

이 득 상 환 청 구 권

양 승 규*

머 리 말

어음법 제 79 조와 수표법 제 63 조는 하나의 특별한 청구권인 이른바 「이득상환청구권」(Bereicherungsanspruch)을 인정하고 있다. 어음법 제 79 조는 「환어음 또는 약속어음에서 생긴 권리가 절차의 흠결로 인하여 소멸한 때나 그 소멸시효가 완성한 때라도 소지인은 발행인, 인수인 또는 배서인에 대하여 그가 받은 이익의 한도 내에서 상환을 청구할 수 있다」라고 규정하여 절차의 흠결이나 시효로 인하여 어음상의 권리를 잃은 경우에도, 소지인은 이득상환청구권의 행사에 의하여 구제를 받을 수 있는 길을 열어 놓고 있다. 이것은 어음상의 권리가 시효 또는 절차의 흠결로 인하여 소멸한 경우에 어음채무자가 어음의 수수(授受)와 관련하여 얻은 대가나 자금을 그대로 가지도록 하는 것은 공평하지 않다는 데서 인정되는 것으로⁽¹⁾ 1930 년의 어음법통일조약 제 2 부속서 제 15 조의 유보조항을 독일법계의 입법례에 따라 받아들인 것이다.⁽²⁾

어음법과 수표법은 어음·수표의 유통성을 확보하기 위하여 특히 그 채무자의 책임을 무겁게 하고 있으면서, 한편으로 어음·수표상의 권리보전절차(어 43 조 이하, 수 39 조 이하)를 엄격하게 하여, 그것을 게을리한 때 또는 단기의 소멸시효(어 70 조, 수 51 조)에 의하여 그 권리를 소멸하게 함으로써 어느 정도 그 채무자의 책임을 완화하고 있다. 그러나 이것은 어디까지나 어음·수표관계에서 이익을 얻고 있는 채무자를 보호하기 위한 수단일 수 없으며, 절

* 서울대학교 법과대학 전임강사

(1) 徐燮珪, 全訂 商法講義(下卷), 339 면; 鄭熙喆, 新商法要論(下), 380 면.

(2) 독일의 어음법 제 89 조 II 항은 「어음상의 채무가 소멸한 배서인에 대해서는 이득상환청구를 하지 못한다」라고 규정하여, 우리나라 어음법과는 달리 배서인을 이득상환 의무자에서 제외하고 있고, 따라서 비록 배서인이 예외적인 방법으로 이득을 얻고 있는 경우에도 이 규정이 적용된다고 해석하고 있다(Baumbach-Hofermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 10. Aufl., 1970, S. 302). 또 뿐만 아니라 법계에서는 이른바 「자금학설」에 기하여 어음상의 권리자는 동시에 어음자금상의 권리자로서 어음상의 권리를 잃은 경우에도 자금상의 권리를 행사할 수 있으며, 영미법계에서는 어음채권을 보통채권에 비하여 특히 엄격한 제한을 하지 않으므로 아무런 특별한 구제수단을 두고 있지 아니하다.

자의 흠결이나 시효로 인하여 권리가 소멸함으로써 불이익을 받게 되는 어음·수표 소지인의 권리를 최소한 보호할 것이 요청된다. 여기에서 「이득상환청구권」제도의 의의를 찾을 수 있으며, 우리나라에 있어서도 1959년 이래 이에 관하여 비교적 많은 수의 판례가 나타나고 있음은 그 제도의 효율성을 엿볼 수 있는 것이라 할 수 있다. 아래에서 이득상환청구권과 관련되는 대법원의 판례를 가능한 범위에서 모아 이를 항목별로 나누어 고찰하기로 한다. 다만 여기서는 그 판례가 구법에 의하여 나온 것이라 하더라도 용어는 현재 사용하는대로 고쳐 쓰기로 한다.

Ⅰ. 이득상환청구권의 성질

이득상환청구권의 성질에 대하여는 그것이 손해배상청구권이라는 입장과 부당이득만환청구권이라고 보는 견해 등이 있으나, 어음채무자의 채무불이행이 불법행위를 원인으로 하는 것도 아니며, 또한 상환의무자의 이득이 법률상의 원인 없이 얻은 것도 아니므로 그것은 손해배상청구권에 해당하지 않음은 물론, 민법상의 부당이득만환청구권과도 전혀 다른 것이다.⁽³⁾ 그리하여 「이득상환청구권은 형평의 관념에서 법률이 특히 인정한 권리」라고 보는 견해가 우리나라에 있어서 지배적이며,⁽⁴⁾ 또 그것은 어음법과 수표법에서 인정하는 권리라 하더라도 어음·수표상의 권리 그 자체는 아니며, 지명채권에 속하는 것이라 한다.⁽⁵⁾ 대법원 판결(1959. 9. 10. 4291 민상 717)은

「약속어음 소지인의 발행인에 대한 이득상환청구권을 인정하는 것은 그 소지인이 어음법상 또는 민법상의 다른 구제방법이 없는 경우에 발행인으로 하여금 이득을 취득케 하는 것은 불공평하다는 데서 나온 것이므로……」

라고 하여, 이득상환청구권의 성립요건과 관련하여 이득상환청구권이 형평의 관념에서 나온 것임을 밝히고 있다. 1959. 8. 27 판결 (4291 민상 449)은

「수표상의 이득상환청구권은 수표상의 권리가 아니고 시효 또는 절차의 흠결로 인하여 소멸되었을 경우에 특히 법률로써 당시의 적법한 수표소지인에게 부여한 지명채권이므로……」

라고 하였으며, 또 1970. 3. 10 판결 (69 다 1370)은

「이득상환청구권은 법률의 직접 규정에 의하여 어음의 효력 소멸 당시의 소지인에게 부여된 지명채권에 속하므로……」

(3) Vgl. Rehfeldt-Zöllner, *Wertpapierrecht*, 9. Aufl., 1970, S. 95.

(4) 朴元善, 新商法(下), 515면; 徐燦珪, 전계서, 340면; 孫珠瓊, 新商法(下), 210면; 鄭熙喆, 전계서, 331면 참조.

(5) 위 참조.

라고 밝혀, 대법원은 이득상환청구권이 형평의 관념에서 법률이 특히 인정한 권리로서 어음이나 수표상의 권리가 아니고 지명채권에 속한다는 입장을 뚜렷이 하고 있다. 이 점에서 대법원은 우리나라 학설의 지배적인 견해를 뒷받침하고 있는 것이나, 뒤에서 보는 바와 같이 이득상환청구권이 민법상의 권리까지 소멸한 경우에 인정되는 것이라고 보는 데는 비판의 여지가 남아 있다.

독일의 라이히상사고등법원(Reichsoberhandelsgericht)의 판례는 「이득상환청구권은 상신한 어음상의 권리의 찌꺼기(Überbleibsel des verwirkten Wechselanspruchs)이다」⁽⁶⁾라 하고 또한 이것이 독일 학설의 지배적인 견해로 되어 있다.⁽⁷⁾ 물론 우리는 이득상환청구권을 법률상 어음상의 권리의 찌꺼기라고 할 수는 없다 하더라도, 법률이 권리가 소멸할 당시의 어음·수표 소지인에게 이득상환청구권을 인정하고 있는 것은 이미 존재하고 있던 어음·수표상의 권리를 전제로 어음·수표채권을 발생하게 한 실질관계에 있어서 이득을 보고 있는 채무자에 대한 것이므로, 이미 존재한 어음채권의 꺾바꿈(變形)⁽⁸⁾이라고 할 수는 있을 것이다.

II. 이득상환청구권자

이득상환청구권자는 절차의 흠결 또는 시효에 의하여 어음 또는 수표상의 권리가 소멸할 당시의 정당한 어음·수표소지인 또는 그 양수인이다.

(1) 백지어음 소지인과 이득상환청구권 수취인란을 백지로 한 백지어음의 소지인이 지급기일로부터 법정시효기간인 3년이 지난 때까지 보충권을 행사하지 아니한 경우 이득상환청구권을 행사할 수 있으나에 대하여, 대법원 판결 1962. 12. 20 (62 다 680)⁽⁹⁾은

「어음상의 권리가 시효로 인하여 소멸하고 채무자가 이로 인하여 이득을 보고 있는 경우에도 시효단기일까지 소지인이 수취인으로서 보충권을 행사하고 있지 않은 때에는 그 소지인은 어음에서 생긴 권리의 소멸 당시에 아직 어음상의 청구권을 가지고 있지 않았다 할 것으로 이득상환청구권을 행사할 수 없다.」

라고 판시하였다. 어음상의 권리를 행사하기 위하여는 완전한 어음을 제시하여야 하므로 이

(6) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., S. 294. ROHG 10. 44. Art. 89 Anm. 1.

(7) Rehfeldt-Zöllner, a.a.O.

(8) 鄭熙喆, 전거서, 381면. 일본의 하급심판례에는 실질적으로 보는 경우, 이득상환청구권은 어음상의 채권의 변형물이라고 볼 수 있다는 이유로, 「어음채권에 대한 민법상의 보증의 효력이 이득상환청구권에 미친다」는 입장을 취한 것이 있다(河本一郎, 利得償還請求權, 總合判例研究叢書 商法(6), 219면). 또 Österreich의 최고법원 판례(1876. 10. 2)도 「어음채권을 위하여 담보된 저당권(Pfandrecht)은 이득상환청구권에도 미친다」고 판시하고 있다(Hans Kapfer, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 6. Aufl., 1967, S. 206, Art. 89. Nr. 38).

(9) 서울대학교법학연구소, 주석한글판례집 민사법 IV (1960~1962); 대법원판례자료 No. 6400.

특상환청구권의 행사도 어음의 형식이 유효한 때에만 인정할 수 있는 것⁽¹⁰⁾임은 말할 나위도 없다. 따라서 위의 판례에서 대법원이 수취인란을 백지로 한 백지어음에 대하여 소지인이 시효기간(지급기일인 1958. 6. 30로부터 법정시효기간인 3년이 지난 1961. 6. 30) 안에 보충권을 행사하지 않고, 그대로 소지하고 있는 것은 완전한 어음을 가지고 있는 것이 아니라고 보아, 비록 채무자가 이득을 얻고 있는 경우라 하더라도 그러한 백지어음의 소지인은 이득상환청구권이 없다는 입장을 취하고 있는 것이다. 그러나 나는 이 대법원의 판례의 태도는 너무나 형식논리에 치우친 것이 아닌가 생각한다.

백지어음은 뒷날에 소지인으로 하여금 보충시킴 의사로서 어음요건의 전부 또는 일부를 공백으로 발행한 미완성어음(어 10조)으로서 보충권자에 의하여 흠결한 어음요건이 보충된 때에는 완전한 어음으로 되는 것이다.⁽¹¹⁾ 이와 같이 백지어음이 보충에 의하여 완전한 어음으로 된다고 한다면, 법률적으로는 백지어음은 그 어음을 처음 발행할 때부터 이미 유효한 어음으로 다루어야 하는 것이고,⁽¹²⁾ 어음법이 어음요건(어 1조, 2조)을 엄격하게 규정하고 있으면서 백지어음(어 10조)을 인정하고 있음은 바로 그러한 이유라고 할 수 있다. 어음법 제 16조는 「배서의 연속」을 요구하고 있는데, 「어음상의 배서의 연속이 끊긴 경우에도 소지인이 그 중단된 부분에 관한 실질관계를 증명하면 어음상의 권리행사를 할 수 있다」고 인정하는 것이 우리나라 대법원의 판례⁽¹³⁾이고, 또한 다수의 학설⁽¹⁴⁾이다. 이러한 태도는 결국 형식적으로 배서의 연속이 없다 하더라도 실질관계에서 정당한 소지인이라는 사실이 입증된다면 그 소지인을 보호해 주는 것이 타당하다는 데 근거를 둔 것이라 할 수 있다. 그렇다면 백지어음의 소지인이 그 시효만료일까지 수취인란을 보충하지 않았다고 하더라도 실질관계에 있어서 보충권을 행사할 수 있는 정당한 소지인이라는 것이 입증된다면 이득상환청구권을 인정하는 것이 합리적일 것이다. 다시 말하면, 백지어음은 법률상 유효한 어음으로서 인정되는 것이므로, 어음소지인이 만기로부터 3년 후에 보충을 하더라도, 어음상의 권리는 이미 시효에 걸려 소멸하였지만 그 대신에 이득상환청구권은 취득한다고 보는 것이 좋을 것이다⁽¹⁵⁾. 오지리의 대법원 판례는 「어음의 기본요건을 결한 백지어음도 이득상환청구소송의 근거(Grundlage der Bereicherungsklage)로서 이용할 수 있다. 왜냐하면 어음소지인은 시효소멸(Verjährung) 전에 언제든지 어음을 보충할 수 있는 자유로운 위치에 있었기 때문이다」⁽¹⁶⁾라고 하여 백지어음의 소지인에 대한 이득상환청구권을 인정하고 있다. 요컨대 시효만기일

(10) Rehfeldt-Zöllner, a.a.O.

(11) 徐敏珪, 전게서, 387면 참조.

(12) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., S. 86. Art. 10. Anm. 1. E.

(13) 대판 1969. 12. 9 (69 다 995)—대법원판례카야드 No. 899.

(14) 朴元善, 전게서, 544면; 徐敏珪, 전게서, 405면; 孫珠瓚, 전게서, 256면; 鄭熙喆, 전게서, 320면.

(15) 鈴木竹雄, 手形法・小切手法, 311면 註6.

(16) Kapfer, a.a.O., S. 200, Art. 89. Nr. 1.

까지 백지어음의 공백탄을 보충하지 아니한 소지인에 대해서 형평의 관념상 법률이 인정하는 이득상환청구권까지 부인하는 대법원 판례에는 찬성할 수 없고, 완전한 어음소지인이 권리의 보전절차를 게을리함으로써 어음상의 권리가 소멸한 경우와 마찬가지로 비록 보충권 행사를 할 수 있는 시효기간 안에 그 보충권을 행사하지 아니함으로써 어음상의 권리를 잃은 백지어음 소지인에 대해서도 이득상환청구권을 인정하는 것이 어음법 제 79조의 입법정신에도 부합하는 것이라고 생각한다.

(2) 제시기간 경과 후에 취득한 수표소지인과 이득상환청구권 수표법 제 29조 I 항은 「국내에서 발행하고 지급할 수표는 10일 내에 지급을 위한 제시를 하여야 한다」라고 규정하여 그 지급제시기간을 10일로 정하고 있는데, 이 기간이 경과한 후에 수표를 취득한 자가 이득상환청구권을 행사할 수 있으나에 대하여 대법원의 판례의 태도는 엇갈려 있다. 대판 1959. 10. 29 (4292 민상 440)⁽¹⁷⁾은

「수표상의 권리가 절차의 흠결 또는 시효로 인하여 소멸한 경우에 이득상환청구권을 보유하는 자는 절차의 흠결 또는 시효 완성 당시의 소지인이고, 그 이후에 소지인이 된 자는 이에 해당하지 아니한다」

라 하여, 1957년 11월 6일에 발행된 수표를 1958년 1월 26일에 소지인이 된 자는 제시기간인 10일을 경과한 후에 취득한 것이므로 그 권리가 상실할 당시의 소지인이 아니라고 판시하고 있다. 1960. 6. 9 판결 (4292 민상 758)⁽¹⁸⁾은 1958년 4월 20일에 발행한 「자기앞수표」를 같은 해 6월 5일에 취득하여 6월 26일에 지급제시를 하였으나 은행으로부터 지급거절을 당한 소지인에게

「이득상환청구권의 제도는 수표상의 권리행사에 있어서 그 방식이 엄격하므로 이를 완화함으로써 수표상의 권리자를 보호하도록 함에 있으므로 이득상환청구권은 수표상의 권리실효 당시 수표소지인으로서 그 수표상의 권리를 행사할 수 있었던 자에 대하여서만이 있고, <중략> 수표법 제 29조의 규정에 의하여 10일 이내에 지급을 위한 제시가 있어야 함에도 불구하고 그 제시가 없을 때에는 동법 제 63조 규정의 이른바 「절차의 흠결」에 해당되어 수표상의 권리는 소멸되고, 다만 이득상환청구권만이 있게 되나 위와 같이 그 이득상환청구권자는 그 제시기간 경과로 수표상의 권리가 소멸될 당시의 수표상의 권리자 또는 이득상환청구권 자체의 양수자에 한하여 그 권리가 있다 할 것이다.」

라 하고, 이득상환청구권 자체를 양수하였다는 주장이 없으므로 이득상환청구권이 없다고 판시하였다. 또 1964. 7. 14 판결 (64 나 63)⁽¹⁹⁾은

「수표상의 이득상환을 청구할 수 있는 소지인이라 함은 수표상의 권리가 소멸할 당시의 소지인으

(17) 법학연구소, 주석판국판례집 민사법 Ⅲ (1956~1959), 537~8면.

(18) 語文閣, 大法院民事判例集 Ⅱ, 512~3면.

(19) 법원행정처, 대법원판결집, 제12권 2집, 23면 이하.

로서 그 권리를 행사할 수 있었던 자를 가리키는 것이라 할 것이므로 소지인이 수표로 인한 이득상환청구권이 있다고 단정하려면 우선 소지인이 그 수표를 취득할 당시에 이 수표상의 권리를 행사할 수 있었던 것인지의 여부를 가려야 할 것이다」

라고 하여, 1963년 1월 12일에 발행한 수표를 동년 1월 28일에 소지인이 지급제시를 하였으나, 분실된 수표라는 이유로 지급이 거절된 것이면, 그 수표를 취득한 것이 지급제시기간인 1963년 1월 22일 전에 취득한 것인지, 아니면 후에 취득한 것인지를 가려야 되고, 그 후에 취득한 것이면 이득상환청구권이 없다고 판시하고 있다. 또 1967. 9. 29 판결 (67 다 1729)⁽²⁰⁾과 1970. 1. 27. 판결(69 다 1390)⁽²¹⁾도 똑 같이

「수표상의 이득상환을 청구할 수 있는 소지인이라 함은 그 수표상의 권리가 소멸할 당시의 소지인으로서 그 수표상의 권리를 행사할 수 있었던 자를 가리킨다」

라고 되풀이하고, 「제시기간이 경과하여 이미 수표상의 권리가 소멸한 후에 이를 취득한 자는 수표로 인한 이득상환청구권이 없다」라고 판시하고 있다.

위에서 본 대법원의 관례는 한결 같이 수표법 제 29조의 규정에 의한 제시기간에 제시하지 않은 것은 수표법 제 63조에서 말하는 이른바 「질차의 흠결」에 해당하고, 따라서 수표상의 권리가 소멸하므로 제시기간이 경과한 후에 수표를 취득한 수표소지인은 이득상환청구권을 행사할 수 없다고 밝히고 있다. 그러나 이러한 대법원의 입장은 수표거래의 실체나, 수표법상의 다른 법조와 관련시켜 볼 때 이것도 역시 형식에만 치우칠 느낌이 든다. 왜냐하면 수표법이 법정제시기간을 정한 목적은 소지인으로 하여금 신속히 지급제시를 하도록 하고, 그로써 수표채무자의 위험(Gefahr)을 덜어 주기 위한 것으로,⁽²²⁾ 그 제시기간 안에 제시하지 않으면 전자에 대한 소구권(수 39조)과 지급보증을 한 지급인에 대한 권리(수 55 조 1항)를 잃게 되기는 하나, 수표법 제 32 조 Ⅱ항에 의하여 지급위탁의 취소가 없는 때에는 지급인은 제시기간 경과 후에도 지급을 할 수 있으므로, 일단 지급제시를 하여 지급거절을 당하지 아니한 수표에 대하여 당연히 그 제시기간이 경과함으로써 수표상의 권리가 소멸되었다고 단정하는 것은 약간의 무리가 있지 않나 여겨지기 때문이다.⁽²³⁾

수표의 제시기간과 이득상환청구권과의 관계에 대한 일본의 학설은 갈려, 즉 한 학설은 이득상환청구권은 제시기간의 경과에 의하여 발생한다 하더라도, 그것은 지급위탁의 취소 또는 지급거절에 의하여 적법한 지급의 가능성이 소멸하는 것을 정지조건으로 하는 것이라

(20) 대법원판례카드 No.2088.

(21) 카아드 No.3850; 대법원판결집, 제 18 권 1집, 24 면 이하.

(22) Baumbach-Hefernehl, a.a.O., S. 418. Art. 29. Anm. 2.

(23) 대법원의 1962. 2. 15.(4294민상 375) 판결은 「수표는 지급을 위한 제시기간을 지났다 하여도 지급위탁의 취소통고를 받기까지는 지급인은 이를 적법하게 지급할 수 있는 것이고, 따라서 이를 당연 무효의 수표로 볼 수는 없다」라고 판시하고 있다(語文閣, 民事判例集 Ⅱ, 930 면).

고 해석한다 하고, 또 다른 학설은 제시기간을 경과하면 수표상의 권리는 확정적으로 소멸하는 것이고, 따라서 이득상환청구권의 발생요건으로서의 이득의 유무는 그 때를 기준으로 하여 판단할 일이고, 지급위탁의 취소가 없었기 때문에 그 후 지급인에 의한 유효한 지급이 이루어진 때에는 발행인의 이득은 그 때에 소멸하고, 일단 발생한 발행인의 이득상환의무는 소멸한다고 생각하면 된다고 한다.⁽²⁴⁾ 우리나라 대법원의 위의 판례의 입장은 뒤의 선에 따른 것이라 할 수 있지 않을까.

수표는 발행인이 수표계약에 의하여 은행을 지급인으로 하여서만 발행할 수 있고(수 3 조), 그것은 또 지급증권으로서 화폐에 갈음하여 유통되고 있는 것이 거래의 실정이다. 이른바 「보증수표」라고 불리우는 「자기앞 수표」는 그 현상이 더 한층 강하게 나타나고 있다는 사실을 감안해 볼 때에는 수표법 제 29 조에서 정한 제시기간이 경과하면 당연히 수표상의 권리가 소멸한다고 한다면 커다란 모순이 아닐 수 없다. 위에서 본 대법원의 판례는 대체로 지급제시기간이 경과한 은행 발행의 「자기앞 수표」를 취득한 소지인에 대하여 수표상의 권리가 소멸한 수표를 취득한 것이므로, 아무런 권리행사를 할 수 없다는 입장을 밝힌 것으로서 이것은 거래의 실정에 맞지 않는 것이라 하지 않을 수 없다. 그리하여 나는 수표법 제 29 조의 법정제시기간은 앞에서도 본 바와 같이 수표채무자의 위험을 보호하기 위하여 인정되는 것으로 보고, 그 제시기간이 경과함으로써 수표상의 권리가 당연히 소멸하는 것이 아니라 소지인의 지급제시에 대하여 지급거절이 있거나 또는 제시기간이 지난 후에 발행인이 지급위탁을 취소한 때에 비로소 수표상의 권리가 소멸한다고 해석하고자 한다. 대법원의 판례도 수표의 제시기간 경과 후에 취득한 소지인의 권리를 인정한 것이 있다. 즉 1961. 7. 31 판결(4293 민상 841)⁽²⁵⁾은

「수표법 제 29 조가 국내에서 발행하고 지급할 수표는……10일 이내로 제한하였고, 동법 제 39 조의 규정상 수표소지인이 동 기간 내에 지급인에 대하여 지급제시를 하지 않은 때에는 소구권을 상실하게 되는 것이라 할지라도 동법 제 32 조 Ⅱ항에 『지급위탁의 취소가 없는 때에는 지급인은 제시기간 경과 후에도 지급을 할 수 있다』고 규정하였고, 동법 제 24 조는 그 기간 경과 후 배서의 효력을 인정하고 있는만큼 원심이 본건에 있어 원고가 본건 수표의 법정지급제시기간의 만료일인 1959. 10. 31을 경과한 후인 동년 11월 15일에 취득하여 동월 17일에야 비로소 지급인에 대하여 지급제시를 하였던 사실만을 확정함으로써 타에 권리상실 사유에 관한 하등의 실사도 없이 『원고는 위 수표를 취득하였다 한지라도 하등 수표상의 권리를 취득하지 못한 것임을 인정할 수 있다』라고 단정하였음은 위법이라 않을 수 없다」

라고 판시하여 원심에 파기환송하였다. 또 1962. 9. 20 판결(62 다 408)⁽²⁶⁾은 원심 법원이

(24) 鈴木竹雄・大隅健一郎 編集, 手形法・小切手法講座(5), 165~6면.

(25) 대법원판결집, 제 9 권, 40 면 이하.

(26) 위 판결집, 제 10 권 3 집, 234~5면.

이득상환청구에 대한 예비적 청구에 관한 판시이유에서 「이득금의 청구를 받는 자가 그 수표의 취득을 다분다고 하면 제시기간 내의 수표취득자가 그 취득의 적법한 추정을 받는 것과는 달리 이 경우<제시기간이 지난 뒤에 수표를 취득한 경우>에는 그 취득자에게 그 정당한 취득경로를 입증하게 하는 것이 옳은 것으로 생각된다고 하고, 본건에서 원고는 이 점을 인정할 자료를 전혀 내지 못하고 있으므로 이득상환을 인정할 수 없다」라고 판시한 것에 대하여

「수표에서 생긴 권리가 절차의 흠결로 인하여 권리가 소멸한 것을 이유로 소지인이 발행인에게 이득상환을 청구하는 경우에 그 소지인은 어떠한 경우에 있어서도 수표를 정당하게 취득한 것으로 추정을 받는다는 것이고, 그 소지인의 수표 취득의 시기가 제시기간 경과 전인지 뒤인지에 따라서 그 결론을 달리 할 것이 아니라고 보는 것이 수표법 제21조, 제19조의 법의라 할 것이다」

라고 판시하여 그 사건을 원심으로 파기환송하였다. 위의 두 판례는 앞에서 제시기간 경과 후의 수표취득자에게 전혀 그 권리를 인정하지 않는 것과는 달리 간접적으로나마 수표상의 권리를 인정한 것이라고 할 수 있다. 이와 같이 대법원의 판례의 입장도 일관한 것은 아니다. 따라서 이러한 관점에서 볼 때에 수표소지인이 비록 제시기간이 경과한 후에 수표를 취득하였다 하더라도, 일률적으로 그 권리의 소멸을 인정할 것이 아니라, 발행인에 의한 지급위탁의 취소⁽²⁷⁾가 없는 이상 그 소지인은 수표상의 권리를 취득하고, 그것을 제시할 때에 지급기일이 있는 때에는 이득상환청구권을 행사할 수 있다고 풀이하는 것이 타당하지 않을까 생각한다.

Ⅲ. 이득상환청구권의 발생요건

(1) 권리의 소멸 이득상환청구권의 발생요건으로서 어음·수표상의 권리가 절차의 흠결이나 시효로 인하여 소멸하였어야 함은 물론이나, 그 권리의 소멸의 범위에 대하여는 학설이 나누어져 있다. 아래에 먼저 대법원의 판례를 나열해 보기로 한다.

(가) 1959. 9. 10(4291 민상 717)⁽²⁸⁾

「약속어음 소지인의 발행인에 대한 이득상환청구권을 인정하는 것은 그 소지인이 어음법상 또는 민법상의 다른 어떤 구제방법이 없는 경우에 발행인으로 하여금 이득을 취득케 하는 것은 불공평하다는 데서 나온 것이므로 이득상환청구권이 발생하려면 모든 어음채무자에 대한 관계에 있어서 약

(27) 「자기앞 수표」는 지급인인 은행이 동시에 발행인이기 때문에 「지급위탁의 취소」란 있을 수 없다. 그러나 「자기앞 수표」는 실제적으로 보면 수취인이 자금을 제공하고 수표를 받는 것이므로, 소지인이 분실, 도난 등을 이유로 지급정지를 의뢰할 때에는 「지급위탁의 취소」에 준한다고 보아야 할 것이다.

(28) 법학연구소, 주석한국판례집 민사법 Ⅲ, 522 면. 이 판례에 대하여는 서울대학교 法學, 제2권 2호, 355 면 이하에 鄭熙喆 교수의 평석이 있다.

속어음상의 권리가 소멸하고 또한 민법상의 채권을 행사할 수 없어야 한다」

(나) 대판 1962. 2. 15. (4294 민상 1065)⁽²⁹⁾

「이득상환청구권은 수표의 소지인이 수표법이나 또는 민법상 아무런 구제방법이 없는 경우에 한하여 인정된다」

(다) 대판 1965. 4. 13. (64 다 1112)⁽³⁰⁾

「이득상환청구권은 수표법상 수표상의 시명자에 대한 책임을 엄격히 규제하는 반면 그 엄격한 책임을 완화하기 위하여 수표상의 권리소멸 원인으로서는 담기시효 또는 소구권 보존절차의 태만 등을 규정하였는 바 그와 같은 원인으로 인하여 수표소지인의 권리가 상실되는 반면 수표상의 채무자는 그 채무를 완전히 면제하게 된다면 불공평한 결과가 되므로 수표소지인에 대한 최종적 구제조치로서 인정할 것이 소위 이득상환청구권이므로 수표소지인이 일체의 수표채무자에 대한 수표상 또는 민사상 권리가 소멸되었다 하여도 아직 그 외의 자에 대한 수표채권에 관련된 수표 외의 채권을 가지고 있는 경우에는 아직 최종적 구제조치로서 인정된 이득상환청구권을 인정할 필요가 없다고 해석함이 타당하다 할 것이다」

(라) 대판 1965. 12. 28. (65 다 2163)⁽³¹⁾

「수표소지인의 수표발행자에 대한 이득상환청구권은 그 수표채무자들에 대한 관계에 있어 수표상 및 민사상의 권리가 소멸되었을 뿐 아니라, 그 수표거래에 관련된 수표채무자 이외의 다른 사람들에 대한 관계에 있어서도 민사상의 청구권이 없게 될 때에 비로소 발생하는 권리라 할 것이다」

(마) 대판 1970. 3. 10. (69 다 1370)⁽³²⁾ 이 판결에서는 (가)에 든 대법원 판결의 입장을 확인하고,

「특약에 따른 주식 반환청구권(그 이행불능시는 손해배상청구권) 등 민법상의 청구권이 있다고 보아지는 경우에는 특별한 사유가 없는 한 약속어음상의 권리가 시효에 의하여 소멸하였다 하더라도 이와 병존하는 민법상의 권리를 행사할 수 있는 이상 그 이득상환청구를 할 수 없다.」

위의 다섯 가지 대법원판례는 이득상환청구권의 발생요건으로서의 권리의 소멸은 어음·수표상의 모든 채무자에 대한 권리가 소멸할 뿐만 아니라 민사상의 권리까지 소멸되어야 한다고 한다. 이것은 일본의 대심원판결⁽³³⁾과 같은 취지이고, 또한 과거의 독일의 판례와 통설의 입장이었다.⁽³⁴⁾ 그러나 오늘날 학설은 위의 판례의 입장과 같이 민법상의 구제방법도 존재하지 않아야 한다는 견해,⁽³⁵⁾ 어음법상의 모든 구제방법이 없으면 되고, 원인관계에 있

(29) 법학연구소, 한국주식판례집 민사법 VI (1960~1962).

(30) 대법원 판례카드 No.1819.

(31) 위 카드 No.1515.

(32) 대법원판결집, 제 18 권 1 집, 191 면 이하.

(33) 昭和 3 年 1 月 9 日, 昭和 13 年 5 月 10 日 判決(河本, 前掲 総合判例, 228 면 이하 참조).

(34) Vgl. Rehfeldt-Zöllner. a.a.O., S. 96.

(35) 朴元善, 전제서, 515 면.

어서의 구제방법이 있느냐 없느냐는 묻지 않는다는 견해⁽³⁶⁾ 및 이득상환을 청구하고자 하는 상대방에 대하여 어음상의 권리가 소멸한 것으로서 충분하다는 견해⁽³⁷⁾ 등으로 갈려 그것이 인치하지 않고 있다. 대법원의 관례와 같이 민법상의 구제수단, 특히 원인관계상의 채권을 가지는 경우에 이득상환청구권을 인정하지 않는 입장은 이득상환의 제도를 소지인을 위한 최종적 구제수단으로 보고, 따라서 원인채권을 행사할 수 있는 이상 이를 인정하지 않고자 하는 것이다.⁽³⁸⁾ 그러나 이득상환청구권은 앞에서 본 바와 같이 그것이 비록 어음·수표상의 권리가 아니라 하더라도 권리보전절차의 엄격성 또는 단기의 소멸시효로 인하여 권리가 소멸할 때에 소지인을 보호하기 위하여 인정한 어음법·수표법상의 제도로써 이미 존재하고 있는 어음·수표상의 권리의 끝바꿈이라 할 수 있으므로 민법상의 구제방법이 있느냐 없느냐를 묻지 않고 이를 인정하는 것이 타당할 것이다. 독일에 있어서도 오늘날 지배적인 학설은 「민법상의 청구권이 남아 있다고 해서 어음법 제 89조의 의미에 있어서의 손해의 존재를 배제하지 않는다」라고 하여⁽³⁹⁾ 「청구권의 경합」(Anspruchkonkurrenz)을 인정하고 있다.⁽⁴⁰⁾ 또 이득상환청구권을 어음·수표상의 권리에 갈음하여 인정되는 것이라 볼 수 있으므로, 가령 인수인에 대한 권리가 소멸하고 발행인에 대한 어음상의 권리를 가지고 있는 경우에도 그 인수인이 이득을 가지고 있으면 소지인은 인수인에게 이득상환을 청구할 수 있다고 보는 것이 타당할 것이다. 다시 말하면 다른 채무자에 대한 어음·수표상의 권리가 소멸하여 이득상환을 청구하고자 하는 상대방이 그 권리의 소멸로 인하여 이득을 얻고 있느냐 없느냐만을 문제로 하는 것이 바람직한 일일 것이며,⁽⁴¹⁾ 또한 이 견해가 최근 유효해지고 있다.⁽⁴²⁾

이와 같이 본다면 우리나라 대법원이 어음법이나 수표법에 규정한 이득상환청구권제도가 어음·수표소지인을 보호하는 최종적인 구제방법이라고 보고, 어음이나 수표상의 모든 권리가 소멸할 뿐만 아니라 어음·수표채무자에 대한 민법상의 권리 및 제 3자에 대하여 그 소지인이 어음·수표와 관련하여 가지는 채권(가령, 어음·수표 이외의 계약에 의하여 보존한 보증인에 대한 채권) 등이 모두 소멸하여야만 그 권리를 행사할 수 있다고 하는 것은 지난날

(36) 鄭熙喆, 전개서, 382 면.

(37) 徐燉珏, 전개서, 343 면; 孫珠瓚, 전개서, 210 면.

(38) 鄭熙喆, 앞의 法學, 359 면; 또 대법원 관결(1964. 12. 15. 64 다 1030)은 「수표가 소비대차상의 채무의 이행을 확보하기 위하여 발행된 경우에 채권자가 그 수표를 제 3자에게 양도한다 할지라도 채권자의 소비대차상의 청구권이 소멸하는 것이 아니므로, 그 수표가 제시기간이 경과하여 수표상의 권리가 소멸한 경우에도 이득상환청구를 인정할 수 없다」는 뜻을 판시하고 있다.

(39) Rehfeldt-Zöllner, a.a.O., S. 96.

(40) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., S. 296.

(41) Rehfeldt-Zöllner, a.a.O., S. 95 도 「이득상환청구권이 발행인과 인수인에 대한 양자의 어음상의 권리가 소멸하는 것을 전제로 하는 것은 아니다(Der Anspruch setzt nicht voraus, daß beide Wechselansprüche, also sowohl gegen den Aussteller als auch den Akzeptanten erlöschen sind)」라고 한다.

(42) 鈴木·大隅, 前掲講座, 142 면 참조.

의 일본의 판례를 그대로 받아들인 것이 아닌가 여겨지고, 따라서 이것은 이득상환청구권을 규정하고 있는 법의 뜻에도 맞지 않는다고 할 것이다. 앞으로 우리나라 대법원의 판례도 어음·수표상의 권리가 절차의 흠결 또는 시효에 의하여 소멸한 때 민법상의 청구권이 존재하고 있는 경우에는 두 권리의 경합을 인정함으로써 「이득상환청구권」제도를 둔 어음법·수표법의 이념을 구현하도록 하여야 할 것이다.

(2) 의무자의 이득의 존재 이득상환청구권은 어음·수표채무자가 어음·수표상의 권리가 절차의 흠결이나 시효로 소멸함으로써 「이득」을 가지고 있는 때에만 인정된다. 여기서 「이득」이라 함은 어음을 수수한 실질관계에 있어서 대가(Gegenwert)를 받은 것을 말하고, 그 대가는 적극적으로 금전을 취득한 경우이든 소극적으로 의무를 면한 경우이든 묻지 않으나 단순히 어음상의 의무를 벗어났다는 것만으로는 곧 이득이 있었다고 할 수 없다.⁽⁴³⁾ 그리고 채무자의 이득은 소지인의 손실에서 취득한 것을 요하지 않는다.⁽⁴⁴⁾

대법원의 1963. 5. 15 판결(63 다 155)⁽⁴⁵⁾은 A 회사가 B 은행으로부터 금전을 차용함에 있어 그 채권의 지급을 확보하기 위하여 보증인 C를 수취인으로 한 약속어음을 발행하여 수취인이 다시 이를 채권자인 B 은행에 배서양도하였으나 그 약속어음상의 권리가 시효로 소멸하고, 또한 그 후 원인채권도 시효에 걸려 어음소지인(채권자)이 배서인인 보증인 C를 상대로 한 이득상환청구소송에 있어서

「원인관계의 채권의 지급을 확보하기 위하여 발행인이 보증인을 수취인으로 하고, 수취인이 이를 채권자에게 배서양도한 약속어음에 있어서 어음상의 권리가 소멸한 후에 원인관계상의 권리가 소멸된 경우에는 어음소지인은 어음채권 소멸 당시에 있어서는 원인관계상의 권리를 행사할 수 있었으므로 구제방법을 상실하였다고 볼 수 없고, 채무자(배서인)의 이득은 어음상의 권리의 소멸에 인한 것이라고 할 수 없으므로 이득상환청구권이 발생할 여지가 없다고 보아야 한다」

라고 판시하였다. 이 판례에서 나타난 보증인인 배서인은 약속어음을 배서양도함에 있어 대가를 얻은 것이 아니고, 단순히 시효소멸로 인하여 어음상의 채무를 면한 것에 지나지 않기 때문에 이것은 어음법 제 79조의 규정에 의한 「이익」이라 할 수 없는 것은 당연한 것이다. 또 1964. 12. 25. 판결(64 다 1030)⁽⁴⁶⁾은

「수표가 소비대차상의 이행을 확보하기 위하여 발행된 경우에 채권자가 그 수표를 제 3자에게 양도한다 할지라도 채권자에 대한 소비대차상의 채권이 소멸한다고는 볼 수 없다. 다만 이러한 경우에 채권자가 수표를 돌려주지도 아니하고 소비대차상의 채권을 이행하라고 청구한다면 채무자로서

(43) 徐燮珪, 전계서, 343 면; Baumbach-Hefermehl, a.a.O., S. 297. Art. 89. Anm. 6.

(44) 徐燮珪, 전계서, 43~44면; 鄭熙喆, 전계서, 383면. 독일 어음법 제 89 조 1 항은 소지인의 손실(Schaden)을 그 요건으로 하고 있다.

(45) 대법원판결집, 제 11 권 1 집, 320 면 이하.

(46) 위 판결집, 제 12 권 2 집, 200 면 이하.

는 이중으로 지급을 하게 될지도 모를 위험에서 벗어나기 위하여 발행된 수표를 돌려 주기까지는 원인관계상의 채무이행을 거절할 수 있을 뿐이다. <중략> 채무자가 발행한 수표가 제시기간 내에 제시되지 않아 수표로서의 권리가 소멸된 경우에는 그 채권자로부터 원인관계상의 채권에 대한 이행청구를 받더라도 별도로 수표로 인한 청구를 받을 염려가 있다 하여 그것을 거절할 수는 없는 것이므로 이러한 지위에 있는 채무자가 그 수표 수수로 인하여 이득을 얻었다고 볼 수 없다.]

라고 하여, 채무의 이행확보를 위하여 수표를 발행한 경우 원인채권이 소멸하지 아니한 때에는 비록 수표상의 권리가 절차의 흠결로 인하여 소멸하였다 하더라도 채무자는 소비대차상의 채무를 그대로 지고 있으므로, 그 채무자는 수표의 수수로 인하여 이득을 얻었다고 볼 수 없다는 뜻을 밝히고, 어음소지인인 제 3자의 이득상환청구권을 배제하였다. 어음에 있어서는 이미 존재하는 채무의 「지급을 담보」하기 위하여 어음을 수수한 경우에는 양 채권이 병존하여 채권자는 어느 채권을 먼저 행사하느냐는 임의로 선택할 수 있다고 해석되고 있다.⁽⁴⁷⁾ 그러나 수표에 있어서는 수표가 신용증권이 아니라 「지급증권」(Zahlungspapier)⁽⁴⁸⁾이라는 속성 때문에 어음의 경우와 같이 볼 수는 없고, 따라서 수표채권이 우선한다고 보아야 할 것이다. 대법원의 판례가 「수표가 원인채무의 지급을 확보하기 위하여 발행된 경우 채권자가 원인채권을 먼저 행사할 때 채무자는 수표의 반환이 있을 때까지 그 채무의 이행을 거부할 수 있다」고 한 것은 바로 이것을 뒷받침하고 있는 것이라 할 수 있다. 그런데 이러한 경우, 즉 원인채무와 수표채무가 병존하는 경우 채권자가 수표를 제 3자에게 양도한 때에 그 수표소지인의 지위를 어떻게 인정할 것이냐가 문제이다. 이미 알고 있는 바와 같이 수표는 은행을 지급인으로 하여 발행하는 지급증권이므로 그 수표소지인은 제시기간 경과 전 또는 그 기간 경과 후라도 발행인의 지급위탁취소가 없으면 수표를 제시하여 수표자금이 있는 한 수표금의 지급을 적법하게 받을 수 있는 것이다. 그렇다면 이러한 수표소지인이 수표의 지급제시를 지체함으로써 수표상의 권리를 잃은 때에는 당연히 수표법상 이득상환청구권을 가진다고 보아야 마땅할 것이다. 우리나라의 대법원 판례의 입장은 앞에서 본 바와 같이 이득상환청구권은 원인채권에 의한 권리행사가 가능한 때에는 인정하지 않기 때문에 이 판례에서도 원인채권이 소멸하지 않았고, 따라서 원인채권에 의한 채권자의 이행청구를 받으면 그것을 이행하여야 한다는 이유로 채무자의 「이득」이 없다고 판시하고 있다. 그러나 실질관계에서 생기는 권리와 이득상환청구권이 병존한다는 입장에서 볼 때에는 채권자가 소비대차상의 채무의 이행확보를 위하여 발행한 수표를 제 3자에게 양도하였을 때에도 채권자의 소비대차상의 채권과 제 3자의 수표상의 권리(절차의 흠결로 인하여 수표상의 권리가 소멸하였을 때에는 그 제 3자의 이득상환청구권)가 병존한다고 해석하여야 할 것이므로, 채무자가 수표 발행으로 원인관계상의 채무를 이행하고 있지 않은 한 이득이 있다고 보아야 할 것이

(47) 徐燾珏, 전계서, 350 면; 鄭熙喆, 전계서, 387 면.

(48) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., SS. 360~1.

고, 따라서 그 제 3 자의 이득상환청구권을 인용하여야 할 것이다. 또 1965. 8. 31. 판결 (67다 1447)⁽⁴⁹⁾은

「원심이 수표상의 권리가 보존절차의 흠결 또는 소멸시효의 완성으로 소멸하였다 하여 수표의 이득상환청구권을 행사하기 위하여는 이에 민법상의 구제방법이 없고 발행인이 그로 인하여 이득한 사실이 있어야 한다 하였음은 정당한 견해인 바 피고에게는 이득을 한 사실이 없다는 취기로 원심의 청구를 기각하였음은 정당한 것이다」

라고 하여, 상고를 기각했다. 여기서 구체적으로 어떠한 경우에 「이득한 사실이 없다」고 인정할 것인지를 확인할 수 없어 유감이지만 채무자에게 이득이 있어야만 이득상환청구권을 행사할 수 있음을 밝힌 관례로서 소개하면서, 이러한 관례에 있어서 구체적인 사실관계가 조금이라도 알 수 있도록 판결문에 나타났으면 하는 희망을 비추고 싶다.

Ⅳ. 이득상환청구권의 행사

(1) 입증책임 이득상환청구권을 행사하기 위하여는 청구권자가 그 권리발생의 요건, 채무자가 얻은 이익의 한도 등을 입증하여야 한다. 앞에서 본 1961. 7. 31. 판결⁽⁵⁰⁾에서는 또 한걸음 나아가, 수표발행인인 은행이 소위 민모의 의뢰에 따라 동인의 당좌예금 중에서 그 자금을 인출 보관한 후 수표를 발행하였고, 그 수표가 재판관결로서 무효의 선언을 받았다거나 그 자금관계가 적법히 해제되었다는 점에 대한 하등의 주장과 입증이 없는 사건에서

「피고(발행인)가 현재까지 그 수표자금을 적법히 보유하고 있음이 추정되는 본건에 있어 원심이 원고(청구자)의 예비적 청구인 이득상환청구권에 관하여 동 이득에 관한 하등의 입증이 없다는 관사로서 이를 배척한 것은 채증법칙의 위배를 면치 못할 것이다」.

라고 판시하였다. 이 관례에서는 이른바 「자기앞 수표」에 있어서 채무자인 은행이 수표발행의 자금을 보유하고 있는 경우 채권자가 구체적으로 이득이 있다는 것을 입증할 책임이 없음을 나타내고 있다. 또 1961. 12. 21. 판결 (4294 민상 24)⁽⁵¹⁾은 1959년 10월 27일 발행한 「자기앞 수표」를 수표소지인이 종래부터 상거래가 있던 「노 모」로부터 포목대금 35만환을 영수하는 대신으로 동년 10월 31일에 받고, 차액 15만환을 거슬러 주고 신의·무과실로 이를 취득하여 동년 11월 13일에 제시하였던 바 분실신고가 있었다는 이유로 피고 은행이 지급을 거절하고, 동 수표액면 금액을 예치하고 있는 피고 은행에 대하여 수표소지인이 수표법상 또는 민법상의 모든 청구권이 상실되었다는 이유로 이득상환을 청구한 사건에서

(49) 대법원판례카야드 No. 1796.

(50) 주(25) 참조.

(51) 대법원판결집, 제 9 권, 130~1 면.

「수표소지인의 제시는 법정기간 내인 10일을 경과한 것이고, 또 거래의 통념상 이른바 일반 은행의 자기앞 수표는 현금과 동일시하여 현금과 같이 거래되므로 소지인이 취득한 본건 수표 역시 소의 노도의 상품대금의 지급이행을 확보하기 위하여 받은 것이 아니고 상품대금 지급 대신 거래되었다고 추정 못할 바 아니므로 소지인이 수표법 또는 민법상 모든 청구권이 상실되었다고 추정할 수 있다 할 것인 바 원심이 이와 반대의 견해에서 모든 청구권이 상실되었다는 입증책임을 원고에게 과하여 청구를 배척하였음은 위법이다」

라고 판시하고 있다. 즉 이 판례에서는 수표의 지급증권성에 비추어 원인채무의 이행을 위하여 현금에 갈음하여 수표를 제공한 것이고, 그 수표상의 권리가 소멸하면 특별한 사정이 없는 한 모든 권리가 소멸하므로 수표소지인이 권리의 소멸을 입증할 필요없이 이득상환청구권을 행사할 수 있다는 것으로 타당한 견해라 할 것이다.

(2) 이득상환청구권의 양도 이득상환청구권은 앞에서 본 바와 같이 어음·수표상의 권리가 아니고, 민법상의 지명채권에 속하는 것으로 보아 판례는 다음과 같이 판시하고 있다.

(가) 대판 1959. 8. 27. (4291 민상 449)⁽⁵²⁾

「수표상의 이득상환청구권은 수표상의 권리가 아니고 수표상의 권리가 시효 또는 절차의 흠결로 인하여 소멸되었을 경우에 법률로써 당시의 적법한 수표소지인에게 부여한 지명채권이므로 그 이득상환청구권의 양도는 일반 지명채권양도의 방식에 따라서 양도통지가 없으면 채무자 기타 제 3자에게 대항할 수 없다」

(나) 대판 1959. 10. 29. (4292 민상 440)⁽⁵³⁾

「이득상환청구권의 양도는 일반 채권양도절차에 의하여야 하며, 수표의 양도만으로 당연히 효력이 생기는 것은 아니다」

(다) 대판 1970. 3. 10. (69 다 1370)⁽⁵⁴⁾

「이득상환청구권은 법률의 직접 규정에 의하여 어음의 효력 소멸 당시의 소지인에게 부여된 지명채권에 속하므로 지명채권양도의 방법에 의하여 양도할 수 있는 것이고 약속어음상의 권리가 소멸된 이후에 배서양도만으로는 양도의 효력이 없다 할 것이다」

위의 판례들에서 보는 것처럼 이득상환청구권은 그 성질상, 그 양도에 있어서도 배서 등에 의하지 않고, 민법상의 지명채권 양도방법에 따라 채무자에 대한 대항요건을 갖추어야 한다(민 450 조 참조)는 뜻을 명백히 하고 있다. 우리나라 판례에 있어서는 이득상환청구권의 양도에 있어서 증권을 요하느냐에 대하여는 명백치 않으나, 그것을 요하지 않는다고 보아야 하지 않을까 생각한다.⁽⁵⁵⁾ 이에 대하여 독일에 있어서는 이득상환청구권의 행사에 있어서

(52) 법학연구소, 주석한국판례집 민사법 Ⅲ, 538 면.

(53) 주(17) 참조.

(54) 주(32) 참조.

(55) 일본의 판례의 입장(日本大判 昭和 5年 7月 4日, 大正 4年 10月 13日)과 일부 학설은 증권의

증권의 소지를 요건으로 하고 있고, (56) 이러한 견해에 있어서는 그 권리의 양도에 있어서도 어음·수표의 교부를 요구하는 것은 물론이다. 어음·수표의 분실 또는 도난의 경우 선의취득자의 보호와 이득상환청구권자의 보호 어느 것에 중점을 두느냐에 따라 문제의 해결이 달라질 수 있지 않을까 여겨진다. 따라서 이득상환청구권을 앞에서 본 바와 같이 어음·수표상의 권리의 찌꺼기 또는 꿀바꿈이라고 본다면, 이득상환청구권 발생 후의 어음은 이득상환청구권을 표창하는 유가증권이라 할 수 있고, 그 표창하는 권리의 행사 및 양도방법의 점에서는 배서금지어음에 준하여 해석할 수 있을 것이다. (57)

교부를 요하지 않는다고 한다(高窪利一, 利得償還請求權と證券の所持: 學說展望, JURIST, No. 300, 214~5 면 참조).

(56) Rehfeldt-Zöllner, a.a.O., S. 97.

(57) 鈴木・大隅, 前掲講座(5), 161면 참조.