

## 〈판례연구〉

# 手票의 偽造와 表見代理

梁 承 圭\*

大法院判決 74 다 2082, 1975. 10. 7. 〈手票金—上告棄却〉\*\*

### 〔判決要旨〕

갑이 을에게 갑 명의의 수표발행권을 부여하고 병이 을을 대신하여 그 수표를 작성하는 것을 묵시적으로나마 용인하고 그러한 수표를 결제하여 준 사실이 엿보이는 경우에 병이 이를 이용하여 갑 명의의 수표를 작성 행사한 때에는 비록 그 수표가 위조된 것이라 하더라도 갑은 선의의 수표소지인에 대하여 표현대리에 있어서와 같은 책임이 있다 할 것이다.

### 〔판결이유〕

원심이 적법히 확정된 사실에 의하면 피고가 유류판매업을 하는 그의 장남 소의 한 순환에게 피고의 인장, 명판 및 수표용지책 등을 주면서 동 소의인의 사업상 필요할 때는 비교적 신용있는 피고 명의의 수표를 발행할 권한을 동 소의인에게 부여하였고, 위 한 순환이 이를 경우에 따라 그 처인 소의 박 정혜에게 대행시켜 작성하는 것을 피고가 묵시적으로나마 용인하였으며, 그와 같이 작성된 수표들에 대하여 사후에 이르러 피고가 결제하여 준 사실이 유지되는 바, 그 기회를 이용하여 위 박 정혜가 피고 명의의 이 사건 수표를 작성 행사한 것이라면 비록 그것이 위조된 것이라 하더라도 그것이 적법히 작성된 것이라고 믿고 그 소지인이 된 원고에 대하여 피고는 표현대리에 있어서와 같이 책임이 있다고 할 것이니, 같은 취지로 판시한 원심판결은 정당하고 거기에 심리미진, 이유불비 내지 모순의 잘못이나 수표의 피위조자의 책임에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 수 없다.

원고, 피상고인 최 호진

피고, 상고인 한 격부

〈●照錄文〉 手票法 제10조, 제11조, 民法 제126조.

### 〔評 釋〕

判旨에 贊成한다.

## 一. 手票行爲와 記名捺印의 代行

手票는 權利와 證券이 가장 긴밀하게 결합된 有價證券으로서 金錢支給을 그 목적으로 하는 것이고, 手票行爲는 手票의 發行·背書·保證·支給保證으로서 어느 것이나 일정한 형식을 갖추어 手票行爲者의 記名捺印을 要件으로 하는 書面行爲를 말한다. 記名捺印은 手票

\* 서울大學校 法科大學 副教授

\*\* 法律新聞 第1134號(1975. 12. 1) 7면 所載.

行爲者가 그 명칭을 표시하고, 자기 또는 權限있는 자에 의하여 도장을 찍는 것이다. 手票行爲에 있어서 記名捺印을 요구하는 이유는 主觀的으로는 行爲者로 하여금 手票上의 責任을 부담하여야 한다는 것을 자각시키기 위하여 특히 신중한 절차를 밟도록 하고, 客觀的으로는 行爲者의 고유의 筆跡 또는 印影을 手票面에 나타내어 手票의 取得者로 하여금 手票行爲者가 누구인가를 확실히 알 수 있도록 하고, 手票의 偽造를 방지할 목적이란 데 두고 있다.<sup>(1)</sup> 그러나 記名捺印의 方法은 반드시 手票行爲者가 직접 自筆에 의하여 그 이름을 적고 捺印하여야 하는 것이 아니고 履行補助者나 他人으로 하여금 이를 代行시킬 수 있다는 점에서 그것을 요구하는 이유도 그만큼 약해지고 있다고 할 수 있다.

記名捺印의 代行人은 他人이 직접 名義人의 記名捺印으로써 手票行爲를 하는 것을 말한다. 記名捺印은 하나의 事實行爲로서 代理에 친할 수 없는 것으로 記名捺印의 代理는 本人 또는 代理人의 行爲로서도 無效라고 한다. 즉 「記名捺印의 代理는 記名捺印의 本질에 반할 뿐만 아니라 代理關係의 表示가 없으므로 本人의 手票行爲라고도 인정할 수 없어서 手票行爲의 代理도 아니고, 또 代理人의 記名捺印도 없기 때문에 本人의 手票行爲로서도 無效이고 代理人의 手票行爲로서도 無效이다. 따라서 他人이 일정 범위의 授權下에 本人의 印章을 보관하고 本人을 위하여 記名捺印하는 경우에는 本人 자신의 行爲라고 보아야 할 것이다」<sup>(2)</sup>라고 한다. 물론 手票行爲의 代理는 手票上에 本人을 위하여 하는 것을 표시하고, 代理人이 記名捺印하는 것이므로 代理人이 本人의 記名捺印으로써 手票行爲를 한 경우에는 그 代理關係가 手票面上에 나타나지 아니하여 手票行爲의 代理라는 관념으로 볼 수는 없을 것이다. 그러나 他人이 어떤 名義人의 記名捺印을 하는 것은 대개 두 가지 경우가 있는데, 하나는 他人이 本人의 意思決定과 指示에 따라 단순히 事實行爲로서의 記名捺印을 기계적으로 행하는 경우이고, 다른 하나는 他人이 本人의 일정한 授權에 따라 보관하고 있는 印章을 사용하여 本人의 記名捺印으로써 手票行爲를 하는 경우이다. 전자는 法的으로 本人의 手票行爲로서 代理關係는 성립할 수 없으나, 후자의 경우에는 실질적으로는 代理行爲와 비슷하다. 그리고 記名捺印 그 자체는 事實行爲에 지나지 않는다 하더라도 手票行爲에 있어서 行爲者가 記名捺印하는 것은 그 手票行爲의 效果를 부여하는 手票行爲者의 意思의 表示行爲(Erklärungsakt)라고 볼 수도 있을 것이므로 記名捺印이 단순한 事實行爲이기 때문에 代理에 親할 수 없다고 보는 것도 去來의 관념상 다시 생각해 볼 문제라고 여겨진다.

미국의 統一商法典(U.C.C.) 제3-403조 제1항은 「署名(Signature)은 代理人 또는 그 밖의 代表者에 의하여 행해질 수 있고, 그러한 權限은 代理에 관한 다른 경우와 마찬가지로 授與할 수 있다. 代理權의 委任은 특별한 형식을 필요로 하지 아니한다」라고 규정하여 明示

(1) 徐煥珪, 第二全訂 商法講義[下卷], 335면; 鄭熙喆, 全訂版 商法要論(下), 344면.

(2) 徐煥珪, 上同, 343면.

的이든 默示的이든 署名의 代理權을 他人에게 委任할 수 있음을 인정하고 있다.<sup>(3)</sup> 우리나라 大法院判決(63다 1070, 1964. 6. 9)은 어음行爲의 代理는 엄격한 顯名主義에 따라야 하는 것이라 하여 어음行爲에 있어서의 署名代理의 效力을 부인한 原審判決에 대하여 「어음行爲의 代理에 관한 法律解釋을 그릇한 違法이라 할 것이고」라고 判示하여 어음行爲에 있어서의 署名代理 내지는 記名捺印의 代理의 관념을 인정하고 있다.<sup>(4)</sup> 이와 같이 볼 때에 어음行爲 또는 手票行爲의 代理는 顯名主義를 취하여 代理人이 本人을 위한 것임을 표시하고 記名捺印하는 것이 원칙임을 말할 나위도 없으나, 代理人이 일정한 權限을 가지고 本人의 記名捺印에 의하여 手票行爲를 한 경우에는 代理關係의 한 類型으로 보는 것도 무리는 아닐 것이다.<sup>(5)</sup>

## 二. 手票의 偽造와 表見代理

手票의 偽造라 함은 權限없이 他人의 記名捺印을 冒用하여 手票行爲를 하는 것을 말하고, 手票行爲의 無權代理는 代理權을 가지지 아니한 者가 他人의 代理人으로서 手票行爲를 하는 것을 말한다. 즉 手票의 偽造는 手票上에 不眞正한 記名捺印을 나타내어 記名捺印에 관한 虛僞의 外觀을 造作하는 점에서 權限없는 代理人이 자신의 記名捺印에 의하여 手票行爲를 하는 無權代理와는 구별된다. 따라서 偽造는 他人이 한 記名捺印에 의하여 手票上에 本人의 意思表示가 成立하지 않는 경우이고, 無權代理는 手票上에 成立한 意思表示의 效果가 本人에게 歸屬되지 않는 경우이다.<sup>(6)</sup>

이와 같이 手票의 偽造와 手票行爲의 無權代理는 그것이 개념상 뚜렷이 구별되는 것이지만 記名捺印의 代行(代理)의 경우에 記名捺印의 代理權者가 權限없이 이를 代行한 경우에 그 法的構成이 어떠한가는 문제가 제기된다. 手票의 偽造가 權限없이 他人의 記名捺印을 冒用하여 이를 偽作한 것을 말하므로 記名捺印의 代行者가 權限없이 이를 代行한 때에는 手票의 偽造가 되고 本人의 手票行爲로서 效力이 생기지 아니한다. 그러나 가령 手票의 名義人인 甲이 他人인 乙에게 印章을 보관시키고 手票行爲를 할 수 있는 權限을 授與한 경우에 乙이 자신의 이익을 위하여 甲의 記名捺印으로써 手票行爲를 한 때에 第3者인 丙이 이를 正當한 權限에 의하여 한 것으로 믿은 때에는 被偽造者의 責任을 인정하여 善意의 去來

(3) James J. White and Robert S. Summers, *Handbook on the Law of under the Uniform Commercial Code*, 1972, p.400.

(4) 鄭熙喆, 判例教材 어음·手票法, 72면.

(5) 孫珠璜, 改訂 商法(下) 311면. 여기서는 「記名捺印의 代理도 代理人의 行爲이며, 단지 어음面에 代理人의 記名捺印이 없다는 점만이 다를 뿐이고, 그 이외는 모두 보통의 代理와 같다. 따라서 그 權限의 有無, 權限이 없더라도 相對方側에서 權限이 있는 것으로 믿을만한 正當한 理由가 있었는가 하는 등의 問題는 다 一般의 代理의 原則에 따라 결정된다」라고 하여 記名捺印의 代理를 인정하고 있다.

(6) 長谷川雄一, 手形偽造の無權代理의構成の適否(上), 手形研究 1976, No. 238, 7면.

相對方を 보호할 필요가 생긴다.

大法院判例는 「甲과 乙이 同一場所에서 同一商號 아래 점유류 판매업을 共同經營하고 있고, 銀行에 當座去來를 하면서 甲은 민번히 乙名義의 手票를 代理人으로서 發行한 사실과 乙이 甲의 去來上의 利子를 여러 차례 支給한 사실이 있을 경우에 甲이 자기가 보관하고 있던 乙의 도장을 冒用하여 임의로 約束어음을 發行한 때에도 제3자로서는 甲에게 어음發行的 權限이 있다고 믿을만한 正當한 事由가 있음을 넉넉하게 인정할 수 있다」<sup>(7)</sup> 하고, 또 「어음行爲를 함에 있어서 代理의 方式에 의하건 署名代理의 方式에 의하건 第3者가 위와 같은 方式에 의하여 어음行爲를 실지로 한 者에게 그와 같은 어음行爲를 할 수 있는 權限이 있는 것이라고 믿을만한 事由가 있고 本人에게 責任을 질만한 事由가 있는 경우에는 去來安全을 위하여 表見代理에 있어서와 같이 本人에게 責任이 있다고 보아야 한다」<sup>(8)</sup> 라고 判示하여 記名捺印의 代行的 경우에 表見代理의 法理를 適用하고 있다. 日本의 最高裁判所의 判例<sup>(9)</sup>도 他人이 權限없이 本人의 記名捺印의 代行(이른바 機關方式)에 의하여 어음을 偽造한 경우에 第3者에게 그 他人이 그러한 어음行爲를 할 수 있는 權限이 있다고 믿을만한 正當한 事由가 있을 때에는 表見代理에 관한 法理를 類推適用하여야 한다고 밝히고 있다. 그 判決要旨는 다음과 같다.

「本人으로부터 어음發行的 權限을 付與받지 아니한 他人이 어음上에 自己의 名義를 表示함이 없이 直接 本人名義의 署名 또는 記名捺印을 어음上에 나타내는 方式(이른바 機關方式)에 의하여 어음을 發行한 경우에 第3者에게 그 他人이 本人名義로 어음을 發行할 權限이 있다고 믿을만한 正當한 理由가 있을 때에는 本人은 그 他人이 한 어음發行에 대하여 그 責任을 진다고 풀이하는 것이 상당하다. 왜냐하면 위의 경우에 機關方式에 의한 어음發行은 그 形式에 있어서는 本人으로부터 어음發行的 權限을 付與받지 아니한 他人이 本人의 代理人으로서의 資格을 表示하고 스스로 署名 또는 記名捺印을 한 方式(이른바 代理方式)에 의한 어음發行과는 다르다 하더라도 이들은 어느 것이나 無權限者에 의한 本人名義의 어음發行이란 점에서는 차이는 없고, 無權限者에 의하여 이른바 代理方式에 의한 어음發行이 있는 경우에는 表見代理에 관한 規定의 適用을 肯定하여야 하는 것이므로 第3者의 信賴를 보호하고자 하는 表見代理의 制度의 趣旨에서 實質적으로 고찰하면 無權限者가 機關方式에 의하여 어음을 發行하여 本人名義의 어음을 偽造한 경우에 있어서도 위의 表見代理에 관한 規定을 類推適用하여 代理方式에 의한 어음行爲가 無權限者에 의하여 행하여진 경우와 같은 法律關係의 成立을 肯定하는 것이 상당하기 때문이다」

앞에서 본 바와 같이 手票行爲의 代理는 代理人이 代理資格을 表示하고 스스로의 記名捺印에 의할 것이 요구되지만 實際 去來界에 있어서는 他人이 일정한 授權에 의하여 本人의 記名捺印에 의하여 手票行爲를 하는 것도 手票行爲의 代理의 한 類型으로 볼 수도 있을 것이다. 그러므로 他人이 權限없이 記名捺印을 代行함으로써 手票를 偽造한 경우에 偽造者와 被偽造者와의 관계에서 偽造者에게 記名捺印의 代理權이 있다고 믿을만한 正當한 事由(民

(7) 大判 62 다 255, 1962.7.12. 鄭熙喆, 전게 判例教材, 75면.

(8) 大判 71 다 471, 1971.5.24. 鄭熙喆, 同上.

(9) 日本裁判 1068(昭和 42)年 12月 24日 民集29卷12號 2222頁

125조, 126조)가 있을 때에는 그 實質關係를 고려하여 表見代理에 관한 規定이 適用 내지는 類推適用되어야 할 것은 제3자의 信賴利益을 보호하기 위하여 당연히 요청되는 것이라 할 것이다.

### 三. 手票偽造의 追認

無權代理行爲는 本人에 의하여 追認할 수 있고, 그것을 追認하면 原則으로 行爲時에 遡及하여 그 效力이 생긴다(民132조, 133조). 그러나 手票偽造의 경우에 被偽造者는 無權代理의 경우와 같이 이를 追認할 수 있으나에 대하여는 說이 갈려 있다. 즉 多數說은 偽造된 記名捺印은 絶對적으로 無效이므로 無權代理에서와 같은 追認에 의하여 本人에 대해서 效力을 생기게 할 수 없다고 한다.<sup>(10)</sup> 民法 제139조는 「無效인 法律行爲는 追認하여도 그 效力이 생기지 아니한다. 그러나 當事者가 그 無效임을 알고 追認한 때에는 새로운 法律行爲로 본다」라고 規定하고 있는데, 追認否認說의 입장에서는 被偽造者가 偽造인 줄 알고 追認한 경우에는 그 「追認에는 遡及效가 없고 追認하였을 때 새로운 行爲를 한 것으로서의 效力이 있을 뿐이다」<sup>(11)</sup>라고 한다. 이에 대하여 少數說은 偽造의 경우에도 無權代理의 경우에 準하여 追認을 인정하여야 한다<sup>(12)</sup>고 주장한다. 無權代理와 偽造는 外形적으로는 전혀 다르다 하더라도 權限없는 者의 行爲에 의하여 本人에게 責任이 있음을 나타내는 外觀에 있어서는 실질적으로 같으며, 또 記名捺印의 代理人이 자신의 이익을 위하여 手票行爲를 함으로써 偽造가 된 경우에 表見代理關係를 인정하여야 한다는 입장에서 볼 때에는 無權代理의 경우와 마찬가지로 追認할 수 있다고 보는 것이 妥當할 것이다. 署名代理를 法律上 인정하고 있는 美國法에서는 權限없는 署名의 追認을 허용하고 있다.<sup>(13)</sup> 追認은 本人이 權限없이 한 署名을 알면서 明示的인 宣言이나 行爲에 의해서 이루어진다. *Rehrig v. Fortunak* 事件에서 펜실바니아의 法院은 「아내가 約束어음으로부터의 利益을 保有한 것은 남편에 의해서 행해진 權限없는 署名을 追認한 것이다」라고 判示하고 있다.<sup>(14)</sup> 즉 美國法에서도 權限없는 署名은 원칙적으로 名義人에 대하여 效力이 생기는 것은 아니나, 本人이 이를 追認하거나 그 權限없는 署名을 거부할 수 없는 경우에는 名義人의 責任이 인정되는 것이다.<sup>(15)</sup> 또 독일의 學說과 判例에 있어서도 「代理人이 權限없이 本人의 名義로 어음行爲를 한 경우에 無權代理의 경우(獨民 177조)와 마찬가지로 追認을 한 경우에 어음상의 責任이 있다」라

(10) 孫珠璣, 전계서, 334면; 徐燾珪, 전계서, 356면; 朴元善, 新商法(下), 500면.

(11) 孫珠璣, 上同.

(12) 鄭熙詰, 전계要論, 273면; 李範燦, 商法講義(下), 34면.

(13) U.C.C. §3-404 (2) Any unauthorized signature may be ratified. U.C.C. §1-201(43)은 權限없는 署名에는 偽造가 포함됨을 明示하고 있다.

(14) White and Summers, op. cit., p.402.

(15) See, U.C.C. §3-404(1).

고 하여 偽造의 追認을 인정하고 있다.<sup>(16)</sup>

日本の 判例은 1933年の 大審院判例에 있어서 「代理權限을 가지지 아니한 자가 直接 本人의 記名捺印으로 한 發行과 引受는 本人의 追認에 의하여 有效하게 된다」<sup>(17)</sup>라고 判示하여 그 追認을 인정하였는가 하면, 「署名의 代理 또는 記名捺印의 代行者가 權限이 없으면 어음偽造로 되어, 無權代理行爲라고 할 수는 없으므로 追認을 인정할 것은 아니다」<sup>(18)</sup>라고 判示하여 追認을 부인하고 있다. 이와 같이 日本大審院判例은 그 立場이 相反되고 있으나, 1966年の 最高裁判所の 判例은 어음偽造의 追認을 인정하고 있다.<sup>(19)</sup> 이와 같이 볼 때에 外國의 判例의 立場은 偽造의 追認을 인정하고 있는 것이 支配的이라 할 수 있다. 따라서 우리나라에서 이에 관한 判例가 아직 形成되고 있지 아니하다 하더라도 記名捺印의 代理에 의한 어음行爲와 本人의 表見代理의 責任을 인정하는 점에서 偽造의 追認을 부인할 이유는 없다고 보아야 할 것이다. 그리고 偽造手票의 경우에 被偽造者는 手票上의 責任을 지는 것은 아니나(手10조 참조), 追認을 한 경우에는 無權代理의 경우와 마찬가지로 遡及하여 그 責任을 진다고 보는 것이 옳을 것이다.

#### 四. 判決에 대한 批判

이 判決은 記名捺印을 代行하여 手票의 發行權을 他人에게 委任한 자가 그 他人의 代理人에 의한 手票發行을 용인한 경우에는 그에 의하여 發行된 手票가 비록 偽造된 경우라 하더라도 表見代理의 法理에 의하여 善意의 第三者에 대한 責任이 있음을 밝힌 것이다. 앞에서 본 바와 같이 大法院의 判例은 記名捺印의 代理에 의한 어음行爲를 인정하고, 代理人이 權限없이 記名捺印을 한 경우에도 그에게 그러한 權限이 있다고 믿을만한 正當한 事由가 있을 때에는 本人에게 表見代理의 法理에 따른 責任을 인정하고 있다. 이 判決은 바로 이러한 입장을 되풀이하여 本人의 記名捺印에 의한 手票行爲의 代理人의 代理人 즉 復代理人의 行爲에 대해서도 手票名義人은 善意의 第三者에 대한 責任이 있음을 명백히 한 것이다.

手票法에 있어서는 外觀과 眞實이 일치하지 않는 경우에 手票의 流通保護와 眞實尊重의 요청을 어떻게 조화시킬 것인가가 중심문제로 되어 있다. 그리하여 手票法은 手票의 偽造의 경우에는 被偽造者는 스스로 手票行爲를 한 것이 아니므로 物的抗辯事由로서 누구에 대해서도 手票上의 責任을 지지 아니하나 그 밖의 手票行爲者는 그에 영향을 받지 아니하고 그 責任을 지도록 하고 있다(手10조 참조). 그러므로 偽造手票의 경우에는 被偽造者는 手票

(16) Baumbach-Hofermehl, *Wechselgesetz und Scheckgesetz*, 10. Aufl., 1970, S.72 Anm.6 zu Art. 7; Hans Kapfer, *Wechselgesetz und Scheckgesetz*, 6. Aufl., 1967, S.56; Rehfeldt-Zöllner, *Wertpapierrecht*, 9. Aufl., 1970, S.47.

(17) 日本大審 1933(昭和8)年 9月28日 民一判・昭和8年(オ) 241號 民集12卷 2362面.

(18) 日本大審 1933(昭和8)年 9月28日 民一判・昭和8年(オ) 646號, 新聞 3620號 7面.

(19) 日本最高裁 1966(昭和41)年 7月11日 判例タイムズ 198號 123面.

상의 責任을 지지 아니하나, 다만 앞에서 본 바와 같이 偽造를 追認하거나 또는 偽造者가 被偽造者의 使用人이고 事務執行에 관하여 偽造한 것인 때에는 그에 대한 責任을 지게 될 뿐이다(民756조).<sup>(20)</sup> 그러나 이 判決의 事實關係에서 보는 것처럼 被偽造者가 偽造者의 남편에게 印章과 手票帖을 주어 그 手票發行權을 授與한 경우에는 被偽造者는 스스로 그러한 偽造手票의 發行에 기여한 것으로 되어 善意의 第3者에 대한 責任을 지지 않을 수 없다. 美國의 統一商法典 제3-406조는 「자기의 過失로서 證券의 중요한 變造 또는 權限없는 署名을 하는 데 실질적으로 기여한 者는 正當한 所持人(a holder in due course) . . . 에 대 變造 또는 權限의 欠缺을 抗辯으로 주장할 수 없다」라고 規定하여 權限이 없는 署名, 즉 하여 手票의 偽造에 기여한 자의 責任을 法定하고 있다.<sup>(21)</sup> 따라서 이 事件에서 本人의 記名捺印에 의한 手票行爲의 代理人의 아내가 때때로 被偽造者의 名義로 手票를 發行하여 그것의 結계가 이루어진 경우에 偽造者가 權限없이 名義人의 記名捺印에 의하여 手票를 發行한 경우에는 第3者가 偽造者에게 그 手票의 發行權限이 있다고 믿을만한 正當한 事由가 있다고 할 수 있다. 그러므로 이 判決이 外觀에 의한 信賴利益을 보호하고자 하는 表見代理의 法理에 따라 本人의 記名捺印으로써 手票行爲를 할 權限이 있다고 믿을만한 자가 偽造手票를 發行한 경우에 善意의 第3者에 대하여 그 名義人의 責任을 인정한 것은 옳다고 믿는다.

(20) 孫珠璣, 전거서, 334면.

(21) White and Summers, op. cit., p.537.