

信用狀去來慣習에 있어 效率과 衡平의 具現方式에 대한 規範的 接近

- 嚴格一致原則을 中心으로 -

金 基 宣*

-
- I. 序 論
 - II. 效率的 去來慣習으로서의 嚴格一致原則
 - III. 嚴格一致原則의 解釋과 適用基準
 - IV. 要約 및 結論
-

I. 序 論

- 신용장거래관습 해석을 위한 기본방향의 설정 -

전통적으로 신용장은 수입업자와 수출업자, 그리고 이들 두 당사자 사이에 엄격한 중립성을 견지하는 은행이라는 3자간에 상호간의 거래리스크를 공평하게 분담시키는 차원에서 효율적인 대금지불 수단으로 인정되어 오고 있다.

주지하고 있듯이 신용장거래관습은 상인들간의 반복적 행위로 승인되고 준수되는 사실인 상관습의 형태이므로 불합리한 관행의 요소는 당사자들이 승인·준수하지 않음으로써 자연히 소멸되고 이를 대체할 새로운 관행이 탄생하는 과정을 거듭한다. 따라서 신용장거래관습은 그 자체가 효율적인 관행의 결합체라 할 수 있을 것이다.

신용장거래관습은 그것이 적용되는 범위가 국경을 초월하므로 국제적 상관습의 형태라 할 수 있다. 그 결과 각국 또는 각지역의 관련 상관습이 국제적으로 표준화되어 있지 못하면 관행의 차이로 인해 거래당사자간에 마찰과 오해 내지 분쟁이 발생할 때가 있다 따라서 이러한 문제점을 해결하기 위한 일환으로 거래

* 群山大學校 貿易學科 助教授.

당사자들은 일률적이고 통일화된 해석기준으로서의 규범을 요구하게 된다.

이와 같은 요구에 부응한 통일적 해석규범이 신용장거래관습의 해석기준으로서의 역할을 하기 위해서는 신용장거래관습의 탄력성과 진보성을 반영할 수 있어야 할 것이다. 따라서 일단 규범이 제정되었다 하더라도 당해 규범은 고정적이고 한시적 성격을 가지기 보다는 계속적으로 適時性을 가질 수 있도록 개정작업이 필요하다 하겠다.

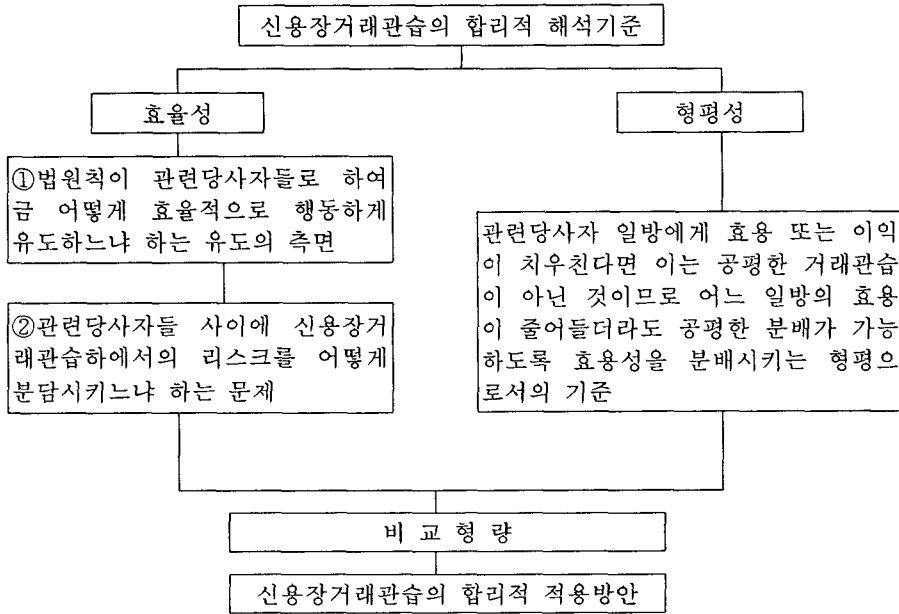
한편 문제는 법규나 규칙의 제정 또는 개정에 있어 그 규정의 변화는 신용장거래관습의 효율성을 보장하거나 또는 이를 증대시킴과 아울러 각 거래당사자들의 효용이나 거래리스크를 공평하게 분담시킬 수 있는 형평성의 논리를 추구하여야 한다는 것이다.

일반적으로 신용장거래관습의 효율성이라 함은 거래의 신속성 및 확실성을 의미한다고 할 수 있겠다. 신용장거래관습의 설명규범들이 제시한 해석기준으로서의 조항이나 규정을 기존의 것으로부터 변경 또는 개정하였을 때 나올 수 있는 추가적 이익과 부수되는 손실이 동시에 수반될 경우, 그 부수되는 손실을 보상 또는 보완해 줄 수 있는 장치가 또 하나의 추가적인 해석기준으로 마련된다면 신용장거래관습은 전체적으로 그 효율성이 증대될 수 있을 것이다. 물론 이와 같은 법규나 규칙의 조정으로 인해 신용장거래에서의 특정당사자가 추가적으로 얻을 수 있는 이익과 다른 당사자들이 이전보다 더 많이 부담해야 하는 추가적인 비용이나 리스크를 어떻게 최적배분시키는가 하는 문제는 대단히 미묘하고 어려운 과제라 할 수 있다. 왜냐하면 신용장거래관습이 효율성을 보장 또는 증대시킴과 동시에 거래의 형평성을 달성하는 문제는 본질적으로 가치판단의 문제이자 선택의 문제이기 때문이다.

신용장거래관습의 법규에 대한 경제적 분석은 사법판결의 결과를 분석하는 것이 위주이나 이에 더 나아가 실증적, 규범적 명제도 가지고 있다고 보겠다. 다시 말해 변화하는 거래관습적 상황에서 그 규범들의 원리가 경제적으로 효율적인 결과를 가져올 수 있는가 하는 조화발전과정적 부분과 이들이 어떠한 관계를 가져야만 하는가 하는 측면도 고려되어야 할 필요가치가 있기 때문이다.¹⁾

1) 거래관계의 질서를 도모하기 위한 연구는 기본적으로 관련법규나 관련조항 등의 해석학적 방법이 필요하겠지만 그 이외에도 여러가지 학제적 연구방법이 동원될 필요가 있다(Pieter ver Loren van Themaat, *The Changing Struture of International Economic Law*, Martinus Nijhoff, Hague, 1981, p.5). 이러한 차원에서 신용장거래관습을 설명하는 데 있어서도 중요한 방법론 중 하나는 규범적 경제분석으로 효율과 형평과의 문제가 핵심과제가 될 것이다. 좀더 자세한 내용은 Mark

<그림 1-1> 신용장거래관습의 합리적 해석기준



따라서 신용장거래관습의 해석기준이 되는 설명규범들은 그 조항들의 제정이나 해석과 관련하여 신용장거래관습의 효율성과 형평성을 동시에 충족시킬 수 있는 방향을 지향해야 함에는 재론의 여지가 없을 것이다. 결국 신용장거래관습의 최적의 설명규범이라 할 수 있는 신용장통일규칙이나 미국의 개정 통일상법전 제5조의 원리에 있어 최대의 법률적, 실무적 과제는 신용장거래관습체제의 효율적 확대성장을 도모하는 상태에서 각 거래당사자간의 이익과 리스크의 총체적 개념으로서의 효용을 어떻게 형평에 맞게 실현할 수 있겠는가 하는 측면에 있다고 보겠다.

본 연구는 이러한 관점에서 신용장거래관습의 합리적 해석기준이 어떻게 당해 규범들에 구현되고 있는가를 확인하기 위해 다음과 같은 연구의 틀 속에서 규범적 연구를 수행하려 한다. 단 본 연구에서 원용하는 당해 연구방법은 극히 요긴한 개념분석, 요컨대 신용장거래관습에 있어 서류의 제시와 이익의 검토과정

Kuperberg & Charles Beitz (ed.), *Law, Economics, and Philosophy*, Rowman & Allenheld, New Jersey, 1983, pp. 3 ~ 12 참조.

에서와 같이 필요한 최소한의 영역에 한정하기로 한다.

본 연구가 이러한 방법론들을 채택, 원용하는 궁극적 목적은 신용장거래에 있어 가장 본질적 원리인 독립·추상성원칙과 이를 뒷받침하는 엄격일치의 원칙은 신용장거래에 개입하는 당사자들의 이해관계를 공평하게 분담시키는데 중추적 역할을 담당하고 있기에 이들에 대한 체계적인 논거의 구축을 통해 무엇보다도 실제적 실무분야의 문제해결을 위한 실무적 시사점을 줄 수 있어야 한다는데 있다.

II. 效率的 去來慣習으로서의 嚴格一致原則

1. 規範的 命題로서의 嚴格一致原則

신용장거래관습을 해석할 때 반드시 고려해야 할 원칙은 신용장이라는 시장의 도덕성과 시장구성원 또는 참여자들의 편의일 것이다. 신용장제도에 구현되어 있는 유용한 효율성을 향유할 수 있기 위해서는 신용장을 사용하는 당사자들의 善意가 전제가 되어야 함은 물론이며, 반드시 신용장을 통한 대금지급이 신속하게 이루어질 수 있도록 당사자간의 편의가 도모되어야 할 것이다. 그리고 시장구성원 또는 참여자들의 이해관계가 불균형되어 신용장거래에서 마찰과 오해가 발생할 경우 이를 화해시키고 화합시킬 수 있는 公正한 行爲準則²⁾이 뒷받침되어야 할 것이다.

신용장거래관습은 그것이 作爲的이라기 보다는 오히려 부단한 진화의 과정을 통하여 새롭게 적응하는 과정 속에서 형성, 발전되어온 상관습의 형태이기 때문에 自生的인 시장질서를 지향하고 있다고 볼 수 있겠다. 다시 말해 신용장거래관습은 오랜 역사 속에서 많은 상인 및 법률가들에 의해 발견되고 확인되어온 상거래관습이며, 구체적으로 문제들을 하나하나 해결해 가는 과정 속에서, 그리고 무엇이 올바른 행위준칙인가를 찾아가는 과정 속에서 형성, 발전되어온 市場秩序를 반영하고 있다고 하겠다. 이러한 차원에서 신용장거래관습의

2) 공정한 행위준칙(rule of fair conducts) 개념에 대한 보다 상세한 내용은 박세일, 법경제학, 박영사, 1997, pp. 5 ~ 10, pp. 46 ~ 59 참조.

법전화 또는 규칙화³⁾는 신용장제도라는 시장에서 발생하는 여러 대립을 해결하는 공정한 행위준칙을 찾아내고 이를 개선하는 목적을 추구하는 것이며, 이를 일반화 또는 공식화 하는 것이라 하겠다. 물론 이러한 기능을 담당하는 신용장거래관습의 설명규범들을 새롭게 생성, 발전되는 상관습을 수용하기 위해 부단히 개정, 보완되어야 함은 재론의 여지가 없을 것이다.⁴⁾

한편 신용장제도에는 주지하는 바와 같이 여러가지 능력, 지식, 목적, 기능 등을 가진 당사자들이 참여하는 것이 일반적이므로 시장에서의 규칙은 공정하고 형평에 맞아야 함은 당연할 것이다. 이러한 당사자들의 요구를 충족시키기 위해 상관습의 형태로 발전해 온 신용장거래관습의 대원칙이 이른바 신용장의 독립·추상성원칙이라 하겠다.⁵⁾

신용장의 독립·추상성원칙의 본질은 신용장을 매매계약의 한 부분으로서 개설되어 존재하나 신용장거래 자체는 그 선행되는 매매계약에 의해 어떠한 제약이나 위축을 받을 필요가 없으며, 나아가 신용장거래에 있어서 참여하는 은행은 거래의 공정성 실현을 위해 상품을 취급하는 것이 아니고 서류자체만을 가지고 판단하여야 함을 의미한다. 바로 이러한 신용장의 독립·추상성원칙을 뒷받침하기 위한 논리적 귀결⁶⁾로서의 공정한 행위준칙이 엄격일치원칙이라 하겠다.

신용장이라는 구조에서 가장 주축이 되고 중심이 되는 구성원은 개설은행, 개설의뢰인, 그리고 수익자 일 것이다. 개설은행은 개설의뢰인의 지시와 요청에 따라 개설된 신용장의 조건과 내용에 일치하는 서류에 대해 지급, 인수, 매입을 약속하며, 신용장의 독립·추상성에 의해 개설의뢰인과 수익자 사이에서

3) 신용장거래관습은 법전화 또는 규칙화 할 때의 정책적 고려사항에 대한 자세한 내용은 Henry Harfield, "An Agnostic View", *Brooklyn Law Review*, vol. 56, no. 1, 1996, pp. 1~11 참조.

4) 시장의 질서를 효율적으로 규제하고 문제해결을 위한 합리적, 협동적 행동의 촉구에는 법규범이 유용한 수단이 된다. 그러나 부단히 변화하는 시장질서를 반영하지 못하는 법규범은 효율적인 관리, 규율의 수단이 되지 못한다 (Palitha T.B. Kohana, *The Regulations of International Economic Relations Through Law*, Martinus Nijhoff, 1985, pp. 66~67 ; Donald T. Wilson, *International Business Transactions*, West Publishing Co., 1981 서문 참조).

5) 엄밀히 신용장의 독립·추상성원칙은 그 기본적 개념이 본래 유통유가증권을 소지하고 있는 선의의 제 3 자는 당해 증권에 내재해 있는 계약으로부터 보호해야 한다는 취지의 상거래관습에서 비롯된 것이다 (Boris Kozolchyk, *Commercial Letters of Credit in the Americas*, Matthew Bender & Co., 1977, pp. 454 ~ 457 참조).

6) Carolyn Hotchkiss, "Strict Compliance in Letter of Credit Law : How Uniform is the Uniform Commercial Code?", *UCCLJ*, vol. 23, 1991, pp. 290~292 참조.

공평하게 분담된 관계를 유지하는 가운데 서류만을 근거로 신용장거래에 임하게 된다. 수익자는 개설은행의 이와같은 신용장거래의 약정을 믿고 신용장의 조건과 내용에 일치하는 서류를 제시하면 정당하게 대금의 지급을 받을 수 있게 되며, 개설의뢰인은 개설은행의 정당한 지급행위에 대해 자신과 개설은행간의 대금충당약정에 따라 궁극적인 대금충당의 의무를 지게 된다.

이러한 신용장의 구조 속에서 독립·추성성원칙 및 엄격일치의 원칙은 가장市場順應의인 거래질서 즉, 당사자간에 오랜 세월동안 확인되어 온 공정한 행위준칙이므로 이들 원칙으로부터의 이탈은 진정한 신용장거래관습이라고 보기 어렵고, 그 자체로써 신용장거래관습에 개념적 오염을 초래할 위험성이 있다고 하겠다.⁷⁾ 이러한 관점에서 법원은 신용장통일규칙이 제정되기 전, 그리고 신용장의 상거래법 형태인 미국의 통일상법전 제정 전에 이미 서류의 엄격일치원칙을 확립해 놓고 있었으며, 이들 규칙과 법전의 제정 후에도 압도적으로 엄격일치의 원칙을 지지하고 있다⁸⁾고 하겠다.

자생적 시장에서의 공정한 행위준칙을 결정하는 기초는 그 시장내에서의 거래당사자들의 공감(collective sympathy)에 있는 바, 이는 歷史性과 價値相對性을 반영하는 것이기 때문에 시간이 흐름에 따라 변화한다는 것이다. 이는 곧 시장질서의 발달의 정도에 따라 공정의 기준에 차이가 발생하는 것을 의미한다.⁹⁾ 주지하듯, 시장의 질서는 일정한 범질서를 전제하여야 비로소 그 의미를 가질 수 있는 것이며, 法秩序(legal order)라 함은 사실상의 거래질서 또는 시장질서를 체화하여 여기에 법적권위를 부여한 것¹⁰⁾이라 설명할 수 있다는 차원에서 법의 내용과 발전은 기본적 시장질서에 의하여 영향을 받고 시장질서의 운행과 발전은 법에 의하여 規整받는다고 할 수 있겠다. 결국 시장질서와 범질서는 서로 공존하면서 끊임없이 변화, 발전한다고 하겠다.

한편 문제는, 自生的이기 보다는 作爲的인 범질서는 그것이 시장순응적이어야 한다는 데 있다는 것이다. 만일 시장질서에 상응하지 않는 범질서가 있을 때에는 거래당사자간의 개별적 계약관계를 통하여 그 범질서는 사실상 유효성

7) Henry Harfield, "Code, Customs and Conscience in Letter of Credit Law", *UCCLJ*, 1971, pp. 7~8 참조.

8) James E. Byrne, "Letter of Credit", *The Business Lawyer*, vol. 43, 1988, p. 1354.

9) 박세일, 전제서, p. 7 참조.

10) 오병선, "국제경제법의 개념과 연구방법에 관한 고찰", 경상논총, 서강대학교, 1986, p. 155.

을 상실하기 때문에 법적 안정성을 유지할 수 없다. 결국 법질서가 관련거래를 효과적으로 규율하기 위해서는 당해 시장질서에 대한 원리적 이해가 전제되어 규범으로 구체화되어야 비로소 법규로서의 수궁¹¹⁾이 가능하다는 것이다.

이하에서는 신용장거래관습에 대한 소위 “살아있는 법”으로서의 기능을 하고 있는 신용장통일규칙(5차 개정)과 신용장거래에서의 유일한 상법전으로 평가되는 미국의 통일상법전 제 5 조(1995 개정)에 엄격일치원칙이 어떠한 형태로 구현되어 있는지를 살펴보도록 한다.

2. 信用狀統一規則과 嚴格一致原則

(1) 합리적 주의와 국제표준은행관행

가. 합리적 주의

신용장통일규칙상에서의 서류검토의 본질적 원리는 소위 「합리적 주의」와 「국제표준은행관행」의 개념 속에 구현되어 있다고 보겠다.¹²⁾

일반적으로 합리적 주의라 함은 성실한 은행이라면 당연히 기울여야 할 선량한 관리자로서의 평상적 주의를 갖고 서류를 검토해야 한다는 것을 의미하는 것으로, 이는 서류의 검토시 어떤 당사자의 이익에도 치우치지 않고 정직한 상태를 견지하는 가운데 은행 자신의 편견이나 자기이익 중심의 주장이 배제되어 있는 형평에 맞는 公正性의 개념을 함축하고 있으며, 나아가 은행의 부주의나 태만 또한 배제되어 있는 勤勉性으로서의 기준도 포함하고 있다고 보겠다.¹³⁾ 이때 은행이 기울여야 할 주의의 정도(degree of care)는 평상적 수준으로서의 주의의 정도를 의미한다. 다시 말해 은행은 당해 거래에 고도로 숙련된 지식을 보유한 자로 판단되는 것이 아니라, 단지 일반적인 평상수준의 지식보유자로서만으로 평가되어야 한다는 것이다. 여기서 의미하는 지식의 범위는 신용장에 내재되어 있는 계약(underlying contract)과 관련된 상업적 去來慣行

11) William Howarth, “Contract, Reliance and Business Transactions”, *The Journal of Business Law*, 1987, p.122 참조.

12) 신용장통일규칙 13 조 a) 항.

13) 합리성(reasonableness)에 대한 좀더 구체적인 정의는 *Black's Law Dictionary*, 6th ed., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1990, p. 213, 595, 596, 1031, 1033, 1034, 1225 참조.

(trade practice)에 대한 지식을 말하는 것이 아니라 신용장거래은행계에 보편 타당하게 존재하고 있는 銀行慣行(banking practice)을 뜻한다고 보겠다.¹⁴⁾ 결국 신용장통일규칙 상의 은행의 서류검토의 1차적 요건은 합리성을 전제로 한 은행관행에 관한 평상적 수준의 지식보유자로서의 검토기준이라 할 수 있다.¹⁵⁾ 따라서 은행에 대해 관련 상업적 거래관행에 대한 지식을 포함하여 고도의 주의의 의무를 강요하는 것은 신용장통일규칙의 기준을 벗어나는 것으로 해석하여야 할 것이다.

(2) 국제표준은행관행

서류검토의 기준은 실제 그 적용에 있어 판례마다 소위 사안별로 일관성이 결여되어 있고 法院의 判例意見이 상이하여 신용장거래 당사자들에게는 불확실성의 근원이 될 수밖에 없다. 왜냐하면 서류검토의 기준은 제출된 서류가 신용장의 조건과 내용을 완전히 반영해야 한다는 기준(mirror image rule)으로부터 기능적으로 동일하기만 하면 충분하다는 상당히 완화된 기준(substantial compliance rule)에 이르기까지 다양하기 때문이다.

사실 은행은 司法判決로 확인된 판례의 흐름을 통해 서류검토의 기준을 판단해 낼 수도 있을 것이다. 그러나 이러한 판례의 흐름에는 완벽한 의미로서의 일관성이 결여되어 있기 때문에 판례의 결정내용에만 의존하는 운영방식은 실제의 관행과는 괴리가 있을 수 있다.¹⁶⁾ 이러한 난제를 해결하기 위한 최적의 접근방법으로써 신용장통일규칙에서는 일상적이고 평상적인 은행관행이 국제적으로 인정되는 것을 국제표준은행관행이라고 설정하고 일단 신용장통일규칙에 구현된 신용장거래관습을 가장 기본적이고 본질적인 국제표준은행관행이라고 정의하기에 이르른 것이라 보겠다.¹⁷⁾ 물론 국제표준은행관행이라는 것은 그

14) Milton R. Schroeder, "The 1995 Revisions to UCC Article 5, Letter of Credit," *UCCLJ*, Spring, 1997, pp. 346~347; *Ward Petroleum Corp. vs. FDIC*, 903 F.2d 1297, 1300(10th Cir. 1990)(개설은행은 매매계약과 관련된 거래관행을 숙지하고 있어야 할 의무는 없다).

15) 서류검토에 있어서 일률적이고 독단적인 이론적 기준을 제시하기는 어려우나 서류검토의 당사자인 은행이 합리적인 주의의무를 다했을 경우에는 그 자체로서 기준이 될 수 있다. 미국의 통일상법전과 신용장통일규칙에서도 이러한 취지는 명시적으로 함축되어 있다고 볼 수 있다. 이와 유사한 견해는 Gutteridge & Megrah, *The Law of Banker's Commercial Credits*, Europa Pub., 1984, pp.120~121; Boris Kozolchyk, "The Emerging Law of Stand-by Letter of Credit and Bank Guarantees," *24 Arizona Law Review*, 1982, pp. 314~364 참조.

16) ICC, Document No. 470-37/4, pp. 22 ~ 24 참조.

본질상 계속 변화하는 속성을 가지고 있어 신용장통일규칙의 규정만으로는 그 해석에 있어 마찰과 오해 내지 분쟁의 원천이 될 가능성이 있는 것은 사실이므로, 최근 ICC에서는 이에 대한 보완적 대처방안으로 신용장통일규칙의 규정 외에 다른 표준적 관행이 있다면 이를 계속 보고 받고 취합해서 가장 합리적이고 국제적으로 인정받을 수 있는 관행을 상호간에 통일시켜 추가적으로 계속 보충하겠다는 의도를 구체화시키고 있다.¹⁸⁾

한편 국제적 표준은행관행이라는 것은 신용장거래관습에 있어서 은행이 서류를 검토하는 방법론으로서의 기능을 하는 것이기 때문에 문제는 과연 이러한 관행이 어떠한 서류검토의 기준을 위한 구조적·운용적 틀인가 하는 부분에 있다고 보겠다. 다시 말해 국제표준은행관행이 지향하고 있는 서류검토의 원칙은 무엇인가라는 것이다.

주지하는 바와 같이 국제표준은행관행이라는 용어는 신용장통일규칙 5차 개정작업부와 미국의 관련 전문가들의 의견에 따라 설정된 개념이다.¹⁹⁾ 본디 ICC에서는 문제가 되고 있는 서류검토의 기준을 제시하기 위해 소위 合理的 書類檢討者의 검토기준(reasonable document checker standard)이라는 개념을 상정하였으나 합리성이라는 개념해석의 복잡성과 난해성으로 인해 같은 의미를 주는 개념으로 표준은행관행(standard banking practice)이라는 용어를 설정한 후 차후 「국제적」이란 용어를 삽입하였다.²⁰⁾ 결국 5차 개정 신용장통일규칙의 국제표준은행관행은 합리적 서류검토자의 검토기준을 의미하는 것이며, 이의 의미는 매매계약을 고려하지 않고 객관적인, 그리고 서류만을 근거로 하여 신용장거래 은행계에 존재하고 있는 은행관행을 준수하는 관련지식보유자로서 정직성과 공정성을 그 행위의 지침으로 하고, 서류검토 시 하자 또는 불일치 사항의 원인과 결과에 대한 예측과 평가를 할 수 있는²¹⁾ 검토기준, 다시

17) 김기선, “개정 통일상법전 제 5 조와 신용장통일규칙과의 비교연구”, 무역학회지, 21 권 1 호, 1996, pp. 472 ~ 473 ; 일견, 지역적 관행(regional practice)은 국제적 표준 은행관행의 범주에서 배제된다. 지역적 관행이 국제적 표준은행관행으로 인정되기 위해서는 그 보편·타당성이 국제적으로 검증되어야 한다.

18) 이러한 시도는 ICC, Document No. 470/747에 구현되고 있다.

19) 좀더 구체적으로 부연한다면 국제표준은행관행이라는 용어는 아리조나 주립대학의 Boris Kozolchik 교수의 제안으로 채택된 것이다(Boris Kozolchik, “Re UCP Article 13(a) & the ICC’s National Banking Practices Initiative,” *Letter of Credit Update*, vol. 11, No. 11, 1995, p. 32 참조).

20) *ibid*, pp. 34 ~ 35.

21) 이를 위해 은행의 서류검토 담당직원들에게 가장 표준적이고 합리적인 기준에 입각한 자료를 통한 교육은 필수적이라 할 수 있다(Letter of Credit Update, vol. 12,

말해 서류의 하자 또는 불일치 사항과 자신의 서류검토의 결과가 어떤 결과를 수반할 것이냐²²⁾에 대한 추론을 이끌어 낼 수 있는 연역적 방법으로서의 서류검토 기준을 의미한다고 할 수 있다. 또한 이 개념들은 법원에 의해 작위적으로 해석되는 시장질서로서의 행위기준이라기 보다는 이미 冒頭에서 언급한 바와 같은 신용장거래관습이라는 市場秩序에서 自生的으로 발전해 온 공정한 행위 기준을 본질적으로 의미한다는 차원에서 국제적 표준은행관행 또는 합리적 서류검토자의 검토기준은 바로 엄격일치원칙을 지향하고 있음도 확인할 수 있다.

따라서 신용장통일규칙은 은행의 서류검토기준을 원칙적으로 엄격일치원칙에 두고 이를 뒷받침하는 합리성 즉, 공정성, 근면성, 선의가 충족되는 가운데 發展的 原理로서의 국제표준은행관행에 따라 서류를 검토하는 것이야말로 신용장거래관습이 지배하는 시장질서를 효율적으로 반영하는 것이라고 결정하기에 이른 것이라 보겠다.

3. 改正美統一商法典 第5條와 嚴格一致原則

(1) 엄격일치 원칙의 명문화

미국통일상법전 제5조는 제정된지 이미 40여년이 지나 그간 변화, 발전한 현재의 신용장거래관습의 해석기준으로서는 적시성을 잃어 이의 해석을 둘러싸고 많은 문제점이 노출되어 왔다. 이러한 난제를 해결하기 위한 일환으로 개정된 미통일상법전 제5조는 괄목할만하게 변화한 신용장거래관습과 당해 신용장거래법전과의 괴리를 조정하고 최소한 차후 반세기동안 신용장거래의 필수불가결한 해석기준이자 신용장통일규칙의 보충규정으로서, 그리고 신용장

No. 10, 1996, p.28참조). 이때 합리적이고 표준적인 교육의 기준점은 법원의 판례 의견, 신용장통일규칙 그 자체, 학술지 등을 통한 전문가들의 제언 등을 포함하지 만 무엇보다도 중요한 것은 관행이라고 할 수 있다. 좀더 자세한 내용은 Boris Kozolchik, "Strict Compliance and the Reasonable Document Checker," *Brooklyn Law Review*, vol. 56, 1990, pp. 74~78 참조.

22) 이러한 판단의 실질적인 척도는 「損失」이라 할 수 있다. 다시 말해 서류의 불일치 사항이 개설의뢰인에게 어떠한 손실도 끼치지 않는 경미한 사항이라면, 또는 개설 의뢰인의 손실에 상당한 인과관계가 없는 경미한 불일치 사항이라면, 이러한 부분에까지 엄격일치원칙이 적용되는 것은 아니다. 이러한 견해에 대해서 Henry Harfield, *Letter of Credit, Uniform Commercial Code, Practice Handbook 5*, American Law Institute, Philadelphia, 1980, p.57 ; Steven T. Kolyer, "Judicial Development of Letter of Credit Law : A Reappraisal," *Cornell Law Review*, vol. 66, 1980, pp. 152~153 ; Carolyn Hotchkiss, *op. cit.*, pp. 297~299 참조.

관련 분쟁의 해결에 있어 법원의 司法判決 기준으로써 지대한 역할을 할 것으로 예상된다.²³⁾

개정된 통일상법전 제5조에서는 서류의 검토기준과 관련하여 다음과 같이 규정함으로써 엄격일치 원칙을 명문화하고 있다.²⁴⁾

“5-109 조에서 달리 정하고 있는 경우를 제외하고, 개설인은 동조 (e) 항에 규정된 표준판행에 의해 결정된 대로 신용장의 조건과 내용에 문면상 엄격하게 일치하는 서류가 제시되면 지급한다. 5-113 조에서 달리 정하고 있는 경우를 제외하고 그리고 개설의뢰인과 개설인간에 달리 반대합의가 없는 한, ‘신용장 조건에 엄격하게’ 일치하지 않는 서류의 제시에 대해서는 개설인은 대금을 지급하지 않는다.”

이상의 규정은 “개설인은 서류가 신용장의 조건과 내용에 일치하는지 여부를 확인하기 위하여 주의를 기울여 서류를 검토하여야 한다. ...”는 구법전의 규정과 비교해 볼 때 서류검토의 기준은 엄격일치원칙이 지배함을 당 법전이 확인해 주고 있음을 알 수 있다.

신용장은 계약법(contract law)의 산물이 아니라, 상업적 특수성을 가진 자생적 구조이기 때문에 계약의 해석원칙 중 하나의 형태인 實質履行의 法理(doctrine of substantial performance)에서 파생된 소위 상당일치 원칙을 전적으로 배제하겠다는 취지를 개정 통일상법전 제5조는 강력하게 반영하고 있다.²⁵⁾ 또한 본 규정에서의 엄격일치 기준은 남용될 여지가 있는 완전일치기준(oppressive perfectionism)을 의미하는 것이 아님을 공식주석을 통해 명시하고 있다. 결국 개정 통일상법전 제5조는 이미 언급한 신용장통일규칙에 숨겨져 있는 서류검토기준과 동일한 의미로서의 엄격일치 원칙²⁶⁾을 지향하고 있음을 알 수 있다.

23) 구법전의 제반 문제점과 개정의 당위성에 대해서는 Farrah, Dolan, Mooney, Miller & Burman, “An Examination of U.C.C. Article 5 (Letter of Credit),” *The Business Lawyer*, vol. 45, 1990, pp. 1531~1539 참조.

24) 개정 통일상법전 5-108 (a) 참조.

25) 이 규정의 공식주석에서는 상당일치의 원칙을 원칙적으로 고려하고 있지 않음을 명시하고 있다.

26) 개정 통일상법전 제5조에 있어서의 서류검토기준은 지식보유자로서의 서류검토기준(knowledgeable document checker standard)이라는 개념에서 출발한다. 이 기준은 신용장통일규칙에서의 서류검토기준인 합리적 서류검토자로서의 기준(reasonable document checker)을 그대로 반영한 것이다 (Farrah, Dolan, Mooney, Miller & Burman, *op. cit.*, pp. 1609~1610 참조).

(2) 표준관행의 제시

개정된 통일상법전 제 5 조에서는 신용장통일규칙 상의 국제표준은행관행이라는 용어 대신 표준관행(standard practice)이라는 개념이 서류의 엄격일치 여부의 판단기준이 된다고 규정하고 있음을 알 수 있다.

개정 통일상법전이 인정하는 표준관행은 다음의 세가지를 포함한다.²⁷⁾

첫째, 신용장통일규칙에 명시된 관행

둘째, 신용장을 정규적으로 발행하는 금융기관협회 등이 공표한 관행²⁸⁾

셋째, 지역적 관행

후자의 두 관행이 모두 신용장통일규칙에 명시된 관행과 일치한다면 바람직하겠지만 만일 이들 세 관행들간에 서로 상충하는 경우가 발생할 때에는 당사자간에 어떤 관행이 우선하는지를 명시적으로 표명하고 있어야만 한다.²⁹⁾ 동 조 (e) 항에서는 표준관행에 대해 다음과 같은 추가적인 규정을 두고 있다.³⁰⁾

“개설인은 신용장을 정규적으로 발행하는 금융기관의 표준관행을 준수하여야 한다. 개설인의 표준관행준수 여부의 결정은 법원의 해석문제이다. 법원은 신용장의 당사자들에게 표준관행임을 증명할 수 있도록 합리적인 기회를 부여해야 한다.”

여기서 「표준관행 준수 여부」라 함은 주어진 특정상황에 표준관행이라는 기준이 적용될 것이냐 하는 해석문제를 의미하는 것으로 이는 본질적으로 법규의 적용 또는 평가의 문제 즉, 법률문제(matter of law 또는 question of law)라 할 수 있다. 일반적으로 특정거래를 지배하는 거래관행 또는 관습이 무엇인가 하는 문제는 사실의 문제(matter of facts 또는 question of facts)이기 때문에 배심(jury)과 같은 전문가들에 의해 상충되는 여러 상업적 감각(commercial sense)이나 경험적 요소들의 증명(evidence)을 통해 결정될 문제이나 일단 이 거래관행이나 거래관습이 법규화되면 이와같은 사실의 문제는 종결되고, 주어

27) 개정 통일상법전 5-108, Comment 8.

28) 이는 주로 USCIB(United States Council on International Banking)가 공표한 관행을 의미한다. USCIB의 회원은행은 국제무역거래에 수반되는 제반 은행업무를 취급하며 약 450여개의 은행으로 구성되어 있다(Joseph D. Gustavus, "Letter of Credit Compliance under Revised UCC Article 5 and UCP 500", UCCLJ, Spring, 1997, p. 56 참조).

29) 개정 통일상법전 5-108, Comment 8.

30) 개정 통일상법전 5-108 (e) 항.

진 특정상황에 당해 거래관행 또는 관습이 어떻게 적용되느냐 하는 법원에 의한 해석문제 즉, 법률문제가 된다.³¹⁾

신용장거래에서 표준관행이라는 서류검토의 기준이 어떠한 것이며, 어떠한 관행을 포함하는 것이냐 하는 사실의 문제는 당사자들의 주장, 증거에 의해 판단되는 것이지만 주어진 특정서류검토 상황에 그와같은 관행이 적용될 수 있느냐 하는 법률문제는 법원의 해석에 의해 결정되는 것이라 하겠다.

상기의 규정은 이러한 원칙에 따라 신용장 거래에 임하는 당사자들이 채택하는 관행이 과연 표준관행으로서의 기준에 적용될 것인가를 주장·증명할 수 있는 기회가 부여되어야 하는 것도 당연한 결과이고 이의 결정문제는 법원의 몫이 됨을 법의 조항으로 구체화시킨 것이라 할 수 있다. 따라서 표준관행의 범주에 「지역적 관행」을 포함시키고 있는 까닭은 지역적으로 다양하고 일치되지 않는 관행을 모두 인정하겠다는 취지라기 보다는, 이상에서 언급된 증명의 절차적 요건이 충족된 후에, 그와같은 지역적 관행이 신용장거래를 지배하는 본질적 거래질서에 부합한다고 법원이 판단한다면³²⁾ 이 역시 합리성이 있는 표준관행이 될 수 있음을 시사하는 것이라 하겠다.

결국 개정 통일상법전 상의 표준관행의 기준에 신용장통일규칙, USCIB 등이 공표한 관행, 지역적 관행 등을 포함시킨 근본적 취지는 미국 국내의 신용장거래관습을 범세계적인 기준에 맞추고자 하는 데 1차적 목적이 있으며, 나아가 표준관행의 해석을 법원의 결정에 맡김으로서 지금까지 법원에 따라 그 기준이 일정치 않았던 司法判例意見에 일관성을 부여하기 위한 것이며, 궁극적으로는 법원이 해당거래의 관행의 차이를 조정함으로써 점차적으로 신용장거래관습에서의 「국제표준은행관행」의 폭을 넓혀가고자 하는데 그 목적이 있다고 보겠다.

31) James E. Byrne, "Revised UCC Section 5-108(e) : A Constitutional Nudge to Courts," *UCCLJ*, Spring, 1997, p. 422 참조 ; 이러한 원리는 통일상법전 1-205 조 (2) 항에도 규정되어 있다.

32) 법원의 판단기준은 지역적 관행이 과연 신용장거래관습을 지배하는 시장순응적 거래질서에 부합되는지 여부에 있을 것이다. 또한 법의 일반원칙이라 할 수 있는 신의성실의 원칙, 권리남용금지의 원칙, 정의와 형평의 원리 등을 종합적으로 고려할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 판단기준은 개정 통일상법전 제 5 조에서 명문화되어 있는 엄격일치원칙의 범주 내에 있어야 할 것이다.

Ⅲ. 嚴格一致原則의 解釋과 適用基準

1. 엄격일치원칙의 해석을 위한 기본전제

신용장거래관습을 지배하는 공정한 행위준칙으로서의 원리가 엄격일치기준이 됨은 이미 살펴본 바와 같이 5차 개정 신용장통일규칙과 개정 통일상법전 제5조를 통해 확인되고 있다. 따라서 신용장거래관습에 있어 서류의 검토를 위한 은행관행(banking usages)이 무엇인가라는 사실의 문제(question of facts)는 일단 그것이 신용장통일규칙과 개정 통일상법전 제5조에 법규화된 이상, 주어진 특정상황에 당해 엄격일치원칙이 어떻게 적용되느냐 하는 규범해석의 문제(question of law)로 귀착된다.

한편 이와같이 신용장거래관습의 해석기준으로서 지대한 역할을 하는 법규범은 自生的 市場秩序로서의 신용장거래관습을 얼마나 잘 반영하고 있는가 하는 문제가 일견 그 해석을 위한 기본전제가 될 것이다. 다시 말해 이들 법규나 규칙들은 신용장거래관습이라는 신용장 시장질서와 상응하는 즉, 市場順應的인 法秩序로서의 기능을 하여야 한다는 것이다.

일반적으로 신용장거래 관습에 있어 거래의 신속성(celerity)과 확실성(certainty)이라는 효율성 개념이 관련 법규의 제정이나 개정으로 인해 그것이 촉진되거나 또는 불확실성이 제거된다면 이는 효율적 규정으로서의 역할을 하게 된다고 볼 수 있다. 나아가 신용장거래 당사들에게 있어 이와같은 법규의 제정·개정이 각 당사자들이 각각 공여받은 이익과 그러나 이익을 받기 위해 부담하는 비용이나 리스크의 가치가 상대방의 그것과 균형을 이루도록 조정되어 있거나 또는 그러한 방향으로 해석 내지 적용된다면 그리고 궁극적으로 어느 당사자 일방에게 소위 「windfall」이 없도록 규정이 이루어져 있고, 그렇게 해석·적용된다면 이는 공정하고 형평에 맞는 법질서가 될 것이다.

신용장거래에서의 효율성을 증대시키기 위해 각 거래 당사자들에게 거래에 수반되는 리스크를 최적배분시키고, 그에 따라 창출되는 이익이나 효과를 공평하게 분배시킬 수 있는 법규범이라면 이는 대단히 바람직한 형태가 아니라 할

수 없을 것이다. 그러나 실질적으로 볼 때 신용장거래관습의 효율성과 형평성은 여타의 다른 관계에서 처럼 트레이드오프(trade-off)관계가 발생하는 것이³³⁾ 일반적이기 때문에 신용장거래관습에서의 효율과 형평의 균형문제는 대단히 미묘하고 어려운 과제라 할 수 있다. 물론 어떤 관점에서는 거래당사자 사이에 자발적으로 협력하고 합의하는 것이 가장 효과적이라고 할 수 있겠으나, 본고에서 논하고 있는 서류검토의 기본원칙 부문은 오랜 세월동안 대립·충돌하였던 가치판단의 문제이기 때문에 이 중 어느 것을 최적의 법질서로서 발견하고 선택하느냐 하는 것은 결코 쉬운 문제가 아니라 하겠다.³⁴⁾ 그러나 일단 엄격일치원칙이 신용장통일규칙과 미국의 개정 통일상법전에 신용장거래관습에 있어서의 基本價値 또는 目標原理의 하나로 정립이 된 이상, 그 현안과제는 엄격일치원칙을 근간으로 주어진 특정상황에 당해 원칙을 어떻게 적용하느냐 하는 부분이 될 것이다.

한편, 이미 서론에서 언급한 바와 같이 신용장통일규칙이나 통일상법전 제5조가 기존의 것으로부터 변경 또는 개정되었을 때에는 신용장거래 당사자 각각에게 이전보다는 추가적인 이익을 줄 수 있을 것이나, 또 한편으로는 각 당사자에게 이전과는 다른 부수적이고 추가적인 손실 내지는 리스크를 부담시킬 가능성도 있을 것이다. 그러나 만일 상기의 규범내에 추가적이고 부수적인 손실 내지는 리스크를 보상 내지는 보완해 줄 수 있는 장치가 또 하나의 규정으로 보충된다든지 또는 그러한 방식으로 해석·적용될 때에는 신용장거래관습은 전체적으로 그 효율성이 증대될 수 있을 것이다.

신용장거래관습은 본질적으로 매매계약에서 각 당사자들이 가지는 고유한 의미로서의 리스크를 개설은행이라는 공정성있는 기관으로 하여금 변경·이전시키는 자생적 시장원리로서의 고안물(risk-shifting device)이기 때문에 은행이 당해 신용장거래에서 주요한 중심점이 된다. 따라서 개설은행중심으로 각

33) Werner Z. Hirsh, *Law and Economics*, Academic Press, New York, 1979, p. 4.

34) Alf Ross, *On Law and Justice*, Univ. of California Press, 1958, pp. 327~328 ; 이는 신용장을 하나의 계약으로 간주하여 신용장거래 관습을 해석할 때 계약의 해석원칙을 지나치게 적용한 데서 연유한다는 견해가 많다 (Albert J. Givray, "UCC Survey : Letter of Credit", *The Business Lawyer*, vol. 44, 1989, p. 1570 ; Boris Kozolchik, "Strict Compliance and the Reasonable Document Checker," pp. 67~68 ; Gerald T. McLaughlin, "On the Periphery of Letter of Credit Law : Softening the Rigors of Strict Compliance", 106 *Banking Law Journal*, 1989, p. 4 ; John F. Dolan, *The Law of Letters of Credit*, 2nd ed., Warren Gorham & Lamont Inc., 1991, Section 3.01, 3.08 ; Henry Harfield, "Code Customs and Conscience in Letter of Credit Law", 1971, p. 7, 11 참조).

당사자들이 의무와 책임 그리고 거래의 리스크가 배분되고, 개설은행을 통해 신용장의 효용이 분배된다. 신용장거래관습 특히 서류검토를 위한 엄격일치 기준이 은행중심의 관행(banking usage)에 그 초점을 두는 까닭도 바로 이러한 논리에 연유된다 보겠다.

신용장통일규칙과 개정 통일상법전 제5조에서는 이상과 같은 논리를 중심으로 엄격일치 원칙을 적용하기 위한 제반 운용기준들이 상호보완적으로 규정되어 있다.³⁵⁾ 이하에서 분석할 이들 조항들의 해석에 대한 기본접근방법은 다음과 같은 사항을 전제로 한다. 즉, 이들 법규들에 있어 규정되어 있는 제반 조항은 특정요건이나 기준을 내세워 그 요건 또는 기준 이하면 거래손실이나 리스크가 발생한다는 차원에서의 규율이라기 보다는 특정요건이나 기준을 준수하면 손실이나 리스크의 발생가능성을 줄이거나 또는 그 확률을 嚮으로 할 수 있다는 차원에서의 규율이라는 태도이다. 왜냐하면 전자와 같은 접근방식은 경직된 상태로 그 특정요건이나 기준을 맞추는 데에만 당사자들이 급급해 할 것이며, 그 결과 당해 규정이 규율하는 관행이나 관습을 개선시킬 의도가 배제될 것이지만, 후자의 경우에는 스스로 더욱 더 그 내용을 준수하여 손실이나 리스크의 발생가능성을 더욱 더 줄이도록 노력할 수 있게 유도 내지 유인할 수 있기 때문이다. 또한 이러한 접근태도를 견지한다면 당해 규정들은 보다 더 시장순응적인 규정이 될 것이며, 나아가 그 자체로서 효율적이고 공정한 해석 기준이 될 것이기 때문이다.

2. 嚴格一致原則 適用을 위한 몇 가지 運用基準

(1) 간단·명료한 신용장 조건

개설은행 행위의 합리성 기준은 신용장 개설 후 제시되는 서류의 일치여부를 점검할 때에만 적용되는 것은 아닐 것이다. 다시 말해 이는 개설은행이 당초 신용장을 개설하기 위해 개설의뢰인으로부터 요청받은 신용장조건을 확정할 때에도 선차적으로 적용되는 기준이라 할 수 있다. 따라서 개설은행은 개설의뢰인에게서 신용장조건의 삽입을 요청받을 때 그 개설의 지시와 관련한 내

35) 신용장통일규칙 제5조, 13조, 14조, 37조; 개정 통일상법전 5-108, 5-110, 5-117조 참조.

용을 명확히 함과 아울러 과도한 명세(excessive details)를 삼가도록 개설의뢰인에게 그 지시의 명확성과 완전성을 반드시 요구할 필요가 있다.

신용장통일규칙은 이를 개설은행의 의무조항으로 규정하고 있어 엄격일치원칙 적용을 위한 최우선적 은행관행임을 시사하고 있다. 신용장 조건이 모호하다든지³⁶⁾ 또는 그 명세가 과다하면 차후 수익자가 획득할 수 없을 서류가 포함되거나, 또는 명세의 내용만으로는 제출되어야 할 서류가 충족되지 못할 가능성이 대단히 높기 때문에³⁷⁾ 이는 그 자체로서 신용장거래 당사자 모두에게 비효율성을 초래시킬 수 있다.

조건의 모호성과 과대성에 관련한 책임관계에 있어서는 일견, 개설의뢰인, 수익자, 개설은행 모두에게서 발생한다고 볼 수도 있다. 즉, 개설의뢰인은 서류만을 근거로 대금지급을 해야 하므로 수익자의 불완전한 계약이행을 미연에 방지하기 위해서 과다하고 모호한 신용장조건을 계속 삽입하려는 경향이 있다. 따라서 신용장조건의 과대성과 모호성에 대한 근본책임은 개설의뢰인에게서부터 발생한다고 볼 수 있다. 수익자 역시 통지받은 신용장을 검토한 후 자신이 이행하기 불가능한 조건이 있었다면 이를 쉽게 판별해 낼 수 있음에도 불구하고 이의 변경 내지 수정을 요구하지 않은 결과로 그 책임을 분담할 필요가 있을 것이다.³⁸⁾ 개설은행의 경우에도 역시 신용장 개설 시 개설의뢰인의 지시가 불명확하거나 과다할 때 개설의뢰인에게 이의 시정을 권고해야 함에도 이를 묵과하고 있다가 후에 수익자가 당해 조건을 이행치 못했다는 이유로 대금지급을 거절할 수 만은 없을 것이다.

이와 같이 거래에서의 형평성을 유지하기 위해서라면 이들 모두 신용장조건의 모호성, 과대성에 그 과실책임이 있다고 볼 수 있기 때문에 엄밀히 이는 과실책임에 관한 비교형량의 문제일 수도 있겠다.³⁹⁾ 그러나 많은 경우 신용장조건이 모호하거나 과다함으로써 발생한 손실의 리스크는 개설은행이 부담하는

36) 신용장 조건의 모호성이라 함은 다음과 같은 세가지 형태로 나타난다. ① 이행하지 못할 규정을 두어 모호성(vagueness)을 가질 때, ② 이행하는데 두가지 이상의 해석이 가능하여 모호성(ambiguity)을 가질 때, ③ 조건상호간의 연계성의 결여(lack of linkage)가 있을 때.

37) ICC에서는 이러한 문제를 해결하기 위해 표준적인 기준을 제시하고 있다 ; ICC, *Standard Documentary Credit Application ; Guidance Notes for Credit Applications*, ICC Publication S.A., 1986 참조.

38) Albert J. Givray, *op. cit.*, p. 159 참조.

39) 예컨대 이는 각 당사자가 과실유무에 있어 그 과실의 상대적 정도를 판단하여 그 책임을 지우는 과실상계방식이라 하겠다.

것이 司法判例意見의 일반적 경향인 것으로 보인다. 즉, 의무와 책임의 총체적 서류라 할 수 있는 신용장이라는 증서를 작성한 당사자는 수익자도 개설의뢰인도 아닌 개설은행이므로 모호한 조건과 내용의 해석은 그러한 조건과 내용을 제공한 당사자에 反하여 엄격하게 적용한다는 계약해석의 원칙(rule of contra proferentem)이 적용되기 때문이다.⁴⁰⁾

일단 신용장이 개설되면 신용장의 개설을 지시·요청한 개설의뢰인은 신용장과는 별개의 독립적 관계에 놓이게 되므로 그 결과 신용장만을 중심으로 판단할 때에는 수익자와 개설은행과의 관계에서 그 해답을 찾는 것이 올바른 방법이 될 것이다. 개설은행이 발행, 개설하여 수익자로 하여금 그 조건과 내용에 따른 서류제시 의무를 부과함에 차후에 모호하고 과대한 서류의 조건을 수익자가 제대로 이행치 못하였다는 사실을 이유로 대금지급을 유예 내지 정지시킨다는 것은 거래의 관행 상 공정치 못한 행위일 것이며, 신용장거래관습에 내재해 있는 선의의 원칙에도 위배됨은 당연할 것이다. 또한 이는 중국적으로는 은행이 기울여야 할 합리적 주의의 의무를 제대로 충족시킨 것이 아니라는 차원에서 수익자와의 문제발생 시 개설은행에게 보다 더 강력한 의미로 불리하게 적용된다는 해석은 타당하다 보겠다.

신용장통일규칙은 이러한 차원에서 신용장개설 당시 모호하고 과대한 조건의 삽입을 당초부터 개설은행이 제지시키는 것이라 규정함으로써 신용장거래관습에서의 바람직한 은행관행을 정립시키고 있다 보겠다.

(2) 서류미지정조건의 취급 요령

광의로 볼 때 모호한 신용장조건의 하나로 볼 수 있는 서류미지정조건(non-documentary condition)에 대해서 신용장통일규칙과 개정 통일상법전 제5조에 서는 상기의 경우보다 더 명쾌한 규정을 두고 있다.

즉, “신용장이 그와 일치하게 제시되어야 할 서류의 명칭을 표시하지 않고 조건만을 기술하고 있을 경우, 은행은 그러한 조건이 기술되지 않은 것으로 간주하고 이를 무시한다.”⁴¹⁾

40) 과실판단에 관련한 법경제학적 분석에 대해서는 William M. Landes & Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard Business Press, 1987 ; D. Haddock and C. Curran, “An Economic Theory of Comparative Negligence”, *14 Journal of Legal Studies*, 1985 참조.

41) 신용장통일규칙 제 13 조 (c) 항.

“5-102(a)(b)항 하의 신용장 약정에 서류미지정조건이 포함되면 개설인은 당해 서류미지정 조건을 무시하며, 당해 조건이 기술되지 않은 것으로 간주하고 이를 무시하며 당해 조건이 기술되지 않은 것으로 취급한다.”⁴²⁾

신용장통일규칙과 개정 통일상법전 제5조에 상기 규정이 명시되지 않았던 당시까지 서류미지정조건에 대한 법원의 판례의견은 일치되어 있지 못한 상태였다. 그 이유는 서류미지정조건의 속성상 이는 그 이행여부가 제시된 서류의 검토를 통해서 인식되는 것이 아니라 조건의 실제적 이행이라는 사실관계의 파악으로만 확인이 가능한 조건⁴³⁾이기 때문이다. 물론 서류미지정조건의 충족여부는 제출되는 제반서류에서의 연계성으로 판단될 수도 있을 것이다.⁴⁴⁾ 그러나 이는 신용장거래관습의 효율성, 요컨대 신속성과 확실성을 저해할 우려가 크며, 무엇보다도 은행이 그 이행의 사실관계를 파악해야 하므로 신용장거래관습의 기본덕목인 독립·추상성 원칙을 와해시킬 우려가 크다는 것이다. 또한 은행은 수익자가 제시한 서류가 신용장의 서류미지정조건을 충족시켰는지 여부를 검토하기 위해 많은 시간을 소비하여야 할 것이다. 나아가 개설은행이 수익자와 제3자와의 계약, 수익자와 개설의뢰인과의 매매계약 등을 참고하여 서류를 검토한 결과, 이의 이행여부가 충족되지 않았다는 판단으로 대금지급을 거절한다면 수익자는 은행의 이러한 행위에 대해 이미 언급한 「모호한 조항해석의 원칙」에 따라 부적절한 대금지급 거절이라고 항변하게 될 것이다.

이러한 난제를 해결하기 위해 신용장통일규칙과 개정 통일상법전 제5조는 신용장조건에서 서류미지정조건은 아무런 의미를 갖지 않는 附加條件(surplusage)으로 간주하고 이를 무시한다는 규정을 신설함으로써 신용장거래관습의 효율성과 공정성을 꾀하고 있다고 보겠다. 결국 당해 조항은 엄격일치원칙이라는 것이 신용장의 독립·추상성을 무력화시키는 범주까지 확대적용되는 것이 아니라는 것과 엄격일치원칙을 분석(analysis)의 차원이 아니라 서류와 신용장과의 대조·식별(recognition)의 수준임을 확인시켜주고 있다고 볼 수 있다.

한편 당해 규정은 이의 적용 상에 주의할 점이 있다는 것을 지적할 필요가

42) 개정 통일상법전 제5-108(g)항.

43) Janis Penton Sochuk, “The Consequences of Non-Documentary Condition”, *Brooklyn Law Review*, vol. 56, 1990, p. 33 참조; Burton V. McCullough, *Letters of Credit*, Matthew Bender, 1992, Section 4.05(6) 참조.

44) *Banque de l'Indocine et de Suez v. J.H. Rayner(Mincing Lane) Ltd.*, 2 W.L.R. 841(1983).

있겠다. 요컨대 당해 규정의 취지는 서류미지정조건으로 인한 거래리스크 발생의 사전적 예방차원에서 해석이 아니라 사후적 조치로서의 기능만을 한다는 것이다. 다시 말해 당해 규정은 개설은행과 수익자와의 관계만을 규율하는 것이지, 개설은행과 개설의뢰인간의 관계까지 지배하는 것은 아니라는 것이다. 개설은행이 이미 개설의뢰인의 지시와 요청에 따라 신용장을 개설할 때 서류미지정 조건을 삽입한 것은 명시적으로 또는 함축적으로 당해 조건을 수긍한다는 것을 의미할 수 있고, 경우에 따라 이를 몰랐다해도 이는 부주의의 결과로 관련지식보유자로서의 서류취급자를 전제로 하는 신용장거래관습의 합리성요건이 결여된 상태이므로 차후에 당해 조건의 충족을 주장하는 개설의뢰인과 관계에서 책임을 면하기 어렵다는 해석⁴⁵⁾도 배제할 수 없다는 것이다.⁴⁶⁾ 서류미지정조건도 본질적으로 모호한 조건의 하나로 해석되기 때문에 반드시 이의 시정요구를 신용장을 개설할 당시 사전적으로 하지 않으면 개설은행은 불리하게 적용될 가능성도 있음을 주의할 필요가 있겠다.

(3) 손실보상계약의 원용

관례상 L/G Nego라 통용되는 신용장거래에서의 손실보상계약(contract of indemnity) 하의 행위라 함은 수익자가 매입은행에 제시하는 서류에 불일치사항이 있을 경우 개설은행 또는 개설의뢰인으로부터 서류의 인수가 불가능해지게 되면 수익자는 당해 매입은행에 대금을 상환하겠다는 보상각서를 제출한 상태의 매입행위를 의미한다.

L/G Nego는 그 법적근거가 損失補償契約에 있다. 손실보상계약이란 어느 일방이 상대방이 입을지도 모르는 손실에 대해 보상하겠다는 보증계약을 의미한다.⁴⁷⁾ 다시 말해 손실보상계약이란 특정 행위나 부작위의 결과로 불완전한 계약이행이 있었으나 그로 인해 피해를 주지 않겠다는 두 당사자만의 계약⁴⁸⁾을 의미하므로 타 당사자들에게까지 그 보증의 효력이 있는 것은 아니다.⁴⁹⁾

45) 개정 통일상법전 제5-108조 Comment 9 참조.

46) 김기선, 전제논문, p. 470.

47) Burton V. McCullough, *op. cit.*, section 4. 05(3), 4-54.

48) Henry Harfield, *Bank Credit and Acceptances*, Ronald Press Co., 5th ed., 1974, p.113.

49) 신용장통일규칙에서 당해 내용은 확인되고 있다. 한편 3차 개정때 규정되기 시작한 L/G Nego의 성격은 guaranty라고 되어 있었으나, 4차 개정부터는 이를 indemnity로 수정하였다. 이는 법률적으로 guaranty와 indemnity를 명확히 인식했다는 차원에서 그 의미가 있다. 즉, guaranty란 본질적으로 계약의 이행을 전적으로

신용장거래에 있어 손실보상계약이 개입되면 이는 신용장과는 전혀 성격이 다른 계약적 특성을 가지게 되므로 엄밀한 의미로 손실보상계약은 신용장거래에서 배제되어야 함은 이론의 여지가 없을 것이다. 그럼에도 불구하고 신용장거래에서 L/G Nego라는 손실보상계약 형태의 관행이 일반적으로 사용되는 이유는 엄격일치원칙을 보조하고 보완할 수 있다는 데에 기인한다. 즉, 평판있는 수익자가 제출한 서류가 불일치사항을 포함하고 있다 하더라도 그것이 경미한 경우라면 그리고 경제적인 관점에서 수익자가 손실보상계약을 제공한 경우라면 충분히 양해될 수 있다는 것이며, 나아가 신용장거래의 취지인 상품교역의 신속성과 원활화에 기여할 수 있을 것이라는 기대에서 비롯된 것이다.⁵⁰⁾

신용장 하에서 제시되는 수익자의 서류에는 불일치 사항이 포함될 경우가 많다. 신용장 상의 제출서류가 완벽하게 신용장 조건과 내용에 일치하는 경우는 오히려 예외적인 것으로 여겨질 만큼 제출서류의 하자는 공공연하다. 이에 대한 해결방안으로 신용장거래계에서는 서류의 엄격일치원칙을 견지하는 가운데, 손실보상계약이라는 새로운 계약적 차원에서 해결해 보고자 하는 의도로 당해 계약의 원용을 오랫동안 묵인해 온 듯하다.

금번 개정 통일상법전 제5조에서는 구법전⁵¹⁾과는 달리 손실보상계약 원용의 관행을 제외시킨 것은 손실보상계약이 수반된 신용장거래는 다른 계약적 근거에 의해 해결되는 것이라는 것과, 당해 거래는 더이상 신용장관련법으로 규율하지 않고자 하는 의사를 반영한 것이라 하겠다. 따라서 수익자와 매입은행과의 손실보상계약은 신용장거래의 중심적인 개설은행의 권리와 의무관계에는 아무런 영향을 주지 않는 일종의 諒解合意(understanding) 추구의 기능만을 할 뿐이다. 따라서 개설은행은 L/G Nego에 의한 서류의 수리거절로 인한 책임은 없으며,⁵²⁾ 오히려 개설은행은 당해 신용장거래의 손실보상 계약이 개입되는 것을 거절할 권리가 있는 것으로 보아야 할 것이다.⁵³⁾ 그러나 만일 개설은

관련 당사자 모두에게 보증하며, 만일 불완전한 이행이 있을 경우면 grantor가 전적으로 책임지겠다는 것(secondary obligation)을 의미하지만, indemnity는 계약의 당사자에만 근본적으로 효력이 있다(primary obligation)는 것을 의미하기 때문에 신용장거래에서의 L/G Nego의 개념은 guaranty 보다는 indemnity가 더 정확한 표현이라 하겠다(ICC, *UCP 1974/1983 Revisions Compared and Explained*, ICC. Pub. No. 411, 1984, p. 32 참조).

50) 좀더 자세한 내용도 Henry Harfield, *op. cit.*, pp. 112~113 참조.

51) 구통일상법전 제5 - 113 조 참조.

52) ICC, *Case Studies on Documentary Credits*, ICC Pub. S.A., 1989, p. 51 참조.

53) *Talbot v Bank of Hendersonville*, 495 S.W. 2d 548, 13 UCC. Rep. Serv. (cal-

행이 손실보상계약이 수반된 상태로 제시된 서류를 접수한 소위 합리적 서류 검토기간 내에 서류인수여부를 결정하지 못한다면 이는 당해 은행이 손실보상 계약을 인정한 결과가 될 것이다.

한편 신용장거래에서 손실보상계약에 따른 L/G Nego가 그 유효성을 갖기 위해서는 다음과 같은 요건이 충족되어야 할 것이다.

첫째, 서류의 불일치사항 또는 하자가 실제 매매계약 하에서의 물품의 가치에 영향을 주거나 손실을 야기시킬 경우라면 당해 손실보상계약은 허용될 수 없다.⁵⁴⁾

둘째, 서류 상의 하자가 매매계약에 악영향을 줄 것인지 여부에 대해 은행이 결정하기 어려운 경우여야 한다. 은행은 매매계약의 당사자가 아닐 뿐만 아니라 거래상품의 세세한 특성을 모두 알 수 있는 것은 아니므로 서류 상의 하자가 매매계약에 어떠한 영향을 줄지 판단하기 어려운 경우가 있기 때문이다.

셋째, 특정하자사항에 대해 적용되고 있는 손실보상계약은 여타의 다른 하자사항까지 포괄적으로 보증해 주는 것은 아니라고 해석되어진다.

넷째, 수익자는 당해 서류 상의 하자를 재수정 또는 보완할 시간적 여유가 없거나 여건이 허락되지 않을 때에만 활용되어야 한다. L/G Nego는 신용장 거래관습이 효율성을 보장하기 위한 엄격일치원칙의 보완적 기능만을 하는 것이다. 수익자가 손실보상계약을 제공한다는 것은 신용장에서의 대금수령권리가 제약당할 수 있음을 자인하는 것이므로 합리성을 전제로 하는 수익자라면 당해 신용장 유효기일(또는 경우에 따라 서류제시기일)이 남아 있어 서류의 하자를 보완할 기회가 있을 때에는 반드시 이를 치유할 필요가 있다. L/G Nego는 서류를 치유(documentary cure)할 것을 선차적인 요건으로 하는 가운데 이것이 불가능한 때에만 정당화될 수 있는 것이라 하겠다.

다섯째, 손실보상계약은 서면으로 계약이 이루어지므로⁵⁵⁾ 당해 계약서류의 첨부행위를 포함한다. 따라서 손실보상계약은 서류의 형태로 구체화되어 개설

laghan) 310 (Tenn. ct. Apr. 1972); Gutteridge & Megrah, *The Law of Bankers' Commercial Credit*, Europa Pub. Ltd., 1984, p. 199; Boris kozolchyk, *Commercial Letters of Credit in the Americas*, Matthew Bender & Co., 1977, p.197; Burton V. McCullough, *op. cit.*, 4~55 참조; 한편 L/G Nego와 유사한 형태로 유보조건부 지급(payment under reserve)가 있다. 이들은 약간의 개념차이가 있으나 그 결과는 동일하다. 이에 대한 자세한 내용은 Frans P. de Rooy, *Documentary Credits*, Kluwer Law & Taxation Pub., 1984, pp. 151~155 참조.

54) *Brown, Jenkinson & Co. Ltd. V. Pency Dalton (London) LTD.*, 2 All. Eng. R. 844(C.A.), 2 Q.B. 621, 3WLR, 403, 2Lld. L. Rep. 1(1957).

55) Gutteridge & Megrah, *op. cit.*, p. 197.

은행에 통지되어야 할 필요가 있다. 물론 이와 같은 통지의 의무는 강제적인 것은 아니고 개설은행 또는 개설의뢰인에 대한 공정성 부여의 차원에서 의무화 될 뿐이다. 개설은행은 당해 신용장거래에서 하자서류가 손실보상계약에 의해 보증되고 있음을 알고 있어야 이 사실을 개설의뢰인에게 통보, 개설의뢰인의 면제사 여부를 결정받는 데 유용하게 활용할 수 있기 때문이다. 요컨대 통지는 관례적 의무행위라 하겠다.

끝으로, 개설은행의 독자적 판단에 의해 또는 개설의뢰인이 면제(권리포기)의 거부로 당해 관련 서류들이 수리거절 될 때에는 개설은행은 이 사실을 서류접수 익일 후 은행영업일 7일 이내에 서류 송부자에게 통보해 주어야 한다. 이러한 절차를 밟지 못한 개설은행은 손실보상계약 하에서의 하자서류를 추인한 결과가 되기 때문이다.⁵⁶⁾

(4) 유효기일의 엄격성과 서류치유의 원리

신용장통일규칙 상의 합리적 주의, 국제표준은행관행에 관한 규정과 개정 통일상법전 제5조 상의 엄격일치기준 및 표준관행의 규정은 특정상황에 적용됨에 있어 어느정도의 융통성이 부여되는 탄력적 규정이라 볼 수 있다. 그러나 상기의 두 규범이 다루고 있는 서류의 취급요령⁵⁷⁾은 대단히 엄격한 규정으로서의 성격을 가짐을 알 수 있다.

이들 규정은 일견 개설은행에게 신속한 서류의 검토와 정확한 통보요건을 강제하는 것이지만 실질적으로는 개설은행 뿐만 아니라 수익자(또는 서류송부자), 개설의뢰인 모두에게 그에 따른 책임범위와 관련거래의 리스크를 배분시키고 있는 것이며 그 결과 궁극적으로 이들 당사자들이 취해야 할 엄격한 행동기준을 제시하고 있는 것이라 볼 수 있다. 이러한 엄격한 기준을 신용장통일규칙과 개정 통일상법전 제5조가 두고 있는 궁극적 목적은 엄격일치원칙의 적용을 위해 필요한 논리구조 또는 운용기준을 제시하기 위함에 있다 하겠다. 다시 말해 수익자는 신용장조건과 내용에 엄격히 일치하는 서류를 제시할 의무가 있듯이 개설은행 역시 당해 규정을 엄격히 준수할 의무가 있다는 공정성 부여의 차원⁵⁸⁾에서 비롯되었다는 것이다.

56) Charles del Busto, *Case Studies on Documentary Credits Under UCP 500*, ICC Pub. S.A., 1995, pp. 48~49, pp. 119~120 참조.

57) 신용장통일규칙 14조, 개정 통일상법전 5-108(b)(c)(d)(h) 참조.

수익자는 개설은행으로부터 대금지급을 받기 위해서는 반드시 엄격일치기준을 준수하여야 하며 경우에 따라 제시하는 서류에 불일치 사항이 포함된 경우 유효기일까지 보완된 서류를 제시하여야만 한다. 신용장거래관습에 있어 엄격한 유효기일의 준수와 서류치유원리(doctrine of documentary cure)는 엄격일치원칙을 충족시키기 위한 수익자의 선결적 행위기준이 된다.

주지하고 있듯이 유효기일의 준수라 함은 다음의 세 가지 경우를 의미한다.

첫째, 개설은행 기준으로 유효기일이 신용장에 명시되어 있는 경우, 개설은행 앞으로 제반 서류가 제시될 때

둘째, 개설은행이 지정, 수권한 지급·인수·매입은행 기준으로 유효기일이 신용장에 명시되어 있을 경우, 당해 지정된 은행 앞으로 제반서류가 제시될 때

셋째, 개설은행이 지정, 수권하지 않은 제 3의 은행이 수익자의 요청으로 개입할 경우,⁵⁹⁾ 지정된 은행 앞으로 제반 서류를 제시한 때, 또는 당해 제 3의 은행이 개설은행으로 직접서류를 송부할 경우⁶⁰⁾ 명시된 유효기일 내에 개설은행 앞으로 제반 서류가 제시될 때

이상과 같은 상황을 고려해 볼 때 유효기일을 엄격히 준수하는 가운데 수익자가 하자서류를 치유하는 기간은 상당히 촉박함을 알 수 있다. 즉, 서류치유의 원리는 엄격한 유효기일의 준수를 전제로 비로소 그 의미를 갖는 것이기 때문에 서류를 치유한 후 이를 재차 관련은행에게 제시했을 때 이미 정해진 유효기일이 경과해 버리면 이는 곧 유효기일 경과 후에 서류제시(late presentation)로 간주되어⁶¹⁾ 수익자는 자신의 권리주장을 할 수 없게 된다. 왜냐하면 신용장거래관습에 있어 유효기일이라 함은 수익자의 신용장 상의 권리주장을 위한 자신의 의무이행의 최종기일이고, 동시에 이는 개설은행의 대금지급의 전제조건이기 때문에 어떠한 사유에서든지 유효기일이 경과한다는 것은 수익자

58) *Letter of Credit Update*, vol. 12, No. 10, 1996, p. 18 참조; (*Toyota Tsusho Corp. v. Comerica Bank* 927 F. Supp. 1065(E.D. Mich, 1996) 참조 (서류검토에 있어 이와 같이 엄격한 요건(strict preclusion requirement)을 부과하고 있는 것은 수익자의 엄격일치기준(strict compliance standard)과 조화시키기 위한 것이며 이는 곧 공정성이라는 본질적 원리를 반영하는 것이다).

59) renego(재매입)의 상황을 의미한다.

60) 지정의 해제(release)가 있는 상황을 의미한다.

61) 이는 불가항력적인 사태의 발생에도 마찬가지로 적용된다(신용장통일규칙 17조 참조). 심지어 late presentation은 서류의 불일치사항으로도 간주되지 않아 late presentation을 사유로 한 개설은행의 금반언행위에도 예외가 된다("An Expiry a Discrepancy?", *Letter of Credit Update*, vol. 11, No. 2. 1995, pp. 9~10 참조).

측면에서 신용장 하에서의 대금지급받을 권리가 박탈됨을 의미하며, 그 자체로서 개설은행 측면에서는 자신의 대금지급의무가 자동적으로 소멸됨을 의미하기 때문이다.

이와 같은 유효기일의 엄격성은 개정 통일상법전 제5조에서 더욱 더 강한 의미로 확인되고 있다. 즉, 수익자 또는 서류송부자가 유효기일이 경과한 후 서류를 제시한 경우, 개설은행이 이에 대해 아무런 반론을 제기하지 않은 채 당해 서류를 접수하였다 하더라도 차후에 기일이 경과한 것을 이유로 하거나, 유효기일 이외의 다른 서류상의 불일치 사항을 이유로 대금지급을 거절하더라도 또는 경우에 따라 합리적 기간인 7일간의 은행영업일의 경과되었다 하더라도 이는 개설은행의 권리포기 및 금반언행위에 해당하지 않는다고 규정하고 있다.⁶²⁾

이상에서 보듯 수익자가 활용할 수 있는 서류치유의 기회는 상당히 근면한 수익자임을 전제로 하는 개념이며 이의 유용한 적용을 위해서는 충분한 치유기간(cure period)을 고려하여야 할 것이다.⁶³⁾

유효기일 내 서류의 치유가 가능하기 위해 필요한 또 하나의 전제조건은 개설은행의 합리적 행위이다. 다시 말해 개설은행은 제출된 서류를 검토한 후 보완이 필요한 사항을 빠른 시간 내에 수익자(또는 서류송부자)에게 통보해 주어야 한다는 것이다. 따라서 이는 전적으로 합리적 서류검토기간인 7일의 해석 문제로 귀착된다.

예컨대 유효기간 종료 며칠 전 개설은행 앞으로 제시된 서류에 대해 개설은행이 7일이라는 서류검토기간을 원용하여 이 기간을 다 소진한 후 서류의 하자를 통보하는 경우라면, 경우에 따라 유효기간이 종료된 결과 수익자는 아무런 보완조치를 할 수 없게 될 것이다. 신용장통일규칙과 개정 통일상법전 제5조가 제시한 합리적 기간 7일이라는 개념은 지체없이(without delay) 이루어지는 서류검토의 기간이기 때문에 이 기간 중의 지연은 합리화될 수 없다고 해석되고 있다.⁶⁴⁾ 결국 수익자의 서류치유를 위한 기회는 유효기일의 엄격성과

62) 개정 통일상법전 제5-108조(a)항 참조.

63) 서류치유의 원리는 순수한 상업적 목적에 의한 배려행위이기 때문에 유효기일에 충분한 여유없이 서류를 제출한 수익자는 서류를 치유할 수 있는 기회를 박탈당하는 리스크를 부담할 수 밖에 없을 것이다.

64) 「지체없이」라는 의미는 비록 은행이 7일간의 시간 여유가 있다고 하지만 의사의 결정을 계속 유보하다 그 마지막날 그 의사결정을 통보해서는 안된다는 것을 의미한다. 합리적 기간(reasonable time)과 합리적 지연(reasonable delay)은 다른 것이다 (ICC, *Opinions(1989-1991) of the Banking Commission*, ICC Pub. S. A., 1992, pp. 21~22 참조); 개정 통일상법전 제5-108조 comment 2 참조(“...seven-day period

개설은행의 지체없는 서류검토행위를 전제로 하는 엄격일치원칙 지탱의 또 하나의 운용기준이라 할 수 있겠다.

한편 신용장에 유효기일 이외에 서류제시일을 따로 설정하여 두어 당해 서류제시기일이 유효기일보다 먼저 도래할 경우에는 유효기일은 그 의미를 잃게 되며 서류의 치유를 통한 보완제시는 당해 서류제시기일까지 이루어져야 함을 주의할 필요가 있겠다.⁶⁵⁾

(5) 개설은행의 하자면제 교섭권과 양해합의권

신용장거래관습에 있어 은행의 서류검토행위에 관한 관행은 제시된 서류가 신용장의 문면에 일치하는지 여부를 분석적 차원이 아니라 식별의 차원에서 검토함을 의미한다. 나아가 당해 은행관행은 신용장 조건과 내용에 따라 그 문면상에 표현된 바대로 문면의 진의를 객관적으로 정당하게 그리고 보편성있게 해석함을 의미하며 수익자나 개설의뢰인 일방에게 치우친 희망적 해석을 해서는 안된다는 것을 의미한다. 만일 신용장개설 시 모호한 조건이나 과대한 내용이 삽입될 경우 이의 진정한 의도를 개설의뢰인에게 문의하여 이를 수정하도록 요구할 의무도 개설은행에게는 선차적으로 존재하며, 차후 서류의 제출시 불일치사항이 포함되어 있을 때, 그것이 유효기일내에 수정보완될 수 있는 하자사항이라면 이를 치유토록 빠른 시간내에 지체없이 수익자(또는 서류송부자)에게 통보해 줄 필요도 있다.

한편 수익자의 제출서류가 경미한 하자사항을 포함하고 있다든지 또는 하자사항이 유효기일 내에 치유될 수 없는 하자이어서 이에 대한 결정을 효과적으로 할 수 없을 때에는 개설은행은 개설은행에 이의 受理 여부를 문의하여 개설의뢰인으로부터 이의 면제를 받아 당해 서류를 받아들일 수 있는가 하는 문제가 논의의 대상이 된다. 지금까지 이와 같은 행위는 공공연한 은행관행이긴 하였으나 그 자체가 신용장의 독립·추상성을 위반할 소지가 많고 신용장통일규칙이나 미국 통일상법전 제5조에는 별도로 그와 관련한 규정을 두지 않고 있었기 때문에 확립된 신용장거래관습이라고 해석하기에는 어려움이 많았다.⁶⁶⁾

is not a safe harbor”).

65) *Banco General Runinahui, S.A. v. Citibank International & R.M. Wade & Co.*, 97 F. 3d 980 (11th cir. 1996) 참조.

66) 이에 관련한 판례의 평석과 함께 자세한 논의는 Robert M. Rosenblith, “Seeking a Waiver of Documentary Discrepancies from the Account Party : Unexplored

그러나 이러한 행위가 독립·추상성을 견지하는 가운데 개설은행의 독자적인 판단에 의해 이루어진다면 구태여 이를 편법에 의한 관행으로 방지하지 말고 엄격일치원칙을 보완하는 하나의 신용장거래관습으로 확인하자는 의도로 현행 5차 개정 신용장통일규칙에서는 다음과 같이 이를 확립된 은행관행으로 해석하고 있다.

“개설은행은 제시한 서류가 신용장의 조건과 내용에 문면상 일치하지 않는다고 판단할 경우 자신의 독자적인 판단으로 개설의뢰인과 당해 서류의 불일치 사항에 관한 권리포기 여부를 교섭할 수 있다. 그러나 이는 13조(b) 항에 언급된 기간을 연장시키는 것은 아니다.”

한편 개정 통일상법전 제5조에서는 개설은행과 개설의뢰인의 하자서류에 대한 권리포기 또는 면제의 교섭권을 명시적으로 규정해 놓고 있지는 않고 있으나, 이미 살펴본 5-108(a) 항에 “달리 개설의뢰인과 별도의 합의를 하지 않는 한, 개설인은 문면상 엄격하게 일치하지 않는 서류의 제시에 대해 수리를 거절한다.”는 규정⁶⁷⁾에 의해 신용장통일규칙에 비해 오히려 포괄적인 권리포기 교섭권을 가짐을 알 수 있다. 왜냐하면 이는 개설은행과 개설의뢰인간에 양해합의만 이루어진다면 신용장조건과 내용에 엄격하게 일치하지 않는 서류로 수리될 수 있음을 의미하고 있기 때문이다.

개정 통일상법전 제5조의 이와 같은 규정의 저변에는 소위 이중적 서류검토기준(bifurcated standard)이 반영되어 있다고 하겠다. 二重的 書類檢討基準이라 함은 개설은행과 수익자간에는 신용장약정을 중심으로 신용장거래관습의 일반원칙인 서류의 嚴格一致原則이 적용되고 개설은행과 개설의뢰인간에는 代金充當約定을 중심으로 한 실질이행의 원리 즉, 계약의 실질적인 부분을 충족시키면 계약을 이행한 것으로 간주한다는 전통적인 계약해석의 원칙을 반영하는 相當一致基準이 적용된다는 서류검토기준이다.

매매계약의 경우 계약이 체결되면 이는 반드시 이행하여야 한다(*pacta sunt servanda*)는 계약신성의 원칙(principle of sanctity of contract)에 따라 자연스럽게 파생한 계약의 실질이행의 원리(doctrine of substantial performance)는 계약의 失效를 방지하기 위해 중요한 의미를 준다.⁶⁸⁾ 신용장은 계약에 의해 그

Legal Problems,” *Brooklyn Law Review*, vol. 56. 1990, pp. 81~102 참조.

67) 개정 통일상법전 5-108(a) “... and unless otherwise agreed with the applicant, and issuer shall dishonor a presentation that does not appear so to comply.”

은행이 시작되지만 일단 개설되어지면 계약과는 별개의 관계에 서고, 신용장 본질적인 측면에서 신용장은 계약법의 산물이 아니기 때문에 신용장거래관습은 그 자체로서 독자적인 市場秩序임은 자명하다. 그러나 신용장 저변의 매매 계약에 있어 서류의 하자, 그리고 그에 의한 계약상품의 실질적인 하자가 있을 경우 매매계약의 당사자인 개설의뢰인과 수익자가 신용장과는 별도로 매매계약에 따라 그 손실분을 조정한다는 전제가 가능하다면 개설의뢰인은 당해 신용장거래에서 제출된 서류의 하자에 대해서는 그리 큰 관심을 갖지 않을 수도 있을 것이다.

개설은행은 서류를 구매, 이를 거래하는 당사자이고 개설의뢰인은 서류가 대표하는 매매계약 하의 상품에 관심이 있는 궁극적인 당사자이므로 서류의 하자를 중심으로 배분되어 있는 리스크의 전가를 위해서라도 이들 두 당사자가 상호간에 양해합의하는 것은 지극히 정당한 去來秩序가 될 수도 있을 것이다.⁶⁹⁾ 이와 같은 차원에서 신용장통일규칙은 “관행의 차원”에서 그리고 개정 통일상법전 제5조는 “계약법적 차원”에서 이를 해결하고 있다고 하겠다.

한편 논의하고 있는 개설은행의 이와 같은 행위기준은 반드시 악의(bad faith)가 배제된 선의(good faith)의 원칙 하에서 이루어져야 함을 지적해 두고자 한다.

본디 선의의 개념은 제정법의 해석적용에 있어 구체적인 타당성의 실현을 목적으로 생성·발전되어온 개념으로써 모든 법률관계를 규율하는 일반조항이라 할 수 있다.⁷⁰⁾ 신용장은 자생적 시장질서인 신용장거래관습을 행위준칙으로 하고 있기 때문에 당초부터 선의의 원칙이 전제로 되어 있는 것이라 볼 수 있다. 이와 같은 차원에서 개정 통일상법전 제5조는 선의라는 묵시적 조건을 이례적으로 명문화하며 부과하고 있음으로써⁷¹⁾ 개설은행의 권리행사는 소위 “거

68) John F. Dolan, “Letter-of-Credit Disputes between the Issuer and Its Customer : The Issuer’s Rights under the Misnamed ‘Bifurcated Standard’”, *Banking Law Journal*, vol. 105, 1988, p. 396.

69) 개설은행의 이와같은 권리는 주어진 합리적인 기간인 7일을 초과할 수 없다. 개설은행은 신용장거래의 상업적 효율성의 하나인 대금지급의 신속성을 자신의 권리행사로 인해 또는 개설의뢰인의 요청에 의해 침해할 수 없는 것이다. 한편 개설은행의 권리포기교섭권 내지 개설의뢰인과의 양해합의권은 권리사항인 것이지 의무사항은 아니다. 따라서 극단적인 의미로서는 개설의뢰인으로부터 권리포기 의사가 있었다해도 개설은행은 자신의 독자적인 판단하에 제시된 불일치서류를 거절할 수 있다.

70) 김선석, “화환신용장의 법률관계”, 대한변호사협회지 127, 1987, p. 39.

71) 개정 통일상법전 5-102(a) 항.

래에 있어서의 사실상의 정직성”을 전제로 함을 강하게 시사하고 있다. 물론 신용장통일규칙 상의 “독자적인 판단”이라는 개념에는 합리성 기준을 포함하여 포괄적인 선의의 요건이 숨겨져 있음은 자명하다.⁷²⁾

(6) 보증이론 및 대위제도의 도입

신용장통일규칙은 소위 不當利得(unjust enrichment)을 허용할 여지가 있겠는가 하는 의문에 대해 특별한 규정을 두고 있지는 않지만 개정 통일상법전 제 5조에서는 이에 대해서 명확한 규정을 두고 있다.⁷³⁾

신용장거래에서 부당이득은 수익자의 사기(fraud)행위에 의해 발생할 수도 있지만 엄격일치원칙의 준용에 의해서도 발생할 소지가 있다. 예컨대 수익자가 제출한 서류에 중대한 하자사항이 포함된 경우, 이를 거절할 권리가 있었던 개설은행은 신용장통일규칙이나 개정 통일상법전 제 5조의 규정에 따라 엄격한 서류취급 절차를 제대로 이행하지 못해 소위 권리포기 및 금반언원리(doctrine of waiver and estoppel)에 의해 당해 하자서류를 인수할 수밖에 없는 상황이라면 개설의뢰인으로부터 항변을 받아 스스로 당해 하자서류를 처분할 수밖에 없을 것이다. 물론 이와 같은 리스크는 개설은행 스스로 자초한 것이긴 하나 이로 인해 수익자는 성공적인 대금지불을 받은 연유로 일종의 예기치 않은 이익을 취한 결과가 될 것이다. 다시 말해 수익자는 당연히 발생하였을 재산의 감소를 면한 결과 개설은행에서 그에 상응하는 만큼의 손실을 전가시킨 것이며 이 둘간의 관계에는 상당한 인과관계가 성립하기 때문이다.

본디 통일상법전이 개정되기 전인 구법전에서는 보증이론은 수익자가 제출하는 서류는 관계당사자 모두에게 당해 서류가 하자가 없음을 보증하는 개념이었으나 개정 법전에서는 보증이론의 허용범위를 사기나 위조가 없음에 제한시키고 당초의 본질적 보증개념을 새로이 규정한 대위제도에 흡수통합시키고 있음을 추론해 낼 수 있다.⁷⁴⁾

72) 이와같은 견해에 대해서는 Boris Kozolchyk, “Focus on US,” *Documentary Credit Insight*, Winter, ICC Pub. S. A., 1991, pp. 11~12 참조 ; Kerry L. Macintosh, “Letter of Credit : Curbing Bad-Faith Dishonor”, *UCCLJ*, vol. 25, 1992, p. 10 이하 참조.

73) 개정 통일상법전 5 - 110 조(warranty) ; 5 - 117 조(subrogation).

74) 대위에 대한 자세한 논의는 *Letter of Credit Update*, “UCC Article 5”, vol. 12. No. 6, 1996, pp. 16~17 ; John F. Dolan, *op. cit.*, pp. 410~414 ; Michael Evan Avidon, “Subrogation in the Letter of credit Context,” *Brooklyn Law Review*, vol. 56, 1990, pp. 129~138 ; Javis, “Standby Letter of Credit-Issuers’ Subrogation and

代位制度(subrogation)란 본디 어느 일방으로부터 상대방으로의 공평하지 못한 재산적 가치가 귀속하는 것을 조절하는 제도를 의미하여, 이와 같은 불균형을 시정하기 위해 법체제가 인정하는 강한 의미로서의 형평적 구제방법이라 할 수 있다.

따라서 상기에 언급한 상황 하에서 개설은행이 개설의뢰인의 매매계약 하에서의 법적권리를 승계한다면 수익자가 엄격일치기준을 충족시키지 못하였음에도 취득할 수 있었던 일종의 부당이득적 이익(windfall)은 그 이익의 차액만큼 개설은행에게 재귀속되므로⁷⁵⁾ 전체적으로 신용장거래는 형평을 유지하게 되는 것이라 하겠다.

그러나 대위제도는 그 자체로서 관련 당사자들에 있어 신용장거래관습의 대금지급 측면의 확실성과 종국성이라는 효율적 기대를 와해시킬 우려가 있어 이와 같은 논리의 적용은 신용장거래관습의 효율성을 침해할 소지가 크지만,⁷⁶⁾ 개정 통일상법전이 이와같은 제도를 규정화시킨 궁극적 목적은 이러한 작위적인 법질서를 통해서라도 신용장거래에서 발생할 수 있는 이익의 불균형을 형평에 맞게 공정하게 조정하겠다는 취지가 강하게 작용하였기 때문이라 해석해 볼 수 있겠다. 이를 위해 개정 통일법전에서는 개설은행은 2次的 義務履行者(secondary obligor)⁷⁷⁾라는 것을 전제로 반드시 수익자에게 대금을 지급한 연유에만 개설의뢰인의 권리를 승계함⁷⁸⁾을 명시함으로써 이 제도의 남용⁷⁹⁾을 억

Assignment Rights(Part I & II)", 1976, 1977 참조; 물론 신용장거래에 있어 대위제도는 여러 분야(예컨대 보증신용장, 개설의뢰인의 파산, 부당이득의 금지 등)에 적용될 수 있겠으나 본 연구에서는 엄격일치원칙의 보완적 기능만을 다룬다.

75) John F. Dolan, *The Law of Letter of credit*, pp. 7~86 참조.

76) 이러한 우려로 신용장거래에서 대위제도가 인정되지 못한 판례가 많다: *In Re Munzenrieder*, 58 B.R. 228(Bankr. M.D. Fla. 1986); *Merchants Bank & Trust Co. v. Economic Enters., Inc.*, 44 B.R. 230 (Bankr.D. Conn. 1984); *Tudor Der. Group, Inc. v. United States Fidelity & Guar.*, 968 Fid 357 (3d Cir. 1992)

77) 이는 본디 보증계약에서 보이는 개념으로 신용장의 본질과는 괴리가 있을 수 있으나 일단 개설은행이 수익자에게 대금을 지급한 상태라면 대위제도를 원용할 수 있음을 제시하기 위해, 그리고 차후 법원의 판례의견에 일관성있는 해석을 부여하기 위해 이 개념을 원용하고 있다(개정 통일상법전 5-117조 Comment 1 참조; Milton R. Schroeder, "The 1995 Revisions to UCC Article 5, Letters of credit", *UCCLJ*, Spring, 1997, pp. 365~366 참조).

78) 통일상법전이 개정된 후 대위제도에 대한 첫번째 판례인 *Mead Corporation v. Dixon Paper Co.* 278(Utah App.1995)에서도 이러한 내용이 확인되었다("대위는 개설은행이 수익자에게 대금을 지급하지 않은 상태에서는 적용될 수 없으나, 일단 개설은행이 대금을 지급한 경우라면, 신용장의 독립성원칙은 충족이 된 것이다").

79) 대위제도는 개설은행의 신용장하에서의 의무제한, 방어장치로 사용될 수 없다(개정 통일상법전 5-117조 comment 2 참조).

제하고 있음은 주목할 만하다고 하겠다.

IV. 要約 및 結論

신용장거래관습은 그것이 작위적이라기보다는 오히려 부단한 진화의 과정을 통하여 새롭게 적응하는 과정을 거치면서 형성, 발전되어 오고 있는 自生的인 商慣習의 형태라 할 수 있다.

이러한 차원에서 신용장거래관습의 法典化 또는 規則化는 신용장제도라는 시장에서 발생할 수 있는 여러 대립, 마찰, 오해를 해결하는 공정한 행위준칙으로서의 시장질서를 찾아내고, 이를 개선시킬 목적으로 일반화 또는 공식화하는 것을 의미한다고 보겠다.

신용장거래관습의 최적의 설명규범이라 할 수 있는 신용장거래관습은 통일화된 국제적 관습과 관행의 제시에 그 목적을 두고 있으며, 미국의 통일상법전 제 5조는 신용장거래관습의 개념적 틀을 제공한다는 관점에서 신용장거래관습을 선도하는 상거래법전으로서의 기능을 하고 있다. 따라서 신용장거래관습의 해석기준이 되는 이들 설명규범들은 이 조항들의 제정이나 개정과 관련하여 신용장거래관습의 효율성과 형평성을 동시에 충족시킬 수 있도록 이루어져야 할 것이다. 다시 말해 이 규범들의 최대의 법률적·실무적 과제는 신용장거래관습 체계의 효율적 확대성장을 도모하는 상태에서 각 거래당사자간의 이익과 리스크를 어떻게 형평에 맞게 실현하는가 하는 측면에 있다고 하겠다.

한편, 신용장거래관습이 어떠한 것을 의미하며, 어떠한 관행이나 관습을 포함하느냐 하는 사실의 문제는 일단 그것이 법규화 되면 주어진 특정 상황에 당해 관습이나 관행이 어떻게 적용되는가 하는 해석의 문제 내지 법규의 문제로 귀착된다.

본 연구는 이러한 관점에서 신용장통일규칙과 미국의 개정 통일상법전 제 5조에 있어서 신용장거래관습체계에서의 자생적 시장질서인 소위 서류의 엄격일치원칙이 이 두 법규에 하나의 目標原理로 정립이 되어 있음을 보이고자 했으며, 이 엄격일치기준을 근간으로 주어진 특정 상황에 당해 원칙이 어떻게 적용될 수 있는가 하는 문제도 아울러 분석하고 있다.

신용장거래관습에 대한 올바른 해석방안을 모색하였다 해도 이는 엄밀한 의미로 적시성을 가진 합리적 해석기준이 될 수 있는가 하는 문제는 항상 긍정적인 결과로 나타나는 것은 아닐 것이다. 왜냐하면 신용장거래관습은 그 자체로서 계속 변화·발전하는 속성을 가지고 있기 때문이다. 따라서 신용장통일규칙이나 미국의 개정 통일상법전 제5조는 신용장거래관습의 해석을 위한 구조적이고 운용적인 기준점을 제시해 주고 있으나 현실에서 계속 변화하는 신용장거래관습을 모두 반영해 줄 수는 없으며 시차적인 간격만큼 신용장거래관습과의 괴리를 보일 수도 있다고 판단된다.

그러나 무엇보다도 중요한 것은 신용장거래관습이 탄력적으로 변화한다고 하여도 그 변화의 자취는 항상 신속성과 확실성으로 대표되는 신용장거래관습의 효율성과 이에 따른 당사자간의 형평의 균형이라는 궤적 속에 있다고 보는 것이다.

參 考 文 獻

- 김기선, “개정 통일상법전 제 5 조와 신용장통일규칙과의 비교연구”, 무역학회지, 21권 1호, 1996.
- _____, “신용장거래관습에 있어 국제표준은행관행의 본질적 해석에 관한 연구”, 국제상학, 1996.
- 김선석, “화환신용장의 법률관계”, 대한변호사협회지, 1987.
- 박대위, 「신용장」, 법문사, 1996.
- 박세일, 「법경제학」, 박영사, 1997.
- 양영환·서정두, 「신용장 사례연구」, 삼영사, 1995.
- 오병선, “국제경제법의 개념과 연구방법에 관한 고찰”, 경상논총, 서강대학교, 1986.
- Evan, Avidon Michael, “Subrogation in the Letter of Credit Context”, *Brooklyn Law Review*, vol. 56, 1990.
- Black's Law Dictionary*, 6th ed., St. Paul, Minn., West Pub. Co., 1990.
- Byrne, James E., “Letter of Credit”, *The Business Lawyer*, vol. 43, 1988.
- _____, “Revised UCC Section 5-108(e) : A Constitutional Nudge to Courts”, *UCCLJ*, Spring, 1997.
- del Busto, Charles, *Case Studies on Documentary Credits under UCP 500*, ICC Pub. S. A., 1995.
- de Rooy, Frans P., *Documentary Credits*, Kluwer Law & Taxation Pub., 1984.
- Dolan, John F., “Letter of Credit Disputes between the Issuer and Its Customer : The Issuer's Rights under the Misnamed 'Bifurcated Standard'”, *Banking Law Journal*, vol. 105, 1988.
- _____, *The Law of Letters of Credit*, 2nd ed., Warren Gorham & Lamont Inc., 1991.
- Farrah, Dolan, Mooney, Miller & Burman, “An Examination of UCC Article 5 (Letter of Credit)”, *The Business Lawyer*, vol. 45, 1990.
- Givray, Albert J., “UCC Survey : Letter of Credit”, *The Business Lawyer*, vol. 44, 1989.
- Gustavus, Joseph D., “Letter of Credit Compliance under Revised UCC Article 5

- and UCP 500”, *UCCLJ*, Spring, 1997.
- Gutteridge, H.C. & Megrah, M., *The Law of Bankers' Commercial Credits*, Europa Pub., 1984.
- Haddock, D. & Curran. C., “An Economic Theory of Comparative Negligence”, *Journal of Legal Studies*, vol. 14, 1985.
- Harfield, Henry, “An Agnostic view”, *Brooklyn Law Review*, vol. 56 ; 1990.
- _____, *Bank Credit and Acceptances*, Ronald Press Co., 5th ed., 1974.
- _____, *Letter of Credit, Uniform Commercial Code, Practice Handbook 5*, American Law Institute, Philadelphia, 1980.
- _____, “Code, Customs and Conscience in Letter of Credit Law”, *UCCLJ*, 1971.
- Hirsch, Werner Z., *Law and Economics*, Academic Press, New York, 1979.
- Hotchkiss, Carolyn, “Strict Compliance in Letter of credit Law ; How Uniform Is the Uniform Commercial Code?”, *UCCLJ*, vol. 23 . 1991.
- Howarth, William, “Contract, Reliance and Business Transactions”, *The Journal of Business Law*, 1987.
- ICC, *Case Studies on Documentary Credits*, ICC Pub. S.A., 1989.
- _____, *Documentary Credits Insight*, Winter, ICC Pub. S.A., 1996.
- _____, Document No. 470-37/4.
- _____, *Opinions(1989-1991) of the Banking Commission*, ICC Pub. S.A., 1992.
- _____, *Standard Documentary Credit Application : Guidance Notes for Credit Applications*, ICC Publication S.A., 1986.
- _____, *UCP 1974/1983 Revisions Compared and Explained*, ICC Pub. No. 411, 1984.
- Jarvis, “Standby Letters of Credit-Issuers' Subrogation and Assignment Rights (Part I & II)”, *UCCLJ*, 1976, 1977.
- Kohana, Politha T.B., *The Regulations of International Economic Relations Through Law*, Martinus Nijhoff, 1985.
- Kolyer, Steven T., “Judicial Development of Letter of Credit Law: A Re-appraisal”, *Cornell Law Review*, vol. 66. 1980.
- Kozolchyk, Boris, “Re UCP Article 13(a) & the ICC's National Banking Practices Initiative”, *Letter of Credit Update*, vol. 11, No. 11, 1995.
- _____, “Strict Compliance and Reasonable Document Checker”, *Brooklyn Law Review*, vol. 56, 1990.

- _____, *Commercial Letters of Credit in the Americas*, Matthew Bender & Co., 1977.
- _____, "The Emerging Law of stand-by Letter of Credit and Bank Gurantees", *Arizona Law Review*, vol. 24, 1982.
- Kuperberg, Mark & Beitz, Charles, *Law, Economics, and Philosophy*, Rowman & Allenheld, New Jersey, 1983.
- Landes, William M. & Posner, Richard A., *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard Business Press, 1987.
- Letter of Credit Update*, vol. 11, No. 2, 1995.
- Letter of Credit Update*, vol. 12, No. 10, 1996.
- Letter of Credit update*, vol. 12, No.6. 1996.
- Macintosh, Kerry L., "Letter of Credit : Curbing Bad-Faith Dishonor", *UCCLJ*, vol. 25, 1992.
- McCullough, Burton V, *Letter of Credit*, Matthew Bender, 1992.
- McLaughlin Gerald T., "On the Periphery of Letter of Credit Law : Softening the Rigors of Strict Compliance", *Banking Law Journal*, vol.106. 1989.
- Pieter, ver Loren van Themmat, *The Changing Structure of International Economic Law*, Martin Nijhoff, Hague, 1981.
- Rosenblith, Robert M., "Seeking a Waiver of Documentary Discrepancies from the Account Party : Unexplored Legal Problems", *Brooklyn Law Review*, vol. 56, 1990.
- Ross, Alf, *On Law and Justice*, Univ. of California Press, 1958.
- Schroeder, Milton R., "The 1995 Revisions to UCC Article 5, Letter of Credit", *UCCLJ*, Spring, 1997.
- Soshuk, Janis Penton, "The Consequences of Non-Documentary Conditions", *Brooklyn Law Review*, vol. 56, 1990.
- Wilson, Donald T., *International Business Transactions.*, West Pub. Co., 1981.