

船荷證券의 法律關係

- 有價證券法理를 中心으로 -

李 均 成*

-
- I. 序 說
 - II. 船荷證券과 權利的 發生·存續
 - III. 船荷證券의 所持와 運送債權의 歸屬
 - IV. 船荷證券의 記載와 運送關係의 內容
 - V. 權利的 處分과 船荷證券의 背書·交付
 - VI. 運送人에 對한 權利的 行使와 船荷證券의 效用
 - VII. 結 語
-

I. 序 說

船荷證券(B/L : bill of lading)은 해상운송인이 운송계약상의 운송물에 대하여 그 船積을 위한 受領(received for shipment) 또는 船積(shipment)을 증명하고, 그 正當한 소지인이 양륙항 또는 목적항(port of destination)에서 증권 기재의 운송물의 인도를 청구할 수 있는 권리, 즉 運送物引渡請求權 또는 널리 運送給付請求權내지 運送債權을 표창하는 증권을 말한다. 이는 信用狀(L/C : letter of credit)에 의한 國際貿易賣買, 특히 이른바 海上賣買의 경우 대금결제와 관련하여, 上業송장·적하보험증권과 함께 荷換어음의 담보로 제공되는 船積書類(shipment documents)의 기본이 되고 있다.

이러한 船荷證券에 관한 문제는 여러 각도에서 살펴볼 수 있으나, 法的인 관점에서는 海上運送關係, 즉 해상물건운송계약을 法律要件으로 하는 운송계약 당사자 내지 관계자 간의 債權債務내지 權利義務의 관계라는 無形의 法律關係가

* 韓國外國語大學校 法科大學 教授.

有形의 종이(증권)에 표시(표창)되어 있는 有價證券으로 파악할 수 있다.¹⁾ 무형의 사상 내용을 종이에 나타내어 유형화한 「文書」이며, 그 중의 法律的인 가치가 있는 생활관계 또는 법률관계에 관한 문서 곧 「證書」(증서는 그것에 기재된 법률관계의 내용 곧 문언에 중점을 둔 용어) 또는 「證券」(법률관계가 표시된 종이까지 포함하여 말하는 용어)의 일종이다.²⁾

有價證券은 경제적 가치가 있는 권리 곧 財産權 내지 財産의 法律關係가 종이에 구체화된 증권인데,³⁾ 이는 이른바 유가증권의 分類로서 여러가지 표준에 의하여 그 이론적인 구분이 인정되고 있다. 선하증권도 有價證券의 일종이기 때문에, 선하증권에 관한 법률적인 관점에서의 문제는 有價證券으로서의 그 性質 또는 種類, 機能, 效力 등을 논의의 대상으로 삼는 것이 온당할 것이다.

본래 유가증권이 무형의 재산권 또는 재산적 법률관계를 종이(증권)에 나타내어 유형화한 것인 만큼, 權利와 證券의 결합관계를 분석하여, 선하증권을 그것에 대입시켜 그 법률관계의 내용을 명백히 할 필요가 있다. 유가증권으로서

- 1) 선하증권은 일반적으로, 특히 貿易實務에서, 「權利證券」(document of title)으로 파악되고 있다. 권리증권은 英美法上의 개념으로, 대체로 證券의 占有가 증권상의 物品의 占有를 의미하고, 그 所持人에게 불품의 引渡請求權이 있고, 또한 處分權이 인정되는 증권이라고 할 수 있다[영국의 1889년 委託買賣法(Factors Act) 제1조 4항, 1990년 動産賣買法 제61조; 미국의 통일상법전(Uniform Commercial Code) 제1-201조 15항]. 이 권리증권의 대표적인 것은 指示式 또는 無記名式의 선하증권과 창고증권이다[Goode, R.M., *Proprietary Rights and Insolvency in Sales Transaction*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1989, pp. 61~63; 新堀 聰, 貿易賣買, 東京: 同文館, 1990, 199~203면 참조].
- 2) 文書 중의 證書 또는 證券은 대체로 그 법률적 기능에 따라 證據證券, 免責證券, 有價證券 등으로 구분될 수 있다. 다만, 모든 증권이 이 중의 어느 하나에만 해당하는 것이 아니라, 그 2 이상에 속하는 것이 있을 수 있다는 데 유의할 필요가 있다. 예컨대, 買賣契約書는 증거증권에 불과하지만, 物件保管證은 증거증권임과 동시에 면책증권인 것이 보통이며, 記名株券 등 아주 예외적인 몇몇을 제외한 대부분의 有價證券은 동시에 證據證券이고 또한 免責證券인 것이다.
- 3) 종래 일반적인 견해에 의하면, 무형의 재산권 내지 재산적 법률관계를 종이에 표시함으로써 유형화하여 그 讓渡 내지 處分の 편의 곧 流通性을 증진시키기 위한 제도로서, 특히 그 財産權의 移轉 또는 行使에 그것이 표시된 종이 곧 證券을 필요로 하는 것을 파악한다. 재산권, 특히 상거래에서 생기는 價權이 본래이 권리자에 의하여 행사되지 않고 讓渡내지 處分の 대상이 될 경우에는, 권리는 無形의 존재이기 때문에 관계인 간에 권리의 귀속 또는 내용에 관하여 분쟁이 생기기 쉽다. 이를 피하기 위하여 보통의 채권 곧 「指名價權」의 양도나 처분의 경우 민법상의 복잡하고 엄격한 절차, 즉 채무자에 대한 개별적인 통지 또는 채무자의 승인 곧 이른바 對抗要件(민법 제451조, 제452조, 제349조)을 거치게 되면, 去來의 簡易·迅速은 바랄 수 없다. 여기서 無形의 권리관계를 有形의 증권에 나타내어 그 기재의 내용이나 그 작성·이전·소지 등에 대해 일정한 법률적인 효과를 인정하면, 권리를 대상으로 하는 거래의 簡易·敏活을 기대할 수 있고, 아울러 그 거래에 관한 법률관계의 불명확을 제거할 수 있다. 이는 특히, 權利의 移轉이나 行使가 증권을 통하여 이루어지게 된다는 것을 뜻하는 것이다[拙著, 신체계 商法 [Ⅲ], 서울: 考試界社, 1996, 9~10면].

의 船荷證券과 그것에 표창된 權利 간의 결합관계는 대체로, ① 권리의 발생, ② 권리의 귀속, ③ 권리의 내용, ④ 권리의 처분, ⑤ 권리의 행사 등의 경우와 선하증권을 관련시켜 파악할 수 있다.

II. 船荷證券과 權利의 發生·存續

1. 船荷證券의 有因證券性

유가증권은, 그 증권상의 권리의 存立이 증권작성의 기초가 된 原因關係⁴⁾에 의하여 직접 영향을 받는가의 여부에 따라 「有因證券」과 「無因證券」으로 분류된다. 유인증권은 證券作成 이전에 이미 성립내지 존속하고 있는 기존의 권리를 증권에 표창시킨 데 불과한 유가증권을 가리키고, 「要因證券」이라고도 한다. 무인증권은 증권작성의 기초가 된 원인관계와 상관없이 추상적인 일정한 권리를 표창하는 유가증권으로, 「抽象證券」이라고도 한다.

어음과 수표는, 객관적인 가치 기준이고 또한 법률적으로 履行不能의 문제가 없는 가장 완전하고 간편한 지급수단인 金錢의 支給請求權 곧 「金錢債權」을 표창하고 있기 때문에, 그 유가증권으로서의 流通性과 재산적 가치를 시중 일관하여 보장할 필요에서 無因證券化하고 있다. 어음·手票를 제외한 그 밖의 유가증권은 법률적으로 모두 유인증권이며, 따라서 船荷證券도 유인증권 또는 요인증권인 것이다.

이와 같이 선하증권은 유인증권으로서, 선하증권상의 권리의 성립과 존속은 發行·授受의 원인관계인 운송계약이 成立과 效力에 좌우된다. 그 결과, ① 운송계약이 不成立·無效이면 선하증권은 無效이고, 따라서 선하증권상의 運送債權도 성립하지 않으며, ② 운송물이 不可抗力 또는 운송인의 免責事由(상법

4) 유가증권은 재산권의 流通을 원활히 하기 위한 수단적인 法律制度인데, 이러한 수단적인 유가증권을 처음 발행하거나 또는 이미 발행된 증권을 讓渡내지 處分하는 경우, 그 행위로 증권을 주고 받는 당사자 간에는 그 배후에 무엇인가의 法律關係가 있기 마련이다. 이러한 증권 수수의 당사자 간의 배후의 실질적인 법률관계를 「原因關係」라고 한다. 예컨대, A가 B에게 C 은행을 支給人으로 하는 手票를 발행하는 경우, 그것이 A는 B에 대하여 이미 부담하고 있던 매매계약상의 債務를 이행하기 위한 것이었다고 하면, 그 매매계약상의 債務의 履行이 수표발행의 원인관계가 되는 것이다.

제 788 조 2 항, 제 789 조)로 인하여 멸실되면 선하증권 소지인의 運送債權도 소멸하며, 또한 ③ 소지인의 운송채권은 1년의 提訴期間(상법 제 811 조)이 지나면 소멸하는 것이다.

2. 船荷證券의 非設權證券性

선하증권은 有價證券이기는 하지만, 위에서와 같이 선하증권상의 법률관계 또는 소지인의 運送給付請求權 내지 運送債權은, 선하증권의 발행 이전에 또는 그 발행과 관계없이 하주(송하인·용선자)와 운송인 간에 체결된 海上物件運送契約에 의하여 이미 발생한 운송관계 또는 荷主의 운송채권을 證券에 나타내는데 불과하다. 따라서 선하증권은 어음·수표의 경우와 같이 증권상의 권리가 증권의 작성에 의하여 비로소 성립·발생하는 이른바 「設權證券」에 대립하는 「非設權證券」이다.⁵⁾

이는 증권상의 권리 내지 법률관계의 存立이 증권작성의 기초가 된 「原因關係」, 즉 증권 수수의 당사자 간의 실질적 법률관계의 직접적인 영향을 받는 有因證券性의 한 표현이라고 할 수 있다.

3. 船荷證券의 運送契約 成立에 관한 證據證券性

유인증권인 선하증권은 이미 성립된 운송계약의 效果로서, 송하인(個品運送契約의 경우) 또는 용선자(備船契約의 경우)가 운송인이 운송물을 수령(「受領」선하증권의 경우) 또는 선적(「船積」선하증권의 경우)한 후에 그 發行·交付를 청구한 때에 발행된다(상법 제 813 조). 따라서 선하증권은 그 발행·교부의 기초인 海上物件運送契約의 成立 및 운송인에 의한 運送物의 受領 또는 船積에 관한 증거가 되는 것이다.⁶⁾

5) 본래 設權證券은 유가증권과 구별하여야 할 證券 또는 證書로서, 권리 또는 법률관계의 성립요건으로 작성되는 것을 말한다. 이는 遺言(민법 제 160 조), 회사 등의 법인의 定款(민법 제 40 조; 상법 제 178 조·제 269 조·제 289 조 1 항·제 543 조 1 항) 등의 경우와 같이, 단순히 法律行爲의 方式으로 書面이 요구됨으로써 작성될 뿐이며, 재산권을 표창하는 것이 아니다. 다만, 無因證券의 경우에는 증권에 표창된 권리가 원인관계상의 권리가 아니고 오직 증권의 작성으로 성립되므로, 무인증권인 어음·수표는 設權證券性이 인정된다고 할 것이다(拙著, 前掲 신체계商法[Ⅲ], 12 면, 18 면).

그 결과, 실제의 海上物件運送契約이 없이, 또는 운송계약은 성립되었으나 운송인이 하주로부터 運送物을 수령하지 않고, 발행한 선하증권은 이른바 「空券」으로서, 법률적으로 선하증권으로서 아무 가치도 없는 無效인 증권에 불과하다.⁷⁾

空券인 선하증권이 무효인 것은, 그 發行이라는 증권에 관한 일반 법률행위에 중점을 둘 경우 「非眞意의 意思表示」 내지 「心裡留保」(민법 제 107 조 단서) 또는 「(通情)虛偽表示」(민법 제 108 조 1 항)이기 때문이라고 할 수 있다. 다만, 이러한 규정 아래서는 善意의 제 3 자에 대한 관계에서는 船荷證券이나 그 發行行爲가 유효라고 하지 않을 수 없다(민법 제 107 조 1 항 본문 2 항, 제 108 조 2 항).

그리고 空權인 선하증권의 無效의 근거는 有價證券法理에 의한 선하증권의 「有因證券性」(요인증권성)에서 찾아야 할 것이다. 이 법리에 의하면, 선하증권은 原因關係에 의하여 그 存立이 영향을 받는 有因證券이기 때문에, 그것이 없는 선하증권 곧 空權인 선하증권은 無效가 되게 되는 것이다.

그러나 이 무효인 空券으로 인하여 善意의 제 3 자가 피해를 보게 된 경우에는, 그것을 발행한 운송인이나 그것에 관여한 하주(송하인·용선자) 등은 이른바 「外觀主義」⁸⁾의 법리에 의한 책임 또는 不法行爲責任을 면할 수 없다고 본다.

그리고 상법상 선하증권은 「受領船荷證券」(received B/L)의 원칙에 의하여, 운송인이 하주, 즉 송하인 또는 용선자로부터 해상운송계약의 목적물인 화물을 운송을 위하여 受領한(received for shipment) 후에 하주의 청구에 의하여 발행한다(상법 제 813 조). 따라서 운송인이 화물을 受領은 하였으나 아직 船積을

- 6) 영미법상으로, 선하증권의 3가지 기능, 즉 ① 운송계약의 증거(evidence of the contract), ② 운송물수령증(receipt for the goods) 및 권리증권(document of title) 중의 ①, ②의 기능이 이에 해당하며, ③의 기능은 「物品證券」으로서의 유가증권성을 의미한다.
- 7) 대법원의 판례는, 운송물의 受領 또는 船積을 하지 않았음에도 불구하고 船荷證券이 발행된 경우에는 그 선하증권은 原因과 要件을 구비하지 못하여 목적물의 흠결이 있는 것으로서 누구에게도 無效라고 판시하고 있다(대판 1982.9.14., 80다 1325).
- 8) 外觀主義란 진실에 반하는 표시 내지 외관이 존재하는 경우에 그 외관을 생기게 한 자는 외관의 표시대로 책임을 지지 않으면 안된다는 法理論으로, 이는 도이취법상의 「法外觀理論」 또는 「權利外觀說」(Rechtscheintheorie) 및 영미법상의 「禁反言理論」(doctrine of estoppel)을 그 이론적 기초로 한다. 외관주의는 集團·反復의인 企業去來를 신속·원활히 처리하기 위한 이론이다. 이를 부실한 船荷證券의 경우에 적용시키면, 예컨대 空券의 경우 진실로는 운송계약이나 운송물의 수령이나 선적이 없는 데도 그것이 있는 것과 같이 선하증권을 발행하고 선하증권에 수령·선적을 표시한 것에 대해 선주와 하주의 故意가 있는 경우, 즉 짜고 그렇게 한 사실이 있는 경우, 그 선하증권이 정당하게 發行·記載된 것이라고 믿은 소지인에 대해서는 선하증권 내지 그 기재대로 책임을 지거나 또는 그것에 같은하는 損害賠償責任을 져야 하는 것이 된다.

하지 않았음에도 불구하고 발행된 「船積船荷證券」(shipped B/L) 및 실제의 수령 또는 선적의 日字보다 앞선 일자를 기재한 이른바 실무의 「先 B/L」은 선하증권으로서 유효한 것이지만, 실제와 다른 記載는 효력이 없고 실제의 수령, 나아가 그 선적의 일자에 따라 船荷證券關係가 결정된다.⁹⁾ 이는 다음에 언급할 선하증권의 「非文言證券性」의 문제가 된다. 다만, 그 사실과 다른 기재를 신뢰한 善意의 제3자의 피해에 대하여는 운송인이나 그것에 관여한 하주(송하인·용선자)는 外觀主義에 의한 책임 또는 不法行爲責任을 면할 수 없다.

Ⅲ. 船荷證券의 所持와 運送債權의 歸屬

1. 船荷證券의 所持와 權利者로서의 資格

선하증권이 運送契約上の 권리를 표창하는 유가증권이고, 반면에 그 권리 곧 運送債權이 선하증권이라는 유형의 종이 곧 證券으로 구체화된 이상, 그 증권을 정당하게 취득하게 된 所持人만 권리어야 하고, 달리 증권상의 권리자가 있어서는 안되는 것은 당연하다. 이는 법률상 선하증권 소지인의 權利者로서의 推定力에 의하여 뒷받침되고 있다.

無記名式 또는 指名所持人式(選擇無記名式)의 선하증권의 소지인 뿐 아니라, 記名式과 指示式의 선하증권에 受荷人(consignee)으로 기재되어 있는 자가 그 선하증권을 소지하고 있는 경우는 물론이고, 指示式 선하증권 또는 背書禁止文句의 기재가 없는 單純記名式의 선하증권(상법 제 820 조 - 제 130 조)의 연속한 背書의 최후의 被背書人인 소지인은 正當한 선하증권상의 權利者로 推定된다(상법 제 513 조, 제 524 조, 제 525 조).¹⁰⁾

9) 대법원의 판례는, 운송인이 운송물의 전부를 인수하고 「受領」선하증권에 船積의 뜻을 기재하여 送荷人에 교부한 이상, 운송물의 일부를 선적하지 않았더라도 그 船荷證券의 운송물 전부에 대한 「受領船荷證券」으로서의 有效性을 부인할 수 없다고 하고 있다(대판 1989.12.22., 88다카 8668).

10) 그 결과, ① 선하증권 소지인의 權利行使가 용이하고(실질적으로 자기가 권리자임을 증명하지 않아도 되고, 또한 채무자인 운송인에 대한 개별적인 對抗要件<민법 제 450 조>을 갖추지 않아도 된다), ② 선하증권상의 권리자로서의 資格이 추정되는 소지인으로부터 선하증권을 취득한 자에게 「善意取得」이 인정되며(상법 제 65 조 - 민법 제 514 조, 제 524 조, 제 525 조), ③ 그러한 소지인에 대하여 운송물을 인도한 운송인에게는 소지인이 無權利者이더라도 그 사실에 대한 善意·無重過失이

그런데 이상과 같이 船荷證券의 所持人이 권리자로 推定된다는 것은 어디까지나 선하증권에 표창된 권리인 債權에 대한 권리자임을 의미한다는 점에 유의할 필요가 있다. 바꾸어 말하면, 운송물 그 자체에 대한 所有權 등을 의미하는 것이 아니라는 점이다. 선하증권은 소유권과 같은 物權을 표창하는 유가증권이 아니기 때문이다.¹¹⁾ 따라서 운송물을 善意取得하고 있는 자는 선하증권 없이도 운송물 그 자체에 대한 物權者(所有權者 또는 質權者)로서의 권리자인 것이다.

그리고 記名式의 선하증권 중에서도 單純記名式 선하증권이 아닌 背書禁止文句附의 기명식 선하증권의 경우에는, 背書의 連續이 있는 선하증권의 所持人 또는 단순한 소지인에게 權利者로서의 자격이 인정되는 指示式이나 單純記名式의 선하증권 또는 無記名式(선택무기명식 포함)의 선하증권의 경우와 달라, 선하증권에 受荷人으로서 기재된 소지인 또는 이러한 자료부터 민법상의 指名債權讓渡의 방법(민법 제 450 조)에 의하여 선하증권의 양도를 받은 자 또한 선하증권을 소지하고 있는 자만, 선하증권상의 권리자로 인정된다.

2. 船荷證券의 喪失과 除權判決

유가증권은 지폐·우표·수입인지와 같은 이른바 「金額權」의 경우와 달라, 증권상의 권리와 증권 그 자체(종이)를 분리시킬 수 있는 것이므로, 유가증권의 일종인 선하증권도 도난·분실·소실 등의 경우 公示催告의 절차에 의하여 증권을 무효로 하는 「除權判決」의 제도가 인정된다(상법 제 65 조 - 민법 제 521 조, 제 524 조, 제 525 조; 민사소송법 제 446 조 이하).¹²⁾

면 그 인도에 대한 免責력이 인정되는 것이다(상법 제 65 조 - 민법 제 518 조, 제 524 조, 제 525 조).

- 11) 유가증권은 그 표창하는 재산권의 종류에 따라, ① 물권을 표창하는 「物權證券」, ② 채권을 표창하는 「債權證券」, ③ 사원권을 표창하는 「社員權證券」 등으로 분류된다. 이 중에서, ②의 채권증권은 「金錢債權證券」(어음·수표, 社債券, 受益證券 등), 「物品證券」(화물상환증, 선하증권, 창고증권 등) 및 기타의 채권증권(상품권, 승차권 등)으로 재분류되고, ③의 사채권에는 株券 등이 있다. 그런데 우리 나라 법제 아래서는 物權이라는 재산권을 표창하는 유가증권, 즉 ①의 이른바 物權證券 또는 物權의 有價證券은 인정되지 않는다. 도이취의 경우에는 물권 중의 담보물권인 저당권을 표창하는 유가증권 곧 抵當證券이 인정되고 있다. 일본의 경우에는 「抵當證券」과 「質入證券」이라는, 명칭만으로는 마치 저당권과 질권이라는 물권을 표창하는 것과 같은 유가증권을 인정하고 있으나, 그것은 저당권과 질권 뿐 아니라 그러한 물권에 의하여 담보되는 被擔保債權까지 함께 표창하는 유가증권이다.
- 12) 공시최고의 신청이 있는 경우, 법원은 운송인에 대하여 운송물을 공탁하게 하거나 공시최고를 신청한 자가 상당한 擔保를 제공하면 운송물의 引渡를 받을 수 있도록 할 수 있다(상법 제 65 조 - 민법 제 522 조, 제 524 조, 제 525 조).

선하증권의 무효를 선언하는 除權判決이 있으면, 권리와 증권의 결합이 분리되어 선하증권이 무효가 되고(「消極的 效力」-민사소송법 제 467 조), 제권판결을 받은 자는 형식적 자격이 인정되어 증권없이 선하증권상의 권리를 행사할 수 있다(「積極的 效力」-민사소송법 제 468 조). 除權判決과 공시최고 기간 중의 선하증권의 善意取得 간의 관계에 관하여는, 제권판결 전에 선의취득을 한 자는 公示催告期日(민사소송법 제 450 조 2 항 4 호)까지 권리를 신고하지 않으면 제권판결에 의하여 당연히 권리를 잃게 되는가 않는가가 문제가 된다. 이 문제는 선하증권의 경우에 국한된 문제가 아니고, 널리 유가증권 일반에 관한 문제이다. 이에 관하여는 除權判決優先說과 善意取得優先說의 대립이 있다.¹³⁾ 현재의 공시최고는 그 사실을 주지시키는 방법으로는 완전하다고 할 수 없으므로 후설이 타당하다고 보아야 할 것이 아닌가 한다.

IV. 船荷證券의 記載와 運送關係의 內容

1. 船荷證券의 非文言證券性

유가증권은 일단 성립된 증권에 관하여, 그 증권상의 권리의 內容이 證券記載의 文言만에 의하여 결정되는가의 여부에 따라 「文言證券」과 「非文言證券」으로 분류된다. 文言證券은 증권상의 記載가 그 증권 성립의 原因關係의 內容이 다른 경우, 그것은 오직 당사자 간에서만 주장하고 다투어야 할 사정 곧 「人的抗辯」이 될 뿐이고, 증권상의 채무자는 선의의 증권취득자에 대하여 증권에 기재가 없거나 증권상의 기재와 다른 사항으로 대항할 수 없는 증권을 말하고, 「形式權的 有價證券」이라고도 한다. 非文言證券은 증권상의 권리의 內容

13) 대립되고 있는 두 학설 중에서, 除權判決優先說은 제권판결이 우선하여 제권판결을 얻은 자가 권리를 회복한다고 하는데, 그렇다고 하지 않으면 노력과 비용을 들여가면서 제권판결을 얻는 일이 무의미하게 되어 곤란하다고 한다. 이에 대하여, 善意取得優先說은, 만일 제권판결을 얻은 자가 우선적 지위를 가진다고 하면 公示催告申請 이전에 선하증권을 취득한 자는 그 취득 후에도 권리를 행사하여 운송물을 취득할 때까지 공시최고의 신청유무를 끊임없이 조사하여야 하는 불이익을 입게 된다는 것을 이유로, 제권판결에 의하여 권리를 잃지 않고, 제권판결의 효력으로서의 形式的 資格만 인정되지 않을 뿐이라고 한다. 株券의 喪失에 관련하여, 선의취득우선설을 취한 대법원 판결이 있다(대판 1965.11.30., 65다 1926).

이 증권성립 배후의 원인관계에 의하여 결정되는 유가증권으로서, 「實質權的有價證券」이라고도 한다.¹⁴⁾

앞에 말한 어음·수표와 같은 無因證券은 그 권리의 내용이 성질상 증권의 기재에 의하여 결정될 수밖에 없는 文言證券이다. 有因證券은 성질상 非文言證券인 것을 원칙으로 하지만, 그래서 증권작성의 당사자가 아닌 자로서 증권의 기재에 의해서만 증권상의 권리의 내용을 판단할 수밖에 없는 善意的證券 취득자 또는 소지인의 이익을 해치게 된다. 여기서 有因證券의 경우 非文言證券性에 대하여 소지인을 보호하기 위한 立法 또는 理論이 전개가 필요하다.

선하증권은 유인증권이고, 동시에 비문언증권으로서 證券上の權利 내지 法律關係가 선하증권의 발행 이전에 合意로 이미 형성되었고, 증권상의 기재로 나타나지 않는 원인관계인 실제의 海上物件運送契約關係의 내용에 의하여 결정된다. 선하증권 또는 증권 기재는 그 것에 관한 하나의 證據資料 또는 證據方法에 지나지 않는다.

따라서 운송계약의 當事者인 송하인이나 용선자로서는, 선하증권에 기재되지 아니한 것이라도, 선하증권의 발행에 앞서서 海上運送人인 선주가 운송계약의 내용으로 承諾한 조건이 있으면, 그것을 입증하여 선주에게 주장(대항)할 수 있는 것이다.¹⁵⁾

다만, 당사자 간에 선하증권의 기재와 다른 約定이 이루어지는 경우는 드물고, 대개 선하증권의 기재는 실제의 運送契約關係의 내용과 일치되며, 경우에 따라서는 선하증권의 기재는 당초의 운송계약의 내용이나 조건을 변경하는 것이 되는 수도 있을 것이다.

그런데 이와 같은 법률관계는, 어디까지나 운송계약의 당사자인 送荷人 또는 傭船者와 운송인내지 선주 사이의 관계에 대하여만 해당되며, 송하인 등으로부터 선하증권의 背書·讓渡를 받은 선하증권 소지인은 원칙적으로 선하증권의 기재 또는 조항에 의존하여 자기의 地位(운송계약상의 권리의무)를 주장할

14) 拙著, 前掲 新 체계 商法[III], 19면

15) 예컨대, 선주 측에서 본선이 목적항까지 直航한다고 구두로 약속한 경우에는, 비록 선하증권에 본선이 도중의 다른 항구에 기항할 자유가 있다는 취지의 조항이 인쇄되어 있다고 하더라도, 이를 하주 측에 주장할 수 없다(*Ardennes [Cargo Owners] v. Ardennes[Shipowners]* (1951) 1 Q.B. 55). 또한, 선주가 운송물을 船艙(hold) 내에 선적하기로 약속하고서도 甲板에 선적하여 운송물이 손해를 입은 경우, 선하증권에 선주의 운송방법에 관한 완전한 자유를 인정하는 조항이 있더라도, 선주는 運送契約의 위반에 대한 책임을 면하지 못하는 것이다(*J. Evans & Son (Portsmouth) Ltd. v. Andrea Merzario Ltd.* (1976) 1 W.L.R. 1078).

수밖에 없다. 따라서 만일 운송인이 선하증권관계 밖에서, 선하증권의 기재 또는 조항과 관계없이 송하인인 賣渡人과 한 特約을, 매도인이 후에 선하증권의 소지인이 된 買受人에게도 약속한 경우, 그것에 대한 운송인의 違反이 있으면, 매수인은 매도인에게 손해배상을 청구하여 배상을 받고, 그 다음에 매도인은 매수인에게 배상한 것에 대하여 운송인을 상대로 구상을 청구하게 되는 것이다. 이는 선하증권의 「債權的 效力」(obligatorische Wirkung)의 문제이다.

2. 賣渡人과 買受人 사이의 關係

선하증권은 貿易賣買契約의 당사자 간에는, 그 일방 당사자인 물품의 賣渡人이 계약에 따른 물품의 引渡義務를 이행하였다는 것을 증명하는 증거가 된다.

1990년 INCOTERMS에 의하면, CIF 조건의 매매의 賣渡人은 매매계약에 합치되는 물품을 買受人에게 제공할 의무가 있으며(A 1), 이를 위한 海上運送契約을 체결하고, 물품을 本船에 인도하여야 한다. 즉, 매도인은 계약상의 물품을 운송하는 데 보통 이용되는 종류의 航海船으로 보통의 항로에 따라 目的港까지 물품을 운송하기 위하여, 자기의 비용으로 통상의 조건의 運送契約을 체결하여야 하며(A 3a), 이를 전제로 하여 정하여진 기일 또는 기간 곧 船積期間 내에 선적항에서 물품을 본선에 인도하여야 하는 것이다. 따라서 선하증권은 이러한 매도인의 物品引渡義務의 이행에 관한 證據가 되는 것이다.¹⁶⁾

또한 FOB 조건의 매매계약의 경우에는, 원칙적으로 매도인에게는 船積期間 내에 또한 약정한 선적항에서 매수인이 지정한 선박에 당해 항구에서의 慣習的인 방법으로 물품을 인도할 의무가 있고, 아울러 이에 의한 물품의 인도를 증명하는 통상의 書類를 자기의 비용으로 매수인에게 제공하여야 한다. 이 서류는 반드시 선하증권일 필요는 없지만, 선하증권이 매수인에게 제공된 경우에는, 그것은, 물론, 매도인이 스스로 본선을 수배하고 물품을 선적하여, 선주로부터 선하증권을 취득하여 매수인에게 제공하여야 할 의무가 있는 追加義務附 FOB 조건의 매매에서는, 선하증권이 매도인의 이러한 義務履行의 증거가 됨은 물론이다.¹⁷⁾

16) 新堀 聰, 前掲書, 101면 이하 참조.

17) 新堀 聰, 前掲書, 125면 이하 참조.

나아가, 信用狀(L/C) 거래의 경우, 선하증권은 荷換어음의 담보로서의 요건의 충족 여부와 관련하여, 선하증권의 기재의 내용과 형식은 그 증거가 되는 것이다.

3. 船荷證券의 記載와 善意의 船荷證券所持人 保護

해상운송계약의 당사자로서 당초의 선하증권 교부의 상대방이 아닌 善意의 선하증권 所持人으로서, 자기의 지위 또는 선하증권에 표창된 운송계약상의 권리의무의 내용에 관하여 선하증권상의 기재 밖에 신뢰할 수 없을 것이다. 이러한 일반적인 기대에 좇아, 그 證券面의 표시대로의 가치를 보장하고 선하증권 소지인의 지위를 보호하기 위해서는, 그 전제로서 선하증권에 記載할 事項을 정비하고, 그 記載에 관한 법률적 효력을 강화할 필요가 있다.

특히, 선하증권 소지인인 買受人(buyer)의 처지에서는, 당초 賣渡人(seller)과의 사이에 이루어진 상품의 賣買契約(contract of sale)과 信用狀(L/C)의 내용인 物品의 명세 기타 同一性を 확인할 수 있는 사항을 선하증권에 정확하게 기재하게 하고, 또 그 기재에 강력한 效力을 인정하여 해상운송인이 기재사항이 사실과 다르다는 것을 주장함으로써 선하증권의 眞實性 내지 正確性을 부인하는 일이 없도록 하는 것이 무엇보다도 중요할 것이다.¹⁸⁾

(1) 船荷證券의 要式證券性

상법은 선하증권에 기재하여야 할 사항을 규정하고, 발행자인 運送人 또는 그 代理人이 기명날인 또는 서명하도록 하고 있다(제 814조 1항, 2항). 따라서 선하증권은 要式證券이고, 상법에서 선하증권에 기재하도록 규정하고 있는 사항은 「法定記載事項」 또는 「必要的 記載事項」이라고 한다. 이는, 선박과 운송물의 명세·외관상태, 용선자·송하인·수하인의 명칭, 선적항과 양륙항, 운임, 발행지와 그 발행 연월일, 선하증권의 통수 등이다.¹⁹⁾

18) 拙稿, “改正 海上運送法の 概要 및 問題點”, 『貿易商務의 諸問題[屯南 梁暎煥博士 華甲記念]』, 서울 : 三英社, 1994, 225~226면.

19) 선하증권은 要式證券이기는 하지만, 어음·수표와 같은 엄격한 요식증권은 아니기 때문에, 法定事項 가운데 약간의 기재를 빠뜨린 경우에도 선하증권의 본질상 필요한 기재를 갖추는 한, 선하증권으로서의 효력이 있다. 선하증권의 要式性이 요구되는 것은, 증권을 취득하는 제3자에 대하여 증권의 記載만으로 運送物의 受領의 確認 및 그 引渡의 약속과 같은 필요·최소한의 사항을 알리기 위한 것이기 때문

선하증권의 法定記載事項 또는 必要的 記載事項(상법 제 814 조) 이외에도, 당사자 간의 특약으로 여러 가지 사항을 자유로이 기재할 수 있다. 이는 「任意的 載事」으로, 기재하면 원칙적으로 그 記載대로의 효력이 인정된다.

必要的 기재사항은 대체로 선하증권을 발행할 때마다 미리 증권의 表面에 공백으로 남겨둔 난에 기입하여야 할 可變的인 事項이다. 任意的 記載事項은, 특히 중요한 사항을 제외하고 증권의 裏面에 법조문과 같이 부동문자로 인쇄된 계약조항 곧 船荷證券約款(B/L clauses) 또는 선하증권의 裏面約款의 형식을 취함으로써, 個品運送契約이 附合契約(contract of adhesion)이 되게 하는 기초를 이루는 것이 보통이다. 이 선하증권약관 중에는, 특히 운송인 측에 유리한 免責約款이 중요한데, 이 면책약관은 해상운송인의 損害賠償責任과 관련하여 國際條約이나 각국 海上運送法에 의한 규제대상이 되고 있다(상법 제 790 조).²⁰⁾

(2) 船荷證券 記載의 效力

1993년 개정 전의 상법 아래서는 육상물건운송관계에 관한 貨物相換證의 「債權的 效力」으로서의 文言證券性에 관한 규정(상법 제 131 조)이 준용됨으로써, 선하증권은 文言證券으로서 「絶對的 證據力」(absolute or conclusive evidence)이 인정되고 있었다(개정 전 상법 제 820 조).²¹⁾ 1993년 개정상법에서는 그 준용을 제외하고, 오직 運送物에 관한 기재에 대하여만 善意의 제 3자에게 대항할 수 없는 「推定證據力」(prima facie evidence)을 인정하고 있으며, 그 밖의 운송관계의 기재에 대하여는 事實上的 推定力이 인정될 수 있는 데 그친다.

다만, 선하증권의 有因證券性·非文言證券性에 의한 운송관계를 처리할 경우 선하증권 기재만을 신뢰한 소지인의 불이익에 대하여, 일반 不法行爲責任에 관한 법규(민법 제 750 조 등)의 적용 외에, 「外觀主義」 등의 원용으로 善意의 선하증권 소지인의 보호를 도모할 여지가 있다.

에, 운송물의 同一性을 인식할 수 있는 정도의 기재·揚陸港의 기재 및 運送人의 기명날인 또는 서명은, 선하증권의 본질적 기재사항으로서 필요·불가결하지만, 예컨대 수하인·송하인·운임·그 작성지·작성 연월일 등의 기재는 불가결한 것이 아니고, 이러한 것을 흠결하여도 船荷證券의 效力에는 영향을 미치지 아니한다.

20) 해상물건운송인의 責任, 특히 國際條約과 그것에 따른 우리 나라 商法의 규정과 그 개정 추이에 관하여는, 拙稿, “改正 海上運送法의 概要 및 問題點”, 201면 이하 참조.

21) 개정 전의 상법상의 船荷證券 記載의 證據力에 관하여는, 拙著, 國際海上運送法研究[重版], 서울: 三英社, 1982, 158면 이하 참조.

선하증권의 기능을, 선주에 의한 운송물 그 자체의 수령 또는 선적의 면에서 파악하면, 선하증권은 운송물의 「受領證」(receipt)으로서, 선적항에서 어떤 물품이 얼마만큼 어떤 상태로 수령 또는 선적되었다는 것을 표시하고 이를 증명하는 것이다.²²⁾ 이 운송물의 기재에 대하여 상법은 운송물의 受領 또는 船積에 관한 「推定證據力」(prima facie evidence)을 인정하되, 선하증권의 善意의 취득자에 대한 관계에서는 反證으로 대항하지 못한다고 하고 있다(제 814 조의 2).²³⁾

운송물의 外觀狀態의 기재와 관련하여, 실무의 선하증권에는 운송인이 운송물을 「外觀上 良好한 狀態로」(in apparent good order and condition) 인수하였다는 뜻의 문구가 미리 인쇄되어 있다. 실제의 운송물의 외관 또는 포장상태가 불량하면 선하증권에 그러한 뜻의 留保附記載를 하여야 하는데, 이러한 기재가 있는 선하증권이 「留保附[故障]船荷證券」(claused, foul or dirty B/L)이며, 그러한 기재가 없는 것은 「無留保[無故障]船荷證券」(clean B/L)이다.

그런데 信用狀에 의한 국제매매거래에서는 留保附船荷證券으로써는 逆換의 경우 荷換어음의 할인이 원칙적으로 불가능하므로, 운송인은 송하인의 요청에 의하여 운송물의 외관상태에 이상이 있더라도 이를 선하증권에 표시하지 않고 無留保船荷證券을 발행하고, 그 代償으로 송하인으로부터 補償狀(L/I) 또는 保證狀(L/G)를 제출받는 관행이 있다. 이것에 의하여 운송인이 선하증권상의 의무를 면할 수 없다고 하더라도, 保證狀 자체의 효력, 즉 운송인이 證券所持人에게 不實記載로 인한 손해를 배상해 준 후에 송하인으로부터 그것에 대한 보상을 받을 수 있는가에 관하여, 無留保船荷證券의 발행이 詐欺的으로 이루어진 경우를 제외하고는 이를 긍정하는 견해와 보증장을 일체 무효로 보고 그 보상을 부정하는 견해의 다툼이 있다.²⁴⁾

22) Gaskell, Debattista & Swatton, *Chorley & Giles' Shipping Law*, 8th ed. London: Pitman, 1988, p. 239.

23) 운송물의 동일성에 관련된 明細에 관한 사항의 경우, 그 성질상 운송위탁자인 용선자나 송하인의 협력, 곧 通知에 의하여만 그것에 관한 기재와 선하증권의 발행·교부가 신속·원활하게 이루어질 수 있으므로, 상법에서는 그 기재는 하주 측의 통지에 의하여 하도록 하고 있으며(상법 제 814 조 1 항 2 호, 2 항), 그 결과, 용선자나 송하인이 통지한 기재사항, 특히 運送物의 明細에 관하여, 이들이 그 정확함을 運送人에게 담보한 것으로 본다(상법 제 814 조 3 항).

24) 1978년 함부르크規則(UN 해상물건운송조약)은 保證狀에 의한 無留保船荷證券 발행의 문제를 명문으로 해결하고 있다. 즉, 保證狀은 운송인과 선하증권소지인 기타 제 3자와의 관계에서 無效이다(동 조약 제 17 조 2 항). 그러나 운송인과 송하인 사이에서는 보상장은 有效하며, 다만 운송인이 제 3자를 欺罔할(befraud) 목적으로 無留保船荷證券을 발행한 때에는 운송인은 송하인에 대하여 보증장에 의한 보상의 청구를 할 수 없다(동조 제 3 항). 그리고 無留保船荷證券의 發行, 다시 말하면 운

선하증권 중에서도, 備船契約書(C/P)와 합체된 선하증권 및 배서금지문구가 기재된 記名式 船荷證券의 양수인인 船荷證券 所持人은 이상의 보호를 받지 못한다(상법 제 130조 단서, 제 65조 - 민법 제 515조, 상법 제 790조 3항).

V. 權利的 處分과 船荷證券의 背書·交付

1. 船荷證券의 處分の 두 경우

이상에서는 선하증권은 그 증권상의 권리 곧 運送給付請求權 또는 運送債權의 성립 내지 존속도 그 귀속도 또한 그 내용도 증권과는 직접적인 관련이 없다. 이는 선하증권이 유가증권이기는 하지만, 有因證券이고 非設定證券이고 또한 非文言證券이라는 것을 의미한다.

그러나 선하증권은 유가증권으로서 증권상의 권리의 移轉 또는 讓渡 내지 處分과는 결부되어 있다. 즉, 선하증권상의 권리의 처분에는 증권의 交付가 필요한 것이다. 이러한 증권과 증권이 표창하는 권리 사이의 관계는 有價證券法理의 내용이기도 하다. 따라서 증권상의 권리의 처분에 증권이 필요하는 것은, 증권상의 권리의 행사에 대한 증권이 필요한 것과 함께, 유가증권의 개념 요소라는 것을 가리킨다.²⁵⁾

그런데 선하증권은 이른바 「物品證券」 또는 영미법상의 「權利證券」 또는 「權源證券」(document of title)으로서, 선하증권에 표창된 권리는 구체적이고 개성적인 운송물이라는 特定物의 引渡請求權이 중핵이 되어 있다. 이는 비개성적인 金錢債權이나 社員權과 같은 추상적인 權利를 표창하는 다른 종류의 유가증권의 경우와는 근본적으로 다른 것이다. 물품증권 이외의 유가증권의 경우, 그 교부 등은 오직 증권이 표창하는 권리와 관련이 문제가 될 뿐이다.

송물의 하자에 관한 船荷證券記載의 欠缺에 대하여 운송인에게 제 3자를 기망할 의도가 있었던 경우에는, 운송인은 제 3자에 대한 損害賠償關係에서 조약상의 責任制限의 이익(운송물의 滅失의 경우 운송물 1짐씩·단위에 대한 835 SDR과 1킬로그램에 대한 2.5 SDR의 합계액 중 많은 금액, 引渡遲延損害의 경우 당해 해상운송계약상의 운임을 한도로 하는 遲延貨物運賃의 2.5배 - 제 6조 내지 제 8조, 제 26조, 제 33조)을 주장할 수 없다(제 17조 4항)[拙稿, “海商法中的 船荷證券條項에 대한 改正意見”, 『韓國海法會誌』, 第8卷 1號, 1986. 8, 53면].

25) 拙著, 前掲 新 체계 商法[III], 10~11면.

그러나 선하증권과 같은 物品證券의 경우에는, 선하증권의 교부 또는 처분은 선하증권에 표창된 권리 곧 운송급부청구권 또는 運送債權의 처분의 문제에만 그치는 것이 아니라, 운송급부청구권 또는 운송채권에 관한 급부의 客體 또는 목적물인 運送物 자체의 處分과 결부될 여지가 있다. 따라서 널리 선하증권의 처분 문제는 선하증권에 표창된 권리 곧 運送債權 및 運送物 자체에 관한 법률관계의 두 경우로 나누어 파악하여야 한다.

2. 有價證券으로서의 船荷證券上의 權利의 處分

선하증권이 표창하는 운송채권은 운송의 목적물에 대한 引渡請求權을 포함한다. 이 운송물 인도청구권도 널리 債權이다. 따라서 선하증권을 양도하거나 담보로 잡히는 등의 處分은 바로 운송물 인도청구권이라는 채권의 처분이다. 즉, 선하증권의 양도는 債權의 讓渡이며, 선하증권을 質權의 목적으로 하면, 목적물 인도청구권에 대한 질권으로 債權質權 내지 權利質權이 되는 것이다.²⁶⁾

선하증권상의 채권으로서의 운송물 인도청구권은 민법상의 指示債權 또는 無記名債權 곧 이른바 「證券의 債權」이며, 그 讓渡와 入質은, 보통의 채권 곧 이른바 「指名債權」의 경우와 달라, 증권에 의하여 간이·신속하게 이루어지게 되어 있다. 민법상 指名債權의 양도는, 양도 당사자(양도인과 양수인) 간의 合意로써 할 수 있지만, 채무자에 대한 通知 또는 채무자에 의한 양도 사실을 알았다는 通知(이를 민법에서는 채무자의 「承諾」이라고 표현하고 있다)가 있어야만 채무자 기타의 제3자에 대하여 이를 주장(대항)할 수 있다. 특히, 二重讓渡 등의 경우 그 양도의 사실 또는 전후를 둘러싼 분쟁을 피하기 위하여는, 양도 당사자의 채무자에 의한 통지 또는 양도 당사자에 대한 채무자의 이른바 승낙은 통모에 의하여 양도하였다고 하는 날자를 소급시켜 속이는 일이 없도록 確定日字 있는 證書로 하여야 한다(민법 제 450 조 2 항).²⁷⁾

26) 채권질권 내지 권리질권에 관하여, 민법은 「動産質權」에 관한 규정(제 329 조 내지 제 344 조)과 대립시켜 별도의 규정을 두고 있다(제 345 조 내지 제 355 조).

27) 이 確定日字 있는 證書로 하여야 한다고 하는 것은, 讓渡의 通知 또는 承諾이 된 날짜가 公的으로 증명될 수 있는 증서, 즉 內容證明 우편을 배달증명부로 우송하든가, 公證人에 의하여 작성된 公證證書에 의하든가 하여야 하는 것을 뜻한다. 그리고 指名債權의 入質도 당사자 간의 질권설정의 합의로써 이루어질 수 있는데(채권증서가 있으면, 이를 질권자에게 교부하여야 한다-민법 제 347 조), 채무자 기타의 제3자에 대한 관계에서는 債權讓渡의 경우와 마찬가지로의 對抗要件을 구비하도록 하여야 한다(민법 제 346 조·제 349 조).

이와 같이 권리가 증권에 결합되어 있지 않은 權利의 移轉내지 處分에는 매우 번잡한 절차가 요구되지만, 선하증권과 같이 증권에 표창된 권리의 讓渡와 入質(질권설정)은 간단한 절차로 이루어질 수 있는 것이다. 즉, 선하증권에 표창된 운송물 인도청구권의 양도는, 양도의 당사자 간의 관계에서의 양도의 효력은 물론, 제 3자에 대한 관계(對抗要件)에서도, 指示式 선하증권의 경우 背書에 의한 교부, 그리고 無記名式 선하증권의 경우 단순한 交付로써 이루어질 수 있다(민법 제 508 조 이하, 제 523 조). 또한 운송물 인도청구권은, 마찬가지로 선하증권의 배서·교부(지시식 선하증권의 경우)와 단순한 교부(무기명식 선하증권의 경우)에 의하여, 그것에 대한 質權을 설정할 수 있다(민법 제 350 조, 제 351 조).

그리고 선하증권에 의한 운송물 인도청구권의 양도 기타의 처분에는 善意取得이 인정된다. 즉, 선하증권의 양도인이 선하증권의 璽字이거나 또는 절취자나 습득자와 같은 無權利者이다더라도, 그것을 알지 못하고(즉, 「善意」로), 또한 그것을 알지 못하는 데 대하여 重大한 過失이 없는 한, 배서의 連續이 있는 指示式 선하증권의 배서·교부를 받거나 또는 無記名式 선하증권의 교부를 받은 자는 선하증권상의 운송물 인도청구권을 취득한다. 이를 선하증권 내지 선하증권이 표창하는 運送物引渡請求權의 「善意取得」이라고 한다(상법 제 6 조 - 민법 제 514 조, 제 524 조). 또 무권리자로부터 質權設定의 합의와 함께, 평온·공연하게 배서의 연속이 있는 指示式 선하증권의 배서·교부를 받은 자 또는 無記名式 선하증권의 교부를 받은 자는, 이를 질권의 목적으로 배서 또는 교부한 소지인이 無權利者라는 사실을 알지 못하고 또는 그것을 알지 못한 데 대하여 過失이 없으면, 운송물 인도청구권에 대한 質權을 善意取得하게 된다(민법 제 355 조 - 제 343 조 - 제 249 조).²⁸⁾

28) 선하증권의 背書·交付에 의한 運送債權의 處分은 민법상의 指名債權의 讓渡·處分の 방법의 경우보다 그 효력이 강화되고, 특히 그 취득자인 선하증권 소지인의 지위가 강력하다.

먼저, 선하증권의 배서·교부에 의한 權利移轉과 質權設定의 效力과 관련하여, 그 이전의 선하증권관계자 간의 人的抗辯이 선하증권의 취득자에게는 제한되고(상법 제 65 조 - 민법 제 515 조, 제 524 조, 제 525 조, 제 349 조 2 항), 또 앞의 본문에서 언급한 바와 같이 運送物 내지 그 受領·船積에 관한 선하증권 기재의 文言的 效力이 인정되는 것이다(상법 제 814 조의 2).

그리고, 배서·교부에 의한 선하증권의 取得者 내지 所持人에게는 정당한 권리자로 추정되는 「資格授與의 效力」이 인정됨으로써, 본문에서 말한 運送債權에 관한 권리 또는 質權의 선취득 외에, 소지인의 권리행사가 용이하고, 또 운송인 측에게도 그 免責要件의 완화로, 선하증권의 소지인이 정당한 권리자가 아니더라도 그 사실에 대해 善意이고 重大한 過失이 없으면 배서의 연속이 있는 선하증권의 소지인(指示式 선하증권의 경우) 또는 단순한 소지인(無記名式 선하증권의 경우)에게 운송물을 인도하여도 그 책임을 면할 수 있는 것이다(상법 제 65 조 - 민법 제 518

위에서 말한 指示式 또는 無記名式의 선하증권에 대하여, 배서를 금지하는 뜻(背書禁止文句)을 기재한 記名式 선하증권은 유통성이 없고, 따라서 증권 그 자체만에 의하여(즉, 배서·교부 또는 교부에 의하여) 양도 기타의 처분을 할 수 없으며, 일반의 指名債權의 處分에 관한 요건 내지 절차, 즉 당사자 간의 合意 및 채무자인 해상운송인에 대한 通知·承諾에 의하여 선하증권상의 운송물 인도청구권의 양도 또는 질권설정을 할 수 있다. 이 경우에 선하증권을 교부하더라도, 그것은 운송물 인도청구권의 讓渡·入質에 대한 하나의 증거로서의 역할 밖에 하지 못한다.

3. 船荷證券에 의한 物品의 處分

이상과 같이, 선하증권은 운송물 인도청구권이란 債權, 말하자면 널리 運送債權을 표창하는 유가증권으로서, 선하증권의 背書·交付(指示式 선하증권의 경우) 또는 단순한 交付(無記名式 선하증권의 경우)에 의하여 이 운송채권을 양도 기타의 처분을 할 수 있다. 그러나 다른 한편, 선하증권은 이러한 운송채권의 목적물인 運送物 또한 매매계약의 목적물인 物品이 매매 당사자의 지배에서 떠나 운송인의 지배 아래의 운송 중에 있는 경우, 이를 간이·신속하게 처분할 수 있도록 있도록 하는 기능이 있다.²⁹⁾

다시 말하면, 선하증권은 그 배서·교부 또는 단순한 교부에 의하여, 운송채권이 아니라 物品 그 자체를 처분할 수 있는 것이어야 하고, 또한 선하증권의 所持가 운송물 또는 물품의 소지로 인정될 수 있어야 할 것이다. 그런데 현행 민법상 매매의 목적물과 같은 動産에 관한 소유권 기타의 物權의 讓渡는 그 동산을 引渡하여야 효력이 생기며(민법 제 188 조 1 항), 또한 동산에 대한 質權의 설정은 質權者에게 그것을 인도함으로써 효력이 생긴다(민법 제 330 조). 그리고 이 인도는 現實的 引渡 뿐 아니라, 「口頭上의 引渡」(또는 觀念上의 引渡) 곧 이른바 상징적 인도(symbolic delivery)의 방법에 의한 인도도 인정된다(민법 제 188 조 2 항, 제 189 조, 제 190 조). 특히 제 3자가 점유하고 있는 동산에 관한 물권의 양도 기타의 처분을 할 경우에는, 양도인 또는 소유자가 그 제 3자에 대한 반

조, 제 470 조).

29) 拙著, 前掲 國際海上運送法研究 155 면.

환청구권을 양수인 등에게 양도함으로써 동산을 인도한 것이 된다(민법 제 190 조). 이는 「目的物返還請求權의 讓渡」에 의한 상징적 인도이다.³⁰⁾

한편, 상법에 의하면, 해상운송계약 또는 운송물에 관하여 선하증권이 발행된 경우에는, 선하증권은 이른바 「引渡證券」으로서, 선하증권의 인도가 운송물 자체의 인도와 동일한 효력이 인정되며, 따라서 引渡를 요하는 動産인 運送物의 處分은 船荷證券으로서 하도록 되어 있다.

먼저, 선하증권에 의하여 운송물을 수령할 수 있는 자, 즉 선하증권의 기재 상 운송물의 返還請求權者로서의 자격이 있는 자에게 선하증권을 교부 곧 인도한 때에는, 이 선하증권의 引渡는 운송물 위에 행사할 권리의 취득에 관하여 運送物 자체의 引渡와 동일한 효력이 인정되는 것이다(상법 제 820 조-제 133 조), 이러한 선하증권의 효력은, 운송물에 관한 所有者의 移轉 또는 質權 기타의 담보권의 設定에 관한 선하증권 授受의 당사자 간의 物權關係를 정하는 효력이기 때문에, 선하증권의 「物權的 效力」(dingliche Wirkung)이라고 한다. 이는 선하증권을 所持하고 있다는 것을 물품 그 자체를 占有하고 있는 것과 같고, 선하증권의 引渡는 바로 물품 자체의 物理的 引渡와 동일한 효과가 있다는 것을 의미한다. 이러한 의미에서, 선하증권은 물품의 「象徴」(symbol)이라고 할 수 있는 것이다.³¹⁾

선하증권의 物權的 效力이 인정되는 것은, 운송 중에 송하인 등이 운송물의 讓渡, 入質 등의 물권적 처분을 할 경우의 편의를 위한 것이다. 예컨대, 선하증권을 운송물의 양도의 목적으로 인도를 받는 자는 운송물 자체의 引渡를 받은 경우와 마찬가지로, 운송물의 所有權을 취득하고(민법 제 188 조 제 1 항), 質權設定의 합의와 함께 증권의 인도를 받은 자는 운송물 위에 動産質權을 취득하는 것이 된다(민법 제 330 조).³²⁾

30) 관념상의 인도에는 「簡易引渡」, 「占有改定」 및 「目的物返還請求權의 讓渡」가 있다. 간이인도는 빌려쓰고 있는 물건을 사서 所有權을 취득하는 경우와 같이 양수인이 이미 점유하고 있는 동산에 관하여는 당사자의 意思表示만으로 인도가 있는 것으로 하는 것을 말하고(민법 제 188 조 2 항), 점유개정은 물건을 판 사람이 판 후에도 당분간 산 사람으로부터 물건을 빌려쓰는 경우와 같이 당사자의 契約으로 양도인이 動産의 占有를 계속하는 때에는 양수인이 인도를 받는 것으로 보는 것을 말한다(민법 제 189 조). 目的物返還請求權의 讓渡는 다른 사람에게 맡겨두고 있는 물건을 팔되, 그것을 산 사람도 그 물건을 계속하여 맡겨두려고 하는 경우와 같이 제 3자가 점유하고 있는 동산을 양도하는 경우에는 양도인이 그 제 3자에 대한 반환청구권을 양수인에게 양도함으로써 인도한 것으로 보는 것이다(민법 제 190 조).

31) 新堀 聰, 前掲 貿易賣買, 214 면.

32) 이러한 物權的 效力의 이론구성에 관하여는 다툼이 있을 수 있지만, 증권의 점유

선하증권의 物權的 效力과 관련하여, 선하증권이 발행된 때에는, 운송된 때에는, 운송물에 관한 處分은 선하증권으로써 하지 않으면 이를 할 수 없다(상법 제 820 조 - 제 132 조). 따라서 선하증권은 이른바 「處分證券」인 것이다. 이는 증권의 인도에 의한 처분과 운송물 자체의 처분 사이의 충돌을 피하기 위한 것이라고 할 수 있다.

그러나 선하증권과 같은 처분증권이 발행된 경우, 그것은 物件의 處分權을 제한하고 있을 뿐이고, 예컨대 선하증권으로 운송물을 양도한 자가 다시 다른 자에게 직접 그 운송물을 양도한 경우, 직접 운송물의 인도를 받은 자가 선하증권이 발행되어 있다는 것에 대해 善意·無過失인 한, 선하증권의 인도를 받은 자보다 우선하여 권리자가 된다고 해석한다. 즉, 운송물의 現實的 引渡에 의한 運送物 자체의 선의취득(민법 제 249 조, 제 343 조)과 선하증권에 의한 운송물 인도청구권의 선의취득(상법 제 65 조 - 민법 제 514 조, 제 524 조)이 결합하는 경우에는, 전자가 우선하는 것이다.³³⁾

우리 나라의 현행민법상 契約 기타의 법률행위(이를 「物權行爲」 또는 「物權的 合意」라고 한다)에 의하여 동산에 관한 所有權의 이전 또는 質權의 설정은 목적물인 동산의 인도(現實的 引渡 외에, 象徴的 引渡 곧 관념상의 인도 포함)가 있어야 그 효력이 있다(민법 제 188 조 1 항, 제 330 조). 따라서 운송 중인 물품에 관하여는, 선하증권이 발행된 경우에는 별도로 그 자체에 관한 原始取得인 「善意取得」(민법 제 249 조, 제 343 조)의 경우를 제외하고, 물품에 대한 상정적 인도로서의 선하증권의 引渡, 즉 배서·교부(指示式 선하증권의 경우) 또는 단순한 교부(無記名式 선하증권의 경우)가 있어야만, 所有權의 移轉이나 質權의 設定이 된다.³⁴⁾

는 운송물의 間接占有(민법 제 194 조)를 대표하여, 證券의 引渡는 당연히 운송물의 간접점유를 이전하는 것이고, 이 간접점유의 移轉의 效力이 생기기 위하여는, 운송인이 運送物에 대한 直接占有을 하고 있을 것을 전제로 한다고 본다.

- 33) 이는 물권과 채권 사이의 관계에서의 物權의 이른바 「優先的 效力」의 한 표현이다. 동일한 목적물 위에 債權과 物權이 병존하는 때에는 物權이 優先한다. 예컨대, A가 B의 건물을 賃貸하고 있었는데, 그것을 C에게 매각하여 C가 소유권을 취득한 경우, C는 B에 대하여 건물의 明渡(일반적으로 부동산의 점유이전 곧 인도를 「명도」라고 하고, 증권의 인도를 「交付」라고도 한다)를 청구할 수 있다. 다만, C가 소유권을 취득하기 전에 B의 賃借權에 대한 登記가 되어 있었으면, 이른바 「賃借權의 物權化」에 의하여 임차기간 내에는 B에 대하여 건물의 명도를 청구할 수 없다(민법 제 621 조).
- 34) 이와 같이, 동산에 관한 소유권 기타의 物權의 讓渡 내지 處分에 당사자 간의 意思表示 또는 物權的 合意 외에 目的物의 引渡가 있어야 하는 법제를 「形式主義」라고 하며, 이는 德意志法系의 제국에서 인정되고 있는 입법주의이다(따라서 「形式主義」를 「德意志法主義」라고 부르는 학자도 있다). 이에 대하여, 프랑스法系(일본도 포함)와 英美法系의 諸國에서는, 동산에 관한 물

4. 船荷證券의 處分方法

선하증권은 증권상의 권리자인 受荷人의 표시방법에 따라, ① 記名式 선하증권(straight B/L), ② 指示式 선하증권(order B/L), ③ 無記名式 또는 所持人式 선하증권(bearer B/L)으로 분류되는데, 이는 그 양도 또는 처분의 방법에 관한 차이가 있다. 즉, ①의 경우 背書禁止文句의 기재가 있으면 민법상의 指名債權 양도의 경우와 같은 방법에 의한 讓渡·處分만 가능하고, 그러한 기재가 없으면 「法律上 당연한 指示證券」으로서 ②의 경우와 같이 背書에 의한 양도·처분이 가능하다(상법 제 820 조-제 130 조). 그리고 ③의 경우는 단순한 交付에 의하여 양도·처분을 할 수 있다.

국제무역의 실무에서는, 선하증권은 賣渡人의 指示式 또는 대금결제에 관여하는 荷換어음의 할인은행 또는 L/C 개설은행의 지시식으로 발행되는 것이 보통이다. 記名式 선하증권은 유통성이 없으므로, 은행에 대하여 擔保로서의 가치가 없고, 無記名式 선하증권은 상실한 위험이 있으며, 또 買受人의 指示式으로 할 경우 매수인의 배서가 없이는 물품의 인도를 받을 수 없기 때문에 담보가치에 문제가 있기 때문이다.³⁵⁾

선하증권이 수통 곧 複本으로 발행된 경우 선하증권에 의한 물품의 상징적 인도 또는 관념상의 引渡로서의 효과도, 복본 1통만의 배서·교부에 의하여 유효한 것을 전제로 하여 인정되며, 반드시 복본 전부의 배서·교부가 필요한 것은 아니다. 따라서 후일에 나머지의 복본이 타인에게 배서·교부되어도 그 효력이 없다.³⁶⁾

권의 변동, 특히 所有權의 移轉은 당사자 간의 합의내지 의사표시만으로 이루어진다. 따라서 이를 「意思主義」라고 한다. 따라서 이러한 의사주의의 법제 아래서는, 船荷證券의 교부에 의하여 물품의 점유가 상징적으로 讓受人에게 移轉하고, 따라서 물품 그 자체의 인도가 된 것으로 인정되지만, 이로부터 바로 당사자 간에 물품의 所有權이 移轉되는 것이 되지는 않는다. 다시말하면, 物品의 所有權은 당사자 간의 의사에 의하여 이전하는 것이지, 物品의 引渡 또는 代金の 支給과 所有權의 移轉과는 원칙적으로 아무런 관련이 없으며, 소유권의 이전은 물품의 인도의 전후를 묻지 않고 當事者의 意思에 의하여 이루어질 수 있는 것이다.

35) 新堀 聰, 前掲書, 206 면.

36) 미국에서는, 나중에 언급하겠지만, 國際運送에서는 선하증권의 複本發行이 인정되는데, 복본 중의 일부가 유통된 경우 讓渡人은 讓受人에 대하여 복본이 발행되지 않은 경우와 동일한 책임을 진다(통일상법전 제 7-304 조 4 항). 複本이 서로 다른 여러 사람에게 양도된 경우에는, 가장 먼저 양도를 받은 자의 권리가 우선하며, 비록 후에 양도를 받은 자가 앞서 복본을 선주에게 제시하여도 물품의 인도를 받아

VI. 運送人에 대한 權利의 行使와 船荷證券의 效用

1. 船荷證券의 提示·相換證券性

선하증권은, 해상운송인내지 선주에 대한 運送物의 引渡請求權을 표창하는 유가증권이다. 따라서 선주에 대하여 운송물의 인도를 청구할 수 있는 자는 선하증권의 正當한 所持人이며, 또한 운송물의 인도청구에는 선하증권의 提示가 있어야 하며, 이 의미에서, 선하증권은 「提示證券」이다.

그 결과, 선하증권이 작성된 경우에는, 이것과 相換으로서가 아니면 운송물의 인도를 청구할 수 없다(상법 제 812 조-제 129 조). 이 의미에서, 선하증권은 「相換證券」이다. 이를 운송물의 인도를 하여야 하는 운송인으로서, 운송물의 인도와 동시에 선하증권을 회수하여야 한다는 의미에서 「還受證券」이다. 그렇지 않으면, 선주는 증권의 善意取得者로부터 다시 운송물의 인도를 청구 당할 염려가 있기 때문이다. 만일 운송인이 증권과 相換하지 않고 운송물을 제 3자에게 인도한 경우에는 운송물은 船荷證券의 正當한 소지인에 대하여, 債務不履行으로 인한 損害賠償責任을 지고, 경우에 따라서는 不法行爲責任도 면할 수 없다.³⁷⁾

반면에, 指示式 선하증권의 경우 배서의 연속이 있는 선하증권의 最後의 被背書人(또는 略式背書의 경우 所持人) 및 無記名式 선하증권의 경우 그 所持人은 正當한 운송물의 인도청구권자로 推定된다(상법 제 65 조 - 민법 제 513 조). 따라서 이러한 선하증권의 소지인에게 운송물을 인도하면, 그 소지인이 正當한 권리가 아닌 경우에도, 그 사실을 운송인이 알지 못하고 또는 그 알지 못한 데 대하여 중대한 과실이 없는 때, 운송인의 善意·無重過失인 때에는 책임을 면하는 것이다(상법 제 65 조 - 민법 제 518 조, 제 524 조). 배서의 연속이 있는 선하증권

값다고 하더라도, 그 최초의 複本讓受人은 물품의 返還 또는 損害賠償의 청구를 할 수 있다(同 제 3 항).

37) 拙稿, “保證渡와 船舶代理店의 責任”, 拙著, 海商法判例研究, 서울: 海運産業研究院, 1989, 165~168 면 참조.

의 최후의 피배서인인 소지인이 권리자로서 추정되는 효력을 선하증권의 「資格授與的 效力」이라고 한다. 이 자격수여적 효력의 결과, 그 소지인의 배서의 연속이라는 형식을 구비한 선하증권의 被背書人 또는 所持人인 이상, 비록 후일 소지인이 無權利者이었고, 진정한 권리자가 따로 있다는 사실이 판명된 경우에도, 그 소지인에 대한 운송물의 인도로서 운송인은 책임을 면하는 것이다. 이 의미에서, 선하증권은 「免責證券」인 것이다.³⁸⁾

선주는 선하증권의 소지인으로부터 운송물의 인도청구를 받으면, 원칙적으로 거절할 수 없고 인도할 의무가 있다.³⁹⁾

2. 船荷證券과의 相換에 의하지 아니하는 引渡의 경우

이상과 같이, 선하증권은 운송물의 인도청구권을 표창하는 유가증권으로서, 그 소지인이 운송물의 인도를 청구함에는 증권의 提示를 요하는 提示證券이고, 동시에 선주는 증권과의 相換으로 운송물의 인도를 할 수 있는 相換證券 또는 還受證券이다. 따라서 당해 물품내지 운송물에 대하여 선하증권이 발행된 이상, 증권의 제시내지 증권과의 상환이 없이 운송물의 인도청구가 있더라도, 선주는 이를 拒絶할 수 있다. 이 점에 대하여는 異論이 없지만, 다른 한편, 증권과의 상환으로만 운송물을 인도하여야 할 「義務」가 선주에게 지워지고 있는가 문제가 될 수 있다.

선하증권이 발행된 경우, 상법상 이와 상환으로 운송물을 인도하도록 규정되어 있지만, 이는 선주가 선하증권과 상환하지 않고 운송물을 인도한 때에 후일에 진정한 權利者가 나타나 운송물 인도를 청구 당할 위험이 있기 때문에, 선하증권과의 상환을 하지 않고는 운송물을 인도할 것을 요하지 않는다는 것일 따름일 뿐이며, 그렇다고 하여 반드시 선하증권과의 상환으로만 운송물을 인도하여야 할 義務를 선주에게 지운 것은 아니라고 보아야 할 것이다.

38) 선주가 정당한 운송물을 인도하지 말아달라는 의뢰가 있었거나, 또는 인도할 때에 소지인이 정당한 권리자가 아니라는 정보를 가지고 있는 데도 불구하고 인도를 강행한 경우에는, 선주에게 惡意 또는 重大한 過失이 있는 것이 되어, 그 인도으로써 면책되지 못한다.

39) 다만, 선주가 운임 등에 관하여 留置權을 가지는 경우(상법 제 800조), 또는 후에 말하는 바와 같이 권리를 주장하는 자가 여럿이어서 누가 정당한 권리자인지를 확정할 수 없는 경우에는 별 문제이다. 이러한 경우의 소지인에 대한 운송물의 인도 거부 이유를 입증할 책임은 물론, 선주에게 있다.

따라서 운송인이 자기의 危險으로 선하증권과 相換을 하지 않고 운송물을 인도하여도 상관없다. 다만, 후일에 진정한 선하증권 소지인으로부터 인도청구를 받은 때에는, 이미 인도한 운송물을 다시 회수하여 引渡하든가, 또는 損害賠償을 하여야 한다.⁴⁰⁾

운송인이 선하증권과 相換하지 않고 운송물을 인도하는 경우로서, 「保證引渡」 또는 「保證渡」 및 「貨物引渡指示書에 의한 引渡」가 문제가 된다.

(1) 保證引渡

선하증권의 延着·紛失의 경우와 관련하여, 신속한 거래의 필요에서 생긴 상관습으로, 受荷人인 운송물의 買受人이 선하증권을 손에 넣기 전에 도착한 운송물의 수령을 원하는 경우에는, 운송인이 그 편의를 도모하여 증권과 相換하지 않고 운송물의 인도를 하는 일이 있다.⁴¹⁾ 이 경우, 운송인은 보통 수하인 측으로부터 貨物先取保證狀(L/G: Letter of guarantee)을 받고 운송물을 인도하는데, 이것을 받지 않고 운송물을 인도하는 수도 있다. 전자를 保證引渡, 후자를 假引渡 또는 空引渡라고 한다.

선물취득보증장은, 수하인이 운송인에 대하여 선하증권을 입수하는 대로 즉시 교부하겠다는 것 및 증권과 相換하지 않고 운송물을 인도함으로써 생긴 운송인이 입을 손해를 배상할 것을 약정하고 기명날인 또는 서명을 하고, 수하인의 거래은행(신용장개설은행 등)이 연대로 이것에 기명날인 또는 서명을 하는 서면이다.

이러한 보증인도의 효과에 관하여는 3경우로 나누어 살펴볼 필요가 있다.⁴²⁾

가. 受荷人과 運送人과의 關係

보증인도를 받은 수하인 등의 하주 측과 운송인 측의 보증인도에 관한 특약 내지 법률관계는 신속한 거래의 필요에서 생긴 상관습이며, 따라서 사회질서에

40) 金敎昌, 船荷證券에 관한 最新判例 研究, 서울: 法律新聞社, 1990, 244면; 拙著, 前掲 新 체계 商法[I], 114면 등 참조.

41) 특히, 선하증권을 손에 넣기 전에 운송물을 수령하여 商機를 잃는 일이 없이 다른 곳에 전매할 필요도 있을 수 있으며, 또한 경우에 따라서는 상품을 轉賣處로 교부하여 대금회수를 하지 않으면 하환어음을 지급하기 어려운 데도, 하환어음의 지급을 기다려 비로소 선하증권을 취득하여야 하는 불편한 경우도 있을 수 있다.

42) 운송물의 保證引渡와 空引渡는, 보증장의 관계에 대하여 양자를 동일하게 취급할 수 없지만, 선하증권과 相換하지 않은 운송물의 인도의 법률효과에 대해서는 양자는 동일하게 취급될 수 있다.

반하는 것(민법 제 103 조 참조)이 아니므로 유효하다. 또 이는 운송인이 수하인 등과 통모하여 증권 소지인의 희생 아래 수하인 등의 이익을 도모할 목적이 있는 것이 아니라, 銀行 등의 보증 아래 달리 정당한 권리가 없다는 것을 기대하고 운송물을 인도하는 것이기 때문에, 背任罪에 있어서의 이득 내지는 가해의 목적이 없으므로, 배임죄(형법 제 355 조 1 항)를 구성하지 않는다.⁴³⁾

따라서 운송인은 다음에 말하는 바와 같이, 선하증권의 정당한 소지인에게 손해배상을 함으로써 손해를 입은 경우에는, 보증인도를 받은 수하인은 운송인에 대하여 그 손해를 배상하여야 하고, 보증장에 연서로 기명날인 또는 서명을 한 은행 등은 보증인도에 따라 연대채무를 이행하여야 하는 것이다.

나. 運送人과 船荷證券 所持人과의 關係

보증인도 후에 수하인이 선하증권을 손에 넣어 이것을 운송인에게 교부할 수 없는 경우에는, 운송인은 증권의 正當한 所持人에 대하여 운송물을 수령해 간 수하인으로부터 되찾아 인도하거나, 그것이 불가능한 경우에는 債務不履行에 의한 損害賠償을 하여야 하며,⁴⁴⁾ 보증인도 후에 선하증권을 양도받은 정당한 소지인에 대하여도, 소지인이 선하증권의 양도를 받은 때에 보증인도가 증권 讓渡人 이외의 자에 대하여 이미 이루어진 것에 관하여 善意이었던가 惡意이었던가를 묻지 않고 마찬가지로 손해배상을 하여야 한다.

선하증권의 정당한 소지인이 아니면, 운송물의 인도를 받더라도 그 소유권을 취득할 수 없는데, 이 자료부터 善意·無過失로 운송물을 양도받은 제 3 자, 또는 선하증권의 발행에 대하여 선의·무과실인 자로서 운송물을 양도받아 운송인으로부터 그 인도를 받은 제 3 자는, 善意取得의 규정(민법 제 249 조)에 의하여 그 所有權을 취득할 수 있다. 따라서 이와 같은 경우에는, 운송인은 운송물을 되찾는 일은 법률상 불가능하게 된다.⁴⁵⁾

43) 拙著, 新體系 海商法講義, 서울: 海運産業研究院, 1988, 246~248 면. 또한 실정법상으로, 證券의 債權의 경우 증권을 상실한 자가 公示催告의 신청을 한 때에는 상당한 擔保를 제공하고 履行請求를 할 수 있게 되어 있는 규정(상법 제 65 조 - 민법 제 522 조)으로부터도 그 유효성을 인정하여야 할 것이다.

44) 대법원의 판결은 이 운송인의 책임을 不法行爲責任이라고 하고 있는데(대판 1989. 3. 14., 87다카 1791), 보증인도가 이루어진 후에 선하증권을 취득한 소지인에 대한 관계에서는 목적물의 소유권의 침해가 이유로 한 違法性, 즉 불법행위의 성립요건을 한 위법성, 즉 不法行爲의 成立要件을 인정하기 곤란할 것이다.

45) 보증인도를 받은 자가 후에 선하증권을 손에 넣고 이것을 운송인에게 교부하지 않은 경우에, 보증인도의 사실을 알고 이 자료부터 그 증권을 양도받은 자에 대해서는, 운송인은 債務不履行으로 인한 損害賠償責任을 지지 아니한다. 왜냐하면, 보증

다. 運送人과 保證狀 連書署名人과의 關係

이들 사이의 관계는 보증장계약의 내용에 의해 결정된다. 보통 보증인도에는 앞에서 말한 바와 같이, 후에 선하증권을 입수하면 즉시 이것을 운송인에게 인도하고, 또한 보증인도에서 생긴 모든 결과에 대하여 배상하는 것을 보증인도를 받은 자와 연대하여 약속하고 있다. 이 계약은 「保證」이라는 관용어에도 불구하고, 법률상 이른바 보증채무를 발생시키는 것이 아니라, 연대채무를 발생시키는 것이다.⁴⁶⁾ 보증장의 연서인인 은행 등이 이 계약에 의하여 책임을 지는 것은 당연하다.

나아가, 은행 등이 배상하여야 할 금액에 대하여는 화물의 인도로 부터 생긴 모든 결과에 대한 책임이 있다고 본다. 그것은 보증장의 문면에 보통 이와 같이 기재되고 있기 때문이다.

(2) 貨物引渡指示書에 의한 引渡

선하증권이 발행되어 있는 경우에는 이것에 의하지 않고 운송물을 인도하는 경우로는, 앞에 말한 보증인도 또는 공인도 외에, 화물인도지시서에 의한 인도가 있다. 貨物引渡指示書(D/O: delivery order)란, 선하증권이 발행된 운송물에 대하여 그 선하증권을 분할하기 위하여 또는 그 代用으로 해상운송인 또는 선하증권의 소지인이 발행하는 특수한 유가증권을 말하는 것이다.⁴⁷⁾

이러한 화물인도지시서가 선하증권 이외에 발행되는 목적은, 분할할 수 있는 다량의 운송물에 대하여 한 통의 선하증권만 발행되어 있는 경우 이것을 揚陸港에서 여러 사람의 매수인에게 분할하여 매각하고자 하는 때에 또는 선하증권의 背書를 피하여 상품의 구입처를 비밀로 하고자 하는 때에 이용되고,

인도를 받은 자가 선하증권을 손에 넣음으로써, 보증인도는 증권의 정당한 소지인에게 증권과 相換하지 않고 운송물을 引渡한 경우와 마찬가지로, 운송인에 의한 운송물의 引渡債務의 履行으로서의 효력이 있고, 운송인은 보증인도를 받은 증권 소지인이 다시 인도를 청구한 때에는 채무의 이행으로써 대항할 수 있을 뿐만 아니라, 이것을 알고 증권을 양도받은 증권소지인에 대하여도 그 이행으로써 대항할 수 있기 때문이다(민법 제 515조, 제 524조). 그러나 증권을 양도받은 자가 善意인 경우에는 운송물의 기재에 관한 선하증권의 文證證券性(상법 제 814조의 2)에 의하여, 운송인은 증권상의 기재문언에 따른 책임을 져야 하는 것은 물론이다.

46) 拙著, 前掲 신체계 商法[I], 115면.

47) 화물인도지시서는 실제로 거래상의 필요에서 형성된 유가증권으로서, 1870년대부터 유럽에서 사용되었다. 입법례에 따라서는, 이에 관한 특별한 규정을 두고 있는 나라(예컨대 이탈리아·스칸디나비아 제국·네덜란드 등)도 있지만 현행상법에서는 아무런 규정도 없다.

특히 앞에서 말한 운송물의 보증인도를 받고자 할 때에 이용되는 일이 많다.

화물인도지시서는 ① 해상운송인 또는 그 대리인이 선장 기타의 이행보조자에 대한 指示의 형식으로 선하증권과 상환으로 발행하는 것이 보통인데, 그 밖에도, ② 운송물의 賣渡人인 선하증권 소지인이 해상운송인에 대한 指示의 형식으로 발행하고, 여기에 해상운송인 또는 그 대리인이 承認의 의사표시를 하는 것과, ③ 마찬가지로 매도인인 선하증권 소지인이 해상운송인에 대한 지시의 형식으로 발행하지만, 운송인과는 관계가 없고 또한 그 승인의 의사표시도 물론 없는 것이 있다. 또 기명식·지시식·선택무기명식·무기명식 등의 형식으로도 발행된다.

화물인도지시서의 효력에 관하여는, 위 ①의 경우 해상운송인이 운송물의 인도채무를 부담하는 자이고, 발행인도 선하증권과 마찬가지로 해상운송인이어서, 선하증권에 가장 가까운 것인데, 다만 선하증권과 다른 점은 포괄적인 運送給付請求權 또는 運送債權을 표창하는 것이 아니고, 단순히 揚陸港에서의 화물의 引渡債權을 표창하는 데에 지나지 않는다는 점에 있다.⁴⁸⁾

그리고 ②의 형식의 경우에도, 해상운송인이 인도채무를 부담하는 자이고, 이 점은 ①의 경우와 마찬가지로 해석하여야 할 것이다. 이에 반하여, ③의 경우에는, 해상운송인은 그것과는 아무런 관계가 없고, 따라서 화물인도지시서에 의하여는 운송인에 대한 운송물의 인도청구권은 인정되지 않는 것은 당연하다.

3. 複數의 船荷證券이 發行된 경우

운송인이 선하증권을 발행하는 경우, 실제상의 필요로 말미암아 1통만을 발행하는 일은 드물고 여러 통을 발행한다. 이 경우 각 통을 복본이라고 한다. 현재 해상운송 내지 무역거래에서 이용되고 있는 선하증권은 복본 3통이 발행되는 것이 보통이며, 이 3통은 어느 것도 정본이고, 사본 또는 등본이 아니다. 등본은 별도로 발행된다.⁴⁹⁾

48) 화물인도지시서가 운송물의 인도청구권만 표창하는 것에 지나지 않기 때문에, 화물인도지시서에 대하여는, 널리 유가증권 일반에 관한 상법 제 65조는 적용되지만, 선하증권에 관한 규정 중 운송을 전제로 하는 규정(예컨대 운송물 처분권에 관한 상법 제 820조 - 제 139조 1항)은 그 적용 또는 유추적용이 없다. 다만, 상법상의 引渡證券 일반에 공통적인 효력이라고 할 수 있는 물권적 효력(제 133조, 제 157조, 제 820조)은 화물인도지시서에도 인정하여야 할 것이라고 생각한다.

49) 선하증권의 발행·교부를 받은 송하인이, 수하인에게 송부하는 중에 그 분실이 염

그런데 수통의 선하증권이 발행된 경우에는, 2인 이상의 선하증권 소지인이 각각 운송물의 인도를 청구하는 경우가 생긴다. 수통을 발행한 이점과 함께, 이것에 따르는 피해를 방지할 필요가 있다.

각각의 복본 소지인은 그 1통에 의하여 운송금부청구권을 행사할 수 있고, 양륙장에서 그 1통을 제시하여 운송물의 인도를 청구하면, 운송인은 인도를 거부할 수 없다(상법 제 816조 1항). 어느 복본 소지인에 대하여 운송물이 인도 되면, 다른 복본도 그것에 따라 失效된다(상법 제 816조 2항). 운송인이 아직 전혀 운송물을 인도하고 있지 아니한 때 또는 운송물의 일부만을 인도한 때에, 수인의 선하증권 소지인이 각별로 운송물의 인도를 청구한 경우에는, 운송인은 지체없이 운송물의 전부 또는 그 잔부를 供託하고 또한 청구한 각 복본 소지인에게 통지를 발송하여야 한다(상법 제 818조).⁵⁰⁾ 이는 운송인에게 누가 정당한 권리자인가를 판단시키는 것이 적당하지 아니한 데다가 또 권리자의 확정까지 운송물을 운송인에게 보관시키는 것도 운송인과 증권소지인의 이익에 반하기 때문이다.

그리고 揚陸港 외에서는, 운송인은 선하증권의 수통의 반환을 받지 아니하면 운송물을 인도하지 못한다(상법 제 817조). 운송인은 揚陸港에서 한 통의 복본 소지인으로부터의 운송물의 인도청구도 거절할 수 없기 때문이다(상법 제 816조).⁵¹⁾

이상과 같이, 복본의 선하증권을 발행하는 경우 그 각 복본 취득자의 이해에 영향을 크게 미치므로, 그 통수를 각 복본에 기재하여야 한다(상법 제 814조 10호).⁵²⁾ 다만, 그 기재가 없다고 하여 각통의 선하증권이 모두 무효가 되는 것이

려되면, 수통의 선하증권의 발행을 받아 각각 그 경로와 시기를 달리하여 송부하는 것이 바람직하다. 또한 선하증권을 분실한 경우에 除權判決을 얻는 수고를 생략하기 위하여는, 수통의 선하증권의 발행을 받아 두는 것이 바람직하다. 그래서 상법은 수통의 선하증권의 발행을 인정하고, 송하인으로부터 청구가 있으면, 운송인은 수통의 선하증권을 발행하여야 한다(상법 제 813조 1항 참조). 그 각통 끝 복본은 어느 것이나 동일한 운송금부청구권을 표창하는 증권으로서, 그 선하증권으로서의 효력에는 원칙적으로 우열이 없다.

50) 供託된 運送物에 대하여는, 수인의 선하증권 소지인에게 공통되는 전자로부터 먼저 교부를 받은 證券所持人의 권리가 다른 소지인의 권리에 우선하며, 격지자에 대하여 발송한 선하증권을 그 發送한 때를 交付받은 때로 본다(상법 제 819조).

51) 선박의 수선불능 등으로 인하여 운송계약이 揚陸港 외에서 종료한 경우(상법 제 807조), 선하증권의 소지인은 양륙항에서 運送物의 引渡를 청구할 수 없기 때문에, 契約終了地를 양륙항으로 보아야 할 것이다.

52) 미국에서는, 선하증권의 복본의 발행으로 인한 분쟁의 발생을 방지하기 위하여, 국내거래의 경우 선하증권의 복본발행이 금지되고 있다(통일선하증권법 제 6조, 통일상법전 제 7-304조). 반면에, 국제운송의 경우에는, 복본의 발행은 인정되지만,

아니다(상법 제 814 조의 2 참조). 그리고 실제의 무역거래에서는, 복본의 발행에 따른 폐해를 방지하기 위하여, 매매인과 거래은행은 매도인에게 선하증권 복본 전부의 제공을 요구하여, 신용장(L/C)에 “FULL SET OF … BILLS OF LADING …”이라고 명기하는 것이 관례가 되고 있다.⁵³⁾ 복본 전부의 제공을 요구해 두면, 그 일부가 다른 사람의 손에 들어가 예상하지 못한 손해를 입게 되는 일이 없는 것이다.

4. 運送物處分の 請求

상법상 용선자나 송하인은 해상운송인에 대하여 운송의 중지, 운송물의 반환 기타의 처분을 청구할 수 있다. 선하증권이 발행된 때에는 이 運送物 處分 請求權은 널리 運送給付請求權 또는 運送債權으로 선하증권에 표창되어 선하증권 소지인이 이 청구권을 가지는 것이다(상법 제 812 조 - 제 139 조).⁵⁴⁾

선하증권 소지인의 운송물 처분권과 관련하여, 수통의 선하증권이 발생된 경우에는, 그 각통의 복본의 소지인이 운송물처분권을 행사함에 있어서는, 운송물의 인도의 경우(상법 제 816 조)와 달라, 복본 전부를 제시하여야 한다. 그 처분은 운송계약을 변경하는 것이기 때문이다. 그러므로, 예컨대 복본 소지인이 揚陸港變更의 처분을 하려면 복본 전부를 제시하여야 하는 것이다(상법 제 817 조).

이상의 운송물 처분권은 市況이나 매수인(buyer)의 신용상태의 변화에 대비하여 인정되고 있는 것이다. 이 권리가 하주 측의 이익을 위하여 인정되고 있

이 경우 복본을 발행한 때에는, ① 각통의 선하증권에 번호를 붙일 것, ② 다른 복본에 의한 물품의 인도가 되고 있지 않은 경우에만 유효하다는 뜻을 표시한 것의 2개의 요건이 충족되어야 한다. 이러한 형식적 요건이 충족된 경우, 복본의 전부가 하나의 선하증권을 구성한다. 이와 같은 복본이 합법적으로 발행된 경우, 선주는 최초로 제시된 1통의 소지자에게 운송물을 인도하여야 하고, 그 인도와 함께 나머지의 복본 내지 선하증권전부에 대하여 의무를 면하는 것이다(통일상법전 제 7-304 조 5 항).

53) 新堀 聰, 前掲書, 216 면.

54) 운송물 처분권자로서의 선하증권 소지인은 증권에 기재된 受荷人 또는 그 被背書人인 자를 말하며, 送荷人이 운송인으로부터 선하증권의 교부를 받고 아직 이를 제 3자에게 교부하지 않고 있는 경우에도, 송하인이 동시에 受荷人이 되고 있다든가, 수하인 난이 白地이거나 無記名式인 경우에만, 송하인이 선하증권 소지인이다. 따라서 그 밖의 경우에는, 송하인은 선하증권을 운송인에게 반환하여 그 발행이 되지 않았던 것과 같은 상태로 회복시키게 된 때에만 운송물처분권을 행사할 수 있는 것이다.

는 권리이기는 하지만, 타면 운송인의 이익도 고려하지 않으면 안되기 때문에, 運送人의 義務를 加重하거나 본질적으로 變更하는 일은 포함되지 않는다.

따라서, 상법상의 「기타의 處分」 중에는 운송물의 讓渡·質入은 물론, 다른 운송물의 운송·운송물의 반송·다른 경로로의 운송·도착항의 연장 등은 제외되는 것이다.⁵⁵⁾

운송인이 이 처분권자의 지시에 따라 처분을 한 때에는, 운송인이 이미 운송한 비율에 따라 운임(이른바 비율운임), 替當金과 처분으로 인한 비용의 지급을 청구할 수 있다(상법 제 812조 - 제 139조 2문). 그러나 이와 같이 송하인 등의 사정 때문에 임의로 운송을 중지하게 되었음에도 불구하고, 비율운임 밖에 청구할 수 없고, 그것으로 운송인에게 불이익을 주는 것은 타당하지 않다.

선하증권 소지인은, 특히 운송중의 물품에 대하여 질권 기타의 담보권을 가지는 경우 운송물처분권을 행사하여 물품이 매수인의 점유로 들어가는 것을 방해함으로써 자기의 이익을 보전할 수 있는 것이다. 그러나 이는 해상운송계약상의 권리이며, 매도인은 이로써 매수인에게 대항할 수 없고, 운송물처분권의 행사에 의하여 매매의 목적물이 이행기에 인도되지 않아 그것 때문에 매도인이 채무불이행의 책임을 져야 하는 경우도 있을 수 있다. 또 선하증권소지인의 지시에도 불구하고, 선주가 그것에 따르지 않고 운송물을 목적항까지 운송하면 운송의 도중에 반환을 받을 수 없다. 그러나 이 경우에는, 매도인으로서 운송인의 지시위반으로 인하여 입은 손해의 배상을 운송인에 대하여 청구할 수 있는 것은 물론이다.⁵⁶⁾

5. 記名式 船荷證券의 경우

선하증권이 記名式으로 발행된 경우, 운송물을 수령할 수 있는 권리자는 선하증권에 특정인으로 한정되고, 그 권리는 선하증권의 배서 또는 교부에 의하

55) 예컨대 운송물의 반환의 청구는 운송물이 현재 있는 곳에서의 인도를 의미하고, 발송지로의 반송을 위하여는 새로운 운송계약이 필요하다. 그러나 운송인이 선하증권 소지인 등의 지시에 따르는 경우에는, 수하인과의 관계에서 실제로 운송물을 처분할 권리가 있는가 어떤가(송하인의 수하인에 대한 계약위반 등의 유무)는 이를 고려할 필요가 없다.

56) 매도인인 선하증권 소지인이 운송물 처분권을 행사한다고 하여, 운송물에 대한 매매계약을 해제할 필요가 없는 것은 당연하고, 또한 처분권 행사에 의하여 매매계약이 당연히 해제되는 것도 아니다.

여 양도내지 처분할 수 없다. 운송인은 운송물을 목적항에서 증권에 기재된 수하인에게 인도하여야 하며, 운송물의 인도를 청구하는 자가 증권상의 수하인으로 지정되어 있는 자인 이상, 선하증권의 제시가 없더라도 운송물을 인도할 수 있다. 따라서 운송물의 인도를 선하증권과의 상환으로 할 필요가 없고, 또한 운송물을 인도할 때에 선하증권을 회수(환수)하여 파기할 필요도 없다.

이와 같이, 記名式 선하증권은 流通不能의(non-negotiable) 선하증권으로서, 증권면에 기재된 특정인만 물건의 인도청구권을 가지며, 또한 이 특정인이면 선하증권을 제시하지 않더라도 운송물의 인도를 받을 수 있다. 만일, 선하증권상의 특정인으로부터 선하증권을 양수한 자가 있더라도, 그 후에 선하증권상의 특정인이 해상운송인으로부터 운송물을 인도받아 갔다면, 그 선하증권 소지인은 운송물의 점유를 지배하지 못하고, 따라서 선하증권은 물품을 상징하는 것이 못된다.

그 결과, 증권이 물건의 인도청구권을 표창하고, 그것을 상징하는 것이, 종래 영미법상의 「權利證券」(document of title)의 징표라면, 유통불능의 기명식 선하증권은 권리증권이라고 할 수 없게 된다.⁵⁷⁾

VII. 結 語

이상으로 선하증권에 관한 有價證券法理에 관하여, 權利的 ① 발생, ② 귀속, ③ 내용, ④ 처분 및 ⑤ 행사의 면에서 분석·고찰하였다. 이를 토대로, 有價證券으로서의 船荷證券의 性質을 요약하면 다음과 같다.

선하증권은, ① 그 표창하는 권리의 종류 또는 내용과 관련하여 채권증권 중의 「物品證券」(물품의 인도청구권을 표창하는 증권) 곧 영미법상의 「權利證券」(document of title)이고, 이른바 「物權의 效力」이 인정되는 화물상환증(상법 제

57) 유가증권에 관한 일반론으로서, 널리 記名證券은 본래 유통을 예정하고 있는 것이 아니고 또 증권과 권리와 결합도 약하여 그 유가증권성이 의문시되는 것으로 보는 견해도 있다. 그런데 기명증권의 경우도 권리행사에 證券提示가 필요하고, 그 때문에 權利的 讓渡내지 處分에 채무자에 대한 對抗要件(민법 제 450 조, 제 347 조, 제 349 조)과 함께 증권의 교부가 필요하다고 하는 결과가 된다면, 기명증권도 유가증권이라고 하여도 무방할 것이다(拙著, 前掲 신체계 商法[I], 17 면). 그러나 國際海上運送去來의 경우에는, 기명식 선하증권은 단순한 증거증권으로서의 기능만 인정하면 충분하고, 그 증권상의 권리의 행사 또는 처분에 반드시 증권의 제시 또는 교부가 있어야 한다고 할 필요는 없다고 본다.

128 조 이하)·창고증권(상법 제 156 조 이하)과 같은 「引渡證券」내지 「處分證券」이며(상법 제 820 조 - 제 132 조, 제 133 조), ② 증권외 기재사항이 법정되어 있는 「要式證券」이며(상법 제 814 조), ③ 어음·수표와 달라 증권상의 권리가 증권발행에 의하여 비로소 발생하는 것이 아니고, 기존의 운송계약상의 법률관계 또는 권리를 증권에 결합시킨 것에 불과한 「要因證券」 또는 「有因證券」이며, ④ 증권상의 당사자 간의 권리의무의 내용은 선하증권상의 기재가 아니라, 증권발행 이전의 선하증권 수수의 原因關係인 실제의 운송계약에 의하여 결정되는 「非文言證券」이며, 다만 운송인과 선의의 선하증권 소지인 간의 관계에서는 運送物의 동일성 또는 그 수령·선적에 관한 한, 원칙적으로 실제의 운송관계가 아니라, 이른바 「債權的效力」으로서 선하증권의 기재에 의하여 결정되는 예외적인 「文言證券」이며(상법 제 814 조의 2), ⑤ 증권상의 권리의 행사에 증권의 제시를 요하는 「提示證券」이고, 「保證引渡」 등의 예외적인 경우를 제외하고 목적항에서의 운송물의 인도는 증권과의 상환으로 이루어지는 것이 원칙이므로 「相換證券」·「還受證券」이고(상법 제 820 조 - 제 129 조), 이와 관련하여 指示式 선하증권의 경우 배서의 연속이 있는 증권의 최후의 被背書人과 無記名式 선하증권의 경우 증권의 소지인은 적법한 권리자로 推定되는 「資格證券」이고(상법 제 65 조 - 민법 제 513 조), 따라서 운송인이 이러한 증권소지인에게 운송물을 인도하면 그 소지인이 무권리자인 때에도 운송인이 그 사실을 알지 못하고 또한 그 알지 못한 데 대하여 중대한 과실이 없으면, 즉 운송인이 善意·無重過失이면 책임을 면하게 되는 「免責證券」이며(상법 제 65 조 - 민법 제 518 조, 제 524 조), ⑥ 증권상의 權利者의 표시방법 또는 이에 따른 權利의 讓渡·處分의 방법과 관련하여, 記名證券·指示證券·無記名證券으로 나누어질 수 있는데, 단순한 記名式의 선하증권은 背書에 의한 양도·처분이 가능한 「法律上 當연한 指示證券」이다(상법 제 820 조 - 제 130 조).

이상과 같이 요약된 선하증권의 기본적인 성격이, 앞으로 실제의 國際貿易 去來 또는 海上運送關係에서 선하증권이 발휘하고 있는 經濟的인 기능과 제대로 연결됨으로써 貿易學과 法學 간의 학제적인 연구를 위한 架橋 역할을 하는데 추호라도 도움이 되었으면 하는 마음 간절하다.