

■ 논 단

스위치 선하증권의 법적 성질 및 효력에 관한 고찰
- 대법원 2020. 6. 11. 선고 2018다249018 판결 -

이 정 원
부산대학교 법학전문대학원 교수·변호사

요 약 문

선하증권은 운송물을 수령 또는 선적한 운송인이 송하인의 요구에 따라 발행한 운송물 인도청구권을 표창하고 있는 유가증권으로서, 운송인은 상법 제854조에 의해 선하증권의 선의의 소지인에 대해서는 선하증권에 기재된 바에 따라 책임을 진다. 그런데 대법원은 일관하여 공선하증권과 같이 선하증권 발행의 실제와 선하증권의 기재가 상위한 경우에 선하증권의 유인증권성을 무인증권성보다 우위에 두는 해석을 하여, 운송물을 수령하지 않고 선하증권을 발행하거나 운송인이 아닌 자가 발행한 선하증권을 무효라고 판시하고 있다. 대법원의 태도는 상법 제854조의 문언에 명백히 반한 것일 뿐만 아니라, 유가증권으로서의 유통성과 거래의 안전을 근본부터 허물 우려를 안고 있다. 한편 국제무역 실무상 거래당사자들은 다양한 원인과 이유에서 원본 선하증권을 발급 받았음에도 불구하고 소위 '스위치 선하증권'으로 불리는 새로운 선하증권을 교체해서 발행 받기도 한다. 스위치 선하증권의 효력과 관련하여, 운송인과 송하인 사이의 내부관계에서는 원본 선하증권을 대체하는 스위치 선하증권의 효력을 부인할 이유가 없다. 그러나 스위치 선하증권을 발행함에 있어 원본 선하증권을 회수 및 폐기하지 않은 경우, 운송인은 선하증권의 문언증권성 등의 법리에 따라 원본 선하증권과 스위치 선하증권의 선의의 소지인에 대해 책임을 부담한다. 이에 반해 운송인과 송하인 사이의 내부관계에서는, 운송계약당사자들의 의사표시의 해석상 스위치 선하증권의 발행에 따라 기존 운송계약상 채무를 소멸시키고 새로운 채무를 신설한다는 합의를 인정할 수 있는 경우에는 민법상 경계가 성립한 것으로 볼 여지도 있다. 그러나 스위치 선하증권의 발행을 기존 운송계약의 당사자들이 가지는 권리 의무를 완전히 소멸시키고 완전히 새로운 운송계약을 체결하겠다는 의사표시로 해석하는 것은 신중을 기할 필요가 있다. 따라서 대부분의 경우에 스위치 선하증권의 발행은 기존 운송계약의 동일성에 변경을 가하지 않는 한도 내에서의 계약의 변경으로 해석될 것이다.

주제어 : 스위치 선하증권, 유인증권성, 무인증권성, 요식증권성, 하우스 선하증권, 운송계약의 변경, 경계

— <目 次> —

I. 서 론	III. 연구 및 평석
II. 기초사실 및 판결요지	1. 해상물건운송계약상 운송인 확정의 일반적 기준
1. 기초사실	2. 스위치 선하증권의 법적 성질과 효력
2. 당사자의 주장	3. 스위치 선하증권과 경계계약의 성부 등에 관한 검토
3. 원심 판결요지	4. 스위치 선하증권의 발행과 신용장거래
4. 대법원 판결요지	IV. 결 론

I. 서 론

선하증권은 해상물건운송에서, 운송인이 운송물을 수령 또는 선적하였음을 증명하고 목적지에서 이를 정당한 권리자에게 인도할 것을 약속하는 유가증권으로서 송하인 등의 청구에 따라 운송인이 발행한다.¹⁾ 다만 상법은 입법의 편의상 선하증권에 관해 육상운송의 화물상환증에 관한 규정을 대부분 준용하도록 규정하고 있다(동 법 제861조, 제129조, 제130조, 제132조, 제133조). 상법상 선하증권은 운송인과 송하인 또는 항해용선자 사이에 체결된 운송계약에 기해 발행되는 유가증권으로서, 선하증권으로서의 효력을 가지기 위해서는 상법이 규정한 사항이 기재되어야 하는 요식증권이다.²⁾ 따라서 선하증권에는 법정기재사항이 기재되고 운송인이 기명날인 또는 서명하여야 한다. 다만 선하증권은 어음·수표와 같은 엄격한 요식증권은 아니라고 보므로, 법정기재사항 중 일부가 누락된 경우에도 선하증권으로서의 효력에는 영향이 없다고 본다.³⁾

1) 최종현, 『해상법 상론』, 제2판, 박영사, 2014, 403면.
 2) 위의 책, 420면; 유중원, 『운송증권』, 법률문화원, 2009, 54-55면.
 3) 유중원, 위의 책, 54-55면; 서울고등법원 1995. 12. 12. 선고 95나9473 판결(선하증권과 같은 인도증권에 관하여는 어음법 제2조 제1항과 같은 규정이 적용되지 않는 점과 선하증권의 요식증권성을 엄격히 해석하여 기재 사항 흠결의 경우 증권을 무효로 한다면 거래의 안전을 해치는 결과가 된다는 점에 비추어 보면, 선하증권에는 어떠한 운송품이 어떠한 선주 또는 해상운송인에 의하여 선적되고, 어느 항구에서 인도될 것으로 되어 있는가의 점이 명확히 기재되어 있으면 족하고, 그 이외의 사항에 대한 기재가 흠결되더라도 선하증권으로서의 효력이 부정되는 것은 아니라고 해석함이 상당하므로, 선하증권의 수하인으로 기재된 자가 선하증권의 인수를 거절하는 경우 그 선하증권상의 수하인의 기재는 그로써 효력을 잃게 되고, 그에 따라 그 인수거절된 선하증권을 적법하게 반환하거나 양수받은 자는 그에 대한 권리를 취득하는 한편 송하인과 해상운송인은 그 소지인의 요청에 따라

한편 오늘날 선하증권은 해상운송을 통한 국제 무역거래에 있어 운송물의 상업적 처분 등에 필수적인 역할을 수행하고 있다.⁴⁾ 특히 선하증권은 국제물품매매에서 있어 「상업신용장(Letter of Credit)」 제도와 결부되어 무역거래당사자들의 물품대금결제에 있어 중요한 역할을 수행하고 있다.⁵⁾ 그런데 최근 무역실무에는, 선하증권 발행 후 발생한 사정변경에 기한 선하증권상 이해관계자의 명칭변경의 필요성이나 선적항 또는 하역항의 변경 등 수출입계약의 내용변경의 필요성, 또는 하나의 선하증권을 여러 개로 분할하거나 반대로 여러 개의 선하증권을 하나로 통합할 상업적 필요 등에 따라 운송인이 원본 선하증권을 발행한 후 새로운 선하증권을 발행하는 관행이 나타나고 있는데,⁶⁾ 위와 같은 원본 선하증권을 대체하여 발행되는 선하증권을 소위 '스위치 선하증권(Switch Bills of Lading, 또는 Global Bills of Lading)'이라고 칭하고 있다.⁷⁾

스위치 선하증권의 발행관행에 관해서는, 운송인이 원본 선하증권을 회수한 후 새로운 선하증권을 대체 발행하는 경우도 있고, 원본 선하증권을 회수하지 않고 새로운 선하증권을 발행하는 경우도 있는 것으로 보인다. 또한 스위치 선하증권의 발행에 관해 운송인의 동의가 있는 경우도 있는 반면, 운송인의 동의 없이 타인이 무단으로 운송인 명의의 선하증권을 교체 발행하는 경우 또는 운송인의 동의 없이 타인이 자신의 명의로 선하증권을 교체 발행하는 경우 등 그 양태가 다양한 것으로 보인다. 나아가 단순히 원본 선하증권의 내용상 오류를 수정하기 위해 새로운 선하증권을 교체하는 경우도 있지만, 수하인 등 선하증권상 이해관계인의 변경 등 운송계약상 권리의무에 영향을 미칠 수 있는 내용으로 새로운 선하증권을 교체하는 경우도 있다.⁸⁾

그런데 스위치 선하증권의 개념은 우리 상법에 규정되어 있지 않을 뿐만 아니라 국제무역실무상 「신용장통일규칙(Uniform Customs and Practice for Documentary Credits 2007 Revision, ICC Publication No. 600, 이하 'UCP 600'이라고 함)」이 예정하는 것도 아니라는 점에서, 그 유효성과 효력 등과 관련하여 법적 문제가 발생할 소지가 많다.⁹⁾ 최근 대법원 2020.

선하증권상의 수하인의 기재를 변경해 줄 의무가 있으므로, 선하증권을 그와 같은 경위로 취득한 자는 그 수하인의 기재가 변경되기 전이라도 선하증권의 정당한 소지인이라고 보아야 한다.).

- 4) 임석민, 『선하증권론』, 도서출판 두남, 2000, 38-39면.
- 5) 위의 책, 38-39면; 김인현, 『해상법』, 제5판, 법문사, 2018, 308-310면.
- 6) 박세운, "스위치선하증권의 불법적 발행 관행에 따른 위험과 그 대책", 통상정보연구 제14권 제2호(2011. 6.), 한국통상정보학회, 41-417면; International Transport Intermediaries Club, *Issuance of Switch Bill of Lading* 1996. 09, <https://www.itic-insure.com/our-publications/intermediary/switch-bills-of-lading-2886/>.
- 7) 스위치 선하증권이라는 용어는 상법상 선하증권의 종류가 아니라 해운관련 업계에서 관행적으로 사용되고 있는 것으로서, 선하증권에 원본 선하증권을 교체(switch)한다는 취지의 문구가 포함되어 있으므로 인해 관행적으로 'Switch Bills of lading'이라고 칭하고 있다. 한낙현·박지문, "국제상거래의 다양화에 따른 Switched B/L의 법적 문제점에 관한 고찰", 무역보험연구 제18권 제1호(2017. 3.), 한국무역보험학회, 129면 참조. 한편 김인현, 앞의 책, 304면은 스위치 선하증권을 '교환선하증권'으로 부르고 있다.
- 8) 정경영, "스위치 선하증권의 법적 성질과 효력에 관한 연구", 성균관법학 제26권 제1호(2014. 3.), 성균관대학교 법학연구소, 165면.
- 9) 이필복, "스위치 선하증권의 유효성과 효력 -대법원 2020. 6. 11. 선고 2018다249018 판결-", 해양한국(2020. 10.), 재단법인 한국해사문제연구소, 140면.

6. 11. 선고 2018다249018 판결은 중계무역¹⁰⁾과 관련하여 발행된 스위치 선하증권의 법리에 대해 판시한 바 있는데, 위 판결은 대법원이 스위치 선하증권의 법리에 관해 명시적으로 판시한 최초의 판결이라는 점에서 그 의의가 크다.¹¹⁾ 따라서 이하에서는 위 대법원 판례의 평석을 중심으로 스위치 선하증권의 법리에 관한 간략히 고찰해 보고자 한다.

II. 기초사실 및 판결요지

1. 기초사실

가. 무역업을 하는 국내의 A 회사는 중국의 B 회사로부터 강판 코일 21개(이하 '이 사건 화물'이라고 함)를 '운임 포함 인도(Cost and Freight. CFR)' 조건으로 매수하여 태국의 C 회사에 '운임, 보험료 포함 인도(Cost, Insurance and Freight. CIF)' 조건으로 매도하는 중계무역 방식의 계약을 체결하였다.

나. B 회사는 중국의 D 회사에게 이 사건 화물의 운송을 의뢰하였고, D 회사는 2015. 5. 28. 중국 상하이항에서 이 사건 화물을 선적한 후 송하인(shipper)을 B 회사, 수하인(consignee)을 'E 은행의 지시인', 통지처(notify address)를 A 회사로 하는 선하증권(이하 '이 사건 제1 선하증권'이라고 함)을 발행하였다.

다. A 회사는, C 회사가 신용장을 개설한 태국의 F 은행으로부터 매도대금을 추심하기 위해 피고에게 이 사건 제1 선하증권을 대체하는 선하증권의 발행을 요청하였다. 이에 피고는 송하인을 A 회사, 수하인을 F 은행의 지시인, 통지처를 C 회사로 하는 선하증권(이하 '이 사건 제2 선하증권'이라고 함)을 발행하면서 운송인란에 서명하였고, A 회사로부터 서류비용 명목으로 미화 240달러를 지급받았다.

라. 이 사건 화물은 2015. 6. 8. 방콕항에 도착하였고 방콕항의 야적장에서 8일 동안 보관되었다가 2015. 6. 16. C 회사의 공장으로 운송되었는데, 이 사건 화물인 21개의 코일 중 18개의 코일에서 녹손이 발견되었고, C 회사는 이 사건 화물 중 3개만 정상 물품으로 수령하였다.

10) 참고로, 「대외무역관리규정」 제2조 제11호는, “중계무역이란 수출할 것을 목적으로 물품 등을 수입하여 「관세법」 제154조에 따른 보세구역 및 같은 법 제156조에 따라 보세구역 외 장치의 허가를 받은 장소 또는 「자유무역지역의 지정 등에 관한 법률」 제4조에 따른 자유무역지역 이외의 국내에 반입하지 아니하고 수출하는 수출입을 말한다.”고 규정하고 있다.

11) 이필복, 앞의 논문, 140면.

마. 원고는 A 회사와 사이에 이 사건 화물의 운송 중 위험을 담보하기 위한 적하보험계약을 체결한 보험자인데, C 회사로부터 녹손이 발견된 18개의 코일에 대하여 이의를 제기받자 검정인에게 이 사건 화물을 검사하도록 하였고, 검사 결과 방콕항에 입시로 보관 중 비로 인해 화물이 침수되면서 피해를 입은 것으로 판단되자 C 회사에 잔존물 매각대금을 제외한 나머지 손해보험금을 지급하였다.

2. 당사자의 주장¹²⁾

가. 원고의 주장

원고는 피고를 상대로, 피고가 ① 이 사건 화물의 운송을 의뢰받은 운송인 또는 개입권을 행사한 운송주선인에 해당하고, ② 설령 그렇지 않더라도 이 사건 제2 선하증권의 발행인으로서, C 회사에 대하여 운송인으로서의 채무불이행 또는 불법행위에 기한 손해배상책임을 진다고 주장하면서 위 손해보험금 상당액의 손해배상청구권을 대위 청구하는 소를 제기하였다.

나. 피고의 주장

피고는 자신은 A 회사의 요청에 따라 스위치 선하증권을 발행하고 서류작업 비용만을 받았을 뿐 운송인 또는 개입권을 행사한 운송주선인이 아니라고 주장하면서 원고의 주장을 부인하였다.

3. 원심 판결요지

① 이 사건에 관한 제반 사정을 종합하면, 피고가 이 사건 화물에 관한 원본 선하증권인 이 사건 제1선하증권을 대체하는 스위치 선하증권인 이 사건 제2 선하증권을 발행함으로써 이 사건 화물에 대한 운송을 인수하여 스스로 운송인이 되었다.

② 설령 피고가 운송인으로 인정되지 않더라도, 피고는 '선하증권을 선의로 취득한 소지인에 대하여 운송인은 선하증권에 기재된 대로 운송물을 수령 혹은 선적한 것으로 보고 선하증권에 기재된 바에 따라 운송인으로서 책임을 진다'고 규정한 상법 제854조 제2항에 의해 인정되는 선하증권의 문언증권성에 따라, 이 사건 제2 선하증권의 발행인으로서 이를 선의로 취득한 C 회사에 대하여 운송인으로서의 책임을 부담한다.

12) 이하의 당사자의 주장 요지는, 필자가 이 사건의 원심인 서울중앙지방법원 2018. 6. 21. 선고 2017나41605 판결을 재정리 한 것이다.

4. 대법원 판결요지

가. 선하증권은 운송물의 인도청구권을 표창하는 유가증권으로 운송계약에 기하여 작성되는 유인증권이고, 상법은 운송인이 송하인으로부터 실제로 운송물을 수령 또는 선적하고 있는 것을 유효한 선하증권 성립의 전제조건으로 삼고 있으므로, 운송물을 수령 또는 선적하지 아니하였는데도 발행한 선하증권은 원인과 요건을 구비하지 못하여 목적물의 흠결이 있는 것으로서 무효이다(대법원 1982. 9. 14. 선고 80다1325 판결, 대법원 2008. 2. 14. 선고 2006다47585 판결 등 참조).

나. 이른바 스위치 선하증권(Switch B/L)은 운송인이 최초 발행한 선하증권(이하 '원본 선하증권'이라고 함)을 대체하여 발행하는 것으로 주로 선적 이후에 수하인이나 물량 등 수출입계약의 내용을 변경하기 위한 경우 또는 한 건의 선하증권을 분할하거나 반대로 여러 건의 선하증권을 통합할 필요가 있을 경우 등 원본 선하증권으로는 달성할 수 없는 특수한 목적을 위하여 발행하게 된다. 이러한 스위치 선하증권도 유효한 선하증권으로 기능하기 위해서는 선하증권의 발행요건을 모두 충족하여야 한다. 즉, 스위치 선하증권도 운송물을 수령하고 발행하여야 하므로 발행권자는 원칙적으로 운송계약의 당사자로서 원본 선하증권을 발행한 운송인이나 선박소유자 또는 운송인의 위임을 받은 선박대리점이나 운송주선인 등 운송인으로부터 선하증권의 교부를 위임받은 자이어야 하고, 권한 없는 자가 발행하는 경우에는 적법한 선하증권이라고 볼 수 없다(상법 제852조, 제855조 참조). 따라서 제3자가 아무런 원인관계 없이 원본 선하증권만을 교부받았다고 하여 운송물의 점유가 이전되는 효과가 발생한다고 할 수 없고, 새롭게 운송을 인수하여 원본 선하증권을 대체하는 스위치 선하증권을 발행할 수 있게 되는 것도 아니다.

다. 나아가 선하증권의 발행요건을 갖추지 못한 채 발행한 스위치 선하증권은 효력이 없으므로 이러한 무효인 선하증권을 발행한 경우 운송인이 아닌 자가 그 문언증권성에 따라 발행인으로서 스위치 선하증권을 선의로 취득한 자에 대하여 책임을 진다고도 볼 수 없다.

라. ① 피고는 이 사건 화물에 대한 운송계약을 체결한 운송인이 아니므로 이 사건 화물을 운송하는 과정에서 발생한 손해에 대하여 책임을 지지 아니하고, ② 운송인이 아닌 자가 발행한 이 사건 제2선하증권이 적법한 선하증권이 아니라서 유가증권으로서 효력이 없는 이상 이를 선의로 취득한 자에 대하여 발행인으로서의 책임을 부담한다고도 볼 수 없다

III. 연구 및 평석

1. 해상물건운송계약상 운송인 확정의 일반적 기준

가. 해상운송계약상 운송인 확정의 법리

해상물건운송계약도 계약의 한 종류로서, 원칙적으로 당사자 간의 의사표시의 합치에 의해 계약이 성립한다는 점에서 계약일반의 법리와 다르지 않다.¹³⁾ 개품운송계약의 경우에는 송하인이, 항해용선계약의 경우에는 용선자가 각 자신의 명의로 물건의 해상운송을 의뢰하고 이에 대해 자기 명의로 운송을 인수한 자가 운송인으로서 계약의 당사자가 된다.¹⁴⁾

그런데 해상물건운송계약의 경우에는 계약의 직접당사자인 송하인·항해용선자, 해상운송인 외에도 타인으로부터 운송의 위탁을 받아 운송인과의 사이에 자기 명의로 위탁자의 계산으로 운송계약을 체결하는 운송주선인이나 항해용선자가 재항해용선계약을 체결한 경우의 재항해용선자 등 통상적 계약관계에 비해 상대적으로 다수의 해상기업주체¹⁵⁾가 계약의 이행에 관여하고 있다. 이에 따라 해상물건운송계약의 경우, 계약상 권리의무의 주체인 계약당사자가 누구인가 하는 문제가 항상 명확하지는 않다.

해상물건운송계약의 이행에 다수의 경제주체가 관여하는 경우, 누가 운송계약의 당사자인가 하는 문제는 원칙적으로 계약의 해석문제가 될 것이며, 이를 위해서는 운송계약을 둘러싼 제반 정황요소들을 종합적으로 판단할 수밖에 없을 것이다.¹⁶⁾ 한편 미국 연방대법원은 *Intercontinental Properties* 사건¹⁷⁾에서 운송인의 확정과 관련한 특징적 징표들에 대하여 아래와 같은 13가지 요소들을 들고 있는데, 미국 연방대법원의 판시내용은 해상물건운송계약상 계약당사자의 확정에 관한 우리법의 해석에 있어서도 참고할 가치가 있으므로 아래에서 이를 설시해 보고자 한다.

- ① 운송계약과 관련한 광고를 누가하였는가?
- ② 운송의 예약(Booking)은 누가하였는지, 만약 대리점을 통하여 운송예약이 이루어졌다면 그러한 대리점은 누구를 대리하여 운송예약을 하였는가?
- ③ 만일 운송물이 선박에 직접 인도되지 않았다면, 누가 운송물의 선적 전에 해당 운송물을 인수 받아 보관하였는가?

13) 이균성, 『신 해상법대계』, 한국해양수산개발원, 2010, 393면.

14) 위의 책, 394면; 최종현, 앞의 책, 236면; 김인현, 앞의 책, 168면.

15) 해상기업주체란 상법상 용례는 아니지만, 자기 명의로 직접 바다를 무대로 선박을 이용하여 영리활동을 하는 자로서 상법상 당연상인에 해당한다. 최종현, 위의 책, 65면.

16) 이정원, “정기용선의 외부관계에 관한 소고”, 한양법학 제22권 제1집(2011. 2.), 한양법학회, 559면.

17) *In re Intercontinental Properties Management, S.A.*, 604 F.2d 258 (4th Cir.1979).

- ④ 누가 선적업자(the loading stevedore)를 고용하였는가?
- ⑤ 선하증권의 서두(heading)에 누구의 명의를 나타나 있는가?
- ⑥ 선하증권은 누구를 대리하여 서명 또는 날인되었는가?
- ⑦ 궁극적으로 누가 송하인으로부터 운임을 수령하였는가?
- ⑧ 누가 운송을 수행할 선박을 선정하였는가?
- ⑨ 누가 운송물 도착통지서(notice of arrival)를 발행하였는지 또는 누구의 수권에 따라 위 통지서가 발행되었는가?
- ⑩ 누가 하역업자(the discharging stevedore)를 고용하였는가?
- ⑪ 누가 운송물의 하역 시 계수요원(tally clerk)을 고용하였는가?
- ⑫ 만약 운송물이 선박으로부터 수하인에게 직접 인도되지 않았다면, 누가 운송물을 인도 전에 보관하였는지 또는 누구의 수권에 의하여 운송물을 보관하였는가?
- ⑬ 누가 운송물을 수하인에게 인도할 자를 고용하였는지 그리고 누가 운송물 인도수령증(the delivery receipt)를 발행하였는가?

그러나 위의 13가지 요소들 중 몇 가지에 해당되어야 운송인으로 인정되어 운송계약상 책임의 주체가 될 것인지는 여전히 불명확하다. 다만 위 13가지 요소들 중 다수에 해당될수록 운송인으로 인정될 소지가 많을 것이며, 이는 법원에 의한 사실인정 및 법률 판단의 문제로서 개별 사안에서 법관이 판단할 수밖에 없을 것이다.¹⁸⁾

한편 대법원은, 운송주선업자가 운송의뢰인으로부터 운송까지 의뢰받은 것인지 운송주선만을 의뢰받은 것인지 불명확한 경우의 판단 기준에 관해, “물품운송계약은 당사자의 일방이 물품을 한 장소로부터 다른 장소로 이동하기로 하고 상대방이 이에 대하여 일정한 보수를 지급할 것을 약속함으로써 성립하는 계약이므로, 운송계약에 따른 권리·의무를 부담하는 운송인이 누구인지는 운송의뢰인에 대한 관계에서 운송을 인수한 자가 누구인지에 따라 확정된다. 따라서 운송주선업자가 운송의뢰인으로부터 운송관련 업무를 의뢰받은 경우 운송까지 의뢰받은 것인지, 운송주선만을 의뢰받은 것인지 여부가 명확하지 않은 때에는 당사자의 의사를 탐구하여 운송인의 지위도 함께 취득하였는지 여부를 확정하여야 하지만, 그 의사가 명확하지 않은 경우에는 계약 체결 당시의 상황, 선하증권의 발행자 명의, 운임의 지급형태, 운송을 의뢰받은 회사가 실제로 수행한 업무 등 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 논리와 경험칙에 따라 운송주선업자가 운송의뢰인으로부터 운송을 인수하였다고 볼 수 있는지 여부를 확정하여야 한다.”고 판시하고 있는데,¹⁹⁾ 이러한 대법원의 판시도 전술한 미국 연방대법원의 판시와 그 취지를 같이 하는 것으로 보인다.

18) 이정원, 앞의 논문, 560면.

19) 대법원 2007. 4. 27. 선고 2007다4943 판결; 대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다103564 판결; 대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다88215 판결; 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다225851 판결 등 참조

나. 이 사건의 경우

운송계약당사자의 확정에 관한 위와 같은 법리를 종합해 보면, 운송계약당사자로서의 특징적 징표는 운송계약상 주된 권리의무인 운임의 수수 여부, 선하증권 등 운송서류의 발행 여부, 그리고 운송계약의 체결 및 운송물의 관리에 관한 지배권을 누가 가지고 있었는가 하는 점이 주된 평가요소라고 볼 수 있을 것이다.²⁰⁾

그러나 전술한 바와 같이 운송계약의 당사자 확정은 원칙적으로 계약 내지 의사표시의 해석 문제라는 점에서,²¹⁾ 이 사건의 경우에도 피고의 운송인 여부는 우선적으로 피고가 운송인으로서 운송을 인수할 의향이 있었는지 여부를 살펴보아야 한다.

원심이 확정한 이 사건의 기초사실에 의하면, 피고는 A 회사의 의뢰에 따라 이 사건 제2 선하증권을 발행하면서 운송인란에 서명하고, A 회사로부터 서류비용 명목으로 미화 240달러를 지급받았을 뿐이다. 그런데 원고의 주장과 같이 피고가 개입권을 행사하여 운송인으로서 지위를 가지는 경우, 피고는 자신이 운송수단을 보유하고 있지 않았으므로 이 사건 화물의 운송을 실제 운송인인 D 회사에 의뢰를 하여야 하는데, 이 사건에서는 피고와 D 회사 사이에 운송계약이 체결되었다는 정황이 없다. 또한 피고가 개입권을 행사하여 운송인으로서의 지위를 가지는 경우, 피고가 A 회사로부터 수령한 금원은 계약 당시 국제적으로 인정되는 운임액수와 근사하여야 할 것인데, 피고는 A 회사로부터 미화 240 달러를 서류비용 명목으로 수령하였을 뿐 별도의 운임을 수취한 증거가 없다. 만약 원심과 같이 피고가 A 회사로부터 위 금원을 수령한 사실을 근거로 피고의 운송인으로서의 지위를 인정하는 경우, 피고는 미화 240 달러를 수령하고 운송계약의 이행을 위해 자신이 직접 운송을 수행하거나 타인에게 위탁하여야 하는데, 이 경우 피고는 자신이 인수한 운송계약의 이행을 위해 엄청난 금전적 손해(계약 당시 운임시세와 미화 240 달러의 차액)를 부담하여야 하는데, 과연 피고의 의사를 이러한 손해를 자신이 부담하겠다는 것으로 볼 수 있을 것인지 의문이다.

한편 원심은, 피고가 이 사건 제2 선하증권을 발행함으로써 이 사건 화물에 대한 운송을 인수하여 스스로 운송인이 되었다고 판시하였는데, 선하증권의 발행은 운송계약의 성립과 내용에 대한 증거가 된다는 점에서,²²⁾ 피고가 자기 명의의 선하증권을 발행한 사실은 피고의 운송인으로서의 지위에 대한 유력한 증거가 될 수 있다.²³⁾ 그러나 선하증권은 운송계약에 대한 운송계약서 자체는 아니고, 선하증권의 발행은 운송계약의 성립과 내용에 대한 증거로서의 기능을 할 뿐 자기 명의의 선하증권을 발행한 사실 자체로부터 당연히 선하증권 발행인을 운송인

20) 이정원, “개품운송인의 확정과 운송물의 종류·가액고지의 의의-대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다88215 판결을 중심으로”, 사법, 통권 제42호(2017), 사법발전재단, 300면.

21) 위의 논문, 298면.

22) 최중현, 앞의 책, 405면; 김인현, 앞의 책, 299면.

23) 이균성, 앞의 책, 562면; 김인현, 위의 책, 169-170면. 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다225851 판결.

으로 간주할 근거가 되지는 않는다. 앞서 살펴본 바와 같이 대법원도 “(운송인인지) 여부가 명확하지 않은 경우에는 당사자의 의사를 탐구하여 운송인의 지위를 취득하였는지 여부를 확정하여야 할 것이지만, 당사자의 의사가 명확하지 않은 경우에는 하우스 선하증권의 발행자 명의, 운임의 지급형태 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 논리와 경험칙에 따라 운송주선업자가 운송의뢰인으로부터 운송을 인수하였다고 볼 수 있는지 여부를 확정하여야 한다.”고 판시하고 있는데,²⁴⁾ 판례의 취지도 선하증권 발행자의 명의를 운송인의 확정에 있어 고려대상의 하나이지, 선하증권을 발행하였다는 사실만으로 곧 바로 운송인이라는 결론을 도출하기는 어렵다는 취지로 해석하여야 한다.

이 사건의 경우 비록 피고가 자기 명의의 이 사건 제2 선하증권을 발행한 사실은 인정되지만 이는 송하인인 A 회사의 의뢰를 받아 이루어진 것으로서 서류비용 명목으로 미화 240 달러를 수령하였을 뿐이므로, 위 사실만으로는 피고가 운송인으로서 A 회사와 운송계약을 체결할 의사를 가졌다고 볼 여지는 없다고 본다.²⁵⁾ 따라서 피고가 이 사건 화물에 관한 원본 선하증권인 이 사건 제1 선하증권을 대체하는 스위치 선하증권인 이 사건 제2 선하증권을 발행함으로써 이 사건 화물에 대한 운송을 인수하여 스스로 운송인이 되었다고 본 원심 판단은 운송인 확정에 관한 법리의 오해가 있었다고 볼 수 있다.

2. 스위치 선하증권의 법적 성질과 효력

가. 문제의 소재

전술한 바와 같이 이 사건에서 피고를 운송인으로 볼 수는 없지만, 피고는 이 사건 제2 선하증권을 발행하였고 C 회사는 위 선하증권의 선의의 소지인이라는 점에서, 피고가 선하증권의 법리에 따라 선하증권의 발행인으로서 원고에 대해 책임을 부담할 것이냐가 문제가 된다.

선하증권은 운송계약서 자체는 아니지만, 운송계약당사자인 송하인 및 악의의 소지인에 대해서는 운송계약의 성립과 내용에 대한 추정적 증거가 되고, 운송인과 선의의 소지인 사이에서는 운송계약의 확정적 증거가 된다(상법 제854조). 이에 따라 원고는, 피고가 이 사건 제2 선하증권의 발행인으로서 C 회사에 대해 운송인으로서의 채무불이행 또는 불법행위에 기한 손해배상책임을 진다는 취지의 주장을 하였고, 원심은 선하증권의 문언증권성을 규정한 상법 제854조 제2항에 의해 피고는 이 사건 제2 선하증권의 발행인으로서 이를 선의로 취득한 C 회사에 대하여 운송인으로서의 책임을 부담한다고 판시하였다. 그러나 대법원은, 원심의 판단은 선하증권에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다는 이유로 원심판결 중 관련

24) 대표적으로, 대법원 2007. 4. 27. 선고 2007다4943 판결.

25) 같은 취지, 이필복, 앞의 논문, 143면.

부분을 파기·환송하였다.

이하에서는 위 대법원 판결의 평석을 통한 스위치 선하증권의 법리의 고찰을 위해 실무상 자주 사용되는 스위치 선하증권의 유형을 간략히 살펴본 후, 스위치 선하증권의 법적 성질과 효력에 관해 고찰해 보고자 한다. 다만 스위치 선하증권의 법적 성질을 논함에 있어서는 선하증권의 법적 성질 일반에 관한 설명이 필요하므로, 이 사건 대법원 판결이유의 평석에 필요한 한도 내에서 선하증권의 법리 일반에 대해서도 간단히 소개한다.

나. 스위치 선하증권의 유형

스위치 선하증권의 유효요건과 효력에 관한 논의에 앞서 스위치 선하증권의 개념을 명확히 할 필요가 있는데, 국내의 다수의 선행연구는 스위치 선하증권을 “원본 선하증권을 대체하여 발행되는 선하증권”이라고 서술할 뿐 스위치 선하증권의 구체적 유형과 특징에 대해서는 설명을 하지 않고 있다.

이에 대해 유력한 견해는 스위치 선하증권을 상법상 선하증권으로서 인정할 수 있는가 하는 관점에서 실무상 이용되는 스위치 선하증권을 다음과 같이 유형화 하고 있다.²⁶⁾ 이에 따르면 스위치 선하증권을 ① 스위치 선하증권이 원본 선하증권의 기능이나 법률관계를 침해하지 않을 뿐만 아니라 상법상 선하증권의 요건을 충족하는 경우, ② 상법상 선하증권의 요건을 충족하지 않지만 원본 선하증권의 기능이나 법률관계를 침해하지 않는 경우, ③ 상법상 선하증권의 요건을 충족하지 않을 뿐만 아니라 스위치 선하증권이 원본 선하증권의 기능과 충돌하거나 법률관계를 해하는 경우, ④ 선하증권으로서 요건을 모두 갖추었지만 원본 선하증권의 기능을 일부 침해하는 경우로 구분한 후, ①유형의 선하증권을 ‘진정 스위치 선하증권’으로 ②와 ③유형의 선하증권을 ‘부진정 스위치 선하증권’으로 구분한다.²⁷⁾ 위 견해는 스위치 선하증권이 상법상 선하증권의 발행요건을 갖추었는지 여부를 기준으로 진정 스위치 선하증권과 부진정 스위치선하증권으로 구분하는데, 특히 위 ②유형의 선하증권은 상법상 선하증권으로 볼 수 없지만 상법의 선하증권에 관한 규정을 유추적용하여 선하증권과 유사한 효력을 인정할 수 있다고 본다.²⁸⁾ 다만 선하증권으로서의 발행요건을 갖춘 경우에도, 스위치 선하증권이 원본 선하증권의 기능이나 원본 선하증권에 따른 타인의 권리를 침해하는 경우에는 구체적 사실관계에 따라 그 효력 여부를 판단하여야 한다고 해석한다.²⁹⁾

그런데 위의 유력한 견해는 스위치 선하증권을 ‘진정 스위치 선하증권’과 ‘부진정 스위치 선하증권’으로 구분한 후 그 효력을 달리 해석하지만, 진정 스위치 선하증권과 부진정 스위치선

26) 정경영, 앞의 논문, 166면.

27) 위의 논문, 166면.

28) 위의 논문, 167면.

29) 위의 논문, 166-167면.

하증권의 개념이 불명확할 뿐만 아니라, '부진정' 스위치 선하증권은 선하증권으로서의 요건을 갖추지 못해 진정한 선하증권이 아니라는 것이므로, 결론적으로는 부진정 스위치 선하증권은 유가증권으로서의 선하증권이라고 볼 수 없다. 그럼에도 불구하고 위 유력한 견해는 부진정 스위치 선하증권에 사법(私法)상 일정한 효력을 인정할 수 있다고 설명하는데,³⁰⁾ 과연 그러한 효력이 무엇을 의미하는지 명확하지 않을 뿐만 아니라 이는 선하증권으로서의 효력이 인정되지 않는 문서에 '(부진정) 선하증권'이라는 명칭을 사용하는 것 자체로서 유가증권 법정주의에 반할 수 있는 해석이다.³¹⁾

스위치 선하증권이라고 통칭되는 문서는 실무상 필요에 따라 다양한 형식으로 존재할 수 있다는 점을 고려할 때, 스위치 선하증권의 유형을 위 유력한 견해와 같이 획일적으로 구분할 필요성과 의의는 크지 않다고 본다. 따라서 스위치 선하증권 관련 법리는 스위치 선하증권의 활용 동기에 따라 실무상 활용되고 있는 다양한 유형의 선하증권에 대해 개별적으로 고찰해 볼 필요가 있다.

다. 선하증권의 법적 성질

선하증권의 법적 성질로서는 일반적으로, 요식증권성·요인(유인)증권성·권원증권성·법률상 당연한 지시증권성·제시증권성·상환증권성 등으로 설명되고 있는데,³²⁾ 이 사건 대법원 판결에서 문제된 스위치 선하증권의 법리와 관련해서는 위에서 제시한 선하증권의 법적 성질 중에서도 요식증권성·요인증권성·문언증권성이 주로 문제가 된다.

(1) 요식증권성(要式證券性)

선하증권은 법정기재사항을 기재한 후 운송인 또는 선박소유자가 기명날인 또는 서명하여야 한다(상법 제853조 제1항, 제855조 제1항). 그러나 선하증권은 절대적 요식증권인 어음·수표와 달리 상대적 요식증권으로서,³³⁾ 선하증권으로서의 효력에 관한 본질적 사항을 제외하고

30) 위의 논문, 188면은 “부진정 스위치선하증권은 선하증권으로서 효력을 가질 수는 없지만 새로운 내용의 증서 발행 자체가 반사회적이거나 타인의 권리를 침해하는 것이 아니므로 모든 사법상 효력이 부인된다고 볼 수는 없다. 스위치선하증권이 발행되더라도 원선하증권은 이에 영향을 받지 않고 유효하므로, 선하증권의 소지인과 그 상대방이 합의하여 발행하는 부진정 스위치선하증권은 그 당사자간의 합의에 대한 증거증권으로서 기능을 할 수 있다.”고 설명하고 있다.

31) 유가증권은 유통성과 피지급성을 본질적 특성으로 하므로, 유가증권의 유통에 따른 거래안전 및 제3자 보호를 위해 유가증권의 종류와 그 내용을 강행 법규로써 규정하고 있는데, 이를 유가증권 법정주의라고 한다. 다만 유가증권 법정주의의 내용과 적용 범위에 대해서는 견해가 나누어지는데, 지식식 내지 소지인 출급식 유가증권에 대해서는 유가증권 법정주의가 적용된다는 점에는 이론이 없다고 한다. 유중원, 『어음·수표법』, 법률문화원, 2008, 65-66면 참조.

32) 이균성, 앞의 책, 566면 이하; 최중현, 앞의 책, 414면 이하; 김인현, 앞의 책, 298-299면 각 참조.

는 나머지 기재사항이 흠결된 경우에도 선하증권으로서의 효력에는 영향이 없다고 본다.³⁴⁾ 다만 상법 제853조 제1항은, 운송인 등이 선하증권에 기명날인 또는 서명하도록 규정하고 있고, 2007년 개정 상법에 따라 운송인의 성명 또는 상호가 새로이 선하증권의 기재사항으로 추가된 점을 감안하면, 운송인은 선하증권에 성명 또는 상호를 기재한 후 날인하거나 서명하여야 할 것이고, 성명·상호 내지 서명·날인이 흠결된 선하증권은 무효라고 보아야 할 것이다.

한편 선하증권의 요식증권성의 의미와 관련해서는 선하증권에 기재된 필수적 기재사항이 흠결된 경우에 해당 선하증권이 무효가 된다는 것을 넘어, 선하증권에 기재된 필수적 기재사항이 선하증권 발행의 원인관계를 정확히 반영하고 있어야 하는 것인지 의문이 있다. 이 사건에서 대법원은 “스위치 선하증권도 유효한 선하증권으로 기능하기 위해서는 선하증권의 발행요건을 모두 충족하여야 한다. … (중략) … 나아가 선하증권의 발행요건을 갖추지 못한 채 발행한 스위치 선하증권은 효력이 없(다)”는 취지로 판시하고 있다. 앞서 설명한 바와 같이 선하증권은 상법 제853조의 규정에 따라 필수적 기재사항을 기재하고 운송인 등이 기명날인 또는 서명하여야 효력이 발생하는 요식증권으로서, 원본 선하증권을 대체하는 스위치 선하증권도 법정의 필수 기재사항을 기재하여야 유효하다는 점에서 원칙적으로 대법원의 위와 같은 판시는 문제가 없다.

그런데 대법원은 더 나아가 “스위치 선하증권도 운송물을 수령하고 발행하여야 하므로 발행권자는 원칙적으로 운송계약의 당사자 … (중략) …이어야 하고, 권한 없는 자가 발행하는 경우에는 적법한 선하증권이라고 볼 수 없다”고 판시하였다. 이 사건 대법원 판시를 종합해보면, 「① 스위치 선하증권도 선하증권의 발행요건을 갖추어야 유효하다(요식증권성의 요구). → ② 선하증권의 정당한 발행권자는 운송계약의 당사자이다. → ③ 그런데 운송물을 수령한 사실이 없는 자(선하증권의 발행권한이 없는 자, 이 사건의 피고)가 발행한 선하증권은 무효이다.」는 논리를 펴고 있음을 알 수 있다.

생각건대, 운송물을 수령한 사실이 없음에도 불구하고 선하증권을 발행한 경우의 선하증권의 효력의 문제는 선하증권의 요식증권성의 요구에서 직접 도출될 수 있는 것이 아니라, 후술하는 선하증권의 요인증권성 및 문언증권성의 관계에서 문제가 되는 것이다. 상법 제853조 제1항이 규정하는 선하증권의 요식증권성의 의의는 법정 필수적 기재사항이 형식적으로 흠결된 경우 해당 선하증권의 효력이 부인된다는 것을 천명한 것이지, 선하증권의 법정 필수적 기재사항이 구비된 경우라도 해당 기재사항이 운송계약의 실체를 정확히 반영하여야 한다는 것을 의미하지는 않는다고 볼 것이다. 이 사건의 경우 상법상 필수적 기재사항을 구비한 제2 선하증권이 발행되었으므로 해당 선하증권의 요식증권성은 충족되었다고 보아야 하고, 다만 이 사건에서 피고는 이 사건 화물을 수령하지 않았음에도 불구하고 이 사건 제2 선하증권을 발행하였

33) 어음법 제2조 제1항 본문 및 수표법 제2조 제1항 본문은

34) 이균성, 앞의 책, 567면; 최중현, 앞의 책, 414-415면.

음으로 인해 피고가 선하증권의 문언증권성에 따라 손해배상책임을 부담할 것인가 하는 점이 문제가 된다. 이 사건에서 대법원은, 피고가 이 사건 제2 선하증권의 발행권한이 없음에도 불구하고 선하증권을 발행함으로써 선하증권의 요식증권성을 침해한 것으로 판시하고 있는데, 선하증권 발행권한의 유무와 요식증권성 충족은 별개의 문제라는 점에서 대법원 판시는 논리적 오류를 범하고 있다는 비판을 면하기 어렵다.

(2) 요인(要因)증권성 또는 유인(有因)증권성³⁵⁾

선하증권은 운송인에 대한 운송물인도청구권을 표창하는 유가증권으로서, 선하증권 소지인의 운송물에 관한 권리는 선하증권의 작성에 의해 발생하는 것이 아니라 선하증권 발행의 원인관계에 있는 운송계약상 법률관계 내지 권리에 근거하고 있다.³⁶⁾ 따라서 증권상의 권리가 증권의 발행행위에 의해 비로소 발생하는 무인증권(無因證券) 또는 설권증권(設權證券)인 어음·수표와 달리,³⁷⁾ 선하증권은 운송계약에 의해 이미 발생한 권리를 표창할 뿐인 비설권증권으로서 그 권리의 내용도 원인관계인 운송계약상 권리관계를 전제로 한다.³⁸⁾

그런데 선하증권의 요인증권성은 선하증권 소지인과 발행인 사이의 운송계약상 권리의무에 관한 것으로서, 후술하는 선하증권의 문언증권성과 관련하여 견해의 대립이 있고 스위치 선하증권의 법적 성질과 효력도 선하증권의 요인증권성 등에 관한 논의와 관련이 있다. 다만 이에 관한 자세한 논의는 후술하고자 한다.

(3) 문언증권성

유가증권 관련자 사이의 법률관계를 그 증권에 기재된 바에 따라 정하는 것을 유가증권의 '문언증권성'이라고 한다. 이러한 유가증권의 문언증권성은 유가증권 거래의 안전과 유통성을 보장하기 위한 것으로,³⁹⁾ 통설적 견해는 개품운송계약에 있어 선하증권의 문언증권성을 인정

35) 다수의 학자들은 선하증권의 법적 성질로서 '요인증권'이라는 용어를 사용하고 있으나, 판례는 '유인증권'이라는 용어를 사용하고 있다(대법원 2005. 3. 24. 선고 2003다5535 판결 등).

36) 이균성, 앞의 책, 567면; 이철송, 『상법총칙·상행위』, 제7판, 박영사, 2008, 452면; 안강현, 『상법총칙·상행위법』, 제7판, 박영사, 2019, 321면. 참고로 선하증권의 법적 성질은 육상운송에 있어서의 화물상환증의 그것과 전혀 동일하므로, 화물상환증의 법적 성질에 관한 설명은 선하증권의 법적 성질론에 있어서도 유효하다. 유중원, 앞의 책, 53면 참조.

37) 어음과 수표는 객관적 가치기준으로서 법률적으로 이행불능의 문제를 제기하지 않는 가장 완전한 지급수단인 금전의 지급청구권인 금전채권을 표창하고 있으므로, 금전채권을 표창하는 유가증권으로서의 유통성과 재산적 가치를 철저히 보장하기 위해 어음과 수표는 그 발행의 원인이 되는 매매 등의 원인관계와 완전히 절연된 무인증권화 되어 있다. 이에 반해 어음과 수표를 제외한 여타 유가증권은 법률적으로 모두 유인증권이며, 선하증권도 동일하다. 이균성, 앞의 책, 568면 참조.

38) 이균성, 앞의 책, 567면; 이철송, 앞의 책, 452면; 유중원, 앞의 책, 53면.

39) 최중현, 앞의 책, 415면.

하고 있다.⁴⁰⁾ 다만 상법 제854조는 선하증권의 발행인과 송하인 또는 발행인과 약의의 소지인 사이에서는 문언증권성을 추정할 뿐이고(제1항), 발행인과 선의의 소지인 사이에서는 문언증권성을 인정하고 있다(제2항).

이러한 선하증권의 문언증권성은 운송물인도청구권으로 대표되는 선하증권 소지인과 발행인인 운송인 또는 선박소유자 사이의 운송계약상 권리의무관계를 규정하는 것으로서, 이에 관해서는 앞서 설명한 바와 같이 요인증권성과 관련해서 견해의 대립이 있다. 특히 이 사건과 같이 운송물을 수령하지 않은 자가 원본 선하증권을 대체하는 자기 명의의 스위치 선하증권을 발행한 경우나, 운송물의 종류·수량·외관상태 등이 원본 선하증권의 기재와 스위치 선하증권의 그것이 상이할 경우 선하증권 발행인의 책임과 의무에 관해서 견해가 일치하지 않는다.

라. 스위치 선하증권 발행인의 법적 책임

이 사건의 경우, 피고는 A의 의뢰에 따라 송하인을 A 회사, 수하인을 F 은행의 지시인, 통지처를 C 회사로 하는 이 사건 제2 선하증권을 발행하였고, 원고는 이 사건 화물의 적하보험자로서 보험보상을 한 후 보험자대위권에 기해 위 선하증권의 발행인인 피고에 대해 손해배상을 구하고 있음은 전술한 바와 같다. 선하증권이 발행된 경우 운송인과 송하인 사이에는 선하증권에 기재된 대로 개품운송계약이 체결되고 운송물을 수령 또는 선적한 것으로 추정하고, 선하증권을 선의로 취득한 소지인에 대해서는 운송인은 선하증권에 기재된 대로 운송물을 수령 혹은 선적한 것으로 보고 선하증권에 기재된 바에 따라 운송인으로서 책임을 진다(상법 제854조). 따라서 원본 선하증권을 발행한 운송인과 송하인 및 약의의 선하증권 소지인 사이에는 상법 제854조에 따라 선하증권에 기재된 대로 추정적 효력이 발생하고,⁴¹⁾ 운송인은 상대방이 선하증권의 선의의 소지인이 아닌 한 반증을 들어 선하증권 기재의 효력을 다툴 수 있다고 볼 것이다.

그런데 상법은 운송인과 선하증권의 선의의 소지인 사이에는 선하증권에 기재된 바에 따라 운송물을 수령 혹은 선적한 것으로 보고 운송인으로서의 책임을 진다고 규정하고 있음으로 인해, 운송인이 운송물을 수령하거나 선적하지 않았음에도 운송물을 수령 내지 선적한 것으로 선하증권을 발행하는 소위 '공(空)선하증권'의 경우나 운송인이 수령한 운송물의 종류 등이 선하증권 기재와 상이한 경우에 운송인이 상법 제854조 제2항에 따라 책임을 부담하는지에 관해

40) 이철송, 앞의 책, 451면; 최종현, 위의 책, 415면; 유중원, 앞의 책, 54면. 이에 반해 이근성, 앞의 책, 570면은 선하증권을 본질적으로 '비문언증권'으로 보고, 다만 선하증권의 비문언증권성은 선의의 선하증권 소지인의 보호를 위한 한도에서 예외적으로 문언증권성을 가진다고 해석한다.

41) 다만 상법 제854조 제1항에 따른 선하증권의 추정적 효력의 주관적 범위와 관련해서는, 선하증권 기재의 추정적 효력이 미치는 범위는 운송인과 송하인 및 선하증권의 약의의 소지인이라는 견해와 추정적 효력은 운송인과 약의의 소지인 간에 적용될 뿐이고 운송인과 송하인 사이에는 선하증권이 아닌 운송계약이 적용된다는 견해가 대립한다.

서는 견해가 일치하지 않는다. 이 사건의 경우, 앞서 살펴본 바와 같이 피고의 운송인으로서의 지위 여하에 관해 다툼이 있을 뿐만 아니라, 설령 피고의 운송인으로서의 지위를 인정한다고 하더라도 피고는 운송물을 수령하지 않았음에도 불구하고 이 사건 제2 선하증권을 발행하였으므로, 피고가 상법 제854조에 따라 선하증권의 선의의 소지인인 원고에게 책임을 부담할 것인지 여부가 쟁점이 되었다.

이 문제는 제정 상법 이래로 선하증권의 요인증권성과 문인증권성의 해석과 관련하여 주로 논의되어 왔는데, ① 선하증권은 설권증권인 어음·수표와 달리 운송계약의 체결에 의해 이미 발생한 운송물인도청구권을 선하증권에 화체시킨 비설권증권이므로 운송인은 원칙적으로 운송계약에 따른 책임을 부담한다는 견해(요인증권설)와 ② 선하증권의 유가증권으로서의 특성을 고려하여 선하증권의 유통성의 확보와 제3자 보호를 통한 거래의 안전을 확보하기 위해 선하증권의 요인증권성에도 불구하고 운송인은 선하증권의 선의의 소지인에 대해서는 선하증권에 기재된 바에 따라 책임을 져야 한다는 견해(무인증권성)가 제시되고 있었으나, ③ 다수의 견해는 요인증권성을 중시하면서도 선하증권성의 유통성 보호를 위해 요인증권성이 문인증권성에 의하여 수정되어야 한다는 절충적 견해를 취하였다.⁴²⁾

이에 관해 판례는 “선하증권은 운송물의 인도청구권을 포창하는 유가증권인 바, 이는 운송계약에 기하여 작성되는 유인증권으로 상법은 운송인이 송하인으로부터 실제로 운송물을 수령 또는 선적하고 있는 것을 유효한 선하증권 성립의 전제조건으로 삼고 있으므로 운송물을 수령 또는 선적하지 아니하였는데도 발행된 선하증권은 원인과 요건을 구비하지 못하여 목적물의 흠결이 있는 것으로서 무효라고 봄이 상당하(다)…”고 판시하여,⁴³⁾ 선하증권의 요인증권성을 강조하고 있다.⁴⁴⁾ 이 사건에서도 대법원은 스위치 선하증권도 운송물을 수령하고 발행하여야 하므로, 발행권자는 원칙적으로 운송계약의 당사자로서 원본 선하증권을 발행한 운송인이나 … 운송인으로부터 선하증권의 교부를 위임받은 자이어야 하므로 권한 없는 자가 발행하는 경우에는 선하증권은 무효이고, 따라서 운송인이 아닌 자가 그 문인증권성에 따라 발행인으로서 스위치 선하증권을 선의로 취득한 자에 대하여 책임을 진다고도 볼 수 없다고 판시하였다. 이러한 이 사건 대법원 판시는 공선하증권의 효력에 관한 기존 판례의 법리에 충실한 해석으로 보인다.

그러나 위와 같은 대법원의 태도는 유가증권으로서의 선하증권의 유통성과 거래의 안전을 심각하게 해치는 문제가 있다. 대법원이 판시한 바와 같이 선하증권은 운송계약의 체결에 따라 이미 발생한 운송물인도청구권이라는 권리를 추후에 증권에 화체시킨 것이라는 점에서 그

42) 최중현, “공선하증권의 효력”, 한국해법학회지 제29권 제1호(2007. 4.), 한국해법학회, 146면; 서석환, “현행 상법하에서의 공선하증권의 효력에 관한 연구”, 한국물류학회지 제25권 제4호(2015. 11.), 한국물류학회, 109면.

43) 대법원 2005. 3. 24. 선고 2003다5535 판결.

44) 대법원 1982. 9. 14. 선고 80다1325 판결; 대법원 2008. 2. 14. 선고 2006다47585 판결 등 참조.

본질을 비설권증권으로서 요인증권이라고 보아야 한다. 그러나 선하증권의 요인증권성은 선하증권의 발행에 관여한 자들 사이의 법률관계에서 그 법적 의의와 기능을 가지는 것으로 제한적으로 해석할 필요가 있고, 나아가 선하증권의 유통단계에까지 요인증권성을 무차별적으로 적용할 수는 없다. 대법원 판시에 따를 경우, 선하증권의 양수인은 선하증권의 배서의 연속 등의 권리이전의 형식적 심사를 넘어, 선하증권 발행인이 실제로 운송물을 수령하였는지 여부도 조사하여야 하고, 이러한 선하증권 거래에 따르는 실질적 심사의 위험은 고스란히 선하증권의 선의의 양수인에게 전가되는 결과가 된다. 이러한 결과는 유가증권으로서의 선하증권의 유통성에 치명적 영향을 미칠 수 있다는 점은 긴 설명을 요하지 않는다.⁴⁵⁾ 특히 과거 제정 상법과 달리 1991년 개정 상법은 헤이그-비스비규칙 제3조 제4항⁴⁶⁾과 함부르크규칙 제16조 제3항을 수용하여 상법 제814조의2(현행 상법 제854조)를 신설함으로써, 선하증권의 문언증권성과 요인증권성을 둘러싼 학술적 견해의 대립을 입법적으로 해결하였다는 점을 감안하면,⁴⁷⁾ 대법원 판시는 상법 제854조의 문언적 해석에도 배치된다.⁴⁸⁾

나아가 신용장거래에 있어 선하증권은 화환어음과 더불어 가장 중요한 선적서류 중 하나로서, 신용장발행은행에게는 신용장대금의 회수에 대한 담보로서의 기능을 수행한다.⁴⁹⁾ 판례는 신용장거래의 독립·추상성의 원칙상 신용장발행은행의 선적서류에 대한 실질적 심사의무를 부정하고, 예외적으로 운송인이 운송물을 수령하지 않았음에도 불구하고 운송물을 수령한 것처럼 허위의 선하증권을 발행한 경우에 선하증권의 허위발행사실이 명백하거나 사소한 주의를 기울였더라면 선하증권의 허위발행 사실을 은행이 알 수 있었을 경우에는 신용장대금의 지

45) 미국 제2연방항소법원은 *The Carso* 사건[43 F.2d 736, 744, 1930 AMC 1743, 1758 (D.N.Y.1930)]에서, 선하증권은 '존중의 문서(a document of dignity)'로서, 거래 당사자의 문서에 대한 확신(Confidence)이 핵심요소라고 판시한 바 있다.

46) Article 3

4. Such a bill of lading shall be prima facie evidence of the receipt by the carrier of the goods as therein described in accordance with paragraph 3(a), (b) and (c). However, proof to the contrary shall not be admissible when the bill of lading has been transferred to a third party acting in good faith.

47) 최종현, 앞의 책, 433-435면; 서헌제·김현·정재근, 『해상물품운송계약론』, 박영사, 2009, 340면.

48) 최종현, 위의 책, 438면; 서석환, 앞의 논문, 112면.

49) 대법원 1998. 9. 4. 선고 96다6240 판결(수출자가 선하증권을 첨부한 화환어음을 발행하여 국내 거래은행으로부터 할인을 받거나 또는 추심위임을 하고 그 국내은행이 신용장 개설은행에 추심하는 방법에 의하여 수출대금이 결제되는 방식의 무역거래에 있어서는, 다른 특별한 사정이 없는 한, 수입자가 그 수출대금을 결제할 때까지는 운송증권에 의하여 표창된 운송 중인 수출품이 위 화환어음의 담보가 되는 것이고, 수출자가 신용장 발행은행을 수하인으로 한 운송증권을 첨부하여 화환어음을 발행한 경우에는 신용장 발행은행이 운송 목적지에서의 수출품의 반환청구권을 가지게 되고 수입자가 신용장 발행은행에 수출대금을 결제하고 그로부터 이러한 반환청구권을 양수받지 않는 한 수출품을 인도받을 수 없게 되고, 신용장 발행은행이 수출대금의 결제를 거절하는 경우에는 수출대금 추심을 위하여 수출자가 발행한 화환어음과 함께 운송증권 등 선적서류를 반환함으로써 위 반환청구권이 국내 거래은행 또는 수출자에게 이전되어 결과적으로 위 반환청구권이 수출대금을 담보하는 기능을 하게 되므로, 신용장 발행은행이 수출대금의 결제를 거부하고 자신이 수취인으로 기재된 운송증권을 다른 서류와 함께 반환한 경우, 이를 반환받은 국내 거래은행 또는 수출자는 운송증권을 그 수하인으로부터 적법하게 교부받은 정당한 소지인으로서 그 증권이 표창하는 운송물에 대한 권리를 취득한다).

급을 거절할 의무가 있다는 취지로 판시하고 있다.⁵⁰⁾ 그런데 국제거래 실무상 신용장발행은행이 선하증권의 소지인인 경우가 다수일 것인데, 공선하증권과 같은 허위의 선하증권을 제시받은 신용장발행은행은 선하증권의 기재가 허위라는 사실이 명백한 경우 등 예외적인 경우 외에는 선하증권 발행의 원인관계를 조사할 의무가 없음에도 불구하고,⁵¹⁾ 매도인 등이 제출한 신용장을 신뢰하여 신용장대금을 지급한 후 자신이 소지한 선하증권이 허위로 작성된 것이라는 이유로 선하증권상 권리를 행사하지 못하게 되는 사태가 발생할 수 있다. 이러한 결과는 은행으로 하여금 매 신용장거래 시 선하증권의 유효성에 대한 실질적 심사를 해야 하는 부담을 지우게 되고, 이는 신용장거래의 기본원리인 신용장의 독립·추상성의 원칙을 근본적으로 허무는 것이 될 것이다.

결론적으로 이 사건의 경우, 이 사건 제2 선하증권의 진정성을 신뢰한 F 은행 및 원고의 신뢰는 존중되어야 하고, 운송물을 수령한 사실이 없음에도 불구하고 허위의 선하증권을 발행한 피고는 자신의 행위에 대한 책임을 지는 것이 정당하다고 볼 것이다.⁵²⁾

3. 스위치 선하증권과 경계계약의 성부 등에 관한 검토

가. 개설

스위치 선하증권은 이미 발행된 원본 선하증권의 기재 내지 내용에 변경을 가한 것이라는 점에서, 스위치 선하증권에 의해 변경된 사항에 따라 스위치 선하증권의 법적 성질과 효력도 달리 판단할 필요가 있다.

50) 대법원 2012. 1. 27. 선고 2009다93817 판결(회환신용장에 의한 거래는 본질적으로 서류에 의한 거래이지 상품에 의한 거래가 아니므로, 은행은 상당한 주의를 기울여 선적서류가 문면상 신용장의 조건과 일치하는지만 확인하면 되고 선적서류에 대한 실질적인 심사의무까지 부담하지는 않으나, 선적서류가 위조(변조 또는 허위 작성을 포함한다)되었을 경우 은행이 위조에 가담한 당사자이거나 또는 서류의 위조 사실을 사전에 알았거나 그와 같이 의심할 만한 충분한 이유가 있는 경우에는, 이는 신용장거래를 빙자한 사기거래에 지나지 아니하므로 은행은 더 이상 이른바 신용장 독립·추상성의 원칙에 의한 보호를 받을 수 없다); 대법원 2002. 10. 11. 선고 2000다60296 판결 등.

51) 신용장통일규칙(UCP600)

[Article 14] Standard for Examination of Documents(서류심사의 기준)

a. A nominated bank acting on its nomination, a confirming bank, if any, and the issuing bank must examine a presentation to determine, on the basis of the documents alone, whether or not the documents appear on their face to constitute a complying presentation(a. 지정에 따라 행동하는 지정은행, 확인은행이 있는 경우의 확인은행 그리고 개설은행은 서류에 대하여 문면상 일치하는 제시가 있는지 여부를 단지 서류만에 의해서 심사하여야 한다.).

52) 미국 연방선하증권법 제80113(a)는 운송인은 선하증권의 선의의 소지인에 대해 선하증권에 기재된 바에 따라 책임을 진다는 취지로 규정하고 있고, 이러한 미국 연방선하증권법의 규정은 영미법상 ‘금반언의 법리(The doctrine of estoppel)’로부터 도출되는 것이라고 설명된다. Thomas J. Schoenbaum, *Admiralty and Maritime Law*, 4th Ed., Thomson West, 2004, St. Paul, MN, pp. 557-558.

특히 운송계약당사자의 권리의무와 관련해서는, ① 스위치 선하증권의 발행에 의해 새로운 운송계약이 체결되었다고 볼 여지가 있는지, ② 운송계약을 변경한 것인지, 또는 ③ 원본 선하증권상 존재하는 단순한 오류의 수정에 불과한 것인지 여부를 명확히 할 필요가 있다.⁵³⁾ 만약 원본 선하증권상 운송물의 명세의 기재에 관한 명백한 오류를 수정하기 위해 스위치 선하증권을 발행한 경우는, 유효하게 발행된 원본 선하증권을 사후적 필요에 의해 회수 또는 폐기한 후 새로운 선하증권으로 교체 발행하는 것이 아니라는 점에서 스위치 선하증권의 발행이라고 볼 수 없다.⁵⁴⁾

이에 반해 송하인 등 운송계약 관련자의 변경이나 양륙항의 변경 등과 같은 운송계약상 권리의무의 변경을 초래하는 경우에는 계약의 변경 내지 경계계약(更改契約)의 성립 여부 등을 별도로 고려할 필요가 있다.⁵⁵⁾

나. 스위치 선하증권의 발행과 경계계약의 성부

(1) 경계계약의 의의와 스위치 선하증권의 발행

기술(既述)한 바와 같이 선하증권은 운송계약서는 아니지만 운송계약의 성립과 내용에 대한 증거로서의 기능을 가지므로 스위치 선하증권의 발행을 운송계약 자체의 변경으로 볼 수는 없지만, 특별한 사정이 없는 한 원본 선하증권의 기재사항에 변경을 가한 스위치 선하증권의 발행은 운송계약의 내용 등의 변경에 대한 추정적 증거로서 기능할 수 있다. 특히 이미 발행된 원본 선하증권을 회수 및 폐기한 후 기재사항의 변경을 한 새로운 선하증권을 발행하는 것은, 운송계약당사자가 채무의 중요한 부분을 변경함으로써 원본 선하증권상 채무를 소멸시키고 스위치 선하증권에 의한 새로운 채무를 성립시키기로 약정한 것으로 볼 수 있다는 점에서 민법상 경계계약을 체결한 것으로 볼 소지도 있다.

민법상 경계계약이란 당사자의 합의에 의해 채무의 중요한 부분을 변경함으로써 구채무를 소멸시키고 신채무를 성립시키는 계약을 말하는데(민법 제500조), 구채무의 소멸과 신채무의 성립은 서로 인과관계를 가지므로 구채무가 소멸하지 않을 경우에는 신채무도 성립하지 않고, 신채무가 성립하지 않은 경우에는 구채무도 소멸하지 않는다는 점에서 민법상 경계는 유인계약의 일종이다.⁵⁶⁾ 한편 경계가 성립하기 위해서는 「채무의 중요한 부분의 변경」이 있어야 한다. 채무의 중요한 부분의 변경이라 함은 채무의 동일성을 결정짓는 중요한 부분의 변경을 말

53) Miriam Goldby, "Managing the risks of switch bills of lading", CML Working Paper Series, No 19/03, May 2019, p. 6.

54) 정경영, 앞의 논문, 180면; Miriam Goldby, *ibid.*, p. 6.

55) Miriam Goldby, *ibid.*, p. 6.

56) 박윤직 대표편집, 『민법주해(11)』, 박영사, 1992, 435면.

하는데, 채권자(민법 제502조)·채무자(제503조)·채권의 목적·채무의 조건 등의 변경이 이에 해당한다고 본다.⁵⁷⁾ 그러나 경계에 있어서는 구채무와 신채무 사이에 동일성이 인정되지 않기 때문에 원칙적으로 구채무의 소멸로써 그에 부수하는 항변권·담보권이 소멸한다는 점에서,⁵⁸⁾ 채권의 동일성이 그대로 유지되면서 당사자 등만 변경되는 채권양도·채무인수 내지 준소비대차계약과 구별된다.⁵⁹⁾

(2) 경개의사의 유무 및 유인계약성의 문제

통설적 견해에 따르면, 민법상 경개가 성립하기 위해서는 당사자 사이에 신채무의 성립으로 구채무를 소멸시키고자 하는 경개의사가 존재하여야 한다.⁶⁰⁾ 이 때 당사자의 의사란 신채무의 성립과 구채무의 확정적 소멸 사이의 상호 유인성을 그 내용으로 하므로, 스위치 선하증권의 발행을 경계계약의 성립으로 보기 위해서는 원본 선하증권에 의한 운송계약상 채무의 소멸과 스위치 선하증권의 발행을 통한 운송계약상 채무의 성립이 상호 인과관계에 있어야 한다. 또한 민법상 경개는 구채무와 신채무 사이에 동질성을 인정되지 않는다는 점을 감안하면, 스위치 선하증권의 발행에 있어서도 신·구 운송계약당사자 사이에는 운송계약상 채무의 동질성이 부정되는 새로운 운송계약의 체결에 대한 의사가 존재하여야 한다.

유력한 견해는 스위치 선하증권의 원본 선하증권에 대한 종속적·유인적 관계를 인정하여, 원본 선하증권 자체가 운송인에 의해 발행되지 않았든지 운송계약이 무효한 상태에서 발행된 경우 이를 대체하는 스위치 선하증권 역시 무효가 된다고 본다.⁶¹⁾ 나아가 위 견해는 스위치

57) 위의 책, 441-442면.

58) 다만 예외적으로 민법 제503조에 따라 채권자변경에 의한 경개의 경우 채무자가 이의를 보유한 경우에는 구채권상에 존재하던 항변권을 그대로 보유할 수 있고, 제505조에 따라 경개의 당사자는 구채무의 담보를 그 목적의 한도에서 신채무의 담보로 할 수도 있다(다만 이 경우에도 제3자가 제공한 담보는 그 승낙을 얻어야 한다).

59) 광운직 대표편집, 앞의 책, 438-439면. 대법원 2016. 6. 9. 선고 2014다64752 판결(경개나 준소비대차는 모두 기존채무를 소멸하게 하고 신채무를 성립시키는 계약인 점에 있어서는 동일하지만 경개의 경우에는 기존채무와 신채무 사이에 동일성이 없는 반면, 준소비대차의 경우에는 원칙적으로 동일성이 인정된다는 점에 차이가 있다. 기존 채권·채무의 당사자가 목적물을 소비대차의 목적으로 할 것을 약정한 경우 약정을 경개로 볼 것인가 준소비대차로 볼 것인가는 일차적으로 당사자의 의사에 따라 결정되고 만약 당사자의 의사가 명백하지 않을 때에는 의사해석의 문제이나, 특별한 사정이 없는 한 동일성을 상실함으로써 채권자가 담보를 잃고 채무자가 항변권을 잃게 되는 것과 같이 스스로 불이익을 초래하는 의사를 표시하였다고는 볼 수 없으므로 일반적으로 준소비대차로 보아야 한다). 대법원 1996. 7. 9. 선고 96다16612 판결(기존의 채권이 제3자에게 이전된 경우 이를 채권의 양도로 볼 것인가 또는 경개로 볼 것인가는 일차적으로 당사자의 의사에 의하여 결정되고, 만약 당사자의 의사가 명백하지 아니할 때에는 특별한 사정이 없는 한 동일성을 상실함으로써 채권자가 담보를 잃고 채무자가 항변권을 잃게 되는 것과 같이 스스로 불이익을 초래하는 의사를 표시하였다고는 볼 수 없으므로 일반적으로 채권의 양도로 볼 것이다)

60) 위의 책, 441면.

61) 정경영, 앞의 논문, 181면. 한편 박세운, 앞의 논문, 433면은 운송인이 원본 선하증권을 회수하지 않은 상태에서 스위치 선하증권을 발행하는 것은 불법적이라고 설명하는데, 박세운 교수의 위와 같은 설명은 원본 선하증권을

선하증권이 유효하기 위해서는 운송인이 원본 선하증권을 반드시 회수 및 폐기한 후 스위치 선하증권을 발행하여야 한다고 해석한다.⁶²⁾

경개는 하나의 계약으로써 신채무를 설정함과 동시에 구채무를 폐기하는 것이므로, 운송계약당사자가 새로운 운송계약의 성립에 의해 원본 선하증권에 의해 증명되는 기존 운송계약상 채무를 소멸시키고자 하는 의사를 가지고 있었다면 스위치 선하증권의 발행을 경개계약의 성립으로 볼 여지가 있다.⁶³⁾ 그러나 신채무의 성립에 의한 구채무의 소멸이라는 인과적 관계의 설정은 당사자 사이의 법적 효력에 국한 될 뿐이고, 구채무와 신채무 간의 유인성에 기한 신채무의 유효성 문제도 계약당사자 내부의 문제에 불과하다.⁶⁴⁾ 따라서 원본 선하증권을 대체하는 새로운 선하증권을 발행하는 경우, 새로이 발행되는 스위치 선하증권의 유효성을 원본 선하증권의 효력과 연계시키는 것은 운송계약당사자 내부에서는 타당하지만, 새로이 발행된 스위치 선하증권의 대외적 효력이 원본 선하증권의 회수 및 폐기 여부에 따라 달라질 수는 없다고 본다.

결론적으로 운송인의 입장에서는 원본 선하증권을 회수 및 폐기한 후 스위치 선하증권을 발행하는 것이 바람직 하지만,⁶⁵⁾ 선하증권을 발행한 운송인의 선의의 제3자에 대한 의무와 책임은 자신이 발행한 개별 선하증권에 따라 독립적으로 이루어져야 하므로, 원본 선하증권의 회수 및 폐기가 이루어지지 않은 상태에서 스위치 선하증권을 발행한 운송인은 선하증권의 선의의 소지인에 대해 각각의 선하증권에 따라 책임과 의무를 부담하여야 한다.⁶⁶⁾

회수하지 않고 스위치 선하증권을 발행하는 행위의 불법성을 강조함으로써, 그 법률효과로써 스위치 선하증권도 무효가 된다는 취지로 해석된다.

62) 정경영, 위의 논문, 185-186면; 한낙현·박지문, 앞의 논문, 151-152면.

63) Miriam Goldby, *op cit*, p. 8.

64) 이에 따라 민법 제501조는 채무자의 변경으로 인한 경개는 채권자와 신채무자 간의 계약으로 이를 할 수 있지만 구채무자의 의사에 반하는 것인 경우에는 무효로 하고 있고, 동 법 제502조는 채권자의 변경으로 인한 경개는 확정일자 있는 증서로 하지 않으면 제3자에게 대항하지 못하도록 규정함으로써 채권자의 변경으로 인한 경개는 신구 양 채권자와 채무자의 3면 계약에 의해서만 성립하도록 하고 있다(곽윤직 대표편집, 앞의 책, 450-451면 참조).

65) 한낙현·박지문, 앞의 논문, 157면; 박세운, 앞의 논문, 433면; 정경영, 앞의 논문, 190-191면; Miriam Goldby, *op cit*, p. 34.

66) 김인현, 앞의 책, 304면; 한낙현·박지문, 위의 논문, 153-154면; 박세운, 위의 논문, 431면; 이필복, 앞의 논문, 146면; Toh Kian Sing, "Of Strait And Switch Bills of Lading", *Legal Digest, Rajah & Tann, Knowledge Management*, November 2001, p. 3. 한편 정경영, 위의 논문, 190면은 "운송인이 원선하증권을 회수하지 않고 손실보상약정만 신뢰하고 스위치 선하증권을 발행한 경우에는 운송인은 스위치 선하증권에 따른 운송물 인도의 무뿐만 아니라 원선하증권에 따른 운송물 인도의무를 부담하게 된다."고 설명하고 있는데, 그런데 앞서 설명한 바와 같이 정경영 교수는 원선하증권의 회수를 스위치 선하증권의 효력요건으로 파악하므로 원본 선하증권을 회수하지 않은 경우 스위치 선하증권은 무효가 될 것이므로, 위의 설명은 논리적으로 자가당착 내지 모순된 것이다.

(3) 채무의 중요한 부분의 변경(채무의 동일성의 변경)인지 여부

민법 제500조는 경계가 성립하려면 「채무의 중요한 부분의 변경」이 있어야 한다고 규정하고 있다. 채무의 중요한 부분이라 함은 채무의 동일성을 결정하는 중요한 부분을 말하고, 민법 제501조 내지 제503조는 채권자 또는 채무자의 변경을 채무의 중요한 부분의 변경으로 규정하고 있다. 그러나 위와 같은 민법 규정은 채무의 중요한 부분의 변경에 대한 예시적 규정이라고 볼 것이고, 채권관계 당사자의 변경 외에도 채무의 동일성을 변경시키는 경우에는 경계가 성립된다고 볼 것이다.⁶⁷⁾

한편 선하증권은 상대적 요식증권으로서 증권에 기재할 사항이 법정되어 있음은 앞서 설명한 바와 같은데, 원칙적으로 선하증권의 법정 기재사항 중 선하증권의 본질에 관련된 사항의 변경은 채무의 중요한 부분의 변경으로 볼 소지가 있을 것이다. 따라서 스위치 선하증권의 법적 성질과 효력을 충실히 고찰하기 위해서는 선하증권의 각 기재사항의 변경에 대한 포괄적 검토가 필요하겠지만, 지면 관계상 이하에서는 실무상 스위치 선하증권 발행의 주된 동기가 되는 송하인 등 운송계약당사자의 변경 등에 한정하여 간단히 검토해 본다.

(가) 송하인 변경의 경우

운송계약의 당사자는 운송인과 송하인 또는 선박소유자와 항해용선자이고,⁶⁸⁾ 민법 제501조 내지 503조는 채권자 또는 채무자의 변경으로 인한 경계의 성립을 인정하므로, 스위치 선하증권의 발행을 통해 송하인 등의 기재를 변경하는 것은 운송계약의 중요한 부분을 변경함으로써 민법상 경계계약이 성립한 것으로 볼 여지가 있다.

만약 스위치 선하증권의 발행을 통한 송하인 또는 항해용선자의 변경을 경계의 성립으로 볼 경우, 원본 선하증권상 운송인과 송하인 사이의 권리의무는 소멸하고 스위치 선하증권상 운송인과 송하인 사이의 권리의무가 새로이 성립한다. 이 경우 스위치 선하증권의 발행에 동의한 운송인은 새로운 송하인 등에 대해서만 운송계약관계를 형성하므로, 소멸한 구 운송계약에 따라 운송인이 구 송하인 등에게 가지고 있던 상법 제796조 제6호에서 규정하는 ‘송하인 또는 운송물의 소유자나 그 사용인의 행위’로 인한 면책주장이나 구 송하인으로부터 수령한 ‘화물선취보증장(Letter of Indemnity 또는 Letter of Guarantee)’을 새로운 운송계약상 송하인 등에게는

67) 대법원 2019. 10. 23. 선고 2012다46170 전원합의체 판결(민법 제500조의 경계는 기존채무의 중요부분을 변경하여 기존채무를 소멸시키고 이와 동일성이 없는 새로운 채무를 성립시키는 계약이다. 기존채무와 관련하여 새로운 약정을 체결한 경우 그러한 약정이 경계에 해당하는지 아니면 단순히 기존채무의 변제기나 변제방법 등을 변경한 것인지는 당사자의 의사에 의하여 결정되고, 만약 당사자의 의사가 명백하지 않을 때에는 의사해석의 문제로 귀착된다. 이러한 당사자의 의사를 해석할 때에는 새로운 약정이 이루어지게 된 동기와 경위, 당사자가 그 약정에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 사회일반의 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다).

68) 최중현, 앞의 책, 236, 357면; 김인현, 앞의 책, 207면.

행사할 수 없다는 문제가 발생한다.⁶⁹⁾

그러나 스위치 선하증권 발행의 실무상 주된 동기 중 하나인, 중계무역에 있어 원매도인의 존재의 노출을 방지하기 위해 중계무역상 등이 스위치 선하증권의 발행을 이용하고 있는 상거래의 관행과 계약관계자들의 의사를 종합적으로 고려하면, 스위치 선하증권의 발행을 통한 송하인의 교체를 경계로 일반화하기는 어렵다고 본다.⁷⁰⁾ 특히 「인코텀즈(INCOTERMS) 2020」⁷¹⁾이 규정하는 ‘운임·보험료포함조건(Cost Insurance and Freight, 이하 CIF조건이라고 함)’에 따른 매매계약에서, 원본 선하증권상 송하인인 매도인이 매매대금을 변제받지 못했음에도 불구하고 스위치 선하증권이 발행된 경우, 매도인은 선하증권을 소지하고 있지 않음으로 인해 선하증권을 통한 운송물에 대한 권리의 행사를 못함으로 인해 매매대금 지급의 확보에 문제가 발생할 수 있다.

물론 이러한 문제는 스위치 선하증권의 발행에 있어 매도인이 자신의 매매대금청구권의 보전을 위한 법적 장치를 확보해야할 문제이긴 하지만, 「국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods), 이하 ‘CISG’라고 함」 제71조 제2항 제1문은 운송증권을 점유하고 있지 않은 매도인의 권리를 보호하기 위해 매수인이 물품을 취득할 수 있는 권리를 부여하는 증권을 소지하고 있는 경우에도 매도인에게 ‘운송정지권(right of stoppage in transit)’을 인정하고 있다.⁷²⁾ 다만 매도인의 운송정지권

69) 상법 제796조 제9호에서 규정하는 ‘운송물의 포장의 불충분 또는 기호의 표시의 불완전’으로 인한 손해의 경우도 동일할 것이다.

70) 통설적 견해와 판례도 경계의 성립여부는 당사자의 의사표시의 해석문제라고 보면서도, 경계로 인한 위와 같은 문제점을 감안하여 경계의 성립을 신중히 판단하여야 한다고 본다(곽윤직 대표편집, 앞의 책, 435면 참조).

71) 정식 명칭은 「무역조건(또는 정형거래조건)의 해석에 관한 국제규칙(International Rules for the Interpretation of Trade Terms,)」로서, ‘국제상업회의소(International Chamber of Commerce)’가 주로 국제물품매매계약의 상업적 측면을 통일하는 규범을 정립하게 위해 1936년에 제정한 것으로서, 최근 인코텀즈 2020이 제정되었다.

72) 제71조

(1) 당사자는 계약체결 후 다음의 사유로 상대방이 의무의 실질적 부분을 이행하지 아니할 것이 판명된 경우에는, 자신의 의무 이행을 정지할 수 있다.

(가) 상대방의 이행능력 또는 신용도의 중대한 결함

(나) 계약의 이행 준비 또는 이행에 관한 상대방의 행위

(2) 제1항의 사유가 명백하게 되기 전에 매도인이 물품을 발송한 경우에는, 매수인이 물품을 취득할 수 있는 증권을 소지하고 있더라도 매도인은 물품이 매수인에게 교부되는 것을 저지할 수 있다. 이 항은 매도인과 매수인 간의 물품에 관한 권리에 대하여만 적용된다.

Article 71

(1) A party may suspend the performance of his obligations if, after the conclusion of the contract, it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of his obligations as a result of:

(a) a serious deficiency in his ability to perform or in his creditworthiness; or

(b) his conduct in preparing to perform or in performing the contract.

(2) If the seller has already dispatched the goods before the grounds described in the preceding paragraph become evident, he may prevent the handing over of the goods to the buyer even though the buyer holds a document which entitles him to obtain them. The present paragraph relates only to the rights

은 매수인과 매도인 간의 물품에 대한 권리에 대해서만 적용되고 제3자의 권리에는 영향이 없으므로(CISG 제71조 제2항 제2문), 운송계약 또는 선하증권에 기해 제3자가 운송인에 대해 가지는 권리를 침해하지 못할 뿐만 아니라 운송인도 매도인에게 물품을 인도할 의무가 없다는 점에서 매도인의 운송정지권의 실익은 제한적이라는 비판적 견해가 있다.⁷³⁾

한편 송하인 등의 기재의 변경을 민법상 경계로 보지 않더라도, 원본 선하증권상 송하인의 기재의 의미를 선하증권상 기재된 자가 실제 운송계약의 당사자라는 사실을 송하인이 확인 및 담보한 것으로 볼 수 있는 경우에는, 선하증권의 기재를 신뢰한 신용장발행은행·보험자 등이 손해를 입은 경우에는 스위치 선하증권의 발행에 관련된 자는 배상책임을 부담할 수 있다.⁷⁴⁾

(나) 수하인 변경의 경우

수하인은 도착지에서 운송물을 수령할 자로 지정된 자로서 운송계약의 당사자가 아니다.⁷⁵⁾ 따라서 운송계약당사자에 의해 수하인으로 지정되었다는 사실만으로는 수하인은 운송계약상 권리의무의 주체가 되지 않지만, 일정한 경우 수하인은 법률에 의해 운송계약상 권리의무의 주체가 될 수 있다(상법 제815조, 제140조, 제807조). 즉 수하인은 운송물이 도착지에 도착한 때에는 송하인과 동일한 권리를 취득하고(상법 제140조 제1항), 운송물이 도착지에 도착한 후 수하인이 그 인도를 청구한 때에는 수하인의 권리가 송하인의 권리에 우선한다(동 조 제2항).

상법 제853조 제1항 제5호는 수하인의 성명·상호를 선하증권의 법정 기재사항으로 규정하고 있지만, 우리 상법상 선하증권은 당연한 지시증권으로서 기명식·지시식·무기명식·소지인 출급식 등으로 발행된 경우에도 선하증권의 정당한 소지인이 운송물의 수하인이 되므로,⁷⁶⁾ 수하인의 성명과 상호는 필수적 기재사항은 아니라고 본다.⁷⁷⁾

한편 민법 제500조에 따르면 경계가 성립하기 위해서는 「채무의 중요한 부분의 변경」이 있

in the goods as between the buyer and the seller.

73) 석광현, 『국제물품매매계약의 법리』, 박영사, 2010, 265면.

74) 한낙현·박지문, 앞의 논문, 154면; Miriam Goldby, *op cit*, p. 9, 26.

75) 최종현, 앞의 책, 237면; 김인현, 앞의 책, 258면.

76) 서울고법 1995. 12. 12., 선고 95나9473 판결(선하증권과 같은 인도증권에 관하여는 어음법 제2조 제1항과 같은 규정이 적용되지 않는 점과 선하증권의 요식증권성을 엄격히 해석하여 기재 사항 흠결의 경우 증권을 무효로 한다면 거래의 안전을 해치는 결과가 된다는 점에 비추어 보면, 선하증권에는 어떠한 운송품이 어떠한 선주 또는 해상운송인에 의하여 선적되고, 어느 항구에서 인도될 것으로 되어 있는가의 점이 명확히 기재되어 있으면 족하고, 그 이외의 사항에 대한 기재가 흠결되더라도 선하증권으로서의 효력이 부정되는 것은 아니라고 해석함이 상당하므로, 선하증권의 수하인으로 기재된 자가 선하증권의 인수를 거절하는 경우 그 선하증권상의 수하인의 기재는 그로써 효력을 잃게 되고, 그에 따라 그 인수거절된 선하증권을 적법하게 반환하거나 양수받은 자는 그에 대한 권리를 취득하는 한편 송하인과 해상운송인은 그 소지인의 요청에 따라 선하증권상의 수하인의 기재를 변경해 줄 의무가 있으므로, 선하증권을 그와 같은 경위로 취득한 자는 그 수하인의 기재가 변경되기 전이라도 선하증권의 정당한 소지인이라고 보아야 한다.)

77) 최종현, 앞의 책, 423면.

어야 하고 민법은 채권자 또는 채무자의 변경을 경계 성립의 예시로 규정하고 있는데, 수하인은 선하증권의 필요적 기재사항도 아닐 뿐만 아니라 선하증권의 수하인의 기재에 불구하고 선하증권의 정당한 소지인이 운송물의 수하인으로서의 지위를 가진다는 판례의 태도를 감안하면,⁷⁸⁾ 선하증권상 수하인의 변경을 민법상 경계로 보기는 어렵다.

나아가 판례는 선하증권이 발행되지 아니한 해상운송에 있어, 수하인이 이미 도착지에 도착한 화물에 대해 운송인에게 인도청구를 하여 운송물을 인도받은 후에는 비록 그 운송계약에 기하여 뒤늦게 선하증권이 발행되었더라도 선하증권의 소지인은 운송인에 대해 새로이 운송물에 대한 소유권 또는 인도청구권을 취득할 수 없다는 취지로 판시하였다.⁷⁹⁾ 위와 같은 판례의 태도에 따를 경우, 운송인이 원본 선하증권과 상환하여 선하증권 소지인에게 운송물을 인도한 후 새로이 선하증권을 발행한 경우에는 비록 당해 선하증권을 선의로 취득하였더라도 선하증권의 소지인은 운송물에 대한 권리를 취득하지 못할 것이다. 다만 위 문제는 원본 선하증권과 상환으로 운송물이 수하인(선하증권 소지인)에게 인도된 후 발행된 선하증권의 효력에 관한 것이라는 점에서, 운송물이 인도되지 않은 상태에서 선하증권만 교체 발행한 경우의 스위치 선하증권의 효력과 직접적으로 관련된 것은 아니라고 볼 것이다.

(다) 선적항 및 양륙항의 변경

원본 선하증권이 발행된 후 운송계약당사자의 사정으로 인해 운송물의 선적항 또는 양륙항이 변경되는 경우, 새로이 발행된 선하증권의 법적 성질과 효력을 어떻게 볼 것인지 의문이다.

먼저, 선적항의 변경과 관련해서는 각국의 무역규제와 관련한 문제가 발생할 소지가 있다. 대외무역법 제5조는 일정한 경우 외국과의 대외무역에 제한을 가할 수 있다고 규정하고 있다.⁸⁰⁾ 특히 국가안보 등의 필요에 의해 특정한 국가 또는 지역으로부터의 특정 물품의 수입 또

78) 대법원 1999. 10. 26. 선고 99다41329 판결(해상운송계약에 따른 선하증권이 발행된 경우 그 선하증권의 정당한 소지인이 상법 제811조의 '수하인'이다); 대법원 1997. 4. 11. 선고 96다42246 판결 등.

79) 대법원 2003. 10. 24. 선고 2001다72296 판결(선하증권이 발행되지 아니한 해상운송에 있어 수하인은 운송물이 목적지에 도착하기 전에는 송하인의 권리가 우선되어 운송물에 대하여 아무런 권리가 없지만, 운송물이 목적지에 도착한 때에는 송하인과 동일한 권리를 보유하고, 운송물이 목적지에 도착한 후 수하인이 그 인도를 청구한 때에는 수하인의 권리가 송하인에 우선하게 되는바, 그와 같이 이미 수하인이 도착한 화물에 대하여 운송인에게 인도 청구를 한 다음에는 비록 그 운송계약에 기한 선하증권이 뒤늦게 발행되었다고 하더라도 그 선하증권의 소지인이 운송인에 대하여 새로이 운송물에 대한 소유권 또는 인도청구권 등의 권리를 갖게 된다고 할 수는 없다); 대법원 2015. 12. 10. 선고 2013다3170 판결3.

80) 제5조(무역에 관한 제한 등 특별 조치) 산업통상자원부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 물품 등의 수출과 수입을 제한하거나 금지할 수 있다.

1. 우리나라 또는 우리나라의 무역 상대국(이하 "교역상대국"이라 한다)에 전쟁·사변 또는 천재지변이 있을 경우
2. 교역상대국이 조약과 일반적으로 승인된 국제법규에서 정한 우리나라의 권익을 인정하지 아니할 경우
3. 교역상대국이 우리나라의 무역에 대하여 부당하거나 차별적인 부담 또는 제한을 가할 경우
4. 헌법에 따라 체결·공포된 무역에 관한 조약과 일반적으로 승인된 국제법규에서 정한 국제평화와 안전유지

는 해당 지역 등으로의 특정 물품의 수출을 금지하는 경우,⁸¹⁾ 이러한 금수조치를 우회 내지 회피하기 위한 목적으로 스위치 선하증권을 발행하여 선적항을 변경하는 것은 불법적 목적을 위한 선하증권의 교체발행이라는 점에서, 해당 스위치 선하증권은 무효가 된다고 보아야 할 것이다.⁸²⁾

상법상 양륙항은 선하증권의 필수적 기재사항으로서, 운송물의 멸실 등으로 인한 손해배상액 산정(동 법 제815조, 제137조), 선장의 선박수선료 등 항해의 계속에 필요한 비용 지급을 위한 적하처분의 경우 손해배상액 산정(제750조 제2항), 그리고 공동해손으로 인한 적하의 손해배상액의 산정은 양륙항의 가격을 기준으로 하고(제869조), 양륙항의 기재가 흠결된 선하증권은 무효로 된다.⁸³⁾ 그러나 운송계약당사자의 경제적 사정의 변화 또는 항만폐쇄 등과 같은 외부적 요인으로 인한 양륙항의 변경은 운송계약의 중요한 부분의 변경이 발생하였다고 보기는 어렵다. 따라서 양륙항의 변경에 따른 새로운 선하증권의 발행은 단순한 운송계약의 내용의 변경으로서, 새로운 선하증권의 발행에도 불구하고 선하증권의 교체 전후의 운송계약의 동일성은 그대로 유지된다고 보아야 할 것이다.⁸⁴⁾

(라) 하우스 선하증권과 소위 ‘병합화물 선하증권’의 경우

당초 여러 화주로부터 소단위로 집화되어 선적된 운송물을 운송의 편의 등을 위해 하나의 운송물로서 일괄하여 선하증권을 발행하거나(병합화물 선하증권) 그 반대의 경우에, 새로이 발행되는 선하증권을 스위치 선하증권으로 볼 것인지, 새로이 발행된 선하증권의 법적 성질과 효력을 어떻게 볼 것인지도 문제가 될 수 있다.

운송의 편의를 위해 다수의 화주로부터 소량의 화물을 집화하여 하나의 선하증권을 발행하는 경우는, 대표적으로 물류정책기본법이 규정하는 ‘국제물류주선업자’⁸⁵⁾가 타인으로부터 집화한 화물의 운송을 인수하거나 개입권을 행사한 경우에 운송물이 운송단위인 한 개의 컨테이너를 전부 채우지 못할 경우⁸⁶⁾에 다른 화주로부터 집화한 화물과 혼재하여 한 개의 컨테이너

등의 의무를 이행하기 위하여 필요할 경우

4의2 국제평화와 안전유지를 위한 국제공조에 따른 교역여건의 급변으로 교역상대국과의 무역에 관한 중대한 차질이 생기거나 생길 우려가 있는 경우

5. 인간의 생명·건강 및 안전, 동물과 식물의 생명 및 건강, 환경보전 또는 국내 자원보호를 위하여 필요할 경우

81) 대표적으로 미국의 「The Trade Expansion Act of 1962」 제232조는 국가안보 등의 목적달성을 위해 대통령과 상무성으로 하여금 특정 물품 등에 대한 수입규제조치를 취할 수 있도록 규정하고 있다.

82) Miriam Goldby, *op cit*, p. 30.

83) 최중현, 앞의 책, 424면.

84) Miriam Goldby, *op cit*, p. 14.

85) “국제물류주선업”이란 타인의 수요에 따라 자기의 명의로 계산으로 타인의 물류시설·장비 등을 이용하여 수출입화물의 물류를 주선하는 사업을 말하는데(물류정책기본법 제2조 제11호), 실무상 이러한 업무에 종사하는 자를 ‘Freight Forwarder’라고 부른다.

로 운송하는 경우에 주로 발생한다. 국제물류주선업자가 자신이 인수한 운송계약의 이행을 제 3자(실제운송인)에게 위탁하는 경우, 실무상 국제물류주선업자가 발행하는 선하증권을 '하우스 선하증권(House Bills of Lading)'이라고 하고, 실제운송인이 국제물류주선업자에게 발행하는 선하증권을 '마스터 선하증권(Master Bills of Lading)'이라고 부른다.⁸⁷⁾ 하우스 선하증권과 마스터 선하증권은 동일한 운송물에 대해 실제운송인과 계약운송인인 국제물류주선업자가 별도로 발행한 선하증권이지만, 양자 모두 운송계약상 정당한 운송인의 지위에서 선하증권을 정당하게 발행하였다는 점에서 마스터 선하증권을 스위치 선하증권으로 볼 수는 없다. 따라서 하우스 선하증권과 마스터 선하증권이 발행된 경우, 계약운송인과 실제운송인은 각자 선하증권에 따른 책임을 부담할 뿐이다.⁸⁸⁾

이와 반대로 대량의 화물을 수입하는 수입상이 운송인으로부터 대량화물 전체에 대한 원본 선하증권을 발급받은 후 화물의 운송 중에 전체화물을 소량으로 분할하여 다수의 매수인에게 매각하는 경우에는 분할된 각 운송물에 대해 새로운 선하증권이 발행될 수 있다. 이 때 원본

86) 실무상 'LCL(Less than a Container Load)화물'이라고 한다.

87) 김인현, 앞의 책, 286면.

88) 이에 반해 일부 견해는 하우스 선하증권과 마스터 선하증권이 발행된 경우, 하우스 선하증권만이 적법한 선하증권이고 마스터 선하증권은 일반 선하증권으로서의 기능과 효력을 가지지 못한다고 설명하거나[김인현, "실무에서 나타나는 다양한 선하증권과 그 대응물", 국제거래법연구, 제22권 제1호(2013), 국제거래법학회, 267면], 선하증권으로서의 제한적 효력을 가진 부진정 선하증권이라고 설명하고 있다(정경영, 앞의 논문, 189-190면 및 한낙현·박지문, 앞의 논문, 152-153면). 그러나 하우스 선하증권과 마스터 선하증권 모두 운송인이 발행한 정당한 선하증권으로서, 마스터 선하증권도 선의취득의 대상이 될 수 있고 마스터 선하증권의 정당한 소지인은 운송인에 대해 선하증권상 권리를 취득할 수 있다고 보아야 하므로[김창준, "복합운송주선업자의 법적 지위에 관한 연구 ①", 월간 해양한국, 2004. 4. (재) 한국해사문제연구소, 57면 참조], 위와 같은 일부의 견해는 마스터 선하증권의 법리를 오해하였거나, 오해를 일으킬 수 있는 설명이라고 할 수 있다. 나아가 위 일부 견해들은 하우스 선하증권만이 적법한 유가증권이고 마스터 선하증권은 부진정 선하증권이라고 주장하면서 그 근거로서 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다39820 판결을 들고 있지만, 필자의 사건으로는 위 대법원 판결은 위 일부 견해들이 주장하는 것과 같은 취지의 판결을 한 것이 아니다. 위 대법원 판결은 "... 수입업자로서는 선하증권과 상환으로 운송인으로부터 화물을 인도받거나 선하증권과 상환으로 운송인으로부터 화물인도지시서(D/O)를 발행받은 후 화물인도지시서와 상환으로 보세창고업자로부터 화물을 반출하는 것이 원칙적인 방법이다. Master D/O는 운임을 지급받은 실제 운송선사가 운송주선인에게 발행하는 화물인도지시서로서 운송주선인이 선박 내 창고에서 화물을 반출할 수 있는 근거서류가 되고, 하우스 화물인도지시서(House Delivery Order, 약칭으로 House D/O라고 한다)는 수입업자에 의한 대금결제까지 모두 이루어진 후 운송주선인이 수입업자에게 발행하는 화물인도지시서로서 수입업자가 보세창고업자로부터 화물을 인도받을 수 있는 근거서류가 된다. 이 사건 Master D/O는 실제 운송선사가 선박 내 창고에서 화물을 반출할 수 있는 근거서류로 발행한 것이고, 따라서 이 사건 Master D/O의 수하인(Consignee), 통지처(Notify Party)가 모두 운송주선인인 소의 주식회사로 기재되어 있으므로, 이 사건 Master D/O는 수입업자에 대한 화물인도지시서가 될 수 없다."고 판시하고 있는데, 위 판결의 취지는 마스터 선하증권은 실제운송인과 운송주선인 사이에서 발행되는 것이고 하우스 선하증권은 운송주선인과 수입화주 사이에서 발행되는 것이므로, 실제운송인의 이행보조자의 지위에 있는 보세창고업자는 수입업자의 운송물 인도청구에 대해 수입업자가 수하인으로서 운송물인도청구권을 가지고 있다는 사실을 증명하는 서류인 하우스 선하증권 내지 운송주선업자가 수입업자에게 발행한 화물인도지시서와 상환으로 운송물을 인도할 의무가 있다는 점을 지적한 것일 뿐 마스터 선하증권이 선하증권으로서의 효력이 없다는 취지의 판시를 한 것은 아니다.

선하증권의 발행인이 송하인 등의 요청에 따라 전체화물을 소량으로 분할하여 새로운 선하증권을 발행하면서 원본 선하증권을 회수 및 파기하지 않고 새로운 선하증권을 발행할 경우, 운송인은 원본 선하증권과 스위치 선하증권의 선의의 소지인에 대해 책임을 부담할 위험을 안게 된다. 따라서 이러한 경우 운송인은 반드시 원본 선하증권을 회수하여 폐기한 후 새로운 선하증권을 발행할 필요가 있다.

4. 스위치 선하증권의 발행과 신용장거래

국제물품매매계약상 물품대금지급에 관한 계약당사자 사이의 신용의 결여를 보충하는 제도가 신용장(Letter of Credit) 제도인데, 매도인 겸 수익자(Beneficiary)는 매매대금의 지급을 받기 위해 신용장발행은행이 신용장에서 요구하는 선적서류(Shipping document)를 정확히 구비하여 제출하여야 한다. 특히 신용장거래에서 가장 중요한 선적서류는 해상운송인 등이 발행한 선하증권으로서,⁸⁹⁾ 선하증권에는 법정 기재사항이 빠짐없이 정확하게 기재되고 운송인이 서명하여야 한다.⁹⁰⁾

그런데 전술한 바와 같이 신용장대금의 지급을 위해서는 신용장조건에 기재된 선적서류와 매도인이 제출한 선적서류가 일치하여야 하는데, 신용장발행은행 등은 선적서류의 일치 여부를 단지 서류만으로 심사하여야 하며 신용장, 서류 그 자체 그리고 국제표준은행관행의 문맥에 따라 읽을 때의 서류상의 정보(data)는 그 서류나 다른 적시된 서류 또는 신용장상의 정보와 반드시 일치될 필요는 없으나, 그들과 저촉되어서는 안 된다.⁹¹⁾

신용장거래에 있어 선하증권의 중요성과 신용장에서 요구하는 선적서류와 매도인 등이 제시한 선하증권이 실질적으로 일치하여야 한다는 판례의 태도를 고려하면,⁹²⁾ 운송계약당사자 사이에서 스위치 선하증권의 발행을 운송계약의 변경으로 볼 것인지 또는 새로운 경계계약의 성립으로 볼 것인지 여부를 떠나, 신용장발행은행의 동의가 없이 발행된 스위치 선하증권은 원칙적으로 적법한 선적서류로서 인정될 수 없는 위험을 내포하고 있다는 점을 지적하지 않을 수 없다.⁹³⁾

89) Ralph H. Folsom·Michael Wallace Gordon·John A. Apanogle, Jr., *International Business Transactions*, 2nd Ed., West Group, 2001, St. Paul, MN., p. 207.

90) UCP 600 article 20.

91) UCP 600 article 14 d. 판례에 따르면, 신용장이 항구 간 선적에 적용되는 선하증권을 요구하는 경우, 화물이 선하증권의 발행 전에 선적되지 아니한 '수취선하증권(Received Bill of Lading)'의 경우에는 그 선하증권에 화물이 지정된 선박에 본선적재 또는 선적되었다는 사실과 신용장통일규칙이 요구하는 본선적재표기가 정당하게 되었는지 여부는 신용장 관련 다른 서류의 기재를 참고하지 아니하고, 해당 선하증권의 문언만을 기준으로 하여 엄격하게 판단되어야 한다(대법원 2002. 11. 26. 선고 2001다83715, 83722 판결 등 참조).

92) 사법연수원, 『금융거래법』, 사법연수원 출판부, 2014. 8., 301면. 대법원 1992. 2. 25. 선고 91다30026 판결; 대법원 2009. 10. 29. 선고 2007다52911, 52928 판결; 대법원 2011. 1. 13. 선고 2008다88337 판결 등.

93) 다만 UCP 600 article 9 및 10에 따라 신용장발행은행이 신용장 및 이에 대한 조건변경의 통지를 수익자인

IV. 결 론

선하증권은, 운송물을 수령 또는 선적한 운송인이 송하인의 요구에 따라 발행한 운송물인도 청구권을 표창하고 있는 유가증권이라는 점에서 본질적으로 비설권증권이며 요인증권성을 갖는다. 그러나 위와 같은 선하증권의 불완전 유가증권으로서의 특성에도 불구하고 상법 제854조는, 운송인은 선하증권의 선의의 소지인에 대해서는 선하증권에 기재된 바에 따라 책임을 진다고 규정하고 있다. 이는 유가증권으로서의 선하증권의 신뢰의 확보와 거래의 안전을 위해, 선하증권의 요인증권성에도 불구하고 운송인과 선의의 소지인 사이에는 선하증권의 문언증권성에 우선적 효력을 부여하겠다는 입법자의 의지의 표현으로 해석할 수 있다.

이에 반해 대법원은 제정 상법 이래로 일관하여 선하증권의 유인증권성을 무인증권성보다 우위에 두는 해석을 하여, 공선하증권과 같이 선하증권 발행의 실제와 선하증권의 기재가 상위한 경우에 운송물을 수령하지 않고 선하증권을 발행하거나 운송인이 아닌 자가 발행한 선하증권을 무효라고 판시하고 있다. 그런데 대법원의 위와 같은 해석론은 상법 제854조의 문언에 명백히 반한 것일 뿐만 아니라, 유가증권으로서의 유통성과 거래의 안전을 근본부터 허물 우려를 안고 있다. 극단적으로 대법원의 태도에 따를 경우, 선하증권의 양수인은 지시식 내지 무기명식 선하증권에 대해서도 선하증권 발행인의 운송인으로서의 지위와 운송물 수령 여부를 조사해야 하는 위험을 부담하는데, 이러한 해석론이 부당하다는 점은 긴 설명을 요하지 않는다.

한편 국제무역 실무상 거래당사자들은 다양한 원인과 이유에서 원본 선하증권을 발급 받았음에도 불구하고 소위 '스위치 선하증권'으로 불리는 새로운 선하증권을 교체해서 발행 받기도 한다. 스위치 선하증권의 효력과 관련해서, 운송인과 송하인 사이의 내부관계에서는 원본 선하증권을 대체하는 스위치 선하증권의 효력을 부인할 이유가 없다. 그러나 스위치 선하증권을 발행함에 있어 원본 선하증권을 회수 및 폐기하지 않은 경우, 운송인은 선하증권의 문언증권성의 법리에 따라 원본 선하증권과 스위치 선하증권의 선의의 소지인에 대해 책임을 부담하여야 한다.

그런데 최근 대법원은 원본 선하증권이 발행된 상태에서, 운송인이 아닌 자가 운송물을 수령하지 않았음에도 불구하고 자신이 운송인으로서 스위치 선하증권을 발행한 사안에서, 선하증권은 원칙적으로 운송물을 수령한 운송인 또는 운송인이나 선박소유자 등의 위임을 받은 자가 발행하여야 하므로, 권한 없는 자가 발행하는 경우에는 적법한 선하증권이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라 운송인이 아닌 자가 그 문언증권성에 따라 발행인으로서 스위치 선하증권을 선의

매수인 등에게 유효하게 한 경우, 또는 article 16에 따라 제시된 선적서류와 신용장조건의 불일치를 신용장개설 의뢰인이 포기(waiver)하는 경우에는 신용장조건과 선적서류가 일치하지 않아도 신용장발행은행은 지급할 수 있다.

로 취득한 자에 대하여 책임을 진다고도 볼 수 없다고 판시하였다. 위와 같은 대법원의 판시는 선하증권의 유인증권성과 무인증권성의 관계에 관한 종래의 대법원의 태도에 충실한 것으로 보이는데, 위 대법원 판례는 선하증권의 선의의 취득자의 이익을 일방적으로 희생한 채 선하증권 발행인의 이익을 옹호하는 것이라는 비판을 면하기 어렵다. 위 사안에서 대법원은 스위치 선하증권 발행인이 영세사업자라는 점과 선하증권 발행의 대가로 수령한 금원이 운임이 아닌 서류작성의 대가라는 점 등을 고려한 것으로 보이는데, 위 대법원 판례의 취지를 따를 경우 선하증권의 불법적 발행관행은 근절되기 어려울 것이고 보다 근본적으로는 선하증권의 본질인 선하증권의 유통성에 대한 거래계의 확신을 해치는 문제가 있다.

위와 달리 운송인과 송하인 사이의 내부관계에서 스위치 선하증권의 발행을 어떻게 해석할 것인가 하는 점도 문제가 될 수 있다. 특히 운송계약당사자들의 의사표시의 해석상 스위치 선하증권의 발행에 따라 기존 운송계약상 채무를 소멸시키고 새로운 채무를 신설한다는 합의를 인정할 수 있는 경우에는 민법상 경계가 성립한 것으로 볼 여지도 있다. 그러나 스위치 선하증권의 발행을 기존 운송계약의 당사자들이 가지는 권리의무를 완전히 소멸시키고 새로운 운송계약을 체결하겠다는 의사표시로 해석하는 것은 신중을 기할 필요가 있다. 따라서 대부분의 경우에 스위치 선하증권의 발행은 기존 운송계약의 동일성에 변경을 가하지 않는 한도 내에서의 계약의 변경으로 해석될 것이다.

마지막으로 언급을 요하는 부분은 스위치 선하증권의 발행은 운송계약당사자만의 이해가 결린 문제가 아니라는 점이다. 특히 스위치 선하증권의 발행 목적이 국가안보 등의 이유로 특정 국가 또는 지역에서 생산된 특정한 물품의 무역을 제한하는 규제를 회피하거나 불법적 목적을 숨기기 위한 것이라면, 그러한 스위치 선하증권의 발행은 공공질서를 위반하는 불법적 행위로서 선하증권 자체가 무효가 될 뿐만 아니라 운송인은 각종 불이익의 대상이 될 수도 있다는 점을 주의할 필요가 있다.

또한 신용장거래를 동반한 국제물품매매계약에 있어 선하증권은 매도인이 신용장발행은행에 제시하는 가장 중요한 선적서류이고 신용장발행은행에 대해서는 담보로서의 역할을 수행하는 것이다. 신용장통일규칙상 신용장발행은행은 신용장조건과 선적서류의 일치여부를 문서만으로 판단하고, 이 때 선적서류의 일치여부는 신용장조건과 선적서류가 실질적으로 일치하는지 여부를 중심으로 판단한다. 그런데 신용장발행은행의 동의 없이 운송계약당사자가 임의로 발행한 스위치 선하증권은 신용장조건과 일치하지 않는 것이라는 점에서, 신용장발행은행에 의해 수리될 가능성이 거의 없다는 위험이 있다는 점도 주의할 필요가 있다. ☐

참 고 문 헌

- 곽윤직 대표편집, 『민법주해(11)』, 박영사, 1992
- 김인현, 『해상법』, 제5판, 법문사, 2018
- 김창준, “복합운송주선업자의 법적 지위에 관한 연구 ①”, 월간 해양한국, 2004. 4. (재) 한국해사문제연구소
- 박세민, 『보험법』, 제5판, 박영사, 2019
- 박세운, “스위치선하증권의 불법적 발행 관행에 따른 위험과 그 대책”, 통상정보연구 제14권 제2호(2011. 6.), 한국통상정보학회
- 사법연수원, 『금융거래법』, 사법연수원 출판부, 2014. 8.
- 서석환, “현행 상법하에서의 공선하증권의 효력에 관한 연구”, 한국물류학회지 제25권 제4호(2015. 11.), 한국물류학회
- 서헌제·김현·정재근, 『해상물품운송계약론』, 박영사, 2009
- 석광현, 『국제물품매매계약의 법리』, 박영사, 2010
- 안강현, 『상법총칙·상행위법』, 제7판, 박영사, 2019
- 유중원, 『운송증권』, 법률문화원, 2009
- 유중원, 『어음·수표법』, 법률문화원, 2008
- 이군성, 『신 해상법대계』, 한국해양수산개발원, 2010
- 이필복, “스위치 선하증권의 유효성과 효력 -대법원 2020. 6. 11. 선고 2018다249018 판결-”, 해양한국(2020. 10.), 재단법인 한국해사문제연구소
- 임석민, 『선하증권론』, 도서출판 두남, 2000
- 이정원, “정기용선의 외부관계에 관한 소고”, 한양법학 제22권 제1집(2011. 2.), 한양법학회
- 이정원, “개품운송인의 확정과 운송물의 종류·가액고지의 의의-대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다88215 판결을 중심으로”, 사법, 통권 제42호(2017), 사법발전재단
- 이철송, 『상법총칙·상행위』, 제7판, 박영사, 2008
- 정경영, “스위치 선하증권의 법적 성질과 효력에 관한 연구”, 성균관법학 제26권 제1호(2014. 3.), 성균관대학교 법학연구소
- 최종현, 『해상법 상론』, 제2판, 박영사, 2014
- 최종현, “공선하증권의 효력”, 한국해법학회지 제29권 제1호(2007. 4.), 한국해법학회
- 한기정, 『보험법』, 제2판, 박영사, 2018
- 한낙현·박지문, “국제상거래의 다양화에 따른 Switched B/L의 법적 문제점에 관한 고찰”, 무역보험연구 제18권 제1호(2017. 3.), 한국무역보험학회
- International Transport Intermediaries Club, *Issuance of Switch Bill of Lading*, 1996. 09,

<https://www.itic-insure.com/our-publications/intermediary/switch-bills-of-lading-2886/>.

Miriam Goldby, "Managing the risks of switch bills of lading", CML Working Paper Series, No 19/03, May 2019

Ralph H. Folsom·Michael Wallace Gordon·John A. Apanogle, Jr., *International Business Transactions*, 2nd Ed., West Group, 2001, St. Paul, MN,

Thomas J. Schoenbaum, *Admiralty and Maritime Law*, 4th Ed., Thomson West, 2004, St. Paul, MN,

Toh Kian Sing, "Of Strait And Switch Bills of Lading", Legal Digest, Rajah & Tann, Knowledge Management, November 2001

Abstract

A Study on Legal Nature and Effects of the Switch Bills of Lading

- Supreme Court Decision 2018 Da249018 Decided June 11, 2020 -

Lee, Jung-Won

The bills of lading is a security issued by a carrier who has received or loaded goods at the request of the shipper, and recognizes the right to claim the goods. Pursuant to Article 854 of the Commercial Code, the carrier shall be liable for the bona fide holder of the bills of lading as stated in the bills of lading. However, in case where the carrier issued a clean bills of lading even though he never had received or loaded the good, the Supreme Court consistently states that the legal nature of the bills of lading as a security originally based on facts that the carrier received and loaded the goods is superior to the legal nature that the carrier should be liable for the wordings on the bills of lading. Therefore, the court determines that the bills of lading issued by the carrier without receiving the goods or issued by the non-carrier is invalid. However, the Supreme Court's attitude is not only against the words of Article 854 of the Commercial Code, but also risks damaging the circulation of securities and the security of transactions. On the other hand, even if international trade practitioners have been issued the original bills of lading, for various reasons they were issued a new bills of lading, a so-called 'switch bills of lading' by replacing the original one. With regard to the effectiveness of the switch bills of lading, there is no reason to deny the validity of the switch bills of lading in the internal relationship between the carrier and the shipper. However, if the original bills of lading was not recovered and discarded in issuing the switch bills of lading, the carrier shall be liable to the lawful holder of the original bills of lading and the bona fide holder of the switch bills of lading, in accordance with the wordings of those bills of lading. On the other hand, apart from the external effect of the switch bills of lading, in the internal relationship between the carrier and the shipper, the issuance of the switch bills of lading

in the interpretation of the intentions of the parties to the transport contract can be considered as creation of new contract or novation of existing contract in case where the parties of the transport contract agreed to extinguish the existing debt in the contract and creates a new debt. However, it is necessary to be cautious in interpreting the issuance of the switch bills of Lading as an intention that the parties will completely extinguish the rights and obligations under the existing contract of carriage and enter into a completely new contract of carriage. Thus, in most cases, the issuance of a switch bills of lading will be interpreted as a variation of the contract that does not change the identity of the existing contract of carriage.

Key Words : Switch bills of lading, House bills of lading, Master bills of lading, Novation, Contract variation, Doctrine of Estoppel