

# 判例研究

## 法人 아닌 財團의 當事者能力과 어음行爲獨立의 原則

檀紀四二九一年民上第七七六號——約束어음金請求事件

〔判示事項〕 學校는 營造物로서 法人格이 없으므로 當事者能力이 없다.

〔事實〕 原告(被上告人) 玄南壽 對 被告(上告人) 港都商業專修學校 代表者 校長 李完龍

被告는 檀紀四二八八年十月十八日 訴外 權國欽을 保證人으로 하고 訴外 金在民에게 額面 金二十三萬圓整, 支給期日 同年十月三十日 支給地 支給場所 發行地가 같은 仁川市新興洞二街十六番地로 한 約束어음一枚를 振出하여 同訴外人이 어음을 所持하고 있다가 同年十月十八日 이 어음을 原告에게 債務辨濟條로 背書讓渡하였으므로 原告가 어음의 所持人 이 되어서, 支給期日에 이 어음을 被告에게 提示하고 어음金의 支給을 要求하였으나 이것에 應하지 아니하므로 本件 請求에 이른 것이다. 元來 이 約束어음은 被告가 訴外 高貴南으로부터 金二十三萬圓을 借用하고 同年十月三十日 同訴外 高貴南의 要請에 의하여 本件 約束어음의 受取人을 記載하지 아니하고 交付한 것이며, 同訴外 高貴南은 이 어음의 受取人을 金在民으로 記載하여 訴外 金在民에게 그 母인 金珍玉을 거쳐서 讓渡하였고, 다시 訴外 金在民은 略式背書로 訴外 高貴南에게 讓渡하였고, 訴外 高貴南은 原告를 被背書人으로 하여 讓渡한 것인 바, 訴外 金在民은 三歲의 未成年者라 한다. 또 被告는 港都商業專修學校가 法人 아닌 財團이라는 事實을 認定하고 있다.

第一審에서는 本件 約束어음의 成立에 대하여 當事者間에 다툼이 없는 것이고 原告가 本件 約束어음을 訴外 金在民으로부터 背書讓受한 것이라는 原告主張에 대하여 被告가, 訴外 金在民은 未成年者로서 行爲能力이 없으므로 同人으로

부터 讓受한 것은 正當한 本件 約束어음金請求權자가 될 수 없다고 抗爭하므로 法院은 訴外 金在民이 未成年者라 한 지라도 背書讓渡를 取消權자가 取消하지 않는 限 有效한 것이므로 被告抗爭은 不當한 것이라 하여 原告의 請求를 認容 하였다.

第二審에서도 訴外 金在民이 當 三歲의 意思無能力者라 할지라도 被告의 署名의 效力에는 影響이 없는 것이고, 被告는 原告에 대하여 本件 어음債務를 履行할 義務가 있으므로, 原告의 本訴請求를 正當하다고 認容한 原審判決을 妥當하다고 支持하여 控訴를 棄却하였으므로 上告하기에 이른 것이다.

〔上告理由要旨〕

第一點 ①原告(被上告人)는 本件 어음受取人 金在民의 記載를 被告(上告人)가 記載하였다 하는데 設使 被告(上告人)가 記載하였다면 受取人 金在民은 記名背書(正式背書) 또는 白地背書(略式背書)에 의하지 않고는 背書할 수 없음에도 不拘하고 原告(被上告人)는 單純한 交付에 의하여 金珍玉·高貴南에게 讓渡하였다 하니 이 主張하는 讓渡方法은 手形法에 違反된 讓渡이며, ②原告(被上告人)가 어음을 取得하게 된 것은, 高貴南이 原告(被上告人)에게 讓渡할時, 受取人인 金在民이 原告에게 直接 讓渡한 樣으로 背書하여 原告(被上告人)에게 引渡하였으므로 手形法 第一四條第二項第三號에 의하여 完全權利者가 된 것이라고 하는데, 設使 原告(被上告人)가 手形法 第一四條第二項第三號에 의하여 本件 어음을 取得하였다 하더라도 最後의 背書가 白地式이어야 할 것인데(手形法 第一六條第一項第二號) 甲第一號證에 의하면 記名式背書임이 明白하다. 그러므로 이 點도 手形法에 없는 主張이다. 以上 ① ②와 같은 手形法에 規定없는 原告(被上告人)의 主張과 金在民이 原告에게 直接讓渡한 樣으로 背書하여 原告에게 引渡하였다는 文脈이 不通한 主張에 대하여 一件記錄에 의하면, 原審은 이 點을 究明하여야 할 것인데도 不拘하고 이를 默認하고 原告(被上告人)의 請求를 認定하였으니 이 點은 審理不盡을 免하지 못한다.

第二點

어음은 文書證券으로서 權利의 內容과 範圍는 證券의 記載內容에 의하여 確定되며, 背書의 本質은 權利의 讓渡契約이므로 先行行爲가 有效할 때에 限하여 讓渡效力이 發生한다. 本件의 甲第一號證과 乙第一號證에 의하면 背書人 金在民은 當時 三歲의 幼兒인 意思無能力者이다. 따라서 金在民의 背書行爲는 當然히 無效이며, 原告(被上告人)는 本件 어음을 取得(第十六條第二項)치 못한 것임에도 不拘하고 大判明治三 八五二民錄一 輯七〇九頁, 原審은 그 理由에 있어서 『어음 債務를 負擔할 能力이 없는 者의 署名으로 因하여 그 署名者의 義務를 負擔시킬 수 없는 境遇라 할지라도 他署名者의 債務는 이로써 效力이 左右되지 아니한다』고 手形法 第七條의 어음行爲 獨立의 原則을 適用하

여 『設令 金在民이 意思無能力者라 할지라도 被告의 本件어음에 대한 署名의 效力에 何等 影響이 없다 할 것인 즉 被告의 抗辯은 理由없다』고 判示하였는데 이 點은 어음行爲獨立의 原則에 直接當事者인 金在民과 原告被上告人 間의 背書行爲가 無效일 때에는, 適用對象이 不될 것인데도 不拘하고 同條를 適用한 것으로 結局 適用法條를 誤認한 違法의 判斷이다.

第三點 原告(被上告人)는 高貴南으로부터 本件어음을 取得하였다고 主張하나 甲第一號證에 의하면 同人은 背書行爲가 없는 어음에 加入하지 않은 者로서 擔保責任이 없는 者이다. 이런 어음行爲에 加入하지 않은 無責任者로부터 어음을 取得하는 것은 設使 同人이 權利者라고 믿을만한 者라 할지라도 重大한 過失있는 善意者로서 手形法 第十六條第二項에 의한 善意取得을 不할 것이 明白함에도 不拘하고 (昭和七、六、一三、法律新報三二二號二八頁 東京區) 『新法學全集 伊澤孝平 手形法 小切手法 一八六頁』 原審은 그 理由에 『被告는 設令 原告가 金在民의 意思無能力을 不知하였다 하더라도 本件어음에 表示되지 아니한 訴外 高貴南으로부터 本件어음을 取得한 것은 手形法 第十六條第二項但書의 所謂 重大한 過失에 의하여 取得한 것이므로 被告에 本件어음債務가 없다고 主張하나, 이러한 境遇에 過失에 의한 取得이라고는 할 수 없으므로 理由없음에 歸着한다』라고 判示하였으니 이 點은 理由不備의 違法한 判斷이다.

〔判旨〕 原判決 破棄、第一審判決 取消、原告의 本件訴 却下。

「職權으로서 審按진대 學校는 營造物로서 法人格이 없는 것이므로 當事者 能力이 없다 할 것이다. 一件 記錄에 의하면 原告는 港都商業專修學校長 李勳沐가 振出한 額面 金二十三萬圓의 約束어음의 背書讓受者로서 同學校에 대 하여 同어음金의 支給을 請求하는 趣旨가 分明한 바 冒頭說示와 같이 同學校는 法人格이 없어 當事者 能力이 없으므로 이를 被告로 하는 原告의 訴는 訴訟要件의 欠缺로 因한 不適法한 訴로서 却下를 免치 不한다 할 것이다. 그러므로 被告 訴訟代理人의 論旨에 對한 判斷을 省略하고 民事訴訟法 第四百八條第一號、第九十六條、第八十九條에 의 하여 主文과 같이 判決한다」.

〔批評〕 一 判旨는 不當하다. 學校는 營造物로서 法人格이 없으므로 當事者 能力이 없다고 判示하였으나, 學校가 公立學校일 때에는 營造物이 되는 것이나, 私法人이 經營하는 學校라 할지라도, 私立學校를 營造

物의 概念에 넣는 것은 어리울 것이다. 하물며 第一審, 第二審의 事實審理에서 被告人 港都商業專修學校가 財團法人이 經營하는 것도 아니고, 그 自體가 法人 아닌 財團이라는 것이 記錄에서 明白하다. 이 點에 대하여는 當事者間에 다툼이 없을 뿐만 아니라, 法院의 職權調查事項임에도 不拘하고 이 點에 대한 調查와 判斷없이 訴를 却下한 것은 不當하다. 舊依用民事訴訟法 第四十六條(新民事訴訟法에는 第四十八條가該當)가 明文으로 「法人이 아닌 社團 또는 財團으로서 代表者 또는 管理人이 定하여져 있는 것은 그 이름으로 提訴 또는 提訴當할 수 있다」고 規定하고 있으므로 被告에게 當事者能力이 있는 것이다. 따라서 明白한 謬判임을 指摘한다.

二 判決理由에서 當事者能力이 없는 不適法한 訴라 하여 却下함으로써 上告理由에 대한 判斷을 省略하고 있으나, 上告理由를 控訴審에서의 判決理由와 對照하여 볼 때, 手形法上的의 問題點이 많으므로 다음에 解評하고자 한다.

1 上告理由第一點에 관하여는, 被告가 本件 約束이름에 受取人을 記載하지 아니하고 高貴南에 交付한 것은 白地어음이라고 볼 수 있으며, 受取人이 補充될 때까지 單純한 交付에 의하여 讓渡하는 것은 手形法違反이라고 할 수 없으며, 受取人으로서 記載된 訴外 金在民이 略式背書하여 訴外 高貴南, 訴外 李興根, 訴外 高貴南으로 交付한 것은 手形法第十四條第二項第三號에 의하여 交付받은 사람이 어음상의 權利를 取得하는 것이며, 訴外 高貴南이 原告에게 이 어음을 讓渡할 때, 原告를 被告書人으로서 表示함으로써 訴外 金在民이 原告에게 直接 讓渡한 것같이 表示하는 것은 手形法第十四條第二項第一號에 의하여 他人의 名稱으로써 背書의 白地를 補充하여 交付할 수 있는 것으로, 控訴審에서 이 點에 대한 判斷을 省略하고 原告의 請求를 認定하여도 審理不盡으로 되지 아니한다.

2 第二點은 어음行爲獨立의 原則에 관한 手形法第七條의 適用問題인데, 本件에서 訴外 金在民이 當時 三歲의 幼兒인 意思無能力者로서 訴外 金在民自身の 背書行爲는 無效라 할지라도 다른 어음行爲가 有效

하다는 것은 어음行爲獨立의 原則上當然하다. 따라서 本件 어음에 있어서, 形式上은 背書人인 訴外金在民이 被背書人인 原告에게 直接 背書한 것같이 되어 있으나, 實은 訴外金在民이 訴外高貴南에게 略式背書하였고, 訴外高貴南이 原告에게 交付할 때에, 白地의 被背書人欄에 原告의 名稱으로 補充하여 交付한 것이므로 原告는 手形法第十四條第二項第一號·第三號에 의하여 어음上의 權利를 取得하는 것이다. 따라서 原告는 被告에 대하여 어음請求權을 가지게 되는 것이다. 控訴判決에서 「設令 金在民이 意思無能力者라 할지라도 被告의 本件어음에 대한 署名의 效力에 何等 影響이 없다 할 것인 즉 被告의 抗辯은 理由없다」고 判示한 것은 適用法條를 誤認한 것이라고 할 수 없다.

3 第三點에 관하여는, 原告가 訴外高貴南으로부터 本件約束어음을 取得함으로써 어음上의 權利를 가지는 것에, 善意取得에 관한 手形法第十六條第二項을 適用하여 重大한 過失與否를 問題로 하고 있으나, 이 경우에는 善意取得에 관한 問題가 아니고, 어음行爲獨立의 原則만으로 問題가 解決될 것이다. 다만 어음行爲獨立의 原則을 認定하는 根據에 관하여, 獨立의 原則을 背書 以外의 어음行爲에 대하여는 어음行爲의 文言의 性質에 基하여 當然한 事理이나, 背書에 대하여서만은 이 原則을 適用하지 아니하고, 앞의 背書가 無效라도 뒤의 背書가 有效하여 權利를 取得하는 것은 手形法第十六條第二項의 規定이 存在하기 때문이라는 學說이 있다(田中耕太郎)。 즉 어음行爲獨立의 原則이 強調되는 理由는 많은 어음行爲가 時間的으로 先後關係가 있으므로 인하여 素朴的으로 連鎖性있는 것같이 誤解하기 쉽기 때문이고, 각 어음行爲가 獨立性있고 連鎖性없는 것은 當然하다. 그러나 背書에 있어서 背書를 어음上의 權利의 讓渡라고 解하는 立場에서 뒤의 背書는 앞의 背書의 有效한 것을 前提로 한다. 그러므로 獨立性이 없고 連鎖性이 있다. 그러나 앞의 背書가 法律上 無效임으로 인하여 뒤의 背書도 無效로 되는가 하면——이 경우를 위하여 善意取得에 관한 手形法第十六條第二項의 規定이 存在하여 權利移轉의 實質的連續이 없는 데도 不拘하

고後者는有效하게權利를取得한다고한다。이學說의後半에대하여는다음과같은非難을免하지못한다。善意取得은背書가有效하다는것을前提로하여被背書人에게權利를取得시키는것으로뒤의背書는앞의背書가有效하다는것을前提로한다。따라서앞의背書가實質的으로無效일때에는,被背書人은어음상의權利를取得할수없으므로取得者가이것을他人에讓渡할수없을것이고,擔保責任을負擔할理由가없다。즉被背書人이善意取得한다는것은當然히그背書人에게擔保責任을負擔시키는것이아니고,獨立의原則이있음으로말미암아背書人은擔保責任을負擔하는것이다。다시말하면手形法은去來의安全을保護하기위하여第十六條第二項의規定을두고있으나反對로이規定에의하여善意取得에관하는限,背書를有效하다고認定한것이아니다。善意取得의規定을背書人과善意取得者와의關係를規定한것이아니고眞正한權利者와善意取得者와의關係를規定한것이다。따라서善意取得者가自己의直接背書人에대하여償還請求權을가지느냐의問題는善意取得의規定하는바가아니다。그러므로이學說은어음行爲獨立의原則과善意取得과를混同하고있는것이다。

本件에있어서는形式과달라서原告는意思無能力者인訴外金在民으로부터直接取得한것이아니고訴外高貴南으로부터取得한것인데,訴外高貴南은略式背書된어음에被背書人을補充하여原告에게交付한것이므로同訴外人에게擔保責任은없다고하더라도原告는亦是手形法第十四條第二項第一號·第三號에의하여어음상의權利를取得하는것이다。따라서이경우에는手形法第十六條第二項에의한善意取得의問題가되지아니한다。

徐 燾 珏

〈筆者——本大學副教授〉