

善意取得者の 介在와 人的抗辯

梁碩完*

〈 目 次 〉

- I. 문제의 제기
- II. 어음채권의 이전과 항변제한
- III. 배서양도와 항변절단 후의 악의취득자
- IV. 역배서에 의한 어음의 재취득과 항변대항
- V. 소구의무를 이행하고 어음을 환수한 자의 법적 지위
- VI. 결어

I. 문제의 제기

어음이 A— B— C— D로 이전하고, A— B 사이에는 인적항변 사유가 존재하는 경우를 들어 보자. 이 항변사유에 관하여, C가 선의이고 D가 악의인 경우에 A는 D의 청구를 거절할 수 있는가. 즉, A의 악의의 주장에 대하여 D는 C의 선의를 가지고 자기의 권리를 하자없는 것으로 주장할 수 있는가(선의취득자개재—사례〔i〕). 이 예에서 C가, 제3자 D에게가 아니라, 자기의 전자 B에 대하여 어음을 양도한, 즉 역배서한 경우에는 어떻게 되는가(선의취득자개재—사례〔ii〕).

그리고, 앞서와 같이 어음이 A— B— C— D로 이전하고, A— B사이에 인적항변 사유가 존재한다. 이 항변사유에 대하여, C가 악의이고 D가 선의이다. D가 만기에 A에게 청구했으나 지급거절되었으므로, C에 대하여 소구했던 바 C는 이에 응하여 상환환수를 하였다. C가 A에 대하여 재소구하는 경우, A는 C의 악의를 근거로 이를 거부할 수 있는가. C는 D로부터의 상환환수라고 하는 것으로써 자기의 권리를 주장할 수 있는가(선의취득자개재—사례〔iii〕).

* 濟州大學校 法政大學 法學科 副教授

이상 3가지 문제가 이 논문에서 다룰 내용이다..

II. 어음채권의 이전과 항변제한

먼저, 항변절단에 관하여 종래로부터 대립하고 있는 채권양도설과 원시취득설 각각의 법률구성을 전개하고, 그로부터 종래의 항변제한에 관한 법률구성이 어떠한 특징을 가지고 있는가를 검토하고자 한다.

1. 채권승계설

채권승계설에 의하면, 어음이 어음수수의 당사자의 수중을 떠나 전전유통되고 있는 것은 어음상의 권리, 즉 어음채권이 양도되고 있는 과정에 있는 것으로 보게 된다. 여기서, 어음상의 권리의 양도가 민법상의 채권양도와 같은 성질이라고 한다면, 채권은 그 동일성을 유지한 채 양도되는 셈이 되고, 채무자는 양도인에 대하여 가지고 있는 항변 일체를 양수인에 대하여 그대로 대항할 수 있다(민법 제451조 2항). 즉, 「누구도 자기가 가지는 권리 이상의 권리를 이전할 수 없다(nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet)」라고 하는 로마법상의 원칙이 적용된다. 그러나, 어음상의 권리의 이전에 따르는 항변관계도 승계된다고 한다면, 어음의 경제성이 저해되는 결과를 초래한다. 즉, 어음을 선의로 양수한 자가 자기가 알지 못하는 항변을 채무자로부터 주장받게 되는 수도 있게 되어, 어음의 유통은 저해돼 버린다. 여기서, 어음법은 항변제한의 법리를 규정함으로써(어음법 제17조), 선의의 어음양수인에게는 항변이 부착되지 않는, 말하자면 완전한 권리가 이전되는 것으로 하여, 어음거래의 안전을 꾀하고 어음의 유통성을 제고하고 있다. 이에 관하여 이론적 근거로 거론되는 것은 권리의관법리이다.¹⁾ 이 법리의 적용요건은 일정한 외관의 존재·외관야기의 귀책성·외관에 대한 신뢰이다. 이 이론에 따라 항변제한의 법리를 설명한다면, 어음상에는 항변이 부착되지 않는, 완전한 권리가 표창되고 있는 외관이 있고(일정한 외관의 존재), 그와 같은 어음은 어음채무자에 의하여 작성된 것이고(외관야기

1) Canaris, Der Einwendungsausschluß im Wertpapierrecht, JuS 1971, S. 441f ; Hueck/Canaris, Recht der Wertpapier, 12. Aufl., 1986, S. 134f ; 다만, 어음의 문언성·무인성을 드는 자도 있다(伊澤孝平, 手形法·小切手法, 1949, 55~66面 ; 鈴木竹雄, 手形法·小切手法, 1957, 48, 243面). 또한, 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, 373, 383面 이하는 인적항변 제한의 이론적 근거에 관하여 배서가 되지 않는 경우에는 권리의관법리에 의하여 설명하면서 환어음이 발행되었으나 아직 배서양도되지 않는 경우에는 인수인이 발행인에 대한 인적항변을 가지고 수취인에게 대항할 수 없다고 하는 의미에서의 인적항변의 제한은 어음채권의 추상성 내지 독자성·개별성에 의하여 설명된다고 하고 있다.

에 대한 귀책성), 그리하여 어음취득자가 외관대로의 완전한 권리를 취득한 데 대하여 선의인 경우에는(외관에 대한 신뢰), 그 어음취득자는 보호되고 취득한 권리에 부착하고 있던 항변은 배제된다.²⁾ 반대로, 어음취득자가 어음상의 외관과 실태가 다르다는 것에 관하여 악의라면, 어음취득자는 보호되지 않고 일반원칙에 기하여 채권은 그 동일성을 유지한 채 양도되게 된다. 따라서, 어음채무자는 어음취득자의 그와 같은 악의를 주장함으로써 어음금청구를 거부할 수 있게 된다(어음법 제17조 단서).³⁾

2. 원시취득설

이상과 같은 채권승계설에 대하여, 원시취득설은 어음상의 권리의 취득을 어음이라고 하는 증권의 소유권의 취득의 직접적 효과로서 이해하고 있다(이른바 「소유권설」). 어음의 양도는 어음채권의 이전이 아니라, 어음소유권의 이전(「物」로서의 어음의 양도)이고, 어음의 취득자는 어음소유권을 취득하는 반사적 효과로서 그 때마다 원시적으로 취득한다. 따라서, 어음취득자가 취득하는 어음채권은 전자로부터 양수받은 것이 아니라, 그것은 원시취득된 것으로서 항변이 부착되지 않는 「완전한 권리」 라는 것이다. 그 결과 어음채권자와 어음의 양도인과의 사이에 항변대항의 관계가 존재하고 있다고 하더라도, 어음의 양수인에게 그 관계가 승계되지 않는 것은 당연하다고 한다. 이 의미에 있어서 어음법 제17조에 의한 항변제한의 법리는 원시취득설의 입장에서 보아 당연한 이치를 나타낸 것에 불과하다.⁴⁾ 다만, 이에 의하더라도 어음취득자

2) 더욱이, 모든 항변이 항변제한의 법리에 따르는 것이 아니라, 이에 따르는 것은 어음법 제17조에서 말하는 「전자에 대한 인적관계로 인한 항변」 뿐이다. 이를 권리와관법리에 기한 법률구성과 결부짓는다면, 「인적관계에 기한 항변」 과는 달리 물적항변이 항변제한의 법리에 따르지 않는 것은 당연한 것으로 본다. 왜냐 하면, 예컨대 물적항변의 전형인 증권상 명백한 사실에 기한 항변 등은 어음의 외관으로부터 항변의 존재가 명백하기 때문이다. 여기서, 이 의미에 있어서의 항변제한의 법리에 따르는 「인적관계에 기한 항변」 이란 항변분류의 2분법(어음항변을 물적항변과 인적항변으로 나누는 견해)에 따르면, 인적항변에 속하는 항변이다. 다만, 종래의 견해에 따르면, 「인적관계에 기한 항변」 이란 인적항변에 속하는 것 가운데, 원인관계의 무효·부존재 등의 원인관계에 기한 항변을 그 전형으로 보고 있다. 이에 대하여, 어음항변 가운데 이와 같은 전형적인 물적항변이나 인적항변에 속하는 것 이외의 항변(교부행위홍결의 항변, 의사표시의 하자에 관한 항변 등)에 있어서는 그것이 물적항변에 속하는 것인가 또는 인적항변에 속하는가는 어음채무자를 보호해야 하는가 또는 어음소지인을 보호해야 하는가 하는 이익형량의 결과로 나타나고, 이들 항변이 결과적으로 선의의 어음취득자에게 인계되지 않는다고 하는 의미에서 인적항변화된다고 하더라도, 그것에 대하여 어음법 제17조가 적용되지 않고 별개의 법률요건이 설정되게 된다[丸山秀平, “いわゆる有効性の抗辯,” 法學ガイド商法Ⅲ(手形小切手), 208面 : Baumbach/ Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 19. Aufl., 1995, S. 210ff.]

3) 이 의미에 있어서, 악의의 항변은 인적항변승계의 항변이라고 한다. 石井照久=鴻常夫, 増補版 手形法・小切手法, 1975, 130面.

4) 高澤利一, 手形・小切手法通論, 1982, 176面 : 同, 現代手形・小切手法(改訂版), 1989, 357面

가 악의인 경우에는 어음채무자는 그와 같은 악의자로부터의 어음금청구를 배제할 수 있는 여지가 인정되고 있다(어음법 제17조 단서).⁵⁾

3. 법률구성의 특징

채권승계설과 원시취득설의 대립에 관하여, 원시취득설에서는 어음채권자와 어음의 양도인과의 사이에 항변대항의 관계가 존재하고 있다고 하더라도, 어음의 양수인에게 그 관계가 인정되지 않는 것은 당연한 것이 되는 이상, 어음의 재취득자에 대하여 항변대항을 인정한다고 하는 결론을 긍정할 수 있게 된다. 또한, 악의의 항변은 인적항변승계의 항변이 아니라, 일반악의의 항변으로 보는 견해에 있어서는, 항변절단 후의 악의취득자에 대한 항변대항을 인정하는 것도 가능하게 된다. 요컨대, 본고에 나타난 문제에 한하여 말한다면, 타당한 결론을 도출하기 위한 일관된 이론으로서 원시취득설이 보다 더 적합한 것이라고 할 수 있을 것이다. 그러나, 원시취득설에 대하여는, 그 전제가 되고 있는 어음소유권의 관념을 어디까지 법적으로 평가할 수 있는가에 관하여 의문이 제기되고 있다.⁶⁾

생각컨대, 어음채권취득에 관한 법률구성의 구조만을 문제로 한다면 채권승계설을 지지하고 싶다. 여기서, 채권승계설에 따를 경우에 문제로 되는 것은 어음의 이전에 수반하여 어음의 양수인에 승계되는 것은 「채권+항변」이라고 하는 관계인가 「채권」만인가 하는 것이다.

어음항변제한에 관한 설명에 있어서는, 채권승계설에 의하든 원시취득설에 의하든 특정한 어음채권과 그에 결부된 항변관계가 존재하는 것을 전제로 하고 있다. 다만, 원시취득설에 의하면 그 「채권+항변」이라고 하는 관계는 어음의 이전과 아울러 어음의 양수인에게 승계되지 않고 어디까지나 屬人的인 것으로 남게 되고, 어음의 양수인은 채권부분만을 원시취득하는 데 대하여, 채권승계설에 의하면 「채권+항변」이라고 하는 관계는 어음의 이전과 아울러 그대로 어음의 양수인에게 승계되게 된다. 여기서, 항변이 제한된다면 「채권+항변」이라고 하는 관계로부터 「항변」의 부분이 빠지고, 이후 「채권」부분만의 「완전한 권리」로 되어 승계되게 된다.

5) 이 의미에 있어서의 악의의 항변은 인적항변승계의 항변이 아니라, 일반악의의 항변(exceptio doli generalis)으로 된다.

6) 木内直彦, 手形法・小切手法(第二版), 1982, 197面に 의하면, 「증권은 그것을 가지고 있는 것만으로는 하등 가치가 없는 것이고, 어디까지나 어음의 소지인이 어음채무자에 대하여 가지는 채권에 가치가 있다고 하는 것을 문제로 한다면 어음의 양도는 어음채권의 양도라고 구성하는 쪽이 일용 무난하다고 하는 데 있다」고 한다.

Ⅲ. 배서양도와 항변절단 후의 악의취득자

어음이 A— B— C— D로 이전하고, A— B 사이에는 인적항변 사유가 존재하는 경우를 들어 보자. 이 항변사유에 관하여, C가 선의이고 D가 악의인 경우에 A는 D의 청구를 거절할 수 있는가. 즉, A의 악의의 주장에 대하여 D는 C의 선의를 가지고 자기의 권리를 하자없는 것으로 주장할 수 있는가(선의취득자개재—사례(i)). 즉, 선의자가 개재하여 일단 항변이 절단된 후에, 악의의 제3자에게 어음이 양도된 경우의 법률관계에 관하여 고찰하여 보자. 예컨대, 약속어음의 발행인 A가 수취인 B에 대하여 일정한 인적항변을 대항할 수 있는 관계가 있었지만, B는 이 항변의 존재를 알지 못하는 C에 대하여 어음을 양도하고 C는 이 어음을 바로 D에게 양도했는데, D는 C로부터 이 어음을 취득할 때에 A B간의 항변의 존재를 알고 있었다고 하는 사례를 설정한 경우, A는 D로부터의 청구를 거부할 수 있는가가 문제된다.

1. 항변의 절단

채권승계설에 따르면, 어음법 제17조의 항변을 전자의 항변의 승계의 항변으로 보게 되어, 오히려 채무자가 소지인에게 항변대항할 수 있는 것이 원칙이지만, 그렇게 되면 어음의 유통보호를 저해하게 되므로, 법이 특히 항변제한 법칙을 인정함으로써 풀이하게 된다. 따라서, 본래 A— B 사이에서 발생한 항변사유는 C, D에게 승계되는 것이지만, 일단 선의자 C가 나타나 항변제한되는 지위에 서게 되면 거기서 이 항변이 「절단」되어 D에게는 항변이 부착되지 않는 「완전한 권리」가 승계된다고 풀이하는 견해가 다수이다. 선의취득의 효과(shelter rule)와 항변절단의 효과를 같이 보고 있는 점에서 이를 絶對效說이라고도 한다.⁷⁾

우리나라 대법원판례는 「어음의 양도전에 배서를 하였다가 이를 말소한 채로 다시 어음을 양도한 자도 배서인으로서의 소구의무를 부담한 것은 아니나, 현재의 어음소지인이 전자로서의 권리를 양도한 어음상의 권리였다는 점에는 변함이 없다 할 것이고, 현재의 어음소지인에게 어음을 양도한 자가 어음취득 당시 선의였기 때문에 그에게 대항할 수 없었던 사유에 대하여는 현재의 어음소지인이 비록 어음취득 당시 그 사유를 알고 있었다고 하여 그것으로써 현재의 어음소지인에게 대항할 수는 없다」고

7) 정동운, 어음·수표법[第4訂版], 1996, 246쪽 ; 정찬형, 어음·수표법강의[제1개정판], 1995, 580쪽 ; 서돈각·이범찬, 상법예해(하), 1980, 96쪽 ; 정희철, 상법학원론(하), 1986, 96쪽 ; 강위두, 상법강의Ⅲ -어음·수표-, 1983, 171쪽 ; 조승곤, “악의의 항변,” 어음수표법에 관한 제문제(상), 475쪽 이하 ; 鈴木竹雄, 手形法·小切手法(前田庸 補訂), 1992, 245面 ; 伊澤孝平, 前掲書, 216面 ; 石井照久=鴻常夫, 前掲書, 133面 ; 田中誠二, 手形法小切手法詳論(上), 1968, 252面 ; 大隅健一郎=河本一郎, 注釋手形法小切手法, 1977, 226面 등

하고 있다. 8) 일본 판례도 「어음법 제17조 단서는 어음채무자가 어음소지인의 전자에 대하여 인적항변을 대항할 수 있는 경우에, 어음소지인이 악의로 어음을 취득한 경우에는 이에 대해서도 이 인적항변을 대항할 수 있다는 취지의 규정이고, 어음소지인의 전자가 선의이기 때문에 어음채무자가 이에 대하여 인적항변을 대항할 수 없는 경우에도 그 전자의 지위를 승계한 어음소지인에 대하여 그 악의를 운운하여 이 인적항변의 대항을 허용하는 것으로 풀이할 수는 없다.」고 판시하고 있다. 9) 배서의 본질을 채권양도라고 보는 입장에서는 전자의 수증에서 일단 항변이 절단된 이상, 후자가 항변이 부착되지 않는 권리를 승계하는 것은 당연하고, 이를 실질적으로 고찰하더라도 전자의 취득에 의하여 항변이 절단된 이상, 어음채무자는 그 후의 양도에 의하여 보다 불리한 지위로 전락되는 것은 아니기 때문이다. 10)

이와는 달리, 항변절단의 효과는 후자에게 미치지 아니한다는 견해가 주장되고 있고, 선의취득의 효과(shelter rule)와 항변절단의 효과를 다르게 보는 점에서 이를 相對效說이라고도 한다. 11) 즉, 권리에 부착되어 있는 항변은 권리의 이전 과정에서 떨어져 나가는 것이 아니라 권리에 부착되어 이전되고, 다만 각 취득자에게 害意가 있는지 여부에 따라 각별로 A가 주장할 수도 있기도 하고 없기도 한 것이다. C나 D는 모두 항변이 부착된 권리를 취득하지만 C에게는 해의가 없으므로 A가 그에게는 주장할 수 없고, D에게는 해의가 있으므로 A가 그에게는 이를 주장할 수 있게 된다고 한다. 이처럼 한번 발생한 항변은 소멸되지 아니하고, 다만 어음법 제17조 본문에 의하여 해의없이 취득한 자에게 대항할 수 없게 될 뿐이요, 이에 C에게서 이루어진 항변절단은 D에게는 아무런 영향을 미치지 아니하는 셈이다. 따라서, 항변의 부착을 알아도 양도인의 무권리, 양도행위의 하자 등을 모르고 어음을 취득한 자는 항변이 부착된 어음상의 권리를 선의취득하게 되고, 이는 지금 살핀 항변절단의 효과와 대비된다고 하여 영미법에서 말하는 掩蔽物의 法則(shelter rule)이 항변절단에 까지 적용되는 것은 아니라고 한다. 또한, 이른바 인적항변의 屬人性에 의하여, 특정한 어음채무자와 소지인과의 사이에서 개별적, 독립적으로 고찰한다면 족하고, 전자의 선의·악의를 문제삼을 필요는 없다고 풀이하는 설도 있다. 12)

여기서, D의 권리행사를 인정하는 것이 타당하다고 보는 다수설(절대효설)의 이유는 첫째로, 가령 D의 권리행사를 인정하지 않는다고 한다면 A—B 사이라고 하는

8) 대판 1995. 1. 20. 94 다 50489 ; 대판 1994. 5 10. 93 다 58721 ; 대판 1990. 4. 25. 89 다타 20740

9) 日最高判 1962. 5. 1. 民集 第16卷 5號 1013面 ; 日東京地判 1968. 6. 27. 下民集 第9卷 6號 1218面 ; 日前橋地高崎支判 1972. 5. 16. 判例時報 第669號 95面 등.

10) 鈴木竹雄, 前掲書, 245面 ; 伊澤孝平, 前掲書, 216面 ; 石井照久=鴻常夫, 前掲書, 133面 ; 田中誠二, 前掲書, 252面 ; 大隅健一郎=河本一郎, 前掲書, 226面 등

11) 김교창, “항변절단의 효과, 후자에게 미치는가?” 人權과 正義 제230호(1995. 10), 95쪽

12) 安倍正三, 日最高裁判例解説(民事篇·1965年 29事件), 131面

前前者의 사정을 알고 있는 자는 C가 선의이더라도 어음의 취득을 주저하게 되지만, 그렇다면 반대로(오히려) 선의자 C의 어음처분에 의한 신용이용의 기회를 빼앗게 되기 때문이다.¹³⁾ 둘째로, A가 D에게 악의의 항변을 대항할 수 있다고 한다면, D는 C에게 청구하고 다시 C가 A에게 청구한다고 함으로써, 無用한 청구의 순환을 야기하게 되기 때문이다.¹⁴⁾

그렇다면, 이와 같은 결론을 채권승계설의 입장에서 어떻게 설명할 것인가. 특히 후술하는 역배서 사례와의 整合性과의 관련하에서 명확하게 할 필요가 있다. 여기서, 예컨대 채권승계설의 입장을 취하면서 어음채권은 이전하더라도 항변은 승계하지 않는다고 고찰하는 설이 있다. 즉, 어음상의 권리가 일단 유효하게 성립한다면 그것은 완전히 유효한 권리이고 인적항변사유는 이와 절단되고 있기 때문에, 어음상의 권리 자체는 인적항변 사유의 존재와는 무관하게 배서에 의하여 양수인에게 이전한다. 따라서, 어음법 제17조의 항변은 소지인과 특정한 어음채무자 사이의 인적관계로, 말하자면 屬人的으로 成否를 결정해야 할 것이다. 이를 「屬人性 理論」이라고 한다.¹⁵⁾ 그러나, 어음상의 권리와 인적항변사유가 절단되고 있기 때문이라고 하여, 당연히 그 항변사유가 이전하지 않는다고 할 수는 없다. 가령, 어음상의 권리와 인적항변사유가 본래적으로 절단되고 있다고 한다면, 통상의 채권양도의 방법에 의해서도 당사자의 합의에 기하여, 그 인적항변사유를 절단하여 어음상의 권리만을 양도하는 것도 가능하지만, 이론상 그것은 불가능하다.¹⁶⁾ 결국 배서에 의한 어음상의 권리의 이전을 채권양도로 파악하는 이상, 어음상의 권리와 항변사유가 절단되지 않고 함께 이전한다고 풀이하고, 항변제한의 근거를 그 밖에서 구하는 쪽이 이론적이다.¹⁷⁾ 따라서, 채권승계설 하에서는 A—B 간의 인적항변사유는 D까지 승계되는 것이 오히려 본칙이라고 하게 된다.

2. 이익형량의 항변

이에 대하여, 원래 인적항변은 승계되지 않는 것을 전제로 하는 어음이론 즉, 창조

13) 大隅健一郎=河本一郎, 前掲書, 227面 : 高窪利一, 前掲書(改訂版), 194面 : 또한, U.C.C. §3-201은 이와 같은 법리를 「shelter rule」이라 칭하고 있는데, 역시 선의자의 신용이용의 편의를 위하여 권리행사를 인정한다고 하는 입장을 취하고 있다고 풀이하고 있다.

14) 大隅健一郎=河本一郎, 前掲書, 227面

15) 上田宏, “手形所持人の前者の善意と人的抗辯,” 手形研究 第240號 7面 이하 : 田辺光政, “人的抗辯切斷後の手形取得者の地位,” Law School 第18號 21~22面 : 同, 最新手形法小切手法(改訂版), 253面 : 丸山秀平, “善意者の介在と惡意の抗辯,” 商法の課題とその展開(野津務追悼論文集), 210面 등

16) 木内宜彦, 特別講義手形法小切手法, 109~110面

17) 木内宜彦, 前掲書(特別講義), 111~113面은 이를 권리와 관이론에서 구하고 있다.

설의 입장에서는 어음법 제17조의 항변을 利益衡量的의 항변으로 풀이하여, 인적관계 등에 개별적으로 이익형량하여 결정하게 된다. 그러므로, 예컨대 D가 고의로 선의자 C를 허수아비 내지 로봇트로 하여 개재시킨 경우¹⁸⁾ 등은 개별적으로 소지인 D의 악의의 정도를 인정하여 악의의 항변의 성부를 결정한다면 좋을 것이다.¹⁹⁾

이 문제는 어음법 제17조의 항변을 「항변권의 발생요건」이라고 하는 관점에서 그 요건사실의 해석을 확정하는 작업 가운데 실마리가 풀릴 수 있는 것으로 보인다. 즉, 「전자의 인적관계에 기한 항변」이라고 하는 것과 같이, A—C 간에 있어서 A의 항변권의 기초는 「전자에 있어서의 인적항변사유+악의」라고 하는 사실이다. 즉, A—B 사이에 인적항변사유가 있는 것과 C가 악의라는 것이 A의 C에 대한 항변권의 기초를 이루고 있으므로 A—D 사이에 있어서는, B—C 사이에 인적항변사유가 존재하는 것과 D의 악의가 문제로 된다. 여기서, 선의자 C의 어음처분에 의한 신용이용의 편의가 우선한다는 고려에 의해 악의자 D의 권리행사를 인정해야 한다는 결론을 취한다면 「전자 사이에 있어서의 인적항변사유+악의」라고 하는 요건은 「없다」고 구성하는 수밖에 없게 된다. 그러므로, 채권승계설이 본칙에 의한 항변승계라고 하는 구성을 취하는 한, 오히려 이 항변권의 요건을 충족하는 것이 되어 버리므로, 여기서는 반대로 이론상 전자의 항변사유를 「승계하지 않는」다는 구성을 취해야 할 것이다. 전술과 같이, 채권승계설 하에서 인적항변사유는 승계되지 않는다고 풀이하는 것이 이론적으로 곤란하다고 한다면, 원래 항변은 승계되지 않는다고 하는 어음이론, 즉 창조설을 전제로 하여 해석하는 수밖에 없다고 하게 된다.²⁰⁾

다음으로, D가 선의자 C를 허수아비로 이용하든가, A—B 사이의 인적항변사유의 발생에 사기적으로 관여하든가 하는 경우에는 D에게 악의의 항변을 대항할 수 있고 그 권리행사가 인정되지 않는 결론을 취한 경우에는 어떤가. 이것도 「전자에 있어서의 인적항변사유+악의」라고 하는 항변권의 구성요건사실의 해석에 의하여 처리할 수 있다. 즉, A—D 사이에서는 A—C 사이에 있어서의 인적항변사유의 존재와 D의 악의가 문제로 되고 있으므로, 형식적으로는 선의자 C의 수중에서는 A에 대한 관계에서 인적항변사유가 존재하지 않는 것으로 되기 때문에, 위 구성요건사실이 없다고 취급되지만, D의 관여가 실질적으로 증명된다면, 비유적으로 「A—C—D」의 관계가 「A—B—C」와 실질적으로 동일하다고 할 수 있다면, 거기서 D에 대한 관계에서 A의 항변권이 「전자에 있어서의 인적항변 사유의 존재+항변」이라고 하는 요건사실에 해당한다고 풀이할 수 있게 된다. 이와 같이 풀이한다면, 예컨대 B와 D가 실질적으로 경제적 일체성을 띠는 것과 같은 경우에 신의칙이라든가 일반악의의 항변이라고 하는 일반조항에 의지하지 않더라도,²¹⁾ 어음법 제17조의 구조만으로 충분히 결

18) 日東京地判 1959. 11. 24. 下民集 第10卷 11號 2486面 참조

19) 高窪利一, 前掲書, 389面

20) 伊藤壽英, “手形抗辯權의 構造,” 現代企業法の理論と實務(高窪利一還曆記念), 400面

론지을 수 있다고 할 수 있다.

판례도 종래로부터 동일한 입장을 취하고 있다. 즉, 어음법 제17조 단서는 어음채무자가 소지인의 전자에 대하여 인적항변을 가지고 대항할 수 있는 경우에 소지인이 해의를 가져 어음을 취득한 경우는 이에 대해서도 위 인적항변을 가지고 대항할 수 있는 취지의 규정이고, 소지인의 전자가 선의이기 때문에 어음채무자가 이에 대하여 인적항변을 대항할 수 없는 경우에는 그 전자의 지위를 승계한 소지인에 대하여 그 악의를 따지면서 위 인적항변을 대항할 수는 없다고 하고 있다.²²⁾ 이와 같은 결론은 특히 실질적 이유로서, ㉠ 일단 항변이 절단된 이상, 어음채무자는 그 후의 양도에 의하여 보다 불리한 지위로 전락하게 될 이유가 없다는 것, 또한 항변절단 후의 악의 취득자 D에 대하여 악의의 항변의 대항을 인정하게 된다면, 취득자 C의 쪽에서 보더라도 일단 선의로 어음을 취득한 자가 그 후 사정을 아는 타인에게 양도하는 것이 불가능하게 되어 C가 어음을 처분할 가능성을 빼앗게 된다는 것, ㉡ A가 D로부터의 청구를 거절한다고 한다면, D는 C(또는 B)에 소구하고, C(또는 B)는 A에게 청구하게 돼 버리는 소송의 순환이 생기는데, C가 A에게 청구할 수 있다면 이와 같은 문제는 발생하지 않게 된다는 것 등으로부터도 뒷받침되고 있다.²³⁾

그러나, 일정한 경우에는 종래의 항변을 항변절단 후의 악의취득자 D에게 주장할 수 있는 경우가 있는 것도 인정되고 있다. 예컨대, 항변을 대항받게 될 전자 B와 D가 공모하여 선의자 C를 개재시키는 경우에, D로부터의 청구에 대하여 어음채무자 A는 일반악의의 항변을 대항할 수 있거나 또는, 이와 같은 경우에는 B로부터 직접 D에게로 배서가 이루어진 것으로 하여 항변의 대항을 인정할 수 있을 것이다.²⁴⁾ 또한, D가 항변을 대항받게 될 전자 B의 1인회사와 같은 경우에는 C로부터 D에로의 배서는 C로부터 B에로의 역배서와 동시할 수 있다고 하여, 항변의 대항을 인정한 사례도 있다.²⁵⁾ 특히, 선의자 C가 D에 대하여 소구의무를 지고 있지 않는 경우에는 D가 C에 소구하고 이어서 C가 A에게 재소구하는 관계가 인정되지 않는 데도(앞의 이유 ㉢ 참조), D가 악의라면 본칙에 기하여 A는 D에게 항변을 대항할 수 있다고 하는 구성도 나타나고 있다.²⁶⁾

3. 어음채무자가 배서인에게 주장할 수 있는 항변

어음채무자가 배서인에게 주장할 수 있는 항변을, ①배서인이 권리자라는 것을 전

21) 福籠博之, “手形の再取得と人的抗辯,” 關西大學法學論集 第31卷 2·3·4號, 530~531面 ; 田邊光政, 前掲論文, 19面 ; 丸山秀平, 前掲論文, 211面

22) 日最高判 1962. 5. 1, 民集 第16卷 5號 1013面

23) 大隅健一郎=河本一郎, 前掲書, 227面

24) 경제적一體性を 이유로 한다, 鈴木竹雄, 前掲書, 249面 註26

25) 日最高判 1977. 9. 22, 金融判例 536號 16面

26) 日東京地判 1971. 9. 29, 判例時報 648號 103面

제로 하여, 그의 청구를 거부할 수 있다고 하는 항변,²⁷⁾ ②어음채무의 존재에 관한 항변,²⁸⁾ ③무권리의 항변²⁹⁾으로 분류하고 개별적으로 검토할 필요가 있다. 생각컨대, 어음채무자가 이들 항변을 선의자에 대항할 수 없다고 하는 것은, ①항변의 경우에는 선의자에게는 대항할 수 없는 것을, ②항변의 경우에는 어음채무가 발생·성립하는 것을, ③항변의 경우에는 선의자가 어음상의 권리를 취득하는 것을 각각 의미한다고 보기 때문이다.

특히, ①항변은 권리가 성립하고 있는 것을 전제로 하여 그 권리행사를 거부하는 것을 허용하는 항변일 것이다.³⁰⁾ 어음채무는 채무성립의 요건을 갖추면 성립한다. 채무자가 배서인에게 ①항변을 주장할 수 있는 경우에 있어서도 배서인은 권리자이다.³¹⁾ ①항변의 대항을 받는 배서인으로부터 어음을 양도받은 피배서인은 어음상의 권리—어음채권—를 취득한다(어음법 제14조 1항). 그러나, 배서가 채권양도인 이상 항변도 또한 승계한다. 여기서, 선의자를 보호하기 위하여 선의자에 대하여 ①항변의 주장을 허용하지 않는다고 할 필요가 있다. 즉, 항변절단의 규정(어음법 제17조)에 의하여 ①항변의 경우에 관해서는 어음채무자는 이를 선의자에게 「대항할 수 없다」고 하는 효과가 생긴다고 풀이하는 것이 이론상은 가능할 것이다.

전술의 학설은, 이상의 해석과 달리 항변의 절단에 의해 항변의 대항을 받을 수가 없다고 하는 의미에 있어서 「완전한 권리」로 된다고 풀이하고 있는 것으로 추측된다. 그러나, 채권양도의 경우에 채무자는 양도인에 대하여 주장할 수 있었던 사유를 양수인에게 주장할 수 있다(민법 제451조 2항).³²⁾ 배서의 성질을 채권양도라고 풀이한다면, 어음채무자는 선의자에게는 ①항변을 주장할 수 없다고 하더라도, 선의자로부터 취득한자에게도 주장할 수 없다고 하는 데 충분한 이유가 필요할 것이다. 학설

27) 예컨대, 어음배서의 원인관계가 배서 후에 무효 또는 소멸되었다는 항변이다.

28) 예컨대, 이른바 교부홍결의 항변(어음이론에 관하여, 계약설 또는 발행설을 전제로 한다.), 교부에 의사표시의 瑕疵가 있다고 하는 항변(어음행위에 민법의 의사표시에 관한 규정의 적용이 있다고 하는 설을 전제로 한다.), 어음채무소멸의 항변(어음의 환수가 없는 변제에 의하여 어음채무는 소멸한다고 하는 해석을 전제로 한다)이다.

29) 절도, 횡령, 습득에 의한 어음취득자를 말한다. 그밖에, 배서에 무능력, 착오, 강박 등의 하자가 있는 경우(양도행위의 하자는 선의취득에 의하여 치유된다는 해석을 전제로 한다), 상법상 이사의 자기거래 행위에 위반된 배서의 경우(어음행위는 이사의 자기거래에 포함된다는 해석을 전제로 한다), 배서의 원인관계가 불법인 경우, 배서가 신탁법에 위반하는 경우 등에는 배서는 무효가 되고, 이 경우 피배서인(소지인)은 무권리자이다.

30) 어음교부의 원인관계의 홍결, 하자의 항변(무인론을 전제로 하는), 어음외의 유예의 항변 등이 ①항변에 해당하고, 어음법 제17조에서 말하는 「인적관계에 기인한 항변」이라는 것에 관해서는 문제가 없을 것이다.

31) 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, 46面.

32) 梅謙次郎, 民法要義卷之三債權編(增補三三版), 日明治30, 218面 참조, 그 근거는 채무자가 관여함이 없이, 채권자와 양수인 간의 양도에 의해 채무자가 불이익을 받을 수는 없다고 하는 데 있을 것이다. Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 15. Aufl., S. 316 참조.

은, 전술한 대로, 그 이유를 선의자로부터 취득한 자는 항변의 절단에 의하여 성립한 「완전한 권리」를 승계취득한 데서 구하고 있다.³³⁾ 그러나, 문제는 항변절단의 의미 여하일 것이다. 학설은, 결과적으로, 항변의 절단에 의하여 ①항변이 선의자 및 그 후자와의 관계에 있어서 소멸한다—직접의 당사자간에서는 존속한다—고 풀이하는 것과 동일한 결론에 달하고 있다. 그러나, 학설은 어음법 제17조가 상대적인 관계에 있어서만, ①항변의 소멸을 인정한 규정이라고 풀이하고 있는 것만은 아니고,³⁴⁾ 또한 그렇게 풀이해야 할 이유도 없을 것이다.³⁵⁾ 따라서, 배서가 채권양도라고 하는 전제에 서는 한, 항변절단에 의하여 완전한 권리로 되고, 선의자로부터 어음을 취득한 자가 이와 같은 권리를 승계하는 것이 반드시 이론상 당연하다고는 할 수 없다. 오히려, 학설의 근거는 실질적 이유—선의자의 처분가능성·증권의 유통성의 확보—에 있는 것으로 보이며,³⁶⁾ 이 觀點에서 학설을 지지하는 것은 반드시 부당하지는 않다.

IV. 역배서에 의한 어음의 재취득과 항변대항

앞의 예에서 C가, 제3자 D에게가 아니라, 자기의 전자 B에 대하여 어음을 양도한, 즉 역배서한 경우에 관하여 검토해 보자.³⁷⁾ 즉, 어음이 A—B—C—D 로 이전하고, A—B 사이에는 인적항변사유가 존재한다. 이 인적항변 사유에 대하여 C가 악의이고, D가 선의이다. C가 D로부터 역배서를 받은 후, A에 대하여 청구한 경우, A는 C의 악의를 근거로 거부할 수 있는가. 즉, 사례(i)와 동일하게 C는 선의자 D의 개재를 놓고 자기의 권리를 하자없는 것으로 주장할 수 있는가(선의취득자개재—사례(ii)).

판례는 약속어음의 발행인으로부터 인적항변의 대항을 받게 될 어음소지인은 당해 어음을 선의의 제3자에게 배서양도한 후, 역배서에 의하여 다시 그 소지인이 된 경우

33) 還受의 경우에 관하여, 鈴木竹雄, 前掲書, 299面 ; 역배서의 경우에 관하여, 石井照久, 前掲書, 240面 참조.

34) 다만, 川村正幸, “手形抗辯の基礎,” 一橋大學法學研究 第11號, 91面 이하는 항변절단의 효과에 관한 학설의 이해에 관하여, 이와는 다른 견해를 취하고 있다.

35) ①항변, 즉 상대방의 권리행사를 방해하는 권리는 그 소멸사유가 있는 경우에는 소멸한다. Tuhr, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, S. 302 참조. 그러나, 어음법은 이상의 권리가 존재하는 것을 전제로 하여 이를 규제하는 데 불과하고, 채무자가 가진 위와 같은 권리의 발생 소멸은 민법 기타 법률이 정하는 바에 의한다고 해야 하는 것은 아닐까.

36) 인적항변 절단 후의 악의의 취득의 경우에 관하여, 大隅健一郎=河本一郎, 前掲書, 227面 ; 木内宜彦, 前掲書, 220面の 지적을 참조.

37) 역배서 이외의 어음의 재취득의 경우로서, 상환 환수에 의한 어음의 재취득의 경우가 있다. 이 경우의 어음을 환수한 자의 법적 지위에 관하여 권리부활설과 권리재취득설의 대립이 있다.

에도, 발행인으로부터 위 항변의 대항을 받는다고 하고 있다.³⁸⁾ 그 이유로서 「어음의 발행인이 어음의 소지인에 대하여 직접 대항할 수 있는 사유를 가진 이상, 그 소지인이 당해 어음을 선의의 제3자에게 배서양도한 후 역배서에 의해 다시 소지인이 된 경우라고 하더라도, 그 어음취득자는 배서양도 전에 이미 발행인으로부터 항변의 대항을 받는 지위에 있었기 때문에, 당해 어음이 그 후 선의자를 거쳐 역배서에 의하여 환수했다고 하여, 어음상의 권리행사에 관하여 자기의 배서양도 전의 법률적 지위보다도 유리한 지위를 취득해야 한다고 풀이할 이유는 없다」고 하는 점을 들고 있다.

어음채무자가 재취득한 배서인에 대하여 주장할 항변으로는, (1)어음채무자가 배서인에게 가졌었지만 배서인이 어음을 선의로 양도한 결과, 선의자에게는 대항할 수 없게 된 항변(어음법 제17조)³⁹⁾ 및 (2)어음채무자가 배서인으로부터 양도를 받은 후자에 대하여 가지는 항변⁴⁰⁾이다. 역배서는 배서로서의 일반적 효력을 가진다. 따라서, 역배서를 받은 배서인은 害意가 없는 한, (2)항변의 대항을 받지 않는다(어음법 제17조). 이에 대하여, (1)항변은 일단 선의자를 거쳤다고 하더라도, 역배서를 받은 배서인 자신이 권리를 행사하는 경우에는 그 대항을 받지 않을 수 없다고 풀이되고 있다.⁴¹⁾

학설도 같은 결론을 지지하지만, 그 이유로 하는 바는 단일하지 않다. 다수설은 인적항변의 「屬人性」을 그 이유로 들고 있다. 즉, 인적관계에 기한 항변은 사람(人) 그 자체에 부착하는 것으로서 항변의 대항을 받을 원래의 소지인에 의해 어음이 재취득된다면, 재취득에 이르기까지 선의자가 개재했다고 하더라도 항변은 당연히 다시 대항할 수 있다고 하는 데 있다.⁴²⁾ 그러나, 이 구성은 일단 선의취득자의 수증에서 항변이 절단된다면, 이후 「완전한 권리」가 이전된다고 하는 채권승계설 쪽에서 보아 문제가 있다고 비판되고 있다.⁴³⁾

여기서, 채권승계설의 입장에 서면서 위 비판을 극복하고자 하는 시도가 이루어지고 있다. 다만, 그 경우에 채권승계설이 어음채권의 이전에 수반되어 이전하는 것을 전제로 하여 법률구성을 하고 있다. 즉, 「채권+항변」의 이전을 전제로 하는 것을 어떻게 평가하는가에 관하여 입장은 나누어지고 있다. 먼저, 채권승계설의 입장에 서

38) 日最高判 1965. 4. 9. 民集 第19卷 3號 647面 ; 日最高判 1970. 3. 27. 金融法務事情 582號 22面 ; 日最高判 1977. 9. 22. 判例時報 869號 97面

39) 예컨대, 어음배서의 원인관계가 배서 후에 무효 또는 소멸되었다는 항변이다.

40) 예컨대, 어음채무자와 배서인으로부터 양도를 받은 후자와의 사이에 유예의 합의가 있다고 하는 항변이다.

41) 鈴木竹雄, 前掲書, 262面 ; 日大判 1935. 2. 14. 民集 第14卷 121面 ; 日最高判 1965. 4. 9. 民集 第19卷 3號 647面 參照. ; 學說의 根據는 특정한 것에 대해서 인적항변은 개인적인 것이다. 인적항변은 역배서를 받은 배서인 그 자에 부착한다고 하는 데 있다. 石井照久, 手形法·小切手法(商法IV), 239面 이하

42) 蓮井良憲, “人的抗辯と戻裏書,” 手形小切手判例百選(新版), 93面

43) 丸山秀平, 前掲(追悼)論文, 205面

면서, 어음상의 권리이전의 측면과 항변제한의 측면과를 구별하고, 「채권」의 이전과 「항변」의 이전을 나누어서 법률구성하는 입장을 보기로 한다.

먼저, 그 가운데 屬人性說에 의하면, 어음채권은 문언적으로 확정된 권리로서 무인적으로 발생하고 어음의 이전에 의하여 그와 같은 어음채권은 이전하지만, 그에 수반하여 어음항변은 이전하지 않고 따라서 항변제한의 효과는 이것의 당연한 결과로 나타난다.⁴⁴⁾ 그 限에서 어음취득자는 스스로 「완전한 권리」를 승계취득하는 한편, 항변은 전자와 어음채무자의 어음외의 관계에 있어서, 말하자면 屬人的으로 남아 있게 된다는 것이다.⁴⁵⁾

마찬가지로, 어음상의 권리이전의 측면과 항변제한의 측면과를 구별하여, 항변제한의 법리를 설명하고자 하는 견해에 있어서는 항변제한의 근거를 어음채무자의 의사에서 구하고자 하는 債務者意思說도 주장되고 있다. 이에 의하면, 채권승계설을 전제로 하면서, 인적항변은 전술한 속인성설과 마찬가지로 어음수수의 당사자간의 특별한 관계에 기하여 인정되는 것이라고 한다. 따라서, 어음이 당사자간에 남아 있는 한, 어음채권보다도 그 당사자간의 항변관계가 우선한다. 그러나, 어음이 제3채무자에게 양도된 경우, 어음채권만이 당사자간의 관계에서 드러나고 제3자의 수중에 이른다. 그 이유는 이 경우, 어음채무자의 의사는 어음채권보다도 우선하는 항변관계를 당사자에게 남기고, 어음채권만을 제3자에게 취득하도록 하는 점에 있다고 한다.⁴⁶⁾

특히, 항변관계가 당사자의 수중에 속인적으로 남는다고 하는 결론을, 어음채무자가 취득하는 권리의 내용과의 관계에서 설명하고자 하는 非實在的權利取得說에 의하면, 항변을 대항받는 당사자간의 권리는 실재적인 권리와는 달리, 어음이 양도되는 것에 의하여 제3자는 당사자간에서 대항관계가 있었다라면, 그것에 실재하고 있었을 권리를 취득하는 한편, 당사자간에는 항변관계가 잔존한다고 한다.⁴⁷⁾

이에 대하여, 전형적인 채권승계설과 마찬가지로 「채권+항변」의 이전을 인정하면서, 역배서의 경우에 예외적으로 속인성을 말하는 것과 달리, 항변대항의 관계를 설명하고자 하는 對抗關係說도 보인다. 즉, 이 견해에 의하면, 어음의 이전에 수반되지 않는 「채권+항변」의 관계는 그대로 이전하고, 선의자에 의한 어음취득이 이루어지면 「채권+항변」의 관계 그것은 선의자의 수중에 있지만, 채무자는 그 선의자로부터의 권리행사에 대하여 항변을 주장하여 권리행사를 거부할 수 없다고 하는 것이다.

44) 田辺光政, 最新手形法小切手法, 139~140面

45) 이 의미에 있어서의 인적항변의 일반적 속인성을 인정하는 견해로서, 安倍正三, 前掲(判例タイムズ)論文, 45面; 上田 宏, 前掲論文, 6面; 長谷川雄一, “人的抗辯の屬人性,” 愛知大學法經論集法律篇 第87號, 1面

46) 小橋一郎, 手形行爲論, 281面 이하

47) 川村正幸, 前掲書, 93面; 同, “戻裏書による抗辯の再對抗と人的抗辯の制限原則,” 私法 第42號, 180面 이하; 同, “手形上の權利の行使—手形抗辯②,” 現代商法Ⅲ 手形·小切手法, 189~190面

그러므로, 본래 항변을 대항받는 자에게 역배서가 이루어지거나, 악의자에게 어음이 이전한다면 채무자는 그대로 항변을 대항할 수 있다고 한다.⁴⁸⁾

이들 견해에 대하여는 다음과 같은 비판이 있다. 屬人性說의 입장에 의하면, 어음의 이전시에 어음채권의 문언성 및 무인성에 기하여 어음채권만이 이전되는 것이라고 하고 있다. 그러나, 어음채권이 無因的債權이라고 하더라도, 그것이 채권인 이상 채권양도로서의 배서에 의하여 항변은 부착하는 것이라고 풀이할 수 있다고 하여,⁴⁹⁾ 무인성이나 문언성은 '屬人性'의 근거로 될 수 없다고 하는 비판이 있다.⁵⁰⁾ 「항변」 관계가 屬人的으로 남는 것을 어음채무자의 의사에서 구하는 債務者意思說은, 어음채무자의 의사가 어음채권보다도 우선하는 항변관계를 당사자에 머물게 하고, 어음채권만을 제3자에 취득하게 하도록 한다고 하는 점에 있다고 한다. 그러나, 어음의 이전을 어음채권의 양도라고 하는 한에 있어서, 어음채권이 동일성을 유지한 채로 이전된다는 것, 즉 「채권+항변」이라고 하는 관계가 이전된다고 하는 것이 본래의 법률관계라고 하고 있어서, 그 본래의 관계를 채권양도의 당사자가 아닌 채무자의 의사에 의하여 어디까지 한정할 수 있는가는 상당히 곤란한 문제일 것이다. 특히, 「非實在的權利取得說」은 양도된 권리의 내용으로부터 屬人性을 설명하고자 하고 있다. 다만, 이 견해가 항변을 대항받는 당사자간에 있어서의 권리는 실제적인 권리는 아니라고 하고 있는 것에 대하여, 그것이 당사자간에 있어서의 항변대항의 결과로서 행사할 수 없는 것으로부터 권리의 비실재성을 긍정하고 있는 데 있다면 문제일 것이다. 생각컨대, 이미 당사자간에 있어서도 권리는 실재적인 것으로서 존재하고 있고, 그 권리주장이 채무자의 항변권에 의하여 배제되는 데 있다.⁵¹⁾ 따라서, 어음의 이전에 의하여 「채권+항변」이라고 하는 관계가 이전하는 것이라고 본다. 여기서 특히, 문제가 되는 것은 「채권+항변」이라고 하는 관계가 이전한다고 하더라도, 선의의 어음취득자의 수

48) 林^々身, "手形の再取得と人的抗辯," 北大法學論集 第36卷 1·2合併號, 496面

49) 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, 49面

50) 요컨대, 어음행위의 추상성의 내용을 어떻게 이해하는가에 따르지만, 제3자에 어음채권 자체가 (항변관계와는 분리하여) 이전하는 것이 추상성에 의하여 설명되는 것은 아니라, 그것은 「단지 항변이 제한된 어음상의 권리의 현상을 나타내는 용어이고, 그것을 도출하는 이론을 나타내는 것은 아니다」라고 사료된다(木內宜彦, 前掲書, 39面).

51) 丸山秀平, 前掲(追悼)論文, 210面 註25에서는, 당사자간에서 굳이 항변권이 행사되었던 경우에는 당연히 실재하는 권리가 그대로 관철되게 된다는 것으로부터 실재하는 권리를 도출하고 있다.

또한, Ulmer, Der Einwendungsausschluss im einheitlichen Wechselgesetz, in : FS f. L. Raiser S. 225, 는 유효성의 항변을 취급한 것이지만, 여기서 유효성의 항변과의 대비에 있어서, 원인관계에 기한 항변을 대항받는 경우 「어음채무 그 자체와는 아무 관련이 없는 것으로 보고 있다(a. a. O., S. 239). 따라서, 거기에는 「채권+항변」의 관계가 있고, 그것의(「nomo plus……」의 원리에 의하여) 어음의 양도에 수반하여, 상대방에게 이전되는 것으로 풀이된다.

중에서 「항변이 소멸되어 버리는가」 여부에 있다. 이 점에서 「채권 + 항변」 이라고 하는 관계의 이전을 인정하면서 선의자에 대한 항변대항이 제한된다고 하는 견해는, 선의자의 수증에서 항변이 소멸되어 버리지는 않고, 선의자에 대한 권리행사가 제한될 뿐이어서, 「항변이 부착된 권리」는 그대로 이전하는 것이라고 한다. 그러나, 이 견해에 대하여는 「항변이 부착된 권리」를 취득한 자가 선의인데, 왜 항변의 대항을 면하는가를 특히 설명할 필요가 있는가 하는 비판이 있다.⁵²⁾ 더욱이, 이 견해에 대하여는 선의자에 의한 어음처분의 가능성의 배제라고 하는 점도 문제가 되고 있다.

V. 소구의무를 이행하고 어음을 還受한 자의 법적 지위

어음이 A— B— C— D로 이전하고, A— B사이에 인적항변사유가 존재한다. 이 항변사유에 대하여, C가 악의이고 D가 선의이다. D가 만기에 A에게 청구했으나 지급거절되었으므로, C에 대하여 소구했던 바 C는 이에 응하여 상환환수를 하였다. C가 A에 대하여 재소구하는 경우, A는 C의 악의를 근거로 이를 거부할 수 있는가. C는 D로부터의 상환환수라고 하는 것으로써 자기의 권리를 주장할 수 있는가(선의취득자개재—사례〔iii〕).

이 경우에 상환자의 권리는 배서 양도하기 전의 권리가 부활한 것이라고 보는 「權利復活說」⁵³⁾과 자기의 후자인 소구권자의 권리를 승계취득한 것이라고 보는 「權利再取得說」⁵⁴⁾이 대립하고 있다. 이 두 학설은 배서의 법률적 성질과 밀접하게 관련되고 있고, 이와 관련하여 권리부활설은 다시 두가지 견해로 나뉘어지고 있다. 그 하나인 「權利殘存說」은 배서인은 배서에 의해 그 권리를 잃는 것이 아니라, 다만 어음을 소지하지 않는 결과 그 행사가 방해당하고 있는 데 지나지 않고, 어음의 환수에 의해 다시 그 행사가 가능하게 된다고 본다. 또 다른 하나인 「解除條件說」은 배서에 의해 권리는 해제조건부로 이전하고, 환수에 의해 조건이 성취하는 결과 권리는 당연히 배서인에게 복귀한다고 본다. 이에 대하여, 권리재취득설은 배서에 의해 권리는 확정적으로 이전한다고 하는 데 있다.⁵⁵⁾

이들 학설의 대립은 주로 어음의 배서 및 소구에 있어서의 인적항변의 대항관계에 관한 결론을 어떻게 이론적으로 설명하는가를 둘러싸고 전개되어 왔다. 여기서 배서

52) 高窪利一, 前掲書(改訂版), 390面

53) 徐敏珏, 第3全訂 商法講義(下卷), 1985, 232쪽 ; Harms, Handels-und Wertpapierrecht, 1974, S. 208ff

54) 孫珠瓚, 第5訂增補版 商法(下), 1993, 216쪽 ; 木內宜彦, 前掲書(第2版), 1982, 276面 ; Hueck/Canaris, a. a. O., S.140 ; Zöllner, Wertpapierrecht, 14. Aufl., 1987, S.115 ; Baumbach/Hefermehl, a. a. O., Art. 49. Rdn. 1.

55) 伊澤和半, “手形の遡求における償還者の地位(一)”, 法學協會雜誌 第94卷 5號, 607面이하

의 경우에 있어서의 인적항변의 대항관계란 구체적으로는 배서에 있어서는 인적항변이 절단되는 것이 원칙이라는 뜻이다. 그 결과, 피배서인은 배서인보다도 큰 권리를 취득하게 되고 이를 이론적으로 설명하기 위하여 다양한 어음이론이 일찍부터 전개되어 온 것은 주지하는 바와 같다. 그리하여 권리잔존설은 배서에 의하여 피배서인은 배서인의 권리를 승계취득하는 것이 아니라, 어음채무자로부터 직접 권리를 원시취득한다는 이론에 의해 항변제한의 법칙을 설명할 수 있다고 하는 어음이론에 대응하는 것이다. 또한 해제조건설 및 권리재취득설은 배서에 의해 피배서인은 배서인의 권리를 승계취득한다고 하는 바탕 위에서, 항변제한법칙은 권리의외관이론 등의 이론으로 설명할 수 있다고 하는 입장에 대응하는 것이라고 할 수 있다.

1. 권리부활설에 대한 비판

그런데, 권리잔존설과 해제조건설에 대하여는 권리재취득설로부터의 다음과 같은 비판이 있다. 즉, 권리잔존설에 의하면 배서인과 피배서인이 아울러 권리를 가지는 것이 되어 이론상 성립할 수 없게 되고, 역배서 등 의무없는 회수의 경우도 이전의 지위가 부활하므로 前의 소지인(자기의 후자)에 대한 인적항변의 대항을 당연히 받지 않게 되어 타당하지 않다는 것이다.⁵⁶⁾ 또한, 해제조건설에 대하여는, 그와 같은 구성은 사실에 반하는 것이라고 비판한다.⁵⁷⁾ 그리하여, 권리부활설을 취하게 되면 지급을 한 어음보증인 또는 참가지급인의 권리 취득은 새로운 취득이라는 것과 조화되지 아니하고, 아울러 상환자가 자기의 배서 후에 행한 인수에 의한 권리까지도 상환에 의하여 취득한다고 설명하기가 곤란하게 된다.⁵⁸⁾

그리고, 해제조건설에 관한 비판에 대하여 독일에서의 논의를 중심으로 살펴 본다면 다음과 같다. 먼저, 이 학설에서 말하는 바의 '조건'이 독일민법 제158조 이하에서 정하고 있는 '법률행위로서의 조건'이라고 한다면, 어음의 배서에 있어서는 그와 같은 의사표시는 이루어지지 않는다고 하고, 그것이 묵시의 의사표시라고 하더라도 배서인이 그 효과(조건 성취)를 인식하고 의욕하고 있다고 보기는 곤란하다.⁵⁹⁾(배서인은 어음이 만기에 있어서 지급되는 것을 기대하고 있다.) 다음으로, 독일민법 제158조 2항은 '조건은 소급효를 가지지 않는다'는 취지로 정해져 있으므로, 이 규정에 반한다.⁶⁰⁾ 또한, 이와 같은 조건은 독일어음법 제12조 1항에 의해 배서에 붙이는 것이 금지되고 있다.⁶¹⁾

56) 竹田 省, 手形法小切手法, 1956. 52, 177面 : 鈴木竹雄, 前掲書, 234, 299面

57) 鈴木竹雄, 前掲書, 234面

58) 竹田 省, 前掲書, 178面

59) Pflug, Der rücklaufende Wechsel, 1967, S. 48f

60) RGZ 77, 185, S. 190

61) Pflug, a. a. O., S. 49

그러나, 해제조건설의 논자는 이에 대하여, 그 조건은 이른바 '법정조건 (Rechtsbedingung)'이고, 배서 및 소구의 효력에 관하여 정한 법률의 규정에도 충족되므로 독일민법의 규정이 그대로 적용되는 것은 아니라고 하고, 독일어음법 제12조 1항에도 반하지 않는다고 한다.⁶²⁾

이에 대하여는, 비록 그 조건이 '법정조건'이기 때문에 전술한 비판을 면한다고 하더라도, 그 논자에 따라서 각각 법정조건이 어떠한 것인가, 그 개념이 확실하게 정립되지 않는 점을 비판하고,⁶³⁾ 그러므로 법정조건은 어음의 배서 및 환수에 있어서의 법률관계를 해명하기 위한 개념으로서는 부적당하다고 지적한다.⁶⁴⁾

그밖에, 해제조건설에 대한 비판으로서는 권리잔존설에 관한 비판과 같고, 어음보증인이나 참가인수인이 소구의무를 이행한 경우와 동일적으로 파악되지 않는다고 하는 것도 있다.⁶⁵⁾

2. 권리재취득설의 이론구성

소구절차에 있어서 상환환수를 한 배서인의 지위는 이전의 지위를 부활한 것인가 (권리부활설), 그렇지 않으면, 강제된 의무이행에 의한 것이기 때문에 새로운 권리취득이라고 풀이할 것인가 (권리재취득설), 확실상 대립하고 있지만 권리재취득설 쪽이 다수인 것 같다.⁶⁶⁾

여기서 말하는 권리재취득설은 배서에 의해 배서인의 권리가 무조건으로 피배서인에게 이전하고, 환수에 의해 상환자는 후자의 권리를 취득한다고 하는 의미를 전형적인 것으로 고찰하는 바이지만, 마찬가지로 배서에 의해 배서인의 권리가 무조건으로 이전한다고 하면서도, 소구에 관해서는 그 독특한 법률관계를 설명하기 위하여 각종 이론구성을 하고 있고, 여기서는 이와 같은 것도 일괄하여 살펴 보고자 한다.

그런데, 이 학설이 제창된 이유는, 주로 어음의 배서에 있어서 과도하게 기교적인 이론구성을 억제하고, 평이한 이론구성을 시도하고자 하는 데 있다고 할 수 있다. 그 밖에, 민법상의 채권양도에 있어서는 양도인의 권리가 양수인에게 무조건으로 이전한다고 고찰되고 있는 것도 그 이유로 들 수 있을 것이다.

그러나, 배서에 관해서는 무조건 권리이전을 인정하는 평이한 이론구성을 취하는

62) Staub-Stranz, Wechselgesetz, 13. Aufl., 1934, Art. 14, Anm. 7a : Stranz, Wechselgesetz, 14. Aufl., 1952, Art. 14, Anm. 9

63) Pflug, a. a. O., S. 45

64) Pflug, a. a. O., S. 49ff

65) Gogos, Der Einlösungsrückgriff (Remboursregreß) des Indossanten im Wechselrecht, 15 Beiheft zu ZHR, 1938, S. 12, Anm. 27

66) 伊澤和平, 前掲 法學協會雜誌 第94卷 5號 607面, 第95卷 10號 1609面 이하; 林·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; 福瀧博之, 前掲論文, 530面

반면, 소구에 있어서의 이론구성은 평이한 것에서 기교적인 것까지 가지각색이다.

이에 관하여, 일응 분류를 하여 본다면,

(A) 상환자는 환수에 의해 후자의 권리를 취득한다고 하는 것,

(B) 상환자는 환수에 의해 법률이 정하는 바에 따라 원시적으로 재소구권을 취득한다고 하는 것,

그리고, (A)설 가운데는,

(A)(a) 배서인은 무조건 권리를 이전하지만, 소구의무를 이행하여 재소구하는 것에 대비하여 무언가의 권리를 보유하고 있다고 하는 것,⁶⁷⁾

(A)(b) 배서인은 배서양도 후에는 전혀 권리를 보유하지 않는다고 하는 것,⁶⁸⁾

또한, (B)설 가운데는,

(B)(a) 상환자는 배서양도 이전의 지위에 기하여 재소구한다고 하는 것,⁶⁹⁾

(B)(b) 상환자는, 전혀 새로운, 권리에 기하여 재소구한다고 하는 것⁷⁰⁾으로 나눌 수 있다.

(A)(a)설의 이론구성을 본다면, 배서에 의해 배서인의 권리가 피배서인에게 이전되고, 환수에 의해 상환자는 후자의 권리를 취득한다. 그러면서도, 배서인은 배서 후에도 그의 어음채무자에 대하여, 어음이 인수되고 또한 만기에 지급되는 것을 담보하는 바의 권리를 유보하고 있다. 그래서 배서인이 소구의무를 이행하여 어음을 환수하는 것에 의해 이들 2개의 권리가 일치하는 데 있다. 따라서 상환자의 권리는, 단지 후자로부터의 환수에 기한 것이 아니라, 그의 어음채무자의 배서에 기한 것이라고 하게 되고, 그의 권리는 이전의 권리가 부활한 것은 아니라는 데 있다.⁷¹⁾

(A)(b)설은 앞에서 말한 전형적인 권리재취득설이라고 할 수 있다. 그 이론구성을 본다면, 배서에 의해 무조건으로 권리가 이전한다. 그래서 환수에 의해, 예컨대 민법상의 보증인이나 연대채무자가 채무를 변제한 경우, 채권자의 권리가 법률의 규정에 의해 변제자에게 이전된다고 하는 것과 마찬가지로, 상환청구자의 권리가 법률의 규정에 의해 상환자에게 이전한다.⁷²⁾

67) Ulmer, Das Recht der Wertpapiere, 1938, S. 264 : Jacobi, Wechsel-und Scheckrecht, 1955, S. 593ff, 693f.

68) Hirsch, Die Macht der Gewohnheit im Wechselrecht, in Beiträge zum Wirtschaftrecht, 1931 S. 1078 : Pflug, a. a. O., S. 107 : Baumbach/Hefermehl, a. a. O.(11. Aufl.), Art. 14. Anm. 2, 4

69) Langen, Die Wechselverbindlichkeit nach dem Gesetz vom 21. Juni 1933 (1934), S. 57ff

70) Gogos, a. a. O., S. 10ff

71) Jacobi, a. a. O., S. 603, S. 693

72) Pflug, a. a. O., S. 58

(B)(a)설의 이론구성은, 배서인은 배서에 의해 권리를 상실하고, 환수에 의해 다시 권리를 취득하는 것이지만, 그 권리의 재취득은 환수시에 법이 부여한 것이다. 다만, 그 권리는 이전에 가지고 있던 권리를 다시 회복한 것이다.⁷³⁾

(B)(b)설의 이론구성은, 상환자의 권리는 소구의무를 이행한 어음보증인이나 지급을 한 참가인수인의 권리와 마찬가지로, 환수시에 법률의 규정에 의해 발생하는 것이다.⁷⁴⁾

이상과 같은 학설에 있어서, (B)설과 같이 상환자의 재소구권을 법률의 규정에 의해 발생한 것이라고 하는 것은 여하간에, (A)설과 같이 상환청구자의 권리를 취득하는 것이라고 한다면, 인적항변의 대항관계의 문제, 즉 舊항변부착의 문제에 관하여는 어떻게 설명되는가 살펴 보자.⁷⁵⁾

권리이전에 있어서는 '양도인은 자기가 가지는 이상의 권리를 양수인에게 양도할 수 없다.'고 하는 원칙이 일반적으로 인정되고 있고, 독일민법 제404조는 이 원칙에 의해 채무자는 양도인에게 대항할 수 있었던 항변을 양수인에게 대항할 수 있다는 취지로 규정하고 있다. 그러나, 어음법에 있어서는, 독일어음법 제17조에 의해, 항변절단의 원칙이 표명되고 있고 따라서 어음에 관해서는 앞의 민법의 규정은 적용되지 않는다. 그래서, 어음에 있어서는 항변은 어음상의 권리로부터 분리되어 권리가 이전하더라도 그에 부착하여 이전하는 것이 아니라, 원래의 소지인에게 그대로 남는다고 하는 원칙이 성립하고 있는 것이다. 즉 권리와 항변을 분리하여 고찰하는 입장을 취하고 있다.⁷⁶⁾ 이와 같이 고찰한다면, 배서인은 배서양도 전에 대항받고 있던 인적항변을 어음의 환수 후에도 대항받는 것은 당연한 것이고, 또한 환수는 법정외 권리의 이전이라고 고찰한다면 인적항변이 승계되는가 여부에 관하여 통상의 배서의 경우에 문제로 되는 상환자의 주관적 요건은 여기서는 문제가 되지 않고, 상환자는 비록 악의라고 하더라도 전자가 상환청구자에 대하여 가지는 인적항변의 대항을 받지 않는다고 하는 설명도 가능하다.

이와 같은 이론적 설명 외에, 실질적 이유로서 舊항변부착의 문제에 관해서는, 동일한 배서인이 어음을 환수한다고 하더라도 양도 이전보다도 나은 지위를 취득할 이유는 없고, 인적항변의 절단을 정당화하는 새로운 채권자로서의 이익을 缺하게 된다.⁷⁷⁾

73) Langen, a. a. O., S. 57ff

74) Gogos, a. a. O., S. 10ff

75) Pflug, a. a. O., S. 82ff, S. 90

76) 同旨: Hirsch, a. a. O., S. 1077

77) Gogos, a. a. O., S. 37f; Jacobi, a. a. O., S. 598

3. 환수의 성질과 항변대항

어음을 환수한 배서인은 자기의 전자에 대하여 소구할 수 있다(어음법 제49조). 이 경우에 배서인이 주장할 권리는 1) 배서양도전에 배서인 자신이 가지고 있던 권리, 또는 2) 소지인이 가지고 있던 권리 가운데 하나일 것이다.⁷⁸⁾ 어음을 환수한 배서인은 배서양도에도 불구하고 권리를 상실하지는 않지만, 어음을 소지하지 않는 것에 의하여 그 행사가 방해되고 있는 권리를 회복한다고 하는 설에 의하면, 배서인이 주장할 권리는 위 1)의 권리라고 풀이되고, 어음을 환수한 배서인은 배서양도에 의하여 일단 상실했던 권리를 소지인으로부터 재취득(승계취득)한다고 풀이하는 설에 의하면, 배서인이 주장할 권리는 위 2)의 권리라고 풀이된다.

還受는 일단 양도한 권리의 재취득행위라고 풀이되고 있고,⁷⁹⁾ 따라서 어음채무자가 재취득한 배서인에 대하여 주장할 항변으로는, (1) 어음채무자가 배서인에게 가졌었지만, 배서인이 어음을 선의로 양도한 결과, 선의자에게는 대항할 수 없게 된 항변(어음법 제17조)⁸⁰⁾ 및 (2) 어음채무자가 배서인으로부터 양도를 받은 후자에 대하여 가지는 항변⁸¹⁾이다. 환수의 경우에도 역배서의 경우와 동일한 근거에 기하여, (1) 항변의 대항이 허용되게 될 것이다. 즉, 환수한 배서인 자신에 대한 인적항변은 배서인 자신에 부착하는 하자이므로, 일단 인적항변이 절단되어 완전한 권리가 되었다고 하더라도 배서인 자신이 권리행사를 하는 한, 어음채무자는 (1) 항변을 주장할 수 있는 것으로 풀이된다.⁸²⁾ 그러나, 어음채무자가 이른바 인적항변을 가지는 경우에도 권리는 완전한 권리이고,⁸³⁾ 항변의 절단이란 인적항변을 제한하는 규정(어음법 제17조)에 의하여 선의자에 대하여 그 주장이 제한되고 있는 것을 뜻하는 데 불과하고, 따라서 어음채무자는 환수한 배서인에 대하여 인적항변을 다시 주장할 수 있다고 풀이할 수 있는 것은 아닐까. 즉, 이와 같은 해석은 어음법 제17조가 민법의 채권양도의 법칙(民法 第451條 2項)을 수정한 데 불과하고, 항변을 제한하는 규정이라고 하는 해석이다.⁸⁴⁾

78) Langen, a. a. O., S. 62f ; 또한, 환수한 배서인의 권리는 환수에 의하여 취득한—독립한—권리이고, 환수에 의한 취득의 법률적 성질은 원시취득이라고 하는 설이 있다. Gogos, a. a. O., S.13ff ; 그러나, 이하에서는 이 설에 언급하지 않고, 원시취득설에 관한 비판에 대해서는, Pflug, a. a. O., S. 67ff 참조.

79) 竹田省, 前掲書, 178面 ; 石井照久, 前掲書, 277面 ; 鈴木竹雄, 前掲書, 234面

80) 예컨대, 어음배서의 원인관계가 배서 후에 무효 또는 소멸되었다는 항변이다.

81) 예컨대, 어음채무자와 배서인으로부터 양도를 받은 후자와의 사이에 유예의 합의가 있다고 하는 항변이다.

82) 鈴木竹雄, 前掲書, 299面 註16 參照

83) 安倍正三, 前掲論文, 46面

84) 따라서, 이 해석에 의하면 인적항변 절단후의 악의의 취득자에 대하여도 항변의 대항을 인정할(이론상의) 가능성이 있을 것이다. 鈴木竹雄, 前掲書, 245面 ; 伊澤孝平, 前掲書,

4. 환수한 배서인이 주장할 수 있는 권리

어음을 환수한 배서인은 어음의 소지인이 가지고 있던 권리를 승계취득한다. 이 경우에, 어음채무자는, 배서인이 가지고 있었지만, 어음이 선의자에 배서양도된 결과 선의자에게는 주장할 수 없게 된 항변을, 환수한 배서인이 다시 주장할 수 있다고 하는 결론에 관해서는 이론이 없다.⁸⁵⁾ 그러나, 문제는 이상과 같은 결론을 도출할 이론 구성 여하에 있을 것이다.

권리회복설의 특징은 배서의 이전적 효력의 부정,⁸⁶⁾ 소구의무를 의사표시에 기한 책임이라고 하는 구성,⁸⁷⁾ 이른바 항변절단은 이론상 당연하다⁸⁸⁾고 하는 점에 있고,

21面 : 坂井芳雄, 裁判手形法(増補), 246面 이하 : 결론에 있어서 同旨, 日最高判 1962. 5. 1, 民集 第16卷 5號 1013面

이에 대하여, 항변이 절단되어 완전한 권리로 된다고 하는 학설에 의하면, 이를 인정할 여지는 없다고 풀이된다. 安倍正三, 前掲論文, 45面 이하 : 上田 宏, 前掲論文, 8面 : 田辺光政, 手形流通の法解釋, 158面 이하.

또한, 판례 통설에 의하면, 회사가 은행에서 어음을 할인하는 데 있어서, 은행거래상의 연대보증인으로 된 회사의 대표자가 어음을 환매한 경우에, 대표자가 어음의 주채무자의 회사에(계) 가지는 인적항변에 관하여 악의였다고 하더라도, 할인은행이 선의인 경우에는 항변을 대항받을 수 없다고 풀이된다. 日前橋地裁高崎支判 1972. 5. 16, 判例時報 669號 95面 : 이 판결에 관한 평석인 林○身, 前掲論文, 488面 註8은 판지에 찬성하면서도, 어음을 환매한 대표자와 회사간에 경제적 일체성이 있는 경우에, 대표자에의 권리이전을 역배서와 동일시할 수 있다고 하는 해석을 하였다.

그리고, 회사의 은행에 대한 차입금채무를 연대보증인으로서 회사에 갈음하여 변제하고, 위 채무를 담보하기 위하여 은행이 회사로부터 배서양도를 받고 있던 약속어음을 무담보 배서에 의하여 취득한 회사대표자 및 그 딸(娘)이 회사와 실질상, 경제상 일체로 보아 이것이 가능한 관계에 있는 경우에는, 위 배서는 신의칙상 은행으로부터 회사에의 역배서와 동일하게 평가해야 하고, 선의의 은행의 개재에 불구하고 발행인은 회사에 대한 인적항변을 대항할 수 있다고 풀이한 판결이 있다. 日最高判 1977. 9. 22, 判例時報 869號 97面.

85) 또한, 승계취득설을 취한다면 선의자에로의 유통으로 인적항변이 절단되고, 절단되고 있던 권리가 재취득되므로, 이와 같은 결론을 설명하기 어렵다는 지적이 있다. 高窪利一, 前掲書, 295면 : 또한, 승계취득설에 의하면, 도취자·습득자가 어음을 환수한 경우에는 완전한 권리자로 된다고 하는 비판이 있다. Staub-Stranz, a. a. O., Art. 14, Anm. 7a 참조.

86) 권리회복설은, 어음을 교부하는 자는 어음을 취득하는 개개의 취득자와 계약을 체결하고, 간접의 후자와의 사이의 계약은 중간자—使者 또는 대리인으로 구성되는—에 의하여 중개된다고 하는 어음이론—이른바 청약설(Offertentheorie)—을 전제로 하여, 배서는 채권양도는 아니라고 풀이한다. Pflug, a. a. O., S. 6ff. 참조

87) 松本丞治, “手形裏書の本質を論ず,” 商法解釋の諸問題, 468面 이하

88) 어음채무자는 자기의 모든 후자와 직접으로 계약을 체결한다고 하는 신청설의 이론에 의하면, 어음채무자는 피배서인과의 사이의—직접의—계약에 기하여 채무를 부담하고, 어음채무자와 배서인과의 관계는 피배서인에 대한 채무와는 관계가 없는 대가관계에 불과하다고 풀이된다. 따라서 항변절단을 인정한 규정(독일 구 어음조례 제82조)은 이론상 당연한 규정이라고 설명되고 있다. Thöl, Das Handelsrecht, Bd. 11, 1878, S. 469 참조

이상과 같은 내용을 가지는 권리회복설에 의하면, 어음을 환수한 배서인은 전술 (1) 항변을 재대항받지만, (2) 항변을 대항받는 것은 아니⁸⁹⁾라고 하는 결론에 달한다.⁹⁰⁾

이에 대하여, 배서인은 환수를 해제조건⁹¹⁾으로 하여 어음상의 권리를 양도한다—정지조건부의 권리를 가진다—고 풀이하는 조건설에 의하면, 환수에 의하여 조건이 성취되면 피배서인은 권리를 상실하고, 배서인의 정지조건부권리는 다시 완전한 권리로 된다고 풀이되고,⁹²⁾ 권리회복설과 마찬가지로, 어음을 반려한 배서인은 전술 (1) 항변을 재대항받지만, (2) 항변의 대항을 받지 않는다고 하는 결론을 도출하는 것이 가능하다⁹³⁾고 설명되고 있다.⁹⁴⁾

그러나, 권리회복설 및 조건설에는 이론상, 실제상의 난점이 있는 것은 주지하는 대로이다.⁹⁵⁾ 따라서 환수는 배서에 의해 일단 양도한 권리의 재취득행위이고, 환수한

또한, 배서에 항변절단의 효과가 인정되고 있는 것이, 배서의 성질을 채권양도라고 하는 해석의 障害로 설명되고 있는 것에 대하여는, Budde, Die rechtliche Natur des Wechselindossaments, 1884, S. 28ff. 참조

89) 이상의 해석에 의하면, 자기의 전자가 파산한 후에 어음을 환수한 배서인은, 상환청구권과 전자가 배서인에게 가지는 채권과를 상계할 수 있다고 본다. ROHG 24. 1ff.

90) 독일판례가 ROHG 24. 1ff이래 취해 왔던 해석이다. RG 34, 50 : 77, 185 : 80, 407 참조.

학설로서는 Quassowski-Albrecht, Wechselgesetz, 1934, Art. 14. Anm. 6 : Schwerin, Wechsel-und Scheckrecht, 2. Aufl., 1934, S. 87 : Knur-Hammerschlag, Kommentar zum Wechselgesetz, 1949, Art. 14. Anm. 1.

日本の 경우, 학설로서는 岡野敬次郎, 日本手形法, 201面 : 松本丞治, 前掲論文, 467면 : 烏賀陽, 手形法, 136面 이하. 판례로서는 日大判 1919. 11. 1, 民錄 第25輯 1939面 : 日大判 1933. 4. 6, 民集 第12卷 551面 : 日東京地判 1955. 11. 21, 下級民集 第6卷 11號 2408面 : 日東京地判 1961. 5. 1, 下級民集 第12卷 5號 933面이 있다.

91) 여기서, 조건이란 法定條件을 의미하는 것으로 풀이되고 있다. Grünhut, Wechselrecht, Bd. 1, 1897, S. 292 참조

92) Staub-Stranz, a. a. O., Art., 14, Anm. 7a 참조

93) Stranz, a. a. O., Art. 14, Anm. 9 und 10 참조 : 조건설은 권리회복설과 마찬가지로, 자기의 전자가 파산한 후에 어음을 환수한 배서인은 상환청구권과 전자가 배서인에게 가지는 채권과를 상계할 수 있다고 풀이한다. Staub-Stranz, a. a. O., Art. 14, Anm. 9 참조.

94) 독일 학설이 취한 견해이다. Grünhut, a. a. O., S. 292 : Staub-Stranz, a. a. O., Art. 14, Anm. 7a und 9 : Stranz, a. a. O., Art. 14, Anm. 9 und 10 : Michaelis, Wechselrecht, 1932, Art. 10, Anm. 5 und 6 : Rilk, Kommentar zum Wechselgesetz, 1933, S. 73 참조.

일본에서는 伊澤孝平, 前掲書, 478面 : 田中耕太郎, 前掲書, 467面 이하 : 山尾時三, 新手形法論, 383面

95) 권리회복설에 대하여는 다음과 같은 비판이 있다. 권리회복설은 권리의 분할을 인정하지 않는 한, 시인할 수 없는 설이고(竹田省, 前掲書, 177面 : 鈴木竹雄, 前掲書, 234面 註 4 참조), 배서를 채무부담행위라고 하는 해석은 배서에 관해서 당사자의 합리적인 규범 의식에 반하며(石井照久, 前掲書, 214面 : Jacobi, a. a. O., S. 581, Anm. 3 참조).

배서인은 소지인의 권리를 승계한다고 풀이하는 학설⁹⁶⁾을 지지하는 수밖에 없을 것이다. 이하에서는 환수에 의한 취득의 법적성질에 관해서는 위 학설을 전제로 하지만, 또한 취득의 법률상의 근거에 관해서는 소구의무자의 실질적 지위에 착안한다면 이하와 같은 해석이 가능한 것으로 보인다.

즉, 어음의 경우에 배서인은 채무자(소구의무자)이지—이른바 합동책임(어음법 제 47조)을 지지—만, 배서인 외에 주채무자가 존재하고, 주채무자가 최종적으로 경제적 부담을 지는 것으로 되고 있다. 이와 같은 소구의무자의 실질적 지위는 보증인 또는 연대채무자의 지위와 유사하다.⁹⁷⁾ 이와 같은 유사성에 착안하여, 어음을 환수한 배서인이 자기의 전자 및 주채무자에 대하여 권리를 행사할 수 있는 것은 채권자에게 변제한 보증인 또는 연대채무자가 권리를 행사할 수 있는 것과 동일한 법률상의 근거에 기한 것이라고 풀이할 여지가 있다. 즉, 채권자에 변제한 보증인 또는 연대채무자는 채권자에 대위하는 것이라고 풀이되고,⁹⁸⁾ 대위의 효과는 대위한 자가 구상할 수 있는 범위내에서 「채권의 효력 및 담보로서 그 채권자가 가지는 一切의 권리를 행사할 수 있다.」(민법 제482조)라고 하는 데 있다. 대위의 효과는 변제에 의하여 소멸할 채권 자체가 이전하는 것에 다름아니라고 풀이되고 있다.⁹⁹⁾ 환수를 소지인이 가

권리회복설에 의하면, 소구의무가 소멸했는 데도 어음을 환수한 자는 재소구할 수 있다고 풀이되지만(RG 77, 187ff ; Quassowski-Albrecht, a. a. O., S. 49, Rdn. 2는 이를 인정한다. 결론에 있어서 同旨 Rilk, a. a. O., S. 213 ; Zöllner, Wertpapierrecht, 13. Aufl., S. 112), 이와 같은 해석은 어음법의 규정(어음법 제50조 1항)에 부합하지 않는다(Hueck-Canaris, a. a. O., S. 108 ; 竹田省, 前掲書, 177面 참조). 기타의 비판에 대하여는 Pflug, a. a. O., S. 11ff에서 상세하게 다루고 있다.

조건설에 대해서는 다음과 같은 비판이 있다. 배서에 의해 해제조건부로 권리가 이전한다고 하는 해석은 당사자의 합리적인 규범의식에 반한 구성이며(石井照久, 前掲書, 278面 ; 鈴木竹雄, 前掲書, 234面 ; 菅原菊志, 手形法・小切手法講座V, 53面), 조건성취의 효과는 소급하지 않고, 따라서 조건설은 항변절단의 이유를 충분히 설명할 수 없다(竹田省, 前掲書, 177面). 기타 비판에 대해서는 Pflug, a. a. O., S. 43ff가 상세하다.

그밖에, 어느 설에서도 환어음의 경우에 배서가 된 후 인수가 이루어진 경우에 있어서의 인수인에 대한 소구의무자의 권리취득을 인정하기가 어렵다고 하는 난점이 있다(竹田省, 前掲書, 178面 ; 大隅健一郎, 改訂手形小切手法講義, 143面 ; 石井照久, 前掲書, 278面 ; 菅原菊志, 前掲論文, 53面).

96) 青木徹二, 手形法論, 375面 이하 ; 大隅健一郎, 前掲書, 143面 이하 ; 大森忠夫, 新版手形法・小切手法講義, 164面 ; 田中誠二, 前掲書(下), 661面 이하 ; 木内宜彦, 前掲書(第2版), 276面 참조.

97) Pflug, a. a. O., S. 54ff가 지적하는 바이다. ; Hueck-Canaris, a. a. O., S. 106도 기본적으로 同旨.

98) 日大判 1931. 3. 16, 民集 第10卷 157面 ; 日大判 1936. 6. 22, 民集 第15卷 1074面 ; 我妻榮, 新訂債權總論, 249面 ; 石田文次郎, 注釋民法(12), 340面 이하

99) 我妻榮, 前掲書, 252面 ; 石田文次郎, 前掲書, 346面 참조

지는 권리의 채취득행위라고 구성하는 설에 대하여, 소지인의 권리는 변제와 어음의 교부에 의하여 소멸하므로, 환수한 배서인에게 이전할 수 없는 것은 아닌가라고 하는 의문이 제기되지만,¹⁰⁰⁾ 이상과 같이 환수에 의한 권리취득의 근거는 대위의 제도에 있다고 한다면, 위 점을 문제로 할 필요가 없을 것이다.¹⁰¹⁾

또한, 환수에 의한 취득의 근거가 대위의 제도에 있기 때문이야 말로, 어음을 환수한 배서인은 어음상의 주채무자에 대한 권리 외에, 이를 담보하기 위한 권리인 전자에 대한 소구권을 취득할 수 있는 것으로 하고 있는 것일 것이다. 특히, 대위의 경우에 권리이전을 위한 대항요건을 요하지 않는다고 풀이되고 있는 것은¹⁰²⁾ 환수의 경우와 공통되고 있다. 즉, 변제에 의해 배서인은 소지인이 가지고 있는 권리를 법률상 당연히 취득하고, 이 경우에 특히 권리취득을 위한 특별한 요건은 요구되지 않는다.¹⁰³⁾ 이와 같은 공통성은 환수에 의한 권리이전이 대위에 의한 권리이전의 一例라는 것을 나타내는 하나의 근거로 될 것이다.

학설에 의하면, 대위의 성질은 법률상의 채권의 이전이라고 풀이되고 있다.¹⁰⁴⁾ 따라서 환수에 의한 취득의 법률적 성질은 소지인이 가진 채권의 법률상의 이전이라고 풀이될 수 있을 것이다.¹⁰⁵⁾ 이상과 같은 해석에 의해, 배서인은 환수에 의하여 소지인이 가지고 있는 권리를 재취득(승계취득)한다고 풀이하는 학설의 결론을 뒷받침하는 것이 가능할 것이다.

5. 어음채무자가 배서인에게 주장할 수 있는 항변

그러나, 위 해석 내지 결론은 채무자가 배서인에게 가지는 항변이 어음채무의 존재에 관한 항변¹⁰⁶⁾ 및 무권리의 항변¹⁰⁷⁾ 인 경우에는 타당하지 않는 것은 아닐까. 이들

100) Langen, a. a. O., S. 63 참조

101) 대위제도의 목적은 「채권은 변제에 의해 이미 소멸되었다고 하더라도, 변제자의 권리를 확보하기 위하여 일시적으로 채권자의 권리로서 아직 소멸되지 않는 변제자로 하여금 그 권리를 행사하게 한다.」는 데 있다. 梅謙次郎, 前掲書, 298面 참조

102) 日大判 1927. 7. 7. 民集 第6卷 455面 ; 我妻榮, 前掲書, 254面 ; 石田文次郎, 前掲書, 344面

103) 어음을 환수한 배서인은 어음의 교부가 없더라도 변제에 의해 당연히 어음소유권 및 어음상의 권리를 취득한다고 풀이되고 있다. Ulmer, a. a. O., S. 263 ; Hueck-Canaris, a. a. O., S. 105f 참조

104) 我妻榮, 前掲書, 254面 ; 石田文次郎, 前掲書, 334面

105) Hirsch, a. a. O., S. 1078 ; Ulmer, a. a. O., S. 264 ; Pflug, a. a. O., S. 51 참조

106) 예컨대, 이른바 교부홍결의 항변(어음이론에 관하여, 계약설 또는 발행설을 전제로 한다.), 교부에 의사표시의 瑕疵가 있다고 하는 항변(어음행위에 민법의 의사표시에 관한 규정의 적용이 있다고 하는 설을 전제로 한다. 反對 : 鈴木竹雄, 前掲書, 137面 이하), 어음채무소멸의 항변(어음의 환수가 없는 변제에 의하여, 어음채무는 소멸한다고 하는 해석을 전제로 한다. 반대 : 鈴木竹雄, 前掲書, 285面)이다.

항변을 선의자에 대항할 수 있는가 여부는, 전자에 관해서는 어음채무의 성립여하의 문제이고, 후자에 관해서는 존재하는 권리의 귀속 여하의 문제에 귀착한다. 선의자에 의하여 환수한 배서인에 대하여 후자의 항변을 다시 주장할 수 있는가 여부는, 전자의 항변의 법적 규제의 문제—이른바 어음이론—과 밀접하게 관련된다. 이에 대하여, 후자의 항변을 다시 주장할 수 있는가 여부는 환수한 배서인의 권리취득 여하의 문제이고, 따라서 선의취득(어음법 제16조 2항)의 효과의 해석과 관련된다. 종래의 학설은 이상의 항변이, 이른바 인적항변과는 다른 성질을 가지는 것이라고 인정하고 있지만,¹⁰⁸⁾ 그와 같은 점은 환수의 경우에 있어서의 항변의 재대항의 문제에는 반영되지 않은 것으로 보인다.¹⁰⁹⁾ 이하에서는, 이와 같은 점에 배려하면서 환수의 경우에 있어서의 (1)항변의 재대항 문제를 검토하고, 아울러 환수한 배서인에 대한 (2)항변의 대항 여하의 문제를 동일한 관점에서 검토해 보고자 한다. 본고는 기본적으로는 선의자에 대항할 수 없는 항변은 인적항변(어음법 제17조), 어음채무의 존재에 관한 항변, 무권리의 항변(어음법 제16조 2항) 등이고, 각각에 응한 규제가 돼야 하는 것은 아닌가 하는 바탕에서 이루어지고 있다. 그러나, 본고는 구체적으로 어떠한 항변이, 어떠한 근거에 기하여 위의 어느 항변에 해당한다고 해석해야 하는가를 논하는 것이 아니라, 이론상 그 성질이 다른 이상의 항변은 환수의 경우에 어떠한 규제를 받아야 하는가를 논하는 것이다.

107) 절도, 횡령, 습득에 의한 어음취득자를 말한다. 그밖에, 배서에 무능력, 착오, 강박 등의 하자가 있는 경우(양도행위의 하자는 선의취득에 의하여 치유된다는 해석을 전제로 한다), 상법상 이사의 자기거래 행위에 위반된 배서의 경우(어음행위는 이사의 자기거래에 포함된다는 해석을 전제로 한다), 배서의 원인관계가 불법인 경우, 배서가 신탁법에 위반하는 경우 등에는 배서는 무효가 되고, 이 경우 피배서인(소지인)은 무권리자이다.

108) 그런데, 무권리의 항변은 모든 어음채무자가 주장할 수 있는 항변이지만, 어음법 제17조가 아니라, 어음법 제16조 2항의 적용의 결과, 선의자에 대항할 수 없는 항변이라고 풀이되고 있다. 또한, 계약설 또는 발행설을 전제로 하면서도 교부홍결의 항변을 선의자에 대하여 주장할 수 없다고 하는 설은 일반적으로는 교부홍결의 항변을 어음법 제17조의 적용이 있는 항변이라고는 풀이하지 않을 것이다.

109) 이에 대하여, 배서인이 어음을 환수한 경우에, 배서인은 무권리의 항변을 재대항받지 않는다(다만, 실질적 무권리의 항변을 대항받는 경우가 있고, 이 경우에 다른 어음채무자도 이를 주장할 수 있다.)고 풀이하는, 伊澤和平, 前掲論文(1)(2), 『法學協會雜誌』 第94卷 5號 607면 이하, 第95卷 10號 1609면 이하는 종래의 학설과 비교하여 이례적인 견해이다.

또한, 川村正幸, 前掲論文(法學研究), 41면 이하는 항변절단에 관하여 특이한 이론을 전개하는데, 어음채무자는 어음을 환수한 배서인에 대하여 인적항변, 어음채무의 존재에 관한 항변, 무권리의 항변을 재대항할 수 있다고 하는 결론을 인정하는 것으로 보인다.

그러나, 林○身, 前掲論文, 489면 註12 이하는 후술과 같이, 무권리의 항변에 관해서는 伊澤和平, 前掲論文과 지향을 같이 하지—재대항을 부정하는—만(다만, 실질적 무권리의 항변을 인정하는 것은 아니고, 따라서 다른 채무자에 의한 원용의 문제는 생기지 않는다.), 어음채무의 존재에 관한 항변에 관해서는 검토해야 할 문제가 남는다고 하는 입장을 취하는 등의 문제에 있어서 川村正幸, 前掲論文과는 다른 결론에 이르고 있다.

생각컨대, 어음채무자가 이들 항변을 선의자에 대항할 수 없다고 하는 것은, ①항변의 경우에는 선의자에게는 대항할 수 없는 것을, ②항변의 경우에는 어음채무가 발생·성립하는 것을, ③항변의 경우에는 선의자가 어음상의 권리를 취득하는 것을 각각 의미한다고 보이기 때문이다. 환수에 의한 취득은 소지인이 가진 권리의 승계취득이라고 풀이되므로, 따라서 환수한 배서인에 대한 항변의 재대항 문제는, ①항변의 경우에는 항변절단의 효과 여하의 문제이고, ②항변의 경우에는 일단 발생·성립한 권리의 부정 여하의 문제이며, ③항변의 경우에는 환수한 배서인의 권리취득 여하의 문제이다. 이상 3가지 문제를 선의자에게 대항할 수 없는 「인적항변」의 재대항 문제로서 일괄하여 논하는 것은¹¹⁰⁾ 이론상 적당하지는 않을¹¹¹⁾ 것이다.

(1) 좁은 의미의 인적항변

어음을 환수한 배서인에 대하여, ①항변의 재대항을 긍정하는 학설의 근거는 이하의 점에 있을 것이다. 즉, 배서의 법적성질은 채권양도이고, 따라서 어음채권의 이전과 함께 항변도 또한 부착하여 이전하지만,¹¹²⁾ 어음이 선의자에게 양도된 경우에는 어음거래의 안전을 위하여 항변이 절단된다.¹¹³⁾ 그러나, 「환수한 배서인 자신에 대한 인적항변은 그 자신에 부착하는 하자이므로 일단 후자의 수증에서 그것이 절단되어

110) 다만, 교부흡결·의사표시의 하자의 항변, 어음을 환수하지 않고 한 번제의 항변은 ①항변에 해당한다고 하는 해석에 의하면, ③항변의 대부분은 ①항변의 예에 흡수될 것이다. 그러나, ①항변과 ②항변은 다른 성질의 항변이라는 것은 말할 것도 없고(창조설을 전제로 하는 鈴木竹雄, 前掲書, 140面 이하에 의하면, 교부흡결·하자의 항변은 어음이전행위의 하자의 문제—즉, ②항변의 문제—로서 처리된다.), 환수의 경우에 선의자에 대항할 수 없는 항변의 재대항 일반에 대하여 논하는 것은 적당하지 않다.

111) 권리회복설을 전제로 하지 않는 한, 환수의 경우에 선의자에 대항할 수 없는 항변의 재대항 일반의 문제로서 논하는 것은 이론상 적당하지 않는 것은 아닐까.

112) 이를 부정하는 학설이 있다. 즉, 어음법 제17조의 항변은 그 성질상 본래 어음에 표창되고 있는 것은 아니고(上田 宏, 前掲論文, 8面), 인적항변권은 형평법적인 반대권이므로(倉澤康一郎, “判批,” 金融商事判例 第381號, 3面), 따라서 인적항변은 배서에 의하여 이전하지 않는다고 풀이한다.

그러나, 배서의 법적성질을 채권양도라고 풀이하는 한(上田 宏, 前掲論文, 8面도 이를 전제로 한다), 배서와 함께 항변이 승계된다고 할 수밖에 없고, 인적항변이 어음에 표창되지 않는 것으로부터 바로 인적항변이 이전하지 않는다고 풀이해야 할 이론상의 근거는 없다. 악의의 항변을 인정한 어음법 제17조 단서는 취득자가 악의의 경우에 어음채무자가 소지인의 전자에 대한 인적관계에 기하여 항변을 주장하는 것을 인정한 규정이고, 인적항변은 승계되지 않는다고 하는 해석과 조화되지 않는 것이 아닌가 하고 추측된다(倉澤康一郎, 前掲論文, 3面 참조).

어음의 배서가 채권양도라는 것을 부정하는 권리회복설에 의하면, 인적항변의 승계를 발생하게 하지 않는 것은 이론상 당연하지만(河本一郎, “手法形における惡意の抗辯,” 民商法雜誌 第36卷 4號, 525面 참조), 어음의 배서가 채권양도라는 것을 전제로 하면서 항변의 부착, 승계를 부정하는 것은 이론상 곤란할 것이다.

113) 河本一郎, 前掲論文, 525面 이하

완전한 권리로 되었다고 하더라도, 그 자신이 권리를 행사하는 한 그 대항을 면할 수 없는 것은 당연¹¹⁴⁾」하다.

즉, 위 학설이 「항변이 절단되어 완전한 권리로 된다」고 하는 취지는, 항변의 절단에 의하여 항변의 대항을 받지 않는 권리로 된다고 하는 데 있을 것이다.¹¹⁵⁾ 이상과 같은 대로라고 한다면, 학설의 해석은, 선의자로부터 어음의 양도를 받은 자는 이와 같은 「완전한」 권리를 취득하고, 상환을 (이행)한 배서인도 또한 「완전한 권리」를 취득한다. 그러나, 인적항변은 환수한 배서인 자신에 부착하는 하자이므로 어음채무자는 배서인에게 ①항변을 다시 주장할 수 있다고 하는 데 있는 것으로 보인다.

그러나, 어음채무는 채무성립의 요건을 갖추면 성립한다. ①항변은 권리가 성립하고 있는 것을 전제로 하여 그 권리행사를 거부하는 것을 허용하는 항변일 것이다.¹¹⁶⁾ 채무자가 배서인에게 ①항변을 주장할 수 있는 경우에 있어서도 배서인은 권리자이다.¹¹⁷⁾ ①항변의 대항을 받는 배서인으로부터 어음을 양도받은 피배서인은 어음상의 권리—어음채권—를 취득한다(어음법 제14조 1항). 그러나, 배서가 채권양도인 이상 항변도 또한 승계한다. 여기서, 선의자를 보호하기 위하여 선의자에 대하여 ①항변의 주장을 허용하지 않는다고 할 필요가 있다. 즉, 항변절단의 규정(어음법 제17조)에 의하여 ①항변의 경우에 관해서는 어음채무자는 이를 선의자에게 「대항할 수 없다」고 하는 효과가 생긴다고 풀이하는 것이 이론상은 가능할 것이다.

전술의 학설은, 이상의 해석과 달리 항변의 절단에 의해 항변의 대항을 받을 수가 없다고 하는 의미에 있어서 「완전한 권리」로 된다고 풀이하고 있는 것으로 보인다. 그러나, 채권양도의 경우에 채무자는 양도인에 대하여 주장할 수 있었던 사유를 양수인에게 주장할 수 있다(민법 제451조 2항).¹¹⁸⁾ 배서의 성질을 채권양도라고 풀이한다면, 어음채무자는 선의자에게는 ①항변을 주장할 수 없다고 하더라도, 선의자로부터 취득한자에게도 주장할 수 없다고 하는 데 충분한 이유가 필요할 것이다. 학설은,

114) 鈴木竹雄, 前掲書, 299面 註16 참조, 同旨: 田中誠二, 前掲書, 663面; 大隅健一郎=河本一郎, 前掲書, 350面; 日大阪地判 1960. 1. 22, 下級民集 第11卷 1號 93面.

역배서에 관하여는 前田 庸, 手形法·小切手法入門, 223面 (같은 책, 225面은 무권리자의 항변에 관해서도 그 者 개인에 부착한다고 풀이한다).

115) 그러므로, 인적항변 절단 후의 악의의 취득자도 「완전」한 권리를 승계취득하고, 따라서 항변의 대항을 받지 않는다고 풀이하게 될 것이다. 鈴木竹雄, 前掲書, 245面; 田中誠二, 前掲書, 252面.

116) 어음교부의 원인관계의 흠결, 하자의 항변(무인론을 전제로 하는), 어음의 유예의 항변 등이 ①항변에 해당하고, 어음법 제17조에서 말하는 「인적관계에 기인한 항변」이라는 것에 관해서는 문제가 없을 것이다.

117) 安倍正三, 前掲論文, 46面

118) 梅謙次郎, 前掲書, 218面 참조, 그 근거는 채무자가 관여함이 없이, 채권자와 양수인 간의 양도에 의해 채무자가 불이익을 받을 수는 없다고 하는 데 있을 것이다. Enneccerus-Lehmann, a. a. O., S. 316 참조.

전술한 대로, 그 이유를 선의자로부터 취득한 자는 항변의 절단에 의하여 성립한 「완전한 권리」를 승계취득한 데서 구하고 있다.¹¹⁹⁾ 그러나, 문제는 항변절단의 의미 여하일 것이다. 학설은, 결과적으로, 항변의 절단에 의하여 ①항변이 선의자 및 그 후자와의 관계에 있어서 소멸한다—직접의 당사자간에서는 존속한다—고 풀이하는 것과 동일한 결론에 달하고 있다. 그러나, 학설은 어음법 제17조가 상대적인 관계에 있어서만, ①항변의 소멸을 인정한 규정이라고 풀이하고 있는 것만은 아니고,¹²⁰⁾ 또한 그렇게 풀이해야 할 이유도 없을 것이다.¹²¹⁾ 따라서, 배서가 채권양도라고 하는 전제에서는 한, 항변절단에 의하여 완전한 권리로 되고, 선의자로부터 어음을 취득한 자가 이와 같은 권리를 승계하는 것이 반드시 이론상 당연하다고는 할 수 없다. 오히려, 학설의 근거는 실질적 이유—선의자의 처분가능성·증권의 유통성의 확보—에 있는 것으로 보이며,¹²²⁾ 이 觀點에서 학설을 지지하는 것은 반드시 부당하지는 않다. 그러나, 환수한 배서인에 대한 ①항변의 재대항 문제에 있어서는 이와 같은 관점에서의 고려는 불필요할 것이다. 따라서, 항변절단의 규정(어음법 제17조)은 선의자에 대한 항변의 대항을 제한한 데 불과하고, 어음이 선의자에 양도되고 그 결과 ①항변의 대항이 제한되었다고 하더라도, 어음을 환수한 배서인이 ①항변을 재대항받는 것은 이론상 당연하다고 풀이한다면 족하다고 해야 할 것이다.¹²³⁾

119) 還受의 경우에 관하여, 鈴木竹雄, 前掲書, 299面 註16 : 역배서의 경우에 관하여, 石井照久, 前掲書, 240面 참조.

그러나, 학설의 해석은 ②항변 즉 어음채무의 존재에 관한 항변, ③항변 즉 무권리의 항변(어음법 제16조 2항)에 관해서는 且置하고, 상대방의 권리를 다투지 않는 ①항변에 관해서는 타당하지 않는 것이 아닐까.

120) 다만, 川村正幸, 前掲論文, 91面 이하는 항변절단의 효과에 관한 학설의 이해에 관하여, 이와는 다른 견해를 취하고 있다.

121) ①항변, 즉 상대방의 권리행사를 방해하는 권리는 그 소멸사유가 있는 경우에는 소멸한다. Tuhr, a. a. O., S. 302 참조.

그러나, 어음법은 이상의 권리가 존재하는 것을 전제로 하여 이를 규제하는 데 불과하고, 채무자가 가진 위와 같은 권리의 발생 소멸은 민법 기타 법률이 정하는 바에 의한다고 해야 하는 것은 아닐까.

122) 인적항변 절단 후의 악의의 취득의 경우에 관하여, 人隅健一郎=河本一郎, 前掲書, 227面 ; 木内宜彦, 前掲書(第二版), 220面の 지적을 참조

123) 이상의 이론구성과 달리, 항변제한의 법칙에 의해 선의자는, 전자가 가지고 있어야 마땅한 당연히 「있어야 할 권리」—소지인이 항변의 대항을 전혀 받지 않는다면 가지고 있어야 할, 비실재적인 권리—를 취득한다고 하는 독자적인 이론을 전제로 하여, 항변이 후자의 취득에 의하여 소멸하는 것은 아니고, 따라서 항변은 어음채무자와 환수한 배서인과의 사이에 잔존한다고 주장하는 설로는, 川村正幸, 前掲論文, 81面 이하.

독일의 학설이 채용하는 「무권리자의 환(재)취득」의 이론에 의거하여, 항변의 대항을 받아야 할 자가 어음을 채취한 경우에 「보호할 가치있는 취득행위」가 존재하지 않는 것으로 풀이하여, 항변의 재대항을 인정하는 설로는, Canaris, a. a. O., S. 240f ; Hueck-Canaris, a. a. O., S. 107f가 주장되고 있다.

(2) 어음채무의 존재에 관한 항변

어음채무자가 어음을 환수한 배서인에 ②항변, 즉 어음채무의 존재에 관한 항변을 재대항할 수 있는가의 여부는 어음채무의 성립에 관한 항변의 효력 여하—즉, 어음이 른 여하—에 관한 해석의 문제로 귀착한다.

창조설을 전제로 한다면, 교부흡결의 경우에도 어음채무가 발생하고, 교부흡결의 항변의 제한은 권리이전행위의 하자로서 후술하는 ③항변의 문제에 해당한다고 풀이된다.¹²⁴⁾ 따라서 일반적으로는 배서인이 어음을 환수한 경우에, ③항변의 재대항이 인정되는 것과 동일한 이유에 기하여, 교부흡결의 항변은 어음을 환수한 배서인이 재대항받겠다고 풀이할 것이다. 어음행위에 민법의 의사표시의 규정은 적용되지 않는다고 하는 해석¹²⁵⁾에 의하면, 의사표시의 하자의 항변은 ①항변의 예에 해당하고, 따라서 환수의 경우에는 ①항변의 재대항이 인정되는 것과 동일한 근거에 기하여, 환수한 배서인이 재대항받을 수 있다고 풀이될 것이다.¹²⁶⁾

이에 대하여, 교부계약설·권리외관설을 전제로 하여, 교부흡결의 항변, 의사표시의 하자의 항변은 선의·무중과실(어음법 제10조·16조 2항)의 취득자에게 주장할 수 없는 항변에 해당한다고 하는 학설이¹²⁷⁾ 환수의 경우에 ②항변의 재대항을 어떠한 근거에 기하여, 인정할 수 있는가는 반드시 명확한 것은 아니다.¹²⁸⁾ 그러나, 일반적으로는 권리외관책임은 有責으로 외관을 야기한 것에 기한 책임이고, 선의자는 완전한 어음채권을 취득한다고 풀이되고 있는 것으로 보인다.¹²⁹⁾ 어음을 선의·무중과실의 취득자로부터 환수한 배서인은 취득자가 가지는 어음채권을 승계취득한다. 이성과 같이 한다면, 어음채무자는 교부의 흡결·의사표시의 하자를 주장하여 자기의 어음채무의 성립을 부정할 수는 없다고 풀이하는 수밖에 없을 것이다. 따라서, 이상의 해석을 전제로 한다면, 어음채무자는 선의자로부터 어음을 환수한 배서인에 대하여

124) 鈴木竹雄, 前掲書, 142面 이하 참조. 즉, 증권의 작성에 의하여 어음채무는 발생하지만, 도취자, 보관자는 무권리자이고, 이들로부터 어음을 취득한 선의자는 선의취득의 규정(어음법 제16조 2항)에 의하여 어음상의 권리를 취득한다고 풀이한다.

125) 石井照久, 前掲書, 95面 : 학설의 상세에 관해서는 平出慶道, “手形行爲と意思表示の瑕疵,” 手形法·小切手法講座 I, 81面 이하 참조.

126) 어음을 환수하지 않고 한 변제에 의하여 어음채무는 소멸하지 않는다고 하는 설에 의하면, 변제의 항변은 ①항변에 해당하고, 어음채무자는 배서인에 대하여 항변을 재대항할 수 있다고 풀이될 것이다.

127) 독일의 판례·통설로 다뤄지고 있다. 林·身, 前掲論文, 503面 註35 참조.

128) Canaris, a. a. O., S. 240f. 참조.

129) 선의자는 상대적인 관계에 있어서만 권리를 가지는 것이 아니라, 완전한 어음상의 권리를 취득한다. 그러므로, 선의자로부터 양도를 받은 자는 그 선의·악의 여하를 불문하고 권리를 취득한다고 풀이된다. Canaris, a. a. O., S. 521 참조 : 이에 대하여, 권리외관설의 적용의 결과는 상대적이라(선의자에 대한 ②항변의 주장이 제한되는 결과, 선의자가 권리를 취득한 것과 같이 취급된다)고 풀이한다면, 채무자는 선의자로부터 환수한 배서인에 대하여 ②항변을 재대항할 수 있다고 풀이되는 것은 아닐까.

②항변을 주장하는 것은 허용되지 않고,¹³⁰⁾ 원인관계의 항변을 주장하는 수밖에 없다고 풀이되는 것은 아닐까.¹³¹⁾

즉, 어음을 환수한 배서인에 대하여, ②항변의 재대항이 인정되는가 여부는 ②항변을 선의자에게는 대항할 수 없다고 하는 결론을 도출하는 이론구성—어음이론—여하의 문제에 귀착한다.

(3) 무권리의 항변

어음채무자가 어음을 선의자로부터 환수한 배서인에게 주장할 항변이 ③항변, 즉 무권리의 항변의 경우에도 ①항변의 경우와 마찬가지로 항변의 재대항이 인정되는 것으로 일반적으로 풀이되고 있다.¹³²⁾ 그러나, 환수의 법률구성 및 선의취득의 효과에 관한 학설의 해석을 전제로 하는 한, 이와 같은 결론을 도출하는 것은 이론상 곤란할 것이다.

무권리자로부터 선의·무중과실로 어음을 취득한 자는 무권리의 항변의 대항을 받지 않는다(어음법 제16조 2항). 학설에 의하면, 선의 취득의 효과는 선의자에 의한 권리취득이고,¹³³⁾ 따라서 선의취득의 결과, 舊소지인은 어음상의 권리를 상실한다고 풀이되고 있기 때문이다.¹³⁴⁾ 어음을 환수한 배서인은 소지인 즉, 선의자가 가지는 권리를 승계취득한다. 배서인에 대한 무권리의 항변의 재대항을 인정하기 위해서는 무권리자인 배서인이 환수한 결과, 일단 권리를 상실한 구소지인이 다시 권리자로 되는—배서인은 여전히 무권리자라고 하는—법률상의 근거가 필요할 것이다.

이 점에서 주목되는 것은, 독일의 학설이 채용하고 있는 「무권리자의 환(재)취득(Rückerwerb des Nichtberechtigten)」의 이론이다. 독일의 학설은, 무권리자가 일단 선의자에게 양도한 동산을 환(재)취득한 경우에,¹³⁵⁾ 소유권이 구소지인에게 복

130) 이에 대하여, 伊澤和平, 前掲論文, 1629面 註16 ; 川村正幸, 前掲論文, 82面 이하는 반대의 결론을 취하는 것으로 보인다.

131) 어음행위에 민법의 의사표시에 관한 규정이 적용된다고 하는 설에 의하면, 의사표시의 무효·취소를 제한하는 규정(민법 제108조 2항·110조 3항)이 있는 경우에, 채무자는 선의자에게 무효 또는 취소를 대항할 수가 없다—그 결과, 제3자의 수증에서 어음채무가 발생한다—고 풀이된다. 취소를 대항할 수 없는 것은 선의자에 대한 관계에 있어서 취소의 효과를 주장할 수 없는 것을 의미한다(鳩山秀夫, 法律行爲乃至時效, 171面). 따라서, 배서인이 선의자로부터 어음을 환수했다고 하더라도 어음채무자는 배서인에 대하여 취소의 효과를 주장할 수 있다고 풀이하는 것은 불가능한 것은 아닌 것으로 보인다.

132) 豊崎光衛, “善意取得,” 手形法·小切手法講座Ⅲ, 156面 ; 高窪利一, 手形法·小切手法(法律學30講), 166面 ; 日大阪地判 1954. 5. 7, 下級民集 第5卷 5號 649面.

또한, 독일에서도 일반적으로 이와 같이 풀이되고 있다. Staub-Stranz, a. a. O., Art. 14, Anm. 7a 참조

133) 松本丞治, 手形法, 59面 참조

134) 石井照久, 前掲書, 53面 참조

135) 구체적으로는 환(재)취득이 무권리자와 선의자와의 사이에 법률관계의 청산

귀하는 경우가 있는 것으로 풀이하고 있다.¹³⁶⁾ 이상의 이론에 의하면, 어음의 환수의 경우에도 무권리자인 배서인이 선의자로부터 어음을 환수했다고 하더라도, 어음상의 권리는 구소지인에게 복귀하고, 따라서 배서인은 무권리의 항변의 대항을 받는다고 풀이될 것이다.¹³⁷⁾

그러나, 「무권리자의 환(재)취득」 이론의 법률상의 근거 그 자체는 반드시 명확하다고는 할 수 없고, 또한 이 이론을 부정했다고 하더라도, 구소유자는 채권법상의 반환청구권을 가지고 있는 것이 통상이고, 따라서 결론에 있어서 차이는 적다고 하는 지적이 있다.¹³⁸⁾ 이상과 같은 지적은 어음의 환수의 경우에도 타당할 것이다. 즉, 어음의 소지를 상실한 자가 어음을 선의자로부터 환수한 배서인에 대하여 무권리의 항변을 다시 주장할 수 없다고 하더라도, 통상의 경우에는 구소지인은 어음외의 관계로부터 생기는 반환청구권을 가지고 있고,¹³⁹⁾ 따라서 이를 주장하여 이행을 거부할 수 있으며, 또한 어음의 반환을 구할 수도 있는 것으로 보인다.¹⁴⁰⁾ 환수의 경우에 무권

(Rückabwicklung)으로서 이루어진 경우, 무권리자가 담보 때문에 동산을 양도한 후에, 채무를 변제하여 환취한 경우 등이다. Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 11. Aufl., S. 473 참조

136) Wolff-Raiser, Sachenrecht, 1957, S. 257f ; Staudinger-Berg, Kommentar zum Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl., Art. 932, Anm. 35 ; Palandt-Bassenge, BGB, 40. Aufl., S. 1037 ; 好美清光, 注釋民法(7), 138面 이하

137) Canaris, a. a. O., 240f ; Hueck-Canaris, a. a. O., S. 107f ; Zöllner, a. a. O., S. 110

138) Wiegand, Juristische Schulung, 1971, S. 62ff 참조 ; 결론에 있어서 차이는 무권리자의 채권자가 동산을 압류한 경우, 무권리자가 파산한 경우에 나타나는 데 불과하다. Quack, Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 4, 1981, Art 932, Rdn. 76ff. 참조

139) 구소지인이 어음을 환수한 배서인에 대하여 무권리의 항변을 주장하는 경우에는 원인관계가 흠결하고 있든가, 또는 원인관계에 하자가 있는 것이 통상일 것이다.

140) 伊澤和平, 前掲論文, 1624面 이하에서는, 후술하는 바와 같이 무권리의 항변은 어음을 환수한 배서인이 재대항받지 않는다고 하는 전제에 서서, 어음을 도취한 자는 불법행위에 의한 손해배상채무를 지고 있고, ㉠환수한 후에 있어서 이 채무를 이행하지 않는 경우에는 어음을 반환해야 하고, 따라서 실질적으로 무권리자와 동시할 수 있는 지위에 서지—다른 채무자는 소지인이 실질적으로 무권리자라고 하는 항변을 주장할 수 있지—만, ㉡이 채무를 이행한 경우에는 본래의 소지인에 대하여 권리를 행사할 수 있다고 풀이한다.

이상의 ㉡의 경우에 있어서의 결론에는 문제는 없지만(이 경우에, 非권리자의 처분의—소급효가 있는—추인의 이론을 적용할 여지가 있을 것이다), ㉠의 경우에 손해배상채무를 부담하는 것으로부터, 바로 어음을 반환해야 할 의무가 있다고 할 이유는 명확하지 않고(구소지인이 환수한 배서인에 대하여 손해배상채권과 어음채권과의 상계를 주장한 경우는 별도일 것이다), 따라서 손해배상채무를 이행하고 있지 않다고 하더라도 환수한 배서인이 실질적으로 무권리자와 동시할 수 있다고 할 이유는 없다(어음채무자가 다른 채무자가 가지는 상계권을 원용할 수 있다고 할 근거는 없다. Stranz, a. a. O., Art. 47, Anm. 8 참조). 선의자로부터 어음을 환수한 배서인은 어음상의 권리를 선의자로부터 승계한다고 하는 전제에 서는 한, 배서인이 권리자라는 것은 이론상 당연하고, 이 경

리의 항변의 재대항을 인정해야 하는가 여부의 대립은 구소지인과 무권리자와의 관계에 있어서는 이상의 차이를 가져오는 데 불과하다.

어음을 환수한 배서인에 대하여 무권리의 항변을 재대항할 수 없다—즉, 무권리자인 배서인이 환수에 의하여 권리를 승계취득한다—고 하는 결론 자체가 부당하다고 한다면, 그 이론적 근거를 선의취득의 효과는 반환의무의 부정, 즉 반환청구의 제한에 불과하다(어음법 제16조 2항)고 하는 해석에서 구할 수밖에 없을 것이다.¹⁴¹⁾ 그러나, 이와 같은 해석이 선의취득자의 보호에 문제를 남기는 것은 말할 것도 없다.¹⁴²⁾

이상을 요약한다면, 어음의 환수의 경우에 무권리의 항변의 재대항을 인정하는 해석은 구소지인·무권리자 간의 법률관계에 있어서는 재대항을 부정하는 설과 실질상의 차이가 적고, 또한 이론상의 근거도 명확하다고는 할 수 없다고 풀이된다.¹⁴³⁾ 오히려, 어음을 환수한 배서인에 대하여 변제하는 채무자의 보호의 관점에서는 선의자로부터 환수한 배서인은 무권리의 항변을 재대항받지 않는다—배서인은 선의자의 권리를 승계취득한다—고 하는 해석이 타당하지 않을까.¹⁴⁴⁾

6. 선의취득자의 개재와 무권리의 항변절단 여부

예컨대, A가 B를 수취인으로 하여 약속어음을 발행하고 B는 C에게 배서하였는데, 이는 어음상의 권리를 양도하기 위해서가 아니라, C에게 숨은 어음보증을 하기 위한 때문이었다. 그리고 나서, C는 숨은 어음보증의 취지로 배서하여 D에게 어음을 교부했다고 하자. 이 경우, C가 배서 이전에 이 어음으로 A에 대하여 청구했다고 하더라도 A로부터 무권리의 항변의 대항을 받게 될 것이다. 이 경우, 어음상의 권리는 실질적으로 보아 B로부터 D에게 양도되었다고 봐야 하고, C는 권리자가 아니라고 봐야 한다. 가령, B로부터 배서를 받고 있는 것을 이유로 형식적으로는 권리자라는 것을 인정했다고 하더라도, 실질적으로는 무권리자이어서 무권리의 항변의 대항을 받는다고 해야 한다. 그런데, C가 D로부터 어음을 환수한 경우에는 무권리의 항변의 대항을 받지 않으므로 A에 대하여 청구할 수 있다고 하지 않을 수 없다. 또한, 이를 단순화하기 위해 D는 B로부터의 승계취득에 의해, 또는 만일 그것이 인정되지 않는 경우에 있어서도 선의취득에 의해, 어음상의 권리자로 된다. 왜냐 하면, 공연한 어음보증

우에 배서인의 실질적 무권리를 문제로 할 근거는 없다.

141) 이상의 해석에 의하면, 어음이 선의취득되었다고 하더라도 구소지인은 여전히 권리자라고 풀이된다.

142) 松本蒸治, 前掲書, 59面 참조

143) 川村正幸, 前掲論文, 85面 이하 참조

144) 선의자로부터 환수한 배서인은 무권리의 항변을 재대항받지 않는다고 하는 설에 의하면, 이 경우의 배서인의 지위는—통상은—원인관계가 배서 후에 소멸한 경우에 있어서의 소지인의 지위와 실질적으로는 동일할 것이다.

에 있어서 어음을 환수한 어음보증인이 전자(피보증인·주채무자를 포함하여)에 대하여 어음상의 권리를 취득한다고 하는 것은 어음법 제32조 3항이 명문으로 규정하는 바이고, 이것과 이익상황이 거의 다르지 않는 본건의 경우에 있어서도 동일하게 풀이해야 하기 때문이다.

이를 알기 쉽게 설명한다면, C가 B를 위하여 공연한 어음보증을 한 경우와 비교해 본다면 좋다. 덧붙여서, 본건과 유사한 이익상황이 되는 경우로서는 C가 공연한 어음보증을 한 경우 외에, C가 B의 무권대리인으로서 D에게 배서를 하고 D로부터 무권대리인의 책임을 추궁받아 이를 이행하고 어음을 환수한 경우(어음법 제8조는 무권대리인이 어음의 지급을 한 경우에는 본인과 동일한 권리를 가진다고 규정하고 있다.), B가 C에게 권리를 양도하기 위하여 배서를 했지만 교부행위에 瑕疵가 있었거나 欠缺하고 있던 경우에 C가 D에게 배서·환수한 경우(D는 BC간의 사정에 관해 선의였던 경우) 등을 들 수 있을 것으로 사료된다. 이들의 경우, C가 D로부터 어음을 환수하기 전에는 비록 어음을 소지하고 있었다고 하더라도 무권리자라고 할 수 있지만, D로부터 어음을 환수한 경우에는 A에 대하여 청구할 수 있다고 풀이해야 할 것이다. 또한, BC간의 관계에 의해 C가 A에게 청구할 수 있는가 아닌가를 결정하는 해결방법은 앞의 예의 C가 B를 위하여 숨은 어음보증을 한 경우 및 바로 위에서 든 각 사례에 있어서도 응용할 수 있다고 사료된다. 그리고 C가 B의 무권대리인인 경우에 관하여, 일부 견해는 일률적으로 본인인 B의 C에 대한 어음반환청구권을 부정하고, C의 A에 대한 청구를 일률적으로 인정하고 있지만,¹⁴⁵⁾ C가 A에게 청구할 수 있는가 여부는 BC간의 관계에서 C가 실질적 무권리로 되는가 여부에 따라 해결되어야 하고, 어음법 제8조도 이와 같이 해석해야 할 것이다.

위의 예 등에서 고찰하여 볼 때, AC간의 인적항변이 무권리의 항변인 경우에는 C가 배서양도 이전에는 A로부터 그 대항을 받는 지위에 있었던 경우에도, 어음상의 권리자인 D로부터 환수한 이상, 환수 후에 A에게 청구한 경우에는 그 대항을 받지 않는다고 풀이하는 것이다.¹⁴⁶⁾ 종래에는, 무권리의 항변의 경우에도 舊항변은 부작한다고 고찰되고 있었다고 사료된다.¹⁴⁷⁾

이와 같이 풀이하는 것에 대해서는, 예컨대, C가 B로부터 어음을 도취한 자와 같은 경우(B가 도취자인 C에게 배서를 한다는 것은 터무니없다고 생각할 지 모르지만, B가 백지배서를 하고 있던 중 竊取당한 경우라고 생각한다면 될 것이다), 비록 선의 취득자인 D로부터 환수한 경우에도 A로부터 무권리의 항변을 대항받는다고 풀이해야 하는 것은 아닌가 하는 의문이 제기되는 것처럼 보인다. 그러나, 이와 같은 경우에는 다음과 같이 고찰해야 하는 것은 아닐까?

145) 服部榮三, “手形行爲の代理,” 手形法小切手法講座一卷, 180面 註4

146) 伊澤和平, 前掲書, 1625面

147) 豊崎光衛, 前掲論文, 156面 : 日大阪地判 1954. 5. 4, 下級民集 第5卷 5號, 649面

즉, C는 어음을 선의취득한 자인 D로부터 환수한 후에 있어서도, B와의 관계에 있어서는 통상 어음을 반환할 의무를 지고 있는 상태에 있다(D가 선의취득한 이상, B는 어음을 반환할 것을 일반적으로 주장할 수는 없게 되지만, C와의 관계에 있어서는 통상 주장할 수 있다고 풀이해야 할 것이다.)고 하는 것은 C가 B로부터 어음을 도취한 경우에는 C는 B에 대하여 불법행위에 의한 손해배상채무를 지고 있지만, 어음을 환수한 후에도 통상 이 의무는 이행되지 않고 있고, 이 의무를 완수하지 않은 이상, B에게 어음을 반환해야 하기 때문이다. 그렇다고 한다면, C는 실질적으로는 무권리와 동시해야 할 지위에 서는 것이고, A는 무권리의 항변을 제출할 수 있게 된다.(요컨대, 이 문제는 앞서 본 타인의 인적항변 원용의 가부에 관한 문제 중 '후자의 항변원용의 문제'에 해당하는 것이고, BC간에 인적항변이 존재하는 결과, C의 실질적 무권리를 초래하고, 따라서 A는 B가 가지는 인적항변을 원용할 수 있다고 보기 때문이다.). 그러나, A가 환수 후의 C에 대항할 수 있는 항변은, 이른바 순수한 무권리의 항변(C가 도취자라고 하는 항변)이 아니라(C는 D로부터 어음상의 권리를 양수한 것이므로, A와의 관계에 있어서도 무권리자는 아니라고 풀이해야 한다.), BC간의 관계로부터 생긴 항변인 셈이다. 이와 같이 풀이한다면, 반대로 C가 B에 대하여 손해배상채무를 이행한 경우 등 어음상의 권리를 행사하는 데 관하여 실질적 이유를 가지고 있는 경우에는 어음을 환수한 C는 B에게 어음을 반환할 필요가 없고 A에 대하여 청구할(A로부터 무권리의 항변은 대항받지 않으므로) 수 있게 된다. 이와 같은 경우에는 C의 A에 대한 권리 행사를 허용하는 것은 부적절하지 않다고 사료된다. 이성과 같이, 어음을 환수한 C가 또한 A로부터 항변의 대항을 받지 않는다고 하는 것이 부당하다는 것은, C는 환수 후에도 통상 B에 대하여 어음을 반환할 의무를 지고 있기 때문이고, A로부터 舊항변인 순수 무권리의 항변의 대항을 받기 때문은 아니라고 고찰할 수 있다. 덧붙여, C가 어음을 환수하기 전에는, A는 C에 대하여 '순수 무권리의 항변'과 'C는 실질적으로 무권리라는 항변'과의 양자를 대항할 수 있는 경우도 있을 수 있게 된다.

7. 종전의 지위에 기한 권리의 주장 여부

그밖에, 상환의무를 이행한 약속어음의 수취인이 발행인에 대하여 어음금의 지급을 소구한 때, 상환의무를 이행한 사실을 주장하지 않고 수취인인 자격에 기하여 청구한 사안에 관하여, 약속어음의 수취인이 어음을 타인에게 배서양도한 후 상환의무를 이행하여 어음을 환수한 경우에는 이에 의하여 어음의 제1차 소지인으로서 발행인에 대하여 가진 어음상의 권리를 회복하는 것이고, 결코 상환청구자가 가진 권리를 승계한 것은 아니라고 하여, 상환의무를 이행한 사실관계를 주장하지 않고 단지 수취인인 자격에 기하여 발행인에 대하여 어음금 및 이를 지체한 때 이후의 법정이자 지급을

청구하는 것은 하등 법률상의 지장을 주지 않는다고 하고 있다.

본건의 문제점은 어음의 소지인이 어음금의 지급을 청구하는 데는 어떠한 사실을 주장 입증할 필요가 있을까 라고 하는 것이다. 이를 현재의 고찰방법에서 말한다면, 배서가 연속하고 있는 어음금의 지급청구를 하고 있는 경우에는, 당연히 어음법 제16조 1항의 적용의 주장(즉 자기에게 형식적 자격이 있고, 법률상의 권리자로서의 추정을 받는다는 주장)이 있는 것이라고 풀이해야 되는 것이고,¹⁴⁸⁾ 본건에 있어서 수취인이 배서가 연속하고 있는 어음으로 청구하고 있는 것이라면, 어떠한 경로로 어음상의 권리를 취득했는가 하는 것과 같은 것은 일체 주장할 필요가 없는 것이다. 그리하여, 본건에서는 수취인이 자기 이후의 배서를 말소하고 있다면, 배서의 연속이 있는 어음의 소지인으로서 문제가 없지만, 말소하지 않는 경우에는 약간 문제가 있다. 그러나, 상환의무자가 어음을 소지하고 있는 이상, 자기 이후의 배서를 말소하지 않더라도 환수에 의하여 어음을 취득한 것으로 법률상의 추정(형식적 자격)을 인정하는 것이 대체적인 견해이므로,¹⁴⁹⁾ 본건에 있어서는 수취인의 자격을 인정할 수 있고, 따라서 수취인은 본건 어음을 소지하여 발행인에게 지급청구한 이상, 그 이상 하등의 주장을 할 필요는 없다고 하게 될 것이다. 이상과 같이 풀이한다면, 본건 판지가 권리부활설과 권리재취득설의 대립으로 언급할 필요는 전혀 없다고 하는 것이 될 것이다. 다만, 가령 수취인이 어음을 소지하고 있는 것만으로는 형식적 자격이 있다고 하는 주장을 당연히 하고 있는 것으로는 인정되지 않고, 그 주장을 하지 않는 이상 실질적인 권리이전과정을 주장 입증할 책임이 있다고 풀이할 것인가, 또는 자신 이후의 배서를 말소하지 않은 수취인에게도 형식적 자격이 인정되지만, 그것은 마치 권리부활설의 입장에서만 설명할 수 있다고 하는 입장¹⁵⁰⁾을 취한다면, 본건 판지가 양설의 대립에 언급한 것도 의미가 없는 것은 아닐 것이다. 그러나, 앞의 견해는 전술한 현재의 고찰방법에 따라 풀이해야 하는 데 있어서 적당하지 않고, 또한 후자의 입장에 대해서도 다음과 같이 반론을 할 수 있을 것이다. 즉, 형식적 자격은, 배서의 연속이 있는 어음의 소지인에게는 권리자로서의 개연성(추정)이 인정되는 것으로부터 도출되는 것이므로, 형식적 자격이 있는가 여부는 이 개연성이 있는가 여부에 의해 결정하는데 있어서 권리부활설과 권리재취득설의 대립과 같이, 상환자가 어떠한 권리를 가지고 있는가 라고 하는 실질적 권리의 문제와는 차원을 달리하는 것이므로, 양설의 대립을 형식적 자격에 관한 문제로 엮어매는 것은 잘못이 아닐까 한다.

148) 日最高判 1970. 6. 24. 民集 第24卷 6號 712面

149) 田中耕太郎, 前掲書, 468面 : 伊澤孝平, 前掲書, 478面 : 鈴木竹雄, 前掲書, 300面 註 17 : 이와는 달리, 大隅健一郎·河本一郎, 増補手形法小切手法, 1964. 318面은 거절증서작성면세의 경우에 상환자가 단지 어음을 소지하고 있는 것만으로는 형식적 자격을 인정받지 못한다고 한다. 또한, 田中誠二, 前掲書(下), 649面은 형식적 자격을 일률적으로 부정하고, 사실상의 추정이 될 뿐이라고 한다.

150) 伊澤孝平, 前掲書, 478面

VI. 결 어

어음환수의 경우에 항변 대항의 관점에서 본 현재까지의 학설의 동향은, 배서의 효력의 측면에 있어서는 채권양도를 부정하는 권리회복설(조건설을 포함)에서 채권양도설에의 전개, 어음이론—항변절단의 법률상의 근거를 설명하는 이론—의 측면에 있어서는 이른바 청약설(Offertentheorie)에서 권리의관설에의 전개, 환수에 의한 권리취득의 법률구성의 측면에 있어서는 권리의 「회복」에서 권리의 「재취득」에의 전개의 과정이라고 요약할 수 있을 것이다. 학설은 배서는 채권양도와 본질적으로 다른 것이 아니라고 풀이하고, 배서에 인정되고 있는 항변절단의 이론적 근거를 권리의관설에서 구하고 있다. 이상의 해석을 전제로 하여, 환수에 의한 권리취득은 소지인이 가지고 있던 권리의 재취득으로 구성하여, 환수의 경우에 있어서의 항변의 재대항 및 제한의 문제를 검토한다고 하는 것이 현재 학설의 일반적 경향이다.

즉, 소구절차에 있어서 상환환수를 한 배서인의 지위는 이전의 지위를 부활한 것인가(권리부활설), 그렇지 않으면 강제된 의무이행에 의한 것이기 때문에 새로운 권리취득이라고 풀이할 것인가(권리재취득설), 학설상 대립하고 있지만 권리재취득설쪽이 다수인 것 같다. 그렇다면, 어음상의 권리이전과정에 있어서의 선의자 개재와 악의자라고 하는 동일한 이익상황의 문제인 데도, 사례〔ii〕에 있어서는 C에게 악의의 항변으로 대항할 수 있음에도, 사례〔iii〕에 있어서는 권리행사를 인정하는 것이 되어 불균형이 생기는 것은 아닌가 라는 의문이 있다.

이를 풀기 위한 실마리로서, 기본적으로는 선의자에 대항할 수 없는 항변은 인적항변(어음법 제17조), 어음채무의 존재에 관한 항변, 무권리의 항변(어음법 제16조 2항)으로 세분하여 고찰하여야 하고, 각각에 응한 규제가 돼야 하는 것은 아닌가 하는 바탕에서 이 논문은 이론구성되고 있다. 그리하여, 本稿는 구체적으로 어떠한 항변이, 어떠한 근거에 기하여 위의 어느 항변에 해당한다고 해석해야 하는가를 논하는 것이 아니라, 이론상 그 성질이 다른 이상의 항변은 어음의 배서 또는 역배서에 의한 이전이나, 환수의 경우에 어떠한 규제를 받아야 하는가를 다룬 것이다.