

〈判例研究〉

道知事の承認없는 土地改良組合의 手票發行行爲

鄭 熙 喆*

1965年 7月 20日字 宣告 <66 다 992 手票金請求事件> 上告棄却

大判院判決集 13권 2집 34—35面, 65年 10月 19日字 法律新聞 所載, 서울辯護士會判例研究委員會(執筆者 金容晉氏)의 本判決에 대한 研究—法律新聞 1966年 11月 28日(701號), 1966年 12月 5日(702號), 1966年 12月 12日(703號)에 連載—는 反對意見

〔判決要旨〕 道知事の承認이 없는 土地改良組合의 手票發行은 無效이고 이것은 物的抗辯이다.

〔事實〕 Y土地改良組合이 訴外 A와의 原因關係에 基하여 手票를 A에게 發行하고 A가 이 手票를 다시 X에게 양도하여 X가 Y에게 手票金支給을 請求하기에 이르는 事件. 原審은 X(上告人) 敗訴判決.

〔判決理由〕 手票가 無因證券이라 하여도 土地改良組合이 適法하게 負擔한 債務의 履行에 代身하거나 그 履行을 確保하기 위하여 發行하는 경우 또는 이와 同一視할 수 있는 경우를 除外하고는 土地改良組合이 手票를 發行하는 것은 土地改良事業法 第30條 第3號 所定事由에 該當한다고 봄이 相當하다 할 것이며 따라서 土地改良組合協議會의 議決을 要하는 事項이라 할 것이고 같은 法 附則 第10項에 의하여 道知事の承認없이 發行된 이와 같은 手票는 無效일 것이어서 土地改良組合은 아무런 手票債務를 負擔하지 아니한다고 할 것이고 그 手票所持人의 위와 같은 事由에 관한 善意·惡意 如何에 불구하고 土地改良組合은 그 手票發行의 無效를 主張할 수 있다고 할 것인 바, 本件 手票發行에 있어서 그것이 既往의 適法한 債務의 履行에 代身하거나 그 履行을 確保하기 위한 것 또는 이와 同一視할 수 있는 경우라고 인정할 수 없다는 것이 原判決의 判斷趣旨로서 本件 手票發行行爲는 道知事の承認이 없어 無效이며 被告組合은 어떠한 所持人에 대하여도 그의 無效를 主張할 수 있다는 原判決은 正當하고 原判決에 所論 違法이 있음을 인식할 수 없다.

〔上告理由〕 第1 「……살피건대 被告組合의 위 手票發行行爲는 同組合의 金錢借入行爲에 해당한다 할 것이고 土地改良事業法에 의하면 土地改良組合의 金錢借入行爲는 道知事の承認을 얻도록 되었음이 明白한 바……道知事の承認을 받은 바 없었던 事實을 인정할 수 있는 바이므로 따라서 同手票發行行爲는 當然無效……」라고 判示하였는 바,

手票의 無因性에 비추어 無條件 無效 云云함은 法理를 誤解한 違法이 있습니다.

所論과 같이 組合이 起債함에 있어서는 道知事の承認이 있어야 하도록 規定되었으나 第三者가 道知事の承認與否를 一一히 確認할 수 없는 즉 承認與否는 內部關係에 不過한 것이고 對外的으로는 組合의 代表인 組合長의 行爲만으로서 足할 것입니다.

더군다나 手票去來는 起債를 위하여 하는 것이 아니고 現金支給에 가름한 現金과 同一의 것이니 手票發行行爲를 바로 起債行爲라고 斷定하였음은 더군다나 말할 나위도 없고, 本件 手票에 관하여 起債의 證票로 發行한 것이라면 組合은 그 事實에 관하여 立證하여야 할 것입니다. (發行者側이 特別事由를 主

* 서울大學校法科大學 教授·法學博士

張하였으므로 이를主張한 被告가 立證하여야 할 것입니다.) 그런데 起債의 承認과 手票發行爲와를 바로 連結시켜 手票發行이 바로 起債인 양 인정하였음은 事實을 誤認하고 法理를 誤解한 違法이 있습니다.

第2. 原判決은 原告가 善意의 第三者라고 할지라도 無效인 手票의 所持人이니 抗辯이 理由없다고 하였으나 發行自體가 僞造·變造 등의 경우라면 모르되 本件과 같이 組合과 道知事間의 内部關係에 있어 起債을 할 때에는 承認을 요한다고 한지언정 手票發行爲에 道知事의 承認을 받도록 된 것이 아닌만큼 手票自體는 無效가 될 수 없고 더군다나 僞造·變造된 것이 아닌 本件 手票의 善意의 第三所持人인 原告에게는 被告組合은 對抗할 수 없을 것입니다. 이 점에 있어서도 原判決은 法理를 誤解한 違法이 있습니다.

<參考條文>

土地改良事業法 第30條 第3號

다음의 事項은 評議會의 決議를 거쳐야 한다.

1. (省 略)
2. (省 略)
3. 起債 또는 借入金의 借入의 方法, 利率 및 償還의 方法
4. (以下 省略)

同法 附則 第10項 나號

土地改良組合과 土地改良組合聯合會의 評議會가 構成될 때까지 그 決議를 要하는 事項은 土地改良組合에 있어서는 서울特別市長, 釜山市長 또는 道知事의, 土地改良組合聯合會에 있어서는 農林部長官의 承認을 얻어야 한다.

[評 釋]

本件 判決의 要點은 결국 첫째 土地改良組合의 手票發行行爲는 土地改良事業法 第30條 第3號 所定事由에 해당하는 것, 둘째 그러므로 道知事의 承認없이 土地改良組合이 手票를 發行한 것은 無效이고, 셋째 이 無效는 所持人의 善意·惡意에 불구하고 이를 主張할 수 있는 이른바 物的抗辯이라 하는 데 있다고 하겠고, 이는 1962年 4日 18日의 大法院判決이

「原判決에 의하면 原審은 장사길의 本件 手票發行行爲는 朝鮮水利組合令 第39條 第4號, 第5號에 해당하는 것으로 道知事의 認可가 없으니 無效하다는 趣旨의 被告抗辯에 대하여 “……原告가 本件 手票取得 當時 此點에 대하여 惡意였다는……證據가 없으니 被告의 該抗辯은 理由없다”고 判示하고 있다.

그러나 本件 手票發行行爲가 위의 組合令 第39條 第4號, 第5號에 해당하고 道知事의 認可가 없었다면 이는 無效인 行爲이어서 이에 관한 抗辯은 所謂 物的抗辯으로 相對方의 善意·惡意를 不問하고 對抗할 수 있다 할 것이므로 原判決은 이 점에 관한 法理를 誤解한 것이라 아니할 수 없다”고 하여 破棄還送한 것과 一貫된 態度를 취한 것이라 하겠다.

本判決에 대하여는 위의 關聯事項摘示欄에서 들은 바와 같이 서울辯護士會(執筆者 金容晉氏)의 判例研究會에서 批判한 것이 있으나, 本研究에서는 이 批判에 대한 批判과 아울러 本判決에 대한 所見을 펴고자 하는 바이며, 위에서 본 本判決의 要點에 따라 論述하기로 한다.

(1) 土地改良組合의 手票發行行爲는 土地改良事業法 第30條 第3號 所定事由에 해당하는가?

이 점에 관하여 金容晉辯護士는 위의 論文에서 「手票는 그 原因關係와 切緣되는 無因證券이고 또 오로지 金錢의 支給만을 目的으로 하는 支給證券이므로 그 發行이 이미 適法하게 부담한 債務을 履行하기 위한 것이거나 그 履行을 確保하기 위한 것이거나 기타 如何한 目的으로 行하여진 것이던 간에 그것은 어디까지나 모두 原因關係에 속하는 事項임에 不過하고 手票發行의 要件이 되지 아니한다 함은 議論이 없는 法理라 할 것이다」라고 主張하면서 그것을 뒷받침하는 手票法上的 制度를 列擧하고 다시 「그러므로 本件에 있어서도 被告 土地改良組合의 手票發行行爲自體가 土地改良事業法 第 30 條 第 3 號 所定事由 즉 起債 또는 借用金の 借入의 方法, 利率 및 償還의 方法에 해당할 수 없을 것이겠으며 따라서 同法 附則 第 10 項의 規定에 의하여 道知事の 承認을 얻어야 할 理由도 없는 것이라고 아니할 수 없을 것이다」라고 하고, 다시 「그러하다면 本件에 있어서 被告 土地改良組合은 도저히 그가 發行한 手票의 無效를 主張함으로써 所持人에 대하여 債務을 免할 수 없다 할 것이다. 따라서 大法院의 위 判示는 手票의 發行行爲에 관한 法理에 위배되는 見解라고 아니할 수 없다」라고 主張하신다.

결국 金辯護士의 主張의 要點은 手票는 無因證券이고 支給證券이기 때문에 土地改良事業法 第 30 條 第 3 號의 所定事由에 해당하지 않는다고 하는데 있는 바, 이 점에 관하여 卑見을 말한다면, 金辯護士의 主張에는 論理의 飛躍이 있다고 아니할 수 없다. 즉 手票가 無因證券이라 함은 틀림없는 事實이며 이 無因證券이라 함은 原因關係의 有無, 有無效의 影響을 받지 않는 證券이라는 뜻이며, 金辯護士도 이 점을 原因關係에 속하는 事項이 手票發行의 要件이 될 수 없다고 말하고 계시다. 결국 道知事の 承認이라는 것이 原因關係에서 문제가 되는 것이므로 手票發行行爲에 그러한 原因關係에 관한 事項이 發行要件이 될 수 없다고 보신 모양인데 이 점에 바로 獨斷이 있고 論理의 飛躍이 있는 것이며, 문제는 오히려 逆으로 手票發行行爲自體가 土地改良事業法 第 30 條 第 3 項의 起債 또는 借用金 借入의 方法 즉 換言하여 債務負擔行爲에 해당하는가 어떠한가를 살피고, 만일 그것에 해당하지 않는다면 道知事の 承認이 不要하다고 하여야 할 것이지, 道知事の 承認이 原因關係에 속한 事項이라는 것을 前提로 하여 手票의 無因性을 여기에 連結시켜 土地改良組合의 手票發行行爲는 道知事の 承認事項이 아니라고 하는 것은 論理가 뒤바뀐 感이 없지 않다고 할 것이다.

이러한 見地에서 볼 때에는 手票發行行爲가 土地改良事業法 第 30 條 第 3 號 所定事由에 해당하는가 어떠한가가 先次問題가 될 것이며, 그러기 위하여는 手票發行行爲의 內容이 무엇인가가 解決되어야 할 것이다. 一般으로 承認된 바에 의하면 手票의 發行行爲는 支給을 委託할 것을 목적으로 하면서 同時에 發行人이 擔保責任을 부담하는 行爲인 것이며⁽¹⁾, 手票의 不渡의 경우에 發行人이 償還義務를 부담한다는 의미에서 手票上의 債務를 부담하는 債務負

(1) 拙著 新商法要論 下卷 287 面, 鈴木竹雄 手形法小切手法(法律學全集 32 卷) 351 面.

擔行爲인 것이며, 이 債務은 原因關係와 關係없이 부담하는 獨立된 債務인 것이다. 그렇다면 手票發行行爲는 土地改良事業法 第30條 第3號 所定の 起債 또는 借用金の 借入에 해당한다고 한 大法院의 判決은 正當하다고 할 것이다. 그러나 이 主張에 대하여는 그렇다면 大法院判決이 「適法하게 부담한 債務의 履行에 대신하거나 그 履行을 確保하기 위하여 發行하는 경우 또는 이와 同一視할 수 있는 경우」를 除外한 것은 어떻게 說明할 것인가라는 反問이 있겠다. 즉 이 除外된 경우도 手票發行行爲 自體는 여전히 原因關係와 分離된 것이므로 道知事의 承認을 얻어야만 할 것이 아니냐는 疑問이 있을 수 있으나, 이 경우에는 原因關係에서 이미 道知事의 承認이 있는 경우로서 그 去來의 手段的 行爲인 手票發行行爲에 따로 承認을 요하지 않는다고 보아야 할 것이다.

金辯護士의 主張의 第2要點인 手票는 金錢의 支給만을 目的으로 하는 支給證券이므로 云云한 점에 관하여는 그 後述하는 바 「특히 手票는 換어음이나 約束어음과 달라서 오로지 支給만을 目的으로 하는 것이고 信用의 利用을 위하여 쓰이는 일이 없다」고 한 部分과 아울러 土地改良組合의 手票發行行爲가 土地改良事業法 第30條 第3號에 해당하지 않는다고 斷定할 根據가 되지 못한다. 왜냐하면 換어음이나 約束어음도 金錢의 支給을 目的으로 하는 支給證券이며 특히 換어음은 支給을 委託하는 形式의 證券이라는 점에서 手票와 同一하고, 또 手票가 適法하게 成立한 債務의 支給手段이라고 하나 어음의 경우도 또한 去來의 決濟를 위한 手段의 性質을 가진 것이라고 할 수 있는 까닭이다.

결국 金辯護士의 所論은 手票의 無因證券性을 들진대 차라리 支給委託의 無條件性을 들어 道知事의 承認與否에 手票發行行爲의 效力을 關係시킬 것이 아니라고 論하는 것이 옳을 것이 아닌가 생각한다.

이렇게 보아온다면 필경은 土地改良組合이 適法하게 부담한 債務의 履行을 대신하거나 그 이행을 保存하기 위하여 發行하는 경우 또는 이와 同一視할 수 있는 경우를 除外하고 手票를 發行하는 것이 土地改良事業法 第30條 第3號 所定事由에 該當한다고 判示한 것은 正當하다 할 것이나, 다만 어찌하여 그것에 해당하는가의 理由까지도 明示하였더라면 하는 아쉬움이 든다⁽²⁾.

(2) 本件과 비슷한 것에 日本舊民法上 後見인이 未成年者를 代理하여 어음行爲를 함에 있어서 親族會의 同意를 얻어야 하는가의 문제에 관하여, 즉 어음行爲가 日本舊民法 第886條 (우리나라 民法 950條相當)의 借財 또는 保證에 해당하는가의 문제에 관하여 이것을 積極的으로 解한 日本大審院判例(明治 39年 5月 17日)가 있다. 이 判決에 대한 批判으로는 伊澤孝平氏는 「手形法小切手法」 120面에서 다음과 같이 말하고 있다. 「이 문제는 어음行爲의 手段性에서 생기는 無色性과 去來安全保護의 見地에서 解決되어야 한다」고 하고 舊民法이 一定範圍의 行爲에 관하여 특히 親族會의 同意를 必要로 하게 한 것은 主로 未成年者의 利益을 보호하기 위한 것이므로 未成年者의 利益을 害할 餘려가 없는 無色의 行爲인 어음行爲는 이것에 포함되지 않으며, 原因關係에서 未成年者의 利益을 보호하면 되었지 다시 거듭하여 이것과 實質的 同一性이 있는 어음行爲에 관하여 특히 未成年者를 보호할 필요가 없다고 하고 있으나, 이는 後述하는 바와 같이 어음債務의 特殊性을 고려하지 않은 見解라고 하겠다.

끝으로 金辯護士도 引用하고 있는 商法 第 398 條와의 關係에서 商法 第 398 條의 自己去來는 會社와 理事間의 利害衝突을 防止하고자 하는 것인데 어음行爲는 手段의・無色の性質이 있으므로 이에 해당하지 않는다고 하는 論法은 本件에 그대로 適用할 수 없으니, 왜냐하면 土地改良事業法이 承認없는 起債나 借入金借入을 禁하는 것은 組合과 그 相對方의 利害衝突防止에 그 뜻이 있는 것이 아니라 公法的立場에서의 政策的規定이기 때문이다.

2. 道知事の承認없이 土地改良組合이 한 手票의 發行行爲는 無效인가?

(가) 土地改良組合의 手票發行行爲가 土地改良事業法 第 30 條 第 3 號 및 同法 附則 第 10 項에 의한 道知事の承認事項이라고 認定할 때, 그러면 道知事の承認을 받지 않고 土地改良組合이 手票를 發行한 것은 無效인가 하는 것을 보기로 한다.

土地改良組合의 手票發行行爲가 土地改良事業法 第 30 條 第 3 號 所定事由에 해당하지 않는다고 하면, 물론 土地改良組合의 手票發行行爲는 道知事の承認이 없어도 有效함은 두 말할 것도 없다. 그러나 土地改良組合의 手票發行行爲가 土地改良事業法の 所定事由에 해당한다고 하면 道知事の承認없이 同組合이 手票를 發行한 것이 無效라고 할 수 있을지는 다시 考察하여 볼 문제라고 생각한다. 大法院은 이 점에 관하여 그 行爲를 無效임을 宣稱하고 있다. 또 上記 註 2에서 引用된 日本大審院判例도 「後見人이 親族會의 同意없이 被後見人을 代身하여 約束어음을 發行한 事由는 어음債務의 原因인 發行行爲의 有效・無效에 영향을 미치는 것이기 때문에……取消할 수 있는 行爲이며……」라고 하고 있다. 그러나 本件에 있어서 土地改良組合의 手票發行行爲가 土地改良事業法 所定事由에 해당하는가의 與否는 手票發行行爲의 性質을 따져서 決定될 문제이며, 그것이 土地改良事業法 所定事由에 해당한다고 하더라도 道知事の承認없이 한 手票의 發行行爲의 效力의 有無는 手票發行行爲의 土地改良事業法 所定事由에 해당하는 與否와는 상관이 없다고 보아야 한다. 왜냐하면 道知事の承認없이 한 手票의 發行行爲의 效力의 有無는 이 경우 土地改良組合의 利益과 第三者의 利益이 調和되고 均衡이 잡히는 方向에서 決定되어야 할 문제이기 때문이다. 다시 말해서 道知事の承認없이 한 土地改良組合의 手票發行行爲가 無效라고 한다면 土地改良組合을 보호하는 것이 되고, 有效라고 하면 去來의 安全을 보호하는 것이 되겠는 바, 이 兩者의 어느 쪽을 더 보호할 것인가 하는 것이 有效・無效를 決定하는 標準이 되어야 할 것인 까닭이다.

(나) 이 점에 관하여는 金辯護士도 指摘한 바 있는 商法 第 398 條에 해당하는 日本商法 第 265 條와 어음行爲에 관한 日本의 各級法院의 判例 및 學說이 重要한 參考가 될 것이다.

商法 第 398 條(日商 第 265 條)는 株式會社의 理事가 自己 또는 第三者를 위하여 會社와 去來를 함에는 理事會의 承認을 받아야 한다는 것을 規定한 것이며, 그 까닭은 그 理事가 스스로 會社를 代表하는 경우는 물론이요 다른 理事가 會社를 代表할 때에도 손쉽게 結託하여 會社에게 不利益한 去來를 할 念慮가 있는 때문이다. 이 規定에 違反하여 理事가 會社와

去來를 한 때에는 日本의 大審院判例가 처음에는 그 去來가 會社에 의하여 取消될 수 있는 것이라고 하다가⁽³⁾, 後에 同條違反의 行爲를 無效인 것으로 하였고⁽⁴⁾, 다시 承認을 얻지 못한 行爲는 無效이기는 하지만 無權代理行爲에 準하는 것으로 追認을 하면 有效한 것이 된다고 하기에 이르러 이것이 日本의 判例의 主流가 되고 있다⁽⁵⁾.

學說上은 일찍이 無效說이 有力하였으나 現在는 商法 第398條(日商 265條)를 效力規定이 아니라 命令規定이라고 解하고 同條違反의 行爲도 無效가 아니라 去來에 關係한 理事의 義務違反으로서 損害賠償責任이 생기는데 不過하다는 등 同條 違反의 行爲를 有效로 解하는 說과 會社의 利益을 犧牲하여 法에 違反한 그 理事나 이것을 利用한 第三者를 보호할 필요가 없다고 하여 同條違反의 行爲를 無效로 解하면서 다만 絕對無效가 아니라 理事會의 追認이 있으면 有效가 된다는 說이 對立하고 있으나, 最近에는 오히려 有效說을 取하는 者가 많아지고 있다.

(다) 그런데 商法 第398條의 이론마 「去來」는 同條의 立法趣旨로 보아 會社와 理事와의 利害相反의 可能性이 있는 行爲에 限定할 것인 바, 어음行爲가 이것에 해당하는가에 관하여는 다툼이 있다.

日本判例는 어음行爲도 商法 第398條의 去來에 해당하며 同條違反의 경우에는 어음行爲는 無效이며(但(나)參照) 會社는 所持人의 善意・惡意를 不問하고 어음行爲의 無效를 主張하고 支給을 拒絶할 수 있다는 立場을 傳統的으로 지켜 내려오고 있고⁽⁶⁾, 本件에 관한 우리 나라 大法院의 判決도 이것과 전혀 같은 경우라 할 수는 없어도 비슷한 경우로 보아 日本大審院의 判例를 좇고 있는 것으로 推測된다.

그러나 商法 第398條를 어음行爲에 그대로 適用하여 理事會의 承認이 없으면 會社는 善意의 어음所持人에 대하여도 責任을 지지 않는다고 한다면, 會社名義의 어음을 取得할 때에는 그 相對方이 理事인가 理事이던 理事會의 承認을 받았는가 등을 調査하지 않으면 아니되고 어음去來의 安全이 매우 害를 입게 된다. 이리하여 同條違反에 불구하고 會社로 하여금 善意의 所持人에 대하여 어음上의 責任을 지우고자 하는 여러 가지 學說이 日本에서 나왔고 또 日本의 下級審에는 이것을 따르는 것이 나타나게 되었다.

이 점에서 注目할 것은 松本博士의 學說로서 博士는 어음行爲를 어음債務의 부담을 목적으로 하는 債權行爲와 어음所有權의 移轉을 목적으로 하는 物權行爲로 나누어, 前者는 單獨行爲이므로 商法 第398條(日商 265條)의 適用이 없는데 대하여 後者は 契約이므로 同條의 去來로서 理事會의 承認을 받아야 하며, 이 承認이 없으면 相對方은 어음所有權을 取得하지 못

(3) 日大判 明治 36年(1903年) 9月 4日, 明治 37年 6月 21日, 明治 38年 2月 7日.

(4) 日大判 明治 42年(1909年) 12月 2日 民事聯合部判決.

(5) 日大判 大正 8年 4月 21日, 大正 9年 7月 10日, 大正 13年 7月 10日, 昭和 6年 11月 21日

(6) 日大判 明治 42年 12月 2日, 大正 9年 12月 2日, 大正 12年 7月 11日, 大正 13年 9月 24日, 大正 15年 1月 3日, 昭和 8年(1933年) 6月 1日 昭和 38年(1963年) 3月 14日.

하므로 權利를 行使할 수 없으나 이음所有權을 善惡取得한 第三者는 權利를 行使할 수 있다고 說明한다⁽⁷⁾.

이에 대하여 田中(耕)博士는 이음行爲를 債權行爲와 物權行爲로 나누는데 反對하여, 이음의 實質의인 原因關係에 관하여 會社와 理事와의 利害가 相反하고 따라서 理事會의 承認이 없으면 無效가 되겠으나, 原因關係와 區別된 이음行爲自體는 去來의 手段인 行爲이고 債務의 履行의性質을 가짐에 不過하므로 그 自體에 관하여는 利害相反의 關係란 있을 수 없고 따라서 商法 第 398 條의 適用이 있고 다만 原因關係가 理事會의 承認이 없어 無效이면 이것을 人的抗辯事由로 할 수 있을 뿐이다 라고 하고 있으며 우리나라의 學者들도 이것에 따르는 분이 있다⁽⁸⁾.

그러나 田中誠二教授는 이음行爲者는 이음行爲에 의하여 原因關係와 다른 새로운 債務를 부담하고 이 이음債務는 抗辯의 切斷·舉證責任의 顛倒·不渡處分の 危險이라는 不利益을 수반하는 등의 理由에서 이음行爲를 利害相反의 餘地가 없는 行爲라고 인정하기는 어렵다고 하여 이음行爲에도 商法 第 398 條(日商第 265 條)가 適用되지만, 同條를 效力規定이 아니고 命令規定이라고 解하는 立場에서 同條違反의 이음行爲도 無效가 아니고 理事에게 損害賠償責任이 생기는데 不過하다고 主張하는 바 이것을 다른 日本下級審의 判例도 있다⁽⁹⁾.

이에 대하여 또 이음의 授受는 이음債務者가 되는 會社의 不利益을 가져오는 行爲로서 商法 第 398 條의 適用을 받는다고 解할 수 밖에 없으나, 그렇다고 同條違反의 行爲를 一般으로 會社와 그 理事間에서 有效하다고 하는 것은 그 必要도 없고 또 有害하다고 하여, 이음行爲의 成立에 관한 獨自의 理論에서 이음去來의 安全을 꾀하는 說이 主張되고 있다. 즉 鈴木竹雄教授는 이음行爲에 관하여 이음의 書面行爲와 有價證券의 交付行爲를 區別하여 前者는 不特定の 相對方에 대한 一方的行爲이므로 利害相反의 문제를 생각할 餘地가 없고 따라서 理事會의 承認이 없어도 有效하게 成立하고 이음上的 權利는 存在하게 되지만, 이에 대하여 證券의 交付는 이와 같이 하여 成立한 權利를 移轉하는 行爲이므로 當事者間의 利害가 相反하고 따라서 理事會의 承認이 없으면 無效가 된다. 그 結果 이음上的 權利는 有效하게 存在하고 있더라도 理事는 無權利者에 不過하므로 權利를 行使하지 못하나 理事로부터 그 이음의 背書를 받은 第三者는 그 이음上的 權利를 善意取得할 수 있다고 說明한다⁽¹⁰⁾.

以上の 說 以外에도 보다 直接的으로 會社의 利益保護와 이음去來의 安全保護의 調和的觀點에서 商法 第 398 條違反의 行爲는 無效이기는 하지만 그 無效로써 善意의 第 3 者(重過失 있는 者를 除外)에게 對抗하지 못한다고 解하는 說도 있다⁽¹¹⁾.

(7) 이것에 따른 日本判例로는 東京地裁 大正 10年(1921年) 9月 27日.

(8) 孫珠瓊 新高法 上卷 420面, 徐澤珏 商法講義 上卷 380面

(9) 同旨 徐延甲 商法上 287面, 拙者 上掲書 371面, 日本大阪高裁, 昭和 34年 9月 16日

(10) 3에서 다시 詳論함. 이 見解에 따른 日本判例로서는 大阪高裁判, 昭和 36年 4月 12日

(11) 北澤正啓「取締役會社間の 取引」法學教室 6號 37面 參照

以上の商法第398條와 어음行爲의 關係에 관한 學說・判例 등은 本判決을 研究하는 데에 많은 參考가 될 것이나, 商法第398條는 會社는 理事間의 利害衝突을 防止하여 會社의 利益을 保護하고자 하는데 그 規定의 趣旨가 있는데 대하여 土地改良事業法第30條第3號의 趣旨는 土地改良組合의 利益을 保護하기 위한 데에단 主目的이 있지 그 去來에 利害相反 등의 理由가 있기 때문이 아닌 점과 前者는 會社와 機關 사이의 去來, 즉 內部的去來에 承認을 요하게 한데 대하여 後者는 組合과 第三者 즉 外部的去來에 承認을 요하게 한 점에서 커다란 差異가 있다고 하겠으나, 요컨대 承認을 요하는 行爲에 基하여 다시 그 事情을 모르는 善意의 第三者와의 去來를 하게 된 때의 그 去來의 效果가 항상 문제되는 점에 兩者의 共通點이 있는 것이며, 그렇기 때문에 承認을 받지 않고 한 去來行爲의 效力을 어떻게 볼 것인가 하는 것이 論點이 되어 왔다고 하겠다.

(라) 一般的으로 商法第398條, 民法第950條 또는 土地改良事業法第30條第3號와 같은 禁止規定을 效力規定으로 볼 것이나 命令規定으로 볼 것이나 하는 것은 그 禁止違反의 行爲가 無效이나 有效이나의 結論에 差異를 생기게 할 것인즉, 이것은 그 法의 趣旨로 미루어 決定할 것이며, 會社, 未成年者 또는 土地改良組合의 利益保護와 去來安全保護의 調和의 觀點에서 決定지워야 할 것이다.

筆者는 이 점에 관하여 前述한 바와 같이 어음行爲者는 어음行爲에 의하여 原因關係와는 別途로 새로운 債務를 부담하는 것이고 또 이 어음債務는 抗辯의 切斷・舉證責任의 顛倒・不渡處分의 危險이라는 不利益을 수반하는 것이기 때문에 각기 그 禁止規定의 適用을 받는다 고 보는 바이지만, 이 禁止規定違反의 行爲가 有效인가 無效인가는 각 規定의 類似性만 가지고는 判斷할 수 없은즉, 商法第398條 違反의 行爲에 관하여는 이것은 有效로 보아 去來安全을 保護하더라도 한편 同條違反의 行爲를 한 理事에 관하여 會社에 대한 損害賠償責任을 지우는 明文의 規定이 있어서(商法399條) 會社의 利益이 保護되므로 그렇게 보아도 無妨하나 民法第950條를 違反한 後見人 또는 土地改良事業法第30條第3號를 違反한 組合長에 관하여는 그들의 未成年者 또는 土地改良組合에 대한 損害賠償責任을 定한 規定이 없어⁽¹²⁾ 未成年者나 土地改良組合의 利益이 충분히 保護를 받지 못하는 까닭에 그 違反行爲를 有效로 보는 것은 去來安全保護에 치우친 것이라 생각한다.

따라서 筆者는 本件에 관하여 土地改良組合의 手票發行行爲가 無效임을 宣言한 大法院의 判決은 正當하다고 생각하는 바이다. 다시 말해서 日本에서 學說로서 商法第398條 違反의 行爲의 有效를 主張하는 것이 있는 것은 어디까지나 反面에 會社利益이 保護될 수 있는 餘地가 있다고 하는 것을 前提로 한 것이므로 本件과 같이 그러한 保護規定이 없는 경우에 그

(12) 土地改良事業法第35條는 民法第65條를 準用하고 있지 않으며 그 外에는 組合長의 法人에 대한 損害賠償責任을 定한 것이 없다.

대로 받아들일 수 없다. 뿐만 아니라 만일 이것을 本件과 같은 경우에 받아들인다면 처음부터 同禁止規定의 適用을 받지 않는다고 하는 見解에 의한 것이나 實質적으로 다른 바가 없게 된다. 商法 第 398 條 違反의 경우를 有效라고 하는 것과는 前述한 바와 같은 差異가 있기 때문이다. 결국 土地改良事業法 第 30 條 第 3 號는 效力規定이라고 解하지 않을 수 없다고 생각한다.

3. 이 無效는 어떠한 所持人에 대하여도 主張할 수 있는 物的抗辯인가?

本判決은 「本件 手票發行行爲는 道知事の承認이 없어 無效이며 被告組合은 어떠한 所持人에 대하여도 그의 無效를 主張할 수 있다」는 原判決의 正當性을 인정하고 이것이 이른바 物的抗辯에 속한다고 하고 있는 바, 이 점에 관하여 보기로 한다.

이 문제에 관하여도 商法 第 398 條에 관한 諸說을 引用하면서 그 是非를 가리고자 하는 바이나, 여기서 유의하여야 할 점은 그 手票行爲를 한 土地改良組合의 手票債務負擔의 側面에서 볼 것이 아니라 手票上의 權限 내지 權利를 取得하는 側面에서도 이를 考察하여 道知事の承認없는 手票의 無效를 物的抗辯으로 할 것인가 人的抗辯으로 할 것인가를 決定하여 한다는 점이다.

(가) 金容晉辯護士가 主張하고 또 그 분이 引用하는 日本學者들의 見解대로, 原因關係와 區別된 어음行爲 自體는 去來의 手段인 行爲이고 債務의 履行의性質을 가짐에 不過하다는 立場에서는, 原因關係가 所定の承認을 받지 못하여 無效이라면 그것을 人的抗辯의 事由로 삼을 수 있는데 不過하다고 보게 되겠고⁽¹³⁾ 本件에 있어서 原告 X에 의한 手票上의 權利의 取得은 善意取得의 法理를 가져올 필요도 없이 當然한 것이 되고 또 X의 Y 土地改良組合에 대한 權利의 行使가 惡意의 抗辯(手票法 第 21 條但書)에 의하여 妨害되는 경우가 있을 뿐이다. 그러므로 善意・惡意를 不問하고 Y 土地改良組合이 X에 대하여 그 無效를 主張할 수 있다는 大法院判決에 反對하게 되는 것은 當然한 歸結인 것이며, X는 惡意의 경우에도 權利를 取得하나 Y 土地改良組合은 X의 惡意를 立證하여 權利行使를 妨害할 수 있을 뿐이다. 또 訴外 A는 어음行爲獨立의 原則을 援用할 필요도 없이 手票債務를 부담하므로 X는 A에 대하여도 權利를 行使할 수 있다(만일 A가 背書를 하였다면).

(나) 商法 第 398 條 등의 禁止規定이 效力規定이 아니라 命令規定이라고 解하는 立場에서 所定の承認을 받지 않은 어음(手票)行爲도 無效가 아니고, 예컨대 商法 第 398 條 違反의 경우에는 理事에게 損害賠償責任이 생기는데 不過하다는 見解에 의하면⁽¹⁴⁾ X의 手票上의 權利의 取得은 善意取得의 法理를 기다릴 필요도 없이 當然한 것이 되고, 다만 X의 Y 土地改良組合에 대한 權利의 行使가 權利濫用 등의 法理에 의하여 妨害받게 될 경우가 있을 수 있을 뿐이다. 그러나 2의 (라)에서 論及한 바와 같이 商法 第 398 條의 解釋에서 反面에 所

(13) 田中(耕), 石井照久 등

(14) 田中(誠),

定事項을 어긴 理事의 損害賠償責任이 規定되어 있기 때문에 이 理論이 一面의 正當性을 가질 수 있는 것이지 土地改良事業法과 같이 전혀 그러한 規定이 없는 경우에 있어서는 그 法理를 그대로 받아들이기 어렵다.

(다) 어음行爲를 어음債務의 부담을 목적으로 하는 債權行爲와 어음所有權의 移轉을 목적으로 하는 物權行爲로 나누거나⁽¹⁵⁾ 또는 어음行爲에 관하여 어음의 書面行爲와 有價證券인 어음의 交付行爲를 區別하여, 前者에는 所定の 承認을 요하지 아니하나 後者는 承認을 받지 않으면 無效가 되고 그 結果 相對方인 理事는 無權利者에 不過하므로 理事로부터 그 어음의 背書를 받은 第三者는 어음所有權 또는 어음상의 權利를 善意取得할 수 있다는 見解에 의하면⁽¹⁶⁾, X에 의한 手票上的 權利의 取得은 바로 善意取得의 法理에 의하여 인정되는 것이며, 善意取得者 X는 Y 土地改良組合에 대하여도 權利를 行使할 수 있게 된다.

(라) 會社의 利益保護와 어음去來의 安全保護의 調和의 觀點에서 所定の 承認을 받지 않은 어음行爲는 無效이나 그 無效로써 善意의 第3者(重過失 除外)에게 對抗하지 못한다는 見解에 의하면⁽¹⁷⁾ X에 의한 手票上的 權利의 取得은 善意取得의 法理에 의할 필요도 없이, X의 善意인 경우에 限하여, 善意者 X는 Y 土地改良組合에 대하여 權利를 行使할 수 있게 된다.

以上과 같이 學說上으로는 所定の 承認을 받지 않은 어음行爲를 有效로 보는 경우는 말할 것도 없고 이를 無效로 보는 경우에도 一旦 어음이 流通되어 善意者의 手中에 들어간 경우에는 그 善意者를 보호하고자 하는 것이 全般的인 傾向인 것이며, 이는 本件에 適用하여도 同一한 結論을 인정할 수 있을 것이다.

이에 대하여 우리나라 大法院判例는 手票行爲의 無效를 絶對的抗辯으로 보고 있는 바, 이는 물론 X의 善意取得自體를 否定하는 것이 아닐 것이고 X의 Y에 대한 請求가 이 抗辯에 의하여 妨害받는다는 것을 뜻하는 것이라고 새기고 싶지만, 한편 判決文에는 「道知事의 承認없이 發行된 이와 같은 手票는 無效일 것이어서」라고 하는 점으로 보면 X에 의한 手票上的 權利의 取得自體를 否認하고 있는 듯이도 보여 그 文面만으로는 大法院이 어느 見解를 취하고 있는지 알 수 없다. 그런데 요컨대 善意取得의 문제와 抗辯의 問題와는 別個의 것이며, 어음상의 權利行使를 妨害하는 物的抗辯이 許容된다고 하여 善意取得이 否定되는 것이 아니라 는 것은 抗辯制度自體가 一般的으로 權利의 存在를 前提로 하여 그 權利의 行使를 막는 防禦의 方法으로 인정되고 있는 것으로도 明白하다 할 것이다⁽¹⁸⁾. 그러므로 本件에 있어

(15) 松本蒸治

(16) 鈴木竹雄

(17) 北澤正啓 前掲書

(18) 어음抗辯은 所持人으로부터 어음상의 請求를 받은 자가 이에 대하여 對抗할 수 있는 事由, 즉 永久的 또는 一時的으로 그 請求를 拒絶할 수 있는 모든 事由를 말하므로, 반드시 請求權의 存在를 前提로 하고 拒否할 수 있는 理由如何를 不問하는 점에서 一般實體法上的 抗辯과 다르다고 하지만 적어도 本件에 있어서는 굳이 어음상의 權利自體의 存在를 否定할 필요가 없다. 왜냐하면 Y 土地改良組合의 手票發行行爲는 無效라도 訴外 A의 交付行爲도 無效일 수는 없고 따라

서도 大法院이나 筆者와 같이 土地改良事業法 第3條 第3號 違反의 手票發行行爲가 無效라고 보더라도 前記한 여러 說의 어느 것을 취하든 善意取得의 法理에 의한 어음상의 權利의 取得을 인정하게 되는 것과 같은 法理에 의하여 X의 手票상의 權利의 取得을 인정하지 않을 수 없다고 하겠다. 다만 Y 土地改良組合이 訴外 A에 대해서 뿐 아니라 X에 대해서까지 더 나아가서 X가 善意인 경우까지 그 無效를 主張할 수 있으나, 즉 이것이 Y의 物的抗辯事由가 되는가 하는 것이 이 項에 있어서의 中心問題인 것이다.

무릇 어떠한 抗辯이 物的抗辯이고 어떠한 抗辯이 人的抗辯인가 하는 것은 法에 의하여 規定된 바 없으므로 이것을 區別하는 學說에도 여러가지가 있다.

즉 어떤 見解에 의하면 抗辯의 發生原因을 따져 어음關係 自體에서 內在하는 事由를 物的抗辯, 어음關係外의 法的關係에서 생긴 事由를 人的抗辯으로 하는가 하면, 혹은 어음行爲에 관한 抗辯, 또는 어음상의 法律關係의 客觀的存在에 관한 抗辯이 物的抗辯이고 各請求者에 대한 主觀의 또는 相對的抗辯이 人的抗辯이라고도 하며⁽¹⁹⁾, 혹은 對抗範圍에 따라 어음所持人이 누구이든지 對抗할 수 있는 抗辯을 物的抗辯, 特定所持人에게만 對抗할 수 있는 抗辯을 人的抗辯이라고 하는 說도 있고⁽²⁰⁾, 혹은 抗辯의 內容에 따라 物的抗辯與否를 個別的으로 決定하여야 한다는 등의 說이 있다⁽²¹⁾.

요컨대 어음상의 記載에 基한 抗辯은 어음의 外形에서 當然히 알 수 있으므로 이를 物的抗辯으로 인정하더라도 어음取得者를 害하지 아니하나, 어음行爲의 成立을 否定하는 抗辯은 外形으로서 알 수 없으므로, 이는 物的抗辯으로 하면 取得者에게는 明白히 不利하다. 그러나 請求를 받는 者의 立場에서는 當然히 이 抗辯을 인정하지 않을 수 없으므로 兩者의 利益의 均衡이 잡히는 方向에서 어음行爲의 成立要件 내지 無效要件을 最少限度로 縮小하여 物的抗辯의 範圍를 되도록 좁히고자 하는 것이 어음法(手票法)의 立場이라고 볼 수 있는 바 예컨대 白地어음의 補充權의 濫用을 人的抗辯으로 한 것이라든가(어음法 第10條, 手票法 第13條), 보다 基本的으로는 어음行爲를 原因關係에서 分離된 抽象的行爲로 한 것 自體도 그의 表現이라고 할 수 있다.

이러한 점에서 볼 때, 本件에 있어서와 같은 法定事由違反의 手票發行行爲의 無效를 物的抗辯으로 할 것인가 人的抗辯으로 할 것인가는 確實히 問題가 된다고 할 수 있다. 大法院은 간단히 이것이 手票行爲의 有效成立을 否定하는 抗辯으로 보거나, 또는 어음關係에서 생긴 抗辯으로 보아 物的抗辯이라고 斷定지워버린 것 같이 생각되나, 그것이 手票面上 나타나지 않는 抗辯이라는 점을 一考한다면, 取得者의 利益을 보호하는 立場에서 이를 人的抗辯事由

서 X의 A에 대한 關係에서는 X의 權利(手票상의)를 인정하여야 할 것인 까닭이다.

(19) Vollmar, Löwy, Dernburg, Cosack, Stauf 등 獨逸에서 거의 定說이라는 것이 없다.

(20) 日本의 通說

(21) 鈴木竹雄, 手形法小切手法 244面.

로 斷定할 수도 있었지 않은가 생각되는 바이며, 筆者는 理論上으로는 어음去來의 安全保護라는 側面에서 後者の 見解에 기울어지는 바이나, —특히 上述한 到處에서 引用한 商法 第 398 條 違反의 경우에는 이 理論의 妥當성이 있다— 本件에서 문제되는 土地改良事業法 第 3 條 第 3 號 違反의 手票發行行爲에 관한 限 앞서 指摘한 바와 같이 어음去來安全保護의 側面을 尊重하다가는 土地改良組合의 利益이 희생될 것이 明白하므로(規定不備 때문에) 이를 物的抗辯으로 보아 土地改良組合의 利益을 보호하고 어음去來서 安全을 희생시킬 수 밖에 道理가 없는 것이 아닌가 생각하는 바이다⁽²²⁾.

결국 商法 第 398 條와 어음行爲와의 關係에 관한 諸說은 本件 解決에 決定的인 參考가 될 수 없다고 할 수 밖에 없고, 以上 두루 考察한 바에 의하여 筆者는 本件에 관한 大法院判決에 贊同하고자 한다.

(22) 日本判例中에 信託法 第 11 條(우리나라法 7 條), 利息制限法 등에 違反하여 發行된 어음에 관하여 이를 人的抗辯으로 한 것이 있는 바, 이것은 모두 原因關係에 관한 것이지, 어음行爲自體가 法規違反된 경우가 아니므로, 本件과 比할 바가 못된다.