

條件附어음保證行爲의 效力

宋 相 現*

大法院 1986. 3. 11. 宣告 85다카 1,600判決——破棄還送

〔事 實〕

被告(上告人)인 朝興銀行의 중앙지점 預金 및 貸付係 담당代理人 訴外 윤경구 및 同貸付係 主任인 訴外 김영호는 商業어음保證, 支給保證, 어음割引 등 貸出業務와 國庫收納業務 등을 關장하면서 支店長을 代行하여 訴外 永東開發(株)이 발행한 約束어음에 대한 支給保證業務를 담당하고 있음을 기화로 永東開發의 會長인 訴外 李福禮 및 代表理事 訴外 郭根培의 부탁을 받고 그들과 共謀하여 1983. 7. 19. 위 中央支店 事務室에서 급고 안에 있던 어음支給保證用 고무명판과 職印 등을 任意로 꺼내어 永東開發 職員인 訴外 박현숙, 同 이순실과 함께 永東開發 發行名義의 額面 30,000,000원, 發行日字 1983. 8. 19. 支給日字 1983. 10. 15로 된 약속어음에 “名記金額의 支給을 支給期日까지 保證함”이라는 刻印과 위 中央支店長 이택구의 署名名判 및 職印 등을 押捺하여 위 어음의 支給保證部分을 偽造하였다. 原告 양승환은 이 약속어음의 支給保證부분이 被告銀行의 權限있는 者에 의하여 正當하게 이루어진 것으로 믿고 訴外 권태영의 소개로 이 어음을 割引交付받아 所持하고 있다가 支給提示期日經過後인 1983. 10. 19. 支給提示하였으나 거절당하자 被告를 상대로 어음保證人의 責任을 추궁하는 訴를 제기하였다.

이는 소위 永東開發 金融不正事件과 關連하여 제기된 民事訴訟증의 하나로서 原審(서울 高法 1985. 6. 26. 宣告 84나 1999判決)은 保證에 붙은 條件만을 無效로 보고 保證行爲 자체는 有效한 것으로 解釋하여 비록 原告가 支給期日까지 支給提示를 하지 아니하였다 하더라도 위 어음의 發行人을 위하여 保證한 被告는 위 어음의 지급을 거절할 수 없다는 이유로 原告勝訴判決을 내렸고 被告는 이에 不服上告하였다.

〔判決要旨〕

어음法上 保證의 경우에는 發行 및 背書의 경우와 같이 單純性을 요구하는 明文의 規程이 없을 뿐 아니라 主된 債務를 前提로 하는 附隨的 債務負擔行爲인 점에서 保證과 類似한 換어음의 引受에 條件을 붙인 경우에는 일단 引受拒絕로 보되 引受人으로 하여금 引受의 文言에 따라 責任을 지도록 함으로써 不單純引受를 인정하고 있음에 비추어 볼 때 어음保證에 대하여 換어음 引受의 경우보다 더 엄격하게 單純性을 요구함은 均衡을 잃은 解釋이라고 하겠고 또 條件附 保證을 有效로 본다고 하여 어음去來의 安全性이 沮害되는 것도 아니므로 條件을 붙인 不單純保證은 그 條件附 保證文言대로 保證人의 責任이 발생한다고 보는 것이 타당하다.

〔研 究〕

1. 問題의 提起

어음保證이라 함은 어음上의 債務를 擔保함을 목적으로 하는 附屬的 어음行爲이다. 이는

* 서울大學校 法科大學 教授

또한 信用證券인 어음이 그 發行人이나 背書人 등의 信用만으로 不足한 경우에 信用이 모자라는 特定 어음行爲當事者의 어음金 支給을 담보하기 위하여 다른 사람(保證人)이 제공하는 人的信用供與行爲라고 할 수 있다. 그러므로 保證人은 어음上의 債務를 一般的으로 保證하는 것이 아니고 어음當事者中의 一人을 위하여 보증하는 것이다. 事實의 경우에도 被告 朝興銀行은 문제의 약속어음 發行人의 어음金支給債務를 保證한 것이다.

어음保證을 얻으면 그 어음金 支給債務의 被支給성이 強化되는 듯하지만 保證이 붙은 어음은 오히려 그 어음의 信用이 不實함을 나타내는 셈이어서 어음이나 그 濫本 또는 補箋에 正式保證을 하는 경우는 드물다. 또한 어음 및 手票에 관한 兩大法系間에서도 英美法의 경우에는 어음保證 자체를 制度的으로 인정하지 아니하고 簡略白地式背書(法 제13조 2항 後段)와 同一視하며(그것도 어음表面에 署名하거나 裏面에 署名하거나 不問) 處理하며 이점은 制定法이나 判例法이 모두 同一하다.⁽¹⁾ 그러나 英國 換어음法 제56조와 同一한 條文을 繼受한 캐나다 및 南阿聯邦에서는 이를 解釋함에 있어서 어음保證을 인정한 취지라는 判例가 나왔는가 하면⁽²⁾ 濠州와 뉴질랜드에서는 英國判例를 순수하게 답습하고 있는 실정이다.⁽³⁾

어음保證을 인정하는 法系는 제네바 統一條約 제 4 장 제30, 31, 32조에 根源을 둔 것이고, 독일, 프랑스, 日本 및 우리나라는 이를 그대로 도입하고 있다. 그리하여 어음法の 條文은 統一條約의 體制 및 內容과 꼭 같다.

本事實의 論點은 保證을 포함한 각종 어음行爲는 어음의 流通性助長과 被支給性確保에 支障을 주는 방법으로 이루어져서는 안된다는 觀點에서 어음行爲를 할 때에 條件이나 期限을 붙이면 그 行爲의 效力이 어떻게 될까 하는 문제이다.

發行과 같은 어음創造行爲의 경우에는 一定한 金額을 支給할 뜻의 無條件의 委託(法 제 1 조 2호) 또는 約束(法 제75조 2호)의 文句가 요구된다. 만일 支給에 條件을 붙이거나 支給方法을 制限하는 것 등은 支給委託 또는 支給約束의 單純性을 해치므로 어음 자체가 무효로 된다. 그 이유는 어음關係를 簡明하게 하여 어음의 流通性을 높이려는 때문이라고 설명된다.

引受行爲의 경우에는 원칙적으로 無條件이어야 함을 규정하고(法 제26조 1항) 不單純引受의 형태중에서 一部引受는 有效하되 變更引受는 引受拒絕한 것으로 본다(法 제26조 2항). 따라서 引受人의 責任에 條件을 붙여서 하는 條件附引受도 引受拒絕로 간주하여 어음所持人이 遡求權을 행사할 수 있다.

背書行爲의 경우에도 어음法은 그 無條件性을 宣言하고 背書에 붙인 條件은 無益的 記載

(1) 英國 Bills of Exchange Act, 1882 제56조, 美統一商法典 3-118, 112, 402, 414 . . . Jackson v. Hudson (1810) 2 Camp. 447, 448 Steele v. McKinlay (1880) 5 APP. CAS 754, 772.

(2) Robinson v. Mann (1901) 31 S.C.R. 484; Cassimjee v. Maharaj. (1925) 46 N.L.R. 151.

(3) Ferrier v. Stewart (1912) 15 C.L.R. 32; Erikssen v. Bunting (1901) 20 N.Z.L.R. 388(이상의 英聯邦判例는 Byles on Bills of Exchange (24th ed., 1979) 172-175년 참조).

事項임을 규정하고 있다(法 제12조 1항).

그러나 같은 어음行爲라고 하더라도 參加引受와 保證의 경우에는 法에 그 無條件性에 관한 明文의 규정이 없다(保證의 방식에 관한 法 제31조와 參加引受에 관한 法 제57조 各參照). 따라서 어음保證行爲에 條件이 붙은 경우에 그 效力을 어떻게 볼 것인가가 本事實의 문제이다.

2. 討 論

條件附 어음保證行爲의 效力을 論함에는 세가지 見解가 있다.

첫째 條件을 붙이면 保證行爲 자체가 無效로 된다는 立場이다. 어음行爲는 去來安全의 要請上 條件에 親하지 아니하며 어음保證行爲에 붙여진 條件은 有害的 記載事項이므로 어음保證行爲자체를 無效로 만든다고 한다.⁽⁴⁾ 이 見解에 대한 批判으로서는 保證을 無效로 보면 어음所持人의 利益을 해치게 된다는 점, 保證은 發行과 같은 基本어음行爲가 아님에도 불구하고 이를 같은 比重으로 다루어서 어음保證에 條件을 붙인 경우의 效力을 發行에 조건을 붙인 경우와 同一하게 볼 필요가 없다는 점, 그리고 無條件性이 요구되는 發行·引受와 같은 어음行爲의 경우에는 이를 明定하고 있으나 保證의 경우에는 아무런 규정이 없다는 점 등이 擧論된다.

둘째 條件이 붙은 어음保證行爲의 경우에 條件을 無益的 記載事項으로 보아 條件만을 無效로 처리하고 마치 條件없는 어음保證行爲로서의 效力이 있다는 見解가 있다.

이 說은 어음保證은 背書와 마찬가지로 附屬의 어음行爲라는 共通點이 있으므로, 保證도 背書의 경우에 條件이 붙어 있더라도 이는 記載하지 아니한 것으로 보는 것과 마찬가지로 處理하는 것이 옳다는 論據에 서 있다.⁽⁵⁾ 이 見解가 우리나라와 日本의 多數說이지만 이 說에 대해서는 어음保證人의 明示된 意思에 反하고 때로는 保證人에게 引受人의 責任보다 더 嚴格한 責任을 인정하게 되는 수가 있다는 批判이 있다.

셋째, 條件附 어음保證行爲는 條件이 붙은 대로의 어음保證으로서 效力을 발생한다는 說이 있다.⁽⁶⁾ 그리하여 이 說은 이처럼 해석하는 것이 保證人의 明示된 意思에 맞고, 條件을 有益的 記載事項으로 보아 保證人에게 條件成就時 그 내용대로의 책임을 지운다고 하더라도 去來安全을 沮害하지 아니한다고 주장한다. 이 立場은 條件附 어음保證行爲의 效力을 같은 附屬的 債務負擔行爲인 背書와 共通의 廣場에서 풀이해 보려 하지 않고 오히려 引受와 비교하여 引受에 變更 또는 制限을 加한 경우에 유사하게 理論展開의 方向을 돌린 見解이다. 本件에서는 大法院이 대담하게 종래의 多數說인 條件無效說을 取하지 않고 이 見解를 採擇한 것이다.

(4) 姜渭斗, 商法講義(Ⅲ)—어음·手票—, 444면 田中誠二, 手形小切手法詳論(下卷), 669, 670면.

(5) 孫珠璣, 商法(下)(博英社, 1985), 193면; 崔基元, 商法學新論(下)(博英社, 1984), 294면.

(6) 鄭東潤, 어음·手票法(法文社, 1984), 330, 331면.

大法院이 取한 條件附保證有效說이 내세울 수 있는 가장 強力한 論據는 條件無效說의 弱點과 一脈相通하다. 즉 保證은 어음行爲이지만 被保證人의 債務가 존재함을 전제로 하는 附從性이 있는 만큼 그 無條件性을 主債務負擔의 어음行爲인 引受보다 엄격하게 본다면 이는 균형을 잃은 해석이고, 條件附 어음保證을 條件없는 어음保證으로서 有效하다고 한다면 條件附 또는 制限附 引受人보다 무거운 責任을 질 경우가 있다는 것이다. 條件附·制限附 또는 變更引受는 法 제26조 2항에 의하여 引受拒絶로 간주되고 그 결과 어음所持人은 遡求義務者에게 遡求할 수도 있어서 引受人이 責任을 안지는 수도 있고 責任을 진다고 하더라도 變更된 文言에 따른 責任을 지는데(法 제26조 2항 但) 어음保證에는 이러한 규정이 없으므로 붙여진 條件을 없는 것으로 보면 條件附引受人보다 더 무거운 責任을 져서 均衡을 잃은 解釋이 된다는 것이 本判決의 立場인 듯하다.

그러나 大法院判例의 態度는 다음 몇가지 觀點에서 限定的으로 밖에 贊成할 수 없다.

첫째 大法院이 發行·引受의 경우와는 달리 保證의 無條件性에 관한 明文의 규정이 없으니 保證에는 條件을 붙일 수 있다는 反對解釋의 單純論理에 입각하지 아니하고 保證과 引受를 비교하여 均衡있는 解釋을 시도함은 높이 평가한다. 그러나 保證人은 被保證人과 同一한 責任을 져야하고(法 제32조 1항) 被保證人인 發行人, 引受人, 背書人 등이 無條件的 責任을 지면 그 保證人도 마찬가지로 무조건적인 責任을 져야하며, 어음保證人의 保證債務라 한들 어음行爲獨立의 原則에 의하여 그 附從性이 완화되어 있고 法 제32조 2항은 오히려 어음保證의 獨立性을 宣言하는 규정이므로 어음保證人에게 無條件的 責任을 지우는 해석이 반드시 균형을 잃는 해석만은 아닐 것이다.

둘째로 判決文은 用語選擇과 表現이 모처럼 大法院이 진보적 견해를 취한 의도와 과감성을 흐리게 하는 감이 있다. 즉 單純性과 無條件性은 다르고 引受에 관한 제26조에서 알 수 있다시피 不單純引受는 條件附 引受, 制限附 引受 및 變更引受를 포함하므로 이들 용어를 경우에 맞게 區別하여 사용해야 할 것이다. 그리하여 保證의 경우에도 引受의 경우에 견주어서 純粹한 條件附 어음保證의 경우에는 이를 條件없는 어음保證으로서 인정하고(제12조 1항 제2문 참조), 그외에 制限附 保證, 一部保證 그리고 變更을 加한 保證의 경우에는 이러한 內容이 붙은 채로 保證行爲가 效力을 發生한다고 보아야 할 것이다. 왜냐 하면 순수한 條件附 保證의 경우에는 保證의 成否를 條件成就여부에 결리게 하는 결과가 되어 어음의 被支給性 確保를 저해하기 때문이다. 그리고 그 이외의 制限附 保證을 액면 그대로 有效한 것으로 받아 들이자는 見解는 제26조 2항에 따르면 不單純引受를 引受拒絶로 본다는 뜻이지 그것이 無效라는 취지는 아니어서 引受人이 변경된 文言에 따라 責任을 지는 만큼 保證人도 制限附 保證내용대로 책임을 지워서 무리할 것이 없을 것이기 때문이다.⁽⁷⁾

(7) 鄭熙詒, 어음行爲의 無條件性, 考試界(1985. 11), 137면.

세제 判例의 태도로 보아 條件附 또는 期限附 保證은 물론 여타의 制限附 보증行爲를 일반적으로 有效하게 처리할 가능성이 있으나 이같은 不單純保證을 널리 인정하여 마침내 그것이 原因關係와 結付됨을 許容하는 결과를 가져와서는 안된다. 그러한 의미에서 本判例는 개별적 사안마다 구체적으로 검토하여 限定的으로 適用하는 注意가 필요하다고 본다.