〈論　　文〉

國際換어음·約束어음에 관한 協約의 考察

崔　　基　　元*

Ⅰ. 總　　說

역사적인 경험에 비추어 볼 때 商人들은 商去來를 가능한 한 統一的인 原則에 의하여 결제하기를 바란다. 그리하여 法의 國家的인 또는 國際的인 統一을 위한 노력은 일반적으로 商法分野에서 먼저 추진되었으며 그 중에서도 특히 어음法에서 시작되었다고 할 수 있다. 그리하여 케머러(Ernst v. Caemmerer) 교수는 어음法을 私法統一의 先導者라고 하였다. 그는 그 예로서 1848년의 普通獨逸어음條例와 1880년의 스칸디나비아諸國의 어음法, 그리고 美國의 경우는 統一州法委員會 全國大會에서 제정된 1896년의 統一流通證券法(Uniform Negotiable Instruments Law)을 들고 있다.(1) 즉 어음法의 國際的 統一을 위한 노력은 이미 100년 전에도 있었다. 그 당시에는 여러 나라에서 통용되고 있던 3개의 어음法體系가 國際去來에 있어서 중요한 地位를 차지하고 있었는데, 1807년의 프랑스 商法典(110~189조)과 1848년의 普通獨逸어음條例 및 1882년의 英國 換어음法(Bills of Exchange Act)이 바로 그것이다. 이와 같이 分化된 어음法 體系의 統一을 위하여 獨逸法律家大會(1872), 國際法協會(International Law Association, 1876), 國際法研究所(Institut de droit international, 1885), 앤트워프(1885)와 브뤼셀(1888)에서의 國際商事法會議, 위트히(1905)와 밀라노(1906)에서의 國際商業會議所會議 등에서 다양한 提案들이 나온 바 있다.

이후 1910년과 1912년에 걸쳐 헤이그에서 개최된 어음法 統一會議에서는 다양한 제안을 토대로 "統一어음條例"에 관한 協定이 성립되었다. 이 協定은 17개의 유럽 國家와 10개의 中南美 國家들이 서명하였지만 제 1 차 세계대전으로 말미암아 批准을 받지 못하였다.

Ⅱ. 제네바統一어음 手票條約의 成立

1. 統一어음法의 成立

제 1 차 世界大戰 이후 어음法 統一事業은 國際聯盟이 넘겨 받아 同聯盟은 1930년 5월 13일부터 6월 7일까지 제네바에서 어음法 統一會議를 개최하였는데, 이 會議에는 31個國이 참가하였으며 여기서는 다음과 같은 3가지의 條約이 성립되었다.

* 서울大學校 法科大學 敎授

(1) Von Caemmerer, *Internationaler Rechtssprechung zum Genfer einheitlicher Wechsel- und Scheckrecht*, 1954, Vorbemerkung.

(1) 換어음과 約束어음에 관하여 統一法을 제정하는 條約(convention portant loi uniform sur les lettres de change et billets á ordre).

이에 의하여 各締約國은 이 條約의 附屬書 第1인 統一法을 原文으로 또는 自國語로 번역하여 변경을 함이 없이 각국의 영토 내에서 시행할 의무를 지게 되었다.

이 條約에는 2個의 附屬書가 붙어 있는데, 그 중 第1은 統一어음法의 條文이고, 第2는 留保條項에 관한 규정으로서 각국의 고유한 사정에 따라 統一法과 다른 내용의 규정을 둘 수 있는 限界를 정하고 있다.

(2) 換어음과 約束어음에 관하여 法律의 저촉을 해결하기 위한 條約(convention clestines à regler certain conflits de lois en matiere de lettre de changes et de billets à ordre).

이것은 어음國際私法에 관한 내용이다.

(3) 換어음과 約束어음의 印紙에 관한 條約(convention relative au droit de timbre en matière de lettre de change et billet á ordre)

이 條約은 어음行爲의 효력 또는 이로 인하여 생기는 權利의 행사를 印紙法의 준수에 관련시키지 않는다는 것이다.

이 統一法은 1927년의 國際聯盟 法律家委員會의 勸告와는 달리 模範法(Mustergesetz)으로 제정된 것은 아니었다. 위 條約은 이를 批准한 國家에 관하여 條約本文을 國內法으로 도입해야 할 國際法的 義務만을 부과하였던 것이다. 다만 各國은 제한된 범위내에서 留保條項에 따라 다른 정함을 할 수 있으나 그것은 중요하지 않은 사항에 국한된 것이었다. 그러나 주목하여야 할 점은 留保條項에 의하여 形式的인 拒絕證書 대신으로 어음面에의 支給人의 宣言을 가능하게 한 점이다.

이 세개의 제네바 條約은 30개국에 의하여 批准되었다. 그리스는 처음의 두 條約을 批准하였고, 英國, 아일랜드와 오스트레일리아는 印紙稅와의 關係에 대한 세번째 條約만을 批准하였다. 그러나 특기할 일은 30개국이 條約을 批准하지는 않았으면서도 이 條約의 本文을 國內法으로 채용하였다는 점이다. 이러한 國家들은 條約을 마치 模範法처럼 취급한 것이다. 그리하여 이들 國家는 事前에 條約의 脫退告知를 함이 없이 法律規定들을 변경할 수 있는 自由를 갖게 된 것이다.

英國과 美國은 헤이그와 제네바에서의 會議에서 논의된 大陸法國家들 사이의 어음法統一에 관심을 보였지만 條約에의 加入에는 소극적이었다. 케머러(Ernst v. Caemmerer)는 그 원인을 특히 1882년의 換어음法(Bills of Exchange Act)과 이의 영향을 받은 1906년의 統一流通證券法(Uniform Negotiable Instruments Law)에 의하여 비로소 普通法의 領域에서의 法의 統一이 이루어졌는데 이를 다시 포기하지 않으려고 하였다는 데서 찾고 있다. 美國에서는 또한 各州의 立法權이 條約의 加入에 障碍要因이 되었다고 할 수 있다. 이 밖에 普通法國家들이 消極的 態度를 보인 이유는 어음의 善意取得(제네바條約 제16조) 및 抗辯制限

(제17조)의 문제에 관하여 특히 두드러진 몇 가지 基本槪念의 차이가 있었기 때문이다. 이 두가지의 문제는 普通法上의 어음法에서는 "正當한 所持人"(Holder in due course)이라는 法制度에 의하여 해결된다. 또한 背書가 僞造되었을 때의 危險分散에도 差異點이 존재한다. 그리하여 어음法은 100년 전에는 3大體系가 존재하던 것이 오늘날은 제네바 統一어음法과 普通法으로 兩大體系가 대립하고 있는 것이다.

2. 統一手票法의 成立

手票法의 統一을 위한 노력은 어음法의 발전에 뒤따라 이루어졌다. 手票法의 統一도 여전히 普通法國家들과 大陸法國家들 사이의 상이한 관념때문에 용이한 일이 아니다. 普通法에서는 手票를 銀行을 支給人으로 하는 一覽出給어음의 一種으로 보고 다만 手票의 순수한 支給證券으로서의 성격을 고려하여 소수의 規定만이 존재할 뿐이다. 이와는 달리 19세기 중반에 유럽에서 처음으로 제정된 手票에 관한 法律들은 手票를 어음과는 구별되는 특별한 有價證券으로 다루었다. 이는 1855년의 프랑스 어음條例로부터 비롯되는데 이를 따른 것으로서는 1881년의 스위스債務法, 1882년의 이탈리아民法典, 1885년의 스페인商法典, 1897년 스칸디나비아 帝國法典, 그리고 마지막으로 오스트리아에서는 1906년에, 獨逸에서는 1908년에 각기 公表된 手票法 등이 있다.

1912년의 헤이그會議에서는 手票에 관하여 아무런 條約도 성립되지 않았으나 手票法의 統一을 위한 決議가 채택되었는데 이 決議의 審議와 合意는 1차 세계대전으로 인하여 이루어지지 못하였다.

1930년의 제네바 어음法統一會議의 성공에 이어서 1931년에 역시 제네바에서 手票法統一會議가 소집되었다. 이 會議에서는 어음法統一條約을 모범으로 한 3개의 條約이 성립되었다. 즉 그것은 i) 手票에 관한 統一法을 제정하는 條約, 여기에도 어음의 경우와 같이 2개의 附屬書가 포함되었는데 그중 제 1 은 총 57조에 달하는 統一手票法의 條文이며, 제 2 는 締約國이 각기 다른 규정을 할 수 있도록 한 총 31조에 달하는 留保條項으로 되어있다. ii) 手票에 관한 法律抵觸解決을 위한 條約, iii) 手票의 印紙法에 관한 條約 등이 성립되었다. 이 統一手票法은 17개국이 3條約을 모두 批准하였고 기타 20개국은 統一手票法을 어음의 경우와 마찬가지로 模範法과 같이 다루어 批准이나 署名을 하지 않고 그들의 國內法으로 채용하였다. 이 統一手票法은 統一어음法 만큼 肯定的인 평가를 받지 못하고 있다. 우선 핵심적인 문제에 있어서 締約國들 사이에 많은 차이점을 발생케 하였기 때문이다. 예컨대 手票所持人의 資金關係에 대한 權利를 인정하는 경우에 發行人의 預金에 관하여 支給銀行에 대한 請求權을 갖는 것인지, 그러한 請求權은 手票發行 당시의 預金에 관한 것인가 아니면 手票 제시 당시의 예금에 관한 것인지 하는 어려운 문제가 그대로 남아 있게 된 것이다. 이 문제에 대해 프랑스에서는 肯定的으로 받아들이고 있는 반면에 獨逸에서는 否定的인 입장을 취하고 있다. 프랑스는 물론 統一手票條約의 締約國이긴 하나 21個條에 달하는 留

保條項에 기하여 다른 규정을 두고 있기 때문에 기타의 締約國의 手票法과 상당한 차이를 나타내고 있다. 그 때문에 統一手票法은 1960年代에 들어와 비로소 수용한 나라도 많다. 예컨대 벨기에(1961), 룩셈부르크(1963), 헝가리(1965), 브라질(1966), 알젠틴(1963) 등이다.[2]

Ⅲ. 國際換어음·約束어음에 관한 協約

1. 總　說

위에서 본 바와 같이 1930년과 1931년에 걸쳐 제네바統一어음法과 統一手票法이 성립되었으나 英美法系의 諸國은 이를 채용하지 않고 있을 뿐만 아니라 이를 채용한 國家間에도 統一條約의 留保條項의 채용여부에 따라 그 내용이 반드시 일치하지 않는다. 즉 제네바條約이 성립된 이후에도 어음法系는 크게 統一法系와 英美法系로 兩分化된 상태를 지속하여 특히 國際去來에 있어서 복잡한 法律問題를 야기하였던 것이다. 그리하여 일반적으로 UNIDROIT라고[3] 불리는 로마의 "私法統一을 위한 國際研究所(the International Institute for the Unification of Private Law)는 무엇보다도 가장 먼저 國際的으로 어음法이 統一되어야 한다는 주장을 한 바 있다.[4] 이 研究所는 1950년 7월에 私法에 관한 國際會議를 개최하고 그 會議에서 小委員會를 설치하였는데 1955년에 이 委員會가 제출한 최종 報告書는 제네바條約과 普通法, 이 두 體系의 國內法上의 統一은 실현하기 어렵다는 결론에 이르렀으나 國際去來에서 사용되는 어음을 위한 統一規則을 제정하는 것은 바람직하다는 결론에 合意를 보게 되었다.

1966년 설립된 UNCITRAL은 1968년의 제 1 차 會議에서 統一國際支給證券에 관한 규정의 제정을 첫번째 計劃에 포함시키기로 決議하였다.[5] 그리하여 UNCITRAL은 UNIDROIT의 報告書와 國際金融慣行의 문제에 관한 상세한 質問表를 각국 政府와 金融機關 등 有關團體에 발송하였으며 이후 도착한 59개국의 政府와 研究所로부터 93개 答辯을 기초로 하여 1972년에 UN事務總長은 國際換어음統一法(Uniform Law of Bill of Exchange)의 英文으로 된 草案을 註釋과 함께 UNCITRAL의 제 5 차 會議에 제출하였는데[6] 이 草案에는 同年에 約束어음(promissory notes)에 관한 규정도 포함시키기로 하였다.[7] 이러한 計劃의 수행을 위하여 實務作業班(Working group)이 구성되었고 이후 작업의 결과 1981년 國際換어음 및 國際約束어음 協約草案(Draft Convention on International Bills of Exchange and Interna-

(2) Liesecke, Neuere Entwicklung im internationalen Scheckrecht, *WM* 71, 1223.
(3) Unidroit란 프랑스語로써 統一을 의미하는 Unification과 法律이라는 Droit의 合成語이다.
(4) 이에 관하여는 Kropholler, *Internationales Einheitsrecht* (1955), S. 57-59참조.
(5) UNCITRAL, *Yearbook I* (1969~1970), S. 71 (77).
(6) UNCITRAL, *Yearbook III* (1972), S. 145-192.
(7) UNCITRAL, *Yearbook IV* (1973), S. 117-128.

tional Promissory notes)이 마련되었고[8] 이 草案은 1982년 각국 政府의 입장표명을 위하여 各條文의 註釋과 함께 보내졌고 1984년 3월에는 事務總長이 도착된 答辯을 분석 총괄하여 제출하였다.[9] 이 草案은 1984년 7월 뉴우요오크에서의 UNCITRAL 제17차 會議에서 審議되었으나 수많은 爭點에 직면하여 成果를 얻지 못하였다.

이 1984년의 會議에서는 國際어음의 協約草案의 전반에 걸쳐 意見이 제기되었는데 이를 간단히 살펴보면 反對意見으로는, 첫째로 주로 제네바統一法系의 國家의 대표들은 다음과 같은 이유를 들어 소극적인 견해를 표명하였다. 첫째로 현재 어음法은 統一法國과 英美法系國家로 兩分化되어 있으나 여기에 草案에 의한 國際어음法이 추가되었다면 어음法은 三大法系로 분화되어 그 法律關係는 더욱 복잡하게 될 것이라는 것이고, 둘째로 統一法系의 國家에서는 草案의 規定이 복잡하여 그 이해가 곤란하고(예컨대 所持人과 보호받는 所持人의 구별에 관한 문제), 세째로는 UNCITRAL은 統一法의 성립을 위한 노력으로 제네바統一法을 英美法系의 諸國에 있어서도 이를 수용하는 방향이 효과적이며, 네째로는 이 草案은 그 적용의 대상이 되는 어음에 대하여 강제성이 있어야 비로소 그 효과가 발휘되고, 다섯째는 國際어음은 오늘날 電子的 資金移替(electrics fund transfer)와 같은 기계적 처리방법에 이용되고 있어서 새로운 條約의 마련은 적당하지 않고, 여섯째 流通證券에 관한 제네바統一法과 英美法과의 조정은 國內어음法의 統一 내지는 國內어음法과 國際어음法의 雙方을 統一하는 條約에 의해서 이루어져야 한다는 점을 지적하고 있다.

이에 대하여 草案에 대한 적극적 의견은 제네바統一法과 英美法과의 타협에 의해서 草案이 이루어졌으며 草案은 일반적으로 國際어음의 발행, 流通 및 지급의 간이화를 도모하고 있으며 또한 國際去來에서 적용되는 규정에 확정성을 부여하여 國際私法의 적용을 배제하는 효과가 있고 草案의 규정이 상세하기 때문에 오늘날의 實務에 적합하고 어음에 의한 國際去來의 결제에서 생기는 문제의 해결을 용이하게 한다는 주장이다. 또 이 적극적 의견을 주장하는 입장에서는 앞서 소극적인 입장에 대하여 反論을 제기하고 있는데 첫째의 소극적인 입장의 근거에 대해서 오늘날 어음法이 제네바統一法系와 英美法系로 양분화되고 있다고 하나 실제에 있어서는 統一法系의 國家도 留保條項에 따라서 반드시 그 내용이 동일하지 않고 또한 영국과 美國의 경우도 커다란 차이가 있을 뿐만 아니라 스페인의 경우는 제네바統一條約에 署名을 하였으나 이를 國內法化하지 않았기 때문에 스페인의 어음法은 1885년의 商法典의 내용을 그대로 시행하고 있다. 이와 같이 國際的으로 各國의 어음法은 많은 차이가 있으므로 적어도 國際的으로 이용되는 어음에 統一을 기한다는 것은 중요한 의미를 갖는다고 하며, 둘째와 세째의 소극적 의견에 대해서는 草案은 물론 英美法을 제네바統一法國家에 수용하는 방법으로 수정하는 측면이 있으나 제네바統一法을 수정한다는 의미도

(8) UNCITRAL, *Yearbook XIII* (1982), S. 109-122.
(9) UNCITRAL, Document A/CN. 9/248.

포함하는 것이다. 草案의 規定이 統一法國家에서는 그 이해가 곤란하다는 보호되는 所持人이라는 개념에 대하여도 이는 英美法의 正當한 所持人(Holder in due course)이라는 개념에서 비롯된 것이긴 하나 이는 한편으로 統一法을 수정하는 의미를 갖기도 한다. 보호되는 所持人이라는 것은 統一法에 있어서 善意取得制度 또는 人的抗辯切斷制度의 보호를 받는 所持人을 의미하는 것이지만 統一法에 있어서는 善意取得制度의 보호를 받기 위한 主觀的 要件과 人的抗辯切斷制度의 보호를 받기 위한 요건이 다르기 때문에 이러한 所持人이라는 하나의 개념으로 統一시킨 것에 불과하고, 세번째 소극적 의견에 대하여는 協約을 강제적인 것으로 하면 國際어음에 관한 規制는 統一될 수 있지만 그만큼 協約을 비준하는 國家가 적을 수 있기 때문에 광범위한 協約의 실시를 기대하려면 協約의 적용을 發行人의 선택에 맡기는 것이 타당하다는 것이다. 다섯번째의 소극적 견해에 대해서는 電子的 資金移替가 오늘날 國際去來의 결제수단으로 중요한 역할을 하고 있지만 주로 手票의 기능을 대신할 뿐이며 오히려 오늘날 銀行引受어음市場은 날로 시장규모가 확대되고 있다는 점에서 國際어음協約의 필요성이 크다고 하며, 여섯번째의 소극적 견해에 대해서는 國際어음과 國內어음의 規制가 다른 경우는 法律關係가 복잡하게 되긴 하지만 그 모든 문제를 일시에 해결할 수는 없는 것이므로 우선 國際어음에 대해서만이라도 統一하는 것은 의미가 있다는 것이다.

위에서 본 바와 같이 이 會議에서는 草案에 대한 贊反兩論의 토의가 있었으나, 이 草案의 作業은 계속하는 것이 좋다는 다수의 의견에 따라 각국 政府 및 關係機關으로부터의 의견을 종합하여 草案을 修正할 것을 委員會에 위임하기에 이르렀다. 이후 2차에 걸친 작업을 통하여 다수국가의 대표와 옵서버 등의 찬동을 얻게되어 1986년의 UNCITRAL 총회에서는 개개의 문제점에 대한 논의이외에 이후에 草案의 취급에 관한 문제점을 토의하였다.

UNCITRAL의 제20차 總會는 1987년 7월 20일로부터 8월 14일까지 30개 UNCITRAL會員國과 20개 옵서버國家 및 15개 國際機構의 代表가 참가한 가운데 비엔나에서 개최되었다. 물론 이 會議에서는 國際契約慣行分野와 新國際秩序分野, 그리고 運送터미날業者의 責任分野에 대하여도 토의가 이루어졌는데 특히 國際支給手段分野인 國際換어음 및 約束어음의 協約案에 관하여는 1986년 제19차 UNCITRAL會議에서 修正을 본 國際換어음 및 約束어음에 관한 協約案을 各國 및 관련 國際機構에 送付하여 그 의견을 제출토록 하였고, 1987년 2월 17일로부터 2월 27일 사이에 뉴욕에서 개최된 國際流通證券實務委員會 제15차 會議에서는 同協約案에 대한 各國 및 관계 國際機構의 검토결과로 제출된 의견을 기초로 하여 同協約案 제1조 내지 32조에 대해서 검토를 함과 아울러 일부조항을 수정하였다. 단 UNCITRAL의 제20차 회의에서는 제19차 회의의 修正協約案의 제33조 내지 제80조 및 最終條項에 대한 검토를 끝내고 同協約 最終案을 확정한 다음 同協約 채택 또는 기타 조치를 위해서 最終案을 검토하도록 하는 권고와 함께 同最終協約案을 UN總會에 제출하기로 하였다.(10)

(10) UNCITRAL 제20차 會議報告書 6면 참조.

國際的 支給去來에 限定된 어음에 관한 統一法을 새로이 制定하려는 UNCITRAL의 노력은 상이한 法秩序에 속하는 종래의 規定을 주의깊게 분석하고 나아가 當事者들이 지금까지 친숙해진 法規定들에서 벗어날 준비가 되어 있을 때에만 成果를 거둘 수 있는 것이다. 이러한 統一이 經濟的으로 필요한가 하는 문제에 관하여 商人들은 잘 알려져 있는 旣存의 解決方式이 약간 불완전하다 하여도 새로운 解決方式보다 그들에게 잘 알려져 있는 規律을 더 選好한다는 점을 유의하여야 한다. 그러나 이러한 성향은 國內法의 變更에 있어서와 마찬가지로 國際的인 規定의 改善에 특별한 장애가 되어서는 안 된다. 우리의 경우에는 1930년의 제네바條約을 채용하고 있으나 그렇다고 UNCITRAL에 의하여 마련된 國際어음協約案을 받아들이는데 별다른 어려움이 생길 염려는 없다. 새로운 證券을 사용할 것인가 아니면 종래에 익숙해진 形式을 이용할 것인가는 國際去來에 관여하는 商人들의 自由意思에 달려 있으므로 그들에게는 단지 追加的인 可能性이 제공된 것에 불과하기 때문이다.(11)

2. 제네바統一條約과 普通法의 差異點

UNCITRAL의 提案을 보다 쉽게 이해하면 우선 제네바統一條約體系와 英國의 換어음法(Bills of Exchange Act)과 美國의 統一商法典(Uniform Commercial Code) 제3편에 의거하고 있는 普通法 國家들의 體系사이의 몇 가지 본질적인 차이를 설명하지 않으면 안된다. 인테마(Yntema)는 이러한 차이가 요컨대 形式 및 權利行使에 있어서의 期限과 要式性의 준수에 관한 제네바法의 嚴正性에 있다고 보고 普通法國家들에 있어서는 法官이 보다 많은 裁量權을 가짐으로써 商人들의 慣習을 彈力的으로 참작할 수 있다는 점을 강조하였다.(12) 제네바 統一法의 形式嚴格性은 英美法에는 없는 어음文句를 요구하는것(제1조)에서부터 비롯된다. 그 외의 强行的인 것으로 규정되어 있는 어음의 다른 要件들도 例로 들 수 있다(제1조, 2조). 또한 普通法圈에서는 所持人出給式 어음을 허용하고 있는 데서도 차이가 있다. 그러나 이러한 차이는 그리 중요한 문제는 아니다. 왜냐하면 제네바 統一法에서 强行的인 것으로 규정되어 있는 指示어음은 自己指示式으로 발행할 수 있으며 여기에 白紙式背書를 함으로써 所持人出給式 어음과 같이 유통될 수 있기 때문이다. 제네바 統一法의 嚴格性은 支給提示期門(제38조)과 遡求를 위한 通知(제45조) 및 遡求를 위하여 일반적으로 拒絕證書가 요구되는 점(제44조)에서도 나타나는데, 普通法國家에서는 外國어음의 경우에만 拒絕證書의 작성이 요구될 뿐이다. 內容의 形成에 있어서도 차이가 있다. 普通法國家들은 제네바 統一法이 一覽出給어음에 있어서만 허용하는 利子條項을 一般的으로 인정하고 있으며, 發行人은 支給人에 대하여 自己의 責任을 排除하는 것도 가능하다. 현저한 差異는

(11) von Marschall, 國際的統一支給證券의 제정을 위한 UNCITRAL의 計劃, 韓獨法學 1985, 제5호, 130면.

(12) Yntema, Unification of the Law Respecting Negotiable Instruments, 4 Int. Comp. L.Q. (1951), S. 183.

善意取得 및 抗辯制限에 관한 規定들에서 나타난다. 제네바 統一法에 따르면 어음所持人은 形式的으로 背書의 連續에 의하여 자기의 權利를 證明할 수 있는 때에는 惡意 또는 重大한 過失이 없었으면 적법한 所持人으로 推定된다(제16조). 또한 同法 제17조에 의하면 所持人이 어음取得時에 債務者를 害할 것을 안 경우가 아니면 그 前者들에 대한 관계에서 갖는 抗辯은 所持人에 대해서는 절단된다. 普通法의 영역에서는 두 가지 문제가 "正當한 所持人"(Holder in due course)이라는 單一한 槪念에 의하여 해결된다. 所持人이 어음을 有償이며 善意로 瑕疵를 알지 못하고 취득하였거나 또는 第三者의 權利에 근거를 두고 취득하였다면 그는 他人의 請求나 抗辯으로부터 보호된다. 그러나 行爲能力의 欠缺, 脅迫이나 强迫과 같은 絶對的인 抗辯이 善意取得者에 대하여도 인정되는 점은 兩大體系가 동일하다. 끝으로 중요한 차이는 僞造된 背書의 취급이다. 제네바 統一法에 따르면 어음의 最終所持人이 損害를 부담하여야 하고 英美法에 의하면 危險은 僞造된 背書를 信賴한 取得者와 그에게 支給한 債務者가 부담한다.

그러나 兩大體系가 모든 차이에도 불구하고 중요한 문제에 있어서 동일한 原則에 입각하고 있다는 점을 看過하여서는 안된다. 즉 어음은 發行人이 署名한 一定金額을 一定한 期間에 또는 一覽時에 지급하겠다는 無條件의 約束을 포함하는 證券이어야 한다는 것이다. 換어음은 支給人이 引受를 함으로써 支給人은 어음上 支給義務를 지게 된다. 白紙不當補充의 문제는 적어도 兩大體系가 善意의 사후 取得者를 合意에 위반한 補充이라는 抗辯으로부터 보호하고 있는 점에서 동일하다(제네바 統一條約 제10조).

3. 最終協約案의 檢討

(1) 서　설

草案은 換어음과 約束어음의 두 가지 형태에 대하여 제네바 統一條約에서와 같이 換어음에 관하여 상세한 규정을 한다음 대부분 이를 약속어음에 準用하고 약속어음에 관하여는 소수의 特則을 두는 立法形式을 취하지 않고, 有價證券法上의 문제에 국한하여 각기 완성된 규정을 證券이라는 용어를 사용하여 병렬적으로 두는 방식을 택하고 있다. 草案이 두 가지 형태를 포괄하는 單一槪念을 알지 못하는 英國의 用語例를 따르고 있다는 것은 그 標題에서부터 나타나고 있다.

草案은 주로 英美法上의 制度, 특히 英國어음法과 美國의 統一商法典의 내용과 同一하거나 유사한 規定으로 이루어졌으며 부분적으로 제네바 統一法을 가미하였다고 할 수 있다. 그 이유는 國際金融의 중심지가 뉴욕과 런던일뿐만 아니라 國際的인 어음去來에 있어서 중요한 地位를 차지하는 다수의 國家에서 英美의 어음法이 적용되고 있기 때문이다.

國際換어음 및 國際約束어음에 관한 最終協約案은 모두 91조로 되어 있는데, 그 내용은 第1章〈適用範圍 및 證券의 形式〉(sphere of application and form of the instrument), 第2章〈解釋〉(interpretation), 第3章〈讓渡〉(transfer), 第4章〈權利와 責任(또는 義務)〉(rights

and liabilities), 第5章〈提示, 引受拒絶 또는 支給拒絶 및 遡求〉(presentment, dishonour by non-acceptance or non-payment, and recourse), 第6章〈免責〉(discharge), 第7章〈紛失證券(또는 喪失證券)〉(lost instruments), 第8章〈出訴期限(時效)〉(limitation prescription), 第9章〈最終條項〉(Final Provosions) 등으로 구성된다. 그러나 제네바 統一法國家의 어음法에 존재하는 參加, 複本, 謄本에 관한 規定과 제네바 어음法統一條約 第2附屬書의 留保條項에 따라 法定한 우리나라 어음法上의 利得償還請求權에 관한 규정은 존재하지 않는다는 것이 특징적이다. 이는 英美에서 어음債權에 관하여 모두 一般法의 原則을 적용하여 어음債權에 대하여 특별히 엄격한 제한을 두고 있지 않기 때문에 어음上의 權利를 상실한 경우에도 특별한 救濟手段을 인정하지 않는 것에서 영향을 받은 것으로 보이며, 또한 프랑스法에서는 資金關係上의 權利가 어음發行時부터 어음에 표창되어 順次로 移轉되기 때문에 利得償還請求權制度를 채용하지 않은 것에서 영향을 받은 것으로 보인다.

(2) 適用要件

1) 國際的 商去來를 위한 어음

協約案은 어음이 國際的 商去來를 위하여 사용될 수 있을 것인지 여부가 當事者에게 일임되어 있는 새로운 支給 및 信用證券을 제정하는 것을 목적으로 하고 있다. 同協約의 적용을 위한 客觀的 要件은 단지 어음에 기재된 發行地, 發行人의 署名에 附記된 地, 支給人의 名稱에 附記된 地, 受取人의 名稱에 附記한 地, 또는 支給地 가운데 적어도 두 군데가 서로 다른 나라에 있어야 한다는 것이다(최종초안 2조). 이 要件이 구비되면 위의 記載事項중에 잘못 기재한 것이 증명되더라도 協約의 適用에 있어서 영향을 미치지 않는다(최종초안 2조 3항). 이는 어음去來의 안전을 위한 고려라고 할 수 있다. 어음에 기재된 地가 속하는 國家가 協約의 締約國이 아닌 경우에도 協約이 적용된다(최종초안 4조). 그러므로 예컨대 締約國內에 있는 者가 非締約國內의 者를 支給人으로 換어음을 발행한 경우에도 어음이 不渡가 된 때에 發行人에게 遡求權을 행사함에도 協約이 적용된다.

同協約의 最終審議過程에서도 協約은 어음의 發行地와 支給地가 締約國에 있는 경우에 한하여 적용하는 것으로 하자는 의견이 강력하게 제기되었으나 이러한 制限은 어음을 取得함에 있어서 일일이 發行地와 支給地가 속하는 國家가 締約國인가 하는 것을 조사하지 않으면 안되는 결과를 초래하게 되어 어음去來의 원활을 도모할 수 없을 것이라는 이유로 이를 채택하지 아니하였다. 그러나 그 주장이 강력하여 이에 관하여는 유일한 留保條項을 두게 되었다. 즉 同協約 제89조 제1항에서는 締約國은 自國의 法院이 이 協約을 어음에 記載된 發行地 및 支給地가 모두 締約國인 경우에만 적용한다는 뜻을 宣言할 수 있다고 하였다.

發行人은 證券面에 協約을 인용하여 明示的으로 "國際換어음 또는 約束어음"(international bill of exchange, international promissory note)이라고 표시함으로써 協約의 적용을 받을 수 있다. 本來의 協約案에서는 "國際換어음"이라는 文言을 우리 어음法 제1조 1호와 같이

證券의 本文中에 기재하도록 하였었으나 1985년의 實務作業班會議에서 證券의 表題에 기재하여야 한다는 내용으로 수정한 바 있다. 그러나 최종초안 제 1 조 1항과 2항에서는 國際어음이라는 것을 어음의 表題에 뿐만 아니라 어음의 本文에도 기재하도록 하였다. 이는 協約의 적용을 받는 어음이라는 것을 쉽게 알 수 있도록 한 것으로 본다. 이와같이 同協約의 적용범위를 國際的 商去來에서 授受되는 어음에 국한시키고 있는 것은 兩大體系에 속하는 나라들의 國內法까지 포괄하는 統一은 불가능하기 때문이다. 그러나 문제가 되는 것은 協約에서 규정한 조건에 따라 어음을 발행한 경우는 統一法인 協約이 적용되지만, 協約上의 條件을 구비하지 않고 어음을 國際去來의 결제를 위하여 이용하여 분쟁이 생긴 때에는 準據法은 어떻게 되는가 하는 점이다.

國際어음을 위한 기타 形式的 要件은 제네바 統一條約의 경우보다 완화되어 있다. 즉 國際換어음의 경우는 단지 一定金額을 지정된 "受取人"(payee)이나 그의 指示에 따라 一覽時 또는 特定時期에 지급하도록 무조건 위탁하는 文句, 發行日字 및 發行人의 署名만을 기재할 것을 요구하고 있다(최종안 3조 1항). 約束어음에 있어서의 無條件의 支給約束文言이 委託에 갈음하여 기재되는 점이 換어음과 다르다(최종초안 3조 2항(a)). 署名은 최종안 제 6 조(k)에 의하면 직접적인 手記署名뿐만 아니라 模寫 기타 이와 동일한 인증(equivalent authentication)에 의하여도 할 수 있도록 되어 있다. 이와 같이 다양한 署名方法을 인정하고 있는 것은 署名이 證券의 진정성을 확인함에 있어서 반드시 필수적인 것은 아니라는 다수의 意見에 따른 것이라고 한다.[13] 그러나 手票와 달리 어음에 있어서는 이와 같은 조치는 필요하지 않다고 본다. 오히려 僞造의 가능성이 증가할 것이기 때문에 실제 署名의 要件은 그대로 유지하는 것이 바람직하며 부득이 하다면 模寫를 인정하는 것은 고려의 여지가 있다 할 것이다. 이 중에서 구별되어야 할 것은 역시 UNCITRAL에 의하여 검토되고 있는 電子的 方法에 의한 支給의 法律問題이다.[14]

同協約 제 1 조 제 3 항에서는 同協約이 國際換어음·約束어음에 관한 것임에도 불구하고 「同協約은 手票에는 적용되지 않는다」고 규정하고 있는데, 이러한 규정을 둔 이유는 普通法系에서는 手票를 換어음의 一種으로 취급하여 왔으므로 同協約이 手票에도 적용되는 것을 방지하기 위한 것이라고 할 수 있다.

(3) 發行人의 擔保責任

우리 어음法에 의하면 換어음의 發行人은 발행의 附隨的 效力에 의하여 어음의 引受와 支給에 대하여 擔保責任을 진다(어 9조 1항). 이러한 發行人의 擔保責任은 UNCITRAL은 當初案 34조 1항, 最終案 39조 1항에서도 동일하게 규정하고 있다. 그러나 문제가 되는 것

(13) 朴相吉, "UN國際商去來法委員會의 國際換어음·約束어음 및 國際手票協約案에 대한 考察", 法曹, 33卷(1984.10), 40면.
(14) UNCITRAL, *Yearbook XIII* (1982), S. 12-13.

은 우리 어음法 9조 2항에 의하면 發行人은 引受無擔保의 기재를 하여 引受擔保責任을 免할 수 있으나 支給無擔保의 기재는 이를 기재하지 아니한 것으로 보고 있는데 同조同항에서는 또한 이러한 기재는 그 效力이 없다고 하여 無益的 記載事項으로 하고 있는 점이 統一法에서는 어음이 無效가 되는 것과 다르다. UNCITRAL의 當初草案 34조 2항에서는 換어음의 發行人은 換어음上의 기재에 의하여 自己의 責任을 排除하거나 制限할 수 있다. 다만 이러한 기재는 換어음의 發行人에 대한 관계에서만 효력이 있다고 규정을 한 바 있었는데, 이에 대하여는 支給無擔保의 기재도 할 수 있고 그 효력이 있다고 한다면 우리 어음法의 경우에서 인정하지 않는 支給無擔保에 의하여 어음에는 아무도 責任을 지는 者가 없는 결과가 되어 부당하다는 이의가 제기된 바 있다. 그리하여 이후 實務作業班에서는 이를 수정하여 支給에 대한 擔保責任을 배제하거나 제한하는 기재는 예컨대 引受人의 署名과 같이 어음上의 責任을 지는 者가 있거나 또는 他人이 責任을 부담하게 될 경우에만 그 효력이 있다는 내용으로 보완한 바 있다. 그럼에도 불구하고 1987년의 제20차 UNCITRAL 총회에서는 發行人이 換어음의 引受 또는 支給에 대한 責任을 배제 또는 제한하는 기재를 하는 것을 방지하기 위하여 當初草案 34조 2항을 모두 삭제하자는 의견이 제기되었다. 그 이유는 換어음의 최초의 發行者가 어음上의 義務를 배제하거나 제한할 수 있도록 하는 것은 換어음의 本質에 反한다는 것이었다. 그러나 多數의 意見은 以後에 보완된 當初草案 34조 2항은 서로 다른 法體系의 特性을 조화시킨 것이고 더우기 發行人 이외의 者가 어음상의 責任을 부담하고 있거나 부담하게 되는 때에 한하여 그 責任을 배제하거나 제한하는 기재가 效力이 있다고 한 보완된 내용에 의하면 특별한 문제는 없을 것이라는 理由로 사후에 修正補完된 내용대로 당초의 草案 제34조 제 2 항을 最終案 제39조 제 2 항으로 확정하였다. 그러나 約束어음의 發行人은 어음의 主債務者 이므로 어음上의 기재에 의하여 自己의 責任을 排除하거나 制限하지 못한다(최종안 40조 2항). 헝가리에서는 約束어음에 관하여 이러한 規定을 두는 것에 대하여 異議를 提起한 바 있다. 그 이유는 約束어음의 發行人이 자기의 責任을 排除하거나 制限할 수 없다는 것은 분명한 것임에도 불구하고 이를 구태여 明示的으로 規定한다면 換어음의 引受人에 대하여도 同一한 規定을 하여야 할 것이고 그렇지 않으면 引受人의 경우는 自身의 責任을 排除할 수 있다는 反對解釋이 가능하게 될 것이기 때문이라고 하였다.

(4) 어음의 讓渡, 所持人(holder)과 보호받는 所持人(protected holder)의 槪念

어음의 讓渡에 있어서는 어음의 背書와 交付가 필요하고 최후의 背書가 白紙式인 경우에는 어음의 交付만으로 가능하다(최종안 14조). 無權利者로부터의 어음에 대한 所有權取得과 抗辯으로부터의 保護問題에 관하여 草案은 제네바 統一法에 따르고 있지 않다. 제네바 統一法에 따른다고 할 때에는 우선 所持人에 대하여 證券의 所有權이 다투어지는가 아니면 證券에 기한 청구에 대하여 抗辯이 제기되는가에 따라 달라져야 할 것이다. 草案은 이에

관하여 어음所持人의 個人的 地位를 전제로 하고 있는 英美式體系에 의거하고 있다.

어음所持人은 協約案에 따르면 단순한 所持人(holder)이거나 保護받는 所持人(protected holder)중의 하나에 속하게 된다.(15) 최종초안 제16조에 규정되어 있는 所持人(holder)의 地位는 순전히 形式的인 것으로서 그 要件은 우리 어음法 제16조 제1항과 일치한다. 즉 所持人(holder)이란 어음을 占有하고 있는 受取人과 어음上의 背書의 一部가 僞造이거나 無權代理人에 의한 것이라도 背書가 연속된 경우, 그 어음의 被背書人 또는 최후의 背書가 白紙式인 경우에 그 어음의 단순한 所持人을 말한다. 이러한 所持人은 自己의 前者에게 人的抗辯이나 返還請求權이 존재한다는 것을 알고 어음을 취득한 경우는 그 人的抗辯이나 返還請求를 피할 수 없고, 더우기 어음을 支給提示期間經過後에 취득한 所持人은 善意인 경우에도 人的抗辯의 대항이나 返還義務를 면하지 못한다. 그런데 最終草案 33조에 의하면 모든 어음所持人은 反對의 立證이 있을 때까지는 보호받는 所持人(protected holder)으로 추정된다. 보호받는 所持人(protected holder)은 최종초안 32조의 범위내에서 다른 어음權利者의 어음返還請求나 抗辯으로부터 보호된다. 즉 善意取得制度와 人的抗辯切斷制度에 의하여 보호를 받게 된다.

그런데 보호받는 所持人(protected holder)의 地位의 인정을 위한 實質的 要件은 최종안 제6조(g)에 근거한 동초안 제30조에서 찾아볼 수 있는데, 이는 一部는 客觀的이고 一部는 主觀的이다. 客觀的 要件으로서 당초의 草案에서는 어음은 취득시에 文面上 완전하고 정상적인 것(complete and regular on its face)이어야 한다고만 규정하고 있었다. 즉 白紙어음의 取得은 제외되었었는데 이후 實務作業班에서는 白紙어음의 경우에도 完全어음과 마찬가지로 善意取得과 人的抗辯의 保護가 인정되는 제네바 統一法을 절충하여 客觀的 要件을 文面上 완전한 것과 白地어음이라도 주어진 권한에 의하여 보충된 경우를 포함시키는 내용으로 수정을 하였다. 그밖에 客觀的 要件으로서는 最終案 제56조의 支給提示期間이 경과하지 않았어야 한다(最終案 6조(g), 30조(d)).

다음에 보호받는 所持人이 되기 위한 主觀的 要件으로는 所持人(holder)이 取得時에 第三者의 返還請求權이나 최종초안 제29조에 의한 證券上의 權利에 대한 抗辯에 관하여, 또는 引受拒絕이나 支給拒絕로 인한 不渡의 事實에 관하여 惡意가 없었어야 한다. 최종초안 제7조는 다음과 같이 정의하고 있다. 즉 어떤 사람이 어떤 사실을 실제로 알고 있거나 또는 그 존재를 몰랐을 수가 없다면(if he has actual knowledge of that or could not have been unaware of its existence) 그는 이를 알고 있는 것으로 된다. 이 규정에 관한 註釋은 이를 더 이상의 설명없이 단지 추정적 악의(constructive notice)라고 부르고 있다.(16) 이와

(15) Merten and Pflug, "Der internationale Wechsel-ein zirkulationsfähiges Wertpapier?", *Die AG* (1978), S. 220-227.

(16) UNCITRAL, *Yearbook XIII* (1982), S. 132.

같은 규정에 의하여 重大한 過失에 의한 不知로는 보호받는 所持人(protected holder)의 地位를 취득할 수 없게 되었다.(18) 이 草案의 토의과정에서는 제네바 統一法에서의 善意取得要件인 取得者의 無重過失에 대하여도 논의된 바 있으나 다수의 찬동을 얻지 못하여 채택되지 않았다. 그대신에 草案은 惡意 이외에 "could not have been unaware of its existance"라는 不明確한 요건을 추가하였으나 이의 해석과 관련하여 많은 분쟁이 야기될 것으로 보인다. 그런데 최종초안 제31조에서는 보호받는 所持人(protected holder)에 대하여도 주장할 수 있는 抗辯은 최종안 제31조 1항 (a)호(당초안 제26조 1항 (a)호)에 의하여 "최종안 第34條 第1項(署名하지 않았다는 抗辯), 第35條 (署名僞造의 抗辯), 第36條 第1項(變造의 抗辯), 第37條 第3項(無權代理·越權代理의 抗辯), 第54條(引受提示를 하지 않았다는 抗辯), 第58條(支給提示를 하지 않았다는 抗辯), 第64條(拒絶證書不作成의 抗辯)(19), 第85條(時效消滅의 抗辯)에 의하여 인정되는 抗辯"인데 이는 대체로 우리의 경우 物的抗辯에 속한다고 할 수 있다. 그리고 同條 1項 (b)號에 의하면 "그 當事者와 所持人間의 基本的인 去來關係에 기한 抗辯, 또는 證券上에 그 當事者의 署名을 받음에 있어 證券의 所持人이 行한 詐欺行爲에 기인한 抗辯"으로 보호받는 所持人에게 대항할 수 있는데, 이는 當事者間에 原因關係에 기한 抗辯으로서 우리의 경우에 人的抗辯에 해당하는 것이다. 또한 同條 1項 (c)號에 의하면 "證券의 責任과 관련한 當事者의 無能力에 기한 抗辯, 또는 署名을 함으로써 自己가 證券上의 當事者가 된다는 事實을 모르고 署名했다는 抗辯, 그에 대해 過失이 없다는 抗辯"인데 이는 우리의 경우에 종래의 分類方法에 의하면 物的抗辯에 속하는 것이라고 할 수 있다.

同條 2項에서는 "保護받는 所持人의 어음에 대한 權利는, 所持人과 去來關係에 있는 者 사이에서 그 基本的인 去來關係에 기한 有效한 權利主張 또는 所持人이 證券上에 그 當事者의 署名을 받음에 있어 所持人의 詐欺行爲가 있었다는 主張을 제외하고는, 他人이 가진 證券에 대한 權利의 主張에 影響을 받지 않는다"고 규정하고 있는데, 이에 의하면 우송중에 있는 어음을 盜取한 者로 부터 양수한 보호받는 所持人은 어음의 喪失者에 대하여 어음의 返還義務를 지지 않으며 숨은 推尋委任背書의 背書人은 보호받는 所持人에 대하여 推尋委任의 抗辯을 주장할 수 없게 된다. 여기서 "所持人의 詐欺行爲"란 어음의 取得者가 보호받는 所持人이 된 이후에 詐欺行爲에 의하여 引受나 保證을 하도록 한 경우를 생각할 수 있는데, 이 부분은 同條 1項 (B)의 후단의 抗辯의 문제로 해결될 수 있으므로 削除되어야 한다는 의견에 대하여 토의된 바 있으나(20) 請求權의 側面에서 이를 존속시킬 필요가 있다는 주장이 우세하여 그대로 규정하기에 이르렀다. 보호받지 않는 어음所持人에 대하여 保

(18) Merten and Pflug, S. 227.
(19) 이는 당초 초안이 작성된 이후 實務作業班에 의하여 추가된 것이다.
(20) A/CN, 9/261, p.8.

證人은 최종안 제48조 3항 (a)호에 의하여 최종안 제29조(1)항, (2)항, (4)항에서 규정하는 抗辯으로 대항할 수 있다.

보호받는 所持人이 갖는 權利의 承繼에 관하여 最終案 제32조에서는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 제1항에 의하면 "보호받는 所持人이 證券을 讓渡하면 보호받는 所持人이 가졌던 證券에 대한 權利와 證券上의 權利는 그 이후의 所持人에게 이전한다". 그러나 제2항에 의하면 所持人이 證券에 대한 權利의 發生이나 證券上에 抗辯을 성립시키는 去來關係에 관여한 경우에는 보호받는 所持人이 가졌던 증권에 대한 權利는 이전하지 않는다.

이 규정은 소위 셀타法則(Shelter rule)에 의하여 어음을 양도한 보호받는 所持人과 그 讓受人을 보호하기 위한 규정이라고 할 수 있다. 이에 의하면 예컨대 어음이 詐欺를 한 X로부터 A에게 양도된 경우 A가 선의이면 A는 보호받는 所持人이 되고 A로부터 어음을 양수한 B가 어음의 支給이 不確實할 것이라는 것을 알았다면 단순한 所持人에 불과하지만, B가 證券에 대한 權利의 發生이나 證券上의 抗辯을 성립시키는 去來에 관여하지 않았다면 보호받는 所持人인 A의 權利를 취득하게 된다.

그러면 還背書의 경우에도 셀타의 法則이 적용되는가 하는 문제를 검토해 볼 필요가 있다. 예컨대 P는 詐欺를 한 者이고 이를 알고 어음을 양수한 어음의 단순한 所持人 A로부터 다시 어음을 양수한 보호받는 所持人 B가 다시 A에게 어음을 還背書한 경우에도 셀타의 法則이 적용되는가 하는 점이다. 還背書의 경우는 일반적으로 종래의 어음상의 債務者가 支給을 하고 어음을 취득하게 되므로 셀타法則은 적용될 수 없다. 우리 어음法의 해석으로도 還背書를 받은 背書人이 前背書의 前者에게 遡及하는 경우에 自己의 前者가 還背書의 背書人에 대하여 대항할 수 있었던 抗辯으로는 대항을 받지 않지만, 自己의 前背書의 前者가 自己에 대하여 갖는 抗辯은 그 후의 背書에 의하여 抗辯이 切斷된 경우라도 自己가 어음을 還背書에 의하여 다시 취득하여 어음所持人으로서 前背書의 前者에게 權利를 행사하는 경우에는 대항을 받는다.[21] 왜냐 하면 人的抗辯은 특정한 當事者間의 어음외의 實質關係에 근거한 것이기 때문이다.

UCC3-201조에서는 이러한 내용을 명문으로 규정하고 있다

(5) 白地式背書어음을 交付한 者의 責任

草案은 美國法과 다르고 統一法과 같이 所持人出給式어음을 인정하지 않는다. 그러나 최종안 제15조 2항(당초안 제13조 (2)(a))에서는 명시적으로 白地式背書를 인정하고 있으며, 白地式背書가 있는 어음의 讓受人은 이를 최종안 제14조 (b)(당초초안 제12조 (b))에 따라 단순한 交付(delivery)만으로 讓渡할 수 있는데 어음을 단순히 交付에 의하여 양도한 者도 이후 일정한 사유가 발생한 경우에 그 責任을 免하지 못한다. 즉 白地式背書를 한 어음을

(21) 拙著, 前揭書, 343-344면.

단순히 交付로 양도한 者는 이후 최종초안 제46조(당초초안 41조)에 의하여 모든 所持人에 대하여 그 讓渡以前의 僞造, 代理權 없는 署名, 變造, 抗辯 또는 引受拒絶 내지 支給拒絶된 事實로 인하여 생긴 損害를 배상하여야 한다. 協約草案이 이러한 責任을 인정한 것은 背書를 하지 않는 英美法上의 讓渡人의 擔保(transferors' warranties)에 의한 責任으로부터 영향을 받은 것이다.

이와 같은 광범위한 責任은 다수 國家의 政府로부터의 答辯에서 批判의 대상이 되었다. 네덜란드에서는 다음과 같은 점을 지적했다. 즉 이러한 責任은 背書人의 責任보다도 광범위하여 부당한 것이라고 하였다. 최종안 제45조 (2)항(당초안 제40조 (2))에 의하여 背書人은 자기의 責任을 배제하거나 제한할 수 있기 때문이라고 하였다.(22)

우리 어음法에는 白地式背書에 의하여 어음을 取得한 者가 이후 어음을 交付에 의하여 讓渡한 경우 그 者의 責任에 관한 규정이 없는 것은 물론이고 어음을 交付로써 讓渡하여 어음상에 나타나지 않은 者는 아무런 어음상의 責任을 지지 않는다는 것이 通說이다. 이는 대부분의 제네바 統一法을 채용한 國家에서도 마찬가지이다. 그러므로 이 草案의 규정에 대하여는 강력한 삭제의견도 제시된 바 있었으나, 이 규정은 그대로 존속시키기로 하되 背書에 의하여 양도한 者도 同一한 責任을 지는 것으로 하여 最終案으로 확정되었다. 그러나 背書人과 달리 어음을 단순히 交付로 讓渡한 者는 自己의 責任을 排除하거나 制限할 수 없기 때문에 背書人보다 엄중한 責任을 진다는 문제는 그대로 남아 있게 되었다.

(6) 僞造된 背書

1) 普通法과 統一法의 입장

제네바 統一法과 普通法의 體係에서는 背書가 僞造된 경우에 누가 그 危險을 부담하여야 하는가 하는 문제에 대하여 서로 상반되는 解決方式이 존재한다. 英美法에 의하면 僞造된 背書로는 權利를 讓渡할 수 없으며 어음의 取得者가 善意인 경우에도 형식적으로 연속된 背書중에 僞造된 背書가 존재하는 때에는 어음의 정당한 權利者에 대하여 어음의 返還義務를 면하지 못하게 된다. 예컨대 어음이 A로부터 B, C를 거쳐 D에게 이전된 경우 C가 B로부터 어음을 盜取하여 B, C간의 背書를 僞造한 후 C가 D에게 背書를 하였다면 英美法에 의하면 僞造背書 以後의 背書는 모두 無效가 되고 事實上의 善意取得者인 D도 B에 대하여 어음의 返還義務를 부담하게 된다. 즉 僞造者로부터 어음을 취득한 者는 자기의 後者에 대하여 損害賠償責任을 져야 하는 危險을 부담하게 된다. 그러므로 어음取得者는 讓渡人이 實質的인 權利者인가 하는 점에 유의하여야 한다. 그렇다고 僞造된 背書가 개입된

(22) UNCITRAL, Document A/CN, 9/248, S. 5-87. 이밖에 이 규정에 대하여는 西獨, 日本, 덴마크, 핀란드, 체코슬로바키아 등으로부터 이 문제는 一般私法의 원칙에 맡기는 것이 타당하므로 이를 削除하라는 의견이 대두된 바 있으며, 노르웨이, 스페인, 미국에서는 背書人의 추가를, 네델란드는 削除 또는 背書人이 추가되어야 한다고 한바 있다. 또한 노르웨이는 發行人의 署名僞造 및 無削除에 대한 事實만 擔保하도록 하자는 아울러 제시되기로 하였다.

어음을 善意로 取得한 者는 전혀 保護를 받지 못하는 것은 아니다. 즉 美國의 統一商法典에 의하면 背書人에 대하여 遡求權을 行使하든가 이와는 별도로 讓渡人의 擔保責任(transferors warranties)에 의하여 前者의 責任을 추궁할 수 있다(同法 3장 417조 2항).

제네바 統一法에 따르면 外形的으로 완전한 背書의 連續만이 문제가 되기 때문에 僞造된 背書가 포함된 경우에도 善意取得이 가능하다. 그러므로 위의 例에서 D는 어음의 返還義務를 지지 않는다. 즉 제네바 統一法에 의하면 어음을 喪失한 者가 위험을 부담하게 된다. 이는 이미 제네바 統一法이 성립되기 이전인 1794년의 獨逸 프로이센 보통란트法과 1807 프랑스商法典이래로 지배되고 있는 原則이기도 하다.[23]

2) 協約의 입장

UNCITRAL의 協約案은 兩體係 중 어느 쪽도 一方的으로 따르지 않고 있다. 協約의 審議過程에서는 적절한 방법으로 兩體係의 長點을 결합시키면서 그들의 短點을 제거하는 해결방식을 찾아내었다.[24] 當初草案 제14조와 제 4 조 (7)항에서 규정하고 있었던 protected holder 地位의 要件에서 볼 수 있는 것처럼, 모든 사후의 善意取得者의 保護問題는 제네바 統一法을 따르고 있다. 그 결과 引受人은 正當한 所持人(holder in due course)에게 지급하여야 하는 責任을 면한다. 그렇지만 實務作業班에 의하여 수정된 草案 제23조 제 1 항에 따라 확정된 최종초안 제26조 (1)항에 의하면 背書의 僞造로 인하여 손해를 입은 被僞造者 또는 僞造以前에 어음에 署名한 모든 當事者는 僞造者 및 그로부터 직접 어음을 取得한 者 및 僞造者에게 직접 어음金을 支給한 當事者 또는 支給人에 대하여 損害의 賠償을 請求할 수 있다. 즉 兩大法系를 조정한 UNCITRAL의 協約案에 의하면 위의 例에서 B, C간에 僞造背書가 介在하여도 D의 善意取得이 인정되지만 被僞造者(B) 또는 僞造가 있기 전에 어음에 署名한 者는 僞造者(C) 또는 그로부터 직접 어음을 讓受한 者(D)에 대하여 僞造背書로 인한 損害의 賠償을 請求할 수 있게 된다. 이 경우 D도 損害賠償責任을 지도록 한 것은 D는 僞造者인 C를 안다고 하는 점에서 D가 이러한 어음의 유통을 저지할 수 있는 지위에 있었음을 고려한 결과라고 할 수 있다. 그러나 D이후에 어음을 取得한 者는 善意取得이 인정될 뿐만 아니라 損害賠償責任도 지지 않는데 이 부분은 제네바 統一法과 같다고 할 수 있다. 이와 관련하여 문제가 되는 것은 僞造者에게 支給한 어음債務者나 僞造된 背書가 介入된 어음의 所持人에게 支給한 換어음의 支給人, 僞造者로부터 推尋委任背書를 받아 支給한 者의 責任은 어떻게 되는가 하는 점이다. 이에 관하여는 英國法과 美國法間에도 차이가 있어서[25] 이에 관하여는 協約에서 규율하지 않는다는 방침에 의하여 당초 草案

(23) Landvogt, *Fälschung und Verfälschung von Wechseln und Schecks*, 1970, S. 49.
(24) Merten and Pflug, S. 280.
(25) 이들의 責任에 관하여 美國에서는 僞造者로부터 직접 어음을 양수한 者와 동일하게 취급하는데 비하여 英國에서는 이들의 免責을 인정하고 있다. 美國法에 의하면 僞造된 背書가 介入된 어음

제23조 2항에서는 "背書가 僞造된 어음을 지급한 어음의 當事者, 支給人 또 어음을 推尋目的으로 취득한 被背書人의 責任은 協約에 의하여 규율되지 않는다"고 규정한 바 있었으나, 이에 관한 규정이 필요하다는 강력한 요구에 따라 이들이 僞造事實을 알지 못한 것이 信義則(in good faith)에 반하거나 상당한 注意(reasonable care)를 다하지 않은데서 비롯된 경우가 아닌 한 損害賠償責任을 지지 않는다는 규정을 新設하게 되었다.[26] 즉 僞造의 推尋委任背書에 의하여 어음을 취득한 被背書人의 경우는 被背書人이 善意이며 無過失인 경우에는 賠償責任을 지지 않는다고 하였다. 이 경우에 善意·無過失의 判斷時期는 어음金의 推尋이나 推尋委任背書人의 口座에 計入하기 이전을 말한다(최종안 26조 2항, 당초안 23조 2항). 그리고 어음을 支給한 支給人이나 當事者도 支給時에 善意·無過失인 경우에는 責任을 지지 않는다(최종안 26조 3항, 당초안 23조 3항).

草案은 無權代理의 背書에 대하여도 實務作業班의 修正에 의하여 僞造의 경우와 동일한 내용의 規定을 두고 있다(최종안 27조, 당초안 23조의 2).

(7) 國際 換어음의 引受

1) 引受提示의 自由와 義務

最終協約案 제50조 1항에서는 "換어음은 引受를 위하여 提示할 수 있다."고 規定함으로써 引受提示는 自由를 原則으로 하고 제2항에서는 例外的으로 提示를 하여야 되는 경우를 열거하고 있다. 첫째로 引受提示의 義務를 지는 경우는 換어음의 發行人이 引受提示命令의 記載를 한 때이다(同조 同항 (a)호).

우리의 어음法에 의하면 發行人뿐만 아니라 背書人도 引受提示命令의 기재를 할 수 있는데(어 22조 1항, 4항) 비하여, 同協約 案에 의하면 發行人만이 引受提示命令의 기재를 할 수 있다는 점이 다르다. 둘째로 引受提示를 하여야 하는 경우는 一覽後 定期出給어음의 경우이다(同조 同항 (b)호). 왜냐하면 이러한 어음은 滿期의 확정을 위하여 引受提示가 필요하기 때문이다. 이 경우 引受人은 引受日字를 기재하여야 한다. 引受人이 引受日字를 기재하지 않은 때에는 어음所持人이나 發行人이 引受日字를 기재할 수 있다(最終案 43조 (3)항 2문).[27] 一覽出給어음이 아닌 어음으로써 어음이 支給人의 住所 또는 營業所 所在地 이외

의 所持人에게 지급한 者는 免責이 되지 않으나 支給을한 者는 支給을 받은 者 및 前者인 讓渡人에 대하여 提示者의 擔保(presenters' warranties)에 의한 責任을 추궁할 수 있다(UCC3-417조 1항).

(26) 前田 庸, "有價證券法 問題", ジュリスト No.875 (1987.1), 106頁.

(27) 이와같이 어음의 所持人이나 發行人으로 하여금 引受日字를 기재할 수 있도록 한 規定에 대해서는 UNCITRAL 제20차 總會에서는 이는 濫用 또는 詐欺의 目的으로 誤用될 수 있다고 하는 반대의 입장이 표명되었는데' 이 반대의 견해에 의하면 引受日字를 기재하도록 하는 대신에 拒絕證書를 작성토록 하거나 引受提示期間의 最終日에 引受된 것으로 추정하자는 의견이 제시된 바 있다. 그러나 引受日字를 기재하지 않은 것은 주로 引受人의 不注意 또는 경험부족으로 인한 경우가 많으므로 換어음에 引受日字의 기재가 없는 경우에 拒絕證書의 작성을 요구하게 되면 이는 가혹한 결과가 되고 引受提示期間의 引受最終日에 引受된 것으로 추정하는 것은 一覽後定期出給 換어음의 경우 所持人에게 부당하고 불리하다는 반대의 의견에 의하여 채택되지 않

의 地에서 지급하여야 할 경우에는 引受를 위한 提示를 하여야 한다(最終案 50조 2항 (c)호). 우리 어음法에 의하면 他地支給어음이라도 發行人 또는 背書人의 引受提示의 命令이 없는 한 引受提示는 자유이므로 引受提示를 하지 않은 경우에도 遡求權을 상실하지 않는 것과 다르다.

2) 引受提示의 禁止

最終協約案 제51조 1항에 의하면 우리 어음法 제22조 제2항 본문과 제3항의 내용과 마찬가지로 發行人은 引受提示를 금지하거나 일정한 期日前의 引受提示를 금지할 수 있다. 發行人만이 引受提示를 禁止할 수 있다는 점은 우리 어음法 제22조 제3항과 같으나, 우리 어음法과 크게 다른 점은 이밖에도 일정한 사실이 발생하기 전(before the occurrence of a specified event)의 引受提示를 금지할 수 있도록 한 점이다.[28] 이 경우에 일정한 事實이란 선박의 도착, 상품의 도착, 통관절차의 완료 등을 말한다고 할 수 있는데 이는 실제에 있어서 미국과 아프리카의 去來關係에서 위와 같은 사실이 있기 전에는 引受를 거절하는 경우가 많음을 고려하여 이를 어음上으로 분명히 할 수 있도록 한 것이라고 할 수 있다. 우리 어음法의 해석으로도 引受提示가 금지된 어음은 引受提示를 하여 引受가 거절되어도 遡求權을 행사할 수 없으나 引受提示에 대하여 支給人이 引受를 한 때에는 有效한 引受로서의 效力을 인정하고 있는데,[29] 最終案 제51조에서는 이를 明文으로 規定하고 있다는 점이 특징적이라고 할 수 있다.

즉, 引受提示禁止의 效果에 대하여 우리 어음法에는 明文의 規定이 존재하지 않으나 引受提示의 禁止에도 불구하고 引受提示를 하여 거절된 경우라도 遡求할 수 없고 引受提示禁止에도 불구하고 引受提示를 하여 支給人이 引受를 한 때에는 引受로서의 效力을 인정하는 것이 通說的인 입장인데 비하여 協約 제51조 제2항과 제3항에서는 위와 같은 效果를 明文으로 규정하고 있는 점이 특징적이다.

3) 引受提示의 方法

어음所持人(holder)은 營業日(business day)의 상당한 시간내에 支給人에 대하여 어음을 引受를 위하여 提示하여야 한다(最終案 52조 (a)호). 이에 의하면 引受提示는 어음의 所持人만이 할 수 있는데 이는 우리 어음法 제21조에서 換어음의 所持人뿐만 아니라 어음의 단순한 占有者도 引受提示를 인정하고 있는 것과 다르다. 또한 이 草案의 규정에 의하면 어음의 發行人은 引受提示를 할 수 없게 되는데 이는 發行人이 支給人에게 먼저 引受를 하게 한 다음 어음을 유통시키는 유럽의 慣行을[30] 도외시한 것으로 國際間의 決濟를 위한 國際

았다(UNCITRAL 제20차 會議報告書 9면~10면 참조).

(28) 이러한 규정에 대하여 美國은 이러한 경우에 引受指示禁止는 어음의 價値를 감소시킨다는 이유로 反對의 意見을 제기한 바 있다.

(29) 拙著, 291면.

(30) Player/Elsner, Handels und Wertpapierrecht, 1978, S. 77.

換어음의 특수성을 고려한 것이긴 하나 불필요한 제한으로써 앞으로 논의의 대상이 될 것으로 보인다. 또한 當初草案 제47조 (b)호에서는 支給人이 2人 이상인 換어음은 어음상의 지정이 없는 한 그중 1人에 대하여 引受提示를 하면 된다고 규정하고 있었는데 이는 英國어음法 제41조 1항 (b)호와 다르고 美國의 統一商法典 제3장 504조 3항 (a)호와 같은 것이었다. 이는 우리나라의 多數說[31]과 같은 입장이기도 한 것이었는데 UNCITRAL의 제20차 總會의 심의과정에서 支給人이 복수인 경우는 실제에 있어서 별로 없고 이러한 규정은 協約의 내용을 복잡하게 할 뿐이라는 이유로 불필요로하다는 견해가 지배적이어서 當初草案 제47조 (b)호는 삭제되었다.

4) 引受提示의 時期

換어음의 所持人은 支給人에게 引受를 위하여 去來日의 相當한 時間內에 어음을 提示하여야 하며(協約案 52條 a號), 確定日出給어음의 경우에는 確定日以前에 提示하여야 하고(同條 c號), 一覽出給어음 또는 一覽後定期出給어음은 發行日字로부터 1年 이내에 提示되어야 한다(同條 d號), 協約 第52條 d號의 경우에는 Geneva 統一法의 입장을 따르고 있는데 英美의 普通法에는 'within a reasonable time'으로 규정하고 있다. 또한, 發行人이 引受를 위한 提示에 관하여 일정한 日字 또는 期間을 정한 어음은 그 日字 또는 期間內에 提示되어야 한다(同條 e號).

5) 引受提示의 場所

우리 어음法 第21條에서는 引受提示의 場所를 支給人의 住所로 규정하고 있지만 本 協約案에서는 이러한 규정을 두지 않았다. 그리하여 美國, 스페인, 노르웨이 등은 支給提示에 관한 規定과 일치시켜 協約案 第56條 g, h號 규정을 추가하자는 의견이 제기된 바 있었으나 多數의 國家들은 換어음은 支給人이 직접 引受해야 하므로 支給人에게 引受提示하면 되는 것이고, 특별히 그 場所에 관한 규정을 둘 필요가 없다고 하여 場所에 관한 규정을 두지 않았다.

6) 引受提示의 免除

引受提示의 免除와 그 遲滯의 경우 免責에 대하여 統一法과 英美法의 입장은 각기 다르다. 統一法系에서는 不可抗力에 의해 引受提示가 방해받는 때에는 그 期間을 30日까지 연장시킬 수 있으며, 不可抗力이 滿期로부터 30日을 넘어 계속하는 때에는 引受提示를 함이 없이 즉시 遡求權을 行使할 수 있다(어 54조). 英美法에서는 引受提示의 障害原因이 제거된 후 상당한 노력(reasonable diligence)을 다 하였느냐의 與否에 따라 免除여부가 결정된다(U.C.C. 3-511).

協約案 제53조 제1항에서는 必要的, 任意的 引受提示가 免除되는 경우를, 同條 第2項

(31) 拙著, 289면; 鄭 梁, 428면; 鄭(東), 354면.

에서는 必要的 引受提示가 면제되는 경우에 관하여 규정하고 있다. 그러나 同條 제 3 항 단서에서는 引受提示命令의 기재가 있는 경우에는, 不可抗力時에도 免除되지 않음을 규정하고 있다.

즉 必要的 또는 任意的 引受提示가 免除되는 경우는 支給人이 死亡하였거나 支給不能으로 財產의 處分能力을 喪失한 경우·假設人인 경우·引受人으로서 어음上의 責任을 부담할 능력이 없는 경우(同條 1항 (a)호)와 支給人인 會社, 組合, 社團 기타 法律上의 主體가 소멸한 경우 등이다(同條 同항 (b)호). 그리고 필요적 引受提示가 免除되는 경우로는 確定日出給어음의 경우 所持人이 제어할 수 없고 회피하거나 극복할 수 없는 사정으로 인하여 確定日以前에 引受提示를 할 수 없는 경우(同條 2항 (a)호)와 一覽出給어음의 경우는 위와 같은 사정으로 인하여 發行日로부터 1年이내에 引受提示를 할 수 없는 경우(同條 同항 (b)호)이다. 위와 같은 사정이 있는 경우에는 必要的 引受提示를 遲滯하였어도 免責된다(同條 3항 本文). 그러나 어음에 引受提示命令의 記載가 있는 때에는 위와 같은 사정이 있는 때에도 引受提示는 免除되지 않는다. 즉 그 遲滯의 原因이 소멸한 때에는 상당한 노력으로 引受提示를 하여야 한다(同條 3項 2文).

7) 引受提示의 懈怠

引受提示를 하여야 되는 換어음을 提示하지 아니한 경우에는 發行人, 背書人 및 그 保證人은 換어음上의 責任을 免한다(協約案 54條 1항). 그러나 引受提示를 懈怠한 경우라도 支給人의 保證人은 어음上의 責任은 免하지 못한다(同條 2항). 우리 어음法에 의하면 所持人이 引受提示를 懈怠하면 背書人, 發行人, 기타의 어음債務者에 대하여 遡求權을 상실한다(어 53조).

協約案 제54조 제 2 항은 당초 草案에는 없었던 것인데 支給人의 保證人은 滿期에 어음상 責任을 擔保한 主債務者라는 이유로 新設하게 된 것이다.(32)

8) 條件附引受와 一部引受

引受에 관하여 제네바統一法 제26조를 보면 제 1 항 "引受는 무조건이어야 한다. 그러나 支給人은 어음金額의 一部에 제한하여 引受할 수 있다.", 제 2 항 "換어음의 다른 記載事項을 변경하여 引受한 때에는 引受를 拒絕한 것으로 본다. 그러나 引受人은 그 引受의 文言에 따라 責任을 진다"고 규정하고 있으며, 國際換어음 最終協約案 제44조 제 1 항에서는 "引受는 단순하여야 한다. 引受가 條件附이거나 換어음의 文言을 變更한 경우에는 그 引受는 不單純引受로 본다."고 규정하고 있다. 우선 條件附引受에 관하여 兩者의 차이점을 검토하기로 한다. 제네바 統一法 제26조 1항에 의하면 條件附引受는 인정되지 않는 것으로

(32) 이에 대하여는 反對의 見解가 있었는데 그 이유는 引受提示義務를 다하지 않은 所持人에게는 유리하나 不公平한 규정이며, 引受提示를 하지 않으면 支給人은 當事者가 되지 않으므로 支給人의 保證人은 支給人에 대하여 어음上의 權利를 가지지 아니하고, 二次的으로 責任을 지는 當事者들은 引受提示를 懈怠한 경우에 免責이 되어야 한다는 것이었다(趙承植, (中) 88면).

보아야 한다. 즉 條件附引受는 引受人이 그 引受의 文言에 따라 責任을 지는 同法 제26조 2항에 포함되지 않는 것이다.(33) 물론 우리 나라의 學說과 判例 및 日本의 學說 중에도 條件附引受의 경우 引受人이 그 條件에 따라 責任을 지는 것으로 보는 說도 있으나 이는 統一法 제26조의 구성과 引受의 성질로 보아 무리라고 생각한다.

그러나 최종 協約案 제44조 (1)항 2문에서는 "引受가 條件附이거나 換어음의 文言을 변경한 경우에는 그 引受는 不單純引受로 본다."(An acceptance is qualified if it is conditional or varies the terms of the bill)고 함과 동시에 同條 (2)항 (a)호에서는 不單純引受를 한 支給人은 그 文言에 따라 責任을 진다고 하였다. 그러므로 協約案에 의하면 引受가 條件附인 경우에 引受人은 그 조건에 따라 책임을 지게 된다 할 것이다. 우리의 多數說과 判例와 같이 우리 어음法에는, 그 규정의 구성과 立法趣旨가 다름에도 불구하고 條件附引受의 경우도 引受人은 그 조건에 따라 責任을 진다는 입장에 의하면 결과적으로 協約案의 내용과 다를 바 없게 된다. 그러나 우리 어음法 제26조는 協約案과 규정의 구성이 다르다.

우리 어음法에 의하면 支給人은 어음金額의 一部에 제한하여 引受할 수 있으므로(제26조 1항 단서), 어음所持人은 一部引受의 경우에 이에 응하여야 하며 殘額에 대해서만 遡求權을 행사할 수 있을 뿐이다. 그런데 最終協約案 제44조 3항, 當初案 제44조 3항에서는 "換어음金額의 一部에 대한 引受는 不單純引受로 본다. 所持人이 이런 引受를 승낙한 때에는 그 換어음은 그 殘額에 대하여 引受拒絕이 있는 것으로 본다"고 규정하고 있다. 이는 제네바 統一法과 달리 어음所持人이 一部引受에 응하여야 할 義務는 없고 선택권을 갖는 것을 의미한다. 즉 어음所持人은 支給人이 一部引受를 하고자 하는 경우에 이에 응하여 殘額에 대해서만 遡求權을 행사하거나 이를 拒絕하고 어음金額 全額에 대하여 遡求權을 행사할 수도 있는 것이다. 一部引受를 拒絕할 수 없도록 한 제네바 統一法의 취지는 일부라도 引受가 되면 그만큼 遡求義務者의 義務가 輕減될 수 있다는 점에 있는 데 비하여 協約案은 어음 所持人의 이익을 보호하는 데 중점을 두었다고 할 수 있다. 제20차 총회에서는 당초초안 제39조 2항 (a)호에서는 支給人은 不單純引受의 文言에 따라 責任을 진다고 하였고 (b)호에서는 換어음은 引受拒絕로 不渡가 된다고 규정하여 (a)와 (b)의 관계가 모호하다는 견해가 피력된 바 있으나, 이는 어음所持人에게 (a)와 (b)중에서 선택권을 갖도록 한 것이라는 의견이 우세하여 원안대로 확정되었다.

一部支給에 대하여는 제네바 統一法에 의하면 어음所持人은 支給人의 一部支給을 拒絕할 수 없는 데(제39조 2항) 비하여, 協約案에서는 一部引受의 경우와 마찬가지로 一部支給에 대해서도 어음所持人의 選擇權을 인정하고 있다(최종안 74조 1항, 2항, 당초초안 제69조 1항, 2항). 어음所持人이 一部引受이외의 不單純引受에 응한 경우에 換어음의 發行人 및

(33) 拙著, 어음 手票法, 295면이하 참조. 拙稿, "條件附保證과 條件附引受"(判例評釋) 法律新聞, 1986.12.22 (1665호) 15면 참조.

背書人 등은 免責이 되는가 하는 점에 대하여 協約案에서는 英國의 경우(英어 44조 2항)와 달리 아무런 규정을 두고 있지 않다.

(8) 어음의 支給提示

1) 支給提示의 方法

當初草案 제51조 (a)호와 (e)호에서는 어음의 所持人은 一覽出給이 아닌 어음은 滿期日 또는 이에 이은 1去來日의 상당한 시간에 支給을 위한 提示를 하여야 한다고 규정하고 있었으나, UNCITRAL 제20차 會議에서 그 기간이 너무 短期라는 지배적인 견해에 따라 滿期日 또는 이에 이은 2去來日內에 지급을 위한 제시를 하는 것으로 수정하여 최종초안 제56조 (e)로 확정됨으로써 우리 어음法 제38조 1항과 같게 되었다. 그러나 一覽出給어음의 경우에는 發行日로부터 1년이내에 支給을 위한 提示를 하여야 하는 점은 우리의 경우(어 34조 1항 2문)와 같다(最終草案 51조 (f)항, 당초안 51조 (b)항). 當初草案 제51조 (b)호에서는 支給人 또는 引受人 그리고 約束어음의 發行人이 2人 이상인 경우에는 그중 1人에 대하여는 支給을 위한 提示를 하면 된다는 규정이 있었으나 최종초안의 審議過程에서는 支給人 또는 引受人이 數人인 경우는 削除하고 約束어음의 發行人이 2人 이상인 경우에는 그중 누구에 대하여도 제시할 수 있다는 규정만을 두게 되었다(최종안 56조 (b)호).

그리고 最終案의 審議過程에서는 支給人 또는 引受人 그리고 約束어음의 發行人이 死亡한 경우에는 그 相續人이나 財產管理人에 대하여 支給을 위한 提示를하여야 한다는 당초초안 제51조 (c)호는 相續法과 관련되는 조항으로서 削除되어야 한다는 의견이 제시된 바 있으나, 債務者가 死亡한 경우 어음이 不渡가 되는 것을 피할 수 있도록 債務者의 相續人 또는 財產管理人에게 제시하도록 할 필요가 있다는 이유로 이를 최종안 제56조 (c)호로 原案을 유지키로 하였다.[34] 어음은 支給人 또는 引受人 그리고 約束어음의 發行人에 대한 支給提示를 原則으로 하나 어음交換所(clearing-house)에 제시된 어음도 어음交換所가 所在하는 地의 法 또는 어음交換所規則이나 慣習에 이에 관한 規定이 있는 때에는 支給을 위한 제시로 본다(最終案 56조 (h)호).

2) 支給提示의 延期와 免除

支給을 위한 提示의 지체가 어음所持人이 제어할 수 없고 또한 회피 또는 극복할 수 없는 사정으로 인한 때에는 그 원인이 소멸한 때에 지체 없이 상당한 주의를 하여 提示하여야 한다(최종안 57조 1항, 당초案 52조 1항). 이 경우에 支給提示가 연기되는 사유는 반드시 客觀的 事情뿐만 아니라 主觀的 事情도 포함하는 것으로 해석된다는 점이 특징적이다.[35] 그런데 一覽出給이 아닌 어음의 경우에 支給提示를 지연케 하는 原因이 滿期後 30日, 一覽出給어음인 경우는 支給提示期間經過後 30日이 경과하여도 계속되는 경우에는 支給提示가

(34) Uncitral, Report A/42/17, p. 26.
(35) A/CN, 1986, p. 23.

免除된다(최종안 57조 2항 (b), (c)호, 당초案 52조 2항 (b), (c)호). 그리고 支給人 또는 引受人 그리고 約束어음의 發行人이 破產하여 財產에 대한 處分權을 상실하였거나 이들이 假設人이거나 또는 支給能力을 상실하였거나 이들이 會社 기타의 團體(Coporation, Partnership, association, other legal entity)인 경우 團體가 소멸한 때(최종안 57조 2항 (d)호, 당초案 52조 2항 (d)호), 支給提示를 할 수 있는 場所(최종안 56조 (g)호, 당초案 51조 (g)호)가 없는 경우(최종안 57조 2항 (e)호, 당초案 52조 2항 (e)호), 그리고 引受拒絕證書가 작성된 換어음의 경우는 支給提示가 免除된다(최종안 57조 3항, 당초案 52조 3항).

어음의 支給提示는 換어음의 發行人, 背書人, 保證人이 어음上의 기재 또는 어음外의 明示的인 意思表示에 의하여 免除할 수 있다(최종안 57조 2항 (a)호, 當初草案 52조 2항 (a)호).[36] 그런데 發行人이 어음上에 免除의 기재를 한 때에는 이후에 모든 當事者를 구속하고 모든 所持人에 대하여 그 效力이 있으며(同條 同項 同號 i)), 發行人 이외의 者가 어음上에 免除의 기재를 한 때에는 그 기재를 한 當事者만을 구속하되 모든 所持人에 대하여 效力이 있고(同條 同項 同號 ii)), 어음外에서 免除의 意思 表示를 한 때에는 當事者間에 있어서만 그 效力이 있다(同條 同項 同號 iii)). 이 중 發行人 이외의 者가 어음上에 免除의 記載를 한 경우와 어음外의 免除의 特約이 있는 경우는 우리 어음法의 해석과 다를바 없다고 본다.[37]

3) 支給에 의한 免責(discharge by payment)

最終協約案 제73조 제 1 항(當初草案 68조 1항)에 의하면 滿期 또는 滿期後에 그리고 引受拒絕의 경우 滿期前에 當事者는 어음所持人 또는 어음을 支給하고 어음을 占有하는 自己의 後者에 支給함으로써 免責된다. 協約草案은 引受拒絕의 경우에 한하여 滿期前의 遡求를 인정하고 있다는 점에서 우리 어음法과 다르고 이는 約束어음의 경우는 滿期前의 遡求를 인정하지 않는다는 것을 의미하기도 한다. 그리고 引受拒絕의 경우이외의 滿期前 支給은 支給을 받은 者 이외의 者에 대하여는 免責이 되지 않는다(同草案 同條 2항). 最終協約案 제73조 제 3 항에서는 "保護받는 所持人이 아닌 所持人에게 支給한 當事者가 支給을 함에 있어서 所持人이 어음을 盜取하였다는 事實이나 受取人 또는 被背書人의 署名을 僞造한 사실 또는 그 盜取나 僞造에 관여한 事實을 알았을 경우에는 그 當事者는 免責이 되지 아니한다"고 규정하고 있다. 當初의 草案 제68조 3항에서는 이밖에도 免責이 되지 않는 事由로서 當事者가 支給을 함에 있어서 제 3 자가 그 어음에 대하여 有效한 返還請求權을 주장하고 있다는 것을 알았을 경우(knows at the time of payment that a third person has asserted a valid claim to the instrument)가 포함되었었으나, 1987년의 委員會에서는 "Valid

(36) 當初草案의 原案에서는 默示的으로도 면제할 수 있다는 내용이 있었으나 이후 實務作業班에서는 이를 削除하였다.

(37) 拙稿, 373면 참조.

claim"의 개념이 모호하다는 異議가 다수의 국가로부터 제기되어 이 부분은 삭제되었다.

(9) 遡求의 要件

어음에 대한 引受拒絕이나 支給拒絕이 있는 때에는 적법하게 拒絕證書를 작성한 경우에 한하여 遡求權을 행사할 수 있다(最終案 60조). 그런데 最終協約案에 의하면 어음상에 拒絕證書를 작성하여야 한다는 記載가 없는 경우에는 支給人, 引受人, 約束어음의 發行人, 또는 支給擔當者가 어음면에 기재하고 서명한 拒絕宣言(declaration)으로 拒絕證書를 갈음할 수 있다(同案 61조 3항). 그리하여 同條 4項에서는 拒絕宣言은 이 條約의 적용에 있어서 拒絕證書로 본다고 하였다.

拒絕證書는 어음의 引受 또는 支給이 拒絕된 場所에서 그 곳의 法律에 의하여 이를 작성할 수 있는 者가 日字를 기재하고 署名하는 방식으로 작성하여야 한다(最終案 61조 1항, 當初草案 56조 1항). 拒絕證書는 어음 自體 또는 補箋에 작성할 수 있을 뿐만아니라(同조 2항 (a)호) 拒絕된 어음과의 同一性을 명백하게 표시한 때에는 별도의 서면에 작성할 수도 있다(最終案 61조 (2)항 (b)호, 當初案 56조 2항).

拒絕證書의 作成期間에 관하여 當初의 協約案 제57조에서는 引受 또는 支給이 拒絕된 날 또는 이에 이은 2去來日이내에 작성하여야 한다고 규정하고 있었으나, 1987년의 委員會에서는 어음이 引受 또는 支給이 拒絕된 경우에 拒絕證書를 작성할 수 있는 者를 찾는 등의 필요한 절차를 취하려면 그 기간이 촉박하다는 지적에 따라 最終案 62조에서는 拒絕證書는 引受 또는 支給이 拒絕된 날 또는 이에 이은 4去來日내에 작성하여야 한다고 하여 그 期間을 延長하였다.

引受 또는 支給이 拒絕된 경우에 그 拒絕의 通知에 관하여 當初協約草案 제60조 제1항과 제2항에서는 어음所持人은 換어음의 경우 發行人, 모든 背書人 및 그 保證人, 約束어음의 경우에는 모든 背書人 및 그 保證人에게 拒絕의 通知를 하도록 규정하고 있었으나, 1987년의 委員會에서는 이는 어음所持人이 去來關係가 없었고 그 住所를 알 수 없는 當事者에게 통지하여야 할 義務를 진다는 것은 과중한 부담이 된다는 지적에 따라 同委員會에서는 所持人은 換어음의 경우 發行人 및 직전 背書人에 대하여 拒絕의 通知를 하여야 한다는 내용으로 수정하자는 합의가 이루어졌다. 이에따라 最終協約案 제65조 제1항 (a)호에서는 이를 확정하여 규정하고 있으며 또한 委員會에서는 그밖의 다른 當事者에게도 拒絕의 통지를 하여야 할 필요가 있다는 것에 합의하였는데, 그 통지하여야 할 다른 當事者는 어음所持人이 어음上에 기재된 내용을 기초로 하여 그 住所를 확인할 수 있는 경우에만 拒絕의 통지를 하여야 할 義務를 지도록 하였다(最終案 65조 1항 (b)호).[38] 通知義務를 懈怠

(38) 이에 관하여는 3가지 안이 제기되었는데 最終草案에서 채택되지 않은 다른 제안으로서는 所持人은 그 住所가 證券上 표시된 當事者에게 拒絕의 通知를 할 義務를 진다는 것과 所持人은 그 住所를 알거나 알 수 있었던 當事者에게 拒絕의 通知를 할 義務가 있다는 案이 있었다(UNCITRAL 제20차 회의보고서 26면 참조).

한 때에는 어음所持人은 通知를 받을 權利가 있는 者가 그로 인하여 입은 損害를 賠償할 責任을 진다(最終案 69조, 當初草案 64조). 즉 이는 拒絶의 通知를 懈怠하더라도 遡求權을 행사할 수 있으나 通知義務者가 損害賠償責任을 진다는 것으로서, 이는 제네바 統一어음法 즉 우리 어음法 제45조 6항과 같은 것이고 遡求權保全을 위하여 拒絶의 通知가 필요한 것으로 보는 英美法(英어 48조, UCC 3장 502조 2항)과는 다른 것이다.

拒絶의 通知는 拒絶證書作成의 경우는 작성된 날, 拒絶證書의 작성이 免除된 경우는 拒絶된 날, 그리고 다른 當事者로부터 拒絶의 通知를 받은 날에 이은 2去來日이내에 하여야 한다(最終案 67조, 當初案 62조). 이에 대하여 1987년의 委員會에서는 拒絶通知의 期間도 拒絶證書의 作成期間과 마찬가지로 2去來日은 多數의 住所에 通知를 하여야 하는 점 등을 고려할 때 短期라는 이유가 지적되어 4去來日로 연장하자는 주장이 있었으나, 拒絶通知의 경우는 그 방법에 있어서 특별한 제한이 없으므로 2去來日로서 충분하다는 의견에 의하여 채택되지 아니하였다(UNCITRAL 제20차 회의보고서 27면 참조).

(10) 어음上의 保證

1) 保證의 方式

保證은 어음 또는 이와 결합된 補箋에 기재하여야 한다(最終案 47조 2항). 이는 우리 어음法 제31조 제1항과 같다. 第24차 總會에서는 別途의 書面에 의한 保證을 인정하고 있는 프랑스를 비롯한 기타 國家로부터 協約에도 이를 규정하자는 提案이 있었으나 法的性質과 要件, 效果 등이 不明確하다는 意見에 밀려 채용되지 않았다. 이는 제네바 統一法이 留保條項에 따라 別途의 書面에 의한 保證을 인정하고 있는 것과 다르다. 우리의 경우는 留保條項을 채용하고 있지 않으므로 別途의 書面에 의한 어음保證은 인정되지 않는다.

2) 保證制度의 二元化

保證의 效力에 관하여 協約案 제48조에서는 우리 어음法 제32조 1항과 같이 다만 保證人은 被保證人인 當事者와 同一한 責任을 진다고 규정하고 있으나, 統一法에서 말하는 aval (또는 good as aval)과 美國法上의 guaranteed라는 것은 무리하게 統一시킬 수 없을 정도로 그 내용이 다르다는 이유로 保證制度를 二元化하였다. 즉 aval이라고 表示한 때는 統一法에 기한 우리 어음法上의 保證으로 보고 guaranteed로 表示한 때는 英美法上의 保證으로 보는 것으로 合意되었다(最終案 47조 3항). 그리하여 어떻게 表示하였는가에 따라 保證人이 주장할 수 있는 抗辯의 範圍를 다르게 규정하고 있다(最終案 48조 4항 (b)(c)호). 어음保證人이 어음所持人에 대하여 被保證人이 갖는 抗辯으로써 대항할 수 있는 抗辯의 範圍에 관하여 同協約 제48조 제4항 (a)호에서는 保證人은 보호받는 所持人이 아닌 者에게는 被保證人이 그 所持人에게 同協約 제29조 제1항, 제3항, 제4항에 따라 제기할 수 있는 抗辯만으로 대항할 수 있다고 規定하고 있으며, 同條 同項 (b)號에서는 保證을 함에 있어서 guaranteed, payment guaranteed, collection guaranteed 기타 이와 유사한 文言을 표시한

保證人은 被保證人이 보호받는 所持人에 대하여 同協約 제31조 제1항에 따르는 抗辯만을 제기할 수 있다고 하였다. 그리고 保證을 함에 있어서 aval, good as aval로 표시한 保證人은 보호받는 所持人에 대하여 그 者가 被保證人이 어음에 署名을 함에 있어서 詐欺的 行爲를 하였다는 同協約 제31조 제1항 (b)호에 따르는 抗辯과 어음이 引受 또는 支給提示가 없었다는 同協約 제54조 또는 제58조에 대한 抗辯, 그리고 어음에 拒絕證書가 適法하게 작성되지 아니하였다는 同協約 제64조에 의한 抗辯 및 訴權이 被保證人에 대하여 더 이상 행사할 수 없다는 同協約 제85조에 따르는 抗辯만으로 보호받는 所持人에게 대항할 수 있다고 하였다(同條 同項 (c)호).

그런데 이 兩者를 우리 말로 번역하는 경우에는 모두 保證人이라고 할 수 밖에 없는데 이 兩者를 구별하는 用語에 대한 合意가 있어야 할 것으로 본다. 그리고 金融機關이 한 略式保證은 우리 어음法上의 保證으로 보고 기타의 者가 한 略式保證은 guaranteed로 취급하고 있으며(최종안 48조 4항 (d), (e)호), 美國法上으로 다만 署名의 眞正함을 保證하는 의미가 있는 從前背書의 保證(prior endorsements guaranteed) 기타 이와 유사한 文言의 기재는 保證으로 인정하지 않는 것으로 하였다(最終案 47조 3항 2문).

그밖에 最終協約案의 특징은 단순한 支給人을 위한 保證을 인정하고 있다는 점이다(48조 2항). 이는 우리 어음法이 支給人과 같은 어음債務者가 아닌 者를 위한 保證은 無效로 보는 것과 다르다.

이와 같이 어음債務者가 아닌 支給人을 위한 保證을 인정하는 취지는 國際換어음의 경우에는 어음所持人과 支給人 또는 引受人이 각기 다른 國家에 거주하는 경우가 많은데 이러한 때에 어음 所持人과 同一한 國家에 거주하는 者가 支給人을 위하여 保證을 할 수 있도록 하는 것이 어음所持人에게 유리하기 때문이라고 한다. 協約案은 支給人의 保證人은 滿期에 어음의 支給을 담보한다고 규정하고 있는데 이는 어음의 滿期가 도래하면 無條件 保證人이 어음의 支給義務를 진다는 것을 의미한다.

그리고 우리 어음法에서는 換어음이나 約束어음의 경우에 被保證人의 表示가 없는 때에는 發行人을 위한 保證으로 보는데(어 31조 4항 77조 3항) 비하여, 最終協約案에서는 換어음의 경우에는 引受人 또는 支給人, 約束어음의 경우에는 發行人을 위한 것으로 본다고 규정하고 있는 것이(47조 5항) 특징적이다.

3) 保證人의 責任

어음保證에 관하여 最終協約案 제48조 제1항에서는 "保證人은 被保證人과 동일한 내용의 責任을 진다"고 규정하고 있는데 이 경우에 "同一한 내용의"의 解釋에 관하여 作業班에서 合意된 바에 의하면, 이는 첫째로 反對의 기재가 없으면 當事者의 保證人은 被保證人이 責任을 지고 있는 金額에 대하여 責任을 지고, 둘째로는 保證人의 責任의 성질은 被保證人인 當事者의 責任과 같다고 하여 背書人의 保證人은 適法한 提示와 拒絕證書를 作成한 경

우에만 責任을 지고 引受人의 保證人은 어음을 支給을 위하여 제시하지 않았거나 拒絶證書를 작성하지 않은 경우에도 責任을 지는 것이라고 한다. 세째로 保證人은 자기가 어음所持人에 대하여 갖는 抗辯 뿐만 아니라 被保證人이 어음所持人에 대하여 갖는 抗辯도 원용할 수 있음을 의미한다고 한다. 統一法國家에서는 被保證人이 갖는 抗辯으로 保證人이 어음所持人에게 대항할 수 있는가 하는 점에 대하여 肯定說도 있으나 否定說이 多數說이다.(39)

(11) 어음의 喪失과 權利行使

1) 總 說

어음上의 權利를 行使하려면 어음을 占有하여야 하는 것이 원칙이다. 그러나 어음을 喪失하였다고 하여 어음上의 權利까지도 喪失한다면 어음의 占有를 喪失한 어음上의 權利者에게는 가혹한 결과가 초래된다. 그런데 어음을 喪失한 경우에 그 해결책에 관해서는 各國의 制度가 일치하지 않는다. 그리하여 UNCITRAL의 實務作業班에서는 어음喪失의 경우에 통일적인 規定이 마련되어야 한다는 점에 의견의 일치를 보아 작업에 착수하였다. 어음喪失의 경우에 그 救濟制度에 관하여는 우리 어음法을 비롯한 제네바 統一法系의 國家에서는 喪失어음의 無效化를 선언한 다음에 어음이 없이 權利行使를 할 수 있게 하는 公示催告에 의한 除權判決制度(民訴 446조 내지 468조)를 두고 있으며, 英美에서는 除權判決制度는 존재하지 않고 喪失者가 담보를 제공하여 어음의 支給을 청구할 수 있는 제도에 의해서 喪失者의 이익을 보호하고 있다(UCC 3장 804조, 英어 70조).

UNCITRAL의 實務作業班에서는 兩制度중 어느 것을 채용할 것인가에 관하여 논의한 끝에 英美의 制度를 채용하였다. 英美의 制度에 있어서도 어음의 喪失者가 善意取得을 방지할 수 있는 수단이 없고 또 擔保의 返還時期나 事由가 명확하지 않다는 문제점이 없는 것은 아니지만, 실제에 있어서 喪失어음이 제시되는 경우는 드물고 善意取得者에 대하여도 損害賠償請求의 길이 마련되어 있다는 점에서(最終案 26조 1항, 當初案 23조 1항), 除權判決制度를 채용하는 경우에 모든 利害關係者의 충분한 보호를 기대할 수 없고 해석상으로도 除權判決取得者와 善意取得者가 있는 경우에 누구의 權利가 우선 하느냐에 대하여 다툼이 있을 뿐만 아니라 더우기 국가간에 이용되는 國際어음을 喪失한 경우에 除權判決制度를 적용한다면 더욱 복잡한 문제가 야기될 수 있다는 이유로 英美의 制度를 채용하였다.

2) 어음喪失者의 權利行使

어음을 喪失한 者의 權利行使는 본래의 어음所持人이 어음의 當事者에 대하여 請求하는 경우에만 인정되고 단순한 支給人에 대하여는 할 수 없다.(40) 왜냐하면 단순한 支給人은 어음上의 債務者가 아니기 때문이다. 어음을 喪失한 者가 當事者에 대하여 請求를 함에 있어서는 일정한 사항을 書面으로 진술하여야 한다(最終案 79조 2항 (a)호, 當初案 74조 2항

(39) 拙著, 468면이하 참조.
(40) A/CN, 9/213, p.118.

(a)호). 즉, 첫째로 喪失어음에 기재되었던 어음要件을 書面으로 분명히 밝혀야 하는데 지급을 請求하는 者는 이에 갈음하여 어음의 寫本을 交付할 수 있다. 둘째로는 어음을 占有하였더라면 被請求者에 대하여 支給請求權이 있다는 事實을 명확히 하여야 한다. 또 셋째로 어음의 제시가 방해된 사실을 밝혀야 한다. 어음喪失者가 權利를 行使하려면 위에서 본 바와 같이 첫째로 喪失어음要件을 밝히거나 喪失어음의 사본을 교부하여야 하는데, 이는 우리의 경우 公示催告의 신청을 함에 있어서 어음의 謄本을 제출하거나 어음을 충분히 해득할 수 있는 필요사항을 개시하여야 하는 것(民訴 465조 1호)과 같은 것이라고 할 수 있다. 그러나 차이점은 이 協約案에서는 喪失어음에 의한 權利行使는 어음의 喪失當時에 어음이 完全어음이었던 경우에만 가능하다는 점이다.(41) 우리의 경우 白地어음도 完全어음과 같이 유통된다는 전제하에서 公示催告의 신청이 가능하고 除權判決이 인정된다고 보는 것과(42) 다르다고 할 수 있다. 두번째 요건으로서 어음喪失者가 어음을 占有하였더라면 지급을 받을 權利가 있었다는 사실이라고 하는 것은 어음의 喪失者가 어음上의 受取人이었다든가 또는 背書가 연속된 어음의 所持人이었던 사실을 의미한다.(43) 이는 우리의 경우 公示催告申請權者임을 밝혀야 하는 것(民訴 464조)과 유사하다고 할 수 있다. 그리고 세번째의 요건으로서 어음의 제시가 방해된 사실을 밝혀야 하는 것은 우리의 경우 公示催告의 申請人이 어음의 盜難, 紛失, 滅失과 公示催告節次를 신청할 수 있는 이유된 사실을 소명하여야 되는 것(民訴 465조 2호)과 유사한 요건이라고 할 수 있다.

제20차 UNCITRAL 總會에서는 最終協約 제79조 제2항 (a)호의 요건이 충분한 것이 못된다고 하여 支給請求人은 支給人 또는 發行人으로부터 證券의 부분을 얻을 수 있거나 證券을 再作成할 것으로 보완되어야 한다는 견해가 있었으나, 어음의 모든 當事者로부터 署名을 받아 證券을 再發行한다는 것은 곤란하다는 의견이 우세하여 채택되지 않았다.(44)

어음을 喪失한 者가 지급을 請求하는 경우에 被請求者는 擔保를 제공할 것을 請求할 수 있다(最終案 79조 2항 (b)호, 當初案 74조 2항호). 이와같이 被請求者의 擔保請求權을 인정하고 있는 것은 被請求者가 어음의 喪失者에게 지급한 다음에 喪失어음의 보호받는 所持人이 請求하는 때에는 喪失어음에 대하여 지급을 하였다는 抗辯을 주장할 수 없게 되어, 被請求者가 二重支給의 위험을 부담하여야 할 것이기 때문에 이러한 二重支給으로 인한 事後의 損失을 補償할 수 있도록 하기 위하여 인정한 것이라고 할 수 있다. 擔保의 性質 및 그 條件은 當事者間의 合意로 정하는 것을 원칙으로 하나 合意가 성립되지 않은 때에는 法院이 擔保의 필요성과 그 종류 및 조건을 결정한다(最終案 79조 2항 (c)호, 當初案 74조 2항 (c)호). 英美에서는 擔保를 위하여 賠償證書가 이용된다(UCC 8-405조 2항). 賠償證書

(41) A/C, 9/213, p. 119.
(42) 拙著 280면.
(43) A/CN, 9/213, p. 119.
(44) UNCITRAL 제20차 회의보고서 35면 참조.

는 어음喪失者가 保險料를 지급하고 保險會社로 부터 發行을 받는 것으로서 어음喪失者가 이를 제출하는 때에는 이후 喪失어음이 제시되어 損害를 입게 되는 때에 賠償證書에 의하여 保險會社에 대하여 支給을 청구할 수 있는 것이다.

어음喪失者가 擔保를 제공할 수 없는 때에는 法院은 被請求者에 대하여 어음金額, 利子 및 費用을 法院이나 權限있는 다른 機關에 供託할 것을 명령할 수 있으며 이 경우에 供託은 支給請求者에 대한 지급으로 본다(最終案 79조 2항 (d)호, 當初案 74조 2항 (d)호). 이 경우에 供託의 效果는 直接當事者인 當該 被請求者에 대한 支給으로 볼 뿐이라는 점에서 우리 어음法 42조에 의한 어음金額의 供託이 모든 善意取得者에게 효력이 미치는 것과 다른 점이라고 할 수 있다. 즉 協約案에 의한 供託에 있어서는 이후 보호받는 所持人에 대하여 지급을 거절할 수 없게 되는 것이다.

喪失어음을 지급한 者는 이후 다른 사람이 어음을 제시하는 때에는 提示者의 名稱, 提示日子 및 場所를 提示日 또는 이에 이은 2去來日內에 어음의 喪失者에게 通知하여야 한다(最終案 80조 1항 2항, 當初案 75조 1항 2항). UNCITRAL의 제20차 總會에서는 通知期間을 支給拒絕證書의 作成期間과 마찬가지로 어음이 제시된 날 또는 이에 이은 4去來日內로 하자는 의견이 제시된바 있으나, 喪失어음의 支給을 받은 者에게는 가능한 한 빨리 그 후에 어음의 支給提示에 관하여 通知를 하여야 할 필요가 있다는 이유로 채택되지 아니하였다.(45) 이 경우에 通知의 目的은 본래의 어음所持人에게 어음의 返還請求權을 행사할 수 있는 기회를 주어 그 所持人에게 支給되는 것을 방지하기 위한 것이기 때문에,(46) 喪失어음을 지급한 當事者가 通知를 懈怠한 때에는 最終協約案 제71조와 제72조에 규정된 金額의 범위내에서 喪失어음의 지급을 받은 者가 通知의 懈怠로 인하여 입은 모든 損害를 賠償할 責任을 진다(最終案 80조 3항, 當初案 75조 3항). 喪失어음을 지급한 者로서 어음이 제시되어 지급한 者 또는 喪失어음을 지급한 者로 自己의 前者에 대하여 遡求權을 喪失한 者는 그 擔保를 실행할 權利 또는 供託金의 返還請求權을 갖는다(最終案 81조 1항, 當初草案 76조 1항). 그런데 擔保를 제공받은 當事者가 더 이상 二重支給의 위험이 없게 된 때로서 예컨대 時效의 完成이라든가 또는 喪失의 原因이 消滅된 것을 증명한 때에는 擔保의 提供者는 擔保의 解除를 請求할 수 있다(最終案 81조 2항, 當初案 76조 2항).

Ⅳ. 國際手票에 관한 協約案

1. 서 설

國際的 支給證券의 制定을 위하여 UNCITRAL은 처음에는 國際어음의 草案의 作成에만 착수하였다. 이후 1972년 5월 4일의 제5차 會議에서 草案의 修正을 위한 硏究班을 설치하

(45) UNCITRAL 제20차 회의보고서 36면 참조.
(46) A/CN, 9/213, p. 120.

고 이 研究班은 國際手票를 위한 統一規則의 제정이 바람직한지, 國際어음法 草案의 適用範圍를 手票法에까지 확대하는 것이 좋은가 하는 문제도 검토할 것을 決議하였다.(47) 1981년 8월에는 연구반이 國際手票協約 草案(Draft Convention on International Cheques)을 마련하여(48) 草案은 各國 政府에 입장 표명을 하도록 發送되었고 3월에는 도착된 答辯을 분석 총괄하여 報告書가 제출된 바 있다.(49) 1984년 7월의 UNCITRAL 제17차 會議에서 이 草案은 간략하게만 논의되었다. 各國 政府의 答辯에서는 새로운 規律이 필요하지 않다는 意見이 지배적이었으므로 이 草案의 운명은 불명확하다.(50)

2. 手票發行人의 責任

우리 手票法 제39조에 의하면 手票所持人이 적법한 提示期間內에 手票를 提示하지 않아서 支給을 받지 못한 경우에는 發行人은 手票發行에 의한 償還義務를 免하게 된다. 그러나 英國의 어음法과 美國의 統一商法典에 의하면 手票所持人이 지급을 위한 제시를 지체한 때에도 즉 적법한 기간내에 제시를 하지 않은 때에도 發行人은 당연히 免責이 되는 것이 아니라 提示의 遲滯로 인하여 입은 損害만큼 免責이 될 뿐이다(英어 74조 1항, 美統商 3-502조 1항). 그런데 제네바 統一手票條約 제2附屬書 20조의 留保條項을 보면 각 締約國은 적법한 기간내에 手票가 제시되어야 하고 拒絕證書나 이와 동일한 효력이 있는 支給拒絕宣言을 작성하였어야 하는 것을 發行人에 대한 遡求權行使의 조건으로 하지 않을 수 있는 권리를 유보한다고 하였다. 이러한 기존의 제도를 고려하여 UNCITRAL의 實務作業班을 手票所持人이 手票를 적법한 기간내에 제시하지 않았다고 하여 發行人이 免責되는 것은 타당하지 않으며 또한 제시가 전혀 없는 경우에도 發行人이 責任을 진다는 것도 문제가 있음을 감안하여 다음과 같은 절충적인 결론에 도달하였다. 즉 手票가 적법하게 支給提示 되지 않은 경우에는 發行人, 背書人 및 그 保證人은 手票上의 책임을 지지 않는다. 그러나 제시의 지체로 인하여 手票가 적법하게 제시되지 않은 경우에는 發行人의 책임은 소멸하지 않는다. 다만 지체로 인하여 입은 損失의 범위내에서 그 責任을 免한다(同草案 45조)고 규정하게 되었다. 그런데 여기서 適法한 支給提示라고 하는 것은 手票에 기재된 發行日字로부터 120일이내에 지급을 위한 제시를 하여야 하는 것을 말한다(同草案 43조 (b)). 그리고 草案 52조에서는 手票發行人의 책임을 추궁하려면 手票가 제시되었다는 것이 입증되어야 한다는 판단아래 支給拒絕證書의 作成에 관하여 다음과 같이 규정하였다. 支給拒絕證書가 작성되어야 하는 手票에 대하여 拒絕證書를 適法하게 작성하지 않은 경우에는 發行人, 背書人 또는 그 保證人은 手票上의 債務를 부담하지 않는다. 그리고 支給拒絕證書의 作成이 지체되

(47) "Bericht der Kommission über die 5. Tagung," UNCITRAL, *Yearbook III* (1972) S. 9-28(2).
(48) UNCITRAL, *Yearbook XIII* (1982), S. 186-197.
(49) UNCITRAL, Document A/CN. 9/248, S. 124-171.
(50) Auskunft des Bundesministeriums der Justiz. BRD.

어도 發行人 또는 그 保證人은 責任을 면하지 못한다. 다만 그 지체로 인하여 입은 損害의 限度內에서 責任이 감면된다고 규정하고 있다.

3. 先日字手票

우리나라 手票法은 手票가 支給證券인 점을 중시하여 手票의 一覽出給性을 철저하게 보장하고 있다. 그리하여 手票法 제28조 1항에서는 "手票는 一覽出給으로 한다. 이에 위반되는 모든 기재는 기재하지 아니한 것으로 본다"고 하여 手票의 一覽出給性을 명확히 하고 있으며, 先日字手票의 경우도 同條 2항에서 "기재된 發行日字의 到來前에 支給을 위하여 提示된 手票는 그 제시한 날에 이를 지급하여야 한다"는 정함을 하고 있다. 그런데 英美에서는 어떠한가 하면 手票에도 準用되는 英國 어음法 제13조 2항(이 규정은 同法 73조에 의하여 手票에도 準用된다)과 美國統一商法典 제3편 제114조 2항에서는 다만 "어음은 發行日字가 先日字이거나 後日字 또는 일요일인 경우에도 無效가 되지 않는다"고 규정하고 있을 뿐이다(統一商法典에서는 일요일에 관한 규정은 존재하지 않는다). 그러나 英國의 學說과 判例에 의하면 先日字手票인 경우에 銀行은 手票에 기재된 發行日字前에는 지급할 權限을 갖지 못한다. 결국 手票에 기재된 先日字는 어음의 경우에 滿期와 같은 기능을 한다고 볼 수 있다. 先日字手票를 銀行이 發行日字전에 支給을 하였다면 그것은 銀行의 自己計算과 危險負擔으로 한 것이 된다. 그 결과 手票에 기재된 일자의 도래전에 發行人이 支給委託을 취소한 때에는 銀行은 보호를 받지 못한다.(51) 그런데 UNCITRAL의 實務作業班에서는 兩制度를 중심으로 토의끝에 英美의 制度를 채용하기로 하여, 草案 제47조에서는 "手票가 그 기재된 日字이전에 제시된 경우에는 지급인은 支給을 거절하더라도 支給拒絕이 되지 않는다"라고 규정하기에 이르렀다. 이 경우에 문제가 되는 것은 發行日字前에 한 지급의 효과가 어떻게 되는가 하는 점인데, 이에 관하여 日本에는 發行日字前의 支給은 滿期前의 지급이라고 할 수 있기 때문에 無權限者에게 지급을 한 경우에는 惡意 또는 重大한 過失이 없더라고 免責이 되지 않는다고 할 것이라는 說도 있다. 그러나(52) 이는 제네바 統一法上의 原則을 원용한 것이긴 하나 英美法上의 慣行과는 맞지 않는 해석이라고 본다.

3. 支給委託의 取消

手票의 支給人에 대한 發行人의 支給委託은 一般原則에 의하면 언제든지 取消가 가능한 것이지만(民 689조 1항), 支給委託의 取消를 일정한 제한이 없이 인정하게 되면 手票所持人의 利益과 手票去來의 安全을 도모할 수 없게 되므로 우리 나라의 手票法은 支給委託의 取消는 提示期間 經過後에만 가능하게 하였다(手 32조 1항). 이에 비하여 英美에서는 支給委託取消 自由主義에 의하여 發行人은 언제든지 支給委託을 取消할 수 있는데(英어 75조 1

(51) Chalmers, *A Digest of the Law of Bill of Exchange, Cheques, promissory Notes and Negotiable Securities*, 1947, p.36; Chitty, *Contracts*, Bd. 2, 1955, p.106(여기에 수록된 別例참조); Byles, *On Bills of Exchange* 1965, p.17.

(52) 前田 庸, 國際手形·國際手票條約草案, ジュリスト No.781 (1983.1), 105頁

항, 美統商 4-403), UNCITRAL의 實務作業班은 이 문제에 관하여도 英美의 制度를 채택하여 草案 제66조에서는 "發行人이 支給人에 대하여 支給指示를 철회한 때에는 支給人은 지급을 하지 않아야 할 의무를 진다"고 규정하고 있다. 이 점은 우리나라에 있어서 手票法 32조 1항은 强行法規라 하여 이에 反하는 特約은 효력이 없다는 것이 거의 通說이지만, 다른 特約도 가능하다는 입장(拙著, 어음手票法 591면 이하참조)에 의하거나 실제에 있어서 銀行이 去來處의 확보와 보호를 목적으로 提示期間內에 支給委託의 取消가 있는 경우에도 사실상 지급을 거절하는 것이 通例라는 점에서 이러한 草案의 규정은 實際의 慣行을 立法化한 것으로 볼 수 있다.