

어음關係와 一般惡意의 抗辯

梁 碩 完*

< 目 次 >

- I. 序 論
 - II. 第3者의 抗辯으로서의 一般惡意의 抗辯
 - 1. 意義
 - 2. 第3者의 抗辯의 認定與否에 관한 學說
 - 3. 第3者의 抗辯의 樣態
 - III. 融通어음의 抗辯으로서의 一般惡意의 抗辯
 - 1. 原則 : 抗辯을 주장할 수 없는 경우
 - 2. 例外 : 抗辯을 주장할 수 있는 경우
 - 3. 抗辯의 인정여부에 관한 學說
 - 4. 抗辯認定 與否에 관한 個別的 考察
 - IV. 結 論
-

I. 序 論

一般惡意의 抗辯(exceptio doli generalis)이란 어음소지인의 그 前者에 대한 人的抗辯이 원천적으로 承繼될 수 없는 경우에, 채무자가 어음소지인의 權利행사를 인정하면 信義誠實의 原則에 반하여 權利濫用으로 되는 경우에 인정되는 특수한 人적항변이다. 따라서 일반악의의 항변은 어음소지인의 그 前者에 대한 人적항변이 승계되는 것을 전제로 하는 어음법상의 惡意의 抗辯과는 본질적으로 다르다.

* 濟州大學校 法政大學 法學科 副教授.

民法上 債權讓渡의 일반원칙에 의하면, 누구도 자기가 가진 權利 이상을 他人에게 讓渡하지 못한다(Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet). 讓渡人은 그가 가진 권리 이상을 讓受人에게 넘길 수 없는 것이고 따라서 양수인은 양도인이 갖는 권리 이상을 취득하지 못하므로 채무자는 양도인에 대한 모든 抗辯事由로써 양수인에게 대항할 수 있다(民法 第451條 第2項). 이러한 민법상의 일반원칙을 어음의 경우에도 그대로 적용한다면 어음의 양수인의 권리는 매우 불안정하게 되어 어음의 유통은 보장받지 못하게 된다. 따라서 어음법은 어음에 특유한 간편한 양도방법인 背書 또는 交付를 인정함과 아울러, 어음채무자의 讓渡人, 즉 背書人에 대한 인적항변을 제한하여 어음의 유통을 보호하고 被支給性을 확보하고 있다. 이와 같이 어음법상의 惡意의 抗辯은 어음소지인의 그 전자에 대한 인적항변이 승계됨을 전제로 하고 있다.

그러나, 一般惡意의 抗辯은 어음소지인의 그 前者에 대한 인적항변이 승계될 수 없는 경우를 전제로 하고 있다. 어음법상의 惡意의 抗辯과 같이 채권양도시에 함께 移轉되어야 할 성질의 항변이라면, 어음의 유통보호를 위하여 그 切斷이 고려될 수 있지만 그 본래의 성질상 移轉이 고려되고 있지 않는 항변에 있어서는 抗辯의 切斷도 처음부터 문제되지 않는 것이다. 원래 한장의 어음 위에는 여러 어음행위가 독립하여 존재하며, 각 어음채무자는 그가 당해 어음소지인에게까지 이전되어(切斷됨이 없이) 대항할 수 있는 항변만을 어음소지인에게 對抗할 수 있고 동일한 어음상이면서도 자기의 항변이 이전된 것이 아닌, 타인사이의 항변은 援用할 수 없는 것이 원칙이다¹⁾. 이것이 인적항변의 個別性이며 屬人性이다. 그런데 어음채무자 자신이 讓渡人, 즉 배서인에게 아무런 인적항변으로 대항하지 못하게 될 때에는 讓受人, 즉 소지인의 청구를 거절할 수 없게 된다. 그렇다고 하여, 소지인의 어음금액의 청구를 인정한다면 어음소지인에게 二重으로 지급하는 결과가 되고, 이는 법의 정신에서 볼 때 容認할 수 없는 일이며 따라서 어음소지인을 어음권리자라고 인정하더라도 그 행사는 權利濫用으로 沮止시켜야 하는데, 이 경우에 어음채무자는 一般惡意의 抗辯(exceptio doli generalis)으로 대항할 수 있다고 말하게 된다.

어음법상의 人的 抗辯을 制限(切斷)하는 근거를 權利外觀의 法理에서 善意의 어음소지인을 보호하여 어음의 유통보호를 기하고자 법이 정책적으로 인정한 것이라고 본다면²⁾, 惡意의 抗辯은 어음소지인의 前者에 대한 어음채무자의 어음항변이 어음소지인에 대하여도 그대로 승계되는 점에서 원칙에로의 복귀라고 볼 수 있다. 그러나, 어음소지인의 권리행사가 신의성실의 원칙에 반하거나 또는 권리남용이 되어 인정될 수 없다고 하는 경우의 一般惡意의 抗辯은 어음의 유통보호보다도 어음소지인의 악질적인 권리행사를 배제하기 위한 것으로써 어음법뿐만 아니라 一般法理論的인 原則이다.

그렇다면, 一般惡意의 抗辯은 어음관계에서는 어떠한 경우에 인정될 것인가? 즉,

1) 河本一郎, “手形抗辯”, 『手形法・小切手法講座Ⅲ』(東京: 有斐閣, 1964), 185面

2) Baumbach / Hefermehl, *Wechselgesetz und Scheckgesetz*, 15. Aufl., (München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1986), Art. 17, Rdn. 1.

어음채무자가 그 자신의 항변사유를 승계한 어음소지인에 대하여서가 아니라, 어음채무자의 항변을 전혀 승계하지 않는 어음소지인, 다시 말하면 어음채무자가 대항할 그 자신의 항변사유를 전혀 갖고 있지 않는 어음소지인에 대하여 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용이라고 주장할 수 있는 경우란 구체적으로 어떠한 경우인가가 이 논문에서 다룰 중요한 내용이라 할 수 있다.

II. 第3者의 抗辯으로서의 一般惡意의 抗辯

1. 意 義

어음抗辯의 당사자가 아닌 어음채무자가 다른 어음채무자에 관하여 생긴 항변사유로서 어음소지인에 대하여 대항할 수 있는 경우가 이른바 제3자의 항변이다. 제3자의 항변에 대하여 우리나라에서는 어음법에 규정이 없고, 학설·판례에 맡겨져 있다. 제3자의 항변에는 後者의 抗辯과 前者의 抗辯이 있다. 英美에서는 제3자의 항변의 문제가 이른바 제3자의 권리(jus tertii ; third parties' rights)의 문제로 논의된다. 미국의 改正前 統一商法典은 어음소지인이 어음을 절취한 경우 및 制限附背書(restrictive indorsement)에 의하여 어음을 취득한 경우를 제외하고는 제3자의 항변을 주장하는 것을 허용하지 않고 있었으나, 1990년 改正後에는 이를 삭제하여 訴訟參加한 제3자가 직접 請求人에게 주장할 수 있는 극히 예외적인 경우만 채무자에 의한 제3자의 권리의 항변을 인정하고 있다³⁾.

원래 어음抗辯은 그것이 발생한 당사자 사이에서만 대항이 가능하다. 따라서 항변사유의 직접 당사자가 아닌 다른 어음채무자는 남의 항변사유를 자기를 위하여 援用할 수 없는 데 반하여, 항변사유의 직접 당사자가 아닌 어음소지인은 前者에 대한 항변사유로서 대항을 받지 아니한다. 그런데 이와 같이 처리하는 경우에는 불공정한 결과를 초래하는 수가 있으므로 다른 해결방식이 요청된다. 어음법은 어음권리자 쪽을 기준으로 하여 항변사유의 당사자가 아닌 새로운 어음소지인에게 어음항변을 대항할 수 있도록 하였으니 그것이 바로 惡意의 抗辯이다.

그런데 이와는 달리 최근에는 어음채무자 쪽을 기준으로 하여 항변사유의 당사자가 아닌 다른 어음채무자가 그 어음항변을 대항할 수 있는 경우를 解釋에 의해 인정하려고 하고 있다. 이른바 제3자의 항변으로서 一般惡意의 抗辯(exceptio doli generalis)의 發現이다. 어음법상의 惡意의 抗辯은 어음항변의 당사자인 채무자가 다른 어음소지인에게 항변을 대항하는 것인 반면에, 第3者의 抗辯은 어음항변의 당사자인 소지인에 대하여 다른 어음채무자가 항변을 대항하는 것이다. 예컨대, A가 約束어음을 발행

3) 1990년 들어 U.C.C.는 「Article 3 Commercial Paper」를 「revised Article 3 Negotiable Instruments」로 名稱을 바꾸고 그 내용도 大幅 개정하고 있음. U. C. C. §3-305(c) ; 1990年 改正前 §3-306(d) ; Blum, "The Use of Jus Tertii Defenses by an Obligor on a Negotiable Instrument", 84 *Corn L J*, 131 (1979)

하여 B에게 교부하고 B가 그 어음을 C에게 배서양도하여 C가 현재의 어음소지인이 된 경우에 A가 A·B간의 인적항변사유로써 C에게 대항할 수 있는 것을 惡意의 抗辯이라 하고, A가 B·C간의 인적항변사유로써 C에게 대항할 수 있는 것을 後者の 抗辯(제3자의 항변)이라 하고, B가 A·C간의 인적항변사유로써 C에게 대항할 수 있는 것을 前者의 抗辯(제3자의 항변)이라고 한다.

後者の 抗辯에 속하는 경우로는, 첫째 B·C간의 원인관계가 不存在하거나 소멸한 경우, 둘째 B·C간의 원인관계가 불법하거나 위법한 경우, 셋째 B가 어음과 相換하지 않고 C에게 어음금을 지급, 상계, 면제 등을 한 경우이다.

前者의 抗辯에 속하는 경우로는, 첫째 遡求義務者가 主債務者의 항변원용이 가능한가의 문제로서 A의 어음채무가 지급·소멸시효 등으로 소멸하거나 지급유예의 특약이 있는 경우에 B가 C에 대하여 그 항변을 원용할 수 있는 경우, 둘째 보증인이 피보증인의 항변원용이 가능한가의 문제로서 A의 어음보증인 B가 被保證人 A의 어음채무의 부존재, 소멸, 무효, 취소 등의 항변을 어음소지인 C에게 원용할 수 있는 경우이다.

2. 第3者의 抗辯의 인정여부에 관한 學說

1) 제3자의 항변 否定論—人的 抗辯의 個別性論

어음행위의 無因性 내지는 抽象性을 전제로 할 때, 어음채무자의 인적항변은 각 어음행위자가 자기의 원인관계에 기하여 주장하는 것이므로 직접의 당사자간에서만 인적항변으로써 대항할 수 있고, 제3자의 人的抗辯을 원용할 수 없다고 하는 견해이다⁴⁾.

이 견해는 제3자의 항변 肯定論을 다음과 같이 비판하고 있다.

첫째, 어음관계는 高度의 流通性이 요청되고 있기 때문에 債權法 등 다른 法域에 비하여 권리남용의 법리에 親하지 않는 것이다. 권리남용의 법리 등 일반조항의 적용은 어음의 유통성을 해치는 수가 많아 善意取得者의 보호를 缺하게 되고 어음제도 본래의 목적에 반하는 결과가 된다. 權利濫用論은 惡意의 抗辯과 비교해 볼 때에도 또한 어음의 유통을 현저히 저해한다. 악의의 항변은 抗辯이므로 어음채무자 쪽에서 항변사유를 主張 立證하여 지급을 거절할 수 있는데, 권리남용의 법리가 어음관계에 적용되면 법원은 당사자가 권리남용의 주장을 하지 않아도 證據調査에 의하여 권리남용이라고 사실관계가 인정되는 한 권리행사를 부정하여야 하게 되고 권리행사가 부정된다면 그에 대한 지급은 免責의 효과(어음법 제40조 제3항)가 나타나지 않는다고 보아야 하기 때문이다.

둘째, 權利濫用論은 때로 어음법 제17조 但書의 취지에서 그 근거를 구하고 있는 바, 어음법 제17조 단서가 권리남용 등 일반조항의 어음법에 있어서의 發現形態라 할

4) 崔基元, 「어음·手票法 [新訂增補版]」(서울: 博英社, 1990), 493~494쪽; 日大判 1941. 1.27, 民集 20, 25; 日大阪高判 1961. 12. 27, 下民集 12-12, 3240

것이지만, 그 경우의 惡意가 어음취득 당시에 존재할 것이 惡意의 抗辯 주장을 위한 요건으로 되는 데 반하여, 權利濫用論은 어음소지인이 취득 당시는 물론 그 후에까지도 발행인에 대하여 아무런 악의를 가지지 않는 것으로 인정되는 가운데 다만 자기에 대한 배서인과의 관계에서 背信的이라는 문제가 있음에 지나지 아니하므로 권리남용론의 근거를 어음법에서 말하는 악의의 항변에서 찾아내기는 어려운 것이다.

세제, 權利濫用論과 일맥상통한 不當利得論은 어음소지인이 부당하게 이득할 우려가 있기 때문에 나온 것으로 보이지만, 앞의 예에서 본다면 C가 A로부터 지급을 받은 어음금을 배서인인 B에게 반환함으로써 B C사이의 관계를 해결할 수 있다. 왜냐하면, A는 어음의 발행인으로서 主債務者의 지위에 있는 이상, 어음금의 지급에 관하여 책임을 져야 함은 당연한 것이고 한편 C가 A로부터 지급받은 금액에 관하여는 C와 B와의 내부관계에서 不當利得返還의 法理로 해결하면 되기 때문이다. 만약 發行人인 A가 C에 대하여 어음금의 지급을 거절할 수 있게 된다면, 지급을 거절당한 C가 배서인에게 그 어음의 반환을 게을리하거나 이를 없애버리는 경우에는 A는 어음의 主債務者로서 어음채무의 지급을 면하게 되어 결국 A가 부당이득을 하는 奇異한 결과가 된다⁵⁾.

2) 제3자의 항변 肯定論

(1) 權利濫用論

權利濫用論은 어음의 無因性 내지는 抽象性을 역시 전제로 하고 있으나, 다만 어음소지인이 어음을 소지할 正當한 權限이 없어 어음상의 권리를 행사할 實質的 理由가 없음에도 불구하고 어음을 반환하지 않고 자기가 어음을 소지하고 있는 것을 奇貨로 자기의 形式的 權利를 이용하여 어음채무자에게 어음상의 권리를 행사하는 것은 권리남용에 해당되어 어음채무자는 어음법 제17조 但書의 취지에 따라서 어음소지인에게 어음금의 지급을 거절할 수 있다고 한다⁶⁾.

어음의 背書에 관하여 경솔하게 有因論을 채택할 수는 없고, 따라서 B C간의 원인 관계가 소멸하더라도 C는 어음을 반환하지 않고 있는 이상, 여전히 어음상의 권리자인 지위를 잃지 아니하므로 B에 대한 관계는 별문제로 하더라도, 적어도 어음의 발행인 A에 대하여는 어음상의 권리를 행사할 수 있는 것처럼 보인다.

그러나, 이 경우 C는 어음상의 권리자인 지위를 가지고 있다고 하더라도 이미 그 어음授受의 경제적 목적은 완전히 達하고 있는 것이므로 특별한 사정이 없는 한, C는

5) 日最高判 1968. 12. 25, 民集 22-13, 3548의 判決理由 中 少數意見 參照; 宋鎮賢, “後者の 抗辯과 二重無權의 抗辯”, 「어음·手票法에 관한 諸問題(下) [法官研修資料]」(司法研修院, 1985) 1487~1488쪽.

6) 孫珠瓊, 「商法(下) [第5訂增補版]」(서울: 博英社, 1993), 122쪽; 鄭東潤, 「어음·手票法 [三訂增補版]」(서울: 法文社, 1995), 210쪽; 鄭燦亨, 「어음·手票法講義 [第1改訂版]」(서울: 弘文社, 1995), 585쪽; 河本一郎, 前掲論文, 198面; 春川地判 1983. 10. 27, 83 나 115, 上告 許可申請棄却 大決 1984. 2. 14, 83 다카 2221; 日廣島高判 1956. 12. 18, 下民集 7-12, 3699; 日最高判 1968. 12. 25, 民集 22-13, 3548; 日最高判 1970. 3. 31, 民集 22-13, 182.

B로부터는 물론 다른 어떤 어음채무자로부터도 그 어음의 지급을 받을 정당한 經濟的 利益을 가지고 있지 않는다고 보여진다. 따라서 C는 어음상의 권리를 가지고 있다고는 하더라도 이를 행사할 실질적 이유를 상실한 것이며, 그럼에도 불구하고 C가 그 권리를 행사하는 것은 信義則 위반 내지 권리남용의 행위라고 하지 않으면 안된다. 물론 B·C간의 원인관계가 소멸되었다고 하더라도 A의 어음상의 채무가 소멸하는 것은 아니고, 또 C가 A로부터 지급을 받음에 의하여 不當하게 利得하더라도 결국 그 이득은 不當利得 내지 損害賠償으로써 B에게 歸屬될 터이지만, 그 보다는 端的으로 발행인 쪽에서 어음의 지급을 거절할 수 있다고 새기는 것이 어음당사자간의 衡平을 도모하게 된다고 본다.

이 견해에 대하여는 어음의 形式性 내지 嚴格性을 강조하는 처지에서 어음법에서 신의칙 내지 권리남용과 같은 이른바 一般條項의 적용을 배제하거나 극히 제한하여야 한다는 反論이 있다⁷⁾.

(2) 不當利得論

不當利得論은 권리남용론이 법의 일반조항을 어음법 해석에 끌어 들이고자 하는 데 반대하고, 어음법 해석 자체에 의하여 不當利得의 抗辯을 이끌어냄으로써 권리남용론과 대체로 같은 결론을 導出하려는 견해이다⁸⁾.

어음소지인 C가 앞의 예에서 어음상의 권리를 행사하고자 한다면 C는 부당하게 이득하는 결과가 되고, 그러한 의미에서는 C에게는 獨自的인 經濟的 利益은 없다고 할 수 있는데 이와 같은 경우에는 A는 C의 부당이득을 이유로 B의 C에 대한 항변을 원용하여 C의 권리행사를 거절할 수 있다. 어음行爲獨立의 原則에서 派生되는 人的抗辯의 個別性의 原則으로 말미암아 A는 자기의 항변이 아닌 제3자 즉 B의 항변을 원용할 수 없는 것이 원칙이지만, 다만 C의 권리행사가 그의 부당이득으로 되는 경우에는 어음법 제17조 但書의 惡意의 抗辯과 같은 法理에 의하여 A도 B의 C에 대한 항변을 원용할 수 있다는 견해이다.

이와 같이 어음법 제17조 但書의 解釋 法理에 의하여 A에게 C에 대한 不當利得의 抗辯을 허용한다면, 이는 어음抗辯의 일종이므로, 앞서 권리남용의 항변은 法院이 職權으로 判斷하게 되므로 어음의 유통성을 해치게 된다는 권리남용론에 대한 批判은 피할 수 있다고 한다.

이 견해에 대하여는, 前述한 바와 같이 A가 C에 대하여 어음금의 지급을 거절할 수 있다면 지급을 거절당한 C가 B에 대하여 그 어음의 반환을 게을리하거나 심지어 廢棄한 경우 A는 어음의 主債務者이면서도 어음채무를 면하게 되어 오히려 A가 부당이득을 취하게 된다는 비판이 있다⁹⁾.

7) 崔基元, 앞의 책, 494쪽; 小橋一郎, “手形の無因性”, 『手形法・小切手法講座Ⅰ』(東京: 有斐閣, 1964), 58面.

8) 服部榮三, “不當利得의抗辯について”, 『商事法の諸問題』(石井照久 追悼論文集), 390面.

9) 鈴木竹雄, “手形金の請求と權利の濫用”, 『手形小切手法判例百選 [第3版]』(東京: 有斐閣, 1981), 107面.

(3) 有因性論

有因性論은 어음理論 가운데 修正創造說에 의하여 어음소지인 C의 권리행사를 저지하고자 하는 견해이다¹⁰⁾. 이에 따르면, 어음행위는 어음의 作成이라고 하는 상대방 없는 어음債務負擔行爲와, 작성된 어음의 交付라고 하는 상대방에 대한 어음債權移轉行爲의 2단계로 이루어지는데, 제1단계의 어음의 작성행위는 어음채무부담행위로서 어음행위자의 單獨行爲에 의하여 일방적으로 이루어지는 無因行爲이나, 제2단계의 어음의 교부행위는 어음권리이전행위로서 어음행위자와 상대방 사이의 契約으로 이루어지는 有因行爲이므로, 제3자의 항변사유에 해당하는 경우에는 어음소지인은 無權利者로서 어음상의 권리를 행사할 수 없다고 본다¹¹⁾. 다시 말하면, 원인관계가 소멸한 시점에서 소지인은 無權利者가 되고 어음은 배서인에게 반환해야만 한다. 어음채무자는 권리남용, 부당이득 등 이른바 소지인의 無權利를 이유로 지급을 거절할 수 있다는 이론이 성립된다는 것이다.

위의 예에서 B가 C에게 借入金의 擔保를 위하여 약속어음을 背書讓渡하는 행위는 B가 그 어음상에 背書의 記名捺印을 하는 제1단계의 어음채무부담행위와, B가 이 어음을 C에게 交付하는 제2단계의 어음권리이전행위의 두 가지로 구성된다. 그리고 제1단계의 어음채무부담행위는 單獨行爲로서 원인행위(消費貸借契約)와 절연된 無因行爲이므로, B가 C에게 차용금을 辨濟함으로써 원인관계가 소멸하더라도 B의 어음상의 채무(背書人으로서의 擔保責任)는 그대로 남아 있다. 따라서 이 어음이 C로부터 D에게 배서양도되면 D는 유효하게 어음상의 권리를 취득한다. 그러나, 제2단계인 어음권리이전행위는 契約으로서 有因行爲이므로, B가 C에게 차용금을 辨濟하여 원인관계가 소멸하면, B·C사이의 어음상의 권리의 이전행위는 따라서 효력을 상실하여, 어음상의 권리는 C로부터 B로 復歸하고 C는 無權利者가 된다고 한다. 그런데 어음소지인이 無權利者라고 하는 항변은 모든 어음채무자가 이를 주장할 수 있는 것이므로¹²⁾, 이와 같은 경우에 발행인 A는 C에 대하여 無權利者라는 항변을 주장하여 C의 어음금청구를 排斥할 수 있다고 한다.

즉, B·C간의 원인관계가 소멸한다면 C가 B에게 어음을 반환하지 않더라도 어음채권은 C로부터 B에게 복귀되는데 C는 有資格者이나 無權利者이므로 B는 물론 A도, B·C간의 원인관계의 소멸을 입증함으로써 C의 청구에 대하여 無權利의 항변으로 대항할 수 있게 된다. B·C간의 원인관계가 解除되거나 相計, 免除 등으로 소멸한 경우에도 또한 같다. B·C간의 원인관계가 당초부터 不存在이거나 無效 혹은 取消된 경우에는 B의 C에 대한 어음상의 어음채권이전행위가 있음에도 불구하고 어음채권은 有因性에 따라 당초부터 C에게 이전하지 않게 되므로 이 경우에도 역시 A·B는 C의 청구에 대하여 無權利의 抗辯으로 대항할 수 있다.

10) 日大阪高判 1962. 11. 27, 下民集 13-11, 2367; 日大阪高判 1959. 8. 3, 高民集 12-10, 455; 前田 庸, “手形債權移轉行爲 有因論”, 『現代商事法の課題(中)』(鈴木竹雄 古稀記念論文集), 855面.

11) 龍田 節, “裏書の原因關係の無權と權利の濫用”, 『ジュリスト判例百選 [新版増補]』(東京 : 有斐閣, 1976), 208面.

12) 鄭東潤, 앞의 책, 208~209쪽 참조.

有因性論에 의하면, 권리남용론을 취하는 경우와는 달리, A는 C의 無權利를 立證할 수 있음에도 불구하고 C에게 지급한다면 A는 免責되지 않으므로 B는 C로부터 어음을 반환받지 않더라도 C로부터 어음을 돌려 받은 A에 대하여 어음상의 권리를 행사할 수 있게 되어 B를 실질적으로 보호할 수 있다고 한다. 그렇지만, 原因關係가 欠缺된 소지인에 대하여 어음금의 청구를 거절할 수 있다는 점에서는 권리남용론과 같은 결론에 이르고 있다.

이 견해에 대하여는, C로부터 어음을 讓受한 D가 있는 경우 有因性論에 따르면 C는 無權利者이므로 D의 보호는 善意取得에 의할 수 밖에 없어 B·C간의 어음행위는 유효하게 이루어져 있고, 다만 그 원인관계에 瑕疵가 있음에 지나지 않음에도 불구하고 D는 어음법 제17조에 의한 보호를 받지 못하므로, D가 보호되기 위하여는 重過失도 없을 것을 필요로 하는데 이러한 결과는 부당하다는 비판이 있다. 그런데 이 경우는 B가 어음의 占有를 잃은 것은 아니므로 어음법 제16조 2항의 적용은 없고, C가 권리를 행사할 수 없는 것은 B·C간의 원인관계에 바탕을 둔 것이므로 D는 어음법 제17조에 따른 보호를 받을 수 있다고 주장하기도 한다¹³⁾.

(4) 經濟的 利益論

經濟的 利益論은 어음소지인 자신이 어음을 소지할 獨立된 經濟的 利益이 없는 경우에는 人的抗辯 切斷의 利益을 享有할 地位에 있지 않다는 이론으로 A·B간, B·C간의 원인관계가 모두 소멸된, 二重無權(Doppelmangel)의 경우에 A는 C에 대하여 자신의 B에 대한 항변을 원용할 수 있다는 견해이다¹⁴⁾. A 자신의 B에 대한 항변을 C에 대하여 원용하는 것이므로 여태까지 보아 온 B의 C에 대한 항변을 A가 원용할 수 있는 것과는 다르다.

이에 따르면, B·C간의 원인관계가 소멸된 경우 뿐만 아니라 C가 B로부터 숨은 推尋委任背書를 받은 경우, C가 B의 妻로서 夫의 下手人과 같은 성격을 띠는 경우 등 어음소지인에게 독립된 경제적 이익이 없다고 보여지는 경우에는 A는 B에 대한 원인관계의 欠缺을 C에게 항변으로 원용할 수 있다고 하고, B·C사이에 원인관계가 일부 摺合되거나 어음금액이 어음소지인의 경제적 목적을 초과한 경우에도 그 摺合된 부분, 또는 초과된 부분에 관하여도 어음소지인은 발행인으로부터 대항을 받는다고 한다. 어음법 제17조에 의하여 抗辯이 切斷되는 것은 어음소지인의 이익을 보호하려는 데 있는 바, 위 경우에는 C에게 보호할만한 독립한 경제적 이익이 없기 때문에 항변절단의 이익을 누리게 할 필요가 없다고 한다¹⁵⁾.

이와 같은 경우에도 어음채무자는 어음소지인에 대하여 지급하지 않으면 안된다고 하는 주장과 지급을 거절할 수 있다는 주장이 대립하고 있다. 前者는 어음행위의 無因性を 강조하고, 實質關係는 별도의 不當利得이라는 면에서 해결하여야 한다는 것이

13) 平出慶道, “手形債權移轉行爲의 相對的 有因性,” 「商事法の現代的課題」(石井照久 追悼論文集), 436面 以下.

14) Ulmer, *Das Recht der Wertpapiere* (Stuttgart und Berlin: W. Kohlhammer, 1938), S.247.

15) 田邊光政, 「手形流通の法解釋」(東京: 晃洋書房, 1980), 207面.

다. 그러나, 後者は 독립된 경제적 이익의 측면을 고려하여 資金關係나 對價關係로 인한 항변을 대항하지 못하는 것은 善意의 어음소지인을 보호하려는 것이며, 만약 어음소지인에게 보호할만한 이익이 없다면 抗辯切斷의 이익을 줄 필요가 없다고 한다¹⁶⁾.

이 견해에 대하여는 어음소지인이 善意인 이상 이를 人的抗辯의 문제로서 다루는 것은 無理라고 하는 비판도 있다¹⁷⁾.

3) 私見

생각컨대, 立法이 完全無缺한 것이 아닌 이상 信義則이나 權利濫用禁止와 같은 一般條項을 적용할 수 있으며, 어음법도 다른 法域과 다를 바 없으므로 어음관계의 形式的 技術的인 면에서 발생하는 부당한 결과는 모든 법을 지배하는 일반조항의 법리에 의하여 修正할 수 밖에 없다¹⁸⁾.

人的抗辯의 個別性論은 어음행위의 無因性, 抽象性을 지나치게 強調 내지 擴大하여 어음권리가 形式化할 우려가 있고 어음을 반환해야 하는 實質的 無權利者에게 어음채무를 이행하도록 하고 있어 부당한 결과가 되므로 채택할 수 없다. 어음소지인의 어음금의 청구를 인정한다면 소지인에게 二重으로 지급하는 결과가 되고 이는 法の精神에서 볼 때 容認할 수 없는 것이며, 따라서 無因性論의 처지에서는 어음소지인을 어음권리자라고 인정한다고 하더라도 그 行使는 권리남용으로 沮止시켜야 한다는 주장이 나올 수 밖에 없다.

有因性論은, 無因性을 근본으로 하여 발전되어 온 統一어음法の 어음행위의 해석에 비추어 볼 때 無理이며, 아울러 어음을 발행하는 자의 의사를 合理的으로 풀이한다면 그는 어음상의 채무를 부담하려고 한다고 보는 것이 자연스럽고, 하나의 어음행위를 제1단계인 어음채무부담행위와 제2단계인 어음권리이전행위로 區分하여 二元的으로 설명하는 것도 부자연스럽다¹⁹⁾.

그러므로, 權利濫用論에 따른다. 물론 권리남용론도 前述한²⁰⁾ 바와 같은 문제점이 없는 것은 아니나, 어음을 당연히 반환해야 할 어음소지인에게 어음상의 권리의 행사를 인정할 수는 없는 것이다. 이 경우에 어음소지인의 어음상의 권리의 행사를 저지하기 위해서는 無因性을 전제로 한 어음理論으로써는 납득할만한 설명이 되지 않고 부득이 信義則 내지는 權利濫用의 法理를 援用하지 않을 수 없다. 따라서 이와 같은

16) Ulmer, *aa O.*, S. 247.

17) 鹽田親文, “振出および裏書の原因關係がともに消滅した場合における人的抗辯の對抗,” 『民商法雜誌』 71, 118面.

18) 信義則이나 權利濫用禁止의 原則은 처음에는 채권법의 분야에서 提唱되고, 이어 私法을 지배하는 원칙으로 인정되다가, 오늘날에 이르러서는 私法과 公法, 實體法과 節次法을 막론하고 모든 법 영역을 통하여 나타나는 고차원적인 법이념으로 승인되기에 이르렀다.(大法院 1983. 5. 24, 82 다카 1919 判決; 大法院 1974. 9. 24, 74 다 767 判決; 大法院 1973. 6. 5, 69 다 1228 判決; 民事訴訟法<1990年 改正> 第1條 참조)

19) 鄭東潤, 앞의 책, 102쪽; 鄭燦亨, 앞의 책, 585쪽.

20) 앞의 註 5) 참조.

제3자의 항변은 民法의 一般原則에 의한 것이고²¹⁾, 이른바 一般惡意의 抗辯(exceptio doli generalis)이다.

3. 第3者의 抗辯의 態樣

1) 後者의 抗辯

제3자의 항변으로서 後者의 抗辯은 어음채무자가 자기의 後者和 어음所持人 사이의 항변사유를 원용하여 어음소지인의 청구를 배척하는 것이다. 예컨대, A가 약속어음을 발행하여 B에게 교부하고 B가 그 어음을 C에게 배서양도하여 C가 현재의 어음소지인이 된 경우에, A가 B·C간의 人的抗辯事由로써 C에게 대항할 수 있는 것을 後者의 抗辯이라고 한다. 後者의 抗辯이 인정되는 경우는 다음 세가지로 나뉘 볼 수 있다.

(1) 어음채무자의 後者和 어음所持人간의 원인관계가 不存在하거나 消滅한 경우²²⁾

A가 賣買代金の 지급을 위하여 B에게 약속어음을 발행하고, B가 債權擔保의 목적으로 이를 C에게 배서양도하였는데, B가 C에게 채무를 辨濟하여 배서의 원인관계가 소멸한 경우의 문제이다. 이 경우에 C가 어음을 소지하고 있음을 奇貨로 하여 어음발행인 A에게 어음금을 청구하여 온다면, A는 자기의 後者인 B의 C에 대한 항변사유, 즉 원인채무의 소멸을 주장하여 C의 청구를 배척할 수 있고 따라서 어음상의 책임을 지지 않는다. C가 A에게 어음상의 권리를 행사하는 것은 권리남용이 되어 A는 C에게 一般惡意의 抗辯(exceptio doli generalis)으로 대항할 수 있기 때문이다.

(2) 어음채무자의 後者和 어음所持人간의 원인관계가 不法하거나 違法한 경우²³⁾

B가 C에게 위 A발행 어음을 賭博債務의 支給確保條로 배서양도한 경우에 C가 A에게 어음금 지급 청구를 하는 것은 적극적으로 不法目的을 실현하고자 하는 점에서 원인관계가 소멸한 경우보다도 더욱 강력한 권리남용이 되기 때문에 A는 C에게 一般惡意의 抗辯(exceptio doli generalis)을 주장하여 어음상의 책임을 지지 않는다. 이 경우에, B가 C에 대하여 民法 제746조의 不法原因給與와 관련하여 어음을 반환청구할 수 있는지 여부가 문제된다. B의 C에 대한 어음의 양도를 民法 제746조의 給與로 보아 B의 C에 대한 어음返還청구를 인정할 수 없다는 견해가 있다²⁴⁾. 그러나, B의 C에 대한 어음의 양도는 사실상 宗國적 이익을 귀속시키는 民法 제746조의 給與는 아니므로 B의 C에 대한 어음반환청구를 인정하여야 할 것으로 본다²⁵⁾. 그러므로 C는 B에 대하여 어음을 返還하여야 하고, A에 대하여 어음상의 권리를 행사할 수 없게 된다.

21) 鄭燦亨, 앞의 책, 585쪽.

22) 日最高判 1968. 12. 25, 民集 22-13, 3548.

23) 日最高判 1971. 4. 9, 民集 25-3, 264.

24) 日最高判 1970. 10. 21, 民集 24-11, 1560.

25) 鄭燦亨, 앞의 책, 586쪽.

만일, A·B간의 어음행위의 원인관계가 違法하고 B·C간의 어음행위의 원인관계가 適法한 경우에는 人的抗辯의 문제로서 다루어지는데, C가 A·B간의 어음행위의 원인관계가 違法임을 알고(惡意) 어음을 취득한 경우에는 惡意의 抗辯(어음법 제17조 但書)으로 A는 C에게 어음금의 지급을 거절할 수 있으나, 그렇지 않은 경우에는 人的抗辯이 切斷되어 A는 B에게 어음금을 지급해야 한다.

(3) 어음채무자의 後者가 어음을 還受하지 않고 어음所持人에게 어음금을 支給 相計 免除 등을 한 경우²⁶⁾

C가 B에게 遡求權을 행사하여 어음금을 지급받고 B가 어음을 還受하지 않아서 C가 그 어음을 소지하고 있는 것을 奇貨로 C가 다시 A에 대하여 어음금을 지급청구하는 것은 權利濫用이 되어 인정될 수 없다. 이 경우에 어음채무자 A 또는 B와 어음소지인 C사이에서는 어음금의 지급으로 인하여 어음관계가 종료되어 어음상의 권리의무가 소멸되므로, A는 C에 대하여 어음상의 권리의 無權利者라는 抗辯으로써 A 자신의 항변을 주장할 수도 있다.

만일, 위 어음이 다시 이러한 사정을 모르는(善意) D에 의하여 취득되어 D가 B에게 遡求權을 행사한 경우에는 B는 人的抗辯이 切斷되므로 다시 D에게 遡求의무를 이행하여야 하고, D가 A에게 어음금지급청구를 한 경우에는 A는 물론 지급하여야 한다. 이 경우에는 B는 D에게 항변할 수 없으므로 A는 後者の 抗辯을 원용할 수가 없다. 그러나, D가 위와 같은 사정을 알고(惡意) 그 어음을 취득한 경우에는 B는 惡意의 抗辯의 법리에 의하여 遡求義務의 이행을 거절할 수 있고, A는 後者の 抗辯을 원용하여 어음금의 지급을 거절할 수 있다²⁷⁾.

2) 前者의 抗辯

제3자의 항변으로서 前者의 抗辯은 어음채무자가 자기의 前者와 어음所持人 사이의 抗辯事由를 援用하여 어음소지인에게 대항할 수 있는 것을 가리킨다. 예컨대, A가 약속어음을 발행하여 B에게 교부하고 B가 그 어음을 C에게 배서양도하여 C가 현재의 어음소지인이 된 경우에 B가 A·C간의 人的抗辯事由로써 C에게 대항할 수 있는 것을 前者의 抗辯이라고 한다. 前者의 抗辯이 인정되는 경우는 다음 두가지로 나뉘 볼 수 있다.

(1) 어음보증인이 被保證人의 抗辯事由(어음채무의 消滅·不存在·無效·取消)를 주장하는 경우²⁸⁾

어음保證은 한편 附從性을 가지나, 다른 한편 獨立性을 가진다. 그러므로 이와 관련

26) 高窪利一, 「手形·小切手法通論」(東京: 有斐閣, 1982), 375面 以下.

27) 徐燦珪·鄭燦亨, 「어음法·手票法」(서울: 서울大出版部, 1992), 618쪽.

28) 大法院 1988. 8. 9, 86 다카 1858 判決(法院公報 第832號 1207쪽); 日最高判 1970. 3. 31, 民集 24-3, 182.

하여 어음보증인은 被保證人의 人的抗辯을 가지고 어음소지인에게 대항할 수 있는가 하는 점이 문제된다. 예컨대, A가 賣買代金の 지급을 위하여 C에게 약속어음을 발행하고 B가 A를 위하여 어음보증을 하였는데, A·C사이의 매매계약이 無效이거나 解除된 경우에, B는 C의 어음금청구에 대하여 A·C사이의 매매계약의 무효, 해제를 주장할 수 있는가 하는 점이다.

어음보증의 獨立性의 理論(民法上 保證과의 差異點임)에 입각한다면 이는 否定된다. 과거의 독일과 일본의 判例와 學說은, 어음보증인은 어음보증이라는 어음행위를 함으로써 독립하여 어음상의 채무를 부담함에 이르렀으므로, 어음의 발행 자체에 方式上의 瑕疵가 없는 한, 被保證人이 어음소지인에 대하여 가지는 人的抗辯을 원용하는 것이 허용되지 않는다고 하고 있다²⁹⁾. 그러나 이 否定說에 따르면, 어음보증인은 受取人의 어음금청구에 대하여 위 발행인 A와 수취인 C사이의 매매계약이 무효인 경우에도 그 매매가 무효라는 항변을 할 수 없어 지급을 하여야 하고, 지급을 한 보증인 B는 被保證人(發行人) A에게 求償을 하게 되고, 被保證人 A는 다시 수취인 C에게 그 받은 이득을 不當利得으로서 返還請求하지 아니하면 안되는 복잡한 결과를 가져오고, 이 경우에 수취인 C가 不當利得返還義務를 이행하면 수취인 C에게 보증인 B에 대한 어음상의 권리행사를 인정하는 것은 아무런 의미가 없게 된다. 이처럼 否定說은 아무 의미도 없는 결과를 가져오기 위하여 三重의 절차를 강요하는 결과가 되어 부당하다³⁰⁾.

그러므로, 이와 같은 경우에는 어음소지인이 보증인에 대하여 권리행사하는 것을 그 段階에서 阻止할 수 있도록 하는 것이 간편한 해결방법이 된다. 그것은 바로 최근의 判例에서 채택한 바와 같이, 어음소지인의 어음보증인에 대한 어음금청구를 인정하는 것은 信義誠實의 原則에 반하고 權利의 濫用에 해당되므로 허용될 수 없다고 하는 것이다³¹⁾. 이른바 一般惡意의 抗辯(exceptio doli generalis)으로 대항할 수 있다. 그러나, 피보증인 A가 원인관계상 가지고 있는 取消權·解除權·相計權 등을 A가 스스로 행사하고 있지 않는 동안에 어음보증인 B가 이를 원용행사하는 것은 어음보증의 獨立性에서 볼 때 허용되지 아니한다. 그런데 위 경우에 有因性論에 따르면, 원인관계의 不存在·無效·取消의 抗辯은 실질적으로는 소지인이 無權利者라는 抗辯에 지나지 아니하므로, 어음보증인을 포함하여 모든 어음채무자가 소지인에게 대항할 수 있다고 한다³²⁾.

그밖에, 被保證人 A의 어음채무가 支給, 相計, 免除, 消滅時效 등으로 인하여 소멸하였음에도 불구하고 소지인 C가 어음보증인인 B에게 어음상의 권리를 행사하는 경

29) BGHZ 30.109 ; Hueck/Canaris, *Recht der Wertpapiere*, 12.Aufl.(München : Verlag Franz Vahlen, 1986), S. 148 ; 日最高判 1955. 9. 22, 民集 9-10, 1313 ; 鹽田親文, “手形保證의 獨立性의 限界,” 「商法の 爭點 [北澤正啓編]」(東京 : 有斐閣, 1978), 330面.

30) 鄭東潤, 앞의 책, 380~381쪽.

31) 大法院 1988. 8. 9, 86 다카 1858 判決(法院公報 第832號 1207쪽) ; 日最高判 1970. 3. 31, 民集 24-3, 182

32) 前田 庸, 「手形法·小切手法入門」(東京 : 有斐閣, 1983), 304面.

우에는 보증인 B는 權利濫用의 法理에 의하여 抗辯을 주장할 수 있으나, 이 경우에는 保證債務의 附從性으로 인하여 보증인의 어음보증채무도 소멸하므로 어음보증인 B는 이를 자신의 항변으로서 자기의 어음채무가 소멸하였음을 항변할 수도 있다³³⁾.

(2) 主債務者에 대한 어음채무가 支給·時效消滅되었거나 支給猶豫의 特約이 있을 때에 償還義務者가 이를 援用하는 경우³⁴⁾

어음소지인 C가 어음발행인 A로부터 어음금을 지급받고 배서인 B에 대하여 다시 遡求權을 행사하는 경우에 B는 C에 대하여 權利濫用의 法理에 의하여 抗辯(A가 C에 대하여 가지는 債務支給 또는 消滅時效라는 前者의 抗辯)할 수 있다. 또는 어음금의 지급으로 인하여 어음상의 권리 의무가 소멸되었음을 抗辯(C가 어음상의 권리의 無權利者라는 抗辯으로서 B자신의 抗辯)할 수도 있다. 왜냐 하면, 主債務가 支給, 相計 등에 의하여 어음의 목적이 달성된 경우에는 遡求義務도 따라서 소멸하고, 主債務가 소멸시효로 인하여 소멸한 경우에는 從되는 채무인 遡求義務도 소멸하는 것으로 보기 때문이다³⁵⁾. 그러나, 어음의 相換證券性과 遡求權을 행사하기 위해서는 遡求要件을 구비하여야 하는 점 등에서 볼 때, C가 A로부터 지급받고 B에 대하여 다시 遡求權을 행사하는 경우란 아주 드물다.

만일, 이 경우에 A가 C에게 어음금을 지급하면서 어음을 還受하지도 않고 또 그 어음상에 領受文言도 기재되지 않아서 C가 그 어음을 다시 D에게 배서양도한 경우에, D가 善意이면 A 또는 B는 D에게 어음금을 다시 지급해야 하며(人的抗辯의 切斷), D가 악의이면 A는 惡意의 抗辯을 주장할 수 있고 B는 前者의 抗辯을 주장할 수 있다³⁶⁾.

그런데, A·C간에 支給猶豫의 特약을 하였음에도 불구하고 C가 B에게 지급유예 이전의 滿期로 遡求權을 행사하는 경우에, B는 前者의 抗辯으로써 A의 지급유예의 특약의 항변을 원용할 수 있다. 왜냐 하면, 어음抗辯의 個別性과 어음債務의 獨立性에 비추어 遡求義務者가 主債務者의 항변을 원용하는 것은 신중을 기해야 하나, 이 경우에 B가 前者의 抗辯을 원용할 수 없고 바로 어음금을 지급하여야 한다고 해석하면 B는 일단 지급을 하고 다시 곧 A에게 지급을 청구할 수 있게 되어 A·C간의 支給猶豫의 特約은 무의미하게 되기 때문이다³⁷⁾.

만일, 이 경우에 C가 다시 그 어음을 D에게 배서양도한 경우에, D가 善意이면 A 또는 B는 지급유예의 특약의 항변을 주장할 수 없고(人的抗辯의 切斷), D가 惡意이면 A는 악의의 항변을 주장할 수 있고 B는 前者의 항변을 주장할 수 있다³⁸⁾.

33) 徐燦珏·鄭燦亨, 앞의 책, 619쪽.

34) 高窪利一, 前掲書, 378面.

35) 鄭東潤, 앞의 책, 491쪽.

36) 徐燦珏·鄭燦亨, 앞의 책, 619쪽.

37) 鄭東潤, 앞의 책, 491쪽.

38) 徐燦珏·鄭燦亨, 619쪽.

3) 二重無權의 抗辯(제3자의 항변과 類似한 경우)

어음抗辯切斷의 原則은 獨立된 經濟的 利益이 없는 어음취득의 경우 및 法的으로 保護할 만한 價値가 없는 어음취득의 경우에도 인정되지 아니한다. 이러한 견지에서 인정되는 것이 이른바 二重無權(Doppelmangel)의 抗辯이다³⁹⁾. 이것은 어음소지인과 그 前者 사이의 원인관계 및 그 前者와 前前者 사이의 원인관계가 모두 無效·取消되거나 消滅된 경우에 어음채무자인 前前者가 어음소지인의 어음금청구에 대하여 대항할 수 있는 항변을 말한다.

예컨대, A가 B에게 賣買代金の 지급을 위하여 B앞으로 약속어음을 발행교부하고, B는 다시 C에게 대금지급을 위하여 그 약속어음을 배서양도한 경우에 뒤에 A·B와, B·C간의 각 거래가 모두 合意解除되어 (A·B사이의 원인관계인 賣買契約이 無效 또는 取消됨과 아울러, B·C사이의 債權擔保의 목적으로 한 背書讓渡가 債務辨濟로 인하여 그 배서의 원인관계가 소멸되어) 각 거래상의 代金債務가 소멸하였음에도 불구하고, C가 A에게 어음금의 지급을 청구한 경우에 A는 어음발행의 원인관계가 소멸하였다는 항변을 受取人 B뿐만 아니라 B로부터 배서양도받은 C에게도 대항하여 어음금의 지급을 거절할 수 있는가 하는 문제이다. 어음抗辯切斷의 法則은 어음거래의 안전을 위하여 어음취득자의 이익을 보호하는 데 있으므로, 자기에 대한 배서의 원인관계가 소멸하여 어음을 배서인에게 반환하지 않으면 안되는 지위에 있는 C와 같이 어음의 지급을 구할 아무런 經濟的 利益을 갖지 않는 것으로 인정되는 어음소지인은 이러한 抗辯切斷의 利益을 享受할 지위에 있지 않다고 할 것이다. 따라서 A와 B사이의 원인관계 및 B와 C사이의 원인관계가 모두 소멸한 경우(二重無權)에, C가 A에게 어음금을 청구하여 올 때에는 A는 A·B간의 원인관계의 소멸로써 C에게 대항할 수 있다.

이 二重無權의 抗辯은 어음소지인과 그 배서인간의 원인관계가 소멸되었다는 점에서 後者の 抗辯과 類似한 점이 있으나⁴⁰⁾, 이와 구별하여야 한다. 이것은 어디까지나 어음채무자 자신이 가지는 항변을 대항하는 것이고, 제3자의 항변(後者の 抗辯)을 인용하는 것이 아니다⁴¹⁾. 二重無權의 抗辯은 자신의 항변(A·B간의 원인관계의 소멸)을 주장하는 점에서 惡意的 抗辯과 類似하나, C가 이에 대하여 악의이기 때문에 대항할 수 있는 것이 아니라 그에게 獨立한 經濟的 利益이 없기 때문에 대항할 수 있는 점에서 악의의 항변과 구별된다. 또한, 二重無權의 抗辯은 어음소지인 C 자신에 관한 사유로 인한 항변인 점에서 無權利의 抗辯과 類似하나, 무권리의 항변은 어음소지인이 어음상의 無權利者라는 항변이나 二重無權의 抗辯은 어음소지인이 어음상의 無權利者라는 것은 아니고 다만 원인관계의 소멸로 인하여 어음을 보유할 正當한 利益이 없다는 항변인 점에서 구별된다⁴²⁾.

39) Ulmer, *a a O.*, S. 247 ; Ulmer, *Festschrift für Raiser*, 1974, S. 236 參照.

40) 高窪利一, 前掲書, 379面.

41) 宋鎮賢, 앞의 論文, 1494쪽 ; 孫珠瓚, 앞의 책, 117쪽에서는 二重無權의 抗辯의 근거를 權利濫用說로 보고 있다.

42) 日最高判 1970. 7. 16, 民集 24-7, 1077 ; 鴻 常夫=竹内昭夫 編, 「手形小切手判例百選 [第3版]」(東京 :

Ⅲ. 融通어음의 抗辯으로서의 一般惡意의 抗辯

1. 原則 : 抗辯을 주장할 수 없는 경우

融通어음의 發行人이 受取人에 대하여 가지는 融通어음의 抗辯은 원래 직접의 당사자간에 있어서만 주장할 수 있는 抗辯이므로, 어음의 讓受人에게는 대항할 성질이 아닌 것이다⁴³⁾. 왜냐하면, 讓受人인 제3자에 대하여도 주장할 수 있다고 한다면, 融通어음에 의한 金錢融通의 實效를 거둘 수 없게 되고, 融通어음 본래의 취지에 反하게 된다⁴⁴⁾.

제3취득자가 融通어음임에 관하여 善意인 경우에는 發行人은 融通어음임을 이유로 하여 어음금의 支給을 拒絶할 수 없음은 말할 나위도 없다. 설사 그 제3자가 融通어음이라는 사실에 관하여 惡意이더라도 지급을 거절할 수 없다고 보아야 한다. 여기서 惡意라는 것은 제3취득자가 融通契約, 즉 融通者와 被融通者間에는 滿期까지 被融通者가 融通者에게 支給資金을 제공함으로써 融通者의 計算으로 어음금支給義務를 부담하지 않는다거나, 또는 어음을 회수하여 融通者에게 반환할 것을 내용으로 하는 合意의 존재를 알고 어음을 취득한 경우를 말한다.

대체로 이와 같은 融通契約이 있는 것은 融通어음으로서의 당연한 것이고, 따라서 融通어음인 것을 알고 취득했다고 하는 것은 이러한 合意의 존재를 알고 어음을 取得하는 것으로 보게 되고, 제3취득자는 融通어음의 發行人의 被融通者에 대한 信用供與를 신뢰하여 그 어음에 의한 融資에 응한 것이라고 보아야 한다⁴⁵⁾. 따라서, 이는 어음法 제17조에 해당하는 人的 抗辯으로 볼 수 없거나⁴⁶⁾, 이를 人的 抗辯으로 보더라도 어음法 第17條 但書에 의한 惡意의 抗辯이 문제될 여지는 없게 된다⁴⁷⁾. 이는 判例⁴⁸⁾나,으로도 일반적으로 인정되고 있다.

이와 같이 融通어음에 있어서 惡意의 抗辯을 인정하지 않는 理論的 근거를 融通어음의 本來의 性質 자체에서 求하고 있다. 즉 融通어음의 抗辯은 본래 特定한 어음授受의 當事者間의 관계에 있어서만 성립하는 것으로, 어음의 讓受人에게 승계될 성질이 아니라는 것이 多數說의 見解이다⁴⁹⁾. 보통의 다른 人的 抗辯은 原因關係에 기한 것

有斐閣, 1981), 92面 參照 ; 이와는 달리 蔡利植, 「商法講義(下)」(서울 : 博英社, 1992), 332쪽에서는 二重無權의 抗辯을 無權利抗辯으로 보고 있다.

43) Staub-Stranz, *Kommentar zum Wechselgesetz*, 13.Aufl.,(Berlin : Walter de Gruyter & Co., 1934), Art.17. Anm.3.6.

44) 朝高判 1925.10.9, 評論14卷商622쪽.

45) 今井宏, “融通手形の抗辯”, 「商法演習Ⅲ」(東京 : 有斐閣, 1963), 225面.

46) 徐燦珪·鄭燦亨, 앞의 책, 605쪽.

47) 李基秀, 「어음法·手票法」(서울 : 博英社, 1989), 259~260쪽.

48) 大法院 1979. 10. 30, 79 다 479 判決 (判例總覽 제11권 2호 994 -10쪽) ; 大法院 1969. 9.30, 69 다 975·976 判決 [대법원판례집 제17권 3집 (1969) 146쪽] ; 大法院 1965. 8. 31, 65 다 1217 判決 [대법원판례집 제13권 2집 (1965) 112쪽] ; 大法院 1957. 3. 21, 4290 民上 20 判決 [대법원판례집 제5권 1집(1957) 20쪽]

49) 大隅健一郎, 前掲書, 76面 ; 鄭東潤, 앞의 책, 202쪽 ; Hueck/Canaris, *aaO.*, S.145 등 多數.

이든, 어음債權 그 자체로부터 나온 것이든 背書의 性質을 債權讓渡라고 보는 한, 본래는 債權과 함께 移轉하여야 할 성질의 것이다. 그러나, 債權讓渡時에 함께 移轉되어야 할 성질의 抗辯이라면, 어음의 流通確保를 위하여 그 切斷이 고려될 수 있지만, 그 본래의 성질상 移轉이 고려되고 있지 않는 抗辯에 있어서는 抗辯의 切斷도 처음부터 문제되지 않는 것이라면, 取得時의 善意·惡意도 당연히 문제될 여지가 없다. 融通어음의 抗辯이 제3자에 대하여 대항할 수 없는 것은 본래 대항할 수 있는 것이 切斷되고 있기 때문이 아니라, 그 抗辯의 屬性上 特定人(被融通者)에 대하여서 밖에 성립하지 않는다는 특성으로 인한 것이다⁵⁰⁾.

2. 例外 : 抗辯을 주장할 수 있는 경우

그러면, 어떠한 상황아래서도 제3취득자에 대하여 지급을 거절할 수 없다고 보아야 할 것인가? 즉 融通契約 違反의 경우, 예컨대, 融通어음에 관하여 受取人으로부터 發行人에게 支給資金의 제공이 없어서 滿期에 支給되지 않을 것이 確實하다는 인식을 가지고 어음을 취득한 경우⁵¹⁾, 融通目的으로 授受된 어음이 信用薄弱으로 인하여 割引받을 수가 없어서 被融通者에게 반환하지 않으면 안된다는 것을 알면서도 제3자가 讓受한 경우⁵²⁾, 특히 交換어음에 있어서 一方의 어음이 不渡되거나 이에 準하는 상황에 있다는 것을 알고서 他方의 어음을 제3자가 취득한 경우⁵³⁾, 融通어음의 受取人이 그 어음을 가지고 金融의 目的을 이룬 다음, 이를 還受하여 다시 支給拒絶證書作成期間 經過後 제3자에게 讓渡한 경우⁵⁴⁾, 그리고 無償取得의 경우⁵⁵⁾ 등 어음債務者, 즉 融通者에게 支給을 강요하는 것이 不合理한 사정이 인정되는 경우이다.

이 경우에 讓受人인 第3取得者의 권리행사를 인정한다면, 融通者(발행인)에 대한 被融通者(수취인)의 의무위반에 관하여 第3取得者의 협력을 容認하는 결과가 되어 信義則에 反하므로, 이러한 第3取得者의 청구에 대하여는 融通자는 지급을 거절할 수 있어야 한다. 이에 관한 論據로서 다음과 같은 견해의 대립이 있다.

3. 抗辯의 인정여부에 관한 學說

1) 融通어음 抗辯의 相對性에 관한 多數說의 理論構成

多數說에 의하면 본래 移轉되어야 할 抗辯의 존재를 인정하지 않기 때문에 부득이

50) 河野綾雄, “融通手形をめぐる法律問題”, 『上智法學論集』 第8卷 2號, 155面 ; 日本에서는 이를 「生來的 人的 抗辯이라고도 한다. ; 獨逸에서는 排除不要의 抗辯(nichtausschlußbedürftige Einwendung)이라고 하고 있다.

51) 河本一郎, “手形法における惡意の抗辯”, 『民商法雜誌』 第36卷 4號, 53面.

52) 日大判 1933.4.25, 新聞3572號 11面.

53) 日最高判 1967.4.27, 民集21卷3號728面.

54) 日最高判 1965.12.21, 民集19卷9號2300面.

55) 日廣島高裁岡山支判 1964.6.15, 高民集 17卷 5號 282面.

이를 설명하기 위하여 融通어음의 抗辯이외에 다른 抗辯이 想定되어야 한다고 한다. 그리하여,

첫째로, 信義則 또는 權利濫用 禁止의 原則이나, 一般惡意의 抗辯(exceptio doli generalis)을 援用하거나⁵⁶⁾,

둘째로, 被融通者에게 존재하는 특별한 사정 그 자체에 融通契約 不履行이라는 人的抗辯事由의 발생을 인정하고 이에 대하여 惡意의 抗辯을 인정하거나⁵⁷⁾,

셋째로, 融通契約上の 約定된 期間의 經過 등을 이유로 이미 融通어음성을 상실한다고 함으로써 통상의 人的 抗辯으로 되돌아가 前者의 人的 抗辯에 대하여 惡意의 抗辯이 성립된다고 하는 理論構成이 가해지고 있다⁵⁸⁾.

이 가운데 첫째의 一般惡意의 抗辯이 가장 많이 거론되고 있다⁵⁹⁾. 이에 따르면 融通目的으로 授受된 어음이 割引을 받지 못하는 사정이 있을 때에는 被融通者는 어음을 融通者인 어음債務者에게 반환해야 되는데 이를 他人에게 讓渡하는 것은 契約上の義務違反行爲이고, 제3자가 이를 알고 讓受하는 것은 곧 그 義務違反行爲에 협력하는 것이므로, 이 경우에 融通者는 權利濫用이라든가 信義則違反을 이유로 하여 제3자에 대한 지급을 거절할 수 있고, 이 抗辯이 곧 一般惡意의 抗辯이라는 것이다.

이들 견해에 대하여는 다음과 같은 批判이 뒤따르고 있다. 첫째의 견해에 대하여는 融通契約의 內容은 반드시 일정하지 않고 融通當事者間에는 각종의 多様な 抗辯의 大항이 있을 수 있는데, 第三者에 대한 抗辯에 관한 설명을 一般法理論인 信義則 등에 의하여서 밖에 理論構成할 수 없다는 것은 多様な 抗辯에 대한 一貫된 說明으로서는 궁색하다고 하지 않을 수 없다는 비판이 있다⁶⁰⁾. 또한, 둘째의 견해에 대하여는 特殊한 附加的 狀況이 인정되는 경우에 惡意의 抗辯이 성립한다는 理論構成은 본래 承繼되지 않는 屬性을 지닌다는 融通어음의 抗辯을 전제로 하고 있는 점과 一貫性이 없고, 아울러 통상의 人的 抗辯과의 區別이 不明確해진다는 비판이 있다⁶¹⁾. 그리고, 셋째의 견해에 대하여는 이미 商業用語화된 融通어음에 대하여 融通어음성을 상실하여 보통의 어음으로 法律的 性質이 변화한다는 理論을 펴는 構成자체에 說得力이 부족하다는 反論이 제기된다⁶²⁾.

2) 融通어음 抗辯의 相對性에 관한 少數說의 理論構成

이에 반하여, 少數說은 融通어음의 抗辯도 보통의 人的 抗辯이고 抗辯의 切斷法則에 따르지만, 동시에 이에 대한 악의의 抗辯이 성립할 여지가 있다는 전제에서 다음

56) 河本一郎, 前掲論文, 55面; 大隅健一郎, “融通手形の抗辯”, 『法律時報』第34卷 10號, 77面.

57) 北澤正啓, 『ジュリスト』257號, 132面.

58) 本間輝雄, “融通手形・交換手形と惡意의 抗辯”, 『ジュリスト商法の争點』(東京: 有斐閣, 1978), 325面에서 引用.

59) 島原宏明, “融通手形の振出人に對する轉得者の手形金請求が權利の濫用にあたることされた事例”, 『法學研究』第65卷 7號, 108面.

60) 高窪利一, 前掲書, 210面; 山口幸五郎, “いわゆる融通手形の抗辯について”, 『ジュリスト』第374號, 92面.

61) 山口幸五郎, *ibid.*

62) *Ibid.*, 93面.

3가지 견해가 제시되고 있다. 첫째는 背書의 本質을 어음證券의 承繼取得者에 의한 어음상의 權利의 原始取得이라고 해석하는 견해이다. 이 입장에서는 抗辯制限은 어음 行爲에 있어서 당연한 사리이고 惡意의 抗辯은 利益衡量에 의하여 惡意의 所持人의 權利濫用을 저지하는 특수한 法定의 人的 抗辯(一般惡意의 抗辯이 實定法化된 것)이라고 풀이함으로써 融通어음의 抗辯도 다른 人的 抗辯과 전혀 동일한 성격을 띠고 따라서 融通者에게 實質的으로 損害가 생기는 것을 알고 어음을 취득한 경우에는 惡意의 抗辯이 인정된다고 한다⁶³⁾. 둘째는 背書에 관하여 債權讓渡說을 취하면서 融通어음의 抗辯을 다른 人的 抗辯과 동일시하는 입장이지만, 이에서는 惡意의 抗辯의 성립 요건인 「債務者를 해할 것을 알고」라는 것은 所持人이 그 취득에 있어서 滿期 또는 權利行使時에 債務者가 所持人의 前者에 대한 抗辯을 주장하는 것이 객관적으로 보아 확실하다고 하는 인식을 갖고 있던 경우를 指稱한다고 풀이함으로써 融通어음이라는 것을 알고 취득한 경우에는 惡意의 抗辯은 주장할 수 없을 따름이라는 것이다⁶⁴⁾. 셋째는 背書에 관하여 역시 債權讓渡說을 취하면서 「融通어음이라는 것을 알고 있었던」데 그치는 경우에는 抗辯이 承繼되지 않는 것이 아니라, 融通當事者 사이에 對抗抗辯이 존재하지 않는 것이고, 이에 反하여 被融通者가 어음利用期間의 徒過, 支給資金의 不提供, 交換어음에 있어서의 상대방어음의 不渡라고 하는 것과 같은 融通契約違反의 경우에는 融通어음關係를 떠받치고 있던 融通契約이라고 하는 原因關係에서 이탈되는 결과, 原因關係不存在라는 상태를 초래하고, 이것이 惡意의 抗辯의 기초가 되므로 그 사실을 알고 취득한 때에는 惡意의 抗辯으로 對抗할 수 있다고 한다⁶⁵⁾.

이들 견해에 대하여는, 첫째의 견해는 그 이론구성의 前提인 原始取得說 자체에 관하여 문제가 있고, 둘째의 견해는 融通어음의 抗辯을 보통의 人的 抗辯과 마찬가지로 보아 融通目的이라는 實質的 效果를 인정하지 않게 되는 결과가 초래될 수 있고, 셋째의 견해는 原因關係 不存在이라고 하는 概念構成이 不明確하다는 批判이 뒤따르고 있다⁶⁶⁾.

3) 私見

생각컨대, 融通어음이란 被融通者 자신으로부터의 청구에는 응하지 않지만, 被融通者로부터 어음을 讓受한 자 및 그 후의 어음取得者에 대하여는 被融通者가 어음상의 책임을 지는 것을 내용으로 하여 發行된 어음이므로, 融通어음이라는 抗辯은 一般의 人的 抗辯과 달리 원래 融通者가 被融通者에 대하여만 주장할 수 있는 항변이고, 어음의 讓受人에게 承繼될 성질의 것이 아니다. 따라서 善意者에 대한 抗辯의 切斷이라고 하는 것도, 惡意의 取得者에 대한 抗辯의 대항이라는 것도 문제될 여지가 없다.

또한 이러한 뜻에서 融通어음의 抗辯과는 別個의 事情에 基한 抗辯이 있는 경우에

63) 高窪利一, 前掲書, 210面.

64) 古瀬村邦夫, “融通手形”, 『新商法演習Ⅲ』(東京: 有斐閣, 1974), 163面.

65) 木内宜彦, 『手形法小切手法』(東京: 勁草書房, 1979), 228面.

66) 本間輝雄, 前掲書, 352面 參照.

는 發行人은 그것을 주장하여 지급을 거절하는 것은 지장이 없다. 즉 滿期前의 일정한 시기까지 자금이 供給되는 것을 條件으로 하여서만 어음을 지급한다는 내용의 합의가 있고, 더욱이 제3자가 그 時期의 경과후에 이 합의의 존재 및 資金의 供給이 없는 사실을 알면서 어음을 讓受한 경우이다. 이 경우에 讓受人의 權利行使를 인정한다면, 發行人에 대한 受取人의 義務違反에 관하여 讓受人의 協力을 容認하는 결과가 되어 信義誠實의 原則에 反하므로, 이러한 讓受人의 請求에 대하여는 發行人은 지급거절할 수 있다. 그러나, 이 抗辯은 이른바 一般惡意의 抗辯(exceptio doli generalis)이고, 發行人이 受取人에 대하여 가지는 融通어음이라는 抗辯의 對抗을 인정하는 것은 아니다.

그리하여 融通어음의 抗辯은 融通契約의 內容에 쫓은 경우와 融通契約違反의 경우를 나누어 고찰하여야 할 것이다. 融通契約의 內容에 따른 抗辯, 즉 滿期까지 被融通者가 融通者에게 支給資金을 공급하거나 또는 어음을 回收하여 融通者에게 반환할 것 등에 대한 基本的 合意를 알고 있다는 사실은 제3자에게 抗辯으로 대항할 수 없으나, 그 融通契約을 違反하고 있다는 사실에 대하여는 一般惡意의 抗辯(exceptio doli generalis)인 權利濫用의 抗辯으로 대항할 수 있다고 본다. 이는 多數說 첫번째의 見解와 그 結論을 같이 하는 것이라고 思料된다⁶⁷⁾.

4. 抗辯認定 與否에 관한 個別的 考察

1) 交換어음의 경우

(1) 當事者間의 關係

먼저, 融通어음에 관한 抗辯制限의 例外的인 경우로서 交換어음의 경우를 살펴보자. 融通者와 被融通者가 서로 金融을 얻기 위하여 相互發行·交換하는 교환어음의 경우에는 일반 融通어음의 경우와 다르다. 즉 融通어음이 교환된 후 제3자에게 割引되지 않고 당사자가 所持하고 있는 경우에는 당사자 一方의 청구에 대하여 他方이 그 지급을 거절할 수 있는 것은 일반 融通어음의 경우와 같으나, 交換된 어음가운데 一方의 融通어음만이 割引된 경우, 예컨대 A·B사이에 融通어음을 교환한 후 B가 A發行의 어음을 가지고 제3자 C로부터 割引融資를 받았고, 그 후 C의 어음金 청구에 의하여 A가 그 어음金を C에게 지급하였을 때 B는 A에게 B發行의 어음金支給請求를 거절할 수 없다⁶⁸⁾. 이 경우에 B發行의 어음에 대하여 權利行使를 할 수 있는 시기를 A發行의 어음割引時로 볼 것이냐, 아니면 A가 어음金を 支給했을 때로 볼 것이냐가 다투어지고 있다. 割引時說에 따르면, B가 A發行의 어음에 의하여 割引時를 기준으로 하여 金融의 목적을 달성하여 A가 第3者에 대한 어음責任을 免할 수 없는 이상, B는

67) 梁碩完, “融通어음에 관한 研究”, 『濟州大 論文集(인문·사회과학편)』, 第31輯, 214~215쪽의 內容을 改說함

68) 서울高法 1984. 8. 28. 83 나 3933 判決 (하급심판결집 1984 제3권 183쪽); 鄭東潤, 앞의 책, 80쪽.

그 發行의 어음에 대하여 支給資金의 提供義務가 있다고 보는 것이다⁶⁹⁾. 이에 반하여, 支給時說에 의하면, B가 A 發行의 어음을 割引하였다 하더라도 支給時를 기준으로 하여, 어음이 支給되거나 遡求權의 喪失 등에 의하여 B의 遡求義務가 消滅하기까지는 A는 B에게 청구할 수 없다고 보는 것이다⁷⁰⁾.

생각컨대, 融通어음은 원래 제3자로부터 그 割引을 받을 것을 목적으로 하는 것으로서 당사자사이에 이를 決濟하는 것은 그 本來의 취지가 아니므로 당사자는 적어도 交換된 融通어음이 割引될 때까지는 對價를 얻었다고 생각하지 않는다. 또한 각 당사자는 자기가 발행한 어음으로 상대방이 割引을 받는데 성공하였을 때에 비로소 현실로 支給資金請求權을 취득한다고 보아야 할 것이므로, 割引이 실현될 때까지는 각 당사자는 對價의 未收 또는 請求權의 實體의 欠缺을 이유로 상대방 당사자의 어음金請求 내지 支給資金請求를 거절할 수 있다⁷¹⁾. 따라서 B가 어음割引에 의하여 현실적으로 金融의 목적을 성취하게 되면 A가 어음金支給義務를 부담하게 되므로 A는 B에 대하여 資金推尋權을 갖게 된다고 보기 때문에 割引時說이 타당하다⁷²⁾.

즉, B가 A 發行어음을 제3자 C로부터 割引을 받아 구체적으로 對價를 얻은 경우에는 B는 A에 대하여 그 支給資金을 지급하여야 하는데 B가 A에 交付한 交換融通어음은 동시에 A의 B에 대한 위 資金推尋權을 擔保하는 것으로 되어 있다. 그러므로 이러한 交換어음이 滿期가 到來한 데도 불구하고 B가 그 의무를 이행하지 않는 이상, A는 融通者로서 資金推尋權 行使方法으로 그 어음상의 權利를 행사할 수 있음은 당연하다. 그러나, 이 때 B는 장차 A가 어음金支給을 거절하는 경우 遡求義務者로서 二重支給의 危險을 부담한다는 反論이 있을 수 있으나, B로서는 A로부터 請求를 받을 때 즉시 A 發行의 어음을 第三者로부터 回收하면 그 危險을 피할 수 있다. 덧붙여 말한다면, A는 資金상의 權利와 어음債權 가운데 어느 것이든지 행사할 수 있으나 어음 支給資金의 제공을 받기 위하여는 A는 B에게 어음을 반환하여야 하며 그 반환이 없는 한 B는 자금을 지급할 필요가 없다.

그런데 B는 어음의 반환을 받지 않은 채 A에게 자금을 제공하였다고 하더라도 그 후 A가 어음의 지급을 청구한 때에는 이미 資金상의 義務를 이행한 사실을 주장하고 그 지급을 거절할 수 있다. 또한 A가 C에 대한 어음의 支給을 거절하였기 때문에 B가 遡求義務를 이행하여 C에게 지급했는데도 불구하고 A로부터 어음金の 청구를 받는 일이 있더라도⁷³⁾, 이 때 B의 資金상의 義務는 문제가 되지 않으므로 B는 A의 어음金請求를 당연히 거절할 수 있다⁷⁴⁾. 그리고 A가 C에 대한 어음의 支給을 거절하였

69) 大隅健一郎, 前掲書, 76面; 日東京地判 1966. 3. 23, 判例時報 第454號, 58面.

70) 田中誠二・並木俊守, 「判例手形小切手法」(東京: 井上書房, 1962), 247面.

71) 高窪利一, 前掲書, 213面.

72) 李弘權, “融通어음 發行者의 어음上 및 原因關係上 責任”, 「어음手票法에 관한 諸問題」(司法研修院 法官研修資料 下), 1985, 1377~1378쪽; 徐廷甲, “融通어음”, 「考試界」1982年 12月號, 18쪽.

73) 償還에 의하여 乙은 어음을 還受하게 되므로 當事者 雙方이 어음을 所持하고 있는 최초의 단계로 되돌아 간다.

74) 堀口 亘, 「手形小切手判例百選〔第三版〕」(東京: 有斐閣, 1979), 81面.

을 경우에는 B는 그 遡求義務를 이행하기 前이라도 A의 어음金請求를 거절할 수 있다.

(2) 第三者와의 關係

다음으로, A는 B 發行어음의 割引을 받지 못하였는데 B는 A가 발행한 어음을 C로부터 割引받았고, A는 C의 提示에 의하여 이 어음을 決濟한 경우에는 A는 자기가 所持하고 있는 어음을 B에게 제시하여 그 지급을 받을 수 있으며 B는 이에 대하여 融通어음의 抗辯을 주장할 수 없음은 명백하다⁷⁵⁾. 왜냐 하면, 이 경우 B는 그 받은 어음에 대하여는 背書人으로서 償還請求를 받을 염려가 없어 融通어음으로서의 목적을 완전히 달성하여 자기가 발행한 어음의 對價를 결정적으로 취득하게 된 셈이다. 그러나, A는 割引에 의한 對價를 갖지 못하여 그 所持하는 어음은 融通어음으로서의 本來의 意義를 상실한 단순한 擔保로서의 의미만을 갖는 데 불과하므로 A는 이 交換어음에 의하여 對價의 취득을 현실화하여 B와의 均衡을 유지할 필요가 있기 때문이다.

더 나아가, A·B 모두 第三者로부터 割引을 받았는데 A는 그 발행한 어음을 決濟하였으나 B는 그 발행한 어음에 대하여 支給을 하지 않았기 때문에 A가 부득이 어음을 被背書人으로부터 還受하여 이 還受한 어음에 의하여 B의 支給을 청구한 경우에도 B는 이에 대하여 融通어음의 抗辯을 주장할 수 없음은 말할 것도 없다⁷⁶⁾.

그리고 一方의 約束어음이 支給拒絶될 경우 다른 一方의 약속어음도 지급하지 않는다는 特約아래 交換發行한 融通어음 取得者에 대한 惡意의 抗辯을 하기 위하여는 어음을 취득할 때에 그와 같은 特約이 존재한 사실을 알았다는 것만으로는 不足하고 이와 아울러 다른 一方의 約束어음이 支給拒絶된 사실 또는 支給拒絶되리라는 사정을 알면서 이를 취득하였다는 사실에 대한 主張·立證도 하여야 한다⁷⁷⁾. 따라서 惡意의 抗辯을 인정하는 데 있어서는, ① 交換어음에 관하여 各自가 발행한 約束어음은 각각 發行人이 支給을 하지만, 만일 一方인 B가 B 發行의 約束어음의 支給을 하지 않는다면, 다른 一方인 A가 A 發行의 約束어음의 支給을 하지 않는다는 내용의 A·B사이의 합의가 있는 것, ② B가 B 發行의 約束어음의 支給을 하지 않은 것, ③ 約束어음을 취득한 자가 交換어음에 관한 위 合意 및 B 發行의 約束어음이 不渡이거나, 不渡가 되리라는 것을 알면서 A 發行의 約束어음을 取得한 것 등 3가지의 점을 具備하여야 한다⁷⁸⁾.

따라서 A·B가 서로 融通어음을 交換하고 있는 경우 C가 B를 위하여 融通어음을 割引한 때에 그 어음이 A·B 상호간에 교환된 融通어음의 하나라는 것을 아는 것만으로는 債務者로부터 惡意의 抗辯의 對抗을 받지 않는다. 왜냐 하면 融通어음이 交換된 것을 알고 있는 것은 融通契約의 존재를 알고 있는 것과 다를 바 없기 때문이다.

75) 日最高判 1954.4.2, 民集8卷4號 782面.

76) 徐廷甲, 앞의 論文, 20쪽.

77) 서울地法東部支院 1968. 12. 27, 88 가단 19686 判決 (하급심판결집 1984 제3권 183쪽); 日最高判 1967. 4. 27, 民集21卷3號 728面.

78) 中馬義直, “いわゆる交換手形につき惡意の抗辯の認められる場合”, 「民商法雜誌」第57卷 5號, 786面.

여기서 B 發行어음의 不渡, 즉 어음取得後 抗辯事由가 발생할 우려가 있다는 것을 豫見할 수 있었는 데도 重過失에 의하여 알지 못하는 경우에 惡意의 抗辯의 성립을 인정할 수 있는가가 문제된다. 抗辯事實의 認識은 重過失에 의한 不知로써 足하다고 하는 견해가 있지만⁷⁹⁾, 본래 惡意의 抗辯과 善意取得의 制度根據는 달라서⁸⁰⁾ 각각의 要件에 차이가 있는 것이 당연하므로 重過失 또는 未必의 惡意는 惡意의 抗辯으로부터 排除돼야 할 것이다⁸¹⁾.

판례는 피용통자가 용통어음과 교환하여 그 액면금과 같은 금액의 약속어음을 용통자에게 담보로 교부한 경우에 있어서는 용통어음을 양수한 제3자가 양수 당시 그 어음이 용통어음으로 발행되었고, 이와 교환으로 교부된 담보어음이 지급거절되었다는 사정을 알고 있었다면, 용통어음의 발행자는 그 제3자에 대하여도 용통어음의 항변으로 대항할 수 있다고 하고 있다⁸²⁾. 이 경우의 融通어음의 抗辯을 무엇으로 볼 것인가 하는 의문이 남는다. 대체로는 惡意의 抗辯으로써 용통어음의 발행자는 그 용통어음에 대한 지급을 거절할 수 있고, 다만 善意의 제3자에 대하여는 항변이 절단된다(어음法 第17條)고 하고 있으나, 一般惡意의 抗辯(exceptio doli generalis)으로 새길 여지가 있다.

(3) 交換어음에 관한 比較法的 差異

英國 換어음法(B.E.A.)에 있어서의 判例는 交換어음의 경우에 融通者는 서로 용통할 目的으로(for mutual accommodation) 이루어진 相互引受(cross acceptance)가 각자 有價約因(valuable consideration)이라고 보기 때문에⁸³⁾ 融通어음 관계에서의 融通者에 해당되지 않는 것으로 본다⁸⁴⁾. 우리나라에서는 交換되는 각각의 어음은 서로 對價的 關係에 있지만 각자 상대방에 融通目的으로 信用을 供與한다는 데에는 그 기초가 변하지 않고 있으므로⁸⁵⁾ 融通어음임을 否定하지 않는다.

그런데 獨逸에서는 交換어음은 어음기증(Wechselreiterei)현상을 초래할 위험이 큰 것으로 본다. 예컨대, 融通目的으로 換어음이 發行되어 融通者가 引受한 경우에 被融通者도 어음支給資金을 제공하지 못하고 引受人(融通者)도 어음金額을 滿期에 조달할 수 없는 경우에는 그 해결방법으로 제2어음이 발행되는 수가 있다. 즉 어음金額을 마련하기 위하여 引受人側에서 새로운 어음을 舊어음의 發行人에 대하여 발행하고 또 舊어음의 發行人은 新어음을 인수하는 것이다. 이러한 어음의 割引이 드물지 않게 이

79) 高窪利一, “手形法上いわゆる惡意の抗辯” 『私法』 第20號, 111面.

80) 美國法上으로는 善意取得과 抗辯의 制限을 동일한 요건에서 인정하며, 重過失있는 者를 惡意者로 본다. (Goodman v. Harvey (1836) 4 AD & EL 870. HIE. R. 1011 (per Lord Denman at 1013); Jones v. Gordon (1877), 2 App. Case 616)

81) 鈴木竹雄, 『手形法·小切手法』 (東京: 有斐閣, 1957), 256面; 河本一郎, 前掲書, 59面.

82) 大法院 1995. 1. 20, 94 다 50489 判決 (判例月報 第297號 27쪽)

83) Burdon v. Benton(1847) 9 Q.B. 843; King v. Philips(1844) 12 M. & W. 705.

84) Byles, *On Bills of Exchange*, 25th ed.(London: Sweet & Maxwell, 1983), p.232; Cowley v. Dunlop (1788) 7 T.R. 567; Buckler v. Buttivant (1802) 3 East 72.

85) 同旨: 大隅健一郎, 前掲書, 76面.

루어지고 있다⁸⁶⁾. 제2의 어음의 流通期間 동안에도 金員이 생기지 않으면 제2의 어음의 引受人은 다시 그 發行人에 대하여 제3의 어음을 발행하는 식으로 계속한다. 이를 어음기승이라 하고 이 때 발행되는 어음이 곧 기승어음(Reitwechsel)이다⁸⁷⁾. 이 경우에 어음의 額面總額은 割引金의 추가로 인하여 계속 증가하고 어음은 換金하기가 더 어려워진다. 왜냐 하면, 은행은 더욱 이를 不良어음으로 취급할 것이기 때문이다⁸⁸⁾. 이 기승어음에 있어서 그 기초가 되는 交換契約은 公序良俗違反(BGB 第138條 第1項)으로 無效이다⁸⁹⁾. 그리고 위 交換行爲에 參加하는 當事者도 자기의 交換行爲의 反良俗性을 주장하는 것을 妨害하지 않는다⁹⁰⁾. 더 나아가서, 은행을 欺罔하기 위하여 虛偽의 背書나 그밖에 날조된 記名捺印을 함으로써 기승어음을 虛無어음(Kellerwechsel)으로 만들어 버리기도 한다⁹¹⁾. 때로는 일부러 허위의 숫자를 기입함으로써 건전한 商業어음을 왜곡시키기도 한다. 이러한 경우에는 刑事上의 詐欺 문제까지도 야기된다⁹²⁾.

그러나, 기승어음은 항상 違法하다고는 할 수 없다. 즉 기승자가 滿期에 支給을 하거나 資金을 제공하게 된다면 기승어음도 일종의 融通어음으로서 違法하다고 말할 수 없다⁹³⁾. 그리하여, 기승어음에 있어서도 당사자 간에는 서로 權利를 행사하지 아니하기로 하는 默示的 合意가 있다고 볼 것이다. 그러나, 기승자가 최초로 자기의 給付不能을 알면서 기승行爲를 하는 것은 信義則에 반하는 權利濫用行爲라고 한다⁹⁴⁾.

2) 어음상의 責任을 지게 하지 않겠다는 特約을 알고 있는 경우

融通者와 被融通者 사이에 融通어음의 滿期까지 被融通者가 支給資金을 공급하여 融通者에게는 어음의 支給에 대한 責任을 지게 하지 않겠다는 合意가 있고 第三者가 그 合意의 존재를 알고 어음을 取得한 경우의 문제이다.

이러한 경우에는 融通者는 그 合意의 존재를 주장하고 지급을 거절할 수 있다고 하는 견해가 있다. 즉, 구체적인 경우 法院의 釋明을 통하여 第三者에로의 流通을 禁止하는 취지의 合意라면 이른바 「뵈는 어음」과 같이 취급하여야 한다는 것이다⁹⁵⁾.

그러나 融通者와 被融通者 사이에 滿期까지 어음의 支給資金을 제공하거나 어음을 回收하여 融通者에게 어음상 어떠한 책임도 지게 하지 않는다는 정도의 合意가 있는 경우에는 비록 第三者가 그 合意事實을 알고 취득하였다 하더라도 이러한 정도의 特

86) Hueck / Canaris, *aa.O.*, S.144 ; Zöllner, *Wertpapierrecht*, 13.Aufl.,(München : C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1982), S.60.

87) Canstein, *Lehrbuch des Wechselrechts* (Berlin : Carl Heymanns, 1890), S.74f.

88) 李基秀, 앞의 책, 86쪽.

89) Lange, Heinrich, *B G B, Allgemeiner Teil*, 7.Aufl. (München und Berlin Verlag C.H. Beck, 1964), S.328.

90) BGHZ 27, 172 ; Obermüller, "Kredit durch Finanzwechsel", *NJW*, 58, S.655 ; Menne, "Zur Frage der Sittenwidrigkeit der Azept-Vermittlung," *BB*, 58, S.326.

91) Quassowski - Albrecht, *Wechselgesetz* (München : Verlag Franz Vahlen, 1934), Art.1, Anm.17.

92) Zöllner, *aa.O.*, S.60.

93) Hacman, *aa.O.*, S.169.

94) *Ibid.*

95) 田中澄夫, "融通手形の抗辯", 「手形小切手訴訟法 [裁判實務大系2]」(東京: 青林書院, 1987), 265面.

約은 통상 融通者에게 計算上 負擔을 지게 하지 않는다는 내용의 融通契約의 당연한 내용을 의미하는 데 지나지 않기 때문에 이에 대하여는 惡意의 抗辯을 인정하지 않는다⁹⁶⁾. 적어도 金錢融通을 위하여 어음行爲를 한 이상, 融通者는 被融通者이외의 어음 取得者에 대하여는 어음支給의 最終的 義務, 즉 어음상의 責任을 질 意思가 있는 것으로 보아야 할 것이다⁹⁷⁾. 따라서, 특히 어음의 讓渡處分을 禁하거나 割引·金融을 위하여 이용하지 않을 것을 約束하고 있는 例外的인 경우를 除外하고는 보통은 融通者의 어음上 책임까지도 배제하자는 취지는 아니고 단순히 融通者는 被融通者의 資金提供 등이 없이는 金錢的 債務를 부담하지 않는다는 뜻으로 풀이할 수 있으며 融通어음으로서의 당연한 것을 정한 것이라고 할 수 있다⁹⁸⁾.

이와는 달리, 融通者는 누구에 대하여도 어음債務를 부담하지 않는다고 합의하고 어음을 發行하는 경우도 있을 수 있으나, 이 경우의 어음은 여기서 말하는 이른바 融通어음은 아니고 그 特約에 관한 抗辯도 일반의 人的 抗辯과 다를 것이 없다⁹⁹⁾. 日本의 判例도 融通어음이라고 하지는 않고서, 「一切의 책임을 부담시키지 않는다는 特約¹⁰⁰⁾ 내지는 어음發行에 하등의 책임을 지지 않는 등 당사자간의 特段의 합의가 있고¹⁰¹⁾ 所持人이 이러한 합의의 존재를 알고 어음을 취득한 경우에는 格別……」이라고 前提하고 있다.

3) 被融通者에게 支給資金의 擔保能力이 없는 경우

融通어음에 있어서는 특별한 사정이 없는 한, 被融通者가 滿期까지 그 支給資金을 제공한다는 합의가 明示的 또는 默示的으로 존재한다고 한다면, 第三取得者는 被融通者가 約定時期까지 支給資金을 供給할 수 없었다거나 또는 없으리라는 것을 알면서 어음을 取得한 경우에는 어떻게 되는가? 日本의 下級審 判例 중에는 交換어음에 관한 것으로서, 交換어음이 不渡가 되는 경우 融通어음의 支給을 하지 않는다는 特約이 있다는 事實과 被融通者의 義務不履行事實을 알고 取得한 자에 대한 惡意의 抗辯을 인정한 것이 있다¹⁰²⁾. 보통의 融通어음에 있어서도 第三者가 融通者와 被融通者 사이에 約定된 시기까지 支給資金의 제공이 없으면 融通者가 어음금의 支給을 하지 않는다는 特約 및 資金 公급을 할 수 없었다거나 없으리라는 것을 알면서 어음을 取得한 경우에는 一般惡意의 抗辯(exceptio doli generalis)에 의하여 融通者는 지급을 거절할 수 있다고 본다¹⁰³⁾.

96) 日東京地判 1956.3.8, *ジュリスト* 第109號82面.

97) 徐廷甲, 앞의 論文, 15쪽.

98) *Ibid.*

99) 野津 務, 前掲書, 261面 參照.

100) 日大判 1934.11.9, *法學* 4卷 346面.

101) 日最判 1959.7.14, *民集* 13卷 7號 978面.

102) 日津地裁松阪支判 1965.12.7, *下級民集* 16卷 12號 1753面.

103) 同旨: 田中澄夫, 前掲書, 266面.

4) 期限後背書의 경우

期限後背書는 원래 指名債權讓渡의 效力밖에 없으므로(어음法 第20條 第1項 但書) 期限後背書의 경우에는 抗辯의 切斷이 인정되지 아니하는데¹⁰⁴⁾, 判例는 融通어음에 관하여는 「그 취득이 期限後背書이었다 하더라도 對價없이 발행된 融通어음이었다는 抗辯으로 대항할 수 없다」고 하여¹⁰⁵⁾ 예외를 인정하고 있다.

생각컨대, 期限後背書에 의한 融通어음取得의 경우에, 第三者가 融通者와 被融通者 사이에 滿期까지 支給資金의 제공이 없으면 融通者가 어음금의 支給을 하지 않는다는 特約 및 資金 공급을 할 수 없었다거나 없으리라는 것을 알면서 어음을 取得한 경우에는 一般惡意의 抗辯(exceptio doli generalis)에 의하여 融通者는 지급을 거절할 수 있다고 볼 것이다¹⁰⁶⁾.

이와 같은 취지에서 期限後背書에 의한 取得은 아니더라도 滿期前의 一定時期까지로 利用期間의 特約이 있는 경우나, 어음의 利用時期는 滿期까지이나 滿期前의 一定時期까지 交換어음이 不渡가 되었을 때에는 融通어음금 支給을 하지 않는다는 特約이 있을 경우에는, 그 惡意取得者에 대하여는 期限後背書의 경우에 準하여 취급하여야 할 것이다¹⁰⁷⁾.

이와 관련하여, B.E.A. 에 있어서의 融通어음은 第28條 第2項의 취지에 따라 滿期後(overdue bill)에 流通되었다고 하더라도 融通者는 有價所持人에 대하여 約因不存在의 항변으로 대항할 수 없다고 한다¹⁰⁸⁾. 다만, 融通어음이 滿期後에는 流通시키지 않는다는 明示 또는 默示의 約束에 반하여 流通에 놓여진 경우에는 融通者는 所持人에게 대항할 수 있다고 하고 있다¹⁰⁹⁾. 그러나, 改正前 U.C.C. 제 3-415조 제2항에서는 어음이 그 滿期前에 有價으로 취득된 때에는 融通을 위한 것임을 안 경우일 지라도 그 어음에 署名한 자격으로 책임을 진다고 규정하고 있다. 따라서 어음所持人이 融通者에 대하여 그 署名者로서의 책임을 묻기 위해서는 어음을 有價으로 취득하여야 하며 또 그 取得은 滿期前이어야 했다. 만약 所持人이 滿期前에 취득하지 아니하면 融通者에게 책임을 물을 수 없었다¹¹⁰⁾. 그런데, 1990年 改正된 U.C.C. 제419조에서는 그 부분이 삭제되고 있는데, 제 3-304조에서 Overdue Instrument에 관한 特別規定을 두고 있으므로 종전과는 달리 해석할 수 있게 된다고 본다.

104) 大法院 1983. 9. 27, 81 다카 1293 判決 [判例總覽 제11권 제2(A)호 994-14쪽]; 大法院 1982. 4. 13, 81 다카 353 判決 [대법원판례집 제30권 1집 (1982) 126쪽]; 大法院 1971. 3. 23, 71 다 101 判決 [대법원판결집 제19권 1집 (1971) 228쪽]

105) 大法院 1979.10. 30, 79 다 479 判決 [判例總覽 제11권 제2(A)호 994-10쪽]

106) 今井宏, “いわゆる 融通手形振出の趣旨の解釋”, 「民商法雜誌」, 第55卷 2號, 111~118面; 日最高判 1965. 12. 21 判決은 期限後背書의 경우에는 融通어음으로서의 성질을 상실하기 때문에 有價取得者에게도 대항할 수 있다고 하였다.

107) 錦引末男, “融通契約に違反して使用された 融通手形と 融通者の責任”, 「判例タイムズ」, 第207號, 54面.

108) Sturtevant v. Ford, 1 Taunt.224(1842).

109) Parr v. Jewell, 16 C.B.684(1855).

110) Notes, “Liability of an Accommodation Party to Holder for Value after Maturity”, 39 Harv. L. Rev. 893, (1926).

5) 無償取得의 경우

그렇다면, 無償取得의 경우는 어떻게 되는가? 어음抗辯制限의 法則은 독립한 경제적 이익이 없는 어음取得의 경우 및 法的으로 보호할 만한 가치가 없는 어음取得의 경우에는 그 적용이 없고, 그 一例로서 無償取得의 경우를 들고 있다¹¹¹⁾.

이와 관련된 우리나라 判例는 없으나, 日本의 下級審 判例 중에는 融通어음을 본래의 融通目的에 따라 割引하는 등으로 金融을 얻지 않고, 제3자에게 無償贈與하거나, 자기의 既存의 다른 債務를 辨濟하는 등으로 사용한 경우에 第三取得者가 惡意인 경우에는 融通者의 抗辯을 인정한 것이 있다¹¹²⁾. 뿐만 아니라, 債權擔保를 위하여 그 債權額을 초과하는 額面의 融通어음을 취득한 제3자에 대하여 그 善·惡意를 不問하고 어음發行人은 그 超過部分에 대하여는 固有한 經濟的 利益이 없는 제3자에 대하여 融通어음의 抗辯으로 대항할 수 있다고 하는 데까지 擴大한 것이 있다¹¹³⁾.

이와 관련하여, 英國換어음法 (B.E.A.) 第28條 第2項은 「融通者는 有償所持人(holder for value)에 대하여 어음상의 책임을 지고, 有償所持人이 어음取得時에 融通者인 여부를 알았는가 하는 것은 不問한다.」고 규정하고 있다. 따라서 이를 反對解釋하면 無償으로 어음을 취득한 자에 대하여는 이른바 約因不存在의 抗辯으로 대항할 수 있다. 1990年 改正前 U.C.C. 제3-415조 제2항도 같은 취지로 규정하여 所持人이 滿期前에 有償으로 취득하지 아니하면 融通者에게 책임을 물을 수 없다고 하였는데, 앞에서 본 바와 같이 1990年 改正規定(제3-419조)에서는 그 부분이 삭제되고 있다. 생각컨대, 融通者가 被融通者로부터 어음金の 支給資金供給을 받을 수 없었다거나 없으리라는 것을 알면서 제3자가 어음을 無償取得한 경우에는 一般惡意의 抗辯(exceptio doli generalis)이 성립할 여지가 있다고 본다.

6) 再次 利用의 경우 및 利用 目的에 制限이 있는 경우

被融通者가 일단 金融의 목적을 달성한 후, 融通어음을 還受한 다음 다시 金融을 얻기 위하여 그 어음을 利用하는 것을 허용한다는 것은 相對的으로 長期間에 걸쳐 繼續的인 信用供與를 의미하므로 당사자 사이의 特別한 意思表示가 있는 경우가 아니라면 허용되지 않는다고 할 것이다¹¹⁴⁾.

그리고, 利用目的이나 割引處의 제한이 있는 경우에는, 그 制限이 단순한 動機에 불과하지 않고 融通契約의 중요한 내용이 된다고 인정될 때에는 이 事實을 알고 取得한 자에 대하여 一般惡意의 抗辯(exceptio doli generalis)이 성립할 여지가 있다¹¹⁵⁾.

111) Baumbach / Hefermehl, aa.O., Art.17. Rdn.26.

112) 日大阪高判 1965. 7. 15, 「判例 手形法小切手法(手形小切手判例研究會編)」, 1118 ~ 1119面; 日廣島高裁岡山支部判 1964. 6. 15, 判例時報 378號 33面.

113) 日東京地判 1966.1.25, 「判例手形法小切手法(手形小切手判例研究會編)」, 1116~1118面.

114) 大法院 1979. 10. 30, 79 다 479 判決(判決理由部分) [判例總覽 제11권 제2(A)호 994-10쪽]; 日最高判 1965. 12. 21, 民集 19卷 9號 2300面.

115) 錦引末男, 前掲書, 52面.

IV. 結 論

以上에서 살펴본 바와 같이, 一般惡意의 抗辯(exceptio doli generalis)은 제3자의 항변과 유통어음의 항변 가운데에서 發現되고 있다. 즉 이들은 어음法 제17조에서 말하는 惡意의 抗辯과는 본질적으로 다른, 信義誠實의 原則에 반하여 權利濫用으로 되는 경우에 인정되는 特殊한 人的 抗辯이다.

보통의 다른 人的抗辯은 원인관계에 기한 것이든, 어음채권 그 자체로부터 나온 것이든 배서의 성질을 債權讓渡로 보는 한, 본래는 어음채권과 함께 이전하여야 할 성질의 것이다. 그러나, 어음채권 양도시에 함께 이전되어야 할 성질의 것이라면, 어음의 유통보호를 위하여 그 切斷이 고려될 수 있지만, 그 본래의 성질상 移轉이 고려되고 있지 않는 항변에 있어서는 항변의 절단도 처음부터 문제되지 않는 것이라면 취득시의 善意·惡意도 당연히 문제될 여지가 없다. 그런데 이와 같은 원칙을 관철하는 경우에는 불공정한 결과를 초래하는 수가 있다. 어음행위의 無因性, 抽象性을 지나치게 強調 내지 擴大하게 되면 어음권리가 形式化할 우려가 있고 어음을 반환해야 하는 實質的 無權利者에게 어음채무를 이행하도록 하게 되어 부당한 결과가 되므로 채택할 수 없다. 어음소지인의 어음금의 청구를 인정한다면 소지인에게 二重으로 지급하는 결과가 되고 이는 法の 精神에서 볼 때 容認할 수 없는 것이며, 따라서 어음소지인을 어음권리자라고 인정한다고 하더라도 그 行使는 권리남용으로 沮止시켜야 한다는 주장이 나올 수 밖에 없다.

요컨대, 立法이 完全無缺한 것이 아닌 이상 信義則이나 權利濫用禁止와 같은 一般條項을 적용할 수 있으며, 어음법도 다른 法域과 다를 바 없으므로 어음관계의 形式的 技術的인 면에서 발생하는 부당한 결과는 모든 법을 지배하는 일반조항의 법리에 의하여 修正할 수 밖에 없다. 여기에서 一般惡意의 抗辯(exceptio doli generalis)이 대두되는 것이다.