현·최재선, 1993년 船舶優先特權·抵當權 協約 受容方案, 海運産業研究院, 1994.
- 채이식, 스페인 해상법 : 1737년부터 2006년까지, 고려대학교 출판부, 2008.
- 채이식, 商法講義 / 어음·手票·保險·海商法. 下. / 改訂版, 博英社, 2003.
- 채이식, (한중일 비교) 해상법 : 制定과 改正, 세창출판사, 2013.
- 金亨道, 우리나라 船舶擔保制度의 發展方向, 海運産業研究院, 1988.
- 司玉琢, 海商法 / 第二版, 法律出版社, 2007.
- 司玉琢·李志文, 中國海商法基本理論專題研究, 北京大學出版社, 2009年6月.
- 楊良宜, 船舶融資與抵押 / 第9冊, 大連海事, 2003年8月.
- 賀萬忠, 國際海事訴訟管轄權問題研究, 世界知識出版社, 2008.
- 韓德培, 國際私法 / 第二版, 高等教育出版社, 2007.
- CMI, Yearbook 2010 Annuaire.
- Dauid. C. Jackson, *Enforcement of Maritime Claims*, LLP, 2005.

<논문>

- 김현, 개정상법상의 선박우선특권에 관한 연구 (상), 사법행정 33권11호, 한국사법행정학회, 1992.
- 김진권, 선박우선특권과 선원임금채권의 준거법에 대한 고찰 -대법원 2007.7.12. 선고 2005다39617 판결 평석-, 한국해법학회지 30권1호, 한국해법학회, 2008.
- 나운수, 선박집행 -선박저당권의 실행을 중심으로-, 기업법연구 제11집, 한국기업법학회, 2002.
- 나운수·박홍진, 선박우선특권제도에 관한 고찰, 원광법학 제15권, 원광대학교 법학연구소, 1998.
- 박홍진, 선박담보권의 실행, 기업법연구 제7집, 한국기업법학회, 2001.
- 서동희, 선전국법주의의 타당성, 국제사법연구 17권0호, 한국국제사법학회, 2011.
- 정병석, 섭외사법 개정법률안의 검토 해상, 국제사법연구 6권0호, 한국국제사법학회, 2001.
- 정해덕, 섭외사법 개정법률안의 검토 -해상-, 국제사법연구 6권0호, 한국국제사법학회, 2001.
- 정선철, 선박금융상 담보제도와 채권회수에 관한 법적 소고, 한국해법학회지 34권2호, 한국해법학회, 2012.
- 정완용, 1993년 신 선박우선특권 지당권조약의 성립과 우리 상법상의 선박담보제도, 한국해법학회지 15권1호, 한국해법학회, 1993.
- 배병태, 船舶擔保物權에 관한 比較法的 研究, 延世大學校 大學院, 法學科, 碩士學位論文, 1972.
- 최용철, 중국 선박유치권제도에 관한 연구, 법학논총 제30권 4호, 한양대학교 법학연구소, 2013.
- 丁亮·王麗華, 論我國物權法中優先權的定位-以破產優先權與船舶優先權的共通性研究爲視角-, 商場現代化, 東北林業大學, 2012年15期.
- 辛林, 船舶擔保物權對債權人保護的局限性, 集美大學學報(自然科學版)(網絡預覽本), 集美大學航海學院, 2010年04期.
- 羅曦, 我國的船舶優先權制度淺析, 才智, 瀋陽師範大學法學院, 2012年02期.
- 沈中·沈訓芳, 船舶優先權的物上代位性研究, 甘肅社會科學, 中國人民大學法學院, 2010年02期.
- 孫光, 論修船人在船舶扣押後的船舶留置權, 第二屆廣東海事高級論壇論文集, 大連海事法院, 2008.
- 傅廷忠, 也談海事優先權的法律性質, 中國海商法年刊, 大連海運學院, 1990年00期.

- 李璐玲, 船舶優先權法律適用爭議之新辨, 中國海洋大學學報(社會科學版), 首都經濟貿易大學法學院, 2012年04期.
- 關景欣, 船舶優先權的法律問題探討, 中國律師2001海商研討會論文集, 北京岳成律師事務所, 2001.
- 龍玉蘭, 關於船舶優先權的思考, 第四屆廣東海事高級論壇, 廣東海建律師事務所, 2012.
- 潘寅穎, 論船舶抵押權與船舶優先權的競合-以船舶融資中銀行之權益保護為切入-, 中國外資, 上海市閘北區人民法院, 2013年11期.
- 孫新強·秦偉, 論優先權的危害性-以船舶優先權為中心-, 法學論壇, 北京航空航天大學, 2010年01期.
- 週後春, 論船舶留置權的法律適用, 廣州大學學報(社會科學版), 廣州大學法學院, 2007年05期.
- 週後春·屈廣清, 船舶優先權法律適用規則之比較研究, 河南省政法管理幹部學院學報, 廣州大學法學院, 2009年03期.
- 屈廣清·週後春, 論船舶優先權的法律適用, 中國海商法年刊, 大連海事大學法學院, 2002年00期.
- 倪盈盈, 船舶優先權法律制度研究, 法制與社會, 浙江大學寧波理工學院, 2013年06期.
- 向明華, 香港特別行政區船舶扣押制度研究, 廣州大學學報(社會科學版), 廣州大學法學院, 2012年09期.
- 何瑞清·普映山, 中華人民共和國海商法若干誤譯及校正, 中國海商法年刊, 廣東海洋大學外語學院外國語言與教學研究所, 2010年02期.
- 胡緒雨, 船舶優先權消滅效力研究, 法學評論, 南開大學法學院, 2012年03期.
- 謝新勝, 船舶優先權的法律適用規則, 華中農業大學學報(社會科學版), 武漢大學國際法研究所, 2006年05期.
- 沈四寶, 論船舶優先權, 對外經濟貿易大學, 國際法學, 博士學位論文, 2006.
- Thomas, D. Rhiclian, British Shipping Law, 14 London Steven & Sons, 1980.

[국문초록]

선박우선평권의 준거법에 관한 연구

- 한국과 중국을 중심으로 -

최 용 철

고려대학교

선박우선평권은 항해안전, 항운업발전에 의의가 있고 선박의 운항함에 있어 발생하는 특정한 채권자들을 보호하기 위한 제도이고 정책적인 성향이 깊다. 하지만 사용된 선박은 부동산과 달리 일정한 곳에 고정되어 있는 것이 아니고 동산이라는 이유와 바다라는 특수한 무대를 기반으로 항해를 한다는 점에서 세계각지의 항해가 가능하다. 따라서 상의한 국가 간의 법률관계를 야기한다. 이에 선박우선평권에 선적국법을 적용하는 한국과 법정지법을 적용하는 중국을 살펴보았다. 선박우선평권의 정책적인 성향이 강하다는 점과 자국 채권자의 권익보호를 위하여 법정지법을 적용할 것에 대하여 개선안을 제시하였다. 또한, 법정지법을 적용함에 있어 선적국법의 선박우선평권을 부정하는 경우도 배제할 수 없으며, 선적국법으로 인정되는 선박우선평권도 인정하여 줄 것을 제안하였다.

주제어 : 선박담보물권, 선박우선평권, 준거법, 법률적용, 중국해상법

[Abstract]

Application law of foreign maritime lien

- Focus on Korea and China -

Cui, Long-Zhe
Korea National University

Maritime lien have great significance for safety of ship and development of shipping industry, and have far-reaching political tendency as law for protecting guarantees. Because of difference between real estate, as a movable property it is possible to voyage in the world sea. It would cause different legal relationship between different countries. It indicated Korea and China which apply to law of nationality of ship and district court. The author proposed improving scheme for applying to district court based on political tendency of maritime lien and securing national guarantee's right. Therefore, the author proposed when applying to district court, it cannot exclude maritime lien which is denied in the law of nationality of ship, and have to accept maritime lien which the law of nationality of ship admitted it.

Key words: Real right granted by way of security on ship, Maritime lien, Governing law, Application of law, Maritime law of china.