

利得償還請求權制度의 再考

崔 基 元*

I. 序 說

우리나라의 어음法 제79조와 手票法 제63조에서는 利得償還請求權을 法定하고 있다. 우리 大法院은 어음을 支給에 갈음하여 交付한 경우가 아니고 支給의 確保를 위하여 交付한 때에는 利得償還請求權을 인정하지 않는다는 입장을 최근까지도 되풀이하고 있다. 그리하여 이러한 판례의 부당성을 지적한 바 있고⁽¹⁾ 이 기회에 利得償還請求權의 전반에 관하여 재검토할 필요성을 느끼게 되었다. 이 論文에서는 특히 利得償還請求權制度의 立法趣旨에 관한 獨逸學者의 새로운 입장을 검토하고, 또한 利得償還請求權制度의 해석과 운영을 위하여 가장 중요한 전제가 되는 利得償還請求權의 性質을 어떻게 볼 것인가 하는 점에 대하여 재검토한 후, 어떠한 說에 의하느냐에 따라서 利得償還請求權의 운영과 해석에 있어서 그 결과가 달라진다는 점을 피력해 보았다. 즉 어떠한 說에 의하는가에 따라서 利得償還請求權의 當事者인 利得償還義務者의 범위가 달라진다는 점을 Canaris의 입장을 중심으로 서술하기로 한다. 특히 이 論文을 쓰게 된 동기인 利得償還請求權의 發生要件에 관한 大法院의 최근 두 判決에 관한 문제점을 보다 상세히 검토하고자 한다.

II. 立法趣旨

利得償還請求權(Wechselbereicherungsanspruch)이란 어음상의 權利가 遡求權保全節次의 欠缺 또는 時效에 의하여 消滅한 경우에 어음所持人이 發行人·引受人·背書人에 대하여 어음상의 權利가 消滅함으로써 받은 利益의 償還을 청구할 수 있는 權利를 말한다(어 79조). 어음法에서 이러한 權利를 인정하고 있는 이유는 어음法의 權利保全節次規定의 엄격성과 短期消滅時效로 인하여 어음이 失効되는 것을 완화하기 위한 것이라고 할 수 있다. 즉 어음이 失効가 된 경우에 어음所持人은 어음상의 權利를 상실하게 되는 데 비하여, 어음債務者는 어음의 授受와 관계가 있는 原因關係 또는 資金關係에 의한 對價 또는 資金

* 서울대학교 법과대학 교수

(1) 拙稿, 〈判例評釋〉“利得償還請求權의 發生要件”, 法律新聞 1994. 3. 14(제2295호), p. 15.

을 그대로 보유할 수 있게 되어 不公平한 결과가 초래된다. 예컨대 매도인이 매매대금의 支給에 갈음하여 매수인이 引受한 어음을 받았으나 그 어음상의 權利가 消滅時效에 의하여 消滅한 때에는 賣渡人은 그 代金を 받지 못하게 된 반면에 買受人은 賣買目的物을 反對給付 없이 확보하게 된다. 왜냐하면 賣買代金은 어음을 支給에 갈음하여 받음으로써 이미 消滅하였고, 또한 어음債權은 消滅時效에 의해서 더 이상 확보할 수가 없게 되었기 때문이다. 이러한 결과는 時效制度가 있는 한 어쩔 수 없다고 할 수 있지만 어음에 있어서는 다른 法律關係에 있어서보다 치명적인 결과를 초래하게 된다. 왜냐하면 어음은 抽象證券이며 그 時效가 短期이기 때문이다. 이러한 不公平을 시정하고⁽²⁾ 衡平의 原理에 입각하여 어음法の 技術的·形式的 解決에 대하여 實質的 修正을 시도한 獨法系 特有的 制度가 利得償還請求權이다.

利得償還請求權制度의 立法趣旨은 어음과 手票를 구별함이 없이 短期消滅時效와 權利保全節次의 엄격성을 완화하기 위한 것이라고 하는 것이 우리나라의 모든 學者들의 한결같은 설명이었고 筆者도 例外는 아니었다. 日本의 경우도 마찬가지이다. 이러한 주장은 主債務者가 없고 滿期가 존재하지 않으며 發行日字로부터 10일의 提示期間이 經過되기 전에 證券을 提示하지 않으면 發行人을 비롯한 모든 背書人에 대한 遡求權을 喪失하는 支給證券인 手票에 대하여는 타당성이 있다고 할 수 있다. 그러나 어음의 立法趣旨로는 설득력을 결여한다는 주장이 있다.⁽³⁾ 그 근거로서 예컨대 換어음의 引受人 또는 約束어음의 發行人에 대한 청구권의 消滅時效期間은 3년인 데 비하여(어 70조, 77조 1항 8호), 民法에는 이보다 훨씬 짧은 時效期間으로서 2년인 경우가 있고(獨民 196조) 이보다 더 짧은 1년 또는 6월인 경우도 있으나(獨民 477조) 이의 완화를 위한 보완장치를 두고 있지 않기 때문이라고 한다. 이러한 사정은 우리의 경우도 마찬가지이다. 즉 우리 民法과 商法에도 3년 혹은 이보다 훨씬 짧은 時效期間을 法定하고 있으나(民 163조, 164조, 573조; 商 121조, 122조, 147조, 166조, 167조), 특별히 이를 완화를 위한 제도는 두지 않고 있는 것이다. 그러므로 利得償還請求權의 立法趣旨가 단지 어음상의 時效期間이 短期이기 때문에 이를 완화를 위한 제도라고 하는 것은 설득력을 결여한다. 또한 權利保全節次가 엄격하다고 하는 것도 특별한 의미가 없다고 본다. 왜냐하면 대부분의 어음用紙에는 拒絕證書의 作成을 免除한다는 文句가 미리 인쇄되어 있기 때문이다.

어음의 경우에는 일반적으로, 長期間의 時效期間이 적용되고 節次의 欠缺과 무관한, 原因關係가 존재한다. 그러나 原因關係에 의한 해결은 여러가지 法律상의 이유로 불가능한 경우가 많은 것이다. 그러므로 利得償還請求權은 어음상의 權利가 節次의 欠缺 또는 時效에 의하여 消滅한 경우에 발생하는 난점을 극복하기 위하여 法定된 것이라고 할 것이다.

(2) 大判 1959. 9. 10, 4291 民上 717.

(3) Canaris, Der Wechselbereicherungsanspruch, WM(1977), S. 35.

어음은 대부분의 다른 청구권의 경우와는 달리 原因關係와 절연된 抽象證券이고 어음외에 존재하는 일정한 목적의 달성을 위한 수단에 불과하다. 그런데 어음이 節次的 欠缺 또는 時效에 의해서 失効가 된 때에는 原因關係에 의한 문제의 해결이 용이하지 않은 경우가 많다. 따라서 어음의 경우는 다른 청구권에 비하여 이러한 특수성이 있기 때문에 이의 보완을 위하여 補償請求權으로서 利得償還請求權을 인정한 것이라는 주장⁽⁴⁾이 타당하다고 본다. 또한 이 說은 우리 나라의 通說에서 주장하는 바와 같이 어음이 失効되면 원인채권의 유무나 소멸의 여부를 따질 필요 없이 利得償還請求權의 발생이 인정되어야 한다는 근거가 된다고 할 것이다.

III. 立法例

어음의 利得償還請求權은 모든 국가에서 인정하는 제도가 아니다. 英美에서는 어음債權에 관하여 모두 一般法의 原則을 적용하여 어음債權에 대하여 특별히 엄격한 制限을 두고 있지 않기 때문에 어음상의 權利를 상실한 경우에도 특별한 救濟手段을 인정하지 않고 있다. 그리고 프랑스法系에서는 資金關係上的 權利가 어음의 發行時부터 어음에 포함되어 法律의 規定(프商 116조)에 의거하여 당연히 순차로 이전되고 어음상의 權利와 資金關係上的 權利가 분리되지 않으므로 실제로 不公平한 결과가 초래될 여지가 없기 때문에 利得償還請求權制度가 존재하지 않는다. 벨기에의 경우도 같다.⁽⁵⁾

利得償還請求權制度는 統一어음法에서 法定하고 있지 않고 어음法統一條約 제2附屬書인 留保條項 제15조에 의하여 各締約國의 立法에 위임되고 있다. 따라서 우리나라와 日本, 오스트리아 등 獨法系 諸國은 이를 채용하여 어음法·手票法에 각기 利得償還請求權에 관하여 規定하고 있으며,⁽⁶⁾ 우리의 경우에는 어음法 제79조 附則에서 규정하고 있다.

프랑스法에 의하면 어음所持人의 資金關係上的 權利는 物權的 權利로서 所有權으로 취급되어 發行人이 破産한 경우에 選取權을 인정한다. 이는 근 1세기 동안의 프랑스 判例와 學說의 입장이기도 하였는데, 이는 1932년의 法律에 의하여 개정된 프랑스商法典 제116조에 法定되기에까지 이르렀다.⁽⁷⁾ 또한 어음發行人은 어음상의 義務와 함께 資金關係에 대한 注意義務를 진다. 이러한 注意義務가 어음의 拒絶證書作成의 해태로 消滅한 때에도, 그 資金을 제공하지 않은 경우에는 책임을 지게 된다. 이는 프랑스商法典 제117조 제3항

(4) Canaris, S. 35.

(5) Staub-Stranz, § 83, Anm. 35.

(6) Stranz, § 89, Anm. 7.

(7) La propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change.

에 法定되어 있다.⁽⁸⁾ 이러한 제도는 獨逸法과 다른 점이다. 즉 프랑스法에 의하면 引受人이나 發行人이 利得을 보고 債權者가 損害를 입었는지 여부를 확인할 필요가 없다. 또한 引受人과 發行人은 引受와 發行의 原因關係를 규명할 필요도 없다. 引受人은 그가 어음을 위하여 支給한 것보다 債權者가 더 많은 利得을 보았는가 여부를 확인할 필요 없이 原因關係의 債務者로서 책임을 진다. 그리고 發行人은 債權者에 대하여 어음을 발행함에 있어 對價를 취득하였는가 여부를 불문하고 다만 資金關係에 의한 資金을 제공하지 않은 경우에 책임을 진다.⁽⁹⁾ 이러한 獨逸法과 프랑스法에 있어서의 法 해석의 차이점은 1930년 統一 어음法 제2부속서(유보조항) 제15조의 조문을 보면 극명하게 나타난다.⁽¹⁰⁾ 同條에 의하면, 우선 프랑스法의 해석원리에 따라 어음이 節次的 欠缺이나 時效의 消滅로 인하여 失效된 경우에도 資金의 제공을 받은 引受人이나 資金을 제공하지 않은 發行人에 대한 請求權이 존속한다는 정함을 할 수 있도록 함과 동시에, 獨逸法의 해석원리에 의하여 어음이 失效된 경우에 不當하게(ungerechtfertigt) 利得을 본 引受人과 發行人에 대한 請求權이 존속한다는 정함을 가능하게 하였다. 同條에서 이와 같이 선택적 규정을 하고 있다는 점에서 보더라도 이 문제에 관하여는 통일을 보지 못했다고 할 것이다. 이는 오랫동안 뿌리깊게 자리잡아 온 프랑스와 독일의 각기 다른 法 해석의 전통을 누구도 포기할 수 없었다는 것을 의미하는 것이다.⁽¹¹⁾

IV. 性 質

利得償還請求權의 法的 性質에 관하여 學說·判例는 다음과 같이 대립되고 있다. i) 民法上 損害賠償請求權으로 보는 說, ii) 不當利得返還請求權이라는 說,⁽¹²⁾ iii) 특별한 형태의 利得返還請求權이라는 說,⁽¹³⁾ iv) 衡平의 觀念上 法律의 規定에 의하여 인정된 일종의 「特別한 請求權」이라는 說, 이는 民法上의 指名債權의 일종이라고 하여 指名債權說이

(8) Soit qu'il y ait ou non acceptation, le tireur seul est tenu de prouver, en cas de dénégation, que ceux sur qui la lettre était tirée avaient provision à l'échéance; sinon il est tenu de les garantir, quoique le protêt ait été fait après les délais fixés.

(9) Quassowski-Albrecht, § 89 und N. 3.

(10) Art. 15. Jeder der Hohen Vertragsschließenden Teile kann bestimmen, daß in seinem Gebiet in den Fällen des Rückgriffsverlusts oder der Verjährung ein Anspruch gegen den Aussteller, der keine Deckung geleistet hat, oder gegen den Aussteller oder Indossanten, der sich ungerechtfertigt bereichern würde, bestehen bleibt. Die gleiche Befugnis besteht im Falle der Verjährung in Ansehung des Annehmers, der Deckung erhalten hat oder sich ungerechtfertigt bereichern würde.

(11) Quassowski-Albrecht, § 89 und N. 2.

(12) Bülow, § 89, Rdn. 1.

(13) Canaris, Der Wechselbereicherungsanspruch, WM(1977), 36ff.; Baumbach-Herfermehl, § 89, Rdn. 1, S. 377.

라고도 한다. v) 消滅된 어음상의 請求權의 殘存物(Überbleibsel)이라는 說,⁽¹⁴⁾ vi) 어음上 權利의 變形物이라는 說,⁽¹⁵⁾ vii) 民法上的 權利와 어음상의 權利와의 結合이라는 說 등이 있는데, 우리나라의 多數說은 IV)인 「特別한 請求權」으로 보고 있다.⁽¹⁶⁾

利得償還請求權은 債務者의 債務不履行(民 390조)이나 不法行爲(民 750조)에 의하여 발생하는 것이 아니라 오히려 債權者인 어음所持人의 權利行使의 懈怠로 인하여 발생하는 것이므로 民法上的 損害賠償請求權이라고 할 수 없고, 利得償還請求權에서의 利得은 「法律上 原因 없이」(民 741조) 발생한 것도 아니며 債務者의 利得이 他人(어음所持人 내지 權利者)의 財産 또는 勞務로 인하여 생긴 것임을 요하지 않는 점에서 그 명칭은 유사하나 民法上的 不當利得返還請求權과 다른 것이다. 利得償還請求權은 어음請求權의 殘存物이라는 것이 종래의 獨逸의 多數說이었으며 判例의 입장이었다. 이 說의 근거는 獨逸어음法 제89조(韓어 79조)의 法文으로 볼 때 發行人과 引受人의 義務가 존속(bleiben)하는 것으로 規定되어 있기 때문이라고 한다. 그러므로 利得償還請求權은 특별한 형태의 利得返還請求權에서 주장하는 바와 같이 喪失된 어음請求權을 위한 보상으로서 民法上的 請求權을 인정하는 것이 아니고, 오히려 본래의 請求權의 時效 또는 節次的 欠缺에도 불구하고 어음所持人의 어음상의 權利는 특별한 要件과 形態로 존속한다고 한다.⁽¹⁷⁾ 그러므로 不當利得返還請求權에 관한 民法上的 規定은 여기에 관련이 없는 것이고, 보충적으로 적용될 여지도 없다고 한다.⁽¹⁸⁾ 한편 殘存物說에서는 利得償還請求權은 어음상의 權利와 같은 성질이 있기 때문에 어음訴訟으로 이를 주장할 수 있다고 한다.⁽¹⁹⁾ 그러나 실제에 있어서는 어음訴訟에 의한 청구가 불가능한 경우가 자주 발생하는데, 利得償還請求訴訟에 있어서 被告의 利得과 原告의 損害라는 要件을 대부분의 경우 어음에 의해서 증명할 수는 없기 때문이라고 한다.⁽²⁰⁾ 이는 殘存物說의 限界를 스스로 인정한 것으로 볼 수 있다.

殘存物說에 대하여는 다음과 같은 비판이 있다. 즉 Canaris에 의하면 殘存物說은 이론적으로나 실제의 문제해결을 위하여도 도움이 되지 못한다고 한다.⁽²¹⁾ 첫째로 殘存物說에서는 獨逸어음法 제89조의 「bleiben」이라고 한 표현을 근거로 삼고 있으나 同條에서는 또한 債務의 消滅(Erlöschen)을 전제로 하고 있다는 점에서 보면 消滅한 請求權이 다시 殘存物로 존속하는 것은 모순이라고 한다. 즉 殘存物說로는 條文의 문리적 해석도 충분히

(14) 鄭熙喆, 商法學(下)(이하 鄭熙喆이라 한다), p. 286; ROHG 6,381/383; Heuck, S. 84; OLG Frankfurt-Darmstadt, NJW(1974), 153; Ulmern, S. 271; Stranz, § 89, Anm. 3.

(15) 梁承圭, “利得償還請求權.” 서울대 「法學」 12. 7, p. 101.

(16) 徐廷甲, 新어음·手票法(이하 徐廷甲이라 한다), 244면; 孫珠瓚, 全訂增補版 商法(下)(이하 孫珠瓚이라 한다), 135면; 鄭東潤, 어음·手票法(改訂版)(이하 鄭東潤이라 한다), 224면.

(17) Quassowski-Albrecht, § 89 Rdn. 3.

(18) Quassowski-Albrecht, § 89 Rdn. 4.

(19) Staub-Stranz, § 83 Anm. 22; Quassowski-Albrecht, § 89 Rdn. 3.

(20) Quassowski-Albrecht, § 89 Rdn. 3.

(21) Canaris, o. a. S. 36.

이해할 수 없게 된다는 것이다. 또한 殘存物說은 실제의 문제해결을 위하여도 도움이 되지 않는다고 한다. 왜냐하면 同說은 부분적으로 불필요한 설명을 하고 있거나 잘못된 결과가 초래될 수 있기 때문이라고 한다. 불필요한 설명이란 獨逸어음法 제89조의 請求權이 有效한 어음을 전제로 하고 正當한 所持人이어야만 성립된다고 하는 점인데, 이는 순수한 利得返還請求의 경우에서와 같이 어음法 제89조에 의하여 분명하기 때문이라고 한다. 殘存物說이 잘못된 결과를 초래하게 할 것이라고 하는 점에 대하여는, 同說에 의하면 利得償還請求權을 어음訴訟으로 주장할 수 있다고 하는데 이 制度의 成立史的인 측면과도 일치하지 않는 주장이라고 한다. 또한 利得償還請求權을 어음訴訟으로 가능하다는 것은 어음訴訟의 목적에도 부합되지 않는다고 한다. 왜냐하면 어음訴訟은 어음상의 請求를 신속하고 단호하게 해결하기 위한 제도인데 失效한 어음의 경우는 그러한 필요성이 없기 때문이라고 한다. 또한 殘存物說에 의하면 어음상의 權利를 위하여 設定되었던 擔保는 당연히 利得償還請求權으로 이전된다고 하는데,⁽²²⁾ 그러나 이는 擔保提供者의 意思에 상응한다고 추정할 수 없을 뿐만 아니라 불합리한 결과를 초래할 것이라고 한다. 생각컨대 獨逸어음法 제89조는 어음債務가 消滅하였음을 전제로 하고 있으므로, 消滅한 請求權의 殘存物이 또 존속한다는 것은 理論的 根據를 전혀 찾을 수 없는 것으로서 부당하다고 할 수 있다. 日本에서는 利得償還請求權을 어음상의 權利의 變形物이라고 하는 說도 유력하다.⁽²³⁾ 그 根據는 殘存物說과 같다고 할 수 있다. 즉 이에 의하면 利得償還請求權은 어음상의 權利가 消滅한 경우에 발생하는 것으로 어음상의 權利는 아니지만, 실질적으로 보면 어음所持人은 어음이 失效되기 전에는 당연히 모든 어음상의 債務者에 대하여 어음金額 또는 遡求金額을 청구할 수 있었으나 어음이 失效가 된 때에는 利得을 본 債務者에 대해서만 利得의 返還을 청구할 수 있게 되는 것으로서, 이는 數量的·條件的으로 制限을 받는 同質의 이고 類似한 權利로 變形된 것이라고 한다. 그러나 이 說도 殘存物說과 마찬가지로 어음상의 權利가 消滅한 것을 전제로 하면서 利得償還請求權이 어음상의 權利의 變形物이라고 하는 점에서 문제가 있다고 할 것이다.

따라서 利得償還請求權은 순수한 民法上的 請求權도 아니고 어음상의 權利(또는 그의 殘存物 내지 變形物)도 아닌 어음法上 인정된 特別한 請求權(일종의 指名債權)이라고 보는 것이 무난하다고 할 수 있다.⁽²⁴⁾ 이 說은 우리나라의 通說일 뿐만 아니라 判例의 입장이기도 하다.⁽²⁵⁾ 그런데 최근에 獨逸의 유력한 說은 利得償還請求權을 民法上的 利得返還請求權의 特別한 形態(besondere Ausformung des allgemeinen bürgerlichrechtlichen

(22) Staub-Stranz, § 83 Anm. 2.

(23) 鈴木竹雄, 手形法, 309-310頁; 石井照久·鴻常夫, 手形法·小切手法[商法 IV], 144頁; 服部榮三, 改訂版手形·小切手法, 170頁; 浜田一男[利得償還]手形法·小切手法講座 5卷, 131頁.

(24) 同旨: 鄭東潤, p. 224; 徐燉珏·鄭燦亨, p. 638.

(25) 大判 1959. 8. 27, 4291 民上 449; 大判 1965. 4. 13, 64 다 1112; 大判 1970. 3. 10, 69 다 1370.

Bereicherungsanspruchs)라고 한다.⁽²⁶⁾ 이에 의하면 獨逸어음法 제89조의 損害(Auf dessen Schaden)란 不當利得返還請求權의 意義에 관한 規定인 獨逸民法 제812조에서 「他人의 費用으로」(Auf dessen Kosten)라고 한 요건과 다르지 않다고 한다.⁽²⁷⁾ 그런데 우리 民法 제741조에서는 不當利得의 내용에 관하여 「他人에게 損害를 가한 자는 그 利益을 返還하여야 한다」고 規定하고 있다. 그러므로 우리 民法에 의하면 Canaris의 주장은 더욱 타당한 근거를 찾을 수 있게 될 것이다. 그러나 利得償還請求權의 요건을 어음法에서 특별히 法定하고 있으며 그 구성요건이 모두 民法上の 不當利得返還請求權과 일치하는 것은 아니라는 점에서, 民法上の 利得返還請求權의 특별한 형태라고 하는 입장은 문제가 있다고 할 것이다.

V. 利得償還請求權의 當事者

1. 權利者

利得償還請求를 할 수 있는 者는 어음上の 權利가 節次的 欠缺 또는 時效로 인하여 消滅한 當時의 正當한 어음所持人이다.⁽²⁸⁾ 따라서 어음법 제116조 1항에 의한 형식적 자격이 있는 자를 말한다고 할 수 있다. 그렇다고 형식적 자격이 利得償還請求權의 전제요건은 아니다.⁽²⁹⁾ 즉 어음소지인이 어음상의 권리를 다른 방법으로 입증한 때에는 利得償還請求權者가 될 수 있다. 그러므로 背書의 連續이 中斷된 때에는 그 부분에 대하여 實質的인 權利取得을 證明함으로써 어음所持人은 利得償還請求를 할 수 있다.⁽³⁰⁾ 어음所持人이란 최초의 背書에 의하여 어음을 취득한 所持人뿐만 아니라 자신에 대한 拒絶證書의 작성을 해대한 支給人과 償還義務를 이행하고 어음을 受還한 背書人(어 49조) 및 保證人을 포함한다.

權利의 消滅 當時 어음의 所持人이면 滿期 當時의 所持人이든 期限後背書에 의하여 어음을 양수한 所持人이든 불문하며 相續·合併·轉付·競落 등에 의하여 權利를 취득한 者 및 指名債權讓渡의 方法에 의하여 어음을 취득한 者도 利得償還請求權을 행사할 수 있다. 그리고 利得償還請求權 자체를 양수한 者⁽³¹⁾ 및 入質背書의 被背書人도 權利者이다. 또한 推尋委任背書의 被背書人도 다른 어음上の 權利와 마찬가지로 背書人의 名義로 請求權을 행사할 수 있다.⁽³²⁾ 숨은 推尋委任背書의 경우에는 被背書人이 自己名義로 請求權을

(26) Hueck-Canaris, S. 156; 李基秀, p. 387.

(27) Canaris, o. a. S. 37.

(28) 大判 1964. 7. 14, 64 다 63; 大判 1967. 9. 29, 67 다 1729 등.

(29) Canaris, o. a. S. 38; Quassowski-Albrecht, § 89 Rdn. 5.

(30) Jacobi, S. 928.

(31) 朝高判 1933. 2. 3, 民集 20, 2.; RG 139, 193.

(32) Stranz, § 89, Anm. 5.

행사한다. 利得償還請求權의 취득에 있어 어음취득의 원인 여하는 불문한다.⁽³³⁾ 消滅時效 또는 節次的 欠缺에 의하여 어음상의 義務가 없음에도 불구하고 支給을 함으로써 어음을 취득한 者는 利得償還請求權者가 될 수 없다는 것이 判例의 입장이다.⁽³⁴⁾ 왜냐하면 이러한 경우에는 어음所持人이 節次的 欠缺 또는 時效의 消滅에 의해서가 아니고 어음을 취득함으로써 손해를 본 것이기 때문이다. 즉 前의 어음所持人이 어음상의 權利가 消滅한 다음에 어음금을 支給하였다더라도 당연히 어음法 제79조의 利得償還請求權을 自己의 權利로서 행사할 수는 없고 다만 利得償還請求權의 讓渡를 받아 행사할 수 있을 뿐이다. 割引銀行의 買受請求權의 행사로 還買金額을 支給한 者도 같다. 또한 어음團體에 관여하지 않은 제3자가 어음금을 支給한 때에도 利得償還請求權은 그 讓渡에 의해서만 취득된다. 이러한 경우에 利得償還請求權의 讓渡는 묵시적으로 이루어질 수도 있다. 보통 支給을 함으로써 失效한 어음의 교부를 받은 경우 그 支給이 法律上的 義務로서 한 때에는 묵시에 의하여 利得償還請求權을 讓渡한 것으로 볼 것이다.⁽³⁵⁾

白地어음의 所持人도 利得償還請求權者가 될 수 있는가에 대하여 적법한 기간내에 白地를 보충하지 않은 어음所持人은 아직 「未完成어음」을 소지하는 데 불과하므로 利得償還請求權을 취득하지 못한다고 하는 것이 우리나라의 通說과 判例의 입장이다.⁽³⁶⁾ 그러나 白地어음도 법률적으로 처음 발행할 때부터 이미 유효한 어음으로 인정하고 있는 점(어 1조, 2조, 10조), 補充權 자체는 形成權으로 당연히 消滅하는 것이 아니라는 점 등으로 白地어음의 所持人이 그 時效滿期日까지 受取人欄을 補充하지 않았다고 하더라도 實質關係에서 補充權을 행사할 수 있는 正當한 所持人이라는 것이 立證된다면 利得償還請求權을 인정하는 것이 합리적일 것이고 또 衡平의 觀念上으로도 어음法 제79조의 입법정신에도 부합하는 것이라는 說⁽³⁷⁾도 있다. 補充權의 存在를 立證한 경우에 한하여 白地어음의 所持人도 利得償還請求權者가 될 수 있다고 하는 것이 타당하다고 본다.⁽³⁸⁾

手票의 경우도 利得償還請求權의 權利者는 手票上的 權利가 소멸할 당시의 正當한 手票의 所持人이다.⁽³⁹⁾ 특히 手票에 관하여 문제가 되는 점은 支給提示期間의 經過 후에 手票을 취득한 자도 利得償還請求權을 취득하는가 하는 것이다. 왜냐하면 手票의 경우에는 提

(33) 大判 1960. 6. 9, 4292 民上 758.

(34) 大判 1964. 7. 14, 64 다 63; RG JW 06, 69.

(35) Baumbach-Hefermehl, § 89 Rdn. 3.

(36) 大判 1962. 12. 20, 62 다 680; 鄭熙喆, p. 287; 徐廷甲, p. 245; 孫珠瓚, p. 98; Staub-Stranz, § 83 Anm. 2.

(37) 梁承圭, 前揭論文, pp. 102-103; 李範燦, “利得償還請求權,” 「考試界」 1970. 3, p. 32; 梁承圭·朴吉俊, p. 589.

(38) 오스트리아 最高法院(10. 10. 1893) Czel. 685.

(39) 大判 1959. 10. 29, 4292 民上 440; 大判 1964. 7. 14, 64 다 63; 大判 1967. 9. 29, 67 다 1729; 大判 1970. 1. 27, 69 다 1390; 大判 1978. 6. 13, 78 다 568; 大判 1981. 6. 23, 81 다 167; 大判 1983. 9. 27, 83 다 429.

示期間經過後에도 支給委託의 取消가 없는 한 支給人은 有效한 支給을 할 수 있기 때문이다. 따라서 所持人은 支給委託의 取消가 없다고 하더라도 提示期間의 經過에 의하여 手票法上의 權利가 消滅하였음을 들어 利得償還請求權을 행사할 수 있다고 할 것이지만, 提示期間의 經過後에도 手票의 支給을 청구하여 지급을 받을 수 있기 때문에 支給人이 支給拒絶을 한 때에 비로소 利得償還請求權을 행사할 수 있는 것이 아닌가 하는 문제가 있다. 이에 관하여 大法院의 입장은 자주 변경된 바 있다. 大法院의 1962년 9월 20일의 판결⁽⁴⁰⁾에서는 「自己앞手票를 提示期間經過後에 取得하였다 하더라도 그 所持人은 언제나 정당하게 그 手票를 취득한 것으로 推定받는다」고 하여 利得償還請求權을 인정한 바 있으나, 1970년 1월 27일의 判決에서는 「手票의 提示期間을 經過하여 취득한 手票所持人은 이미 그 手票上의 權利消滅後의 受取로서 利得償還請求權이 없다」고 하였다가,⁽⁴¹⁾ 1976년 1월 13일 大法院全員合議體判決에서는 다음과 같은 이유로 다시 提示期間經過後의 自己앞手票의 취득에 대하여 利得償還請求權을 인정한 바 있다.⁽⁴²⁾

「自己앞手票」에서는 거래상의 확신에 의하여 現金과 같이 널리 유통되므로, 提示期間이 徒過하여 手票上의 權利가 消滅된 手票를 양도하는 행위는 「手票金額의 支給受領權限과 아울러 특별한 사정이 없으면 手票上의 權利의 消滅로 인하여 所持人에게 발생한 利得償還請求權까지도 이를 양도하는 동시에 그에 수반해서 利得을 한 發行人인 銀行에 대하여 所持人을 대신해서 그 양도에 관한 통지를 할 수 있는 권능을 부여하는 것이라고 하는 것이 특별한 사정이 없는 한 당사자의 의사에 합치될 뿐만 아니라 거래의 실정에 적합하고 법률관계를 간결하고 타당하게 해결할 수 있는 것이다」라고 하였다. 그러나 이 判決에서 少數意見은 「利得償還請求權은 手票法에 의하여 인정되는 특수한 권리인 指名債權에 속하는 것으로 이의 讓渡行爲를 民事上 다른 指名債權의 讓渡行爲와 달리 해석할 필요가 없을 것이고, 따라서 自己앞手票의 경우라고 예외가 될 수 없을 것이므로 自己앞手票의 경우에 있어서도 利得償還請求權의 讓渡行爲에 指名債權讓渡의 對抗要件을 별도로 밝아야 하는 것으로 해석함이 타당하다 할 것이다」라고 한 바 있다. 그러나 1978년 3월 28일의 判決에서는 1976년의 全員合議體判決에도 불구하고 「手票法上으로 利得償還請求를 할 수 있는 手票所持人은 그 手票上의 權利가 消滅될 당시의 所持人으로서 그 手票上의 權利를 행사할 수 있는 자를 말하는 것인데 提示期間의 經過로 手票上의 權利가 消滅된 이후 이를 指名債權讓渡의 方法에 의하지 않고 단순히 양도받은 때에는 利得償還請求權을 취득하였

(40) 大判 1962. 9. 20, 62 다 408.

(41) 大判 1970. 1. 27, 69 다 1390.

(42) 大判 1976. 1. 13, 70 다 2462. 이에 찬성하는 입장으로는 金敎昌, “提示期間經過後 手票를 取得한 者의 地位,” 判例研究 「大韓辯協誌」 1978. 5, pp. 27-35; 孫珠瓚, “提示期間經過後의 紛失手票取得의 效力,” 「考試研究」 1987. 3, p. 204.

다고 볼 수 없다」고 하였다.⁽⁴³⁾ 이후 1981년 6월 23일의 判決에서는 1976년의 全員合議體 判決은 手票上의 權利가 消滅할 당시에 正當한 手票所持人으로부터 手票를 讓受한 경우에 만 적용된다고 하였고,⁽⁴⁴⁾ 1983년 3월 8일 判決에서는 手票上의 權利가 消滅할 당시의 正當한 所持人이 누구였는지 不明한 경우에 提示期間經過後에 自己앞手票를 취득한 자는 指名債權讓渡의 方法에 따른 節次를 밟지 않는 한 利得償還請求權을 행사할 수 없다고 하였다.⁽⁴⁵⁾

결국 大法院의 判例에 의하면 提示期間經過後에 취득하였더라도 手票上의 權利가 消滅할 당시의 正當한 所持人으로부터 手票를 取得한 자는 利得償還請求權을 취득하지만 이를 위하여는 단순한 양도가 아닌 指名債權讓渡의 節次가 필요하다는 것으로 볼 수 있다. 다만 自己앞手票의 경우에는 利得償還請求權의 讓渡와 더불어 利得을 한 發行人인 銀行에 대하여 所持人을 대신하여 讓渡에 관한 通知를 할 수 있는 權能까지 부여한 것으로 보아 利得償還請求權의 讓受人은 自己앞手票를 銀行에 제시하면 양도의 對向要件을 구비한 것으로 본다는 입장이라고 할 수 있다. 그러나 自己앞手票라고 하여 특별한 취급을 할 필요는 없다고 본다.

2. 義務者

利得償還義務者는 發行人(約束어음의 發行人 포함)·引受人 또는 背書人이다(어 79조). 保證人과 參加引受人, 支給人과 支給擔當者는 제외된다.⁽⁴⁶⁾ 獨逸어음法 제89조 2항, 스위스債務法 제1052조 3항에서는 背書人을 償還義務者로부터 제외시키고 있다.⁽⁴⁷⁾ 왜냐하면 어음은 背書人들을 통과할 뿐이며 보통 그들이 利得을 본다고는 할 수 없기 때문이라고 한다.⁽⁴⁸⁾ 그리하여 溯求節次의 欠缺 또는 時效로 인하여 어음상의 權利가 消滅되는 경우에 償還義務를 지는 자는 어음의 主債務者와 主溯求義務者(Hauptregreßschuldner) 뿐이라고 한다. 따라서 約束어음의 경우에는 主債務者인 發行人만이 溯求義務者가 된다고 할 것이다. 또한 어음法에 의한 償還義務者의 제한은 強行規定으로서 준수되어야 하기 때문에 利得償還請求權에 관한 規定을 背書人에 대하여는 유추적용할 수 없다는 입장이 있다.⁽⁴⁹⁾ 그런데 이와는 반대로 예컨대 發行人이 어음에 虛僞(Gefälligkeitshabler)로 署名을 하고 受取人이 이를 背書한 경우에는 獨逸어음法 제89조 제1항의 유추적용에 의하여 背書를 한

(43) 大判 1978. 3. 28, 77 다 2497.

(44) 大判 1981. 9. 23, 81 다 167.

(45) 大判 1983. 3. 8, 83 다 40.

(46) Jacobi, S. 934.

(47) 스칸디나비아 諸國에서는 手票의 경우도 背書人을 利得償還義務者에 포함시키고 있다(Breit, Kommentar zum deutschen Scheckgesetz II Teil S. 771).

(48) Brox, S. 317.

(49) Zöllner, S. 141; Bülow, § 89 Rdn. 4.

受取인에 대한 利得償還請求가 인정되어야 한다는 說이 있다.⁽⁵⁰⁾

우리 어음법이 償還義務者 중에서 背書人을 포함시키고 있는 것도 이러한 경우를 예상한 결과라고 할 수 있다. 즉 背書人이 실질적으로 發行人과 같은 경우나 背書人이 어음채무의 보증을 목적으로 對價를 받고 背書하는 경우가 있음을 고려한 것이라고 할 수 있다. 왜냐하면 예컨대 約束어음의 發行人을 위하여 보증을 하면서 發行人으로부터 對價를 받고 受取人·背書人이 된 자는 被背書人의 어음이 節次의 欠缺 또는 時效로 인하여 消滅한 때에는 償還義務를 면하게 됨으로써 그가 수령한 對價를 利得 본 결과가 되기 때문이다. 그러므로 背書人이 어음의 取得時에支給한 對價와 어음의 讓渡時에 취득한 對價 사이에 차액이 있다고 하여 利得을 본 것으로 인정함으로써 背書人이 利得償還義務者가 되는 것은 아니다. 參加支給人·保證人·支給人·支給擔當者 등도 이론적으로는 償還義務者에 포함시킬 수 있으나 실정법으로는 利得償還義務者라고 할 수 없다. 發行人·引受人 또는 背書人을 위한 保證人也 같다. 그런데 背書人이 引受 및 支給을 담보하지 않는다는 無擔保背書를 한 경우 어음상의 權利가 節次의 欠缺 또는 時效로 인하여 消滅한 때에도 無擔保背書人이 利得償還義務를 지는가 하는 문제가 있다. 背書人은 利得償還義務者가 될 수 없다는 獨逸어음法 제89조 제2항이나 이 規定을 엄격히 해석하는 學說에 의하면,⁽⁵¹⁾ 당연히 無擔保背書人도 利得償還義務를 지지 않는다고 할 것이다. 그러나 背書人에게도 경우에 따라서 獨逸어음法 제89조 제1항의 유추적용이 가능하다는 說에 의하면,⁽⁵²⁾ 無擔保背書人도 利得償還義務를 지게 되는데, 그 근거로 어음法上的 利得償還請求權은 어음상의 책임에 기한 청구권이 아니라 利得에 기한 청구권이라고 할 수 있기 때문이라고 한다. 우리나라에는 그동안 이 문제에 관하여 거론한 文獻이나 判例도 찾아볼 수 없다. 그러나 日本에는 背書人이 利得償還義務者라 할지라도 無擔保背書人이나 期限後 背書의 背書人은 利得償還義務를 지지 않는다는 說이 있다.⁽⁵³⁾ 이에 의하면 이러한 背書人은 어음상의 權利가 消滅하지 않는 경우에도 背書에 의하여 얻은 對價의 보유가 가능하므로 어음의 時效에 의하여 종전보다 불리한 지위에 있을 필요가 없기 때문이라고 한다. 그러나 無擔保背書人도 利得償還義務를 진다는 입장이 타당하다고 본다. 왜냐하면 어음의 時效에 의하여 어음所持人은 損害를 보게 되는 데 반하여 無擔保背書人이 利得을 본 때에는 同제도의 취지에 비추어 利得償還義務가 인정되어야 할 것이기 때문이다.

또한 이와 같은 원리로 白地式背書를 한 어음을 단순한 交付로 취득하여 다시 交付로 讓渡한 者도 利得償還義務를 진다고 할 것이다.⁽⁵⁴⁾ 이는 利得償還請求權을 어음法상의 특

(50) Hueck-Canaris, S. 157.

(51) Zöllner, S. 141.

(52) Hueck-Canaris, S. 141.

(53) 納富義光, 手形法·小切手法論, 190頁.

(54) Canaris, o. a. S. 39.

別한 請求權이라고 하는 우리나라의 通說과 判例에서도 그 근거를 찾을 수 있다고 할 것이다. 왜냐하면 利得償還請求權은 어음상의 權利가 아니라 어음法上的 權利라고 할 수 있기 때문이다. 그러나 利得償還請求權의 性質에 관하여 殘存物說 또는 變形物說에 의할 경우 無擔保背書人이나 단순히 어음을 교부한 자는 利得償還義務者가 될 수 없다는 결론에 도달하게 될 것이다. 왜냐하면 殘存物說 또는 變形物說에 의하면 전혀 어음상의 책임을 지지 않는 자에 대한 利得償還請求權의 행사는 불가능하다고 볼 것이기 때문이다.

더 나아가 Canaris는 어음團體(Wechselverband)와 무관한 제3자가 예외적으로 利得을 본 때에도 利得償還請求權에 관한 規定의 유추적용에 의하여 利得償還義務를 진다고 한다.⁽⁵⁵⁾ 그는 여기에 속하는 예로서 發行人의 父의 委託으로 好意引受를 한 경우나 銀行이 母會社의 委託으로 子會社를 위하여 融通引受를 한 경우를 들고 있다. 즉 이러한 경우는 發行人이 아니라 제3자가 利得을 보았으므로 제3자가 償還義務를 지는 것은 당연하다고 한다.

手票의 경우 利得償還義務者는 發行人과 背書人, 그리고 支給保證을 한 支給人이다(手 63조). 手票의 경우에는 引受가 존재하지 않으므로 引受人이 제외되는 점이 換어음의 경우와 다르다. 獨逸에서는 어음의 경우와 마찬가지로 背書人은 義務者가 아니다(獨手 58조). 手票의 경우에는 支給保證을 한 支給保證人이 利得償還義務者이다. 이는 1931년의 手票法統一條約 제2부속서 제6조의 留保條項⁽⁵⁶⁾에 따라 法定한 것이다. 이는 支給保證人이 支給保證을 하고 手票發行人의 當좌계정에서 지급보증액을 인출하였으나 이후 手票가 失效가 되어 지급을 할 필요가 없게 된 경우에 그 인출한 자금을 그대로 支給保證人이 보유하는 경우가 있음을 고려한 것이다.

VI. 利得償還請求權의 發生要件

1. 어음상의 權利의 消滅

利得償還請求權이 발생하기 위하여는 유효하게 존재하였던 어음상의 權利가 權利保全節次의 欠缺 또는 時效로 인하여 消滅하였어야 한다. 따라서 기타의 사유(예: 債務의 免除, 支給 등)로 인하여 어음상의 權利가 消滅한 경우에는 利得償還請求權은 생기지 않는다. 어음所持人의 過失 여부는 묻지 아니한다. 利得償還請求權은 어음상의 權利가 消滅한 경우를 위한 救濟制度이므로 먼저 어음상의 權利가 실질적으로 유효하게 존재하고 있었어야

(55) Canaris, o. a. S. 39.

(56) Art. 6. Jeder der Hohen Vertragschließenden Teile kann zulassen, daß der Bezogene den Scheck zertifiziert, bestätigt oder mit einem Visum oder mit einer anderen gleichbedeutenden Erklärung versieht, vorausgesetzt, daß dieser Erklärung nicht die Bedeutung einer Annahme zukommt, und die Rechtswirkungen solcher Vermerke regeln.

하며 형식적으로도 유효한 어음이었어야 한다. 따라서 어음요건인 필요적 기재사항이 누락되어 救濟規定(어 2조, 76조)으로도 보충이 될 수 없는 형식적으로 무효인 어음이나, 物的抗辯事由나 人的抗辯事由로 인하여 어음상의 權利를 행사할 수 없는 경우에는 利得償還請求權은 발생하지 않는다.⁽⁵⁷⁾ 왜냐하면 이러한 경우는 어음所持人이 損害를 보았다고 할 수 없는 것이기 때문이다.

利得償還請求權이 발생하기 위하여는 어음所持人이 어음의 授受와 관련하여, i) 어음法상으로 뿐만 아니라 民法상으로도 다른 救濟方法이 없어야 하는가,⁽⁵⁸⁾ ii) 尙어음상의 權利가 消滅되어 어음法상의 다른 救濟方法이 없어야 하는가,⁽⁵⁹⁾ iii) 利得償還을 청구하고자 하는 상대방에 대하여만 어음상의 權利가 消滅되어야 하는가⁽⁶⁰⁾ 등에 대하여 學說·判例가 일치하지 않는다. i)은 우리나라와 日本의 判例의 입장이기도 한데, 이에 의하면 어음거래와 무관한 어음債務者 이외의 자에 대한 관계까지 확장하여 民法상의 權利마저 消滅되어야 비로소 利得償還請求權이 발생한다고 한다. 그러나 利得償還請求權 자체가 어음과 전혀 무관한 것이 아니며 어디까지나 어음상의 權利에 그 기초를 두고 있다는 것을 등한시하였다는 점에 문제가 있으며 또한 그러한 해석의 근거도 명백하지 못하다고 할 수 있다(後述). iii)의 입장은 우리나라의 소수설이며 日本의 다수설이다. 이 입장에서 주장하는 근거를 보면 다른 어음상의 債務者가 無資力인 경우에 어음所持人을 보호할 필요가 있고 償還義務者가 반드시 所持人의 過失에서 利得을 볼 것을 요하지 않는다는 점을 들고 있다.⁽⁶¹⁾ 또한 이와 동일한 입장인 日本의 學說에서 주장하는 이유를 보면, 利得償還請求權을 실질적으로 어음상의 權利의 變形物 또는 殘存物로 보는 한 개개의 어음債務는 독립하여 존재하는 것이므로, 다른 債務者에 대한 어음상의 權利가 消滅하였는가 여부와는 관계없이 利得의 償還을 청구하려고 하는 상대방에 대하여 어음상의 權利가 消滅하고 이에 의하여 상대방이 확정적으로 利得을 보았는가 하는 점만이 문제가 된다고 한다.⁽⁶²⁾

그러나 이 說에 의하면 어음所持人은 어음상의 채무가 消滅되지 않은 어음債務者에 대하여 어음상의 權利를 행사할 수 있고, 어음상의 채무가 消滅한 어음債務者에 대하여는

(57) Stranz, § 89, Anm. 7.

(58) 大判 1959. 9. 10, 4291 民上 717; 大判 1963. 5. 15, 63 다 155; 大判 1970. 3. 10, 69 다 1370; 大判 1993. 3. 23, 92 다 50942; 大判 1993. 10. 22, 93 다 26991; 日最高判 1968. 3. 21, 民集 22. 3. 665.

(59) 鄭熙詰, p. 287; 徐廷甲, p. 247; 鄭東潤, p. 226; 李範燦·崔竣璿, p. 808; 鄭燦亨, 事例研究 어음法·手票法, p. 458; 李基秀, p. 395; Sedatis, S. 68. Zürich (I), 1962. 6. 27, ZR(1963), 107: 어음法상의 어음所持人의 發行人에 대한 利得償還請求權은 어음금액을 다른 어음상의 債務者에 대하여도 청구할 수 없게 된 때에 비로소 성립한다.

(60) 徐燦珪, p. 119; 孫珠瓚, p. 136; 梁承圭·朴吉俊, p. 708; 日本의 多數說.

(61) 徐燦珪, p. 119.

(62) 鈴木竹雄, 手形法·小切手法, 310頁, 311頁 註7; 石井, 手形法·小切手法(商法 IV), 142頁; 田中誠二, 手形·小切手法 詳論(上), 276頁.

利得償還請求權도 행사할 수 있으며, 또한 原因關係上的 債權도 행사할 수 있게 되어, 어음所持人은 어음상의 權利가 消滅하기 전과 같이 보호를 받는 결과가 된다. 이는 衡平의 이념에서 볼 때 어음債務者의 불공정한 利得을 시정하고자 하는 利得償還請求權의 본래의 취지에 어긋나게 된다. 또한 이 說에 의하면 어음상의 다른 債務者가 無資力인 경우에 어음所持人을 보호할 수 있다는 이유를 들고 있으나, ii) 說에서도 다른 債務者가 無資力인 경우 어음상의 權利가 모두 消滅한 것으로 보므로 이 說만이 갖는 특별한 장점이라고는 할 수 없다. 法文에도 「어음상의 權利가 消滅한 때」라고 規定하고 있으므로, 이것은 어음상의 權利가 消滅되지 않은 경우는(그것이 청구의 상대방은 다를지라도) 償還請求權을 인정하지 않으려는 취지로 해석된다. 따라서 尙어음상의 權利가 消滅됨으로써 償還請求權이 발생한다는 ii)의 입장이 타당하다고 본다. 이는 우리나라의 通說⁽⁶³⁾이고 獨逸의 通說⁽⁶⁴⁾ 및 判例⁽⁶⁵⁾의 입장이며 스위스判例의 입장이기도 하다.⁽⁶⁶⁾ 그러므로 發行人에 대한 權利保全節次의 欠缺로 遡求權을 喪失하였다더라도 利得償還請求權을 행사하지 못한다. 왜냐하면 어음所持人이 引受人에 대하여 청구할 수 있는 때에는 어음所持人에서 損害가 있다고 할 수 없기 때문이다.⁽⁶⁷⁾

종래에 獨逸에서도 1899년 6월 26일의 帝國法院의 判決⁽⁶⁸⁾이 있는 후 1955년 이전까지의 學說에서는 어음所持人의 어음상의 權利가 모두 消滅하였다더라도 原因關係에 의하여 바로 債權의 辨濟를 받을 수 있는 때에는 어음所持人의 損害가 없다고 하여 利得償還請求權이 배제된다는 입장이었다.⁽⁶⁹⁾ 그러나 이러한 입장도 오늘날 우리의 判例와 반드시 동일한 것은 아니다. 즉 우리 判例의 입장은 어음의 交付時에 原因關係가 있었기만 하면 原因關係의 債權이 어음의 失效前이나 後에 消滅하였다더라도 利得償還請求權을 인정하지 않는다는 것이지만, 종래의 獨逸의 學說은 어음상의 모든 權利가 모두 消滅하였어도 原因關係에 의하여 바로 債權의 辨濟를 받을 수 있는 때에만 利得償還請求權을 인정하지 않는다는 입장이었기 때문이다. 그런데 오늘날의 通說은 어음상의 權利가 모두 消滅한 때에는 原因關

(63) 鄭熙詰, p. 287; 徐廷甲, p. 247; 鄭東潤, p. 226; 李基秀, p. 395; 蔡利植, p. 302; 鄭燦亨, p. 645; 梁承圭, 前揭論文, p. 108. 이에 의하면 그 근거로서 利得償還請求權은 어음·手票상의 權利의 풀바꿈이라고 할 수 있기 때문에 民法上的 救濟方法의 有無를 묻지 않고 인정하는 것이 타당하다고 한다.

(64) Baumbach-Hofermehl, § 89, Rdn. 52; Zollner, S. 140; Hueck-Canaris, S. 157; Locher, S. 132; Ulmer, S. 271.

(65) RG 139, 193; LG Bonn, WM 69/1030.

(66) Zürich (I) (27. 6. 1962), ZR 63,107.

(67) Bülow, § 89, Rdn. 5.

(68) RG 44, 79.

(69) Knur-Hommerslag, § 89 Anm. 4; Quassowski-Albrecht, § 89 Anm. 10; Rilk, S. 326; Schumann, Handelsrecht, Bd. II, Teil II, S. 409.

係上の 請求權이 존속한다고 하더라도 利得償還請求權이 배제되지 않는다고 한다.⁽⁷⁰⁾ 그리하여 어음이 失效한 때에는 이후 어음所持人は 原因關係上の 債權과 더불어 利得償還請求權을 갖는다고 하는데, 이러한 입장이 타당하다고 본다. 즉 兩請求權이 競合(Anspruchskonkurrenz)한다고 한다. 日本에도 이러한 입장을 지지하는 學者가 다수 존재한다.⁽⁷¹⁾ 이후의 獨逸의 判例도 어음所持人이 어음의 失效前에 어음債權者에 대한 民法上の 請求權이 있는 경우라고 하더라도 어음所持人は 利得償還請求權을 갖는다고 하면서, 어음所持人이 前者나 제3자에 대하여 民法上の 請求權을 행사하는 때에는 前者 또는 제3자에게 利得償還請求權을 讓渡하여야 된다고 하였다.⁽⁷²⁾ 이 경우에 利得償還請求權의 讓渡는 原因關係上の 債權의 변제를 받음에 있어서 失效된 어음을 반환함으로써 묵시적으로 이루어진다고 하였는데, 이러한 결론의 근거는 우리 民法 제399조에서도 찾을 수 있다. 또한 이후 1967년 獨逸의 Bonn地方法院은 어음상의 모든 權利가 失效된 경우에는 原因關係上の 請求權의 有·無와는 관계없이 利得償還請求權을 행사할 수 있다고 하였다.⁽⁷³⁾

오늘날 우리 判例와 같이 「原因關係에 있는 債權의 支給을 확보하기 위하여 어음이 발행된 경우에는 어음債權이 時效로 인하여 消滅하였다고 하더라도 利得償還請求權이 발생하지 않는다」고 하는 경우,⁽⁷⁴⁾ 어떠한 문제가 생기는가 하는 점을 검토해 보고자 한다.

첫째로 判例의 입장에 의하면 어음을 債權의 支給을 확보하기 위하여 取得한 대다수의 어음取得者는, 사실상의 거래에서는 거의 찾아볼 수 없는 支給에 갈음하여 어음을 取得한 者보다, 불리한 취급을 받게 된다는 불합리한 결과가 초래된다. 그리고 自己앞手票은 이를 交付한 경우 지급에 갈음하여 한 것으로 추정되는 경우가 있을 수 있지만,⁽⁷⁵⁾ 어음을 지급에 갈음하여 수수하는 경우란 사실상 존재하지 않는다고 하여도 과언이 아니다. 그러므로 判例의 입장에 의하면 利得償還請求權制度는 사실상 거의 존재하지 않는 경우를 위하여 존재하는 것인가 하는 의문이 제기되는 것이다.

둘째로 判例는 原因關係가 존속하는 한 債務者는 利得을 본 것이 아니므로 利得償還請求權을 인정할 수 없다는 입장이다. 이에 의하면 어음이 多數人을 거쳐 流通된 경우에는 어음의 最終所持人으로부터 原因關係上の 연결고리를 거슬러 올라가면서 權利의 行使가 이루어져야 할 것이다. 그러나 이러한 方法에 의하면 사실상 利得을 본 자는 전제하면서, 前者中에 前者에 대한 原因關係의 請求權이 없거나 있었다더라도 行使할 수 없게 된 자가

(70) Zöllner, S. 140; Hueck-Canaris, S. 157; Baumbach-Hefermehl, § 89 Rdn. 5 a; Locher, S. 132; Ulmer, S. 271; Bülow, § 89 Rdn. 5.

(71) 松本蒸治, 手形法, 100頁; 田中耕太郎, 手形法·小切手法概論, 199頁; 鈴木竹雄, 手形法·小切手法, 312-313頁; 田中誠二, 新版 手形法·小切手法, 122頁.

(72) RG 139, 193.

(73) LG Bonn, WM 69/1030.

(74) 大判 1993. 10. 22, 93 다 26991.

(75) 大判 1961. 12. 21, 4294 民上 24.

利得을 보지 않았음에도 損害를 보게 되는 부당한 결과가 초래될 수 있다.⁽⁷⁶⁾ 예컨대 어음을 A가 發行하고 B, C, D를 거쳐 현재 E가 所持하고 있는 경우 E에게 利得償還請求權이 인정되지 않으면 E는 D에게, D는 C에게 原因債權에 기한 請求를 하게 되는데, 만약 C가 B로부터 어음을 支給에 같음하여 받았다고 하면 利得을 본 發行人 A는 전제하면서 C만 損害를 보게 되는 부당한 결과가 초래될 것이다. 或者는 이 경우 前者中에 原因關係上的 請求權이 없는 자는 利得償還請求權을 행사하면 되지 않는가 하는 생각을 할 수도 있을 것이다. 그리하여 日本에는 어음所持人 C에게 約束어음의 發行人 A에 대한 利得償還請求權이 발생하지 않은 경우의 法律關係를 설명하면서 C는 自身の 前者인 B에 대하여 原因債權을 행사하고 B는 A에 대하여 利得償還請求權이나 原因債權을 행사할 수 있다는 잘못된 설명을 하고 있기도 하다.⁽⁷⁷⁾ 만약에 利得償還請求權을 어음團體에 참가하였던 모든 어음關係者が 갖는다면 이러한 설명은 잘못되었다고 할 수 없을 것이다. 그러나 利得償還請求權은 어음의 失效 당시에 有效한 어음의 所持人이나 어음의 失效前에 遡求義務를 履行하고 어음을 還受한 者 또는 그 保證人만이 행사할 수 있고, 어음의 失效後에 어음금을 支給한 者は 利得償還請求權의 承繼 또는 代位에 의해서만 利得償還請求權을 행사할 수 있는 것이다. 그런데 어음의 失效 당시에 어음所持人에게 利得償還請求權의 발생을 인정하지 않았다면 그의 前者가 利得償還請求權을 承繼 또는 代位하여 행사한다는 것은 상상할 수 없는 일이기 때문에, 위의 예에서 B는 原因債權을 행사할 수는 있지만 利得償還請求權까지 행사할 수 있다는 것은 잘못이다. 결국 어음의 原因關係가 있다고 利得償還請求權의 발생을 인정하지 않게 되면 利得을 본 者は 전제하고, 그야말로 原因關係가 없거나 어음의 失效前에 時效消滅한 者は 損害를 보게 되는 결과가 초래될 수 있다.

그런데 더욱 심각한 문제는 大法院이 1992년 3월 31일(91 다 40443)의 判決에서 「原因關係가 있는 債權의 支給을 위하여 어음을 발행한 경우에는 어음債權이 時效로 인하여 消滅하였다고 하더라도 利得償還請求權이 발생하지 않는 것이고, 이러한 理致는 어음채권이 時效로 消滅하기 전에 먼저 原因關係에 있는 債權이 時效 등 별개의 원인으로 消滅하였다고 하더라도 마찬가지다」고 한 점이다. 그러나 이점에 대하여 그 이유를 전혀 밝히지 않고 있다. 그런데 原告의 請求를 棄却한 1審法院의 判決(釜山地方法院 1991. 4. 4, 89가단 40415)의 이유는 다음과 같다. 乙이 發行한 어음은 「고기대금채무의 辨濟를 確保하기 위하여 또는 그 支給方法으로 이를 발행한 것으로 추정된다 할 것이므로 위 어음債務와 함께 위 고기대금채무도 병존하여 위 어음발행 그 자체에 의해서는 被告가 어떠한 利益도 받는 것이라고 볼 수 없고 따라서 위 어음상의 權利 및 고기대금채권이 모두 3년의

(76) Quassowski-Albrecht, § 89 Rdn. 6; Stranz, § 89 Anm. 9; Zöllner, S. 140; Hueck-Canaris, S. 157; Kommenn, WM 69, 1030; Bülow, § 89 Rdn. 5; Baumbach-Hofermehl, § 89 Rdn. 56.

(77) 前田 庸, 手形法・小切手法入門, 332-333頁.

消滅時效完成으로 消滅하여 결과적으로 被告가 原因關係인 위 고기대금의 지급의무를 면함으로써 消極的 利益을 얻는다 하더라도 이는 어음의 授受 내지는 위 어음상의 權利의 時效消滅과는 무관계한 별개의 時效라는 法定의 原因에 기해서 消滅한 것이기 때문에 그로 인한 被告의 利得과 어음상의 權利의 時效消滅과의 사이에는 因果關係가 존재하지 않는다 할 것이고 또 위 고기대금채권이 5년이 經過함으로써 위 어음상의 權利가 消滅한 후에 時效消滅하는 것으로 보더라도 위 어음所持人인 原告로서는 위 어음상의 權利消滅 당시에 있어서는 위 고기대금채권을 행사할 수 있었으므로 그 救濟方法을 喪失하였다고 볼 수 없어 被告로서는 利益을 얻었다고 할 수 없을 뿐만 아니라 위 고기대금채권이 時效消滅하여 事後로 얻게 되는 被告의 利得 역시 앞서 본 바와 같이 위 어음상의 權利의 消滅에 의한 것이라고 할 수 없으니 결국 이 사건 利得償還請求權은 발생할 여지가 없다」고 하였다. 原審의 判決理由도 같다.

또한 大法院의 判例⁽⁷⁸⁾와 結論에 있어 同一한 日本判例(1965년 4월 13일의 最高裁判所)의 判決理由를 보면 「利得償還請求權의 成立要件으로서의 利得이란 時效 또는 어음의 欠缺에 의하여 어음상의 債務를 免하게 되는 것을 말하는 것이 아니라 어음의 授受와 관련하여 原因關係上 어음債務者가 받은 利益을 말하므로, 어음債務의 支給義務를 免하게 된 것이 어음의 授受와는 관계가 없는 原因債權의 消滅時效의 完成이라는 法律上의 原因에 기한 것일 경우 이는 債務者에게 利益이 생겼다고는 할 수 있어도 이를 利得이라고 할 수 없기 때문이다」라고 하였다. 그러나 日本判例의 判決理由는 타당하지 못하다고 할 것이다. 왜냐하면 만약에 어음이 支給에 갈음하여 交付되어 利得償還請求權이 인정되는 경우에도, 利益은 있으나 利得은 없다고 할 수 있는지는 의문이기 때문이다. 더욱이 利得償還請求權의 發生要件인 利得이란 우리 判例에서도 「어음상의 債務를 免하는 것 自體를 말하는 것이 아니라, 어음授受의 原因關係 등 實質關係에 있어서 현실로 받은 財産上의 利益을 말하는 것」이라고 한 바 있는데,⁽⁷⁹⁾ 이러한 理致에 따르면 1992년 3월 31일의 判例의 경우 被告의 돼지고기代金 債務가 民法上 혹은 어음상으로 모두 消滅하였으므로 被告가 財産上의 利益을 본 것이 분명하다. 왜냐하면 被告는 돼지고기를 無償으로 취득한 것이 되기 때문이다. 그럼에도 불구하고 債權의 支給을 確保하기 위하여 어음이 발행된 때에는 어음債權이 失効로 消滅하였다고 하더라도 利得償還請求權이 발생하지 않는다고 하는 것은 의문의 여지가 있다. 따라서 判決의 理由 및 結論 모두를 찬성할 수 없다. 어음이 失効되기 前에는 原因關係上의 債權이 먼저 消滅하였어도 어음에 의한 請求를 거절할 수 없다고 한다면, 굳이 殘存物說이나 變形物說에 의하지 않더라도, 어음의 失効前에 原因關係의 債權이 먼저 消滅하였다는 이유로 利得償還請求權의 發生을 否定할 수는 없다고 할

(78) 大判 1992. 3. 31, 91 다 40443.

(79) 大判 1993. 7. 13, 93 다 10897.

것이다. 위 判例의 입장은 어음상의 權利가 消滅하였다더라도 原因關係上的 權利가 존재하는 때에는 利得償還請求權을 인정하지 않는다는 종래의 입장을 유지한 것이라고 할 수도 있지만, 위의 大法院判決과도 다르다고 하겠다. 왜냐하면 종래의 大法院判例⁽⁸⁰⁾에서는 「어음에 있어서 어음상의 權利가 消滅한 후에 原因關係上的 權利가 消滅된 경우에는 證券所持人은 證券消滅當時에 있어서는 原因關係上的 權利를 행사할 수 있었으므로 救濟方法을 喪失하였다고 볼 수 없고 債務者의 利得은 어음상의 權利의 消滅에 인한 것이라고 할 수 없으므로 利得償還請求權이 발생할 여지가 없다」고 하였다. 이 判例에서는 어음債權消滅當時에 原因關係上的 權利를 행사할 수 있었음에도 불구하고 이를 행사하지 않은 경우에 利得償還請求權을 인정할 수 없다는 입장으로 볼 수 있기 때문이다. 그러므로 이 判例의 반대해석으로는 어음債權 消滅當時에 原因關係上的 權利가 消滅하여 행사할 수 없는 경우에는 利得償還請求權을 인정한다는 입장으로 이해할 수 있게 된다.

셋째로 判例의 입장에 따라 原因關係가 있다거나 있었다고 하여 利得償還請求權을 인정하지 않는다면, 原因關係가 存續하는 경우에 原因關係에 의한 請求를 받은 前者는 어음所持人의 注意義務 違反으로 인하여 어음이 失効되어 前前者에 대한 溯求權을 喪失하여 생긴 損害를 原因債權과 相計를 함으로써 결과적으로 어음의 失効에 의한 損害의 보상은 불가능하게 될 것이다(民 546조, 551조, 2조 참조).⁽⁸¹⁾ 이러한 점에서도 어음所持人의 保護를 위하여는 原因關係의 有無와 관계없이 어음상의 權利가 모두 消滅하면 利得償還請求權을 인정하여야 할 것이다.

利得償還請求權制度의 立法趣旨는 어음이 다른 債權과는 달리 原因關係와 분리된 無因證券이고 어음外에 존재하는 일정한 목적의 달성을 위한 수단에 불과하므로 어음이 失効가 된 때에는 原因關係에 의한 문제의 해결이 용이하지 않다는 점을 고려하여 어음所持人을 보호하는 데 있는 것이다. 그러므로 原因關係가 있다고 하여 또는 있었다고 하여 利得償還請求權을 인정하지 않는 것은 同制度의 입법취지에 어긋날 뿐 아니라 문제의 해결을 기피하는 것이 아닐 수 없다. 利得償還請求權은 어음을 支給에 갈음하여 취득한 경우에만 인정된다는 判例의 입장은 再考의 여지가 있다. 1880년 11월 18일의 오스트리아 最高法院의 判決(GZ 1881, S. 112)에서 利得償還請求의 訴訟에 있어서 原告는 어음을 支給에 갈음하여 취득함으로써 損害를 보았다는 것을 立證하여야 한다고 한 것을 보면 감회가 없을 수 없다.

1938년에 오스트리아의 最高法院의 判決(OGZ XX 205)은 利得償還請求權은 原因關係의 債權과 어음상의 請求權이 모두 時效로 消滅한 후에도 존속한다고 하면서 어음의 원인 관계인 賣買代金債務가 時效로 消滅하였다는 이유로 利得償還請求를 棄却한 抗訴審의 判

(80) 大判 1963. 5. 15, 63 다 155.

(81) Baumbach-Hefermehl, § 89 Rdn. 5.

決을 破棄한 바 있다. 그 이유는 어음發行的 原因關係에 의한 債權이 존재하는 한 利得償還請求權을 청구할 수 없으나 原因關係의 債權과 어음상의 請求權이 消滅한 때에는 發行人 또는 引受人이 利得을 보고 있는 한 利得償還請求權은 인정되어야 한다고 하였다. 이는 어음債權과 原因關係의 債權이 時效로 消滅한 후에도 일정한 기간 請求權을 존속시키려고 한 것이 利得償還請求權을 法定한 目的에 合致되기 때문이라고 하였다.⁽⁸²⁾ 이후 1969년 5월 29일의 判決(GZ 42-82)에서도 오스트리아의 最高法院은 어음상의 請求權이 時效로 消滅한 때에 이미 原因關係의 債權이 消滅하였다 하더라도 原因關係의 당사자인 어음債權者의 引受人에 대한 利得償還請求權이 발생한다고 하였다.⁽⁸³⁾

어음이 失效되었어도 原因關係가 있었거나 있으면 利得償還請求權이 인정되지 않고 또한 어음의 失效 前後를 불문하고 原因關係가 消滅하였으면 利得償還請求權이 발생하지 않는다는 입장은 再考되어야 한다. 더욱이 어음의 失效前에 原因關係가 時效消滅한 때에는 어음債務者는 利得을 본 것이 아니라 法定의 原因에 기하여 利益을 보았을 뿐이라는 주장은 日本判例의 입장과 같다고 하더라도 시정되어야 한다. 그러므로 오늘날 우리나라의 通說과 獨逸의 通說 및 判例인 어음상의 모든 權利가 消滅하면 原因關係의 有無와 관계없이 어음의 失效로 인하여 利得을 본 者가 있는 경우 利得償還請求權을 인정하여야 한다는 입장에 따라 우리 判例의 입장도 變更되어야 한다.

2. 어음債務者의 利得

利得償還請求權이 성립하려면 어음債務者에게 利得이 있어야 한다. 누가 利得을 보았는가 하는 것은 原因關係를 기준으로 판단하여야 한다.⁽⁸⁴⁾ 이 점이 손해의 발생을 순수하게 어음상의 권리를 기준으로 하는 것과 다르다. 종래의 獨逸의 通說은 差益說(Theorie des Differenzgewinns)에 의하여 利得이란 어음의 취득시에 支給한 것보다 어음의 처분시에 취득한 것이 더 많은 때에 그 差益을 말한다고 하였으나,⁽⁸⁵⁾ 여기에서 利得이란 어음의 原因關係(基本關係)에 의하여 發行的 對價로서 현실로 받은 財産上의 利益을 말하고 어음의

(82) Bereicherung könne nicht geltend gemacht werden, solange die Forderung aus dem der Wechselausstellung zugrunde liegenden Rechtsgeschäft noch bestehe. Gerade aber, wenn diese verjährt und auch der wechselrechtliche Anspruch erloschen sei, sei, sofern Aussteller oder Annehmer noch bereichert seinen, der Anspruch aus Art. 89 gegeben. Es sei geradezu der Zweck dieser Gesetzesstelle, auch nach Eintritt der Verjährung des Wechselrechts und des Anspruchs aus dem Grundgeschäft, einen Anspruch noch eine bestimmte Zeit fortbestehen zu lassen.

(83) Der wechselrechtliche Bereicherungsanspruch gegen den Akzeptanten bestehe auch zugunsten des Wechselgläubigers, der selbst Partner des Grundgeschäfts sei, wenn bei Verjährung des Wechselanspruchs auch der Anspruch aus dem Grundgeschäft schon verjährt wäre.

(84) RG 44,78, 79; RG 93, 23, 24.

(85) Hueck, S. 85; Stranz, § 89, Anm. 9.

時效 또는 節次의 欠缺로 어음상의 채무를 免함으로 인한 利益을 말하는 것은 아니다.⁽⁸⁶⁾ 그러므로 利得이란 예컨대 換어음의 경우 發行人과 引受人 사이의 原因關係를 기준으로 판단할 성질의 것이라고 할 수 있다. 換어음의 發行人이 利得을 보았는가 하는 것은 어음이 引受되었는가 아닌가에 따라서 다르게 된다. 어음이 引受된 경우에는 發行人이 어음의 失效로 인하여 어음所持人에 대하여 어음債務의 支給義務를 면하게 되고 發行人이 支給人에게 자금을 제공하지 않았으며 어음의 交付로 對價를 取得한 때에 發行人은 利得을 보았다고 할 수 있다.⁽⁸⁷⁾ 왜냐하면 이 경우에 發行人은 어음에 의하여 對價를 取得하고 아무것도 지급을 한 바 없기 때문이다. 發行人이 어음의 對價로 現金을 취득한 경우뿐만 아니라 發行人이 어음의 對價로 자기의 債務를 相計한 경우도 利得을 보았다고 할 수 있다. 그러나 어음이 引受되지 않은 경우에는 發行人이 어음을 交付하고 對價를 취득하였으면 利得을 보았다고 할 수 있다.⁽⁸⁸⁾ 즉 어음이 引受되지 않은 경우에는 發行人이 利得을 보았는가 하는가를 판단함에 있어서 原因關係는 고려할 필요가 없고 發行人이 支給人에게 자금을 제공하였는가 하는 것과 관계없이 대가를 취득하였는가 하는 것만이 기준이 된다. 換어음의 引受人이 利得을 보았는가 하는 점은 引受人은 引受를 하고 對價를 취득하고 어음이 失效가 되어 對價를 喪失할 위험이 없게 된 때에 利得을 보았다고 할 것이다. 예컨대 支給人이 發行人에 대한 債務의 支給에 갈음하여 引受한 경우를 들 수 있다. 그러나 引受人이 예컨대 어음을 好意로 引受한 경우와 같이 대가를 취득하지 않은 경우는 引受人이 利得을 보았다고 할 수 없다.⁽⁸⁹⁾ 그리하여 스웨덴의 判例에도 어음에 好意로 署名을 하고 대가를 받은 바 없는 어음債務者에 대하여는 利得償還請求權이 성립하지 않는다고 한 것이 있다.⁽⁹⁰⁾ 利益이란 積極的인 金錢의 交付뿐만 아니라 消極的으로 既存債務의 支給을 免한 경우도 포함된다. 또 民法上的의 不當利得의 경우와 같이 利得이 현존할 필요도 없고,⁽⁹¹⁾ 所持人이 對價를 제공하여야 되는 것도 아니다.⁽⁹²⁾ 利得償還의 權利者와 義務者가 직접 당사자일 필요도 없다. 또 어음改書의 경우에 利得의 有無는 舊어음교부에 대하여 판단하여야 한다.

利得의 額에 대하여는 어음債務者가 부담하고 있는 어음채무를 면하여 어음금액에 상당한 利益을 받았다고 단정할 수는 없고 債務者가 현실적으로 받은 財産上的의 利益을 산정하여야 하며, 이 때 債權者(所持人)가 어음채무이행을 독촉하기 위하여 支給한 督促節次費

(86) 大判 1993. 7. 13, 93 다 10897.

(87) Staub-Stranz, § 83 Anm. 10; Quassowski-Albrecht, § 89 Rdn. 7.

(88) Staub-Stranz, § 83 Anm. 12 A.

(89) Quassowski-Albrecht, § 89 Rdn. 8.

(90) H. D(22, 11, 1949), NJA 49-670.

(91) 朝高判 1937. 12. 10.

(92) 朝高判 1933. 2. 3, 民集 20, 2.

用 등은 利得償還請求의 대상이 될 수 없다.

3. 어음所持人의 損害

우리 어음法 제79조에서는 獨逸어음法 제89조 1항과는 달리 어음所持人의 損害를 利得償還請求權의 요건으로 規定하고 있지 않다. 그리하여 어음所持人의 損害는 利得償還請求權의 요건이 아니라는 것이 多數說⁽⁹³⁾이고 오래된 判例의 입장이다.⁽⁹⁴⁾ 日本의 通說도 이러한 입장이다. 日本에서는 利得償還請求權의 發生要件에 관하여 利得償還請求權은 利得償還請求의 상대방에 대하여 어음상의 權利가 소멸하면 충분하고 다른 어음債務者에 대한 어음상의 권리 및 民·商法상의 權利가 殘存하는 경우에도 인정된다는 것이 有力說인데,⁽⁹⁵⁾ 이러한 유력설의 근거는 어음所持人의 損害는 利得償還請求權의 발생요건이 아니라는 점에서 찾을 수 있는 것이다. 왜냐하면 어음所持人의 損害를 요건으로 하는 경우 다른 어음債務者에 대한 어음상의 권리가 잔존하는 때에는 어음所持人에게 損害가 있다고 할 수 없어서 利得償還請求權을 인정할 수 없기 때문이다. 그러나 利得償還請求權의 立憲취지가 衡平의 원리에 입각하여 어음所持人의 損害로 어음債務者가 利得을 보게 되는 不公平을 시정하는데 있다는 점에서 볼 때, 어음所持人의 損害는 어음債務者의 利得과 함께 利得償還請求權의 요건이 된다고 할 것이다. 더욱이 어음所持人의 權利喪失을 抽象的 損害說 (abstrakte Schadenstheorie)에 따라 損害라고 보는 한 우리의 경우에도 損害의 요건을 부정할 이유는 없다고 본다.⁽⁹⁶⁾ 그 결과 어음所持人이 어음을 취득함에 있어서 對價를 支給하였는가 또는 無償으로 取得하였는가 하는 것은 문제가 되지 않는다. 왜냐하면 無償으로 취득한 어음도 어음所持人의 財産이므로 어음상의 權利의 喪失은 어음所持人의 損害가 아닐 수 없기 때문이다.⁽⁹⁷⁾ 즉 이 경우에 損害는 일반원칙에 따라 해석되어서는 안되고, 단순히 어음만을 기준으로 판단하여야 한다.⁽⁹⁸⁾ 그러므로 어음상의 權利가 모두 消滅한 때에도 損害의 發生으로 보아 利得償還請求權을 행사할 수 있는 것이다.⁽⁹⁹⁾ 왜냐하면 原因關係로 인한 請求權이 남아 있다고 하여 損害의 발생을 인정하지 않는다면, 어음이 여러 단계를 거쳐 양도된 경우에 前者에 대한 民法상의 請求權이 없는 前者가 궁극적으로 損害를 보게 될 것이기 때문이다. 그러나 發行人에 대한 어음상의 權利는 時效에 의하여 消滅하였더라도 引受人에 대한 權利가 존속하는 한 어음所持人에게 損害가 있다고 할 수 없는

(93) 鄭熙詰, p. 288; 鄭東潤, pp. 227-228; 徐燉珏·鄭燦亨, p. 646.

(94) 朝高判 1933. 2. 3, 民集 20, 2.

(95) 註 (61) 참조.

(96) 同旨: 徐廷甲, p. 247; 李基秀, p. 389.

(97) Zollner, S. 140; Quassowski-Albrecht, § 89, Rdn. 10.

(98) Baumbach-Hefermehl, § 89, Rdn. 4; Sedatis, S. 68.

(99) Canaris, o. a. S. 40; 反對說 RG 44,78.

것이다.⁽¹⁰⁰⁾ 단 引受人이 支給能力을 喪失하였거나 引受를 하지 않은 어음의 경우는 예외이다. 또한 어음이 保險料의 支給을 위하여 발행되었으나 어음의 不渡로 인하여 保險者가 아무런 義務도 지지 않는 때에는 어음이 不渡가 되었다더라도 損害를 보았다고는 할 수 없으므로 利得償還請求의 訴를 제기할 수 없다고 할 것이다.⁽¹⁰¹⁾

4. 手票의 경우

手票의 경우에도 所持人이 節次의 欠缺 또는 時效消滅에 의하여 遡求權을 喪失한 때에는 利得償還請求權이 발생한다. 그러나 手票는 提示期間이 經過하여도 發行人이 支給委託을 取消하지 않는 한 支給人인 銀行은 支給을 할 수 없고 이러한 支給에 의하여 利得償還義務는 消滅하게 된다. 手票의 경우 利得償還請求權의 發生時期를 언제로 볼 것인가 하는 문제도 있는데, 이에 관하여는 兩說이 있다.

(1) 停止條件說

이에 의하면 利得償還請求權은 提示期間의 經過에 의하여 바로 발생하는 것이 아니라 支給委託의 取消 또는 支給拒絶에 의하여 支給의 可能性이 消滅하는 것을 停止條件으로 하여 발생한다고 한다.⁽¹⁰²⁾ 그 이유는 手票法 제32조 2항에 의하여 支給委託의 撤回가 없는 때에는 支給人은 支給提示期間經過 후에도 유효하게 지급할 수 있으므로, 일단 支給提示를 하여 支給拒絶을 당하지 아니한 手票에 대하여 그 提示期間이 經過하였다고 하여 手票上의 權利가 당연히 消滅하였다고 단정하는 것은 무리이기 때문이라고 한다. 또한 自己 手票는 支給證券으로서 貨幣에 갈음하여 유통되는 현실을 감안할 때, 提示期間이 경과하면 당연히 手票上의 權利가 消滅한다는 것은 모순이라고 한다.

(2) 解除條件說

手票에 있어서는 支給提示期間經過後에도 支給委託의 取消가 없는 한 支給人은 유효한 지급을 하고 그 결과를 發行人의 計算으로 돌릴 수 있으므로(手 32조 2항), 所持人은 支給提示期間 經過後에도 支給委託의 取消 또는 支給拒絶이 있기까지는 支給人으로부터 지급을 받을 수 있기 때문에 手票의 경우에는 提示期間經過後 바로 利得償還請求權이 발생하지 않는 것과 같이 생각할 수도 있으나, 提示期間經過에 의하여 手票上의 權利는 確定的으로 消滅하므로 利得償還請求權의 요건을 충족하는 한 利得償還請求權은 이 시점에서 발생하지만 다만 支給委託의 取消가 없어서 그 후 지급으로 유효한 변제가 있는 때에는 그 때에 發行人의 利得은 消滅하고 따라서 일단 발생한 利得償還請求權도 이 때에 소멸한

(100) Bülow, S. 453.

(101) OGH 17. 5. 1866. GIU(오스트리아 最高法院 民事判決集), 3223.

(102) 梁承圭, “利得償還請求權,” 「法學」(서울대) 1970. 6, p. 105.

다고 봄이 타당하다.⁽¹⁰³⁾ 왜냐하면 手票法 제63조에서 말하는 「節次的 欠缺」이란 獨逸手票法 제57조에서 규정하고 있는 바와 같이 適時的 提示懈怠(Unterlassung rechtzeitiger Vorlegung)를 말하는 것⁽¹⁰⁴⁾이므로 提示期間이 經過함으로써 利得償還請求權이 발생할 뿐만 아니라 提示期間의 經過後에도 支給人이 支給委託을 취소하지 않고 유효한 지급을 할 수 있는 것은 支給人의 義務에 의한 것이 아니므로 所持人은 지급을 권리로서 주장할 수는 없기 때문이다. 그리하여 手票法 제32조 제2항은 手票의 支給證券性을 살리기 위해 가능한 한 手票金이 지급되도록 하는 데 불과한 규정이지, 信用證券化 防止를 위해 主債務者가 될 수 없는 支給人에게 法的 支給義務를 부과한 것이라고는 볼 수 없고, 支給人이 支給拒絶을 했다고 해서 所持人이 法的 強制나 損害賠償請求를 취할 길이 없음을 생각할 때 所持人의 手票金支給受領權限을 手票上의 「權利」로까지 파악하는 것은 무리라고 본다.⁽¹⁰⁵⁾ 手票의 利得償還請求權은 支給人에 의한 支給을 解除條件으로 提示期間의 經過에 의하여 발생한다고 본다. 判例도 解除條件說의 입장이다.⁽¹⁰⁶⁾

Ⅶ. 利得償還請求權의 行使를 위한 要件

1. 權利行使와 證券所持와의 관계

利得償還請求權의 행사에 있어서 證券의 所持를 요하는가에 대하여는 특히 利得償還請求權의 性質을 殘存物이라거나 變形物이라는 說에서는 利得償還請求權은 어음에 化體된 權利라고 하여 證券의 所持가 필요하다고 한다.⁽¹⁰⁷⁾ 그런데 所持必要說의 근거는 다양하다. 첫째로 어음이 적어도 利得償還請求權의 發生前에는 어음상의 權利를 표창하는 有價證券이었고 일정한 기간 동안 善意取得이 가능하였다는 점을 들어 實質的 權利者라고 하는 者가 어음을 소지하지 않고 자기가 권리자라고 주장하는 경우에 善意取得者가 없다는 것을 입증한다는 것은 곤란하다는 점을 지적하고 있다. 또한 利得償還請求權의 행사에 어음의 所持를 필요로 하지 않는다면 公示催告에 의하여 除權判決을 얻는다는 것을 허용하지 않는 결과가 생긴다는 문제를 지적하기도 한다.⁽¹⁰⁸⁾ 그리므로 利得償還請求權의 행사를 함에 있어서 어음의 所持 또는 除權判決이 필요하다고 하여야만 實質的 權利者라고 自稱하는 者, 善意取得者 그리고 債務者 등 각각의 이익을 합리적으로 보충하고 조정할 수 있다고

(103) 徐廷甲, 「利得償還請求權」, 「考試界」(1978. 5), p. 49; 鄭熙喆, p. 289; 孫珠瓚, p. 100; 大判 1964. 12. 15, 64 다 1030.

(104) 大判 1960. 6. 9, 4292 民上 758.

(105) 張敬煥, 「提示期間經過後의 手票取得者의 利得償還請求權」, 「社會科學研究 第3집(忠北大)」, p. 160.

(106) 大判 1960. 6. 9, 民上 758; 大判 1964. 12. 15, 64 다 1030; 大判 1976. 1. 13, 70 다 2462; 大判 1983. 9. 27, 83 다 429.

(107) 鄭熙喆, p. 293; 梁承圭·朴吉俊, pp. 709-710.

(108) 大隅·河本, 415頁.

한다. 또한 所持必要說의 근거로서 어음은 전전유통되므로 利得償還請求를 받은 어음債務者의 입장을 고려하면 정당한 권리자를 확인하고 또한 二重支給의 危險을 피하기 위하여 어음의 회수를 인정할 필요가 있으며 어음이 유효하였던 때의 善意取得者를 보호할 필요가 있기 때문이라고도 한다.⁽¹⁰⁹⁾ 또한 利得償還請求權이 발생하면 어음은 利得償還請求權을 표창하는 유가증권이 되고 그 표창하는 權利의 行使 및 讓渡方法에 대하여는 背書禁止 어음에 準하는 것으로 보는 說도 있다.⁽¹¹⁰⁾ 이상의 所持必要說은 모두 利得償還請求權을 어음상의 權利의 殘存物 또는 變形物이라고 하는 說에 근거를 두고 있다. 그리하여 利得償還請求權에 관하여 殘存物說이 多數說인 獨逸에서도 利得償還請求權의 行使를 위하여 어음의 所持가 필요하고 어음의 占有를 喪失한 때에는 公示催告에 의한 除權判決을 얻어야 된다고 한다.⁽¹¹¹⁾ 그러나 利得償還請求權은 어음법이 인정한 특별한 청구권으로서 어음상의 權利가 모두 消滅한 경우에 인정되는 어음法上的 權利이므로 失效된 어음은 단순한 證據證券에 불과한 것이므로 利得償還請求權의 行使에는 어음의 所持나 除權判決을 필요로 하지 않는다고 본다.⁽¹¹²⁾ 또한 어음法 제89조에서의 「所持人」이란 의미는 통상적인 경우를 規定한 것에 불과하므로 證券의 所持는 필요하지 않다고 본다.⁽¹¹³⁾ 그러나 不要說의 입장에 의하더라도 善意取得者를 회생시키면서 證券의 喪失者를 보호할 수는 없는 것이고, 또 債務者의 二重支給의 危險을 방지하기 위하여 證券의 喪失者가 이 權利를 행사하려면 자기가 正當한 權利者이고 또한 善意取得者가 없음을 증명하여야 할 것이다. 그리하여 日本의 判例에는 手票를 盜難당한 자가 失權當時에 手票를 현실로 所持하지 않고 또한 除權判決을 얻은 바 없더라도 그 동안 제3자에 의하여 그 手票상의 權利가 善意取得되지 않아서 의연히 手票上으로 實質的인 權利者이면 被盜難者는 利得償還請求權을 取得한다고 한 바 있다.⁽¹¹⁴⁾

2. 立證責任

利得償還을 청구하고자 하는 어음所持人は 權利發生의 모든 요건과 債務者가 받은 利得의 限度 및 자신의 損害를 立證하여야 한다.⁽¹¹⁵⁾ 단순히 어음상의 權利者였다는 立證만으로는 불충분하다. 따라서 청구자는 어음債務者가 어음상의 義務를 면함으로써 利益을 받은 사실뿐만 아니라 債務者가 여하한 한도내에서 利益을 받았는가 하는 것을 立證하여야

(109) 田中誠二, 手形・小切手法詳論(上), 279頁.

(110) 梁承圭, 前掲論文, p. 113; 田中誠二, 上掲書, 279頁; 浜田一男, 「利得償還」, 手形法・小切手法講座 5卷, 161頁.

(111) Baumbach-Hefermehl, § 89, Rdn. 3.

(112) 日大判 1937. 4, 新聞 3163, 6.

(113) 孫珠瓚, p. 103; 鄭東潤, p. 234; 徐燮珏・鄭燦亨, p. 651; 梁承圭, 前掲論文, p. 112.

(114) 日最高判 1959. 6. 9, 民集 13. 6. 664.

(115) 大判 1961. 7. 31, 4293 民上 841.

한다.⁽¹¹⁶⁾ 우리 判例의 입장에 따르면 어음所持人이 利得償還請求權의 발생요건을 立證함에 있어서 어음을 支給에 갈음하여 취득하였다는 것을 立證하여야 할 것이다.⁽¹¹⁷⁾ 그런데 判例에는 自己앞手票에 관하여 「自己앞手票은 現金과 同一視하여 現金과 같이 거래되므로 所持人이 취득한 本件 手票 역시 商品代金の 支給履行을 확보하기 위하여 받은 것이 아니고 상품대금 지급 대신 거래되었다고 추정 못할 바 아니므로 所持人의 手票法 또는 民法上 모든 請求權이 喪失되었다고 추정할 수 있다 할 것인 바, 原審이 이와 반대의 견해에서 모든 請求權이 喪失되었다는 立證責任을 原告에게 과하여 請求를 배척하였음은 違法이다」고 한 바 있다. 自己앞手票은 現金과 같다는 것을 전제로 하고 있다. 그러나 自己앞手票은 경제적으로는 현금과 같은 기능을 한다고 할 수 있으나, 법률적으로는 一般手票과 다를 바 없으므로 自己앞手票만을 달리 취급할 이유는 없다고 할 것이다. 위 判例의 原告가 民法上的 모든 請求權이 喪失되었다는 것을 立證할 필요가 없다고 한 점에는 찬동한다. 그러나 利得償還請求權을 행사하려면 債務者의 利得의 限度와 自身の 損害를 立證하여야 할 것이다.

VIII. 結 論

利得償還請求權制度의 立法趣旨를 지금까지 우리나라에서는 한결같이 어음·手票의 時效期間이 短期이고 遡求權保全節次의 엄격성으로 인하여 어음상의 권리가 소멸한 때에 어음債務者 중에 그로 인하여 利得을 보게 되는 자가 있게 되는 不公平을 시정하는 데 있다고 하였다. 그러나 이러한 입법취지는 전술한 바와 같이 支給證券인 手票의 경우에는 적합한 것으로 인정되지만, 어음의 경우에는 설득력을 결여함을 보았다. 왜냐하면 이미 民法과 商法에는 어음의 時效期間보다 훨씬 短期인 消滅時效가 적용되는 경우에 관하여 법정하는 규정이 많지만, 그렇다고 이를 완화하기 위한 제도는 존재하지 않기 때문이다. 그러므로 어음의 경우에 利得償還請求權의 입법취지를, 어음은 原因關係와 분리된 抽象證券이고 어음外에 존재하는 일정한 목적의 달성을 위한 수단에 불과한 것이므로 어음이 失效가 된 때에는 原因關係에 의한 문제의 해결이 불가능한 경우가 많다는 점을 고려하여 인정한 제도라고 하는 Canaris의 주장이 설득력이 있는 것으로 생각된다. 利得償還請求權制度의 운영을 위하여 중요한 문제는 利得償還請求權의 性質을 어떻게 볼 것인가 하는 점이다. 즉 그 성질을 어음상의 權利의 殘存物이나 變形物로 보느냐, 아니면 어음法에 의하여 특별히 인정되는 特別한 請求權으로 보느냐에 따라 利得償還請求權의 당사자인 義務者의 範

(116) 鄭熙喆, pp. 292-293; 孫珠瓚, p. 103; 梁承圭·朴吉俊, p. 709; 서울高判 1962. 12. 31, 62 다 167.

(117) OGH 18. 11. 1880 Czel(오스트리아 최고법원 판결집), 270; OGH 4. 5. 1897 Czel, 756.

團와 利得償還請求를 위한 要件으로서의 證券의 所持가 필요한가 하는 점에 대한 결론이 달라지게 된다는 것을 기술하였다. 그리고 중요한 문제는 利得償還請求權의 發生要件이 아닐 수 없다. 이에 대한 오늘날의 通說은 어음·手票상의 모든 권리가 소멸하면 어음·手票를 교부한 목적이 어디에 있는지를 구별할 필요 없이 利得償還請求權을 인정하여야 한다는 입장이고, 判例는 어음·手票의 모든 권리가 소멸하였어도 어음·手票를 支給의 確保를 위하여 교부하였으면 原因關係가 있었을 것이라는 이유로 利得償還請求權을 인정하지 않는 입장이다. 그러나 기술한 바와 같이 判例의 입장은 타당성을 결여하고 어음의 경우에 利得償還請求權의 존재의의를 망각한 태도가 아닐 수 없다. 利得償還請求權의 발생요건에 관한 判例의 입장은 변경되어야 할 것이다.

Die Nochmalige Überlegung der Wechsel- und Scheckbereicherungsanspruch

Prof. Dr. Kiuon Tsche*

Die Vorschrift des Art. 79 von koreanischen Wechselgesetz über die Wechselbereicherung will verhindern, daß das formale Wechselrecht zu materiellem Unrecht führt. Ein Wechselgläubiger ist immer der Gefahr ausgesetzt, seine Rückgriffsansprüche infolge nicht rechtzeitiger Vorlegung bzw. Versäumung des Protestes zu verlieren. Angesichts der Kürze der Verjährungsfristen kann es auch leicht zu einer Verjährung von Wechselansprüchen kommen. Das trifft den Wechselgläubiger besonders dann empfindlich, wenn ihm ein Rückgriff auf die Kausalverhältnisse aus rechtlichen Gründen nicht möglich ist.

Der Wechselbereicherungsanspruch wird in Deutschland meist als "Überbleibsel" des verjährten oder präjudizierten Wechselanspruch bezeichnet. Aber in Korea handelt es sich um ein besonderer Anspruch. Nach dem koreanischen Wechselgesetz kann der Wechselbereicherungsanspruch dem Wechselgläubiger nicht nur gegenüber dem Aussteller oder dem Akzeptanten, sondern auch gegenüber einem Indossanten zustehen (§ 79 K-WG).

Im koreanischen Schriftum besteht im wesentlichen Einigkeit darüber, daß das Wechselbereicherungsanspruch dem Wechselgläubiger zustehen, wenn der Wechselinhaber auch keinen anderen durchsetzbaren Wechselanspruch mehr hat. Der Umstand, daß dem Wechselgläubiger noch ein bürgerlich-rechtlicher Anspruch gegen seinen Vormann aus dem Kausalverhältnis zusteht, schließt der Wechselbereicherungsanspruch nicht aus. Aber nach den ständigen Rechtsprechung des koreanischen Oberstgerichts schließt der Wechselbereicherungsanspruch aus, wenn der Wechselgläubiger den Wechsel zahlungshalber erworben hat. Daher habe ich in diesem Aufsatz die Problemen der Rechtsprechung sowohl in dogmatischer als auch praktischen Hinsicht aufgeworfen.

* Professor, College of Law, Seoul National University