

숨은 어음保證에 관한 考察*

梁 碩 完**

目 次

- I. 序 論
- II. 어음保證과 숨은 어음保證
 - 1. 어음保證
 - 2. 숨은 어음保證
- III. 숨은 어음保證의 發現樣態로서의 背書의 不連續
 - 1. 融通背書
 - 2. 擔保背書
 - 3. 숨은 어음保證
- IV. 어음債務에 대한 숨은 保證
 - 1. 어음債務에 대한 民法上 保證
 - 2. 保證債權의 移轉
 - 3. 保證人의 代位와 어음上의 權利
 - 4. 保證人의 權利行使와 그 範圍
 - 5. 保證人의 權利行使와 어음抗辯
- V. 原因債務에 대한 숨은 保證
 - 1. 어음關係가 原因關係에 미치는 影響
 - 2. 어음背書人의 原因債務에 대한 保證責任
- VI. 結 論

I. 序 論

현대의 어음去來에서는 背書는 신용을 얻고자 하는 依賴者를 위한 「숨은 保證」으로서 機能하고

* 이 論文은 '91학년도 敎育部 학술연구 조성비에 지원에 의한 것임.

** 법정대학 법학과 (Dept. of Law, Cheju Univ., Cheju-do, 690-756, Korea)

있다.”

商業信用의 시대에는 어음의 유통을 간이하게 하고 擔保責任의 集積에 의하여 어음의 신용을 강화한다고 하는 중요한 기능을 背書制度가 담당하고 있지만, 은행신용의 제도화에 따라 배서제도의 기능에는 커다란 변화가 생긴 것이다. 그 하나의 이유는 記名者信用에서 依頼者信用으로의 移行이고, 현재의 어음 割引은 貸出業務의 一環으로서 대부분 割引依頼人의 一般資力을 담보로 하여 행하여지고 있고 割引어음의 還買事由가 명백하게 의뢰자신용을 중심으로 정해지고 있는 것은 바로 이를 나타내고 있다.” 의뢰자신용중심주의의 바탕위에서 還買請求(특히 差減計算)의 제도화는 배서이상으로 강한 담보적 기능을 발휘하고 있고, 배서는 불필요한 존재로 되고 있다. 어음法은 일찍부터 白地式背書 있는 어음의 交付讓渡를 인정하고 있지만(第14條 2項 3號), 融通어음信用의 발달은 이에 박차를 가하고, 오히려 一切 배서를 回避한 受取人白地어음의 交付에 의한 유통을 선호하기에 이르고 있다.

실제 어음去來에서는 背書가 많은 어음은 유통상 몹시 不良어음으로 취급되고 신용면에서는 劣後한 평가가 내려진다.” 그리하여 어음交換所에서 交換에 돌린 어음의 대부분은 白地式背書 1개만의 어음이거나 受取人白地の 어음이다.

白地를 補充하지 않은 채 제3자에 어음을 引渡하는 방식(어음法 第14條 2項 3號, 77條 1項)은 어음의 단순한 인도에 의한 讓渡를 인정하는 것이므로, 이것이 어음의 指示證券性과 어떠한 관계에 있는가가 문제된다. 배서책임이 증첩됨으로써 信用을 강화한다는 배서의 담보적 기능은 이와 같은 단순한 인도에 의한 양도의 경우에는 기대할 수 없다. 요컨대, 銀行信用制度의 바탕에서는 어음의 讓渡는 오히려 交付讓渡를 중심으로 하는 것으로 되고 있다.

英·美法上으로는 無記名어음이 인정되므로⁴⁾ 단순한 교부에 의한 어음의 양도가 널리 인정되고 있는 점이 우리나라와 다르다.⁵⁾ 그러나, 英美法은 단순한 인도에 의하여 어음을 讓渡한 자에게 무거운 擔保責任(warranty liability)을 지우고 있다.⁶⁾ 이 擔保責任은 어음關係外에서(off the instrument) 부담하는 책임이다.”

따라서 背書交付의 경우에 있어서도 背書보다도 交付를 讓渡意思의 중심에 놓고서 생각한다면, 背書의 現代的 機能은 주로 숨은 保證으로서의 기능을 영위하는 데 있다는 考察이 필요할 것이다.”

1) Opitz, Der Funktionswandel des Wechselindossaments, 1968, S. 116ff, 128f.

2) 韓國外換銀行 規程, 어음去來約定書 제8조 1항·2항 등 參照.

3) 高窪利一, 現代 手形·小切手法, 經濟法會研究會, 1980, p. 156.

4) BEA §31(2), 58; U. C. C. § 3-202(1), §3-417(2).

5) 鄭東潤, 어음·手票法[三訂版], 法文社, 1990, p. 396.

6) U. C. C §3-417(2); BEA §58(3).

7) Byles, *On Bills of Exchange*(25th ed. by M. Megrah & F. Ryder), 1983, p. 192; Jordan & Warren, *Commercial Law*, 3rd ed., 1983, p. 386; Whaley, *Problems and Materials on Negotiable Instruments*, 1981, p. 170.

8) 岩崎一生, 新商法演習3, 1974, p. 136; 高窪利一, op. cit., p. 156.

이에 本 論文은 숨은 어음保證의 發現樣態로서 「背書」, 특히 不連續된 背書에 注目하고 民法上의 保證이라는 숨은 趣旨가 어음債務와 原因債務의 어느 範圍까지 스며드는가를 구분하여 分析한 다음, 숨은 保證人의 代位辨濟로 인하여 제기되는 問題點들을 究明함으로써, 숨은 어음保證에 관한 法律關係를 새롭게 부각시킴과 아울러 그 解釋論的 體系를 整理하는 데 目的을 두고 있다.

II. 어음保證과 숨은 어음保證

1. 어음保證

어음保證(aval, Wechselbürgschaft)은 어음債務를 담보할 것을 목적으로 하는 附屬的 어음行爲를 말한다. 어음保證은 發行人, 引受人, 背書人 등의 信用만으로는 불충분한 경우에 그 信用이 부족한 特定の 채무자, 즉 被保證人에 의한 어음金の 支給을 담보하기 위하여 다른 사람, 즉 保證人이 동일한 내용의 어음채무를 부담하는 것을 목적으로 행하여지는 從된 어음行爲이다. 이 때 어음保證人은 어음에 대하여 일반적으로 보증하는 것이 아니라, 어음관계자 가운데 1人을 보증하는 것이다. 換어음의 채무자로서는 일반적으로 引受人, 發行人, 背書人이 있고, 約束어음의 채무자로서는 보통 발행인과 배서인이 있으나, 어음保證이 있게 되면 그밖의 어음채무자로서 保證人이 추가된다.

어음保證의 法的 性質은 어음法上 특수한 종류의 責任參加(Haftungsbeitritt)이다.⁹⁾ 어음保證은 主債務者인 換어음의 引受人 및 約束어음의 發行人을 위하여는 물론, 遡求義務者인 換어음의 발행인과 換어음·約束어음의 背書人을 위하여도 할 수 있다. 어음保證에 의하여 어음保證人은 독립하여 어음상의 義務를 부담하지만, 그 義務의 存否 및 範圍는 主된 債務에 따른다. 이에 따라 어음保證人은 引受人·發行人 또는 遡求義務者와 동일한 책임을 진다. 어음保證人이 換어음의 引受人 또는 約束어음의 발행인을 위하여 보증한 경우에는 遡求要件과 無關하게 拒絕證書의 작성 없이도 어음상의 책임을 짐에 반하여, 遡求義務者인 換어음의 발행인 또는 兩어음의 배서인을 위하여 보증한 경우에는 소구의 요건이 갖추어진 때에 한하여 책임을 지게 된다.¹⁰⁾

2. 숨은 어음保證

保證人이 어음에 보증의 뜻을 기재하고 記名捺印하는 것을 公然한 어음保證이라 한다. 公然한 어음保證은 어음의 信用이 없다는 것을 公表하는 결과가 되어 어음의 유통을 저해하므로 실제에 있어서는 私人에 의한 보증은 별로 이용되지 않고, 어음채무를 담보하기 위한 취지이면서도 형식

9) 李基秀, 어음法·手票法, 博英社, 1989, p. 346.

10) 鄭東潤, op. cit., p. 370.

적으로는 發行(共同發行)·背書(특히 擔保背書)·引受 등의 방법에 의하는 경우가 많다. 이를 숨은 어음保證이라고 한다.¹¹⁾ 물론 이러한 방법에 의하더라도 법률상으로는 發行·背書·引受 등의 行爲가 있을 뿐이므로 그 효력은 形式的 表示에 따라서 생기게 된다. 즉 어음行爲者는 발행인이나 배서인 또는 인수인으로서 책임을 지고¹²⁾ 숨은 어음保證은 당사자 사이에 있어서 人的 抗辯의 事由가 될 뿐이다.¹³⁾

왜냐 하면, 숨은 保證의 취지는 法形式을 援用하는 데 있어서의 經濟的 目的, 즉 法律行爲論的으로는 動機가 되는 데 불과하다. 따라서 어음行爲의 效果로서 생기는 어음債權의 발생, 변동은 당사자의 숨은 保證의 의도와는 無關하게 어음行爲의 형식에 의하여 정해져야 함은 물론이다. 그러나, 숨은 保證의 취지라고 하는 당사자의 경제적 목적, 즉 法律行爲의 動機가 法律的으로 전혀 무의미한 것은 아니므로, 어음所持人의 권리행사에는 당사자 사이에 人的 抗辯의 문제로서 이를 고려하지 않으면 안되는 것이다.

Ⅲ. 숨은 어음保證의 發現樣態로서의 背書의 不連續

背書의 連續이 단절된 경우에 그것이 어떠한 法的 效果를 가지는가 하는 점은 극심하게 다루어지고 있는 문제이다.

1. 融通背書

이 문제에 관하여 美國統一商法典은 不連續背書는 融通을 위한 것임을 나타내는 것으로서 融通背書로서의 효력을 가진다고 한다.¹⁴⁾ 그리하여 不連續背書人은 融通者로서 被融通者에 대한 遡求權이 인정된다. 이는 U. C. C. §3-603(2)가 규정하고 있는 바와 같이 어음의 支給은 누구든지 할 수 있고, 그 가운데는 不連續背書人도 포함되기 때문이며 특히 그 어음의 支給에 의하여 不連續背書人은 어음讓受人의 權利를 취득한다.¹⁵⁾ 따라서 이 권리에 따라 遡求權이 부여된 受取人은 作成人(maker)¹⁶⁾에 대하여 어음에 기한 償還請求를 할 수 있고, 다름이 있는 때에는 不連續背書人

11) 大判 1964. 12. 20, 64다 865 參照.

12) 大判 1973. 9. 25, 73다 405; 1972. 3. 28, 71다 2452.

13) 崔基元, 어음, 手票法, 博英社, 1990, p. 497; 倉澤康一郎, 「手形外の保證について」, 法學研究 51卷 11號, p. 71.

14) U. C. C. §3-415(4) An indorsement which shows that it is not in the chain of title is notice of its accommodation character.

15) U. C. C. §3-201(1).

16) 英美法 및 國際어음UN協約은 換어음의 發行人은 drawer, 約束어음의 發行人은 maker(作成人)이라고 하여 用語를 구분하고 있다. : 鄭熙喆, 商法學(下), 博英社, 1990, p. 124.

은 그가 融通者인 사실을 나타내는 증거를 제출할 수 있다.¹⁷⁾

融通背書人의 책임을 확정하기 위해서는 融通者나 背書人에 관한 규정 뿐만 아니라, 受取人에 대한 어음의 交付에 앞서 白地記名捺印을 한 자에 관한 규정도 고찰할 필요가 있다.

U. C. C. §3-415(1)에서는 融通者라 함은 어음상 다른 當事者에 대하여 그 名義를 貸與할 목적으로 일정한 자격으로 어음에 署名(記名捺印)한 자를 말한다.」라고 규정하고 있다. 즉 어음상에 作成人(maker), 換어음의 發行人, 引受人 또는 背書人으로서 署名(記名捺印)한 자를 말한다.¹⁸⁾

어음作成人(約束어음의 發行人)과 背書人 雙方의 자격으로 署名한 자를 融通作成人이라 한다.¹⁹⁾ 融通作成人의 책임은 다른 어음作成人의 책임과 다르지 않다. 그는 有償取得의 所持人에 대하여 책임을 지고, 所持人의 知·不知는 문제되지 아니한다. 融通作成人은 실상 보증인이고²⁰⁾ 그 범위 내에서 어음의 滿期에 所持人에게 제1차적이고 無條件의 支給責任을 진다. 제3자와의 관계에 있어서 融通作成人은 자기 名義를 기재한 證券이 詐欺라고 하거나, 虛偽表示라는 증거로 그 진실성을 否定하는 것은 허용되지 아니한다.²¹⁾ 融通作成人은 제3자에 대하여 보증인에게만 허용되고 작성인에게는 허용되지 않는 抗辯은 援用할 수 없다. 判例는 被融通者 이외의 자에 대한 融通作成人의 책임은 보증인으로서의 책임이 아니라, 主債務者로서의 책임이고 어음의 文言에 따라 지급해야 할 無條件의 책임이라고 한다.²²⁾ 그리고 主債務者에 대한 債權者의 支給猶豫가 보증인에 대한 책임면제도 되는 保證法의 원리하에서, 融通作成人이 그 保證人의 이익을 주장할 수 있는가의 여부를 결정하는 문제에 受取人이나 所持人이 이해관계를 가지는 한, 그 融通者는 보증인이라고 할 수 없다고 한다.²³⁾

또한, 換어음의 融通引受人의 책임은 본질적으로 約束어음의 融通作成人의 책임과 같고, 融通引受人은 그 어음의 主債務者가 된다. 有償에 대한 관계에서는 資金供給을 받은 자와 동등한 지위에 선다. U. C. C. 下에서는 融通引受人은 融通作成人과 마찬가지로 主債務者에 대한 溯求權을 가지지 않고 어음상의 채무를 부담한다.²⁴⁾

이와는 달리, 어음의 交付前에 배서한 자 및 어음作成人을 위한 融通背書人의 책임은 제2차적 책임이고, 이것은 支給提示나 不渡通知 및 支給拒絕이라고 하는 背書人의 책임조건의 성립을 전

17) Steinheimer, Jr. Impact of the Commercial Code on Liability of Parties to Negotiable Instrument in Michigan, 53 *Mich. L. Rev.* 198, 202.

18) UNIL §29에서는 明文으로 인정된 바 있다.

19) *Norfolk Nat. Bank v. Griffin* 107 NC 173. 11 SE 1049; Anderson, *Business Law*, 11th ed., 1980, p. 389.

20) Subsection (1) recognizes that an accommodation party is always a surety (which includes a guarantor), and it is his only distinguishing feature. (Official Comment to § 3-415, U. C. C.); Farnsworth, *Cases and Materials on Commercial Paper*, 3rd ed., 1984, p. 453.

21) Liability of an Accommodation Party to Holder for Value after Maturity, 39 *Harv. L. Rev.* 893. decision.

22) *McGoldrick v. Family Finance Corp.* 287 NY 535. 41 NE 2d 86, 141 ALR 909.

23) *Galloway v. Minckler* (Lo. App) 63 So 2d 981.

24) 2U. L. A. (1968) U. C. C. Med §3-415, 194.

제로 한다. 判例가운데는 受取人이나 所持人에 대한 融通背書人의 책임은 作成人的 保證人인 지 위로서의 책임이고, 보증인으로서 제1차적 책임을 지는 者라고 하는 것도 있다.²⁵⁾

2. 擔保背書

背書의 擔保的 効力과 관련하여 실제 거래계에서 발전되어 온 제도로서 擔保目的만을 위한 背書, 이른바 擔保背書라는 것이 있다.

擔保背書(Garantieindossament)란 어음의 支給能力을 높이기 위하여 어음을 讓渡할 의사없이 오직 擔保의 목적으로 하는 배서를 말한다. 원래 背書의 주된 목적은 어음상의 權利를 移轉하는 데 있고, 擔保的 効力은 배서의 從된 効力에 불과한데, 담보배서에 있어서는 주된 효력은 없고 종된 효력만을 그 목적으로 하는 점에 특색이 있다. 예컨대, 甲이 丙에 대한 채무의 이행을 위하여 借用證書 대신에 乙을 수취인으로 한 約束어음을 발행하고 乙은 同어음의 支給性을 높이기 위하여 이러한 사정을 알면서 同어음에 背書하여 丙에게 교부한 경우에는, 乙의 배서는 담보배서로서 權利移轉의 効力은 없고 擔保的 効力만이 있다는 것이다.²⁶⁾

그런데, 이 담보배서를 法的으로 어떻게 다룰 것인가에 관하여는 견해가 多岐하게 대립하고 있다. 獨逸에서는 이러한 擔保背書를 不適法하다고 하여 그 効力을 인정하지 않고 否定하는 견해가 있다.²⁷⁾ 그러나, 어음行爲는 그 形式에 의해서만 有效 여부가 판단되는 점에서나 背書人 당사자의 의사에도 反한다는 점에서 볼 때, 담보목적의 擔保背書를 부인할 아무런 이유가 없다. 判例는 그 適法性을 인정하고 있고,²⁸⁾ 이를 긍정하는 견해가 多數說의 입장이다.²⁹⁾

문제는 擔保背書를 인정하는 경우에 이를 讓渡背書의 일종으로 볼 것인가, 아니면 당사자가 의도한 바에 따라 특수한 효력을 가지는 배서로 볼 것인가 하는 점이다.

먼저, 담보배서를 讓渡背書의 일종으로 인정되어야 한다는 입장은 앞서 본 바와 같이 이를 權利移轉의 効力이 없고 擔保的 効力만이 있는 特殊背書의 일종으로서 인정되는 것이 아니라, 보통의 讓渡背書와 같이 權利移轉의 効力·擔保的 効力 및 資格授與의 効力이 모두 인정되고 擔保目的은 당사자 사이에서 實質關係에 기한 抗辯事由로써만 대항할 수 있다고 본다.³⁰⁾ 上記 設例에서 실질적인 면에서만 보아 丙이 甲으로부터 최초로 어음상의 權利를 취득하고 乙은 甲으로부터 어

25) Central Trust Co v. Manly (CA 5 Fla). 100F 2d 992. 그러나, Conway v. Stary, 51 ND 399, 200 NW 505, 37 ALR 1186 事件에서는 融通背書人은 surety로서의 法上的 청구권을 행사할 수 없다고 判示하고 있다.

26) 鄭熙喆, op. cit., p. 189.

27) Hirsch, NJW 1954, 1568f.

28) BGHZ 13, 87f.

29) Hueck/Canaris, *Recht der Wertpapiere*, 12. Aufl. 1986, S. 92f; Zöllner, *Wertpapierrecht*, 14. Aufl. 1987, S. 102; Baumbach/Hefermehl, *Wechselgesetz und Scheckgesetz*, 15. Aufl. 1986, Art. 15, Rdn. 3.

30) 徐敏珏·鄭煥亨, 어음法·手票法, 서울大學校出版部, pp. 494~496.

음상의 권리를 취득하지도 못하고 또 이를 丙에게 양도하지도 못한다고 설명할 수도 있겠으나,³¹⁾ 어음行爲의 無因性(抽象性)과 形式的인 면에서 보아 乙은 甲으로부터 原因關係(對價關係) 없이 어음상의 권리를 취득하여 丙에게 다시 원인관계(대가관계) 없이 이를 讓渡한 것으로 볼 수도 있다고 한다. 이렇게 본다면 위의 배서를 讓渡背書의 일종으로 보는 데 큰 문제가 없다는 것이다.³²⁾ 문제는 이렇게 보는 것이 背書人 당사자의 의사와 일치하지 않은 점은 있으나, 그렇다고 어음법이 인정하지도 않는 새로운 형태의 背書를 당사자의 의사에 따라서만 인정하는 것은 어음行爲의 定型性 내지 有價證券法定主義에도 反한다고 보게 된다.³³⁾

이와는 달리 擔保背書는 그 의도된 바에 따라 擔保的 効力은 있으나 移轉的 効力은 없는 背書라고 보는 것이 타당하다는 견해가 있다.³⁴⁾ 이를 權利移轉的 効力이 擔保的 効力의 전제가 아니라는 이유로 긍정하고 있다.³⁵⁾ 당사자가 兩効力의 분리를 원할 때에는 이를 인정하더라도 상관없다고 할 것이고, 따라서 擔保背書의 경우의 담보적 효력은 讓渡背書의 경우와는 달리 法定的 効力이 아니라 당사자의 의사에 따른 효력이라고 본다.³⁶⁾ 또 現行法은 所持人出給式 手票에 배서를 함으로써 移轉的 効力없이 擔保的 効力만을 부담하는 배서를 인정하는 실정에 비추어 보아도 그 有効性을 인정하여 무방하다고 한다.³⁷⁾ 英美에서도 이러한 擔保目的의 背書의 有効性을 인정하고 있다.³⁸⁾

또한, 이 견해는 背書의 資格授與的 効力이 擔保的 効力의 前提要件이 아니라고 한다. 즉 背書의 連續은 欠缺되었으나 그 欠缺이 實質的 權利에 의하여 架橋된 경우에는 물론,³⁹⁾ 위 欠缺된 부분이 架橋되지 아니하여 背書人이 形式的 資格은 말할 것도 없고 實質的 權利까지 없는 경우에도 擔保的 効力을 인정할 수 있다고 한다.⁴⁰⁾ 이 입장은 그 論據로서 背書의 連續이 단절된 후의 背書도 배서 그 자체로서는 正式의 유효한 배서이기 때문이고, 背書의 資格授與的 効力은 어음取得者 및 어음債務者를 보호하기 위한 것이므로 所持人의 형식적 자격을 담보적 효력의 요건으로 할 필요는 없는 점을 들고 있다.⁴¹⁾

擔保背書의 背書人에게도 前者에 대한 溯求權이 인정되는가에 관하여 判例는 否定하나,⁴²⁾ 學

31) 鄭熙喆, op. cit., p. 189.

32) 徐敏珪·鄭燦亨, op. cit., p. 495.

33) Ibid., p. 496.

34) 鄭熙喆, op. cit., p. 189; 鄭東潤, op. cit., pp. 411~412.

35) 앞의 註28) 判例와 註29) 學說 참조.

36) 鄭東潤, op. cit., p. 412.

37) Ibid.

38) Hill et al. v. Lewis, 1 Salk. 132, 133; Penny v. Innes (1834), 1 C.M. & R. 439.

39) Hueck/Canaris, a. a. O., S. 96; Zöllner, a. a. O., S. 95; Baumbach/Hefermehl, a. a. O., Art. 16, Rdn. 13.

40) BGHZ 13. 86f; Baumbach/Hefermehl, a. a. O., Art. 15, Rdn. 5.

41) 鄭熙喆, op. cit., p. 191; 鄭東潤, op. cit., p. 422 參照.

42) BGHZ 13. 87f.

說은 肯定하는 傾向이다.⁴³⁾ 이는 어음保證人과 參加支給人의 遡求權을 인정하는 어음法 제32조 3항이나 제63조 1항의 類推適用에 의하여 가능하다고 한다. 擔保배서인의 遡求權을 否定하는 견해⁴⁴⁾에 의하면 이 경우에 배서인은 어음法 제49조에서 말하는 前者가 아니라고 한다. 그러나, 여기에서 前者는 반드시 前에 어음상의 권리를 취득하였던 자라고 볼 필요는 없고 어음을 환수한자의 前者로서 어음에 기재된 자를 말하는 것으로 풀이할 수 있다. 어음保證人이나 參加支給人도 결코 전에는 어음상의 권리자가 아니었다는 점에서 擔保背書人과 다를 바가 없으므로 어음法上的 遡求權의 類推適用은 무리가 없다고 보는 것이다.⁴⁵⁾

3. 숨은 어음保證

그렇다면, 어음行爲者가 숨은 어음保證의 취지로 背書 등 어음行爲를 하는 경우에 그 理論構成은 어떻게 할 것인가? 이른바 擔保背書를 숨은 어음保證으로 풀이하는 입장이다. 담보배서를 어음保證, 즉 公然한 어음保證으로 보는 견해가 있으나,⁴⁶⁾ 어음法上的 어음保證은 그 形式上 될 수 없는 점에서 타당하지 않다. 즉 이 擔保背書는 어음의 裏面に 하고 있으므로, 어음의 裏면에 한 단순한 記名捺印은 그 形式과 効力面에서 (擔保)背書로는 볼 수 있으나 (어음法 第13條 2項, 77條 1項, 手票法 第16條 2項), 어음保證으로는 볼 수 없다(어음法 第31條 3項, 77條 3項, 手票法 第26條 3項). 또한, 擔保背書의 경우에 背書人은 자기의 後者에 대하여만 담보책임을 부담함에 反하여, 어음保證에 있어서는 원칙적으로 前者를 위하여도 効力을 미칠 수 있으므로, 담보배서를 어음保證으로 풀이하는 것은 부당하다고 한다.⁴⁷⁾

그리하여 이 擔保背書를 그 어음行爲의 形式에 의해서가 아니라 當事者가 의도한 바에 따라 그 効果를 결정한다고 하는 考察을 하는 경우에 숨은 어음保證으로 새길 수는 없는가 하는 것이다. 실제로 많은 경우 保證人이 被保證人의 부탁을 받고 保證을 하고, 保證人과 상대방 사이에는 民法上 保證契約이 있으며, 保證人은 그 契約履行의 일부로서 어음·手票上 保證을 한다.⁴⁸⁾ 당사자 사이에 保證 내지는 保證의 委託이 숨어 있는 것이야 말로 保證의 취지로 어음행위가 이루어지고 있는 근거가 되는 것이다. 英國어음法은 어음保證을 인정하지 아니하므로 擔保背書가 어음保證의 代用 역할을 하고 있다.⁴⁹⁾

숨은 어음保證으로서 어음行爲가 이루어진 경우에 당사자간의 保證의 숨은 취지는 이를 어음償

43) 崔基元, op. cit., p. 342; 鄭東潤, op. cit., p. 412; Hueck/Canaris, a. a. O., S. 93; Reinicke, BB (1956), 388. 그러나, Zöllner, a. a. O., S. 117은 이를 否定하는 입장이다.

44) BGH 13, 87f; Zöllner, a. a. O., S. 117.

45) 崔基元, op. cit., pp. 342~343.

46) Vgl. Opitz, a. a. O., S. 116ff, 137ff.

47) 徐敬珏·鄭燦亨, op. cit., p. 494.

48) 蔡利植, 商法講義(下), 博英社, 1992, p. 137.

49) Byles, op. cit., p. 191.

務에 대한 것과 原因債務에 대한 것으로 나누어 고찰할 수 있다.

IV. 어음債務에 대한 숨은 保證

1. 어음債務에 대한 民法上 保證

먼저, 숨은 保證으로서 어음行爲를 한 자가 어음債務에 대하여 民事上의 保證을 하는 의사가 있는 것으로 볼 수 있는가 하는 문제는 이를 肯定하는 쪽으로 보고 있다.⁵⁰⁾ 保證의 취지로 이루어진 어음行爲가 約束어음의 發行 또는 換어음의 引受와 같이 最終義務의 부담을 내용으로 하는 경우 및 保證의 취지로 어음行爲를 한 者의 책임이 被保證人인 어음債務者의 책임과 그 喪失 내지는 消滅事由를 동일한 것으로 하는 경우에는 어음行爲의 효과로서의 책임부담 이상으로 保證의 意思를 인정해야 할 實益은 없다.⁵¹⁾ 가장 典型的으로 보증의 의사 有無가 效用을 발휘하는 경우는 約束어음의 발행인 또는 換어음의 引受人을 위하여 숨은 保證으로서 背書등이 이루어진 경우 일 것이다.⁵²⁾ 이 때에는 背書人 그 자신의 어음上의 자격에 基한 담보책임은 단순한 保全節次의 懈怠에 의하여 소멸될 수 있지만, 被保證債務가 約束어음의 發行人 또는 換어음의 引受人의 의무인 경우에는 所持人은 배서인에 대한 遡求權을 상실하더라도 被保證債務인 어음債務가 존속하는 한, 보증인으로서의 책임을 추궁할 수 있는 實益이 있게 된다.⁵³⁾

물론 保證人이 어음手票上에 背書 또는 保證만 하여 被保證人에게 교부할 뿐 상대방과의 原因關係에 전혀 관여를 하지 않는 경우도 있다. 그러나, 被保證人이 타인으로부터 금전을 借用하고 그에 대한 담보로 어음·手票를 제공한다는 사실을 알면서 숨은 어음保證을 한 保證人의 경우, 어음·手票金의 지급을 解除條件으로 하여 어음手票金額의 범위 내에서 被保證人의 貸與金返還債務도 보증한 것으로 推定한다.⁵⁴⁾ 이는 주로 사소한 節次上의 欠缺로 인하여 所持人이 어음手票上 權利를 완전히 잃게 될 때 그 救濟手段으로서 자주 援用된다. 즉 숨은 保證目的으로 背書나 共同發行이 이루어진 경우에 民事保證債務까지도 推認할 수 있다면 所持人으로서 어음債權이 時效로 消滅한 경우나,⁵⁵⁾ 支給提示가 無効이기 때문에 遡求權을 상실한 경우⁵⁶⁾ 등 어음으로 청구할 수 없는 경우에 民事保證債務의 이행을 구하는 別訴의 利益이 인정되고, 다른 한편 숨은 保證人으로서 民事保證의 附從性에 의한 催告·檢索의 抗辯(民法 第437條)의 利益이나 被保證人의 抗

50) 日最判 1982. 9. 7. 判例時報 1055號 29面.

51) Baumbach/Hefermehl, a. a. O., Art. 30, Rdn. 2

52) 倉澤康一郎, op. cit., p. 74 參照.

53) Central Trust Co v. Manly (CA 5 Fla), 100F 2d 992.

54) 日大判 1936. 7. 8. 判決全集 3輯 7號 10面; 大判 1937. 8. 7. 判決全集 4輯 15號 18面; 大判 1941. 10. 13. 新聞 4735號 7面 등.

55) 日最判 1967. 2. 10. 金判 50號 14面.

56) 日最判 1977. 11. 15. 民集 31卷 6號 900面.

繕의 援用의 이익이 인정되게 된다.

2. 保證債權의 移轉

그런데, 어음債權에 대하여 民法上の 保證이 이루어진 경우에 背書의 權利移轉的 効力과 관련하여 어음상의 권리에 從된 權利, 즉 保證人에 대한 권리도 이전하는가에 대하여는 學說이 대립하고 있다.

가. 肯定說

어음상의 권리의 이전에 따라 그에 附隨하는 권리, 즉 質權, 抵當權, 保證債權 등도 이전한다고 보는 肯定說의 입장에서는 어음상의 권리에 從된 權利의 이전을 인정하는 것은 어음의 流通을 조장하기 위하여 필요한 점, 이들 從된 권리는 주된 권리의 처분에 따른다고 하는 民法上の 一般原則⁵⁷⁾ (民法 第100條 2項) 또는 擔保物權의 附從性(民法 第430條) 및 從된 권리의 이전을 인정하는 것은 당사자간의 의사에도 합치하는 점, 背書에 의한 어음상의 權利의 讓受人이 指名債權讓渡方法에 의한 讓受人보다 더 약한 지위를 가질 수 없다는 점 등에 따라 어음상의 권리의 移轉과 함께 保證債權도 이전한다고 한다.⁵⁸⁾

나. 否定說

背書는 어음상의 權利만을 移轉하는 것이고 어음상의 권리는 抽象的인 것이므로 특별한 합의가 없는 한, 保證債權 등은 被背書人에게 이전하지 아니한다거나,⁵⁹⁾ 保證債權 등의 移轉 여부는 背書의 기초가 되는 實質關係의 문제로서⁶⁰⁾ 어음상의 권리는 그 성질상 從된 권리를 허용하지 않는다고 한다.⁶¹⁾

생각컨대, 保證債權은 背書 자체의 移轉的 効力에 의하여 被背書人에게 당연히 이전하는 것이라고는 할 수 없다. 그러나, 일반적으로 保證債權은 주된 채권을 담보하는 목적상 附從性을 갖고 주된 채권의 이전에 隨伴하는 성질을 갖는 것이므로 주된 채권의 이전과 함께 이전하고, 주된 채권의 양도에 관하여 對抗要件이 구비된 경우 주된 채권을 취득한 자는 보증채권의 양도에 관하여

57) Stranz, Wechselgesetz, 1952, Art. 14, Anm. 7; Jacobi, Wechsel-und Scheckrecht, 1956, S. 600f; 小橋一郎, 「手形外の保證と被裏書人の保證人に對する請求」, 民商法雜誌 63卷 5號 p. 919.

58) 姜渭斗, 商法講義(Ⅲ), 蜆雪出版社, 1985, p. 600; 梁承圭·朴吉俊, 改正商法要論, 三英社, 1984, p. 622.; 徐廷甲·孫珠瓊·金世元·鄭東潤, 學說判例 註釋어음·手票法, 韓國司法行政學會, 1973, p. 268; 朴元善, 새商法(下), 修學社, 1980, p. 543; 鄭東潤, op. cit., pp. 408~409; 伊澤孝平, 手形法·小切手法, 1949, p. 383; 日最判 1970. 4. 21, 民集24卷 4號, 283面.

59) 大過健一郎, 改訂 手形法·小切手法講義, 1962, p. 101; 服部榮三, 手形·小切手法, 1978, p. 92.

60) 徐燉珪, 第三全訂 商法講義(下), p. 182; 孫珠瓊, 全訂增補版 商法(下), 博英社, 1985, p. 161; 鄭熙喆, op. cit., p. 186; 崔基元, op. cit., p. 319; 徐燉珪·鄭燦亨, op. cit., p. 445.

61) Bernstein, Vorlesungen über das deutsche Wechselrecht, 1909, S. 68.

특별한 대항요건 절차를 이행하지 아니하고 보증채무의 이행을 구할 수 있다고 본다.⁶²⁾ 背書를 통한 어음債權의 이전에 관하여 指名債權讓渡 방법에 의한 移轉의 경우보다 더 약한 효력을 인정할 수는 없다.⁶³⁾

3. 保證人の 代位와 어음상의 權利

보증인이 그 保證債務을 이행한 경우에 被保證人에 대하여 求償權을 갖게 되나(民法 第441~446條), 어음債務를 民法上 保證한 자는 代位規定에 의하여 어음상의 권리를 취득하는가에 관하여는 견해의 대립이 있다.⁶⁴⁾

가. 取得否定說

보증인의 代位辨濟에 따라 主債務者의 어음金償還債務가 이행된 것과 같으므로 어음은 주채무자에게 반환되어야 할 것이고, 어음金償還債務의 辨濟를 받은 것에 의하여 권리의 만족을 얻은 채권자는 遡求義務者가 아닌 代位辨濟者에게 배서 등에 의하여 이전(任意讓渡)할 수 있는 어음상의 권리를 상실하게 되는 것이므로 代位辨濟後에 대위변제자가 채권자로부터 배서를 받더라도 어음상의 권리를 취득할 수 없다고 한다. 이는 代位辨濟者가 어음상의 遡求義務者가 아닌 한 代位辨濟에 의하여 어음債權은 소멸한다고 하는 입장으로서 어음상의 소구의무자가 아닌 대위변제자가 再遡求를 위하여 어음을 취득해야 할 이유가 없기 때문이라고 본다.⁶⁵⁾

그러나, 이 견해는 다음과 같은 비판이 뒤따르고 있다. 즉, 民法의 규정에 따르면 代位辨濟를 한 경우 어음은 주채무자에게 대해서가 아니라 오히려 보증인에게 반환되어야 할 것이다. 保證人은 주채무자의 代理人으로서 辨濟한 것이 아니기 때문이다(民法 第484條 1項). 또한, 어음상의 권리가 채권자에게 귀속하지 않는 것만으로 保證人에게 어음상의 권리가 존재하지 않게 되는 것이 아니라, 채권자의 권리를 民法上의 代位規定에 의하여 보증인이 취득한다고 본다면 그 論據를 잃게 되는 것이다.⁶⁶⁾

나. 制限的 肯定說

보증인이 民法의 규정에 따라 인정되는 求償權의 범위내에서 被保證人에게 어음상의 권리를 행사하기 위하여는 반드시 有效한 어음債權의 讓渡行爲가 있고 어음의 정당한 所持人으로서의 지위를 취득하여야 한다는 입장이다. 따라서 이러한 어음法上の 양도행위 또는 指名債權讓渡行爲가 없이 단지 어음 자체의 占有移轉만으로는 보증인은 어음상의 권리를 취득할 수 없다고 한다.⁶⁷⁾

62) 神崎克郎, 「手形外の保證と手形の讓渡」, 別冊ジュリスト 第38號(銀行取引判例百選), p.171 및 앞의 註 58)의 判例 參照.

63) Hueck/Canaris, a. a. O., S.109

64) 市瀬健人, 「手形貸付の代位辨濟の效果」, 手形研究 307號, p.72 이하 參照.

65) 日大阪高判 1959. 7. 7, 下民集 10卷 7號 1470面.

66) 金慶培, 「어음債務에 대한 民法上 保證」, 司法論集 第18輯, pp.75~76 參照.

67) 日東京地判 1966. 5. 30, 判例タイムズ194號 151面.

그러나, 이 견해는 다음과 같은 비판이 따르고 있다. 즉, 代位辨濟의 효과로서 채권자가 가지고 있던 權利 一切가 「당연히」 辨濟者에게 이전한다(民法 第481條)고 하고 있으므로 一切의 權利 中에서 특히 어음상의 권리를 제외하여야 할 이유를 설명하지 못한다는 데 있다.⁶⁸⁾

다. 肯定說

辨濟할 정당한 利益이 있는 자는 辨濟로 인하여 당연히 채권자를 代位한다는 취지의 民法 第481條의 규정을 論據로 하는 이 입장은 보증인이 代位辨濟를 하고 어음을 引渡받은 이상 특별한 양도행위없이도 어음상의 권리는 보증인에게 이전한다고 한다.⁶⁹⁾ 즉 채권자를 代位한다는 것은 債權者가 가지고 있던 權利 一切를 취득한다는 뜻이므로 保證人은 代位辨濟에 의하여 被保證人에 대하여 求償權을 취득하는 것은 물론이고, 또 그 求償權의 행사를 확실히 하기 위하여 辨濟의 對象 또는 변제의 수단으로 인도된 어음도 辨濟者인 보증인에게 귀속한다는 것이다. 그리고 여기에서 「당연히」라고 하는 것은 변제자나 채권자의 의사표시도 요하지 아니한다는 뜻이므로 어음상의 권리와 같이 讓渡方式이 정해져 있는 경우에도 의사표시 자체가 불필요하다고 보고 代位에 의하여 권리이전의 효과는 당연히 발생하며 背書 등 특별한 방식은 요구되지 않는다고 한다.⁷⁰⁾

생각컨대, 이 문제는 肯定說과 같이 民法上의 보증채무의 이행에 따른 代位辨濟의 法律關係에 의하여 해결함이 타당하다고 본다. 다만, 어음상의 권리를 행사하기 위하여는 어음을 소지하여야 하므로 채권자로부터 어음을 인도받아야 하며 保證人은 이 경우에 어음의 引渡를 청구할 수 있다.⁷¹⁾ 그런데, 보증인은 어음상 形式的 資格을 갖춘 어음상의 권리자로 나타나지 아니하므로 代位辨濟한 사실을 입증하여 實質的 權利를 증명하고 어음상의 권리를 행사할 수 있을 것이다.⁷²⁾

4. 保證人의 權利行使와 그 範圍

그런데, 民法上의 保證人이 어음금을 지급하고 어음을 還受한 경우에 어떻게 어음으로부터 만족을 얻을 수 있는가? 예컨대, B가 A를 支給人으로 하여 換어음을 발행하고 A의 引受를 받은 후 이를 受取人 C에게 交付하고 C가 이를 X에게, 그리고 X는 D에게 順次로 背書讓渡하였는데 背書人 X가 D에 대하여 發行人 B를 위하여 숨은 保證(B의 支給債務에 관하여 D와 民法上 保證契約 締結)을 하고, D가 다시 이를 E에게 背書讓渡한 경우를 想定하자.

가. 被保證人의 前者에 대한 權利行使

먼저, 보증인은 代位辨濟에 의하여 어음상의 권리를 취득하므로 被保證人의 前者에 대하여도

68) 金慶培, op. cit., p. 76 參照.

69) 日東京地判 1967. 11. 14, 金融商事判例 87號 6面; 同1965. 12. 24, 金融法務事情 433號 12面.

70) 日東京地判 1964. 6. 29, 下民集 15卷 6號 1646面.

71) Baumbach/Hefermehl, a. a. O., Art. 30, Anm. 3

72) 高鳥正夫, 「物上保證人が割引手形を買い戻した場合の法律關係」別冊ジュリスト38號(銀行取引判例百選) 新版 p. 130 이하

代位에 의하여 어음상의 權利를 취득한다. 그리하여 어음금을 지급한 民法上的 保證人이 被保證人에 대하여 求償權을 취득하는 것은 말할 나위도 없다(民法 第441條 參照). 아울러 그는 이 구상권에 관하여 被保證人을 당연히 代位할 것이며 (民法 第481條), 자기의 權利에 의하여 求償할 수 있는 범위에서 被保證人이 가지는 債權과 擔保에 관한 權利를 행사할 수 있다(民法 第482條). 따라서 어음의 發行人 B를 위하여 民法上的 保證을 한 숨은 保證人 X가 어음금을 지급한 경우에는 引受人 A에 대한 어음상의 權利를 행사할 수 있다.

이 경우에 前者, 즉 引受人 A가 주된 債務者(被保證人)에 대하여 가지는 抗辯, 예컨대 融通어음의 抗辯을 가지고 民法上的 保證人에게 대항할 수는 없다. 왜냐 하면, 이론적으로 보증채무를 이행한 保證人은 主債務者의 지위에 서는 것이 아니라, 보증계약의 상대방인 債權者의 지위에 서기 때문이다(民法 第441條). 이러한 결론의 타당성은 보증인이 주된 채무자의 前者를 위하여서가 아니라 그 後者에 대하여 주된 채무자의 支給能力의 위험을 제거하는 것이라는 데서도 잘 드러난다.⁷³⁾

나. 保證債權者 및 그 後者에 대한 權利行使

다음으로, 民法上的 保證人 X가 어음금을 지급하여도 그와 保證契約를 체결한 상대방 債權者(보증계약상 채권자) D와 그 債權者의 後者 E에 대하여는 어음債權을 취득하지 못한다. 이것은 保證人 X가 본래의 보증계약상의 채권자 D에게 대해서가 아니라, 그 후의 어음 取得者 E에게 어음금을 취득한 경우에 실제로 문제된다. 왜냐 하면, 保證人은 이들에 대하여는 어음금을 지급하고 어음을 遷受할 의무를 지고 있기 때문이다.⁷⁴⁾

다. 被保證人과 保證契約의 상대방債權者와의 中間者에 대한 權利行使

끝으로, 論難의 대상이 되고 있는 문제는 주된 債務者, 즉 被保證人과 保證契約의 상대방債權者와의 중간에 있는 中間者에 대하여 代位辨濟한 保證人이 어음상의 權利내지 求償權을 행사할 수 있는가 하는 점이다.

1) 否定說

이는 判例가 채택한 입장으로서, 保證人은 주된 債務者와 그 前者에 대하여만 어음상의 權利를 취득하고, 주된 채무자의 後者, 즉 丙에 대하여는 求償할 수 없다고 한다.⁷⁵⁾ 이에 따르면, 어음법에 의한 責任의 特性 때문에, 각 어음債務者는 일정한 단계로 책임을 지므로 引受人이 지급하면 모든 어음債務者는 채무를 면하고 遡來義務者가 어음을 遷受하면 그의 後者의 채무는 소멸하게 되며, 어음을 환수한 소구의무자는 그의 前者에 대한 어음상의 청구권을 갖게 되는데, 어음債

73) 鄭東潤, op. cit., p. 386.

74) Ibid.

75) BGHZ 35, 19: Baumbach/Hefermehl, a. a. O., Art. 30, Anm. 3.

務에 관하여 民法上 保證을 한 자는 被保證人인 어음채무자와 같은 단계에 있다고 한다. 즉 어음法 第32條 3項을 類推하여 保證人은 주된 債務者와 그 前者에 대해서만, 따라서 設例의 경우에는 발행인 B와 인수인 A에 대하여만 어음상의 권리를 취득하고 주된 채무자의 後者, 즉 丙에 대하여는 求償할 수 없다고 한다.⁷⁶⁾

2) 肯定說

學說의 支配的 見解로서 上記 判例의 입장과는 반대로 보증인에게 유리하게 풀이한다. 즉 保證人은 被保證人과 保證債權者 사이에 있는 中間者 (위 設例의 丙)에 대하여도 求償權을 취득한다고 한다.⁷⁷⁾ 이 견해에서는 判例의 입장에 반대하는 이유로서, 첫째는 保證人이 被保證人과 어음責任 團體에 있어서 동일한 단계에 있다고 보고 있으나 보증인은 어음法的으로는 어음債務者團體의 어느 단계도 占하는 것이 아니며, 보증인은 어음法外的 債權移轉에 의하여 만족을 얻은 어음채권자의 權利承繼人이 되므로 어음책임단체는 해체되지 아니하고 단지 권리자의 인격에 交替가 생길 뿐이다. 둘째는, 보증인의 지급이 被保證人의 後者에 대한 관계에서 被保證人 자신이 지급한 것과 같이 볼 수 있다고 하나 保證人의 지급이 被保證人의 지급과 그 효과가 동일한 경우에만 이를 인정할 수 있는 것이며, 保證人이 단지 그 자신의 保證債務를 이행한 데 지나지 않고 被保證人의 後者의 의무도 동시에 이행하려고 생각하였던 것이 아닌 경우에는 인정할 여지가 없다. 셋째는 판결 이유에서 民法上 保證人과 어음保證人의 이익상태가 같은 것이며, 어음保證人이 지급한 경우에 관한 어음法的 規定이 民法上 保證人의 경우에도 적용될 수 있다고 보고 있으나, 어음保證人은 被保證人의 後者 全員에 대하여 책임을 지고 民法上 保證人은 보증계약의 상대방에 대하여만 책임을 지는 것이므로 兩者의 法的 地位는 차이가 있다는 점 등이다.⁷⁸⁾

3) 折衷說

民法上 保證人은 中間者와 같은 지위에 서므로 위 두가지 양극단의 견해가 모두 부당하다고 하고, 마치 共同保證人의 경우처럼 按分比例로 求償權을 취득한다는 입장이다.⁷⁹⁾ 여기서는 民法上 保證人이나 中間溯求義務者 가운데 어느 一方을 우대할 이유가 없으므로 兩者를 공평하게 취급하는 것이 타당하다고 한다. 다만, 이렇게 되면 어음상의 권리가 數人에게 分屬되는 현상이 나타나 는 바, 동일한 현상은 어음의 一部引受의 경우 (어음法 第51條)에도 인정되므로 특히 이를 문제삼

76) Baumbach/Hefermehl, ebd.: Reinicke, Bürgschaft und Gesamtschuld, NJW 66, 2141/2146에 의하면 上記 判決과 결론은 같이 하면서 그 理由를 달리 설명하고 있는데, 어음債務者 상호간의 관계에 連帶債務者 상호간의 관계에 관한 規定을 적용하여 連帶債務者 가운데 1人의 채무를 보증한 경우에 被保證人이 다른 連帶債務者에게 求償할 수 없는 경우에는 保證人이 代位辨濟하더라도 다른 連帶債務者에 대한 債權이 소멸하는 것과 같이 保證人이 어음債務를 代位辨濟한 경우에는 被保證人의 後者의 義務는 소멸한다고 한다.

77) Vgl. Baumbach/Hefermehl, ebd.

78) Baumbach/Hefermehl, ebd.: Jerusalem, Wechselrechtliche Rückgriffsansprüche des BGB-Bürgen gegen die Nachmänner des Hauptschuldners, NJW 62, 725.

79) Hueck/Canaris, a. a. O., S. 150f.

을 필요는 없으며 보증인이 求償을 하기 위해서는 求償에 응한 어음債務者가 다시 償還請求를 하는 데 사용할 수 있도록 어음法 第51條를 類推하여 어음에 一部支給을 받았다는 기재를 하고 어음의 證明謄本과 拒絕證書를 교부하여야 한다고 본다.⁸⁰⁾

생각컨대, 否定說은 어음保證인이 어음의 지급을 한 때에는 被保證人 및 그의 前者에 대한 어음상의 權利를 취득한다고 하는 어음法 第32條 3項을 어음債務에 대한 民法上 保證인이 辨濟한 경우에 類推適用하는 것은 고려할 만한 근거가 되지 않는다. 아울러 折衷說은 民法上의 共同保證人은 分別의 利益이 있으나, 合同責任을 부담하는 共同어음行爲者에게는 分別의 利益이 없으므로 按分比例에 의하여 求償權을 취득한다고 하는 論據를 찾기 어렵다. 따라서 被保證人의 後者는 어음法上의 遡求義務者로서 要件이 갖춰진 경우에는 民法上의 保證人보다 더 엄격한 책임을 진다는 점에 비추어 볼 때, 肯定說의 입장이 보다 더 首肯할 수 있다.

5. 保證人의 權利行使와 어음抗辯

民法上의 保證인이 어음債權者에게 代位辨濟하고 취득한 어음상의 권리를 被保證人의 前者에 대하여 行使하는 경우 그 前者가 被保證人에 대하여 人的 抗辯事由를 갖고 있고, 保證인이 惡意라면 보증인에 대하여 人的 抗辯이 가능할 것인가 하는 문제이다. 예컨대, Y가 A會社에 대하여 가지는 人的 抗辯을 그 抗辯事由에 관하여 善意의 B銀行으로부터 어음의 無擔保背書를 받았던 惡意의 X에 대하여 對抗할 수 있는가 하는 것이다.

가. 否定說

人的 抗辯이 善意者의 介在에 의하여 일단 切斷된 경우에는 그 後의 어음取得者가 그 人的 抗辯事由의 存在에 관하여 惡意이더라도 어음채무자는 그 抗辯을 가지고 대항할 수 없다고 한다.⁸¹⁾ 이에 따르면, 背書를 債權讓渡로 풀이하는 한, 人的 抗辯의 切斷이라고 하는 것은 어음流通保護를 위한 政策이고, 다만 善意를 가지고 어음을 취득한 자에 대하여서까지 抗辯切斷의 이익을 줄 필요는 없으므로 항변은 承繼되는 것이지만(어음法 第17條 但書), 어음所持人의 前者가 善意라고 한다면, 이미 人的 抗辯은 切斷되고 있고, 그 어음所持人이 前前者에 대한 人的 抗辯事由에 관하여 惡意이더라도 善意의 前者의 지위를 승계하고 있으므로 인적 항변의 대항을 받지 않는 것은 당연한 귀결이라고 한다.⁸²⁾

또한, 背書에 의하여 그때마다 어음상의 권리가 어음취득자에게 原始取得되고 그 결과 어음所持人은 前者에 대한 抗辯으로부터 원칙적으로 해방되고 있다고 하는 原始取得說⁸³⁾의 입장에서 본

80) 鄭東潤, op. cit., p. 387.

81) 日最判 1962. 5. 1. 民集 16卷 5號 1015面.

82) 鈴木竹雄, 手形法·小切手法, 1957, p. 245; 田中誠二, 手形·小切手法詳論(下), 1968, p. 528.

83) 通說의 입장이다: Vgl. Hueck/Canaris, a. a. O., S. 149f.

다면, 일반적으로 人的 抗辯이 승계될 여지는 없게 된다.”⁸⁴⁾

上記 設例에서 B銀行이 善意인 경우라면, B은행은 善意取得者이므로 Y에 대하여는 항변의 대항을 받지 않는 완전한 어음상의 권리를 취득하고 X가 惡意라 하더라도 保證債務의 이행에 의하여 어음상의 권리를 承繼取得한 것이므로 一切의 抗辯이 附着하지 않은 어음상의 권리를 취득하게 되고 Y는 X에 대하여 人的 抗辯으로 대항할 수 없다고 본다.

나. 肯定說

人的 抗辯이나 惡意의 抗辯은 본래 屬人的인 것이고, 권리의 귀속과는 관계없이 그 善意·惡意는 단적으로 所持人에 관하여서만 문제삼으면 족한 것이므로 人的 抗辯의 切斷이라고 하는 것도 당연 善意의 어음취득자에 관해서만 문제로 되어야 한다고 하여 어음抗辯의 屬人性을 강조하는 입장이다.”⁸⁵⁾

또한, 逆背書의 被背書人이 최초의 어음취득의 경우에 人的 抗辯의 대항을 받는 이상, 중간에 善意者가 介在한 후에 당해 어음을 再取得한 경우에도 여전히 그 前의 抗辯의 대항을 받는다. 따라서 위 設例와 같이 代位辨濟에 의하여 善意의 은행으로부터 無擔保背書에 의하여 擔保어음을 취득한 惡意의 民事保證人에 대하여는 信義則上 위 배서는 逆背書와 동일하게 평가되어야 하므로 所持人은 被保證人에 대한 人的 抗辯으로써 대항할 수 있다고 한다.”⁸⁶⁾

그밖에, 보증인이 不渡어음의 還買義務를 이행하고 期限後背書를 받은 경우에, 이러한 보증인은 어음割引을 받은 배서인이 前者에 대하여 가지는 이상의 권리를 취득할 수 없다거나,⁸⁷⁾ 중간에 介在된 善意者가 所持人에 대하여 배서인으로서 遡求義務를 부담하고 있는 경우에는 所持人이 人的 抗辯에 관하여 惡意로 어음을 취득하더라도 어음채무자는 항변의 대항을 받지 않지만,⁸⁸⁾ 代位辨濟한 民法上の 保證人이나 無擔保背書人과 같이 소지인에 대하여 遡求義務를 부담하지 않는 경우에는 抗辯의 대항을 인정해야 된다고 한다.”⁸⁹⁾

다. 折衷說

원칙적으로 否定說의 입장에 서면서도 實質關係에 著眼하여 主債務者에 대하여 支給拒絶의 抗辯權을 가지는 제3자에게까지 그 求償權을 미치게 하는 것이 不當한 경우, 즉 人的 抗辯이 切斷된 보증인에 의한 권리행사가 부당하다고 생각되는 경우에는 例外的으로 抗辯의 對抗을 인정하여

84) 高窪利一, op. cit., p. 112.

85) 近藤龍司, 「代位辨濟により擔保手形を取得した惡意の民事保證人に對する人的抗辯の成否」, 法學研究 51卷12號, p. 1764; 安倍正三, 「手形所持人の前者の善意と人的抗辯」, 判例タイムズ 274號, p. 47.

86) 日最判 1977. 9. 22, 判例時報 869號 97面.

87) 日大阪高判 1959. 7. 7, 下級民集 10卷7號 470面.

88) 日大判 1933. 5. 5, 民集 12卷 11號 1074面에는 中間의 背書人 丁이 丙에 대하여 逆背書한 취지가 發行人 甲을 위한 保證의 의미인 때에는 丁은 丙에 대하여 遡求權을 행사할 수 없는 관계에 있으므로, 丁은 丙의 遡求權行使를 거절할 수 없는 例外的인 경우가 있다고 한다.

89) 日東京地判 1971. 9. 29, 判例時報 648號 103面.

야 한다는 견해이다. 따라서 어음流通保護의 요청보다 信義則이 우선되어야 한다고 보여지는 특별한 사정이 있는 경우, 즉 保證人と 被保證人 사이에 實質의 同一性, 經濟的 一體性이 인정되는 경우에는 善意者가 介在되더라도 人的 抗辯의 切斷은 否定되어야 한다.⁹⁰⁾ 앞의 設例에서 Y는 A會社에는 대항할 수 있는데, 예컨대 A會社의 代表理事인 X에 대하여는 대항할 수 없다는 것은 지나치게 衡平을 잃은 것이 아닌가 하는 것이다.

이와 같은 특별한 事情이 있는 경우로서 지적되고 있는 것을 본다면, 중간에 介在되는 善意者가 꼭두각시에 지나지 않는 경우,⁹¹⁾ 保證人と 被保證人 사이에 法人格否認의 法理가 적용될 수 있는 경우⁹²⁾ 등이 있다.

생각컨대, 人的 抗辯의 許容은 어음의 流通을 阻害하지 않는다고 하는 바탕위에서, 私法秩序 전체에서 비추어 보아 어음流通保護의 要請보다 信義則이 우선 고려되어야만 하는 부득이한 경우에는 예외를 인정해야 할 것이다.

V. 原因債務에 대한 숨은 保證

1. 어음關係가 原因關係에 미치는 影響

당사자 사이에 原因關係에서 既存債務가 있고 그 支給과 관련하여 어음이 授受되는 경우가 일반적이고, 이에 支給에 갈음하여(in complete satisfaction), 支給을 위하여(as a conditional payment),⁹³⁾ 擔保를 위하여(Sicherungshalber)의 세가지 유형이 있고, 각 유형에 따라 原因債權에 미치는 영향이 상이하다. 英美法에서는 이를 吸收 및 休止의 理論(doctrine of merger and suspension)으로 설명하고 있다.⁹⁴⁾

먼저, 原因債務의 支給에 갈음하여 어음이 授受된 경우에는 어음의 授受와 동시에 原因채무가 소멸하므로, 原因債權을 위하여 존재한 擔保權·保證 등은 特約이 없는 한 그 効力을 잃는다.⁹⁵⁾

다음으로, 既存債務의 支給을 위하여 어음이 授受된 경우에는 既存債務는 소멸하지 않고 남아서 어음債務와 併存하게 되고, 行使의 순서는 당사자의 의사가 명백하지 않으면 원칙적으로 어음상의 권리를 먼저 행사하여야 한다.⁹⁶⁾ 그때까지는 原因債權은 休止되는 셈이고,⁹⁷⁾ 어음상의 權

90) 近藤龍司, op. cit., p. 1766.

91) 徐燮珏·金泰柱, 註釋어음法·手票法, 育法社, 1984, p. 311.

92) 近藤龍司, ibid.

93) Official Comment 3 to U. C. C. §3-802; Byles, op. cit., p. 406.

94) U. C. C. §3-802; Whaley, op. cit., p. 94.

95) 徐燮珏, op. cit., p. 126; 鄭東潤, op. cit., p. 251.

96) 大判 1989. 5. 9. 88다카7733

97) U. C. C. §3-802(2); Baumbach/Hefermehl, a. a. O., Einl. Rdn. 41.

利保全節次를 게을리하여 어음상의 권리를 상실한 때에는, 既存債權을 행사할 수 없게 된다.⁹⁸⁾ 또한, 既存債務의 擔保를 위하여 어음이 授受된 경우에는 既存債務과 어음債務가 併存하고, 行使의 순서는 債權者가 어느 하나를 선택하여 행사할 수 있다.⁹⁹⁾ 既存債務과 관련하여 어음이 授受되었으나 당사자의 의사가 뚜렷하게 표시되지 않은 경우에는 어음은 既存債務의 支給에 갈음하여 授受된 것이 아니라고 보아 既存債權과 어음채권이 併存하는 것으로 推定할 것이다.¹⁰⁰⁾

그런데, 이 경우에 특히 기존채무의 지급을 擔保하기 위하여 어음이 授受된 것으로 인정되는 때에는 어음關係에 의하여 原因關係의 債務가 숨은 保證되는 수가 있다. 우선, 원인관계상의 貸與金債務를 保證할 의사로써 어음상에 背書하는 것임을 明白하게 나타낸 경우에는 그러한 者의 의사를 존중하여 어음상의 背書人으로서의 責任 外에, 원인채무에 대한 民法上 保證人으로서의 책임을 부담시켜야 할 것이다.¹⁰¹⁾ 그러나, 이와 같은 명백한 保證意思를 표시하지 않고, 단순히 어음이 원인채무를 擔保하기 위한 것이라는 事情만을 알고서 背書한 경우에도 원인채무에 대한 民法上 保證責任을 부담시킬 수 있을까? 이에 대하여 學說과 判例는 肯定하는 입장과 否定하는 입장으로 갈리고 있다.

2. 어음背書人の 原因債務에 대한 保證責任

가. 肯定하는 立場

원인관계상의 채무자, 예컨대 金錢消費貸借의 借主가 借入金債務의 支給을 확보하기 위하여 貸主에게 約束어음을 교부할 경우에 他人이 이러한 사정을 알고 숨은 保證의 趣旨로 그 約束어음에 背書한 때에는, 일반적으로 어음背書人은 배서인으로서의 어음債務만을 부담한다는 의식을 가지고 背書하는 것이 아니므로 특별한 사정이 없는 한, 어음상의 債務外에 民法上の 保證債務도 부담하는 것으로 보아야 한다고 한다.¹⁰²⁾ 즉 대체로 어음배서인이 保證手段인 어음에 背書를 할 때에는 民法上の 保證債務와 어음상의 債務가 法律上 別個로 존재한다는 것을 전제로, 특별히 어음상의 채무만을 부담한다는 생각을 가지고 하는 것은 아닐 것이라고 한다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 거래의 실정과 去來者의 통상의 의사로 보아 어음배서인이 金融을 담보할 목적으로 배서를 한 때에는 民法上の 보증채무까지도 부담할 의사로 背書한 것으로 보아야 한다는 것이다.¹⁰³⁾

긍정하는 입장의 判例는 먼저, 어음에 관하여 「借用證書 대신으로 발행한 約束어음에 그 사정을 알고 背書한 자는 채무자의 어음상의 채무와 民法上の 債務를 아울러 담보한 것으로 보아야

98) 徐敏珪, op. cit., p. 125; 鄭熙喆, op. cit., p. 108; 孫珠瓚, op. cit., p. 109; 鄭東潤, op. cit., p. 252.

99) 日最判 1960. 11. 22, 民集14卷13號 2827面.

100) Baumbach/Hefermehl, a. a. O., Einl. Rdn. 39.

101) 大判 1964. 10. 20, 64다865; 同 1973. 9. 25, 73다405; 同 1984. 2. 14, 81다카 979.

102) 小橋一郎, 「保證의趣旨とする裏書における民事保證推認の可否」, 金融法務 855號, p. 4.

103) 日大判 1936. 7. 25, 判決全集 3卷 7號 10面; 同 1937. 8. 25, 判決全集 4卷 15號 18面.

할 것이며, 따라서 이러한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 民法上的 채무에 대하여서도 連帶保證의 責任을 지는 것이다.¹⁰⁴⁾ 또한, 「原因債務의 借用證書에 갈음하여 어음이 발행되고 그 사정을 알면서 원인채무를 담보하는 의미로 어음에 배서하였다면 특별한 사유가 없는 한 그 背書人은 원인채무에 대하여 連帶保證의 責任을 진다고 보는 것이 마땅하다.¹⁰⁵⁾ 그리고, 「他人으로부터 金錢을 借用하면서 借用證書에 갈음하여 約束어음을 발행하고 배서인이 그러한 사정을 알고 담보의 의미로 그 約束어음에 背書하였다면, 배서인은 그 약속어음의 발행의 원인이 된 民事上的 借用金債務에 대하여서도 連帶保證의 責任을 질 의사로 배서한 것이라고 보는 것이 去來當事者의 의사에 合致한다고 보아야 할 것이다.¹⁰⁶⁾

手票에 관하여 본다면, 「담보의 목적으로 手票를 발행한 자는 手票上的 채무는 물론 그 기본인 金錢消費貸借上的 債務者를 위한 보증채무도 부담한다는 의사를 默默的으로 표시하였다고 보는 것이 상당하다. 따라서 이 件 手票의 발행인은 채권자가 누구인지 몰랐거나 債權者와 직접 교섭이 없었다고 하더라도 채무자의 消費貸借上的 채무에 대한 보증채무도 부담한다고 보아야 하는 것이다.¹⁰⁷⁾

나. 否定하는 立場

어음背書人에게 어음上的 債務 外에 民法上的 保證債務까지 부담시키는 것은 明白한 意思表示가 있는 경우에 한하고, 명백한 의사표시가 없는 데도 그러한 意思가 있는 것으로 擬制하여 어음 배서인에게 과중한 책임을 부담시키는 것은 어음배서인이 원래 의도하는 의사에 합치하는 해석이 아니라고 한다.¹⁰⁸⁾ 일반적으로 他人의 債務를 보증하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한, 그 保證으로 생기는 자기의 책임을 가능한 한 좁은 범위로 한정하려는 것이 통상의 意思이므로,¹⁰⁹⁾ 他人이 발행한 어음에 보증의 취지로 배서한 어음背書人에게 어음上的 채무를 부담한다는 의사 외 에 그 어음발행의 원인인 예컨대, 消費貸借上的 채무까지도 보증한다는 의사가 아울러 있다고 보는 것은 어음배서인에게 不利하므로 비록 金融을 얻을 목적으로 이용된다는 사실을 어음背書人이 인식하고 배서를 하였더라도 어음背書人의 통상의 의사에 合致하는 것이 아니라고 한다.¹¹⁰⁾

否定하는 立場의 判例로서는, 「債務者가 채권자에게 約束어음을 작성하여 교부하고 金錢을 借入한 경우에 제3자가 이러한 사정을 알면서 그 약속어음에 배서를 한 때에는 그 約束어음上的 債務뿐만 아니라 그 原因인 貸與金債務에 대해서도 보증한 것으로 보는 것이 타당하다는 前提下에

104) 大判 1957. 11. 14, 4290 民上 516.

105) 大判 1972. 3. 28, 71다2452

106) 大判 1986. 7. 22, 86다카 783; 同1986. 9. 9, 86다카 1088; 同 1987. 8. 25, 87다카 891.

107) 大判 1965. 9. 28, 65다 1268.

108) 森本 滋, 「手形に保證の趣旨で裏書をした場合に原因債務についての民事保證を推認することの可否」, 民商法雜誌 78卷 5號, p. 703.

109) 境一郎, 「隠れたる手形保證と民法上の保證」, 企業法の研究(大隅古稀紀念), 1977, p. 364.

110) 日最判 1977. 11. 15, 民集31卷6號 900面; 共同發行에 관하여는 日最判 1957. 9. 9, 民集14卷 11號 2114面; 八木弘, 「手形保證」, 手形法·小切手法講座Ⅳ, 1965, p. 53.

서 被告에 대하여 이 件 貸與金債務의 連帶保證債務를 인정한 것은 約束어음상의 어음背書人의 責任에 관한 法理를 오해한 違法이 있다.¹¹¹⁾ 또한, 「他人이 발행한 約束어음이 원인채무의 借用證書에 갈음하여 발행되고 同 約束어음의 背書人이 이러한 사정을 알고 原因債務를 담보하는 의미로 배서한 경우가 아닌 한, 約束어음의 배서인은 그 約束어음상의 채무만을 부담할 뿐이고 民法上の 債務까지 보증하는 것이 아니라고 보아야 한다.¹¹²⁾ 그리고, 「他人이 발행한 約束어음에 배서한 자는 그 背書로 인한 어음상의 채무만을 부담하는 것이 원칙이나, 다만 채권자에 대하여 그 約束어음 발행의 원인이 된 民事上 債務까지 보증한다는 뜻으로 背書한 경우에 한하여 그 債權者에 대한 民事上の 債務의 保證責任을 부담한다고 보아야 할 것이다.¹¹³⁾」

생각컨대, 이는 去來 당사자 사이에서 각자가 어음채무에 대한서의 보증과 原因債務에 대한서의 保證과를 別個로 취급하고 있는가, 아니면 어음債務와 원인채무를 一體化시켜 관념하고 있는가에 따라 달리 풀이하여야 할 것이다. 예컨대, 賣買契約에 있어서 賣渡人이 대금지급을 청구하였던 바, 買受人의 간청에 의하여 代金支給을 위하여 約束어음을 발행받는 것이 부득이한 경우에는 원인채무인 賣買代金債務와 어음채무와는 별개로 관념되고 있다고 볼 수 있다. 이에 반하여 契約證書의 代用으로 約束어음을 이용하고 어음을 발행하는 것으로 金錢消費貸借契約이 체결되었다고 관념되는 경우에는 원인채무와 어음債務와는 一體化되어 받아들여지고 있다고 보게 된다.

VI. 結 論

이상으로 英國어음법과 大陸法系의 學說, 判例, 立法例 등을 바탕으로 우리나라에 있어서의 숨은 어음保證에 관한 法的 考察을 하였다.

어음의 讓渡方法으로서 想定되는 背書交付의 경우에 있어서 交付를 讓渡意思의 중심에 놓는다면, 背書의 現代의 機能은 숨은 保證으로서 고려할 필요가 있다. 숨은 어음保證의 發現樣態로서는 背書, 특히 不連續된 背書가 우선 注目의 대상이 된다. 背書의 연속이 단절된 경우에 美國統一商法典에서는 이를 融通背書로서의 効力을 가지는 것으로 취급하고 있는 데 비하여, 獨逸어음法에서는 오직 擔保的 効力만을 인정하는 擔保背書로 보아 특수한 유형으로 보고 있다. 그러나, 이 담보배서를 그 어음行爲의 形式에 의해서가 아니라 當事者가 의도한 바에 따라 그 效果를 결정한다고 하는 경우에는 숨은 어음保證으로 새길 수도 있다는 점에 著眼하였다.

그리하여 숨은 어음保證으로서 어음行爲가 이루어진 경우에 당사자간에 交感되고 있는 保證의 숨은 취지는 이를 어음債務에 대한 것과, 原因債務에 대한 것으로 나누어 고찰할 수 있다.

먼저, 어음채무에 대한 숨은 保證人은 民法上の 保證責任을 질 의사가 있는 것으로 볼 수 있

111) 大判 1967. 9. 5, 67다 1381

112) 大判 1973. 9. 25, 73다 405

113) 大判 1984. 2. 14, 81다카 979

고, 이 경우에 背書의 權利移轉의 効力과 관련하여 보증인에 대한 권리도 이전되는 것으로 풀이하였다. 그리고, 어음채무를 民事上 保證한 자는 代位規定에 의하여 어음상의 권리를 취득하는가에 관하여는 견해가 多岐하게 나뉘지만, 숨은 保證人은 어음상 形式的 資格을 갖춘 어음상의 권리자로 나타나지 아니하므로 代位辨濟한 사실을 입증하여 實質的 權利를 증명하고, 어음상의 권리를 행사할 수 있다고 봄으로써 해결의 실마리를 모색하였다.

또한, 保證人은 代位辨濟에 의하여 어음상의 권리를 취득한다면, 그 範圍는 被保證人의 前者에 대하여는 代位에 의하여 어음상의 권리를 취득하나, 保證人과 保證契約를 체결한 상대방 債權者와 그 後者에 대하여는 어음채권을 취득하지 못하게 된다. 문제는 보증인이 被保證人과 보증계약의 상대방 債權者와의 사이에 있는 中間者에 대하여 어음상의 權利를 행사할 수 있는가 하는 점이 論難되고 있는데, 이를 肯定하는 입장에서 理論構成을 하였다.

아울러, 숨은 保證人이 어음債權者에게 代位辨濟하고 취득한 어음상의 권리를 被保證人의 前者에 대하여 행사하는 경우에, 그 前者가 被保證人에 관하여 人的 抗辯事由를 가지고 있고 保證人이 惡意라면, 보증인에 대하여 人的 抗辯이 가능할 것인가 하는 문제에 있어서는 원칙적으로 否定하는 입장에 서면서도 어음流通保護의 요청보다 信義則이 우선되어야 한다고 보여지는 특별한 사정이 있는 경우에는 例外를 인정해야 하는 것으로 究明하였다.

끝으로, 어음채무의 바탕을 이루는 原因債務에 民法上 保證이 이루어진 것으로 볼 수 있는가 하는 문제는 既存債權과 어음채권이 併存하는 것으로 推定되는 「支給을 위하여」와 「擔保를 위하여」 가운데, 특히 既存債務의 支給을 담보하기 위하여 어음이 授受된 것으로 인정되는 때에는 어음關係에 의하여 原因關係上의 債務가 숨은 保證되는 경우가 있는 것으로 보았다. 그리하여 원인관계상의 채무를 保證할 의사로써 어음상에 背書하는 것임을 明白하게 나타낸 경우에는 당연히 그 의사를 따르되, 단순히 金融目的으로 發行된 事情만을 알고서 擔保의 의미로 배서한 경우에는 個別的 考察이 필요하다는 점을 判決例를 통하여 살펴 보았다.

궁극적으로, 어음行爲가 이루어진 경우에 民法上 保證의 効力을 가지는 숨은 保證의 趣旨가 어떠한 농도로 스며들고 있는가는 去來界의 通念과 당사자의 의사를 合理的으로 해석하여 어음行爲의 抽象性과 相衡되지 않는 바탕위에서 다루어져야 할 것이다.

Summary

A Study on the Hidden Aval

Seok-Wan Yang

The act that a guarantor specify his intention to guarantee a bill or note on it and sign it is called the overt aval. The overt aval makes public the discredit of a bill or note and makes its circulation hindered, which is the reason that an individual's guarantee is in actuality seldom, made use of. Formally, drawing, endorsing or acceptance is used as the method of securing the liability of a bill or note. This method is referred to as the hidden aval. In recent bill transactions, in particular, endorsements act as the hidden aval for those who try to gain the credit of a bill or note. In the period of commercial credit, endorsements served the important purpose of facilitating the circulation of a bill or note and of strengthening the credit of it by accumulating the security. With the institution of bank credit, however, endorsements have changed greatly in their functions.

Since only the deeds of drawing, endorsing and acceptance exist legally, their effects arise depending on formal expressions. In other words, the drawer, endorser and the acceptor of a bill or note each takes the responsibility as a doer relating to a bill of exchange, and the hidden aval can only be the ground for personal protests. The reason for it is that the purpose of the hidden aval is only an economic one in invoking legal forms i. e. a motive in terms of legal deeds.

Accordingly, it is needless to say that the origination and change of the liability arising from the effect of the signature must be determined depending on the form of deeds, irrespective of the purpose of the hidden aval among the persons concerned.

Since the economic purpose of the person concerned, that is, a motive of legal deeds is not entirely insignificant in terms of law, as the purpose of the hidden aval, it must be considered as a matter of personal protests among the persons concerned in the holder's exercising his rights.