

어음抗辯의 分類와 種類

崔 基 元*

I. 서 설

어음行爲로 인하여 어음상의 의무를 지는 어음債務者인 引受人, 發行人, 背書人, 保證人, 參加引受人 등은 어음債權者들이 그들에 대하여 어음에 의하여 어음상의 청구를 하는 경우에 여러 가지 事由에 의한 抗辯으로 대항할 할 수 있다. 즉, 어음抗辯(Einrede, defence)이란 어음에 의하여 청구를 받은 자가 채권자인 어음所持人의 청구를 거절하기 위하여 주장할 수 있는 모든 事由를 말한다. 구체적으로는 訴訟에 있어서 被告가 갖는 모든 방어수단(Verteidigungsmittel)이라고 할 수 있다. 그리하여 어음債務者는 예컨대 記名捺印이 偽造되었다거나 그 어음의 발행에 있어서 詐欺나 脅迫 등에 의하여 영향을 받았거나 어음채무가 이미 履行이 되었다거나 또는 原因關係가 無效라든가 하는 抗辯을 제기할 수 있는 것이다.

債權讓渡의 일반원칙에 의하면 讓受人은 讓渡人이 갖는 권리 이상의 것을 취득할 수 없으므로 債權者는 양수인에 대하여 양도인에 대항할 수 있었던 모든 항변을 주장할 수 있는 것이다(民 451조). 그러나 不特定多數人간의 流通을 전제로 하는 어음關係에도 이러한 원칙을 관철한다면 어음이 유통되면 될수록 채무자가 대항할 수 있는 항변이 누적되어 어음所持人의 지위가 매우 불안정하게 됨으로써 어음去來의 안전을 기대할 수 없게 될 것이다. 그렇다고 해서 모든 항변이 예외없이 절단된다고 하면 어음去來에 참가한 관계자들이 불의의 손해를 보게 될 수도 있다. 그러므로 어음抗辯에 관한 문제의 해결은 어려운 문제가 아닐 수 없다. 그러나 어음법은 이 문제에 대하여 단편적인 규정만을 두고 있다. 예컨대 어음法 제10조와 특히 제17조가 이에 속한다. 그러므로 법률이 구체적으로 다루지 않은 부분에 대한 보충은 學說과 判例의 임무가 아닐 수 없다. 그러므로 어음取得者의 권리를 보호하고 어음去來의 안전을 도모하기 위하여는 어음債務者가 前者에 대하여 주장할 수 있는 抗辯 중에서 外觀에 의하여 쉽게 알 수 없는 것은 後者에 대하여 주장할 수 없도록 하여야 할 필요가 있다. 즉 抗辯制限의 근거는 權利外觀理論에서 비롯된다고 하는 것

* 서울대학교 법과대학 교수

이 通說이다.⁽¹⁾ 그 근거가 文言證券性에 있다는 少數說도 있으나,⁽²⁾ 이 설도 결국 外觀法理에서 그 근거를 찾는 것과 다름없다는 점에서 그 근거가 通說과 다른 것이라고 할 수 없다. 權利外觀理論은 어음抗辯에 관한 법률상의 공백을 메우기 위하여 형성된 法理라고 할 것이다.⁽³⁾

어음법 제17조 本文에서는 「어음에 의하여 청구를 받은 자는 發行人(換어음의 發行人을 말한다) 또는 종전의 所持人에 대한 人的 關係로 인한 抗辯으로써 所持人에게 대항하지 못한다」고 규정하고 있는데, 이것을 人的抗辯의 切斷(Unterbrechung der Einwendungen) 또는 制限(Einredenbeschränkungen)이라 한다. 즉 人的抗辯은 특정한 所持人에 대하여만 대항할 수 있고 소지인이 바뀔 때에는 대항할 수 없는 항변이다. 반면에 특정한 어음債務자가 모든 어음所持人에게 대항할 수 있는 항변을 物的抗辯(또는 절대적 항변)이라고 한다. 物的抗辯은 人的抗辯의 경우와 달리 背書人으로부터 被背書人에게 承繼되는데 어떠한 항변이 人的抗辯이고 物的抗辯인가에 대하여는 법에 정함이 없으므로 學說과 判例를 중심으로 그 한계를 정할 수밖에 없다.

II. 어음抗辯의 分類

1. 總 說

종래에는 어음抗辯을 物的抗辯과 人的抗辯으로 대별하였다. 그런데 1970년 이후 獨逸에서는 權利外觀說에 입각하여 새로운 분류방법이 대두되어 獨逸聯邦法院도 이를 따르고 있으며 支配說로 인정이 되고 있다. 즉 예컨대 交付契約欠缺의 抗辯이나 意思表示의 瑕疵에 의한 無效·取消의 抗辯은 權利外觀說에 의하면 善意의 어음取得者에게는 대항할 수 없고, 역시 權利外觀說을 배경으로 한 어음법 제16조 2항 但書나 제10조 但書의 경우와 같이 惡意 또는 重大한 過失이 있는 어음取得者에게 대항할 수 있는 것이라고 하여 종래에 이러한 항변을 人的抗辯에 포함시켜 어음법 제17조에 의하여 害意가 있는 어음取得者에게만 대항할 수 있다고 한 것은 부당하다고 한다. 왜냐하면 이러한 抗辯은 人的抗辯과 다르기 때문이라는 것이다.⁽⁴⁾

2. 獨逸에서의 어음抗辯의 分類

(1) 카나리스(Canaris)의 分類

이에 의하면 어음抗辯을 크게 切斷不能抗辯(nichtausschließfähige Einwendungen)과 切

(1) 鄭熙喆, 商法學(下), 252~253면; 孫珠瓚, 商法(下), 119면; 鄭東潤, 어음·手票法, 187면; 鄭燦亨, 어음·手票法, 567면.

(2) 徐墩珏, 商法講義(下), 101면.

(3) Canaris, Einwendungsausschluss im Wertpapierrecht, *Jus*(1971), 443 ff.

(4) Canaris, *Jus*(1971), 443 f.

斷可能抗辯(ausschlußfähige Einwendungen)으로 구분하고, 前者에는 直接的 抗辯(unmittelbare Einwendungen)과 內容상의 抗辯(inhaltliche Einwendungen), 그리고 歸責可能性 抗辯(Zurechenbarkeitseinwendungen)이 있다고 하며, 後者에는 有效性抗辯(Gültigkeitseinwendungen)과 人的抗辯(persönliche Einwendungen)이 있다고 한다. 그리고 Canaris 교수는 多數說⁽⁵⁾과 같았던 종래의 입장⁽⁶⁾을 변경하여 融通의 合意(Gefälligkeitsabrede)는 人的抗辯에 속하지 않는다고 보고 별도로 분류하여 切斷不要의 抗辯(nichtausschlußbedürftige Einwendungen)이라고 한다.⁽⁷⁾

1) 排除不能抗辯

(가) 直接的 抗辯

이는 善意·惡意를 불문하고 누구에게나 대항할 수 있는 抗辯으로서 첫째로 어음의 고유한 讓渡行爲가 없는 때로서 예컨대 非어음法的인 方法에 의한 취득의 경우(相續·指名 債權讓渡 등)에는 抗辯이 절단되지 않는다고 한다. 이러한 경우에는 抗辯切斷이 인정되는 보호의 가치가 있는 취득행위가 없기 때문이라고 한다. 둘째로 어음의 讓渡人과 取得者가 경제적으로 동일체인 때로서 예컨대 有限會社와 會社의 유일한 社員간에 어음의 이전이 있는 경우에는 抗辯이 절단되지 않는다고 한다.⁽⁸⁾ 왜냐하면 이 경우에는 진정한 去來行爲(Verkehrsgeschäft)가 존재하지 않기 때문이라고 한다. 그리고 단순한 授權의 信託背書의 경우에는 抗辯의 切斷이 인정되지 않는다. 어음의 권리자는 背書人이기 때문이라고 한다.

(나) 內容上 또는 證券上의 抗辯

이에 속하는 항변은 어음상의 기재에 의하여 명백하게 알 수 있는 항변으로서 抗辯切斷의 근거가 되는 객관적인 외관이 존재하지 않는 경우를 말한다. 예컨대 어음발행인의 引受無擔保(어 9조 2항 전단)의 抗辯·無擔保背書(어 15조 1항)의 抗辯 등과 같이 어음상으로 명백한 항변이 이에 해당한다고 할 수 있다. 그러나 어음상 기재가 되었다더라도 어음법에 의하여 그 효력이 생기지 않는 換어음發行人의 支給無擔保의 記載(어 9조 2항 후단)나 條件附背書의 記載(어 12조 1항 후단)와 같은 無益的 記載事項의 경우는 그 기재로 대항할 수 없다. 그러나 溯求權의 喪失이나 時效消滅과 같이 어음상 간접적으로 알 수 있는 항변은 내용상의 항변에 포함된다고 한다. 그러나 내용상의 항변중에서 가장 중요한 것은 어음법 제1조에 위반하는 形式不備의 抗辯이라고 할 수 있다. 이 경우에는 客觀的인 外觀的 要件의 欠缺로 善意者의 보호는 문제가 되지 않는다고 한다.

(5) Baumbach-Hefermehl, § 17, Rdn. 70; Zöllner, *Jus*(1971), 443f.

(6) Canaris, obig, S. 446.

(7) Hueck-Canaris, S. 107.

(8) Marschall von Bieberstein, *JZ*(1965), 403ff; 반대설로는 Wilhelm, *Rechtsform- und Haftung bei der juristische Person*(1981), S. 274 ff.

(다) 歸責性抗辯

카나리스는 위 (가), (나) 외에 누구에게나 대항할 수 있는 항변으로 귀책성항변이 있다고 한다. 이것은 어음채무가 존재하는 것과 같은 外觀은 존재하지만 그에 대한 歸責事由가 존재하지 않는 경우로서 絶對強迫의 항변, 無能力의 항변, 無權代理의 항변, 偽造의 항변 등이 여기에 속한다고 한다. 이는 다시 말하면 權利外觀法理에 의한 歸責事由不存在의 항변이라고 할 수 있다. 왜냐하면 이러한 경우는 歸責能力(Zurechnungsfähigkeit)이 없기 때문이다. 또한 어음內容 變造의 경우는 歸責性抗辯에 의한 대항이 가능하다고 한다. 變造 전의 署名者는 外觀을 야기하였다고 할 수는 있으나 變造의 경우 원칙적으로 변조의 위험은 근본적으로 서명자의 지배영역 외에 존재하므로 변조에 대하여 귀책사유가 인정된다고 할 수 없기 때문이다.

2) 排除可能抗辯

排除不能抗辯 이외의 모든 항변은 切斷이 가능한 것으로서 惡意 또는 害意가 없는 어음取得者에 대하여는 대항할 수 없는 것이라고 한다. 이에는 有效性抗辯과 人的抗辯이 있다. 前者는 어음청구권 그 자체가 無效이지만 어음상의 채무자가 유효한 어음청구권이 존재하는 듯한 外觀을 야기한 데 대하여 歸責事由가 있는 때에 인정되는 항변이고, 後者는 어음의 原因關係나 特約에 의한 항변이라고 할 수 있다. 前者는 어음법 제10조의 但書와 제16조 2항 但書의 경우와 같이 惡意 또는 重大한 過失이 있는 어음取得者에게만 대항할 수 있는 것이고, 後者는 어음法 제17조 단서에 의하여 當事者간과 債務者를 해할 것을 알고 어음을 취득한 자에게만 대항할 수 있는 항변인 것이다.

(가) 有效性抗辯

Canaris는 多數說의 입장과 달리 유효성항변은 切斷不能의 항변인 歸責性抗辯과 명백하게 다르다고 한다. 이는 그 법률행위의 차이점에서 분명하고, 그 구성요건면에서도 다르다고 한다. 즉 유효성항변은 배제 가능한 항변이고 귀책성항변은 절단불능의 항변이라는 것이다. 귀책성항변에 있어서는 어음서명의 실질적 행위를 통한 外觀의 야기에 대한 책임의 흠결이 문제가 되는 데 비하여, 반대로 유효성항변에서는 어음채권과 그 근거가 되는 법률행위의 효력이 문제가 된다고 한다. 그리하여 유효성항변이란 어음채무의 효력에 관계가 있는 항변만을 말하고, 외관의 야기에 대하여 책임이 인정되는 때에는 그러한 항변으로 善意取得者에 대하여 대항할 수 없고 이 경우에 善意의 척도는 어음법 제10조와 제16조 2항을 유추하여 판단할 문제이므로 어음法 제17조의 경우와 달리 이미 중대한 과실이 있는 때에는 그 대항이 가능하다고 한다.

이에 속하는 항변은 交付契約의 欠缺과 無效의 抗辯으로서 이러한 경우는 契約說에 의하면 유효한 어음行爲의 성립을 인정할 수 없게 된다. 또한 意思表示의 瑕疵와 法令과 良俗違反의 抗辯도 이에 속한다고 한다.

(나) 人的抗辯

이는 어음법 제17조에 의하여 채무자를 해할 것을 알고 취득한 경우가 아니면 대항할 수 없는 항변이라고 한다. 이에는 原因關係의 欠缺, 無效, 消滅과 어음債務者와 어음債權者간의 特約 등이 있다고 한다.

(다) 排除不要의 抗辯

카나리스는 융통합의(Gefälligkeitseinwand)의 항변을 人的抗辯에 포함시켰던 종래의 입장⁽⁹⁾을 변경하여 이를 人的抗辯에서 분리하여 배제불요의 항변이라고 한다. 즉 融通어음의 취득자는 融通合意에 대한 善意·惡意를 불문하고 融通어음行爲者에 대하여 어음금의 지급을 청구할 수 있고 어음법 제17조는 적용되지 않는다고 한다. 왜냐하면 融通을 위한 어음行爲는 어음의 유통을 가능하게 하고 그 어음取得者에 대한 책임을 지기 위한 것이라고 할 수 있기 때문이다.⁽¹⁰⁾ 즉 融通어음의 취득자는 融通者와 被融通者 사이의 항변에도 불구하고 어음의 처분에 의한 換價를 할 수 있다고 한다. 그리하여 융통어음의 경우와 마찬가지로 支給延期の 抗辯(Prolongationseinwand)이 있는 경우에도 어음所持人은 어음을 할인할 수 있는 때에는 어음을 할인하여 준 자에 대하여 支給延期の 抗辯으로 대항할 수 없다고 한다.

(2) 쥘르너(Zöllner)의 分類

이에 의하면 어음抗辯을 效力과 實質的 要件에 따라 양면으로 분류한다.

1) 效力에 의한 分類

첫째로 그 효력에 따라 ① 排除不能의 抗辯(Nichtpräklusionsfähige Einwendungen) 또는 絶對的 抗辯(absolute Einwendungen)과, ② 排除可能한 抗辯(Präklusionsfähige Einwendungen)으로 구분하면서, 前者에 속하는 항변은 모든 어음所持人에게 대항할 수 있는 항변이고 後者에는 어음取得者가 惡意인 경우에 대항할 수 있는 항변과 어음取得者에게 害意가 있는 경우에 대항할 수 있는 항변이 있다고 한다. 예컨대 지급인이 발행인을 위하여 好意(Gefälligkeit)로 어음을 인수한 경우 지급인은 발행인에 대하여는 好意의 抗辯으로 대항할 수 있으나 다른 어음取得者에 대하여는 그들이 好意引受에 대하여 善意·惡意인가를 불문하고 대항할 수 없는 것을 말한다고 한다.

2) 實質的 要件에 의한 分類

둘째로 어음抗辯을 실질적 요건에 따라 ① 證券的 抗辯(Urkundliche Einwendungen)과 ② 非證券的인 效力에 관한 抗辯(Nichturkundliche Gültigkeitseinwendungen), 그리고 ③ 人的抗辯(persönliche Einwendungen)으로 분류하고 있다. ①의 항변은 證券上의 內容에 의한 항변으로서 예컨대 形式不備나 無擔保背書 등의 항변을 말하는데 이러한 항변은 어

(9) Canaris, *Jus*(1971), 446.

(10) RG 117, 76; Hueck-Canaris, S. 107.

떠한 어음所持人에게도 대항할 수 있는 것으로서 결코 배제할 수 없는 絶對的 抗辯이라고 한다. ②에 속하는 항변은 證券상으로는 알 수 없는 어음채무의 효력(Gültigkeit der wechselrechtlichen Verpflichtung)에 관한 항변이라고 한다. 이에 偽造의 抗辯과 같이 절대적인 것과 惡意의 취득자에게만 대항할 수 있고 善意의 債權者에게 背書함으로써 절단되는 것이 있다고 한다. ③의 人的抗辯은 다만 債務者와 債權者 사이에 어음외의 관계에 기한 항변이라고 하고 이는 抽象的 어음債務의 효력(Gültigkeit der abstrakten Verpflichtung)에는 영향을 미치지 않는 것이라고 한다. 人的抗辯은 원칙적으로 배제 가능한 것이고 어음법 제17조에 의하여 그 대항여부가 결정되는 準相對的 抗辯(quasi-relative Einwendungen)이라고 한다. 여기에 속하는 전형적인 경우는 原因關係에 의한 抗辯이다. 이밖에도 人的抗辯에는 예외적으로 항상 排除可能한 嚴格相對的 效力이 있는 人的抗辯으로서 融通어음의 항변이 포함된다고 한다.⁽¹¹⁾

(3) 헤퍼멜(Hefermehl)의 分類⁽¹²⁾

Hefermehl은 實定法을 근거로 하여 어음抗辯을 분류하고 있다. 즉 所持人出給式社債의 발행인의 항변에 관하여 獨逸民法 제756조에서 「發行人은 社債의 所持人에 대하여는 발행의 효력(Gültigkeit der Ausstellung)에 관한 항변이나 證券상으로 알 수 있는(aus der Urkunde ergeben) 항변 또는 발행인이 소지인에 대하여 갖는 직접적인(unmittelbar) 항변만으로 대항할 수 있다」는 규정과 商法 제364조에서도 「證券상의 債務者는 證券의 正當한 占有者에 대하여는 證券상의 表示의 效力(Gültigkeit seiner Erklärung)의 항변이나 證券의 내용에 의하여(aus dem Inhalte der Urkunde) 알 수 있는 항변 또는 占有者에 대한 직접적인 항변만으로 대항할 수 있다」고 한 규정에 의하여 분류한 것이라고 할 수 있다. 그리하여 Hefermehl은 어음抗辯을 ① 證券의 內容상의 抗辯(Einwendungen aus dem Inhalt der Urkunde)과, ② 어음債務者가 특정한 어음所持人과의 직접적인 관계로 인한 抗辯(Einwendungen, die auf den unmittelbaren Beziehungen des Wechselschuldners zu einem bestimmten Wechselinhaber beruhen), ③ 어음채무의 客觀的인 存在에 관한 抗辯(Einwendungen, die den objektiven Bestand der Wechselverpflichtung betreffen)으로 분류하고 있다.

①에 속하는 항변은 證券상 또는 증권의 內容상의 항변으로서 모든 어음所持人에게 대항할 수 있는 항변이라고 한다. 이 경우는 신뢰를 보호할 필요가 없는 때로서 거래의 안전을 고려할 필요가 없다고 하며, 이는 그 성질과 효과에 비추어 物的(dingliche) 또는 絶對的(absolute) 항변이라고 한다. ②에 속하는 항변은 人的(persönliche) 또는 相對的(relative) 항변으로서 어음은 제3취득자에 대하여는 그가 채무자를 해할 것을 알고 취득

(11) Zöllner, S. 132.

(12) Baumbach-Hefermehl, § 17, Rdn. 4.

한 경우가 아닌 한 대항할 수 없는 항변이라고 한다(어 17조). ③에 속하는 항변은 效力의 抗辯(Gültigkeitseinwendungen)이라고 한다. 이는 權利外觀理論에 의하여 대항여부가 좌우되는 항변이라고 하는데, 이 점에서 앞서 본 ①, ②에 속하는 항변과 구별된다고 한다. Hefermehl은 Canaris에 의하면⁽¹³⁾ 절단가능한 항변만을 효력적 항변이라고 하고 切斷不能의 효력에 관한 항변은 歸責性抗辯(Zurechenbarkeitseinwendungen)이라고 하는데 이러한 특별한 효력은 필요성이 없다고 한다.⁽¹⁴⁾

(4) 브록스(Brox)의 分類⁽¹⁵⁾

이는 Zöllner의 實質的 要件에 따르는 분류와 동일한 입장으로서 어음抗辯을 ① 證券상의 抗辯(Urkundliche Einwendungen)과 ② 非證券的인 效力에 관한 抗辯(Nichturkundliche Gültigkeitseinwendungen), 그리고 ③ 人的抗辯(persönliche Einwendungen)으로 분류한다. ①에 속하는 항변은 어음상으로 알 수 있는 항변으로서 예컨대 어음상으로 명료한 一部支給의 抗辯이 이에 속한다고 하며 이러한 경우는 어음所持人이 신뢰할 수 없는 外觀이 존재하지 않으므로 모든 어음所持人에 대하여 대항할 수 있는 것이라고 할 수 있다. ②에 속하는 항변은 어음상으로는 알 수 없는 어음債務의 效力에 관한 抗辯으로서 偽造, 無能力, 交付契約의 欠缺 등의 항변이 여기에 속한다고 한다. 이러한 항변은 어음債務者로부터 직접 어음을 취득한 최초의 어음取得者에 대하여만 대항할 수 있는 항변이라고 한다. 왜냐하면 法律行爲의 無效에 대한 위험은 항상 당사자들이 부담하여야 되기 때문이다. 그러므로 제3자에 대하여 效力의 抗辯으로 대항할 수 있는가의 문제는 權利外觀에 의한 責任理論에 의하여 좌우된다고 한다. 어음債務의 署名이 偽造된 때에는 被偽造者는 外觀을 야기한 바 없으므로 누구에 대하여도 위조의 항변으로 대항할 수 있고, 無能力者가 어음債務者로서 어음에 署名을 한 때에는 外觀을 야기하였으나 無能力으로 인하여 歸責事由가 존재하지 않으므로 無能力의 항변으로 대항할 수 있는 것이다. 어음債務者가 어음에 서명을 하였으나 교부를 하지 않은 때에는 제3취득자가 外觀을 신뢰한 때에 그가 야기한 外觀에 의하여 책임을 진다. 交付契約欠缺의 항변은 제3자가 교부계약의 흠결을 알았거나 重大한 過失로 인하여 알지 못하였다는 것을 立證할 수 있는 때에 제3취득자에 대하여 대항할 수 있다고 한다. ③에 속하는 人的抗辯은 예컨대 어음교부의 原因關係인 賣買契約의 取消과 같은 것으로 어음債務者는 어음法 제17조에 의하여 賣買契約의 상대방인 최초의 어음取得者에 대하여 대항할 수 있으나 그 이후에 어음取得者에 대하여는 어음債務者를 해할 것을 알고 취득할 때에 대항이 가능한 것이라고 한다.⁽¹⁶⁾

(13) Baumbach-Hefermehl, § 17, Rdn. 13.

(14) Zöllner, S. 132.

(15) Brox, 11 Aufl., S. 342 ff.

(16) Brox, S. 343.

3. 우리나라에서의 어음抗辯의 分類

종래에 어음抗辯은 주로 物的抗辯과 人的抗辯으로 분류하여 前者는 請求者를 구별함이 없이 被請求者가 누구에게나 대항할 수 있는 항변이고, 後者는 청구자와 피청구자 사이의 原因關係나 特約에 의한 항변으로서 그 청구자에 대해서만 대항할 수 있는 항변이라 하였고 오늘날도 이러한 分類方法은 多數를 점하고 있다.

최근에 우리나라에서도 權利外觀說을 근거로 한 獨逸學說의 추세에 따라 분류하는 입장이 유력한 설로 대두되고 있다. 즉 앞서 본 쾰르너와 브록스의 分類方法에 의거하여 어음抗辯을 ① 證券상의 抗辯과, ② 非證券상의 抗辯, 그리고 ③ 人的抗辯으로 분류하는 설이 있는가 하면, 카나리스의 分類方法에 따라 ① 證券상의 抗辯, ② 歸責可能性에 관한 抗辯, ③ 어음債務의 有效性에 관한 抗辯, ④ 人的抗辯, ⑤ 排除不要의 抗辯으로 분류하는 설이 있는데,⁽¹⁷⁾ 이 설은 카나리스와 달리 소위 직접적 항변은 제외시키고 있다. 또한 소위 有效性의 抗辯을 어음법 제17조의 적용을 받지 않는 人的抗辯이라고 보는 설도 있다.⁽¹⁸⁾ 생각컨대 카나리스의 분류는 그 기준이 동일함을 전제로 너무 세분화한 것으로 보이고, 유효성의 항변을 人的抗辯에 포함시켜서 구별을 하면 權利外觀說을 전제로 하는 有效性의 抗辯에 관한 이해를 분명하게 할 수 없게 될 것으로 생각된다. 하여튼 유효성의 항변이론을 긍정하는 한 그것을 어떻게 분류하느냐 하는 문제는 그 적용의 효과를 달리하는 것은 아니라고 본다. 저자의 종래의 분류방법에 대하여는 그 이해에 있어서 다소 혼란을 야기시킬 우려가 있다고 사료되어 다음과 같이 수정하여 분류하고자 한다. 어음抗辯은 쾰르너와 브록스의 分類方法에 따라 ① 證券상의 記載에 의한 抗辯(urkundliche Einwendungen, Inhaltseinwendungen), ② 非證券의인 어음의 效力에 관한 抗辯: 이것은 어음에 기재되지 않은 어음의 효력과 관계가 있는 항변으로서 여기에는 獨逸의 歸責性抗辯에 속하는 것으로 어음에 기재되지 않은 效力에 관한 絶對的 抗辯과, 有效性抗辯에 속하는 것으로 惡意 또는 重大한 過失이 있는 어음取得者에게만 대항할 수 있는 效力에 관한 抗辯을 포함한다고 본다. ③ 人的抗辯으로 분류하고자 한다.⁽¹⁹⁾

Ⅲ. 어음抗辯의 種類

1. 證券상의 記載에 의한 抗辯(urkundliche Einwendungen, Inhaltseinwendungen)

이것은 어음상의 記載에 의하여 알 수 있는 항변으로서 어떠한 어음所持人에게도 대항할 수 있는 絶對的인 抗辯이다. 이러한 항변을 종래에는 物的抗辯이라고 하였고 현재에도

(17) 鄭熙喆, 前掲書, 255면 이하.

(18) 鄭東潤, 前掲書, 192면 이하.

(19) 同旨: 鄭熙喆, 前掲書, 255면 이하 참조.

이러한 용어가 사용되고 있다. 이러한 항변은 어음法 제17조나 權利外觀論에 의하더라도 배제의 대상이 되지 않는다. 왜냐하면 이러한 항변은 어음상 알 수 있는 것이므로 當事者의 信賴保護를 고려할 필요가 없기 때문이다. 그러므로 어음取得者의 善意·惡意와 관계 없이 어음債務者의 대항이 가능한 항변이다. 그러나 어음상의 기재라도 어음法에 의하여 효력이 생기지 않는 換어음發行人의 支給無擔保의 記載(어 9조 2항 후단)나 條件附背書의 記載(어 12조 1항 후단)와 같은 無益的 記載事項의 경우는 그 기재로 대항할 수 있다. 또한 遡求權의 상실이나 時效消滅과 같이 어음상 간접적으로 알 수 있는 抗辯도 證券상의 항변에 포함된다고 할 것이다.

① 어음의 形式不備(어 2조 1항, 76조 1항)의 항변, ② 形式的 資格의 欠缺(背書의 不連續)에 대한 항변, ③ 權利保全節次欠缺의 抗辯(어 53조 44조, 77조 1항 4호), ④ 有害的 記載事項의 기재에 의한 抗辯, ⑤ 어음상으로 명료한 一部支給의 抗辯(어 39조 3항, 77조 1항 3호), ⑥ 어음상으로 명료한 支給畢의 抗辯(어 39조 3항, 77조 1항 3호), ⑦ 滿期未到來의 抗辯, ⑧ 어음상으로 명료한 相計의 抗辯, ⑨ 어음상으로 명백한 債務免除의 抗辯, ⑩ 無擔保背書의 抗辯(어 15조 1항, 77조 1항 1호), ⑪ 引受無擔保의 抗辯(어 9조 2항), ⑫ 背書禁止어음이라는 抗辯(어 11조 2항, 77조 1항 1호), ⑬ 背書禁止背書의 抗辯(어 15조 2항, 77조 1항 1호), ⑭ 時效에 의한 債務消滅의 抗辯(어 70조) 등이 여기에 속한다.

2. 非證券的인 效力에 관한 抗辯

이것은 어음상으로는 알 수 없는 어음의 效力에 관한 抗辯으로서 여기에 속하는 항변은 다시 모든 어음所持人에게 대항할 수 있는 항변(絶對的 抗辯)과 惡意 또는 重大한 過失이 있는 어음所持人에게만 대항할 수 있고 善意의 어음所持人(어 10조, 16조 2항)에게는 外觀에 대한 책임에 의하여 대항할 수 없는 항변(相對的 抗辯)이 있다. 前者를 排除不能의 抗辯(ausschlußunfähige Einwendungen), 後者를 排除可能한 抗辯(ausschlußfähige Einwendungen)이라고도 한다.

(1) 絶對的 抗辯

이것은 獨逸에서 말하는 歸責性抗辯(Zurechenbarkeitseinwendungen)에 속하는 것이라고 할 수 있다. 즉 어음行爲를 한 바 없거나 하였더라도 物理的 強制에 의한 때에는 外觀의 야기에 대한 歸責事由가 존재하지 않으므로 어떠한 어음所持人에 대하여도 대항할 수 있는 항변이라고 할 것이다.

1) 偽造의 抗辯(어 7조)

어음偽造란 記名捺印을 偽作한 경우로서 被偽造者는 意思表示의 外觀을 야기한 바 없으

므로 어음채무자(被偽造者)는 어떠한 어음所持人에 대해서도 偽造의 항변으로 대항할 수 있다.⁽²⁰⁾ 어음法 제7조에 의하면 偽造의 記名捺印이 있는 경우에 被偽造者는 어음상의 채무를 부담하지 않는다는 것이 분명하고 이는 善意의 어음取得者에 대하여도 같다 할 것이다. 그러나 오스트리아의 判例에는 「어음이 자기의 名義로 자기의 意思에 의하지 않고 署名이 되어 발행된 것을 안 자는 제3자가 그와 같은 어음行爲가 존재한다는 것에 의하여 損害를 보게 될 수 있는 경우에는 그 분명한 外觀을 제거하여야 할 의무가 있으며 이러한 행위를 하지 않은 때에는 署名이 그의 同意에 의하여 이루어진 경우와 마찬가지로 취급한다」고 한 것이 있다.⁽²¹⁾ 그런데 獨逸의 判例에는 學說⁽²²⁾과는 달리 變造의 抗辯도 排除不能의 抗辯, 즉 絶對的 抗辯에 속한다고 한다.⁽²³⁾ 그러나 이는 排除可能한 抗辯, 즉 다음에 설명하는 相對的 抗辯에 속한다고 보아야 할 것이다.

2) 無權代理의 抗辯(어 8조)

어음의 作成과 交付가 無權代理人에 의한 때에는 偽造의 경우와 마찬가지로 表見代理가 성립되지 않는 한 어음채무부담을 위한 外觀을 야기한 바 없으므로 본인은 어떠한 所持人에 대하여도 대항할 수 있다.

3) 絶對強迫의 抗辯

어음의 作成과 交付가 暴行·脅迫 등 物理的인 強迫에 의한 때에는 거래의 안전보다 記名捺印者의 보호가 우선되어야 할 것이므로 偽造의 경우와 마찬가지로 어음債務者는 어떠한 어음所持人에게도 대항할 수 있어야 할 것이다.⁽²⁴⁾ 그리하여 어음引受의 記名捺印이 引受人의 의사로 결정할 수 있는 재량이 완전히 배제된 상태에서 직접적인 물리적 폭력을 통해 강제된 때에는 인수의 효력뿐만 아니라 그로 인한 어음채무도 성립하지 않는다. 이러한 경우의 絶對的 抗辯은 引受人은 어떠한 어음所持人에 대해서도 대항할 수 있다. 즉 이 경우에는 어음상의 권리의 善意取得이 불가능한 것이다. 왜냐하면 記名捺印을 통해서 야기한 外觀이라도 채무자에게는 그러한 상태에서는 책임을 질 사유가 있다고 할 수 없기 때문이다. 즉 이 경우는 去來의 安全보다 어음債務者의 보호가 우선한다고 할 수 있다. 즉 偽造者나 無權代理人의 記名捺印이 있는 경우와 같다고 할 것이다. 그러나 예컨대 종전에 인수의 거절로 인하여 구타를 당한 引受人이 그 전의 행위로 보아 재차 구타당할 위험을 피하기 위하여 記名捺印을 한 경우에는 引受가 처음부터 無效가 아니라 다만 取消할 수 있을 뿐이다.⁽²⁵⁾ 즉 이는 다음에 나오는 相對的 抗辯에 속한다고 할 수 있다.

(20) 大判 1993. 8. 24, 93 다 4151.

(21) OGH JBl, 1954, 515.

(22) Baumbach-Hefermehl, § 69, Rdn. 11; Canaris, JZ 87, 543.

(23) BGH 47, 95; BGH WM 1986, 902.

(24) BGH WM, 1975, 1002; Zöllner, S. 127.

(25) BGH WM, 1975, 1002.

4) 無能力의 抗辯(어 7조)

無能力者가 어음을 作成·交付한 때에는 어음채무가 성립하고 있는 것과 같은 外觀이 존재하지만, 無能力者에게는 그로 인한 책임을 지을 수 없고 무능력자의 보호는 다른 어떠한 보호규정보다 우선하여야 하기 때문에 어음行爲의 取消에 의하여 어떠한 所持人에게도 대항할 수 있다. 그리하여 어음법 제7조에서는 「어음채무를 부담할 능력이 없는 자」는 기명날인을 하였더라도 어음상의 의무를 부담시킬 수 없다는 것을 분명히 하고 있으며 이는 어음의 善意取得에 대하여도 같다.

(2) 相對的 抗辯

이것은 獨逸에서 말하는 有效性抗辯(Gültigkeitseinwendungen)에 속하는 것이다. 즉 어음청구권의 有效性에 관한 항변인 것이다. 이것은 어음所持人이 抗辯의 존재를 알았거나 이를 重大한 過失로 인하여 알지 못한 때에는 이러한 어음所持人은 보호할 가치가 없으므로 어음債務者는 항변에 의한 대항이 가능하지만, 어음채무가 존재하는 듯한 外觀을 야기한 데 대하여 어음債務者에게 책임이 있고 어음所持人이 그것을 신뢰하고 善意로 重大한 過失 없이 취득한 때에는 대항할 수 없는 항변이다.⁽²⁶⁾

1) 占有喪失(交付契約의 欠缺)의 抗辯

어음의 盜難·紛失 기타의 事由로 어음債務者가 점유를 상실한 때에는 交付契約이 존재하지 않으므로 어음상의 채무가 성립하지 않지만, 어음債務者가 어음의 작성을 통하여 유효한 어음채무가 존재하는 듯한 外觀을 야기한 데 대하여 책임이 있는 때에는 교부계약의 흠결로 善意取得者인 어음所持人에 대항하지 못한다.⁽²⁷⁾ 그런데 종래에는 善意取得者에 대하여도 절대적 항변이 가능하다는 설도 있었다.⁽²⁸⁾ 즉 交付契約欠缺의 항변은 어음債務者로부터 어음을 직접 취득한 자에 대하여는 어음채무의 不存在나 그 消滅로써 대항할 수 있으나 어음債務者가 외관의 야기에 대하여 책임이 있는 때에는 어음의 善意取得者에 대하여 대항할 수 없는 항변이라고 할 수 있다. 이 경우에 어음교부의 外觀과 그로 인한 유효한 어음채무의 발생은 어음 또는 白地어음에 署名함으로써 야기하였다고 할 것이다. 왜냐하면 거래의 안전이 채무자의 보호보다 우선되어야 하기 때문이다. 그러나 外觀을 야기하였다는 사실만으로 善意取得者에 대한 항변이 배제되는 것이 아니라, 그 외관을 어음債務者가 책임 있는 사유로 야기한 때에만 항변의 배제가 가능하다. 이 경우에 항변의 배제에 의하여 보호되는 취득자는 어음채무가 유효하게 존재한다는 것을 善意로 신뢰한 자를 말한다. 이 경우에 善意取得者는 어음法 제10조, 제16조 2항에 따라 惡意 또는 重大한 過

(26) BGH NJW, 1973, 283; BGH WM, 1975, 1002; BGH WM, 1978, 83; Baumbach-Hefermehl, § 17, Rdn. 9; Hueck-Canaris, S. 113; Liesecke, WM, 1971, 366/367; Hefermehl, ZHR, 1980, 144, 34/46.

(27) Baumbach-Hefermehl, § 17, Rdn. 41; Hueck-Canaris, S. 113.

(28) Stranz, § 17, Anm. 13.

失 없이 어음을 취득한 자를 말하고 善意는 어음의 取得시에 존재하면 된다.

2) 錯誤·詐欺·強迫의 抗辯

어음의 交付가 錯誤·詐欺·強迫에 의한 때에는 이를 취소할 수 있으나(民 109조 1항, 110조 1항), 善意의 어음取得者에게 대하여는 이러한 항변으로 대항할 수 없다. 즉 權利外 觀說에 따라 책임을 진다.⁽²⁹⁾ 이를 人的抗辯으로 분류하는 설도 있다.⁽³⁰⁾ 또한 日本의 判例에도 「어음금액에 착오가 있는 背書에 있어서 어음의 배서는 背書인이 어음이라는 것을 인식하고 그 背書人欄에 署名 또는 記名捺印한 이상 배서로서는 유효하게 성립되는 것으로 배서인은 錯誤 기타 사정에 의하여 어음채무부담의 구체적인 의사가 없었던 경우에도 어음의 기재내용에 따르는 償還義務의 부담을 면할 수 없는 것이지만 어음채무부담의 의사가 없다는 것을 알고 어음을 취득한 惡意의 取得者에 대한 관계에 있어서는 배서인은 人的抗辯으로써 償還義務의 이행을 거절할 수 있다」고 한 것이 있다.⁽³¹⁾

獨逸에서도 1968년까지만 하여도 獨逸聯邦法院은 錯誤나 詐欺의 영향으로 引受를 한 지급인은 어음의 제3취득자에 대하여 그가 어음을 취득함에 있어서 채무자를 해할 것을 알았을 때에만(어 17조) 惡意의 抗辯으로 대항할 수 있다고 하였다.⁽³²⁾ 즉 착오 또는 사기의 항변은 人的抗辯이라고 하였다. 이 판례의 사안은 안경을 쓰지 않고 서명한 농부의 어음行爲가 문제가 된 것이었다. 어음은 농부로부터 토지를 매입하려는 가축판매상인(Viehändler)이 발행한 것이었다. 농부는 자기소유의 토지를 28,000DM의 매매대금으로 한 매매계약서와 영수증 그리고 賣買契約의 公證이 성립되지 않을 경우에 그 대금의 반환을 위하여 발행한 2장의 換어음에 서명하였다. 즉 농부는 자신이 支給人인 어음에 서명함으로써 引受人이 된 것이다. 이 어음을 가축판매상이 銀行에 交付하였고 은행은 농부에게 청구하기에 이르렀다. 이에 대하여 농부는 그 토지를 매도하겠다고 한 적도 없고 대금을 받은 바도 없다고 하였다. 매매계약서와 어음은 가축판매상과 함께 왔던 착유기대리상이 공모하여 다른 서류에 끼어 넣어 서명을 받은 것이라고 하였다. 농부는 다만 그 토지를 볼 수 있는 권한을 수여함과 동시에 858DM의 착유기대금의 지급을 위한 연기어음에 서명하는 것으로 생각하였다. 농부는 그에게 제시된 서류들을 제대로 읽어보지도 않고 서명한 것이다. 왜냐하면 그는 안경이 없이는 전혀 아무것도 읽을 수 없었는데 당시에 안경을 갖고 있지 않았기 때문이다. 獨逸聯邦法院은 銀行의 청구를 인정하였다. 그 이유는 농부는 서명을 함에 있어서 어음을 포함한 거래관계서류에 서명을 한다는 것을 인식하였으며, 은행이 어음을 취득함에 있어서 채무자를 해할 것을 알고 취득하였다는 아무런 증거도 없기 때문

(29) BGH WM, 1989, 1009.

(30) 孫珠瓊, 前掲書, 85면.

(31) 日最高判 1979. 9. 6, 民集 33. 5. 630.

(32) BGH WM, 1968, 1125.

이라고 하였다. 또한 농부는 가축판매상인에 대하여 어음상의 意思表示를 錯誤 또는 詐欺를 이유로 하여 취소할 수 없다고 하였다.

1972년에 獨逸聯邦法院은 종래와 다른 입장을 판결을 하였다.⁽³³⁾ 이 판결의 사안은 騎乘어음에 관한 것이었다. A는 B가 인수한 어음에 어음금액을 기재한 自己指示어음을 발행하여 商品어음으로 白地式배서를 하여 상품대금의 지급을 위하여 원고에게 교부하였다. 원고는 그 이후 어음을 할인하려고 시도한 바도 있었으나 그것이 여의치 않았으므로 그 어음에 發行日字를 기재하고 어음을引述한 이후에 사망한 인수인의 아들과 상속인에 대하여 청구를 하였다. 그러나 이들은 그 어음이 善良한 風俗에 반하여 무효라고 항변하였다. 獨逸聯邦法院은 원고의 청구를 인정하였다. 원고는 어음을 취득함에 있어서 통상의 상품어음으로 생각하였을 뿐이고 기승어음이라는 것에 대하여 이를 알지 못한 데 대하여 중대한 과실이 있다고 할 수 없기 때문이라는 것이었다. 獨逸聯邦法院은 문제된 어음은 유효한 補充權授與를 한 바 없으므로 어음법 제10조의 의미의 白地어음이 아니라 이는 形式不備의 不完全한 어음이라고 하였다. 그러나 지급인은 白地式背書를 하여 交付를 함으로써 형식적으로 유효한 어음의 外觀을 야기한 데 대하여 책임이 있다고 하였다. 이 判例의 判決理由를 요약하면 다음과 같다. 「發行人과 引受人 사이의 交付契約은 良俗違反으로 인하여 無效이므로 발행인은 인수인에 대하여 어음채권을 취득하지 못한다. 無效인 交付契約의 抗辯은 원칙적으로 어음의 모든 취득자에 대하여 대항할 수 있는 것이다. 이 判例에 있어서의 항변은 모든 발행인에 대한 인수인의 직접적인 관계에서 비롯되는 人的抗辯이 아니므로 어음법 제17조는 적용될 수 없는 것이다. 그러므로 이와 반대되는 1968년의 판결은 타당성을 상실한다. 그러나 지급인은 서명을 함으로써 유효한 交付契約이 지급인과 발행인 사이에 체결된 것과 같은 外觀을 야기한 데 대하여 책임을 진다고 할 것이다. 그러므로 외관을 신뢰하여 어음을 발행인으로부터 취득한 善意의 제3자는 보호되어야만 한다. 이 경우에 제3자의 善意는 어음법 제10조와 제16조 2항에 준하여 판단할 수 있다고 본다.

또한 이후의 獨逸聯邦法院의 1977년의 판결중에는 사기에 관한 것이 있다.⁽³⁴⁾ 이 判例의 사안은 다음과 같다. 원고는 자동오락기의 판매를 목적으로 하는 도매상이었다. 원고는 특히 상인 A에게 자동오락기를 공급하였는데 이 중 10대의 자동오락기는 할부판매의 합의하에 피고에게 판매되었다. 상인 A는 할부금의 회수를 위하여 1개월 간격으로 만기가 되는 23,755DM가 어음금액으로 된 24장의 어음을 발행하고 또한 2,000DM을 어음금액으로 한 5매의 어음을 발행하였는데, 이 어음은 어음의 할인 등으로 발생하는 이자의 비용을 지급하기 위한 것이었다. A가 발행한 어음들을 피고가 인수하였다. 상인 A는 17매의

(33) BGH WM, 1973, 66.

(34) BGH WM, 1973, 83.

어음을 원고에게 交付하였는데 이는 그 이전에 사들인 자동오락기의 대금을 지급하기 위한 것이었다. 상인 A는 원고와의 관계에서 신용을 상실하였기 때문에 원고로부터 기계의 공급을 받지 못하였으므로 피고에 대한 공급의무를 이행할 수 없게 되었다. 그리하여 피고는 상인 A와 한 모든 합의와 그가 서명한 어음상의 모든 債務負擔行爲를 취소하였다(분명히 상인 A는 이미 매매계약을 체결하고 어음行爲를 한 때에 그 매매계약의 이행이 어려울 것이라는 것을 알았다). 1審法院에서는 어음에 의한 청구를 기각하였다. 그러나 2審에서는 원고가 어음을 취득함에 있어서 피고를 해할 것을 알지 못하였다는 이유로(어 17조) 그 청구를 인용하였다. 獨逸聯邦法院은 이를 破棄還送하였다. 어음의 발행인과 지급인 사이에 체결된 交付契約의 取消은 어음法 제17조에 해당하는 항변이 아니라 이는 有效性抗辯에 속한다고 하였다. 그리하여 어음의 제3취득자인 원고에 대하여 피고는 그가 책임질 사유로 야기한 外觀에 따라서 책임을 진다고 하였다. 물론 이 경우에 그 전제로서 원고가 善意이어야 한다. 詐欺의 경우에 善意的 척도는 어음法 제10조와 제16조 2항의 해석에 의하여 판단할 수 있는 것이다. 이와 같은 입장은 1972년의 판결에서도 표명된 바 있다. 獨逸聯邦法院은 이로써 多數說인 헤퍼멜, 카나리스의 입장⁽³⁵⁾ 등을 수용하였다고 할 수 있다. 그러므로 多數說에 대하여 1974년에 비판을 한 바 있는 울머(Ulmer)의 입장은 더 이상 지지를 받지 못하게 되었고 이러한 다툼에 관한 논쟁은 종식되었다고 한다.⁽³⁶⁾

오스트리아의 判例에도 이미 「어음에 支給人으로서 서명한 자는 그 서명이 발행인의 詐欺의인 행위로 어음채무행위를 한다는 것에 관하여 인식하지 못하였다더라도 그가 상당한 주의를 하였더라면 어음채무를 부담한다는 것을 알았어야만 했을 때에는 유효한 어음채무가 성립한 것과 같은 外觀을 야기한 것으로 본다」고 한 것이 있다.⁽³⁷⁾

3) 暴利의 抗辯

폭리의 경우는 그 原因行爲뿐만 아니라 어음交付行爲도 無效이다.⁽³⁸⁾ 그러므로 폭리의 消費貸借의 支給을 擔保하기 위하여 발행한 어음에 관한 交付行爲는 無效이다. 그러나 어음債務者는 어음의 善意取得者에 대하여는 폭리의 항변으로 대항하지 못한다. 우리나라의 판례는 이를 人的抗辯으로 본다. 즉 「約束어음 發行人의 어음액면금액 중 利息制限令의 소정의 제한을 초과한 고율의 이식이 첨가·포함되었다는 항변은 직접 당사자인 受取人에게는 대항할 수 있으나 背書讓渡를 받은 제3자에게는 대항할 수 없는 人的抗辯인 것이다」라고 하였다.⁽³⁹⁾

(35) Baumbach-Hefermehl, 11 Grundzüge Anm. 41~43; Canaris, der Einwendungsausschluss im Wertpapierrecht, *Jus* 1971, 241 ff.

(36) Huber, Einwendungen des Bezogenen gegen den Wechsel, *Festschrift W. Flume* II 1978, SS. 85~86.

(37) OGH JBl, 1965, 323.

(38) BGH WM 74, 774.

(39) 大判 1955. 5. 5, 4282 民上 359.

3. 人的抗辯

(1) 意義

人的抗辯(persönliche Einwendungen, personal defense)이란 어음債務者와 일정한 어음所持人 사이에 직접적인 人的 關係로 인하여 성립한 항변을 말한다(어 17조 본문). 이 경우에 인적 관계란 어음交付의 原因關係 또는 어음債務者와 어음債權者 사이에 특별한 약정이나 사정이 존재하는 것을 말한다. 그러므로 人的抗辯은 근본적으로 모든 어음所持人에게 대항할 수 있는 證券상의 기재에 의한 항변이나 非證券的인 效力에 관한 絶對的 抗辯과 다르고, 또 독립된 어음채무의 효력에 관한 항변이며 善意取得者에 대하여는 權利外 觀理論에 따라 책임을 지는 非證券的인 효력에 관한 相對的 抗辯과 다르다. 즉 人的抗辯은 일정한 어음所持人에 대한 특별한 관계로 인한 항변이기 때문에 그 인적 관계의 상대방인 어음債權者에 대해서만 대항할 수 있고, 그러한 인적 관계가 없는 이후의 어음所持人에게는 대항할 수 없는 항변이라고 할 수 있다. 그러므로 수취인이 白地인 어음이 轉轉讓渡된 후 그 어음을 인도받은 最終所持人이 자기를 受取人으로 보충한 경우에도 그 소지인이 발행인을 해할 것을 알고 취득한 경우가 아니면 발행인으로부터 원인관계상의 人的抗辯의 대항을 받지 않는다.⁽⁴⁰⁾ 이를 人的抗辯의 個別性이라고 한다. 그러므로 遡求義務者가 어음을 지급한 경우에는 그 어음을 양도하기 전에 그에 대하여 성립되었던 항변의 대항을 받지 않으면 안 된다. 즉 자기의 後者의 善意로 대항하지 못한다.⁽⁴¹⁾

이러한 人的抗辯의 切斷은 어음의 有價證券으로서의 경제적 기능을 도모하기 위한 것이라고 할 수 있다. 즉 어음을 유가증권 고유의 양도방법으로 취득한 제3자를 보호하기 위한 것이다. 이는 어음채무자의 이해관계보다 제3자의 이익을 우선시키는 제도라고 할 수 있다. 그러므로 어음行爲에 의하여 독립된 어음채무를 부담한 자는 어음의 제3취득자에 대하여는 어음債務者가 그 前者에 대하여 갖는 人的인 특별한 관계에 기한 항변으로 대항할 수 없다는 것을 알아야만 한다.

(2) 種類

1) 原因關係에 의한 抗辯

어음교부는 原因關係가 無效·取消 또는 欠缺로 인하여 무효가 된 때에도 어음은 原因關係와 분리된 無因證券이므로 어음채무의 성립에는 영향을 미치지 않고 이를 이유로 채무자는 人的抗辯이 가능할 뿐이다.⁽⁴²⁾ 이러한 人的抗辯의 근거는 原因關係의 欠缺 또는 無效로 인하여 어음교부의 의무가 존재하지 않으며 抽象的 어음債務가 발생할 이유가 없다는 데서 찾고 있다. 그러므로 어음債務者는 이 경우에 어음의 반환을 청구할 수 있고, 어

(40) 大判 1994. 11. 18, 94 다 23098.

(41) BGH NJW, 1971, 806.

(42) BGH 51, 69; BGH 57, 292/300; BGH WM, 1975, 10; BGH WM, 1969, 253/255; RG 124, 67.

음에 의한 청구에 대하여 不當利得의 抗辯이 가능할 것이다. 그러나 채무 없음을 알고 어음을 교부한 때에는 예외라고 할 것이다. 또한 原因關係로 인한 항변에는 契約不履行의 항변과 契約의 一部解除의 항변 및 留置權의 항변 등이 있다. 그런데 獨逸의 判例는 詐欺로 인하여 引受行爲에 취소사유가 있는 때에 그 항변을 어음수수의 당사자뿐만 아니라 제3자가 어음을 취득함에 있어서 重大한 過失로 취소사유의 존재를 알지 못한 경우에도 어음取得者에게 대항할 수 있다고 하였다.⁽⁴³⁾

2) 約定에 의한 抗辯

(가) 融通어음발행의 抗辯

融通어음은 아무런 원인 없이 단순히 자금의 유통을 목적으로 발행한 어음으로서 被融通者는 가능한 한 빨리 記名捺印者의 책임을 면하게 하여야 할 의무가 있다. 그러나 融通의 約定(Gefälligkeitssabrede)에 관한 항변은 被融通者에 대하여만 할 수 있으며 그 이후의 취득자에 대하여는 그가 유통어음임을 알았더라도 대항하지 못한다. 예컨대 融通어음의 발행인 甲은 被融通者 乙이 청구하는 경우에는 融通어음이라는 人的抗辯으로 대항할 수 있으나 融通어음임을 알고 취득한 丙에 대하여는 丙이 자기를 해할 것을 알고 어음을 취득하였다는 항변으로 대항할 수 없다고 본다. 왜냐하면 甲은 乙이 어음을 流通시킴으로써만 자금을 유통할 수 있다는 것을 알고 어음을 발행하였다고 할 수 있기 때문이다.⁽⁴⁴⁾ 判例도 「他人의 金融 또는 債務擔保를 위하여 約束어음을 발행한 자는 受取人에 대하여 어음상 책임을 부담하지 않을 것이나, 그 어음을 讓受한 자에 대하여는 어음상 채무를 부담할 의사로서 발행한 것이므로 讓受人이 소위 融通어음임을 알고 있었다고 하여도 이로써 피고를 해할 것을 알고 취득한 것이라고 단정할 수 없을 것이다」고 한 이래⁽⁴⁵⁾ 「他人의 金融 또는 債務擔保를 위하여 약속어음(이른바 融通어음)을 발행한 자는 被融通者에 대하여 어음상의 책임을 부담하지 아니함은 명백하나 이러한 사유는 피유통자에 대하여만 대항할 수 있는 것이라 할 것이고 그 어음을 讓受한 제3자에 대하여는 어음상의 채무를 부담할 의사로서 발행한 것이므로 그 제3자가 善意이건 惡意이건간에, 그 취득이 期限後背書에 의한 것이었다 하더라도 對價關係 없이 발행된 融通어음이었다는 항변으로(人的抗辯)는 대항할 수 없는 것이라고 해석함이 상당하다」고 한 바 있다.⁽⁴⁶⁾ 카나리스에 의하면 유통어음의 항변을 切斷不要의 抗辯(nicht ausschlußbedürftige Einwendungen)이라고 하여 별도로 분류하고 있다.⁽⁴⁷⁾

(43) BGH WM 78, 83.

(44) RG 117, 76; OGH, OJZ 78, 301, 102.

(45) 大判 1957. 3. 21, 4290 民上 20.

(46) 大判 1968. 8. 31, 65 다 1217.

(47) Hueck-Canaris, S. 107.

(나) 支給延期의 抗辯

어음債務者와 어음所持人間에 支給猶豫의 特約을 한 경우에는 그 이전에 지급의 청구를 하는 때에 人的抗辯으로써 대항할 수 있다. 그러나 이러한 특약이 있는 경우에도 어음에 기재된 滿期가 변경되는 것은 아니므로 배서인 등에 대하여 遡求權을 행사하려면 만기에 어음을 제시하여야 하며 필요한 遡求權保全節次를 밟아야 한다. 또한 지급의 연기를 위하여 當事者간에 합의한 滿期를 기재한 新어음(延期어음)을 발행하는 경우가 있는데 이 경우에는 舊어음에 대한 人的抗辯으로써 新어음에 대항할 수 있다.⁽⁴⁸⁾

(다) 기타의 約定에 의한 抗辯

① 어음상의 의무과 관계없이 保證과 같이 他人의 채무에 대하여만 책임진다는 합의의 항변, ② 擔保어음·保管어음이라는 항변, ③ 相互計算關係가 존재한다는 항변, 어음債務者와 어음所持人間 사이에 상호계산계약이 존재하는 경우에 明示的 또는 默示的인 특약에 의하여 어음채권을 相互計算에 計入시키기로 한 때에는 어음債務者는 어음所持人間の 어음에 의한 청구에 대하여 相互計算으로 대항할 수 있다.⁽⁴⁹⁾ 相互計算期間이 존속중인 경우는 물론이고 상대방이 相互計算에 의한 잔액을 승인한 때에는 어음채권의 消滅로서 대항이 가능하다.⁽⁵⁰⁾ ④ 숨은 推尋委任背書라는 항변, ⑤ 補充權濫用의 항변, ⑥ 遡求하지 않는다는 합의의 항변, ⑦ 어음의 返還 후에 引受抹消의 約定이 있었다는 항변, ⑧ 時效期間의 短縮 또는 減輕合意의 항변 등이 있다.

3) 特別한 事情에 의한 抗辯

① 原因關係가 善良한 風俗 기타 法律에 위반된다는 항변, ② 支給, 供託, 相計의 항변, 예전대 約束어음의 발행인이 어음금을 그 回收의 권리를 포기하여 供託한 때에는 供託을 人的抗辯으로 대항할 수 있다. 그러나 이 경우에 約束어음의 發行人이 供託을 할 수 있는 권한이 있어야 한다. 그런데 獨逸에는 供託은 物的抗辯이라는 설이 있다.⁽⁵¹⁾ 이에 의하면 어음債務者가 어음법 제42조에 의하여 어음金額을 供託한 때에는 그 免責的 效力에 의하여 어떠한 채권자에 대하여도 供託으로 대항할 수 있다고 한다. 그리고 主債務者인 換어음의 引受人이나 約束어음의 發行人이 供託을 한 때에는 모든 어음債務者에 대하여 免責的 效力이 있으므로 모든 어음債務者가 供託으로 대항이 가능하다고 한다. ③ 免除의 抗辯 등이 있다.

(3) 人的抗辯의 不切斷

人的抗辯은 어음取得者가 惡意인 경우, 非어음法의 方法으로 移轉한 경우, 期限後背書의

(48) BGH WM 79, 1383.

(49) ROHG 22, 337.

(50) Staub-Stranz, § 17, Anm. 44.

(51) Staub-Stranz, § 17, Anm. 39.

경우, 공연한 推尋委任背書의 경우, 독립된 經濟的 利益을 갖지 아니하는 取得의 경우 등에는 切斷되지 않는다.

1) 惡意의 抗辯

(가) 意義

어음法 제17조 本文(어 77조 1항 1호)에서는 어음流通의 安全과 善意의 어음取得者를 보호하기 위하여, 어음債務者가 어음所持人의 前者에 대하여 갖는 人的抗辯으로 그 所持人에 대항하지 못한다고 규정함으로써 人的抗辯의 切斷原則을 표방하고 있다. 그러나 어음所持인이 그 채무자를 해할 것을 알고 어음을 취득한 때에는 어음所持人을 보호할 가치가 없을 것이므로 어음法 제17조 但書(어 77조 1항 1호)에서는 「所持인이 그 債務者를 해할 것을 알고 어음을 취득한 때에는 그러하지 아니하다」고 규정하고 前者에 대한 人的抗辯으로써 대항할 수 있도록 하였다.⁽⁵²⁾ 그러나 債務者를 해할 것을 重大한 過失로 알지 못한 때에는 어음法 제17조 但書는 적용되지 않는다.⁽⁵³⁾ 이와 같이 債務者를 해할 것을 알고 어음을 취득한 경우에는 前者에 대한 人的抗辯으로 그 後者에게도 어음상의 채무의 履行을 거절할 수 있는데 이를 惡意의 抗辯이라 한다. 이는 人的抗辯의 個別性에 대한 어음法上의 例外라고 할 수 있다. 이 경우에 惡意의 抗辯은 어디까지나 어음債務者가 어음所持人에 대하여 惡意의 權利取得을 事由로 하는 抗辯으로서 無權利者 등으로부터 어음상의 권리를 原始取得(어 16조 2항)하는 것에 관하여 惡意가 있는 경우와 다르다.

(나) 惡意의 內容

「所持인이 債務者를 해할 것을 알고」라는 惡意의 內容에 관하여는 다음과 같은 3가지 설이 있다.

가) 共謀說(Kollusinstheorie)

이에 의하면 惡意의 內容을 아주 狹義로 해석하여 채무자의 항변을 切斷시킬 것을 목적으로 하는 讓渡當事者간의 詐欺의인 共謀가 있어야 한다는 설이다(英美法의 입장). 이는 獨逸의 舊어음法인 普通어음條例가 시행되던 시대의 獨逸帝國法院의 判例와 學說의 입장⁽⁵⁴⁾이며, 1912년의 헤이그 어음法 會議에서 채택한 바 있었다.⁽⁵⁵⁾ 그런데 당시의 判例에는 債務者의 抗辯을 絶단시킬 의도로 어음의 取得者와 讓渡人이 共謀하였다는 것은 취득자가 어음을 취득함에 있어서 자신의 正當한 利害關係를 갖는 때에는 共謀의 존재는 인정할 수 없다고 한 것이 있다.⁽⁵⁶⁾

(52) 大判 1988. 8. 9, 86 다카 1858.

(53) BGH 29, 5, 1958, Caem. II 105.

(54) RG 96. 191; RG 11, 282; RG 119, 203; Michaelis, § 82, Anm. 48.

(55) Stranz, § 17, Anm. 4.

(56) RG 20, 8, 1935, Caem 129.

나) 單純認識說(Kenntnistheorie)

이 설은 惡意의 內容을 廣義로 해석하여 특별한 사정이 존재하지 않는 한 讓受人이 抗辯의 존재를 단순히 안 것만으로 충분하다는 입장이다. 최근 日本의 多數說은 單純認識說을 修正하여 「어음所持人이 어음을 취득함에 있어서 滿期 또는 權利行使時에 債務者가 所持人의 前者에 대하여 항변을 주장할 수 있다는 것을 확실하게 인식한 경우」에 惡意의 항변이 성립한다고 주장한다.⁽⁵⁷⁾ 判例에는 「어음발행인인 피고가 어음所持人인 원고에 대하여 人的抗辯으로써 대항할 수 있기 위해서는 그 人的抗辯事由를 원고가 어음취득 당시 알았다는 사실이 입증되어야 할 것인 바 원고가 어음을 취득하는 과정에서 그 발행과 배서의 경위를 소홀히 한 과실이 있었다는 사실만으로는 人的抗辯事由에 관한 원고의 惡意를 증명하기에 부족하다」고 한 것⁽⁵⁸⁾과 「甲·乙 사이에 어음의 原因關係가 없게 되었다 하더라도 이는 人的抗辯事由에 불과하여 丙이 原因債務가 없음을 알면서도 어음을 취득하였고 인정되지 않는 한 이로써 丙에게 대항할 수 없다」고 한 것⁽⁵⁹⁾이 있는데 이는 單純認識說의 입장이라고 할 수 있다. 이 설에 의한다 하더라도 어음을 취득한 다음에 항변의 존재를 알게 된 때에는 어음법 제17조의 但書는 적용될 수 없다.⁽⁶⁰⁾

다) 折衷說

이에 의하면 共謀說과 單純認識說의 折衷의인 입장을 택하여 惡意란 한편으로는 어음의 양도인과 그 취득자 사이에 詐欺的인 共謀까지는 필요하지 않고, 또 한편으로는 양도인에 대한 채무자의 항변이 존재한다는 단순한 인식만으로는 불충분하다는 입장이다. 이는 1930년의 제네바의 어음法 統一會議에서 채택한 기준이기도 하다.⁽⁶¹⁾ 그러므로 抗辯事由의 존재에 대한 인식만으로는 부족하고, 더 나아가 자기가 어음을 취득함으로써 항변이 절단되어 채무자가 해를 받게 된다는 것을 알아야 한다는 것이다(어 17조 但書). 어음의 발행경위와 原告의 취득경위만으로는 原告가 被告를 해할 것을 알면서 어음을 취득하였다고 할 수 없다.⁽⁶²⁾ 즉 取得者가 抗辯의 존재뿐만 아니라 抗辯의 喪失로 인하여 채무자를 해할 것이라는 것을 명백하게 알아야 하고, 그러한 결과를 자기의 의사에 의하여 초래하게 하였어야 한다. 즉 채무자를 해하려고 하였거나 해하게 된다는 것을 개의치 않은 경우라야 한다. 그러나 重大한 過失로 인하여 그 결과가 생긴 때에는 惡意로 보지 않는다.⁽⁶³⁾

어음의 取得者가 어음의 취득시에 抗辯의 존재를 알았고 어음상의 권리를 행사하려 했

(57) 河本一郎, 民·商法雜誌 36卷 4號, 28면; 日最高判 1966. 9. 22, 金判 33, 9.

(58) 大判 1988. 4. 12, 87 다카 1113.

(59) 大判 1992. 8. 18, 91 다 22053.

(60) OLG. HRR. 1940, 1356.

(61) Hupka, S. 52; Ulmer, Raiser-Festschrift, S. 243f.

(62) 大判 1989. 10. 24, 89 다카 1398.

(63) BGH WM, 1958, 1104, BGH WM, 1974, 900; Stranz, § 17, Anm. 17.

다 할지라도 그것으로써 채무자를 해하려는 의사가 있다고는 할 수 없다. 왜냐하면 취득자는 채무자가 아무 지장없이 遡求할 수 있다는 것을 예상할 수 있기 때문이다.⁽⁶⁴⁾ 또한 取得者가 자기의 前者가 瑕疵 없는 상품을 공급함으로써 보상을 하였기 때문에 債務者가 抗辯을 주장하지 않을 것이라는 것을 짐작했을 때에는 害意가 있었다고 할 수 없을 것이다. 그리고 은행이 할인을 함에 있어서 割引者가 그 前者와 延期의 合意가 있었다는 것을 알았다 하더라도 채무자를 해할 의사가 있다고 할 수 없다.⁽⁶⁵⁾ 그러나 그 어음이 반환하여야 할 舊어음이라는 것을 銀行이 알았을 때에는 害意가 있었다고 할 것이다.⁽⁶⁶⁾ 그리고 判例에는 獨逸의 甲 회사가 우리나라의 乙 회사에게 공사자재 및 용역 등을 공급하기로 하는 계약을 체결함에 있어 그 대금의 85%에 해당하는 금원과 利子 등에 대하여 甲 회사가 受取人 위 회사, 支給人 乙, 지급지 獨逸 함부르크로 된 換어음을 발행하고, 위 換어음을 乙이 引受하면 甲 회사는 독일의 수출신용회사 丙으로부터 위 換어음을 담보로 수출자금을 용자받는 이른바 헤르메스 금융대출(Hermes Loan)을 받아 우선 용품을 공급한 후 乙이 위 換어음의 所持人에게 위 어음금을 지급함으로써 물품대금을 결제하도록 약정하고 그에 따라 乙이 위 換어음을 인수하고, 甲 회사의 主去來銀行인 獨逸의 丁 銀行이 위 換어음을 소지하게 된 경우에 있어, 丁 은행으로서는 甲 회사와 乙 사이에 위 換어음을 이른바 헤르메스 금융의 擔保로만 사용하기로 하는 特約이 있었음을 알았다고 보여지나 위 헤르메스 금융의 貸主가 丙으로 한정된다거나 또는 위 換어음의 結제금액을 위 헤르메스 金融의 變제에 우선 擔當하기로 하는 特約이 있었다는 사실을 알았다고 보여지지 아니하며, 오히려 위 헤르메스 금융이란 위 헤르메스 信用保險會社가 제공하는 보험에 附保되는 것을 조건으로 하여 甲 회사의 乙에 대한 輸出代金債權을 담보로 하는 용자 일반을 말하는 것으로 이해하였으리라고 여겨지므로 丁 은행이 獨逸 어음法 제17조(우리 어음法 제17조와 동일) 소정의 어음債務者를 해할 것을 알면서 어음을 취득한 자라고 인정할 수 없다고 한 것이 있다.⁽⁶⁷⁾ 또한 어음의 取得者가 어음금액이 高額인 어음을 매수함에 있어서 어음債務者에게 그 어음이 이상이 없는 것인가에 관해서 문의하지 않았다는 것만으로는 채무자를 해할 것을 알고 취득하였다고 할 수 없다.⁽⁶⁸⁾ 그런데 判例에는 「甲은 그가 소지하고 있는 액면 500만원의 約束어음을 할인받아 오겠다는 乙의 말을 믿고 위 어음에 白地式背書를 한 후 이를 乙에게 交付하였는데 乙이 약속과는 달리 丙에게 30만원을 받고 交付한 경우 어음문면상 發行人이나 背書人으로 전혀 기재된 바 없는 자로부터 어음액면에

(64) Quassowski-Albrecht, § 17, Anm. 18; Baumbach-Hefermehl, § 17, Anm. 17.

(65) BGH S. 276; OLG Frankfurt, 1967, 218. 反對說로는 Hueck-Canaris, S. 117: 어음販賣의 허용이 取得者에 대한 延期合意의 抗辯의 주장을 봉쇄하기 때문이라고 한다.

(66) BGH WM, 1972, 1090.

(67) 大判 1992. 4. 24, 91 다 25444.

(68) BGH WM, 1974.

훨씬 못미치는 가격으로 이를 매수한 이상 丙은 위 어음을 취득함에 있어 위 어음에 배서한 甲을 해할 것을 알고 있었다고 볼 것이다」고 한 것이 있다.⁽⁶⁹⁾

(다) 惡意의 存在時期

惡意의 存否를 결정하는 시기는 어음의 取得時를 기준으로 한다.⁽⁷⁰⁾ 補充前어음의 경우도 같다. 왜냐하면 어음法 제17조는 어음去來의 안전을 도모하기 위한 규정이므로 그 主觀的 要件은 取得時를 기준으로 판단하여야 할 것이기 때문이다. 그러므로 취득 후의 惡意는 문제가 되지 않는다. 어음을 교부에 의하여 양도한 경우에도 같다. 惡意의 抗辯은 所持人의 직접 前者에 대하여 人的抗辯이 존재하는 때에만 문제되고 그 前者의 前者에 대한 人的抗辯의 존재를 안 것으로는 성립되지 않는다. 즉 자기의 前者가 善意取得하였음을 알고 취득한 자에게는 人的抗辯은 성립되지 않는다. 왜냐하면 이 경우 어음取得者는 前者에 의하여 항변이 절단된 권리를 승계취득하는 것이고 善意取得者의 처분권은 완전히 보장되어야 하기 때문이다. 그리하여 判例도 「현재의 어음所持人에게 어음을 양도한 자가 어음취득 당시 善意였기 때문에 그에게 대항할 수 없었던 事由에 대하여는 현재의 어음所持人 이 비록 어음취득 당시 그 사유를 알고 있었다고 하여 그것으로서 현재의 어음所持人에게 대항할 수 없다」고 한 바 있다.⁽⁷¹⁾ 惡意에 대한 입증책임은 어음債務者측에 있다.⁽⁷²⁾

2) 기타의 경우

人的抗辯의 제한은 당연히 어음法的 流通方法에 의하여 어음상의 權利를 취득한 경우에만 인정된다. 그러므로 어음채권을 非어음法的인 移轉方法인 相續·合併·競賣·指名債權讓渡·轉付命命 등의 방법으로 취득한 때에는 人的抗辯은 절단되지 않는다. 그리고 어음유통이 보호되는 일정한 기간이 경과한 후에 期限後背書 또는 交付로 한 양도의 경우에는 人的抗辯의 절단이 인정되지 않는다.⁽⁷³⁾ 또한 어음債務者는 공연한 推尋委任背書의 被背書人에 대하여 그 배서인에 대한 人的抗辯으로 대항할 수 있다(어 18조 2항).

그리고 獨立된 經濟的 利益을 갖지 않는 取得의 경우에는 人的抗辯이 절단되지 않는다. 背書의 피배서인이 보호되는 이유는 그가 취득한 권리에 대하여 고유한 경제적 이익이 있기 때문이므로 예컨대 숨은 推尋委任背書의 경우와 같이 피배서인이 고유한 경제적 이익을 갖지 아니하는 때에는 경제적 이익의 主體는 背書人이 되며 따라서 前者의 瑕疵는 승계되어 人的抗辯은 절단되지 않는다.⁽⁷⁴⁾ 예컨대 甲은 乙에게 賣買代金の 支給을 위하여 約束어음을 발행하여 주었고 이후 甲과 乙간의 賣買契約이 해제되어 甲은 乙에게 어음의 返

(69) 淸州地判, 1988. 1. 8. 87 가단 416.

(70) 孫珠瓊, 前揭書, 86면.

(71) 大判 1995. 120, 94 다 50489.

(72) 大判 1962. 9. 20, 62 다 383.

(73) 大判 1971. 3. 23, 71 다 101.

(74) 反對說로는 Brox, S. 353.

還을 청구하였으나 乙은 이에 응하지 않고 어음을 推尋을 위하여 丙에게 배서하였다. 丙은 甲에 대하여 어음금의 지급을 청구할 수 있는가 하는 것이 문제가 된다.

이 경우 乙이 丙에게 推尋委任을 함에 있어서 공언한 推尋委任背書를 하였다면 丙에게 害意가 있는가 하는 것은 문제가 되지 않고 甲은 乙에 대하여 갖는 항변으로써 丙에게 대항할 수 있다(어 18조 2항). 그러나 乙이 丙에게 숨은 推尋委任背書를 한 경우에는 通說인 信託的 讓渡說에 의하면 丙은 어음상의 권리를 배서에 의하여 승계적으로 취득하게 되므로 丙에게 害意가 없는 한 甲은 乙에 대한 抗辯으로 丙에게 대항할 수 없게 된다. 그러나 이러한 결론에 의하면 人的抗辯의 대항을 받는 자는 항상 제3자에게 숨은 推尋委任背書를 하면 어음상의 권리를 사실상 행사할 수 있게 된다는 부당한 결과가 초래된다. 그러므로 이 경우에는 丙은 고유한 경제적 이익을 갖지 않으므로 어음거래의 안전을 위하여 어음권리의 취득자에게 인정되는 人的抗辯의 제한은 인정되지 않는다고 할 것이다.

어음을 無償으로 취득한 자에 대하여는 비록 善意取得을 하였더라도 前者에 대한 人的抗辯으로 대항할 수 있다. 이 경우에는 民法상의 不當利得의 항변으로 대항이 가능하다고 본다.⁽⁷⁵⁾ 이와는 반대로 어음법 제17조는 惡意의 抗辯만이 가능하고 善意的 無償取得者에 대하여서는 적용할 수 없고, 따라서 어음법에는 民法의 규정이 적용될 여지가 없다는 설⁽⁷⁶⁾도 있다.

IV. 結 言

어음債務者가 어음의 정당한 所持人에 대하여 대항할 수 있는 항변에 관하여 제네바 統一어음法의 立法者들은 그 抗辯의 종류를 제한적으로 열거하는 방식을 택하지 아니하였다. 1908년의 獨逸 어음 條例 제82조에서는 「1) Der Wechselschuldner kann sich nur solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechsel selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen」고 하였다. 즉 어음債務者는 어음 자체로부터 알 수 있는 또는 그때 그때의 원고에 대하여 직접적으로 대항할 수 있는 항변만으로 대항할 수 있다고 하였다. 이는 物的抗辯과 人的抗辯을 法定한 것이었다. 그러나 이러한 규정의 해석은 獨逸에 있어서도 많은 어려운 문제를 제기하였기 때문에 제네바 統一어음法에서는 어음抗辯에 관한 본 條例의 규정을 수용하지 않았다. 이는 어음의 抗辯을 物的인 것과 人的인 것으로 구분하는 것은 어음법의 해석에 있어서 전혀 적합하지 않다는 것을 의미한다. 그러므로 이러한 분류방법은 오늘날 하나의 歷史的인 의미를 가질 뿐이다. 우리나라와 日本에서는 어음抗辯을 아직도 物的抗辯과 人的抗辯으로 분류하는 입장이 多

(75) Ulmer, S. 247; Hueck-Canaris, S. 110; Locher, S. 114.

(76) Stanz, § 17, Anm. 16.

數를 차지하고 있으나 이는 모두 1908년의 獨逸 어음조례 제85조의 영향을 받은 것으로 판단된다.

어음抗辯을 物的抗辯과 人的抗辯으로 양분하게 되면 權利外觀說에 입각한 새로운 어음抗辯의 分類方法에서 말하는 非證券的인 효력에 관한 항변중에 相對的抗辯인 交付契約欠缺의 抗辯이나 錯誤·詐欺·強迫의 抗辯은 人的抗辯에 포함시킬 수밖에 없게 된다. 이러한 抗辯은 어음상으로는 알 수 없으나 어음 그 자체의 효력에 관한 抗辯이므로 이를 어음의 「人的關係로 인한 抗辯」에 포함시키는 것은 타당하지 못하다. 그러므로 어음抗辯은 證券상으로 누구나 알 수 있는 抗辯과 증권상으로는 알 수 없는 非證券的效力에 관한 항변, 그리고 人的抗辯으로 분류하는 것이 보다 합리적이라고 할 수 있다. 그렇다고 物的抗辯이라고 하는 우리에게 익숙한 용어의 사용을 否定할 필요는 없다고 본다. 즉 證券상의 기재에 의한 항변은 그대로 物的抗辯이라고 하여도 무방하다고 할 것이다. 그러나 僞造·無權代理 등의 抗辯은 物的抗辯이 아니라 非證券的인 효력에 관한 抗辯 즉 有效性抗辯으로 별도로 분리하여야 할 것이다.

〈Résumé〉

Einteilung und Arten der wechselrechtlichen Einwendungen

TSCHE Kiuon*

Die Funktion des Wechsels als eines Wertpapiers erfordert, daß man sich auf den Bestand des in der Urkunde verbrieften Rechts verlassen kann. Daher muß der Wechselinhaber gegenüber Einwendungen geschützt sein, die die nicht schriftgemäßen Wechselbestand betreffen. Diesem Zweck dient Art. 17 von dem koreanischen Wechselgesetz (K-WG), der nur eine unvollständige Regelung bezüglich der zulässigen Einwendungen enthält. Art. 17 K-WG bezeichnet nur eine Gruppe von Einwendungen als unzulässig, nämlich die Einwendungen, die sich auf die unmittelbaren Beziehungen des Schuldners zu dem Aussteller oder einem früheren Wechselinhaber gründen. Inwieweit andere Einwendungen zulässig oder unzulässig sind, ist übrigen in Rechtslehre und Rechtsprechung aus Zweck und Rechtsnatur des Wechsels entwickelt worden.

In Korea unterscheidet man noch heute in vielen Literatur die Einwendungen nach der Rechtswirkung dinglichen Einwendungen und persönlichen Einwendungen. Zu den dinglichen Einwendungen zählt man die Einwendungen, die sich aus dem Inhalt der Wechselurkunde ergeben, und die Einwendungen, die die Gültigkeit der Wechselurkundlichen Erklärung betreffen.

Diese Einteilung beruht auf Art. 82 der deutschen Wechselordnung 1908. Art 82 Wechselordnung hatte bestimmt; Der Wechselschuldner kann sich nur solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen.

Die Verfasser des Genfer Abkommens haben bewußt verzichtet, nach dem Vorbild des Art. 82 Wechselordnung die Einwendungen des Wechselschuldners abschließend aufzuzählen.

Diese alte Einteilung hat jedoch einer geringen rechtsdogmatischen Erkenntniswert. Denn gibt es bei den Gültigkeitseinwendungen Einwendungen, die nicht gegenüber jedem

* Prof. Dr. Jur., College of Law, Seoul National University.

Wechselinhaber durchgreifen und deshaft nach ihrer Rechtswirkung keine dinglichen (absoluten) Einwendungen darstellen. Das gilt beispielweise für das Fehlen eines wirksamen Begelungsvertrages wegen der Möglichkeit des Gutgläubenserwerbes nach Art. 16 Abs. 2 K-WG bzw. wegen der Verpflichtungswirkung auf Grund der Rechtsscheinhaftung. Auch bei den persönlichen Einwendungen steht nicht notwendigerweise fest, daß sie bei Übertragung des Wechsels in wechselrechtlicher Form nicht dem Wechselwerber entgegengesetzt werden können, wenn der Erwerber beim Erwerb des wechsels bewußt zum Nachteil des Schuldners gehandelt hat (Art. 17 K-WG).

Heutzutage kann man auch in Korea in neuen Literatur wie die in Deutschland die drei oder Fünf Gruppen von Einwendungen auffinden. Ich glaube folgenden drei Gruppen von Einwendungen zweckmäßig.

- 1) Urkundliche Einwendungen;
- 2) Nichturkundliche Gültigkeitseinwendungen;
- 3) Persönliche Einwendungen.