

수표의 被詐取와 피해자의 보호

梁 碩 完*

目 次

- | | |
|-------------------------|-------------------------------|
| I. 문제의 제기 | 3. 이익과 부도처분과의 관계 및 제재 |
| II. 수표의 부도와 被詐取 | V. 통일어음법계의 피사취 등에 따른 수표항변 |
| 1. 수표·어음의 부도사유 | 1. 논거 |
| 2. 수표의 피사취와 그 태양 | 2. 피사취 수표항변의 요건 |
| III. 수표의 피사취에 대한 구제책 | VI. 영미어음법계의 피사취 등에 따른 제3자의 항변 |
| 1. 사기와 도난 또는 상실과의 비교 | 1. 피사취와 권리의 이전 |
| 2. 사기를 원인으로 하는 수표행위의 취소 | 2. 일반원칙 |
| 3. 지급위탁의 취소 및 사고신고 | 3. 예외적으로 주장할 수 있는 제3자의 항변 |
| IV. 지급인에 대한 이익 | VII. 맺는 말 |
| 1. 이익제기권자 | |
| 2. 이익의 효과, 그 취소 및 남용 | |

I. 문제의 제기

원래 한 장의 수표 위에는 여러 수표행위가 독립하여 존재하며, 각 수표채무자는 그가 당해 수표소지인에게까지 절단됨이 없이 승계됨으로써 대항할 수 있는 항변만을 수표소지인에게 대항할 수 있다. 따라서 동일한 수표상에 기명날인 또는 서명한 각 채무자의 수표채무는 각각 독립한 것이고, 자기가 가지는 항변을 제외하고 타인이 소지인에 대하여 가지는 항변을 원용하여 지급을 거절할 수 없는 것이 원칙이다. 이를 수표항변의 개별성이라고 부른다.

그런데, 수표에 있어서는 수표발행인이 지급인에게 '일정한 금액을 무조건 지급위탁하고 있는' 지급위탁증권이고, 지급인은 은행 및 법령에 의하여 은행과 同視되는 사람 또는 시설

* 제주대학교 법정대학 법학부 교수

로 그 자격이 한정되고 있다. 따라서 수표발행인은 수표소지인에게 직접 지급책임을 부담하지 않는 소구의무자에 불과한 지위에 머물러 있고, 수표소지인의 수표금청구권에 대한 지급책임을 따로 지급인이 직접 부담하고 있다. 그리하여, 지급인이 위 수표항변의 개별성의 원칙에 따라 수표발행인과 같은 수표채무자가 가지고 있는 항변으로 대항할 수 없는 경우에는 수표소지인의 청구를 거절할 수 없게 된다. 그렇다고 하여, 소지인의 수표금액의 청구를 인정한다면 수표소지인에게 이증으로 지급하는 결과가 되고, 이는 법의 정신에서 볼 때 용인할 수 없는 일이다.

이와는 달리, 수표소지인의 피사취로 인한 피해를 구제하기 위한 방법으로서 제2차적 수표채무자에 대한 소구권의 행사·모든 수표채무자에 대한 간편한 강제집행절차·원인관계에 의한 채권행사·수표법 및 부정수표단속법 등에 의한 형사처벌 등이 있다. 아울러, 어음교환소가 그러한 부도수표·어음을 발행하는 자에 대하여 하는 거래정지처분(부도처분)이 있다.

그러나, 수표의 부도사유의 하나인 「사고신고서 접수」의 원인이 되는 被詐取의 경우에는 다른 원인인 도난·분실의 경우와 비교할 때, 사기에 있어서는 범죄의 실행과 함께 피해자에 의하여 임의로 수표의 점유이전이 이루어지는 점에서 피해자의 의사와 무관하게 수표 점유의 이전이 이루어지는 도난·분실과 다르다. 즉 사기의 경우에는 하자는 있지만 피해자 자신이 손수 수표를 교부하는 점에서 도난·분실과 구별하게 되며, 이 때문에 사고신고에 따른 공시취고절차를 밟지 못하는 사유로 작용하게 되어 피사취 수표에 대한 제권판결조차 받을 길이 막히는 결과를 초래한다.¹⁾

더 나아가, 수표를 사취당한 경우에는 사기에 의한 의사표시나 수표행위의 취소 또는 지급위탁의 취소 등에 의하여 원상회복을 이룰 방법은 없지 않지만, 이들 방법은 수표에 관해서는 그다지 효과가 없으므로 지급인에 대한 지급금지 제도나 이의신청 제도가 확립되고 있지 않는 현재, 수표를 사취당한 피해자의 보호방법에 대하여 검토할 필요가 있게 된다.

이에, 이 논문은 사기를 당해 수표를 교부한 경우의 법적 성격을 밝히고, 그로 인한 피해자를 보호하기 위한 수표법 및 민사소송법 등의 구체책을 분석함과 아울러 이에 관한 수표항변을 둘러싼 논의에 대하여 독일과 영미법을 중심으로 비교법적인 고찰을 함으로써 해석론적 체계를 가다듬고자 하는 데 그 목적을 두고 있다.

1) 민사소송법 제463조에 의하면, 공시취고를 신청할 수 있는 사유는 수표·어음 등을 '도난·분실·멸실'하거나 이와 同視할 수 있는 경우에 한한다. 수표를 '詐欺·횡령'당했다는 사유는 공시취고의 사유가 되지 못한다(大判 1989. 7. 11. 다카 2445 : 1974. 4. 9. 73 다 1630).

II. 수표의 부도와 被詐取

1. 수표·어음의 부도사유

어음교환소규약이 규정하고 있는 환어음·약속어음 및 수표의 부도반환사유는 아래와 같다. 이는 수표·어음 이외의 교환에 회부된 기타 증서에 대하여도 준용된다.²⁾

① 예금부족 또는 지급자금의 부족

가장 전형적인 부도사유이다. 수표의 경우에는 부정수표가 되어 부정수표단속법에 의하여 형사처벌을 받는다.

② 무거래

수표의 경우에는 수표법 및 부정수표단속법에 의하여 처벌을 받는다.

③ 형식불비(인감누락, 서명 또는 기명누락, 인감불선명, 정정인누락 또는 상이, 지시금지위배, 횡선조건위배, 금액·발행일자誤記·배서불비·약정용지상위)

이 가운데 어떤 것은 수표·어음요건이 흠결된 것이거나(인감누락·서명 또는 기명누락 등) 또는 어음법, 수표법에 위반(지시금지위배·횡선조건위배)되기 때문에 어음법 수표법에 의해서도 당연히 부도사유가 되는 사항이 있는 반면에, 어떤 것은 어음법 수표법에 의해서는 아무런 문제가 없는 것(인감불선명·정정인누락·금액 또는 발행일자誤記·약정용지상위 등)을 부도사유로 한 것도 있다. 이 후자를 부도사유로 하는 것은 수표·어음의 문인증권성과 상충되는 점이 있다. 형식불비의 부도사유가 예금부족 또는 무거래와 경합할 경우에는 예금부족 또는 무거래를 부도사유로 하여 부도처리한다.

④ 안내서未着

수표·어음은 실질관계와 절단된 無因증권인데 이를 부도사유로 하는 것은 수표·어음의 무인증권성과 상충되는 점이 있다.

⑤ 사고신고서접수(분실·도난·被詐取)

피사취부도는 원인관계(구입상품의 반환 등)와 결부시킨 부도사유로서 이는 실무에서도 자주 이용되고 있는데, 이를 부도사유로 하는 것은 수표·어음의 무인증권성과 상충되는 점이 있다.

예컨대, 어음을 분실·도난·사기당한 경우에는 약속어음의 발행인은 사고신고서를 제출함과 아울러 어음금 상당액을 사고신고담보금으로 예탁하여야 한다. 사고신고담보금은 어음지급대금의 부족을 은폐하거나 거래정지처분을 면탈하기 위한 허위의 사고신고가 아님을 보장하고, 정당한 어음권리자로 판명된 자에 대한 어음금지급을 담보하기 위한 것이다. 따라서 어음소지인이 정당한 권리자로 판명된 경우에는 어음소지인이 受益의 의사표시를

2) 서돈각·정찬형, 「어음법·수표법」, 1992, 317~319쪽 참조

함으로써 지급청구권(우선적 지위)을 가지며, 어음소지인이 정당한 권리자가 아님이 판명된 경우에는 어음발행인이 그 반환청구권을 가진다. 과거에는 수표·어음발행인의 일반채권자가 위 담보금에 대하여 압류·轉付命을 받아 집행하는 예가 많아 소지인이 보호받지 못하였으나, 이후에는 위 신고가 진실이 아닌 경우에는 수표·어음소지인에게 위 담보금에 대한 우선적 지위를 보장하였다.³⁾

⑥ 위조·변조

위조자·변조자는 형법 및 부정수표단속법에 의해서도 형사처벌을 받는다.

⑦ 제시기간경과 또는 未到來(제시기간 미도래는 수표의 경우는 제외)

수표는 一覽出給증권이므로 제시기간 미도래는 있을 수 없고, 제시기간경과의 경우에도 다른 사유(도난·분실 등)로 인한 사고신고가 없으면 일반적으로 지급되는 것이 보통이다. 어음의 경우에도 주채무자의 거래은행(지급은행)은 지급제시기간이 경과한 어음에 대하여 주채무자(거래처)에 확인하여 지급할 수 있다.

⑧ 인감·서명相異

이는 신고된 인감(날인)이나 서명(기명)과 다른 경우인데, 이것은 수표·어음 자체의 효력과 무관하다. 참고로 우리 나라의 판례는 기명의 명의와 날인의 명의를 불일치한 경우에도 유효한 기명날인으로 보고 있다.⁴⁾

2. 수표의 被詐取와 그 대양

수표의 부도사유로서 「被詐取」나 계약불이행이 많이 거론되는 것은 앞서 본 바와 같이 어음의 경우와 흡사하다. 특히, 계약불이행 또는 단순한 채무불이행에는 사기의 확증이 없는 경우까지도 피해상황이 과장되는 수가 있을 것이므로, 잠재적으로는 피사취의 경우가 많을 것으로 보인다. 사기는 절도에 비한다면 파렴치성이 적다고 판단되지만, 수표·어음을 취급할 만한 자들 사이에서 조금도 줄어들지 않고 문화와 더불어 발달하는 간지(奸智)를 어떻게 다루어야 하는가의 관점에서 접근해야 할 것이다.

수표의 도난 또는 상실(분실 혹은 멸실)의 경우에 밝아야 할 절차에 관해서는 지급지주의에 의하므로, 공시최고절차가 가능하지만(민사소송법 제447조, 제463조), 앞서 본 바와 같이 피사취의 경우에는 도난이나 분실과 달리 임의교부한 것이라는 이유로 공시최고 신청은 허용되지 않는다고 풀이되고 있다.⁵⁾ 따라서 수표를 편취당한 경우에는 사기에 의한 의사표시나 수표행위의 취소 또는 지급위탁의 취소 등에 의하여 원상회복을 이룰 방법은 없지 않지만, 이들 방법은 수표에 관해서는 그다지 효과가 없으므로 지급인에 대한 지급금

3) 대판 1993. 9. 14. 93 나 16376 : 서울民地判 1987. 5. 12. 87 가합 1178

4) 대판 1978. 2. 28. 77 다 2489

5) 대판 1989. 7. 11. 87 다카 2445 : 1974. 4. 9. 73 다 1630

지 제도나 이의신청 제도가 확립되고 있지 않는 현재, 수표를 편취당한 피해자의 보호방법에 대하여 검토할 필요가 있게 된다.

수표의 편취에는 다음과 같은 예가 있다.⁶⁾

(1) A는 B에 대하여 100만원의 채무의 지급을 위하여, C를 지급인, B를 수취인으로 하는 150만원의 환어음을 발행하여 교부하였다. A는 C에 대하여 자금을 공급하지 않았지만, 자금이 공급된 것처럼 가장하여 B를 기망하고 거스름돈으로 B를 발행인으로 하는 50만원 수표를 발행하게 하여 이를 편취하였다.

(2) B 제과회사는 재료 구입을 위하여 월말 지급의 약속어음으로 A회사와 거래를 하였다. 월말이 되어 A회사의 관계자라고 칭하는 자로부터 종업원의 급료지급을 위하여 현금이 필요하게 되었다 하므로 B회사가 이에 응하게 되었고, 당일 A회사의 使者라고 칭하는 자가 청구서를 가지고 나타났다. 영수증은 잊어버렸지만 그 대신에 전무의 인감을 가져왔다고 하므로 B회사는 그 태도나 언행을 신뢰하여, 그 청구서와 교환하여 수표를 교부하였는데, 다음날 조사한 바에 따르면 A회사에서는 전혀 청구한 바 없다는 사실이 판명됨으로써 B회사는 위 수표가 사취당했다는 것을 알게 되었다.

(3) A는 그 자산을 가장하기 위하여, B에 대하여 「일주간만 대여하고 싶다. 용무를 마친 다음에는 반드시 반환하고 다른 사람에게는 양도하지 않을 것이므로----」라고 하여 B를 기망하고, B로 하여금 수표를 자기에게 교부하도록 하여 편취하였다(이른바 '뵈는 어음'의 경우⁷⁾).

(4) A는 B에게 「수표금을 수취하는 대로 주겠다----」라고 말하므로, B는 A의 언행이나 거동을 신뢰하여 A를 수취인으로 하는 수표를 발행하여 A에게 이를 교부하였지만, A는 수표금을 수취하는 대로 착복해 버렸다. 이 경우에는 사기인가 횡령인가 하는 형법상의 해석은 별론으로 하더라도, 수표의 교부와 동시에 사기가 행하여졌다고 가정하여 볼 수 있다.

(5) A는 B에 대하여 「자신은 B에 대한 채권자 C의 사용인(또는 사자)이므로 ----」라고 말하여 기망하고, B로 하여금 소지인출급식 수표를 발행 교부하게 하여 이를 편취하였다.

(6) 어떤 자가 B에 대하여 「자신은 B에 대한 채권자 A의 사용인(또는 사자)이므로 ----」라고 말하여 기망하고, B로 하여금 A를 수취인으로 하는 수표를 발행 교부하게 하여 이를

6) 大野實雄, "小切手の「被詐取」と被害者の保護," 「企業法の諸問題」, 1970, 84面 : 鈴木竹雄・佐藤良輔, 「不渡手形・小切手」, 191面 參照

7) '뵈는 어음'의 경우는 어음·수표의 대여에 의한 여신계약(원인계약)에 대한 사기가 있는 데 그치고, 발행행위 자체에 관하여 사기가 있는 것은 아니므로 취소도 인적 항변에 불과하다는 것으로는 小橋一郎, 「手形行爲論」, 303面 이하.

그러나, 발행행위시까지 기망당하여 誤信하는 상태가 계속되고 있는 점을 주의하지 않으면 안된다. 사기의 경우에는 임의교부가 이루어졌다고 일컬어지는 것이 보통이라고 하더라도, 그 경우의 임의성은 정상적인 상태에서의 임의성에 비한다면 상당한 차이가 있는 점에 주의해야 할 것이라는 지적으로는 大野實雄, 前掲論文, 85~86面.

편취하였다.

Ⅲ. 수표의 피사취에 대한 구제책

1. 사기와 도난 또는 상실과의 비교

도난 또는 상실(분실·멸실)의 경우에는 발행행위 또는 배서행위 등의 수표행위에 의하여 수표의 점유가 상실되는 것이 아니라, 절도, 유실, 망각, 소실 기타 수표행위와는 전혀 무관한 사실에 기인하고 있는 데 대하여, 사기의 경우에는 비록 기망되었다고는 하더라도 형식상으로는 적어도 발행·배서 등의 수표행위가 있게 되고, 그것도 강탈이나 갈취 등 위력을 행사한 결과라기 보다는 임의로 교부된 관계에 있기 때문에 수표를 편취(사기·횡령)당한 경우에는 공시최고의 신청이 허용되지 않는다.⁸⁾ 그러나, 사기의 경우의 임의교부는 정상적인 상황 아래에서의 임의교부와는 전혀 다르므로, 민사소송법 제463조는 입법상 미비가 아닐까 하는 의문이 없지는 않지만, 수표에 관한 한 유통기간이 단기인 관계상 그 피사취의 경우를 제외하더라도 지장이 없을지 모른다.

이른바 임의성의 존부가 위 두 경우를 구별하는 기준이 된다고 하더라도 진의에 바탕을 두지 않는 점유의 이탈이라는 점에 대하여는 양자 모두 동일하다고 할 수 있다. 100만원의 채무 지급을 위하여 150만원의 어음을 가지고 온 채무자에게 차액 50만원을 수표로 결제하는 것은 어디까지나 그 채무자의 성의를 신뢰했기 때문이고(위의 예(1)), 월말에 종업원의 급료가 지급되지 않고서는 분위기가 험악할 것이라고 우려했기 때문에 수표를 건네 준 것이며(위의 예(2)), '보는 어음'을 대부하는 것은 우정의 표시일 것이다(위의 예(3)). 만일, 상대방의 범의를 알아차리고서는 이상과 같은 성의나 우정이 수표행위로서 구체화될 리 만무하다고 한다면, 임의교부라고 하는 점에 상당히 중점을 두게 될 것이다.

공시최고절차가 인정되지 않는 이상은 피사취의 경우의 피해자의 구제방법은 사기에 의한 수표행위의 취소나 지급위탁의 취소 2가지 밖에 없을 것이다.

2. 사기를 원인으로 하는 수표행위의 취소

수표를 편취당한 피해자는 사기를 이유로 수표행위를 취소할 수 있다(민법 제110조). 취소의 의사표시의 상대방은 최초의 취득자인가 소지인인가를 묻지 않는다. 그러나, 그 취소는 선의의 취득자에게 대항할 수 없다(동 제3항). 민법의 이 원칙은 수표행위에도 적용되

8) 대판 1989. 7. 11. 87 다카 2445 : 1974. 4. 9. 73 다 1630

고, 수표의 선의취득자에 대하여는 수표행위의 취소를 주장할 수 없으므로(수표법 제21조 본문), 사기에 의한 취소는 인적항변 사유가 되는 데 불과하다. 즉 취득자에 악의 또는 중대한 과실이 있는 경우에 한하게 되므로 피해자는 선의를 다투고 그 악의 또는 중과실을 입증하지 않으면 안되지만, 수표의 지급제시기간은 단기이므로(수표법 제29조 제1항), 지급위탁의 취소를 했다고 하더라도 지급제시기간 내에는 효력이 발생되지 않는다고 규정되고 있기 때문에(동 제32조 제1항), 실제 문제로서는 수표금이 지급돼 버리고 말 우려가 있다. 그 후 소송의 결과, 취득자의 선의가 부정되어 승소했다고 하더라도 수표의 반환을 청구하는 것은 무의미하게 되므로(수표법 제34조), 손해배상을 청구하는 이외의 구제방법은 없고, 비록 이를 소구하여 승소했다고 하더라도 상대방은 대개 무자력 상태일 것이므로 손해의 회복을 기대하기는 어려울 것이다.

3. 지급위탁의 취소 및 사고신고

사기를 이유로 하는 취소는 실효를 거두기가 어려울 것이기 때문에 피해자는 수표법에 규정돼 있는 지급위탁의 취소에 의존하는 수가 많다. 그밖에 실무상으로는 이른바 사고신고를 내는 방법도 있다.

지급의 위탁은 언제라도 이를 해지할 수 있고(민법 제689조 제1항) 그 이유 여하를 불문하지만, 피사취는 지급위탁 취소의 유력한 이유가 됨은 물론이다. 그러나, 제시기간이 짧아 유통을 보호해야 할 필요상, 수표법은 지급위탁의 취소는 제시기간 내에는 효력을 발생하지 않고 기간경과 후에만 그 효력을 갖는다고 규정하고 있다(수표법 제32조 제1항). 따라서 지급인은 사기를 이유로 하는 지급위탁 취소의 사실을 알고 있었던 경우에도 유효하게 수표금의 지급을 할 수 있게 되지만, 그에 상응하여 소지인이 수표금지급청구권을 가진다고는 할 수 없으므로, 지급인으로서의 거래관계에 있는 발행인의 이익을 존중하고 소지인의 선의취득이 확인될 때까지는 수표금의 지급을 연기하는 것이 바람직스럽지만⁹⁾, 수표법에 따르면 이러한 조치를 강제할 수 있도록 하고 있지 않다. 그 점에서 지급위탁 취소의 제도도 피해자의 구제방법으로서만 만족스럽지 못하다고 할 수 있다.

다음으로, 사고신고는 수표법에 규정되어 있는 지급위탁의 취소와 달리 수표법과는 무관하게 위임자인 발행인으로부터 수입자인 지급인에 대하여 행하여진 지급정지 또는 지급연기의 신청이라고 풀이되므로, 그 신청이 이루어졌음에도 불구하고 수표금을 지급한 경우에는 위임사무 처리상의 선관주의의무(민법 제681조)의 위반이 될 우려가 있다.¹⁰⁾ 그러나,

9) 발행인으로부터 지급위탁의 취소가 이루어져서, 지급인이 지급을 정지하거나 연기한 경우에 당해 수표금액의 한도로 발행인은 수표자금의 처분을 할 수 없다고 풀이해야 하는 것은 아닐까 하는 의문이 있다. 大野實雄, 前掲論文, 89面

10) 大西武士, “小切手の事故届について”, 『手形研究』, 1965. 1月號, 43面. 또한, 수표금 지급금지의 취지를

사고신고가 수표법상 지급위탁의 취소에 해당하지 않는 경우는 물론, 비록 그에 해당되었다고 하더라도 제시기간이 경과하지 않는 한 지급인의 지급을 금지하거나 연기하도록 하는 강제력은 주어지지 않고 있다는 것은 전술한 바 대로이므로, 반드시 선관주의의무 위반이라고 할 수는 없지 않을까 한다. 사고신고를 접수한 지급인은 적극적으로 주의를 기울인다고 하더라도 소지인의 선의 악의를 판단할 의무까지 부담한다고 할 수 없다. 이와 같이 본다면, 실무상 행해지고 있는 사고신고의 방법도 또한 피해자의 구제방법으로써 충분하다고는 할 수 없다.

V. 지급인에 대한 異議

1. 이의제기권자

외국의 입법례를 참고해 본다면, 중화민국 어음법(票據法, 1929. 10. 30 공포) 제130조는 수표가 악의 또는 중대한 과실로 인하여 취득된 경우에는 제시기간이 경과되지 않았다고 하더라도 지급위탁의 취소를 할 수 있도록 허용하고 있으므로 수표를 사취당한 발행인은 동조에 기하여 지급위탁을 취소할 수 있고, 소구를 받은 경우에 소지인의 선의 또는 경과실을 다룰 수 있기 때문에 손해방지가 가능하다고 한다.¹¹⁾ 우리나라의 경우는 일본과 마찬가지로 이와 같은 입법은 이루어지지 않았다.

프랑스 수표법 제32조 제2항은 발행인은 수표의 상실 및 소지인의 파산의 경우에 한하여, 수표의 지급에 관하여 이의(opposition)를 제기할 수 있다고 규정하고 있다.¹²⁾ 프랑스 법에는 공시최고 제도가 없지만, 그 이의의 제도도 수표의 피사취의 경우에는 이용할 수 없다. 우리나라의 경우에는 일본과 마찬가지로 이의의 제도도 없다.

사기와 단순한 이행지체 또는 채무불이행과는 구별하지 않으면 안되지만, 전술한 예와 같이 사기인 것이 명백한 경우에는 제시기간 내라고 하더라도 지급위탁의 취소를 허용하던가, 그렇지 않다면 이의의 제도를 인정해야 하지 않을까 한다. 입법상 검토를 요한다.

이의란 지급인에 대하여 수표의 지급을 거절하도록 지시하는 의사표시이고, 이의를 주장할 수 있는 자는 발행인, 소지인, 발행인의 채권자, 소지인의 채권자이다. 이의의 방법은 구

기재한 사고신고는 절대로 받지 않는 은행도 있다고 한다.

11) 田中耕太郎·鈴木竹雄, 中華民國手形法, 中華民國法制研究會, 1934, 412面

12) 그런데, 판례는 2가지 경우밖에 이의를 인정하고 있지 않다. Ripert, G., *Traité*, t. II p. 106 ; 이에 대하여, 피사취의 경우에도 이의를 허용해야 한다는 주장으로는 Saffa, P., *Remarques sur la revendication du chèque et sur l'opposition à son paiement*, *Rev. trim. de d. com.*, 1966, N° . 1, p. 1 et suiv.

두나 서면에 의할 수 있다.

1) 발행인으로부터의 이의

수표의 발행인으로부터 지급인에 대하여 수표를 편취당했다는 이유로 이의가 제기된 경우에 지급인으로서 이에 관하여 단지 엄살에 불과한 것인가,¹³⁾ 진실로 사취당한 것인가를 판별하기가 곤란하다. 따라서 지급인으로서 이의의 취소가 없는 한, 거래관계에 있는 발행인의 이의를 존중하여 수표금의 지급을 연기해야 되지만, 한편으로는 소지인의 이익까지도 존중해야 하므로 당해 수표금액 상당의 한도 내에서 수표자금을 동결하고 그 범위 내에서는 발행인의 자금처분의 지시도 거부해야 할 것이다. 프랑스의 판례는 자금동결설을 채택했지만,¹⁴⁾ 자금은 소지인에게 이전한다는 전통적인 입장에서부터 비판이 제기되어 수표의 발행에 의한 지급의 위임은 언제라도 취소 또는 철회할 수 있는 것은 아니므로, 발행된 이상에는 수표자금의 인상이나 동결은 허용되어서는 아니 된다는 주장이 있고, 이에 대하여는 사기라는 단순한 구실로 허위 신청된 것이 명백한 경우에도 동결될 우려가 있다는 비판, 또는 동결은 장기에 걸치는 경우가 많고, 따라서 장기 동결은 지급인이 인수를 한 것과 같은 지위에 놓여 있는 것은 아닌가 하는 비판이 있다.¹⁵⁾

2) 소지인으로부터의 이의

수표를 편취당한 소지인은 지급인에 대하여 이의를 제기할 수 있다. 이 경우, 발행인의 성명 기타 수표요건을 통지하게 되므로 발행인을 통하여 이의를 신청할 필요가 없을 것이다. 소지인으로부터 편취된 수표는 범인이 스스로 이를 제시하지 않고 선의취득자를 거쳐 제시되기 십상이고, 만일 이의신청이 있기 전에 제시된 경우에는 그 이의는 전혀 무의미하게 될 것이다. 그러나, 적시에 이의가 제기되고 선의취득자에 대하여 지급 거절된 경우에는 선의취득자는 법 규정에 따라 전자에 대한 소구를 하게 되므로, 편취당할 당시의 소지인과 의 사이에서 정당한 권리자가 누구라는 것이 확정될 것이다. 이 경우에도 발행인의 수표자금은 위 확정에 이르기까지 동결돼야 할 것이다.

소지인출급식 수표를 제외하고 복본이 발행되고 있던 경우에 사기의 피해자인 소지인은

13) 단지 채무불이행이 있는 것을 가지고 '사기'라고 칭하여 이의를 신청하는 경우가 많을 것이지만, 그 중에는 수표의 수취인인 상품의 매도인에 대한 대금감액 또는 상계의 편의 등의 목적으로, 사기라던가 분실 등을 구실로 이의신청될 경우도 있을 수 있다. 중국에 있어서의 이와 같은 남용의 예에 관하여는 田中耕太郎·鈴木竹雄, 前掲書, 85面 參照

14) Ch. Req. 18 juin 1946. D 1946, 346, S.1946, I. 100. : 大野實雄, 前掲論文, 93面 註5 參照

15) Cabrillac, H., Le chèque et le virement, 1949, p. 46 ; Ripert, G., Traité, 1954, p. 798 : 大野實雄, 前掲論文, 93面 註6 參照

자기의 수중에 복본이 있는 경우에는 이에 의하여 수표자금의 지급을 받을 가능성이 없는 것은 아니므로(수표법 제49조 제1항), 만일 그것이 가능하다면 당초 이의를 신청할 필요조차도 없게 될 것이다.

3) 발행인의 채권자로부터의 이의

발행인에 대하여 채권을 가지는 자는 발행인이 수표의 지급인에 대하여 가지는 자금이 감소하는 것에 관하여 중대한 이해관계가 있으므로, 그 자금이 부정한 수단에 의해 감소하는 데 대하여 이의를 신청할 자격이 주어지지 않으면 안될 것이다. 다만, 당좌예금계약이 일종의 상호계산이라고 한다면, 계산 폐쇄 전의 추가채권을 압류할 수는 없으므로, 결국 이 경우의 이의도 일시적인 지급정지를 목적으로 하는 데 그칠 것이다.

4) 소지인의 채권자로부터의 이의

수표의 소지인에 대하여 채권을 가지는 자는 채무자가 때마침 한장의 수표를 사취당했다고 하더라도 다른 재산이 존재하는 한, 이의를 신청할 자격은 없지만, 채무자가 파산선고를 받는 경우에는 사정이 달라지므로 파산관재인으로부터 이의가 신청될 수 있다.

2. 이의의 효과, 그 취소 및 남용

사기를 이유로 하는 이의는 수표의 지급을 중지시키는 것을 목적으로 한다. 절대로 지급되지 않는다는 것은 아니지만, 수표법 제39조의 「수표의 지급이 있는 경우」에 해당하는 것은 틀림이 없으므로, 소지인은 수표법 제39조 이하의 규정에 따라 소구할 수 있음은 물론이다. 이 경우, 소구의무자의 사기에 의한 취소의 주장이 허용되는가, 소지인의 선의취득이 인정되어 사기에 의한 취소의 주장이 배척되는가는 구체적 사실에 따라 결정된다.

또한, 수표가 어음교환소에서 제시된 경우에는(수표법 제31조) 피사취를 사유로 하는 부도처분의 문제를 야기하지만, 이에 관하여는 후술한다.

다음으로, 이의가 신청됐는 데도 불구하고 지급인이 수표자금을 지급한 경우에는 어떻게 되는가. 전술과 같이 이의신청이 있는 경우에는 지급인은 수표자금의 지급을 중지하고, 더 나아가 소지인의 이익을 고려하여 수표자금을 동결해야 한다고 보지만, 이와 같은 조치를 강구하지 않아 수표의 지급이 이루어진 경우에는 발행인인 예금자와의 관계에서는 위임계약상의 채무불이행이 성립할 것이다. 또한, 기망당하여 배서한 배서인 등 소지인과의 관계에서는 소지인이 발행인을 통하여 이의를 신청한 경우에는 위와 같이 풀이되지만, 발행인을 통하지 않고 스스로 이의를 신청한 경우에는 사기의 범인에 대하여 불법행위를 원인으로

로 하는 손해배상청구를 하는 外에, 지급인에 대하여도 민법 제750조, 제760조 제1항을 적용할 여지가 있다면 그 책임까지도 물을 수 있을 것이다. 이 문제는 입법론상 충분한 검토를 요하는 점이지만, 현행 수표법과 같이 제시기간 내에는 지급위탁의 취소마저 효력이 발생되지 않는다고 하는 법제하에서는 지급인의 책임을 묻는 것은 곤란하다.

다음으로, 이의의 취소는 이의신청의 경우에 언제라도 가능하고, 그 방법도 제한이 없지만, 취소가 된 경우에는 지급정지 또는 연기의 조치나 수표자금의 동결은 해제되지 않으면 안된다.

문제는 이의의 남용에 있다. 단순한 채무불이행 또는 이행지체를 사기당했다고 속단하고 이의를 신청할 경우가 많을 것으로 보이지만, 이 경우에는 법의 해석을 그르쳤을 뿐이고 남용이라고 할 수는 없다. 그러나, 실무상으로는 이를 취급하는 데 곤란을 겪을 것으로 예상된다. 남용의 경우에는 사기당했다고 하더라도 그것은 구실에 불과하고, 진정한 의도는 대금의 감액이라던가 상품과 교환으로 수표를 매도인에게 교부하여 놓고서 후일에 이르러 매도인에게 대금 산정이 된 것을 알아채고, 급히 태도를 바꾸어 분실이라던가 피사취라던가의 구실을 붙이는 경우이다. 수표의 지급인으로서 이의가 신청된 경우에는 충분한 주의를 기울여 의심스러운 점에 관해서는 석명을 구하고 피사취가 단순한 구실에 불과한가 여부를 판단할 것을 요하며, 의심스러운 경우에는 소지인의 이익을 존중하고 수표의 유통보호를 위해 이의신청을 무시하지 않으면 안될 것이다.

이의의 남용은 사기에 다름아니다. 예컨대, 일단 수표를 발행해 놓고서 후일에 이르러 원인채무가 수표금액보다도 소액이라는 구실로 지급인에 대하여 이의가 신청된 경우라던가, 악의로 수표금액에 관하여 보충권이 남용(수표법 제13조)되었다는 구실을 가지고 지급인에 대하여 이의를 신청하는 경우 등이다. 발행인이 악의로 이와 같은 이의를 신청하는 행위를 사기죄로 벌하는 법도 있다(프랑스 수표법 제66조 제2항).¹⁶⁾

3. 이의와 부도처분과의 관계 및 제재

피사취를 이유로 하는 이의신청이 제기된 수표가 어음교환소에 제시되어, 지급인이 '피사취'를 사유로 지급을 거절한 경우에는 어음교환소는 부도처분을 내려야 하지만, 피사취와 같은 신용과 관계되지 않는 부도사유에 관하여는 현금의 제공을 요함이 없이 부도처분에 대한 이의신청을 허용해야 할 것이다.¹⁷⁾

수표·어음의 부도란 광의로는 수표·어음소지인이 적법한 지급제시를 하였으나 지급이 거절된 모든 경우를 뜻하는데, 협의로는 어음교환을 통하여 지급제시를 하였으나 지급은행

16) 同旨의 판결례로는 Trib. corr. Colmar, J. C. P. '56. IV 참조
17) 竹内昭夫, "不渡手形," 「手形法·小切手法講座(第五卷)」, 21面

이 지급에 응하지 못하는 경우만을 의미한다. 이렇게 부도된 수표·어음을 「不渡수표·어음」이라고 한다.

광의의 부도수표·어음의 소지인을 보호하기 위한 방법으로는 제2차적 수표·어음채무자에 대한 소구권의 행사·모든 수표·어음채무자에 대한 간편한 강제집행절차·원인관계에 의한 채권행사·수표의 경우에는 수표법 및 부정수표단속법에 의한 형사처벌 등이 있다. 협의의 부도수표·어음의 소지인을 보호하기 위한 방법으로는 어음교환소가 그러한 부도수표·어음을 발행하는 자에 대하여 하는 거래정지처분(부도처분)이 있다.

즉 교환에 돌린 수표·어음이 지급되지 아니한 경우에는 수표·어음에 부도사유(예컨대 예금부족 또는 무거래 등)를 기재하여 제시은행에 반환하고 부도代錢을 수취하는 한편, 어음교환소에 부도수표·어음신고서를 제출한다. 예금부족의 부도로서 입금통보서가 없을 경우 등에는 거래정지처분이 행해진다.

거래정지처분을 받은 자에 대하여는 어음교환소 가맹은행이 2년간 당좌예금 및 가계종합예금거래를 할 수 없게 되어 있으므로(어음교환소 규약 79), 은행거래정지처분은 기업에 대하여 치명적인 제재이고 기업이 이를 받으면 사실상 도산하게 된다.

그러나, 1차 부도가 발생했다고 너무 당황해서는 안된다. 앞으로 상당기간(통상 1년)은 행운자를 받거나 보증보험증권을 끊기가 힘든 등 금융기관과의 거래에 약간의 애로사항은 있겠지만, 1차부도를 당한 거래처 외에는 이 사실을 알지 못하는 경우가 대부분이므로 지금부터 더욱 각오를 단단히 하여 노력하면 최종부도를 막는 계기가 될 수도 있다. 수표나 어음이 지급제시되었을 때에 당일에 이를 결제하지 못하면 「1차부도」라고 한다. 만약 이튿날 은행마감시간까지 이것을 결제하지 못하면 「최종부도」 처리된다.

① 하지만, 이튿날 은행마감시간까지 지급제시한 사람의 거래은행의 아무 지점에나 가서 해당 구좌에 부도난 수표나 어음금액전액을 입금하면 해당은행에서 부도어음입금통보서('입금계'라고도 함)를 3장 발급하여 준다.

② 이 가운데 한 장을 금융결제원[어음교환소]에 이튿날(1차부도가 발생한 날을 제외한 2일째) 영업시간 개시 후 1시간 30분까지 제출하면 부도어음입금통보서 접수증을 발급하여 준다.

③ 남아 있는 '입금계' 2장 가운데 한 장과 이 접수증을 당좌개설은행에 제출하면 1차부도처리업무는 끝난다.

④ 만약 1차부도가 발생한 것이 수표라면 당좌개설은행은 30일 이내에 경찰에 고발해야 되고, 추후 경찰의 소환이 있게 되는데, 이때 남아있는 '입금계' 한 장을 가지고 가서 제출하면 끝나며, 물론 벌금도 없다.

수표나 당좌어음은 이와 같이 지급일을 하루 넘겨 결제하는 것을 1년간 3번까지 해도 거래정지처분(최종부도)을 받지 않으며, 가계수표는 1년에 2번까지는 허용된다.

물론 이와 같이 3번이나 지급일을 하루 넘기는 「3차부도」의 경우, 때에 따라서는 금융

거래상 여러 가지 불이익을 당할 수는 있겠지만, 최종부도처리된 것은 아니므로, 수표나 어음은 계속 발행할 수 있다. 그러나 3차부도까지 왔다는 것은 비록 거래처에서는 모른다해도 대단한 위기이므로 위기극복을 위한 채무자의 결단이 필요하다 하겠다.

그밖에, 발행인 또는 소지인은 사기의 피해자로서 고소(형사소송법 제223조)할 수가 있고, 고소장 또는 고소조서(동 제237조)는 사기 사실의 소명방법으로서 그것을 이용할 수 있다. 고소사건은 검사에 의해 조사되고(동 제238조), 부실한 고소는 무고죄가 될 수 있기 때문에, 적어도 사기의 고소 등을 경솔하게 제기하지 않으리라는¹⁸⁾ 점을 감안한다면, 위 소명자료의 제출로써 이의신청시의 현금의 제공에 갈음하는 방법도 고려될 수 있을 것이다.¹⁹⁾

V. 피사취 등에 따른 수표항변(統一어음법제)

1. 논거

우리나라를 비롯한 독일, 일본 등 통일어음법제에 있어서는 민법상 의사표시의 하자(詐欺, 강박에 의한 의사표시) 또는 흠결(비진의표시, 허위표시, 착오)에 관한 규정은 수표·어음행위에도 적용되나, 이러한 민법의 규정은 수표·어음행위에 그대로 적용된다고는 볼 수 없고 수표·어음의 유통보호와 관련하여 수정 적용되어야 한다. 따라서 수표·어음행위의 의사표시에 하자나 흠결이 있는 경우에 이에 대한 취소 또는 무효를 「선의의 제3자에게 대항하지 못한다」는 뜻은 제3자에게 '악의 또는 과실'이 있는 경우에 대항할 수 있다는 의미로 풀이할 수는 없고, "수표법 제13조 단서 및 어음법 제10조 단서" 또는 "수표법 제21조 단서 및 어음법 제16조 제2항 단서"와 같이 제3자에게 '악의 또는 중과실'이 있으면 대항할 수 있다는 뜻으로 새겨야 할 것이다.

종래의 통설과 대법원판례²⁰⁾는 이를 인적항변의 일종으로 보고, "수표법 제22조 단서 및 어음법 제17조 단서"에 따라 새로운 수표 어음소지인이 「채무자를 해할 것을 알고」 어음을 취득한 경우에만 예외적으로 항변이 절단되지 않는 것으로 풀이하고 있다. 그러나, 이는

18) 고소하더라도 범의의 입증에 없는 경우에는 단순한 채무불이행 사건으로 처리돼 버리므로, 실재상은 고소율이 낮을 지도 모른다. 그리하여, 피해자가 고소를 주저한 경우에는 현금의 제공을 요한다고 하는 점에 관하여는 개선의 여지가 있다. 詐欺漢이라는 자는 남을 속인다고 하지 않고 있는 점에서 자기 자신까지도 속이고 있는 셈이다. 이와 반대로 우정이나 성의를 유린당한 피해자는 가능한 한 피해 사실을 비밀로 해두는 것으로 체면을 유지하고 있다. 이런 사태는 조속히 개선돼야 할 것이다. 大野實雄, 前掲論文, 95面 註2) 參照

19) 大野實雄, 前掲論文, 95面

20) 大判 1973. 1. 30. 72 다 1355 (欺罔에 의한 어음발행) : 1970. 7. 28. 70 다 1295 (협박에 의한 어음발행) : 1962. 7. 19. 62 다 181 (어음을 환수하지 아니한 지급)

앞서 말한 “수표법 제13조 단서 및 어음법 제10조 단서” 또는 “수표법 제21조 단서 및 어음법 제16조 제2항 단서” 규정에 비추어 보아 공평을 기할 수 없다.

1) “수표법 제21조 단서 및 어음법 제16조 제2항 단서” 규정에 의한 논거

통설에 따르면, 교부계약의 흠결·하자로 인한 항변사실이 어음발행이나 통상의 양도배서의 경우에 존재하고 있었는가, 아니면 어음인수, 어음보증 또는 순수한 담보배서의 경우에 존재하고 있었는가에 의하여 차별적으로 취급하고 있다. 그러나, 이는 다음과 같이 비판된다.

① 매수인이 매매대금 지급을 위하여 자기지시 환어음을 은행 앞으로 발행함과 함께 매도인에게 이를 배서했는데, 그 후 매도인이 제3자에게 당해 어음을 재양도한 경우.

② 앞의 ①과는 달리, 당사자가 어음거래에 있어서 통상 이루어지는 방법을 취한 경우, 즉 매도인이 어음을 작성하여 매수인 앞으로 어음을 발행하고, 매수인이 이를 인수했는데, 그 후 다시 당해 어음이 제3자에게 양도된 경우.

이들 두가지 사례에 있어서, 그 후 매수인은 매도인의 詐欺 또는 강박을 이유로 매매계약 및 어음교부를 취소하는 경우를 상정하자. ①에서는 어음채권자가 무권리자로서 어음을 처분한 것이 되어, 어음소유권 및 어음채권의 취득에 관해서는 어음법 제16조 제2항의 기준(악의 또는 중과실)이 적용된다. 따라서 채무자의 책임에 관한 어음법 제17조의 기준이 유리하다는 점은 상쇄된다. 이에 반하여, ②의 경우에는 매도인이 권리자로서 처분한 것은 변함이 없는 데도 어음법 제17조의 적용에 관해서만 문제가 된다.

이와 같이 교부계약의 하자에 관하여 어음법 제17조를 적용하는 통설의 위 결론은 동일한 하자에 관한 사안을 원인관계상의 채무자가 어음을 발행인으로서 유통시켰는가, 인수인으로서 유통에 놓았는가 여부에 따라 구별하여 취급하고 있는데, 이는 불합리하다.²¹⁾ 왜냐하면, ①에 있어서 선의취득이 부정되는 경우에는 예초 당해 어음에 기한 권리가 전혀 취득될 수 없는 데 대하여, ②의 경우에는 단지 1인(통상은 복수)의 어음채무자에 대한 채권만이 부정된다.

본래, ①의 경우에는 ②의 경우보다도 오히려 강력히 보호해야 할 필요가 있다. 그런데도 불구하고, 실정법상으로는 ‘선의’ 기준이 보다 엄격하게 규정되고 있다. 이를 역으로 표현한다면, ①에 있어서의 진정한 권리자는 ②의 경우의 어음채무자에 비하여 保護相當性이라는 점에서는 오히려 劣後하다고까지 말해지고 있다. 이는 전자(①)가 ‘당해 어음’이라는 어떤 특정한 객체만을 상실하는 데 그치는 데 반하여, 후자(②)는 자기의 전재산을 담보로 하여 책임을 져야 할뿐만 아니라, 더 나아가 소구의 경우에는 책임액도 증대되기 때문이다.²²⁾

21) Hefermehl, ZHR 144, S. 41ff. ; Baumbach-Hefermehl, *Wechsel-und Scheckgesetz*, 15. Aufl. 1986, Art. 17 WG. Rdn. 9 ; Hueck-Canaris, *Recht der Wertpapiere*, 12. Aufl. 1986, S. 105f.

그러므로, 적어도 항변을 상실하는 것에 대한 채무자의 보호는 어음소지인이 선의취득에 의해 그 법적지위를 완전히 상실하게 돼 버리는 것에 대한 보호에 적합하게 맞춰져야 하고,²²⁾ 이를 위해서는 교부의 흠결·하자의 이른바 유효성항변의 경우에는 어음법 제16조 제2항 및 수표법 제21조 단서의 '善意' 기준을 유추적용하지 않으면 안된다.

2) “수표법 제13조 단서 및 어음법 제10조 단서” 에 기한 논거

어음법 제10조에 의하면, '백지의 부당보충'이라고 하는 완성어음에는 없는 백지어음에 특유한 위험, 더구나 용이하게 현실화할 가능성이 있는 위험을 예기하고, 그 위험을 무릅쓴 백지어음 서명자는 '선의·무중과실'의 취득자에게 대해서만 백지어음 보충권남용의 항변으로 대항할 수 있다.

그런데, 통설에 따르면, 위와 같은 위험을 부담하지 않는 완성어음의 서명자가 예컨대, 자기의 의사에 반하여 어음의 점유를 상실당한 경우에는 어음법 제17조가 적용된다. 그 결과, 완성어음의 상실자는 백지어음서명자에 비하여 보다 엄격한 책임을 부담하게 된다.

그러나, 어음상실자는 물론 교부계약의 하자(詐欺, 강박, 착오)를 주장하는 서명자에게도 부당보충의 위험을 충분히 인식하면서 임의로(자발적으로) 백지어음을 유통에 놓은 자를 능가하는 보호가 이루어지지 않으면 안된다. 백지어음의 서명자와 같이, 보다 덜 보호받아도 무방한 자에게는 어음법 제10조를 적용하여 오히려 더 보호받게 하고, 자기의 의사에 반하여 완성어음을 상실당한 자와 같이, 보다 더 보호받아야 할 자에게는 어음법 제17조를 적용함으로써 보다 덜 보호받게 하는 것은 모순이 아닐 수 없다.²⁴⁾

2. 피사취 등에 따른 수표항변의 요건

1) 종래의 인적항변과의 비교

이상의 논거에 기하여, 교부계약의 하자·흠결의 경우에는 어음법 제16조 제2항, 제10조 및 수표법 제21조, 제13조의 '선의'요건이 유추적용돼야 한다고 본다. 따라서 교부계약의 하자·흠결의 항변도 수표나 어음이 양도되어 새로운 수표·어음 소지인의 수중에 들어가면 그에 대하여는 원칙적으로 항변을 대항할 수 없게 되어, 항변이 절단되는 것은 종래의 인적항변과 같으나, 다만 새로운 수표·어음 소지인이 '악의 또는 중과실'로 수표·어음을 취

22) Thomsen. *Die Einwendungslehre im englischen und deutschen Wechselrecht*. Diss. 1977. S. 332ff. : Hueck-Canaris. a. a. O., S. 106

23) Hefermehl. ZHR 144. S. 45f.

24) Hueck-Canaris. a. a. O., S. 105f. : Baumbach-Hefermehl. a. a. O., Art. 17 WG. Rdr. 9 : Thomsen. a. a. O., S. 322ff., insbs. S. 327

득한 경우에는 예외적으로 항변이 절단되지 않는 점에서, '채무자를 해할 것을 알고' 수표·어음을 취득한 경우에만 예외적으로 항변이 절단되지 않는 종래의 인적항변과는 그 주관적 요건을 달리하고 있다.²⁵⁾

여기서, 종래의 인적항변의 요건인 「채무자를 해할 것을 알고」(bewußt zum Nachteil des Schuldners)의 의미는 소지인이 전자에 관한 항변사유의 존재를 인식하는 것만으로는 부족하고, 그 외에 자기가 수표·어음을 취득함으로써 항변이 절단되고 따라서 채무자가 해를 입는다는 것을 알아야 한다(knowingly to the detriment of the debtor)고 한다.²⁶⁾ 따라서 이를 '害意의 항변'이라고 부르는 것이 더 정확할 것이다.²⁷⁾

2) 판례의 태도

우리 나라 대법원은 이러한 취지의 악의의 항변으로서 수표에 관하여, 「수표법 제22조 단서에서 규정하는 '채무자를 해할 것을 알고 수표를 취득한 때'라 함은 단지 항변사유의 존재를 아는 것만으로는 부족하고 자기가 수표를 취득함으로써 항변이 절단되고 채무자가 손해를 입게 될 사정이 객관적으로 존재한다는 사실까지도 충분히 알아야 하는 것인 바, 발행인이 수표에 횡선을 긋고, 수표 표면 좌측상단에 '제누디세'라는 자신의 상호와 '기일엄수'라는 기재를 허락하였다는 사정만으로는 소지인이 발행인의 인적항변을 충분히 알았다고 볼 수 없다」고 판시하고 있다.²⁸⁾ 또한, 어음에 관하여, 「어음법 제17조 단서에서 규정하는 채무자를 해할 것을 알고 어음을 취득하였을 때라 함은 단지 항변사유의 존재를 아는 것만으로는 부족하고 자기가 어음을 취득함으로써 항변이 절단되고 채무자가 손해를 입게 될 사정이 객관적으로 존재한다는 사실까지도 충분히 알아야 한다고 할 것이다. 그런데, 이 사건에 있어서 원심이 인정한 바와 같이 약속어음의 발행인인 A의 통지사실이 인정되지 않으며, 나아가 어음소지인인 B가 이 사건 어음을 할인하여 그 대금을 C의 당좌구좌에 입금하여 준 이후에도 1992. 12. 1까지 C와의 어음할인거래가 계속된 점에 비추어, C가 이

25) 우리나라에서도 종래의 인적항변과 다른 새로운 수표·어음항변을 인정하는 학설이 유력하다. 정동윤, 「어음·수표법」, 1999, 235~240쪽 ; 정찬형, 「어음·수표법강의」, 1999, 521~522쪽 ; 정희철, 「상법학원론(하)」, 1986, 514쪽 ; 홍유석, 「어음항변에 관한 연구」(동국대 법학박사 학위논문), 1984, 96쪽 이하 등

26) Hueck-Canaris, a. a. O., S. 116 ; Baumbach-Hefermehl, a. a. O., WG Art 17, Rdn. 95. 이른바, 이 '害意說'이 독일의 통설이다. 우리 나라와 일본의 경우도 마찬가지다.

27) 정동윤, 전거서, 245쪽. 통설은 '악의의 항변'이라는 용어를 인적항변의 경우에 소지인이 채무자를 해할 것을 알고 어음을 취득하였다는 뜻으로만 이해하고 있음을 주의하여야 한다. 두 경우를 구별하기 위하여 인적항변의 경우에는 '해의의 항변', 어음채무의 효력에 관한 항변의 경우에는 '악의 또는 중과실의 항변'이라고 불려야 한다고 한다.

이에 반하여, 정찬형, 전거서, 518쪽 이하에서는 전자를 '어음법 제17조가 적용되는 인적항변'이라고 하고, 후자를 '어음법 제17조가 적용되지 않는 인적항변'이라고 구분하고 있다.

28) 대판 1998. 2. 13. 97 다 48319 (판례공보 1998. 754)

사건 어음할인대금을 임의로 사용하였다고 하더라도, 그러한 점만으로는 B가 A를 해할 것을 알고 어음을 취득하였다고 보기는 어렵다고 할 것이므로 원심이 A의 악의의 항변을 배척한 조치는 정당하다고 할 것이다. 다만, 원심이 B와 C가 공모하여 이 건 어음 할인대금을 임의로 사용하였다고 볼 증거가 없으니 B가 이 사건 어음의 할인 당시 A를 해할 의사가 있었다고 보기 어렵다고 판시하여 마치 B와 A와의 사이에 공모가 있어야만 악의로 인정되는 취지로 실시한 것은 잘못이라고 할 것이나, 이는 부가적인 실시에 불과함이 명백하므로, 따라서 원심판결에 어음법 제17조 단서의 채무자를 해할 의사에 관한 법리를 오해한 위법 등이 있다는 논지는 받아들일 수 없다²⁹⁾고 판시하고 있다.

그러나, 소지인이 인적항변의 존재를 알면서(惡意) 수표·어음을 취득하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 결과 인적항변이 제한되고 채무자의 이익이 해쳐지게 된다는 것을 알고 취득하였다고 풀이되므로,³⁰⁾ 그 의미에서 인적항변의 존재를 알고 수표·어음을 취득하면 특별한 사정이 없는 한 해의가 인정되고, 따라서 악의의 항변을 인정하여도 좋다.³¹⁾ 이와 같은 취지의 우리나라 대법원 판례로는 「이른바 악의의 항변이라 함은 항변사유의 존재를 인식하는 것만으로는 부족하고 자기가 어음을 취득함으로써 항변이 절단되고 채무자가 해를 입는 사실까지도 알아야 한다. 따라서 A가 B에게 할인의 목적으로 어음을 C가 그 사실을 알면서 B의 어음할인 부탁에 따라 그 어음을 취득한 후 B의 대출금채무에 대한 담보로 처리한 경우, 그 어음은 아무런 원인관계³²⁾없이 C에게 교부된 것이므로 A로서는 이러한 원인관계에 대한 인적항변으로 C에게 대항할 수 있다³³⁾고 한 사례가 있다.³³⁾ 일본 판례도 일찍이 「어음소지인이 어음을 양수함에 있어 어음채무자의 전자에 대한 인적관계로 인한 항변이 존재함을 알고 있을 때에는 특별한 사정이 없는 한 어음채무자를 해함을 알고 어음을 취득한 것에 해당한다³⁴⁾고 하면서, 「어음소지인이 석탄매매계약의 보증금이라고 사기당한 어음임을 豫知하고 이를 취득하였다면 비록 취득 당시에는 그 계약이 아직 사기를 이유로 취소되지 않았다고 하더라도 어음채무자는 어음소지인에 대하여 어음법 제17조 단서의 악의의 항변으로써 대항할 수 있다³⁵⁾고 하고, 「목재매매대금채무의 지급확보를 위하여 매수인이 매도인에게 발행한 약속어음을 제3자(어음소지인)가 매도인으로부터 배서양도받으면서 위 매매가 매도인의 불이행으로 결국 해소될 것이라는 것을 알면서 감히 매도인으로부터 위 어음을 배서양도받은 것은 어음법 제17조 단서에 해당한다³⁶⁾

29) 대판 1996. 5. 28. 96 다 7120 (판례공보 1996. 1995)

30) Hueck-Canaris, a. a. O., S. 116

31) 정동윤, 전제서, 244쪽 ; 정찬형, 전제서, 534쪽 ; 日大判, 1941. 1. 27, 民集 20. 1. 25 ; 1944. 6. 23, 民集 23. 14. 378 ; 日最高判 1955. 5. 31, 民集 9. 6. 811

32) 대가관계를 뜻하는 것으로 풀이된다.

33) 대판 1996. 5. 14. 96 다 3449 (판례공보 1996. 1852)

34) 日大判 1941. 1. 27, 民集 20. 1. 25

35) 日大判 1944. 6. 23, 民集 23. 14. 378

고³⁶⁾ 판시하고 있다.

그러나, 항변의 존재를 알아도 해의가 인정되지 않는 예외적인 경우가 있다. 예컨대, 물건의 매도인이 매수인으로부터 약속어음을 발행받아 배서함에 있어서 피배서인이 매매목적물에 하자가 있는 줄은 알았지만 하자없는 물건의 공급을 통하여 해결되리라 믿고 배서를 받는 경우, 항변사유가 발생한 줄은 알았으나 그것이 이미 소멸된 것으로 믿은 경우, 어음채무자가 유효하게 소구권을 행사할 수 있다고 믿는 경우 등이 그러하다.³⁷⁾

여기에서 '채무자를 해할 것을 알고'라 함은 확정적 고의의 경우는 물론 미필적 고의(dolus eventualis)의 경우도 포함된다.³⁸⁾ 그러나, 중대한 과실은 이에 해당하지 아니한다.³⁹⁾ 우리 나라 대법원은 이와 같은 취지에서 「원심이 A가 B로부터 이 사건 어음을 배서양도받았을 당시 이 사건 어음이 C에게 돌려주어야 하는 어음인 사정을 알면서 이를 취득하였음을 인정할 만한 아무런 증거가 없다고 본 조치도 정당하며, 또한 어음채무자는 어음소지인이 그 채무자를 해할 것을 알고 어음을 취득한 경우가 아닌 한 소지인이 중대한 과실로 그러한 사실을 몰랐다고 하더라도 종전 소지인에 대한 인적 항변으로써 소지인에게 대항할 수 없는 것이므로, 설사 A가 B로부터 이 사건 어음을 배서양도받았을 당시 중대한 과실로 이 사건 어음이 C에게 돌려주어야 하는 어음인 사정을 몰랐다고 하더라도, C로서는 이러한 사정을 들어 A의 이 사건 어음금 청구를 거부할 수는 없는 것이다」라고 하고 있다.⁴⁰⁾

따라서 수표·어음 교부계약의 흠결·하자로 인한 항변 등 이른바 수표·어음의 효력에 관한 항변의 경우에 '악의의 항변'이 성립하기 위한 요건은 소지인이 항변사유의 존재에 관하여 악의 또는 중과실이 있는 것이다. 여기에서 악의란 항변사유의 존재를 아는 것이고, 중대한 과실은 수표·어음거래상 요구되는 주의를 현저하게 결하여 항변사유의 존재를 알지 못한 것을 뜻한다. 이러한 취지의 악의의 항변에 관하여 우리 나라 대법원은 「수표표면에 '100만원 이하'라고 인쇄된 가계수표용지에 발행인 스스로 발행한도액을 초과하여 '15,000,000'원으로 액면금을 기재하여 제3자에게 발행한 수표를 소지인이 배서 양도받은 경우, 발행인으로서의 소지인이 당해 수표를 취득함에 있어 발행인에게 발행한도액을 초과한 경우를 확인하지 아니한 것이 중대한 과실에 해당하지 아니한다는 이유로 수표금의 지급을 거절할 수는 없다」고 판시하고 있다.⁴¹⁾ 중대한 과실이 포함되는 점에서 인적항변의 경우의 '악의의 항변'의 요건과 크게 다르다.

36) 日最高判 1955. 5. 31. 民集 9. 6. 811

37) Baumbach-Hefermehl, a. a. O., WG Art. 17. Rdn. 95.

38) Baumbach-Hefermehl, a. a. O., WG Art. 17. Rdn. 95.

39) Baumbach-Hefermehl, a. a. O., WG Art. 17. Rdn. 95.

40) 대판 1996. 3. 22. 95 다 56033 (판례공보 1996. 1355)

41) 대판 1998. 2. 13. 97 다 48319 (판례공보 1998. 754)

VI. 피사취 등에 따른 제3자의 항변(英美어음법제)

1. 피사취와 권리의 이전

피사취 등으로 인한 증권의 양도행위가 적법하게 취소된 경우, 또는 무효인 경우에는 양도인이 비록 증권을 소지하고 있더라도 그는 무권리자가 되는 것이 통일어음법제 어음법의 일반이론이다. 따라서 증권상의 권리는 양수인에게 이전하지 않는다.

그런데 유통증권⁴²⁾에 관한 한, 미국법에서는 이와 다르다.⁴³⁾ U.C.C. 제3-202조 제a항은 「유통행위가 (i) 미성년자, 권한을 초월한 회사 또는 자격이 없는 제3자에 의하여 이루어진 경우, (ii) 詐欺, 강박 또는 모든 종류의 착오에 의하여 취득된 경우, (iii) 불법한 거래의 일부가 된 경우, 의무에 위반하여 행하여진 경우 등이라고 하더라도 그 유통에 의한 증권의 양도는 유효하다」고 하고, 제b항은 「그 후의 정당소지인에 대한 경우를 제외하고, 이러한 유통은 적절하게 취소할 수 있고 法定信託의 선언을 할 수 있으며 또는 그밖에 법이 허용하고 있는 구제를 구할 수도 있다」고 규정하고 있다. 거래의 본질에 속하는 당사자의 능력의 흠결, 또는 위법한 경우이기 때문에 거래를 전혀 무효로 할 수 있는 경우는 물론, 유통행위자 자신이 하등 증권상의 채무를 부담하지 않고 오히려 증권의 반환청구권을 가지는 경우라도 증권양도의 효력이 있다.⁴⁴⁾

2. 일반원칙

정당소지인(a holder in due course)은 채무자 자신이 가지는 물적항변의 대항을 받을 뿐이고, 채무자가 가지는 인적항변은 물론 어느 누가 그 증권에 대하여 가지는 모든 권리(반환청구권) 또는 항변의 대항을 받지 않는 권리가 있다.

그러나, 정당소지인이 아닌 소지인에 의한 청구에 대하여 증권상의 채무자는 진정한 소유자 또는 진정한 권리자인 제3자의 권리를 항변으로 주장할 수 없다고 하는 원칙을 취하고 있다. 그 입법취지를 본다면, 채무자의 계약은 증권의 소지인에게 지급한다는 것이고, 소지인에 대한 타인의 반환청구권은 일반적으로 채무자와 무관하다. 채무자는 타인의 그와 같은 권리를 항변으로 주장해야 한다고 요청되는 것도 아니다. 왜냐 하면, 그는 타인간에

42) 미국 통일상법전(U.C.C.) 제3장은 1990년 종래 상업증권(commercial paper)이었던 券의 표제를 유통증권으로 바꾸고 유통증권(negotiable instruments)을 지급약속증권인 약속어음(note)과 지급위탁증권인 환어음(draft)의 두 가지로 나누고, 환어음의 일종으로서 지급인이 은행이고 만기가 일람출금인 보통의 수표(check)가 있다고 규정하고 있다(U.C.C. 제3-103조 및 제3-104조).

43) Gilmore, "The Commercial Doctrine of Good Faith Purchase", 63 *Yale L. J.* 1057

44) Official Comment to U.C.C. § 3-202

쟁점이 되는 사실에 관하여 일반적으로 충분한 증거를 가지고 있지 못하기 때문이다.

여기서 정당소지인이 아닌 자에는 詐欺 등 취소, 무효 원인이 있는 유통에 의하여 증권을 취득한 자, 즉 불법취득자를 포함한다. 물론 정당소지인이 아닌 자란 증권적 양도행위인 '유통'에 의하여 증권을 취득하지만, 정당소지인의 요건을 구비하지 않는 자, 또는 정당소지인이 아닌 자로부터 '양도'에 의하여 증권을 양수한 자이다. 특히 증권이 '기한 후'라는 것을 알고 있던 자는 그밖에 모든 점에 있어서는 정당소지인의 요건을 갖추고 있더라도 정당소지인이 되지 못한다.⁴⁵⁾

문제는 소지인이 정당소지인이 아닌 경우에는 청구를 받은 자가 어떠한 범위에서, 어떠한 사실을 주장하여 지급을 거절할 수 있는가?, 특히, 청구를 받은 자가 스스로는 하등의 항변을 가지고 있지 않는 경우에 제3자의 권리(jus tertii)를 항변으로 주장할 수 있는가 하는 점이다. U.C.C.는 이 점에 관하여 정당소지인이 아닌 자가 어떠한 내용의 권리를 가지는가 하는 점과 채무자의 지급 또는 이행이 어떠한 경우에 면책되는가 하는 점을 규정하고 있다.

즉 U.C.C.는 제3-306조 및 제3-305조는 「정당소지인이 아닌 자는 누구든지 다음의 제한을 받고 증권을 취득한다. (i) 어느 누가 그 증권에 대하여 가지는 모든 유효한 권리의 주장, (ii) 單純契約에 대한 소송에 있어서 증권상의 각 당사자가 주장할 수 있는 모든 항변, (iii) 約因의 결여 또는 실효, 전제조건의 불이행, 不交付 또는 특정한 목적으로 교부하였다는 항변 등이다. 그러나, 그 증권 등에 대하여 제3자가 가지는 권리의 주장은 다른 방법으로는 증권상의 채무자에 대한 항변으로 주장하지 못한다. 다만, 그 제3자 자신이 그러한 당사자를 위한 소에 대하여 항변하는 경우에는 그러하지 아니하다」라고 규정하고 있다. 여기서는 제3자인 소유자의 반환청구권에 관한 것과 채무자 자신이 가지는 항변사유로서 정당소지인이 아닌 자에 대하여 주장할 수 있는 인적항변에 관한 것을 다루고 있다.

그리고 U.C.C. 제3-305조 제c항은 이른바 제3자의 권리의 항변을 다룬 것으로서 채무자가 이를 주장할 수 없다고 하는 본조는 소지인의 보호보다도 오히려 채무자 쪽의 보호를 꾀하고 있다. 타인이 소지인으로 될 수 있는 형식의 증권 또는 그와 같은 배서(백지식 배서)가 이루어진 증권의 점유를 상실한 반환청구권자는 증권에 대한 권리를 상실하고, 증권상의 권리도 그 문언에 의하여 이미 그에게 속하지 아니한다. 본조는 무능력, 詐欺, 강박, 착오, 위법, 신탁 또는 의무의 위반 기타 일체의 이유에 의하여 취소할 수 있는 모든 소유자의 권리를 포함한다. 본조는 조건부 교부 또는 특별한 목적을 위하여 교부된 것으로 인한 반환청구권을 포함한다. 법률상의 權原(legal title), 유치권, 법정신탁, 증권 또는 賣得金에 대한 기타의 형평법상의 권리에 기한 청구권을 포함한다.⁴⁶⁾ 요컨대, 채무자는 증권을

45) Hawkland, *Commercial Paper and Bank Deposits and Collections, Cases and Materials*, 1967, p. 271 : Chafee, "Rights in Overdue Paper," 31 *Harv. L. Rev.* 1122에 따르면, 기한후배서(교부)에 대해서도 선의취득을 인정하여야 한다고 주장하였으나, U.C.C. § 3-306, § 3-305는 이를 채택하지 아니하였다.

점유하고 지급약속문언이 그 자에게 미치기만 한다면, 그 소지인의 취득 권원이 무엇이든 제3자가 소유권에 기한 권리가 있다는 것을 알고 있더라도 지급해도 될 뿐만 아니라, 오히려 지급할 의무가 있다. 그것이 채무자의 증권에 의한 계약의 취지에 적합하기 때문이다.

U.C.C. 제3-602조 제a항 및 제b항은 이를 받아 「당사자의 책임은 지급 또는 이행에 앞서 물권적청구권을 행사하는 자가 면책되는 당사자에 의하여 적당하다고 인정되는 손실보상금을 제공하든가, 또는 반대청구자와 소지인이 당사자가 되는 소송에 있어서 관할권있는 법원이 내린 명령에 의하여 지급 또는 이행을 금지하지 않는다면, 다른 자의 증권에 대한 물권적청구권을 알게 되더라도 소지인에 대하여 지급 또는 이행한 범위에서 소멸한다. 다만, 도난당한 증권의 소지인 또는 (정당소지인의 권리를 가지지 않는 한) 증권을 不法取得한 자를 통하여 소지하는 소지인에게 악의로 지급 또는 이행을 한 당사자 등의 책임을 면하지는 아니한다」라고 규정하고 있다.

본조도 U.C.C. 제3-305조 제c항과 마찬가지로, 詐欺 등 불법취득한 자나 도난당한 증권의 경우를 예외로 하고 그밖의 경우에는 진정한 권리자 또는 소유자가 달리 있다는 것을 알고 있더라도 지급, 이행에 의하여 채무가 소멸한다고 규정하고 있다. 즉 소지인의 권원의 하자를 알면서 한 지급 또는 이행에 면책력을 인정한 것이다. 그것도 제3자인 배서인으로 부터의 지급금지 의뢰에 따를 필요가 없고,⁴⁷⁾ 또한 제3자가 증권에 대한 반대청구(반환청구)권이 있다는 취지의 통지를 받더라도 지급해도 된다. 채무자로서는 반대청구자의 주장이 진실한가의 여부를 알만한 수단이 없는 것이 보통이기 때문이다.⁴⁸⁾

진정한 소유자(반대청구자)가 채무자의 지급을 유효하게 금지하기 위해서는 보상금을 제공하던가 법원으로부터 지급금지영장을 발부 받던가 할 필요가 있고, 그래야만 채무자를 구속할 수 있다.⁴⁹⁾ 반대청구권자의 단순한 권리의 주장 또는 지급금지 의뢰에 협력하고 소지인의 소송을 맡는 것은 자유이지만, 제3자가 소송에 참가하여 직접 증권에 관한 청구를 할 수 있는 자에 대하여 주장할 수 있는 항변을 제외하고는 제3자의 권리를 일체 주장할 수 없다. 즉 채무자는 증권에 대한 권리를 주장하는 제3자가 소지인의 채무자에 대한 소송에 참가하고, 채무자를 위하여 소송에서 방어를 하는 것, 그리하여 소송참가 및 항변을 통하여 자기의 권리를 주장하는 것을 기대하는 수밖에 없다.⁵⁰⁾

요컨대, 詐欺, 강박 기타 취소 또는 무효 원인이 있는 거래에 의한 소지인도 증권상에 법률상의 권원이 있다는 것이 원칙이고, 채무자는 이러한 소지인을 무권리자로서가 아니라 권리자로서 인정해야 한다.⁵¹⁾ 하자있는 권원에 기한 소지인의 권리는 진정한 소유자의 형

46) Official Comment to U.C.C. § 3-306, § 3-305

47) Official Comment to U.C.C. § 3-602

48) Official Comment to U.C.C. § 3-602

49) Official Comment to U.C.C. § 3-602

50) Official Comment to U.C.C. § 3-602

51) United States v. Castillo(D.N.M. 1954), 120 F. Supp. 522 : Burchett v. Allied Concord Financial

평법상의 권리에 따라야 하기 때문이다.

채무자는 어찌하여 제3자의 권리(특히 詐欺나 강박으로 인한 피해자의 권리를 주장하지 못하게 되는가? 그 이유를 들자면 두가지로 요약된다.

하나, 유통증권의 본질적인 성질에서 찾을 수 있다. 채무자는 증권의 소지인에게 지급을 한다는 약속을 한 것이고, 따라서 실제로 이를 소지하는 자는 그 취득권원의 여하를 불문하고 법률상의 권원이 부여된다. 「증권상의 권원은 소지와 문언에 의하여 창조된다」라는 것이 유통증권의 본질이다. 그러나, 채무자는 과연 현실의 소지인인 이상, 누구에게라도 지급하겠다고 약속하고 있는가. 참고로 독일법상 무기명증권의 발행인의 의사표시에는 「본인은, 소지인인 지위에 있고 증권에 관한 자격을 보유하는 소유자에게 지급할 것을 약속한다」라는 내용이 담겨 있다. 또한, 지시증권의 발행인 또는 인수인의 의사표시에는 「본인은 이 증권에 관한 소지와 그 기재에 의하여 자격을 보유한 소유자에게 지급할 것을 약속한다」라는 내용이 포함되어 있다고 풀이되고 있다.⁵²⁾

만일 미국법상으로도 이와 같은 의사표시의 해석에 따른다면, 채무자의 지급약속은 형평법상의 권리자라고 일컬어지는 소유자에게만 미치게 된다. 거기까지 채무자의 의사는 미치지 않는다고 하는 견해라 할 지라도 채무자는 증권을 적법하게 (또는 성실하게) 취득한 자에게 지급할 것을 약속한 것으로 이해되고 있다.⁵³⁾

다른 하나는, 채무자는 소지인이 詐欺나 강박을 범하여 취득했는가의 여부를 알만한 충분한 증거를 갖고 있지 못하기 때문이다. 그렇다면, 소지인의 권원의 하자를 증명할 만한 충분한 증거가 있다면 지급을 거절할 수 있는가 하면 그렇지도 않다. 제3자 자신이 법정에서 권리를 주장하는 것을 방관하더라도 무방하다. 그 이유는 盜取者에게도 법률상의 권원을 인정한다는 것과 같은 이유, 즉 무권리자에 대한 지급에 의하여 채무가 소멸한다고 하는 원칙은 채택하지 않는다는 것이다. 취득권원의 여하를 불문하고 소지인은 누구나 有權原者로 인정하게 되면, 그에 대한 지급으로 채무가 소멸하게 된다는 데 있다. 이는 본조의 취지가 소지인의 보호보다는 오히려 채무자의 보호에 있다고 한 소이이다.⁵⁴⁾

이에 비추어 본다면, 미국법상 증권의 당사자간에서는 有因이지만, 제3자에 대한 관계에서는 제3자의 선의·악의를 불문하고 無因이라고 풀이할 수 있다는 견해도 있다.⁵⁵⁾

Corp., 74 N.M. 575, 396 p. 2d 186 (1964) : U.C.C. § 3-305(a) 등에 따르면, 증권 작성단계에서의 주요사실에 대한 詐欺(fraud in the essence, fraud in the factum)와 강박(duress) 등은 물적항변으로 취급하고 있다.

52) Eckhardt, *Reichsgericht und Wechseltheorie, im Beiträge zum Wirtschaftsrecht*, S. 1061

53) 田辺光政, 「アメリカ法における手形抗辯と第三者の權利」, 『關西大學法學論集』 第23卷 第4・5・6號, 78面 以下

54) Official Comment to U.C.C. § 3-306, § 3-305

55) 田辺光政, 前掲論文, 79面

3. 예외적으로 주장할 수 있는 제3자의 권리의 항변(소송참가한 제3자가 직접 청구인에게 주장할 수 있는 항변)

U.C.C. 제3-305조 제c항은 채무자는 제3자가 소송에 참가하여 직접 증권에 관한 청구를 할 수 있는 자에 대하여 주장할 수 있는 권리 외에는 제3자의 권리를 항변으로 주장할 수 없다. 채무자는, 증권에 대한 권리를 주장하는 자가 정당소지인의 권리를 갖지 않고 채무자가 분실 또는 도난당한 증권임을 입증한 경우에는, 그 증권에 대하여 지급할 의무가 없다고 규정하고 있다.

이는 1990년 개정 전 U.C.C.하에서 (어음)수표항변과 제3자의 권리에 관하여, 채무자는 소지인이 盜取者라는 항변 및 제한배서(restrictive indorsement)의 취지에 반한다는 항변 등 두가지 경우를 제외하고는 소지인의 권원취득의 여하간에 권원의 하자를 주장하여 지급을 거절할 수 없다고 규정했던 부분을 삭제한 것이다.

따라서 증권에 대한 권리를 주장하는 제3자가 소지인의 채무자에 대한 소송에 참가하고, 채무자를 위하여 소송에서 방어하는 것, 그리하여 소송참가 및 항변을 통하여 자기의 권리를 주장하는 수밖에 없다. 위조배서(forged indorsement)에 의한 취득자를 유일한 예외로 하는 외에는⁵⁶⁾ 유통증권을 현실로 소지하는 자는 詐欺漢이든 盜取者이든 가리지 아니하고 모두 증권에 대한 법률상의 권원을 부여받아, 소지인인 자격으로 이를 처분하거나 또는 지급을 강제할 수 있는 권리가 있다.

詐欺, 강박의 피해자 또는 하자있는 유통을 행한 자는 증권의 소유권에 기하여 반환청구를 할 수 있는 외에 구제수단도 마련되고 있어서 일응 보호되고 있는 셈이다. 하자있는 유통행위의 당사자간 및 선의취득자에 대한 관계는 우리 나라를 비롯한 통일어음법계의 어음과 실질적인 차이는 없지만, 이와 같은 불법취득자에 대하여 부당한 권리행사를 허용하고 더욱이 채무자에게 제3자의 권리의 항변을 극히 제한적으로밖에 허용하지 않는 점에서 비교법적인 단초를 찾을 수 있다.

아울러, 채무자는 증권에 대한 권리를 주장하는 자가 정당소지인의 권리를 갖지 않고 채무자가 분실 또는 도난당한 증권임을 입증한 경우에는 그 증권에 대하여 지급할 의무가 없다고 규정하고 있다. 이 조항의 1990년 개정과정과 관련하여 통일상법전의 바뀌어진 내용을 분석해 본다면, 소지인 자신이 도취자인 경우, 또는 소지인이 도취자로부터 악의로 취

56) 영미에서의 '偽造背書'는 통일어음법계와 매우 달리 취급되고 있다. 즉 영미에서는 위조의 배서가 끼어 들어 있는 경우에는 아무리 형식적으로 배서가 연속되어 있다고 하더라도, 증권소지인은 정당소지인(a holder in due course)이 되지 못한다. Byles, *On Bills of Exchange*, 25th ed. 1983, p. 127, 212; Farnsworth, *Cases and Materials on Commercial Paper*, 3rd ed. 1984, pp. 276ff; Jordan & Warren, *Commercial Law*, 3rd ed. 1983, p. 579; Whaley, *Problems and Materials on Negotiable Instruments*, 1981, pp. 84, 173~174

득한 자인 경우에는 채무자는 지급을 거절할 수 있다. 이들에게 악의로 지급 또는 이행하더라도 면책되지 아니한다(U.C.C. § 3-306(d)). 즉, 개정 전 U.C.C. 제3-603조 제1항은 이를 받아, 「당사자의 책임은 지급 또는 이행에 앞서 물권적청구권을 행사하는 자가 면책되는 당사자에 의하여 적당하다고 인정되는 손실보상금을 제공하던가, 또는 반대청구자와 소지인이 당사자가 되는 소송에 있어서 관할권있는 법원이 내린 명령에 의하여 지급 또는 이행을 금지하지 않는다면, 다른 자의 증권에 대한 물권적청구권을 알게 되더라도 소지인에 대하여 지급 또는 이행한 범위에서 소멸한다. 다만, 본조는 다음과 같은 자의 책임을 면책하지는 아니한다. (a) 증권을 도취한 소지인 또는 정당소지인의 권리를 가지지 않는 한 증권을 절취한 자를 통하여 소지하는 소지인에게 악의로 지급 또는 이행을 한 당사자, (b) 제한배서가 되고 있는 증권의 소지인에게 제한배서의 취지에 합치되지 않는 방법으로 지급 또는 이행한 증개은행 또는 예금은행이 아닌 지급은행 이외의 당사자」라고 규정된 바 있다.

이는 도취자에 대한 선의의 지급 또는 이행에는 면책력이 주어졌음을 뜻한다. 도취자라는 항변 또는 도취자로부터의 악의의 취득자라는 항변을 채무자가 주장할 수 있도록 한 것은 도취자가 권리행사를 하는 데 조력하는 것을 거부함과 아울러, 정당소지인이 아닌 도취자로부터의 양수인에게 권리행사를 허용함으로써 간접적으로 도취자에게 조력하는 것을 거부하려는 데 있다.

물론 도취자도 또한 증권에 대한 법률상의 권원을 가진다는 것을 전제로 하고 있다. 도취자는 무권리자이므로 지급할 필요가 없다는 것이 아니라, 도취자도 '소지인'으로서 일응 소지인의 권리를 가진다는 것을 전제로 하면서도 채무자는 진정한 소유자의 권리를 주장하여 지급을 거절할 수 있고, 비록 법원에 제소되더라도 조력하지 않는다고 하는 이론구성으로서, 이는 마치 도취자의 권리행사에는 권리남용의 항변을 주장할 수 있도록 하는 것과 같다.⁵⁷⁾

도취자도 법률상의 권원(즉 소지인의 자격)을 가진다고 하는 이른바 權原說(legal title theory)⁵⁸⁾은 선의취득자가 어떻게 하여 법률상의 권원을 취득하게 되는가 하는 문제에서 출발하여 도취자의 법률상의 권원을 기초짓고 있다. 그리하여 「유통증권에 대한 법률상의 권원은 증권의 생존 중에 계속하여, 점유취득 사정의 여하에 불구하고 증권을 점유하고 있고 그 증권의 문언에 의하여 지급약속이 미치고 있는 자에게 귀속한다」라는 명제를 정립하였다.⁵⁹⁾

도난당한 피해자는 그 후에도 법률상의 권원을 잃지 않는다고 일반적으로는 고찰되고 있지만, 유통증권에서는 이와 달리 적용되고 있다. 왜냐 하면, 소지인출급식증권⁶⁰⁾(백지식

57) 同旨 : 田邊光政, 前掲論文, 84面

58) Chafee, *op. cit.*, p. 1112~1114

59) Chafee, *op. cit.*, p. 1112

배서가 있는 증권도 또한 같다)은 그 문언에 의하여 소지인에게 지급돼야 하고, 증권을 소지하지 않는 자는 제소할 수도 없기 때문이다. 도취자는 소지인이기는 하지만, 법률상의 권원은 없다고 하게 된다면 법률상의 권원은 일시 休止되는 셈이다. 대저, 지급약속은 누구에게 라고 가릴 필요가 없다.

사기꾼이나 행방을 감춰버린 수탁자, 假裝한 심부름꾼 기타 악한 등은 법률상의 권원을 가지고 있다고 일반적으로 인정되는 바와 같이, 차체에 도취자에게도 법률상의 권원을 부여하는 데 거부반응을 나타내는 것을 중지할 때가 되었다는 것이다. 그리하여 도취자도 소지인출급식증권, 백지식 배서가 된 증권에 대해서는 법률상의 권원이 있다고 인정하기에 이르렀는데, 이를 권원설이라 불리우고 있다.⁶¹⁾

이에 따르면, 도취자로부터 선의취득한 자가 법률상의 권원을 취득하는 것은 도취자가 이를 가지고 있었기 때문이라고 설명한다. 권원은 최초 도난당한 피해자에게 속하고 있었다. 그것이 증권의 점유이전과 함께 도취자에게 이전하고 도취자로부터 양수인에게 이전하는 것으로써, 권원은 도취자를 뛰어 넘어서 또는 불가사이한 법률의 橫道를 통하여 선의취득자에게 도달하지는 않는다.

선의취득의 효과는 도난당한 피해자가 가지고 있던 것과는 다른 새로운 법률상의 권원을 도취자의 양수인에게 창조하는 것이 아니라, 피해자의 형평법상의 권리(반환청구권)를 절단하는 데 지나지 않는다는 것이다. 따라서 선의취득자에게 권리를 부여하고, 도난당한 피해자와 선의취득자를 가교하기 위하여 도취자에게 법률상의 권원을 인정한다.

요컨대, 권원설은 사기꾼이든 도취자이든 그밖에 여하한 악한이든 간에 현실로 점유하는 자는 증권에 대한 법률상의 권원을 가진다고 하는 견해이지만, 첫째는 선의취득자의 권리를 설명하기 위하여, 둘째는 도취자에 대한 선의지급인이 면책되는 것을 설명하기 위하여 주장되기도 한다.⁶²⁾ 이는 무권리자로부터의 선의취득이나 무권리자에의 선의지급에 관한 우리나라를 비롯한 대륙법계의 이론전개와 전혀 다르다.⁶³⁾

60) U.C.C. § 3-104(a) : B.E.A. § 3(1), § 83(1) 등에 따르면, 영미법은 手票처럼 무기명어음(소지인출급식어음, bearer draft or note)을 인정하므로 그 양도방법으로 transfer by indorsement, transfer by mere delivery 및 assignment의 세가지가 인정되고 있다. 그런데, U.C.C. § 3-416, § 4-207(b) : B.E.A. § 58(3) 등에 따르면, 영미법은 단순한 인도에 의하여 수표, 어음을 양도한 자에게 무거운 담보책임(warranty liability)을 부담하게 하고 있다. 이 담보책임은 수표, 어음관계외에서(off the instrument) 지는 책임이다. Byles, *op. cit.*, p. 192 : Jordan & Warren, *op. cit.*, p. 386 : Whaley, *op. cit.*, p. 170

61) Chafee, *op. cit.*, p. 1112f

62) Chafee, *op. cit.*, p. 1113

63) U.C.C. § 3-306, § 3-305, § 3-302 : B.E.A. § 29 등에 따르면, 영미법상으로는 선의취득과 항변의 제한을 동일한 요건하에서 인정하며, 통일어음법계의 우리나라와 같이 선의취득과 인적항변의 절단에 관한 주관적 요건을 달리함으로써 수표, 어음의 취득자가 항변이 붙어 있는 것은 알고 있었지만, 양도인이 무권리자임을 알지 못한 경우 등에는 항변이 부착된 수표, 어음상의 권리를 (선의)취득하게 되는 현상은 일어나지 않는다.

권원설은 그러나 도취자에게 권원을 인정하고는 있지만, 결코 도취자에게 권리행사를 인정하지는 않는다. 도취자는 어디까지나 불법행위자이고, 그러므로 公序에 기하여 법정에서 권리를 주장할 바탕이 없다. 범죄의 완성에 조력하고 도취자의 도품을 換金하는 데 협력할 법원이란 상상할 수 없기 때문이다.⁶⁴⁾

그렇다면, 사기꾼이나 기타의 불법행위자 및 습득자에 대해서는 왜 채무자가 제3자의 권리를 주장하지 못하고 법원도 이들에 대하여 경우에 따라 협력해야 되는가? 도취자에게는 법원도 협력하지 않고, 채무자도 또한 제3자의 권리를 주장하여 지급을 거절할 수 있다는 것은 너무나 당연한 데도 말이다.

이에 관하여, 詐欺와 도취를 구별하는 것은, 사기에 있어서는 범죄의 실행과 함께 피해자에 의하여 임의로 점유의 이전이 이루어지지만, 도취의 경우에는 피해자의 의사와 무관하게 뒷전에서 점유의 취득만이 있는 데 지나지 않기 때문이라고 한다. 즉 사기의 경우에는 하자는 있지만, 피해자 자신이 손수 증권을 교부하는 점에서 도취와 구별할 이유가 된다는 것이다.⁶⁵⁾

피해자의 임의교부 여부로 따진다면 습득자는 어떻게 설명되는가? 이에 관하여, 습득자의 지위는 도취자보다 강하다고 한다. 대부분의 경우, 습득자는 범죄와는 무관하고 그에 대한 임의교부의 흠결을 보충하는 데 족한 사실이 있다고 한다.⁶⁶⁾

이와는 달리, 위조배서의 경우에는 제3자의 권리를 원용할 수 없다. 위조배서는 권리를 전혀 이전하지 않고, 취득자가 아무리 선의취득했다고 하더라도 '소지인'으로 될 수 없고, 더구나 정당소지인이 되지 못한다. 위조배서에 의한 취득자가 유통증권의 유일한 무권리자이고 도취자 이하로 취급된다.⁶⁷⁾ 이는 타인의 재산을 횡령하여 서명을 위조하는 비윤리적인 행위를 더 못마땅하게 여기기 때문이다.⁶⁸⁾

요컨대, 1990년 개정된 U.C.C.에서는 개정 전 규정보다 더욱 채무자가 제3자의 권리를 항변으로 주장할 수 있는 길이 좁아지고, 소송상으로 극히 예외적으로만 허용되고 있음을 볼 수 있다.

한편, 영국법(B.E.A.)은 제3자의 권리의 문제에 관하여 미국법(U.C.C.)과 태도를 달리하고 있다. 증권이 진정한 소유자에게 역으로 소지되고 있는 경우와 진정한 소유자와 소지인과의 사이에 특별한 관계(예컨대, 기탁관계)가 있는 경우에는, 제3자는 만일 이와 같은 소지인에 의하여 채소된 경우 제3자(소유자)의 권리의 항변을 주장할 수 있다. 소지인의 권

64) 河本一郎, "手形抗辯", 「手形法・小切手法」(講座Ⅲ), 194面 註17) 參照 : Chafee, *op. cit.*, p. 1115

65) Britton, *Bills and Notes*, 1943, p. 764

66) Britton, *op. cit.*, p. 766

67) Price v. Neal, 3 Burr. 1354(King's Bench 1762) : Byles, *op. cit.*, pp. 127, 212, 284 : Whaley, *op. cit.*, pp. 84, 250, 267 : Official Comment to U.C.C. § 3-418

68) 이와는 전혀 다른 내용의 통일어음법계의 위조배서에 관한 법리에 반감이 없는 비교법적인 고찰로서는 Kessler, "Forged Indorsements", 47 *Yale L. J.* 863 : Farnsworth, *op. cit.*, pp. 247~250 참조

원에 하자가 있는 경우에는, 채무자는 제3자의 권리를 주장하여 지급을 거절할 수 있다.⁶⁹⁾

예컨대, 소지인이 詐欺로 인한 취득자라고 한다면, 채무자는 피해자의 항변을 주장할 수 있다.⁷⁰⁾ 또한, 예컨대, 환어음의 소지인 C가 백지식 배서를 하여 이를 D에게 교부할 때 다른 환어음에 대하여는 곧 D의 권리를 포기한다고 하는 명시적인 특약을 맺었지만, D가 이를 지키지 않고 인수인 A에게 지급 청구한 경우에 A는 제3자 C의 권리를 항변으로 주장할 수 있다.⁷¹⁾

Ⅵ. 맺는 말

이상에서 살펴 본 바와 같이, 수표를 사기당한 경우에는 수표발행인은 사고신고서를 제출함과 아울러 수표금상당액을 사고신고담보금으로 예탁하여야 한다. 피사취를 이유로 하는 이의신청이 제기된 수표가 어음교환소에 제시되어, 지급인이 '피사취'를 사유로 지급을 거절한 경우에는 어음교환소는 부도처분을 내려야 하지만, 피사취와 같은 신용과 관계되지 않는 부도사유에 관하여는 현금의 제공을 요함이 없이 부도처분에 대한 이의신청을 허용해야 할 것이다.

그러나, 수표를 '詐欺'당했다는 사유는 공시최고의 사유가 되지 못한다. 공시최고를 신청할 수 있는 사유는 수표·어음 등을 '도난·분실·멸실'하거나 이와 同視할 수 있는 경우에 한하고 있기 때문이다. 즉 수표의 도난 또는 상실(분실 혹은 멸실)의 경우에 밝아야 할 절차에 관해서는 공시최고절차가 가능하지만(민사소송법 제447조, 제463조), 피사취의 경우에는 도난이나 분실과 달리 임의교부한 것이라는 이유로 공시최고 신청은 허용되지 않는다고 풀이되고 있다. 공시최고절차가 인정되지 않는 이상은 피사취의 경우의 피해자의 구제 방법은 사기에 의한 수표행위의 취소나 지급위탁의 취소 2가지 밖에 없을 것이다.

우리 나라를 비롯한 통일어음법계에 있어서 민법상 의사표시의 하자(詐欺, 강박에 의한 의사표시) 또는 흠결(비진의표시, 허위표시, 착오)에 관한 규정은 수표·어음행위에도 적용되나, 이러한 민법의 규정은 수표·어음행위에 그대로 적용된다고는 볼 수 없고 수표·어음의 유통보호와 관련하여 수정 적용되어야 한다. 따라서 수표·어음행위의 의사표시에 하자나 흠결이 있는 경우에 이에 대한 취소 또는 무효를 「선의의 제3자에게 대항하지 못한다」는 뜻은 제3자에게 '악의 또는 과실'이 있는 경우에 대항할 수 있다는 의미로 풀이할 수는 없고, "수표법 제13조 단서 및 어음법 제10조 단서" 또는 "수표법 제21조 단서 및 어음법 제

69) Chalmers, *On Bills of Exchange*, 1964, pp. 101~102

70) Chalmers, *op. cit.*, p. 106

71) Chalmers, *op. cit.*, pp. 60~61

16조 제2항 단서”와 같이 제3자에게 ‘악의 또는 중과실’이 있으면 대항할 수 있다는 뜻으로 새겨야 할 것이다.

종래의 통설과 판례는 이를 인적항변의 일종으로 보고, “수표법 제22조 단서 및 어음법 제17조 단서”에 따라 새로운 수표 어음소지인이 「채무자를 해할 것을 알고」 어음을 취득한 경우에만 예외적으로 항변이 절단되지 않는 것으로 풀이하고 있다. 그러나, 이는 앞서 말한 “수표법 제13조 단서 및 어음법 제10조 단서” 또는 “수표법 제21조 단서 및 어음법 제16조 제2항 단서” 규정에 비추어 보아 공평을 기할 수 없다.

따라서 수표를 편취당한 경우에는 사기에 의한 의사표시나 수표행위의 취소 또는 지급 위탁의 취소 등에 의하여 원상회복을 이룰 방법은 없지 않지만, 이들 방법은 수표에 관해서는 그다지 효과가 없으므로 지급인에 대한 지급금지 제도나 이의신청 제도가 확립되고 있지 않는 현재, 수표를 편취당한 피해자의 보호방법에 대하여 다각적으로 검토한 바 불충분하다고 단정짓지 않을 수 없다.

이에 관하여, 미국의 U.C.C.는 진정한 소유자(반대청구자)가 채무자의 지급을 유효하게 지급하기 위해서는 보상금을 제공하던가 법원으로부터 지급금지명장을 발부 받던가 할 필요가 있고, 그래야만 채무자를 구속할 수 있다. 반대청구권자의 단순한 권리의 주장 또는 지급금지 의뢰에 협력하고 소지인의 소송을 맡는 것은 자유이지만, 제3자가 소송에 참가하여 직접 증권에 관한 청구를 할 수 있는 자에 대하여 주장할 수 있는 항변을 제외하고는 제3자의 권리를 일체 주장할 수 없다. 즉 채무자는 증권에 대한 권리를 주장하는 제3자가 소지인의 채무자에 대한 소송에 참가하고, 채무자를 위하여 소송에서 방어를 하는 것, 그리하여 소송참가 및 항변을 통하여 자기의 권리를 주장하는 것을 기대하는 수밖에 없다.

요컨대, 詐欺, 강박 기타 취소 또는 무효 원인이 있는 거래에 의한 소지인도 증권상에 법률상의 권원이 있다는 것이 원칙이고, 채무자는 이러한 소지인을 무권리자로서가 아니라 권리자로서 인정해야 한다. 하자있는 권원에 기한 소지인의 권리는 진정한 소유자의 형평법상의 권리에 따라야 하기 때문이다.

따라서 증권에 대한 권리를 주장하는 제3자가 소지인의 채무자에 대한 소송에 참가하고, 채무자를 위하여 소송에서 방어하는 것, 그리하여 소송참가 및 항변을 통하여 자기의 권리를 주장하는 수밖에 없다. 위조배서(forged indorsement)에 의한 취득자를 유일한 예외로 하는 외에는 유통증권을 현실로 소지하는 자는 詐欺漢이든 盜取者이든 가리지 아니하고 모두 증권에 대한 법률상의 권원을 부여받아, 소지인인 자격으로 이를 처분하거나 또는 지급을 강제할 수 있는 권리가 있다.

詐欺, 강박의 피해자 또는 하자있는 유통을 행한 자는 증권의 소유권에 기하여 반환청구를 할 수 있는 외에 구제수단도 마련되고 있어서 일응 보호되고 있는 셈이다. 하자있는 유통행위의 당사자간 및 선의취득자에 대한 관계는 우리 나라를 비롯한 통일어음법계의 어음과 실질적인 차이는 없지만, 이와 같은 불법취득자에 대하여 부당한 권리행사를 허용하

면서도, 더욱이 채무자에게는 제3자의 권리의 항변을 극히 제한적으로밖에 허용하지 않는 점에서 비교법적인 단초를 찾을 수 있다.