

人的抗辯의 個別성과 그 限界

梁 碩 完*

目 次

- I . 머리에
- II . 後者間에 있어서의 인적항변사유와 그 개별성의 한계
- III . 前者間에 있어서의 인적항변사유와 그 개별성의 한계
- IV . 맺으며

I. 머 리 에

타인의 인적항변(원인관계에 유래하는 인적항변)의 원용의 가부에 관해서는, 종래의 전통적인 접근방법은 어음행위는 無因性이라고 하는 이론을 전제로 하여 이를 부정하여 왔다. 즉 어음행위는 매매 등 원인관계에 기하여 이루어지지만, 이와는 별개 독립의 행위이므로 원인관계상의 하자는 어음행위의 효력에 영향을 미치지 않는다. 더욱이, 원인관계의 직접 당사자간에는 인적항변을 대항할 수 있지만, 인적항변은 어음행위자가 자기의 원인관계에 기하여 주장하는 것이므로 타인의 인적항변을 원용하는 것은 허용되지 않는다.

즉, 특정한 어음채무자가 가지는 인적항변은 그 항변이 생긴 인적관계의 직접 당사자간에서만 주장할 수 있고, 다른 채무자는 이를 원용하여 자기의 항변을 기초지을 수는 없다(exceptiones ex jure tertii).¹⁾ 이를 일반적으로 인적항변의 개별성이라고 한다. 동일한 어음증권상에 이루어진 어음행위는 각각 상호에 별개 독립한 것으로 고찰되고, 또한 어음법 제17조의 항변제한 법칙은 인적항변이 그것이 생긴 인적관계의 직접 당사자간에 있어서만 의의를 가지는 것이라는 것을 전제로 하고 있다고 고찰되기 때문이다.²⁾

어음거래의 목적은 일반적으로 신용이용에 있다고 일컬어지고 있다. 신용이용자는 어음수수의

* 제주대학교 법정대학 법학과 부교수

1) Baumbach/ Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 19. Aufl., 1995, Anm. 65 zu Art. 17 WG ; Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, 1956, S. 39

2) 平出慶道, 手形法小切手法, 1990, 355面 ; 大隅健一郎=河本一郎, 注釋手形法·小切手法, 1977, 208~209面 등

원인을 이루고 있는 거래의 결제를 일정기한까지 유예받고, 신용공여자가 된 자는 더욱이 이 신용을 이용하여 자기의 원인관계의 변제에 충당하는 것을 목적으로 하여, 이 어음을 다시 제3자에게 양도하는 형태로 그 신용이용의 목적을 이룬다. 하나의 어음증권에는 이와 같이 다양한 신용이용의 연쇄가 표창되고, 만기에 최초의 신용이용자(약속어음의 경우 발행인)와 최종의 신용공여자(소지인)와의 사이에서 어음금의 지급이 된다면, 그 때까지의 어음관계와 원인관계가 일괄하여 결제되게 되고 이에 의하여 모든 거래관계는 원만하게 종료되게 된다. 어음법은 이와 같은 어음의 경제적인 기능을 시인하여, 그 유통촉진·어음거래의 안전을 목적으로 하여, 설권성·문언성·무인성·독립성·항변제한·선의취득·선의면책이라고 하는 어음에 특유한 성질·개념 일반원칙을 인정하고 있다. 따라서, 특정한 당사자간에 있어서만 주장할 수 있는 인적항변의 대항범위를 그 당사자간에 제한하고 다른 어음관계에 가능한 한 영향이 없도록 하고자 하는 것은 어음유통의 촉진·거래의 안전이라고 하는 어음법의 정책목적에 비추어 본다면 당연한 것이고, 「인적항변의 개별성」이라고 하는 것은 단지 그 정책목적·일반원칙을 표현한 것에 불과하다고도 한다.

그런데, 어음법은 인적항변의 개별성에 대한 예외로서 악의의 항변을 규정하고, 어음소지인이 어음채무자를 해할 것을 알고 어음을 취득한 때에는 어음소지인의 전자에 대한 인적항변사유를 가지고 어음소지인에게 대항할 수 있도록 하고 있다. 이렇듯 어음법은 인적항변의 개별성의 원칙에 대하여 악의의 항변이 성립하는 경우에 한하여 明文으로 예외를 인정하고 있다.³⁾ 그런데 근래에 들어서는 악의의 항변이외의 경우에도 해석에 의하여 인적항변의 개별성에 대한 예외를 인정하려고 하고 있고, 그것이 바로 「후자의 항변」과 「전자의 항변」의 문제이다.

영미법에서는 이 문제가 이른바 제3자의 권리(jus tertii ; third parties' rights)의 문제로 다뤄지고 있다.⁴⁾ 이 제3자의 권리의 문제는 보통법상으로 많은 논의의 대상이 되어 왔다.

미국의 통일유통증권법(Uniform Negotiable Instruments Law)은 이 문제에 관하여 명백한 태도를 취하지 아니하였으나, 통일상법전(Uniform Commercial Code)은 이 문제에 관하여 명문의 규정을 두고 있다. 즉, 통일상법전(U. C. C. (revised Article 3 Negotiable Instruments)) 제3-305조 (c) 항에 의하면, 채무자는 제3자가 소송에 참가하여 직접 어음에 관한 청구를 할 수 있는 자에 대하여 주장할 수 있는 (제3자의)권리 외에는 제3자의 권리를 항변으로 주장할 수 없다. 어음소지인이 정당한 소지인(a holder in due course)이 아닌 경우에도 어음채무자는 어음소지인에 대하여 제3자의 권리를 항변으로 대항하는 것은 원칙적으로 불가하고, 다만 그 어음이 분실 또는 도난당한 어음임을 채무자가 입증한 경우에는 예외적으로 제3자의 권리를 어음소지인에게 대항하여 지급을 거절할 수 있도록 하였다.⁵⁾ 미국 통일상법전의 취지는 어음채무자는 어음소지인에게 어음금을 지급하기로 약속한 자이며, 제3자가 어음소지인에 대하여 어떠한 권리를 가

3) 정동윤, "인적항변의 개별화," 司法行政 1986년 7월호, 9쪽

4) Blum, "The Use of Jus Tertii Defenses by an Obligor on a Negotiable Instrument," 84 Com. L. J. 131 (1979)

5) Nickles, Negotiable Instruments and Related Commercial Paper," 2nd ed. 1993, p. 243

지고 있더라도 그것은 어음채무자가 관여할 계제가 못된다고 하는 것이다. 다만 어음을 분실 또는 도난당한 경우에 예외를 인정한 것은 습득자 또는 도둑 자신이 또는 그들이 이를 제3자에게 양도하여 간접적으로 어음금을 지급받는 것을 도와줄 수는 없다는 데 기인한다. 물론 습득자나 도둑으로부터 어음을 양수한 제3자가 정당한 소지인에 해당되는 경우에는 선의취득이 성립하므로 그가 보호받는 것은 말할 나위도 없다.⁶⁾

국제환어음 및 약속어음에 관한 UN협약(United Nations Convention on International Bills of Exchange and International Promissory Notes)도 미국통일상법전과 유사한 규정을 두고 있다.⁷⁾

독일 등 통일법계의 국가에서는 어음법 제7조에 규정된 어음채무독립의 원칙 및 어음법 제16조, 17조의 규정에 의하여, 어음채무자가 다른 어음채무자의 항변을 자기를 위하여 원용하는 것을 원칙적으로 인정하지 않고 있다.⁸⁾

이처럼 대부분의 국가에서는 후자와 전자의 항변에 관하여 소극적이지만, 일본에서는 이것이 판례로 확립되었고, 학자들도 그 논거는 다르지만 판례의 결론을 인정하고 있는 셈이다. 아울러, 우리나라 대법원은 이에 관하여 간접적으로 인정하는 판시를 보이고 있고,⁹⁾ 학자들 사이에서도 활발히 논의되고 있는 실정이다. 이 논문은 이에 관한 논의를 다루고자 하는 데 목적을 두고 있다.

II. 後者간에 있어서의 인적항변사유와 그 개별성의 한계

1. 문제의 제기

후자의 항변이란 어떤 특정한 어음채무자가 제3자인 어음채권자에 대하여, 그 어음채권자의 상대방인 채무자가 가지는 인적항변사유의 원용을 하는 경우의 그 인적항변사유를 말한다. 예컨대, 어음소지인이고 피배서인인 C가 자기의 배서인인 B와의 사이의 원인관계가 부존재, 무효 또는 소멸했는 데도 불구하고, 그 어음을 반환하지 않고 발행인인 A에 대하여 어음금청구를 하는 경우, A가 C에 대하여 원용하는 B C간의 원인관계의 부존재, 무효, 소멸의 인적항변사유를 말한다.

판례·학설은 이 경우, C는 B에게 반환할 어음을 가지고 A에게 청구를 한 것이므로, C의

6) 정동윤, 전제논문, 10쪽

7) Art. 28 (4)

8) Stranz, Wechselgesetz, 14. Aufl. 1952, Art. 17. Anm. 6

9) 大決 1984. 2. 14, 83 다카 2221는 권리남용이론에 의하여 어음소지인의 청구를 배척한 춘천지방법원 1983. 10. 27, 83 나 115 판결에 대한 상고허가신청을 기각함으로써 간접적으로 후자의 항변을 인정하고 있다.

A에 대한 권리행사는 신의칙에 반하여 권리남용으로 된다고 한다(민법 제2조). 따라서, A는 B가 C에 대하여 가지는 인적항변사유의 원용이라고 하는 구체적 사정을 민법 제2조의 적용을 가지고 결과적으로 승인하고 있기 때문에, 일반조항적용설은 權利濫用論 또는 후자의 항변 승인설이라고도 한다.¹⁰⁾ 다만, 여기서 말하는 「後者」의 의미는 어음법 제17조를 적용하는 경우의 전자에 대한 후자의 의미와 같은 뜻은 아니라는 점에 주의하지 않으면 안된다. 어음법 제17조는 전자에 대하여 어음채무자가 가지는 인적항변사유를 원칙적으로 후자에게 대항할 수 없다고 하고(인적항변의 절단), 예외적으로 그 단서에 해당하는 경우에는 후자에 대하여 인적항변사유의 대항을 인정하고 있다. 어음법 제17조 적용의 경우와 달리, 이른바 후자의 항변은 채무자인 후자가 직접의 상대방에 대하여 가지는 인적항변사유를 그 전자인 다른 채무자가 원용하는 경우이고, 민법 제2조의 적용의 경우이다. 요컨대, 역배서(어음법 제11조 3항)의 경우에 후자에 대한 인적항변을 전자가 악의인 경우 그에게 대항할 수 있다고 하는 의미에서의 후자의 항변과는 다르다고 하는 데 있고,¹¹⁾ 이와 혼동하기 쉽다. 여기서 말하는 후자의 항변은 일반조항설에서 다루는 호칭을 뜻하는데, 이 일반조항설은 일부 학자가 주장하고¹²⁾ 판례도 이를 받아 채용하게 되어¹³⁾ 오늘에 이르고 있다.¹⁴⁾

물론, 이와 같은 견해에 대하여 비판적인 학설도 다수이다. 일반조항의 어음법에의 적용을 회피하기 위해 전후 새롭게 창안된 어음이론을 기초이론으로 하여 有因性論이 주장되어 온 것은 주지하는 바이다. 또한, 전통적인 무인론을 견지하면서 인적항변의 개별성을 고수하여 일반조항의 적용을 배척하려고 하는 전통적인 학설도 역시 건재하다. 이들 학설들이 주장하고 있는 논리적 토대는 기초이론으로서의 어음이론이다. 이에, 여기서는 어음이론을 논거로 하여 어음항변을 총괄적으로 새롭게 고찰하여 보고자 한다.

- 10) 梶山純, “いわゆる後者の抗辯,” 商法の課題とその展開(野津務追悼論文集), 148面
- 11) 역배서(어음법 제11조 3항)의 경우에 배서를 받은 실질적 전자가 악의인 경우(어음법 제17조 단서)에는 채무자는 후자에 대한 인적항변을 가지고 전자에 대항할 수 있다. 그러나, 遡求의 경우에는 다르다.
- 12) 河本一郎, “手形抗辯,” 手形法・小切手法講義3, 199面
- 13) 우리나라 대법원은 후자의 항변에 관하여 정면으로 견해를 표명한 바는 없고, 권리남용이론에 의하여 어음소지인의 청구를 배척한 춘천지방법원 1983. 10. 27. 83 나 115 판결에 대한 상고허가신청을 기각함으로써 간접적으로 후자의 항변을 인정하고 있다. 大決 1984. 2. 14. 83 다카 2221
日本の 경우는 후자의 항변을 직접 인정하고 있다. 日最高判 1968. 12. 25, 民集 第22卷 13號 3548面 ; 日最高判 1973. 11. 16, 民集 第27卷 10號 1391面 ; 日最高判 1982. 7. 20, 判例時報 第1053號 168面
- 14) 판례는 또한 어음보증의 경우에 그 독립성을 부정하고 종속성을 강조하는 입장을 채택하는 데까지 이르고 있다. 즉, 피보증인(발행인)이 수취인에 대하여 가지는 인적항변사유를 보증인은 원용할 수 있다고 한 판례가 그것이다(우리나라 大判 1988. 8. 9, 86 다카 1858 ; 日最高判 1970. 3. 31, 民集 第24卷 3號 182面). 이 판례의 경우도 피보증인의 장애 발생하게 될 원인관계상의 채무담보로서 발행된 어음 수취인의 보증인에 대한 권리행사는 그 원인채무의 불발생 확정 후에는 권리남용으로 된다고 하여 일반조항설을 취하였다. 또한, 어음채무자(소구의무자)측의 소송지연과 어음의 주채무의 시효완성이라고 하는 채무자측의 귀책원인을 이유로 하여 그 적용을 긍정한 경우가 있다(日東京高判 1978. 2. 28, 判例時報 第896號 75面 ; 日最高判 1982. 7. 15, 民集 第36卷 6號 1113面 ; 日最高判 1977. 9. 22, 判例時報 第869號 75面 참조).

2. 판례의 변천

판례는 예로부터 어음행위의 무인성과 인적항변의 개별성을 유지하여 왔다. 예컨대, 배서인이 피배서인에 대하여 숨은 추심위임배서를 했는데, 후일 배서인은 그 어음을 반환하지 않은 채 추심 위임을 해제한 사안에 관하여, 배서인이 추심위임을 해제한 경우, 피배서인은 그 배서인에 대하여 어음반환의무를 지게 되지만, 이는 오로지 배서인과 피배서인의 내부관계에 지나지 않고 제3자에 대하여는 완전히 어음상의 권리를 행사할 수 있다고 하여, 피배서인의 발행인에 대한 권리행사를 인정하였다.¹⁵⁾ 이 판례의 입장은 이후에도 그대로 답습 유지돼 왔다고 할 수 있다. 「수취인(배서인)은 어음소지인의 (本件) 어음금청구에 대하여 更改契約에 의한 어음채권소멸을 주장하여, 그 지급을 거절할 수 있는 것은 물론이지만, 어음의 발행인은 어음소지인에게 대항할 수 있는 인적항변을 가지고 있지 않는 한, 자기의 후자인 배서인이 어음소지인에 대하여 가지는 앞서의 항변을 원용하여 그 지급을 거절할 수는 없다고 해야 할 것이다」고 하여, 명확하게 이른바 후자의 항변을 부정하고 인적항변의 개별성을 지지하여 왔다.¹⁶⁾

그런데, 그 후 어음행위의 무인성을 부정하고 배서인과 피배서인 간의 원인관계의 소멸을 피배서인과 발행인 간의 관계에 있어서도 항변사유로서 인정하고 피배서인의 무권리의 주장을 인정한 판례가 나타나기에 이르렀다. 즉, 「B주식회사의 실권을 장악하고 있는 B'는 A회사로부터 어음금의 일부를 빌리기로 약속하고, 융통어음(발행일·수취인 백지)을 발행받았다. B는 C에게 이에 의하여 먼저, 금전소비대차채무를 지고, 이 채무를 담보할 목적으로 전화가입권을 양도담보의 형태로 붙잡아 두고 있다. 그러나, 그 소비대차채무의 불이행으로 인하여 전화가입권이 처분되었기 때문에, B'는 B회사를 대리하여 어음의 수취인란을 B회사로 보충한 후 C에게 배서(숨은 입질배서) 교부하였다. 그러나, 결국 전화가입권 처분에 의한 매득금의 변제충당에 의하여 그 소비대차채무는 소멸했지만, C는 어음을 B'에게 반환하지 않은 채 점유하고 있는 것을 기화로 발행인인 A회사에 대하여 어음상의 권리행사를 했다」고 한 사안에 관하여, 「이와 같이 본건 어음으로써 지급이 확보되고 있던 채무원리금은 완제되고 그 배서의 원인은 소멸되었기 때문에 위 어음상의 권리는 배서의 취지로 보아 당연히 배서인인 B회사에 복귀하고, C는 그 수중에 어음의 형식적 소지인 자격을 가지는 데 불과하다고 할 것이므로 따라서 발행인인 A회사에 대해서도 그 어음상의 권리를 행사할 수 없는 것이다」고 하고 있다.¹⁷⁾ 이 판례는 「어음권리이전행위유인론」 내지 有因性論을 채택한 것으로서,¹⁸⁾ 무인론을 부정하고 후자의 항변과 마찬가지로, 결과적으로 배서인 피배서인 간의 인적항변의 원용을 인정한 점에서 전통적인 입장을 취한 판례와 정면으로 충돌하는 판례이다. 다만, 후자의 항변을 주장하는 자는 무인론을 전제로 하여 C의 A에 대한 권리행사를

15) 日大判 1925. 7. 2, 民集 第4卷 388面

16) 日大阪高判 1961. 12. 27, 下民集 第12卷 12號 3240面; 日大阪地判 1961. 5. 18, 判例時報 第227號 31面

17) 日大阪高判 1962. 11. 27, 下民集 第13卷 11號 2367面

18) 小西勝, “手形裏書の原因が消滅・無効のときの被裏書人の權利行使,” 金融法務事情 第335號 18面

권리남용, 즉 민법 제2조 적용의 경우라고 한 데 대하여, 유인성론에 있어서는 무권리자로 되어 어음상의 권리 그 자체를 부정하는 입장이라는 점이 다르다. 요컨대, 유인성론은 일반조항의 적용을 피하기 위해 어음법적 측면에서 문제를 해결하고자 한 데 있다. 그런데, 이 판례의 이론은 상고이유로 인정되지 않았다. 즉, 유인성론을 논거로 하는 이 판례의 결론에 불복하는 상고에 대하여, 上告審은 유인성론을 배척하고, 무인론의 입장을 취하면서도 그 결론을 지지하는 다음과 같은 판시를 하고 있다. 「자기채권의 지급확보를 위하여 약속어음을 배서양도받아 그 소지인으로 됐는데, 그 후 어음채권의 완제에 의해 배서의 원인관계가 소멸한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 이후 어음을 보유할 하등 정당한 권한을 갖지 못하게 되고, 어음상의 권리를 행사할 실질적 이유를 상실하게 된다. 그런데, 우연히 어음을 반환하지 않고 자기의 수중에 남아 있는 것을 기화로, 자기의 형식적 권리를 이용하여 발행인에게 어음금지급청구를 한다고 하는 것과 같은 경우에는 권리남용에 해당하여, 발행인은 어음법 제77조, 17조의 취지에 따라 소지인에 대하여 어음금지급을 거절할 수 있다고 풀이하는 것이 상당하다. 위 법리에 본건 어음발행인인 피상고인은 前示 사실관계하에 있어서는 상고인의 본건 어음금지급청구를 거절할 수 있다고 풀이해야 할 것이다. 배서의 원인이 소멸했기 때문에 어음상의 권리가 당연히 배서인에게 복귀한다는 취지의 원판결의 판단은 시인할 수 없지만, 그 결론에 있어서는 정당하므로 상고의 논지는 이유없다.」¹⁹⁾

이 판결은 앞서 논한 바와 같이 일반조항설의 입장을 채택하고 있고, 현재에 이르기까지 거의 정착하고 있다고 할 수 있다. 이 일반조항설은 후자의 항변을 인적항변의 일종으로 인정하고 그 범주 가운데 들어 간다고 하고 있지만, 이 판결 중에도 반대의견이 있고 학설도 또한 반대하는 견해가 있다.

그 후, 원인관계가 착오에 의해 무효인 경우에도 동일하게 판시하는 데 이르고 있다.²⁰⁾ 또한, A-B, B-C 양쪽의 원인관계인 매매계약이 해제되고 목적물을 C가 이미 회수하여 왔는 데도, C가 A에게 권리행사를 했다고 하는 사례에 있어서, 「이러한 원인관계에 유래하는 항변은 본래 직접의 상대방에 대하여서만 대항할 수 있는 인적항변인 데 불과하지만, 인적항변의 결단을 규정 한 법의 취지는 어음거래의 안전을 위하여 어음취득자의 이익을 보호하는 데 있다고 풀이하는 것에 비추어 본다면, 자기에 대한 배서의 원인관계가 소멸하고 어음을 배서인에게 반환하지 않으면 안되는 C와 같이 어음의 지급을 청구할 하등의 경제적 이익도 가지고 있지 않는다고 인정되는 어음소지인은 이러한 항변결단의 이익을 향수할 지위에는 있지 않다고 할 수 있다」고 함으로써, 이른바 원인관계의 이종흡결의 경우에는 소지인에게 항변제한의 경제적 이익이 없다고 하여, 이 결론을 어음법 제17조의 항변제한법칙 범위에서 해석할 수 있는 것이라고 하였다.²¹⁾ 더욱이, 하급

19) 日最高判 1968. 12. 25. 民集 第22卷 13號 3548面, 判例タイムズ第230號 135面; 同 1982. 7. 20. 判例タイムズ第478號 69面, 判例時報 第1053號 68面

20) 日最高判 1973. 11. 16. 民集 第27卷 10號 1391面, 判例タイムズ第307號 179面

21) 日最高判 1970. 7. 16. 民集 第24卷 7號 1077面, 判例タイムズ第252號 160面

심판결 가운데는 B - C 사이의 원인관계가 일부 부존재 내지 소멸한 경우에도 그 일부에 관하여 소지인은 권리남용이 되거나, 하등 경제적 이익이 없거나, 또는 그 양쪽의 이유에 기하여 A의 항변대항을 인정하고 있다.²²⁾

3. 후자의 항변과 관련된 학설의 전개

앞에서 본 여러 판례의 판시중의 논거는 각각의 입장을 지지하는 학자들 간에 활발하게 논쟁을 불러 일으킨 원인으로 되었다.

그리하여, 이 문제에 접근하는 데는 크게 나누어 2가지라고 고찰된다. 하나는 ① 어음행위의 무인성 자체를 문제로 하여, 어음이론에 있어서 무인성을 부정하는 방향으로 이론구성하는 것으로, 이른바 有因性論의 입장이다. 다른 하나는 ② 무인성을 긍정하면서 해석상 검토를 가하는 것이다. 특히, (1) 판례와 같이, 권리남용 등의 일반조항에 의하여 타당한 결론을 내린다고 하는 것과, (2) 어떠한 상문법상의 근거를 구하여 그 입법자 의사에 있어서의 이익형량을 적용하여 이론 구성하고자 하는 것으로 나뉜다.

1) 판례와 관련된 이론

(1) 無因論

이 이론은 종전 판례의 입장을 지탱해 온 것으로, 후자의 항변을 인정하지 않는다고 하는 점에서 뒤에서 보는 일반조항적용설이나 유인성론과는 정반대의 입장이다.²³⁾ 어음소지인은 형식적으로, 실질적으로 권리자이므로 그 권리행사는 인정돼야 한다. 그 이유는 다음과 같다.²⁴⁾

첫째 어음법의 법영역은 추상성·문언성·요식성을 존중하는 법영역이다. 이는 어음의 유통성, 결제의 신속성 등을 목적으로 하는 매우 기술적인 구조이다. 따라서, 신의칙이라든가 권리남용의 일반규정을 적용할 여지는 없다. 이 일반규정은 법의 이념인 정의·형평의 이념을 실정법화한 것이지만, 그 이념은 어음법 제17조 단서의 「악의의 항변」 가운데서도 구체화되고 있다

둘째 「악의의 항변」의 성립을 인정하는 데는 어음취득의 시점에서의 악의에 한하는 것이고 그 시점 이후에는 악의가 되더라도 이를 문제삼지 않지만, 권리남용의 인정사실을 본다면 취득 후의 원인관계의 소멸과 이에 따르는 어음반환채무의 불이행이라고 하는 직접의 상대방(채무자)에 대한

22) 日廣島高判 1956. 12. 18. 下民集 第7卷 12號 3699面 ; 同 1969. 12. 23. 判例時報 第594號 90面 ; 日大阪高判 1959. 8. 3. 高民集 第12卷 10號 455面 ; 日名古屋高金澤地判 1964. 10. 30. 下民集 第15卷 10號 2599面 ; 日東京地判 1966. 1. 25. 下民集 第17卷 1·2號 20面 등

23) 小橋一郎, “約束手形の隠れた質入裏書の被擔保債權の消滅と被裏書人の權利行使,” 法律時報 第36卷 2號 95面 ; 倉澤康一郎, “手形の無因性と人的抗辯,” 手形研究 第109號 4面 ; 大塚龍兒, “裏書の原因關係の無効・消滅の張合の被裏書人の地位,” 商事法の諸問題(石井照久追悼論文集), 43面

24) 松田二郎, 日最高判 1968. 12. 25. 判決 中の 反對意見, 民集 第22卷 13號 3548面 이하

신의칙 위반이 있는 데 불과하다. 따라서, 어음법 제17조 위반을 근거로 할 수는 없다.

셋째 어음소지인인 피배서인이 채무자인 발행인에 대하여 권리행사를 인정한다면 어음소지인이 이증으로 이득하게 된다고 하는 결과적 부당성을 논거로 일반조항설은 그 이론을 전개하고 있지만, 배서인이 어음의 반환을 받지 않는 한, 발행인은 이증으로 이득하게 되어 부당하다. 오히려, 배서인은 피배서인이 발행인으로부터 받은 어음금을 계약불이행 또는 부당이득반환의 형태로 피배서인에 대하여 청구하는 것이 어음법적 해결이라고 할 수 있다.²⁵⁾

넷째 권리남용(일반조항) 규정의 어음법에의 적용을 인정하게 된다면, 채무자의 항변이 없더라도 법원은 독자의 판단으로 일반조항을 적용할 수 있다. 따라서, 채무자는 지나치게 변제의 무효를 우려하는 나머지, 항상 권리남용의 항변을 남용하게 될 것이다. 그 결과 어음결제의 신속성을 해치고, 나아가서는 어음의 유통을 저해하는 요인으로 된다.

다섯째 배서인·피배서인 간의 원인관계의 일부만이 소멸한 경우, 잔액에 대하여 발행인에게 권리행사를 한다면 이는 권리남용이 되지 않는다. 만일, 어음금의 일부(소멸부분)에 대하여는 권리남용이 되고 잔액에 대하여는 권리행사를 인정한다면, 이 부분적 권리남용의 법리는 어음금불가분의 원칙과 상용될 수 있는가 하는 의문이 남게 된다.

여섯째 일반조항설은 「형식적 권리」라는 용어를 새로이 사용하고 있는데, 형식적 자격에 대응한 실질적 권리는 관념을 인정하고 있는 것이 어음법적인 이상, 그 새로운 용어가 어느 것을 지칭하는 관념인지 극히 애매하다.

(2) 일반조항적용설(權利濫用論)

이 견해에 의하면, 전통적무인론에 따라 어음행위의 무인성을 관철하게 된다면 피배서인인 어음소지인이 채무자인 발행인에 대하여 권리를 행사하는 것을 인정하지 않을 수 없게 된다. 그러나, 이 결론은 타당하지 않다. 생각컨대, 어음소지인인 피배서인은 이미 배서인으로부터 기존채무의 변제를 받고 있고, 거듭하여 발행인으로부터 어음금의 지급을 받게 된다면 그 자는 이증으로 이득하게 되기 때문이다. 그러므로, 피배서인인 어음소지인의 발행인에 대한 권리행사는 권리남용이 된다고 주장한다.²⁶⁾ 그 논거는 다음과 같다.

첫째 어음채무자인 배서인이 자기의 피배서인에 대하여 어음을 환수하지 않고, 어음채무의 지급을 한 경우에는 어음채권은 소멸한다. 따라서, 어음소지인인 피배서인이 그 수중에 남아 있는 어음에 의해 또 다시 발행인에 대하여 어음금의 행사를 하는 경우에는, 채무자인 발행인은 그 자에 대하여 무권리자라는 취지의 항변의 대항을 인정하는 것이 통설적 입장이다. 그렇다면, 배서인·피배서인간의 원인관계의 소멸도 이와 균형을 이뤄야 한다.²⁷⁾

25) 岩田誠, 日最高判 1968. 12. 25. 判決 중의 反對意見, 民集 第22卷 13號 3548面 이하

26) 河本一郎, 前掲論文, 196面 ; 田中誠二=川村正幸, 新版手形·小切手法(四訂版), 1988, 101面

27) 河本一郎, 前掲論文, 186面 ; 小橋一郎, 前掲論文 96面 ; 菅原菊志, “遡求,” 手形法小切手法講座 5. 52面 ; 日東京地判 1960. 10. 17, 下民集 第11卷 10號 2214面 ; 日東京高判 1965. 4. 27, 下民集 第16卷 4號 766面

둘째 무인성을 관철하게 된다면, 어음소지인인 피배서인이 채무자인 발행인에 대한 권리행사를 인정하지 않을 수 없게 된다. 그러나, 어음소지인인 피배서인은 원인관계상의 채무의 완제를 받음으로써 어음채권행사의 목적은 달성하고 있다. 요컨대, 어음권리자로서의 실질적 내용을 수반하지 않고 있으므로 이 경우를 가리켜 형식적 권리자라고 하지 않을 수 없다. 이 형식적 권리의 행사는 곧 권리남용에 다름아니다.²⁸⁾

셋째 전통적무인론자는 피배서인인 어음소지인이 발행인인 채무자에 대한 권리행사를 인정하고, 이에 따라 지급받은 어음금에 대하여 배서인이 부당이득반환청구 또는 계약불이행에 기한 손해배상청구의 형태로 해결한다고 하지만, 실제로는 거의 폭력적으로 원인관계채권의 변제를 받으면서, 그것도 어음을 반환하지 않은 가운데 어음금청구를 발행인에게 한 경우도 있다.²⁹⁾ 따라서, 무인론자들의 주장은 무익한 탁상의 공론에 불과하다고 할 수밖에 없다.

일반조항적용설에 관하여는 전통적무인론의 입장으로부터의 비판이 있지만, 아울러 유인성론의 입장에서도 다음과 같은 비판이 제기되고 있다.

먼저, 어음소지인은 어음상의 권리자라는 것을 인정하지만, 결론적으로는 모든 채무자에 대하여 그 어음상의 권리행사는 인정되지 않는다고 한다. 요컨대, 어음소지인인 피배서인은 무권리자에 지나지 않는다. 그렇다면, 어음상의 권리자로 인정하고 있는 소지인을 실질상 무권리자라고 말하지 않으면 안된다.

다음에, 피배서인인 어음소지인이 어음상의 권리자라고 하는 이상, 그 자의 채무자에 대한 권리행사를 인정하는 것이 사리에 맞는다. 일반조항설은 이를 권리의 남용이라고 하지만, 권리의 남용으로 되는 것은 어음소지인인 피배서인이 그 배서인에 대한 권리행사의 경우이다. 다만, 배서인이 피배서인에 대하여 원인관계의 소멸을 인정행변의 대항이라는 형태로 권리남용을 인정할 수는 있다. 그러나, 만일 배서인의 피배서인에 대한 인정행변을 발행인인 채무자에 대해서도 인정하게 된다면, 인정행변의 개별성의 원칙을 깨뜨리게 된다.³⁰⁾

마지막으로, 배서인과 그 피배서인과의 사이에 원인관계가 소멸하는 경우에 피배서인인 어음소지인이 발행인에 대한 권리행사를 항상 권리남용의 법리에 의하여 거절할 수 있다고 하는 결론은 결과적으로 어음행위의 무인성을 부정하는 것에 다름아니다. 그럼에도, 권리남용론을 끌어 들이는 것은 권리남용론의 남용이다.³¹⁾

(3) 부당이득론

부당이득론은 법의 일반조항을 어음법 해석에 끌어 들이고자 하는 데 반대하고, 어음법 해석 자체에 의하여 부당이득의 항변을 이끌어냄으로써 권리남용론과 대체로 같은 결론을 도출하려는 견해이다.³²⁾

28) 河本一郎, 前掲論文, 200면

29) 河本一郎, 前掲論文, 207면 註14

30) 竹内昭夫, “昭和三六年度四五事件判例研究,” 東京大商事判例研究, 209면

31) 前田庸, “手形權利移轉行為有因論,” 現代商法學の課題(中) {鈴木竹雄古稀記念論文集}, 897면

32) 服部榮三, “不當利得の抗辯について,” 商事法の諸問題(石井照久追悼論文集), 390면

후자의 항변과 관련된 견해는 후자의 항변의 이론적 구조를 무권리의 항변 또는 이익형량의 항변에 두고서 그 구성에 있어서 마치 실질적인 것같은 인상을 주고 있지만, 어느 견해도 당사자 간의 대가급부의 균형, 대가수령의 최종성이라고 하는 점을 기준으로 하여 항변성립의 가부를 논하고 있다고 하는 점에서 공통되고 있다. 따라서, 이에 관한 학설은 원인관계상 하등의 하자가 있더라도, 또한 어음금의 급부에 의하여 대가관계의 균형을 실현할 수 있는 경우와 그렇지 않는 경우를 나누어 고찰하는 것으로 유연한 해석이 가능하다고 하는 점을 평가해야 할 것이다. 문제는 그와 같은 가름을 어떠한 기준에 기하여 행하고 법률구성할 수 있는가 하는 데 있다. 이를 도식적으로 본다면, 한쪽에서는 원인관계가 법적으로 유효하게 성립하고 있고 어음금의 지급을 강제하지 않으면 안되는 것과 같은 경우와, 다른 한편으로 원인관계의 위법 불법과 같이 법원이 어음금 지급에 가담하는 것이 법질서에 있어서 당초부터 시인되지 않는 경우가 있고, 그 중간에 예컨대, 합의해제되었지만 아직 목적물을 반환하는 관계가 남아 있는 것과 같은 경우에 또한 어음금의 급부를 강제해도 좋은 경우와, 원인채무를 지급하여 소멸하게 한 경우와 같이, 이미 대가급부의 균형을 실현하고 있는 데도 그때에 이르러서는 어음금의 지급을 강제할 수 없는 경우가 있다. 현재 문제로 하고 있는 것은, 말하자면 중간영역에 있어서 후자의 항변이 성립할 경우와 그렇지 않는 경우를 나누는 기준을 어떠한 법적 근거에 기하여 설정할 수 있는가라는 데 있다.

이에 관한 실마리로서, 부당이득법에 있어서의 類型論의 논의는 후자의 항변의 성립을 논하는 경우에 참고가 된다고 고찰되고 있다. 예컨대, 무효인 계약에 기하여 목적물을 급부한 경우에 대금의 반환과 목적물의 반환은 대가적 견련관계에서 있고, 여기에 동시이행의 항변을 유추해도 좋다고 풀이되고 있다.³³⁾ 여기서는 부당이득법은 일반적으로 재회전환의 형평을 꾀하는 것이 아니라, 계약구벌의 보충적 장치라고 풀이하는 데 있다. 이를 뒤집어 보면, 법률상 하등의 하자가 있는 경우라고 하더라도 이미 대가급부의 균형을 실현하고 있는 경우에는 더욱 대가의 급부를 강제할 이유가 없다는 것, 반대로 부당이득반환의 관계와 같이, 하등의 급부에 의하여 대가관계의 균형을 유지할 수 있는 경우에는 오히려 그 급부를 실현해야 하는 것이 부당이득법의 도움을 빌어 가름한다고 하는 것을 의미한다. 이를 후자의 항변에 적용하여 본다면, 후자의 원인관계에 있어서 부당이득반환에 의하여 급부의 불균형을 청산해야 할 관계가 잔존하는 경우에는 어음금지급에 의하여 그 불균형을 청산할 수 있고, 이미 대가관계의 균형을 실현하고 있는 경우, 예컨대 원인관계의 지급을 받고 있는 경우 또는 목적물을 반환하고 있는 경우에는 이미 대가관계의 균형을 실현하고 있는 것이므로, 이 이상 어음금 지급에 의하여 불균형을 초래하게 할 필요가 없고 따라서 미리 항변할 수 있다고 풀이하게 되는 데 있다.³⁴⁾

33) 加藤雅信, 財産法の體系と不當利得法の構造, 422面 등

34) 伊藤壽英, “後者の原因關係にもとづく抗辯について,” 法學新報 第96卷 3・4號, 105~106面

(4) 有因性論

이 이론은 일반조항설과 같은 결론, 즉 피배서인인 어음소지인이 채무자인 어음발행인에 대한 권리행사를 인정하지 않는다고 하는 결론을 도출하기 위해 일본에서 주장된 새로운 이론이다.³⁵⁾ 이 이론은 일반조항적용설이 일반조항에로의 도피라고 하는 비판을 받았기 때문에, 이를 피하고자 하는 목적 하에 주장된 점에서 그 특징이 있다. 전통적무인론과 일반조항설이 어음행위의 무인성을 전제로 하여 주장되고 있는 데 반해서, 유인성론은 어음행위를 어음채무부담행위와 어음권리이전행위로 2분하고, 채무부담행위는 무인성을 띠지만 권리이전행위는 유인성을 가진다고 하는 독자적인 어음행위론을 전제로 하는 점에서 전혀 이질적이다. 이 학설의 기초이론은 「어음이라는 것을 인식하거나 인식할 수 있는 경우에 어음상에 서명함으로써 자신과 자신에 대한 권리를 취득하게 된다」고 한 데 있다.³⁶⁾ 이 채무부담행위는 원인관계를 수반하지 않으므로 무인성을 지닌다. 다음에, 이와 같이 자신과 자신에 대하여 가지는 어음채권은 상대방(수취인·피배서인)에게 증권의 교부에 의하여 이전하지만, 통상 이전행위에는 상대방과의 사이에 원인관계가 존재하기 때문에 이 영향을 받아 그 이전행위는 유인성을 가진다고 설명한다. 따라서, 배서인으로부터 피배서인에게 배서이전된(또는 발행인으로부터 수취인에게 발행·이전된) 어음채권은 그 원인관계의 부존재, 무효, 소멸에 의하여 배서인으로부터 피배서인에게(발행의 경우는 발행인으로부터 수취인에게) 처음부터 이전하지 않던가 또는 증권의 이전은 그대로 피배서인으로부터 배서인에게(발행의 경우에는 수취인으로부터 발행인에게) 복귀한다고 설명한다. 그 결과, 어음소지인인 피배서인은 무권리자로 되고 어음채무자인 발행인에 대한 어음채권의 행사는 이를 할 수 없다는 결론이 도출된다.³⁷⁾

그리하여, 첫째 문제가 되는 배서인·피배서인간의 원인채권의 일부가 소멸한 경우에는 그 소멸 부분에 상당하는 어음금의 일부는 피배서인으로부터 배서인에게 복귀하고, 잔액은 그대로 피배서인의 수중에 남는다고 설명한다. 이 설명에 대하여는 어음법 제12조 2항의 일부배서의 금지조항에 위반한다거나, 동조 1항의 배서의 단순성에 반한다는 비판이 나오고 있다. 이에 관하여는, 이들 규정에 위반하지 않는다고 반론하며 다음과 같은 설명이 부가되고 있다. 즉, (1) 일부배서의 금지는 적극적인 권리의 分屬을 낭계 하는 양도배서를 금지하는 데 있고, 배서 후의 분속까지 금지하는 것은 아니다. 그러므로 어음법에서는 일부보증을 인정하고 있고(어음법 제30조 1항, 77조 3항), 일부보증의 보증인이 지급한 경우 그 보증인과 어음채권자(어음소지인)에게 채권이 분속하는 것은 어음법 제32조의 취지로부터 명백하게 인정되고 있다.³⁸⁾ (2) 어음법 제12조 1항의 배서

35) 小西勝, 前掲論文, 18面 ; 澁谷光子, “手形と權利濫用,” 演習商法(手形·小切手), 106面 ; 平出慶道, “手形債權移轉行為의 相對的有因性,” 商事法の諸問題(石井照久追悼論文集), 430面 ; 鈴木竹雄, “手形金請求と權利の濫用,” 手形小切手判例百選(新版), 107面 ; 前田庸, 前掲論文, 885面 ; 竹内昭夫, “手形金請求と權利の濫用,” 新商法演習3, 151面

36) 鈴木竹雄, 手形法·小切手法, 1956, 139, 106, 143面

37) 鈴木竹雄, 前掲(判例百選)論文, 68面

38) 前田庸, 前掲論文, 903面

의 단순성에 반한다고 하는 비판에 대하여는, 이 규정은 어음채무부담행위에 관한 규정으로서 어음권리 이전행위에는 적용이 없다. 또한, 동조 1항 후단의 조건부배서의 조건은 무익적기재사항이라고 하는 규정도 채무부담행위의 무인성을 명백하게 한 데 불과하고, 권리이전행위에 대하여는 적용이 없다고 설명한다.³⁹⁾

둘째, 그리하여 권리이전행위유인성론의 입장을 취한다면, 원인관계의 소멸에 의해 어음상의 권리는 어음소지인인 피배서인으로부터 배서인에게 복귀한다. 그 결과, 어음소지인인 피배서인은 무권리자가 되지만, 그 자로부터 선의로 어음을 배서양도받은 제3자는 선의취득자로서 보호된다(어음법 제16조 2항, 77조 1항 1호)고 설명한다. 이 경우 무인론에 있어서는 어음법 제17조의 보호를 받게 되어, 유인성론을 취하는 쪽이 주관적 요건에 있어서 보다 약한 입장에 놓일 우려가 있지만 그에 대하여 유인성론은 다음과 같이 반론하고 있다. 즉, 원인관계 소멸에 대하여 중과실이 있는 취득자는 보호받을 수 없다. 이는 무권리자인 어음소지인에 대하여 어음의 주채무자의 면책규정인 어음법 제40조 3항의 문제와 같은 맥락에서 고찰해야 할 것이라고 한다.⁴⁰⁾ 그렇지만, 이점에 대하여 유인성론을 주장하는 학자들의 견해가 일치된 것은 아니다. 일부 견해는 무인론과 같이 어음법 제17조가 적용되는 경우라고 한다. 그 이유는 어음법 제16조 2항은 그 의사에 반하여 어음의 점유를 상실한 자와 현소지인과의 관계에 대한 규정이다. 따라서, 어음의 점유를 상실한 자의 의사에 기하여 배서가 이루어진 이와 같은 경우에는 적용되지 않는다고 주장한다⁴¹⁾. 또한, 다른 견해는 배서를 받은 피배서인을 중심으로 그 피배서인과 전자(예컨대 배서인, 발행인)의 관계에 있어서는 권리행사의 면에서 무권리자이지만, 그 피배서인의 후자에 대한 관계에서는 권리자라고 하여, 그 피배서인의 지위를 상대적으로 고찰하는 것에 의하여 어음법 제17조 적용의 경우라고 주장한다.⁴²⁾

그러나, 유인성론은 어음권리이전행위를 有因의으로 풀이하는 결과, 원인관계에 하자가 있는 경우, C는 항상 무권리자로 되어 A로부터 무권리의 항변을 대항받는다고 하는 것이 되지만,⁴³⁾ 전술한 바와 같이, C의 권리행사를 인정해도 좋은 경우가 있을 수 있다고 한다면, 무권리의 경우와 그렇지 않은 경우를 어떻게 나누든가 이론구성상의 곤란을 피할 수는 없을 것이다.

여기서, 이 문제에 관하여 특히 성문법상의 근거를 구하고자 하는 것을 명확히하고 있는 견해를 자세하게 검토해 보자.

2) 성문법상의 근거

(1) 어음법 제40조 3항 유추적용설

앞서 본 바와 같이, A의 항변을 항변의 필요성이라고 하는 관점에서 보아, 그 근거를 어음법

39) 前田庸, 前掲論文, 903면

40) 竹内昭夫, 前掲論文, 158면

41) 澁谷光子, 前掲論文, 111면

42) 平出慶道, 前掲論文, 438면 ; 鈴木竹雄, 前掲論文, 106면

43) 前田庸, 前掲論文, 885면 이하 ; 同, 手形法・小切手法入門, 1983, 47~53면 ; 小西勝, “手形裏書の原因が消滅・無効のときの被裏書人の地位,” 金融法務事情 第355號, 208면 ; 竹内昭夫, “手形金請求と權利濫用,” 新商法演習(3), 155~157면 ; 平出慶道, 前掲書, 122~123면

제40조 3항에서 구하는 견해이다. 즉, 이른바 무권리의 항변이라고 말해지는 것도 단지 어음소지인이 무권리라는 것 그것이 그 항변의 기초를 이루고 있는 것은 아니고, 채무자의 그 자에의 지급이 어음법 제40조 3항에 해당하지 않는 한 유효한 지급이 되지 않고, 따라서 진정한 권리자에 대하여 이중지급의 위험을 진다고 하는 것이 항변할 필요성을 초래하고 있다. 후자간의 원인관계가 소멸하거나 무효인 경우에 관하여, A가 B로부터 연락을 받든가 하여, B-C 간의 사정을 알고 있으면서 그것을 무시하고 C에 지급하더라도, A는 B에 대하여 어음의 지급에 따르는 효과를 주장할 수 없다. A가 C에 대하여 원인채무를 지고 있고 그 원인채무를 어음의 지급으로써 소멸시키는 것이 되고 있는 경우에도, A는 C에 대한 어음금의 지급으로써 그와 같은 효과를 주장할 수 없다고 한다면, 후에는 A는 B로부터 그 원인채무의 변제를 압박하는 것이 되므로 여기서 A는 C의 어음금청구를 거절할 이익을 가지는 것이 된다. 여기서 A의 불이익의 기초를 이루는 것은 원인관계의 청산을 어음으로 행한다고 하는 원인당사자간에 있어서의 의사이고, 대가수령의 최종성이 보장되는 것을 비롯하여 어음의 지급에 의한 원인관계의 소멸을 가져오게 된다. A-B 간의 원인관계가 소멸하는 것은 B가 대가를 결정적으로 받게 된 경우라고 하는 것에 착안한다면 비록 A로부터 C에게 어음금이 지급되더라도 B-C 간에 본래 하자가 있어서 B가 이 대가를 결정적으로 받지 못한다면 B로서도 A로부터 변제를 받는 것이라고 할 수 없다. A가 C에게 지급하더라도 B가 그 대가를 확보할 수 없는 것을 알고 있던 경우에는 A는 A-B 간의 원인채무의 소멸을 주장할 수 없기 때문에, C의 어음금청구를 거절할 이익이 있다고 풀이된다.⁴⁴⁾ 그러나, A가 B-C 간의 사정을 알고 있다고 하는 것이 어느 만큼 의미를 가질 것인가. 예컨대, A가 B로부터 B-C 간의 원인거래가 해제된 것을 알게 되었다고 하더라도, 또한 목적물을 반환하는 관계가 남아 있다는 것을 알면서 C에게 지급한 경우, 역시 B는 대가를 최종적으로 받지 못하게 될 것인가. 해제의 효과에 관해서는 민법상으로도 논의의 여지가 있지만, 이른바 직접효과설을 취하더라도, 해제에 의한 원상회복관계에는 일정한 계약규범이 적용되는 것이 인정되고 있다.⁴⁵⁾ 그렇다고 한다면, 원인관계에 있어서의 목적물의 급부와 어음금의 지급이 대가관계에 있는 경우, 원인관계의 해제에 의한 원상회복에 있어서도 하등의 대가관계를 인정해도 좋다고 고찰된다. 환언한다면, 판례에 나타난 사례와 같이, 후자 사이에서 원인채무가 완제되고 있는 경우나 원인관계가 해제되었지만 이미 목적물을 회수하고 있는 경우에는 이미 대가급부의 균형을 실현한 것이어서 그때에 이르러서는 어음금을 지급함으로써 원인관계상의 대가급부의 균형을 실현할 필요가 없게 된 데 대하여, 원인관계가 해제되더라도 또한 원상회복관계가 잔존하고 있는 경우와 같이, 어음금지급에 의하여 원인관계상 대가급부의 균형을 실현할 수 있는 경우에는, 채무자는 후자의 원인관계에 관한 선의·악의를 불문하고 어음금을 지급하여 면책될 수 있는 것으로 고찰된다고 할 수 없는가.⁴⁶⁾

44) 木内彦彦, 手形法小切手法(第2版), 1982, 229~231面 ; 同, 手形の原因關係と手形抗辯, "私法第36號" 134面 이하 ; 同, "手形の原因關係と手形抗辯," 手形研究 第204號 4面 이하 ; 同, "判批," 判例時報 第746號 150面 등

45) 加藤雅信, 前掲書, 422, 438面 ; 川村泰啓, "給付利得制度 - 契約關係の場て固有に機能する不當利得制度," 判例評釋 第143號 3面 등 참조

46) 伊藤壽英, 前掲(法學新報)論文, 101~102面

(2) 어음법 제17조 유추적용설

후자의 항변을 어음법 제17조의 구조에서 설명하고자 하는 견해에 의하면, 어음법 제17조의 항변을 이익형량에 기한 항변이라고 풀이하는 견해에 있다. 이에 의하면, 어음법 제17조 단서에 의한 항변은 어음당사자간의 이익형량에 의하여 소지인의 권리행사를 인정한다면, 채무자에 실질적인 손해가 생기게 되는 경우에 대항할 수 있다고 풀이되고 있다.⁴⁷⁾ 즉, 소지인의 권리행사에 의하여 채무자가 지급한다면, 어음당사자간에 대가급부의 불균형이 생기는 경우, 그 불균형을 조정하기 위하여 항변의 대항을 인정한다고 풀이하는 것이므로, 후자의 항변에 있어서도, 그것이 어음당사자간의 이익상황에 비추어 대가급부의 불균형이 생기는 경우에는 그것을 조정하기 위하여 항변 대항을 인정하는 것이라고 할 수 있다면, 후자의 항변의 문제를 어음법 제17조의 구조에서 해결할 수 있게 되는 것이다.

더욱이, 이 견해는 후자의 항변의 허용범위를 원인관계의 위법·불법, 취소·무효, 부존재 및 변제·상계에 의한 소멸의 경우에 한정하고, 후자의 원인관계가 합의해제되었다고 하더라도 원상 회복이나 손해배상의 관계를 남기게 되는 경우에는 C는 B에 대한 관계에서 정당한 대가를 취득할 수 있고, A는 어음금을 지급하여 어음을 회수할 이익이 있는 데도 후자의 항변의 성립을 인정하지 않는다고 풀이하고 있다.⁴⁸⁾ 이와 같이, 소지인에게는 어음금을 수령하여 잔존관계를 청산할 정당한 이익이 있고, 채무자로서도 그 대가를 급부하여 면책될 이익이 있는 경우에는 후자의 항변의 성립을 인정하지 않더라도 좋다고 한다면, 원인관계에 있어서의 사정 중에서 법률상은 하자가 있는 경우라 하더라도, 일정한 잔존관계를 청산할 경우에 또한 어음금의 지급에 의한 대가관계의 균형을 유지할 경우라면, 소지인이 전자와 어음반환의 교섭과 원인관계상의 권리를 행사하기보다도, 어음금에 의하여 실질적으로 반대급부를 회수하는 것을 인정할 수 있게 된다.

이와 같은 항변이론 하에서는, 후자의 원인관계에 있어서 무효·취소·소멸·합의해제 등의 사유가 있더라도, 그 자체로는 항변을 구성하지 않고 어음금의 지급이 어음당사자간의 대가관계의 불균형을 생기게 하는 경우에만 항변을 구성한다고 풀이하는 것이 타당할 것으로 사료된다.⁴⁹⁾

한편, 근래에 채권승계설의 입장에서 어음법 제17조 단서에 있어서의 어음항변과 타인이 가지는 인적항변의 원용, 어느 것도 인적항변의 개별성을 파괴한다고 하는 공통점을 가지는 경우라고 하여, 이를 一體적으로 구성하고자 하는 견해가 주장되고 있다. 이것을 논자는 「항변접속(Einwendungsdurchgriff)」의 이론이라고 부르고 있다. 그 내용은 다기하게 이해되고 있고, 여기서 상세하게 검토할 수는 없지만, 후자의 항변의 사례에 있어서는 C의 권리행사가 권리남용에 해당한다고 하여, A는 B가 가지는 항변을 이용할 수 있다. 즉, 「권리남용」을 매개로 하여 B의 항변을 A에게 「접속한다」고 풀이하고 항변제한에 관하여 권리외관이론에서 설명한 것과 마찬가지로, 말하자면 일반원칙에 의하여 인적항변의 개별성이 파괴된다고 구성하는 데 있다.⁵⁰⁾

47) 高窪利一, 現代手形・小切手法(改訂版), 1989, 376面 이하

48) 高窪利一, 前掲書, 403面

49) 伊藤壽英, 前掲(法學新報)論文, 105面

50) 福瀧博之, “手形抗辯の制限と抗辯接續の理論,” 關西大學法學論集 第38卷 2・3號 755, 767面 이하; Canaris, Der Verhältnis zwischen dem Wechsel- und scheckrechtlichen Einwendungsausschluss und der Lehre vom Einwendungsdurchgriff kraft Rechtsmißbrauchs, ZHR 151 (1987), S. 517ff.

Ⅲ. 前者간에 있어서의 인적항변사유와 그 개별성의 한계

1. 어음보증의 독립성과 주채무자가 가지는 인적항변

1) 판례의 흐름

예컨대, A가 약속어음을 C에게 발행하고 B가 A의 어음채무에 관하여 어음보증을 했는데, A는 C에 대하여 인적항변사유를 가지고 있다고 하는 사례에 있어서, C가 B에 대하여 권리를 행사하여 온 경우, B는 A가 가지는 인적항변을 근거로 하여 C의 청구를 거부할 수 있는가.

어음법 제32조 2항에 의하면, 어음보증채무는 형식적 무효를 제외하고, 피담보채무인 어음채무가 무효라도 유효하게 성립한다. 이 어음보증의 독립성의 근거를 기명날인 또는 서명에 의한 어음채무부담행위에 기한 당연한 효과라고 풀이한다면,⁵¹⁾ 피보증인이 인적항변을 가지는 데 불과한 경우는 어음보증인은 이를 자기의 항변의 기초로 할 수 없고 소지인으로부터의 청구를 거절할 수 없다고 하는 것이 된다. 판례도 당초 「어음보증인인 B는 어음보증이라는 어음행위를 하는 것에 의하여 독립하여 어음상의 채무를 부담하는 데 이른 것이므로 피보증인인 A가 어음소지인인 C에 대한 관계에 있어서 가지는 인적항변을 원용하는 것은 허용되지 않는다. 이는 민법상의 보증의 이론과 다른 어음보증의 법리를 나타낸 것이므로, B는 전기 인적항변을 알고 있는 경우에 있어서도 이를 원용할 수는 없다」고 판시하여, 이 결론을 시인하고 있다.⁵²⁾

그리하여, 이 판결을 계기로 이를 지지하는 학설도 많이 나왔지만,⁵³⁾ 정책적으로 본다면 다소 타당성을 잃는 것은 아닌가 하여 다음과 같은 반대설이 제창되기에 이르렀다. 즉, 이 판결례에서만일 발행인 A'와 수취인 C'간의 원인관계인 매매가 무효임에도 불구하고 判旨와 같이 어음보증인 B'는 C'에 대하여 어음채무의 이행을 거절할 수가 없고, 그리하여 C'에 대하여 채무를 이행한 B'는 A'에 대하여 구상할 수 있다고 풀이한다면,⁵⁴⁾ C'는 매매가 무효인 데도 매매대금의 지급을

51) 鈴木竹雄(前田庸 補訂), 手形法小切手法(新版), 1992, 125面, 330~331面 ; 大隅健一郎, 改訂手形法小切手法講義, 1962, 29面 등 多數說

52) 日最高判 1955. 9. 22, 民集 第9卷 10號 1313面

53) 伊澤孝平, 手形法·小切手法, 1949, 442面 ; 田中耕太郎, 手形法·小切手法概論, 1935, 510面 ; 富山康吉, “判批”, 民商法雜誌 第34卷 1號 98~99面 등

54) 이 문제에 관하여, '피보증인의 인적항변 원용의 문제'에 있어서 B'에 항변의 원용을 허용하지 않는 종래의 입장에서는 B'는 A'에 대하여 구상할 수 있다고 하는 것이 다수설이지만(田中耕太郎, 前掲書, 505面 ; 竹田省, 手形法小切手法, 1956, 133面 ; 鈴木竹雄, 手形法小切手法, 1957, 305面 ; 日高松高判 1954. 5. 6, 高裁民集 第7卷 6號 463面 등), B'에 어음법 제17조의 害意가 있는 경우, 내지는 어음법 제40조 3항의 악의가 있는 경우에는 A'로부터 인적항변의 대항을 받는다고 하는 소수설(◎17조 說로서 伊澤孝平, 前掲書, 443面 ; 田中誠二, 手形·小切手法詳論(下), 1968, 677面, ◎40조 3항설로서 鴻常夫, “手形保證,” 新商法演習3(手形·小切手), 1974, 221面)도 있다. 또한, B'에 항변원용을 허용하는 입장은 B'에 어음법 제40조 3항의 악의가 없는 경우에 한하여 A'에 대하여 구상할 수 있다고 한다(上柳克郎, “手形保證의獨立性”, 法學論叢 第63卷 4號, 109면 ; 河本一郎, “手形保證と人的抗辯,” 神戸法學雜誌 第9卷 1·2號, 177面 및 同 第9卷 3號, 397面).

지급을 받는 것과 같은 이득을 얻고, A'는 매매대금의 지급을 강제당하는 것과 같은 불이익을 받게 되므로 A'는 C'에 대하여 부당이득반환을 청구할 수 있다고 풀이하지 않으면 안되고, C'가 A'에게 이득을 반환한다면, 결국 C'에게 B'에 대한 권리행사를 인정한 것은 거의 무의미하게 된다. 그렇다면, B'는 C'에 대한 어음채무의 이행을 거절할 수 있다고 하는 편이 B'의 A'에 대한 구상과 A'의 C'에 대한 부당이득반환청구와의 두가지의 과정을 생략할 수 있으므로 간편해진다.⁵⁵⁾ 또한, 마찬가지로 판지에 반대하여, 현행법의 해석으로서는 어음보증은 본질적으로 부종성을 띠고 풀이하는 것도, 그 부종성을 부정하는 것도 가능하므로, 어음보증의 부종성을 인정한다면 피보증인 A'에 속하는 항변은 보증인 B'가 이를 모두 주장할 수 있게 되지만, 이에 대하여 부종성을 부정하는 입장에 서더라도 원인관계의 무효 또는 부존재는 소지인 C'가 무권리자라는 항변과 같으므로 그 소지인이 어음권리를 행사하는 것은 부당하다는 성질의 항변이고, 말하자면 당해 소지인의 인격에 固着한 성질의 것이라고 고찰되는 것에 의해 동일한 결론을 얻을 수 있다고도 주장한다.⁵⁶⁾

그리하여, 관례는 그 후 전자(피보증인)의 인적항변 원용에 관해서도 같은 취지의 판시를 하고 있어,⁵⁷⁾ 현재의 입장은 후자의 항변 원용의 문제 및 전자(피보증인)의 항변원용의 문제의 어느 것에 관해서도 권리남용론에 의해 타인의 인적항변의 원용을 허용한다고 동일한 결론을 내리고 있다고 할 수 있다.⁵⁸⁾ 즉, 실질적으로 관례를 변경하여, 「발행인 A를 위하여 어음보증이 이루어진 약속어음의 수취인 C는 어음발행의 원인관계상의 채무불발생이 확정된 경우는 특별한 사정이 없는 한, 이후 어음발행인뿐만 아니라 어음보증인 B에 대하여도 어음상의 권리를 행사해야 할 실질적 이유를 상실한 것이다. 따라서, 어음이 반환되지 않고 자기의 수중에 있는 것을 기화로 B로부터 어음금의 지급을 청구하고자 하는 경우는 신의성실의 원칙에 반하여 명백히 부당하여 권리남용에 해당하고, B는 C에 대한 어음금의 지급을 거부할 수 있다고 풀이하는 것이 상당하다」고 판시하기에 이르렀다.⁵⁹⁾

그리고, 이를 긍정하는 이유 내지는 이론구성을 본다면, 전술한 바와 같이 신의칙·권리남용이라고 하는 일반원칙에 의한 해결은 그 기준이나 운용에 있어서 애매하다는 비판이 제기되어,⁶⁰⁾ 보다 구체적인 論據 설정을 모색하고 있다.

55) 上柳克郎, “手形保證의獨立性”, 法學論叢 第63卷 4號, 102面 以下

56) 河本一郎, 前掲(神戸法學雜誌)論文, 389面 이하

57) 日最高判 1970. 3. 31, 民集 第24卷 3號 182面

58) 日最高判 1973. 11. 16, 民集 第27卷 10號 1391面

59) 日最高判 1970. 3. 31, 民集 第24卷 3號 182面, 判例タイムズ第247號 180面

60) 田邊光政, 最新手形法小切手法, 227面 등은 유연한 해석이 가능한 것으로서 일반조항적 해결에 찬의를 나타내고 있다.

2) 항변원용의 논거

이를 크게 나눈다면, (1) 어음보증채무의 일종의 부종성 내지 종속성으로부터, 보증인은 피보증인이 가지는 인적항변을 원용할 수 있다고 구성하는 설,⁶¹⁾ (2) 소지인의 권리행사를 인정한다면 구상의 순환이 부당하게 되고, 결과적으로 부당이득이 되는 경우에는 악의의 항변에 유사한 부당이득의 항변이 성립하고 보증인은 이를 가지고 소지인에게 대항할 수 있다고 하는 설,⁶²⁾ (3) 이른바 유인성론에 의하여 원인관계의 소멸·부존재의 경우에는 소지인은 무권리자가 되므로, 보증인을 포함한 어떠한 채무자로부터도 그의 무권리를 대항받는다고 풀이하는 설⁶³⁾이라고 하는 고찰방법이다.

먼저, (1)설은 어음보증채무의 일종의 「종속적 성질」에 의하여 고찰되고 있다.⁶⁴⁾ 즉, 어음보증에 있어서도, 민사보증에 있어서의 부종성과는 다르다고 하더라도, 일종의 종속적 성질이 엮보이는 것은 관례·학설이 인정하고 있다. 예컨대, 주채무가 시효에 의해 소멸하게 되면 어음보증채무도 소멸한다고 풀이하고 있고,⁶⁵⁾ 학설에 있어서도 소지인이 소구권보전절차를 해태했기 때문에 피보증인인 배서인에 대한 소구권을 상실한 경우에는 배서인을 위한 어음보증인은 그 책임을 면하는 것이 인정되고 있다.⁶⁶⁾ 이와 같은 어음보증채무의 종속성은 다른 어음채무자가 부담하는 채무와 다른 성질에서 유래하는 것으로 고찰된다. 즉, 어음채무자는 통상 어음에 의한 신용이용의 편익을享受하는 것과 맞바꾸어 다른 민사채무에 비하여 엄격한 채무를 부담하는 데 이르지만, 어음보증인은 그와 같은 신용이용의 편익을 목적으로 하지 않고서 엄격한 채무를 부담하고 있다. 만기에 발행인이 소지인에게 어음금을 지급한다면, 어음채무의 소멸과 그 때까지의 원인관계상의 거래의 결제가 1회에 이루어진 것으로 되어, 어음수수의 당사자간에 있어서는 각각 원인거래에 있어서의 대가급부의 균형을 실현하게 되지만, 어음보증인과 피보증인과의 사이에 그와 같은 대가급부를 위한 거래관계는 없다. 그렇다고 한다면, 어음보증인의 엄격한 채무부담의 담보로 되고 있는 것은 오직 피보증인에 대한 장래의 구상권의 확실성이라고 사료된다. 이는 소지인으로부터의 청구에 응하여 보증채무를 이행하는 것과 피보증인에 대한 구상이 대가적 견련관계에 있다고 하는 것, 그것이 주채무가 소멸한다면 보증채무도 소멸한다고 하는 종속성의 기초를 이루는 구조를 나타내고 있다. 그리하여, 피보증인이 약속어음발행인과 같이 어음의 주채무자인 경우, 발행인 A가 보증채무를 이행한 B의 구상에 응하여 지급해야 한다면 전 어음당사자의 원인관계와 어음관계가 「일괄」하여 결제되지 않으면 안된다고 하는 것이 어음의 기능이고 어음법의 목적이다. 그렇다고

61) 高窪利一, 前掲書, 194面 ; 服部育生, “手形保證,” 名學 第22卷 3號, 79面

62) 服部榮三=加藤勝郎, “手形保證의獨立性と從屬性,” 演習商法(下), 179面

63) 前田庸, 前掲書, 206面

64) 伊藤壽英, “いわゆる「人的抗辯의個別性」について,” 判例タイムズ第792號, 64面

65) 日最高判 1970. 6. 18, 民集 第24卷 6號 544面, 判例タイムズ第251號 186面 ; 日大阪高判 1964. 5. 28, 金融法務事情 第380號 35面 ; 日神戸地判 1957. 8. 21, 下民集 第8卷 8號 1564面 등

66) 竹田省, 前掲書, 133面 ; 田中誠二, 前掲書(下), 671面 ; 八木弘, “手形保證,” 手形法·小切手法講座4, 46面 등

한다면, 피보증인에 대한 구상권행사의 확실성을 막는 사정 또는 주채무자의 지급에 의해 그 원인 관계에 있어서의 대가급부의 불균형을 낳게 되는 사정이 있는 경우, 보증채무의 이행을 강제하지 않는다고 해야 하는 것은 아닌가. 피보증인 A가 소지인 C에 대하여 인적항변을 가지고 있는 경우 어음보증인 B가 C에 지급하여 A에게 구상하더라도 A로부터 항변대항을 받거나, 또는 A가 지급한 후에 C에 부당이득반환청구한다고 하는 것은 어음보증채무의 이행과 구상권행사의 대가적 견련관계에 있어서 또는 어음의 주채무자에 있어서 대가급부의 불균형을 낳는 사정이고, 그것이 B의 C에 대한 항변의 기초를 이룬다고 풀이해야 할 것이다.

그리고, (2)와 (3)설에 관하여는 앞서 논한 바와 같으며, 그 가운데 (2)설에 관해서는 보증인의 구상→피보증인의 소지인에 대한 부당이득반환청구라고 하는 청구의 순환을 막는 것이라는 정책론을 환언한 데 불과하다고 보고 있고, 또한 (3)의 유인성론에 관해서는 어음이론으로서의 타당성 그것에 대하여 논의의 여지가 있는 것으로 지적되고 있다.⁶⁷⁾

3) 원용할 수 있는 항변

다음으로, 앞에서 본 원인관계상의 인적항변 이외의 인적항변이 AC간에 존재하는 경우에 B는 이 인적항변을 원용할 수 있는가에 관하여 검토해 보자. 이와 같은 인적항변으로서는 여러가지가 있을 수 있지만, 실제 생길 가능성이 많은 것으로 支給 또는 이와 동시될 수 있는 免除·更改·相計 등의 항변(이하 '지급 등의 항변'이라고 줄임) 및 支給猶豫의 항변에 관하여 검토해 보자.

먼저, AC간에 지급 등의 항변이 존재하는 경우에 B는 이 항변을 원용할 수 있는가⁶⁸⁾하는 문제인데, 결론부터 말하자면 이를 긍정하는 쪽이 훨씬 이전부터의 통설·판례라고 할 수 있다.⁶⁹⁾ AC간에 이와 같은 항변이 생기는 구체적인 경우를 든다면, A가 C에 대하여 지급을 했지만, 어음을 환수하지 않은 경우가 이에 해당한다. 이 경우 지급에 의해 어음상의 권리가 소멸하는가 여부에 관해서는 다소의 다툼이 있는데, 통설 판례는 이를 긍정하지만,⁷⁰⁾소수설은 어음을 환수하지 않고서 지급하더라도 어음상의 권리 자체는 소멸하지 않고, 당사자간에 인적항변사유가 될 뿐이라고 한다.⁷¹⁾ 이 다툼에 관하여 통설의 입장에 선다면, 어음상의 권리는 소멸하고 있으므로 C는 무권리자이고, B는 C에 대하여 무권리의 항변을 대항할 수 있게 된다. 이에 대하여 소수설의 입장에 선 경우에는 A는 C에 대하여 지급의 항변을 대항할 수 있는데 B가 이를 원용할 수 있는가 여부는 문제가 된다. 이 입장에서 이에 관하여 논한 것은 보이지 아니하므로 추론하는 수밖에 없지만, 권리 자체는 소멸하지 않고 당사자간에 인적항변사유가 되는 데 불과하다고 하고 있으므로, 여기서도 인적항변의 개별성을 강조하여 항변의 원용을 인정하지 않는다고 할 가능성이

67) 伊藤壽英, 前掲(判例タイムズ)論文, 64面

68) 山尾時三, "支拂の抗辯," 手形法研究, 1935, 35面 以下

69) 山尾時三, 前掲論文, 53面 以下 ; 日最高判 1968. 12. 6, 判例時報 第545號 79面

70) 山尾時三, 前掲論文, 53面 ; 日大判 明治39. 5. 15, 民錄 第12輯 750面

71) 鈴木竹雄, 前掲書, 285面

이론적으로는 일응 있을 수 있다고 할 수 있다. 그러나, 어음을 환수하지 않고 행한 지급에 관하여, 소수설이 어음상의 권리 자체의 소멸을 인정하지 않는 것은 그와 같은 어음을 제3자가 선의로 취득한 경우에는 A에 대하여 지급청구를 할 수 있다고 하는 결론을 내릴 수 있고, 또한 이를 주목적으로 하는 것이므로 이 설이 '인적항변'이라고 하는 용어를 사용하고 있더라도 그로부터 직접 인적항변의 개별성을 주장하는 것이라고 풀이해서는 안된다고 본다.⁷²⁾ 이를 종합한다면, A가 C에 대하여 어음을 환수하지 않고 지급을 한 경우에 B는 C에 대하여 무권리의 항변을 대항할 수 있다고 하는 것이 통설이고, 이에 대한 異論은 이론적으로는 일응 있을 수는 있다고 하더라도 현실적으로는 주창되지 않고 있는 실정이다. 그리고 이 통설의 입장은 항변의 원용을 인정한다는 것과 같은 결론을 긍정하는 것이고, 또한 이 입장은 지급의 항변 뿐만 아니라 면제·경개·상계 등의 항변에 관해서도 거의 같이 풀이할 수 있다고 사료된다.

이와 같이 AC간에 지급 등의 항변이 존재하는 경우에 관해서는, 훨씬 이전부터 B에게 그 항변의 원용을 인정하고 있었는데, 이것은 원인관계상의 인적항변의 경우에는 이전에는 그 원용을 허용하지 않았던 것에 비한다면 대조적이다. 이는 지급 등의 항변에 있어서는 통설은 B가 주장하는 항변은 어음상의 권리 자체가 소멸했다는 취지의 항변이라고 구성하고, A가 C에 대하여 가지는 항변을 B가 원용한다고 하는 구성을 취하지 않았기 때문에 인적항변의 개별성이라고 하는 장애에 부딪치지 않는 소이에 있다고 사료된다. 요컨대, 인적항변의 개별성이라고 하는 경우, 그 중에는 무권리의 항변은 포함되지 않기 때문이다. 즉, 무권리의 항변도 인적항변이긴 하지만(물적항변은 아니기 때문에), 이는 모든 채무자가 그 소지인에 대하여 주장할 수 있고 그 당연한 귀결로서 인적항변의 개별성이라는 것은 있을 수 없기 때문이다.

다음에, AC간에 지급유예의 항변이 존재하는 경우에, B가 이 항변을 원용할 수 있는가에 관하여 검토해 보자. 이 문제에 관하여 다수설 및 판례는 이를 부정하는 데 대하여,⁷³⁾ 소수설은 이를 긍정한다.⁷⁴⁾ 다수설의 논거는 A와 B의 각 어음채무는 상호 독립하고, A가 C로부터 지급유예를 받았다고 해서 B가 그 이익을 누릴 이유는 없으므로 B는 C에게서 청구를 당한 경우에는 이를 이행거절의 이유로 삼을 수는 없다고 하는 데 있고, 소수설의 논거는 다수설과 같은 결론을 인정한다면 어음을 상환한 B는 직접 A에게 청구할 수 있으므로 C가 A에게 한 지급유예는 결국 무의미하게 돼 버려 부적절하다는 데 있다.

생각컨대, C가 A에 대하여 지급유예를 한 경우, A의 지급을 일정기간 절대적으로 유예한다는 취지, 즉 C가 B에게 B가 환수한 결과 A가 B로부터 청구를 받게 되는 것과 같은 사태를 초래하지 않는 취지인 경우도 있을 수 있고, 또한 그렇지 않더라도 지급유예기간 중에도 C는 B에게 청구하는 것은 방해받지 아니한다는 취지인 경우도 있을 수 있다. 이 경우 환수한 B가 직접

72) 伊澤和平, “手形の遡求における償還者の地位(2),” 法學協會雜誌 第95卷 10號, 1621面 註21 參照

73) 宋本丞治, 手形法, 1918, 167面 ; 田中耕太郎, 前掲書, 467面 ; 伊澤孝平, 前掲書, 478面 ; 日大判 1936. 1. 18, 民集 第15卷 4號 14面 等

74) 鈴木竹雄, 前掲書, 287面 註4 ; 田中誠二, 前掲書(下), 627面

A에게 청구하는 것에 의하여 지급유예가 무의미하게 된 경우에도 원래 C의 지급유예의 취지가 그 정도였던 때문이므로 A로서는 그 결과를 받아들일 수밖에 없다. 그래서, 지급유예가 된 경우 어느 쪽으로 풀이하는가는 AC간의 합의의 취지에 따라 신중하게 결정하는 수밖에 없고 통상 어느 쪽으로 보려는 것은 분간하기 어렵다고 사료된다. 이와 같이, AC간에 지급유예의 항변이 존재하는 경우에 B가 이를 원용할 수 있는가에 관해서는 AC간의 합의의 취지에 따라 긍정·부정의 양자의 경우로 나뉘질 수 있는 것이고, 지급유예의 항변 그 자체를 하나의 유형으로 묶어 결론을 내릴 수는 없을 것이다.

이상과 같이, AC간에 원인관계상의 인적항변, 지급 등의 항변, 지급유예의 항변이 존재하는 경우에 B는 이 항변을 원용할 수 있는가에 관하여 순차로 검토해 본 결과 다음과 같이 말할 수 있다.

먼저, 원인관계상의 인적항변 및 지급 등의 항변에 관한 검토에서 나타난 바와 같이, B의 항변원용이 인정되는가 여부는 AC간에 인적항변이 존재하는 것에 따라 C가 실질적으로 보아 무권리와 동시될 수 있는 지위에 서는가 여부가 일대 기준이 된다고 할 수 있다. 따라서 통상이 이 기준에 따라, C가 실질적으로 무권리인 경우에는 B는 항변을 원용할 수 있고, 그렇지 않은 경우에는 원용할 수 없다고 생각해도 좋을 것이다.

그러나, 지급유예에 관한 검토에서 알 수 있는 바와 같이, C가 실질적으로 무권리라고 하기 어려운 경우(C가 A에 대하여 지급유예를 한 것만으로는 실질적으로 무권리라고 하기는 어렵다고 본다)에도, B가 항변의 원용을 허용받는 경우도 있을 수 있다⁷⁵⁾고 보므로, 이 기준만으로 가능하기는 어렵다. 결국, 법률관계는 상대적이므로(AC사이와 BC사이에는 일용 별개의 법률관계이므로), 단지 C가 실질적으로 무권리인가 여부에 따라 모든 것을 결정할 수는 없고, 최종적으로는 당연히 AC사이에 인적항변이 존재하느냐에 따라 BC사이에 항변이 존재하게 되는가 여부를 개별 구체적으로 검토할 수밖에 없다. 예컨대, 어음이 甲→乙→丙→丁으로 유통되어 소지인이 丁이 된 경우, 甲丁사이에 인적항변이 존재하는 결과 丁은 乙로부터 항변의 대항을 받지만, 丙으로부터는 항변의 대항을 받지 않는 경우도 있을 수 있다(즉, 甲乙丙 3자의 내부부담관계에 있어서는 丙이 최종적인 부담자이고, 甲乙 양자에 있어서는 甲이 부담자라고 하는 경우를 상정해보자). 이 경우에는, 丁은 실질적으로 무권리자는 아닌(丙에 대해서는 관계되고 있으므로)에도, 甲丁사이에 인적항변이 존재하느냐에 따라 乙丁사이에 항변이 존재하는 것으로 되어, 법률관계의 상대성에 따라 해결되지 않으면 안되는 경우라고 말하게 된다. 그리하여, 그것을 검토할 때에는 C가 실질적으로 무권리자로 되는가의 여부가 중요한 관건이 될 것으로 지적되고 있다.⁷⁶⁾

생각컨대, 이 문제에 있어서 학설 중에는 피보증인이 가지는 인적항변을 「원용할 수 있다」고 하는 표현을 하는 것도 있지만,⁷⁷⁾ 엄밀히 말한다면 보증인이 소지인에 대항할 수 있는 항변은 피보

75) 伊澤和平, 前掲論文, 1621面 註26: 이 경우 B가 항변의 원용을 허용받는다 고 하는 것은, 즉 C가 지급유예기간 중에는 일시적으로 무권리 상태로 된다고 할 수는 없는가 하는 의문을 낳을 수 있다. 그러나, 용어 사용의 문제지만, '실질적 무권리'라고 하는 경우 이와 같은 일시적인 경우를 포함하지 않는다고 보는 쪽이 일반적일 것이다.

76) 伊澤和平, 前掲論文, 1622面 註28: 여기서, '실질적 무권리'라고 하는 개념 자체가 매우 애매하므로 다소의 의문은 있지만, '무권리의 항변'이라고 하는 개념은 확립되고 있으므로 실질적 무권리란 개념도 충분히 중요한 해석 기준이 될 수 있을 것이다

77) 川村正幸, "手形抗辯論の基礎," 一橋大學法學研究 第11號, 41面 이하 참조

증인이 소지인에 대하여 가지는 그것과는 다르다. 어음항변은 법률상 「항변권(Einrede)」으로서 구성되어 있는 이상, 피보증인이 소지인에 대하여 인적항변을 가지고 있다고 하는 사정이, 보증인 자신의 소지인에 대한 「항변권」의 기초를 이루는가 여부가 문제되고 있다.⁷⁸⁾

2. 발행인이 가지는 인적항변과 배서인의 상환의무

1) 학설의 대립

예컨대, A가 B에게 어음을 발행하고 B가 이를 C에게 배서양도한 사례에 있어서, A-C 사이에 인적항변사유가 존재하는 데도, C가 B에 대하여 소구권을 행사한 경우, B는 A가 가지는 인적항변을 이유로 C의 청구를 거절할 수 있는가.

배서인의 담보책임의 근거에 관하여는 주지하는 것처럼, 배서인의 기명날인 또는 서명에 의한 채무부담행위에 기하여 당연한 효과라고 하는 의사표시에 의한 효력설⁷⁹⁾과, 어음의 유통촉진·거래안전을 위하여 법이 특히 정책적으로 마련한 것이라고 풀이하는 법정의 특별책임설이 대립하고 있다⁸⁰⁾. 또한, B가 C의 청구에 응하여 상환하고 어음증권을 환수한다면 前者, 여기서는 A에 대하여 재소구권을 취득하게 되지만(어음법 제49조), 이 재소구권 취득에 관해서도 학설상 권리부활설과 권리재취득설이 대립하고 있다.⁸¹⁾ 이 학설의 대립에 관하여, 상환환수한 배서인은 그것이 상환의무의 이행이라고 하는 강제된 권리취득이라는 것을 이유로, 새로운 권리를 재취득하고 전자가 소지인에게 가지는 인적항변을 선의 악의를 불문하고 인계되지 않는다고 풀이하는 것이 다수설이다. 또한, 배서인의 책임의 근거에 관해서는 법정의 특별책임설에 의한다면 발행이 무효인 경우에 또한 배서인에게 책임부담시키는 것에 관하여 이론적 난점이 있는 데도, 배서인의 기명날인 또는 서명에 책임부담의 기초가 된다는 의미를 인정하여 의사표시에 의한 효력설에 의하는 것이 타당하다고 고찰된다.⁸²⁾

이와 같이, 배서인의 책임에 관하여 의사표시에 의한 효력설, 상환환수에 관해서는 권리재취득설을 취한다면 A가 C에게 인적항변을 가지고 있더라도, B는 C의 청구에 응하여 지급하고 어음을 환수하여, A에 재소구하면 될 것이다. 그러나, 여기서도 A가 B의 재소구에 대하여 지급한다면, A는 C에 부당이득반환청구하는 관계에 있다. 이는 전술 (1)에서 본 바와 같이, 피보증인이 소지인에 대하여 인적항변을 가지는 데도 보증인이 소지인의 청구에 응하여 지급하는 경우와 상황이 유사하다.

78) 木内宜彦, 前掲書, 177面

79) 前田庸, 前掲書, 31, 193面 ; 鈴木竹雄, 前掲書, 125面 ; 平出慶道, 前掲書, 115~116面

80) 田中誠二, 前掲書, 209~210面 ; 伊澤孝平, 前掲書, 91面 ; 木内宜彦, 前掲書, 43面 등

81) 伊澤和平, 前掲論文, 法學協會雜誌 第94卷 5號 607面, 第95卷 10號 1609面 이하 ; 林立身, "手形の再取得と人的抗辯," 北大法學論集 第36卷 1·2號, 485面 이하 참조

82) 伊澤壽英, 前掲(判例タイムズ)論文, 65面

그런데, 어음의 주채무자의 채무와 배서인의 상환의무와의 사이에도 어음보증채무와 동일하게 일종의 종속성이 보인다. 예컨대, 판례에서는 주채무가 소멸한다면 그와 함께 상환의무도 소멸한다고 풀이되고 있다.⁸³⁾ 따라서, 여기서도 어음보증의 경우와 동일하게 배서인은 상환의무의 종속적 성질을 이유로 하여, 자기의 전자가 소지인에 대하여 인적항변을 가지는 것을 토대로 자기의 소지인에 대한 항변의 기초를 이룰 수 있다고 풀이할 수 있을 것이다. 즉, 배서인의 상환의무는 어음유통 즉, 신용의 연쇄 가운데에서, 최종적으로는 어음의 주채무자(환어음의 경우에 인수거절의 경우는 최종의 소구의무자)에 대한 상환청구를 담보한다고 하는 어음채무에 있어서, 이 최종적인 상환청구의 확실성이 보장되지 않는다면, 그 지급에 의하여 어음당사자 간에 있어서 대가급부·재화전환의 균형을 상실한다고 하는 관계에 있으므로 A가 C에 대하여 인적항변을 가진다고 하는 사정에 기하여 B가 C에게 상환한다면 대가급부·재화전환의 불균형을 초래하는 것을 이유로, B는 C의 상환청구를 거부할 수 있다고 풀이해야 할 것이다.⁸⁴⁾

이 문제에 관해서도, 종래는 어음행위의 무인성 및 인적항변의 개별성으로부터 항변의 원용을 부정하고 있었다. 그러나, 이 문제에 있어서도 어음보증의 부종성과 같은 것은 아니라고 하더라도 구상의 순환이 생길 수 있는 것, 권리남용론 및 유인성론은 전혀 동일하게 적용할 수 있다는 것이 드러나고 있다. 따라서 이 문제에 있어서도 전술의 논의가 거의 같게 성립하는 것이고 현재의 다수설은 항변의 원용을 긍정한다고 할 수 있을 것이다. 그리하여 전기의 예에서, 소지인 C는 재소구의무자 A와의 사이의 원인관계가 무효 내지 소멸한 경우에는 어음상의 권리를 행사할 실질적 이유를 상실한 것이고, C가 B에 소구의무를 추급하고 있던 경우에는 B는 A가 C에 대하여 가지는 인적항변을 원용하여 지급을 거절할 수 있다고 풀이된다. 다만, 원인관계가 무효 내지 소멸한 경우에도 C가 어음상의 권리를 행사할 실질적 이유를 상실하지 않는 경우도 있을 수 있다고 사료되므로,⁸⁵⁾ 항변원용이 허용되는가 여부의 기준으로서는 단지 원인관계가 무효 내지 소멸했는가의 여부가 아니라, 그것에 의하여 C가 실질적으로 무권리와 동시할 수 있게 되는가의 여부를 기준으로 고찰해야 할 것이다.

2) 원용할 수 있는 항변

환수에 의하여 배서인은 소지인이 가지는 권리를 승계취득한다고 하는 해석을 전제로 한다면, 어음채무자는 어음을 환수한 배서인에 대하여 배서인의 후자에게 가지는 항변을 주장할 수 있는

83) 日最高判 1982. 7. 15. 判例タイムズ第485號 93面, 金融判例 第662號 3面 ; 日東京高判 1977. 12. 19. 金融判例 第549號 32面 등

84) 高窪利一, 前掲書, 334, 407面

85) 河本一郎, 前掲(神戸法學雜誌)論文, 393面 : 예컨대, AC간의 매매계약이 무효가 된 경우에도, A가 C에 대하여 매매목적물의 반환의무를 지고 있는 사이에는, C는 원상회복청구권을 위하여 어음을 이용 하는 것을 방해당하지 않는다고 풀이할 수 있고, 이와 같은 경우에는 어음상의 권리를 행사할 실질적 이유를 상실하지 않는 경우이다.

86) Langen, Die Wechselverbindlichkeit, 1934, S. 63 참조

것은 아닌가 하는 문제가 생긴다.⁸⁶⁾ 어음채무자가 이 경우에 배서인에 대하여 주장하는 항변이란, (1) 배서인의 후자에게 가지는 인적항변, (2) 무권리자로부터 환수했다고 하는 항변, (3) 어음채무가-변제 기타 사유에 의하여-모두 소멸했다고 하는 항변일 것이다.

(2) 항변의 대항 여하의 문제는 선의·무중과실로 무권리자에게 변제한 채무자의 면책의 문제에 귀착한다. 학설에서는 선의·무중과실로(어음법 제40조 3항) 무권리자로부터 환수한 배서인에 대하여 무권리의 항변을 주장할 수 없다고 하는 결론에는 이론이 없을 것이다.⁸⁷⁾

(3) 항변은 일반적으로는 선의자에게 대항할 수 없는 항변이라고 풀이되고 있다.⁸⁸⁾ 어음을 환수하지 않고 한 변제에 의하여, 어음채무는 소멸하지 않는다고 하는 설⁸⁹⁾에 의하면, 어음채무소멸의 항변은 (1) 항변, 즉 인적항변(어음법 제17조)에 해당한다고 풀이될 것이다. 그러나, 일반적으로는 어음을 환수하지 않고 한 변제에 의하여 어음채무가 소멸하지 않는다고 할 근거는 없다고 풀이되고 있다.⁹⁰⁾

이상과 같이 한다면, 어음채무자가 배서인의 후자에 대하여 가지는 항변이, (1)의 인적항변인 경우는 비교적 적고, 어음 외의 「猶豫」,⁹¹⁾ 「청구하지 않는다고 하는 합의(pactum de non petendo)」⁹²⁾의 항변이 그 구체적인 예일 것이다. 어음채무자가 이와 같은 항변을 배서인의 후자에 가지고 있는 경우에, 어음을 환수한 배서인은 그 선의·악의 여하를 불문하고 항변의 대항을

87) 상환의무자의 지급에 관해서도, 어음법 제40조 3항의 적용이 있다는 설로, Staub-Stranz, Kommentar zum Wechselgesetz, 13. Aufl. 1934, Art. 40, Anm. 12 ; Jacobi, Wechsel-und Scheckrecht, 1956, S. 124ff. 참조

상환의무자에게 악의 또는 중과실이 없는 한, 어음상의 권리를 취득한다. 즉, 환수의 경우에도 선의취득이 인정된다고 풀이된다는 설로, 竹田省, 前掲書, 40面 ; 豊崎光衛, “善意取得,” 手形法·小切手法講座3, 122面 ; Hueck/Canaris, a. a. O., S. 110f ; Zöllner, Wertpapierrecht, 13. Aufl., S. 112 참조

88) 竹田省, 前掲書, 46面 ; 日大判 1926. 10. 13, 法律新聞2653號 6面

89) 鈴木竹雄, 前掲書, 285面 ; 田中誠二, 前掲書(下), 625面 ; Staub-Stranz, a. a. O., Art. 17, Anm. 57e 참조

90) 어음의 변제의 경우에, 법률이 규정하지 않는 요건을 요구할 이유가 없고, 어음법의 규정(어음법 제39조 1항·50조 1항)이 환수를 어음채무소멸의 요건으로 한 것이라고 풀이할 수는 없다는 설로는 Baumbach/Hefermehl, a. a. O., Art. 17, Rdn. 55 ; Hueck/Canaris, a. a. O., S. 144 참조 ; 일본의 통설·판례이다. 大隅健一郎=河本一郎, 前掲書, 205面 ; 日大判 明治39. 5. 15, 民錄12輯 750面 참조

91) 어음상의 만기의 기재를 변경하지 않고서, 당사자간의 합의에 의하여 일정한 기간에 한하여 이행을 거절할 권리를 인정하는 경우이다. Reichel, Jherings Jahrbücher der Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bd. 49, S. 9ff 참조

92) 어음채무를 소멸하게 하지 않고, 당사자에게 이행을 거절하는 권리를 인정하는 경우이다. Reichel, a. a. O., S. 9ff 참조

93) 鈴木竹雄, 前掲書, 234面 註3 ; 石井照久, 手形法·小切手法(商法IV), 277面 ; 日大阪地判 1960. 1. 22, 下級民衆 第11卷 1號 93面 참조

94) 이 경우의 배서인의 지위는 주채무자로부터 인적항변을 대항받는 소지인에 변제한 어음보증인의 지위와 실질적으로는 동일할 것이다. 이 경우에 어음보증인은 선의·악의를 불문하고 주채무자에게 권리를 행사할 수 있다고 풀이된다. 日最高判 1955. 9. 22, 民衆 第9卷 10號 1313面

받지 않는다⁹³⁾고 하는 결론에는 문제가 없을 것이다.⁹⁴⁾ 환수에 의한 취득을 소지인의 권리의 승계 취득이라고 풀이했다고 하더라도 이 결론에는 변함이 없다.⁹⁵⁾

이에 반하여, 어음채무자가 배서인의 후자에 대하여 가지는 항변이 (3) 항변, 즉 어음채무가 소멸했다고 하는 항변인 경우에, 어음을 환수한 선의·무중과실의 배서인은 이 항변을 대항받지 않는다고 풀이하는 학설이 있다. 이상의 학설은 이 경우에 어음법 제40조 3항의 적용(또는 準用)이 있는 것으로 풀이하고 있다.⁹⁶⁾

즉, C가 실질적 무권리로서 B가 항변을 원용할 수 있는 경우에는 B가 환수시 AC사이에 인적 항변이 존재하는 것에 관하여 어음법 제40조 3항 소정의 악의가 없다면, A로부터 인적항변의 대항을 받지 않고, 이와 반대로 同條 소정의 악의가 있는 경우에는 인적항변의 대항을 받는다고 풀이하는 견해가 있다.⁹⁷⁾ 예컨대, 약속어음의 발행인이 소지인에게 지급 등을 했지만 어음을 환수하지 않고 있던 중, 소지인이 배서인에 대하여 소구하게 되자 배서인이 이를 환수하여 발행인에게 어음금청구를 한 경우에 관하여 동일한 해석을 할 수 있다.⁹⁸⁾ 왜냐 하면, 한편으로 소지인인 C는 실질적으로는 무권리이고, 다른 한편으로 상환자인 B는 소구의무를 지고 환수를 강제당하고 있기 때문에 어음법 제40조 3항에서 규정하는 무권리자에 대한 지급면책의 경우와 실질적인 차이가 없고, 따라서 B에게 동조 소정의 악의가 없는 한 하등의 하자없는 유효한 환수로 인정되므로 A에 대하여 재소구를 인정해야 하고, 이와 반대로 B에게 동조 소정의 악의가 있는 경우에는 B는 항변을 원용하는 것이 충분히 가능한 데도 불구하고 이를 하지 않고서 환수한 이상 A로부터 인적항변의 대항을 받지 않을 수 없기 때문이다.

이와는 달리, C가 실질적 무권리라고는 할 수 없어 B가 항변을 원용할 수 없는 경우에는 B의 선의·악의를 불문하고 A로부터 인적항변의 대항을 받지 않는다고 해야 한다. 왜냐 하면, 항변을 원용할 수 없는 이상, 환수를 강제당하고 있는 것을 고려하면, 아무리 B가 AC사이의

95) 어음채무는 독립성을 가지므로, 배서인은 다른 채무자가 가지는 인적항변-제3자의 권리-을 원용할 수 없다는 견해로는, 日大判 1936. 1. 18, 民集 第15卷 4號 14面 참조 ; 한편, 배서인은 환수의 의무를 지고 있다. 이 경우에 환수한 배서인의 선의·악의를 문제로 삼아야 하는 것은 아닐 것이다. 伊澤和平, 前掲論文, 1617面 이하 참조. 또한, 발행인과 소지인 사이의 유예의 합의를 소구의무자가 주장할 수 있다고 하는 설(鈴木竹雄, 前掲書, 287面 註4 ; 田中誠二, 前掲書(下), 627面), 주채무자의 지급을 어떤 기간 절대적으로 유예한 경우에 한하여, 소구의무자가 이를 원용할 수 있다고 풀이하는 설(伊澤和平, 前掲論文, 1616面)이 있다. 그러나, 유예의 법적 성질로부터 판단하여, 그와 같이 풀이할 근거는 없다. 後說이 말하는 바의 절대적 유예는 다른 채무자에 대하여 청구하지 않는다고 하는 의무를 소지인에게 부담시키게 한 데 불과하고, 합의의 당사자 이외의 자는 이를 주장할 수 없을 것이다.

96) 竹田省, 前掲書, 52面 ; 大隅健一郎=河本一郎, 前掲書, 351面 ; 伊澤和平, 前掲論文, 1617面 ; 日岡山地判 1969. 10. 17, 判例時報593號 91面 ; 日京都地判 1970. 5. 1, 判例時報607號 84面 ; Hueck/Canaris, a. a. O., S. 110 ; Pflug, a. a. O., S. 90, Anm. 29 참조

97) 伊澤和平, 前掲論文, 1617面

98) 日岡山地判 1969. 10. 17, 判例時報 593. 31 ; 日京都地判 1970. 5. 1, 判例時報 607. 84

인적항변의 존재에 관하여 악의가 있다고 하더라도 이를 이유로 A로부터 인적항변의 대항을 받는다고 하는 것은 가혹하기 때문이다.⁹⁹⁾

또한, C가 실질적인 무권리가 아닌 데도 불구하고 B가 항변의 원용을 할 수 있는 특별한 경우에는, 물론 이 때에는 C가 실질적인 무권리가 아닌 점에서 어음법 제40조 3항의 이익상황과 다소 다르기는 하지만, 이 경우에도 전술한 C가 실질적으로 무권리인 경우와 같고 B가 환수시 어음법 제40조 3항 소정의 악의인가 여부에 따라 해결해야 할 것이다.¹⁰⁰⁾

이에 대하여, 어음법 제17조의 인적항변사유 가운데 이를 포함시키지 않을 수 없다는 견해가 있다. 그 이유는 다음과 같이 설명된다.

첫째, 일반악의의 항변은 형평의 관념에 기하여 대립당사자간의 이해의 충돌을 해결하는 규범으로서 그 본질을 가진다고 본다면, 어음법 가운데서는 제17조야말로 이를 구체화한 것이라고 할 수 있고, 창조설이 제17조 단서를 일반악의의 항변이라고 하는 것은 그 본질적 기능을 지적하고 있다.

둘째, 계약설의 입장에서는 확실히, 일반악의의 항변은 外延은 명확하지만 그 內包하는 바는 전혀 불명하다는 비판이 있다(권리외관설은 그 어느 것도 명확하지 않지만). 그러나, 계약설을 채택하고 있는 자도 배서인 피배서인 간에 있어서 원인관계가 소멸하더라도 배서인에 의해 대가의 반환을 받지 않는 어음소지인의 발행인에 대한 권리행사는 권리남용이 되지 않는다고 주장한다.¹⁰¹⁾ 배서인 측에 유치권, 동시이행의 항변권이 있는 경우에도 마찬가지로 고찰된다. 이와 같이 개개의 사안이 개별적 구체적으로 될수록, 이를 규율하는 개별적 규범을 찾는 것은 불가능에 가까운 상태가 되고, 비록 하나의 공식을 정립하더라도 그것이 천차만별 다종다양한 인적항변사유를 모두 다룰 수는 없다고 고찰된다.¹⁰²⁾ 따라서, 장래 새로이 내포하게 될 인적항변사유의 발생이 예상되는 이상, 오히려 이 규정의 만능성을 실증할 수 있다고 고찰된다.

셋째, 배서인 피배서인(어음소지인) 간의 원인관계의 소멸에 대하여 악의의 채무자(발행인)가 위 원인관계 소멸의 항변을 대항하지 않고 지급을 하더라도, 유효한 지급이 된다고 하는 견해가 있다.¹⁰³⁾ 동일한 사례에 관하여, 한편으로는 권리행사를 인정하고, 다른 한편으로는 권리행사를 인

99) 伊澤和平, 前掲論文, 1618面

100) 伊澤和平, 前掲論文, 1622面 註31 참조

101) 河本一郎, 前掲(講座)論文, 202面

102) 梶山純, 前掲論文, 166面

103) 田邊光政, 前掲書, 158面

104) 그러나, 이 견해에는 다음과 같은 의문이 남는다. 어음소지인에 대한 채무자의 변제는 소송을 하지 않으면 가리지 못한다. 권리행사가 무효인 경우도, 유효인 경우도, 있기 때문이다. 또한, 배서인은 발행인에 대하여 어음채무 또는 이득상환청구권(이 때는 어음은 不要)을 행사할 수 있는 경우(전자)와 피배서인에 대하여 부당이득반환청구를 행사할 수 있을 뿐인 경우(후자)가 있어 그 지위는 불안정하다. 원래, 권리남용론은 배서인·피배서인 간의 쟁송에 들어가지 않고 피배서인·발행인 간의 문제를 해결하려고 하는 데 있다. 그런데, 이 견해는 피배서인 배서인 간의 쟁송에 들어가지 않기 위해 악의의 지급을 유효하다고 주장한다. 변제의 유효는 권리행사의 유효를 주장하는 것에 다름아니다. 따라서, 인적항변의 개별성을 주장하는 전통적 입장으로서의 회귀를 의미한다. 요컨대, 후자의 항변에 관해서의 악의는 어음법 제40조 3항의 악의에는 포함되지 않는 것으로 지적된다. 梶山純, 前掲論文, 168面 註14 참조

정하지 않는 것은 모순이 아닌가 하는 의문이 있다.¹⁰⁴⁾ 이 견해는 필시 어음채무자는 후자의 항변을 대항할 의무를 배서인에 대하여 부담하고 있지 않는 데도, 후자의 항변권의 행사를 포기하게 된다면, 법원은 어음소지인의 권리행사를 인정하지 않을 수 없다고 하는 데 있는 것으로 사료된다. 그렇다면, 후자의 항변은 민법 제2조에 기한 것이 아니라 어음법 제17조에 기한 항변이라고 풀이하지 않을 수 없다. 생각컨대, 후자의 항변은 본질적으로 제17조의 다른 인적항변사유와 하등 다를 바가 없기 때문이다.¹⁰⁵⁾

그밖에, 어음채무자는 합동책임을 지고(어음법 제47조 1항), 소구의무자의 지위는 민법상의 보증인·연대채무자의 지위와 유사한 것에 착안하여, 어음을 환수한 소구의무자의 권리취득은 민법상의 대위의 제도에 그 근거가 있다고 풀이된다. 그러나, (3)항변의 대항 여하는 이미 소멸한 채무가 새로이 성립하는가 여하의 문제일 것이다. 어음법 제40조 3항은 선의·무중과실로 변제한 채무자의 면책에 관한 규정이고, 어음을 환수한 선의·무중과실의 배서인의 전자에 대한 권리의 기초를 이루는 규정은 아니다.¹⁰⁶⁾ 따라서 이 경우에 어음법 제40조 3항을 적용 또는 (준용)하는 근거는 충분하다고는 할 수 없다. 이와 같은 해석을 전제로 한다면, 환수의 경우에 있어서의 (3)항변의 제한의 문제를 소구의 경우의 선의자보호 또는 유통보호의 문제로서만이 아니라,¹⁰⁷⁾ 어음을 환수한 배서인의 소구권확보의 문제로서 이해하는 것이 가능할 것이다. 민법은 연대채무자의 1인이 이미 변제를 하고도 통지하지 않고 있는 사이에 다른 채무자가 선의로 변제를 하거나, 기타 유상으로 면책을 한 경우에, 「자기의 변제 기타 면책의 행위를 유효한 것으로 간주할 수 있다」(민법 제426조 2항, 보증의 경우에 관하여 제445조 1항 참조)고 하여, 선의의 이중 변제자를 보호하는 취지를 정하고 있다. 이상의 민법 규정의 취지를 고려하여, 어음채무자가 배서인의 후자에 가지고 있는 (3)항변의 존재에 관하여 선의로, 배서인이 어음을 환수한 경우에 관하여 민법의 위 규정을 유추적용한다고 하는 해석은 불가능하지는 않을 것이다. 학설에 의하면, 선의의 이중변제자의 보호를 위해서는 사전 통지가 필요하다고 풀이되고 있는 것은 아닌가 하고 추측되지만,¹⁰⁸⁾ 환수의 경우에 이를 요구할 실질적 이유는 없다고 풀이되므로 이 경우에 위 요건이 충족되

105) 梶山純, 前掲論文, 166면

106) Hueck/Canaris, a. a. O., S. 110 참조

107) 종래의 독일의 학설의 경향은 이와 같은 것으로 보인다. 이와 같은 경향은 예컨대, 독일의 경우의 이 문제의 논쟁의 전기가 된 논문인, Jacobi, a. a. O., ZHR 72, 351ff 이하의 지적에서 나타나고 있다. 즉, 소지인은 어음을 양도하지 않고 가지고 있다면 항변을 대항받지 않지만, 양도한다면 소구의무자로서 어음을 환수할 의무를 지고, 그것도 항변을 대항받을 위험이 있다고 하는 결론은 어음의 유통보호라고 하는 관점에서는 적당하지는 않다.

108) 我妻榮, 新訂債權總論(民法講義Ⅳ), 1964, 436면 이하 참조

109) 어음의 지급을 청구하고 있는 자가 어음을 소지하고 있는 경우에, 다른 채무자가 이미 변제하고 있다고는 생각하지 않는 것이 통상이고, 따라서 소구의무자가 어음을 소지한 자로부터 환수하고 있는 한, 사전 통지를 요구하는 것은 적당하지 않을 것이다.

고 있지 않는 것은 유추적용의 장애사유라고는 할 수 없을 것이다.¹¹⁰⁾ 이상과 같이 풀이한다면, 선의¹¹¹⁾로 후자로부터 어음을 환수한 배서인은 민법 제426조 2항의 유추적용에 의해, (3) 항변의 대항을 받지 않는다고 풀이할 수 있다고 한다.¹¹²⁾

IV. 맺으며

이상으로, 「인적항변의 개별성」이라고 다뤄지는 문제에 관하여, 판례·학설을 검토하고 어음항변론에 있어서의 체계적 이론구성을 모색하는 방향에서 논하여 보았다.

이 과정에서 알 수 있는 바와 같이, 타인의 인적항변의 원용의 가부(후자의 항변 원용의 문제, 전자의 항변 원용의 문제)에 관해서는 종래에는 이를 이론없이 부정하고 있던 데 비하여, 근래에는 의문이 제기되어 현재로는 반대설이 있긴 하지만 이를 긍정하는(긍정하는 것과 같은 결론을 내리는) 입장을 취하는 쪽으로 기울고 있고, 판례도 이 입장에 속한다고 할 수 있다.

더욱이, 최근에는 채권승계설의 입장에서 어음법 제17조 단서에 있어서의 어음항변과 타인이 가지는 인적항변의 원용, 어느 것도 인적항변의 개별성을 파괴한다고 하는 공통점을 가지는 경우라고 하여, 이를 一體적으로 구성하고자 하는 견해도 주장되고 있다. 이것을 논자는 「항변접속(Einwendungsdurchgriff)」의 이론이라고 부르고 있다. 즉, 「권리남용」을 매개로 하여 B의 항변을 A에게 접속한다고 풀이하고 항변제한에 관하여 권리의관이론에서 설명한 것과 마찬가지로, 말하자면 일반원칙에 의하여 인적항변의 개별성이 깨뜨려진다고 구성하는 데 있다. 문제는 어음항변론의 구조 가운데서 이와 같은 취급을 어떻게 자리매김하는가, 환언한다면, 「인적항변의 개별성」을 깨뜨리는 것으로서의 「권리남용」, 더 나아가서는 「고유한 경제적 이익」의 한계를 어떻게 정하

110) 이 경우에 환수한 배서인에 무과실을 요구해야 하는가의 여부가 문제로 될 것이다. 權壽夫, 注釋民法(11), 130面 참조 ; 이 경우에 환수한 자의 보호의 주관적 요건에 관하여 배지보충권의 남용에 관한 어음법 제10조(이른바 주관설을 전제로 한다)면, 동조는 결과적으로 어음채무를 발생시키는 규정이라고 풀이된다)를 유추한다 - 선의·무중과실을 요한다 - 고 하는 해석이 있을 수 있지만, 또한 검토의 여지가 남아 있다.

111) 또한, 민법 제426조 2항에 의해 「간주한」 효과에 대하여는 절대적 효과설과 상대적 효과설의 대립이 있다. 전자(예컨대, 鳩山秀夫, 增訂改訂日本債權法(總論), 278面)을 전제로 한다면, 환수한 배서인은 변제한 채무자 이외의 다른 소구의무자에 대하여도 재소구할 수 있다고 풀이될 것이다. 이에 대하여, 후자(日大判 1932. 9. 30, 民集 第11卷 2008面 ; 我妻榮, 前掲書, 437面 이하)에 의하면, 이들을 인정할 여지는 없다고 풀이된다. 그러나, 동조의 목적이 선의의 이중변제자의 보호에 있다고 하므로, 어음의 환수의 경우에 관하여 환수한 배서인이 다른 소구의무자에 대하여 소구하는 것을 허용하는 것은 부당하지 않고(Hueck-Canaris, a. a. O., S. 110f는 이를 인정하고 있다), 배서인이 어음을 환수한 경우에 다른 소구의무자가 이중변제할 위험은 적으므로, 따라서 다른 소구의무자의 이익을 해칠 가능성은 적은 것으로 보인다. 이상과 같이 한다면, 상대적 효과설을 전제로 하면서도 (3)항변에 관하여 선의로 변제한 배서인은 자기의 전자에 대하여 소구할 수 있다 - (3)항변의 대항을 받지 않는다 - 고 풀이하는 것이 불가능하지는 않을 것이다.

는 것이 타당한가 하는 점이다.

앞에서 논한 바와 같이, 인적항변의 개별성이라고 하는 것은 어음유통촉진·거래안전을 위한 어음법상의 정책목표를 환언한 데 불과한 것이며, 따라서 정책적으로 소지인의 보호를 필요로 하지 않는 경우에 인적항변의 개별성이 파괴되는 것은 논리필연적인 당연한 사리이고 그 설명에 권리외관이라든가 권리남용이라든가의 일반이론·일반조항을 끄집어 내는 것은 단지 「정책적으로 소지인의 보호의 필요성이 없다」고 하는 것 이상의 내용적인 실질이 있는 것이라고는 사료되지 않는다. 어음은 유가증권이고 금전과 전혀 동일한 것이 아닌 이상, 어음관계 중에서 금전금부를 강제하는 것이 허용되지 않는 일정한 사정이 있는 경우에, 인적항변이 소지인에게 대항될 수 있다고 하는 것도 또한 당연히 인정되지 않으면 안된다.

따라서, 궁극적으로는 어떠한 경우에 인적항변의 개별성이 깨뜨려지는가, 그 한계를 어떠한 이유에서 근거지을 것인가, 그것을 어떻게 이론적으로 구성해야 하는가가 보다 명시적으로 나타나야 할 것이다.