

判例研究

(一) 利得償還請求權

檀紀四二九一年民上第七一七號〔當事者間の約束어음金請求事件〕

〔事實〕 原告(控訴人·上告人) 金山奉、被告(被控訴人·被上告人) 李元植間の約束어음金請求事件

訴外 崔福善은原告로부터一金拾萬圓의金額을貸付받아 이를 다시被告에게貸付하고、檀紀四二八六年七月十一日부터同年九月二十日까지의利子五千圓을加算한金拾萬五千圓을額面金、支給期日同年九月二十日、支給場所訴外 信託銀行 釜山支店、發行日字 同年 七月 十一日로하는本件約束어음一枚를被告로부터發行받았던바、訴外 崔福善은原告와의金錢消費貸借契約上の支給을確保하기 위하여 本約束어음을原告에게背書讓渡하였다。原告는支給期日에該約束어음을被告에게提示하여 그支給을求하였으나 拒絶되었으므로 右어음金과 本件訴狀 送達期日부터 右約束어음金辨濟日까지 年六分의利率에 의한 遲延利子를求하고자 本訴를提起하였다。이에 대하여 被告는本件約束어음상의請求權이時效로因하여消滅하였다는時效抗辯을主張하였으므로 原告는 다시被告가現在 右約束어음額面金相當의利得을하고 있는 것이라고하여豫備的으로 右利得金拾萬五千圓의償還을求하였던바、被告는本件約束어음關係로利得한 것이 없으니 原告의 本訴請求에應할 수 없다고主張하였다。

本件에 대하여 第一審은「利得償還請求權은手形關係에 있어서 所持人이 他에 手形上 또는 民法上 何等の救濟方法이 없을 때에限하여 認定되는權利이며、本件에 있어서는 背書人인 訴外 崔福善에 대하여 原告가 民法上の權利인 貸付金 返還請求를 함으로써 救濟할 方法이 있을 것이니 原告의 利得償還請求는 失當이라」는理由로 原告의 請求를棄却하였으며、控訴審·上告審이 모두 第一案을支持하였다。

〔上告理由要旨〕 第一審判決은「利得償還請求權은手形關係에 있어서 所持人이 他에 手形上 또는 民法上 何等

의救濟方法이 없을 때에 限하여 認定되는 權利다」고 하면서, 「本件에 있어서 背書人인 訴外 崔福善에 대하여 原告가 民法上の 權利인 貸付金 請求를 함으로써 救濟할 方法이 있을 것이니 原告의 利得償還請求는 不當이라」는 理由로 原告의 請求를 棄却하였으니 이는 原審이 法을 誤解한데 起因하는 것이다. 即 첫째로 利得償還請求權의 發生要件을 誤解하였다. 本是 利得償還請求權은 衡平의 見地에서 法이 特別히 規定하는 手形法上の 請求權으로서 手形이 保全節次의 欠缺 또는 時效로 因하여 失效된 경우 當時의 手形所持人이 發行人 또는 背書人에 對하여 그의 利得을 請求하는 權利인바, 이는 手形法上 獨特한 請求權이다. 그러므로 이 請求權은 手形法上の 諸請求權이 時效로써 失效되면 이에 代替되어 發生되는 것이 아닐 수 없을 터니 民事上の 모든 請求權까지 存在하지 않는 경우에 限하여 同利得償還請求權이 發生한다고 보는 것은 前示 手形法解釋을 그릇한 것이다. 本件에 있어서 原告는 手形의 所持人으로서 背書人인 訴外 崔福善과 發行人인 被告에 대하여 同時に 各各支給을 求할 수 있는 手形金請求權을 가지고 있으나 原告는 資金의 利得者인 被告만을 相對로 하여 本訴를 提起한 만큼, 萬一 本件이 時效로써 失效되지 않았다면 被告에 대한 本件訴訟는 正當하였을 것이다. 그런데 被告의 時效抗辯으로 右手形法上の 請求權이 失效된 이상 被告에 대하여는 利得償還請求 以外에는 別途의 請求權이 없는 것이다. 이 경우에 있어서 原告는 失效當時의 借書所持人이다. 따라서 訴外人에 대한 別途의 民事上 請求들을 云謂할 必要가 없는 것이다. 그럼에도 불구하고 原審이 叙上說 示한 바와 같은 原被告間의 關係에 대하여는 何等 究明한 바 없이 本訴 請求의 範圍外인 訴外 崔福善에 대하여 貸付金請求를 함으로써 救濟될 것이니 우선 그 方法을 取한後 그것이 不如意하면 更히 本件 被告에게 利得償還을 請求를 하라고 判斷한 것은 手形法의 解釋을 그릇한 것이다.

(判旨) 手形法에 約束어음의 所持人이 發行人에 대한 利得償還의 請求權을 認定한은 所持人이 他에 어음上 또는 民法上 何等的 救濟方法이 없을 경우에 發行人으로 하여금 그 利得을 取得시킬은 不公하다는 原則에서 나온 것이므로 利得償還의 請求權이 發生함에는 모든 어음상의 債務者에 대하여 約束어음상의 權利가 消滅되었음을 要하는 바이다. 本件에 있어서 檀紀四二九一年 一月三十日 口頭辯論調査에 대하여 約束어음상의 權利가 消滅되었음을 要하는 바이다. 羅하여금 他人에게 同金額을 貸付하여 주고 利子를 얻게 하여 달라고 付託하였던바 同 訴外 崔福善은 同金額을 被告에게 貸付하고 檀紀四二八六年 七月 十一일부터 同年 九月 二十일까지의 利子를 加算한 額面金拾萬五千圓의 本件約束어음을 받아 原告에게 背書讓渡한 것이라 主張함에 의하면 特段의 事由가 없는 限 原告는 同約束어음상의 權利와

消費貸借에 因한 債權이 並存하는 것으로 認定할 수 있으므로 原告의 本件約束어음上 權利가 節次의 欠缺 또는 時效로 因하여 消滅하였다 하더라도 原告가 이와 並存하는 民法上의 債權을 行使할 수 있는 以上 利得價還請求를 할 수는 없는 것이다.

〔研究〕 判旨에 賛成할 수 없다. 本判決은 利得價還請求權의 發生要件에 관한 大法院의 見解를 最初로 表明한 것인 바, 日本 大審院判決(昭和三年一月九日, 昭和十三年五月一〇日)과 同一趣旨의 것인데, 民法上의 救濟方法까지도 存在하지 않아야 利得價還請求權이 發生한다는 點에 관하여 日本의 大審院判決을 盲從하고 있을 뿐, 어찌서 그 要件을 必要로 하는가에 관하여 上告理由를 물리친만한 理論的 根據을 明示하지 못하고 있다.

利得價還請求權은, 어음상의 署名者에 대한 責任을 手形法이 嚴하게 規定하고 있는데 對比하여 이것을 緩和하기 위하여 두어진 短期의 어음時效, 短期의 遡求權保全節次期間 때문에 債務者가 完全히 免責되어 어음의 授受를 原因으로 하여 利得하는 일이 있을 것을 豫想하여, 이러한 形式상의 均衡政策 때문에 생기는 實質上의 不公平을 救濟하기 위하여 특히 手形法上 認定되는 權利라는 點에 관하여는 異論이 없다. 이 權利는 어음상의 權利가 消滅하였을 때 發生하는 것이므로 手形法上의 權利이기도 하지만 어음상의 權利는 아니다. 그러나 實質的으로 考察하면, 어음상의 權利가 消滅하기 前에는 어음의 所持人은 모든 어음 債務者에 대하여 어음에 의하여 當然히 어음金額 또는 價還金額을 請求할 수 있었던 터인데, 어음상의 權利가 消滅하였기 때문에 實質關係上 利得을 얻은 債務者에 대하여서만 그 利得을 얻었음을 證明한 경우에 請求할 수 있게 되는데 지나지 않으므로 이 意味에서는 어음상의 權利가 變形한 것이라고 볼 수 있을 것이다.

利得償還請求權制度는 壽府統一條約의 第二附屬書에서 留保條項으로서 各締約國의 立法에 委任되고 있는 것에 基하여 獨法系 諸國에서 採用하고 있는 制度이며, 資金學說에 의한 救濟方法이 인정되는 佛法系, 어음債權을 보통債權에 比하여 制限하지 않는 英美法系에서는 이 制度를 採用하고 있지 아니함은 周知의 事實이다. 以下에서는 獨逸 및 日本의 이 請求權에 관한 學說을 紹介하면서 本件判例를 吟味하고자 한다.

利得償還請求權의 發生要件으로서는 보통 ① 어음상의 權利가 有效하게 存在하였을 것, ② 어음상의 權利가 遡求權保全節次의 欠缺 또는 時效로서 消滅하였을 것, ③ 發行人, 引受人(때로 背書人)이 利得하였을 것의 三要件을 든다. 第三의 要件인 利得이란 所持人의 損失에서 얻어진 것임을 要하지 않는다는 것이 日本 및 우리나라의 通說이지만 (伊澤「手形法小切手法」三三九面「石井」商法「下」二八五), 獨逸에서는 手形法이 明文으로 損失을 要件으로 받고 있다 (W. G. Art. 89 ".....als er sich mit diesen Schaden bereichern würde". J. v. Gierke, Das Recht, 2. Aufl. 1871, 1872, 1873, 1874, 1875, 1876, 1877, 1878, 1879, 1880, 1881, 1882, 1883, 1884, 1885, 1886, 1887, 1888, 1889, 1890, 1891, 1892, 1893, 1894, 1895, 1896, 1897, 1898, 1899, 1900, 1901, 1902, 1903, 1904, 1905, 1906, 1907, 1908, 1909, 1910, 1911, 1912, 1913, 1914, 1915, 1916, 1917, 1918, 1919, 1920, 1921, 1922, 1923, 1924, 1925, 1926, 1927, 1928, 1929, 1930, 1931, 1932, 1933, 1934, 1935, 1936, 1937, 1938, 1939, 1940, 1941, 1942, 1943, 1944, 1945, 1946, 1947, 1948, 1949, 1950, 1951, 1952, 1953, 1954, 1955, 1956, 1957, 1958, 1959, 1960, 1961, 1962, 1963, 1964, 1965, 1966, 1967, 1968, 1969, 1970, 1971, 1972, 1973, 1974, 1975, 1976, 1977, 1978, 1979, 1980, 1981, 1982, 1983, 1984, 1985, 1986, 1987, 1988, 1989, 1990, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024, 2025, 2026, 2027, 2028, 2029, 2030, 2031, 2032, 2033, 2034, 2035, 2036, 2037, 2038, 2039, 2040, 2041, 2042, 2043, 2044, 2045, 2046, 2047, 2048, 2049, 2050, 2051, 2052, 2053, 2054, 2055, 2056, 2057, 2058, 2059, 2060, 2061, 2062, 2063, 2064, 2065, 2066, 2067, 2068, 2069, 2070, 2071, 2072, 2073, 2074, 2075, 2076, 2077, 2078, 2079, 2080, 2081, 2082, 2083, 2084, 2085, 2086, 2087, 2088, 2089, 2090, 2091, 2092, 2093, 2094, 2095, 2096, 2097, 2098, 2099, 2100, 2101, 2102, 2103, 2104, 2105, 2106, 2107, 2108, 2109, 2110, 2111, 2112, 2113, 2114, 2115, 2116, 2117, 2118, 2119, 2120, 2121, 2122, 2123, 2124, 2125, 2126, 2127, 2128, 2129, 2130, 2131, 2132, 2133, 2134, 2135, 2136, 2137, 2138, 2139, 2140, 2141, 2142, 2143, 2144, 2145, 2146, 2147, 2148, 2149, 2150, 2151, 2152, 2153, 2154, 2155, 2156, 2157, 2158, 2159, 2160, 2161, 2162, 2163, 2164, 2165, 2166, 2167, 2168, 2169, 2170, 2171, 2172, 2173, 2174, 2175, 2176, 2177, 2178, 2179, 2180, 2181, 2182, 2183, 2184, 2185, 2186, 2187, 2188, 2189, 2190, 2191, 2192, 2193, 2194, 2195, 2196, 2197, 2198, 2199, 2200, 2201, 2202, 2203, 2204, 2205, 2206, 2207, 2208, 2209, 2210, 2211, 2212, 2213, 2214, 2215, 2216, 2217, 2218, 2219, 2220, 2221, 2222, 2223, 2224, 2225, 2226, 2227, 2228, 2229, 2230, 2231, 2232, 2233, 2234, 2235, 2236, 2237, 2238, 2239, 2240, 2241, 2242, 2243, 2244, 2245, 2246, 2247, 2248, 2249, 2250, 2251, 2252, 2253, 2254, 2255, 2256, 2257, 2258, 2259, 2260, 2261, 2262, 2263, 2264, 2265, 2266, 2267, 2268, 2269, 2270, 2271, 2272, 2273, 2274, 2275, 2276, 2277, 2278, 2279, 2280, 2281, 2282, 2283, 2284, 2285, 2286, 2287, 2288, 2289, 2290, 2291, 2292, 2293, 2294, 2295, 2296, 2297, 2298, 2299, 2300, 2301, 2302, 2303, 2304, 2305, 2306, 2307, 2308, 2309, 2310, 2311, 2312, 2313, 2314, 2315, 2316, 2317, 2318, 2319, 2320, 2321, 2322, 2323, 2324, 2325, 2326, 2327, 2328, 2329, 2330, 2331, 2332, 2333, 2334, 2335, 2336, 2337, 2338, 2339, 2340, 2341, 2342, 2343, 2344, 2345, 2346, 2347, 2348, 2349, 2350, 2351, 2352, 2353, 2354, 2355, 2356, 2357, 2358, 2359, 2360, 2361, 2362, 2363, 2364, 2365, 2366, 2367, 2368, 2369, 2370, 2371, 2372, 2373, 2374, 2375, 2376, 2377, 2378, 2379, 2380, 2381, 2382, 2383, 2384, 2385, 2386, 2387, 2388, 2389, 2390, 2391, 2392, 2393, 2394, 2395, 2396, 2397, 2398, 2399, 2400, 2401, 2402, 2403, 2404, 2405, 2406, 2407, 2408, 2409, 2410, 2411, 2412, 2413, 2414, 2415, 2416, 2417, 2418, 2419, 2420, 2421, 2422, 2423, 2424, 2425, 2426, 2427, 2428, 2429, 2430, 2431, 2432, 2433, 2434, 2435, 2436, 2437, 2438, 2439, 2440, 2441, 2442, 2443, 2444, 2445, 2446, 2447, 2448, 2449, 2450, 2451, 2452, 2453, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2459, 2460, 2461, 2462, 2463, 2464, 2465, 2466, 2467, 2468, 2469, 2470, 2471, 2472, 2473, 2474, 2475, 2476, 2477, 2478, 2479, 2480, 2481, 2482, 2483, 2484, 2485, 2486, 2487, 2488, 2489, 2490, 2491, 2492, 2493, 2494, 2495, 2496, 2497, 2498, 2499, 2500, 2501, 2502, 2503, 2504, 2505, 2506, 2507, 2508, 2509, 2510, 2511, 2512, 2513, 2514, 2515, 2516, 2517, 2518, 2519, 2520, 2521, 2522, 2523, 2524, 2525, 2526, 2527, 2528, 2529, 2530, 2531, 2532, 2533, 2534, 2535, 2536, 2537, 2538, 2539, 2540, 2541, 2542, 2543, 2544, 2545, 2546, 2547, 2548, 2549, 2550, 2551, 2552, 2553, 2554, 2555, 2556, 2557, 2558, 2559, 2560, 2561, 2562, 2563, 2564, 2565, 2566, 2567, 2568, 2569, 2570, 2571, 2572, 2573, 2574, 2575, 2576, 2577, 2578, 2579, 2580, 2581, 2582, 2583, 2584, 2585, 2586, 2587, 2588, 2589, 2590, 2591, 2592, 2593, 2594, 2595, 2596, 2597, 2598, 2599, 2600, 2601, 2602, 2603, 2604, 2605, 2606, 2607, 2608, 2609, 2610, 2611, 2612, 2613, 2614, 2615, 2616, 2617, 2618, 2619, 2620, 2621, 2622, 2623, 2624, 2625, 2626, 2627, 2628, 2629, 2630, 2631, 2632, 2633, 2634, 2635, 2636, 2637, 2638, 2639, 2640, 2641, 2642, 2643, 2644, 2645, 2646, 2647, 2648, 2649, 2650, 2651, 2652, 2653, 2654, 2655, 2656, 2657, 2658, 2659, 2660, 2661, 2662, 2663, 2664, 2665, 2666, 2667, 2668, 2669, 2670, 2671, 2672, 2673, 2674, 2675, 2676, 2677, 2678, 2679, 2680, 2681, 2682, 2683, 2684, 2685, 2686, 2687, 2688, 2689, 2690, 2691, 2692, 2693, 2694, 2695, 2696, 2697, 2698, 2699, 2700, 2701, 2702, 2703, 2704, 2705, 2706, 2707, 2708, 2709, 2710, 2711, 2712, 2713, 2714, 2715, 2716, 2717, 2718, 2719, 2720, 2721, 2722, 2723, 2724, 2725, 2726, 2727, 2728, 2729, 2730, 2731, 2732, 2733, 2734, 2735, 2736, 2737, 2738, 2739, 2740, 2741, 2742, 2743, 2744, 2745, 2746, 2747, 2748, 2749, 2750, 2751, 2752, 2753, 2754, 2755, 2756, 2757, 2758, 2759, 2760, 2761, 2762, 2763, 2764, 2765, 2766, 2767, 2768, 2769, 2770, 2771, 2772, 2773, 2774, 2775, 2776, 2777, 2778, 2779, 2780, 2781, 2782, 2783, 2784, 2785, 2786, 2787, 2788, 2789, 2790, 2791, 2792, 2793, 2794, 2795, 2796, 2797, 2798, 2799, 2800, 2801, 2802, 2803, 2804, 2805, 2806, 2807, 2808, 2809, 2810, 2811, 2812, 2813, 2814, 2815, 2816, 2817, 2818, 2819, 2820, 2821, 2822, 2823, 2824, 2825, 2826, 2827, 2828, 2829, 2830, 2831, 2832, 2833, 2834, 2835, 2836, 2837, 2838, 2839, 2840, 2841, 2842, 2843, 2844, 2845, 2846, 2847, 2848, 2849, 2850, 2851, 2852, 2853, 2854, 2855, 2856, 2857, 2858, 2859, 2860, 2861, 2862, 2863, 2864, 2865, 2866, 2867, 2868, 2869, 2870, 2871, 2872, 2873, 2874, 2875, 2876, 2877, 2878, 2879, 2880, 2881, 2882, 2883, 2884, 2885, 2886, 2887, 2888, 2889, 2890, 2891, 2892, 2893, 2894, 2895, 2896, 2897, 2898, 2899, 2900, 2901, 2902, 2903, 2904, 2905, 2906, 2907, 2908, 2909, 2910, 2911, 2912, 2913, 2914, 2915, 2916, 2917, 2918, 2919, 2920, 2921, 2922, 2923, 2924, 2925, 2926, 2927, 2928, 2929, 2930, 2931, 2932, 2933, 2934, 2935, 2936, 2937, 2938, 2939, 2940, 2941, 2942, 2943, 2944, 2945, 2946, 2947, 2948, 2949, 2950, 2951, 2952, 2953, 2954, 2955, 2956, 2957, 2958, 2959, 2960, 2961, 2962, 2963, 2964, 2965, 2966, 2967, 2968, 2969, 2970, 2971, 2972, 2973, 2974, 2975, 2976, 2977, 2978, 2979, 2980, 2981, 2982, 2983, 2984, 2985, 2986, 2987, 2988, 2989, 2990, 2991, 2992, 2993, 2994, 2995, 2996, 2997, 2998, 2999, 3000, 3001, 3002, 3003, 3004, 3005, 3006, 3007, 3008, 3009, 3010, 3011, 3012, 3013, 3014, 3015, 3016, 3017, 3018, 3019, 3020, 3021, 3022, 3023, 3024, 3025, 3026, 3027, 3028, 3029, 3030, 3031, 3032, 3033, 3034, 3035, 3036, 3037, 3038, 3039, 3040, 3041, 3042, 3043, 3044, 3045, 3046, 3047, 3048, 3049, 3050, 3051, 3052, 3053, 3054, 3055, 3056, 3057, 3058, 3059, 3060, 3061, 3062, 3063, 3064, 3065, 3066, 3067, 3068, 3069, 3070, 3071, 3072, 3073, 3074, 3075, 3076, 3077, 3078, 3079, 3080, 3081, 3082, 3083, 3084, 3085, 3086, 3087, 3088, 3089, 3090, 3091, 3092, 3093, 3094, 3095, 3096, 3097, 3098, 3099, 3100, 3101, 3102, 3103, 3104, 3105, 3106, 3107, 3108, 3109, 3110, 3111, 3112, 3113, 3114, 3115, 3116, 3117, 3118, 3119, 3120, 3121, 3122, 3123, 3124, 3125, 3126, 3127, 3128, 3129, 3130, 3131, 3132, 3133, 3134, 3135, 3136, 3137, 3138, 3139, 3140, 3141, 3142, 3143, 3144, 3145, 3146, 3147, 3148, 3149, 3150, 3151, 3152, 3153, 3154, 3155, 3156, 3157, 3158, 3159, 3160, 3161, 3162, 3163, 3164, 3165, 3166, 3167, 3168, 3169, 3170, 3171, 3172, 3173, 3174, 3175, 3176, 3177, 3178, 3179, 3180, 3181, 3182, 3183, 3184, 3185, 3186, 3187, 3188, 3189, 3190, 3191, 3192, 3193, 3194, 3195, 3196, 3197, 3198, 3199, 3200, 3201, 3202, 3203, 3204, 3205, 3206, 3207, 3208, 3209, 3210, 3211, 3212, 3213, 3214, 3215, 3216, 3217, 3218, 3219, 3220, 3221, 3222, 3223, 3224, 3225, 3226, 3227, 3228, 3229, 3230, 3231, 3232, 3233, 3234, 3235, 3236, 3237, 3238, 3239, 3240, 3241, 3242, 3243, 3244, 3245, 3246, 3247, 3248, 3249, 3250, 3251, 3252, 3253, 3254, 3255, 3256, 3257, 3258, 3259, 3260, 3261, 3262, 3263, 3264, 3265, 3266, 3267, 3268, 3269, 3270, 3271, 3272, 3273, 3274, 3275, 3276, 3277, 3278, 3279, 3280, 3281, 3282, 3283, 3284, 3285, 3286, 3287, 3288, 3289, 3290, 3291, 3292, 3293, 3294, 3295, 3296, 3297, 3298, 3299, 3300, 3301, 3302, 3303, 3304, 3305, 3306, 3307, 3308, 3309, 3310, 3311, 3312, 3313, 3314, 3315, 3316, 3317, 3318, 3319, 3320, 3321, 3322, 3323, 3324, 3325, 3326, 3327, 3328, 3329, 3330, 3331, 3332, 3333, 3334, 3335, 3336, 3337, 3338, 3339, 3340, 3341, 3342, 3343, 3344, 3345, 3346, 3347, 3348, 3349, 3350, 3351, 3352, 3353, 3354, 3355, 3356, 3357, 3358, 3359, 3360, 3361, 3362, 3363, 3364, 3365, 3366, 3367, 3368, 3369, 3370, 3371, 3372, 3373, 3374, 3375, 3376, 3377, 3378, 3379, 3380, 3381, 3382, 3383, 3384, 3385, 3386, 3387, 3388, 3389, 3390, 3391, 3392, 3393, 3394, 3395, 3396, 3397, 3398, 3399, 3400, 3401, 3402, 3403, 3404, 3405, 3406, 3407, 3408, 3409, 3410, 3411, 3412, 3413, 3414, 3415, 3416, 3417, 3418, 3419, 3420, 3421, 3422, 3423, 3424, 3425, 3426, 3427, 3428, 3429, 3430, 3431, 3432, 3433, 3434, 3435, 3436, 3437, 3438, 3439, 3440, 3441, 3442, 3443, 3444, 3445, 3446, 3447, 3448, 3449, 3450, 3451, 3452, 3453, 3454, 3455, 3456, 3457, 3458, 3459, 3460, 3461, 3462, 3463, 3464, 3465, 3466, 3467, 3468, 3469, 3470, 3471, 3472, 3473, 3474, 3475, 3476, 3477, 3478, 3479, 3480, 3481, 3482, 3483, 3484, 3485, 3486, 3487, 3488, 3489, 3490, 3491, 3492, 3493, 3494, 3495, 3496, 3497, 3498, 3499, 3500, 3501, 3502, 3503, 3504, 3505, 3506, 3507, 3508, 3509, 3510, 3511, 3512, 3513, 3514, 3515, 3516, 3517, 3518, 3519, 3520, 3521, 3522, 3523, 3524, 3525, 3526, 3527, 3528, 3529, 3530, 3531, 3532, 3533, 3534, 3535, 3536, 3537, 3538, 3539, 3540, 3541, 3542, 3543, 3544, 3545, 3546, 3547, 3548, 3549, 3550, 3551, 3552, 3553, 3554, 3555, 3556, 3557, 3558, 3559, 3560, 3561, 3562, 3563, 3564, 3565, 3566, 3567, 3568, 3569, 3570, 3571, 3572, 3573, 3574, 3575, 3576, 3577, 3578, 3579, 3580, 3581, 3582, 3583, 3584, 3585, 3586, 3587, 3588, 3589, 3590, 3591, 3592, 3593, 3594, 3595, 3596, 3597, 3598, 3599, 3600, 3601, 3602, 3603, 3604, 3605, 3606, 3607, 3608, 3609, 3610, 3611, 3612, 3613, 3614, 3615, 3616, 3617, 3618, 3619, 3620, 3621, 3622, 3623, 3624, 3625, 3626, 3627, 3628, 3629, 3630, 3631, 3632, 3633, 3634, 3635, 3636, 3637, 3638, 3639, 3640, 3641, 3642, 3643, 3644, 3645, 3646, 3647, 3648, 3649, 3650, 3651, 3652, 3653, 3654, 3655, 3656, 3657, 3658, 3659, 3660, 3661, 3662, 3663, 3664, 3665, 3666, 3667, 3668, 3669, 3670, 3671, 3672, 3673, 3674, 3675, 3676, 3677, 3678, 3679, 3680, 3681, 3682, 3683, 3684, 3685, 3686, 3687, 3688, 3689, 3690, 3691, 3692, 3693, 3694, 3695, 3696, 3697, 3698, 3699, 3700, 3701, 3702, 3703, 3704, 3705, 3706, 3707, 3708, 3709, 3710, 3711, 3712, 3713, 3714, 3715, 3716, 3717, 3718, 3719, 3720, 3721, 3722, 3723, 3724, 3725, 3726, 3727, 3728, 3729, 3730, 3731, 3732, 3733, 3734, 3735, 3736, 3737, 3738, 3739, 3740, 3741, 3742, 3743, 3744, 3745, 3746, 3747, 3748, 3749, 3750, 3751, 3752, 3753, 3754, 3755, 3756, 3757, 3758, 3759, 3760, 3761, 3762, 3763, 3764, 3765, 3766, 3767, 3768, 3769, 3770, 3771, 3772, 3773, 3774, 3775, 3776, 3777, 3778, 3779, 3780, 3781, 3782, 3783, 3784, 3785, 3786, 3787, 3788, 3789, 3790, 3791, 3792, 3793, 3794, 3795, 3796, 3797, 3798, 3799, 3800, 3801, 3802, 3803, 3804, 3805, 3806, 3807, 3808, 3809, 3810, 3811, 3812, 3813, 3814, 3815, 3816, 3817, 3818, 3819, 3820, 3821, 3822, 3823, 3824, 3825, 3826, 3827, 3828, 3829, 3830, 3831, 3832, 3833, 3834, 3835, 3836, 3837, 3838, 3839, 3840, 3841, 3842, 3843, 3844, 3845, 3846, 3847, 3848, 3849, 3850, 3851, 3852, 3853, 3854, 3855,

bar ist." Gierke, a. a. O. S. 65) 고 하였으며, 레에펠트는 「利得償還請求權은 다른 어음상의 權利에 비하여 補充的인 것에 不遜하므로 引受人에 대하여 實現可能한 어음상의 請求權을 갖는 者는 發行人에 대하여 利得償還請求를 할 수 없으나, 民法上の 請求權이 競合함을 排除하지 않는다」(Neben anderweitigen Wechselansprüchen ist der Bereicherungsanspruch nur subsidiär; wer noch einen realisierbaren Wechselanspruch gegen den Akzeptanten hat, kann keinen Bereicherungsanspruch gegen den Aussteller erheben. Nicht aber schliesst ihn ein konkurrierender Zivilanspruch. Rehfeldt, a. a. O. S. 78) 고 하였으며, 이것이 現在의 通說이 되어 있으나 過去에는 獨逸大審院이 民法上の 救濟가 없음을 要한다는 立場에서 있었고 그것이 通說이 되었다. (Schumann, a. a. O. S. 409). 기이르케와 레에펠트의 說은 民法上の 救濟手段이 없음을 利得償還請求權의 發生要件으로 하지 않는 點에서 同一하나, 前者가 利得償還의 相對方에 대한 어음상의 權利의 消滅만을 그 要件으로 하는데 대하여, 後者는 모든 어음債務者에 대한 請求權이 消滅하여야 한다고 하는 點이 다르다.

이렇게 보아 오면 「어음上 또는 民法上 何等의 救濟方法이 없을 경우에 利得償還請求權이 發生한다」는 本件判決의 主張이 獨逸이나 日本에서 支持를 받지 못하고 있음을 짐작할 수 있으며, 이러한 民法上の 救濟手段이 없음을 要한다는 主張을 하지 않는 見解가 오히려 通說化하고 있다고 하겠다. 그러면 이러한 見解의 相違는 어떠한 點에서 差異가 생기는 것인가.

첫째 다른 民法上の 救濟手段 특히 原因關係上の 債權을 가지는 경우에 利得償還請求權이 인정될 것인가 어떠한가에 관하여 보면, 本件 判例과 같이 이것을 인정하지 않는 立場은 利得償還의 制度를 所持人을 위한 最終的 救濟手段으로 보고, 따라서 原因債權을 行使할 수 있는 以上 이를 인정하지 않고져 하는 것이다. 이에 대하여 이를 인정하고져 하는 立場은, 利得償還請求權을 어음상의 權利가 變形한 것으로 보고

어떤 債務者에 대한 어음상의 權利가 消滅하였을 때, 그 債務者가 實質적으로 利得을 하였으면 그 利得의 償還을 求할 수 있는 것이며, 다른 債務者에 대하여 어음상의 權利를 行使할 수 있는가의 與否, 또는 原因債權을 行使할 수 있는가의 與否와 關係가 없는 것이라고 한다. 本件 約束어음金請求에 있어서와 같이 所持人과 關係없는 債務者, 즉 被告에 대하여 어음상의 權利를 가지고 있는 경우를 생각한다면, 그것이 消滅하면 그것을 같음하여 被告가 利得한 것의 償還을 求할 수 있는 것이며, 原告가 訴外崔福善에 대하여 原因債權을 行使할 수 있는가 어떠한가는 利得償還請求權의 發生與否와 相關이 없다고 하지 않을 수 없다(筆者는拙著「手形法·小切手法論」및「商法」3에서 利得償還請求權의 發生要件으로서 判例의 主張에 同調하여 모든 다른 救濟手段을 갖지 아니할 것을 들었으나 木橋와 다른說을 따르기로 한다. 그러나 모든 어음상의 權利가 消滅하여야 하는가에 관하여는) 本件과는 直接 關係가 없는 일이지만, 所持人이 債務者의 直接 相對方인 경우에는 어떻게 되는 것인가를 살핀다면, 上述한 立場에서 는 限, 利得償還請求權과 原因債權을 擇一的으로 行使할 수 있다고 하여야 할 것이다. 이 경우 發行人이 既存債務를 支給을 위하여(zahlungshalber) 어음을 交付한 경우에는 그 對價가 利得이 되지만, 支給을 確保하기 위하여(sicherungshalber) 어음을 交付한 경우에는 어음債務를免하더라도 原因債務를 免할 수 없으므로 利得이 없다고 하는說이 있으나(伊澤前披露三三九面), 發行人과 所持人이 直接의 當事者가 아니고, 또 所持人이 直接前者에 대하여 原因債權을 갖지 않는 경우에는, 所持人은 利得償還請求權이 인정되지 않으면 아무 救濟를 받지 못하는 데 대하여, 受取人의 경우에는 原因債權을 가지고 있 다손 치더라도 이미 어음을 讓渡하여 發行人에 供한 對價를 回收하고 있을 것이므로 그 原因債權의 行使를 인정할 필요가 없다. 따라서 이러한 경우에도 利得償還請求權을 인정하여야 할 것이다(鈴木、前掲書三二二面計九).

다음에 모든 어음債務者에 대한 어음상의 權利가 消滅하여야 된다는 主張을 살피기로 한다. 이것은 遡求權保全節次의 欠缺에 의하여 遡求權이 消滅하였으나 發行人이 여전히 어음상의 責任을 지고 있는 경우

에, 遡求權消滅로 利得한 遡求義務者에게 利得償還請求를 할 수 있는가(換어음에서는 引受人이 아직 어음上的 責任을 지고 있는 경우에 發行人 其他의 償還義務者에 대한 償還請求權이 消滅하였을 때) 하는 것과 관련된 문제이다. 이 경우 發行人에 대하여 어음上的 權利를 法律上 行使할 수 있다고 하더라도, 發行人이 無資力한 경우에는 償還義務者로부터 利得償還을 求할 수 없다고 하면 困難하기 때문에, 모든 어음上的 權利가 消滅하였음을 利得償還의 要件으로 하면서도 이러한 경우에는 어음上的 權利가 實質적으로 消滅하였다고 보고 利得償還請求權을 인정할 것이라는 見解도 있고(判例民事法(昭和三年), 利得償還請求權을 어음上的 權利의 變形으로 보는 立場에서 다른 어음債務者에 대한 權利의 消滅與否를 문제삼지 않고 償還을 請求할 相對方이 確定的으로 利得을 하였는가의 與否만을 문제삼을 것이라는 見解가 있다(鈴木, 前掲書三二二六二面는 債務者의 無資力을 문제삼을 필요가 없음을 強調)。 그러나 이 점에 관하여는 手形法上的 救濟方法이 있는 限 利得償還請求權은 發生하지 않고 手形法上的 모든 救濟方法을 가지지 않는 경우에 限하여 債務者의 資力有無와 相關없이 利得償還請求權이 發生하는 것으로 理解하려고 하는 바이다. 왜냐하면 手形法 第八五條의 趣旨는 手形法의 嚴格性에 基하는 어음上的 權利消滅을 緩和하는데 있으므로, 利得償還請求權은 手形法上的 救濟方法이 消滅한 데 대하여 그 救濟手段으로서 發生하는 것이라고 볼 수 있고, 또 그렇게 보는 것이 所持人을 厚하게 保護하는 것이 되어 法意에 맞는 까닭이다(田中(越前掲書, 一〇四面, Reider, a. O. S. 78 小町谷教授와 같이 債務者無資力의 限 어음上的 權利를 갖는 限 債務者의 資力의 有無와 相關없이 利得償還請求權은 發生하지 않는다고 본다)。

結局 本件에 있어서 原告는 訴外 崔福善에 대하여 民法上的 債權을 가지고 있다고는 하지만, 어음上的 債務者인 被告와 訴外 崔福善에 대한 어음上的 權利는 消滅하고 있으므로, 原告는 利得償還을 請求할 수 있다고 보아야 할 것이며, 다만 이 경우에 被告에게 利得이 있었는가의 與否를 따지면 足하다 할 것이다.

筆者는 判例가 舉示하는 바, 다른 民法上의 救濟方法을 갖지 않아야 한다는 嚴格論에는 手形法 第八五條의 趣旨로 미루어 贊成할 수 없다. 그러나 한편 利得償還의 請求를 할 相對方에 대한 어음상의 權利消滅과 그의 利得事實만을 利得償還請求權의 發生要件으로 하는 主張은 同條의 趣旨를 너무 넓게 재겨 지나치게 所持人을 보호하는 것이 되므로 이것에 加擔할 수도 없다. 上告理由에서 指摘하고 있는 바와 같이 모든 手形法上の 救濟手段이 消滅한 以上 民法上의 救濟手段의 殘存與否와 相關없이 利得償還請求權이 發生한다고 보아야 할 것이 아닌가 한다. 왜냐하면 이렇게 보는 것이 手形法上の 權利로서 所持人과 債務者의 保護의 均衡을 期하기 위하여 이 請求權을 인정한 法意에 가장 맞다고 생각되는 까닭이다.

끝으로 判決理由中 矛盾된 點이 있어 指摘한다. 즉 「利得償還의 請求權을 認定함은 所持人이 他에 어음上 또는 民法上 何等의 救濟方法이 없을 경우에 發行人으로 하여금 그 利得을 取得시킬은 不公平하다는 原則에서 나오는 것이므로 利得償還의 請求權이 發生함에는 모든 어음상의 債務者에 대하여 約束어음상의 權利가 消滅되었음을 要하는 바이다」라고 하였으니, 前段에서 民法上의 救濟方法까지 없어야 利得償還請求權이 發生한다고 하면서, 後段에서는 「모든 어음상의 債務者에 대하여 어음상의 權利가 消滅하면」 利得償還請求權이 發生한다고 前段을 뒤집는 立論을 한 矛盾을 들어내고 있다. 이것은 아마 「利得償還請求權이 發生함에는 모든 어음상의 債務者에 대하여 約束어음상의 權利가 消滅되었을뿐 아니라 다른 民法上의 救濟手段이 없음을 要한다」는 뜻으로 적을 것을 文脈에 混同을 일으킨 것으로 推測된다. 뒤의 「모든 어음債務者에 대하여 어음상의 權利가 消滅하여야 한다」는 것은 前段의 어음상의 救濟方法을 敷衍한 것이라고 善意로 解釋하여야 할 것이다. 그렇지 않고 이 文章에 重點을 두어 생각한다면 本件에서 原告는 被告에 대하여서 뿐만 아니라 約束어음상의 遡求義務者인 訴外 崔福善에 대하여 이미 遡求權을 喪失하고 있

기 때문에 利得價還請求權이 發生한 것이 되며, 上告理由 또는 筆者가 主張하는 바를 是認하지 않을 수 없
 게 될 것이다. 判例가 말하는 「原告가 本件 約束어음上 權利가 節次의 欠缺 또는 時效로 因하여 消滅」한
 것이 되기 때문이다. 本判決文을 잘못 判讀하면 原告가 訴外 崔福善에 대하여 가지는 民法上의 債權이 어
 음債務者에 대한 어음上의 權利와 同一하다는 結論을 얻게 될 우려가 多分히 있다. 法理論의 精密을 期하
 여야 할 大法院判決에서 이러한 用語의 分間을 明白히 하지 않은 것은 些少한 일이라고 넘겨 버리기에는
 너무나 重大한 誤謬라 아니 할 수 없다.

鄭 熙 詰

〈筆者——本大學助教授〉

(二) 在外韓國人の婚姻과 離婚原因

檀紀四二九二年民第一六八一號離婚請求事件(檀紀四二九三年四月五日 서울地方法院民事部判決)

原告 서울特別市龍山區靑波洞二街一〇番地の二二六 盧某男 對 被告 서울特別市城北區安岩洞一〇四番地の
 一八四(居住美國오하이오州해밀톤市릿치터운즈八一九) 鄭某女.

〔事實〕 原告와 被告는 渡美留學中이던 檀紀四二八九年六月一五日 초오지야州프로이드縣로오마市에서 訴外牧師
 J·찬비·발튼 主禮로 婚式을 舉行하여 右州法을 따라 有效히 婚姻한 夫婦(戶籍에의 登載는 未했은)인바 原告는
 同年八月末頃까지 同棲하던 미조리州센트루이스市에 被告만을 남긴채 인디애나州所在 學校로 復歸한 後로는 週末正