

英國어음法(Bills of Exchange Act)上 融通어음에 관한 法律關係

梁 碩 完*

目 次

- | | |
|-------------------------|------------------|
| I. 序論 | V. 被融通者에 관한 免除規定 |
| II. 融通어음의 意義 | 1. 支給提示의 免除 |
| III. 融通當事者의 要件과 責任 | 2. 拒絕通知의 免除 |
| 1. 融通當事者의 要件 | VI. 融通어음의 消滅과 訴權 |
| 2. 融通當事者의 責任 | VII. 結論：要約 |
| IV. 融通當事者와 被融通者 相互間의 關係 | |

I. 序 論

어음制度에 있어서 信用供與(loan) 機能의 端的인 표현인 融通어음은 英美法系에서는 예전부터 制度化되어 온 데 反하여 우리나라 어음法을 포함한 大陸法系에서는 融通어음에 관하여 明文의 規定을 두고 있지 않다.

그러나 英美法系뿐만 아니라 明文의 規定을 가지고 있지 않는 大陸法系 國家에서도 融通어음의 利用은 盛行하고 있다. 우리나라에 있어서도 다른 나라에 못지 않게 融通어음이 經濟界에 끼친 役割은 자못 크다고 할 수 있다. 그런데도 融通어음에 관한 規定이 전혀 없기 때문에 融通어음을 둘러싼 法律關係의 처리는 오로지 學說·判例에 맡겨지고 있다.

英美法에 있어서 融通어음의 規制에 관한 法으로서는 英國의 어음法 Bills of Exchange Act (B.E.A.)과 美國의 統一流通證券法 Uniform Negotiable Instruments Law(U.N.I.L.), 그리고 統一商法典 Uniform Commercial Code(U.C.C.)中 第三節인 商業證券 commercial paper에 관한 부분이다.

*社會科學大 專任講師

英國에서는 어음법이 오랫동안 慣習法으로 발달하여 오다가 1882년에 종래의 慣習法, 特別法令, 判例 등을 蒐集整理한 어음법 Bills of Exchange Act¹⁾이 法典化되었다. 手票는 換어음의 一種으로서 이 가운데 규정되어 있다.²⁾ 이 어음법을 補完하는 것으로서 1957년에 手票法 Cheques Act 등이 制定되었다. 이 英國 어음법은 특히 融通어음의 法的 概念에 관하여 明文의 規定을 두고 있으며, 美國으로 건너가 統一流通證券法 등 어음關係 法規定의 바탕을 이루고 있다.

그런데 1934年 統一어음·手票法條約(convention portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre)의 成立에 隨伴하여 大陸法系의 英美法系에의 接近이 도모되고, 우리나라의 어음·手票法도 英美法의 그것에 接近하긴 했지만 아직도 많은 차이가 있다. 이 融通어음도 그 중의 하나이다. 우리나라 어음法上 어음嚴正의 法則(rigor cambii; rigor cambialis)을 크게 緩和하지 않고서는 現行 英美法에서 採擇하고 있는 融通어음制度의 法典化에는 어려움이 많을 것이다. 그렇지만 融通어음은 實務上 高度로 利用되고 있고³⁾, 그 反面 不正한 目的으로 使用된 例도 많으므로 이러한 의미에서도 어떠한 형태의 制度化에 의한 法的 規制도 필요한 실정이다.

本 論文은 英國의 Bills of Exchange Act를 중심으로 하여 融通어음의 法律的 構成이나 機能을 學說과 判例를 素材로 하여 살펴봄으로써, 우리나라 融通어음의 法律關係를 원활히 해결할 수 있도록 하기 위한 解釋論的 體系를 講究하는 데 그 目的을 두고 있다.

II. 融通어음의 意義

英國어음法에서는 融通어음이라는 用語가 法文가운데 明示되고 있다.⁴⁾ 英國의 BEA를 바탕으로 하여 成立한 美國의 兩 model法인 UNIL과 UCC에 있어서는 融通어음의 法的 概念에 관하여 BEA와는 달리 明文規定을 두고 있지 않는 점과 對照된다.

여기서 BEA에서는 일반적으로 融通當事者가 關與하고 있는 어음(bill or note with accommodation party)과 融通어음(accommodation bill or note)과는 概念上 區別하게 된다. 融通當事者가 關與하고 있는 어음이란 通常의 去來上으로 作成, 發行된 正規의 어음에 背書 등으로 融通을 한 것과 같이 보통의 어음을 融通目的으로 이용한 경우를 말한다. 이에 비해 融通어음이라고 할 때에는 融通當事者가 關與하고 있는 어음가운데 특히 어음面上 주된 債務者가 融通當事者인 어음만을 指稱하고 있다. 學說에 따라서는 兩者를 概念的으로 區別하는 立場이 多數見解이지만,⁵⁾ 區別

1) 이 法律의 正式 名稱은 「換어음 手票 및 約束어음에 관한 法을 法典化하는 法律」 An Act to codify the Law relating to Bills of Exchange, Cheques and Promissory Notes이다.

2) Byles, *On Bills of Exchange*, 24th ed., 1979, by M. Megrah & F. Ryder, p.237.

3) 우리나라에서는 經濟的으로 融通어음의 범주에 속하는 新種企業어음 commercial paper (C.P.)이 많이 이용되고 있다(鄭東潤, “新種企業어음의 法的 考察”, 「投資金融」16, p.4이하 참조).

4) B.E.A. §§28, 59.

5) Chalmer, *A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Cheques and Negotiable Securities*, 12th ed., by Barry Chedlow, pp.87-88; Jacobs, *A Short Treatise on the Law of Bills of Exchange, Cheques, Promissory Notes and Negotiable Instrument Generally*, 4th ed., p.114; Parker & Megrah, *Bills of Exchange and other Negotiable Instruments, Halsbury's Laws of England*, 3rd ed., Vol.3, p.178.

하지 않는 立場도 있다.⁶⁾

兩者를 概念的으로 區別하는 立場에서는 融通어음의 消滅에 관한 差異에 着案하고 있다. 즉 BEA 第59條 3項은 融通어음에 관하여 「被融通者가 正當하게 그 어음을 支給한 경우에는 어음은 이에 따라 消滅한다」고 하는 特則을 두고 있다. 그런데 이 규정과 관련하여, 被融通者의 支給으로 어음이 消滅하는 데는 融通當事者 자신이 어음上 어떠한 地位에 놓여 있는 경우에 限定할 것인가가 問題된다. 주된 債務者가 融通當事者인 어음만을 融通어음이라고 指稱하는 엄격한 의미에서의 融通어음만이 本項의 規定에 의하여 消滅하고, 이러한 의미에서의 融通어음이 아니라면 被融通者의 支給으로 消滅하지 않는 것으로 보기 때문이다. 또한, 엄격한 의미에서의 融通어음은 本項(59條3項) 이외의 事由에 의해서도 消滅하는 경우가 있다. 즉 後述하는 바와 같이 實質上 主債務者가 發行人 또는 背書人인 경우, 이들에 대한 免責 또는 支給猶豫는 融通當事者인 引受人도 免責시키는 效果에 의해서도 消滅한다. 이에 대하여 融通當事者가 關與하고 있는(廣義의 融通)어음 가운데에서 嚴格한 의미에서의 融通어음에 해당하는 것을 제외한 어음은 發行人 또는 背書人에 의한 支給, 또는 이에 대한 免責이나 支給猶豫 등에 의하여 消滅하는 것은 아니다. 이상과 같은 점에 있어서 兩者는 區別되어야 한다는 것이다. 더 나아가서, 예컨대 融通어음에 있어서는 어음面上 第1次的 債務者와 第2次的 債務者가 後述하는 바와 같이 實質面에서는 逆으로 保證人과 主債務者에 해당하는 경우가 있지만, 融通當事者가 關與하고 있는 어음에 있어서는(단, 被融通者가 어음當事者가 아닌 경우를 제외하고), 어음面上的 主從關係와 實質上的 그것과가 一致하고 있다고 하는 점에 着案한다면 兩者를 概念的으로 區別하여 考察할 意義는 충분하다는 것이다.

兩者를 概念的으로 區別하지 않는 立場에서는 兩者 모두 信用供與(loan)라고 하는 經濟的 作用의 면에서는 동일한 바탕을 이루고 있으므로 融通當事者의 署名이 있는 모든 어음을 融通어음이라고 廣義로 파악하고 있다. UNIL과 UCC에서는 BEA에 있어서와 같은 概念上的 混雜이 초래되는 것을 피하여 어음이 消滅하는 경우를 實質的으로 파악하고 있다.⁷⁾ 즉, 融通當事者와 被融通者의 外部에 대한 관계에서는 어음상에 당사자가 署名한 地位에서의 責任을 지는 것으로 하여 第三者를 보호함으로써, 融通當事者가 署名한 어음을 融通어음이라고 새기어 實務에 대처하고 있다.⁸⁾ 本 論文에서도 概念의 煩雜을 피하여 融通當事者가 關與하고 있는 어음 全部를 融通어음이라고 便宜上 定義하기로 한다.

英國어음法上的 融通어음에 관한 規制로서는 BEA의 法文에 의한 것과, 保證契約法의 適用에 의한 것으로 크게 나누어지고, 前者는 그 기본적 규정인 第28條와 기타의 特則으로 細分된다. 특히 BEA 第28條는 第1項에서 融通當事者의 定義를 내리고, 第2項에서 融通當事者의 責任關係를 정하고 있다. 그런데 第28條 1項의 規定은 融通當事者를 定義하고 있지만, 融通어음 그 자체에 관한 定義에 대하여는 다음과 같이 말해진다. 즉 融通어음이란 이를 利用하고자 하는 他人에

6) Byles, *The Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Bank Notes and Cheques*, 21st ed., by Maurice Megrah, pp.148~149.

7) U.N.I.L. §121(2); U.C.C. §3-601(3).

8) Daniel, *On Negotiable Instrument*, 7th ed., T. H. Calvert Vol.1, p.276; *Foreman Trust & Saving Bank v. Cohn*, 342 I 11. 280, 174 N.E. 419.

融通하여 줄 目的으로 對價(or 約因)없이 融通當事者가 자기의 이름을 그 어음상에 發行人, 引受人 또는 背書人으로서 署名한 어음을 뜻한다.⁹⁾ 먼저, 法規定的 順序에 따라 融通當事者에 관하여서부터 分說한다.

Ⅲ. 融通當事者의 要件과 責任

1. 融通當事者(accommodation party)의 要件

BEA 第28條 1項은 換어음에 있어서 融通當事者(accommodation party)란 「他人에 자기의 名義를 貸與할 目的으로(for the purpose of lending his name to some other person) 對價를 받지 않고(without receiving value therefore), 어음에 發行人, 引受人 또는 背書人으로서 署名한 者를 말한다」고 定義하고 있다. 또한, 本項은 約束어음에도 準用되고 있으므로(第89條)¹⁰⁾, 約束어음의 發行人 또는 背書人으로서 署名한 者에 대해서도 같은 定義를 내릴 수 있다.

따라서 融通當事者라고 하기 위해서는 1) 他人에 자기의 名義를 貸與할 目的을 가진다는 것, 2) 對價를 受領하지 않는다는 것, 3) 證券에 어음行爲者로서 署名할 것 등 3要件을 充足하는 것이 필요하다.

가. 融通의 目的

「他人에 자기의 名義를 貸與할 目的」이라고 하는 것은 融通當事者가 署名한 어음을 가지고 그의 信用에 의하여 被融通者(accommodated party)로 하여금 金融을 얻게 할 目的을 말한다. 즉 商業上의 信用을 貸與하는 것이다. 이러한 目的의 有無는 融通當事者에 해당하는지 與否에 대한 判斷을 하는 데 있어서 중요한 標識가 되고¹¹⁾, 단지 對價를 受領하지 않고 어음에 署名한 것만으로는 本項에서 말하는 融通當事者에 해당하지 않는다. 또한 被融通者는 반드시 어음當事者인 것을 要하지 않는다.¹²⁾ 이에 비하여 UCC에서는 被融通者도 어음當事者임을 要한다고 본다.¹³⁾

融通當事者가 이 目的으로 어음行爲를 함에 있어서는 被融通者와의 사이에 다음과 같은 明示 또는 默示의 合意가 있어야 한다.¹⁴⁾ 첫째, 滿期에 當該어음의 支給을 約束하거나, 그 支給을 위한 資金을 提供한다는 것. 둘째, 만일 이에 위반하여 資金을 제공하지 않았기 때문에 融通當事者가 引受를 하고 支給을 한 경우에는 被融通者는 融通當事者에게 損害賠償을 해야 한다는 것 등이다. 이 兩當事者間의 合意는 어떠한 內容을 정해도 무방하므로 引受人으로 하여금 發行人의 權利를 取得하게 하고 引受人은 發行人의 責任을 負擔한다는 것과 같은 合意도 허용된다.

9) Hashym & Diga, *The Negotiable Instrument Act*, 9th ed., p.250.

10) 英國의 어음법은 우리나라와 마찬가지로 換어음을 중심으로 하여 規定하고 나서 約束어음에는 이를 準用하는 方式을 취하고 있다.

11) Byles, op. cit., pp.148~149.

12) Chalmer, op. cit., p.88; Jacobs, op. cit., p.144.

13) U.C.C. §3-415(1) 參照.

14) Parker & Megrah, op. cit., p.183; Chalmer, op. cit., p.183.

이와 같은 當事者間의 合意의 效力은 어음상의 第三者에 대한 責任에 영향을 미치지 않는 것을 原則으로 하지만, 特定目的을 위하여 어음이 引受되고 所持人이 그것을 알고 있는 경우에는 例外로 해야 한다는 說도 있다.¹⁵⁾ 또한, 被融通者가 融通當事者에게 행한 資金의 提供은 契約의 履行이라고 풀이되고, 滿期前에 被融通者에게 銀行證券이나 金錢이 交付된다면, 融通當事者나 破産管財人도 返還받을 수 없게 된다.¹⁶⁾ 그런데 이와 같은 融通去來에서 이루어지는 資金提供 또는 損害賠償의 合意는 일반적으로 融通契約의 內容에 포함되고 있다고 보게 되므로 書面에 의 하여야 하는 것은 아니다.¹⁷⁾

나. 對價의 不受領

對價라 함은 어음의 取得에 대한 法律上 價値있는 約因(valuable consideration), 즉 有價約因이다(第2條). 따라서 對價라고 하는 用語는 約因과 같은 뜻으로 解釋할 수 있다. 다만, 契約法의 一般原則에 의하면 過去約因(past consideration)은 無效이지만, 어음法上은 第27條 1項 b號에 의 하여 既存의 債務 또는 義務(antecedent debt or liability)도 有價約因이라고 할 수 있다는 점이 다르다.

그러나, 이른바 手數料(commission)은 對價가 아니다. 즉 融通當事者가 어음에 署名하는 경우에 被融通者로 부터 手數料를 받을 수도 있지만, 第28條 1項 所定의 對價가 그 證券에 대한 對價를 뜻하는 데 對하여 手數料는 그 名義를 貸與한 데 대한 對價라고 하는 점에 兩者의 差異가 있다.¹⁸⁾ 그러나, 사실상 이 구별은 그다지 容易한 것은 아니다. 예컨대, 一般契約法의 原則에 의 하면 約因과 證券의 價格과의 사이에 均衡을 要하는 것은 아니므로 證券의 價格에 비하여 매우 少額의 對價가 提供된 경우에 있어서도 約因으로서 有效한 것으로 본다. 이 때문에 美法에서는 UNIL §29에서 「對價없이」라고 規定한 것을 UCC는 削除하고 있다.¹⁹⁾ 「對價없이」라고 하는 要件을 엄격하게 해석하게 되면, 가령 手數料를 받고 信用을 貸與하기 위해 어음을 發行하는 경우에는 融通關係가 否定되기 때문이다. 이러한 理由에서 UNIL §29의 「without receiving value therefore」라고 하는 表現은 不正確하여 혼동하기 쉬우므로 破棄되어야 한다는 主張이 나오게 되고,²⁰⁾ UCC에서는 UNIL의 解釋上の 疑問點을 明確히 한 것이다.

15) Hashym & Diga, op. cit., p.214.

16) Byles, op. cit., p.148.

17) Parker & Megrah, op. cit., p.183; Chalmer, op. cit., p.184.

18) Brannan, *Negotiable Instrument Law*, 7th ed., by Beutel, p.554.

19) 특히 UCC에서는 約因(consideration)과 對價(value)를 確연히 分離하여 규정하고 있다. 즉 約因은 債務者가 債務負擔을 함으로써 對價의으로 受領한 것을 말하는데, 그 債務를 강제적으로 履行시킬 수 있느냐 없느냐의 문제와 關係를 가지는 概念이다(約因에 관해서는 UCC §3-408에서 규정하고 있다). 이에 비해, 對價는 어느 債權을 取得한 當事者가 特殊한 所持人 즉 正當한 所持人인 資格을 가지느냐의 與否에 관한 문제와 關係를 가지는 概念이다. 그러나, UNIL에서는 對價라는 것은 單純契約을 有效한 것으로 할 수 있는 모든 約因을 말하는 것이라고 하여 이 兩者를 마치 同一概念에 속하는 것과 같이 취급하여 相互對替的인 것으로 사용하고 있었다 (Farnsworth, *Cases and Materials on Commercial Paper*, 3rd ed., p.454).

20) Ames, *The Negotiable Instruments Law*, 14 Harv. L. Rev. 348.

그런데 BEA에 있어서의 對價의 문제와 관련하여, 判例는 交換어음의 경우에 融通當事者는 서로 融通할 目的으로(for mutual accommodation) 이루어진 相互引受(cross acceptance)가 彼此 有價約因이라고 보기 때문에²¹⁾ 本項의 融通當事者에 해당되지 않는다고 본다.²²⁾

다. 어음行爲者로서의 署名

融通當事者는 어음의 貸與에 의하여 金錢의 調達을 가능하게 할 目的으로 어음上에 發行人, 引受人 또는 背書人으로서 署名하여야 한다. 이것은 融通어음을 廣義로 파악하여 兩者를 구별하지 않는 立場에서 풀이한 것이다.

融通어음을 엄격한 의미에서 새기어 兩者를 구별하는 立場에서는 換어음의 發行人이 背書인에게 融通할 目的으로 署名한 경우나, 背書인이 다른 어음當事者에 融通할 目的으로 署名한 것과 같은 경우에는 融通어음이라고는 하지 않고, 融通當事者가 關與하고 있는 어음이라고 달리 취급한다는 점에 대하여는 前述한 바와 같다.

2. 融通當事者의 責任

融通當事者의 責任에 관하여 BEA 第28條 2項은 「融通當事者는 有價所持人(holder for value)에 대하여 어음上의 義務를 부담한다. 有價所持人이 어음取得時에 融通當事者인 與否를 알았는가 하는 것은 不問한다」고 規定하고 있다.

그런데 英國어음법은 기본적으로 發行, 引受 또는 背書 등 모든 어음行爲를 일종의 契約이라고 보는 立場을 취하고 있으며(第21條 1項 前段 參照), 어음行爲가 有效하게 成立하기 위해서는 單純契約의 要件인 約因을 요하는 것이 原則이다(第27條 1項 a號)²³⁾. 다만, 法人은 署名에 갈음하여 그 印章을 證券에 押捺하는 것에 의해서도 어음行爲를 할 수 있으므로(第91條 2項 本文) 法人이 署名에 갈음하여 捺印한 경우에는 單純契約으로 볼 수는 없는 捺印契約(contract under seal)이 되고, 그 效力으로서 法人은 비록 約因을 取得하지 않고서도 責任을 지게 된다.²⁴⁾ 그러나, 法人의 換어음 또는 約束어음은 捺印證書이어야 하는 것이 要求되는 것은 아니고(第91條 2項 但書), 실제 상으로도 法人의 어음行爲는 代理人의 署名이라는 방식에 의하여 행하여지고 있는 것이 通例이다.²⁵⁾

어음의 流通證券으로서의 特質에 適合하게 하기 위해서는 어음行爲를 契約이라고 보는 데서 오는 不合理性을 제거해야 할 필요가 있다. 이를 위해 一般契約法の 約因에 관한 諸法則에 대하여 前述과 같이 過去約因을 인정하는 외에 몇개의 特則을 두고 있다. 먼저 融通當事者로 하여금

21) *Burdon v. Benton* [1847] 9 Q. B. 843; *Byles*, op. cit., p. 149.

22) *Cowley v. Dunlop*(1798) 7 T.R.567; *Buckler v. Buttivant*(1802) 3 East 72; *Byles*, op. cit., p. 135.; 獨逸에서는 이러한 경우를 어음騎乘(Wechselreiterei)이라고 한다.

23) 英國法에서는 어음行爲를 約因(or 對價)을 필요로 하는 單純契約으로 풀이하지만, 美國法에서는 要式契約이라고 새기는 것이 보통이다.

24) *Jacobs*, op. cit., p. 112.

25) *Chalmer*, op. cit., p. 276.

對價를 受領하지 않았음에도 불구하고 責任을 부담시킨다고 하는 어음法 第28條 2項의 규정도 또한 一般原則에 대하여 重大한 修正을 가한 것이나 다름없다는 점이다.

다음에 融通當事者가 어음상의 義務를 부담해야 하는 者는 有價所持人에 대해서이다. 無償으로 어음을 取得한 者에 대하여는 約因欠缺의 抗辯으로 對抗할 수 있다. 그런데 第27條 2項은 有價所持人에 관하여 「어음에 대하여 對價가 供與된 때에는 그 어음所持人은 引受人 및 그 때까지의 어음當事者 全원에 대한 關係에 있어서는 이를 有價所持人으로 인정한다」고 규정하고 있다. 이에 따라 어음取得에 대해서 스스로 對價를 提供한 者가 아니라도 有價所持人으로 보게 되는 경우가 생긴다. 이러한 擬制도 또한 「約因은 受約者 스스로 提供하는 것을 要한다(Consideration must move from the promisee)」라고 하는 一般契約法上的 原則에 대한 特則이나 다름없다.

一般契約法에 있어서 約因이 單純契約의 普遍的 要件이라고 하는 所以는 아무런 對價를 치루지 않는 者가 利益을 얻기만 하고, 逆으로 아무런 對價도 받지 않는 者가 損害를 당하기만 하는 것을 防止한다는 法意에 의한 것이다. 그러나, 第27條 2項과 第28條 2項의 규정이 相互 適用되는 경우에는 對價를 提供하지 않고서도 受約者(promisee)로서 支給을 強制할 수 있는 者 및 對價를 受領하지 않고서도 約束者(promiser)로서 支給을 強制당하는 者가 인정된다는 것이다. 예를 들면 B가 支給人 A, 受取人 C인 換어음을 發行하고 A는 B의 融通을 위하여 이를 無償으로 引受한 바, C는 B에 對價를 提供하여 取得한 후 D에 이 어음을 贈與하였다. 이러한 事案에 있어서 D는 아무런 對價를 提供하지 않고서도, 또한 A는 어떠한 對價를 受領받지 않았는데도 D는 A에게 訴求할 수 있게 된다는 것이다.²⁶⁾

有價所持人에 관하여 마지막으로 문제가 되는 것은 有價取得의 事實에 대한 立證責任(onus probandi)은 所持人과 融通當事者 가운데 누가 부담하는가 하는 점이다.²⁷⁾ 判例는 融通當事者가 當該어음이 融通어음이라는 것, 또는 對價를 受領하지 않고 어음行爲를 했다는 것을 證明한 경우에는, 所持人이 이에 대하여 對價를 提供한 사실을 立證하지 않으면 안된다고 함으로써 所持人에게 立證責任을 부담시키는 입장을 취했다.²⁸⁾ 그러나, 후에는 이 태도를 바꾸어,²⁹⁾ 融通當事者가 단지 約因不受領의 사실로서 所持人에게 約因提供의 立證責任을 부담시키는 權利를 부여하는 것은 아니다. 그렇지만, 融通當事者가 當該어음에 의하여 資金을 調達하기 위하여 發行人으로서의 名義를 貸與했다고 주장한다면, 이에 의하여 金融을 얻는다고 하는 가능성이 있게 된다. 다만, 當該어음이 詐欺 또는 竊取 등 違法한 行爲와 關聯된 것이 證明된 경우에는 所持人이 이러한 사실에 관하여 善意라는 것과 當該어음에 대한 對價를 제공했다는 것을 證明해야만 한다라고 하였다.

融通當事者는 融通의 事實에 관하여 有價所持人의 善意·惡意에 관계없이 어음상의 責任을 부담해야만 한다. 따라서 BEA 第28條 2項은 有價所持人에 대하여는 融通의 사실에 관한 惡意의 抗辯이 성립할 여지가 없음을 明文으로 인정하고 있다고 보아야 한다. 다만, 이 규정의 성격에

26) Jacobs, op. cit., p.113.

27) Byles, op. cit., p.134.

28) Heath v. Sansom, 2 B. & Ad.291; Thomas v. Newton, 2 C. & P.606.

29) Mills v. Barber, 1M. & W. 425, 431.

관해서는 약간의 考察이 필요하다. 英國어음법은 어음은 流通證券으로서 抗辯切斷(free from equities)의 特性을 가진다는 것과 아울러 어음讓渡時에 그 效果가 발생하기 위해서는 讓受人이 正當所持人(holder in due course)인 것을 要한다고 한다(第38條 2項). 正當所持人이란 1) 表面上 完全하고 正常인 어음을 2) 滿期前에, 만일 어음取得前에 支給이 拒絕된 경우에는 그 事實을 알지 못하고 3) 善意이며 4) 有償으로 取得한 者이다(第29條 1項). 여기서 有償所持人은 이 4要件 가운데 1)과 4)을 충족한 것에 불과하고, 단지 有償所持人인 것만으로는 보통 抗辯切斷의 效果는 주어지지 않는다고 한다. 그렇다면 第28條 2項의 규정은 抗辯切斷에 관하여 第38條 2項에 대한 단순한 特則으로서의 性格을 가진다고 할 수 있는가가 문제된다. 즉 融通當事者의 融通의 事實에 대한 抗辯은 본래 正當所持人에 대한 관계에서만 切斷되는 것이지만, 第28條 2項에 의하여 有償所持人에 대한 관계에 있어서도 對抗할 수 없다고 解釋할 수 있는가 하는 점이다. 이러한 疑問에 답하는 실마리로서 融通어음이 滿期後에 流通될 경우에 所持人의 權利에 관한 論議가 一應 參考되리라고 본다.

滿期後의 어음(overdue bill)에 대한 流通의 效果에 관하여 第36條 2項은 「滿期後에 어음이 流通된 경우에는 滿期에 그 어음에 영향을 미친 權利의 瑕疵(defect of title)를 隨伴하여서만 流通된다. 이후 瑕疵있는 어음을 취득한 者는 그 讓渡人이 가진 이상의 權利를 취득하거나 他人에게 移轉할 수 없다」고 규정하고 있다. 따라서 滿期後에 流通된 경우에는 抗辯切斷의 效果는 發生하지 않고, 어음債務者는 滿期에 所持人에 對抗할 수 있었던 抗辯으로써 이후의 取得者에게도 對抗할 수 있게 된다. 여기서 第29條 2項은 이 「權利의 瑕疵」가 어떠한 것인가에 관하여 중요한 경우를 例示하고 있지만, 約因의 欠缺은 그 중에 明示되고 있지 않으므로, 이것이 「權利의 瑕疵」에 해당하는가 與否에 대하여 다름이 있다.³⁰⁾ 判例는 당초 約因欠缺은 權利瑕疵에 해당한다는 立場을 취했지만,³¹⁾ 그 후에는 約因의 欠缺은 어음에 附着하는 抗辯(equities attaching to bill)이 아니므로 어음상의 權利의 瑕疵로는 볼 수 없다고 하고 있다.³²⁾ 따라서 融通어음에 있어서는 滿期後에 流通되었다고 하더라도 融通當事者는 有償所持人에 대하여 約因欠缺의 抗辯으로 對抗할 수는 없다고 한다.³³⁾ 다만 融通어음이, 滿期後에는 流通시키지 않는다고 하는 明示 또는 默示의 約束에 反하여, 流通에 놓여진 경우에는 融通當事者는 所持人에 對抗할 수 있다고 하고 있다.³⁴⁾ 이는 約因의 欠缺 자체는 어음에 附着하는 抗辯이라고 할 수 없지만, 滿期後에는 流通시키지 않는다고 하는 特約은 이것과는 別個의 어음에 附着하는 抗辯을 이루고 있다고 보기 때문일 것이다.

이와 같이 約因의 欠缺은 어음에 附着하는 抗辯이 아니라고 한다면, 그것은 어디까지나 融通當事者와 被融通者 사이에 있어서만 抗辯이 될 수 있는 事項이고 어음의 讓渡에 隨伴하여 移轉하는 性質은 아니라고 할 수 있다. 따라서 第28條 2項의 규정은 融通의 事實에 관한 抗辯은 본래

30) Chalmer, op. cit., p.116; Byles, op. cit., p.187; Parker & Megrah, op. cit., p.186.

31) Tinson v. Francis, 1 Camp, 19.

32) Charles v. Marsden, 1 Taunt. 224.

33) Sturtevant v. Ford, 4M. & G.101, 106.

34) Parr v. Jewell, 16 C.B.684.

被融通者 이외의 者에게는 承繼될 수 없는 性質의 것이고, 이것을 알고 어음을 轉得하더라도 惡意의 抗辯이 성립할 여지는 없다는 우리나라의 通說³⁵⁾·判例³⁶⁾의 理論構成과 그 基礎가 같다고 할 수 있다.

IV. 融通當事者와 被融通者 相互間의 關係

融通當事者와 被融通者 사이에는 前述한 바와 같이 資金提供 또는 損害賠償의 契約이 존재하고, 被融通者는 融通當事者에 대하여 滿期에 支給해야 할 資金을 提供하든가 또는 損害를 賠償해야 할 義務를 부담하는 者이다. 따라서 실질적으로 兩者의 關係를 파악한다면, 被融通者는 최종적으로 책임을 지는 者이고, 融通當事者는 그 保證人에 해당하는 者라고 볼 수 있다. 英國어음법은 이와 같은 인식위에서 融通當事者와 被融通者와의 關係에 대하여 前者를 保證人으로, 後者를 主債務者로 취급하고 保證契約法의 一般原則을 적용하고 있다.³⁷⁾ 이에 관한 考察을 하는데 있어서는 그 前提로서 다음 事項을 指摘하지 않으면 안된다.

英國어음법은 일반적으로 어음行爲者 相互間에는 所持人에 대하여 主債務者와 保證人의 關係에 類似한 관계가 있다고 하고 있으며 이에 相應한 일정한 효과를 부여하고 있다³⁸⁾(所持人과 어음當事者間의 이러한 關係를 quasi-suretyship으로 풀이하는 見解도 있다.)³⁹⁾ 예컨대, 換어음에 있어서 所持人과 引受人의 관계를 중심으로 살펴 볼 경우에 引受人이 主債務者이고 發行人과 背書人은 引受人의 支給拒絕時에만 責任을 지는 바와 같이 保證人에 불과하다고 한다. 또한 所持人과 發行人의 관계에 焦點을 맞춰 고찰한다면 發行人이 主債務者이고 背書人은 그 保證人에 해당한다고 한다. 더우기 어음當事者 相互間의 關係를 이와 같이 보는 것에 따라, 단지 換어음에 대하여 一次的인 責任을 지는 者는 引受人이고 二次的인 債務者가 發行人 내지 背書人이라는 것을 保證契約關係에 對比하여 설명하는 데 그치지 않고, 實際上으로도 保證契約法의 一般原則이 어음當事者 相互關係의 처리에 적용되고 있다. 예컨대, 所持人에 의하여 主債務者에 해당하는 前者에 대하여 어음債務가 免除되었을 경우에는, 그 保證人에 해당하는 後者는 이에 따라 免責되고, 또한 所持人에 의하여 前者에 대한 支給猶豫가 있었을 때에는 그 後者에 대한 權利가 명백히 留保되지 않는 限, 後者는 免責되는 등의 처리를 하고 있다.⁴⁰⁾

35) 姜渭斗, 「商法講義[Ⅲ]」, 螢雪出版社, 1983, p.171; 徐燦珪, 「第三全訂 商法講義(下卷)」, 法文社, 1985, p.103; 徐廷甲, 「新어음·手票法」, 日新社, 1980, p.82; 孫珠璣, 「全訂增補版 商法(下)」, 博英社, 1985, p.87; 鄭東潤, 「改正版 어음·手票法」, 法文社, 1986, p.197; 鄭熙喆·梁承圭, 「商法學原論(下)」, 博英社, 1986, p.515; 崔基元, 「全訂增補版 商法學新論(下)」, 博英社, 1986, p.311.

36) 大判 1957.3.21, 4290民上20; 同1968.8.31, 65다1217; 同1969.9.30, 69다975·976; 同1979.10.30, 79다479.

37) Byles, op. cit., p.285; Chalmer, op. cit., pp.205~211.

38) Byles, op. cit., pp.284~285; Chalmer, op. cit., p.205.

39) Jacobs, op. cit., pp.99~100.

40) Chalmer, op. cit., pp.207~208; Byles, op. cit., p.284.

融通어음에 관하여 融通當事者和 被融通者間的 관계를 이와 같은 通常의 어음의 경우와 비교하여 본다면 예컨대, 發行人이 融通當事者이고 引受人이 被融通者인 換어음에 있어서는 外見上 保證人 및 主債務者와 實際上 保證人 및 主債務者의 關係가 일치하므로 문제는 없다. 그런데 예컨대, 融通當事者가 引受人, 被融通者가 發行人인 換어음, 또는 融通當事者가 發行人, 被融通者가 受取人인 約束어음의 경우에 있어서는 어음面上에 나타난 地位와 實質上의 지위가 다르게 된다. 특히 被融通者가 어음當事者가 아닌 경우에도⁴¹⁾ 形式上의 地位와 事實상의 지위가 相應하지 않게 된다. 이점에 관하여 判例는 당초 發行人의 融通을 위해 對價없이 換어음의 引受人이 된 事案에 대하여 發行人이 主債務者이고, 引受人은 그 保證人이라고 想定하는 것처럼, 融通引受人 事實을 알고 있는 所持人에 의하여 發行人에게 支給猶豫가 있었을 경우에는 引受人은 免責되지만,⁴²⁾ 引受人에게 猶豫가 되더라도 發行人을 免責하는 것은 아니라고 하는 判例를 보였다.⁴³⁾ 그러나, 이 態度는 후에 바뀌어 어떤 當事者의 名義가 換어음상에 主債務者 즉 引受人으로서 기재된 이상, 그 者는 保證人이라는 抗辯은 허용되지 않는다고 하는 判例가 나왔다. 그 이유는 이와 같은 抗辯은 書面인 證券上의 記載에 反하는 事項이고, 融通어음의 경우에도 비록 所持人에 대하여 引受人가 對價없이 이루어진 事實을 알고서도 일반적인 通常의 어음의 경우와 같이 引受人을 主債務者로 보아야만 한다고 하는 점이다.⁴⁴⁾

그런데 判例의 立場은 다시 변경되어 다음과 같은 判例法理論이 確立되었다.⁴⁵⁾ 즉 保證人으로서의 權利는 證券面의 形式에서는 獨立하여 발생한다고 하는 前提下에서 어음債務를 強制하기 위해서는 어음面上의 主債務者가 어디까지나 主債務者로서 취급되지만, 所持人이 外見上의 主債務者는 단순한 保證人에 불과하다는 것과, 實質上의 主債務者가 누구인가를 안 후에 後者인 被融通者에 대하여 支給免除 또는 猶豫가 있게 된다면 前者인 融通當事者는 이에 따라 免責된다고 한다. 換言한다면, 被融通者에 대한 所持人의 行爲가 融通當事者에 어떠한 영향을 미치는가에 대하여 Common Law下에서는 所持人이 행한 被融通者에 대한 免除 예컨대, 期限猶豫나 支給猶豫는 引受人의 責任에 영향을 미치지 않는 것으로 보지만, 衡平法院은 融通引受人에 그가 단지 保證人에 불과하다는 抗辯을 許容하고, 만일 所持人이 被融通者에 대한 支給猶豫나 免除時, 그 法律行爲의 性質을 알고 있었다면 融通引受人은 免責된다고 함으로써 종전 判例法의 原則을 緩和하고 있다는 것이다. 이와 같은 抗辯은 普通法院에 있어서조차 衡平法上의 抗辯으로서 승인되고 있다.⁴⁶⁾

그리하여 融通어음에 있어서도 融通當事者를 保證人, 被融通者를 主債務者로서 취급하고 保證契約法의 一般原則이 이에 적용된다. 따라서 融通當事者는 어음상의 主債務者가 아닌 것을

41) Chalmer, op. cit., p. 88; Jacobs, op. cit., p. 144.

42) Laxton v. Peat, 2 Camp. 185.

43) Collott v. Haigh, 3 Camp. 281.

44) Fentum v. Pocock, 5 Jaunt. 192, 128 E. R.

45) Overend, Curney & Co. v. Oriental Finance Co. L. R. 7 H.L. 348; Byles, op. cit., p. 285; Chalmer, op. cit., p. 207.

46) Hashym & Diga, op. cit., p. 238.

立證하게 되면 保證人으로 보게 되고 그 免責에 관하여 上述한 바와 같은 취급을 받을 뿐만 아니라, 債權者에 의하여 保有되고 있는 一切의 擔保의 利益을 享有할 수 있는 등 一般契約法에 있어서 保證人이 가져야 하는 權利를 부여받는다.⁴⁷⁾ 또한, 融通當事者가 被融通者에 대하여 그가 받은 損害의 賠償을 요구하는 경우에는 어음所持人에 대하여 被融通者의 債務를 어느 정도까지 免責할 수 있었는가를 立證해야 할 뿐만 아니라, 被融通者의 明示 또는 默示의 요청에 의하여 支給되었다는 것을 立證하지 않으면 안된다(다만, 法에 의하여 支給이 強制되어야 할 사정이 존재하였다면, 支給의 要請은 默示의으로 존재한 것이 될 것이다). 그리고 支給이 強制的이 아닌 것으로 알고 任意로 支給한 경우에는 被融通者에 대하여 賠償을 強制할 수는 없다.⁴⁸⁾ 예컨대, 引受人의 融通을 위해 換어음을 發行한 者가 支給拒絶의 通知를 받지 못해서 所持人에게 어음金額의 半額을 支給했다라도 그것은 強制된 支給에 해당하지 않으므로 引受人에 대하여 求償할 수가 없다.⁴⁹⁾ 이와 같은 效果가 인정되는 것도 保證契約法上 原則의 하나의 適用例이다.

한편, 二人 이상이 他人의 融通을 위하여 어음行爲를 한 경우에는 그 融通當事者 相互間的 權利義務는 保證契約法에 있어서의 共同保證人(co-sureties)間的 權利義務와 같으므로 어음面上 署名의 順序 또는 資格에 관계없이 결정된다. 예컨대, 發行人의 融通을 위해 2인이 각자 融通背書를 한 경우, 第一背書人은 第二背書人에 대하여 擔保責任을 지지 않고, 또한 第一背書人이 支給한 경우에는 第二背書人에 대하여 當該어음 자체에 의하여 訴求할 수는 없지만, 共同保證人으로서의 分擔額(contribution)을 求償하는 訴를 제기할 수가 있다.⁵⁰⁾

어음이 支給拒絶되는 경우의 責任問題는 어떠한가? 이 경우에 換어음의 引受人이나 約束어음의 發行人은 不渡어음의 所持人뿐만 아니라, 그 債務不履行에서 損害를 받은 다른 當事者에 대하여 賠償責任을 진다. 다만, 被融通者는 滿期前에 融通當事者에 대하여 資金提供을 하지 않았다면 訴求할 수는 없게 된다. 發行人을 위한 融通引受의 경우에도 滿期 또는 그 후에 引受人이 支給한다면 어음은 消滅하지만, 融通引受人은 그 어음에 基하여서는 發行人에 訴求할 수는 없다(다만, 償還을 위한 訴는 허용된다). 發行人이 滿期에 그 어음에 대한 債務를 辨濟한다면 어음은 消滅한다. 그러나, 이 경우에도 引受人에 대하여서는 辨濟額을 訴求할 수 없다.⁵¹⁾

V. 被融通者에 관한 免除規定

1. 支給提示의 免除

BEA는 支給을 위한 提示를 前者에 대한 溯求權 行使의 要件으로 하고 있으나, 被融通者에 대한 관계 등에 있어서는 이를 免除하는 경우를 인정하고 있다(第46條 2項).

47) Chalmer, op. cit., pp.184, 208, 209.

48) Parker & Megrah, op. cit., p.219; Chalmer, op. cit., p.183.

49) Sleigh v. Sleigh, 5 Exch. 514, 155 E.R.

50) Parker & Megrah, op. cit., pp.216, 218.; Chalmer, op. cit., p.184.

51) B.E.A. §59(3).

먼저 發行人에 대한 特則으로서 「支給人 또는 引受人이 發行人과의 사이에 있어서는 어음을 引受 또는 支給해야 할 義務가 없으며, 發行人이 그 어음이 提示되었다면 支給하였을 것이라고 믿을 만한 하등의 이유도 가지지 않을」 경우에는 支給을 위한 提示는 필요로 하지 않는다고 第46條 2項 c號는 규정하고 있다. 이것은 직접 被融通者에 대하여 규정한 것은 아니지만, 本號에 해당하는 典型的 事例로서 自己指示 換어음이 發行人의 融通을 위해 引受되고, 發行人은 이에 背書하여 金融을 얻었지만 滿期에 支給해야 할 資金을 引受人에 제공한 경우를 들 수 있다.⁵²⁾ 이 경우에는 本號에 의하여 被融通者인 發行人에 遡求하는 데 있어서 支給을 위한 提示는 필요로 하지 않게 된다. 생각컨대, 이러한 경우에는 引受人은 發行人과의 관계에 있어서는 어음支給의 義務를 부담하지 않는다. 또한 發行人은 支給이 拒絶된다는 것을 충분히 예상할 수 있는 地位에 있으므로 所持人이 引受人에게 支給을 위한 提示를 하지 않고, 직접 發行人에 대하여 遡求權을 행사하더라도 發行人이 支給을 위한 提示가 없었다는 것을 이유로 이를 拒絶할 수는 없게 된다. 여기서 支給되었다고 믿을 만한 이유라는 것은 所持人에 대하여서가 아니라, 어디까지나 發行人에 대하여 그 存否가 문제로 되고,⁵³⁾ 상당한 이유가 있지 않으면 안된다. 따라서 所持人이 단지 發行人의 融通을 위해 引受된 換어음이라는 것을 안 것만으로서 支給을 위한 提示를 懈怠하여서는 안된다.⁵⁴⁾

다음에 被融通者가 背書人인 경우에 관하여 「背書인에 대한 관계에 있어서는 어음이 그 背書人の 融通을 위하여 引受되거나 作成된 경우에 背書人은 그 어음이 提示되었다면 支給되었을 것이라고 기대할 만한 하등의 이유도 없을」 경우에는 支給을 위한 提示는 免除된다고 第46條 2項 d號는 규정하고 있다. 本號는 직접 被融通者에 대한 규정이지만, 그 취지는 發行人에 관한 前c號의 경우와 전혀 동일하다.

2. 拒絶通知의 免除

英國어음법에서 遡求權의 要件으로서 拒絶證書의 作成은 外國어음에 대하여서만 要求하고 있고(第51條 2項), 內國어음에 있어서는 이에 갈음하여 發行人 및 背書인에 대한 拒絶의 通知(notice of dishonour)가 그 要件으로 되고 있다(第48條). 따라서 支給을 위한 提示의 경우와 마찬가지로 拒絶通知에 대하여서도 이를 不要한다고 하는 例外가 인정되고 있고(第50條 2項), 그 중에 被融通者에 관한 규정이 포함돼 있다.

먼저, 發行人에 대한 관계에 있어서는 「支給人 또는 引受人이 發行人과의 사이에 있어서 어음의 引受 또는 支給을 해야 할 義務를 부담하지 않을 경우」에는 拒絶通知는 免除된다(第50條 2項 c號(4)). 支給을 위한 提示가 免除되는 경우와 마찬가지로 發行人을 위해 融通引受되고 發行人은 이에 따라 金融을 얻었지만, 滿期까지 引受人에 대하여 支給資金을 제공하지 못할 경우 등이 이

52) Chalmer, op. cit., p.144.

53) B.E.A. §46(2) 2號 參照.

54) Jacobs, op. cit., p.152.

에 해당하는 단적인 예이다.⁵⁵⁾

다음에, 背書인에 대한 관계에 있어서는 「어음이 그 背書인의 融通을 위해 引受되거나 作成된 경우」에는 拒絕通知는 免除된다(第50條 2項 d號(3)).

그런데 拒絕通知가 遡求權行使의 要件이 된 이유는 이에 의하여 前者인 償還義務者가 미리 支給準備를 할 수 있도록 함과 아울러 償還義務를 이행한 者가 특히 그 前者에 대한 償還請求를 할 수 있도록 하는 점에 있다.⁵⁶⁾ 따라서 拒絕通知를 免除하는 이 규정의 취지도 이에 對應하여 다음 2가지 점에 있다고 풀이되고 있다.

첫째는, 上記 設例와 같은 경우에 있어서는 被融通者인 發行人은 當該어음이 支給拒絕될 것을 예상할 수 있으므로 償還請求를 당하는 데 있어서 사전에 通知를 받을 필요는 없다는 점이다.⁵⁷⁾ 그러나, 이와 같은 취지에 基하여 풀이하는 데도 불구하고, 이 규정은 支給을 위한 提示를 免除하는 경우와 달리, 「어음이 提示되었더라면 支給되었을 것이라고 믿을 만한 하등의 이유도 없다」는 것을 要件으로 하지 않는다는 점이다. 이 때문에 發行人과 引受人이 모두 破産하고 背書인이 그 사실을 알았더라도 所持人は 그 背書인에 대하여 拒絕通知를 하지 않으면 안된다.⁵⁸⁾ 또한 支給人 또는 引受人이 發行人과의 관계에서 支給해야 할 義務를 부담하지 않는 경우에는 發行人은 그 사실에 의하여 拒絕通知를 받을 權利를 喪失하지만, 한편 그것만으로는 發行人은 支給을 위한 提示를 받을 權利를 상실하는 것은 아니다.⁵⁹⁾ 所持인이 支給人에게 아직 發行人으로부터 資金의 提供을 받지 않았지만 곧 提供될 것이라는 趣旨를 告하는 한편, 發行人으로 하여금 支給人에게 資金을 提供하도록 하라는 취지를 告한 경우에는 發行人은 支給을 위한 提示에 대한 權利를 가진다.⁶⁰⁾ 또한 發行人이 支給人에 대하여 어음이 提示되었더라도 支給하지 말 것을 指示하고, 이와 같은 사실을 所持인이 안 경우에는 拒絕의 通知는 이에 의하여 免除되지만, 支給을 위한 提示는 이 사실만으로는 免除되지 않는다.⁶¹⁾ 이처럼 發行人 또는 背書인이 被融通者인 경우에 그에 대한 拒絕通知가 免除되는 범위는 支給을 위한 提示의 免除에 비하여 넓다고 할 수 있다.

둘째로 예컨대, 被融通者인 發行人이 滿期까지 引受人에게 支給資金을 提供하지 않고, 그 대신 스스로 어음의 支給을 履行하고서도 償還請求를 해야 할 상대방이 存在하지 않으므로 拒絕通知의 欠缺에 의하여 惹起된 損害는 발생할 수 없다고 하는 점이다. 따라서 被背書인의 融通을 위하여 발행된 換어음의 拒絕通知는 비록 發行人이 引受人에게 支給資金을 提供하지 않았으면서도 發行人에게 행하지 않으면 안된다. 發行人은 通知의 受領時에 被背書인에 대하여 支給資金의 提供을 請求할 수 있는 權利를 가지기 때문이다.⁶²⁾

55) Chalmer, op. cit., p.157; Parker & Megrah, op. cit., p.208.

56) Byles, op. cit., p.280; Jacobs, op. cit., p.168.

57) Jacobs, ibid.

58) Esdaile v. Sowerby, 11 East 115; Jacobs, op. cit., p.168.

59) Byles, op. cit., p.224.

60) Prideaux v. Collier, 2 Stark. 57.

61) Hill v. Heap, P. & R., N.C.P.57.

62) Cory v. Scott, 3B. & Ald. 619; Byles, op. cit., p.280.

VI. 融通어음의 消滅과 訴權

어음의 消滅(discharge of bill or note)이란 어음상의 一切의 訴權(right of action on a bill or note)이 消滅하는 것을 뜻한다. 어음의 消滅에 관하여 BEA 第59條 1項은 「어음은 支給人 또는 引受人에 의하거나, 또는 그에 같음하여 支給할 者에 의한 正當한 支給에 의하여 消滅한다.」고 규정하고 있다. 따라서 보통 發行人 또는 背書人에 의한 支給에 의하여 어음이 消滅하는 것은 아니다. 여기서 正當한 支給이란 어음의 滿期 또는 그 後에 있어서 어음所持人에 대하여 善意로 즉 所持人의 어음상의 權利에 瑕疵가 있다는 것을 알지 못한 경우의 支給을 말한다.

이러한 原則에 대하여 融通어음에 관하여는 「被融通者가 正當하게 그 어음을 支給한 경우에는 어음은 이에 의하여 消滅한다」고 하는 特則을 同條 3項에서 규정하고 있다. 따라서 融通어음의 경우에는 發行人 또는 背書人이 被融通者인 경우에는 그 支給에 의해서도 消滅한다. 判例는 被融通者인 發行人에 의한 支給으로 當該어음은 消滅하므로 그 후에 發行人이 재차 이를 流通시키더라도 所持人은 그에 의하여 引受人을 訴求할 수는 없다고 한다.⁶³⁾ 이러한 例外(規定)를 인정하는 이유는 被融通者가 引受人의 代理人으로서 支給한 때문이라고 하는 說明도 있지만,⁶⁴⁾ 前述한 바와 같이 融通當事者와 被融通者의 關係를 保證人和 主債務者와의 關係로 파악하는 英國어음法の 기본적인 態度의 하나라고 풀이하는⁶⁵⁾ 것이 正當한 解釋이라고 할 수 있다.

그런데, 어음의 消滅은 이에 의하여 반드시 어음當事者間的 특수한 사정에서 발생한 訴權을 消滅하게 하는 것은 아니고, 이러한 訴權과 어음상의 訴權과는 구별하지 않으면 안된다. 어음상의 訴權은 어음當事者가 어음去來(bill transaction)에 의하여 취득한 權利이지만, 어음當事者間的 특수한 사정에서 발생한 訴權은 當該어음으로부터 獨立한 訴權이다. 前者는 어음의 流通과 함께 讓渡되고, 어음의 消滅과 함께 消滅하지만, 後者는 讓渡될 수 없고 또한 어음의 消滅에 의하여 반드시 消滅하는 것은 아니다. 融通當事者가 자기資金으로 支給한 경우에 被融通者에 대하여 가지는 訴權은 後者에 속하므로 예컨대, 融通어음이 融通引受人에 의하여 支給됨으로써 消滅하더라도 被融通者에 賠償을 請求할 수 있는 訴權은 남게 된다.⁶⁶⁾

VI. 結論：要約

이상으로 英國어음法상의 融通어음에 관하여 明文規定을 중심으로 學說·判例를 통한 理論的體系를 살펴 보았다. 明文規定이 없는 우리나라에서도 融通어음은 어음利用關係의 하나의 現象

63) Cook v. Lister, 32 L.J.C.P. at 127.

64) Chalmer, op. cit., p.190.

65) Parker & Megrah, op. cit., p.227.

66) Chalmer, op. cit., p.185; Parker & Megrah, op. cit., p.230.

으로 考察되고 있으므로 이에 관한 學說·判例를 比較·分析한다면 다음과 같이 要約할 수 있다.

첫째, 融通어음(accommodation bill or note)이라는 用語가 法制上 최초로 직접 규정되고 있는 英國어음法에서는 일반적으로 融通當事者가 關與하고 있는 어음(bill or note with accommodation party)과 어음面上 주된 債務者가 融通當事者인 어음만을 指稱하는 融通어음과는 概念上 구별되고 있다. 그러나, 本稿에서는 그 地位如何를 不問하고 融通當事者가 署名한 어음을 모두 融通어음이라고 풀이하는 廣義의 立場에 서서 叙述하였다.

우리나라에서도 他人으로 하여금 資金을 融通하게 할 目的에서 發行하는 어음뿐 아니라, 發行 이외에 어음에 信用을 부여할 目的으로 背書(好意背書) 또는 換어음의 引受(好意引受)를 하는 경우에 이러한 信用어음도 融通어음에 속한다고 明示한 見解가 있다.⁶⁷⁾

둘째, 英國어음法은, 일반적으로 어음行爲者 相互間에는 所持人에 대하여 主債務者와 保證人의 關係가 있는 것을 前提로 融通어음에 있어서도 被融通者를 主債務者, 融通當事者를 保證人으로 취급하여 保證契約法의 一般原則을 적용시키고 있다. 그리하여 所持人에 의하여 主債務者에 해당하는 前者에 대하여 어음債務가 免除되었을 경우에는, 그 保證人에 해당하는 後者は 이에 따라 免責되고, 또한 所持人에 의하여 前者에 대한 支給猶豫가 있었을 때에는 그 後者에 대한 權利가 명백히 留保되지 않는 限, 後者は 免責된다고 處理하고 있다.

이에 반하여, 우리나라 어음法下에서는 이러한 取扱은 허용되지 않고 있다. 따라서, 換어음의 引受人 또는 約束어음의 發行人과 所持人과의 사이에 支給猶豫의 特約이 체결된 경우에도, 이에 의하여 어음關係에는 하등의 영향이 없고, 단지 特約 當事者間에 支給猶豫의 人的 抗辯을 발생시키는 데 불과하다고 풀이하고 있다.⁶⁸⁾ 또한 어음關係와 實質關係는 원칙적으로 분리되어 있으므로 他人이 발행한 어음에 保證의 趣旨로 背書를 하거나, 引受를 한 경우에는 記名捺印者는 背書人 또는 引受人으로서 어음상의 責任을 질 뿐이고, 그 이상 어음發行的 原因債務까지 保證한 것으로는 볼 수 없다.⁶⁹⁾ 더구나, 融通어음의 發行人은 被融通者 이외에 第三者에 대한 그 어음 金支給義務를 負擔하는 이외에 당연히 被融通者의 保證人이 된다는 法理는 있을 수 없다.⁷⁰⁾ 다만, 當事者의 意思를 合理的으로 해석하여,⁷¹⁾ 原因債務의 借用證書에 갈음하여 어음이 發行되고 그 사정을 알면서 原因債務를 담보하는 의미로 어음에 背書하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 背書人은 原因債務에 대하여 連帶保證의 責任을 진 것으로 풀이하고 있다.⁷²⁾

그렇다고 해서 우리나라 어음法에서 처럼(§§30~32), 英國어음法上에서 保證制度를 인정하는

67) 孫珠璜, 前揭書, p. 20.

68) 姜渭斗, 前揭書, p. 163; 徐燦珏, 前揭書, p. 103~104; 徐廷甲, 前揭書, p. 179; 孫珠璜, 前揭書, p. 85; 鄭東潤, 前揭書, p. 196; 鄭熙喆·梁承圭, 前揭書, p. 515; 崔基元, 前揭書, p. 311~312.

69) 鄭東潤, 前揭書, p. 20.

70) 大判 1974. 7. 16, 74 다 431; 同 1987. 4. 28, 86 다카 2630.

71) 鄭熙喆·梁承圭, 前揭書, p. 375; 鄭東潤, 前揭書, p. 380.

72) 大判 1957. 11. 4, 4290民上 516; 同 1972. 3. 28, 71다2452; 同 1986. 9. 9, 86다카1080.

것은 아니고, 擔保背書 등의 方式을 통하여 保證의 目的을 달성하고 있는 점이⁷³⁾ 保證制度를 明文으로 인정하고 있는 美國統一商法典과 다르다.⁷⁴⁾

셋째, 英國어음法上 融通當事者가 되기 위해서는 자기의 名義를 貸與할 目的을 가져야 하고, 단지 對價를 受領하지 않고 어음에 署名한 것만으로는 부족하다고 한다. 따라서 이러한 目的의 有無는 融通當事者에 해당하는지 여부에 대한 判斷을 하는 데 있어서 중요한 關鍵이 된다.

여기서 우리나라 商法上의 名義貸與者의 責任(§24)과 관련지어 살펴보자. 어음行爲에 관하여 自己의 名義를 사용할 것을 他人에게 허락한 者가 어음上의 責任을 지는가라는 문제를 검토함에 있어서는 營業을 영위하기 위하여 名義를 貸與한 경우에 그 營業上의 債務辨濟의 수단으로서 어음을 사용한 때와, 어음行爲 그 자체를 하게 할 목적으로 名義를 貸與한 경우를 구별하여야 한다. 前者의 경우에는 어음行爲를 하는 것뿐만 아니라 그 기초로 되는 營業 전반에 관하여 이미 名義貸與가 성립하고 있으므로 어음行爲에 대하여도 本人인 名義貸與者가 責任을 지는 것은 물론이다.⁷⁵⁾ 그러나 後者의 경우에는 否定的인 立場을 취하고 있지만, 學說 중에는 이 경우에도 商法 제24조의 適用 내지 類推適用을 긍정하는 견해도 있다는 것을 紹介하는 立場이 있다.⁷⁶⁾

네째, 英國어음法상 融通當事者와 被融通者 사이의 約因(또는 對價)의 欠缺은 어음에 附着하는 抗辯이 아니므로, 비록 融通어음이 滿期後에 流通되었다고 하더라도 融通當事者는 그 어음의 有價所持人에 대하여 約因欠缺의 抗辯으로 대항할 수는 없다고 한다. 이는 우리나라의 通說·判例의 立場과 같다.⁷⁷⁾ 다만, 英國어음法에서는 融通어음이 滿期後에는 流通시키지 않는다고 하는 明示 또는 默示의 約束에 反하여 流通에 놓여진 경우에는 融通當事者는 所持人에 대항할 수 있다고 한다.

다섯째, 이와 같은 對價의 問題와 관련하여 交換어음의 경우에 融通當事者는 서로 融通할 目的으로(for mutual accommodation) 이루어진 相互引受가 彼此 有價約因이라고 보기 때문에 融通關係를 否定的으로 새기고 있다. 우리나라의 경우에도 이와 같은 취지에서, 서로 상대방으로부터 融通어음을 發行받은 경우에 상대방으로부터 受取한 融通어음이 상대방에 의하여 支給된 때에는, 직접의 상대방에 대하여도 자기가 發行한 融通어음의 어음금을 支給하지 않으면 안된다고 하여 融通어음의 抗辯을 인정하지 않고 있다.⁷⁸⁾

요컨대, 英國어음法上 融通어음에 관한 法的 諸問題의 處理方法은 實定法上으로나 判例法上으로 우리나라 어음法과는 相違한 面이 있지만, 他人에 信用供與(loan)를 한다고 하는 經濟的 作用의 面에서는 本質的으로 同一하므로 實際問題의 處理에 있어서는 明確한 指針이 되리라고 본다.

73) Byles, op. cit., (1979) p.191.

74) U.C.C. §3-416.

75) 大判 1969.3.31, 68타2270.

76) 鄭東潤, 前掲書, pp.154~155.

77) 前掲註 35), 36)참조.

78) 徐廷甲, “融通어음”, 「考試界」1982年 10月號, pp.17~20; 鄭東潤, 前掲書, pp.78~79.

Summary

The Legal Relations Concerning the Accommodation Bill in English Bills of Exchange Act

Yang Seok-wan

In the bill institution, the accommodation bill that is a straightforward expression of credit has long been institutionalized in the Anglo-American legal system, while the Continental legal system, including the Law of Bills of our country has no codified regulations concerning it.

The use of the accommodation bill, however, has long been widely prevalent in the countries of the Continental legal system that has no substantive enactment as well as in the Anglo-American legal system.

In our country, the accommodation bill has played an important role in our country's economy, yet the settlement of the legal relations in regard to the accommodation bill is committed only to theories and judicial precedents, because there is no regulation concerning it.

In the law of England and America, the regulations regarding the control of accommodation bills are Bills of Exchange Act (B.E.A.) of England and Uniform Negotiable Instruments Law (U.N.I.L.) of America and the provision concerning commercial paper, the third article of Uniform Commercial Code (U.C.C.).

With the establishment of convention portant loi uniforme sur les lettres de change et billets á ordre in 1934, access of the Continental legal system was had to the Anglo-American legal system and our country's Law of Bills has been close to that of England and America, but there is still a wide difference between them.

In England the law of bills of exchange has long been developed as a customary law and in 1882 Bills of Exchange Act was enacted by means of collecting and arranging the former customary laws, special laws and the judicial precedents. This B.E.A. has stipulated regulations concerning the legal concept of the accommodation bill in particular, and became the basis of the legislation of UNIL in America.

The aim of this paper is to examine the system of interpretation for facilitating the solution of the legal relations of our country's accommodation bills by studying the legal structure of function of the accommodation bill with the theories and precedents as its materials, and with the English Bills of Exchange Act as its central subject matter.