

船荷證券과 어음의 比較

林 東 喆*

A Comparison of a Bill of Lading with a Bill of Exchange and a Promissory Note

Dong-Cheol, Im

〈목 차〉	
I. 머리말	
II. 어음과 船荷證券의 機能	IV. 어음과 船荷證券의 背書(發行形式 包含)
III. 어음과 船荷證券의 法的性質	V. 어음과 船荷證券의 效力(債權的 效力과 物權的 效力)
	VI. 맺 음

Abstract

A bill of lading is a document signed by the shipowner or by the master or other agent on behalf of the shipowner, which states that certain goods have been shipped on a particular ship or have been received for shipment. It sets out the terms on which those goods have been delivered to and received by the shipowner.

A bill of exchange is an unconditional order in writing addressed by one person to another signed by the person giving it requiring the person to whom it is addressed to pay on demand, or at a fixed or determinable future time a sum certain in money to or to the order of a specified person or to bearer.

*韓國海洋大學 教授, 法學博士

A promissory note is an unconditional promise in writing made by one person to another signed by the maker engaging to pay on demand or at a fixed or determinable future time a sum certain in money to or to the order of a specified person or to bearer.

Even though there are many differences concerning the historical background, the legal functions and the forms of legislation between the bill of lading and the latter two negotiable instruments, we can still find a number of similarities in them.

And it goes without saying that all of those documents play important roles in the field of international trade.

In this paper the writer attempted to analyse the functions of these documents and point out the similarities as well as the differences between the bill of lading and other two instruments in respect of their legal nature, endorsement and legal effect.

I. 머리말

어음이란 一定한 金額의 支給을 目的으로 하여 발행된 有價證券으로서, 여기에는 金錢支給約束證券인 約束어음과 金錢支給委託證券인 換어음의 두 種類가 있다.

또 船荷證券이란 海上運送人이 발행한 運送證券으로서, 運送物返還請求權을 表彰하는 有價證券을 말하며 다시 이는 發行時期가 貨物의 受領後인가 船積後인가에 따라 受領船荷證券과 船積船荷證券으로 區分된다.

이들 두 有價證券은 그 沿革을 전연 달리 한다. 즉 어음은 古代 바비로니아에서 發生하고 페르샤法 및 아라비아法の 仲介를 거쳐 西歐에 들어왔다는 見解도 있으나 確認된 바 없고¹⁾ 또 그 根源을 로마法の 自筆證書 등에 두는 學者도 있으나 一般的으로는 12世紀경 伊太利 각 都市의 換錢商(Campsores)이 送金의 目的으로 發行한 證券이 그 起源이라고 하는 것이 通說이다.²⁾ 즉 他地에 送金を 하고자 하는 者는, 그 곳의 換錢商에게 그 곳의 貨幣를 불입하고 書面의 교부를 받아 目的地의 換錢商 또는 그 去來先에게 그

1) 高窪喜八郎·升本喜兵衛·高窪利一 編, 學說判例法律總覽 手形法小切手法, 東京, 中央大學出版部, 1962, 3面.

2) 徐燉珏, 第二全訂商法講義(下卷), 서울, 法文社, 1983, 316面.

書面을 提示하여 그 他地의 貨幣로 支拂을 받도록 되어 있었는데 이 書面이 바로 어음의 原型이라고 한다.³⁾

한편 船荷證券의 起源은 中世의 初期에 거슬러 올라간다. 즉 당시 公證人과 같은 第三者의 地位에서 船舶에 同乘하던 船舶書記가, 荷主의 要求에 따라 船舶帳簿에 의거하여 積荷에 관한 證明目的의 文書를 발행하였는데 船荷證券이 여기에서 發生하였다고 한다.⁴⁾ 그런데 13世紀에 있었던 마르세이유證券에서는 受領한 積荷를 目的港에서 引渡한다는 뜻의 約束이 記載되었으며, 그후 16世紀부터는 船舶書記와 더불어 船長도 上述한 文書를 교부할 權限이 인정되었고, 船舶書記의 乘務가 폐지됨에 이르자 船長이 그 發行의 權限을 갖게 되었다.⁵⁾

어음과 船荷證券은 이와 같이 그 起源, 發達過程이 다를 뿐만 아니라 그 機能이나 法制 등도 相異하다. 그러나 어음과 船荷證券은 모두 商去來에서 크게 利用되는 重要的 有價證券에 속하며 有價證券의 最高의 指導理念인 流通性強化에 있어서도 兩者는 大體로 類似한 面을 가지고 있다.⁶⁾

여기에서는 有價證券으로서의 어음과 船荷證券을 比較考察함에 있어서 먼저 兩證券의 機能을 각각 살펴보고 다음에 우리나라의 法制를 중심으로 하여 證券의 法的性質, 背書, 效力 등에서 兩者의 共通點과 差異點 등을 차례로 考察하고자 한다.

II. 어음과 船荷證券의 機能

1. 어 음

어음은 貨幣經濟가 存在하는 社會에서 必然的으로 產出된 制度로서 오늘날 그 經濟的 機能을 전부 파악하기는 어려우나 大體로 支給機能, 送金機能, 信用機能, 推尋機能으로 分類할 수 있으며 國內的으로는 그 중에서도 信用機能이 가장 重要하다고⁷⁾ 볼 수 있다.

3) 高窪喜八郎 外 前掲書, 4面.

4) 田中誠二, 海商法詳論, 東京, 勁草書房, 1970, 349面.

5) Ibid.

6) 朴元善, 運送證券의 背書와 어음背書를 比較함, 司法行政 通卷62號, 35面.

7) 徐廷甲 外 3人, 學說判例 註釋어음 手票法, 韓國司法行政學會, 1973, (이하 "註釋어음手票法"이라 함), 83面.

이들 內容을 項目別로 간략하게 살펴보기로 한다.

(1) 支給機能

어음은 金錢債務의 支給을 위하여 利用되는 경우가 많다. 예컨대 外上賣買에 있어서 그 代金支給을 위하여 約束어음 또는 換어음이 發行交付되는 등과 같다. 이 때에는 물론 約束어음이 主로 利用되지만 換어음이 利用되는 경우도 많다. 手票는 一覽出給性이 있어 外上賣買 또는 分割支給을 하는 경우에는 利用할 수가 없으므로⁸⁾ 이 때에 買受人은 支給期限을 滿期로 하고 賣買代金を 어음金額으로한 約束어음을 발행할 수 있고, 또 賣渡人으로서도 단순히 外上債權을 가지고 있는 것 보다는 約束어음의 交付를 받아 두는 것이 請求가 간단할 뿐만 아니라 銀行去來停止處分の 制裁가 있으므로 한층 支給의 確實性을 期할 수 있다.

또 買受人이 自己를 支給人으로 한 換어음을 發行하여 이에 引受한 후 賣渡人에게 交付하거나, 단순히 引受만 하고 發行人·支給人을 白地로 한 換어음을 발행하는 경우도 있다.

(2) 送金機能

어음 이외에 手票·郵便換 등 많은 送金方法이 있으므로 國內去來에 있어서 어음의 送金機能은 옛날같은 重要性이 없으나⁹⁾ 國際去來에 있어서의 送金手段으로는 換어음이 가장 널리 利用되고 있다. 즉 甲國의 A가 乙國의 B에게 送金を 하고자 하는 경우에는, 甲國에 있는 銀行C에 現金을 納入하고 C銀行으로부터 乙國에 있는 C銀行의 支店 또는 그 去來銀行을 支給人으로 한 換어음을 買受하여 이를 乙國의 B에게 送金하면 B는 이 換어음으로 支給銀行에서 現金의 支給을 받아 送金の 目的을 달성할 수 있다.

(3) 信用機能

歷史적으로는 送金の 道具로서 발생한 어음이 오늘날에는 도리어 商人이 그 信用을 利用하기 위한 불가결한 手段으로 되어, 여러가지 形式으로 利用되고 있다.

8) 前掲書, 82面.

9) 徐燦珪, 前掲書, 313面.

예컨대 買受人이 당장 그 代金を 支給할 수 없는 경우에 장래의 代金支給時期를 滿期로 하는 約束어음을 발행하여 賣渡人에게 교부하면 買受人은 代金支給時期까지 自己의 信用을 利用할 수 있고, 또 賣渡人은 銀行으로 하여금 割引(減價)(discount)시킴으로써 (어음割引) 곧 代金額을 취득할 수 있는데 이로써 資本의 回轉流通은 매우 圓滑하게 된다.

그런데 어음의 信用機能은 위와 같은 어음割引에 의하는 경우 이외에도 이른바 貸付어음(Darlehnswechsel), 擔保어음 또는 供託어음(Kautionswechsel oder Depotwechsel), 融通어음(Finanzwechsel) 또는 好意어음(Gefälligkeitswechsel), 延期어음(Prolongationswechsel) 등에 의하여 서도 이루어진다.

(4) 推尋機能

어음은 代金を 推尋하는 경우에도 利用되는데 約束어음에는 이 機能이 없고 換어음만이 이 機能을 한다. 荷換과 荷換信用狀은 換어음의 이 機能을 擔保하기 위한 것이다.

예컨대 甲國의 A가 乙國의 B에게 商品을 送付하고 그 賣買代金を 推尋하고자 하는 경우에 A가 B를 支給人으로 하고 A를 受領人으로 한 換어음을 발행하여 甲國의 銀行에서 割引받고, 割引銀行은 乙國에 있는 自己의 支店 또는 去來銀行에 어음을 送付하여 B에게 提示하고 支給을 받아 割引代金を 회수토록 하는 등이다.

또 A는 어음의 割引을 받지 않고 단순히 銀行에 推尋을 의뢰할 수도 있다.

2. 船荷證券(bill of lading ; Konnossement)

船荷證券의 機能은 이를 運送面에서의 機能과 去來面에서의 機能으로 나누어 볼 수 있다.

(1) 運送面에서의 機能

이는 船荷證券이 本質적으로 運送證券이라는 점에서 연유하는 機能이다.

즉 船荷證券은 運送人이 所定の 貨物을 受領하였다는 受領證(B/L as a receipt)이며, 運送契約의 가장 훌륭한 證據(very good evidence of the contract)이고 또한 이는 運送物返還請求權을 表彰하는 有價證券(document of title)이므로¹⁰⁾ 船荷證券이 바로 動産인

10) Payne & Ivamy's Carriage of Goods by Sea, 11th ed., London, Butterworths, 1979, p. 62 et. seq.

運送物을 代表하는 機能을 말한다.

그러므로 船荷證券이 발행된 경우에는 運送物 自體의 引渡를 하지 않고도 船荷證券의 讓渡背書에 의하여 쉽게 引渡處分할 수 있고 또 債權者를 위하여 運送物을 擔保에 提供하고자 하는 경우에도 運送物을 현실적으로 引渡하지 않고 船荷證券의 入質背書에 의하여 擔保로 提供할 수 있다.

(2) 去來面에서의 機能

이는 특히 오늘날의 國際貿易去來에 있어서 代金の 決濟方法으로는 主로 商業信用狀을 매개로 한 貨換어음이 利用되는데 이 때에 信用狀上의 船積書類의 一種으로서의 船荷證券의 機能과 貨換어음을 擔保하는 機能을 말한다.¹¹⁾

III. 어음과 船荷證券의 法的性質

I. 共通點

(1) 債權的 有價證券

有價證券을 證券에 表彰된 權利의 내용에 의하여 분류할 때에는 이를 債權的 有價證券, 物權的 有價證券 및 社員權的 有價證券으로 나눌 수 있는데, 어음과 船荷證券은 債權的 有價證券에 속한다.

그러나 證券이 表彰하는 債權의 내용을 볼 때에, 어음은 一定額의 金錢債權을 表彰한 金錢債權的 有價證券이며 船荷證券은 特定物件의 引渡請求權을 表彰한 物件證券 (Warenpapiere)이다.¹²⁾

(2) 當연한 指示證券性

指示式으로 발행하지 아니하고 記名式으로 발행된 경우에도 法律上 當연히 指示性이 인정되어서 背書에 의하여 證券을 양도할 수 있는 점에서 어음과 船荷證券은 共通된다

11) 大木一男, 船荷證券의 實務的解說, 東京, 成山堂書店, 1977. 27~32面.

12) 註釋어음手票法, 44面.

(어음法 11조1항, 商法130조 및 820조). 이는 背書라는 간편한 方法으로 讓渡할 수 있게 하여 될 수록 證券의 流通性을 強化하기 위함이다.

(3) 文言證券性

船荷證券이 일단 作成된 경우에는 運送에 관한 사항은 運送人과 所持人間에 있어서는 證券에 記載된 바에 의한다(商法 131條, 820조).

또 어음에 있어서도 어음상의 權利에 관하여는 原則上 어음상에 記載된 文言에 의하여 정하고 어음상에 記載되지 아니한 人的關係로 인한 抗辯으로써 所持人에게 對抗하지 못하도록 하고 있다(어음法 17조).

이도 또한 文言의 外觀을 信賴한 善意의 所持人을 보호함으로써 證券의 流通性을 強化하기 위함이다.¹³⁾

(4) 提示證券性

法律上 당연한 提示證券인 어음 및 船荷證券에 있어서는 그 證書에 辦濟期限이 있는 경우에도 그 期限이 到來한 후에 所持人이 證券을 提示하여 履行을 請求한 때로부터 債務者는 遲滯責任이 있다(商法 65조, 民法 517조, 어음法 38조).

이는 兩證券이 모두 流通되어 그 所持人이 變轉하므로 債務者는 自己에게 그 證券이 提示되기 前에는 權利者가 과연 누구인지 알기 어렵기 때문이다.

(5) 相換證券性

船荷證券은 이와 相換하지 아니하면 運送物의 引渡를 請求할 수 없다(商法 820조, 129조).

어음에 있어서도 그 相換性을 인정하여 支給人은 支給을 할 때에 所持人에 대하여 어음에 領受를 證明하는 記載를 하여 交付할 것을 請求할 수 있다(어음法 39조1항). 이는 빈번하게 流通되는 有價證券에 있어서 二重으로 引渡 또는 支給을 請求당하는 위험을 防止하기 위함이다.

13) 朴元善, 前掲論文, 35面, 註36 참조.

2. 差異點

위와 같이 어음과 船荷證券은 그 流通性의 確保라는 見地에서 共通된 性質을 갖고 있는 반면에, 어음은 특히 그 流通性을 最大로 保障할 必要가 있으므로 兩證券사이에는 差異가 있다.¹⁴⁾

(1) 完全有價證券性

어음은 그 表彰하는 權利와 證券과의 結合狀態가 가장 完全하여서 權利의 行使·移轉에 관하여서 뿐만아니라 權利의 發生에도 證券의 占有 즉 作成이 필요하다. 그러므로 이를 完全有價證券·設權證券·絕對的證券이라 한다.

이에 대하여 船荷證券에 있어서는, 權利의 發生에 관하여는 證券의 作成을 要하지 않고 證券의 作成前에 運送契約에 의하여 이미 發生되어 있는 目的物의 引渡請求權을 宣言함에 不過하다. 즉 船荷證券에 있어서는, 權利의 行使·移轉에는 證券의 占有 즉 交付를 要하지만 權利의 發生에 관하여는 證券의 作成을 要하지 않는다. 그리하여 이를 不完全證券·宣言證券·相對的證券이라 한다.

(2) 無因證券性

어음은 證券上에 原因關係가 記載되지 않고, 어음상의 權利가 그 原因인 法律關係(예컨대 賣買로 인한 代金債權 등)를 要件으로 하지 않으며, 따라서 어음상의 權利는 그 原因關係의 存否나 有效·無效에 의하여 영향을 받지 아니한다. 그리하여 이들 無因證券·不要因證券·抽象的證券이라 하는데 이는 流通性을 한층 더 強化하기 위하여 原因關係로부터 일어나는 抗辯을 善意의 어음取得者에게는 斷切시키기 위함이다.

이에 대하여 船荷證券에 있어서는 證券上の 權利가 그 原因인 法律關係 즉 運送契約의 存在를 前提로 하며 또 그러한 原因關係가 證券上에 記載된다(商法 813條, 814條). 그러므로 이를 要因證券 또는 有因證券이라 한다.

그런데 船荷證券에 대하여도 有價證券으로서 高度의 流通性을 부여하기 위하여 證券이 代表하는 貨物과의 分離化傾向을 強調하면서¹⁵⁾ 船荷證券에도 無因性을 인정함과 같은 結

14) 前掲書, 36面.

15) 田中誠二, 船荷證券免責條款論, 東京, 有斐閣, 1939, 96面 이하.

果를 가져오는 이른바 證券權利說¹⁶⁾ 主張되기도 한다.

(3) 絶對的 要式證券性

어음은 가장 強力한 流通性이 要請되기 때문에 絶對的인(嚴格한) 要式性이 인정된다. 그리하여 基本어음으로서 갖추어야 할 最少限의 記載事項(어음法 1조, 2조, 75조, 76조)과 最大限의 記載事項(有益的 記載事項; 예컨대 어음法 2조3항 및 4항, 5조, 6조 등)이 法定되어 있다. 따라서 이에 反한 경우에는 原則上 無效이다.

이에 대하여 船荷證券도 要式證券이긴 하나(商法814조) 그 本質的인 記載事項(예컨대 運送物의 同一性, 揚陸港 등)의 欠缺이 아닌 限, 重要하지 않은 事項의 欠缺이 있더라도 그 效力에는 影響이 없는 것으로 본다.¹⁷⁾ 이것은 相對的 要式證券이라고 한다.

IV. 어음과 船荷證券의 背書(發行形式 포함)

1. 共通點

위에서 본바와 같이 어음과 船荷證券은 法律上 當연한 指示證券이므로 背書에 의하여 그 權利가 讓渡된다. 그런데 船荷證券에는 民法의 指示債權과 無記名債權에 관한 規定(民法 508조 내지 525조)과 背書의 要件에 관한 어음法 規定(同法 12조1항, 2항)이 準用되므로(商法 65조) 어음의 背書와 船荷證券의 背書에는 共通되는 내용이 많다.

(1) 背書의 方式

背書의 方式에는 다음과 같은 여러가지가 있는데 이는 兩證券에 共通된다.

① 記名式背書: 背書人의 記名捺印 이외에 被背書人의 名稱을 記載한 背書를 記名式背書 또는 完全背書라고 한다(商法 65조, 民法 510조1항, 어음法 13조1항).

② 白地式背書: 證券上에 被背書人을 指定하지 아니한 背書를 白地式背書·無記名式背書 또는 略式背書라고 한다(商法 65조, 民法 510조2항, 어음法 13조2항).

16) 田中誠二, 海洋法詳論, 401面 이하.

17) 小町谷操三, 海商法要義(中卷一), 東京, 岩波書店, 1935, 136面 이하.
西島彌太郎, 船荷證券論, 東京, 巖松堂書店, 1954, 10~14面.

兩證券은 이와 같은 白地式背書의 處理方法에 있어서도 共通된다. 즉 處理方法은 1) 自己나 他人의 名稱으로 白地를 보충하거나, 2) 白地式으로 또는 他人을 被背書人으로서 하여 다시 證書에 背書하거나, 3) 白地를 보충하지 아니하고 또는 背書도 하지 아니하고 證券을 第三者에게 교부하여 讓渡할 수 있다(商法 65조, 民法 511조, 어음法 14조2항).

③ 所持人出給式背書; 被背書人을 指定하지 아니하고 다만 所持人(持參人)에게 支給할 것을 記載한 背書로서 이 背書는 略式背書 즉 白地式背書와 同一한 效力이 있다(商法 65조, 民法 512조, 어음法 12조3항).

(2) 背書의 種類

背書에는 普通의 背書 이외에 여러 種類의 특수한 背書가 있는데 그중 다음에 설명하는 種類의 背書는 어음과 船荷證券에 共通된다.

① 還背書: 證券上의 債務者(예컨대, 發行人·背書人 등)를 被背書人으로서 하는 背書를 還背書 또는 逆背書라 하며, 어음과 船荷證券 兩者에 明文으로 인정된다(商法 65조, 民法 509조, 어음法 11조3항).

이 경우에 債務者가 同時에 債權者가 되므로 混同으로 인하여 證券上의 債權이 消滅하는 것이 私法上의 一般原則이나, 有價證券은 自己에 대한 債權을 表彰하고 있는 경우라는 하나의 客觀的 財產權으로 有效하게 保有할 수 있으므로 混同의 原則이 적용되지 않는다고 본다.¹⁸⁾

② 推尋委任背書; 背書人이 被背書人에게 證券上의 權利를 行使할 代理權을 授與할 것을 目的으로 하는 背書를 推尋委任背書, 委任背書 또는 代理背書라 하며 어음의 경우에는 이를 明文으로 규정하고 있는데 대하여(어음法 18조) (이른바 公然한 推尋委任背書) 船荷證券에는 明文規定이 없다.

그러나 重要한 指示證券인 運送證券으로서의 船荷證券에 대하여도 推尋委任背書를 禁止할 理由가 없기 때문에 어음의 경우에 準하여 이를 인정해야 할 것이며, 이와 같은 解釋은 推尋委任文句를 附記하지 않은 이른바 숨은 推尋委任背書의 경우도 마찬가지로 보아야 할 것이다.¹⁹⁾

18) 註釋어음手票法, 257面.

19) 小町谷操三, 前掲書, 214面.

그런데 숨은 推尋委任背書에 관하여 이른바 信託背書說을 취하면서, 船荷證券上의 債權은 다만 運送物引渡請求權이며 引渡받은 物件의 所有權을 포함하지 않고, 物權의 得失은 船荷證券에 의하지만 그것은 船荷證券外의 意思表示에 의하여 정하여 지며 背書에 의하여 정해지는 것은 아니기 때문에 船荷證券에 있어서의 信託背書에 관한 法的論議는 어음에 있어서와 같은 重要性이 없다는 見解가 있다.²⁰⁾

③ 入質背書; 證券上의 權利에 質權을 設定할 目的으로 하는 背書를 入質背書라 하며 어음의 경우에는 이를 明文으로 規定하고 있다(어음法 19조).

船荷證券에는 이에 관한 直接的인 規定이 없다. 그러나 運送證券인 船荷證券은 處分證券으로서 이 證券에 의하여 運送物을 받을 수 있는 者에게 이 證券을 교부한 때에는 運送物위에 行使하는 權利의 取得에 관하여 運送物을 引渡한 것과 同一한 效力 즉 物權의 效力이 있다(商法 820조, 133조).

그리고 여기서 運送物위에 行使하는 權利라 함은 所有權만을 지칭하는 것은 아니며 當事者間의 契約에 따라 質權이나 留置權일 수도 있다. 그리하여 船荷證券에 의한 運送物의 入質은 보통 證券의 引渡 또는 單純한 背書에 의하여 이루어지며 이 때에는 反證이 없는 限 當事者 사이에 質權設定을 目的으로 한 運送物의 信託讓渡가 있었던 것으로 해석한다.²¹⁾

한편 船荷證券에 入質背書의 文句가 있는 이른바 公然한 入質背書의 效力에 관하여는 論議가 있다. 船荷證券에는 어음法의 경우와 같은 明文規定이 없기 때문에 이를 無效로 보아야 한다는 見解도 있으나, 明文規定이 없다하여 이를 禁止하는 趣旨로 해석할 수 없고, 이와 같은 背書를 인정하여도 去來의 安全에 지장이 없을 뿐만 아니라 오히려 有益할 것이므로 그 有效性을 인정해야 할 것이다.²²⁾

(3) 背書의 效力

어음의 背書의 效力에는 移轉의效力·資格授與의效力 및 擔保의效力의 三者가 있다. 그런데 다음에 살피는 前二者의 效力은 船荷證券의 背書에도 인정된다.

① 移轉의效力; 背書의 本質的 效力이기도 하며 背書에 의하여 證券上의 權利가 被背書人에게 移轉하고 또한 流通性確保를 위하여 人的抗辯 切斷의 效力이 생긴다(어음法 14

20) 西島彌太郎, 前掲書, 163~165面.

21) 小町谷操三, 前掲書, 213面.

22) 前掲書, 213~216面.

조1항, 17조, 商法65조, 民法 508조, 515조).

② 資格授與의 效力: 被背書人은 背書의 連續이라는 形式的事實에 의하여 證書의 適法한 所持人으로 推定되어, 實質的 權利의 證明없이 證券上의 權利를 행사할 수 있는 資格을 취득한다(어음法 16조1항, 商法 65조, 民法 513조).

(4) 背書의 要件

背書는 無條件으로 해야하며 背書에 붙인 條件은 記載하지 않은 것으로 본다는 背書의 單純性과, 一部背書의 效力을 인정하지 않는 어음法上의 背書의 要件에 관한 規定(同法 12조 1항, 2항)은 船荷證券의 背書에도 그대로 準用된다(商法 65조).

2. 差異點

어음과 船荷證券의 背書에 있어서는 위에서 본바와 같이 그 方式·要件 등이 同一하고 種類·效力 등에도 類似한 점이 많으나 다음과 같은 差異點이 있다. 그 중에서도 擔保的 效力이 어음에만 인정되고 船荷證券에는 인정되지 않는 점이 가장 두드러진 差異點이라 할 수 있다.

(1) 背書의 擔保的 效力

어음의 背書人은 反對의 文言이 없으면 引受(換어음의 경우)와 支給(모든 어음의 경우)을 擔保하는 責任이 있는 데 이를 擔保的 效力이라 한다(어음法 15조1항, 77조1항).

船荷證券의 背書에는 이와 같은 擔保的 效力이 인정되지 않는데 이 점이 어음背書의 效力과의 差異點이다.²³⁾

이 擔保的 效力은 意思表示上의 效力이 아니라 어음의 信用을 增大하고 流通을 強化하기 위하여 法의 規定에 의하여 특히 어음과 手票에만 인정된 效力이다.

그리고 이 效力의 내용은, 어음이 滿期에 支給이 거절된 때 또는 滿期前이라도 引受人 또는 支給人의 支給이 不確實하다고 인정되는 일정한 경우(어음法 43조 각호)에, 背書人이 被背書人과 그 後者 全員에 대하여 어음金額 기타 一定金額(어음法 48조, 49조)을 償

23) 이 擔保的 效力은 어음과 手票이외의 다른 有價證券에는 인정되지 않는다.

還해야 하는 義務를 말하며 第二次的인 擔保義務이다.²⁴⁾

이에 대하여 船荷證券에 있어서는 所定の 期日에 運送物의 引渡 기타 證券上의 目的을 達成하지 못한 경우에는 다시 그 證券으로써 第二次的인 救濟措置를 취할 方途가 없고 다만 一般 私法에 의하여 損害賠償請求權을 行使해야 한다.²⁵⁾

어음所持人에게 이와 같이 第二次的인 救濟策으로서 背書人 등에 대하여 償還請求權이 인정되는 것은, 어음上의 權利가 다른 債權에 비하여 그 債權確保力이 매우 強하게 保障되어 있다는 큰 特性의 하나라 할 수 있다. 그리고 이와 같은 擔保的效力은 當事者의 意思表示에 의하여 이를 排除할 수 있으므로 어음背書의 경우에도, 無擔保背書(어음法 15조 1항), 推尋委任背書(어음法 18조 1항 本文) 및 期限後背書(어음法 20조 1항但書)에는 擔保的效力이 없고, 背書禁止背書에는 직접 被背書人에 대해서만 擔保的效力이 있다(어음法 15조 2항).

(2) 背書의 種類

運送證券인 船荷證券의 性質上 어음에 特有한 無擔保背書와 期限後背書는 船荷證券의 背書에는 인정되지 않는다.

(3) 證券發行의 形式(無記名式發行의 可否)

證券의 背書와 관련하여 어음과 船荷證券이 無記名式으로 발행될 수 있는가를 보기로 한다.

① 어음 ; 基本어음에 受領人의 記載가 必要的記載事項으로 되어 있으므로(어음法 1條6號, 75조5호) 어음은 無記名式 또는 選擇無記名式으로 발행할 수 없다.²⁶⁾ 그러므로 어음에 있어서는 이를 讓渡함에는 반드시 受領人이 背書를 해야 하지만²⁷⁾ 그 背書가 白地式 背書인 경우에는 그 被背書人은 背書없이 단순한 교부만으로 이를 讓渡할 수는 있다(어음法 14조2항3호).

② 船荷證券 ; 船荷證券의 경우에도 “受荷人의 姓名 또는 商號”가 法定記載要件으로 되어 있다(商法 814조5호).

24) 註釋어음手票法, 275~277面.

25) 朴元善, 前揭論文, 38面.

26) 徐燾珏, 前揭書, 420面.

27) 朴元善, 前揭論文, 39面.

그러나 船荷證券에 있어서는 어음의 경우와 달리 法定記載事項을 欠缺하여도(그것이 本質인 것이 아닌 限) 去來觀念上 船荷證券으로 볼 수 있는 限, 船荷證券의 效力을 害하지 않는다는 見解에 의하면 無記名式發行은 당연히 인정된다.²⁸⁾

또한 商法 第65條에 의하여 準用되는 民法 第523條에 의하면, 一般有價證券은 이를 無記名式으로 발행할 수 있음을 原則으로 하는 것으로 보인다.²⁹⁾

船荷證券이 無記名式으로 발행된 경우에는 背書에 의하지 않고 단순한 交付만으로 이를 讓渡할 수 있다(商法 65조, 民法523조).

V. 어음과 船荷證券의 效力(債權의 效力과 物權의 效力)

有價證券法規는 證券에 직접 表彰된 權利를 對象으로 하고 있기 보다는 오히려 權利를 表彰하고 있는 證券을 對象으로 하기 때문에, 證券에 表彰된 權利의 內容보다도 權利를 表彰하고 있는 形式이 有價證券法的 觀點의 出發點이 되고 있다.³⁰⁾

그러므로 有價證券에 表彰된 權利의 實質的(內容的) 規律은 有價證券法이 관장할 문제가 아니고 表彰된 權利가 實質적으로 속하고 있는 각 法域에서 관장할 事項이다.³¹⁾ 따라서 여기에서 간략하게 比較考察하고자 하는, 어음과 船荷證券의 效力도 어음法과 商法(海商編)에 각각 규정된 이들 證券의 모든 效力을 망라함이 아니라, 既述한 바와 같이 모두 債權的 有價證券에 속하는 이 두證券의 債權의 效力을 간단히 對比한 후에 船荷證券에 特有한 物權의 效力에 잠시 言及코자 함이다.

1. 어 음

換어음이란 어음의 發行人이 支給人에 대하여 證券上에 記載된 金額을 一定日에 證券上의 權利者(受領人 또는 그 指示人)에게 支給할 것을 無條件으로 委託하는 金錢支給委託證券이며, 約束어음이란 發行人 自身이 一定日에 一定金額을 受領人 또는 그 指示人

28) Ibid., 田中誠二, 海商法詳論, 363~364 面 및 381面, 小町谷操三, 前掲書, 152~155面.

29) 朴元善, 前掲論文, 39面.

30) 註釋어음手票法, 44面.

31) 上掲書, 註 46) 참조.

게 支給할 것을 無條件으로 約束하는 金錢支給約束證券이다.

즉 어음은 一定額의 金錢債權을 表彰한 金錢債權의 有價證券이므로 어음상의 權利者에
게는 일정한 어음金 支給請求權이 있다.

어음상의 權利에는 이와 같은 어음金 支給請求權 외에 이것에 갈음할 權利가 있는데,
이는 遡求權(償還請求權)(어음法 9조, 15조, 77조1항)과 保證人 및 參加引受人에 대한
權利(어음法 32조, 58조, 77조 3항)이다.

또 어음상의 權利는 아니지만 어음關係의 完만한 進進을 위하여 인정되는 어음法상의
權利가 있는데 이는 惡意取得者에 대한 어음返還請求權(어음法 16조 2항), 遡求通知懈怠
로 인한 損害賠償請求權(어음法 45조 6항, 77조), 複本交付請求權(어음法 64조3항), 利
得償還請求權(어음法 79조) 등이다.³²⁾

그리고 金錢債權의 有價證券에 物權의 效力이 생길 여지가 없음은 勿論이다.

2. 船荷證券

船荷證券은 運送物의 引渡請求權을 表彰하는 物件證券(Warenpapiere)이므로 引渡請
求權이란 債權 외에도 運送物 自體에 대한 所有權 등 權利關係의 效力에 대한 문제가 提
起된다.

그러하여 船荷證券의 效力에 관하여는 보통 獨逸의 學說에 따라 이를 債權의 效力과 物
權의 效力으로 구분하고 있다.³³⁾

(1) 債權의 效力

海上運送契約의 당사자인 運送人과 送荷人 사이에 法律關係는 오로지 運送契約의 내용
에 의하여 決定되며 이러한 原則은 船荷證券이 발행된 경우에도 마찬가지이다.

그러나 船荷證券이 일단 運送契約의 當事者 이외의 受荷人 기타 第三者에 의하여 취득
되고 이것이 轉傳하여 流通하게 되면 이들 第三者는 運送契約에 관한 一切의 事項에 관
하여 船荷證券의 記載에 의존할 뿐 다른 知識이 없다.

32) 徐燉珏, 前掲書, 366面.

33) 田中誠二, 海商法詳論, 389面.

그러므로 船荷證券의 流通을 促進하기 위하여는 運送에 관한 事項 즉 船荷證券의 債權的效力은 善意의 證券所持人에 관한 限, 船荷證券의 記載에 의하여 이를 정할 필요가 있다.³⁴⁾

그러하여 우리 商法도 船荷證券에 文言證券으로서의 效力을 明定하여, “船荷證券을 작성한 경우에는 運送에 관한 事項은 運送人과 所持人間에 있어서는 船荷證券에 記載된 바에 의한다”라고 규정하고 있다(商法 820조, 131조). 이와 같이 船荷證券이 海上運送人과 船荷證券所持人 사이의 債權的關係를 정하는 效力을 船荷證券의 債權的效力이라 한다.³⁵⁾³⁶⁾

(2) 物權的效力

船荷證券의 物權的效力이라 함은 船荷證券이 運送物上의 物權을 정하는 效力을 말한다.

送荷人이 運送物을 海上運送上에게 引渡하면 運送物에 대한 直接占有를 상실하기 때문에 民法의 原則에 의하면 運送物을 入質할 수 없고, 또 運送中인 物件을 賣買하여도 買受人이 運送物을 受領할때 까지는 代金을 回收할 수 없는 등 商去來에 不便이 많다.

그러므로 船荷證券에 의하여 運送物의 物權的 處分을 할 수 있도록 할 필요가 있다. 우리 商法도 船荷證券의 物權的效力을 인정하여, “船荷證券에 의하여 運送物을 받을 수 있는 者에게 船荷證券을 交付한 때에는 運送物위에 行使하는 權利의 取得에 관하여 運送物을 引渡한 것과 同一한 效力이 있다”고 規定하는 한편(商法 820조, 133조), 船荷證券의 處分證券性도 인정하여 “船荷證券을 作成한 경우에는 運送物에 관한 處分은 船荷證券으로써 해야 한다”고 규정하고 있다(商法 820조, 132조).³⁷⁾

34) 小町谷操三, 前掲書, 182~183面.

35) 田中誠二, 海商法詳論, 394~395面.

36) 船荷證券의 記載에 우리商法과 같이 文言證券으로서의 絶對的 證據力을 인정할 것인가 또는 船荷證券統一條約처럼 推定的 證據力을 인정할 것인가 등의 문제는 船荷證券의 文言性·要因性 등과 관련하여 論議가 많으나 여기서는 詳論할 性質이 아니다(比較法的인 考察은, 田中誠二, 海商法詳論, 395~417面. 기타 孫珠瓚, 船荷證券의 證據力, 法制月報, 1963, 6월호, 35~47面).

37) 이 物權的效力의 法律構成에 관하여는 貨物相換證의 경우와 같은 學說의 對立이 있고 또 物權的效力否認說도 있다(이들 內容에 관하여는, 戶田修三, 海商法, 東京, 文眞堂, 1982, 207面 이하 參照).

VI. 맺 음

위에서 有價證券인 어음과 船荷證券을 여러가지 側面에서 概括的으로 比較考察하였다. 먼저 어음과 船荷證券은 沿革的인 起源을 전연 달리하며 그 經濟的·法的인 機能도 相異함을 보았다. 다만 去來面에서, 특히 國際去來에 있어서 賣買代金 등의 決濟方法으로 貨換어음이 利用되는데, 貨換어음은 運送證券인 船荷證券에 의하여 擔保된 換어음이므로 이 部分에서는 어음과 船荷證券이 結合하여 매우 重要的 機能을 한다 할 것이다.

證券의 法的性質에 있어서 어음과 船荷證券은 모두 當然한 指示證券·文言證券·相換證券·提示證券으로서의 共通性을 지닌 반면에, 差異點으로서 어음은 完全證券·無因證券·嚴格한 要式證券이며 船荷證券은 不完全證券·有因證券·相對的 要式證券임을 보았다.

또 背書에 관하여는 背書의 方式과 背書의 要件은 兩證券에 共通되나, 背書의 效力과 種類에는 共通點과 差異點이 있었다. 즉 背書의 效力에 있어서 兩證券은 모두 權利移轉的 效力과 資格授與的 效力이 있으나, 어음은 특히 支給의 確實性과 流通性을 한층 높이기 위하여 背書에 擔保的 效力이 인정되고 있다(다만 無擔保背書, 推尋委任背書, 期限後 背書에는 그 效力이 없다).

또한 證券發行의 形式에 있어서 어음은 無記名式으로 發行할 수 없으나, 船荷證券에는 無記名式發行이 許容됨을 아울러 살펴보았다.

證券의 效力에 있어서 兩證券은 모두 이른바 債權的 有價證券으로서 名自의 法域에서 인정되는 債權的 效力을 가지고 있으나, 이른바 物權的 效力은 運送證券인 船荷證券에만 特有的 效力임을 살펴 보았다. 어음이 無因證券이며 無記名式發行이 許容되지 않고 특히 그 背書에 擔保的 效力이 인정되는 것은, 어음의 支給性을 確實히 하고 船荷證券에 비하여 그 流通性을 한층 더 強하게 保護하고자 하는 취지로 보아야 할 것이다.

參 考 文 獻

- 徐燉珏, 第二全訂商法講義(下卷)서울, 法文社, 1983.
- 鄭熙喆, 商法學原論(下卷), 서울, 博英社, 1980.
- 孫珠瓚, 商法(下卷), 서울, 博英社, 1982.
- 徐廷甲外 3人, 學說判例 註釋어음·手票法, 서울, 韓國司法行政學會, 1973.
- 朴元善, 運送證券의 背書와 어음背書를 比較함, 司法行政 通卷62號.
- 美國商業證券法, 韓國產業銀行調查部, 서울, 韓國產業銀行調查部, 1981.
- 高窪喜八郎·升本喜兵衛, 高窪利一 編, 學說判例法律總覽 手形法小切手法, 東京, 中央大學出版部, 1962.
- 田中誠二, 海商法詳論, 東京, 勁草書房, 1970.
- 田中誠二, 船荷證券免責條款論, 東京, 有斐閣, 1939.
- 小町谷操三, 海商法要義(中卷一), 東京, 岩波書店, 1935.
- 西島彌太郎, 船荷證券論, 東京, 巖松堂書店, 1954.
- 戶田修三, 海商法, 東京, 文眞堂, 1982.
- 大木一男, 船荷證券의 實務的解說, 東京, 城山堂書店, 1977.
- Payne & Ivamy, Carriage of Goods by Sea, 11th ed., London, Butterworths, 1979.
- Clive M. Schmitthoff, David A.G. Sarre, MERCANTILE LAW, 14th ed., 1984.
- Gordon J. Borrie, Commercial Law, Fifth ed., London, Butterworths, 1980.