

美國統一商法典 第5-109條에 대한 一考察

金 順 子*

-
- I. 序 言
 - II. 統一商法典(1995) 第5-109條의 沿革과 特徵
 - III. 統一商法典(1995) 第5-109條의 適用要件과 適用效果
 - IV. 統一商法典(1995) 第5-109條의 適用上의 問題點
 - V. 要約 및 結言
-

I. 序 言

최근 신용장분야에서 詐欺의 양상은 점점 다양화되어가고 있다. 그런데 전 세계적인 확산과 수용이 이루어진 신용장통일규칙에는 제5차 개정까지 詐欺와 관련된 일체의 명시규정을 두고있지 않음으로서 詐欺問題는 각국의 법원의 판단에 맡겨야 했다. 그러나 詐欺에 대한 개념과 적용범위가 각국의 법원마다 달라서 동일한 내용의 사건에 관하여 종종 반대의 판결이 내려지는 등 많은 혼란과 갈등이 있어왔다.

한편 미국은 영미법체계의 국가 중 유일하게 統一商法典(1995) 제5-109조에 詐欺에 대한 성문규정을 마련하고 있다. 美國統一商法典은 일국내의 법이라는 한계성이 있지만 詐欺에 관한 최초의 성문법이라는 점과 국제상거래에서 미국이 차지하는 위치를 감안할 때 중요한 의미를 갖는다. 따라서 앞으로 신용장통일규칙에 詐欺關聯規定을 마련하는 것이 바람직하다는 관점에서 통일상법전 제5-109조의 내용을 정리하고 문제점을 도출해내어 시시점을 얻고자 한다.

* 培花女子大學 貿易科 副教授.

II. 統一商法典(1995) 第5-109條의 沿革과 特徵

1. 同條의 沿革

(1) 詐欺規定의 성문화 背景

신용장거래는 원인계약과는 독립된 별개의 거래이므로 개설 은행은 어떠한 경우라도 원인계약에 구속되거나 원인 계약상의 사유에 의하여 권리를 침해당하지 아니한다. 따라서 신용장 조건과 일치하는 서류가 제시되었음에도 불구하고 원인계약상의 내용을 사유로 한 개설 은행의 지급거절은 허용될 수 없으며 이러한 원칙은 비교적 엄격하게 고수되어 왔다.

그런데 1920년대 미국에서 물품 가격의 등락변동이 매우 심하게 되자 많은 매수인들이 신용장 조건과 일치하지 않는 서류 또는 매매계약과 일치하지 않는 품질의 물품에 대해 신용장 금액을 지급하지 않도록 법원의 도움을 청하는 사례가 빈발하였다.¹⁾ 이와 같은 상황에서 *Old colony Trust Co. v. Lawyer's Title & Trust Co.* 사건²⁾이 발생하였는데 1924년 연방법원은 “서류가 비록 형식상 정확하다 하더라도 신용장 개설은행이 실제로 서류의詐欺 또는 그것이 불법임을 분명히 알고 있는 경우에는 당해 서류를 신용장 조건과 일치하는 것으로 수리하도록 강요될 수 없다”라고 판시함으로써 偽造書類에 의한 지급청구는 불법임을 확실히 하여 독립성의 원칙적용의 예외를 인정하였다.

그런데 바로 그 다음해인 1925년 *Maurice O' Meara Co. v. National Park Band of New York* 사건에서는 그 반대의 판결을 내림으로써 독립성의 원칙을 고수하였다³⁾.

그 후 1941년 *Sztejn v. T. Henry Schroder Banking Corp.* 사건⁴⁾이 발생하

1) E.L. Symons, “Letters of credit; Fraud, Good Faith and the basis for injunctive relief”, *Tulane Law Review*, 1980, p.360.

2) 297 F. 152(2D cir), cert. denied, 265 U. S. 585 (1924).

3) E. L. Symons, *op. cit.*, pp.358~359.

었는데 법원은 또다시 O'Meara 건의 판결과는 정반대의 판결을 내리므로 독립성의 원칙 적용의 예외를 인정하였다. 즉 뉴욕 최고법원의 Shientag 판사는 “환어음과 선적서류가 개설 은행에 제시되기 전에 매도인의 고의적인 詐欺事實이 은행에 통지되었을 경우 신용장 하에서 개설은행의 의무에 관한 독립성의 원칙은 부당한 매도인을 보호하는데 까지 확대될 수 없다.”고 판시함으로써 신용장에 의한 계약일지라도 실제로 詐欺行爲가 입증되면 그 계약은 무효화될 수 있는 일반법의 범주를 벗어날 수 없다는 것을 명백히 하였다. 이후 *Sztejn* 사건의 판결은 수많은 사건의 판례에 영향을 미쳤고 미국통일상법전에 그 취지가 성문화되는 계기가 되었다.

(2) 미국통일상법전 公式草案(official draft; 1952) 제 5-111 조 (2) 항

1924년 *Old Colony* 사건과 1941년 *Sztejn* 사건 판결 이후 同法典 공식초안 제 5-111 조 (2) 항에 詐欺關聯規定이 성문화되었다. 同條는 “서류가 偽造되거나 詐欺가 있는 경우 … 적절한 관할법원이 개설은행에게 지급을 금지시킬 수 있다.”라고 규정함으로써 서류상의 詐欺를 대상으로 개설은행의 지급 의무에 대한 취소불능적 책임을 배제하고 있다. 同草案의 제 5편은 신용장 거래에 있어 기존의 은행 관행을 구체적으로 법제한 것으로 무엇보다도 은행의 입장을 강조하고 있다. 1955년 뉴욕법개정위원회(N. Y. Law Revision Commission)는 同草案이 신용장 거래에 있어 은행에 대해 힘없는 개설의뢰인과 수익자를 보호하는 방패가 되지 못한다는 비난과 함께 제 5-111 조가 정확히 무엇을 의미하는지 분명하지 않다고 하였다. 또한 신용장에 의한 지급의 금지 명령에 대해 “형평의 하나인 기존 규정은 偽造 또는 詐欺가 없는 경우에조차, 특별한 상황은 지급금지명령을 정당화시킨다. … 그리하여 법적구제가 매도인측에서 보면 비교적 적절하지 않다고 생각되는 경우에도 기존의 규정은 매수인이 지급금지 명령을 취득할 수 있도록 해준다.”⁴⁾고 지적하였다. 이와 같은 비판은 선의의 진실이 아닌 사실표시(innocent misrepresentation)에 집착하는 것으로 비취질 수도 있으나 보다 중요한 것은 同草案이 서류상의 偽造 또는 사실무근의 의

4) 177 Misc. 719, 31 N. Y. S. 2d 631 (N. Y. Sup. Ct. 1941): G. Kimball and B. & Sanders, “Preventing wrongful payment of guaranty letters of credit—Lessons from Iran”, *The Business Lawyer* Vol. 39, February, pp.442~423.

5) N. Y. Law Revision. Comm'n, Study of the Uniform Commercial Code 38 at 1656-57.

도적 詐欺(intent and no colorable fraud)⁶⁾가 없는 어떠한 상황이 개설은행에 의한 지급금지를 정당화시키느냐 하는 문제에 대하여 침묵하고 있음을 지적한 것으로 볼 수 있다.

그리하여 同 草案 제 5-111 조 (2) 항 (b) 호는 詐欺 또는 偽造의 증거가 명백하고 개설은행이 이를 통지 받았다 하더라도 개설은행은 지급금지처분이 내려지지 않는 한 문면상 일치하는 서류를 제시한 수익자에게 지급하게 된다. 즉 개설의뢰인이 아무리 설득력 있는 논거개설은행에게 지급 금지를 통지한다 하더라도 개설 은행의 입장에서 볼 때는 후에 개설 의뢰인의 偽造나 詐欺에 대한 주장이 근거가 없는 것으로 밝혀지면 개설 은행은 항변의 여지가 없게 되기 때문이다.

이러한 관점에서 뉴욕법개정위원회 보고서는 “설령 개설의뢰인이 개설은행에게 偽造 또는 詐欺를 통지하거나 개설의뢰인이 그 주장에 대한 증거를 개설은행에게 제시한 경우라고 할지라도 개설은행은 그 제시된 증거만 가지고 偽造 또는 詐欺 여부를 정확히 결정할 수 없는 것이다.”⁷⁾ 라는 이유로 개설은행의 선의의 결정을 보호하고 원인계약으로부터 배제되는 것을 정당화하였다. 따라서 同 草案은 偽造 또는 詐欺를 명백하게 사실적으로 증명하지 않는 한 문면상 일치하는 서류에 대해 지급을 금지시키는데 따르는 어려움에 초점을 맞추고 있을 뿐 아니라 제시된 어음에 대하여 지급하는 은행의 자유재량에 아무런 제한을 두지 않음으로써 은행 책임의 최소화에 역점을 두고 있다.

(3) 미국통일상법전 公式本(official text; 1958) 제 5-114 조

1952년 공식초안 제 5-111 조는 1956년 확대편집위원회(Recommendations of the Enlarged Editorial Board for the Uniform Commercial Code)의 권고에 따라 1958년 공식본 제 5-114 조로 바뀌었다. 공식초안과 공식본의 차이점은 다음과 같다.

첫째, 공식본은 신의성실의 일반적인 제한(pervasive limitation of good faith)을 제 5 편에 포함시켰다.

6) 전거래가 무효화 될 만큼 지독한 詐欺(egregious fraud)인 경우가 이에 해당한다: H. Harfield, “Enjoining Letter of Credit transaction”, *B. L. J.* Vol. 95, p.608.

7) N. Y. Law Revision Comm’n, *ibid.*, 903-07(1995) at 1660.

신용장 개설은행의 책임에 관한 조항인 1952년 공식초안 제5-107조 및 詐欺關聯規定인 제5-111조에는 신의성실에 대한 명시적인 언급이 없다. 오직 개설의뢰인에 대한 개설은행의 의무는 은행 관행을 준수하는 쪽으로 방향을 잡고 있어 수익자 및 기타 관련자의 작위·부작위(acts or omissions)에 대한 책임에 대하여 명시하고 있지 않다. 그러나 同 草案 제5-107조를 승계한 공식본 제5-109조는 “신용장 개설은행의 개설의뢰인에 대한 의무는 신의성실을 포함한다.”로 시작함으로써 개설의뢰인의 불리한 입장을 반영하였다. 또한 同 草案 제5-107조를 계승한 공식본 제5-114조(2)항(b)호에는 “모든 경우에 고객에 대한 관계에서 신의성실로 행동하는 개설은행은 고객으로부터 문명상 명확하지 않은 偽造, 變造 또는 기타의 하자사항에 관하여 통지를 받는다 하더라도 환어음 또는 지급요구서에 대하여 지급할 수 있으나 그러한 경우에 관할 법원은 그러한 지급에 대하여 지급을 금지시킬 수 있다.”라고 규정함으로써 개설은행의 신의성실을 강조하고 있다. 신의성실(good faith)이란 용어는 제1-201조(19)항에 정의된 대로 ‘관련거래 또는 행위에서의 사실상의 정직’을 의미하며 마음의 상태가 반드시 포함되는 주관적인 개념으로서 제1-203조를 통하여 모든 상거래에 일반적으로 적용된다. 또한 신의성실은 사실상의 정직뿐 아니라 상인간의 공정한 상적 기준의 준수를 의미하기도 하는데 이러한 개념은 제2-103조, 제7-404조 및 제8-318조에 수용되어 있다. 신의성실에 대한 정확한 정의에 대해서는 실제적인 논란의 여지가 많으나 제5편에서 수익자에 대한 개설 은행의 의무와 원인계약과의 독립적 관계를 명확히 하고 있으므로 제5편에 적용될 수 있는 신의성실의 개념은 주관적이며 속이려는 의도(intent to deceive) 또는 고의(scienter)의 부재를 의미함으로써 詐欺(fraud)의 반대 개념이다.

둘째, 1958년 공식본은 수익자에게 담보(warranties)의 의무를 부과하고 있다. 1952년 공식초안 제5편은 서류 제시에 대한 수익자의 담보를 요구하고 있지 않으나 공식본 제5-111조에서는 “별도의 특약이 없는 한 수익자는 화환어음이나 지급요구서를 양도 또는 제시할 때 신용장에서 요구하는 필요한 조건이 충족되었다는 것을 모든 이해 당사자에게 담보하여야 한다. 이는 제3편, 제4편, 제7편, 제8편 하에서의 담보에 추가적인 것이다.”라고 규정함으로써 다음과 같은 두 가지의 중요한 점을 시사하고 있다.

① 수익자의 담보는 개설은행에게 뿐만 아니라 개설의뢰인을 포함하는 모든 이해당사자에게도 적용된다. 따라서 개설은행이 수익자가 제시한 서류와 환어음에 대하여 지급하고 개설의뢰인에게 상환 청구하였으나 서류의 불일치를 이유로 상환거절 당한 경우 수익자의 지급청구권리가 존재하지 않았다면 개설은행은 수익자를 상대로 담보의무 위반을 주장하여 訴를 제기할 수 있다. 수익자의 담보의무가 문제되는 것은 개설 은행이 지급을 이행한 이후가 되므로 개설은행은 담보의무를 지급거절의 수단으로 사용할 수 없다. 수익자의 담보의무 위반의 법적효과는 개설은행의 지급 후에 발생한다는 점에서 개설은행이 지급 전에 지급거절을 정당화하는 '詐欺의 법리'와 차이가 있다.

수익자가 담보의무를 부담하는 '이해관계인'의 범위에 대하여 다수설은 개설의뢰인을 포함하는 것으로 보고 있으나⁸⁾ '이해관계인'의 의미를 계약법하의 제 3수익자(third beneficiary)와 동일한 의미로 파악하여 개설 은행과 개설의뢰인이 되는 者라고 본 판례도 있다.⁹⁾

② 수익자는 제 7-207 조 (b) 항에 의하여 "권리증권의 유효성 또는 가치를 손상시키는 어떠한 사실도 인식하고 있지 않다."는 것을 담보해야 한다. 이때 인식(knowledge)이란 '실제적인 인식(actual knowledge)'을 의미한다고 제 1-201 조에서 정의하고 있기 때문에 제시 서류가 표시하고 있는 물품의 품질과 수량에 대한 본질적 일탈을 실제적으로 인식하고 있는 수익자¹⁰⁾는 제 5-114 조 (2)항 하에서 지급금지명령을 요구하는 개설의뢰인의 권리를 야기시키는 고의적인 詐欺(intentional fraud)를 입증한 것이 된다.

제 7-507 조 (b) 항에 의한 수익자의 담보위반이 있는 경우 개설의뢰인은 제 5-114 조에 호소하여 지급을 중지시킬 수 있는 독립적인 권리가 발생함으로써 제 7 편에서의 인식개념과 제 5 편에서의 詐欺概念은 밀접한 의무와 권리관계로 파악될 수 있다. 따라서 제 5-114 조와 제 7-507 조는 제 1-201 조 (19) 항의 신의성실의 정의뿐만 아니라 허위표시의 인식 즉 기망에 대한 책임의 개념에 있어 일치한다고 볼 수 있다. 즉 두 조문 모두 수익자의 고의적인 불법행위를 용인

8) 金善國, 保證信用狀의 法的問題에 관한 연구, 博士學位 請求論文, 高麗大學校 大學院, 1991, pp. 6~7.

9) *Barclay International, Inc. v. First Alabama Bank of Montgomery*, N. A., 557 So. 2d 1201(Ala. 1989).

10) E. L. Symons, *op. cit.*, p.367.

하지 않고 개설은행과 개설의뢰인을 보호하는 취지를 포함하고 있다.

셋째, 1952년 공식초안은 서류상의 詐欺만을 대상으로 하고 있으나 1958년 공식본 제 5-114 조 (b) 항은 거래상의 詐欺(fraud in the transaction)가 있는 경우라도 법원이 철저히 지급금지명령을 내릴 수 있는 상황을 포함하고 있다. 그러나 공식본은 다음의 4가지 관점에서 많은 논란이 있어 왔다.

① 거래상의 詐欺(fraud in transaction)는 어떤 거래에서의 詐欺인가?

제 5-114 조 (2) 항은 서류가 偽造 또는 허위로 작성되었거나 거래상의 詐欺가 있을 때 적용된다. 이때 거래는 신용장 거래만을 의미하는가 또는 원인계약상의 거래를 포함하는가에 관한 논란을 야기시킨다. 제 5-114 조 (1) 항은 신용장 개설은행은 매도인과 매수인간의 원인계약의 이행여부에 관계없이 신용장 조건에 일치하는 서류에 대하여 지급의무가 있다고 규정하여 신용장 거래에서의 독립성의 원칙을 명백히 하고 있다. 그리하여 거래를 신용장 거래로만 파악하는 경우 거래상의 詐欺는 곧 서류가 偽造 또는 허위로 작성된 경우와 동일한 상황을 발생시키므로 이는 서류상의 詐欺와 같은 의미가 되어 버려 공식초안 제 5-111 조와 다를 바가 없게 된다. 이러한 문제점 때문에 원인거래를 포함하는 것으로 해석해야 한다는 견해도 많이 도출되었으나, 미국통일상법전 어디에도 偽造書類(forged documents), 詐欺書類(fraud documents) 및 거래상의 詐欺(fraud in transaction) 등에 관한 해석을 위한 마땅한 가이드 라인이 없어서 모호하였을 뿐만 아니라 지급금지에 의한 구제책의 기준이나 詐欺의 정도 등에 관한 명시규정이 없어 적용상의 갈등을 빚어 왔다.

② 수익자가 아닌 제 3자의 詐欺도 詐欺로부터의 구제(relief)가 가능한가?

수익자는 부주의로 偽造·變造된 서류를 제시할 수 있다. 이 경우 영국의 법원은 *United City Merchants(Investments), Ltd. v. Royal Bank*¹¹⁾에서와 같이 詐欺의 주체가 수익자가 아닌 제 3자의 경우 詐欺로부터의 구제를 승인하지 않는다. 한편 미국은 *Aetna Life & Casualty Co. v. Huntington National Bank* 사건¹²⁾에서 개설은행의 지배인에 의하여 저질러진 詐欺를 수익자의 탓으로 돌릴 수 없으며 수익자가 부적절하게 신용장을 수취하였다는 증거가 없으므로 수익자 승소를 판결하였다. 즉 개설은행이 신용장하에서 지급거절하기 위해서

11) App. Cas. 168(H. L.) [1983].

12) 934 F. 2d 695(6th cir. 1991).

는 詐欺가 수익자에 의해 저질러져야 한다는 것을 미국의 판례는 추정하고 있으나 이에 대한 명확한 언급이 제 5-114 조 (2) 항에는 명시되어 있지 않다.

③ 詐欺의 경우 개설은행은 지급거절권을 가질 수 있는가?

제 5-114 조 (2) 항 (b)는 제시된 서류가 문면상 신용장 조건과 일치하기는 하지만 실제로는 偽造·變造된 것이거나 거래상의 詐欺가 있어 개설의뢰인으로부터 통지를 받는다 하더라도 개설은행은 지급할 수 있다고 규정하고 있다. 즉 개설 은행이 서류 제시에 대하여 지급할 수 있다고만 규정되어 있을 뿐 지급거절을 할 수 있다고 규정되어 있지는 않다.

이러한 문제는 *Roman ceramics corp. v. People National Bank* 사건¹³⁾에서 특히 쟁점이 되었다. 이 사건에서 수익자는 “제 5-114 조 (2) 항은 개설 은행이 지급할 수 있다고만 할 뿐 지급 거절할 수 있다고 규정되어 있지 않으므로 개설은행에게 지급거절 권리를 부여하고 있지 않다.”고 주장하였다. 同條 주석 2에 의하면 詐欺의 위험은 개설의뢰인이 부담하지만 선의의 제 3자가 포함되지 않는 경우 개설은행은 더 이상 지급할 의무를 부담하지 않는다고 하였다. 미국 통일상법전 주석은 법적 의미 해석에 도움을 줄 수는 있어도 법의 한 부분은 아니다.

④ 어음이 인수된 후 어음만기일전에 詐欺가 발견되었다면 '개설의뢰인에게 지급금지수단의 사용이 가능한가?

제 5-114 조 (2) 항 (a)에 의하면 선의의 매입은행 또는 선의의 어음소지인과 같은 선의의 제 3자를 대상으로 詐欺에 대한 항변을 할 수 있다. 同條 (2) 항 (b)에서는 서류의 偽造·변조에 대한 통지를 개설의뢰인으로부터 통지 받은 경우에도 개설은행은 지급할 수 있으며 이러한 경우 관할법원은 지급을 금지할 수 있음을 명시하고 있다. 그러나 '지급(honor)'에 대한 정의를 내리고 있지 않아 미국통일상법전 제 1편에 포함되어 있는 定義(definitions)를 참조하여야 한다. 제 1-201 조 (21) 항에서 'honor'는 '지급하다' 또는 '인수하고 지급하다'를 의미한다고 규정하고 있다. 따라서 수익자가 발행한 어음에 대한 단순한 인수는 'honor'를 형성하지 않기 때문에 제 5-114 조 (2) 항에서의 지급금지처분을 인수 후 지급전에 취해질 수 있다. 그러나 제 4-303 조 (1) 항 (a)에는 “만약 지급금지처분과 같은 법적절차가 은행이 어음을 인수하고 난 뒤에 이루어진다면

13) 714 F. 2d 1207(3d cir. 1983).

그 법적절차는 너무 늦어 은행의 지급에 대한 의무에 영향을 주지 않는다.”라고 규정하고 있어 제 5-114 조 (2) 항과 제 4-303 조 (1) 항 (a)는 충돌하고 있다. *Union Export Co. v. N. I. B. Intermarket, A. B.* 사건¹⁴⁾에서 매수인인 원고는 詐欺를 이유로 어음금액에 대한 지급금지명령을 득하였고 항소법원은 매도인의 은행이 선의의 어음소지인으로서 보호받을 수 있는지의 여부를 결정하도록 원심법원으로 사건을 돌려보냈다. 이에 개설은행은 “은행의 어음인수 후에 지급금지명령이 내려졌기 때문에 그 지급금지명령처분은 제 4-303 조 (a) 하에서 유효하지 않다.”고 주장하면서 항소법원의 판결 일부분에 대하여 대법원에 상소하였다. 대법원은 제 4-303 조가 적용된다는 개설은행의 의견에 동의하면서 인수된 어음의 지급은 어음이 인수된 후에 지급금지 될 수 없다고 판결을 내렸다. 따라서 통상 어음의 인수시 개설의뢰인이 알지 못하는 詐欺狀況이 어음인수 후 지급 전에 발견될 수 있는 가능성이 큰 것을 감안할 때 개설의뢰인에게는 매우 불리한 규정이라 할 수 있다.

위에서 살펴본 바와 같이 미국통일상법전 제 5-114 (2) 항 (b)는 그 내용의 모호함으로 인하여 적용상 많은 갈등을 빚어 왔다. 그리하여 1995년 미국통일상법전 제 5-109 조는 이러한 혼란을 감안하여 詐欺와 偽造(Fraud and Forgery)라는 표제 하에 보다 명확한 규정을 하고 있어 다음과 같은 특징을 지닌다.

2. 同條의 특징

(1) 거래상의 詐欺에 원인계약상의 詐欺가 포함됨을 분명히 하였다.

同條는 서류제시에 대한 지급이 개설은행 또는 개설의뢰인에 대하여 수익자의 실질적 詐欺를 방조하게 되는 경우 구체조치의 이용이 가능하다고 규정함으로써 원인계약에서 詐欺가 발생하는 경우에도 同條를 적용할 수 있음을 명백히 하고 있다. 同條에 대한 주석 1은 詐欺의 주장이 있을 경우 원인계약을 조사함으로써 서류가 詐欺적인지 또는 수익자가 詐欺를 저질렀는지 또 그 詐欺가 실질적인 것인지를 결정할 수 있기 때문에 법원은 항상 원인계약을 조사하여야 한다고 명시하고 있다.

14) 786 S. W. 2d 628(Tenn. 1990).

이것은 공식본 제 5-114 조에서의 거래상의 詐欺에 대한 모호성을 해결하기 위하여 거래의 범위를 명백히 한 것으로 볼 수 있다. 그러나 원인계약에서의 詐欺로부터 구제를 허락하는 결정은 지급을 지연시키며 나아가서 지급금지에 의한 구제의 이용을 빈발시킬 가능성이 있다. 따라서 신용장에 의한 지급의 신뢰성, 신속성, 유효성을 해칠 우려가 있다.

(2) 詐欺의 주체가 제 3 자인 경우에도 개설의뢰인은 구제의 권리가 있다.

同條 (b) 항은 서류가 偽造되었거나 실질적인 詐欺목적으로 작성된 경우와 서류제시에 대한 지급이 수익자의 실질적인 詐欺를 방조하게 되는 경우에 구제수단을 허용하고 있다. 이 때 후자의 경우에는 행위의 주체가 반드시 수익자이어야 하나 전자의 경우에는 偽造 또는 詐欺를 행한 주체가 반드시 수익자일 필요는 없다. 따라서 서류를 제시할 때 수익자가 詐欺를 알지 못하였다 하더라도 詐欺사실이 있었다면 개설의뢰인은 구제 받을 권리가 있다. 同條는 선의의 수익자보다 선의의 개설의뢰인을 선택한 것으로 영국의 판례에 나타난 원칙과는¹⁵⁾ 반대이다.

(3) 詐欺가 있는 경우 개설은행은 지급 또는 지급을 거절할 수 있다.

1962년 미국통일상법전 조문은 詐欺의 주장에도 불구하고 지급은행에 대하여 그 책임을 면제하고 있으나 詐欺주장에 의하여 지급거절한 은행에 대하여는 보호하고 있지 않다. 그러나 *Roman Ceramics Co.* 사건 이후 개설은행의 지급거절권을 명백히 하고 선의로 지급거절한 개설은행을 보호하고 있다.

同條에 대한 주석은 개설은행이 선의를 입증하기 위해서는 詐欺를 입증해야 한다고 밝히고 있다. 그러나 실제에 있어 개설은행은 개설은행의 자의든 법원의 명령에 의해서든 지급거절권을 행사하는 것이 달갑지 않을 것이다. 그것은 일치하는 서류에 대한 지급거절은 곧 개설은행의 국제적 평판을 손상시키는 결과를 가져올 수 있고 한편으로는 수익자가 개설의뢰인에게 그와 같은 지급금지명령을 내리지 않는 국가의 은행을 요구할 것이기 때문이다.

15) *United city Merchants (Investments), Ltd. v. Royal Bank* [1983] App. 168 (H. L.); *Bank of Nova scotia v. Angelica whitewear, Ltd.*, 36 D. L. R. 4th 161 (1987).

(4) 어음인수 후 지급전의 지급금지명령에 대한 법조문의 충돌을 해결하였다.

미국통일상법전(1962) 제 5-114 조하에서 'honor'는 지급할 때 발생하기 때문에 '인수 후 지급전'에 분명히 금지될 수 있다. 그러나 同 法典 제 4-303 조 (1) 항 (a)에서 은행이 어음을 인수한 후에는 은행의 어음지급의무에 영향을 미치지 않는다고 규정하여 이 두 조문은 충돌하였다. 그러나 1995년 개정 제 5-109조 (b) 항은 詐欺가 주장된 경우 법원은 제시서류에 대하여 지급금지명령을 내릴 수 있도록 하고 있다. 개정 제 5-102 조 (a) 항 (8) (ii)는 "신용장이 다르게 규정하고 있지 않는 한 인수신용장에서의 지급은 어음의 인수와 만기일에서의 지급으로 나타난다."고 규정함으로써 'honor'는 인수 후 지급 전에 금지될 수 있음을 분명히 하고 있다. 따라서 역시 개정 제 5-109 조 (b) 항과 제 4-303 조 (1) 항 (a)는 충돌한다. 그러나 개정 제 5-116 조 (d) 항에 의하면 제 4편의 규정과 제 5편의 규정 사이에 충돌이 있을 경우 제 5편의 규정이 우선하게 되어 있으므로 이러한 충돌의 문제를 해결하였다. 이와 같은 흐름은 일반적으로 개설의뢰인에게 유리하다. 즉 인수할 때 개설의뢰인이 알지 못하는 詐欺적인 상황은 인수된 환어음의 지급전에 발견될 수 있기 때문이다. 그러나 한편으로 詐欺를 행한자는 어음의 인수 후 곧바로 어음을 매입하게 될 것이고 개설의뢰인은 선의의 매입은행이나 선의의 어음소지인에 대항하여 지급금지 구제수단을 이용할 수 없는 상황을 만들기도 한다. 즉 대부분의 경우 지급금지 구제소송은 은행이 매우 기피하려는 경향이 있기 때문에 개설의뢰인으로 하여금 지급금지명령 수단을 구하는 권리를 포기하도록 상환약정을 하거나 신용장이 어음의 인수를 규정하고 있는 경우에는 어음이 인수되고 난 후 법원에 의한 지급금지명령을 구할 수 있는 권리를 포기하는 조건을 삽입할 수 있다. 또한 'honor'는 어음을 인수할 때 발생한다는 조건을 신용장에 삽입할 수 있다.¹⁶⁾

(5) 지급금지명령에 의한 구제의 요건을 명백히 하였다.

개설은행이 신용장과 일치하는 서류에 대하여 지급을 거절하는 것은 개설은행의 핵심적인 의무를 위반하는 것이다. 개설은행은 전형적으로 개설의뢰인과 수익자의 주장을 판단하는 위치에 있지 않기 때문에 詐欺를 이유로 신용장 조

16) B. Wunnicke, D. B. Wunnicke, P. S. Turner, *Standby and comonercial letter of credit*, 2nd ed., John Wiley & Sons Inc., 1996, p.179.

건과 일치하는 서류에 대하여 지급거절을 선택했다면 개설은행은 부당한 지급 거절에 대한 제소를 당하게 된다. 만약 개설의뢰인의 詐欺주장에도 불구하고 제시서류에 대하여 개설은행이 지급하기로 결정한다면 개설의뢰인은 지급금지 명령처분을 구하는 소송을 제기할 수 있다.

제 5-109 조 (b) 항은 개설의뢰인이 지급금지명령처분을 요구할 때 지급금지 명령에 의한 구제를 얻기 위하여 특정한 요건을 충족시킬 것을 요구하고 있다. 그것은 ① 인수된 어음 또는 개설은행에 의한 연지급약속에 대하여 적용되는 현행법에서 그러한 구제조치가 금지되지 않고 있어야 하며 ② 그러한 구제조치로 말미암아 손해를 입게되는 수익자, 개설은행 또는 지정된 자를 보호하기 위하여 적절한 조치를 취하여야 하며 ③ 주법(state law)에 따라 구제조치를 허용할 경우에 필요한 모든 요건이 충족되어야 하며 ④ 개설의뢰인은 법원에 偽造 또는 실질적인 詐欺에 대한 그의 주장을 뒷받침하는 입증자료를 제출해야 한다.

이러한 요건들은 과거에도 지급금지명령처분을 구하는 개설의뢰인에게 일반적으로 요구되었으나 모든 법원이 항상 이 요건들을 요구한 것은 아니었다. 따라서 同條는 이러한 요건들을 동일하게 요구함으로써 詐欺에 대한 구제의 범위를 좁히고 있다.

Ⅲ. 統一商法典(1995) 第 5-109 條의 適用要件과 適用效果

1. 同條의 적용요건

(1) 신용장거래 및 원인거래상의 詐欺

同條 (a) 항은 신용장 조건과 엄격히 일치하는 서류가 제시되었다 하더라도 그러한 서류가 偽造 또는 중대한 詐欺의 목적으로 작성된 경우 그러한 서류를 인수하는 것은 수익자가 개설은행 또는 개설의뢰인에 대하여 실질적인 詐欺행위를 하는 것을 조장하게 된다는 취지를 규정하고 있다. 즉 同條는 신용장 거

래에서의 詐欺뿐만 아니라 원인거래상의 詐欺가 있는 경우에도 同法典 제 5-103 조 (d) 항에 규정되어 있는 독립성의 원칙을 배제할 수 있는 근거가 됨을 분명히 하고 있다. 따라서 개설의뢰인의 주장이 관철되기 위해서는 원인계약을 조사하여야 한다.

(2) 그럴듯한 기반을 가지고 있지 않은 수익자의 지급청구

同法典 제 5 편은 詐欺를 정의하지 않고 詐欺의 결정을 주법(state law)에 맡기고 있다. 그러나 詐欺는 '중대(matereal)'하여야 할 것을 제 5-109 조 (a) 항과 (b) 항에서 요구하고 있다. 이때 '중대한'이란 표현이 내포하고 있는 의미에 대하여 同條에 대한 주석 1은 수익자가 지급을 청구할 그럴듯한 권리를 가지고 있지 않고 지급청구를 뒷받침해 주는 사실상의 기반이 없는 경우에만 詐欺에 대한 구체책을 이용할 수 있다고 명시함으로써 중대성의 요구조건을 형성하고 있다. 일반적으로 수익자의 지급청구가 아무런 기반을 갖고 있지 않는 경우는 수익자의 원인계약상의 근본적인 의무불이행 또는 심각한 부정행위가 존재한 경우를 들 수 있다.

(3) 의심할 바 없이 명백한 詐欺의 입증

同條 주석 4는 詐欺가 적용되기 위해서는 詐欺에 대한 개설 의뢰인의 주장은 단순한 주장이 아닌 명백히 입증된 것이어야 할 것을 요구하고 있다. 즉 개설 의뢰인은 수익자의 詐欺행위에 대한 명백한 증거를 성공적으로 제시해야만 지급금지명령을 구하는 구체책을 이용할 수 있다. 詐欺의 입증은 수익자와 개설 의뢰인간에 교신한 문서나 수익자의 진술서 또는 공정한 제 3의 독립적기관의 확인서 등에 의하여 이루어 져야 한다.

(4) 개설은행이 지급하기 전 詐欺의 통지

同條 (b) 항은 서류의 偽造 또는 중대한 詐欺가 있는 경우 재판 관할권이 있는 법원은 개설은행의 서류수리를 잠정적으로 또는 영구적으로 금지시킬 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 개설의뢰인이 수익자의 詐欺를 명백히 입증하여도 개설은행이 지급하기 전 중대한 詐欺의 통지를 개설은행에 하여야 하며 법

원의 지급금지명령처분도 개설은행이 지급하기 전에 내려져야 한다. 그러나 同條(a)항(1)에서는 특정한 제3자를 詐欺의 위험에서 보호해주고 있다. 이에 특정한 제3자는 ① 偽造 또는 중대한 詐欺를 모르고 선의로 대가를 준 피지명자 ② 선의로 신용장의 확인을 하고 지급한 확인자 ③ 신용장에 따라 발행된 어음을 개설은행 또는 피지명자가 인수한 후 이를 취득한 정당한 소지인 ④ 개설은행 또는 피지명자의 연지급의무와 양수인으로서 개설은행 또는 피지명자가 연지급의무를 진 후에 대가를 주고 偽造 또는 중대한 詐欺를 모르고 그 의무를 진 양수인을 지칭한다. 즉 개설은행이 제3자로 하여금 매입이나 지급하도록 지시한 신용장을 개설함으로써 개설은행이 이들로 하여금 대가를 주도록 유인하고 이에 따라 발행된 정당한 어음의 소지인이 개설은행으로부터 詐欺의 통지를 받기 전 지급한 것에 대해서는 개설은행이 지급하기 전에 詐欺의 통지를 받았더라도 이들에 대한 지급의무가 있다. 또한 개설은행이 지급한 후에 詐欺의 통지를 접수하였다면 선의로 지급한 개설은행의 개설의뢰인에 대한 상환청구권은 보호된다.

(5) 詐欺의 정도

同條는 詐欺의 정도를 규정하고 있지 않으나 同條에 대한 주석¹⁾이 미국의 많은 판례를 통하여 형성되어 온 詐欺의 중대성 요건을 설명하고 있다. 이중 詐欺의 정도는 수익자에게 지급을 허락하는 것이 분명하게 무의미하거나 부당할 정도로 대단히 심각하여야 한다는 것을 바탕으로 하고 있다. *Cappatrt Enterprise v. Citizens & Southern Int'L Bank* 사건에서 펜실베니아 대법원은 “수익자의 詐欺行爲가 전체거래를 손상시켜 개설은행의 독립성에 대한 입법목적에 더 이상 유지될 수 없는 詐欺行爲에 제한적으로 국한되어야 한다.”고 판시하였다. 이것은 개설의뢰인이 詐欺를 이유로 수익자의 서류제시에 대해 이의를 제기하는 것이 용이하다면 개설의뢰인은 신용장의 기본법리와 유용성이 파괴될 정도로 자주 詐欺를 주장할 가능성이 농후하기 때문이다. 따라서 신용장의 법리와 사용 목적을 최대한 존중하기 위해서는 협의의 詐欺개념이 적용되어야 한다.

(6) 형평법상의 요건

同條 (b) 항 (3)은 법원의 지급금지명령처분을 얻기 위해서는 주법(state law)에 따른 조건이 충족되어야 함을 요구하고 있다. 이때 주법에 따른 조건은 영미법상의 형평기준인 ① 회복불능의 손해입증 ② 본안소송 판결에서의 승소가 능성 ③ 개설의뢰인이 입게 될 손해가 상대방이 지급정지로 인해 입게 된 손해보다 커야 하며 ④ 공익에 저해되지 않을 것 등의 요건을 충족시켜야 한다.

2. 同條의 적용효과

(1) 개설은행의 독자적 지급거절

同條 (a) 항 (2) 호는 개설은행이 '선의(good faith)'로 행동하는 한 심지어詐欺가 있는 경우라도 개설은행의 지급을 허용함으로써 개설은행을 보호하고 있다. 이때 '선의'란 사실상의 정직과 일반적 은행관습의 준수로 정의될 수 있으며¹⁷⁾ 선의를 구성하는 필요조건을 제시된 서류조사 이외의 것을 요구하지 않는다. 또한詐欺가 서류의 문면상 명백하지 않다면 개설의뢰인의詐欺주장에도 불구하고 개설은행이 수익자에게 지급하는 것은 '악의'에 해당되지 않는다¹⁸⁾. 이 때 개설은행은 수익자와 개설의뢰인 중 누가 진실을 말하는지 판단해야 할 의무가 없으며 개설은행과 수익자가 공모한詐欺가 아니라면 개설은행의 지급은 악의를 구성하지 않음으로써 개설의뢰인에 대하여 상환 받을 권리를 가진다.

그러나 한편 제시된 서류가 문면상 신용장 조건과 일치한다 하더라도 서류가 偽造되거나詐欺目的으로 작성된 것이 명백한 경우 선의로 행동하는 개설은행이 지급거절권을 행사할 수 있음을 同條 (a) 항 (2)에서 명백히 하고 있다. 이러한 개설은행의 독자적 지급거절권은 법 제정 이전에도 판례를 통하여 인정되어 왔으나 개설은행이 독자적 지급거절권을 행사하는데는 문제점이 야기될 수 있다. 즉 개설은행이 신용장 조건과 일치하는 서류제시에 대하여詐欺를 이유로 지급거절권을 행사하는 것은 비록 그것이 同條조에 보장되어 있다 하

17) *Armstrong v. First Nat'L Bank*, No. 3-85-1(Ohio ct. App. May 6, 1986).

18) J. F. Dolan, "Letter of Credit Disputes between the issuer and its customer: The Issuer's right under the Mismixed 'Bifurcated Standard'", *Business Law Journal*, Vol. 105, 1998, p.387.

더라도 가볍게 지나칠 수 있는 행위가 아니다. 개설은행은 지급여부의 결정권을 가지기는 하나 전형적으로 개설의뢰인과 수익자의 주장을 판단하는 위치에 있지 않다. 수익자의 詐欺가 있다는 개설의뢰인의 주장에도 불구하고 개설은행이 신용장 조건과 일치하는 수익자의 서류제시에 대하여 신용장의 독립·추상성 및 은행의 지급의무에만 초점을 맞춰 지급을 이행하는 것은 신용장 제도의 목적에 합치되지 못할 뿐더러 公序에도 反하는 행위라고 할 수 있다. 이 경우 개설은행이 개설의뢰인으로부터 상환을 받기 위해서는 무엇보다도 개설의뢰인의 지시사항을 따랐다는 것을 입증하여야 한다. 개설의뢰인의 詐欺주장에도 불구하고 개설은행이 지급하였다면 이는 同條(a)항(2)호의 개설은행의 선의에 저촉되는 악의를 구성할 수 있어 개설은행은 상환 받을 권리를 상실하게 된다. 물론 개설은행이 개설의뢰인에게 상환청구를 거절당한 뒤 수익자가 지급청구를 할 권리가 없었음이 판명된다면 개설은행은 수익자를 상대로 同法典(1995) 제5-110조 수익자의 담보의무에 근거한 소송을 제기할 수 있다. 그러나 개설은행이 수익자에게 지급한 후 이의 반환을 요구하는 소송은 금반언의 원칙에 위배될 뿐만 아니라 신용장의 거래관행을 저해하는 것이 된다. 일반적으로 詐欺에 의한 지급청구의 경우에는 지급청구서류가 무효이므로 수익자는 부당이익을 취한 결과가 된다. 개설은행의 수익자에 대한 부당이익 반환청구는 개설은행이 지급한 후에만 가능하며 수익자가 속한 나라가 다르기 때문에 수익자 나라의 법원에 제소하여야 한다. 이와 같은 어려움 때문에 개설은행은 일단 개설의뢰인의 詐欺通知 후에는 지급을 망설이게 된다.

한편 개설은행이 지급하기 전 개설의뢰인의 詐欺主張 통지를 수령한 경우 개설은행은 그의 고객인 개설의뢰인을 보호하고 무엇보다도 지급 후 개설의뢰인에 대한 상환청구권을 상실하지 않기 위하여 신용장 조건과 일치하는 서류에 대해 지급거절권을 선택할 수 있다. 이러한 경우 개설은행은 그의 고객의 지시를 충실히 따른 결과로서 同法典(1995) 제5-111조(a)항에 명시된 대로 부당지급거절에 대한 수익자 또는 그의 승계인 또는 서류제시의 지정대리인에 의한 제소 가능성을 배제할 수 없게 된다. 특히 수익자가 개설은행이 개설의뢰인의 이익을 위하여 개설의뢰인과 공모하여 부당히 지급거절한 것으로 사건을 몰고 갈 때 개설은행은 대단히 난처한 입장에 처하게 될 뿐만 아니라 금융업에서의 신용저하와 함께 신용장의 유용성을 저해하게 된다. 지급청구에 대한

개설은행의 지급거절이 나중에 부당한 것으로 판명되는 경우 청구인은 제 5-111 조 (a) 항에 의거 환어음 액면가액에 이자를 합한 금액 및 기타 부수적인 손해를 청구할 수 있다. 이와 같은 문제점 때문에 개설은행의 독자적 지급거절권은 수익자의 詐欺에 대한 충분한 증거를 제시할 수 있는 상황에서만 행사되어야 할 것이다. 개설은행의 詐欺의 입증은 개설의뢰인으로부터 입수하였든 또는 직접 입수하였든 간에 단순한 주장이 아닌 수익자의 실질적인 詐欺行爲로 입증할 수 있는 명백한 증거에 기인하여야 한다. 그러나 개설은행이 수익자의 詐欺行爲를 명백히 입증하는데는 매우 복잡한 지식이 있어야 하며 많은 어려움이 따르기 때문에 이러한 부담감을 회피하기 위하여 또는 지급할 것인지 지급거절할 것인지를 결정해야하는 어려움을 피하기 위하여 개설은행 자신이 선언적 판결소송(Declaratory Judgement)을 하거나 또는 개설의뢰인으로 하여금 지급금지명령을 신청하도록 유도하는 방법을 자주 사용하고 있다.

(2) 법원의 지급금지명령¹⁹⁾

영미법계에서 *Sztejn* 사건 곧 지급금지에 관한 대표적 판결로 그 후 법제화되었고 대륙법계의 국가에 있어서는 수익자의 지급청구가 신의성실의 원칙에 반하고 또한 권리남용인 경우에 詐欺적 지급청구로 인정하여 지급금지를 허용하고 있다. 이에 대한 영국의 판례는 주로 수익자의 지급청구를 금지하는 지급금지명령을 내렸고 미국의 판례들은 주로 개설은행의 지급을 제한하는 지급을 제한하는 지급금지명령을 내렸다.

同條 (2) 항 (b) 호에 필수서류가 偽造되었거나 실질적으로 詐欺目的下에 작성되었다고 개설의뢰인이 주장하는 경우 재판 관할권이 있는 법원은 일시적으로 또는 영구적으로 지급을 금지할 수 있고 개설은행 또는 기타의 사람에 대하여 유사한 구제조치를 허용할 수 있음을 규정함으로써 수익자의 詐欺에 대한 법원의 지급금지명령을 명백히 하고 있다. 법원은 지급금지명령처분을 내림에 있어서 신용장의 상업적 유용성을 가능한 한 보장하려는 입장과 수익자의 詐欺에 의한 지급청구를 저지하여야 하는 형평법상의 법원의 역할을 균형 있

19) 지급금지명령이란 형평법상의 구제책으로서 피고에게 일정한 행위를 할 것을 금지시키거나 이미 발생한 위법상태를 배제하기 위하여 일정한 작위를 명하는 법원의 명령이다.

게 조화하면서 제3자로서 보다 공정하게 판단하여야 한다.

법원의 지급금지명령은 대부분 채무자인 개설의뢰인이 詐欺行爲를 주장하여 법원에 신청하게 되나 경우에 따라서는 개설은행 자신이 직접 지급금지명령을 신청하여 수익자에 대하여 또는 개설은행에 대하여 내려질 수 있다.

IV. 統一商法典(1995) 第5-109條 適用上의 問題點

1. 詐欺의 입증문제

同條(b)항(4)호에 개설의뢰인은 법원에 수익자의 偽造 또는 실질적인 詐欺에 대한 그의 주장을 뒷받침하는 입증자료를 제출하여 신용장 대금을 상환할 의무를 승계하지 않을 수 있음을 명시하고 있다. 즉 개설의뢰인의 詐欺에 대한 항변이 성공하기 위해서는 단순한 詐欺의 혐의만으로는 안되고 충분하고 객관적인 증거에 입각한 詐欺의 입증이 필요하다. 그리하여 개설의뢰인의 詐欺주장은 수익자의 詐欺行爲 그 자체보다 그에 대한 증거의 입증에 초점을 맞춰질 가능성이 크다.²⁰⁾ 수익자의 지급청구가 그 근거를 가지지 못한다는 것을 입증하기 위하여 개설의뢰인은 수익자와의 통신문, 수익자의 확인 진술서, 중립적인 제3자의 증명서 등을 제출해야 하는데 이때 원인계약이행에 대한 수익자 및 제3자의 진술이 얼마나 비중있는 것인가에 대한 평가는 법원에게 대단히 어려운 작업일 수 있다. 즉 다양한 증명서가 암시하는 내용은 직설적(straight-forward)이지 않을 수 있으며 애매모호하여 여러 가지 해석이 나올 수 있기 때문이다.²¹⁾ 또한 원인계약에 대한 개설의뢰인과 수익자간의 의견차이나 수익자의 행위는 법원의 판단에 많은 영향을 미친다. 뿐만 아니라 개설의뢰인이 詐欺의 증거를 제시하더라도 詐欺의 개념과 증거의 등급에 따라²²⁾ 詐欺의 성립

20) *Edward Owen v. Barclays Bank Int'l* (1978) 1 All ER 976(C.A.); *Boliverter Oil v. Chave Mangattan Bank Int'l* [(1984) 1 WLR 392]; *American Bell Int'l Inc. v. The Islamic Republic of Iran* [474 F. Supp. 420 (S. D. N. Y. 1979)].

21) R. I. V. F. Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade*, 2ed, Kluwer Law International, 1996. pp.282~283 참조.

22) R. I. V. F. Bertrams, *op. cit.*, pp.277~279 참조.

여부는 달라지게 되고 이와 관련하여 무엇이 증명되어야 하는가가 중요한 핵심이 된다.

詐欺의 입증을 어렵게 하는 또다른 요인은 개설의뢰인이 詐欺의 증거를 즉시 제출하여야 하는데 있다. 수익자의 지급청구가 詐欺적인가 하는 문제는 원인거래를 자세히 조사함으로써만 답변될 수 있는 것인데 원인거래에 대한 장기적이고 세밀한 조사를 법원이 허용하지 않음으로써 명백한 詐欺의 입증이 어렵게 된다. 즉 명백하고 의심할 바 없는 증거를 즉시 제출할 것이 요구되었는데 개설의뢰인이 이에 즉각적으로 응하지 못했다면 지급금지명령의 신청은 기각될 수밖에 없다. 이러한 점을 감안할 때 개설의뢰인이 詐欺를 주장하기는 쉬워도 입증하기는 대단히 어렵다.

2. 개설은행의 지급의무에 따른 문제점

同條 (a) 항 (1) 호에서는 수익자가 제시한 서류가 偽造 또는 중대한 詐欺의 목적으로 작성되었거나 또는 개설은행이 서류제시를 수리하는 것이 개설은행이나 개설의뢰인에 대한 수익자의 중대한 詐欺를 조장하게 되는 경우라도 몇 가지 상황하에서는 개설은행이 서류를 수리해야 할 의무를 명시하고 있다. 즉 ① 偽造 또는 중대한 詐欺에 관하여 통고를 받지 못한 지정인이 선의로 지급한 경우 ② 확인은행이 선의로 서류를 수리한 경우 ③ 偽造 또는 중대한 詐欺 목적으로 발행된 환어음을 개설은행이나 지정은행이 인수한 후 정당한 제3자가 소지한 경우 ④ 偽造 또는 詐欺에 대한 통고 없이 연지급수령권을 양수한 경우에는 개설은행은 지급의무를 이행하여야 한다. 그러나 同條 (1) 항 (2) 호에서는 위의 경우가 아닌 한 개설은행에게 서류의 수리 또는 수리거절을 할 수 있는 재량권을 부여하고 있다. 그러나 개설의뢰인으로부터 실제의 詐欺에 대한 통지가 있는 경우 개설은행은 이러한 재량권을 행사하는데 망설이지 않을 수 없다. 그것은 개설은행이 詐欺여부를 판단하는데 충분한 정보 및 자료를 확보하기 어려울 뿐만 아니라 은행의 결정은 법원의 결정처럼 증거주의에 입각하여 모든 사실을 충분히 조사했다고 믿기는 어렵고 과연 어느 당사자가 법적으로 정당한가를 올바르게 결정하기 힘들기 때문이다. 또한 개설은행의 독자적 서류수리거절권은 남용될 우려가 있으며 이러한 독자적 거절권이 법원에 의해

부당한 거절로 판명 나는 경우 비록 개설의뢰인이 은행에 상환하기로 합의했다더라도 신용장의 지급확약기능을 저해하는 것이 된다. 詐欺와 관련된 문제의 핵심은 궁극적으로 수익자와 개설의뢰인간의 분쟁인데 실제로 책임은 모두 개설은행에게 전가하는 것이 된다.

3. 형평법상 지급금지명령에 의한 구제요건의 문제점

개설은행이 신용장과 일치하는 서류에 대하여 수리거절을 하는 것은 개설은행의 핵심적인 의무를 위반하는 것이다. 그리하여 개설은행이 개설의뢰인의 詐欺주장에도 불구하고 서류를 수리하기로 결정한다면 개설의뢰인은 지급금지명령을 구하는 소송을 제기할 수 있다.

同條 (b) 항 (3) 호에서는 이러한 경우 주법(state law)에 따라 구제조치를 받을 자에 대한 모든 조정이 충족되어야 함을 요건으로 하고 있다. 지급금지명령에 의한 구제요건의 하나인 주법을 충족시키기 위해서는 형평법상의 요건이 충족되어야 하며 이를 위해서는 다음의 사항을 개설의뢰인이 입증하여야 한다.

(1) 회복불능의 손해

지급금지명령을 얻기 위해서는 개설의뢰인이 회복불능의 손해(irreparable damage)를 입증하여야 하는데 이는 금전 및 담보의 중대한 손실을 초래함과 동시에 개설은행이나 개설의뢰인에게 다른 법률적 구제방안이 없음을 입증하여야 한다.²³⁾ 그리하여 손해배상에 대한 소송과 같은 만족스러운 법률적 구제수단이 가능한 경우에는 법원에 의한 지급금지명령은 부여되지 않는다²⁴⁾. 결국 여기에서 회복할 수 없는 손해가 발생할 것인지의 여부는 개설의뢰인이 법률적으로 적절히 배상 받을 수 있는가의 여부에 귀착된다. 그러나 이러한 문제에 있어서 만약 외국에 있는 수익자와 법 적용상의 이견이 존재하고 수익자가 악의적으로 詐欺행위를 한 경우 개설의뢰인의 수익자에 대한 손해배상청구권이

23) B. Kozolchyk, *Commercial Letter of Credit in the Americas*, Matthew Bender & Company, 1976, p.284.

24) P. Sigrist, *Standby Letters of Credit and Fraud*, The university of British Columbia, 1990. p.57.

존재한다 하더라도 현실적으로 배상 받을 수 있는가 하는 문제다. 법원이 수익자에 대한 개설의뢰인의 손해배상권을 참작하여 지급금지명령신청을 기각하고 난 뒤 개설의뢰인이 악의적 수익자로부터 손해배상을 받을 수 없는 문제가 발생할 수 있다. 그러나 무엇보다 심각한 문제는 일반적으로 개설의뢰인은 수익자에 대하여 원인계약의 위반으로 인한 금전적 손해배상소송을 제기할 수 있기 때문에 지급금지명령을 신청하는 개설의뢰인이 여타 구제의 방법이 없는 회복불가능의 손해요건을 충족시키기 매우 어렵다는 것이다.

(2) 소송에서의 승소 가능성

지급금지명령을 판결하는 법원의 입장에서 가장 중요한 요건은 본안 소송에서의 개설의뢰인의 승소 가능성이 표출되어야 한다. 본안 소송에서 승소하기 위해서는 명백한 詐欺의 입증이 필요한데 각 법원마다 詐欺의 기준을 어디에 두느냐에 따라 승소 가능성은 달라지게 된다. 법원이 소송에서의 승소 가능성을 중시하게 되면 詐欺行爲임을 주장하는 개설의뢰인의 詐欺입증 부담이 가중되어 때때로 개설의뢰인의 지급금지명령신청의 방해요인으로 작용할 우려가 있을 뿐만 아니라 수익자의 詐欺에 대한 공정한 심리가 이루어지지 않을 수 있다.

(3) 수익자보다 큰 개설의뢰인의 피해

지급금지명령이 허용되지 아니하면 개설의뢰인에게 발생하는 손해가 지급금지 명령이 허용됨으로써 수익자에게 발생할 손해보다 커야 한다. 즉 이것은 지급금지명령처분이 내려지면 수익자는 지급청구권을 상실하게 되므로 이로 인한 어느 쪽의 피해가 더 클 것인지를 비교하여 지급금지명령의 허용여부를 결정하여야 한다는 뜻이다. 그러나 어느 쪽의 손해가 더 큰 것인가 하는 문제는 각 사안별로 검토해 보아야 할 것이나 이를 판단하는데 적용될 기준은 다소 유동적일 수 있기 때문에 어려운 측면이 있고 법원에 따라 다양한 결과를 낳을 수 있다.

V. 要約 및 結言

미국통일상법전(1995) 제 5-109 조는 1941 년 *Szjetn* 사건 판결 이 후 同法典에 성문화된 공식초안 제 5-111 조 (2) 항의 최초규정에 근거한다. 공식초안은 서류상의 詐欺를 대상으로 개설은행의 지급의무에 대한 취소불능적 책임을 배제하는데 역점을 둬으로써 수익자와 개설의뢰인의 입장을 불리하게 하고 있으며 詐欺와 지급금지에 대한 구체적인 기준이 명시되지 않아 많은 혼란을 초래하였다.

이러한 문제점에 착안하여 1958 년 공식본 제 5-114 조에는 詐欺問題와 관련하여 개설은행의 개설의뢰인에 대한 신의성실의 의무, 수익자의 담보(warranties) 의무 및 거래상의 詐欺가 포함됨을 명백히 하였다. 그러나 이 때 거래상의 詐欺에 원인계약거래가 포함되는지의 여부를 비롯하여 詐欺의 정도나 구제책의 기준 그리고 詐欺의 주체가 제 3 자인 경우 구제가능성 여부 및 개설은행의 지급거절권에 대하여 명시하고 있지 않아 더욱 더 많은 혼란을 초래하게 되었다. 또한 'honor(지급)'에 대한 정의를 내리고 있지 않아 어음인수 후 지급만기일 전에 詐欺가 발견된 경우 개설의뢰인이 지급금지수단을 사용할 수 있는지의 여부도 애매모호하여 적용상의 많은 갈등을 빚어 왔다. 이러한 문제점들을 감안하여 1995 년 同法典 개정 제 5-109 조에서는 詐欺와 偽造(Fraud and Forgery)라는 표제 하에 ① 거래상의 詐欺에 원인계약상의 詐欺가 포함됨을 분명히 하였으며 ② 詐欺의 주체가 제 3 자인 경우에도 개설의뢰인의 구제의 권리를 인정하였고 ③ 詐欺가 있는 경우 개설은행의 지급 또는 지급거절의 재량권을 명시하였으며 ④ 詐欺의 주장이 있는 경우 어음인수 후 지급 전에 지급이 금지될 수 있음을 규정하였을 뿐만 아니라 ⑤ 지급금지명령에 의한 구제의 요건을 명백히 하였다. 이렇게 함으로써 종전의 혼란과 갈등이 많이 완화되었음에도 불구하고 同條는 여전히 몇 가지의 문제점을 남겨놓고 있다.

그것은 첫째, 同條를 적용하기 위해서는 신용장거래 또는 원인거래상의 詐欺가 존재하여야 하는데 이를 위해서는 원인계약을 조사하여야 한다. 이는 신용장의 독립성의 원칙과 엄격일치의 원칙을 종전보다 더욱 강화한 同法典 제

5-103 조 (d) 항 및 제 5-108 조 (f) 항의 본질과 모순된다.

둘째, 同條는 詐欺를 정의하지 않고 단지 詐欺는 '중대하여야'함을 전제조건으로 함으로써 詐欺의 개념은 결국 주법(state law)에 따라 결정된다.

셋째, 詐欺가 성립되기 위해서는 의심할 바 없이 명백한 詐欺의 입증이 필요한데 이는 수익자의 詐欺行爲 그 자체보다는 개설의뢰인의 입증여부에 초점이 맞춰질 가능성이 크다. 이 때 개설의뢰인은 詐欺를 주장하기는 쉬워도 입증하기는 매우 어려움으로 공정한 판결을 기대하기가 어렵다.

넷째, 詐欺에 대한 법원의 지급금지명령이 내려지기 위해서는 즉각적인 증거의 제시가 필요하고 형평법상의 요건이 충족되어야 한다. 그러나 통상 개설의뢰인은 증거를 즉시 제출하기 어렵고 형평법상의 요건인 개설의뢰인의 회복불능의 손해, 본안소송에서의 승소가능성, 수익자보다 큰 개설의뢰인의 피해, 공익요건 등은 개설의뢰인의 손해배상권의 존재, 각 법원마다 詐欺 기준의 차이, 수익자 및 개설의뢰인의 피해산정에 관한 유동적인 기준 등으로 인하여 현실적으로 요건충족에 많은 어려움이 있다.

따라서 이러한 문제점들을 감안하여 향후 신용장과 관련한 詐欺問題를 신용장통일규칙에 반영하기 위해서는 同條에 대한 보다 심도 있는 연구가 있어야 할 것이며 특히 실무상으로 同條適用에 대한 판례의 연구도 병행되어야 할 것이다.

參 考 文 獻

- 梁暎煥, 吳元爽, 徐正斗, 信用狀論, 三英社, 1993.
- 梁暎煥, 徐正斗, 國際貿易法規, 第3版, 三英社, 1998.
- 梁暎煥, 徐正斗, 信用狀事例研究, 三英社, 1995.
- 高重鉉, “保證信用狀の支給”, 博士學位請求論文, 中央大學校 大學院, 1992.
- Bertrams, R.I.V.F., *Bank Guarantees in International Trade*, 2nd ed., Kluwer Law International, 1996.
- Dolan, J.F., *The Law of Letter of Credit*, 2nd ed., Warren, Gorham & Lamont, 1991.
- Ellinger, E.P., *Documentary Letter of Credit*, University of Singapore Press, 1970.
- , “Bank’s liability for paying fraudulently issued”, *Oxford Journal of Legal*, Summer 1985.
- Kozolchyk, B., Chapter 5 Letters of Credit, Vol. 9, Commercial Transactions and Institutions, *International Encyclopedia of Law* J.C.B Mohr (Paul Siebeck), 1979.
- , *Commercial Letters of Credit in the Americas*, Matthew Bender, 1976.
- Signist., P., *Standby Letters of Credit and Fraud*, The University of British Columbia, 1990.
- Symons E.L., “Letters of credit; Fraud, Good Faith and the Basis for injunctive relief”, *Tulane Law Review*, 1980.
- Wunnicke, B., Wunnicke D.B. & Turner P.S., *Standby and Commercial Letter of Credit*, 2nd ed., John Wiley & Sons Inc., 1996.

ABSTRACT

A Study on Uniform Commercial Code Article 5 - 109

Kim, Soon Ja

In these days, there are various types of fraud in L/C transaction. But we has no article on fraud in the UCP. So the matter of fraud has been depended on the judgement of court of each country. But the judgements are different in each case. These cause the difficulties in practice.

To solve this problem, it is desirable to insert the relative article in the UCP. I considered the article 5-109 of UCC for pre-study on this matter. But the article 5-109 of UCC has some problems. To arrange the relative article on fraud in the UCP, we have to consider more severely on article 5-109 of UCC. Especially, it should be studied on cases in practice. This is left for next study.

Key Words : UCP, UCC, Fraud, Letter of Credit